

· 2021 年《法学研究》论坛专题 ·

知识产权国际博弈与中国话语的 价值取向

吕炳斌*

内容提要：美国在知识产权全球治理中呈现出一味强化权利保护的价值倾向。受其影响，知识产权保护的国际规则呈现不断强化之势。但是，美国在国内法中存在对知识产权强化保护的平衡机制，有别于其对外片面输出强化保护规则。一味强化保护的知识产权制度会走向偏颇。我国在知识产权国际博弈和对话中需要提出自己的话语和话语体系，其前提是明确本国话语的价值取向。相比历史、文化取向而言，话语构造的价值取向路径具有优越性。在国际博弈中，我国宜秉持并提倡知识产权法的二元价值取向。二元价值取向契合知识产权法基本原理，体现了世界共同价值，其核心作用在于纠偏，我国应坚持和发扬这一价值取向。

关键词：知识产权 国际博弈 话语体系 药品专利期限补偿 合理使用

一、问题的提出

于国家而言，“知识产权是国际竞争力的核心要素”，〔1〕也是国家间博弈的焦点。所谓知识产权国际博弈，在法学的视野下，主要指知识产权国际规则发展方面的博弈。于此而言，知识产权国际博弈主要又是大国博弈。迄今为止，从全球范围看，美国在知识产权国际规则制定方面仍然占据主导地位。为维护其科技霸主地位和经济发展优势，美国对外不断推行强化的知识产权保护规则。在此背景下，知识产权向来是中美两国博弈的一个核心问题。2020年达成的《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《中美经贸协议》）也体现了美国在知识产权国际博弈和规则制定中的强势和主导地位。面对中美大国博弈中的知识产权冲突，我国学者提出的主要应对策略是“加强我国知识产权制度建设”，“提高我国知识产权保护水平”。〔2〕作为发展中大国，我国应当积极参与知识产权全球治理，避免出现美

* 南京大学法学院教授。

〔1〕 习近平：《全面加强知识产权保护工作，激发创新活力推动构建新发展格局》，《求是》2021年第3期，第8页。

〔2〕 曹新明、咸晨旭：《中美贸易战的知识产权冲突与应对》，《知识产权》2020年第9期，第28页以下。

国片面输出知识产权强化保护规则的局面。

另一方面,经过几十年的发展,我国已经建立起比较健全的知识产权法律体系。在这一过程中,我国长期以来的角色定位是制度引进、消化和吸收。但是,随着科技和文化事业的快速发展,我国的知识产权治理格局正在发生变化,如果说早期是为了与国际接轨,现在乃至未来则是积极参与知识产权全球治理。^{〔3〕}我国需要在知识产权全球治理中提出自己的话语和话语体系,掌握一定的话语权,而不是尾随甚至受制于人。

话语是对思想的描述和表达,需要以语言为载体,但“话语体系不单纯等同于语言,它是有特定思想指向和价值取向的语言系统”。^{〔4〕}换言之,话语体系是对“思想体系的系统表达”。^{〔5〕}在此意义上,知识产权话语体系就是对由概念、范畴、原理、原则、制度等构成的知识产权保护思想体系的外在表达;知识产权国际博弈中的中国话语就是我国关于知识产权保护的思想的外在表达和主张。在国际博弈的背景下,我国提升国际话语权的前提是形成自己的话语和话语体系,后者的前提又是明确自己的价值取向。然而,从我国缔结的各经贸协定中可以发现,我国在知识产权国际博弈中的价值取向目前尚不明朗。因此,我国在知识产权国际博弈中提出的中国话语应当秉持何种价值取向,就是一个非常值得研究的问题,也是我国参与知识产权全球治理应当解决的首要问题。本文将在对知识产权全球治理的趋势以及美国主导性国际话语权的价值偏向的双重反思的基础上,提出中国知识产权话语的价值取向,并将之应用到国际博弈的场景之中。

话语构造涉及对内的话语主导权和对外的国际话语权两个方面。在国际博弈的语境下,本文主要从提升国际话语权的角度探讨中国话语的价值取向,试图提出既扎根于知识产权法基本原理、又有利于推动知识产权国际规则合理发展的价值取向。当然,本文提倡的价值取向也同样适用于国内法。在国内法中,有学者指出,“当代中国知识产权法存在一个较大问题是缺乏明确的、统领性的价值体系指引”,^{〔6〕}在实践中,知识产权法已经演变成以保护财产利益和经济利益为主旨的法,有学者因此提出了“知识产权法是市场本位法”的命题,^{〔7〕}而这并不符合知识产权法的基本原理。因此,本文尽管在国际博弈的语境下进行研究,但其意义却不限于国际法,也可延及国内法。

二、国际博弈背景下知识产权全球治理的趋势及其动因

(一) 知识产权全球治理的趋势

当前,知识产权全球治理呈现两大趋势:一是继续与贸易挂钩,二是不断强化保护。

在国际博弈的背景下,知识产权全球治理延续与贸易挂钩的趋势,并向与投资挂钩拓展。将知识产权与国际贸易正式挂钩,肇始于世界贸易组织(WTO)体系下形成的《与贸易有关

〔3〕 参见马一德:《中国知识产权治理四十年》,《法学评论》2019年第6期,第12页以下。

〔4〕 谢伏瞻:《加快构建中国特色哲学社会科学学科体系、学术体系、话语体系》,《中国社会科学》2019年第5期,第19页。

〔5〕 张文显:《加快构建中国特色法学体系》,《光明日报》2020年5月20日第16版。

〔6〕 董涛、商文江:《当代中国语境下知识产权法价值构造的展开》,《南京社会科学》2020年第2期,第81页。

〔7〕 杨雄文、肖尤丹:《知识产权法市场本位论——兼论知识产权制度价值的实现》,《法学家》2011年第5期,第114页。

的知识产权协定》(TRIPS 协定)。迄今为止,该协定仍是知识产权国际保护领域最具影响力的国际条约。TRIPS 协定的谈判主要体现了在经济贸易中处于优势地位的发达国家的利益,发展中国家在谈判中处于非常被动和弱势地位。在后 TRIPS 时代,发展中国家开始反击,在世界知识产权组织(WIPO)和 WTO 体系下均提出了遗传资源、传统知识等发展议题。发达国家对这些发展议题置若罔闻,反而采取“体制转换”策略,将知识产权全球治理的阵地转向区域或双边自由贸易协定、投资协定,个别国家甚至采取单边施压的做法,使得知识产权国际保护体制出现多样化、碎片化、单边化的复杂局面。^[8]但无论是单边施压还是签订双边或区域性的协定,知识产权都延续了与贸易和投资挂钩的趋势。

知识产权与贸易和投资挂钩,埋下了知识产权全球治理出现偏差的种子,导致知识产权全球治理过于强调权利人的经济利益,呈现不断强化保护之势。强化保护已经成为知识产权全球治理的一种惯性。知识产权全球治理的标准没有最高,只有更高,正朝着“不设‘天花板’的高标准发展”。^[9]知识产权国际规则制定的正当化理由在于协调,但不断强化的趋势已经背离了这一基调。比如,专利、版权保护期限的延长规则并没有规定统一的延长期限或统一的计算方法,而只是规定了要延长期限,这将导致各国专利、版权保护期限的不一致,并非朝着协调一致的方向发展。从更一般的意义上讲,通过双边或区域贸易协定推行知识产权强化保护规则,将导致有的国家的保护力度强化,这会造成知识产权国际保护强度的不一致、不协调。美国学者也认为,从《伯尔尼公约》到 TRIPS 协定的诞生,见证了知识产权国际协调的黄金时代,但自 TRIPS 协定诞生之后,知识产权国际保护的基调和发展趋向不再是“协调”,而是“最大化”。^[10]这肇因于包括 TRIPS 协定在内的知识产权国际条约都采取了设置最低标准的协调策略,不设置上限尽管有其合理性,却产生了副作用,即为知识产权保护标准的不断提高埋下了种子。总之,目前的知识产权全球治理态势已经完全不同不同于 TRIPS 协定等国际条约秉承的求同存异、达成最低标准的国际协调策略,而体现出典型的高标准特征。

(二) 美国在知识产权全球治理中的主导和推动作用

在 TRIPS 协定谈判中将知识产权与国际贸易挂钩乃源于美国的推动,这已是学界常识。在当下知识产权全球治理的主阵地转向双边和区域贸易协定、投资协定的背景下,贸易、投资协定安排的主导者发挥着知识产权全球治理的主推作用。放眼全球,目前美国仍然是贸易、投资协定的主导者。美国通过双边或多边自由贸易协定、投资协定,不断提升知识产权保护的国际标准,实现了对 TRIPS 协定的超越。

近年来,美国的知识产权全球治理态度集中体现在其曾参与谈判并于 2016 年达成的《跨太平洋伙伴关系协定》(以下简称 TPP) 以及其正式签订的 2018 年《美国—墨西哥—加拿大协定》(以下简称《美墨加协定》) 和 2020 年《中美经贸协议》中。相比美国历史上签订的自由贸易协定,TPP 的知识产权条款已经进一步提高了保护标准。^[11]自美国退出 TPP 后,

[8] 参见吴汉东:《中国知识产权法律变迁的基本面向》,《中国社会科学》2018 年第 8 期,第 121 页以下。

[9] 何华:《知识产权全球治理体系的功能危机与变革创新——基于知识产权国际规则体系的考察》,《政法论坛》2020 年第 3 期,第 68 页。

[10] See Sarah R. Wasserman Rajec, *The Harmonization Myth in International Intellectual Property Law*, 62 *Arizona Law Review* 735 (2020).

