

贸易区域化中知识产权边境执法措施 新问题及其应对

杨 鸿

内容提要:多哈僵局中,发达国家推动双边与诸边自由贸易协定迅速发展,尤其是《跨太平洋伙伴关系协定》的达成及《跨大西洋贸易投资伙伴关系协定》等新谈判,不断推动贸易区域化趋势。这些自由贸易协定中大都包含“超 TRIPS”标准的知识产权边境措施,赋予海关更大的自主职权且配以更模糊而灵活的判断标准,将更大范围的客体纳入边境措施适用对象,尤其是对过境货物也无条件适用。相关措施的不确定性及滥用的更大可能性给自由贸易及贸易便利化带来新的挑战。为应对这些挑战,中国应联合发展中国家抵制此类措施的发展,运用世界贸易组织争端解决机制否定过境货物的边境措施等相关措施在《与贸易有关的知识产权协定》和《贸易便利化协定》下的合法性,并通过自由贸易试验区试行有别于“超 TRIPS”措施且符合我国利益的新的知识产权边境规则,以形成示范效应,支撑我国在贸易谈判中形成具体立场。

关键词:贸易区域化 自由贸易协定 知识产权 边境措施

杨鸿,上海对外经贸大学法学院副教授。

一 问题的提出

自从世界贸易组织(以下简称“世贸组织”)将知识产权纳入与货物、服务并列的三大贸易议题之一,知识产权制度尤其是其中的知识产权边境执法就日益深远地影响着国际贸易。在长久的多哈僵局中,国际贸易制度安排呈现明显的区域化走向,产生众多双边或诸边自由贸易协定(以下简称“自贸协定”),包括2011年和2012年相继生效的欧韩自贸协定和美韩自贸协定,密切谈判中的欧印、欧日自贸协定和《跨大西洋贸易投资伙伴关系协定》(以下简称《跨大西洋协定》),以及2015年新达成并引起广泛关注的《跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称《跨太平洋协定》)。我国也与诸多国家达成或正在谈判自贸协

定。在这一贸易区域化进程中,发达国家主导的区域贸易协定及相关国家立法对知识产权边境执法制度做出了重大发展,突破了世贸组织现有制度,给贸易便利化与自由贸易带来更多挑战。尤其值得注意的是,自由贸易试验区(以下简称“自贸区”)的发展以更开放与自由的贸易为总体方向,而作为海关特殊监管区域,其中的知识产权边境措施面临的问题也与上述区域贸易协定中相关措施的发展趋势关系密切。

知识产权边境保护是指边境执法机关依国家法律法规授权而实施的旨在制止侵犯知识产权的货物进出境的行为。^[1] 知识产权边境执法措施(以下简称“边境措施”)即系为上述目的而采取的相关措施,其主要由海关执行,但在有些国家也涉及具有类似职能的其他机关,因此在国际上常统称为边境措施。它体现为海关基于知识产权保护原因对货物的检查、扣留、没收、销毁等措施。边境措施对国际贸易中的知识产权保护具有重要意义,其在货物准备进出一国关境的环节就提供有力的强制措施,因此在及时性和快捷性方面具有司法保护难以替代的重要补充作用。各国通常在海关法或相关立法中规定知识产权边境措施,如美国《关税法》及其配套法规、欧盟《知识产权海关执法条例》,以及中国《海关法》和《知识产权海关保护条例》。国际层面,世贸组织《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称“TRIPS 协定”)第三部分第四节专章规定了知识产权边境措施的适用范围、启动条件等事项。区域层面,近年来日益增多的双边或诸边自贸协定中大都专门针对边境措施的规定,且范围与强度往往超越 TRIPS 协定标准,给世贸组织确立的多边贸易格局与贸易便利化目标带来的影响与挑战尤为巨大。

这一贸易区域化进程中,包括《跨太平洋协定》在内的新一代区域贸易协定普遍对知识产权边境措施进行了规定。受其影响,相关国家和地区的国内知识产权边境措施规则也相应有所发展,如欧盟、澳大利亚、韩国都在近年修订了海关等相关立法中的边境规则。知识产权边境措施的重要性正通过区域贸易协定及相关国家和地区立法的发展进一步凸显。正如有学者指出的:“加强知识产权执法已成为多数国际、区域和双边谈判中的核心问题。”^[2] 知识产权边境措施已远非一个单纯的知识产权保护问题,而是影响着整个国际贸易制度的平衡。当前贸易区域化进程中,知识产权边境措施出现的发展新态势会对世贸组织多年来确立的贸易体制产生重大影响,即新一代区域贸易协定中的相关措施普遍突破 TRIPS 协定的现有标准,且主要体现发达国家的诉求。有鉴于此,有必要对这些新发展加以梳理,评估其对已有制度及对我国带来的新挑战,并结合我国的自贸区建设工作,确立应对策略。

二 贸易区域化中知识产权边境措施的新发展

如前所述,本轮贸易区域化主要体现为新一代区域贸易协定及其影响下的国家或区

[1] 参见余敏友、廖丽、褚童:《知识产权边境保护——现状、趋势与对策》,载《法学评论》2010年第1期,第20页。

[2] Xuan Li, Ten General Misconceptions About the Enforcement of Intellectual Property Rights, in Xuan Li, Carlos Maria Correa (eds.), *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives* (Edward Elgar Publishing Limited, 2009), p. 14.

