

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2024.02.004

国际贸易中的知识产权“隐性壁垒” 与中国因应^{*}

马忠法 王悦玥

(复旦大学法学院, 上海 200438)

摘要: “隐性壁垒”是指没有相应国际法规范约束,但在国际贸易实践中能够产生限制贸易和排除竞争效果的贸易壁垒。知识产权保护及执法情况的“声誉罚”、知识产权单边调查及制裁和将人权等其他问题引入知识产权议题是知识产权国际竞争中“隐性壁垒”的主要表现形式。知识产权“隐性壁垒”的频繁出现,是知识产权的私权属性以及国际知识产权领域私法行为公法化现象共同作用的结果。知识产权“隐性壁垒”具有单边性、霸权性以及间接影响大于直接影响的特征。“隐性壁垒”的存在导致国外企业不敢进口“涉嫌侵权”的产品,国内企业因此丧失交易机会。国内优势产业被排挤出全球供应链的风险提升,从发达国家获取技术的难度增加,导致知识产权国内保护标准被迫提升。对此,我国应当深入开展“一带一路”知识产权国际协调,与其他参与国一起应对责难,探索构建规制由国家主导的商业诋毁行为的规则,加强涉外知识产权人才培养与国际舆论治理,及时反击不实言论。

关键词: 隐性壁垒; 知识产权; 声誉罚; 一带一路

中图分类号: D996.1/F741 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095—8072(2024)02—0056—15

2024年1月30日,美国贸易代表办公室(USTR)发布了《2023年度假冒与盗版恶名市场名单》(2023 Review of Notorious Markets for Counterfeiting and Piracy,简称“恶名市场名单”)。2006年,“恶名市场名单”首次出现在美国《特别301报告》(Special 301 Review)中。^①2011年起,USTR开始将“恶名市场名单”作为《特别301报告》的“前哨”,单独发布。USTR制定该名单的目的是帮助相关市场的运营者和政府优先考虑开展保护美国企业及其员工的知识产权执法工作,激励其采取适当的行动来减少盗版和假冒。^②自该名单产生以来,中国的跨境电商以及各地区大型线下实体市场每年都出现在该名单上。此外,有关“恶名市场名单”的

*基金项目: 本文受国家社会科学基金重大项目“构建人类命运共同体国际法治创新研究”(项目编号: 18ZDA153)和上海市教育委员会人文社科重大项目“创新驱动发展战略下知识产权公共领域问题研究”(项目编号: 2019-01-07-00-07-E00077)的共同资助。

① “特别301条款”是指美国《1988年综合贸易与竞争法》在《1974年贸易与关税法》的基础上所增加的针对“知识产权保护和知识产权市场准入”等方面的规定。《特别301报告》即是以该规定为依据发布,主要内容是对其他国家的知识产权保护规则、营商环境等进行抨击,虽不具备国际法效力,但是美国通常以单边制裁或以制裁相威胁的有违国际贸易规则的手段要求相关国家修改国内知识产权保护和执法规则,以满足美国的需求,维护美国企业的利益。

② USTR. USTR Releases 2023 Review of Notorious Markets for Counterfeiting and Piracy. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2024/january/ustr-releases-2023-review-notorious-markets-counterfeiting-and-piracy>.

官方报道及名单的序言中，中国每年都被重点提及。该名单与《特别301报告》相互配合，从立法到执法多维度地对中国和大多数发展中国家的知识产权保护情况以及营商环境进行诋毁，意图利用知识产权问题隐蔽地为中国参与自由贸易设置阻碍，减少中国的交易机会，可以认为是一种“隐性壁垒”。

新冠疫情后，全球经济低迷，贸易保护主义抬头，进一步发展为“新贸易保护主义”。相比于传统的贸易壁垒，新贸易保护主义背景下，出现了更为新型的、隐蔽的贸易限制手段。尤其是在知识产权领域，当前全球主要经济体之间的贸易摩擦主要是知识产权摩擦，知识产权的特殊性使得发动该领域的不正当竞争更为容易，而应对这类竞争也更为困难。

一、知识产权“隐性壁垒”的内涵及其理论基础

（一）“隐性壁垒”的内涵

解读知识产权“隐性壁垒”的前提是明确其概念的内涵。“隐性壁垒”属于贸易壁垒的一种，是实行贸易保护主义国家的常用手段。保护主义下的贸易壁垒有多种分类方式，最常见的分类方式是按照WTO协定将其分为关税壁垒和非关税壁垒。根据最新的贸易发展形态，有学者将“非关税壁垒”分为技术标准类壁垒、贸易防御类壁垒、农业壁垒和其他壁垒四类（符磊和强永昌，2018）。在新一轮的贸易保护主义风潮中，更为隐蔽的各类“隐性”贸易限制措施开始浮出水面，并对全球范围内的自由贸易活动造成了巨大的负面冲击。相比于关税等“显性壁垒”，这类新型壁垒更为隐蔽地限制了自由贸易，被归类为“隐性壁垒”（张宇，2020）。本文进一步将“显性壁垒”和“隐性壁垒”界定为：国际贸易中，能够明确地被国际法规范^①所约束的贸易壁垒应当被认定为“显性壁垒”；没有相应国际法规范进行约束或者提供参考的，但在国际贸易实践中能够产生实际限制贸易和排除竞争之效果的壁垒则可以被称为“隐性壁垒”。

从当前的国际贸易实践上看，贸易保护的内涵和外延都较之前更为丰富，形成了以非关税壁垒保护为主、以关税壁垒保护为辅的新贸易保护主义。非关税壁垒的主要形态是技术性贸易壁垒及卫生与植物检疫壁垒（符磊和强永昌，2018），“隐性壁垒”属于非关税壁垒。以技术性贸易壁垒为例，技术性贸易壁垒与技术性贸易措施并非同一概念，按合规程度区分，技术性贸易措施可分为“合规且不阻碍国际贸易的措施”“合规但实质性阻碍国际贸易的措施”以及“非合规措施”，后两类技术措施即为技术性贸易壁垒。其中，合规但实质性阻碍国际贸易的措施往往具有很强的隐蔽性（郑休休等，2023）。依据是否有明确的国际法规范对一国所设置的技术壁垒加以约束，可将技术性壁垒划分为“显性”技术壁垒和“隐性”技术壁垒。即使“合规但实

