

## 国际货物贸易中我国面临的知识产权法律障碍分析

文/朱秋沅

随着中国国内经济的发展和对外贸易的发展,中国外贸遭遇的最大障碍已不再是关税壁垒,也将不会是“两反两保”措施,而是知识产权法律障碍,其具体表现为国家层面的知识产权摩擦与争端和我国企业在国外面临的有关知识产权的司法、准司法诉讼及艰难的行政程序等。本文试图对于当前国际贸易中知识产权障碍的主要表现形式及我国将如何超越、突破有关法律障碍的问题予以探讨。

### 一、现存对外贸易中知识产权法律障碍的主要表现形式

#### (一) 运用具有实际域外效力的单边制度

美国从上个世纪80年代起,采取了一系列加强知识产权保护和管理的单边举措。如美国的特别301条款就是以域外效力的国内法方式实现其本国的知识产权战略目标。在二十世纪九十年代,中国因美国特别301条款实施,而与之产生了三次重要的中美知识产权谈判,对中国知识产权立法及法律意识的上升都产生的重要影响。再如我国遭遇的“337”知识产权调查。具体内容为,美国国会授权美国贸易委员会处理国内厂商提出的针对国外厂商产品在美国不公平贸易的“337调查”,包括有关知识产权的不公平贸易,只要美国存在与该产业相关的行业或正在建立该行业,有关知识产权的不正当贸易做法即构成非法,而不是以其对美国产业造成损害为要件。与反倾销措施相较,“337条款”更着眼于保护美国厂商的利益,更具杀伤力,因为它不以己造成损害为前提,只要能证明侵权就足以“定罪”,或禁止销售,或罚以巨款。直至禁止进口。当前,中国已成美国337条款最大受害国。

上述举措虽然以国内法的形式存在,但对于国际知识产权争端,以及世界上许多国家的知识产权制度的形成与发展具有实际的域外效力。这些单边制度已经成为国家间当前知识产权摩擦一项重要的法律特征。

#### (二) 经济、法律成本分担显失公平的司法(准司法)或行政程序

在一些国家有关知识产权的国内司法程序,以及知识产权边境保护程序中,而这些程序启动的门槛很低;申请人(或原告)的举证责任轻,而被申请人(被告)的举证责任重,中外双方所承担的担保金与反担保金金额、形式不对等;加之中外双方本身对于产品知识产权的信息不对称,中方缺乏有关外国的知识产权与法律程序的专业知识,都使得涉及中国产品的知识产权法律程序的过程与结果显失公平。这种经济、法律成本分担不公的知识产权程序性障碍,可以针对我国的某产业整体,且十分隐性。

#### (三) 得到国际法承认的国内知识产权壁垒立法

WTO的《TRIPS协议》对于发达国家感兴趣的知识产权客体范围,权利的内容等都予以了国际层面的承认,而发展中国家具有优势的遗传资源、动植物品种、地理标志等并没有得到相当的承认与保护,因此使得发达国家的知识产权国内法,包括可以被知识产权的既得利益者利用的知识产权障碍,在国内法与国际法上都取得了合法的外衣。数据显示知识产权多数都掌握在发达国家的权利人手中,在欧洲市场上,2004年美国申请了3万件,日本申请了1万5千件,而我国大陆企业仅仅申请了203件。海外专利授权(PCT)的申请,2002年美国提交了3万9千多件,日本提交了1万6千多件,而我国企业提交的数量还是非常低的。与此同时,从上世纪九十年代开始,跨国公司开始在中国有计划、有规模地申请专利,在华专利申请量以平均每年30%的速度高速增长。到2003年底国外在中国发明专利申请量已高达280万件,这些专利申请都是高水平的,尤其是在高科技领域。掌握了产品的知识产权,就像掌握了产品的灵魂。本国产品的灵魂掌握在外国竞争者的手里,自然中国产品的对外贸易毫无疑问地受制于国外的权利人。当国外产品的既得利益者的市场份额受到中国产品的威胁或削减,他们必然会充分利用其所在国的知识产权法律障碍,辅以苛刻的司法或行政程序,有效地阻碍我国产品进入其既得市场。这种市场壁垒事前难以预知,事后难以破除。

