

“南南联合”构建新型“TRIPS-plus”规则研究

——以中国—东盟自由贸易区为例

朱继胜

内容提要:TRIPS 存在制度缺陷,导致南北国家之间利益失衡。“TRIPS-plus”规则在 TRIPS 的基础上提高现代知识的保护标准,使利益失衡加剧。南方国家在传统资源方面具有比较优势。通过“南南联合”构建新型“TRIPS-plus”规则,将传统资源纳入 TRIPS 的保护或提高其保护水平,具有实质合法性与形式合法性,是重建利益平衡的可行路径。中国作为发展中国家的代表,应担负起相应的国际责任,即对内探索传统资源保护的立法模式和实践经验,对外构建新型“TRIPS-plus”规则并争取将其纳入 TRIPS 框架,以重建利益平衡。

关键词:南南联合 TRIPS TRIPS-plus 规则 新型 TRIPS-plus 规则 中国—东盟自由贸易区

朱继胜,广西民族大学法学院副教授、中国—东盟研究中心研究员。

当今世界的知识产权法律秩序,是以《与贸易有关的知识产权协定》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)为中心确立的。TRIPS 存在制度缺陷,^[1]导致南北国家之间利益失衡,使这一秩序背离了公正。进入后 TRIPS 时代,^[2]国际知识产权制度朝着两个路向演变:一是发展中国家矫正 TRIPS 的利益失衡;二是发达国家构建“TRIPS-plus”规则,以维护、巩固和扩大其既得利益。两者之间虽有交叉与融合,但也存在严重的对立和冲突。如何解决这一问题?本文以中国—东盟自由贸易区

[1] TRIPS 作为议题挂钩模式下一揽子协议的组成部分,更多地体现了发达国家的利益,而对发展中国家的利益诉求有所忽视。其在规则制订的程序上,存在缺乏代表性、民主性和透明度的问题;在实体制度的安排上,忽视了发展中国家的利益关切;在规则实施的程序上,公正性也值得质疑。

[2] TRIPS 于 1995 年正式实施以后,国际知识产权制度进入一个新的变革时期,知识产权法学界将这个变革时期称为“后 TRIPS 时代”。

(China-ASEAN Free Trade Area, CAFTA) 为例,^[3] 探讨“南南联合”构建新型“TRIPS-plus”规则问题,以探寻将演变导向有利于包括中国在内的发展中国家的路径,并为中国参与国际知识产权新规则的制订提供参考。

一 TRIPS 与“TRIPS-plus”规则的制度审视及其利益失衡

新型“TRIPS-plus”规则是相对于“TRIPS-plus”规则而言的。而无论是“TRIPS-plus”规则还是新型“TRIPS-plus”规则,都是以 TRIPS 为基础、建立在 TRIPS 之上的。因此,探讨构建新型“TRIPS-plus”规则问题,必须先对 TRIPS 和“TRIPS-plus”规则进行制度审视。

(一) TRIPS 的制度审视

TRIPS 是世界贸易组织(World Trade Organization, WTO)法律框架中附件 1C 部分。1994 年 4 月 15 日,TRIPS 在摩洛哥马拉喀什正式签署;1995 年 1 月 1 日,随着 WTO 的成立而正式生效。TRIPS 是知识产权制度史上的一个分水岭。以 TRIPS 的缔结为界,前此后此的知识产权法律秩序大相径庭。与此前的知识产权制度相比,TRIPS 至少带来了三大变化。

其一,在实体法上,大幅度提升保护标准。在 TRIPS 之前,《巴黎公约》和《伯尔尼公约》也有“最低保护标准”的规定,但它们确属“最低”的“底线标准”,颇无以此提高知识产权保护水平之意。而 TRIPS 的所谓“最低标准”性质则完全不同,实际上是发达国家国内高标准向国际社会的延伸:一方面,知识产权的客体范围扩大,权利内容增加,保护期限延长;另一方面,对于权利限制制度的适用,施加更为严格的限制。例如,未经专利所有人授权的“其他使用”,包括“政府使用”和“强制许可”,是对专利权的限制;TRIPS 第 31 条对此种使用规定了 12 款附加条件,给予极为严格的限制。

其二,在程序法上,史无前例地规定了知识产权实施程序。TRIPS 之前的国际公约,无不将知识产权的实施作为一国国内立法问题,不予置喙。TRIPS 一改以往惯例,不仅规定了包括民事、行政、刑事程序及救济在内的一系列具体实施措施,还规定了边境措施、临时措施等,并将各项执行措施的最终裁决权统归于司法机关,从而第一次将知识产权保护的国内实施程序转变为统一规定的国际标准。国际知识产权法律制度亦由此从立法领域延伸到执法领域。

其三,在法律运行上,引入 WTO 的贸易机制。贸易机制的引入对于国际知识产权法律秩序具有深远影响,表现在:(1) 利益机制向发达国家倾斜,发展中国家在技术转让中需要付出更为沉重的代价;(2) 争端解决机制跨领域适用,原本为解决贸易问题而设计的争端解决机制现在可以直接用于解决知识产权问题;(3) 接受 TRIPS 具有了强制性,拒绝 TRIPS 就意味着自外于 WTO,这在经济全球化的时代无异于经济上的自残。基于此,国际知识产权法亦由“较软的法”质变为“较硬的法”。

[3] 中国—东盟自由贸易区是世界上唯一一个主要由发展中国家组成的自由贸易区。根据《中国—东盟全面经济合作框架协议》,各缔约方承诺基于世界贸易组织和世界知识产权组织现行规则和其他相关规定,对知识产权的国际保护予以谈判。因此,以其为例探讨“南南联合”构建新型“TRIPS-plus”规则问题,具有较好的说明价值。

(二)“TRIPS-plus”规则的制度审视

TRIPS 作为知识产权法全球化的产物,尽管有着诸多不足,但毕竟是多边体制中南北博弈的结果,其中包含了若干有利于发展中国家的内容,包括弹性条款、模糊条款、延期条款等。然而,在后 TRIPS 时代,美欧发达国家以市场准入和跨国投资等作为交换条件,以双边与区域自由贸易协定(以下简称“自贸协定”)等作为载体,确立了一种超过 TRIPS 的保护标准,即所谓“TRIPS-plus”规则,^[4]从而将上述优惠内容渐次蚕食。随着自贸协定的盛行,“TRIPS-plus”规则亦强势扩张。^[5]“TRIPS-plus”规则主要涉及以下内容。

1. 设定保护“门槛”

在自贸协定中,发达国家通常在协定开篇即设定门槛,要求在 TRIPS 基础上加入某些知识产权条约,并达到特定公约条款的要求。例如,根据《东盟与澳大利亚和新西兰自由贸易协定》(以下简称《东新澳协定》)第 9 条第 7 款,东盟国家应加入《国际承认用于专利程序的微生物保存布达佩斯条约》(1977 年文本)、《国际植物新品种保护公约》(UP-OV1991 年文本)和《新加坡商标法条约》(STLT2006 年文本)。

2. 增加保护客体

其路径有二:一是限制缔约方对 TRIPS 中知识产权客体的选择权。例如,根据 TRIPS 第 27 条第 2 款和第 3 款(a)的规定,动植物生产方法的专利保护属于选择性保护范围;但根据《美国—新加坡自由贸易协定》第 16.7.1 条,新加坡丧失选择权,动植物生产方法成为必须保护的客体。二是在 TRIPS 之外增加保护客体,如《东新澳协定》将商标注册范围由“视觉可感知”的标识拓展到由声音和气味组成的标识。

