



WTO 与中国法律制度 问题研究

主编:曹建明

JUDICIAL RESEARCH ON WTO &
THE CHINESE LEGAL SYSTEM

人民法院出版社

WTO 与中国法律制度问题研究

主 编	曹建明		
副主编	方光成	陶凯元	庄大军
编 委	赵维田	郑成思	黄松有
	蒋志培	孙南申	赖德贵
	刘德权		

人 民 法 院 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

WTO 与中国法律制度问题研究/曹建明主编. - 北京:
人民法院出版社, 2001.4

ISBN 7-80161-052-0

I. W… II. 曹… III. 法制 - 研究 - 中国 - 文集
IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 05271 号

WTO 与中国法律制度问题研究

主编 曹建明

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

人民卫生出版社印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开 12.875 印张 323 千字

2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

印数: 1-5000 册

ISBN 7-80161-052-0/D·052

定价: 25.00 元

出版说明

中国即将加入 WTO，这是经济全球化发展的必然结果。加入 WTO，对我国而言，不仅仅是给经济带来了机遇和挑战，而且给我国的法制建设提出了新的要求。这是由 WTO 规则的特殊性所决定的，即 WTO 规则是国际经济法的重要组成部分，是处理各成员方间贸易关系的法律，它由一系列的国际条约组合而成。因此，WTO 就功能而言，其所包含的内容有三：一是国际组织，二是世界贸易的法典，三是多边贸易谈判的场所。正是基于 WTO 的第二项功能，我们必须高度重视。入世后 WTO 一整套的法律规则对我国法制建设所产生的重大影响。从一定意义上说，中国加入 WTO 将在法制建设史上产生一次革命——法律的重新构建，其影响无疑是重大和深远的。与之紧密相连的是，人民法院的司法工作必将面临许多重大问题，例如，如何审理好我国入世后所产生的各类诉讼案件，在对案件做出判决时如何适用法律等等。这是摆在我国法律工作者，尤其是司法工作者面前的一个重大课题。

国家法官学院《法律适用》编辑委员会与广东省高级人民法院、广东省汕头市中级人民法院共同举办了《中国加入 WTO 后的法律问题汕头杯有奖征文》活动。本次活动旨在对我国入世后所面临的法律问题作一些有益的探讨，以期对我国立法和司法工作提供一些参考意见。

本次活动共收到全国各级法院和法学学者报送的论文 200 余篇，为了使所评出论文具有相当的学术性和实用性，我们邀请最高人民法院副院长兼国家法官学院院长、教授曹建明担任论文评选委员会主任委员，国家法官学院副院长方光成、广东省高级人民法院副院长、博士、教授陶凯元，汕头市中级人民法院院长庄大军担任论文评选委员会副主任；中国社会科学院研究员、博士生导师赵维田、郑成思，江苏省高级人民法院副院长、教授孙南申，最高人民法院审判委员会委员、民一庭庭长黄松有，最高人民法院审判委员会委员、民三庭庭长蒋志培，《法律适用》编辑部常务副主编、副编审刘德权，广东省汕头市中级人民法院副院长赖德贵担任论文评选委员会委员。参加论文初评工作的同志有：乔燕、樊军、于明、贺庆、王亚琴。经过各位评委认真评选，并经评委全体会议讨论，本次征文活动共评出一等奖论文 2 篇，二等奖论文 10 篇，三等奖论文 15 篇，优秀奖论文 20 篇。

