



第十四章

知识产权和信息安全

邵景春

北京大学国际经济法研究所所长

参与撰稿人:麦家驹 徐占忱

摘要

中国对知识产权的保护不够已经成为了美国许多商界人士心中的一大顾虑。主要问题有：

- 当前的知识产权法律执行不力
- 公众对知识产权保护的意识淡薄
- 司法职能不够完善、处理知识产权案件有不足
- 法院结构分散化，导致一个案件需要诉讼多次且裁决判定可能不一
- 中国执行自主创新和技术转让政策时存在的问题
- 强制许可的使用和潜在的滥用

除此之外，越来越多的人关注网络安全。美国指责中国政府通过直接或间接的方式对美国进行网络攻击。中国政府完全不同意这种看法。事实上中国视自己为网络攻击的受害者，因为其自身的防御网络攻击的能力非常落后。认识到网络攻击可能造成的巨大损失，中国将黑客行径列为违法行为。然而，中国政府不排除有个人在中国参与网络攻击的可能。还有指控声称，有个人或组织在中国通过网络对美国进行商业和工业的间谍活动。

在过去的十年间，中国付出了巨大努力提高对知识产权的保护。中国加强了法律和相关机构的职能，根深蒂固的传统观念也在正在变化。但是，要对整个社会产生深远的影响，需要时间也需要更多的努力。中国政府最近采取了一系列措施，其中包括在所有的政府部门使用正版软件，消除使用盗版软件的现象，政府采购与国内知识产权的拥有权进行脱钩，逐步改进执行知识产

权保护的司法部门职能，承诺解决跨境贸易中商品侵犯知识产权侵权产品问题。

美中两国政府一致同意继续携手合作提高对知识产权的保护。两个经济体继续实行双边合作机制。最近，《视听表演北京条约》被视为是中国和国际知识产权界的一个里程碑。

中国将进一步加强对知识产权所有者利益的保护，这不仅因为中国意识到必须采用国际上做法，也是因为这样做符合中国自身的利益。中国经济发展将不能单靠投入有形产品维持，知识创新和技术进步已经逐步成为增长的重要驱动力。为了能在中国鼓励并促进创新，知识产权保护十分重要。近些年来，中国专利注册的数量逐渐攀升，许多中国公司还要求申请国外的专利注册。这些专利拥有者在中国迫切需要更有效的机制对知识产权进行保护。因此希望在不远的将来，在这方面能够取得快速进展。

本文推荐了一些方法和措施，旨在深化美国和中国在知识产权保护 and 信息安全领域的合作：

- 相互承认各自知识产权的注册文件
- 更广泛地使用局域许可证，作为倡导使用正版软件的一种方法。
- 国有企业的软件合法化
- 建立国家知识产权法庭，处理国内所有知识产权权利人的诉讼请求
- 加强国务院跨部门知识产权组织的作为
- 改进技术转让市场安排
- 通过更紧密的双边交流与合作及国际合作加强网络安全



知识产权和信息安全

简介

近年来, 尽管许多美国商界人士抱怨中国对知识产权的保护不当, 但中国的确在知识产权保护方面已经取得了显著的成绩。例如, 根据2012年美中商会¹的调查, 超过一半的公司代表表示中国的知识产权保护, 在2011得到了改善或显著提升。

中国将会继续加强对知识产权的保护, 不仅是出于中国的贸易伙伴和直接投资者的压力, 更重要的是这样做符合中国自身的利益。中国《国民经济和社会发展规划第十二个五年规划》的目标之一, 就是从要素投入型经济转型成为创新驱动型经济。这也就意味着中国必须加强在人力资源和研发方面的投入, 更好地促进知识创新、专利保护和专业技术的发展。要达到这个目标, 有必要建立对知识产权的保护体系。

中国已经开始将经济发展的重点转向创新驱动。这具体反映在中国企业快速增加了申请专利和产权的登记 (见图表7和8)。此外, 许多中国企业在海外积极地购买新技术、新专利和商标。这些进步都表明越来越多中国企业会支持进一步加强知识产权的保护。有理由相信, 中国政府会快速的其提升知识产权保护体制部门职能。这种模式与许多经济体类似, 如上个世纪八十年代的中国台湾。

全球知识产权保护的发展和中国的积极参与

全球知识产权保护的发展

全球保护知识产权的多边体系, 是由1883年《保护工业产权巴黎公约》, 1891年和1989年两条条约构成的《商标国际注册马德里协定》、19世纪末期《保护文学艺术和艺术作品伯尔尼公约》等发展起来的。1967年世界知识产权组织(WIPO)成立, 隶属于联合国大会。1970年签订的《专利合作条约》现在由该组织实施。

1994年签订的《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS), 是迄今为止世界上关于知识产权保护方面最具影响力的协议。按照国际规定和最惠国待遇的规定, 《与贸易有关的知识产权协定》建立了知识产权的最低保护层级, 即每个世界贸易组织(WTO)必须提供给其他成员国的保护, 并规定了在多边贸易体系中知识产权贸易的规则。强制许可, 即“一国政府不需要获得专利所有者的同意, 允许另外一方生产专利产品或进行商业操作”(世界贸易组织, 2006年定义), 根据《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)的规定, 在公共卫生危机发生的情况下是允许的, 这包括HIV/AIDS 艾滋病、疟疾等其他传染病。2001年《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)和公共卫生的《多哈宣言》, 基本认定《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS)成员国可以灵活操作, 获得所必须的药物。2005年的部长声明进一步建立了法律框架, 允许世界贸易组织成员国出口根据强制许可生产专利药物的一般种类, 使得那些在制药领域缺乏相关生产能力的国家能获得所急需的药物。

¹ 美国中国商会, “2012 中国商业环境成员调查报告 (UCBC)”, 2012年10月。

图表1: 中国和美国签署的国际知识产权协议

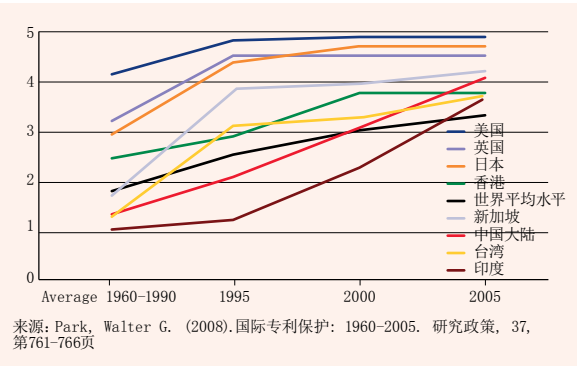
公约/体系/条约	中国	美国
世界知识产权组织公约	1980	1970
保护工业产权巴黎公约	1985	1887
保护文学和艺术作品伯尔尼公约	1992	1989
专利合作条约	1994	1978
商标国际注册马德里协定	1995	2003
世界知识产权组织版权条约	2007	2002
视听表演北京公约	2012	2012

