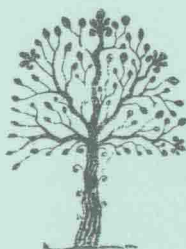




WTO框架下知识产权 争端法律问题研究

——以中美知识产权争端为视角

贺小勇 等著



华东政法大学
国际法学文库

*Legal Issues on Sino-US Disputes
on Intellectual Property
Rights under the WTO*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

WTO框架下知识产权 争端法律问题研究

——以中美知识产权争端为视角

贺小勇 等著



华东政法大学
国际法学文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

WTO 框架下知识产权争端法律问题研究:以中美知识
产权争端为视角 / 贺小勇等著. —北京:法律出版社,
2011.12

(华东政法大学国际法学文库)

ISBN 978-7-5118-2801-9

I. ①W… II. ①贺… III. ①知识产权—对比研究—
中国、美国②世界贸易组织—国际贸易—国际争端—研究
—中国、美国 IV. ①D923.404②D971.23③F743

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 234284 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/何 敏

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/11.25 字数/296千

版本/2011年12月第1版

印次/2011年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2801-9 定价:33.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书由

司法部法治建设与法学理论研究中青年课题项目（07SFB3031）资助

上海市教育委员会重点学科建设项目国际法学（J51103）资助

本作品是

高水平特色法学学科建设与人才培养工程（085工程）的阶段性成果

《华东政法大学国际法学文库》 总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸显,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定、不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上、科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程中的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁

荣的和谐世界?特别是,如何运用国际法,促进各国间的相互信任、和谐相处,并通过公平、有效的安全机制,建设一个和平、稳定的和谐世界;如何运用国际法,坚持各国主权平等,在国际关系上坚持以法治和多边主义为主,建设一个民主、公正的和谐世界;如何运用国际法,正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势,促进国际社会共同发展特别是发展中国家的发展,建设一个互利、合作的和谐世界;如何运用国际法,承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性,运用国际法主张在多样性中和谐共处,求同存异,建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求,华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究。这些专题包括:国际组织与国际体系架构;国际环境与资源保障体系;国际人权法与人道主义法;国际条约国内适用的理论与实践;WTO 争端解决机制与和谐经贸秩序;国际知识产权保护机制;国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制;国际海商法理论与实践的新发展;21 世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究;涉外民商事法律关系及其法律适用的新发展;各国涉外管辖权的理论与实践,等等。在这些专题研究的基础上,形成专著,共同组成《华东政法大学国际法学文库》。这套文库基本目标是:学术研究服务于中国融入全球化的需要;服务于中国提倡的和谐世界思想的需要;服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心的需要;服务于我国涉外司法实践的需要;服务于培养人才的教学的需要。我相信,通过他们的不懈努力,这套文库一定会达到他们的预期目标,为繁荣我国的国际法学做出一份贡献。

是为序。

最高人民法院检察长、教授、博士生导师:曹建明

2007 年 4 月 27 日

目 录

第一章 WTO 框架下知识产权保护规则概述 / 001

第一节 TRIPs 协定形成的法律背景与法律属性 / 001

- 一、知识产权保护的国内化向国际化的演变 / 002
- 二、乌拉圭回合关于知识产权谈判的起因 / 005
- 三、发达国家与发展中国家关于与贸易有关的知识产权谈判的法律争议 / 007
- 四、TRIPs 协定条文概览 / 012
- 五、正确认识 TRIPs 协定的性质 / 013

第二节 TRIPs 协定与 WIPO 的法律关系 / 017

- 一、TRIPs 协定知识产权保护基本原则对 WIPO 的继承与发展 / 018
- 二、关于版权及其邻接权的继承与发展 / 022
- 三、关于商标权保护的继承与发展 / 024
- 四、关于地理标志的保护 / 027
- 五、关于工业品外观设计权的保护 / 030
- 六、关于专利权的保护 / 031
- 七、关于集成电路布图设计(拓扑图)的专有权 / 032
- 八、关于未披露信息的保护 / 033
- 九、关于限制性竞争行为的控制 / 034