^① 只有普遍承认的、由国际法主体颁布及加入的国际规则，例如诸如《与贸易有关的知识产权协定》（《TRIPS协定》）等普遍性知识产权国际条约、《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）等区域间自由贸易协定（FTA）以及诸如欧盟、世界贸易组织（WTO）等政府间国际组织所制定的国际规则才能被定义为“具有普遍约束力的国际法规范”。

质性阻碍国际贸易的措施”具有隐蔽性，但其隐蔽程度远不及那些因国际法规则尚不存在判定标准而“不知是否合规但实质性阻碍国际贸易”的“隐性壁垒”。技术性贸易壁垒的主要表现形式是技术法规和技术标准，“标准”和“法规”之间存在一定的区别。即使一国企图利用国内的技术法规设置壁垒，他国也能够依据《技术性贸易壁垒协议》（WTO/TBT协议）与该国进行对抗。因此，技术法规基本上是显性的贸易壁垒，而技术标准则不然。技术标准分为国际标准、国内标准和行业标准。技术法规通常只规定基本要求，而标准则往往规定了产品从设计到生产全过程的技术细节。技术法规是强制性的，而标准并不一定是强制的，但是它对货物进入国际贸易的影响却显而易见。因此，它的壁垒作用是隐性的（吴文亚，2019）。如果说技术法规具有十足的刚性，那么产品标准给了设置贸易壁垒较大的自由度。一国可以从国际、国内和行业标准中进行选择，这些标准为其设置壁垒带来诸多选项。选择的标准自然是手段隐蔽、保护有力、操作便利（符磊和强永昌，2018）。就标准本身的内容而言，主导国际标准与国内标准制定的主体基本上是行业巨头。从制定国际标准的“公认机构”的成员分布情况看，往往是发达国家成员占较大比重，发展中国家的跨国公司、技术专家、学者在参与国际标准的制定时拥有的话语权较低。在面对标准制定过程中及标准出台后产生的纠纷和与标准内容相关的争议时，无论是公法主体还是私法主体都难以像处理技术法规引发的纠纷那样，找到可以援引的相关国际规则，或是向相关的国际组织等寻求协调。相比于技术立法，技术标准的内容变化也更加频繁且灵活。因此，众多发达国家及发展程度较高的组织，例如欧盟，均尝试将“标准化”作为战略，意图在更多行业领域占领制定国际标准的先机。发达国家能够凭借其在国际竞争中的优势地位及市场资源将无法接受标准、或者不符合标准的企业排挤出市场。企业为了能够符合标准而改进产品所产生的高昂成本，将大大压缩其整体收益。例如，2021年底至2022年初轰动一时的“新疆棉事件”，正是由于具有行业协会性质的“瑞士良好棉花发展协会”（BCI）宣布对所有新疆棉企无限期取消担保认证，导致我国的新疆棉进入国际贸易的“黑名单”。BCI中制定标准的核心成员均为欧美跨国公司，这些大型私人主体及其背后的公法主体利用行业标准阻碍我国企业参与自由贸易，正是“隐性壁垒”发挥作用的典型案例，对此我国难以对该主体发起争端解决，也难以找到相关平台寻求救济。

随着国际贸易竞争的主要表现形式从传统的货物贸易竞争转变为知识产权竞争，全球纠纷较为频繁的产品也从传统的能源商品、基础原材料和大宗农产品转变为与知识产权极为密切的高新技术产品。近年来，盗版、商标侵权等问题在国际层面也受到了前所未有的重视。无论是发达国家还是发展中国家，知识产权的国内立法、司法以及执法情况都受到密切关注。在这一背景下，发达国家为行使贸易保护主义，开始频繁对我国及其他发展中国家设置知识产权“隐性壁垒”。

虽然知识产权在国际贸易中与技术措施、检验检疫措施等非关税壁垒一样能够发挥限制自由贸易的作用，但是从知识产权的正当性出发，无论是传统知识产权正当性

理论，还是当代学者在对其批判的基础上建构的新理论，抑或是各国明确支持在国际贸易中保护知识产权的态度，均体现了知识产权制度的必要性及重要意义。从国家安全的角度看，面对日益复杂的国际形势及国际竞争格局的演化，知识产权不仅是主权国家范围内的本国立法问题或是简单的国际“游戏规则”（刘鑫和毛昊，2022），更是企业创新驱动的进攻性利器、国家发展的战略性资源、体现国际竞争力的核心要素，并成为国家安全体系中非传统安全的新形式之一（冉从敬等，2022）。因此，国际贸易中正常的知识产权保护手段，即使一定程度上限制了贸易自由，也并不等同于贸易壁垒。因各国知识产权的立法水平、价值取向、标准、规则和政策的差异，国际贸易中出现摩擦也属正常。正是因为存在立法上的差异，各国才会通过《巴黎公约》《TRIPS协定》等国际知识产权法律协调机制，在世界知识产权组织（WIPO）、WTO等国际组织的框架下开展知识产权合作与协调，意图通过“最低标准”缩小各国在知识产权保护水准方面的差距，保护知识产权权利人的合法权益。因此，WTO成员的法律应当将符合《TRIPS协定》的规定作为义务。无论是《巴黎公约》还是《TRIPS协定》，均规定了国民待遇原则，即缔约国需将其给本国国民的待遇同样给予其他缔约国国民。可见，国民待遇既是义务，也是权利。《TRIPS协定》第3条第2款特别指出，即使允许国民待遇在司法和行政程序方面的例外，这些例外也不得对贸易构成变相的限制。然而，当发达国家利用“保护知识产权”这一看似正当的外衣掩盖其贸易保护主义之目的时，其实施的与国民待遇等基本原则相抵触的贸易措施就异化成了知识产权壁垒。从“隐性壁垒”和“显性壁垒”的角度看，难以受到《TRIPS协定》以及自由贸易协定（FTA）知识产权规则约束的新型知识产权壁垒，即为知识产权“隐性壁垒”。

