

国家社科基金项目“《TRIPS协定》执行程序
刑事部分研究”阶段性成果



北京师范大学刑事法律科学研究院
京 师 刑 事 法 文 库 (69)

刘 科◎著

《与贸易有关的知识产权协定》 刑事措施义务研究

STUDIES ON RESPONSIBILITY FOR CRIMINAL MEASURES OF TRIPS AGREEMENT / STUDIES ON RESPONSIBILITY FOR CRIMINAL MEASURES OF TRIPS AGREEMENT / STUDIES ON RESPONSIBILITY FOR CRIMINAL MEASURES OF TRIPS AGREEMENT /

RESPONSIBILITY FOR CRIMINAL MEASURES OF TRIPS AGREEMENT / STUDIES ON RESPONSIBILITY FOR CRIMINAL MEASURES OF TRIPS AGREEMENT / STUDIES ON RESPONSIBILITY FOR CRIMINAL MEASURES OF TRIPS AGREEMENT /



中国人民公安大学出版社



◎ 京师刑事法文库 (69)

国家社科基金项目“《TRIPS 协定》执行程序刑事部分研究”阶段性成果

《与贸易有关的知识产权 协定》 刑事措施义务研究

Studies on Responsibility for Criminal
Measures of TRIPS Agreement

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

《与贸易有关的知识产权协定》刑事措施义务研究/刘科著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 3

(京师刑事法文库 / 赵秉志主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0379 - 1

I. ①与… II. ①刘… III. ①世界贸易组织—知识产权法—贸易协定—刑事责任—研究 IV. ①D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 043986 号

京师刑事法文库

《与贸易有关的知识产权协定》刑事措施义务研究

刘 科 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2011 年 3 月第 1 版

印 次: 2011 年 3 月第 1 次

印 张: 16.625

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 461 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0379 - 1

定 价: 45.00 元

网 址: www.cpsup.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cpsup.com zbs@cpsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

法律图书分社电话: 010 - 83905745

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

北京师范大学刑事法律科学研究院 京师刑事法文库

总 序

现代化的国家是法治国家。现代文明进步的社会是法治社会。我国依法治国、建设社会主义法治国家之基本治国方略的确立及其贯彻，对社会的发展进步至关重要。而现代刑事法治则在现代化法治国家中扮演着非常重要的角色。改革开放以来，我国的刑事法治已经取得了长足的进步。但是，在新世纪建设社会主义法治国家的进程中，无论是刑事法学理论还是刑事法治实践，都仍需要进一步发展与完善，以更为充分地发挥其应有的作用。

北京师范大学刑事法律科学研究院于2005年8月建立，系专门从事刑事法学研究，中国刑事法学领域首家且目前唯一的、独立的实体性综合性学术研究机构。研究院以一批中青年专家学者为中坚，并聘请了包括老一辈著名刑法学家、中央政法机关专家型领导以及重要国际组织领导人在内的国内外知名刑事法专家、学者担任特聘顾问教授、专家委员会委员、兼职教授（研究员）。研究院的设立，旨在建设全国领先并与国际知名刑事法学机构看齐的新型刑

事法学术机构，本着刑事法学一体化的精神，逐步全面发展中外刑法学、国际刑法学、区际刑法学、刑事政策学、犯罪学、刑事执行法学、中外刑事诉讼法学、刑事证据学、刑事司法制度等刑事法的诸多学术领域，培养高级刑事法学专门人才，为中国法学研究和高层次人才培养进行新的探索，力争为中国依法治国、建设社会主义法治国家的伟大事业在刑事法学领域作出更大的贡献。

