Trips 中的几个国际与区际法律问题

郑成思

一、“成员”

关贸总协定在通称该协定的参加者时，一般避免使用“国家”这一概念，而使用“缔约方”。在 1991 年底初步达成的关贸总协定中的知识产权协议（即 Trips，以下称“知识产权协议”）也全文沿用了“缔约方”这一概念。关贸总协定除了“缔约方”之外，还经常使用“成员”这一概念。由于在 1993 年底乌拉圭回合结束时，已经建立一个 40 年代末即曾试图建立的国际性的、实际存在的贸易组织，所以知识产权协议在 1994 年文本中已将原先使用的“缔约方”全部改用“成员”，即新建立起的“世界贸易组织”的成员。从协议的行文技术角度看，改用“成员”(Member)后，发生误解或混淆的可能性也会更少一些。因为，“缔约方”在英文中是“Party”，这与我们常说的诉讼中或合同中的“一方”(Party)是同一个词。虽然凡指“缔约方”时，Party 一词应以大写字母开头，而纠纷、诉讼或合同中的“一方”一般不用大写开头，所以在一般情况下不会混淆。但如果“一方”这个词在条文的句首出现，就也必须以大写开头了。这时，在理解上就容易引起混淆。知识产权协议第三部分第 41 条第 4 款就是一个例子。它也确曾引出过错误的翻译。

相比之下，巴黎公约与伯尔公约中，均使用地域意义上的“国家”(Country)，罗马公约则使用政治意义上的“国家”(State)。这些公约，均不使用“成员”。巴黎公约之下的马德里协议及专利合作条约，以及集成电路知识产权条约也使用了“缔约方”(Contracting Party)。但它是在更广的内涵下使用，指两国及两国以上的联盟，如欧共体、非州知识产权组织等等，而不是指“独立关税区”。

在我国海峡两岸进入世界贸易组织前，世界上只有港、澳两个“独立关税区”；两岸进入该组织后，则又增加了台湾这个独立关税区。就是说，无论现在还是将来，“独立关税区”都只与中国的某一地区相关联。因此，研究知识产权协议中的国际、区际法律问题，对我国有着重要的意义。在 1993 年之后，有些中译本仍旧出现“缔约方”，而不是“成员”，说明译者仍在以旧英文本为基础。

二、“多边”与“世界”贸易组织

1993 年乌拉圭回合结束时形成的知识产权协议文本，在框架上与 1991 年底形成的“邓克尔文本”没有大的差别。但在许多条款的内容上，以及许多用语上，都作了实质性的变动或增删。读者对此一定要加以注意。对条款的增删在下文具体谈到某个条款时将会详细叙述。用

语的变更除了前面讲到的“缔约方”变为“成员”之外，从前序开始，凡是提到“关贸总协定”的地方都会专门强调它指的是“1994 年关贸总协定”，以示与 1993 年底乌拉圭回合结束前的关贸总协定的内容相区别。凡是 1993 年底之前的文本把关贸总协定作为一个国际贸易组织来提的场合（例如在谈到关贸总协定与世界知识产权组织或其他国际组织的关系时），原文本中的“关贸总协定”统统改成了“世界贸易组织”。这样就使关贸总协定最终“名正言顺”了。因为“总协定”毕竟不是一个组织，过去把它作为一个组织对待，实出于不得已。

1994 年 4 月 15 日（乌拉圭回合的发起日、结束日均是在“15 日”）上午，乌拉圭回合部长级会议在摩洛哥中西部城市马拉喀什通过了《马拉喀什宣言》，其中指出：“世界贸易组织的建立，标志着世界经济合作进入一个新时代”。随着乌拉圭回合最后文件的通过和签订，“关贸总协定向世界贸易组织的过渡随即开始。”当天下午，我国对外经贸部副部长谷永江在马拉喀什参加了乌拉圭回合最后文件及“世界贸易组织协定”签字仪式，并在两个文件上签了字。

