

论推动构建包容普惠的知识产权国际规则

孙益武*

内容摘要:近年来,“推动构建包容普惠的知识产权国际规则”的表述陆续出现在我国知识产权政策文件中。在叙事话语层面,其与我国提出的《全球发展倡议》和构建人类命运共同体理念相契合。然而,知识产权专有性和法定性与“包容普惠”所强调的开放性和可及性等存在紧张的对立,知识产权的现有规则中的包容普惠条款较为零散。在国际层面,知识产权国际协调的棘轮效应对国家条约义务的约束以及体制转换造成议题切换的灵活性,使国际知识产权规则朝着普惠、包容方向发展还存在障碍。因此,我国应在多边体制中积极呼吁推动构建开放包容、平衡普惠的知识产权国际规则,并在国内规则中践行这一指导原则,修订知识产权规范。

关键词:开放包容 平衡普惠 知识产权国际规则

2014年7月11日,李克强与时任世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization, WIPO)总干事高锐会谈时指出:“中方愿同世界知识产权组织加强合作,推动国际知识产权规则朝着普惠、包容方向发展,让创新创造更多惠及各国人民。”^①2015年《国务院关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》提出,“推动知识产权国际规则向普惠包容、平衡有效的方向发展”。2020年11月30日,中共中央政治局就加强我国知识产权保护工作进行集体学习,习近平指出:“要秉持人类命运共同体理念,坚持开放包容、平衡普惠的原则,深度参与世界知识产权组织框架下的全球知识产权治理,推动完善知识产权及相关国际贸易、国际投资等国际规则和标准,推动全球知识产权治理体制向着更加公正合理方向发展。”^②2021年9月发布的《知识产权强国建设纲要(2021—2035年)》提出:推动构建开放包容、平衡普惠的知识产权国际规则,让创新创造更多惠及各国人民。

在国际层面,2017年《金砖国家知识产权合作指导原则》提出:知识产权应服务于促进国际贸易、可持续发展和包容性增长的目标。2020年11月5日,新任WIPO总干事邓鸿森在参加第三届中国国际进口博览会时提出:WIPO将致力于建设一个包容、平

* 上海政法学院经济法学院副教授,法学博士。

本文系国家社科基金项目“个人信息跨境流动的法律规制研究”(19BFX203)的阶段性研究成果。

① 《李克强会见世界知识产权组织总干事高锐》,《人民日报》2014年7月12日,第1版。

② 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5页。

衡、活力且有远见的知识产权生态体系,以服务所有国家和利益攸关者。^①

本文着重讨论包容普惠的知识产权国际规则的内涵和外在表现;并分析知识产权规则朝着包容普惠方向发展的法理基础和现实障碍,进而对我国所倡导的包容普惠的知识产权国际规则的构建提出具体建议。

一、自主知识体系下的包容普惠知识产权规则

(一)知识产权规则的包容性和普惠性

“包容”一般指知识产权规则的开放性,即知识产权规则所涉及的权利主体和服务主体要广泛和多元。在知识产权规则中,“开放包容”包括:知识产权的及性、公众参与度、个体享受知识产权制度红利的技能和体验等。开放包容的知识产权规则关注南北平衡发展,特别是照顾发展中和最不发达国家和地区的发展;也包括回应弱势群体的利益需求。从国际协调来看,开放包容的知识产权规则应当包括以下要素:让更多的人享受全球化的创新成果,让弱势群体享受知识产权的制度红利,加强中小企业和个人的知识产权能力建设;通过投资和贸易自由化促进技术转移等。开放包容的国际知识产权规则需要兼顾各类不同发展水平、不同社会制度国家和地区的实际状况和切身利益,容忍各国在知识产权制度方面存在一定的差异。

知识产权规则的普惠性与包容性是不同的维度。“普惠”侧重于知识产权权利人和使用者之间的利益平衡,包括公众(使用者)能以一种可负担的成本获取其所需的知识产权。普惠的知识产权规则强调知识产权的制度红利应当惠及社会全体公民,关注不同利益群体的需求,不因私权保护而忽视公共利益。目前,从受益对象看,知识产权普惠聚焦于弱势群体对知识产权的及性,然而仅仅拥有法律上的例外规则,并非完全实现了知识产权普惠,在促进弱势群体和特殊用户接触知识产权方面还有很多工作要做。

(二)中国知识产权自主知识体系中的辨识元素

不论是中国法还是外国法,知识产权规则都体现出包容与普惠的趋向,我国可以结合知识产权自主知识体系建设,体现中国认识和理解包容普惠规则的独到之处。

虽然知识产权是舶来品,但也可以形成中国特色和中国风格的自主知识体系。中国自主知识体系首先是叙事话语要有中国辨识度。有学者指出:构建中国自主的知识产权话语体系,在国际知识产权话语体系中事关“中国表达”的影响力和认可度。^②中国已经向全球贡献了《全球发展倡议》,其核心要义为坚持发展优先、坚持以人民为中心、坚持普惠包容、坚持创新驱动、坚持人与自然和谐共生、坚持行动导向。中国知识产权的自主知识体系应当承继《全球发展倡议》中“包容普惠”的发展理念。

中国正在践行的创新、协调、绿色、开放、共享的新发展理念,也是坚持以人民为

^① See WIPO, Daren Tang, Director General of WIPO, Attended the Opening Ceremony of the 3rd CI-IE and Delivered a Video Speech, https://www.wipo.int/about-wipo/en/offices/china/news/2020/news_0024.html, visited on 9 June 2023.