[11] 参见余楠:《国际法与国际关系视野下〈跨太平洋伙伴关系协定〉(TPP) 知识产权谈判》,法律出版社 2016 年版,第 127 页。

《美墨加协定》成为美国对外知识产权治理规则的更新版。2020年《中美经贸协议》又是目前美国对外知识产权治理规则的最新版。这些协议或协定延续不断提升知识产权保护标准的态势，确立的知识产权保护标准可谓“一山更比一山高”。有学者在比较《美墨加协定》和《中美经贸协议》的知识产权规则之后发现，后者在前者基础上增添了六个方面的新规则，延续了美国推动知识产权国际保护强度不断提高的趋势。^[12]比如，《中美经贸协议》第一章（“知识产权”）第四节（“专利”）的唯一条款是“专利有效期的延长”。^[13]专利有效期延长是TRIPS协定未曾规定的，属于美国推动的TRIPS递增规则。该规则旨在补偿专利审批或新药上市审批中的不合理迟延，尽管有其合理性，但毕竟强化了专利权的保护。相比TPP和《美墨加协定》，《中美经贸协议》的专利有效期延长规则更为严格。其一，《中美经贸协议》中不合理迟延的标准是“自在中国提交申请之日起4年内或要求审查申请后3年内未被授予专利权，以较晚日期为准”，^[14]而TPP和《美墨加协定》规定的相应期限较为宽容，分别是5年和3年。^[15]其二，《中美经贸协议》还新增了关于药品上市审批原因造成的专利期缩减的补偿规则，这在《美墨加协定》中并无规定，也比TPP的规定更为严格，因为TPP中关于药品专利期限补偿只有笼统的规定，没有明确的期限要求，并且还授予缔约方规定相应的限制和例外的权力。^[16]

美国推行的知识产权全球治理高标准以点带面，对其他国家产生影响。不仅发展中国家受制于美国在贸易、投资上的强势地位，不得不接受美式的知识产权强化保护规则，日本等发达国家也是如此，在知识产权国际规则制定中常常屈服于美国。这可以从日本等发达国家在美国退出TPP后冻结TPP若干知识产权条款的措施中看出来。2017年，美国特朗普政府宣布退出TPP，日本成为谈判诸方中最大的经济实体。于是，日本协同其他谈判国家达成了改进版的《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》（CPTPP）。CPTPP的11个创始成员既包括日本、加拿大、新加坡、澳大利亚和新西兰等发达国家，也包括文莱、马来西亚、越南、墨西哥、智利和秘鲁等发展中国家。CPTPP实质性地纳入了TPP的主要条款，但又冻结了部分条款。^[17]在知识产权方面，CPTPP对TPP的知识产权条款采取九条完全冻结、两条部分内容冻结的切割措施。冻结的条款包括可专利主题范围的扩大条款、专利有效期的延长条款、未披露测试或其他数据的保护条款、版权及相关权保护期的延长条款、技术保护措施条款、权利管理信息条款、网络版权避风港条款等。^[18]这一变化揭示出TPP中知识产权的强化保护源自美国主导，连日本、加拿大、澳大利亚等发达国家都希望将部分强化保护的条款束之高阁。由此，美国在知识产权全球治理和国际规则演变中的强势地位和主导地位可见一斑。

就欧盟而言，欧洲学者归纳指出，欧盟早期签订的自由贸易协定致力于促进TRIPS协定的实施，只是在地理标志保护问题上会对缔约方施加一些相互承认的特殊安排，但是后来也受美国雄心的影响，在知识产权全球治理方面超越了之前奉行的“促进TRIPS实施范式”，在对外

[12] 参见张乃根：《非多边经贸协定下的知识产权新规则》，《武大国际法评论》2020年第1期，第10页。

[13] 《中美经贸协议》第1.12条。

[14] 《中美经贸协议》第1.12条第2款。

[15] See Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP), Article 18.46; Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, Article 20.44(4).

[16] See Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP), Article 18.48.

[17] See Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Articles 1-2.

[18] See Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, Annex, Section 7.

签订的自由贸易协定中涉及的知识产权范围越来越广，保护标准也越来越高。^[19] 欧盟的立场在其一份官方文件中彰显无遗：“在自由贸易协定谈判时，知识产权条款应尽可能达到与欧盟现有水平相同的知识产权保护水平，同时也考虑到有关国家的发展水平。”^[20] 可见，欧盟与美国都致力于提高知识产权国际保护的标准。与美国不同的是，欧盟会适当顾及谈判对象的发展水平。比如，为了表示对发展中国家的友好，欧盟在对外签订的一些双边协定中也会纳入遗传资源、传统知识和民间文学艺术的保护条款，但这些条款往往比较笼统，仅仅提出原则性规定，并认可采取额外措施的重要性。^[21] 如此规定，对欧盟及其成员国并未施加实质性的保护义务，却在一定程度上满足了发展中国家在国际谈判中的需求。可见，欧盟在知识产权全球治理中仍以维护自我利益为中心，但态度不如美国强势，会作出一些对其无妨的妥协。

总之，发达国家参与签订的自由贸易协定在整体上呈现出知识产权高标准保护趋势。^[22] 在美国的主导和推动下，知识产权全球治理体系体现了“知识产权保护最大化”“知识产权国际规则美国化”的特征。^[23]

三、美国的知识产权全球治理价值观及其两面性

（一）在国际层面一味强化权利保护

在知识产权全球治理中，美国奉行的是一味强化权利保护的价值观，而忽视知识产权法促进知识传播的价值面向，也忽视了知识产权法内在的利益平衡要求。

被其他国家暂停实施的 TPP 知识产权条款是美国主推的知识产权国际规则的典范。专利权保护期限的补偿、版权和相关权保护期限的延长、专利保护客体的扩张、未公开的药品临床试验数据或其他数据的权利化保护、技术保护措施和权利管理信息保护的强化等规则，其共同目的在于强化和扩张知识产权保护。这些强化和扩张知识产权保护的规则非常详细，对成员方施加了明确的强制性义务。相反，在美国主推的知识产权国际规则中，权利的限制或例外条款非常笼统甚至被忽略。比如，TPP 第 18.4 条以“关于本章的谅解”的形式规定了知识产权制度应当促进技术和信息的传播、促进竞争，并考虑包括权利人、使用者和社会公众在内的不同利益。该条款仅具有宣示性作用，在用语上也是“考虑到”等软化的措辞，而不是“应当”“必须”等义务性规则的措辞。TPP 第 18.15 条就知识产权相关的公共领域作了原则性规定，采取的措辞是“认识到……的重要性”“承认……的重要性”，并未对成员方施加任何实质性的义务。TPP 第 18.66 条第 1 句规定了“各成员方应当努力实现版权和相关权制度中的适当平衡”，尽管使用了“应当”的义务性表达，但“努力实现”“适当平衡”等弹性表述使这一义

[19] See Pedro Roffe, *Intellectual Property Chapters in Free Trade Agreements: Their Significance and Systemic Implications*, in Josef Drexel, Henning Grosse Ruse-Khan & Souheir Nadde-Phlix (eds.), *EU Bilateral Trade Agreements and Intellectual Property: For Better or Worse?*, Springer, 2014, p. 21.

[20] European Commission, *A Single Market for Intellectual Property Rights, Boosting Creativity and Innovation to Provide Economic Growth, High Quality Jobs and First Class Products and Services in Europe*, COM (2011) 287 final, Brussels, 24 May 2011, p. 21.