#### (四) 与知识产权壁垒相结合的各种技术标准制度

在新的国际经济竞争环境下,技术标准作为产业利益获得的重要竞争手段,引起了各国的高度重视,这些与日俱增的标准以保护人类健康、环境保护、消费者权益、食品安全等诸多貌似合理的名义出现,而WTO中的《TBT协议》与《SPS协议》并不能对各国设立形式多样的技术标准产生有效的约束。例如自1995年至2005年6月,WTO成员的TBT通报量总计7050项,SPS通报量总计5830项。其中SPS通报量2004年达到926件,比1995年增长4.7倍,TBT通报量1995年到2002年增长了65%,近四年来的SPS通报量达到平均每年869件,平均每个工作日3件以上。1在各种标准与日俱增的同时,

更多专利技术被引用到产品的技术标准、检疫标准中，标准的使用与专利的许可捆绑在一起，标准化条件下的专利保护已经改变了标准技术的原有属性，国际贸易中的标准化使专利权人的权益扩大化。

与知识产权有关的技术性贸易壁垒、标准制度已经给我国企业和民族经济的发展带来了很大的制约。此类案例不胜枚举。如2002年温州打火机遭遇欧盟CR法案；2000年欧盟禁止销售聚氯乙烯软塑料玩具及儿童用品等案件中，符合上述有关技术标准要求的产品或替代品中所包含的知识产权都掌握在这些国家的利益相关人手中。

#### （五）中外知识产权摩擦多边化、制度化趋势初现端倪

在中外知识产权摩擦中，原来摩擦主要是表现为国家间双边的摩擦。但是，当前发达国家对于中国的知识产权摩擦出现了联合的趋势，也就是双边摩擦转变为多边摩擦。例如，2005年，欧盟25个成员在欧盟反欺骗办公室（OLAF）的协调下联合组织了统一的打击假冒行动。此后这种国家间联合与中国产生摩擦逐渐趋向于制度化，发达国家间以定期会议，多边协议的方式更加趋于固定化，制度化。如美国商务部部长卡洛斯·古铁雷斯2005年11月在布鲁塞尔同欧洲官员举行的会议上表示，美国和欧洲将联手打击中国盗版，通过共享海关和公司针对中国制造商申诉方面的信息进行更紧密的合作。

#### 二、对外贸易中知识产权法律障碍日趋严重的原因分析

我国的对外贸易中知识产权法律障碍日趋严重主要由于，我国的现代科技发展起步较晚，科技研发力量薄弱，科研激励机制不完善，技术成果转化率低，以及在外力影响下的速成型的民族知识产权法律意识等所造成的。上述根本原因相关领域学者的论述中已经多有论述，因此本文仅对我国在破除外贸知识产权法律障碍的具体处理思路与制度上的一些问题进行分析。

##### （一）知识产权领域公权介入思想的缺失及弥补

我国理论界与实务界有关人士认为知识产权一种私权。我国目前也将知识产权列入了民法调整的范围。但是在我国现有的知识产权发展水平下，如果以私权维护中自己责任，自我保护的原则处理当前的知识产权法律障碍问题，希望我国的外贸企业、知识产权的利害关系人完全通过私人力量来维护自己的利益是不现实的。发达国家对于外国对本国知识产权保护问题上早已转变了思路，这些国家的行政权早已介入了有关领域。例如，在日本，以往也认为知识产权是一种私权，对其保护要靠权利人自己。但是随着其知识产权战略的实施，强化知识产权保护已不只是私权的行使问题。当前，日本政府开始以行政指导、行政合同、便捷的知识产权行政审查程序积极介入知识产权保护。

