



关贸总协定与 世界贸易组织中的 知识产权

——关贸总协定乌拉圭回合最后文件
《与贸易有关的知识产权协议》详解

郑成思 著

北京出版社

关贸总协定与 世界贸易组织中的 知识产权

——关贸总协定乌拉圭回合最后文件
〈与贸易有关的知识产权协议〉详解

郑成思 著



北京出版社

(京)新登字 200 号

关贸总协定与世界贸
易组织中的知识产权

——关贸总协定乌拉圭回合最后文件
(与贸易有关的知识产权协议)详解

GUAN MAO ZONG XIE DING YU SHI JIE MAO
YI ZU ZHI ZHONG DE ZHI SHI CHAN QUAN

*

北京出版社出版

(北京北三环中路6号)

邮政编码:100011

北京出版社总发行

新华书店北京发行所经销

朝阳展望印刷厂印刷

*

850×1168毫米 32开本 10.125印张 230 000字

1994年10月第1版 1994年10月第1次印刷

印数 1--6000

ISBN 7-200-02485-6

F·193 定 价:8.70元

作者简介

郑成思 中国社会科学院学位委员会委员、知识产权中心主任、法学所研究员、博士生导师、北京大学兼职教授；1986年获“国家级专家”称号；1989年获“全国劳模”称号；社会职务方面，任国际版权学会顾问、中国版权研究会副理事长、中国商标协会常务理事等职；被世界知识产权组织仲裁中心列为仲裁员、被香港学术评审局列为专家组成员；曾以英文在英、澳等国出版过《版权法在中国》等书，以中文在大陆及台湾出版过《知识产权法通论》、《计算机、软件与数据的法律保护》、《版权公约、版权保护与版权贸易》等书，共二十余部；是我国版权法等法律起草小组成员、商业秘密法等法律起草小组顾问，并参加过反不正当竞争法等法律的起草及专利法等法律的修订。

目 录

〔1〕	绪 论
〔1〕	一、关贸总协定——国际法中的特例
〔3〕	二、知识产权——民事权利中的特例
〔6〕	三、乌拉圭回合
〔8〕	四、与贸易有关的知识产权
〔10〕	第一章 知识产权协议的前序部分与第一部分
〔10〕	第一节 前序部分
〔10〕	一、“成员”
〔11〕	二、知识产权为私权
〔12〕	三、“国内”与“域内”
〔12〕	四、世界知识产权组织
〔18〕	五、其他
〔19〕	第二节 协议的第一部分
〔19〕	一、协议中的“知识产权”
〔20〕	二、巴黎公约
〔29〕	三、伯尔尼公约
〔33〕	四、罗马公约
〔39〕	五、集成电路知识产权条约
〔39〕	六、本节二、三、四、五的小结
〔40〕	七、“国民”待遇
〔43〕	八、知识产权协议与四个公约的关系

[45]	九、以“有限互惠”取代国民待遇的特例
[47]	十、司法与行政程序上的“非国民待遇”
[49]	十一、最惠待遇及其例外
[53]	十二、“权利穷竭”原则
[55]	十三、其他
[57]	第二章 协议的第二部分
[57]	第一节 版权与有关权
[57]	一、有关精神权利的规定
[59]	二、版权保护什么、不保护什么
	——版权法与专利法、商标法的关系
[71]	三、计算机程序的保护——超伯尔尼公约
[72]	四、邻接权的保护——低于罗马公约
[73]	五、排除录音制品公约的条款
[75]	六、出租权
[76]	七、权利限制
[79]	八、其他
[81]	第二节 商标
[81]	一、注册条件
[85]	二、使用要求
[86]	三、“相同与近似”——商标权的行使范围
[89]	四、服务商标
[91]	五、保护期——首期与展期
[92]	六、“共同使用”——合理还是不合理
[93]	七、对许可与转让的要求
[95]	八、其他

[98]	第三节 地理标志
[98]	一、“地理标志”指的是什么、怎样保护?
[100]	二、酒类商品的地理标志
[101]	三、地理标志保护中的例外
[104]	四、其他
[104]	第四节 工业品外观设计
[104]	一、工业品外观设计——特殊工业版权
[107]	二、保护要求
[108]	三、权利与权利限制
[109]	四、其他
[110]	第五节 专利
[110]	一、可以获得与不可以获得专利的智力成果
[112]	二、产品进口与专利中的“进口权”
[113]	三、权利限制
[118]	四、保护期
[119]	五、其他
[122]	第六节 集成电路布图设计(拓朴图)
[122]	一、集成电路知识产权保护的历史与现状
[124]	二、协议与“集成电路知识产权条约”的关系
[125]	三、保护范围与权利限制
[126]	四、其他
[127]	第七节 商业秘密的保护与限制性贸易条款
[127]	一、商业秘密
[129]	二、“协议许可证”
[130]	三、其他

