

中国の知的財産権制度と 運用および 技術移転の現状



独立行政法人

科学技術振興機構

Japan Science and Technology Agency

中国総合研究センター

目 次

●前書き

馬場 錬成 中国総合研究センター 特任フェロー

●「中国の過去30年の知的財産権研究」…………… 1

呉 漢東 中南財政経済政法大学 学長

●「中国における「国家知的財産権戦略要綱」の策定・実施」…………… 13

徐 瑄 暨南大学知的財産権学院 副院長

●「中国知的財産権の司法保護が直面する問題及び分析」…………… 23

馬 治国 西安交通大学人文学院 副院長

●「中国における情報資源に関する知的財産権制度の現状と展望」…………… 33

陳 伝夫 武漢大学情報管理学院院長、知的財産権研究センター 主任

●「日中の知財立法の比較研究」…………… 43

李 正華 中山大学新華学院法律学部 主任

●「中国における商標戦略の制定と実施」…………… 55

李 順徳 中国社会科学院知的財産権研究センター 副主任

●「日中著名商標法律保護制度の比較研究」…………… 67

李 正華 中山大学法新華学院法律学部 主任

●「中国における著作権の公正利用制度に関する研究」…………… 79

范 曉波 北京化工大学文法学院知的財産権研究基地 副主任

●「中国におけるコンピューターソフト著作権保護」…………… 89

寿 歩 上海交通大学知的財産権研究センター 主任

●「著作権保護——中国イノベーション型国家建設の重要な柱」…………… 99

劉 春田 中国人民大学知的財産権教育・研究センター 主任

●「中国の技術移転のメカニズム」…………… 107

張 玉臣 同済大学 中国科学技術管理研究院 副院長

●「中国の大学の技術移転効果について」…………… 117

王 兵 清華大学知的財産権研究センター 主任

●「中国企業間の技術譲渡の現状及び展望」…………… 123

馬 忠法 復旦大学法学院 副教授

●「顧客のニーズに基づいた持続的イノベーションによる主流領域での知的財産権の蓄積——華為公司のイノベーションおよび知的財産権戦略」…………… 139

丁 建新 華為技術有限公司知的財産権部 部長

先進国型に急進展する中国の知的財産制度と運用

馬 場 錬 成

(中国総合研究センター 特任フェロー)

世界の工場と言われる中国は、特許、実用新案、意匠、商標などの産業財産権の出願数、登録数は、年々右肩上がりに増加を続けている。実用新案、意匠、商標の出願数ではすでに世界トップであり特許出願数でもアメリカ、日本に続いて世界3位へと上昇してきた。

中国に進出した国際的な企業からの知的財産権の保護という当初の目的からすでに脱却し、近年は中国独自の基礎的研究の進展と産業技術の進歩から生み出された知的財産権の確保という傾向が一層強くなっている。

歴史的に見ると中国は、火薬、印刷技術、羅針盤、紙を発明した独創的な発想を持っている国と民族であり、イノベーションを起こすエネルギーを持っていた。清の時代の1898年（明治31年）には特許法が制定され、1904年（明治37年）には商標法、1910年（明治43年）には著作権法が公布されている。

その後、中国は長期にわたって騒乱と外国からの侵略などによって近代化に遅れをとったが、1978年の改革開放後の法治制度の確立に動き出したことで、ようやく知的財産制度の整備に着手されるようになった。

近代的な中国は、1983年に商標法、1985年に特許法（中国専利法）、1991年に著作権法を施行して、新しい知的財産制度整備に入ったが、特許法の施行から数えてもわずか24年しか経過していない。そのような知財歴史を考えてみても、あっという間に実用新案、意匠、商標の出願数で世界トップになり、特許出願でも日本に次ぐ位置につけるようになったことは驚くべきことである。

中国特許法は、2008年末に3回目の改正を行い、2009年10月1日から施行され、今まさに実施・運用をめぐる国際的な知財関係者の間で熱い論議が展開されている。先進国型にさらに近づいたとはいえ、国際的な水準から見るとまだ不十分な点も指摘されよう。

しかし、中国の知的財産制度とその運用、技術移転の取り組みなどは、急進的に先進国型になってきており、2007年の中国共産党第17回全国代表大会では「知的財産権戦略の実施」を重点的に進める報告書が出され、2008年4月には国務院常務委員会で「国家知的財産権戦略大綱」が策定された。中国の知的財産権に取り組む機運は、ますます高まってきている。

このような状況を踏まえて、今回、中国を代表する知的財産権研究者と実務家14人による論文を特集することになった。その内容は、国政的に論議されている知的財産に関する論点を捉えながら、中国の特殊事情を加味して論評したり、制度についての課題などを明解に示している点でどの論文も読み応えがある。

また産業界を代表する形で、中国でこの数年、特許出願数でトップを維持し2008年の特許協力条約（PCT：Patent Cooperation Treaty）の国際特許出願数で世界トップに躍り出た華為技術有限公司の知財部長が寄稿するなど興味ある論文で埋まっている。

2009年6月末の中国の外貨準備高は世界1であり、産業競争力はさらに強くなっている。2007年からは、日本の対中国の貿易額が総額の18パーセントを占めて日本の最大の貿易相手国でもある。

そのような中国の産業動向と日本との結びつきを考えると、中国の知的財産権を巡る動きと進展は、目を離せないテーマになってきた。日中の知財交流を考える上でも楽しみなテーマである。

中国の過去30年の知的財産権研究



PROFILE

呉 漢東 (Wu Handong) 中南財經政法大学学長

1951年1月生まれ。1995年に中国人民大学を卒業、法学博士号取得。現在、教育部人文社会科学重点研究基地及び国家知的財産権保護研究基地となっている中南財經政法大学知的財産権研究センターの主任・教授、民・商法専攻博士課程院生指導教官。教育部社会科学委員会法学学部委員、教育部大学法學学科指導委員会副主任委員、中国法学会知的財産権研究会会長、中国法学会民法学研究会副会長、最高人民法院特約コンサルティング専門家、最高人民檢察院特約コンサルティング専門家、中国国際經濟貿易仲裁委員会仲裁員を兼任。「著作権の合理的使用制度研究」、「知的財産権の多元的解説」、「無形財産権制度研究」（共著）、「知的財産権基本問題研究」（共著）等10冊の著書があり、他に「中国社会科学」、「法学研究」、「中国法学」等の刊行物に100編余りの論文を発表。専門書と論文は第1回全国

優秀博士論文賞、司法部優秀科学研究成果1等賞、第1回中国出版政府賞図書賞、湖北省政府社会科学優秀科学研究成果1等賞、教育部人文社会科学優秀科学研究成果2等賞、全国法学教材・科学研究成果2等賞、第1回中国法学優秀成果賞専門書類2等賞等を受賞。2006年5月、中央政治局の第31回集団学習で国家指導者向けに「わが国の知的財産権保護の法律・制度整備」をテーマとして講義。2009年4月、「中国知的財産権風雲揭示2008」の選考活動における「2008年度の中国知的財産権事業で最も影響力のあった十大人物」の1人。2009年7月、英国誌Managing Intellectual Property (MIP) の「世界の知的財産権分野で最も影響力のある50人（2009）」の1人。

序言：

知的財産権の研究は1つの学問分野であり、多次元の研究視野と多元的な分析方法が必要である。それは民法学の基本原理から逸脱することはできないが、伝統的な民法学の枠組みにこだわることもできない。この30年来、わが国の知的財産権研究者は多角的な視点から知的財産権の考察を行ってきた。政治学、社会学、倫理学、経済学、管理学及び政策科学等の理論と結び付け、学際的な研究に従事した研究者もいれば、憲法学、刑法学、訴訟法学、経済法学等の原理を用い、複数の分野に跨る探究を進めた研究者もいる。多くの著作、論文は複数の学問分野の知識を背景としたものであり¹、知的財産権制度について法哲学による考察²、政策科学による分析³、倫理学による探究⁴、経済学による論証⁵、管理学による研究⁶を進めている。また、知的財産権と人権⁷、知的財産権の刑事保護⁸、知的財産権の独占禁止法による規制⁹、知的財産権訴訟¹⁰等のテーマを巡って議論を展開し、知的財産権問題の研究を深めるための斬新的な視点もある。知的財産権研究に従事するには、広い研究視野を持つと同時に、優れた修学方法をマスターしなければならない。過去30年間の知的財産権研究者の研究成果を見ると、歴史分析方法を用い、科学的な歴史観を生かし、法律制度の誕生、発展、変革の法則について縦分析と動的考察を行ったケースもあれば¹¹、比較分析法を試み、各国・地域の法律制度を対象とし、それぞれの法律制度のタイプ、伝統、理念、原則、原理、規範について比較研究を行ったケースもある。後者には各法律制度の相違点と共通点の分析、関連する法律制度間の矛盾及びその解決方法の分析等がある。¹²

中国の改革・開放の30年は、中国の知的財産権の法制整備が進んだ30年であり、また、知的財産

権の研究が進歩を遂げた30年でもある。この30年間の知的財産権研究には理論分析もあれば、応用研究もあった。知的財産権研究者は知的財産権制度の基礎理論体系を探究する他、知的財産権研究の最先端の問題に注目し、知的財産権戦略の実現と知的財産権関連法の完備とその執行を推進することに尽力した。

1. 理論研究：知的財産権基礎理論の充実

知的財産権基礎理論は主に基本的概念、法律価値、制度体系及び権利救済等の各分野に及ぶ。1980年代以降、わが国の研究者は知的財産権法分野で多くの基礎的・独創的な研究を進め、知的財産権基礎理論に対する認識を深めてきた。

知的財産権の基本的概念について。1986年、中国初の知的財産権専門書となる「知的財産権法通論」が発表された。これは主な知的財産権を系統的に説明したものであり、筆者は次のような考えを示した。著作権、特許権と商標権はいずれも専有権であり、権利者の許諾がなければ、他の人は利用することができない。このような権利はそれが発生し、それを保護する法律が適用される地域内でのみ有効となる。特許権は新規性、実用性、先進性を備えた発明を保護する。著作権は作品の独創的な「表現形式」を保護するものであり、作品が反映する実質的内容には及ばない。商標権は商標を保護するものであり、商標の役割は異なる生産者又は販売者が生産又は販売する同類商品を区別することにある。¹³ 1987年、初の知的財産権教材となる「知的財産権法概論」は知的財産権の理論的概念を打ち出し、知的財産権の本体、主体、客体、属性と基本的特徴について初歩的な線引きを行った。¹⁴ 筆者は次のような考えを示した。知的財産権は伝統的な財産所有権とは異なる新しいタイプの権利であり、その本質の属性は客体の非

呉 漢東

徐 瑾

馬 治国

陳 伝夫

李 正華

李 順德

李 正華

范 曉波

寿 歩

劉 春田

張 玉臣

王 兵

馬 忠法

丁 建新

物質性にある。その主体は行為能力の制限がなく、自らの創造者としての身分に基づき、国の主管機関の確認を得れば権利を取得することができる。外国人の主体としての資格については主に「条件付きの内国民待遇の原則」を実行する。その客体即ち知的生産物は創造性、非物質性、公開性、有価性等の主要な特徴を持つ。権利自体は財産権と人身権の二重の属性を備え、専有性、地域性、時間性の基本的特徴を体現している。¹⁵ 1990年代中期以前、研究者の多くは知的財産権を人々がその創造的な知的成果に対し、法に基づいて獲得した専有の権利であると定義した。1690年代中期以降、研究者は、知的財産権の名で統率される各権利はその全てが創造的な知的成果に基づいて発生した訳ではなく、このため、知的財産権を概括し直す必要があると考えるようになった。代表的な主な見方は次の3点である。(1)「知的財産権は創造的な知的成果と工商業の標識に基づき、法に従って発生した権利の総称である」。¹⁷ (2)「知的財産権は人々が自らの知的な活動で生み出した成果と経営管理活動における標識、信用に対し、法に従って享有する権利である」。¹⁸ (3)「知的財産権は民事の主体が法律の規定に基づき、知的活動に関係するその情報を支配し、その利益を享受し、他人の干渉を排除する権利である」。¹⁹ ある研究者は知的財産権の本質的属性に関し、知的財産権と他の財産権利との根本的な違いはそれ自体の無形性にあり、その他の法的特徴即ち独占性、時間性、地域性等はいずれもここから派生したものであるとの考えを示した。²⁰ 知的財産権の客体と対象の関係について、研究者の多くはそれを同じ概念として用いているが、²¹ 客体と対象が異なる概念に属するとの見方もある。前者は知的財産権の対象に対する管理・利用・支配行為に基づいて発生する利害関係又は社会的関係を指し、後者は知識それ自体が「人類の認識に対する描写」に属することを指している。²² 一部の研究者は客体の範囲に関し、発見権、発明権及びその他の科学技術成果権は知的成果に対する専有使用権でなく、それは榮譽を手に入れ、報奨を獲得する権利であり、この制度は科学技術法に分類すべきであるとの考えを示した。²³ 今世紀に入ると、研究者は民法学理論をベースに、知的財産権の本体、主体、客体等の基本的問題について認識を改めるようになった。具体的には次の通り。知的財産権は本質的には無形財産権であり、客体の非物質性は知的財産権が属する権利項目に共通する法律的特徴である。知的財産権の主体制度は原始取得、承継取得及び

内国民待遇の面で一般的な民事の主体制度と異なる。知的生産物は各種の知的財産権の保護対象を見直して新たに生まれた概念である。その主な種類には創造的成果、経営上の標識と資産信用があり、客観性、有用性、希少性等の特徴を備えており、それは財産化された精神的生産物である。²⁴ これと同時に、研究者は知的財産権の性格に対する解釈を深め、知的財産権の私権と人権の属性を提起した。²⁵

知的財産権制度の価値選択方向について。法律が促す価値について言うなら、正義と効率性は知的財産権制度全般の立法目的と機能目標にすべきである。知的財産権の正義の価値選択方向に関し、研究者の多くは論述の中でロックの労働価値理論、ルソーの社会契約理論及びヘーゲルの「財産と人格」理論等を根拠としている。²⁶ しかし、正義の価値は知的財産権制度の効率価値を完全にカバーすることはできず、正義の目標は効率最大化とは異なる成果を最終的に実現するものである。経済生活に根差した知的財産権法は、社会正義を維持する機能を備えるだけでなく、知的資源の有効配置を実現し、社会の非物質的富の増加を促す使命を担うべきである。効率最大化の目標は、知的財産権分野においては知識、技術、情報の幅広い伝播であると読み解くことができる。これに対し、ある研究者は法・経済分析を踏まえ、実証研究の視点から、知的財産権制度における効率価値の顕著性を論証した。²⁷ 大筋で言うなら、知的財産権制度の趣旨は、創造者の合法的権利を保護し、知的生産物の広範な伝播を促進することにある。この制度の基本的機能は、創造者が「専有の権利」を行使することと知識の広範な伝播を促すこととの矛盾を調整し、創造者、伝播者、利用者三者間の利害関係の調和を図ることにある。これに基づき、ある研究者は著作権の合理的な利用制度を研究した際、「著作権法のバランス精神」という新たな理論的命題を提起した。即ちバランス精神が追求するのは実質的に、相互間の協調における各種衝突要因の調和のとれた状態であり、それには著作権者の権利と義務のバランス、創作者、伝播者、利用者三者間の関係のバランス、公共の利益と個人の利益のバランスが含まれる。²⁸ この理論はその後の知的財産権研究において一段と系統化された。一部の研究者は知的財産権法の内在的価値構造を分析することを通じ、知的財産権の専門法律即ち著作権法、特許法、商標法、商業秘密法を例にきめ細かな分析を進め、知的財産権法の背後にある利益均衡メカニズムを掘り起こし、かな