现在，我们将本次征文获一至三等奖的论文编集成书，以期我国的法制建设做出一点贡献。需要说明的是，论文中的观点仅仅是作者的一家之言，我们热忱欢迎读者展开积极讨论。

国家法官学院《法律适用》编辑委员会

广东省高级人民法院

广东省汕头市中级人民法院

二〇〇一年元月

目 录

论建立我国知识产权国际私法制度	冯文生 (1)
浅议 TRIPs 对中国专利法第二次修改的 影响	徐俊 (35)
知识产权的权利重叠与冲突	李青俊 (50)
WTO 法境下我国知识产权侵权法律制度 之完善	李军 (63)
TRIPs 协定对侵犯知识产权罪的影响及 对策	刘慧卓 (73)
WTO 与知识产权侵权赔偿归责原则问题	闫文军 (86)
出版者对抄袭剽窃者违约责任的追究	汤啸天 (101)
试论加入 WTO 后中国信息网络法律制度 的创建	成洁 罗斌 罗勇 (109)
WTO 与我国的司法审查制度	江必新 (120)
论建立我国反倾销案件的司法复审制度	孙黎 (133)
论 WTO 协议的法律效力及在我国法院的 适用	伍亚荣 (145)
WTO 协定的国内实施及立法完善浅析	吴锦标 (167)
论世贸协议在我国法院的适用问题	何秋婷 (184)
略论 WTO 的加入与我国司法工作的改进 与完善	吴行政 (197)
WTO 解决争端机制与中国司法	余向阳 童道才 (209)

2 WTO 与中国法律制度问题研究

WTO 规则定位及其对国内司法的可能影

响和对策 李德平 王东普 (224)

WTO 对中国民事诉讼程序的影响 蒲晓东 (240)

论入世与我国民商审判 朱珍钮 陈朝阳 (255)

WTO 反倾销守则与司法审判 陈伟群 (268)

加入 WTO 对我国经济法的影响 沈敏荣 (280)

我国外资立法与《TRIMs 协议》的冲突

及对策探讨 马汉仪 (297)

试论 TRIMs 协议与我国贸管政策 谢 丹 杨坦辉 (310)

浅析政府采购制度与《政府采购协议》

——关于中国应否加入《政府采购协

议》的法律思考 王亚琴 张 洋 (325)

加入 WTO 后我国外贸代理法律制度亟需

重新整合 尹学新 (343)

加入 WTO 与中国外资法的完善 胡孝红 (357)

加入 WTO 与中国关税法问题的研究 ... 陈少英 邱洪标 (372)

冲突中的启示：我国行政垄断与 WTO 国

民待遇冲突探析 历 永 (387)

附录：获奖论文名单 (399)

论建立我国知识产权国际私法制度

河北省高级人民法院 冯文生

引 言

以多边公约为主要法源的知识产权国际保护的法律框架在文明世界基本确立，但问题还远远没有彻底解决。尤其是在涉及知识产权范围内的跨国案件管辖权于主权国家（政治地区）的分配上，众说纷纭，见仁见智。随着智力成果的商品化、产业化、国际化和国际交往手段的革命性变化，知识产权在世界贸易中的地位愈来愈重要，以致知识产权的保护成为世界贸易组织的三大支柱之一，构成多边贸易体系的一个主要部分^①。知识产权跨国案件的数量与标的额也呈现出非同以往的上升趋势^②。仅 1986 年美国来看，海外国侵犯其知识产权而受损的国内销售、出口和提成费就达 238 亿美元。它相当于美国当年贸易逆差的 14%，国

① 汤宗舜：《知识产权的国际保护》，人民法院出版社 1999 年 1 月，第 1 版，第 24 页。

② 郑成思：《知识产权法》，法律出版社 1997 年 7 月，第 1 版，第 106 页。

民生产总值的 1.5%^①。如何有效解决这一问题,已成为世界法学界、司法界关注的焦点^②。我国的国际私法学界和实务界也开始关注这一问题,“但系统深入研究这一问题的著作仍不多见,较有见解的论述,惟有 1988 年董立坤的《国际私法论》和费宗祯主编的《国际私法讲义》,1991 年李双元和彭金年著的《中国国际私法》,1991 年李双元主编的全国高等教育自学考试教材《国际私法》等著作,而且也多以介绍和评介外国的有关立法或学说为主,对我们国家在知识产权的法律适用究应如何立法,则均无明确系统的建议。我国立法至今在这方面仍付阙如”^③。

