

# 上海知识产权保护体系完善升级研究

蔡元臻<sup>1</sup> 郑少华<sup>2</sup>

(1. 上海财经大学 200433; 2. 上海政法学院 201701)

**【摘要】**: 国际知识产权文本条款内容尽管风格各异, 侧重点也不尽相同, 但展示了体系化的知识产权治理格局。上海在对接国际新规过程中, 应当兼顾规则的体系化, 并施以体系化改革, 构筑全面的知识产权保护体系。鉴于上海目前仍存在制度集成创新作用不足、知识产权规则国际化进程缓慢、社会基础设施及机制不健全等问题, 可从科创环境、金融改革、智能司法、国际规则和信用监管等维度入手, 开展全方位体系化改革。

**【关键词】**: 知识产权 RCEPCP TTP 中欧 CAI

**【中图分类号】**: G306.3 **【文献标识码】**: A **【文章编号】**: 1005-1309(2022)11-0005-009

自贸易知识产权协定(TRIPS)生效以来, 知识产权就与国际贸易捆绑在一起, 全球化成为知识产权全球治理体系发展的持续动力。新冠肺炎疫情对经济、贸易、科技和国际关系的影响, 直接或间接地传导给知识产权治理并与之发生互动, 这给世界各国的经济社会发展带来重大影响。新冠肺炎疫情推动了“逆全球化”后的“再全球化”, 但是“再全球化”过程中的知识产权外交充满挑战。我国积极参与《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP), 同时谋求加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)及落实中欧投资协定(中欧 CAI)。总体上, 我国必须建立具备国际话语权及符合自身利益的自由贸易区或自由贸易圈。

围绕 CPTPP、RCEP 和 中欧 CAI 三份核心文件的知识产权规则, 目前国内外研究仍以规则的梳理和直观对比为主, 偶有立法建议者, 也多以宏观国情为论证基础, 缺乏实证和地方性的考量。上海作为我国的科创中心, 其知识产权的制度建设和国际互动至关重要。自 2020 年上海发布《关于强化知识产权保护的实施方案》以来, 国际知识产权制度又发生一定程度的变革。作为回应, 上海亟须对知识产权制度的国际接轨进行全面研判, 由此推动构建经济发展的新格局。

## 一、国际知识产权保护的新趋势与新标准

### (一) 后疫情时期的知识产权再全球化

新冠肺炎疫情引发的“逆全球化”现象只是暂时的, 它实际上加速了本已存在的“再全球化”进程。与此同时, “逆全球化”实则是与“全球化”相伴而生的概念, 两者为矛盾的统一体。“再全球化”过程主要有 3 个重要指向: 一是以地缘经济为基础, 兼顾地缘政治需求; 二是强化知识产权保护, 提高知识产权保护水平, 建立符合自身要求的更开放、更自由的国际贸易体系; 三是有的国家以“国家安全”为由遏制其他国家, 重塑西方价值观。在新冠肺炎疫情肆虐全球的背景下, 国际社会发出的呼吁更多还是加强全球合作。中国一直都是多边组织的积极参与者、建设者和维护者, 当前更应该高举“全球化”大旗, 迎合和构建更

<sup>1</sup>作者简介: 蔡元臻, 法学博士, 上海财经大学法学院副教授。郑少华, 法学博士, 上海政法学院副院长、教授。

为统一的国际知识产权规则。

## (二) 知识产权治理体系的变革

近年来，“百年未有之大变局”和新冠肺炎疫情交织下的知识产权全球治理体系出现了新的发展趋势：一是经济全球化进一步加深。经济全球化意味着生产要素的全球优化配置与市场开放的不断发展，而全球化规则的维系主要依靠经济实力。二是多元力量参与全球治理。伴随着全球化进程，出现“国家正变得越发依赖社会中的其他行为体”这一社会治理现象。三是国际竞争愈发依赖高新技术。与传统行业产能过剩、因外贸受阻而损失惨重的现象相反，知识产权密集型产业以及中高端制造业不但未受疫情影响，反而逆势上扬。疫情不仅凸显了高技术行业的战略意义，还为今后的产业格局调整和短板补齐指明了方向。

