

论知识产权制度的主要使命：促进 知识产权运用*

马忠法

(复旦大学法学院, 上海 200438)

[摘要]《国家知识产权战略纲要》明确指出其制定的目的之一是“为提升我国知识产权创造、运用、保护和管理能力”，将“运用”能力置于重要位置，表明我国知识产权战略对“运用”的重视。一段时间以来，我国相关主体较为关注知识产权数量（特别是专利数量）的增加而对质量关注不够充分，致使科技成果转化率较低的现实无法得到根本改变。这种现象与我们对知识产权制度设立的目标存在误读有一定的联系：即认为知识产权制度的目的在于确权和保护。实际上从知识产权制度的产生、知识产权的含义、知识产权的法定主义及其本质等就可看出，促进知识产权运用是知识产权制度的主要使命和目标所在，的确和保护是知识产权制度重要内容，是保障和促进知识产权运用的前提与手段。当今国际社会最为重要的知识产权条约即《与贸易有关的知识产权协议》明确规定，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。为此，在反思知识产权制度使命及明确知识产权价值重在运用的基础上，我国应构建和完善以促进知识产权运用与确权、保护为共同导向的知识产权制度，以从根本上解决困扰我国多年的科技成果转化率低、高校与科研院所的研发成果与产业实际需求脱节等严重问题。

[关键词] 知识产权运用 知识产权制度 知识产权战略

[中图分类号] D923.4 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1671-3575(2021)01-0116-13

收稿日期：2020-10-03

*基金项目：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”(2019-01-07-00-07-E00077)

作者简介：马忠法，教授，法学博士，主要从事国际技术转让法律制度 and 国际贸易中的知识产权法研究。感谢浙江大学法学院魏立舟博士提供的德语资料及翻译方面的帮助。

一、引言

自2011年起,中国受理发明专利申请量超过美国,成为世界第一,^①2012年和2013年更是以年均20%以上的速度增加。^②另外,自2010年我国通过《专利合作条约》(PCT)途径提交的国际专利申请数量突破1万件(12,296件,世界第四)以来,2011-2013年分别以每年33.4%、13.6%和15.6%的速度增长,至2013年已达21,516件,成为仅次于美国、日本的第三申请大国。^③此后至2016年,中国一直居于第三位,只是申请量增加到43,094件,与美国的差距进一步缩小。2017年和2018年,中国的PCT专利申请量超越日本,位居第二,分别为48,882件和53,345件(美国分别为56,624件和56,142件)。2019年,中国超越美国,成为第一申请大国数量为58,990件(美国为57,840件)。这些表明中国整体创新的活力,然而,我们还必须看到另外一个事实:尽管中国专利申请的数

量上去了,但专利的质量如何?有多少在产业中有巨大的商业价值?我们不无遗憾地发现:在近百万的授权专利中,有竞争力的专利并不多,甚至绝大多数是问题专利,并无商业价值。而对于通过PCT的国际专利申请,由于创新能力不够强大,除了少数真正国际化的高科技企业(如中兴通讯、华为^④)外,有些是在政府鼓励和资助政策的推动下产生的,而非企业自觉的内发行为。^⑤这是否也是一种“泡沫”?我们在追求数量的同时,是否更应该关注质量?诸如数量、万人专利占有量等所谓的量化指标有意义吗?^⑥专利数量的积累是否必然带来专利质量的提升?毫无关联的专利数量积累再多,也不会带来专利质量的变化;一个好专利也许胜过100万个垃圾专利。PCT申请量超过了美国、日本、德国、英国、韩国,我们的创新能力是否真的超越了它们?我们依赖PCT专利在全球获取的市场有多大?真的给我们的企业带来了竞争力的巨大提升吗?这些都与我们对知识产

①2011年中国发明专利申请量为526,412件,其中居民申请量为415,829件,参见World Intellectual Property Organization (WIPO). Statistical Country Profiles: China[R/OL]. (2020-03)[2020-11-06]. https://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=CN;而美国同期分别为503,582件和247,750件,参见WIPO. Statistical Country Profiles: United States of America [R/OL]. (2020-03)[2020-11-06]. https://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=US。

②2012年中国发明专利申请量为652,777件,其中居民申请量为535,313件;美国同期分别为542,815件和268,782件。2013年中国发明专利申请量为825,136件,其中居民申请量为704,936件。参见WIPO. 2013 World intellectual property indicators[R/OL]. [2020-11-06]. <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=389&plang=EN>。

③参见WIPO. 2013 PCT yearly review: The international patent system[R/OL]. Geneva: WIPO, 2013: 27 [2020-11-06]. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/patents/901/wipo_pub_901_2014.pdf。

④在2010-2013年间,中兴通讯的PCT申请量(括号内为世界排名)分别为1868(第二)、2826(第一)、3906(第一)和2309件(第二);同期华为分别为1527(第四)、1831(第三)、1801(第四)、2094件(第三);前50名企业申请中再无其他中国企业。参见WIPO. 2013 PCT yearly review: The international patent system[R/OL]. Geneva: WIPO, 2013: 34 [2020-11-06]. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/patents/901/wipo_pub_901_2014.pdf; US and China drive international patent filing growth in record-setting year[EB/OL]. (2014-03-13)[2020-11-06]. https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2014/article_0002.html。

⑤据统计,2019年底,我国每万人发明专利拥有量达到13.3件(北京为132件,远超目标。参见操秀英. 每万人专利拥有量13.3件 我国知识产权指标稳中有进[N]. 科技日报, 2020-1-20(5)。有人把这当做一个值得肯定的事情是很耐人寻味的:在专利使用和创造价值方面,单看所谓的“数量”指标意义何在?中国发明专利申请量长期远超美国,但为何我们在一些关键领域核心技术仍然对外有较高依赖度?

