学术专论

世界贸易组织与中国知识产权法

郑成思

在 1999 年 11 月之前，中国知识产权保护（主要指执法）如何发展的问题，主要与数字技术（尤其是互联网络）的应用有关。因为，尚不打算与解决数字技术环境下知识产权保护新发展（如 1996 年 WIPO 的两个条约）接轨的中国权利人及司法机关，遇上了已经与数字技术环境下出现的侵权新方式接轨的侵权活动。例如，在版权与商标保护方面，对实际结果如同盗版与假冒（甚至比传统盗版与假冒更容易、对权利人危害也更大）的“违法”活动，司法机关很难找到“违”了哪一条法。

于是，数字技术的应用，明显地推动着中国的知识产权研究、立法与司法。

自 1999 年 11 月以来，另一个因素有可能取代这一主要影响，或与数字技术的应用一道，从另一角度对中国知识产权法的发展共同构成主要影响。那就是中国将加入世界贸易组织这一事实。

世界贸易组织及其前身 GATT 在国际法领域中是十分特殊的。例如，在世界贸易组织成立之前，所有世界性知识产权公约都只允

需要全本请访问 www.ertongbook.com

许以国家为主体参加，而世界贸易组织的知识产权协议（Trips 协议）则允许作为非国家主体的“特别关税区”参加。原有的实体性知识产权公约都仅仅对成员国的实体法提出要求， Trips 协议则除了实体法之外，还对执法内容乃至执法程序提出了要求。

由于这种特殊性，我们不能不在这里先讲一讲有关国际公法与国际私法的几个基本问题。

国际公法亦即人们所称的国际法，只有它才以国家间的关系为主要调整对象、才在两个以上国家发生法律效力。国际私法实质是国内法，不属于国际法所包括的内容。它主要涉及涉外民事诉讼程序问题，它不可能在两个以上国家发生效力。由于冠以“国际”二字，又由于“涉外”，故常常被误认为真的属于“国际”法。当然，目的在于统一国家间涉外民事诉讼的某些程序的国际私法公约，则又属于国际法了，因为它的调整对象是国家。

世界贸易组织既有对成员国实体法方面的最低要求，又有对成员国诉讼法方面的要求，此外还有对非国家主体的“特别关税区”这两方面的要求。

虽然早自 20 世纪 90 年代初，中国知识产权法的制定及修订，或多或少参考了世贸组织成立前后的《与贸易有关的知识产权协议》（Trips），但在当时，达到 Trips 的最低要求，并非中国应尽的义务。现在，这却成了中国实实在在的应当履行的国际义务。中国的知识产权保护与 Trips 最低要求是否有差距，如果有，有多大差距，是否需要缩小差距，怎样缩小有关差距，等等，成为中国知识产权立法研究与执法研究中不能不考虑的问题。

当下一轮 WTO 谈判将把“电子商务”纳入世贸组织协定、将把“电子商务中的知识产权保护”纳入 Trips 之后，数字技术与 Trips 协议，就必然共同成为影响中国知识产权保护的主要因素。在起草 Trips 协议时，人们的共识是：“与贸易有关”中所说的“贸易”，也包括冒牌货的“贸易”；从知识产权保护角度看，还应当重

点关注这种“贸易”。同样，与电子商务有关的知识产权保护，也包括假冒他人注册商标推销产品或直销盗版的文化、信息产品的“电子商务”。从这点来看，在将来，即下一轮 WTO 谈判的结果开始实施之后，数字技术与世贸组织的规则，不可能不结合在一起，影响中国的知识产权制度。

一、中国知识产权保护前景的两种选择

1. 第一种选择。中国知识产权保护与 Trips 协议之间的差距是显而易见的。在工业产权领域，部分专利权与全部商标权的“确权”，不应由行政主管部门作终局裁决；在版权领域，权利限制不应与作品的正常使用相冲突；在商业秘密领域，合格的受保护信息并无“实用性”要求；等等，都是 Trips 明文规定的，也均属于人们经常议论的‘差距’。

虽然有差距，但早在 1995 年，中国对外经贸部参加“人世谈判”的人员曾声明：中国即使不修订其现有的知识产权法，也能够符合世界贸易组织的最低要求。这话又并不错。原因在于中国的《民法通则》把知识产权包括在了民法的大范围内，而《民法通则》、《民事诉讼法》等法律在民事法律的适用或涉外民事特别条款中，都规定：“国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”[1]

