



上海政法学院学术文库

总主编 金国华

国际知识产权制度： 冲突、融合与反思

曹阳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



上海政法学院学术文库

总主编 金国华

国际知识产权制度： 冲突、融合与反思

曹阳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际知识产权制度:冲突、融合与反思 / 曹阳著.
—北京:法律出版社,2011.5
(上海政法学院学术文库)
ISBN 978-7-5118-1975-8

I. ①国… II. ①曹… III. ①知识产权制度—国际法
—研究 IV. ①D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 050307 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/彭 雨

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律出版社上海出版中心
经销/新华书店
责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16
版本/2011 年 5 月第 1 版

印张/17.25 字数/248 千
印次/2011 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779
咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1975-8

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《上海政法学院学术文库》编审委员会

主 任	金国华
副主任	阎 立 倪正茂
秘书长	何平立
委 员	(以姓氏笔画为序)
	王明华 王 蔚 刘 强 关保英
	汤啸天 杨 寅 吴益民 何平立
	张森年 金国华 倪正茂 章友德
	阎 立

《上海政法学院学术文库》总序

中华民族具有悠久的学术文化传统,两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善”。其意即蕴涵着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道:“博学之、慎思之、审问之、明辨之、笃行之”,则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此,从对世界历史进程的审视与洞察,社会发展、科学昌明、思想进步,从来离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一种不可或缺的重要力量,而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力,是一所现代大学的重要标志。因此,一个大学的学术氛围,不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态,而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言,大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量,它态度自由中立,传授普遍知识,描绘理智疆域,但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会;高等教育发展的核心是学术和人才。因此,大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地,在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学,学院注重内涵建设和综合协调发展,现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训,这既是学校办学理念集中的体现,也是上政学术精神的象征。这一校训,不仅大力倡导复合型人才培养,注重充分发挥个性特色与自我价值实现,提供自由选择学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进,而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力于对富

有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批判,探求科学与人文的交融与整合。《上海政法学院学术文库》正是在这一精神理念引领下出版问世的。

《上海政法学院学术文库》的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代大家云:“一代文章万古稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信《上海政法学院学术文库》的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信《上海政法学院学术文库》将凝聚上政人的思想智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿《上海政法学院学术文库》精神,薪火传承、代代相继!

金国华

(上海政法学院院长)

2006年9月10日于求实楼

序言一

知识产权制度自诞生以来,其跨国利用与保护的相关制度一直是各方博弈的重点。在国际知识产权制度建设的持续博弈中,鲜见发展中国家的话语权,不论是早期的《巴黎公约》、《伯尔尼公约》,还是当下的《知识产权协议》,都是在西方国家主导下订立的,其无疑是西方中心主义的范式。

在现今知识产权日益成为国家发展的战略性资源和综合国力竞争的核心要素下,从多维视角分析国际知识产权制度与体系对发展中国家的影响,改变知识产权国际制度建设中的西方中心主义倾向,构建更加具有国际正义的知识产权制度,无疑应是当今国际知识产权研究的重要方向。数年前,本人曾主编《知识产权国际保护制度研究》一书,专门探讨了东西方国家对知识产权公约的国内立法转化与实施状况,从中抽象出不同经济、文化和社会发展水平的国家在知识产权国际保护中的应对策略,以期对知识产权制度一体化中的中国立法提供有益的思想资料。

笔者十分高兴地看到,曹阳博士的著作《国际知识产权制度:冲突、融合与反思》,以法学、社会学与国际关系理论为工具,对国际知识产权制度建设中的博弈与合作、冲突与融合作了深入而系统的论述。作者从国际关系学的角度阐释国际知识产权制度的发展与变革,为我们提供了一个观察国际知识产权体系的迥异视角,同时,作者主张以公有领域概念构建新型国际知识产权体系,提出了权利范式向公有领域范式的构想,具有理论创新意义和制度创新价值。值得关注的是,该书不仅描述了国际知识产权制度的总体变革,同时还以美国、欧盟以及伊斯兰国家为例,分析了国际制度与国别制度之间的互动与影响。这使得本选题的研究做到了理论与实证兼备、整体与局部统一。该书无疑是现今国内

