

国际知识产权贸易谈判的新方略*

李晓玲 陈雨松

内容提要:世界贸易组织成立后,发达国家并未满足于《与贸易有关的知识产权协定》所确立的知识产权保护标准,而是迅速形成了新的谈判方略,即把谈判重心由阻力较大的世界贸易组织转移至更易达成协定的区域场合,通过缔结分散的区域贸易协定竞争性地提高知识产权保护标准。此种谈判方略的推进使得发展中国家日益丧失根据具体国情制定和实施适当知识产权政策的自主空间。有鉴于此,包括中国在内的发展中国家应通过建立知识产权发展同盟、发展产业磋商与咨询体系、参与国际组织和智库活动、制定内部谈判指南等途径,改进谈判策略、强化谈判力量、提高谈判技术,引导形成更加民主和平衡的知识产权国际保护机制。

关键词:知识产权 区域贸易协定 TRIPS-plus 条款 场所转换

李晓玲,中国青年政治学院法律系讲师。

陈雨松,商务部条约法律司。

自1995年世界贸易组织(WTO)《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称《TRIPS协定》)将贸易与知识产权联系起来,知识产权就成为国际贸易政策谈判的重要内容。发展中国家期望《TRIPS协定》成为协调知识产权全球保护标准的最终一步,终结发达国家长期以来的指责,以便将贸易谈判的重心转移至其关心的议题。但这种期望被证明只是一厢情愿:《TRIPS协定》生效后不久,美国和欧洲国家便大量签订区域贸易协定(RTA),在《TRIPS协定》的基础上进一步提高了专利、版权和地理标志等保护标准,强化知识产权的实施。由是观之,《TRIPS协定》远不是知识产权国际保护标准的最终表述,而只是发达国家主导的谈判场所转换中的一个环节。换言之,将谈判重心由阻力较大的WTO,转移至更易达成协定的区域场所,通过缔结分散的区域贸易协定竞争性地提高知识产权保护标准,成为当前发达国家开展知识产权贸易谈判的新方略。此种谈判方略的推进使得发展中国家日益丧失根据具体国情制定和实施适当知识产权政策的自主空间。面对此种态势,中国等发展中国家有必要改进谈判策略,优化谈判力量,提高谈判技术,从而引导形成更加民主和平衡的知识产权国际保护机制。

* 本文是中国法学会部级法学研究项目“区域贸易协定(RTA)中的重大法律问题研究”(CLS-C1040)的阶段性成果。

一 知识产权国际谈判的规律:场所转换与竞争性保护

1967年世界知识产权组织(WIPO)的成立隐含了发展中国家对于知识产权的反思。殖民地时代的发展中国家并无平等参与谈判的权利,只能被动接受美国、英国等殖民国家施加的所谓国际规则 and 标准。^[1]到了20世纪60年代,随着反殖民运动的开展,发展中国家开始反思知识产权保护的范围,这直接导致了1967年的斯德哥尔摩会议的召开和世界知识产权组织的创建。作为既得利益者的美欧发达国家感到世界知识产权组织被发展中国家控制,难以满足其在全球范围内提高知识产权保护水平的要求,转而考虑将谈判引向与贸易相关的场合,而《关税与贸易总协定》(GATT)恰好符合这一要求。不过,从东京回合到乌拉圭回合早期,发展中国家始终强烈反对将知识产权纳入谈判范围。在此情况下,知识产权谈判从世界知识产权组织代表的多边场合重回双边场合,发达国家纷纷在双边投资条约中纳入知识产权保护的内容。

尽管如此,在发达国家的联合努力之下,知识产权最终还是提上了乌拉圭回合的谈判桌,并产生了《TRIPS协定》。WTO最终涵盖知识产权,在很大程度上是发达国家“胡萝卜加大棒”策略的结果。这种策略包括对愿意强化知识产权体制的国家给予财政援助和政治支持,对不予配合的国家施加单边压力和采取贸易制裁。为避免遭受单边贸易报复,并换取在农产品与非农产品领域的市场准入,发展中国家签署了《TRIPS协定》,期望一劳永逸地满足美欧方面的知识产权要求。然而,现实的发展背离了发展中国家的期望。当发展中国家正挣扎于实施《TRIPS协定》带来的公共健康困境时,发达国家已在酝酿继续提高知识产权水平。由于在目前情况下美国和欧盟已经很难再通过WTO框架提高知识产权水平,因此美欧故伎重演,从WTO和世界知识产权组织转向较易达成更高知识产权标准的其他谈判场所。

历史经验表明,近代以来知识产权国内立法的发展、轮番出现的双边或区域化浪潮,以及世界知识产权组织知识产权国际公约和WTO《TRIPS协定》等多边条约的缔结,都在不同历史时期以不同的方式强化了知识产权保护体制。总体而言,知识产权国际谈判的规律是,处于支配地位的美国、欧共体,适时选择双边、区域或多边谈判场所,以达到不断更新知识产权保护标准的目的。这种在多个国际谈判场所,包括单边、双边(区域)与多边场所之间进行趋利避害的选择,被称作“场所转换”(Regime shifting)。目前基本上只有美欧有能力引导谈判场所的转换。

