

【郑成思】:中国的知识产权保护远远不够 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E3_80_90_E9_83_91_E6_88_90_E6_c122_485933.htm 不创自己的品牌，永远只能给别人打工 我国现在处于知识产权制度完善的十字路口。远不到位的保护与尚有缺失的权利限制（广义的，即授权前与后的限制）问题都有待解决。但有一个重点放在何处的的问题，也就是"定位"问题。"定位"是要认清我国知识产权保护现状。我们可以与发达国家比，也可以与不发达国家乃至最不发达国家比，看看是高了还是低了。当然比较有可比性的，还是与经济发展水平相当的发展中国家比。例如，与印度、韩国、新加坡一类国家比，我们的保护水平是过高了还是不够。"定位"是决定"加强知识产权保护"还是退出"已经超高保护"的误区之前必须做的事。否则，"不审势即宽严皆误"，这是古人早就告诫我们的。"定位"时当然要考虑到知识产权知识的普及状况。在大多数人对某个法律基本不了解时，该法本身或者该法实施的"过头"（至少是人们普遍认为的"过头"），往往是与该法本身或者该法实施的远不到位并存的。江苏省今年4月征求意见的"知识产权战略"草案中，把"5年内让50%的居民懂得什么是知识产权"作为一项任务，实在是符合中国实际的。到有一天中国的多数企业都能够像海尔、华为那样借助知识产权制度开拓市场，而不是总被别人以知识产权大棒追打，给中国的知识产权保护定位就不会像现在这么困难了。过去，诸如分不清科学发现与实用发明的不同法律地位，不加区分地一概抢先宣传，曾经使我们失去了相当一部分本来应属于我们的专利成果。现在情况多少有好转。

当然，如果自己确信别人不依赖自己就不可能独立搞出同样的发明，那就可以选择以商业秘密的途径保护自己的成果，而无需申请专利。日本在过去几十年里，提出过“教育立国”、“科技立国”等等口号。只是在这次的《知识产权战略大纲》中才开始反思过去各种提法的不足。大纲中谈到的“知识产权战略”，包括创新战略、应用战略、保护战略、人才战略。过去讲“教育立国”仅仅涉及人才一方面，讲“科技立国”则只涉及创新战略这一方面中的一部分，都没有讲全，也没有抓住要点。日本的这种反思，实际上也很值得我们反思。例如，我们直到现在可能有很多人仍旧不懂得，知识创新或者信息创新决不仅仅是技术创新的问题。国际上认可的“名牌”，我国只有“海尔”一个。在我国颁布了几部知识产权法之后的相当长时间里，许多人对商标的重视程度，远远低于其他知识产权。在理论上，有的人认为商标只有标示性作用，似乎不是什么知识产权。在实践中，有的人认为创名牌，只是高新技术产业的事，初级产品（诸如矿沙、粮食等等）的经营根本用不着商标。实际上，一个商标，从权利人选择标识起，就不断有创造性的智力劳动投入。其后商标信誉的不断提高，也主要靠经营者的营销方法、为提高质量及更新产品而投入的技术含量等等，这些都是创造性劳动成果。发达国家的初级产品，几乎无例外地都带有商标在市场上出现。因为他们都明白：在经营着有形货物的同时，自己的无形财产--商标也会不断增值。一旦自己的有形货物全部丧失，至少自己的商标仍有价值。“可口可乐”公司的老板曾说，一旦本公司在全球的厂房、货物全部失于火灾，自己第二天就能用“可口可乐”商标作质押，贷出资金恢复生产。因为每年“金融世界”

都把"可口可乐"价值评估到数百亿美元。我们曾有理论家告诉人们：如果一个企业倒闭了，它的商标就会一钱不值。实际上，企业倒闭后，商标还相当值钱的例子很多。例如1998年3月，广州照相机厂倒闭，评估公司给该厂的"珠江"商标估了4千元人民币，许多人还认为估高了。而在当月的拍卖会上，这一商标卖出了39.5万元！企业多年靠智力劳动投入到商标中的信誉，决不会因一时经营失误（或因其他未可预料的事情）或企业倒闭而立即完全丧失。可见，提高我国经营者（尤其是大量初级产品的经营者）的商标意识，对发展我国经济是非常重要的。此外，不创自己的牌子，只图省事去仿冒别人的牌子，除了会遭侵权诉讼外，永远只能给别人做宣传，或者给别人打工。发达国家在20世纪末之前的一二百年中，以其传统民事法律中物权法（即有形财产法）与货物买卖合同法为重点。原因是在工业经济中，机器、土地、房产等有形资产的投入起关键作用。20世纪八九十年代以来，与知识经济的发展相适应，发达国家及一批发展中国家（如新加坡、菲律宾、印度等等），在民事立法领域，逐步转变为以知识产权法、电子商务法为重点。这并不是说人们不再靠有形财产为生，也不是说传统的物权法、合同法不再需要了，而是说重点转移了。原因是：在知识经济中，专利发明、商业秘密、不断更新的计算机程序等无形资产在起关键作用。随着生产方式的变动，上层建筑中的立法重点必然变更。一批尚未走完工业经济进程的发展中国家，已经意识到在当代，仍旧靠"出大力、流大汗"，仍旧把注意力盯在有形资产的积累上，有形资产的积累就永远上不去，其经济实力将永远赶不上发达国家。必须以无形资产的积累（其中主要指"自主