研究国际知识产权制度的一部力作。

曹阳博士长期关注知识产权的国际保护问题，其在中南财经政法大学知识产权研究中心的博士后课题，即《国际关系视野下的知识产权》，是他在国际知识产权制度研究领域进一步深化和提升。作为博士后合作导师，我希望曹阳博士在相关领域的研究结出丰硕成果，为中国知识产权制度建设做出更多的学术贡献。

是为序。

吴汉东教授 博士生导师

中南财经政法大学校长

中国法学会知识产权研究会会长

2011年2月

序言二

曹阳博士毕业后近三年来结合教学,进一步研究国际与比较知识产权法,颇有心得。本书是他晚近作品之一,如同其不久前已出版的博士学位论文《跨国并购与专利保护》,这本新作也体现了一种锐意进取、勇于开拓的学术精神。

本书的主题是国际知识产权制度。近二十年前我在美国开始研究知识产权法,重点为专利法,涉及国际与国别研究两个方面。前者以国际知识产权公约为主,后者侧重于比较研究美国、以德国为主的欧洲、日本等发达国家或地区知识产权法以及我国的知识产权法。回国后,我曾为研究生开设过“国际与比较知识产权法”。不久,我集中研究国际贸易相关知识产权法,其实,从某种意义上,如今知识产权与贸易之关系如血融于水,无法分离。我很高兴曹阳博士对国际知识产权法的研究,不仅有着浓厚的兴趣,而且视野开阔、思路敏锐,善于抓住该领域比较新颖的问题,深入剖析。

我感到本书有一些新颖、独到之处。譬如,第一章从国际关系视角考察作为当代国际法重要组成部分的国际知识产权制度,以此诠释“国际”之内涵。尤其是,本书将战后在美国对外关系中占主导地位的现实主义理论,与美国凭借其全球独一无二的技术净出口国地位而推行对外知识产权保护的单边主义相联系,较好地解释了20世纪80年代以来由美国推动建立的国际知识产权新制度之缘由。同时,本书也认为对现行制度改革的建构主义立场,不无可取之处。又譬如,第五章对伊斯兰世界的知识产权制度现代化所做的初步研究,在国内学界尚不多见。通常的知识产权比较研究以发达国家与发展中国家的代表性制度为对象,很少涉足以宗教意识形态为范畴的制度比较。但是,随着1995年后世界贸易组织的运行,知识产权制度的“普世性”日益凸显。无论是根植于哪

一种社会政治制度或宗教意识形态的国家或地区,只要是世界贸易组织的成员,无一例外地、或迟或早地要接受该组织体系下的知识产权制度。而且,相关的新制度还处在不断的酝酿、形成中。以伊斯兰世界被动融入该体系为典型剖析,很有说服力。再譬如,第七章从反思的角度,全面地分析国际层面上作为私权的知识产权保护与全球公共利益之间的冲突。事实上,这是近年来在许多国际论坛上热烈讨论的问题。国内学界对知识产权的哲学性思考为曹阳博士的研究提供了良好的学术土壤。如何将这种研究进一步引向国际知识产权法,实在是一项迫在眉睫的工作。以GDP和出口贸易总量计算,2010年我国已是全球第二经济实体和第一出口大国,但是,尽管当年我国的国际专利申请增长了56.2%,一跃而为全球第四位,但仍与美国、日本和德国相差甚远。在国际知识产权制度的博弈中,如何从变化中的我国国际地位出发,兼顾当前与长远、策略与战略的关系,适时、适度地提出国际知识产权制度变革的主张,值得研究。此外,本书对《与贸易有关的知识产权协议》和美国、欧洲知识产权制度的论述,也有不少可圈可点之处,不赘。

