

■ 张桂红 著



法学理念 · 实践 · 创新丛书

与贸易有关的 知识产权成案研究

 中国人民大学出版社

■ 张桂红 著



法学理念 · 实践 · 创新丛书

与贸易有关的 知识产权成案研究

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

与贸易有关的知识产权成案研究 / 张桂红著.

北京: 中国人民大学出版社, 2010

(法学理念·实践·创新丛书)

ISBN 978-7-300-12157-4

I. ①与…

II. ①张…

III. ①世界贸易组织—知识产权法—案例—研究

IV. ①F743②D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 090824 号

法学理念·实践·创新丛书

北京市社会科学理论著作出版基金资助

与贸易有关的知识产权成案研究

张桂红 著

Yu Maoyi Youguan de Zhishichanquan Cheng'an Yanjiu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京联兴盛业印刷股份有限公司

规 格 170mm×228mm 16 开本

版 次 2010 年 4 月第 1 版

印 张 15.25 插页 1

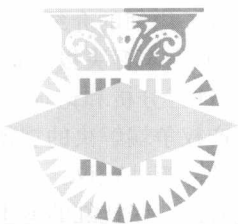
印 次 2010 年 4 月第 1 次印刷

字 数 324 000

定 价 38.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换



与贸易有关的知识产权成案研究

序

知识产权保护问题是中国加入世界贸易组织（WTO）前、谈判中和加入后备受关注的重要问题。自 2003 年以来，美国多次宣称要就中国知识产权保护不力问题启动 WTO 争端解决机制；2007 年 4 月 10 日，美国正式向 WTO 投诉中国的知识产权保护和实施措施。现在，中美知识产权争端案已经进入执行期，中国将如何执行该案专家组的裁决是美国及其他 WTO 成员方关注的焦点问题。时至 2009 年，美国 301 特别条款报告的重点观察名单上仍然将中国列在其中。从理论上说，不能排除美国和其他 WTO 成员方针对中国知识产权保护状况，再次动用 WTO 争端解决机制。因此，对 WTO 与贸易有关的知识产权争端成案进行系统研究，既具理论意义，更具实践价值。

张桂红的《与贸易有关的知识产权成案研究》是在其博士论文基础上历经两年多修改完成的。相信它的出版，不仅成为她圆满完成学业的标志，更能为关于知识产权争端解决机制的研究贡献一份力量。这部专著的出版，能够为中国应对 WTO 成员方的知识产权投诉，提供必要的理论指引；同时，对于意图全面了解 WTO 争端解决机构已经解决的知识产权成案的广大读者而言，该书也是值得推荐的。

张桂红博士以理论联系实际法、案例解析法、历史分析法和实证分析法为主要研究方法，对 WTO 争端解决机构有关知识产权成案进行了分析，并结合中国知识产权保护的现状，提出了具有针对性的建议和对策。该书根据 25 个知识产权案件的磋商请求书、专家组报告、上诉报告、仲裁报告、各当事方向专家组提交的口头和部分书面陈述报告以及和解协议等资料，对这些案件涉及的主要法律问题进行了深入的分析和论证；同时对 WTO 的前身——关税及贸易总协定（以下简称

GATT) 解决的知识产权案件进行了详细的介绍, 在回顾历史的同时, 也为 WTO 知识产权争端解决经常援引 GATT 争端解决报告提供历史根据。在本书中, 作者并未局限于对 25 个案件本身逐一进行分析和论证, 而是着力于将成案的共性问题进行归纳和总结, 从而寻找知识产权争端解决的规律, 旨在为中国在 WTO 框架内解决有关知识产权争端提出有益的对策性建议。

作为导师, 本人特别高兴地看到, 张桂红的博士论文得到论文评阅专家和答辩委员会的一致好评, 特别是郭寿康教授称其为“将 WTO 争端解决机制解决的 24 个知识产权争端成案作为一个整体研究的第一人, 填补了该研究领域的空白”^①。在写作论文时, 张桂红曾担任中南财经政法大学知识产权学院副院长兼湖北与 WTO 发展研究中心副主任, 其后又在 2006 年 3 月调往北京师范大学任教, 为该校法学院筹建国际法学教研中心。在繁重的工作之余, 作出如此研究, 其中艰辛可以想见。其后两年来, 在博士论文修改之时, 她又应出版社之邀担任国际经济法教材主编和北京市精品教材《世界贸易组织法》主编, 并翻译出版了《中国制造在美国: 中国制造商及承保人必读之美国产品责任法》一书。本人对她的业绩深感欣慰, 并期待她取得更大成就。

