

与时俱进的RCEP知识产权 条款及其比较

张乃根*

内容摘要:作为迄今中国与其他国家或地区之间最重要的自由贸易区协定,RCEP知识产权条款充分兼顾15个缔约方之间不同的经济发展水平和能力以及各自法律制度的差异,在TRIPS协定的基础上,适应数字时代和相互间经贸往来的日益增多,与时俱进地更新相关知识产权规则。总体上,这些规则的知识产权保护水平虽比不上CPTPP和USMCA,但更具利益平衡性和兼顾性,因而对于WTO多边框架下TRIPS协定的进一步修改,可能更具示范作用。中国在RCEP生效后及今后可能加入CPTPP的知识产权国内履约上,从统筹国内法治与涉外法治角度看,还有值得反思和前瞻之处,以努力提升中国参与知识产权国际规则制定的能力。

关键词:RCEP 知识产权 自由贸易区协定 专利开放许可

《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)^①是迄今中国缔结或加入的成员最多、内容最全面的自由贸易区协定,^②也是目前全球最大规模的自由贸易区协定。^③其中引人关注的知识产权条款(第十一章83条及两个附件)不仅篇幅为该协定各章

* 复旦大学特聘教授,博士生导师。

① 《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)于2020年11月15日由中国与东盟十国及日本、韩国、澳大利亚和新西兰签署。根据该协定第二十章最终条款第6条第2款,“本协定应当在至少六个东盟成员国签署方和四个非东盟成员国签署方向保管方[注:东盟秘书长]交存核准书、接受书或批准书之日起60天后生效。”RCEP的中英文本,参见中国自由贸易区服务网:《〈区域全面经济伙伴关系协定〉(RCEP)》, http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rcep_new.shtml, 2021年1月20日访问。下文凡援引该协定,出处略。

② 中国已缔结或签署的自由贸易区协定共21个(含内地与香港、澳门单独关税区自由贸易协定),除2015年11月22日签署并于2019年10月22日全面生效的《中国—东盟全面经济合作框架协议》(10+1)升级,其他均为双边协定。此类协定均为世界贸易组织的《关税与贸易总协定》第24条下“自由贸易区”(Free Trade Area)协定,与关税同盟等属于“区域贸易安排”(Regional Trade Arrangement)。

③ RCEP成员国总人口、经济体量、贸易总额均占全球总量约30%。相比之下,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)11个成员国,经济体量占全球13%;《美墨加协定》(USMCA)三国经济体量约占全球总量27%。

之最,而且适应当代科学技术发展和国际经贸交往增多的需要,在 1995 年生效的世界贸易组织(WTO)《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS 协定)的基础上全面更新,具有与时俱进的鲜明特点。RCEP 缔约方包括日本等发达国家、中国等发展中国家和东盟内一些最不发达国家^①,堪称一个小型 WTO,其知识产权条款充分兼顾缔约方所处的发展阶段和经济需求。这不同于其他自由贸易区协定,如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》^②或《美墨加协定》^③,其知识产权条款虽具有更高的规则水平,但没有最不发达缔约方因而也无须兼顾其特殊利益。就适用 WTO 全体成员的 TRIPS 协定未来更新而言,RCEP 知识产权条款可能更具示范作用。本文基于这样的看法,首先全面评述 RCEP 知识产权条款的超 TRIPS 协定内容及其与时俱进的特点,然后与 CPTPP 和 UMSCA 等现行相关条约的知识产权规则作扼要比较,以求进一步理解相对 RCEP 知识产权条款的更高水平规则,并分析对于 WTO 多边贸易体制下更新 TRIPS 协定的可能示范作用,最后对 RCEP 知识产权条款下的中国履约及应对加入 CPTPP 相关问题,略陈己见。^④

一、RCEP 知识产权条款及其与时俱进的特点

RCEP 知识产权条款包括第一节总则和基本原则(第 1-9 条),第二节著作权和相关权利(第 10-18 条),第三节商标(第 19-28 条),第四节地理标志(第 29-35 条),第五节专利(第 36-48 条),第六节工业设计(第 49-52 条),第七节遗传资源、

① RCEP 序言第 6 段规定:“顾及到缔约方间不同的发展水平,对适当形式的灵活性的需要,包括对特别是柬埔寨、老挝人民民主共和国、缅甸,以及在适当情况下,对越南,提供的特殊和差别待遇,和对最不发达国家缔约方采取的额外的灵活性。”其中,柬埔寨、老挝和缅甸为最不发达国家。

② CPTPP 中英文对照文本参见商务部网站:《〈全面与进步跨太平洋伙伴关系协定〉(CPTPP)中英对照文本》, <http://sms.mofcom.gov.cn/article/cbw/202101/20210103030014.shtml>, 2021 年 1 月 25 日访问。以下凡援引该协定,出处略。

③ Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada. 英文文本参见美国贸易代表办公室网站: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>, 2021 年 1 月 25 日访问。以下援引该协定,出处略。

④ 国内外学界曾对 2015 年解密的 RCEP 谈判文本有关知识产权条款,进行过一定研究,参见余楠:《RCEP 知识产权规则评述及中国的参与》,《湖北师范大学学报(哲学社会科学版)》2018 年第 4 期,第 44 页;刘宇:《RCEP 知识产权文本模式谈判进路及其选择》,《国际经贸探索》2018 年第 4 期,第 89 页;See Perter K. YU, *The RCEP and Trans-Pacific Intellectual Property Norms*, 50 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 673-740 (2017). 这些研究虽限于时际性,仅论及相关谈判文本,但为本文提供了一定参考。

传统知识和民间文学艺术(第53条),第八节不正当竞争(第54-56条),第九节国名(第57条),第十节知识产权权利的实施(第58-75条),第十一节合作与磋商(第76条),第十二节透明度(第77条),第十三节过渡期和技术援助(第78-81条),第十四节程序事项(第82-83条)和两项附件(特定缔约方过渡期、技术援助请求清单)。

上述知识产权条款作为RCEP的专章规定,没有序言,但其总则和基本原则包含了与该协定较全面规制贸易和投资活动相应的序言性要求:“旨在通过有效和充分的创造、运用、保护和实施知识产权权利来深化经济一体化和合作,以减少对贸易和投资的扭曲和阻碍”(第1条第1款小序言),以及与TRIPS协定的措辞完全一致的目标:“知识产权权利的保护和实施应该有助于促进技术创新和技术转让及传播,以利于社会和经济福利的方式推动技术知识的创造者和使用者的共同利益,并且有助于权利与义务的平衡”(第1条第2款)。

作为WTO下的自由贸易区协定,并以TRIPS协定为基础的RCEP知识产权条款明确:其规定“知识产权”的含义及范围与TRIPS协定完全一致,而且若某一规定与TRIPS协定不一致,“在此类不一致的范围内应当以后者为准”(第2条、第3条)。应该理解TRIPS协定虽未明确涵盖“商号”(trade name),但是,有关TRIPS协定的条约解释已澄清:该协定第2条第1款将《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)有关实体性条款“纳入”(incorporated),包括了只涉及“商号”保护的第8条,因此,这也属于该协定范围内的知识产权。^①同理,这也为RCEP知识产权条款所涵盖。同时应注意,RCEP知识产权条款包括遗传资源、传统知识和民间艺术和涉及域名的反不正当竞争。根据相关说明:“缔约方同意本章对知识产权的保护范围超出了”TRIPS协定的要求,但是,这不属于RCEP第20条第2款规定可被一缔约方认为“与该缔约方和至少一个其他缔约方同为缔约方的另一协定某个条款不一致”(脚注1),换言之,RCEP缔约方约定超出TRIPS协定的知识产权保护范围不属于两者“不一致”(inconsistency)。下文将评述此类超出TRIPS协定的部分内容。

(一)RCEP知识产权条款超出TRIPS协定的部分内容

1. 著作权和相关权利

^① See United States-Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998, WT/DS176/AB/R, paras.336-341.