3. 变更保护期限

一是延长期限,即超越 TRIPS 的规定,将某一知识产权的保护期限延长。例如,将著作权的保护期限由原来的作者生前及死后 50 年,延长为作者生前及死后 70 年。二是缩短期限,即缩短发展中国家适用 TRIPS 标准的过渡期。

4. 强化保护措施

对于商标和版权等侵权行为,要求缔约国加大行政处罚力度及以刑事措施惩治,包括处以高额罚金、无须权利人请求即予以刑事制裁等。例如,TRIPS 第 61 条规定:“各成员应规定,至少对于具有商业规模的蓄意假冒商标或盗版案件,应适用刑事程序和处罚。”但根据《东新澳协定》第 5 条,只要是“出于商业目的或经济利益而故意侵犯知识产权”,即“应被追究刑事责任”,是否“具有商业规模”在所不问。

[4] 对于“TRIPS-plus”规则,学界并无统一界定,但有两点共识:其一,“TRIPS-plus”标准是高于 TRIPS 的标准;其二,“TRIPS-plus”规则主要存在于发达国家与发展中国家或者最不发达国家之间签订的自贸协定中,且以提高后者的知识产权保护标准为目的。

[5] 在东盟诸国中,自 2001 年《美国—越南双边自由贸易协定》和 2003 年《美国—新加坡自由贸易协定》签署后,2009 年 2 月 27 日,东盟与澳大利亚、新西兰两国在泰国签署了《东盟与澳大利亚和新西兰自由贸易协定》,该协定在澳新两国与东盟六国(新加坡、马来西亚、文莱、菲律宾、越南和缅甸)完成国内批准程序后,于 2010 年 1 月 1 日生效。2015 年 10 月 5 日,东盟国家马来西亚、越南、新加坡、文莱与美国、日本等签署《跨太平洋伙伴关系协议》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)。此外,东盟诸国还与欧盟等签订了类似的自贸协定。这些自贸协定中均包含了“TRIPS-plus”规则。

5. 限制强制许可及平行进口

强制许可和平行进口制度本属对知识产权的限制措施,目的在于维持知识产权人与知识使用者之间的利益平衡。TRIPS 中的强制许可和平行进口制度,是与发展中国家利害攸关的弹性条款、优惠条款。在“TRIPS-plus”规则中,发达国家依照自身利益重新解释适用强制许可和平行进口条件,赋予新的含义,对这些限制措施进行“反限制”,导致发展中国家当初经过艰难谈判争取到的权利不复存在。

6. 将透明度义务严格化

例如,TRIPS 对于“与本协议有关的法律、规章,以及普遍适用的终审司法判决和终局行政裁决”,只要求以本国语言公布,而根据《东新澳协定》第 10 条,东盟国家还“应尽力使上述提到的信息公开在网上,并能够以英文的方式获悉”。另外,TRIPS 第 63 条第 4 款为“透明度例外”条款,规定对于“披露会妨碍执法或违背公共利益或损害特定公私企业合法商业利益的机密信息”,均不得要求成员披露。但《东新澳协定》取消了这一例外规定,实际上是变相压缩了 TRIPS 留给东盟国家的政策空间,使后者在 TRIPS 项下的优惠待遇落空。

(三) TRIPS 及“TRIPS-plus”规则的利益失衡

知识产品作为人类的一种精神财富,其终极目的是增进人类整体福利,改善人的生存、发展境况。在一定历史条件下,知识产品凭借法律制度而产权化,成为一种私权——知识产权。显然,将一种公共的精神财富私权化,其价值追求不在私权自身,而是为了促进社会公共福祉。对此,英国知识产权委员会在《整合知识产权与发展政策》中精辟地指出,知识产权“将一些经济特权授予个人或单位,完全是为了实现更大的公共利益”。〔6〕质言之,知识产权只是一种公共政策工具,它与人类福利之间是手段与目的的关系。

为了实现知识产权的目的,在制度安排上必须使私人利益与公共利益保持平衡。这在国家层面表现为权利人与使用者、权利人与一国社会公众之间利益平衡,在国际层面则表现为发达国家与发展中国家之间利益平衡。利益平衡的达致与维持,取决于利益衡平机制,即要求法律在赋予私人知识产权的同时,为之设置合理的边界,在各种利益之间找到平衡点。衡平机制作为一种内在机制,应贯穿于整个知识产权法制过程。〔7〕一部知识产权法是良法抑或恶法,是否体现了利益平衡是评判基准之一。

然而,自第二次世界大战以来,南北国家之间的利益失衡始终存在于知识产权领域。TRIPS 作为议题挂钩模式下一揽子协议的组成部分,虽然也可看作是发展中国家综合权衡后自愿选择的结果,但其规则对发达国家显然更为有利。从总体上看,发达国家明显是 TRIPS 实施的受益者。〔8〕原因在于,TRIPS 在知识产权的保护标准上更多地参照了发达国

〔6〕 Commission on Intellectual Property Right, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, London, September, 2002, p. 6. http://iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/ciprfullfinal.pdf. 本文网络资料的最后访问时间均为 2016 年 11 月 6 日。

〔7〕 参见冯晓青:《知识产权法的价值构造:知识产权法利益平衡机制研究》,《中国法学》2007 年第 1 期,第 68—69 页。

〔8〕 以美国为例,根据世界银行的统计,美国从 TRIPS 实施中获得的收益估计每年为 190 亿美元,在 1991—2001 年间,美国的知识产权提成费方面的净顺差从 140 亿美元增加到 220 亿美元,而在 1999 年,发展中国家在知识产权提成费方面的逆差为 75 亿美元。参见古祖雪:《从体制转换到体制协调:TRIPS 的矫正之路》,《法学家》2012 年第 1 期,第 148 页。

家而不是发展中国家的利益诉求,实质上是发达国家国内标准的国际化,对于广大发展中国家来说,已经超越其经济、社会和科技发展水平;而在知识产权保护的客体范围上,TRIPS对于发达国家占绝对优势的现代知识给予高水平保护,而将发展中国家占优势的传统知识、民间文学艺术和遗传资源等(统称“传统资源”)等排除在外,或仅给予极为有限的保护。TRIPS的上述制度缺陷,在一定程度上导致了南北国家之间利益失衡。在后TRIPS时代,尤其是进入21世纪以后,发达国家为了自身利益最大化,在多边体制未达目的的情况下,运用“体制转换”策略,由多边体制转向双边和区域体制,凭借双边与区域自由贸易协定,以极富侵略性的“TRIPS-plus”规则,谋求进一步提高知识产权的保护标准。

由“TRIPS-plus”的制度审视可知,“TRIPS-plus”规则呈现如下特质:(1)政策工具性。在知识产权国际贸易与投资中,“TRIPS-plus”规则成为发达国家的有力政策工具,通过限制TRIPS中的优惠条款、弹性条款,发达国家将无法从TRIPS的“大门”中直接获得的利益,转而从“TRIPS-plus”的“后门”中取回。(2)保护的选择性。对于现代知识,“TRIPS-plus”规则在TRIPS的基础上进一步强化保护,对于传统资源则基本不予涉及,甚至施加各种限制,降低其保护水平。例如,美国在与多米尼加等中美洲国家签署自贸协定时,就极力反对增加专利权人披露传统资源来源的义务,而主张通过传统资源的使用者与提供者之间签订合同的方式来解决此类资源的获取及惠益分享问题。其结果是,对于发展中国家来说,“TRIPS-plus”规则意味着在TRIPS的基础上增加了诸多额外义务,而对于发达国家,则是在没有增加什么义务的情况下,获得了一项项权利,双方利益失衡加剧。

“TRIPS-plus”规则的实施,使本已处境艰难的发展中国家雪上加霜,不仅经济社会发展权难以实现,国民的生存权、公共健康权也无法保障。^[9]面对这一严峻的国际形势,以中国为代表的发展中国家应当如何应对?

