

[DOI]:10.19685/j.cnki.cn11-2922/n.2018.06.001

# 中国自贸区知识产权保护研究

马治国,田小楚,张楠

(西安交通大学法学院知识产权研究中心,西安 710049)

**摘要:**随着经济全球化浪潮的推进,自由贸易的迅猛发展对国家间的贸易竞争提出了新的要求,也成为中国自贸区知识产权亟需解决的重大课题。自2013年中国(上海)自贸区成立以来,我国自贸区的建设工作便进入了发展“快车道”,但涉及到知识产权的问题也日益凸显。为此,本文按照“反观——检视——臆测”三维逻辑审视我国自贸区知识产权事业发展的本土实际,在比较总结了国内自贸区成功范型的基础上,对自贸区涉及侵犯知识产权的平行进口、临时过境、贴牌加工等问题进行深度剖析,从知识产权司法保护、执法保障及海外维权等角度,为建设独具中国特色自贸区知识产权法律制度提供参考。

**关键词:**自贸区;知识产权;平行进口;贴牌加工

**中图分类号:** D913.99

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1003-9945(2018)06-0001-08

为了顺应全球经济贸易一体化趋势,设立自由贸易试验区(Free Trade Zone, FTZ,以下简称自贸区)成为我国全面深化改革、构建开放型经济新体的一举重棋。自2013年9月我国设立中国(上海)自贸区发轫之初,我国自贸区的贸易自由化程度成就斐然。截止到目前,我国在上海、广东、河南、陕西、海南等地设立了12个自贸区,形成以“1+3+7+1”自贸区为骨架、东中西协调、陆海统筹的区域开放新格局。国务院印发的《关于加快实施自由贸易区战略的若干意见》中明确指出,要加强自贸区知识产权保护,加大知识产权保护 and 执法力度,推动各方完善知识产权保护制度,提升我国企业在知识产权保护领域的适应和应对能力,最终实现“一带一路”倡议发展下的全球经济共赢的长远目标<sup>[1]</sup>。

## 一、反观解构:自贸区知识产权保护述略

### (一)自贸区的基本内涵与主要表征

#### 1.基本内涵

目前,学界关于自由贸易区的概念有广义与狭义两类之分:广义的自由贸易区(Free Trade Area, FTA)是指两个或两个以上关税领土所组成的一个对这些组成领土的产品的贸易,已实质上取消关税或其他贸易限制的集团。FTA的核心要义在于涉及多国合作、谈判,签订多边贸易协议,如北美自由贸易区等。狭义的自由贸易区(Free Trade Zone, FTZ)是指国家或地区在对外经济贸易活动中对货物监管、外汇管理、企业设立等活动实施特殊政策的一个特定区域。在国家领土上设立的FTZ,是由东道国划定并对其他所有国家的企业实行普遍自由贸易政策的区域,如中国上海自由贸易区等。本文所涉及自贸区均指狭义“FTZ”,实际上是指实施特殊政策进行管理的关税隔离区域。

#### 2.主要表征

自贸区经济发展趋势从抽象规范落实为具体规则,其有赖于自贸区功能定位的共性表征作为各个国家及地区自贸区设立与发展的嵌入依据,与前述概念本身一同构成自贸区知识产权保护的理论框架,具体

**作者简介:**马治国(1959-),男,陕西绥德人,西安交通大学法学院知识产权研究院院长,教授,博士生导师,研究方向:知识产权法、科技法;

田小楚(1989-),女,宁夏银川人,博士研究生,研究方向:知识产权法、科技法;

张楠(1990-),女,陕西宝鸡人,博士研究生,研究方向:知识产权法、科技法。

包括了国家行为、境内关外、功能突出、开放管理的四大主要表征。

#### (1) 国家行为

自贸区的设立是主权国家在本国境内采取由政府投资行为,自贸区所在地政府立足于当地现实与供需关系,通过区块化增长扩大当地自由贸易发展规模,从而实现本国(地区)经济发展、吸引外资、刺激供需以及创造就业等国家发展目标。

#### (2) 境内关外

自贸区的设立是主权国家在本国境内、关境之外特许进出货免关税和免配额许可证的贸易自由区。通过简化行政审批手续、降低交易汇率、打破贸易壁垒等手段促进自贸区经济发展。通常情况下,自由贸易区内实行“一线放开,二线管住,区内不干预”的海关监管原则,从而有效发挥自由贸易区灵活变通的功能作用。