其一主要为相关权利,包括录音制品的表演者和制作者获得广播报酬的权利(第11条),保护广播组织和载有加密节目的卫星信号(第12条),集体管理组织(第13条);其二是数字网络化时代的著作权和相关权利保护,包括防止规避有效技术措施(第14条)和保护权利管理电子信息(第15条)及其限制和例外(第16条)。此外,缔约方政府有义务使用正版软件(第18条)。

缔约方根据第9条第1款项下“应当批准或加入”(强制性义务)的《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(以下称《伯尔尼公约》)、《世界知识产权组织著作权条约》(WCT)、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)和《关于为盲人、视力障碍者或其他印刷品阅读障碍者获得已出版作品提供便利的马拉喀什条约》(以下称《马拉喀什条约》),还应承担这四项著作权和相关权利国际公约或条约的义务。此外,根据第9条第2款,任一缔约方可“有意批准或加入”(任择性义务)《保护表演者、录音制品制作者和广播组织的国际公约》(以下称《罗马公约》)^①。这在TRIPS协定将《伯尔尼公约》的实体性条款纳入协定的基础上,进一步要求缔约方接受该公约的其他条款。尽管其他条款与RCEP知识产权条款本身的义务相互独立,但是,这使得缔约方的相关保护水平在整体上明显提升。

2. 商标和地理标志

首先,允许“地理标志可以通过商标制度或专门制度”加以保护,“只要其符合”TRIPS协定“所有要求”(第29条)。这意味着对地理标志的商标和/或专门保护的单独或平行制度得以确立。这有助于各缔约方根据其国情酌定有关保护制度,尽可能避免地理标志作为在先权利与含有地理标志的商标注册之间产生冲突。^②其次,规定了注册商标和地理标志保护的若干实体规则,包括可注册商标的

^① 中文文本将该公约表述为《世界知识产权组织表演和录音制品条约》,不太准确。

^② TRIPS协定未明确规定地理标志可以通过商标制度或专门制度得以保护,而是规定注册商标的专有权“不得损害任何现有的优先权”(第16条第1款)和在TRIPS协定生效前或地理标志在其起源国获得保护前已善意注册,含有该地理标志的商标可得到例外保护(第24条第5款)。WTO争端解决专家组,在欧共体—对农产品与食品商标与地理标志的保护案报告中对这两项条款的解释进一步澄清:前者规定了注册商标的专有权“例外”,后者又“设立了地理标志保护的例外”;作为条约规定本身,两者不存在冲突。See European Communities-Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs, WT/DS174/R, paras.7.602, 7.615, 7.624. 但是,该案凸现了对地理标志采取专门保护和商标保护的两种制度之间的冲突。See Antony Taubman *et al.* (eds.), *A Handbook on the WTO TRIPS Agreements* 92 (Oxford University Press 2012). 为避免此类冲突, RCEP知识产权条款第25条规定对先于地理标志的商标保护。

立体形状、声音标记,且可视觉感知不作为注册条件(第19条),地理标志可注册为证明商标和集体商标(第20条),对驰名商标的特别保护^①(第26条),根据国际协定对地理标志的保护^②(第34条、第35条)。再次,规定了注册商标和地理标志保护的若干程序规则,包括商标分类制度(第21条)、注册和申请的基本制度(第22条)、应当驳回申请或注销恶意注册商标(第27条)、保护地理标志的国内行政程序(第30条)及其异议和注销(第31条)等。

与注册商标有关的实体和程序规则,部分属于RCEP缔约方任择批准或加入的《商标法新加坡条约》的规定,^③也就是说,即便缔约方选择暂不加入,也应履行直接纳入的有关义务,譬如,实质上允许气味(嗅觉)标记注册为商标的义务,^④也有的是各缔约方无论是否加入,均“应当建立或维持”与《商标注册用货物与服务国际分类尼斯协定》下规则一致的制度。缔约方应当加入的《商标国际注册马德里协定有关议定书》(以下称《马德里议定书》)有助于促进更多的商标国际注册。

3. 专利与工业设计

第一,有关实体规则,包括根据TRIPS协定修订增加的公共健康相关强制许可规定(第39条),这也是RCEP知识产权条款总则第8条的基本原则要求;专利

① TRIPS协定仅规定驰名商标的认定标准(第16条第2款),RCEP知识产权条款进一步规定包括“一缔约方可以通过向司法机关授予禁止使用该商标的权力”(第26条第1款,脚注18)在内对驰名商标的特别保护。

② TRIPS协定未规定在该协定之外根据其他国际协定对地理标志进行保护,但是,根据TRIPS协定第3条和第4条的国民待遇及最惠国待遇原则,应将给予本成员国民或给予另一成员国民的地理标志保护待遇无条件给予其他成员国民。RCEP知识产权条款进一步规定在该协定对一缔约方生效之后可通过与另一缔约方或非缔约方的国际协定保护地理标志,只要符合“公众公布与保护或认可地理标志有关的信息”及“确保至少给利害关系人提供机会对该新地理标志的保护或承认进行评论”等要求。

③ 根据规定,《商标法新加坡条约》是RCEP“任一缔约方有意批准或加入”的多边协定之一。

④ 《商标法新加坡条约》实施细则三所列七类新型商标是:立体商标、全息图商标、动作商标、颜色商标、位置商标、声音商标、含有除声音商标以外的非可视性标志的商标。除前三类,根据2006年《补充〈商标法新加坡条约及其实施细则〉的外交会议决议》,缔约方不承担予以注册的义务,其他四类,包括第七类实际为气味商标的注册,均为缔约方义务。

的实验性使用例外(第40条);应建立保护植物新品种的专门制度(第48条)^①;工业设计的物品部分设计可获得保护(第49条第5款)。第二,有关程序规则,包括专利的审查程序(第41条)^②和电子申请制度(第43条)、18个月公布专利申请(第44条)、在先技术(即“现有技术”)的网上信息(第45条)、快速审查(第46条)和“应当致力于使用《国际专利分类斯特拉斯堡协定》”、工业设计应当予以注册保护^③(第51条)和在先设计的网上信息(第50条)以及“应当致力使用”《建立工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》(第52条)。值得注意的是,这两类工业产权的国际分类,RCEP缔约方不必像对待商标国际分类那样,均“应当遵循”,而仅“应当致力于使用”。

应该特别关注的是RCEP知识产权条款的“专利宽限期”(grace period for patent)这一兼有实体和程序性质的规则:“缔约方认识到,在认定一项发明是否新颖以支持创新时,专利宽限期在不用考虑发明的特定方面公开披露信息的优势。”(第42条)新颖性是授予专利的实质条件之一。新颖性是指申请专利的技术在申请之日不属于在先技术,也没有被任何在先申请或公开披露的文献记载过。但是,在发明在先的专利制度下,允许专利申请人在提交其申请之日前一定时期内(如12个月)公开其发明技术,一旦超过这一宽限期,则失去申请专利的权利。^④由于该宽限期与专利申请密不可分,因而也具有程序性规则

① TRIPS协定第27条第3款(b)项规定应通过专利或专门制度或两者结合来保护植物新品种。RCEP知识产权条款第36条第3款第2项与此规定相同,但是,“进一步明确,对于植物品种的保护”(脚注38),该第36条第3款第2项“遵循”(is subject to)第48条,即RCEP缔约方应建立保护植物新品种的专门制度,而不论是否建立平行的专利或结合专利保护的制度。同时,RCEP第9条规定:缔约方可任择加入《国际植物新品种保护公约》,而无论是否加入,均有义务建立保护植物新品种的专门制度。

② 该条款标题的程序事项包括“注册”(registration),但是,该条款项下没有任何注册的具体规定,连“注册”用语也没有出现,仅限专利申请事项。

③ 该条款标题和项下规定同时包含“或授权”(or grant)。授权意味着与专利保护相同。可见,RCEP充分兼顾包括中国在内一些缔约方以专利保护工业设计(外观设计)的制度。TRIPS协定第25条第1款仅规定应对工业设计“提供保护”,而未提及注册或授权保护。

④ 专利申请宽限期的由来,参见张乃根:《美国专利法判例选析》,中国政法大学出版社1995年版,第81-95页。经修改并于2013年3月生效的美国专利法转为实行“申请在先”制,但仍保留该宽限期规定,形成了混合型申请在先制度。See Courtenay C. Brinckerhoff *et al.*, *America Invents Act: Law & Analysis* C-22 (Wolters Kluwer 2012).