治本之道,当然是切实提高自身的经济社会水平和科技文化实力,在TRIPS和“TRIPS-plus”规则主要保护的现代知识方面与发达国家一争短长。但这对于大多数发展中国家而言,恐非短期内所能建功。那么,在既有实力下,要构建一种比较公正的知识产权秩序,至少使利益不至于太过失衡,发展中国家还有何路径?郑成思先生曾提出如下思路:“一是力争在国际上降低现有专利、商标、版权的知识产权保护水平,二是力争把中国占优势而国际上还不保护(或者多数国家尚不保护)的有关客体纳入国际知识产权保护的范围,以及提高中国占优势的某些客体的保护水平。”^[10]概言之,这样的路径有二:一是力争降低现代知识的保护标准,这是“直接路径”;二是对传统资源等发展中国家占优势的客体,力争纳入法律保护或提高其保护水平,可称为“间接路径”。

从当前法律实践来看,发展中国家的选择更侧重于“直接路径”,即追求降低TRIPS对现代知识的保护标准。自TRIPS生效后,10余年来发展中国家紧密团结,立场一致,利用世界贸易组织、世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization, WIPO)以及

[9] 参见石现明:《美式自由贸易协定TRIPS-PLUS条款对发展中国家药品获得权和生命健康权的影响与危害》,《兰州学刊》2011年第1期,第75—81页。

[10] 郑成思:《国际知识产权保护和我国面临的挑战》,《法制与社会发展》2006年第6期,第12页。

世界卫生组织等多边体制,从“体制转换”到“体制协调”,致力于矫正 TRIPS 的制度缺陷,正是这一思路的集中反映。经过不懈努力,“直接路径”取得了一些成果,比如将公共健康问题列入多哈回合谈判议程,诞生了《关于 TRIPS 与公共健康问题多哈宣言》(2001 年 11 月)、《关于实施多哈宣言第六段的决议》(2003 年 8 月)和《关于修正 TRIPS 的议定书》(2005 年 12 月),为缓解发展中国家特别是最不发达国家的公共健康危机提供了法律途径。但是,“直接路径”与发达国家的既得利益直接冲突,遭到其强烈抵制。这不仅体现在 TRIPS 的矫正过程中,尤其体现在矫正后的 TRIPS 的执行中,效果并不理想。

事实证明,发展中国家在“直接路径”上继续努力的同时,通过“间接路径”重建利益平衡是大有可为的。而在“间接路径”的实施中,如果发展中国家能够利用自身在传统资源方面的相对优势,通过双边或区域体制,缔结一种与“TRIPS-plus”规则制度意蕴截然不同的新型“TRIPS-plus”规则,藉以确立对传统资源的切实保护或提升其保护水平,然后通过“有顺序的谈判”,^[11]将新型“TRIPS-plus”规则纳入 TRIPS 框架,就可以合法地迫使发达国家承担其本应承担的知识产权保护义务,从而达到重建利益平衡的目的。

二 新型“TRIPS-plus”规则的制度意蕴

通过“南南联合”构建新型“TRIPS-plus”规则,提高传统知识、遗传资源保护水平,是为了在南北国家之间重建利益平衡,使国际知识产权法律秩序回归公平正义。与“TRIPS-plus”规则相比,新型“TRIPS-plus”规则在制度安排和价值取向上呈现出独特意蕴。

(一) 以 TRIPS 为基础,提高传统知识、遗传资源等的保护水平

所谓“传统知识”(traditional knowledge),是相对于现代知识的另一类知识。如果说现代知识是创新之流,那么传统知识则是创新之源。传统知识的内涵非常复杂,很难给出一个一般性定义,于是 WIPO 退而求其次,以列举的方式界定其范围。根据 WIPO 的界定,传统知识是指基于传统而产生的文学、艺术或科学作品,表演,发明,科学发现,外观设计,标记、名称及符号,未公开信息,以及其他一切来自于工业、科学、文学或艺术领域内的智力活动所产生的基于传统的创新和创造。“基于传统”意指,上述知识体系、创造、创新和文化表达,是为特定的族群或者地区所固有,一代代传承下来,并随着环境的变化而不断发展。传统知识的具体类型包括农业知识,科学知识,技术知识,生态知识,医疗知识(包括药品和治疗方法),名称、标记及符号,民间文学艺术表达,以及其他未固定的文化财产。^[12] 上述界定表明,传统知识除了“基于传统”之外,与《建立世界知识产权组织公约》第 2 条第(8)款所规定的知识财产形式几乎完全一致。

所谓“遗传资源”(genetic resources),依照 1992 年 6 月签署、1993 年 12 月生效的《生

[11] 将双边或区域贸易协定中的规则推广为多边贸易规则的过程,发达国家称之为“有顺序的谈判”(sequential negotiation)。通过这一过程,发达国家在双边或区域贸易协定中的意志得以转化为多边贸易规则。参见代中现著:《中国区域贸易一体化法律制度研究》,北京大学出版社 2008 年版,第 11 页。

[12] WIPO, Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders, *WIPO Report on Fact-Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998 - 1999)*, Geneva, April 2001, p. 25.

物多样性公约》的界定,是指具有实际或潜在价值的遗传材料,包括取自植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位的材料,如植物遗传资源、动物遗传资源、人类遗传资源等。世界上的遗传资源 80% 集中在生物技术相对落后的发展中国家,这些国家的社区和群体为保持、繁衍遗传资源做了大量工作,付出了艰辛劳动。由于遗传资源对生物技术意义重大,近年来成为“生物剽窃”的对象。

生物剽窃(bio-piracy)又称“生物掠夺”、“生物海盗”,是指发达国家的跨国公司、研究机构以及其他有关生物产业的机构凭借其生物技术上的优势,未经资源拥有国及土著和地方社区的许可和同意,从社区中勘探、盗取遗传资源,在物种、粮食和医药等领域进行研究和商业开发,进而根据西方现行的知识产权法律体系对开发的技术申请专利,完全不顾资源提供国/者的利益而独自获利的行为。^[13]跨国公司、研究机构等通过生物剽窃,获取了丰厚的利润回报,但对社区的贡献只字不提,遑论与之分享惠益。更有甚者,如果社区成员要使用此种专利,还需向专利权人支付费用,这对遗传资源所有者非常不公平。

