

# RCEP 与 CPTPP 鼓励性知识产权 条款与中国因应

马忠法 王悦玥

**摘要:** 在多边或双边经济贸易协议等条约中, 鼓励性条款作为条约的重要组成部分, 与约束性条款一起构成完整的条约内容, 日渐成为一种趋势。虽然不具有强制性, 但是鼓励性条款在很大程度上反映了各成员所期望追求但暂时没有能力实现的目标。一些 RCEP 中的鼓励性条款在 CPTPP、《中美经济贸易协议》中均具有约束性。RCEP、CPTPP 中的鼓励性条款的出现, 说明国际知识产权规则的保护范围逐渐扩大, 发达国家在知识产权全球治理上的垄断话语逐步被打破, 知识产权合作受到更多的关注且合作范围更加广泛以及发展中国家关注的议题逐步被重视。《中美经济贸易协议》如果与 RCEP、CPTPP 的鼓励性条款进行比较, 可以发现该双边条约给中国施加的义务过重, 有违利益平衡原则。中国应当以 RCEP 鼓励性条款的落实衔接 CPTPP 的加入, 以鼓励性条款的落实彰显知识产权全球治理中的大国形象, 以多边条约的鼓励性条款作为双边谈判底线, 谨防发达国家利用其优势地位在双边条约中不当输出其国内制度带来不公平结果。

**关键词:** RCEP; CPTPP; 鼓励性条款; 中美第一阶段经贸协议

**中图分类号:** D996 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000—8691 (2022) 04—0142—12

鼓励性条款意指倡导或激励被调整对象能够按照相关法律规范所提出的要求或措施行事(进行活动)以实现预期良好目标之条款。在国内法或国际条约中常常被使用, 如国内法的有关科技创新的法律中常采取激励性用语或规范来宽容可能的失败。在诸多的多边环境保护条约中也常用, 其目的是鼓励各国在遵循共同但有区别责任原则下尽最大努力减少环境污染。21 世纪以来, 在有关区域性或双边的自由贸易协议(FTA)中, 鼓励性条款的使用也日渐频繁。2022 年 1 月 1 日, 《区域全面经济伙伴关系协议》(RCEP)正式生效, 该条约知识产权章节包含 60 项约束性条款和 25 项鼓励性条款。无论是过去 RCEP 签订前后, 还是目前协议正式生效并开始实施, 学界和实务界都更加关注约束性条款的内容及其后续落实措施, 而对于知识产权章节中的 25 项鼓励性条款并无太多关注。鼓励性条款也是条约的重要组成部分, 近年来知识产权章节的内容成为各国在 FTA 谈判的过程中极其重视的部分, 各条款的措辞也成为各成员国博弈的重点。自东南亚国家联盟(以下简称“东盟”)发起 RCEP 谈判到协议正式签署, 其中有很长一段时间

**基金项目:** 本文是国家社会科学基金重大项目“构建人类命运共同体国际法治创新研究”(项目号: 18ZDA153)、国家社会科学基金重点项目“‘人类命运共同体’国际法理论与实践研究”(项目号: 18AFX025)、上海市教育委员会人文社科重大项目“创新驱动发展战略下知识产权公共领域问题研究”(项目号: 2019-01-07—00-07-E00077)的阶段性成果。

**作者简介:** 马忠法, 男, 法学博士, 复旦大学法学院教授、博士生导师, 主要从事国际贸易的知识产权法研究。  
王悦玥, 女, 复旦大学法学院博士研究生, 主要从事国际贸易的知识产权法研究。

耗费在知识产权章节的谈判中。词汇的使用决定条款的性质，而条款性质的不同又必然导致成员所需承担的义务的轻重不同。

通常，先进技术推动着一国国内产业的发展，决定经济发展水平。良好的经济条件又为新技术的诞生提供扎实的物质基础。技术的可获得性与知识产权规则息息相关。严格、详细的知识产权保护规则使得技术得到强有力的保护，虽然能够激励发明人创造更多新技术，但也在一定程度上阻碍了技术的传播并降低了其进入公共领域的可能性。知识产权制度的直接目标和使命在于促进技术转让和扩散，这实质上是知识产权运用的核心内容和主要形式。<sup>①</sup>因此，在知识产权多边条约或多边、双边 FTA 的知识产权章节的谈判过程中，各方都根据其国内技术发展水平以及对国外技术的需求程度尽可能地争取更多的权利，而承担更少的义务。对技术有着强烈需求的发展中国家和最不发达国家通常反对过度提升知识产权保护标准，期望降低其获取技术以及其他知识产品的难度，而发达国家则希望对先进技术进行垄断，以在日益激烈的国际经贸竞争中继续占据优势。条款的措辞在很大程度上影响着条款的严格程度和约束程度。南北国家的博弈最终产生两种结果：或是因双方矛盾过于激烈而导致谈判破裂，或是双方互相妥协达成协议。具体而言，妥协的方式又有两种：一种是将争议较大的条款移除，如在 RCEP 的谈判过程中，中国反对将“药品专利补偿期”规则加入知识产权章节，最终反对有效，该条款在正式签约文本中被移除；另一种妥协方式则是将约束性条款转变为鼓励性条款或者为义务的履行施加一定的前提条件，以大大降低条款的约束性，使其能够达到发展水平不一的各成员都能接受的水平。<sup>②</sup>

笔者认为，鼓励性条款的特征在于，与直接未出现在谈判后达成的条约的最终文本中的条款相比，其争议更小，部分成员虽然在履行上存在困难，但是有余力的成员若能够履行相关义务无疑是受欢迎的。虽然鼓励性条款与约束性条款相比并没有强制性，但其最终被保留在条约中，在一定程度上反映了各成员对条款目标及其所体现的价值的认同。约束性条款通常是一项条约的最低标准，是各成员为解决当前最迫切的问题而必须要做出的行动，而相比于约束性条款，鼓励性条款并不紧迫，但也不能否定其重要性与价值。

通过将 RCEP 的鼓励性条款与《全面与进步跨太平洋伙伴关系协议》（CPTPP）以及 2020 年签订的《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》）进行对比可以发现，一些 RCEP 中的鼓励性条款在 CPTPP、《中美经贸协议》中均具有约束性。中国已正式申请加入 CPTPP，因此，在实施 RCEP 的过程中，不能仅关注其约束性条款，还应为之后加入 CPTPP 做好准备，以在履行条约义务中使二者能够衔接起来。除此之外，美国作为曾经的《跨太平洋伙伴关系协议》（TPP）的主导国，即使其退出 TPP，后来形成的 CPTPP 也仅是搁置其中一些条款，其相关内容仍然受到了美国的较大影响。同时，近年来知识产权问题已经成为中美贸易摩擦中的首要问题，《中美经贸协议》作为双边条约，其中知识产权章节不但成为第一章的内容，条款的数量也占到较大的篇幅。因此，将其也纳入研究范围，有助于中国做好加入 CPTPP 的谈判准备、为中国在进一步应对知识产权全球治理挑战的同时，为日后在与美方及其他发达国家的知识产权双边谈判中争取更多权益、避免不合理的义务提供思路。

