



威科法律译丛 I

世界经济一体化进程中的 国际知识产权法

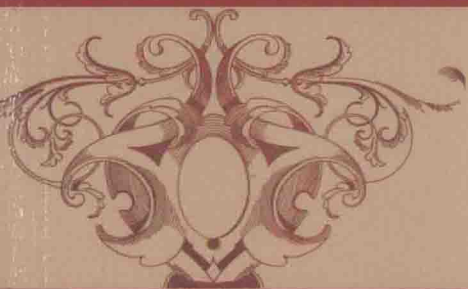
(上册)

[美] 弗雷德里克·M. 阿伯特

[瑞士] 托马斯·科蒂尔 著

[澳] 弗朗西斯·高锐

王清译



INTERNATIONAL INTELLECTUAL
PROPERTY IN AN
INTEGRATED WORLD ECONOMY



創于1897

商務印書館
The Commercial Press

威科法律译丛

世界经济一体化进程中的 国际知识产权法

第二版

(上册)

〔美〕 弗雷德里克·M. 阿伯特

〔瑞士〕 托马斯·科蒂尔 著

〔澳〕 弗朗西斯·高锐

王清 译

 商务印书馆
The Commercial Press

2014年·北京

By Frederick M. Abbott
Thomas Cottier
Francis Gurry

**INTERNATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY IN
AN INTEGRATED WORLD ECONOMY**

Second Edition

This is a translation of International Intellectual Property in an Integrated World Economy, 2th edition, by Prof. Frederick M. Abbott, Thomas Cottier, Francis Gurry, published and sold by The Commercial Press, by permission of CCH Incorporated, New York, USA, the owner of all rights to publish and sell same.

本书根据威科集团下属 CCH Incorporated 2011 年版译出

© 2011 CCH Incorporated

出版说明

我馆历来重视译出版世界各国法律著作。早在1907年就出版了第一套系统介绍外国法律法规的《新译日本法规大全》81册，还出版了《汉译日本法律经济辞典》。1909年出版了中国近代启蒙思想家严复翻译的法国著名思想家孟德斯鸠的《法意》。这些作品开近代中国法治风气之先。其后，我馆翻译出版了诸多政治、法律方面的作品，对于民国时期的政治家和学人产生了重要影响。新中国成立后，我馆以译介外国哲学社会科学著作重，特别是从1981年开始分辑出版“汉译世界学术名著丛书”，西方政治法律思想名著构成其中重要部分，在我国法学和法治建设中发挥了积极作用。

2010年开始，我馆与荷兰威科集团建立战略合作伙伴关系，联手开展法学著作中外文双向合作出版。威科集团创立于1836年，是全球最大的法律专业信息服务和出版机构之一。“威科法律译丛”是我们从威科集团出版的法律图书中挑选的精品，其中涉及当前中国学术界尚处在空白状态、亟需研究的领域，希望能够对中国的法学和法治建设有所助益。除了引进国外法律图书外，我们同时也通过威科集团将中国的法律思想和制度译介给西方社会，俾使中国学人的思想成果走向世界，中华文明的有益经验惠及异域。

商务印书馆编辑部

2011年8月

译者序

正如本书三位作者在第二版前言所言：“几乎没有一个自由贸易协议没有与知识产权保护有关的条款”，在世界经济一体化进程中，作为知识经济最重要的生产要素的知识财产和作为知识经济社会正常运转之法律保障的知识产权与知识产权法正在发挥着越来越重要的作用，几乎总是与各国、各地区公共政策、产业政策如影随形，影响着全球经济福利的变化，并总是处于应对全球化诸多发展方面的“舞台中央”。比如，即便在国际社会探讨如何应对全球气候变化问题之时，我们依然清晰可见知识财产与知识产权的影子，更遑论在全球公共健康、全球农业生产等领域了。在此背景下，结合知识产权制度的“舶来品”性质，全球化视野对于国人学习、研究、运用知识产权法律与制度就显得尤为重要。

本书恰恰是能够给予我们一定全球化视野的佳作之一。本书综合介绍了调整知识产权领域的各种全球性制度，重点强调知识财产规制是如何影响全球广泛的社会与政治利益的。在内容上，本书具有以下特征：1)丰富的各种多边组织相关信息，包括世界知识产权组织、世界贸易组织在规制知识产权方面的作用，以及规制其他重要领域的多边组织（比如，联合国粮食与农业组织、世界卫生组织）如何与知识产权建立联系方面的信息；2)较全面的知识财产实践介绍，既包括实践的技术方面内容，也包括决策与执行背景方面的内容；3)区域性知识产权组织的讨论与分析，比如，欧盟、欧洲专利局和非洲地区知识产权组织；4)知识产权制度范畴的多边与区域性贸易协议的指南，包括各协议规定的执行机制；5)强调知识财产领域技术发展的重要性，讨论了国际知识财产制度是如何适应技术变革压力的；6)实用的国际知识产权法教科书和教师手册，包括作者撰写的课文，内容吸引人的众多案

例,学术著作摘录、说明、问题,以及供进一步思考的疑难问题;7)翔实的司法判决汇集,摘录了不同国家和地区、多边法院和争端解决机构的司法判决或者裁定,以期说明各种法律原则是如何适用的,可以为读者省却翻检判决原文的劳顿。除了摘录或者裁定之外,全书提到了近400个其他判决或者裁定;8)较强的内容时效性,本书第二版新增了许多国际知识产权领域的新发展与新案例,比如,国际社会强化执法措施的推力与阻力、《反假冒贸易协议》的谈判进程、WIPO发展议程的最新进展、欧盟统一专利制度的是与非、知识财产在应对气候变化方面的作用,以及诸多颇有影响的最新案例(比如,好市多诉欧米茄案、比尔斯基诉卡波斯案、中国执法措施案)。

从内容视之,本书的目标读者不仅包括国际知识产权法课程的师生,而且还包括从事知识产权实务的执业律师、代理人、经纪人、中介人、审查员、法官、仲裁员、政府与企业知识产权决策与管理人員等读者。

本书三位作者均为国际知识产权界的著名人士。

弗雷德里克·M.阿伯特教授是知名的国际知识产权和全球经济问题专家,现为美国佛罗里达州立大学法学院“爱德华·鲍尔杰出学者”,伯尔尼大学世界贸易研究所、匈牙利中欧大学兼职教授。阿伯特教授是国际法协会国际贸易法委员会报告起草人,联合国贸发会议-贸易与可持续发展国际中心知识产权与可持续发展项目以及世界卫生组织、世界银行顾问,WIPO仲裁与调解中心仲裁员。阿伯特教授在国际经济法、国际知识产权法、国际公法领域著述颇丰,已出版《全球医药政策:为明日世界提供药品保障》(与格雷厄姆·杜克斯合著,2009)、《联合国贸发会议-贸易与可持续发展国际中心关于TRIPS协议与发展资源手册》(2007)、《国际知识财产制度:评论与资料》(与托马斯·科蒂尔、弗朗西斯·高锐合著,1999)、《世界贸易体系中的中国:参与原则之确定》(1998)、《公共政策与全球技术一体化》(1997)、《区域一体化的法律与政策》(1995)等图书。

托马斯·科蒂尔教授现为伯尔尼大学世界贸易研究所和欧洲与国际经济法研究所执行主任、德国萨尔布吕肯大学和武汉大学兼职教授,主要学术研究领域为国际与欧洲经济法、知识产权和多层治理,已出版贸易与国际法

方面的多部著作。1986年至1993年,科蒂尔教授为瑞士乌拉圭回合代表团成员,第一任争端解决与补贴谈判瑞士首席谈判代表,随后成为瑞士《与贸易有关的知识产权协议》首席谈判代表。科蒂尔教授曾在瑞士对外经济事务部任多种职务,也曾是瑞士知识产权局副局长。科蒂尔教授多次担任《关贸总协定》和世界知识产权组织争端解决专家组成员或者首席仲裁员。

弗朗西斯·高锐先生现为世界知识产权组织总干事(第四任)、保护植物新品种国际联盟总干事和澳大利亚墨尔本大学教授。高锐先生于1985年加入世界知识产权组织,任亚洲与太平洋地区顾问与资深项目主管,后在该组织工业产权法律部、总干事办公室和法律顾问办公室任职。在担任世界知识产权组织助理总干事(1999—2003)和副总干事(2003—2008)期间,高锐先生分管《专利合作条约》、专利法律与政策、世界知识产权组织仲裁与调解中心、传统知识文化与遗传资源和生命科学方面的事务。除与阿伯特教授、科蒂尔教授合著之外,高锐先生曾出版《保密义务之违反》(剑桥大学出版社1984年版)。

可以说,本书在中国的翻译出版将为中国读者提供一个瞭望国际知识产权界的“望远镜”,中国读者可以据此了解国际知识产权法的基本原则、基本制度与知识产权国际组织方面的基础知识,培育知识产权国际视野,从而提高在海外的知识产权取得、管理、运用与保护能力。此外,由于本书始终关注国际知识产权规则与执法对公共政策的影响,负责国际知识产权事务方面的各级政府官员可以据此了解如何“积极参与国际知识产权秩序的构建,有效参与国际组织有关议程”,从而提高法律与政策的制定水平和参与知识产权国际事务方面的能力,以便具体落实《国家知识产权战略纲要》规定的“扩大知识产权对外交流合作”之战略措施。

应予以说明的是,原书摘录的众多文章和案例的注释均保留了原来的注释编号。为了方便读者阅读,译者将原书注释改为每页重新编号。在翻译过程中,译者对原书存在的一些明显错误之处进行了修改,并给阿伯特教授提供了一份勘误表,以供原书再版时参考。

译者要由衷地感谢对本书翻译提供过无私帮助的一些人:首先要特别

4 译者序

感谢阿伯特教授。在翻译过程中,译者曾就原著中的一些疑难问题多次通过电子邮件向阿伯特教授求教,阿伯特教授总是在第一时间及时回复,从而为译者扫清了诸多翻译障碍。其次要感谢商务印书馆的王兰萍博士。王编审不仅在翻译标准与范例方面对译者多次给予指导,而且对译者翻译文稿中存在的诸多错误一一指出,其专业精神与素养令译者敬佩。最后要感谢中国版权保护中心的宋慧献博士、同济大学法学院的张伟君教授,两人对译者翻译过程中向之求教的诸多专业问题慷慨解惑;译者还要感谢译者指导的唐伶俐、倪乐平、徐晓玲三位研究生同学,她们曾指出过译者翻译文稿中的诸多不妥表述。当然,译者还对新浪微博上认识或者不认识的网友们心存感激,他们热心地为译者解答了诸多问题。

由于时间紧、任务重,更由于译者绠短汲深,译文肯定存在诸多错误、疏漏之处,敬请各路方家不吝指正!

王 清

2012年10月31日于珞珈山麓武汉大学

第二版前言

国际知识产权制度正在不断演变。本书也随之不断演变。

在应对全球化的诸多发展方面，知识产权(IP)仍然处于舞台的中央。创新与营销技巧决定了企业和国家的竞争力。在授予专有权与保护公有领域之间寻求一种适当平衡，依然是法律发展的核心。作者们继续对知识产权的社会福利维度特别感兴趣。知识产权法律最终是世界各地的人们实现理想的社会福利目标的机制。我们持续关注着国际知识产权制度的“整体效果”。

自从第一版于2007年付梓以来，国际知识产权制度出现了四个突出的重要趋势或者发展：

第一，新兴经济体大国——包括巴西、中国和印度——的知识财产政策在政治与法律层面广受关注。随着这些国家的产业投放巨资开发创新产品和品牌，这些国家的政府机构逐渐倾向于强化国内的知识财产保护，尽管在国际层面，这些国家的政府机构却不愿如此。迄今为止，这一趋势仅仅只是暗中改变了国际知识财产的整体现状，但是，在未来几年中这种状况会发生变化。

第二，当新兴经济体的产业开始严重挑战欧洲、美国和日本产业之时，后者的政治领袖们需要更强有力的全球知识财产执法，来维持其技术优势。第一个WTO争端解决案件体现了对全球知识财产执法越来越多的关注，该案解释了TRIPS协议执法一章的规则。在2009年裁决的中国——执法案(*China—Enforcement*)中，美国主张中国的知识财产执法的威慑力不够。美国的该主张没有得到支持，但是，WTO专家组报告开始充实并具体化TRIPS协议的执法标准。本书第四部分和第六部分摘录了该专家组

报告的关键内容。与之相关的进展是,以所规定的可专利性标准不符合其 TRIPS 协议项下的义务为由,一家瑞士医药公司起诉了印度政府。印度高等法院 2007 年下半年的诺华公司案判决驳回了这一指控,本书第一部分和第二部分介绍了该案判决。与美国和欧盟的政策一致,诺华公司案判决是否认 TRIPS 协议具有直接效力的另一个例证。

第三,多边层面知识财产规范制定工作的缓慢进展——2007 年已经很明显——导致一些政府对现有的多边知识财产制度表示了严重担忧,并暗含移至别处讨论国际知识财产论题的威胁。在特别场所以及在双边自由贸易背景下谈判知识财产的努力已使该“别处”显而易见。拟议中的《反假冒贸易协议》或者 ACTA 证明了这个目前仍在持续的第三种重要趋势,ACTA 旨在为私人知识财产持有人和海关当局提供在边境采取行动的更广泛权利。该拟议中的协议远远超出了传统的“假冒”概念的范畴,并遭遇到了来自非政府组织和发展中国家政府相当大的政治阻力。我们在本书许多章节讨论了 ACTA。几乎没有一个自由贸易协议没有与知识产权保护有关的条款。关于双边协议,了解彼此存在分歧的知识产权条款已越来越困难了,大多数条款利用最惠国待遇义务来增强全球知识财产保护。由 20 世纪的经济强国引导的复边或者双边努力,是否将成功地迫使 21 世纪的强国对增强知识财产标准和执法给予更严重关切尚不清楚。巴西、中国、印度和其他重要新兴经济体国家将屈服于这种压力,似乎是不可能的事。然而,肯定有可能的是,新兴经济体实业家的观点将最终与欧洲、美国和日本实业家的观点趋同,他们都寻求保护创新投资。也许,缓解和适应气候变化的全球性需求将会产生更注重利益平衡的方法,来保护知识产权和促进技术转移。

第四个重要发展是《里斯本条约》于 2009 年 12 月在欧盟生效。通过该条约,欧盟已经牢固地获得了解决知识产权内部与外部关系的全面管辖权。重要的是,《里斯本条约》改变了欧盟内部缔结知识财产领域国际协议的权限分配,强化了欧盟议会的作用。在投资保护领域,欧盟也被赋予了与知识财产有关的新的权力。本书第一部分解释了这些发展。建立一种欧盟单一专利也已取得进一步进展。自 20 世纪 70 年代早期以来,欧盟单一专

利就已开始筹划,而且,似乎完全可以肯定的是,在本书第二版出版之时,欧盟单一专利将最终出现。但是,语言问题和与司法权限配置相关的问题会再次继续阻碍该目标的顺利实现。

尽管 WIPO 已进行了完善国际注册制度并寻求在实体问题上的进展等与知识财产有关的大量活动,在多边知识财产规范制定领域却进展甚微。《WIPO 发展议程》尚未取得法律方面的进展。作为多边层面普遍缺乏进展的一个例外,《关于〈生物多样性公约〉获取与惠益分享的名古屋议定书》于 2010 年 11 月缔结。《名古屋议定书》试图明确《生物多样性公约》与知识财产有关的各项义务。本书第一部分和第五部分介绍了该议定书。

本书第二版引入许多国家关于知识财产问题的新案例,并越来越多地关注来自欧洲和美国以外的案例。第二部分更新了中国与专利有关的立法进展。第五部分增加了与传统知识保护有关的新材料,以及知识财产与竞争法的交叉和反不正当竞争更为普遍的诸多原则方面的新材料。

尽管有这些变化,知识财产的基本原理仍然是稳定的,并且受到来自新技术,尤其是版权保护领域的新技术的逐步挑战。我们注意到,基于互联网的内容,最引人注目的是社交网络内容的演变,在适应表达正在发生变化的各种形式方面,这种演变再一次对版权法和反不正当竞争法提出了挑战。迄今为止,这种挑战还没有导致规范或者规范适用方式的任何范式转换,但是,我们密切注视着这些发展。

我们再次欢迎你们的评论以及对下一版的建议。

弗雷德里克·M.阿伯特

托马斯·科蒂尔

弗朗西斯·高锐

2011年4月

作者声明:本书表达的观点均属个人观点,弗朗西斯·高锐的观点并不必然反映知识产权组织(WIPO)的观点。

第一版前言

对于律师们来说,本书书名反映了知识财产(IP)领域的真实情况。世界经济是高度一体化的,而且,在这个全球化环境中,知识财产法律正在发挥着越来越重要的作用。巴西、中国、印度对知识产权(IPRs)的规制不仅影响着这些国家,而且对美国和欧盟的商业与经济有着重要影响。知识产权规制影响社会福利,比如,通过影响公有领域可以获得的信息总量和通过影响药品的研发与定价,从而影响社会福利。由于具有重要社会影响的商品和服务市场是国际化市场,为一个国家(或者一组国家)确立的知识产权规则很可能影响其他国家的社会福利。多边和区域性知识产权规则提供了跨国企业界经营的规则体系。相同的规则对全世界的社会福利具有重要影响。

本书旨在详细介绍规制知识产权的国际制度。第一部分从国际化视角介绍了知识财产的形式,并考虑了来自不同法域的判决。该部分确定并解释了谈判、应用规则的多边组织,比如世界知识产权组织(WIPO)、世界贸易组织(WTO)和其他对知识产权客体感兴趣的组织,比如联合国粮农组织(FAO)和世界卫生组织(WHO)。第一部分介绍了在知识产权规制方面扮演着重要角色的区域性协议和机构。第一部分随后转向基本原则,比如国民待遇原则和最惠国待遇原则、穷竭原则、独立性原则、地域性原则、域外效力原则和人权原则,这些原则在全部知识产权领域具有系统性影响。第一部分结论部分考察了多边层面知识产权保护的诸多基本政策。

在关于国际专利制度(第二部分)、国际商标和标识制度(第三部分)和国际版权制度(第四部分)的各部分中,通过讨论三个主要知识产权类型及其子类别,本书详细论述了国际知识产权规制的主要内容。每部分开头均

详细考察该种知识财产形式。然后,每部分继续确定适用于该种知识财产形式的多边规则,如何在广泛的地域取得权利,以及如何在争端解决中适用规则。随后,每部分考察了相关的区域性机构与规则、精选的国内规则以及特殊政策。第五部分使用类似方法探讨了工业品外观设计、植物品种、商业秘密和监管数据的保护。近十年来,国际知识产权制度最重要的发展之一是高度关注各种执法问题。第六部分较详细地讨论了这一主题,包括WTO、其他国际组织、区域性组织或者协议以及国内法是如何处理执法问题的。

在本书中,我们强烈关注国际知识产权规则与执法对公共政策的影响,并特别关注发达国家和发展中国家的不同利益与观点。对于学习法律的学生、法律从业者、法官、政府官员、国际组织和非政府组织的代表们来说,理解国际知识产权制度是如何运作的技术方面,以及理解——同时在我们整体知识允许的情况下——该制度是如何影响经济福利与社会福利是至关重要的。对于继续完善国际知识产权制度来说,那些制定并应用这些规则的人充分领会该制度的技术细节与社会福利影响非常关键。假如恰当地设计与实施的话,该制度应当能造福我们所有人。

弗雷德里克·M.阿伯特

托马斯·科蒂尔

弗朗西斯·高锐

2007年5月

致 谢

对于第二版而言,作者们感谢伯尔尼大学经济法系与世界贸易研究所的博士生研究人员泰特纳·佩沃索瓦和初级研究人员安德烈娅·基纳斯特细心的支持与帮助。为了更好地满足教学目的,伯尔尼大学经济法系与世界贸易研究所使用过第一版的学生们,从学生的角度,提供了完善本书的富有价值的建议。作者们还要感谢佛罗里达州立大学法学院的学生梅根·麦卡恩、凯莉·肖和查尔斯·惠廷顿得力的研究帮助,包括帮助找到感兴趣的最新司法判决。作者们要感谢使用第一版的教师们,他们提出了诸多问题与评论,有助于我们完善第一版。作者们还非常感谢阿斯彭出版公司的助理执行编辑约翰·德温斯和策划编辑杰西卡·巴麦克的献身精神以及为本书出版所付出的努力。

对于第一版而言,作者们希望对代表阿斯彭出版公司的匿名评审人员表示感谢,他们对本书结构的完善提供了帮助。作者们希望对凯茜·阿伯特表示感谢,她再次展示了杰出的编辑技巧。对于莱斯利·詹宁斯在获得重印许可方面的得力帮助,作者们表示感谢。托马斯·科蒂尔感谢克里斯托弗·杰曼对其负责部分所提供的研究帮助。作者们还非常感谢阿斯彭出版公司组稿编辑理查德·米克斯特和执行编辑埃里克·霍尔特的献身精神以及为本书出版所付出的努力。作者们最后希望对杰里·赖希曼教授的鼓励表示感谢。

作者们非常感激特洛伊·弗勒比在协调第一版与第二版编辑事务方面的帮助。

此外,非常感谢下列作者和出版商给予重印资料的许可:

弗雷德里克·M.阿伯特：

《世界贸易中的知识产权》，载安德鲁·古兹曼、艾伦编：《国际经济法研究手册》，爱德华·埃尔加出版公司，2007年。[Abbott, Frederick M. *Intellectual Property Rights in World Trade*, in *Research Handbook in International Economic Law* (Andrew Guzman & Alan Sykes eds.), Edward Elgar Publishing 2007.]

弗雷德里克·M.阿伯特：

《TRIPS协议项下非违反丧失或者减损诉因与第五次部长级会议：警告与提醒》，贵格会联合国办事处，第11号不定期报告，2003年7月。(Abbott, Frederick M. *Non-Violation Nullification or Impairment Causes of Action under the TRIPS Agreement and the Fifth Ministerial Conference: A Warning and Reminder*. Quaker United Nations Office, Occasional Paper No. 11, July 2003.)