^② 参见吴汉东:《试论中国自主的知识产权知识体系》,《知识产权》2023年第1期,第3-17页。

中心的发展理念。在人类命运共同体理念指引下,中国对知识产权制度的价值追求也蕴含全人类的共同价值;不能只强调保护私人合法权益,而忽视知识产权促进知识和技术传播的立法宗旨。中国式现代化特别强调了“人口规模巨大”和“全体人民共同富裕”,因此,中国知识产权自主知识体系的建构也要考虑到这一国情,推动完善包容普惠的知识产权规则。

从推动构建人类命运共同体的视角来看,知识产权制度的包容性和普惠性不仅关注弱势主体的知识产权需求,而且强调知识产权所有者的可持续发展,研究对象不仅强调微观个体的权利,也强调公共利益的平衡。中国应将包容普惠的知识产权规则作为知识产权自主知识体系的重要内容,这也是坚持从我国国情和实际出发,坚持守正创新探索法学自主知识体系的实践。^①

二、包容普惠的知识产权规则的外在表现

(一)国内法层面:保护私权和保障公共利益的平衡

在包容普惠的知识产权规则建构方面,知识产权法已经在制度设计时考虑到权利人与使用者、知识产权资源密集型主体与知识产权资源缺乏者之间的平衡。

从知识产权的生命周期来看,在确权阶段,国内法规则倾向于合理地划定知识产权的保护范围,尊重他人的基本权利和自由,尽量将与公共利益密切相关或已经处于公有领域的资源排除在知识产权保护对象之外;例如,涉及思想自由和科研自由等范畴的思想和理念创新不受知识产权保护;又如,未经允许,不得使用他人的姓名和肖像来创设知识产权。其次,知识产权并不保护某些已经处在公有领域的资源,如专利领域中已经公知公用的在先技术不得被据为己有,商标法中县级以上地名和国家名称等不得注册使用。最后,从公序良俗的角度看,某些对象不适合作为知识产权得到保护。

从权利行使和权利限制角度来看,知识产权规则鼓励权利人真实诚信行使权利,反对权利滥用。反之,对于他人的正当合理使用,权利人应当保持一定克制和容忍。针对每种保护客体都有权利限制规则,如著作权法中的合理使用规则、专利法中的强制许可规则。在权利人体系内部的权利分配上,强调尊重意思自治和创作者之间的约定,如著作权法对委托作品和合作作品的权利行使和处置的规定。在实践中运行良好的知识共享和开源制度中,权利人放弃或部分放弃特定的人格权利和经济利益,鼓励知识和技术传播和分享。采取降低交易成本的方式,使得知识产权的需求者可以及时便捷地获取知识产品,例如专利领域的强制许可和开放许可的制度设计。

诚实信用原则成为知识产权法的基本原则。例如,申请注册和使用商标,应当遵循诚实信用原则。商标法始终强调注册人或受让人的“商标专用权”,不曾提及所有权或财产权。在申请阶段,注册人不得将他人享有权益或处在公有领域的标识据为己有。“专用”首先体现在注册商标的使用“以核准注册的商标和核定使用的商品为限”,同时商标权人对他人对商标标识的正当使用和在先使用有容忍义务。此外,商标制度

^① 参见张文显:《论建构中国自主法学知识体系》,《法学家》2023年第2期,第1-15页。

中有很多确保注册人真实使用和善意使用的规则,不得对公众产生误导和欺骗,例如,注册人的原样使用义务、避免注册商标成为商品通用名称、确保一段时间内的连续使用等。这些规则的切实履行,不影响社会公众因公共利益而使用商标标识。

(二)国际条约层面:弹性条款照顾发展中国家需求

现行的知识产权国际条约中存在一些包容普惠为导向的弹性条款。以TRIPS协议为例,TRIPS协议的前言在确认知识产权是私权的同时,明确指出知识产权保护的目的是促进技术和经济的发展。TRIPS协议的前言、第7条和第8条被视为重要的弹性条款,即WTO成员方可以根据本国实际加以灵活运用。为了平衡权利保护,兼顾不同群体的多样需求,TRIPS协议第13条、第17条和第30条分别提出著作权、商标权和专利权保护的例外规则。知识产权保护对公共政策的考虑体现在TRIPS协议中出现大量的实施协议的具体条件、例外、限制及过渡性安排中,这些条款大多可视为允许成员方自由制定具体政策的弹性条款。实际上,自《伯尔尼公约》第9条开始,WIPO国际条约为其他国际条约和国内法制定例外制度提供了国际法依据。

此外,WIPO管理的国际条约中载有包容普惠条款,分别涉及财政援助和技术援助等。在财政援助方面,成员国可要求WIPO提供财政援助,以便发展中国家或市场经济转型国家的缔约方代表团参会。包含此类条款的条约有《视听表演北京条约》《集成电路知识产权华盛顿条约》《WIPO版权条约》和《WIPO表演和录音制品条约》。^①知识产权条约中还存在关于技术援助的规定,以促进条约或条约特定条款的执行。^②

WIPO条约中普遍存在技术援助和能力建设条款,这些规则明确了在技术援助与能力建设方面,不同国家实行共同但有区别的责任原则,以促进发展中国家技术进步和能力建设。这些规则在区域贸易协定中也得到承继。《区域全面经济伙伴关系协定》第81条不仅规定了技术援助,而且列出技术援助请求清单,使得提供必要的技术援助具备可操作性,例如,支持柬埔寨、老挝和缅甸的业务需求,对他们在建立商标电子申请、注册和维护制度方面提供援助;再如对越南提供关于加入《WIPO版权条约》《WIPO表演和录音制品条约》和《马拉喀什条约》的专门知识等帮助。

然而,由弹性条款组成的包容普惠的知识产权规则在实践中却难以实施,即使通过国内法转换的例外规则也常常受到贸易伙伴的挑战,WTO成员方实施弹性政策的空间受到压缩,并在贸易摩擦中可能面临WTO争端解决机构的“司法审查”。因此,许多国内立法也采用模棱两可的语言将国际条约加以转述,导致可操作性不强,给条约的国内实施和司法适用带来困难。

目前来看,知识产权规则的包容性和普惠性日益变弱。当时针对发展中国家的过渡期和优惠措施,随着时间流逝,已经慢慢终止或不再享有。国家间的技术转让和强制许可难以启动;由于制度环境等各方面的原因,技术引进并发挥实效困难重重。

^① 参见《视听表演北京条约》第21条第(1)款(c)项、《集成电路知识产权华盛顿条约》第9条第(1)款(d)项、《WIPO版权条约》第15条第(1)款(c)项、《WIPO表演和录音制品条约》第24条第(1)款(c)项。

