

美国域外知识产权扩张中的论坛选择政策研究： 历史、策略与哲学^{*}

刘银良

内容提要:为追求知识产权利益最大化,美国的域外知识产权保护始终处于扩张之中。美国不断追逐有效的知识产权国际论坛,从联合国教科文组织到世界知识产权组织、世界贸易组织和最近的《反假冒贸易协议》,采取的论坛选择策略包括论坛加入或退出、论坛转移和新论坛构建等,意图在于把不断提高的国内知识产权保护实质地延伸至全球领域。为支持其论坛选择政策,美国交互采取单边、双边和多边贸易措施,包括“特别 301”、自由贸易协议和 WTO 的争端解决机制。持续推动美国域外知识产权保护的力量来自其跨国公司,支撑其论坛选择政策的是美国的实用主义哲学。对美国域外知识产权扩张历程及其论坛选择政策的考察,有助于人们认识知识产权全球化的实质,正视其内在冲突,把握其合理方向,理解知识产权国际保护不应是一国知识产权制度的无条件延伸,从而有助于我国吸收相关经验与教训,在知识产权对外交往中采取更有针对性和前瞻性的应对之策。

关键词:知识产权扩张 知识产权全球化 论坛选择 TRIPS 《反假冒贸易协议》

刘银良,北京大学法学院副教授。

美国《宪法》赋予国会立法权,“保证作者和发明者在一定时间内就其作品和发现分别享有独占权,以促进科学和实用技术的进步”。^[1] 此即美国专利法和版权法的宪法依据,被称为“知识产权条款”。1790 年美国分别通过第一部联邦专利法和版权法,开始知识产权制度构建。迄今约 220 年间,美国知识产权制度绵延不绝,逐渐成为强国之本。伴随国内知识产权制度建设,美国也逐渐重视域外知识产权保护。自 19 世纪 80 年代后期美国开始参与专利国际保护体系,但它参与版权国际保护体系则基本始于 1950 年代。自 20 世纪 80 年代初它又把知识产权保护与国际贸易相联系,积极推进国际贸易中的知识产权保护,并于 20 世纪 90 年代促成世界贸易组织(WTO)建立和《与贸易相关的知识产权协议》(TRIPS)等签署。伴随其域外知识产权扩张,美国的知识产权强国地位得以奠定,率先完成从工业经济到

* 本文是教育部人文社会科学研究规划基金项目(10YJA820068)的阶段性成果。

[1] US Constitution, Article I, Section 8, Clause 8.

知识经济的转变。2008 至 2012 年,美国又成功推动《反假冒贸易协议》(ACTA)谈判和签署。

在美国寻求域外知识产权保护的过程中,尤其自 20 世纪 50 年代以降的快速扩张时代,有很多历史事件值得回顾,也有很多现象值得探究。本文将通过梳理美国的相关国际论坛选择行为,揭示它所惯用的域外知识产权扩张策略及其背后的哲学支撑。回顾性的历史研究或可帮助人们认识美国推动知识产权国际保护的目的是和策略,进而厘清知识产权全球化的合理性与内在问题。本文第一至第三部分将主要按照历史顺序,梳理美国在域外知识产权扩张过程中的国际论坛选择行为,然后阐述它所实施的论坛操纵政策及其背后起支撑作用的国家行为哲学。

一 从 UNESCO 到 WIPO:论坛的选择与转移

美国专利法自 1861 年就开始为外国人在美国申请专利和保护专利权提供国民待遇,此举吸引了众多外国发明家到美国从事发明创造,促进了美国科技发展。^[2] 1873 年维也纳举办国际博览会,当时奥匈帝国专利法规定外国人要在奥国获得专利,需在本地生产其产品,美国认为此规定“极为荒唐”,并且美国的发明人由于担心其发明在展会期间得不到保护而不愿参会。^[3] 奥国为此通过特别法,对参加展会的发明和商标等提供临时保护。1883 年《保护工业产权巴黎公约》(下称“巴黎公约”)签署,在该公约生效三年后即 1887 年,美国选择加入该公约,开始参与专利国际保护事务。

与专利保护快速国际化相反,美国对于外国人的版权(著作权)保护一直持保守做法。美国 1790 年版权法规定,该法不禁止在美国重印外国人在国外写作、印制或出版的任何地图或书籍作品等。^[4] 该情形持续约一个世纪,直到美国于 1891 年通过“国际版权法”,才对外国人的作品提供有条件的保护,条件包括该外国也为美国人的作品提供对等保护,且作品需在美国出版和印刷,并于出版日前向国会图书馆提供印制样书等。^[5] 外国人的作品需在美国印制才可享有版权的规定被称为“印制条款”。它作为美国版权法的一个特色,是专为维护美国印刷业利益而设,持续近百年,直到 1986 年美国决定加入《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(下称“伯尔尼公约”)才被废止。^[6] 在此漫长的历史时期,美国可能已经忘记它对奥匈帝国专利法关于本地制造规定的“极为荒唐”的评价。即使美国版权局注册官员也曾认为,在版权国际保护方面,美国的做法体现了“智力上的短视、政治上的孤立主义和狭隘的自我经济利益”。^[7] 当然它也体现出一种虚伪主义。^[8]

[2] 参见郑成思:《知识产权法》(第二版),法律出版社 2003 年版,第 248 页。

[3] 参见 Peter Drahos & John Braithwaite, *Information Feudalism*, London: Earthscan Publications Ltd., 2002, pp. 33 - 34. (中译本为:彼得·达沃豪斯/约翰·布雷斯特:《信息封建主义》,刘雪涛译,知识产权出版社 2005 年版。本文以下仅注英文版页码)

[4] US Copyright Act of 1790, Section 5.

[5] The International Copyright Act-Amendments to the 1870 Copyright Act (1891), Sections 3, 13.

[6] Susan K. Sell, *Private Power, Public Law-The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 61 - 62. (中文译本为:苏珊·塞尔:《私权、公法——知识产权的全球化》,董刚、周超译,王传丽审校,中国人民大学出版社 2008 年版。本文以下仅注英文版页码)

[7] Barbara Ringer, *The Role of the United States in International Copyright-Past, Present, and Future*, 56 *Georgetown Law Journal* 1050, 1051 (1968). 转引自 Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 129 - 130.

[8] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 130.

在 1790 - 1891 年期间,美国大肆盗印英、法、德等国家的作者创作的作品,其中尤以英国人的作品受盗版侵犯最为严重。英国著名作家查理·狄更斯因不堪作品在美国被广泛盗印,曾于 1837 年游说美国要求其尊重外国作者的权利,呼吁美国国会立法制止盗版行为,最后却失望而归。^[9]而 1891 年后,由于印制条款、对等保护和及时报送样书等苛刻要求,外国人的作品事实上也难以在美国获得版权保护。尽管美国存在广泛的盗版行为,欧洲一些国家曾拒绝采取对等报复措施。如英国版权委员会认为,不管其他国家如何,英国版权法需坚持正确的原则,故不考虑报复美国的盗版行为。^[10]法国走的更远,拿破仑三世曾于 1852 年发布命令,规定不论作者国籍和作品首次出版地为何,法国都对所有外国人的作品提供保护,相应的盗版行为在法国可构成犯罪。^[11]这些做法与 1984 后美国动辄适用“特别 301 条款”制裁它认为不能充分保护美国知识产权的国家的行为,形成鲜明对比。

《伯尔尼公约》于 1886 年签署,于次年生效。依据该公约,版权属于自动产生,其享有不附任何前提条件。^[12]由于其版权法对于外国作品的特别规定等,美国长期游离在《伯尔尼公约》之外。“二战”后,美国快速崛起,成为世界科技、工业、文学和艺术中心。由于认识到长期脱离国际版权保护环境可能为美国带来负面影响,降低其国际影响,因此为维护它在国际贸易中的版权利益,美国也希望逐渐融入国际版权保护体系。但当时它还不能加入《伯尔尼公约》,因此从 1940 年代后期开始,美国选择支持联合国教科文组织(UNESCO),以推动《世界版权公约》制订。该公约基本属《伯尔尼公约》和《泛美版权公约》或美国版权法的折衷,为作者提供弱于《伯尔尼公约》的保护,恰是美国为争取其国际地位、维护其版权利益所需要的。^[13]在 UNESCO 主持下,《世界版权公约》于 1952 年签署,于 1955 年生效,UNESCO 遂成为美国直接参与版权国际事务的国际论坛。可把美国支持 UNESCO 以达成《世界版权公约》视为其实施国际论坛选择的起点。^[14]