り系統的な利益均衡理論を確立した。²⁹

知的財産権の権利体系について。知的財産権の体系化は権利の類型化問題に及び、知的財産権法の将来の立法スタイルの選択に関係するものである。知的財産権の権利のタイプは広義と狭義に分かれる。広義の知的財産権は著作権、隣接権、商標権、商号権、商業秘密権、地理的表示権、特許権、植物新品種権、集積回路配置設計権等の各種権利を含む。発明権と発見権が知的財産権に属するかどうかについては、研究者の間に異なる見解がある。1つの見解は発明権、発見権を知的財産権の範囲に入れるべきだとするもの。³⁰ もう1つの見解は、科学的発見は知的財産権の保護対象とすべきでないとの考えである。³¹ この他、発明権、発見権及びその他の科学技術成果権は荣誉を手に入れ、報奨を獲得する権利であり、科学技術法に分類すべきだとの見解もある。³² 狭義の知的財産権は文学所有権（著作権及びこれに係る隣接権）、工業所有権³³（特許権と商標権）に及ぶだけでなく、工業著作権という新しいタイプの権利も含まれる。権利の類型化を踏まえ、一部の研究者は知的財産権体系の構築を試みている。³⁴ 将来の立法スタイルの選択について。知的財産権体系化の法律の変革に対応するため、大陸法系の一部の国は知的財産権制度を自国の民法典に編入することを試みている。フランスは法典化の道において新しい局面を切り開き、初の知的財産権法典を率先して制定した。フィリピン、エジプト、ベトナム等は競い合うようにその模倣をしている。大まかに言うなら、知的財産権制度のモデルは単行立法、民法編入から専門の法典編纂への過程を辿ってきた。中国の知的財産権法典化の問題は、1990年代末にスタートした民法典の起草作業によって引き起こされたものである。知的財産権を「法典に入れる」ことについては、立法関係者にも多くの研究者の間にも異論がない。しかし、知的財産権をどう「法典に入れる」かについては様々な意見がある。一部の研究者は、民法典の細則の中に知的財産権編を設けて、その権利に関する一般規定と共通の規則を主に定め、民法典の外にある知的財産権単行法の基本的形態は変えないようにすべきであると主張した。³⁵ 別の研究者は、「知的財産権法典」を編纂して初めて、マクロの指導的価値を備えた、各種の具体的な知的財産権全般に適用される原則を打ち出すことができ、この重大な法律的使命は「知的財産権法典」でなければ果たせないものであるとの考えを示した。³⁶ その他、知的財産権制度の法典化は2段階に分けて進めれば

よいと提案した研究者もいる。第1段階は、民法典が知的財産権について一般規定だけを設け、単行法はそのまま残す。第2段階は、民法典の下で知的財産権法典を編纂するというものである。³⁷

知的財産権の救済について。この分野における研究者の関心は主に権利侵害対象と責任帰属の原則の確定問題に集まっている。権利侵害行為が何を指すかについては、研究者の間に異なる見方がある。一部の研究者は、権利侵害行為は他人の知的生産物を勝手に使用することに現れると強調し、³⁸ 別の研究者は、権利侵害行為は本質的には他人の専有権利を勝手に利用することだと考えている。具体的に言うなら、著作権の侵害とは「著作権者の許諾を得ずに、法律の認める範囲外で、その著作権を勝手に使用する行為」を指し、³⁹ 特許権の侵害とは「特許権者の許諾を得ずに、その特許を実施する行為」を指す。⁴⁰ 商標権の侵害とは「他人の登録した商標権を不法に侵害する行為」を指す。⁴¹ また、権利侵害対象について言うなら、権利侵害行為は「知的生産物所有者の専有権利を勝手に行使又は利用する」ことだと説明する研究者もあり、これは「法律の保護を受けた知的生産物を勝手に使用する」という言い方に比べ一段と適切な表現である。⁴² 知的財産権侵害の責任帰属の原則については、わが国の法学界でも意見が分かれている。一部の研究者は、知的財産権の侵害は一般の権利侵害行為に他ならず、過失責任の原則を適用するよう主張している。⁴³ これは即ち一元的な責任帰属の原則である。一方、多数の研究者は過失責任の原則を採用することを基礎に、その他の責任帰属の原則を補充適用するよう主張している。これは即ち二元的な責任帰属の原則である。その中の代表的な見解は主に2種類あり、1つ目は無過失責任を補充原則とするもの、⁴⁴ 2つ目は過失推定責任を補充原則とするものである。⁴⁵

2. 国際的な視野：知的財産権制度の一体化の動きへの順応

経済のグローバル化と新たな国際貿易体制の確立は、20世紀後半の世界経済における時代の流れである。この流れは21世紀の枠組みに深い影響を与えるものである。経済グローバル化のプロセスを促す面で、GATT（関税及び貿易に関する一般協定）及びその後継組織である世界貿易機関（WTO）は重要な役割を演じた。以前の国際組織や国際条約とは異なり、WTO及びその「知的財産権協定」は知的財産権保護を国際貿易体制の中に組み込んでおり、知的財産権制度の一体化、

国際化には次のような新たな動きが見られた。(1) 国際貿易体制の枠組みの下で、ハイレベルの知的財産権保護を進めること、(2) 執行メカニズムと紛争解決メカニズムを後ろ盾として、ハイレベルの知的財産権保護を進めること。1994年にWTOがGATTに取って代わり、「知的財産権協定」が正式に発効して以降、知的財産権の国際的な保護制度はポストTRIPsの時代に入った。「知的財産権協定」が各締約国の間で一様に実施され、これによって引き起こされた利益のアンバランス、協定の実施過程における国際人権との対立・衝突、伝統的資源の保護に誘発された知的財産権制度の変革は、この時期の研究者が注目する主要問題となった。

「知的財産権協定」の制度的欠陥及びその実施がもたらした東西の利益のアンバランスについて、わが国の研究者は早くから認識していた。「知的財産権協定」は目下の所、知的財産権の保護範囲が最も広く、保護基準が最も高い国際条約であり、「知的財産権保護の法典」と言えるものだが、⁴⁶ 合理性と適切性の問題が存在している。研究者は、包括的取り決めの立法モデルは東西の利益のアンバランス問題を解決していないとの考えを示した。包括的取り決めの利益交換モデルの下で、発展途上国が知的財産権の保護基準の引き上げにより、知的財産権を輸入することに伴う利益の損失は、彼らがWTOのその他取り決めで獲得する利益によって補うことができる。しかし、「知的財産権協定」の交渉及び締結において、先進国の絶対的な主導的地位は非常に顕著なものであり、これによって生まれた規則は明らかに不平等なものだ。発展途上国はハイレベルの知的財産権保護規則を認めることを代価として、WTOが与える最恵国待遇を手に入れなければならない。⁴⁷ 同時に、「知的財産権協定」の実体規則は明らかに知的財産権大国（先進国）に有利なものとなっており、発展途上国は協定を実施する上で多くの困難を抱えている。まさに研究者が指摘したように、「先進国は知的財産権の保護レベルを何度も引き上げ、一方、発展途上国は現代の文化及びハイテクの源泉を保護する問題を提起した」のである。⁴⁸ 「知的財産権協定」を中心とする現在の国際条約が定めている「最低保護基準」は、権利の拡大と権利のハイレベルの保護を体現しており、先進国の要求とやり方により多く配慮し、それを参照したものとなっている。統一的な保護基準を執行することで発展途上国にもたらされるコストはその獲得する利益を遥かに超えている可能

性がある。なぜなら、これらの国々の発展は他国の知的財産権が含まれる技術と知的生産物にひどく依存しているからだ。⁴⁹

「知的財産権協定」と国際人権の衝突については、わが国の研究者も注目している。ある研究者が述べているように、ドーハ会議で採択された「『知的財産権協定』と公衆の健康に関する宣言」から、カンクン（メキシコ）会議の前に合意されたこの宣言の第6段落に関する実施の決定に至るまで、「知的財産権協定」の法律的枠組みが整備されたことを示しており、その主な推進力は知的財産権と人権の衝突及びそのバランスである。⁵⁰ また、ある研究者は、国際人権の基準に従うなら、知的財産権の国際保護制度には次のような顕著な又は潜在的な衝突があるとの考えを示した。即ち表現の自由と厳格な規制による知的財産権制限との衝突、プライバシーの権利と情報データベースの権利拡大との衝突、健康の権利と薬品特許利用の妨げとの衝突、及び発展権とノウハウ譲渡の制限との衝突等である。⁵¹ (1) 著作権と表現の自由の権利との衝突について。ある研究者は、著作権の保護は言論の自由による一定の制限を与えているとの考えを示した。著作権は法で定められた権利であり、このため、自然の権利又は憲法の権利としての言論の自由に対するその制限は、より重要な公衆の利益を促進できるものでなければならず、そうしてこそ正当性を備えたものとなる。⁵² また、別の研究者は言論の自由と著作権保護の衝突について、米国の制度における判例法とメーカーの書式契約が当事者に与える直接的影響は成文法を遥かに超えるものと述べている。将来、我々がこの2種類の権利の調和を図る時は、判例法とメーカー書式契約の重要な役割を際立たせるべきである。⁵³ (2) プライバシーの権利と情報データベースの権利との衝突について。ある研究者は「社会は公民個人のプライバシーを保護するのに有利な方向に進んでいるのではなく、逆に、現代の科学技術特に電子情報技術の発達及びマスメディアは市民生活に深刻かつ広範な影響を及ぼしており、公民のプライバシーの保護は一段と差し迫ったものになった」と述べている。⁵⁴ また、別の研究者はネットワークにおける個人情報の保護について、個人情報の権利をプライバシーの権利の重要な一部とし、個人情報の支配権、知る権利、守る権利、セキュリティ権を確認・保護するとともに、権利侵害責任の中でプライバシーの権利（個人情報の権利）侵害に対する民事責任を規定すべきであるとの考えを示した。⁵⁵ (3) 健康権と薬品特許権の衝突

について。ある研究者は、「ドーハ宣言」が多く
の発展途上国と後発開発途上国を悩ませ、苦しめ
ている公衆の健康問題の深刻さを確認し、新薬品
の開発における知的財産権保護の重要な意義を強
調する一方、こうした保護が価格に及ぼす影響か
ら生じた好ましくない状態を認め、「知的財産権
協定」は締約国が公衆の健康を守る行動を起こす
障害となるべきでないと述べていることに注目し
た。⁵⁶ この研究者は、知的財産権の国際保護は知
的財産権の保護基準を定めるだけでなく、各国間、
特に先進国と発展途上国の技術発展・革新の利益
分有におけるバランスを保障し、個人の財産権行
使と公共の利益の間のバランスを保障することに
その役割があると主張している。⁵⁷ (4) 発展権とノ
ウハウ譲渡制限の衝突について。一部の研究者は、
発展権は第三世代の人権即ち集団の人権の重要な
内容で、全ての人々が経済、社会、文化の発展を
自由に求める権利であり、それは第三世界の民族
主義が台頭し、権力、富及びその他重要資源の世
界的規模での分配を要求していることを反映した
ものだとして主張している。⁵⁸ また、別の研究者は次
のような考えを示した。「知的財産権協定」は技
術譲渡と知識伝播の促進について原則的な規定を
設け、先進国は自国の企業と機関が後発開発途上
国への技術譲渡を行うのを奨励すべきだと強調し
ている。しかし、これらの原則的規定は余り実行
に移されていない。発展途上国の多くは先進技術
を利用するための施設と人材が不足し、科学技術
の進歩がもたらす利益を十分に分かち合うことが
できないため、社会の発展問題において常に不利
な立場に置かれている。⁵⁹

伝統的資源の保護と知的財産権制度の変革の問
題について、わが国の研究者は多くの研究を行い、
論文を発表している。伝統的知識、遺伝資源等の
新しいタイプの財産権制度の出現は、国際知的財
産権制度の発展を促す大きな役割を果たした。こ
うした状況により、知的財産権の保護範囲が知的
成果そのものから知的成果の源泉へと広がり、発
展途上国は知的財産権資源の国際競争での劣勢な
立場を変えることが可能になった。わが国の研究
者はこの問題についてかなり系統的な研究を進め
てきた。その中には正式に出版された専門書もあ
れば、刊行物に発表された多くの論文もある。前
者について見ると、民間文学芸術の法律による保
護を検討し、民間文学芸術の専有権保護制度を確
立すべきだとの考えを示し、関連の立法意見稿を
出している。⁶⁰ また、当面は既存の知的財産権法
律制度を整備して民間文芸を保護し、長期的には

民間文芸の特別な利益を保護するモデルを確立す
べきだと提案している。⁶¹ 一方、伝統的知識の法
律による保護の研究で、ある研究者は派生的知的
財産権の利益、消極的知的財産権の利益、積極的
知的財産権の利益から成る伝統的知識に関する利
益構造を示し、伝統的知識の知的財産権保護制度
の枠組みを構築するよう提案した。⁶² 別の研究者
は現行の知的財産権制度を変革して、伝統的知識
の私権保護の仕組みを創設し、その対象の違いに
基づき、利用できる多種の権利保護モデルを提供
するとともに、同一種類の権利保護モデルの中で
多段階の保護措置を講じるべきだとの考えを示し
た。⁶³ 後者について見ると、研究者は民間文学芸
術、伝統的知識の法律による保護を探究しただけ
でなく、無形文化遺産の法律による線引きとその
保護モデルを分析し、さらには遺伝資源保護の客
体の属性と権利形態を論じている。⁶⁴ 例えば、あ
る研究者は、現行の知的財産権制度は全ての形態
の伝統的知識に保護を与えることはできず、しか
もその実施過程では主体確認、客体保護条件、権
利保護期間、利益分配等の面で多くの困難を抱え
ており、このため、現行の制度を適用して保護す
ることは急場しのぎでしかなく、長期の計とは成
り得ないとの考えを示した。⁶⁵ 伝統的知識と遺伝
資源の保護に関し、国際社会は「伝統」の情報及
び情報素材と関連し、文化及び生物の多様性目標
とも一致する、但し「現代」の知的財産権とは区
別される「伝統的資源権制度」の下準備を進めて
いる。ある研究者は次のような考えを示した。伝
統的資源権は「伝統的知識」（即ち知的創造の源
泉）を保護する「新制度」である。こうした財産
権は既存の知的財産権と関係があるが、違いもあ
り、専門管理（公法）と権利保護（私法）を結び
付けた法律モデルを採用することができる。⁶⁶

3. 時代のビジョン：知的財産権制度の近代化要 請への回答

人類社会は既に知識経済の時代に入った。1980
年代に始まり、現在世界を席卷している「知識革
命」は新技術革命の継続と発展である。その中で
最も代表性を備え、最も影響力がある時代の技術
はネットワーク技術と遺伝子技術である。新技術
は人類の生存様式を変えただけでなく、現行の知
的財産権法に試練をもたらした。知的財産権制度
は科学技術、経済、法律が結び付いた産物である。
それは資源としての「知識」の帰属問題を実質的
に解決するものであり、利益の奨励・調節メカニ
ズムとなる。この意味で言うなら、21世紀は知識

経済の時代であり、また、知的財産権の時代でもある。知識革命は知的財産権制度の近代化を呼び掛けている。

知識革命の出現は、新たな知的生産物を創造しただけでなく、知的生産物の新たな利用方式も提供した。こうした状況は、知的財産権法の内容を大いに充実させる一方、知的財産権法に多くの新たな問題をもたらしている。これに対し、わが国の研究者はタイムリーな回答を与えた。

第一：新しい知的形態が伝統的な知的財産権の客体に挑戦を突き付けた。これは主に知的生産物の形態の変化と知的財産権の客体範囲の拡大に現れている。まず、著作権の客体は伝統的な「印刷作品」から近代的な「アナログ作品」、「電子作品」へ、さらに現代の「デジタル作品」と「ネットワーク作品」へと絶えず進歩してきた。デジタルネットワーク著作権については研究者の関連論文があり、作品デジタル化問題、ネットワーク伝播問題、技術秘密保持問題、権利情報管理問題及び法律救済問題等を論じている。⁶⁷ 近年はネットワーク環境での著作権制度について系統的に紹介した教材もあれば、⁶⁸ 学術専門書もあり、ネットワーク著作権の一部の問題で対策的な研究を進めた。⁶⁹ 次に、特許権の客体が従来の微生物、動植物品種から今日の遺伝子技術へと進化した。遺伝子技術の特許について、一部の研究者は「源泉」と「流動」の2つの側面から関心を寄せ、遺伝資源の法律保護問題を研究し、遺伝資源においては新しいタイプの特別な専有権を設けるべきだとの考えを示した。こうした専有権はバイオ技術知的財産権の先取権であるだけでなく、生物体所有権に類似した権利でもある。⁷⁰ また、遺伝子技術の特許可能性の問題を検討し、遺伝子技術の保護範囲、遺伝子特許の排除分野及びバイオ情報技術のソフトとハードの知的財産権保護について論じている。⁷¹ その他、デジタル化された経営標識であるドメイン名が商業標識分野における最新の保護対象となった。ドメイン名の保護問題について、研究者の注目点はドメイン名の保護モデル、権利の属性及び商標権との衝突等に集中している。⁷²