来源: 世界知识产权组织网站

过去十年,全球知识产权保护尽管不时有争议发生,但一直都在得到加强。2006年启动的专利诉讼快捷通道,大大加快了专利审查处理的速度,在参与国家收到广泛的欢迎。在另一方面,美国、欧盟一些国家和其他一些发达国家²签订的《反假冒贸易协议》(ACTA),却没有被许多发展中国家如中国印度及一些欧洲国家所接受。尤其有人指责反假冒产品贸易协议(ACTA)谈判协商的过程并不民主,条款的规定进行贸易犯罪制裁的门槛很低。许多终端用户担心他们在网络上进行的一些平常的操作也被当局认为是违反了该协议的规定。由于在许多成员国都有抗议,欧洲议会最后投票表决,于2012年否决了该协议的实施³。

最近,2012年6月在北京举办的世界知识产权组织外交大会,是中国也是世界知识产权保护的一个里程碑。由世界知识产权组织成员国签订的《北京条约》建立了国际法律框架,来保护电影演员和其他表演者在数码领域的权利。这是中国自1978⁴年经济改革开始以来第一次举办此类会议,签署国际知识产权条约。具有重要意义的是,会议表明加强对知识产权的保护符合中国自身的利益。按米歇尔·武茨——世界知识产权组

图表2: 专利保护指标, 1960-2005



织文化和创意产业版权保护法律部主任⁵的话来说,“中国和其他发展中国家在电影产业迅速发展,并开始意识到的确需要保护电影演员和整个电影产业。”

中国的知识产权保护

尽管中国在知识产权领域是个后来者,但是中国通过向西方学习,在短短的三十年,已经建立了相对完善的知识产权保护体系,而西方国家走过这一过程则用了二百多年的时间。正如前世界知识产权组织干事长阿尔柏德·鲍胥格所说的⁶,“在知识产权历史上,中国所完成的一切,速度是独一无二的。”

² 2012年6月30日反假冒产品贸易协议(ACTA)的签署国包括: 澳大利亚、加拿大、日本、摩洛哥、新西兰、韩国、美国、欧盟和22个成员国。

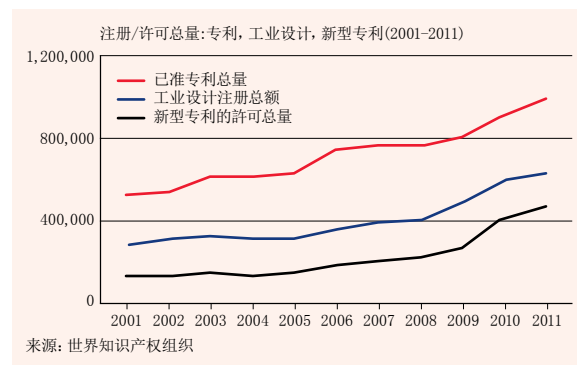
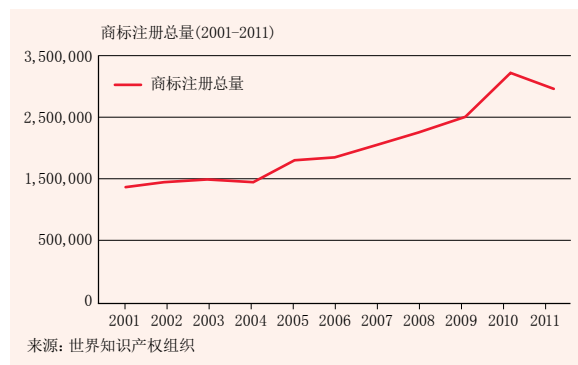
³ BBC新闻,“ACTA: 欧盟否决了存在争议的反侵权协议”。

⁴ 中国知识产权保护办公室,“2012国际知识产权保护北京协议”

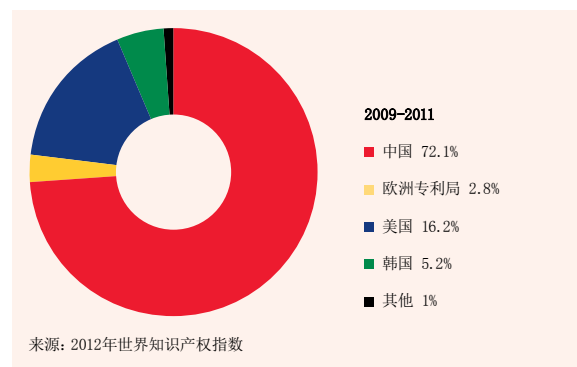
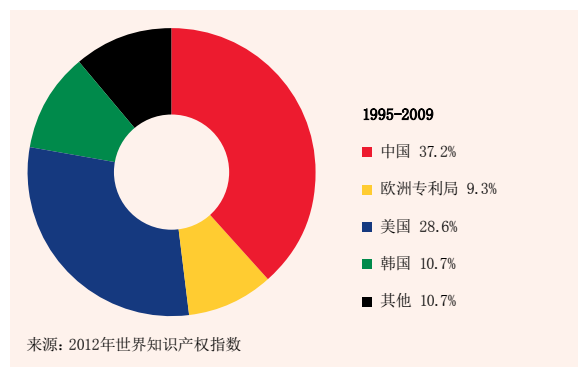
⁵ 同上,第四段。

⁶ 中国知识产权办公室,“中国知识产权保护报告(白皮书)”,1994年。

图表3: 世界知识产权注册/许可(2001-2011)



图表4: 国家/地区知识产权局在世界专利申请增长的贡献



他的观点被知识产权研究专家沃尔特·帕克所编著的专利保护指标(帕克, 2008年)所证实。专利保护索引⁷是122个国家在专利保护方面的力度指标。指标在1到5级之间变动, 逐渐增强。正如图2所显示的, 中国大陆的分数从1960-1990的1.33上升到2005年的4.08, 此时中国大陆的分数远远高于世界平均水平(3.34), 并高于印度、台湾和香港。但是, 中国要完全解决好所有知识产权侵权问题、一夜之间赶超现代水平, 并不是件容易的事。这是部分由于中国经济和社会的现实情况。尽管中国知识产权保护比不上美国(4.88)、新加坡(4.21)和英国(4.54), 但中国近些年取得

了显著的进步, 并持续努力不断改进知识产权保护。

外国在华知识产权登记量、授权量的增长以及中国企业专利的申请量和授权量的增长

随着中国知识产权保护体制的不断成熟以及中国市场的重要性不断提高, 日益受到关注的是在世界的知识产权登记授权上升的势头中(图表3), 中国的知识产权局2009年到2011对世界整体专利数目增长的贡献远大于1995-2009年(图表4)。