知识产权"的开发)促进有形资产的积累,才有可能赶上发达国家。重要的不是拾遗补缺,而是加紧立法自1979年刑法开始保护商标专用权、中外合资企业法开始承认知识产权是财产权以来,20多年不断的立法与修法,尤其是加入WTO前为符合国际条约要求的"大修补",使中国的知识产权法律体系基本完备甚至超高了。这是国内外许多人的评价。不过,远看10年前已立知识产权法典的发达国家法国、两年前已缔结法典式知识产权地区条约的安第斯国家,近看目前已开始实施"知识产权战略"的日本、软件出口总把我们远远甩在后面的印度,然后再着重看一看我们自己执法与司法中对法律的实际需求,我们就有必要在欣然面对基本完备的这一体系的同时,默然反思一下中国的知识产权法律体系还缺些什么?从大的方面讲,我国的许多文件中多次提到知识产权。把它们归纳起来,包括三层意思:第一,加强知识产权保护;第二,取得一批拥有知识产权的成果;第三,将这样的成果"产业化"(即进入市场)。这三层是缺一不可的。把它们结合起来,即可以看作是我们的知识产权战略。"保护"法的基本完备,则仅仅迈出了第一步。如果缺少直接鼓励人们用智慧去创成果(而决不能停留在仅用双手去创成果)的法律措施,如果缺少在"智力成果"与"产业化"之间搭起桥来的法律措施,那就很难推动一个国家从"肢体经济"向"头脑经济"发展,要在国际竞争中击败对手(至少不被对手击败),就不容易做到。上述第一层的法律体系是必要的,但如果第二与第三层的法律不健全,在当代会使我们处在劣势的竞争地位,以信息化带动工业化的进程,也可能受阻。所以,我感到当前最为迫切的,是认真研究这两层还需要立哪些法。到这后面两层

的立法也基本完备之后，我们再来考虑我国知识产权法中已有的"保护"法（或加上将来补充的"鼓励创新"法与"搭桥"法）是散见于单行法好，还是纳入民法典好，抑或是自行法典化好。对此，不妨用较长时间去讨论。当然，现在"保护"法（并不是说它们只有"保护"规定，其中显然有"取得"、"转让"等等规范，只是说与"鼓励创新"与"搭桥"相比，现有法主要是落脚在"保护"上）也有自身应予补上的欠缺。其中多数问题，也可能要用较长时间去讨论。例如，对于我国现有的长项--传统知识及生物多样化--尚无明文保护；对反不正当竞争的附加保护尚定得残缺不全。此外，本来几个主要法（专利法、商标法、版权法）可以一致的某些细节，还很不一致。例如，专利法中对于仅仅自然人能够搞发明是十分明确的。而著作权法中却让人看到"法人"居然动起脑子"创作"出作品来了！在专利领域人们都很明白：仅仅承认自然人动脑筋搞发明的能力，不会导致否认法人可以享有发明成果。而著作权立法中则为认定法人在许多场合享有创作成果这一事实，就干脆宣布法人可以用脑子去创作（而不是说法人单位的自然人职工搞创作，然后由法人享有相应成果）。但这些理论及实际上的欠缺，均属于补缺之列。实践在发展，人们的认识也在发展，所以这种补缺，可能永远没有穷尽。我们切不可把立法的重点与补缺相混淆，尤其不能颠倒主次。在整个民商法领域是如此，在知识产权法领域也是如此。"重点"是要立即去做的，是不宜花很长时间去讨论的。况且，中国要有自己的创新成果产业化，对此人们的认识是比较一致的。如果把真正的立法重点扔在一边，集中力量去补那些永远补不完的缺，历史会告诉我们：这是重大失误。我国宪法2004年修