的特点。RCEP既没有将专利宽限期作为强制性义务,也没有明确该宽限期的长短,可以理解为这将由缔约方自行决定。

RCEP要求缔约方应当批准或加入《专利合作条约》(PCT)和《国际承认用于专利程序的微生物布达佩斯条约》以及应当致力于批准或加入《工业品外观设计国际注册海牙协定》(以下称《海牙协定》),均属于专利与工业设计的程序性国际条约,有利于促进RCEP缔约方工业产权制度的协调一致。

4.其他知识产权

一是遗传资源、传统知识和民间文学艺术(第53条),这是首次在国际条约中规定“可以制定适当的措施”保护此类目前尚未明确为传统范畴的知识产权,或者说,尚未制度化保护的知识产权。^①其中,确认对专利申请涉及“遗传资源的来源或起源有披露要求”,可“作为一缔约方专利制度的一部分”,只要“此类要求相关法律法规和程序可获得”,并使得“利害关系人和其他缔约方能够了解这些要求”,同时,在专利审查确定在先技术时,应当致力于考虑遗传资源相关传统知识的公开可获得性。二是反不正当竞争,尤其是明确将缔约方各自国家顶级域名保护纳入反不正当竞争范畴(第55条),规定对于恶意注册与商标相同或近似的此类域名,“提供适当的救济”,包括根据《统一域名争议解决政策》(UDRP)建立适当的争端解决程序。^②三是“防止以在货物原产地方面误导消费者的方式在货物上商业性使用一缔约方的国名”(第57条)。^③

5.知识产权的实施

RCEP知识产权条款在TRIPS协定第三部分的基础上主要新增两方面规则。其一是司法程序规则,包括救济措施与知识产权侵权的严重性之间适当比例(第58条第3款),在著作权的民事诉讼中如无反证以署名推定为作品作者(第58条第5款),知识产权民事诉讼中机密信息保护(第63条),知识产权海关

^① 第53条第1款脚注42规定:“为进一步明确,缔约方理解,此类‘适当措施’是每一缔约方需要确定的事项,不一定包括其知识产权制度。”

^② 第55条第2款脚注45规定:“缔约方理解,除其他外,此类救济可以但不必包括撤销、注销、转让、损害赔偿或禁令救济。”世界知识产权组织1999年《统一域名争议解决政策》规定可撤销、转让及变更相关域名。

^③ TRIPS协定纳入的巴黎公约第6条之三第9款规定:禁止以使人对商品的原产地产生误解的方式使用国徽,但未涉及国名。

保护在合理期限内作出侵权认定(第 71 条),刑事程序和处罚(第 74 条^①)涵盖对“未经授权以商业规模从电影院放映中复制电影作品”应当适用刑事措施。^②其二是数字环境下的执法规则,明确有关民事和刑事救济的实施程序“应当在相同的范围内适用于数字环境中侵犯著作权或相关权利以及商标的行为。”(第 75 条)

此外,基于 TRIPS 协定第 67 条技术合作和第 69 条国际合作规定,RCEP 知识产权条款细化“合作和对话”(第 76 条)的内容,包括缔约方各自专利机关之间的信息共享与交流,在专利宽限期相关问题上的合作。根据最不发达国家或特定缔约方的过渡期和技术援助原则规定(第 78 条至第 81 条),RCEP 知识产权条款专门以附件形式规定柬埔寨、老挝、马来西亚、缅甸、菲律宾、泰国和越南的不同过渡期和给予柬埔寨、老挝、缅甸和越南的技术援助清单,充分体现了兼顾 RCEP 缔约方之间不同发展水平的特殊性。

(二)RCEP 知识产权条款与时俱进的特点

从上述 RCEP 知识产权条款及其超 TRIPS 协定部分内容,可见其与时俱进的特点,具体而言:

1. 适应数字时代需要更新 TRIPS 协定

在 20 世纪八九十年代谈判、签署和生效的 TRIPS 协定,被公认为是知识产权国际保护“最突出的里程碑”之一。^③但是,从信息技术的日新月异及互联网的迅速普及应用,到如今新一代人工智能的方兴未艾,^④伴随着当代科学技术发展,知识产权保护范围也呈现拓展态势。譬如,互联网上的浏览产生瞬间的复制,

^① 第 74 条第 1 款根据 TRIPS 协定第 61 条第一句,并以脚注 61 明确:对第 74 条(共 4 款)的适用而言,“第 1 款不得阻止一缔约方根据其法律法规认定对具有商业规模的故意侵犯相关权利的盗版行为的刑事诉讼和处罚的适用范围”。但是,该说明未将具有商业规模的故意假冒商标一起纳入由缔约方酌定适用刑事程序和刑罚的范围,而第 74 条有关具体义务(第 74 条第 2 款、第 3 款第 2 项和第 3 项)均同时适用具有商业规模的故意盗版和假冒商标。因此,该脚注旨在说明缔约方有权自行决定适用相关刑事措施的适用范围,但疑似表述漏掉了“假冒商标”(trademark counterfeiting)用语。

^② 第 74 条第 4 款脚注 65 也明确由缔约方根据本国法律法规酌定此类“具体犯罪门槛”。

^③ See Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis* 3 (Sweet & Maxwell Limited 1998).

^④ 参见世界知识产权组织:《产权组织技术趋势》, https://www.wipo.int/tech_trends/zh/, 2021 年 1 月 24 日访问。

根据WCT第1条(4)款的“议定声明”,属于复制。^①这显然是传统意义上的“复制”含义的延展。虽然WCT缔约方对此仍有分歧,但是,信息时代数字化环境下著作权载体的变化是不争的事实。“因而中心问题在于知识产权的观念如何可以适应数字时代的现实。”^②TRIPS协定是互联网时代之前的产物,因而必须更新。RCEP知识产权条款相应地新增许多相关规定,包括数字网络化的著作权和相关权利保护,要求缔约方应当批准和加入WCT和WPPT这两项“因特网条约”^③,商标、专利及工业设计等网上的电子申请,域名相关反不正当竞争、数字环境下的知识产权执法等。

2. 纳入TRIPS协定后相关国际条约的内容

RCEP知识产权条款以不同方式将TRIPS协定之后的一些知识产权保护国际条约或相关制度纳入其中。除了直接将2017年生效的TRIPS协定第31条之二及公共健康相关制度纳入,还要求缔约方“应当加入”(shall ratify or accede,强制义务)的条约包括WCT和WPPT、2001年修改的PCT、2006年及2007年修正的《马德里议定书》和2013年《马拉喀什条约》,“应当致力加入”(shall endeavour to ratify or accede,任择义务)1999年《海牙协定》(日内瓦文本)和2006年《商标法新加坡条约》,并要求缔约方应当依据1999年UDRP解决域名相关争端。如上所述,尽管应当或任择加入的这些条约或依据的制度与RCEP知识产权条款本身的义务相互独立,但是,这不仅使得缔约方的相关保护水平在整体上明显提升,而且尽可能吸纳或促使缔约方适用TRIPS协定之后的知识产权国际保护新规则、新制度。

3. 更新规定与TRIPS协定融为一体

RCEP知识产权条款将更新的规定或促使缔约方适用的新规则、新制度与现

① WCT“议定声明”(agreed statement)规定:在电子媒体中以数字形式存储受保护的作品,构成《伯尔尼公约》第9条意义下的复制。该声明本身不具有法律约束力,而是作为解释《伯尔尼公约》第9条的“指导性意见”。参见[德]约格·莱因伯特、西尔克·冯·莱温斯基:《WIPO因特网条约评注》,万勇等译,中国人民大学出版社2008年版,第50页。

② Marianne Levin, *The Pendulum Keeps Swinging-present Discussion on and around the TRIPS Agreement*, in Annette Kur et al. (eds.), *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System* 21 (Edward Elgar 2011).

