

## 中国自由贸易协定知识产权文本的体系化构建

刘 彬

**内容提要:**我国以往对区域知识产权议题兴趣较低,相关文本仅为笼统的被动象征。但近年来我国在自由贸易协定知识产权章中纳入了大量的硬性约束条款乃至“超 TRIPS”条款,标志着新时期随着缔约对象和自身条件的变化,我国的议题态度也开始发生变化。但对照美欧实践,中国文本仍然存在结构编排混乱、重要规定不一、措辞含义不清等问题。为此,我国亟需推动文本的体系化构建,并整合为硬软条款并行、坚持发展导向的稳定范式。此范式应关注国情需求度与可接受性,注重各个协定的制度一致,体现我国知识产权利益进攻点。鉴于自由贸易协定已成为国际经贸立法的最活跃舞台,此项工作有助于我国产生发展中大国的规则示范效应,渐进把握规则主导权。

**关键词:**自由贸易协定 知识产权 “超 TRIPS”条款 体系化 范式

刘彬,西南政法大学国际法学院副教授。

2015年年底,中国迎来与韩国、澳大利亚之间两个重要的自由贸易协定(以下简称“自贸协定”)的生效。这两个缔约伙伴都是发展程度较高的世界贸易组织(以下简称“世贸组织”)成员,一如2013年与我国缔结自贸协定的瑞士,都要求纳入醒目的知识产权章,且条款呈现越来越“硬”的趋势,我国接受了多项前所未有的具有强制约束力的新规则。当下,美国、欧盟等发达成员正在大力推广自贸协定知识产权超强保护条款,并已展现出清晰的稳定范式,<sup>[1]</sup>对发展中成员构成严峻挑战。中国作为举世瞩目的发展中大国,在自贸协定知识产权议题上何去何从,具有重大的战略示范意义。但深入分析可见,目前我国自贸协定知识产权条款仍然较为粗放,在清晰化、科学化方面尚存诸多不足之处,不利于清晰展示我国立场和有效维护作为发展中大国的利益。由此,相关文本如何走向体系化这一问题应运而生。

[1] Sean M. Flynn, et. al., The U. S. Proposal for An Intellectual Property Chapter in the Trans-Pacific Partnership Agreement, *American University International Law Review*, Vol. 28, No. 1, 2012, pp. 109 - 116.

## 一 中国自由贸易协定知识产权文本的时代背景

新世纪以来,中国积极参与区域一体化进程和自贸区建设。但观察以往自贸协定文本,可以看出我国对区域知识产权议题的兴趣并不高。2005 年与智利达成的首个自贸协定只包含了 3 条关于知识产权保护的零散内容,未设置专章。其后我国又与巴基斯坦、东盟 10 国、新加坡等达成自贸协定,但均关注传统的贸易自由化和投资保护事项,知识产权条款不见踪影。2008 年中国—新西兰自贸协定首次设置知识产权专章,但内容多为宽泛的软性条款或象征性声明,或重申双方在《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称 TRIPS 或“TRIPS 协定”)等公约下的权利和义务,没有任何超越 TRIPS 的实质内容。其后我国又与秘鲁、哥斯达黎加、冰岛等国缔结自贸协定,对知识产权议题的处理方式与上述中新自贸协定几乎完全相同。这些迹象表明,知识产权议题已经逐渐出现在我国自贸协定谈判议程中,但我国并不打算作出实质性的超越 TRIPS 的专门约定,因此知识产权条款内容笼统,仅处于象征性宣示层面,而且很可能是迫于对方要求的被动回应——智利、新西兰、秘鲁、哥斯达黎加、冰岛等国都与美、欧、澳等发达成员存在贸易优惠安排,制度上受到后者影响。

但中国 2013 年与瑞士、2015 年与韩国和澳大利亚缔结的三个自贸协定改变了上述态势。中瑞、中澳、中韩自贸协定不但设置有知识产权专章,而且章节体系相当丰富,覆盖了目标与原则、与现有国际公约的关系、知识产权各领域实体制度、执行措施、机构设置等各个方面;内容上新增了大量明确、具体、硬性的保护条款,并出现数量颇多的超越 TRIPS 保护水平或其内容为 TRIPS 所无的专门约定,即所谓“超 TRIPS”(TRIPS-plus)条款。这标志着我国对自贸协定知识产权议题的态度已开始发生明显变化。

我国早期在自贸协定伙伴选择上呈现重视周边国家和发展中国家的明显特征。但这些国家毕竟发展程度相对较低,市场容量也不大。随着自贸区战略深入推行,必然会有越来越多的相对发达成员成为中国谈判对象,<sup>[2]</sup>其知识产权诉求相比发展中必然存在明显差异。某些国家如韩国,在与美欧进行自贸协定谈判并接受其超 TRIPS 规则后,反过来在与中国的谈判中提出类似要求,使我国面临全新的议题挑战。

但若就此断言我国自贸协定知识产权条款的出台仅仅是迫于外部压力,并不全面。事实上,TRIPS 协定本身就有若干局限性,发展中成员也有改进规则的动力。《多哈知识产权与公共健康宣言》的通过即体现了发展中成员致力于改造 TRIPS、使其适应公共卫生事业的需求,将 TRIPS 的功能定位在一定程度上复归社会公共利益的维度。另有学者指出,TRIPS 缺乏对数字技术应用急剧增加所引发问题的相关制度安排,也回避了发展中国

[2] 根据国务院 2015 年《关于加快实施自由贸易区战略的若干意见》,我国将进一步优化自由贸易区建设布局,其中包括争取同大部分新兴经济体、发展中大国、主要区域经济集团和部分发达国家建立自由贸易区,构建金砖国家大市场、新兴经济体大市场和发展中国家大市场。参见中国商务部自由贸易区服务网:[http://fta.mofcom.gov.cn/article/zhengwugk/201512/29896\\_1.html](http://fta.mofcom.gov.cn/article/zhengwugk/201512/29896_1.html)。本文网络资料的最后访问时间均为 2016 年 7 月 18 日。