国际私法是通过协调国家主权之间的矛盾,来调整私人关系的制度方法。其中,以国别国际私法(冲突法)为主体,兼与国际统一私法和国际统一冲突法一起成为其制度形式。长期以来,人类社会形成了一套试图调整跨国私人关系的国际私法制度。但是,它是否能够适用到新兴的知识产权领域?特别是在知识生产传播和利用的产业化、国际化趋势日益明显的今天,跨国知识产权案件层出不穷,如何通过协调国家之间的矛盾,实现对跨国知识产权关系的保护和调整是一个正在努力解决的难题。当今国际社会已基本形成了以国际公约为主体的知识产权国际保护法律体制,多数国家也建立起了知识产权涉外保护的制度。但这些制度能否适应知识产权国际保护的现实?它们与国际私法方法存在何种联系?国际私法,特别是国别冲突法在知识产权领域将

-
- ① 美国国际贸易委员会:《外国对知识产权的保护及其对美国工业和贸易的影响》(美国贸易委员会出版物 2065 号),1988 年。转引自:刘茂林,《知识产权的经济分析》,法律出版社 1996 年 12 月,第 1 版,第 192 页。
- ② Paul. Edward. Geller, International Copyright: An Introduction, Mutthew Bender & Co. Inc. P200
- ③ 李双元:《中国与国际私法统一化进程》,武汉大学出版社 1993 年 5 月第 1 版,1998 年 1 月第 1 次修订。第 77-78 页。

发挥怎样的作用?

要解决上述问题,需从知识产权国际私法的制度空间、理论基础、价值取向和规范技术(方法)等四个方面对知识产权国际私法的基本问题进行探讨^①。

当今知识产权国际保护法制体系的核心是,知识产权基础性国际公约首要的策略是促使缔约国对来源于外国的特定知识产品实现独立的国内保护。至于它采取何种实施方式,由该国自主决定。此外,有关知识产权国际公约以其开放性的、歧义互见的语言技巧掩饰了国际社会中对知识产权保护敏感问题上存在的尖锐对立的立场。其基本立足点是各成员国主权独立,至于其主权范围多大以及如何协调其间管辖权关系,公约无意去解决。公约企图绕过主权管辖范围之间的矛盾达到对知识产权的跨国保护,成员国能够以其内国法实现对外国人知识产权的保护。至于就同一跨国知识产权案件,各相关成员国之间如何协调处理问题,公约给出了含糊的、见仁见智的解答。由于有关国际公约保护的不彻底性,国际区域统一知识产权保护在一些国家之间被应用。它们统一的方式、内容、范围等方面各有特点,但仍不能取代各内国法而彻底地解决国际知识产权保护中存在的管辖权协调问题。因此,在同一跨国知识产权案件(事实关系)上,相关国家(包含非公约成员国)之间立法管辖权、司法管辖权的冲突与协调即管辖权的分配与合作,成为知识产权国际保护中遗留的巨大制度空间。在国际统一知识产权法和统一冲突法尚未降生的今天,一些国家和地区已经或正在用传统国际私法的方法来解决这一问题。