（二）知识产权“隐性壁垒”的理论基础

知识产权“隐性壁垒”的频繁出现，是知识产权的私权属性与当前国际知识产权领域广泛存在的私法行为公法化现象共同作用的结果。《TRIPS协定》明确规定“知识产权是私权”，该条约之所以要对此进行宣示，是为了保障发达国家提出的强化知识产权保护的主张（朱冬，2018）。然而，过于强调对知识产权的保护，不仅容易违背利益平衡原则，导致有助于知识产权传播的公有领域受到侵蚀，还容易“激励”私法主体滥用其知识产权。从国内法的角度看，滥用知识产权概念肇始于英美国家，其滥用具有多种表现形式，大体上分为构成一般权利滥用的知识产权滥用行为与构成排除、限制竞争的知识产权滥用行为（冯晓青，2022）。从国际竞争的角度看，私法主体滥用知识产权所针对的是其他国家的竞争对手。私法行为公法化意指私人将蕴含营利性的动机、目的等意志的行为通过特定形式变成国家意志的过程，它影响或干预国际贸易，以实现其追求自身利益最大化之目标。通过私法行为公法化的方式，私人部门对国际贸易法律制度的形成和发展产生重要影响，并体现为国际贸易的国内与国际法律规范，进而对后进国家的国际贸易产生制约。当滥用知识产权以及持续提升知识

产权保护标准能够为私人主体带来超额利润时,私人主体就有了利用公法主体设置知识产权壁垒的强烈动机。例如,近年来美国在中美贸易之间频频制造摩擦并对中国的相关立法和企业行为发起挑战,其表象是美国政府作出的决定,但实际上背后的私人企业是始作俑者(马忠法,2022)。从公法主体的角度出发,通过强化知识产权保护来维持其在国际贸易中的优势地位,有助于维护其国家利益。因此,公法主体也具有设置知识产权壁垒的动机。然而,设置违背现行国际法规范的“显性壁垒”具有极高的被诉风险,而采用不易被察觉且没有相关国际法规制的,但又能够实现保护主义目的的知识产权“隐性壁垒”,成为发达国家的不二之选。

二、知识产权“隐性壁垒”的表现形式及其特征

(一) 知识产权“隐性壁垒”的主要表现形式

1. 知识产权保护及执法情况的“声誉罚”

有相关研究指出,政府管理能力、制度质量等都是一国营商环境体系的组成部分,地区营商环境对于企业出口强度具有显著的正向影响,良好的营商环境将会支持企业扩大出口,而不利的营商环境则会阻碍企业对外出口。不同地区政法环境间的差异是导致企业出口强度分化的重要因素之一(张会清,2017)。就学理而言,知识产权保护法与优化营商环境的目的高度契合、基本功能指向趋同、内容充分交融(戚建刚,2021)。随着各国政府及跨国公司对知识产权保护的重视程度日益提升,知识产权保护情况近年来也成为评估营商环境的重要指标。因此,由一国政府部门出面对他国知识产权保护水平进行抨击,其产生的影响是不能忽略的。例如,美国的“301报告”^①本身就是一种典型的贸易保护主义行为,作为其“前哨”的“恶名市场名单”也具有强烈的贸易保护属性。该名单自产生以来,每年都用较大的篇幅批判中国的知识产权保护水平和执法情况,并“建议”中国完善国内知识产权保护立法,甚至多次出现“执法情况差的原因是执法部门与侵权企业之间存在利益输送”“降低执法要求是为了保障当地就业率”等措辞。^②然而,这些抨击并无实质性证据支撑,“恶名市场名单”只是不具备法律效力的调查报告,但是因为发布机关是USTR,对于其本国企业而言,该报告的公信力和影响力相当大。美国多年来持续诋毁中国营商环境,将导致较多美国本土的潜在贸易伙伴放弃与中国企业的交易机会,进而达成其贸易保护的目。

2. 知识产权单边调查及制裁

美国“301调查”主要针对被调查国的知识产权立法和政策问题,“337调查”针对向美国出口的产品本身的知识产权问题,“恶名市场调查”则针对的是被调查国实体市场和线上市场的假冒及盗版情况和行政部门的执法情况,这些单边调查的运作

^① 本文中的“301报告”均包含“特别301报告”。

^② 例如2023年发布的《2022恶名市场名单》《2021恶名市场名单》等,基本上每年的名单中均有这类措辞。

依据均是美国本国的“长臂法”（于洋，2022）。涵盖面广、方便采取、贸易代表自由裁量权大、惩罚性强等特点使“301条款”具有极强的杀伤力，从而成为进攻性单边贸易保护主义的政策工具（张军旗，2021）。USTR的调查范围不仅包括侵犯美国国际法权利的政策、做法或实践，亦包括那些不侵犯美国国际法权利但被USTR认定为不公平、不合理的政策、做法或实践。美国借“301条款”在国际经济事务中强制适用美国标准，而在调查过程中被调查国很难对调查进行实质参与（刘瑛和刘正洋，2019）。依据其调查结果而发起的“301制裁”，强烈地冲击了WTO确立的多边贸易体制。“337调查”中，被调查的企业一旦被认定侵权，即被颁布排除令或禁止令，除侵权产品无法进入美国外，该企业在美的库存产品也无法再出现在美国市场。该调查结束后可能签发的“普遍排除令”^①甚至能够达到将一个产业的所有生产商均排除出美国市场的效果。从是否具有正当性上看，该调查有违背WTO国民待遇原则的嫌疑（林胜鸿，2021）。近年来，对中国发起“337调查”主要是为了缓解中美贸易不平衡问题（冯伟业和卫平，2017）。中国目前已经有较多领域的技术水平处于行业领先地位（如5G技术），已经威胁到了美国国内产业的竞争力。因此，出于降低中国跨国公司竞争力维护自身竞争优势的目的，美国频繁对中国发起“337调查”，且力度更强，中国受到影响的产业也更为广泛。