然而,美国对于 UNESCO 的热情并未持续太久。伴随“二战”后风起云涌的殖民地国家独立运动,很多发展中国家开始关注版权事务,但其出发点主要是为更好地维护本国国民受教育的权利,使其更容易地获取有益信息和图书资料。发展中国家把 UNSECO 作为平台,发起“新世界信息秩序”运动,向主要由发达国家主导的版权保护体系提出挑战,要求修改公约规定。为方便图书进口等目的,《伯尔尼公约》的部分成员国试图脱离该公约而加入《世界版权公约》。美国虽然不是《伯尔尼公约》成员国,但对此种行为感到不满,担心它会影响到美国的版权利益。1980 年代初,在综合评估多方面的因素后,美国认为 UNESCO 已属于具有“严重政治化问题”的国际论坛,^[15]它将难以继续在该组织有效维护其版权利益,遂于 1984 年底退出该组织,也不再向它提供资金支持。^[16]

[9] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 32 - 33.

[10] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 33.

[11] Christopher May, The Pre-History and Establishment of the WIPO, 1 *The WIPO Journal* 17 (2009).

[12] Berne Convention, Art. 5(2).

[13] Susan K. Sell, *Private Power, Public Law-The Globalization of Intellectual Property Rights*, p. 62, footnote 1.

[14] John Braithwaite and Peter Drahos, *Global Business Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, Chapter 24. 转引自 Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 112.

[15] Peri A. Hoffer, Upheaval in the United Nations System: United States' Withdrawal from UNESCO, 12 *Brooklyn Journal of International Law* 161, 162, footnote 6 (1986). 转引自 Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 85.

[16] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 112. 美国于 1984 年退出 UNESCO, 后于 2003 年重新加入。参见 UNESCO, Member States, at <http://www.unesco.org/new/en/member-states/countries/>, 最后访问时间:2011 年 11 月 16 日。

虽然主动退出某国际机构的做法并未为国际法或国际惯例所禁止,但美国作为联合国主要成员,它主动退出联合国主要机构之一的做法仍属较为罕见的行为。美国敢为天下先,为本国知识产权利益最大化,对 UNESCO 先恭后弃,其行为可被视为该国在知识产权域外保护领域实施的第一个回合国际论坛选择。其后,美国认为世界知识产权组织(WIPO)或可成为维护其知识产权利益的国际论坛,逐渐把活动重心转移至此。

WIPO 的历史可上溯至 19 世纪 80 年代初。《巴黎公约》和《伯尔尼公约》各自的国际局于 1893 年合并成为“保护知识产权联合国际局”。在发展中国家接连崛起的历史大背景下,经过公约等成员国长期磋商,《建立世界知识产权组织公约》于 1967 年签署,于 1970 年生效,WIPO 依约成立,并于 1974 年成为专门负责知识产权事务的联合国机构,^[17]并在 1970 年代中、后期逐渐成为知识产权领域的主导性国际论坛。在成为联合国机构前,WIPO 及其前身基本由欧洲国家控制。美国只加入《巴黎公约》而未加入《伯尔尼公约》,在 1980 年代前并未成为 WIPO 的主导力量。在退出 UNESCO 前后,美国认识到为保证其国际贸易中的版权利益,《伯尔尼公约》应是主要舞台,就开始积极参与 WIPO 进程。WIPO 也认识到美国的参与和支持对于维护其地位的重要性,也积极配合美国的要求,尽力使其发展项目与美国利益相一致,还为之提供辅助性研究项目。双方投桃报李,美国在 WIPO 的地位迅速提高,已在较大程度上主导着 WIPO 的发展动向和活动。^[18]

然而,若从美国知识产权利益最大化角度看,WIPO 的优势也同时孕育着不足。WIPO 属联合国机构,除贯彻本机构宗旨以实现本机构目标外,还需遵守联合国的相关目标及管理规定,如通过促进技术转移帮助发展中国家提高工业化以及文化、科技和商业领域的发展能力。这些目标或项目可能绵延很长时间,如 WIPO 于 2007 年通过的“发展议程”即可视为其发展目标的延续。^[19]与此相关,在 WIPO 成员国中发展中国家占据多数,而每个国家拥有同样的投票权,因此在决议过程中发展中国家占据优势,这与联合国多数机构(如世界卫生组织)基本一致。并且和在 UNESCO 一样,随着发展中国家权利意识的觉醒,它们也逐渐联合起来,积极主张发展、减贫、公共健康等基本人权议题,以对抗发达国家的知识产权诉求。这些因素相结合,就可能有效阻遏美国推进知识产权国际保护的议程,甚至使之变得实质不能。因此,WIPO 的知识产权保护议程常陷入两大集团的无尽争论中,也因而难以满足美国对于高水平知识产权国际保护的需求。^[20]

更为重要的是,WIPO 虽然管理着二十多个国际公约,但这些公约却没有强制性条款,也缺乏相应的争端解决机制,因而并没有足够的可执行性,WIPO 也缺乏相应的强制性争端解决权威。针对相关争议,WIPO 更倾向于组织专家组进行审查,然而如此处理可能导致冲突被掩盖,因为它们并没有得到根本解决。美国跨国公司代表曾明确表示,没有执行力的条约毫无用处。^[21]

由此可知,美国对于 WIPO 的关注,开始就注定具有过渡性质。它在 WIPO 找不到可依

[17] WIPO 至今已有 184 个成员国,管理着约 24 个知识产权国际公约(条约)。

[18] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 112 - 113.

[19] Christopher May, *The Pre-History and Establishment of the WIPO*.

[20] Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 *Yale J. Int'l L.* 1 (2004).

[21] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 111.

赖的国际法机制以保障其知识产权利益,也没有可能集结足够的成员国以构成多数,但它却要面对联合国机构需要坚持的原则(如在发达国家和发展中国家之间维系平衡),而这些原则对于美国而言可在关键时刻成为掣肘。例如,虽然 WIPO 曾长期执行亲美政策,但当其时任总干事为谋求连任时就不得不在美国、其他发达国家和发展中国家之间寻求平衡。高水平的知识产权保护和有效的争端解决机制是美国希望的,但大多数发展中国家却不赞成,其他发达国家也没有足够热心,解决方案被搁置,美国也逐渐发现自己处境尴尬,像独行客,在 WIPO 几乎处于“被隔离”状态。^[22]对于 WIPO 的这些特点,美国在选择它作为倚重的知识产权国际保护论坛时就应当认识到。随着时光推移,美国逐渐对 WIPO 失去信心,认为在维护其需要的高水平知识产权方面,它不再是可信赖论坛。^[23]

综上,美国在退出 UNESCO 后,先是选择 WIPO 作为域外知识产权扩张的国际阵地,但由于看不到成功的机会,就逐渐远离它。美国这次并没有退出 WIPO,是源于它认为 WIPO 仍有用途。与美国再次实施阵地转移相对应,WIPO 也从知识产权领域唯一重要的国际论坛看到权力旁落。其时任总干事为此表示不满,认为美国新选择的舞台即关税与贸易总协定(GATT)并非合适的国际组织。美国谈判代表反唇相讥,说总干事看到确立知识产权标准的权力被一个非国际组织拿走,这可能让他感到屈辱。^[24]

二 从 GATT 铸造 WTO:知识产权全球化论坛的构建

早在 20 世纪 70 年代末或 80 年代初,美国就开始在 WIPO 之外寻求构建新的知识产权国际论坛的可行性。这次它把目光放到了 GATT,希望在其框架下,签署涵盖知识产权的多边贸易协定,从而使 GATT 成为容易控制的知识产权论坛。GATT 原本是为关税与国际贸易议题而设置,在最初五轮谈判中仅涉及关税减让,但随着国际社会发展,它也开始关注其他相关议题,如反倾销和非关税壁垒等各回合的议题多是由美国提出并实质推动。^[25]

然而,在 GATT 是否应纳入知识产权议题方面,在美国、其他发达国家和发展中国家之间存在不同观点。美国极力主张在下轮谈判即乌拉圭回合中纳入知识产权内容。之所以如此急切,是因为美国在退出 UNESCO 和发现 WIPO 难以操纵后,意识到可选择的知识产权国际论坛已经不多,GATT 无疑是一个优选。这有组织结构和运作机制方面的理由。^[26] GATT 非属联合国系统,不受联合国政策和规则制约,并且为美国等发达国家所实质控制。如果发达国家达成一致,就基本可使一项议题获得通过——知识产权更是如此,因为此时发展中国家尚未真正了解知识产权的本质和相关法律后果。^[27]美国主张,知识产权与国际贸易有一定关系,不尊重知识产权可能损及国际贸易,因此需把知识产权纳入谈判议程。在该认识的

[22] Hans Peter Kunz-Hallstein, *The United States Proposal for a GATT Agreement on Intellectual Property and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, 22 *Vand. J. Transnat'l L.* 265, 266 (1989).