尽管学术界对于中国的执法机关能否直接适用国际条约来判案尚有争议，中国司法部门在实践中已经直接引用国际条约的条文作出过判决。[2]

所以，中国加入世贸组织后，即使不修订现有的知识产权法，也未必会如世贸组织成员国印度及印度尼西亚那样，被其他成员国

〔1〕参见《民法通则》第 143 条，《民事诉讼法》第 238 条，等等。

〔2〕参见《中华人民共和国最高法院公报》1996年第 4 期，第 138 页。

指为“违约”而诉到知识产权协议理事会，只要中国执法部门在处理涉外知识产权纠纷中，把 Trips 协议的最低要求直接作为国内法的一部分适用于执法。这可以是中国使其知识产权法与世界贸易组织的 Trips 自动接轨的一种选择。事实上，根据世贸组织知识产权部负责人欧登的统计，到 1999 年 7 月为止，当时的 130 多个世贸组织成员中，只有 35 个成员的国内法完全符合了 Trips 的要求（亦即近百个国家不符合要求）。[3] 而当时 Trips 理事会受理的投诉案却只有 15 件。[4] 我想，在那些“未达标”的近百成员中，就不乏直接将 Trips 视为处理涉外纠纷的国内法的成员国，因此才未引起更多投诉。

2. 第一种选择将遇到的主要问题与第二种选择。不过，对中国来讲，不修订现有知识产权法而直接援引 Trips，在有些场合会面对其他成员国均不会面临的难题。这个难题既是由世贸组织协定中“国民待遇”与“最惠待遇”双重原则的特殊结合决定的，也是由 Trips 与世界知识产权组织所辖多边国际条约的特殊关系决定的。

“国民待遇”与“最惠待遇”原则虽适用于世贸组织的一切成员，但只有中国才与几个非“国家”成员有直接关系。这也是我 1994 年首次把 Trips 译成中文时，使用“最惠待遇”，而不用“最惠国待遇”的主要原因。

由于世贸组织成立之前的“关贸总协定”，并不过问知识产权国际保护问题，与知识产权相关的公约，当时绝大多数都由联合国世界知识产权组织（WIPO）去管理。世贸组织把“知识产权”与“货物买卖”、“服务贸易”并列，作为该组织的三大支柱之后，就有必要将 Trips 与世界知识产权组织所辖条约的关系搞清楚。

Trips 协议明确了它与世界知识产权组织的四个含有知识产权

〔3〕 参见 Otten 在 1999 年 ATRIP 年会上的讲话稿第 1 页第 2段（ATRIP/GVA/25
〔4〕 同上注，ATRIP/GVA/25 第 11～12 页。

保护实体法要求的主要条约的关系。这四个条约是：《保护工业产权巴黎公约》、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《保护表演者、录音制品制作者与广播组织罗马公约》、《保护集成电路知识产权华盛顿条约》。

Trips 第 2 条及第 9 条中，规定了它与这四个公约关系的原则，即世贸组织的成员“均应符合巴黎公约 1967 年文本第 1 条至第 12 条及第 19 条之规定”；“均不得有损于成员之间依照巴黎公约、伯尔尼公约、罗马公约及集成电路知识产权条约已经承担的现有义务”；“全体成员均应遵守伯尔尼公约 1971 年文本第 1 条至第 21 条及公约附录”（但伯尔尼公约中有关保护作者精神权利的规定除外）。

这就是说，在涉及（包含工业产权、版权等在内的）全部知识产权保护时，世贸组织成员若已经参加了四个公约，则必须继续承担其公约义务。在涉及版权保护时，无论世贸组织成员是否参加了伯尔尼公约，均须依照 Trips 的规定遵守伯尔尼公约实体法条款。此外，Trips 在第 14 条、第 16 条、第 35 条等条款中，也规定了无论世贸组织成员原先是否参加了罗马公约、巴黎公约或华盛顿条约，也均须依照 Trips 的要求，遵守这几个公约的相关规定。