家普遍关注的传统知识、遗传资源和民间文艺领域的保护问题。<sup>[3]</sup> 这构成我国接受自贸协定知识产权条款的重要动因。此外,在自贸协定谈判中适度接受较发达成员提出的知识产权要求,客观上也对我国通过议题挂钩方式取得其他领域的更多市场准入利益有所助益,因为新时期我国显然更乐于缔结包括众多议题在内的一揽子协定。<sup>[4]</sup>

近年来中国经济社会迅速发展,对内实施供给侧结构性改革和创新驱动发展战略,产业结构升级、核心竞争力培育等重大工程推动了自身知识产权立法修法的不断进步;后金融危机时代中国作为发展中大国的国际地位明显提升,对外推行“一带一路”战略,海外投资与跨境电商规模庞大,对国际经贸规则话语权的需求也水涨船高。在此背景下,知识产权与中国的利益关系逐渐发生显著变化。世界知识产权组织《2015 世界知识产权指数》报告显示,2014 年中国在专利、商标、外观设计三个方面的海内外申请量均居世界首位。<sup>[5]</sup> 历史表明,国际知识产权议题虽然也存在南北国家的利益分野,但不像纺织品、服装、农产品等议题那么泾渭分明,而是随一国具体国情及不同时期的发展水平而变化。中国经济实力的崛起和国家身份的转型必然导致知识产权利益和立场的嬗变。目前中国正在进行的自贸协定谈判均涉及知识产权议题。<sup>[6]</sup>

## 二 中国自由贸易协定知识产权文本的内容与成就

实践印证了中国自贸协定纳入知识产权条款的明显趋势。中国迄今已经缔结 14 个自贸协定,<sup>[7]</sup> 其中包含知识产权条款的有 8 个,分别是中国与智利、秘鲁、哥斯达黎加、新西兰、冰岛、瑞士、澳大利亚和韩国的自贸协定。其中,中智协定只有 3 条关于知识产权的零散内容;中秘、中哥、中新、中冰协定的知识产权章以宽泛的软性声明为主;而中瑞、中澳、中韩协定的知识产权章则有大量详细的硬性约束条款,故成为本文重点关注对象。

表一:中国自贸协定知识产权条款概况(数量单位:条)<sup>[8]</sup>

中国签署的包含知识产权条款的自贸协定	签署时间	伙伴类型	独立专章	实体条款(包含宗旨目标类)数量	程序条款数量
中国—智利自贸协定	2005.11.18	发展中成员	否	2	1
中国—新西兰自贸协定	2008.04.07	发达成员	是	4	3

[3] 参见杨静著:《自由贸易协定知识产权条款研究》,法律出版社 2013 年版,第 17 页。

[4] Guiguo Wang, China's FTAs: Legal Characteristics and Implications, *American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 3, July 2011, p. 500.

[5] WIPO, World Intellectual Property Indicators 2015, [http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_941\\_2015.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2015.pdf), p. 7.

[6] 参见张维(报道):《FTA 谈判均涉知识产权》,《法制日报》2015 年 9 月 21 日第 6 版。

[7] 参见中国商务部自由贸易区服务网,<http://fta.mofcom.gov.cn>。

[8] 本表数据来源为作者对我国自贸协定相关文本信息的整理。其中,程序条款专指为落实自贸协定知识产权义务而设的执行性质的条款(如民事与行政救济程序、临时措施、边境措施、刑事处罚措施等,对应 TRIPS 的执行条款),故此不包括缔约方在知识产权的获得、维持等方面的国内程序性义务条款(例如,商标的注册与申请等问题,由于为缔约方设置了实质保护义务,因此归入表格中的实体条款范畴)。

中国签署的包含知识产权条款的自贸协定	签署时间	伙伴类型	独立专章	实体条款(包含宗旨目标类)数量	程序条款数量
中国—秘鲁自贸协定	2009.04.28	发展中成员	是	3	1
中国—哥斯达黎加自贸协定	2010.04.08	发展中成员	是	6	2
中国—冰岛自贸协定	2013.04.15	发达成员	是	2	1
中国—瑞士自贸协定	2013.07.06	发达成员	是	13	8
中国—韩国自贸协定	2015.06.01	新兴工业化成员	是	20	10
中国—澳大利亚自贸协定	2015.06.17	发达成员	是	20	3

### (一) 主要内容

上述 8 个自贸协定在知识产权保护的具体条款上各不相同,但均涉及以下几方面。

#### 1. 强调知识产权保护与社会公共利益的平衡

此点体现中国的一贯立场,即知识产权保护一方面是为了鼓励技术创新和发展,另一方面又不能构成对全社会共享知识利益、增进经济福利的障碍。典型者包括:(1)强调知识产权与公共健康的关系,重申世贸组织《多哈知识产权与公共健康宣言》、《修改 TRIPS 协定议定书》的精神,抵制在自贸协定谈判中淡化知识产权公共健康问题的倾向;<sup>[9]</sup>(2)专门规定遗传资源、民间文艺、传统知识的保护事宜,强调尊重《生物多样性公约》及其《名古屋议定书》的精神,尤其是关于涉及此类事项的专利申请的事前知情同意和惠益分享的规则,促进 TRIPS 协定与《生物多样性公约》的相互支持;<sup>[10]</sup>(3)秉承 TRIPS 协定精神,将权利国际用尽问题交由成员方自行处理,但在自贸协定中专门重申。<sup>[11]</sup>

#### 2. 重申主要知识产权国际公约的权利义务

在中瑞、中澳、中韩自贸协定提及范围内,缔约双方均为成员的主要知识产权国际公约大体包括 TRIPS 协定、《保护工业产权的巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《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公约》、《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议定书》、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)、《世界知识产权组织版权条约》(WCT)、《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》、《植物新品种保护国际公约》(UPOV)、《建立世界知识产权组织公约》等。中韩、中瑞自贸协定对其中某些具有多个并行有效的年代版本的国际公约指明了具体版本,凸显中国利益。中瑞自贸协定还专门提及双方应“尽所有合理努力”批准或加入最新的《视听表演北京条约》(以下简称《北京条约》)。<sup>[12]</sup>

#### 3. 新增数量颇多的超 TRIPS 条款

此点为中瑞、中韩、中澳 3 个最新自贸协定的知识产权章所独有。国内学界过去对超

[9] Bureu Kilic, Defending the Spirit of the Doha Declaration in Free Trade Agreements: Trans-Pacific Partnership and Access to Affordable Medicines, *Loyola University Chicago International Law Review*, Vol. 12, Fall-Winter 2014, pp. 23-57.