正案明确了对私有财产的保护，这在国内均引起巨大反响。作为私权的知识产权是私有财产权的一部分，有人还认为，在当代，它是私有财产权最重要的部分。在我们考虑中国的知识产权战略应当如何制定时，宪法2004年修正案中关于私有财产的保护和权利限制内容的增加，更有其指导意义。至少，《著作权法》第一条与《专利法》第十四条，都实实在在地有了宪法依据。知识产权保护的弊端，不是“往回收”的理由。进入21世纪，一些国家立足于知识经济、信息社会、可持续发展等等，提出了本国的知识产权战略，尤其是日本2002年出台了《知识产权战略大纲》，2003年成立了国家知识产权本部。几乎在同时，知识产权制度建立最早的英国发表了《知识产权报告》，知识产权拥有量最大的美国则在立法建议及司法方面均显示出至少专利授予的刹车及商标保护的弱化趋势。面对这种复杂的国际知识产权发展趋势，我国应当做何选择呢？改革开放20多年来，中国知识产权制度走了一些国家一二百年才走完的路。这个速度，使相当多的人感到“太快了”。加入WTO两三年后，外国知识产权人在中国的诉讼（以及“以侵权诉讼相威胁”）开始大大增加，许多学者和企业开始感到了压力，抱怨依照WTO要求修改的知识产权法“超过了中国经济发展水平”，要求往回收。相当一部分人认为当前我国知识产权保护已经过度，产生了失衡，提出应当重点打击知识霸权与制止知识产权滥用，而不是保护知识产权。另一方面，像王选一类发明家、谷建芬一类音乐家，以及名牌企业（它们始终只占中国企业的少数），则一直认为中国知识产权保护离有效保护他们的权利还存在较大差距。这种认识上的巨大反差使我们在“定位”时必然产生困

难。如果中国知识产权战略的制定者就在矛盾中把"往前走"和"往回收"这两种思想写入同一篇文章，这篇文章不太可能写好。思科对华为的诉讼、6C集团向中国企业索取使用费等事实，似乎支持着前一种认识。与地方保护主义结合的商标假冒、盛行的"傍名牌"使国内诚信的名牌企业多数做不大、无法与国际竞争对手抗衡的事实，盗版使大批国内软件企业不得不放弃面对国内市场的自主研发、转而为外国公司的外国市场做加工、以避开国内盗版市场、从国外收回一点劳务费的事实，又好像支持着后一种认识。知识产权制度的本质是鼓励创新，不鼓励模仿与复制。这种制度利弊几何，还会长期争论下去。例如，上世纪80年代初即不赞成在中国搞专利制度的人，至今仍认为专利制度阻断了企业无数仿制与复制的机会，对我国经济是不利的。不过，"温州制造"不断在国际市场上被"温州创造"所取代，后者成本远低于前者，获得却远高于前者的事实，应当使人们对专利制度的利弊十分清楚了。当中国的名牌企业及外国教授同样对中国法学院学生讲"知识产权或许是今天唯一最重要的私有财富形式"时，我们的学者则论述着"人要生活离不开有形财产"。几乎在同一时期，海尔集团的老总说：虽然该集团几乎在世界各地都有工厂（有形财产），但与该集团享有的知识产权相比，这些有形财产的分量很轻。看来，成功的企业家比学者更明白：在当代，有形财产的积累，是靠无形财产（主要是知识产权）去推动的。从这个意义上讲，称"知识产权"更重要或最重要，并无不当。而在这里插上一句"生活离不开有形财产"，虽似精辟，却文不对题。知识产权制度绝非无弊端。中国古语"有一利必有一弊"，不唯知识产权制度如此。但只要其

利大于弊，或通过"趋利避害"，可使最终结果利大于弊，就不应否定它。至少，现在如果再让科技、文化领域的创作者们回到过去的科技、文化成果"大锅饭"的时代，恐怕只有议论者，并无响应者。至于创作者与使用者权利义务的平衡上出现问题，可以通过不断完善"权利限制"去逐步解决。知识产权制度中对我们自己的长项（例如传统知识）保护不够，也可以通过逐步增加相关的受保护客体去解决。总之，牵动知识产权这个牛鼻子，使中国经济这头牛跑起来，袁隆平、王选等人已经做了，更多的创新者还将去做。我国一批真正能打入国际市场并且站住脚的企业，重工业中的宝钢、家电产业中的海尔、计算机产业中的联想，也正是这样做的。用他们的话来说，就是"以信息化促工业化"。在信息创新时代，只有越来越多的人这样做下去，中国才有可能在更高层次上再现"四大发明"国度的异彩。这也就是我们常说的"民族复兴"。任何私权与公共利益之间，都不仅有"平衡"问题，而且有前者服从后者的问题，不唯知识产权如此。任何私权的所有人与使用人、所有权人与用益权人之间、不同权利之间，却未必存在"平衡"问题，或主要不是所谓"平衡"问题。这两组问题是不应被混淆的。由于作为物权客体的有形物（特定物）不太可能被多人分别独立使用，因此在物权领域不太可能发生把使用人的利益与公共利益混淆的事。而作为知识产权客体的信息（无论是技术方案、作品，还是商标），由于可以被多人分别独立使用，在知识产权领域把使用人的利益与公共利益混淆的事就经常发生。现在多数"知识产权平衡论"均存在这种混淆。而这又是进行知识产权战略研究之前必须搞清楚的基本理论问题。另外，权利滥用现象的存在与否，

