

国际知识产权规则制定的影响因素与启示

——基于 ACTA 谈判的双层博弈分析

徐元

摘要: 在国际知识产权造法活动中,不同的知识产权协定经历了不同的谈判历程,结局也大相径庭,有的取得了成功,有的却功败垂成,那么,是什么力量决定了知识产权国际谈判的命运呢?这一问题单纯从法学角度显然无法找到令人满意的答案,需要借助于国际政治和国际关系的理论与工具进行跨学科分析。文章尝试运用国际关系中的双层博弈理论,以《反假冒贸易协定》(ACTA)为实证案例,从选民的偏好和权力分布、国内政治制度、不对称信息、政治显著性等方面对 ACTA 的谈判和批准进行深入分析,试图探寻影响国际知识产权规则制定背后的政治经济因素,充实和丰富国际关系研究案例库,并对未来国际知识产权秩序构建和我国参与知识产权全球治理得出一些有益的启示。

关键词: 《反假冒贸易协定》(ACTA); 双层博弈; 赢集; 知识产权

中图分类号: F204 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-0594 (2020) 12-0052-15

DOI:10.13687/j.cnki.gjjmts.2020.12.004

一、引言

随着知识经济和全球化的发展,知识产权法律全球化在以各种形式向前推进——通过双边、复边、区域和多边机制,不断进行着议题联系、体制转换和论坛转移。在这些国际知识产权造法活动中,不同的知识产权协定经历了不同的谈判历程,结局也大相径庭。TRIPS(《与贸易有关的知识产权协定》)虽然谈判比较艰难,但最终取得了非凡的成功,成为当代规范国际知识产权秩序的基本规则;ACTA(《反假冒贸易协定》)谈判比较顺利,协定达成迅速,最终结局却出人意料——在多个国家签署协定之后,却因遭到欧洲议会的否决而功亏一篑;TPP(《跨太平洋伙伴关系协定》)谈判更是一波三折,经过多年艰苦谈判,终于达成协定之后,但因特朗普上台,美国果断宣布退出,致使 TPP 命悬一线,然而,就在人们认为 TPP 难逃失败命运之时,日本出手,力挽狂澜,达成了一个没有美国的新协定 CPTPP(《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》)。尽管这些国际知识产权协定的命运不同,但知识

收稿日期: 2020-08-31

基金项目: 国家社科基金项目(16BFX138)

作者简介: 徐元(1972-),河南新乡人,经济学博士,知识产权法学博士后,大连海事大学法学院教授,研究方向为知识产权国际政治经济学、知识产权法律全球化、国际贸易中的知识产权保护等。

产权法律全球化的车轮依然滚滚前行，没有止步，许多有关知识产权的国际协定的谈判仍在进行之中。这一方面是知识经济全球化的必然结果，有着深厚的经济基础；另一方面，也与利益集团及各国政治博弈密不可分，有其深层次的政治根源。那么，到底什么是推动知识产权法律全球化的主要力量？为什么有的谈判能够达成协定？有的谈判不能达成协定？为什么有的协定谈判比较顺利？有的协定谈判却异常艰难？为什么有的协定获得批准？有的协定则遭到否决？是什么决定了这些知识产权协定的不同命运？是什么左右着知识产权法律全球化的棋局？其背后的政治经济根源究竟是什么？这些问题单纯从法学角度显然无法找到令人满意的答案，需要我们借助于国际政治和国际关系的理论与工具进行跨学科分析。

在国际关系理论中，“双层博弈”是研究国际政治和国内政治互动的一种理论，自上世纪80年代提出以来受到国际关系学者的广泛关注。该理论对国际谈判有很强的解释力，不少学者运用该理论对国际问题进行案例研究，也为我们观察和解释国际知识产权谈判提供了崭新的视角。本文尝试运用双层博弈理论，以ACTA谈判为实证案例，通过对ACTA快速缔结协定而最终又被否决的政治经济原因的分析，发现影响国际知识产权谈判背后的政治经济因素，探索国际知识产权法律发展的一般规律，从而对未来国际知识产权秩序构建和我国参与知识产权全球治理得出一些有益的启示。

二、双层博弈理论

“双层博弈”是罗伯特·普特南1998年在《外交与国内政治：双层博弈的逻辑》一文中提出的一个理论框架，该理论框架主要用于分析国际谈判中国内与国际因素的互动关系，强调国内政治对国际关系的影响以及国际关系对国内政治的影响。该理论框架提出之后，在国际关系研究中产生了广泛影响，许多学者运用该理论框架对国际安全问题、经济争端、南北关系等进行了案例分析。也有学者从理论上对其加以充实和完善，比如米尔纳在双层博弈理论框架的基础上，引入不完全信息，强调信息不对称对国际合作的影响。本部分主要对双层博弈理论的核心观点进行介绍，为下一部分的分析打下理论基础。

（一）双层博弈理论的核心内容

双层博弈的核心理论可以概括为两个层次的博弈和两个阶段的谈判。普特南认为，参加国际谈判的政府首脑同时进行两场相互关联的政治博弈，一个是在国际场合与其他国家谈判代表的博弈，另一个是在国内场合与本国不同利益团体的博弈。为了说明这个两层次博弈，他把国际谈判比作对弈，并设想了这样的情景：在国际谈判中，每个政治领导人都同时坐在两个棋盘——国际棋盘和国内棋盘之前。国际棋盘对面坐着的是他的国外对手，而在其旁边坐着他的外交和其他国际顾问；国内棋盘的对面坐着的是各个政党、国会议员、国内机构代言人、主要利益集团代表以及领导人自己的政治顾问等（Putnam, 1998）。