[132]	第三章 知识产权的执法
[132]	第一节 成员的总义务
[132]	一、程序条款
[133]	二、“执法”、“行使”、“保护”与“实施”
[134]	三、对行政终局决定的司法审查;对司法初审 判决的复审
[137]	四、知识产权的特殊保护与非特殊诉讼程序
[138]	第二节 民事、行政与刑事程序
[138]	一、三种程序的联系
[143]	二、“赔偿”、“适当赔偿”及其他救济
[144]	三、再论“不知”与“已知”
[146]	四、其他
[147]	第三节 临时措施与边境措施
[147]	一、两种措施的必要性
[149]	二、诉讼保全与保证金
[150]	三、采取“临时”与“边境”两种措施的程序
[152]	四、“可”忽略不计的进口
[153]	五、其他
[155]	第四章 协议的后四个部分
[155]	第一节 关于协议第四部分
[162]	第二节 防止与解决争端
[167]	第三节 过渡条款
[170]	第四节 附则
[174]	关贸总协定中的知识产权协议

[174]	乌拉圭回合谈判的最后文件目录(中译)
[176]	与贸易(包括假冒商品贸易在内)有关的知识产权协议 (中译)
[213]	附录:
[213]	《保护文学艺术作品伯尔尼公约》
[257]	《保护录音制品制作者防止未经授权复制其制品公约》
[262]	《保护表演者、录音制品制作者及广播组织罗马公约》
[273]	《集成电路知识产权条约》
[285]	《保护工业产权巴黎公约》

绪 论

一、关贸总协定——国际法中的特例

《关税与贸易总协定》(GATT),即人们一般称为“关贸总协定”的国际条约,是个在国际法领域较特殊的条约。

首先,该协定中从不出现“成员国”、“缔约国”等字样,而只称“缔约方”(Contracting Party),这是与该协定产生时,还存在一些当时殖民地宗主国管辖的“独立关税区”这一历史相联系的。在今天,作为含义更广、但地域更窄的“独立关税区”,仍有香港、澳门(及不久后的台湾)地区。就是说,在条约参加者主体方面,关贸总协定有它的特殊性。在过去,除使用“缔约方”之外,“成员”(Member)也是关贸总协定中的常用词。1993年底结束乌拉圭回合谈判后的文件中,大都以“成员”取代了“缔约方”的称谓。在个别条文中,也时而出现“成员国家”(Member country)的字样了。但文件在统称“成员”的场合,则仍然不与“国家”连用。

其次,直到1993年底前,关贸总协定居然一直没有一个“正式生效”日;1948年1月生效的,仅仅是该协定的“临时适用议定书”。然而这一协定又一直在国际上起着如此重要的作用,以致它与国际货币基金组织及世界银行一道,被称为“世界金融与贸易体系的三大支柱”。这又与前一个特殊性一样,是历史的原因造成的。

第二次世界大战之后,在经济实力相对较强的美国推动下,

原准备建立保持国家间的汇率平衡的制度,建立处理长期国际投资事宜的几个国际组织及国际贸易组织。四十年代末,国际货币基金组织与世界银行相继成立。而拟议中的“国际贸易组织”则因为它的“宪章”在美国国会未能通过,而迟迟不能生效。于是,建立国际贸易组织的计划就搁浅了。这样一来,原先在日内瓦签署的一项关税减让的“一般协定”,即关贸总协定,^①“暂时”取代了原有设想,起着世界贸易组织原打算起的作用。这一“暂时”,竟然“暂”了四十多年。

