

从知识产权协议草案看 TPP 谈判高标准 与国际规则制定

夏 玮

(上海对外经贸大学WTO研究教育学院, 上海 200036)

摘 要: 本文以目前TPP谈判唯一泄露的知识产权草案为切入点, 通过与另一知识产权高标准协议——ACTA的比较, 认为TPP谈判标准是目前之最高标准。知识产权高标准代表了发达国家对外贸易的经济利益, 美国以胡萝卜加大棒的方式影响国际规则的制定, 使得知识产权高标准成为另一种无形的贸易障碍。

关键词: TPP; 知识产权; ACTA; 高标准; 国际规则

中图分类号: DF996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2014) 05-0069-07

《跨太平洋伙伴关系协议》(以下简称TPP)是旨在促进亚太地区经济一体化的自由贸易协议, 由于谈判涉及多个敏感议题、预定标准很高以及关系到美国的亚太战略意图而成为热议话题。与TPP的热议形成强烈反差的是其谈判的秘密性,^①TPP的谈判内容几乎完全被封锁, 而谈判内容是了解协议的基础。知识产权是TPP谈判中最难啃的骨头之一, 它集中反映了TPP谈判各方的经济技术水平差异以及由此引致的不同利益诉求。本文拟以目前唯一泄露的知识产权草案为切入点, 对TPP标准与谈判进行研究。

一、TPP概貌

TPP由智利、新西兰、新加坡、文莱4国于2005年7月签订的《跨太平洋战略经济伙伴关系协议》(TPSEP)演变而来。2002年, 新西兰、智利和新加坡首先在墨西哥APEC峰会上就建立自由贸易协议举行了谈判, 文莱于2005年4月加入谈判并最终签署协议, 协议于2006年5月28日正式生效。2008年9月, 布什政府宣布将加入P4。美国贸易代表施瓦布说, “这个高标准的区域协议将提高协议成员方的竞争力, 促进和便利成员方之间的贸易和投资, 促进经济增长和发展。”2009年11月14日, 美国总统奥巴马在其亚洲之行中正式宣布美国将参与TPP谈判。随后, 美国贸

收稿日期: 2013-09-22。

基金项目: 上海市科技发展基金软科学研究项目(项目编号: 13692103200)、2012年“上海高校青年教师培养资助计划”、2013上海市促进文化创意产业发展财政扶持资金课题(项目编号: 2013020013)、上海对外经贸大学085东方学者项目。

作者简介: 夏玮, 女, 博士, 上海对外经贸大学WTO研究教育学院讲师, 研究方向: 知识产权、国际经济法。

① 尽管美国声称TPP谈判因引入了利益相关人参与机制而前所未有地公开, 但其谈判文本不公开仍广受批评, 这也是TPP成为公众话题的另一重要原因。

易代表科尔克于2009年12月14日正式通告美国国会,美国将参与TPP谈判,并强调要建立一个“高标准、体现创新思想、涵盖多领域和范围的亚太地区一体化合作协定”。与此同时,秘鲁、越南、澳大利亚也宣布加入TPP谈判,由P4转变为P8,并呈现亚太地区参与国家扩大的趋势。^①

目前,TPP正在美国、澳大利亚、文莱、加拿大、智利、马来西亚、墨西哥、新西兰、秘鲁、新加坡、越南和日本这12个国家之间进行谈判。正在谈判的内容一共有29章,谈判的核心议题是市场准入和一系列规则制定。其中,市场准入主要涵盖货物贸易、服务贸易以及农业的市场准入;规则制定涵盖了知识产权、原产地规则、技术性贸易壁垒、医药技术和生物制药的透明度、外国投资、竞争政策、贸易救济、劳工政策和环境政策。此外,还包括一些交叉议题:规则协调、国有企业、电子商务、竞争性和供应链、中小企业问题。^②从2010年3月在墨尔本举行的第一轮谈判开始,截至2013年8月22日至30日在文莱举行的谈判,共进行了19轮谈判。2013年3月15日,日本首相安倍宣布日本将加入TPP谈判,进一步增强了TPP在亚太乃至全球经济中的重要性。^③