鉴于此,《生物多样性公约》为遗传资源的保护确立了三项原则,即遗传资源归属的国家主权原则、遗传资源获取的事先知情同意原则以及遗传资源利用的惠益分享原则。《生物多样性公约》的签署和生效,标志着国际社会对遗传资源的保护与可持续利用达成了一定共识。但公约仅仅是一个框架性文件,缺乏有力的执行机制和争端解决机制,法律约束力不强。2001年10月,《生物多样性公约》“遗传资源获取和惠益分享特设工作组”发布了《关于获取遗传资源并公正和公平分享其利用所产生惠益的波恩准则》。该准则为资源获取和惠益分享提供了一个有效的框架和可操作的具体指导,但仅为建议性质,并无法律约束力。2010年10月,生物多样性缔约方大会通过了《关于获取遗传资源并公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》,为解决发达国家和发展中国家自《生物多样性公约》生效以来就获取遗传资源与惠益分享一直存在的矛盾和冲突确立了基本规则,具有里程碑意义。但因各方分歧太大,议定书未能对申请专利时披露遗传资源来源及原产地作强制性规定;未能对建立履约监测检查点作严格要求,导致监测与追踪环节失去实际意义;在处理收集保存库中遗传资源的获取与惠益分享方面也不尽明确。^[14]上述法律文件表明,构建遗传资源保护的法律框架取得了一定进展,但仍远不能满足需要。

TRIPS 的制度缺陷之一,是在保护对象上有所偏颇,对现代知识与传统知识区别对待。一方面,对现代知识依照发达国家的标准给予高水平保护;另一方面,对于发展中国家占优势的传统知识、民间文学艺术和遗传资源则仅给予极为有限的保护。其中,对于传统知识的权益问题,TRIPS 并未直接涉及,因此,除非传统知识的表现形式符合现代智力创新成果条件,否则很难得到知识产权保护;对于生物多样性和遗传资源的保护,TRIPS 更是保持沉默、完全无视。“TRIPS-plus”规则走得更远,在 TRIPS 的基础上,对现代知识进一步提高保护水平,而对传统知识和遗传资源,则予以种种限制,力图降低保护水平。

[13] 参见杨巧主编:《知识产权国际保护》,北京大学出版社 2015 年版,第 221 页。

[14] 参见汤跃:《〈名古屋议定书〉框架下的生物遗传资源保护》,《贵州师范大学学报(社会科学版)》2011 年第 6 期,第 64—65 页。

与之相反,新型“TRIPS-plus”规则在 TRIPS 的基础上,着眼于提高传统知识、遗传资源等的保护水平,从而矫正 TRIPS 的不合理之处,减少南北国家的利益失衡。

(二)重建利益平衡,促成公平正义回归

法律的逻辑前提和基本价值,是平衡各方利益、追求公平正义。国际知识产权法作为知识产权利益分配的国际机制,平衡各方利益是其内在要求。在 TRIPS 基础上构建新型“TRIPS-plus”规则,提高传统资源的保护水平,蕴含着公平正义的法律价值。

首先,从经济上说,无论是传统知识还是遗传资源等,都是极有价值的知识产权资源,具有广阔的商业前景。对此,2003 年世界知识产权组织在其《关于与遗传资源和传统知识有关的公开要求问题的技术研究报告草案》中明确指出:“生物技术日益重要,与生物技术相关的发明的专利授权数量不断增加。由此可见,遗传资源及相关传统知识作为原材料对某些生物技术发明具有潜在的价值;然而,有大量技术可用遗传资源作为投入,并可对传统知识加以利用,因此其重要性和价值决不仅限于生物技术本身。”^[15]

其次,从法律上说,TRIPS 片面重视现代知识的国际保护,而对于发展中国家储藏丰富的生物多样性、传统知识、民间文学艺术、遗传资源则极力回避,不符合法律的公平原则,也与 TRIPS 自身的内在要求相悖。具体表现在:(1)违背了知识产权制度公平保护各类知识产权客体的要求。根据 TRIPS 第 27 条第 1 款的规定,“对于专利的获得和专利权的享有不因发明地点、技术领域、产品是进口的还是当地生产的而受到歧视”,此即非歧视原则。这一原则虽然是就专利领域规定的,但若将之推演开来,同样适用于整个知识产权领域:人类的一切智力成果,无论其获得方式如何,也不管是现代知识还是传统知识、遗传资源,只要具有知识产权性,均应获得知识产权的保护。^[16] (2)违背了 TRIPS 确立的“利益平衡”原则。^[17]应当说,TRIPS 在其规定的客体范围内,也是按照利益平衡原则做出制度安排的。但是,其将适用范围主要限于基于现代科学技术和文化所产生的知识,而把传统知识、遗传资源等排除在外,无疑违背了这一基本原则。

TRIPS 协定和“TRIPS-plus”规则对传统资源的漠视,造成了严重后果:在经济上,这一制度安排与传统资源在现代经济中的巨大价值完全不相称;在法律上,它导致利益机制向发达国家倾斜。结果是,作为现代科技创新之源的传统资源成为跨国公司“二次圈地运动”的目标,而传统资源的所有者则因欠缺相应的利益分配机制和法律保护措施不能分享惠益,知识产权秩序进一步背离公平正义,以至于知识产权背上“富国的食品,穷国的毒药”^[18] 的恶名。新型“TRIPS-plus”规则着眼于提高传统资源的保护水平,促使发达

[15] WIPO 秘书处:《关于与遗传资源和传统知识有关的公开要求问题》,载国家知识产权局条法司编:《专利法研究》(2004),知识产权出版社 2004 年版,第 467—468 页。

[16] 参见古祖雪:《基于 TRIPS 框架下保护传统知识的正当性》,《现代法学》2006 年第 4 期,第 138 页。

[17] 关于 TRIPS 究竟确立了哪些基本原则,学界尚无一致见解,但一般认为,利益平衡原则应是其中之一。TRIPS 首先在序言中规定:“知识产权是私权”,明确了知识产权的私权性质。紧接着在第 7 条规定知识产权的保护和实施的公共利益宗旨,以及权利、义务之间的平衡;在第 8 条规定各成员应采取必要措施保护公共利益,并防止知识产权人滥用权利。这些规定表明,利益平衡是 TRIPS 的一项基本原则。

[18] Commission on Intellectual Property Right, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, London, September, 2002, Foreword, p. iv., http://iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/ciprfullfinal.pdf.

国家承担其本应承担的义务,维护传统资源所有者的应有权利,以弥补 TRIPS 的制度缺陷,促成秩序与公正融合。

三 构建新型“TRIPS-plus”规则的实体问题

国际知识产权制度从来都不是价值中立的,它服务于推动规则制定的国家。如果说已经建立的制度、规则本身属于知识产权的“实体问题”,那么,这些制度、规则如何构建起来,其背后的社会环境如何,制度形成的参与者是谁,它们是如何运作以使制度得以形成,以及参与者与社会环境之间的关系如何等,则可称之为知识产权制度形成的“程序问题”。上述实体问题程序问题相辅相成、不可分离。在此先探讨实体问题,包括构建新型“TRIPS-plus”规则的法律依据、制度内容和规则架构。

(一) 法律依据:TRIPS 的制度目标、非歧视原则与弹性条款

法律规则的构建要获得合法性,需要有其合法性依据,包括实质合法性依据和形式合法性依据。新型“TRIPS-plus”规则的实质合法性依据是 TRIPS 的制度目标及前文所述之非歧视原则,形式合法性依据则存在于 TRIPS 的弹性条款中。

