

国际贸易中平行进口问题探析

黄雅文 叶雅静

摘 要: 伴随着全球许可贸易的蓬勃发展与跨国公司的迅速扩张, 平行进口问题日益突现。与国际接轨的深入使得我国对于平行进口问题的研究和相关立法的完善已被提到议事日程上。本文从世界主要发达国家平行进口现状及其相关政策法规的分析入手, 结合我国当前国情和实际需要, 阐明我国知识产权立法对平行进口问题应持有的态度和立场, 以期从全局上趋利避害。

关键词: 国际贸易; 平行进口; 权利穷竭; 导向选择

中图分类号: D 922.29 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894 (2004) 05-0037-06

国际贸易中的灰色市场, 在知识产权领域通常称之为平行进口, 是指一国进口商在尚未取得本国已获知识产权保护的知识产权所有人授权的情况下, 擅自从另一国知识产权所有人手中合法购得该知识产权产品并进口到该国的行为。“灰色市场”表明了此类国际贸易介于正当的“白色市场”和非法的“黑色市场”之间, 人们对平行进口的合法性持怀疑态度。由于平行进口涉及知识产权的国际保护、国内保护以及国家利益之间的平衡, 因而各国均从本国利益出发制定相关法律政策加以规范, 致使各国立法大相径庭, 国际上也因分歧太大而至今尚无统一的公约出台。我国是最大的发展中国家, 更有理由加快有关平行进口问题的研究, 建立完善这方面的立法, 从而更好地维护本国利益, 为我国的经济建设全局服务。

一、 平行进口的特点、形成原因及福利分析

早在 19 世纪中叶, 较发达的工业国家就出现了平行进口。随着 20 世纪国际贸易和科学技术的迅猛发展, 平行进口涉及的范围、规模日渐扩大, 不仅传统知识产权领域, 如专利、商标、传统版权领域存在平行进口问题, 一些新兴的知识产权领域, 如集成电路知识产权、互联网上的版权保护等也日益受到平行进口的挑战。但是无论哪一种类型的平行进口均具有如下典型特点: 其一, 平行进口作为一种进出口行为, 产生于国际贸易中; 其二, 平行进口的客体所涉及的特定知识产权在进口国已获得法律保护; 其三, 若不考虑知识产权保护问题, 该进口行为是合法的, 即其所进口的产品是合法制造、销售或合法使用商标的正品, 它与进口国销售的产品在大多数情况下无任何差别; 其四, 进口商的进口行为未得到知识产权人的授权; 其五, 被平行进口的产品以低价与进口国或地区市场上原有的同

一知识产权产品展开竞争。

随着国际贸易的发展,平行进口不断扩散与蔓延。据统计,仅美国1998年平行进口贸易额就已经超过400亿美元,而且该数字呈逐年递增的趋势。平行进口的蔓延趋势有其深层的原因。首先,各种各样知识产权保护国际条约的签订与其成员国的日益增多使得知识产权人就同一客体在各国同时获得权利成为可能;其次,科技进步、技术生命周期日趋缩短,知识产权权利人为了尽早收回研究和开发成本,必然会加大技术许可力度,使得许可贸易空前发展,而各国资源、劳动力等要素禀赋不同,必然带来各国在同一产品生产上比较成本的差异,于是造成了平行进口产生、蔓延的经济根源。再者,20世纪中后期尤其是90年代以来,贸易投资自由化浪潮席卷全球,跨国公司在全球范围内迅速扩张,已经成为经济全球化的实际推动者和载体。跨国公司在研究和开发实力上具有绝对优势,掌握了世界上绝大多数的重要知识产权,形成知识产权的垄断,这就为其推行全球差别定价策略埋下了伏笔。跨国公司的全球差别定价策略是推动平行进口的重要因素之一。在WTO贸易自由化的大趋势下,灰色市场问题愈加突出,并且对一国经济发展有着特殊的影响,关于平行进口方面的立法已成为各国贸易政策制定关注的焦点。知识产权灰色市场对经济的影响有利有弊。对于产品输出国而言,灰色市场的经济影响总体来讲利大于弊。由于平行进口可以带动一国出口额的增长和外汇收入的增加,有助于贸易逆差国的国际收支平衡,因而出口国对平行进口多持肯定态度。对于进口国来说,其利弊影响则因各国知识产权现状与本国经济情况不同而有差异:一方面通过平行进口可以获得知识产权人不愿投放本国市场的产品和技术,有效地控制权利人权利的滥用,防止市场垄断,同时可以引入竞争、活跃国内市场,平抑国内外价差、刺激国内需求,促进国民经济发展,有利于社会整体福利的提高。但另一方面,由于平行进口打破了权利人全球价格战略,阻碍其实现全球利润最大化,因而可能迫使权利人放弃在该国的投资,危及该国某些产业的存在,并造成一定程度的就业压力。与此同时平行进口会给贸易逆差国带来更加严重的国际收支不平衡,成为该国经济不稳定的重要隐患。由于灰色市场对进口国的影响更深远更复杂,本文将主要从进口国角度分析灰色市场的利弊及各国对平行进口的态度、立法。