第二：新しい知的財産が伝統的な知的財産権の枠を突き破った。これは従来の権利項目内容の拡大に現れ、例えば著作権分野に登場した情報ネットワーク伝播権、データベース製作者権である。また、新たな財産権の増加にも現れており、例えば著作権と工業所有権の間にある集積回路配置設計権、準特許的性格を持つ植物新品種権である。(1)情報ネットワーク伝播権。情報ネットワーク伝

播権に関し、研究者がわが国の「情報ネットワーク伝播権保護条例」の公布を見据えて行った理論研究には、「条例」制定前の立法の見通しがあるだけでなく、「条例」実施後の制度評価及び将来の法律改正の提案も含まれている。前者について言うなら、一部の研究者は次のような考えを示した。現在のネットワーク環境の下、発展途上国の多くは「公衆」の役割を演じており、著作権法における作者の利益と公衆の利益とのバランスは先進国と発展途上国の利益バランスへと変化した。また、合理的使用制度にも発展途上国が先進国の科学・文化成果をどの程度合理的に利用できるかが含まれており、合理的使用制度の中身が濃いものとなった。⁷³ 別の研究者は、ネットワーク出版は著作権者と隣接権者の複製権に及び、著作権者の情報ネットワーク伝播権及び隣接権者の公衆への伝播権とも直接関係しており、権利侵害のリスクが比較的大きいと指摘した。⁷⁴ 一部の研究者は、ネットワーク伝播権の保護は著作権利益の実現に有利なものとし、その権利制限はネットワーク媒体と関連産業の発展に役立つようにすべきだと提案している。⁷⁵ 後者について見ると、研究者は現行「条例」にデジタル図書館関連の権利制限条項を追加し、デジタル複製を規制の範囲に入れるとともに、インターネットサービスプロバイダー特にP2Pサービスプロバイダーの責任条項を充実させるべきだと提案した。⁷⁶ (2)データベース保護。データベースは著作権、技術措置、特別権利又は契約等の保護モデルを採用することができる。研究者はこれについて多くの紹介を行い、わが国のデータベース産業発展の現状に基づき、それぞれの立法提案を出した。⁷⁷ 例えば、一部の研究者は、データベース保護は特別権利のモデルを採用すべきだとの考えを示し、必要な投資保護基準を確定し、強制許諾を規定し、合理的使用の範囲を適度に拡大し、データベース製作者の製品品質責任を規定し、データベース登録制度を規定するよう提案している。⁷⁸ (3)集積回路配置設計権。集積回路配置設計は国外で「機能作品」と呼ばれ、特許法が保護する意匠とは異なり、著作権という意味での図形作品にも属しておらず、各国は「工業著作権」即ちレイアウトデザイン専有権の保護モデルを採用している。⁷⁹ 2001年、わが国は「集積回路配置設計保護条例」を公布・実施したが、一部の研究者はこれについて次のような考えを示した。この条例は集積回路配置設計に対する保護レベルが国際基準に到達している。しかし、この立法モデルは中国さらには世界のその他の国々で集積回

路配置設計権利者から冷たい目で見られている。その原因はこのモデルが権利者の要求を満たせないことにある。⁸⁰ (4)植物新品種権。選抜育種と交雑栽培に代表される伝統的なバイオ技術、特に遺伝子工学を中心とする現代のバイオ技術は植物の育種で重要な応用価値を持つ。植物新品種の育成と普及は重大な現実的意義を持ち、その法律保護問題も多く国から重視されている。植物新品種権の保護モデルの選択、権利取得条件、保護範囲、権利内容、権利制限等の問題について、わが国の研究者は系統的に論じている。⁸¹

第三：新しい知識利用方式が伝統的な知的財産権の規則を変えた。新技術は知的生産物を利用する新たな道を開き、法律でも必要な新しい規則を定めることが求められている。ネットワーク著作権の分野において、秘密保持のための技術措置の正当性、合理性を考慮し、ネットワーク作品の伝播者、消費者の責任範囲を画定するのはいずれも法律上難しい問題である。技術保護措置に関し、研究者の多くは比較分析法を用い、米国、欧州連合（EU）及びオーストラリア等の各国・地域の法律規定を紹介し、技術措置の主体、関連性、有効性及び目的の正当性等の構成要件を考察するとともに、合理的利用との関係を検討し、技術措置の合理性基準を最終的に打ち出した。⁸² ネットワーク著作権の権利侵害救済に関し、研究者の多くはインターネットサービスプロバイダーの間接的な権利侵害責任に注目している。権利侵害に対する責任帰属の原則では、損害賠償責任は過失責任の原則を適用することを踏まえ、過失推定責任の原則を補充適用すべきであるとの考えを示した。⁸³ これには間接的な権利侵害の特徴、タイプ及び構成要件についての具体的な説明が含まれている。⁸⁴ 一方、ネットワーク商標の分野において、法律は商標権の地域性とインターネットの国際性との衝突、商標の分類保護とネット商標権の排他効力との矛盾に直面している。ネットワーク商標の使用と保護に関し、研究者は記号学、心理学等の視点から、商標法の基本的概念、特に商標の混同・希薄化理論⁸⁵ を分析するとともに、ドメイン名と商標使用の衝突問題⁸⁶ に注目し、ネットワーク環境下における商標の使用について司法の保護を行う合理的な道を探った。⁸⁷

第四：新しい知的権利の意識が伝統的な知的財産権制度に動揺を与えた。バイオ技術の出現により、発見と発明の境界が曖昧になり、「特許は発明に与えられるだけで、発見に与えることはできない」という伝統的理論に疑問が突き付けられて

いる。「伝統的資源権」の概念の出現により、人々は既存の知的成果の権利に関心を寄せると同時に、伝統的な知的資源の保護も考慮せざるを得なくなった。前者について言うなら、一部の研究者は次のような考えを示した。特許保護の第1のハードルは特許可能性の問題であり、即ち発明か発見か、公序良俗問題に及ぶかどうか、又は国の安全保障と公衆の利益に関係するかどうかである。第2のハードルは特許の構成要件問題であり、即ち特許の新規性、創造性、実用性である。遺伝子（ヒトゲノムを含む）に特許保護を与えるかどうか、また、保護を与える条件と範囲については世界各国の間で論争が絶えない。遺伝子技術は新たな最先端分野であり、遺伝子特許保護問題における各国の態度は、自国の関連産業の利益を考慮したものが多。⁸⁸ 後者について言うなら、ある研究者は次のように主張している。遺伝資源及びそれに関係する伝統的知識は、保護条件に合致するならば、それ自体が特許権、植物新品種権といった知的財産権を取得することができる。遺伝資源及びそれに関係する伝統的知識は、バイオ技術の発明又は新品種の育成にとって重要な価値があり、その財産権のリンクについて言うと、遺伝資源の権利或いは農民の権利は幾つかの知的財産権の先取権となるケースが多い。このため、我々は物権、知的財産権及びその他専有権に関する法律の枠組み内で、この種の権利に関する学術研究と制度の構築を進めることができる。⁸⁹ 北米、西欧を含む先進諸国の多くは、現行の知的財産権制度は原則として伝統的知識の保護にも適用されると考えている。しかし、一部の研究者と非政府組織（NGO）は専門の制度、即ち伝統的知識の本質と特徴に見合う独立した法律制度を確立すべきだと強く主張している。⁹⁰ ある研究者は、中国と発展途上国は制度刷新に尽力し、伝統的資源については現行の知的財産権制度と別の保護メカニズムを採用し、知的財産権の根幹を覆すような法律の変更は避けるべきだとの考えを示した。⁹¹

4. 政策への考慮：知的財産権制度の戦略化プロセスの推進

現代の世界各国について言うなら、知的財産権戦略は知識経済時代の発展動向に應えるものであり、社会の重大な発展問題を解決するための措置でもある。各国の目的はいずれも知的財産権制度を通じて自国の知識イノベーション能力を引き上げ、コア競争力を作り上げ、社会と経済の飛躍的發展を実現することにある。中国について言うな

ら、中国は発展途上国に属するものの、経済、科学技術、社会の幾つかの分野で既に顕著な進歩を遂げ、知的財産権制度に対する強い要請があり、知的財産権の保護についても一定の調整・適応能力を備えている。これは知的財産権戦略策定の基礎となる。その一方、中国は資源が限られ、1人当たり占有率が低く、資源消費型の発展の道を歩むことはできない。対外的な技術依存度が高く、技術に頼る道を歩むこともできない。技術の優位性を保護し、ハイテク技術の移転を制限している欧米諸国の基本的立場を考慮し、また、経済の安全保障、文化の主権、科学技術の発展を必要としている自国の現状を考慮するなら、中国は知識イノベーション能力を高め、イノベーション型国家を築く発展の道を歩むしかない。これは知的財産権戦略を実施する政策目標の選択方向となる。このため、中国が知的財産権戦略を策定・実施するのは必然的な流れである。

2005年1月、国家知的財産権戦略の策定作業が正式にスタートした。国家知的財産権戦略策定作業指導グループは全国から知的財産権分野のトップレベルの専門家数百人を選び出し、国家知的財産権戦略専門家バンクを結成し、これが戦略を策定するためのシンクタンクになった。戦略策定作業は20の専門テーマの研究と「要綱」の策定を含み、即ち「20+1」戦略である。「要綱」は国家知的財産権戦略の総論部分であり、20の専門テーマの研究は「要綱」を策定するための土台作りをし、論証に備えるものである。

知的財産権の公共政策の属性について。ある研究者は、知的財産権は多重の属性を備えていると指摘した。個人レベルから見ると、知的財産権は知的財産私有の権利形態である。世界貿易機関（WTO）は「知的財産権協定」の序文で「知的財産権は私権である」と宣言し、即ち私権の名で知的財産私有の法律的性格を強調している。一方、国家レベルから見ると、知的財産権は政府の公共政策の制度的選択である。知的財産権を保護するかどうか、どの知識に個人所有権を与えるか、どのような水準で知的財産権を保護するかは、その国が現実の状況と将来の成長の要請に基づいて行う公共政策の選択・配置となる。⁹² 知的財産権の制度、政策、戦略三者の関係について見ると、知的財産権制度は知的財産権の公共政策に係る重要な一環であり、知的財産権政策は国が社会の成長目標を実現するために定める知的財産権の行動基準である。また、知的財産権戦略は知的財産権政策を推進し、知的財産権制度を実施するため

の基本綱領である。ある研究者は、公共政策はメタ政策、基本政策、部門政策に分けることができ、効力のそれぞれ異なる各公共政策が1つの統一された政策体系を構成すると述べている。メタ政策、基本政策、部門政策の間には派生と非派生、統轄と非統轄の関係が存在している。国家知的財産権戦略はわが国の知的財産権公共政策のメタ政策に属し、総政策（又は総路線、総方針）とも呼ばれるが、それは政策体系の中で統轄性を備えた政策であり、その他諸政策に対し、指導と規範の役割を果たすものだ。それは政策主体が一定の歴史的時期の大局的行動を導くのに用いる高度な原則的指針となる。⁹³

中国の知的財産権戦略の策定と実施は、1つのシステムエンジニアリングである。知的財産権の種別に基づき、戦略内容は主に特許戦略、著作権戦略、商標戦略等の分野を含んでいる。これに対し、わが国の研究者は逐一検討を加えた。特許戦略に関し、「国家特許戦略研究」報告は、国家特許戦略は国家発展戦略の一部であり、それは国が立法、行政、司法等の手段を通じて公権力を行使し、良好な市場メカニズムと法律環境を作り出し、権利の主体が特許権を取得・使用するものを手配、誘導、保護し、イノベーションを奨励し、競争の優位性を確保し、より多くの富を生み出すための政策及び総合戦術・措置であると述べている。国家特許戦略を実施するには、大局性、制度性、政策性の問題を着眼点とし、競争の優位性向上、国の総合競争力向上を目標としなければならない。⁹⁴ 著作権戦略に関し、一部の研究者は次のように提案している。1.国際的な著作権交渉における主導的地位を目指し、民間の文学芸術作品を保護する法律・法規を確立・整備しなければならない、2.自国の経済・文化発展レベルを参照し、作品別にそれぞれの段階において異なる度合いの保護措置を講じなければならない、3.作品創作者の利益を保護することを中心とし、著作権の集団管理に関する立法を急がなければならない、⁹⁵ 4.著作権産業の国際競争力向上を目標とし、文化イノベーションを強化し、著作権の保護⁹⁶に一層の力を入れなければならない。商標戦略に関し、ある研究者は、わが国はブランド保護意識を確立し、ブランド創設プロジェクトを推進し、⁹⁷品質戦略、商標戦略、ブランド戦略を実施すべきであるとの考えを示した。⁹⁸

戦略の主体という視点から見ると、戦略体系は国家知的財産権戦略、地域知的財産権戦略、業界知的財産権戦略、企業知的財産権戦略の4つの側

面を含めることができる。国のレベルから見ると、国家知的財産権戦略は政府が国家の名で、制度と政策を通じ、知的資源の創造、帰属、利用及び管理等について指導と規制を行うものである。⁹⁹ 地域レベルから見ると、1.各地の自然・地理資源を十分に利用し、地理的表示の保護方式により特色ある製品の競争優位性を確保する、2.産業クラスターの優位な科学技術力を生かし、自主知的財産権を確立する、3.伝統的知識の商業価値を掘り起こし、民間文学芸術の表現と伝統的技芸を利用・保護するよう研究者は提案している。¹⁰⁰ 業界知的財産権戦略について言うなら、研究者の多くは典型的な国家、特に先進国の業界戦略の経験を参考にし、業界戦略の策定と実施において業種協会の中核的役割を際立たせるべきだと考えている。業種協会是对内的には自律（自己規制）と誘導の機能を発揮し、企業の業界戦略実施を監督すると同時に、企業が技術研究開発を進めるのを支援・誘導し、国内の同類企業製品の技術レベルと市場競争力を高めなければならない。¹⁰¹ 対外的には代表としての職責を果たし、管理と統制を重視する行政的役割から、調整機能、交渉機能、制約機能を備えた経済共同体への転換を図る必要がある。¹⁰² また、企業知的財産権戦略について言うなら、研究者の多くは経済のグローバル化、知的財産権の一体化を背景に、法学、経済学、管理学等の研究方法を総合的に運用し、企業の特許戦略、商標戦略、著作権戦略、商業秘密保護戦略及び知的財産権の統制・管理戦略について理論的探究と実証分析を行った。¹⁰³ 研究者は4種類の戦略の間の関係について、国のマクロ戦略と企業のミクロ戦略を結び付け、業界間の戦略と地域間の戦略の調和を図らなければならないと考えている。国家戦略は地域戦略、業界戦略、企業戦略の策定と実施を導く方策であり、企業戦略は国家戦略、地域戦略、業界戦略を最終的に実行に移すための基礎となる。一方、業界戦略と地域戦略は他の戦略を連係させ、又は指導する架け橋・きずなである。¹⁰⁴

戦略の内容という視点から見ると、知的財産権戦略は創造戦略、保護戦略、管理戦略、運用戦略の4大側面を含むべきである。¹⁰⁵ 知的財産権戦略は創造、運用、保護、管理を重要な内容とする全体戦略であり、これは法律問題にとどまらず、国の科学技術政策、産業政策、文化政策、教育政策等の公共政策と強く結び付いている。このため、研究者は、中国は知的財産権を導き手とする公共政策システムを確立するとともに、¹⁰⁶ 文化政策、財政政策、租税政策等の面から国家知的財産権戦

