

中国 FTA 知识产权条款研究

王 亮

(贵州财经大学 商务学院人文系, 贵州 惠水 550600)

摘要:分析了我国现有的 FTA 知识产权条款的时代背景、特点及内容,指出取得的初步成就及存在的不足,提出了应对策略:坚持 TRIPS 协定,保留弹性空间;完善现有协定,探索构建范本;更新完善国内立法。

关键词:FTA;知识产权条款;TRIPS

中图分类号:D923.4

文献标志码:A

文章编号:1008-6021(2018)02-0009-06

一、引言

后《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称:TRIPS 或 TRIPS 协定)时代,自由贸易协定(以下简称:FTA)纳入了知识产权条款。值得关注的是,美、欧等发达国家在 FTA 中提出了对发展中国家更高的知识产权保护标准,亦即所谓的“超 TRIPS”规定。并且,其已形成范本,这给发展中国家带来一定的挑战。中国作为最大的发展中国家,推行“一带一路”倡议对日后 FTA 知识产权议题的走向,具有示范性。

二、中国 FTA 知识产权条款概述

(一)时代背景

随着“区域主义第三波”的兴起,我国积极参与自贸区建设。但考察以往缔结的 FTA,可以发现我国对知识产权议题的兴趣并不太高,直到 2005 年 11 月 18 日,中国与智利缔结首个 FTA 中才涉及知识产权条款,随后中国签署的 FTA 几乎均包含知识产权条款。然而,进一步考察文本,协定之间就知识产权大都侧重于软性的规定。并且,主要是重申 TRIPS 协定的内容。这种软性的规定虽然对于中国“走出去”和“引进来”大有裨益,但也要看到,该规定不利于中国 FTA 知识产权范本的构建。不过,自 2013 年开始,中国在知识产权议题上对外缔约态度发生明显变化。中国与瑞士、中国与韩国、中国与澳大利亚缔结的 FTA 不仅单章设置知识产权条款,而且规则进一步细化,条款明显体现强制约束的硬性规定。尤为引人注目的是,部分规定呈现出“超 TRIPS”特征。中

国对外缔约态度发生改变有内外两方面原因,具体如下:

一方面,就中国自身来看,早期,我国缔约伙伴主要以邻近的发展中国家为主,缔约伙伴主要对贸易的需求量较大,而对环境保护、电子商务、劳工权利等议题没有太大需求。同样,对知识产权议题自然也不太感兴趣。虽然中国与智利 FTA(以下简称:中智 FTA)首次规定了知识产权条款的内容,但是仅有 3 个条款。笔者认为这可能是基于智利与发达国家缔结的 FTA 包括知识产权条款,其与中国缔结 FTA 时也会提出相应的知识产权条款要求。然而,后金融危机时代,中国经济呈现从要素驱动、投资驱动转向创新驱动的新特点,这也推动着我国国内知识产权法的更新完善。与此同时,我国经济实力的崛起和对外积极推行“一带一路”倡议,也势必导致我国在知识产权议题上的态度和立场的转变。

另一方面,就外部局势来看,TRIPS 自身具有局限性,《多哈知识产权与公共健康宣言》(以下简称:《多哈健康宣言》)的通过,表明发展中国家呼吁修改 TRIPS 协定,因为现行的 TRIPS 协定过于保护知识产权却忽视公共健康。有观点认为,《多哈健康宣言》并未解决 TRIPS 协定与保护公共健康之间的根本冲突,其仅承认发展中国家受到公共健康紧急情势的困扰,而并未改变 TRIPS 协定所确定的权利和义务,且丝毫未提及如何限制知识产权的扩张等问题^[1]。另外,现有的 TRIPS 协定所确定的知识产权国际保护

收稿日期:2017-12-24

作者简介:王 亮(1989—),男,陕西西咸新区人,助教,硕士。研究方向:知识产权法。

的最低标准,诸如延长知识产权保护期限、权利管理信息、技术保障措施等,更多地满足工业发达国家的要求,在很多方面超出发展中国家目前的经济发展水平。这也说明,当今强化知识产权保护的趋势由发达国家主导。可见,TRIPS 的局限也是驱动中国对外缔约态度发生变化的一大原因。