[23] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 111 - 114.

[24] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 108.

[25] 参见郑成思:《知识产权法》,第 91 - 92 页。

[26] Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, pp. 20 - 23.

[27] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 185.

形成和推广过程中,美国的跨国公司起到了举足轻重的决定作用。^[28]

该提议受到发展中国家成员的强烈质疑和反对。印度和巴西认为,GATT 的基本目标在于通过关税减让等措施促进贸易自由化,知识产权作为垄断性的产权制度,宗旨恰与贸易自由化原则相悖,它如何能够纳入该体系?它们主张知识产权问题应留给 WIPO 解决,而知识产权与贸易的关系问题则属于联合国贸易与发展会议的职责范畴。这种反对理由难以反驳。美国意识到仅凭自己的力量,难以逆转发展中国家的对抗,遂采取联合欧洲和日本等主要发达国家、分化和击破反对派等策略,最终使谈判按照其设定方向演进。^[29]

美国首先说服欧洲、日本和加拿大等赞成其主张,其中欧洲最为重要,一旦欧洲赞成,日本基本持跟随态度。但当时欧洲和日本对此议题并不热心,它们更多地偏重于中间道路。为避免美国在谈判中再次陷入孤立,根据美国贸易代表办公室(USTR)的建议,美国的跨国公司团体通过其欧洲和日本同行分别向其政府发起游说活动,呼吁支持美国的动议。幕后活动全部由美国的跨国公司团体负责完成,包括由其组成的行业协会或专门机构,它们涉及的产业与专利、版权等知识产权事务密切相关。其中,行业协会包括由美国版权产业组成的“国际知识产权联盟”(IIPA),而全程参与支持乌拉圭回合谈判的专门机构则是于 1986 年成立的“知识产权委员会”(IPC)。作为专门的知识产权游说机构,“知识产权委员会”负责推动知识产权谈判事务,为美国贸易代表办公室提供一切必要的技术和法律文本支持。

在说服欧洲和日本同行参与行动要求其政府支持美国方面,“知识产权委员会”短期内就取得成功。它利用未来经济目标的宏大叙事绘制了一幅绚丽的知识产权贸易发展画卷,要求欧洲和日本同行联合起来,一起控制来自新兴经济体的竞争。它们都接受了“知识产权委员会”劝告,分别要求其政府(在欧洲为欧共体)支持在谈判中加入知识产权议题,尽管此时日本企业正处于其美国同行的知识产权阻击战中。^[30]美、欧、日的商业公司联盟还发布联合声明,为谈判中的知识产权议题确定基本框架,该框架及其原则后来成为 TRIPS 的基础。^[31]因此有评论认为,为知识产权全球化奠定基础规则的 TRIPS,实质是由美国的 12 个跨国公司推动产生。^[32]

为什么欧共体和日本的商界肯接受“知识产权委员会”劝告,积极游说其政府支持美国呢?有研究者认为,它们也许认为在知识产权利益分享方面虽然不能与美国平分秋色,但至少可以保护自己的利益。^[33]至于其他发达国家,如当时被称为“知识产权之友”的一些国家,包括澳大利亚、瑞士和北欧诸国,可能有多种考虑。如澳大利亚曾倾向认为,经过发展它将成为“聪明国家”,从而成为知识产权出口国,而非一直停留在知识产权进口国阶段;并且,政府也乐意相信产业界提供的夸大的侵权数据,从而认为发展中国家对其知识产权的侵犯已经对其经济带来较大损失。这些原因综合在一起,乃使澳大利亚等成为美国方案的跟随者。^[34]然而其后的发展却证明,在美国主导制定的规则下,对于其他国家而言,无论是发达国家还是发展中国家,此种想象中的超越发展机会并不当然存在。例如 TRIPS 实施已逾 15

[28] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 90 - 91.

[29] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 114.

[30] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 118 - 119, 128 - 129.

[31] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 123.

[32] Susan K. Sell, *Private Power, Public Law-The Globalization of Intellectual Property Rights*, pp. 1 - 7.

[33] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 119.

[34] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 192.

年,澳大利亚是否已成为知识产权净出口国?显然现有数据并不支持肯定的结论。^[35]

此外还有一个重要原因,即很多参与 GATT 谈判的国家,无论是发达国家还是发展中国家,都曾经因其国内知识产权保护措施不力而饱受美国贸易制裁之苦。美国 1984 年贸易法实施后的第一起“特别 301”行动,实施对象就是日本。加拿大、欧盟等也曾有类似经历。发展中国家同样是美国强权贸易制裁措施的受害者,如巴西、阿根廷、印度、泰国以及当时的新加坡和韩国。^[36]当美国提议在 GATT 框架下把知识产权议题纳入多边贸易协议时,其他国家可能设想这意味着以后知识产权争端将在多边环境下解决,并且情愿认为这或许比在双边环境下直接面对美国的贸易制裁更好承受,也可能有更多回旋余地。对于此种单方面的理解,美国予以鼓励。但其后历史又证明这些国家的想法多么幼稚,因为美国从未打算要放弃单边制裁措施,取而代之,美国更希望通过交互使用单边、双边和多边措施的形式,使其知识产权利益最大化。因此无论在乌拉圭回合谈判中,还是在 TRIPS 实施后,美国都未曾放弃把“301 条款”作为单边贸易制裁的工具。^[37]例如,直到 2010 年美国贸易代表办公室仍在发布“特别 301”调查报告,对很多国家的知识产权状况甚至科技促进政策做出妄自评价。^[38]

针对拒绝知识产权议题的发展中国家,尤其是巴西和印度等领头者,美国采取分而击之的策略,在瓦解由它们领导的发展中国家同盟之后,充分运用单边贸易措施,使各国分别就范。在前期,美国应用较多的单边措施为“关税普惠制”,在后期则主要是“301 条款”(包括“特别 301”等),二者的有效结合充分体现了美国近 30 年来惯用的“胡萝卜加大棒”的对外贸易政策。^[39]在 1985 - 1994 年期间,美国共对巴西发起 3 次“特别 301”行动,通过实施单边贸易惩罚措施迫使巴西就范,既按照美国要求修订其专利法,又不再反对加入知识产权议题。随后印度也不得不被动跟随。因此在乌拉圭回合谈判中,面临以美国为首的发达国家咄咄逼人的态势,发展中国家已位居劣势,难以扭转被动局面。

美国率领欧、日和加拿大组成“四国小组”,使之成为谈判中坚。通过分解并各个击破策略,美国基本瓦解和清除了反对知识产权议题的障碍,因此虽然部分发展中国家如印度依然反对纳入知识产权议题,但已难成大碍。在长达 7 年之久的乌拉圭回合谈判(1986 - 1993)中,针对知识产权议题的争论尤为激烈。在“知识产权委员会”全程支持下,美国基本主导着谈判进程。它以本国为中心,把参与谈判的国家分为不同组别,充分运用各种谈判技巧和策略,一方面尽力避免各方(尤其是发达国家之间)在细枝末节上争论,从而把重点放在原则性框架的设置上,另一方面又通过精明的条款安排,把关注的内容纳入协议文本中。^[40]

[35] 据 WIPO 统计,就 PCT 申请(专利的国际申请)而言,来自澳大利亚的申请在国际上的排名,1995 年为第 9 名,2009 年降为第 14 名。在 2009 年 PCT 申请的全球 50 强公司中,没有来自澳大利亚的公司。在 2009 年依据马德里体系提交的商标国际注册的全球 50 强公司中,也没有来自澳大利亚的公司。WIPO, *World Intellectual Property Indicators*, 2010 Edition, WIPO Publication No. 941, 2010; WIPO, *Statistics on the PCT System-Historical data (1985 - 1999)*, <http://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/pct/>, 最后访问时间:2012 年 1 月 16 日。

[36] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 88 - 107.