二、从知识产权协议草案看TPP谈判标准

(一) TPP与ACTA: 知识产权执法标准

美国提出要将TPP打造成21世纪自由贸易的典范,^④其中“高标准”是该协议的主要特征与目标。高标准反映在知识产权规则上,即是知识产权强保护和知识产权执法的高标准。目前,WTO《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs)是国际通用的知识产权规则。然而,美、日等知识产权强国于2011年10月1日签署的《反假冒贸易协议》(ACTA)是国际知识产权执法领域的最高标准。^⑤现有关于ACTA与TRIPs的比较研究已充分表明,ACTA在多个方面超越了TRIPs,被称为TRIPs-plus。^⑥本文以ACTA这一高标准协议为参照,对TPP草案中的知识产权执法标准与ACTA进行比较研究。^⑦

1. 民事执法标准 ACTA和TPP均要求侵权人“向权利人支付与损失相适应的赔偿”,赔偿数额由权利人提供的“合法价值计算”确定。

① Elms, Deborah and Lim, C. L. The TPP Negotiations: Overview and Prospects[R]. RSIS Working Paper, 2012.

② The Trans-Pacific Partnership Negotiations and Issues for Congress. Congressional Research Service Report [R]. No.42694, March 19, 2013.

③ Japan's Possible Entry into the TPP and Its Implications. Congressional Research Service Report [R]. No.42676, April 8 2013.

④ Elms, Deborah. U.S. Trade Policy in Asia: Going for the Trans-Pacific Partnership[EB/OL]. 2009, 东亚论坛. <http://www.eastasiaforum.org/2009/11/26/u-s-trade-policy-in-asia-going-for-the-trans-pacific-partnership/>. [2009-11-26] (2013-01-08).

⑤ USTR's View on Key Aspects of the Agreement [EB/OL]. 2011, 美国贸易代表办公室. <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/october/partners-sign-groundbreaking-anti-counterfeiting-t>. [2011-10] (2013-01-30).

⑥ Yu, Peter K. Six Secret (and Now Open) Fears of ACTA [J]. SMU Law Review, 2011, (64).

⑦ TPP: US IPR Proposal[EB/OL]. 2011. <http://www.bilaterals.org/spip.php?article19199>. (2012-10-15).

第一，TPP扩大了侵权认定范围。ACTA第9条第1款规定：“在知识产权执法有关的民事执法程序中，司法机关有权要求那些知道或有理由认为其知道（knowingly or with reasonable grounds to know）从事侵权行为的侵权人，应向权利人支付与损失相适应的损害赔偿。”TPP条款中删去了“知道或有理由认为其知道”这一限制条件。

第二，TPP提高了损害赔偿额。首先，与ACTA在第9条第3款（a）中提出对盗版或假冒商标行为应建立预先设立的损害赔偿制度不同，TPP第12条第4款规定：预先设立的损害赔偿额应“高到足以对将来的侵权行为产生威慑作用，并能完全弥补权利人因侵权行为所受损失；其次，与ACTA不同，TPP第12条第4款规定：在专利侵权案件中，损害赔偿可提高到损害的3倍；最后，TPP在ACTA之外，规定专利侵权案件中，缺席一方应承担诉讼费用和律师代理费用（在版权和商标侵权案件之外）。

第三，TPP扩大了侵权适用条件。ACTA第10条第2款规定：司法机关有权要求无延误地、不给予任何补偿地，将主要（predominant）用于生产或制造侵权物品的原料和工具在商业渠道之外进行销毁，以将进一步侵权风险降至最低。TPP第12条第7款（b）删去了“主要用于”这一限制用语，其侵权适用条件进一步扩大。

第四，TPP扩大了侵权信息的适用范围。ACTA第11条规定：在不损害缔约方法律管理特权、不损害对保密信息资源的保护以及不损害个人资料处理的情况下，缔约方应授权司法机关基于权利人的正当请求，要求侵权人或被控侵权人，至少为了收集证据向权利人或司法机关提供侵权人或被控侵权人所掌握的相关信息。这些信息包括侵权所涉及的人、侵权商品或服务的生产或销售渠道、包括第三方。TPP第11条第8款删去了“在不损害缔约方法律管理特权、不损害对保密信息资源的保护以及不损害个人资料处理的情况下”这一限制条件。