③ 这两项条约的背景是“到缔结TRIPS协定的时候,数字技术的应用以及全球信息网络的发展,在版权与相关权领域引发了许多重要而紧迫的问题”,因而被称为“因特网(internet,互联网)条约”。参见[匈]米哈依·菲彻尔:《版权法与因特网》,郭寿康等译,中国大百科全书出版社2009年版,第34页。

行 TRIPS 协定有机结合,实际上打造了一个与时俱进的 TRIPS 协定全新版本。RCEP 知识产权条款的显著特点是在 TRIPS 协定的文本基础上新增规定或作适当调整,以总则和基本原则以及实体规则为例,其中完全或基本保留的 TRIPS 协定条款内容包括:目标(第 1 条第 2 款/第 7 条)^①,知识产权的范围(第 2 条/第 1 条第 2 款),原则(第 4 条/第 8 条),义务(第 5 条/第 1 条第 1 款),权利用尽(第 6 条/第 6 条),国民待遇(第 7 条/第 7 条),作者、表演者和录音制作者的专有权(第 10 条/第 14 条)及其限制和例外(第 18 条第 1 款/第 13 条),商标保护(第 19 条/第 15 条第 1 款),注册商标权授予(第 23 条/第 15 条第 1 款),商标权例外(第 24 条/第 17 条),可授予专利的客体(第 36 条/第 27 条),工业设计的保护(第 49 条第 1 款至第 4 款/第 25 条、第 26 条)。虽然这些条款内容(13 项条款)约占相关所有条款(57 项条款)的 1/4,但是,如前所述,RCEP 规定其知识产权的含义及范围与 TRIPS 协定一致,而且如有不一致“应当以后者为准”,因此 RCEP 知识产权条款与 TRIPS 协定没有任何分离,而是形成一个整体。从前者包括条款顺序在内的框架设计看,显然旨在成为全面更新的 TRIPS 协定。

二、RCEP 知识产权条款与现行相关条约知识产权规则的比较

本文所说“现行相关条约知识产权规则”是指在 RCEP 签署之前已生效的 CPTPP 知识产权条款(第 18 章 83 条及附件 A-F)和 USMCA 知识产权条款(第 20 章 90 条及附件 A)。众所周知,美国主导缔结《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)^②,然后退出该协定,又与墨西哥、加拿大达成 USMCA,其中知识产权条款增加若干较之 CPTPP 水平更高的规则;同时,日本等其他 TPP 缔约方将之改为 CPTPP,其中知识产权条款没有任何改动,仅附件略有减少或调整。RCEP 缔约方中的日本、澳大利亚、新西兰、新加坡、文莱、马来西亚和越南是 CPTPP 缔约方。因此,包括知识产权条款在内,RCEP、CPTPP 及 USMCA 有十分密切的关联性。

(一)规则水平比较

比较 RCEP 知识产权条款,总体上 CPTPP 和 USMCA 的知识产权条款的规则

① 括号内条款斜杠(/)前后分别为 RCEP 知识产权条款、TRIPS 协定条款。该段落以下同。

② TPP 中文文本,参见韩立余主编:《〈跨太平洋伙伴关系协定〉全译本导读》,北京大学出版社 2018 年版,第 18 章知识产权;张乃根:《试析 TPP 知识产权条款的 TRIPS 追加义务》,《海关与经贸研究》2016 年第 4 期,第 15 页。

水平更高,尤其在实体性规则方面,主要体现如下:

1. 知识产权保护期限的延长或调整规则

著作权与相关权利的保护期限更长(18.63/20.63^①)。作品、表演及录音制品保护期以自然人的生命为基础计算不少于作者终生及其死亡后70年;不以自然人的生命为基础计算的作品、表演或录音制品,自首次经授权出版的日历年年底起算不得少于70年,如作品、表演或录音制品自创作完成起25年内未被授权出版,则自其创作完成的日历年年底起算不少于70年。这比《伯尔尼公约》项下50年的期限更长,对著作权与相关权的保护更强。肇始于英国的现代版权法(在普通法系一直称“版权法”^②)规定作者对其已印制作品为21年和未印制的作品为14年专有权,以后逐步延长。《伯尔尼公约》将该保护期的最低标准确定为作者终生及死后50年。美国于1989年加入该公约之后,继而于1998年通过《版权期延长法》,将1976年版权法下50年保护期限延长为70年。^③欧盟于2006年、2011年先后通过对其成员国自行立法具有一定约束力的指令,将作品、表演和录音制品的保护期限延长为70年。^④可见,在发达国家或地区,70年保护期限是在近一二十年才开始实施的。

专利有效期因授予机关不合理迟延或缩短而调整保护期限(18.46,18.48/20.44,20.46)。TRIPS协定第33条基于申请在先制度,第一次明确规定专利保护期限自申请之日起不少于20年。超出该协定的这方面高水平规则所针对的事项,其一因专利申请的审查过长而构成不合理延迟,其二因专利药品申请上市许可程序不合理迟延而缩短专利有效期。美国于2000年对第一类的专利有效期调

① 括号条款斜杠(/)前后分别为CPTPP和USMCA知识产权条款序号。(一)部分以下同。

② 1709年英国以女王安妮命名的第一部版权法(Copyright Act of 1709),通常称为《安妮法》(Status of Anne)。See Gavin McFarlane, *A Practical Introduction to Copyright 3* (Waterlow Publishers 1989). 国内有误译为《安娜女王法》。参见韦之:《著作权法原理》,北京大学出版社1998年版,第3页。

③ See Copyright Term Extension Act (CTEA). 修改后的美国版权法为第102条(b)款、(d)款,亦即,编纂为美国法典第17编第302条、第304条。See Rochelle Cooper Dreyfuss & Roberta Rosenthal Kwall, *Intellectual Property 297* (Foundation Press 2004).

④ See Directive 2006/166/EC on the Term of Protection of Copyright and Related Rights, Directive 2011/77/EU Amending Directive 2006/116/EC. See Annette Kur & Thomas Dreier, *European Intellectual Property Law 261-265* (Edward Elgar 2013).

整作了规定,^①而早在1984年就作出了对第二类药品专利期的调整。^②欧盟于2009年通过对其成员国具有约束力的条例调整了药品专利有效期。^③可见,此类高水平规则在发达国家或地区实施主要在近二三十年。

商标自首次注册的保护期和每次续展的期限延长均为不少于10年(18.26/20.25)。不过,这一保护期限已成为多边条约的规定。根据2007年修正的《马德里议定书》第6条、第7条,商标国际注册的期限及续展均为10年。RCEP知识产权条款虽未规定商标保护期限,但缔约方应当加入《马德里议定书》,因此,就本文研究对象而言,注册商标期限的规则水平已没有区别。

USMCA规定工业设计保护期为申请之日或授权或注册之日起算延长至15年(20.56)。CPTPP虽未作同样的明文规定,但要求缔约方“适当考虑批准或加入”《海牙协定》。RCEP也要求任择加入该协定,而该协定对工业设计的保护期为15年。因此,就本文研究对象而言,工业设计保护期限的规则水平也无区别,只是USMCA将此作为强制性义务。

2. 药品专利及试验数据保护规则

除上述药品专利有效期调整的高水平规则,药品专利其他保护的规则包括:(1)监管审查例外(18.49/20.47)。这是指在与专利权一般例外相一致的前提下,在药品专利期满之前仿制药厂商为了在该期满后尽快上市而未经授权生产供药监审查的少量药品,可作为“监管审查例外”(regulatory review exception)。美国1984年《药品价格竞争与专利期恢复法》规定了这一例外条款^④,因该条款旨在解决联邦巡回区上诉法院波拉案所涉专利侵权问题,故俗称“波拉例外”(Bolar exception)^⑤。2000年3月,WTO争端解决专家组在加拿大一药品专利保护案对

① 根据美国国会立法(Pub. L.106-113)第4405节,美国专利法第154条(b)款于2000年5月29日起生效,适用于除“设计专利”(design patent)申请,其他所有在该生效之日或之后的专利申请。

② 根据1984年《药品价格竞争与专利期恢复法》(The Hatch-Waxman Act),其中关于“专利期延长”(extension of patent term)的条款被编纂为美国专利法第156条。See Martin J. Adelman *et al.*, *Cases and Materials on Patent Law* 905 (Thomson 2003).

③ See Council Regulation (EC) No.469/2009 of European Parliament and of the Council 6 May 2009 Concerning the Supplementary Protection Certificate for Medical Products.

④ 该条款被编纂为美国专利法第271条(e)款(1)项。

⑤ See *Roche Products, Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co., Inc.*, 733 F.2d. 858 (CAFC 1984).