以传统国别国际私法的方法解决跨国知识产权关系存在着理

① 见拙作:“知识产权国际私法基本问题研究”,载郑成思主编:《知识产权文丛》第四卷,中国政法大学出版社2000年7月第1版,第195-335页。

论上的障碍。这是因为知识产权法与传统私法在调整方法、规范属性等方面有所差异。特别是知识产权地域性原则被国际社会较为普遍地承认,使得建立于“法之域外效力”基础之上的传统国际私法的制度方法失去了支点。作者认为,以解决私法效力冲突为目的的传统国际私法作用的根本原因在于其规范技术的有效性与社会基础的共通性。其基本功能是通过特定的规范技术把跨国私权案件交予与案件有重大利害关系的国家处理,单边自觉地实现立法管辖权之间、司法管辖权之间以及立法管辖权与司法管辖权之间的国际协调与合作。知识产权法与传统私法的差异及知识产权的地域性原则不是国际私法制度方法在知识产权领域作用的根本性障碍。区分知识产权法中的私法性规范与公法性规范,且把知识产权地域性原则限制在立法管辖权国际地域分割意义之上,使国际私法方法的运用成为可能。不过,由于知识产权地域性原则的普遍承认,它解决的已不仅是立法管辖权之间的冲突,更主要的是解决国际立法管辖权与国际司法管辖权之间及国际司法管辖权之间在跨国知识产权关系上的协调与合作问题。知识产权地域性暨知识产权法的地域性说明:一国知识产权法的效力仅及于其地域之内,排他地调整发生于其域内的涉外知识产权关系,而不是指只能由案件发生国独立、排他地行使司法管辖权;且一国知识产权法被外国法院适用非是因该法具有域外效力,而是指该外国承认被适用的法律在其制定者本国域内的规范效力,尽管这一效力以该域外法院能够容忍为限。

知识产权国别国际私法体现着各自鲜明的、甚至尖锐对立的价值取向。这是国际社会在知识产权领域开展自觉单边合作的巨大障碍,同时,也严重制约着知识产权国际私法功能的有效发挥。作为知识产权客体的知识及其作用的场域——知识产业的国际不均衡分布,决定着在知识产权国际保护问题上国际社会复杂

的立场和价值。从保护本国利益出发,各国在案件管辖权的分配上采取了不同的原则和方法。但是在知识产权领域,国际社会存在着一定的共同利益。通过激励知识生产者、传播者、使用者,实现人类文明的共同进步的制度模式已经在世界范围内确立。国际社会各成员必须维护这一最低共同利益,寻找人类共同利益与各成员国个别利益的最佳契合点,自觉建立起公平合理且较有效率的国际协调制度。作者认为,协调共同价值与个别价值的较为妥当的信条是“国家责任与国家能力相适应”,以多元主义的方法贯彻普遍主义的制度。即知识产权国际私法要恪守知识产权地域性原则,实现跨国案件中体现的知识产权国际利益的合理分配。

知识产权国际私法制度的另一基本问题是规范技术(方法)。规范技术是实现制度目的和功能的方法,对规范形式的确定起直接作用。规范技术一方面取决于对事实关系所赖以存在的实践技术的认识和应用;另一方面与法律理论思维的成熟程度有关。作者认为,传统国际私法的规范技术是通过与案件有关的、体现案件系争利害的因素的国家定位,来分配案件的国际管辖权的。这是一个长期探索和实践的结果,也是由其调整对象本身所具有地理位置的特定性决定的。在知识产权领域,由于跨国案件所体现的事实关系的复杂化及案件因素的地理位置特定化程度的降低,一个与案件利害攸关的联系因素的确定,往往会指向多个国家。这不仅不能对案件国际司法管辖权进行分配,以消除冲突;而且还可能制造新的摩擦,甚至会产生一个案件适用多国法律的为传统国际私法所不能忍受的现象。为此,作者认为,在知识产权国际私法中应当以新的思维来对待规范技术问题,既要利用传统国际私法规范技术有效的一面,也要克服它在知识产权领域中表现出的局限性。更重要的是要分析与知识产权有关的信息技术

的特点,发掘出与之相适应的规范技术。

上述对知识产权国际私法一般性问题认识是本文探讨创建我国自己的知识产权国际私法制度的理论基础。因此,本文意在揭示和分析我国相关领域立法实践和司法实践中存在的问题以及我国知识产权的国际地位,指出建立我国知识产权国际私法制度的意义和应坚持的基本价值立场,并就我国知识产权国际私法的主要规则进行了讨论。