是为序。

吴汉东

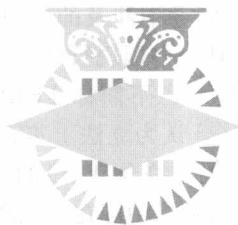
2009 年 11 月 24 日于武汉

^① 说明: 郭寿康教授评阅论文时, DS362 中美知识产权争端案尚未发生。

目 录

第一章	导论	1
	一、撰写本书的意义	1
	二、国内外研究的现状	5
	三、研究范围及方法	8
	四、研究框架	9
第二章	WTO 知识产权争端解决机制概述	10
	一、WTO 争端解决机制	11
	二、WTO 知识产权争端解决机制	26
	三、TRIPs 规定知识产权争端解决的法律意义	29
	四、WTO 知识产权争端解决机制的作用	36
	小 结	38
第三章	GATT/WTO 知识产权成案	40
	一、GATT 解决的知识产权成案概况	40
	二、WTO 知识产权成案	97
	三、对 GATT/WTO 知识产权成案的评介	130
	小 结	134
第四章	WTO 知识产权成案涉及的程序性问题及其分析	135
	一、WTO 知识产权成案涉及的程序	135
	二、WTO 知识产权成案涉及的程序问题及其分析	144
	小 结	164
第五章	WTO 知识产权成案涉及的实体问题及分析	166
	一、WTO 知识产权成案涉及的实体问题	169
	二、WTO 知识产权成案涉及的实体问题的分析	171
	小 结	182
第六章	WTO 知识产权成案其他问题分析	184
	一、WTO 知识产权成案涉及的案件类型及分析	184
	二、第三方问题及其分析	188
	三、WTO 知识产权成案结果及其分析	192

	四、WTO 知识产权成案涉及的国别及分析	194
	小 结	196
第七章	WTO 知识产权成案研究给中国的启示	198
	一、WTO 国际知识产权保护的现状	198
	二、中国知识产权保护现状	205
	三、WTO 知识产权争端解决机制对中国的启示	210
	四、WTO 知识产权成案对中国的启示	213
结 语		232
后 记		238



与贸易有关的知识产权成案研究

第一章 导论

一、撰写本书的意义

在漫长的中国“复关”和“入世”谈判中,知识产权保护问题历来都是谈判的重点,特别是在入世谈判中。^① 中国入世后,知识产权保护问题又成为衡量中国是否全面履行入世承诺和世界贸易组织(以下简称 WTO)规则和义务的一个重要标准。自 2002 年 11 月始,每年关于中国入世义务的履行的中外评价报告中都少不了对中国知识产权保护问题的述评,结论基本上都是中国确实在促进知识产权保护方面作出了努力,但效果却不明显。各成员方,特别是欧盟、美国等国家和地区都认为中国在履行 WTO 规则和义务的其他方面是基本令人满意的,但知识产权保护却存在许多不尽如人意的方面。在中国入世五周年前夕,上海 WTO 事务咨询中心与上海市国际贸易学会联合向全球近百名(96 人)WTO 资深专家进行了网上问卷调查,对中国入世五周年履行承诺的表现征求意见。该次调查活动自 2006 年 11 月 5 日起至 2006 年 12 月 5 日止,问卷发放对象是位于美洲、欧洲、大洋洲、亚洲等地熟悉中国情况的 WTO 资深专家。问卷回答采取匿名形式。根据问卷反馈的信息统计,参与该次调查的专家来自 WTO 及其他国际组织的工作人员占 57%,各 WTO 成员政府官员占 14%,各 WTO 成员的商界精英占 15%,来自 WTO 成员的专业律

^① 因 TRIPs 是乌拉圭回合的成果,所以,中国入世谈判就必须加入“复关”谈判所没有的知识产权谈判的内容,并且是重要内容,而中国的知识产权保护状况又是其他 WTO 成员方,特别是美国、欧盟等国家和地区最为不满的,所以,中国的入世谈判因知识产权保护问题而增加了难度,是人所共知的事实。