在工业经济向知识经济转型的过程中，知识产权的权利属性正由传统意义上的私权蜕变为一种私权公权化的权利。就我国而言，国家处理涉外知识产权法律障碍的机制便是属于公权介入私权的典型机制之一，具体可表现为各种有利于本国国民的知识产权准司法制度和行政程序。例如美国的337条款的准司法制度，特殊301条款的行政程序，严格的知识产权边境保护程序都是可以借鉴的范例。通过该机制的合理设计可实现公益与私益的平衡，在知识产权发展状况相对滞后的阶段也可以藉此实现本国利益与外国利益的合理分割。

##### （二）我国现存处理涉外知识产权法律障碍的机制中主动性的缺失及弥补

当我国的对外贸易面临知识产权法律障碍时，我国政府层面的应对策略多为完善本国的知识产权制度、鼓励企业积极应诉争取胜诉、建立预警机制，或与外国政府积极磋商以及制定反报复措施等。在企业层面的策略往往是提高知识产权意识，增强企业科技研发能力、争取拥有自主知识产权，积极应诉等。这些方法多为防守型的措施。也就是说这些应对措施或机制的着重点在于如何适应国外的知识产权制度方面。可国外的知识产权制度，包括有域外效力的单边制裁措施，并不都是合理的，合法的。其中一些制度是为了维护自身的知识产权优势，限制发展中国家的发展而设计的。因此，我国如果注重于对外国制度的适应，必然会造成利益外流，被外国牵着鼻子走，落得为他人作嫁衣的结果。因此我们应当扭转思路，在积极适应国际知识产权合理规则之外，应当将反知识产权法律障碍的自主权掌握在自己的手中，适当建立反击型，甚至进攻型的知识产权制度。

首先，建立符合我国经济需要的国内知识产权壁垒制度。我国国内涉及电子、机械、化工、生物等领域的高端技术产品的许多知识产权仍然掌握在外国权利人的手中，这些权利人的产品无论是通过进口，还是商业存在的方式都在我国市场中通行无碍。对于这些权利人利益的削减是容易做到的。针对其重点产品进行研究，分析，发现其成分、配方、技术等方面的缺陷是容易的，然后在针对性的设置技术性壁垒，品种权要求，动植物检疫要求、标志要求等，就可以合理、合法地将其拒之市场之外，给民族企业留下一片生存、发展的空间。同时，国家还可以设置进口与出口不同的知识产权海关保护程序，设计便于我国知识产权人，或利害关系人利用的，对国内、国外当事人诉讼成本不同的知识产权司法、准司法程序，这些也是十分合理、而隐蔽的知识产权壁垒。

第二，建立符合我国经济需要的知识产权反垄断制度。如果我国的企业面对知识圈地运动在国外无处可诉，或无处可寻求保护的话，他们唯一可依托的就是本国知识产权反垄断制度。因此，我国应当建立具有可操作性的、详细的知识产权反垄断法律制度。如果本国国民在国内进行反垄断

诉讼，诉讼成本低，程序熟悉，再与合理的知识产权反垄断制度的实体法相配合，我国利害关系人就可以藉此反击国外权利人的非法垄断，侵占市场与不合理的利润分配。

### 3、对我国具有优势的知识产权建立严格的知识产权国内保护

《TRIPS协议》对发达国家所关注的知识产权给予了较高的保护，但对发展中国家具有优势的知识产权，如地理标志、传统知识、技术秘密、遗传资源等却没有给予应有的保护，我国如果希望在国际竞争中保持本国具有知识产权优势产品的竞争力，不为他人轻易获取、模仿，只有依靠本国完善的国内立法。只有通过对我具有优势的知识产权建立严格的国内保护制度，才能使得我国的知识产权在相对滞后的状态下获得相对优势，保护国内市场，支持相关产品的国外竞争；同时也可获得他国的尊重，使得外国对我国设置知识产权法律障碍时有所顾及。