由于我国历史上长期奉行闭关锁国政策,市场经济未得到充分的发育,国际私法制度在我国的发展严重迟滞。自新中国改革开放以来,国际私法学理论与立法实践得到了较大发展,但尚未形成完整的立法和理论体系^①。包括知识产权在内的部门国际私法残缺。这不仅会阻碍我国加入世界经济的一体化进程,而且也会严重损害我国利益。特别是在我国经济迅猛发展,国际联系日益密切,科技成为我国经济增长的重要因素的今天,建立我国知识产权国际私法制度已成为必要。限于篇幅,本部分将从三个主要方面展开论述:一是剖析我国国际私法制度与知识产权涉外案件的司法实践,发掘我国知识产权国际私法的制度环境和国际私法司法实践中存在的问题。二是阐述我国知识产权国际私法的基本原则,对我国知识产权国际私法的基本价值取向进行探讨。三是研讨我国知识产权国际私法的基本规则,力图对知识产权国际私法中的主要问题提出解决方案。

^① 章尚锦、李云、石巍:“中国国际私法学改革开放以来回顾与展望”,载《当代“国际私法问题”——庆祝韩德培教授八十五华诞论文集》(黄进、刘卫翔编),武汉大学出版社1997年3月第1版,第29—35页。

一、我国现行的与知识产权有关的国际私法实践

我国现行的国际私法制度与知识产权立法构成了知识产权国际私法的基本法制环境，也成为我国目前解决知识产权涉外案件的基本法律依据。但可以肯定，把解决传统民商事领域的国际私法适用于知识产权领域是远远不能解决问题的，甚至会有圆衲方凿的危险。以下重点检讨我国立法与司法中存在的问题，并阐述我国国际私法与知识产权国际私法的关系。

（一）我国现行国际私法制度对涉外知识产权关系的调整

我国现行的国际私法制度散见于实体法和程序法制度当中。其法律渊源是：《民法通则》第八章有关涉外民事关系的法律适用的规定，及最高法院对它的司法解释；《民事诉讼法》第四编有关涉外民事诉讼程序的特别规定，及最高法院对它的司法解释等。这些法律制度的调整对象是涉外民事关系及其诉讼关系。由于《民法通则》第五章第三节把知识产权作为民事权利加以规定，有关知识产权关系即被认为属于民事关系的范畴；根据法律编制的体系性、一致性原则，涉外知识产权关系亦应纳入涉外民事关系之中，而适用该通则第八章及民事诉讼法第四编的规定。因此，似乎可以认为我国知识产权国际私法的基本制度是存在的，现在的问题只是在原有法律制度基础上如何完善立法。然而，我国有关知识产权涉外案件的司法解释却作出了不相同的解答。

1993年12月24日最高法院《关于深入贯彻落实〈中华人民共和国著作权法〉几个问题的通知》第2条就涉外著作权案件

的司法管辖和法律适用问题作了规定。一是就涉外著作权案件的民事诉讼问题规定：1991年6月1日以后发生的涉外著作权侵权纠纷案件，当事人向人民法院起诉的，人民法院应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》有关规定审查受理。这一规定的实质是解决涉外著作权侵权纠纷案件的程序适用法院地法的问题，并不直接涉及该类案件的直接国际司法管辖权的分配。因为此规定的前提条件是“当事人向人民法院起诉的”，即当事人向我国法院起诉。如果当事人不向我国法院起诉，那么我国法院对此类案件是否有管辖权呢？这容易使人产生这样的误解：我国法院对跨国知识产权案件的司法管辖权范围仅限于原告的意志和诉讼行为，从而大大克减了我国司法管辖权。

此外，它就涉外著作权案件的规定也是不完善的，因为它解决的仅是“涉外著作权侵权纠纷”。对其他类型的涉外著作权案件的程序问题的法律适用没有明确规定。但有趣的是，该规定后段却将“涉外著作权侵权纠纷”扩展为“涉外著作权案件”，其范围依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第304条的规定确定。若对照前后文义，这里关于“涉外著作权案件的范围”实为“涉外著作权侵权纠纷案件的范围”，似不能包括其他类型的涉外著作权案件。

