

# 美国就“中国知识产权保护和执行特定措施”与中国WTO磋商案评析

龚柏华 张伟华

**摘 要：**本文就美国针对中国知识产权保护和执行的WTO磋商案的主要法律问题进行了评析。本文认为，美国就中国知识产权保护和执行刑事处罚的“门槛”指控无WTO法律依据；美国有关中国海关对侵权产品的拍卖处理指控，中国需要对之进一步澄清或修改；美国有关中国对处于审查中的进口文化产品不予保护的指控，是出于对中国著作权法的误读，更不符合中国的司法实践的事实。

**关键词：**知识产权；TRIPS；WTO；争端解决

**中图分类号：**D416 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2007)04-0048-06

2007年6月，中国就美国指控中国知识产权保护和执行特定措施案进行了WTO争端解决程序下的磋商。本案是美国酝酿已久的针对中国知识产权保护的诉讼行动。无论本案最终如何解决，本案涉及的法律问题值得分析和思考。

## 一、基本案情

2007年4月9日，美国贸易代表施瓦布在华盛顿宣布，将于4月10日就中国的知识产权保护问题向WTO提出两起申诉。

2007年4月10日，美国政府就“中国一与知识产权保护和实施有关的措施”<sup>①</sup>和“中国一影响部分出版物和视听娱乐产品贸易权和分销服务措施”<sup>②</sup>向中国提出WTO磋商。

2007年4月10日，中国商务部新闻发言人表示，中方对美国政府的行爲“表示非常遗憾和强烈不满”，并称美国此举“将严重损害双方此前业已建立的合作关系”。

2007年4月20日，中国商务部通过中国常驻WTO代表团致函美方，接受美方的磋商请求。

2007年4月20日，国务院副总理吴仪在“2007年中国保护知识产权高层论坛”上强调，中国政府对美方就知识产权问题起诉中国一事表示强烈不满。

2007年5月25日，中国常驻WTO代表团通知WTO，接受加拿大、欧盟、墨西哥、日本作为第三方参与磋商。

2007年5月底，美方向中方提交了21页详细的“质询书”。

2007年6月5~8日,中美双方就“中国知识产权保护和执行特定措施”进行了磋商。

2007年7月3日,中国国家知识产权局局长田力普表示,中国政府为打击盗版、加强知识产权保护付出了巨大努力,美国向WTO提出针对中国知识产权问题的起诉“没有道理,应该撤诉”。

## 二、简要评析

1. 中国现行法律有关蓄意假冒商标或盗版案件刑事程序和处罚“门槛”是否符合TRIPS的规定 美国在其磋商请求中提到,发生在中国具有商业规模的蓄意假冒商标或盗版行为如果没有符合“门槛”要求将无法适用中国的刑事程序和处罚。美国认为这违反了中国在TRIPS协定第41.4条和第61条下的义务。美国在磋商中特别提到了《中华人民共和国刑法》(以下简称刑法)第213条、第214条、第215条、第217条和第218条。此外,美国还提到了2004年12月《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《2004年解释》)和2007年4月《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《2007年解释》)。

我们首先来看一下,中国现行法律和司法解释对蓄意假冒商标或盗版行为是如何规定的。刑法第213条是有关“未经注册商标所有人许可使用商标”的刑事处罚;第214条是有关“销售明知是假冒注册商标的商品”的刑事处罚;第215条是有关“伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造注册商标标识”的刑事处罚。这三条都规定了“情节严重”或“销售金额数额较大”作为刑事处罚的前提。刑法第217条是有关“侵犯著作权”的刑事处罚;第218条是有关“销售明知侵权复制品”的刑事处罚。这两条中规定了“违法所得数额较大或者有其他严重情节的”或者“违法所得数额巨大或者有其他严重情节的”,作为刑事处罚的前提。