知识产权领域的两大国际框架体系——WTO/TRIPS 体系和 WIPO 体系已无法有效适应国际形势的发展。因此，中国应与其他发展中国家一起，积极推动 WTO/TRIPS 框架下的公众健康、生物多样性、传统知识、民间文艺及技术转让等议题。未来 TRIPS 协定的调整，大体上会遵循两个基本方向：一是延续与贸易相关的知识产权基本议题；二是与各种 TRIPS-plus 版本保持良性互动，最终在 WTO/TRIPS 框架下形成新的平衡，乃至达成新的共识。

## (三) 知识产权全球治理及其理性回归

创新能力与创新模式竞争已然成为未来大国竞争的重要内容，对此，我国亟须重新审视知识产权在全球治理体系中的作用。

一是知识产权在国际竞争中的作用更加凸显。由于知识产权形成的比较优势具有垄断与不可替代性，对于知识产权密集型企业来说，其所面临的冲击要小得多。知识经济时代的竞争，实则是以知识产权为基础的竞争，包括未来国家治理能力的提升，依然仰赖知识产权制度促进数据统筹和分析能力的提升。

二是知识产权壁垒将持续塑造国际贸易关系。新冠肺炎疫情已推动并将进一步推动世界的多极化、均衡化发展。从现有的知识产权保护态势和历史经验看，发达国家将不断推动制定高标准的知识产权保护规则，塑造新的贸易壁垒以维护其国际竞争优势，世界知识产权保护体系向高水平演进的态势不会改变。

三是国际知识产权制度回归理性。知识产权国际规则呈现不平衡的态势，对知识产权可及性、知识产权与人权平衡的强调，将促使国际知识产权制度回归理性，进一步吸引国际社会的广泛认同和参与。

## 二、最新国际文本的知识产权内容及其比较分析

### (一) RCEP

RCEP 是由东盟发起，并邀请中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰、印度 6 国共同参与，旨在通过削减关税及非关税壁垒、建立统一市场的自由贸易协定。2020 年 11 月，RCEP 在其第 4 次领导人峰会上正式签署。相较《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)，RCEP 充分考虑了各国知识产权制度的不同水平，与其他协定的关系更为融洽。在具体规则层面，RCEP 在著作权、商标和专利保护上设立了相对宽松的标准，在临时措施、边境保护、举证责任等程序性规则方面也保留了充分的开放性。

总体而言，RCEP 的包容性赋予其无限的可能性，这也与习近平总书记指出的“当今世界，各国利益高

度融合，人类是休戚与共的命运共同体，合作共赢是大势所趋”一脉相承。后疫情时期，世界需要的不是一个强大的“世界警察”，而是能与各国共进退，与各国共同构建人类命运共同体的合作伙伴。国际知识产权规则是构建人类命运共同体法律规则中的重要组成部分，参与 RCEP 制定便是中国从国际知识产权规则跟随者转变为国际知识产权规则推行者的重要一步。

## (二) CPTPP

CPTPP 脱胎于曾被美国称为“高标准范本”的 TPP。由于 TPP 的搁浅，原签署各国在日本的主导下开始修改 TPP 文本，该协定的签署版本中有 2/3 的条款与美国退出谈判程序时的 TPP 草案相同，但暂停或修改了原 TPP 中的 22 条规定。

整体来看，原 TPP 的核心规则框架体系未作变动，但在诸如知识产权、服务贸易等领域略微放宽了标准，给予缔约国政府更多自主空间。CPTPP 于 2018 年 3 月签署，并于 2018 年底澳大利亚通过批准程序后正式生效。

CPTPP 在知识产权章节暂停原 TPP 的适用条款达 11 条之多，但这并不意味着其对知识产权保护的全面性与进步性有所减弱。暂停适用的条款有些是美国大力推动的条文，因不符合其他国家的利益而被暂停适用；有些是为将来可能出现的新技术而留白，减轻各缔约国的义务。由于知识产权的地域性特征，除非有国际条约、双边或多边协定的特别规定，知识产权的效力只限于本国境内。此次借美国退出 TPP 的机会，新形成的 CPTPP 对原 TPP 知识产权条文的改动正体现了各国对知识产权利益的重视，为各缔约国的知识产权权利人及社会公众谋求更为平衡的义务，从而减少争议。加入作为亚太第一大自贸区、世界第三大自贸区的 CPTPP，与中国坚持多边主义、推动建设开放型世界经济的原则一致，也与中国自身的发展方向一致。