为达此目标，研究院成立伊始即创办“京师刑事法文库”。研究院的主要成员在中国人民大学刑事法律科学研究中心工作时，亦曾设立“刑事法律科学文库”与“国际刑法研究所文库”，并已颇具规模。为获得更为广阔的学术发展空间与学术交流平台，数位专家学者首批加入北京师范大学创立了全国首家实体性的刑事法律科学研究院。学术事业是薪火相传、继承发展的事业，为使刑事法学术事业得到进一步传承和发扬，北京师范大学刑事法律科学研究院遂在我们设立的原“刑事法律科学文库”与“国际刑法研究所文库”的基础上，重新创办两个系列著作项目，并定名为“京师刑事法文库”和“京师国际刑事法文库”。两个文库是分工不同、相辅相成的姊妹项目，前者以国内刑事法著作为范围，后者以国际刑事法著作为范围。两个文库以百年名校北京师范大学深厚的学术积淀、悠久的历史传统和浓郁的文化氛围为依托，凭借北京师范大学坚实宽广的人文社会科学和自然科学的综合实力，并广泛争取和吸纳中外刑事法学界的支持与帮助。“京师刑事法文库”的出版领域主要包括国内刑事法律与刑事法学方面（包括刑法、犯罪学、刑事执行法学、刑事诉讼法学、刑事侦查、刑事物证技术等领域）的有新意、有深度、有分量的著作与译作，也会涉及我国港澳台地区刑事法暨中国区际刑事法等领域的科研成果，可以是专题研究、综合研究，也可以是论文集、有价值的文献资料等形式。同时，为积极关注刑事法治领域的重大现实问题，“京师刑事法文库”还将相关专题的著作予以集中，设立若干系列，并聘请著名刑事法学专家担任总主编。文库的作者以研究院专职、兼职研究人员为主，并

向其他专家、学者开放。

我们希望通过文库的形式能逐步积累学术成果，繁荣、深化和开拓刑事法领域的学术研究，促进国内外刑事法学界的交流与合作，不断提高我国刑事法理论与实践水平，进而有力地促进国家现代法治之昌盛和社会的文明进步。

北京师范大学刑事法律科学研究院

院长 赵秉志 教授

谨识于乙酉年初秋

College for Criminal Law Science of Beijing Normal University

Criminal Law Library of BNU

Preface

A modern country and a modern civilization should be governed by law. The establishment and actualization of the principal guideline of rule by law is crucial for our society to make progress in the efforts of constructing socialism under rule of law. Modern criminal law, playing a very important part in the development of modern society under rule of law, has achieved great progress since 1978 when the reform and opening-up policy was carried out. Whereas, further development and reform for both theory and judicial practice of criminal law are required in the process of building socialist legal democracy, so as to bring it into full play.

The College for Criminal Jurisprudence Studies of Beijing Normal University, founded in August of 2005, is the first and, at present, the only academic research organ in China specializing in criminal jurisprudence that is independent and comprehensive entity. The College is staffed with a group

of famous young and middle-aged criminologists as academic nucleus and a group of criminologists and scholars known home and abroad as specially invited consultative professors, member of experts committee, guest research fellows (professors), including those senior professors, leaders with judicial expertise from the central procuratorial, judicial and public security departments and leaders of some important international academic organizations. The college, aiming at turning into a new national leading academic body which can keep pace with international prestigious organs of criminal jurisprudence, is gradually extending its research fields covering Chinese and foreign criminal jurisprudence, international criminal law, trans-regional criminal law, criminal policy science, criminology, criminal executive law, Chinese and foreign criminal procedure law, criminal evidence law, criminal judicatory and so on following the spirit of integrated criminal science. Meanwhile, the College trains high-level criminal jurisprudence professionals and makes new exploration into research of jurisprudence and cultivation of high-level professional in China. We are trying our best to make a greater contribution in the field of criminal law science to the great cause of building our socialism under rule of law.

Cherishing this hope, the College initiated the *Criminal Law Library of BNU* as soon as it is founded, with the working experience of *Criminal Jurisprudence Library of Renmin University of China (RUC)* and *International Criminal Jurisprudence Library of RUC* which had been established in the Criminal Jurisprudence Research Center of RUC and in a rather large scale before the main staff's transfer to the College. In order to obtain a broader space for academic research, we six scholars transferred from RUC to BNU and founded this first and the only one independent academic entity in our country—College for Criminal Law Science of BNU. Learning is a continuous business, so the College re-establishes