当然,从学术研究的高标准来看,本书在资料的收集、梳理、出处等方面有许多亟待曹阳博士今后研究须加以重视、改进的地方。有些观点和表述,可能值得商榷。我一直以为学术研究是一项个性化的工作。除非对我指导的学位论文,负有责任修改,学生毕业后发表自己的学位论文或新的作品,我不会作任何修改。我愿意与曹阳博士一起努力,为促进国际知识产权法的研究,贡献绵薄之力。

谨为互勉。

张乃根

复旦大学法学院教授、国际法专业博士生导师

中国法学会国际经济法学会副会长

2011年2月20日

目录

第一章 国际关系与国际知识产权制度

第一节 知识产权正成为国际关系中重要的因素	1
第二节 国际知识产权制度的发展与变革	2
第三节 现实主义与国际知识产权领域的单边主义	5
第四节 自由主义、非国家行为体与国际知识产权制度	8
第五节 建构主义与国际知识产权制度的未来	11
结论	13

第二章 《与贸易有关的知识产权协议》与国际知识产权制度

第一节 《与贸易有关的知识产权协议》与国际知识产权制度概述	15
第二节 《与贸易有关的知识产权协议》历史	16
第三节 《与贸易有关的知识产权协议》的法律经济分析	22
第四节 《与贸易有关的知识产权协议》与发展中国家的知识产权	37
第五节 《与贸易有关的知识产权协议》、技术发展与知识产权国际保护	44
第六节 《与贸易有关的知识产权协议》与传统知识的保护	60

第三章 美国:国际知识产权制度引领者与破坏者

第一节 美国知识产权制度的历史与影响	69
第二节 国际知识产权领域的单边主义典型:美国贸易法 301 条款	76
第三节 藐视国际司法权威:WTO 争端解决下的美国商标与版权案	83
第四节 337 条款与国际知识产权体系	86

第五节 非显而易见性标准演变及其影响	93
第六节 方法专利可专利性演变及其影响	107

第四章 欧洲:区域知识产权协调的典范

第一节 《欧洲共同体条约》与知识产权	123
第二节 欧共体专利制度的融合与发展	125
第三节 欧洲商标制度的融合与发展	130
第四节 欧洲版权制度的融合与发展	134

第五章 伊斯兰国家:被动融入国际知识产权体系的典型

第一节 前伊斯兰世界对知识产权的保护	149
第二节 伊斯兰法与知识产权	150
第三节 伊斯兰世界知识产权制度的现代化	155
第四节 伊斯兰世界知识产权现代化的困境	159
第五节 伊斯兰世界知识产权保护困境的解决	162

第六章 《与贸易有关的知识产权协议》后的各国知识产权制度

第一节 专利制度的异同与影响	164
第二节 版权制度的异同与影响	180
第三节 商标制度的异同与影响	182

第七章 国际知识产权制度反思:以公有领域为核心的分析

第一节 公有领域再定义	184
第二节 公有领域再认识	189
第三节 公有领域的价值	196
第四节 著作权与公有领域	198
第五节 专利权与公有领域	210
第六节 商标权与公有领域	218

第七节 国际知识产权体系与公有领域	221
第八节 互联网时代的公有领域	230
第九节 国际知识产权体系下公有领域的范式变革	234
参考文献	248
后记	255

第一章 国际关系与国际知识产权制度

知识产权正成为国际关系中引人注目的因素。国际关系理论的不同学说为国际知识产权现状与未来的解读提供了新的视角。现实主义相信国际知识产权制度的单边主义是不可避免的;自由主义重视非国家行为体在塑造国际知识产权制度的重要作用;而建构主义重视现存的国际知识产权规范,同时相信共同的知识产权文化价值对于国际知识产权制度建设的重要作用。