[21] See Josef Drexel, *Intellectual Property and Implementation of Recent Bilateral Trade Agreements in the EU*, 载前引 [19], Drexel 等编书, 第 274 页。

[22] 参见王黎莹等：《RCEP 知识产权议题：谈判障碍与应对策略——基于自贸协定知识产权规则变革视角的分析》，《国际经济合作》2019 年第 4 期，第 22 页。

[23] 万勇：《知识产权全球治理体系改革的中国方案》，《知识产权》2020 年第 2 期，第 19 页。

务大打折扣甚至形同虚设。可见,在 TPP 中,由于半数谈判方为发展中国家,美国为首的发达国家还是在表面上回应了发展中国家的诉求,笼统地规定了公共领域、促进传播、促进利益平衡等,但缺乏可操作的、便于落实的具体规定。《美墨加协定》对 TPP 中的上述例外和限制条款进行了缩减,但仍然保留了促进公共利益的原则性规定,也保留了版权限制和例外的原则性规定。^[24]然而,在随后的《中美经贸协议》中,已全然不见关于知识产权限制和例外的规定哪怕是原则性的规定,全篇充斥的都是各种知识产权强化保护规则。这一方面反映出我国在知识产权国际博弈中的话语权还需提升,立场基础有待明确,另一方面更说明美国主推的知识产权国际规则具有片面性,其目的在于不断强化权利保护。

(二) 在国内层面强调平衡

有别于在国际上一味推行知识产权强化保护规则的价值立场,美国在知识产权国内法中则以利益平衡为基本理念,对知识产权强化保护施加平衡机制,呈现出两面性。美国宪法第 1 条第 8 节第 8 款授权国会制定法律对作品和发明提供有期限的排他权保护,并明确规定其目的在于“促进科学和实用艺术的进步”。^[25]长期以来,美国立法和司法均贯彻这一原则。美国的知识产权判例经常从宪法中的知识产权条款开始解释,^[26]将之作为各种具体规则的立法目的。美国除了在立法上对知识产权保护有明确限制外,在司法中也发展出诸多限制规则。基于判例法的特色,美国可谓形成了立法和司法、普通法和衡平法联动的知识产权保护平衡机制。为了阐明问题和观点,下文以三种最为典型的知识产权类型为考察对象进行分析。

在版权方面,美国在国际上力推的主要规则之一是版权保护期限的延长规则,这在美国国内法中的确存在相应条款。在通过立法延长版权保护期限之初,美国国内对此产生了不小的争议。在 *Eldred v. Ashcroft* 案中,原告认为美国版权期限延长法将版权期限从作者有生之年加 50 年延长至作者有生之年加 70 年,构成了对内容中立的言论自由的限制,有违美国宪法第一修正案,应对之加以严格的违宪审查。然而,法院未采纳这一论点,主要理由是“版权法具有内置的第一修正案调和机制”,其中合理使用抗辩“使公众不仅可以使用权作品中包含的事实和思想,在某些情况下还可以直接使用作品中的表达本身”。^[27]换言之,在美国法中,版权保护期限的延长,版权保护力度的强化,都受到合理使用制度的调和。美国最高法院也正是基于这一角度,认为版权保护期限的延长不会导致权利人与社会公众之间的利益失衡,也不会影响社会公众的言论自由。美国版权法中的合理使用规则具有较高的灵活性,足以使法官在具体个案中平衡各种利益。美国版权法第 107 节规定了四个因素用于判断被告的使用是否构成合理使用:(1)使用的目的和性质;(2)受版权保护的作品的性质;(3)使用部分相对于整个受版权保护作品而言的数量和质量;(4)使用对受版权保护作品的潜在市场或价值的影响。^[28]在具体判断中,美国最高法院还引入了“转换性使用”标准。^[29]所谓“转换性使用”,指的是作品的二次使用行为在原作品之上增添了新表达、新意义或新信息,并具有不同的使用目的或性质。^[30]

[24] Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, Articles 20.3, 20.64.

[25] The Constitution of the United States (1787), Article I, Section 8, Clause 8.

[26] See *Feist v. Rural Telephone Service*, 499 U. S. 340 (1991); *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417 (1984).

[27] *Eldred v. Ashcroft*, 537 U. S. 186, 219-220 (2003).

[28] 17 U. S. C. § 107 (2012).

[29] *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U. S. 569 (1994).

[30] *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U. S. 569, 579 (1994).

“转换性使用”实际上强调了上述四个因素中的首个因素，突出了使用目的在合理使用判断中的作用，已成为美国法院判断版权合理使用的主导标准。^[31]甚至，法院一旦认定新作品构成对原作品的“转换性使用”，就常常有意忽略合理使用判断的其他三个因素。^[32]可见，在方法论上，上述四个因素并非构成要件，而是一种动态体系，具有相当大的灵活性。在实践中，“转换性使用”正是以灵活性和宽泛性著称，在适用上呈现出扩张态势，本来属于复制权规制范围的整体复制行为也有可能被认定为“转换性使用”。比如，在一起关于数字图书馆的案件中，法院认为“出于某些目的，可能有必要复制整个受版权保护的作品，在这种情况下，第三个因素不会影响合理使用的认定”。^[33]与美国不同，我国法院在引入“转换性使用”概念时，只能嫁接在著作权法（2020）第24条第1款第2项规定的关于“评论作品或说明问题”的著作权利限制和例外情形中，在解释论上无法认可整体复制的合法性。^[34]相比之下，美国版权法中的合理使用情形更为宽泛。概言之，美国对版权的强化保护有其灵活的合理使用规则的调和。然而，美国在国际上并不推动其他国家采用其灵活的合理使用之四因素判断法以及更为灵活的“转换性使用”判断标准，而只是将其强化保护、扩大保护的一面推向世界。对此，美国研究国际关系与知识产权的权威学者苏珊·塞尔也认为，美国推行的知识产权保护国际规则既有“TRIPS 递增”（TRIPS-plus）甚至“美国法递增”的一面，同时也有“TRIPS 递减”（TRIPS-minus）甚至“美国法递减”的一面，因为美国推行的国际规则中缺乏合理使用条款、版权的限制和例外条款以及保护无辜者的正当程序条款等。^[35]

在专利权方面，美国在国内法（含判例法）中并非一味追求专利权的强化保护。实际上，美国对专利权的保护一直在强弱之间不断摇摆，寻求平衡，有学者将之称为“保护过度和保护不足之间的循环”。^[36]以近四十年为例，美国于1982年成立专门的专利上诉法院即联邦巡回上诉法院，意在通过机制建设加强专利保护。在20世纪80、90年代，美国的确进入了一个“亲专利”时代。期间，美国联邦巡回上诉法院通过判例确认软件和商业方法具有可专利性，从而扩大了专利权的保护客体。^[37]美国法院还通过放宽“非显而易见性”（创造性）的满足条件，使专利权更易得到维持。^[38]另外，美国法院通过对潜在侵权人施加较高的注意义务，放宽了故意侵权的准入标准；^[39]在救济方面，不仅绝对支持权利人的禁令诉求，还通过采取以整个产品（而不是产品中的专利部件）的市场价值的判赔确定方法提升专利侵权的判赔数额。^[40]在此背景下，专利保护力度的过于强化引发了决策者的反思。美国联邦贸易委员会在

[31] See Ben Picozzi, *What's Wrong with Intentionalism? Transformative Use, Copyright Law, and Authorship*, 126 *Yale Law Journal* 1408, 1419 (2017).

[32] 同上文，第1420页。

[33] *Author's Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87, 98 (2d Cir. 2014).

[34] 参见熊琦：《著作权转换性使用的本土法释义》，《法学家》2019年第2期，第130页以下。

[35] See Susan K. Sell, *TRIPS was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAS, ACTA, and TPP*, 18 *Journal of Intellectual Property Law* 447, 457 (2011).

[36] Mark A. Lemley, *The Surprising Resilience of the Patent System*, 95 *Texas Law Review* 1, 14 (2016).

[37] See *In re Alappat*, 33 F.3d 1526, 1545 (Fed. Cir. 1994); *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group*, 149 F.3d 1368, 1377 (Fed. Cir. 1998).

[38] See Christopher A. Cotropia, *Nonobviousness and the Federal Circuit: An Empirical Analysis of Recent Case Law*, 82 *Notre Dame Law Review* 911, 913 (2006).