第三节 TRIPs 协定关于知识产权的执法问题 / 035

- 一、关于知识产权执法的一般原则 / 035
- 二、关于知识产权保护的民事程序 / 036
- 三、关于知识产权保护的行政程序 / 039

四、关于知识产权保护的边境措施 / 039

五、关于知识产权保护的刑事程序 / 041

第二章 WTO 争端解决机制与 TRIPs 协定争端相关的程序性问题 / 042

第一节 WTO 争端解决机制的程序性问题 / 042

一、WTO 争端解决机制的程序性问题 / 042

二、WTO 关于 TRIPs 协定有关的争端概览 / 051

第二节 DSB 有关知识产权争端的法律适用问题 / 053

一、DSB 法律适用问题的理论分歧 / 053

二、TRIPs 协定与其他国际知识产权条约的适用问题 / 055

三、司法判例的适用问题 / 059

四、其他国际法渊源的适用问题 / 065

第三节 DSB 有关知识产权争端的法律解释问题 / 068

一、DSB 解决争端的法律解释问题 / 068

二、知识产权争端的法律解释问题 / 074

第三章 中美知识产权刑事门槛争端问题 / 089

第一节 世界主要国家知识产权刑事保护制度概述 / 090

一、美国知识产权刑事保护制度的沿革和发展趋势 / 091

二、欧盟知识产权刑事保护制度 / 106

三、日本知识产权刑事保护制度 / 123

四、我国知识产权刑事保护制度 / 126

第二节 中美知识产权刑事保护争端问题的法律分析 / 129

一、中美知识产权刑事保护争端问题发展历程 / 130

二、中美知识产权执行措施案的刑事保护争端问题 / 137

三、中美知识产权刑事保护争端问题深层原因分析 / 146

第三节 我国知识产权刑事保护法律制度的完善 / 152

一、我国知识产权刑事保护法律制度概述 / 152

二、我国知识产权刑事保护法律制度的完善 / 157

第四章 中美知识产权海关措施争端问题 / 163

第一节 知识产权海关措施及我国知识产权海关保护 / 164

一、知识产权海关保护概述 / 165	
二、知识产权海关保护的历史发展 / 170	
三、我国知识产权海关保护的法律体系构建 / 174	
四、知识产权海关措施在我国知识产权保护体系中的作用 / 176	
第二节 知识产权海关保护的实体与程序问题 / 179	
一、知识产权海关保护的主体与客体问题 / 180	
二、知识产权海关保护的程序性问题 / 192	
第三节 中美关于海关对侵权货物处置的争议问题 / 201	
一、我国海关对侵权货物的处置与实践 / 201	
二、专家组对中美知识产权海关措施争端的裁决 / 203	
第五章 中美文化贸易争端的问题 / 214	
第一节 国际文化贸易的内涵与特征 / 214	
一、国际文化贸易的含义与分类 / 214	
二、国际文化贸易的特征 / 218	
第二节 中美文化作品市场准入争端的问题 / 221	
一、关于市场准入审查程序问题 / 222	
二、关于文化作品的贸易权问题 / 227	
三、关于 GATT 第 20 条例外的问题 / 233	
第三节 中美文化作品分销权争端的问题 / 236	
一、美国对中国文化作品分销权的质疑 / 237	
二、关于总发行与分销服务的关系问题 / 238	
三、关于出版物和影像制品国民待遇与市场准入的问题 / 240	
四、录音制品电子发行方式的问题 / 245	
第六章 国际知识产权保护发展趋势与完善中国相关立法的建议 / 250	
第一节 知识产权保护与发展阶段适应性问题 / 251	
一、美国知识产权保护与发展阶段适应性问题 / 251	
二、欧盟知识产权保护与发展阶段适应性问题 / 259	
三、其他国家和地区知识产权保护与发展阶段适应性问题 / 267	
第二节 国际知识产权保护发展的新趋势 / 273	

- 一、TRIPs 协定生效后 WIPO 的新发展 / 273
- 二、传统知识保护在 TRIPs 协定中的争议和谈判 / 280
- 三、TRIPs-plus 条款的新发展 / 286
- 四、美日欧发达国家知识产权保护的提高 / 296
- 五、发展中国家对 TRIPs 协定弹性条款的利用 / 300
- 第三节 完善中国知识产权保护的建议 / 311
 - 一、中国知识产权保护的理念问题 / 311
 - 二、中国商标权保护完善的建议 / 317
 - 三、中国著作权保护完善的建议 / 327
 - 四、中国专利权保护完善的建议 / 336
 - 五、中国知识产权保护的新问题 / 344
 - 六、中国执行 DSB 裁决情况 / 350

