

科技法学论丛

易继明 主编

# 知识产权战略研究

张志成 著



科学出版社

www.sciencep.com

科技法学论丛

易继明 主编

# 知识产权战略研究

张志成 著

科学出版社

北京

## 内 容 简 介

本书基于历史分析和宏观考察,从世界经济竞争关系的角度,从宏观法律变革的视野,阐述了知识产权制度战略化的进程。主要观点为,由于经济全球化、市场经济发展模式的普及以及南方国家在发展过程中对北方国家的依赖,导致了知识产权制度的全球化。在知识产权制度全球化的进程中,并没有伴随着传统立法所必需的政治过程,不能充分反映利益相关者的利益;同时,现代政府职能的转变和发展中国家知识产权制度的移植性也要求各国必须通过以公共政策为核心的手段来缓解全球化的知识产权制度与区域化、民族化的利益要求之间的紧张关系。作者认为,由于知识产权制度已经蜕变成国际竞争中经济利益分配的主要工具,因此,知识产权的权利配置制度在当代法律制度中具有优越地位。

本书适合法律界、知识产权法学者及相关领域实务人员,科技管理学者及实务人员,工商管理学者及实务人员,国际贸易学者及经济学者等参考阅读。

### 图书在版编目(CIP)数据

知识产权战略研究/张志成著. —北京:科学出版社, 2010. 7

(科技法学论丛)

ISBN 978-7-03-028251-4

I. ①知… II. ①张… III. ①知识产权-研究-中国 IV. ①D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 130547 号

责任编辑:徐蕊/责任校对:陈玉凤

责任印制:张克忠/封面设计:耕者设计工作室

科学出版社出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

张立印刷厂印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

\*

2010 年 7 月第 一 版 开本: B5 (720×1000)

2010 年 7 月第一次印刷 印张: 13

印数: 1—2 000 字数: 254 000

定价: 35.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

# 通向未来的法律世界

## ——《科技法学论丛》总序

1999年《中华人民共和国合同法》第11条规定，合同的书面形式是指可以有形地表现所载内容的形式，包括数据电文如电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等。2009年《中华人民共和国侵权责任法》第36条关于网络侵权问题，对于网络用户、网络服务提供者的责任分担进行了明确规定。应该说，从大陆法系传统的成文法典看，中国内地在民法典各编编纂过程中体现了技术进步和社会发展。但是，从实质性研究和法律实践来看，自20世纪60年代开始，西方社会对于科技发展所带来的一些社会问题，已经开展了较为广泛的探讨，甚至逐渐形成了法学研究或司法裁判中的一道前沿的风景线。之所以如此，不仅是技术引发的社会问题吸引人们的眼球，究其实质，是因为技术进步导致人们传统观念转变，行为模式变迁，引起了社会范式及社会关系的变化。

本来，法律作为一种保守的社会力量，总是在固守一个成熟社会的某些传统观念、行为规范及社会关系。但是，技术进步已然实实在在地改变了人们的行为及交往方式，而探讨由此引发的伦理冲突、价值背离、社会问题及其法律对策（如安乐死、试管婴儿、治疗性克隆、网络安全等），就成为消弭社会进步与法律传统之间裂痕的重要议题。同时，以经验事实为基础下的法律演绎，又成为促进社会进化的催化剂。日本法学家穗积陈重先生有言：“法律既为社会力，则社会变迁，法现象不能不与之俱变。”<sup>①</sup>科技发展与社会变迁，自然也引起了法律现象的变化。特别是第二次世界大战以来，科技立法的发展，从某种程度上体现了当代法律发展的新趋向，也引发了传统法律的一些新变化。两者互为表里，又互为因果。

20世纪80年代末期，中国内地开始了专门的科技立法及其理论研究。以此发端，《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国科学技术进步法》、《中华人民共和国促进科技成果转化法》等层出不穷；国家一级学会即“中国科学技术法学会”成立，时任全国人民代表大会教育科学文化卫生委员会副主任委员的胡克实同志出任首任会长，《科技与法律》（第1期试

---

<sup>①</sup> [日] 穗积陈重：《法律进化论（法源论）》，黄尊三、萨孟武、陶汇曾、易家铨译，北京：中国政法大学出版社，1997年12月第1版，第53页。