[39] See *Underwater Devices v. Morrison-Knudsen Co.*, 717 F.2d 1380, 1389-1390 (Fed. Cir. 1983).

[40] Brian J. Love, *Patentee Overcompensation and the Entire Market Value Rule*, 60 *Stanford Law Review* 263, 264-265 (2007).

2003年发表了一份重要报告,呼吁对专利制度进行重大改革,以防止其变质,不仅不能促进创新,反而拖累和阻碍创新。^[41]美国国会也于2005年开始考虑专利法改革,并在2011年通过了美国发明法案(AIA),其中一项重要举措便是引入新的专利复审程序,^[42]使专利权更容易受到挑战。美国最高法院也在同期通过判例的发展抛弃了“亲专利权”的政策倾向。美国最高法院否定了联邦巡回上诉法院对“非显而易见性”判断中关于现有技术的“教导、建议或动机”标准的僵化和严格适用,改采扩张且灵活的标准,使专利权更容易因为不符合“非显而易见性”而无效。^[43]在救济方面,美国最高法院在著名的eBay案中,否定了专利侵权中禁令救济的当然适用,使专利权人未必能获得停止侵害等禁令救济。^[44]自eBay案之后,当被控侵权人对专利非实施主体的禁令请求提出异议时,美国法院一再否认这种禁令救济。^[45]美国最高法院通过诉讼费用规则的调整,使胜诉被告更易获得律师费的补偿,^[46]由此鼓励被告积极应诉。它还通过系列案件,增加了软件和商业方法获得专利权保护的难度。^[47]在此期间,美国联邦巡回法院的判决也体现了对专利权强化保护的反思态度。比如,它削减了专利侵权的等同原则的适用范围,从而避免专利权保护范围的过于扩大。^[48]由美国专利法近四十年发展历程可见,美国国内法对专利权的保护并非一味追求强化,而是在强与弱之间不断地寻求平衡,在强化之后又予以适当弱化。

撇开美国司法实践中对专利保护的强弱调整现象,美国专利法中还存在一些颇具特色的侵权抗辩事由。除比较法上常见的抗辩事由之外,美国还通过衡平法和判例法发展出懈怠、禁止反悔、“不当行为”等若干抗辩规则。^[49]比如,美国法院从衡平法中的“不洁之手”原则发展出来的所谓“不当行为”抗辩规则,在比较法上较为罕见。依此规则,当专利权人在之前的专利申请过程中有过故意向专利与商标局隐瞒重要信息或者作出误导性陈述的不当行为,整个专利权将不可执行,无法获得司法救济。^[50]这实际上强化了专利申请人的如实披露义务,同时也为被控侵权人提供了一项额外的抗辩事由,而抗辩事由的增加在一定程度上也达到了限制专利权的效果。美国专利与商标局的专利审查程序手册也援引法院判例,对司法实践中产生的上述规则予以确认。^[51]与版权法一样,美国在国际上并不推行这些美式抗辩规则,这再次体现出美国立场内外有别的两面性。

[41] Federal Trade Commission, *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*, October 2003, p. 5, <https://www.ftc.gov/reports/promote-innovation-proper-balance-competition-patent-law-policy>, last visited on 2021-11-08.

[42] See Patent Reform Act of 2005, H. R. 2795, 109th Congress (2005); Leahy-Smith America Invents Act, Public Laws No. 112-29, § 6, 125 Stat 284 (2011).

[43] 参见张乃根等编著:《美国专利法:判例与分析》,上海交通大学出版社2010年版,第125页以下(KSR案)。

[44] 同上书,第215页以下(eBay案)。

[45] See John M. Golden, “Patent Trolls” and Patent Remedies, 85 Texas Law Review 2111, 2160 (2007).

[46] Octane Fitness, L. L. C. v. Icon Health & Fitness, Inc., 134 S. Ct. 1749, 1755-1758 (2014).

[47] See Alice Corporation Pty. v. CLS Bank International, 134 S. Ct. 2347, 2359 (2014); Mayo Collaborative Servs. v. Prometheus Labs., Inc., 132 S. Ct. 1289, 1293-1294 (2012).

[48] Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co., 234 F. 3d 558, 569 (Fed. Cir. 2000).

[49] 参见李明德:《美国知识产权法》,法律出版社2014年版,第121页以下。

[50] See Therasense, Inc. v. Becton, Dickinson and Co., 649 F. 3d 1276, 1285 (Fed. Cir. 2011); Robert J. Goldman, *Evolution of the Inequitable Conduct Defense in Patent Litigation*, 7 Harvard Journal of Law & Technology 37, 37-98 (1993).

[51] See USPTO, Manual of Patent Examining Procedure (MPEP) (9th ed., Last Revised June 2020), § 2190, § 2173.02, § 2016. 这三节规定分别确认了司法实践中发展出来的懈怠规则、禁止反悔规则和“不当行为”规则。

在商标权方面，美国国内法在对商标权提供较强保护的同时，也规定了较多的侵权抗辩事由。相比大多数国家商标立法中存在的正当使用抗辩，美国兰哈姆法第 33 节 (b) 款规定，被告还可以基于衡平原则提出懈怠、默许和禁止反悔的抗辩。^[52] 但美国在国际上并不推行这些规则，而是着重提出加强保护、充分和有效保护的要求，^[53] 在部分协议中也会推动声音、气味等新型客体的可注册性，扩大商标的范围。^[54] 由于商标与科技创新的关系较弱，且美国奉行的商标使用原则和其他国家奉行的商标注册原则存在根本差别，美国在国际上主要关注商标权的充分和有效保护问题，在《中美经贸协议》中也仅有一句话的规定，但从中仍然可以洞察美国对外只推行强化保护规则，而不推行其国内法中存在的各种平衡性规则的立场。

尽管基于判例法的特色，美国国内法中关于知识产权保护的平衡机制主要由司法判例发展，但知识产权的平衡保护理念源于立法，并为行政部门所分享。首先，法院实施平衡保护措施的依据在于立法，美国立法上不仅明确规定了知识产权保护的各种限制与例外，一些灵活的措辞还为司法实践中的调适提供了充足的空间，这些措施的根源又在于美国宪法确立的知识产权保护的宗旨。其次，法院判例会对行政部门的法律实践产生影响。如前所述，美国专利与商标局的专利审查程序手册会援引法院判例，呈现行政部门的审查规则与法院判例保持一致的倾向，该手册第 1721 节还就法院判决的政策影响的确认和处理程序作了专门规定。^[55] 再次，美国行政部门还经常发布一些关于知识产权的研究报告，其中也贯彻着平衡理念。前文已提及美国联邦贸易委员会在 2003 年曾发布报告对专利制度的强化保护进行反思，推动专利法变革。该委员会在另外一份报告中将其长期以来发布专利政策报告的目的归纳为“促进专利权产生的获益，同时最大限度地减少‘阻碍后续创新、妨碍竞争、通过不必要的诉讼和许可来提升专利产品价格’的行为”。^[56] 美国版权局长期以来也重视版权的合理保护，其在一份关于网络版权的研究报告的总结部分强调：“一如既往，法律中的合理使用原则和其他明列的版权例外情形将为反对过宽的权利主张提供保障，以免妨碍有益的在线活动。”^[57] 总之，知识产权保护不宜一味强化，而应当予以适当平衡，这一理念扎根于美国宪法和法律，其在司法中得以具体展开，并为行政部门所分享，是美国知识产权保护的国内立场。

有别于美国的国内立场，美国在知识产权全球治理中却片面输出强化保护规则，这会在国家之间产生两方面的结果：一是维护美国企业在全世界范围内的经济收益，二是使知识产权发展水平不如美国的规则接受国的知识产权制度水平超出其实际发展水平，导致制度水平和发展水平之间形成级差效应，对规则接受国不利。^[58] 以《中美经贸协议》为例，该协议“拉平了中美知识产权的保护标准”，^[59] 但如果考虑到美国只对外输出强保护规则而不输出其国内存在的灵活弹性的权利限制和例外规则的两面性，作为规则接受方的中国的知识产权保护标准在实

[52] 15 U. S. C. 1115 (b) (2002) (Section 33 (b) of the Lanham Act).

[53] 参见《中美经贸协议》第 1.24 条。

[54] Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP), Article 18.18.

[55] 参见前引 [51]，USPTO 手册，第 1721 节。

[56] Federal Trade Commission, *Patent Assertion Entity Activity: An FTC Study*, October 2016, p. 14, <https://www.ftc.gov/reports/patent-assertion-entity-activity-ftc-study>, last visited on 2021-11-08.

