

# 改革开放40年 中美互动与中国知识产权制度演进

■ 易继明

改革开放40年以来,中国知识产权制度的演进基本上没有离开过中美的互动。从中美建交之初的相关协议,到1991年第一次中美知识产权谈判,这一时期的中美互动促进了中国知识产权制度基本框架的形成。1994年和1996年的两次知识产权谈判,以及2007年在WTO框架下的磋商和裁定,不断推进中国知识产权立法与执法的进步。近10年以来,随着中国对WTO规则的熟悉与运用,以及中国在全球贸易体系中地位的提升,本轮(2017)301调查所关注的问题逐渐浮现。从宏观上分析,本轮301调查美国对华施以的压力,实质上系中美互动中中国知识产权“制度构建——>完善——>强化执法——>制度检视”这个循环周期的最后一环,但从化压力为动力、变危机为机遇的角度,这也许是倒逼中国趟过改革深水区的外部推动力。

[关键词] 知识产权;中美关系;301调查;制度演进;改革开放40年

[中图分类号] D923.4;D997.1 [文献标识码] A [文章编号] 1004-518X(2019)06-0158-13

易继明,北京大学法学院教授,北京大学国际知识产权研究中心主任。(北京 100871)

## 一、引言:压力再现

2017年8月14日,美国总统特朗普指令美国贸易代表办公室(USTR)按照1974年美国《贸易法》第302条(b)项<sup>[1]</sup>,考虑是否需要调查中国哪些法律、政策、实践和行动可能是不合理或者歧视性的,可能损害美国的知识产权、创新或者技术发展。<sup>[1]</sup>随即,USTR宣布启动对中国的301条款调查。2018年3月22日,USTR公布了301调查报告<sup>[2]</sup>,对所谓的强制技术转移的问题、歧视性技术许可要求、中国公司以获得前沿技术和知识产权为目的的对美国公司和资产的系统性投资和并购,以及所谓的网络窃密问题均得出了肯定的结论。同日,基于301报告,特朗普总统宣布了“强有力的措施以应对中国的非公平贸易”<sup>[3]</sup>,包括三个方面:加征关税;针对中国所谓的“歧视性的技术许可

要求”向WTO提出磋商请求(DS542);对中国实体在美国的投资施以限制。

2018年4月3日,USTR公布了加征关税建议清单,针对受惠于《中国制造2025》的产品加征25%关税,所涉货物价值按2018全年估计约500亿美元。<sup>④</sup>次日,中国商务部公布了“同等力度、同等规模”的对等关税措施,待美方加征关税措施生效后立即生效。<sup>[2]</sup>中国并于同日向WTO提起了针对美301条款及此次301报告及制裁措施的磋商请求(DS543)。<sup>⑤</sup>此后,中美之间曾有谈判,但美方似乎总在出尔反尔,最终导致双方关税战逐步升级。虽然2018年12月1日G20峰会期间中美达成缓和关系的协议,美国暂停2019年1月1日对2000亿美元中国产品税率自10%上调到25%的计划,并立刻就双方经贸结构性问题展开谈判,包括强制性技术转让、非关税贸易壁垒、知识产权保护、网络安全、服务业和农业等议题,并同意在90天之内完成谈判,但涉及知识产权相关的美中贸易问题仍然是两国关系上的一柄悬剑,随时都有掉下来的可能性。甚至在2019年5月5日双方谈判取得重大进展之际,特朗普还极限施压,推特撰文号称自5月10日起对一系列中国商品的关税从10%提高到25%,以及不排除对尚未征税的商品征收关税。

知识产权问题从来就不是一个单纯的知识产权问题,它总是体现为一国经济、贸易、文化等方面的公共政策工具。特朗普上台之初,就表达了他的保守主义贸易倾向;而动用知识产权这一政策工具或者“大棒”以建立贸易壁垒,是其基本的政策走向。<sup>[3](P54-55)</sup>知识产权的确是一个“抓手”:一方面,它站在产业链的高端,控制实体产业的生产;另一方面,通过知识产权,美国占据——或者将其自己塑造成为“已经占据了”道德的制高点。从这个意义上,本文淡化所谓中美“大国博弈”的宏大叙事背景,回归知识产权自身的问题,探讨中美知识产权互动的历史、成效与意义。

从历史回望中把握当下,我们发现,改革开放40年,既是中美知识产权互动的40年,又是中国知识产权制度发展的40年。如果将于此之中的中美关系看成是一对夫妻关系的话,那么与知识产权有关的两国关系基本上达成了“婚内财产协议”,也经历了一般夫妻普遍存在的“七年之痒”。此后,无论两国是“同床异梦”还是所谓的“磨合期”,但不可忽视的是,两国依存度加大,有了孩子,而且孩子长大了。从这个角度看,美国发起的301调查是旨在与中国“离婚”吗?事实上,本文的结论是,特朗普发起的301调查既是对中国的压力,但从化压力为动力、变危机为机遇的角度,亦不失为中国知识产权制度进一步完善的外部推动力。

## 二、“婚内财产协议”:中美建交前后的知识产权协议

1979年1月1日中美正式建交。建交之后,中美旋即展开了全方位的合作与交流,当然也包括科技、文化领域的合作与交流。中美合作与交流中,知识产权问题上的分歧初露端倪。

事实上,在美国的强烈要求下,其时在《中美高能物理协议》和《中美贸易关系协定》中纳入了宽泛的知识产权条款。如《中美高能物理协议》第6条规定:“双方认识到,需要就有关版权保护以及在执行本协议的过程中或按本协议所作出或设想出的发明或发现的处理,达成协议条款以便按此进行具体活动。因此,双方应指定这两方面的专家,分别由他们向双方推荐条款细节,这些条款细节,如经双方同意,将作为附件列入本协议。”又如《中美贸易关系协定》第6条规定:“(一)缔约双方承认在其贸易关系中有效保护专利、商标和版权的重要性;(二)缔约双方同意在互惠基础上,一方的法人和自然人可根据对方的法律和规章申请商标注册,并获得这些商标在对方领土内的专用权;(三)缔约双方同意应设法保证,根据各自的法律并适当考虑国际做法,给予对方的法人或自然人的专利和商标保护,应与对方给予自己的此类保护相适应;(四)缔约双方应允许和便

