



西南政法大学知识产权研究中心主办

西南知識產權評論

Southwest Intellectual Property Review Vol. 4 (第四辑)

主编 张玉敏 执行主编 刘媛

未来愿景

知识产权的终结

——“中国模式”之外的挑战 冯象 李一达 译

The End of Intellectual Property

Challenges beyond the “China Model” Feng Xiang

知识产权制度的未来 王太平

共享模式与知识产权的未来发展

——兼评“知识产权替代模式说” 胡波

多重视角

知识产权法价值的中国语境解读 吴汉东

知识产权制度与知识财产创造者的行为选择 杨明

反思与争鸣

知识产权权利冲突：命题的反思与检讨 熊文聪

“信息封建主义”说的主要贡献、不足与完善

——与彼得·达沃豪斯及约翰·布雷斯特教授商榷 严永和

知识产权人停止侵害请求权的限制 李扬 许清

他者经验

美国域外知识产权扩张中的论坛选择政策研究：

历史、策略与哲学 刘银良

技术文化输入国的知识产权立法分析

——从历史与逻辑的视角 王宏军



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



西南政法大学知识产权研究中心主办

西南知識產權評論

Southwest Intellectual Property Review Vol. 4 (第四輯)

主編 張玉敏 執行主編 劉媛



知識產權出版社

全國百佳圖書出版單位

图书在版编目 (CIP) 数据

西南知识产权评论. 第4辑 / 张玉敏主编. —北京:

知识产权出版社, 2014. 4

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2664 - 2

I. ①西… II. ①张… III. ①知识产权 - 文集

IV. ①D913. 04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 058986 号

责任编辑: 熊 莉

责任校对: 董志英

文字编辑: 张红蕊

责任出版: 刘译文

执行编辑: 王 岩

西南知识产权评论 (第四辑)

Xinan Zhishi Chanquan Pinglun (Disiji)

主 编 张玉敏

执行主编 刘 媛

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

责任编辑: 010 - 82000860 转 8176

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 1/16

版 次: 2014 年 4 月第一版

字 数: 262 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 2664 - 2

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100088

责任编辑: xiongli@cnipr.com

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 19

印 次: 2014 年 4 月第一次印刷

定 价: 45.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

编者语

互联网的普及和技术的发展正在改变着我们的社会结构，由此也产生了新的社会问题和利益关系，而知识产权制度却仍旧沿用传统的扩张手段，所以遭到越来越多的挑战和争议。“知识产权制度的未来”演变成学者们研究的热点，成为本学科特有的问题领域。无论是主张现有制度将要终结，还是期望进行制度改良，抑或是要求明晰知识产权问题中法律关系和伦理关系的区别，都为我们提供了反思知识产权制度的方法路径。

除了对制度未来的研究，作为一门年轻稚嫩的学科，知识产权在理论基础和具体制度方面也亟待深入探讨。在这个过程中，对同一问题有截然不同的认识是正常的，对权威和通说的质疑尤其应当被鼓励；同时，知识产权自身理论沉淀并不深厚，积极采用法理学、经济学等学科的研究工具，将大有裨益。另一方面，由于欧美发达国家是推行知识产权全球化的主力，对其政策思路进行研究将有利于我国把握世界形势，进而制定相应对策和争取主动权。

基于以上的考虑，本辑《西南知识产权评论》收录了十篇优秀论文，以飨读者。由于能力所限，疏漏之处，还请见谅。

2013年11月19日

西政 毓秀湖畔

目 录

未来愿景

知识产权的终结

——“中国模式”之外的挑战 冯 象 李一达 译 3

The End of Intellectual Property

Challenges beyond the “China Model” Feng Xiang 16

知识产权制度的未来 王太平 22

共享模式与知识产权的未来发展

——兼评“知识产权替代模式说” 胡 波 60

多重视角

知识产权法价值的中国语境解读 吴汉东 25

知识产权制度与知识财产创造者的行为选择 杨 明 122

反思与争鸣

知识产权权利冲突：命题的反思与检讨 熊文聪 155

“信息封建主义”说的主要贡献、不足与完善

——与彼得·达沃豪斯及约翰·布雷斯韦特教授商榷 严永和 181

知识产权人停止侵害请求权的限制 李 扬 许 清 189

他者经验

美国域外知识产权扩张中的论坛选择政策研究：

历史、策略与哲学 刘银良 227

技术文化输入国的知识产权立法分析

——从历史与逻辑的视角 王宏军 269

西南知識產權評論

Southwest Intellectual Property Review Vol. 4 (第四輯)