#### (3) 功能突出

自贸区具有复合型功能,在经济、社会、科技等方面都发挥着重要作用,具体体现在:有利于扩大出口贸易和转口贸易,建立跨国企业与本地企业之间的良好合作关系,提升本国(地区)在国际贸易中的地位;有利于提升劳动者专业化分工能力,增强专业化技能与知识,扩大劳动就业机会;有利于引进在国际上处于先进水平的技术,学习与掌握优秀的管理经验。

#### (4) 开放管理

政府部门对自贸区实施开放性管理,从区内主体的实际需要出发,在具体开展工作过程中坚持灵活变通、高效弹性的指导思想。政府各部门为区内主体出台当地经济体制、税收制度、监管管理无法享受的特殊优惠政策;从管理业务本身出发,打破机构之间障碍,协调沟通联合执法;为区内主体提供高于全国平均水平质量的基础设施和服务,如办公场所、公共服务、信息平台等。

### (二) 自贸区知识产权保护现状梳理

早在我国设立自由贸易区之前,已具备自贸区一定程度共性与特性的多样化海关监管特殊区域便已初具规模,如保税区、出口加工区等,为自贸区建设工作积累了成功经验。经过数年发展,我国已基本建成较为成熟的自由贸易区知识产权法律保护体系,如《海关法》《知识产权海关保护条例》、部门规章公告、各自自贸区地方性法规与地方政府规章等。目前,我国

虽在自贸区知识产权工作方面取得一定成果,但区内如何更好地应对知识产权保护问题仍面临巨大挑战,具体为如下四方面:

#### 1. 平行进口中的侵权问题

平行进口是指在国际贸易中,未经国内知识产权权利人授权,进口由权利人或经权利人同意投放市场的产品,或进口与权利人的权利具有同源性的知识产权产品的行为或现象<sup>[2]</sup>。倘若发生平行进口行为,相关知识产权权利人的利益必然遭到侵害。目前,世界各国与地区基于当地实际状况与经济利益考量对此问题的态度和解决方案各有不同。而我国亦无针对平行进口行为的特别规定,仅在《商标法》第57条中简单表述,使得消费者与相关权利人遇到此类问题时权利与利益无法得到有效保证。

#### 2. 贴牌加工贸易中的侵权问题

贴牌加工是指加工方按照合同约定,为定做方加工使用特定商标或品牌的商品,并将此商品交付给定做方,后者依照合同支付加工费的经营模式<sup>[3]</sup>。目前,随着自贸区的发展,大量贴牌加工企业入驻国内,且频频发生商标纠纷影响商品出口的问题。此外,贴牌加工商标侵权纠纷需经过海关行政程序与司法程序处理,处理耗时较长,以上海自贸区为例,2014年至2015年,从纠纷发生至司法判定,平均耗时282天<sup>[4]</sup>;并且,在纠纷处理过程中货物被查扣,企业还需承担仓储费用和因无法按时完成合同交付而产生的违约赔偿,这势必增加企业经营成本,影响长期合作伙伴关系的持续与维护,造成较大经济损失。

#### 3. 临时过境行为问题

世界各国的自贸区内存在大量非法制造、仓储和运输侵犯知识产权货物的现象。《上海自由贸易试验区总体方案》规定“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”,方案指出“境外货物进出区内实行备案制管理”。因此,从境外进入自贸区的货物只是入境货物,并不是进口货物,而区内海关部门对其展开知识产权方面的执法工作有相当大的法律障碍。当此规定被不法分子利用,例如发生将假冒商标货物带入区内但不申报进口或者在区内实施假冒产品生产、销售的行为时,将使假冒产品生产者有机可趁,监管部门难以取证和监管。

#### 4. 知识产权海外维权问题

目前国内很多企业未真正认识到知识产权对企业发展的重要性,在管理和保护方面未形成体系化保护机制。一方面,企业在进行产品出口与展览时,竞争对手常常立足当地法律,使用知识产权这一武器,阻止我国企业的进入与展示。另一方面,中国企业对外投资或并购时,未充分关注到知识产权因素,忽略对无形资产的系统评估,造成经济损失。最终造成自贸区内企业自身应对能力不足、知识产权保护意识薄弱、国际市场规制运用迂阔等问题。