弗雷德里克·M.阿伯特：

《WTO 2006年的中国：TRIPS协议框架下的“法律及其限制”》，载乔治·伯曼、佩特罗斯编：《WTO中的发展中国家：法经济学分析》，剑桥大学出版社，2007。[Abbott, Frederick M. *China in the WTO 2006: “Law and Its Limitations” in the Context of TRIPS*, in *Developing Countries in the WTO: A Law and Economics Analysis* (George Bermann & Petros Mavroidis eds.), Cambridge University Press: forthcoming 2007.]

弗雷德里克·M.阿伯特：

《北美一体化体制及其对世界贸易体系的影响》，载JHH. 韦勒编：《欧洲法律学会集成课程：欧盟、WTO与〈北美自由贸易协议〉》第9章第1节，牛津大学出版社，2000年。[Abbott, Frederick M. *The North American Integration Regime and Its Implications for the World Trading System*, IX:1 *Collected Courses of the Academy of European Law: The EU, the WTO and the NAFTA* (JHH Weiler ed.,

2000), Oxford Univ. Press.]

弗雷德里克·M.阿伯特:

《以美国联邦法律为基础的双边和区域性贸易协议的知识财产规定》，联合国贸发会议——国际贸易与可持续发展中心知识产权与可持续发展项目第12号专题论文，2006年2月。(Abbott, Frederick M. *Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of U. S. Federal Law*. Issue Paper No. 12, February 2006, UNCTAD—ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development.)

约翰·佩里·巴洛:

《思想经济学:数字时代专利与版权框架》(《你所知道的关于知识财产的一切都是错误的》),《连线》,第2.03期,1994年3月。[Barlow, John Perry. *The Economy of Ideas: A Framework for Patents and Copyrights in the Digital Age (Everything you know about intellectual property is wrong.)*, *Wired* 2.03, Mar. 1994.]

约翰·H.巴顿:

《TRIPS协议经济学:信息密集型产品的国际贸易》,《乔治·华盛顿国际法评论》第33卷,第473页以下,2001年。[Barton, John H. *The Economics of TRIPS: International Trade in Information-Intensive Products*, 33 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 473 (2001).]

约翰·巴顿:

《技术转移新趋势:对国际国内政策的影响》,国际贸易与可持续发展中心知识产权与可持续发展系列第18号专题论文,2007年2月。(Barton, John. *New Trends in Technology Transfer: Implications for National and International Policy*, ICTSD Intellectual Property and Sustainable Development Series, Issue Paper No. 18, Feb. 2007.)

约兰达·泰勒编:

《与艾滋病斗争:药品与相关产品政府采购之决策者指南》,世界银行出

版社,2004年。[*Battling HIV-AIDS: A Decision-Maker's Guide to the Procurement of Medicines and Related Supplies* (Yolanda Tayler ed.), World Bank, 2004]

费雷德里希-卡尔·贝耶尔:

《欧洲专利制度》,《范德比尔特国际法杂志》第14卷,第1页以下,1981年。[Beier, Friedrich-Karl. *The European Patent System*, 14 *Vand. J. Transnat'l L.* 1 (1981).]

托马斯·科蒂尔:

《与贸易有关的知识产权协议》,载帕特里克·F. J. 麦克罗伊、阿瑟·E. 阿普尔顿、米歇尔·G. 普卢默编:《世界贸易组织:法律、经济与政治分析》第1卷,第1041~1120页,斯普林格出版公司,2005年。[Cottier, Thomas. *The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)*, in *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*. Vol. I 1041-1120, (Patrick F. J. Macroy, Arthur E. Appletion & Micheal G Plummer eds.), Springer; New York 2005.]

托马斯·科蒂尔:

《工业产权,国际法》,载《马克斯·普朗克国际公法百科全书》。(Cottier, Thomas. *Industrial Property, International Law*, <http://www.mpepil.com/>)

托马斯·科蒂尔、阿纳·杰夫迪克:

《WTO法律中的制止不正当竞争:现状、潜力与前景》,载德雷克塞尔·约瑟夫编:《技术与竞争:纪念汉斯·乌尔里希论文集》,第669~695页,布鲁塞尔,2009年。[Cottier, Thomas & Jevtic Ana. *The Protection Against Unfair Competition in WTO Law: Status, Potential and Prospects*, Drexl Josef (ed.). *Technology and Competition: Contributions in Honour of Hanns Ullrich*. Bruxelles 2009, at 669-695.]

托马斯·科蒂尔与克里斯托弗·杰曼：

《知识财产、反不正当竞争与反垄断法的教学》，载高木善幸、拉里·奥尔曼、姆帕兹·辛吉拉编：《知识财产教学：原则与方法》，第130～166页，剑桥大学出版社，2008年。[Cottier, Thomas & Germann Christophe. *Teaching Intellectual Property, Unfair Competition and Anti-Trust Law*, in Yo Takagi, Larry Allman & Mpazi A. Sinjela (eds.), *Teaching of Intellectual Property: Principles and Methods* (Cambridge University Press 2008), at 130-166.]

托马斯·科蒂尔、马里恩·潘尼泽恩：

《传统知识的法律视角：作为知识财产保护的理据》，《国际经济法杂志》第7卷，第371～399页，2004年。[Cottier, Thomas & Panizzon Marion. *Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection*, 7 *J. Int'l Economic Law* 371-399 (2004).]

卡斯滕·芬克、帕特里克·赖肯米勒：

《强化 TRIPS：近期美国自由贸易协议的知识财产条款》，世界银行集团第20号贸易评论，2005年2月7日。(Fink, Carsten, and Patrick Reichenmiller. *Tightening TRIPS: The Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements*. World Bank Group, International Trade Development, Trade Note 20, Feb. 7, 2005.)

劳伦斯·R. 赫尔弗：

《以知识财产为目标的人权框架》，《加州大学戴维斯分校法律评论》第40卷，第971页以下，第1017～1020页，2007年。[Helfer, Laurence R. *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, 40 *U.C. Davis Law Review* 971, 1017-1020 (2007).]

托马斯·霍伦：

《欧盟委员会与欧洲信息法最新趋势》，《罗格斯计算机与技术法杂志》第29卷，第1页以下，2003年。[Hoeren, Thomas. *The European U-*

nion Commission and Recent Trends in European Information Law,
29 *Rutgers Computer & Tech. L. J.* 1 (2003).]

巴特·基维特：

《欧共体的植物品种保护》，《世界专利信息》第 27 卷，2005 年。[Kiewiet, Bart. *Plant Variety Protection in the European Community*, *World Patent Information* 27 (2005).]

劳伦斯·莱西格：

《开放源代码的基线：与什么相比较？》，载罗伯特·W. 哈恩编：《关于开放源代码软件的政府政策》，美国企业研究所布鲁克林联合中心，2004 年 1 月。[Lessig, Lawrence. *Open Source Baselines: Compared to What?*, in *Government Policy toward Open Source Software* (Robert W. Hahn ed.), AEI-Brookings Joint Center: January 2004.]

基思·马斯库斯：

《全球经济中的知识产权》，国际经济学研究所，2000 年。[Maskus, Keith. *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Institute for International Economics (2000).]

基思·马斯库斯、杰尔姆·赖克曼：

《私有知识物品的全球化与全球公共物品的私有化》，《国际经济法杂志》第 7 卷，第 279 页以下，2004 年。[Maskus, Keith & J. H. Reichman. *The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods*, 7 *J. Int'l Econ. L.* 279 (2004).]

A. 蒙迪尼、P. 格罗茨：

《瑞士专利法的新进展》，舍伦贝格/威特默律师事务所简报，2009 年 9 月。(Mondini, A. & P. Groz. *New Developments in Swiss Patent Law*, September 2009 Newsletter of law firm Schellenberg/Wittmer.)

卡里·莫耶-亨利博士：

《楝树和蝴蝶亚专利授权：欧洲专利局异议部签发相互冲突的裁定》，

《生物技术法报告》第 27 卷,第 6~9 页,2008 年。[Moyer-Henry, Kari, Ph. D. *Patenting Neem and Hoodia: Conflicting Decisions Issued by the Opposition Board of the European Patent Office*, 27 *Biotechnology Law Report* 6-9 (2008).]

西苏尔·F. 穆苏古、格雷厄姆·达特菲尔德:

《多边协议与一个 TRIPS 附加型世界:世界知识产权组织(WIPO)》,TRIPS 协议第 3 号专题论文,贵格会联合国办事处,日内瓦贵格会国际事务项目(QIAP),渥太华。[Musungu, Sisule F., & Graham Duffield. *Multilateral Agreements and a TRIPS-Plus World: The World Intellectual Property Organization (WIPO)*, TRIPS Issues Papers 3, Quaker United Nations Office (QUNO), Geneva Quaker International Affairs Programme (QIAP), Ottawa.]

伊迪思·彭罗斯:

《国际专利制度的经济学》,第 101~107 页,第 162~169 页,约翰斯·霍普金斯大学出版社,1961 年。(Penrose, Edith. *Economics of the International Patent System*. pp. 101-107, 162-169. Copyright © 1961 by The Johns Hopkins University Press.)

萨姆·里基森:

《伯尔尼联盟的诞生》,纪念《伯尔尼公约》100 周年大会论文,1986 年。[Ricketson, Sam. *The Birth of the Berne Union. The Centenary of The Berne Convention*, Conference (Intellectual Property Law Unit, Queen Mary College, University of London and British Literary and Artistic Copyright Association London, April 17-18, 1986).]

帕梅拉·塞缪尔森:

《美国在 WIPO 的数字议程》,《弗吉尼亚国际法杂志》第 37 卷,第 369 页以下,1997 年。[Samuelson, Pamela. *The U. S. Digital Agenda at WIPO*, 37 *Va. J. Int'l L.* 369 (1997).]

苏珊·K. 塞尔：

《全球知识财产的向上棘轮、反假冒与盗版执法努力：当前状况》，在乔治华盛顿大学提交的论文，2008年6月9日。（Sell, Susan K. *The Global IP Upward Ratchet, Anti-Counterfeiting and Piracy Enforcement Efforts: The State of Play*, paper presented at George Washington University, June 9, 2008）根据知识共享协议署名权 3.0 许可协议获得许可。参见 <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/>。

约瑟夫·E. 施蒂格利茨：

《作为全球公共物品的知识》，世界银行集团，1998年。[Stiglitz, Joseph E. *Knowledge as a Global Public Good*, <http://www.worldbank.org/'knowledge/chiefecon/articles/undpk2/index/htm> (1998), World Bank Group.]

艾伦·O. 赛克斯：

《公共健康与国际法：TRIPS、药品、发展中国家与多哈“解决方案”》，《芝加哥国际法杂志》第3卷，第47页以下，2002年。[Sykes, Alan O. *Public Health and International Law: TRIPS, Pharmaceuticals, Developing Countries, and the Doha "Solution"*, 3 *Chi. J. Int'l L.* 47 (2002).]

《联合国贸发会议/国际贸易与可持续发展中心资源手册：TRIPS 协议与发展》，剑桥大学出版社，2005年。[UNCTAD/ICTSD *Resource Book on TRIPS and Development*. Cambridge University Press (2005).]

WIPO：

《WIPO 版权条约(WCT)》，载《WIPO 知识产权手册》，2006年。[WIPO. *The WIPO Copyright Treaty (WCT)*, *WIPO Intellectual Property Handbook* (2006).]

WIPO：

《工业品外观设计国际注册海牙协议：主要特征与优势》，WIPO 第 911

(E.)号出版物。[WIPO. *The Hague Agreement Concerning the International Registration of Industrial Designs: Main Features and Advantages*. WIPO Publication, No. 911 (E.).]

WIPO:

《商标国际注册的马德里协议和与该协议有关的议定书》，载《WIPO 知识产权手册》，2006 年。[WIPO. *The Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks and the Protocol Relating to that Agreement*, *WIPO Intellectual Property Handbook* (2006).]

WIPO:

《关于专利制度与遗传资源和传统知识有关的披露要求的技术研究》，WIPO 知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学政府间委员会，第 3 号研究报告，2004 年 2 月。(WIPO. *Technical Study on Disclosure Requirements in Patent Systems Related to Genetic Resources and Traditional Knowledge*, WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Study No. 3, Feb. 2004.)

WIPO:

《〈建立世界知识产权组织公约〉概要》，2007 年。[WIPO. *Summary of the Convention Establishing the World Intellectual Property Organization (WIPO Convention)*, <http://www.wipo.int> (2007).]

WIPO 仲裁与调解中心:

《新通用顶级域名:知识财产考量》，2007 年。[WIPO. *WIPO Arbitration and Mediation Center New Generic Top-Level Domains: Intellectual Property Considerations*, <http://www.wipo.int>(2007).]

尹新天:

《中国专利实践简介》，《杜克比较与国际法杂志》第 9 卷，第 253 页以下，1998 年。[Xintian, Yin. *A Brief Introduction to the Patent Practice in China*, 9 *Duke J. of Comp. & Intl L.* 253 (1998).]

简 目

第二版前言

第一版前言

致谢

第一部分 组织框架、基本原则与政策

第二部分 国际专利制度

第三部分 国际商标与标识制度

第四部分 国际版权制度

第五部分 竞争法与知识财产保护的特别制度：传统知识、植物品种保护、未披露信息、工业品外观设计与集成电路

第六部分 知识产权执法的国际制度

案例表

索引

专用词汇译名对照表

目 录

第二版前言	1
第一版前言	5
致谢	7

第一部分

组织框架、基本原则与政策

第一章 前言	3
第一节 作为一门学科的国际知识产权	3
第二节 国际知识财产制度的发展趋势	5
一、统一、整合与对抗趋势	5
二、利害关系人的利益	8
第三节 知识财产的类型与功能简介	10
一、专利	11
二、商标	12
三、版权	13
四、设计保护	14
五、地理标志	15
六、集成电路布图设计保护	16
七、未披露信息保护	16
第二章 国际知识财产法的渊源	18
第一节 条约法	19

第二节	国际习惯法	20
第三节	先例与学说	21
一、	WTO 争端解决	22
二、	国内法院判决	23
三、	学说	23
第四节	一般法律原则	23
	说明与问题	25
第三章	国际知识产权组织	26
第一节	WIPO	27
一、	概述	27
	《建立世界知识产权组织公约》概要	27
	说明与问题	29
二、	实体性与管理性规则	30
三、	争端解决	31
第二节	WTO	32
一、	组织框架	32
二、	实体性规则	35
三、	争端解决	36
四、	TRIPS 协议	38
	与贸易有关的知识产权(TRIPS)协议	40
	说明与问题	46
第三节	其他多边组织	46
第四章	区域性和双边组织	48
第一节	区域性一体化组织	48
一、	欧盟	49
	说明与问题	53
二、	安第斯共同体	55
三、	南美共同市场	55

四、美洲自由贸易区	56
五、南美洲国家联盟	56
六、《北美自由贸易协议》	56
北美一体化体制及其对世界贸易体系的影响	57
说明与问题	59
第二节 非洲区域性知识产权局	60
第三节 区域性磋商机构(APEC)	61
第四节 双边、区域和诸边贸易协议	61
一、双边与区域贸易协议	62
强化 TRIPS: 近期美国自由	
贸易协议的知识财产条款	62
二、通过国际投资协议保护知识产权	68
通过双边投资条约保护知识产权	68
国际投资协议中的知识产权	69
说明与问题	73
三、诸边贸易协议(《反假冒贸易协议》)	74
第五章 知识产权协议在国内法中的解释与地位	75
第一节 解释	75
印度——药品和农用化工产品的专利保护案	75
说明与问题	78
第六章 国际知识财产保护的基本原则	80
第一节 国民待遇	80
美国——《1998 年综合拨款法》第 211 条款	82
一、国民待遇与歧视	85
二、国民待遇与互惠	86
欧盟——保护农产品、食品商标和地理标志案	87
说明与问题	92
第二节 最惠国待遇(MFN)	94

	美国——《1998 年综合拨款法》第 211 条案	97
	说明与问题	97
第三节	透明度	98
	与贸易有关的知识产权(TRIPS)协议	98
第四节	地域性与独立性	100
一、	地域性	100
	微软公司诉美国电报电话公司案	102
	说明与问题	105
	NTP 诉移动通信研究公司案	107
	说明与问题	114
二、	独立性	115
三、	法院的独立性	116
	库诺有限公司诉帕尔有限公司案	117
	说明与问题	122
四、	在 WTO 的独立性	123
第五节	权利的普遍存在与穷竭	123
	诗乐国际眼镜股份有限公司诉哈特劳尔贸易有限公司案	129
	说明与问题	134
第六节	知识产权的保护期	134
	说明与问题	135
第七节	优先权	136
第八节	直接效力与一致解释	137
一、	欧盟法中的规定	137
	克丽丝汀·迪奥香水公司诉图克咨询有限公司案	138
	说明与问题	140
二、	美国法中的规定	141
	以美国联邦法律为基础的双边和区域性贸易协议的知识财产规定	142

	说明与问题	144
第七章	知识财产与其他政策目标	146
	与贸易有关的知识产权(TRIPS)协议	146
第一节	知识财产与人权	149
一、	知识财产的基础是人权吗?	151
二、	知识财产与人权的关系	152
(一)	一致解释	152
(二)	人权是否优位于知识产权?	153
三、	WTO 的作用	154
	以知识财产为目标的人权框架	155
	说明与问题	159
第二节	知识财产与可持续发展	160
	遗传资源资产的保存、使用与国际专利制度	162
	说明与问题	167
第八章	国际知识产权制度的基本政策	171
第一节	公共福利与私权	172
	作为全球公共物品的知识	172
	说明与问题	180
第二节	国际专利制度的经济学	181
	国际专利制度的经济学	183
	说明与问题	191
第三节	知识产权与国际贸易	192
	TRIPS 协议经济学:信息密集型产品的国际贸易	192
	说明与问题	197
	全球经济中的知识产权	199
	说明与问题	201
第四节	数字时代的知识财产	203
	思想经济学:数字时代专利与版权框架	204

说明与问题	206
第五节 全球知识财产政策的未来	208
私有知识物品的全球化与全球	
公共物品的私有化	208
说明与问题	220

第二部分

国际专利制度

第一章 作为知识财产形式的专利	223
第一节 发现与发明	223
戴蒙德诉查卡拉巴提案	224
说明与问题	225
第二节 可获得专利权的客体	228
戴蒙德诉查卡拉巴提案	229
说明与问题	230
哈佛学院诉加拿大(专利局局长)案	231
说明与问题	234
比爾斯基诉卡波斯(美国专利商标局局长)案	235
说明与问题	238
第三节 四个标准	238
生物基因公司诉梅德瓦股份有限公司案	239
说明与问题	241
一、新颖性	241
摩托罗拉有限公司诉欧洲空间局、阿尔卡特空间产业公司案	243
说明与问题	245
二、创造性	249
生物基因公司诉梅德瓦股份有限公司案	250
说明与问题	255

三、实用性	257
奥贝泰克斯公司诉韦尔科姆基金会有限公司案	257
说明与问题	265
四、可实施性	268
生物基因公司诉梅德瓦股份有限公司案	268
说明与问题	272
第四节 保护期	272
第二章 多边专利协议	274
第一节 《巴黎公约》	274
一、历史回顾	274
国际专利制度的经济学	274
说明与问题	283
二、《巴黎公约》的规则	285
《保护工业产权的巴黎公约》	285
说明与问题	293
三、《巴黎公约》与专利的独立性	294
四、专利穷竭与商品自由流动	294
(一) 日本	294
BBS 汽车技术股份有限公司、BBS 日本有限公司诉	
拉西麦克斯日本有限公司案	295
说明与问题	296
(二) 美国	297
富士胶片株式会社诉爵士胶片公司案	300
说明与问题	305
(三) 南非	307
南非的平行进口——根据国际穷竭规则	308
(四) 瑞士	308
瑞士专利法的新进展	309

	说明与问题	311
	(五) 《多哈宣言》	311
第二节	WTO 的 TRIPS 协议	312
	世界贸易中的知识产权	312
一、	TRIPS 协议中的合理使用	314
(一)	第 30 条(例外)	315
	加拿大——药品的专利保护,专家组报告	316
	说明与问题	320
(二)	第 31 条(强制许可)	323
	与艾滋病斗争:药品与相关产品政府采购	
	之决策者指南	324
(三)	《关于 TRIPS 协议与公共健康的多哈宣言》	328
	TRIPS 协议与公共健康的多哈宣言:	
	照亮 WTO 一个黑暗角落	329
	说明与问题	341
(四)	2003 年 8 月 30 日的 WTO 决定与	
	2005 年 12 月 6 日的修正案	343
	国际法协会国际贸易法委员会 2006 年多伦多会议报告	343
	说明与问题	345
第三节	《专利合作条约》	349
	WIPO《专利合作条约》申请人指南——	
	第一卷——国际阶段	351
第四节	WIPO 的实体专利法统一	361
	多边协议与一个 TRIPS 附加	
	型世界:世界知识产权组织(WIPO)	362
	说明与问题	364
第五节	地域效力	366
	基于专利侵权指控的转运仿制药品之扣押	366

	说明与问题	371
第三章	区域性制度	372
	欧洲专利制度	373
	说明与问题	377
第一节	欧洲专利局	378
	宝洁公司诉联合利华公司案	379
	说明与问题	387
第二节	一种欧盟新专利?	388
	关于制定与共同体专利有关的理事会条例的建议	389
	说明与问题	391
	关于共同体专利的理事会条例之建议——综合解决方案	391
	说明与问题	395
第三节	区域性贸易协议与专利规范	396
	TRIPS 协议第二、亚洲和药品商业战争： 对创新与获取的影响	397
	说明与问题	400
第四章	国内专利制度精选	402
第一节	中国	402
	中国专利实践简介	402
	中国《专利法》第三次修订	404
	说明与问题	411
第二节	印度	411
	TRIPS 协议第二、亚洲和药品商业战争： 对创新与获取的影响	412
	诺华公司诉印度联邦案	413
	说明与问题	419
第五章	专利与《生物多样性公约》(CBD)	422
第一节	《生物多样性公约》与 WTO 的 TRIPS 协议	422