[37] Peter Drahos, p. 194. 有研究者把“特别 301 条款”称为“双边措施”,似有不妥。因为是否把他国列入观察名单并采取特别 301 行动仅由美国政府决定,而它在决定前并不需要与该措施的被施加方磋商以达成一致,尽管在实践中美国政府通常会发起此类磋商以避免贸易战。Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 86 - 90.

[38] 例如,该报告对于中国的“自主创新”政策做出负面评价,认为它“可能不公平地让美国的权利人处于不利地位”。USTR, *2010 Special 301 Report*, April 30, 2010, pp. 19 - 23.

[39] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 85 - 90.

[40] 关于乌拉圭回合谈判的叙述, Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 108 - 149; Peter K. Yu, *The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement*, 46 *Hous. L. Rev.* 979, 982 - 992 (2009)。

GATT 秘书处密切配合谈判进程,甚至 WIPO 也积极配合,为谈判提供相关资料。美国原打算在完全抛开 WIPO 的基础上制定全新的知识产权协议,但时任 TRIPS 谈判小组主席认为这样做可能会让众多具有敌意的发展中国家聚集在 WIPO,从而不利于知识产权事务开展。在美国改变看法后,WIPO 得以观察员身份参与 GATT 相关会议,而在每次会议后该小组主席都与 WIPO 时任总干事讨论相关问题。表面上的尊重显然有助于化解怨气,总干事此时看起来已经对 GATT 攫取其知识产权议事权不再耿耿于怀,也似乎已忘记他对 GATT 属非合适的国际组织的评论。^[41]

乌拉圭回合谈判时间长,成果也非常丰富,其中包括建立 WTO、更新争端解决机制和通过 TRIPS。该协议设置了知识产权全球化的基本框架,涉及范畴广泛,除包括传统的知识产权外,还包括植物新品种和集成电路布图设计等新兴知识产权形式(其权利多为发达国家拥有)。它以最低标准的形式要求 WTO 成员完善其知识产权制度,并且可利用有效的争端解决机制维护该框架标准。这种全面的国际知识产权保护制度,已属美国商业公司此前所难以想象的突破性成就,因为知识产权毕竟属于垄断,而多边贸易协议主要关注贸易自由化,二者可有深层次的冲突。使它们在 WTO 框架内至少在形式上得以“协调”,的确需要高超的国际谈判技术和坚实的单边或双边贸易制裁力量。^[42]这两者美国都具有。因此从美国利益角度看,尽管其商界对于 TRIPS 赋予发展中国家和最不发达国家以过渡期耿耿于怀,对协议文本的缺陷也批评不讳,但无论如何该回合谈判的完成都是美国了不起的成就。^[43]

藉由 WTO/TRIPS 的力量,一个新的知识产权全球化时代得以来临。美国的知识产权立法标准被实质地延伸至域外以至于世界各地,从而使美国的知识产权制度通过贸易(以及贸易制裁)全球化的载体,全面冲击既存国际贸易秩序和经济格局,使各种利益得以重新配置。可认为,随着 GATT 脱胎换骨地成为 WTO,一个全新且权威的知识产权国际论坛得以构建,美国的域外知识产权保护也由此飞跃至全球化阶段。

三 《反假冒贸易协议》谈判:知识产权实施论坛的构建

自 20 世纪 80 年代以来,就其域外知识产权利益保护而言,美国的跨国公司(及其行业协会)似乎没有满意过,探索知识产权保护新疆界的努力也从未停止。在其要求和推动下,美国政府作为其代理人,交替运用多种贸易措施,要求其他国家为其知识产权提供满意的保护。可以理解,美国的国内知识产权制度是其域外知识产权保护的基础,国内知识产权制度的扩张也因而成为域外知识产权扩张的理由和基础,TRIPS 文本的形成充分说明了这点。然而从跨国公司视角看,TRIPS 尚有缺陷,因此它们在 TRIPS 生效后继续寻求如何在其基础上加强知识产权国际保护,此即“TRIPS +”或称“超 TRIPS”保护的动机。

1995 年后,在知识产权国际保护领域,人们把注意力更多地放在 WTO。这与它具有高效的争端解决机制有关,也与美国咄咄逼人的多方位出击有关。在继续积极运用单边措施如“特别 301”调查和双边措施如自由贸易协议的同时,美国也在 WTO 通过争端解决机制向

[41] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 141 - 142.

[42] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 195 - 196.

[43] 例如,美国医药产业和电影产业等,都对 TRIPS 文本表示出不满,认为它具有严重缺陷。IPC 和 IIPA 也对该文本提出批评。参见 Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 147 - 148.

多个成员提起诉讼。据统计,从1996年至2010年间,在WTO就违反TRIPS而诉诸争端解决机制的案件共有29件,其中美国作为起诉人的就占17件,被诉成员不仅包括发展中国家如印度、阿根廷、巴西和中国,也包括在乌拉圭回合中紧随其后的传统贸易盟友如日本、加拿大和欧共体或其成员国。^[44]在美国的多种贸易措施压制下,WTO成员分别通过修改法律等形式,实质地提高了知识产权保护水平,使之至少与TRIPS规定的最低标准一致,从而为美国域外知识产权扩张提供了广泛的制度基础。然而随着时间推移,在TRIPS实施10年后,美国逐渐感觉到WTO这个曾有效维持其知识产权利益的全球化论坛,已变得难以控制。

这是因为,在美国多样化的谈判策略诱导下,虽然成员最终通过TRIPS文本,但原有分歧并未就此消除。在WTO,一方面是美国大肆运用争端解决机制要求其他成员达到TRIPS或TRIPS+要求,另一方面是广大发展中国家也越来越多地主张本国利益,其中涉及发展、减贫和公共健康等方面。发展中国家(以及最不发达国家)在以本国的发展利益为代价给予付出后,本希望看到WTO作为相对公平的世界贸易舞台为其发展和公共利益服务,但却发现它远不如预期,因为美国等发达国家就知识产权等议题实施的压制措施更为积极。在印度和巴西等引领下,发展中国家为共同的利益诉求逐渐联合起来,发出符合发展中国家利益的声音,其最为显著的成果就是于2001年部长级会议通过的《关于TRIPS协议和公共健康的多哈宣言》。^[45]

另一方面,美国等主要发达国家对于发展中国家的知识产权实施状况越发不满,认为它没能满足TRIPS要求。然而当它们提议TRIPS理事会评估成员知识产权实施情形时,却遭到来自发展中国家的集体反对。不仅如此,秘鲁等发展中国家还提议加入生物多样性保护和防止“生物海盗”等议题,以维护遗传资源较为丰富的发展中国家的利益。但发达国家对此议题却不感兴趣。2006年的TRIPS会议明确体现了WTO成员在知识产权实施等议题上的广泛分歧。^[46]争议和利益分歧堆积在一起,与之相关的涉及程序或实质问题的争论持续激烈,相关日程变得缓慢。在美国眼里,WTO可能看起来越来越像WIPO。看到其历经曲折构筑而成的WTO论坛逐渐为发展中国家占据要津,反而不如其前身GATT可操控,美国或产生“被围城”和权力旁落的危机感。依照其惯有策略,美国遂开始探寻新的国际论坛的可能性。

依然活跃在美国国会山和WTO等国际论坛周围的跨国公司或其游说顾问,对于发展中国家的表现以及WTO的现状,表现出同样甚至更大的不满。它们本来就对TRIPS心存芥蒂,现在看到即使此框架也难以得到贯彻执行,就开始考虑如何构建新的阵地。这与20年前它们开始关注GATT时基本一致,只不过当时是试图改造GATT,而现在是希冀筹划新论坛。在它们的积极要求、推动和支持下,新一轮知识产权国际保护论坛构建得以实施,此即持续数年的《反假冒贸易协议》(ACTA)谈判。

由此观之,《反假冒贸易协议》其实是TRIPS的延续。在跨国公司眼里,TRIPS所未竟的任务仍然需要完成,这自然成为《反假冒贸易协议》的使命。更为重要的是,它们认为,

[44] 在WTO涉及TRIPS的争端案件中,第一起案件就是美国诉日本(WT/DS28)。WTO, Dispute settlement, at http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm, 最后访问时间:2011年11月16日。

[45] *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 November 2001.