TRIPS 的制度目标由该协定第 7 条表述,即“知识产权的保护和实施应有助于促进技术革新及技术转让和传播,有助于技术知识的创造者和使用者之间的互利,并在一定程度上有助于社会和经济福利及权利义务的平衡”。这一制度目标包括三个层次上的平衡:一是“激励创新”与“促进使用”之间的平衡,二是创造者利益与使用者利益之间的平衡,三是创造者与使用者各自权利义务之间的平衡。^[19]

法律的制度目标作为法律的立法旨和价值取向,为法律确定了恒定标准,该恒定标准不仅提示着对现行法律进行批判的尺度,也指引着未来法律的调整和构成。TRIPS 在制度安排中将传统资源的保护排除在外,不仅违背了法律的公平原则,也有悖于其利益平衡的制度目标。根据 TRIPS 制度目标的指引,将传统资源纳入保护或提高其保护水平,在传统资源的创造者和使用者之间重建利益平衡,进而平衡发达国家与发展中国家之间的利益,无疑应成为 TRIPS 未来调整的方向。因此,TRIPS 追求利益平衡的制度目标,乃是构建新型“TRIPS-plus”规则的一个重要法律依据。

构建新型“TRIPS-plus”规则的另一个法律依据,是由 TRIPS 第 27 条第 1 款确立的“非歧视原则”。如果说 TRIPS 的制度目标主要强调对不同的知识产权主体公平保护,那么非歧视原则则强调对不同的知识产权客体公平保护。有一种观点认为,特定区域内的传统群体持有的传统知识难以作为知识产权客体而受到保护,因为按照 TRIPS 的规定,知识产权本质上是“私权”,传统知识是一种集体权利,不具有私权特征;而 TRIPS 关于知识产权的获得条件——创新性,传统知识也难以满足;更严重的是,传统知识已经处于公有领域,不属于“专有”知识。^[20]这种观点在理论上是站不住脚的,也与 TRIPS 的规则不符。

[19] 参见古祖雪:《TRIPS 框架下保护传统知识的制度建构》,《法学研究》2010 年第 1 期,第 198 页。

[20] 参见李明德:《TRIPS 协议与〈生物多样性公约〉、传统知识和民间文学的关系》,《贵州师范大学学报(社会科学版)》2005 年第 1 期,第 22—23 页;张今:《民间文学艺术保护的法律思考》,《法律适用》2003 年第 11 期,第 67 页。

从理论上说,传统知识同样具有可知识产权性,在纳入 TRIPS 保护方面并不存在实质障碍。^[21]诚然,传统知识是“基于传统”的创新和创造,由传统群体集体创造,且属于特定区域,与 TRIPS 保护的典型知识产权客体的确有所不同,但这无碍于其属于私权,也无碍于其“创新性”。所谓“私权”,是相对于公法意义上的“公权”而言,指的是私法意义上的权利。“私权”意味着权利的私域性,他人不得染指,但并不等同于“个人权利”,也可以是“群体权利”或“集体权利”;TRIPS 确认了知识产权的“私权”性质,但并未将这种“私权”界定为“个人化的权利”。在 TRIPS 规则中,私权除个人权利外,也包括集体权利,比如集体商标、地理标志,都属于集体权利。因此,传统知识的集体创造、群体持有,并不构成其属于“私权”的理论障碍。

创新性是一切知识获得知识产权保护的内在根据。TRIPS 对创新性的要求在不同知识产权领域有所不同:在著作权领域,是作品的独创性;在专利权领域,是发明的新颖性、创造性和实用性;在商标权领域,是标记或标记组合的显著性。传统知识是基于传统的创新和创造,其“传统”性仅仅意味着知识的获得和使用方式属于特定族群或地区文化传统的一部分,将其理解为“古老”的知识或“一成不变”的知识,纯属误解。事实上,为了应对生存环境的变化,传统知识在传统群体的代代传承中,需要不断调适、创造,其内容和形态亦在不断改变、更新。因此,传统知识虽源于传统,但又超越传统,是基于传统的创新。^[22]与现代知识相比,它除了获得方式和文化特征有所不同外,在创新性及其所具有的价值方面并无本质区别,能够满足 TRIPS 的创新性要求。

至于将传统知识当作“公有知识”,如果不是基于强盗逻辑的话语霸权,则只能说是一种误判。依现代知识产权保护的规则,公有知识或为无主知识,或为丧失新颖性的知识,或为法定保护期限届满的知识。传统知识由特定的传统群体持有,并非无主;其异非法定保护期限届满的知识,则是显而易见,于是,问题的焦点在于,它是否丧失了新颖性,是否仍保持其“专有性”。笔者认为,传统知识虽为特定区域内的传统群体所共知、共享,从而具有区域公开性,但只要尚不为该区域之外的主体所知,仍不失其新颖性、专有性。这有点类似于商业秘密。“处于秘密状态”是商业秘密获得法律保护的前提,但这并不意味着该秘密只为某一个体知晓,它也可能为若干个体或某一特定范围的群体知晓。只要它不为这一范围之外的人知晓,就依然具有秘密性。因此,传统知识的区域公开、特定群体共享,对于社会整体而言,并不丧失其新颖性,从而不影响其专有性质。

从 TRIPS 规则来看,与传统知识具有相同特征的地理标志已经列入 TRIPS 保护。“地理标志的核心构成要素是客观存在的‘地理名称’。这种‘地理名称’从其存续时间来看,是‘传统’的而不是新近的;从其存在状态来看,是客观的而不是臆造的。”^[23]从某种意义上说,地理标志也是一种与现代知识有别的“传统资源”,且地理标志的保护与传统知识保护具有内在契合性。这种契合性主要表现在:(1)历史性:地理标志人文因素与传

[21] 关于传统知识的可知识产权性和基于 TRIPS 框架下保护传统知识的正当性,参见古祖雪:《论传统知识的可知识产权性》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2006年第2期,第11—17页;古祖雪:《基于 TRIPS 框架下保护传统知识的正当性》,《现代法学》2006年第4期,第136—141页。

[22] 参见宋红松:《传统知识与知识产权》,《电子知识产权》2003年第3期,第36—37页。

[23] 吴汉东:《知识产权国际保护制度的变革与发展》,《法学研究》2005年第3期,第137页。

统知识客体上的契合；(2)群体性：地理标志与传统知识主体上的相似；(3)文化性：地理标志人文底蕴与传统知识文化表征的可通约性。^[24]对于地理标志的知识产权保护并无太大争议，它不仅是各国知识产权法和各种国际公约共同的保护对象，在 TRIPS 框架中更是被当作“与贸易有关的知识产权”之一明确予以保护。而传统知识却被排除在 TRIPS 的保护之外，这与后者确立的非歧视原则明显不符，也有悖于法律的公平价值。

由此可以说，新型“TRIPS-plus”规则在制度安排上，以 TRIPS 为基础，将传统知识、遗传资源纳入保护范围或提高其保护水平，是对 TRIPS 偏离其利益平衡的制度目标和非歧视原则的矫正，其价值取向符合 TRIPS 的内在要求，具有勿容置疑的实质合法性。

TRIPS 的弹性条款分为基础性弹性条款和派生性弹性条款，其第 1 条第 1 款为基础性弹性条款，此外均属派生性弹性条款。TRIPS 第 1 条第 1 款规定：“各成员实施本协定的规定。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。各成员有权在其各自的法律制度和实践中确定实施本协定规定的适当方法。”这一规定蕴涵三层意思：(1) TRIPS 只要求缔约国达到知识产权保护的“最低标准”；(2) 在达到最低保护标准以后，各成员国有权利但无义务提供更高水平的知识产权保护；(3) 在达到最低保护标准的前提下，缔约国可选择适当方式，自由塑造符合本国国情和发展需要的知识产权制度。TRIPS 的派生性弹性条款包括第 13 条、第 17 条、第 26 条和第 30 条，分别就版权、专利、商标、工业品外观设计作了灵活性的规定。