第一节 知识产权正成为国际关系中重要的因素

知识产权是指个人或单位对其在科学、技术、文学艺术等领域里创造的精神财富所享有的专有权,也就是基于其智力创造性活动的成果所产生的权利。进入 21 世纪以来,随着信息技术的迅猛发展和交通工具的巨大进步,世界经济已经由工业经济向知识经济转变,人类社会开始由工业社会向知识社会发展。知识产权在全球经济中所起的作用也越来越大。知识产权与货物贸易、服务贸易一起,已成为 WTO 的三大支柱。据联合国统计,目前世界知识产权贸易中的专利许可贸易在几千亿美元以上。美国知识产权贸易在 2000 年就达到 200 亿美元。^① 如果加上商标许可、转让贸易和版权许可,国际知识产权贸易额非常巨大。随着知识经济的发展,世界范围的知识产权贸易额增长幅度十分迅速,知识产权在世界经济中的地位日益重要,正成为 21 世纪创造新的竞争优势的基

^① Bus. Software Alliance, *Forecasting A Robust Future 3* (1999), at http://www.it.org/usa/globallib/econ/us_econ_study99.pdf, last visited on July 1, 2010.

础和最有价值的财产形式。

知识产权在当今经济发展中的重要性、知识产权的公共产品属性以及无形性等特征所导致的易受跨境损害性以及各国知识产权发展水平的不平衡所决定的知识产权保护态度的差异性使得知识产权正成为国际关系中的一个非常重要的因素。知识产权问题已成为南北关系中一个引人注目的因素。在《与贸易有关的知识产权协议》谈判中,就存在一个明显的南北差异,以印度为首的发展中国家坚持抵制将知识产权纳入世界贸易组织体系中,而以美国为首的发达国家坚决要求要将知识产权纳入世界贸易组织体系,美国甚至威胁如果不将知识产权纳入世界贸易组织,它们将拒绝参加新一轮的谈判。^① 在《与贸易有关的知识产权协议》达成时,尤其是多哈会议后,知识产权在国际上显现的南北失衡更是有目共睹的。^② 这种不平衡加剧了西方国家对在发展中国家保护知识产权的重视,许多学者认为知识产权在中美关系中处于非常重要的地位。美国《华尔街日报》的一篇文章就认为,美国方面也许可以默认中国“损害”其就业机会,但绝对不允许“损害”其知识产权,因为“知识产权是美国保持全球经济领先的最后希望”。^③

第二节 国际知识产权制度的发展与变革

一、从《巴黎公约》到《与贸易有关的知识产权协议》

知识产权的国际保护是一个历史的产物。19世纪末,欧美发达资本主义国家经济迅速发展,垄断资本不仅大量输出产品,而且大量输出资本和技术。同时,随着各国经济贸易等交往活动的不断增加,知识产权的国际市场也已开始形成和发展起来。许多知识产品从本国输入其他国家,变成了人类共同的财

① 杨国华:“知识产权进入 WTO 的背景及在 WTO 中的地位”,载 http://www.sipo.gov.cn/sipo/zcll/dtbd/zlgzdt/2000nzlgzdt/200110/20011025_67016.htm, 2010 年 7 月 5 日最后访问。

② 郑成思:“网络盗版与公众利益”,载 <http://www.chinaiprlaw.cn/file/200512146553.html>, 2010 年 10 月 5 日最后访问。

③ 马秀山:“知识产权在中美关系中居重要位置:2005 年美国知识产权的发展与变化”,载 http://www.nipso.cn/gnwzscqzlx/gwqyyipzl/20051223_63471.asp, 2010 年 8 月 3 日最后访问。

富,促进了各国科学技术与文学艺术的交流与发展,从而也极大地推动了各国经济的快速发展。然而,知识产权的地域性限制,同技术、知识的国际交流活动之间产生了巨大的矛盾,从而产生了进行法律调整的需要。为了适应这种要求,从19世纪末起,各主要资本主义国家先后成立了一些全球性或地区性的国际组织,签订了一些保护知识产权的国际公约,从而形成了一套国际知识产权保护制度。保护工业产权方面的最重要的国际条约是《保护工业产权巴黎公约》。以该公约为中心,又签订了12个工业产权方面的条约或协定。在保护版权方面,主要的国际条约有:《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》、《世界版权公约》、《保护表演者、唱片制作者和广播组织的国际公约》等。