利两国商号、公司和贸易组织所签订的合同中有关保护工业产权条款的执行,并应根据各自的法律,对未经授权使用此种权利而进行不公正的竞争活动加以限制;(五)缔约双方同意应采取适当措施,以保证根据各自的法律和规章并适当考虑国际做法,给予对方的法人或自然人的版权保护,应与对方给予自己的此类保护相适应。”可以发现,前一协议由于是一个具体的技术合作协议,仅涉及了版权和发明、发现问题。而在后一贸易协议中,则涉及了全部主要的知识产权类型,包括专利、商标、版权、商号、不正当竞争,并提及了所谓的“国际做法”。

为履行对美国的上述承诺,中国开始起草《著作权法》(1979),先后加入世界知识产权组织(WIPO)(1980),颁布《商标法》(1982)和《专利法》(1984),并加入《保护工业产权巴黎公约》(1984)。可以说,中国知识产权制度最基础的部件,是在美国的推动下搭建完成的。

但是,《著作权法》难产。从1985年开始,美国开始寻求采取积极的手段解决中国的盗版问题。在美国谈判压力推动下,中国又先后通过了《著作权法》(1990)和《计算机软件保护条例》(1991)。至此,中国知识产权制度方才有了三块基石即专利法、商标法和著作权法,从而形成了中国知识产权制度的基本框架。

### 三、“七年之痒”:20世纪90年代的中美知识产权争端

事实上,中美从1979年建交到1991年第一次知识产权争端,已有12年。20世纪90年代的三次知识产权争端,其肇始正是当前困扰中美关系的301条款,但又有所区别。

80年代中后期,美国将其国际竞争力下降的主要原因归咎于其知识产权没能在世界范围内得到保护。<sup>[4](P49)</sup>因此,美国1984年《贸易与关税法》首次把301条款所针对的不公平贸易的范围扩大到外国知识产权的政策和做法;1988年《综合贸易与竞争法》第1303条进一步加强了知识产权保护方面的规定,即所谓“特别301条款”。与此同时,美国开始不遗余力地推动将知识产权保护问题纳入关贸总协定的框架,并最终促成1994年TRIPS协定的签署。<sup>[5](P70)</sup>

自1989年起,USTR基于特别301条款每年发布《特别301报告》,评估世界各国的知识产权保护和相关市场准入情况,识别哪些国家没有对美国权利人提供“充分而有效”的知识产权保护,或者未能“为依赖于知识产权的美国权利人提供公平合理的准入”<sup>[6]</sup>。该年度报告必须列出被判定为“重点国家”的黑名单,还包括“重点观察名单”(或称“优先观察名单”)和“观察名单”,列出值得关注的国家。

《特别301报告》1989年的首秀,便将中国列入了“重点观察名单”。后又于1991年、1994年和1996年针对中国发起了三次“特别301调查”,如今日一样,双方相互宣布贸易报复清单和反报复清单,贸易大战几乎一触即发。不过,悬崖边缘,双方最终还是达成了协议,即1992年《中美关于保护知识产权谅解备忘录》、1995年中美知识产权保护协议及1996年6月中美就知识产权达成的第三个协议。

#### (一)第一次中美知识产权争端

1991年4月26日,在当年的《特别301报告》中,美国将中国列为“重点国家”,并依程序于同年5月26日发起对中国的调查。美国贸易代表办公室在审查报告中指出,中国的知识产权法律、做法和政策中主要包含四个方面的问题:其一,中国专利法中缺乏对药品和农业化学品的保护,市场中假药和仿制药猖獗;其二,未能对发表于中国境外的美国作品提供版权保护;其三,对版权的保护水平过低;其四,商业秘密保护不足。

随后,中美双方围绕相关问题,进行了数次磋商。在谈判进程中,美国贸易代表办公室公布了拟对中国出口到美国的106种商品加征100%关税的清单,总额高达15亿美元,中方也公布了自己的反报复清单。双方谈判的焦点主要在于,对中国知识产权的保护是依照中国的实际情况逐步发展过渡到发达国家的水平,还是不考虑中国国情,直接提升至发达国家的保护水平。这不仅是中美贸易争端的焦点,也是关贸总协定乌拉圭回合谈判中发达国家与发展中国家争论的焦点。

最终,关贸总协定乌拉圭回合谈判有了初步结果,提出了TRIPS协议的草案。中美双方的谈判也以该草案为参考依据,于1992年1月17日签署了《中美关于保护知识产权的谅解备忘录》。该《谅解备忘录》最主要的内容是中国改进知识产权法律保护的承诺,包括根据《巴黎公约》的原则改进中国专利保护;对美国的部分知识产权产品提供专利行政保护;根据《伯尔尼公约》的原则改进中国版权保护;根据《巴黎公约》的原则改进中国对于商业秘密的保护;强化知识产权执法,等等。

在该轮争端和谈判中,虽然美方的诉求有超越中方发展阶段的方面,但不得不承认,通过双方博弈,令中国的知识产权制度中的一些关键要素从无到有。1992年以后,中国依据《备忘录》的相关规定,基本履行了所承诺的义务。1992年,中国对《专利法》进行了修订,扩大了专利保护的客体范围(不予授权的客体取消了食品、饮料和调味品,以及药品和用化学方法获得的物质),并延长了专利保护期限(发明专利从15年延长为20年)。中国还于1992年12月发布了《药品行政保护条例》和《农业化学物质产品行政保护条例》,针对《备忘录》中的药品和化学品提供额外的保护;版权方面,1992年中国加入《伯尔尼公约》和《世界版权公约》,1993年加入了《日内瓦公约》;商标方面,中国于1993年修订了《商标法》;商业秘密方面,中国于1993年制定实施《反不正当竞争法》,其中第10条对商业秘密的保护进行了规定。

也正是在这个时候,北京大学和中国人民大学率先成立了知识产权学院,开创了中国知识产权教育的先河,为中国未来几十年的知识产权法学研究和教育奠定了基础。

## (二)第二次中美知识产权争端

对于中国知识产权制度的完善,一方面,美国肯定了中国所做出的种种努力,中国不断修订法律和法规,在制度的完善上取得了巨大的进展。另一方面,美方认为,中国虽然在不断完善知识产权法律体系,却并没有实际应用这些法律。美国贸易代表办公室指出,中国的版权侵权和商标侵权极为严重,且存在法律和实施机构的不配套等问题。因此,在1994年的《特别301报告》中,中国再次被认定为“重点国家”,中美开启了第二次中美知识产权谈判。