为了说明问题的方便，普特南又把谈判的进程分为两个阶段：即国际谈判阶段和国内批准阶段。在国际谈判阶段，政治家之间经过谈判达成一项暂时的国际协议，这被称为第一个层次（Level I）；在国内批准阶段，每个国家内部的选民通过正式或者非正式的方式来决定是否批准或者实施这项协议，这被称为第二个层次（Level II）。即先开展国际谈判，达成暂时协议，但该协议只有获得国内选民认可，才能得到正式批准。^①第一阶段的谈判结果须由第二阶段批准或同意，这一点成为两个层面博弈之间的理论联系。“这表明，两个国家的谈判者仅仅是代表，他们的讨价还价是其中的一个层次，谈判的结果能否获得批准，还受到国内政治的影响，或者是由国内政治决定的”（李增刚，2010）。

对谈判者来说，双层博弈的复杂性在于对于同一个谈判者而言，在一个谈判桌上的理性举动，在另一个谈判桌上则可能是完全失策的（Putnam，1998）。在通过国际谈判以达成合作协议的过程中，不仅第一层次的博弈即谈判者之间在国际谈判桌上的博弈是重要的，而且谈判者与国内各种力量之间的博弈对合作协议的成败也至关重要。因此，核心决策者在制订政策时必须两者兼顾（王传兴，2001）。“一个总统不可能就国际条约举行谈判而丝毫不顾及其行为的国内影响”（张建新，2006）。

（二）“赢集”及其影响因素

由于在第一层次已经达成的协议必须在第二层次被国内选民认可，否则谈判的结果可能是无效的。因此，为了实现国际合作，对这两个层次的谈判，决策者都要同等认真对待。比较而言，国内层次的博弈更为重要，因为决策者关于国际谈判的立场是由其对国内能否批准的考量决定的（钟龙彪，2007）。那么，是什么决定了在第一层次达成的协议能在第二层次得到国内的批准呢？为了说明这一问题，普特南引入了“赢集”的概念。

1. “赢集”的含义。

在双层博弈理论中，普特南用“赢集”的概念分析两个国家进行谈判达成协议的可能性。赢集越大，达成协议的可能性越大；赢集越小，达成协议的可能性越小。那么，什么是赢集呢？按照普特南的定义，所谓“赢集”，也称“获胜集合”，是指所有在第一层次（国际谈判）达成的，并在第二层次（国内批准）表决时获得必要多数支持的协议范围。换句话说，赢集是协议能在国内层面得到必要多数支持的一个交集，同时又是在国际层面与他国谈判时能够提供的议价回旋余地的一个集合（郑春荣、夏晓文，2014）。

我们可以通过图1来理解赢集的概念。在图1中，阴影区域A和B分别代表甲国和乙国的国内赢集，阴影区域C则代表甲、乙两国赢集的重叠区域。该图表示，甲、乙两国能否在国际层面达成协议，取决于重叠区域C部分的大小，而重叠区域C部分的大小则是由甲、乙两国国内的赢集决定的。甲、乙两国国内的赢集越大，则重叠区域就会越大，在国际层面越容易达成协议；反之，甲、乙两国国内的赢集

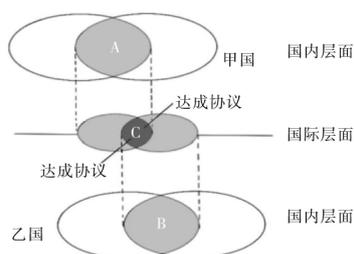


图1：双层博弈中的赢集

资料来源：作者自制。

越小，则重叠区域就会越小，在国际层面越难以达成协定；如果两个国家的赢集都比较小，不存在重叠区域，则协定就不能达成。因此，国际谈判能否成功、国际合作能否实现，最终主要取决于谈判国家国内赢集的大小。

“赢集”是双层博弈理论中的非常重要的核心概念。“赢集”概念的重要性表现在两个方面：其一，如果其他情况相同，国内赢集越大，第一层次的协议就越可能被批准；反之，协议越可能被否决。其二，各谈判者赢集的相对大小影响国际谈判联合收益的分配。某一谈判方的赢集越大，就越容易为其他谈判方所利用，谈判时越处于较为不利的地位。

2. 赢集大小的影响因素。

既然国际谈判能否成功主要取决于国内赢集的大小，那么，赢集的大小又是由什么决定的呢？根据双层博弈理论，赢集的大小主要由以下因素决定：国内层面各方的偏好、权力分配及可能的联盟；国内层面的政治制度；信息完全性及信息分配；议题的政治突出性；谈判者在国际层面所采取的策略；国际反作用；议题的单一性或复杂性等。下面对这些影响因素逐一进行分析。

(1) 国内层面各方的偏好、权力分配及可能的联盟。“在国内政治中，选民所具有的权力大小、偏好以及可能形成的联盟等，对什么样的协定可以获得通过具有决定性影响”（李增刚，2010）。首先，赢集大小取决于不同类型选民的比例关系。由于国际协定在国内会产生利益分配效果，有的人因其获利，有的人因其受损，因此，针对同一个协定在国内会形成不同的利益集团，这些利益集团拥有不同的偏好，他们对该协定的态度不同，获利者当然持支持态度，受损者当然持反对态度。为了实现自己的目标，反对者和受损者会形成不同的联盟，赢集的大小取决于国内反对者联盟和支持者联盟之间的力量对比。显然，支持者联盟的力量大于反对者联盟的力量，则赢集较大；反之，支持者联盟的力量小于反对者联盟的力量，则赢集较小；其次，赢集大小取决于国内选民受协定的影响程度。即使国内选民对某一协定的偏好相同，协定是否达成对国内利益集团的影响或者说带来的成本也不相同，“没有协定”对选民的损失越低，赢集越小。即在国际谈判中，如果相对于达成国际协定来说，选民不会因为双方不签订任何协定而遭受什么损失，或损失非常小的话，选民对协定的支持就低，赢集就小，此时国际协定的谈判就难以在国内获得通过。由