[57] United States Copyright Office, *The Making Available Right in the United States: A Report of the Register of Copyrights*, February 2016, p. 5, https://www.copyright.gov/docs/making_available/making-available-right.pdf, last visited on 2021-11-08.

[58] 关于级差效应的概念和分析，参见何其生：《〈海牙判决公约〉谈判与知识产权的国际司法合作》，《法学研究》2021 年第 1 期，第 147 页以下。

[59] 同上文，第 139 页。

际上将高于美国,至少在协议所涉的几个方面将会如此。而该协议所涉药品知识产权、盗版和假冒产品的生产和出口问题、地理标志、商业秘密、技术转让等,体现的都是美国利益,旨在保护美国知识产权。中国若只是单方面接受强化保护规则,而不考虑灵活弹性的权利限制和例外规则的引进和实施,很可能导致我国在这些规则所涉事项上的保护强度超出知识产权发展的实际水平,导致知识产权的发展水平和制度水平之间的级差效应更加明显。级差效应下的过高保护水平会产生影响后续创新、妨碍竞争、侵蚀公共领域等负面效应,这正是美国国内的知识产权政策力图避免的。

四、中国知识产权话语的基础:历史、文化抑或价值

面对美国主导下的知识产权国际保护规则不断强化之势,华人学者热衷从历史、文化解释的立场出发提出相关话语主张。然而,笔者认为,以历史、文化为中国知识产权话语的基础存在固有缺陷,并不可取。相比之下,以价值为基础则是优选路径。

(一) 以历史、文化为话语基础的局限性

在基于历史的话语主张方面,华人学者合撰的英文论文指出大多数西方国家的知识产权保护都经历了由弱转强的过程,据此从历史制度主义的视角提出知识产权发展的三种基本理论机制:路径依赖、漫长沿革和体制转变,^[60]进而认为美国在历史上从领先的知识产权侵犯者到领先的知识产权拥护者的转变“可为当代中美之间的争论提供启发”。^[61]在这样的历史观察之下,一个自然而然的结论是:美国应该己所不欲,勿施于人。^[62]换言之,美国不应对外推行知识产权的强化保护规则,而应任凭各国根据自己的历史发展水平确立其知识产权保护水平。这种历史解释并不罕见,以至于有英文文献归纳指出,在知识产权保护问题上,中国将遵循与美国和其他发达经济体相似的历史路径“是一个耳熟能详的论点”。^[63]然而,历史解释并不具有说服力,因为一个国家的知识产权保护会从弱到强,未必是历史规律。即使这是一个较为普遍的历史现象,由于中国和西方社会存在的差异,断言过去的事件将在新的背景下以相同的形式出现,未必能得到西方学者的认可。因此,中国的知识产权话语不宜以历史作为构造基础。

在基于文化的话语主张方面,现有文献常常关注中国传统文化与西方知识产权制度的互不兼容之处;^[64]在国际上,中国学者在用英语介绍、评论中国知识产权法时,更是乐于将中国知识产权法置于儒家文化下进行分析,强调中国知识产权法的独特文化背景,^[65]以说明中国知识产权保护的特殊性,并为中国知识产权保护水平提供解释。这方面的研究成果至今仍不断问世。^[66]于是,一个带有“中国文化特色”的知识产权法呈现在西方社会面前。但是,这种

[60] Mike W. Peng, David Ahlstrom, Shawn M. Carraher & Weilei (Stone) Shi, *An Institution-based View of Global IPR History*, 48 *Journal of International Business Studies* 893 (2017).

[61] 同上文,第903页。

[62] 参见樊宇:《从“文学的巴巴里海岸”到版权国际保护的急先锋——美国版权政策的历史变迁》,《电子知识产权》2018年第12期,第20页以下。

[63] James A. Brander, Victor Cui & Ilan Vertinsky, *China and Intellectual Property Rights: A Challenge to the Rule of Law*, 48 (7) *Journal of International Business Studies* 908, 913 (2017).

[64] 参见吴汉东:《知识产权法律构造与移植的文化解释》,《中国法学》2007年第6期,第56页,第59页。

[65] See Peter K. Yu, *The Second Coming of Intellectual Property Rights in China*, Texas A&M Law Scholarship, 2002, pp. 16 - 26, <https://scholarship.law.tamu.edu/facscholar/1024/>, last visited on 2021 - 11 - 08.

[66] See Nan Zhang, *A Confucian Analysis on the Evolution of Chinese Patent Law System*, Springer, 2020, p. 17.

独特文化易被西方学者理解为会对知识产权法的有效实施造成障碍。中国学者撰写的一些英文论文还过于突出文化观念方面的因素，将中国知识产权保护力度不足的原因归结为“中国的文化特性、体制障碍和经济不发达”，^[67]并提出“知识产权在中国的实施目标应在很大程度上通过政治沟通、协调和干预而非法律程序来实现”。^[68]这种并非基于法学立场的话语表达无疑误导了西方社会，导致西方国家通过政治谈判的方式干预我国的知识产权法治建设进程，并为这种干预提供了正当性依据。概言之，在国际对话中过于强调中国文化传统，不仅会造成中国具有独特的知识产权文化的假象，甚至还会引起西方社会的误解。比如，有美国学者用“窃书为雅罪”来概括中国传统文化中的知识产权观念，认为不仅中国民众缺乏知识产权观念，创作者对作品的仿制也持宽容态度。^[69]以文化为话语基础的误导性和负面作用可见一斑。具有在华工作背景的外国学者也意识到，外国利益相关者普遍存在关于中国知识产权保护的一些错误观念，其中包括“中国悠久的儒家文化阻止其认真保护知识产权”，“中国的知识产权制度绝对比发达国家的知识产权制度薄弱”等，而这些误解导致了贸易战。^[70]

（二）以价值为话语基础的优越性

相比历史和文化而言，价值取向路径体现了中外共通思维，在国际对话中容易引起西方社会的共鸣，更易产生说服力。在法理学上，自20世纪以来，价值取向的法学理论在欧美国家得到复兴，且有日益加强之势。^[71]大陆法系的主流法学方法论也奉行价值取向的理念。拉伦茨认为，无论是实践领域的法律适用还是理论领域的法教义学，“法学就是一种‘价值导向’的思维方式”。^[72]拉伦茨在其鸿篇巨著《法学方法论》的最后一句话中再次强调，法学的思考方式既是价值导向的，又是体系性的。^[73]可见，以特定价值为导向，在此基础上构造中国知识产权话语，在法理学和法学方法论上都可以得到全球范围的高度认可。

在法学视野下，价值基础还具有强大的体系引导功能，在价值基础上可以进一步构建出中国知识产权话语体系。其实，价值取向不仅是在国际博弈背景下构造中国知识产权话语和话语体系的需要，也是构建中国知识产权法的规范原理体系、形成中国知识产权法的教义学体系的需要。我国知识产权法经过数十年的发展，法的外部体系已经基本建成，但其内在的原理体系还有待进一步构建和完善。知识产权部门法的多次修订，似乎也没有很好地寻求内在原理体系的支撑，没有用内部体系去检验外部体系的修改是否融洽、有无迷失方向。无论是在国内法上还是国际法上，中国应当形成自洽的知识产权法理论体系和话语体系，而这需要一种科学合理的价值理念作为思想内核和理论基础。

知识产权领域的国际博弈不仅涉及知识产权国际规则的发展，也涉及国际关系。在国际关

[67] Wei Shi, *Incurable or Remediable - Clues to Undoing the Gordian Knot Tied by Intellectual Property Rights Enforcement in China*, 30 *University of Pennsylvania Journal of International Law* 541, 582 (2008).

[68] 同上文，第583页。

[69] 参见[美]安守廉：《窃书为雅罪——中华文化中的知识产权法》，李琛译，法律出版社2010版，第33页，第135页。

[70] Dan Prud'homme, *The Trade War and Seven Myths About China's Intellectual Property Regime*, p. 19, https://www.researchgate.net/publication/349140252_The_trade_war_and_seven_myths_about_China's_intellectual_property_regime, last visited on 2021-11-08.