最后，请读者注意，“世界贸易组织“这个名称本身，在 1993 年 12 月乌拉圭回合谈判结束后，到 1994 年 4 月各国在最后文件上签字之前，又变动了一次。1993 年 12 月文本上，出现的是“多边贸易组织”(MTO)。大概美国这个“超级大国”，不太愿意把自己算作与其他国平起平坐的“多边”中的一“边”，所以力主把“M”(Multilataral)倒过来，成为“W”(World)。在签署最后文件之前，这个 M 终于倒过来了。于是我们现在见到的文件上，都使用“世界贸易组织”(WTO)这个称谓了。在 1994 年 4 月后，仍有中译本译为“多边”贸易组织，也是译者未以最新英文本为基础的例证。

三、“国民”待遇

知识产权协议在第 1 条 2 款专门对该协议有关“国民”的特指含义，作了一个注解。这就是该协议的注 1 所解释的，包括独立关税区的“居民”。这条注解对我国有特别重要的意义。因为，即将入“关”的台湾地区，不是上述四个国际公约中任何一公约的“成员”。而香港、澳门地区，尚可以由其原先的殖民地宗主国参加公约后沿用至该地。所以，海峡两岸均成为关贸总协定的成员，均成为世界贸易组织的成员之后，将都要适用知识产权协议。在两岸贸易中，给彼岸的居民以相当此岸居民相同待遇，又不用“国民”一语，有利于两岸离开政治敏感问题而发展贸易交往和互相保护知识产权。

此外，知识产权协议在其注 2 中，对于“国民待遇”的标准，专门强调了对巴黎公约来讲，要符合其 1967 年斯德哥尔摩文本；对伯尔尼公约来讲，要符合其 1971 年巴黎文本。

四、以有限“互惠”取代国民待遇的特例

知识产权协议在第 3 条 1 款中专门提到了伯尔尼公约第 6 条和罗马公约第 16 条 1 款(b)项。这两个条款原都是允许成员国在特殊场合以“互惠”原则取代国民待遇原则。现在，知识产权协议仍旧允许在这个范围内的“取代”。但是，在这两条所涉及的范围之外，关贸总协定的成员即使在其域内法律中依照原有的四个公约对保护知识产权作出过其他例外规定，也不得有损国民待遇总原则，即不可以用互惠原则或其它原则（如歧视待遇）来代替国民待遇了。但在这两条范围之内，关贸的成员有权选择以“互惠”取代国民待遇。

伯尔尼公约第 6 条规定：

1. 任何非本同盟成员国如未能充分保护本同盟某一成员国国民作者的作品，成员国可对

首次出版时系该非同盟成员国国民而又不在成员国内有惯常居所的作者的作品的保护加以限制。如首次出版国利用这种权利,则本同盟其他成员国对由此而受到特殊待遇的作品也无须给予比首次出版国所给予的更广泛的保护。

2. 前款所规定的任何限制均不影响在此种限制实施之前作者在本同盟任一成员国出版的作品已经获得到的权利。

3. 根据本条对版权之保护施加限制的本同盟成员国应以书面声明通知世界知识产权组织总干事(以下称总干事),说明保护受到限制的国家以及这些国家国民的作者的权利所受的限制。总干事应立即向本同盟所有成员国通报该项声明。

在这里,该条中最重要的实体款项是第1款。

由于在1971年伯尔尼公约的巴黎文本制定时,以及该文本之前的诸文本制定时,世界上多数国家尚未参加伯尔尼公约。但该公约又规定了可享有国民待遇的双重标准——作者国籍与作品国籍。对于因作者国籍(即对在公约成员国有惯常居所的作者)而可以享有国民待遇,多数成员国意见不大。而对于仅仅因作品国籍(即对首先在成员国出版的作品)而使无居所之作者转而成为有资格享有国民待遇的人,不少成员国就有些意见了。这些作者自己的所在国可能不仅没有参加伯尔尼公约,而且根本连版权法都没有。所以,成员国的作品在这些国可能被"无法无天"地复制或作其他使用,而成员国反过来却必须给这些作者首先在成员国出版的作品以完全的国民待遇标准的保护,使人感到不太公平。于是出现了第6条1款,允许在非成员国保护水平太低的情况下,对其因"作品国籍"原应当享有的国民待遇,代之以近似"互惠"的保护,但这又不完全是互惠。如果完全是互惠,则对无版权法之国的作品将完全不予保护。可以称这种互惠为"有限互惠";从另一个角度看,也就是"有限的国民待遇"了。