## 一、RCEP 与 CPTPP 中的鼓励性知识产权条款及其与《中美经贸协议》之比较

RCEP 第 11 章知识产权章节共有 14 节 83 个条款。<sup>③</sup>笔者以“应当努力”（shall endeavour to）、“鼓励”（encourage）、“可以”（may）以及“认识到重要性”（recognize the importance）为关键词，梳理了 RCEP 知识产权章节 83 个条款中的 25 项鼓励性条款。这些鼓励性条款的内容涉及著作权、商标、地理标志、专利、工业设计等。CPTPP 知识产权章节共 11 节 83 个条款，涉及内容比 RCEP 更为丰富且详细，如其中专门用一节对互联网提供商的权利和义务作出规定。再例如，规定了与农用化学品未披露试

① 马忠法：《论知识产权制度的主要使命：促进知识产权运用》，《深圳社会科学》2021 年第 1 期。

② 马忠法、王悦玥：《论 RCEP 知识产权条款与中国企业的应对》，《知识产权》2021 年第 12 期。

③ 内容包括总则、著作权、商标、地理标志、专利、工业设计、遗传资源、传统知识和民间文学艺术、不正当竞争、国名、知识产权权利的实施、合作与磋商、透明度、过渡期和技术援助以及程序事项。

验数据或其他数据保护相关的内容。这些均为 RCEP 未涉及的。CPTPP 中的鼓励性条款为 17 项, 一些内容与 RCEP 的相关内容重合, 一些内容 RCEP 并未规定。本部分首先以 RCEP 的鼓励性条款为主, 探寻其与 CPTPP 对应内容的异同。其次, 分析 CPTPP 中独有的, 即 RCEP 中不存在的鼓励性条款。在此过程中, 通过将这两个多边条约中的鼓励性条款与《中美经贸协议》的相应内容进行对比, 探讨以美国为首的发达国家在与中国进行知识产权合作过程中所体现出的霸权及其给中国带来的挑战。

### (一) RCEP 中的鼓励性知识产权条款及其与 CPTPP、《中美经贸协议》知识产权条款之比较

#### 1. 总则

总则部分, RCEP 第 5 条“义务”指出各国可以执行比条约所要求的水平更高且更为严格、更为广泛的知识产权保护标准, 但同时也强调各国可以自由决定, 并无强制性义务。CPTPP 第 18.5 条“义务的性质和范围”亦规定了相同的内容, 此项规定承继了 FTA “最低标准原则”的特点。其第 8 条“《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS) 与公共健康”指出成员认识到相关国际条约的重要性, 相对应的 CPTPP 第 18.6 条“关于特定公共健康措施的谅解”除了指出成员认识到相关国际条约的承诺外, 还进一步明确知识产权章节不会且不得妨碍这些有关公共健康的国际条约的有效利用。第 9 条“多边协议”要求成员“努力加入”《国际承认用于专利程序的微生物保存布达佩斯条约》(以下简称《布达佩斯条约》), 成员之间可以互相寻求合作和支持以便加入、批准或执行《国际植物新品种保护公约(1991 年文本)》(《UPOV 公约》)《商标法新加坡条约》(以下简称《新加坡条约》)等多边知识产权保护条约。而在 CPTPP 第 18.7 条“国际协议”中, 《布达佩斯条约》《新加坡条约》以及 1991 年《UPOV 公约》均是规定成员“应当加入”的, 除此之外, CPTPP 要求加入的公约还包括 RCEP 中未规定的《商标注册马德里议定书》《世界知识产权组织版权条约》(WCT) 以及《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT), 以上条约中国均已加入。

#### 2. 著作权

RCEP 中关于著作权的鼓励性条款有四项, 分别涉及广播信号、集体管理组织、政府使用软件、限制和例外。第一是第 12 条“保护广播组织和载有加密节目的卫星信号”, 该条列举了三种行为: 对载有加密节目的卫星信号的故意接收、故意传播或故意接收和进一步传播, 对其中至少一种行为, 成员“应努力”采取措施。相较于“应当”, “努力”一词的加入削弱了该规则的强制力, 且该条并不要求成员对三种行为均采取措施, 为成员的国内立法留下较大的选择空间。该条通过注释表明成员至少应当遵循《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》《保护表演者、音像制品制作者和广播组织罗马公约》, 为广播内容的著作权人提供保护。除此之外, 该条指出传播信号中的“传播”方式至少包含无线的方式, 也就是说, 对于通过有线的方式以及通过信息网络进行传播是否应当被阻止, 可以由各成员自行规定。

与此对应的 CPTPP 第 18.79 条则是一条约束性条款, 要求将接收和传播该信号两种行为均定性为刑事犯罪, 同时规定了对于权利人的民事救济。并且该条并未说明是以何种方式传播信号, 也就是说, 通过有线、无线以及通过信息网络进行传播均属于违法行为。虽然是约束性条款, 但是在美国退出 TPP 后, 其他原 TPP 成员国在 CPTPP 的谈判中搁置了该条款。在对广播组织者拥有的“信号”进行保护的问题上, 是否应当阻止通过信息网络传播信号及是否赋予广播组织者“信息网络传播权”的争议较大。

《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)在 2020 年修订时, 第一份修正案(草案)征求意见稿对 2010 年修正的《著作权法》第 45 条<sup>①</sup>(现行《著作权法》第 47 条)第一款进行了修改, 承认了广播电台、电视台对信号的权利, 同时将第二款中“广播、电视”修改为“信号”。<sup>②</sup>第二份修正案(草案)征求意见稿中出于“信号”一词为通信技术概念因此更换了表述, 又将“信号”改为“播放

① 《中华人民共和国著作权法》(2010)第 45 条: 广播电台、电视台有权禁止未经许可的下列行为: (一) 将其播放的广播、电视转播; (二) 将其播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体。

② 《中华人民共和国著作权法修正案(草案)征求意见稿》: 十九、将第四十五条第一款修改为: “广播电台、电视台对其播放的载有节目的信号享有下列权利”; 将第四十五条第二款中的“广播、电视”修改为“信号”。

的广播、电视”。<sup>①</sup>该条修改在学界引发了较大的争议。众多学者认为，首先，“信号”并不是信息网络传播权的客体。信息网络传播权所保护的“播放的广播、电视”无疑是具体的作品或制品，接收者能够通过网络以可感知的方式获得作品，这和不可感知的“信号”有本质的区别。广播组织者权所要保护的是广播组织者为了传播作品而对作品进行编码后形成的信号，保护的是广播组织者的劳动；而信息网络传播权保护的是被传播的作品，保护的是著作权人的劳动。其次，对广播组织者权利进行扩展缺乏理论依据，从正当性上看并不合理。将著作权人享有的信息网络传播权赋予只做出了“技术性贡献”作为邻接权人的广播组织者，缺乏法理依据。<sup>②</sup>