刊定名《科技法学》)杂志社创办,科技立法与科技法学研究呈现出一派繁荣的景象。但是,无论在科技发展自身,还是在法制建设(包括科技法制建设)方面,我们毕竟都是后来者。我国科技法学倡导者、华中科技大学法学院首任院长罗玉中教授曾经有过一个提法,认为科技法学是“墙内开花墙外香”,指称我国《中华人民共和国科学技术进步法》颁布之后,日本、越南、我国台湾等纷纷借鉴并出台相应的法案。按照这种说法,中国内地似乎是科技法学的首倡之地。诚然,环顾当今世界,似乎只有中国内地依然固守部门法体系,并且从这一体系出发来看待科技法或科技法学问题。但是,从一种研究角度分析,科技法学是一门开放性的学问,研究对象是与科技相关的法律问题。从这一视角看,其实墙外早已“花开花香”,自有其万千气象。在中国内地,过去由于科技远离大多数普通老百姓的日常生活,<sup>①</sup>立法者和法学家也往往将注意力集中在那些社会转型所必需的基本法律制度设计上,“科技法学”或者“科技与法律”的议题,总是被一种异样的眼光所怀疑或者端详;至少,在相当长的一段时间内,此种议题没有引起人们的足够重视。

中国内地法学界——无论是科技法学界还是这一学科的外围学者们,首先在传统部门法体系的分析框架之下,进行了所谓的“科技法”与“科技法学”的区分。这种学科分类方法,继受原苏联,围绕着国家立法和行政构架体系进行划分,在20世纪80年代前期,曾经引发了一场大规模的讨论。<sup>②</sup>不过,在90年代后期,学者们开始进行深刻反思。例如,李林教授就提出过一个问题:“毋庸置疑,将法律体系划分为若干个‘部门’,在学习、研究和实践上,都有一定的方便之处。但是,它也有一些令人不解之处。例如,为什么环境法、劳动法、社会保障法、权利保护法、知识产权法、科技法等是或不是一个独立的法律部门?”<sup>③</sup>此种情形之下,在对待“科技法学问题”上,中国内地法学界呈现出了“先天不足”与“后天营养不良”的现象。所谓“先天不足”,正如“经济法”或“经济法学”一样,看似以“经济”而起,在部门法思维之下获得了一亩三分地,但迟早也会因为部门法思维下的“调整方法”、“调整对象”或“社会关系”上的不周延性,将渐次丢失殆尽。罗玉中教授倡导科技法或科技法学时,就是从这个角度进行分析的:“从部门法的角度看,科技法的调整范围比较窄一些,尤其是科技法与环境法调整范围的划分,至今还是探讨中的问题。”<sup>④</sup>有些学者对于将科技法或科技法学作为一个部门法持否定态度,认为它同“经济法”概念一样,只是

① 张友渔:《法学理论论文集》,北京:群众出版社,1984年。

② 李林:《中国特色社会主义法律体系的构成》,载刘海年、李林:《依法治国与法律体系建构》,北京:中国法制出版社,2001年3月第1版,第1~32页。

③ 罗玉中:《科技法基本原理》,北京:中国科学技术出版社,1993年11月第1版,第64~72页。不过,近年来,笔者与罗玉中教授交流,发现先生的相关学术观点也在修正和发展之中。

“一个领域法律规范系统”，是“法学理论新概念的引入”<sup>①</sup>。另外一种折中的意见，认为科技法或科技法学是一个相对独立的部门法。王家福先生认为，“所谓科技法，是指国家调整因科学技术所产生的各种社会关系法律规范的总称”。他认为科技法是“一个相对独立的包括科技行政法、科技民法、科技刑法、科技劳动法在内的综合法律”<sup>②</sup>。其实，以部门法视角进行分析，虽然使得科技法学科获得了一定的地位，特别是在行政架构中获得了科技行政系统的一些资源，但动摇其根基的，也在于此。因为部门法思维下，除了刑事、行政和民事三种手段之外，别无他途，而与科技行政体系结合之后的科技法或科技法学，必然与行政法或行政法学千丝万缕，且得益于行政资源也必将受制于行政管理，最终使得科技法或科技法学理论研究沦为纯粹的政策性或对策性研究，无法获得独立的学术发展与学科认同。当然，最为重要的原因是，这种以科技法“必须有”或“必然有”抑或“根本无”所谓部门法属性的分析方法，实际上会消减我们分析和理解法律问题的能力，让我们在固有的部门法分析框架下失去把握社会和适应社会变迁的能力。

而所谓“后天营养不良”，就是因为在一个尚未完成基本法治秩序建构的社会里，基础性法制建设依然是法律人的主要任务。20世纪70年代末80年代初，中国内地提出“经济建设”与“民主法制”两手都要抓，时至今日30余年，中国特色社会主义法律体系也只能说基本形成。制度转型、治理模式转换及观念变迁，那是何其艰难的事情！此间，基本法律制度尚未构建，譬之若婴幼儿身体尚待发育、体格尚未健壮，谈不上心智健全，自然也无法让其领略毕加索油画的艺术魅力。因此，20世纪80年代后期，提出“科技立法”、“科技法”或“科技法学”范畴之时，中国内地尚缺乏相应的制度环境。同时，由于民用科技在当时没有普及，技术也没有切实地影响到人们的现实生活，也即缺乏相应的社会需求。事实上，90年代中期，对于中国内地的普通居民来说，发一封电子邮件，还是一件很奢侈的事情。所以，彼时的社会，迫切需要的，就是如何促进科技进步、如何促进科技成果转化问题。于是乎，我们的科技基本法，被旗帜鲜明地定名为“科学技术进步法”，我们也制定了中国内地独有的《中华人民共和国促进科技成果转化法》。及至20世纪90年代后期，国务院学位委员会办公室进行法学二级学科重新规划与整合，将科技法（即科技法学）主体纳入行政法学范畴，也