二 “TRIPS - plus”条款及其对发展中国家政策空间的侵蚀

(一)植根于区域贸易协定的《TRIPS协定》最惠国待遇原则

《TRIPS协定》下最惠国待遇的引入及其适用范围植根于区域贸易协定。一般认为,一国给予外国人的待遇不可能高于本国人,因此国民待遇足以保证知识产权保护中的非歧视。

[1] 参见 Peter K. Yu, “Intellectual Property Rulemaking in the Global Capitalist Economy, in Birgitte Andersen (ed.), *The Intellectual Property Right Domain in Contemporary Capitalism*, London: Routledge, 2009, available at: <http://www.peteryu.com/andersen.pdf>, 2010年7月7日最后访问。

因此,《巴黎公约》和《伯尔尼公约》仅规定了国民待遇原则。然而,20 世纪 80 年代后期区域贸易协定的兴起,使得特定情形下外国人享受的待遇可能高于本国人。当外国人的待遇高于本国人时,只有再引入最惠国待遇方可保证相等的保护水平。^[2]

在谈判《TRIPS 协定》时,各方对于引入最惠国待遇并无疑义,分歧主要集中在是否允许对最惠国待遇原则有所例外以及例外的范围。欧盟当时正在整合其内部知识产权体制,因此主张在对区域贸易协定的豁免和对现存双边协定的处理方面适用“宽松式”的最惠国待遇,如只禁止在成员国间造成任意或不合理的歧视或对国际贸易造成隐蔽性限制,满足 GATT 第 24 条条件的关税同盟和自由贸易区可得到豁免等。^[3]然而,欧盟的立场遭到绝大多数谈判代表的拒绝。美国提出的折中方案是:超出“本协定”要求范围或缔约方作为其中一方的国际条约中所规定的利益、好处、特权或豁免不适用最惠国待遇,但这些条约需开放供“本协定”任何缔约方参加。^[4]但该折中方案在关键问题上仍然态度不明,尤其是最惠国待遇例外是否涵盖符合第 24 条的区域贸易协定和既有双边协定。^[5]

几经谈判和修改,最终的《TRIPS 协定》文本达成了如下平衡:首先,作为一般原则,《TRIPS 协定》第 4 条规定了与 GATT 1994 第 1 条类似的最惠国待遇义务,即任何 WTO 成员国在区域贸易协定中给予任何其他国家国民的任何利益、优惠、特权或豁免,应立即无条件给予所有其他 WTO 成员国的国民;其次,《TRIPS 协定》未授权区域贸易协定获得类似于 GATT 第 24 条或《服务贸易总协定》第 5 条的例外,^[6]但承认“祖父条款”的效力,即对于《WTO 协定》生效之前已生效的有关知识产权保护的国际协定所派生的义务,可以豁免最惠国待遇,“只要此类协定向 TRIPS 理事会作出通报,并对其他成员国的国民不构成任意的或不合理的歧视”。^[7]任何 WTO 成员国在后来的区域贸易协定中作出的超出《TRIPS 协定》的承诺,都必须立即无条件给予所有 WTO 成员国,即无条件多边化。

(二) 区域贸易协定中的“TRIPS - plus”条款

截至 2010 年 7 月 31 日,包含知识产权内容的已生效区域贸易协定共有 67 个。^[8]其中,美国和欧共体缔结的诸多区域贸易协定都规定了超出《TRIPS 协定》的附加义务,即所谓的 TRIPs - plus 条款。TRIPs - plus 条款可大致分为三类:一是规定超出《TRIPS 协定》保护范围的义务,引入新的知识产权保护内容;二是要求超出《TRIPS 协定》的保护水平;三是限制或取消《TRIPS 协定》所允许的灵活性和例外。现有 TRIPs - plus 条款主要集中在专利、版权、地理标志及知识产权实施领域。

在专利领域特别是制药产业推行 TRIPs - plus 条款是美国区域贸易协定谈判战略的重

[2] 参见 UNCTAD - ICTSD, *Resource Book on TRIPS and Development*, London: Cambridge University Press, 2005, p. 63。
[3] 参见 The European Communities, *Draft Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, MTN. CNG/NG11/W/68, 29 March 1990。
[4] 参见 Communication from the United States, *Draft Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, MTN. CNG/NG11/W/70, 11 May 1990, referenced id., para. 11。
[5] 参见 The United States, *Draft Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, MTN. CNG/NG11/W/70, 11 May 1990, para. 11。
[6] 在彼此之间的关系上,GATT、GATS 和《TRIPS 协定》是并列的,因此 GATT 第 24 条和 GATS 第 5 条对区域贸易协定的特别规定并不能自动延伸至《TRIPS 协定》项下。
[7] 《TRIPS 协定》第 4 条(d)项。
[8] 参见 WTO 官方网站之“RTA Database”统计,参见:<http://rtais.wto.org/UI/PublicSearchByCrResult.aspx>,最后访问于 2010 年 8 月 1 日。

点,主要的 TRIPS - plus 条款包括:当专利审查发生不合理拖延时,延长专利保护期,以弥补权利人实际享受的专利保护期不足《TRIPS 协定》第 33 条规定的自申请之日起 20 年的缺憾;^[9]超出《TRIPS 协定》第 39.3 条的要求,^[10]对药品和农业化学制品的临床试验和其他数据给予原申请人一定期间(通常是 5 年)内的排他性保护;^[11]未经专利持有人同意,对于仍在专利期内的药物的通用版本禁止监管机关授予销售许可。^[12]此外,对《TRIPS 协定》下的强制许可制度施加限制也是美国区域贸易协定的一项重要内容。美国与约旦、新加坡等国签订的区域贸易协定均将强制许可限制于国家紧急情况、反垄断救济和公共非商业使用,剥夺了《TRIPS 协定》下的各项灵活性。