Trips 在第 1 条第 2 款，又专门对该协议有关“国民”的特指含义，作了一个注解。这就是该协议的注 1 所解释的“所谓‘国民’，包括独立税区的“居民”。这条注解，对我国有特别重要的意义。因为，即将进入世贸的台湾地区，不是上述四个国际公约中任何一个公约的“成员”。而香港、澳门地区，尚可以由其原先的殖民地宗主国参加公约后沿用至该地。所以，海峡两岸均成为世界贸易组织的成员之后，将都要适用世界贸易组织的知识产权协议。在两岸贸易中，给彼岸的居民以与此岸居民相同的待遇，又不用“国民”一语，有利于两岸离开政治敏感问题而发展贸易交往和互相保护知识产权。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

此外，知识产权协议在其注 2 中，在“ 国民待遇 ”的标准方面，专门强调了对巴黎公约来讲，要符合其 1967 年斯德哥尔摩文本；对伯尔尼公约来讲，要符合其 1971 年巴黎文本。

Trips 协议的第 4 条，是“ 最惠待遇 ”条款。最惠待遇条款包含两方面内容。一方面是：在知识产权保护上，一个国家或地区成员给予任何另一个成员的利益、优惠、特权、豁免，均必须立即无条件地给予所有其他成员。另一方面是：在四种特例下，可以不实行最惠待遇原则。这实际上又是对最惠待遇的修正与限制。

既制定了大量国际贸易中的规范条款，又辅之以大量的修正及限制，是当年关贸总协定的一大特点。早在关贸总协定中的知识产权协议形成之前多年，关贸总协定总则第 1 条的“ 无条件最惠待遇 ”原则，就受到“ 历史特惠安排 ”、“ 关税同盟及自由贸易区 ”、“ 授权条款 ”等例外的限制，实际上成为“ 有条件的最惠待遇 ”。所以，想要通过“ 入关 ”而一劳永逸地解决同某一个或几个国家的贸易谈判问题，往往是不切实际的。

具体讲到在知识产权保护上的最惠待遇，中国与外国或世界贸易组织的成员地区之间，不会发生大的障碍。从中国方面看，在公约之外给予个别缔约方的特别保护，莫过于 1992 年分别与美、日及欧盟签订的知识产权谅解备忘录中的有关承诺了。而这些特别保护，许多外国及地区在与美知识产权谈判中也几乎都已接受。甚至（在有关外国与美国的协议中）还多了一项保护享有版权制品的“ 进口权 ”,即控制‘ 平行进口 ’的权利。

对中国来讲，可能产生问题的倒是原在公约保护范围之内、但又在中国知识产权法保护之外的一些特例，有可能必须适用于对大陆外地区居民的或外国人权利的保护了。例如，对中国大陆作品来讲，按《著作权法》第 52 条，实用艺术作品一大部分不享有版权。而按照 1992 年 9 月的《实施国际著作权条约的规定》，享有公约保护的外国作者、中外合资或外资企业的作者，其实用艺术作品则享

有 25 年保护。这些“外”国，大都是世贸组织成员国。因此，台湾居民在台湾地区“加入世贸”之后，完全可能依照 Trips 协议中的最惠待遇原则，要求如其他成员的作者一样，享有对其实用艺术作品的保护。

这种原先存在的国内外在版权保护上差别待遇的例子还不少。如计算机软件的登记程序问题、《著作权法》第 43 条广电部门的免费使用等。在两岸“加入世贸”之前，大陆把台湾地区作者视为本国国民而不保护其实用艺术作品，要求其软件先登记后诉讼、免费使用其音乐作品等，如果还说得通的话，在两岸分别加入世贸之后，把台湾地区作者作为另一缔约方的居民而如此对待，就说不通了。这样一来，我们就可能将面对至少三部分享有高于国民待遇的本国国民，即世贸成员香港居民、世贸成员澳门居民、世贸成员台湾居民。解决这一困难局面的惟一可行途径，似乎应当是修改中国的著作权法，使之与伯尔尼公约全面地处在同一水平，以改变现行版权保护的内外差别待遇。