略の実施を促す提案を出すべきだと述べている。

107

わが国の研究者は知的財産権戦略の策定を理論面から支えたばかりでなく、戦略実施後直ちに関連の調整プランと効果評価方法を提案した。2008年6月、国家知的財産権戦略要綱が正式に発表・実施されたが、これは中国の30年間に及ぶ知的財産権法制整備において最後の、また、最も重要な成果となる。これを目印として、中国の知的財産権事業は新しい重要な歴史的時期に入った。しかし、2008年9月の国際金融危機発生以降、中国が知的財産権戦略を実施する上で、その国際的背景は一層複雑なものとなった。研究者は、我々はどうした特殊な環境の下、伝統的な成長モデルの「ピンチ」を十分に認識する一方、科学的発展パターンの「チャンス」を冷静に見てとらなければならないと主張した。「危機」を「勝機」に変える過程では、知的財産権戦略実施の質と効果を特に強調すべきである。現在、中国は特許と商標の出願大国であるが、とても特許強国とは言えず、ましてやブランド強国ではない。このため、我々は知的財産権戦略実施の政策目標を特に強調し、自主知的財産権の質の面でより多くの努力を払わなければならない、知的財産権の数量を一面的に追求してはならない。第1に特許技術の有効応用率と特許製品の付加価値を高める。第2に国際有名ブランドの伸び率と有名ブランドの国際市場競争力を高める。第3に文化製品の国際市場シェアと著作権産業の経済発展寄与度を高める。¹⁰⁸ 研究者は国家知的財産権戦略の実施効果の評価に関し、1.国の科学研究への資金投入を考察するだけでなく、企業の研究開発への資金投入を考慮すべきであり、また、国際競争力の向上を戦略の重要目標¹⁰⁹ としなければならない、2.総合評価方法を用い、「知的財産権戦略実施の総合評価指数」を設けることができる、との考えを示した。この指数には知的財産権制度の整備、知的財産権規則の運用、知的財産権資源の創造、知的財産権資源の活用、市場主体の状況等の6つの1級指標及び4項目の2級指標と65項目の3級指標がある。¹¹⁰ その他、わが国の知的財産権戦略実施におけるソフト環境を対象とした評価指標システムを設けることができる。このシステムは毎年新しく増える法律・法規と知的財産権政策を知的財産権関連の法律と政策を評価する主な指標にするというものである。¹¹¹ 研究者は既に定性分析、定量分析、比較分析、事例分析の各方法を用い、中国各地の知的財産権の発展レベルと差異を考察することを踏まえ、31省・市・自治

吳漢東

徐瑾

馬治國

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

区の知的財産権の進展状況について客観的な推定と評価を行うとともに、知的財産権分野に存在する主な問題点を整理・研究し、戦略を推進するための政策提言を出した。¹¹²

5. 実践への参画：知的財産権の応用研究水準の向上

わが国の知的財産権研究は2つの大きな任務に直面している。1つ目は知的財産権制度の基礎理論体系を構築すること、2つ目は知的財産権制度作りの現実問題に関心を寄せることである。このため、知的財産権の学術研究は机上の空論であってはならず、また、事物それ自体にとらわれてもならず、理論研究と応用研究の両者を結び付けるべきである。知的財産権の応用研究は一定の学理を指針としなければならず、深い理論を欠いた応用研究では、前進を続ける学術生命の基礎が失われてしまう。しかしその一方、知的財産権の理論研究も又、応用を目標としなければならず、応用目的を失った純粋な理論的探究では、若々しい学術生命の活力をなくしてしまう。この30年来、わが国の知的財産権研究者は学理研究に従事するだけでなく、応用研究も繰り広げ、中国の知的財産権法律制度の完備を促してきた。彼らは制度の立法体系に関心を寄せるだけでなく、法律の解釈と運用を重視し、现实生活における知的財産権問題の解決に尽力したのである。

知的財産権の立法過程で、研究者は積極的に参画し、専門家としての役割を發揮した。知的財産権研究者はかつて中国の「著作権法」、「特許法」、「商標法」、「不正競争防止法」、「コンピュータソフト保護条例」、「情報ネットワーク伝播権保護条例」等の法律・法規の起草・改正作業に参加したことがある。彼らが出した多くの意見と提案は国の立法機関に採用されている。例えば、現行契約法の起草過程で、ある研究者は「著作権契約は多くの特徴があるため、これを契約法に入れるのはよくない。商標契約は逆に特徴が少ないため、契約法の中に『商法契約』の細則を設ける必要は全くない。特許契約は『技術契約』の章に入れてもよいが、『特許の単行法の規定が契約法と異なる場合は、その規定に従う』と注記するのがよい」と主張した。¹¹³ この意見は最終的に契約法の中に書き込まれることになった。1990年代末にスタートした民法の起草作業過程で、ある研究者は1.民法は知的財産権について一般規定だけを設け、単行法はそのまま残すべきである、2.このような立法スタイルにすれば、法律の適用面で比較的都合

がよく、民法の審美要求が損なわれることもない、3.この他、知的財産権法律体系の系統化にも有利であり、その内部矛盾を減らすことができる、と主張した。¹¹⁴ この提案も立法の実践において採用された。

現在、わが国では「商標法」、「著作権法」の新たな改正作業が全面的に進められており、研究者は今回の法律改正を注視し、立法機関に積極的な提言・献策をしている。ある研究者は、1.今回の法律改正は国内に足場を置き、国際的な発展動向に順応し、実体の規定では最低保護基準に関する国際条約の基本規定を順守し、手続き面では国外の立法の先進的経験を参考にし、国内規定と国際化の調和を重視しなければならない、2.わが国の知的財産権法の現状に基づき、新技術がもたらす挑戦に対応しなければならない、3.「国家知的財産権戦略要綱」の「知的財産権法律・法規の一層の完備」に関する政策目標を軸に、戦略の実施における知的財産権法の基礎的役割とサポート機能を發揮しなければならないと提言した。¹¹⁵ 「著作権法」の改正について言うなら、わが国の研究者が出した提案・意見には次のようなものがある。制度設計を通じて著作権の内容を総合的に点検し、著作権法とその他法律・法規の整合性を図る。¹¹⁶ 著作権法における作品の概念を一段と明確にし、実用的な芸術作品とスポーツ競技の実演作品を保護範囲に入れる。¹¹⁷ インターネット上のダウンロード、個人の複製、影印及び複写が「複製権」の範疇に属するかどうかを確定し、コンピュータソフトの「機能的複製」を残すことを例外として、頒布権行使の原則を一段と明確にする。¹¹⁸ 法定許諾の内容を慎重に規定しなければならない、その中で市場が調整するものの、公民の情報取得権に影響しないケースは法定許諾とする。¹¹⁹ 権利侵害の損害賠償については過失責任の原則を明確にし、精神的損害賠償の規定を追加する。¹²⁰ 作品の完全権を保護する内容の線引きを行い、作品の将来の譲渡・使用許諾問題を明確にする。¹²¹ また、「商標法」の改正について言うなら、その提案・意見には次のようなものがある。今回の商標法改正では改正の重点をつかみ、手続きの最適化、権利衝突の調整及び商標権保護の面でより一層の努力を払うべきだ。¹²² 「商標法」の改正では市場の公正な競争を守ることを強調し、商標法第1条に「市場の公正な競争を守る」¹²³ との規定を追加しなければならない。「商標法」の改正では調整対象を「登録商標の法律関係」から「商標の法律関係」に手直しし、保護範囲を「商標専用権」から「商

標権」に改める。¹²⁴ 商標と各種の標識は「商標法」体系内に統一させ、現行「商標法」の名称を「商標及びその他標識法」に改める。¹²⁵

学術研究が立法に与えた影響は、研究者の立法への直接参画に由来するだけでなく、立法関係者が理論を吸収・応用した結果によるものでもある。例えば、鄭成思教授が執筆した書籍「著作権法」は、わが国の「著作権法」の起草・改正作業に大きな影響を与えた。¹²⁶ 吳漢東らが執筆した「知的財産権基本問題研究」も、わが国の政府部門と立法機関から認められた。¹²⁷ 近年、研究者は基本理論を探究すると同時に、現行の知的財産権法に対する制度的評価を重視しており、必要な立法提案を行った。中国の現在の知的財産権全体の保護レベルについては、研究者の間に意見の違いがある。ある人は、中国の知的財産権保護レベルは高くなく、非常に不十分なものだと考えている。¹²⁸ 一方、わが国は知的財産権の保護において「国際基準超過」の問題が存在し、即ち現行の知的財産権保護の一部規定は国際条約の関連要求を過度にオーバーしていると述べた人もいる。¹²⁹ また、ある人は、定量分析に基づく、中国の知的財産権保護レベルは早くも1993年に一部先進国の得点を超えて3.190に達し、2001年にはその得点が4.19となり、ほとんどの先進国及び発展途上国を上回った（米国の知的財産権保護レベルの得点4.52にはやや及ばない）と述べている。¹³⁰ 中国の知的財産権保護レベルを確定する時は、国際要因と国内要因を総合的に考慮すべきである。国際レベルから見ると、国際条約に定める最低保護基準に比べ、わが国の知的財産権保護レベルは低くない。先進国の知的財産権立法に比べると、わが国の保護レベルはなお一定の開きがある。一方、国内レベルから見ると、知的財産権の保護レベルは徐々に向上しているが、業種と地域の面で不均衡が存在する。¹³¹ 知的財産権制度の具体的な完備に関しては、専門の著作が既に現れ、わが国の特許権法、著作権法、商標法、集積回路配置設計保護条例等の法律・法規について立法評価を行い、各種の制度に存在する問題点を検討し、関連の立法提案を出している。¹³² また、知的財産権法の個別的制度を研究対象として、現行法律規範の欠陥を分析し、関連の立法対策を論証した論文もある。例えば、ある研究者は、情報ネットワークの時代においては放送組織の権利保護制度を作り直すべきだと提案している。¹³³ 別の研究者は、わが国の特許実施の強制許諾規範には概念が曖昧で、盲点が多く、取り扱いにくいといった問題があり、一層の細分化

と整理統合が必要であるとの考えを示した。¹³⁴ 一部の研究者は比較分析法を用い、特許権と商標権の権利確認の仕組みを改革するための道筋を探った。¹³⁵ また、司法と結び付けて各種商標の混同タイプを分析し、わが国の商標権制度の完備のために参考資料を提供した研究者もいる。¹³⁶

わが国の知的財産権研究者は現行制度の再考と再構築に止まることなく、理論的解釈の研究を積極的に進め、司法解釈の仕事に参画し、実践過程での知的財産権の難題にタイムリーな回答を与えている。理論的解釈の面で、ある研究者は現行の著作権法、特許法及び同实施条例の法律条文について逐一説明を行った。¹³⁷ また、知的財産権の個別的な法律条文について詳しく説明した研究者もいる。¹³⁸ 司法解釈の仕事への参画について、例えば、最高人民法院は「有名商標保護の民事紛争事件審理における法律適用のいくつかの問題に関する解釈」（2009年4月23日公布）の発表に先立ち、関係研究機関に対し、その解釈の波及問題について検討を進め、解釈文書の草案を作成するよう依頼した。2008年9月5日、最高人民法院知的財産権法廷が主催した知的財産権侵害調査研究課題の成果論証会で、知的財産権研究者は、1.責任帰属の原則における「責任」とは損害賠償の責任を指し、言い換えるなら、伝統的な権利侵害損害賠償の債務である、2.絶対権・請求権には過失責任又は無過失責任の原則の問題は存在せず、権利侵害責任法は絶対権・請求権と損害賠償請求権を厳格に区分しなくてよい、3.但し、権利侵害者に過失がある場合は、賠償責任を負うべきことを明確にしなければならないとの意見を出した。¹³⁹ 知的財産権を巡る現実の事件について、2008年10月21日、「マイクロソフトのブラックスクリーン」事件が起きた後、国内の知的財産権研究機関は専門家による座談会を何度も開き、この事件が及ぼす知的財産権問題について検討を重ね、出席者が自らの見解を次々と発表した。¹⁴⁰ また、近年現れた「山寨文化」現象に対し、知的財産権研究者は次々と見解を発表し、国内の大規模な知的財産権学術会議でもこの問題が取り上げられた。¹⁴¹

結びの言葉：

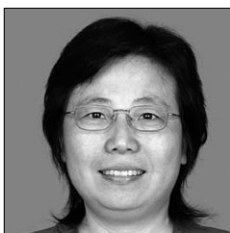
この30年来、中国の知的財産権研究者は「学は必ず術を借りて用に応じ、術は必ず学を以て基本と為す」という研究理念を受け継ぎ、多元的な研究方法を用い、知的財産権の基本理論問題と実践問題を探究し、長足の進歩を遂げた。全体として言うなら、知的財産権の基礎理論に対する学術

研究は、1980年代の初歩的探究、1990年代の反省から21世紀初めの再認識を経て、徐々に成熟したものになりつつある。知的財産権の国際化への動きに対する関心は、Trips協定の実施が引き起こした東西の利益アンバランス、知的財産権と人権の衝突、伝統的資源の保護がもたらした制度変革等の問題に集まり、ますます主体的になっている。知的財産権の近代化要請への回答では、ネットワーク技術と遺伝子技術が現行の知的財産権制度に突き付けた様々な挑戦に真正面から取り組み、徐々にタイムリーなものとなっている。知的財産権戦略化プロジェクトの推進については、戦略の策定と実施の各段階に及び、力強くフォローアップしている。知的財産権制度の完備と法律応用に対する後押しでは、立法提案もあれば理論的解釈もあり、その功績は消し去ることができない。中国の知的財産権研究は理論分析と応用研究が同時に進む二重軌道に入った。

将来を展望すると、中国の知的財産権研究は新たな試練に直面することになろう。経済グローバル化のプロセスが加速しており、ポストTripsの時代に入った東西の国々はそれぞれの立場に基づき、知的財産権利益の調整と分有について新たな要求を提出する。中国は発展途上国として、知的財産権の国際交渉の中でより多くの発言権を如何に確保するのか。知識革命はますます激しさを加え、ネットワーク技術、遺伝子技術の登場により、知的財産権制度は近代化を迫られている。どのようにして制度を刷新し、文化と技術革新を促し、また、自国の関連産業の利益を守るのか。国家知的財産権戦略は全面的に実施され、中国の知的財産権事業は新たな重要な歴史的時期に差し掛かっている。どのようにして知的財産権制度をよりよく運用し、「法」の効果を十分に発揮させ、イノベーション型国家の建設を制度面から支えていくのか。知的財産権の体系化・法制化活動は既に目鼻が付き、知的財産権の制度モデルは単行立法、民法への編入から専門法典編纂へのプロセスを辿ってきた。わが国の知的財産権制度の体系化のレベルを如何に引き上げ、将来の法典化において理性的な選択を行うのか。これらの問題は中国の今後の知的財産権研究における重点であり、かつ難点になるだろう。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

中国における「国家知的財産権戦略要綱」の策定・実施



PROFILE

徐 瑄 (Xu Xuan) 暨南大学法学院教授、知的財産権学院副院長、知的財産権学科主任

1962年5月生まれ。広州市人大代表、広州市人代財経委員会委員。国の社会科学基金特別委託プロジェクト(08@zh003)「科学的発展観を貫き、知的財産権戦略を実施することについての研究」首席専門家。2001年 北京大学法学院博士取得。中国社会科学院法学研究所ポスドクを経て現職。主な研究分野は知的財産権関連の法学、法理学、法哲学(マルクス主義立憲政治哲学)及び法学、管理学、法経済学等の異なる学問分野に跨る基礎分野。知的財産権の教育と科学研究に従事。知的財産権法修士課程指導教官。技術経済・管理学博士課程指導教官。知的財産権対価理論の枠組みを打ち出す。「中国社会科学」、「中国法学」、「中外法学」等の刊行物に多数の論文を発表。中国法学会知的財産権研究会常務理事、中国知的財産権研究会理事、中国科技法研究会常務理事、広東知的財産権法研究会副理事長、広東省法理学会副会長。上海経済・法律研究所特別招聘研究員を兼務。

中国国務院が2008年6月5日に「国家知的財産権戦略要綱」を発表し、直ちに実施してから既に1年余りが経つ。これは中国の知的財産権制度整備における今一つの一里塚となる。本論文は主に「要綱」が発表された法律的背景、「要綱」が言及している知的財産権の立法任務及びこの1年来の実施状況を紹介する。

「要綱」の策定は、中国の知的財産権立法の法律的背景に根差しており、即ち戦略要綱は中国の知的財産権制度整備を踏まえて生まれたものである。

知的財産権の制度整備は国の知的財産権戦略の策定と実施のための基礎を定めるものである。中国の知的財産権立法は1970年代末から1990年代初めにかけての初期整備、1990年代初めから21世紀初めにかけての発展、及び2001年の中国の世界貿易機関(WTO)加盟前後における完備という3つの段階のプロセスを辿ってきた。この30年前後の間に、知的財産権を保護するための全面的な立法作業が完了した。

第1段階は制度作りの初期段階である。中国は知的財産権制度のない状態から知的財産権保護の基本的制度を作り上げるまでに10年の歳月を費やした。1970年代末から1990年代初めにかけて、中国は「商標法」、「特許法」、「著作権法」、「不正競争防止法」等の法律を次々と公布し、一連の重要な知的財産権関連の国際条約に加入した。これらの知的財産権保護制度の確立により、中国では知的財産権法律制度の基本的な枠組みが一応完成した。これは中国がWTOに加盟するため、また、加盟後にその約束を履行するために進めた立法作業である。