[10] 例见中韩自贸协定第 15 章第 15.17 条、中瑞自贸协定第 11 章第 11.9 条、中澳自贸协定第 11 章第 17 条。

[11] 例见中澳自贸协定第 11 章第 8 条。中方仅对专利权国际用尽问题“同意进一步讨论”。

[12] 参见中瑞自贸协定第 11 章 11.3 条第 2 款。

TRIPS 条款多持批判态度,认为其系发达成员一己私利的强加产物。但笔者认为不宜一概而论,需要仔细研究条款内容,结合本国利益作具体判断。中瑞、中韩、中澳自贸协定包含的超 TRIPS 条款有很多就体现了中国的谈判意愿,或至少处于中国可接受的范围内。兹择要论述如下:

(1) 知识产权保护类型有一定扩大。例如中韩自贸协定将实用新型纳入保护的权利类型,而 TRIPS 保护的权利要求类型中只有专利和工业品外观设计。这是因为许多国家并无实用新型制度,中韩自贸协定作此规定正是由于两国国内均建立了有效的实用新型制度。<sup>[13]</sup> 中韩自贸协定还明确承认了“声音商标”。之前 TRIPS 第 15 条在声音商标的保护上是非强制性要求,但 2013 年中国商标法第三次修改已经对纯声音商标予以承认,因此这一规定不违背中国国内法。

(2) 邻接权保护水准有所提高。中瑞自贸协定规定双方应努力批准或加入《北京条约》。《北京条约》的“表演者”概念并不局限于普通作品的表演者,而是扩展至民间文学艺术的表演者。<sup>[14]</sup> 这显然体现了中国等发展中国家的利益诉求。<sup>[15]</sup> 接下来,中瑞自贸协定在第 11.6 条的大量条文中,明确参照《北京条约》,将表演者的权利保护扩大到囊括由录音制品和录像制品所固定的表演。过去 TRIPS 以及《罗马公约》、WPPT 虽然也对表演者权利提供保护,但其仅针对录音制品,而不涉及录像制品。

(3) 电子技术和数字技术的发展得到明显体现。典型者如中韩自贸协定第 15.14 条规定,缔约方有义务提供商标的电子申请、处理、注册、驳回和维持机制。这一精神在中澳自贸协定中也有体现,且范围不限于商标权事项,还扩大到其它各种知识产权。另外,中韩自贸协定第 15.28 条专门提及反网络重复侵权措施,第 15.29 条规定网络服务提供商有义务迅速提供其所掌握的识别被控侵权人的信息;中澳自贸协定知识产权章第 20 条规定网络服务提供商在尽到合理谨慎义务下的侵权责任限制。

(4) 执行措施较 TRIPS 有所细化。中国自贸协定知识产权章效仿 TRIPS 执行措施部分的基本结构,但具体规定有所发展。例如中韩自贸协定在 TRIPS 边境措施规定的基础上,第 15.26 条指出侵权货物的范围不仅包括假冒商标货物和盗版货物,还包括侵犯专利权、植物多样性、已注册的外观设计或地理标志权利的货物。相比之下,TRIPS 第 51 条只规定了对盗版或假冒商标的进口货物的强制性义务,对于侵犯其他类型知识产权的货物以及从本国出口的货物则只规定了选择性义务。而中韩自贸协定的规定是强制性义务,中瑞、中澳自贸协定也有类似的强制性要求。<sup>[16]</sup> 但这些超 TRIPS 条款对中国并无不利影响,因为中国边境措施制度原本就对货物进出口实行双向保护。<sup>[17]</sup>

[13] 事实上,由于 TRIPS 纳入了《巴黎公约》,而《巴黎公约》第 1 条规定的保护对象包括实用新型,因此中韩自贸协定的规定并不违反 TRIPS。

[14] 参见 2012 年《视听表演北京条约》第 2 条。

[15] 中国国内著作权法已经将民间文艺的表演活动纳入保护范围,但这对于发达成员方并不是利益进攻点。在美国倡导的《跨太平洋伙伴关系协定》知识产权章中,就没有纳入《北京条约》。参见陈福利:《知识产权国际强保护的最新发展》,《知识产权》2011 年第 6 期,第 72 页。

[16] 参见中瑞自贸协定第 11.16 条第 1 款、中澳自贸协定第 11 章第 22 条第 4 款。

[17] 参见毛金生等著:《国际知识产权执法新动态研究》,知识产权出版社 2013 年版,第 55 页。

#### 4. 规定知识产权合作的软性条款

几乎所有中国自贸协定知识产权章都包含了长期交流合作的软性条款,构成中国缔约的一大特征。<sup>[18]</sup>这些条款大体包括开展关于知识产权政策、制度、管理和执法方面的信息交流、提高专利审查质量和效率、考虑私营企业关注的知识产权问题、提高公众的知识产权意识、提供技术援助和培训课程、巩固在打击跨境知识产权犯罪的司法协作、网络版权执法、环境技术转让等方面的伙伴关系、建立知识产权委员会负责协议监督与实施以及召开会议等。这些条款尽管并未界定缔约方的具体义务范围,但对于我国自贸协定实践却具有十分重要的意义,因为软性条款在扩大经贸合作范围、彰显友好关系、释放政治信号等方面发挥着重要作用,对于中国“走出去”和“一带一路”战略推行大有裨益。