至于知识产权协议中所规定的对最惠待遇的修正与限制，亦即在四种情况下，可不实行最惠待遇原则的规定，均包含在 Trips 协议第 4 条（a） 到（d）项中。

其中第一种情况，即已经签订的司法协助双边或多边国际协议（并非专针对知识产权保护而签订的这类协议），如果产生出什么优惠来，可以不适用到其他成员国家或地区。到目前为止，中国至少已经参加了 1965 年的《海牙送达公约》、1958 年的《纽约仲裁公约》，又至少与法国、比利时、西班牙、泰国、蒙古等许多国家签订了“民商事司法协助双边协定”。中国与现有的世贸“成员地区”之间，目前至少与香港特区之间就仲裁裁决的执行，有了类似的协定。

第二种及第三种情况，是按伯尔尼公约与保护邻接权罗马公约中的选择性条款而在某些国家之间所特有的保护（即带一定互惠性

质的保护）。同时，知识产权协议中未列入的一部分表演者、录制者的权利及广播组织权，即使承认这些权利的成员之间互相予以保护，也可以不延用到未加保护的其他成员。例如，表演者的精神权利、表演者具体的经济权利（请注意，罗马公约及 Trips 协议中表演者的经济权利可以说是“不具体”的，它们只提供使表演者防止某些行为的“可能性”），中国大陆著作权法中有，台湾地区“著作权法”中也有。但中国大陆法中有的广播组织权，台湾地区则没有。这样一来，如果中国给德国或西班牙等国广播组织某些经济权利以互惠保护，则台湾地区未必能依“最惠待遇”原则要求同样的保护。

第四种情况，即 Trips 协议 1995 年生效之前，一成员已经与另一成员特别签订的协定中产生出的优惠或特权，可以不对其他成员适用。例如，早在 1992 年中国与美国，其他一些成员国或成员地区与美国，分别都签订了知识产权保护协议。墨西哥、中国台湾等与美国之间至少都承认一项版权的“进口权”。如果中国加入世界贸易组织，并接受 Trips 协议约束后，大陆地区作者也未必能依据知识产权协议的最惠待遇原则，要求在台湾地区享有版权项下的“进口权”（但大陆专利权人届时如果有可能在台湾地区获专利，则显然可以依最惠待遇原则在台湾地区享有专利权项下的“进口权”）。

Trips 协议中规定的最惠待遇（以及国民待遇）还有一个例外。这就是协议第 5 条中指出的：凡参加了世界知识产权组织主持的、含有获得及维护知识产权程序公约的成员，没有义务向未参加这类公约的成员提供这些公约产生的、程序上的优惠待遇。例如，中国作为微生物备案布达佩斯条约的参加国，可以强制性要求台湾地区发明人提交活微生物标本，而不能只提交他在某个国际交存标本机构已交存活标本的证明书，否则驳回其申请案。而对于布达佩斯条约的参加国国民，则仅仅要求提交证明书就足够了。

换句话说，也就是 Trips 协议只要求成员们去履行四个已有公约（巴黎、伯尔尼、罗马及集成电路公约）中实体条文规定的义务，不论该成员是否参加了这四个公约；而对于这四个公约之外的已有公约，尤其是程序性公约，未参加公约的成员，不能凭借世贸组织的 Trips 协议，要求参加公约的成员对其尽义务。

明确了“最惠待遇”及其可排除的例外之后，我们就可以进一步来探讨那些不能作为例外的情况，即作为成员的中国必须给权利人以“最惠待遇”范围内保护的情况。

由于“关贸总协定”发展到世贸组织之后，“特别关税区”只剩下了港、澳、台这三个地区，它们又分别都是中国的一部分。如果中国现有知识产权法某些地方与 Trips 有差距，那么达不到 Trips 最低要求的那部分，在适用于对中国大陆居民的知识产权给予保护时，尚可仅仅按照国内现有法条行事，而在适用于对外国国民知识产权的保护时，就必须直接援引 Trips，以弥补这些差距。那么，对港、澳、台地区居民知识产权，应当如何保护呢？依照 Trips 的规定，只要中国对任何外国国民的知识产权保护上曾直接适用过 Trips（或适用过从 Trips “转致”的伯尔尼公约、巴黎公约等），就必须对港、澳、台地区居民也直接适用 Trips（或伯尔尼公约、巴黎公约等）。否则，该有关特别关税区，就有权向 Trips 理事会投诉中国违反了 Trips 的最惠待遇原则。