此我们也可以进一步推论，即“有协定”对选民的成本越高，赢集越小。

(2) 国内政治制度。赢集的大小还取决于谈判方的国内政治制度以及国际谈判者对于选民的自主程度。国际谈判者从国内选民获得的自主权越大，国内赢集就越大，达成国际协定的可能性也越大，但会降低其国际谈判地位（薄燕，2003）。在普特南的基础上，海伦·米尔纳（2010）进一步指出，“合作的可能性和内容依赖于立法权力的分配，在行政机构和立法机构共享权力时，行政机构提出的国际协定必须得到立法机构的批准，因此，行政机构和立法机构的相对地位对国际合作也有影响。当这些权力集中于行政部门时，合作的可能性依赖于行政部门偏好与外国偏好的接近程度，而且任何协定的内容都会更反映行政部门的偏好。当立法权力从行政部门转移到立法部门时，合作性协定的内容将更有利于立法部门。”“强硬的立法机构会降低合作的可能性”。

(3) 信息分配。为简化研究，普特南假设谈判者为单一、理性的行为主体，掌握了全部相关信息，这种简化虽方便建立研究模型，却不能涵盖复杂的现实情况，忽略信息分配对国际协定的影响是普特南理论中最缺失的要素，米尔纳对这一缺失进行了填补，将信息分配纳入双层博弈理论当中。米尔纳指出，信息问题在双层博弈中也是重要的，不完全或不对称信息会带来国内的不确定性。例如，有时候立法部门并不完全知道行政部门同外国谈判达成的协定内容，但是立法部门必须决定是否批准协定，这就会导致立法部门是否批准协定存在很大的不确定性。总的来看，不完全信息具有双重影响：一方面，这种不对称信息具有政治收益（成本），它让一些行为体能够使达成的协定更接近自己的偏好，而不是其他行为体的偏好；另一方面，不完全信息带来的不确定性导致无效率，因为这意味着立法部门有时会否决互利的协定。若存在国内信息不对称，达成国际协定的可能性就会降低，因为不掌握信息的国内行为体常担心被利用而不接受特定的国际协定，而如果他们掌握信息就会欣然接受。总之，完全信息的双层博弈和不完全信息的双层博弈的比较表明，不完全信息更容易导致合作的失败（海伦·米尔纳，2010）。

(4) 政治显著性。双层博弈理论认为，国内层次投票者的参与积极性会随着议题的政治化而发生变化，进而影响国内赢集的大小。一般而言，政治化、公开化程度越低，国内赢集越大；政治化、公开化程度越高，国内赢集越小。这也是为什么职业外交官都强调保守秘密对于谈判成功至关重要的原因（钟龙彪，2007）。

(5) 国际层次谈判者的策略。国际层次的谈判者所运用的策略也会影响国内赢集的大小。每一个处在国际层次上的谈判者都非常明确地力图使对方的赢集最大化，但是对于他自己的赢集来说，他的动机是不确定的。因为自己的赢集越大，谈判者的决策权就越大，谈判就越容易，但是这会弱化自己在国际层次的谈判地位。

(6) 国际反作用。不仅国内的政治过程、政治因素等会影响国际协定的谈判和批准，国际谈判中来自其他国家的压力或信息也会影响国内赢集大小，进而影响该

国批准或者否决第一层次谈判达成的协定。

(7) 议题的单一性或多重性。议题的单一性和多重性也是影响协议达成的一个重要因素。如果谈判议题比较复杂，那么由于国内的利益集团对不同的议题的政策偏好不同，如果国内的不同利益集团都坚持自己的立场，那么，协议就很难达成。这就要求谈判代表必须平衡、协调各方的立场，这增加了达成协议的难度，而单一议题则比较容易达成协议。

三、ACTA 谈判的双层博弈分析

ACTA 是发达国家为了加强国际知识产权执法而谈判的一个国际协定。从 2008 年 6 月谈判正式启动，到 2010 年 10 月最终协议文本达成，仅用不到 2 年半的时间，缔约方就迅速达成了协定。但在该协定的批准阶段，却遭到了来自欧洲内部的强烈抵制，并最终遭到欧洲议会投票否决，功败垂成（张猛，2012）。

那么，为什么 ACTA 在谈判阶段顺风顺水，却在国内批准阶段遭到否决呢？是什么力量将 ACTA 推上高山之巅，又使其坠落悬崖？国际关系中的双层博弈理论可以为我们提供一个很好的分析视角，帮助我们揭开这层神秘的面纱。

（一）谈判为什么顺利？

我认为 ACTA 能够快速达成协议的原因可以归结为以下几个方面：其一，ACTA 谈判采取复边体制，谈判成员有相同的偏好，第一层次谈判容易形成交集；其二，议题单一，扩大了各方国内赢集；其三，闭门立法，操控信息，暂时扩大了各方国内赢集；其四，美国国内赢集较大，立场较为柔和。

1. 复边体制。

在国际谈判中，多边谈判具有广泛的代表性，但是由于谈判成员的多元性、利益诉求多样性和谈判程序复杂性而往往会使谈判举步维艰、进展缓慢，而在成员范围较小的复边谈判中，谈判方往往是经过仔细挑选的，他们有着共同的政策偏好或接近的利益诉求，因而比较容易达成一致（衣淑玲，2010）。ACTA 共有 11 个缔约方，其中 9 个为发达成员，被称为“发达国家俱乐部”。^②由于谈判成员经济发展水平比较接近，在知识产权保护方面有着相近的偏好，即他们都认为知识产权为基础的产业对其经济发展发挥重要作用，应当加强知识产权保护，因此，他们对谈判具有相同的目标与期望，无须在谈判过程中多加让步，这与在 12 个经济发展水平和市场开放程度差距悬殊的成员之间展开的 TPP 谈判形成鲜明对比。从双层博弈视角来看，由于谈判方在知识产权问题上有相同的偏好和期望，参加谈判方国内赢集的重叠区域较大，在第一层次比较容易达成协议。此外，复边体制也可以使 ACTA 谈判规避多边体制繁杂冗长的程序，迅速达成共识。有学者在研究 ACTA 的谈判之后这样评论“作为实用主义政治，在较少公众参与的情况下，在选择谈判国家之间达成一个知识产权执行协定毫无疑问会比较容易。在有公众参与或者没有公众参与