第二节 《生物多样性公约》在 WIPO	422
关于专利制度与遗传资源和传统知识有关的	
披露要求的技术研究	422
说明与问题	424
第六章 专利许可、技术转移与竞争	426
专利许可、竞争法与《实体专利法条约草案》	426
技术转移新趋势:对国际国内政策的影响	431
说明与问题	433

第三部分

国际商标与标识制度

第一章 商标、服务商标、商号、域名和地理标志的基本特征	439
第一节 商标的客体	439
克里泰科斯公司诉雅各布森产品有限公司案	441
说明与问题	448
海德堡建筑化学品有限公司案	449
说明与问题	454
斯科尔啤酒公司诉优利安全技术公司案	458
说明与问题	463
第二节 商标的限制	463
一、商标权穷竭与合理使用	463
欧盟法院判决	465
说明与问题	472
二、国内、地区和国际穷竭	473
三、保护期	475
第三节 商号	475
第四节 域名	476
第五节 地理标志	477

帕尔马熏火腿协会案	479
说明与问题	485
WTO 香港部长级会议期间的地理标志	486
说明与问题	489
第二章 多边层面的商标	492
第一节 简介	492
第二节 《巴黎公约》与商标	492
《保护工业产权的巴黎公约》	493
说明与问题	504
第三节 《巴黎公约》与驰名商标	504
一、《关于驰名商标保护规定的联合建议》	504
说明与问题	506
二、国内法中的驰名商标原则	506
古巴烟草公司诉卡尔布罗公司案	507
说明与问题	514
第四节 WTO 的 TRIPS 协议与商标	515
一、TRIPS 协议文本分析	515
联合国贸发会议/贸易与可持续发展国际中心	
《关于 TRIPS 协议与发展的资料手册》	515
二、WTO 上诉机构对 TRIPS 协议与《巴黎公约》的解释	534
美国——《1998 年综合拨款法》第 211 条	
上诉机构—2001 年—7 月	535
说明与问题	545
第五节 商标与地理标志的联系	547
欧共体——商标和农产品与食品地理标志保护案	548
说明与问题	561
第六节 商标穷竭与国际贸易	562
一、关于商标与平行进口的美国法律	562

	(一) 凯马特公司诉卡地亚公司案	562
	凯马特公司诉卡地亚公司案	563
	说明与问题	577
	(二) 凯马特案之后实质差异之进展	578
	利华兄弟公司诉美国案	578
	说明与问题	584
	盖蒙特贸易公司诉美国国际贸易委员会案	585
	说明与问题	593
第七节	商标穷竭与欧盟	594
	IHT 热力技术国际有限公司及其他诉理想标准	
	有限公司及其他案	594
	说明与问题	596
	露华浓公司诉克里普斯与李有限公司案	598
	说明与问题	602
第三章	多边层面的商标注册	604
第一节	《商标法条约》与《商标法新加坡条约》	605
	《商标法新加坡条约概要》(2006)	605
第二节	《马德里协议》及其《议定书》	607
	《商标国际注册马德里协议》和与该协议	
	有关的议定书	608
	说明与问题	613
第四章	区域性商标制度	615
第一节	欧盟商标制度	615
	一、《第一号商标指令》	616
	诗乐国际眼镜股份有限公司诉哈特劳尔贸易有限公司案	616
	二、共同体商标	617
	内部市场协调局(商标与外观设计)	617
	关于共同体商标制度的常见问题	619

三、《共同体商标条例》制度的运行	621
百思买概念有限公司诉内部市场协调局案	621
说明与问题	627
四、《第一号商标指令》、《欧共体条约》与共同体商标	627
协和床垫股份有限公司诉胡克拉德国股份有限公司案	628
说明与问题	634
第二节 安第斯共同体商标制度	634
第五章 多边层面的互联网域名	637
第一节 《统一域名争议解决政策》(UDRP)	637
互联网域名制度中的权利承认与域名使用	637
新通用顶级域名:知识财产考量	639
互联网域名	641
第二节 以 UDRP 为依据的专家组裁决	643
辉瑞公司诉马丁市场营销公司案	643
辉瑞公司诉范·罗比肖克斯案	649
说明与问题	660

第一部分

组织框架、基本原则 与政策

第一章 前言

1

第一节 作为一门学科的国际知识产权

技术正在将国际社会连为一体。全球化运作的企业从全世界的工厂和雇员收集并组合投入资源,为全球消费者提供商品和服务。科学家与学者通过受民族认同影响甚微的因特网和国际会议交流思想。社交网站改变了个人和团体在国内外互动交流的方式。随着流行病及其威胁挑战全球公共卫生系统,疾病跨越国界而蔓延。我们共享一个地球,地球环境需要多方的关注。

创新正推动全球经济的发展。生物技术正改变着农业与医学。材料技术与动力技术正在创建崭新的全球交通基础设施。开发环保能源新来源是 21 世纪重大技术挑战之一。诸如供应链管理领域的本土创新对生产与流通的效率有着深远影响,改善了众多人的生活。

采用音乐、电影、计算机游戏形式的表达为掌握了个人娱乐技术的新新人类提供内容。越来越多的人使用技术日臻完善的移动电子设备阅读数字化图书。产品设计抓住了消费者的想象力,并使企业重新关注美学之于消费者行为的作用。技术变化加速是 21 世纪技术发展的一个确定性特征。新型技术市场发展迅速,且类似技术很快“过时”。知识产权法必须与时俱进。不论所涉问题是事关生死,比如为治病而获得药品,还是关乎个人娱乐,比如获取 MP3 文件,研究者、艺术家、生产者和消费者均对知识产权保护的范围与条件饶有兴趣。而且,由于药品、MP3 文档、农产品、民用航空器²和能源市场是全球性的,律师不应该且的确不能够满足于仅仅了解知识产权保护在单个国内市场的性质。然而,单一民族国家仍然是国际社会得

以组建的最重要的地缘与政治实体。国家政府和管理政治、经济和社会活动方面的重要作用必须得到认可。

原则上,每一种形式的知识产权(IPR)的国际法律保护可以作为适用于该种知识产权的国内法的一种延伸而加以研究。例如,一门专利法课程可能包括在国外申请专利的内容。但是,理解调整知识产权的国际规制框架却并非意识到同样的知识产权能够或者应该在一个以上国家受到保护那么简单。国际组织制定调整知识产权的法律,并在管理该法律方面发挥着关键性作用。位于瑞士日内瓦的世界贸易组织和世界知识产权组织,或者其他多边组织、区域性或者双边条约等其他国际机构制定的规则,对所有国家适用的国内知识产权标准越来越产生重大影响。知识财产已成为国际投资保护法和调整商品和服务贸易的国际贸易法规的一个重要组成部分。研究知识财产需要紧密联系这些领域。^①

经由 2009 年 12 月生效的《里斯本条约》,欧盟成员国已经采用一个新宪法框架,该宪法框架进一步加强区域性组织与规则对知识产权的规制。当适用这些国际和区域性规则产生争议之时,可以通过这些组织特有的争议解决机制予以解决。在技术上理解了在美国提交的一项专利申请如何也能在其他国家提交,并不能充分表明也理解了国际专利制度是如何影响发明者的。而且,在国际法律框架内,每种形式的知识财产的规制各不相同。

很多学习过国际知识财产制度的学生将会继续作为经济实力雄厚的大公司之知识财产利益的代表,使用法律规则并获取规则利益。很多时候,他们的工作可能在于寻求保护和知识产权强制执行。但是,这只是国际知识产权律师的部分工作。大小企业对知识财产都有攻击性和防御性利益。大公司可能希望挑战与其一样大的竞争者的专有权主张。知识产权律师在寻求保护知识产权的同时,还可能会争夺知识产权——比如,挑战专利的有

^① 关于此问题的全面讨论,参见托马斯·科蒂尔、马赛厄斯·厄施:《国际贸易规制:WTO、欧盟和瑞士的法律与政策》,史坦夫利出版公司,2005年。[Thomas Cottier & Matthias Oesch, *International Trade Regulation: Law And Policy In The Wto, The European Union And Switzerland* (London: Cameron May and Bern: Staempfli Publishers 2005)]

效性。

公共利益集团,如无国界医生,对国际知识产权制度如何影响其病人获取急需药品问题抱有浓厚兴趣。世界卫生组织和世界银行这样的多边组织关注知识产权影响公共卫生和发展的方式。在《联合国气候变化框架公约》中,有关“绿色能源”技术开发、知识产权保护以及技术获取等问题存在争³议。《联合国生物多样性公约》各方均关注专利如何影响基因资源的保存与利用。联合国粮食与农业组织关心知识产权如何影响全球粮食供应。简而言之,并非只有跨国公司或者更普遍意义上的商业企业在关注着国际知识产权规则及其适用方式。这些规则影响着每一个人。懂得这一制度的律师需要代表所有相关方的利益。

第二节 国际知识财产制度的发展趋势

一、统一、整合与对抗趋势

第一个调整知识产权的重要多边协议是 1883 年缔结的《保护工业产权的巴黎公约》。在该公约谈判期间,与会各国曾仔细考虑了建立高度统一的国际专利制度的各种建议。由于各国对专利授予与管理的方式存在重大分歧,这些建议不再受到欢迎。《巴黎公约》确立了一个基本原则框架,以及一套便于在一个以上国家申请专利和商标的机制,但没有创建统一的专利或者商标法律。确立国际版权规则的《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》缔结于 1886 年。该公约在实体规定方面的统一程度高于《巴黎公约》,其规则为当今国际版权保护提供了许多标准。

20 世纪前半叶,《巴黎公约》和《伯尔尼公约》经过多次修订,而且几个有关不同形式知识财产的新国际协议得以通过。在《巴黎公约》和《伯尔尼公约》被广泛采用(美国在 1986 年才加入后者)的同时,其他协议却少有被采用的。

20 世纪 70 年代初,联合国设立了一个新的专门机构——世界知识产权组织(WIPO)。WIPO 的章程明确其预设目标是促进知识产权。管理《巴黎公约》和《伯尔尼公约》的任务转由 WIPO 承担并得到加强。1977 年,在 WIPO 主持下,国际社会通过了《专利合作条约》(PCT),其目的是为发明人在不同国家获得专利提供更有效的途径。尽管并未创设一种“国际专利”或者取代各国专利局,《专利合作条约》制度却是迈向统一和整合的国际知识财产制度的重要一步。

20 世纪 70 年代后期和 80 年代初期,知识财产领域出现了相互冲突的两种趋势。在其寻求的国际经济新秩序框架内,发展中国家要求更多地获得发达国家拥有并控制的技术。与此同时,美国、欧洲和日本的产业部门对它们视为侵吞其在发展中国家的知识财产利益的行为逐渐感到失望。发展中国家要求 WIPO 实施改革,以限制知识财产保护范围,而发达国家则要求制订保护规则。在 WIPO,僵局由此产生。

美国、欧盟和日本作出了一个战略决策,将知识财产的讨论中心转至另外一个论坛,即《关税与贸易总协定》(GATT)。截止到 20 世纪 80 年代中期,GATT 关注的是规范国际商品贸易,而对知识财产问题缺乏兴趣。然而,发达国家三方集团意识到,为了满足其知识财产保护的需求,可以在 GATT 内部对发展中国家施压,因为发展中国家产品出口依赖于发达国家的市场。因此,1986 年,乌拉圭贸易谈判回合启动,该回合谈判包括与贸易有关的知识产权(TRIPS)这一重要谈判内容。经过 7 年争议激烈的谈判后,《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议)文本于 1993 年完成,1994 年签署,并于 1995 年 1 月 1 日生效。TRIPS 协议体现了国际知识产权规制方面的一个根本性改变,即将规则制定的核心论坛转至新近成立的世界贸易组织(WTO),并且变革了实质性规则。目前,TRIPS 协议在多边协调努力方面是走得最远的。

与贸易有关的知识产权的谈判结果过去是,现在仍然是颇富争议的。在本书各个部分,我们都将考察 WTO 争议的主要内容。对于采纳更高知识财产保护水平的后果,特别是对诸如公共卫生领域的影响方面,巨大分歧

仍然存在,发达国家和发展中国家之间尤其如此。2001年,WTO成员国^①通过了《关于TRIPS协议与公共健康的多哈宣言》,该宣言强化了政府采取各种措施保护公共健康的权利,并扩大了某些TRIPS协议的灵活性规定。

但是,在WTO存在争议的事实并不能消解发达国家(包括美国、欧盟、瑞士和日本)产业界对全球知识产权保护及其执法水平的担忧。当下,这些国家寻求在WTO主持下强化多边知识产权保护并不现实,我们会考察个中缘由。主要谈判论坛有可能再次发生转移。正当WIPO持续努力地推进《实体专利法条约》(SPLT)的谈判,以期获得协调可专利性标准的结果之时,发达国家与发展中国家在WTO的观点分歧在SPLT协商过程中同样展露无遗,因而导致SPLT谈判进展缓慢。根据《WIPO发展议程》,弥补差距并使得知识产权更有利于发展中国家利益的努力已经开始,这种努力迄今尚无实质性结果。

更为重要的是,知识产权的规则制定已经转移至区域性和双边贸易协议,甚至诸边协议,观点相同的国家集团以此确立共同的知识产权实体与程序标准。近期达成的区域性和双边贸易协议包含详细的、比TRIPS协议规则更为严格的有关知识产权的义务。这些区域性和双边贸易协议是由美国⁵和欧盟要求其许多贸易伙伴(包括欧盟的入盟伙伴)进行协商,且大多数成功签署。由一些发达国家发起的、旨在加强政府机关(比如海关)在知识产权执法方面的作用和使得在边境更容易执行知识产权的《反假冒贸易协议》的谈判过程中,发达国家再次表达了发展中国家明显不关注知识产权执法的忧虑。《反假冒贸易协议》谈判是否最终达成协议^②,以及这些区域性和

^① 原文如此。由于WTO包括独立关税区或关税同盟等成员,如中国香港经济特区,中国澳门经济特区,中国台湾、澎湖、金门及马祖独立关税区,且《建立世界贸易组织协议》之“说明”部分已经明确了该协议所使用的“国家”或者“各国”等术语包括独立关税区,因此,全书出现的“国家”或者“各国”应作同样理解。——译者

^② 2010年12月3日,ACTA谈判已经形成最终协议文本。2011年10月1日,美国、澳大利亚、加拿大、日本、摩洛哥、新西兰、新加坡、韩国已在日本东京举行的签字仪式上签署该协议。欧盟、墨西哥和瑞士尚未签署。根据该协议第39条,协议签署截止日为2013年3月31日。——译者

双边协议是否成为 WTO 或者 WIPO 新多边规则的“先行者”尚不清楚。仍然有好几个关键性的发展中大国,包括阿根廷、巴西、中国、印度和南非,继续抵制更强的知识产权保护压力,但是国家利益会因时而变,人们应该谨慎预测。

双边和区域性贸易协议应该与建立知识产权授权和/或执法的区域性制度的现象区别开来。最完善的这种制度在欧洲,欧洲专利局根据《欧洲专利公约》审查并授权专利,这种做法可能会转变为一种在欧盟所有成员国均有效的单一专利的授权制度。欧盟还创建了一种“共同体商标”(CTM),并统一了包括广泛知识产权利益的许多规则。在知识产权领域,《里斯本条约》已经扩大了欧盟机构处理内部事务的权力。在欧洲之外,多少有些不太完善的区域性制度已经存在或者正在形成之中。

普遍观点认为,朝着多边框架内统一、强化和整合的国际知识产权制度方向发展乃是一种明显的历史趋势,但是,这种趋势却因该制度各利益相关方的利益差异而缓慢前行。当整合进程在多方框架内受阻之时,实业家们便努力在替代性环境下实施其变化日程,比如通过区域性和双边贸易协议,以及诸边协议。迄今为止,为了有利于民族自治,各国仅在有限的时候偏离过这种明显趋势。然而,一些相关方对扩展公有领域有着重大利益。这种情形制衡了强化、整合国际制度的推进力量,并增加了该种趋势的发展速度与未来方向的不确定性。当今关于知识产权保护之争论的特征是:在形成知识产权公共福利的过程中,不断寻求在权利分配与公有领域之间保持一种适当平衡。

二、利害关系人的利益

跨国公司长期施加压力,以推动规范知识产权的国际制度朝着统一和整合目标发展。多数跨国公司认为,通过允许它们更有效地获得对其创新成果和作品的保护,并扩展其市场排他性权利的地域范围,全球性统一和整合的知识产权制度将会满足其利益。这些企业承认,比之于一些潜在的竞

6 争者,它们更有能力利用一种分散制度(因为它们大量的财政资源),但这种

优势似乎不会超过一个更加统一之制度所具有的价值。多数跨国公司是全球更强知识产权保护的主要推动者。

然而,甚至在跨国公司共同体内部,也正产生对诸如计算机软件领域知识产权数量的增加与“过度保护”是否会实际上遏制新产品的创新与销售能力的诸多忧虑。它们更多地思考如何恢复竞争性市场。跨国公司共同体并非支持更强保护的纯粹单行道。

不同国家市场的竞争者和潜在竞争者可能不会赞同多数跨国公司的知识产权保护目标,他们想保持自己的市场地位。一个韩国、中国台湾、尼日利亚或者智利制造商不可能对更有效率地为一个德国或者美国跨国公司核准专利权感兴趣。

各国政府试图促进由其国民拥有并控制的企业之利益。这样做有很多理由。一个理由是,通过为地方经济回报其收入和利润、缴纳税款和雇佣当地劳动力,当地人拥有的企业更可能为国家经济发展作出贡献。全世界各国政府的政策表明,从国家经济发展和经济安全立场视之,企业由当地人拥有并控制优于被外国人控制是一个普遍信念。正如当地企业必然不会热衷于通过更容易地保护外国竞争者在国外的创新,从而促进外国竞争者利益一样,出于其自身经济方面的原因,各国政府可能不会对促进外国人的利益饶有兴趣。同样,本土企业更可能促进并提升当地政治家们的抱负。在多边组织,政府代表们是其国家选民的代表,他们可能为那些给予其政治支持的本国利益相关方主张利益。

然而,对于有利于本土产业的保护主义政策,存在着一种反压力。现在是一个争取投资资本的全球竞争时代,而且,不能为外国投资者(包括知识产权持有人)提供类似水平的保护会成为投资的一个遏制因素。即使施行的知识产权政策在某种程度上有利于本土产业,但因其拥有巨大且充满活力的国内市场而能够吸引资本的国家,中国是个例子。大多数国家并不能提供同样的市场机会,而且参与资本投资的竞争激励着它们保护知识产权。

包括大学和政府研究机构在内的研究机构逐渐将知识产权保护作为其

研究工作的收入和经费来源,并且它们具有国际视野。不仅仅工商企业寻求最大化研发(R&D)收益,而且部分公共部门和研究者个人也是如此。研究机构最大化其创新收益的兴趣并不仅限于高度发达的国家。发展中国家,如印度的研究机构正渐渐积极地在许多国家对其创新成果申请专利。

7 关于公共财政资助的研发项目,存在一种相反的观点。非政府组织和立法者正在追问:当公共财政资助的研究结果不能更方便地取得的时候,政府和作为政府支撑的纳税人是否获得了足够的好处。

同时,许多公共知识分子认为,知识“公有领域”的扩张会优于进一步的私有化和排他性。无论是为了政府研究机构的利益,还是为了私营部门的利益,实施知识的独占控制并不能改变限制知识传播的负面影响。

具有广泛的不同利益的非政府组织在国际知识产权制度方面正逐渐发挥积极作用。不管议题关涉环境保护、药品获得、当地农民的权利,还是关乎全球财富更公平的分配,非政府组织意识到技术所有权及其实施会极大地影响到它们所关注的领域。民间团体正在非常积极地参与与知识产权有关的多边讨论和谈判,并且在抗衡实业家们更为狭隘的利益方面发挥着作用。

知识产权律师们的作用不应该被忽视。在当地知识产权局代表其客户的专利和商标律师们自然不会对一个“无缝整合的国际专利申请和授权电子系统”感兴趣。对国际商标注册制度的很多抵制是基于保护当地知识产权律师的经济利益。

除了其他因素之外,上述诸因素成为国际知识产权制度演变的推手和掣肘。

第三节 知识财产的类型与功能简介

知识财产是法定的人类创造活动形成的无形产品集合。与不动产和动产常常通过物理安全设施(比如篱笆和其他围栏)予以保护不一样,知识财

产主要通过授予“所有人”或者“持有人”的诸多可强制执行的法律权利来保护。这些法律权利旨在解决肯尼思·阿罗所称的“知识的非完整专有性”之经济问题。^① 由于知识财产是无形的且通常很容易复制并传播,企业很难获取投资知识财产的全部价值(比如,竞争者能轻易地获得这些知识财产)。知识产权是解决这种非完整专有性问题的努力成果。

人们常常以授予持有人的“权利”形式(或者知识产权)来指称知识财产。因此,一个“专利”就是授予一个发明人的法律权利集合。专利并非发明本身。历史上,专利和商标被称为“工业产权”,而版权和有关权被称为“作者、艺术家权”。但是,当开始通过版权保护计算机软件之后,工业产权与作者、艺术家权之间的界限模糊了,而且这种区别不再具有特别意义。⁸

在介绍管理国际知识产权制度的机构和基本原则之前,概略介绍或者评论知识财产的类型及其意欲发挥的功能是有益的。^② 请记住,在本书讨论专利、商标、版权、不正当竞争和特别保护形式的后续各章中,这些简介内容会扩展,在此不详细介绍。

一、专利

“专利”系授予“新的”(或者“新颖的”)、涉及“创造性步骤”的(或者“非显而易见的”)并且“适于产业应用的”(或者“实用的”)产品或者方法的发明人的权利集合。^③ 在专利申请过程中,发明人必须以使他人无需进行过多试验就能实施该发明的方式披露该发明。TRIPS 协议规定的专利最短保

^① 肯尼思·J. 阿罗:《经济福利与发明资源配置》,载理查德·R. 尼森编:《发明行为的速度与方向:经济与社会因素》,1962年。[Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in *The Rate And Direction Of Inventive Activity: Economic And Social Factors* 609 (Richard R. Neison ed., 1962)]