① 陈仲、张勇健：《科技法性质新探——法学理论新概念的引入》，载《科技法学》（现更名《科技与法律》）1990年第2期。

② 王家福：《为科技法学的繁荣而奋斗》，载《科技法学》（现更名《科技与法律》）1989年第1期（总第1期）。与王家福教授的这种分析不同，罗玉中教授明确提出，这种“认为科技法部门是由科技基本法、科技行政法、科技民法、科技劳动法、科技刑法等构成的”观点，是欠妥当的。又参见罗玉中：《科技法——一个新兴的法律部门》，载《科技法学》（现更名为《科技与法律》）1990年第2期。

就是情理之中的事情了。

然而,科技发展一日千里。即便如此,我们却也无法拒绝技术进步与社会发展,我们也不能总在别人后面亦步亦趋。当代西方社会今天所感受到的冲击,也就是我们正在面临或者至少明天必须面对的问题与挑战。“许霆案”、“人肉搜索”、“网络赌球”、“新疆7·5事件”等,告诉我们的不仅仅是技术平台的价值中立,它们还提出了一个重大命题:技术时代中的法律如何切入并进行有效的社会治理?因此,我们在进行基础性法制建构的时候,必须同时将“科技”元素纳入进去。更何况,科技对人类影响如此之深入与彻底,在压缩我们生存的时间和空间的同时,又在拓展它,并在这两个时空维度上深刻地改变着我们的生活方式。其实,只要我们稍微观察一下就会发现,无论是在东京还是在马拉喀什,人们对全球气候变化、知识产权保护、核试验的后果、新能源与新材料的开发与利用、外层空间技术和深海技术的运用与规制、人体器官移植、胚胎干细胞及“克隆人”的伦理与法律基础、电子商务的开展、个人隐私和信息安全问题等,都在进行广泛而热烈的讨论。在法律的忧虑与科技的乐观倾向之中,一切都在冲突中磨合与交融。世界性的舆论共识和法律理性,正在为我们地球村搭建一个一体化的社会生活平台。因为单靠科技,它只是为我们的生活(特别是以全球一体化为样态的生活)提供了某种“物理性质”的可能性,而且,有时还会附带着某种“离心力”。因而,要构建一个“有机的”(相对于原始的物理性质来说)现代性社会形态,这就有赖于法律和教育(包括直接关涉科技方面的)。这也是当代法国社会学家阿兰·图海纳(Alain Touraine)在谈论“现代性”的时候,试图向我们强调指出的问题。<sup>①</sup>

尽管我们很容易理解技术对于现代社会的意义,并可以简单地将现代性特征赋予技术社会,但是,技术社会“有机性”的形成,有其社会学的理论动因。社会学理论中的批判结构主义(critical structuralism)是解释技术社会有机性形成的第一个因素。技术进步及其运用,对于普罗大众来说,首先是被被动地接受技术的某种安排,正如网络技术对人的生存方式的影响一样,我们被技术操纵、扭曲和恣意妄为,首先表现为单纯的应对性。科学技术作为生产力,构成了社会的经济基础,我们个体行动者成为“由历史之线操纵的木偶”<sup>②</sup>。但是,构成“历史之线”又是双重的:当下的技术进步与往昔制度设计中的个体的利益表达或追求。由于人们总是不满足于被技术被动地安排,因而统合在“历史之线”中的两