的多边论坛达成这样的协定从来没有如此之快”（Weatherall K, 2011）。

2. 议题单一。

议题的单一性或多重性会影响获胜集合的大小，单一性的议题的国内赢集较大，而多重复杂议题国内赢集较小。与 TRIPS 谈判采取的“议题联系”策略相反，ACTA 谈判采取了“议题切割”策略，不仅将知识产权问题从整体的贸易问题中独立出来，而且还将知识产权执法问题从知识产权问题中分割出来进行单独的讨论。ACTA 专注知识产权执法问题，这使得谈判议题单一、问题清晰，有利于扩大国内赢集，使协定更容易达成。

3. 闭门立法。

ACTA 的谈判采取了极端秘密的谈判方式，被称为“偷偷摸摸的发达国家立法”。在草案公开之前，谈判各国对谈判过程和文本内容都未进行公开，即使谈判方立法机构都没有被告知谈判的细节（Farrand, 2015）。一些观察家批评说 ACTA 谈判的秘密水平与其他国际贸易协定相比是史无前例的，甚至把它视为“核机密”一样（Peter, 2011）。这种秘密谈判方式可以屏蔽和隔离来自于国内社会团体以及国际组织和发展中国家的反对声音，减少过多的舆论压力，简化与国内利益相关者的博弈过程，保证谈判的顺利进行，提高谈判效率。这实质上是通过“操控信息透明度”来扩大国内的赢集，促使协定快速达成。事实上，单纯就 ACTA 第一层次的谈判而言，这一策略达到了其目的。

4. 美国国内赢集较大且立场比较柔和。

美国政府一直把 ACTA 定性为一个单纯行政协议，不用国会批准即可生效实施。根据 USTR（美国贸易代表办公室）的说法，美国是在遵从国内法律的前提下进行的 ACTA 谈判，ACTA 与包括美国版权法、专利法和商标法现有法律是一致的，ACTA 在美国的执行不需要改变国内法（Shayerah, 2012）。谈判代表把 ACTA 定性为单纯行政协议，不需经国会批准，这其实是变相扩大谈判者的决策权，从而扩大其国内赢集，使得谈判更容易在国际层面达成协议。但是，国内赢集扩大会降低其相对于对手的谈判地位，这就是美国为什么在 ACTA 谈判中采取了比较柔和的立场，并做出了较大让步。

（二）协议为什么在欧盟被否决？

ACTA 谈判成员方一方面谋求在全球建立高标准的知识产权执法标准，另一方面又通过复边体制和闭门立法方式企图规避发展中国家和国内社会公众的反对意见，这虽然符合知识产权利益集团和某些谈判代表的意愿，但对知识产权多边体制和公民社会的核心价值和基本权利构成了极大的威胁，尤其是在特别珍视自由、民主、公平的欧洲，因此，ACTA 在欧洲遭到了来自社会各界的强烈抵制，导致国内赢集急剧缩小，最终被欧洲议会投票否决。此外，欧盟的政治制度和信息技术对协定的否决也产生了一定的影响。本部分将从国内赢集的影响因素出发，探讨 ACTA

被欧洲议会否决的原因。

1. ACTA 不利于知识产品使用人，导致反对者数量众多，国内赢集较小。

与知识产品的生产者相比，知识产品的消费者本身就数量众多。因为“在高度发达的信息社会，任何影响人们如何处理信息的规则必定影响人们生活其中的整个生活习惯。(Floridi, 2015)”ACTA 从知识产权保护的民事、行政、刑事、边境及数字环境执法等方面全面提高知识产权的执法标准(王宇, 2012)，对各个利益群体都会产生重要影响。知识产权国际执法标准的提高显然是有利于知识的生产者，而大幅压缩知识消费者的权利空间，遭到众多反对也就不足为奇。不仅如此，在知识产权的各种类型中，与商标和专利相比，作品的使用人是广大社会公众，数量众多，著作权规则的变化会涉及到众多人的利益，而著作权恰恰是 ACTA 的重点内容之一，因此，ACTA 的反对者有广泛的群众基础。此外，相对于美国的商业社会，作为公民社会的欧洲，支持知识产权的力量本来就不像美国那么强大。因此，在欧洲反对 ACTA 的力量很容易超过支持 ACTA 的力量，导致欧盟内部赢集较小。

2. ACTA 威胁到欧洲选民的基本权利和核心利益，导致“有协议”成本极高。

如前所述，选民数量方面的比例关系只是决定赢集的一个方面，赢集的大小还取决于选民对协定反对或支持的意志和决心，这种意志和决心又取决于他们受协定的影响程度，或者签订协定给他们带来的成本。可以认为，支持或反对协定的选民的数量与协定带来的成本的乘积决定赢集的大小。在数量一定的情况下，一项协定给选民带来的成本越高^③，对其影响程度越大，则他们越容易组织起来，反对的力度就越大，赢集越小。

欧洲是一个非常崇尚民主和自由的国家，ACTA 的实体内容和谈判过程威胁了欧洲社会最为珍视的知情权、隐私权、健康权、表达自由等基本人权。比如，秘密谈判方式，侵犯了公民的知情权；严格的知识产权海关措施，威胁到药物可及性与公共健康；鼓励服务提供商对互联网用户采取不受监督的监控措施，危及公民的隐私权和表达自由等。ACTA 触动了欧洲社会公众的核心利益与基本价值，带来了很高的社会成本和精神成本，不仅增加了反对者的数量，而且增强了反对者的意志和决心，使得赢集急剧缩小，最终遭到否决。比较而言，ACTA 在日本签署和批准比较顺利，大概是因为日本作为东方国家，比较重视集体权利，个体的隐私权、自由表达权等与西方国家相比没那么重要，对侵犯这些权利的行为容忍度较高。