(二)总体特征

1. 将 TRIPS 协定与其他国际条约作为标准

考察中国 FTA,缔约方均重申现有国际协议下的承诺或者义务。譬如,中智 FTA 第 111 条第 1 款第 1 项规定,“知识产权合作的目标是基于现有的、缔约双方都参加的知识产权领域的国际协定的基础,包括 TRIPS 协定,尤其是《TRIPS 协定与公共健康宣言》中提及的原则和《关于执行 TRIPS 协定与公共健康多哈宣言第六条的决定》。”此外,中国与新西兰 FTA(以下简称:中新 FTA)在知识产权章中指出,缔约方不仅重申 TRIPS 协定及其他多边协定的承诺,还强调为实现本章的目的,TRIPS 协定经必要修改后并入本协定。同时,TRIPS 协定还常常被缔约方在 FTA 中用来定义某个术语。如中智 FTA 中对“地理标志”的界定为 TRIPS 协定第 22 条中规定的含义。

2. 用弹性条款规定知识产权与公共健康

在中国 FTA 中,弹性条款被用于处理边境措施、遗传资源、传统知识及民间传说、地理标志和公共健康等事项,甚至包括知识产权实质问题如最长保护期。例如,就未公开的实验药品数据来讲,中新 FTA 规定,对首次申请人提交给主管当局的数据保护期至少 6 年,自销售批准之日起计算。值得肯定的是,中国在 FTA 中采取这种弹性规定对于解决缔约伙伴之间对话的分歧有利。不仅如此,TRIPS 协定在中国国内法也有体现,例如 TRIPS 协定第 39.3 条规定,未披露的实验药品数据应该得到保护,以防止不正当的商业使用。而《中华人民共和国药品管理法实施条例》规定,自药品生产者或者销售者获得生产、销售新型化学成分药品的许可证明文件之日起 6 年内,对其他申请人未经已获得许可的申请人同意,使用前款数据申请生产、销售新型化学成分药品许可的,药品监督管理部门不予许可。由此,中新 FTA 规定了不少于 6 年的保护期。

3. 高度重视合作、信息交流和能力建设

毫无疑问,软性的合作条款已成为中国对外缔约的一大特征。就知识产权议题而言,中智 FTA 规定双方知识产权合作的目标、合作的途径、信息交流的领域等。而中新 FTA 则详细规定了通知和信息交流、合作及能力建设。其中,能力建设主要致力于缔约方同意根据其各自的法律、法规、规章、指令及政策开展合作,以期提高在制定知识产权政策、消除侵犯知识产权的货物贸易行为方面的能力。中韩 FTA、中澳 FTA 也继承了中智、中新 FTA 的做法。据此,笔者认为在 FTA 纳入软性规定势必会促进缔约方的伙伴关系情谊。

4. 近年来纳入更复杂、更细化的规定

早期,中国缔结的 FTA 要么包含简单的知识产权条款规定,要么根本没有规定。这与我国当时国情有关。但是近年来,随着经济国际化步伐继续加快,全球经济竞争日趋激烈,面对新技术带来的挑战,各国在寻求新的经济增长点,而新的经济增长点需要创新的突破,需要知识产权规则的保驾护航。知识产权已成为 FTA 缔约伙伴的有利议题。比较 2013 年以来的中国与瑞士 FTA(以下简称:中瑞 FTA)、中国与韩国 FTA(以下简称:中韩 FTA)、中国与澳大利亚 FTA(以下简称:中澳 FTA)与早期中国缔结的 FTA 知识产权条款相比,很显然,中瑞 FTA、中韩 FTA 及中澳 FTA 知识产权规则更细、内容更丰富,且增加了硬性规定。可以看出,中国已经开始对知识产权议题持开放的态度,同时也有能力保护本国的知识产权。

三、中国 FTA 知识产权条款之文本分析

截止到目前,中国共缔结了 16 个 FTA。^① 其中,中国与东盟 FTA、中国与新加坡 FTA 几乎未涉及知识产权保护问题。而中智 FTA、中国与哥斯达黎加 FTA(以下简称:中哥 FTA)、中国与冰岛 FTA(以下简称:中冰 FTA)、中国与秘鲁 FTA(以下简称:中秘 FTA)、中新 FTA、中瑞 FTA、中韩 FTA、中澳 FTA、中国与格鲁吉亚 FTA(以下简称:中格 FTA)则对知识产权问题进行规定,其中中智 FTA 仅有 3 条规定,中哥、中冰、中秘、中新的 FTA 专章设置知识产权条款,但条款的内容主要以宣示性的声明为主。中瑞