[46] ICTSD, *TRIPS Council Discussions Fall Apart Over Enforcement Issue*, 2006, at <http://ictsd.org/i/publications/7435/>, 最后访问时间:2011年11月16日。

TRIPS 规定的实施措施并不足以保证知识产权法得以充分实施,这也应是《反假冒贸易协议》应予特别关注的问题。历史经常在重演,尤其是受同样的利益集团驱使,并被同样的谈判发起者所主导的谈判进程。所不同的是,在吸取 TRIPS 谈判漫长而曲折的教训后,美国决定采取不同的论坛构筑策略,即不再把可能反对基本谈判文本的发展中国家作为谈判伙伴,而是把游戏规则的制定主要限定在发达国家之间。^[47]

日本和美国曾于 2005、2006 年分别提出签署反对假冒和盗版的多边协议设想。^[48]日本原打算以经济合作与发展组织(OECD)为平台谈判该协议,但美国倾向构建新的论坛,它告诫日本利用现有国际论坛并非好事。显然在与国际论坛交往中,美国有更多的经验,其中包括它先后在 UNESCO、WIPO 和 WTO 的遭遇。其后欧盟、加拿大和瑞士参与磋商。《反假冒贸易协议》谈判于 2008 年正式开始。在较长时期内,谈判文本都未对公众公开。人们对它可能不当限制公众自由获取信息以及可能侵犯隐私权等提出批评。美国“电子前沿基金会”(Electronic Frontier Foundation)曾为此提起诉讼,要求公布谈判文本。美国部分国会议员也要求政府部门公布相关文本。欧洲议会曾于 2009 年 3 月通过决议,要求代表欧盟参与谈判的欧盟委员会公布谈判文本。^[49]谈判方共进行了 11 轮谈判,于 2010 年 10 月在东京达成最终协议文本,该文本其后公布供公众评论和谈判方签署。^[50]

与 TRIPS 谈判相比,除谈判文本保密外,《反假冒贸易协议》谈判还有自己的鲜明特点,这主要体现在谈判主导方对于谈判参与方的高度选择性方面。谈判发起者包括美国和日本,主要参与者包括属发达国家集团的欧盟(同时代表其成员国)、瑞士、加拿大、澳大利亚和新西兰。阿联酋和约旦参与了开始阶段的谈判,其后退出。韩国、新加坡、墨西哥和摩洛哥于后期加入。这些国家多与美国签有双边自由贸易协议,在知识产权保护方面受美国制约,在谈判中难有实质独立诉求,主要是跟随者角色。因此虽然看起来《反假冒贸易协议》谈判有发展中国家参与,但它们并未有代表意义,或说只有点缀作用,让《反假冒贸易协议》被批评为发达国家俱乐部时有所遮挡。有报道称巴西曾表示有兴趣加入该谈判,但却一直没有得到积极回应。^[51]德国曾于谈判初期建议欧盟委员会邀请中国、印度和俄罗斯等国参与,但该建议被否决。^[52]这意味着《反假冒贸易协议》的谈判圈子此时并不欢迎真正的发展中国家代表加入,因为它们可能会扰乱既定谈判进程。

这些现象显示美国充分吸收了 TRIPS 谈判的教训,避免在协议文本形成过程中出现太多争论,从而既影响谈判效率,又会使发达国家出于各种原因(如希望早日达成协议)对发展中国家做出太多让步。国际知识产权联盟(IIPA)领导人曾声明,《反假冒贸易协议》的目

[47] 在 TRIPS 谈判前夕,发展中国家曾担心被排除在谈判过程之外,这种担心在 ACTA 谈判中得以成真。Peter K. Yu, *The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement*, pp. 989 - 990.

[48] Margot Kaminski, *The Origins and Potential Impact of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, 34 *Yale J. Int'l L.* 247, 250 - 251 (2009).

[49] *European Parliament Resolution of 10 March 2010 on the Transparency and State of Play of the ACTA Negotiations*, P7_TA (2010)0058, paras. 1 - 5.

[50] 对于 ACTA 谈判历史的描述,可参见 Emily Ayoub, *Recent Development: The Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, 28 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 175, 176 - 182 (2010).

[51] Michael Geist, *ACTA Update: New Meetings, New Partners, New Issues*, June 30, 2009, <http://www.michaelgeist.ca/content/view/4092/125/>, 最后访问时间:2011年12月6日。

[52] *European Parliament-Policy Department External Policies, Impact of Counterfeiting on International Trade: Comments on Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, EXPO/B/INTA/2008/13, May 2008, pp. 30 - 31.

标就是针对当今知识产权侵权问题达成一个野心勃勃的协议,此目标“不能因增加的缔约国或者为匆忙结束谈判而有所牺牲”。^[53] 尽管发达国家之间就知识产权制度存在多方面的分歧(如是否应涉及地理标志等),但在提高知识产权保护和实施水平等方面,它们却有基本一致的利益诉求。在共同需求指引下,达成协议文本的机会以及各方为此付出的对价,可能要比在有发展中国家参与的情形下少得多。由此即可理解为什么《反假冒贸易协议》谈判始终在回避有代表性的发展中国家参与。

但另一方面,《反假冒贸易协议》的有效实施却离不开发展中国家参与。与谈判阶段极力避免发展中国家参与正相反,在协议实施后,《反假冒贸易协议》会鼓励甚至要求发展中国家参与进来。例如,促成中国、巴西和印度等新兴经济体加入就是《反假冒贸易协议》的目标之一。^[54] 毫无疑问,发展中国家要加入《反假冒贸易协议》,前提一定是它们的知识产权保护和实施能够满足其规定。因此《反假冒贸易协议》谈判实质上就是以美国为首的发达国家为发展中国家制定知识产权实施标准的过程:作为贸易的或称政治的圈套,一旦它制作完成并实施,发达国家就会运用必要的单边、双边或多边手段,驱使发展中国家进入圈套。正是认识到《反假冒贸易协议》可能危及其利益,^[55] 发展中国家对《反假冒贸易协议》谈判一直持有足够戒备,中国和印度在 WTO 分别就该谈判另行开辟论坛表达关注与批评,得到广大发展中国家支持。^[56]

2011年10月,《反假冒贸易协议》在东京开始签署,至2012年1月底,绝大多数谈判方(包括美、日、欧盟及其多数成员国)已经完成签署。依照《反假冒贸易协议》规定,该协议将在得到6个缔约方批准后1个月生效。如果它将于不远的未来生效实施,则一个新的知识产权国际论坛在短期内就得以建成。在 WIPO 于 20 世纪 90 年代中期大权旁落之后, WTO 于 2010 年初似乎也看到了自己相似的命运。针对美国舍近求远谈判《反假冒贸易协议》的游击策略,欧洲议会曾通过决议从两方面加以谴责:第一,对谈判成员的算计性选择;第二,试图构建新的国际论坛,而非选择构建良好且能够为公众提供信息和咨询的国际组织,如 WIPO 和 WTO。^[57]

如同 WTO/TRIPS 谈判一样,在背后推动和支持美国政府发起《反假冒贸易协议》谈判的力量,依然是美国的商业公司及其行业协会组织,如美国录音产业协会(RIAA)和美国医药研究与制造商协会(PhRMA)等曾通过给美国贸易代表办公室等机构发布公开信的形式支持该谈判,并提出激进的知识产权保护措施建议。^[58] 美国政府在要求严格保密的前提下

[53] Eric H. Smith (IIPA), *Letter to USTR: Anti-Counterfeiting Trade Agreement: Request for Public Comments*, March 21, 2008, <http://www.iipa.com/pdf/IIPAACTAlettertoUSTRfinal03212008.pdf>, 最后访问时间:2012年1月10日。

[54] European Parliament-Policy Department External Policies, *Impact of Counterfeiting on International Trade: Comments on Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, p. 25.