3. 秘密谈判方式遭致公众反感和误解，引发合法性危机，缩小了赢集。

如前所述，ACTA 的秘密谈判方式减少了来自各方的阻力，扩大了谈判者的决策权和国内赢集，加快了 ACTA 第一阶段谈判的进程，使协定比较迅速达成，但是，这种赢集的扩大是通过屏蔽各利益相关方的反对意见和压力来实现的，因此是暂时的、虚假的，当这种屏蔽失败或解除之后，人为撑大的赢集就会急剧缩小。有的学者指出，“这种‘秘密的外衣’最初使 ACTA 的谈判人员免受外部的压力和外界的

批评,最终却事与愿违,引发了担忧、恐惧、谣言、指控、猜测和偏执”(Peter, 2011)。通过秘密谈判达成的协议让利益相关者充满了不信任和反感,甚至有一种被欺骗和耍弄的感觉,激起了公民和社会组织的强烈抗议,最终事实上缩小了第二层次的赢集。

秘密谈判方式也造成了不完全信息或者信息不对称问题。前已述及,信息的不完全或不对称容易导致合作的失败。ACTA 的秘密谈判方式导致大多数的利益相关者无法获取谈判信息,但有些特殊的集团却可以有特权获取。有评论者指出,“由于行业领袖和公司游说者通常在政府的贸易咨询委员会任职,他们可以获得 ACTA 的关键信息,而大多数消费者权益倡导者和公民自由团体却不能获得,政府对谈判文件的选择性披露造成了‘利益相关者获取不平等’的问题”(Reter, 2011)。电子先锋组织(EFF)的高管 Gwen Hinze 也抗议道“这关系到一个根本的公平问题。很明显,这项贸易协定的谈判文本和背景文件已经提供给了主要媒体版权所有者和制药公司在知识产权行业贸易咨询委员会的代表。然而,受到 ACTA 严重影响的公民必须依靠非官方的泄密来获得有关该协定的实质性信息,而且没有机会参与谈判进程。这种政策制定方法很难说是透明或平衡的”(Peter, 2011)。因此,至少在被排除在外的利益团体眼里 ACTA 的合法性受到质疑。总之,谈判成员处心积虑的秘密谈判方式是导致协定遭到否决的一个重要因素。正如欧洲议会议长舒尔茨指出的那样: 否决 ACTA 的关键问题是透明度和民主参与问题,而不是知识产权法(Farrand, 2015)。

4. 欧盟的政治制度。

ACTA 的失败还跟欧盟内部的政治制度密切相关,欧盟立法权力的转移也是 ACTA 被否决的一个重要影响因素。

首先,在欧盟的政治结构中,欧洲委员会、欧盟理事会和欧洲议会是三个重要的决策机构,他们代表不同利益团体的利益。欧盟理事会和欧洲委员会是产业集团利益的代表,而欧洲议会则是欧盟代议机关,其议员就由民众直选产生,代表社会公众的利益。由于 ACTA 协定的收益主要体现在经济方面,通过严格执法,打击盗版,增加知识产权产业集团的收益,其受益人是知识产权产业集团,因此,在 ACTA 谈判中,欧盟理事会和欧洲委员会对 ACTA 基本持支持态度; ACTA 除了会带来收益,也会产生成本,除了协定的执行成本(属于经济成本)之外,还会带来巨大的社会成本和精神成本,即对民主自由等基本人权的威胁,承担这些成本的主要是社会公众,因此,欧洲议会对 ACTA 基本持反对态度。根据欧盟政治权力划分,欧洲委员会代表欧盟参与 ACTA 谈判,但 ACTA 最终却需经过欧洲议会批准方可生效,结果正是由于欧洲议会行使了否决权,导致即将上岸的 ACTA 的搁浅。

其次,欧洲立法权力的转移影响了 ACTA 的命运。在欧洲政治权力结构中,欧洲议会的权力经历了一个逐步扩大的过程。在建立初期,欧洲议会在共同体事务中

仅发挥咨询机构的作用。《里斯本条约》生效后，按照欧盟最常用的普通立法程序，由欧洲委员会提交的立法草案必须通过欧洲议会的表决（张海洋，2014）”。这一要求实际上授予了欧洲议会的议员阻止 ACTA 批准的权利（Matthews & Žikovská, 2013）。《里斯本条约》使欧洲的立法权利从行政部门向立法部门转移，扩大了欧洲议会的立法权力，直接影响了 ACTA 国内批准。

最后，欧洲各机构权利的行使也影响了 ACTA 的命运。为了挽救 ACTA，2012 年 2 月 22 日，欧洲委员会请求欧洲法院对 ACTA 是否可能侵犯欧洲基本人权和自由做出判断。在欧洲法院给出评价结果前，尽管受到欧洲委员会的反对，欧洲议会中的国际贸易委员会（INTA）仍然坚持要求欧洲议会如期于 2012 年 6~7 月对是否批准 ACTA 进行投票。正是这次投票断送了 ACTA 的前程。试想，如果欧洲议会同意推迟投票，即等欧洲法院给出评价结果之后再行投票表决，可能会产生不同的结果。因为如果欧洲法院经过审查，认为 ACTA 不会侵犯欧洲基本人权和自由，并且与欧盟法律一致，那么基于法院的权威性，可能会改变一部分公众和议员对 ACTA 性质的认识，从而使他们对 ACTA 的态度发生转变，即从强烈反对转向温和反对、中立甚至支持，这样的话就会扩大欧盟的赢集，可能使协定在欧盟获得批准。

