

首都经济贸易大学·法学前沿文库
主编/喻中

Trips-plus Zaofa Wenti Yanjiu

TRIPS-plus造法问题研究

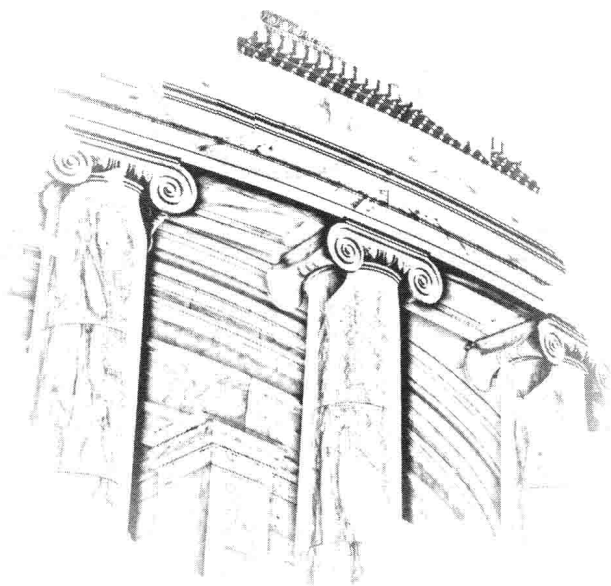
张娜 著



中国政法大学出版社

TRIPS-plus造法问题研究

张娜 著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

TRIPS-plus 造法问题研究/张娜著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 1
ISBN 978-7-5620-5823-6

I. ①T… II. ①张… III. ①知识产权—国际公约—研究 IV. ①
D997.1



- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 7.5
- 字 数 180 千字
- 版 次 2015 年 1 月第 1 版
- 印 次 2015 年 1 月第 1 次印刷
- 定 价 29.00 元

首都经济贸易大学·法学前沿文库

Capital University of Economics and Business library, frontier

主 编 喻 中

文库编委（按姓氏拼音排列）

高桂林 金晓晨 焦志勇 李晓安 米新丽
沈敏荣 王雨本 谢海霞 喻 中 张世君

总 序

首都经济贸易大学法学学科始建于1983年。1993年开始招收经济法专业硕士研究生。2006年开始招收民商法专业硕士研究生。2011年获得法学一级学科硕士学位授予权，目前在经济法、民商法、法学理论、国际法、宪法与行政法等二级学科招收硕士研究生。2013年设立交叉学科法律经济学博士点，开始招收法律经济学专业的博士研究生，同时招聘法律经济学、法律社会学等方向的博士后研究人员。经过30年的建设，经过首都经济贸易大学几代法律人的薪火相传，首都经济贸易大学法学学科已经形成了相对完整的人才培养体系。

为了进一步推进首都经济贸易大学法学学科的建设，首都经济贸易大学法学院在中国政法大学出版社的支持下，组织了这套“法学前沿文库”，我们希望以文库的方式，每年推出几本书，持续地、集中地展示首都经济贸易大学法学团队

的研究成果。

这套文库既然取名为“法学前沿”，那么，何为“法学前沿”？在一些法学刊物上，常常可以看到“理论前沿”之类的栏目；在一些法学院校的研究生培养方案中，一般都会包含一门叫做“前沿讲座”的课程，这样的学术现象，表达了法学界的一个共同旨趣，那就是对“法学前沿”的期待。正是在这样的期待中，可以发现一个值得探讨的问题：法学界一直都在苦苦期盼的“法学前沿”，到底长着一张什么样的脸孔？

首先，“法学前沿”的实质要件，是对人类文明秩序做出了新的揭示，使人看到文明秩序中尚不为人所知的奥秘。法学不同于文史哲等人文学科的地方就在于：宽泛意义上的法律乃是规矩，有规矩才有方圆，有法律才有井然有序的人类文明社会。如果不能把千差万别、纷繁复杂的人类活动给予分门别类的归类整理，人类创制的法律就难以妥帖地满足有序生活的需要。从这个意义上说，法学研究的实质就在于探寻人类文明秩序。虽然，在任何国家、任何时代，都有一些法律承担着规范人类秩序的功能，但是，已有的法律不可能时时、处处地回应人类对于秩序的需要。“你不能两次踏进同一条河流”，这句话告诉我们，由于人类生活的流动性、变化性，人类生活秩序总是处于不断变换的过程中，这就需要通过法学家的观察与研究，不断地揭示新的秩序形态，并提炼出这些秩序形态背后的规则——这既是人类生活和谐有序的根本保障，也是法律发展的重要支撑。因此，所谓“法学前沿”，乃是对人类生活中不断涌现的新秩序加以揭示、反映、提炼的产物。

