

# 论知识产权贸易壁垒及其法律形成机制

徐元

(东北财经大学 职业技术学院, 辽宁 大连 116023)

**摘要:**随着知识经济和经济全球化的发展,知识产权正成为国际贸易中一种重要的贸易壁垒,对我国出口贸易的健康发展构成一定的威胁。首先对知识产权贸易壁垒的内涵及其表现形式进行了探讨,在此基础上,对知识产权贸易壁垒的法律形成机制进行了探索性分析,最后得出了几点有益的结论与启示。

**关键词:**贸易壁垒;知识产权;法律形成机制

**DOI:**10.3969/j.issn.1001-7348.2011.20.022

**中图分类号:**D923.4

**文献标识码:**A

**文章编号:**1001-7348(2011)20-0104-05

## 0 引言

随着知识与经济全球化的迅猛发展,知识产权正在成为一种重要的国际贸易壁垒。WTO对知识产权贸易壁垒规制的缺乏,也助长了知识产权贸易壁垒的使用。随着我国资本和技术要素积累的增加,我国的出口正在遭遇越来越多的知识产权贸易壁垒。据我国商务部的统计,从2005年开始,知识产权贸易壁垒对我国的影响已超过反倾销,涉及主要的100类商品,损失已超过2000亿美元。知识产权贸易壁垒的严峻现实要求加强相关研究,本文在分析知识产权贸易壁垒的内涵及其表现形式的基础上,对知识产权贸易壁垒的法律形成机制进行了探索,力求从一定的侧面揭示知识产权贸易壁垒的实质及其影响。

## 1 知识产权贸易壁垒的内涵及表现形式

### 1.1 知识产权贸易壁垒的内涵

虽然我国学者对知识产权贸易壁垒的概念进行了界定,但仍存在一定的不足。知识产权贸易壁垒,就是基于知识产权保护而采取的阻碍国际贸易自由发展的各种措施<sup>[1]</sup>。在什么是知识产权贸易壁垒的问题上,发达国家与发展中国家的认识不同。美国等发达国家的政府和企业认为,发展中国家知识产权保护水平低且知识产权执法存在问题,知识产权无法得到有效的保护,导致知识产权假冒等侵权产品盛行,降低了发达国家通过投资研发而合法取得知识产权的企业产品的国际竞争力,阻碍了含有知识产权的合法产品的出口,造成国际贸易的扭曲和障碍,是一种重要的国际贸易壁

垒。在发展中国家看来,虽然冒牌货等知识产权侵权商品的确能阻碍国际贸易的自由发展,但知识产权的过度保护和知识产权的滥用同样可能给国际贸易造成障碍。知识产权过度保护或者知识产权滥用,使得发展中国家的企业获取知识产权的难度加大,成本上升,甚至难以获取,势必降低依靠模仿创新和廉价劳动力生产的产品的国际竞争力,从而阻碍发展中国家产品的出口,使发展中国家贸易利益遭受损失。发展中国家的学者认为,随着知识经济和全球化的发展,知识产权已经从对创新的保护蜕变成为发达国家企业瓜分市场、构筑贸易壁垒的工具。

知识产权保护成为贸易壁垒的双重机制,在TRIPS协定中也有体现。TRIPS序言的第一句话就是:“期望减少对国际贸易的扭曲和阻碍,并考虑到需要促进对知识产权的有效和充分保护,保证实施知识产权的措施和程序本身不成为合法贸易的障碍”。TRIPS协定的这一规定,是发达国家与发展中国家立场的折中,表明了知识产权保护形成贸易壁垒的两种可能:①知识产权保护不足,可能对国际贸易造成障碍和扭曲,因此“需要促进知识产权的有效和充分保护”,以消除因知识产权保护不足而造成的贸易障碍;②知识产权保护措施和程序本身也可能造成贸易障碍,因此,成员方应当“保证自己实施知识产权的措施和程序时不至于造成合法贸易的障碍”,前半句话代表了发达国家的立场,而后半句话则从发展中国家的利益出发。

客观地讲,虽然知识产权保护不足同样可以构成贸易壁垒,也是贸易壁垒的一种表现,但是,由于我国是发展中国家,目前我国面临的知识产权的贸易壁垒主要还是来自于发达国家及其企业因知识产权过度保