师或高级咨询机构人员占 14%。问卷中涉及的知识产权及对其回答状况的统计结果如下：在知识产权保护方面，认为中国现行的知识产权保护制度完全符合 WTO 的《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称 TRIPs）要求的占 0%，认为基本符合 WTO 的 TRIPs 要求的占 14%，认为立法上符合 WTO 的 TRIPs 要求，但问题在执法上的占 86%，认为立法上没有符合 WTO 的 TRIPs 要求，同时在执法上问题更大的占 0%，其他，占 0%。^① 可见，中国在知识产权保护问题上仍然有一段很长的路要走。各种资料显示，中国知识产权保护不力的问题已经上升为中国对外贸易关系中的非常重大的问题之一，特别是在中美贸易关系中这一问题尤为突出。美国自 2003 年开始，就准备就中国知识产权保护问题启动 WTO 的争端解决机制，并于 2006 年 12 月进入实质准备阶段。虽然当时由于种种原因，特别是因中国要求通过双边谈判解决纠纷，美国暂时中止了向 WTO 提出就中国知识产权保护不力问题的磋商请求，但美国当时已经声明，如果双边谈判不能成功解决美国所关心的问题，美国将毫不犹豫地行使其对中国启动 WTO 争端解决机制的权利。^② 果然，2007 年 4 月 10 日，美国正式向 WTO 就中国知识产权保护措施和实施措施提出了磋商请求。现在，中美知识产权争端案已经进入执行期，中国将如何执行该案专家组的裁决是美国及其他 WTO 成员方关注的焦点问题。中国目前的知识产权保护状况仍然存在不尽如人意的地方，就在 2009 年 5 月 20 日，美国“国会国际反盗版工作组”发布了《2009 年国际盗版观察名单》，指责中国、西班牙、加拿大、墨西哥和俄罗斯五国在反盗版的立法和执法方面力度不够。报告中关于中国的部分认为，2008 年中国的盗版状况没有大的改观，政府执法力度不够，纵容了网络盗版，并特别列举了“百度”的非法下载音乐和一些公司从大学图书馆非法获取科学期刊并销售获利的问题。中国计算机软件保护虽然有所改善，但盗版率仍高达 80%。报告还认为，中国在市场准入方面的限制也是导致盗版严重的原因。^③ 这个国会工作组声称，上述国家被列入是因为这些国家盗版问题严重，造成了美国相关行业数百万工人的几十亿美元的损失，而问题出在这些国家缺乏反盗版的政治意愿。^④ 2009 年美国 301 特别条款报告的重点观察名单上仍然将中国列在其中，可以看出，中国将来应对 WTO 知识产权争端解决的概率仍然很大，因此，对 WTO 的与贸易有关的知识产权争端进行系统研究既具理论意义，更具现实意义。

因此，对 WTO 知识产权成案的研究仍然具有现实意义。

截至 2008 年 11 月 5 日，关于 WTO 知识产权争端的成案只有 25 个，但这 25 个知识产权争端的解决，充分显示了 WTO 争端解决机构运用 TRIPs 第 64 条解决

① 参见龚柏华主编：《WTO 快讯》（中国人世五周年增刊），2006—12—11。

② 参见 2007 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers, http://www.ustr.gov/DocumentLibrary/Reports_Publications/2007/2007_NTE_Report/Section_Index.html, 访问日期：2007—04—01。