^② 参见《集成电路知识产权华盛顿条约》第10条第(1)款(a)项、《专利合作条约》第51条。

三、知识产权特性与包容普惠的内在冲突

(一) 知识产权的排他性与私权保护

我国《民法典》将知识产权设定为民法上的私权,并且是权利人享有的“专有权”;然而,“专有权”的表述可能会引起知识产权是绝对权或对世权的一种误解。“专有”来源于英文“exclusive”的翻译,而“exclusive”本意为“排他”,即排除他人占有、控制或使用。有意思的是,“排他”或“专有”正好与“包容”(inclusive)是一对反义词,这似乎暗含着知识产权从本质上可能就不具备“包容”的基因。“知识产权是合法垄断”的说法,更是让这种排他性走向极致,让公众误以为知识产权的行使不受任何限制。

知识产权是一种私权,其本质属性是垄断和独占的。第三方想要获得体现知识产权的产品和服务,必须通过市场安排付出相应的对价,除非相关权利已经进入公共领域或符合援引的例外规则。因此,知识产权的排他性与普惠包容的品性显得格格不入。

随着 TRIPS 协议重申知识产权是私权,知识产权是私有财产权的概念已经根深蒂固。知识产权作为市场主体的私有财产,同时也是开展市场竞争的利器,加之资本的支持和跨国公司的推动,知识产权的排他性被逐渐强化。知识产权规则从保护期限、保护范围、维权方式等不同角度来保障权利人的利益,以换取持续的创新激励。然而,不同于物权,知识产权的保护很难通过自力救济实现,知识产权的私权保护需要动用大量公共执法资源。

绝对权作为知识产权和传统物权的共性,成为知识产权的权利结构和制度架构的起点和支点。^①因此,我们容易将知识产权类比于有形物的财产权。通过赋予创作者绝对的财产权,实际是将创造性成果等知识产权中的社会性贡献也占为己有。按照输入输出相一致原则,由于社会性贡献的注入,公众对创造性成果的收入或结果提出分配性主张也具有正当性。从财产保护角度来看,如果没有国家或社会的支持,财产权的“对世性”主张是无法存在的。知识产权权利人和社会公众在对知识财产的保护上表现出一种紧密互利的共生关系,社会为权利人提供有利于其权利确权和保护的帮助,同时也获得个人创造者的贡献。知识产权应该被广泛接触和使用,同时构成对创造者排他权的一种限制。

对于知识财产而言,财产权是暂时的,绝对权是有限的;知识财产最终是可自由获得的,重回公共领域的“财产”才具有永久的绝对性。因此,知识产权既没有时间上的绝对性,也没有完全对抗任何不特定第三人的对世性。

(二) 知识产权的法定性与规范封闭

如果说普通法是对习惯的确认,那么知识产权则是在用成文法对抗习惯。在知识产权制度形成的早期,惯常做法是皇权或王室通过颁布有关知识产权的令状来授予垄断特权。这种武断且没有制度约束的令状不能带来稳定规则的预期,知识产权成文立法开始走向前台,并确立其法定权利的性质。在知识产权制度上,不存在自然

^① 参见吕炳斌:《商标财产化的负面效应及其化解》,《法学评论》2020年第2期,第55-67页。

权利,也没有“前法律权利”或“前国家权利”,知识产权必定是国家立法规则确定的法定权利。

各国知识产权成文法之间存在差异,并且无法通过国际交往或时间流逝而慢慢迭代成同一规则,只能通过国际条约这种方式来统一国际规则。通过《伯尔尼公约》《巴黎公约》和 TRIPS 协议等国际条约的协调,各国知识产权规则的差异性越来越小;在权利授予形式、权利保护范围和权利保护期限等基础议题上,主权国家几乎没有反向调整的自主空间,只能向上不断“自我加压”。由于知识产权国际协调中存在棘轮效应,即在先的知识产权国际条约中设定最低保护标准,后续的国际条约和国家立法灵活变通的空间被束缚。知识产权保护水平和执法措施自然是层层递进、越来越高。这种单向度的拔高使得国家层面实施包容普惠的知识产权规则越来越难。

最后,在知识产权国际条约中,有关保护主题和对象的规范已经闭合,增加保护小众或少数群体利益的知识产权议题难以被国际组织正式接受。发达国家很难接受将发展中国家资源禀赋密集的传统资源作为保护对象,例如民间文学、生物多样性等。国际组织的议题协调和文本谈判功能逐渐僵化,知识产权议题多边协调困难。

(三)技术发展为知识产权权利人赋能

互联网发展之初,少数人认为网络的开放性和无边界会打破知识产权固有的排他性和地域性,甚至引起著作权制度的消亡。根据莫杰思教授的理论,在数字时代知识产权权利构造中,权利人自愿不予强制执行的“弃权空间”(waiver space)变大;^①但是,实际使用者形式上的合法权利并未增加。所谓的“弃权空间”并不是权利人真正弃权,只是由于权利人考虑到实施成本问题而暂时搁置;随着知识产权商业维权和诉讼投资业务发展,越来越多的权利人与律师事务所等维权代理机构达成风险代理协议;由维权代理机构为权利人垫付维权成本,双方再按照协议分配赔偿金额。随着移动公证和区块链存证等取证技术的新发展,权利人在网络维权上的经济成本和技术能力障碍逐渐被克服。网络发展早期那些被迫搁置的“弃权空间”又重新回到权利人的控制范围内。

在平台责任方面,知识产权法采用“通知删除”规则,为平台引入避风港原则的同时,让拥有技术实力的平台承担大量“知识产权执法”工作,使得知识产权执法的成效大大提升。^②虽然,法律规则没有让平台承担事先的审查或过滤义务,但在合规压力下或者为了获得竞争优势,技术实力先进的平台已经对平台内知识产权侵权行为进行主动监测。况且,在文字表达相似度检测的基础上,图片和视听作品的权利识别和侵权认定技术也日趋成熟。随着技术的发展,传统权利结构中的“弃权空间”越来越小,网络平台成为支持权利人维权的“急先锋”。