关于“严重”、“特别严重”、“较大”和“巨大”术语的涵义,我国刑法本身没有定义。《2004年解释》第12条对“非法经营数额”定义为:行为人在实施侵犯知识产权行为过程中,制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值,按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值,按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格的,按照被侵权产品的市场中间价格计算。多次实施侵犯知识产权行为,未经行政处理或者刑事处罚的,非法经营数额、违法所得数额或者销售金额累计计算。本解释第3条所规定的“件”,是指标有完整商标图样的一份标识。《2007年解释》对刑法第217条规定的“有其他严重情节”作了解释:以营利为目的,未经著作权人许可,复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品,复制品数量合计在500张(份)以上的,属于刑法第217条规定的“有其他严重情节”;复制品数量在2500张(份)以上的,属于刑法第217条规定的“有其他特别严重情节”。

美国认为,这种刑事程序和处罚的“门槛”不符合中国在TRIPS协定第41.1条和第61条下的义务。

TRIPS 第 41.1 条规定:“各成员应保证其国内法中包括关于本部分规定的实施程序,以便对任何侵犯本协定所涵盖知识产权的行动采取有效行动,包括防止侵权的迅速救济措施和制止进一步侵权的救济措施。这些程序的实施应避免对合法贸易造成障碍并为防止这些程序被滥用提供保障。”

从美国引用的 TRIPS 协定第 41.1 条看,关键词为达到“制止”进一步侵权的救济效果。美国指控中国“缺乏有效制止”盗版的刑事措施。这里不必讨论中国在事实上如何实施 TRIPS 协定第 41.1 条的,因为中国政府已经做了大量据证反驳,证明中国在切实履行 TRIPS 协定第 41.1 条的义务。<sup>③</sup>这里仅需要从法律规定上来分析,中国现行法律是否符合 TRIPS 协定第 41.1 条义务。美国的指控是擅自扩大解释了“制止”,即在“制止”前面擅自加了“有效的”。TRIPS 协定第 41.1 条仅仅在前半段中规定了采取“有效的行动”。可见,美国要在法律上直接找到中国法律不符合 TRIPS 协定第 41.1 条是很困难的。要在事实上证明中国没有达到 TRIPS 协定第 41.1 条要求更困难,美国需要承担有说服力的据证责任。何况 TRIPS 并没有授权一成员去要求另一成员具体如何在国内实施有关知识产权的法律。相反,TRIPS 第 41.5 条清楚地规定:“各方理解,本部分并不产生任何建立与一般法律实施制度不同的知识产权实施制度的义务,也不影响各成员实施一般法律的能力。本部分的任何规定在实施知识产权与实施一般法律的资源分配方面,也不产生任何义务”。这是当年 TRIPS 谈判,各方妥协的结果。<sup>④</sup>

我们再来看 TRIPS 协定第 61 条如何规定的。TRIPS 协定第 61 条规定:“各成员应规定至少将适用于具有商业规模的蓄意假冒商标或盗版案件的刑事程序和处罚。可使用的救济应包括足以起到威慑作用的监禁和/或罚金,并应与适用于同等严重性的犯罪所受到的处罚水平一致。在适当的情况下,可使用的救济还应包括扣押、没收和销毁侵权货物和主要用于侵权活动的任何材料和工具。各成员可规定适用于其他知识产权侵权案件的刑事程序和处罚,特别是蓄意并具有商业规模的侵权案件。”<sup>⑤</sup>

从美国引用的 TRIPS 协定第 61 条看,与“门槛”规定相关的词可能是“商业规模”。这里又可分解为两个问题:第一,根据 TRIPS 协定第 61 条,成员国法律对“蓄意假冒商标和盗版的行为规定刑事程序和处罚”时是否可以设立“门槛”(如数量);第二,如果可以设立门槛,这种门槛多高为合理。