TRIPS 协定第 30 条的解释澄清:加拿大 1989 年专利法类似“波拉例外”的规定属于专利权的一般例外。^①尽管该条约解释不具有判例法的约束力,但是此后,“波拉例外”被纳入一些国家或地区的专利制度或实践。^②虽然这是出自于美国的高水平规则,但是对于具备仿制药生产能力的国家或地区而言,该规则有利于平衡专利保护与公共健康需要,具有推广适用的前景。(2)在 TRIPS 协定第 39 条第 3 款有关未披露药品试验数据保护的规定基础上,进一步明确应提供“自该新药在缔约方地域内获得市场许可之日起至少 5 年”的保护期(18.50/20.48)。此类保护比照适用于生物药剂(18.51/20.49)。(3)根据“已知产品的新用途”可授予专利的规定(18.37.2/20.36.2),对药品新用途的专利保护。(4)药品专利相关早期纠纷解决规则。虽然这涉及程序规则,但是,该规则赋予“专利持有人在涉嫌侵权产品销售前”可寻求“司法或行政程序等程序及临时禁令或等效临时措施等快速救济,以及时解决有关已获批药品或已获批使用方法所适用的专利的有效性或侵权的争议”的权利(18.53/20.51),属于专利权本身的权利,因而也具有实体规则的性质。

药品专利及其试验数据保护是发达国家强化知识产权保护的核心诉求之一。国际贸易法与知识产权法的两位美国著名学者在回顾包括 TRIPS 协定在内的乌拉圭回合多边贸易谈判时坦承:“突出缺陷在于私人的技术出口者形成的强大联盟控制谈判议程的范围”。^③其中,美国和欧洲几家最大的跨国制药公司对于推动该谈判产生保护专利权的条款,更是世人皆知。^④在 TRIPS 协定实施后,美国、欧盟等发达国家或地区又通过与发展中国家的自由贸易区协定,继续提升药品专利及其相关知识产权保护水平。当年的 TRIPS 协定谈判组重要成员丹尼尔·热尔韦教授分析此类自由贸易区协定所涉国际知识产权规则制定的若干问题之

① See Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products, WT/DS114/R, para.7.84.

② 如《巴西工业产权法典》(2001年2月14日)第43条,欧盟各国专利法未明确规定,但通过司法解释确认“波拉例外”。参见联合国贸发会议等编:《TRIPS 协定与发展:资料读本》,商务部条法司译,中国商务出版社 2013 年版,第 515-516 页。

③ See Frederick M. Abbott & Jerome H. Reichman, *The Doha Round's Public Health Legacy: Strategies for the Production and Diffusion of Patented Medicines under the Amended TRIPS Provisions*, 10 *Journal of International Economic Law* 925 (2007).

④ See Sudip Chaudhuri, *The WTO and India's Pharmaceutical Industry: Patent Protection, TRIPS, and Developing Countries* 8-9 (Oxford University Press 2005).

一就是药品专利。^①因此,除了上述“波拉例外”,那些超 TRIPS 协定的高水平规则完全体现了拥有药品专利的欧美制药产业的诉求。

3. 商标保护规则

这主要包括:在 TRIPS 协定第 16 条第 3 款适用于保护与注册驰名商标的商标或服务不相同或相似的商品或服务的基础上,进一步将该特别保护扩展到未注册的驰名商标(18.22.2/20.21.2);商标许可无须备案(18.27/20.27)。尤其对未注册驰名商标保护的高水平规则显然有利于拥有更多在世界各地驰名商标的发达国家或地区大公司。^②

4. 商业秘密保护规则

CPTPP 执法部分的刑事程序包括商业秘密,USMCA 则设专节规定商业秘密。就商业秘密保护的条约由来而言,《巴黎公约》1883 年没有反不正当竞争的规定^③,1900 年第一次修订时增加第 10 条之二“根据本公约(第 2 条和第 3 条),本联盟国家有义务对各该国国民保证给予制止不正当竞争的有效保护”^④。此后的修订增加对工商业事务中违反诚实的习惯做法的不正当竞争行为的具体规定,虽没有任何“商业秘密”的明确表述,但实质上涵盖了反不正当竞争范畴内给予保护的商业秘密。TRIPS 协定第 39 条根据《巴黎公约》第 10 条之二规定对包括“属秘密而具有商业价值”(has commercial value because it is secret)在内的未披露信息的保护,但也未明确表述“商业秘密”(trade secret)。CPTPP 将商业秘密的表述限于适用刑事程序加以保护,USMCA 基于 TRIPS 协定第 39 条第 1 款和第 2 款,增加民事保护和执法(20.71)、刑事执法(20.72),在界定商业秘密的基础上明确“侵占”(misappropriation)和“违背诚信商业做法”

^① See Daniel Gervais, *Current Issues in International Intellectual Property Norm-making*, in Josef Drexler et al. (eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?* 8-9 (Springer 2014).

^② 据统计,2001 年世界最有价值的商标前十名:可口可乐、微软、IBM、GE、诺基亚、英特尔、迪斯尼、福特、麦当劳和 AT&A,除了当时的手机商标诺基亚是芬兰,其他都是美国公司的商标。See Bruce Berman, *From Ideas to Assets: Investing Wisely in Intellectual Property* 407 (John Wiley & Sons, Inc. 2002). 近年来,谷歌、苹果等网络服务商和智能手机类商标在世界最有价值商标榜上名列前茅。中国商标的驰名度上升,但总体上美国等发达国家仍占主导地位。

^③ 参见《巴黎公约》1883 年法文作准文本,Convention pour la protection de la propriété industrielle, Conclue à Paris, le 20 mars 1883.

^④ 参见《巴黎公约》1900 年修订议定书法文作准文本,Acte additional du 14 décembre 1900 modifiant la convention du 20 mars 1883.

(manner contrary to honest commercial practices) 的含义(20.73), 临时措施(20.74)及其民事程序中的保密(20.75), 民事补救(20.76), 商业秘密的许可与转让(20.77), 政府禁止未经授权披露商业秘密(20.78), 形成了一个高水平的商业秘密保护规则体系。

此外, CPTPP 和 USMCA 还规定对过境商品的海关知识产权执法^①, 基于商业利益或财务收益目的, 实施蓄意盗版或假冒商标作为具有商业规模的犯罪, 适用刑事程序及刑罚。^②本文不逐一展开具体的比较。

(二) 示范作用比较

更高水平的规则不一定是合适的。如本文开头所述, CPTPP 和 USMCA 知识产权条款虽具有更高的规则水平, 但没有因而也无须兼顾最不发达缔约方。就适用 WTO 全体成员的 TRIPS 协定未来更新而言, RCEP 知识产权条款更具示范作用。本文之所以持这一看法是出于对自由贸易区协定与多边贸易体制之间内在关系的考虑。WTO 成员间自由贸易区协定是在多边贸易体制下先行一步, 扩大协定缔约方之间贸易及其他经济关系的自由化程度, 进而为整个体制下的多边经贸关系自由化创造必要的条件。任何将此类自由贸易区协定与多边贸易体制割裂的想法或做法都不符合此类协定的“宪法性”依据, 即《关税与贸易总协定》第 24 条第 4 款。该条款对关税同盟和自由贸易区的区域贸易安排作出规定: “各缔约方认识到, 宜通过自愿签署协定从而发展此类协定签署国之间更紧密的经济一体化, 以增加贸易自由。它们还认识到关税同盟或自由贸易区的目的应为便利成

^① RCEP 根据 TRIPS 协定, 明确规定海关知识产权执法的强制义务仅限于进口, 出口为任择义务。CPTPP 和 USMCA 均将进出口和“过境”(in transit, 或译“转运”)纳入海关知识产权执法的强制义务, USMCA 还进一步将该义务扩展到自由贸易区和保税仓库。中国海关知识产权执法虽未明确适用于过境货物或自由贸易区等特殊监管区, 但根据《海关法》(2013 年修正), 海关执法适用“过境、转运和通运货物”(第 36 条)和“海关特殊监管区域”(第 34 条)。See Zhang Naigen, *Goods in Transit: Enforcement of IP Rights by Customs Officers*, 20 *Asia Pacific Law Review* 257-275 (2012); Zhang Naigen, *Enforcement of Intellectual Property Rights in Special Customs Surveillance Zones of China*, in *WIPO-WTO Colloquium Papers* 7-14 (WTO/WIPO 2013).

^② WTO 争端解决专家组在中国—影响知识产权保护和实施措施案中澄清 TRIPS 协定第 61 条第一句“具有商业规模”含有“行动的性质”和“相对的大小”的结合意义。China-Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights, WT/DS362/R, para.7.545.