其次，为了揭示新的人类文明秩序，就需要引入新的观察视角、新的研究方法、新的分析技术。这几个方面的“新”，可以概括为“新范式”。一种新的法学研究范式，可以视为“法学前沿”的形式要件。它的意义在于，由于找到了新的研究范式，人们可

以洞察到以前被忽略了的侧面、维度，它对于人们认识秩序、认识法律提供了新的通道或路径。依靠新的研究范式，甚至还可能转换人们关于法律的思维方式，并由此看到一个全新的秩序世界与法律世界。可见，法学新范式虽然不能对人类秩序给予直接的反映，但它是发现新秩序的催生剂、助产士。

再次，一种法学理论，如果在既有的理论边界上拓展了新的研究空间，也可以称之为法学前沿。在英文中，前沿（frontier）也有边界的意义。从这个意义上说，“法学前沿”意味着在已有的法学疆域之外，向着未知的世界又走出了一步。在法学史上，这种突破边界的理论活动，常常可以扩张法学研究的世界。譬如，以人的性别为基础展开的法学研究，凸显了男女两性之间的冲突与合作关系，就拓展了法学研究的空间，造就了西方的女性主义法学；以人的种族属性、种族差异为基础而展开的种族批判法学，也为法学研究开拓了新的领地。在当代中国，要拓展法学研究的空间，也存在着多种可能性。

最后，西方法学文献的汉译、本国新近法律现象的评论、新材料及新论证的运用，诸如此类的学术劳作，倘若确实有助于揭示人类生活的新秩序、有助于创造新的研究范式、有助于拓展新的法学空间，也可宽泛地归属于法学理论的前沿。

以上几个方面，既是对“法学前沿”的讨论，其实也表明了本套文库的选稿标准。希望选入文库的每一部作品，都在法学知识的前沿（frontier）地带做出了新的开拓，哪怕是一小步。

喻 中

2013年6月于首都经济贸易大学法学院

序 言

TRIPS - plus 造法是一个普遍性的法律现象，也是一个不可逆转的大趋势。在这个问题上，不同的国家站在不同的利益立场上表达了不同的法律主张。有的希望采取高标准的知识产权保护，有的主张最合适的标准，也就是不那么高的标准。由此形成了 TRIPS - plus 造法实践中的冲突与分歧。那么，发展中国家，尤其是中国，在 TRIPS - plus 造法运动中应当如何应对？显然是一个颇具实践意义的理论问题。对此，有几个方面的关系必须予以考虑。首先是发达国家与发展中国家的关系，或者说是“南北”关系。这一关系甚至涉及公平与效率。高标准的知识产权保护对效率的影响是什么？对公平的影响又是什么？什么样的知识产权保护标准才能缝合而不是撕裂国际社会？其次是知识产权权利人与人类共同利益的关系。这一关系的

实质是个体与整体的关系。TRIPS - plus 造法在保护知识产权权利主体的同时，对人类的共同利益应当如何关照？对权利个体的保护是否有一个限度？边界在哪里？如何防范知识产权权利人的垄断甚至是“专制”？最后是中国与世界的关系。在当下的中国探讨 TRIPS - plus 造法的理论和实践问题，既需要站稳中国立场，充分考虑中国的国家利益与发展阶段，也应当具有世界眼光，要看到世界趋势、世界潮流，与此同时，还要发挥中国在 TRIPS - plus 造法运动中的积极作用。这些关系，都是 TRIPS - plus 造法实践中不可避免的核心问题。对于这些颇具魅力的问题及其相关问题，张娜博士的《TRIPS - plus 造法问题研究》都做出了全面、系统、深入的论述。因此，这是一本很有价值的著作，这是一本在民商法学、国际法学的交叉地带，为知识产权法学做出贡献的著作。在这本著作正式出版之际，我祝贺张娜博士的贡献，并期待她做出更多的贡献。

喻 中

2014 年 9 月 4 日

首都经济贸易大学法学院

自序

世界贸易组织框架下《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)所规定的知识产权国际保护仅是“最低标准”，而不是“最适合的标准”。一些国家认为高标准的知识产权保护才是“最适合的标准”，所以一直在寻求机会提高知识产权国际保护的标准；另一些国家则认为照顾到经济发展阶段不同而有差异的知识产权保护才是“最适合的标准”。早在2007年，联合国贸易发展委员会(UNCTAD)就发布了一份报告指出，特惠贸易投资协议中包含“超《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)”保护内容的协议已经占到整个特惠贸易投资协议总量的51%。随着经济的发展，发达国家继续追求高标准的知识产权保护，发展中国家也意图引入新的有利于其国家发展的知识产权保护标准。《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)是发达国家和