收稿日期:2011-03-14

作者简介:徐元(1972—),男,河南封丘人,博士,东北财经大学职业技术学院副教授,研究方向为技术贸易与知识产权保护。

护或者知识产权滥用所造成的贸易障碍。因此,本文主要研究因发达国家知识产权过度保护和知识产权滥用所形成的贸易壁垒的表现形式及其法律形成机制。

## 1.2 知识产权贸易壁垒的典型表现

从发展中国家的立场出发,知识产权贸易壁垒的典型表现形式主要有:

### 1.2.1 知识产权与技术标准相结合形成的贸易壁垒

随着世界经济向区域化、全球化方向的发展以及现代科学技术在生产、贸易中作用的日益凸现,知识产权与技术标准相结合已经成为一种不可阻挡的趋势,其重要表现就是技术标准中采用越来越多的专利技术。知识产权与技术标准相结合,在国际贸易中产生了标准型知识产权贸易壁垒(见图 1)。这种贸易壁垒相对于普通的技术标准壁垒(不含知识产权的技术标准壁垒)而言,具有更强的防御功能和更大的杀伤力。知识产权与技术标准结合之后,发展中国家技术标准的使用者达到技术标准的难度加大,成本提高,在知识产权人拒绝许可的情况下,甚至会因难以达到相应的技术标准而不得不退出市场。另一方面,知识产权与技术标准的结合,也使得知识产权的效力范围(包括地域范围和时间范围)得以扩展,增强了知识产权的垄断性,加大了知识产权使用人取得知识产权许可的成本,降低了其产品的竞争力。总之,知识产权与技术标准的结合,使得国际贸易中的知识产权和技术性贸易措施这两种重要的贸易壁垒的效应得以耦合,其杀伤力倍增,对发展中国家的企业甚至产业构成极大威胁,成为国际贸易壁垒的一项重要表现形式。21 世纪初我国 DVD 行业遭到国外专利技术联盟的封杀,就是这种贸易壁垒的典型例证。

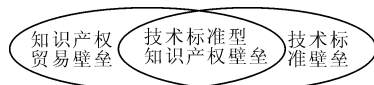


图 1 技术标准型知识产权贸易壁垒

### 1.2.2 知识产权的边境保护措施

在国际贸易中的知识产权保护方面,知识产权的边境保护发挥着重要作用。知识产权的边境保护是指边境执法机关依据国家法律法规的授权,在一国的边境采取措施制止侵犯知识产权的货物进出境。知识产权边境保护制度的本来目的是保护知识产权人的利益,维护正常的国际贸易秩序,但是,在激烈的国际市场竞争中,知识产权人为了追求自身的经济利益,常常利用知识产权边境保护制度打击竞争对手,阻碍合法商品的正常进口。各国的知识产权保护执法机构为了维护本国企业或个人的利益,也可能滥用法律赋予的执法权利,阻碍非侵权商品的进出口,构成合法贸易的障碍。此外,知识产权边境保护制度本身也可能存在有利于知识产权人而不利于竞争者的规定,造成合法贸易的障碍。这些因素的存在,使知识产权边境保护

制度在维护正常贸易秩序的同时,也可能成为阻碍正常贸易发展的贸易壁垒。

### 1.2.3 知识产权滥用

所谓知识产权滥用,是指知识产权持有人或者其它相关利害主体不正当使用法律赋予的相关权利限制或者扰乱竞争,损害其他经营者或者社会公共利益的行为。知识产权是法律赋予知识产权人在一定期限和范围内的独占权,本质上是一种垄断性权利。法律之所以要赋予权利人这种垄断性权利,是为了鼓励其发明创造并使其在发明创造方面的投资得到补偿。但是,任何权利都有被滥用的危险,垄断性权利更是如此。在实践中,知识产权人为了谋取自身的最大利益,不但使知识产权的作用发挥到极致,而且滥用知识产权,打击竞争对手,抢占市场份额,进行不正当竞争,以至对正常的国际贸易活动造成障碍,构成了知识产权贸易壁垒。