员领土之间的贸易,而非增加其他与此类领土之间的贸易壁垒。”^①RCEP 如同一个小型 WTO,包括发达国家、发展中国家和最不发达国家的成员。因此,作为迄今综合性最大规模的自由贸易区,RCEP 不仅有助于促进地区和全球贸易自由化及其他经贸活动便利化,其知识产权条款的内容和形式,对今后 WTO 多边体制下全面更新 TRIPS 协定可能具有示范作用。

1. 条约内容的示范作用

RCEP 知识产权条款的内容更容易为 WTO 的发展中成员及最不发达成员所接受。譬如,将遗传资源、传统知识和民间文学艺术作为一个整体范畴,纳入“可以制定适当的措施”加以保护的条约内容。这在知识产权保护国际条约史上是一个突破,^②主要反映了发展中及最不发达成员的利益。2001 年 WTO 部长会议通过的多哈议程包含“TRIPS 协定与《国际植物新品种保护公约》的关系,对传统知识和民间文学艺术的保护”。^③在谈判中,该公约保护的遗传资源多样性与专利申请中遗传资源披露的关系成为焦点。发展中成员主张修改 TRIPS 协定,将该披露作为应通过域内措施实施的义务;欧盟和美国则反对以专利制度解决遗传资源的保护问题。^④由于多哈议程搁浅,有关遗传资源、传统知识和民间文学艺术的保护在 WTO 框架下至今没有任何结果。值得关注的是,世界知识产权组织于 2000 年 10 月成立了知识产权与遗传资源、传统知识及民间文学艺术政府间委员会,^⑤至今为促成相关国际条约进行持续的磋商和谈判,已形成一系

① 《关税与贸易总协定》中文文本,参见李仲周等主编:《世界贸易组织乌拉圭回合多边贸易谈判结果法律文本》,对外贸易经济合作部国际经贸关系司译,法律出版社 2000 年版,第 458 页。

② CPTPP 关于合作的原则条款(18.16)含糊地表示认识到遗传资源相关传统知识与知识产权的关联性,以及在专利审查(不是申请)中确定先有技术时,可考虑遗传资源相关传统知识的公开文件。USMCA 删除了这一原则条款。2013 年中国—瑞士自由贸易协定规定:“当发明直接以发明人或者专利申请人获取的遗传资源或者传统知识为基础时,缔约双方可要求专利申请人根据国内法律、法规指明上述遗传资源的来源”(第 11.9 条第 4 款),但对其他传统知识及民间文学艺术,未作规定。

③ See WTO, Ministerial Declaration, WT/MIN (01)/DEC/1, para.19.

④ See WTO, December 2008 Package: Briefing Notes (Patents, Biodiversity and “Disclosure”: Implementation), https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/status_e/gi_e.htm, visited on 28 January 2021.

⑤ See WIPO, Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore-An Overview, WIPO/GRTKF/IC/1/3, 16 March 2001.

列条款草案。^①可以说,RCEP知识产权条款这方面的新规定,体现了对遗传资源、传统知识和民间文学艺术适当保护的多边主义趋势,因而对TRIPS协定的今后相关修订,具有一定示范作用。

诚然,有关遗传资源、传统知识和民间文学艺术的保护只是RCEP知识产权条款之一。而且,如前所述,包括知识产权条款在内,RCEP和CPTPP及USMCA有十分密切的关联性。但是,RCEP知识产权条款的内容对今后TRIPS协定更新的示范性是多方面的,尤其是对发展中成员及不发达成员的“友好型”内容及其表述。譬如,第1条目标首先明确,认识到“缔约方间不同的经济发展水平和能力,以及各国法律制度的差异”。又譬如,第48条规定以专门制度保护植物新品种为缔约方应当履行的义务,而不论是否同时采用专利保护制度。这与上述遗传资源的保护有利于发展中成员及最不发达成员是一致的。再譬如,第74条第1款脚注说明缔约方可“根据其法律法规认定”对具有商业规模的盗版或假冒商标定罪量刑,充分照顾特别关乎各国主权的刑法制度差异。此外,RCEP知识产权条款还给予最不发达缔约方或特定缔约方较长的实施过渡期。这些规定对于发展中成员及最不发达成员占多数的WTO多边框架下TRIPS协定的更新,至关重要。

相比之下,CPTPP尤其是USMCA的知识产权条款中更高保护水平的规则,未必符合所有WTO成员的利益,更难以被发展中成员及最不发达成员接受,因而也很难具有示范作用。

2. 条约形式的示范作用

RCEP与CPTPP、USMCA知识产权条款的形式区别是:RCEP知识产权条款,尤其是实体性规则的顺序,更注重与TRIPS协定的形式一致性。譬如,第一节总则和基本原则,与TRIPS协定的第一部分大致吻合;第二节至第六节及第八节有关各类知识产权(著作权和相关权利、商标、地理标志、专利、工业设计、不正当竞争)的规定,也与TRIPS协定第二部分第一节至第五节及第七节(版权和相关权利、商标、地理标志、工业设计、专利、对未披露信息的保护)基本相同。尽管这些条约的形式问题,对于条约内容没有实质影响,但是,RCEP知识产权条款的显著特点是在TRIPS协定文本基础上新增规定或作适当调整,与TRIPS协定没有任何分离,而是形成一个整体。其形式安排与其特点相结合,体现了缔约

^① See WIPO, The Protection of Traditional Knowledge/Traditional Cultural Expressions: Draft Articles, 2019, WIPO/GRTKF/IC/40.还可参见该系列文件的唯一中文文本《关于知识产权与遗传资源的合并文件》(2019年4月,其中含2018年3月23日第二次修订稿)。

方打造一个 TRIPS 协定更新版的意图。可见, RCEP 知识产权条款的形式不是孤立的, 与其内容相辅相成, 对于今后 TRIPS 协定的全面修订具有一定的示范作用。

三、RCEP 知识产权条款下中国的国内履约及加入 CPTPP 的应对

当今世界正经历百年未有之大变局。在新冠肺炎肆虐全球的大疫之年, 中国推动 RCEP 成功签署, 并随即宣布“积极考虑加入” CPTPP, 彰显了坚定不移和不断扩大改革开放的立场。回顾改革开放四十多年来国内知识产权制度的建立健全过程, 从 1979 年《中美经贸协定》, 到 2001 年加入 WTO 及其 TRIPS 协定, 乃至 2020 年《中美第一阶段经贸协议》以及 RCEP 的签署, 可见, 通常先有国际经贸协定下知识产权保护的条约义务, 后有相关国内履约的知识产权立法或修法。由于以知识产权条款为首要内容的《中美第一阶段经贸协议》达成在先, 其中有些规则水平甚至超过了 CPTPP 和 USMCA, 国内知识产权立法也已相应全面更新。^①因此, 不仅对于 RCEP 知识产权条款下的国内履约, 而且至少就知识产权保护而言, 应对加入 CPTPP, 压力都明显减轻。然而, 着眼于中国如何统筹知识产权保护的国内法治和涉外法治, 协调推进相关国内治理和国际治理, 构建知识产权保护的人类命运共同体, 仍有一些需要反思或前瞻的问题, 值得探讨。

(一) RCEP 知识产权条款下国内履约及其反思

RCEP 的后期谈判与《中美第一阶段经贸协议》的谈判及签约是平行的。为了履行该协议下的知识产权保护义务, 中国已先后修订《商标法》(2019 年)、《反不正当竞争法》(2019 年)、《专利法》(2020 年) 和《著作权法》(2020 年) 以及新制定包括技术转让规则的《外资法》(2019 年)。^②这是中国加入 WTO 以来, 有关知识产权保护的又一次全面修法或立法。但是, 对照 RCEP 知识产权条款, 中国还有

^① 《中华人民共和国和美利坚合众国政府经济贸易协议》(2020 年 1 月 15 日在华盛顿签署)。中文文本参见商务部:《关于发布中美第一阶段经贸协议的公告》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/202001/20200102930845.shtml>, 2021 年 1 月 28 日访问。该协议第一章、第二章分别为知识产权、技术转让。以下援引该协议, 出处略。参见张乃根:《非多边经贸协定下的知识产权新规则》, 《武大国际法评论》2020 年第 1 期, 第 1 页。

^② 《中华人民共和国商标法》(2019 年 4 月 23 日修正, 2019 年 11 月 1 日起施行), 《中华人民共和国反不正当竞争法》(2019 年 4 月 23 日修正, 即日起施行), 《中华人民共和国专利法》(2020 年 10 月 17 日修正, 2021 年 6 月 1 日起施行), 《中华人民共和国著作权法》(2020 年 11 月 26 日修正, 2021 年 6 月 1 日起施行), 《中华人民共和国外商投资法》(2019 年 3 月 15 日通过, 2020 年 1 月 1 日起施行)。