## (三) 中欧 CAI

中欧 CAI 旨在解决下列问题：一是公平竞争环境问题。欧盟希望确保欧洲企业相对中国国有企业的非歧视性监管待遇，要求中国提高国家援助透明度，进而营造公平竞争环境。二是市场准入问题。欧盟要求中国改善在电信、计算机、生物技术和新能源汽车方面的市场准入；中国也在争取进入欧盟投资某些行业（如电力和其他能源等）的市场准入。三是应对欧盟投资保护主义上升的问题。疫情后欧方投资保护主义上升，呼吁加强医药、生物技术、基础设施等特定领域的投资保护。四是可持续发展问题。

中欧 CAI 中强调的禁止强制技术转让、商业秘密保护在《中美第一阶段经贸协议》中已有所体现。为回应美国对我国技术转让法律政策的指责，我国已开始一轮以加强平等保护为导向的知识产权法规的修订，此外还修订了《外商投资法》《外商投资法实施条例》《行政许可法》等法律法规，明文规定禁止强制技术转让、商业敏感信息保密。

# 三、完善升级上海知识产权保护体系的基本论证

## (一) 国际知识产权新形势下的上海定位

### 1. 科创中心

与自贸试验区类似，科创中心建设是党中央、国务院对上海的重大战略部署，是中央交托给上海特别是“双自联动”区域最重要的国家使命。上海科创中心建设步入“攻坚突破”新阶段，面临的主要瓶颈就

是科技成果转化市场化和专业化程度提升问题，其本质是知识产权的制度建设问题。除此以外，上海在营造世界级科创营商环境的过程中，应在国际规则的包容适用、金融化知识产权以及知识产权公共服务建设三大支柱制度上彰显优越性，它们分别代表了科创制度的国际化、产业化和基建化程度。上海科创中心建设的成功与否，直接取决于知识产权制度的改革成果。

## 2. 知识产权金融中心

针对金融创新，需要建立健全一套完整的金融知识产权保护体系，以及构建于此之上的法律监管。金融知识产权一般是指由金融专利权、金融商标权及金融著作权(版权)等构成的知识产权权利体系。金融知识产权保护是一个复杂系统的工程，需从立法、执法与司法全方位明确和建立科学的国家金融知识产权保护体系战略。在立法方面，要建立一套符合国内发展需要和国际惯例的金融法律法规体系，积极探索“第三条道路”，即“需要全国人大或常委会通过国家层面立法，对上海金融业的发展给予特别支持。可以通过对上海金融业发展制定特别法，把‘先试先行’上升为法律，不再停留在政策层面，从法律上确定上海改革开放试验田的地位，在上海取得成功经验后可以向全国推广”。在执法和司法方面，应进一步完善金融知识产权纠纷解决的执法体系和司法体系，为上海国际金融中心建设提供更有力和有效的司法保障。

## 3. 知识产权公共服务中心

建立健全知识产权公共服务体系，使上海成为我国知识产权公共服务中心，继而巩固上海科创中心的地位，这是上海后续知识产权法治建设的重要内容。从服务功能看，知识产权公共服务可分为申请代理援助服务、咨询服务、信息服务、展示交易服务、维权援助服务、融资与产业化服务等，其中知识产权信息服务是所有相关服务的基础。目前，较之国际先进范例，上海知识产权公共服务仍然相对滞后，难以满足市场主体和全社会日益增长的实际需要。上海应完善知识产权政策体系、专利信息公共服务体系、非营利专业化服务体系，培育知识产权服务业的发展。

## 4. 知识产权国际纠纷治理中心

在法律制度上，上海自贸试验区相关法规在现行仲裁制度基础上的创新，更能适应仲裁知识产权纠纷的需要；在国际影响上，上海自贸试验区内发生的知识产权纠纷大多具有涉外性质，且区内已存在运行多年的仲裁与调解中心，这不仅在国际上提升了其知识产权纠纷仲裁的影响力，也为我国其他自贸试验区提供了宝贵经验；在管理模式上，上海自贸试验区旨在建立专利、商标、著作权“三合一”的管理体系，并积极扩大知识产权保护力度，这有利于构建多样化的知识产权纠纷解决机制。