表二:中国自贸协定知识产权条款的软硬性质统计(数量单位:条)<sup>[19]</sup>

中国签署的包含知识产权条款的对外自贸协定	宗旨目标类条款数量	硬性约束条款数量	任意性条款数量	软性合作条款数量
中国—智利自贸协定	1	2	0	1
中国—新西兰自贸协定	2	4	2	1
中国—秘鲁自贸协定	1	2	2	2
中国—哥斯达黎加自贸协定	3	4	2	2
中国—冰岛自贸协定	1	2	1	1
中国—瑞士自贸协定	1	20	5	2
中国—韩国自贸协定	2	26	10	5
中国—澳大利亚自贸协定	1	17	5	6

#### (二) 成就初评

综合以上分析可初步判断,晚近中国与较发达成员缔结的自贸协定知识产权文本在以下几方面多有建树。

1. 在基本结构完整性、内容丰富程度、条文设计等方面,已经达到相当高的水平,并结合数字化发展、海关程序便利化等新时代背景,引入了一批中国根据国内法现状能够接受的硬性约束条款和超 TRIPS 条款,初步展现了后 TRIPS 时代和新区域主义背景下中国对自贸协定知识产权议题的有效应对能力。

2. 不同于美国在某些重大问题上将 TRIPS 置于一边、主要立足域内制度单边推行自

[18] 美国自贸协定知识产权章中软性合作条款比例甚低,从无专节,欧盟则对此较重视。中国自贸协定知识产权章在此问题上与欧盟风格接近,都表现出对加强对外经济联系、互相扶持发展的极大兴趣。

[19] 本表数据来源为作者对中国自贸协定相关文本信息的整理。需说明,在本表格四种分类上,有的法条存在内部交叠的情形,如同一条中可能兼有硬性约束与软性合作条款,有的宗旨目标类条文中也可能包含了国民待遇等硬性约束条款,对此先经具体衡量再作总体定性。此外,对发展中国家有利的“知识产权与公共健康”条款被计入硬性约束条款。

贸协定知识产权条款的做法,<sup>[20]</sup>中国自贸协定知识产权章展现出对 TRIPS 的极大尊重,不但纳入 TRIPS 作为文本组成部分,而且相当多的条款继承了 TRIPS 的基本精神,不少超 TRIPS 条款其实属于 TRIPS 原本并不反对的选择性义务,并不动摇 TRIPS 的制度根基及其不妨碍合法国际贸易这一宗旨。此种做法有助于国际知识产权法律秩序在稳定基础上渐进发展。

3. 尽管知识产权向来被认为是中国的守势议题,但晚近自贸协定谈判守中自攻,最终文本也体现了中国的一些进攻性利益,如遗传资源、民间文艺、传统知识保护、多哈知识产权与公共健康宣言,以及中瑞自贸协定在邻接权领域对《北京条约》、在专利领域对中草药的专门提及等。在一些具体条款上也争取到了对中国有利的妥协,如迫使瑞士作为 UPOV1991 年文本的成员国,同意双方在植物新品种保护水平上只需不低于中国加入的 UPOV1978 年文本即可;对获取药品和农药上市审批的未披露实验数据只需提供至少 6 年的排他权保护期。<sup>[21]</sup>

### 三 中国自由贸易协定知识产权文本的体系化不足

但也要看到,与美欧相比,中国自贸协定在知识产权议题上尚处早期阶段。可能由于人力限制、经验受限等因素,中国自贸协定知识产权文本在系统性、稳定性、协调一致性等方面仍然存在诸多问题,体系化程度尚不高。

#### (一) 涉及最惠国待遇的利益关系不清

如上所述,中国自贸协定知识产权章既纳入 TRIPS,同时又包含不少基于 TRIPS 灵活性的超 TRIPS 规则。美欧等成员的自贸协定针对这种情况设置了冲突处理条款,<sup>[22]</sup>而中国三大自贸协定对此甚少关注。仅就知识产权执法的边境措施条款而言,三大自贸协定与 TRIPS 的规定就存在许多差异。若无冲突处理条款,缔约方之间的权利义务究竟以 TRIPS 为准还是以自贸协定为准则?若按后约优于前约、特别约定优于一般约定等原则自动认定以自贸协定为准则,则又会产生其它世贸组织成员方的最惠国待遇问题。

TRIPS 本身并无关于最惠国待遇的自贸协定例外规定,成员在自贸协定知识产权章中的相互待遇承诺似应同样给予其它成员方。<sup>[23]</sup>世贸组织关于区域一体化纪律的 1994 年《关贸总协定》第 24 条及《服务贸易总协定》第 5 条等条文,在此问题上也没有明确规定,可以说这方面的纪律十分不清楚。有学者指出,从乌拉圭回合谈判史角度看,当时绝

[20] 例如,美国在国内法上对地理标志一向纳入商标权领域,但在 TRIPS 制定过程中不得已对欧共体作了妥协。在后 TRIPS 时代,美国依旧在自贸协定知识产权条款中推行以商标制度保护地理标志的做法。参见 Gregory Maus, Arguments over Geographical Indications: Spreading the Trademark System through the Korean-U. S. Free Trade Agreement, *Drake Journal of Agricultural Law*, Vol. 19, Summer 2014, pp. 221 - 225.

[21] 美欧的自贸协定在此问题上通常为药品保护期 5 年、农用化学品 10 年。6 年保护期显系中瑞妥协的条款。

[22] Henning Grosse Ruse-khan, The International Law Relation between TRIPs and Subsequent TRIPs-PLUS Free Trade Agreements: Towards Safeguarding TRIPs Flexibilities? *Journal of Intellectual Property Law*, Vol. 18, No. 2, Spring 2011, pp. 358 - 364.

[23] Joost Pauwelyn, Multilateralizing Regionalism: What about An MFN Clause in Preferential Trade Agreements? *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 103, March 25 - 28, 2009, p. 122.