[55] 例如有研究者把 ACTA 称为是 TRIPS + + 的保护水平,即在 TRIPS + 的基础上又有所提高。参见 Susan K. Sell, *The Global IP Upward Ratchet, Anti-Counterfeiting and Piracy Enforcement Efforts: The State of Play*, June 9, 2008, 转引自 Margot Kaminski, *The Origins and Potential Impact of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, pp. 249-250.

[56] WTO, *Council debates anti-counterfeiting talks, patents on life*, 8 and 9 June 2010, http://www.wto.org/english/news_e/news10_e/trip_08jun10_e.htm, 最后访问时间:2012年1月10日。

[57] *European Parliament Resolution of 10 March 2010 on the Transparency and State of Play of the ACTA Negotiations*, P7_TA (2010)0058, para. 6.

[58] James Love, *RIAA Suggestions for Content of ACTA*, 26 June 2008, at <http://keionline.org/content/view/190/1>; James Love, *PhRMA comments to USTR on ACTA*, 9 July 2008, at <http://keionline.org/content/view/193/1>, 最后访问时间:2011年11月16日。

也使其代表得知谈判文本。可以理解,《反假冒贸易协议》实质上仍然是美国知识产权制度在国际范围内的延伸,因此美国的域外知识产权保护在步入全球化 15 年后,又将开辟新的历史阶段。

四 美国域外知识产权扩张中的论坛选择策略分析

在本文语境下,论坛选择是指在国际知识产权保护事务中,一国为优化或最大化其知识产权利益,选择性地加入、退出、规避、构建或转移相关知识产权国际论坛的策略或行为。论坛加入或退出是指选择加入或退出某知识产权国际论坛。论坛规避是指在相关国际法框架下,一国虽有义务承担相应国际责任,但它却基于本国利益考虑,拒绝加入相关国际论坛并承担国际责任。论坛构建是指另行构建新的国际论坛。^[59]论坛转移是指,一国认为某国际论坛已不能保证其利益最大化,乃把重点转移至其他论坛,其中包括在不退出某国际论坛的情形下把重点转移至其他论坛。^[60]这些不同的论坛选择过程可交叉发生,如在某国际论坛的退出或转移,可同时伴随加入或构建另一论坛。所有这些操纵或运用知识产权国际论坛的策略,都可视为论坛选择政策的运用。

知识产权保护的国际论坛在前期主要是 WIPO 的前身即“保护知识产权联合国局”和 UNESCO(主要涉及版权),当今主要是 WIPO 和 WTO,将来也可能包括《反假冒贸易协议》。通过对美国域外知识产权扩张历史的考察,可知在此前一个多世纪,尤其是在此前 60 余年间,美国的论坛选择政策若隐若现,绵延至今。在 19 世纪 80 年代美国选择及时加入《巴黎公约》而长期规避《伯尔尼公约》(直到 1989 年才加入);^[61]它于 20 世纪 50 年代初选择支持 UNESCO,推动《世界版权公约》签署,后又于 1984 年退出;从 20 世纪 70 年代后期至 20 世纪 90 年代中期,美国主要依托 WIPO 推进其域外知识产权保护,1995 年后又把重点转向 WTO;进入 21 世纪,它又引领发达国家集团成功构建新的知识产权国际论坛《反假冒贸易协议》。^[62]

美国在知识产权国际论坛间的频繁选择,毫无疑问是为知识产权利益最大化。它在逾一个世纪的时间内选择不加入《伯尔尼公约》,是为方便本国出版商复制他国作品,并维护本国印刷商的利益。它之所以选择加入 UNESCO,为的是在国际版权论坛享有话语权,进而维护国际贸易中的版权利益。进入 20 世纪 80 年代,美国的信息技术和生物技术等获得空前发展,域外知识产权保护对于其利益愈发重要,它借助 WIPO 平台开始知识产权国际化阶段。为使知识产权保护延伸至商业秘密、集成电路布图设计等新形式,提升发展中国家的知

[59] 与论坛构建相关的概念还有论坛增殖。它是指在现有论坛的框架中增设知识产权议题,从而使涉及知识产权议题的国际论坛增加。例如,《生物多样性公约》(CBD)等国际公约和世界卫生组织(WHO)等国际机构对于知识产权议题的涉及,就实质增加了当今的知识产权国际论坛。Peter K. Yu, A Tale of Two Development Agenda, 35 *Ohio N. U. L. Rev.* 465 (2009)。

[60] 也有研究者把论坛转移等称为“体制转移”。Laurence R. Helfer, Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking, pp. 13 - 18。

[61] 在生物多样性和环境保护等领域,美国的国际论坛规避行为体现得更为明显。例如,美国至今选择不加入 CBD 和《联合国气候变化框架公约之京都议定书》,以避免承担相应的国际责任。在文化领域,美国也不是《保护非物质文化遗产公约》的成员国。

[62] 有趣的是,有研究者认为,发展中国家也在积极运用论坛选择策略,如在 CBD、WHO 和人权组织等讨论知识产权议题,以制约 TRIPs 的影响等。Laurence R. Helfer, Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking, pp. 53 - 63。

知识产权保护水平,促进知识产权有效实施,维护国际贸易中的美国利益,它遂推动在乌拉圭回合中加入知识产权议题,促成 TRIPS 签署,使 WTO 成为最重要的知识产权国际论坛。为完善网络环境下的知识产权保护,加强海关监管,严格知识产权刑事责任,美国继续推动《反假冒贸易协议》的谈判与签署。透过现象,可知在美国绵延的国际知识产权论坛选择背后,蕴含的皆是其知识产权利益:它作为驱动力,在持续推动美国的域外知识产权扩张,维系着其国际论坛选择政策。

在美国运作知识产权国际论坛的行为中,既有对论坛的主动选择和创新性构建,也有它主动退出和转移相关论坛的情形,并且它退出或转移相关国际论坛的行为多是不得已而为之。如本文第一部分所述,随着发展中国家权利意识的觉醒,它们不再对发达国家言听计从,而更为关注本国公民受教育和自由获取信息等权利,UNESCO 也因而成为多数国家维护其文化和教育事业权益的国际舞台,至今已在保护世界文化遗产(包括非物质文化遗产)等领域成绩斐然。在发展中国家包围下,美国难以追求其知识产权利益最大化,认为该组织已有严重政治倾向,遂决定撤出该国际论坛。它在 WIPO 的遭遇与此基本相似:构成多数的发展中国家认识到团结一致的力量,它们积极探讨知识产权与发展的关系,支持 WIPO 的发展议程,逐渐成为美国扩张域外知识产权利益的掣肘,使其不可随欲而为。其他发达国家的策略亦各有侧重,美国难以获得其全力支持。最后在无奈中,美国开始考虑新的国际论坛。与对待 UNESCO 的做法不同,美国并没有退出 WIPO,而只是构筑新的国际论坛加以倚重。事实上它也不可能退出 WIPO,因为它是专门负责知识产权事务的联合国机构,在其平台上聚集着众多发展中国家,完全抛开它可能激怒发展中国家,使之成为反对美国知识产权议题的根据地,因而不利于美国域外知识产权保护。^[63]随着发展中国家力量在 WTO 汇合,人权、发展和公共健康等议题渐上日程,美国越发感受到发展中国家成为维护其知识产权利益最大化的制约,并且该制约无可消除。美国不得不再次考虑阵地转移,构筑没有发展中国家实质参与的国际论坛。《反假冒贸易协议》——但美国仍会继续把 WTO 作为重要论坛使用,《反假冒贸易协议》也或可被视为其框架下的一项诸边协议。