### (二)完善升级上海知识产权保护体系的主要思路

国际知识产权文本条款内容尽管风格各异，侧重点也不尽相同，但展示了体系化的知识产权治理格局。从具体内容看，其规范领域不限于我国内部讨论较多的客体范围、权利边界和侵权构成，还涵盖诸多我国不甚关心的领域，如边境执法、技术保护措施、保护期限、纠纷解决等。因此，上海在对接国际新规的过程中，应当兼顾规则的体系化，并施以体系化改革，构筑全面的知识产权保护体系。鉴于上海目前仍存在制度集成创新作用不足、知识产权规则国际化进程缓慢、社会基础设施及机制不健全等问题，可从科创环境、金融改革、智能司法、国际规则和信用监管等方面入手，开展全方位体系化改革。

#### 1. 体系革新的指导原则

我国在“先迎合、后主导”的知识产权国际战略思想指导下，面对 RCEP、CPTPP 等新文本的挑战，在对接新规的过程中，应当恪守以下 3 个基本原则。

一是构建中国化的知识产权外交策略。知识产权国际保护合作的达成归根结底还是因为利益关系国家间形成的外交结果。因此，我国要在理念上树立知识产权外交意识，形成一个完善的知识产权外交策略，包括知识产权外交方向、知识产权外交目标、知识产权外交平台的构建等。

二是以本国利益为准则，平衡他国利益共建知识产权国际保护规则。更高标准的知识产权国际保护规则是当今国际社会的需求，中国应顺应趋势、积极应对，但一定要从国情出发，坚持以保护本国利益为准则。以搁置条款为例，缔约国在 TPP 中是为了迎合美国从而达成合作，在 CPTPP 中则是为了本国发展。中国在促成知识产权国际合作时，要做到坚守底线、不卑不亢。

三是以开放共赢为准则，积极构建国际多边知识产权合作关系。目前，我国在持续积极开展知识产权国际合作，达成的双边贸易协定或多边贸易协定等成果有目共睹，但其覆盖率远不能满足我国发展需求，还须进一步扩大合作国家或地区的范围。同时，在合作方面，应推进知识产权在更多领域的合作，除执法和司法以外，对于立法和国际知识产权新规则的制定与研究也应进行更多的交流，以达成共识，并在交往过程中，将更多的中国知识产权理念传播出去。

## 2. 国际知识产权新规的风险及其防范

就上海对接 RCEP 知识产权条款而言，条约义务在先、国内履约在后的做法，贯穿了过去 40 多年中国知识产权制度建立健全的历程，人们已形成思维惯性。然而，如《中美第一阶段经贸协议》所提到的，当今中国“正从重要知识产权消费国转变为重要知识产权生产国”，“正从知识产权引进大国向知识产权创造大国转变”。这不仅表现在中国已成为 PCT 国际专利申请第一大国此类生产或创造领域知识产权的硬指标上，还应表现在向国际社会提供知识产权新规则的软实力上。只有从被动的惯性思维转变为主动的有所作为，中国才能逐步成为既有知识产权硬指标，也有软实力创造知识产权规则的知识产权强国。

针对加入 CPTPP 及其潜在风险，我国应谋划国内外法律法规的衔接，为加入 CPTPP 创造合适条件。特别是在未来一段时期，中国加入 CPTPP 与 WTO 多边体制的更新休戚相关。正如习近平总书记所言，“21 世纪的多边主义要守正创新、面向未来，既要坚持多边主义的核心价值和基本原则，也要立足世界格局变化，着眼应对全球性挑战需要，在广泛协商、凝聚共识基础上改革和完善全球治理体系。”只有在推进构建人类命运共同体的多边主义大方向下，谋划加入 CPTPP 的国内知识产权制度建设，才能解决具体的制度建构难题。

## 3. 对待 RCEP、CPTPP 与中欧 CAI 的不同态度

RCEP 知识产权条款的内容和形式都基于《TRIPS 协定》，充分顾及缔约方的不同经济发展水平和法律制度的差异，平衡知识产权权利人和公众的利益。其超出《TRIPS 协定》的部分内容，包括著作权和相关权利、商标和地理标志、专利和工业设计以及其他知识产权、知识产权的实施等，这适应了当今数字技术飞跃发展对知识产权保护的新要求，同时将《TRIPS 协定》之后若干新的相关国际条约以不同方式纳入，并将更新的规定以及缔约方适用的新规则、新制度与现行《TRIPS 协定》融为一体，具有与时俱进的特点。包括知识产权条款在内的 RCEP 与先前缔结并生效的 CPTPP 有着密切的关联性。

