

《海牙判决公约》谈判与 知识产权的国际司法合作

何其生*

内容提要：在《海牙判决公约》的知识产权问题谈判上，中美欧分别采取了限制性合作、不合作和合作的立场，代表着在多边层面的不同利益博弈模式。一方面，公约排除了对于知识产权的适用，美国的不合作立场成为最终的选择；另一方面，美国通过单边施压和“中美第一阶段经贸协议”拉平了中美知识产权的保护标准，实现了中美在知识产权制度水平与知识产权发展水平上的级差效应，有利于美国的经济收益。而欧盟之所以愿意进行国际合作，也旨在于全球范围内实现知识产权制度水平的“水涨船高”，从而在国际上产生类似于美国的级差效应。中国在知识产权制度水平大幅提升而且知识产权发展水平前景可期的情况下，未来在国际司法合作层面应采取合作模式，以提供国际公共产品，维护自身的知识产权利益。

关键词：知识产权 《海牙判决公约》 国际司法合作 “中美第一阶段经贸协议”

一、问题的提出

2019年7月在荷兰海牙达成的《承认与执行外国国民商事判决公约》（Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters，以下简称“《海牙判决公约》”）规定了缔约国有相互承认与执行法院判决的义务，旨在促进判决在全球的流通，被多个国家的政府代表认为是“游戏的变革者”。〔1〕《海牙判决公约》虽然是承认与执行外国法院判决的程序性公约，但在知识产权领域，公约的规定与实体保护水平密切关联。这可以通过“承认”和“执行”这两个基本概念进行说明。二者沿用《选择法院协议公约》的界

* 北京大学法学院教授。

本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大研究课题“一带一路倡议与法律合作研究”（16JJD820009）的中期成果之一。

〔1〕 See HCCH Plenary Session of Twenty-Second Session, Procès-Verbal (Minutes) No. 1, Distribution on 20 June 2019, Opening Session (Tuesday 18 June 2019-Morning), p. 5.

定,^[2]“承认”是指对于原审国法院关于法律权利和义务的判决,被请求国法院赋予其法律效力。例如,如果原审国法院判定原告有或者没有某一权利,而被请求国法院接受这一认定,即构成“承认”。“执行”是指被请求国按照其法律程序保证被告遵守原审法院的判决。^[3]一般来说,知识产权发展水平和制度水平较高的国家法院所作出的判决,通常是高标准的知识产权保护和赔偿判决;相反,知识产权发展水平和制度水平一般的国家法院所作出的判决,则通常是低标准的知识产权保护和赔偿判决。

国际社会,每个国家发展水平不同,知识产权制度水平也不同。由于知识产权并非单纯的法律制度,它关涉到一国的产业政策与公共利益,因此制度水平体现了不同国家的利益与政策考量。这就使《海牙判决公约》谈判中的知识产权问题备受重视。知识产权的谈判是《海牙判决公约》谈判过程中耗费时间最长、动用人力资源最多、争论最为激烈的议题,也是谈判预期和结果反差最大的议题。最终的结果是国际社会在僵持不下的情况下为促成在判决承认与执行领域达成共识而作出的最大妥协。从谈判提案的数量和参与者来说,其具有如下特点:

一是关于知识产权合作、不合作以及如何合作方面提案众多、博弈激烈。《海牙判决公约》谈判中总共有363件提案,其中四次特委会期间有266件。在主要谈判知识产权的第二次特委会上,共有94件提案,其中知识产权提案有13件,占比约为14%;^[4]第三次特委会上共有67件提案,其中知识产权提案有12件,占比约为18%。^[5]第22届外交大会期间提案总数为97件,实质关于公约条文的提案有91件,而其中关于知识产权的有13件,占比约为14%。^[6]另外,在公约谈判期间,特委会还收到了大量的解释性文件和非正式文件。^[7]从这些提案的数量可以看出,认为知识产权是公约谈判中最为激烈的议题毫不为过。

二是参与知识产权合作和不合作博弈的主体广泛。重要国家的代表团大都增加了知识产权方面的谈判代表。以第三次特委会为例,美国代表团就专门增加了4位知识产权专家,2位来自于美国贸易代表办公室(Office of the United States Trade Representative),2位来自于美国商务部专利与商标办公室(United States Patent & Trademark Office);^[8]中国代表团在谈判过程中始终有最高人民法院、国家知识产权局和版权局等方面的专家参与。另外,还有来自于欧洲专利办公室、世界知识产权组织、美洲国家组织、WTO、国际保护知识产权协会、国际商标

[2] See Glossary of Commonly Used Terms and References, prepared by the Permanent Bureau, April 2016, pp. 3-4.

[3] See Trevor Hartley & Masato Dogauchi, *Explanatory Report on the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, 2005, p. 170.

[4] See Working Documents Nos 77, 83, 84, 87, 99, 116, 117, 119, 135, 137, 150, 152, 160, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16-24 February 2017).

[5] See Working Documents Nos 171, 172, 180, 191, 195, 204, 211, 213, 221, 223, 229, 234, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13-17 November 2017).

[6] See Working Documents Nos 9, 13, 14, 17, 21, 53, 55, 56, 58, 66, 75, 80, 84, Twenty-Second Session (18 June-2 July 2019).

[7] See Comments Submitted by the World Intellectual Property Organization (WIPO) Secretariat, Work. Doc. No 77, Distribution on 6 September 2016; Report on Intersessional Work on Intellectual Property Related Matters, drawn up by the Permanent Bureau, Info. Doc. No 6, January 2017; Brazilian Preliminary Impressions out of the Discussion Document from the European Union of July 2017 on the Operation of the Future Hague Judgments Convention about Intellectual Property Rights, July 2017; and so on.

[8] See Provisional List of Participants, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, 13-17 November 2017.

协会、国际商会、联合国国际贸易法委员会等几十家国际组织的代表。^{〔9〕}由此可见国际社会对于此项议题的关注程度之高。

然而，与很多国家对知识产权判决在公约下流通的期望相反，公约将除合同之外的所有知识产权问题全部排除在外，甚至没有包括2005年《选择法院协议公约》所规定的著作权和相关权利的内容。^{〔10〕}从早期的举世关注到最后的全部排除，不合作立场最终在这个传统议题领域取得了颠覆性的胜利。

知识产权问题也是中国谈判过程中关注的核心问题，而且中国在立场的确定上比较纠结。一是国际私法学者与知识产权学者的立场存在争议，国内知识产权学者对知识产权纳入公约普遍表示担忧，而国际私法学者则相对乐观。^{〔11〕}二是现实利益和长远利益之争。在征询意见的过程中，国内有许多部门和专家认为，中国的知识产权发展水平相对于欧美等发达国家处于弱势地位，考虑到知识产权的地域性，中国应持不合作的国际立场。然而，仅仅半年之后，美国通过“301调查”的单边施压和《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》（以下简称“中美第一阶段经贸协议”）的双边磋商，在知识产权的实质标准和司法保护方面拉平了中美之间的保护水平，被美国贸易代表莱特希泽认为是“一个真正的突破”。^{〔12〕}知识产权的司法合作在多边平台上的失败和在双边协议上的成功，带来的思考是未来如何处理多边司法合作中的中国立场。本文借助对于《海牙判决公约》知识产权谈判的分析，探索中国在知识产权国际司法合作方面的未来走向。

二、《海牙判决公约》知识产权谈判中的博弈

（一）《海牙判决公约》知识产权谈判中的立场差异

1. 合作模式

在《海牙判决公约》的谈判中，欧盟曾积极推动知识产权判决承认与执行领域的合作，是合作模式的代表。欧盟代表团提交的正式谈判文件均体现了知识产权判决自由流通的必要性和可行性。^{〔13〕}此外，欧盟还邀请了不少位于欧洲的知识产权国际组织在各种非正式磋商和特委会上说明合作的重要性。

欧盟的合作策略以其历史传统和现实制度作为支撑。1968年《关于民商事案件管辖权及判决执行的公约》（《布鲁塞尔公约》）建立了在民商事判决承认与执行领域欧盟内部的合作机制。2001年《欧盟理事会民商事案件管辖权及判决的承认与执行的条例》（《布鲁塞尔条例I》）针

〔9〕 同前引〔8〕。

〔10〕 《海牙判决公约》与2005年《选择法院协议公约》是海牙国际私法会议缔结的两个条约，而且是相互补充的关系。See Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, para. 20. 在《选择法院协议公约》中，其第2条第2款第n项和第o项排除了两种情况：第n项排除著作权及相关权利以外的知识产权的有效性；第o项排除非因合同引起的著作权及相关权利以外的知识产权侵权。

〔11〕 参见何其生：《大国司法理念与中国国际民事诉讼制度的发展》，《中国社会科学》2017年第5期，第141页以下。

〔12〕 See Eric C. Emerson et al., *US-China Phase One Trade Agreement: Key Provisions, Next Steps and Open Issues*, <https://www.stepoe.com/en/news-publications/us-china-phase-one-trade-agreement-key-provisions-next-steps-and-open-issues.html>, last visited on Oct. 16, 2020.