2. 边境执法标准 ACTA和TPP均要求缔约方授予海关当局依职权采取行动。

第一，TPP扩大了边境执法的范围。ACTA第13条对边境执法的范围进行了规定：“为有效进行知识产权边境执法，缔约方应避免其执法方式在保护知识产权和避免构成贸易壁垒之间存在不当的歧视。”根据该项规定，知识产权边境执法存在两个并行的发展方向或者说评价维度。一方面，制定恰当的保护标准和执法程序，确保有效地打击进出口贸易中的知识产权侵权行为。另一方面则要考量如何不使知识产权边境执法对正常的贸易通关带来过大的压力或对合法的贸易构成新的壁垒。^① TPP没有此类原则性的规定，而是在更广泛的范围内允许边境措施的启动。

第二，TPP加大了对侵权货物的执法力度。ACTA允许在边境没收的侵权物品，或者被销毁，或者“在商业渠道之外进行处理，以避免损害权利人的利益”。TPP第

^① 徐昕.贸易便利化视角下的知识产权边境执法——兼对《反假冒贸易协定》的评论[J].世界贸易组织动态与研究, 2012, (5).

14条第6款规定：“除特殊情况外，缔约方应授权有关部门销毁盗版或假冒商品。”

3. 刑事执法标准 ACTA和TPP都要求参与方即便在权利人没有请求的情况下，也可授权有关部门依职权对商业侵权采取行动。ACTA和TPP均对“商业规模”进行了定义。ACTA和TPP均要求没收与侵权行为有关的任何资产。ACTA和TPP均要求“监禁和罚金应高到足以对未来的侵权产生威慑效果”。第一，TPP不需直接或间接的经济收益动机。ACTA规定，经济收益是商业规模的必要条件。然而，TPP中刑事执法条款的第一款即规定：对版权或邻接权侵权的刑罚不需有“直接或间接的盈利目的”。第二，TPP加大了刑事处罚力度。首先，ACTA第24条规定了“罚金的数额应与犯罪严重性相一致”的条款。然而，TPP删去了这一内容，使得罚金的数额可能更大。其次，TPP要求缔约国实行“鼓励司法当局（确实）处以刑罚”的政策方针。再次，TPP清晰地界定了仿冒或盗版商品的故意贸易行为是犯罪行为。

4. 数字环境下的知识产权执法标准 ACTA和TPP均要求在数字环境下对商标权、版权、邻接权的侵权行为适用执法程序。数字环境下的知识产权执法内容是TRIPs中所没有的。第一，ACTA要求缔约方“致力于促进工商业界的合作，以有效发现侵权”。TPP要求缔约方“提供法律激励，促使服务供应商与版权所有人合作，阻止对版权资源进行未授权的存储和传播”。第二，ACTA规定，在一定条件下，一国可授权有关部门强制要求互联网服务提供商（ISP）识别对权利人的侵权者。TPP规定，一国应建立行政或司法程序，以强制要求互联网服务提供商识别出对权利人的侵权者，而没有ACTA所规定的那些条件。第三，TPP包括对互联网服务提供商和用户的细节通知（detailed notification）和反诉通知（counterclaim notification）程序，ACTA中并没有这些程序。