当今国际知识产权制度中最重要的协议为《与贸易有关的知识产权协议》,该协议为“乌拉圭回合”的“一揽子”成果之一,是所有WTO成员方都必须遵守的协定。由于现存WTO成员方包括除俄罗斯以外所有重要的经济体,因而《与贸易有关的知识产权协议》对各国知识产权制度的影响将是深远的。《与贸易有关的知识产权协议》下知识产权国际保护的特点是:内容更广、标准更高、措施更严、争端解决更有效。

二、后《与贸易有关的知识产权协议》时代国际知识产权制度

(一) 知识产权制度向投资协议、自由贸易协议以及区域贸易协议渗透

《与贸易有关的知识产权协议》签订后,发达国家并没有遵守其在WTO谈判时所坚持的多边主义立场。在1989年《与贸易有关的知识产权协议》谈判期间,美国贸易代表知识产权办公室主任指出:“如果我们不能在《与贸易有关的知识产权协议》谈判成功,将会发生什么呢?我认为如果失败会有许多后果:首先,双边主义行为将会增加,对于那些认为双边主义是非常糟糕的人来说,糟糕的事情将会发生。”^①但是在《与贸易有关的知识产权协议》签订后,发达国家并没有在知识产权领域坚守多边主义的立场。发达国家为了保护自己的知识产权,在双边投资、自由贸易协定、区域贸易协定以及双边的知识产权协定中都加入了知识产权保护条款,这些条款的保护水平都高于《与贸易有关的知识产权

^① Emory Simon, *Remarks of Mr Emory Simon*, Symposium: Trade-Related Aspects of IP, 22(1989), *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 370.

协议》规定的义务。例如,1998年美国同尼加拉瓜签订双边知识产权协议,要求尼加拉瓜加入《国际植物新品种保护公约》等一些超过《与贸易有关的知识产权协议》保护水平的协议。同时,美国同中国、刚果、柬埔寨、乌拉圭以及越南等国都签订有类似超过《与贸易有关的知识产权协议》保护水平的双边知识产权协定。

同时,发达国家意识到发展中国家对于外国投资的渴望,因而在与发展中国家签订双边投资协议或自由贸易协议时,要求发展中国家对发达国家的知识产权提供保护。虽然,投资协议中并没有条款规定知识产权的保护,但是发达国家通过对“投资”的概念做宽泛的解释,使得知识产权成为投资资产,从而将知识产权保护纳入投资协议。通常,发展中国家为了吸引外国投资,投资立法都较为有利于外国投资者以及外国资本,对外国投资限制较少,将知识产权纳入投资的范围使得知识产权享受到其他资本的待遇,这在某些方面会使得发展中国家对知识产权的保护超过《与贸易有关的知识产权协议》规定的标准。例如,由发达国家拟定的《多边投资协议》的草稿就将知识产权纳入投资的范畴。^①同时,在美国与智利、约旦等国签订的自由贸易协议中,都规定有知识产权条款,要求这些发展中国家对美国的知识产权提供高于《与贸易有关的知识产权协议》标准的保护。例如,美国—约旦自由贸易协定中美国就要求约旦加入《国际植物新品种保护公约》,赋予作者、表演者以及录音制作者进口权等超过《与贸易有关的知识产权协议》要求的保护。

(二)发展中国家努力寻求在遗传资源、传统知识和民间文学艺术方面的知识产权保护

发达国家与发展中国家就是否保护以及如何保护遗传资源、传统知识和民间文学方面存在较大的差距。加拿大产业部下属的知识产权政策局在2002年3月提出了一份《版权改革框架》的文件,认为难以对民间文学提供版权保护,其理由之一就指出,版权保护的期限通常是作者的有生之年加50年,而传统的歌曲、舞蹈和故事等则是世代相传,早已进入了公有领域之中。^②而印度学者

① Article 1.1 (d) (vi) of Draft of Multilateral Agreement on Investment.

② A Framework for Copyright Reform; Intellectual Property Policy Directorate, Industrial Canada.