域立法,前者主要包括美国等发达国家推动的自贸协定及类似诸边协定,后者则以欧盟的海关执法条例为代表。美式自贸协定中多数都纳入了专门的知识产权保护专章,其中大都包括专门的边境措施制度。相关规则通常不是简单的一两个条款,而是由多个条款构成的成体系小节。传统上没有类似实践的欧盟也开始在 2011 年生效的欧韩自贸协定中引入更细化而强力的知识产权边境措施。尤为重要的是,2015 年通过的《跨太平洋协定》也有一章专门规定知识产权保护,其中也包括专门的边境措施规则。在内容上,这些区域知识产权保护制度在各方面都包含所谓“超 TRIPS”(TRIPS-Plus)标准,即高于 TRIPS 协定对成员方设立的最低强制性义务要求的标准。边境措施也不例外。美国不仅在双边自贸协定中推广前述“超 TRIPS”知识产权边境措施,更试图在影响范围更广的诸边区域贸易协定中引进此类措施。在《反假冒贸易协定》陷入停滞,“超 TRIPS”知识产权边境规则在其他更新的诸边谈判框架中得以延续,《跨太平洋协定》即是重要实例,其中包含了最典型的几种“超 TRIPS”边境措施。不仅如此,正在谈判之中的《跨大西洋协定》也会涉及高标准边境措施,有学者更明确认为该协定肯定也会规定对过境货物采取的知识产权边境措施。^[3]

(一)措施严厉程度提高与相关标准模糊化

在相关区域协定或立法中,知识产权边境措施常具有“超 TRIPS”标准的特性,其措施相较于 TRIPS 协定的要求范围更大、力度更强,且在适用对象的界定和启动门槛等方面减少限制条件,增加模糊空间。

首先,措施适用对象范围扩大,概念模糊化。美国签订的多数自贸协定中,边境措施实施对象通常不仅包括 TRIPS 协定要求的假冒商标与盗版商品,还增加了 TRIPS 协定未规定的带有“混淆性相似”商标的商品。最新公布的《跨太平洋协定》中,边境措施也适用于“混淆性相似”的情形。^[4]相关规则均未涉及“混淆性相似”这一模糊概念如何解释。此外,欧盟 2013 年新修订的知识产权海关执法条例还将 TRIPS 协定未要求的集成电路布图、商号与实用新型也新增纳入边境措施保护范围。^[5]

其次,对扣留货物的处置方式趋严。前述相关制度在海关扣留货物的处置上通常比 TRIPS 协定更严格,要求除极少数特定情形外,都应将查扣货物销毁。尤其是,欧盟 2013 年海关条例对旧版的众多修订中,第 23 条特地降低了采取销毁措施的门槛,只要货物持有人未明确提出异议,海关即可视为其已同意,且不需经过判定侵权存在的程序即可对货物进行销毁。而在 TRIPS 协定中,则明确要求在采取销毁的处置方式时应当考虑措施与侵权严重程度的相称性。^[6]

最后,措施启动门槛降低,标准模糊化。美式自贸协定、欧韩自贸协定、《跨太平洋协

[3] 参见张伟君:《上海自贸试验区知识产权执法:自由贸易与打击侵权的平衡》,《外国经济与管理》2014 年第 2 期,第 76 页。

[4] Trans-Pacific Partnership Agreement: Chapter 18, Art. 18.76.1.

[5] Regulation (EU) No 608/2013 of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 concerning customs enforcement of intellectual property rights repealing Council Regulation (EC) No 1083/2003.

[6] Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Adopted on 15 April 1994, Marrakesh, Art. 46, Art. 59. 以下关于 TRIPS 协定的引用条款均同此出处,不再另注。

定》及欧盟海关条例大都明确赋予海关“依职权”启动措施的权限,且其主动启动措施的前提只需符合“怀疑”这一标准模糊的条件,甚至不需要权利人的投诉或其他证据门槛。而根据 TRIPS 协定第 58 条,成员方仅是“可以”而非“应当”赋予海关依职权采取措施的权限;即使赋予了该权限,也应以海关取得存在侵权的“初步证据”为前提,遵循严格程序。

(二)措施对过境货物的扩张适用

对于出口与过境货物,TRIPS 协定未要求提供任何边境措施。尤其是对过境货物采取知识产权边境措施,针对的往往是并不进入过境国市场的产品,因而具有高度敏感性。而在相关区域协定或立法中,边境措施适用的环节不限于进口,而是扩大到出口甚至是临时过境与自贸区仓储阶段,成为美欧等发达经济体极力推进的措施。

首先,美国近年参与的多数自贸协定都明确规定了对过境货物的知识产权边境措施,涉及美国与韩国、哥伦比亚、智利、摩洛哥、秘鲁、巴拿马、阿曼、巴林、中美洲地区等 10 多个国家与地区。此类协定中的相关措施规范方式大体一致。以美韩自贸协定为例,其规定对怀疑为“假冒”、带有“混淆性相似的商标”或“盗版”商品的进出口、过境与自贸区存放,主管机关应有权依职权采取边境措施。“假冒”与“盗版”都依据“进口国法律”进行判定。^[7]而美国与巴拿马、摩洛哥、中美洲国家的协定中,此类措施的适用对象更被扩展至所有知识产权侵权情形。