CPTPP 曾经由美国主导，已经加入该条约的成员多为英美版权体系的国家，在该体系下，版权的正当性主要与商业利益挂钩。而中国作为受大陆作者权体系影响较大的国家，著作权的正当性多与作者的人格、作者的创作活动，即作者自己的智力劳动挂钩。赋予广播组织者这一权利目的是打击通过网络盗播的行为，然而赋予其著作权又缺失理论依据。更何况美国退出后其他成员国也认为该条需要搁置。同时，RCEP 对于通过无线方式接收和传播信号的行为的处理方式为“采取行动”，在之后“执法”的相关规则中，也仅指出具有“商业规模”的侵权行为以及以成员自己认定的刑事入罪标准判定刑事责任，而 CPTPP 直接将所有接收和传播信号的行为定性为犯罪。当前《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）也将侵犯著作权罪限定在“以营利为目的”上。因此，即使当前中国关于广播组织者权利保护的立法已满足 RCEP 的要求，但仍需考虑该条是否要继续完善。同时应考虑，若未来的谈判中 CPTPP 成员认为应当恢复该搁置条款的效力，中国应当如何在这之前就处理好当前立法与 CPTPP 标准的差异，以备不时之需。

第二是第 13 条“集体管理组织”鼓励成员通过合同自治而非公权力介入的方式建立和运行集体管理组织、与其他成员的集体管理组织进行合作。<sup>③</sup>CPTPP 18.7 条“集体管理”亦属于鼓励性规定，以“认识到重要性”进行表述。

第三是第 17 条“政府使用软件”，鼓励区域和地方政府使用正版软件。与 RCEP 不同的是，CPTPP 第 18.8 条“政府使用软件”中专门指出，要求成员规定中央政府必须使用正版软件并不意味着鼓励地方政府使用侵权软件或是未经许可使用软件，供政府使用目的的软件均应是正版软件。也就是说，虽然没有明确指出成员应当以立法的形式规定地方政府使用的或供政府使用目的的软件必须是正版的，但是其实质意义正是如此。《中美经贸协议》第 1.23 条“未经许可的软件”的要求更为严格，将政府以外的、政府拥有的或者政府控制的实体也纳入了必须使用正版软件的范围内，这其中自然而然地包含了地方政府，甚至包含国有企业以及直属于政府的事业单位。事实上，CPTPP 中的“供政府使用目的”作扩大解释也有可能将国有企业使用正版软件的问题包含在内。中国早已明确地方政府同中央政府一样须使用正版软件，但是关于国有企业、事业单位的软件使用问题，虽然“推进使用正版软件工作部际联席会议办公室”等专门部门近年来已开展多项专项行动推进国有企业、金融机构等重点部门使用正版软件，大力提升软件正版化的覆盖面，加强对使用侵权软件的行为的查处，但是有约束力的法律法规目前仍然缺失。

最后是第 18 条“限制和例外”，指出成员“应努力”为合法目的的作品使用设置例外以实现利益平衡。CPTPP 第 18.65 条“限制和例外”以及 18.66 条“版权和相关权制度中的平衡”中亦有同样的表述，不同的是，CPTPP 中将数字环境的限制和例外也包含在内。

### 3. 商标和地理标志

在商标的保护上，RCEP 第 19 条“商标保护”指出在标记本身不具有显著性，即不能区分商品或服

① 《中华人民共和国著作权法修正案（草案二次审议稿）征求意见稿》：二十三、将第四十五条改为第四十七条，将第一款第一项、第二项修改为：（一）将其播放的广播、电视以有线或者无线方式转播；（二）将其播放的广播、电视录制以及复制。增加一项，作为第三项：（三）其播放的广播、电视通过信息网络向公众传播。

② 参见闫书芳：《赋予广播组织信息网络传播权合理吗？》，中国知识产权咨询网，[http://www.iprchn.com/Index\\_NewsContent.aspx?NewsId=125499](http://www.iprchn.com/Index_NewsContent.aspx?NewsId=125499)，2022 年 1 月 18 日；刘畅：《专家认为著作权法不应给广播组织赋予“特权”》，新浪财经，<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1672909576263297257&wfr=spider&for=pc>，2022 年 1 月 18 日。

③ 详见《区域全面经济伙伴关系协议》（RCEP）第 11 章第 13 条。

务时,成员“可以”通过“获得显著性”赋予权利人商标权,这一方式早已被《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)采纳。第26条“驰名商标的保护”指出成员认识到《关于保护驰名商标规定的联合建议》的重要性,CPTPP第18.22条“驰名商标”中亦采用了相同的表述,其他几项关于驰名商标保护的条款也与RCEP相同。在地理标志的保护上,RCEP第29条“地理标志的保护”指出成员认识到可通过符合TRIPS协议要求的商标制度、专门的制度抑或其他法律途径保护地理标志,而CPTPP中第18.30条“地理标志的承认”并未提及TRIPS协议,也就是说并不以TRIPS协议的最低标准为依据。

#### 4. 专利、工业设计以及遗传资源、传统知识和民间文学艺术

RCEP关于专利的鼓励性条款有四项。首先,第43条“专利宽限期”仅简单地指出成员“认识到”在认定发明的新颖性时采用宽限期制度的优势。而CPTPP第18.38条“宽限期”则具有约束性,且对于适用宽限期的条件、宽限期的长度进行了较为细致的规定。《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)目前仅依照《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)规定了“优先权”,并未设置宽限期。因此,虽然当前立法符合RCEP的要求,但日后要加入CPTPP则需要对《专利法》进行完善。其次是第43条“专利电子申请制度”,该条鼓励成员通过为申请人提供电子申请的方式方便申请。CPTPP中仅在第18.24条规定了具有约束性的“商标电子系统”的相关内容,未提及专利电子申请的问题。再次是第45条、50条指出成员认识到在互联网上向公众提供的在先技术的信息可以构成在先技术。最后第52条指出成员“应努力”引入国际工业设计分类制度,而CPTPP并无上述规定。

在遗传资源、传统知识和民间文学艺术的保护上,RCEP第53条指出成员“应努力”使披露遗传资源的来源或起源的相关法律法规和程序可获得。同时,“应努力”进行专利质量审查,主要与在先技术相关,并且列举了三种方式。CPTPP第18.16条“传统知识领域的合作”亦采用了“努力”这一表述,除了列举的与RCEP相同的三种方式外,还包括努力合作培训与遗传资源及传统知识的审查相关的审查员这一建议。