弹性条款的存在使 TRIPS 包含了诸多“建设性模糊”(constructive ambiguities)，从而在国内和国际两个领域为发展知识产权制度留下了空间：在国内领域，“建设性模糊”使缔约国在执行协定时拥有一定的“政策空间”，各成员方可以在 TRIPS 协定之内根据自身情况设计法律制度，以满足政治、社会、经济等政策目标。正是在此意义上，有学者提出，TRIPS 只是“提供了一个游戏场，在 TRIPS 之内国内法律能够被塑造以满足成员方的政治、社会、经济和其他政策目标”。^[25]在国际领域，则在知识产权“最低标准”的基础上，为保护水平的提高、保护范围的拓展留下了广阔空间。据此，新型“TRIPS-plus”规则的构建，同样具有无可置疑的形式合法性。

(二) 制度内容：提高传统资源的保护水平

在 CAFTA 中，中国与东盟诸国同为发展中国家，至少在以下三方面已经达成共识：一是在知识经济时代，无论是现代知识、传统知识，抑或遗传资源、生物多样性等，其于未来经济发展均举足轻重，不容忽视；二是在现代知识方面，自身处于明显劣势地位，短期内无法与发达国家平等竞争；三是在传统知识、遗传资源等方面，本区域资源丰富，产业潜力巨大。^[26]事实上，基于上述共识，中国、东盟诸国及东盟整体均已行动起来，在保护传统知识

[24] 参见严永和著：《论传统知识的知识产权保护》，法律出版社 2006 年版，第 153—158 页。

[25] Shubha Ghosh, Reflections on the Traditional Knowledge Debate, 11 *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 497, 501-502 (2003).

[26] 东盟诸国地理位置特殊，多位于北回归线以南，以热带雨林、热带季风气候为主，遗传资源、珍稀动植物品种均甚丰富，生物多样性比较明显，民间秘方、民间文学艺术等传统知识甚有特色，其中蕴藏着很大的经济潜力。这些都构成东盟诸国在传统资源保护上的利益基础。

与遗传资源的制度建设上取得了一定进展。

就中国而言,随着传统知识、遗传资源的文化、经济和政治价值逐渐为国人所认识,以及一系列中国传统知识、遗传资源遭受盗用和滥用的刺激,^[27]举国上下对保护传统资源等产生了强烈诉求,并体现于法制建设当中。首先,在2008年6月发布的《国家知识产权战略纲要》中,将传统知识的保护列入知识产权战略目标、战略重点和战略任务中。例如,在战略重点“完善知识产权制度”中,就将“适时做好遗传资源、传统知识、民间文艺和地理标志等方面的立法工作”列入。其次,针对传统知识的保护专门立法,如1992年10月发布《中药品种保护条例》,1997年5月发布《传统工艺美术保护条例》,2003年4月发布《中医药条例》等。最后,修订法律,尝试将传统知识、遗传资源纳入保护。如在2008年12月颁布的《专利法》第三次修正案中新增规定“对违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源,并依赖该遗传资源完成的发明创造,不授予专利权”(《专利法》第5条第2款)、“依赖遗传资源完成的发明创造,申请人应当在专利申请文件中说明该遗传资源的直接来源和原始来源;申请人无法说明原始来源的,应当陈述理由”(《专利法》第26条第5款),并通过《专利法实施细则》(2010年修订)第26条、第109条等予以落实。

就东盟诸国而言,菲律宾是保护传统资源态度最为积极、立法进程最为深入的国家之一。早在1987年,《菲律宾宪法》第17章第14条就规定,政府应当承认、尊重和保护本土文化社群保存和发展其文化、传统和制度的权利。1997年,菲律宾颁布《菲律宾本土居民权利法》和《菲律宾传统可用医药法》,前者基于宪法框架对所有本土文化社群和本土居民的权利予以承认、促进、保护和尊重,后者则以法律形式表明菲律宾保护传统医药知识的态度。2001年,通过《群体知识产权保护法》,尝试运用保护现代知识的制度安排来保护传统知识。泰国不仅在1997年宪法第46章对传统知识、民间文学艺术等的保护作了原则性规定,^[28]还制定了《传统泰医药知识产权保护法》,为传统泰医药建立专门保护制度。此外,菲律宾、越南和马来西亚等国在生物多样性和遗传资源保护方面也做了大量工作。

就作为整体的东盟而言,1995年在泰国通过了《东盟知识产权合作框架协议》。虽然其合作领域限于现代知识产权,^[29]但为构建传统知识、遗传资源的保护提供了法律框架。2000年制订的《关于获取生物和遗传资源的东盟框架协议草案》,开始探讨传统知识、遗传资源的保护机制。上述种种努力,为在CAFTA构建新型“TRIPS-plus”规则奠定了基础。

[27] 为维持传统知识的价值,传统知识持有者有权适当控制传统知识的衍生利用,禁止对传统知识进行盗用和滥用。盗用,是指利用传统知识或资源并通过错误授予的知识产权来获得对这些传统知识或资源的控制权,从而侵占传统知识持有人的利益。滥用,主要指违背传统知识持有者的意愿而进行商业性使用。参见丁丽瑛著:《传统知识保护的权利设计与制度构建——以知识产权为中心》,法律出版社2009年版,第73—74页。

[28] 泰国1997年宪法第46章规定:“业已形成的土著社区的成员享有保存或恢复其自身风俗习惯、本土知识、艺术或该社区优良文化的权利,并有权按法律的规定,以可持续发展的方式参与管理、保存和使用自然资源和环境的的工作。”参见刘笋:《知识产权国际造法新趋势》,《法学研究》2006年第3期,第156页。

[29] 根据《东盟知识产权框架协议》的规定,东盟诸国将在著作权及其邻接权、专利权、商标、外观设计、地理标志、未披露信息、集成电路布图设计等领域开展合作。除“地理标志”外,其余各领域基本上都属于现代知识产权的范畴。

有鉴于此,可以考虑以 TRIPS 为基础,吸收上述各方在保护传统资源方面的制度成果,在 CAFTA 构建新型“TRIPS-plus”规则,将 TRIPS 没有列入保护范围的传统知识、遗传资源、生物多样性、民族民间文学艺术等纳入中国—东盟合作保护的范畴。对于 TRIPS 已经予以保护的地理标志等,则争取提高其保护水平,以符合中国—东盟各方的共同利益。

(三) 规则架构:一般条款与特殊条款相结合

在构建新型“TRIPS-plus”规则时,对传统知识、遗传资源保护的制度选择,既涉及中国自身的利益实现,又关系到中国—东盟知识产权协调机制的运作。中国和东盟应致力于制度创新,对传统资源既要采取与现行知识产权制度有别的保护机制,又要避免倾覆知识产权制度根基的法律变动。有鉴于此,笔者认为,中国和东盟在构建新型“TRIPS-plus”规则中,宜采用“一般条款”与“特殊条款”相结合的规则架构。

