

国际知识产权新规则的“超 TRIPS”趋势 及对我国的挑战

黄 宁, 张 凡, 秦 铮

(中国科学技术发展战略研究院, 北京 100038)

摘 要:近年来发达经济体通过区域与双边协定谈判的方式推动制定国际知识产权新规则。新规则在知识产权实体权利、边境措施、民事救济与刑事处罚以及数字环境执法 4 个方面显示出明显的“超 TRIPS”特征。随着新规则的逐渐扩散,我国将面临一个高知识产权壁垒的外部市场,并带来调整国内知识产权保护制度的压力。对此,我国应结合创新型国家建设进程,主动参与和影响新规则的制定,并从技术层面考虑对某些新规则的接纳。

关键词:知识产权规则;超 TRIPS;世界贸易组织

中图分类号: G322.0 **文献标识码:** A **DOI:** 10.3772/j.issn.1009-8623.2020.06.001

自 1995 年世界贸易组织(WTO)成立以来,《与贸易有关的知识产权协定》(以下简称《TRIPS 协定》)及其所纳入的多项条约^①就确立了国际知识产权保护的标准。近年来,发达经济体为了保护自身技术优势,开始通过区域与双边协定谈判的方式,推动制定更高标准的国际知识产权新规则。我国虽然并未参与知识产权新规则的谈判,但其中部分条款已经出现在中美经贸谈判与中欧投资协定谈判的美方和欧方要价中。本文梳理了新规则超出《TRIPS 协定》的重点内容,分析了其给我国带来的挑战,并提出了相关建议。

1 国际知识产权新规则的“超 TRIPS”内容

由美国、欧盟、日本等主要发达经济体推动形

成的《反假冒贸易协定》(ACTA)^②与《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)^③是承载国际知识产权新规则的两个最重要的协定。虽然 ACTA 最终由于没有在美国、欧盟等主要成员国得到批准而搁浅,TPP 也因为美国的退出而转变为《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP),但这两个协定仍然代表了发达经济体对国际知识产权新规则的集中诉求。一方面,这两个协定都完成了签署环节,表明其中的条款在技术层面得到了所有缔约方的认可;另一方面,这两个协定中的新规则逐渐被复制到最新的贸易协定中,例如,欧盟与加拿大签署并在 2017 年生效的《全面经济贸易协定》(CETA),其中的知识产权章节就纳入了很多 ACTA 条款,甚至被认为是“死而复生的 ACTA”^[1]。2018 年美国、

第一作者简介:黄宁(1987—),男,副研究员,主要研究方向为科技创新战略、国际科技合作、国际规则与创新政策。

项目来源:科技部战略研究专项“自贸谈判与世贸改革中科技重大问题研究”(ZLY201915)、“中美科技创新能力研究”(ZLY201921)、“在新形势下加强与科技创新大国和关键小国合作战略研究”(ZLY201830)。

收稿日期:2020-05-21

① 包括《巴黎公约》(1967)、《伯尔尼公约》(1971)、《罗马公约》(1961)和《关于集成电路的知识产权条约》(1983)。

② ACTA 从 2008 年开始谈判,2010 年谈判完成,最终文本的谈判包括 11 个缔约方:美国、欧盟、澳大利亚、加拿大、日本、韩国、摩洛哥、新西兰、新加坡、瑞士、墨西哥。

③ TPP 从 2009 年开始实质性谈判,2015 年谈判完成,最终缔约方有 12 个,包括:美国、加拿大、墨西哥、智利、秘鲁、澳大利亚、文莱、马来西亚、新西兰、新加坡、越南、日本。

墨西哥、加拿大三国谈判达成的《美国-墨西哥-加拿大协议》(USMCA)中,也纳入了诸如延长版权及生物制剂数据保护期限等源自 TPP 的知识产权条款。

ACTA 与 TPP 中高标准的知识产权规则主要体现为大量的“超 TRIPS”内容。“超 TRIPS”有三种情况,一是设定比《TRIPS 协定》更高的标准,二是将《TRIPS 协定》中的任择性义务转变成强制性义务^①,三是引入《TRIPS 协定》不包含的规则^[2]。从具体条款来看,ACTA 与 TPP 中的“超 TRIPS”内容主要集中在实体权利、边境措施、民事救济与刑事处罚以及数字环境执法 4 个方面。