① 参见中国自由贸易区服务网(<http://fta.mofcom.gov.cn/>)。

FTA、中韩 FTA、中澳 FTA 无论是从条款的数量、条款的拘束力,还是规则的细化上都比较突出,故成为笔者重点分析的对象^①。

总的来看,上述协定在知识产权问题上规定虽有所不同,但大致均包含如下内容:

首先,协定方重申国际公约中的权利义务。考察中国三大 FTA 可知,这些著名的国际公约大致包括:TRIPS 协定;《保护工业产权巴黎公约》《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》《专利合作条约》《国际承认用于专利程序的微生物保存布达佩斯条约》《商标注册用商品和服务国际分类尼斯协定》《商标国际注册马德里协定有关议定书》《世界知识产权组织表演和录音制品条约》《世界知识产权组织版权条约》《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》《国际植物新品种保护公约》《建立世界知识产权组织公约》。

其次,强调在权利人与公共利益之间实现平衡。知识产权保护不单是为了鼓励技术创新,而且也不得构成对社会公共利益的障碍。这是 TRIPS 协定坚持的立场,也是中国一贯坚持的主张^[2]。该点主要通过三大 FTA 中的 3 项内容体现:一是在总则条款中明确指出,缔约双方认识到知识产权保护和执法应在权利人和公众的合法利益之间达到一种平衡。总则条款作为纲领性的内容,对具体条款具有指导意义^②。二是规定缔约方重申《〈与贸易有关的知识产权协定〉与公共健康宣言》中确立的原则和《修改〈与贸易有关的知识产权协定〉议定书》。该做法无疑有利于抵制美国在《跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称:TPP)中限制公众购买平价药品。三是就遗传资源和传统知识来讲,缔约方重申《生物多样性公约》与《生物多样性公约关于获取遗传资源和公平公正分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》。

再次,引入“超 TRIPS”条款的内容。值得一提的是,“超 TRIPS”自产生之日起就饱受批判,诚如有观点指出,“超 TRIPS”减损或排除了成员方实施 TRIPS 的灵活性。但其出现是国际知识产权历史保护的必然,并已经从起初的单项保护朝着更全面、更高标准保护发展^[3]。我国已开始接触发达国家,在 FTA 缔约谈判中势必要涉及高标准的知识产权保护,仅停留在 TRIPS 上显然不合现实情况。2013 年以来签订的中瑞、中韩、中澳 FTA 就是很好的例证。

通过对三大 FTA 的归纳总结,“超 TRIPS”协定主要有:第一,与 TRIPS 相比,扩大了知识产权的保护类型。如中韩 FTA 第 15.16 条规定了实用新型,当然这可能与我国专利法规定包含实用新型有关。此外,TRIPS 协定第 15 条规定,各成员对商标注册的条件可要求具有视觉上的可感知性。但中瑞 FTA、中韩 FTA 均规定缔约方不得以标记由声音构成为由而拒绝注册一项商标。显然,中国 FTA 放宽了商标注册的条件要求,单纯的声音、气味等均可以成为商标。第二,邻接权保护水平进一步提高。如中韩 FTA 第 15.6 条第 3 款和中瑞 FTA 第 11.6 条第 10 款均规定,授予广播机构的保护期为 50 年,这显然超过了 TRIPS 协定规定的 20 年。第三,执法措施的内容进一步细化。中国 FTA 基本仿照 TRIPS 协定规定,执法措施包括:一般义务、民事与行政程序及救济、临时措施、边境措施、刑事程序。但中国 FTA 知识产权条款也纳入了不同于 TRIPS 的条款。典型者为:(1)增加了数字环境下的执法措施。譬如,中韩 FTA 第 15.28 条规定,各缔约方应采取有效措施,以减少在互联网或其他数字网络上的版权和相关权的重复侵权行为。中澳 FTA 第 20 条规定,各方可以采取适当措施,在互联网服务提供商根据其法律法规采取行动防止访问版权侵权材料的情况下,限制互联网服务提供商因其用户使用其服务或设施而为发生的版权侵权承担侵权责任,或针对这种情况的可用救济进行限制。而 TRIPS 丝毫未提及相关内容。(2)针对具有商业规模的故意假冒商标或者盗版案件,TRIPS 协定第 61 条规定,各成员可规定适用于其他知识产权案件的刑事程序和处罚。中韩 FTA 第 15.27 条也规定相关内容。但中韩 FTA 均采用“应当”这一措辞,为强制性规定。(3)在民事和行政程序和救济上,中韩 FTA 第 15.24 条第 8 款规定,各缔约方应当规定,如违反关于保护诉讼中产生或交换的机密信息的司法命令,其司法机关有权对民事司法程序的当事人、