## 二、检视与追问:国内自贸区范型经验

### (一)广东自贸区——知识产权审判庭

广东自由贸易试验区广州南沙新区片区设立南沙片区人民法院,重点建设“两庭一中心”,即商事审判庭、知识产权审判庭和自贸区商事调解中心。南沙自贸区法院在建设知识产权审判庭过程中,提高知识产权诉讼服务质量与效率,提供中英双语和繁简双语诉讼指引,送达涉港澳案件的繁简体中文法律文书,推广“E法院”自助服务终端;完善知识产权纠纷多元化解机制,建立商事特邀调解制度,立足本区域特点与发展需要,选任港澳籍调解员,设立线上商事调解中心和远程调解系统。

### (二)福建自贸区——知识产权执法协作互助中心

福建厦门自贸片区设立知识产权执法协作互助中心,致力于打通监管、执法与司法全链条,重点关注企业知识产权维权援助、区内与区外相关部门的执法协作、知识产权行政执法与刑事司法衔接等工作,充分发挥厦门自贸片区的地缘优势,开展跨地区与领域的知识产权保护工作。推动知识产权管理部门之间的合作互助,运用“互联网+”完善预警防范功能的信息平台工作,实现多元化、协同化知识产权保护,使自贸区内知识产权执法工作体系化、制度化,提升知识产

权领域的执法和综合监管能力。

### (三)上海自贸区——知识产权综合保险

上海自贸区在整合知识产权管理职能的基础上,积极探索知识产权综合保险联动推进机制,推出涵盖专利、商标、版权、商业秘密、不正当竞争等复合险种——知识产权综合保险项目,初步形成了保企对接平台。知识产权综合保险采取直赔方式,保单由美国机构评估风险、英国机构再担保,实现实时保障。具体而言,企业在投保签单时往往会选择一家法律代表单位,涉诉期间则由该法律代表直接向保险公司索赔。上海自贸区推出的知识产权综合保险优势明显,与其他类别的保险相较而言,额度较高、范围较广且保单全球有效,从而提升参保企业的知识产权海外维权能力,为其不断拓展海外市场保驾护航。

目前,我国自贸区在知识产权司法保护、执法保障及海外维权等方面已取得了一定成果,中国自贸区建设更应立足本地区实际情况,努力吸收与借鉴优秀经验,以切实增强区内知识产权保护能力。

## 三、臆测理路:自贸区知识产权保护之对策探讨

### (一)平行进口与知识产权法律规制之关系厘定

#### 1. 关于平行进口商标权的法律规制

随着对外贸易的发展与贸易摩擦的加剧,自贸区知识产权中的平行进口问题出现异轨现象,商标侵权尤为典型。平行进口交易中的商品异非假冒伪劣产品,未可造成消费者认知的混淆与错判,部分学者便主张应当允许商标的平行进口<sup>①</sup>。但从法理分析,对商标权的平行进口有必要加以限制。可从“实质性差异例外”和“独占许可人例外”之法意加以区分与破拆。判断“实质性差异例外”<sup>①</sup>最重要的考量标准是描述主观体验的殊异,即从不同的角度甄别“实质性差异”和“造成消费者混淆”从内质到外表的不同。在平行进口交易下国内商标权人,有权对容易使消费者造成商标

<sup>①</sup> 实质性差异例外是指如果平行进口的商品与国内权利人销售的相同商标产品在某些方面存在一定的差异且这种差异达到一定程度时,商标权利人的权利将受到损害,而法律应当对该种行为予以限制。

混淆的商品禁止平行进口,且有权要求侵权人承担因此造成的商业损失。而“实质上带给消费者不同的产品体验”是由主观差异化感受所作出的不同定论,假想产品在颜色、气味和成分等物理性质和化学性质有所不同,抑或商品根据当地市场的消费环境和需求偏好有所改变,也应当判断为“有实质性差异”<sup>⑥</sup>。