1.1 更高的知识产权实体权利

新规则在专利、商标、商业秘密、工业设计、版权和相关权方面赋予了权利人更高的专有权利,包括延长保护期限、放宽知识产权授予条件等。

第一,增加了可授予专利的客体,并要求在流程延迟时调整专利保护期。在《TRIPS 协定》的基础上,TPP 第 18.37 条将“已知产品的新用途、使用已知产品的新方法,或使用已知产品的新工艺”以及“源自植物的发明”纳入可授予专利的范围。针对专利的授予或注册流程可能造成的实际保护期限的缩短,《TRIPS 协定》并没有给出确切的界定方法和补救措施,但 TPP 第 18.46 条明确要求,在专利局“不合理延迟”的情况下,要为专利持有人提供调整专利保护期的途径,同时对“不合理延迟”做出了界定。

第二,延长了商标保护期限,放宽了商标注册的条件,并强化了对驰名商标的保护。TPP 第 18.18 条将商标的首次注册及每次续展的期限从“不少于 7 年”延长至“不少于 10 年”。该条款还突破了《TRIPS 协定》允许各成员将“视觉上可感知”作为商标注册条件的规定,要求“不得将标记应为视觉上可感知的作为注册的条件”,并要求允许注册声音商标与气味商标。《TRIPS 协定》对驰名商标实施保护的前提是该商标“已注册”,但 TPP 第 18.22 条规定,“无论该驰名商标注册与否”,都要对驰名商标提供保护。

第三,对未披露试验数据规定了具体的保护期

限。《TRIPS 协定》仅是宽泛地规定了对某些未披露试验数据的保护义务,并没有规定具体的保护期限。TPP 第 18.47 条、第 18.50 和第 18.51 条则分别对农化产品、新型药品和生物制剂的未披露试验数据规定了至少 10 年、5 年和 8 年的保护期。

第四,扩大了工业设计的保护范围。在《TRIPS 协定》的基础上,TPP 第 18.55 条将工业设计的保护范围延伸到非完整物件的设计与关联性的设计上。

第五,延长了版权与相关权的保护期限。《TRIPS 协定》对版权与相关权的保护期限是“不少于 50 年”,TPP 则将其延长至“不少于 70 年”。

1.2 边境措施执法要求的大幅扩展

新规则在边境措施上的“超 TRIPS”特征最为明显。ACTA 与 TPP 在几项关键的条款中都纳入了“超 TRIPS”的规定。

第一,增加了边境措施的适用对象。《TRIPS 协定》仅要求对假冒商标或盗版货物采取边境措施。TPP 第 18.76 条则在适用对象中增加了构成“混淆性相似商标”的商品。ACTA 第 13 条则将适用对象规定为“除专利和未披露信息”之外的知识产权类型,相当于比《TRIPS 协定》增加了地理标志、工业设计和集成电路布图设计。

第二,扩大了边境措施适用的贸易环节。《TRIPS 协定》仅要求在进口环节采取边境措施,将出口环节的边境措施作为任择性义务,并且没有提及转运环节。ACTA 第 16 条则将出口环节的边境措施转变为强制性义务,并将转运环节的边境措施作为任择性义务。TPP 第 18.76 条则将进口、出口和转运三个环节的边境措施均作为强制性义务。

第三,赋予海关依职权启动边境措施的权力,并降低了启动门槛。首先,《TRIPS 协定》并没有强制缔约方赋予海关依职权启动边境措施的权力,ACTA 第 16.1 条却强制要求缔约方赋予海关此权力。其次,在《TRIPS 协定》中,海关依职权启动边境措施的前提是取得侵权的“初步证据”。而在 ACTA 中,海关仅需认为货物“涉嫌”侵权即可采取行动。最后,在《TRIPS 协定》中,海关需要为不适当的救济措施承担责任,除非证明相关行动是