在过去几年, 外国在中国国家知识产权局的专利申请(图5)和专利授权显示有明显的上升势头; 日本、美国和德国是三大申请企业的主要来源国。

⁷ 具体来说, 指标是五项分数的非加权之和: 1. 覆盖面; 2. 国际条约的加入成为成员国情况; 3. 保护时间区间; 4. 执行机制; 5. 限制条件。金那特和帕克讨论的两项敏感事项(1997)包括1. 现实情况和法规保护可能存在差距(例如: 法律在现实中得不到实施); 2. 每项不同分数的权重可能影响到跨国/跨地区的情况比较。这不构成专利保护质量的标准。

图5: 中国专利局的国外专利申请情况 (按国别)

国家或地区	所有年份	1985-2006	2007	2008	2009	2010	2011
日本	417,991	223,545	38,188	34,480	34,381	38,241	45,228
美国	282,600	143,748	25,908	27,656	24,629	28,636	32,023
德国	105,974	52,354	9,388	10,145	9,694	11,297	13,096
韩国	93,647	48,971	9,601	9,320	7,113	8,782	9,860
法国	43,022	23,278	3,697	3,854	3,624	3,994	4,575
英国	24,822	14,304	2,012	2,233	1,911	2,087	2,275
加拿大	10,223	4,937	953	1,016	989	1,137	1,191

来源: 中国知识产权专利局

图6: 中国专利局的国外专利实施情况 (按国别)

国家或地区	所有年份	1985-2006	2007	2008	2009	2010	2011
日本	241,640	100,190	21,123	26,370	33,804	29,516	30,637
美国	117,881	50,944	9,709	11,195	15,273	14,938	15,822
德国	50,393	21,393	4,064	4,729	6,658	6,451	7,098
韩国	49,276	17,591	4,373	5,605	7,950	7,117	6,631
法国	22,191	10,259	1,861	1,849	3,004	2,690	2,582
英国	11,640	6,021	918	1,000	1,266	1,164	1,271
加拿大	4,397	1,666	335	443	599	677	677

来源: 中国知识产权专利局

图7: 中国的专利实施和许可: 中国企业

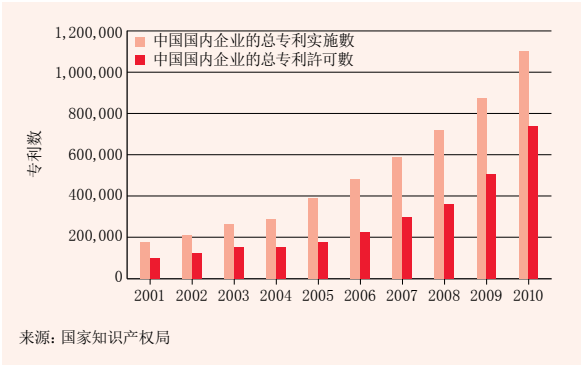
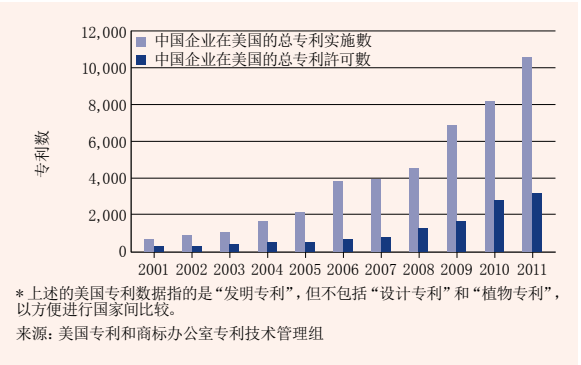


图8: 中国企业在美国的专利实施和许可*



图表9: 美国专利和商标办公室的发明专利许可情况(按国别)

国家或地区	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
美国	87,600	86,971	87,893	84,270	74,637	89,823	79,526	77,502	82,382	107,792	108,626
日本	33,223	34,858	35,515	35,348	30,341	36,807	33,354	33,682	35,501	44,813	46,139
韩国	3,538	3,786	3,944	4,428	4,352	5,908	6,295	7,548	8,762	11,671	12,262
德国	11,260	11,280	11,444	10,779	9,011	10,005	9,051	8,914	9,000	12,363	11,920
台湾	5,371	5,431	5,298	5,938	5,118	6,361	6,128	6,339	6,642	8,239	8,781
加拿大	3,606	3,431	3,427	3,374	2,894	3,572	3,318	3,393	3,655	4,852	5,012
法国	4,041	4,035	3,868	3,380	2,866	3,431	3,130	3,163	3,140	4,450	4,531
英国	3,961	3,831	3,622	3,443	3,142	3,581	3,292	3,087	3,174	4,302	4,307
中国	195	289	297	403	402	661	772	1,225	1,655	2,657	3,174
以色列	970	1,040	1,193	1,028	924	1,218	1,107	1,166	1,404	1,819	1,981

来源: 美国专利和商标办公室专利技术管理组

同时,随着中国的经济发展重点逐步转向技术进步和创新,中国企业专利申请和授予数量,无论在国内和还是在美国都显著增加(图表7和图表8)。然而,中国企业额在美国专利许可的数量(2011年是3174例)与其他发达经济体如德国(2011年是11,920例)、日本(2011年是46,139例)、美国(2011年是108,626例)(图表9)相比仍然较小。

网络安全

随着电脑、移动电话和其他网络设备与人们的生活联系日益紧密,个人、企业和政府变得更容易受到不同的网络犯罪的影响,其中包括间谍行为、破坏、颠覆和工业机密的窃取等,这会给受害者造成巨大的经济损失。2012年世界经济论坛年会上,与会政府官员、企业界和学者人士普遍认为,网络攻击是一个全球性风险。虽然很难估量到底它对一国经济会造成多大的损失,但在某种程度上,这一问题可以从快速发展的网络风险市场和不断上涨的保险费中看出。

《反计算机犯罪布达佩斯协定》从2001年就允许国家加入,它被认为是第一项用于保护国家不受计算机网络和因特网攻击的国际条约。目的在于协调各国之间反计算机犯罪政策。美国、

加拿大、日本、南非和大多数欧洲国家是签署国或成员国,新兴经济体却很少支持。由于发展中国家不断增强的经济势力和电脑技术的不断复杂化,该公约是否能最有效的促进国际合作、提升国际意识和关注度仍然有待观察⁸。

肯尼斯罗格夫,是哈佛大学的国际经济学家⁹,他指出网络安全和金融稳定在许多方面很相似¹⁰。尤其是,两者都非常复杂、而且发展迅速,政府管理者很难跟踪。另外,就好像最近危机之前的金融市场发展,许多信息技术方面的利益相关者认为,政府的管理政策没有必要或者妨碍了产业的增长。据著名的反病毒公司卡巴斯基实验室的创立者卡巴斯基说,网络攻击是二十一世纪最危险的技术创新。罗戈夫和卡巴斯基先生都对最近出现的“震网病毒”和“火焰病毒”进行了评论,一致认为政府出于好意设计的病毒,可能会被用于其它可怕的目的。如果未来病毒被其它方利用,可能会对金融系统的运行或发电站等其他重要基建产生不可估量的破坏。

8 无论中国还是俄罗斯都是布达佩斯公约的签署国。“公约”体现的“越界访问”原则是他们主要关注的:国家的主权和国内法律可能会由于其他国家收集的跨国证据而被侵犯。

9 “政府是否准备好了应对网络危机?”, 2012.