two book-series programs named "*Criminal Law Library of BNU*" and "*International Criminal Law Library of BNU*" based upon the former two libraries so as to further develop our academic cause. The two sisterly programs undertake different missions and supplement each other. The domain of the former focuses on domestic criminal jurisprudence literatures and the latter on international criminal jurisprudence literatures. Depending upon the profound academic deposit, centuries-old historical traditions and full-bodied cultural atmosphere of the prestigious Beijing Normal University and with BNU's comprehensive and powerful integrative strength in both fields of humanity social science and nature science, the two libraries will attract and accept the contributions from the field of criminal jurisprudence home and abroad. The publications of *Criminal Law Library of BNU* cover the creative and profound works and translations on domestic and foreign criminal jurisprudence (criminal law, criminology, criminal execution law, criminal procedure law, criminal investigation and criminal evidence etc.) and those academic and research fruits in the field of extroversive criminal law (including international criminal law, comparative criminal law, foreign criminal law and criminal laws of Hong Kong, Macao and Taiwan). The publications may be of either special topics or general topics or translations of foreign literatures and codifications. Meanwhile, in order to attract active concerns with important realistic issues, publications on the related topics will be collected and affiliated to *Criminal Law Library of BNU* as new book-series with famous criminal jurisprudence specialists as their chief editor. The authorships of *Criminal Law Library of BNU* are mainly entitled to full-time and guest research fellows besides other experts and scholars engaged in criminal jurisprudence.

Through these programs of libraries, we seek to help to accumulate academic fruits, to exploit and deepen and thrive the academic research-

ches on criminal jurisprudence, to facilitate exchanges and co-operations between domestic and foreign colleagues engaged in criminal jurisprudence and to gradually improve our theoretical and practical expertise of criminal law so as to accelerate the prosperity of our country under rule of law and the progress of social civilization.

Prof. Zhao Bingzhi

Dean of College for Criminal Law Science

Beijing Normal University

Autumn of 2005

序

赵秉志*

《TRIPS 协定》虽名为《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights), 但就其规范内容来说, 已远远超出了贸易领域的知识产权保护问题, 而成为一个涵盖知识产权保护所有领域的国际条约。而且, 为保证包括《TRIPS 协定》在内的所有 WTO 附属协定在成员方内的履行, WTO 还设立了专门的争端解决机构 (DSB), 从而使《TRIPS 协定》成为当代国际社会知识产权保护领域水平最高、执行力最强的国际条约。尽管如此, 由于发达国家与发展中国家在知识产权保护问题上存在着根本的利益冲突, 而《TRIPS 协定》的规范内容对成员方的影响又十分巨大, 为有助于搁置分歧、达成协议, 《TRIPS 协定》具体的条文设计仍不免原则与笼统。就刑事程序而言, 无论是《TRIPS 协定》引言中提到的“有效、适当”地保护知识产权的总义务, 还是其第 61 条中规定的“商业规模”、“足够起威慑作用”等, 内涵都不是很明晰, 从而存在着较大的解释空间, 当然, 这也为各成员是否善意履行了条约义务的争端埋下了隐患。

发端于 2007 年的“中国知识产权保护和执行特定措施”案,

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、长江学者特聘教授、法学博士、博士生导师, 中国法学会刑法研究会会长, 国际刑法学协会副主席暨中国分会常务副主席。

尽管以中国在刑事执行程序问题上的胜诉而告终，但是围绕着《TRIPS 协定》刑事措施义务的善意履行所引起的争议并未结束，其他成员有可能针对中国知识产权刑法保护问题再次启动 WTO 争端解决机制。同时，与争端各方过去一直依靠在经济上“展示肌肉”、动辄以贸易报复相威胁的斗争方式相比，是次争端转向以 WTO 规则为导向的具有司法程序性质的多边争端解决机制，这对于中国处理好以后的国际知识产权争端无疑具有更为积极的借鉴意义。因此，积极开展《TRIPS 协定》刑事措施义务的研究，对其模糊的术语加以精确的解释，对其未来的发展方向进行准确的预判，在对各主要成员履行条约义务情况系统评估的基础上提出中国应对国际知识产权争端的策略与措施，既具有积极的理论意义，又是应对国际知识产权争端的现实需要。

我国加入世界贸易组织以来，尽管研究《TRIPS 协定》的著述众多，但是如此系统地对《TRIPS 协定》的刑事执行程序进行研究，据我所知，本书还是第一部。在我看来，本书具有以下特点：

第一，追求创新。创新是学术研究的生命力所在。科学研究的意义在于能够提出新思想、新观点，从而接受实践的检验。同时，创新也是作者科研水平和能力的主要表现。本书较好地做到了这一点，无论是在选题上，还是研究角度以及观点上，都有诸多创新之处。例如，在《TRIPS 协定》第 61 条规定的“刑罚措施”问题上，作者提出了判断“刑罚措施”上限与下限的具体标准，从而使“足够起威慑作用”、“符合适用于相应严重罪行的惩罚标准为限”有了比较清晰的判断依据。此外，在中国是否善意履行了《TRIPS 协定》刑事措施的义务问题上，提出结合《TRIPS 协定》成立的目的、关注的价值取向以及我国当代公共政策目标来衡量的观点，《TRIPS 协定》重视立法更重视司法的观点，都是颇具创新