《中美第一阶段经贸协议》在国内履约，及再一次全面修订知识产权法律和制定相关新法后，中国在

RCEP 生效及今后加入 CPTPP 的知识产权方面，压力明显减轻。但是，如何改变以往条约义务在先、国内履约在后的做法，应根据全面深入改革、全面扩大开放战略和构建知识产权保护体系的人类命运共同体理念，谋划知识产权保护国内外法律法规的衔接，提升参与国际规则制定的软实力，对于 RCEP 知识产权条款下国内履约和应对加入 CPTPP 的国内知识产权制度完善所涉问题，仍须做进一步探讨。

## 四、完善升级上海知识产权保护体系的举措建议

### (一) 著作权

一是进行概念移植和内容整合。我国现行《著作权法》实际上没有明确规定向公众传播权的概念，仅规定了广播权，且其范围也较为狭窄；同时，虽然规定了信息网络传播权，但在该权利与广播权之间存在明显的“权利飞地”，这也导致司法实践中对此类传播方式的定性存在较大分歧。以上不足反映出中国现行制度与 CPTPP 较为宽泛的向公众传播权界定之间尚存较大差距。对此，可考虑比照 CPTPP 进行相应概念移植和内容整合，增加向公众传播权的规定。当然，也有司法观点认为新《著作权法》修改后，广播权已基本覆盖司法纠纷中最常见的网络直播行为、定时点播行为等。上海可以在后续制定知识产权相关的地方法规和条例时，有严格的立法权限。

二是完善“三步检验法”的平衡机制。虽然 CPTPP 规定的“三步检验法”与《著作权法》相应规则并无本质冲突，但我国在修法过程中不应忽视其潜藏的利益失衡风险，应高度重视相应平衡机制的建立。具体而言，将“三步检验法”作为明确各种限制和例外情形合理性的衡量规则，并且增加“其他情形”的兜底性规则设计，以体现规范体系的开放性。需要注意的是，这种开放性受控于“三步检验法”的衡量。调研发现，司法实践中通常需要涉案行为首先落入《著作权法》合理使用条款的闭合列举清单，再通过“三步检验法”裁量该行为是否构成限制与例外情形。这进一步缩小了限制与例外的范围，使得实践中产生新的限制与例外情形，如文本与数据挖掘、戏仿等，可能难以纳入合理使用范畴。这种潜在的“闭合性”风险实际上与 CPTPP 类似。为此，可以采取“概括规定+开放式限定+详细列举”模式，进行权利限制与“三步检验法”平衡机制的设计。

### (二) 商标

CPTPP 提高了对未注册驰名商标的保护力度，对其进行跨类保护成为一大亮点，这具有较大突破性和一定的前瞻性，也符合我国加大知识产权保护的方针。在 CPTPP 新规则下我国完善对未注册驰名商标保护，应推动未注册驰名商标保护立法体系化，加强对未注册驰名商标侵权民事救济，对未注册驰名商标提供反淡化保护。

虽然 RCEP 商标保护范围不含气味商标，但还是给未来气味商标的注册留下了空间。CPTPP 涉及商标的知识产权保护范围更为宽泛，纳入了声音、气味商标等非传统商标类型。在世界范围内，各国对气味标识的可注册性和保护可行性争议较大。鉴于此，上海对于气味标识注册和商标保护问题不应草率引进，需进行深入的调研和评估。此外，明确地理标志应尊重在先商标的规则，保护“已获得权利的在先商标”或“待审查的在先善意申请或注册的商标”。

### (三) 专利

CPTPP 中有关专利的实质性内容包括：一是扩大可专利客体范围，二是加强药品数据和生物制药数据保护。在专利权领域，CPTPP 的规定与中国的法律法规对接，事实上不会产生特别的影响。在药品数据和生

物制药数据保护方面，2018年我国公布的《药品实验数据保护实施办法(暂行)(征求意见稿)》提出，对获批创新治疗用生物制品给予12年数据保护期，这显示中国的数据保护期限正朝着CPTPP的12年期限接近。针对药品、农化学物品未公开数据保护条款，我国在一定程度上存在药品专利保护匮乏的情况，可以考虑在《专利法》中增加该条款。

不过，CPTPP中可获取专利客体的标准降低条款与TRIPS的专利申请基本原则相违背。对高新技术的过高保护会损害民族产业的发展及社会公共利益，我国目前没必要牺牲自身利益，在此条款上作出妥协。总的来说，我国可以放宽专利新颖性宽限期的适用条件，进一步细化和完善专利注册和审核程序，探索农用化学品专利保护工作。