发展中国家利益博弈后制定的知识产权国际保护的标准，它的“一揽子”接受的决策机制使得成员方之间就新的知识产权保护标准达成协议很难，所以知识产权保护的国际造法活动越来越频繁。因此，TRIPS - plus 造法必然发生，而且其目的是最终达成全球统一的高标准的知识产权保护协议。TRIPS - plus 造法问题并非一个新课题，但是 TRIPS - plus 造法确是一个不断发展变化的课题。所以研究整个 TRIPS - plus 造法的动态过程非常重要，这有利于我国对正在发生的 TRIPS - plus 造法有清楚的认识，并积极参与到知识产权国际立法进程中，以凸显中国的国家利益。

本书共分七章，通过分析研究 TRIPS - plus 造法的历史背景、模式、具体表现形式、最新范例和司法实践，反思 TRIPS - plus 造法的整个过程，并建议中国应积极参与 TRIPS - plus 造法，对知识产权国际保护施加应有的影响；对于不符合我国利益的现有的 TRIPS - plus 造法，运用世界贸易组织争端解决机制来质询具体的 TRIPS - plus 造法是否符合《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）规定的义务，从而阻碍其对我国的不利影响。

第一章是导论部分。首先阐释 TRIPS - plus 造法产生的原因。然后厘清 TRIPS - plus 的概念，笔者指出：TRIPS - plus 造法主要是发生在后 TRIPS 时代的“高标准”或“新标准”的知识产权保护的国际立法活动，它包括超出《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）的规定、《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）原本没有的规定和缩减《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）下的权利限制和例外范围的所有措施。它可以是一个具体协定，也可以是包含 TRIPS - plus 知识产权保护标准或

者能产生 TRIPS - plus 知识产权保护标准的所有协议的总称。最后阐释 TRIPS - plus 造法问题研究是国际实践和国家利益的需要, 而且有重要的学术价值。

第二章主要介绍了发达国家和发展中国家所选用的不同的 TRIPS - plus 造法模式, 发达国家多采用贸易协定、投资协定和知识产权协定来规定知识产权国际保护“高标准”并向外扩张。发展中国家一般采用单独的知识产权协定来规定知识产权国际保护“新标准”。在以往的知识产权国际谈判中, 发展中国家主要在发达国家主导的模式中表达自己的利益诉求, 所以始终处于被动接受的劣势地位, 很难表达自己的利益诉求, 发达国家则在这种立法模式中一味推高知识产权保护标准。在后 TRIPS 时代, 由于有国际组织的帮助, 发展中国家推动了有利于人类社会共同发展的 TRIPS - plus 造法, 使得发达国家的知识产权权利人多承担一些对人类社会发展的义务, 这是对整个人类社会的巨大贡献。

第三章主要讨论了以美国和欧盟为主的发达国家在 TRIPS - plus 造法中所体现的国家利益, 同时阐述了一些发展中国家对此类造法的态度。美国的 TRIPS - plus 造法较为激进, 想放弃《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS), 而欧盟的 TRIPS - plus 造法比较温和, 支持与现有的知识产权国际公约保持一致。然而在知识产权执法的 TRIPS - plus 造法上, 美国和欧盟表现出惊人的一致, 要求高标准强有力的保护。值得注意的一点是, 在 TRIPS - plus 造法的整个过程中, 并不存在泾渭分明的利益团体。在某个问题上发达国家是利益共同体, 比如知识产权执法问题; 但在某个问题上发达国家和发展中国家也可能成为利益共同体, 比如电影的保护上美国和印度两大电影出口国就有相

同的利益。再比如,地理标志的保护上,欧盟和中国等历史悠久的国家因拥有较多的著名地方产品就有共同利益。因此在知识产权国际保护“高标准”的造法过程中,主要是由惯用 TRIPS - plus 造法模式的美国和欧盟主导,某些发展中国家的加入,也只是作为美国或者欧盟的利益同盟出现。

第四章主要分析了最新的知识产权 TRIPS - plus 造法范例,包括采用区域主义造法模式的《跨太平洋战略合作协议》(TPP)知识产权部分美国草案和欧盟《经济合作协议》(EP-As)知识产权部分以及采用复边主义造法模式的《反假冒贸易协议》(ACTA)。这些 TRIPS - plus 造法的最新范例都是由美国、欧盟主导的。从各个协议缔结的时间顺序来看,从欧盟 - 加勒比海《经济合作协议》(EPAs)到《反假冒贸易协议》(ACTA),再到现在还处于草案阶段的《跨太平洋战略合作协议》(TPP),发达国家追求的知识产权国际保护“高标准”——TRIPS - plus 的保护标准体现“棘轮”效应。