在版权领域,美国和欧盟签署的区域贸易协定以国内法为基准,将版权保护期从《TRIPS 协定》下的作者有生之年加 50 年延长至有生之年加 70 年。区域贸易协定要求缔约方加入的一些国际公约,如 1996 年《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》,对防止未经授权复制数字作品的技术保护措施提供保护,拓展了《TRIPS 协定》的保护范围。^[13]

在知识产权的实施方面,《TRIPS 协定》第 61 条规定:“各成员国应规定至少适用于具有商业规模的蓄意假冒商标或盗版案件的刑事程序和处罚。”然而,诸多区域贸易协定规定了更为严厉的实施措施。例如,《美国与澳大利亚自由贸易协定》第 17.11.26(a)条将“具有商业规模的蓄意盗版”界定为包括:(1)没有直接或间接财务收益目的的重大故意侵犯版权;(2)存在商业优势或财务收益目的的故意侵权。类似的条款亦可见于美国与新加坡(第 16.9.21 条)、摩洛哥[第 15.11.26(a)条]和巴林(第 14.10.26 条)等国签署的协定中。这些规定扩展了《TRIPS 协定》第 61 条的义务,即不仅对具有商业规模的行为规定刑事处罚,还包括不以商业考虑为目的的行为,以及虽然未具商业规模但主观上具有商业“目的”的行为。

美国和欧盟在绝大多数知识产权问题上都有着共同利益,但对地理标志的保护一直存在争议。《TRIPS 协定》第 22 条和第 23 条脱胎于美国和欧盟的妥协,规定区别葡萄酒、烈酒及其他产品,对地理标志提供不同水平的保护。欧盟拥有上千种地理标志,因此在多哈回合谈判中致力于继续提高地理标志保护,要求将《TRIPS 协定》第 23.1 条葡萄酒和烈酒的地理标志保护模式扩展至所有产品,并且所有成员国应无条件地保护欧共同体指定的 41 类地理标志。欧盟近年缔结的区域贸易协定密切反映了其在多哈谈判中的立场,对地理标志规定了大量的 TRIPS - plus 条款。例如,列举缔约方必须给予自动保护的地理标志,排除了《TRIPS 协定》下成员国根据其国内法判断有关标志是否符合第 22.1 条地理标志定义的权利;要求放弃《TRIPS 协定》允许的某些例外,如欧共同体与墨西哥和瑞士签署的有关葡萄酒和烈酒的协议明确放弃了《TRIPS 协定》第 24.4—24.7 条下的豁免等。美国缔结的区域贸易协定虽然也规定了对地理标志的保护,但主要是鼓励其他国家通过商标法保护地理标志,防止对地理标志提供过高的保护。美国与约旦(第 4.6 条)、新加坡(第 16.2.1 条)、智利(第 17.2.1

[9] 参见美国与智利(第 17.10.2 条)、新加坡[第 16.8.4(a)]和澳大利亚(第 17.10.4 条)等国签署的自由贸易协定。

[10] 依据《TRIPS 协定》第 39.3 条,除非为保护公众所需,“未披露的实验数据或其他数据”不应被“披露”和进行“不正当的商业使用”。该条未要求对原申请人提交的数据给予任何排他性保护。

[11] 参见美国与澳大利亚[第 17.10.1(a)条]、新加坡(第 16.8.1 条)、智利(第 17.10.1 条)、摩洛哥(第 15.10.1 条)和巴林(第 14.9.1 条)等国签署的自由贸易协定。

[12] 参见美国与新加坡(第 16.8.4 条)和澳大利亚(第 17.10.5 条)等国签署的自由贸易协定。

[13] 参见《世界知识产权组织版权公约》第 11 条、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第 18 条。

条)、澳大利亚(第17.2.1条)和韩国(第18.2.2条)等国缔结的协定均规定,商标可包括地理标志。有论者指出,美国区域贸易协定规定地理标志保护的目的是防止欧盟对地理标志的保护模式发展成为事实上的全球标准。^[14]

(三) TRIPS - plus 条款对发展中国家政策空间的侵蚀

《TRIPS 协定》最惠国待遇条款使得区域贸易协定中的 TRIPS - plus 条款的效力具有辐射性,不局限于某一区域贸易协定的缔约方。诸多区域贸易协定中的不同内容的 TRIPS - plus 条款的共存,至少导致两个后果:一是各国承担的知识产权保护义务复杂化,同一成员国承担的义务不尽一致;二是发展中国家面临提高保护标准的更大压力。虽然美、欧、日等发达国家一直试图在多边机构(WIPO、WTO、植物新品种国际保护联盟等)推动制定更高的知识产权标准,但由于发展中国家数量占优势和团结合作,多边条约的制定和修改进展缓慢。然而,一旦众多发展中国家都在双边场合接受了更高水平的保护要求,就将很难阻止多边场合保护标准的整体提高。不断提高的知识产权国际标准将使得欠发达国家逐渐丧失了知识产权领域的自主决定权,难以制定一个适合本国经济发展水平的知识产权保护体制。^[15] 此外,大量复杂的区域贸易协定条款义务的存在还极易产生国内法的“锁死”效应,使得发展中国家今后更加难以调整国内知识产权立法。