^② 本部分摘自弗雷德里克·M. 阿伯特:《世界贸易中的知识产权》,载A. 古兹曼、A. 塞克斯编:《国际贸易手册》,2007年。[Frederick M. Abbott, *Intellectual Property Rights in World Trade*, in *Handbook Of International Trade* (A. Guzman & A. Sykes eds., 2007)](省略部分脚注)。

^③ 在欧洲和美国法律中,提及可专利性标准的文字表达是不同的。欧洲法律使用新的、涉及创造性步骤的和适于产业运用的,而美国法律则使用新颖的、非显而易见的和实用的。

护期是自申请日的 20 年。在专利有效期间,专利持有人可以阻止他人制造、使用、许诺销售、销售,或者为前述目的而进口该发明。与其他知识产权一样,专利持有人的权利受到一些重要例外规定的限制。专利通常被视为一种“严厉的”的知识财产,因为其能够全面排除另一个人未经专利持有人同意而使用该发明,即使该人独立发现了同样的发明。

专利旨在发挥三个功能:(1)激励创造性活动;(2)鼓励对创造性活动产生的产品进行投资;(3)向公众传播技术信息。长期以来,专利有效发挥这些功能的程度不无争议。使用专利激励创造性活动的主要替代品是政府补贴(或者设立“奖励基金”)。经济学家普遍认为,为了促进对创新的投资,专利是比政府补贴更为有效的政策工具,尽管他们承认补贴在某些情形可能会更有效。近年来,随着“专利丛林”的蔓延,人们担心过度增加的专利数量可能妨碍至少某些领域内的创造性活动。

就其允许向用户收取高于有竞争力的价格而言,专利存在一种社会成本,并且这种成本的权衡必须与其鼓励发明的积极效果结合起来。在某些领域内,允许市场排除性的社会成本可能相当高昂。举例来说,允许一个治疗癌症的新药的发明人阻止他人制造该药品,可能会大幅度提高该药品的价格并减少使用该药品的病人数量。为了抵消这一社会成本,专利保护期受到了限制。若干年后,仿制药品生产者被允许复制该药品并将其投放市场。尽管如此,关于允许药品专利限制获得药品的程度问题,还是存在激烈的⁹的争论。TRIPS 协议缔结之前,许多国家不接受与药品和食品有关的发明专利申请,或者严格限制授予专利持有人的权利。

在不同技术领域对发明申请专利的社会收益与社会成本是不同的。高分辨率电视和癌症治疗满足不同的社会功能,限制用户获得这些产品具有不同的社会影响。

二、商标

“商标”是区别商业活动中的一个企业与另一个企业的商品或者服务的标志或者符号。商标可以由几乎任何形式的标志,包括字母和单词、图案、

颜色、形状、声音和气味组成。^① 商标允许其持有人阻止他人在贸易活动中使用相同或者混淆性近似的标志来标识商品或者服务。只要权利持有人在商业活动中持续使用该标志,商标权就会持续存在。在民法法域,商标权一般因注册产生。在普通法法域,商标权既可以因注册产生,也可以因在商业活动中使用而产生(后者称为“普通法”商标)。^② 在一些法域,商标权会超越防止消费者混淆而包括防止“淡化”商标持有人利益,亦即禁止第三人“污损”或者“模糊”该商标。

人们普遍认为,通过为消费者提供识别具有上佳质量或者特点之产品的简单途径,商标发挥了一种效率增强功能。消费者会很快识别某些他们喜欢的“品牌”,并基于品牌认同(取代更加昂贵且费时的产品测试)做出购买决定。商标也为企业提供了一种广告费投入媒介,以促进品牌认同和“商誉”。由于产品的实用性和质量与其广告投入量之间缺乏必然关联,经济学家们在商标是否有助于鼓励对商誉的投资问题上意见不一。广告会导致市场扭曲(消费者基于人为刺激的需求而购买产品)。

三、版权

“版权”授予作者和艺术家,以防止第三人未经许可复制或者传播其作品。作品内涵广泛,包括诸如图书、电影、录音制品和计算机软件等物品。其实,何种作品能够被认为体现了应受保护的艺术表达并无明确限制。然而,版权并不延及功能性作品或者思想。这一原则常被称为“思想/表达两分法”¹⁰原则,即将“思想”从版权保护范围中予以排除。根据 TRIPS 协议,最低版权保护期为作者有生之年加上 50 年。但是,在某些地方,包括美国和欧盟,版权保护期已经延长为作者有生之年加上 70 年。同时,版权还包括了与录制现场表演有关的表演者权、录音制品制作者权和广播者权。在欧

^① 有些法域限制使用单一颜色作为商标。TRIPS 协议并未规定必须认可单一颜色、声音或者气味作为商标。

^② 在民法和普通法法域,商标权均依赖于标志的“使用”,但是注册与有利于主张权利一方的推定密切相关。

洲法律中,这些权利传统上是作为“邻接权”受保护的,但是,因为新近缔结的国际条约,这些权利被普遍认为是版权的组成部分。版权也保护作者和艺术家的“精神”权利,不同法域对这种权利的保护程度不同。精神权利至少包括作品作者的身份权,以及禁止篡改或者歪曲其作品的权利。由于不排除第三人的独立创作行为,版权被视为一种“温和的”知识产权。

通过鼓励作者和艺术家创作、传播其作品,版权旨在造福公众。与其他知识财产形式一样,很难评估版权保护的经济效应。衡量因为版权而产生(或者丧失)的独创性表达数量,以及该等表达具有何种经济价值并非易事。虽然电影和音乐制作公司经常提供其因为版权保护不充分所遭受经济损失的数据,这些数据却通常未能反映所主张的损失——常常是与丧失的机会成本有关——由未经授权复制件的消费者所获得的经济与社会收益,或者“盗版者”所获得的经济收益/福利所抵消的数额。在著名的音乐制作者与网络文件共享服务提供商之间的纳普斯特案(*Napster*)的法庭较量中,由于难以评估因艺术家日渐增多的公开亮相和随之而来的光盘销量所产生的收益被未支付报酬的文件共享行为所致损失抵消的数额,经济学家们在估算不实施版权保护对音乐制作者的影响方面遇到了巨大困难。

四、设计保护

不同形式的知识产权,包括设计专利、版权、商标和商业外观、特别权利注册制度均涉及设计。长期以来,保护非实用性设计一直是一个知识产权法问题丛生的领域。实用性或者功能性发明被授予传统的“实用专利”。该专利并不适合于富有美学意义的非功能性设计。在很多法域,这种情形导致创设了一种独立的、专门针对非功能性产品要素的“设计专利”。对设计申请专利存在诸多缺陷,包括获得保护费时且费钱。版权保护涵盖表达性作品而且原则上适宜保护设计,但是,很多设计包括潜在的功能性要素,从而导致了执法阶段的不确定性。商标和商业外观也保护设计。产品的设计或者形状或者包装可能具有显著性并且与一个企业密切关联。然而,与版权一样,商标和商业外观仅仅只能为非功能性设计提供保护,而且这种情形

同样引发了执法的不确定性。为了克服以传统知识产权形式保护设计的诸多问题,许多法域(比如欧盟)确立了设计注册制度,适用的注册标准比传统知识产权相关标准更为灵活。¹¹

最关注设计保护的行业之一是纺织品或者服装行业。在此行业内,消费者的偏好变化得相当快,而且,获得保护的昂贵、费时过程对该行业并无特别的助益。TRIPS 协议意识到这种情况,并为各成员赋予了不得以昂贵的审查或者公告条件妨碍给予设计保护之义务。当产业部门模糊了形式与功能之间界限之时,便产生了与设计保护相关的诸多重大经济问题。例如,欧洲设计保护最富争议的问题是如何对待汽车零部件,包括车身部件和发动机部件。在其 2001 年的《设计条例》中,欧盟排除了发动机零部件享有设计保护,并且推迟对该条例是否适用于汽车车身部件作出决定,将该问题留待以后协商。^①

五、地理标志

地理标志(GIs)是基于某一产品的质量或者特征或者商誉与某一地方存在联系而将该产品与该地方联系起来的标识符。^② 地理标志的典型例子是“香槟”,即以独特方法酿造高质量起泡葡萄酒而闻名的法国一个地区的地名。在不同法域,保护地理标志的方式有很多。美国以财政部管理的一种葡萄酒和烈性酒特别标识制度,以及集体商标和证明商标来保护地理标志。欧盟通过特殊的登记制度保护地理标志,该制度通常包括详尽的生产方法之监控。许多拉美国家在商标之外保护“原产地名称”。此外,地理标志同时也受到普通法和民法之反不正当竞争制度的保护。

地理标志饱受争议。在 WTO,欧盟一直要求提高葡萄酒和烈性酒(已

^① 《关于共同体设计的 2001 年 12 月 12 日第 6/2002 号欧共体理事会条例》,第 12~13 段前言。[Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community designs, at recitals 12-13]

^② 地理标志与“原产地标记”(“mark of origin”)不同,后者仅仅标识产品的生产地,并不表示产品特征。

经享有相对高水平的保护)之外的农产品地理标志的保护水平,但该请求遭到美国等国的抵制。欧盟生产的特有农产品成本高,因此想通过保护这些产品的地理标志而获得更高的产品价格。美国总体农产品的生产价格低,因此担心更严格保护地理标志会造成潜在的市场准入限制。在这场关于地理标志的争论中,其他国家支持一个还是另一个“阵营”,一方面主要取决于它们是否是大规模的高效农业生产国,另一方面主要取决于它们是否是特种小众产品生产国。

12 六、集成电路布图设计保护

生产集成电路(或者半导体)(IC)的基础是三维示意图或者“掩膜作品”,它们的作用是指导将电路蚀刻在半导体材料上的精密设备。在 20 世纪 80 年代,这种掩膜作品是否享有版权保护(因为它们执行一种功能)并不明确,而且专利保护常常不适合保护集成电路设计方面的渐进型创新。集成电路布图保护的特别(或者独特的)制度因此确立。或者通过注册,或者通过自动保护来实施这种特别保护制度。少有基于集成电路布图设计特别保护的执法行为出现,但是 TRIPS 协议规则涉及这种特别保护制度。

七、未披露信息保护

假如其具有商业价值,未被披露,而且主张权利的企业采取了合理保护措施的话,未披露信息可以受到保护。未披露信息的保护通常(但并非完全)等同于“商业秘密”保护。提供这种保护的途径多种多样,包括专门法规或者反不正当竞争法。商业秘密保护的时间一般等同于相关信息保持其秘密性的时间。针对为了满足政府监管之目的而提交的有关医药、农用化工产品之中的新化学成分的未披露数据,TRIPS 协议特别要求保护,以防止对其的“不正当的商业使用”。

商业秘密保护能够使企业开发并保持生产方法、客户名单、配方以及其他为其带来竞争优势的有价值信息。允许企业保护这种信息能够鼓励竞争,而且从经济学视角观之,也被普遍认为是合理的。商业秘密保护引发争

议主要是在其被滥用之时,比如企业将为其所提供的公有信息付费作为提供必需产品或者服务的一个条件。出于监管目的而提交的医药、农用化工产品的数据的保护范围极具争议,其原因在于保护的程 度有助于决定复制品(或者“原创”产品“仿制”版)被政府监管机构审批并上市销售的速度。

第二章 国际知识产权法的渊源

知识财产保护本质上依赖于国家、地区和国际法律的组合。在具体的权利与义务总体上由国内法(而且同时由越来越多的地区性法律)界定并施行的同时,国际法提供联系国内和地区性法律制度的总体框架。它调整知识产权跨国性内容。它为国际知识产权制度确定基本原则,并在全球化进程中统一实体与程序规则方面越来越发挥着作用。国际知识产权法乃全球一体化法律最超前的领域之一。尽管在国际公法普通课程中时常被忽视,国际知识产权法却提供了一系列令人印象深刻的国际法,这些国际法体现在《国际法院规约》第 38 条所列举的国际法渊源及其之外的多个渊源之中。^①

第 38 条

1. 本法院的职责是根据国际法裁判所提交的各项争议,本法院在裁判时应适用:
 - a. 一般或者特别的国际公约,以确定发生争议国家已经明确认可的规则;
 - b. 国际习惯,以证明已被接受成为法律的某一惯例;
 - c. 文明国家已经认可的一般法律原则;
 - d. 根据第 59 条(该条及其他条款允许本法院传唤证人和专家),司法判决和各国最权威的国际公法学家的学说,以其作为确定法律规则的辅助途径。
2. 本条不妨碍本法院在各方成员国同意情况下,依公平合理原则裁判案件的权力。

这一列表上的渊源依然是当今主要的国际法渊源。与此同时,它却没能充分涵盖公认法律原则的一些最新变化。例如,很难将国际法的宪法性原则(比如自决权)归类为纯粹由条约法或者习惯法确定的问题。对于基本

^① 以下部分改编自托马斯·科蒂尔:《工业产权,国际法》,载《马克斯·普朗克国际公法百科全书》。(Thomas Cottier, *Industrial Property, International Law*, in *Max Planck Encyclopedia Of International Public Law*, available at <http://www.mpepil.com/updates>)

人权概念同样也是如此。此外,第 38 条并未涉及国际组织的建议和决定的法律性质,也没有涉及软法现象。最后,这一列表没有确定渊源的正式等级。该条未解决条约法与习惯法是何种关系之问题。

在国际知识产权制度背景下,由于国际知识产权制度的主要基础乃条约规范,不同国际法渊源之间不确定关系迄今尚未引发严重困难。这些规范的解释和适用问题可以参考条约规定予以解决。由于国际知识产权制度目前事实上适用 WTO 带有准司法性质的争端解决机制这一特殊原因,其他国际法渊源——特别是诸如善意之类的“一般法律原则”——未来可能在国际知识产权制度方面扮演更为重要的角色。

第一节 条约法

国际法保护知识财产的基础基本上是多边和双边条约法,以及全球性和区域性条约法。众多与知识财产有关且由 WIPO 管理的多边协议按照知识财产条约、国际保护制度条约和分类条约之标准予以分类。WIPO 网站提供了一个这些多边协议的完整目录,包括制度安排、《建立知识产权组织公约》成员国、知识财产保护条约,以及国际保护制度条约。^①

一些重要条约并不由 WIPO 负责管理。WTO 的 TRIPS 协议在所有知识财产领域确立了国际知识产权标准的现代性支柱,包括 WTO 各成员必须遵守的执法机制。TRIPS 协议提到了不同条约,比如《保护表演者、录音制品制作者和广播组织的国际公约》(《罗马公约》)和《集成电路知识财产条约》(《华盛顿条约》)。最重要的是,它参并了《巴黎公约》和《伯尔尼公约》(TRIPS 协议第 2 条和第 9 条第 1 款)。TRIPS 协议建立在这些公约的基础之上,并实质性地完善了这些公约的标准。参并——WIPO 当时认为是一种不友好的收购行为——的主要目的是为了将《伯尔尼公约》和《巴黎公

^① <http://www.wipo.int/treaties/en/>.

约》的条款与 WTO 的争端解决机制联系起来,并且赋予其多边贸易制度框架内可强制执行的效力。这一做法将 TRIPS 协议及其实体、程序标准置于与知识财产有关的多边和全球法律的核心地带。美国——哈瓦那俱乐部案(U. S. —*Havana Club*)裁决(本书下面许多章节会讨论该裁决)阐述了《巴黎公约》与 TRIPS 协议之间的关系。本章后面部分简介了 TRIPS 协议的职能和条款(见下文,第 38 页)。

位于慕尼黑的欧洲专利局管理的许多协议,比如《欧洲专利公约》(EPC),以及欧亚专利组织、非洲地区知识产权组织(ARIPO)、非洲知识产权组织(OAPI)管理的类似制度主要具有区域性的重要意义。

尽管在一般的著述和学说中时常被忽略并且少有提及,为数众多的双边协议已形成最详细、最复杂的国际法领域之一。我们注意到,相关的条约法并不局限于知识产权协议和贸易协议。从人权协议到环境协议等越来越多的协议提供了相关背景。我们在本书后面部分将涉及这些协议。最后,条约法也包括《维也纳条约法公约》,该公约包含与条约的解释以及不同协议之间相互关系的相关条款。

除了条约法之外,决定、建议、指南及其他形式的软法在知识产权管理,特别是由诸如 WIPO 或者欧洲专利局等国际组织进行的管理方面扮演着重要角色。指出由决策机构,包括经济与合作发展组织(OECD)和联合国贸易与发展大会(UNCTAD)发布的报告和建议是相当重要的。这些文件常常相当于软法,并且会影响国内法的形成和国际协议的解释。

第二节 国际习惯法

目前,《国际法院规约》第 38 条规定的条约法之外的国际法渊源之于国际知识产权制度的重要性远逊于其之于国际法传统领域的重要性。的确,国际知识产权法与国际法整体之间的联系显然尚未完全确立。这不仅是因为知识产权法长期以来一直是高度专业化且为少数专业人士所控制。普遍

观点认为,与其对其他领域(如国际证券法或者自然资源法)的兴趣相较,国际事务律师对知识产权问题不感兴趣是另外的原因,而且,国际事务律师与知识产权律师的跨学科联系仍然需要在学说上与实践中的进一步加强。

国际习惯法由国家惯例的证据和共有的“必要的法律确信”(opinio iuris sive necessitatis)所界定。传统上,国际习惯法规则是经历了相当长时间才形成的,各国在此期间以几乎一致的行为模式行事,这种行为模式体现了各国在特殊情况下所需行为的共有看法。

国内、国际知识产权规范属于立法(包括条约)范畴。这种知识产权“实在主义”传统可能会发生改变。知识产权规范易受技术迅速变化的影响,并且与其他规范领域相互联系。依赖与过去技术相关的实在法规则时常不能解决新问题。但是,说实在的,像以前那样依赖国际习惯法来解决知识产权规制问题可能会相当困难。新问题的速度和发展速度与习惯法是不同步的,传统上的习惯法演变需要有长期的实践以及基本稳定的社会经济环境。采用习惯法予以保护的一个现代实例是《统一域名争议解决政策》,WIPO制定该政策依赖的是成熟的争议解决制度实践而非条约法。

第三节 先例与学说

司法判决为知识产权制度提供了一个支柱。然而,我们考察的几乎所有判决均来自国家或地区法院,特别是欧盟法院。欧盟之外的地区缺乏解决国际争议的恰当渠道。在WTO成立之前,国际知识产权制度实际上并未产生国际裁判机构判决意义上的国际法先例。尽管国际法院拥有裁判与国际知识产权公约有关事项的管辖权(《巴黎公约》第28条及《伯尔尼公约》第33条),常设国际法院^①没有受理过任何案件,而且国际法院迄今也未受

^① 常设国际法院(the Permanent Court of International Justice)于1922年成立,是国际联盟的附属机构。1946年4月18日,国际联盟决定取消该法院,并由国际法院(International Court of Justice)取而代之。——译者

理过任何案件,主要原因人所共知:国际法院的判决很难被强制执行。

一、WTO 争端解决

随着 TRIPS 协议的签署,争端可以由 WTO 争端解决机构处理。自 1995 年至 2010 年 12 月,WTO 争端解决机构已通过了 168 个专家组报告¹⁶和 97 个上诉机构报告。在已发送立案通知且争议各方正在磋商过程中的 28 件案件之中,专家组和上诉机构 2010 年底已经审结的、与 TRIPS 协议有关的 11 个案件的大部分涉及发达国家之间的争端,发达国家与发展中国家的争端尚处于争端解决的初始阶段,并且争端事项主要限于执法问题。

虽然争端解决机构的裁决具有法律约束力,专家组或者上诉机构的论理并不需要遵循先例(*stare decisis*),因为,遵循先例之概念在国际法中普遍不为人知。^① 未来设立的专家组有义务考虑以往 GATT 专家组、WTO 专家组的观点与论理,以及上诉机构的建议,但是,若有正当理由,它们可以偏离在先裁决。

当 WTO 专家组和上诉机构的裁决与国内、地区法院有管辖权的问题明确关联之时,国内、地区法院承认这些判决的效力会极大地促进国际经济体系的法治。即使并不受这些判决的约束,国内、地区法院也应该考虑专家组和上诉机构的论理和解释。除非有令人信服的不予接受的理由,我们建议接受这些论理和解释,因为建立一个协调一致体系是重要的。整体而言,WTO 各机构确定的先例不仅仅只具有《国际法院规约》第 38 条第 1 款(d)项所规定的辅助性质。

^① 正如我们在国内法律制度所了解的,遵循先例原则一般要求一个国内法院在类似情况下,适用法律规则应该一以贯之。一旦确定了一项法律规则的适当解释,该确定性解释应该适用于涉及不同当事人的类似案件。然而,在国际法中,每个国家拥有主权,而且为了承认这种主权,人们普遍认为,在涉及一个主权实体的情况下适用某一法律规则的方法并不需要将相同的法律规则同样适用于涉及另外一个主权实体的类似情况。即,与一个主权实体有关的司法解释不能自动约束另一个主权实体。

二、国内法院判决

当前,大多数知识产权领域具有普遍重要性的判决来源于国内或者地区法院。尽管在构建一般法律原则体系方面具有重要作用,并被用作辅助性法律渊源,这些判决并非《国际法院规约》第 38 条规定的国际法直接渊源。众多核心概念(比如穷竭原则)是由国内、地区法院所确立并界定其内涵的,而且重要的是,当充分了解了其他法域的趋势和发展的时候,法院会作出自己的判决。国内和地区法院的先例对造就整个司法制度的一致性相当重要。如果没有强有力的比较裁判方法的话,国际知识产权领域就不可能发展成现在这种状态,而且,这种方法可能会更加促进国际知识产权领域的未来发展。

三、学说

《国际法院规约》第 38 条将最权威的法学家的著述作为辅助或者次要的国际法渊源。求助于国际学术界可能是形成知识产权制度整体一致性的一个重要元素。然而,确切地判断杰出作者们对国际知识产权审判具有什么样的影响尚为时过早。WTO 上诉机构偶尔会参考一些重要作者的著述。普通法法院(比如英国和美国的法院)会参考学术著作,不过,在民法传统的国家会更频繁地出现这种情况。例如,为了说明不同观点,并以之证实自己的判断,瑞士联邦法院经常会参考学者的著述。¹⁷