二、美国、欧盟、日本等国的政策立法

平行进口与知识产权保护之间的冲突在理论上主要体现在权利穷竭原则与地域性原则的冲突上。权利穷竭有国内权利穷竭与国际权利穷竭之分。国际权利穷竭原则与地域性原则的冲突是平行进口与知识产权保护之间冲突的理论根源。在市场经济下安全交易和自由流动是其重要规则,而垄断是其最大的障碍,权利穷竭原则的提出正是为了防止权利人滥用权利而导致垄断,促进商品自由流通,试图寻找权利人利益和社会公众利益的平衡点。国际权利穷竭原则是支持平行进口的理论基础,它是指知识产权人或其授权人生产的知识产权产品在第一次投放市场后,权利人便丧失了对它的控制权,其权利被视为用尽,此后任何国家第三方合法使用、再销售该产品均不构成侵权。而地域性原则强调的是各国对知识产权的保护以主权国家地域为单位,在各主权国家内,知识产权的申请、获得保护及司法救济程序等由其国内法规范。各国主权的独立导致了知识产权保护的独立性,因而权利在一国穷尽并不代表该权利在它国也穷尽,知识产权人在它国的权利是否用尽应该由该国知识产权法及相关法律法规规定。知识产权地域性原则是反对平行进口的理论基础,它与国际权

利穷竭原则有着不可调和的矛盾冲突,这也是国际上存在对于平行进口问题两大互相对立观点的根源。

平行进口问题直接关乎各国经济利益,因而各国从本国切身利益考虑对平行进口的态度、立法差异较大,进而对形成统一的平行进口国际公约带来极大阻力。世界知识产权组织(WIPO)曾就权利穷竭与平行进口问题专门组织过讨论,但无果而终。当今世界上影响力最大的知识产权协议——《与贸易有关的知识产权协议》(以下简称TRIPs)在其谈判过程中也因对此无法统一意见而不得不采取回避态度。虽然TRIPs第28条规定“专利应赋予其所有人下列专有权:(a)如果该专利所保护的是产品,则有权制止第三方未经许可的下列行为:制造、使用、许诺销售、销售或为上述目的而进口该产品;”但TRIPs第6条同时明确规定:“在符合上述第3至4条的前提下依照本协议而进行的争端解决中,不得借本协议的任何条款去涉及知识产权的权利穷竭问题。”这表明在制定TRIPs协议时并没有试图用其第28款“进口权”的规定来排除“平行进口行为”,TRIPs协议本身对平行进口的态度是不明确的。虽然TRIPs对知识产权的保护标准相当高,但对于权利穷竭和平行进口问题也只能采取中立的态度,其复杂性由此也可可见一斑。国际条约对该问题的态度不明确给各国自行决定对平行进口问题的处理方式留下了很大空间。