10 专家发出网络战争警告”,纽约时报, 2012.

毫无疑问，在未来几年，信息安全需要进行更广泛的国际讨论和合作。

美国和中国的知识产权保护

美国

根据美国商务部的数据，知识产权密集型¹¹产业支持了美国大约四千万人的就业，（占了美国全部就业岗位27.7%），占美国GDP的34.8% 和2010年的产品出口的60%。加强在国内市场和国际市场知识产权的保护，一直以来是美国政府的核心政策之一。根据专利保护指数¹²的数据，美国的知识产权保护体系被认为是世界上最有力和最全面的。最近，美国还进一步努力执行相关法律，打击盗版和假冒，通过私营企业的自愿行为减少网络侵权。在长期存在的法律和行政措施的基础上，美国根据2011年《莱西-史密斯美国发明法》进行了一次深入的专利改革。此法案的一条重要变化是，现在世界上其他国家广泛采用的“发明人先申请制”，会替代现在实行的“先发明制”，这有利于建设一个全球统一的专利认定标准。

另外，为了保护美国公司在海外的利益，美国一直实行了两项针对其他国家的调查。首先，“特别301报告”起始于1989年，由美国贸易代表办公室对美国贸易伙伴知识产权保护情况进行的年度分析，该报告在对有关国家以案例分析为基础，并提供相关的建议，“特别301报告”根据知识产权保护和执行的情况将国家划分为三类，重点观察清单、观察清单和306条款监管国家。其次，美国国际贸易委员会负责“337调查”，审查美国进口商品的不公平竞争情况，而近年大多数的审查都与知识产权侵权情况有关。

中国

中国是知识产权保护方面的后来者。为了适应2001年加入世界贸易组织的需要，中国政府在上个世纪九十年代，做了大量保护知识产权的相关立法工作。从本世纪初开始，中国开始着手改变发展模式，从出口导向型和物质投入驱动的经济发展方式，转变为国内需求拉动的经济，重点强调创新和技术发展，此时中国也加强了对知识产权的保护投入的努力。

中国政府近年在保护知识产权方面取得的成就显著，令人鼓舞。例如2010年开始的知识产权执法专项行动，从2011年起中国政府将其列为持续性措施¹³。并于同年发布了“中国知识产权保护行动计划”¹⁴。考虑到其他国家的关切，中国取消了政府采购必须购买具有国内自主知识产权的产品规定¹⁵。第四届中美战略经济对话宣布“与国务院立法计划及2012年财政部政府采购工作计划保持一致，中国将尽快发布政府采购法律的执行规定，及政府采购国内产品的管理措施的实施细则”。

另外，中国政府一直在推动政府部门使用正版软件：1) 2012年6月30日中央和所有省级政府都完成了任务；2) 省级和县级的审查和纠正工作预期在2013年年底¹⁶完成。中国政府已经将软件资产纳入到政府资产管理系统之中，并在政府财政预算账户中显示信息网络和软件购买更新的支出。实行优先企业试点项目，准备将使用正版软件的做法推广到企业。

中国政府进一步改进司法程序包含知识产权所有者的权利，这些努力已经得到了美国在华商会的肯定¹⁷：最近的一些美国司法专利试行规定和技术已经被中国最高人民法院采用。

11 专利集中产业指的是专利密集度（也就是专利/岗位比例）高于所有其他产业的水平。商标集中产业指的是商标密集度（如商标注册/雇佣比例）高于所有其他产业的水平（2012年美国商务部）。

12 Park, Walter G. (2008). 国际专利保护：1960-2005. 研究政策, 37, 第761-766页

13 Gary Locke, “关于知识产权保护的大使圆桌会议”，2012.

14 中国国际知识产权保护局, “2011中国的知识产权保护行动方案”，2011.

15 中国的美国商会, “知识产权保护”，2012 中国的美国商业白皮书.

16 中国商会 (MOFCOM) “中国：升级政府完成了软件合法化”，2012.

17 中国的美国商会, “2012中国的美国商业白皮书”

美中知识产权合作及保护信息安全

近些年来，美国和中国建立了多种知识产权对话和协商合作机制。2011年¹⁸两国实行专利审查高速路试行计划，意义尤为重大。这标志着中国专利审查程序质量的改善获得美国认可。在此项目下，当中国的国家知识产权局或美国专利和商标办公室认为申请符合专利的规定，申请人可以要求对方机构快速审查相关申请。

在第四届美中战略与经济对话中，两国承诺共同解决跨国贸易中的知识产权侵权问题，并强调保护贸易商业秘密的重要性。中国政府已经确认了国务院知识产权保护领导小组的年度工作计划将出台非法使用商业秘密的规定。

另外，美中签订的知识产权保护合作框架协议、美国信息技术办公室大使圆桌会议、将知识产权保护列为执法合作联合行动小组的重点事项，过去两年引入的美中知识产权判决会，都表明了知识产权保护方面的政府间合作得到了加强。

另外，让人鼓舞的是美中安全对话，在2009年开始并由两国的研究机构进行组织，为美国和中国政府官员、学者提供了正式讨论和非正式交流的建设性平台。

对中国知识产权保护和网络安全的主要担忧

尽管近年来中国政府一直致力于增强知识产权保护，但中国对知识产权保护不充分仍会成为众多美国企业的一大顾虑。这是可以理解的，因为中国在知识产权保护的执法历史相对较短，加上其政治体制较大，其法律体系也仍处在不断成熟阶段，而且许多知识产权问题具有错综复杂性。

知识产权法执行

在过去十年里，美国政府和企业不断就中国知识产权侵权问题提起诉讼。尽管中国政府实施了一系列改革，但美国一些有关人士仍对中国态度的真实性，以及其承诺的可靠性表示怀疑。一个主要原因是中国政治、社会和经济环境较为复杂。尽管中央政府确定想加快知识产权保护的步伐，但最终结果在很大程度上取决于地方政府和法院的执法效率。由于中国不同地区的经济和社会条件迥异，且改革开放以来政府权力向地方政府下放，某种程度的地方自主性不可避免。知识产权法中意图良好的改革在地方执行时，因某些既得利益或官僚主义而延迟或受挫也在所难免。例如，2011年起中央政府决心把政府采购业务与国内知识产权产品脱钩，但在2012年许多省份和城市仍出现对此类作法持续存在的控诉。另一个引起公告与执法之间时滞的实际限制是，地方政府缺乏具有丰富经验和较高素质的处理知识产权争议和诉讼专业人员。知识产权全面调查资源匮乏，综合上述因素，使得中央政府的承诺兑现被延迟，从而给一些美国企业留下负面印象。