在谈判中,美方提出了三个方面的要求。第一,美国要求中国建立执法队伍,打击、起诉侵权者,并没收和销毁侵权产品;第二,美国要求中国建立配套的知识产权法院系统;第三,美国要求中国为美国的知识产权产品开放市场,并提供公平的市场准入。中方则认为,中国已经逐步建立并完善了一个颇为完备的知识产权法律体系,具体的落实还需要更多时间,不能操之过急,且美国对中国的一些要求属于国家内部事务,中国一向反对他国干涉内政。美国公布了对中国的制裁清单,总价值10亿8千万美元,创造了当时美国政府对外国进行贸易制裁的记录。中国也公布了相当的反报复措施。

为了避免双输的局面产生,中方在谈判中表现了极大的诚意。一方面,中国在国内积极打击知识产权侵权;另一方面,也承诺将会贯彻落实现有的法律,打击侵权,激励创新,维护知识产权人的利益。最终,中美双方达成了协议。1995年2月26日,双方交换了签署的协议,并以《有效保护及实施知识产权行动计划》作为附件。美方也将中国从“重点国家”中移除,并宣布制裁结束。

1995年的协议包括部长换函和附件《有效保护及实施知识产权行动计划》两部分,该协议也

被称为中美第二个知识产权谅解备忘录。在部长换函中,中国承诺将会实施相关的知识产权法律法规,禁止侵权产品的出口,并将进一步开放市场,增进合作和知识产权相关的贸易;美国则承诺将会就知识产权保护和实施向中国提供合作性和互惠性援助,包括但不限于向中国海关提供相关设备、培训中国人员等。在《有效保护及实施知识产权行动计划》中,主要规定了为期6个月的“特别执法期”和长期的“特别执法计划”,以强化执法问题。同时,《行动计划》中还就驰名商标的保护和边境执法问题进行了规定。

可以看到,第二次中美知识产权谈判的重点已经转为执法,重中之重是海关执法。中美协议后不久,7月5日即发布了《中华人民共和国知识产权海关保护条例》,当年10月1日实施。由于中国被视为侵权、盗版的源头,因此中国海关边境执法制度一开始就与多数发达国家的边境执法并不相同——中国海关不仅查扣进口侵权产品,还查扣出口侵权产品,后者才是当年美国关心中国边境执法的重点。后来的事实证明,出口、进口双向执法也是对的。如图1所示,近10年来,每年的进口扣留货物件数在十万数量级,而出口扣留货物件数却是在千万数量级。当然从图中可以看到,随着国内加强执法,出口货物的侵权情况大幅减少,而境外进口的侵权货物增加。

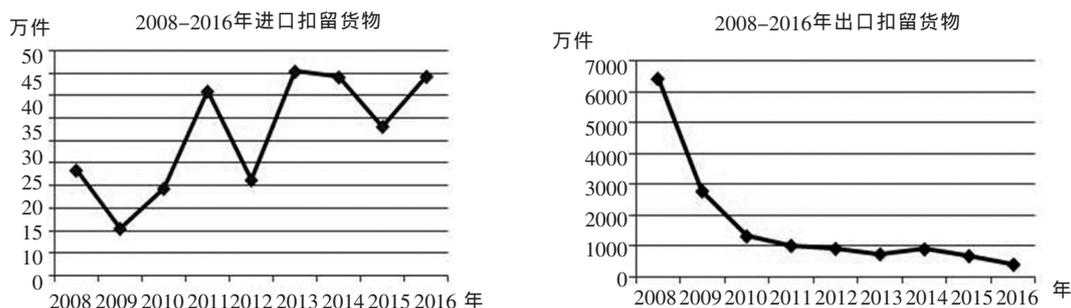


图1 中国海关进出口货物扣留情况

在其他的执法方面,中国从中央到地方的各级政府也进行了积极且有成效的工作,在各省和直辖市建立了由多个部门参与的执法队伍,领导了一系列打击各类知识产权侵权行为的工作。中国的法院也开始加强对知识产权案件的审理,并在北京、广州、深圳等主要城市的法院专门设置了知识产权审判庭。同时,中国还编辑出版了关于知识产权保护的法律法规汇编,并由媒体大力宣传,向大众进行普法工作。

当然还可以注意到,伴随着对加强执法的要求,美国也首度提出了美国知识产权产品的市场准入问题。显而易见,美国费尽心力要求中国完善知识产权制度和保护,则中国必须成为美国知识产权产品的市场,否则,这种努力对美国而言就没有意义。

### (三)第三次中美知识产权争端

然而,美方对第二个知识产权谅解备忘录的执行仍不满意。争议焦点在于,中国如何执行1995年达成的协议,或者说,中国以何种方式完善自身的知识产权保护体系。美方认为,中国确实有效清理、整顿了其国内音像和计算机软件作品的零售市场,但并未对其侵权的源头进行处理,也即,没有清理、关闭全国的29家生产盗版CD的工厂,仅对其进行了登记并仍然“放任”其大规模生产、销售和出口盗版产品。其次,对于协议规定的一些实质性承诺,例如海关执法和市场准入问题,却几乎未能得到执行。中国海关虽然已经开始查处、没收侵权产品,却未能积极追查侵权人。边境执法实施的责任不恰当地被转移到了权利人身上,而根据协议本应由海关官员自行发起调查和扣押。在知识产权

市场准入方面,中国依然使用非正式配额和低效率的审批,并伴有高额的税收,情况几无进展。

1996年4月29日,在当年度的《特别301报告》中,中国再次被认定为“重点国家”,理由是中国未能履行1995年签署的协议。此次报告的特殊之处在于,美方将中国认定为“重点国家”,其理由是中国未能履行协议,而不需要再进行调查。而此前两次依“特别301条款”发起的程序,在制裁前会有一个调查的前置程序。因此,此次中国面对美国的贸易制裁威胁,只有极短的应对时间。随即,在1996年5月15日,美国贸易代表办公室正式确认中国没有令人满意地履行协议,并拟对中国产纺织品、服装和电子产品征收30亿美元的关税。美方的制裁措施很有针对性,纺织品和服装占据了中国的很大份额,而且纺织品和服装的配额是世界性的。如果美国对中国的纺织品和服装征收高额关税,中国难以将受影响的产品出口至其他国家,而美国则可以从其他国家进口替代商品,不致受到较大损失。且中国的服装和纺织品主要生产地为广东,也是知识产权侵权的猖獗地带。美方认为,对纺织品和服装课以高额关税,也有助于贸易制裁措施发挥最大的作用。与此同时,中国也迅速拟定了一份反报复清单,拟对美国的农牧产品、植物油、车辆及零部件、通信设备、照相机、游戏机等产品加征关税,并限制美国电影、录像、药品等产品的审批和进口。