③ 参见 <http://wto.mofcom.gov.cn/aarticle/ddfg/waimao/200905/20090506271074.htm>。

④ 参见 <http://schiff.house.gov/antipiracycaucus/news.html>。

知识产权争端是十分成功的,所取得的成绩令人瞩目。首先,它使 TRIPs 的规定在 WTO 各成员方得到全面实施,充分保护了各成员方特别是发成员方的知识产权,当一成员方的法律、法规或措施违反 TRIPs 时,能够按照 TRIPs 有关规定,使违反方的法律和措施得到修正,并能尽快与 TRIPs 一致,达到了 TRIPs 缔约者们希望达到的预期目标。其次,它解决了许多 WTO 争端解决机制的一般问题和 WTO 知识产权争端解决的特别问题,例如,在 WTO 争端解决机制中,对《马拉喀什建立世界贸易组织协定》(以下简称《WTO 协定》)和其他相关协定的解释中,有许多需要解释的基本概念得到了进一步澄清,例如对“合法预期”、“国民待遇”、“法律或事实”、“先例”的作用和举证责任的负担等所作的诠释将会对今后相关问题的解决具有指导作用;对知识产权中的一些特别问题,如“商号”是否属于 TRIPs 的保护对象,对来自于世界知识产权组织的咨询意见不加讨论地直接应用于争端解决过程,即知识产权争端解决机制中的“法庭之友”问题,专利保护的期限与其他知识产权保护期限的界定,TRIPs 第 70 条各款之间的关系,TRIPs 各条款之间的关系等作出的解释和论证,对将来的知识产权争端解决将具有不是“先例”胜似“先例”的作用。再次,它的运作还充分暴露了《关于争端解决规则与程序的谅解》(以下简称 DSU)的规定的缺陷和不足,例如关税及贸易总协定(以下简称 GATT)^① 争端解决机制的主要缺陷之一的久拖不决的现象在 WTO 知识产权争端解决过程中再次显示出来了,例如 DS160^② 欧盟诉美国版权法第 110 节第 5 条案自 1996 年提出磋商请求起算至今已十三年多,但仍然未获得令欧盟满意的执行。因此,如果 WTO 争端解决规则不加修订和改进,这样的问题就在所难免。最后,从 WTO 知识产权争端解决机制运作的结果看,它主要是为发成员方服务的,发展中成员方如何积极运用 WTO 知识产权争端解决机制,尚待实践和研究。面对程序复杂、技术和技能要求很高的 WTO 争端解决机制,尽力减少被投诉则是包括中国在内的发展中成员方目前能采取的明智选择。

中国作为发展中成员方,又是 WTO 的新成员,对 WTO 的争端解决机制的运用还主要处于被动状态,因此,如果中国知识产权保护状况在短时间内得不到改善,中国面对 WTO 其他成员方启动知识产权争端解决机制的挑战一触即发。首先,25 个知识产权案件的争端解决过程和结果都具有很高的理论研究价值,不论是从 25 个案件的解决过程,还是从 9 个专家组报告及其附件、3 个上诉报告、相关的仲裁报告及和解协议,笔者发现,许多关于 WTO 争端解决机制的理论问题得

① 关税及贸易总协定在本书中包含两种含义:其一指多边贸易协定;其二指事实上的国际贸易组织,指组织时(在本书特别是在涉及争端解决机制时)多用 GATT 简称,但有时为叙述全面也用全称。在提及具体条款时若使用 GATT,则指多边贸易协定,相信读者可以从上下文中甄别,下文不再特别说明。

② DS 是 Dispute Settlement 的缩写,即争端解决的简称,在 DS 后的数字是案件的编号,案件编号是以 WTO 争端解决机构解决的案件按时间顺序编排的。本书介绍的案件顺序是按照 WTO 官方网站上对争端按主题分类后所作的排序,特此说明。

到了进一步澄清,例如专家组报告的法律性质或地位问题,在过去的专家组报告包括 WTO 和 GATT 专家组报告中,虽然也论及多次,但都没有像在 DS79 欧盟诉印度药品和农用化学品专利保护案的专家组报告中分析得清楚和细致;对“合法预期”的解释在 GATT 和 WTO 成案中曾有多次涉及,但都没有像 DS50 美国诉印度药品和农用化学制品专利保护案中分析得透彻,因为,它厘清了“产品合法预期”和“市场准入合法预期”的概念等;同时,25 个案件的解决也提出了许多新的理论问题,例如,对同一性质的争端,根据 DSU 第 10 条规定,可以再次提起争端解决程序,这就会造成理论上能够无数次地反复启动 WTO 争端解决机制的可能性,从而可能产生针对同一争端会作出不一致的裁决和造成国际贸易秩序混乱的问题。这个问题,第一次在 DS79 案中被提出了,但专家组认为,虽然这个问题很重要,但不属于该案专家组的职权,也不应该在该案中进行讨论,这就留下了这样的问题应该如何解决、在哪里解决的疑问;同时,DS176 欧盟诉美国 1998 年综合拨款法第 211 节案中,从 1999 年 7 月 8 日提出磋商请求到 2002 年 2 月 2 日通过上诉报告花费了将近两年半的时间,在合理的执行时间通过仲裁确定后,又对合理执行时间修改多达四次,最后确定的合理执行时间是 2005 年 6 月 30 日。直到 2010 年 4 月 9 日,美国根据 DSU 第 21 条第 6 款规定向 WTO 提交的执行状况报告中仍然只是说“美国已经向国会的众议院和参议院提出了旨在执行 DSB (WTO 争端解决机构) 建议和裁决的关于 211 节的许多立法建议供其讨论,美国行政当局将与国会一起致力于解决这一问题的适当的立法措施”,也就是说,美国迄今仍然未执行 DSB 作出的裁决和建议,这又提出了老生常谈的 WTO 争端解决机构的裁决的执行问题;DS50 案中,在上诉报告作出后,美国根据 DSU 第 21 条第 5 款规定再次提请磋商,欧盟还要求加入新的磋商,从而在 WTO 知识产权争端解决机制中第一次对已解决的纠纷再次启动争端解决机制,因此,将 WTO 争端解决机制的久拖不决的问题再次暴露了出来。此外,DS176 案在上诉中提出了“法律问题”和“事实问题”界限如何确定以及对国内法律的审查是否属于上诉范围的问题,并作出了裁决。因此,25 个案件提出的种种新老理论问题都是非常具有研究价值的。