① [法]阿兰·图海纳:《我们能否共同生存——既彼此平等又互有差异》,狄玉明、李平沅译,北京:商务印书馆,2003年6月第1版,第170~179页。

② [澳]马尔科姆·沃特斯:《现代社会学理论》,扬善华等译,李康、扬善华校,北京:华夏出版社,2000年4月第1版,第11页。

方面，始终处于博弈之中。这就牵扯出了影响技术社会有机性之形成的第二个因素，即功利主义（utilitarianism）。功利主义在第一层次中所表达的是马歇尔的“需求”、个人欲望或目标；而帕累托的学说则阐释了一个问题，即对个人满足的追求能否生发出集体性的安排。这一问题，直接将个人利益表达与社会制度之间联系起来，在“我”与其他行动者之间、在个体与社会制度之间，建立了某种关联性。这一认识，构成了功利主义思想的第二层次。后续的功利主义者如霍曼斯等，沿着第二层面思想和研究路径，致力于表明这一个观点：从寻求实现各自目标的行动者之间的互动当中，可以形成稳定的、制度化的关系。<sup>①</sup>从这种意义上讲，结构主义是从社会是一个整体出发的，带有浓厚的集体主义倾向；而功利主义则从个体出发，具有鲜明的个人主义特质。然而，在对功利主义的进一步追问中我们发现，没有“他者”的个体是不存在的，也是不可能实现或满足自己的欲望、利益的。这样，在客观意义上，批判结构主义和功利主义是一个问题的两极。

从功利主义出发，个人对技术调试中，往往会运用传统的生活理念。比如，本人两三年前曾在 263. net 网站开设了个人收费邮箱，但 2008 年 10 月 28 日进入邮箱时，弹出一个对话框称：本收费邮箱今天到期，需要续费；如果 12 月 28 日之前没有续费，将删除原邮箱所有的内容。同时，就在当天，本人已经不能进入这个邮箱了。毫无疑问，这是技术对人们生活的强制。两三年前购买的一个收费邮箱，按照网络生活的常识，我们不会去关注两三年之后的某一天会被突然关闭。显然，263. net 网站应该被赋予提前告知义务，或者需要在期限届满之后提供一个适当的延展期。本人电话给 263. net 网站那一端的工作人员，告知正如网站不能在今天突然解雇他，他也不能在今天突然辞职不干一样，网站的这种义务是必需的。我们假设一下：263. net 网站为了让原客户续费，继续采取了这种“突然袭击”的方式；而我本人因不满 263. net 网站这种营销网络邮箱的方式，改投其他网络服务商；但其他网络服务商均采取 263. net 网站模式。这样，我们对于网络生存环境就有了一个不好的评价：技术及技术垄断的暴力。

显然，无论是个人还是网络服务商，在此都是一个个体，而整个网络生活环境和秩序，却具有整体性。那么，随之而来的问题有两个：第一，这种网络生活环境是我本人或网络服务商所要构建的吗？第二，这种网络生活秩序符合我们技术进步的初衷吗？第一个问题涉及建构主义（constructionism）；第二个问题涉及功能主义（functionalism）。建构主义因素是从个体主观出发的。无论是邮箱购买者（网络用户）还是网络服务提供者，他们都是网络社会的行动者，他们参

<sup>①</sup> [澳] 马尔科姆·沃特斯：《现代社会学理论》，扬善华等译，李康、扬善华校，北京：华夏出版社，2000 年 4 月第 1 版，第 10 页。

与网络生活，有着自己主观上的动机和期待，都在积极主动地创造或者建构网络社会。而功能主义因素则是从整体的客观效果进行分析的。如果技术所构筑的网络生活环境在客观上背离了我们的初衷，那就使得我们在主观上与网络社会越来越疏离，乃至产生排斥心理。不过，构建主义在社会心理学上建立起了一种沟通理论，即米德的“符号互动论”（symbolic interactionism）。而功能主义分析在利益互惠与渗透中重塑了关系社会理论。而在“主观”与“客观”之间、在“整体”与“个体”之中完成“链接”的，就是那些裹挟了历史与文化的法律。从这个角度说，通向未来的技术世界，不仅仅是一些技术规则；更多地，是需要法律去构筑的。

也正因如此，我们不愿看到未来世界里的法律的缺位（果如是，那是一个充满技术暴力、人被物化的社会），自 2005 年便组建《科技法学论丛》编委会，先是集中国内地与台湾学者，在北京大学出版社出版了他们的一些研究成果。随后，我们计划还依托科学出版社、华中科技大学出版社等，向汉语世界之外拓展，形成一系列的研究成果，为构筑未来的法律世界贡献绵薄之力。这里，除了向那些潜心的研究者致以敬意之外，谨向杨立范、邹记东、姜新琪、徐蕊等编辑致谢——只有在获得他们的支持之后，我们编委会的这些设想，才能够逐渐变成现实。

易继明

2010 年 7 月

于北京颐和山庄寓所

## 前 言

这本奉献在读者面前的薄薄的小书是我个人在北京大学攻读博士学位期间思考的一点成果。当然，之所以围绕这一主题进行学术研究，还在于我当时正参与国家知识产权战略的制定工作，做好本职工作也要求我必须对知识产权战略问题进行深入思考。

