

WTO视角下中国（上海）自由贸易试验区 知识产权保护问题探析

孙益武

（同济大学，上海 200092）

摘要：中国（上海）自由贸易试验区（简称“上海自贸区”）不是世界贸易组织体制下的国际自由贸易区，而是根据《中国加入世界贸易组织议定书》所建立的国内特殊经济区。知识产权保护是世界贸易组织密切关注的重要议题，上海自贸区知识产权保护也是不可回避的焦点问题。“一线监管放开”的上海自贸区不是知识产权侵权的避风港，上海自贸区应当加强知识产权保护政策体系建设，严格知识产权海关执法；利用“先行先试”的优惠政策，在知识产权管理和执法体制方面为促进和完善国家知识产权政策体系提供示范效应，并为知识产权规则的国际协调提供实证支持。

关键词：WTO；自由贸易区；知识产权；国际贸易

中图分类号：D923.4/DF523 **文献标识码：**A **文章编号：**1008—7184(2014)01—0066—12

尽管上海自贸区承载着诸多制度改革的期待，但其法律本质属性是一种广泛存在并承载促进国际贸易功能的特殊经济区。就知识产权的保护和执法而言，它不应是侵权货物的避风港。目前中国海关特殊监管区在知识产权保护和执法方面，存在着监管盲点和执法不力等现实问题。当务之急，借上海自贸区制度建设的契机，根据WTO规则和中国自由贸易区战略建设的实际需要，理顺上海自贸区的知识产权监管体制，明确执法规则，确保其不会成为侵权货物的自由港。

一、上海自贸区在WTO中的定位

（一）WTO与自由贸易区

自由贸易区有国际和国内两种界定概念。国际间的自由贸易区（Free Trade Area）是指：由签订自由贸易协定的国家或地区组成的贸易区，这是区域经济一体化组织的一种形式，旨在通过免除区域内成员国关税及非关税限制，消除成员国间经贸差别待遇，扩大该区域成员国相互贸易和投资，但是每个成员国对其他非成员国保留了原有的独立关税和非关税壁垒。北美自由贸易区、中国东盟自由贸易区就是此类。

国内的自由贸易区是一国在其本土内划定的以贸易为主要内容的特殊经济区域。

文献中的自由贸易区多指国际间的自由贸易区,例如中国商务部国际经贸关系司主办的“中国自由贸易区服务网”^①所列举的自由贸易区。国家间的自由贸易区是当前区域经济合作的一种主要形式,它与世界贸易组织(WTO)为代表的多边贸易体制相辅相承、互为补充。自由贸易区所依赖的国际间的“自由贸易协定”在WTO体制内也被称为区域贸易协定(regional trade agreements, RTAs)。虽然传统的自由贸易协定由于地缘政治和贸易便利需要等原因,往往是在地理上相邻的国家或地区之间达成的协定;但现在地理范围上接壤或相邻已经不是区域贸易协定的前提条件。例如,中国已签署自由贸易协定12个,涉及20个国家和地区,分别是中国与东盟、新加坡、巴基斯坦、新西兰、智利、秘鲁、哥斯达黎加、冰岛和瑞士的自由贸易协定,内地与香港、澳门的更紧密经贸关系安排(CEPA),以及大陆与台湾的海峡两岸经济合作框架协议(ECFA)。由此可见,自由贸易协定的合作主体并不一定是地理上相邻或相近的贸易伙伴。

根据WTO网站统计,截至2013年7月31日,WTO已经收到575个地区贸易协定的通知,其中379个协定已经生效实施。^②这些地区贸易协定的共同点是由两个或两个以上主体之间达成的互惠贸易协定。根据《关税与贸易总协定》(GATT)第24条,自由贸易区应理解为由两个或两个以上的关税领土所组成的一个对这些组成领土的产品贸易,已实质上取消关税或其它贸易限制的集团。因此,自由贸易区是对WTO最惠国待遇原则的例外。自由贸易区建设需要遵守必要的规范和约束,例如,GATT第24条第5款规定:对自由贸易区或过渡到自由贸易区的临时协定来说,在建立自由贸易区或采用临时协定以后,每个组成领土维持的对未参加贸易区或临时协定的缔约各国贸易所适用的关税和其它贸易规章,不得高于或严于同一组成领土在未成立自由贸易区或临时协定时所实施的相当关税和其它贸易规章。此外,自由贸易区的建立还应当履行通知义务,即“任何缔约国决定加入关税联盟或自由贸易区,或签订成立关税联盟或自由贸易区的临时协定,应当及时通知缔约国全体,并应向其提供有关拟议的联盟或贸易区的资料,以便缔约国全体得以斟酌向缔约各国提出报告和建议”。^②