判断“独占许可人例外”与“实质性差异”不同的标准在于,独占许可人是否在平行进口首次获益决定了国内权利人禁止平行进口的事由是否成立。目的在于消除市场非公平公正的法外行为,确保权利人利益与信誉不受损毁。而从反不正当竞争法的角度试析,在平行进口销售中,国外经销商利用商标权人的商业信誉进行促销、宣传及售后服务,消费者对以上信息享有知情权,且享有等同的预期收益与售后服务<sup>⑦</sup>。

因此,理论上平行进口有其存在的合理性,可降低商品运营成本,加大经销者利益空间,当存在以下两种情况时则有可能构成商标侵权,即:一是平行进口的商品与国内权利人的商品从物理、化学性质上存在实质性差异;二是国内权利人为独占许可人,且未从首次销售中获取利益。

## 2.关于平行进口著作权的法律规制

对于平行进口著作权问题,有学者表示,允许版权平行进口将显著防止海外产品的市场垄断,从根本上促使消费者从中受益。但事实证明,大量同类廉价产品的平行进口并未缓解市场竞争压力,反而给版权人造成利益损害。也有学者反驳,对于权利人关联企业投放的或自己投放的版权产品,我国应当允许该类版权作品的平行进口;而对于同出一源类的或许可类的版权产品,我国则应明确禁止该类版权产品的平行进口<sup>⑧</sup>。

我国自贸区试点在平行进口的版权问题上,应结合本土原初状态区别对待。对于图书类的作品,应当允许平行进口,原因在于此类商品成本低廉、知识传

递的附加值大,对我国消费市场的冲击力较小。格外引人关注的音乐类版权作品,在2002年之前,我国的音像市场左支右拙。主要原因在于进口音像制品的版权人将同一音像制品以不同的载体形式授予不同的国内受让人,无形中将该行为升格为音像制品的平行进口。但随着我国海关总署、文化部等部门的整饬吏治,音像制品行业的平行进口现象日渐回归正轨。基于以上分析,音像制品的平行进口暂不适宜完全开放,以免造成权利人利益受损与市场紊乱。而关于计算机软件的平行进口法律调整规范,我国法律还需正本清源与直面当下现实,为创新发展下的技术创新提供强效的法律支撑。因此建议,通过区分投放类和许可类两类产品,决定是否允许计算机软件平行进口。对于投放类的计算机软件,我国自贸区视投放人和关联人不同情况允许其平行进口。而对于许可类产品,处理情况更为单一,建议禁止其平行进口,以维护国内权利人未穷竭的权利<sup>⑨</sup>。

## (二)临时过境与知识产权立法之逻辑澄清

国际市场放松对自贸区转运货物监管已成为全球发展趋势,中美贸易战的上演更突显了国际贸易的严峻形势,这也对我国现行《知识产权海关保护条例》《海关法》等相关法律对自贸区边境执法提出更高要求,特别更加明确授权方式与执法标准作为执法依据。为了提升我国自贸区转运贸易的执法水平与贸易环境,实现全球经济共赢发展与经济体互利经贸往来,可借鉴《京都公约》、欧盟的《海关知识产权保护条例》(即第608/2013号条例)<sup>⑩</sup>、美国《对外贸易区法》<sup>⑪</sup>等国外先进立法经验,对我国《知识产权海关保护条例》《海关法》中有关自贸区知识产权临时过境问题等进行进一步修缮。

首先,对于自贸区这类海关特殊监管区的执法权限、程序规范、权利义务等问题,需由《海关法》予以明

<sup>⑥</sup> 根据欧盟最新《海关知识产权保护条例》,即2013年6月欧盟颁布《第608/2013号条例》,该条例第一章“适用范围”第1条第1款(b)项规定,通过援引欧盟《第2913/1992号条例》第84条第(1)(a)项“中止程序”(suspensive procedure)的规定,将边境执法的程序拓展适用于“外部转运”货物。所以欧盟最新的《海关知识产权保护条例》适用于外部转运货物,并且该条例第2条第7款也明确指出对于侵权货物应该适用转运国法律进行认定。

<sup>⑦</sup> 美国自1934年5月通过《对外贸易区法》之后便开始在美国进口口岸或毗邻地区设立对外贸易区,至2012年为止美国批准及有效的对外贸易区已达174个。