第一章 | WTO 框架下知识产权保护规则概述

进入新世纪以来,我们不仅面临经济全球化进一步深入的发展趋势,而且同时迎来了越来越深刻的全球化科学技术革命。随着现代科学技术的发展,智力成果越来越成为经济发展、社会进步的主要推动力。与智力成果保护密切相关的知识产权引起了国际社会的广泛关注,并作为乌拉圭回合谈判的新议题,最终达成了 TRIPs 协定。TRIPs 协定为国际知识产权保护确立了新的统一的国际标准和准则,不仅对国际货物贸易、技术贸易、投资与各国相关国内立法产生重大而深远的影响,而且也改变了不同国家和产业在全球化经济中的地位 and 利益。

第一节 TRIPs 协定形成的法律背景与法律属性

将知识产权保护与贸易问题相联系,并达成 TRIPs 协定,有其深刻的历史背景,乌拉圭回合将与贸易有关的知识产权列入谈判的议题,被认为是对传统多边贸易体制的重大突破。对 TRIPs 协定形成的历史背景进行研究,有利于理解 TRIPs 协定内容背后的推动力,从而有利于恰当评价 TRIPs 协定的性质。

一、知识产权保护的国内化向国际化的演变

(一) 知识产权的概念与特点

知识产权是指公民或法人对其在科学、技术、文化、艺术等领域的发明成果和作品依法享有的专有权,即人们对其通过脑力活动创造出来的智力成果依法享有的权利。知识产权本质上是一种特定主体依法专有的财产权,而且因其客体是人类在科学、技术、文化、艺术等知识形态领域所创造的精神产品这一特点而成为一种特殊的无形财产权。有的西方学者将知识产权定义为一种投放到市场即可产生经济效益的信息。^[1]

保护知识产权的目的,是鼓励人们从事发明创造,并公开发明创造的成果,从而推动整个社会的知识传播与科技进步。通过知识产权立法促进科技进步是世界上最流行的做法。这是因为,一方面知识产权的保护有利于刺激对技术研究和发展的投资。例如,一种新药从研制到上市一般需要 10 年左右时间,需要从 4000 ~ 10,000 个配方中挑选一个,平均成本为 5 亿美元,这种巨额投资如果没有相应知识产权的保护,医药公司是无法收回其投资的。^[2]另一方面,知识产权保护有利于技术的传播和扩散。例如,授予专利权的前提是应对所涉及技术进行详细的披露,如果不对该专利进行保护,技术拥有人就会对技术进行无期限的保密。尽管知识产权保护具有如此重要的积极作用,但任何一个国家都不会无限制地对各种知识的发明创造人进行保护或对取得知识产权的发明创造进行永久性的保护;原因在于知识产权保护会增加知识传播的成本,而政府希望知识以尽

[1] See K. Maskus, *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Washington DC: Institute for International Economics, 2000, p. 23.

[2] See Jacques J. Gorlin, *An Analysis of the Pharmaceutical-Related Provisions of the WTO TRIPs Agreement*, Intellectual Property Institute, 1999, p. 2.

可能低的成本向社会传播,从而提高人们的整体素质。因此,知识产权保护立法是对知识产权人私权与社会公共利益平衡的结果,具体如何平衡取决于各国经济发展水平、发展目标与国际经济贸易环境。

传统的知识产权包括专利权、商标权和版权。专利权、商标权又称工业产权,版权又称著作权。随着科学技术的进步和知识产权观念的变化,许多国家相继将计算机软件、集成电路布图设计、商业秘密和地理标志等纳入了知识产权的保护范围。

一般而言,知识产权具有以下三大典型特征:

1. 专有性。知识产权是法律赋予并加以保护的一种独占权,具有排他性,任何人未经权利人许可都不得利用,否则构成侵权。

2. 地域性。知识产权具有国内法的特征,它只在授予权利的国家或地区受到法律保护;至于其他国家是否授予这种专有权,完全按该国法律而定。除本国加入的国际条约另有规定外,任何国家都不承认他国或国际性机构所授予的知识产权。

3. 时间性。知识产权都有法定的保护期,权利随期限届满自行终止。当然,像商标权等知识产权可以在期限届满时无限地续展,但若不履行法定的手续,也可被终止或提前终止。

此外,知识产权还有其他一些特征,如无形性、双重性(即有人身权和财产权的特性)、法定性(即必须依法定条件产生)和可复制性等。^[1]