中美两国在贸易和知识产权保护方面虽然存在很多分歧,但同样存在许多共同利益。中美双方互为对方重要的贸易伙伴,一方面,美国希望能将自己的知识产权产品输入中国,开拓中国的市场;另一方面,中国也不希望失去美国市场,并希望继续完善自身的知识产权法律法规体系。正是基于这样的共同利益,中美双方暂时避免了贸易战的真正开启。为表达诚意,中方做出了一系列的努力,由公安部和文化部在全国范围内进行集中执法,查处了大批侵权产品的生产者、运输者和销售者。在市场准入方面,中国也出台了一系列文件,确立了规则、程序或下发了通知。

1996年6月17日,中美双方达成了第三个知识产权协议。同日,美国贸易代表办公室宣布取消对于中国“重点国家”的认定。协议主要包含中美双方的部长换函和两个附件,两个附件分别为《关于中国在1995年知识产权协议项下所采取的实际行动的报告》和《其他措施》。新的协议主要明确了中国在对1995年签署的协议的履行状况以及将会进一步采取的措施,主要包括改善音像制品、电影和计算机软件等知识产权产品的市场准入。

总的来说,20世纪90年代的三次中美知识产权争端和谈判,虽然在时间上笔者将其归入同一个阶段,事实上可以分为两期。第一期是1991年的谈判,其可以说是建交之初中美互动的延续,重点在于推动中国的知识产权立法。1992年达成协议之后,中国政府从完善国内立法和加入国际条约两个方面,完成了中国知识产权制度的基本架构。第二期是1994和1996年的知识产权谈判。美国的诉求,从推动中国立法进程转为关注执法力度,以及与之配套的美国知识产权产品的市场准入问题。中美两国在1995年达成的协议涉及知识产权执法措施、市场准入、执法透明度等各项措施,是美国与其贸易伙伴所签订的最为广泛和详细的知识产权协议。<sup>[7]</sup>

回首这三次中美知识产权争端,不可谓不激烈,但客观上倒逼、推进了我国知识产权法律制度的建设。<sup>[8](P76)</sup>尽管我国的改革有我们自己的步调,但是可以看到,我国知识产权制度的基本构架,无论是国际条约的加入,国内立法的进展,执法机制包括海关和知识产权法庭的建设,都有美国推动的因素。曲三强曾梳理20世纪后20年的中国知识产权保护工作,其中一条清晰的线索就是“以美国为首的西方国家的左右”,使得我国知识产权保护虽然缺乏本土的社会土壤和文化基础,但却“取得很大进步”。<sup>[9](P120)</sup>即便是今天的知识产权法院建设,仍然在以美国为参照系进行构建和完善。设若没有美国的外在压力,可能我们的改革依然会进步,但知识产权制度的建立和完善可能达不到现在的进度。正如李岚清同志回顾改革开放进程时所说:“我们在具体工作中深深体会

到,我们内部的许多改革措施是被对外开放促出来甚至逼出来、榨出来的,也有许多是在对外开放中学到的。同时改革又为对外开放创造了条件,促进了对外开放。”<sup>[10](P168)</sup>

#### 四、“同床异梦”,还是磨合期?——孩子长大了

美国学者、曾担任美中关系全国委员会主席10年的大卫·蓝普顿(David M. Lampton)教授考察1989年至2003年之间的中美关系之后,将中美关系比作“同床异梦”。他说:“经济和资讯的全球化进程,连同国际机制和多边合作组织的发展,已经使中美两国在同一张地球之‘床’上靠得越来越近,但我们两个各自的制度、利益、领导人和大众的观念,以及我们两个民族的固有特征,却使我们两国做着完全不同的梦。”<sup>[11](PX)</sup>那么,在知识产权问题上,中美两国是否也是“同床异梦”?或者说,如普通夫妻那样,在“七年之痒”之后虽缺乏激情,但却也进入了敢于直面现实的磨合期?

现在看来,1992年邓小平“南巡讲话”对后来中国发展的走向问题,是决定性的,具有深远意义。事实上,自1997年以后,美国对中国的知识产权保护有着较为积极的认识,并且愿意以一种富有建设性的姿态,来督促中国进一步加强知识产权保护。此后,中美两国在知识产权问题上没有再发生过严重的双边冲突,中国也从未被列入“重点国家”名单。此外,WTO的成立和中国积极申请加入该组织,为美国改变对华知识产权政策提供了新的政策选择。中国的入世谈判成为美国对华知识产权政策所能利用的最有效的政策工具。美国把中国在知识产权保护上的记录作为中国加入WTO的先决条件,以此来迫使中国按照美方要求来解决双边知识产权问题。<sup>[12](P183-184)</sup>为适应加入WTO的要求,中国相继修订了《专利法》(2000)、《商标法》(2001)和《著作权法》(2001)等。

中国加入WTO初期,美国对华知识产权政策的注意力主要集中在利用301条款监督中国履行WTO义务上。但是,经过3年多的观察和评估,美国认为中国没有认真履行在加入WTO时候的承诺,知识产权问题在两国之间又再度升温。美方的不满,认为中国对侵犯知识产权行为的刑事制裁门槛设置过高,知识产权执法缺乏威慑力和透明度,以及市场准入等方面,仍然存在重大的缺陷。<sup>[5](P76)</sup>但这些不满,主要还是在WTO争端机制之内解决。