〔13〕 参见欧盟的两个同名文件：Discussion Document from the European Union on the Operation of the Future Hague Judgments Convention with regard to Intellectual Property Rights, June 2017 and September 2017.

对民商事领域分配了管辖权，建立了判决流通制度。《布鲁塞尔条例 I》在专利和商标有效性上规定了专属管辖，其他知识产权问题则适用一般管辖的规定。^[14] 2012 年欧盟修订后的《欧洲议会和欧洲理事会关于民商事案件管辖权和判决执行的第 1215/2012 号（欧盟）条例》（《布鲁塞尔条例 I（重订）》）将该规定保留了下来。^[15]

更为重要的是，通过《布鲁塞尔条例 I》，欧盟内部将互信原则（principle of mutual trust）适用于判决的承认与执行。该条例序言第 16 条规定，基于联盟中司法管理的互信原则，一个成员国作出的判决应当得到另一个成员国的自动承认而无需经过其他程序。这一规定废除了成员国间的执行许可程序。^[16] 亦如条例序言第 17 条：“同样基于互信原则，一个成员国作出的判决在另一成员国内的执行程序应当是有效且快捷的。为了这一目标，只要当事人依据本条例规定提交了相应的申请与文件，那么此种判决的执行应当具有自动性，此时被请求执行国家的法院不得再以条例规定的任何不予执行的理由拒绝执行判决。”互信原则简化了欧盟成员国之间的判决承认与执行机制，司法合作变得高效，判决在欧盟内部可以自由流通。^[17] 内在的制度决定了欧盟外化的国际合作策略，欧盟在《海牙判决公约》的谈判中积极寻求知识产权领域的国际合作也就不难理解。

2. 不合作模式

美国是知识产权谈判中不合作模式的代表。在 2017 年加拿大渥太华会议上，美国代表团提交了《承认与执行外国判决公约草案中知识产权的处理》，反对公约适用于知识产权判决，相关理由可归纳如下：^[18]

（1）知识产权的地域性。知识产权的标的（如发明、商标和商业秘密等）作为无形财产为国内法保护，其上存在特定的权利。不像其他法律权利，知识产权仅存在于授予它们的国家领域内。由于知识产权的地域性，相同的标的可能被不同国家赋予相似的权利，但一个法域所赋予的权利不得影响另一个法域所授予的权利。知识产权的授予本质上是主权的行使。

（2）各国国内实体规则缺少实质性的和谐。多边协议如 WIPO 下的国际协定和以《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）为代表的多边贸易协定，以及一些双边和区域自由贸易协定，仅仅提供了知识产权权利和执行机制方面最低水准的统一化，且非常不完善。各国实体规则在专利、商标、著作权和相关权利、地理标志、商业秘密以及未披露信息的保护上千差万别。例如，网络服务提供商在美国经常承担网络著作权侵权的次要责任，美国的《千禧年数

[14] See Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, art. 22 (4), 2001 O. J. (L 12) 8.

[15] See Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, art. 24, 2012 O. J. (L 351) 10. 在《卢迦诺公约》中有同样的规定。See Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Lugano Convention), art. 22, 2007 O. J. (L 339) 10.

[16] See Xandra E. Kramer, *Cross-Border Enforcement in the EU: Mutual Trust versus Fair Trial? Towards Principles of European Civil Procedure*, 2 International Journal of Procedural Law 217 (2011).

[17] See Matthias Weller, *Mutual Trust within Judicial Cooperation in Civil Matters: A Normative Cornerstone—A Factual Chimera—A Constitutional Challenge*, 35 (1) Netherlands Internationaal Privaatrecht 7 (2017); Marek Zilinsky, *Mutual Trust and Cross-Border Enforcement of Judgments in Civil Matters in the EU: Does the Step-by-Step Approach Work?*, 64 (1) Netherlands International Law Review 115 (2017).

[18] See United States Non-Paper for Discussion: Treatment of Intellectual Property in the Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, July 2017.

字版权法》^[19]第512条规定了安全港责任免除。而在公约体制下,针对一个有安全港规定的判决,如果当事人申请到无安全港规定的国家承认和执行,无疑是不合适的。因此,没有各国法律的实质上的和谐,就无所谓在知识产权有效性和侵权判决方面的承认和执行。

(3) 各国程序规则上缺少协调。首先,授予和登记保护的技术审查程序因国家不同而不同。其次,在知识产权的禁令救济上,美国发出禁令的标准与其他国家的标准并不一致。^[20]美国法院认为,承认和执行专利领域的外国禁令违反了美国法,^[21]因为甲国发生的侵权行为在乙国未必是侵权行为。具体而言,在甲国因侵权而禁止被告从事一定的活动,并不意味着乙国法院也因此受甲国法院判决的约束,因为这一活动在乙国可能是允许的,而乙国不可能执行一个违反其本国法的禁令。考虑到公约的潜在缔约国有100多个,且发出禁令的标准不明,公约将不利于美国法院遵守美国的标准。

(4) 美国知识产权制度相当完善,保护标准很高。一旦公约谈判成功,不可避免地会出现挑选法院的现象,承认与执行外国知识产权判决会破坏美国国内的知识产权保护体系。例如,在专利损害赔偿方面,公约草案第10条规定可以对惩罚性赔偿进行分割。美国的利害攸关方对此条表达了强烈的反对,认为惩罚性赔偿是绝对必要的。三倍赔偿是美国专利法的核心特征,能够阻却恶意侵权。另外,美国对著作权和商标领域的法定赔偿的重要关切在公约草案中没有得到体现。法定赔偿具有双重目的:一是在实际损害难以查明的情况下,对著作权人进行补偿;^[22]二是对潜在的侵权人进行威慑。^[23]在美国,法定赔偿不是惩罚性的,并在许多案件中适用,^[24]但许多国家没有法定赔偿这一概念。

(5) 美国法院很少承认外国的知识产权判决。美国认为,被侵犯知识产权的企业应直接到侵权地去起诉,没有必要在一国取得判决再去另一国申请承认与执行。在过去100年内,拒绝承认和执行外国专利判决的案例在美国法院占压倒性的多数,最终承认和执行的少于10例(但合同和侵权领域的大多数判决被承认和执行,并不存在这一问题)。美国认为,甲国的知识产权判决仅与甲国领域内的权利相关。如果判决与乙国境内的知识产权权利有关,没有必要要求乙国承认甲国领域内知识产权的相关判决。原则上,在专利案件领域,对于外国法院所认定的事实和适用的法律,美国法院并未赋予其在美国境内的既判力。外国法院通常也没有权力适用美国专利法裁判案件。^[25]

(6) 公约鼓励当事人挑选法院。对于公约体制下的跨国知识产权案件,不同法域的诉讼参与人可以选择最适合他们利益的法域诉讼,然后利用公约的便利,在其他国家寻求承认和执行对他们有利的判决,从而取代那些本应适用其本国法而作出的判决。因此,与提升确定性和解决知识产权诉讼相反,公约鼓励策略诉讼和挑选法院,从而严重破坏了国内法律制度,并带

[19] The U. S. Digital Millennium Copyright Act (DMCA), Pub. L. 105 - 304, 112 Stat. 2860 (1998).