## 2 知识产权贸易壁垒的法律形成机制

与其它类型的贸易壁垒不同,在知识产权贸易壁垒的设置中,企业居于主导地位。世界上大多数的知识产权都为发达国家的跨国公司所拥有,在知识产权贸易壁垒形成中,发达国家的跨国公司发挥着重要的作用。一方面,发达国家的跨国公司利用本国或者其它国家的知识产权制度,在知识产权的获取、运用和诉讼中,或者利用合理的知识产权策略,或者滥用知识产权,给竞争对手设置各种各样的知识产权障碍,阻止竞争对手进入国际市场,形成直接的知识产权贸易壁垒;另一方面,发达国家的跨国公司组成知识产权方面的利益集团,通过影响本国、其它国家,甚至知识产权保护的国际制度,来提高知识产权的保护水平,形成制度层面的贸易壁垒。

### 2.1 直接知识产权贸易壁垒的法律形成机制

在国际贸易中,跨国公司主要通过知识产权申请、知识产权运用、知识产权救济等多种方式构筑知识产权贸易壁垒(见图 2),阻碍发展中国家产品的出口<sup>[2]</sup>。

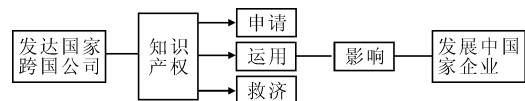


图 2 直接知识产权贸易壁垒的法律形成机制

#### 2.1.1 通过知识产权申请构筑贸易壁垒

要构筑知识产权贸易壁垒,取得某项知识产权是前提。跨国公司往往具有极强的知识产权意识,为了在国际市场上取得优势,不但在本国申请知识产权,而且在其它国家申请知识产权,进行新形势下的知识产权“圈地运动”,这在客观上导致全球专利授权激增,形成所谓的“专利灌丛”现象(全球专利申请量见图 3)。截至 2007 年,世界范围内有效专利的总数预计约 630 万(其中美国 180 万、日本 120 万)。专利数量的增加,

专利权相互重叠,错综复杂的专利之间的依赖关系,大大增加了专利实施的成本,形成了知识产权贸易壁垒。

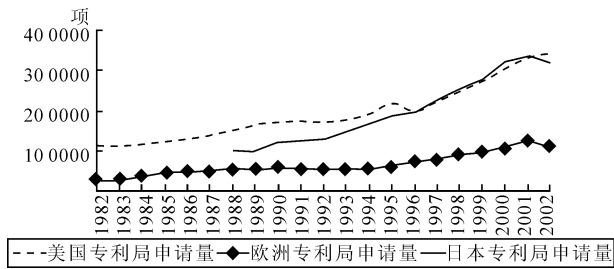


图3 全球专利申请量趋势

除了正当的知识产权申请之外,跨国公司还利用现行知识产权制度方面的缺陷,滥用知识产权申请制度,不正当地申请知识产权,构筑贸易壁垒。现行的知识产权制度的一个重要缺陷是对传统知识保护的欠缺。现行的知识产权制度保护的对象主要是新知识、新技术、新产品,从经典的知识产权保护角度看,传统知识已经处于公有领域,属于人人都可自由使用的对象,是不受保护的。有的企业或者个人就利用知识产权制度的这一缺陷,对其它国家的传统知识直接或在改造的基础上申请专利,变相侵占其它国家的知识成果,成为其它国家传统知识产品出口的障碍。另一个滥用知识产权申请权的例子是商标的恶意抢注。通过商标抢注,一些个人和公司或索要巨额商标转让费,或进行商标倒卖,或以反告原商标持有者却未注册者“侵权”之名起诉,以讹取赔偿。抢注商标还可以阻碍被抢注企业的产品进入某个市场。因为根据商标保护地域性的规定,商标一旦抢注成功,被抢注商标的企业就不得在该市场进行销售。近年来,随着越来越多的中国产品走向国际市场,国外商家通过抢注中国企业商标专利,人为制造知识产权贸易壁垒,进而遏制我国产品进入该国市场的情况屡见不鲜。据我国商务部消息,国内有15%的知名商标在国外被抢注,每年商标国外抢注案件超过100起,造成无形资产的损失达到10亿元人民币。欧美国家通过商标抢注制造知识产权纠纷,已经开始成为某些跨国公司设置的一种新形式的贸易壁垒。