总之,技术发展并没有淡化或消解知识产权的绝对权效应,反而为权利人维权提

^① 参见[美]罗伯特·P·莫杰思:《知识产权正当性解释》,金海军等译,商务印书馆2019年版,第291页。

^② 参见[美]保罗·戈斯汀:《著作权之道:从谷登堡到数字点播机》,金海军译,北京大学出版社2008年版,第163-184页。

供巨大的技术支持,网络维权较之传统线下维权的举证更加容易、维权成本更低。同时,由于新技术的冲击,网络盗版和假冒等行为易发,权利人往往采用“先发制人”的预防技术措施,限制用户对知识产权内容的接触或访问。在技术保护措施和规避措施的反复缠斗中,只有极少数人实现了对知识产权内容的免费或便利获取,而更多的普通公众获取难度和成本大大增加。在网络时代,知识产权的供给更多的是以服务合同的形式出现的,使用者所获得是一种内容的消费,不再享有知识产品的物权载体;对于内容服务的随时中止或终结,使用者或消费者更加没有话语权。^①

四、构建包容普惠知识产权规则的法理基础

知识产权的包容性和普惠性在权利证成之初,是能够被劳动财产权和分配正义理论所阐释的。强调包容普惠的知识产权规则,也能有效抑制知识产权权利的过度扩张。

(一) 包容普惠规则与劳动财产权学说

如果智力劳动无法被占有,劳动根本无法成为一个决定性的或完整的论证知识产权合理性的基础。^②无论抽象物本身的短缺,还是剥离出私有财产权后造成其他人需求的无法满足,财产所有权让他人再占有或利用财产变得十分困难。但洛克认为:知识产权把抽象物从共有知识中剥离出来,要满足留给他人足够多和防止浪费的要求。^③使用他人知识产权或信息,也许是非竞争性的,但划归个人有助于人类生存和繁荣。同样,知识财产划归也要考虑其他人的生存和繁荣。^④正因为如此,洛克的劳动财产权理论在充足性和反浪费之外,还有仁爱这个附加条件。知识产权制度在主观上制造了一种人为稀缺;通过知识产权赋权以降低信息交流的自然流动性。无论是强调保护水平要与创新程度相符合,还是付出的劳动与所主张的财产权之间达成某种基本对称,其实质是知识产权保护中的比例原则。

“留给他人足够多”意味着当规则给权利人确权时,需要考虑到当掺杂着个体劳动和公有领域知识的劳动成果一旦从公有领域中被分离出来且作为他人财产得到保护时,其他人是否还有足够多的公共领域知识可以免费获取和使用?如果把公有领域当做一个湖,公共知识湖的水平面是否会因知识财产的划拨而急剧下降,以至于影响多数公众的饮水和生存问题?一种观点认为,知识之水由于其非竞争性消耗的特点,水面无法做到不下降。^⑤另一种观点认为,能让湖面显著下降的创新成果凤毛麟角,公众完全不用担心,很多成果只是像小雨滴在知识的湖面上激起一圈涟漪,对湖

^① 参见[美]亚伦·普赞诺斯基、杰森·舒尔茨:《所有权的终结——数字时代的财产保护》,赵精武译,北京大学出版社2022年版,第281-283页。

^② 参见[澳]布拉德·谢尔曼、[英]莱昂内尔·本特利:《现代知识产权法的演进》,金海军译,北京大学出版社2006年版,第23-27页。

^③ 参见[英]洛克:《政府论》(下篇),瞿菊龙、叶启芳译,商务印书馆1982年版,第17页。

^④ 参见[美]罗伯特·P.莫杰思:《知识产权正当性解释》,金海军等译,商务印书馆2019年版,第78页。

^⑤ 参见肖志远:《知识产权权利属性研究》,北京大学出版社2009年版,第20页。

面水位没有实质影响。^①根据知识产权期限性的特点,即使某一作品让湖面暂时下降,当权利保护到期时,知识产权会重新注入公共知识湖,湖面会重新被抬升,并可能高过原先的湖面。因此,留给他人足够多并不构成赋权的实际障碍。

“防止浪费”对于构建包容普惠的知识产权规则有特殊意义。第一,知识产权规则不应将权利的保护范围设定过宽,高于其应得保护的范同。例如,专利权利要求书中的技术特征过于宽泛,或者将没有独创性的内容设定为符合原创的作品等。第二,在权利行使中,确保权利处于积极的使用过程,没有闲置用私权封装的创新资源,例如,商标连续3年不使用而可被撤销制度。理性的权利人当维持权利对自身权益或获得竞争优势没有益处时,可能会选择通过不交费而放弃权利。第三,防止浪费条件也可以用来证明专利强制许可制度和著作权合理使用制度的正当性。以合理使用为例,一方面这些使用行为对权利人的经济利益影响较小,权利人维权的成本过高,可实施的可能性不高,更重要的是他人对作品的使用或利用,能够防止浪费。

(二)包容普惠规则与分配正义理论

任何创新活动都不可能是空中楼阁,都是在前人智力劳动基础上的“更上一层楼”,即使是“私智新能”,也“皆本于自然”。^②因此,将智力成果以知识产权名义分配给创作者本身是偏向于创作者的一次分配。这种分配制度,也暗含着权利人需要向社会作出相应的承诺,并给予一定的对价。知识产权的充分公开则是权利人支付的对价。某种意义上,公开的知识产权构成对公众的无偿赠与。例如,作品发表行为必然使公众可以基于合理使用规则而无偿使用作品,从而使该作品变成某种公共产品。从知识产权规则设计来讲,这种赠与应当是附义务的赠与。公众使用这种知识产权需要遵守尊重权利人的基本规则,例如,按照著作权例外制度中的三步测试法,合理使用者的行为应当不与该作品的正常利用相冲突,没有不合理地损害作者合法利益。

在权利归属上的分配也注意到知识产权的公共效用,其宗旨便是要求思想的产物应当尽可能地得到传播。^③因此,可以将知识产权制度视为一种政府特别规制规则,知识产权的公开义务被理解为权利人与社会公众“强制缔约”的义务。如同公共设施中水、电力和通信服务一样,可以将知识产权理解成一种“公共设施”,得到“特许”或“独占”地位的权利人有义务面向不特定公众提供一种知识或技术层面的基础公共服务,并在特定市场主体支付对价时,提供相应的增值服务。