[20] 美国的标准主要体现在其联邦最高法院审理的 eBay Inc. v. MercExchange, L. L. C., 547 U. S. 388 (2006) 案中。

[21] See Stein Assocs. v. Heat & Control, Inc., 748 F. 2d 653 (Fed. Cir. 1984); GlobalSantaFe Corp. v. Globalsantafe.com, 250 F. Supp. 2d 610 (E. D. Va. 2003).

[22] See Brady v. Daly, 175 U. S. 148 (1899).

[23] See Schwartz-Liebman Textiles v. Last Exit Corp., 815 F. Supp. 106, 108 (S. D. N. Y. 1992); Eastern America Trio Prods., Inc. v. Tang Elec. Corp., 97 F. Supp. 2d 395, 419 (S. D. N. Y. 2000).

[24] See Brady v. Daly, 175 U. S. 154 (1899).

[25] *In re Larsen*, 49 C. C. P. A. 711, 714 (C. C. P. A. 1961); *Medtronic, Inc. v. Daig Corp.*, 789 F. 2d 903 (Fed. Cir. 1986).

来巨大的经济成本。

(7) 美国广泛征求了电影公司、广播公司等利害关系方关于知识产权问题的意见, 反对公约适用于知识产权的人越来越多。^[26]

鉴于此, 美国在第三次特委会和外交大会上强烈要求全面排除知识产权。然而, 美国在2005年《选择法院协议公约》谈判中曾积极推动知识产权判决的全球司法合作; 在《海牙判决公约》第三次特委会之前, 美国虽在公约的谈判中主张排除专利, 但赞同纳入商标和著作权等。但自2017年特朗普总统上台以后, 美国的立场发生了很大的变化, 强烈要求将知识产权全部排除在公约适用范围之外。但美国国内有学者认为, 现代技术和法律一定程度上已经超越了严格的地域性方法, 起草国际公约能够更好地解决知识产权的重要问题。^[27] 而且从2004年到2009年, 外国当事人在美国的诉讼大幅增加, 达到5407个案件, 跨国执行成为突出的问题, 推动知识产权案件判决的相互承认与执行成为客观之需。^[28] 美国另有学者认为, 在著作权领域, 多边国际规则和超国家规则迅速增加, 今天的国际著作权规则更像是有着许多触角的巨型鱿鱼, 国内法的触角依靠共同的国际规则而存在。^[29] 此外, 美国代表团的上述理由有些在《海牙判决公约》的谈判中已经得到了克服。例如, 关于禁令的救济, 公约草案已经排除适用; 而对于惩罚性赔偿, 美国自身也不承认和执行外国的惩罚性判决。^[30] 为维护知识产权的地域性, 公约草案已经在管辖权、法律适用、先决问题等方面构建了多种方案。^[31] 就美国最为关切的专利法来说, 美国专利法从1972年的 *Deepsouth Packing Co. v. Laitram Corp.* 案^[32] 起就开始在域外适用。^[33] 因此, 美国的上述理由非常不具有说服力, 其实际考量可能是为了在知识产权领域保留采取单边行动的自由, 以单边执法的方式取代国际合作, 来维护美国在知识产权领域的优势地位。另外, 美国拒绝国际合作与其国内长臂管辖有关。基于国际金融领域的美元体系, 美国法院作出的判决无需到外国寻求承认与执行, 就可以在其国内得到执行。美国的根本出发点应该是保留对知识产权问题的话语权, 不希望受到公约的任何约束。

[26] 对专利、商业秘密和未经披露的信息表达高度关切的有: the American Intellectual Property Law Association (AIPLA), the Intellectual Property Owners Association (IPO), the Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA); 在商标和地理标志方面, 反对的有 the Consortium for Common Food Names, 支持的有 the International Trademark Association。对著作权与相关权利表达关切的有: Motion Picture Association of America (MPAA), Recording Industry Association of America (RIAA), Association of American Publishers (AAP), Entertainment Software Association (ESA), Software and Information Industry Alliance (SIIA), American Intellectual Property Law Association (AIPLA), Intellectual Property Owners Association (IPO), Pharmaceutical Research and Manufacturers of America (PhRMA), Copyright Alliance, the Computer and Communications Industry Association.

[27] See Rochelle Cooper Dreyfuss, *An Alert to the Intellectual Property Bar: the Hague Judgments Convention*, 1 University of Illinois Law Review 422 (2001).

[28] See Marketa Trimble, *When Foreigners Infringe Patents: An Empirical Look at the Involvement of Foreign Defendants in Patent Litigation in the U. S.*, 27 (3) Santa Clara High Tech. L. J. 499 (2012). 同样强调跨国执行机制重要性的还有 Eric P. Chiang, *Determinants of Cross-Border Intellectual Property Rights Enforcement: The Role of Trade Sanctions*, 71 (2) Southern Economic Journal 439 (2004)。

[29] See Jane C. Ginsburg, *International Copyright: From a Bundle of National Copyright Laws to a Supranational Code*, 47 J. Copyright Soc'y U. S. A. 265 - 289 (2000).

[30] See Ryoichi Mimura, *Current Issues of U. S. -Japan Cross-Border IP Disputes*, 15 (2) Hastings Bus. L. J. 368 - 381 (2019).

[31] See 2018 Draft Convention, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24 - 29 May 2018), Arts. 5 - 8.

[32] 406 U. S. 518 (1972).

[33] See David A. Makman, *Cross Border Patent Disputes*, 15 (2) Hastings Bus. L. J. 383 - 392 (2019).

3. 限制性合作模式

相较于欧盟和美国，中国在知识产权谈判中的立场属于限制性合作模式。中国虽然在第二次特委会上建议将知识产权全部排除（知识产权合同除外），但始终在知识产权侵权判决的间接管辖权、法律适用、先决问题、判决的类别（即仅限金钱判决，不包括禁令和非金钱判决）、惩罚性判决的可分割性、同等效果原则、知识产权判决的声明排除等方面展开谈判，在知识产权的地域性和弱势地位保护机制方面不断提出方案，强调尊重各国知识产权的发展水平和制度水平，为本国法院在判决承认与执行的合作上留下足够的自由裁量空间。

中国知识产权的谈判立场是国内多方博弈的产物。一方面，有观点立足于知识产权的地域性和我国在世界知识产权格局中的弱势地位，强调在知识产权领域判决承认与执行上的不合作立场。^[34]关于弱势地位，直接表现就是中外之间的法律差异。其基本的判断逻辑是，美欧等在知识产权保护客体、保护期限、保护标准、侵权认定以及赔偿标准等方面都要高于中国，承认和执行外国法院的判决实际上就是将外国知识产权的保护标准延伸至中国，违反了知识产权的地域性，提升了中国的保护标准。例如，在著作权领域，欧盟保护一种没有独创性的数据库，但在中国它并不是著作权法保护的客体。如果关于这种数据库保护的判决得到中国法院的承认与执行，实际上就在一定程度上突破了地域性原则，不仅违反了中国法的实体规定，实现了超国民待遇，而且变相地将欧盟的标准推行到中国，实现了知识产权实体公约谈判所没有实现的目的。再如，各国关于知识产权的侵权赔偿数额差异很大。根据美国的法律，如果个人通过网络下载一首歌曲，最高赔偿数额可达到15万美元。^[35]中国目前的法律没有关于处罚终端用户的相关规定，而且我国谈判时的2010年著作权法第49条第2款规定的法定赔偿上限为50万人民币。在上述实体法律存有重大差异的前提下，公约关于判决承认与执行的规定不仅会冲击目前的国际知识产权法律体系，也会冲击中国的立法和司法实践。