历史似乎经常在重复,美国的知识产权国际论坛选择策略是如此,其论坛转换的原因和每次转换后的结果也是如此。这指示着,一方面美国(及其他主要发达国家)总是在积极追求其知识产权利益最大化,寻求最适宜的知识产权国际论坛;而另一方面,发展中国家也总会随后联合起来,以有效维护本国利益。伴随着双方力量此消彼长,就表现为虽然美国的论坛选择策略绵延不绝,时常使用,但在一定时期后它都需要做战略性撤退或转移。在美国积极的论坛选择政策背后,是跨国公司的全力推动和支持。这在 TRIPS 谈判中体现地尤为明显。从谈判目标的提出,到谈判盟友的动员与协调,再到谈判资料的准备和谈判框架文本的拟定,都有跨国公司的全面参与。在乌拉圭回合中,美国的 IPC 曾起到举足轻重的作用,以 12 个跨国公司的力量,为知识产权全球化奠定基本规则框架,其影响力足令所有国家或国际组织侧目。有研究者为此揶揄,在由 IPC 提出的基础框架文件和 TRIPS 谈判文本之间具有如此高的相似性,以至于人们会问它们是否出自同一支笔。^[64]由此观之,美国的跨国公司不仅在很大程度上左右着美国国会的知识产权立法活动,它也可以通过美国政府,在很大程度上支配着知识产权国际保护规则的制定。在美国的国际知识产权论坛选择中,美国政府

[63] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 141 - 142.

[64] Peter Drahos, *Information Feudalism*, p. 125.

其实是其跨国公司的国际代言人。这体现了资本的力量,也可由此解释在其他国家较为少见,但在美国却较为普遍的“旋转门政府”机制,即直接连结跨国公司高管与美国政府高官的人事跨越制度。^[65]

据此即可理解,由美国发起和主导的知识产权全球化运动,其实是美国国内立法的实质延伸。例如有研究者认为,《反假冒贸易协议》实质是美国试图在 WIPO 和 WTO 之外扩张其知识产权利益的多边立法行为。^[66]美国《优化知识产权资源和组织法》(Prioritizing Resources and Organization for Intellectual Property Act)和《反假冒贸易协议》交叉的立法和谈判历史,也可推知这点。达成《反假冒贸易协议》对于美国国内的知识产权立法具有“政策洗钱”的意义,即《反假冒贸易协议》反过来可以漂白该法,使倍受批评的美国国内知识产权立法正当化。^[67]也有研究者注意到看似例外的情形。在 1990 年代中期 WIPO 成员国磋商数字版权条约过程中,虽然美国及其跨国公司也深度参与,但最后达成的《WIPO 版权条约》(WCT)和《WIPO 表演和录音制品条约》(WPPT)却并没有为数字环境下的版权和邻接权提供更高水平的保护。据分析,原因之一是美国的网景和太阳微系统等公司结成联盟,以维护公共利益之名,援引合理使用条款,努力阻止为数字版权设置更高的保护标准。^[68]这也从反面证明美国的跨国公司影响国际立法的力量。

美国近年来的域外知识产权保护及贸易制裁史表明,它在运用多种贸易措施以维护域外知识产权利益方面得心应手,其中包括交叉使用各种措施。如本文第二部分所述,为推动 TRIPS 谈判,它不惜利用特别 301 条款迫使巴西就范,从而扫清一个主要的发展中国家障碍。反过来,美国也经常利用多边措施促使对手在双边对峙中屈服,如利用 WTO 的争端解决机制促使日本就录音制品版权保护问题进行磋商。这表明,为保证其域外知识产权利益最大化,美国从不考虑对方是否其传统的贸易或政治盟友。不能有效维护美国知识产权利益者必被起诉或制裁,似乎是美国域外知识产权保护的基本判断之一。

五 美国域外知识产权扩张的哲学

美国的实用主义哲学以行为的可行与实用以及结果的有效等作为价值判断和行为取舍标准。它于 19 世纪 70 年代兴起,在美国持续繁荣逾半个世纪,后虽于 20 世纪 30、40 年代因欧洲分析哲学传入而有所衰减,但又于 80、90 年代以新实用主义之名得以复兴,表明它在美国文化中的强大生命力。^[69]作为美国的本土哲学,实用主义与其说是一种纯粹的理论,不

[65] 参见威廉·恩道尔:《粮食危机:运用粮食武器获取世界霸权》,赵刚等译,北京:知识产权出版社 2008 年版,第 20 - 21 页。

[66] Margot Kaminski, *The Origins and Potential Impact of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, p. 250.

[67] Margot Kaminski, *The Origins and Potential Impact of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, pp. 247 - 256. 其实 ACTA 的达成对于欧盟及其成员国也有类似意义。欧盟关于知识产权实施的刑事措施立法(Directive of the European Parliament and of the Council on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights, COM(2006) 168 final)自 2006 年以来一直处于停顿状态,那么通过 ACTA 谈判及其实施或绕过阻挠重重的欧洲议会,在更大范围内为欧盟各国设置国际法责任。

[68] Susan K. Sell, *Private Power, Public Law-The Globalization of Intellectual Property Rights*, pp. 180 - 181.

[69] David A. Hollinger, *The Problem of Pragmatism in American History*, 67 *The Journal of American History* (1) 88 - 107 (1980); 王元明:《美国实用主义哲学新析》,载《南开学报》1994 年第 5 期;盛宁:《传统与现状:对美国实用主义的再审视》,载《美国研究》1995 年第 4 期;陈亚军:《新实用主义:美国哲学的新希望?》,载《哲学动态》1995 年第 4 期;钱满素:《作为美国民族精神的实用主义》,载《社会科学论坛》1999 年第 9 - 10 期。

如说是对美国社会实践方法加以归纳和系统阐释的理论,在美国具有广泛的社会基础,被誉为贯穿美国文化传统、体现美国精神的特征。^[70] 有美国研究者认为,实用主义自然地源于美国的社会实践,成为美国社会生活的中心主题,并且在 20 世纪“几乎是美国的官方哲学”。^[71] 也有中国研究者认为,实用主义是支撑美国对外交往战略的哲学理念,全面体现在美国的国际危机事务处理中。^[72] 在美国知识产权制度建设方面,实用主义哲学也有充分体现。在美国联邦法院的司法实践中,工具主义理性也成为论证和判决知识产权案件的理由。^[73]

美国知识产权制度的域外延伸也充分体现了实用主义哲学。19 世纪 80 年代中后期,当实用主义哲学在美国悄然兴起之时,恰逢美国拓展域外专利保护之机。此后一个多世纪,在与多个知识产权国际论坛交往中,无论是先支持 UNESCO 然后退出,还是在 WIPO 完成过渡后转移至 WTO,或者从头构建《反假冒贸易协议》,美国的论坛选择都充分体现出实用主义的价值判断,最终目的都是为最大限度地维护知识产权利益。若考虑到,无论是国内知识产权制度的超越发展,还是域外知识产权保护的扩张,皆由跨国公司所推动和主导,就更能对其实用主义哲学有清晰理解,从而知晓资本操纵法律或规则的力量,无论国内与国际皆然。

然而,知识产权国际规则的构建并不遵循与国内知识产权制度建设相同的法理和逻辑。就美国知识产权制度建设而言,在宪法知识产权条款的工具主义理性指引下,一方面其专利法和版权法等可以不断提高保护水平,而另一方面,成熟的联邦法院司法机制也能够一定程度上维护公共利益,制约知识产权的过度扩张。在当前国际形势下,知识产权国际保护却难以遵循相同逻辑,因为以美国为代表的知识产权最大化主义者主导着知识产权国际规则的制定和实施,而本国的知识产权利益最大化是其追求目标。例如有研究者认为,《反假冒贸易协议》体现了美国的知识产权最大化主义,剥夺了发展中国家选择适合本国国情的知识产权保护水平的机会。^[74] 事实上,在现行知识产权国际法体系中,并没有充足的、可依赖的知识产权扩张制衡机制,可援引的条约内容主要包括 TRIPS 的“目标”与“原则”两个软性条款以及其他条约的相关规定。^[75]

经济学家诺斯曾论证民主的社会环境更有利于产权效率。^[76] 知识产权法研究者德霍斯评论认为,产权效率最大化需满足三个条件:(1) 代表,即所有相关利益均需在谈判中得以代表;(2) 知情,即所有谈判参与方需知晓关于各种解决方案的后果的所有信息;(3) 非支配,即任何谈判方均不得以各种手段压制他方。^[77] 这三个条件可分别称为民主参与、充分知

[70] 参见盛宁:《传统与现状:对美国实用主义的再审视》,第 83-84 页;钱满素:《作为美国民族精神的实用主义》,第 36-41 页。

[71] Henry S. Commager, *The American Mind: An Interpretation of American Thought and Character since the 1880's* (New Haven, 1950), pp. 97, 443. 转引自 David A. Hollinger, *The Problem of Pragmatism in American History*, p. 88.