① 本文未选取最新签订的中格 FTA 作为研究对象,主要原因在于:一方面,考察中格 FTA 文本可知,虽有 18 条知识产权条款,但主要为软性的规定,并且执法条款仅有 2 条;另一方面,格鲁吉亚地处“一带一路”重要节点,中格 FTA 的签订无疑是受“一带一路”倡议影响,因而达成的条款有点过于原则。

② 中瑞 FTA 第 11.1 条第 4 款、中韩 FTA 第 15.1 条第 2 款、中澳 FTA 第 11.1 条第 4 款。

他们的律师、专家或者受到法庭管辖的其他人采取制裁措施。第 15.24 条第 9 款规定,各缔约方可以允许使用替代性争议解决程序处理涉及知识产权的民事纠纷。(4)在边境措施上,中澳 FTA 第 22 条第 4 款规定,缔约方应确保其法律、法规或政策允许相关主管部门在接到信息或投诉时根据其法律采取措施,防止假冒商标商品或盗版商品出口。而 TRIPS 协定规定,各成员可以针对涉及其他知识产权侵权行为的货物要求海关中止放行。由此可见,中澳 FTA 在该内容上体现出“超 TRIPS”特征。

四、中国 FTA 知识产权条款之不足

在知识产权条款制度建设上,我国 FTA 已取得初步成就,尤其在 FTA 中纳入了“超 TRIPS”规定。这足以说明,随着国际地位的提升,我国就知识产权议题的态度从开始的被动接受到如今的积极应对。但也要看到,与美欧相比,中国 FTA 知识产权条款还处于较低水平,其不可避免地存在着一些问题与不足,主要如下:

其一,内容编排较为混乱。通过两例说明。第 1 例,中瑞、中韩、中澳 FTA 知识产权章节结构顺序不一致。如前所述,三大 FTA 在条款数量和内容丰富程度上明显优于中国其他 FTA,因而在此处笔者仍选定其作为研究对象,具体章节编排顺序依次如表 1。

表 1 中瑞、中韩、中澳 FTA 条款编排顺序

中瑞 FTA	中韩 FTA	中澳 FTA
知识产权	目标	目标和原则
知识产权的定义	总则	定义
国际公约	国际协定	义务为最低义务
告知及信息交流	更广泛的保护	国际协定
知识产权与公共健康	知识产权与公共健康	国民待遇
版权和相关权利	版权和相关权的保护	透明度
商标	广播和向公众传播	知识产权与公共健康
专利	技术措施的保护	权利利用尽
遗传资源与传统知识	权利管理信息的保护	获得和维持程序
植物新品种保护	限制与例外	专利申请的修改、更正及意见陈述
未披露的信息	商标保护	18 个月公布
工业品外观设计	商标权的例外	作为商标的标识类型
地理标志	驰名商标	证明商标和集体商标
知识产权的取得与存续	商标的注册和申请	驰名商标

续表 1

总则	专利保护	地理标志
中瑞 FTA	中韩 FTA	中澳 FTA
中止放行	实用新型	植物育种者权利
检查权	遗传资源、传统知识和民间文艺	遗传资源、传统知识和民间文艺
责任声明,保证或等价担保	植物新品种保护	未披露信息的保护
执法行动—民事救济	未披露信息	著作权集体管理
临时措施和禁令	工业品外观设计	服务提供商责任
执法措施—刑事救济	知识产权的取得与存续	执法
产地标记和国名	一般义务	边境措施
	作者身份的推定	一般性合作
	民事和行政程序和救济	知识产权委员会
	临时措施	
	边境措施的特殊要求	
	刑事程序和救济	
	反网络版权重复侵权的要求	
	提供侵权人信息的要求	
	合作	
	知识产权委员会	