通过自愿签订协定发展各国之间经济的一体化,有利于促进扩大贸易的自由化。所以,国家间成立关税联盟或自由贸易区的目的是为组成联盟或自由贸易区的各领土之间贸易提供便利,但对其它缔约国与这些领土之间进行的贸易,不得提高壁垒。因此,建立自由贸易区必须遵守WTO的一般原则和规则,但在市场准入方面,双方或数方相互给予的待遇可以比在最惠国待遇基础上给予其他WTO成员的条件更加优惠;换

^① 中国自由贸易区服务网网址为<http://fta.mofcom.gov.cn/index.shtml>,其主旨和功能是向公众提供中国自由贸易区建设情况,供国内外企业和消费者了解和查询中国自由贸易区发展带来的各种贸易、投资优惠和便利,推动社会各界对自由贸易区谈判的认识和参与,促进有关自由贸易协定的宣传和实施。

^② GATT第24条第7款。

言之, 自由贸易区与WTO倡导的贸易自由化宗旨和目标相一致, 但自由贸易区在市场开放程度上比WTO体制下的国际义务更进一步。

WTO体制下的双边或数边自由贸易区的特点之一是主体数量相对较少, 一般只涉及两个或数个主体。相关主体不一定是主权国家, 可为WTO单独关税领土(区)成员。由于主体数量有限, 国际协调成本较低, 往往容易达成协调成果, 从而相对容易形成国家间的自由贸易协定。相比之下, 多边体制的国际协调举步维艰, WTO体制内许多重要改革议题止步不前。双边或数边自由贸易区的特点之二是内容全面, 合作领域广泛, 涉及贸易、投资、知识产权保护 and 争端解决机制等诸多领域。以中国东盟自由贸易协定为例, 《中国-东盟全面经济合作框架协议》内容包括《货物贸易协议》、《服务贸易协议》、《投资协议》和《争端解决机制协议》等诸多领域。^[2]

然而, 国家间自由贸易区的兴盛也给多边体制带来不少冲击和影响。以知识产权执法规则为例, 自由贸易协定是增强“TRIPS协定递增”(TRIPS-plus)条款法律义务的新载体。^①“TRIPS协定递增”是指TRIPS协定第一条规定的各成员国可以规定高于TRIPS协定标准的规定。由于TRIPS协定所设定的规则是“地板”而非“天花板”, 所以, 国际协调才出现许多“TRIPS递增”(TRIPS-plus)、“TRIPS额外”(TRIPS-extra)、“TRIPS限制”(TRIPS-restrictive)等内容的条约或条款,^[3]甚至出现“TRIPS倍增”(TRIPS-plus-plus)^[4]等不同称谓。它们的共同点是以TRIPS协定规则为最低标准, 在此基础上强化知识产权保护与执法。实践中, ACTA协定(数边)、欧盟的知识产权海关执法条例(地区)、众多的美式自由贸易协定(双边)中都存在着大量的“TRIPS协定递增”义务的条款。^[5]

国际自由贸易区中的TRIPS协定递增义务主要分为两大类, 一类是强化知识产权的执法, 另一类是增加网络环境下知识产权的保护。这两类义务明显体现在美国主导参加的自由贸易协定中; 美国正在打造一个以美国为中心的自由贸易协定网络, 借助这个网络来实现美国在多边贸易体制中不能实现的利益, 突出保护美国知识产权的利益。^[6]以2012年生效的《美韩自由贸易协定》为例, 与TRIPS协定相比, 在保护标准的国际义务方面, 《美韩自由贸易协定》中关于知识产权效力、范围和使用的标准方面并未有很大突破; 而在知识产权执法程序部分有较大发展, 例如高于TRIPS协定边境措施的海关执法程序。国际自由贸易区强化网络环境中知识产权执法, 是由于多边体制的TRIPS协定执法程序产生于互联网盛行前的时代, 网络环境中的知识产权执法问题当时并未成为关注对象。另一方面, TRIPS协定生效实施以来, 假冒商品贸易对正常的国际贸易的影响日益加剧, 加强立法尤其是更全面地加强知识产权执法成为打击假冒商

① “TRIPS递增”源于英语“TRIPS-plus”的翻译, “TRIPS递增”指的是高于TRIPS协定的知识产权保护和执法标准的条款或协定; 因此, TRIPS递增协定(条款)涵盖双边、区域或多边框架下的各种自由贸易协定和知识产权协定。因为这些协定包含高于TRIPS协定的知识产权保护标准, 所以被称为“TRIPS-plus”协定。