第四节 一般法律原则

一般法律原则广泛应用于国内法、地区法和国际法,它们具有对整体制度的一致性作出实质性贡献的潜力。除了实在法之外,与其他法律领域一样,这些原则对知识财产保护的运作极具重要性。当它们可以适用于私人行为之时,这些原则有助于平衡私权与公有领域之间的关系。由于知识产

权主要由私人经营者持有并且利用,为了有助于防止权利滥用并提供权利滥用救济,一般法律原则非常适宜在知识产权领域使用。

《国际法院规约》第38条第1款(c)项中的“一般法律原则”术语并非指的是习惯法或者条约法正式组成部分的国际法原则(比如,条约应当善意履行原则),而是指全世界不同法律制度共同的法律原则。这些法律原则使用于包括知识财产规范在内的所有法律领域。它们包含了最宝贵的普遍性法律规范——解决棘手之冲突常常必不可少的人性、经验与智慧的记录。国际法无意“全盘”接受国内法,但是,这些国内法的基本原则具有拾遗补阙的重要作用,而且可以指导法院解释国际和地区法律。^①

国际法承认的一般法律原则由对知识产权解释和管理相当重要的众多规则组成。首先,有与善意和公平有关的诸多原则。^②最重要的是,权利滥用(*abus de droit*)(在知识产权与竞争法之间关系方面很重要^③)、禁反言和默许等原则均源于善意原则。^④有关公平的一般规则还包括:“人不能转让自己并不拥有的东西”^⑤(可以说对商标和平行进口很重要);特别法

① 参见奥斯卡·沙克特:《理论与实践中的国际法》,马蒂纳斯尼霍夫出版公司,1991年;[Oscar Schachter, *International Law In Theory And Practice* 49-58 (Martinus Nijhof Publishers: Dordrecht, Boston, New York 1991)]综合性经典分析参见威尔弗雷德·詹克斯:《国际裁判展望》[Wilfried Jenks, *The Prospects Of International Adjudication* 316-427 (1964)];B. 陈:《国际法院与审判庭适用的一般法律原则》[B. Cheng, *General Principles Of Law Applied By International Courts And Tribunals* (1953)];查尔斯·维瑟:《国际公法仲裁与诉讼规则的公正原则》,贝多内出版公司,1972年。[Charles De Visscher, *De L'equité dans Le Règlement Arbitral Ou Judiciaire Des Litiges De Droit International Public* (Editions A. Pedone, Paris 1972)]

② 全面评论与分析,参见拉尔夫·A. 纽曼:《公平的一般原则》,载R. A. 纽曼编:《世界法律体系中的公平:比较研究》,埃米尔布里兰特出版公司,1973年。[Ralph A. Newman, *The General Principles of Equity*, in *Equity In The World's Legal Systems: A Comparative Study* 599-604 (R. A. Newman ed., Emile Brylant; Brussels 1973)]

③ 关于权利滥用的原则来自于这样的思想:法律权利并没有赋予有关使用这种权利的不受约束的自行决定权。见下文。

④ 彼此密切关联的禁反言和默许规则指的是这样一种情况:作为其自己行为的一个后果,当事人可能被禁止主张在其他场合已经提供给他们的权利。参见托马斯·科蒂尔、约尔格·保罗·巴勒:《禁反言》,载《国际公法百科全书》。(Thomas Cottier & Jörg Paul Müller, *Estoppel*, in *Encyclopedia Of Public International Law*, www.mpepil.com)

⑤ *Nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet.*

原则；^①后法优于前法；^②法不溯及既往；^③以及合比例原则。^④

一般原则在知识产权判决中还不占突出地位，但是，一些判决还是大量运用了一般原则。比如，欧洲专利局技术复审委员会的一个裁定[宝洁公司诉联合利华公司案裁定(*Procter & Gamble v. Unilever*)，下文将讨论]运用了与一事不再理原则有关的一般法律原则，作为解释《欧洲专利公约》的核心法律渊源。WTO 高效率的争端解决的出现也将会加强一般原则的作用。

在公平领域，近年来有所发展，这些发展尤其与可持续发展与人权的诸目标相关。然而，诸如代际公平之类的概念并非不同法律制度共有的一般法律原则的组成部分。本书后面部分将涉及这些概念。

说明与问题

1. 在头脑敏锐之人因把握了机遇而时常受到赞许的当今国际商业环境下，某些公平原则可能，至少在最初，显得有点过时——或者幼稚。然而，必须从被请求解决对维持长期关系具有某种利益的企业之间所发生争议的裁判者角度来思考这些原则。适用某些公平原则可能有助于作出顾及长期利益的判决吗？

① 特别规则优先于一般规则(*Lex specialis derogate generalis*)。

② 两部法律因缺乏一个居中规则而存在冲突时，通过时间在后的法律比通过时间在先的法律被推定优先适用(*lex posterior derogat priori*)。

③ 对于已经发生的行为，法律不得强加新的义务或者取消权利。

④ 法律施加的义务不得超出解决产生该等义务的情况所需的合理且必要的义务范围之规则。合比例原则是欧洲法院司法活动的核心。

第三章 国际知识财产组织

当今,多边层面的国际知识财产制度主要由两个组织共同管理:WIPO 和 WTO。两个组织之间的关系及其各自职权范围并无明确界定。^① 对同一议题具有重叠管辖权的两个组织的存在,为规则制定和监督执行方面的前后矛盾提供了可能性。这种状况还增加了对所有知识财产问题感兴趣的集团“挑选论坛”(forum shopping)的机会。一些国家可能会断定它们在 WTO 对某一特殊问题不可能取得进展,并转向 WIPO 作为替代论坛。¹⁹ WIPO 为数量不多的国家达成协议提供了可能。虽然在可能的情况下,其成员也支持一致行动,WIPO 却会在并非其全部成员均同意的情况下达成实质性协议。在 WIPO 进行谈判也有不利之处。政府仅仅就知识财产进行协商而不能在诸如农产品贸易等领域提供“交叉减让”。此外,在 WIPO 达成的协议不能通过撤回贸易减让的方式予以强制执行。

尽管存在因职权部分重叠导致的诸多潜在问题,WIPO 与 WTO 的作用却存在一些相当明显的差别。WIPO 管理着许多条约,这些条约有助于在多个国家获得知识产权授权。这些条约包括《专利合作条约》、《马德里协议》及其(关于商标的)《议定书》。WTO 则不履行类似的管理职能。另外,WIPO 负责知识财产事务的职员比 WTO 多得多,绝大多数 WIPO 职员负责为起草国家立法提供帮助,以及培训国家级知识产权局工作人员。WIPO 倾向于参与有关知识财产规范更详细的“技术”方面的协商,比如界定驰名商标认定标准或者统一可专利性标准。但是,这种更具技术性的 WIPO 活动也可能在 WTO 进行,例如,就地理标志的有关细节和专利申请文

^① 回想一下,由于美国、欧盟和日本商业集团因不能在 WIPO 协商确定更高的保护标准而沮丧,WTO 才开始涉足知识产权问题。在关贸总协定乌拉圭谈判回合期间,WIPO 的高级官员们并不希望看到另一个组织承担知识产权问题的主要义务,而且在谈判期间,两个组织之间也缺乏充分的“合作精神”。

件披露基因资源的来源和原产地的可能性,各国政府一直在进行磋商。我们或许不能想当然地认为,在“技术性”知识财产事务的规则制定方面,两个组织中的一个比另一个具有更为广泛的能力。(在地理位置上,WIPO 和 WTO 位于日内瓦的总部相距大约步行 10 分钟的距离。技术专家在两个组织间往来并不是太困难。)

在简单介绍这两个组织之后,我们会进一步考察 WIPO 和 WTO 共有的职能。

第一节 WIPO

一、概述

在下面的摘录中,WIPO 介绍了它的组织结构和目标。

《建立世界知识产权组织公约》概要^①

世界知识产权组织(WIPO)的组织法——《WIPO 公约》于 1967 年 7 月 14 日在斯德哥尔摩签署,1970 年生效并于 1979 年修订。WIPO 是一个政府间组织,1974 年成为联合国组织系统的专门机构。²⁰ WIPO 的起源可以追溯至 1883 年和 1886 年,当时,《保护工业产权的巴黎公约》和《保护文学艺术产权的伯尔尼公约》分别签署。两个公约均规定建立一个“国际局”。1893 年,两个国际局合并并且于 1970 年被根据《WIPO 公约》成立的国际局取代。

WIPO 有两个主要目标。第一个目标是通过国家间合作,并在适当时候与任何其他国际组织合作的方式,促进全世界范围内的知识财产保护。第二个目标是确保根据 WIPO 管理的条约所建立的知识财

^① 《WIPO 公约》来源于 <http://www.wipo.int> (01-29-06)。

产各联盟之间的行政合作。

为了实现这些目标,在履行各联盟管理任务的同时,WIPO 开展了很多活动,包括:

- i. 规范性活动,涉及通过缔结国际条约的方式制定知识产权保护与执法的规范与标准;
- ii. 项目活动,涉及在知识财产领域为各国提供法律技术援助;
- iii. 国际分类与标准化活动,涉及各工业产权局之间有关专利、商标和工业品外观设计申请文献方面的合作;以及
- iv. 登记活动,涉及与发明专利国际申请,以及商标和工业品外观设计的国际注册有关的服务。

WIPO 的成员资格向任何联盟的成员国和满足下列条件之一的任何其他国家开放:

- (i) 联合国会员国,与联合国或国际原子能机构已建立关系的任何专门机构;
- (ii) 《国际法院规约》缔约国;或者
- (iii) 已被 WIPO 大会邀请成为《WIPO 公约》缔约方。

WIPO 成员资格不会产生任何与 WIPO 管理的其他条约有关的义务。通过向日内瓦的 WIPO 总干事缴存一份《加入 WIPO 公约申请书》的方式,就可成功加入 WIPO。

《WIPO 公约》设立了三个主要机构:WIPO 大会、WIPO 成员国会议和 WIPO 协调委员会。WIPO 大会由同时是任何一个联盟成员的成员国组成。其主要职能是:任命由协调委员会提名的总干事,审核并批准总干事所作报告以及协调委员会的报告、活动,批准各联盟两年度预算,以及批准本组织财务管理规章。

WIPO 成员国会议由《WIPO 公约》各缔约国组成。除了其他事务之外,该会议是批准《WIPO 公约》修正案、与法律—技术援助及确定两年期援助项目有关的所有事务的职能机构。该会议还有权讨论

知识财产领域引发普遍关注的问题,并可以批准与这些问题有关的建议。

WIPO 协调委员会由从巴黎公约联盟执行委员会和伯尔尼公约联盟执行委员会成员中选举的成员组成。其主要职能是为各联盟的机构、本组织大会、本组织成员国会议和总干事提供这些机构感兴趣的所有管理与财务方面的建议。该协调委员会还草拟本组织大会议程,以及草拟本组织成员国大会议程、项目和预算。在适当时候,协调委员会还向本组织大会提名总干事人选,供其批准。

WIPO 定期预算的主要收入来源是国际注册服务的私人用户支付的服务费,以及各成员国政府支付的会费。每个成员国应缴会费数额按 14 个等级标准确定。……

本组织秘书处称为国际局。国际局局长是由 WIPO 大会任命的总干事,两个以上副总干事辅助其工作。

本组织总部位于瑞士日内瓦。本组织在比利时的布鲁塞尔、新加坡、纽约联合国总部、美国华盛顿设立了联络处。

为了便于实现目标并行使职能,本组织享有赋予国际组织及其官员的各种特权与豁免,为此,本组织已与瑞士联邦政府签订了总部协议。

说明与问题

1. 许多发展中国家和非政府组织表达了对 WIPO 政策方向的担忧。它们认为,WIPO 主要关心的是促进更高水平的知识产权保护,而并未充分说明知识产权在不同发展阶段所起的不同作用。这些国家和非政府组织的努力导致了在 WIPO 成立了一个与《WIPO 发展议程》建议相关的临时委员会(PCDA)。该临时委员会第 4 次会议于 2007 年 6 月 11 日至 15 日召开。在那次会议上,除了在 WIPO 设立永久性的发展与知识财产委员会的建议之外,该临时委员会通过了一个含有 45 个涉及很多方面(包括能力培养、技术援助、规范

制定和技术转移)建议的列表。^① 2007年10月,WIPO大会批准了设立该委员会的建议。2008年3日至7日,发展与知识财产委员会在日内瓦召开了第1次会议。^② 在针对改善知识财产框架,以更好地促进技术的发展与使用,特别是促进发展中国家的技术使用进行研究、提出建议方面,该委员会获得了广泛授权。与《WIPO发展议程》有关的文献可以在 <http://www.wipo.int> 中找到。

2. 请思考 WIPO 内部发达国家与发展中国家的关系以及新兴经济体的作用。《WIPO 发展议程》能否为这些国家集团带来回报,或者它只是反映了一群动态联盟和可变几何体的利益诉求? 新兴经济体的诸多产业对业已强化的保护水平日益增长的兴趣,可能造成什么样的影响? 发展中的农业大国的特殊利益和潜力可能体现在哪里?

二、实体性与管理性规则

《WIPO 公约》不包含实体性规则。WIPO 的管理性规则由成员国之间缔结的单独条约或者公约确立。^③ 那些条约的一部分,比如《巴黎公约》和《伯尔尼公约》主要规定了适用于成员国的实体法;其他的条约,比如《专利合作条约》规定了专利申请审查程序。各国普遍参加了《巴黎公约》和《伯尔尼公约》,但是,大多数 WIPO 条约,比如《制止虚假或者欺骗性商品来源标记的马德里协议》的成员国却极其有限。在管理性条约中,《专利合作条约》的成员国很多,但其他协议,如《关于工业品外观设计的海牙公约》的成员国非常有限。

① http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/pcda07_session4.html.

② 《发展与知识财产新机构圆满完成成立会议》,WIPO 新闻稿,2008年3月10日。(New Body on Development and IP Wraps up Inaugural Meeting, Geneva, March 10, 2008 PR/2008/540, WIPO Press Release, http://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2008/article_0012.html.)

③ WIPO 管理的所有条约的全文及其最新的成员国名单可以在 <http://wipo.int> 获得。

与引用《罗马公约》和《关于集成电路知识财产条约》^①一样, WTO 的 TRIPS 协议参并了《巴黎公约》和《伯尔尼公约》的大量内容。这种参并在 WIPO 与 WTO 之间搭建了一种具体的实质性联系。

本书将始终考察 WIPO 管理的条约和公约之规则, 因此, 这里不再赘述。这些条约和公约有某些共同的基本原则, 本章后面部分将会讨论。

WIPO 在协商知识财产新规则和协议方面发挥着积极作用。其作用的发挥常常是先设立一个专家委员对这样的规则或协议的可能性予以分析并提出建议。随后是规则草拟阶段, WIPO 各成员国和观察家定期开会, 提出建议, 审查进展, 而且秘书处主要负责草拟工作。如果协商相当成功, WIPO 会召开外交会议来考虑拟议协议的批准。

三、争端解决

WIPO 条约和公约并未建立自己的争端解决机制。《巴黎公约》和《伯尔尼公约》允许成员国在国际法院(一个联合国机构)启动争端解决程序。截至 2011 年, 国际法院尚未受理过这样的申请。20 世纪 90 年代后期, 曾有国家建议成立单独的 WIPO 跨国争端解决机制, 但这些建议未能取得结果, 主要是因为担心与 WTO 的争端解决机制的管辖权重叠。WIPO 缺乏一个解决国对国争端的内部机制无疑降低了与 WTO 冲突的可能性。与此同时, 从某个产业的立场视之, 由于强制执行裁决的可能性小于在 WTO 的可能性, 争端机制的缺乏会让 WIPO 成为一个吸引力较小的组织。

然而, 在 WIPO 仲裁与调解中心的主持下, WIPO 建立了一个富有活力的仲裁机制。该中心起初的重点是作为争端解决服务提供者, 其仲裁依据是互网络名称与数码分配公司(ICANN)的《统一域名争议解决政策》(UDRP)。在此方面, 该中心已取得极大成功, 已成为域名争端服务的主要提供者。最近, 该中心日益关注解决更传统的知识财产类型的争议, 比如专

^① 由于缺乏足够的签字国的批准, 《关于集成电路知识财产条约》尚未生效。尽管如此, 该条约的规则经修改后被纳入 TRIPS 协议。

利侵权、商标侵权和许可方面争议,仲裁案件受理量正在逐步增加。第三章将结合域名争议进一步考察该中心的作用,第六章将考察该中心裁决的执行。

第二节 WTO

一、组织框架

WTO 是规制国际贸易最主要的多边组织。^① 1995 年 1 月 1 日,WTO 根据《建立世界贸易组织协议》(《WTO 协议》)而成立。WTO 接替了 1947 年成立的同样规制贸易的《关税与贸易总协定》(GATT)。GATT 几乎只关注于商品贸易及其各种规制机制,比如影响商品贸易的关税、配额和补贴。WTO 将关注议题延及服务贸易,比如银行和其他金融服务、电信服务。WTO 同时也将关注的客体范围延伸至与贸易有关的知识产权(TRIPS)。通过将 TRIPS 协议列为所有 WTO 成员均已接受并且成为《WTO 协议》组成部分的三个“多边贸易协议”(MTAs)[连同 1994 年的²⁴ GATT 和《服务贸易协议》(GATS)]的一个协议,WTO 实现了这种客体范围的延伸。^②

WTO 形式上是实行一国一票的一个组织。^③ 根据《WTO 协议》,参加该组织的国家被称为“成员”。截至 2010 年 12 月,WTO 有 153 个成员,有 30 个国家正处于加入过程之中。关于不同形式的决定,《WTO 协议》规定的表决条件包括普通决议^④的多数表决、放弃遵守义务决议的三分之二多数表决。^⑤

① 有关 WTO 的信息,包括成员名单、协议文本和争端解决裁决,以及正在进行的工作项目和指导性援助方面的信息均可在 <http://www.wto.org> 找到。

② 《WTO 协议》,第 2 条第 2 款。

③ 《WTO 协议》,第 9 条第 1 款。

④ 同前注,第 9 条第 1 款。

⑤ 同前注,第 9 条第 3 款。

然而,根据惯例(《WTO 协议》提到的、源自 GATT 1947 的惯例),WTO 是通过其成员的“一致同意”而运作的。因此,若没有成员正式反对某动议,决议便因此作出。^① 实行一致表决惯例有一个重要原因。与联合国将投票权集中于安理会不同的是,WTO 并没有类似以贸易总量或者国内生产总值作为依据而赋予成员投票权重的机制。原则上,美国或者中国享有的投票权重或者权限与布隆迪或者厄瓜多尔的完全相同。绝大多数 WTO 成员是发展中国家。美国、欧盟和其他高收入经济体并不愿意让其贸易政策受制于多数规则,尤其是当发展中国家集团的票数常常超过它们票数的時候。在决定其贸易利益方面,发展中国家将会愿意让它们自己受制于多数规则也不无疑问。发展中国家特别关注对其主权的保护。

《WTO 协议》规定,各成员应该每两年至少出席一次部长级会议。^② 自成立以来,部长级会议已在新加坡、西雅图、多哈、坎昆、香港和日内瓦召开过。正如其名称所示,部长级会议是由各成员贸易部长召开的会议。当不召开部长级会议之时,由总理事会代行部长级会议的职权主持 WTO 的工作。^③ 总理事会定期在日内瓦的 WTO 总部举行。除了总理事会之外,每一个多边贸易协议均有附属理事会,包括与贸易有关的知识产权协议理事会(TRIPS 协议理事会)。^④ TRIPS 协议理事会定期举行会议,以监督 TRIPS 协议的履行以及处理其他事务,包括就 TRIPS 协议“本身规定的”议程和各成员所提建议进行进一步磋商。根据其程序规则,TRIPS 协议理事会只能以一致同意的方式运作。^⑤ 不需要一致同意的问题必须提交总理事会。

WTO 和 TRIPS 协议理事会的一致同意规则有优点也有缺点。优点包 25

① 《WTO 协议》注释 1:“若出席作出决议会议的成员不正式反对所建议的决议,应视为有关机构已经就提交其考虑的某一问题作出一致决议。”

② 同前注,第 4 条第 1 款。

③ 同前注,第 4 条第 2 款。

④ 同前注,第 4 条第 5 款。

⑤ 《TRIPS 协议理事会会议程序规则》,规则 33,WTO 第 IP/C/1 号文献,1995 年。[*Rules of Procedure for Meetings of the Council for TRIPS*, Rule 33, WTO Doc. IP/C/1 (1995)] 在 TRIPS 协议理事会没有一致同意的情况下,该问题将被提交给总理事会决定。

括在决策时必须考虑所有成员的利益。最小的和经济最弱的国家至少在原则上能够为决议投票。另一方面,要求取得一致意见意味着很难作出决议。150个国家对任何事情取得一致意见并非易事,更遑论相当复杂的国际协议了。随着GATT已演变成拥有相当广泛成员的WTO,集体决策已经成为诸多巨大挑战中一个。不应感到惊奇的是,国际社会已出现改革决策程序,允许在适当保障措施下可以不经一致同意而采取行动的诸多建议。

为了实现提高全球生产力、增加就业、鼓励发展的目标,以及承认以可持续方式实现上述目标的重要性,WTO为成员们提供了协商逐步消除商品与服务贸易壁垒的一个平台。^①WTO试图通过“多回合”的贸易谈判来实现这些目标,谈判的启动均有特定的谈判议题,而且涉及很多成员交换贸易减让的要约。最终,一个回合的谈判结果将体现在新协议之中,并且将更新现行协议的成员承诺表。^②当前谈判的回合于2001年11月在卡塔尔的多哈启动,并被称为多哈发展回合(DDR)。^③尽管多哈发展回合起初计划在2005年之前完成,现在却很难预计何时结束。之前的GATT乌拉圭回合历时7年(1986—1993)。

对《WTO协议》的更新也可以在谈判回合背景之外完成。比如,TRIPS协议的与公共健康相关的第一次修订,就是由成员们在2005年12月召开的一次总理事会议上达成一致的。^④

由各成员任命的总干事领导的秘书处负责WTO的管理。^⑤总干事任

^① 《TRIPS协议理事会会议程序规则》,规则33,WTO第IP/C/1号文献,1995年。[*Rules of Procedure for Meetings of the Council for TRIPS*, Rule 33, WTO Doc. IP/C/1 (1995)]在TRIPS协议理事会没有一致同意的情况下,该问题将被提交给总理事会决定。

^② 例如,GATT 1994增加了一个包含每一个成员的最高关税率的承诺或者义务的附件。多哈发展回合所达成的协议很可能会包括对成员所作出的修订(和减少的)关税税率承诺。

^③ 对多哈发展回合中有争议的问题描述,参见《国际法协会国际贸易法委员会2006年报告》。[(2006 *Report of the Committee on International Trade Law of the International Law Association*), available at <http://www.ila-hq.org>.]