调研发现，专利领域的困难和问题不在于中间的立法环节，而在于制度顶层设计和落地实施。特别是在制度顶层设计方面，2021年上海法院受理的专利案件激增，其中很大一部分是外观设计案件。由于外观设计注册阶段不需要经过实质审查，而学理上对外观设计整体和局部保护问题一直有争议，这增加了司法裁判的难度和压力，导致大量案件积压。我国在强化专利保护的同时出现了严重的权利滥用现象，因此建议加强如专利开放许可等促进专利运用的制度落地，矫正专利制度，使之实现利益平衡。在落地实施方面，应当加强服务窗口的引导作用，使知识产权纠纷案件的报案人能够比较快速地找到报案途径，尽快解决知识产权保护问题。

#### (四) 电子商务

一是廓清电子商务环境下知识产权侵权的责任主体，从利益衡量视野下评析电子商务平台侵权责任规则。现行司法针对电子商务平台经营者就知识产权间接侵权所应承担的责任方面设置的规则，过分加重了平台经营者的责任，却欠缺充分的正当性基础，这可能造成利益失衡。未来法律制度的修正及行政执法中，有必要对该规则进行更新和调整性的执行，使其负外部性降到最低程度。针对电子商务平台上权利滥用和利益失衡的问题，应当反思现有网络环境下电子商务的法律生态和规则的正当性基础。

二是明确电子商务环境下知识产权侵害行为的形态种类。跨境电子商务属于电子商务的一种，它的交易主体分布在不同的国家，借助网络和电子商务平台，通过跨境物流运输最终达成交易。跨境电子商务规模不断扩大，假货问题全球化已成为跨境电子商务发展待解决的难题之一，具体体现为制造销售环节、供需链条和制售传播技术等的全球化，这进一步加大了假货问题的治理难度。建议出台“上海电子商务知识产权保护条例”，详细规定该环境下侵害著作权、专利权、商标权、商业秘密等形态类型。

三是规制电子商务环境下的商标平行进口行为。首先，明确商标平行进口合法性的判断标准。这不仅有利于统一商标平行进口的司法裁判依据，还有利于促进电子商务领域商标平行进口的全球化发展。其次，加强电子商务商标平行进口中相关主体的行为规制。再次，明晰电子商务交易平台在商标平行进口中的责任。最后，加大网络执法的监管力度。

#### 五) 边境执法

一是在利益平衡原则下，改革知识产权海关保护担保制度。首先，改革我国海关保护中的权利人担保制度，建议将我国知识产权海关保护的担保制度修改为权利人可以通过多种担保形式，对于一段时期(如1年)内的和全国范围内的海关保护案件都予以担保。其次，注意CPTPP的绝对权利人本位，保留我国专利权保护下的反担保制度。在调整海关保护制度时，应对权利人适用的担保制度和收发货人适用的反担保制度予以区分，并出于平衡边境保护相关利益方的考虑，保留专利权的反担保制度。

二是明确边境保护适用的通关程序和地域范围。首先，明确边境保护适用的通关程序。其次，明确我国边境保护适用于海关特殊监管区。我国当前立法并未对海关是否可在海关特殊监管区进行知识产权边境保护作具体规定。因此，我国虽无须考虑在法律上接受WCO《经修正的京都公约》的专项附约D第二章〔自由区(即关境内自贸区，FTZ)]和专项附约F(转运)，但可将其作为软法规则予以尊重或者部分移植。

三是衡量上海对外承诺的能力，形成上海对外谈判的知识产权边境保护标准条款。首先，提升对我国相关条约中边境保护条款的管理能力，梳理我国在现有各类协议中相关国际义务现状，厘清我国在知识产权边境保护方面的最高国际承诺水平。其次，将我国的最高国际承诺进行国内法化。再次，我国的国内法和对外最高国际承诺水平构成了对外谈判的知识产权边境保护标准条款的基础。最后，将初步拟定的标准条款与CPT-PP国际保护标准进行比较，并将明显冲突或滞后的规则进行调整，最终形成我国对外谈判的知识产权边境保护标准条款。