确。换言之,海关对自贸区内的“境内关外”(The customs territory)<sup>④</sup>所提供的便利或免除通关手续的做法,有权对其设置转运货物进行边境执法之权限;其次,从法律层级的规制方面,我国《海关法》作为涉及自贸区临时过境行为的上位法之一,其中第71、72条<sup>⑤</sup>对进出口货物及转运货物均设有知识产权边境执法权等多维、多重权利归属,而《知识产权海关保护条例》却仅对进出口货物这一项赋予知识产权边境执法权,权限范围设置过于狭窄。鉴于此,我国《知识产权海关保护条例》第2条规定应当增设对转运货物的边境执法权,以此完善位阶层级下法律体系的统一性与完整性;最后,针对转运货物的知识产权临时过境问题,我国《知识产权海关保护条例》在执法程序与标准规则方面应竭尽详尽、概览无余,无论进出口货物边境执法的主体、范围、备案、处罚,亦或执法程序、准则、法律责任等都需细化与明确。同时可借鉴欧美国家对转运货物执法的经验,对进出口贸易中海关职权与举证责任分配进行概括性列举<sup>⑥</sup>,从而在不变动进出境货物中有关进出货物的规定下,对转运货物单独立法,形成符合国际贸易形势下的多元化知识产权保护模式。

### (三)贴牌加工与知识产权衡之实现基点

#### 1. 严格审查境外委托方的商标权利状况

商标权利状况对贴牌加工贸易的顺利实施起到至关重要的影响作用,尤其在中国企业对外签订合同前需明确商标权的权利归属。首先,中国企业要严格审查委托方对其要求使用的商标的合法性,明确商标授权使用过程中双方所需承担的法律责任与义务。例如,审核商标注册人与委托授权人是否一致,查询商标是否在中国海关总署进行备案、确保委托方商标注册证书是否在中国工商总局依法注册等等。其次,《商标注册用商品与服务国际分类尼斯协定》中明文规

定,禁止在相同类别但不同属性的商品上,使用与驰名商标一致或近似的商标,否则构成对驰名商标的侵权。因此,中国企业对驰名商标的使用需提高警惕,在查明并确保委托方提供的其他商品的驰名商标之合法性后,再决定是否签署合同接受委托。

#### 2. 明确贴牌加工的认定标准

鉴于贴牌加工所涉政治、经济、法律平衡问题较为复杂,建议该行为的认定标准应严格掌控,防止借“涉外定牌加工”之名、行“商标侵权”之实的行为。防范隐蔽性较强商标侵权行为的有效手段则需审慎明确其认定范围,不宜扩大。

本文认为“贴牌加工”行为应符合以下条件:(1)境外定做方理应享有商标权利,或被明确授权委托间接赋权;(2)此商标在中国已被注册且所有权人明确;(3)中国涉案商标标识与境外涉案商标标识完全一致;(4)涉案商品为该境外商标核定商品类别;(5)涉案商品应全部返销到境外;(6)收货人为涉案境外商标权利人或合法第三方。上述狭义“贴牌加工”认定条件若完全采纳,则有部分案件无法落入“贴牌加工”的认定范围,且该行为涉及复杂的外围环境因素,根据“是否属于商标性使用、是否具有识别商品来源功能”的推理得出“是否构成对中国商标权侵权”的结论,借该行为发生原因与表象异化破拆认定贴牌加工“一刀切”认定标准的偏颇漏弊,综合各方因素审慎对待国际贸易中的贴牌加工难题。

#### 3. 贴牌加工的诚实信用豁免原则

对于贴牌加工“符合诚实信用原则予以豁免”的运用,有两层含义,一则是符合诚实信用原则的,认定不侵权;反之,则构成侵权。针对前者而言,境外商标权在中国被他人抢注,国内加工企业的贴牌加工行为则不视为对中方抢注人的侵权;针对后者而言,境外商标权系抢注中国注册商标,并通过贴牌加工要求

<sup>④</sup> 所谓“境内关外”,即在我国境内,海关辟出一个专门区域,进出的货物就相当于进口和出口。

<sup>⑤</sup> 《中华人民共和国海关法》第71条:海关履行职责,必须遵守法律,维护国家利益,依照法定职权和法定程序严格执法,接受监督。72条:海关工作人员必须秉公执法,廉洁自律,忠于职守,文明服务,不得有下列行为:(1)包庇、纵容走私或者与他人串通进行走私;(2)非法限制他人人身自由,非法检查他人身体、住所或者场所,非法检查、扣留进出境运输工具、货物、物品;(3)利用职权为自己或者他人谋取私利;(4)索取、收受贿赂;(5)泄露国家秘密、商业秘密和海关工作秘密;(6)滥用职权,故意刁难,拖延监管、查验;(7)购买、私分、占用没收的走私货物、物品;(8)参与或者变相参与营利性经营活动;(9)违反法定程序或者超越权限执行职务;(10)其他违法行为。