权制度本身的使命和价值的认识有极大的关系。2017-2018年,中美贸易摩擦中的中兴通讯受到美国商务部的处罚,以致该企业一度停牌近3个月,说明专利的数量不能让一个企业摆脱其所面对的困境:试想如果中兴通讯生产的设备的核心元器件来自于自身,就不会陷入困境。专利质量是关键,它直接关系到实际运用及其效益。2014年4月在中南财经政法大学举办的南湖论坛,将知识产权运用与保护并列作为会议的主体,且把“运用”置于保护之前,^①彰显出会议组织者对知识产权制度使命的“运用”价值的肯定和重视。自此之后,知识产权运用成为多数学术会议及我国相关政策与法律法规制定的重点和核心,如2015年8月修改完善的《促进科技成果转化法》、国务院及其办公厅分别于2016年12月和2018年3月颁布的《“十三五”国家知识产权保护和运用规划》及《知识产权对外转让有关工作办法(试行)》等便是例子。

知识经济时代,知识产权成为经济发展最重要的生产要素。既然是生产要素,其作用必然要体现在商品生产和价值链形成过程中,因此知识产权的商业运用应该是其价值之所在。知识产权因其运用带来财富而促使人们去创造,为使权利人创造财富的机会不被他人破坏或减少他人搭便车的可能,其确权、保护又必然是运用的先决条件,因此,知识产权制度必须要处理好“运用”与“确权、保护”的关系。在知识产权制度形成与发展过程中,由于受技术发展水平、知识产权商品独立性程度等因素的影响,该制度价值在“确权、保护”与“运用”等关系方面也经历了一个变化的过程:从重“确权

保护”转向重“运用”,或至少二者并重。2008年6月5日,国务院颁布的《国家知识产权战略纲要》(以下简称《纲要》)适时体现了这一变化:它开宗明义地指出其制定的目的之一是“为提升我国知识产权创造、运用、保护和管理能力”,并提出“激励创造、有效运用、依法保护、科学管理”16字方针。依据该文件规定的内容我们可以将其精髓归纳为:创造是源头、运用是目的、保护和管理是手段,运用是整个知识产权战略的归宿和价值体现。将“运用”置于“保护”之前绝非随意安排,而是强调突出了“运用”的重大意义。2013年11月的十八届三中全会通过的报告要求“要加强知识产权运用和保护,健全技术创新激励机制,发展技术市场,健全技术转移机制,促进科技成果资本化、产业化”,^[2]更是强调了“运用”的重要性。为此,我们相应的知识产权制度也要随之做出相应的调整。《纲要》实施近十多年来,我国分别于2008年年底和2020年10月中旬主动地对《专利法》进行的第三次和第四次修改、2010年2月对《著作权法》进行的简略修改及2013年通过的《商标法》第三次修改,都一定程度上体现了对知识产权“运用”的重视。如为既保障专利共有人对共有专利的合法权利,又促进共有专利的实施,《专利法》规定:没有约定的,专利权共有人可以单独实施或者以普通许可方式许可他人实施该共有专利;^②为防止恶意利用已公知的现有技术申请专利、阻碍现有技术实施,帮助现有技术实施人及时从专利侵权纠纷中摆脱出来,《专利法》规定:在专利侵权纠纷中,被控侵权人有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计的,不构成侵犯专利权。^③专利法

①参见李静恬. 第十一届南湖论坛隆重开幕[N]. 中国知识产权研究网, (2014-04-19)[2020-11-06].

②《中华人民共和国专利法》(2020)第14条。

③根据《中华人民共和国专利法》(2020)第67条,被控侵权人无需向专利复审委员会提出复审申请,法院可直接判定被控侵权人没有侵权。这样省去诸多诉讼成本和时间,利于技术的推广和运用。

第四次修改中增加了“开放许可”规定；^①对于职务发明专利，规定国家鼓励被授予专利权的单位实行产权激励，采取股权、期权、分红等方式，使发明人或者设计人合理分享创新收益。^②这些都意在增强专利运用的力度和广度。2010年的著作权法增加了一条，即“以著作权出质的，由出质人和质权人向国务院著作权行政管理部门办理出质登记。”^③《商标法》对商标“使用”的界定（“指将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为”）及其他修改等凸显出商标运用是其价值之所在。^④这些立法上的修改重在为运用创造条件。但我们仅仅如此是不够的。我们还需在立法、执法和司法理念上对知识产权制度的使命进行认真的再思考，然后在具体制度的制定和实施中严格执行，突出知识产权运用理念。这一点不论是从知识产权这一现象产生的源头及其本质还是从国际立法的角度看都有其合理的、历史与现实的逻辑。

二、知识产权的本质决定了其价值重在运用的必然性

（一）知识产权产生与发展的内在动力：运用

知识产权的产生、发展规律与其运用存在着必然联系。^[3]人与动物最大的区别在于劳动，而劳动需要智力活动，因此从原始之初，人类的创造性活动就与其生存和发展相伴。然而在很长的一段时间没有将智力成果上升到法律保

护的高度，也无所谓的“知识产权”概念及相应的知识产权种类与制度。在封建社会末期，伴随着商品经济的出现与发展，人们逐步认识到技术也能带来财富，谁掌握了先进技术，谁的产品就有竞争优势，就能获得更多利益。当时在尚无知识产权制度理论的前提下，实证意义上世界首部专利法规范——1474年威尼斯专利法——对掌握技术的发明人给予10年的“垄断”性保护，首次以法律形式肯定了技术的商业价值，^⑤即正是因为技术有着运用价值，才产生了保护规定的必要。