2007年4月10日,在发布年度《特别301报告》之前,美国贸易代表办公室对中国知识产权保护问题提起三项WTO争端解决机制下的磋商请求,诉求核心分别是中国对国内盗版行为打击不力以及对美国图书音像制品和国内销售施加限制。2009年1月26日,WTO专家组向各成员公布最终报告。三项争议裁决中,中国两项败诉。美方认为,中国在三个方面违反了TRIPS协定的条款:(1)中国对盗版和假冒注册商标商品的刑事处罚门槛过高;(2)中国海关处理没收的侵犯知识产权物品的规则,违反了WTO关于上述违规物品应该完全置于市场之外的原则;(3)对等待审查阶段的音像制品,明显地缺乏知识产权保护。<sup>[13]</sup>此后,中国修改了与此相关的《著作权法》(2010)。

从1997到2007是一个10年,从2007到2017又是一个10年。前一个10年,主要的工作在于WTO对中国的接纳和磨合。在加入WTO这个目标的推动下,加上此前在美国推动下已经打好的基础,中国有提高知识产权保护水准、融入世界贸易体系的动力。后一个10年,全世界见证了中国融入世界贸易体系,快速发展壮大的过程。在此期间,如表1所示,中国自身的知识产权创造和保有量

表1 知识产权年度增量(各门类知识产权年度登记/授权/颁证量之和)

年度	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
年度新增知识产权总量	1834447	1297332	1570090	2053385	3467035	4033144	4589149	5948739

急速上升。因此,完善知识产权制度,提高知识产权保护水平,不仅是外国的需求,也是中国自身的需求。

在此期间,中美之间再无大的知识产权冲突,但是美国仍然在持续不断地发布年度《特别301报告》。观察一下近10年来的美国《特别301报告》,美国对于中国知识产权保护状况有两个显著的认识和判断(如表2所示)。

第一个显著的认识和判断是,美国政府作为持有大量知识产权的美国权利人的代表,持续不断地关注各个领域的执法力度和执法效果问题。在20世纪90年代完成知识产权体系的建立,以及加入WTO之后,中国已逐渐认知和在某种程度上开始适应知识产权制度。在此基础上,美国对中国的执法力度和执法效果的批评,事实上与国内的政府、企业、学者的认知是一致的。

第二个显著的认识和判断是,美国越来越多地关注商业秘密问题、市场准入问题,以及与市场准入密切相关的所谓强制技术转让、歧视性技术许可,以及对“自主创新”的各种政策倾斜,包括税收、补贴以及采购政策等。这些方面,有的是我国官方本身也是不认可,也不能去做的,例如窃取商

表2 美国《特别301报告》对华部分的变迁

年度	特别301报告关注的主要问题
2008	1.总体上盗版和假冒水平仍然高企;2.知识产权犯罪门槛高;3.知识产权侵权的民事赔偿低,行政处罚不力;4.政府部门协调差;5.地方保护主义和腐败;6.执法队伍训练不足;7.执法程序不透明;8.市场准入障碍。
2009	1.互联网盗版上升;2.零售和批发的商标假冒继续猖獗;3.知识产权犯罪门槛仍然高;4.“两法衔接”似乎没有解决问题;5.民事赔偿仍然低;6.政府部门协调差;7.地方保护主义和腐败;8.执法队伍训练不足;9.执法程序不透明;10.市场准入障碍。
2010	1.对“自主创新”政策导致的市场准入障碍感到困扰;2.侵权活动仍然大量存在,尤其是美国版权工业受到巨大损失;3.对网络盗版和假冒应加强刑事制裁措施;4.刑事制裁、行政处罚和民事赔偿仍然不足;5.市场准入政策额外加重了侵权盗版问题。
2011	1.互联网盗版仍然是美国版权工业的主要伤害源;2.中国的全方位制造能力延伸到假冒产品的制造和销售的所有阶段;3.担心标准专利有关政策;4.对自主创新政策导致的优惠或者歧视措施不安。
2012	1.将政府优惠与知识产权来源相联系;2.利用市场准入和投资许可迫使转让技术;3.仍然高水平的商标和版权侵权;4.对医药和有关的数据缺乏保护;5.有害环境和人类健康的假冒产品的出口;6.以强制技术转让促进“自主创新”;7.窃取商业秘密案件激增,缺乏有效保护和执法。
2013	1.窃取商业秘密(包括军方和政府的介入);2.强制性技术转让;3.假冒药品的生产和分销;4.互联网盗版和数字盗版;5.自主创新政策;6.标准专利的强制许可;7.补贴导致的大量实用新型和外观设计。
2014	1.商业秘密;2.测试数据或行政审批数据的不正当商业利用或未授权的公开;3.强制技术转让;4.对自主创新的补贴、税收优惠、采购优惠等;5.软件正版化;6.在线盗版;7.假冒商品。
2015	1.商业秘密的窃取;2.强制技术转让;3. ICT产品的市场准入;4.软件正版化;5.在线盗版;6.假冒产品;7.技术标准;8.药品。
2016	1.窃取商业秘密;2.以安全为名的ICT产品市场准入障碍;3.对自主创新的倾斜;4.线上和实体市场的大量盗版和假冒;5.盗版软件的广泛使用;6.排除外国企业参与标准制定;7.医药和测试数据的保护。
2017	1.保护不力,须提高法院民事执法有效性;2.外国权利人难以获得公平公正的市场准入机会;3.商业秘密保护存在管辖权混淆、取证困难和赔偿不足问题;4.大规模的假冒商品出口,包括有健康风险的产品;5.电子商务市场上的假冒;6.商标恶意注册;7.标准以及ICT政策,不应使外国知识产权密集产业处于不利地位。8.歧视性技术许可要求。

业秘密、强制技术转让等。但是,美方认为,中国事实上未认真履行其作出的承诺。对于其他问题如市场准入、歧视性技术许可、对自主创新的政策倾斜包括补贴等,则存在双方认知的差异。例如,中国政府认为,出于国家安全和意识形态控制的考虑,某些市场准入限制是必要的;同时,技术许可和转让政策,以及对自主创新的政策倾斜,对于发展中的中国而言,是十分必要的。<sup>[14](P4-5)</sup>