知识产权执法中存在的一个相关问题是，如何对待文化和历史因素。直到最近几年，知识产权保护在经济发展中的重要作用在中国才受到重视。在很大程度上，中国的知识产权法是对发达国家知识产权法的移植；改革开放早期，中国并没有形成知识产权保护法律。尽管法律框架逐步改善，但与现代知识产权保护有关的法律，直到二十世纪八十年代才逐渐开始形成：《专利法》颁布于1984年，并在1992年、2001年和2008年进行了三次修订；《商标法》于1982年制定，1993年和2001年进行了两次修订；《著作权法》颁布于1990年，2001年和2002年进行了两次修订。2000年，辞条“知识产权”被加入《新华词典》（中国最畅销字典，1957年首次出版），这一事实从另一方面反映了普通中国民众对此类概

¹⁸ 美国专利商标局（2011），“美国专利商标局与国家知识产权局宣布实施具有里程碑意义的专利审查高速公路试点方案。”

念的认识水平。这也客观体现了许多美国企业的不满，因为他们在评估中国市场绩效时往往期望太高。中国是美国《特别301报告》“优先观察国名单”上国家之一，因许多问题而受到指责，包括但不限于商标抢注、网络盗版，还有实用新型专利等创新性较低的垃圾专利和新产品审批过程中的商业秘密披露。

处理知识产权侵权案件中完善司法程序的需要

中国知识产权保护具有“双轨制”特征：行政轨道和司法轨道。行政轨道包括各级商业和文化部门所设的办事机构；司法轨道则用于争议诉诸法庭裁决或和解。近年来，中国一直依靠前者在执行和保障知识产权所有者权益中发挥主导作用，因为中国的司法轨道落后于许多发达国家。且是美国企业投诉的主要来源，美方认为这不能充分补偿中国专利侵权的受害者。

据美国中国商会（简称Amcham China）¹⁹报告，由于诉讼程序中缺乏透露式流程，收集证明因侵权行为引起利润变化的证据可能会很费劲。在窃取商业机密或侵犯著作权的案件中，也经常碰到很难收集侵权行为的问题。

技术转让和自主创新

中国政府已颁布《国家中长期科技发展规划（2006-2020年）》，旨在鼓励公司层面的商业性研究开发和提高国际竞争力。换言之，中国将自主创新政策视为提升经济和全面建设小康社会的基石。然而，在一些美国人看来，此政策象征着偏执的技术民主主义，反而不利于其经济福利。例如，有抱怨称，中国的自主创新政策使外国企业在软件、汽车和风能等行业遭遇了不公平待遇和市场准入问题。一些美国商人抱怨其技术以合资企业的强制性技术许可形式，或在

2009年著作权侵权案中体现的进步

尽管存在上述担忧，但2009年苏州虎丘区人民法院审理的“番茄花园”版权侵权案受到了众多美国企业的欢迎。四名在其tomatolei.com网站上传播微软Windows XP流行盗版软件的个人被判入狱并赔偿微软近300万人民币（合44.1万美元）。据美国商业软件联盟发布的一项声明称²⁰，“本案判决标志着中国最大在线软件盗版组织的瓦解，是中国打击互联网盗版行动的里程碑”。微软大中华区副总裁刘凤鸣称赞法院的判决道，“它展现了中国政府在知识产权保护方面的切实举措”²¹。

根据要求设立的研发中心里，技术会被不自觉地转让到中国合作伙伴手中。此类研发中心中，部分中方研究人员可能会在离开公司时将其技术带给中国公司。这些人还担心，在强制性测试和认证过程中，必须向政府所属或政府运营的实验室提供源代码、产品设计以及其它敏感信息。其它体现中国政府偏向国内技术标准的监管政策，也可能损害美国知识产权所有者的权益。

强制许可问题

国家知识产权局（SIPO）于2003年和2005年宣布了与强制许可有关的办法，并在2008年对其修订版《专利法》的相应条款进行再次修正。在整合了前述各版本法案后，知识产权局于2011年10月发布了一份新办法草案，征询公众意见。2012年3月，印度率先向一家治疗癌症的通用名药公司授予首个强制许可，此后不久，中国最新修订的《专利实施强制许可办法》于2012年5月正式生效。总体政策动向没有违反《与贸易有关的知识产权（TRIPS）协议》，也与其他国际公约的规定完全一致。专门研究艾滋病、健康和人权问题的

¹⁹ 中国美国商会，《美国企业在中国2012白皮书》“知识产权”。

²⁰ 美国商业软件联盟，“番茄花园案主犯被判入狱”，2009年8月。

²¹ 美联社，“中国法院判决微软盗版者入狱并罚款”，2009年8月。

法律专家Kajal Bhardwaj²²称，中国政府能够大力修正相关条款并将该合法权利（强制许可）纳入其日渐成熟的知识产权制度，这是非常鼓舞人心的。尽管相关办法早在五年前就已到位，但中国制药公司并未申请任何强制许可。

然而，在一些外国药品原创企业看来，此举可能会损害到他们的利益。根据《中华人民共和国专利法》第49条规定，“在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，国务院专利行政部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可”。此外，是否授予强制许可的一个决定因素是，专利权人是否充分实施专利或满足市场需求。某些美国利益相关者抱怨前述规定意义模糊，一些术语，如“公共利益”和“充分实施”等定义不清。中国政府与单个企业在闭门商议过程中缺乏透明性和存在议价能力不均等问题，使得外国制药企业处于非常不利的地位。它们担心，强制许可可能成为中国政府迫使外国药品公司降低售价的一个有效策略，而这一目的是与WTO协议的初衷相背离的。

网络安全问题

美国不时指控中国当局直接或间接地组织或支持针对美国公司和政府部门的网络间谍活动。美国担心来自中国的网络犯罪会因中国公众与私营部门间的模糊分界线而变得复杂化。美国业界怀疑，一些中国企业可能在中国政府的帮助下或为中国政府通过非法途径获得美国机密信息。中国政府对此怀疑予以强烈否认，并一再重申中国也是网络攻击的受害者；尽管中国技术发展迅速，但中国政府进行网络战的能力仍较原始，所以不会对其他国家发起网络攻击。事实上，考虑到网络攻击可能造成的巨大损失，中国将黑客行径视作违法。中国相关法律的覆盖范围狭窄而对此类犯罪行为惩罚宽松，也可能是美国产生怀疑