因此,包容普惠的知识产权规则可视为一种二次分配,通过制度来纠正一次分配中权利人获得的利益过多的问题;如果初始权利配置注重创新和效率,那么二次分配则注重公平和正义的导向;而且,分配正义既要考虑国内知识产权法律所实现的分配

^① 创造曾经被认为是一种改良,是一种创作性的模仿。参见[美]理查德·波斯纳:《论剽窃》,沈明译,北京大学出版社2010年版,第63页。

^② 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年版,第33页。

^③ 参见王迁:《王迁知识产权法演讲录》,上海人民出版社2022年版,第33页。

正义,也关系到国际知识产权规则的全球分配正义。^①

(三)包容普惠规则限制知识产权的扩张

黑格尔对国家和财产的分析暗示着:知识财产的演进可能会加剧而非解决穷困和经济发展方面的问题;^②甚至被证明是“社会的潜在终结者”。^③

一方面,知识产权代表着对财产权的扩张,这种扩张对物几乎没有限定,包括科学思想、艺术、生物基因,甚至是计算机代码,所有这些对象正在慢慢落入知识产权的扩张范围。

另一方面,相较于土地和动产,知识产权中的思想、知识和信息在全世界被交流和传播。全球性的知识产权制度促进了国家之间的文化贸易,进而在一定程度上推进了文化的单一性,对当地文化存续和当地社会构成了威胁,甚至动摇当地制度化的文化价值形态。^④所谓的文化软实力或价值观外交很多是通过知识产品的输出而间接达到目的的,这种输出包括文化贸易和国家援助等多种形式。

在实践中,权利人出于防御目的而申请知识产权的情形越来越多;权利人出于投资目的申请知识产权的情形也并不鲜见;部分申请人注册商标和域名,并不是以实际使用为目的,而是待价而沽。

因此,我国在知识产权修法中越来越强调诚实信用原则的重要性,在实务中打击知识产权的非正常申请,强调善意使用为目的的权利注册和申请,并取得一定的成效。这些在提醒我们,要以包容普惠为导向防止知识产权走向绝对的财产权。

五、包容普惠知识产权规则的国际协调难题

如前所述,支持知识产权朝着包容普惠方向发展具有坚实的法理基础,但国内法的实践受制于知识产权全球治理体系和国际条约的影响,推动知识产权成为国际贸易议题的那股力量同时也限制知识产权规则朝着包容普惠方向演进。

(一)知识产权资源禀赋的差异

由于各国发展阶段和科技实力等方面存在差异,知识产权制度建立的时间并不同步,保护水平和执行力度也参差不齐,国家之间在知识产权资源禀赋之间的差异客观存在。现实中,往往采用世界知识产权创新指数来指征国家的创新能力。^⑤虽然数

^① 参见胡波:《知识产权法正当性理论的批判与重构》,《社会科学研究》2023年第3期,第90-102页。

^② 参见[美]罗伯特·P.莫杰思:《知识产权正当性解释》,金海军等译,商务印书馆2019年版,第128页。

^③ 参见[美]罗伯特·P.莫杰思:《知识产权正当性解释》,金海军等译,商务印书馆2019年版,第134页。

^④ 参见[美]罗伯特·P.莫杰思:《知识产权正当性解释》,金海军等译,商务印书馆2019年版,第131页。

^⑤ See WIPO, Global Innovation Index (GII), https://www.wipo.int/global_innovation_index/en/, visited on 9 June 2023.

量不能直接代表质量和实力,基于WIPO统计数据优势,WIPO创新指数得到国际社会的广泛认可。

从贸易工具论视角来看,知识产权成为发展中国家参加国际贸易的“入场券”;对于发达国家,知识产权成为维持其贸易优势的“护身符”;知识产权的地域性分隔了国际贸易市场,知识产权保护成为发达国家常用的新型非关税壁垒措施。

即便是WTO要求成员方实施国民待遇原则,国家之间知识产权资源差异造成的实质上的不平等仍然难以消灭,例如,欧盟与加拿大之间对于地理标志实施国民待遇保护,但实际上主要是加拿大保护欧盟的地理标志。^①这种知识产权资源的先天差异成为一种难以跨越的鸿沟,如果不加以调整,差距不会凭空消失,由此引发的利益冲突只会有增无减。

(二)知识产权跨国转移的国家安全审查

从国际形势来看,知识和技术成果的国际转移越来越受到国家安全审查的制约。从早期的瓦森那协定,到今天各种针对性制裁措施层出不穷,知识产权国际转移的氛围和环境变得更加不友好。欧美国家的“长臂管辖”及“禁诉令”制度,越来越成为国家间和企业间争夺知识产权纠纷司法管辖权的竞争工具。有学者直言,知识产权安全成为国家安全的主战场。^②对于知识产权安全的兴起,有学者认为,知识产权成为国家竞争中的关键因素,是源于竞争范式的转变,即知识经济时代国家间竞争由传统军事竞争向经济竞争的转变。^③

从政府层面来看,当下的知识产权安全风险和竞争模式使得跨国技术转移变得越来越困难。一方面是本国政府严格控制技术对外转移,甚至利用刑事手段控制核心技术人员的对外交流;另一方面是本国政府运用行政命令等手段,强迫外国企业进行技术转移。例如,美国政府曾以危害国家安全为借口,强迫TikTok将包括核心算法在内的相关资产出让给美国公司。同时,本国政府也挑战外国的技术转移法规和政策,^④主动追求技术转移领域的“贸易逆差”。

知识产权领域的国家安全审查是一把双刃剑。如果对知识产权国际转移完全放任不管,则是置国家利益于不顾,造成国家安全风险;反之,如果设定烦琐而严苛的知识产权国家安全审查程序,则会影响国家履行条约义务和国际形象,同时损害外国企业在境内设立研发中心的积极性。因此,以“脱钩”相威胁,或实施“供应链替代”的产业政策无益于自由贸易和知识产权的合法转移。

(三)知识产权的“圈地运动”与体制转换

在国内法层面,知识产权的“圈地运动”是指将许多创新活动有关的成果纳入知

^① 参见孙益武:《〈欧盟加拿大经济贸易协定〉知识产权条款研究》,《电子知识产权》2015年第10期,第38-45页。

^② 参见马一德:《知识产权安全是国家安全的主战场》,《光明日报》2021年9月6日,第2版。

^③ 参见朱雪忠、代志在:《总体国家安全观下的知识产权安全治理体系研究》,《知识产权》2021年第8期,第32-42页。

^④ See China Intellectual Property Rights II, WT/DS542/1, 2018.