从现实情况来看，2005 年启动、2008 年结束的国家知识产权战略纲要的制定过程也是一个各种学术思想争鸣的过程，对于知识产权领域的诸多问题，社会各界、政府各个部门、学术界专家们都表达了各种观点和看法，这些观点和看法有时迥然不同，甚或相互冲突。可以说，要想制定出真正适合中国发展需要，符合世情、国情的知识产权战略，作为参与者，必须从更深层次、更广的领域来思考知识产权问题。

我对于知识产权战略思考的路径是法学，也就是说，我首先是把知识产权当作一个法律问题来研究的。而我思考的起点则是从知识产权这一法律制度的合理性问题开始的。原因在于，没有对历史源流的追溯，就没有对现实的深刻理解；没有对制度生成过程的解释，就无法把握制度变革的方向。当然，在全球化的背景之下，要想全面理解知识产权，还必须将知识产权制度置于全球化的背景之下来讨论。我认为，只有这样，才能既从理性上把握制度自身的价值，同时又能够把握驱动制度变迁的深层次利益冲突。

作为移植法律制度，知识产权制度虽然已经全面建立起来，但在中国的大地上并没有深深地扎下根来。同时，更重要的是，近代历史表明，尽管发展中国家付出了血与火的代价，仍然没能建立真正公平公正的国际政治经济秩序，从某种程度上讲，发达国家现在的发达往往是建立在发展中国家的过去的不发展之上的“恶”。因此，从道德上讲，无偿或者低价使用受知识产权保护的、主要来自发达国家的技术或者文化产品在某种程度上应当成为发达国家给予包括中国在内的全体发展中国家的“权利”。我们确乎有理由不去购买价格过高的软件或者其他商品。何况，在一些最不发达国家，还面临着一旦执行知识产权保护制度而无法使用人类已经开发成熟的技术和商品，就会使国民的生命权、健康权面临重大威胁的道德困局。当前，盗版在某种程度上仍然屡禁不止，侵权假冒的商品在某种程度上也屡打不绝，这与其说是制度执行的缺失，不如说是道德或者价值观认同的差异。

与此同时，市场经济制度建设已经在中国大地上进行了 30 余年。市场换技

术的思路、依靠劳动力密集型产业的经济增长道路都已经走到了尽头。曙光在哪里？全社会逐步形成了依靠创新实现高质量发展、建设创新型国家的共识。而历史和各国发展的经验证明，在市场经济条件下，知识产权制度恰恰是“为了创新的创新”——是促进创新的伟大制度创新，是最有效的激励创新的经济制度。但是，时代转换，《世贸知识产权协议》（TRIPS）的签订标志着知识产权制度的国际化程度伴随着经济全球化的不断发展而终于达到了一个高度：它已不仅仅是“地域性”的制度，而且还是具有国际化特征的制度。从此，有效的知识产权制度不再仅仅意味着对一国企业创新的奖励，还意味着对参与开放的国内市场竞争的各个强大的竞争对手、特别是跨国公司市场竞争能力的保护，而由于知识产权恰恰是它们的核心竞争力，这当然也就意味着市场生态可能会朝着强者恒强、弱者更弱的方向发展。何以应对？“自主知识产权”的强烈呼声，乃至对遗传资源、传统文化实行知识产权保护的创举，都应运而生。这些愿景，真的能解决问题吗？

不过，这些问题我们仍然有可能在国门内解决或者改进。毕竟，虽然签署了世界贸易组织各项协议，但无论是知识产权制度的制定还是实施，乃至公共政策的施行，都仍然有空间、有可能在主权范围之内解决或者改善。但是，我们的企业不是孩子，不可能总在襁褓里生活、总在政府的呵护下开拓市场。当我们期待中国企业在国际竞争的舞台上有所表现的时候，“知识产权壁垒”就成了横亘在国门外的一道高高的门槛。30多年改革开放的成果之一就是：世界500强企业中，中国已经占据了不少席位。但说起真正有核心竞争力的公司如微软、IBM者，却似乎寥寥无几，中国石油天然气集团公司、中国石油化工集团公司、中国移动通信集团公司这样的垄断性企业占据了榜单。而这其中的核心问题就在于——今天，这无论是专业人士还是非专业人士都知道——我们缺乏品牌和技术，也就是知识产权。怎么办？

局面如此复杂，决策者似乎必然要陷入某种程度的困境。毕竟，要做到既严格保护知识产权，促进国内企业创新，又合理平衡国际竞争者和国内市场主体的利益，还要有效提高中国企业参与国际竞争的能力，是一道并不容易的考题。何况，决策者们还赶上了发达国家为了保护其以知识产权为载体的核心竞争力而正在不遗余力地推动知识产权制度的国际化不断朝深度和广度上发展的大变革潮流呢？