^④ 参见下文第二部分的讨论。在三分之二的WTO成员批准后,这次修订将作为一项“豁免”而实际运作。在全部WTO成员接受这次修订之前,此项豁免将一直有效。

^⑤ 《WTO协议》,第6条。

命几个副总干事和各个分支机构(包括知识财产分支机构)的理事。

二、实体性规则

《WTO 协议》规定了调整国际贸易和各成员有关贸易自由化的特定承诺的基本实体规则。有关商品、服务和 TRIPS 的整体规则极其复杂,这体现了现代全球经济的复杂性。即便如此,有两个基本原则构成了整个规则体系的基础。它们是“最惠国待遇”(MFN)原则和“国民待遇”原则。最惠国待遇原则使得每一个成员有义务将相同的贸易减让延及所有其他成员。^① 国民待遇原则赋予每一个成员以其对待国内生产商品的同样方式对待从其他成员进口的商品,^②以及以对待在相关领域国内服务和提供者同样的方式对待外国服务和提供者义务。^③ 最惠国待遇和国民待遇原则同样适用于 TRIPS,各成员有义务将相同的知识产权保护延及所有 WTO 成员(最惠国待遇),^④并且在与对待国内知识财产申请人和所有人相同基础上对待外国申请人和所有人(国民待遇)。^⑤ 我们将在本章后面部分回头讨论这些原则。 26

除了基本的最惠国待遇和国民待遇原则以外,GATT 1994 规定了消除商品贸易配额(或者数量限制),^⑥并规定了关税的限制。^⑦ 该协议还规定了适用于农产品贸易的特殊规则。^⑧ 《WTO 协议》包含有关反倾销、反补贴税收法律的应用,^⑨与食品和农产品贸易有关的公共卫生与植物检疫措施的应用,^⑩以

① GATT 1994,第 1 条;《服务贸易协议》,第 2 条;以及 TRIPS 协议,第 4 条。

② GATT 1994,第 3 条。

③ 《服务贸易协议》,第 17 条。

④ TRIPS 协议,第 4 条

⑤ 同前注,第 3 条。

⑥ GATT 1994,第 11 条。

⑦ 同前注,第 2 条。

⑧ 参见《农产品协议》。

⑨ 参见 GATT 1994,第 6 条和 16 条,《关于实施 1994 年〈关贸总协定〉第六条的协议》和《补贴与反补贴措施协议》。

⑩ 《卫生和动植物检疫措施的协议》。

及政府采购商品和服务方式等诸多义务。^① TRIPS 协议确定了知识产权保护 and 执法的最低实体标准。

整个 WTO 协议特别关注了发展中国家的需要, 尽管这种关注的效果如何还存在巨大争议。正如其名称所示, 多哈发展回合主要目标之一就是解决与发展有关的问题。

三、争端解决

WTO 主要职能之一是解决成员在规则遵守方面的争议。《WTO 协议》包含适用于所有成员的《争端解决谅解》(DSU)。^② 《争端解决谅解》规定了先期裁决案件的“专家组”的任命,^③ 以及设立裁决法律问题上诉的上诉机构(AB)。^④ 专家组和上诉机构的裁决必须由组成“争端解决机构”²⁷ (DSB) 的成员正式批准,^⑤ 但是, 由于只能一致反对批准(所谓的反向一致同意)才能不批准专家组或上诉机构的“报告”, 因此, 专家组和上诉机构的裁决实际上是自动被批准的。^⑥

《争端解决谅解》适用于与知识产权有关的案件。在 TRIPS 协议被批准之前, 有关知识财产保护的争端是根据 GATT 的规定提起投诉, 而且争端会在整个《WTO 协议》履行过程中不断出现。当今, TRIPS 协议是有关知识产权及其争端解决的主要法律文件,^⑦ 尽管对涉及“非违反丧失或者减损”诉因的相关投诉规定了某些限定条件。^⑧ 我们会在第六部分第二章考察非违反投诉。

《争端解决谅解》规定了有关专家组的建立、专家组和上诉机构的权力、

① 《政府采购协议》。

② 《WTO 协议》, 第 3 条第 3 款与附件 2(《关于争端解决规则与程序的谅解》)。

③ 参见《争端解决谅解》, 第 6 条。

④ 《争端解决谅解》, 第 17 条。

⑤ 《争端解决谅解》, 第 14 条和第 16 条、第 17 条。

⑥ 理论上而言, WTO 成员可能发现专家组或者上诉机构的某些裁决非常令人不快, 以致胜诉方也会反对批准。

⑦ TRIPS 协议, 第 64 条。

⑧ 同前注, 第 64 条第 2~3 款。

作出裁决的时限等程序规则。一般而言,从一个成员提出投诉到上诉机构作出裁决的时间不应该超过 2 年。^① 3 人专家组由争议各方合意任命,但是,如果各方对任命专家组成员不能达成合意(这种情形常常会发生),WTO 总干事将任命专家组成员。^② 专家组负责审理,投诉方和被投诉方陈述其主张并举证证明。非投诉方和被投诉方的成员可以作为第三方观察员参与程序。^③ 专家组发布决定法律和事实问题的初步和最终报告并可以提出建议。^④ 建议的通常形式是要求其法律或者惯例被认定违反了 WTO 法律的成员使其措施与 WTO 规定一致。^⑤ 专家组一般不提出有关修改法律或者惯例的具体建议。

投诉方或者被投诉方可以请求上诉机构审查专家组裁决。^⑥ 上诉机构自动接受请求审查的案件——这种接受并不像美国最高法院调卷做法那样随意——并且审查专家组的法律分析。上诉机构重新审查事实认定并无明确授权,但是,与国内法院的审理过程一样,将法律审查和事实审查单独分开往往并非易事。

当上诉机构发布其报告(或者专家组报告未被上诉)之时,争端解决机构会批准该报告。反对已作裁决的成员有一段合理期限(推定为最长 15 个月,但当事方可以另行约定)采取措施,使其法律或者惯例符合 WTO 法律。^⑦ 假如该成员没能这样做的话,作为不遵守裁决的后果,投诉方成员将被授权撤回与其所受损害程度相当的贸易减让。^⑧ 减让的撤回最好是针对与所投诉措施相同的类别——商品、服务,或者知识产权,但是,当撤回相同类别的某一措施不会产生效果的时候,成员将被允许撤回“交叉减让”。无

① 《争端解决谅解》,第 20 条(包括延期)。

② 同前注,第 8 条。

③ 同前注,第 10 条。

④ 同前注,第 11 条。

⑤ 同前注,第 19 条。

⑥ 同前注,第 17 条。

⑦ 同前注,第 21 条。

⑧ 同前注,第 22 条。

论成员是否已经使其措施符合 WTO 规定,还是撤回减让程度是否适当等问题均应提交给裁决该争议的统一专家组仲裁。^①

通过撤回贸易减让方式强制执行 WTO 争端解决裁决的可能性是促使美国、欧盟和日本选择 WTO 作为 WIPO 的替代组织的因素之一。WTO 争端解决具有“杀伤力”,尽管那些杀伤力更可能有利于强大经济体。至少有两个原因使得小经济体发现,很难撤回对其有贸易往来的强大经济体的贸易减让。第一,小经济体的进口额往往只占较大经济体出口额的一小部分,对较大经济体的影响因此会很小。第二,通过对来源于贸易伙伴的进口课以较高关税或者配额,小经济体可能会损害自己的生产者和消费者,使得该措施达不到预期目标。另一方面,当一个像美国一样的国家或者像欧盟一样的实体撤回其对小经济体国家的减让之时,对小经济体国家的影响会非常严重,因为小经济体依赖于对撤回减让的该国的出口。近年来,在个别争端解决案件胜诉之后,厄瓜多尔威胁要撤回针对欧盟的 TRIPS 协议方面的减让,巴西威胁要撤回针对美国的 TRIPS 协议方面的减让,而且,投诉的发展中国家一方在各自案件中显然已经取得有利的谈判成果。^②

四、TRIPS 协议

在 WTO 法律体系之中,TRIPS 协议履行着许多职能。第一,该协议采用了某些普遍适用的原则。这些原则包括国民待遇、^③最惠国待遇、^④以及每个成员有权决定自己的与“权利穷竭”相关的政策与规则。^⑤ 这些基本原则适用于该协议所涉所有知识财产形式,这些原则将在下一部分讨论。

① 《争端解决谅解》,第 22 条第 6~7 款。

② 参见弗雷德里克·M.阿伯特:《TRIPS 协议中的交叉报复:发展中国家的选择》,国际贸易与可持续发展中心(日内瓦)第 8 号专题研究报告,2009 年 4 月 8 日。(Frederick M. Abbott, *Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries*, ICTSD Programme on Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade)安提瓜和巴布达同样在针对美国的一个 WTO 案件中胜诉,并且也威胁要撤回 TRIPS 协议方面的减让,但双方迄今没有达成和解。

③ TRIPS 协议,第 3 条。

④ 同前注,第 4 条。

⑤ 同前注,第 6 条。

第二,TRIPS 协议为所有 WTO 成员规定了知识产权保护的最高实体标准。^① 它这样做的方式是参并《巴黎公约》《伯尔尼公约》《罗马公约》《华盛顿公约》^②等公约^③的部分条款,以及制定额外的规范。它承认成员可以实施与其风俗习惯相适应的实体标准,在将习俗转化为国家法律的方式方面为各成员留下了灵活性。^④ TRIPS 协议涉及七类知识财产且其调整范围通常以那些类别为限。^⑤ 然而,由于参并了 TRIPS 协议并未特别提及的知识财产形式的 WIPO 各公约的规则(比如,《巴黎公约》第 8 条调整“商号”,而 TRIPS 协议却没有特别提及商号),TRIPS 协议调整的客体范围因此稍微宽于仅仅查阅 TRIPS 协议文本所能确定的范围。^⑥

第三,TRIPS 协议要求成员提供充分且有效的知识产权执法,并列明了许多有关获得行政或者司法程序及其救济的明确条件。^⑦ 该协议同时设法为被投诉人提供正当程序保护。TRIPS 协议前言言明,知识产权是“私”权。之所以言明知识产权是私权,是为了强调希望知识产权私人所有人通过行政和司法程序来执行他们的知识产权,并且不希望政府(在该协议所规定的一些有限例外之外)“监控”知识产权执法。

第四,TRIPS 协议承认维持竞争市场的重要性。它明确授权各成员通过适用竞争法来规制知识产权。^⑧ 它还鼓励竞争主管机关相互合作。^⑨

第五,TRIPS 协议特别关注发展中国家和最不发达国家的情况。^⑩ 大多数情况下,这种特别关注是以规定过渡性安排,从而延长遵守各种义务之

① TRIPS 协议,第二部分。

② 《关于集成电路知识产权条约》缔结于华盛顿特区,有时被称为“华盛顿公约”。

③ 参见 TRIPS 协议,第 2 条和第 9 条第 1 款。

④ 同前注,第 1 条第 1 款。

⑤ TRIPS 协议,第 1 条第 2 款。

⑥ 在有关商号的美国——哈瓦那俱乐部案裁决中,WTO 上诉机构重点解决过这一问题,参见本书第三部分。

⑦ TRIPS 协议,第三部分。

⑧ 同前注,第 8 条第 2 款和第 40 条。

⑨ 同前注,第 40 条第 3 款、第 4 款。

⑩ 同前注,前言,第 7~8 条,第 65~67 条。

时间的方式完成的。这种特别关注也体现在前言以及关于目标与原则的条款之中。

第六, TRIPS 协议包含机构方面的规定。^① 这包括界定 TRIPS 协议理事会的作用, 并规定就已规定的客体(“本身规定的”议程)和各成员提出的客体进一步磋商。^② TRIPS 协议理事会的责任包括审议各成员实施 TRIPS 协议承诺的情况。

第七, TRIPS 协议纳入了以《争端解决谅解》为依据的争端解决。^③ 正如前述, 这包括暂停提起非违反丧失或者减损之投诉, 这种暂停在 2011 年仍然有效。

本书自始至终都将考察 TRIPS 协议的实体性和程序性规则。

30 在考察之前, 下面的摘录论述了知识财产标准与 GATT 和 WTO 传统贸易规则之间的关系及其谈判历史。

与贸易有关的知识财产(TRIPS)协议^④

从关税到知识财产

从一开始就描述贸易规制与知识财产保护之间的内在联系, 并且理解这种联系的排列顺序和原因具有重要性。缺乏适当的知识产权保护导致了贸易限制。这个问题应该在我称之为第三代贸易壁垒的合适背景中予以讨论。

后第二次世界大战时期之早期贸易政策侧重于逐渐降低关税和消

① TRIPS 协议, 第七部分。

② 同前注, 第 71 条。

③ 同前注, 第 64 条。

④ 托马斯·科蒂尔著, 载帕特里克·F.J. 麦克罗伊、阿瑟·E. 阿普尔顿、米歇尔·G. 普卢默编:《世界贸易组织:法律、经济与政治分析》, 第 1 卷, 第 1041~1120 页, 斯普林格出版公司, 2005 年。[*The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*. Vol. I 1041-1120, (Patrick F.J. Macroy, Arthur E. Appletion & Micheal G Plummer eds.), Springer: New York 2005]

除优惠制。作为第一代壁垒的关税曾经很高,其根源是 20 世纪 30 年代大萧条的保护主义政策。此外,殖民体系内部存在优惠性关税。在以《哈瓦那宪章》为基础建立世界贸易组织失败之后,从本质上讲,1947 年的《关税与贸易总协定》(“GATT”)提供了一个渐次的且正如结果表明也是成功的关税降低过程的大体框架。在七个回合的多边谈判中,东京回合的结束使得主要工业化国家的制成商品的关税,从 1947 年的平均 40%降低至平均 4.7%。在第八回合的多边谈判——乌拉圭回合中,关税进一步降低,而且该回合决定,发展中国家也要对关税予以限制。重要的是,根据新达成的《农产品协议》,所有的数量限制应被征收关税。乌拉圭回合谈判期间,117 个谈判参与方平均关税降低率达 40%。

GATT 的规定旨在配合关税降低并防止以其他方式规避关税限制,特别是进口数量限制、进口补贴或者歧视性进口关税。的确,渐次降低关税(甚至在关税同盟和自由贸易协议之内消除关税)逐渐将谈判重点转移至非关税措施,原因在于,为了保护国内产业和产品,非关税措施开始取代关税成为政府贸易政策的主要工具。在发展中国家和工业化国家,为了实现经济与政治目的,数量限制、出口补贴、反倾销措施、技术规范与标准、国际收支平衡措施、标签要求、进口许可、政府采购规则、“自愿”进口义务或者出口限制(“灰色地带”措施,如自愿出口限制或者“VERs”,以及有序营销安排或者“OMAs”)以及其他充满想象力的工具成为被广泛使用的手段。它们形成了第二代贸易壁垒。除了传统的降低关税方法,这种非关税措施成为东京回合贸易谈判的主要议题。在乌拉圭回合,东京回合关于非关税措施的协议有了进一步的发展,而且增加了一些新协议,特别是关于保障措施(包括禁止灰色地带措施)和纺织品的新协议。³¹

由于关税的大幅降低以及非关税措施领域不断增强的法律规制,第三代非关税壁垒在 20 世纪 80 年代期间应运而生。这些壁垒涉及许多方面的问题,从国内农业扶持到服务行业与投资的限制性法规,最后

到知识产权保护。这些问题的共同点是什么？它们源于公法和私法等不同法律领域，但其共同特征是：它们都是国内法律制度最重要的内容。它们并非是为了直接适应各种边境措施和传统国际贸易关系的需要，但是，尽管其他壁垒逐渐被废除或者至少被依法惩处，就限制市场准入而言，它们却一直越来越多地影响着传统国际贸易关系。乌拉圭回合就一些重要问题（比如削减农业扶持）达成最终一致的巨大政治困难，以及未能大幅精简投资条件，或者未能在维持现有市场准入水平的同时实现服务贸易的显著自由化（确立自由化体制的首要且重要一步），所有这些均源于这种新情况：在一般性进出口管制之外，谈判越来越多地转向到国内法领域。

知识产权领域需要解决的诸多主要难题均有类似的根源。例如，药品、食品或者生命物质的可专利性，即，可专利性例外的允许范围，或者在版权领域，如何安排作者、制作者、表演者和用户的关系均主要是国内法律与政策规定的事项。与此同时，它们也许是最突出的例证，说明国际谈判与国际规范在多大程度上已经渗透到具有社会、伦理或者文化敏感性的当代问题，而这些问题与国内政治进程相关。

国际贸易法已经日臻完善。它没有涉及的仅仅只是跨境行动领域。目前，国际贸易规范比以往任何时候更试图确保正在全球化的市场经济体系内的公平竞争。对外、对内经济事务不再被隔离开来；而且，越来越多地普遍重视和关注对外政策便是这类进展的一个自然结果。如今，除其他目标之外，《多哈发展议程》项下的各种努力旨在确立关于反垄断规则、关于投资与强化政府采购透明度等方面的行为准则。^① 这些新领域朝着确立除了边境措施以外的国内与竞争条件相关

^① 《部长级会议宣言》(WT/MIN(01)/DEC/1)，第 20～26 段。2001 年 11 月 9～14 日，在多哈召开的第四次部长级会议于 2001 年 11 月 14 日通过。所谓的新加坡谈判所涉问题也包括：在未来，各成员负有促进贸易的任务；参见瑞士联邦经济事务秘书处、S. 伊文尼特编：《新加坡会议问题与世界贸易体系：通往坎昆会议之路》，2003 年。[*The Singapore Issues And World Trading System: The Road To Cancun* (Swiss State Secretariat of Economic Affairs and S. Evenett eds., 2003)]

的全球规则的方向继续发展,这类全球规则的确立主要是从乌拉圭回合关于知识财产和服务谈判开始的。

乌拉圭回合关于知识财产的谈判任务最终导致了知识财产领域曾经通过的所有法律文件中最全面的法律文件问世。许多人认为,这是该回合所取得的最重要的成就之一,如果不是最重要的成就的话。因为已经讨论过的原因,其他人在事后发现,将知识产权置于 WTO 管理之下存在一个根本性的致命错误;有人认为,在同一个法律文件中,促进更为自由的贸易和市场准入方面的贸易规则与专有权与垄断的配置本身就是自相矛盾的。许多经济学家担心,天平会更更多地偏向专有权或者垄断性权利,从而完全与更为自由的贸易背道而驰。比如,正如前述,谈判历史表明:为了换取其期待的其他利益,许多国家是在多哈回合与贸易自由化毫无内在联系的一揽子承诺方法的压力之下,被迫达成了奇怪的协议。TRIPS 协议因此被一些人视为是一个不相容的且放错了位置的 WTO 法律。

我们应提出并强调两个相反观点。第一,消极观点忽视了这一事实:知识财产并非与我们前文已描述的新一代贸易规范相关的唯一领域。其他领域原则上是采用相同方式构建的,并且遵循实在法或者法律规定的整合模式。尽管采用的是确定最高而非最低标准的方式,与保障、倾销、补贴和农产品有关的规则同样正处于协调统一过程之中。就成员利用这些贸易工具的程度而言,它们有义务尊重一系列旨在排除过分依赖与过分使用这些贸易工具的明确行为准则。第二,贸易自由化与专有权之间的矛盾是形式上的矛盾。在本质上,专有权与更为自由的贸易之间并无原则上的差异。知识产权是国际贸易制度固有的组成部分。在欧共体内部,尽管存在财产权本身属于各成员国职权范围的规则,以商品自由流动规则与竞争规则作为共同依据的知识财产行为规则的发展却在国际层面证明了上述观点是正确的。在贸易以所交易商品和服务享有财产权为先决条件的程度上,每一个基于规则的贸易制度均取决于知识财产的保护。结果是否有利于或者有害于国家

与国际福利取决于所达到的平衡。保护的缺乏或者保护不充分相当于事实上的市场准入限制,因为,对在其他地方进行的研发、创造性活动和质量控制以及产品差异化方面的投资搭便车而生产的仿制产品与复制产品将会取代进口产品。这才是该问题的核心,知识产权保护的支持者和批评者之间进行富有成果的讨论应该集中于该核心。恰当的争论应该是关于保护程度与水平,而不是关于保护本身或者 TRIPS 协议是否应该存在于 WTO 内部的争论。

乌拉圭回合谈判

如果不回忆缔结 TRIPS 协议的谈判过程,我们便不能充分理解该协议的复杂性和综合性。这一过程可以被描述为是在建立同盟,建立伙伴关系,而且最重要的是在开启一个相互学习过程方面最成功的活动之一。

33

在东京回合即将结束之际,美国和欧共体发起了有关《反假冒行为规范》草案的谈判。在知识财产被纳入乌拉圭回合 1986 年谈判任务之时,该草案的谈判便停止了,作为一种政治上的妥协,该谈判任务被限定为知识财产“与贸易有关的方面”。该倡议最终得到了美国的支持,因为美国估计,由于对知识财产和相关的投资的不充分保护,美国产业遭受了约 240 亿美元的损失。当时,无法获得其他国家,特别是欧共体各产业的损失估值。起初,欧共体对这一问题不愿意明确表态,但在谈判过程中,它逐渐成为重要的支持者之一。