如下履约义务:

1.RCEP知识产权条款下国内履约

(1)著作权法。根据保护载有加密节目的卫星信号的义务(第12条第2款),应在《著作权法》(2020年)明确增加对这一相关权利的保护。虽然这是“应当致力”(任择)履行的义务,并且,RCEP知识产权条款也未提及中国尚未加入的《发送卫星传输节目信号布鲁塞尔公约》,但是,CPTPP将传送加密卫星信号纳入“广播”范畴,因此,与其今后通过司法解释,澄清《著作权法》第10条第11款的“广播权”,还不如在RCEP国内履约时就通过修法,在“广播权”款项明确增加“传送加密卫星信号”。

(2)商标法。根据“缔约方不得将标志可被视觉感知作为一项注册条件”的规则,应增加可以作为商标申请注册的气味标志。《商标法》(2019年)第8条规定:“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志,包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等,以及上述要素的组合,均可以作为商标申请注册。”该规定缺少不可被视觉感知的气味标志。根据《新加坡商标法条约》,“含有除声音商标以外的非可视性标志的商标”实际上就是气味标志。^①中国尚未加入该条约,根据RCEP,加入该条约也是任择义务。但是,RCEP要求可注册气味商标是一项强制义务。因此,中国无论是否加入该条约,都应履行此项修法义务,在《商标法》第8条增加“气味”标志。

(3)专利法。根据不影响新颖性认定的“专利宽限期”规定,同时鉴于该义务未明确具体期限,《专利法》可在第24条“申请专利的发明创造在申请日以前6个月内,有下列情形之一的,不丧失新颖性”下增加“专利申请人认为其发明创造在公开之日不属于现有技术”的例外。这实际上是由专利申请人完全承担新颖性的举证责任。由于这涉及传统的申请在先专利制度的一系列基本规定,可谓“牵一发而动全身”,因此应通盘考虑相关专利制度的完善。

2.反思

不难观察到,在上述国内知识产权法律修改期间,中国正在积极推动RCEP的最终签署。值得反思的是:假定在该期间,RCEP知识产权条款涉及生效之后有关国内履约的内容已定型,但同时的修法却未充分顾及。或许是因为当时RCEP毕竟还处在谈判中,中国也尚未加入《布鲁塞尔公约》和《新加坡商标法条约》等国际条约,或者修改相关立法的难度很大而一时不宜解决等。

^① 参见湛茜:《非传统商标:国际注册问题研究》,知识产权出版社2016年版,第70页。

客观地说,条约义务在先、国内履约在后的做法贯穿了过去四十多年中国知识产权制度建立健全的历程。人们似乎已形成了惯性思维:一般情况下,没有在先条约义务的外部要求,国内有关立法或修法可以不必急于先行。然而,如《中美第一阶段经贸协议》所说,当今中国“正从重要知识产权消费国转变为重要知识产权生产国”,或者说,“正在从知识产权引进大国向知识产权创造大国转变”。^①这不仅表现在诸如中国已成为 PCT 国际专利申请第一大国此类“生产”或“创造”知识产权的硬指标上,^②而且也应该体现于中国向国际社会提供知识产权新规则的软实力。毋庸讳言,过去四十多年中国知识产权制度从无到有,绝大多数规则都是引进的。但是,可喜的是,RCEP 知识产权条款中,至少专利申请所涉遗传资源来源的披露规则具有一定的中国原创因素,因为中国《专利法》已有的披露要求,是 RCEP 缔约方中最早的。^③中国应提供更多的知识产权新规则,基础在于相关的国内法治。习近平总书记强调:“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治。”^④知识产权法是具有涉外性的法律制度。诸如保护载有加密节目的卫星信号、注册气味商标和专利宽限期此类知识产权制度,其涉外性毋庸赘述。在考虑建立健全相关知识产权制度时,理应统筹国内法治与涉外法治。这些国内履约涉及许多具体的知识产权问题,限于篇幅,本文不展开分析。应该强调的是,只有从被动的惯性思维转变为主动地有所作为,中国才能逐步地成为既有知识产权硬指标,也有软实力创造知识产权规则的知识产权强国。

(二)应对加入 CPTPP 的国内知识产权制度及其前瞻

中国在签署 RCEP 之后宣布“积极考虑加入 CPTPP”。从应对百年未有之大

① 中国正在从知识产权引进大国向知识产权创造大国转变。参见外交部:《2021 年 1 月 25 日外交部发言人赵立坚主持例行记者会》, https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/t1848292.shtml, 2021 年 1 月 29 日访问。

② 2019 年中国申请 PCT 专利数达到 58990 件,这是自 1978 年以来 PCT 实施以来,美国第一次退居 PCT 专利申请第二位(57840 件)。See WIPO, Patent Cooperation Treaty Yearly Review 2020, p.19.

③ 已有相关立法的国家或地区(截至 2020 年 12 月), see WIPO, Genetic Resources-Disclosure Requirements Table, <https://www.wipo.int/tk/en/genetic>, visited on 29 January 2021. RCEP 缔约方中国、印度尼西亚、菲律宾、越南已有披露遗传资源来源的制度,其中,中国最早以《专利法》(2008)制度加以规定。参见吕炳斌:《专利披露制度:以 TRIPS 协定为视角》,法律出版社 2016 年版,第 215 页。

④ 《习近平在中央全面依法治国工作会议上强调 坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,《人民日报》2020 年 11 月 18 日,第 1 版。

变局的战略角度看,这是中国抉择的必由之路。从具体实施步骤的策略看,当务之急在于促使RCEP尽早生效,因而前述国内履约显得十分迫切。考虑到包括更高水平的知识产权规则在内的CPTPP所涉国内履约的领域及其难度,如RCEP未涉及的国有企业、劳工和环境等规则,再加上中国加入CPTPP须得到缔约方协商一致的同意,一旦美国可能先于中国加入而重返CPTPP,加入的不确定性就更大。为此,中国应统筹国内法治和涉外法治,做好国内相关改革,为加入CPTPP创造合适条件。特别重要的是,在未来一段时期,中国加入CPTPP与WTO多边体制的更新,休戚相关。“21世纪的多边主义要守正出新、面向未来,既要坚持多边主义的核心价值和基本原则,也要立足世界格局变化,着眼应对全球性挑战需要,在广泛协商,凝聚共识基础上改革和完善全球治理体系。”^①只有在推进构建人类命运共同体的多边主义大方向下,谋划应对加入CPTPP的国内知识产权制度的建设,才能高屋建瓴,势如破竹,解决具体的制度建构难题。

1. 应对加入CPTPP的国内知识产权制度

如前所述,《中美第一阶段经贸协议》知识产权条款涵盖CPTPP的许多高水平知识产权规则,并已成为近两年我国履约后的国内法律制度。鉴于此,并以RCEP知识产权条款下的国内履约为前提,下文仅论及尚未解决的若干问题。

(1) 延长著作权与相关权利的保护期。对此,就立法技术层面而言,其难度似乎并不大。在起草和最后通过1990年《著作权法》的过程中,保护期也不是引起争议的主要问题之一。^②一般将《伯尔尼公约》下的作者终生及死后50年视为国际通行的惯例。在TRIPS协定将该公约包括保护期条款纳入后,这成为WTO成员的条约义务。其实,50年的期限只是最低标准,公约缔约方和WTO成员可适当延长该期限。^③是否延长和延长多久,取决于著作权和相关权利保护与公众利益的平衡。文学艺术作品、表演或录音制品都是著作权和相关权利的所有人私权,理应得到充分的保护,但是,过长的保护期可能不利于公众分享人类创作的智慧成果。中国如按照CPTPP知识产权条款延长著作权

^① 习近平:《让多边主义的火炬照亮人类前行之路——在世界经济论坛“达沃斯议程”对话会上的特别致辞》,《人民日报》2021年1月26日,第2版。

^② 参见沈仁干:《有关中国著作权法制定的回顾》,载刘春田主编:《中国知识产权二十年》,专利文献出版社1998年版,第27-53页。

^③ 《伯尔尼公约》第7条第6款规定:“本联盟成员国有权给予比前述各款规定更长的保护期。”TRIPS协定第1条第1款规定:“各成员可以,但并无义务,在其法律中实施比本协定要求更广泛的保护。”