品贸易的关键。^[7]所以，当多边场合难以推动知识产权保护国际协调时，在自由贸易协定和国际自由贸易区中加强知识产权执法成为诸多WTO成员的“明智之举”。

（二）国内自由贸易区与国际海关制度

国内自由贸易区的概念可追溯到世界海关组织《关于协调和简化海关手续的国际公约》（简称《京都公约》）中的“自由区”（free zone）和“海关仓库”（customs warehouse）。“自由区”是指在缔约方境内的一部分，进入这一部分的任何货物，就进口税费而言，通常视为在关境之外。对于自由区的设立、允许进入自由区的货物种类以及自由区货物应遵守的作业性质的要求，则由国家立法规定。^[8]《京都公约》中“海关仓库”制度的主要目的是为了最大限度地方便贸易，在货物以供境内使用清关出库前，储存在海关仓库就无缴纳进口税费的义务；如果货物重新出口，则就免除进口税费。海关仓库也可作为存放货物的货主提供更多的时间，以便其在国内或国外市场洽谈和销售，或以另一种海关制度的规定处理，将货物用于加工和制造。^[9]

自由区相关的国家（地区）实践有美国的“对外贸易区”（foreign trade zone）和欧盟的“自由区”（free zone）。美国的对外贸易区制度建立较早，根据1934年《对外贸易区法案》而建立，它是指在美国进口口岸内或毗邻地区设立的一片限制进入的地理区域；在该区域内，外国货物不需要办理通常海关进口手续和缴纳关税，并可以进行储存、展示、分级、清洗、混合、销毁、批发、加工、制造或其他处理，但任何导致货物税则归类发生改变的加工、制造活动必须事先得到批准。^[10]欧盟《现代化海关法典》在“保存制度”中沿用了《欧共体海关法典》中的海关仓库和自由区制度；它们是为了便利欧盟国家与非欧盟国家之间的贸易往来，海关仓库和自由区是共同体关境的一部分或是位于关境内但与关境内其它地区相隔离的地域。在自由区及自由仓库中，非共同体货物在清关或履行其它海关业务制度前被视为尚未进入共同体关境；自由区或自由仓库内允许进行任何工业、商业或服务业活动，但进行此类活动应事先通知海关。^①

由此可知，国际海关法视角下的国内自由贸易区类似中国海关制度中的海关特殊监管区。由于存在国内自由贸易区和海关特殊监管区，货物进出境的目的不再是简单地进口或出口，可能是简单加工或实质加工，也有可能是利用过境国高效的中转和物流服务，但也可能是利用海关特殊监管区的知识产权执法规则的空白或漏洞而规避执法，从而使侵权货物潜入过境国市场或转运至第三国。所以，海关特殊监管区和自由贸易试验区的知识产权执法相辅相成，任何一方面的欠缺或不力，都会对另一方的执法效果造成负面影响；只有二者在执法规则上协调互补，才能确保国际贸易供应链的

^① 参见欧盟《欧共体海关法典》第三章第一节第166条至第181条，欧盟《现代化海关法典》第三章第三节“海关仓库”，第四节“自由区”。

安全,使侵犯知识产权的货物无所遁形。所以,应当对现行的海关特殊监管区知识产权执法问题进行讨论和归纳,以期为中国(上海)自由贸易试验区知识产权保护问题提供经验支持。

(三) 上海自贸区的WTO渊源

与国际自由贸易区的渊源和特点不同,上海自贸区是中国单方自主决定的特殊经济区,不同于WTO体制之下双边或数边自由贸易区,但也不仅仅是《京都公约》中的“自由区”。

上海自贸区建设是中国自主开放市场,加强自由贸易和促进贸易便利化的措施,不同于2001年前中国为与世界贸易组织规则相符合修改法律的被动举措。然而,上海自贸区与WTO规则及国际自由贸易协定的发展并非完全孤立的。上海自贸区并不是基于自由贸易协定而建设的国家间自由贸易区,但它有直接的国际法渊源,与中国履行WTO国际义务存在关系。

《中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》(简称《入世议定书》)第2条关于“贸易制度的实施”提及“中国承诺WTO规则在中国的统一实施”;即《WTO协定》和本议定书的规定应适用于中国的全部关税领土,包括边境贸易地区、民族自治地方、经济特区、沿海开放城市、经济技术开发区以及其他在关税、国内税和法规方面已建立特殊制度的地区(统称为“特殊经济区”, special economic areas)。关于《入世议定书》的法律性质,国际国内对此争议不断;WTO争端解决机制与中国入世议定书相关的争议也不鲜见,主要法律问题直接涉及《入世议定书》在WTO法中的地位这一系统性问题。^[11]讨论《入世议定书》的法律性质时应该以《建立世界贸易组织协定》第12条为中心,其第1款规定:任何国家或在处理其对外贸易关系及本协定和多边贸易协定规定的其他事项方面拥有完全主权的单独关税区,可按它与WTO议定的条件加入本协定。《入世议定书》是中国与世界贸易组织所议定条件的不可或缺的部分;《入世议定书》作为约束中国的国际法律渊源的性质是不容质疑的。