此后，法学家们试图寻找这种尚在萌芽发展中的制度的理论根源。如洛克在其《政府论》论证的“劳动创设财产权理论”是后来人们支持知识产权正当性的最早理论源头。他认为“个人劳动使融合其劳动的特定财产从共有物中分离出来，成为劳动者的私人财产；这种‘劳动’无疑是劳动者的财产，只有他可以对其付出劳动的对象拥有权利。”^[4]洛克的这一观点说明劳动创造了财产，其中的“劳动”自然包括“脑力劳动”，即智力活动也会创造财富。亚当·斯密也主张“思维是生产的，因为它节约了劳动”，^[5]而劳动是创造价值的，即思维是有价值的。以上是智力活动成果具有价值的早期反映，而它必须通过运用才可实现。

随着资本主义商品经济的发展，技术的价值在现实生活中更广泛的范围内得到了实现。特别是在工业革命以后，技术与物质财富一样成为谋取利益的工具和依赖，这就客观上产生了知识产权保护的要求，资产阶级需要以法律

①具体内容参见2020年《专利法》第50-52条。

②具体内容参见2020年《专利法》第15条第2款。

③《中华人民共和国著作权法》（2020）第28条。

④《中华人民共和国商标法》（2019年修正）第48条。

⑤该法内容只有一条，即“任何人制造了本城市前所未有的机械装置，一旦能够应用，即应向市政机关登记。本城其他任何人在10年内没有得到发明人的许可，不得制作相似的产品；否则，发明人告发后，本城市任何机关可以命令侵权者赔偿100金币，并且把仿制的装置立即销毁”。

形式确认其对知识产品的私人占有权。由此率先在国内法方面,不同国家先后制订了知识产权领域的特定法律,如英国产生了现代意义上最早的专利法(1623年的英国《关于垄断、刑法上的处置及其罚没的法案》)^①和版权法(1709年的《安娜女王法》);法国制定了世界上第一部具有现代意义的商标法(1857年的《关于以使用原则和不审查原则为内容的制造标记和商标的法律》)等;各国国内知识产权制度日渐形成。但立法上知识产权概念出现较晚,它作为一个术语在国内宪法上可以追溯到1867年北部德国邦联宪法,该宪法授予邦联知识产权保护的立法权。^②国际上,该术语可以从1883年《保护工业产权的巴黎公约》(《巴黎公约》)行政秘书处与1886年《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》(《伯尔尼公约》)行政秘书处于1893年合并组建的“知识产权保护国际联盟”中找到。其定义在立法(包括国内法和国际条约)上至今也未统一。各国或国际立法实务中多取列举的方法,且还在不断发展与扩充之中:从早期主要国家单行法规定的单个知识产权类型(如专利法、版权法、商标法等)到19世纪末《巴黎公约》、《伯尔尼公约》对知识产权类型的列举再到上世纪60年代的《建立世界知识产权组织公约》直至90年代的《与贸易有关的知识产权协议》(“TRIPS协议”)的界定、与互联网相关的知识产权的出现、3D打印技术以及人工智能技术日渐普及与发展所带来的挑战等,均表明知识产权的范围一直呈现出不断拓展的趋势,它们揭示知识产权是个开放的领域且处

于不断拓展和变化之中。

对于一个发展的概念要总结出一些一劳永逸或静态的法律特征无疑是困难的。但毫无疑问它们有共同的特点,那就是:随着技术水平的发展,知识产权的内容和种类在不断地丰富;然而无论如何变化,它们服务于经济发展的目的和财产的本性未变;但这种目的与财产最终价值的实现离不开知识产权本身的运用,这才是知识产权制度不断发展的根本内在动力。知识产权制度正是为了适应知识产权被运用于社会生产、为权利人带来财富进而促进社会发展而产生的;运用知识产权是该制度产生后的必然结果。

(二) 知识产权的法定主义与其运用的必然性

从知识产权的源头和历史发展看,它是一定公共权力机关(专制时代的国王可以看作是集权式的国家代理机构,而法治时代的立法机关是民主式的国家代理机构)人为创造产生并由法律加以规定和确认的:早期由国王或君主授予权利人以特权,后来以国家的有关机构取代国王授予权利人以一定时期的排他的商业使用权,发展到今天其权利还是由国家立法机关来认定或创制,任何人不得私设超越法律规定之外的知识产权种类或行使权利时超越某种权利的范围。^[5]而且,比较有意思的是,世界上最早的有关知识产权领域的成文法律源自以判例法为主的英国。这一点说明,与其他财产不同,在英国,专利权或版权的源头是来自成文法,而非英美法系的理论基础——自然法。后来美国1787宪法也明确规定“为促进科学和实用技艺

①它禁止一切垄断行为,但把发明者对自己发明的垄断作为在一定时期内应当受到保护的特别事项保存下来。该条例被认为是现代专利制度的始源。参见[日]富田彻男. 市场竞争中的知识产权[M]. 廖正衡, 金路, 张明国, 译. 北京:商务印书馆, 2000: 4; Arthur A. Miller. Intellectual property: Patents, trademarks and copyright (English Version) [M]. 法律出版社, 2004: 4。

②参见德文版1867年《北德意志联邦宪法》(Verfassung des Norddeutschen Bundes. vom 16. April 1867 [Bundesgesetzblatt 1867 S. 2])第4条。

的进步，对作家和发明家的著作和发明，在一定期限内给予专利权的保障”；^①在宪法中明确将创造性的智力成果纳入到“联邦”法律保护范围之内，在立法史上，美国堪称世界第一；紧接着1790年就颁布了《专利法》。这些也许可以看作是知识产权自其诞生时起就具备了法定主义的特征。然而，尽管“法定”的表现形式不同（国王授予权利人以一定的特权，或通过代表民意的立法机关授予权利人一定民事权利），但权利人所得法定权利的本质和内在的精神是一致的：即授予权利人一定时期内的排他的商业使用权（或曰商业垄断权）。