### 2.1.2 通过知识产权运用构筑贸易壁垒

跨国公司不仅积极申请大量的知识产权,而且对取得的知识产权有很强的运用能力。跨国公司对知识产权的运用方式主要有:①通过知识产权许可,不但直接取得知识产权的许可费用,增加收益,并且增加竞争对手的生产成本,形成贸易壁垒,一举两得;②跨国公司利用自己的知识产权,与其它企业相互许可,组成专利联盟,一致对外,共同阻止其它竞争对手进入市场;③跨国公司积极参与标准的制定,并通过影响标准化组织,努力使自己的专利技术被标准化组织采纳,实现知识产权与技术标准的结合,形成技术标准型知识产权贸易壁垒;④在一些关键技术领域,跨国公司在—国

申请专利权之后,常常将专利移至所在国之外的国家或地区进行产业化,或者使“专利内部化”,在本公司内部使用。此外,跨国公司在知识产权运用中还经常滥用自己的知识产权,如知识产权人在知识产权许可中的拒绝许可、搭售、价格歧视、掠夺性定价等。2009年7月,韩国公平贸易委员会(KFTC)以拥有韩国CDMA标准核心专利的美国高通公司违反《韩国竞争法》为由,向其开出史无前例的2600亿韩元(约合2.087亿美元)罚单,原因就是KFTC认为高通公司以经常性打折和给予回扣方式,在韩国CDMA市场保持98%的市场支配地位。高通公司要求购买其竞争对手芯片的企业支付更高的专利使用费,而对大量购买高通产品的企业给予回扣和优惠,甚至在CDMA标准的排他许可权丧失后,高通仍与韩国芯片生产商达成交易以获取许可费。

### 2.1.3 通过知识产权救济构筑贸易壁垒

知识产权救济本来是为知识产权人的权利提供正当保护的措施,但是,在许多时候却被知识产权人滥用,成为知识产权人构筑贸易壁垒、遏制竞争对手的工具。知识产权救济中的权利滥用主要表现为知识产权诉讼滥用、知识产权海关保护中的权利滥用、展会中的知识产权滥用、滥发警告函等。向竞争对手发起侵权诉讼已成为知识产权作为市场竞争工具的最直接、最明显的体现。诉讼不仅可以在最终获胜的情况下维护自己的权利,获取赔偿,而且可以通过分散精力、耗费财力、损害商业信誉等使竞争对手变得被动,甚至将其拖垮。当然,这要以事先较长时期的专利布局为前提。自20世纪80年代以来,美国的一些跨国公司越来越多地将专利诉讼作为公司的一种经营策略和竞争工具,以最大限度地打击竞争对手,保护自己的优势地位。

## 2.2 间接知识产权贸易壁垒的法律形成机制

跨国公司除了利用自身的技术优势,在知识产权的申请、运用和救济中构筑贸易壁垒,阻止发展中国家的出口,形成直接知识产权贸易壁垒之外,还通过各种途径影响本国、其它国家甚至世界知识产权的制度,提高知识产权保护水平,从而形成了间接的知识产权贸易壁垒。跨国公司对知识产权制度的影响主要通过如下一些途径:①对本国政府进行政治捐献或者游说,促使政府修改本国法律,提高知识产权保护水平;②通过本国政府在国际谈判中向其它国家(主要是发展中国家)施加压力,要求其它国家修改法律,提高知识产权保护水平,保护这些跨国公司的知识产权;③通过本国政府影响国际知识产权规则的制定;④通过本国政府影响国际知识产权规则的制定,进而影响其它国家的法律;⑤直接对其它国家的政府施加压力,要求其它国家修改法律,提高知识产权保护水平,保护自己的知识产权(见图4)。