识产权的保护范畴;在国际层面,通过国际条约对部分国家的立法和实践加以确认并上升为国际规则,并要求尚未加入相关国际条约的成员加入条约,而不管每个国家的本地需要、国家利益、技术能力、制度能力甚至是公共健康条件。^①然而,当“圈地运动”相对稳定后,国际组织对于发展中国家拟议的新议题则很难接受,特别是发展中国家以资源禀赋密集的传统资源为基础的创新成果,例如民间文学、遗传资源和生物多样性等。知识产权国际规范处于一种闭合状态;从 WIPO 实践来看,自 1996 年 WIPO 互联网条约之后,在近 30 年的国际协调中,协调成果只有《视听表演北京条约》和《马拉喀什视障者条约》。

无论是发达国家还是发展中国家,在多边组织中增加议题的困难较之前有所增加。因此,在接纳新客体规范处于封闭状态的前提下,少数发达国家成员只能通过双边或数边贸易协定提高保护水平和执法标准。虽然体制转换(regime shifting)或场合选择(forum shopping)表述不同,^②但二者基本意思是一致的,那就是谈判主体根据自身的利益选择最适合自己且能达成理想结果的谈判体制或场合。体制转换的基本原因是给寻求转换者带来胜利的机会。正如约瑟夫·奈所言,在世界政治博弈中,不同的牌桌上有着不同的牌手和不同的筹码。^③拥有硬实力的美国非常注重软实力和巧实力,美国自然是国际社会中国际体制转换实践的高手,TRIPS 协议就是其代表作。

当前知识产权治理体制的发展是各种动力与阻力不断交互的产物。多边推动的动力强调统一性和增加协调;而反对的阻力则是对动力和潮流的抵制,倾向于保护国家的自主空间和国际层面的多样性。^④在后 TRIPS 时代,非国家行为体和许多非政府组织利用各种场合积极推动知识产权有关议题的谈判。例如,面对网络环境的挑战,特别是域名和商标的冲突,发展出域名争议解决统一政策;而面对著作权与网络分享精神的冲突,发展出开放源代码运动(open source)、开放存取运动(open access)和知识共享运动(creative commons)等。

(四) 国际协调中的棘轮效应

WTO 成功地将知识产权议题与国际贸易相结合,TRIPS 协议成为 GATT 乌拉圭回合最重要的成果之一。知识产权保护的协调本质上是从权利人利益保护出发,不断强化知识产权的保护。由于不同主体在不同场合推动高于 TRIPS 协议的保护水平和执法标准,知识产权保护的棘轮效应在 TRIPS 协议实施后更加明显,这使得知识产权的限制和例外制度难以被灵活运用。

知识产权保护国际协调领域的棘轮效应使得实然规则与包容普惠的发展方向渐

^① See Peter K. Yu, The International Enclosure Movement, 82 *Indiana Law Journal* 827 (2007).

^② See Laurence Helfer, Regime Shifting: The TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Law Making, 29 *Yale Journal of International Law* 1 (2004).

^③ See Joseph S. Nye, Jr., Soft Power, 80 *Foreign Policy* 153 (1990).

^④ See Peter K. Yu, Currents and Crosscurrents in the International Intellectual Property Regime, 38 *Loyola of Los Angeles Law Review* 323 (2004).

行渐远。^①自1883年《巴黎公约》缔结至WTO成立,知识产权保护标准总体上表现为只升不降的单向运动,呈现出棘轮机构运动的特点,但由于知识产权国际实施机制的欠缺,棘轮机构可以倒转,并可能会出现上上下下的往复运动。TRIPS协议规定了成员方最低保护义务,并借助WTO争端解决机制的强制力保障,使其成为知识产权国际保护棘轮机构的“止回棘爪”,真正实现了单向前进和运动。

长远来看,由于知识产权和国际贸易紧密交织在一起,对于贸易利益的渴望促使发达国家不断在双边协议中运用棘轮效应,提高知识产权保护水平和执法标准。由于TRIPS协议为知识产权保护所设定的底线,再加上双边、数边和区域协定的扩张,留给主权国家自主制定知识产权政策的空间变得越来越小。尽管有些WTO成员并不具备与发达国家知识产权制度相匹配的经济发展水平和技术能力,但其也不得不严格遵守TRIPS协议的规则。

由于TRIPS协议所设定的规则是“地板”(the floor)而非“天花板”(the ceiling),因此,出现了许多“TRIPS递增”(TRIPS-plus)、“TRIPS额外”(TRIPS-extra)相关的条约和条款,甚至出现“TRIPS倍增”(TRIPS-plus-plus)等规则;^②它们的共同点是以TRIPS规则为最低标准,并发展出更加严格的保护水平和执法标准。从广义角度来看,上述条款都是超越TRIPS协议的“TRIPS递增”(TRIPS-plus)。常见的TRIPS递增规则还包括消灭或减少例外和限制条款,延长保护期限和增加严格执法标准等。因此,在TRIPS协议引入例外条款的同时,后续条约也施加更严格的解释来限制例外规则的适用,^③从而在实际上增加了知识产权侵权行为种类和范围的认定。

TRIPS协议最低保护原则继续在知识产权国际保护的棘轮效应中扮演着“防止回转”的重要作用。后续双边或多边协定都会规定成员方可以实施比TRIPS协议所要求的更高保护。^④这就意味着后来的双边或数边协定都将知识产权保护义务朝着更高的标准单向递进运动。

六、加强包容普惠的知识产权制度建设的建议

如前所述,直接在多边平台协调创建包容普惠的知识产权规则存在障碍。在国际层面,作为发展中国家的代表,我国可以在知识产权话语对外表述方面加强能力建设,同时以人类命运共同体理念为指导对国际条约中的公共利益作出阐释。在国内实践中,我国在知识产权立法和修法时,应重视知识产权使用者的利益诉求,对条约文本的国内法转化作出包容普惠的解释。

^① See Peter Drahos, *Secure the Future of Intellectual Property: Intellectual Property Owners and Their Nodally Coordinated Enforcement Pyramid*, 36 Case Western Reserve Journal of International Law 53 (2004).