的原因。尽管两国各自具有应对紧急情况的正式程序，但两国在应对网络犯罪方面却缺乏明确的沟通渠道。此外，相关机构很少就网络犯罪案件中执法合作和共同调查支持举行双边会议，这也成为有效解决网络犯罪问题的一大障碍。

如果通讯设施和设备的部分生产流程在国外进行，终端使用国不可避免地会遭受某种程度风险，有些漏洞或未授权功能被带入到相关网络或基础设施中。这个供应链风险不仅会存在于中国消费者使用的从美国进口的高科技产品中，也可能存在于利用中国工厂制造产品的美国公司中²³。作为中美网络安全企业间重要合资企业，2011年赛门铁克和华为合资公司解体，反映了在知识产权侵权和网络入侵问题上美国政府对中中国不满而引发的紧张局势。

我们的建议

两国可以采取很多办法减少双方在知识产权保护问题上的冲突或误解。我们认为以下建议符合中美两国利益，有助于建立促进经济合作和发展的商业环境。

相互承认知识产权专利注册文件

尽管《伯尔尼公约》和《世界知识产权组织著作权条约》已经制定了一系列国际版权保护协调标准，但全球仍未建立堪比这些协议的有效专利保护体系。三边专利局——即欧洲专利局、日本专利局和美国专利商标局——的专利申请在2004-2009年间的积压显得愈发严重。部分由于中国、韩国和印度专利局的专利申请迅速增长，预计在未来几年里，世界主要知识产权局的总工作量将进一步增加。理论上而言，最好的办法就

²² Tan Ee Lyn, “中国为获廉价药品修订专利法律”，路透社，2012年。

²³ 尽管有这些考虑，美国政府责任署（GAO）在2013年4月发现“在2010年1月到2012年10月期间没有一件涉及核心和通路通信网的网络事件通过[三个已建立]的汇报机制通报给联邦政府。细节请参阅报告“通信网络：基于成果的措施有助于DHS评估网络安全努力的有效性。”

是建立一套适用于全球（或加盟国）并由多边组织共同管理的统一的专利注册体系。遗憾的是，从中短期来看，这一理想还无法实现。

另一种理想的替代方案是通过签订双边或多边协议相互承认专利注册。根据英国知识产权局发布的一项研究结果²⁴，相互承认体系有助于大大减少审核二次申请所用的时间。比如说，如果相互承认体系能减少25%的二次申请，那么实施五年后，审核的滞后时间将缩短9个月（在基准情形下，处理积压工作会滞后48个月）。尽管相互承认体系具有很多潜在益处，但这一方案很难在最近付诸实践。比方说，美国与欧盟各国之间就没有签订此类协议。而中美两国达成此类双边协议的可能性更是微乎其微。

尽管如此，如果允许一国的专利申请文件用于在另一国的专利申请，这也将是十分有益的事。如此能够大大促进美国专利在中国或者中国专利在美国的注册。这两大经济体之间已开展的专利审查高速公路试点方案不失为一个很好的试验基础，两国应当密切监测和评估测试的进度和有效性。双方知识产权局的政府官员应当定期会晤，就最新进度交换信息，并探讨拓展目前方案的可能性。考虑到中国专利申请量的迅速增加，并且中国知识产权保护体制逐渐与国际标准接轨，加强双方合作将有利于减少专利积压时间量，进而缩短两国专利的处理时间。

广泛使用局域许可证

中美两国可通过签订商业协议，从知识产权密集型产品的交易中获得益处。比方说，一家美国软件公司以批量购买价格向中国一所大学出售软件，允许在校所有学生和工作人员合法使用其软件。

局域许可证不仅满足中国用户的需求，同时向美国的知识产权所有者给予合理的报酬。局域许可证允许一家组织（以批量折扣价）从软

件公司购买许可证后，在特定站点范围内的多台计算机上复制和使用此软件，这是实现中国私营和公共部门的软件合法化的一种有效途径。

在中国的电子杂志交易领域，也出现了相似的协议：1997年，在中国政府支付使用费的基础上，中国国家自然科学基金会和美国科学促进会会议达成协议，允许中国大陆互联网用户自由访问《科学》杂志。另外2002年，国家科技图书文献中心从英国Maney出版公司和英国皇家学会购买电子期刊。这些交易主要涉及国家许可证的获得，可以视为将站点许可证延伸到了国家层面。

澳大利亚的经验表明，通过让药品供应商降低药品价格，争取政府补贴，消费者可受益于更低的药品价格，而药品的使用范围也将更广泛²⁵。这种方案具有把经济的无谓损失（垄断体制下产出更低，价格更高）转变成巨大的消费者盈余（价格更低，药品使用量更大）。另一方面，政府补助有助于保持或略微提升制药公司的利润。

国有企业的软件合法化

建议中国政府不仅在中央、省份及地方政府致力于消除使用盗版软件，同样也确保将这一措施推行至中央及地方的国有企业。

建立对中国所有知识产权案件具有管辖权的国家知识产权保护法庭

最主要的问题是中國大陸三十一个省份、直辖市和自治区，对各自管辖范围内的知识产权案件具有单独的管辖权，这意味着企业要保护自身权益，可能需要向全国多家法庭提起诉讼。由于各种原因，不同地方法庭做出的判决可能不同，从而导致混乱和复杂化。例如，上海法庭和深圳法庭对唯冠科技（深圳）和苹果关于iPad商标在中国所有权的纠纷案件就有不同的裁决。

²⁴ 英国知识产权局，“专利积压与相互承认”（是伦敦经济咨询公司展开的一项经济研究），2010年1月

²⁵ Mark Johnston & Richard ZeckhaU.S.er, “澳大利亚药品补贴策略：从无谓损失和寡头租金转到消费者剩余”，选自Karen Eggleston编著的《亚太地区处方文化和制药政策》，2009年

知识产权是非常专业的问题。中国应当考虑建立一个全国性的法庭，对所有涉及知识产权的案件进行统一审理，最终做出的裁决应对中国所有省份、直辖市和自治区具有约束力和强制性。在这方面，中国可以向发展更加成熟的国家学习。在日本和美国，有些类型的知识产权申诉案件是在专设的知识产权上诉法院审理的。美国联邦巡回上诉法院就是突出的例子，在美国，它扮演着知识产权案件的终审角色。在其他国家，包括韩国和英国，也设有独立的知识产权法院或专利法院处理所有的或重大的知识产权案件。在中国，成立一个全国性的知识产权法庭，能够集中各地区和省份的力量，提高司法程序的效率；法律和技术专家集中起来，可以建立起强大而统一的知识产权保护法律框架。此外，国内外的知识产权所有者，可以节省在中国各地法庭诉讼的资源，同时避免陷入裁定结果不一致的困境。

加强国务院跨部门知识产权组织的地位

考虑到有必要在国务院内部建立一个单一的跨部门知识产权组织，全国知识产权保护的领导小组于2004年成立。现在正逢进一步加强这一组织执行及协调能力的大好时机，确保达到全面合规。