第2段階は充実を図る段階である。1990年代初めから21世紀初めにかけて、中国は既存の知的財産権関連の法律・規範を手直しすると同時に、「コ

ンピュータソフト保護条例」、「音声・映像(AV)製品管理条例」、「植物新品種保護条例」、「知的財産権税関保護条例」、「特殊マーク管理条例」等の法規を公布し、さらに一連の関連実施細則と司法解釈を発表した。こうして知的財産権保護の法律制度は充実したものになった。

第3段階は補充立法の段階である。この段階は2001年の中国のWTO加盟の前後にあたり、WTO加盟と社会主義市場経済確立の要請に応えるため、既存の知的財産権関連の法律・法規と司法解釈について全面的な手直しを進める一方、「集積回路(IC)レイアウトデザイン保護条例」、「オリンピックマーク保護条例」を補充・公布した。立法の目標は「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」(即ちTRIPs協定)及びその他知的財産権関連の国際ルールに合わせることであった。各級の官庁と司法機関は国際ルールに合致し、分類も充実した一連の官庁規則、規範的文書及び司法解釈を次々と発表し、各法律・法規が効果的に執行できるようにした。

これらの立法作業は国家知的財産権戦略を策定するための制度面での基礎を固めるものであった。

二

国家知的財産権戦略の策定は、国のレベルから知的財産権を全面的に保護し、社会の各分野で知的財産権制度が全面的に運用されることを狙っている。中国では知的財産権制度の確立からまだ日が浅く、科学技術と文化のイノベーションを奨励し、市場競争の秩序を保持する等の面でその役割がまだ十分に発揮されていないため、権利侵害、海賊版等の行為がしばしば起きていた。こうした状況の下、中国政府は国家知的財産権戦略要綱の策定に取り掛かった。その目的は知的財産権制度に社会・経済の発展を促す役割を発揮させることにあった。2005年初め、戦略の策定が国務院の活

動スケジュールに組み込まれた。

2005年初め、國務院は国家知的財産権戦略策定作業指導グループを設置し、戦略策定作業をスタートさせた。「全国の力を結集し、全国の知恵を結集する」という方針の下、国の知的財産権主管省庁と各関係省庁がリーダーシップをとる作業システムが出来上がり、中国の知的財産権関連の意思決定層、学术界及び司法、企業、貿易分野の精鋭が次々と集まった。30余りの部門、数百人の専門家がこれに参加し、3年前後を費やして、中国の「国家知的財産権戦略要綱」を完成させた。2008年4月9日、温家宝首相が招集した國務院常務會議は「国家知的財産権戦略要綱」を審議し、原則的に採択した。さらに手直しを加えた後、2008年6月5日、國務院は「国家知的財産権戦略要綱」を発表し、即日実施した。

国の知的財産権戦略を実施する綱領的文書となる「国家知的財産権戦略要綱」の発表は、中国の知的財産権戦略の実施が正式にスタートしたことを示している。この戦略要綱は前文、指導思想と戦略目標、戦略的重点、特定の任務、戦略措置の各部分から成り、計65条、全文約7,600字。同要綱は知的財産権戦略の全体的任務を手配し、7つの特定任務と9つの重点措置を確定した。知的財産権の法制整備を急ぎ、その保護状況を改善し、2020年までに中国を知的財産権の創造・活用・保護・管理の水準が比較的高い国に築き上げることを目指すとしている。形式を見ると、国家知的財産権戦略の策定は1つの「要綱」と20の専門テーマに分かれる。「要綱」は知的財産権戦略の総論部分である。専門テーマは「要綱」の策定に必要な土台作りをする一方、「要綱」の導きの下で一層の推進と深化を図るものである。20の専門テーマはそれぞれ知的財産権戦略のマクロ問題、知的財産権の主な類別、知的財産権の法制整備、知的財産権の重要な管理段階、知的財産権の重点業種という5つの側面からその創造、活用、保護、管理について研究を繰り広げる。

三

注目に値するのは、中国の国家知的財産権戦略要綱の中で、今後5年間の戦略の重点的内容が示され、具体的手配が行われていることである。

(一) 知的財産権制度を充実させる。その中には法律、行政法規の制定と整備が含まれている。具体的には次の通り。

(1) 知的財産権の法律・法規を一段と充実させる。特許法、商標法、著作権法等の知的財産

権専門法律と関係法規を急いで改正する。遺伝資源、伝統知識、民間芸能及び地理的表示等の立法作業に適時に取り組む。知的財産権立法の整合性を図る作業に力を入れ、法律・法規をより実施しやすいようにする。不正競争防止、対外貿易、科学技術、国防分野の法律・法規中の知的財産権関連の規定をより完全なものにする。

(2) 知的財産権の法執行・管理体制を整備する。司法保護システムと行政法執行システム作りを強化し、知的財産権保護における司法の主導的役割を生かし、法執行の効率と水準を高め、公共サービスに力を入れる。知的財産権の行政管理体制改革を深化させ、権利・責任一致、合理的分業、科学的意思決定、円滑な執行、強力な監督の行われる知的財産権の行政管理体制を作り上げる。

(3) 知的財産権の経済、文化、社会政策における誘導的役割を強化する。産業政策、地域政策、科学技術政策、貿易政策と知的財産権政策とのつながりを強める。関連産業の発展に適した知的財産権政策を策定し、産業構造調整との最適化を図る。それぞれの地区の特色に合わせて、知的財産権分野の助成政策を充実させ、地区の特色ある経済を育て、地域経済の釣り合いのとれた発展を図る。重大科学技術プロジェクトの知的財産権関連作業の仕組みを作り、知的財産権の取得と保護を重点に全過程追跡サービスを実施する。対外貿易に関連した知的財産権政策を充実させ、対外貿易分野の知的財産権管理体制、事前警報・緊急対応の仕組み、海外での権利保護の仕組み及び紛争解決の仕組みを確立・整備する。文化、教育、科学研究、衛生各政策と知的財産権政策の協調・整合性を図り、公衆が文化、教育、科学研究、衛生の各活動で法に従ってイノベーションの成果と情報を合理的に利用する権利を保障し、その成果の合理的共有を促す。公共の危機に対応する国の能力を保障する。

(二) 知的財産権の創造と活用を促す。具体的要求は次の通り。

(1) 財政、金融、投資、政府調達各政策及び産業、エネルギー、環境保護の各政策を活用し、市場主体による知的財産権の創造と活用を指導・支援する。科学技術イノベーション活動における知的財産権の誘導的役割を強める。技術革新では合法的に産業化できることをその基本的前提とし、知的財産権を取得す

ることをその追求目標とし、技術規格を作り上げることをその努力方向とする。国の資金援助で開発された研究成果の権利帰属と利益分有の仕組みを整える。知的財産権指標を科学技術計画の実施評価体系と国有企業の業績考課体系に組み入れる。知的財産権集約型商品の輸出比率を徐々に高め、貿易成長パターンの根本的転換と貿易構造の最適化・高度化を図る。

- (2) 企業が知的財産権の創造と活用の主体となるよう後押しする。自主イノベーション成果の知的財産権化、商品化、産業化を促進し、企業が譲渡、許諾、抵当等の方法で知的財産権の市場価値を実現するよう導く。知的財産権の創造における大学、科学研究院・所の重要な役割を十分に発揮させる。若干の重点技術分野を選び、一群の核となる自主知的財産権と技術規格を作り上げる。大衆的な発明創造と文化イノベーションを奨励する。優れた文化作品の創作を促す。

- (三) 知的財産権の保護強化。知的財産権の侵害行為を処罰する法律・法規を改正し、司法による処罰の度合いを強める。権利者の自己保護意識と能力を高める。権利保護のコストを引き下げ、権利侵害の代価を高くし、権利侵害行為を効果的に抑制する。

- (四) 知的財産権の乱用防止。関連の法律・法規を制定し、知的財産権の境界を合理的に定め、知的財産権の乱用を防止し、公平な競争の行われる市場秩序と公衆の合法的権利を守る。この他、知的財産権文化の育成を打ち出した。具体的措置は次の通り。知的財産権の宣伝に力を入れ、社会全体の知的財産権意識を高める。知的財産権普及のための教育を幅広く繰り広げる。精神文明創設活動と国の法律普及教育の中に知的財産権関連の内容を追加する。社会全体で、イノベーションを名誉とし、剽窃を恥とし、誠実・信義を名誉とし、盗用・詐欺を恥とする道德観を広く発揚し、知識とイノベーションを学び、誠実に法を守る知的財産権文化を作り上げる。

中国の国家知的財産権戦略は知的財産権の特定任務を定めた。特許、商標、著作権、商業秘密等についてそれぞれの具体的な目標と任務を定めている。

(一) 特許。

- (1) 国の戦略的必要性を目安に、バイオ・医薬、

情報、新素材、先進的製造、先進的エネルギー、海洋、資源環境、近代的農業、近代的交通、航空宇宙等の技術分野を先行させ、一群のコア技術の特許を取得し、中国のハイテク産業と新興産業の発展を支える。

- (2) 規格関連の政策を策定・整備し、特許を規格に盛り込む行為を規定する。企業、業界組織が国際規格の制定に積極的に参画することを支援する。
- (3) 職務発明制度を充実させ、職務発明者のイノベーション意欲をかき立て、また、特許技術の実施も促すような利益分配の仕組みを作る。
- (4) 特許権付与の条件に従い、特許審査の手続きをより完全なものにし、審査の質を高める。不正な特許出願を防止する。
- (5) 特許保護と公共利益の関係を正しく処理する。法に従って特許権を保護すると同時に、強制許諾制度を整備し、例外制度の機能を発揮させる。また、合理的な関連政策を研究・策定し、公共の危機が発生した時、公衆が必要な財とサービスを適時かつ十分に得られるよう保証する。

(二) 商標。

- (1) 商標権者と消費者の合法的権利を確実に保護する。法執行能力を強化し、盗用等の権利侵害行為を厳しく取り締まり、公平な競争の行われる市場秩序を守る。
- (2) 企業が商標戦略を実施し、経済活動で自前の商標を使うのを支援する。企業が商標の中身を豊かにし、商標の付加価値を増やし、商標の知名度を高め、有名商標を作り上げるよう導く。企業が国際商標登録を行い、商標の権利を守り、国際競争に加わることを奨励する。
- (3) 農業の産業化における商標の役割を十分に発揮させる。市場主体による商標の登録と使用を積極的に促進し、農産物の質的向上を図り、食品の安全性を保証し、農産物の付加価値を高め、市場競争力を強める。
- (4) 商標管理を強化する。商標審査の効率を高め、審査期間を短縮し、審査の質を確保する。市場法則を尊重し、有名商標、著名商標、知名商標、ブランド製品、優良ブランドの認定等の問題を確実に解決する。

(三) 著作権。

- (1) 報道・出版、ラジオ映画テレビ、文学・芸術、文化娯楽、広告デザイン、工芸美術、コンピュー

呉漢東

徐瑄

馬治国

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

タソフト、情報ネットワークなど著作権関連産業の発展を後押しし、強い民族色と時代的特徴を持つ作品の創作を支援し、市場競争に加わりにくい優れた文化作品の創作を後押しする。

(2) 制度を充実させ、著作権の市場化を図る。著作権抵当、作品登録及び譲渡契約届出等の制度をさらに充実させ、著作権の利用方法を広げ、著作権取引のコストとリスクを引き下げる。著作権の市場化にあたり、著作権の集団管理組織、業種協会、代理機関など仲介組織の役割を十分発揮させる。

(3) 海賊版行為を法に従って処分し、その行為に対する処罰を強化する。海賊版製品の大規模な製造・販売・頒布行為を重点的に取り締まり、海賊版現象を抑える。

(4) 著作権保護がインターネットなど新しい技術の発展から受ける挑戦に効果的に対応する。著作権保護と情報伝達保障の関係を適切に処理し、著作権を法に基づいて保護すると同時に、情報の伝達を促進する。

(四) 商業秘密。市場主体が法に従って商業秘密の管理制度を確立するよう導く。他人の商業秘密を盗む行為を法に基づいて取り締まる。商業秘密の保護と職業選択の自由、秘密に関わる者の競争制限と人材の合理的流動との関係を適切に処理し、職員・労働者の合法的権利を守る。

(五) 植物の新品種。

(1) インセンティブの仕組みを確立し、新品種の育成を後押しし、イノベーションの成果が植物の新品主権に転化されるようにする。新品種権を持つ一群の種苗業者の誕生を支援し、新品種保護の技術サポート体制を確立・整備する。新品種試験のガイドライン作りを急ぎ、試験に対する審査レベルを高める。

(2) 資源提供者、育種者、生産者、販売者間の利害関係を合理的に調整し、農民の合法的権利の保護を重んじる。種苗業者と農民の新品種権保護意識を高め、品種権者、品種生産・取次販売業者と新品種を使う農民が共に利益を得られるようにする。

(六) 特定分野の知的財産権。

(1) 地理的表示保護制度を充実させる。地理的表示の技術規格システム、品質保証システムと検査測定システムを確立・整備する。地理的表示資源の一斉調査を行い、地理的表示産品を助成し、地方色のある自然・人文資源の

優位を現実の生産力に転化させる。

(2) 遺伝資源の保護・開発・利用制度を充実させ、その流出と無秩序な利用を防止する。遺伝資源の保護、開発、利用における利害関係を調整し、遺伝資源獲得と利益分有の合理的仕組みを築く。遺伝資源提供者の知る権利と同意権を保障する。

(3) 伝統知識の保護制度を確立・整備する。伝統知識の整理と伝承を後押しし、伝統知識の発展を図る。伝統医薬の知的財産権管理、保護、利用に関する調整メカニズムを整え、伝統工芸の保護、開発、利用に力を入れる。

(4) 民間芸能の保護を強化し、その発展を図る。民間芸能作品を発掘し、民間芸能の保存者と後続の創作者との間の合理的な利益分有の仕組みを確立し、関係する個人と団体の合法的権利を守る。

(5) 集積回路(IC)のレイアウトデザインの専有権を有効利用することに力を入れ、IC産業の発展を図る。

(七) 国防の知的財産権。

(1) 国防の知的財産権の統一的な調整管理の仕組みを作り、権利帰属と利益分配、有償使用、インセンティブメカニズム及び緊急事態下での技術の有効な実施といった大きな問題を重点的に解決する。

(2) 国防の知的財産権管理を強化する。知的財産権管理を国防の科学研究、生産、経営及び装備調達、後方支援、プロジェクト管理の各段階に組み入れ、国防の重大な知的財産権の掌握・統制能力を増強する。基幹技術のガイドラインを発表し、兵器装備の基幹技術と軍需・民需結合のハイテク分野で、一群の自主知的財産権を作り上げる。国防知的財産権のセキュリティと事前警報の仕組みを確立し、軍事技術協力と軍事品貿易における国防の知的財産権について特別の審査を実施する。

(3) 国防の知的財産権の効果的活用を図る。国防知的財産権の秘密保持・解除制度を整備し、国の安全保障と国防上の利益の確保を踏まえ、国防知的財産権の民生分野への移転を促進する。民生分野の知的財産権の国防分野での活用を奨励する。

四

中国が国家知的財産権戦略を発表してから1年後、国家知的財産権局はその実施状況を世界に公

表した。国務院は2008年6月5日に「国家知的財産権戦略要綱」を発表した後、10月9日、この戦略を実施するための省庁間合同会議制度を設けることに同意し、合同会議の全体会議が開かれた。国務院弁公庁は「国家知的財産権戦略実施任務作業分担」を印刷・配布し、全面的な戦略実施活動が正式にスタートした。それから1年が経過した。

(一) 合同会議のメンバー団体は戦略実施活動を大いに重視した

2009年以降、合同会議の28のメンバー団体は「2009年国家知的財産権戦略実施推進計画」で確定された240項目の作業任務を中心に積極的な活動を繰り広げた。これまでに212項目の任務が既に遂行され、27件の知的財産権関連の法律・法規が制定・改正された。また、40項目の主要な政策・措置が打ち出され、15項目の法執行活動が展開され、15の公共サービスプラットフォームが築かれた。それと同時に、知的財産権に関する宣伝・人材養成・対外交流活動が大いに繰り広げられた。具体的には次の5点にまとめることができる。