其次,该措施在欧盟也有着饱受争议的实践,近年来尽管有所调整,但仍有遗留问题。2013 年之前,欧盟关于知识产权边境保护的法律主要是《关于打击涉嫌知识产权侵权货物的海关行动及相关处置措施的第 1383/2003 号理事会条例》(“1383/2003 号条例”)。根据该条例,海关可对“外部过境”、“海关仓储”等不进入欧盟市场的过境货物采取边境措施,且此类边境措施可适用于各类知识产权侵权;海关有权在“怀疑”侵权时依职权主动采取措施,包括中止放行、扣留、没收乃至销毁等强力手段。条例第 2 条规定,侵权的判定依据程序启动国法律进行;条例序文第 8 条则规定,对侵权的判断参照程序启动国对国内产品的标准进行。^[8]基于此,荷兰法院首先在相关案件中推导出“制造假定”,即过境货物虽未在欧盟生产,但判定其侵权问题时应假定其在程序启动国(即过境国)生产。^[9]这意味着:若海关欲基于知识产权保护对过境货物采取措施,在判断侵权这一前提时,会将该货物视为过境国国内生产的货物,进而因其侵犯过境国知识产权法而采取措施。除荷兰外,很多欧盟国家法院也都曾以类似方法适用该条例,且其中常涉及中国。^[10]此后,欧

[7] Free Trade Agreement Between the United States of America and the Republic of Korea, entry into force on March 15, 2012, Art. 19, Art. 22.

[8] Council Regulation (EC) 1383/2003 of 22 July 2003 concerning customs action against goods suspected of infringing certain intellectual property rights and the measures to be taken against goods found to have infringed such rights [2003] OJ L196/7.

[9] Olivier Vrins and Marius Schneider (eds.), *Enforcement of Intellectual Property Rights through Border Measures-Law and Practice in the EU (Second Edition)*, Oxford University Press, 2012, p. 153.

[10] Olivier Vrins and Marius Schneider (eds.), *Enforcement of Intellectual Property Rights through Border Measures-Law and Practice in the EU (Second Edition)*, Oxford University Press, 2012, p. 158.

盟法院对上述问题的立场发生了较大转变。在 2011 年 12 月公布的“飞利浦/诺基亚案”判决中,欧盟法院指明:对涉嫌侵权的过境货物,不能仅因其临时进入欧盟海关程序就将其归为海关条例所指的“假冒”或“盗版”货物;但若证明该货物实际将投放欧盟市场,则可认定其侵权;海关可在发现迹象从而有理由怀疑货物可能进入欧盟市场时扣留货物,这种迹象包括制造商等人的身份信息缺失、不与海关合作等。^[11]至此,欧盟法院正式废除了之前广泛运用的“制造假定”,针对过境货物的知识产权边境措施附加了前提条件。尽管如此,该条件的证明要求仍很低,只需有某种“迹象”使海关怀疑即可满足。此外,欧盟 2013 年修订了第 1383/2003 号条例,而新条例并未针对欧盟法院的判决专门修改,随后发布的《过境货物知识产权海关执法指南》更是确认,海关仍可基于怀疑查扣过境货物,涉事企业需提供货物并非进入欧盟市场的积极证据。^[12]

最后,在前述基础上,欧韩自贸协定也仍将知识产权边境措施适用于过境货物。值得注意的是,《跨太平洋协定》第 18 章 76 条 5 款也在原则上将边境措施适用于过境货物,且判断标准规定为程序启动国。但其同时规定了一个备选条款,允许成员选择适用备选条款,用海关信息合作的方式来代替直接采取该措施。

(三)措施实施中对特定国家的定向关注

除了知识产权边境措施相关规则本身的发展,这些规则的参与国在实施边境措施时,针对特定国家(尤其是中国)的货物给予特别追踪与特别对待,配之以更有针对性的边境执法。

近年来,欧盟海关的知识产权边境查扣中来自中国的货物始终维持着高比例,2008 年至 2010 年分别为 54%、64%、85%,2013 年为 66.12%,2014 年又升至 80%。^[13]欧盟还在一份专门关于知识产权边境执法的报告将中国列为相关问题的头号关切对象,并强调要相应注重边境措施的力度。^[14]美国则在 2011 年国际贸易委员会公布的针对中国的知识产权调查报告中指称,中国知识产权侵权给美国公司一年带来的损失预估为 482 亿美元,将中国知识产权执法弱归结为重要原因,并强调边境执法的重要性。^[15]美国在近年公布的“特别 301 报告”中,一直将中国列为重点关注国家,以大量篇幅讨论中国的知识产权侵权问题,并强调边境执法针对中国等特定国家产品给予特别关注。^[16]可见,即使中国知识产权保护状况在近年已有大幅提升,但在边境保护层面,中国产品仍是欧美发达经济体给予特别关注的对象,并对应着更明确的采取措施的意愿。

[11] Judgment of the Court of Justice of European Union, Joined Cases C446/09 and C495/09, 1 December 2011, para. 78.

[12] Guidelines of the European Commission Concerning the Enforcement by EU Customs Authorities of Intellectual Property Rights With Regard to Goods, in Particular Medicines, in Transit through The EU, 2012.

[13] Report on EU Customs Enforcement of Intellectual Property Rights; Results at the European Border – 2008, 2009, 2010, 2013, 2014, available at http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/statistics/index_en.htm, 2015 年 11 月 25 日访问。

[14] European Commission, IPR Enforcement Report 2009, Commission of the European Communities, SEC (2009) 1360, Brussels, 2009, p. 5.