① 任择性义务是指缔约方可以选择承担的义务,强制性义务是指缔约方必须承担的义务。

出于善意采取的，但 ACTA 却并没有提及该责任。

1.3 更严格的民事救济与刑事处罚

第一，提高了民事程序的救济力度。首先，扩大了禁令和临时措施的适用范围。在《TRIPS 协定》中，禁令不适用于善意第三方，ACTA 却将禁令和临时措施的适用范围扩大到了善意第三方。这将使得权利人可以借助司法资源限制或排除更多的相关方，并更容易阻止有争议的产品进入市场^[3]。其次，强制要求建立赔偿制度。《TRIPS 协定》仅将建立法定赔偿制度或附加赔偿制度作为任择性义务，ACTA 第 9.3 条与 TPP 第 18.74 条却在涉及版权与相关权侵权和假冒商标的案件中将其规定为强制性义务。最后，提高了其他救济措施的严厉程度。在《TRIPS 协定》中，可供缔约方司法机关选择的其他救济措施有“清除出商业渠道”和“销毁货物”两个选项。ACTA 第 10.1 条和 TPP 第 18.74 条却删除了“清除出商业渠道”选项，仅保留“销毁货物”选项，明显提高了严厉程度。

第二，加强了刑事程序的处罚力度。一是降低了刑事处罚的门槛。《TRIPS 协定》虽然要求各成员针对具有“商业规模”的侵权案件规定刑事程序和处罚，却没有对“商业规模”作出界定。在美国诉我国知识产权案（DS362）中，专家组将“商业规模”解释为“典型或通常的商业活动的量的大小或程度”。而 ACTA 第 23.1 条将“具有商业规模的行为”界定为“出于直接或间接经济或商业利益而实施的商业行为”，TPP 第 18.77 条将“具有商业规模的行为”界定为“为商业利益或财务收益而实施的活动”以及“并非为商业利益或财务收益目的而实施，但对权利持有人在市场上的利益造成了实质性损害的重大行为”。与 DS362 案专家组的解释相比，TPP 和 ACTA 没有提及“量的大小或程度”，只要是出于经济或商业利益，无论规模大小，都会被认定为具有“商业规模”。这实质上极大扩展了“商业规模”的定义，从而降低了刑事处罚的门槛^[4]。二是扩大了刑事处罚的适用范围。《TRIPS 协定》仅要求针对蓄意假冒商标或盗版案件规定刑事程序和处罚。而 ACTA 第 23 条和 TPP 第 18.77 条还要求将“故意进口或出口冒牌商品或盗版商品的行为”“故意进口和在国内使用侵权标签或包装的行为”以及“未经授权而在电影院对放映的电影作

品进行拷贝从而严重损害权利持有人的市场占有率的行为”视为应受刑事处罚的行为。TPP 第 18.78 条还纳入了针对侵犯商业秘密的刑事处罚条款，并特别提及了“国有企业”侵犯商业秘密的行为。

1.4 新增数字环境下的知识产权执法要求

在 1995 年《TRIPS 协定》达成之时，互联网的普及和应用还远远没有达到当前的程度，知识产权的保护也局限在实体领域。因此，《TRIPS 协定》中并没有关于在数字环境中保护知识产权的内容。为了应对数字环境中的知识产权侵权行为，ACTA 与 TPP 专门增加了相关的章节条款，实际上都属于“超 TRIPS”的内容。其中，最重要的是对互联网服务提供者施加的义务。

一是要求互联网服务提供者提供侵权者信息。根据 ACTA 第 27.4 条，缔约方可以规定，针对商标或版权与相关权侵权，应权利持有人要求，主管机关有权命令网络服务提供者“向权利持有人迅速披露足以确认将账户用于被控侵权的用户信息”。TPP 第 18.82 条则强制要求，缔约方应使得受到版权侵权的持有人“能迅速从互联网服务提供者处获得提供者所拥有的可识别被控侵权者的信息”。从适用范围看，TPP 第 18.82 条仅适用于版权与相关权侵权，而 ACTA 第 27.4 条还适用于商标侵权。从约束力看，ACTA 第 27.4 条规定的是任择性义务，缔约方可以选择执行或不执行，TPP 第 18.82 条却是强制性义务，缔约方必须制定相应的法律法规。这将推动越来越多的国家对作为潜在诉讼第三方的网络服务提供者施加提交证据的义务。