(1) 組織的指導を強化し、戦略実施のための付帯政策を定めた。各関係部門は戦略実施活動を大いに重視し、真剣に検討・手配した。工業・情報化部、司法部、国家工商行政管理総局（工商総局）、知的財産権局、総装備部は「要綱」を徹底させ、実行に移すための指導機関を設置し、各分野での知的財産権戦略実施に対する組織的指導を強化した。司法部、農業部、国有資産監督管理委員会（国資委）、工商総局、国家品質監督検査検疫総局（質検総局）、ラジオ映画テレビ総局、著作権局、林業局、知的財産権局、国防科学技術工業局、最高人民法院、総装備部は「要綱」を実行に移すための実施意見と具体的作業プランを策定し、関連の付帯政策を打ち出した。例えば、農業部は「農業知的財産権戦略要綱」を積極的に策定した。工商総局は「『国家知的財産権戦略要綱』を実行に移し、商標戦略を強力に推進することに関する意見」を策定・発表した。総装備部は「国防知的財産権戦略実施案」を検討・策定した。これまでに少なくとも15の省（1級行政区）が既に省レベルの知的財産権戦略要綱を確定している。

(2) 知的財産権の法律・法規を整備し、その良好な法治環境を築いた。法制弁公室、知的財産権局は特許法の第3回改正作業を完了すると同時に、「特許法实施条例」の改正作業に取り

組んだ。法制弁公室、ラジオ映画テレビ総局、著作権局は現在、「ラジオ・テレビ局放送録音製品報酬支払い弁法（規則）」の制定作業を進めており、その支払い状況の概算を始めた。衛生部は「衛生知的財産権管理弁法」の改正作業をスタートさせ、また、「医薬衛生分野の重大科学技術特別プロジェクトに関する知的財産権管理弁法」を検討・起草した。環境保護部は「生物遺伝資源管理条例」の立法作業を続行中である。質検総局は「国家規格の特許関連規定」及び付帯の規格・規範制定作業を積極的に進めている。

(3) 市場主体が知的財産権の総合能力を高めるよう導き、その創造と活用を促した。発展改革委員会は「バイオ産業の発展加速を促す若干の政策」を公布し、バイオ技術の知的財産権保護の仕組みを整え、その知的財産権の審査を急ぐよう明確に求めた。また、「当面優先的に発展させるハイテク産業重点分野のガイドライン」を改定し、知的財産権と有名ブランドの創造、活用、保護を強化した。科学技術部は重大科学技術特別プロジェクトの知的財産権管理規則を起草中であり、各特別プロジェクトでそれぞれの特徴に見合う知的財産権戦略と管理モデルを定めるよう促している。超LSIの製造装置及びプロセス一式、大型航空機等の特別プロジェクトでは知的財産権作業プランが既にスタートした。工業・情報化部は重点業種・分野の知的財産権情報追跡・事前警報の仕組みを作り上げるとともに、知的財産権局と合同で業界別知的財産権戦略の関連作業を進めている。財政部は知的財産権への支援を強化し、関連の科学技術プロジェクト経費の中に知的財産権事務費を計上することを認め、また、科学技術重大特別プロジェクトの実施過程で事後補助の財政支援方式を採用することを検討している。さらに工商総局と共同で文書を印刷・配布し、知的財産権の資産評価を規範化した。国資委は「中央企業の知的財産権への取り組み強化に関する指導意見」を印刷・配布し、中央企業が自社の知的財産権戦略策定を中心に据え、その知的財産権の総合能力を高めるよう求めた。中国科学院は「中国科学院研究機関知的財産権管理暫定弁法」を公布・実施し、科学研究院・所の知的財産権管理を強化した。

(4) 知的財産権保護を確実に強化し、司法と行政の法執行に力を注いだ。最高人民法院は「国

家知的財産権戦略実施の若干の問題に関する最高人民法院の意見」を作成・実施するとともに、一連の司法解釈と指導意見を出し、知的財産権の司法による保護に一層の力を入れた。公安部は海賊版による権利侵害の違法犯罪行為を厳しく調査・処分した。2009年上半期は海賊版等の不法出版物を製造・販売する各種の治安・刑事事件5,231件を調査・処分し、違法犯罪容疑者1万1,000人余りを逮捕した。また、著作権局と共同で印刷複製企業に対する特別検査行動を起こした。商務部は海外での知的財産権保護を援助する仕組みを定め、「海外での知的財産権保護の強化に関する通知」を印刷・配布し、国外の有名な展示会場に知的財産権サービスステーションを設置した。文化部は文化市場の適正化に一層の力を入れ、2009年上半期には不法なAV製品約2,177万点を押収し、不法な書籍・新聞その他刊行物約549万点を没収した。税関総署は新しい「『知的財産権税関保護条例』 実施弁法」を公布した。今年上半期、全国の税関は国内企業の自主知的財産権を侵害した疑いのある貨物106ロットを差し押さえた。ラジオ映画テレビ総局は違法海賊版を手に入れ、世に広める行為を法に従って取り締まり、ラジオ映画テレビ知的財産権保護協会の設立を後押しした。著作権局は「2009年ネットワーク権利侵害海賊版取り締まり特別行動プラン」を策定・実施し、インターネットでの海賊版を厳しく監視する特別活動を全面的に繰り広げた。林業局は林業分野の植物新品種保護活動を積極的に展開し、林業の知的財産権早期警報の仕組みを作り、知的財産権保護連盟を結成した。知的財産権局は合同会議の28のメンバー団体と共同で「2009年知的財産権保護行動計画」を策定し、8省庁と共同で「企業海外出展知的財産権管理弁法」を印刷・配布した。また、特許権侵害の詐欺行為等に対し、「雷雨」、「天罰」と名付けた知的財産権法執行特別行動を起こした。最高人民検察院は知的財産権侵害の犯罪取り締まりに一層の力を入れ、上半期は知的財産権関連の犯罪容疑者計946人（事件数585件）の逮捕を承認し、1,194人（671件）を起訴した。

- (5) 知的財産権の宣伝教育を幅広く繰り広げ、知的財産権文化を育成した。中央宣伝部は中央の報道機関に意見を伝え、知的財産権宣伝活動の報道に一層の力を入れると同時に、知

的財産権問題で世論を導くよう求めた。中央宣伝部、知的財産権局、國務院新聞（報道）弁公室等の28部門は4.26宣伝週間で一連の活動を繰り広げた。外交部は知的財産権関連の国際組織との協力を積極的に進め、知的財産権戦略の対外宣伝に力を入れ、その対外工作で影響力を高めた。教育部は知的財産権の内容を「全日制義務教育思想・品性カリキュラム基準」に盛り込み、専門学位を目指す大学院生の養成過程で知的財産権法オリエンテーションを開設し、関連大学が知的財産権の専門人材養成に力を入れるよう導いた。司法部は知的財産権遠隔法制講座を設け、法律修士の専門学位取得を目指す在职者を対象とする知的財産権教育オリエンテーション養成プランを策定し、全国の養成機関リストを発表した。人的資源社会保障部は知的財産権分野の職業資格問題の検討を開始するとともに、海外から知的財産権の人材と技術者を導入し、知的財産権知識の継続教育を進め、公務員の研修を行う活動を積極的に繰り広げた。

- (二) 地方の知的財産権戦略活動が速やかに繰り上げられた

地方の知的財産権戦略の策定と実施は国家知的財産権戦略の有機的な構成部分であり、また、国家知的財産権戦略を効果的に実施するための道でもある。このため、国家知的財産権局は「要綱」の発表に先立つ2007年10月、「地方と国の知的財産権戦略の整合問題研究」をスタートさせ、地方戦略と国家戦略の整合性を図る課題に取り組んだ。2007年末、国家知的財産権局は「第17回党大会の精神を貫き、実行に移し、地方の知的財産権戦略策定にしっかり取り組むことに関する若干の意見」を印刷・配布し、地方が戦略の策定を進めるよう指導した。

2008年6月5日に「国家知的財産権戦略要綱」が発表・実施されると、各地方はそれぞれの知的財産権戦略策定の歩みを速めた。現時点で、15の省・自治区・直轄市が既に地方知的財産権戦略の要綱又は相応の実施意見を策定・発表している。そのうち遼寧、上海、江蘇、山東、河南、湖南、広東、貴州、陝西、四川の10省・市は地方知的財産権戦略要綱を発表した。北京市、重慶市はそれぞれ「首都の知的財産権戦略の実施意見」と「知的財産権保護模範都市創設意見」を発表した。また、河北、雲南、青海3省はそれぞれ国家知的財産

権戦略を徹底させる実施意見を発表した。その他の省・自治区・直轄市の戦略策定作業も精力的に進められている。今年から来年にかけて、全国の大部分の省・自治区・直轄市が地方知的財産権戦略を次々と発表する見込みだ。この他、これまでにハルビン、長春、瀋陽、済南、青島、武漢、宜昌、成都、貴陽、厦門、福州、深圳等の各関連都市もそれぞれの実情に合わせて知的財産権の戦略又は実施意見を発表した。戦略要綱又は実施意見を既に発表した省・市の一部はさらに戦略の実施に合わせて、多様な取り組みが見られる。上海、貴州、陝西等の省・市は戦略実施評価活動を繰り広げた。陝西、河南、四川、広東等の省は地方知的財産権戦略年度推進計画を策定した。そのうち河南省の推進計画は省政府の目標考課評議範囲に組み込まれた。江蘇省は知的財産権戦略モデル省の創設活動を繰り広げ、体制・仕組みと政策の革新モデル、ソフト環境作りの革新モデル及び知的財産権の創造能力向上、サービス能力向上等を通じ、地方知的財産権戦略を積極的に探究・実践した。これは全国の其他地区が知的財産権戦略をよりよく実施するための有益な参考となるものである。地方の知的財産権戦略は概ね国家知的財産権戦略の策定モデルに従い、省内の関係官庁から成り、主管副省長をリーダーとする戦略策定・実施指導グループを設けている。国家知的財産権戦略と異なるのは、地方の戦略が策定の過程で地域経済発展の特色に注目し、地方の主力産業と特色ある産業に対する知的財産権の促進的役割を重視していることだ。例えば、北京市の戦略はハイテクとハイエンド産業を切り口とし、科学・教育の強みを武器に、中関村の国家自主イノベーションモデル区作りを重視している。重慶市の戦略は知的財産権保護の重要性に注目し、知的財産権戦略の実施を通じ、知識産業保護模範都市を創設し、その企業誘致・資金導入のソフトパワーを強めることである。河南省の戦略は農業と食品加工業を切り口とし、知的財産権活動を通じ、経済大省から経済強省への転換を急ぐことである。湖南省、遼寧省、陝西省の戦略はそれぞれ湘株潭2タイプ社会試験区、環渤海経済圏、関中経済区と陝北エネルギー化工基地を軸に進めるものであり、区域から省全体に広げ、その経済発展を促す地方知的財産権戦略を策定した。地方戦略の策

定・実施作業が徐々に進展するのに伴い、国家レベルの指導を求める地方の声がますます強まった。このため、今年5月、知的財産権局は江西省南昌で地方知的財産権戦略策定・実施研究討論班を開いた。発展改革委員会、科学技術部、国資委の各関係者は力強い支持を与え、国家区域計画、国家中長期科学技術発展計画及び国家知的財産権戦略企業専門テーマの策定・実施の経験についてそれぞれ説明し、地方の出席者と交流を行った。終了後、知的財産権局は地方の戦略策定・実施状況を整理し、国家レベルの一層の指導強化を求める地方からの出席者の意見・提案を参考にして検討を進めた。現在、「地方知的財産権戦略策定・実施個別指導意見（初稿）」が既に出来上がっている。次の段階ではこの初稿を手直しし、年内の発表を目指す予定。

（三）合同会議弁公室の調整サービス活動が顕著な効果を上げた

第1に活動の仕組みを整え、連絡員制度と窓口制度を確立した。第2に連絡員会議を開き、2008年の活動を総括し、2009年の戦略実施活動を手配した。第3に各メンバー団体と共同で「2009年国家知的財産権戦略実施推進計画」を策定し、240条の具体的措置を打ち出し、各部門の責任分担を明確にした。第4に重大な知的財産権問題を巡って調査研究を進めた。国務院指導者の指示を実行に移し、企業の海外での会議・展示会参加における知的財産権問題、郵便関連の知的財産権問題、山寨携帯電話の知的財産権問題といった複数の分野と部門に跨る重大な問題を巡り、共同で研究・対応し、関連の政策文書を作成した。第5に戦略発表・実施1周年記念活動を繰り広げた。ハイレベル座談会を開き、ポスター、公益広告等の一連の宣伝活動を共同で繰り広げた。第6に情報通報の仕組みを確立した。2009年7月現在、「活動速報」35号、「活動の推移」32号を編集・発行し、23のメンバー団体から送付された情報54編、19の省・自治区・直轄市から送付された情報36編を採用した。多くの情報が国務院及び各級の指導者から注目され、指示を受けた。第7に国家知的財産権戦略ネットワークと関連のデータベースを構築し、社会の公衆に対する宣伝とサービスの度合いを強めた。

呉漢東

徐瑄

馬治国

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

その他、戦略実施1周年にあたり、中国税関は「戦略要綱」の実施で顕著な成果が上がったことを公表した。

2009年5月現在、全国の税関が差し押さえた権利侵害の輸出入貨物は2万ロットを超え、権利の侵害に係る貨物の数量は5億点余りとなり、いずれも前年同期を100%以上上回った。税関による知的財産権の保護は今や国の知的財産権保護システムにおける強力な「新手の部隊」となっている。

近年、経済・社会の発展における知的財産権の役割は次第に顕著なものとなり、国際市場において、高い知名度と市場シェアは不可分の緊密なつながりがある。ますます多くの企業が知的財産権保護の重要性を認識し、それを企業の形の見えない資産の範囲に組み入れるようになった。知的財産権の保有数が急速に増えるのに伴い、知的財産権分野の国際交流も徐々に活発化している。知的財産権の水際での保護をどう強化し、中国の輸出商品の名声を高めるかは、税関がよく考えて解決すべき問題となっている。

中国の知的財産権の創造・活用・保護管理能力を引き上げ、自主イノベーションを奨励し、自社ブランド企業の発展を促すため、2008年6月5日、国務院は「国家知的財産権戦略要綱」を印刷・配布し、全国の税関が国内企業の自主知的財産権に対する保護に一層の力を入れるよう指導した。統計によれば、「要綱」実施から1年の間に、全国の税関は国内企業の自主知的財産権を侵害した貨物計443ロット、権利の侵害に係る貨物計1,700万点余りを差し押さえ、中国輸出商品の名声を効果的に守った。

全国の税関は通関港の輸出入段階での知的財産権保護に一層の力を入れると同時に、税関による知的財産権保護の政策宣伝に力を注ぎ、中国のブランド製品に対し、知的財産権保護の届出を行うよう奨励・誘導した。そして企業が権利の保護面で抱えている困難な問題を解決するのに協力し、企業が権利保護の能力を高めるのを支援し、企業の自主イノベーションのためにサービスを提供した。2008年11月、税関総署は中国オートバイ商会と共同でシンポジウム「知的財産権の保護、自主有名ブランドの育成」を開催し、自主知的財産権の保護強化の道を探るとともに、「知的財産権を保護し、自主有名ブランドを

育成しよう」とのアピールを出し、社会全体で共同行動を起こし、国内企業の自主知的財産権に対する保護に力を入れるよう呼び掛けた。

この他、中国税関はその法執行における国際協力の仕組みを十分に利用して、国境を跨ぐ知的財産権を巡る違法犯罪行為を取り締まり、国際的な知的財産権保護における税関の影響力を発揮した。また、世界税関機構（WCO）、アジア太平洋経済協力会議（APEC）、上海協力機構（SCO）、国際刑事警察機構（ICPO）等の関係国際組織の知的財産権業務に積極的に参画している。他の国・地域の税関との知的財産権法執行の情報交換、研修、経験交流、人的交流等の面での協力も深まり、国際的な知的財産権保護問題において中国税関の影響力が発揮された。

「知的財産権の水際での法執行協力強化に関する中米税関の覚書」、「中・日・韓税関による知的財産権保護行動計画」の実施で実質的な成果が得られ、関係国税関との権利侵害データ交換、事件調査協力等の面において知的財産権保護のための双方向的な法執行に力を入れた。2009年1月、中国税関と欧州連合（EU）税関は知的財産権保護協力行動計画に調印し、中国とEUの税関が手を携え、権利侵害貨物の国境を跨ぐ流通を取り締まるための協力プラットフォームを築いた。