中国的知识产权保护现状备受美国、欧盟、瑞士、加拿大和日本等国家或地区的诟病,从美国多次宣称要启动 WTO 争端解决机制以解决中国的知识产权保护不力问题,且已经付诸行动的情况分析,中国如何应对 WTO 知识产权争端解决机制早已经不是纸上谈兵了。因此,对现有 25 个成案进行系统和深入地研究,对将来 WTO 其他成员方可能投诉中国的争端的解决具有非常重要的现实意义。一方面,中国可以从中总结经验,特别是总结可为中国将来再面对知识产权争端提供借鉴的经验,例如,必要时可采取的拖延战术,如在 DS196 和 DS171 案中,阿根廷和美国之间经过长达三年九次的磋商才达成和解协议。另一方面,中国也可以从中吸取必要的教训,例如,证据不足可以导致主张或答辩失败,从中美知识产权争端的专家组报告中可以看出,美国因没有能够证明对中国的指控而未得到专家组对其所有主张的支持。该主张的权利自己不主张,或不在规定的时间内

主张,权利就得不到保护。除此以外,美国和巴西的争端解决创设了另一种模式,即争端起源于知识产权,但解决的方式可不限于知识产权领域,巴西的让步获得了美国在艾滋病防治领域的合作的承诺。因此,各自让步,并得到各自需要的对价,也不失为争端解决的明智选择,同时,这也符合 WTO 争端解决的核心精神,即 DSU 第 3 条第 4 款的规定:DSB 的建议或所作的裁决应旨在依照本谅解和适用协定项下的权利和义务,实现问题的满意解决。由此可见,对 25 个成案进行研究,也具有实际应用价值。

二、国内外研究的现状

(一) 国外相关研究文献

目前,国外对 WTO 知识产权成案的研究成果颇多,但都限于对某一个或某几个个案的研究,尚没有以 WTO 的 25 个成案外加其前身——GATT 的相关成案的研究为一体的研究成果。主要研究成果有:

1. Joel W. Rogers and Joseph P. Whitlock: Is Section 337 Consistent with the GATT and the TRIPs Agreement?, American University International Law Review, 17 Am. U. Int'l L. Rev.

该文介绍了 GATT 涉及美国关税法 337 条款的历史争端、337 条款的修改,分析论证修改后的 337 条款与 WTO 义务的一致性,特别是 337 条款与 GATT 第 3 条(4)和第 20 条的关系,以及 337 条款与 TRIPs 的一致性。涉及 TRIPs 条款:序言、第 7 条宗旨与第 8 条原则、第 3 条国民待遇、第四部分执行。作者的结论是,337 条款并未违反 TRIPs 的任何条款。

2. Laurence R. Helfer: World Music on a U. S. Stage: A Berne/TRIPs and Economic Analysis of the Fairness in Music Licensing Act, Boston University Law Review, February, 2000, 80 B. U. L. Rev.

该文是关于欧盟与美国公平音乐许可法(美国版权法第 110 条第 5 节)争议案的评析。该文分析了美国版权法第 110 条第 5 节的公共政策背景(版权合理使用里外的当事人对支付报酬的抵制)和该法产生及修改的困难。在介绍欧盟与美国以及专家组的裁决后,分析专家组判决的原因以及其未来的后果。

3. Nicole Teleck: The Role of Special 301 in the Development of International Protection of Intellectual Property Rights after the Uruguay Round, Boston University International Law Journal, 14 B. U. Int'l L. J. Spring, 1996.