[71] 参见[美]E.博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社2017年版，第184页，第206页。

[72] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，黄家镇译，商务印书馆2020年版，第278页。

[73] 同上书，第613页。

系理论的视野下,以价值为话语基础也是一种可取之道。当前国际关系理论呈现出新现实主义、新自由主义和建构主义三足鼎立之势,^[74]三者分别着重于从权力、制度和观念角度看待和分析国际关系。新现实主义延续现实主义的立场,其关键概念是权力,认为国际关系由权力主导和决定,^[75]而权力源于武力、金钱等物质力量,其背后体现的是一种物质本体论。^[76]与之相反,作为一种反思主义理论,建构主义重视观念的建构功能,认为国际体系的基本结构并不是物质结构,而是一种社会结构,从而不是取决于物质力量,而是取决于共同观念。^[77]围绕着自由贸易、国际合作、国际制度建设而展开的新自由主义,其实也承认观念在国际关系中的重要作用,这也体现着新自由主义与建构主义在认识论上进行协调的倾向。^[78]可以说,建构主义发掘出了被传统国际关系理论忽视的观念或价值理念的力量,为国际关系理论注入了新的血液。目前,建构主义的观点在很大程度上已经被国际关系这一学科所内化,在国际关系学界已被“广泛接受”。^[79]因此,我国的知识产权话语以价值观念为基础,在国际对话中可以获得沟通对象的理解和认可。当然,以权力为导向的现实主义者可能会排斥带有建构主义色彩的观点,但现实主义理论对国际合作持悲观态度,^[80]该理论也已呈衰落之势,^[81]不宜作为知识产权国际秩序构建的理论前提。

总之,以价值为基础构建中国知识产权话语体系,在国际对话中容易获得沟通对象的理解和认可。在价值指引下,一个自洽的话语体系也有望形成。为了使中国知识产权话语在国际上引起共鸣,产生说服力和影响力,我国需要寻得既符合知识产权法原理,又能得到全球普遍认可的价值取向,这将在下一部分进一步展开。

五、国际博弈中知识产权法二元价值取向之提倡

(一) 二元价值取向:中国知识产权话语的价值选择

1. 契合知识产权法原理的二元价值取向

在原理上,知识产权是一种财产权,属于私权,但其价值取向并非局限于保护私人财产利益,而是包含着促进知识传播、促进科学技术和文化艺术发展的目标。知识产权法可谓体现着激励知识创新与促进知识传播的“二元立法宗旨”,^[82]主流文献也将知识产权法保护知识产品创造者的直接目标与促进知识传播、科学文化繁荣的社会公益目标合称为“二元价值目标”。^[83]换言之,在知识产品或知识信息上赋权的直接目的在于激励知识创新,但终极目的在于促进知识传播。为了促进知识传播,一种方法是保护传播者的利益,甚至为其赋权,著作

[74] 参见刘志云:《现代国际关系理论视野下的国际法》,法律出版社2006年版,第373页。

[75] 参见[美]大卫·A.鲍德温主编:《新现实主义和新自由主义》,肖欢容译,浙江人民出版社2001年版,第16页。

[76] 参见前引[74],刘志云书,第385页。

[77] 参见倪世雄等:《当代西方国际关系理论》,复旦大学出版社2018年版,第209页;楚树龙:《国际关系基本理论》,清华大学出版社2003年版,第389页。

[78] 参见刘志云:《当代国际法的发展:一种从国际关系理论视角的分析》,法律出版社2010年版,第30页以下。

[79] [澳]克里斯蒂安·罗伊-斯米特、[英]邓肯·斯尼达尔编:《牛津国际关系手册》,方芳等译,译林出版社2019年版,第328页。

[80] 参见前引[75],鲍德温主编书,第122页。

[81] 参见前引[79],罗伊-斯米特等编书,第159页。

[82] 吴汉东:《知识产权法价值的中国语境解读》,《中国法学》2013年第4期,第18页。

[83] 冯晓青:《知识产权法的价值构造:知识产权法利益平衡机制研究》,《中国法学》2007年第1期,第68页。

权法中的邻接权即是典型；另一种方法是限制知识产品权利人的权利。从价值取向上看，知识产权保护的限制和例外正是服务于知识产权法的终极价值目标。

知识产权法奉行二元价值取向，其根源在于知识产权的客体在本质上不是物质，而是一种信息，而信息具有公共产品属性。无论是财产性信息还是人格性信息，在其上建立权利都难以回避信息的公共性、社会性问题。在知识信息上构建私权之后，权利的私人属性和客体的公共产品属性并存，这在本质上要求知识产权法秉持二元价值观，不可忽视甚至抹杀客体的公共性。走在财产化大道上的知识产权在整体上偏向私权保护，但在此进程中又需要时刻注意知识产权法在价值取向上的二元性，以免法律制度步入失衡误区。当前，在个人信息这种人格性信息上建立权利时也存在较大阻力，信息的社会性、公共性得以彰显，并成为理论者和立法者在构建保护制度时的重要考虑因素。这也可以印证，在对信息的法律保护中，需要重视信息的公共产品属性。知识信息尽管已经走上了权利化大道，但其社会性、公共性同样需要得到发扬，这就需要在二元价值取向的指引下，在知识产权的保护中设计出合理使用、法定许可、强制许可等诸多限制和例外，并予以不断调整和优化，以便在权利的私人性和客体的公共性之间寻得平衡。

2. 在国际博弈中提倡知识产权法二元价值取向的特殊意义

中国在国际博弈中提倡知识产权法的二元价值取向，并将之作为中国话语的内核，不仅符合知识产权法的基本原理，还体现着世界共同价值，并可对知识产权国际规则起到纠偏作用。

(1) 体现世界共同价值

在参与和推进全球治理体制改革时，“构建我们自己的话语体系要体现世界共同价值”。^[84] 知识产权法奉行的二元价值取向正是体现着世界共同价值，可谓具有全球基因。这不仅体现在国际条约之中，也蕴含在人们的现实观念之中。至今仍是最新的知识产权综合性国际条约的TRIPS协定就呈现出这种二元价值取向。TRIPS协定一方面在序言中承认知识产权是私权，另一方面又在第7条确立了知识产权保护既要促进技术创新、又要促进技术转移和传播的二元价值取向，并希冀在技术知识的生产者和使用者之间实现共赢，最终有利于社会和经济福利。^[85] 可能是因为当时的谈判者过于关注技术创新和技术转移，该条规定的知识产权的价值目标围绕技术展开，但这一价值理念完全可以类推适用于该协定涉及的所有知识产权类型。TRIPS协定在专利权、商标权、著作权的具体规定中都规定了相应的权利限制和例外条款。这些规定虽然笼统，却是一种立场宣示。知识产权制度作为一种高度全球化的法律制度，中国和外国、东方和西方在基本的知识产权价值观念上其实并不存在本质差异。比如，有研究选取了中美两所大学的学生进行实证调研，得出结论认为，中美两国民众对知识产权的一些观念非常相似，尤其是当未经许可使用知识产品是为了公共利益时，中美两国受调查者的宽容态度高度一致。^[86] 尽管调研样本有限，但这一结论大致反映出各国在知识产权问题上存在求同存异的充足空间。

在全球视野下，知识产权保护应当有利于促进全球福祉，这不仅需要激励创新，更需要促进知识的传播。在人类命运共同体观念日益深入人心的背景下，知识产权全球治理更应跳出某个国家或某个产业的局部利益的狭隘视野，从促进人类发展的全局视野出发，强调知识产权制

[84] 张文显：《推进全球治理变革，构建世界新秩序——习近平治国理政的全球思维》，《环球法律评论》2017年第4期，第15页。

[85] Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Article 7.

[86] See Gregory N. Mandel, Kristina R. Olson & Anne A. Fast, *Debunking Intellectual Property Myths: Cross-Cultural Experiments on Perceptions of Property*, 2020 Brigham Young University Law Review 219, 224-227 (2020).