#### 5. 不正当竞争——未披露信息

RCEP对于未披露信息的保护较弱,其规定与TRIPS协议的规定一致。第56条“未披露信息”第二款指出成员认识到未披露信息的保护与知识产权章节的目标——即促进技术转让和传播以增强社会福利的重要性。而CPTPP则通过三个条款,分别对“农用化学品未披露试验数据或其他数据”(18.47条)、“未披露试验数据或其他数据”(18.50条——被搁置)和“商业秘密”(18.78条)进行保护。这三项均为约束性条款。其中,对于侵犯商业秘密的行为设置了较为严格的刑事处罚,并列出了5种可能启动刑事程序的要件,可由成员酌情选择。中国《刑法》规定的构成侵害商业秘密罪的犯罪要件为“盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密”,在犯罪行为的定性上已符合CPTPP的要求。<sup>①</sup>2020年7月,最高人民检察院、公安部发布征求意见稿,其内容能够反映出中国当前侵犯商业秘密的刑事犯罪的启动标准是符合CPTPP的要求的。<sup>②</sup>根据CPTPP,启动刑事程序的门槛由成员“酌情”设置,既包含“主观目的”——以获取商业利益或经济收入、损害权利人为目的;又包括“实际损害”——损害其他成员经济利益、国际关系或国防或国家安全;还包含行为的特征——该行为受到成员国以外的经济实体的指示,或是为了该实体的利益或与其有关联,该行为与国内或国际贸易中的产品或服务相关。成员只要选择其中一个要件作为立案标准即可。然而和《中美经贸协议》相比,虽然中国立法关于构成侵犯商业秘密罪的行为的内容的表述与其并无太大差异,但是从启动刑事执法的门槛的

① 《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)第18.78条规定的成员应当处以刑罚的行为有:未经授权且蓄意获取计算机系统上的商业秘密;未经授权且蓄意盗用商业秘密,包括通过计算机系统的方式盗取;或欺诈性披露,或作为替代,未经授权且蓄意披露商业秘密,包括通过计算机系统的方式披露。

② 《关于修改〈最高人民法院 公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)〉侵犯商业秘密案立案追诉标准的补充规定(征求意见稿)》:侵犯商业秘密,涉嫌下列情形之一的,应予立案追诉:(一)给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的;(二)因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上的;(三)直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的;(四)其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。

设定,也就是立案标准上看,中国的相关立法似乎与其还存在矛盾:《中美经贸协议》中相应的标准更为明确,要求中国取消“实际损失”这一要件,虽然设置了过渡措施,但是过渡期满实际损失要件就应当被取消。与CPTPP对比,这显然是超出了CPTPP的标准。除此之外,《中美经贸协议》第1.9条还专门对中国各级行政机构和其他机构在刑事、民事、行政或监督程序中涉及的商业秘密的保护程序以及法律责任作了较为严格的规定。

#### 6. 知识产权权利的实施

在知识产权权利实施问题上,RCEP在第74条“刑事程序和处罚”中作出鼓励性规定,建议成员可以通过将具有商业规模的分销、销售盗版或假冒商标的货物认定为需要承担刑事责任的行为。该条的表述中未采用“应当”,表明成员也可以通过采取其他措施来履行该条的义务。而在CPTPP中,第18.77条“刑事程序和处罚”明确“应当”将这两种行为作为刑事处罚的对象。同时,RCEP中的这一鼓励性条款指出,成员“认识到”打击盗摄行为,即在电影的放映过程中复制电影的行为的必要性,但是前提是该行为具有“商业规模”,具体的犯罪门槛“可以”依照国内法来制定。CPTPP中的对应规则也表述了同样的内容,但是与RCEP的区别在于取消了“以国内法认定犯罪门槛”的注释,也没有“商业规模”的限定。也就是说,在CPTPP中的盗摄均为犯罪,无须考虑国内法的刑事立案标准。可以看出,在刑事犯罪的认定及惩罚力度上,CPTPP的要求大大超过了RCEP。《中美经贸协议》中的刑事程序部分的内容和CPTPP相比又明显地更为严格且更为详细,大大超出了CPTPP的限度。例如,1.26条规定了行政部门必须将具有“违法嫌疑”的案件移交给刑事执法部门处理;1.27条规定了从重处罚,对于“重”的定义是“最高法定处罚”,希望能够达到阻碍犯罪的目的。这仅是过渡措施,过渡结束后,还要求中国进一步提高法定赔偿,同时提升限制自由刑以及罚金的最低和最高限度。1.28条“判决执行”还为中国施加了“制定执行工作的指南和实施计划”的义务。除此之外,不仅是法院的判决需要在网上进行公布,每季度的执行结果也成为必须公布的内容。这些要求在RCEP和CPTPP中均不存在。

#### 7. 合作与磋商、透明度以及程序性事项

首先,RCEP第76条“合作和对话”中的十余项内容均为鼓励性的,在CPTPP中亦是如此,但是一些内容的程度有区别。例如,RCEP指出成员应“酌情”(shall endeavour to, where appropriate)开展专利机关之间的合作,CPTPP的表述则为应“努力”(shall endeavour to)开展此项合作。RCEP鼓励成员努力在“专利宽限期”的事项上进行交流合作,然而正如前文所述,专利宽限期在CPTPP中已经成为具有约束力的义务。RCEP建议,为审查与遗传资源有关传统知识的专利申请,成员“可以”合作培训审查员,CPTPP对该类培训工作的表述则为“应当努力”,虽然都不是约束性条款,但是“可以”和“应当努力”二者的重要性明显存在区别。其次,RCEP第77条“透明度”仅要求成员“努力”且在“可行的情况下”使得其本国的终局性司法裁决可在网上公布。而在CPTPP第18.73条“与知识产权有关的执行实践”和18.9条“透明度”的要求下,除了司法裁决,与知识产权保护和执行有关的普遍适用的法律、法规、程序和行政裁决等内容也包含在应当公布的范围内,范围明显更广。最后,RCEP第82条、83条分别做出改进知识产权管理程序以及简化专利、工业设计及商标申请中的部分书面程序要求,CPTPP中并无相关内容。近年来中国无论是国内程序,还是与其他RCEP成员在专利、商标领域内的技术性事务合作中均大力推进程序的简化,可以说较好地履行了这些鼓励性条款。

#### (二) CPTPP中的鼓励性知识产权条款与《中美经贸协议》之比较

除了上文提及的与RCEP在各知识产权客体保护上的鼓励性条款相重合的内容外,CPTPP中还包含其他鼓励性条款,这些条款并未在RCEP中出现。其所反映的保护水平以及保护范围已大大超越了RCEP的要求,但是其中一些内容在《中美经贸协议》中有迹可循。CPTPP曾由美国主导,因此两个条约中出现相似内容并不奇怪。然而通过对比可以发现,《中美经贸协议》中有大量的中国需承担的义务超越了CPTPP鼓励性条款的要求,属实不公。

