

中国 – 关于影响知识产权保护与执法的措施

美国提出之磋商请求

下列信息由美国使团于 2007 年 4 月 10 日送达中国使团及争端解决机构主席，现依照《关于争端解决规则与程序的谅解》第 4 条第 4 款之规定予以分发。

我国政府依照《关于争端解决规则与程序的谅解》（简称“DSU”）第 1 条、第 4 条以及《与贸易有关的知识产权协定》（简称“TRIPS 协定”）第 64 条（鉴于其对应于《1994 年关税与贸易总协定》第 22 条）的有关规定，就中国涉及知识产权保护和执法的若干措施，指示我向中华人民共和国政府（简称“中国”）提起磋商请求。

一、提起刑事诉讼及实施刑事处罚的门槛要求

美国请求磋商的首要事项，涉及对若干假冒商标和盗版侵权行为提起刑事诉讼及实施刑事处罚要求达到的门槛。在此，所争议的相关措施包括：

- (1) 《中华人民共和国刑法》（1979 年 7 月 1 日第五届全国人民代表大会第二次会议通过，1997 年 3 月 14 日第八届全国人民代表大会第五次会议修订）（简称“刑法”），尤其第 213 条、第 214 条、第 215 条、第 217 条、第 218 条和第 220 条；及
- (2) 法院和检察院在全国范围内实施的措施，包括《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》（2004 年 11 月 2 日最高人民法院审判委员会第 1331 次会议、2004 年 11 月 11 日最高人民检察院第十届检察委员会第 28 次会议通过，自 2004 年 12 月 22 日起施行）（简称“2004 年 12 月司法解释”），以及《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（二）》（2007 年 4 月 4 日由最高人民法院审判委员会第 1422 次会议、最高人民检察院第十届检察委员会第 75 次会议通过，自 2007 年 4 月 5 日起施行）（简称“2007 年 4 月司法解释”）。

以及任何对上述措施的修正、与之相关的其他措施、¹或上述措施的具体执行措施。

¹ 这些措施包括、但不限于《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，法释〔1998〕30 号（1998 年 12 月 11 日最高人民法院审判委员会第 1032 次会议通过，自 1998 年 12 月 23 日起施行。），以及最高人民检察院、公安部联合发布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》（2001 年 4 月 18 日）。

UNOFFICIAL TRANSLATION

“刑法”第 213 条、第 214 条和第 215 条规定可对若干假冒商标行为提起刑事诉讼并实施刑事处罚。但依照第 213 条，这些刑事责任只在“情节严重”或“情节特别严重”时才予追究。依照第 214 条，这些刑事责任只在“销售[假冒注册商标的商品]金额数额较大”或“销售金额数额巨大”的情形下才可予追究。而依照第 215 条，这些刑事责任也只在“情节严重”或“情节特别严重”时才予追究。

“刑法”第 217 条和第 218 条规定可对若干盗版侵权行为提起刑事诉讼并实施刑事处罚。但依照第 217 条，这些刑事责任只在“违法所得数额较大或者有其他严重情节”或“违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节”时才予追究。而依照第 218 条，这些刑事责任也只在“违法所得数额巨大”的情形下才予追究。

“刑法”第 220 条规定了由相对于自然人的单位主体实施刑法第 213 条至第 219 条规定之罪所应追究的刑事责任及实施的刑事处罚。

对上述条款所用“严重”、“特别严重”、“较大”以及“巨大”等措辞，刑法本身并无澄清，而由“2004 年 12 月司法解释”和“2007 年 4 月司法解释”依据“非法经营数额”（就制造、储存、运输及销售的产品价值而言）、“非法所得”（就利润而言）和“非法复制品”数量等作出界定。

而以“非法经营数额”作为追诉标准时，按“2004 年 12 月司法解释”第 12 条的规定，侵权产品价值通常按“实际销售的价格”、“标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格”来计算。也就是说，“非法经营数额”取决于侵权产品的价格而非对应的合法产品的价格。侵权产品的标价或实际价格越低，侵权者在达到“非法经营数额”的起刑标准（进而被追究刑事责任）之前可销售或提供的侵权产品则越多。

美国认识到，按中国刑法的规定，发生于中国的假冒商标和盗版侵权行为，若已具有商业规模但尚未达到上述门槛要求，则不予追究制裁。因门槛要求的存在而对具有商业规模的假冒商标和盗版侵权行为不予追究刑事责任，这显然不符合中国在“TRIPS 协定”第 41 条第 1 款和第 61 条规定下所应承担的义务。