度旨在促进人类科技文化进步的终极目标,时刻不忘知识产权法价值取向的二元性。

(2) 对知识产权国际规则的纠偏

知识产权制度本身就容易发生偏差,这源于知识产权之私权属性的基本定位,这一基本定位会导致知识产权法偏重于私人利益。并且,这种偏重可能产生惯性,导致对一方利益的保护不断加强,进而致使知识产权法的发展偏离正确的轨道。正因如此,知识产权制度内部形成了二元价值取向,对私人利益进行制衡。质言之,二元价值取向的主要功能在于纠偏。

在知识产权的国内规则发展过程中,存在着一些自发的纠偏力量,发达国家也是如此。知识产权的扩张和强化并非国际博弈中的独特现象,在发达国家内部同样存在。然而,在发达国家内部,以知识共享组织、自由软件基金会为代表的民间力量正在全面发力,抵制知识产权的扩张趋势。^[87]除此之外,学术研究的力量也在发挥纠偏作用。西方学者认为,更高的知识产权保护水平并不会导致创新的线性增长,相反,在某些情形下甚至可能会阻碍创新。^[88]举例而言,专利的授权范围并非越宽越好,过于宽泛的授权范围会阻碍后续创新。西方学者也主张对版权加以更为明确和更强的合理使用限制,并认为美国推行的强化保护政策并非最佳选择。^[89]

相比国内法,知识产权的国际规则更容易走向失衡。一旦知识产权的国际规则与贸易挂钩,权利人的利益将成为首要的考虑因素,二元价值取向的另一侧面易遭忽视,从社会整体发展角度而言的持续创新的重要性也将被忽略。其实,就激励创新而言,知识产权法的制度设计绝非狭隘地局限于仅为第一次创新提供激励,而是要为后续创新、持续创新提供持久的激励。国内知识产权法的立法和司法通常不会忽视持续创新的重要性,但在知识产权国际博弈中,在利益集团的游说下,发达国家往往只关注对既有权利人在外国利益的保护,而不顾持续创新的重要意义,这一偏颇亟待纠正。

虽然知识产权国际规则的发展更需要纠偏,但目前这方面的力量存在不足。我国可以提倡知识产权法的二元价值取向,发挥其内在的调适机制,对知识产权国际规则的发展起到纠偏作用。当然,二元价值取向需要考虑如何平衡二者的问题。正如学者指出的,这种二元价值目标是“以利益平衡的调节机制为手段加以实现的”。^[90]利益平衡的一个突出问题是,它并不存在客观的标准。然而,作为价值取向,其中存在的弹性恰恰可为价值引导提供适当的自由空间,便于我国在国际博弈中根据情况进行微妙的具体权衡,做到进退有据、灵活博弈。

(二) 二元价值取向在知识产权国际博弈中的坚持与发扬

1. 履行有关经贸协议义务的因应之策

我国一方面要履行有关经贸协议的义务,在国内法中规定相应的知识产权强化保护规则,另一方面也要深入研究规则来源国的相关规则尤其是平衡机制。

在知识产权法二元价值取向的内在调适机制的作用之下,一项强化保护规则在其来源国往往存在平衡机制。比如,就《中美经贸协议》中的药品专利期限补偿规则而言,协议中仅一个条款,主要内容即保护期限的补偿和延长。^[91]其实,美国国内法中的药品专利期限补偿规

[87] 参见杜颖:《知识产权国际保护制度的新发展及中国路径选择》,《法学家》2016年第3期,第116页以下。

[88] 参见前引[63], Brander等文,第916页。

[89] 同上文,第917页。

[90] 前引[83],冯晓青文,第68页。

[91] 《中美经贸协议》第1.12条第2款之(二)。

则有着各种条件和限制。^[92]我国《专利法实施细则修改建议（征求意见稿）》也已注意到这一问题，在药品专利期限补偿的具体实施细则中明确了期限补偿的条件和限制，^[93]这一做法值得赞许。此外，还应进一步在美国药品法和专利法的体系之下考察美国的药品专利期限补偿规则。这一规则源于美国1984年的药品价格竞争与专利期限补偿法案（又称“哈奇-瓦克斯曼法案”）。^[94]该法案中的专利期限补偿规则被纳入了美国法典的专利法部分，而另外一些内容则被编入了美国法典的药品法律部分。哈奇-瓦克斯曼法案除了药品专利期限补偿的规定之外，另一项重要内容是促使仿制药更早地进入市场的措施，包括仿制药的简化申请程序、允许仿制药生产商依赖专利权人的药品试验数据来避免重复试验的成本等规定。^[95]促使仿制药尽早上市的措施旨在提高药品的可及性，对仿制药生产商有利，但对专利权人不利。为此，“哈奇-瓦克斯曼法案允许延长专利期限作为一种平衡措施”。^[96]可见，在美国法的体系之下，药品专利期限补偿规则与促进仿制药尽早上市的措施互为对价关系。美国法试图在创新药品的保护与仿制药品的可及性之间寻求平衡，为两者都提供恰当的激励。我国在引入美式的药品专利期限补偿制度的同时，也应当相应地规定仿制药的简化申请程序，并通过各种措施来激励仿制药尽早上市，如此方能在知识产权保护与促进公共健康的公益目标之间寻求平衡。美国基于本国大药企的需求，在对外经贸协议中推行的只是药品专利期限补偿的强化保护规则，而我国有必要梳理和挖掘其国内的平衡措施，从促进我国仿制药企业发展和提高药品可及性的角度，引入相应的平衡措施，并可对之进行优化和完善。

上述例子可以说明，知识产权法天生具有平衡的基因，强化保护规则往往有其平衡的搭配。我国履行有关经贸协议的义务时，切忌仅仅片面地引入强化的一面，而忽略平衡的一面。我国在国内法实施中对强化保护规则施加平衡机制，绝非违背有关经贸协议的义务。这一方面可以从比较法上寻求依据，另一方面还有理论上的正当性，其话语表达即是知识产权法的二元价值取向。即便我国对相关平衡措施进行了改造和完善，这些措施仍然可以在知识产权法的二元价值取向之下获得正当性。

2. 在国际谈判中的应有立场

知识产权全球治理的主基调曾经是“协调”，其正当性在于规则的协调一致有利于减少贸易壁垒，促进自由贸易。尽管美国等发达国家推动TRIPS协定等知识产权国际条约的背后也隐藏着保护其本国产业和本国利益的动机，但毕竟打着自由贸易和国际协调的旗号，这在事实上也有利于促进全球经济福利。但目前呈现的知识产权全球治理的“最大化”趋势已经背离了国际协调的基调和原理，并不是为了促进自由贸易，而是为了保护发达国家的利益。知识产权全球治理真的只能走上不断强化之路吗？其实不然，知识产权国际条约一方面确立了保护的最低标准，另一方面也纳入了关于知识产权保护的限制和例外的原则性规定，这可为在知识产权

[92] See 35 U. S. C. § 156 (2012).

[93] 2020年11月《专利法实施细则修改建议（征求意见稿）》新增五个条文对此进行详细规定，临时编号为第85条之四、五、六、七、八。参见《关于就〈专利法实施细则修改建议（征求意见稿）〉公开征求意见的通知》，国家知识产权局网站，https://www.cnipa.gov.cn/art/2020/11/27/art_75_155294.html，2022年1月3日最后访问。截至2022年1月3日，新的《专利法实施细则》尚未出台。

[94] The Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act, Public Law 98 - 417 (Hatch-Waxman Act).

[95] See 21 U. S. C. § 355 (j) (1984); 对相关规定的概括，参见 *New York ex rel. Schneiderman v. Actavis PLC*, 787 F. 3d 638, 644 (2d Cir. 2015)。

[96] 前引[10]，Rajec文，第776页。

全球治理中发扬知识产权的二元价值取向提供运作空间。

知识产权全球治理的良性发展需要主要国家的引导。就发展规律而言,知识产权保护不可能一直朝着“最大化”的极端发展。各国国内知识产权保护在强弱之间不断摇摆的历史即是明证。在知识产权全球治理正在朝着不断强化的方向发展之时,中国可顺应历史发展规律,以二元价值取向为立足点提出相关话语主张,正偏纠差,引导知识产权全球治理走上平衡之路。