此外,《入世议定书》第2条规定了有关“特殊经济区”规则的通知义务。中国应将所有与其特殊经济区有关的法律、法规及其他措施通知WTO,列明这些地区的名称,并指明界定这些地区的地理界线;中国应迅速,且无论如何应在60天内,将特殊经济区的任何增加或改变通知WTO,包括与此有关的法律、法规及其他措施。《入世议定书》还明确了特殊经济区货物进入中国关税领土其他部分时,中国应适用通常适用于输入中国关税领土其他部分的进口产品的所有影响进口产品的税费和措施,包括进口限制及海关税费。这也为上海自贸区实施“一线放开”和“二线安全高效管住”的创新监管模式提供了国际法依据。然而,在对中国上海自由贸易试验区等特殊经济区内的企业提供优惠安排时,WTO关于非歧视和国民待遇的规定应得到全面遵守。

上海自贸区制度建设主动寻求形成与国际投资、贸易通行规则相衔接的基本制度

框架。根据《中国（上海）自由贸易试验区总体方案》，上海自贸区是推进改革开放的重大举措，以开放促改革、促发展，积极与国际接轨的试验田。它的建设需要符合国际法规则与惯例，上海自贸区的法律制度设计为将来中国与其它国家和地区的国际自由贸易区的协调内容提供“先试先行”，如“准入前国民待遇”和“负面清单管理”等。

虽然上海自贸区在规则适用上具有特殊性，但其它国际义务在该区域内的履行不受影响；换言之，已经通过国际条约确立的国际义务应在包括上海自贸区在内的中国范围内优先适用。根据《中国（上海）自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施》（《负面清单》），内地与香港特别行政区、澳门特别行政区《关于建立更紧密经贸关系的安排》及其补充协议、《海峡两岸经济合作框架协议》及其后续《海峡两岸服务贸易协议》、中国签署的自贸协定中适用于自贸试验区并对符合条件的投资者有更优惠的开放措施的，按照相关协议或协定的规定执行。当双边或数边自由贸易协定约定投资准入门槛比《负面清单》更低时，双边自由贸易协定应该得到优先遵守，即对相关自由贸易协定的成员方，在上海自贸区范围内，中国实施更加优惠或限制更小的管理措施。

二、上海自贸区与知识产权执法体制创新

虽然上海自贸区建设要推动贸易转型升级，尝试突破对传统低附加值加工贸易的依赖，积极培育贸易新型业态和功能，形成以技术、品牌、质量、服务为核心的外贸竞争新优势，加快提升我国在全球贸易价值链中的地位。但是，上海自贸区是建立在外高桥保税区等海关特殊监管区的基础之上，不可能完全放弃区域内的加工业务。所以，上海自贸区内生产加工货物的知识产权监管和执法问题应得到足够重视。

现行国家层面的知识产权行政管理体制与上海自贸区内综合监管、统一执法的体制存在冲突，需要加以协调。根据《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》第5条，上海自贸区管理委员会是上海市人民政府的派出机构，“负责自贸试验区内投资、贸易、金融服务、规划国土、建设、绿化市容、环境保护、劳动人事、食品药品监管、知识产权、文化、卫生、统计等方面的行政管理工作”。这与现行知识产权行政管理和执法体制存在较大差异。目前，根据TRIPS协定所保护的知识产权类型，中国相关行政主体涉及国家知识产权局、工商总局、版权局等多家单位，而且这些单位的行政管理职责受到《专利法》、《商标法》和《著作权法》等法律的保护。

尽管上海市人大常委会《关于在中国（上海）自由贸易试验区暂时调整实施本市有关地方性法规规定的决定》中已经指出：“管理体制、执法体制、市场监管体制等不一致的，暂时停止适用”。根据《中国（上海）自由贸易试验区管理办法》第6条，管委会综合执法机构依法集中行使原由本市知识产权部门依据法律、法规和规章行使的行政处罚权，以及与行政处罚权有关的行政强制措施权和行政检查权。但上海市的行政法规和

规章怎么能突破现有基本法律的框架,特别是在全国人大及其常委会没有明确授权的前提下。实践中,上海自贸区管理委员会对知识产权事务的行政管理职责与上海市知识产权局、上海市工商管理局与上海市版权局等行政机关如何协调?另外,自由贸易试验区所涵盖的4个海关特殊监管区在行政区划上都地处上海市浦东新区的管辖范围,如何协调上海自贸区管理委员会与浦东新区知识产权管理部门的冲突与合作关系?