3. 将人权等其他问题引入知识产权议题

将纯粹的知识产权贸易竞争问题转变为人权问题，已成为欧美污名化他国营商环境、阻碍其参与自由贸易的新方式。美国2022年发布的《2021恶名市场名单》首次将人权问题引入知识产权领域。该年度的名单指出，“今年所关注的议题是恶劣的生产环境对参与制假的工人的不利影响”。这是该名单独立发布以来，首次关注知识产权保护以外的问题。无论是以“特别301条款”为依据发布的《特别301报告》，还是过去十年单独发布的“恶名市场名单”的内容本身，其关注的均为与知识产权保护直接相关的问题。2010年至2013年的名单并没有特别关注的主题，序言部分仅是指出侵犯知识产权的危害以及打击盗版和假冒的重要性。从2014年起该名单加入“本年度关注的议题”，2014年至2020年的主题基本上是围绕着线上市场等新型商业模式普遍存在的与侵犯知识产权（包括帮助侵权）密切相关的问题。直到2021年，USTR不再像之前那样关注知识产权侵权问题，该年的名单中除了在后半部分的线上市场名单和实体市场名单中指出了相关市场侵犯知识产权的具体行为，序言中并未提及保护知识产权的问题，而是通篇谈论参与制假工人的权益保护问题，甚至直接使用了“雇佣童工”“强迫劳动”这样的表述。序言部分还特别对中国进行了不实的抨击，指出“中国是美国海关和边境保护局查获假冒商品的最大来源国，也是使用强迫劳动（包括国家支持的强迫劳动）制造的产品数量最多的国家”（USTR，2021）。

^① 普遍排除令是禁止具有侵权特征的产品进口美国的排除命令，不论此产品是否来自被告，只要具有与专利保护范围相近的特征，该产品就有机会被美国海关拦截。

正如前文所述,“恶名市场名单”本身是一种针对营商环境的“声誉罚”机制。这种“声誉罚”对于一些企业而言可能不足为惧,但加入人权问题后,对跨国公司与我国开展贸易增加了更多的困难,对此,本文将在下文展开讨论。

(二) 知识产权“隐性壁垒”的特征

首先,知识产权“隐性壁垒”具有强烈的单边性。无论是“恶名市场名单”还是“301调查”抑或是“337调查”,均是单边色彩极强的保护主义行为,缺乏国际法依据。曾经出现过的针对我国知识产权保护情况的《301报告》,例如2018年针对中国技术转让等知识产权领域的《301报告》及其制裁措施,并未释明美国的国际法权利基础,此种制裁措施不论在美国国内法上还是在国际法范围内的适法性均存疑(刘瑛和刘正洋,2019)。我国《对外贸易法》第六章“对外贸易秩序”对于国际贸易中的不公正行为同样规定了相关消除危害的措施,然而该部分的措施及所针对的行为均非常具体,例如违反了《反垄断法》、不正当低价销售商品、串通投标、发布虚假广告、进行商业贿赂等等,处理依据是《反垄断法》和《反不正当竞争法》及相关的法律、法规,因此难以存在滥用该法的空间。相比之下,“301条款”之所以能够就各种最新贸易议题向不同贸易领域扩张,就是因为其文本内容宽泛以及其用语非常模糊。“337条款”亦是如此,考察近年来“337调查”的立案范围,出现了通过降低其构成要件标准进而不断扩大其立案范围的趋势。我国《对外贸易法》第五章也规定了“与对外贸易有关的知识产权保护”的内容,其中第28条指出,对于进口货物侵犯知识产权的行为,相关部门采取的措施是在一定期限内禁止侵权人生产、销售有关货物,其中针对的主体是“侵权人”,而非“337条款”那样能够对侵权者所在的整个相关产业都有影响。除了侵权行为,第29条也通过列举的方式明确规定了“危害对外贸易公平秩序”的行为,且仅针对知识产权许可这一个领域。

其次,知识产权“隐性壁垒”具有浓厚的霸权性。发达国家之所以能够通过单边性“隐性壁垒”在国际经贸往来中达到保护本国竞争优势获得更多利益的目的,依靠的正是其在国际经贸领域的霸权。从采取贸易限制措施的出发点上看,我国《对外贸易法》第30条明确指出,只有在其他国家不给予我国国民待遇或者违反相关国际条约时,我国才会对该国家或地区的贸易采取必要的措施,此项规定具有受害国对于他国的国际不法行为采取反措施的国际法基础。由此可见,我国的《对外贸易法》文本清晰明确,且均有国际法依据,且处理具体问题所依靠的《反垄断法》《反不正当竞争法》等相关规则也并不违反我国已经加入的国际条约中的各项义务。相比之下,正如上文所述,“301条款”从立法到行使的国际违法性争议不断,“337条款”本身也在“双重诉讼”和“反诉相关问题”以及“应诉负担和举证”几个方面违反国民待遇原则(林胜鸿,2021)。近年来,有关“301调查”违背WTO规则,具有国际不法性的研究较多(张军旗,2021;刘瑛和刘正洋,2019;冯雪薇,2018),笔者不再赘

述。即使长期被他国诟病，美国也并不担心自己设置的“隐性壁垒”为其带来国际法层面的争端。与有着长达百年知识产权保护经验的发达国家相比，中国及广大发展中国家的知识产权制度形成时间较晚，要与发达国家分享长期被其“霸占”的知识产权全球治理话语权较为困难，发达国家在该领域的先发优势使其设置知识产权“隐性壁垒”极为容易。

最后，知识产权“隐性壁垒”产生的间接影响大于直接影响。“隐性壁垒”为他国贸易带来的损害远远超过限制进口本身。例如，影响发展中国家立法，增加发展中国家知识产权保护的难度，危害发展中国家产业链安全，影响发展中国家获取技术等，这些都是只影响产品进出口的关税和“双反措施”等传统贸易壁垒难以做到的。也正如上文所指出的，传统的贸易壁垒对他国造成的影响，可以在WTO等场合进行救济，但是“恶名市场名单”“337调查”以及《特别301报告》等依靠霸权实行的单边主义行为及其产生的次生危害均是难以在国际层面获得救济的。