综上,三大 FTA 条款编排顺序高度不统一,这明显不利于日后范本的构建。第 2 例,内容编排混乱还体现为针对同一领域条文规定不一致上。例如,就知识产权的保护范围来看,中韩 FTA 规定在脚注中指出“保护”包括:“(1)影响知识产权可获得性、取得、范围、维护和实施方面的事项,以及本章专门处理的影响知识产权使用的事项,(2)禁止规避第 15.8 条规定的有效技术措施,以及(3)第 15.9 条规定的权利管理信息的权利和义务。”而中澳 FTA 在正文中规定“保护”包括影响知识产权的可获得性、取得、范围、维持和实施的事项,以及本章涵盖的影响知识产权使用的事项。显然,中澳的保护范围小于中韩 FTA。又如,在边境执法措施上,中瑞 FTA 规定侵权权利范围为专利权、工业品外观设计、商标权或版权。而中韩 FTA 规定,侵犯权利范围包括:假冒商标、盗版、侵犯专利、植物多样性、已注册的外观设计或地理标志权利。据此,中韩 FTA 在侵权权利范围保护程度上要大于中瑞 FTA。

其二,条款有失严谨性。考察中国 FTA 知识产权条款可知,主要有 3 例表明条款欠缺严谨性。第 1 例,中韩 FTA、中澳 FTA 等规定了遗传资源、传统知识和民间文艺,而中新 FTA 将“民间文艺”表述为民间

间传说。第 2 例,中韩 FTA 规定,缔约方重申《TRIPS 协定与公共健康多哈宣言》第六段的决议。而中澳 FTA 规定,缔约方重申《〈与贸易有关的知识产权协定〉与公共健康宣言》第 6 段的决定。由此可见,协定中文件的名称不统一,并且书名号的用法不一致。第 3 例,如中韩 FTA 第 15.2 条规定,缔约双方应根据本章条款以及双方已加入的国际协定,给予并确保对知识产权进行充分、有效、透明及非歧视的保护,并提供应对侵权、假冒和盗版的知识产权执法措施。假冒是对商标的侵权,盗版是对著作权的侵权,而侵权明显包括对商标和著作权的侵犯。立法者将这三个词放置在一起表述有失严谨性。

其三,协定间的继承不够。就知识产权的待遇而言,考察中国 FTA,中瑞 FTA 同时规定国民待遇和最惠国待遇。但中韩 FTA、中澳 FTA 仅规定国民待遇。这是为何呢?笔者试想可能是立法者考虑在 FTA 中纳入了 TRIPS,若在 FTA 再次表述 TRIPS 显得有点重复。但笔者认为,可能就是因为这种无心考虑会造成法律空白。又如,在地理标志上,中瑞 FTA 对地理标志进行了界定,具体为“地理标志”是用于明确商品原产于缔约一方的领土,或领土内的一个区域或一个地方的标志,且该商品的特定质量、声誉或其他特性本质上归因于其地理来源。中澳 FTA 没有界定地理标志,仅笼统的强调各方要保护地理标志。但遗憾的是,中韩 FTA 在正文部分就地理标志却只字未提。难道是立法者在起草文本时有所遗漏所致?

五、中国的应对策略

基于中国 FTA 知识产权条款存在以上问题,笔者认为可通过以下几方面进行应对。

(一) 坚持 TRIPS 协定,保留弹性空间

众所周知,TRIPS 协定规定得较为模糊,主要原因是为照顾发展中国家的利益。由此,我国作为发展中国家,不应盲目接受美欧推崇的“超 TRIPS”标准的单方要价,而应在 FTA 总则条款中引入保护 TRIPS 协定灵活性的内容,例如确认 TRIPS 协定优先适用,以为我国适用 TRIPS 提供一个弹性空间。同时,面对“超 TRIPS”的扩张,有观点指出,中国可通过保守方式和积极方式进行应对:前者是,必要时我国可以通过直接联合发展中国家来共同抵制该条款;后者是,直接否定“超 TRIPS”的合法性^[4]。笔者