另一方面，有观点立足于贸易规则的公平性和中国知识产权的发展前景，主张在判决承认和执行领域的全球性合作。2019年，中国成为《专利合作条约》框架下国际专利申请量最多的国家；^[36]中国商标申请量连续17年世界第一。^[37]对这些专利和商标的申请主体来说，知识产权的保护需求无疑广泛存在。另外，还需要考虑未来二十或三十年中国有没有可能从量变到质变，成为知识产权的强国。这一判断关乎中国是否有必要为未来的合作发展留下空间。毕竟，一个公约从制定完成到生效再到中国的批准，通常也需要二十年以上的的时间。从目前的发展态势来看，无疑应该保留发展的空间。而且，公约是利弊兼具的制度，不能只看到其所可能带来的冲击，而看不到其所产生的收益。亦如当年中国加入WTO，在一片“狼来了”的浪潮中，中国实现了货物进出口贸易第一的跨越。公约的实质是通过加强司法合作，提升国际贸易、投资和人员流动。这一合作将有利于减少跨境交易的成本和风险。^[38]中国也需要利用公约所提供的便利，来进一步提升国际贸易和投资的法律环境，进一步优化中国全面开放的外部

[34] 参见王迁：《〈承认和执行外国判决公约〉（草案）中知识产权条款研究》，《中国法学》2018年第1期，第141页。

[35] See 17 U. S. C. § 504 (c) (1) & (2).

[36] 参见央广网：《2019年中国国际专利申请量达26.58万件》，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1663553977637738265&wfr=spider&for=pc>，2020年10月16日最后访问。

[37] 参见中新网：《中国商标申请量连续17年世界第一，累计有效注册商标2478万件》，<http://www.chinanews.com/cj/2019/12-20/9039289.shtml>，2020年10月16日最后访问。

[38] See Record of Introductory Remarks of the Chair of the Special Commission (1-9 June 2016), February 2017.

法制环境。

基于上述多重因素的考量,中国的谈判立场是在维护知识产权地域性和对弱势地位提供有效保护的情况下,对知识产权判决的流通持谨慎合作的态度。

(二)《海牙判决公约》知识产权谈判的结果

国际规则制定中的立场博弈是国家利益博弈的缩影,也是国际政治经济关系的体现。在现代国际关系中有两大主流理论:现实主义和自由主义。现实主义理论强调权力和利益,以权力界定利益是政治现实主义的主要标志。^[39]之后的新现实主义者虽不再突出强调权力和利益,但认为国际关系的第一推动力是国际体系的无政府性,无政府条件下国家的第一考虑是生存。^[40]因此,冲突是国际关系的根本特征,国际合作是有限的、脆弱的和不可靠的。自由主义理论虽认可国际体系的无政府状态,但认为国际社会可以通过社会交往、自由贸易和国际制度等来达成合作。新自由主义者还提出了相互依存理论,^[41]认为国家可以进行实质性合作,提供国际公共产品。国际制度尤其是具有约束力的国际公约无疑是国际公共产品的重要内容之一。此类国际制度通过具有约束力的规则,能够建构机制,形成国际秩序。因此,在此类制度的博弈过程中,各国合作和不合作的立场能够真实反映各国的利益关切。从《海牙判决公约》的谈判过程来看,各方势力的博弈使知识产权谈判具有明显的阶段性特征:前期,知识产权谈判以合作性博弈为主,主要向限制性合作方向发展。在早期专家组的草案中,知识产权被全部纳入公约的适用范围;^[42]在第三次特委会之前,博弈主要发生在中国和以欧盟为主的其他缔约方之间,博弈的形式是全场的合作要求对抗中国的限制性合作立场。欧盟和其他国家强烈要求将知识产权纳入公约的范畴,中国则以知识产权的地域性为理由,促使特委会更多考虑知识产权的特殊性,在知识产权判决的承认与执行上设置了更多的门槛和条件,并在管辖权、法律适用和判决承认与执行的条件上增加了多重限制机制。^[43]后期,博弈的焦点则从限制性合作立场向不合作立场发展。在第三次特委会上,美国提出将“知识产权和类似事项”均排除在公约适用范围之外,并删除公约前期草案文本中所有已经达成的知识产权条款。^[44]在此次特委会上,为了调和中美欧之间的分歧,巴西和以色列提出了知识产权专属管辖的提案,^[45]该提案虽受到了认可但未被接受。在外交大会上,由于美国态度非常强硬,而欧盟内部成员国态度不一,经过激烈的博弈,公约最终选择了不合作的立场。

《海牙判决公约》最终的谈判结果是在第2条第1款第13项将“知识产权”排除在公约

[39] 代表作如汉斯·摩根索的《国家间政治》。Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, New York: A. A. Knopf, 1948.

[40] 代表作如肯尼思·华尔兹的《人、国家与战争》和《国际政治理论》。Kenneth N. Waltz, *Man, the State and War: A Theoretical Analysis*, New York: Columbia University Press, 1959; Kenneth N. Waltz, *Theory of International Politics*, Boston: Addison-Wesley Pub. Co., 1979.

[41] See Robert Keohane & Joseph Nye, *Power and Interdependence: World Politics in Transition*, New York: Little, Brown and Company, 1977.

[42] See Proposed Draft Text on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments, drawn up by the Working Group on the Judgments Project, Prel. Doc. No 1, April 2016.

[43] See Revised Draft Text as of 24 February 2017, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (16 - 24 February 2017), Work. Doc. No 170 E.

[44] See Proposal of the delegation of the United States of America, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13 - 17 November 2017), Work. Doc. No 191, Distribution on October 2017.

[45] See Proposal of the delegations of Brazil and Israel on IP Matters, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (13 - 17 November 2017), Work. Doc. No 180, Distribution on October 2017.

适用范围之外。此处的“知识产权”是一个广义的概念，包括为各国所普遍认可的知识产权权利，也包括那些虽未被广泛认可但具有类似特征、能够从国内法所给予的同等保护中受益的权利，例如传统知识、文化表现形式和遗传资源等。概言之，知识产权国际条约及类似国际法律文件所规范的知识产权事项，均排除在公约的适用范围之外。在争议的性质上，所排除的知识产权争议包括知识产权的有效性和注册、著作权和相关权利的存续以及知识产权的侵权，^[46] 但与知识产权相关的合同事项未被排除在公约的适用范围之外。

三、级差效应与知识产权谈判立场

在国际公约的制定过程中，缔约国从本国利益出发，在核心关切上采取合作或不合作的立场，可以说是国际关系理论中现实主义和自由主义在具体问题上的体现。在《海牙判决公约》知识产权问题的谈判上，现实主义所代表的不合作立场和自由主义所代表的合作立场都有深刻的反映。

（一）合作模式下的级差效应

欧盟之所以在知识产权领域一直积极推进全球的司法合作，离不开其知识产权判决流通的制度传统以及一体化的发展趋势。欧盟不仅在判决承认与执行领域推行了司法互信原则，而且在知识产权领域建立了共同法院——统一专利法院。^[47] 欧盟还在2014年通过了《欧洲议会和欧盟理事会2014年5月15日〈关于修订欧盟第1215/2012号条例〉有关统一专利法院与比荷卢法院规定的第542/2014号（欧盟）条例》（以下简称“《共同法院条例》”），^[48] 将统一专利法院纳入布鲁塞尔体系之下，使司法互信原则在国际管辖权和判决承认与执行上延伸到知识产权领域。^[49] 欧盟在知识产权司法合作领域具有丰富的经验，知识产权的保护标准较高，这也成为其力促知识产权判决全球流通的最大动力。