值得注意的是,《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》第5条第2款与第3款的措词不同,对于工商、质检、税务和公安等行政管理工作,中国(上海)自由贸易试验区管理委员会起领导作用,但具体执行管理机关仍然是工商、质检、税务和公安等行政机关。对海关、检验检疫、海事、金融等行政管理工作,中国(上海)自由贸易试验区管理委员会起协调作用,既不能主动执法,也不能领导和决策,而只能是起协调作用。所以,除商标权执法之外的知识产权执法职责已经直接划归上海自贸区管理委员会行使。

虽然《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》第31条专门强调要“加强自贸试验区知识产权保护”,但如何加强,加强到何种程度这些问题值得进一步探究。关于保护客体的范围,上海自贸区不可能对《专利法》、《商标法》和《著作权法》等知识产权基本法律之外的保护客体进行保护,如此就真有了自由贸易试验区的“特殊保护”,形成了所谓的“政策洼地”,也就造成一种规则歧视和不平衡发展。

在知识产权司法机制方面,知识产权纠纷调解与审判制度是否需要革新?鉴于统一执法的需要,上海自贸区知识产权审判是否使用“三审合一”的审判体制?是否需要类似“世博法庭”的实践而特设知识产权审判机构,或是加强上海市浦东新区法院知识产权审判庭的配置和能力建设以加强知识产权纠纷解决工作,这些都需要研究加以确立。中共十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中提出“探索建立知识产权法院”,这给上海自贸区知识产权审判机制的创新带来政策利好。

三、上海自贸区与知识产权海关执法

尽管自由贸易区、自由区、海关仓库在功能上有所区别,但它们共同的目标和特点是方便贸易和鼓励进出口。上海自贸区的设立、允许进入的货物种类以及上海自贸区内货物应遵守作业性质的要求都应遵守国家立法。并且,《京都公约》明确支持对自由区和海关仓库的知识产权执法。^①所以,基于知识产权保护和执法的原因而对上海自贸区等海关特殊监管区的货物进行海关执法符合国际海关规则。

(一) 加强自贸区知识产权海关执法的国际形势

^① 《京都公约》专项附约四指南第一章“海关仓库”的建议条款5和《京都公约》专项附约四指南第二章“自由区”的建议条款6。
参见:海关总署国际合作司译. 关于简化和协调海关制度的国际公约(京都公约): 总附约和专项附约指南[M]. 北京: 中国海关出版社, 2003:255,264.

相对于中国知识产权保护整体形象欠佳而言,海关保护在中国知识产权保护体系中独树一帜。欧盟、美国等长期指责中国侵犯知识产权货物的出口,指责中国知识产权边境保护力度的不足,美国的《特别301报告》常将中国列为“重点观察国家”名单,理由之一是中国是进口美国知识产权侵权产品最大来源国。根据美国海关的统计,2012财年查获的侵权产品有72%来自中国大陆。^[12]同样,根据欧盟的统计,2012年欧盟查扣的侵权产品数量中的64.51%来自中国大陆。^[13]这些报告中令我们汗颜的数据并不能否认海关的工作,反而表明中国海关知识产权执法的工作任务繁重,工作成效突出,全球反假冒组织于2011年向中国海关总署颁发“反假冒最佳政府机构奖”,充分说明中国海关的知识产权保护工作获得国际社会的认可。^[14]然而,执法成效突出并不能否认中国出口货物知识产权侵权问题的严峻形势。

虽然,就进出口税费而言,存在“海关特殊监管区域”,但就知识产权保护而言应该不存在任何特殊区域。上海自贸区的“特殊”之处也应该是知识产权管理的盲区,或者是治外法权的飞地。然而,在出口税费、原产地规则、海关估价、知识产权保护等方面适用更加简化和便利的操作规则是上海自贸区的努力方向,前提是遵守WTO基本原则、条约义务和中国法律。所以,不应该将上海自贸区简单地视为“国境之内、关境之外”的特殊区域。《京都公约》关于“自由区”的附约中建议条款6规定:“不应仅因为从国外进入的货物受到禁止或限制而拒绝准予进入自由区,无论原产国、发运国或者目的国如何,除因维护公共道德或秩序、公共安全、公共卫生或健康,或动植物检疫的需要,或保护专利、商标和版权的需要”。所以,自贸区货物因知识产权保护需要而受到监管也是国际社会的一种共识。根据WCO《海关与知识产权》报告中的数据记载,自由贸易区内发生知识产权侵权案件呈历年递增趋势。^①国际商会(ICC)于2013年5月发布《控制区域:在世界自由贸易区内平衡便利与打击非法贸易》研究报告,重点关注自由贸易区相关知识产权侵权问题;ICC承认自由贸易区在促进投资和贸易便利化中的重要作用,同时对由于自贸区脆弱性所带来的非法贸易日趋严重的问题表示担忧,并提出加强海关对自贸区的知识产权执法等建议。^[15]