[15] USITC, China: Effects of Intellectual Property Infringement and Indigenous Innovation Policies on the U. S. Economy, USITC, Investigation No. 332 – 519, Washington, DC., 2011.

[16] USTR, 2012 Special 301 Report, April 2012.

三 知识产权边境措施新发展带来的新挑战

如前所述,相关边境措施新规则具备更严苛的力度,打击范围更灵活宽泛,且配以更模糊的标准。而这几点的结合更会产生巨大影响力。边境措施作为行政机关主导的快捷而有力的程序,应配以严格的限制条件,并在实施中保持克制,这也正是 TRIPS 协定相关条款所设立的基本要求。而相关措施的新发展则正突破了这种要求,给 TRIPS 协定在贸易与知识产权保护间建立的平衡体制以及中国基于这种多边平衡而享有的合法利益带来新的挑战。

(一) 严苛力度与模糊标准增加措施不确定性和滥用可能性

首先,适用对象扩大尤其是“混淆性相似”商标的纳入可能会影响措施的合理实施。在多数相关自贸协定及《跨太平洋协定》中,TRIPS 协定未要求的、带有“混淆性相似”商标的商品均被新增为边境措施适用对象。然而,该类对象与 TRIPS 协定要求的假冒、盗版商品有本质不同:后两者属严重、明显的侵权,证据的判断较简单,有较强确定性;而“混淆性相似”则涉及混淆的判断,商标间“混淆”与否需要详尽而复杂的法律分析标准与判定过程,通常应由司法机关或专门商标行政机关才能对此做出权威判断。海关远非这样的机构。在很大程度上,以上措施的新发展给海关的错误判断或以知识产权为名滥用边境措施留下很大空间,增加了进出口中不必要的贸易阻碍风险与流程的不确定性。这些发展显然超过世贸组织成员一致认可的必要程度,可能给其致力维护的自由贸易带来不必要的阻碍。

其次,措施启动门槛降低及其模糊标准进一步加大了滥用的可能性。相关边境新规则大都强制性赋予海关“依职权”(ex officio)启动查扣程序的权限,且启动的前提条件仅是海关的“怀疑”。而根据 TRIPS 协定,即使是依职权启动,也应以取得“初步证据”为前提。显然,“怀疑”的要求远低于“初步证据”。由此,边境措施的启动门槛大大降低,海关轻易即可对自己希望针对的任何一批货物启动边境措施。进一步说,TRIPS 协定第 51 条、52 条所要求的、基于权利人申诉并提交“充分证据”的启动程序很可能被架空,因为对于海关有意愿关注的特定国家的货物,无论权利人是否满足程序要求,海关仅凭怀疑甚至不合理的揣测,即可通过依职权的方式更迅速而任意地启动边境措施。TRIPS 协定对权利人明确要求的举证责任事实上可能就此被规避掉。

最后,缺乏限制的销毁处置方式可能加重措施滥用的后果。TRIPS 协定对销毁这种极端的处置方式本有严格的限制,要求以“相称性”为前提,而区域化中的边境措施新规则大都将销毁作为主要处置方式,且淡化补救措施。配合前述海关更大的自由度,更多被误查误扣的货物面临的不仅是程序的耽搁,而且是货物无法收回,救济难以主张。

(二) 缺乏限制的过境货物边境措施阻碍合法贸易与便利化

多数美式自贸协定、欧韩自贸协定、欧盟 2013 年海关条例及《跨太平洋协定》(但其提供了备选措施)均要求,海关有权基于“怀疑”依职权对过境货物采取边境措施,没有任何其他条件。不仅如此,对判断侵权应依据哪国知识产权法,《跨太平洋协定》、欧韩自贸

协定及欧盟执法条例都直接将依据规定为程序启动国(包含过境国)法律。而多数美式自贸协定都在规定以申请方式启动程序须依据进口国法律判断的同时,对依职权对过境货物启动的措施依据何国法律不做规定,暗示其可适用过境国法律。事实上,即使将过境货物的判断依据解释为进口国法律,由于美国判例对“进口”的解释包含过境情形,^[17]也依然会达到依过境国法律判断的效果。

若主张过境货物在动植物检疫、环保等方面可能影响到过境国从而需受相关措施约束,尚有合理性,但若要求此类货物基于过境国知识产权法的衡量而受到过境国的知识产权措施影响,则显然缺乏依据。由于知识产权的地域性,依据过境国法律存在侵权嫌疑的货物,依据实际进口国法律可能并不侵权。而正常情况下过境货物的真正销售、使用地都是实际进口国,它们和过境国除了途经其边境外不产生任何其他联系。因此,若基于与其并无实际联系的过境国知识产权法即可对过境货物一概采取边境措施,将极大损害在实际进口国本来合法的过境贸易,甚至可能带来大量误判与错误查扣的情形,严重阻碍贸易便利化。事实上,无条件或过低条件对过境货物启动的边境措施可能违反 TRIPS 协定、《关税及贸易总协定》(以下简称《关贸总协定》)以及《贸易便利化协定》,对此后文将进一步论述。