^② See Susan K. Sell, *The Global IP Upward Ratchet, Anti-Counterfeiting and Piracy Enforcement Efforts: The State of Play*, http://keionline.org/misc-docs/Sell_IP_Enforcement_State_of_Play-OPS_1_June_2008.pdf, visited on 9 June 2023.

^③ See WTO Panel Report, WT/DS114/R, 2000.

^④ 参见《北美自由贸易协定》第1702条、《美国—约旦自由贸易协定》第4.1条、《美国—澳大利亚自由贸易协定》第17.1.5条等。

(一) 强化“包容普惠”为导向的知识产权话语表述

知识产权的话语叙事方式影响着国家利益的表达。提高知识产权保护水平的国际条约的立法说明或准备文件中总会充斥西方式的话语表达。^①有学者坦言,“知识产权是私权”的表述及其翻译,也是一种功利性的话语建构。^②现在看来,虽然美国贸易代表办公室每年发布的特别 301 报告并没有在实质上对其贸易伙伴产生经济影响,但却成为舆论关注的焦点,不断重复地在话语建构上对其贸易伙伴施压。是以,发展中国家应该通过话语叙事强调公共利益和弱势群体利益诉求的正当性。

因此,各国应将“包容普惠的知识产权规则”这个故事讲好、讲透。除了政府和媒体的话语表达,第三方非政府组织也是话语输出的重要平台,它们相对客观的立场使其声音更具穿透性。例如,以电子前沿基金会(Electronic Frontier Foundation, EFF)、知识产权正义(IP Justice, IPJ)、自由软件基金会(Free Software Foundation, FSF)为代表的非政府组织在知识产权促进公共利益方面大声疾呼。

南北之间有时不是因为学术观点的不同而是因为价值取向或逻辑差异导致“对话不能”,尽管如此,对外发出包容普惠知识产权规则的声音十分必要。在对外叙事的过程中,需要用全球通用的语言和流行的平台作出知识产权话语表达,以保证受众的接受。

(二) 人类命运共同体理念下的公共利益阐释

如果一味强调保护私有机构的知识产权和逐利目的,知识产权国际规则必然不断侵占公共利益和公有领域。国际社会中并没有形成“全球公共利益”的代表性机构或代理人,一国的消费者或终端用户以一己之力与国际规则相抗衡,显得势单力薄。知识产权领域的国际圈地运动非常危险,以至于人类对基本药品和信息资源的获取都受到私有产权的极大限制。如果能秉持人类命运共同体理念,在国际层面进行宏观政策调整,知识产权领域的“富者越富,贫者越贫”的马太效应或将得到改善。

发达国家追求严格的知识产权执法标准以保障其知识产权利益,而发展中国家更需要稳定的政治环境和宽松的经济环境来谋求发展,特别是保障弱势群体对基本药品和信息资源的获取。WTO 成员之间贫富差距较大,发达国家在富起来之后并未像制度设计者所预想的那样自觉承担起与其所得相匹配的社会责任,有拘束力的国际技术转移条约遥遥无期;发达国家也没有按 TRIPS 协议第 66 条的要求进行技术转让和能力建设的援助,而是高价垄断或甚至拒绝许可药品专利。

自 2001 年 11 月 WTO 第四次部长级会议决定启动新一轮多哈多边贸易谈判以来,知识产权议题的谈判取得的成果有限。《关于 TRIPS 协议与公共健康的宣言》提出 WTO 成员方有权在保护公共健康方面运用 TRIPS 协议的“灵活”(flexibility)原则。《TRIPS 协议与公共健康多哈宣言第 6 段的实施决定》为解决基本药品的强制许可、药品当地生产与平行进口问题扫除法律障碍。WTO 第 12 届部长会议《关于 WTO 新冠

^① 参见杨静:《话语视角下的知识产权国际保护秩序:以 ACTA 立法进程为例》,《东方法学》2016 年第 1 期,第 96-104 页。

^② 参见唐艳:《知识产权私权话语表达之探讨——以对〈TRIPS 协定〉“private rights”的翻译为切入点》,《知识产权》2013 年第 4 期,第 42-46、52 页。

肺炎疫情应对和未来疫情应对准备的部长宣言》通过灵活适用 TRIPS 协议豁免制度,使发达成员向发展和最不发达成员作出重大妥协,知识产权国际规则朝着包容普惠方向迈出重要一步。^①

根据 WTO 的成功实践,解决知识产权与公共健康问题的最好办法是根据 TRIPS 协议规定的知识产权保护目标和宗旨,尽可能地达成利益平衡,将冲突降低到最低限度。如果国际社会只是协调知识产权保护朝向权利人一端单向运动,无法回应发展中国家和穷困人群对公共健康的呼声,那么这种单向的棘轮运动将不具有可持续性,也会从根本上有损于知识产权权利人的利益和社会的整体福利。

(三)在国内法中对国际条约义务作包容普惠解释

尽管需要遵守 WTO 和 WIPO 的国际法义务,成员方仍有必要保留自主立法及实施知识产权保护的操作空间。TRIPS 协议也承认 WTO 成员方可以自主确立实施条约的方法和执法资源的分配。因此,在遵守国际条约的同时,国家应该对条约文本作包容普惠为导向的法律解释,具体而言,除了文本解释之外,需要注意对条约目的进行善意解释。

以 TRIPS 协议第 13 条三步测试法的解释为例,虽然三步测试法在著作权例外判定中被广泛适用,但其精神和内涵同样适用于商标和专利规则,特别是 TRIPS 协议第 17 条和第 30 条明确提及的“第三方利益”仍存在不少解释空间。尽管三步测试法已经建立一个防止限制和例外规则过度适用的框架,但却没有建立一个禁止其不当限缩或限制适用的平衡机制。著作权法的目的不仅是保护著作权人,同时也是为了保护公共利益。著作权可以对公众创作和传播作者新作品产生重要的激励作用。只有当著作权法为各方提供适当的激励时,公共利益才能真正得到维护。因此,著作权法必须照顾到原始权利人(如创作者)、后续权利人(那些对作品进行营销或商业利用的主体)和使用者(公众)的利益。三步测试法的解释不能损害平衡多重利益冲突的解决方案。除 TRIPS 协议第 7 条中的利益平衡原则之外,《WIPO 版权条约》序言特别提及:需要维持作者权利和公众利益,尤其是教育、研究和获取信息方面的利益。