换取更优惠的市场准入、吸引外来投资、促进本国制药业的研发和版权产业的发展,是发展中国家接受《TRIPS 协定》的重要考虑。然而,履行 TRIPS - plus 条款所要付出的代价可能会远远超过从区域贸易协定市场准入中得到的好处。^[16] 在现代社会,农业、公共健康、教育、食品安全、技术转让和生物多样性管理等领域都受到知识产权保护的巨大影响,超出经济社会发展阶段盲目提高知识产权保护水平,将对发展中国家的公共利益带来诸多负面影响。经济学理论认为,除非完全破坏了研发动力,否则复制不一定是坏事,甚至也曾是发达国家发展进程中的一个关键阶段。在这个意义上美欧不断要求提高知识产权保护标准,其实质是在自身到达比较高的发展阶段之后,阻塞发展中国家向上发展的路径。

三 区域性知识产权贸易谈判的比较研究

(一) 美国区域贸易协定中的知识产权条款

加强知识产权保护是美国区域贸易协定谈判的重要政策目标。截至2010年7月31日,美国已签署的已经生效的17个区域贸易协定中,^[17]除与以色列缔结的区域贸易协定采

[14] 参见 Michael Handler and Bryan Mercurio, "Intellectual Property", in Simon Lester, Bryan Mercurio (eds.), *Bilateral and Regional Trade Agreement: Commentary and Analysis*, London: Cambridge University Press, 2008, pp. 318 - 322.

[15] 参见 Peter K. Yu, "Intellectual Property Rulemaking in the Global Capitalist Economy".

[16] 以乌拉圭回合《TRIPS 协定》为例,据世界银行估计,美国、日本、德国、英国、法国和瑞士等6个发达成员从《TRIPS 协定》中每年可获得400亿美元收益,远远大于其在市场准入方面的付出;仅就美国而言,其从《TRIPS 协定》中的收益每年达191亿美元,相当于其对发展中成员开放市场代价的13倍。参见 World Bank, *Global Economic Prospects and the Developing Countries 2002: Making Trade Work for the World's Poor*, 第133页, 见于 <http://siteresources.worldbank.org/INTGEP/Resources/335315-1257200370513/gep2002complete.pdf>, 最后访问于2010年12月16日。

[17] 具体包括澳大利亚、巴林、加拿大、智利、以色列、哥斯达黎加、多米尼加、萨瓦多尔、洪都拉斯、以色列、约旦、墨西哥、摩洛哥、尼加拉瓜、阿曼、秘鲁和新加坡。此外,美国还与韩国、哥伦比亚和巴拿马签署了区域贸易协定,但尚未生效。参见美国贸易代表办公室官方网站 <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreement>, 最后访问时间于2010年8月1日。

用专门条款规定知识产权事项外,其他协定均以专章形式详细规定了知识产权保护的具体要求。同时,“投资”和“争端解决”等章节也纳入了部分知识产权保护内容。鉴于知识产权之于美国的重要性,美国的贸易伙伴均难以回避谈判新的保护规则。

美国区域贸易协定的显著特征是存在广泛的、以美国国内法律为基准的 TRIPS - plus 条款。在美国长达 20 余年的区域贸易协定谈判实践中,对知识产权的保护水平日益提高。主要的 TRIPS - plus 条款包括:(1)要求批准或者加入一系列知识产权保护条约或协定;(2)对专利、版权和邻接权、商标、地理标识、域名、卫星节目信号、药品的测试数据等规定高水平的实体保护规则;(3)强化知识产权执法措施等。^[18] 以国内立法为基准的 TRIPS - plus 条款是美国立法授权的明确要求。2002 年《两党贸易促进法案》规定,美国进行贸易谈判的目标之一是保证美国加入的任何多边或双边贸易协定中的知识产权条款体现与美国法律相似的知识产权保护水平。^[19] 由于诸多区域贸易协定条款以美国国内法为模板,因此虽然名为对等要求,但实际上美国不需要采取更多措施(如修改本国知识产权法)即可履行区域贸易协定中的知识产权义务。

(二) 欧盟区域贸易协定中的知识产权条款

尽管美国区域贸易协定最受关注,但实际上欧盟的区域贸易协定谈判实践早于美国。根据《欧共同体条约》第 133 条以及 2009 年 12 月 1 日生效的《欧洲联盟运行条约》第 207 条,欧共同体/欧盟^[20] 有权作为一个整体对外谈判缔结贸易协定,其范围可以覆盖服务贸易、知识产权、投资等领域。作为全球最大的区域经济体,欧共同体缔结的经贸协定比较复杂,大体可分为四类:其一,与要求加入欧盟的候选国之间订立的经贸协定;其二,在“巴塞罗那进程”^[21] 下与地中海南岸国家谈判缔结的经贸协定;其三,为加强与前殖民地国家的关系,与“非加太国家”订立的《科托努协定》以及《经济伙伴协定》;其四,与其他国家订立的区域贸易协定。^[22] 上述各类经贸协定一般均包括知识产权条款。