5. 网络技术为反 ACTA 联盟的形成与运作发挥了重要作用。

在知识产权保护问题上，知识产品的生产者集团成员数量较少，属于小集团，而知识产品的使用者数量众多，属于大集团，但是，近几十年来，知识产权保护水平却在知识产品生产者的推动下不断提高。其可能的原因在于：按照集体行动的逻辑，小集团由于成员数量少，成员之间讨价还价的成本较低，因此，成员较少的集团比成员较多的集团更易于组织集体行动（许云霄，2006）。因此，成员数量上居于劣势的知识产品生产者集团反而占了上风，在推动知识产权立法过程中发挥了更重要作用，大多数情况下左右了知识产权的立法方向和进程。知识产品的使用者尽管成员数量众多，但组织起来的成本很高，且存在免费搭乘者难题，因此，发挥的作用反而有限。但是，网络技术的发展，各种社交平台的使用，改变了人们的交流方式。“由于网络环境下复制和传播的高速度和低成本，匿名的特点，多人对多人的传播能力，互联网已经成为特殊有效的通讯方式”（Peter, 2011）。“即时的和无所不在的互联网能够把全球范围内的人随时联系起来，共同表达目标一致或类似的诉求，并采取协调行动（Farrand, 2015）”。互联网技术大大降低了知识使用者组织起来的成本，使得知识生产者集团和使用者集团的地位发生了很大的变化，这一点在 ACTA 谈判中得到了充分的体现。“当波兰总理唐纳德·图斯克宣布他打算批准 ACTA 时，在波兰发起了一项在线动员，创建一个以‘Nie dla ACTA’为题的 Facebook 页面，该页面创建之后的 48 小时内，就获得了 10 万次的浏览量，并且有 148 名在线积极分子协调了线下行动，在克拉科夫和弗罗茨瓦夫分别有 15000 人和

5000人参加了线下的示威活动”(Farrand, 2015)。不仅如此,网络技术也让ACTA谈判内容无处遁形,维基解密从2008年5月就公布了疑似ACTA讨论文本,在整个谈判过程中,被先后解密或公布的谈判文本至少有8个之多。

6. ACTA的政治显著性的变化。

赢集大小与议题的政治显著性有关,Farrand(2015)在研究欧洲立法过程的“游说”问题时发现,议题的政治显著性不同时,产业代表和选民在立法中的作用也不同。“当议题的显著性低,选民认为相对于其他问题不是很重要时,产业代表能够有效地塑造立法结果。当议题的政治显著性高,对选民变得重要时,产业代表的这种能力将实质性减弱。ACTA的失败表明立法成功并不取决于‘大的商业集团需要什么’,而是政治显著性的变化”(Farrand, 2015)。

随着谈判的进展,ACTA的政治显著性迅速提升。刚开始,人们以为ACTA不过是一个关于反假冒和盗版的协定,并未引起人们的重视,政治显著性较低,在此情况下,产业代表发挥了很大的作用,谈判也基本是按照他们的意图进行,并很快达成了协定,但后来发现它威胁到隐私权、表达自由、药品获取等基本人权问题时,ACTA在选民心目中的重要性急剧上升,遭到了公众的大规模抗议和反对,这时,产业集团的声音被淹没了。有学者指出,“当ACTA不再是有关知识产权的有效保护问题,而是有关审查、商业秘密和缺乏民主的问题,ACTA的显著性发生了巨大的变化”(Farrand, 2015)。我们也可以从媒体有关ACTA的新闻报道数量的变化中看出ACTA政治显著性的这种变化。在最初宣称ACTA存在到2011年12月,英国广播公司以及《卫报》和《电讯报》共报道了25个有关ACTA的新闻,而从2012年1月至ACTA被否决的2012年7月,这几个媒体共报道了39个有关ACTA的新闻,在最后6个月时间里报道的新闻数量几乎是前3年的两倍,并且这些报道大部分是负面的(Farrand, 2015)。此外,ACTA的秘密谈判方式也增加了公众的关注度,提高了ACTA的政治显著性,因为谈判方越是保密,谈判文本的内容就越是激发人们对它的关注和批评。总之,ACTA政治显著性的提高导致社会公众的作用加强,使得社会公众的作用超过知识产权利益集团的力量。

7. 国际反作用。

如前所述,来自其他国家的压力和信息也会影响协定的国内批准。在ACTA谈判中,“发达国家俱乐部”的封闭谈判模式引起了许多有识之士和发展中国家的强烈不满和批评。有学者批评道“ACTA是一些富有的知识产权强国和集团对世界其他地区引发的外交政变,表明他们对公开的多边主义的令人不安的排斥反应。全球共识以及发展中国家需要的行为全都被漠视,ACTA威胁到了世界的繁荣、安全和健康”(Shaw, 2008)。中国和印度在WTO分别就ACTA谈判另行开辟新的论坛表达了关注和批评,主张ACTA中存在许多“TRIPS-Plus”规定,如果ACTA生效,这些规定会不断侵蚀多边贸易体制中其他国家的利益。这些批评得到了许多发展中国家的支持。来自发展中国家批评当然不是ACTA批准或否决的决定性因素,但是,

这些批评的确造成了道义上的压力，产生了一定的间接影响。

通过以上分析，我们可以看出，ACTA 通过复边机制、闭门立法等手段进行谈判，在谈判阶段刻意规避发展中国家和国内社会公众的反对意见，使得谈判阶段国内有较大的赢集，因而谈判进展比较顺利，很快达成协议。但是这种赢集是虚幻的、不真实的，是通过“操控信息”实现的，所以，当谈判完成之后进入批准阶段时，谈判文本向社会公开，这种虚化的“大赢集”的肥皂泡就像被大风吹破一样，急速缩小，最终导致被否决的命运。在 2012 年 6~7 月欧洲议会部分委员会和欧洲议会针对 ACTA 的投票中，反对票远远超过赞成票，尤其是在欧洲议会全体议员的投票中，反对与赞成的比例高达 478:39（另有 165 票弃权），反对者超出赞成者达 11 倍之多，从这一悬殊比例我们可以看出 ACTA 在欧盟的赢集是多么的小。