未来愿景

知识产权的终结

——“中国模式”之外的挑战

冯 象* 李一达 译

消亡中的知识产权

知识产权 (intellectual property) 正在消亡。至少，那一套由我们法学院宣讲教育、靠国家机器强制推行的知识财产的种种权利形式 (IPR)，那一张由法定财产权与人格权编织的复杂网络，其依照世贸组织 (WTO) 等全球贸易共同体各成员签署实施的一长串条约同国际协定，有权在一切“文明国家”接受官方的敬意和保护——那一类知识产权，业已走到了尽头。

事实无可否认。日常工作也好，消遣时光也罢，运行一个计算机软件、选择一只名牌手袋、与网友分享一首歌曲——如今已绝少有人自觉不去破坏知识产权的戒律。这并不是中国及其他新兴经济体所独有的，学术研究者和行业分析师的报告足以证明，该现象在美国等发达国家也逐渐变得寻常。因此，知识产权在中国的遭遇与

* 冯象，清华大学梅汝璈法学讲席教授。本文原载于《文化纵横》2012年第3期。

这个遍布网线的蓝色星球上的其他地方相比并没有什么不同。但是出于种种原因，较之那些更深刻的经济、社会问题（如“占领华尔街”运动的诱因何在），中西媒体似乎都更热衷于此方面的话题。

我记得英国广播公司（BBC）数月前报道了一宗发生在云南省昆明市的案件。一名外国游客发现该市一家苹果专卖店的陈设布局和“标志性”特征跟正规专卖店有所不同。之后，包括这家店在内的22家假冒“苹果专卖店”被当地工商部门关停（BBC新闻，2011年8月12日）。但由于当地商业环境漫无约束，可以预见，类似的非法销售还会在该市或周边城镇的空白地带死灰复燃。这是消费市场的需求所致。

那么，只要提供免费下载的站点依然充斥互联网，谁又会以高价购买“正版”软件呢？——更何况，那些由律师起草的软件许可协议字体小到几乎看不清。贪婪不再是正当理由，因为公开且免费地获取“盗版”已是“我们每日的面饼”（马太福音6：11）。让“正版”商品成为上流守法阶层的奢侈享受和有钱人社会身份的象征！但即便是他们，立场也在改变。北京秀水街的盗版盛会上，西方游客和中国白领们接踵摩肩，挑选他们中意的假冒国际品牌，从瑞士手表，到意大利皮鞋，再到法国时装，不一而足。这是一场献祭知识产权的狂欢，是追逐时尚的消费者的节日。

相关产业本身也证实了知识财产的消亡。据美国国际贸易委员会（USITC）统计，仅2009年，美国的版权和软件产业就因中国的知识产权侵权行为损失了480亿美元，这直接或间接造成210个工作岗位的流失，美国企业为应对前述侵权行为额外支出了5亿美元的成本（SSTN新闻，2011年3月19日）。美国贸易团体、政客和大众传媒对中国的类似指责在过去的20年中早已司空见惯。

学者们对这些被用作贸易谈判和市场准入斗争策略的索赔要求不屑一顾，认为它们纯粹是由国内政治或选民政治驱动，数据之含混无法指明任何真实的趋势。毕竟，这些要求都立足于一个荒谬的假设——中国（及其他发展中国家）的用户和消费者能够并愿意以

美国市场上适用的同等价格购买软件、电影、音乐和电子游戏以及其他版权材料。当然，索赔者并不见得都心怀叵测，因为知识产权侵权行为在中国确实非常普遍，在其他国家也同样多发。我要阐明的是，如果这些无法核实的统计数字是真实的，那么它们反而清楚地表明，无论是在中国还是在其他地方，保护知识产权的努力最终也不过是竹篮打水。