(三)定向关注的选择性执法对中国等特定国家的歧视性

如前所述,贸易区域化进程中,发达国家在边境执法中日益强化对特定国家的特别关注。再考虑到前述“超 TRIPS”边境措施赋予海关更多的自主权限和配套更模糊的标准,这种执法实践必然给特定发展中国家尤其是中国的贸易带来更大的不确定性和阻碍作用。只要是涉及中国的产品,无论是出口抑或过境环节,受相关国家海关采取边境措施的概率都可能大幅提高。印度、巴西等发展中大国也面临类似境遇。

这种选择性执法对我国涉及的过境贸易影响尤大,会使我国货物在中转相关国家港口时被查扣的风险增加,尤其是因商标产生的风险剧增。由于各国都有独立的商标注册制度,很少有企业会在所有国家都拥有注册商标,即使在进口国和出口国都合法注册的商标也可能并未在过境国注册。而根据“超 TRIPS”边境措施,只要中国货物使用的商标在某一成员方另有权利人乃至仅与其标识“怀疑”为“混淆性相似”,则货物哪怕只是途经该国海关也会有很高的查扣风险。不仅如此,程序中对商标相似的判断权限与标准都完全由海关自身定夺而其定向关注特定国家的实践导向势必带来更强的主观性。目前,中国、印度等发展中国家的很多产品出口至非洲、拉美等地,途中往往过境欧盟、美国或拉美国家,而它们正是前述新一代自贸协定与《跨太平洋协定》的主要参与者,当更严厉的措施与扩大且更模糊的海关权限结合,再加上对中国等特定国家的特别关注,相关货物面临歧视性待遇的可能性也大幅增加。这种可能带有选择性、歧视性的执法实践明显有悖于作为世贸组织制度根基的非歧视原则。

[17] 美国司法实践在处理商标侵权问题时,向来将“进口”解释为包含“过境”的情形。参见杨鸿、高田甜:《过境货物的知识产权边境措施:TRIPS 协定下的合规性问题》,《亚太经济》2013 年第 4 期,第 58-59 页。

四 中国的应对策略

中国一直重视世贸组织的多边体制及其提供的权益保护。虽然我国近年也越来越多地参与区域化并与亚洲、欧洲、澳洲等不同地域的国家缔结区域贸易协定,但此类协定在知识产权保护各方面都严格遵循 TRIPS 协定的标准而未突破,从而与区域化中发达国家推动的“超 TRIPS”规则形成鲜明对比。由此,前述边境措施的新发展给多边体制既有制度平衡带来的巨大挑战也自然会对我国的权益形成直接挑战。而且,我国是出口规模巨大的贸易大国,而相关边境措施的推动国也大多是我国的主要贸易伙伴,这更会加剧上述挑战对我国的影响。因此,对于前文分析的各种挑战,我国应及时确立应对的路径和操作方式。

具体而言,带来这些挑战的新一代区域边境措施并非无懈可击,其最大的问题即在于,“超 TRIPS”标准的规则及其实施方式可能会脱离乃至违背世贸组织规则。基于这一点,我国可通过直接与间接两大路径来应对相关挑战。一方面,基于本国在国际贸易谈判中的影响力,并借助世贸组织有力而高效的争端解决程序,可直接抵制“超 TRIPS”的区域边境措施进一步扩张,并质疑其在世贸组织规则下的合法性;另一方面,通过自身制度建设,形成代表发展中国家立场的边境规则范本,例如在自贸区改革中探索形成符合 TRIPS 协定同时弥补其空白的新一代边境规则,提供有别于“超 TRIPS”边境措施的另一种制度实践,在国际上起到针对性示范作用。这两种路径侧重点不同从而互不冲突,可以并行不悖。

(一) 直接应对路径

直接应对路径中,根据对相关挑战在反应方式上的进取程度,可进一步分为两种操作方式,第一种相对保守,即在相关贸易谈判与论坛中对“超 TRIPS”边境规则进行批评与抵制;第二种相对积极,即尝试直接运用世贸组织争端解决程序否定此类规则的合法性。

1. 保守方式:联合发展中国家抵制“超 TRIPS”边境规则的贸易议题

我国首先应对那些不利于贸易便利化、尤其是影响我国出口的“超 TRIPS”边境措施进行抵制,以反制日益增多的双边自贸协定以及《跨太平洋协定》等诸边协定的迅速扩张效应。我国也在积极缔结各种自贸协定,并且也是各类区域贸易谈判平台中现实或可能的参与者,只要涉及“超 TRIPS”规则的区域贸易安排,不论我国是否正参与其谈判,均应积极通过各种渠道质疑“超 TRIPS”边境规则对国际贸易自由与便利化带来的负面影响。事实上,其他重要发展中国家也在担心“超 TRIPS”边境措施带来的影响。我国应联合发展中国家,在各自涉及的相关谈判平台共同抵制此类措施。而这一方式在具有共同利益的发展中国家间的联合运用,势必产生更大效果。这种抵制与质疑的方式虽相对保守,但实施难度不大,也较易取得其他发展中国家的支持与协同,能有快捷的初步效果。

2. 积极方式:否定“超 TRIPS”边境规则的合法性

既然是“超 TRIPS”的边境规则,其与 TRIPS 协定的相符性至少是值得怀疑的,而事实上,此类规则确实存在与协定冲突的可能性。TRIPS 协定第 1 条 1 款规定,成员方可在其