（二）TPP知识产权标准是目前TRIPS-plus中的最高标准

从TPP与ACTA知识产权执法标准比较可看出，TPP中的知识产权执法标准大部分是对ACTA的复制。TPP将ACTA中提出的比TRIPs更严厉的民事执法、边境执法和刑事执法内容以及TRIPs中没有的数字环境下的知识产权执法内容“照单全收”。而且，TPP在侵权认定要件、损害赔偿额度等多个具体细节上进一步加大了通过执法打击知识产权侵权的力度，原则上要求各种执法手段在实施效果上能够对未来的侵权行为起到威慑作用。例如，在民事执法中，TPP删去了“知道或有理由认为其知道”这一侵权认定条件，这一规定彻底颠覆了TRIPs和ACTA中的“过错责任”原则。也就是说，不管侵权人是否知道，只要客观上存在侵权行为，就要承担损害赔偿责任。TPP在刑事执法关于“商业规模”的认定上，更是规定就算没有“直接或间接的盈利目的”，也可认定为具有商业规模，从而适用刑罚。ACTA中有关“商业规模”的规定已经将TRIPs对“商业规模”的开放性弹性规定，细化为“为了直接或者间接的经济或商业利益所实施的商业行为”，TPP则进一步扩大了知识产权执法的适用范围，缩减了各国知识产权执法规定的弹性空间。可见，TPP草案中的知识产权标

准是目前TRIPS-plus中的最高标准。

三、从知识产权标准看TPP中的博弈

(一) 知识产权高标准：发达国家对外贸易的经济利益

从TRIPs协议签订之日起,发达国家就开始通过不停变换场地,利用双边、区域和多边协议积极促使知识产权保护和执法向更高标准发展。这些协议都要求在知识产权领域实行更高标准、更广泛的保护,排除TRIPs下的弹性政策空间,将天平一次次地向知识产权权利人倾斜。无疑,在近几十年知识产权标准不断抬高的过程中,在ACTA、TPP或是《跨大西洋贸易与投资伙伴协议》(TTIP)中,我们都可以看到美国的强权推动作用。发达国家还通过双边投资协定(BIT)中的投资规则间接限制WTO成员管制知识产权的自由和政策空间,这些BITs同样具有TRIPS-plus性质。^①

从实际情况来看,知识产权高标准保护的不是个人利益,不是消费者利益,不是公共利益,而是产业利益以及以产业利益为代表的国家经济利益。美国在TPP谈判中采取的利益相关人参与机制几乎使得TPP成了产业界的愿望清单,^②美国很大一部分利益集团都将TPP视为“修正”美国此前自由贸易协议的途径。

下面,我们用一组数据来说明知识产权对美国究竟意味着什么。美国是知识产权的净出口国,在美国的贸易产业中,依赖于创新的知识产权密集型产业占了美国出口额的一半多,促进了美国经济增长的40%。知识产权密集型产业更容易在经济衰退中复苏,知识产权也在经济复苏中发挥着重要作用。知识产权可以创造高收入的就业机会,仅2008年一年,知识产权密集型产业雇用了1,800万美国人。^③美国贸易代表科尔克在签署ACTA时说:“保护知识产权对于美国在创新和创意产业中的就业至关重要”。^④辉瑞制药有限公司的CEO强调了一个简单的公式:知识产权等于创新,创新等于竞争力,竞争力等于就业岗位。^⑤按照这个简单的逻辑,国际知识产权执法的高标准就意味着美国对外贸易中经济利益的增长和就业机会的保障。

(二) 知识产权弹性条款：发展中国家的发展空间

高标准是TPP追求的目标,同时也是阻碍协议达成的重要原因之一。TPP谈判方包括发达国家与发展中国家,涵盖了各种不同议题,各个经济体的利益诉求不同、利益冲突较大。仅就知识产权而言,知识产权执法高标准保护的是知识产权权利人

① 张建邦.国际投资条约知识产权保护制度的现代转型研究[J].中国法学, 2013, (4).

②⑤ Sell, Susan K. TRIPS was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAS, ACTA, and TPP [J]. Journal of Intellectual Property Law, 2011, (18).

③ Pelicci, Leroy J. Jr. ACTA and the Anti-Counterfeiting Trade Agreement—ACTA Faith, or ACT Futility: An Exposition of Intellectual Property Enforcement in the Age of Shanzhai[J]. Penn State Journal of Law & International Affairs, 2012, (1).

④ Agreement will Protect American Jobs in Innovative and Creative Industries[EB/OL]. 2011, 美国贸易代表办公室. <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/october/partners-sign-groundbreaking-anti-counterfeiting-t>. (2013-01-23).