如果不是因为知识财产的特殊性，山姆大叔（或任何世界强国）是否会任由其领先的产业与就业市场受到如此毁灭性的打击？显然不会。假如问题那么简单的话，与其耐心谈判、不断警告或威胁动用“超级 301 条款”，还不如直接动用隐形轰炸机和巡航导弹，并把侵权和造假者列入国际恐怖主义分子的黑名单。事实上，美国缺乏任何有效的手段来诱使或强迫中国及其他“声名狼藉的市场”归降，且自 20 世纪 90 年代以来一直如此。这就体现出当前的国际知识产权体制是无法实现的。相关产业、政客和美国国际贸易委员会都强烈地意识到：不能使用对华全面贸易战的手段来解决知识产权问题，否则受到伤害的不止是世界上最大的两个经济体以及美国消费者，同样，重要的地缘政治利益与合作也会遭受损害。

更重要的是，大批中国的侵权者和制假者都是欧美和日本外包业务的生产商、服务提供者，或是其供应商、分公司。这些企业在外包年代把业务搬到中国无疑是理智的，它们利用了这里低廉的知识产权成本（或是我所称的“低法治”），外包缩小了技术、管理和营销知识等方面的差距，结果，企业得以生产价廉物美的仿制商品，并且还很快招来了所谓“风险投资”的国际资本和一流的法律服务。正如常言道：“哪里有死尸，哪里兀鹰聚集。”（《马太福音》24：28）

不着边际的批评

因而问题是：为何知识产权保护如此困难，为何法律总是停留在书本上，在现实生活里却得不到遵循？几个解释都特别针对中国，似乎执法不严为中国独有，这值得我们思考。

知识产权保护是否是经济转型与发展的产物？对一些评论家而言确为的论：随着中国最终将成为一个成熟的、拥有先进技术的市场经济国家，中国企业和企业主将会要求更加严格的知识产权保护，法律执行也将更加有力。然而，这一乐观的预期恐怕会落空。如今的中国经济比 20 年前更加市场化，创业精神、技术革新、私有企业随处可见（私有企业创造了占国家 GDP 70% 的份额），但盗版与仿冒也空前繁盛起来。还没有任何迹象表明，此类活动会很快消失。事实上，如前所论，中国市场倒很是享受知识产权的侵权行为。企业经营者和 CEO 们、作者和出版人们、革新者和专利所有人们必须做好准备，迎接更低水准的知识产权壁垒与垄断的到来。

此外，这一经济转型的假设是一个循环论证。它建立在一个未予检验的前提下：高水平的知识产权保护和先进的经济发展之间存在“自然的”共生关系。由此出发，该假设给中国和其他新兴经济体下了一个绝对性结论。这种论调毋宁看作是意识形态的宣教。就其本身而言，它拥有强大的力量，并且对于维系中国政府及其批评者都支持的主流“法治”意识形态至关重要。但是，它同市场竞争的现实和技术进步没有任何关系。

另外一个值得商榷的常见解释是从某种文化与价值入手，认为中国的传统价值——更具体地说是国家的政治文化阻碍了现代知识财产的全面落实。这一判断可以施加给所有在知识产权保护方面不符合 WTO 规定（TRIPs 协议）的非西方社会。事实上，在 20 世纪

80年代“告别革命”之后，大量的传统价值及生活实践在中国死灰复燃，比如很多商人和官员群体中出现了事实状态上的一夫多妻制——之所以用这个词，是因为这些人的“女性伴侣”一般不被当作婚外情看待（虽然在法律上婚外情不是罪名），而且还被看成是家庭一员，尽管非法，也还是获得了所谓“二奶”的社会身份，类似革命前的“妾”。确实，刑法很少干预，恰好证明了某种社会情感在复苏，及其向传统的家庭理想和制度的复归。

要想把中国知识产权体制的虚弱归结为顽固的文化立场，存在着双重困难。首先，集体或国家所有的某些特定表达、名称、商标和发明更多地来自社会主义实践，而非传统价值。以现代化之名，中国基本上已经抛弃了社会主义，投入资本主义怀抱，因而理应放松而非坚持或加强对抽象客体私有化的抵制。其次，很难说清中国传统价值在多大程度上和现代知识财产扞格不通。历史事实可以证明，在知识财产随着殖民征服、不平等条约和世界范围的“自由贸易”被移植到世界其他地方之前，它仅生长于西方现代资本主义社会，换言之，我们更容易论证传统社会一般难以接受知识产权；然而，由于缺乏翔实的资料，我们很难探究在后殖民主义时代里，在一个像中国这样快速变化的社会，传统价值和实践是如何与知识产权背道而驰的。