三、知识产权“隐性壁垒”对中国及其他发展中国家的影响

（一）国外企业不敢进口“涉嫌侵权”产品，企业丧失交易机会

知识产权具有严格的地域性，在知识产权保护水平较差的国家并不侵权的产品出口到知识产权保护水平较高的国家则极有可能面临侵权问题。因此，进口国跨国公司出于对知识产权侵权风险的防范，为避免被其国内知识产权权利人起诉，同时也为避免在进口过程中直接受到海关的处罚，通常是不敢进口“被控侵权”的国外市场产品的。即便所谓的“侵权”可能子虚乌有，但是由于受“337调查”“恶名市场名单”等“隐性壁垒”的影响，被点名企业进入市场的难度将会大大提升，甚至直接丧失交易机会，即便最终成功参与竞争，其竞争优势也大打折扣。针对“恶名市场名单”这样的“声誉罚”，企业更是维权无门。一方面，能够拥有强大财务实力以及法务实力进行海外维权的企业并不多。以应对“337调查”为例，虽然我国近年来在应对“337调查”方面的经验日趋成熟，国家层面也开始出台相关保障政策帮助企业维权，但是对于大部分中小企业而言，应诉及维权成本仍然是其无力承担的，最终只能放弃进入海外市场。在面临“337调查”时，其他发展水平较差的发展中国家的企业也面临同样的问题。另一方面，由于有能力应诉的企业在应诉过程中需投入高昂的成本，本应能够获得的收益因为应诉而大打折扣，即使进入了国外市场，若通过提升售价等方式弥补其应诉成本，则其竞争优势也将大大降低。因此，知识产权“隐性壁垒”的存在降低了国际竞争的公平性。

（二）国内优势产业被排挤出全球供应链的风险提升

近年来，发达国家供应链“去中国化”的趋势日益明显。在这一背景下，更要提防“隐性壁垒”对中国供应链安全所产生的影响。正如在探讨“337调查”时指出

的,当美国签发“普遍排除令”后,该产业中的其他未被调查的、生产与涉案侵权产品同类产品的企业,均会被排除出美国市场。如果我国这些被“连累”的产品甚至整个产业因“337调查”无法再参与供应链的运作,那么供应链上该产品的生产环节将被转移给其他与我国生产能力相当的发展中国家。此外,从当前的“337调查”实践情况上看,美国对某企业、某产品开展调查的同时,也可能会对该产品的下游产品连带进行调查。若被判定侵权,下游产业也将直接受到影响。例如,2020年美国对长芯盛(武汉)科技有限公司、FIBBR有源光缆(其所属的“长芯盛智连”公司是长芯盛公司的母公司)及其下游产品发起“337调查”,该调查的发起申请人正是这些公司的竞争对手——美国Cosemi公司。基本上所有的“337调查”均是由与我国存在竞争关系的美国公司发起,可见其目的是将我国产品,甚至连同其下游产品一起排除出美国市场供应链。

(三) 从发达国家获取技术的难度增加

在国际知识产权的相关贸易中,大量企业甚至整个产业被排挤出供应链,有可能引发更为严重的后果,即先进技术的获取难度大大提升。美国近年来表现出的“供应链霸凌”,对全球创新资源流动的限制,更是阻碍了创新链与产业链的融通发展(张其仔和许明,2022)。当前涉及技术的国际贸易中,有相当一部分发展中国家能够获取技术的前提是参与供应链。发达国家为利用发展中国家较为低廉的生产成本,或是直接将带有先进技术的产品委托发展中国家加工、生产后出口给发达国家,或是通过技术许可的方式收取高昂的许可费。无论哪种方式,即使需要付出一定的成本,不论是劳动力成本还是资金成本,发展中国家也总能获取一定技术。通过对发达国家的技术进行引进再创新,研发出拥有自主知识产权的新技术是相对容易的事情。中国实行对外开放至今,许多新技术均是通过这一路径产生的。然而,若通过设置“隐性壁垒”直接将发展中国家排除出供应链,而位于供应链上的发达国家企业则不会再许可发展中国家的企业生产,也不再进口这些企业的其他下游产品,发展中国家进行创新的根基则不复存在,技术发展和产业升级也变得更为困难。

通过“声誉罚”的方式减少发展中国家的交易机会同样会带来这一后果。例如,2018年中美贸易摩擦期间,美国发布的《301报告》指出:“美方认为中国使用合资要求、股比限制和其他外商投资限制来强制或迫使美国企业转让技术。中国还使用行政审批程序来要求或迫使技术转让,降低了美国投资和技术价值。”^①美国甚至在WTO对我国所谓的“强制技术转让”进行了指控,欧盟、日本也纷纷加入磋商。^②该案后来不了了之,但其给我国企业与他国开展技术转移活动带来的负面影响难以估量,我国企业通过正常的市场活动获取技术的机会也被剥夺。

① USTR. Finding of the Investigation into China's Acts, Policies, and Practice Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation under Section of the Trade Act of 1974. <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>.

② 参见DS549: *China—Certain Measures on the Transfer of Technology*. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds549_e.htm.