其实，我们从知识产权产生的主要理论——自然权利说、报酬说和契约说——中也能找到其法定主义的依据。^[6]自然权利说源自洛克的劳动创造财富说，它认为知识产权是一种自然权利（即一种天赋人权）；权利人因其实际完成了智力创造工作，而对其创造的成果当然地享有权利。但它解释不了当下多数国家在专利权和商标权获取制度中采用的“申请在先”及“地域性”原则；显然，在这方面，国家意志的预定取代了自然权利说。报酬说的核心是“按劳取酬”和“按资分配”，但它解释不了“一项发明一项专利”等原则，因为该原则源自国家的强制性规定。契约说认为，知识产权制度实际上是一种智力活动者与国家或者社会之间的契约，但这种“契约”是以国家制定专门的法律来体现的，带有明显的强制性，即其逻辑结果是知识产权的法定主义。因此，知识产权法定主义解释克服了上述理论的“缺陷”，较准确地反映知识产权的性质、特征和发展趋势，体现了与一般财产权取得的本质区别。

知识产权因法定主义而非由平等主体当事人通过约定来创制，权利主体因与国家之间的契约而获取的知识产权所具有的唯一性或排他

性决定了知识产权运用的必要性：权利人因国家强制规定排除了他人获取权利的可能，获得了一定时期的垄断地位，但其获取知识产权的价值不是现实的而是潜在的，他只有通过运用才可实现经济目的；而国家因为强制规定否定了其他人获得该类知识产权的可能，如果权利人不运用其知识产权，国家必定要采取有关措施让该类知识产权得到运用，否则对其他人和经济社会发展十分不利，所以在知识产权领域，为防止权利人的滥用权利，各国法律对强制许可措施给予了肯定。此外，为平衡权利人利益与社会公共利益，多数国家的法律又规定了合理使用、权利利用尽等内容，以促使知识产权得到更多的运用，以发挥其潜在价值。上述诸原因使知识产权的法定主义与知识产权运用存在着必然联系，法定的目的之一是为了使知识产权得到更规范的运用。

（三）知识产权的本质使知识产权的运用成为必然

对于知识产权的定义，目前似乎难以达成一致意见。根据《WIPO知识产权手册》，广义上，知识产权是指源自工业、科学、文学和艺术领域智力活动的法律权利。^[7]这一定义过于宽泛。对我国而言，它是舶来品，也不例外。我国《民法通则》规定的“知识产权属于民事权利，是基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称”可以看作是立法上的原则界定。而学者关于知识产权定义，有以下三种主要观点：郑成思教授的智力成果说认为“知识产权指的是人们可以就其智力创造的成果依法享有的专有权利”；刘春田教授和吴汉东教授的智力成果和工商业标记说认为知识产权是基于创造性劳动成果和工商业标记（吴汉东教授加上“信誉”）依法产生的权利的统称；张玉敏的综合说认为“知识产权是民事主体依据法律的

^① Section 8 of Article 1 of the Constitution of the United States (1787)。

规定,支配其与智力活动有关的信息,享受其利益并排斥他人干涉的权利。”^①

上述定义虽各有侧重,但均强调知识产权是一种民事权利,而至于是否是财产权,从定义中我们找不到直接明确的词语。不过我们从字里行间中能够得出它们更多的还是一种财产权,但是是一种什么样的财产权,就需要从知识产权的种类和词源上去解释了。美国学者多将知识产权视为基于无形财产产生的权利。我们分析西方教科书关于专利、商标、版权等定义后,发现它们均以“exclusive rights”一词为核心,其含义是“排他权”;但根据有关定义上下文的分析,可以得知其确切含义是排他的商业使用权,即未经权利人同意,任何人不得用其知识产权去谋取商业利益。^[8]作为权利人,他最关键的权利就是在其同意、许可或法律规定之外,有权禁止任何他人使用其知识产权牟利,即他控制的是知识产权的商业使用权。显然,权利人要实现知识产权给他带来的实际财产,就需行使这种排他性的权利,要么自己使用,要么许可他人使用;但不论是何种情况,“运用”毫无疑问是必须的。

根据“知识产权”这一术语的语法分析,它首先是一种产权,只是这种“产权”与人们的创造性活动密切相关,当它运用到生产过程中后,就会变成资产。对于这一根本属性,我们不能熟视无睹。既然是一种产权,显然其价值就在于运用到生产制造或服务中,为社会创造财富,显示出经济、财富内容。不过,知识产权的财产属性体现为无形财产权,其财产权所赋予的经济财富内容又不是现实的,它是潜在的财富,必须通过一定的途径才能实现;由此使其与一般有形财产在实现途径方面有着本质的区

别:后者无需经过转化或产业化路径,就可给权利人带来经济利益或财富。对此,知识产权的运用更显重要;同时,由于其财产属性具有虚拟性和待实现性,如果不能实施和运用,其名义上的财产又容易变得一文不值,在其价值实现的过程中存在诸多风险,尤其是在不当政策刺激下,会导致一国知识产权数量的虚高,而实际上它们当中的很多因质量问题是根本不可能得到运用的,它们的价值几乎是零。

因此,就本质而言,知识产权是一种民事权利,属于私权利,^②其最终的体现就是一种财产权(商业排他权);但这种财产权,不是现实的,而是潜在的,它必须通过运用才能成为权利人的财富。就此点而言,知识产权的价值无疑依赖于它的运用。