大多数谈判代表主张,任何世贸组织成员在以后区域贸易协定中作出的超 TRIPS 承诺,均应按照最惠国待遇同样赋予其它成员。<sup>[24]</sup>然而,以上论断似乎与现实形势并不吻合。例如,中瑞自贸协定效仿《北京条约》作出了邻接权新规定,就很难认为中国将自动赋予非《北京条约》缔约方的那些世贸组织成员方以相同利益,因为这使得其它成员是否加入《北京条约》失去意义,也不符合国际法上公认的对等原则。又如,中韩自贸协定明确规定缔约方不得拒绝声音商标的注册,而中澳自贸协定却规定双方仅同意就声音商标的保护方式“开展合作”。<sup>[25]</sup>如果 TRIPS 最惠国待遇必须适用,那么中澳自贸协定这一规定还有何意义?因此,上述学者观点可能在过去确有历史根据,但当今全球范围内 TRIPS 最惠国待遇原则已经被各国自贸协定碎片化的知识产权规则所侵蚀。<sup>[26]</sup>

与此相关,令人感到困惑的一个重要问题是,中瑞自贸协定知识产权章同时规定了国民待遇和最惠国待遇,中韩自贸协定、中澳自贸协定知识产权章却只规定了国民待遇而没有规定最惠国待遇,立法态度摇摆不定。假设韩国或澳大利亚日后又与第三方缔结同样包含知识产权章的自贸协定,对 TRIPS 未涉及的权利对象如民间文艺、互联网域名等设置硬性保护义务,那么中国是否就不能按照最惠国待遇原则要求享有新协定的相关权利?这种情形对中国无疑是不利的。反过来说,虽然自贸协定不设最惠国待遇原则使得中国不必将赋予韩国的待遇同样赋予澳大利亚(例如声音商标的合法性),但既然中国国内法已经明确了相关立场,对外实施这种差别待遇似乎并无必要。

## (二)各协定现有内容编排混乱

这一点可能是目前体系化工作面临的最突出问题。首先,三大自贸协定知识产权章的结构顺序安排即暴露出混乱和不一致。中韩自贸协定的节次顺序为一般规定(包含知识产权与公共健康问题)、版权和相关权、商标、专利和实用新型、遗传资源、传统知识和民间文艺、植物新品种保护、未披露信息、工业品外观设计、知识产权的取得与存续、知识产权的执行、其它条款(软性合作);中瑞自贸协定的节次顺序为总则(包含软性合作条款、知识产权与公共健康问题)、关于知识产权的效力、范围和使用标准(囊括版权与相关权、商标、专利、遗传资源与传统知识、植物新品种保护、未披露信息、工业品外观设计、地理标志各个制度)、知识产权的取得与存续、知识产权执法、产地标记和国名;中澳自贸协定未分节次,共包含 24 个条款,主要内容依次为一般性规定、知识产权获得和维持程序、专利申请程序、商标保护的类型、地理标志、植物育种者权利、遗传资源、传统知识和民间文艺、未披露信息、著作权集体管理和网络服务提供商责任、执法程序、边境措施、一般软性合作、双边知识产权委员会等。以上内容编排之混乱,一目了然。

在三大自贸协定之外,中国与哥斯达黎加、秘鲁、新西兰、冰岛的自贸协定知识产权章多为宽泛的软性条款,或简单重申 TRIPS 等公约的规定。中国智利自贸协定更是仅有 3

[24] 参见李晓玲、陈雨松:《国际知识产权贸易谈判的新方略》,《环球法律评论》2011 年第 1 期,第 151-152 页。

[25] 参见中澳自贸协定第 11 章第 12 条。

[26] 美国自贸协定知识产权章也能佐证此点,例如其一般都纳入 1994 年《商标法条约》及其后续成果 2006 年《商标法新加坡条约》,而中国虽然签署 1994 年该条约但迄今并未批准,难以想象美国会将此条约待遇按照 TRIPS 最惠国待遇原则自动赋予中国。

个孤立条款分别涉及地理标志、边境措施和软性合作等内容,无体系性可言。可以说,中国自贸协定知识产权条款尚未像美欧那样形成自己稳定的模板。考察美国近年来自贸协定,除了新近《跨太平洋伙伴关系协定》由于涉及众多缔约国(12个),知识产权章结构显示出一定复杂性以外,其他双边性质的自贸协定知识产权章已经趋于结构固定化,展现出强大的范本优势。<sup>[27]</sup> 欧盟自贸协定知识产权章的内容虽不及美国稳定,但自2008年以来,其自贸协定知识产权章也形成了相对一致的规律。<sup>[28]</sup>

其次,内容编排的混乱还体现在相同领域的条文不一致上。例如,中韩自贸协定、中澳自贸协定的知识产权章只规定国民待遇而不提及最惠国待遇,中瑞自贸协定知识产权章则同时规定国民待遇和最惠国待遇,这样的重要问题显然安排得有些随意。又如,在知识产权执法的边境措施方面,三大自贸协定的具体条款各不相同:中韩自贸协定专门规定了自由贸易园区和保税仓库的边境措施,而此点在另外两个自贸协定中丝毫未提及。再如,在“侵犯知识产权的货物”的概念上,三大自贸协定对所涉知识产权类型的范围界定也存在明显出入。

### (三) 知识产权章与自贸协定其它章的关系未予明确

一是知识产权章与投资章的关系。一方面,中国自贸协定知识产权章中的知识产权定义,大体沿袭 TRIPS 七大权利对象的规定;另一方面,近年来中国自贸协定投资章的投资定义因受美式双边投资协定影响,大多已将知识产权权利列入其中。则二者之间是何关系,彼此是否需要协调?<sup>[29]</sup> 还有学者指出,美式双边投资协定将知识产权纳入投资定义,使其接受投资协定中最惠国待遇、国民待遇、最低标准待遇、限制间接征收等条款的多重保护,变相加大了知识产权的保护力度。<sup>[30]</sup> 我国自贸协定既然已将投资章与知识产权章同时纳入,那么两章的相应规则之间是什么关系,就亟待明确。例如,若一缔约方根据知识产权章提及的《多哈知识产权与公共健康宣言》实施专利强制许可,是否会触发投资