除了自身的制度传统，欧盟之所以愿意合作，根本的思路则是通过约束性的国际规则，来实现知识产权保护标准的“水涨船高”。以《海牙判决公约》为例，其确立的是判决全球流通的机制。各国法院判决的承认和执行都是相互的。如果说低保护标准国家A和高保护标准国家B的法院所作出的判决分别代表着低标准判决和高标准判决，当高标准判决在低标准国家A得到承认和执行时，相当于提升了A国保护标准；当低标准判决在高标准国家B得到承认和执行时，相当于降低了B国保护标准。那么最终达到的效果可能有两种：一是水涨船高，保护标准提升；二是木桶效应即短板效应，保护标准降低。

在知识产权领域，由于拥有知识产权的企业大多在工业水平较高、保护标准较高的国家，有可能输出的知识产权判决通常是保护标准较高的判决，知识产权水平低且保护标准也低的国

[46] 参见前引〔10〕，《海牙判决公约》解释报告，第64段。

[47] 2013年2月19日，欧盟的26个成员国共同签署了《建立统一专利法院的协定》（Agreement on a Unified Patent Court, Official Journal of the European Union (OJ) C 175, 20.6.2013, p.1）。

[48] Regulation (EU) No 542/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 Amending Regulation (EU) No 1215/2012 as regards the Rules to be Applied with respect to the Unified Patent Court and the Benelux Court of Justice, 2014 O. J. (L 163) 1-4.

[49] 2014年《共同法院条例》序言和第1条规定，比荷卢法院和统一专利法院属于共同法院，它们应被视为《布鲁塞尔条例I（重订）》中所规定的法院。当共同法院依据设立文件对本条例有关事项行使管辖权时，共同法院应被当作《布鲁塞尔条例I（重订）》所述的成员国法院。

家则可能很少输出知识产权判决。因此，“水涨船高”是欧盟寻求多边合作的主要目的。其基本逻辑是：原告（即知识产权权利的被侵权人）一般都期望自己的权利得到充分保护，在知识产权被侵犯的情况下，寻求获得高标准判决。若《海牙判决公约》能在知识产权领域实现判决的全球流通，低标准判决将失去市场——因为没有原告想要得到低标准判决，所以不会选择去低标准国家起诉，最终高标准判决会把低标准判决驱逐出知识产权判决市场。并且，无论相关知识产权纠纷涉及多少国家，只要这些国家之间的知识产权判决能够相互承认和执行，在理想情况下，最终保护标准高的国家的制度会胜出，相应地会提高其他缔约国的保护标准。

由于判决的承认与执行是以个案的形式出现，在某种程度上就使知识产权发展水平和制度水平低的国家承担了更多的义务。如果以简单的数字方式来表示，假如欧盟知识产权发展水平为2，^[50]知识产权制度水平与其发展水平相适应，数值也为2；^[51]而中国知识产权发展水平逊于欧盟，数值为1.5，相应地，制度水平也应为1.5。但在中国承认与执行欧盟成员国法院判决的情况下，由于该判决所代表的制度水平是2，那么在《海牙判决公约》下的判决流通中，中欧之间就可能在个案的制度水平与发展水平之间形成级差效应，具体如表1。

表1 中欧知识产权制度水平与发展水平的级差

	欧盟	中国
知识产权发展水平	2	1.5
知识产权判决的制度水平	2	2
级差（知识产权制度水平—知识产权发展水平）	0	-0.5

由此，以判决为载体，以公约下缔约国承认与执行他国判决为义务，由个案中发达国家的知识产权制度输出到普遍性的知识产权制度水平提升，发达国家和发展中国家之间在知识产权发展水平和制度水平上将形成普遍性的级差效应。

（二）不合作模式下的级差效应

美国在多边制度上拒绝合作，并不意味着美国不想在对其经济利益有重要影响的知识产权领域提升全球的知识产权保护水平。^[52]正如美国知识产权执法协调员丹尼尔·马蒂（Daniel Marti）指出，保护知识产权能够“提升经济繁荣和支持就业，为美国的货物和服务打开新的市场，加强在研发领域的革新和投资”。^[53]

[50] 关于文中知识产权发展水平数值的说明：根据国家知识产权局发布的《2019年中国专利调查报告》（2019年12月），我国企业专利权人中，仅有0.7%向国外转让或许可过专利，1.5%使用过国外专利，专利技术引进多于输出。我国企业专利权人的对外专利技术贸易伙伴主要来自欧洲、美国和日本（参见该报告第8页）。国家知识产权局知识产权发展研究中心发布的《2019年中国知识产权发展状况评价报告》（2020年9月）指出，我国知识产权发展水平居世界中上游，2019年世界排名第8位，排名在前的主要是美国、日本和欧洲国家。综合考量，本文将美国和欧盟的发展水平设置为数据2，中国为1.5，低于中国的国家为1。

[51] 关于文中知识产权制度水平数值的说明：《2019年中国知识产权发展状况评价报告》指出，2018年中国知识产权环境（包括制度、市场和文化）指数排名为第23位，排在中国之前的主要是美欧日。“从2018年各国产权制度、市场、文化环境指数对知识产权环境指数得分的贡献程度可以看出，在我国知识产权环境指数中贡献度最高的依然是制度环境指数。”由于知识产权制度环境贡献最高，可以推论中国的制度指数排名一定稍微高于第23位。因此，本文将美欧的制度数据均设置为2，中国为1.5。

[52] See Sam F. Halabi, *Intellectual Property and the New International Economic Order*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018, pp. 1-15.

[53] 参见上引Halabi书，第7页。

美国之所以希望跳出多边机制的束缚，主要是与过去相比，美国已经明显地感到来自其他国家“抱团”的压力——其他国家可以在多边机制中联合起来对美国采取共同的策略，以及来自机制本身的压力。但是作为唯一的超级大国，美国还是可以轻松地对单个国家进行施压和胁迫。在上述背景下，美国拒绝在《海牙判决公约》这个多边平台进行知识产权制度合作，转而通过单边施压向中国输出其知识产权制度。

从历史的角度来看，受制于发展的进程以及自身的知识产权实力，中国在与美国的知识产权博弈上一直相对被动。早期因美国 301 措施频开而被迫与之谈判，并为此达成了多份修订知识产权法律和提高保护标准的双边协议；后加入 WTO，为符合 TRIPS 的要求又再次修订法律。一方面，美国挑起对华的“301 调查”，迫使中国加大对美国产品的知识产权保护力度，进而打开了美国产品在中国的市场。与知识产权相关的行业向来是美国的优势产业，是其外贸盈余的主要来源，直接关系到美国的经济利益。^[54] 另一方面，在谈判历程中，美国都以一个发达国家和知识产权强国的标准衡量中国的立法及执法情况，而中国的知识产权发展水平显然与这一标准存在距离。

2017 年，美国启动了历史上第六次对华“301 调查”，双方再次在“中美第一阶段经贸协议”中就知识产权问题达成协议。在有关知识产权的规定中，关于美方义务最频繁的表述是“美国确认，美国现行措施给予与本条款规定内容同等的待遇”（如第 1.36 条）。这一表述方式意味着，在协议规定的内容上，中美在知识产权的保护上将处于同一水准。更为直接的是，总则第 1.2 条规定，对于依赖知识产权保护的一方个人，对方应确保为其提供公平、平等的市场准入。“公平、平等的市场准入”也意味着中美双方保护标准的逐渐趋同。协议中的知识产权一章有 11 节，采取了实体标准输出、双边合作和执法监督的三重模式。

“中美第一阶段经贸协议”规定了知识产权案件的司法执行和程序，^[55] 其中不仅有行政执法和刑事执法，也有民事判决的执行。协议第 1.28 条“判决执行”以双边对等的表述强调了中方的任务：一是双方应确保其法院最终判决的任何罚款、处罚、经济赔偿支付、禁令或其他侵犯知识产权的救济措施，得到迅速执行；二是中国应采取的措施包括制定工作指南和实施方案，以确保迅速执行判决。从协议的规定来看，中国法院应该确保迅速执行的是根据本国知识产权实体法律所作出的本国判决，这似乎不涉及《海牙判决公约》下的判决相互承认与执行所形成的级差效应。但其实并非如此。美国通过双边协议的方式拉平了中美知识产权的制度水平，中国法院将执行的是制度水平提升之后的判决。下文就“中美第一阶段经贸协议”知识产权章节的三个核心问题略作比较，以一斑窥豹。