这样看来，由于进入了世贸组织，不仅中国知识产权法与 Trips 的差距难以保留下去，就连过去遗留下来的与伯尔尼公约等四个有关公约在实体法上的差距，也难继续保留了。

除此之外，在中国现有民法、民事诉讼法领域，所有法律中的涉外条款，均有一个共同的漏洞，它们只说了国内法与国际公约“不同”时，以公约为准，却没有讲如果国内法根本没有规定，而

国际公约有规定时，应如何处理。〔5〕Trips 中明文要求保护的集成电路布图设计、地理标记等，均在中国现有知识产权法中是空白。如果中国的立法或司法解释不将“国内法没有、国际公约有”的情况也解释为等同于“不同规定”，那么靠直接适用 Trips 就会发生困难了。但若真的想要作出这种解释，又至少会遇到逻辑上的障碍。因为现有国内法条文均讲法律“有”不同规定时适用国际条约，排除了国内法“没有”规定而可以适用国际条约的情况。

所以，较好的选择还是修订现有知识产权法、增加属于空白的领域。

二、Trips 中有关不同类型知识产权保护的共有特殊问题及中国法律的修订

1. “权利穷竭”、“平行进口”与专利“进口权”问题。Trips 协议第 6 条谈到了知识产权的权利穷竭问题（也有人翻译为“权利一次用尽”）。对这个问题，不同国家的法律规定很不相同。例如德国的版权法规定：如果版权人本人，或经版权人同意，将有关作品的复制本投入市场，这一批复制本随后怎样发行，怎样分售等等，权利人都无权再过问。这也就是说，该权利人所享有的版权中的“发行权”在他行使了一次之后，就不能再行使了，这项权利“穷竭”了，或者说“用尽”了。而在法国、比利时等国，经权利人许可投入市场的复制品，该权利人一直有权控制到“最终使用者”这一层。也就是说在这些国家，版权中的权利永远不会“穷竭”。而对专利权穷竭的问题，多数国家的规定比较一致。正像我国专利法所规定的那样，专利权人许可制造的专利产品售出之后，其他人无需再经过许可就有权使用或者再销售该产品。

在商标领域，情况也大致相同。该原则指的是：经商标权人许

〔5〕值得研究的是：《民法通则》中说了国内法与国际条约“均无规定”时怎么办，反倒把国内法无规定而公约有规定的情况跳过去了。

可而将其有效注册商标附贴在商品上，有关商品的进一步转销、分销，乃至分销时分包装（分包装时改变了商品的质量的除外），如再加附同样商标，均无须再次获得许可。

这条原则，在承认它的国家的法律或司法实践中，本来是清清楚楚的，但由于在国际贸易的大环境下，有的国家认为：许可在一国发行，权利人的发行权并不会在另一国“穷竭”；有的国家则认为：只要权利人已许可发行，则不论在任何国家，他均不应再行使其发行权了（亦即主张“国际穷竭”原则）；当然，还由于法国等国家根本就不承认这一原则，所以，Trips 协议在第 6 条中，不允许成员国或成员地区在解决它们之间的争端时，用本协议中的条款去支持或否定权利穷竭问题，以免本来差距就很大的各成员立法，在有关争端中产生更多的矛盾。但如果某个国家的法律对本国国民不适用“国际穷竭”原则，那么它对外国国民也不能适用该原则，即不允许“差别待遇”。

如果一个国家承认“权利穷竭”原则，就等于在立法或（和）执法中，对权利人的知识产权增加了一条“权利限制”。但无论增加什么样的权利限制，都以不剥夺权利人起码的专有权为限。这种对权利限制又附加的“限制”，就版权领域而言，在伯尔尼公约中，在 Trips 中，均有明文规定。

无论国际条约还是外国法、中国法，在承认“权利穷竭”原则时，均有一个不可缺少的前提：须经过权利人许可。未经权利人许可的任何使用，都不会导致权利穷竭，否则，知识产权保护制度就失去了意义。以未经许可为基础去“研究”、“讨论”权利穷竭问题，其结论均只能离题越来越远。就是说，“权利穷竭”原则在任何国家均仅仅适用于合法制作的制品或复制品。至于非法制作的制品（如盗版制品冒牌产品等），不存在“权利穷竭”问题，权利人有权追究任何一个环节的发行人。