国内加工企业生产、返销,至此则认定贴牌加工行为构成对中国商标权的侵权。据此,国内加工企业的侵权行为并非因境外委托人的恶意抢注行为导发,而是因合理审查义务转承而致。该义务非《商标法》依据,其法律溯源为《关于对外贸易中商标管理的规定》第10条规定,该规定明确要求对外贸易经营者具有核查商标相似性义务<sup>⑥</sup>。因此,境外委托人违反诚实信用原则抢注中国在先商标时,需导入国内加工企业合理审查义务的概念<sup>⑦</sup>,以国内加工企业未尽到合理审查义务为由,判决其构成商标侵权。

#### (四)自贸区知识产权行政保护之理论推行

知识产权海关保护作为行政保护的手段之一,对自贸区进出口货物的知识产权保护发挥着至关重要的作用。参考国务院《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》所确定的“一线放开,二线管住”原则的成功经验,我国其他自贸区试点在汲取借鉴的基础上,可探索适合自己发展的新路径与创新模式。

第一,对于自贸区与境外之间进出的货物,实行基本的知识产权海关保护。《与贸易有关的知识产权协议》第51条<sup>⑧</sup>对知识产权海关保护有最低放行标准,即要求各成员国对涉嫌进口盗版或假冒商标的货物采取边境保护措施。我国作为世界贸易组织成员国之一,在遵循国际条约基本原则的基础上,还特别规定对进出口涉嫌侵犯专利权以及出口上述货物等行为采取边境措施。足以证明,我国的知识产权海关保护标准相较于国际条约的放行标准要求更为严苛。此外,鉴于境外进口货物对我国知识产权权利人的内地市场份额冲击较小,以及考虑到海关边境执法压力过大、自贸区国际贸易需转型增长等多重因素,我国其他沿海自贸区可借鉴上海自贸区在境外进出口的做

法,在“一线”关口减少对知识产权的海关保护。鉴于《与贸易有关的知识产权协议》第51条对边境保护措施下自由流通的“关口”位置并未有设置规定,我国自贸区在“一线”关口应实行符合国际条约最低标准的基本知识产权海关保护,即仅对涉嫌进口盗版或假冒商标的货物采取边境保护措施<sup>[12]</sup>,从源头上扼制知识产权纠纷的发生。

第二,对自贸区和境内区外之间进出货物,实行全面的知识产权海关保护。为了实现我国知识产权强国战略,提升自贸区知识产权运用和保护能力,对于自贸区进出境内区外的货物应严格遵守《知识产权海关保护条例》的规定,对进出“二线”关口的货物实行全面的知识产权海关保护<sup>[13]</sup>。由于“二线”关口货物与普通海关进出口货物性质差异不大,采取全面的知识产权海关保护对进入内地的涉嫌假冒商标或盗版的货物采取边境保护措施,亦对“二线”关口涉嫌侵犯专利权的知识产权商品同样适用。

#### (五)自贸区知识产权司法保护之权利配置

##### 1. 自贸区知识产权审判机关的设置

针对自贸区知识产权的司法保护问题,专家学者们有两种观点:第一种认为,设立知识产权法院或知识产权法院派出法庭专门审理自贸区知识产权案件;第二种认为,由自贸区所在地的中级人民法院单独设立自贸区法庭,并负责辖区内所有知识产权案件<sup>[14]</sup>。对于以上两种说法,各有理有据且符合我国国情。党的十八届三中全会提出,以先行试点的方式探索建立知识产权法院。这充分表明,中国建立知识产权法院是维护国家主权的需要,也是国家战略对自贸区司法保护的理性回应。在知识产权法院尚未成立之前,自贸区知识产权案件由其所在地的中级人民法院及其