四、启示

通过对 ACTA 迅速达成协议又被否决的双层博弈分析，我们可以得到如下启示：

第一，知识产权国际立法应当公开民主。尽管 ACTA 中包含有一些 TRIPS-plus 条款，但是基于各方面的压力和妥协，ACTA 被不断参水稀释，与最初文本相比，最终文本包含了更多的保障措施，更少具体的和严格的条款（Weatherall K G, 2011），在保护强度上已大为减弱，被称为“清淡款 ACTA”，与参加谈判的发达国家的立法差异并不大，履行 ACTA 基本不需要修改国内法律。既然如此，为什么 ACTA 还遭致如此强烈的反对呢？笔者认为，很大程度上是因为其采用的秘密谈判方式。一方面，这种谈判方式本身就让人反感，尤其是让一些产业集团可以获得谈判信息，而对社会公众却竭力封锁消息的行为，不仅不符合透明度的要求，而且违背公平原则，这激起了公众的愤怒；另一方面，由于采取秘密谈判方式，缺乏与社会公众和立法机构的沟通、协调，造成许多怀疑和误解，反对者与其说是建立在 ACTA 的理性分析基础上，不如说是建立在感性的恐惧和愤怒的基础上。可以说，ACTA 遭到反对和否决的根本原因并不在于其实体条款规定了多么高的标准，或者说会对公民的基本权利造成多么大的伤害，而是其闭门造法的秘密谈判方式所致。在互联网时代，这种秘密立法方式更不可取，因为互联网时代任何不透明的暗箱立法几乎是不可能的，谈判方的保密行为并不能阻止谈判细节和草案文本通过互联网泄露。秘密谈判这种策略可能会激起人们的好奇心和求知欲，欲盖弥彰，导致适得其反的结果。因此，在国际知识产权立法中，我们应当坚持公开、民主、透明的立法原则，充分尊重和吸收各种利益相关者的意见，才能保证协定的最终达成。

第二，知识产权国际立法应当开放包容。“虽然 ACTA 的设计者即美国等主要发达国家清楚地认识到，未来该协定的有效执行离不开发展中国家的参与，但在谈判阶段它们却一直刻意避免发展中国家的有效参与”（刘银良，2014）。ACTA 这种“发达国家俱乐部”的封闭性的谈判模式遭到了发展中国家的批判，虽然这不是导致其失败的主要原因，但是却产生道义上的压力，是 ACTA 失败的一个间接因素。

事实上,在全球化时代,各国的命运是紧密联系在一起,不同国家和地区已是你中有我、我中有你,一荣俱荣、一损俱损。发达国家的繁荣发展不可能建立在发展中国家的贫穷落后之上。知识产权制度是知识经济社会的基本制度,在一定程度上决定着国际政治经济利益的分配,因此,世界各国围绕国际知识产权规则制定的博弈非常激烈。国际知识产权保护作为一个国际问题,需要多方协商,只能在多边舞台获得解决。实现知识产权法律的有效执行,也离不开各类国家和各类主体有效参与。因此,在知识产权国际立法中,应当贯彻人类命运共同体的理念,坚持多边主义,以建立包容有效的国际知识产权制度为目标,本着共商、共建、共享的原则,世界各国一道共同推动知识产权国际立法进程。

第三,知识产权国际立法应当利益平衡。众所周知,利益平衡是知识产权法律的基本原则。如果说 ACTA 的失败是欧洲公民社会抵制的结果,那么,20 多年前签订的 TRIPS 协定同样被认为代表发达国家知识产权利益集团的利益,为什么就没有因公众反对而失败呢?笔者认为,除了秘密谈判方式之外,ACTA 欠缺 TRIPS 的利益平衡机制可能是其中一个重要原因。TRIPS 的谈判具有公开性,参与主体广泛,既有发达国家,也有发展中国家,尽管发展中国家在谈判中居于劣势地位,但也在一定程度上起到了制衡作用,经过了比较充分的讨价还价,使得 TRIPS 在一定程度上考虑了发展中国家和知识产权使用人的利益,规定了许多灵活性条款,体现了利益平衡这一知识产权制度最根本的原则。因此,尽管 TRIPS 在开始的时候受到了发展中国家的抵制,谈判进行得也非常艰难,但最终却获得了很大的成功,成为目前规范国际知识产权秩序最重要的国际公约。

ACTA 的谈判采用“发达国家俱乐部”的秘密谈判方式,主要发展中国家被有意识地排除在外,发展中国家及知识产权使用人的利益几乎被忽略,只顾赋予权利人强化的知识产权保护措施,却未规定必要的例外和限制知识产权滥用的措施,打破了发达国家与发展中国家、产权人与使用者之间的权益平衡。“我们面临的真正挑战是设计一个法律和道德体系,在这个体系中实现令人满意的平衡”(Floridi, 2015)。因此,在国际知识产权立法中,我们应当坚持知识产权利益平衡原则,不仅要考虑发达国家的利益,也要考虑发展中国家的利益,不仅要保护权利人的利益,而且要保护使用人的利益,这样的知识产权规则才能受到各国的欢迎并有长久的生命力。

第四,发展中国家应当善于发现和利用“沉默的盟友”的力量。在谈判对手的国内,由于偏好的异质性,往往会存在与本国立场相近的集团,在国际谈判中,对手国内的这样的集团是可以借助的力量,这被有的学者称为“沉默的盟友”。“在某些情况下,第二层次选民中的裂痕可能跨越第一层次的分歧,使第一层次的谈判者在对手国内的谈判桌上找到‘沉默的盟友’,这样,跨国同盟就会出现。不管这样的跨国同盟是隐形的还是显形的,都是国内利益集团向各自的政府施压,国内政治和国际政治在谈判过程中发生了互动,影响着国际谈判的结果”(王绍平,2009)。