与相关权利的保护期,可考虑平衡公共利益而相应增加《著作权法》对权利的适当限制。

(2)对未注册驰名商标的跨类保护。这不仅涉及商标持有人私权与公共利益的关系,而且与市场公平竞争有关。2013年修订的《商标法》第14条第5款已增加规定“生产、经营者不得将‘驰名商标’字样用于商品、商品包装或者容器上,或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中”。这是中国在总结驰名商标保护的教训后作出的有利于利益平衡和市场公平竞争的重要立法^①,如按照CPTPP将《商标法》现行规定对未注册驰名商标的同类保护扩大至跨类保护,应预估潜在的权利滥用。考虑到无论是否注册,商标专用权的性质在于阻止第三方未经许可在贸易/商业中使用,并可能引起混淆。因此,如对未注册驰名商标提供跨类保护,同时可在上述第14条第5款的基础上进一步规定该商标持有人应当对可能引起混淆负有举证责任,以限制其可能滥用相关权利。

(3)以商业利益或财务收益目的作为认定适用于具有商业规模的蓄意盗版或假冒商标的刑事措施。这是极富挑战性的要求。如前比较规则水平时已说明,WTO专家组早已否定了美国对TRIPS协定第61条第一句关于“具有商业规模”含义的同样解释,且美国放弃对此提出上诉。然而,通过其主导的TPP以及CPTPP,这一被否定的解释变成了CPTPP的条约规定(第18.77.1条)。中国如加入CPTPP,又不能对此加以保留。因此,中国如何通过刑法及司法解释,解决相关国内履约问题,须作专门的深入研究。初步考虑原则上可采用对“商业利益或财务收益目的”(commercial advantage or financial gain)司法解释来限定其适用范围。

2. 前瞻

上述RCEP知识产权条款下国内履约和应对加入CPTPP的国内知识产权制度,都属于条约义务在先,国内履约在后。中国宣布积极考虑加入CPTPP是基于坚定扩大改革开放的战略立场,然而,如何及何时加入,取决于中国与CPTPP缔约方的谈判结果。即便最后成功,也必将历经一段时期。在这段时期,中国应统筹国内法治与涉外法治,立足先做好自己的事,培育和增强向国际社会提供知识产权新规则的软实力,争取从知识产权保护国际规则的跟跑者转变为领跑者,在未来WTO多边框架下更新适用于所有成员的TRIPS协定本身,发挥应有作用。

^① 参见陶鑫良:《我国驰名商标认定与保护的现状分析及其对策研究》,载《〈商标法〉修订中的若干问题》,知识产权出版社2011年版,第184-204页。

为此作一点前瞻分析。

对本文分析而言,所谓“前瞻”,是指今后中国在考虑国内知识产权制度的建立健全时,应统筹国内法治与涉外法治,既适应国情,又顾及相关知识产权新规则对国际社会的影响,尤其是对共商共建共享惠及人类命运共同体的知识产权全球治理所起作用。事实上,随着中国知识产权综合实力的提升,已有一些范例可提升至前瞻的视角,加以分析。

譬如,2020年《专利法》新增专利开放许可,规定:“专利权人自愿以书面方式向国务院专利行政部门声明愿意许可任何单位或者个人实施其专利,并明确许可使用费支付方式、标准的,由国务院专利行政部门予以公告,实行开放许可。”(第50条第1款)这一新设专利许可制度有其促进国内专利技术转化的出发点,^①但从TRIPS协定第7条有关“知识产权的保护和实施应有助于促进技术革新及技术转让和传播,有助于技术知识的创造者和使用者的相互利益,并有助于社会和经济福利及权利与义务的平衡”这一目标来看,我国专利开放许可制度及其规则与知识产权国际保护的目标一致。这在世界上虽非首创,^②却有其特色,包括专利权人在申请开放许可时应明确许可使用费支付方式和标准,并予以公告;任何单位或个人愿意实施开放许可专利,按公告支付方式和标准支付使用费,即可获得该专利许可使用;开放许可实施期间,该专利维持年费减半;当事人就实施开放许可发生纠纷,可自行协商解决,也可请求行政调解或司法解决。此类专利开放许可,对于标准必要专利的许可使用尤为重要,因而可能也为解决专利许可、标准化与反垄断三者关系这一世界性难题,提供了中国方案。^③鉴于目前尚无任何国际双边或多边条约规定专利开放许可,期待经过国内的充分实践之后,专利开放许可制度得以进一步完善,从而可能成为中国向

① 参见《关于〈中华人民共和国专利法修正案〉(草案)的说明》(2018年12月23日), <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202010/a275425b1d514c0097cbc9d8129cd020.shtml>, 2021年1月30日访问。

② 譬如,英国1977年专利法第46条规定专利授予后任何时候,其所有人可向专利局申请该专利的“登记”(entry)许可使用,可享受专利维持费减半的待遇;如撤回该登记,则应返还减半的维持费。在许可专利受侵犯时,被许可人可请求许可人采取法律行动予以制止;如许可人拒绝或忽视该请求,被许可人可在请求之日两个月后以专利权所有人身份采取法律行动。See Patent Act 1977, in Andrew Christie & Stephen Gare (eds.), *Blackstone's Statutes on Intellectual Property* 39-40 (Oxford University Press 1992).

③ 参见张乃根:《专利许可、标准化与反垄断的三角关系论》,载张乃根、陈乃蔚主编:《技术转移与公平竞争》,上海交通大学出版社2008年版,第3-22页。

国际社会提供的知识产权新规则。

结 语

RCEP 知识产权条款的内容和形式都基于 TRIPS 协定,充分顾及缔约方的不同经济发展水平和法律制度的差异,平衡知识产权权利人和公众的利益。其超出 TRIPS 协定的部分内容,包括著作权和相关权利、商标和地理标志、专利和工业设计以及其他知识产权、知识产权的实施等,适应了当今数字技术飞跃发展对知识产权保护的新要求,同时将 TRIPS 协定之后若干新的相关国际条约以不同方式纳入,并将更新的规定以及缔约方适用的新规则、新制度与现行 TRIPS 协定融为一体,具有与时俱进的特点。包括知识产权条款在内的 RCEP 与先前缔结并生效的 CPTPP、USMCA 有着密切的关联性。这些条约没有最不发达缔约方,因而不存在兼顾其特殊利益。相比之下,这些条约对于知识产权保护期限的延长或调整、药品专利及试验数据保护、商业秘密保护和一些知识产权执法的规则保护水平更高。然而,就适用 WTO 所有成员的未来更新 TRIPS 协定而言,更具兼顾性和平衡性的 RCEP 知识产权条款可能更具示范作用。在经过《中美第一阶段经贸协议》的国内履约而再一次全面的知识产权修法和制定相关新法之后,中国应对 RCEP 生效及今后加入 CPTPP 的知识产权方面履约,压力明显减轻。但是,如何改变以往条约义务在先、国内履约在后的做法,根据全面深入改革、全面扩大开放战略和构建知识产权保护的人类命运共同体理念,统筹知识产权保护的国内法治与涉外法治,提升参与国际规则制定的软实力,对于 RCEP 知识产权条款下国内履约和应对加入 CPTPP 的国内知识产权制度完善所涉问题,仍需要进一步探讨。

RCEP Clauses of Intellectual Property Updating with Time and Comparison

Abstract: As the most important agreement of free trade area between China and other countries or areas, the RCEP has the clauses of intellectual property with more considerations of differences among 15 contracting parties in respects of their individual economic development and legal system. The clauses are based on TRIPS Agreement to meet the needs of digital time and increasing economic and trade relations with the updated rules of protection

for intellectual property. In general, these rules have the relative lower protective level in comparison with the CPTPP and USMCA, but due to the advantage of more balance of interests and compatibility, they may be taken as a possible model for further amendments of TRIPS Agreement within the multilateral framework of the WTO. Considering the entering into force of the RCEP and the possibility of joining in the CPTPP, China is expected to coordinate the rule by law in both domestic and foreign affairs in order to improve the capacity to participate in the rule-making of international protection for intellectual property.

Key words: RCEP; intellectual property; free trade area agreements; patent open license

(责任编辑:张辉 钱静)