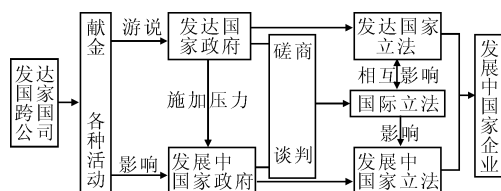


图 4 间接知识产权贸易壁垒的法律形成机制

### 2.2.1 跨国公司影响本国知识产权制度

发达国家利益集团往往通过政治献金和游说的方式对本国的立法部门和政府机关产生影响,要求本国政府加强知识产权保护,它们善于将自己的集团利益说成是国家利益。例如,美国的知识产权委员会成员企业及其行业协会曾发动一场广泛的游说运动,它们敦促国会和连续几届政府(里根、布什和克林顿)认识到“美国的货物贸易和服务贸易依赖于世界范围内的知识产权保护,这一点是至关重要的,它将有助于形成必要的法律手段促使我们的贸易谈判者说服外国政府对美国产品的普通的以及隐蔽的盗版和假冒行为采取行动”。它们将其思想包装成解决问题的方法——支持其强劲的出口行业就能够帮助美国从已有的经济衰落中走出来。它们成功地推动了美国贸易法的变化,这就如其所愿地将贸易与知识产权间的联系制度化。通过在 1979 年、1984 年、1988 年修订贸易法案,国会逐步对知识产权游说作出反应,增强了知识产权保护与贸易间的联系<sup>[3]</sup>。正如知识产权委员会顾问雅克·戈林所评论的,“如果美国政府和私人部门没有紧密合作,那么将知识产权转化为一个贸易问题以及用贸易的方法改善知识产权保护的情况将不会出现”。

### 2.2.2 跨国公司影响其它国家的知识产权制度

跨国公司不但通过政治献金和游说等活动影响本国的知识产权制度,还对其它国家的政府施加影响,要求其它国家加强知识产权保护。跨国公司对其它国家知识产权制度施加影响主要通过以下 3 种途径:

(1)通过本国政府对外国政府施加压力。例如,1982 年,在知识产权构成公司资产重要部分的许多美国公司的利益相关者的要求下,美国与匈牙利、韩国、墨西哥、新加坡等就其专利、商标以及版权法进行了一系列的双边谈判,匈牙利、新加坡等表示愿意建立更有力的保护。又如,20 世纪 70 年代末期,农业化学产品制造商、孟山都农业公司、FMC 公司和史托佛公司,通过美国政府参加匈牙利政府的双边谈判,要求终止农业化学品的盗版并加强匈牙利知识产权法。再如,历次中美知识产权纷争无一不是私人部门背后推动的结果,美国私人部门经常自行收集中国在知识产权保护方面存在的问题以及给美国造成损失的各种“证据”,并据此向美国贸易代表提出报告或建议,要求将中国列入特别 301 条款名单,或者在 WTO 对中国提起诉讼。而私人部门提供的信息也多半会被美国贸易代表采纳,其要求也大多能得到满足<sup>[4]</sup>。

(2)通过影响知识产权的国际制度间接对其它国家的知识产权制度产生影响。由于主权国家是否加入某一国际条约拥有自主选择的权利,所以各国可以根据自己的经济状况和利益衡量,来考虑是否加入某一国际条约。但一旦加入某一国际条约,根据有约必守原则,一个国家的国内立法就必须与国际条约的规定一致。TRIPS 协定是以发达国家知识产权法律为基础的一个协定,主要反映了发达国家跨国集团的利益,发展中国家由于经济技术发展水平比较落后,知识产权制度与 TRIPS 协定差异较大。发展中国家必须对本国的知识产权制度作出较大调整,才能适应 TRIPS 的要求。比如,在专利方面,为了符合 TRIPS 协定的要求,不少发展中国家将不得不扩展对医药、化学产品的保护,而这些以往并没有列入国际保护的范畴<sup>[5]</sup>。

(3)跨国公司直接向外国政府施加影响,要求加强知识产权保护。直到 1991 年,像许多发展中国家一样,智利拒绝给予药品以专利权保护。其拒绝的目的是将公众健康因素置于私人财产权利因素之上,从而保证大众对必需药品的购买力。20 世纪 80 年代后期,智利面对美国药物生产商日益增大的压力而修改其法律,从而将专利权的保护扩大到药品。美国药物生产商试图通过法律给予药品 25 年的垄断价格保护期,这可能致使普通智利人无法承担必需药品的费用。1990 年智利政府提出了一个修订过的专利法,但美国药物生产商认为保护的力度不够而予以否决。最后,智利政府通过了一部法律,给予药品专利 15 年的保护期,美国药物生产商这才表示满意<sup>[6]</sup>。私人部门除了通过向发展中国家施加压力的方式影响发展中国家的知识产权立法和执法以外,还采取其它方式。私人部门扮演“知识产权传教士”的角色,采取“合作”的姿态,通过资助学术研究、提供咨询和人员培训,以及举办大量的媒体座谈会等公关活动方式,操纵媒体,影响舆论,向“传教对象”灌输并进而促使其主动宣传西方的知识产权观念,或至少避免其发表不利于西方知识产权改革的言论或研究成果。商业软件联盟总裁罗伯特·W. 霍利曼 2002 年访华时曾承认,该联盟在中国的活动,除协助软件知识产权立法外,还坚持不懈地进行宣传活动。显然,其对立法的“协助”无非是使中国的法律尽可能地符合以国际标准为表现形式的西方国家标准;其宣传的也只能是西方国家的知识产权观念。中国在知识产权立法和观念上与西方国家的不断“接轨”,与私人部门的“传教”和公关宣传不无关系<sup>[4]</sup>。