法律中提供比本协定更广泛的保护,但此类保护不得“违背”协定的条款。其中,“不得违背”至少应理解为,世贸组织成员方所采纳的“超 TRIPS”标准不应与 TRIPS 协定中的强制性义务相冲突。进一步说,TRIPS 协定“不仅仅规定了最低标准,也包含一些限制额外知识产权保护的标准,高于这些标准也违背 TRIPS 协定”。^[18] 正如有学者指出的,该条款开启了审查“超 TRIPS”标准是否符合 TRIPS 协定的大门。^[19] 在本文分析的各种“超 TRIPS”边境措施中,至少有两类规则及其实施方式与 TRIPS 协定存在较高的冲突可能。

(1) “依职权”启动的门槛及其模糊标准

TRIPS 协定虽允许各国赋予海关依职权启动措施的权限,但其第 58 条明确对此类情形附加了限制条件:首先,应有“初步证据”;其次,仅“善意”采取措施的执法主体方可免于可能的法律责任。然而,美式自贸协定及《跨太平洋协定》中的相关条款大都完全省略了这些条件。尤其是,此类协定都规定以海关“怀疑”存在侵权作为启动程序的唯一前提,这就在 TRIPS 协定有明确规定的事项上采用了与其有替代性却又标准不同的另一种规定,其显然达不到“初步证据”的要求,可说不符合 TRIPS 协定第 58 条的规定。

(2) 将边境措施无条件适用于过境货物的规则

首先,知识产权法具有地域性,这是 TRIPS 协定所纳入的《伯尔尼公约》、《巴黎公约》等基础公约所确立的基本原则。该原则要求一国知识产权法的保护范围应限于其境内,不得域外适用于发生在另一国的行为,否则其效力将扩张至管辖本应由另一国法律管辖的事项,从而直接违背地域性原则。过境货物涉及的商业使用、销售等行为显然都将发生于过境国之外的进口国,而根据相关自贸协定和欧盟海关条例,过境国海关可依据其本国知识产权法、基于自己的怀疑对过境货物采取措施,显然有违地域性原则。

其次,TRIPS 协定第 41 条第 1 款要求,执法程序的实施应“避免产生对合法贸易的壁垒”,并应“提供阻止措施滥用的保障”。而区域化中的过境货物边境措施规则意味着过境国海关基于过境国法律去介入本应由进口国海关基于进口国法律判断的货物,并采取强制措施。其中,过境国认为侵犯自己法律的货物不仅通常不会进入过境国销售或商业使用,且该措施中也未要求证明其在进口国是非法的。此类贸易理应构成 TRIPS 协定所指的“合法贸易”。而过境国的这种措施显然构成对“合法贸易的壁垒”。并且,相关措施通常也未提供任何针对滥用的救济或申诉渠道,更未规定 TRIPS 协定要求的“善意”实施及对此违反应承担的责任,显然并未“提供阻止措施滥用的保障”。

再次,TRIPS 协定关于边境措施的总则性条款第 51 条中,脚注 14 对“假冒商标货物”和“盗版货物”进行了界定,其中明确其判定依据是“进口国法律”,第 52 条也明确了该要求。同时,脚注 13 并列提及进口货物与过境货物,并表明成员对后者无义务采取措施。由此可推知协定中的“过境”是与“进口”并行的概念,脚注 14 与第 52 条中要求作为判断依据的进口国法律不应包括过境国法律。第 51 条还允许成员方就协定未做要求的其他

[18] 宋红松、于溯源:《过境货物的知识产权边境执法措施研究》,《知识产权》2012 年第 9 期,第 100 页。

[19] Henning Grosse Ruse-Khan, Time for a Paradigm Shift? Exploring Maximum Standards in International Intellectual Property Protection, *Trade, Law and Development*, Vol. 1 (1), (2009), p. 66.

客体规定边境措施,但前提是“遵守本节的条款”(包含前述第 51、52、58 条),这更突出了这些条款的普遍适用性与强制性。由此,尽管 TRIPS 协定未将过境货物的边境措施规定为义务,但一旦成员设立此措施,则仍应符合第 51、52 条的前述要求,包括适用有别于过境国的“进口国法律”作为侵权依据。然而如前所述,不仅《跨太平洋协定》与欧韩自贸协定、欧盟执法条例都明确将程序启动国(包含过境国的法律)作为依据,多数美式自贸协定事实上也有同样效果。因此,相关措施明显未遵循 TRIPS 协定第 51 条、52 条与脚注 14 的要求,应属协定第 1 条第 1 款所指的“违背”。欧盟与印度、巴西在世贸组织中关于过境货物措施的争端磋商了两年多后,还是未指定专家组,而是以协商解决,从侧面反映出一向强势的欧盟对此类措施在 TRIPS 协定下的合法性也并无自信。在印度与巴西的磋商请求中,也将 TRIPS 协定第 51、52 条列为依据。^[20]至于《跨太平洋协定》,则对该问题采取了妥协立场,一方面原则上规定和前述美式自贸协定一样的过境货物边境措施,另一方面又允许成员选择一种无需采取此类强制措施的备选方案。《跨太平洋协定》是最新的区域贸易进展,且是在具有较高一致性的小范围国家间达成,即使如此其仍通过上述选择性安排来使过境货物的边境措施不构成成员强制义务,这充分体现了该措施在相关国家间的巨大争议以及在 TRIPS 协定下的合法性疑问。