（四）知识产权国内保护标准被迫提升

“隐性壁垒”能够引发其他传统贸易壁垒无法实现的间接影响，就是影响他国知识产权立法，甚至实现贸易壁垒的“转移”。结合发达国家近年来在各谈判场所极力倡导的TRIPS-Plus保护标准的现状，在TRIPS-Plus趋势下，发达国家打出“隐性壁垒”与“谈判立法”的组合拳，很容易将“隐性壁垒”落实到国际法，甚至是其他国家的国内法层面，最终提升发展中国家的知识产权保护水平，产生了让发展中国家“主动”在自己的市场上构建壁垒的效果，最为典型的的就是2020年签订的《中美第一阶段经贸协议》（简称《中美经贸协议》）。中美之间的贸易摩擦历史悠久，知识产权领域的冲突与竞争更是此起彼伏。早在20世纪90年代初，美国就高调指责我国知识产权保护水平低，近年来对我国频繁实施的知识产权调查以及具有极大诋毁色彩的调查结果似乎更是为其“提升中国知识产权保护水平”的诉求提供了“依据”。纵观《中美经贸协议》中的内容可以发现，美国提出了非常多的超越了《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）和《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）知识产权规则的要求。尤其是在专利、商业秘密保护和知识产权执法问题上，美国对我国的实体规则和知识产权执法流程及其透明度均施加了可以用“苛刻”来形容的义务，大大增加了我国的负担（马忠法和王悦玥，2022a）。例如，《中美经贸协议》第1.18条、1.19条在打击假冒药的问题上明确：“中国应当在网上发布执法措施的相关数据以及能够衡量执法措施的影响的数据。”收集、分析与知识产权侵权相关的统计数据在CPTPP中仅是鼓励性条款，并不具有约束性，RCEP中并不存在这一内容。然而《中美经贸协议》不但将多边协议中的鼓励性条款变为了约束性条款，还指出美国的相关措施已经“足够”，只有中方应当承受此义务。从利益平衡的角度看，该规则的内容显失公平。

发达国家通过各种不具有法律约束力的“隐性壁垒”挑衅发展中国家，甚至以单边制裁威胁激化矛盾引发摩擦乃至争端，影响发展中国家开展贸易、参与竞争，最终目的都是促使双方达成具有法律约束力的国际法文件。而发达国家依据其自身优势，在这类文件中获得的收益常常超过发展中国家。最后，“隐性壁垒”中所涵盖的各种标准和规则都自然而然地以合法的双边或者多边条约的形式实现，发达国家也通过“温水煮青蛙”的方式促使发展中国家接纳其规则，接受其壁垒。国内知识产权保护水平的提升将使国内企业获取国外技术的难度和成本增加，企业的管理成本、国内外的侵权应诉成本也随之提升，大大降低了国内企业走向国外市场参与国际贸易的收益，进一步对出口造成阻碍。由此，发达国家不仅实现了打压他国跨国公司、保护其本土企业的贸易保护需求，还借助这些“隐性壁垒”影响了他国的国内法，隐蔽地实现了提升知识产权保护标准的目的，为其国内的权利人在他国市场上获得更多知识产权保护及技术许可收益提供了保障。

需要注意的是,发展中国家的贸易对象并不止发达国家,其他发展中国家同样是其重要的贸易对象。因此,一国为了履行与发达国家条约中的义务而改变的国内知识产权立法,提升的各类知识产权保护标准和执法标准,对于其他发展中国家尤其是发展程度较差的发展中国家和最不发达国家而言,这些标准就成了其进入该国市场与该国内跨国公司开展知识产权贸易的壁垒。换言之,这相当于发达国家将其国内对发展中国家设置的知识产权壁垒,巧妙地转移到了发展中国家之间的贸易关系中,这些国家之间的贸易成本可能在其尚未察觉的情况下被提升了。

四、中国因应之策

(一) 深入开展“一带一路”知识产权国际协调,共同应对责难

我国可以通过加强开展“一带一路”知识产权国际合作,与其他参与国一起有效应对发达国家的无端抨击,进而打破发达国家利用知识产权调查、“声誉罚”等方式设置的知识产权“隐性壁垒”。截至2024年3月,已有152个国家和32个国际组织与我国签订了“一带一路”倡议相关的合作文件,参与该框架下的国际贸易与投资。^①十年来,我国已经和广大参与国一起,在较多领域突破了发达国家的贸易封锁,也为我国和他国企业提供了十分广阔的市场和更多的贸易机会。

从可行性看,当前大部分“一带一路”参与国与我国一样具有应对知识产权“隐性壁垒”之需求。以“恶名市场名单”为例,笔者整理了该名单自发布以来被点名的国家,包括中国在内,^②一共有26个国家在该名单中出现过,其中“一带一路”倡议的参与国数量达到了20个,占到“一带一路”倡议参与国总数的13.16%。被点名次数排名前五的14个国家中,仅3个国家不是“一带一路”倡议参与国。

可以看出,目前较多的“一带一路”参与国,尤其是亚洲地区的参与国面临相似的困境。此外,在这些亚洲地区的“一带一路”参与国中,印度尼西亚、马来西亚、菲律宾、泰国、柬埔寨、越南以及我国均是RCEP成员。通过RCEP的协调,上述国家的知识产权立法以及保护情况均能得到较大的提升。从RCEP的知识产权保护水平看,能够达成共识的是,主要由发展中国家主导并参与的RCEP在谈判过程中拒绝了某些发达国家根据CPTPP提出的规则,较大程度地保护了发展中国家的利益。例如,在药品专利的问题上,2015年RCEP谈判文本中的“药品补偿期”制度参考了CPTPP第18.48条第2款的规定,^③而RCEP最终并未吸纳该制度,承认该规则无疑会延长发展中国家在获得药品专利上的等待时间,并不利于原研药水平稍显落后的发展中国家在公共健康领域的发展。在商业秘密的保护问题上,CPTPP专门设置了较为严格的

① 参见中国“一带一路”网<https://www.yidaiyilu.gov.cn/country>。

② 中国被点名12次。

③ “药品补偿期”即对于受专利保护的药品,每一缔约方应保证调整专利保护期的可能性,以补偿专利所有人因上市许可程序导致的专利有效保护期的不合理缩短。该条在美国退出TPP谈判后被搁置,CPTPP中该条未产生效力。

惩罚制度,其对商业秘密的保护显然比《TRIPS协定》的保护标准更高。而在RCEP的正式文本中,相比于对版权、商标、专利、地理标志相关问题的详细规定,RCEP仅在第56条规定了“未披露信息的保护”。RCEP对于商业秘密的协调仍然是采纳了《TRIPS协定》协定的标准。RCEP谈判过程中条款内容的变化及其最后成功签订,在很大程度上体现了发展中国家正在打破发达国家对知识产权全球治理话语权的长期垄断(马忠法和王悦玥,2021)。较多的发展中国家成员通过各种FTA获取参与国际贸易机会时,均承担着巨大的压力。从利益平衡的角度看,在其已经承担较多与国情不相适应的条约义务的情况下,进一步通过“隐性壁垒”剥夺其通过牺牲权益而换取的贸易机会是不公平的。对此,发展中国家能够在遏制知识产权保护标准不当提升、拒绝全盘接受发达国家要求方面已经达成共识。因此,在大部分“一带一路”参与国都具备相同需求的背景下,通过开展“一带一路”倡议下的知识产权规则国际合作,为发展中国家在全球知识产权治理中争取更多的话语权,共同抵制发达国家的知识产权“隐性壁垒”是可行的。