但是,总的来说,尽管中国不认同美国对他国内政包括立法和执法指指点点的做法,但中美一直维系着比较良好的互动和沟通,在美国的年度《特别301报告》中,美方也在不断地对中国在立法、司法上的进步表达其认可。这种较好的合作态势,也跟中美两国整体上保持接触,而非挑战与遏制的政治氛围有关。在此期间,中国发生了巨大的变化。无论是贸易总量,还是知识产权总量,都有了惊人的增长。事实证明,当初加入WTO时所作的让步并没有让群狼挤垮国门;相反,中国很好地利用WTO规则,融入了世界经济体系,并追赶至世界第二的位置。可以这么说,以中国的改革开放政策为前提,在美国推动下建立的知识产权制度,包括融入WTO和TRIPS体系,结出了丰硕的成果。因此,在知识产权问题上,这一时期的中美关系更多地体现为进一步的“磨合”,甚至有一种彼此增益的“甜蜜蜜”的味道。

## 五、“离婚”?——美国对华301调查

对美国而言,中国的迅猛发展已逐步对其主导地位构成了威胁。在奥巴马政府后期,总统奥巴马和国务卿希拉里·克林顿已经在构建TPP,在重返亚洲,以免中国掌握制定规则的主动权。在知识产权和经贸政策上,美国逐步形成了两个认知:一是从历年《特别301报告》可以看出,美国对中国的知识产权的保护和执法力度进展并不满意,同时认为中国在努力推动自主创新,而中国的知识产权执法,只是在虚与委蛇,以换取自主创新的时间;二是认为中国并未彻底向市场经济转变,尤其是国有企业构成了不公平的竞争优势,扭曲了市场。待到20世纪80年代即痛陈“为何让日本为王”的特朗普上台为总统,其商人习性及民粹性格,加上中国信心满满的各种计划的刺激,促使他揭开了中美关系温情脉脉的面纱。

如前所述,一般301条款针对的是美国与贸易伙伴之间的任何贸易问题,包括但不限于知识产权问题,而特别301条款专门针对美国贸易伙伴的知识产权问题。前三次中美知识产权争端,美国所运用的是特别301条款,尚未对中国的知识产权问题运用一般301条款。此次一般301条款的运用,固然有特朗普冲动性格的一面,导致其需要有随时能够拿起来的武器(《特别301报告》系一年一度,显然特朗普等不及)——包括涉及钢铝关税的所谓“国家安全”理由,但是我们仔细考察其调查的四个方面,与其说是知识产权问题,倒不如说是技术、投资与产业政策问题,至少不单纯是知识产权问题。这四个方面包括:利用所有权限制及行政审批程序来要求或强迫技术转移,歧视性的技术许可要求,以获取技术为目的的对美系统性投资和并购,以及政府支持的网络窃密。除了最后一项涉及商业秘密的保护之外,其他三项其实并不涉及传统意义上的知识产权保护。因此,在这次争端中,中方很多时候不断强调我国在不断加强知识产权保护,似为无的放矢。

当然,跟前几次中美争端一样,特朗普并不掩饰美国的动机:美国的利益必须得到保障。至于美国是否已改“接触政策”为“遏制政策”,属于更为宏大的议题,暂且不论。但无论特朗普或者美国两党揣着什么动机,其根本的缘由总是围绕着301条款。贸易逆差问题是不是更为根本的缘由呢?贸易逆差可能只是一个结果,而究其原因,在美国人看来,还是在于301调查所揭示的原因。因此,我们需要考察:美国301调查所指出的四个问题是否存在?是否仍然像以前一样,美国的要求

其实与我们自身的改革与利益是一致的,抑或这次已经出现了质的改变,中国没有必要改革而美国只是拿301调查作为遏制中国的一个借口?如果是后者,中国恐怕无法接受美国的讹诈,即便双方达成某种协议,那也是一纸“离婚协议”而已。

从现在的态势来看,尽管2018年G20期间两国元首共进晚餐,达成缓和的协议,但美国在知识产权问题上仍持续保持高压,而且特朗普似乎志在必得。不过,特朗普也在承受着来自国内产业界(包括农民)的压力。显然,中国政府已释放出了较大的善意,也频频“自主”进行了一些改进的动作——除了辩解美中贸易逆差的形成有多重原因(例如美国自身和世界贸易的结构性因素、统计口径因素等)之外,亦积极努力扩大进口,包括刚刚举行的“进口博览会”、G20峰会承诺,以努力消除或者减少贸易顺差这个表面上或者结果上的因素。同时,中国亦不断地消除了不少市场准入方面的障碍。所以,从中美双方来看,大家似乎都不想“离婚”。

但是,美方却一再表明,他们要的并非是仅仅表面上的结果(减少贸易逆差),而是要解决深层次的原因。那么,就301调查报告所指出的四个方面,如果暂且不揣摩背后的动机,中美利益是否有重叠之处?

第一,所谓强制技术转让问题。中国领导人早已承诺和要求不能进行强制技术转让。2018年11月6日,国务院总理李克强在钓鱼台国宾馆同世界银行行长金墉、国际货币基金组织总裁拉加德、世界贸易组织总干事阿泽维多、经济合作与发展组织秘书长古里亚、金融稳定理事会主席卡尼和国际劳工组织副总干事格林菲尔德举行第三次“1+6”圆桌对话会,再次确认“决不允许强制技术转让”。诚然,美方关注的是行政机关,尤其是地方政府的角色问题。对此,一方面,固然不能将市场主体的自主市场行为混淆于强制技术转让的行政行为;另一方面,也需要进一步规范行政机关的施政方式。

第二,商业秘密问题。在我国现行的法律制度下,对商业秘密进行保护的必要性本身并无疑问,中国领导人亦早已有过相关承诺。<sup>⑥</sup>问题在于,美国所声称的所谓政府和军方的参与——这是一个执行和事实问题,不属于本文讨论的范围。

第三,所谓歧视性技术转让要求,美方所指出的法律条文是明确存在的。改革开放40年,时过境迁,这些条文已无存在的必要。<sup>[8][P61-76]</sup>相反,与强制技术转让问题一样,国内企业需要作为独立的市场主体去参与谈判,而不能将政府视为保姆,或者政府直接干预企业的谈判与贸易行为。

第四,国家推动的对美国以获取技术为目的的系统性投资。这个问题背后反映的是国家资本的角色,以及国有企业的行事方式。事实上,前三个问题,除了第三个问题涉及法律层面的缺陷之外,最终也与具体的行政权力,以及跟行政权力具有千丝万缕联系的国有企业有关,还跟在国内也引起广泛讨论的产业政策有关。<sup>⑦</sup>