该文通过分析 301 条款的运用可能在 DSB 遭到的诉讼,以及单边措施对多边体制的冲击,主张美国应在 301 条款的使用与 WTO 争端解决机制之间寻求平衡。该文还主张可以通过特别 301 确定合适的主张以提交 DSB,从而发展 TRIPs 的标准,尤其是非违法之诉。

4. Sarah E. Henry: The First International Challenge to U. S. Copyright Law:

What Does the WTO Analysis of 17 U. S. C. 110 (5) Mean to the Future of International Harmonization of Copyright Laws Under the TRIPs Agreement?, Penn State International Law Review, 20 Penn St. Int'l L. Rev. Fall, 2001.

该文作者首先分析了国际版权法协调的理论和国际版权保护组织和公约。接着,作者分析了专家组报告,并就专家组报告可能的影响作了论证。最后,作者得出结论,报告不能对成员方判断其版权保护例外是否与 TRIPs 相符提供指导。作者认为,专家组过于依赖对数据的分析无法对过渡期满后的发展中国家的合理使用提供指导。

5. Alain J. Lapter: The WTO's Dispute Resolution Mechanism: Does the United States Take It Seriously? A TRIPs Analysis. , Chicago—Kent Journal of Intellectual Property, 4 Chi. —Kent J. Intell. Prop. Spring, 2005.

该文也是分析美国 1998 年公平音乐许可法的文章。最后一部分分析了尽管美国不情愿接受裁决,但仍会履行该裁决。

6. Robert J. Pechman: Seeking Multilateral Protection for Intellectual Property: The United States “TRIPs” over Special 301, Minnesota Journal of Global Trade, 7 Minn. J. Global Trade, Winter, 1998.

该文分析了在 TRIPs 争端中,美国因采取特别 301 条款而成为原告或被告的情形。

7. Ruth Okediji: Toward an International Fair Use Doctrine, Columbia Journal of Transnational Law, 39 Colum. J. Transnat'l L. , 2000.

该文的部分内容也是关于美国 1998 年公平音乐许可法的。作者在文中认为:在国际版权法领域,合理使用原则尚未形成,但这样的原则对于在国际市场实现受著作权保护的作品的传统版权政策以及对在自由贸易体制下保护知识产权的利益产生有重要作用。

8. Sue Ann Mota: TRIPs—Five Years of Disputes at the WTO, Arizona Journal of International and Comparative Law, 17 Ariz. J. Int'l & Comp. Law, Fall, 2000.

该文对 TRIPs 生效五年来的知识产权争端作了总结:几乎所有的投诉方都胜诉。作者认为,少量的案件,特别是通过上述机构审理的只有一例很难预测未来发展趋势。

9. Myles Getlan: TRIPs and the Future of Section 301: A Comparative Study in Trade Dispute Resolution, Columbia Journal of Transnational Law, 34 Colum. J. Transnat'l L. 1995.

该文选取了几个典型的被实施特别 301 条款的国家,包括印度药品案、中国版权和专利案、泰国药品案。同样,该文也分析了将来面临特别 301 条款投诉时的处理。

10. Jo Oliver: Copyright in the WTO: The Panel Decision on the Three—Step Test, Columbia Journal of Law & the Arts, 25 Colum. J. L. & Arts, Winter, 2002.

该案分析了美国版权法第 110 条第 5 节案（公平音乐法）专家组的审理标准，即三步测试法。

11. Sue Ann Mota: TRIPs: Ten Years of Disputes at the WTO, Computer Law Review & Technology Journal, 9 Comp. L. Rev. & Tech. J. Summer, 2005.

该文分析了十年来 TRIPs 的争端案例。作者特别提到了“在上诉层面上有利于投诉方的 TRIPs 争端”，并进行了深入分析。

12. Jane C. Ginsburg: Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the “Three-Step Test” for Copyright Exceptions, Columbia University School of Law, January, 2001.