价值的观点，对于指导中国知识产权法律保护的完善将大有裨益。

第二，论证严密。全面考察、辩证分析是辩证唯物主义认识和观察世界的基本方法。无论是研究体系，还是逻辑关系，本书都做到了从基础到本体，从抽象到具体，从立法到司法层层推进、环环相扣，从而构建了比较完整的理论体系。就全书而言，作者在概要介述《TRIPS 协定》以后，紧接着就对《TRIPS 协定》刑事措施义务涉及的重要术语进行了科学的阐释，进而以该义务规范为基础，对各主要成员国家和地区履行条约义务情况进行系统梳理。通过总结各主要成员履行条约义务的经验与教训，作者对中国履行义务情况进行了评估，并提出相应的完善措施。最后，作者重点论述中美知识产权争端问题，从中提炼出双方争议的焦点问题及其实质，并对未来可能爆发的国际知识产权冲突提出相应的应对策略与措施。在具体章节里面，也都可以看到这种层层推进、环环相扣的论证方式。

第三，形式规范。本书无论是在标题还是在语言文字的运用上，都做到了语言畅通、表述得当、言简意赅，绝不拖泥带水，显示了作者具有良好的文字功底。尤其值得一提的是，本书在引用文献方面非常规范，凡是引用别人的观点，都注明出处，以有据可查，既不凭空杜撰，也不剽窃别人观点，显示作者具有严谨的科研作风。

本书作者刘科博士自加入北师大刑事法律科学研究院以来，在其原有相关研究的基础上，一直对知识产权刑法保护问题保持着强烈的兴趣，先后发表了一批颇有价值的著述。在其丰富的前期研究成果的基础上，刘科博士获得国家社科基金委的批准，主持“《TRIPS 协定》刑事执行程序研究”项目。本部专著即是该项目的成果之一。作为他昔日的老师与今日的同事，我由衷地为他感到

高兴。当然，作为一部探讨前沿性问题的著作，作者的研究难免有一些不足，某些研究结论也有值得商榷之处。尽管如此，瑕不掩瑜，我仍然非常愿意将这部著作推荐给各位学界同仁，以引起学界关于《TRIPS 协定》以及知识产权刑法保护问题的持续关注与深入研究，为我国建设创新型国家的伟大实践贡献力量。

是为序。

2011 年 1 月 18 日

于北京师范大学刑事法律科学研究院

自序

根据《马拉喀什建立世界贸易组织协定》第16条第4款的规定,^①如何保证包括《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称《TRIPS协定》)刑事措施在内的所有世界贸易组织(以下简称WTO)附属协定规范在成员方内的履行,不仅仅是代表其意志与利益的发达国家成员所必须面对的一个实际问题,而且也是包括中国在内的“被代表”意志与利益的发展中国家成员所必须认真研究和解决的重要问题。加入WTO以来,中国不断修改立法,强化执法与司法,知识产权保护取得了巨大的进步。然而,以美国为首的西方发达国家仍不满意,频频对中国施加压力,美国还于2007年把中国诉至世界贸易组织争端解决机构,以至于如何保护知识产权成为中国与发达国家之间经常争执的一个焦点问题。

发端于2007年的“中国知识产权保护和执行特定措施”案,尽管在中外引起了轩然大波,吸引了众多的舆论关注,但是,考察WTO成立以来的国际知识产权争端案就可以发现,虽然就其解决的案件性质、争诉双方的身份而言,“中国知识产权保护和执行特定措施”案确实较为敏感,但其仍不过是WTO成立以来解决的近30个知识产权争端案件中的一个普通案件。正确解决该案,仍需要借助于国际条约的解释规则,遵循国际知识产权争端解决机制的解决程序。而要通过WTO争端解决机制解决冲突,首先需要搞清楚《TRIPS协定》刑事措施义务的规范内容以及争端解决机制的具