在全球化时代, 公民社会早已超越国家的界限, 在区域、国际或全球范围内具有明确诉求。“在共同的权利概念和话语体系下, 发达国家内部反对知识产权过度强化的力量(包括 NGO 和学术界等) 可以方便地和发展中国家的社会力量联合起来, 反对知识产权制度的不合理扩张”(刘银良, 2014)。发展中国家在参与国际知识产权谈判时, 应当善于发现和利用发达国家内部知识产权异质性矛盾, 在对手国内的谈判桌上找到这种“沉默的盟友”, 利用“沉默的盟友”的力量向对方政府施压, 获得更有利的谈判结果。

(通讯作者 徐元电子邮箱: congyu100@163.com)

注释:

- ① 一般来说, 这个过程是经过国会的批准来进行。
- ② 仅有的两个发展中成员也已经与美国签订了自由贸易协定, 在知识产权保护问题上与美国已经保持一致的步调。
- ③ 这里的成本除了经济方面的成本, 也应当包括社会成本和精神成本。

参考文献:

- 薄燕. 2003. 多层次博弈理论: 内在逻辑及其评价[J]. 现代国际关系(6): 54-60.
- 海伦·米尔纳著, 曲博译. 2010. 利益、制度与信息: 国内政治与国际关系[M]. 北京: 上海人民出版社.
- 李增刚. 2010. 双层博弈框架下国际贸易政策选择理论研究[M]. 北京: 经济科学出版社.
- 刘银良. 2014. 国际知识产权政治问题研究[M]. 北京: 知识产权出版社.
- 王传兴. 2001. “双层博弈”理论的兴起和发展[J]. 世界经济与政治(5): 36-39.
- 王绍平. 2009. 多哈回合农业谈判中的多层次博弈与中国的对策研究[D]. 中国海洋大学.
- 王宇. 2012. 谁在反对 ACTA[N]. 中国知识产权报.
- 许云霄. 2006. 公共选择理论[M]. 北京: 北京大学出版社.
- 衣淑玲. 2010. 《反假冒贸易协定》谈判述评[J]. 电子知识产权(7): 70-77.
- 张海洋. 2014. 欧盟利益集团与欧盟决策: 历史沿革、机制运作与案例比较[M]. 北京: 社会科学文献出版社.
- 张建新. 2006. 权力与经济增长——美国贸易政策的国际政治经济学[M]. 上海: 上海人民出版社.
- 张猛. 2012. 知识产权国际保护的体制转换及其推进策略——多边体制、双边体制、复边体制[J]. 知识产权(10): 80-89.
- 郑春荣, 夏晓文. 2014. 中欧光伏争端中的欧盟与德国——基于三层博弈理论的分析[J]. 德国研究(1): 18-29 + 125.
- 钟龙彪. 2007. 双层博弈理论: 内政与外交的互动模式[J]. 外交评论(2): 61-67.
- Farrand, B. 2015. Lobbying and Lawmaking in the European Union: The Development of Copyright Law and the Rejection of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement[J]. Oxford Journal of Legal Studies, 35(3): 487-514.
- Floridi, L. 2015. ACTA: The ethical analysis of a failure and its lessons[J]. Ethics Inf Technol, Issue, 17(2): 165-173.
- Matthews, D., Žikovská, P. 2013. The Rise and Fall of the Anti-Counterfeiting Trade Agreement(ACTA): Lessons for the European Union[EB/OL]. <https://doi.org/10.1007/s40319-013-0081-y>.
- Peter, K. Y. 2011. Six Secret(and Now Open) Fears of ACTA[J]. SMU Law Review, 64(2): 975-1094.
- Putnam, R. D. Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games[J]. International Organization, 42(3): 427-460.
- Shaw, A. 2008. The Problem with the Anti-Counterfeiting Trade Agreement[EB/OL]. <http://www.kestudies.org/ojs/index.php/kes/article/view/34/59>.
- Shayerah, J. 2012. The Proposed Anti-Counterfeiting Trade Agreement: Background and Key Issues[EB/OL]. <https://dig->

ital. library. unt. edu/ark: /67531/metadc806509/m2/1/high_res_d/R41107_2012Jul13. pdf.

Weatherall K. 2011. Politics ,Compromise ,Text and the Failures of the Anti -Counterfeiting Trade Agreement [J]. Sydney Law Review 33(2) : 229-266.

Weatherall K. G. 2011. Intellectual Property in ACTA and the TPP: Lessons Not Learned [EB/OL]. <https://works.bepress.com/kimweatherall/24/>.

Influencing Factors and Enlightenments of International Intellectual Property Rules Making: Analysis of ACTA Negotiation Based on the Theory of Two -level Game

XU Yuan

Abstract: In the international intellectual property(IP) law-making activities, different IP agreements have gone through different negotiation processes, and the outcomes are also quite different. Some have achieved success, while others failed. Therefore, what factors determine the fate of international negotiations on intellectual property right(IPR)? It is obviously impossible to find a satisfactory answer to this question just from the perspective of law. It is necessary to conduct interdisciplinary analysis with the theories and tools of international politics and international relations. This paper attempts to use the theory of two-level game in international relations and take the Anti -Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) as an empirical case to analyze the negotiation and approval of ACTA from the aspects of the voters' preference and power distribution, domestic political system, asymmetric information, political significance, etc., trying to explore the political and economic factors behind the formulation of international IP rules. The paper aims to enrich the case bases of international relations research, and draw some useful enlightenments for the future construction of international IP order and China's participation in the global IPR governance.

Key words: Anti - Counterfeiting Trade Agreement (ACTA); two -level game; winning set; intellectual property right(IPR)

(责任编辑 罗远航 责任校对 孙秀丽)