三、国际条约对于知识产权制度设立目标的规定与知识产权运用

(一) TRIPS协议规定的知识产权制度之目的与知识产权运用

在知识产权制度设立的目的方面,国内长期以来一直将“保护”视为其主要目的,而忽略知识产权制度本身的重要使命——运用知识产权。对专利技术转化不够重视,以至今日,专利技术转化仍是我国经济发展中存在的重大难题;其中部分原因可归因于上述认识。

知识产权保护与其确权一样,只是一种手段,是为知识产权人实现其目标创造前提。目前最具影响力的国际知识产权条约TRIPS协议明确界定的知识产权私权性质为知识产权的转让和扩散等运用定下了基调:因为在分工日益细化、研发力量日益独立及技术日渐复杂的知识经

^①具体论述参见郑成思. 知识产权法教程[M]. 北京:法律出版社,1993:5;刘春田. 知识产权法[M]. 北京:高等教育出版社与北京大学出版社,2007:3;吴汉东. 知识产权法:第三版[M]. 北京:法律出版社,2009:5-6;张玉敏. 知识产权的概念和法律特征[J]. 现代法学,2001(5):103-110.

^②Preamble of TRIPS Agreement.

济时代，权利人未必像自由资本主义时期的权利人那样自己直接利用其拥有的知识产权去从事生产制造等经营性的活动，而往往多通过许可、转让等方式来运用知识产权以实现价值。

尽管确权和保护是TRIPS协议的核心任务和内容，但它们不是知识产权制度的目的，更不是知识产权制度的所有内容。其“序言”的字里行间表明：促进全球经济发展目标、技术发展目标及建立最不发达国家技术基础是保护使命之下应有的归宿；^①即保护是手段，而目标则是经济、技术的发展及帮助技术落后国建立技术基础。其“目标”条款明确规定：知识产权的保护和实施应有利于促进技术革新、技术转让和技术传播，有利于生产者和技术知识使用者的相互利益，保护和实施的方式应有利于社会和经济福利，并有利于权利和义务的平衡。^②其“原则”规定：缔约方可以通过制定或修改其国内法律和规则，采取必要的措施来保护公众的健康和营养，维护在对于其社会经济和技术发展来说至关重要的领域中的公众利益…为了防止权利所有者对知识产权的滥用，防止不合理地限制贸易或反过来影响技术的国际性转让的实施行为，可以采取适当的措施。^③因此，有学者认为“有利于促进技术革新、技术转让和技术传播，有利于生产者和技术知识使用者的相互利益”包含了知识产权制度中最重要的原则。^④实际上整个知识产权政策无非就是在两个目标——（1）发明人、创作人因其创新而获得报酬与（2）促进社会商业利益和确保公众获得科学技术文化知识——之间寻求一种平衡。为鼓励创新，必须维持这种平衡。^⑤

显然，促进技术转让——知识产权运用

的最主要的方式之一和最集中的形式——是当前最重要的知识产权条约规定的目的和原则的核心内容，^④足以说明在知识经济条件下，知识产权运用是整个知识产权制度的核心价值所在。

（二）知识产权制度目标的发展过程与知识产权运用

人类在对知识产权目的认知方面也有个过程，早期是重在保护，此点我们在条约的名称中就可看出，如《保护工业产权的巴黎公约》《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》及《保护表演者、录音制品作者和广播组织的国际公约》（1961年）等。由于在当时的历史阶段，知识产权主要为权利人自己使用，转让、许可不是很多，结合技术发展水平的限制（技术方案相对简单，产品的系统性、复杂性相对较低）和技术之间的相互依赖和关联不深，权利人可以在一定范围内靠单个力量能独立完成一个系统的技术方案等，其利益实现很大程度上取决于权利人自己的实施。作为实现利益和取得市场竞争优势的主要工具，保护其不被侵犯（如未经许可，不准他人实施等）是权利人最为关心的事情。故权利人利益的保护成为该制度幼年期的重要使命，如何防止他人未经许可就使用知识产权成为制度的第一要义。

后来，随着技术发展的突飞猛进及经济全球化的逐步形成，以及知识产权与货物、服务贸易的关系日益紧密及人类公共问题的出现，如环境保护、疾病、气候变化等消极的经济外部性现象的日益严重以及技术复杂性和相互关系的密切，如何发挥技术效能、增强人类福祉、提高人类生活水平变得日益重要。有关知识产权国

① Preamble of TRIPS Agreement.

② Article 7 of TRIPS Agreement.

③ Article 8 of TRIPS Agreement.

④ 甚至有学者认为，基于多哈宣言及其相关文件对TRIPS协议这两条的坚持，它们将成为TRIPS协议有关条款解释的基础，特别是在有关知识产权争端案涉及的条款。参见Daniel Gervais: The TRIPS agreement drafting history and analysis(3rd Edition)[M]. London: Thomson Sweet and Maxwell, 2008: 207。

际条约名称中使用“保护”的数量越来越少,如《集成电路知识产权条约》(1989年)、TRIPS协议、1996年的《世界知识产权组织版权公约》和《表演和录音制品条约》等均没有在名称中提到“保护”一词,意在提醒人们注意知识产权制度并非等同于知识产权保护(虽然其主要使命中仍含有保护);而且各条约的相关内容都提到条约要反映保护权利人权利和广大公众利益之间的平衡。^①而平衡的重要内容之一就是不能过度强调保护,它还应当促进在公平合理的条件下让他人分享到权利人带来的科技进步成果。这些变化说明,随着人类文明进步、科技的发展及经济全球化形成等,客观上要求知识产权制度的任务不能再仅仅限于所谓的“保护”,知识产权的流转(扩散和转让)成为现今条件下该制度的重要内容。