《国家知识产权战略纲要》已经于2008年6月5日颁布，关于中国知识产权战略的总的方向和大的方面的各种问题，可以说已经尘埃落定。但是，前述的问题仍然值得进一步思考。毕竟，在《国家知识产权战略纲要》中想完全解决这些问题并不现实。当然，要想在本书这样一本薄薄的册子里提供所有这些问题的答案，更加不可能。我的想法仅仅限于：突破当前知识产权界就战略来谈战略、甚

至只谈策略和政策的传统思维方式，把对知识产权战略的思考推向更加深入，把更多零散的思维上升为规律性和普遍性的东西进行把握。掩卷之时，如果读者看知识产权战略的眼光已经超越了知识产权制度，那么，这本小书出版的目的就达到了。

张志成

2010年7月1日于北京蓟门桥

# 目 录

通向未来的法律世界——《科技法学论丛》总序

前言

|                             |     |
|-----------------------------|-----|
| 导论                          | 1   |
| 第一节 概说                      | 1   |
| 第二节 战略及其他有关基本概念             | 8   |
| 第一章 知识产权战略的缘起               | 14  |
| 第一节 作为特权的知识产权               | 14  |
| 第二节 作为私权的知识产权               | 19  |
| 第三节 作为竞争工具与企业战略的知识产权        | 30  |
| 第四节 作为国家战略的知识产权             | 35  |
| 第二章 主要国家知识产权战略概述及评价         | 44  |
| 第一节 美国知识产权战略                | 44  |
| 第二节 日本知识产权战略                | 63  |
| 第三节 主要发展中国家的知识产权政策变革        | 78  |
| 第三章 知识产权战略与知识产权法治           | 96  |
| 第一节 知识产权法治全球化和战略化的必然性       | 96  |
| 第二节 知识产权战略与知识产权法治关系分析       | 108 |
| 第三节 知识产权战略在法治上的可能性          | 130 |
| 第四节 知识产权战略的法治困境             | 139 |
| 第五节 知识产权战略法治困境的解脱           | 145 |
| 第四章 中国知识产权战略                | 149 |
| 第一节 中国知识产权法治战略化的必要性         | 152 |
| 第二节 中国的战略选择                 | 162 |
| 第三节 我国《知识产权战略纲要》的成就与不足——代结语 | 186 |
| 后记                          | 193 |

# 导 论

## 第一节 概 说

### 一、新的课题

知识产权国家发展战略是崭新的课题<sup>①</sup>。甚至可以说,几乎就在昨天,知识产权仍然完全是一个法学问题。即便是从更大的范围和领域来看,知识产权也不过与经济管理和政府管理具有一定的相关性。似乎是在一夜之间,知识产权就成了战略问题。而且,与知识产权有关的战略问题无论是从横向的领域,还是从纵向的层次来看,都成为了复杂问题。简而言之,横向,可能涉及一个国家的法律、政策、经济运行、企业治理和文化;纵向,则存在所谓国家发展战略、地区知识产权发展战略、企业知识产权战略以及单个的知识产权权利人及被许可人在运用知识产权时的战略安排等。因此,从这个角度上讲,作为法学的、具有强烈法律关系属性的知识产权必须在知识产权战略建构的过程中明确自身的定位和今后的走向,同时,法学界也有必要从知识产权战略的宏观架构角度来重新审视知识产权法学的各个方面和各个层面,从而使法学的知识产权与战略的知识产权之间形成有机的衔接。

当然,知识产权国家发展战略的提出并不意味着知识产权必然成为一种体系化的发展战略。因为,理论的思考和先行者的试验还必须经过长时间实践的检验和深入的理性思考。在知识产权界,也并非就没有反对知识产权战略的声音<sup>②</sup>。因此,充分认识知识产权作为战略的局限性和可能性也是理论研究的必然任务。

2005年,我国正式启动了制定国家知识产权战略的进程。预计一年完成的任务持续了三年,制定的过程遇到了各种困难和问题,这不能不引起我们对于知识产权战略制定的基础、组织、协调和实施等问题的思考。可以认为,近年来兴起的知识产权战略的热潮在很大程度上与对外贸易规模不断扩大、对外开放水平不断深化、创新型国家道路的确定、爱国主义(广义上的,或者说是一种与传统的民族主义相类似的心理结构)的意识形态和我国政府主导型政治架构密不可分

---

① 例如,有学者认为:“知识产权发展战略,是我国目前必须面对的一种重要课题。因为它与我国产业长足发展、经济持续增长、社会整体利益、乃至国家安全等问题息息相关。”参见易继明:《民法典的不朽》,社会科学院法学所网站, <http://www.iolaw.org.cn/paper/paper248.asp>。