虽然,TRIPS协定中没有详细规定自贸区相关的知识产权执法,但是TRIPS协定所设定的是最低标准和义务,并不妨碍成员方采用高于TRIPS协定的执法标准。《反假冒贸易协定》(ACTA)第16条第2款规定:成员方可以采用或维持程序对嫌疑过境货物或海关监管下的其它情形货物进行知识产权执法;此处的“海关监管下的其它情形货物”则包括自贸区中的货物。正在谈判中的《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)的特征之一就是严格知识产权执法,在知识产权边境执法环节,将过境货物和自贸区货物相关知识产权执法纳入协调范围。TPP草案中规定:每一成员应赋予主管机关有权依职权就出口、进口、过境以及自由

① 根据世界海关组织2007年到2011年的《海关与知识产权》年度报告,原文参见: http://www.wcoomd.org/en/topics/enforcement-and-compliance/activities-and-programmes/ep_intellectual_property_rights.aspx,2013-10-04.

贸易区中的涉嫌假冒和盗版的货物采取边境措施。^①从执法环节的角度来看,TPP的知识产权执法标准将高于ACTA的规定,它已明确将自贸区货物知识产权执法义务上升为强制性条约义务。2012年3月15日生效《美韩自由贸易协定》也在“边境措施相关的特别要求”中规定:一旦进口、出口、过境货物或自由贸易区中的货物被怀疑是假冒货物或盗版货物,每一成员方应当规定其主管机关可以依职权启动边境措施。^②

(二) 贸易便利化与知识产权海关执法

尽管贸易便利化包括物流、运输等各个环节,其中海关通关便利是贸易便利化的重点内容。海关执法措施是非关税壁垒的一个重要方面,尽管GATT第20条一般例外把海关措施纳入其中,但《关税与贸易总协定》(GATT)第5条、第8条、第10条,《海关估价协定》和《原产地规则协定》等使通关措施规则更加规范和透明,从而大大削减了海关的非关税壁垒,也大大减少了各国海关当局的自由裁量权。但海关措施仍然是国家主权范围内的事项,只要不与WTO规则冲突,各国海关仍可自主规定各种措施。因此,实现贸易便利和通关便利是要为商家考虑,促进贸易的发展;但过于强调通关便利,放松必要的海关监管,就有可能被一些不法商家利用来逃避海关监管,导致海关税收的流失,甚至对本土安全构成威胁。^[16]因此,贸易安全和贸易便利之间存在一定的冲突。这两大主题也成了各国和地区海关组织在推进世界经济发展和维护世界经济贸易秩序过程中海关工作的两个价值目标。作为价值目标,它总是受人们的利益需求所支配,即受到国家、地区或者民族的利益需求所左右和支配;另外,不同的价值目标习惯于结对出现,相互之间难免产生冲突,总是呈对立又统一的状态。^[17]

上海自贸区要推进实施“一线放开”,即允许企业凭进口舱单将货物直接入区,再凭进境货物备案清单向主管海关办理申报手续,探索简化进出境备案清单,简化国际中转、集拼和分拨等业务的进出境手续。那么,侵权货物进出境该如何解决?一是根据《中国(上海)自由贸易试验区管理办法》第17条对进出境监管制度创新进行细化规定;二是对自贸试验区和境外之间的进出境货物,允许自贸试验区内企业凭进口舱单信息将货物先行提运入区,再办理进境备案手续。对上海自贸区和境内区外之间进出境货物,实行智能化卡口、电子信息联网管理模式,完善清单比对、账册管理、卡口实货核注的监管制度。因此,货物从上海自贸区进入境内应视为进口货物,海关依据《知识产权海关保护条例》对它们进行监管和执法。货物从境外进入上海自贸区并不是进口货物,而是一种进入“国境”的货物,而非进入“关境”的货物;同理,货物从上海自贸区出口,也不是海关法语境下的“出口货物”。那么,侵犯知识产权货物从境外进入自贸区或从自贸区出口的问题该如何解决?问题的本质是知识产权海关保护的主体是“进出口货物”抑或是“进出境货物”?

① TPP Draft. Article. 14.4.

② The United States-Korea Free Trade Agreement (KORUS FTA) Chapter 18. Article 18.10.