作者通过将专家组裁定所采取三步测试法与《伯尔尼公约》的权威注释者的观点作对比，得出自己的观点：专家组在“特定的特殊情形”未考虑内国公共政策是合适的；专家组在“不与作品的正常使用相冲突”和“不对作品持有者的合法权益造成不合理的损害”的分析中采用了经验、经济的分析方法，将微小影响和对实际上因没有版权或相关文化政策保护的版权的侵权作为版权例外是不合适的，应发展“规范”分析方法。

（二）中国的研究状况

中国当前从事相关 WTO 知识产权成案研究的学者主要有：张乃根教授、张汉林教授、朱榄叶教授、龚柏华教授、韩立余教授、余敏友教授、王火灿教授等，此外，一些专注于国际知识产权法研究的学者如万鄂湘教授、古祖雪教授等也对某些成案进行了一定程度的研究。纵观国内的 WTO 知识产权成案研究成果，笔者还未发现将 25 个成案进行专题性研究的著作。目前的相关 WTO 知识产权成案研究的成果，一般主要是针对个案进行研究，或是对几个代表性案件进行研究，但也主要限于对部分成案进行介绍和评析的层面。限于篇幅，并且，这些中文资料根据关键词搜索非常容易获取，本书不一一列举。

（三）文献综述

国内关于 TRIPs 争端案例的研究要滞后于国外。对比中外文献的题目、内容和时间，国内学者的研究大多建立在国外学者研究的基础上，国内关于 TRIPs 争端的独立研究尚不多见。某些案例评析的论文，尽管研究视角较为独特，但内容甚至体系与国外研究相同，却在时间上要晚于国外研究近五年。

目前国内和国际（英语国家）学界，对 TRIPs 争端案例的研究主要以个案分析和实体分析为主，较少对所有案件进行综合研究。Sue Ann Mota 分别对 TRIPs 生效五年和十年的争端案例进行了研究。该研究集中于案件结果显示，即投诉方胜诉的比例。在研究方法上，主要采取介绍案例产生、专家组报告的方法，较少评析。

在个案研究方面,显然,国际学界走在前列,往往是,当一项争端第一天在DSB被提起,第二天学者就关注该问题进展,并对双方的主张进行深入分析。美国版权法第110条第5节案(公平音乐法案)无疑是美国学者研究重点。在研究方法上,由于美国学者对相关立法(既包括国内法,也包括《伯尔尼公约》、TRIPs等)的背景比较熟悉,因此论证较有说服力。同样的情形也见于美国关税法337条款争端的论文。在具体论证时,国外作者非常注意实证的方法分析专家组报告。Jane C. Ginsburg对三步测试法的分析,列举了大量的《伯尔尼公约》的权威注释家的观点,并指出,专家组在审案时实际上也注意到这些观点。在此基础上,Jane C. Ginsburg提出自己的观点。相比之下,国内学者在论证相关问题时倾向于个人的法理推论和分析,或是未对该领域的权威观点进行综合,或是碰巧看到某一观点,就立即对该观点进行附和或是批判。在此基础上得出的结论,即便合理,也缺乏坚实的理论支撑以及作者自身的内心确信。

本书在文献的处理上,尽量避免对目前学界已经进行详细介绍的案例进行重复介绍和分析。本书有关GATT/WTO案例的介绍,采取的方法是编译,笔者希望将该案的有关争议尽可能原封不动地展现给读者,以尽量避免断章取义的现象。

三、研究范围及方法

(一) 本书的研究范围

WTO是在GATT的基础上产生和发展起来的,WTO法律制度是对GATT的法律制度的继承和发展^①,根据《WTO协定》第16条规定,除该协定或多边贸易协定项下另有规定外,WTO应以GATT1947缔约方全体^②和在GATT1947范围内设立的机构所遵循的决定、程序和惯例为指导。显然,这里的“决定、程序和惯例”是包括GATT的关于争端解决的“决定、程序和惯例”。WTO争端解决机构在解决知识产权案件时,会经常援引GATT时代的成案的推理及其裁决理由,例如DS170美国诉加拿大专利保护期案和DS114欧盟诉加拿大药品专利保护案等案件中都援引了GATT时代的美国337条款裁决中的推理依据。因此,笔者认为,研究WTO关于知识产权的成案时,首先应该对WTO的前身——GATT涉及的知识产权争端成案进行研究。因此,本书研究的范围包括:(1)对WTO的前身——GATT的争端解决成案的研究;(2)对25个WTO知识产权成案的研究。

^① 参见《WTO协定》第2条。

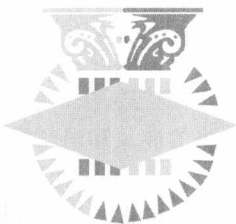
^② 由于GATT只是事实上的国际组织,因此关贸总协定下的多边行动是由“缔约方全体”共同实施,而不是由任何组织实体,如现在的DSB实施。在GATT1947中,缔约方全体是关税及贸易总协定的最高权力机关。它在GATT1947中的英文是CONTRACTING PARTIES,与缔约方是同样的词汇,它们的区别在于它每个字母都是大写的。有些学者将之翻译成缔约方大会。