在广泛关注的国进民退问题上,中国领导人最近派送了一些“定心丸”。国家主席习近平在各种场合强调了民营企业不可替代的地位,之后各部门都在积极跟进、采取具体措施。在纪念改革开放40周年的大会上,习近平再次强调:“前进道路上,我们必须毫不动摇巩固和发展公有制经济,毫不动摇鼓励、支持、引导非公有制经济发展,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,更好发挥政府作用,激发各类市场主体活力。”<sup>[15][P9]</sup>更进一步,政府亦跟进宣称要采用“竞争中性”或“竞争中立”原则对待国有企业。2018年10月14日,中国央行行长易纲在印度尼西亚峇厘岛举行的2018年G30国际银行业研讨会上表示,为解决中国经济中存在的结构性问题,将加快国内改革和对外开放,加强知识产权保护,并考虑以“竞争中性”原则对待国有企业。<sup>[16]</sup>其后,中国国家市场监督管理总局局长张茅于11月6日称,今后将采取竞争中立政策,对内资外资、国有企业和民营企业

业、大企业和中小企业一视同仁,营造公平竞争的市场环境。

由此可见,就301调查的主题而言,中美最终并无实质性分歧。除了商业秘密是在现行的知识产权体系下之外,其他各个方面(包括商业秘密)均涉及健全的市场(包括主体制度)和友善的营商环境,中国此前需要,此后也需要。所分歧者,事实和执行而已。而官方的承认,如果并非心不由衷的话,那么必然是对国家有利,则何不加大执行的力度?

## 六、结论:是压力,也是动力

中美建交之初与1991年的第一次中美知识产权谈判,焦点是中国知识产权法律体系的建立与完善,以及与国际知识产权制度的融合。1994和1996年的中美知识产权谈判,以及2007—2009年在WTO机制下的磋商和争议裁决,除了继续完善法律制度之外,重点在于已有协议的履行和法律的实施,是执法层面的问题。

事后来看,引入和完善知识产权制度,加入和融入世界知识产权制度和世界贸易体系,加强知识产权执法和保护,是符合中国长远利益的。尽管中美争端或者谈判中,美国的着眼点是其自身的利益,但是其利益的实现乃在中国的“国民待遇”体系之下,中国并未如清末对洋人赋予特权或者歧视,例外的可能有1992年的《药品行政保护条例》和《农业化学物质产品行政保护条例》。而从现在的眼光来看,当年维持这样的内外之别实无必要。中美纠葛中,中方在很多情况下的顾虑在于,一体保护对外国权利人有利而不利于国内产业发展,因之认为,如果进行区别待遇的话,应赋予国内权利人更多权利,而非相反。诚然,中国社会存在着一种观点,认为对于发展中国家的相对较低的科技与经济水平而言,不宜拔高保护水平,否则不利于民族产业和经济的发展。中美建交之际,美国的要求在某种程度上促进了中国知识产权法律制度的构建和完善。此后的争端中,中美之间的分歧,只是在于脚步的快慢而已。毫无疑问,快或者慢之间的博弈,结果必然加快了中国相应的改革步伐。目前,我们并没有什么证据能够证明,在美国压力之下建立和推进的知识产权制度对中国产生了什么样的严重的不利后果。当然,可以理解,已经建立和运行的制度之所以效果良好,可能也正是因为在中美博弈的过程中,中国已经剔除了不利于中国发展的因素。

在过去10年,方向相反的两条线索一直在发展。一条线索就是知识产权保护水平的不断提升,这一点在中美之间是有共识的,延续了过去30年的基调和中美互动模式。对此,我们展开过研究和分析,结论也印证了这一点。<sup>⑧</sup>另一条线索,就是不断浮现,直到2017年爆发的301调查所涉及的四个方面的问题。矛盾的最终爆发,一方面在于美方认为中国不断地虚与委蛇,已颇不耐烦;另一方面在于,中国实力的显著增长,而美国则认为这种实力增长的很大一部分因素与中国知识产权保护不力息息相关。

因此,此次301调查所涉及的问题严格来说并非知识产权问题,而是技术创造与技术转移问题。在本次中美争端的语境下,技术创造与技术转移问题其实与国内知识产权保护状况的关系并不大,之所以仍然言必称知识产权,是因为现今的技术,都表现为已经权利化、财产化的知识产权。面对美国的这次301调查,国内很多专家学者、政府机构和官员反复强调我国知识产权保护制度已经十分健全,知识产权保护在取得不断地进步,则略显文不对题,应对失策。

跟以前一样,美国人关注其自身的利益并不奇怪,更何况这次与以前有所不同的,很可能涉及国际地位的转换。而中国所要做的也跟以前没有什么太大的不同:那就是筛选,美国人的哪些要求,其实跟中国的长远利益是一致的。不一致的,屏蔽;一致的,则需要改进。当然,谈判和

要价的策略,那是另外一回事。但是,中国不能堕入对抗性的思维,也不能被中国过去的成绩所迷惑,以至于分不清什么样的选项是对中国长远利益真正有利的。

按照本文的分析,我们应当采取的选项其实很明白:已有的承诺,执行。因为那不仅对美国有利,也对中国有利。显而易见,中国技术发展的路径,就应当是“拿来”(四项调查可以说都是针对“拿来”的)为轻,良好的营商和创新环境为重。尤其是,中国近40年取得的成就,究竟是新引入的市场机制的成就,还是保留的国有机制和国有资本的成就?如果能够正确认识中国成功的原因,那么,未来的路径也就很明确。创新的动力,应当来自市场,而不是产业政策。

总之,反观中国知识产权制度的演进,有一条很清晰的脉络:制度构建——>完善——>强化执法——>制度检视。只不过,知识产权制度建立之初,首要解决的是从无到有的问题。彼时,任何经验尚无,还谈不上思索制度的更深层面问题。而如今,对制度层面的重新审视,在于探究知识产权制度的根本,旨在激励“创新”。因此,制度的安排,重点要放在创造上,而非其他。美国对中国的压力,并未脱离这个根本路径。若有如此认知,我们不妨化压力为动力,将本轮301调查作为倒逼中国趟过改革深水区的外部推动力。

#### 注释:

① See Office of the Press Secretary, Presidential Memorandum for the United States Trade Representative, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/08/14/presidential-memorandum-united-states-trade-representative>.