商标权的情况与专利权及版权有所不同。因为商标是把一企业

需要全本请访问 www.ertongbook.com

与他企业的产品区分开的标志，无论用在哪一个国家，均不应改变，否则会使消费者对同一来源的商品产生“不同来源”的误解，不利于市场安定，也不利于商标权利人。这与商标权的地域性并不冲突。澳大利亚 1986 年由新南威尔士最高法院作出的一则判例，对这个问题曾作过精辟的分析。 1994 年 6 月欧共体的欧洲法院曾就 Ideal Standard 一案作出过一项裁决，其中认为：无经济联系的境外同一商标的所有人向境内进口带有该商标的产品，境内有关的商标所有人有权禁止；而境外的进口人如系境内商标权人的“被许可人”，则说明二者之间有经济联系，此时境内所有人即无权禁止。这一案例说明：即使在商标权领域承认权利穷竭的地域性，与专利领域也是有极大不同的。〔6〕

当然，欧洲法院 1996 年裁决 Silhouette 一案时，对《共同体商标立法一号指令》中“商标专有权”权利范围作出的解释，已使商标权人有权禁止任何从欧盟之外向欧盟国家从事的与商标有关的“平行进口”，从而否认了商标权“国际穷竭”原则，肯定了商标穷竭的地域性原则。〔7〕即使如此，这一解释并未能阻止欧盟成员国仍旧坚持商标权“国际穷竭”。本来，欧洲法院的裁决中的解释，是欧盟国家法院在处理相同案件时不能违背的。但英国高等法院的雷迪（Laddie）法官，却在 1999 年 5 月对 Davidoff 一案进行判决时，绕开了欧洲法院在 Silhouette 一案中所作的解释，判定被告“平行进口”带 Cool Water 商标的商品，并不构成侵害原告（Cool Water 商标所有人）的商标权。因为原告在许可销售时，并未声明地域限制，故其商标权已经在国际范围一次用尽了。〔8〕

即使在本无争议的专利领域，日本最高法院 1997 年维持的东

〔6〕 欧洲法院案参看 3CML－R857（European Court of Justice 22, June, 1994）。
〔7〕 参见 International Trade Law Review，伦敦版，1999 年第 1 期，第 11～13 页。
〔8〕 参见 E.T.M.R 1999 年第 9 期，第 700～727 页。

京高等法院对 BBS 一案的判决，也挑起了新的争议。该判决认定：专利权人享有的“进口权”，未必能够禁止“平行进口”。只要专利权人原先没有在与被许可人的协议中，规定必须在有关专利产品上注明“禁止向日本进口”之类标示，则他就无权禁止有关产品进入日本，原因也是其销售权在经其许可之后，一次用尽了。发展中国家的许多学者（例如，印度知识产权法学家维尔玛教授）认为这一判决是合理的。〔9〕

日本的判决与维尔玛的评论，在 Trips 协议中均能找到依据。Trips 协议在第 28 条肯定了专利权人享有“进口权”的同时，在脚注中却又对该项“专有权”作了“权利穷竭”的限制。〔10〕就是说，专利“进口权”与专利权人享有的专有权（如使用权、制造权等）性质不同，它是一项在授权同时就受到权利限制的专有权。

在版权领域，承认“国际穷竭”原则的国家越来越多。大洋洲的两个主要国家澳大利亚与新西兰，早在 90 年代初就在一系列法院判决中认定了这一原则。欧洲国家，如瑞士，在其 1998 年的“任天堂游戏程序”一案中，也认定了“国际穷竭”原则。〔11〕值得注意的是：瑞士法院认定版权“国际穷竭”原则的理由，几乎与日本法院认定专利权“国际穷竭”的理由完全一样，即“平行进口”有利于消费者，应在保护知识产权的同时，注意到社会公众利益。

就连向来不承认“国际穷竭”原则的美国，其最高法院在 1998 年 3 月的 Quality King 一案的判决中，也认为至少在“出口转内销”的“平行进口”中，应适用“国际穷竭”原则。〔12〕

实际上，明确地在立法中禁止版权产品“平行进口”（亦即不

〔9〕 参见 IIC 1998 年第 5 期，第 541～543 页。

〔10〕 参见 Trips 注 6：“这项权利，如同依照本协议享有的有关商品使用、销售、进口或其他发行权利一样，均适用上文第 6 条。”