## (六) 司法实践

构建知识产权智慧司法体系。

一是继续强化知识产权司法保护，加强审判专业化建设，完成知识产权审判领域的民事、刑事、行政“三合一”运行机制改革。此外，考虑到上海的涉外知识产权定位和扩大开放的政策目的，可参考《最高人民法院关于人民法院为海南自由贸易港建设提供司法服务和保障的意见》，对跨境电子商务知识产权问题加以规范。

二是探索区块链技术在知识产权审判中的广泛应用，打造“区块链司法”新模式。运用区块链技术，升级公证领域基础设施。借鉴重庆“在线商标转让声明公证”经验，让区块链技术支撑各类线上公证服务，与司法相关机构之间实现数据共享、业务协同。兼顾区块链技术在数字版权保护中的应用，研究其在确权、交易和侵权治理中的实践和立法问题。

三是试点新业态新领域的知识产权保护，重点保护人工智能、物联网、大数据和生物医药产业的创新成果，并优先投入新技术产业的信息化平台建设，形成智能化司法服务体系。同时，重点挖掘知识产权公证业务人工智能和互联网+技术的应用。

## (七) 争端解决

一是提升国际规则的融入度。相比利用财政计划激励企业创新的政策，上海应更多地引入市场机制，将创新补贴的分配更多地交由市场本身来决定，并充分发挥行业协会等非政府组织的辅助作用。可对《上海市促进科技成果转化条例》《上海市专利资助办法》加以修订完善，制定新的“促进科技创新行动方案”，逐步增加科技创新政策的开放性和竞争性，有约束地放开一些优惠政策对外国主体的限制。

二是彰显不同法系的交互性。为更好地解决涉外纠纷，上海应加快研究外国法在具体案件中的适用，推动两大法系的融合和相互借鉴。可在司法系统中设立诉调对接中心，明确其查明外国法和适用外国法的功能，逐步推动涉外商事和知识产权案件中的中立第三方使用外国法裁决机制。鉴于诉调对接中心有可能适用外国法，可以先前置使用涉外知识产权和商事案件中中立第三方的裁决程序，这不仅能更准确地查明外国法，还有利于纠纷的解决。考虑立法成本和可操作性，可先在知识产权证券化业务较多的区域，以地方性法规的形式对业务做出专门规定和清晰指引。

三是打造全球国际知识产权争议解决中心。支持国际知名知识产权争议解决机构入驻上海，完善与国际接轨的知识产权仲裁规则。积极培育上海涉外知识产权仲裁与调解组织，探索开展国际知识产权争端解决业务，完善上海国际争议解决中心功能。以上海国际商事法院的建立为契机，进一步统合上海海事法院、上海知识产权法院、上海金融法院、上海破产法庭、浦东新区法院自贸试验区法庭的功能；探索离岸案件的审理，增强上海国际知识产权司法的影响力。探索国际知识产权纠纷在线解决机制，打造线上调解、仲裁、司法一站式纠纷解决体系。

#### (八) 知识产权金融

一是支持打造知识产权金融化服务全链条。整合优化区域内知识产权金融服务机构，率先探索知识产权出资、知识产权质押融资、知识产权信托、知识产权证券化、知识产权资本价值评估的综合性、国际化知识产权金融服务平台。

二是完善金融基础设施，打造专业运营平台。建立健全资产准入和评估机制，打造具有公信力的知识产权运营服务平台，客观规范地进行资产管理、评估、运作和处置等工作。鼓励社会资本介入，应用平台建设、数据库建设、云计算等技术，构建数据信息的跨部门协作机制。知识产权金融化的核心是知识产权证券化，证券化改革以交易机构的设立为保障。可参考《海南自由贸易港建设总体方案》《海南省促进知识产权发展的若干规定》，出台“上海知识产权证券化管理办法”。

三是形成完善的中介服务体系。提升中介机构专业性和协调性的关键在于健全信息披露制度，披露范围不仅限于产品运行的定期和临时报告，还应当重点涵盖与底层资产风险因素相关的内容。通过云计算、区块链、人工智能等技术与应用场景结合，实现对知识产权评估、转让、许可、质押等活动的登记和追踪，以及对知识产权合规性、权利完备性等信息的及时获取和控制。培育专利服务机构，建立和完善官产学研相结合的技术转让机制，促进专利技术尽快市场化；建立知识产权在线服务系统，吸纳学者、专家及实务人员参与在线法律咨询服务；增强为企业、高校及研究机构提供知识产权公共服务的职能。