二、海关对没收的侵犯知识产权货物的处理

美国请求磋商的事项之二，涉及中国海关没收的侵犯知识产权货物，尤其是对这类货物消除侵权特征后的处理问题。

在此，所争议的相关措施包括：

- (1) 《中华人民共和国知识产权海关保护条例》（2003 年 11 月 26 日国务院第 30 次常务会议通过，2003 年 12 月 2 日国务院令 395 号公布，自 2004 年 3 月 1 日起施行）（简称“海关知识产权条例”），特别是第四章的规定，以及
- (2) 《中华人民共和国海关关于〈中华人民共和国知识产权海关保护条例〉的实施办法》（2004 年 4 月 22 日海关总署署务会议通过，2004 年 5 月 25 日海关总署令 114 号公布，自 2004 年 7 月 1 日起施行）（简称“海关知识产权实施办法”），特别是第五章的规定；

UNOFFICIAL TRANSLATION

以及任何对上述措施的修正、与之相关的其他措施、²或上述措施的具体执行措施。

美国特别认识到，“海关知识产权条例”第 27 条和“海关知识产权实施办法”第 30 条规定海关按一定先后次序处理没收的侵犯知识产权货物。该次序通常要求海关优先采用便利侵权货物进入商业流通渠道的处理方式（如将货物消除侵权特征后进行拍卖）。只在货物的侵权特征无法消除时才予以销毁。这一要求使侵权货物得以放行进入商业流通渠道，显然不符合中国在“TRIPS 协定”第 46 条和第 59 条规定下所应承担的义务。

三、否定尚未获准在中国境内出版或传播的作品的著作权、相邻权及其权利保护

美国请求磋商的事项之三，涉及尚未获准在中国境内出版或传播的原创作品、录音制品和表演，鉴于其著作权、相邻权及其保护遭到否定。例如，作品在进入中国市场前要求进行内容审查的（或在出版、传播前要求进行其他形式的事前审查的），在审查完成并获准于中国境内出版或传播前，显然不受著作权保护。

在此，所争议的相关措施包括：

- (1) 《著作权法》，³尤其第 4 条；
- (2) 《刑法》，《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》以及《电信管理条例》；⁴
- (3) 《音像制品管理条例》；⁵
- (4) 《出版管理条例》；⁶
- (5) 《电子出版物管理规定》；⁷
- (6) 《音像制品进口管理办法》；⁸
- (7) 《出版境外著作权人授权的电子出版物审批》；⁹

² 这些措施包括、但不限于《中华人民共和国行政处罚法》（1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议通过，1996年3月17日中华人民共和国主席令第 63 号公布，自 1996 年 10 月 1 日起施行），特别是其第 53 条的规定。

³ 1990 年 9 月 7 日第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过，根据 2001 年 10 月 27 日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》修正。见，《根据[与贸易相关的知识产权]协定第 61 条第 3 款规定通报的主要知识产权专项法律法规：中国》，IP/N/1/CHN/C/1，于 2002 年 7 月 8 日分发。

⁴ 对此，中国在回答以下文件的相关提问中有提及：《立法审查：中国》，IP/Q/CHN/1，于 2002 年 12 月 10 日分发，第 V.A.3 节。

⁵ 国务院令第 341 号，2001 年 12 月 12 日国务院第 50 次常务会议通过，2001 年 12 月 25 日公布。

⁶ 国务院令第 343 号，2001 年 12 月 12 日国务院第 50 次常务会议通过，2001 年 12 月 25 日公布。

⁷ 新闻出版署令第 11 号（1997 年 12 月 30 日）。

⁸ 文化部、海关总署令第 23 号（2002 年 4 月 17 日）。

UNOFFICIAL TRANSLATION

- (8) 《电子出版物进口单位进口电子出版物制成品审批》；¹⁰
- (9) 《进口出版物备案》；¹¹
- (10) 《互联网文化管理暂行规定》；¹² 以及
- (11) 《关于网络音乐发展和管理的若干意见》；¹³

以及任何对上述措施的修正、与之相关的其他措施、或上述措施的具体执行措施。

按照《保护文学和艺术作品伯尔尼公约(1971年)》(简称“伯尔尼公约”)第5条第1款的规定,保护范围内的作品的作者为外国人的,应享有与中国国内作者同等的权利,并同时享有“伯尔尼公约”特别规定的一切权利。¹⁴这些权利的取得无须经过任何程序(“伯尔尼公约”第5条第2款)。而根据“TRIPS 协定”第9条第1款的规定,所有 WTO 成员(且不限于此)均应遵守“伯尔尼公约”第1条至第21条的规定。¹⁵