二是就涉外著作权案件的法律问题，它规定：“人民法院审理涉外著作权案件，适用《中华人民共和国著作权法》等有关法律、法规；我国国内法与我国参加或缔结的国际条约有不同规定的，适用国际条约的规定，但我国声明保留的条款除外；国内法与国际条约没有规定的，可以根据案件的具体情况，按对等原则并参照国际惯例进行审理。”该规定实质是涉外著作权案件适用法院地法的体现。即涉外案件若由我国法院审理，适用我国内法律。此外，它还提出了适用我国法律的规则，以解决我国内法与

国际条约存在的积极冲突与消极冲突问题。但这一规定并非《民法通则》第 142 条的翻版。二者的精神实质存在着差异。《民法通则》第 142 条规定：“涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的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。中华人民共和国法律 and 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”该规定解决两个方面的问题。A：本章有关冲突规范的规定与有关国际条约规定存在积极冲突或消极冲突时，如何解决应适用的冲突规范问题；B：在冲突规范确定后，若它指引的是我国民事法律（内国实体私法），该民事法律与有关国际实体私法条约存在积极冲突或消极冲突时，如何解决实体私法规范的适用问题。由此可见，我国最高法院上述司法解释不承认冲突规范歧异的问题，而仅指其第二含义。

这说明我国在著作权领域奉行的是绝对的地域性原则，不仅不承认国际立法管辖权冲突与合作，而且也不承认国际协作关系。因此，就否认了传统民事领域的国际私法存在的基础。

在涉外技术转让领域，我国把它纳入涉外经济合同之中，而适用该法中有关法律选择适用的规定。认为涉外技术转让合同当事人可以自由选择适用的法律，但应受到一定的限制。这些限制条件主要是，当事人的选择不得违反我国的公共政策和社会公共利益，涉及特定经济部门或特定方式的涉外技术合同必须适用我国法律。另外，当事人的选择必须与技术转让合同有一定联系或这种选择有一定的合理性。在当事人未作选择时，适用与合同有最密切联系的国家的法律^①。但这做法并没有把涉及的工业产权

^① 郭寿康：《国际技术转让》，法律出版社 1989 年 3 月第 1 版，第 167—170 页。

本体关系与合同关系分离,如是对涉外技术合同中所涉及的工业产权本体关系也按一般合同关系适用法律,则对弱势当事人一方殊为不利。在西方国家如德国,则强调将二者分离分别考虑应适用的法律。在《国际技术转让行动守则》拟订中的冲突规则中,通过当事人意思自治来选择法律适用的方法也限于合同关系^①。在涉外侵害工业产权关系的法律适用问题上,还没有见到我国有关具体的规定。

这里应当说明的是,中国知识产权立法有关对外国人的适用问题的规定,如《著作权法》第5条第2、3款,《专利法》第18条、《商标法》第9条及《实施国际著作权条约的规定》皆系对外国人就其知识产品成立中国知识产权本体法律关系的规定。它是中国行使知识产权立法管辖权的结果,构成国际私法中选择适用我国法律(作为准据法)的基础,而不属于国际私法规范本身。

(二) 我国涉外知识产权案件的司法实践

由于我国国际私法制度不完善,特别是关于知识产权问题的国际私法制度严重残缺且研究力度薄弱,致使司法实践中存在着较为混乱的做法。下面通过判例加以说明:

判例之一:北影录音录像公司诉北京电影学院侵害著作权案^②。

原告北影录音录像公司依合同享有汪曾祺《受戒》小说的电影、电视剧专有改编权。被告北影学院在合同有效期间,把其在校学生吴琼以作业形式改编的《受戒》电影剧本私自摄制成电

① 邵景春:《国际合同法律适用论》,北京大学出版社1997年12月第1版,第428—432页。

② 北京市海淀区人民法院民事判决书(1995)海民初字第963号。