从以往 GATT/WTO 的案例数据库中查询,没有专家组或上诉机构报告提到该问题。1998 年,美国、欧盟曾经就希腊电影和电视节目侵犯知识产权而提出违反 TRIPS 第 41 条和第 61 条的磋商,<sup>⑥</sup>但最后是磋商解决,而未进入 WTO 专家组程序。因此,目前 WTO 争端解决对这个问题的立场属于空白。从 TRIPS 条文谈判过程看,由于无法达成一致,成员方故意不对“商业规模”做定义,以留待 WTO 争端解决机制来澄清。从语词角度看,“商业规模”是个有歧义的词,可解释为“达到某种水平或数量”;也可以解释为“经济或商业得益”。从最近欧盟试图协调关于盗版刑事处罚条款的立法过程看,其措词也是基本照搬 TRIPS 第 61 条的“商业规模”,<sup>⑦</sup>因为欧盟成员国对盗版刑事处罚的规定有很大差异,只能留给各成员国具体衡量。

因此,我们可以得出结论,“商业规模”是个有歧义的词,可以解释为数量规模,如我国规定的非法复制品数量合计在“500 张(份)”以上的。其次,具体数量多少合理?没有明确规定。我们认为,应该充分考虑各国具体情况,包括国家大小和市场规

模。在此问题上不应该有全球统一数量标准,更不能按照美国的标准。美国1976年版权法第506节规定了刑事处罚盗版的标准,即在任意180天内复制或销售一份或一份以上,或者是总销售价值超过1000美元。

美国又从中国计算侵权产品的价值的方法上,指控中国“低算”了侵权涉及的价值,从而低于刑事处罚的“门槛”。《2004年解释》第12条规定,“已销售的侵权产品的价值,按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值,按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格,按照被侵权产品的市场中间价格计算。”美国认为,应该是按合法商品的价格来计算。同样,我们认为,根据TRIPS第41.5条的规定,美国无权具体要求中国按照何种方式来计算侵权产品的价格。

2. 被海关当局没收的侵犯知识产权商品的不当处置 美国请求磋商的第二个问题涉及被中国海关当局没收的侵犯知识产权的商品,特别是该类商品在消除侵权特征后的处置问题。

美国特别提到了2004年3月1日生效的《中华人民共和国知识产权海关保护条例》第4章中的第27条“被没收的侵犯知识产权货物无法用于社会公益事业且知识产权权利人无收购意愿的,海关可以在消除侵权特征后依法拍卖;侵权特征无法消除的,海关应当予以销毁。”另外2004年7月1日起施行的《中华人民共和国知识产权海关保护条例的实施办法》第5章的第30条:“对海关没收的侵权货物,海关应当依照下列规定处置:(1)有关货物可以直接用于社会公益事业或者知识产权权利人有收购意愿的,将货物转交给有关公益机构用于社会公益事业或者有偿转让给知识产权权利人;(2)有关货物不能按照第(1)项的规定处置且侵权特征能够消除的,在消除侵权特征后依法拍卖。拍卖货物所得款项上交国库;(3)有关货物不能按照第(1)、(2)项规定处置的,应当予以销毁。”

美国认为,中国允许在“消除侵权特征后”可以依法“拍卖”,违反了中国在TRIPS协定第46条和第59条下的义务。

TRIPS协定第46条规定:“为有效制止侵权,司法机关有权在不给予任何补偿的情况下,责令将已被发现侵权的货物清除出商业渠道,以避免对权利持有人造成任何损害,或下令将其销毁,除非此点会违背现有的宪法规定的必要条件。司法机关还有权在不给予任何补偿的情况下,责令将主要用于制造侵权货物的材料和工具清除出商业渠道,以便将产生进一步侵权的风险减少到最低限度。在考虑此类请求时,应考虑侵权的严重程度与给予的救济以及第三方利益之间的均衡性。对于冒牌货,除例外情况外,仅除去非法加贴的商标并不足以允许该货物放行进入商业渠道。”第59条规定:“在不损害权利持有人可采取的其他诉讼权并在遵守被告寻求司法机关进行审查权利的前提下,主管机关有权依照第46条所列原则责令销毁或处理侵权货物。对于假冒商标货物,主管机关不得允许侵权货物在未作改变的状态下再出口或对其适用不同的海关程序,但例外情况下除外。”