此外,随着研发人员和队伍的日益独立及研发成果作为一种商品的出现,技术成果的交易和流动也日渐成为知识产权领域里更为重要的活动。20世纪末21世纪初的近20多年来,知识产权在创造技术新市场和加速创新步伐方面的作用使创新和服务爆炸式地增长,这一结果主要归因于知识产权的市场特征:它们是可贸易、可转移和透明的。^②这一趋势说明,如同民法发展领域中,早期关注物权的确认和归属,后来发展至更为重视债权(以合同为核心)一样,财产只有在流转和流动中才能增值并发挥出财产的积极价值,作为财产中独特的财产,其流动性更是其价值发挥的当然条件。所以,在TRIPS协议的“目标”和“原则”中,强调“技术转让”和“扩散”是一种必然。

人类面临的共同问题及技术难度的增加促

使人类必须合作来解决,其中在知识产权领域的合作非常关键,任何人都不可能解决某一领域甚至于某一产品中所有技术问题。因此,不论是人类生态文明建设还是创新性社会的构建,均离不开技术转让法律制度,技术转让已成为实现上述目标的纽带,它是扩大知识产权运用范围和增强知识产权运用力度的表现之一。以目标、原则为立法的指导方向,以保护为手段,提高以技术扩散和转让为中心任务的知识产权运用水平,让人类在合理公平的条件下能够分享到技术进步给人类带来的利益,提高整个人类的发展水平,是TRIPS协议在知识经济时代的最重要的当然使命。

四、完善我国知识产权制度,以促进知识产权运用为归宿

TRIPS协议构成了当今各国知识产权制度的总体框架和立法基础与原则,它也应当是我国相关制度的基础。我国有关知识产权立法应当强调知识产权的使用、流转和扩散,而不应限于静态的“确权和保护”。比如,就完善高校和科研院所研发方面法律制度而言,通过完善相关制度,使知识走出象牙塔,与产业和社会需求结合起来;对高校、科研院所研究的航标应当调整为:动态的市场和社会需求,以产业化为重要指标考量创新的程度和社会贡献率,而非静态的所谓“论文”、纸面“成果”或永远不可能变为现实生产力的所谓“专利”,特别是对于应用型智力成果而言。《国家知识产权战略纲要》明确声明:知识产权制度是开发和利用知识资源的基本制度;它通过合理确

^①如1989年的《集成电路知识产权条约》第6条关于“保护范围”中,它分三种情况,即“需要权利持有人许可的行为”、“不需要权利持有人许可的行为”和“关于未经权利持有人同意而使用的措施”以平衡权利人与公众之间的利益;1996年的《世界知识产权组织版权公约》和《表演和录音制品条约》均在序言中明确条约要反映保护权利人权利和广大公众利益之间的平衡。

^②参见OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee: Intellectual property rights: DAF/COMP(2004)24 [R/OL]. 2005: 230 [2020-11-06]. <https://www.oecd.org/daf/competition/34306055.pdf>.

定人们对于知识及其他信息的权利,调整人们在创造、运用知识和信息过程中产生的利益关系,激励创新,推动经济发展和社会进步;当今世界,随着知识经济和经济全球化深入发展,知识产权日益成为国家发展的战略性资源和国际竞争力的核心要素,成为建设创新型国家的重要支撑和掌握发展主动权的关键。^①这一观点可以说是“知识产权制度”设立价值的准确、客观的定位和描述。

但我国目前的立法层面还没能及时反映这一战略思想,现行三部主要单行法律虽几经修改但无不仍以保护为其首要目标;如果再仔细阅读其他尚未形成法律但以行政法规形式规范的知识产权立法,可以发现“知识产权保护”几无例外地成为知识产权法律体系的首要目的。如法律方面,《专利法》规定其立法目的是“为了保护专利权人的合法权益,鼓励发明创造,推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科学技术进步和经济社会发展”;^②《著作权法》规定其立法目的是“为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权,以及与著作权有关的权益,鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播…”;^③《商标法》规定其立法目的是“为了加强商标管理,保护商标专用权,促使生产、经营者保证商品和服务质量,维护商标信誉…”。^④行政法规方面,《计算机软件保护条例》规定其目的是“为了保护计算机软件著作权人的权益,调整计算机软件在开发、传播和使用中发生的利益关系,鼓励计算机软件的开发与应用…”;^⑤《集成电路布图设计

保护条例》规定其目的是“为了保护集成电路布图设计专有权,鼓励集成电路技术的创新,促进科学技术的发展”;^⑥《植物新品种保护条例》规定其目的是“为了保护植物新品种权,鼓励培育和使用植物新品种,促进农业、林业的发展”;^⑦其他就不一一列举。从所列内容可以看出,我们在立法目的上与TRIPS协议还是有一定差异的;因此我们也不难理解为何在行政执法、司法实务中,一提到知识产权法律制度,我们的第一反应就是保护;如前文所述,保护不是其目的,只是其目的实现的手段和条件,该制度的真正目的在于促进技术转让和转化,提升社会创新能力。笔者认为,导致这种结果的出现是我们在知识产权制度设立的目的及TRIPS协议内容的实质进行解读时,发生了偏差。实际上,当人类进入20世纪后半叶后,随着分工的进一步细化,公司、企业研发投入的加大、政府资助项目的增多及作为独立的研发机构、组织或个人的大量出现,知识产权不再像其诞生的初期那样,主要由权利人自己使用,技术或其他智力成果日益成为重要的商品(如纯粹的技术许可、转让等)或与商品进行了完美地结合(如高新技术产品买卖中涉及的商标使用、软件许可和其他技术服务等,以及服务业领域的特许经营和连锁店模式等),标志着其作为财产的独立性日渐突出。此时,知识产权制度的重大使命已由“保护”向“创造、运用和管理”过渡,因为权利人实现其权利不再需要一切从产业链的开端做起(要投入大量的成本,如建立厂房、雇用员工、购买设备等)直到进入产业链的末端,