② See USTR, Findings of the Investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation under Section 301 of the Trade Act of 1974, <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF>.

③ See USTR, President Trump Announces Strong Actions to Address China's Unfair Trade, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/march/president-trump-announces-strong>.

④ See USTR, Notice of Determination and Request for Public Comment Concerning Proposed Determination of Action Pursuant to Section 301: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation, <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Releases/301FRN.pdf>.

⑤ 参见《商务部新闻发言人就中国在世贸组织起诉美国301征税建议措施发表谈话》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201804/20180402728557.shtml?from=timeline&isappinstalled=0>.

⑥ APEC成员(包括中国)和G20领导人分别在2016年和2015年重申或声明,不得利用信息技术盗取知识产权来为商业部门和公司提供竞争优势。中国亦在中美双边协议中进行了承诺。See Kristen Eichensehr, The US-China Cyber Agreement: What's In and What's Out, <https://www.justsecurity.org/26412/u-s-china-cyber-agreement-whats-whats/>.

⑦ 关于产业政策争论的两派意见,两位突出的代表人物为北京大学的林毅夫教授和张维迎教授。参见:张维迎《产业政策争论背后的经济学问题》(《学术界》2017年第2期,第28-32页)。

⑧ 2017年6月至2018年5月,北京大学国际知识产权研究中心和中国社会科学院法学研究所承接国家知识产权局委托项目,对2008—2018年10年来的中国知识产权保护状况展开调查研究。此次研究的相应的主要成果,印证了这种主流观点。相关代表性观点,参见:李明德《国家知识产权战略

与知识产权法制建设》、易继明《我国知识产权司法保护的现状和方向》、李春晖《我国知识产权行政执法体制机制建设及其改革》(均载于《西北大学学报》哲学社会科学版2018年第5期)。

[参考文献]

- [1] Trade Act of 1974 § 302(b), 19 U.S.C. § 2412(b) (2006).
- [2] 中华人民共和国商务部.关于对原产于美国的部分进口商品加征关税的公告[R].2018年第34号.
- [3] 易继明,孙那.美国知识产权政策走向及其对中国的影响——从美国总统特朗普执政角度的一个初步分析[J].国际贸易,2017,(3).
- [4] 何兴强.中国加入世贸组织以来的中美知识产权争端[J].美国研究,2008,(2).
- [5] 沈鑫.从权利导向到规则导向:中美知识产权争端解决机制的演进[J].暨南学报(哲学社会科学版),2011,(4).
- [6] 19 U. S. C. § 2242 (2006).
- [7] Peter K. Yu, *From Pirates to Partners: Protecting Intellectual Property in China in the Twenty-first Century*, 50 AM. U. L. 148 (2000).
- [8] 易继明,李春晖.我国知识产权制度及科技法律政策之新节点?——评美对华301调查报告及我国之应对[J].陕西师范大学学报(哲学社会科学版),2019,(1).
- [9] 曲三强.被动立法的百年轮回——谈中国知识产权保护的发展历程[J].中外法学,1999,(2).
- [10] 李岚清.突围——国门初开的日子[M].北京:中央文献出版社,2008.
- [11] (美)蓝普顿.同床异梦[M].记秋枫,译.钱乘旦,校.香港:香港中文大学出版社,2003.
- [12] (美)伊丽莎白·埃克诺米,米歇尔·奥克森伯格.中国参与世界[M].华宏勋,译.北京:新华出版社,2001.
- [13] 陈达,冯迪凡.中美知识产权WTO争端?我两项败诉[N].第一财经日报,2009-02-02.
- [14] 易继明,李春晖,石丹,钱子瑜.中美贸易战及中国未来的发展[J].社会科学家,2018,(6).
- [15] 习近平.在庆祝改革开放40周年大会上的讲话[J].求是,2018,(24).
- [16] 易纲.考虑以“竞争中性”原则对待国有企业[EB/OL].[http://www.china.com.cn/opinion/think/2018-10/15/content\\_66281497.htm](http://www.china.com.cn/opinion/think/2018-10/15/content_66281497.htm).

【责任编辑:胡 炜】

and orientation of laws and regulations, they superficially guaranteed the collection and growth of taxes, essentially they were the ways to evaluate the economic performance of officials, maintain the smooth operation of finance, and centralize economic power. For this reason, the auditing laws of Song Dynasty were the laws and regulations of national auditing or government auditing, and thus embodied the essential attributes of traditional auditing laws.

**(5) Sino-US Interactions and the Evolution of China's Intellectual Property System since the Introduction of Reform and Open Policy**

*Yi Jiming*

The evolution of China's intellectual property system has virtually not left the interaction between China and the United States since the introduction of Open and Reform policy. From the relevant agreements at the beginning of the establishment of diplomatic relations between China and the United States to the first Sino-US intellectual property negotiation in 1991, the Sino-US interaction during this period promoted the formation of the basic framework of China's intellectual property system. The two intellectual property negotiations in 1994 and 1996, as well as the consultations and rulings under the WTO framework in 2007, have continuously advanced the progress of China's intellectual property legislation and enforcement system. In the past 10 years, with China's familiarity and application of WTO rules and the improvement of China's position in the global trading system, the concerns of this round of 301 investigation in 2017 have gradually emerged. From a macroscopic analysis, sino-US interactions have developed in a cycle from institutional construction, institutional improvement, enhancement of law enforcement to institutional re-examination. The pressure exerted by the United States on China in this round of 301 investigation is essentially the last link of that cycle. It may serve as a timely external impetus to force China to overcome the deep-water zone of reforms.

**(6) Value Orientation of Government Performance Evaluation since Reforming and Opening up: Review, Comments and Development in the New Era**

*Peng Wenlong*

Since the reform and opening up, the value orientation of the government performance evaluation of China has undergone a transition from developing production to market-oriented, and then to service-oriented. It has gradually evolved from economic rationality to political rationality. People-centered is the latest achievement of this evolution. Since the reform and opening up, the value orientation in different periods has effectively guided the government's behavior, greatly improved the level of government economic performance, but also produced some problems. In the new historical position, the construction of socialism with Chinese characteristics in the new era requires the government to realize the fundamental change in the value orientation of performance evaluation and establish the people-centered value orientation.