改善技术转让安排的市场

中美两国在第四届中美战略和经济对话中承诺，“就中国2012年2月承诺——技术转让和技术合作应由商业因素独立决定，中国政府不得将其作为市场准入的前提条件——与所有相关机构进行的集中、持续对话”，并改善技术转让协议市场，让企业自愿达成安排，营造互惠互利的商业环境。同时坚持国民待遇原则，让中外企业在公平的竞争环境中开展竞争。

通过交流与合作促进信息安全

中美两国都已经在一些重要政府文件中表达了他们对网络安全问题的担忧。2011年，中国工业和信息化部发布了“信息安全技术——个人信息保护指南”草案供公众参考；同年美国白宫发布了“网络空间国际战略”报告。为了减少误解，战略和经济对话框架下的战略安全对话（SSD）为中美提供了一个对话平台。美国前国防部长帕内塔曾说过，双方应合作和开发多种渠道，避免影响双边关系的误会产生，这一点非常关键。除了战略安全对话外，双方政府还可以为文职和军事官员建立其他高层对话渠道，以便双方就信息安全交流观点，处理网络意外事件。更多私营企业参与双边对话也是很有必要的。双方还可以通过计算机安全应急响应组（CERT）推进合作²⁶。

事实上，自2009年开始两方智库机构——美国战略与国际研究中心（CSIS）和中国现代国际关系研究院（CICIR）——就已经进行持续的“中美网络安全对话”。他们曾于2012年6月发表联合公报，概述了双方的一致观点以及存在的分歧。

网络安全是一个快速演变的全球性挑战。但网络安全问题非常复杂，从来没有简单的解决方案²⁷。我们很可能需要一种全新的国际管理机制来保护网络的安全。不过，各国对《布达佩斯公约》各持己见说明了对这一问题达成国际共识所面临的挑战。我们建议中美就网络安全共识问题继续保持对话与合作。这不仅对中美两国很重要，对世界其他国家也同样重要²⁸。在美国国务卿克里2013年4月访华期间，双方达成共识，将在战略和经济对话框架（S&ED）下建立特别的工作小组，就网络安全问题展开讨论。该小组工作在于建立两国未来在以下方面的路径图：1)网络安全方面的合作；2)协作开发网络空间的国际协议。我们建议两国政府在未来18个月内致力于达成相关磋商。

²⁶ 2012年6月CICIR和CSIS就网络安全合作问题会晤后达成此项共识。

²⁷ 参见Dave Clemente的经典讨论，“网络安全和全球相互依赖：那一项更重要？执行纲要”，查塔姆研究所，2013年2月

²⁸ 参见Zbigniew Brzezinski的近期文章，“在网络时代，世界需要新的战争规则”，《金融时代》，2013年2月25日

网络僵局

John J. Hamre, 战略与国际研究中心总裁兼首席执行官²⁹

我认识的所有商人都曾有过公司遭遇严重网络攻击的经历。最近,一位首席执行官告诉我,他的公司每天会收到60,000封攻击邮件。由于此类事件会引发非善意的媒体关注和过于频繁的政府监督,大多数公司并不想公开讨论此类事情。

近几年,“网络攻击”和“中国”这两个词汇似乎总被联系在一起。网络罪犯无处不在,但中国俨然已经成了造成网络不安全的魔鬼。它正成为影响中美关系稳定的主要源头。

几年前,战略与国际研究中心与中国安全机构就网络安全展开了低调对话。在这方面,没有任何一方是无辜的。中美两国从来没有打算放弃通过网络工具侦查对方。也没有一方否认双方发生战争时不会使用网络工具进行互相攻击。谁都知道与中国发生战争将是毁灭性的,并且会产生事与愿违的效果,但我们和中国都将储备网络攻击武器以备未来的不时之需。在这个问题上大家都心知肚明。

这并不意味着双方找不到能够合作的领域。任何一方都无意让第三方国家通过网络技术迫使双方发生战事或关系紧张。对网络攻击者而言,他们能轻松地拦截其他国家一台不知情的计算机掩饰自己的身份,然后发起攻击。我就经历过一个梦魇:一家敌对的外国情报机构对美国的公用事业部门设计了一起聪明的攻击——著名的“让芝加哥城熄灯”攻击——他们通过从中国发动攻击进行掩饰。当美国经历了耸人听闻的参议员炭疽攻击事件后,炭疽信件粗糙设

计表明这次攻击来自穆斯林恐怖分子。而我们的中国同行对这一领域也与我们非常担忧此类问题。

中美都不希望本国的犯罪分子攻击对方的银行系统。日常金融交易网络与我们息息相关,它对双方国家都是非常有益的。我们不希望这些领域受到犯罪分子或敌对情报势力的威胁。

任何一个国家都不想自己的计算机被恐怖分子劫持用来攻击其他国家或任何第三方国家。

简而言之,作为主权国家,纵使我们拥有为了国家利益而伤害另一方的权利,但双方在网络安全的许多领域仍拥有许多共同利益。

当然,更大的问题是与政府实体存在工作关系攻击者模糊不清的身份。当一家美国企业发现自己一个重要产品设计被一个国外黑客窃取,这个攻击行为是政府情报机构团伙所为?或是偷窃知识产权仅仅是为了经济利益?说实话,在世界上有些国家,这两者是没有区别的,中国就是此类国家之一。

但我始终坚信有许多机会可以与中国进行更加具有创造性的工作,来解决这个棘手的难题。从某种意义上讲,这与困扰我们多年并且依然还在困扰我们的问题并无二致,中国私营企业某些部门窃取了美国产品的设计——或者只是创造了一个与美国产品相似的假冒商标,装进掺假的本地产品后卖给容易上当的中国消费者。十年前这是一个十分严峻以及非常棘手的问题。现如今这个问题已经得到大幅改善,因为美国公司直接向中国的政府官员表达了强烈不满,要求中国领导人采取措施。政府已经采取了系列措施来缓解这个问题。虽然这个问题还未解决,但事情正在朝着正确的轨道前进。美国企业如今在保护其生产线时也变聪明

²⁹ John J. Hamre, “网络僵局”, 战略与国际研究中心 (CSIS), 2012年12月

了,并且凭借着产品的安全性和良好效果已经在中国抢占了相当可观的市场份额。

正如我之前所说,出现严重问题我们谁也逃不了干系。对美国公司来说,对中国横加指责也不是个办法,并且私人部门的市民们在保护自己计算机网络时能做得更好。计算机专家称,世界上超过一半的联网计算机没有配备有效的安全功能。这个问题十多年前就已经是非常严峻了。当然了,美国政府官员的确需要告知中国建立自己的原则,管好网络领域。这些活动已经日益成为更密切关系的严重障碍。