〔11〕 参见 EIPR 1999 年第 7 期，第 373 页。

〔12〕 参见 NO.96－1470，1998 u.s.Lexis 1606（Mar.9.1998）。

承认版权“国际穷竭”）的国家或地区，只是少数。其中香港是这些“少数”中的一个典型。香港特区法虽然不禁止与商标有关的“平行进口”，却对版权产品的平行进口加以民事制裁与刑事制裁双重禁止。

不过，任何对版权产品“平行进口”予以禁止的现有法律，都可能在很大范围内很快失去实际意义。因为大部分版权产品，可以通过“服务”的方式或“直接电子商务”的方式，经国际互联网络从一国向另一国“进口”。而这是任何禁止“平行进口”的法律及边境措施所阻止不了的。可见，“现代”立法如果根本不考虑新技术的影响，从任何角度都可能产生漏洞。

中国在“亚洲金融危机”的几年中，由于人民币坚挺，而一度成为相对（与部分邻国相对）的高价位市场。那时“平行进口”问题也一度烦扰过中国知识产权权利人及独占被许可人。于是有的执法机关认为中国应在立法中否定“国际穷竭”原则，全面禁止平行进口。但是，从对 Trips 协议综合研究的结果看，从国际上的发展趋势看，从中国长时间内基本上仍旧只可能是低价位市场的实际看，我认为不宜过早在立法中禁止“平行进口”。对个别既违反公平竞争、又无益于公众的进口活动，未必以知识产权法去约束。有关意见的更详细阐述，已另发表过文章，〔13〕其中提到了与上文提到的雷迪法官类似的观点。“平行进口”虽然并不全是合同问题，但依《合同法》予以辅助解决，不失为一条可取的途径。

在立法与修法过程中，切忌就事论事地受一时一地具体案件的干扰而偏离正确方向。而要做到这一点，研究有关国际条约的相关内容、跟踪国际相关领域的发展趋势，是十分必要的。Trips 之所以只对专利规定了“进口权”，而且还使之受到成员国可能适用的“权利穷竭”的限制，是有其道理的。在条约允许我们放宽之处，

〔13〕参见《中国专利与商标》，1999年第 3 期、第 4 期。

我们作为发展中国家如果保护得比一些发展国家更严，历史可能会回过头来告诉我们：这是一种失策。

2.“即发侵权”与“无过错责任”、“侵权四要件”。Trips 协议并无条文直接规定侵害知识产权的归责原则。但协议中却有条款明确规定了在哪些特殊场合，“有过错”方才负侵权责任或无过错就不负侵权责任。较典型的，一是第 37 条第 1 款，即有关对集成电路知识产权保护的条文；二是第 44 条第 1 款，即对进口、购买或订购侵权物品的情况所作的规定。

从逻辑上讲，如果 Trips 主张认定侵权的总原则是“过错责任”（即有过错方负侵权责任），那就完全没有必要再专门在有限的几处点出无过错则不负侵权责任（如第 37 条、第 44 条那样）。既然有专门点出过错责任的条款，就应推断凡未点出之处，均暗示着“无过错责任”（即只看侵权事实、不看行为人的主观状态）。例如，无论从 Trips 第 11 条增设的版权保护、第 16 条第 1 款、第 3 款两款强调的商标保护、第 28 条开列的专利权排他范围，均得不出“有过错方构成侵权”的结论。

但由于对知识产权领域的侵权归责问题，在中国一直有争议，上述推论就很难被一部分人所接受了。

中国民法理论界过去一直从解释《民法通则》第 106 条出发，基本无争议地在知识产权领域适用着过错责任原则。只是从 1996 年底开始，理论界对这种解释才真正提出质疑并展开了广泛的讨论。应当明确指出的是：知识产权领域的“无过错责任”论者，从来没有坚持过在知识产权领域要全面适用“无过错责任”。对于“在线服务公司”这种新服务提供者、对于在某些侵权活动中被追加的第三者、共同被告或间接侵权人，“无过错责任”论者依旧认为他们只应负过错责任。而“过错责任”论者，则始终认为一切知识产权的侵权，均只有具备“过错”方可构成，只存在“过错责任”。因为这是从传统民法理论的所谓“侵权四要件”顺理成章地