全力を尽くした活動は国内外の知的財産権の権利者から認められた。中国外国投資企業協会の優良ブランド保護委員会（QBPC）は法執行の効率が最も高い政府機関の選考を5年連続して行ったが、中国税関はいずれもその中に名を連ねている。

税関総署が新たに改正した『「知的財産権税関保護条例」の実施弁法』が2009年7月1日から施行される。新「実施弁法」は税関の法執行の透明性を高め、一部の法執行手順を簡素化し、その効率を高めただけでなく、国境での保護措置の発動条件を一段と明確にし、権利者の権利乱用を防止しており、また、関係制度について立法上の技術的な整備と処理を行った。

五、2009年の特許法改正は戦略実施のための重大な措置である

2008年12月27日、中華人民共和国第11期全国人民代表大会常務委員会第6回会議で『「中華人民共

和国特許法』の改正に関する全国人民代表大会常務委員会の決定」が採択された。2009年10月1日から施行される。これは国家知的財産権戦略の実施における最も顕著な成果となる。最初の特許法は1984年3月12日に第6期全国人民代表大会常務委員会第4回会議で採択された。1992年9月4日の第7期全国人民代表大会常務委員会第27回会議の「『中華人民共和国特許法』の改正に関する決定」に基づき、1回目の改正が行われ、2000年8月25日の第9期全国人民代表大会常務委員会第17回会議の「『中華人民共和国特許法』の改正に関する決定」に基づき、2回目の改正が行われ、2008年12月27日の第11期全国人民代表大会常務委員会第6回会議の「『中華人民共和国特許法』の改正に関する決定」に基づき、3回目の改正が行われた。

3回目の改正で新たに追加された内容には、遺伝資源利用の特別規定、同一の発明の2度の出願についての規定、許諾販売の特許権行使範囲への追加、特許許諾契約の締結方式、発明特許普及の制限、共有者の特許権行使の明確化、外国の特許出願者の中国での特許出願におけるハードルの引き下げ、国内の実用新案に対する保護の強化、特許行政部門の公報義務、意匠特許権の出願、特許実施の強制許諾、薬品類特許権の強制許諾、半導体技術の強制許諾等があり、いずれも規定が設けられている。そのうち特に注目に値するのは付与の条件と特許権の保護である。

(一) 特許権付与の条件。

1、新規性、創造性の定義。新特許法は新規性、創造性の定義について若干の変更を行い、次のように規定している。

- (1) 新規性とは、当該発明又は実用新案が既存の技術に該当しないこと、また、いかなる団体又は個人も同様の発明又は実用新案について、出願日以前に国务院特許行政部門に出願しておらず、且つ出願日以降に公開された特許出願文書又は公告の特許文書に記載されていないことを指す。
- (2) 創造性とは、既存の技術と比べ、当該発明に突出した実質的特徴及び顕著な進歩性があり、当該実用新案に実質的特徴及び進歩性があることを指す。新条文は「既存の技術」の概念を示している。新特許法第21条の定義に基づき、既存の技術とは、出願日以前に国内外において公然と知られた技術を指す。旧特許法に比べると、新規性と創造性の確定が一段と抽象的になり、特許行政部門の自由裁量の範囲が広がった。

2、意匠の審査条件がより厳格になった。新特許法第22条は意匠特許に合致する条件をより具体的で明確なものにし、同時に又、意匠特許出願に対する審査をより厳格にしている

- (1) 特許権を付与する意匠は、既存のデザインに該当しないものとする。即ち、特許権を付与する意匠は、出願日以前に国内外において公然と知られたデザインに該当するものであってはならない。
- (2) いかなる団体又は個人も同様の意匠について、出願日以前に国务院特許行政部門に出願しておらず、且つ出願日以降に公開された特許文書に記載されていないこと。
- (3) 特許権を付与する意匠は、既存のデザイン又は既存のデザインの特徴の組合せと比べて明らかな相違があること。
- (4) 特許権を付与する意匠は、他人が出願日以前に既に取得している合法的権利と衝突してはならない。

3、特許権を付与しない範囲。新特許法第25条は特許権を付与しない範囲を追加し、平面印刷物の図案、色彩又は両者の組合せによって作成され、主に表示としての機能を持つデザインを特許権を付与しない項目に入れている。特許権保護の面で、新しく改正された特許法は以下の内容を追加した。

- (1) 特許盗用の処罰。新特許法第63条は盗用に対する経済処罰を強化し、特許を盗用した場合は、法に従って民事責任を問う他、特許管理部門が改善を命じるとともに、公告を出し、違法所得を没収するものとし、且つ違法所得の4倍以下の罰金を科することができると規定している。また、違法所得がない場合は、20万元以下の罰金を科することができ、犯罪を構成する場合は、法に従って刑事責任を追及するとしている。
- (2) 管理部門への権限付与。新特許法第64条は特許管理部門に特許盗用行為に対する調査権限を与えている。同条の規定は次の通り。特許管理部門は取得した証拠に基づき、特許盗用被疑行為を取り締まる場合、関係当事者を尋問し、違法被疑行為と関連する状況を調査することができる。当事者の違法被疑行為の場所に対して現場検証を行う。違法被疑行為に関係する契約書、領収書、帳簿及びその他関連資料を閲覧・複製する。違法被疑行為と関連する製品を検査し、特許盗用の製品であることを証明する証拠があった場合、封印し、

又は差し押さえることができる。

(3) 賠償金額。新特許法第65条は旧法を踏まえ、特許権侵害の賠償金額計算式をより具体的に規定している。

- ① 権利者が権利侵害によって被った実際の損失に照らして確定する。
- ② 実際の損失を確定するのが困難である場合、権利侵害者が権利侵害によって取得した利益に基づいて確定することができる。
- ③ 権利者の損失又は権利侵害者が取得した利益を確定するのが困難である場合、当該特許許諾使用料の倍数を目安に合理的に確定する。
- ④ 権利者の損失、権利侵害者の取得した利益、及び特許許諾使用料を確定することがいづれも困難である場合、人民法院は特許権の種類、権利侵害行為の性質及び情状等の要素に基づき、1万元以上100万元以下の賠償を確定することができる。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

中国知的財産権の司法保護が直面する問題及び分析



PROFILE

馬 治国 (Ma Zhiguo)

西安交通大学法学院副院長、教授。博士研究生指導教師。陝西省哲学社会科学重点研究基地一知的財産権研究センター主任。西安交通大学知的財産権司法鑑定所主任。弁護士、調停員、知的財産権司法鑑定人。

1959年7月生まれ。2003年西安交通大学管理科学および工学専攻、管理学博士。主な研究対象は科学技術法、知的財産権法学。これまでに法学専門著書、教材10点を出版、学術論文150余編を発表。国家社会科学基金プロジェクト、国家863ソフトウェア重大特別課題、国家ソフトサイエンス（政策要綱）プロジェクト、博士点基金プロジェクトを

主宰、国家知的財産権戦略に参加。現在、中国科学技術法学会副会長、中国法学会知的財産権法学会理事、中国知的財産権研究会理事、中国法学会経済法研究会理事、中国法学会民法研究会理事。2005年、「政府特殊補助金を受取る國務院の専門家」の榮譽を獲得。2008年第一回「中国科学技術法学突出成果賞」を獲得。

要旨

知的財産権の司法保護とは、権利侵害者に対し民事、行政及び刑事面における法的責任の追及を行うことを指す。知的財産権権利侵害の民事、行政責任及び刑事責任には実質的な区別はなく、程度の違いのみが存在する。一般の権利侵害行為に対しては、民事と行政の法執行を用いて救済し、権利侵害の程度が深刻なものに対しては、刑事上の手続きを発動させる必要がある。刑事保護は現在の中国の知的財産権司法保護におけるウイークポイントとなっている。保護する度合いが高い方法として、権利侵害の責任を刑事化すべきであるが、知的財産権が濫用され、技術イノベーションが阻害されるのを防ぐためには、過度の保護を防ぐことも必要である。刑罰を軽くすることで調整を行い、寛大と厳罰をもって互いに補い合うバランスを実現することが、当面の主な課題である。

一、中国の知的財産権司法保護の現状分析

知的財産権権利侵害の危害は極めて深刻であり、技術イノベーションの原動力と源泉に危害を及ぼす問題となっている。その社会に対する危害の程度は麻薬類の販売に匹敵する。麻薬類が危害を及ぼすのは個別の人の生体であるが、知的財産権の権利侵害が蔓延し危害を加えるのは、国家や民族の創造能力であり、知的財産権の権利侵害者が得る利益の大きさは、なおさら麻薬類販売と文化財横流しと同列にして論ずることが出来る。また、潜在的な権利侵害者にとっては抑えることのできない誘惑の力を持ち、その利益が法外、しかもリスクの低い業種に自ら進んで危ない橋を渡り、一か八かの勝負に走り、後ろへ引くことも出来ず、権利侵害の波は絶えず強大になっていく勢いが見られる。これらはマルクスが「資本論」の中で記述していた「資本」の状況と似ており、暴

利を貪るため、資本は進んで法律を蔑ろにし、自ら危ない橋を渡り、天下の誇りを顧みることをしない。現在は、資本は進んで好き放題にすることはなく、その反対に21世紀の一番重要な資本、即ち知識経済時代の特殊な資本である知的財産権（「知的資本」とも称する）は、自分で自分の身を保てないだけでなく、侵犯される対象となっている。権利者と法執行、司法機関をして、対応に奔走して疲労する受身の進退きわまる境地に陥らせている。この種の転倒した現象は、人々を憂えさせている。この種の現象を変える根本的な道筋は、知的財産権の司法保護を絶えず、適切に強化することにあり、最も効果的で直接的な措置は、適切な刑事・司法保護を一步進んで探究・模索することである。

（一）中国の知的財産権司法保護の範囲

中国の知的財産権司法とは、行政による法執行以外の、司法機関を法執行の主体とする保護手順である。国際条約と国外法の「法執行」に相当する。中国の知的財産権司法に対し影響が最も大きいのは「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」（以下TRIPSと略）である。「知的財産権の行使」を当該協定の第三部に特別に設け、法執行の手続的な問題を計5節で規定している。全体的な義務を除き、具体的な法執行の措置は次のように分けられている。

- (1) 民事上の手続き（公平・適切な手続き、証拠の提供、差止め命令、損害賠償、他の救済措置、情報に関する権利、被申立人に対する賠償）。
- (2) 行政上の手続き（民事に基づく）。
- (3) 暫定措置（司法を主とし、行政は司法に基づく）。
- (4) 国境措置。
- (5) 刑事上の手続き。

中国の法においては、知的財産権保護は行政と司法の2つの部分に分けられる。行政保護は行政機関を通じて実現されるものであり、ここでは詳述しない。司法保護は民事司法、行政司法及び刑事司法の3種類の基本的手段に分けられ、保護の具体的なプロセスと段階は異なった手続法の規定に従って実現される。中国の法律では、司法機関主体の分類に従い、民事及び行政司法は権利者が司法の手続きを開始し、人民法院（裁判所）によって司法のプロセスが終結する。刑事司法は公安機関、検察機関及び法院がそれぞれ介入し、最終的には法院によって終結する。知的財産権の司法保護とは、司法の手続きをスタートさせることにより、知的財産権侵害の行為を実施した人に対して制裁を行い、知的財産権権利者の権益に対する保護と救済を実現することである。

（二）中国の知的財産権司法保護の現状紹介

中国の知的財産権司法保護が始まったのは20世紀の80年代初頭であり、そのメルクマールとなるのは知的財産権法律の制定・実施である。1982年8月23日に「中華人民共和国商標法」（1983年3月1日施行）、1984年3月12日には「中華人民共和国特許法」（1985年4月1日施行）、1990年9月7日は「中華人民共和国著作権法」（1991年6月1日施行）がそれぞれ採択された。知的財産権の主幹となる法律の制定・実施は、司法保護を現実のものとした。

知的財産権に対する中国の刑事保護の始まりは、1979年に制定され、1980年から施行された「中華人民共和国刑法」であり、当時は商標冒用の罪を処罰するだけであった。1994年7月に全国人民代表大会が「著作権侵害の犯罪を懲罰することに関する規定」を公布して以降、知的財産権の全面的な刑事保護制度が確立されるようになった。さらに、刑事司法保護のニーズが急速に増加するのにもない、主として2004年12月8日の「知的財産権侵害刑事案件を取扱う際の具体的な法律適用に係る若干の問題に関する最高人民法院、最高人民検察院の解釈」の公布・実施、及び2007年4月4日に改めて公布された「知的財産権侵害刑事案件を取り扱う際の具体的な法律適用に係る若干の問題に関する最高人民法院、最高人民検察院の解釈（二）」に具体的に示されるようになり、知的財産権の刑事犯罪に打撃を与える法律適用の問題をして比較的良好な解決が得られるようにし、罪の確定、量刑基準の更なる明確化、刑事懲罰の正確性と効率性は一層向上した。

WTO加盟後、中国の知的財産権保護の立法及び法執行は大変大きな進展を見ている。国内外の

各タイプの知的財産権に対して、全面的な保護を与えている。保護の対象と方法はTRIPSが列挙している各タイプの知的財産権及び各種の保護手段を包含している。1994年以来、中国政府は「中国知的財産権保護状況」（白書）を連続15年公表しており、その中には、いずれも極めて正確なデータが示されており、近年、司法機関は知的財産権案件のデータ及び典型的な案例を毎年公表するようになっている。2008年の「国家知的財産権戦略要綱」の公布は、知的財産権保護が新たなレベルに高められたことを示しており、要綱制定の趣旨は、「中国の知的財産権創造、運用、保護及び管理の能力を向上させ、イノベーション型国家を建設し、小康（多少ゆとりのある）社会を全面的に建設する目標を実現させるため」¹であり、知的財産権の保護を戦略の一環とし、保護の水準と有効性を高めた。特に「知的財産権保護における司法の主導的役割を發揮させ」、「司法懲罰の力の度合いを大きくする」ことが強調された。中国の法院がこの30年来審判した知的財産権案件の数が急速に増加していることも、これが中国の一貫した態度であることを説明している。「2001年から2008年にかけて中国全国の地方法院が受理及び結審した知的財産権民事一審案件は141,968件と135,899件であり、年平均ではそれぞれ25.61%と25.57%増加した。2002年から2008年にかけて中国全国の地方法院が受理及び結審した知的財産権行政一審案件は4,546件と4,416件であり、年平均ではそれぞれ25.26%と29.28%増加した。1998年から2008にかけて中国全国の法院が受理及び結審した知的財産権刑事一審案件は5,271件と5,231件であり、年平均ではそれぞれ22.59%と22.77%増加した。現在、中国の法院が受理している案件は、すでにすべてのタイプの知的財産権の分野をカバーしており、知的財産権の創造、運用、保護と管理の全過程に及んでいる。」²

（三）中国の知的財産権司法保護に存在する問題の分析

上述のデータから、中国の知的財産権司法保護の歴史は30年にも届かないが、その払った努力と収めた成績は顕著なものであることが分かる。同時に、これらのデータはまた、現在、知的財産権権利侵害現象が比較的深刻な、民事、行政、刑事の三種類の司法のチャネルが受理した案件の年平均伸び率は24.49%であり、経済成長の水準をはるかに上回っていることを説明している。この種の現象と経済発展の状況は相互に連携したものであり、経済活動における知的財産権の地位が高まっ

ているのにもかかわらず、具体的な保護水準はいまだ権利侵害を効果的に押さえる程度にも達しておらず、保護制度はなお一層の整備を行う必要があることを物語っている。

知的財産権権利侵害の現状は、2008年の司法案件の数量及び増加率から説明することが出来る。2008年、中国全国法院の知的財産権審判作業には引き続き大きな進展が見られた。「全国地方法院が年間で新たに受理及び結審した知的財産権民事一審案件は合計24,406件と23,518件であり、新たに受理及び結審した知的財産権民事二審案件は合計4,759件と4,699件、結審した知的財産権に関わる刑事案件は3,326件、判決で法的効力を発生しているのが5,388人、新たに受理した一審知的財産権行政案件は1,074件、結審したのは1,032件である。」³ 2008年のデータを用いて次のような比較を行った。