①参见国务院2008年6月颁布的《国家知识产权战略纲要》。

②《中华人民共和国专利法》(2020)第1条。

③《中华人民共和国著作权法》(2020)第1条。

④《中华人民共和国商标法》(2019年修正)第1条。

⑤《中华人民共和国计算机软件保护条例》(2001)第1条。

⑥《中华人民共和国集成电路布图设计保护条例》(2001)第1条。

⑦《中华人民共和国植物新品种保护条例》(1997)第1条。

获取利润，他们完全可以在实现其价值方面，将其与其他产业链隔离开来。由此知识产权法律制度设计主要目标也随之作出了相应的变化，TRIPS协议的第7条可以说反映了这种变化，而我国相应的法律制度没有作出调整，反映了其在目标方面的一定的滞后性；它说明我们在如何从国际规则中发现利于发展中国家规定及挖掘、引申其立法意义方面，有很大的努力空间；我们不能只看到条约中明确约定发展中国家义务的条款，如知识产权保护期限、专利保护范围等，还需看到可能有利于发展中国家的有关弹性条款并加以充分合理正当地使用，以维护我国国家利益。^[10]

为此，我们可根据知识产权制度设立目标的应有之意及我国新时期的知识产权战略来突出我国知识产权立法之重点，以促进知识产权的运用及提高人们生活水平为归宿，来调整知识产权制度，并宣讲这些制度，而不能将知识产权制度仅限于所谓的确权和保护方面。如果我们分析发达国家完整的知识产权制度，可以发现，它们实际上是将知识产权制度的保护和促进运用相结合的，甚至于对运用给予了更多的关注。以美国的技术领域为例，其专利法虽然重在保护，但自1980年拜杜法案之后，美国先后出台有关促进技术转让的法律法规有20多部，这些制度与专利法一起，促进了美国经济的快速发展。反观我国技术领域，我们除了专利法外，对促进专利等技术运用的法律法规乏善可陈，尽管我们有《促进科技成果转化法》，《民法典·第三编 合同》（2020年通过）中有技术合同的相关规定，但由于法律条文本身的不足及其他配套制度的欠缺，以及法律之外的因素，致使我们今天还重在关注“确权、保护”。^①我国近几年来，专利申请量和

授权量年年以惊人的速度增长，但社会进步、经济发展没有与之同步；大量的专利处于休眠状态，甚至有些根本就不具有任何市场价值（但对有些人而言，有形象价值、有其他非经济类的价值）。不仅仅如此，我们还在用公共资源很有力度地资助所谓的专利申请和授权，将这一经济行为扭曲成为政绩工程，违背了知识产权本身的发展规律，难以使知识产权“运用”获得突破。如果我们的知识产权制度以“运用”为导向，讲求市场效益，遵循市场规律，则知识产权的质量会大幅提高，像所谓的“泡沫专利”、低水平的作品及使用率不高的注册商标等会逐渐消失。因此，完善我国知识产权法律制度，建立“以创造为源泉，以确权和保护为前提和保障手段，以运用为直接目的和归宿，以管理为手段”运行机制，势在必行。

五、结论

林肯的“专利制度是为天才之火添加利益之油”之名言为专利制度的本质和使命也作了一个很好的注解；专利制度的目的在于促进、激发天才的发明家们创新的积极性，这种创新的积极性又依赖于利益的实现。利益实现有两种途径：发明人自己使用，并通过专利制度取得合法垄断权来获利，或者发明人通过技术转让来实现。处于不同的时代，技术权利人实现其权利的方法也不同：在早期，技术权利人多通过自己发明、自己应用、自己销售等渠道来实现技术的价值，后来随着社会分工的日益细化，营销逐渐分离出来，企业着重于研发和生产。到了知识经济时代，随着独立研发机构和研发组织的出现，技术似乎也完全可以独立于设备等，成

^①这里无意说“确权、保护”不重要，恰恰相反它们很重要；如果没有明确的“权利主体”、不对这样的权利给予保护，则交易和运用很难进行。这里想说的是：确权、保护只是知识产权事业的第一步，是为转让、运用提供前提条件的，其最终的作用在于为转让和运用服务。

为一种商品；随着研发工作者成为一个独立阶层，技术转让和转化活动会日渐频繁。^[11]有些国家还将专利文档制度视为技术转让最重要的基础和加速研发的路径。^[12]因此，处于知识经济时代，作为专利技术运用重要表现的技术（尤其是高校和科研院所的专利技术）转让的法律制度完善十分重要，美国自20世纪80年代起至21世纪，先后制定、颁布了20多部有关技术转让法律法规对此作了很好的证明。作为知识产权最为集中的代表之一——专利——领域发生的上述变化，完全可以适用于知识产权的其他领域。如在版权领域，随着文化产业的兴起及各国走可持续发展之路与对低碳技术经济的重视，使得版权运用也变得日益重要；我国在版权领域的贸易现实及文化产业发展的提出本质上就是对版权运用提出了要求。2011年10月中共中央十七届六中全会审议通过的《关于深化文化体制改革推动社会主义文化大发展大繁荣若干重大问题的决定》，提出要深化文化体制改革，深入贯彻落实科学发展观，发展文化产业以增强国家文化软实力；^①文化部于2017年4月颁布《文化部“十三五”时期文化产业发展规划》来规划和促进文化产业发展。这些实际上是将发展文化产业上升到国家战略的高度，其最终落脚点主要是版权的运用。当然，与技术一样，版权产业发展的如何最终还是取决于版权的质量。在商标领域，其商业运用显而易见，关键在于知名品牌和驰名商标的拥有和运用。知名品牌是一个国家或民族的脸面，在全球化下，一国的实力可以通过其世界性知名品牌反映出来，如美国是当今世界最强大的国家，2010年以来，商标价值排名前100、前50和前10的企业中，美国的企业长期占据绝对优势：如2010年按商标价值来排名的世界前10名中，美国占据