首先,通过“一般条款”引入 TRIPS 的“最低标准”,为新型“TRIPS-plus”规则确立“门槛”。新型“TRIPS-plus”规则是一种在传统资源保护方面高于 TRIPS 的标准。目前在东盟诸国中只有老挝尚未加入 WTO,对于老挝之外的东盟九国,履行 TRIPS 的“最低标准”本就是其在国际法上的义务。而老挝《知识产权法》于 2008 年 4 月 14 日实施后,其知识产权保护也已基本达到 TRIPS 的最低标准。在操作上,可以根据《中国—东盟全面经济合作框架协议》(以下简称《框架协议》)第 3 条第 8 款(h)项,^[30]由各方谈判订立《中国—东盟全面经济合作框架协议知识产权保护协议》(以下简称《知识产权保护协议》),以 TRIPS 为基本依据,明确规定《中国—东盟自由贸易协定》中知识产权的保护对象、保护标准,根据各方的知识产权保护状况,对知识产权的执行、过渡期限等问题,协商确定合理标准与期限,从而协调 CAFTA 的知识产权制度。

其次,通过“特殊条款”为传统知识、遗传资源等确立适当的保护机制。在设计“特殊条款”时,需要考虑如下因素:(1)整合现有的制度成果,包括中国、东盟诸国、东盟整体以及其他国际公约在保护传统资源上的制度成果,尤其是《关于获取生物和遗传资源的东盟框架协定草案》、《生物多样性公约》以及 TRIPS 中的有关规定等,然后在 TRIPS 的基础上,构建具有中国—东盟特色的传统资源保护体制;(2)寻求和扩展中国与东盟诸国在知识产权发展中的共同利益,找到各方在发展上的平衡点,以此作为构建新型“TRIPS-plus”规则的利益基础;(3)考虑到东盟诸国知识产权保护水平参差不齐,彼此之间的差距甚大,新型“TRIPS-plus”规则的构建,应遵循以多边为主、兼顾双边的原则,最大限度地协调传统知识、遗传资源的保护问题。

值得注意的是,CAFTA 的现行规则仅约定各方就建立和完善保护传统知识、遗传资源和民间文学艺术的法律制度加强合作,而未约定强制性的保护义务,属于“软法”性质。^[31]未来在构建新型“TRIPS-plus”规则中,应改变这一立法模式,明确规定成员方的保护义务和实施措施,以使传统资源的保护取得实质性进展。

[30] 《框架协议》第 3 条第 8 款规定了各缔约方之间关于建立涵盖货物贸易的中国—东盟自贸区的谈判还应包括但不限于的事项,其(h)项规定:“基于 WTO 及世界知识产权组织(简称 WIPO)现行规则和其他相关规则,便利和促进对与贸易有关的知识产权进行有效和充分的保护。”

[31] 参见任虎:《FTA 框架下传统知识保护模式研究》,《上海大学学报(社会科学版)》2013 年第 5 期,第 112 页。

四 构建新型“TRIPS-plus”规则的程序问题

构建新型“TRIPS-plus”规则的程序问题主要涉及四个方面,即动力发掘、环境塑造、立法机制完善以及策略选择。

(一) 动力发掘

国家之间缔结贸易协定的动力主要源于对经济利益的追求。经济利益的实现大体有两种途径,一是在同一议题之内实现,二是通过“议题交换”来实现。前者如发达国家结盟主导制订 TRIPS,通过控制知识产权保护的规则来维系其国际贸易竞争力;后者如南方国家与北方国家缔结“TRIPS-plus”规则,将知识产权与贸易、投资等议题关联,南方国家牺牲隐性的知识产权利益,以换取当前的市场准入、投资等显性利益。

从本质上说,各国对传统知识、遗传资源保护所持的态度,主要取决于两个因素,一是该国传统资源的储量是否丰富,二是该国经济发展对传统资源的依赖程度,而与经济发展水平异无直接关系。因此,尽管不同的发展中国家之间在一些具体问题上存在不同意见,但从整体上说,发展中国家在传统资源储量方面较之发达国家具有比较优势,这就决定了发展中国家之间在传统资源的保护上存在共同的利益基础。由此,发展中国家普遍要求在 TRIPS 的框架下建立有约束力的保护传统资源的国际规则,也就不足为奇。当美国、日本、韩国、加拿大、澳大利亚、新西兰等发达国家主张在国家层面上以合同法的途径解决传统资源的保护,而反对在 TRIPS 的框架内建立传统资源保护的国际规则时,一些发展中国家(如非洲国家集团和委内瑞拉)更是特别强调,除非建立 TRIPS 框架内的国际体制,否则任何有关传统资源的保护措施都是无效的。这表明,构建新型“TRIPS-plus”规则符合发展中国家整体的利益诉求,“南南联合”具有现实基础和内在动力。

不过也要看到,以东盟诸国为代表的各发展中国家,经济发展境况差别很大,传统资源的储量及对传统资源的依赖程度各不相同。这也是菲律宾、泰国等国态度积极而部分东盟国家不甚关心的一个根本原因。在 CAFTA 构建新型“TRIPS-plus”规则,应当以知识产权合作为手段,以促进中国—东盟共同发展为目的,平衡各方利益。对于菲、泰等前一类国家,其本身即充满动力,提高传统资源保护水平符合双方利益;对于后一类国家,则应考虑通过“议题交换”的方式发掘动力,以寻求中国—东盟知识产权发展的平衡点。

(二) 环境塑造

在全球层面,2000年8月WIPO专门设立了“知识产权与传统知识、遗传资源、民间文艺政府间委员会”(简称WIPO-IGC),开始探索传统资源的知识产权保护问题。自设立以来,WIPO-IGC召开了多次会议,形成了一系列文件,集中反映了联合国众多体制的立法成果。2001年11月,WTO第4次部长会议通过《多哈宣言》,其第18—19段将TRIPS与《生物多样性公约》、传统知识及民间文学保护的关系列为下一次多边谈判的议题。这表明,传统资源的保护逐渐引起了国际社会的重视,并对相关制度安排作了有益的探索,在构建新型“TRIPS-plus”规则中宜对此善加利用。

无论中国、东盟诸国还是东盟整体,对传统资源的保护均已有了比较深刻的认识,并

在制度建设上作出了相应努力。下一步应该通过对话机制凝聚共识,对内积极充实、完善《框架协议》,致力于订立《知识产权保护协议》,明确规定知识产权保护的具体内容;对外秉持发展中国家的利益立场,积极参与全球知识产权规则的制订与完善,争取将传统资源的保护纳入多边体制尤其是 TRIPS 框架内予以保护。

(三)立法机制完善

知识产权国际立法机制是指在一定的宏观环境下,立法参与主体赖以推动制度形成的一套结构化的规则,包括正式的组织机构设置、制度安排和非正式的方法。^[32]立法机制作为宏观环境和参与主体之间的桥梁,在新型“TRIPS-plus”规则的构建中起着非常重要的作用。由于东盟是“一个东盟,两组成员”,至2010年1月1日,CAFTA在中国与东盟6个老成员国之间已然建成;而在中国与另外4个新成员国之间,则迟至2015年1月1日方始建成。加之东盟一直秉持“自愿、协商一致、不干预、非正式”四项原则,因此中国—东盟构建新型“TRIPS-plus”规则,需要同时在中国与东盟层面以及中国与东盟诸国层面展开制度协调。