^① 该规定为“每一成员应保证其各项法律、规则和行政程序,与所附各协定中规定的义务相一致”。

体程序。

《TRIPS 协定》刑事措施义务的规范内容虽仅见于《TRIPS 协定》“引言”部分和第三部分第 41 条、第 61 条等相关条款，但作为国际条约的有机组成部分，依照国际条约的解释原理和实践，对其进行科学解释，仍离不开对整个《TRIPS 协定》成立背景及该条约其他相关条文，尤其是宗旨、目的、基本原则等规范架构的系统把握。基于此，在深入研究《TRIPS 协定》刑事措施义务以前，需要首先对其涉及的《TRIPS 协定》中的若干基本问题进行概括性探讨。这构成了本书第一章的重要内容。

对《TRIPS 协定》进行概括性介绍之后，笔者接着对《TRIPS 协定》刑事措施义务规范内容及其沿革、发展方向及其影响因素进行了深入分析。考虑到国际利益格局的调整不但会影响《TRIPS 协定》的制定，也会影响到其未来的走向；国际范围内加强知识产权刑事保护的呼声不是越来越低，而是越来越高，因此对《TRIPS 协定》刑事措施义务内容进行修订，提高保护标准，明确其操作细节，将是其下一步的发展方向。这对我国的启示就是，要做国际规则的制定者与积极参与者，而不是消极的义务遵守者。

《TRIPS 协定》刑事措施义务虽然涉及的条款并不多，但无论是其引言中提到的“有效、适当”地保护知识产权的总义务，还是其第 61 条中规定的“商业规模”、“足够起威慑作用”等，内涵都不是很明晰，从而存在着较大的解释空间，也为各成员是否善意履行了条约义务的争端留下了隐患。因此，对《TRIPS 协定》刑事措施义务中重要术语的解释权、解释规则等进行系统研究，为其厘定一个较为清晰的内涵，使其成为各成员是否善意履行《TRIPS 协定》的较为明确的标准，可以有效地化解各成员之间的分歧，减少国际经济贸易中的争端，从而更好地实现国际范围内的知识产权保护。因此，本部分构成本书第二章的主要内容。

《TRIPS 协定》规范既然属于国际法，则其在成员方内的适用问题，原则上需遵循国际法在国内适用的基本原则。然而，与传统

上的国际法规范不同的是,《TRIPS 协定》规范体系更为严密细致,其内容并不限于抽象性与原则性的规范,而是规定了大量的具体的国际法义务,从而与国内法重叠的部分相应增加。这就出现了一个问题,在《TRIPS 协定》规范与国内法规范对某一具体问题都有规定时,如何解决二者的冲突问题。换言之,成员方如何处理《TRIPS 协定》义务与国内法关系的问题将面临一定的挑战,值得深入研究。此外,作为迄今为止国际知识产权保护领域保护水平最高、措施最为严密的《TRIPS 协定》,其规定的刑事措施义务是否在各成员方内得到了有效、适当的履行,各有代表性的成员方在履行该义务时都采取了哪些措施,对于《TRIPS 协定》刑事措施义务的发展与完善都具有积极的意义,因而也是第三章研究的重点。通过研究,本章得出以下结论:在执行方式上,美国、欧洲共同体、中国等大部分成员都选择了间接履行的方式,以增强对外协商的能力,有效维护国家利益;从现有的立法规定看,成员方知识产权立法一般都高于《TRIPS 协定》刑事措施义务的最低标准,原因很简单,“纸面上的法”最好达成;在执法与司法上,发达国家普遍比较严厉,符合“有效、适当”的保护标准,而发展中国家则普遍“三心二意”,保护措施不得力,效果也不理想。

考察了有代表性的成员方履行《TRIPS 协定》的立法与司法之后,接着对中国履行《TRIPS 协定》刑事措施义务的情况进行研究。笔者认为,无论是适用方式,还是刑事立法,我国都已符合《TRIPS 协定》规定的最低要求。但是,就知识产权行政执法与刑事司法来讲,我国做得还很不够,很难说已达到了《TRIPS 协定》规定的最低要求。而且,无论是结合《TRIPS 协定》成立的目的及关注的价值取向来看,还是基于创新型国家建设这一我国当代最重要的公共政策目标之一来衡量,我国知识产权刑法保护都有进一步完善的空间:其一,就知识产权刑事立法而言,虽然我国自 1997 年刑法典中设立专节规定侵犯知识产权罪以来,初步建立起了比较完善的知识产权刑法保护体系,但无论是立法模式、罪名体系,还