一是关于商业秘密侵权民事举证责任的转移。就此，协议第 1.5 条规定了两个方面：在权利人初步证明商业秘密受到侵犯时，未侵犯商业秘密的举证责任转移至被告；在权利人初步证明商业秘密的适格性时，证明不构成商业秘密的举证责任转移至被告。该规定即使在美国也有

[54] 在 2018 年中美贸易摩擦之前，美国对中国发起五次“301 调查”，虽然每次的起因及调查种类均有所不同，但过程和结果“大同小异”：（1）美国根据其国内的“特别 301”条款将中国列为知识产权领域的“重点国家”，继而对中国开展“特别 301”调查；（2）美国拟定制裁清单及计划；（3）中国拟定反报复措施；（4）双方继续开展谈判；（5）最终达成协议，终止调查及制裁。而这个过程同时也见证了 20 世纪末以来中国在知识产权领域的巨变。不难看出，在这几次如出一辙的历程中，虽然中国不乏表明其态度及立场，同时针对美国的威胁亦均提出相应的制裁措施，但事实上，无论是争端的挑起还是最终达成协议的走向，主导者都是美方。参见黄宇蓝：《中美知识产权三十年》，广西人民出版社 2013 年版，第 33 页。

[55] 参见“中美第一阶段经贸协议”第 1 章第 9 节和第 10 节。

超限之嫌。根据美国法典第 1836 条, 商业秘密权利人申请获得扣押令和禁令时, 商业秘密存在及行为人窃取商业秘密的相关举证责任均应由申请人即受害方承担,^[56] 美国法院也是如此实践的。^[57] 即使根据美国联邦民事诉讼规则的临时禁令寻求救济, 也只是适度降低证明标准, 而非举证责任转移。^[58] 欧盟层面立法也未就侵犯商业秘密的民事程序明确规定特别的举证责任规则,^[59] 欧盟成员国也没有针对侵犯商业秘密设置特别的举证责任规则。^[60]

二是关于药品专利链接制度。协议第 1.11 条规定了专利纠纷早期解决的有效机制, 实际上是药品专利链接的框架制度, 即把药品的上市审批与专利关联起来, 在仿制药厂药品上市的审批程序中, 针对可能涉及上市后侵犯原研药专利权的情况, 建立有效的链接制度, 使得原研药企业在仿制药未获批、未上市前即可启动侵权纠纷的救济程序。该制度是为了调整仿制药上市过程中原研药与仿制药生产者之间的利益博弈而建立的一套规则, 能够让法院提前介入药品专利纠纷, 避免事后解决纠纷给各方造成更大损失, 但潜在的弊端是原研药企可能不当利用这一制度阻碍或者延缓仿制药上市。^[61] 美国是全球最早确立药品专利链接制度的国家,^[62] 并通过一系列法律, 分别确立了仿制药简化申请制度、桔皮书 (The Orange Book) 制度、专利声明制度、“停摆期”规则、首仿药独占期制度等详尽的维护美国药企利益的制度。^[63] 在“中美第一阶段经贸协议”已有规定的情况下, 药品专利链接制度在中国将进一步细化。2019 年 11 月 24 日中共中央办公厅和国务院办公厅印发的《关于强化知识产权保护的意见》指出, 应“探索建立专利链接制度”。

欧盟并未建立任何形式的药品专利链接制度。欧盟委员会认为, 将药品上市许可与发明公司创新药品的专利状态相链接, 在欧盟法下是非法的,^[64] 欧盟委员会一直致力于监控成员国法律并保证统一规则的实施。^[65] 例如, 欧盟委员会曾于 2012 年 1 月 26 日要求意大利政府在 2 个月内使其国内法中与仿制药许可有关的规定与欧盟法保持一致, 否则将诉诸欧洲法院。^[66] 欧盟签订的自由贸易协定同样坚持此立场。例如, 欧盟与加拿大签订的《综合经贸协定》对

[56] 18 U. S. C. § 1836.

[57] See *Blue Star Land Servs., LLC v. Coleman*, 2017 WL 6210901 (W. D. Okla. 2017).

[58] See *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 65; *Lanier Professional Services, Inc. v. Ricci*, 192 F.3d 1, 3 (1st Cir. 1999); *Amedisys Holding, LLC v. Interim Healthcare of Atlanta, Inc.*, 793 F. Supp. 2d 1302 (N. D. Ga. 2011); *EchoMail, Inc. v. Am. Express Co.*, 378 F. Supp. 2d 1 (D. Mass. 2005).

[59] See *Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the Protection of Undisclosed Know-How and Business Information (Trade Secrets) against Their Unlawful Acquisition, Use and Disclosure*, 2016 O. J. (L 157) 1 – 18.

[60] See *European Union Intellectual Property Office, The Baseline of Trade Secrets Litigation in the EU Member States*, 2018, p. 21.

[61] 参见张永华:《药品专利链接制度的解读与建议》,《中国食品药品监管》2018年第6期,第34页以下。

[62] 参见 1984 年美国通过的 Hatch-Waxman 法案 (Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act 1984)。

[63] See *Generic Drug Enforcement Act 1992*; *Medicare Prescription Drug, Improvement, and Modernization Act 2003*; *Biologics Price Competition and Innovation Act 2009*.

[64] *European Commission, Pharmaceutical Sector Inquiry Final Report (8 July 2009)*, p. 130, https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/staff_working_paper_part1.pdf, last visited on Mar. 16, 2020. 少数欧盟成员国在国内法规定将仿制药上市与专利地位相链接, 如斯洛伐克、匈牙利、意大利。参见梁志文:《药品专利链接制度的移植与创制》,《政治与法律》2017年第8期,第108页。

[65] 同上引欧盟委员会报告,第475页。

[66] *European Commission, Pharmaceuticals: Commission Calls on Italy to Comply with EU Rules on Marketing Authorisation of Generic Drugs*, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP-12-48>, last visited on Apr. 16, 2020.

专利链接进行了规定，但该规定仅适用于加拿大。^[67] 欧盟认为，以申请审批为目的的必要研究和试验不视为对药品专利权的侵权。^[68] 整体而言，“中美第一阶段经贸协议”中的药品专利链接制度更有利于创新药专利权的保护，而欧盟法则是更倾向于仿制药的制度安排（但欧盟法对创新药的数据独占期提供较长的保护，即对于为获得上市批准的目的而提交的药品试验数据给予8年的独占权保护）。^[69]

三是关于惩罚性赔偿。“中美第一阶段经贸协议”第1.27条第1款规定，双方应规定足以阻遏未来知识产权侵权或窃取的民事救济和刑事处罚。在美国，为防止恶意侵权人及其他人再次从事相同或类似的不法行为，其专利法^[70]与商标法^[71]规定了三倍赔偿；商业秘密法允许施加所确定损失的两倍的惩罚性赔偿。^[72]对于著作权侵权，原告可以在补偿性损害赔偿与法定赔偿之间二选一，若被告构成了故意侵权，由法院自由裁量的法定赔偿的上限将从3万美元升格至15万美元。^[73]

我国2013年修订的商标法规定了“一倍以上三倍以下确定赔偿数额”，2019年修订的商标法将恶意侵权的赔偿数额计算倍数由3倍以下提高到5倍以下，并将法定赔偿数额上限从300万元提高到500万元。2019年《关于强化知识产权保护的意见》提出，要“加快在专利、著作权等领域引入侵权惩罚性赔偿制度；大幅提高侵权法定赔偿额上限，加大损害赔偿力度”。《优化营商环境条例》第15条亦规定，“国家建立知识产权侵权惩罚性赔偿制度”。这些内容和规定无疑契合了“中美第一阶段经贸协议”的规定。