随着 1993 年底乌拉圭回合谈判的结束,这一奇特的协定的作用,也很快将成为历史。

再有,在乌拉圭回合结束之前,与这一协定相应的,并不存在一个联盟(Union)。诸如巴黎公约、伯尔尼公约等,则均有相应的巴黎联盟、伯尔尼联盟等。从而,也当然不存在关贸总协定(联盟)大会(Assembly)。虽然全体缔约方每年通常要开会一次,决定一些事宜。但这种缔约方聚集在一起的东西,只被称为“缔约方全体”,英文中即把 Party 表述为复数。只是在乌拉圭回合多边贸易谈判中,才提出建立一个与总协定相应的“多边贸易组织”的问题。当然,在这种特殊情况下的“缔约方全体”(而不应加“大会”二字),也更谈不上无产阶级专政政体中常用的“最高权力机构”了。并非“缔约方”的国家,也曾当年的多边谈判中起重大作用。例如,1991 年底,形成知识产权分协议“邓克尔(当时的关贸总协定总干事)文本框架文件”的“10 加 10 谈判”,其中 10 个发展中国家之一,即是尚未“复关”的我国。这一点似乎也可以从反而否定全体“缔约方”的“最高权力机构”地位。

我国曾经是关贸总协定的 23 个创始国之一,由于历史原因,从五十年代初开始,我国与该协定的关系一度中断。1986 年

^① 英文中的 General,既有“总”的意思,又有“一般”的意思。

7月,我国正式提出了恢复我国的关贸总协定缔约国地位的要求。

二、 知识产权——民事权利中的特例

关贸总协定之为国际法领域的一个极特殊的协定。在今天,它又与民事法律领域中的一项极特殊的权利联系在一起了。在开始对我们面临的主要国际法文件——关贸总协定中的知识产权协议——的详解之前,读者应当对知识产权的一些特殊之处有所了解。

知识产权(或智慧财产权),作为民事权利中的一类极特殊的权利,不论在过去还是在今天,也不论在国际上还是在我们中国,均引起过并继续引起无穷的问题与争议。国际条约与国内法,一再尝试着侧重于在实践中解决有关问题,并从争议中解脱出来,以利国际经济与国内经济的发展。当然,条约及法律往往在确实解决了一部分问题的同时,在另一部分问题上仍旧在困境之中或重新陷入困境。各国的知识产权法学者或民法学者们,则一再尝试着侧重于从理论上解决有关问题,也往往更多地陷入更深的困境——尤其当有人只希望把知识产权与其他财产权放在同一个框架中去对待时,或只希望把知识产权贸易与有形货物买卖放在同一个框架中去对待时。

多年之前,有人读到伯尔尼公约中有关作者的精神权利作为一项“权利”,至少应保护到作者死后五十年时,曾认为这是起草伯尔尼公约后几个文本的专家们的“重大失误”。因为,从民法原理看,主体死亡了,精神权利(有些国家及伯尔尼公约的有些语种直称为“人身权”)仍存在,而且要保护至少五十年,简直是荒谬的。1991年,在中国版权研究会的学术讨论中,有人再度“批判”伯尔尼公约中有关“死后精神权利”的条文,提出:作者死后,决不可能仍有精神权利;那时的“保护”,只能是“国家的公行为”对署名、作品完整性等等的保护。这种“有保护而无权利”的

议论,至今不衰。后来又辅之以“无保护但有权利”的另一种议论。这些,都是议论者自己陷入更深的困境的实例。因为,“依法律保护而灭失的权利”与“法律明文宣布不予保护的依法产生的权利”这两个命题,不仅不言而喻违背了民法原理,而且违背了形式逻辑。

几年前,一位研究生在看到国际条约及国内法以及知识产权学者论著中强调知识产权的“法定时间性”特点时,反驳说:有形财产权中的主要项目是所有权,而所有权具有“永恒性”(在许多年前台湾出版的史尚宽先生的《物权法论》、董世芳先生的《民法概要》等著作中,我们早已读到过这些论断——台湾民法论著对大陆一些学人影响是很大的);至于“物权标的”的时间性,则不应与知识产权中“权利”的时间性混为一谈。这位研究生忘记了:有形财产所有权的“永恒性”,是以有关财产“标的”的存在为前提的。房屋作为“物”倒塌后,其原所有人此时只是一堆砖头的“所有权”人了。一张桌子如果被火烧成灰,其原所有权人就可能“无所有”了。而知识产权中的所有权,不以有关物的灭失为转移。这种所有权才真正本应具有“永恒性”,但法律却断然限定了它只在一定时间(如专利 20 年、版权 50 年)内有效。此外,作为产权“标的”,只能拿知识产权中的“权”,与有形财产权中的“物”相比。各国立法中对此都是明白的。例如,各国担保法中,均把知识产权作为“以权利为标的的质权”或称“权利质权”,决没有称之为“作品质权”或“发明质权”的,更不会有称之为“图书(文字作品的载体)质权、建筑物(建筑艺术作品的载体)质权”的。在知识产权领域,“权利标的”、受保护“客体”及有关“载体”,都必须分得清清楚楚、不容混淆。而在有形财产权领域,标的、客体及载体,往往同是一个。在所有国际公约中,在大多数国家的立法中,知识产权与有形财产权的这种不同,一般也是清楚的。