(二) 知识产权的国际保护

国际贸易之所以能为各参与方带来利益,是由于国际间自然资源的不同分布和生产成本的相对差异性造成的。然而,赋予自然资源以经济价值和使生产成本呈现相对优势的正是科学技术和新思维。科学技术和新思维是决定各国(地区)在世界市场上的优势和竞争能力的最重要因素之一。任何一项体现新技术的产品的开发研

[1] 参见王新奎:《世界贸易组织与发展中国家》,上海远东出版社1998年版,第201页。

制都要付出一定的代价,而仿造这样一件产品则相对比较容易。随着世界经济的形成与发展,对知识产权加以国际保护已成为客观需要。自 19 世纪末以来,国际间先后达成了一系列保护知识产权的协定和公约,并逐步在世界范围内形成一个国际知识产权保护体系。TRIPs 协定前有关知识产权的国际条约主要有:

1. 属于专利保护的世界性公约有:(1)1883 年《保护工业产权的巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》);(2)1925 年《保护工艺品外观设计的海牙协定》;(3)1961 年签署的《保护植物新品种公约》;(4)1970 年在华盛顿签署的《专利合作条约》;(5)1971 年《关于建立国际专利分类法条约》。

2. 属于商标权保护的世界性公约有:(1)1891 年《关于商标国际注册马德里协定》;(2)1973 年维也纳《商标注册条约》;(3)1973 年《关于商标图形国际分类的维也纳协定》;(4)1973 年《保护奥林匹克会徽的内罗毕协定》;(5)1975 年在法国尼斯签署的《供商标注册的商品和服务的国际分类协定》。

3. 属于版权的世界性公约有:(1)1886 年《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》);(2)1952 年在日内瓦签署的《世界版权公约》;(3)1961 年《保护表演者、录音制品制作者和广播组织的罗马公约》(以下简称《罗马公约》);(4)1971 年《保护录音制品制作者禁止未经许可复制唱片的日内瓦公约》;(5)1974 年的《发送卫星传输节目信号布鲁塞尔公约》;(6)1970 年的《国际电影片的注册条约》;(7)1979 年《避免对版权使用费双重征税的马德里公约》;(8)1989 年《保护半导体、集成电路知识产权的日内瓦条约》(以下简称《集成电路知识产权条约》)。

1967 年 7 月,一些国家的代表在瑞典的斯德哥尔摩签署《世界版权公约》,于 1970 年生效,同时成立了世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization, WIPO)。这个总部设在日内瓦的政府间组织于 1974 年正式成为联合国的一个专门机构。该组织的宗旨是通过国际间的合作和制定国际公约来协调各国知识产权立

法,收集和传播科技情报,建立服务部门以促进创造性智力活动的开展,为向发展中国家转让与工业有关的技术提供方便。

二、乌拉圭回合关于知识产权谈判的起因

传统上,世界知识产权组织在知识产权的国际保护中起着主导作用,而作为主管世界货物贸易的《关贸总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT),在其成立以来的近半个世纪很少涉及知识产权方面的问题。长期以来,GATT1947对知识产权问题所采取的态度是,只要缔约方政府采取的有关知识产权方面的措施不违反总协定现有规则,而且是在非歧视基础上加以适用,它就不会加以干涉[GATT1947第20条(d)项]。那么,既然世界上已经形成了一个以世界知识产权组织为中心的知识产权保护体系,为什么乌拉圭回合还要确立一套知识产权保护机制呢?这主要有以下三个方面的原因:

第一,随着科技的发展和世界产业结构的调整,技术知识在国际经济贸易中的地位迅速上升,技术和知识密集型产品以及高科技产品不仅在国际贸易中的比重不断上升,而且在国际技术贸易和国际投资领域都得到空前发展;知识产权及其保护与国际贸易之间的关系日趋紧密,发达国家在其对外贸易交往中密切关注知识产权的保护。在某些发达国家中已直接将知识产权保护与贸易甚至与对发展中国家的特惠贸易待遇挂钩。例如,美国认为世界上许多国家大量仿制其出口产品,从而极大地损害了美国的经济利益,它声称每年在知识产权方面蒙受着430亿~600亿美元的损失,受影响的领域主要为药品、化学品、电影、软件、出版物和录音制品。于是,美国在其《1988年贸易与竞争法》(Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988)中,将《1974年贸易与关税法》中的“301条款”扩大到知识产权领域,制定了所谓的专门保护美国知识产权的“特殊301条款”,授权美国贸易代表列出没有很好地保护美国知识产权的国家的“观