最后,相关过境货物的边境措施也有违贸易便利化的相关规则。正如世贸组织指出的,贸易便利化成功与否在很大程度上取决于海关在贸易便利化和加强监管之间实现平衡的能力。^[21]从《关贸总协定》到世贸组织,对此向来有所要求。《关贸总协定》第 5 条第 3 款要求,除非是违反海关法规时,过境货物不应受到不必要的延迟或限制。该款产生于《关贸总协定》1947 年文本,那时的海关法规通常还不包括知识产权边境措施,因此知识产权保护不应是该款要求的绝对例外,避免不必要延迟与限制的要求同样适用于知识产权边境措施。而世贸组织中新近通过的《贸易便利化协定》特地对过境货物做了进一步规定,要求相关措施不得构成“变相的贸易限制”,^[22]这显然也适用于边境措施。

此外,相关措施的实施方式也存在有违 TRIPS 协定的可能。上文提及,协定第 41 条 1 款要求程序的“实施”不得构成贸易壁垒,而第 58 条则要求“善意”地“采取措施”,可见这两条都可约束规则的实施环节。而前文已析,美欧等发达成员针对我国等特定国家选择性地定向实施相关措施,带有明显歧视性,极有可能构成贸易的“壁垒”,且有不符合“善意”要求之嫌。

总之,我国完全有理由主张在自贸协定及《跨太平洋协定》中迅速扩张的“超 TRIPS”边境措施不符合 TRIPS 协定、《关贸总协定》及《贸易便利化协定》,有初步依据要求世贸组织成立专家组对引入此类规则的相关国家立法进行审查,且胜诉可能性不低。这是一种更积极主动的法律应对方式。在世贸组织争端解决程序成熟而中立的环境中,该方式不仅启动难度不大,而且即使败诉也只是争端解决程序的正常结果,不会带来负面影响,

[20] EUROPEAN UNION AND A MEMBER STATE-SEIZURE OF GENERIC DRUGS IN TRANSIT, Request for Consultations by Brazil, WT/DS409/1, May 19th, 2010.

[21] Singapore Ministerial Declaration of World Trade Organization, adopted on 13 December, 1996, Paragraph 21.

[22] Agreement on Trade Facilitation, July 15th, 2014, Art. 11.1.

完全可以为我所用。

(二) 间接应对路径:自贸区知识产权边境措施改革的示范效应

对中国而言,另一种相对更长远而间接的应对方式,是在符合世贸组织制度的前提下,主动实践并形成符合我国利益的知识产权边境措施新规则。作为贸易大国,我国完全有谈判地位、也应有动力在相关的谈判或论坛中提倡此类新规则,使其成为可与已有“超 TRIPS”边境规则竞争的新选项。作为一个很好的基础,我国正在大力推进的几大自贸区,可以为形成更符合我国利益的新规则提供试验与示范平台。

“促进贸易和投资便利化”是自贸区的重要目标。一方面,减少不必要的边境限制措施是实现这一目标的重要手段,也是我国区别于前述过于激进的“超 TRIPS”边境措施的一大方向。例如,《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》要求“推动中转集拼业务发展”,并要求“简化国际中转”相关手续。^[23] 中转业务主要涉及过境货物,关乎自贸区“一线管住,二线放开”这一重要功能的实现,因此自贸区的发展必然涉及包括过境货物相关措施在内的知识产权边境措施的简化。另一方面,显然也不能一味放松管制而放任那些利用自贸区进行假冒产品贸易的行为。国际商会(ICC)2013年5月发布名为《对自贸区的监控:平衡便利和监控以打击在各国自贸区的非法贸易》的报告指出,假冒者越来越多地通过多个不同地域的自贸区来进行货物运输或转运,其目的无非是掩盖其产品的非法性质。^[24] 以上两种看似冲突的目标并非完全不可调和,关键是要在促进贸易便利化和加强知识产权保护之间达成适当平衡,兼顾两方面需求,不可偏废。前文分析的相关自贸协定中的新规则正是在这种平衡上存在问题,过于强调发达国家保护知识产权的目标,而淡化了对相关措施本应有限制。而我国自贸区正是一个在以上两种利益间取得更合理平衡的良好试验场所:作为特殊边境区域,知识产权边境措施对自贸区意义重大;同时,作为改革区域,可尝试在自贸区探索新的边境措施规则,在确保符合 TRIPS 协定的前提下,适当加强措施力度。

具体而言,迫切而现实的路径是制订自贸区知识产权海关保护的特别立法,在其中设定自贸区知识产权边境措施的因应制度。立法形式上,可在两种方式间选择:一种是在上海、天津等地关于自贸区的区域性条例中纳入相关规范,另一种则是修订《知识产权海关保护条例》,在其中针对自贸区专门设立特别规则或是授权制订部门特别规章。无论哪种立法形式,相关新规则中至少应涉及以下几项贸易区域化中凸显的核心问题:首先,应明确自贸区中的过境货物在我国知识产权海关保护制度中的法律地位,确立其独立于出口与进口货物的特殊地位与对应的特殊制度。其次,对过境货物的边境措施,以通常情况下不采取调查、扣押等措施为原则,极端情形下可采取措施为例外。这种例外情形可包括:其一,有确切证据表明其名为过境实际将进入境内,且侵犯境内知识产权;其二,有严重而明显的辅助他国侵权的临时仓储等行为;其三,与我国海关有合作的目的国海关根据

[23] 《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》第二(三)、三(一)条。

[24] ICC/BASCAP, Controlling the zone: Balancing facilitation and control to combat illicit trade in the world's free trade zones, (France: ICO Publication, 2013), p. 6.