根据《海关法》第2条，中华人民共和国海关是国家的进出关境监督管理机关；海关依照《海关法》和其他有关法律、行政法规，监管进出境的运输工具、货物、行李物品、邮递物品和其他物品，征收关税和其他税、费，查缉走私，并编制海关统计和办理其他海关业务。因此，《海关法》中海关执法对象是“进出境货物”，而《知识产权海关保护条例》中海关保护对象是“进出口货物”。而对于海关知识产权保护的对象到底是“进出境货物”还是“进出口货物”，法律规定和执法实践存在着差异。根据《海关法》第6条，海关可以行使权力：检查进出境运输工具，查验进出境货物、物品；对违反本法或者其他有关法律、行政法规的，可以扣留。此外，《海关法》第44条规定：海关依照法律、行政法规的规定，对与进出境货物有关的知识产权实施保护。所以，从《海关法》的条文规定来看，知识产权海关保护的对象是进出境货物，而不是进出口货物，即包括过境货物、转运货物和通运货物等海关监管货物。

综上，中国海关的执法对象是包括进出境货物在内的海关监管货物，而《海关法》中规定海关知识产权保护的对象则是“进出境货物”，而根据《知识产权海关保护条例》和海关总署《实施办法》的规定：知识产权海关保护是指海关对与“进出口货物”有关并受中华人民共和国法律、行政法规保护的商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权实施的保护。所以，从法律的位阶来说，《知识产权海关保护条例》有违背上位法《海关法》和《对外贸易法》之嫌，因为《对外贸易法》第29条规定：国家依照有关知识产权的法律、行政法规，保护与对外贸易有关的知识产权。《对外贸易法》没有区分“进出境货物”和“进出口货物”，广义上与对外贸易有关的货物、技术和服务都要受到其调整和规范。因此，对于货物从境外进出上海自贸区的知识产权执法问题应当立法加以明确。

此外，虽然GATT第5条确立的过境自由原则作为贸易便利化的核心内容得以在国际条约中基本确立，但它并不能成为知识产权边境执法的例外。过境自由是相对的，它是在不影响国家贸易安全和重大贸易利益之下的有限自由；贸易便利和贸易安全之间必然要取得平衡，而不能有所偏颇。尽管贸易便利化是大势所趋，但过境国不会轻易取消那些必要的执法检查环节，其中就包括知识产权执法。所以，过境自由原则作为贸易便利化的重要组成部分，其发展的逻辑是非常清晰的，那就是为了鼓励自由贸易而给予有限的过境自由，避免因过境障碍而影响正常合法的国际贸易。同时，国际条约赋予了过境国为了确保本国的安全（贸易安全）而采取过境执法的权力，这种执法检查是有限的，是基于保护本国公共秩序、生命及财产安全而采取的必要检查，执法检查制度本身应当是公平合理的，并且力求对合法的国际贸易的负面影响减少到最小。中国对经上海自贸区中转的过境货物的知识产权监管，可以借鉴欧盟2012年2月发布《过境货物知识产权执法指南》^①的做法以规范海关

^① 《过境货物知识产权执法指南》全称为《欧盟委员会关于欧盟海关当局对于过境欧盟的货物（尤其是药品）的知识产权执法指南》。See, 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. [2013-11-04]. http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/customs/customs_controls/counterfeit_piracy/legislation/guidelines_on_transit_en.pdf.

执法实践和法院司法适用,即,证明国际中转的货物意图在中国大陆销售时,才能被认定侵犯相关权利,构成假冒或盗版等侵权货物。

四、结语

上海自贸区除了在知识产权管理与执法体制、知识产权海关保护方面加强探索与创新之外,知识产权运用和管理制度也可以凭借上海自贸区的平台加以总结和完善。根据《国家知识产权战略纲要》,知识产权包括创造、保护、运用和管理等四个层面。上海自贸区知识产权保护规则并没有不同于自贸区之外的制度,因此,从创造和保护角度,区内外制度与实践应当是一致的。但上海自贸区作为承载制度改革的试验区,理应在知识产权运用和管理规则上有所突破。例如,实践中知识产权质押融资等制度能否配合金融创新制度加以完善?知识产权许可与转让程序中不顺的地方,上海自贸区能否先行先试并加以完善?另外,知识产权信托和资产证券化等能否得以运用或突破?