总的来看，文化价值论无助于知识财产的事业。相反，它很容易成为一种文化例外论的调调，认定中国或其他任何所谓的“传统”社会生来就排斥知识产权规则——因为我们无法期待某种“传统”文化能够发展得如此迅速，从而跟上国际知识产权制度的要求。如果说，法律面前所有文化平等，而且没有正当理由要求某个社会改变其文化以适应知识产权规则的话，那么，法律实际上就不可能保持其整体性。

因此，西方对中国知识产权保护的普遍批评是一大堆混乱杂糅的道德判断。这一大堆又常被冠以“自由”之名，因为它可以用政治正确的拉平手法，有把握地施加给任何“不自由”的国家或经济

体。下面这段话引自敏锐的中国法律观察家裴文睿（Randy Peerenboom）教授，作者很好地总结了此类自由主义对中国法律改革的不满，其中也涉及知识产权制度（裴文睿，72 页）：

中国依法治国的最大障碍从根本上来自制度与体制：立法体制混乱无序；司法权相对弱势；法官和律师缺乏训练；法治意识不高；行政法力度不够；没有一个强有力的公民社会；传统的家长作风和尊重政府权威的文化持续发挥影响；腐败猖獗；地区差异大；计划经济到市场经济转型尚未完成，加剧了中央与地方的紧张并导致了权威的分裂。

如此看来，中国知识产权的糟糕状况只是更大的“体制性”问题的一小部分——按照西方的标准，可以称作国家走向高“法治”的失败。这种观点认为，在达到这些标准之前，知识产权保护不会成功。然而，这一系列不满往往自相矛盾。“尊重政府权威的文化”被视为“法治”的障碍，但“权威的分裂”又被认为是同样糟糕的。立法体制“混乱无序”，司法权力与行政法“力度不够”，然而“家长作风的影响”却依然强劲。此外，很难搞清“依法治国”为什么就必须消除“地区差异”——仿佛西方已经取得了地区间的平等统一。再者，从历史角度来看，某些“失败”恰好是正在开展的“法治”工程的必然结果和副产品——我指的是官员腐败、工人骚乱、财务丑闻、色情淫秽等，当然还有知识产权侵权与假冒。这些“障碍”不会因为“依法治国”而消失；相反，就像中国的许多邻国已经证实的那样，这些现象如今已在西式“法治”的条件下得以合法化，并且获取了保护。

因此，不妨引用圣保罗做一个更妙的道德判断：“从前没有法律的时候，我活过。但诫命一来，罪即复苏，我却死了。”（《罗马书》7：9~10）知识产权诫条来自一个复甦了原罪的体制，又名中国与全球资本主义。

互联网与外包业务的冲击

知识产权是为了推动艺术与科学发展（版权、专利等），有利于市场的公平竞争（商标、商业秘密等），这是官方的说法，也是相关法律设定的初衷。然而，现实世界中，知识财产主要是“以财产形式使重要的抽象客体为私人所占有”（Drahos, 1 页），如是，它就同现代资本主义紧密联系，并证明了随之而来的面对面竞争的社会经济制度的正当性。

这正是在中国构建现代知识产权制度的现实理由（raison d'être），它是 20 世纪 80 年代初期以来“改革开放”政策的核心。1983 年 3 月，中央一级的商标注册体制成立，商品、服务的品牌不再由地区和部门指定，以市场为中心的新经济开始发挥作用。不久之后的 1985 年 4 月，三而一的专利体系（发明、实用新型和外观设计）落成，为将社会主义的劳动单位和组织结构拆减为“简单的”劳动和雇佣关系而助力。其中，研究和发明被重新划类为“雇佣作品”。最后，1990 年 6 月，版权或著作权恢复，成为改写现代中国历史、告别革命的一种手段。尽管教科书遵循法不溯及既往原则，但版权制度涵纳新著作权制度成立之前的所有合格作品，对于这些作品的认领和争夺就必然要遵从新法规的教义和规则。由于前版权时代作品之诞生往往是为了反映社会主义革命的理想与道德，因此，对这些作品版权的追溯适用得到了媒体的广泛关注，进而，实际上推动了人们重新想象历史并接纳财产私有在观念、表达和工作单位关系中的复活（详见《中国知识产权》，69 页以下）。