[27] 美国近年来双边自贸协定知识产权章的条款编排非常稳定。考察其与韩国、新加坡、智利、中美洲(多米尼加)、澳大利亚等多个不同类型伙伴的自贸协定知识产权章,内容通常依次如下:一般条款(包含最低义务要求、国际协定、国民待遇、协定对现有客体与先前行为的适用效力、透明度等)、商标与地理标志、互联网域名、版权与相关权利、对载有节目的加密卫星信号的保护、专利(视伙伴要求可能伴随外观设计)、关于农药医药和化工等特别规制产品的措施、知识产权执法措施(在 TRIPS 相应编排基础上附加服务提供商的责任限制)等基本部分。本文涉及美国的各个自贸协定文本,统一参见美国贸易代表办公室官方网站:<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/>

[28] 欧盟双边自贸协定知识产权章的内容通常依次为:一般性条款(包含目标和原则、义务的性质与范围、国民待遇和最惠国待遇、权利用尽问题、技术转让等)、知识产权实体标准、知识产权执法措施、软性合作条款等。本文涉及欧盟的各个自贸协定文本,统一参见欧盟委员会官方网站:<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/>

[29] 例如,中韩自贸协定投资章第 12.1 条对投资的定义包含了第 6 项——“知识产权”,并指出其包括商号和产地标志,但知识产权章所列举的知识产权保护类型并无商号和产地标志。另外,中澳自贸协定投资章第 1 条对投资的定义第 6 项仅仅是“知识产权”四字,未作进一步列举说明,则是否就限于该自贸协定知识产权章所限定的那些保护类型?该问题并不明确。美国近年自贸协定的做法是,在知识产权章中对知识产权保护类型不作专门定义,而是以该章各部分的具体条款自然体现所涵盖的权利类型,而投资章投资定义涉及的知识产权权利类型也不作专门列举,从而避免两章之间在知识产权定义上的冲突。可参见美国—韩国、美国—新加坡两个典型自贸协定。

[30] 参见何艳:《美国投资协定中的知识产权保护问题研究》,《知识产权》2013 年第 9 期,第 88—98 页。

章中的限制间接征收的规则?中国自贸协定对此尚未形成稳定立场。<sup>[31]</sup>

二是知识产权章与争端解决章的关系。中国自贸协定基本都设置了单独成章的双边争端解决机制。在货物贸易、服务贸易、投资、知识产权、环境保护、竞争政策等众多议题齐集于同一份自贸协定中的情况下,争端解决机制在适用范围上不能不作一番明确限定。知识产权、环境保护和竞争政策这几个议题被公认为是包括中国在内的发展中国家的守势议题。中瑞和中韩自贸协定均在竞争政策和环境保护事项上规定不适用自贸协定争端解决机制,有关争议仅可求助于双边委员会进行协商,即体现了中国的谨慎态度。然而考察上述三大自贸协定的知识产权章,并无此种规定,其争端解决章也没有专门排除知识产权事项。然则中国是否已做好双边知识产权争议全盘接受自贸协定争端解决机制管辖的准备?即便自贸协定争端解决机制多数情况下仅仅是备而不用,这种可能性在法律上也依然存在。<sup>[32]</sup>另外还需注意,由于投资章将知识产权纳入了投资定义,因此涉及知识产权的纠纷也可能受投资者与东道国争端解决机制的管辖,对此问题亦需加以考虑。

#### (四)若干利益进攻点未得到一贯坚持

此点实质上从属于上述第二点,但有必要专门说明。除公共健康、遗传资源、传统知识和民间文艺外,三大自贸协定对中国的某些利益进攻点并未能够贯彻一致。典型者是《北京条约》、中草药专利保护等方面,只有中瑞自贸协定有所提及。就中草药而言,已故郑成思教授曾深切担忧其缺乏知识产权保护、高附加值流向国外竞争对手的状况,呼吁对中药复方、中草药建立各类保护制度。<sup>[33]</sup>时至今日,中瑞自贸协定对中草药赋予与生物技术相并列的专利保护硬性义务,是中国在国际法层面取得的重要成果。然而中韩、中澳自贸协定对此却并未提及。事实上韩国也同样重视传统中医药(即所谓“韩药”)的经济价值,澳大利亚也以对生物医药技术的开发著称,中国完全可对其主张推广同类条款。此外,地理标志的双边互认合作是对中国明显有利的领域,但也只有中瑞自贸协定提及。<sup>[34]</sup>互联网域名则是晚近兴起的与中国企业利益密切相关的问题,但三大自贸协定均未涉及。

#### (五)一些具体条款的措辞有欠严谨

三大自贸协定知识产权条款措辞的不严谨不止一处,典型者如对知识产权保护对象——“国民”——的界定。中瑞自贸协定对“国民”概念未作任何说明;中韩自贸协定规定,一缔约方国民应当包括满足该协定第15.3条所罗列的12项国际公约(包括TRIPS)规定的保护标准的该缔约方的任何自然人或法人;<sup>[35]</sup>中澳自贸协定则规定,“一方国民”包括该方符合TRIPS协定第1.3条所列国际协定的保护标准的实体。<sup>[36]</sup>考察TRIPS协定

[31] 有趣的是,先前中国-新西兰自贸协定虽然知识产权章较为笼统,但至少投资章中明确规定,缔约方基于公共健康目标的专利强制许可不适用征收规则。然而,中瑞、中韩、中澳三大自贸协定虽然知识产权章相当发达,但知识产权章与投资章却均无这方面规定。

[32] 中国与冰岛、新西兰的自贸协定知识产权章均规定,只有双方不能通过磋商达成解决方案,才可诉诸自贸协定争端解决机制。而中瑞、中韩、中澳三大自贸协定对前置磋商要求均未提及。

[33] 参见郑成思:《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10-11页。

[34] 先前中智自贸协定的知识产权条款虽不发达,但却在地理标志双边互认上作出规定并互列清单。

[35] 参见中韩自贸协定第15.2条第2款脚注3。

[36] 参见中澳自贸协定知识产权章第2条。

第 1.3 条,其所列协定仅只《伯尔尼公约》、《巴黎公约》、《罗马公约》和《华盛顿公约》。这就产生了问题:中韩与中澳自贸协定的“国民”概念为何要作这样的不同规定?关于“国民”的概念,TRIPS 没有纳入的其它公约自有其规定,中澳自贸协定是否就不予考虑?<sup>[37]</sup>而中瑞自贸协定又为何不作任何规定?虽然一国对外各个同类协定存在文本差别是正常现象,但在如此重要的法律概念上,这种差别似乎难以找到有说服力的理由。