② 何瑞莲:《知识产权不是战略》,《IT经理世界》,2005年4月20日,第92页。

分。而在这个热潮中,知识产权法学本身的基本价值往往成为怀疑的对象,从所谓知识产权制度“利大于弊”的辩护到以“战略”的名义对知识产权行政管理手段和司法审判手段的扭曲,无不与以上几个因素的拉力密切相关。这本身当然也说明了知识产权(财产)在我国已经成为一种重大利益,值得多方面关注,但同时,这种关注也使本来纯粹的、仅具有法律属性的知识产权的基本价值被多维度的拉力所扭曲。按照实用主义哲学确立的知识产权制度,在这样的多重拉力下,到底还有没有基本的法律价值和伦理价值?这也是一个法学界必须回答的问题。我相信,如果知识产权法学界不能发现并维护知识产权的基本法律和伦理价值,那么,知识产权法学的崩溃也就为时不远了。

同样值得思考的是,知识产权法学的崩溃如果真的发生呢<sup>①</sup>?我想,这虽然不是知识产权法学界所乐见的,但未尝不是一种事物新生的标志。或许,抛弃了(当然,不可能完全抛弃)法律属性的知识产权可能成为一门独立的学问,成为一门建立在实用主义哲学和利益博弈法则之上的学问。姑且把这一门学问称之为知识产权学。事实上,我国已经颁布的《国家知识产权战略纲要》明确指出,要设立“知识产权二级学科”,同时,这一学科的设立已经不限于在法学一级学科下设立,而是可以设立于管理学、经济学和法学。可以设想,这一学科的诞生或许会使知识产权不再具备法律的基本价值,但却有着实用价值,最终成为一种类似法律的政策集合体的学问。

## 二、新的思考

笔者认为,所谓知识产权战略,就是公共政策的法治化和法制的公共政策化的共同过程。知识产权战略的兴起是主权国家(政府)在全球化时代新角色的重要表现。这一角色就是政府作为主权者在全球化条件下,出于国家利益而对传统私的财产权利的干预和调整。

“知识产权”或者说“智慧财产权”的法律概念在理论上是十分成熟的<sup>②</sup>。这不仅是因为知识产权已经有了数百年的发展历史,更是因为法学界基于法学的方法对于知识产权积累了众多的研究成果。这些研究成果既包括对于知识产权的

<sup>①</sup> 例如,曹新明认为:知识产权制度历经500多年的发展,现已得到世界上绝大多数国家的认可,尤其是WTO框架下的《涉贸知识产权协定》诞生后,其地位日益凸显。但是,过分强劲的知识产权保护,使其遭遇了“知识产权怀疑论”、“反知识产权论”和“知识产权僵化论”三股新思潮的冲击。此三股思潮中任何一股的成立,都将从根本上动摇知识产权制度的理论基础,严重地甚至可能导致知识产权制度土崩瓦解。参见曹新明:《知识产权法哲学理论反思——以重构知识产权制度为视角》,《法制与社会发展》,2004年第6期。

<sup>②</sup> 有关知识产权概念的详细梳理,参见王先林:《知识产权与反垄断法》,法律出版社,2001年,第28页以下。

哲学（法理学）认识、社会学认识和法学认识，也包括从法学和经济学的角度对于知识产权制度本身的细致分析。

总体而言，长期以来，我国知识产权法学研究主要积累了以下重要成果：

一是逐步确立了知识产权法律在哲学（法理学）上的合理性。这一研究的主要观点包括以下三种：劳动价值说、垄断利润说、公共政策说。<sup>①</sup> 劳动价值说的主要观点是，知识产权作为智力劳动的成果，在公平、正义的基本宪政价值体系下应该得到保护。同时，在市场经济框架下，这一观点也符合经典的科斯理论，是经济要素效率最大化的前提条件。这一观点是法学界的主流观点。其在法理学上的表现就是知识产权自然权利说。垄断利润说认为，知识产权作为一种特权，能够为资本带来超乎平均利润之上的垄断利润，因此，知识产权成为资本阶层追逐垄断利润的重要工具。按照社会学的分析方法，掌握知识产权的利益阶层必然提出法律权利的主张，进而实现其权利主张的法律化。因此，在市场经济条件下，基于资本逐利的合理性，从理性出发，就必须承认知识产权的合理性<sup>②</sup>。这一观点在法学理论上的表现是知识产权必然说。公共政策说认为，基于对知识产权保护有利于科学技术和文艺进步的认识，立法者赋予知识以权利的外衣。这一观点在法学理论上的表现就是知识产权工具说。这一观点的代表是美国对知识产权法律体系的宪法基础的讨论，代表人物是美国宪法的起草者之一托马斯·杰弗逊<sup>③</sup>。这一学说也被称为知识产权的实用主义哲学基础说。无论哪种学说，都对知识产权进行了合理性论述，共同奠定了知识产权的文化合理性基础。但是，无论哪种学说都存在着内在的缺陷和问题。例如，劳动价值论的内在缺陷在于，知识产权保护不仅仅涉及对劳动者劳动成果的保护，现代知识产权更多保护的是投资人的利益。垄断利润说尽管能够解释知识产权制度的必然性，但是却不能给出其文化上的合理性。实用主义/公共政策说则完全无法容纳知识产权作为法权的基本价值，从而使知识产权在法律上的基本法律价值备受质疑。