1. 美国的规定 美国是世界上最大的知识产权国,而且绝大多数主要工业产权为本国居民所有,为了维持本国的知识产权优势,美国一直强调知识产权的地域性原则,对知识产权采取严厉的保护措施,从而确保其在知识产权领域的垄断地位。为此美国在平行进口方面长期以来实行严格限制措施。在专利方面,由于专利的垄断代表着对生产力和未来经济的垄断,因而美国在专利平行进口上的限制尤为严格。自1890年美国最高法院的Boeseh v. Greif案以来,凡是有效的美国专利持有者,都有权请求美国海关禁止侵犯其专利权的商品进口,即使该商品在外国的生产和销售是合法的。显然,美国这种做法也是TRIPs第50和第51条关于边境措施规定的合理运用。商标方面,在1923年“卡茨尔”案(A. Bouriois & Co. v. Katzel, 260US 689)作出判决之前,美国国会就已将商标平行进口问题纳入《关税法》第526条(后又将其纳入1930年《海关法》中)。根据该条规定:如果未经美国商标所有人的书面许可,禁止任何带有该商标的货物输入美国。如果海关没有扣押,或者拒绝扣押,商标所有人可以向法院提起诉讼,获得相应的法律救济,如销毁有关商品、除去有关商标、获得损害赔偿等。同时,美国海关条例也在相应条款中做了规定,以实施《关税法》第526条。1999年3月26日生效的美国新海关条例第133.23(a)(3)款规定:禁止所有与国内商品有实质性差异的同商标产品的平行进口,即使存在实质性差异的国外产品是由美国商标权人或其有经济联系的企业生产,也不得进口。这一规定即著名的Lever规则。但Lever规则也有例外。如果进口商在平行进口的商品上加贴了显著的、清晰的标签,并且该标签一直能够保留到该商品被销售给美国境内的第一零售商,则Lever规则不适用。如果美国海关已经扣押进口商品,只要这些产品是由美国商标权人或其经济联系企业制造的,进口商也可在扣押期满30天之前,在商品上加贴这样的标签,从而使在押商品被安全放行。这两款规定即所谓的“同一控制例外”。总的来说,为了维护本国商标权人的利益,美国对商标平行进口的限制相当严格。当美国商标所有人是独立于外国公司的商标所有人时,或当美国商标所有人授权独立的外国公司在外国使用其商标时,美国商标所有人可以禁止带有其商标的商品输入美国,尽管该商品在来源地是合法生产的真实而

非假冒的产品。在这里,核心问题在于国内消费者是否会将国外的产品与国内商标所有人的商誉联系起来,会不会把国外的商品误认为是国内商标所有人的商品,即商标法讨论的根本性问题:是否会造成商品来源上的混淆。

在版权方面,美国把版权平行进口分为两种情况,一是依外国版权法在外国合法制造的版权制品的平行进口;另一种情况是依美国版权法在美国国内合法制造并出口的版权制品的平行进口。对于第一种情况,依据美国1976年《版权法》第602(a)款规定是不允许平行进口。对于第二种情况,依据美国《版权法》第109(a)规定的首次销售原则,此类版权平行进口不构成侵权。

2. 欧盟的规定 欧盟各成员国在对待平行进口问题态度上的差异曾一度阻碍了其一体化的进程,但为了实现一体化的目标,欧共体法院最终以判例的形式打破了共同体范围内各国专利权、商标权的地域性限制,统一规定:只要首次投放是在成员国内部,成员国之间的平行进口应被允许;但对于欧盟区域外平行进口到欧盟的产品则持不允许的态度。这种区域内的差别待遇正是WTO非歧视性原则在区域一体化问题上例外的突出表现。若将欧盟视为一个国家,则它主张的只是权利的国内穷竭,而非国际穷竭,知识产权保护仍有明显的地域性特点,只是该“地域”不再局限于一个主权国家范围内,而是一个区域内。对于版权的权利穷竭问题,欧盟各成员国法律规定差异仍然很大,如德国主张如果版权人本人或经版权人同意,将有关作品的复制品投入市场后,这一批复制品随后怎样发行、分售等,权利人都无权再过问。而法国、比利时等国主张经权利人许可投入市场的复制品,该权利人一直有权控制到“最终使用”者,即版权永远不会“穷竭”。

尽管存在一些分歧,但从总体上来说,欧盟各成员国在平行进口问题上仍是逐步走向一致,这是建立统一的、无贸易壁垒的自由大市场的内在要求,符合欧盟整体利益。欧盟需要的不是内耗,而是团结起来一致对外。