的利益,而政策弹性给予的是知识产权使用者发展和“喘息”的空间。这正是位于不同经济技术发展阶段的发达国家与发展中国家的根本分歧。发展中国家希望通过例外安排和政策弹性获取技术发展的空间。二者相比较,可以看出权益轻重。发达国家强势争夺的是经济利益,发展中国家力图争取的是发展空间。这也是国内外众多学者抨击知识产权高标准的主要原因所在。

(三) 从知识产权高标准看国际规则制定

不同国家因其资源和议价能力的不同在谈判中的地位是不可能平等的。美国正在通过惯用的胡萝卜(市场准入和可能的未来投资)加大棒(经济制裁)方式,迫使发展中国家签订知识产权保护和执法高标准协议。TPP谈判目前处于开放的状态,然而当最终协议文本制定后,加入国只能选择接受或不接受。这也使得部分意愿原本不强烈的国家试图以加入谈判的方式争取有限的主动权。

知识产权作为规则制定的一个部分,已经成为各种自由贸易协定中必不可少的内容。美国等发达国家在各种自由贸易协定的制定过程中,一再推高知识产权保护和执法标准。发展中国家和最不发达国家可能因为知识产权标准以及其他标准太高不加入谈判,从而享受不到其他方面贸易自由化可能带来的好处;或者,加入谈判,将知识产权作为严防死守的阵地,在其他方面提高标准;或者,加入谈判,迫于胡萝卜加大棒的手段压力,被动提高知识产权标准。无论是哪一种情况,我们都看不到贸易自由化所能带来的社会福利增长与世界贸易的良性发展。这里,与一国经济发展不相吻合的知识产权制度成为了另一种无形的贸易障碍。

四、中国的出路

各国因利益诉求不同,在国际谈判与规则制定中的博弈还将是一个长期存在的现象。我们希望各国能重回WTO轨道进行规则制定,实现共赢的局面。现状是自由贸易协议数量越来越多,在WTO谈判停滞不前的状况下,各种自由贸易协议应运而生。国外很多学者也认为TPP能够促进贸易自由化。^①WTO同样认可自由贸易协议的积极作用,WTO前副总干事Alejandro Jara认为:有进展总比什么都没有强。^②因此,无论TPP最终谈判情况如何,中国都应以更加开放的心态,积极通过各种途径了解TPP的细节和进展,并且了解我国产业的真实需求,建立我国的现实数据基础,构建我国真正适合和需要的国际规则。

仍应强调的是,知识产权制度应在发达国家和发展中国家之间、公共利益和私人权益之间、权利所有人和义务人之间达成平衡。中国作为发展中国家,应坚持知识产权的公共利益目标和平衡价值,力争发展的权利和空间。根据发达国家的历

^① Lewis, Meredith Kolsky. The Trans-Pacific Partnership: New Paradigm or Wolf in Sheep's Clothing[J]. Boston College International and Comparative Law Review, 2011, (34).

^② 源于作者于2013年4月9日对Alejandro Jara先生的访谈。

史经验可知，外在压力只是制度改善的外因，真正能提高中国知识产权保护和执法水平的只能是本国的保护需求。当知识产权保护和执法高标准真正成为中国本国的内生需求时，我国的知识产权法律制度才能达到发达国家所要求的水平。我国知识产权法律制度发展与我国当前的经济发展阶段、企业自主创新能力、企业运用知识产权能力以及知识产权执法水平等均息息相关。因此，我们应着力提高自主创新能力。从长远来看，中国日益增长的创新能力和竞争力将会削弱美国因为知识产权高标准而享有的竞争优势。

A Research on TPP High Standard and International Rulemaking from the Perspective of U.S. Intellectual Property Proposal

XIA Wei

Abstract: This article focuses on the only leaked version of TPP intellectual property chapter. According to the leaked version, the TPP IP standards would be the highest standards, even in comparison with the other high standard intellectual property agreement—ACTA. High standard reflects developed countries' interests. The U.S. influences the international rulemaking by using the method of carrot and stick, making IP another invisible trade barrier.

Key words: TPP; intellectual property; ACTA; high-standard; international rules

(责任编辑：金孝柏)