(二) 探索构建规制国家主导的商业诋毁行为的国际规则

诸如“337调查”“恶名市场名单”这类诋毁他国知识产权营商环境的“隐性壁垒”,类推到私法领域,是与私法主体之间通过商业诋毁的手段实施不正当竞争的行为相似的。无论是CPTPP还是RCEP,都将“制定竞争法抵制私法主体的反竞争行为”作为各国应当遵守的条约义务。大部分国家的国内竞争法也均有禁止商业诋毁的相关规则。然而,针对公法主体在私法行为公法化的背景下,利用公法手段对他国市场环境进行诋毁和污名化的做法,当前国际层面并无相关国际法规则能够对其进行规制。通过本文的论述,这种“隐性壁垒”作为保护主义的重要形式,对于国际贸易自由化发展以及构建更加公正的国际市场秩序的危害是不言而喻的。此外,从诚实信用原则的角度而言,这种做法违背了国家间经贸往来应当秉持的互利互惠、友好协商的原则,也违背了私法主体之间的契约自由,破坏了社会福利最大化的共赢局面。因此,有必要探讨能否通过国内法及国际条约等法律形式,最终将其发展成为新的国际贸易规则。

首先,国内法层面,可以借鉴《反外国制裁法》的内容。从立法背景来看,正是因为西方国家长期以来利用各种议题,以人权等为借口,在贸易领域以所谓的“国家安全”为幌子对中国的内政外交政策及有关的立法、修法等活动进行指责、抹黑和攻击,歪曲、诋毁、遏制和打压中国发展,无视国际法和国际关系的基本准则,故意扩大其国内法律的域外适用范围,对中国有关国家机关及工作人员、相关实体企业等实施所谓的“制裁”,我国才制定并颁布了《反外国制裁法》(马忠法,2021)。因此,针对“以各种借口或者依据其本国法律对我国进行遏制、打压,对我国公民、组织采取歧视性限制措施”^①的行为,可以直接依据《反外国制裁法》进行反制。然

^① 《中华人民共和国反外国制裁法》第3条。

而,由于该法更多的是反对侵害主权、干涉内政等行为,将其适用于反对“隐性壁垒”的经贸领域可能还存在一定困难,但是在制裁问题上,该法的做法值得借鉴。正如前文所述,当前经贸领域维护公平贸易秩序的国内法主要是《对外贸易法》,虽然该法规定了不正当竞争行为的各种形式,但是很明显均是针对私法主体的。因此可以在《反外国制裁法》与《对外贸易法》之间“取长补短”,在《对外贸易法》中增加针对国家商业诋毁问题以及滥用制裁及制裁威胁危害公平国际贸易秩序的反措施。当然,在当前还不存在规制公法主体商业诋毁行为规则的背景下,设置这一国内法规则还难以直接规制公法主体。此外,我们也要避免其成为与“301条款”一样的“长臂法”,但是可以参考《反外国制裁法》的方式,针对某些外国实体施加制裁。例如,制裁恶意提起“337调查”、为“恶名市场名单”提供所谓“证据”的相关调查的参与者。该规则的内容设置可以广泛征求参与国际知识产权贸易的跨国公司的意见建议,使其充分考虑企业需求的同时具有更高的可操作性。

其次,国内法之外,形成国际法层面的针对公法主体商业诋毁的规则也并非不可能,该规则的实现路径可以从软法到硬法,实践平台则可以从“一带一路”走向全球。要实现“一带一路”知识产权国际协调,其路径同样是从软法到硬法,架构的也是从区域内到跨区域的路径(马忠法和王悦玥,2022b)。“一带一路”知识产权国际协作的最终目标就是将在该平台上“试验”的规则,通过各参与国的接受及践行,最终推广到全球范围,成为普遍性的规则。因此,将反对国际知识产权竞争商业诋毁的规则首先在“一带一路”的平台上进行推广,形成良好的“一带一路”市场秩序,同时也是在为“一带一路”贸易自由化提供保障。当“一带一路”的知识产权营商环境不断提升,参与国通过“一带一路”获得更多的收益,该规则将自然而然地成为各国愿意接受且愿意向其他非“一带一路”参与国推广的规则,甚至在未来成为诸如WTO等国际组织的框架下形成的国际条约中的重要贸易原则。

(三) 加强涉外知识产权人才培养与国际舆论治理,及时反击不实言论

除了探讨设定相关规则应对“隐性壁垒”造成的损害,针对“337调查”等现实问题,也还有值得探讨的应对措施。我国虽然目前已经有较多的应诉经验,例如成立相关指导机制引导企业应诉,目前的应诉率也大大提升。然而,仍有部分企业宁可放弃进入国外市场也不愿应诉,一是上文提及的应诉成本极高,二是缺乏专业人才。因此,加强涉外知识产权人才培养应当成为未来我国国际法学和知识产权法学学科建设的重要环节。

此外,在国际知识产权竞争领域,我国同样可以出台用于反制“恶名市场名单”等调查报告的相关文件或报告,通过舆论反击美国的“声誉罚”。然而,与美国不同的是,我国的调查报告及舆论表达均应收集广泛证据,用事实说话,向世界展现我国的大国形象,展示我国良好的知识产权营商环境。

五、结语

维护公平的国际贸易秩序在当前新贸易保护主义抬头的挑战下显得日益重要。“一带一路”倡议提出十年之际,强化“一带一路”倡议下的知识产权国际协调具有重大意义,参与国之间的知识产权领域国际合作应当进入新阶段。携手遭遇“隐性壁垒”损失贸易机会的其他参与国,共同应对新贸易保护主义下的“隐性壁垒”,将成为“一带一路”国际法律协调的重要组成部分,为各参与国更为自由地参与国际贸易,获取技术,获得产业升级机会助力,同时也为“一带一路”营商环境的提升作出重要保障。