<sup>⑥</sup> 《关于对外贸易中商标管理的规定》第十条规定:对外贸易经营者在从事进出口活动中,对他人指定或者提供使用的商标,应当要求对方出具真实有效的商标专用权证明文件或者被许可使用该商标且未超出许可范围的证明文件,并予以核查。该商标不得与已在我国相同或者类似的商品上注册的商标相同或者近似,其商品的包装、装潢也不得与他人已在我国使用的包装、装潢相同或者近似。

<sup>⑦</sup> 参见俞则刚:《涉外定牌加工法律问题的解题思路》。http://www.zhichanli.com,于2018年8月4日访问。

<sup>⑧</sup> 《与贸易有关的知识产权协议》第51条规定:各成员应在符合以下规定的情况下,采取程序13使在有正当理由怀疑假冒商标或盗版货物14的进口有可能发生的权利持有人,能够向行政或司法主管机关提出书面申请,要求海关中止放行此类货物进入自由流通。各成员可针对涉及其他知识产权侵权行为的货物提出此种申请,只要符合本节的要求。各成员还可制定关于海关中止放行自其领土出口的侵权货物的相应程序。

派出法庭管辖;知识产权法院成立后,自贸区所有知识产权案件均可由知识产权法院及其派出法庭管辖受理。从级别设置上看,知识产权法院与中级人民法院属于同一权力层级,即便不服从知识产权法院判决向高级人民法院上诉,也符合级别管辖的规定。此外,自贸区知识产权法院具备丰富的知识产权案件审判经验和专业人才队伍建设,在处理此类纠纷时具有高效、专业的独特优势<sup>[15]</sup>。

## 2. 自贸区知识产权多元化纠纷解决机制

自贸区作为“境内关外”的特殊区域,应注重与国际贸易新规则相适应,进一步加强完善知识产权司法保护与执法程序。特别是知识产权保护模式需从“双轨制”保护转变为司法保护为主、行政保护为辅<sup>[16]</sup>。目前,上海自贸区内已经成立了上海国际经贸仲裁院,加之上海仲裁委员会、中国国际经贸仲裁委员会、中国海事仲裁委员会等,双方当事人可根据仲裁协议自愿选择以上任一仲裁机构予以裁决<sup>[17]</sup>,从而探索多元化的知识产权纠纷解决机制。

诚然,对于提升自贸区知识产权保护水平而言,当务之急是建立多元化的知识产权纠纷解决机制。为了实现纠纷的多元解决目的,自贸区不得不对以下问题深入思考:第一,知识产权案件不同于其他普通案件,往往涉及专业性较强的技术问题,这就要求知识产权法官拥有较为精通的专业技能与更高的职业素养;第二,针对各类知识产权案件选择适当的纠纷解决方式,充分发挥知识产权诉讼与非诉讼纠纷解决机制的互补作用,争取在契合自贸区自身发展的同时,为知识产权贸易纠纷的化解创设新的解决途径<sup>[18]</sup>。

## (六) 自贸区知识产权海外维权之存续立场

自贸区是中国适应全球贸易格局的新尝试,然而在知识产权的海外维权方面仍存在些许不足,建议政府和企业“走出去”的背景下进行知识产权海外维权战略布局:第一,建立多部门协调联动的知识产权海外维权援助机制。形成以国家知识产权局、外交部、商务部、财政部等相关政府部门为领导,企业协同配合的自贸区知识产权海外维权援助机构,并引导建立地方知识产权运营服务中心,协助企业完成有关对外贸易中的知识产权防范、预警、布局等机制与业务;第二,建立知识产权海外预警服务平台,为存在风险的外企提供知识产权风险警示、应急措施及主动防范等

服务,帮助企业扭转被动应对海外知识产权风险隐患的尴尬局面,以此形成完备的企业知识产权海外预警机制;第三,自贸区相关部门可设立企业海外知识产权维权援助专项资金,主要用于企业对外贸易中与知识产权有关的法律咨询、信息咨询等服务<sup>[19]</sup>;第四,充分发挥行业协会、中介机构等非政府组织的作用。利用行业协会、非政府组织灵活多样的行业权能,在搜集培训服务、侵权信息、海外维权代理以及提供咨询服务等方面发挥重要作用<sup>[20]</sup>。