第五章通过分析研究世界贸易组织争端解决机构的新近案例,为发展中国家应对发达国家的高标准保护的 TRIPS - plus 造法提供司法阻止的思路。本章首先分析了世界贸易组织争端解决机构在解释《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)条款和 TRIPS - plus 条款时所依赖的国际法的条款,因为世界贸易组织争端解决机构的专家组和上诉机构的报告对于世界贸易组织成员方来说,可以产生合法的预期,甚至可能影响未来的立法。然后分析了3起发生在发达国家和发展中国家之间可能影响到 TRIPS - plus 造法的最新知识产权争端。

第六章对 TRIPS - plus 造法进行了反思。阐释了《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)中本身包括的有利于发展中国

家的条款和最高知识产权保护标准。同时也意识到《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)中所包含的最高知识产权保护标准可以对 TRIPS-plus 造法产生一定的限制,最后探讨了 TRIPS-plus 对《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)修改的可能性,发现 TRIPS-plus 造法可能会通过不断的积累最终修改《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)从而形成相对统一的知识产权国际保护准则。

第七章“中国应对 TRIPS-plus 造法的建议”主要分析中国知识产权的国家利益,希冀从以上的 TRIPS-plus 造法问题的研究中得到启示,并在未来的知识产权国际立法谈判中,利用发达国家和发展中国家所选用的 TRIPS-plus 造法模式体现我国的国家利益并对 TRIPS-plus 造法产生实际的影响。

TRIPS-plus 造法趋势是不可逆的,而且最终会影响国际知识产权保护的标准,表现为不断接近发达国家所希望知识产权的“最高保护标准”。但是在这条发展的道路上又呈现出两难的选择:是向知识产权权利人一边倒的知识产权国际保护标准?还是兼顾人类社会发展的共同问题的知识产权保护?在这进程中,作为世界上重要的经济力量之一,中国要从本国产业利益出发提出建议以实现国家利益,并且推动 TRIPS-plus 造法向普适性的正义道路前进。国际社会需要公正合理的国际规则,只有这样才能构建和谐世界,实现永久和平。

张娜

2014年8月1日

目 录

总 序.....1
序 言.....1
自 序.....1

第一章 导 论.....1

第一节 问题的提出.....1
第二节 TRIPS - plus 的界定.....3
一、plus 的含义.....3
二、TRIPS - plus 的厘清.....5
三、TRIPS - plus 的特征.....8
第三节 TRIPS - plus 造法问题研究的重要性.....9
一、TRIPS - plus 造法问题研究是国际实 践的需要.....10

二、TRIPS-plus 造法问题研究有学术价值.....12	
三、TRIPS-plus 造法问题研究符合中国的 国家利益的需要.....12	
第四节 文献综述.....13	
一、相关博硕士论文.....13	
二、与 TRIPS-plus 相关的学术成果.....17	
三、期望本书所具有的创新性.....23	
第五节 研究思路.....25	
第六节 研究方法.....27	
第二章 TRIPS-plus 的国际造法模式.....28	
第一节 TRIPS-plus 造法模式的概述.....28	
一、发达国家选用的 TRIPS-plus 造法模式.....30	
二、发展中国家选用的 TRIPS-plus 造法模式.....31	
第二节 国际贸易投资协定中 TRIPS-plus 的造法模式.....32	
一、单边主义模式 (Unilateralism)32	
二、双边主义模式 (Bilateralism)35	
三、区域主义模式 (Regionalism)38	
四、复边主义模式 (Plurilateralism)39	
第三节 知识产权协定的 TRIPS-plus 造法模式.....44	
一、世界知识产权组织 (WIPO) 框架下的 TRIPS-plus 造法 模式.....44	
二、区域知识产权协定中 TRIPS-plus 造法模式.....49	
第四节 其他 TRIPS-plus 造法模式.....52	
一、TRIPS 与公共健康.....53	
二、TRIPS 与传统知识和民间艺术的保护.....55	
三、TRIPS 与遗传资源的保护.....56	

第五节 小结.....58

第三章

各国利益在 TRIPS - plus 造法中的体现.....61

第一节 概述.....61

第二节 知识产权保护范围的 TRIPS - plus 造法.....63

一、版权及其相关权利.....63

二、商标.....68

三、地理标志.....71

四、专利.....75

五、其他知识产权客体.....77

第三节 知识产权保护期限的 TRIPS - plus 造法.....79

一、版权及其相关权利.....79

二、专利.....82

三、过渡期安排.....83

第四节 知识产权执法和争端解决的 TRIPS - plus 造法.....84

一、知识产权执行.....84

二、知识产权争端解决.....87

第五节 其他 TRIPS - plus 造法.....87

一、强制许可.....87

二、平行进口.....89

第六节 小结.....91

第四章

TRIPS - plus 造法的最新范例.....95

第一节 概述.....95

第二节 区域主义模式的 TRIPS - plus 法律.....98

一、《跨太平洋战略合作协议》美国草案知识产权部分 (TPP)98