七年的谈判经历了三个阶段。长时间的事实调查过程(该过程也作为互相教育的一种手段发挥了作用)之后,谈判各方提出了许多综合性建议。在第二阶段,蒙特利尔中期审议(1989 年 12 月)和 1990 年 4 月的部长级会议决定之后,谈判各方进行了深入细致的谈判。1991 年 12 月,谈判圆满结束,当时,“邓克尔文本”包含了 TRIPS 协议草案。最后一个阶段期间,各方努力的目标是保持所取得的成果,避免适得其反的知识财产新建议危及谈判成果,并且避免与农产品或者视听服务

有关的其他知识财产问题的谈判陷入僵局。与前两个阶段不同的是，在第三阶段，美国与欧盟在版权问题（文化方面、空白磁带税收和集体管理组织的国民待遇）上的利益冲突相当明显。

多种因素可能促成了谈判结果，就全面评价知识财产重要性而言，其中的很多因素是有趣的。这些谈判成果在一定程度上超过了最初的预期。

第一阶段期间的教育过程导致了大多数发展中国家对联合国贸发会议所持更高水平的知识财产保护不利于发展中国家发展的传统观点的态度发生了转变。谈判是坦诚的，而且，参与谈判的代表团彼此充分交流信息。抱怨许多发展中国家不能充分领会一份知识财产协议所必备的义务范围是毫无道理的，也许，在谈判期间没有做好准备或者不能得到必要资源的一些非洲国家的抱怨是例外。但是，包括巴西和印度在内的一个强大的国家集团坚决地捍卫它们的利益以及那些经常缺席谈判的小国的利益。一些关键条款体现了这些国家的努力，比如与承认社会和发展目标、强制许可和限制性商业行为有关的那些条款。

发展中国家最终承认了知识财产保护作为获得外国直接投资和技术转移的一个先决条件（尽管不是唯一条件）的重要性。在此方面，亚洲新兴工业化经济体持有的支持知识产权的决定性态度，中东欧国家正在进行的政治经济变革，以及为了使本国市场更具吸引力，这些国家之间日益增加的相互竞争，对正在全球化的世界经济背景下达成一份协议无疑起到了一种重要作用。此后，发展中国家发现，多边制度可以作为抵御单边压力——特别是美国的单边压力（通过其《贸易法》的超级 301 程序）——之堡垒的优点。它们也将 TRIPS 协议视为强化其商品贸易方面立场的一种手段：通过撤回知识财产领域的减让实施报复的可能性增强了它们在欧洲和美国市场准入方面的谈判能力。最终，³⁴在知识产权谈判与农产品、纺织品领域谈判之间确立了一种明显的联系，尽管并未公开且正式地如此表述过。假如发展中国家看不到农产品和纺织品领域更好的市场准入条件方面中长期前景的话，国际社会

是不可能取得知识产权方面任何突破性进展的。

说明与问题

1. 有必要说明的是,TRIPS 协议并非 WTO 涉及知识产权的唯一法律文件。GATT 的规定和其他协议也与评价知识财产相关国内规范有关。在 TRIPS 协议通过之前,一些重要案件是根据《关贸总协定》的规则处理的,该协定第 20 条(d)款的一项例外规定还与知识产权的保护相关。
2. 根据 GATT 制度判决的与知识财产有关的案件包括美国印制条款案(*The United States Manufacturing Clause*),专家组报告于 1983 年 6 月 15 日被批准(L/5609-31 S/74)(延长对受版权保护的作品的进口限制不符合《临时适用议定书》);和美国——1930 年关税法第 337 条款案(*United States-Section 337 of the Tariff Act of 1930*),专家组报告于 1989 年 11 月 7 日被批准(L/6439-36 S/345)(受专利保护的进口产品的行政与司法特别程序不符合 GATT 第 3 条项下的国民待遇原则,而且不具备 GATT 第 20 条例外规定项下的正当理由)。
3. 请思考:GATT 的规则是否仍然与知识产权有关系? 或者 TRIPS 协议目前是否已涵盖所有与知识产权相关的问题? 该问题与权利穷竭问题具有特殊关系,TRIPS 协议和 GATT 第 11 条规定的进口限制均同时涉及权利穷竭。另外,请思考规定了过境自由的 GATT 第 5 条可能会继续扮演的重要角色。

第三节 其他多边组织

WIPO 和 WTO 是管理国际知识财产制度的主要组织,但两者并不具备在多边层面对知识产权规范的一种共同垄断(或者双头垄断)。相当多的

其他多边组织扮演着一种管理者的角色。最终,这种状况引发了所有这些法律体系彼此如何保持“一致性”的诸多问题。

在知识产权管理方面,为数众多的联合国机构非常活跃。联合国人权方面的诸多条约(比如《联合国经济、社会和文化权利公约》)涉及知识产权,而且,联合国人权委员会已经发布了许多关于知识产权问题的报告。联合国贸易与发展会议(UNCTAD)提供知识产权领域的技术援助与培训,以及编写分析性研究报告。联合国开发计划署(UNDP)和联合国环境规划署(UNEP)在其各自职权范围内分别研究知识产权的影响。2005年,联合国教科文组织通过了《保护文化多样性公约》,该公约鼓励对国家文化习俗的保护,并且有可能影响到受知识财产保护的商品和服务的贸易。联合国艾滋病规划署和联合国儿童基金会在向发展中国家供应药品方面提供帮助,并关注此方面的知识产权问题。³⁵

联合国粮食与农业组织(FAO)已经在《粮食和农业植物遗传资源国际条约》中涉及了知识产权。

《生物多样性公约》(CBD)赋予了生物勘探者在勘探和/或移动遗传资源之前,应当取得当地政府的事先知情同意,并且应当公平分享他们开发利用该遗传资源的收益。这些要求与遗传资源的专利申请密切相关。

世界卫生组织(WHO)正在考虑利用专利之外的机制来促进药品研发机制,并呼吁关注与贸易有关的知识财产规则与药品获取之间的潜在冲突。

世界银行研究并提供知识财产问题的指导意见,包括使用银行资金购买药品,以及知识产权在气候变化应对技术的转移方面的作用。

成员仅限于发达国家的经济合作与发展组织(OECD)对知识财产问题进行研究并出具报告。

在本书中,我们将回顾这些不同多边机构所关注的政策问题。

第四章 区域性和双边组织

与知识财产有关的区域性组织有很多种。有些(比如欧洲专利局)专门关注知识财产问题。然而,这种专门关注知识财产问题的组织并非区域性知识财产组织的最常见类型。许多(如果不是大多数)区域一体化协议——包括关税同盟和自由贸易区——规定了有关知识财产的章节或者条款。区域性组织或者履行其区域性义务的国家政府可以执行这些条款。

必须强调区域性和双边贸易与投资协议在确立知识财产标准方面的作用。过去十余年间,这些成员数量有限的协议之数量显著增加,所涉范围大大扩展。过去的几年,在区域和双边层面进行的谈判构成了知识产权立法最活跃的组成部分。并非只有 WIPO 和 TRIPS 协议提供全面调整国际知识财产制度的规则。

本书将始终考察区域性和双边协议具有代表性的条款。在下一节中,我们将考虑区域性和双边协议是如何适应(或者不适应)以最惠国待遇(国与国之间非歧视原则)为基础的多边贸易体系环境的。

近期,在讨价还价能力不对等的情况下,大量区域性和双边协议已经签署。所谓讨价还价能力不对等,我们是指谈判中的一个国家比谈判中的其他国家拥有更大的经济总量,并为这些国家提供了出口收入的主要来源。³⁶这种状况赋予前者有效地控制最终协议条款的能力——一种“要么接受,要么放弃”情形。

第一节 区域性一体化组织

就政治、经济和社会目标而言,区域一体化安排差异巨大。一些区域一体化努力体现了强烈的政治承诺,包括建立区域性管理机构。其他的则主

要面向范围较窄的贸易目标,比如,消除区域性关税。就组织方面发展而言,前者中走得最远的是欧盟,目前有 27 个成员国,其区域性机构包括理事会、委员会、议会和法院。

一、欧盟

如今,大家都知道,全世界目前正在运作的许多区域性安排中,欧洲联盟或者欧盟是整合最充分的。欧盟的起源一般可以追溯至 1958 年生效的《罗马条约》,该条约旨在在六个欧洲国家建立欧洲经济共同体(EEC)。从 20 世纪 50 年代后期直到 2009 年 12 月,依选用哪一个创设协议和相关组织的名称而定,这个最初由《罗马条约》成立的组织有各种不同的名称(比如 European Community, European Communities, 或者 European Union)。然而,随着《里斯本条约》于 2009 年 12 月生效,“欧盟”目前已被确定为识别这个由 27 个欧洲成员国所组成的区域性组织的名称。^① 欧盟有两个主要的组织法:《欧盟条约》(TEU)和《欧盟运作条约》(TFEU)。这两个条约具有相同的“法律价值”。^② 尽管很容易赋予《欧盟条约》较多的“政治”特征,而赋予《欧盟运作条约》较多的法律特征或者工具性特征,两个条约之间的区别却并非如此明显,而且,使用两个组织法而非一个单一的合并组织法,显然主要是历史因素使然。

我们讨论命名规范是为了有助于减少本书余下部分出现的立法文件和司法判决所使用的各种名称所导致的混乱。2010 年之前,欧盟是以“欧洲共同体”(European Communities)作为名称的 WTO 成员,WTO 争端解决裁决称之为“EC”。欧洲法院(ECJ),现已被称为欧盟法院(由于直到目前尚未就其替换名称达成一致,实践中,欧盟法院仍然使用 ECJ 简称)主要审理涉及“欧共体条约”的案件,但是,根据争议的特定客体,欧盟法院也审理涉及其他法律文件的案件。关于从 1958 年的欧洲经济共同体到 2009 年的欧

^① 参见《欧盟条约》,第 1 条。

^② 同前注。

37 盟的转型历史的文献汗牛充栋。就目前而言,我们重点关注影响区域性和国际知识产权法律的那些关键进展与问题。有关欧盟如何制定、实施内部知识产权法律,以及欧盟知识产权政策如何在国际上发挥影响的诸多疑问依然大量存在。欧盟的演变并没有大大简化与知识产权法律有关的问题。

欧盟目前由 27 个成员国组成,并且规定了新成员加入的程序。欧盟有四个主要机构:欧盟理事会/理事会、欧盟议会、欧盟委员会和欧盟法院。欧盟理事会由成员国政府首脑组成,但是相对而言,该机构不常举行会议,来自成员国的日常事务由“理事会”处理,根据所讨论主题的不同,“理事会”由各成员国的资深代表组成。理事会实质上是由各成员国政府组成的欧盟组织机构。在欧盟立法方面,理事会扮演着关键角色,而且至少在整个 20 世纪 80 年代,理事会主要负责颁布欧盟法律。取决于两个条约所规定的不同情况,理事会以不同的方式进行投票,要么多数同意、特定多数同意,要么全体一致同意。在理事会中,每一个成员国有一个单独代表,但是,各成员国的人口和经济的权重相当不同。考虑到这些差异,“特定多数同意”为各成员国的投票权赋予了不同权重。

20 世纪 80 年代伊始,欧盟议会的作用日渐凸显。在早期的欧盟,欧盟议会在很大程度上是一个咨询机构,并无通过立法的控制权。随着《里斯本条约》的生效,欧盟议会在欧盟法律的通过方面现已事实上成为理事会的全面合作伙伴,这种情况极大地改变了欧盟立法的动力来源。欧盟议会由各成员国公民直接选举的人员(欧盟议会议员)组成。欧盟议会通常根据其成员多数表决结果作出决定。

欧盟委员会是欧盟的行政机构,由“专员”(Commissioners)领导的“总司”(Directorates General)所组成。与国际知识产权法律高度相关的总司有“内部市场”(负责欧盟内部知识产权法律)、“贸易”(负责对外知识产权关系)和“竞争”(负责竞争法),尽管在商讨与知识产权有关的某些问题的时候,其他总司肯定可以是而且的确是重要成员。欧盟委员会负责向欧盟理事会和欧盟议会提出欧盟立法动议,并监督欧盟法律的执行。总司及其司长(DGs)大致类似于美国联邦政府的内阁级别的部(如商务部、国务部和财

政部)及其“部长”。^① 在欧盟,立法动议必须与欧盟委员会一同提出(与美国不同,美国国会具有主动启动立法的自由)。

欧盟法院或者 ECJ 负责各个欧盟条约的最终解释。欧盟法院由来自每个成员国的一名法官组成,因此,欧盟法院现有 27 名法官,尽管案件通常由人数较少的法官组成的法官组或者“合议庭”审理。欧盟法院通过合议庭程序正式通过判决,并以该院名义作出判决。判决并不载明“少数”意见或者不同意见。欧盟法院很早就采用了这种合议庭程序,目的是为了避免出现法官可能因国籍的不同而偏袒案件某一方当事人的情形,从而可能削弱该法院的作用。欧盟法院受理的多数案件是由各成员国法院为了寻求对欧盟条约的最终解释而移送或者提交的。依据该程序,涉及个人(个人和企业)的案件由该法院受理。欧盟法院也审理欧盟立法或者实施法律有效性方面的争议案件。理事会、委员会、议会和各成员国可以向欧盟法院提出包括针对彼此的诉讼请求。欧盟法院有一个附属机构——“常设法院”(以前熟知的“初审法院”)。常设法院一般审理涉及欧盟层面的行政行为的诉讼请求,而且一般可以进一步上诉至欧盟法院。对于讨论知识财产来说很重要的是,《欧盟运行条约》包含一个授权设立常设法院附属专门法院的条款(第 257 条),并授权通过立法赋予欧盟法院对“与应用根据创设欧洲知识产权的条约所通过法规有关的争议之管辖权。这些规定将在各成员国依照各自宪法的要求批准后生效”(第 262 条)。在考察欧盟《专利条例》以及相关司法制度的地位之时,我们将进一步讨论这些规定。

欧盟各组织采用三种法规形式进行立法:“条例”、“指令”和“决定”。^② “条例”是在各成员国法律中直接生效的立法。“指令”是对成员国取得某一特定结果的一种命令,但将实现该结果的“方式与方法”留给指令所针对的成员国自行处理。“决定”是对所针对的特定人有约束力的命令。

在 GATT 乌拉圭回合结束后且在各国需要正式通知其是否批准并接

^① 记住,在美国,对外贸易谈判事务是同为内阁级别的美国贸易代表(USTR)的职责。

^② 参见《欧盟运作条约》,第 288 条。

受之时,就欧盟是否具有单独正式签署包括 TRIPS 协议在内的《WTO 协议》的职权,或者各成员国是否必须同时成为各个协议的缔约方问题,欧盟委员会向欧盟法院征求意见。^① 考虑到欧盟的共同商业政策(《欧共同体条约》第 113 条,随后成为该条约第 133 条,目前在《欧盟运作条约》第 207 条中可以找到),欧盟法院根据其 *ERTA* 判决,^② 拒绝承认欧盟管理机构在知识产权领域的专属职权。

在该案中,欧盟法院认为,如果欧盟已经在某一特殊领域采取了统一措施,那么,即便《欧共同体条约》中没有明确授予欧盟机构专属职权,为避免与内部统一措施相冲突,应推定欧盟机构拥有在该领域采取对外行动的职权。在对欧盟委员会关于 TRIPS 协议问题的回复中,欧盟法院认为,欧盟尚未在知识产权领域取得足够程度的统一,因此,*ERTA* 案判决所阐述的理由不能适用。

39 在欧盟条约对待知识产权的方式方面,《里斯本条约》作了一些重大改变,尽管在某种程度上,根据欧盟的相关进展,已经可以预计到这些变化。首先,《欧盟运作条约》第 118 条明确了欧盟组织拥有管理所有知识产权类型的职权。在相关部分,该条约规定:

在建立与运行内部市场的背景下,依照普通立法程序行动的欧盟议会和理事会,应当确立授予欧洲知识产权的措施,在整个联盟提供知识产权的统一保护,而且应当采取措施设立在全联盟范围内授权、协调和监督的集权制机构。

在拟议中的欧盟《专利条例》有可能颁布的背景下,这一规定尤其重要,我们将随后讨论这一问题。^③ 自 1958 年成立伊始,围绕欧盟的权力是否延及内部知识财产问题(尤其是专利问题)的立法活动之问题,欧盟内部一直

^① 欧共同体法院:《关于乌拉圭回合各条约的第 1/94 号意见》,1994 年 11 月 15 日,《共同市场法律报告》,1995 年第 1 卷,第 205 页以下。[Opinion 1/94, *Re The Uruguay Round Treaties*. The Court of Justice of the European Communities (1995) 1 CMLR 205 15 November 1994]

^② 第 22/70 号案件,欧共同体委员会诉欧共同体理事会案判决,《欧盟法院报告》,1971 年卷,第 263 页以下。(Commission of the European Communities v. Council of the European Communities, 1971 E. C. R. 263)

^③ 参见下文第二部分。

就存在争议。这也是虽然存在欧洲专利局和欧洲专利,它们却并不属于欧盟组织或者法律框架组成部分的原因所在。

其次,《欧盟运作条约》第 207 条(确定了调整欧盟对外贸易关系方面“共同商业政策”)规定了谈判、缔结与贸易有关的知识产权协议,以及执行这些协议的制度机制。从 20 世纪 90 年代开始,欧盟法院一直认为纯粹的对外知识产权贸易属于欧盟专属管辖权范围。然而,由于各成员国保留了管理国内知识财产问题的职权,知识产权的一般状态被认为是“混合的”,即,在欧盟与各成员国之间划分了各自的管理职权。

如今,欧盟已拥有协调统一内部知识财产立法(根据前述《欧盟运作条约》第 118 条)的职权,而且,知识产权的商业交易属于共同商业政策范畴(根据《欧盟运作条约》第 207 条)。这些条款给予欧盟议会和欧盟理事会缔结与修订国际与双边贸易协议的权限。仅在欧盟法院已确立的“混合权限推定”可能不再持续的情况下,成员国才拥有谈判新协议和修订现行协议的自由。

然而,欧盟对知识产权的许多管理行为是通过成员国层面的实施之方式进行的,而且,关于以影响国际贸易的方式配置知识产权领域立法权的争议持续到何种程度,还有待观察。

说明与问题

1. 如前述,欧盟以三种不同方式进行立法。“指令”是一种更为一般层次的立法形式,指导各成员国以其认为合适的方式将其立法与之保持一致。“条例”在全欧盟直接生效为法律,不需要成员国通过立法使其生效。“决定”是针对某一特定人(们)的命令。有些欧盟知识产权立法采用指令形式,比如《第一号商标指令》。该指令规定,每个成员国应该按照欧盟基本原则维持本国的商标法和商标局。欧盟知识产权立法也采用条例形式,比如《共同体商标条例》(CT-MR)。通过欧盟商标局(内部市场协调局或 OHIM)的运作,《共同体商标条例》创立了单一的欧盟统一商标。

2. 注意：欧洲区域性知识产权法律并不是只有欧盟法律。《欧洲专利公约》就与欧盟没有正式关系，并且自行形成了一个国际组织，其成员还包括非欧盟成员国的欧洲国家。
3. 注意：与其他欧盟机构一样，欧盟法院将 TRIPS 协议简称为“TRIPS”。该简称并非 WTO，包括其上诉机构所使用的简称。
4. 关于欧盟及其成员国作为 WTO 成员的地位，以及它们在争端解决过程中的各自作用的争议仍在持续。欧盟一直认为，尽管各成员国是独立的 WTO 成员，在争端解决中，只有它负责代表各成员国的利益。当一个第三国成员启动与一个欧盟成员国的磋商程序之时，该国将收到来自欧盟驻 WTO 代表团的一封信，该信会载明：欧盟将代表该成员国作为争端解决的唯一代理人，并对执行最终裁决负责。然而，已经有争端解决专家组将具体成员国列为当事方。在近期裁决的欧盟——航空器补贴 (*EU—Aircraft Subsidies*) 一案中，专家组作出了针对单独的欧盟成员国的特别裁决，并有针对性地建议这些国家使其措施符合 WTO 的规定。^① 欧盟已经打算对专家组裁决提起上诉，但并未表示是否质疑针对成员国予以裁决的做法。在印度和巴西启动的与欧盟和荷兰关于扣押在途仿制药品的磋商过程中，印度和巴西均将荷兰列为磋商一方。^② 与前述做法一样，欧盟通知印度和巴西，它全权负责代表成员国在 WTO 争端解决过程中的利益。荷兰并未同意参加磋商，但的确派遣了好几位代表参与印度、巴西与欧盟举行的磋商。
5. 本书将进一步讨论欧盟的制度和规则，包括 TRIPS 协议在欧盟法律内部的地位。

① WT/DS316/R, 30 June 2010.