当前,知识产权全球治理呈现出双边、区域、多边并存的复杂局面。在全球层面的知识产权谈判陷入困局、停滞不前的背景下,各主要国家主要通过双边和区域协定来进行知识产权全球治理,中国亦不例外。就双边协定而言,根据商务部网站的权威信息,自2002年我国与东盟签订《全面经济合作框架协议》以来,我国已与东盟、巴基斯坦、智利、新加坡、新西兰、秘鲁、哥斯达黎加、冰岛、瑞士、韩国、澳大利亚、格鲁吉亚、毛里求斯、柬埔寨等国家和地区签订了双边自贸协定。^[97]早期中国签订的双边自贸协定并无知识产权条款,2005年与智利签订的自由贸易协定开始出现知识产权条款,但仅一个条文,^[98]2008年与新加坡签订的自由贸易协定又回到没有任何知识产权条款的境况。可见,我国早期对外签订自由贸易协定时并不重视知识产权问题。自2008年与新西兰签订自由贸易协定开始,我国签订的自由贸易协定开始出现专门的“知识产权章”,但在该自由贸易协定中,知识产权条款主要是关于合作及能力建设方面的一般性规定,实质性条款只有关于遗传资源、传统知识及民间文艺的一个条文,其内容也仅是授权各方可采取适当措施保护此类主题。^[99]之后,在我国与瑞士(2013)、韩国(2015)、澳大利亚(2015)签订的双边自由贸易协定中,“知识产权章”的内容开始丰富起来。纵观这三份与主要国家签订的较新协定,其中都出现了超越TRIPS协定的强化保护规定,同时也都有专门条款规定知识产权与公共健康问题以及遗传资源和传统知识保护问题。但在知识产权的限制和例外方面,只有中韩自贸协定有具体规则。该协定在版权、商标、专利方面都规定了权利的限制和例外条款;即便是其中引入的技术措施保护规则,也体现了平衡理念,一方面规定这一超TRIPS协定的规则,另一方面又授权缔约方可根据国内法或国际条约对这种保护进行限制。^[100]在其他两份协定中,知识产权的限制和例外都只有总则部分的原则性规定。相比之下,中韩自贸协定中的知识产权条款较为平衡,在要求缔约方提供充分、有效乃至强化保护的同时,也明确了权利保护的例外。虽然相关限制和例外也都是诸如版权保护例外的“三步检测法”之类的原则性规定,但毕竟为缔约国构建合理平衡的知识产权制度提供了空间。在笔者看来,中韩自贸协定中的知识产权条款在我国已经签订的双边经贸协定中最为平衡,但这些平衡性的条款出自何方提议,不得而知。在这之后,2019年中国与毛里求斯签订的自由贸易协定中,知识产权章又回到只有5个条款的简易版本,并无实质性内容。^[101]这可以反映出我国对双边贸易协定中的知识产权条款的重视程度还是不够。

纵观我国对外签订的双边经贸协定,可以发现以下几个特征:第一,这些协定的条款内容

[97] 参见中国自由贸易区服务网首页“已签协议的自贸区”一栏信息, <http://fta.mofcom.gov.cn/>, 2021年11月8日最后访问。

[98] 《中华人民共和国政府和智利共和国政府自由贸易协定》第111条。

[99] 《中华人民共和国政府和新西兰政府自由贸易协定》第165条。

[100] 《中华人民共和国政府和大韩民国政府自由贸易协定》第15.8条第3款、第15.10条、第15.12条、第15.15条第4款、第15.20条第3款分别规定了版权技术措施保护的例外、版权和相关权保护的例外、商标权的例外、专利权的限制和例外、工业品外观设计保护的例外。

[101] 《中华人民共和国政府和毛里求斯共和国政府自由贸易协定》第10章(知识产权)。

各异，并无统一范本；第二，我国晚近签订的双边自由贸易协定中都会规定知识产权与公共健康问题以及遗传资源、传统知识问题，这些正是发展中国家在知识产权全球治理中提倡的发展议题，可见我国在对外经贸协定谈判中坚守发展中国家立场；第三，相关协定对知识产权保护的限制与例外未予以足够重视。

在区域性自贸协定方面，我国主要签订了《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）。该协定由东盟十国发起，得到中国、日本、韩国、澳大利亚和新西兰的支持和签署。该协定第11章（知识产权章）与中韩自贸协定类似，对专利权、商标权、著作权的限制和例外都作了规定，对引入的技术措施保护也相应规定了限制和例外。RCEP还比中韩自贸协定进一步，对引入的权利管理信息保护也相应规定了限制和例外。就具体条款内容而言，RCEP的知识产权限制和例外规则也比其他协定更为具体。比如，在著作权的限制和例外方面，在国际条约中普遍采纳的“三步检测法”的基础上，RCEP进一步规定了“合法目的例外”，要求成员方为包括但不限于教育、研究、批评、评论、新闻报道以及便利盲人、视障者或其他印刷品阅读障碍者获取已出版作品等合法目的规定适当的平衡性措施。^[102]也许是因为该协定源于发展中国家的倡导，其成员也以发展中国家为主，其中的知识产权条款呈现出较为明显的平衡特征。

对比双边协定和区域协定可以发现，参与的成员方数量越多，知识产权国际规则越容易走向平衡，当有一定数量的发展中国家参与时更是如此。由此也可得出结论，相比双边协定而言，我国更应当推动区域性、全球性的知识产权治理。习近平总书记指出，我国要“深度参与世界知识产权组织框架下的全球知识产权治理”。^[103]相比以经贸为主题的双边贸易协定、投资协定而言，世界知识产权组织框架下的全球治理将更为关注知识产权的本质和基本价值取向，更有利于达致平衡合理的规则。在国际组织的框架下，我国也更易团结发展中国家，不断提升话语权。

需要指出的是，在知识产权全球治理中，我国不应拘泥于发展中国家倡导的公共健康、遗传资源、传统知识等发展议题，而应当将关注重心转到专利权、商标权、著作权等主要领域，努力推动知识产权全球治理朝着平衡方向发展。原因在于，发展议题难以在南北国家之间取得共识，反而会激发矛盾，而专利权、商标权、著作权等主要领域才是知识产权国际博弈的核心所在。我国参与知识产权全球治理，既要关注发展中国家的特有问题的，更要关注全球的核心问题。当知识产权国际保护标准正在走向“最大化”的失衡方向时，中国作为发展中大国，有理由也有必要担当历史使命，使知识产权全球治理的趋势回归合理。当然，在知识产权法的二元价值取向之下，一方面要强调知识产权的限制，另一方面也不可忽视保护。在知识产权国际规则中关注和明确知识产权的限制和例外，其实也有双重意蕴。这一方面是为了取得知识产权条款的平衡性，另一方面也是对知识产权保护的限制和例外施加必要的限制条件，可谓“限制之限制”。如此，知识产权全球治理才会走上适当的平衡之路，既不会片面地走向“最大化”，也不会片面地和空泛地强调限制和例外。

结 论

在当下的知识产权全球治理中，发展中国家的话语权甚微。中国作为发展中大国，应当积

[102] 《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）第11章第18条。

[103] 前引〔1〕，习近平文，第8页。

极参与、深度参与知识产权全球治理。这既是我国知识产权事业发展的需要，也体现了我国的大国担当。话语权作为一种与军事实力、经济实力相对应的软实力，其吸引力源自共同的价值观。^[104] 中国要做知识产权全球治理体系的积极推动者，需明确本国话语的价值取向。经过本文的论证，知识产权法的二元价值取向扎根于知识产权法基本原理，且具有全球基因，可以成为中国话语的价值基础。二元价值取向有利于实现一个更为平衡的知识产权全球治理体系。习近平总书记讲话指出，我国参与知识产权全球治理需要“坚持开放包容、平衡普惠的原则”，并推动其治理体制“向着更加公正合理方向发展”。^[105] 为实现这一政策目标，有必要将之转换为法学话语，将平衡、公平、合理等理念作为价值基础。中国重新激活在当下国际博弈中日渐遭到忽视的二元价值取向的活力，并以此为基础构造知识产权的中国话语，将有利于我国在参与双边、区域性乃至全球性的知识产权规则谈判时灵活博弈，推动知识产权国际规则向着更加公正合理的平衡方向发展。平衡是追求的目标，最佳平衡点未必能够获得，但明显失衡的偏颇状态必须予以纠正，二元价值取向可以起到这种纠偏作用。

Abstract: Against the background of international gaming, the protection of intellectual property rights (IPRs) is showing a trend towards continuous strengthening, in which the U. S. plays a leading and promoting role. In the global governance of IPRs, the U. S. presents a value tendency to blindly strengthen the protection of rights. In fact, the U. S. has a balance mechanism for strengthening the protection of IPRs in its domestic laws, but it exports enhanced protection rules unilaterally to the outside world. The intellectual property system that blindly strengthens protection will be biased. In the international IPRs gaming and dialogue, China needs to put forward its own discourse and discourse system, the premise of which is to clarify the value orientation of the discourse. Compared with historical and cultural orientations, the value orientation path of discourse structure has incomparable superiority. In the international gaming, China should uphold and promote the dual value orientation of intellectual property law, which conforms to the basic principles of intellectual property law, embodies the common values of the world, and plays the core role in correcting deviations. Whether facing strengthened protection rules imposed by foreign countries or participating in international negotiations, China should always uphold and carry forward this value orientation.

Key Words: intellectual property, international gaming, discourse system, drug patent term compensation, reasonable use

[104] 参见 [美] 约瑟夫·奈：《软实力：世界政坛成功之道》，吴晓辉、钱程译，东方出版社2005年版，第7页。

[105] 前引 [1]，习近平文，第8页。