相较而言，尽管欧盟法并不禁止成员国引入惩罚性赔偿机制，但欧盟层面的立法并未统一规定侵犯知识产权的惩罚性赔偿。2004年欧洲议会和欧盟委员会通过的《知识产权执法指令》第13条规定，明知或应知的侵权人应当向权利人支付因侵权导致的“实际损害”。^[74]该条对损害的确定提供了两种选择，一是权利人的经济损失、侵权人的不公平利润以及在适当案件中的非经济因素考量；二是使用该知识产权所需许可费的总额。^[75]可见，《知识产权执法指令》并未向成员国施加提供惩罚性赔偿作为一种知识产权救济方式的义务。^[76]尽管很难简单地得出欧盟及其成员国在惩罚性赔偿上力度不足的结论，但“中美第一阶段经贸协议”无疑作出了更有利于知识产权权利人的制度安排。

在知识产权实体保护标准提高的情况下，中国法院依此作出的判决是制度水平提升后的判决。这种保护无疑比《海牙判决公约》力度更大，因为《海牙判决公约》还有间接管辖权、

[67] Comprehensive and Economic Trade Agreement, EU-Can., art. 20. 28, Oct. 30, 2016; see also Joel Lexchin & Marc-André Gagnon, *CETA and Pharmaceuticals: Impact of the Trade Agreement between Europe and Canada on the Costs of Prescription Drugs*, 10 *Global and Health* 1-6 (2014).

[68] Directive 2004/27/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 Amending Directive 2001/83/EC on the Community Code Relating to Medicinal Products for Human Use, art. 10. 6, 2004 O. J. (L 136) 39.

[69] 参见冯洁茜：《TRIPS下对药品试验数据的保护及限制——以国际法和比较法为视角》，《武大国际法评论》2010年第1期，第132页。

[70] See 35 U. S. C. § 284; *Read Corp. v. Portec, Inc.*, 970 F. 2d 816 (1992).

[71] See 15 U. S. C. § 1117; *Metric & Multistandard Components Corp. v. Metric's, Inc.*, 635 F. 2d 710 (8th Cir. 1980).

[72] See Uniform Trade Secrets Act with 1985 Amendments Section 3.

[73] See 17 U. S. C. § 504.

[74] Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the Enforcement of Intellectual Property Rights, 2004 O. J. (L 157) 23.

[75] 参见余敏友、廖丽：《欧盟〈知识产权执法指令〉述评》，《欧洲研究》2009年第6期，第93页。

[76] 前引〔74〕，欧盟指令第13.1条。

正当程序、判决冲突以及公共秩序保留等方面的规定，而中国法院作出的判决不仅会得到执行，还有既判力，因此完全避开了承认与执行外国法院判决所潜存的不确定性。

整体而言，根据新的中美双边协议，中国需要将知识产权制度水平提高至类似于美国的水平，可以说在实体标准上拉平了中美知识产权的保护水准，在司法保护上提升了中国知识产权的保护力度，同时还辅以“中美第一阶段经贸协议”的双边评估与争端解决机制作为履约监督。在上述制度框架下，中国知识产权的保护已经达到了一个新的高度。如果以简单的数字方式来表示，假如美国知识产权发展水平为2，知识产权制度水平与其发展水平相适应，数值也为2；而中国知识产权发展水平数值为1.5，在“中美第一阶段经贸协议”签订之前中国的知识产权制度水平应然数值为1.5。在“中美第一阶段经贸协议”签订后，中国知识产权发展水平没有多大的变化，而中国的知识产权制度水平则提升为2，则二者之间的级差如表2。

表2 中美知识产权制度水平与发展水平的级差

	美国	中国
知识产权发展水平	2	1.5
知识产权制度水平	2	2
级差（知识产权制度水平—知识产权发展水平）	0	-0.5

四、级差效应下的中国对外知识产权司法合作

“中美第一阶段经贸协议”改变的是中国国内法的规定和相应的执法水平。在WTO所确立的国民待遇与最惠国待遇原则下，以及TRIPS协议关于知识产权国际司法合作的要求下，中国知识产权制度水平的提升单方面惠及其他WTO成员方，但并未增加成员方的义务。在此背景下，中国面临两个难题：一是如何应对美国通过单边施压以及双边谈判所带来的知识产权级差效应；二是在未来的知识产权国际司法合作谈判中，应当选择合作、不合作还是限制性合作的立场。两个问题密切关联，实质均为中国如何处理自己的级差效应以及制造他国的级差效应。

知识产权制度水平的级差效应能够为知识产权发展水平较高的国家带来相对收益，而发展水平较低的国家则可能出现负收益，这可以通过博弈论得到更好的说明。在博弈论中，博弈参与人都有自己的占优策略，即无论对手作出怎样的行动，己方都有最优的策略。在囚徒困境中，这种最优的策略对双方来说都体现为拒绝合作，而影响这种最优策略的重要因素就是参与博弈的双方作出相同决策时的成本和收益都是相同的。然而，在国际司法合作中，参与博弈的国家有大小强弱之分，就使得各个国家在制定一项政策时付出的成本和可能的收益是不同的，这意味着在博弈中很有可能并不是参与双方都有占优策略。强弱国博弈的经典模型是“智猪博弈”。^[77]在此博弈模式下，弱国作为一个理性的决策主体会选择拒绝合作，而此时强国的

[77] See Eric Rasmusen, *Games and Information: An Introduction to Game Theory*, Oxford: Basil Blackwell, 1989, p. 22. 智猪博弈是一个著名的纳什均衡的例子。假设猪圈里有一头大猪、一头小猪。猪圈的一头有猪食槽，另一头安装着控制猪食供应的按钮，按一下按钮会有10个单位的猪食进槽，但是谁按按钮就会首先付出2个单位的成本。若大猪先到槽边，大小猪吃到食物的收益比是9:1；同时到槽边，收益比是7:3；小猪先到槽边，收益比是6:4。那么在两头猪都有智慧的前提下，最终结果是小猪选择等待。

理性决策只能是选择合作。^[78] 这种选择虽然不会给强国在与弱国的博弈中带来额外的利益，但是从理性的角度看是必须的。然而，在知识产权国际司法合作领域，现有的国际博弈并非此种理性。以中美博弈为例，不但中国没有拒绝与美国进行司法合作的选择，而且美国利用其霸权地位通过双边贸易协议将“智猪博弈”按钮的成本强加于中国，从而形成了双边收益的绝对差异。中国所实施的高水平保护制度，将更加有利于美国企业在中国市场的利益。而欧盟虽有着类似美国的知识产权发展水平，实行高水准的知识产权制度，但没有美国的霸权地位，于是通过多边合作（甚至也可以推测包括区域和双边合作）的模式实现多边层面保护标准的提高。考虑到很多国家的知识产权发展水平低于欧盟，这也在知识产权发展水平与知识产权制度水平之间产生级差，有利于维护欧盟在全球范围内的经济收益。在中国已经采纳了较高的知识产权制度水平并准备认真实施的情况下，^[79] 要解决美国通过单边施压以及双边谈判所带来的知识产权级差效应，就必须提升自己的知识产权发展水平，使之与知识产权制度水平相适应。如果中国不能在短期内提升自己的知识产权发展水平，可能的选择就是制造与其他国家的级差效应，从而在总量上维护中国的收益平衡，即采用欧盟的多边合作模式，以实现全球范围内知识产权保护水平的提高。^[80]

知识产权的多边司法合作亦符合“一带一路”的政策需要和我国多边主义的贸易政策框架。2015年，国家发改委等在《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》中指出，共建“一带一路”，要秉持开放的区域合作精神，致力于维护全球自由贸易体系和开放型世界经济。中国所追求的国际贸易秩序也是“支持多边贸易体制，促进自由贸易区建设，推动建设开放型世界经济”。^[81] 在中美贸易战的大背景之下，当前国际贸易领域的秩序可能会迎来一场深刻的变革。中国一方面要对美国推行贸易霸权主义的行为予以回应，另一方面也要更坚定地表达出追求贸易自由化、维护多边主义贸易机制的立场。作为一个崛起中的新型经济体，中国也应向世界展示这种负责任的贸易大国形象，通过国际合作为知识产权领域提供更多的国际公共产品。