三步测试法的适用往往是采用文义解释,结果便是忽视不同层次权利人或权利人与公众之间的利益平衡。在涉及公众基本权利和公共利益的案件中,包容普惠的价值理念应当在适用三步测试法中被给予特殊考虑。因此,国家立法应当在著作权限制竞争的天然倾向和授予排他权的后果之间作必要的平衡。申言之,适用和解释三步测试法时还应考察其竞争和垄断价值。据此,为促进竞争而引入知识产权例外和限制规则应当是国家立法的自由裁量空间。

(四)重视知识产品使用者的利益和诉求

知识产权使用者不仅是单纯的知识产品消费者,同时也可能是传播者或二次创作者或演绎者;使用者不是简单的“寄生状态”,与作品创作者也能构成一种互利的共生关系。

^① 参见彭亚媛、马忠法:《新冠危机下 TRIPS 协定豁免的法律争议与中国应对》,《国际法研究》2023 年第 3 期,第 49-72 页。

以著作权为例,无论是作者经济利益的获取,还是作品声誉或作者人格利益的尊重,使用者在其中的贡献十分显著。实践中,使用者的权利是著作权生态中的重要组成部分,但其在著作权法中的地位却被边缘化。^①从权利体系的平衡构建来说,著作权法不仅需要赋予作者及传播者著作权和邻接权,也需要赋予公众使用权,^②以共同确立创作者、传播者和使用者的三角稳定关系。也有学者认为,不能将使用者权利简单等同于合理使用规则中公众的权利,合理使用是著作权法为平衡著作权人的个体利益与言论自由和信息自由的公共利益而创设的一种制度,其实质是对著作权进行限制,属于著作权人的权利不及于的例外的范围,而不是授予使用者任何具体的民事权利。^③由于这种认识和观念更为普遍,即使合理使用属于作品使用者的客观权利或特权,使用者也无法主动依据相关案由提起使用者权侵权诉讼。实践中,知识产权制度中确认“使用者”有权提起确认不侵权之诉,但受理主体往往是被指控侵权的利害关系人。因此,在确认不侵权之诉中确认的是使用者没有使用相关知识产品并构成侵权;而积极性的“使用权”中应当确立的使用者有正当使用的法定权利,当权利人或第三方影响公众行使使用权时,可提起一种排除妨害或赔偿损失的独立诉讼。^④

因此,即使无法创设使用者的积极性权利,也应在立法和司法实践中关注到使用者这一群体作为“第三方”的正当权益或利益,以平衡权利人和使用者的利益冲突,从而体现包容普惠的价值目标。

七、结语

出于对经济利益的追逐,知识产权成为跨国公司获取利润的有力工具。然而,合理的创作成本、研发投入和合理的利润空间如何确定?知识产权如何不沦为谋取非法暴利的工具?如果知识产权保护范围不断加大、执法标准不断上升,是否最终将导致放弃规则,进入一种无序的状态?世界经济已经连成一体,知识产权保护规则的不断强化目前并不会引起全球范围内的体系崩溃,但加剧了发达国家与发展中国家之间的不平衡。国际知识产权条约体系并没有赋予主权国家更多自由选择的政策空间,发展中国家难以利用知识产权作为后发优势来超越发达国家。知识产权国际保护的棘轮效应已经通过TRIPS协议不断放大,由于体制转换为棘轮机构只升不降提供丰富的平台和空间,知识产权保护水平和执法标准不断地“水涨船高”。以包容普惠为指导理念,通过棘轮效应的反向运用,确保在加强知识产权保护的同时,合理利用知识产权的限制和例外制度,或可在不同主体之间实现利益平衡。因此,无论是从法律义务还

① 参见梁志文:《论版权法上使用者利益的保护》,《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第6期,第119-129页。

② 参见刘银良:《著作权法中的公众使用权》,《中国社会科学》2020年第10期,第183-203、208页。

③ 参见董炳和:《合理使用:著作权的例外还是使用者的权利》,《法商研究》1998年第3期,第36-42页。

④ 参见吕炳斌:《著作权法的理论前提:从“经济人假设”到“社会人假设”》,《当代法学》2020年第6期,第109-119页。

是从传播话语的角度,包容普惠的知识产权国际规则容易被国家和利益相关者所接受。知识产权的排他性、法定性以及技术的助力,使得知识产权与包容普惠显得格格不入,然而,这种紧张或冲突恰恰反证知识产权规则需要朝着包容普惠的方向作出调整,并且,这种调整符合知识产权保护的立法目的和法理基础,而包容普惠如何在知识产权具体制度上体现和落实,仍然需要进一步考察和论证。

Promoting the Construction of Inclusive and Balanced International Rules for Intellectual Property Rights

Abstract: In recent years, “promoting the construction of inclusive and balanced international rules of intellectual property” has appeared in China’s intellectual property policy documents, which is consistent with China’s Global Development Initiative and the idea of building a community with a shared future for mankind at the narrative discourse level. Due to the tense between the exclusivity and legality of intellectual property rights and the openness and accessibility emphasized by “inclusivity and balance”, the existing rules of intellectual property law contain scattered provisions on inclusivity and balance. At the international level, due to the ratchet effect of international coordination of intellectual property rights, which constrains national treaty obligations, and the flexibility of regime shifting caused by institutional transformation, there are obstacles in promoting the development of international intellectual property rules towards inclusiveness and balance. China should actively call for the construction of open, inclusive, balanced and affordable international rules on intellectual property rights in the multilateral system, and implement this guiding principle in domestic rules to revise intellectual property norms.

Key words: open and inclusive; balanced and affordable; international intellectual property rules

(责任编辑:张辉 钱静)