② 参见《印度磋商请求》(WT/DS408/1, G/L/921, IP/D28), 2010 年 5 月 19 日和《巴西磋商请求》, (WT/DS409/1, IP/D/29, G/L/922), 2010 年 5 月 19 日。

二、安第斯共同体

根据《卡达加纳条约》，安第斯共同体于1969年创建。^①截至2006年年初，共同体成员有玻利维亚、哥伦比亚、厄瓜多尔、秘鲁和委内瑞拉。但是，由于美国作为一方与哥伦比亚、秘鲁作为另一方签署了自由贸易协议，委内瑞拉于2006年4月宣布退出安第斯共同体。安第斯共同体建立了成员国之间的自由贸易区，并确定了共同的对外关税。安第斯共同体有共同的机构，包括部长理事会、总统理事会、议会、委员会和法院。在20世纪70年代初期，安第斯共同体通过了与知识财产和技术转让有关的一些共同规定，试图限制外国权利持有人在该地区经济中的影响。这些立法（主要是安第斯委员会第84号、第85号决定）要求技术许可协议必须经过审批，并且限制可能支付给外国技术提供方的许可费外流。^②然而，20世纪90年代初期，随着第344号决定（在2000年被第486号决定取代）的通过，安第斯共同体在很大程度上放弃了这种重新平衡技术转让条件的尝试。在安第斯共同体与知识财产有关的立法当中，值得注意的是1996年通过的第391号决定，该决定确立了获取遗传资源的共同制度。第391号决定旨在实施《生物多样性公约》的规定，而且，除其他事项之外，该决定还要求未来的生物勘探者在开始其活动之前，获得当地国的事先知情同意。

三、南美共同市场

阿根廷、巴西是大型发展中经济体国家，两国与巴拉圭、乌拉圭于1991年成立了南美共同市场。玻利维亚、智利、厄瓜多尔和秘鲁是南美共同市场的“伙伴”成员。在削减彼此间传统贸易壁垒方面，南美共同体国家已经取

^① 有关安第斯共同体的信息，包括其组建文本，可以在 <http://comunidadandina.org> 找到。

^② 参见弗雷德里克·M.阿伯特：《对外投资过程中的谈判能力与策略：现行安第斯法典分析》，《锡拉丘兹国际法律与商业杂志》，第3卷，1975年。[Frederick M. Abbott, *Bargaining Power and Strategy in the Foreign Investment Process: A Current Andean Code Analysis*, 3 *Syracuse J. int'l L. & Com.*, 319 (1975)]

得了实质性进展。知识产权规则的统一或者趋同迄今尚不是优先考虑的一个问题。

四、美洲自由贸易区

南美共同市场国家,与安第斯共同体和北美自由贸易区(下文讨论)国家一道参加了旨在构建美洲自由贸易区(FTAA)的谈判。美洲自由贸易区谈判于1994年启动并包括了除古巴之外的所有西半球国家。这些国家曾成立了一个知识产权谈判小组。知识产权是最富争议的谈判议题之一,因为,许多拉丁美洲国家与美国在关于适当保护水平(如在药品领域)方面的观点存在许多差异。截至2011年,美洲自由贸易区谈判显然已经结束,但却未达成协议。包括有关知识财产信息在内的美洲自由贸易区谈判信息,可以在美洲国家组织的网站(<http://www.oas.org>)中找到。通过该网站,非常容易找到包括知识产权在内的有关拉丁美洲法律与制度方面的信息。该网站包括不同国家的法律与知识产权局的链接。

五、南美洲国家联盟

2008年5月,安第斯共同体和南美共同市场的成员国与委内瑞拉签署了南美洲国家联盟的组建条约。该条约意在使这两个现存关税联盟最终一体化。预测这种状况对有关知识产权保护规则具有什么影响为时尚早,但是,这个新的一体化机制将对区域性知识产权规则的趋同产生重要作用却是极有可能的。

六、《北美自由贸易协议》

加拿大、墨西哥和美国之间的《北美自由贸易协议》(NAFTA)于1994年1月1日生效。《北美自由贸易协议》第17章是关于知识财产的详细规定。该章是与WTO的TRIPS协议大概同时进行谈判的,而且大多数内容相似。然而,《北美自由贸易协议》存在一些显著差异。这些差异包括针对此前在墨西哥不能申请专利的药品和农用化工产品的专利“行政”(pipe-

line)保护,^①以及对申请监管机关审批药品和农产品时所提交数据的更为严格的保护。^②在知识财产一章之外的其他章节中,加拿大和墨西哥坚持允许保护当地文化机构的措施。比如,墨西哥在其广播和电影行业限制了外资进入。

下面的摘录简单解释了《北美自由贸易协议》和欧盟组织机构之间的差异。

北美一体化体制及其对世界贸易体系的影响^③

I. 再论《北美自由贸易协议》对欧共同体模式的改变

《北美自由贸易协议》是一个与欧盟存在实质差异的区域经济一体化模式。欧盟以联邦政体概念为基础,在联盟各机构间松散地配置权力——一边是理事会、委员会、议会和法院,另一边是成员国政府。《北美自由贸易协议》性质上是独立主权国家的邦联,在协议明确限定的范围内,每个国家拥有自主政治决策权。在其主管机构(自由贸易委员会)的职权范围内,《北美自由贸易协议》政治决策机构的权力被严格限定为成员国政府过去赋予其贸易部长的权力。欧盟法院已经认为《欧共同体条约》是一个宪法性宪章,而且该院认为自己担当的是该宪法守护者的角色。《北美自由贸易协议》无意充当改变成员国权力分配意义上的一部宪法。⁴³

《欧共同体条约》规定了联盟政治机构通过指令、条例和决定的权力。这些立法通常被称为“二级立法”,表明其位阶低于《欧共同体条约》之“基本立法”的地位。基本立法与二级立法之间的关系类似于一个联邦国

① 《北美自由贸易协议》,第 1709 条第 4 款。

② 《北美自由贸易协议》,第 1711 条第 6 款。

③ 弗雷德里克·M.阿伯特著,载 J. H. H. 韦勒编:《欧洲法律学会集成课程:欧盟、WTO 与〈北美自由贸易协议〉》,第 9 章第 1 节,剑桥大学出版社,2000 年。[IX:1 *Collected Courses Of The Academy Of European Law: The EU, The WTO And The NAFTA* 170 (J. H. H. Weiler ed., 2000) (Oxford Univ. Press)]

家政府的宪法与议会立法之间的传统关系。《欧共体条约》与二级立法在欧盟成员国可以具有直接效力,意即,在适当情况下,个人可以在成员国法院援引这种立法作为法律依据。

除了《北美自由贸易协议》规定的相当有限的情形(比如为《北美自由贸易协议》争端解决专家组制定程序规则)之外,《北美自由贸易协议》的政治机构并无制定二级立法的授权。《北美自由贸易协议》政治机构并无一般立法权。理论上,《北美自由贸易协议》在其成员国的法院能够直接适用。美国已经通过立法使得《北美自由贸易协议》丧失了在美国法院直接适用的可能。

成员国详细协商了经济方面的承诺。《北美自由贸易协议》文本体现了这些谈判结果。迄今为止,成员国已经严格遵照《北美自由贸易协议》文本履行了这些经济方面的承诺。尽管在一些问题上存在争议,就整体承诺而言,这些争议的数量却是适度的。

《北美自由贸易协议》规定了成员国之间的争议解决机制,并规定了在有限的情况下,成员国公民与成员国政府之间的争端解决机制。《北美自由贸易协议》的一般争端解决机制是一种仲裁程序,即将争议提交给成员国政府,由其作出政治决定。这种做法与《北美自由贸易协议》限制干涉成员国自主权的设计是一致的。《北美自由贸易协议》反倾销和反补贴义务的争端解决结果对成员国政府有直接拘束力。^① 针对与投资有关的权利主张,成员国公民有权向国际投资争端解决中心或者根据联合国国际贸易法律委员会的规则寻求第三方

^① 《北美自由贸易协议》有一个有关反倾销和反补贴义务(AD/CVD)投诉的独立争端解决机制(《北美自由贸易协议》,第19章)。《北美自由贸易协议》没有关于成员国反倾销和反补贴义务法律基本内容的规则,仅要求每个成员国依据自己的法律处理国内反倾销和反补贴义务事务。在反倾销和反补贴义务争端解决制度中,根据个案组成的仲裁专家组就一个成员国的某一特定行为是否符合其反倾销和反补贴义务法律作出决定。反倾销和反补贴义务专家组所作决定对成员国有直接拘束力。大约有30个根据第19章组建的专家组已经审查或者正在审查加拿大、墨西哥和美国行政当局作出的反倾销和反补贴义务决定。(《北美自由贸易协议》秘书处, www.nafta-sec-alena.org.)

仲裁。^① 这些争端解决机制的每一种均在正常运作。

欧盟是一个关税同盟。《欧共同体条约》要求消除成员国之间的关税和其他限制贸易的商业规范,并要求确立适用于原产于欧盟境外的商品的共同关税。《欧共同体条约》规定,在支付规定的共同关税后,进入任何一个成员国的来自其领土之外的商品可以在欧盟境内自由流通。《欧共同体条约》规定了一个共同商业政策,要求成员国遵循已协调一致的贸易政策。《欧共同体条约》规定,服务、资本和人员在成员国之间自由流动。

《北美自由贸易协议》是一个自由贸易区。《北美自由贸易协议》规定消除关税和其他限制成员国之间商业活动的规范,但是并未规定适用于原产于《北美自由贸易协议》境外的商品的共同关税。除非为了具有地方特征,原产于《北美自由贸易协议》境外的商品在一个成员国或者几个成员国境内进行了转化,这种第三国商品在进入每个《北美自由贸易协议》成员国时才应该支付关税。《北美自由贸易协议》规定,服务和资本在成员国之间自由流动,商业人员有限制地自由流动。根据《北美自由贸易协议》的规定,除非成员国在与第三国关系中受到限制,该协议并未规定成员国应该奉行共同商业政策。

说明与问题

1. 《北美自由贸易协议》第 17 章是关于知识财产的规定。当墨西哥同意为以前在美国或者加拿大已经取得专利但尚未在墨西哥取得专利或者销售的药品提供“行政”保护(《北美自由贸易协议》第 1709 条第 4 款)的时候,《北美自由贸易协议》之外的国家担心它们无权

^① 《北美自由贸易协议》允许成员国投资者在国际投资争端解决中心或者根据联合国国际贸易法律委员会的规则寻求针对东道国的第三方仲裁(《北美自由贸易协议》,第 1115 条及以下)。……《北美自由贸易协议》赋予成员国执行最终仲裁结果的义务。美国公民根据《北美自由贸易协议》投资规则已经在国际投资争端解决中心启动了几个针对墨西哥政府的仲裁程序,而且,美国公民针对加拿大政府和加拿大公民针对美国政府的一些仲裁案已经启动或者威胁即将启动。

享受墨西哥给予的最惠国待遇。正是这种区域性协议中的特殊待遇形式导致了各国坚持在 TRIPS 协议中加入最惠国待遇条款。我们将在下文第六章第二节讨论最惠国待遇原则。

2. 如果统一美国、加拿大和墨西哥的知识产权法,你认为有何种优势?你认为这会是一个好主意吗?
3. 为了便于讨论,现假设美国、加拿大和墨西哥打算统一其知识产权法,立法程序应该是怎样的?贸易谈判者负责立法并将结果提交每个国家的立法机构吗?这种程序与美国通常的立法程序有何不同?
- 45 4. 美国公司能够在美国法院起诉墨西哥公司违反《北美自由贸易协议》知识财产规则吗?你所预见的障碍是什么?
5. 本书将在后面部分考察《北美自由贸易协议》知识财产一章的其他特别规定。

第二节 非洲区域性知识产权局

第二次世界大战之前,欧洲殖民列强统治着大部分非洲大陆。知识产权法律和行政管理体制反映了这种状况。之所以提及这段史实,是因为它是许多非洲国家与前殖民列强的知识产权法律之间长期相似的原因。独立国家地位的取得令新的知识财产基础结构得以创建,包括成立区域性知识产权组织。这些组织的成立得到了 WIPO(以及欧洲知识产权顾问)的大力支持,并深受其影响。这些国家的知识产权法律也开始改革,改革的特别原因是 WTO 的 TRIPS 协议的通过。

在非洲,有两个主要的区域性知识产权组织:非洲地区工业产权组织(ARIPO)和非洲知识产权组织(OAPI)。原先的设想是:非洲地区工业产权组织由以英语为母语的非洲国家组成,非洲知识产权组织由以法语为母语的非洲国家组成,尽管这一分类标准并不是那么严格。有关非洲地区工业产权组织和非洲知识产权组织的组织架构与运作的详细信息可以在其各自网

站上找到：<http://www.aripo.org> 和 <http://www.oapi.wipo.net>。尽管程序和实体特征有所不同，每个组织均提供了在其成员国整个地域获得专利保护的机制。

除了非洲地区工业产权组织和非洲知识产权组织这样的区域性知识产权组织之外，非洲还有为数众多的更加非专业性的区域性组织，包括非洲联盟、非洲发展新伙伴计划(NEPAD)以及南部非洲关税同盟(SACU)。每个组织均将某些知识财产的管理纳入其活动范围。

第三节 区域性磋商机构(APEC)

本质上，亚洲—太平洋经济合作论坛(APEC)是包括美国在内的太平洋地区国家的一个磋商机构。与欧盟和南美共同市场不同，亚洲—太平洋经济合作论坛并未成立管理机构或者制定共同法律。它仅是一个磋商机构。然而，它却鼓励知识财产规则和执法的透明度。1996年，亚洲—太平洋经济合作论坛设立了一个知识产权专家小组(IPEG)来协调和从事与知识产权有关的工作(参见 <http://www.apecsec.org.sg>)。

除亚洲—太平洋经济合作论坛之外，亚洲有许多区域性组织将知识财产的管理纳入其活动范围，包括东盟、东盟自由贸易区和南亚自由贸易区。参见联合国亚太经济与社会委员会(UNESCAP)的亚太贸易与投资协议数据库(APTIAD)，网站为 http://www.unescap.org/tid/pta_app/。⁴⁶

第四节 双边、区域和诸边贸易协议

目前，美国或者欧盟在WTO或者WIPO协商更高保护标准的可能性非常小，因为许多发展中国家认为，业已确立的标准赋予了它们管理与经济方面的负担。不过，美国的主要产业集团感觉到了TRIPS协议的不足，并

对美国贸易谈判者持续施压,希望纠正这种情况。结果就是:以在双边、区域和最近的“诸边”谈判中寻求更高标准的方式来获得(产业集团所认为的)“次优”解决方案。

一、双边与区域贸易协议

在双边和区域环境中,美国在诸如农产品和纺织品等领域内提供市场准入减让,以换取知识财产保护的强化。这引发了诸多重要公共政策问题。例如,发展中国家阻止仿制药进入其国内市场,从而限制了它们降低国内药品价格的可能性,而目的只是为其农业生产者换取进入美国市场的更多机会,这种做法合适吗?假如更贫困的发展中国家的人们无力负担药品费用,为发展中国家的药品所有人提供农业出口业务是否可以解决这一问题?在下面的世界银行贸易综述报告中,经济学家考虑到了许多政策问题。卡斯滕·芬克目前是 WIPO 首席经济学家。

强化 TRIPS:近期美国自由贸易协议的知识财产条款^①

引言

过去几年间,美国在世界不同地区已经签署了越来越多的双边和区域自由贸易协议(FTAS)。这标志着美国国际贸易外交手段的重大转变。虽然过去缔结过一些区域贸易协议——著名的是北美自由贸易协议(NAFTA)——美国政府却是更多地依赖多边贸易体系来推动世界市场逐渐开放并创建法律上可强制执行的贸易规则的。

47 近期达成的一些双边自由贸易的核心内容是确立强硬的知识产权(IPRS)保护规则。这是美国攻击性的市场准入关键利益之所在——得到了在无形财产出口方面有利可图的私人行业选民的支持。的确,

^① 卡斯滕·芬克、帕特里克·赖肯米勒著。世界银行集团,国际贸易发展第20号贸易评论,2005年2月7日。(World Bank Group, International Trade Development, Trade Note 20, Feb. 7, 2005)

作为这些协议谈判依据的《贸易促进授权法》直言不讳地宣称其谈判目标之一就是促进知识财产规则,这些规则“……要反映与美国法律确定的保护标准相类似的保护标准”。^① 美国的贸易伙伴对知识财产一般具有防御性较强的谈判利益,但也愿意对知识财产规则作出承诺,以此作为其他领域减让的交换——最著名的就是农产品和工业产品进入美国市场的优惠。……

知识产权与投资规则

除了自由贸易协议知识财产章节所含规则之外,知识产权还适用单独的投资规则。……六个双边协议有单独的投资章节。美国—巴林自由贸易协议和美国—约旦自由贸易协议没有这样的章节,但是,相关国家的政府已经达成了含有类似规定的双边投资条约(BIT)。由于WTO或者其他组织不存在多边投资协议,这些双边投资规则开辟了全新领域。

美国近期达成的自由贸易协议的投资章节和双边投资条约的一个共同内容是:被视为投资的定义明确列举了知识产权。因此,这些协议投资方面的具体规范原则上适用于影响外国投资者知识产权的政府措施。这引发了这一问题:给予强制许可是否被视为一种政府征用行为。只要强制许可遵守了TRIPS协议和各个自由贸易协议知识产权章节规定的各项义务,五个自由贸易协议投资章节从政府征用范围中明确排除了强制许可。然而,美国—越南自由贸易协议和美国与巴林、约旦的双边投资条约没有类似的预防性条款。因此,举个例子,假如在国家紧急状态的情况下,越南打算签发一项强制许可的话,该专利的权利所有人能够将该决定作为一种投资征用行为而提出质疑吗?

与该问题类似的问题可能很重要,因为,这些投资协议规定了直接

^① 参见《两党贸易促进授权法》(*The Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002*), <http://www.tpa.gov>。

的投资者对国家的争端解决——超出了贸易协议所规定的更为传统的国家对国家争端解决程序的范围。美国—澳大利亚自由贸易协议投资章节是个例外,该章仅考虑了未来协商投资者对国家争端解决程序的可能性。投资者对国家争端解决对外国投资者可能更有吸引力,外国投资者能够据以获得针对未予补偿的政府征用行为的仲裁裁决。相反,国家对国家争端解决通常仅授权采用惩罚性贸易制裁。

48 尽管有这些方面的考虑,投资协议进入知识财产领域却仍然未经检验,许多方面仍然存在法律上的不确定性(科雷亚著,2004)。

一个好交易?

一个自由贸易协议的整个承诺是否为所有当事方带来净福利收益是个经验性问题。然而,规定了更强有力的知识财产规则的自由贸易协议使得经济收益与成本分析复杂化,理由有三:

第一,经济学家没有直接将适用于重商主义贸易谈判的传统逻辑延及知识财产。虽然贸易谈判者将减少进口保护视为一种减让,贸易经济学家却普遍认为这是一种提高福利政策的变化。然而,经济学家曾经支持过重商主义谈判,因为这有助于政府为进口自由化提供更为正当的理由:针对在更为激烈的进口竞争中被淘汰的企业,从进入外国市场的更多机会获益的出口企业能够变成一种政治上的制衡力量。

从经济学观点视之,知识产权是不同的。简单而言,它们暗含着激励创新与竞争性获取新技术之间的一种权衡。为了平衡这些权衡,根据国家政策目标,政府限制知识产权所赋予的市场排他性的时间与范围。特别是,政府并不能保证更强有力的知识财产规则总是会提高福利,而且福利效应的方向与大小取决于一个国家的经济发展水平。尽管知识产权无疑与市场准入有关联,让保护标准受制于重商主义谈判与让进口壁垒受制于重商主义谈判却不可同日而语。

第二,农产品和工业产品进入美国市场的更多准入机会具有优惠性质。这些优惠受制于时间,因为,一旦美国在当前或者未来多边贸易

回合(或者签署另外的自由贸易协议)减少了剩下的关税和数量限制的话,这些优惠将会被削弱。相反,更强有力的知识产权规则的承诺是永久性的,且可能在非优惠基础上被履行。即便知识产权领域的优惠待遇在技术上是可行的,它也可能与规定了知识产权持有人享有最惠国待遇(MFN)的 TRIPS 协议不相一致。与 WTO 关于商品贸易和服务贸易的协议相比,TRIPS 协议并没用规定适用于自由贸易协议的最惠国待遇原则例外。

第三,量化改变知识财产标准可能带来的影响具有先天性的难度,更遑论将这些影响与更多的国外市场准入所获收益进行金钱价值方面的比较了。正如我们将在下文进一步解释的是,更强有力的知识产权的某些影响在概念上不太好理解。但是,即便好理解,净福利变化的方向与大小却取决于难以预测的未来发展——比如未来创新的性质及其与有关国家的关联度。

经济与社会方面的可能影响

49

正如刚刚所指出的,评估知识财产领域的自由贸易协议对社会和经济带来的可能影响是一项困难的任務。首先,这需要了解自由贸易协议所规定义务所要求的法律、法规的变化,而这些义务并没有全部反映有关国家现行的法律实践。

例如,在签署自由贸易协议之前,摩洛哥和美国均已经制定了禁止药品平行进口的法律。可以肯定的是,即便贸易协议没有要求改变法律,这些协议仍然具有现实意义,因为它们使得各个国家难以改变初衷并修改法律。的确,针对平行进口这一具体情况,许多国家——包括美国——经常重新审查其现行政策并时常决定改变方向。如果改变政策是不可想象的,肯定就没有必要将政策固定在贸易协议之中。对自由贸易协议所规定知识财产新义务予以全面的经济方面评价,需要深入研究每一个受到影响的國家,而这超出了本评论的范围。

尽管如此,上文所概括的新知识财产标准所带来的一般收益与成

本有哪些呢？

知识产权保护更强有力的承诺可以向外国投资者发出一种欢迎信号，能促成一个国家更多地参与国际商业活动。然而，有关此问题的经验证据却是喜忧参半。芬克和马斯克斯(2004)一文回顾了衡量知识产权保护力度与吸引外国直接投资流动之间联系的研究成果。他们得出的结论是：强化其知识产权制度的国家不可能经历外国投资流入的突然增加。大多数跨国公司跨境行为变化是其他因素造成的。与此同时，该经验证据确实表明知识产权在促进跨境许可行为方面的积极作用，即，影响正式技术转移的性质。

让我们进一步讨论对特定产业的可能影响，医药行业的专利保护作用在概念上很好理解。专利产生了投资药品研发(R&D)的激励，但是，它们赋予的市场排他权导致了价格高于边际生产成本——当专利有效期届满且仿制竞争出现之时，价格急剧下降即为明证。各国与保护药品专利相关的收益与成本是不同的。除其他因素之外，收益与成本取决于药品发明与该国的疾病类型、病人的购买力和能够报销药品费用的医疗保险之可获得性的相关度。正如我们已经指出的是，对药品专利搭便车行为的灵活性规定之不足将会对保护公共健康造成有害影响。对这种灵活性规定的需求迄今并不普遍，因为，大多数药品的仿制药仍然可以得到。然而，在大多数拥有仿制药产业的发展中国家，由于履行 TRIPS 的义务将会导致新发明药品获得专利保护，这种灵活性规定在未来可能会变得更加重要。

50

更强有力的版权保护新标准的收益与成本不甚明了。大多数国家都拥有依赖于版权保护并且从强化保护中受益的产业。而且，极大地促进数字作品复制的新技术带来了需要决策者应对的各种挑战。与此同时，版权法一贯寻求的是平衡版权创造者与普通大众的利益。所谓的合理使用例外允许为了教育或者研究目的而复制受保护的作品。有人担心，有关保护期、技术保护措施、网络服务提供者的责任以及版权侵权案件举证责任的新规则可能会缩减消费者和普通公众的权利(英