这里相关的应该是第46条。该条规定,冒牌货仅仅除去非法加贴的商标并不足以允许该货物放行进入商业渠道,除非有例外情况。这里有争议的问题是如何理解“进入商业渠道”;以及“拍卖”是否导致“进入商业渠道”。不可否认“拍卖”会导致“进入商业渠道”。但问题是,根据目前中国的法律规定,进入“拍卖”的前提是“完全消除”侵权痕迹。2007年4月2日,海关专门发布了《关于没收侵犯知识产权货物依法

拍卖有关事宜》，具体规定：“（1）海关拍卖没收的侵权货物，应当严格按照《条例》第27条的规定，完全清除有关货物以及包装的侵权特征，包括清除侵权商标、侵犯著作权、侵犯专利权以及侵犯其他知识产权的特征。对不能完全清除侵权特征的货物，应当予以销毁，一律不得拍卖。（2）海关拍卖侵权货物前应当征求有关知识产权权利人的意见。”这样“拍卖”的后果并不会影响“正牌”货物的“商业”利益，从而也就不是真正意义上“进入商业渠道”。另外，从第46条行文来看，它强调的是如果“仅除去非法加贴的商标”是“不足的”。可见，该条并没有完全禁止“进入商业渠道”，这不过是必须做得要比“除去非法加贴的商标”要多。从上述我国海关的规定来看，是要求“完全消除”，达到了“足够的”要求。

3. 对在中国境内还未被授权出版和发行的作品拒绝提供保护问题 美国请求磋商的第3个问题涉及在中国境内未被授权出版和发行的创造性作品的著作权、音像制品和表演，中国法律拒绝提供著作权和相关权利的保护与执行问题。美国认为，被要求在进入中国市场前经历审查机构的审查（或者其他形式的出版前或者发行前的审查）的作品，在审查完成和在中国出版和发行被授权前无法得到著作权的保护。

美国提到了《出版管理条例》、《广播电视管理条例》、《音像制品管理条例》、《电影管理条例》、《电信管理条例》等，但未指出具体的条文。美国具体提到的是《中华人民共和国著作权法》第4条。该条规定：“依法禁止出版、传播的作品，不受本法保护。”

美国认为，TRIPS 协定第9.1条规定，所有WTO成员必须遵守《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》（“伯尔尼公约”）第1条至第21条及其附录的规定。《伯尔尼公约》第5（1）条规定：“就享有本公约保护的作品而论，作者在作品起源国以外的本同盟成员国中享有各该国法律现在给予和今后可能给予其国民的权利，以及本公约特别授予的权利。”第5（2）条规定：“享有和行使这些权利不需要履行任何手续，也不论作品起源国是否存在保护。因此，除本公约条款外，保护的程度以及为保护作者权利而向其提供的补救方法完全被要求给以保护的国家的法律规定。”

美国认为，中国著作权法规定了在中国境内受著作权保护的中国和外国作者作品的法律基础，并且其对这些作者提供了一系列的权利（复制权，翻译权和改编权）。此外，著作权法对表演者，唱片制作者，广播组织提供了特定的法定保护。但是，著作权法第4条第一句话规定：“依法禁止出版、传播的作品，不受本法保护。”因此，没有被授权出版和传播的作品的作者似乎不能享有伯尔尼公约关于这些作品所特别授予的最低标准的保护。此外，出版和发行前被要求审查的作品的作者权利显然受限于此类审查的肯定性结论形式。美国认为，这违反了中国在TRIPS 协定第9.1条下的义务。