A节“总则”部分,18.9条指出在成员国内法允许的情况下,努力在互联网上公布知识产权申请的信息。

B节“合作”部分,除了上文提及的与RCEP相一致的合作内容外,18.13条还列举了鼓励成员在未来进行合作的领域,包含知识产权政策、知识产权管理及注册、知识产权教育、与中小企业及技术转让活动有关的知识产权问题、涉及研究等行为的知识产权政策、多边协议的实施以及对发展中国家的援助。相较于RCEP的合作事项,CPTPP在成员合作上的鼓励性条款范围更广,但是不如RCEP具体。《中美经贸协议》则将双方应努力合作的事项聚焦于医药健康、网络侵权、商业秘密及知识产权执法尤其是刑事执法上,且对于合作方式有着更为详细的阐述。第18.15条提及公有领域的问题,认识到公有领域的重要性以及提供访问公有领域的客体的手段(如数据库)的重要性。

C节“商标”部分,第18.18条鼓励各成员尽最大努力为气味商标提供注册。无论是TRIPS协议还是RCEP,均未提及气味商标的注册问题。

F节“专利和未披露试验数据或其他数据”中,第18.44条指出成员应加快专利公布速度,努力在申请日或优先权日期起18个月后迅速公布。从中国的专利行政审批规则看,中国《专利法》第34条<sup>①</sup>完全符合该鼓励性条款。第18.46、18.48条鼓励成员调整因行政授权流程而实质上被“缩短”了的专利期。首先是尽最大努力提升处理专利申请的效率,可依申请加速审查;其次是对于药品,除了尽最大努力保障审批效率外,还可以通过调整专利期的方式或者以“额外专门保护期限”(即补偿期)的方式解决问题。对于其他专利,可以通过加速上市许可的方式解决问题。这两条关于延长专利期的规则即使是不具有约束性的鼓励性条款,但最终也因争议过大在美国退出TPP之后被搁置。即使在RCEP在谈判过程中提及这一问题,正式签约的文本中也删除了相关内容。<sup>②</sup>在此背景下,《中美经贸协议》中关于专利补偿期的规则就显得格外突兀。《中美经贸协议》第1.12条明确规定,药品专利的有效期是应当得到延迟的,对于其他专利,若专利权人请求延长,那么符合条件时则也应当延长其专利有效期。该规则的表述与CPTPP有极大的差别。加速上市和给予补偿期(延长专利期)有着本质的区别。补偿期更能够实现专利权人的垄断利益,并且CPTPP中的补偿期仅赋予药品专利,其他专利仅能通过加速上市的方式给予补偿。然而《中美经贸协议》中的药品与非药品专利均应适用补偿期规则,进一步扩大了补偿期可适用的范围。更值得注意的是,美国之外的其他CPTPP发达成员尚且在与发展中成员的争议过程中选择妥协搁置该项两条款,那么美国要求中国接受该项极具争议性的规则明显是不合理的。

G节“工业品外观设计”部分,第18.56条指出成员认识到了提高工业品外观设计相关制度的质量以及效率、便利跨境获得权利的重要性。为了实现以上目的,适当加入《工业品外观设计国际注册海牙协议日内瓦文本》是方式之一。中国于2022年2月5日加入该条约,2022年5月5日,该条约已经在中国生效。可以看出中国已逐步为加入CPTPP做好准备。

I节“执行”部分,第18.73条的表述为认识到收集、分析与知识产权侵权相关的统计数据和信息的重要性,也就是说,方便其他成员获取相关数据仅是鼓励性的。RCEP中没有类似规定,然而《中美经贸协议》第1.18条、1.19条在打击假冒药的问题上明确,中国应当在网上发布执法措施的相关数据<sup>③</sup>以及能够衡量执法措施的影响的数据。该协议不但将多边协议中的鼓励性条款变为了约束性条款,还指出美国的相关措施已经“足够”,只有中方应当承受此义务。从利益平衡的角度上看,该规则的内容显失公平。

## 二、从鼓励性知识产权条款看知识产权国际规则发展特征

即使知识产权保护水平最高的美国退出了TPP,但CPTPP的现有成员中,日本、澳大利亚、新西兰、加拿大和新加坡的国内知识产权保护水平也并不低。尤其是接替了美国主导地位的日本,在亚洲地区,和

① 《中华人民共和国专利法》第34条:国务院专利行政部门收到发明专利申请后,经初步审查认为符合本法要求的,自申请日起满18个月,即行公布。国务院专利行政部门可以根据申请人的请求早日公布其申请。

② 马忠法、王悦明:《论RCEP知识产权条款与中国企业的应对》。

③ 这些数据包括国家药品监督管理局、工业和信息化部或继任机构,查缴、吊销营业执照、罚款和其他行动的情况。

其他国家相比,日本较早地建立了较为完善的知识产权制度,其国内知识产权立法、司法及执法水平也都走在前列。可以说,受到美国影响极大的 CPTPP 的知识产权章节作为当前多边 FTA 中水平较为领先的规则,结合鼓励性条款的实施难度大于作为最低标准的约束性条款的特征,CPTPP 鼓励性条款的特征能够在很大程度上代表国际知识产权规则的前进方向。由于 RCEP 的较多鼓励性条款的内容与 CPTPP 重合,CPTPP 受发达国家的影响更大,其所体现的保护水平代表性更强,且 RCEP 已生效,中国下一步的重要任务是加入 CPTPP,因此本部分将结合上文 CPTPP 与 RCEP 鼓励性条款的比较分析,主要探讨 CPTPP 的鼓励性条款所体现的知识产权国际规则发展特征。总体上看,CPTPP 的鼓励性条款体现出如下特征:

### (一) 知识产权保护范围日渐扩大

和 RCEP、CPTPP 相比,TRIPS 协议中几乎没有鼓励性条款,其内容基本上是最低标准的约束性条款,仅少数条款用“可以”来表述对成员的建议,而非像 RCEP、CPTPP 那样直接用“努力”“应努力”“做出最大努力”这样的词汇。结合 TRIPS 协议的历史背景,TRIPS 协议诞生前国际层面的知识产权协调活动主要由世界知识产权组织(WIPO)主持,其管辖的条约虽然多但加入条约的各个国家情况不同,且 WIPO 的条约并不与贸易挂钩,也无公法层面的争端解决机制,因此该时期国际知识产权法呈碎片化状态。世界贸易组织(WTO)在乌拉圭回合将知识产权纳入一揽子谈判时紧迫关注的是对“碎片”的整合,以形成普遍性的知识产权保护最低标准,因此基本采用约束性条款促使成员尽快地、统一地提升国内知识产权保护水平。然而伴随着国际贸易的逐步发展,TRIPS 协议中的最低标准已无法满足实际需要,因此当前的 FTA,尤其是发达国家主导的 FTA 通常设置了较多的高于 TRIPS 协议标准的义务。与约束性条款相比,鼓励性条款超出 TRIPS 协议标准的程度更高。如果说一些约束性条款的标准是“TRIPS-Plus”,那么鼓励性条款则达到了“超 TRIPS-Plus”的程度。结合目前各国立法趋势及产业发展情况,未来的国际知识产权保护主流标准极可能逐渐向这些“超 TRIPS-Plus”标准过渡。从具体的条款上看,最为典型的即为 CPTPP 中气味商标的可注册性问题。从 TRIPS 协议与 RCEP 和 CPTPP 的比较中可发现,可注册的商标种类经历了“必须在视觉上可感知”到“禁止将视觉可感知作为商标可注册的唯一可感知因素”,声音商标的可注册性成为这两个 FTA 的约束性条款。CPTPP 又将气味商标作为鼓励性条款,随着社会的进步,从商家战略布局的发展需求上看,非传统商标存在的必要性日益显著。<sup>①</sup>在已经有较多国家承认了气味商标的背景下,这是否代表着,按照 TRIPS 到 CPTPP 的演变趋势,承认气味商标的可注册性极有可能在未来成为一项约束性条款。这无疑体现着知识产权保护范围的逐渐扩大、保护水平的逐渐提升的趋势。