推出的。这种传统理论认为，除《民法通则》中点出的几条例外之外，一切行为若被认定为侵权，必须具备四个条件：加害行为的违法性；侵权事实；行为人的主观过错；实际损害（也有的著述表述为“加害行为与所造成损害之间的因果关系”）。

在 1996 年至 1998 年，亦即讨论的开始阶段，“过错责任”论者一直坚持上述传统理论，即只有四要件具备，才构成侵害知识产权。不过在讨论过程中，一部分人渐渐看到了以“侵权四要件”来认定侵权，在实践中多有说不通之处。于是有人提出了“认定侵权无须看有无主观过错；判定是否承担侵权责任，要看有无主观过错”。以这种方式解释“过错责任”，比传统的“侵权构成四要件”理论在知识产权执法实践中应当说是进了一大步，也显得更可行一些，但在逻辑上仍有值得研究之处。因为，这种解释，等于说相当一部分被认定为侵权的侵权人，并无侵权责任可负，这在逻辑上似有不通。

实际上，这种解释是以侵权中的“赔偿责任”代替了侵权责任的全部。侵权责任决不仅仅包含赔偿责任。被侵害人到司法机关诉侵权人，也决不仅仅要求损害赔偿。他们会首先要求司法机关认定自己是权利所有人，要求对方停止侵害活动（例如中止生产或查封其生产线等等），封存或没收、销毁其侵权产品及直接用于侵权活动的物品，然后才是要求损害赔偿。有的原告，甚至只要求停止生产、查封生产线及销毁侵权物就够了。可见在权利人看来，侵权人应负的侵权责任，不仅仅是赔偿，而且首要的并不一定是赔偿（当然，“赔偿”对多数权利人又并不是可有可无的）。认为侵权责任仅仅是赔偿责任，有以偏概全之嫌。而且，在诉讼中，侵权人往往是将“物上请求”（认定权利归属、停止侵权等）与“债权请求”（即损害赔偿）一并提出的。如果司法人员在处理案件时仅仅把注意力放在“债权请求”上，仅仅要侵权人相应负赔偿责任，就是“舍源逐流”或“舍本逐末”了。那就会事实上不可能真正制裁侵权，也

不可能制止侵权活动的继续。

Trips 协议的“执法”部分，对损害赔偿的具体规定并不多，大量条款却对停止侵权生产、停止侵权销售活动、销毁冒牌及盗版产品等，作了相当具体的规定。它要求各成员着眼的“侵权责任”重点在何处，也是不言而喻的。

中国过去的立法中，也并非没有“赔偿”之外的、无过错者应负的侵权责任的概念，例如《计算机软件保护条例》第 32 条第一段第二句话即：无过错的持有者，必须销毁（自己花钱买来的）软件。虽然可能只有一件，非常微不足道，但毕竟是要求持有者负侵权责任的一种方式。

至于传统民法理论所称一切侵权的认定均须以已经造成的实际损害为条件，“无损害即无责任”〔14〕等，这些适用到知识产权领域，麻烦就更大了。在多数国家似未见到采用这一要件的知识产权立法。在中国，若适用这一条件，现有的专利法、商标法、著作权法恐怕都要重新起草。例如，专利法中规定专利权人享有“制造权”这一条，在多数场合就无法适用“实际损害”这一要件。未经许可的制造者如果仅仅处于制造他人专利产品这个阶段，而尚未推向市场，即未出售（也就是尚未侵犯到专利权人的“销售权”），则在大多数场合不可能对专利权人造成什么实际损害。按照过错责任的这一构成条件的要求，专利法中的使用权与销售权是必要的，“制造权”则是无意义的了。因为权利人若无法证明他人的制造行为给自己带来了什么样的“实际损失”，他告对方行为“侵权”就不能成立。

1999 年北京法院真的碰上了这样一个实践与传统民法“理论”冲突的案子。一个非商标权人的库房里存放了上百个带有商标权人商标瓶贴的酒瓶（商标标识是真的，不是非法印制的），商标权人

〔14〕 参见《中国侵权行为法》，中国社会科学出版社 1998 年版，第 92 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com