与权利保护的法律制度水平的高与低，本不是一回事，也无必然联系。这二者也是目前被众多学者混淆起来并大发议论的题目之一。例如，在我国物权法尚未独立成法、物权保护水平不可言高的今天，滥用物权（如加高建筑遮人阳光、路上设卡阻人通行等等）现象并不少见。所以，我们有必要在立法中禁止知识产权的滥用，与我们是否有必要宣布我国依Trips协议提高了的知识产权保护"超高"了、应当退回来，是完全不同的两个问题，只能分别研究、分别作结论。趋利避害，需要在立法和执法等方面多做研究把仅仅适合发达国家（乃至个别发达国家）的知识产权制度强加给全世界，是发达国家的一贯做法。发展中国家的抗争，从总体的制度层面上从未奏效过。1967年伯尔尼公约修订的失败，1985年大多数国家反对以版权保护计算机软件的失败，Trips协议谈判时秘鲁与巴西等建议的失败，都是实例。我们在经济实力尚无法与发达国家抗衡的今天，是接受对我们确有弊端的制度，然后研究如何趋利避害，还是站出来作为发展中国家的领头羊再度发起一次1969年或1985年那样的战役，力促国际知识产权制度从Trips协议退回来、退到对发展中国家较为公平的制度？这也是确定我们的知识产权战略时必须考虑的一个重大问题。此外，许多人在抱怨我国知识产权保护水平"太高"时，经常提到美国20世纪30年代、日本20世纪六七十年代与我国目前经济发展水平相似，而当时它们的知识产权保护水平则比我们现在低得多。这种对比用以反诘日、美对我国知识产权保护的不合理的指责，是可以的。但如果用来支持他们要求降低我国目前知识产权保护立法的水平，或批评我国不应依照WTO要求提高知识产权保护水平，则属于没有历

史地看问题。20世纪70年代之前，经济全球化的进程尚未开始。我们如果在今天坚持按照我们认为合理的水平保护知识产权、而不愿考虑经济全球化要求以及相应国际条约的要求，那么在一国范围内看，这种坚持可能是合理的，而在国际竞争的大环境中看，其唯一结果只能是我们竞争中被淘汰出局。使知识产权制度有利的一面不断得到发挥，不利的一面不断受到遏制，除了靠立法之外，就主要靠执法了。而在知识产权执法中，法院的作用永远是在首位的。因为对知识产权这种私权，行政执法的作用，在国外、在中国，均是逐步让位于司法的。由于中国知识产权法的行文总体讲尚未完全摆脱传统立法“宜粗不宜细”之弊，故法官对法的解释，法官的酌处权，从而中国法官的素质，中国的知识产权司法结构，就显得十分重要了。对于偶然的、仅仅出于过失的侵权，与反复的、故意的侵权不加区分，同样处理，既是许多人认为中国知识产权保护过度的主要原因，也是许多人认为保护不力的主要原因。解决这个问题既要有更加细化的法律，也要有更合理的司法解释和更高的法官素质。如果大家注意到，面对中国目前这种侵权严重与权利滥用同样严重的复杂状况，在如何评价我们的知识产权制度这个问题上，法院的观点似乎比许多学者的观点更为可取。在立法之外的对策方面，国际组织（包括欧盟之类地区性国际组织）的立法及研究结果对我们的影响，外国（例如美国、日本、印度、俄罗斯等）立法及国家学说对我们的影响，我们均应研究。此外，几个外国如果联手，将对我们产生何种影响，我们更应当研究。例如，对于我们发明专利的短项“商业方法专利”，国家专利局固然可以通过把紧专利审批关，为国内企业赢得时

间。但那终究不是长远之计。试想，美日欧国家在传统技术专利方面"标准化"发展曾给并正给我们的产品出口带来不利，如果美日（或再加上几个其他发达国家）在商业方法专利上如果也向"标准化"发展，即如果实施"金融方法专利化、专利标准化、标准许可化"，那么会给我国银行进入国际金融市场带来何种影响，会不会把我们挤出国际金融市场？这就不仅仅是专利局把紧专利审批关能够解决的问题了。在这些方面做出较深入研究，有助于我们拿出对策，趋利避害。牵动知识产权这个牛鼻子，使中国经济这头牛跑起来，才能实现民族复兴。注：本文是郑成思研究员在同济大学的讲演（节选）100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com