这里，美国混淆了版权审查与市场准入的问题。对进口的文化产品进行审查是中国的主权权利。这并不意味着中国对于待审查的作品不予以保护。中国的法律对于著作权的保护并没有因为审查的过程而停顿。著作权是依法自动产生的，并不因是否通过审查而改变。中国法院对符合《伯尔尼公约》的版权作品都给予保护。中国司法实践中给予未通过中国有关部门审查的作品得到保护的案例也有不少，例如，美国的很多电影电视作品通过互联网络这一虚拟空间而广泛传播，这些作品都没有通过审查，但参与非法传播的侵权人很多都受到了法律的制裁。

美国曲解了《中华人民共和国著作权法》第4条的规定。该条规定的“依法禁止出

版、传播的作品”，实际上指的是“违禁作品”，并非是“在审查过程中而未合法进入中国市场的作品”。当然，我国《著作权法》第4条排除“违禁作品”的版权保护是否与《伯尔尼公约》符合，在学界有不同看法，有人认为“违禁作品”的版权是自然生成的，法律只能限制其版权，但不能否定其版权。

4. 未能对仅仅从事未授权复制或仅仅未授权发行著作权作品的人适用刑法程序和处罚  
美国提出磋商请求的第4个问题涉及对未授权的复制或未授权的销售著作权作品的覆盖范围。美国认为，单纯的未授权复制（即没有同时未授权发行）、或单纯的未授权发行（即没有同时未授权非法复制），不受制于刑事程序和处罚。

这是我国刑法第217条中的“复制发行”一词行文不清楚导致的。不过《2007年解释》第2条已经做了解释，即明确说明刑法第217条中的“复制发行”，包括复制、发行或者既复制又发行的行为。

### 三、结 论 建 议

打击侵犯知识产权的行为从根本上来说是符合中国政府利益的，因此中美两国之间应该将精力放在探讨更行之有效的措施，美国政府不应急于提出WTO争端解决，更不能以此为要挟。当然，美国政府在此时提出与中国WTO磋商，其用意之一是平缓来自美国国会的日益增强的压力，中国在处理此问题时应注意到美国国内政治利益的背景。

近年来，中国政府就知识产权保护的措施和效果正在加强或提高。当然由于多种因素的影响，中国侵犯知识产权的情况仍然较为严重。无论美国提出WTO争端解决与否，中国都应采取有效措施包括刑事处罚，打击侵犯知识产权的行为。因此，我们完全可以用平常心对待美国就知识产权保护和执行提出WTO争端解决。一方面，中国可以通过磋商来澄清美国方面对中国相关法律的误解；另一方面，中国也可以按照WTO争端解决的正常程序，进入专家组程序，乃至上诉机构程序。如果WTO争端解决机构做出不利于中国的裁决，中国方面也可到时候争取在合理的时间修改中国的法律。何况从本文上述分析来看，中国在本案中仍然持有一定的赢面。

（作者单位：复旦大学 上海WTO事务咨询中心）

注释：

- ① CHINA-MEASURES AFFECTING THE PROTECTION AND ENFORCEMENT OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, WT/DS362/1。
- ② CHINA-MEASURES AFFECTING TRADING RIGHTS AND DISTRIBUTION SERVICES FOR CERTAIN PUBLICATIONS AND AUDIOVISUAL ENTERTAINMENT PRODUCTS, WT/DS363/1。
- ③ 有一种观点认为，“制止”要看整个侵权情况是否下降。
- ④ 参阅 Terence P. Stewart 主编的《The GATT Uruguay Round A Negotiation History(1986-1994)》，第四卷，第541页。Kluwer 出版社，1999年版。
- ⑤ 引自原对外经贸部翻译的《乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》，法律出版社，2000年10月，第347页。
- ⑥ WT/DS125/1, May 7, 1998; WT/DS124/1, May 7, 1998。
- ⑦ Article 3: Member States shall ensure that all intentional infringements of an intellectual property right on a commercial scale, and attempting, aiding or abetting and inciting such infringements, are treated as criminal offences.