## 四、结语

伴随着《关于加快实施自由贸易区战略的若干意见》在我国自贸区的各种活动场域贯彻与执行,建设具有“中国特色”的自贸区对接我国知识产权发展实践的现实需求逐渐迫切,尤其在自贸区中涉及侵犯知识产权等诸多问题上直面“错综复杂”现实情势。为此,以自贸区知识产权保护的法律问题研究视角探析中国特色自贸区知识产权制度体系,试图从知识产权本土发展实际出发,考量未来发展愿景及预设困境,对自贸区知识产权制度建设的实践智慧予以理论层面系统化的学理尝试,更为我国建设具有“中国特色、世界水平”的中国自贸区提供合理、有效的法律支撑。

## 参考文献:

- [1] 杨燃,吴国平.广东自贸区知识产权保护探析[J].知识产权,2016(5):95-98.
- [2] 严桂珍.平行进口法律规制研究[M].北京大学出版社,2009:18-19.
- [3] 黄辉,冯超.定牌加工商标侵权问题辨析[J].电子知识产权,2013(6):42-51.
- [4] 沈开艳,周奇.自贸试验区建设与中国经济创新转型发展[M].上海社会科学院出版社,2016:266.
- [5] 曲三强.平行进口与我国知识产权保护[J].法学,2008(8):72-75.
- [6] 魏雨晨.中国(上海)自贸区知识产权保护问题研究[J].湖北经济学院学报(人文社会科学版),2015(11):94-96.
- [7] 李娟.美国商标平行进口法律评述及对我国的启示[J].学术界,2011(12):197-205.
- [8] 祝宁波.试论我国版权平行进口的立法完善[J].新疆社会科学,2008(4):75-78.
- [9] 蒋圣力.自贸区背景下平行进口所涉及的知识产权保护

- [J].南都学坛,2017(1):80-85.
- [10] 孙益武.美国对外贸易区知识产权执法制度研究[J].首都经济贸易大学学报,2014(2):44-50.
- [11] 王迁.上海自贸区转运货物的知识产权边境执法问题研究[J].东方法学,2015(4):37.
- [12] 尹锋林,张嘉荣.上海自贸区知识产权保护:挑战与对策[J].电子知识产权,2014(2):34.
- [13] 周逸嫒.上海自贸区知识产权法律保护研究[J].理论界,2015(5):70.
- [14] 杜颖.中国(上海)自由贸易试验区知识产权保护的构想[J].法学,2014(1):40.
- [15] 崔汪卫.自贸区知识产权司法保护制度的构建[J].中国科技论坛,2015(3):130.
- [16] 季卫东.中国(上海)自由贸易实验区法律问题研究[J].东方法学,2014(1):86.
- [17] 梁平,陈熹.论我国知识产权纠纷解决机制的多元构建[J].知识产权,2013(2):58.
- [18] 崔汪卫.论自贸区知识产权的法律保护[J].现代经济探讨,2014(2):68.
- [19] 张红辉,周一行.“走出去”背景下企业知识产权海外维权援助问题研究[J].知识产权,2013(1):83.
- [20] 刘钻扩.韩国知识产权海外维权措施及其启示[J].国际经贸探索,2008(4):49.

## Research on the Protection of Intellectual Property in China's Free Trade Zone

MA Zhi-guo, TIAN Xiao-chu, ZHANG Nan

(Law School, Intellectual Property Research Center, Xi'an Jiaotong University, Xi'an 710049, China)

**Abstract:** Along with the advancement of economic globalization, the rapid development of free trade puts forward new requirements to the trade competition between countries, which has become China's important issue on intellectual property rights to be solved urgently. Since the establishment of China (Shanghai) free trade zone in 2013, the construction work of China's free trade zone has entered the "fast track". However, issues involving intellectual property are also growing. For this reason, this article reviews the reality development of intellectual property in China's free trade zone following the "review inspection-speculation" three-dimensional logic, compares and summarizes the successful models of domestic free trade zone. On this basis, in-depth analysis is made on the issues of parallel import, temporary transit and OEM of the free trade zone involving infringement of intellectual property rights. From the perspective of judicial protection, law enforcement and protection of intellectual property rights overseas, the article provides reference for the construction of intellectual property legal system with Chinese characteristics.

**Key words:** free trade; intellectual property rights; parallel imports; OEM processing