## 四 中国自由贸易协定知识产权文本的体系化反思与建议

### (一) 反思

#### 1. 内容粗糙混乱之弊

可以看出,中国自贸协定知识产权文本在取得成就的同时,也暴露了诸多不完善之处,从宏观结构到具体条款都显得较为粗糙,存在混乱或不一致状态,体系化程度明显落后于美国的同类实践。这表明中国目前在区域知识产权议题上尚未走出被动应对不同谈判对手的阶段。不可否认,其中的确存在客观障碍。缔结国际协定是双向协商过程,对手实力状况、谈判诉求各有不同:例如中韩自贸协定专门提及对公映电影的版权保护,很大程度上体现了韩方的要求;澳方对专利领域的合作事项尤其感兴趣;瑞方则格外重视生物技术和地理标志。这些都必然导致最终落实条款不同。但仍要看到,体系化不足也与主观上重视不够、缺乏推敲有关。这种状况若长期持续,国内海关、司法等部门可能因文本不一致而出现困惑,缔约方之间可能因具体措辞不清晰而迭起纠纷,最重要的是国际规则主导权将始终远离中国。

#### 2. 范式稳定清晰之利

是否拥有一套成熟的文本模板,或至少相对稳定清晰的范式风格,是一国经贸规则制定水平及国际话语权的标志。例如,中国双边投资协定范本对于中国应对美欧规则霸权、彰显发展中大国法律主张就具有十分重要的标志意义,也是国家软实力的重要组成部分。中国投资议题的成就理应为知识产权议题所效法,如此方能增强中国话语权。当今国际大背景下,美国认识到中国硬实力的崛起不可遏制,于是以《跨太平洋伙伴关系协定》等一系列手段推行“规则制华”,在软实力领域展开角逐。对于美欧而言,坚持在自贸协定中纳入知识产权章意味着加强人们的观念——知识产权议题是整个贸易协定的不可或缺部分,目标更在于鼓励中国、印度、巴西等国追随美欧在该议题上的领导。<sup>[38]</sup>事实上,美欧间贸易来往已经非常发达,即使《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》谈判不将知识产权纳入

[37] 考察美国近年来自贸协定知识产权章,基本都将“国民”界定为符合 TRIPS 协定和该章所纳入的其它国际公约的保护资格的人。例如,参见美韩自贸协定知识产权章脚注 2、美国新加坡自贸协定知识产权章脚注 16-2、美国摩洛哥自贸协定知识产权章脚注 1。尽管随着伙伴不同,美国各自自贸协定知识产权章所纳入的具体公约也不同,但对“国民”的界定方式始终非常一致。

[38] Stefan Martinic and Mihael Maljak, Certain Controversial Issues of EU-US Trade Negotiations Leading to the Signing of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP), *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 10, No. 1, 2014, p. 365.

其中,也不会对美欧贸易产生严重阻碍。这意味着,美欧更看重将自贸协定知识产权章放到战略示范高度来看待。中国作为正在崛起的发展中大国,自不能甘于将自贸协定知识产权条款定位在消极的被动象征上,而应努力建构适合自己的范式,争取国际示范效应。

## (二) 建议

本文认为,目前中国自贸协定知识产权章宜结合“一带一路”战略大背景,展现若干一以贯之的范式特征:(1)坚持发展导向,明确促进缔约方经济社会发展、兼顾权利人与社会公众的保护目标;(2)硬软条款并行,机制与协调并行;(3)宏观结构编排有序,重要法律条款位置稳定;(4)在接受硬性条款和超 TRIPS 条款方面,高度关注国情需求度、可接受性和各个自贸协定文本的制度一致性;(5)体现技术转让、权利用尽、跨境电子商务、地理标志、公共健康、民间文艺、遗传资源和传统知识等标志性利益点;(6)明确争端解决条款的适用条件和适用范围,但现阶段仍以协调途径为主,更有利于推动“一带一路”战略。具体而言,可以考虑采取以下做法。

(1)各个自贸协定的知识产权规则应以国内法律制度为立足基础,保持连贯性,尤其是在超 TRIPS 义务的接受上不能出现大的差别。鉴于知识产权事务对国民经济和社会价值的巨大辐射力,其具有高度敏感性,不能一味强调外部“倒逼”,而应以我为主,根据自身国情和知识产权国内法的发展,决定对外自贸协定条款的设计。

(2)改变被动应付不同对手的态势,在文本中一贯坚持我国的利益进攻点。新时期中国已经具备了相当可观的全球硬实力地位,拥有巨大的市场潜力,没有必要刻意为了达成协议而在知识产权等议题上一味委曲求全,而应勇于坚持自己的优势领域,获取进攻收益。如果未来有新的较发达对手坚持知识产权的高标准保护,那么我国也完全可以要求在《北京条约》、中草药专利保护、允许平行进口、地理标志双边互认等问题上的硬性约束。此外,随着中国企业大规模拓展海外贸易和投资,互联网域名、跨境电商与商标权、专利权等的域外申请注册正在成为中国新的利益点,也值得高度重视。