中国的《著作权法》为保护中外作品在中国的著作权提供了法律依据,包括为中外作者设定了一系列权利(如复制权、翻译权和改编权等)。同时,《著作权法》也针对表演者、录音制作者和广播机构特别制定了保护性条款。然而,正如《著作权法》第4条第1款所称:“依法禁止出版、传播的作品,不受本法保护”。于是,尚未获准在中国境内出版或传播(故而被禁止出版或传播)的作品,显然享受不到“伯尔尼公约”特别规定的最低限度著作权保护(并且,如该作品未经许可、或其按照提交审查的表现形式进行的出版、传播未经许可,则永无可能享受这些权利保护)。此外,当作品的出版或传播以事前审查为前提时,其作者能否享有相关权利取决于该作品能否成功通过审查。这显然不符合中国在“TRIPS 协定”第9条第1款规定下应承担的义务。

同时,按“TRIPS 协定”第14条的要求,中国应赋予表演者(不限于此)制止若干行为的权利,赋予录音制作者许可或禁止其录音制品被直接或间接复制的权利(统称“相邻权”)。而《著作权法》也否定了表演者或录音制作者在其表演或录音制品的出版或传播获准前(即被禁止期间)享有这些权利,故显然不符合中国在“TRIPS 协定”第14条规定下应承担的义务。

⁹ 新闻出版总署(2005年12月27日)(设立依据:《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》[国务院令 第412号])。

¹⁰ 新闻出版总署(2005年12月27日)(设立依据:《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》[国务院令 第412号])。

¹¹ 新闻出版总署(2005年12月27日)(设立依据:《出版管理条例》[国务院令 第343号]第45条)。

¹² 文化部令 第27号发布(2003年5月10日),根据2004年7月1日文化部令 第32号修订(2004年7月1日)。

¹³ 文化部(2006年11月20日)。

¹⁴ “伯尔尼公约”特别规定了对文学艺术作品的最低限度著作权保护,其包括但不限于以下权利:复制权(“伯尔尼公约”第9条第1款),改编权(“伯尔尼公约”第12条),和翻译权(“伯尔尼公约”第8条)。

¹⁵ 但根据“TRIPS 协定”,WTO 成员对“伯尔尼公约”第6bis 条所设定的权利及其衍生权利不承担任何权利义务。

UNOFFICIAL TRANSLATION

并且，对于中国和外国作品、表演（或其固定形式）及录音制品，上述争议措施在其出版或传播的事前审查程序上显然规定有别。这些差别性规定加之《著作权法》第4条的规定，导致中国的作者、表演者、录音制作者及其创作成果，享有比其外国同行及其创作成果更为快捷或优越的著作权、相邻权及其保护享有的。故这些措施显然不符合中国在“TRIPS 协定”第3条第1款规定下应承担的义务。此外，无论从《著作权法》第4条本身、还是结合其它的争议措施对出版或传播的事前审查程序的差别性规定来看，都使外国作者在其作品未获准出版或传播前无法享有与中国作者同等的权利。故这些措施显然不符合中国在“TRIPS 协定”第9条第1款规定下应承担的义务（至少包括中国在“伯尔尼公约”第5条第1、2款规定下应履行的义务）。

再有，无论从《著作权法》第4条本身、还是结合其它的争议措施的规定来看，都使权利人在其作品、表演、录音制品未获准出版或传播前无法主张、实现相关的著作权或相邻权。由此，中国未能提供有效的执法机制以确保打击涉及这些著作权和相邻权的侵权行为。这显然与中国在“TRIPS 协定”第41条第1款规定下应当承担的义务不相符合。

四、对擅自复制或擅自发行著作权作品者未能追究刑事责任及实施刑事处罚

美国请求磋商的事项之四，涉及刑事诉讼和刑事处罚对擅自复制或擅自发行著作权作品的处理。尤其根据其规定，仅擅自复制著作权作品的（即，仅有擅自复制而未伴随擅自发行者），显然不予追究刑事责任。同样，仅擅自发行著作权作品的（即，仅有擅自发行而无擅自复制相伴者），显然也不予追究刑事责任。

与此相关的措施包括“刑法”，尤其第217条，以及任何对该措施的修正、与之相关的其他措施、或该措施的具体执行措施。

第217条对若干盗版侵权行为的追诉和刑罚做出了具体规定，包括“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”以及“未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像”的行为。¹⁶

仅有擅自复制而无擅自发行著作权作品，或是相反情形，即仅有擅自发行而无擅自复制著作权作品，均属故意实施具有商业规模的盗版侵权行为。中国刑法对此不予追究制裁，显然不符合中国在“TRIPS 协定”第41条第1款和第61条规定下应承担的义务。

美国注意到“2007年4月司法解释”的第2条对“复制发行”一词作出了规定，我们期待着在与中国的磋商中探讨这一问题。

我们期待着贵方回复本请求，并确定一个具体日期以便双方进行磋商。

¹⁶ “刑法”第218条针对的是“销售”侵权作品者。但该条款所指“销售”与第217条所指“发行”显然不同。