上海自贸区不是简单的地理范围或特殊政策,更重要的是促进贸易自由和贸易便利的改革。贸易自由主要体现在服务贸易领域,特别是金融与投资等以往国家重点监管领域的开放;而贸易便利更多体现在货物贸易领域进一步提高货物生产与流通的效率,减少货物交易的流通成本。上海自贸区的税收政策和便利手续将有利于吸引高端制造业,从而吸引更多的加工、制造、贸易和仓储物流企业聚集;但区内企业并不享受知识产权执法上的超国民待遇。所以,上海自贸区决不意味着知识产权法制的空白或选择性适用。

综上所述,上海自贸区知识产权保护政策的拓展与完善既是机遇,同时也是挑战。上海自贸区中知识产权保护和执法应当尊重“内外一致”的基本原则,完善知识产权监管模式,适当根据WTO贸易便利化的要求,在执法程序和执法效率上做好配套规范,以期为相关规则的国内推广和国际协调提供试验基础。

参考文献

- [1] WTO: Regional trade agreements.WTO官网 [2013-11-02]. http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm.
- [2] 中国自由贸易区服务网: 中国——东盟自贸区简介[EB/OL]. 商务部官网[2013-11-02]. http://fta.mofcom.gov.cn/dongmeng/dm_xieyijianjie.shtml.
- [3] Peter K. Yu, "The International Enclosure Movement", *Indiana Law Journal*, 2007(82): 827-907.
- [4] Susan K. Sell. The Global IP Upward Ratchet, Anti-Counterfeiting and Piracy Enforcement Efforts: The State of Play. [2013-11-02]. http://keionline.org/misc-docs/Sell_IP_Enforcement_State_of_Play-OPs_1_June_2008.pdf.
- [5] Timothy P. Trainer, "Intellectual Property Enforcement: A Reality Gap (Insufficient Assistance, Ineffective Implementation)?" *John Marshall Review Intellectual Property Law*, 2008(8): 47-79.
- [6] 朱颖.美国知识产权保护制度的发展——以自由贸易协定为拓展知识产权保护的手段[J].知识产权, 2006(5):87-91.
- [7] Christopher Wadlow, "Including Trade in Counterfeit Goods: The Origin of Trips as a GATT Anti-

- Counterfeiting Code”, *Intellectual Property Quarterly*, 2007(3):350-402.
- [8] 海关总署国际合作司译.关于简化和协调海关制度的国际公约(京都公约):总附约和专项附约指南[M].北京:中国海关出版社,2003:262-263.
- [9] 海关总署国际合作司译.关于简化和协调海关制度的国际公约(京都公约):总附约和专项附约指南[M].北京:中国海关出版社, 2003:252.
- [10] 周阳.美国海关法律制度研究[M].北京:法律出版社,2010:215.
- [11] 耿瑞宁.浅析中国入世议定书及相关承诺的法律性质[J].法制博览,2013(10):283.
- [12] U.S. Customs and Border Protection, U.S. Immigration and Customs Enforcement, *Intellectual Property Rights, Fiscal Year 2012 Seizure Statistics — Final Report*, 2013.
- [13] European Commission, *Report on EU Customs Enforcements of Intellectual Property Rights: Results at the EU Border 2012*, 2013.
- [14] 海关总署: 中国海关荣获全球反假冒组织“反假冒最佳政府机构奖” [EB/OL]. 中国海关网[2013-11-02]. <http://www.customs.gov.cn/publish/portal0/tab33391/info304869.htm>.
- [15] International Chamber of Commerce, BASCAP report, *Controlling the Zone: Balancing Facilitation and Control to Combat Illicit Trade in the World's Free Trade Zones*, 2013.
- [16] 何力.日本海关法原理与制度[M].北京:法律出版社,2010:142-146.
- [17] 李文健.海关改革与发展的价值目标——推进贸易便利与维护贸易安全不能顾此失彼[J].上海海关高等专科学校学报,2006(4):38-42.

【作者简介】 孙益武: 同济大学知识产权学院博士后, 比利时安特卫普大学法学院访问学者, 复旦大学法学博士。研究方向: 知识产权法和国际法。

Preliminary Analysis on Intellectual Property Protection Issues in the China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone under the Perspective of the WTO

SUN Yi-wu

(Tongji University, Shanghai 200092, China)

Abstract: China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone (referred to as "Shanghai FTZ") is not an international free trade area under the WTO regime, but a domestic special economic zone established by according to "China's WTO Accession Protocol". Intellectual property protection is an important issue closely followed by the WTO, intellectual property protection in the Shanghai FTZ is also an unavoidable focus. The Shanghai FTZ intends to be a real free trade zone, i.e., goods coming from and leaving for overseas will require no customs supervision. But Shanghai FTZ is not a safe haven for intellectual property infringement. Shanghai FTZ should strengthen intellectual property protection policy system, enforce of intellectual property customs protection strictly, and the use of "pilot" preferential policies, to provide a demonstration effect on national intellectual property policy system on the aspects of intellectual property rights management and enforcement institution, and to provide empirical support for international harmonization of intellectual property rules.

Keywords: WTO; free trade zone; intellectual property; international trade

(责任编辑: 黄志瑾)