3. 日本的规定 无论在商标还是在专利的平行进口问题上,日本的态度都经历了巨大的转变:由禁止平行进口发展到允许或有条件允许平行进口。从这一转变可以明显地看出知识产权保护的独立性,即一国可以在不违背国际公约最低要求原则的前提下,尽可能地从本国实际出发,维护本国利益,使知识产权立法成为促进本国经济发展的有效工具。在专利方面,1992年BBS案之前日本坚持专利权国内穷竭原则,禁止专利平行进口,而在BBS案中日本首次有条件地承认了专利权的国际穷竭原则,有条件地允许专利平行进口。在商标方面,1970年派克笔案之前日本坚持禁止商标平行进口,但此后日本改变了态度,尤其是1972年日本执行反垄断法公平贸易委员会发布的《独家进口经销协议指南》,其中明确规定:平行进口真货不得被日本的独家经销商禁止,即允许有条件的商标平行进口。这正顺应了当时日本发展开放经济,打破贸易壁垒的迫切需要,允许平行进口对于日本经济的繁荣起到了积极的作用。

4. 其他国家的规定 其他国家在知识产权平行进口问题上的立法虽纷繁复杂,立场迥异,但各国立法最根本的出发点仍然是维护本国利益,使立法为本国经济发展服务。例如一些发展中国家,新兴工业国和地区,并不像发达国家那样制定高标准的限制措施阻止平行进口以维护本国知识、技术垄断带来的经济垄断优势,相反,这些国家相对技术开发较弱,知识产权占有量相对较少,如果制定严格的限制平行进口的措施,于本国经济发展极为不利。因而,在知识经济时代,为了充分、合理利用世界知识产权以促进本国经济繁

荣,它们相继制定了较为宽松的政策,以最大限度发挥平行进口带来的利益,推动经济快速发展和人民福利大幅提高,如墨西哥《工业产权法》中允许商标平行进口等。

三、我国有关的知识产权立法及其解释的导向选择

从以上各国立法宗旨及规定的介绍中不难看出,各国对平行进口的态度差异反映在贸易政策上就是保护贸易与自由贸易之争,其实质无非是要实现本国经济利益最大化,即在不违背国际公约基本原则精神和最低保护标准的前提下,结合本国国情制定适合需要的政策。最典型的国家就是日本。我国作为最大的发展中国家,知识产权自身结构上的特点和现阶段我国发展经济的需要决定了我国知识产权保护应有自己的特色。可以借鉴其他发展中国家在处理平行进口问题上的经验,不能一味追求发达国家对知识产权保护的高标准而全面禁止平行进口,笔者认为,对于平行进口,可以从以下几个方面来区别对待。

1. 专利 我国自1984年制定《专利法》以来,历经1992年、2000年两次修改,现已明确将进口权通过法律的形式授予专利权人。《中华人民共和国专利法》第11条第1款规定:发明和实用新型专利权被授予后,除本法另有规定的以外,任何单位和个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。第63条第1款同时规定:专利权人制造、进口或者经专利权人许可而制造、进口的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品售出后,使用、许诺销售或者销售该产品的不视为侵犯专利权。依据以上两款规定,专利权人依法可以享有进口权,未经专利权人许可的“进口”属于侵权行为,然而专利权人出售产品后即告权利穷竭,此后合法第三人的使用、许诺销售或销售均不构成侵权。但关键问题在于权利人因“出售”而权利穷竭是指国内穷竭还是国际穷竭?专利权人是否可援引“进口权”禁止专利平行进口?于此,我国法律文件中并未明示。笔者认为我国《专利法》中“进口权”不应当包括禁止平行进口权,该权利穷竭应是指国际穷竭,即我国《专利法》不涉及专利平行进口问题。因为依据前述对TRIPs第6条和第28条的分析表明TRIPs协议中的“进口权”不包括制止平行进口权,平行进口问题将留待各成员方根据本国的经济与政治利益考虑自行处理。我国作为WTO成员之一,全面接受TRIPs最低保护标准是必须履行的义务,但对于其排除的平行进口问题,自然可以依我国实际需要来规定,没有必要也不应该抬高保护标准而损害本国利益。从我国当前实际申请专利的现状来看,虽然据WIPO公布的最新资料显示,2001年中国专利申请量位居全球第12位,但在获准授权的专利中本国居民拥有的发明专利不到全部专利数量的5%,绝大多数专利是实用新型和外观设计。然而含金量高的发明专利才是衡量一国的研发实力和经济发展潜力的重要指标。同时,在我国获得关键发明专利的外国人数量远远超过本国居民,而且就中国目前的研发水平来看,在今后很长的一段时期内,这种状况会保持下去,此时若全面禁止平行进口实际上是更多地保护外国专利权人的利益,而且无法发挥外国专利产品的平行进口给我国经济发展和人民生活水平提高带来的实际促进作用。实际上由于我国当前的科技水平、经济发展仍然相对落后,还属低价位国家,按照一般国际贸易常识高价位产品不可能往低价位国家进口,否则无法获得因差价而带来的利益,所以到目前为止我国实际遇到的专利平行进口并不多。我国《专利法》中不明确禁止平行进口是合乎我国当前实际国情的。如果实