（二）研究的方法

本书主要以理论联系实际法、案例解析法、历史分析法和实证分析法为主要研究方法，对 WTO 争端解决机构解决的涉及知识产权的成案进行了分析，并结合中国知识产权保护的现状，提出了具有针对性的建议和对策，具体体现在各章小结中。本书根据 25 个知识产权案件的磋商请求书、专家组报告、上诉报告、仲裁报告、各当事方向专家组提交的口头和书面陈述报告（可获得的范围内）以及和解协议等资料，对这些案件涉及的主要法律问题进行了较深入的分析和论证；同时对 WTO 的前身——GATT 解决的与知识产权有关的 3 个案件进行了较详细的介绍，目的在于回顾历史的同时，也为 WTO 知识产权争端解决经常援引 GATT 争端解决报告提供历史根据。然而，笔者并未局限于对 25 个案件本身逐一进行分析和论证，而是着力于将 25 个成案的共性问题进行归纳和总结，从而寻找知识产权争端解决的规律，旨在为中国目前和将来运用 WTO 争端解决机制解决有关知识产权争端提出有益的对策性建议。全书将实证分析方法贯彻始终，使本书的所有论点都得到现有成案的支撑。

四、研究框架

本书从 WTO 争端解决机制的一般理论着手，首先，主要根据 TRIPs 第 64 条规定和 WTO 的 DSU 的基本法律规定，在对 WTO 知识产权争端的类型、解决程序进行介绍的基础上，对 WTO 知识产权争端解决机制进行了阐述。随后，笔者将 WTO 知识产权成案分成两部分进行阐述，根据它们在后文中的作用以及本书的结构安排，详细阐述了 GATT 争端解决机构的 3 个成案、简略介绍了 WTO 争端解决机构的 25 个 WTO 知识产权成案。在本书第四、第五和第六章，分别对 25 个知识产权成案涉及的程序问题、实体问题及其他问题进行了分析和论证，特别是着重分析和论证了 25 个成案涉及的程序问题和实体问题，旨在为中国将来可能还要应对 WTO 知识产权争端解决机制提供预见性指引。第七章总结 25 个知识产权成案对中国的启示。结语部分总结了本书的不足，指出了未来努力的方向。



与贸易有关的知识产权成案研究

第二章 WTO 知识产权争端解决 机制概述

WTO 争端解决机制的成功运作,为世界贸易组织的成功运作奠定了坚实的基础。在国际贸易中,随着知识产权保护的问题越来越突出,知识产权的争端解决机制的作用就显得日益重要。就与贸易有关的知识产权争端解决而言,世界贸易组织并未建立一个特殊的争端解决机制,而是利用现存的 WTO 争端解决机制来解决有关知识产权的争端。然而,由于知识产权争端的特殊性、复杂性和高度敏感性,TRIPs 第 64 条虽然规定了关于知识产权的争端适用 WTO 的争端解决机制,但同时也规定了关于知识产权争端解决的特别规则,截至目前,WTO 知识产权争端解决机制仅限于解决“违法之诉”^①,而对于“非违法之诉”和“其他情形”之诉则必须通过 TRIPs 第 64 条规定的特别程序处理,即只能由知识产权理事会提出“非违法之诉”和“情势之诉”的范围和争端解决方法,并将其建议提交给部长级会议供批准。WTO 自成立以来,WTO 的争端解决机构已经成功解决了 25 个涉及 TRIPs 的争端。25 个知识产权争端的解决,创设了一些争端解决的特别规则,在厘清了许多关于知识产权争端解决的理论问题的同时,也对 WTO 争端解决机制特别是 DSU 的规则提出了挑战,对中国的知识产权保护状况提出了警示。因此,对 WTO 知识产权争端解决成案进行系统地梳理和研究,首先应从 WTO 争端解决机制的基本理论着手。

① 有学者将“violation”(违法之诉)翻译成“违约之诉”或“违反之诉”,主要是基于对 GATT 到底是“国家之间的合约”还是“法律”,或采取回避该问题的方法来翻译。笔者以为 WTO 和其前身 GATT 都形成了完整的法律体系,所以,将它翻译成“违法之诉”。