该第6条2款则是规定这种以"有限互惠"取代国民待遇的作法,不能够具有追溯效力。也就是说,对于在版权保护上施加限制之前,一部作品已经享有的版权保护,不得降低保护水平。第3款是讲凡是真的要以有限互惠取代国民待遇,则必须通知管理伯尔尼公约的国际组织——世界知识产权组织。

知识产权协议第3条1款的后半部分,也正是讲的与上述相同的意思。所不同的只是该款要求通知管理知识产权协议的"与贸易有关的知识产权理事会",而不是世界知识产权组织。

罗马公约第16条1款(b)项的基本内容,在程序上与伯尔尼公约第6条3款相同,只不过受限制的享有国民待遇的主体不是作者,而是广播组织,受限制的权利仅限于"电视传播权"。

由于知识产权协议引述了上面这几个其他公约的条款,所以在这里作一些解释,以供读者参考。

五、司法与行政程序上的非国民待遇

"国民待遇"虽然是一切既带实体条款又带程序条款的知识产权公约的首要的一项原则,但它并不是绝对的。至少,在司法及行政程序上,任何人都很难要求在另一国取得完全的国民待遇,这是各国传统法律制度决定的,是国际惯例早已承认的,也是巴黎公约、伯尔尼公约等原有知识产权公约业已承认的。

例如,为了司法诉讼的方便及保证对本国法律的了解及应用,多数国家的诉讼法都规定了外国人在本国诉讼,只能请本国律师代理。我国从1993年后,已经允许了许多国家的外国律师事务所在我国开业。但这些事务所只能经办与该外国法有关的业务,它们无权就中国法律提供

咨询或服务。我国现行的民事诉讼法在“涉外民事诉讼程序的特别规定”一编中，专门强调：“外国人、无国籍人、外国企业和组织在（中国的）人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师”。此外，该民诉法在提交委托书、法院管辖权等许多其他问题上，也都作了外国诉讼主体不同于中国诉讼主体的规定。在其他国家，也都有类似的规定。这是与知识产权协议第 3 条 2 款完全符合的。

在行政程序方面，情况也是一样。为了便于有关文件的交换、送达等等、必须对在本国地域内无居所（因而无法直接联络）的外国自然人与法人，作出不同于本国国民或居民的要求。否则，专利申请案的更改、商标注册中的异议答复等等，都可能被延误，最终仍旧不利于有可能获得权利的外国人或已获权利的外国人。所以，在这些程序上，“非国民待遇”是应当允许存在的。

在我国现行专利法中，专门规定了：

在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利和办理其他专利事务的，应当委托中华人民共和国国务院指定的专利代理机构办理。

中国单位或者个人在国内申请专利和办理其他专利事务的，可以委托专利代理机构办理（见第 19 条）。

这里显示出鲜明的“非国民待遇”。中国人申请专利，“可以“委托代理机构，当然也可以不委托，而由申请人自己办理。同时，这种代理机构也是可随意选择的。而在中国无居所的外国人，则“必须”委托代理机构，而且是“指定的”机构。请注意：中国法中的“应”，均只能作“必须”解，是强制性的。中国法律条文中有关“应”的这一用法并不妥当。但它一直这样用着，我们也就不必专门去纠正它了。不过，我们要记住：与外国法律及条约用语中相应的词应该是“Shall”，而不是“Should”，虽然后者在文学语言中才确实译为“应”。这也是在法条的“英译中”或“中译英”过程中必须加以区别的。

此外，在我国现行专利法实施细则中，还作了如下具体规定：

在中国没有经常居所或者营业所的申请人，申请专利或者要求外国优先权的，专利局认为必要时，可以要求其提供下列文件：

（一）国籍证明；

（二）申请人是企业或者其他组织的，其营业所或者总部所在地的证明文件；

（三）外国人、外国企业、外国其他组织的所属国；承认中国公民和单位可以按照该国国民的同等条件，在该国享有专利权、优先权和其他与专利有关的权利的证明文件（见第 34 条）。