### (二) 发达国家在知识产权全球治理上的垄断话语权逐步被打破

从《巴黎公约》到 TRIPS 协议,很长一段时间内发展中国家只是在形式上被纳入了国际知识产权保护体制,并没有实质性地参与。<sup>②</sup>由于发展中国家话语权低、信息不对称等问题,TRIPS 协议中发展中国家被动承担了较多超出其发展水平的约束性条款。而当前的鼓励性条款反映出发达国家难以再强迫发展中国家承担标准过高的约束性要求,而是将其设置成鼓励性条款,鼓励有余力的国家提升保护水平。从具体条款上看,最典型的正是 CPTPP 中的专利补偿期制度,欧美发达国家的国内法实际上已经有相关规则并已实施,而这一规则对于迫切需要专利技术,尤其是药品专利的发展中国家来说明显成本过高。CPTPP 在还未搁置该条款前,仅是鼓励成员尽最大努力在其国内法中设置对专利有效期的调整规则,其约束程度远小于要求其必须履行,给接近半数的发展中成员留下了空间。在 RCEP 的谈判过程中,相同的内容同样被发展中国家强烈反对,该内容最终未出现在正式签订的条约中。这无疑体现了发展中国家在谈判过程中话语权的有效提升,发达国家不能再像 TRIPS 协议谈判时那样通篇以约束性条款增加发展中国家的压力。

<sup>①</sup> 白松:《“气味商标制度”国际经验比较及对中国的借鉴》,《吉首大学学报(社会科学版)》2018年第1期。

<sup>②</sup> 柳磊:《国际知识产权体制中的南北矛盾与南南合作》,《电子知识产权》2008年第5期。



(三) 知识产权合作受到更多关注且合作范围更加广泛, 发展中国家关注的议题日益被重视

CPTPP 通过列举的方式鼓励成员在多个领域针对多个具体问题合作, 其中包含发展中国家较为关注的技术转让与传播方面的合作。RCEP 也有相似的内容。曾经 TRIPS 协议中的“国际合作”仅涉及打击商标假冒以及盗版的海关信息交流合作, 十分明显地针对着发展中国家的盗版和假冒问题, 其目的无疑是保障发达国家的利益, 解决发达国家的关切。相比于 TRIPS 协议, CPTPP 和 RCEP 这类较为前沿的 FTA 对“知识产权发展”的相关合作更为重视, 如指出了知识产权教育、中小企业的知识产权问题、技术转移合作的重要性等, 在一定程度上体现了对于发展问题的重视。可以预见, 在解决了最为基本的反假冒需求之后, 未来各国的国际知识产权合作将朝着进一步提升全球知识产权意识、促进技术传播、提升知识产权执法水平等方向发展。

### 三、鼓励性条款的价值: 中国因应知识产权全球治理格局演进的重要手段

通过对 RCEP 和 CPTPP 中鼓励性条款的研究, 笔者已经探明了日后加入 CPTPP 所面临的挑战, 以及国际知识产权制度的发展趋势和特征。鼓励性条款的落实以及完善不仅能助力中国更快地加入 CPTPP, 也能进一步彰显中国的大国形象。

(一) 以 RCEP 鼓励性条款的落实衔接 CPTPP

和 CPTPP 相比, RCEP 虽然有较多规则直接复制了 CPTPP (TPP), 但是由于参与 RCEP 的大部分成员均为发展中国家, 尤其是东盟十国内部还存在较不发达国家, 因此 RCEP 中大部分源于 CPTPP 的条款或是被加入了一些有利于发展中国家的限定性条件, 或是直接从约束性条款“降级”为鼓励性条款。由此也能够看出 RCEP 本身的保护水平与 CPTPP 的较大差距。经过上文的分析, 可以看出中国当前的保护水平大大超出了 RCEP 的要求, 大多鼓励性条款在中国也都能够直接实施。一方面, 落实在 CPTPP 中已经成为约束性条款的 RCEP 的鼓励性条款能够为中国未来加入 CPTPP 做好衔接。另一方面, 虽然一些鼓励性条款并没有用“应当”(shall), 而是用了“应努力、努力”(shall endeavor to), 这类鼓励性条款已经在一定程度上带有了“约束性”的色彩, 可以将其称为“准约束性条款”, 因此, 履行此类义务本身也是必要的。

(二) 以鼓励性条款的落实彰显知识产权全球治理中的大国形象

中国在履行约束性条款的同时不忘积极落实鼓励性条款, 以进一步彰显负责任的大国形象。除此之外, 与其他 RCEP 成员国相比, 中国的保护水平已走在前列。在今后的经贸合作中, 中国在建设本国知识产权制度、完善知识产权保护体系、以知识产权制度的发展促进国内产业发展的同时, 也应当考虑带领这些国家提升知识产权保护水平。一方面, 这是中国展示负责任的大国形象的良好契机, 是中国参与全球知识产权治理、提升国际法治话语权的重要途径; 另一方面, 他国过低的保护水平并不利于中国企业在“走出去”时保障自主知识产权。中国以实际行动率先落实鼓励性条款, 无疑是为他国提供了良好的示范。当各国逐步落实鼓励性条款, 区域知识产权保护水平必然比仅落实约束性条款更高。区域内的营商环境必然更加优质。

(三) 鼓励性条款的设置将成为中国构建知识产权多边协调机制的重要方式

《知识产权强国建设纲要 2021—2035》明确指出, 未来中国应“进一步参与并主导知识产权全球治理”。中国近年来参与的双边、多边知识产权合作数不胜数, 但还未成为“主导者”。截至 2022 年 4 月底, 中国已与 154 个国家开展“一带一路”倡议下的合作<sup>①</sup>, 在知识产权领域, 在该倡议的框架下开展知识产权国际协调是构建人类命运共同体理念的重要实践之一。开展“一带一路”倡议下的知识产权合作必然是中国从“参与”转变为“主导”知识产权全球治理的重要举措。中国要开展“一带一路”框架下的知识