所以这不是偶然：在中国所有的部门法中，知识产权法是对国际公约的最好摹写，是对西方标准的最佳映射，其“中国特色”也最不明显——很多书上都这样说。这套模仿来的法律，从它当前具

有的形式与规格来说，是中美贸易谈判和中国努力加入世贸组织的结果。但事实上，知识产权制度作为复兴的资本主义市场和继之而来的社会关系的必然要求，自 20 世纪 80 年代和 90 年代初甫一设立，便充当了中国法律与经济改革的急先锋。最重要的是，它走在合同、侵权、财产和人身各部门法律编纂之前——中国民法典直至目前仍待起草。

不幸的是，知识产权在中国的制度化进程同时伴随着互联网的崛起和被称为外包业务的宏大产业运动。然而，从全球竞争的角度看，焉知非福。这些因素不仅在中国而且在全世界范围内共同开启了一系列有助于知识产权衰落的深刻社会变化。

不同于前述对“中国模式”的“自由主义”控诉，互联网和外包产业是一股影响了诸多经济体的全球力量，同时也重塑了发达国家与发展中国家。为了更好地认识国际知识产权制度当前所面临的挑战，真正把握全球资本主义竞争的现实，我们必须放弃“中国模式”的圣杯与“法治”的神话。

用商业研究者的话说，互联网和外包都属于某种“破坏性创新”的范式突破。破坏性创新曾在会计、计算机、通讯以及音乐、娱乐等领域发生过。最新一期的《哈佛杂志》（Harvard Magazine）上，两位作者将之描述为这样“一个进程，（它）使得曾经如此昂贵、复杂、难得和不便到只有一小撮人才能获得的产品与服务，如今却越来越简单、越来越易得、越来越简便，从而最终成本越来越低廉”（参见 Christensen & Horn，40 页以下）。

一般而言，破坏性创新在起步阶段很简单，因为它们只是想通过为那些几乎别无选择的人（即当前的非消费者）提供简装产品或服务来占有市场——即便以旧的标准衡量，它们可能相当原始粗糙。但是，当主流消费者流向这些新产品或服务时，他们因如此简单易得、优质低价的解决方案而兴奋。于是可以预见，破坏性创新会逐年改进，最终改造整个世界。随着

时间的推移，持续不断的破坏浪潮将逐渐重塑市场。

如今轮到知识产权产业了。它们无法逃脱破坏性创新，而且在当前的数字时代尤其脆弱。这是因为，知识财产若真是一种法定的无形财产形式、一种以注册或是国家强制力为法律拟制的垄断，它就只能存活于复制和模仿手段受到严格限制且成本高昂的社会当中；否则，在典型的资本主义竞争中，知识产权的产品和服务就只能是免费的，或是被随意假冒。

复印机发明之前是知识产权的“流金岁月”。在我的记忆里，复印一本书是非常艰巨的任务。最好的翻印方式是油印，这还得有熟练的技巧与极大的耐心。复印的高成本和低质量使得知识产权在印刷材料（书籍、杂志、报纸等）上有效地取得了特权，竞争（包括未经授权的复制或盗版）也只发生在有限的少数商业实体之间。但是，包括计算机网络和互联网在内的数字技术改变了这一切。今天，无论是下载电影还是分享书籍，对版权材料进行未经授权的使用和复制仅需点一下手机、笔记本电脑或任何一个数字终端。如前所述，侵犯知识产权已经以最低的成本成为“我们每天的面饼”，成为消费社会的一种必要的生活方式以及所有问心无愧的人们都来参加的一个仪式。

同样，假冒商品充斥市场。这些商品成本极低，质量有时却很高。没有任何成功的品牌或驰名商标可以免遭侵权与淡化使用，一切有利可图的专利、实用新型或外观设计也难逃被模仿的命运。原因很简单：西方知识产权出口国和新兴经济体如金砖国家（巴西、俄罗斯、印度、中国和南非）在技术上的差距已经明显缩小，而且自20世纪90年代后期以来，美国、欧洲和日本的大量人才都外包到了新兴经济体——经验丰富的经理人、华尔街分析师、会计师、电脑工程师、汽车设计师、制药科学家、前沿产业研究者，一个都不少。

随着工业和商业外包的加剧，越来越多的知识产权产品与服务