建立更为公平的国际经济秩序,同时也是构建人类命运共同体理念的重要内容与组成部分。我国长久以来支持建设开放型世界经济,支持多边贸易体制,坚定奉行互利共赢的开放战略,以中国的发展为世界提供更多机遇,通过“一带一路”倡议等多边经贸合作平台惠及其他国家,尤其是发展中国家,促进全球经贸秩序公平化,促进各国共同发展与进步。消除“隐性壁垒”是构建开放共赢的国际经贸法律秩序的第一步,在日趋激烈的国际知识产权竞争中,参与竞争权是各国参与竞争的前提,公平的竞争规则是各国投入与回报成正比的保障。因此,摒弃知识产权“隐性壁垒”机制,保障各国的公平参与权,互利共赢将不再是神话。

参考文献

- [1] 冯伟业,卫平.中美贸易知识产权摩擦研究——以“337调查”为例[J].中国经济问题,2017(2):118-124.
- [2] 冯雪薇.美国对中国技术转让有关措施的“301条款调查”与WTO规则的合法性[J].国际经济法学刊,2018(4):12-22.
- [3] 符磊,强永昌.世界非关税壁垒形势与我国的策略选择[J].理论探索,2018(4):98-106.
- [4] 林胜鸿.美国337调查的最新发展及其WTO框架下合规性问题探究[J].电子知识产权,2021(4):57-63.
- [5] 刘鑫,毛昊.知识产权国家安全治理:制度逻辑与体系建构[J].科学学研究,2022(12):2246-2257.
- [6] 刘瑛,刘正洋.301条款在WTO体制外适用的限制——兼论美国单边制裁措施违反国际法[J].武大国际法评论,2019(3):139-157.
- [7] 马忠法,王悦玥.RCEP与CPTPP鼓励性知识产权条款与中国因应[J].云南社会科学,2022a(4):142-153.
- [8] 马忠法,王悦玥.“一带一路”倡议下的知识产权国际协调法律制度[J].上海财经大学学报,2022b(2):122-136.
- [9] 马忠法,王悦玥.论RCEP知识产权条款与中国企业的应对[J].知识产权,2021(12):88-113.
- [10] 马忠法.《反外国制裁法》:出台背景、内容构成及时代价值[J].贵州省党校学报,2021(4):5-13.
- [11] 马忠法.论国际贸易领域中的“私法行为公法化”[J].政法论丛,2022(1):42-52.
- [12] 戚建刚.优化营商环境与知识产权保护法研究[J].理论探索,2021(2):108-119.
- [13] 冉从敬,马丽娜,王少辉.总体国家安全观视阈下知识产权安全:风险形构、治理困境及行动框架[J].图书与情报,2022(4):1-12.
- [14] 吴文亚.如何采用国际标准和国外先进标准消除贸易技术壁垒影响的研究与对策——以河北省为例[J].中国标准化,2019(1):171-176.
- [15] 于洋.美国337调查的发展历程、特征事实及中国应对[J].亚太经济,2022(2):63-69.
- [16] 张会清.地区营商环境对企业出口贸易的影响[J].南方经济,2017(10):75-89.
- [17] 张军旗.301条款、301调查及关税措施在WTO下的合法性问题探析——以中美贸易战中的“美国—

- 关税措施案”为视角[J].国际法研究,2021(4):43-63.
- [18] 张其仔,许明.美国供应链霸凌对全球产业链分工与稳定的影响及应对[J].国外社会科学,2022(6):37-46+195-196.
- [19] 张宇.“一带一路”倡议是否降低了中国出口的隐性壁垒?[J].世界经济研究,2020(11):3-14+135.
- [20] 郑休休,刘青,赵忠秀.对华技术性贸易壁垒与国家经济安全[J].国际经济评论,2023(1):131-151+7-8.
- [21] USTR. 2021 Review of Notorious Markets for Counterfeiting and Piracy, 2021:6. <https://ustr.gov/sites/default/files/IssueAreas/IP/2021%20Notorious%20Markets%20List.pdf>. Last visited at: 24/03/2022.

【作者简介】 马忠法：复旦大学法学院教授，博士生导师。研究方向：知识产权法、国际公法。
王悦玥：复旦大学法学院博士研究生。研究方向：知识产权法、国际公法。

The“Hidden Barriers” Mechanism of Intellectual Property in International Trade and China’s Response

MA Zhong-fa & WANG Yue-yue

(School of Law, Fudan University, Shanghai 200438, China)

Abstract: Hidden barriers refer to trade barriers that have no corresponding restricted international legal rules for reference, but can actually produce the effect of restricting trade and excluding competition in international trade practice. The “reputation penalty” of intellectual property protection and law enforcement, unilateral investigation and sanctions of intellectual property rights and the introduction of human rights and other issues into intellectual property issues are the main manifestations of hidden barriers in the current international competition of intellectual property rights. The frequent appearance of hidden barriers of intellectual property is the result of the joint action of the private right character of intellectual property and the phenomenon of the public legalization of private business acts in the field of international intellectual property trade. Hidden barriers are characterized by unilateralism, dependence on hegemony and indirect influence greater than direct influence, which makes foreign enterprises afraid to import “suspected infringing” products, which causes that enterprises lose trading opportunities. The risk of domestic advantageous industries being excluded from the global production and supply chain is increased. It is more difficult to acquire technology from developed countries. Domestic protection standards for intellectual property rights will be forced to improve. In this regard, China should carry out in-depth international intellectual property coordination under the framework of the “Belt and Road” Initiative, and work with other participating countries to deal with the blame; Explore the construction of rules to regulate state-led commercial defamation; Strengthen the training of foreign-related intellectual property talents and the governance of international public opinion, and promptly counter false statements.

Keywords: hidden barriers; intellectual property; reputation penalty; Belt and Road Initiative

(责任编辑：马莹)