<sup>①</sup> 其中, 已与中国签订“一带一路”双边合作文件的国家有 149 个, 国际组织 32 个。详见《已同中国签订共建“一带一路”合作文件的国家一览表》, <https://www.yidaiyilu.gov.cn/xwzx/roll/77298.htm>, “一带一路”官网, 2022 年 3 月 28 日。

产权国际协调不能一蹴而就，而是应当“循序渐进，由小及大”。要使得发展水平差异巨大的一百余个参与国家接受同一套标准是不具有可行性的。因此，应当在考虑不同发展水平参与国的现实需求后设定“有层次的协调标准”，开展的合作也可由双边到多边，从区域内的合作发展成为跨区域的合作，即在区域层面“由小及大”的合作路径。<sup>①</sup>在这些内容的实现过程中，鼓励性条款就能发挥重要作用。

首先，从层次性的规则设置上看，可通过设置鼓励性条款来提升协调机制的层次性。从 RCEP 和 CPTPP 的经验中可以发现，在发展水平差异过大的国家之间进行的谈判时，将争议较大的内容设置成鼓励性条款更容易促成条约的签订，同时也能将存在争议的内容保留下来，若较多成员主动实施，未来该内容能够自然而然地发展为约束性条款。

其次，从由小及大的合作路径上看，鼓励性条款的实施为其他国家提供范例，加速了区域知识产权保护水平的提升。RCEP 使东南亚、东北亚及太平洋国家联系在了一起，未来邀请更多“一带一路”参与国，尤其是亚太地区的参与国加入该条约是存在可能性的。若中国未来成功加入 CPTPP，那么中国的知识产权保护水平必然又将提升一个档次。通过履行约束性条款和鼓励性条款所取得的优秀成绩将为中国成为引领者提供正当性依据。当然，中国不能像发达国家那样不顾发展中国家的发展情况，过度提升保护标准，阻碍发展中国家的发展。中国应该在构建人类命运共同体理念的指导下，践行“共商、共建、共享”的原则，以促进高质量发展为目标，通过主导“一带一路”框架下的国际协调带领其他“一带一路”参与国提升知识产权立法水平。

#### 四、以鼓励性条款作为双边谈判底线遏制发达国家的单边制度输出

鼓励性条款的价值除了帮助中国“引领”与发展中国家的知识产权合作外，中国还应以其为依据，将其作为“防御武器”，对抗发达国家的单边制度输出。

上文在对比 RCEP 和 CPTPP 的过程中讨论了《中美经贸协议》的相关内容。自 20 世纪 90 年代起，中美在知识产权领域内的条约谈判以及中国入世后双方在 WTO 争端解决机构处理的知识产权纠纷就从未停歇。近年来，尽管美国历届政府对华政策有所区别，但在中国国力不断快速提升的背景下，美国采用多种手段全面遏制中国发展的方针没有改变。<sup>②</sup>“知识产权战”成为中美贸易摩擦的核心，也已成为事实。《中美经贸协议》的知识产权章节的内容之丰富、涉及范围之广泛以及权利义务安排之严苛，可以说是当前中国与发达国家知识产权双边谈判中最为典型的代表。中国的知识产权保护水平目前已经走在发展中国家的前列，因此，在与发展中国家的知识产权合作中，中国通常处于优势一方。正如 RCEP 的内容，在谈判时所讨论的约束性条款中有很大大一部分与中国法律并不存在冲突，可以在中国直接实施。因此，RCEP 签订后，中国并不需要大幅度修改国内立法。而以《中美经贸协议》为代表的中国与发达国家的知识产权合作则大不相同，发达国家在技术和制度上的领先地位使得中国处于弱势地位，谈判所针对的基本上是中国还存在不足的或者与发达国家的规则存在差异的问题。如上文所讨论的《中美经贸协议》中美国对于“专利宽限期”规则的相关要求，这都是当前中国已经加入或计划加入的知识产权多边条约、多边 FTA 中的知识产权章节中不存在的或不具有约束力的内容。因此，谈判结果最终可能导致中国颁布新法或修法，中国所需付出的成本必然更高。但是不可否认的是，欧美发达国家作为中国重要的国际贸易合作伙伴，其技术、市场以及投资同样是中国需要的，因此，中国与这些国家在知识产权领域的合作和谈判不可避免。进而，中国需要找到谈判底线，使得成本与收益成正比，避免发达国家不合理制度的单向输出，维护双方在谈判中的平等地位。可在以下两方面借助鼓励性条款与发达国家进行抗衡。

##### （一）以 CPTPP 鼓励性条款的限度驳斥美国过高的保护要求

美国作为 TPP 的主导者，曾经设置一些甚至超出了同为发达国家的其他参与方接受能力的规则。因

<sup>①</sup> 马忠法、王悦玥：《“一带一路”倡议下的知识产权国际协调法律制度》，《上海财经大学学报》2022年第2期。

<sup>②</sup> 马忠法、孙玉山：《美国对华反补贴：趋势、原因及应对策略》，《大理大学学报》2022年第3期。

此，美国退出 TPP 后这些争议较大的规则（如上文提及的对加密广播信号的刑法保护、对未披露试验数据的保护）都被搁置。CPTPP 已经是当前全球范围内知识产权保护水平较高的 FTA，而《中美经贸协议》中美国对中国提出的众多要求甚至超出了 CPTPP 的规定，比 CPTPP 还要严格。无论是 RCEP 还是 CPTPP，从“最低标准”原则的角度上看，条约所规定的最低标准仅提供了一个方向，细节都由各成员的国内法自己设定，而《中美经贸协议》这一双边条约中很多条款的义务非常具体，具体到“如何执行”上，相当于直接干涉中国的立法、司法和执法。如第 1.21 条“边境执法行动”、1.22 条“实体市场执法”，分别要求中国显著增加对海关执法相关人员的培训、海关执法行动数量，以及实体市场的执法行动数量，并且要求中国“将这些执法行动的信息每季度在网上进行更新”。关于中国相关市场实体的执法情况，美国每年 2 月都以发布《假冒和盗版恶名市场报告》（NML）的方式将中国线上电商及线下实体市场列入所谓的“恶名名单”。2022 年的 NML 中，中国有 9 个实体市场被卷入其中。虽然该名单不具有法律意义，但对企业声誉产生的影响不容小觑。《中美经贸协议》第 1.27 条一度强调“从严”执法，要求中国以提高法定赔偿金、罚金、约束自由刑刑期等方式加大对侵权行为的惩罚力度，而无论是 CPTPP 还是 RCEP，均在“威慑”目的之外指出，应当考虑侵权行为严重性和惩罚措施之间的比例适当。<sup>①</sup> 第 1.34 条明确要求按照国内法定程序向立法机关提出修法建议。这些要求显然都直接严重影响到中国的国内立法以及行政执法的安排。