赞同该观点,尤其在目前多边谈判进展缓慢的情况下,发展中国家更应警惕发达国家通过双边及区域谈判策略,防止发达国家将所谓的成熟规则推广到发展中国家及未来的多边谈判中。进一步来讲,发展中国家积极地进行超大型自贸区建设,并在其中坚守自己的立场,这才是王道。而由中国正在推行的“一带一路”倡议和《区域全面经济伙伴关系》(简称:RCEP)就是典型例子。

(二) 完善现有协定,探索构建范本

无可否认,拥有一套成熟的范本是一国国际话语权的标志。由美国牵头达成的 TPP 实际就是美国 FTA 知识产权范本^①。相较之下,中国 FTA 知识产权条款还存在不足。故此,在完善现有协定的基础上,逐渐形成中国 FTA 知识产权范本,无疑具有国际示范效应。具体来说,对于现有协定已经出现有失严谨性问题的,我国可以通过补充谈判加以修订或者修改。而对于协定间的继承不够,建议立法者在日后起草文本时翻看之前缔结的文本,以便做到前后协定相一致,这才能为范本的形成打下基础。有观点建议中国 FTA 知识产权范本的编排顺序依次为:第 X 章;知识产权原则;目标;一般规定;技术转移;权利利用尽;版权;商标;地理标志;专利;最低保护标准测试数据;植物新品种;遗传资源、传统知识和民间文艺;知识产权执法;动态机制;合作与信息交流^[5]。笔者赞同该观点,首先,其遵循了从实体到程序的逻辑编排顺序;其次,该范本的一大亮点在于,其纳入了“动态机制”,该机制主要是由相关知识产权方面专家、协定方政府定期就本协定未明确及争议较大的知识产权问题展开磋商,这有利于降低协定方在知识产权领域发生冲突的可能。

(三) 更新完善国内立法

随着科技实力的发展,我国现行的国内知识产权立法明显不符合社会发展的现实需求。及时更新完善国内立法是大势所趋。具体而言,我国应及时修订或修改《著作权法》《专利法》《商标法》等立法及实施细则,废除不符合我国现实发展需求的条文。不仅如此,基于 TPP 知识产权条款已成为美国的范本,其对

^① 需要说明的是,虽然美国目前已正式宣布退出 TPP, TPP 前途未卜,但笔者将 TPP 视为美国 FTA 对待的主要原因在于, TPP 是由美国主导的,其内容无疑打上了浓厚的美式烙印。

未来的双边、区域乃至多边规则的谈判及制定将产生重大的影响。据此,笔者认为,我国有必要以国际法的视野创制国内法。故此,在结合中国目前的实际条

件下,在国内法中适当引入 TPP 中的条款也是可行的。

参考文献:

- [1] 冯洁菡.公共健康危机与 WTO 知识产权制度的改革:以 TRIPs 协议为中心[M].武汉:武汉大学出版社,2005:83.
- [2] 刘彬.中国自由贸易协定知识产权文本的体系化构建[J].环球法律评论,2016(4):182.
- [3] 陈咏梅.国际知识产权协定之间的冲突与协调:以世贸组织和自由贸易区的知识产权协定/条款为视角[J].法商研究,2015(1):173.
- [4] 杨鸿.贸易区域化中知识产权边境执法措施新问题及其应对[J].环球法律评论,2016(1):179.
- [5] 杨静,朱雪忠.中国自由贸易协定知识产权范本建设研究:以应对 TRIPS-plus 扩张为视角[J].现代法学,2013(2):156-159.

Research on Intellectual Property Clauses in China's FTA

WANG Liang

(Department of Humanities, Business School of Guizhou University
of Finance and Economics, Huishui Guizhou 550600, China)

Abstract: This paper analyzes the background, characteristics and content of China's existing FTA Intellectual Property rights clauses. It points out the initial achievements and existing shortcomings, and proposes coping strategies which include adherence to the TRIPS agreement, reservation of flexible space, improvement of existing agreements, exploration of construction models and renewal and improvement of the domestic legislation.

Keywords: FTA; Intellectual Property rights; TRIPS

[责任编辑 叶甲生]