当有人谈到美国版权法第 203 条时,曾吃惊地“发现”:多年

来最不提作品“人身权”的美国，居然在这里如此强调作品中的人身（应称“精神”）因素。不论原签订的版权转让合同期为多久，也不谈签约时作者如何确认，均可在 35 年后“反弹”回作者手中。这岂不是连衡平法中极重要的 Estoppel 原则都不顾了。如果美国立法者简单地给予回答，那可能是：“这正是知识产权的特殊性”。

当我们的立法机关希望制定一部无所不包的全面合同法时，我曾提议：请将知识产权转让合同视为例外。据我所知，仅以版权合同的规范为例，世界上只有极个别的国家把它们列入民法典（如巴西）或合同法（或债权法）典（如瑞士）；有一部分国家有单行的部分版权权项转让法（如德国的“出版合同法”、希腊的“图书出售合同法”、“戏剧作品合同法”等等）；而大多数国家都把版权合同规范列入单行的版权法中。这理由，简单讲也就是：知识产权的特殊性。

知识产权的特殊性，在我国近年还在不同场合表现为对它的研究或管理可以被许多学科或部门所排斥，又几乎可以同样被这些学科或部门所吸收。在遇到棘手的需处理的知识产权事务时，民事部门可以推说它们（至少专利与商标）是经济部门的事，外贸部门可以推说它们（至少版权）是文化部门的事，乃至有“谁的孩子谁抱走”之说。遇到有“经济效益”或权力效益的知识产权事务时，则又往往以其他部门“技术上不通”、“业务上不熟”等等为由，往自己部门揽。在建学科时，在有些场合，知识产权法被说成不属于民法（仅其中版权属子），不属于经济法（仅有专利、商标属子），不属于国际法（仅有关国际公约似属子），以使他人立不起研究项目，建不起学位授予点。在另一些场合，则被民法界说成属于民法，经济法界说成属于经济法。此外，国际法、科技法、乃至行政法教科书中，也都把他们列入自己的教学及研究范围。与这两种“推”与“拉”的状况相比，真应说北京市中高两级

法院比某些学人们更明白一些。他们率先成立起独立的(既不属民庭、又不属经济庭的)“知识产权庭”。应当说,这才是真正看到了知识产权的特殊性。

三、乌拉圭回合

那么,是什么把国际法领域与民事法律领域这两个“怪物”结合在一起的呢?是“乌拉圭回合”。

关贸总协定的缔结与发展是通过多次多边谈判实现的。习惯上把各次谈判称为“回合”(即 Round),也就是“一轮”谈判的意思。如果把缔结关贸总协定的 1947 年的第一轮谈判,算作第一个“回合”的话,到 1993 年底已经经历了 8 个回合的谈判。在前几个回合的谈判中,仅仅以降低关税为谈判的主要目标,并不涉及知识产权。

1948 年,也就是关贸总协定的“临时适用议定书”刚刚生效时,即在法国安纳西举行了第二轮谈判(通称“安纳西回合”);1950 年 9 月到 1951 年 4 月在美国的托奎举行了第三轮谈判(通称“托奎回合”);1956 年 1 月到 5 月在日内瓦举行了第四轮谈判(通称“日内瓦回合”);1960 年到 1961 年在日内瓦举行了第五轮谈判(通称“迪龙回合”)。这几个回合均只涉及关税减让问题。

1964 年 5 月到 1967 年 6 月在日内瓦举行的第六轮谈判(通称“肯尼迪回合”)第一次在关税减让之外,涉及了反倾销问题。1973 年 9 月到 1979 年 7 月在东京发起、在日内瓦结束的第七轮谈判(通称“东京回合”,又称“尼克松回合”)还涉及非关税壁垒(主要是技术壁垒)问题。读者可以看到:从那时开始,“关税”与贸易总协定已开始超出关税范围,向其他领域扩展。