首先，完善我国的地理标志保护制度。改变目前地理标志保护双轨制下立法冲突、管理冲突的状态，应当以专门立法模式保护地理标志，制定《中华人民共和国地理标志保护法》，对地理标志实施全方位的保护。国外许多具有地理标志优势的发展中国家都有各自的地理标志保护专门立法。如果我国产品以自然品质特点与完善的立法保护相集合，发挥品质优势、环保优势、与易于识别的标志优势，则产品在国际市场中突破他国贸易壁垒，参与竞争的能力将得到很大的提高。

第二，对传统知识通过技术秘密法、商业秘密法严格保护。目前发展中国家拥有宝贵的遗传资源和传统知识被发达国家不断窃取、盗用或以低廉价格利用着。而我国对传统知识的保护方面的多处于立法空白状态，使得我国含有传统知识的产品在国际市场上如同没有保护的婴儿，随时面临被剥夺、盗窃、复制、侵犯，使得多少年传承下来的知识瞬间失去。因此，希望使得我国外贸增长具有持续性，传统知识的保护刻不容缓。

第三，建立严格、完善、可操作的遗传资源保护制度。我国的生物遗传资源曾令人骄傲。我国拥有高等植物30000余种，居世界前列。但我国目前遗传资源在管理、获得、管理方面都存在着空白，而一些发达国家扮演着“生物海盗”的角色。为保持我国在遗传资源上的知识产权优势，应立即产生有关专门立法，规定任何单位和个人未经政府批准，不得向国外提供遗传资源或进口遗传资源，并规定专门的管理机构、进出口程序与渠道。

#### (三) 对国内私人应对外国知识产权司法或准司法程序的支持机制缺失及弥补

如果希望依靠国内私人的力量来跨越外国以国家力量，行政的量设置的知识产权法律障碍是不现实的。但目前我国企业面临外国设置的知识产权法律障碍时，都是凭借的私人的力量去面对，结果是极少数能够成功跨越，大多数是黯然离开。

实际上应对贸易摩擦是一项非常复杂而又十分紧迫的系统工程，需要我们的政府、进出口企业和各种中介组织紧密配合，共同努力。其中政府的引导、服务、协调、补贴起着不可替代的作用。美国、日本等发达国家在制定、实施其知识产权战略时，政府对与知识产权发展有关的产业公权介入，资金支持、服务咨询的特点十分明显。发达国家尚且如此，我国政府、中介组织更是应当加大投入。我国应对外国反倾销贸易诉讼中的“四体联动”机制值得借鉴，在“四体联动”工作机制中，企业，进出口商会、行业协会，商务部，地方商务主管部门联合行动，应对外国的反倾销诉讼。实践证明“四体联动”机制应对国际贸易摩擦是行之有效的，但是上述机制仅适用与反倾销诉讼。

对于国内私人应对外国知识产权司法或准司法程序的支持机制缺失的问题，我国不能等到大量案件扑面而来时，才考虑对策。应当尽早建立由较高机构负责并资助，行业中介、服务咨询机构广泛参与的支持机制；且该机制应制度化，具有长期性与可靠性。

综上所述，我国只有本着对内自我完善，对外积极反击的方针修缮我国的相关法律制度，才能做到私人、社会、国家协力合作的机制，才能有力地支持我国的相关产业突破国外法律障碍，使我国与知识产权有关产品通行于国际市场，取得知识产权利益分配的最大化。

(作者系上海海关学院法律系副教授)

#### 相关链接

[国际货物贸易中我国面临的知识产权法律障碍分析](#)  
[农村工业化、城市化过程中的误区及其超越](#)  
[社会主义新农村建设的人才问题及对策](#)  
[国有企业经营者激励与约束机制探析](#)  
[从就业视角对比较优势战略的质疑](#)  
[教育与收入分配公平的关联研究](#)  
[也谈行政审批的制度建设](#)  
[食品行业诚信缺失的原因及对策分析](#)  
[缩小我国城乡居民收入差距的对策与思考](#)