其证据表明相关货物涉嫌在目的国境内侵权,并委托我国海关采取初步措施。其中,第一种情形大致对应欧盟法院对过境货物的最新处理原则,有学者也明确认为对该问题“最佳方式在于借鉴欧盟国家的做法”。^[25]我国应采用比欧盟法院更严格的条件,以避免此类措施的滥用,即应有确切证据表明货物可能进入境内,而非欧盟法院要求的简单的“怀疑”;同时,应配以相对方的异议与救济程序,即若被投诉方有确切证据证明货物并非要进入过境国,则应取消措施。第二种情形主要应包括利用自贸区专门为侵犯他国知识产权的行为提供临时仓储、加工场所的情形。第三种情形则针对虽单纯过境,但目的国海关有证据表明其明显侵犯目的国知识产权法,且该国与我国海关有合作关系的情况。与此相关,我国应在特殊规章中为跨国海关合作设立制度框架,这正是一个有别于“超 TRIPS”边境措施的更合理的发展方向。如前所述,过境货物问题仍应按进口国的法律进行判断,而过境国海关缺乏这样的能力;通过建立各国海关间的专门合作机制,可解决该难题,并更加有力地打击过境货物可能涉及的侵权。这同时也有助于减少不必要的程序障碍,避免前文分析的相关“超 TRIPS”措施与世贸组织制度可能冲突的问题。事实上,《跨太平洋协定》的最终文本正是以海关合作作为成员可选择代替“超 TRIPS”过境货物边境措施的一个备选方案。

另外,在边境措施的启动等问题上,可通过自贸区特别规章试行符合新趋势而又有所克制的新海关规则,在扩大海关自主权限的同时规定防止其滥用权限的限制条件。由于我国目前《知识产权海关保护条例》中并未专门规定依职权采取措施的权限,可考虑在自贸区赋予海关这样的权限,加大海关查处侵权的能力与力度。同时,应配套加入限制海关滥用职权与确保公平的相关规则,要求海关在行使启动调查、查扣等权限时有初步证据并避免滥用权限;若由于过于主观的推测或其他滥用情形而对不属于侵权的货物实施边境措施并带来损害,应承担相应责任。并且,应规定海关采取措施时,仅依法律本身进行判断,而不得仅因特定国家来源的身份给予特别考虑或采取特别行动,从而保证对各国货物平等对待,避免歧视性做法。这种规定完全符合 TRIPS 协定的授权,也能避免前述“超 TRIPS”边境措施的各种弊端。

基于上述方法,我国完全有条件在自贸区中试行顺应贸易区域化中的新趋势而又不违背世贸组织制度的新型知识产权边境措施,使其既能有力阻止知识产权侵权,又能尊重自由贸易与贸易便利化,避免像“超 TRIPS”边境措施那样给多边体制带来不合理的挑战。在此基础上,我国可利用自贸区的示范效应展现我国对平衡自由贸易与打击侵权两种利益的平衡策略,也间接对一些国家对我国等特定国家的定向关注存在的问题有所回应。同时,通过自贸区特别立法形成代表自身立场并符合世贸组织制度的边境保护新规则体系,可为我国乃至其他发展中国家参与区域或多边贸易谈判提供有力和可操作的法律文本基础。

[25] 王迁:《上海自贸区转运货物的知识产权边境执法问题研究》,《东方法学》2015年第4期,第45页。

五 结 论

贸易区域化中,发达国家推动的“超 TRIPS”知识产权边境措施已积累了丰富的立法实践并仍有继续扩张的发展趋势,而其突破世贸组织多边体制的既有合理平衡,给多边体制与中国都带来全方位挑战,很可能对我国的正常贸易产生诸多不合理负面影响。对这些挑战做出及时回应,不仅必要而且可行。直接与间接、防守与进攻的应对方式可通过不同路径、在不同平台发挥作用,其相互间并无先后条件的前提关系,可以并行不悖。其中,即使是质疑相关措施合法性这种最积极的方式,其操作难度也并不巨大,相关法理依据亦已较为充足,只是操作层面的具体策略与行动时机值得进一步研究。而自贸区建设中相关规则的改革虽系间接应对,但从自贸区建设本身的需求来看也具有必要性与迫切性,值得引起重视。

[本文系国家社科基金青年项目:“自贸区的知识产权边境保护制度研究”(14CFX076)的阶段性成果。]

[**Abstract**] In the Doha deadlock, FTAs developed vigorously under the promotion by developed countries. Pushed by the newly adopted TPP and negotiations such as TTIP, a trend of trade regionalization is developing steadily. TRIPS-plus IP border measures are widely found in those FTAs, equipping customs with stronger power and vaguer standards, and bringing more subject matters, especially goods in transit, into the scope of border measures. The uncertainty and the vulnerability to abuse of these new border measures have brought new challenges to free trade and trade facilitation. As response to these challenges, China should collaborate with other developing countries to resist such measures, take advantage of WTO dispute settlement procedures to challenge the legality of border measures under TRIPS, especially those against goods in transit, and adopt its own new rules of IP border measures.

(责任编辑:廖 凡)