9家（2009年是8家），前100名中，美国占了50家。^[13]2014年，前50名全球最佳品牌价值排名中，美国占据28个席位，其中前10名中美国仍有9个；中国企业取得可喜进步，有2家榜上有名：中国移动第13名（2013年第20名）和中国工商银行第30名（2013年第31名）；^[14]但它们均是以中国本土为主要经营地的服务业，世界性影响恐难以与苹果、三星、谷歌、微软、GE和IBM等这些深入世界诸多角落的高新技术企业相匹敌。2020年全球知名品牌排名前10的美国占了8家（另外两家是韩国的三星和法国路易·威登），其中6家是高科技企业（另外两家是可口可乐及麦当劳）；中国排名最高的是工商银行（第44位）。^[15]作为当今世界的制造中心，我们至今没有一家高新技术企业的品牌进入前50名。这说明，我国目前拥有的世界级、影响力巨大的名牌还寥寥无几，这与中国第二大世界经济体极不相称；作为一国实力和形象象征的知名品牌的培养和运用，是商标领域的未来突破的重点和核心。

“创意或想法的价值在于其运用”。^[16]以智力成果为基础的知识产权的运用作为国家知识产权战略的重要内容不能仅停留在静态的文件中，而应当变为现实的行动。我们的立法、执法和司法应当以运用为核心和归宿进行相应的调整，让“运用”与“创造、保护和管理”前后衔接，彼此间形成良性互动，促进战略纲要的实施与执行，以真正发挥知识产权制度的作用及知识产权本身的价值，推动中国和谐社会的构建。

参考文献：

- [1]王宇,等. 去年中国PCT国际专利申请量跃居世界第三[N]. 中国知识产权报, 2014-03-19(3).
- [2]中国共产党第十八届中央委员会. 中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定[N]. 人民日报.

^①具体内容参见《中共中央关于深化文化体制改革、推动社会主义文化大发展大繁荣若干重大问题的决定》[N]. 人民日报, 2011-10-26(01).

- 2013-11-16 (1).
- [3]马忠法, 王全弟. 知识产权的历史成因、法定主义及其法律特征[J]. 河南省政法管理干部学院学报, 2009(2): 167-172.
- [4]Locke John. Two treatises of government[M]. London: Printed for Thomas Tegg, 1823: 116-118.
- [5]李素文. 知识经济: 21世纪新经济形态[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 1998: 197.
- [6]吴汉东. 知识产权法[M]. 北京: 法律出版社, 2004: 125-127.
- [7]WIPO. WIPO intellectual property handbook (2nd Edition) [M]. Geneva: WIPO Publication No.489(E), 2004: 3.
- [8]郑胜利. 论知识产权法定主义[J]. 中国发展, 2006 (3): 49-54.
- [9]Mcgrath M. The patent provisions in TRIPS: Protecting reasonable remuneration for services rendered—or the least development in western colonialism? [J]. 7 E.I.P.R. 1996(18): 398-403.
- [10]Gervais Daniel. The TRIPS agreement drafting history and analysis (3rd Edition) [M]. London: Thomson Sweet and Maxwell, 2008: 203-204.
- [11]马忠法. 国际技术转让法律制度理论与实务研究[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 309.
- [12]Alikhan S. Intellectual property, the developing countries and economic development [J]. Rajiv Gandhi Institute for Contemporary Studies, 1994(14): 14-15.
- [13]Interbrand. Best global brands 2010[R/OL]. (21010-09-26)[2014-10-20]. <http://www.interbrand.com/en/about-us/Interbrand-about-us.aspx>.
- [14]BrandFinance. Global 500 2014 The world's most valuable brands[R/OL]. (2014-09-20)[2020-11-06]. <https://brandirectory.com/rankings/global/2014>.
- [15]Forbes. The worlds most valuable brands 2020[R/OL]. (2020-09-10)[2020-10-31]. <https://www.forbes.com/the-worlds-most-valuable-brands/#7ff5d168119c.d>.
- [16]Thomas A. Edison quotes [R/OL]. (2018-08-26)[2020-11-05]. http://www.brainyquote.com/quotes/authors/t/thomas_a_edison_2.html.

【责任编辑 刘绚兮】

The Mission of Intellectual Property Legal Regime: To Promote the Use of Intellectual Property Rights

MA Zhongfa

Abstract: In "Outline of the National Intellectual Property Strategy" of P.R.China, it's definitely prescribed that one of its the purposes is to improve China's capacity to create, utilize, protect and administer intellectual property (IP), which positioned the capacity to utilize IP at a very significant status, illustrating that the utilization of IP is attached much more importance to in the national IP strategy. In fact, when retracing to the origin of IP system and reviewing the legalism and the essence of IP, we can find that the mission of IP system lies in utilization of IP. In the current time, the most important IP treaty—Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights—also provides expressly that its direct objective is to promote transfer and diffusion of technology, which is essentially the kernel of IP utilization. Therefore, a dynamic utilization-oriented IP system, together with the ascertaining propriety-and-protection-orientation, shall be established in China.

Keywords: utilization of intellectual property; intellectual property system; intellectual property strategy