察名单”,并限期改正,否则就以贸易制裁相威胁。欧共体在知识产权保护方面也对发展中国家制定了类似的政策,即为了充分有效地保护知识产权,欧共体保留采取单边行动的权利。这说明,发达国家已经将知识产权保护和国际贸易问题联系在一起了。

第二,尽管世界知识产权组织在保护知识产权方面发挥着积极的作用,但其固有的缺点或弱点也是十分明显的。首先,虽然世界知识产权组织所管辖的多边国际知识产权公约十分庞大,但是其中大多数条约的签字国甚少,约束力有限;其次,这些国际公约大多都未制定行之有效的争端解决规则与机制,更没有统一的争端解决规则与机制,从而使这些公约的执行效果大打折扣;再次,对于高科技之类的知识产权缺乏规定,如对计算机程序是否要作为文学作品加以保护,《伯尔尼公约》就没有规定;此外,对于差异颇大的各国知识产权立法与政策,缺乏有效的机制加以协调与监督,例如,有些国家不授予医药、化工产品、动植物新品种专利。这种国际立法软弱、各国立法不一的知识产权保护,已经导致了一系列国际贸易冲突。这表明乌拉圭回合之前的世界知识产权国际法律体系已经不适应国际经济贸易的发展了。

第三,之所以要在乌拉圭回合而不在世界知识产权组织内讨论和制定新的知识产权公约,一方面在于知识产权与国际贸易的密切联系,发达国家认为通过关贸总协定的多边贸易谈判制定新公约是非常合适的;另一方面《巴黎公约》改革谈判的破裂加速了发达国家在乌拉圭回合中谈判知识产权的愿望。GATT 体制经过几十年的发展,规则不断完善,乌拉圭回合“一揽子”协定突破了传统货物贸易范围,扩展到服务贸易、投资等领域;更为重要的是,乌拉圭回合谈判中有一个重要的议题是争端解决机制,而国际知识产权保护领域亟须这样一个强有力的机制来解决日益增多的纠纷。此外,乌拉圭回合谈判方为数众多,前后共有 124 个国家和单独关税区进入了谈判,新的知识产权协定的参加者将非常广泛。在这样一个大框架下,知

识产权国际保护才能有效发挥作用。^[1]此外,如上文所提及,1980年到1984年,发展中国家与发达国家在知识产权保护外交会议上开始了修改《巴黎公约》的谈判,由于双方在专利的强制许可、加强知识产权保护的执法、知识产权保护中的互惠原则等问题上存在较大分歧,导致《巴黎公约》的系列修改会议无果而终。这种结果使得发达国家改变策略,开始更多地运用贸易保护措施和双边协定,并寻求通过GATT推进其在全球建立统一的知识产权保护标准的计划。

三、发达国家与发展中国家关于与贸易有关的知识产权谈判的法律争议

(一)发达国家与发展中国家在国际知识产权保护方面的不同需求

概括而言,对于是否要保护知识产权,发展中国家与发达国家并无本质差别。知识产权制度应当体现对知识产权的保护与维护公共利益的平衡,争议之处在于平衡点的选择。在知识产权保护的立法和政策制定方面,发达国家和发展中国家往往存在分歧,前者更多强调对知识产权的保护,而后者更注重知识的传播和利用。这是因为,发展中国家意识到:过高的知识产权保护标准对其技术进步和经济发展可能产生负面影响。先进技术主要掌握在发达国家的知识产权人手中,如对外国知识产权人提供保护后,却难以得到相应的回报,如技术转让、技术培训和投资等。以医药专利为例,有调查表明:在发展中国家,85%~90%的专利为跨国公司享有,其中只有5%~10%的专利产品能在本地实施,其余则通过进口垄断权给权利人带来高额利润。^[2]

[1] 参见薛荣久:《世贸组织与中国大经贸发展》,对外经济贸易出版社1997年版,第204页。

[2] See Anil Agarwall, *Drugs and the Third World*, London: Earthscan, 1978, p. 21.