二是要求互联网服务提供者移除侵权材料。为保护互联网服务提供者，TPP 第 18.82 条还规定了避风港条款，在符合条件的情况下免除其连带责任。但互联网服务提供者享受避风港是有前提条件的。条件之一是“在实际知道存在版权侵权或者相关事实或情节使其意识到侵权明显时，……迅速移除存储在其网络或系统内的材料或拒绝对该材料的访问”。这相当于对互联网服务提供者施加了移除侵权材料的义务。

2 国际知识产权新规则扩散对我国的挑战

理论上说，“超 TRIPS”标准不会自动向非成员国扩散。其他国家只要不参与谈判，就不需要

接受新规则。对于接受新规则的国家,其他国家也只需要向其提供达到《TRIPS 协定》标准的知识产权保护即可,并没有义务提供对等的保护水平。然而,“超 TRIPS”标准的扩散却很可能以间接的方式实现。首先,接受新规则的国家在未来的协定谈判中会向其伙伴国提出对等的知识产权保护要求,逐渐将保护水平提高到《TRIPS 协定》之上。其次,随着包含新规则的协定增多,更多的国家可能会参与到整合新规则的多边谈判中,从而促进“超 TRIPS”条款的多边化^[5]。长远来看,这将从知识产权壁垒和规则调整压力两方面对我国构成挑战。

2.1 出口产品面临更高的知识产权壁垒

随着国际知识产权新规则的扩散,我国将面临一个范围更大的高知识产权壁垒的外部市场。参与 ACTA 或 TPP 谈判的国家很可能也是最早接受国际知识产权新规则的国家。如果据此测算高知识产权壁垒的外部市场规模,ACTA 主要谈判国占到我国出口份额的近 60%,TPP 主要谈判国则占到我国出口份额的 40% 以上^[6]。

一方面,我国出口的产品将面临更严格的知识产权检查。我国目前仍然被视为假冒盗版商品的主要来源地之一。近年我国始终居于美国海关扣押侵权商品的首位。据美国海关和边境保护署(CBP)统计,2017 财年美国海关扣押侵权商品数量为 34 143 件,其中来自中国大陆的占 48% (16 538 件),按商品价值计算则占到 46%。因此,在接受新规则的国家进口的产品中,来自我国的产品将成为重点检查目标。同时,由于新规则中边境措施的扩张,来自我国的转口产品也会在更多的贸易环节受到知识产权约束。换言之,转口产品不仅要防范在出口国和进口国的侵权风险,还要防范在过境国的侵权风险。

另一方面,在我国出口中占较大比例的加工贸易可能受到干扰。自改革开放以来,加工贸易一直是我国最重要的对外贸易方式,其中又有较大比例涉及贴牌加工^[7]。2001 年时我国出口中加工贸易占比超过 1/2,2018 年这一比例仍然约达 1/3。由于新规则不再对善意第三方的侵权责任进行区分,如果委托方涉嫌侵权,我国加工企业也要承担同样的侵权责任。同样由于边境措施的扩张,贴牌加工产业面临更高的侵权风险。由于很少有企业会在所

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有可能未在过境国注册,因此,即便贴牌加工产品在委托方所在地、加工方所在地和消费方所在地拥有合法注册商标,也可能在中转时面临商标侵权风险。

2.2 新规则扩散带来的被动调整压力

我国虽然没有直接参与到知识产权新规则的谈判中,但新规则的扩散已经开始对我国产生影响。在中美经贸谈判中,美方对我方提出的生物制剂数据保护期限要求就来自 TPP、USMCA 等的新规则条款。在中欧投资协定谈判中,欧盟产业界也在敦促欧方以超出《TRIPS 协定》的知识产权新规则向我方施压。

总体上看,我国目前的知识产权保护水平仍然保持在《TRIPS 协定》的标准上。在我国对外签署的贸易协定中,有关知识产权的保护标准和要求也基本没有超过《TRIPS 协定》所规定的水平^[8]。特别是在一些关键的“超 TRIPS”义务上,我国与 ACTA 或 TPP 的要求相比还存在较大差距。