除了专利申请，在专利批准后的异议程序中，专利年费的缴纳中，等等，也都适用必须委托中国国务院指定的专利代理机构的规定。

在 1993 年之前，国务院指定了中国贸促会专利（商标）部、中国专利与商标（香港）代理公司、香港永新专利代理公司、上海专利事务所、柳沈知识产权律师事务所等机构作这项代理。随着改革开放的发展，被授权作这项代理的机构还将进一步增多。

我国现行的商标法作出的规定则比专利法更严。不仅是在中国无居所的外国人，而且是一切“外国人或外国企业”，如果要在中国申请商标注册或办理其他商标事宜（包括续展注册、更改注册人地址、商标转让登记等等），均须委托国家指定的组织代理。而对中国申请人就更宽，连“可以”委托代理的规定都没有。

国家指定的涉外商标代理组织有：中国专利与商标（香港）代理公司、中国贸促会专利（商标）代理部、中国商标事务所等。由于现在国内的商标申请以及办理其他商标事宜，也开始从过

去的核转制(即由地方工商行政管理部门向商标局核转)逐渐向代理制过渡,所以有权从事涉外商标代理的组织也已经逐渐增多,目前有了十多个,将来还会更多。

六、最惠待遇及其例外

知识产权协议的第4条,是"最惠待遇"条款。最惠待遇的条款包含两方面内容。一方面是说:在知识产权保护上,一个成员给予任何另一个成员的利益、优惠、特权、豁免之类,均必须立即无条件地给予所有其他成员。另一方面是说:在四种特例下,可以不实行最惠待遇原则。这又是对最惠待遇原则的修正与限制。

既制定了大量国际贸易中的规范条款,又补之以大量的修正及限制,是关贸总协定的一大特点。早在关贸总协定中的知识产权协议形成之前多年,关贸总协定总则第1条的"无条件最惠待遇"原则,就受到"历史特惠安排"、"关税同盟及自由贸易区"、"授权条款"等例外的限制,实际上成为"有条件的最惠待遇"。所以,一个国家想要通过"入关"而一劳永逸地解决同某个或某几个其他国家的贸易谈判问题,往往是不切实际的。

具体讲到在知识产权保护上的最惠待遇,中国与外国或关贸总协定的成员地区之间,不会发生大的障碍。从中国方面看,在公约之外给予个别缔约方的特别保护,莫过于1992年分别与美、日及欧共体签订的知识产权谅解备忘录中的有关承诺了。而这些特别保护,许多外国及地区在与美知识产权谈判中也几乎都已接受,甚至还多了一项保护享有版权制品的"进口权",即控制"平行进口"。

对中国来讲,可能产生问题的倒是原在公约保护范围之内,但又在中国知识产权法保护之外的一些特例,有可能必须适用于对大陆外地区居民的或外国人权利的保护了。例如,对中国大陆作品来讲,按著作权法第52条,实用艺术作品中一大部分不享有版权。而按照1992年9月的《实施国际著作权条约的规定》享受公约保护的外国作者,中外合资或外资企业的作者,其实用艺术作品则享有25年保护。这些"外"国,大都是关贸的成员国。因此,台湾居民在台湾地区"入关"之后,完全可能依照知识产权协议中最惠待遇原则,要求象其他成员的作者一样,享有对其实用艺术作品的保护。

这种原先存在的国内外在版权保护上差别待遇的例子还不少。如计算机软件的登记程序问题等等。在两岸"入关"之前,大陆把台湾作者视为本国国民而不保护其实用艺术作品,要求其软件先登记、后诉讼等等,如果还说得通的话,在两岸分别入关之后,把台湾作者作为另一缔约方的居民而如此对待,就说不通了。这样一来,我们就可能将面对至少三部分享有高于国民待遇的本国国民——关贸成员香港居民、关贸成员澳门居民、关贸成员台湾居民。解决这一困难局面的唯一可行途径,似乎应当是修改大陆的著作权法,使之与行将增补的伯尔尼公约全面地处在同一水平,以改变现行版权保护的内外差别待遇。