欧盟区域贸易协定不以内部立法为明确标准,主要是要求加入一些知识产权公约。总体而言,欧式区域贸易协定对知识产权保护的规定比较原则、抽象,如要求对知识产权提供“最高国际标准”的保护,或“适当和有效的”保护等。这在一定程度上源于欧共同体对外缔结条约的有限能力。虽然根据《欧共同体条约》第 133 条,欧共同体可以就知识产权问题对外谈判协定,但该条同时规定,谈判条约不得超出欧共体的对内权力范围,众所周知,欧共同体目前并无统一的知识产权保护法典,因此这一授权显然比美国贸易促进法案的谈判授权有限得多。

[18] 参见 Carsten Fink & Patrick Reichenmiller, “Tightening TRIPS: Intellectual Property Provisions of U. S. Free Trade Agreements”, in Richard Newfarmer (ed.), *Trade, Doha and Development: A Window into the Issues*, The World Bank, 2005.

[19] 19 USC 3802.

[20] 2009 年 12 月《里斯本条约》生效后,“欧洲共同体”正式被“欧洲联盟”取代。但对于 2009 年 12 月之前缔结的贸易协定,本文仍沿用“欧共同体”这一称谓。

[21] “巴塞罗那进程”(Barcelona Process)始于 1995 年 11 月底在西班牙巴塞罗那举行的首届“欧盟-地中海南岸国家部长级会议”。该次会议首次提出“欧盟-地中海伙伴关系计划”,又称“巴塞罗那进程”,其主要目的是通过政治和安全对话实现地区和平与稳定,通过经济和财政合作逐步争取在 2010 年前建立欧盟与地中海南岸国家的自由贸易区,以及通过加强各国社会、文化和人员的交流,促进欧盟和地中海国家之间的全面合作。参见黄培昭:《欧盟与“巴塞罗那进程”》,《人民日报》2005 年 6 月 2 日,第 3 版。

[22] 参见 Maximiliano Santa Cruz S., “Intellectual Property Provisions in European Union Trade Agreements: Implications for Developing Countries”, International Centre for Trade and Sustainable Development, *Issue Paper No. 20*, June 2007, p. 12.

《欧洲联盟运行条约》第 207 条也对谈判和缔结有关欧盟知识产权共同政策的协定做出特殊规定,要求在内部规则有此要求时,有关条约的谈判和缔结必须经欧盟理事会一致通过。

(三) 中、日、韩:遵从现有多边义务的软性协调机制

2002 年以来,区域贸易协定谈判已被中日韩提到了战略高度。在知识产权问题上,除韩美自由贸易协定全面反映了美国区域贸易协定的特点外,三国签署的其他区域贸易协定在模式上均属于遵从现有多边义务的软性协调机制。

日本和韩国各自缔结的区域贸易协定数量不多,有关知识产权的内容亦相对有限,主要是重申遵守《TRIPS 协定》义务、加强双边知识产权合作等“软性”安排,多数情形下未创设新的国际义务。部分条款包含了知识产权实体规定,但只针对缔约方关注的某一特定事项,如《日本与新加坡新时代经济伙伴协定》提及“便利”知识产权数据库使用和专利申请,《日本与墨西哥经济伙伴协定》和《韩国与智利自由贸易协定》提及地理标志的保护。然而,作为美、欧、日、加“四边集团”的成员之一,日本过去在乌拉圭回合谈判中曾力主将知识产权纳入世界贸易体系,与欧美立场较为一致。日本未来区域贸易协定谈判实践会否转向美欧模式,还有待研究。

在 2001 年之前,我国一直为“复关”和“入世”谈判殚精竭虑,没有精力同时顾及区域贸易协定谈判。事实上,即便有足够的谈判资源,出于表示对多边贸易体制的诚意,并且为避免在区域贸易协定谈判中的出价被用作衡量 WTO 加入程序出价的基准而使得加入程序更为困难,中国也不可能参与区域贸易协定谈判。但从加入 WTO 后的第二年起,我国即启动了区域贸易协定谈判,迄今为止已缔结了 10 个协定。^[23] 其中,内地与香港、澳门关于建立更紧密经贸关系的安排(CEPA)及系列补充协议,以及中国与智利、新西兰、秘鲁和哥斯达黎加签署的协定,均以专章、条款或补充协议的方式对知识产权事项作了规定。^[24] 在内容上,经历了从简到繁、从若干条款过渡到专章规定的过程,一定程度上反映了我国未来谈判和缔结区域贸易协定的趋向。

总体而言,中国区域贸易协定知识产权规定侧重于建立合作与信息交流机制,加强能力建设。换言之,旨在建立一种灵活的软性机制。中国缔结的区域贸易协定只要求缔约方遵守《TRIPS 协定》和已经参加的知识产权国际条约项下的义务,而不要求加入新的多边条约。即便特别提及的地理标志、遗传资源和传统知识等,也未超出《TRIPS 协定》义务的范畴。例如,对于遗传资源、传统知识和民间传说,《中国—新西兰协定》的措辞是“各方可根据其国际义务,采取适当的措施”予以保护。^[25] 对于问题或争议,也强调联络沟通和先行磋商,以降低诉讼概率,减少对贸易的影响。