一方面是在“超 TRIPS”的知识产权保护期限上的差距。例如,新规则将版权与相关权的保护期限规定为 70 年,但我国《著作权法》第 21 条所规定的保护期限仍然为 50 年。又如,对于农化产品的未披露试验数据,我国《农药管理条例》给予了 6 年保护期,但 TPP 所要求的保护期限是 10 年。再如,TPP 要求对生物制剂的未披露试验数据提供 8 年保护期,但我国目前对此并无明确规定,而根据 2018 年国家药品监督管理局发布的《〈药品试验数据保护实施办法(暂行)〉征求意见稿》,对于境外药企来说,其在大部分情况下在我国所能获得的生物制剂数据保护期是 1~5 年。

另一方面是在“超 TRIPS”的知识产权执法要求上的差距。我国知识产权执法资源与经验原本就相对缺乏。目前部分省级知识产权局和大部分地市级知识产权局都没有专门的执法处室(科室),大部分地方财政也没有设立专利执法专项经费,各地方知识产权局还面临执法队伍不稳定、执法设备缺乏等问题。与此同时,我国知识产权执法办案数量却在迅速增长。2014—2017 年,全国专利行政执法办案总量从 24 550 件增长到 66 649 件,年均增长约 40%。如果接受新规则中“超 TRIPS”的执法要求,

不仅会进一步加重执法负担,还会损害政府配置知识产权执法资源的灵活性。例如,《中华人民共和国知识产权海关保护条例》仅要求在进出口环境适用边境措施,但 TPP 要求在转运环节适用边境措施。如果按可得数据估算 2018 年我国间接过境贸易额^①(3.4 万亿元)与总体贸易额(30.5 万亿元)的比例,这将使海关人员的执法负担加重 1/8,假定我国直接过境贸易额^②与间接过境贸易额相当,海关人员的执法负担将加重 1/4。又如,TPP 将“混淆性相似商标”纳入边境措施条款中,增加了所打击的商标侵权的类型,但由于对“混淆性相似商标”的判别需要专业的法律鉴别能力,该条款的要求已远超海关人员的专业水平^[9]。

3 思考与建议

以“超 TRIPS”为特征的国际知识产权新规则是近年来国际经济技术关系重构的重要内容。一方面,新规则主要由发达国家推动,并主要反映了发达国家目前的技术利益。例如,新规则对于药品和生物制剂数据保护的重视直接反映了发达国家在制药领域的技术垄断利益。根据 2019 年经济合作与发展组织(OECD)发布的数据,在全球前 2 000 名研发投资企业中,制药领域的企业有 226 家,其中美国(99 家)就占到 44%,欧盟(60 家)占 27%,中国(19 家)只占 8%。但另一方面,在总体方向上,全球知识产权保护水平的提升与我国建设创新型国家的愿景并不冲突。2018 年我国研发经费支出已经超过欧盟 15 国的平均水平,研发人员总量、发明专利申请量和授权量均居全球第一。根据世界知识产权组织(WIPO)发布的《全球创新指数报告》,2019 年我国的创新指数已经跃升到全球第 14 位。习近平主席在 2018 年的博鳌亚洲论坛上也强调,“加强知识产权保护,是提高中国经济竞争力最大的激励。对此,外资企业有要求,中国企业更有要求。”

因此,我国不应孤立于新规则制定的进程之外,而应主动参与并影响新规则制定,并重点从技术层面考虑对新规则的接纳。首先,新规则应当符

合我国当前的创新水平与治理能力。既要防止跨国公司利用知识产权加强技术垄断,也要避免过高的知识产权保护标准阻碍合理的技术扩散,同时还要保持我国配置知识产权执法资源的灵活性。其次,新规则不应损害我国在健康、环境等领域的公共政策目标。过长的保护期限可能导致权利持有人滥用知识产权,并且损害民生领域的公共利益。例如,TPP 设定的关于药品与生物制剂的数据保护期,将强化美国大型制药企业的垄断能力,延缓仿制药的研制和生产时间,推高国内药品价格。具体建议如下:

第一,自主把控我国知识产权保护水平的提升进程。短期内应以提高知识产权执法效率为重点,如扩充知识产权执法资源、完善惩罚性赔偿制度、提高侵权的民事赔偿额度等。中期内稳步推进商标法、专利法、著作权法等法的修订工作,完善商业秘密保护及针对数字环境的知识产权保护制度。长期内根据我国企业创新能力的提升逐步接受更高的知识产权实体性权利。

第二,与发展中国家就维持合理的保护水平协调立场。在 G20、金砖国家峰会、“一带一路”高峰论坛等平台中,与其他发展中国家协调立场,重申《TRIPS 协定》关于增进技术知识创造者与使用者的相互利益、保持权利与义务的平衡、提升社会和经济福利、促进技术革新与转让的宗旨,共同反对过度强化权利持有人技术垄断地位的主张,抵制诸如转运环节边境措施等扰乱全球贸易的条款。

第三,在谈判中对敏感的“超 TRIPS”要求坚持客观出价。从发达国家以往的谈判经验看,在敏感的“超 TRIPS”内容方面,实际有较大的谈判空间。如果我国在与发达国家的谈判中涉及这类要求,应坚持客观出价。例如,对于生物制剂数据保护,美国在 TPP 谈判中曾要求给予 12 年保护期,但 TPP 的最终谈判结果是 8 年保护期,而越南通过换文的方式仅给出了 5 年的承诺。

第四,探索通过渐进与捆绑的方式接受部分新规则。对于短期内难以接受的“超 TRIPS”规则,可以设定 5~10 年的过渡期。一方面给予国内企业

① 按“海关特殊监管区域物流货物”与“保税监管场所进出境货物”加总计算。

② 我国海关统计中并不包括经过我国领土的直接过境货物。

确定的预期, 倒逼企业创新, 另一方面也符合我国在 2035 年跻身创新型国家前列的战略节奏。同时, 可以将知识产权新规则与技术出口管制和技术投资限制捆绑谈判, 以接受部分新规则换取发达国家放松管制与限制。■

参考文献:

- [1] Mathis J. Multilateral aspects of advanced regulatory cooperation: considerations for a Canada-EU Comprehensive Trade Agreement (CETA)[J]. Legal Issues of Economic Integration, 2012, 39(1): 73-91.
- [2] 余敏友, 廖丽. 简评 TRIPS-Plus 知识产权执法及其合法性 [J]. 法学杂志, 2011 (12): 37-41.
- [3] 杨鸿. 《反假冒贸易协定》的知识产权执法规则研究 [J].

法商研究, 2011 (6): 108-116.

- [4] 张乃根. 试析 TPP 知识产权条款的 TRIPS 追加义务 [J]. 海关与经贸研究, 2016, 37 (4): 15-28.
- [5] 张伟君. TPP 等区域贸易协定中 TRIPS-plus 条款对 WTO 成员的影响 [J]. 东方法学, 2016 (1): 84-95.
- [6] 王孝松, 何欣悦. TPP 达成对中国贸易发展的影响探究 [J]. 经济理论与经济管理, 2016 (3): 86-100.
- [7] 李辉. 企业防范定牌加工的商标侵权问题研究 [J]. 经济与管理, 2007, 21 (1): 76-78.
- [8] 庄媛媛, 卢冠锋. TPP 与 TRIPS 知识产权规则比较研究 [J]. 亚太经济, 2016 (3): 82-85.
- [9] 廖丽. 美国知识产权执法战略及中国应对 [J]. 法学评论, 2015 (5): 130-139.

"TRIPS-plus" Trend of New International Intellectual Property Rules and Challenges to China

HUANG Ning, ZHANG Fan, QIN Zheng

(Chinese Academy of Science and Technology for Development, Beijing 100038)

Abstract: In recent years, advanced economies have been promoting the development of new international intellectual property rules through negotiations of regional and bilateral agreements. The new rules show obvious “TRIPS-plus” features in four aspects: substantive rights, border measures, civil remedies and criminal procedures, and digital environment enforcement. With the gradual spread of the new rules, China will face an external market with high intellectual property rights barriers and pressure to adjust domestic intellectual property protection system. In this regard, China should actively participate in and influence the formulation of new rules in conjunction with the process of building an innovative country, and consider the acceptance of certain new rules from a technical perspective.

Key words: intellectual property rules; TRIPS-plus; WTO