(3)注重文本宏观结构的统筹安排,加强结构编排的有序性和重要条款的稳定性,提高对具体字词含义的重视程度。就结构编排顺序而言,建议仍然沿袭 TRIPS 的基本结构,即依次为总则和基本原则,关于知识产权效力、范围和使用的标准,知识产权的执行措施,以及知识产权的取得和维持,再加上争端解决、机构设置等最终条款。这样有利于与 TRIPS 内容形成自然对照,条文差异和改进之处可以一目了然。在总则部分,尽量前置性地纳入中国有利点,诸如强调私权保护与公共利益的平衡、鼓励技术转让、不干涉权利用尽、公共健康、软性合作条款等。在知识产权效力、范围和使用的标准部分,依次涵盖版权与相关权(包括版权集体管理等附带内容)、商标权、专利权(按照中国法律包括发明、实用新型和外观设计)、地理标志(包括双边互认事项)、集成电路、未披露信息、植物新品种、遗传资源与民间文艺及传统知识等,互联网与电子条件下的特别制度则对号入座分别贯穿于以上各领域。关于知识产权的执行措施,依然仿照 TRIPS 分类设计条款,不将边境措施等子项与执行措施母项并列。

就重要条款的稳定性而言,知识产权保护类型在覆盖 TRIPS 七大保护对象的基础上,还要注意与自贸协定知识产权章所纳入的国际公约相对应,并可考虑适时添加互联网域

名这一重要对象。在“国民”概念上,宜参照美国做法,将其范围与知识产权章所纳入的全部国际公约对“国民”的界定相对应。在国民待遇和最惠国待遇原则上,建议同时规定两者,不要遗漏最惠国待遇。

(4)在包容多种议题的综合性自贸协定中,需要对一些“系统性裂隙”进行修补,妥善处理与章之间、条款与条款之间的潜在冲突。在知识产权章与投资章关于知识产权保护类型的关系上,最直观的方法便是将投资章投资定义中的“知识产权”范围规定为与知识产权章相一致。即便投资定义中一定要加上知识产权章所无的商号等对象,也可在脚注中明确其适用缔约方国内反不正当竞争法等相关制度。对知识产权章涉及公共健康的专利强制许可等事项,应明确排除在投资章“征收与补偿”条款的适用范围之外。

在知识产权章与争端解决章的关系上,鉴于知识产权事务的技术复杂性、社会敏感性、政策导向性、对国内法的深度介入性,以及大量软性合作条款的存在,建议排除争端解决章对知识产权争议的硬性适用,而是诉诸磋商、调解等软性方式,<sup>[39]</sup>同时在国内也不承认自贸协定知识产权规则具有直接效力。投资章中投资者与东道国争端解决机制也应排除受理知识产权争议,突出当地救济要求。

(5)软性合作条款不能只停留在漫无目标的笼统措辞上,而应强化对中国潜在利益点的专门关注。如前所述,中国在跨境电商、互联网域名等事项上日益拥有重大利益,但目前相关制度无论在各国国内法还是国际法层面均未成熟定型,尚处于发展培育阶段。此外,我国目前非常重视上海等自贸试验区的建设推进,但相关涉外知识产权制度尚未最终成型,甚至存在若干明显的争议点。<sup>[40]</sup>此类争议事项就非常适合以软法形式来调整。

目前中国自贸协定知识产权章相对接近欧盟文本风格,例如宗旨目标条款、技术转让条款、权利利用尽问题、软性合作专节等。这些呈现发展导向的积极内容值得保持。当前可参照欧盟文本,继续加强内容编排的规律性,同时借鉴美国文本的高度稳定性,结合自身国情形成中国的文本范式,条件成熟时更可起草相关范本以加强谈判主导权。

## 五 结 语

当前世贸组织多哈回合持续停滞,TRIPS 修订工作几无成效,世界知识产权组织主持制定知识产权公约的进程又相对缓慢,国际知识产权规则发展最迅猛的领域已然转向自贸协定。中韩、中瑞、中澳自贸协定文本表明,区域知识产权议题已经突出地摆在中国面前,不宜再简单回避。面对美国推行的“规则制华”,作为发展中大国的中国在新时期应有提升知识产权软实力、争取更多规则话语权的时代意识。这也是推动“一带一路”战略

[39] 2008年成立的中国互联网协会调解中心、2010年成立的北京中关村知识产权纠纷诉前调解中心等民间调解机构,在知识产权纠纷中可以发挥有效的争端解决作用。我国可以在自贸协定软性合作条款中加强对这方面的重视。

[40] 典型者是美欧要求将知识产权边境措施的适用范围扩大到自贸园区的货物仓储阶段以及过境中转货物,对此中国学者多持反对意见,例见杨鸿:《贸易区域化中知识产权边境执法措施新问题及其应对》,载《环球法律评论》2016年第1期,第174-175、180-181页。

的客观需要。

这一工作可以概括为“变与不变”。变者,即前述缔约对手和自身条件的变化,以及新技术条件下全球知识产权规则大环境的变化;不变者,即中国作为发展中国家的基本定位的不变,以及反对为保护而保护、坚持保护目标是促进经济福利与社会进步的大立场的不变。当前,中国应在立足国内知识产权制度稳定性的基础上,合理接受对手诉求,进而对条文进行系统梳理,促进自贸协定知识产权章的结构合理化和条文科学化,形成较为稳定的发展导向的范式,从而渐进把握国际知识产权规则主导权。

[本文为中国博士后科学基金第 59 批面上资助项目“中国自由贸易协定知识产权规则体系化研究”(2016M592632)的研究成果。]

---

---

[**Abstract**] China's interest in regional intellectual property issue in the past was relatively low, and the relevant texts served only as a general passive symbol. In recent years, however, China has departed from this attitude by incorporating many rigid binding clauses and even TRIPS-plus clauses into the intellectual property chapter of free trade agreements, which indicates that, with the change of contracting parties and its own national conditions in the new era, China's attitude towards this issue also begins to change. But compared with similar texts of the U. S. and the EU, the Chinese texts have such problems as confusion of structure sequencing, inconsistency of important clauses and vagueness of phrase meanings. Therefore it is urgent for China to promote the systemization of these texts and integrate them into a stable paradigm that includes both hard and soft clauses and adheres to the development orientation. This paradigm should focus on national demand and acceptability, emphasize the institutional coherence of each FTA, and reflect China's offensive points of IPR interests. Given that free trade agreements have become the most active arena of international economic and trade legislation, this work will help China to demonstrate the rule-modeling effect of a developing power, and gradually become a rule-dominant power.

---

---

(责任编辑:廖 凡)