践中遇到个别专利平行进口问题,可以依据双方签订的合同通过合同法予以解决。值得注意的是,依此方法处理平行进口时,国际贸易合同中一旦涉及知识产权就一定要对知识产权的处理予以细致而明确的规定以免日后发生纠纷。

由以上分析可以看出我国目前针对专利平行进口问题的态度应该偏向于国际穷竭原则而允许专利平行进口的存在。当然,随着我国科技和经济的发展,时机成熟时应根据国际形势和国内发展的需要,在《专利法》中明确规定部分禁止甚至全面禁止专利产品的平行进口以充分维护本国专利权人的利益。

2. 商标 我国原《商标法》未对平行进口问题加以规定,直至2001年10月27日新《商标法》第40条和第50条在对商标专用权规范时才作了一些规定,但仍不具体,在解决平行进口问题时,这些规定在实践上仍存在相当大的困难。国际上绝大多数国家是允许商标平行进口的,因为商标权利穷竭原则可防止商标权人滥用权利,阻止其始终控制商品的分销渠道并通过商标的专有而将一切带有该商标的商品零售权全部控制在自己手中。而且对消费者而言,商标只是一种商品或服务区别于另一种商品或服务的标志,是品质的象征,只要保证商标不被滥用,正常的平行进口下消费者的利益仍可维护。因此,商标平行进口在大多数国家不被禁止。但若某零售商改变商品原有性质或形态后仍不经允许而使用原商标销售,则商标所有权人的相关权利并不穷竭,有权阻止此类销售。从我国商标注册的情况来看,中国商标申请量已连续3年居世界第一,年有效商标注册量已连续2年居世界之首,累计有效注册商标量也位居世界各国前列,与美、日等商标大国并驾齐驱。仅2001年受理商标申请就达16.5万件,核准注册12.2万件,其中中国人自有的商标占商标注册总数的绝大多数。从保护和培育国产名牌,防范不正当竞争,提升国有商标品牌的声誉,促进国内企业的健康发展的角度来讲,我国在今后一段时期内应限制商标平行进口。但是从国际上关于商标灰色市场规定日益放宽的趋势和国际通行做法来看,我国有关商标立法对此也应当体现灵活性,可以原则上允许商标平行进口,但同时规定若干例外以兼顾各方利益平衡。

3. 版权 目前我国《著作权法》尚未对版权平行进口问题加以规定,在这方面的立法有所滞后,从而导致了货物贸易与版权贸易并行而引发的纠纷一直难以解决。尤其是在互联网技术广泛运用的今天,通过网络进行版权的平行进口变得更加便利,在这种情况下,如何通过合理有效的立法制止版权平行进口,维护版权人及相关人的利益,已成为我国和世界各国立法工作者面临的严峻挑战。

总而言之,灰色市场是我国当前和今后国际贸易活动中必须直面的现实问题,从微观上讲,它涉及的是知识产权所有人及其相关权利人的权利、利益的保护;从宏观上讲,它影响到一个国家整体经济战略的实现和国民经济的持续、健康、快速发展,是一个不容忽视的重要问题。因此,如何在遵守入世承诺、加大知识产权保护力度的同时合理运用我国立法建设处理好平行进口问题,为我国经济发展全局服务,是一项摆在我国研究者和立法者面前的紧迫任务。

(作者单位:上海亿威实业有限公司 上海对外贸易学院)

参考文献:

- [1] 郑成思.知识产权论[M].北京:法律出版社,1998.
- [2] 尹新天.专利权的保护[M].北京:专利文献出版社,1998.
- [3] 郑成思.WTO知识产权协议逐条讲解[M].北京:中国方正出版社.