中国区域贸易协定谈判实践隐含了以下四个方面的特征。其一,中国尚处于争取自身的知识产权政策、立法和体制得到认可的阶段,尚未对外输出中国的立法观念;其二,从已缔结的区域贸易协定知识产权规定来看,差异较大且较为模糊,至少目前似无影响多哈谈判的

[23] 参见“中国自由贸易区服务网”之“已签协议的自贸区”栏目, <http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml>, 最后访问时间于 2010 年 12 月 16 日。

[24] 未规定知识产权保护问题的区域贸易协定包括《亚太贸易协定》,以及中国与东盟、新加坡和巴基斯坦缔结的协定。此外,正在谈判过程中的区域贸易协定有 5 个,对象国分别是海合会、澳大利亚、冰岛、挪威、南部非洲关税同盟;正在进行可行性研究的对象国有印度、韩国(中韩、中日韩)、日本(中日韩)、瑞士。参见“中国自由贸易区服务网”之“正在谈判的自贸区”栏目, <http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml>, 最后访问于 2010 年 12 月 16 日。

[25] 《中国—新西兰协定》第 165 条。

具体设想;其三,重在强调已有条约,而就一些具体问题创设符合自身利益的具体规则的能力尚有欠缺;其四,多年来美欧频繁以知识产权对中国施压,留下颇为不佳的印象,中国国内从民间到官方对知识产权国际谈判均抱有防备心理。

中国区域贸易协定中的知识产权规定

谈判对象	时间	要点
(内地与)香港	2003	CEPA 有关补充协议:①建立合作机制,加强合作;②在香港和澳门设立知识产权协调中心,进行信息交流和沟通;③对知识产权保护问题进行磋商。
(内地与)澳门	2003	与内地-香港 CEPA 类似。
智利	2005	第 10、12 条:①保护特定地理标志(第 10 条);②与边境措施有关的特别要求。
新西兰	2008	第 12 章:①遵守《TRIPS 协定》及双方参加的多边条约义务;②开展知识产权合作、能力建设和信息交换;③采取适当措施保护遗传资源、传统知识和民间传说;④有关磋商的程序规定。
秘鲁	2009	第 11 章:①重申已经参加的国际条约项下的义务;②对遗传资源、传统知识和民间传说的保护给予弹性规定;③与边境措施有关的特别要求;④进行合作和能力建设,交换信息。
哥斯达黎加	2010	第 10 章:①重申已经参加的国际条约项下的义务,特别是 WTO 体系下有关公共健康的决议;②对遗传资源、传统知识和民间文艺的保护给予弹性规定;③与边境措施有关的特别要求;④地理标志保护;⑤进行合作和能力建设,交换信息。

四 发展中国家参与国际知识产权贸易谈判的策略

(一) 建立知识产权发展同盟,推动知识产权谈判以民主和平衡的方式进行

美欧知识产权谈判是立体网络推进模式。同时借助多个谈判场所推进在同一贸易政策上的立场,已为国际谈判经验丰富的美欧国家所熟练运用。区域贸易协定谈判的分散性使得美国和欧盟在知识产权标准的制定中居于支配地位,区域贸易协定理所当然地成为优先的谈判场所。除区域贸易协定之外,发达国家还不遗余力地通过其他国际组织或峰会活动,提高知识产权保护标准。历年八国集团峰会都涉及知识产权议题,2008 年八国峰会产生了《八国集团知识产权专家组会议讨论报告》,支持世界知识产权组织制定《实体专利法条约》。受 2005 年八国峰会敦促反假冒和盗版联合行动声明的启发,世界海关组织于 2007 年发起了《海关统一知识产权执法的临时标准》谈判。工作组制定的草案严重超越《TRIPS 协定》第 51 条至第 60 条有关边境措施的规定,扩大海关机构的权力,试图从“后门”提高知识产权的实施标准。^[26] 尽管发展中国家的有效协调促使世界海关组织政策委员会于 2008 年 11 月中止了该工作组的活动,但从这一年开始,美国、欧盟、日本和瑞士又开始领头谈判《反假冒贸易协定》(ACTA)。谈判由少数发达国家控制,谈判内容缺乏透明度,在利益考虑上严重倾向于产业集团。当前《反假冒贸易协定》已基本成形,一旦签署和生效,有演变成新的国际标准之虞,对发展中国家极为不利。

在此背景下,建立知识产权发展同盟,选择关注发展目标的多边场合,使未来知识产权

[26] 参见 Xuan Li, “WCO SECURE: Legal and Economic Assessments of the TRIPS - plus - plus IP Enforcement”, in Xuan Li, Carlos M. Correa (eds.), *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*, Cheltenham United Kingdom: Edward Elgar, 2009, pp. 63 - 72.