《中美经贸协议》中较多条款都表示“美国的国内法已经符合要求”，也就是说，对中国提出的这些高标准实质上有美国国内法“制度输出”的嫌疑。然而真实情况却是，美国并不一定真做到了国内法及其执行情况均“符合要求”。以 NML 为例，美国大肆指责中国实体市场执法能力弱、行动少、效果差，认为这是导致中国实体市场假冒及盗版行为猖獗的原因之一。<sup>②</sup> 然而其国内电商及线下市场大量存在假冒和盗版的行爲，中国近年来大力开展打击盗版的专项行动均被其直接忽略。正如有学者指出的，中方在即将展开的第二阶段中美经贸协议的谈判过程中，为更好地把握平衡，宜预留足够的运作空间，应更加注重双方权利义务的平衡。<sup>③</sup>

中美双方均已加入或准备加入的当前主流的、代表性较强的 FTA 的条款内容可以作为争取平衡的“底线”。多边 FTA 的条款代表了各国的共同同意，影响越大的 FTA 越能反映知识产权保护的国际主流价值和主流标准。因此，CPTPP 的标准能够作为反驳美国要求的有力证据，CPTPP 的前身 TPP 在其主导下达成，代表了美国曾经对该条约的保护标准是认同的，美国应当认同鼓励性条款只具有“鼓励性”，认同其“鼓励性”的标准确实超出了成员的承受能力。那么其日后若是对中国施加比 CPTPP 鼓励性条款还要沉重的负担，则明显有违平等互惠的原则。在未来的谈判中，可以以此为依据来确保双方利益的平衡。

## （二）严格限制义务的最低和最高界限，避免规则的隐蔽质变

美国通过双边谈判要求中国修法体现出了另一个隐患：发达国家在 FTA 中先向发展中国家“妥协”，之后又通过双边条约要求发展中国家承受比 FTA 中还要高的标准。相当于在实质上否认了先前在 FTA 中做出的那些“让步”。为履行双边条约而修订国内法看似只是在对契约的对方履行义务，实际上产生的效果同时满足了其他有相似需求的国家的要求，实质上较为隐蔽地增加了 FTA 所规范的义务。因此，今后在和美国等发达国家的知识产权合作和谈判过程中，应严格考虑双方均已加入的 FTA 所赋予的义务范

① 参见 RCEP 第 11 章第 51 条：三、在实施本节时，每一成员应当考虑知识产权侵权行为的严重性与可适用的救济措施及惩罚措施之间比例适当，并且，如适用，考虑第三方利益。CPTPP 第 18 章第 18.71 条：5. 在其知识产权制度中实施本节的规定时，每一成员应考虑保持知识产权侵权的严重程度与适用的救济和惩罚以及第三方利益之间均衡性的必要。

② 参见美国贸易代表办公室：《2021 假冒和盗版恶名市场报告》，<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2022/february/ustr-releases-2021-review-notorious-markets-counterfeiting-and-piracy>，美国贸易代表办公室官网，2022 年 2 月 25 日。

③ 程华儿、盛建明：《〈中美第一阶段经贸协议〉知识产权核心条款解读与执行难题破解之路径》，《电子知识产权》2021 年第 10 期。

围，注意这些国家提出的要求和当前的一些 FTA 尤其是由发达国家主导的 FTA 中所制定的标准的区别，尽量将双边谈判中的义务的标准限定在与 FTA 的义务相同的水平和范围内。以约束性条款为最低限度，以鼓励性条款为最高限度。避免在 FTA 中将本属于鼓励性的条款，甚至是其中并没有规定的内容在之后的双边谈判中直接质变成约束性条款，大大超出中国知识产权发展水平的承受能力，使得发达国家获利，而中国却付出较大代价。

综上所述，中国全程参与 RCEP 的谈判并如期实施该协议、申请加入 CPTPP 都是积极参与全球知识产权法治的重要举措。笔者从学界关注较少的条约鼓励性条款的内容入手，详细分析了 RCEP 和 CPTPP 知识产权条款中的鼓励性条款，通过规则之间的比较可以看出二者在保护水平等方面的差异，能够为日后中国加入 CPTPP 的谈判做好准备。同时，CPTPP 作为目前知识产权保护水平较高的 FTA，在约束性条款代表最低标准而鼓励性条款体现更高目标的特征之下，CPTPP 的鼓励性条款也体现出了国际知识产权规则的发展趋势。本文在探讨两个 FTA 的基础上还将《中美经贸协议》纳入研究范围，分别将其与两个区域性多边 FTA 的鼓励性条款进行比较，得出了《中美经贸协议》要求中国承受的义务十分明显地超越了美国曾经所参与的 FTA 的结论。对此，中国应当认识到鼓励性知识产权条款的价值，并充分发挥其作用，以 RCEP 鼓励性条款的落实衔接 CPTPP 的加入；以鼓励性条款的落实彰显知识产权全球治理中的大国形象；将鼓励性条款作为构建知识产权多边协调机制的重要方式，达成中国《知识产权强国战略纲要》所设置的目标，实现从知识产权全球治理“参与者”到“主导者”的角色转变。最后，中国应当以鼓励性条款为双边谈判底线，谨防发达国家的单边制度输出，以维护双边谈判中的利益平衡。

## Incentive Clauses of Intellectual Property in RCEP and CPTPP and China's Response

MA Zhong-fa & WANG Yue-yue

(School of Law, Fudan University, Shanghai, 200438)

**Abstract:** The incentive clauses in multilateral or bilateral free trade agreements and other treaties constitute the complete contents of the treaty. It is increasingly becoming a trend to form a complete treaty by putting them together with binding clauses. Although the incentive clauses are not compulsory, they reflect temporarily unachievable goals that members expect and pursue. Some incentive clauses in RCEP are binding in CPTPP and China-US phase-one Economic and Trade Agreement. The incentive clauses in RCEP and CPTPP indicate that the protection of international intellectual property rules is gradually expanding; the monopoly of discourse of developed countries in global governance of intellectual property is gradually broken; the cooperation among intellectual property has attracted much more attention; the scope of cooperation becomes wider, and the issues concerned by developing countries have gradually drawn attention. By taking the China-US Phase-one Economic and Trade Agreement as an example, compared with the incentive clauses of RCEP and CPTPP, it concludes that this bilateral treaty imposes excessive obligations on China and violates the principle of balance of interests. China should make preparations for joining the CPTPP, and highlight the image of a responsible country in the global governance of intellectual property by implementing the incentive clauses of RCEP. China should also take the incentive clauses of multilateral treaties as the bottom line in bilateral negotiations, and remain alert to unfair results caused by the developed countries that take advantage of dominant position and “export” domestic rules in bilateral treaties.

**Keywords:** RCEP, CPTPP, Incentive Clauses, China-US Phase-one Economic and Trade Agreement

[责任编辑：陈慧妮]