与此同时,我也认为我们有机会与中国同行就我们共同面对的问题开展真诚对话和建设性的合作。这个问题非常严峻,但是并非无计可施。

参考文献

Abbott, Frederick M., Thomas Cottier and Francis Gurry (2011), “世界经济一体化中的知识产权”, 纽约: 威科集团法律与商业业务部。

中国美国商会 (2012), “知识产权”, 《美国企业在中国2012白皮书》, 中国北京。

美联社 (2009), “中国法院判决微软盗版者入狱并罚款”, 摘自《纽约时报》<http://www.nytimes.com/2009/08/22/technology/22piracy.html>。

Atkinson, Robert D. (2012), “评估中国建设创新型社会: 进展报告”, 华盛顿信息技术创新基金会。

BBC新闻 (2012), “反假冒贸易协议: 欧盟否决有争议的反盗版协议”, 摘自<http://www.bbc.co.uk/news/technology-18704192>。

Brzezinski, Zbigniew (2013), “网络时代, 世界需要新的战争规则”, 金融时报, 2013年2月25日。

美国商业软件联盟 (2009), “番茄花园案主犯被判入狱”, 摘自<http://www.bsa.org/country/News%20and%20Events/News%20Archives/en/2009/en-08202009-tomatolei.aspx>。

中国现代国际关系研究院与美国战略与国际研究中心 (2012), “网络安全合作的双边会谈”, 摘自http://csis.org/files/attachments/120615_JointStatement_CICIR.pdf。

Clemente, Dave (2013), “网络安全与全球相互依存: 孰轻孰重? 行动纲要”, 查塔姆研究所, 2013年2月。

经济学与统计管理局和美国专利和商标局 (2012), “知识产权与美国经济: 行业聚焦”, 华盛顿: 美国商务部。

Etzioni, Amitai (2013), “中国可能就网络安全展开谈判”, 《国家利益》, 摘自<http://nationalinterest.org/commentary/china-might-negotiate-cybersecurity-8222>。

Etzioni, Amitai (2013), “网络战争与私营部门”, 《国家利益》, 摘自<http://nationalinterest.org/commentary/cyberwar-the-private-sector-8160>。

美国总统办事机构 (2013), “关于减少美国商业秘密窃取行为的行政管理策略”, 摘自http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/admin_strategy_on_mitigating_the_theft_of_u.s._trade_secrets.pdf。

Ginarte, J., and W. Park (1997), 专利权的决定性因素: 跨国研究, 《研究政策》26, pp. 283-301。

Glenny, Misha (2012), “我们无法控制的武器”, 《纽约时报》, 摘自: <http://www.nytimes.com/2012/06/25/opinion/stuxnet-will-come-back-to-haunt-us.html>。

Hamre, John (2012), “网络僵局”, 战略和国际研究中心。

Johnston, Mark及Richard Zeckhauser (2009), Walter H. Shorenstein亚太研究中心Karen Eggleston编辑《亚太地区处方文化和制药政策》一书的“澳大利亚药品补贴策略: 将无谓损失和寡头寻租转化成消费者盈余”文章。



Kramer, Andrew E. 以及 Nicole Perlroth (2012), “专家发出网络战警告”, 纽约时报摘自: <http://www.nytimes.com/2012/06/04/technology/cyberweapon-warning-from-kasper-sky-a-computer-security-expert.html>.

Locke, Gary (2012), “知识产权保护大使圆桌会议”, 摘自<http://beijing.usembassy-china.org.cn/20120412roundtable-on-intellectual-property-protection.html>.

伦敦经济咨询公司 (2010), “专利积压和相互承认”, 知识产权局。

Mandiant (2013), “APT1: 揭露中国网络间谍机构之一”, 摘自http://intelreport.mandiant.com/Mandiant_APT1_Report.pdf.

中华人民共和国商务部 (2012年), “中国: 省级机构完成软件合法化”, 摘自http://www.chinaipr.gov.cn/newsarticle/news/government/201207/1672593_1.html.

美国贸易代表署 (2012), “2012年特别301报告”, 华盛顿。

Park, Walter G. (2008), 国际专利保护: 1960-2005, 《研究政策》, 37, 第761-766页。

Rogoff, Kenneth (2012), “愚蠢的政府会容忍网络危机吗?”, 摘自<http://www.project-syndicate.org/commentary/will-government-allow-for-a-cyber-crisis->。

Spence, Michael (2012), “重塑中美关系”, 摘自<http://www.project-syndicate.org/commentary/reinventing-the-sino-american-relationship>.

中国国家知识产权局 (1994), “中国知识产权保护报告 (白皮书)”, 中国北京, 摘自<http://www.chinaembassy.ee/eng/ztlm/zfbps/t112909.htm>.

中国国家知识产权局 (2011), “2011年中国知识产权保护行动计划”, 摘自http://english.sipo.gov.cn/laws/developing/201104/t20110426_601291.html.

中国国家知识产权局 (2012), “北京协议中的国际知识产权保护”, 摘自http://english.sipo.gov.cn/news/iprspecial/201206/t20120620_711999.html.

Tan, Ee Lyn (2012), “中国为降低药品价格修改专利法”, 路透社, 摘自<http://www.reuters.com/article/2012/06/08/us-china-medicines-patents-idusBRE8570TY20120608>.

美国国防部 (2013年), “年度中国军事与安全发展报告”, 华盛顿

美国财政部 (2012), “第四届中美战略与经济对话框架下的经济对话联合成果清单”, 华盛顿。

美国政府责任署 (2013), “通信网络: 基于成果的措施有助于DHS评估网络安全努力的有效性”, 华盛顿

美国众议院特别情报委员会 (2012), “中国电信公司华为与中兴对美国国家安全影响的调查报告”, 美国众议院, 华盛顿。

美国知识产权执行协调员 (2012), “2011年IPEC 知识产权执行情况年报”, 华盛顿。

美国国际贸易委员会 (2010), “中国: 知识产权侵权、自主创新政策和框架对美国经济的影响”, 华盛顿。

美国国际贸易委员会 (2011), “中国: 知识产权侵权与自主创新政策对美国经济的影响”, 华盛顿。

美国专利商标局 (2011), “美国专利商标局与国家知识产权局宣布实施具有里程碑意义的专利审查高速公路试点方案”, 摘自<http://www.uspto.gov/news/pr/2011/11-70.jsp>。

美中贸易全国委员会 (2012), “USCBC 2012年中国商业环境调查报告”, 摘自<https://www.uschina.org/info/members-survey/>。

美中经济安全审议委员会 (2012), “占领信息高地: 中国的计算机网络操作和网络间谍能力”, 华盛顿

世界贸易组织 (2006), “TRIPS和药品专利: 情况说明书”, 摘自http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/tripsfactsheet_pharma_2006_e.pdf。