#### (九) 公共服务

一是强化涉外知识产权法律服务。放宽准入标准，鼓励混业经营，加快培养复合型人才。通过修改地方法规，扩大专利代理领域开放，放宽对专利代理机构股东或合伙人的条件限制。同时，鼓励律师事务所、专利代理所混业经营，支持知识产权服务主体提供全方位、全流程的服务，尤其是加快培育和引进具备海外留学背景的知识产权法律人才。加快建设上海统一的涉外知识产权服务业协会。在协会的统一协调、管理、服务机制下，积极探索建立集专利申请、商标注册、版权登记、知识产权举报投诉、维权打假、信息检索、咨询评估、转移转化、司法鉴定、教育培训等各类服务资源于一体的知识产权综合服务平台。全方位制度性保护知识产权。加强海关知识产权执法保护，加大国际展会、电子商务等领域的知识产权执法力度，开展与相关国际组织和境外执法部门的联合执法。

二是完善知识产权风险防范机制。鼓励编制及发布企业知识产权保护指南，制定合同范本、维权流程等操作指引。加强重大案件跟踪研究，建立国外知识产权法律修改变动动态跟踪机制，及时发布风险预警报告。可由上海市知识产权局牵头，相关机构和行业协会参与，建立知识产权危机管理与协调机制，制定危机处理方案和实施办法。同时，指导企业对其拥有的知识产权质量定期进行自我评估，并为企业提供相关的支援和公共服务。例如，在专利纠纷发生前进行风险事前调查服务，降低专利纠纷的发生率。□

#### 参考文献：

- [1] 王迁. 著作权法 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2015.
- [2] 湛茜. 非传统商标: 国际注册问题研究 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2016.
- [3] 吕炳斌. 专利披露制度: 以 TRIPS 协定为视角 [M]. 北京: 法律出版社, 2016.
- [4] 邵宇. 全球化的未来——中国面临的挑战与角色转换 [M]. 北京: 中信出版集团, 2017.
- [5] 乔恩·皮埃尔, 盖伊·彼得斯. 治理、政治与国家 [M]. 唐贤兴, 马婷, 译. 上海: 格致出版社、上海人民出版社, 2019.
- [6] 董涛. 全球知识产权治理结构演进与变迁——后 TRIPS 时代国际知识产权格局的发展 [J]. 中国软科学, 2017(2).
- [7] 房乐宪. 全球化的多维政治内涵及思考 [J]. 世界经济与政治论坛, 2010(2).
- [8] 郭雨洒. TPP 最终文本之 TRIPS-PLUS 条款研究 [J]. 电子知识产权, 2016(1).
- [9] 刘春彦. 上海金融业立法: 第三条道路 [J]. 金融法学家, 2010(2).
- [10] 李洁琼. TPP 知识产权规则与中国的选择 [J]. 政法论坛, 2017(5).
- [11] 李洁琼. 国际知识产权制度的当今发展及其对我国的影响 [J]. 知识产权, 2016(12).
- [12] 上海市人民政府发展研究中心课题组. 上海科创中心建设“攻坚突破”的思路和抓手 [J]. 科学发展, 2018(9).
- [13] 徐红菊. 知识产权国际秩序构建的中国理念与路径 [J]. 宏观经济研究, 2017(4).
- [14] 肖琬君, 冼国明. RCEP 发展历程: 各方博弈与中国的战略选择 [J]. 国际经济合作, 2020(2).
- [15] 杨洁. CPTPP 新规则下我国对未注册驰名商标保护的路径选择 [J]. 吉林工商学院学报, 2021(3).
- [16] 杨静. 自由贸易协定中知识产权保护的南北矛盾及其消解 [J]. 知识产权, 2011(10).
- [17] 易继明, 初萌. 后 TRIPS 时代知识产权国际保护的新发展及我国的应对 [J]. 知识产权, 2020(2).
- [18] 易继明, 初萌. 全球专利格局下的中国专利战略 [J]. 知识产权, 2019(8).
- [19] 朱秋沅. 中国视角下对 TPP/CPTPP 知识产权边境保护条款的考量及相应建议 [J]. 电子知识产权, 2018(3).
- [20] WIPO. Patent Cooperation Treaty Yearly Review 2020 [R]. 2020.

[21] IP Dragon. Preview of the Impact of EU — China CAI on IP in the Context of the Coming 14th Five-year Plan 2021 — 2025 [R] . 2021.