国际保护机制的发展在特定产业利益和公共利益中间取得平衡,是发展中国家在知识产权谈判中应予以特别考虑的路径。“四边集团”成员国在知识产权领域拥有比较优势,发展中国家只有结成发展联盟,协调彼此立场,强化集体谈判地位,才能拥有与前者相抗衡的谈判力量,在相关场合影响谈判结果,促进知识产权国际体制的有效和民主决策。

为获得相对平衡的谈判力量,发展中国家宜选择 WTO 和世界知识产权组织等多边谈判场所。发展中国家对之拥有广泛利益的公共健康、传统知识、遗传资源等是当前多哈知识产权谈判的重要议题。2007年10月,世界知识产权组织通过的“发展议程”亦对发展中国家提供了前所未有的重塑知识产权国际体制的机会。重塑符合可持续发展目标的知识产权国际体制,需要发展中国家在多边谈判场所进行更多的投入。

(二)发展国内产业磋商和咨询体系,保障良好的谈判决策

成熟的产业磋商和政策咨询体系,对于完成接近现实的成本利益分析和保障良好的谈判决策非常关键。在知识产权国际谈判中,发展中国家一直比较被动。除了缺乏强有力的谈判杠杆之外,缺乏确定体现本国利益的知识产权具体谈判立场的能力也是发展中国家的软肋。提高知识产权保护标准并不总是有益的,必须进行经济与非经济方面的具体的成本与收益分析。在未来的谈判中,发展中国家首先要确定自身拥有进攻性利益的政策领域(例如对生物多样性和传统知识的保护);在谈判新协定之前,应仔细评估强化知识产权标准将带来的经济和社会影响;在做出评估时,必须要与政府各部门、私营部门、消费者团体和其他利害关系方协商。^[27]

在这方面,美国拥有丰富的经验,值得研究和借鉴。商界在美国贸易谈判中起到了非常重要的作用,包括通过各类咨询机构确定谈判目标和优先事项,如呼吁“没有知识产权,就没有回合谈判”;确定谈判战略,如将贸易制裁集中于印度、巴西等发展中国家领头羊;参与某些具体谈判,提供协助或专业知识等。美国的一些知识产权游说集团经常陪同美国代表团参与谈判会议,美国政府机关也利用跨国公司的知识产权专家批评发展中国家的知识产权保护。^[28] 为确保美国贸易政策与贸易谈判目标能够充分反应美国的商业和经济利益,美国建立了分级咨询体系,由贸易政策与谈判咨询委员会、政策咨询委员会、分部门职能咨询委员会以及私人组成,负责向总统、国会、美国贸易代表办公室和其他政府部门提供咨询意见。其中,成立于1974年的贸易政策与谈判咨询委员会处于咨询体系的顶端,其成员部分来自美国最资深的大企业集团,与贸易代表办公室有直接联系,负有就贸易政策向国会报告的义务;其通过就美国贸易谈判目标提供咨询意见,确保谈判结果充分反映产业利益。^[29]

(三)充分参与关注可持续发展的国际组织和智库的活动

尽管国际知识产权体制和贸易体制目前仍以国家为中心,但非国家参与者(如跨国公司和非政府组织)和次国家机构的参与正在增多。发展中国家应积极参与这些关注可持续

[27] 参见 Carsten Fink & Patrick Reichenmiller, “Tightening TRIPS: Intellectual Property Provisions of U. S. Free Trade Agreements”, in Richard Newfarmer (ed.), *Trade, Doha and Development: A Window into the Issues*, The World Bank, 2005, p. 301.

[28] 参见 Ruth Mayne, “Regionalism, Bilateralism, and “TRIPS Plus” Agreements: The Threat to Developing Countries”, *United Nations Development Programme (UNDP)*, Human Development Report 2005, p. 7.

[29] 参见 Peter Drahos, “Trade - Offs and Trade Linkages: TRIPS in a Negotiating Context”, available at <http://www.wto.org/geneva/pdf/economic/Occasional/Drahos.pdf>, 2010年7月8日最后访问。

发展的国际组织和智库的活动,协调彼此在知识产权议题上的谈判立场,统一在国际谈判中的行动。这些机构拥有很多颇有建树的专家和大量的研究成果,亦可在一定程度上弥补发展中国家贸易政策谈判智库储备不足的缺憾。

客观地说,与经验丰富的美国、欧盟相比,发展中国家无论是在知识产权专业问题上,还是在国际谈判策略选择上,都存在较大差距。在这方面,一些政府间或非政府国际组织的活动弥补了个体发展中国家专业能力和谈判力量的缺憾。它们努力协调各发展中国家的立场,并在国际社会强力呼吁反对 TRIPS - plus 条款。其中,影响较大的有,关注发展和环境问题的“贸易与可持续发展国际中心”、作为发展中国家智库的“南方中心”、致力于发展与援助的“乐施会”、支持小农户及其社会活动的“谷物”,致力于环境保护的“绿色和平”等。这些组织在国际上拥有一定的影响力和曝光率,常常发挥智库的作用。其主要活动包括研究发达国家的知识产权谈判策略,通过举办研讨会等协调发展中国家的立场,以观察员身份列席国际会议或谈判,发表支持发展中国家立场的言论并施加国际压力等。例如,在 WTO 坎昆部长级会议期间,绿色和平组织和乐施会等非政府组织就曾严厉抨击发达国家对贫穷贸易伙伴的情形缺乏考虑;而前述海关临时标准草案的流产,则在很大程度上归功于南方中心协调发展中国家立场的诸多努力。

(四) 制定区域贸易协定知识产权谈判的内部指南:以中国为例

为协调双边、区域和多边场合推进的知识产权谈判,制定专门的贸易谈判目标和内部谈判指南是非常必要的。以我国为例,内部谈判指南可着重考虑下列事项:

首先,力求区域贸易协定知识产权谈判以我国现有立法为基准,并留有余地。以我国立法为基准开展区域贸易协定谈判,可保证区域贸易协定双边承诺与我国立法及多边承诺的一致性,降低法律、法规修改成本,减少法律冲突风险。与此同时,在区域贸易协定承诺中,要给国内立法的未来调整预留一定的政策空间,防止出现“锁死效应”。我国已加入 1970 年《专利合作条约》、1971 年《日内瓦唱片公约》、《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演与录音制品条约》等重要国际条约,知识产权保护已有若干方面超出《TRIPS 协定》的规定。为此,我国在区域贸易协定谈判中,可考虑在对等基础上,要求对方承诺加入相同的公约、条约,以保持双方权利义务的对等性。

其次,整体模式宜以合作条款为主,实体义务为辅。美国区域贸易协定知识产权条款的谈判和运行成本都很高,在各个区域贸易协定间实现协调的难度也较大。有鉴于此,我国不宜采取对知识产权保护进行全面、详细规定的美国模式,而应在现有模式的基础上,以多边知识产权条约为主导,以知识产权交流合作作为主要内容,建立对话、技术援助、人员培训、专家交流和信息交换等多重灵活机制。

再次,在具体事项上明确我国区域贸易协定知识产权谈判的利益和诉求。知识产权保护的内容非常广泛,我国在区域贸易协定谈判中应对知识产权利益进行全方位评估,确定进攻利益和防守利益,做到有攻有守。在进攻利益方面,我国可以重点考虑增加保护生物多样性、传统知识和民间文学的规定,以及关于技术转让的规定;在防守利益方面,则应重点注意保留知识产权保护的各种弹性条款和例外规定。

第四,在多边和双边场合加强对区域贸易协定中的 TRIPS - plus 条款的限制。区域贸易协定的本质仍然是贸易协定,其重点应集中在货物和服务的市场准入问题上,而不是解决知识产权问题。由于《TRIPS 协定》没有规定关于区域贸易协定的例外条款,因此区域贸易

协定中的 TRIPS - plus 条款与《TRIPS 协定》存在发生冲突的可能。^[30] 在 WTO 多边谈判中,我国可以建议在《TRIPS 协定》下建立对区域贸易协定知识产权条款的审查机制,审议 TRIPS - plus 条款的不利影响。就目前而言,WTO 的区域贸易协定审议机制和争端解决机制等均可供我国谈判者和决策者用于审查和限制 TRIPS - plus 条款。

最后,对知识产权的权利行使进行制衡,完善知识产权反垄断立法和执法。发达国家的经验是在提高知识产权保护水平的同时继续保留并不断加强对知识产权的各种制约机制,以保证知识产权权利人和公共利益的平衡。^[31] 相比之下,发展中国家往往缺乏一套制衡知识产权的法律机制,而发达国家与发展中国家谈判区域贸易协定时也往往对知识产权的制约机制避而不谈,导致发展中国家单方面提高知识产权保护。正如美国学者弗雷德里克·阿博特(Frederick M. Abbott)所指出的:“如果发展中成员国接受自由贸易协定中的义务,则他们也必须准备实施高水平的例外规定,以便在其法律中创设合理制衡。”^[32] 鉴此,我国在谈判区域贸易协定知识产权条款的同时,应重视建设知识产权反垄断机制,保持知识产权保护与其他公共利益之间的平衡。

[Abstract] Since the establishment of WTO, developed countries, deeming the IPR protection standard in TRIPS Agreement still insufficient, have adopted new negotiation strategies swiftly, namely, the focus of negotiation is diverted from WTO where much resistances have been met to regional occasions where it is easier to reach agreements. Through concluding separate trade agreements at regional level, the IPR protection standard has been raised competitively. Such approach has caused developing countries to losing independent space in which they can map out and implement their own intellectual property policies on the basis of concrete national conditions. Under this situation, developing countries, including China, should endeavor to push the IPR international protection system forward in a balanced and democratic way by improving negotiation strategies and strengthening negotiation power, including establishing IPR development union, promoting industrial consultation mechanism, participating in activities sponsored by international organizations and think tanks, and formulating internal IPR negotiation guidelines in particular.

(责任编辑:廖凡)

[30] 《TRIPS 协定》第 1.1 条规定,“各成员可以,但并无义务,在其法律中实施比本协定要求更广泛的保护,只要此种保护不违反本协定的规定”。但是,WTO 从未对区域贸易协定中的“TRIPS - plus”条款进行过审查,因此,不排除这些条款存在违反《TRIPS 协定》的可能性。

[31] 例如,在美国,从 1941 年至 1959 年,有 107 项关于专利权限制的判决。此后,实施强制许可的数量“成千上万”,仅在 1 起案件中(US Manufacturers Aircraft Associations Inc. 案),就有多达 1500 项专利被实施强制许可。参见 Carlos Correa, “Intellectual Property Rights and the Use of Compulsory Licenses: Options for Developing Countries”, *the South Centre Paper*, October 1999。

[32] Frederick M. Abbott, “Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements in Light of U. S. Federal Law”, *UNCTAD - ICTSD Project on IPRs and Sustainable Development*, Issue Paper No. 12, 2006, p. 1.