[72] 参见许一多:《实用主义:美国外交战略的哲学理念》,载《国际论坛》2002 年第 3 期;冯海沧:《论美国国际危机管理中的实用主义原则》,载《红旗文摘》2004 年第 21 期。

[73] *Mazer v. Stein*, 347 U. S. 201, 219 (1954). 另请参见 Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, pp. 303-306.

[74] Margot Kaminski, *The Origins and Potential Impact of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA)*, pp. 247-256.

[75] TRIPS, Articles 7, 8.

[76] Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change And Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990. 转引自 Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 189-190.

[77] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 189-190.

情和平等磋商。然而正如研究者所揭示的,在 TRIPS 谈判中这三个条件都不能得到保证。^[78]显然在《反假冒贸易协议》谈判中它们更得不到满足。虽然《反假冒贸易协议》的设计者即美国等主要发达国家清楚地认识到,未来该协议的有效执行离不开发展中国家的参与,但在谈判阶段它们却一直刻意避免发展中国家的有效参与。一些参与《反假冒贸易协议》谈判的中间型国家多基于其与美国的双边自由贸易协议而跟随美国,基本处于被支配地位。由此可知,无论是 TRIPS 还是《反假冒贸易协议》,都不可能是公平的、能够有效规制产权配置和应用的国际知识产权规则。

阿克顿曾言,权力导致腐败,绝对权力绝对导致腐败。国际知识产权规则的制定也是如此:如果没有必要的力量能够制约规则的制定方,则由其制定的规则多是权力滥用的结果。TRIPS 谈判主要由美国的跨国公司推动,并由其国际代言人即美国政府主导,相关制约力量已被它分解和各个击破。而在制衡机制缺乏的前提下,由跨国公司所推动制定的知识产权规则,就缺乏为人们所普遍认可的合理性,因此它不仅受到发展中国家的普遍批评,也受到发达国家的消费者团体的质疑与批评。^[79]只是美国交替运用多种贸易制裁措施,才得以压制来自发展中国家(和部分发达国家)的不满。

在其实用主义官方哲学指引下,每当美国在国际论坛遇到阻力而致其知识产权利益最大化目标不能实现,它就可能开始寻求其他可行的国际论坛。伴随其国际论坛选择政策的持续实施,美国的域外知识产权保护也得以扩张至全球范围;然而在此过程中,其知识产权国际论坛的选择策略也逐渐超越实用主义的合理性,而步入机会主义的范畴。这与美国在其他国际关系事务中经常采取的原则相一致。^[80]例如有评论认为:“无论承认与否,在美国的外交政策中,一直都存在着实用主义倾向,而这种实用主义倾向,从某种意义上说,又带有比较强烈的机会主义色彩。”^[81]

更进一步,美国在全球范围内强行推进知识产权高标准的行为,乃属于知识产权全球化中的强权主义。按照国际法一般原则,国际间事务应属各国之平等协商事项,然而在 TRIPS 和《反假冒贸易协议》谈判中,美国并非诉诸平等、协商和互利的国际规则制定机制,而是先依照自己的意志提出规则,并与其他发达国家先达成协议框架,然后再通过“由上而下”的规则制作模式,促使发展中国家接受,并在必要时运用贸易措施迫使其接受。这显然背离了国际法基本原则,也因而损及知识产权国际保护制度的法理基础,并不利于国际社会的可持续发展。

六 结 语

综上,在美国大力推动的知识产权全球化过程中,美国主导的单极趋势较为明显。从

[78] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 189 - 190, 也可参见本文第二部分。

[79] Peter Drahos, *Information Feudalism*, pp. 208 - 209; Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, pp. 1 - 83.

[80] 参见冯海沧:《论美国国际危机管理中的实用主义原则》,第 31 - 34 页;施晓慧、任毓骏、王如君:《美国:单边主义 + 实用主义》,载《人民日报》2001 年 12 月 24 日,第 7 版。美国也有研究者认为,美国反托拉斯法的域外效力,或可导致国家行为中的机会主义。Paul B. Stephan, *Choice of Law and Its Consequences: Constitutions for International Transactions*, 26 *Brooklyn J. Int'l L.* 211, 211 - 216 (2000)。

[81] 星岛环球网评论员:《互联网自由:希拉里式的单边主义》,2011 年 3 月 13 日,资料来源:星岛环球网:http://news.stnn.cc/singtao_ed/201103/t20110313_1525949.html,最后访问时间:2012 年 2 月 10 日。

TRIPS 到《反假冒贸易协议》,美国的域外知识产权扩张行为已实质地突破了以平等为基础、以对话为机制的国际规则构建机制。为掩盖其单极趋势,且保证措施的可行,美国多引导欧盟和日本等主要发达国家一起行动,以对抗来自发展中国家的力量,但相关规则的制定和程序的设定实质上仍属美国主导。

在这种模式下,发展中国家(包括最不发达国家)所受利益侵害较为严重。美国引导其他发达国家先行一步,事先设置好游戏规则(TRIPS 和《反假冒贸易协议》皆如此),发展中国家作为后来者并无制订规则的话语权,只能亦步亦趋,甚至顾不上计算本国知识产权制度的成本与收益。相应地无论在发达国家还是发展中国家,都已出现质疑知识产权过高保护的声音,即使在美国也是如此,它们已成为制约知识产权过度扩张的力量。^[82]

发达国家的发展速度在放慢,如同它们在 2008 年金融危机之后的表现,因此从长远来看,它们的知识产权创新及产业未必能够持续具有比较优势。而另一方面,发展中国家尽管还有不少科技创新和制度建设方面的问题,但总体上却处于不断发展之中。美国等发达国家当今所极力主张的知识产权高水平保护,或许在经过一段历史时期后就成为发展中国家所拥护的事情。因此对于发展中国家如中国而言,重要的是如何更好地开展科技和产业创新,在完善知识产权制度的同时也增强知识产权领域的比较优势,并且在知识产权对外交往中,通过吸收他国的经验与教训,采取更有针对性和前瞻性的应对之策。

[Abstract] The United States has been expanding its intellectual property protection overseas all the time in order to maximize its interest. In pursuit of effective international forums, ranging from UNESCO, WIPO, WTO to the recently initiated Anti-Counterfeiting Trade Agreement, the US has adopted a multiple strategy of forum selection, including participation in or withdrawal from a form, change of and establishing a new forum, etc., with the purpose to extend its increasingly enhanced domestic intellectual property protection globally. To support its policy, unilateral, bilateral and multilateral trade measures, including “Special 301”, free trade agreements and WTO disputes settlement mechanism, have been employed interchangeably. Those giant transnational companies play an active role in encouraging the extension of US extraterritorial intellectual property protection, while American pragmatic philosophy supports its forum selection policy. Through examination and analysis of the history of the global expansion of the intellectual property rights and its policy of forum selection, we can realize the essence of the globalization of intellectual property rights, understand its intrinsic conflicts, keep abreast of its reasonable direction, and, know clearly that international intellectual property protection should not be an unconditional extension of intellectual property law of one single country. Further, we may learn from relevant experiences and lessons, so as to adopt some forward-looking measures with clearer aims in diplomatic activities involving intellectual property rights.

(责任编辑:姚 佳)

[82] Peter K. Yu, A Tale of Two Development Agenda, pp. 560 – 561; Margot Kaminski, The Origins and Potential Impact of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), pp. 247 – 256.