几乎所有的“回合”,均是在美国提议和推动下开始的。所以,很多次“回合”都被人们以美国代表(例如“迪龙”)或当时的美国总统(例如“肯尼迪”、“尼克松”)的名称谓。

实际于1986年9月15日在乌拉圭的埃斯特角城发起、于1993年12月15日在日内瓦结束的第八轮谈判(通称“乌拉圭回合”),则把谈判的范围进一步扩大。在乌拉圭的部长级会议上,瑞士等二十个国家提出提案,要求把“服务贸易”、“投资保护”和“知识产权”,作为三个新的议题纳入谈判范围。美国代表甚至提出“如果不将知识产权等问题作为新议题纳入,美国代表将拒绝参加第八轮谈判”。一些发展中国家的代表则认为:“知识产权等问题根本不属于关贸总协定规范和管理的内容,不应当纳入谈判”。巴西代表还曾认为,如果把知识产权等问题放到关贸总协定中去,就如同把病毒输入计算机一样,其结果只会进一步加剧国际贸易中已经存在的不平衡。

1988年年底,在加拿大的蒙特利尔举行的又一次乌拉圭回合的部长级会议,也没有能够对于是否把知识产权保护问题纳入关贸总协定,取得基本一致的意见。在这一时期,学术界对这一问题实际上认识也不一致。联邦德国马克斯—普朗克学会的知识产权研究所在这一时期举办过关贸总协定与知识产权问题的学术讨论会,会后汇集的论文集书名叫作《要关贸总协定还是要世界知识产权组织?》。这说明,即使是发达国家的知识产权法学者,也未必从理论上赞成把知识产权等问题纳入关贸总协定。

但是,国际上的许多问题都远远不是纯理论问题。如果不打破乌拉圭回合的僵局,多数国家在对外贸易的实践中都会受到不利影响。在1990年底乌拉圭回合的布鲁塞尔部长级会议上,把知识产权问题纳入关贸总协定基本成为定局。1991年年底,关贸总协定总干事邓克尔提出了乌拉圭回合的最后文本草案的框架。其中的“与贸易(包括假冒商品贸易在内)有关的知识产权协议”基本获得通过。当时成为最后文本达成一致意见的主要障碍的,是欧共体与美国之间关于农产品出口的问题,而不再是知识产权问题。在1993年12月于日内瓦结束乌拉圭回合谈判之

前,几乎使谈判功亏一篑的,也只是欧美之间关于视听制品的自由流通(属于“服务贸易”范围)的争论。在知识产权问题上,则绝大多数国家意见已基本一致了。

四、与贸易有关的知识产权

与“贸易”有关,这里的“贸易”主要指有形货物的买卖。服务贸易也是一种贸易,但是从乌拉圭回合最后文件的分类来看,“与贸易有关的知识产权协议”中,并不涉及服务贸易。而另外有一个“服务贸易总协议”,去规范服务贸易问题。

与“贸易”有关,这里的“贸易”,既包括活动本身可能是合法的贸易,也包括假冒商品贸易,即活动本身肯定是不合法的贸易。在前一种贸易活动中,有时存在知识产权的保护问题。在后一种贸易活动中,则始终存在打击假冒、保护知识产权的问题。所以,过去有的中文译本,把关贸总协定中的知识产权分协议的标题翻译为:“与贸易有关的知识产权协议,包括假冒商品贸易在内”,这虽然从外文的文字顺序上对照,让人感到是逐字翻译出来的、是无懈可击的。但这种译法可能使一部分人看不懂是什么意思;使另一部分人误认为“知识产权”中包括“假冒商品贸易”,而这又决非原意。所以这种译法并不确切。我的译本则倒过来译为:“与贸易(包括假冒商品贸易在内)有关的知识产权协议”。这主要是便于使中文读者看清楚:这个文件既要规范与一般贸易活动有关的知识产权,更要规范与假冒商品贸易有关的知识产权。这样,读者才可能对该文件的实际内容通过标题有较确切的解释。

“知识产权”,有广义、狭义之分。广义知识产权中的科学发现权、与民间文学有关的权利等等,一般与贸易关系不大,所以这份文件中并不涉及。狭义知识产权中的实用技术专有权的一部分,该协议中也未加规范(例如“实用新型”)。可见,这个协议中所涉及的知识产权既非人们通常理解的狭义知识产权,也非