至于知识产权协议中所规定的对最惠待遇的修正与限制,亦即在四情况下,可不实行最惠待遇原则的规定,均包含在该协议第4条的(a)到(b)项中。

其中第一种情况,即原先已经签订的司法协助双边或多边国际协议,而且并非专对知识产权保护签订的这类协议,如果产生出什么优惠来,可以不适用到其他成员国家或地区。到目前为止,中国至少已经参加了1965年的《海牙送达公约》、1958年的《纽约仲裁公约》,又至少与法国、比利时、西班牙、泰国、蒙古等十多个国家签订了"民商事司法协助双边协定"。但中国与现有的关贸"成员地区"之间,尚不可能有这类双边协定。

第二及第三种情况，是按伯尔尼公约与保护邻接权罗马公约中的选择性条款而在某些国家之间所特有的保护(即带一定互惠性质的保护)。同时，知识产权协议中未列入的一部分表演者、录制者及广播组织权，即使承认这些权利的成员之间互相予以保护，也可以不延用到未加保护的其他成员。例如，表演者的精神权利、表演者具体的经济权利(请注意，罗马公约及知识产权协议中表演者的经济权利可以说是"不具体"的，它们只提供使表演者防止某些行为的"可能性")。这些，大陆著作权法中均有，台湾"著作权法"中也有。但大陆法中有的广播组织权，台湾则没有。这样一来，如果大陆给德国或西班牙等国广播组织某些经济权利以互惠保护，则台湾表演者未必能够依知识产权协议的最惠待遇原则在大陆要求享有同样的保护。

第四种情况，即知识产权协议对某成员生效之前，该成员已经与其他成员特别签订的协定中产生出的优惠或特权。前面讲过一例：在"入关"之前，中国大陆方与美方，其他一些成员国或成员地区与美方，分别都签订了知识产权保护协议。有些成员与美国之间，至少多承认一项版权的"进口权"。如果中国大陆"入关"后，并接受知识产权协议约束后，大陆作者也未必能依据知识产权协议的最惠待遇原则，要求在台湾享有版权项下的"进口权"(但大陆专利权人届时如果有可能在台湾获专利，则显然可以依最惠待遇原则在台享有专利权项下的"进口权")。

在这里还有一点要说明：对"表演者"的保护，不同国家在法律中所划的范围可能很不相同。例如，我国著作权法实施条例规定："表演者指演员或其他表演文学艺术作品的人。"这就是说，不表演作品的人，不能成为法律意义上的"表演者"，他们的表演(如果能称为表演的话)是不能享有版权或邻接权的。然而法国 1985 年的版权法以及 1992 年的版权法(亦即现行有效的版权法)都规定：除表演作品之外的其他人，也可以享有表演者权。例如，杂技演员依照法国法也是版权法意义上的"表演者"。在巴西，表演者的范围就划得更广了。就连足球赛也可以享有表演者权。在另一些国家，表演者无论是否表演作品都不受版权法保护，不享有邻接权。

知识产权协议并没有强求成员们采用广义的或狭义的"表演者"作为其保护的对象，而是采用了罗马公约中能够被多数国家接受的"表演者"概念，这就是只有表演作品的人才是"表演者"。至于所表演的作品本身是否享有版权，则并不影响表演者受保护的资格。例如，表演莎士比亚作品(没有版权)的演员，可以享有表演者权；表演老舍的作品(享有版权)的演员，也享有表演者权。

最后，协议中规定的最惠待遇(以及国民待遇)还有一个例外。这就是在协议第 5 条中指出的：凡参加了世界知识产权组织主持的、含有获得及维护知识产权的程序的公约的成员，没有义务向未参加这类公约的成员提供这些公约产生的、在程序上的优惠待遇。例如，一个微生物备案布达佩斯条约的参加国，可以强制性要求一个非参加国国民必须提交活微生物标本，而不能只提交他在某个国际寄存标本机构已交存活标本的证明书，否则将驳回其申请案。而对于布达佩斯条约的参加国国民，则仅仅提交证明书就足够了。

换句话说，也就是知识产权协议只要求成员们去履行四个已有公约(巴黎、伯尔尼、罗马及集成电路)的义务，不论该成员是否参加了这四个公约；而对于这四个公约之外的已有公约，尤其对程序性已有公约，则未参加公约的成员，不能凭借关贸总协定的知识产权协议，要求参加公约的成员对其尽义务。

(作者单位：中国社会科学院法学研究所)

责任编辑：林　炎