### 2.2.3 跨国公司影响知识产权国际保护制度

为了增加知识产权保护的全球合法性、权威性、稳定性,跨国公司还要求本国的政府在国际贸易和国际知识产权保护的谈判中,将本国知识产权的高水平保护转化为国际立法(地区性或者国际性),从而对知识产权的国际立法产生影响,TRIPS 协定的签订就是很好的说明。

从表面上看,TRIPS 是各国通过谈判达成的知识产权协议,但实际上却是 12 位有影响力的跨国公司的首席执行官游说的结果。他们充分运用跨国公司的私人影响力,利用体制和制度的作用,完全将私权上升为公法,最后通过国际法来保护和影响他们的市场。“12 个公司为世界制定了公法”,“TRIPS 协议的主要内容美国的跨国公司拟定,谈判过程主要由跨国公司(通过其政府)控制,这早已不是什么秘密”。当代私人部门,主要是跨国公司或其行业协会,在推行法律文化帝国主义的过程中,并不像早期的传教士那样仅仅扮演配合的角色,而是已成为主要推动者。

### 3 结论与启示

通过前面的分析,可以得出如下结论和启示:

(1)随着知识经济和经济全球化的发展,国际贸易知识化的趋势日益明显,在这种背景下,知识产权贸易壁垒必将成为阻碍国际贸易发展的重要障碍,发展中国家必须正视这一现实,并且应当加强对知识产权贸易壁垒这一现象的深入研究。

(2)由于世界上大多数的知识产权被发达国家的跨国公司所占有,因此,知识产权贸易壁垒的形成主要是发达国家跨国公司造成的。发达国家的跨国公司主要通过两种途径构筑知识产权贸易壁垒:一是利用自身在知识产权数量和质量方面的优势,通过知识产权的申请、许可和救济等途径设置直接的贸易壁垒;二是

通过影响知识产权制度,提高知识产权的保护水平,形成间接的知识产权贸易壁垒。

(3)应对发达国家跨国公司的知识产权贸易壁垒,应当从两个层面来进行:①从企业自身来讲,发展中国家应对贸易壁垒的策略是增强自主创新能力,拥有更多的自主知识产权,提高自身的知识产权保护意识,积极应诉;②从制度层面来讲,制定和完善规制知识产权滥用方面的法律法规,积极参与修改完善知识产权保护的国际制度,使发展中国家与发达国家的利益得到平衡,维护发展中国家的利益,也充分利用 WTO 的国际贸易平台,在 WTO 的谈判中维护自身的经济利益。

#### 参考文献:

- [1] 徐元. 知识产权壁垒问题研究综述[J]. 工业技术经济, 2010(10):16-19.
- [2] 王先林. 从个体权利、竞争工具到国家战略——关于知识产权的三维视角[J]. 上海交通大学学报:哲学社会科学版, 2008(4):13-17.
- [3] 苏珊·K·塞尔. 私权、公法——知识产权的全球化[M]. 董刚,周超,译. 北京:中国人民大学出版社,2008.
- [4] 魏森. 法律文化帝国主义研究——以中国知识产权立法为中心法[J]. 法商研究, 2009(3):25-29.
- [5] 吴昌南. 知识披露策略:专利竞赛中的厂商策略性行为[J]. 科技进步与对策, 2011(10):103-107.

(责任编辑:万贤贤)

## On the Intellectual Property Trade Barriers and its Legal Formation Mechanism

Xu Yuan

(Vocational and Technical College, Dongbei University of Finance and Economics, Dalian 116023, China)

**Abstract:** With the development of economic globalization and knowledge economy, intellectual property is becoming an important trade barrier in international trade, which forms a certain threat on the healthy development of China's export trade. This article firstly discusses on the connotation and types of the barrier. On this basis, an exploratory analysis is made on the mechanism of its formation and the paper finally puts forward some conclusion and enlightenment.

**Key Words:** Trade Barriers; Intellectual Property; Legal Formation Mechanism