在未来的知识产权国际司法合作谈判中，考虑到知识产权制度和发​​展所产生的级差效应，针对不同的合作方，中国的立场选择具体可以细化为如下五种情形：一是中国知识产权发展水平和制度水平相对较高的情形。在此种情形下，中国可以采纳比较彻底的国际合作模式。二是中外知识产权发展水平和制度水平均在伯仲之间的情形。在此情形下，加强合作无疑是优先选择策略。“中国始终支持和践行多边主义。”^[82] 通过合作，能够扩大对中国知识产权权利人的

[78] 具体到判决承认与执行领域的博弈论分析，参见何其生、张霞光：《承认与执行外国法院判决的博弈分析》，《武大国际法评论》2017年第1期，第34页以下。

[79] 2020年5月22日李克强总理在第十三届全国人民代表大会第三次会议上作《政府工作报告》，报告特别提及“共同落实中美第一阶段经贸协议”。参见中国政府网：《2020年李克强总理作政府工作报告》，<http://www.gov.cn/zhuanti/2020lhzfzgbg/index.htm>，2020年10月16日最后访问。

[80] 20世纪80年代以来，美国政府曾多次使用单边手段尤其是301条款迫使欧共体向其妥协。欧盟提升了自己的知识产权制度水平，继而选择了多边合作模式。

[81] 参见中国政府网：《习近平：决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》，http://www.gov.cn/zhuanti/2017-10/27/content_5234876.htm，2020年10月16日最后访问。

[82] 参见中国新闻网：《习近平：和平与发展仍是时代主题，中国始终支持、践行多边主义》，<http://www.chinanews.com/gn/2020/07-28/9250387.shtml>，2020年10月16日最后访问。

保护,促进中国知识产权走出去,并通过国际竞争进一步促进中国知识产权发展水平的提升。三是中国知识产权发展水平较高而制度水平较低的情形。在此类情形下,由于中国相关领域知识产权发展水平较高,中国应该允许权利人到救济水平较高的国家解决纠纷,并通过司法合作,保证救济的效果得以落实。因此,国际司法合作仍然应该是主流。四是中国知识产权发展水平较低而制度水平较高的情形。在此情形,外国知识产权权利人会利用中国知识产权的高保护标准来中国寻求救济,在中外存在司法合作协议的情形下,这种高标准的救济会得到实现,将有利于外国当事人的收益。然而,根据《2019年中国知识产权发展状况评价报告》,知识产权发展水平排名在中国之前的国家是美国、日本、韩国、瑞士、德国、荷兰、芬兰,这些国家不仅发展水平高,而且知识产权制度水平也较高。因此,第四种情形存在的可能性比较小。五是中国知识产权发展水平和制度水平均相对较低的情形。此类情形主要存在于合作对手是前述知识产权发展水平排名在中国之前的7个国家的情况下。根据前述博弈论分析,如果中国处于全面的劣势,不合作应该成为优先策略。在未来需要采取合作策略且有谈判空间的情形下,中国应考虑知识产权的地域性特点和对弱势地位的保护机制。首先,中国可以细化不同的知识产权问题,采取类型化措施。例如,在合作中将注册性知识产权和非注册性知识产权进行区分;对于知识产权合同、侵权和有效性等问题进一步细分,分别确定原则立场。其次,在地域性的限制机制上,《海牙判决公约》谈判中的成果值得借鉴。具体来说,在知识产权侵权和有效性的管辖权上,尽量采纳排他性管辖,强调侵权行为地、知识产权的注册地或权利的被请求保护地以及法院地三地合一;^[83]在法律适用上,规定知识产权侵权适用其应该受支配的法律;^[84]在救济的性质与范围上,除了知识产权的有效性等争议外,知识产权判决可以给予的救济应仅限于金钱判决,且计算损失的地域范围不能随意扩张,只能限于法院地国的范围之内;^[85]在先决问题上,在知识产权的有效性作为某一案件的先决问题的情况下,应保证注册性知识产权所注册国法院和主管机关决定的优先性。最后,关于弱势地位的保护机制,可以考虑高额损害赔偿判决的可分割性、^[86]底线条款即公约下的声明排除机制以及公共政策条款等。

结 语

随着中国综合国力的提升,国际规则制定中的策略选择问题不仅是法律工作者尤其是国际法律工作者的一个重要话题,也是中国全面依法治国的重要问题。“积极参与国际规则制定,增强我国在国际法律事务中的话语权和影响力”,这是多个政府文件的明确要求。在国际规则如《海牙判决公约》的谈判过程中,核心争议之一就是知识产权问题到底是持开放合作的态度,还是采取相对保守的立场。

在国际社会中,国家之间的技术有差异,更有流动。技术创新和新产品开发大多先发生于国民收入水平较高、资本要素相对丰裕的发达国家,之后向其他发达国家和新兴工业化国家转移。当新产品完全标准化以后,该产品的生产才向劳动要素自然禀赋相对丰裕的低收入国家转

[83] See 2018 Draft Convention, Special Commission on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (24 - 29 May 2018), Arts. 5 & 6.

[84] 同上,第7(1)(g)条。

[85] 同上,第11条。

[86] 参见前引[43],公约2017年草案,第9(1)条。

移。^[87] 技术进步日新月异, 技术转移和流动在国际间也在不断加速, 技术输出国自然要求技术输入国对新产品或新技术提供较为充分的知识产权保护, 从而获得更多的收益。因此, 知识产权领域的国际司法合作有着客观必然性。

尽管如此, 这不意味着各国在合作方式上是一致的。知识产权保护是国际贸易的客观需求, 但在如何进行跨国保护上, 无疑会遭遇国际关系中的现实主义考量, 涉及各方实力、制度传统和行为方式等国际政治方面的因素, 尤其不能忽视国际政治中权力的作用。考虑到技术发展水平低的国家对于新技术和新产品的需求, 多元的合作方式在某种程度上具有潜在的可能性。当然, 任何国际合作都需要考虑国家利益以及利益交换过程中的得失平衡, 包括国家的合作利益和不合作利益、长远利益和近期利益。国家利益的考量决定着合作的可能性以及可行性。总体来说, 对于新技术的需求和对于新技术保护的需求, 决定了知识产权上的国际司法合作会是周而复始的话题。

Abstract: In the intellectual property rights negotiation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (HCCH Judgment Convention), the European Union (EU), the United States (US) and China have taken the positions of cooperation, non-cooperation and restrictive cooperation respectively, representing different modes of interest game at the multilateral level. The Convention finally excludes its application on intellectual property rights and the US mode of non-cooperation is ultimately adopted. At the same time, through unilateral pressure and the Economic and Trade Agreement between the United States of America and the People's Republic of China, the protection standards of intellectual property rights in China have been improved, and the US has realized comparative advantages over China at the level of intellectual property system and intellectual property development, which is conducive to the US economic benefits. Similarly, the reason why the EU is willing to carry out international cooperation is also for improving the intellectual property system throughout the world, so as to gain global comparative advantages similar to that of the US. In the future, under the circumstance that the intellectual property system has been improved and the prospect of intellectual property development is promising, China should adopt the international cooperation mode at the multilateral level, so as to provide international public products and safeguard its own intellectual property interests.

Key Words: intellectual property rights, the HCCH Judgment Convention, international judicial cooperation, Economic and Trade Agreement between the United States of America and the People's Republic of China

[87] See Raymond Vernon, *International Investment and International Trade in the Product Cycle*, 80 (2) *The Quarterly Journal of Economics* 190 - 207 (1966).