二是界定了知识产权的类概念，基本明确了知识产权的内涵和外延。TRIPS

① 根据美国学者费舍尔（William Fisher）的概括，当代西方知识产权理论中占据主导地位的有四种理论路径，即功利论（Utilitarianism）、劳动论（Labor Theory）、人格论（Personality Theory）和社会规划论（Social Planning Theory）。参见饶明辉：《当代西方知识产权理论的哲学反思》，科学出版社，2008年。法律经济学角度的分析认为，知识产权之所以受到法律制度的保护，是因为知识产权所保护的信息资源的稀缺性。但是，这一规律并非适用于知识产权所保护的全部对象。例如商标、企业名称、数据库等，其经济学上的稀缺性是有限的。有关稀缺性导致信息产权化的分析参见高德步：《产权与增长：论法律制度的效率》，中国人民大学出版社，1999年。

② 张志成：《论知识产权的合理性问题》，载于易继明：《私法》第3辑第1卷，北京大学出版社，2003年。

③ Adelman M J, Rader R R, Thomas J R, Wegner H C: Cases and Materials on Patent Law, WestGroup, 1998, p. 34.

协议明确了知识产权所包括的主要类别。这一国际协议广为各国知识产权学界、实务界所认可和引用。以 TRIPS 协议的生效为标志,知识产权基本明确了自身的边界。按照 TRIPS 的规定,专利、商标、地理标记、外观设计、著作权、集成电路布图等明确属于知识产权。这既是多年研究积累的成果,也已经成为世界各国对于知识产权的最低共识。当然,随着知识、技术、信息的进一步市场化,知识产权的内涵在不断扩大。目前,诸如民间文艺、传统知识等也有可能成为新型的知识产权。也有学者对知识产权保护客体的扩大的规律进行了初步研究。

三是基本明确了知识产权的法律属性。同样以 TRIPS 协议为标志,知识产权的属性被明确为一种“私权”——“私人”的财产和精神权利。这既是对前述知识产权合理性的哲学合理性认识的肯定,也不能不说是利益主张规则化的结果。特别是在多数发展中国家还没有足够知识产权的前提下,确定知识产权这一属性显然有助于拥有大量知识产权的发达国家在国际贸易中的利益分配。

四是逐步厘清了知识产权作为一种私法上的权利,或者说民事权利所必须遵守的(相对于民法上其他权利的)特殊规则。这些规则主要包括:地域性、时限性、可复制性、精神权利属性等。基于以上规则,知识产权具备的最为显著的两个特征分别是:必要的登记制度以及由必要登记制度带来的必要的行政管理属性<sup>①</sup>。

目前,知识产权学术研究仍然主要围绕上述四个问题,特别是其中第一、第二和第四个问题。而站在知识产权学界之外,也有知识产权行政管理对于知识产权私权属性提出不同观点,开始强调其公共政策属性的一面<sup>②</sup>。当前,一个新的现象的出现使思考前述四个问题之间的内在联系就成为必要。这一现象就是最近几年来同步显现于法学、经济学和管理学研究领域的“知识产权战略”问题,特别是作为国家战略的知识产权战略问题。

知识产权作为一个书面的国家战略(Paper Plan)首先出现在日本。日本于 2000 年制定了《知识产权战略大纲》,明确了以知识产权(财产)立国的国策,通过了《知识产权基本法》等重要法律文件,建立了以首相为负责人的协调机构,专门负责协调知识产权战略的推进实施。我国则于 2005 年确定制定国家知识产权战略。美国在有明确知识产权政策导向的前提下,不断推出新的有关知识产权的政策。例如,专利商标局按照客户导向的原则,检讨在知识产权行政管理

① 随着知识产权形式的日益复杂化,行政管理的手段不仅仅限于登记。但是,由于管理的必要,先前不需要登记的版权等知识产权的重要形式在各国都在采取接近强制性的、类似登记制度的管理措施。例如,美国版权局就对意图在美国受到保护的作品予以登记。如果没有必要的登记,在合理的期限内,作品收益会不受法律保护。而计算机软件等作品目前更是有必要进行登记,以备在“执行权利”的时候作为有力的证据来对抗侵权方。

② 吴汉东:《政府公共政策与知识产权制度》,《光明日报》,2006 年 10 月 10 日。