在中国与东盟层面,根据《框架协议》,各缔约方承诺基于WTO及WIPO现行规则和其他相关规定,对知识产权的国际保护予以谈判,这就为构建新型“TRIPS-plus”规则奠定了法律基础。2009年10月,中国与东盟诸国在泰国签订《中国—东盟知识产权领域合作谅解备忘录》和《中国—东盟关于技术法规、标准和合格评定程序谅解备忘录》等协议。据此,双方除加强知识产权政策沟通之外,还将展开一系列实质性合作,包括知识产权审查、质量控制、审查员培训、自动化以及数据库等方面的交流。考虑到将传统知识、遗传资源等纳入合作领域符合中国—东盟双方利益,下一步应将实质性合作的重点拓展到构建新型“TRIPS-plus”规则上。

在中国与东盟诸国层面,近年来中国知识产权局与新加坡、泰国和越南等国的知识产权部门签署了诸多的备忘录,如2004年《中国国家知识产权局和新加坡知识产权局合作框架备忘录》、2005年《中国国家知识产权局和泰国知识产权厅专利合作行动计划》、2009年《中国和越南商标及商标相关领域合作谅解备忘录》等。总体而言,中国与东盟诸国的双边知识产权合作尽管取得了一定进展,但仍局限于信息交换、人员培训、知识产权执法以及协商、争议解决等,尚待拓展到基于共同利益的知识产权立法领域。

就中国自身而言,作为CAFTA重要一方,中国在构建新型“TRIPS-plus”规则中如欲发挥规则制订的有力推动者作用,尚需在以下方面予以完善:(1)制订明晰的CAFTA知识产权战略安排,在构建新型“TRIPS-plus”规则过程中科学把握知识产权保护问题。(2)借鉴发达国家经验,设立专门的知识产权贸易政策管理和执行机构,根据中国在CAFTA的知识产权战略,制定和执行统一的知识产权政策。(3)建立健全相关法律机制,在国内建立和完善有关传统资源保护的立法,进而在自贸协定的谈判中予以拓展。^[33]在具体实

[32] 参见吴汉东、郭寿康主编:《知识产权制度国际化问题研究》,北京大学出版社2010年版,第32页。

[33] 在中国已经签署的11项自贸协定中,含有传统知识保护条款的有6项,即中国—东盟、中国—新西兰、中国—哥斯达黎加、中国—秘鲁、中国—澳大利亚及中国—韩国之间的自贸协定。参见中国自由贸易区服务网, <http://fta.mofcom.gov.cn/>。从文本内容来看,它们对传统知识的保护只作了原则性的确认,承认缔约方在传统知识保护方面享有独立的立法权,在实质性制度上则采取“保持协商”的基本态度。而中国之所以在自贸协定谈判中未能强硬坚持传统知识保护,一个重要原因即是中国国内尚未建立完整的传统知识保护法律制度 and 政策。

施时,还应注意组织企业界和社会各界参与知识产权贸易政策的制订和谈判,利用企业界的信息优势和民间智囊的力量,推动新型“TRIPS-plus”规则的构建。

(四)策略选择

在争取国际经济新秩序的斗争中,南方国家“舍韧性的南南联合自强,别无他途可循”。^[34]从关贸总协定乌拉圭回合谈判的教训,到从“体制转换”到“体制协调”矫正 TRIPS 的成功经验,这一点得到了反复证明。中国—东盟构建新型“TRIPS-plus”规则,加强传统资源的保护,正是“南南联合自强”的一个重要举措。当然,在具体实施时,由于东盟诸国的经济发展水平和知识产权保护水平参差不齐,因而应丰富“南南联合”的内涵,在“南南联合”的基础上辅之以“区别对待”,包括“议题交换”等,以达到最佳效果。

在步骤安排上,可以考虑分四步走:第一步,开展国内立法,就我国的传统资源保护制订法律和政策,积极探索传统资源保护的立法模式和实践经验;第二步,由中国与态度积极的东盟国家缔结双边条约,防止传统资源遭到破坏;第三步,待条件比较成熟后,通过修改《框架协议》,缔结《知识产权保护协议》,将传统资源保护作为重点内容予以规范;第四步,加强国际间的交流与合作,争取 CAFTA 在传统资源的保护上以共同声音说话,将新型“TRIPS-plus”规则纳入 TRIPS 框架,矫正 TRIPS 的制度缺陷。

五 结 论

在经济全球化的新时代,人类整体福祉系于南北国家的协调发展,不公平的国际经济秩序阻碍了这一目标的实现。构建公平正义的国际经济秩序,不仅是广大发展中国家,也是发达国家面临的艰巨任务。以 TRIPS 为核心确立的知识产权秩序,存在着南北国家之间利益失衡问题,在一定程度上背离了公平正义,从而在南方国家的正义要求与北方国家的秩序主张之间产生了张力。^[35]应当根据 TRIPS 第 71 条“审议与修正”条款,修订和完善 TRIPS,修正其制度缺陷,重建利益平衡。

然而,发达国家出于自身利益最大化的诉求,将“TRIPS-plus”规则捆绑于自贸协定,在 TRIPS 基础上进一步提高现代知识的保护水平,同时限制传统知识、遗传资源等的法律保护,使双方的利益失衡加剧。面对这一严峻形势,发展中国家有“直接路径”和“间接路径”两种选择。前者寻求降低现代知识的保护水平,后者则争取在 TRIPS 基础上,将自身拥有优势的传统资源纳入保护或提高其保护水平。发展中国家在“直接路径”上继续努力的同时,将重点转向“间接路径”,将更有利于知识产权新秩序的构建。

中国作为发展中国家代表,理应担负起相应的国际责任:对内,积极探索传统资源保护的立法模式和实践经验;对外,秉持发展中国家的利益立场,积极参与乃至主导全球知识产权规则的制订和完善,通过“南南联合自强”,争取将新型“TRIPS-plus”规则纳入

[34] 陈安:《南南联合自强五十年的国际经济立法反思——从万隆、多哈、坎昆到香港》,《中国法学》2006年第2期,第103页。

[35] 参见古祖雪:《从体制转换到体制协调:TRIPS的矫正之路——以发展中国家的视角》,《法学家》2012年第1期,第146页。

TRIPS 框架,使发达国家承担其本应承担的义务,实现南北国家之间的利益平衡。

[本文为广西民族大学中国—东盟研究中心开放课题“东盟一体化法律机制研究创新研究团队”(TD201401)、广西民族大学中国—东盟研究中心招标立项课题“中国—东盟知识产权制度区域协调研究”(2012018)和“东盟的中美平衡外交研究”(KT201312)的研究成果。]

[**Abstract**] TRIPS contains institutional defects that lead to imbalance of interests between the North and the South. “TRIPS-plus” rules, by raising the standard of protection of modern knowledge on the basis of TRIPS, have further exacerbated such imbalance of interests. Southern countries have comparative advantage in traditional resources. A feasible way to re-establish the balance of interests is to construct new “TRIPS-plus” rules through “South-South Cooperation” and bring traditional resources into the scope of TRIPS protection or raising the level of their protection. Such an approach has both substantive legitimacy and formal legitimacy. China, as a representative of developing countries, should take on its international responsibility: internally, it should explore the legislative mode and practical experience of protection of traditional resources; externally, it should strive to build new “TRIPS-plus” rules and bring them into TRIPS framework, so as to rebuild balance of interests.

(责任编辑:廖 凡)