表1 全国地方法院が2008年に受理及び結審した知的財産権民事一審案件と2001～2008年との比較

	受理した知的財産権民事一審案件	結審した知的財産権民事一審案件
2008年案件数	24,406件	23,518件
2001～2008年案件数(年平均)	141,968(17,746)件	135,899(16,987)件
2008年の平均を超えた案件数	6,660件	6,531件
2008年の平均を上回る年間伸び率	38%	38%

表1は、知的財産権民事権利侵害案件は8年間継続して増えているが、2008年は年平均増加率を上回り、権利侵害が進行している趨勢にあることを説明している。

表2 全国地方法院が2008年に受理及び結審した知的財産権行政一審案件と2002～2008年との比較

	受理した知的財産権行政一審案件	結審した知的財産権行政一審案件
2008年案件数	1,074件	1,032件
2002～2008年案件数(年平均)	4,546(649)	4,416(631)
2008年の平均を超えた案件数	425	401
2008年の平均を上回る年間伸び率	65%	64%

表2は、知的財産権に関わる行政訴訟事件は民

事訴訟事件と比べて伸びはより速く、7年間案件は絶えず増加しているが、2008年一年間の数は平均数量の65%を超えており、このタイプの案件は、いずれも権利の取得及び保護において行政管理部門が行った行政行為に対する合法性の問題に関わっており、権利者の権利意識の増強及び異なった原因によってもたらされた権利侵害紛争が増加していることを反映している。

表3 全国地方法院が2008年に受理及び結審した知的財産権刑事案件と1998～2008年との比較

	受理した知的財産権刑事一審案件	結審した知的財産権刑事一審案件
2008年案件数	1,432件	3,326件
1998～2008年案件数(年平均)	5,271件(479)件	5,231(475)件
2008年の平均を超えた案件数	953件	2,851件
2008年の平均を上回る年間伸び率	199%	600%

表3は、知的財産権権利侵害の深刻さの程度が激しくなり、2008年に受理した案件は11年間の年平均値の2倍に達し、結審した案件は6倍に達していることを説明している。刑事司法保護は公安、検察及び法院の3つの機関が分業、協力して完成させるもので、最も重い犯罪であって初めて法院審判の段階に進むことになり、一部の軽微な犯罪行為は公安と検察の段階において終結する。従って、刑事案件の範囲と数量は実際には拡大理解する必要がある、以下のデータは非常に参考になる。

「2008年、検察機関は検察の職能作用を十分に発揮し、知的財産権侵害の犯罪案件1,210件2,107人の逮捕を許可し、1,432件2,697人を起訴した。最高人民法院はまた知的財産権侵害の犯罪案件6件を監督・処理し、公安機関の知的財産権侵害の犯罪事件32件の立件、捜査を監督した。2008年、公安機関は刑事法執行の職能を十分に発揮し、一年間で合計1,455件の知的財産権侵害事件を摘発・逮捕、事件に関わる金額は総額でおよそ16.5億人民元に達し、犯罪嫌疑者2,642人を逮捕した。海賊版に打撃を与えることにおいては、権利侵害の海賊版等の類の不法出版物案件合計5,119件を摘発・逮捕し、案件に係る要員8,771人を捜査・処分し、権利侵害の海賊版等の類の不法出版物1,391.7万点余を押収し、不法CD生産ライン7本を捜査・押収し、1996年以来不法CD生産ライン累計238本を捜査・押収した。」⁴

ここで使用したのは司法保護のデータで、これはすでに認定されている確定して疑いのない権利侵害案件であり、まだ大量の案件が司法の手続きに入っていない。従って、実際の権利侵害現象は、すでに知られているものよりさらに深刻である。

司法保護がこのように成果を収めているのにもかかわらず、なぜ権利侵害現象はまだこのように深刻なのであろうか。最も根本的な問題は、司法保護がカバーする範囲と懲罰の力の度合いが権利侵害に対抗するのに不足していることにある。権利侵害行為は依然として暴利を手にしており、依然として存在し、増加している。司法保護の水準と権利侵害発展の足取りには一定の隔たりが存在している。21世紀の知的財産権侵害製品の製造・販売は、暴利を得られる業種となっており、その製造と卸売活動は極めて隠蔽されたものであり、捜査・処罰部門は必ず権力と能力を備えなければならず、そうして初めて任に堪えるようになるのである。過去の経験に頼っていた知的財産権行政法執行部門は捜査・処罰の仕事に堪えることができなくなっており、司法保護の範囲は拡大する必要がある。現在の知的財産権権利侵害の状況に基づくと、保護の範囲を改めて区分すべきであり、合法的な方式で隠された販売行為に対しては、民事司法救済を採用し、不法な露天場所の方式で販売する者に対しては、行政法執行の方式を採用して救済し、製造の根城またはすでに大規模に製造・販売連合体制を組織している者に対しては、刑事司法により打撃を与えるやり方を採用しなければならない。刑事手段で救済するやり方が占める比率は極めて小さく、これがまた権利侵害の制止が困難であることの主因にもなっている。

二、知的財産権刑事司法保護の強化の必要性

(一) 国際条約の拠所

TRIPS第61条の「刑事上の手続」は、知的財産権刑事法執行保護の専門条項である。中国はメンバー国として、立法はすでにTRIPSと一致しており、法執行の思考の筋道においても一致しており、具体的な措置も強化されているところである。

(二) 国内刑事法律の規定

1. 「刑法」分則第三章第七節

「知的財産権侵害罪」

第213条 登録商標冒用罪

第214条 登録商標偽造商品販売罪

第215条 不法製造、不法製造登録商標標章販売罪

第216条 特許冒用罪

第217条 著作権侵害罪

第218条 権利侵害複製品販売罪

第219条 営業秘密侵害罪

2. 「著作権侵害の犯罪を懲罰することに関する全国人民代表大会常務委員会の決定」

3. 「中華人民共和国刑事訴訟法」

4. 中国司法機関の関連の司法解釈

(1) 「著作権侵害の犯罪を懲罰することに関する全国人民代表大会常務委員会の決定」の適用における若干の問題に関する最高人民法院の解釈。

(2) 最高人民法院の「不法出版物刑事案件審理の際の具体的法律応用に係る若干の問題に関する解釈」。

(3) 最高人民法院、最高人民検察院の「知的財産権侵害案件を取り扱う際の具体的法律応用に係る若干の問題に関する解釈」(一、二)。

(4) 最高人民法院の「知的財産権審判業務を全面的に強化し、イノベーション型国家を建設するために司法保障を提供することに関する意見」第七条。

(5) 最高人民法院の「国の知的財産権戦略を貫徹実施する上での若干の問題に関する意見」。

(三) 現有する刑事法律と政策が導く方向

現在の刑事立法から見てみると、知的財産権に刑事保護を採用する傾向が明らかとなっている。具体的には刑事責任の敷居を低く下げ、出来るだけ当事者が刑事責任を追及する方式を選択し権利を守れるようにしていることに示されている。TRIPSの刑事法執行の措置は、中国の知的財産権刑事法執行が参照するものである。中国「刑法」の中では7つの罪名が列記されており、その中の特許冒用罪は基本的には実際と合致しておらず、このような判例を眼にすることは容易ではない。商標権、著作権、営業秘密侵害は比較的深刻であるが、刑法の罪状認定、量刑はまだまだ細分化が不足している。最高人民法院と最高人民検察院の司法解釈は知的財産権刑事司法制度の実施と整備を絶えず推進し、「二高」(最高人民法院と最高人民検察院)の2回の司法解釈は犯罪の敷居を絶えず引き下げ、懲罰の力の度合いを高めており、知的財産権権利侵害責任「刑事化」の傾向がはっきりと見られる。知的財産権民事権利侵害と犯罪の境界は権利侵害の損害の程度にあり、権利者の実際の損失または権利侵害者の不法所得の数量の変化が権利侵害の性質の変化を決定する。罪状認定

基準の引き下げは、権利侵害行為がさらに多く犯罪化され、保護の力の度合いが強化されるようにしている。同時に、刑罰の種類の増加、特に罰金の適用、付帯する民事賠償の適用は、処罰の力の度合いも強化されるようにしている。

三、知的財産権刑事司法保護の理由と直面する問題

(一) 国家戦略と世界経済体系加入実現の必要性

中国は発展途上国として、経済発展と国の隆盛のための唯一の道は科学技術に依拠することである。中国が制定した「科学教育による興国」、「人材による強国」、「持続可能な発展」と「知的財産権」の四大戦略のその核心は知的財産権戦略であり、特に自己の知的財産権創造能力を増強しなければならないということである。知的財産権は総合的国力が具現されたものであり、また科学技術、経済発展の原動力と水準の標識でもある。いわゆる発展した国（先進国）では、主として知的財産権が発展しており、富の多少は占有する知的財産権の多少によって決定されており、中国の自主的知的財産権保有量は現在依然として比較的低い水準にある。イノベーションを奨励するためには、戦略的眼光と措置をもち、知的財産権権利侵害行為に厳しい打撃を与え、保護の力の度合いを大きくし、国際的な認可を勝ち取らなければならない、そうすることにより初めて技術の国際交流と知的財産権の国際貿易を強化することが可能となり、さらに国内企業と研究機構が自主的知的財産権の創造と利用の能力を高めるのを奨励することが可能となる。

(二) 知的財産権の権利の性質の決定

1. 知的財産権の私権的性質

知的財産権法学専門家の鄭成思氏が起草した「中国民法典」草案の「知的財産権篇」¹⁵ 第一条は「知的財産権は私権である」ことを明確にしている。私権と公権は私法と公法と同じように、紛争はあるものの、区別が難しいものではない。現実の生活における幾つかの現象は往々にして公衆に誤解を生じさせ、知的財産権は私権ではないとみなすようにさせている。例えば公衆と最も多く接触する商標権は、市場管理においては、商標冒用に打撃を与えることは工商行政管理部門が責任を負い、工商管理部門は商法違法行為に対して罰金を科すだけであり、権利者の民事権利が侵害を受けたかどうかを問うことはしておらず、権利者に対して賠償をどのように行うかは考慮してはいなかった。従って一般の公衆、また一部の工商行政

管理要員も含めて、商標権権利侵害即ち罰金であり、行政処罰であると誤認させ、商標権権利侵害はさらに民事賠償をしなければならないことを知らないのである。知的財産権の私権的性質に対するこの種の誤解は、また多くの間違った観点の影響を受けている。例えば「公」と「私」の2つの言葉であるが、中国では長期にわたって「私」が一般に貶義にとらえられ、「先公後私」（公を先にし、私を後にする）が社会主義の原則であり、私権は当然公権の要求が満たされて初めて口にすることができると考えられてきた。知的財産権侵害の行為に対しては、法律が行政処罰を受けるものと規定している以上、先に「私権」に対する賠償及び権利侵害者の刑事処罰に対して注意を払うことはできない。

2. 知的財産権の無体財産権の性質

中国では、知的財産権が無体財産であると認められてからまだ20年の歴史しかなく、中国五千年の文明史においてはこの概念はなかった。二千余年の長い封建社会発展の歴史において、現代化の工業は生まれておらず、従ってまた現代化の意味である「技術」もなく、中国の歴史においては「技芸」または「手芸」しかなかった。しかも封建制度に適応する伝承方法（例えば「男子に伝え、女子に伝えない」等の制度）があった。しかしこの種の「技芸」は知的財産権保護の対象ではなく、従って中国の普通の人々が無形の財産権を受け入れることは現代工業の発展が比較的早かった国と比べて困難なことであった。知的財産権が形成する工業的基盤と文化的基盤のいずれも中国には欠けており、当然として知的財産権の意識が形成される基盤が欠けていた。改革開放20余年来、知的財産権が最も早く認識されたのは財産権であり、従って、最も多くの利益を得るのは知的財産権の権利者ではなく、政府関係部門でもなく、一群の知的財産権を冒用した製品を製造、販売する者であり、これらの人々は知的財産権が価値のある財産権であり、従って知的財産権を冒用した製品を製造、販売すれば暴利を手にすることが可能であることを最初に認識することとなったのである。短い20年の間に、発展の速度が知的財産権冒用製品の製造、販売と比べられる業種は一つとしてなかった。もし国民経済が知的財産権冒用製品製造、販売の速度と水準に従って発展することができるとするなら、中国のGDP年間伸び率は8%ではなく、2桁の数字となるか、またはもっと速い

ものとなるであろう。残念なことに、知的財産権冒用製品の製造、販売が中国の技術、経済の発展にもたらした多大な破壊とマイナス面の影響について、真剣な研究を行った者はいないようである。知的財産権権利侵害製品の製造・販売が中国でこのように蔓延ったことは、中国の知的財産権保護の力と知的財産権権利侵害の力の力比べにおいて、権利侵害者の一方に敗れ、「邪気は一尺の高さ、正気は一丈の高さ」（邪悪は正義に勝てない）でなく、「正気は一尺の高さ、邪気は一丈の高さ」（正義は邪悪に勝てない）であったことを反映している。正気と邪気の適正でない位置関係を改めるためには、知的財産権の保護と権利侵害の関係を系統的に研究することが必要である。

（三）知的財産権権利侵害の特色の決定

（1）権利侵害と財産損失の間の関係についてしばしばなされる誤解

第一に、人々は、損害をもたらしていないということを抗弁の理由として権利侵害行為を放任し、権利侵害者の責任を免れさせている。

最も古い著作権侵害の形式は作品に対する模倣であり、この種の行為は権利者に対してはっきりとした財産的損失をもたらさない。例えばある大学院生は学位をだまし取るため、某学者の論文を引き写したが、当該学者は引き写しが行われたために収入が減少したことはなく、またその名声に影響を及ぼすこともなかった。その他の権利侵害にも類似の状況が見られる。例えば、他人の特許技術を勝手に使用したが、製品の品質が粗悪であり、市場を占領することがなく、権利者に対して経済的損失をもたらさなかった。また、権利者の技術秘密を剽窃したが、使用はしておらず、実際の財産上の損害もたらさなかった。従って、現在の実際の損失をもたらしたかどうかを権利侵害であるかどうかの基準とし、財産損失を権利侵害成立の前提条件とするやり方は不適切であり、権利侵害と損失にそれぞれ対処すべきである。権利侵害を判断する基準は、違法に使用されたかどうかであり、この基準を法定化すべきである。損失がもたらされたかどうかは事実の問題に属しており、権利侵害の結果の問題であり、賠償額確定の際の参考とするだけである。

第二に、知的財産権が無体財産であるため、権利侵害の結果は直接の財産損失ではなく、競争の優勢と市場の喪失であり、最終的に財産である。従って、容易に財産損失は不確定であるとみなされ、これによって追求が行われなくなる。

（2）知的財産権製品の低価格製造・販売は権利

侵害者の利益獲得の最も主要な手段である

他人の知的財産権を侵害することを通じて利益を獲得する最も有効な方途は知的財産権製品のコピーであり、もとの知的財産権製品を下回る価格でその冒用した知的財産権製品を販売し、当該製品の市場シェアを占領し、知的財産権権利者の販売量を減少させ、収益減少の損失を被らせるのである。

冒用した知的財産権製品の製造・販売を抑止できない原因は、「正気は一尺の高さ、邪気は一丈の高さ」（正義は邪悪に勝てない）であり、権利侵害に打撃を与える力の度合いが小さく、権利侵害の誘惑の力の強さが大きいことにある。強大な利益に動かされ、潜在的な権利侵害者が次々と現実の権利侵害者になり、さまざまな手段で利益を追求めることになるのである。

知的財産権を冒用した製品を製造する方式はおよそ次の4種類のタイプに分けられる。

- A. 生産は相対的に集中し、組織は堅固で、設備は先進的であり、一切の活動はすべて秘密裏に行われる。主として大ロットの生産、卸売を行う。地下のCD生産ラインがこの種のタイプである。
- B. 合法製品を生産するだけでなく、権利侵害製品も生産する。例えば印刷工場が出版社に委託された書籍を印刷制作する他に、契約に取り決められた以外の一定数量の権利侵害書籍を増刷する。
- C. 知的財産権を冒用した製品を製造する専門の工場。例えばブランドの皮革製品、服装を生産する工場。
- D. 粗悪な製品に有名ブランドのマークを貼り付ける作業場。

知的財産権を冒用した製品販売の特色：

知的財産権を侵害して利益を手にする上で最もキーポイントとなる段階は販売である。知的財産権を侵害した製品が出来上がった後は、販売があつて初めて利益獲得を実現することが可能となる。前記のA類の一部が国外の委託を受けて製品を不法生産して国外に転売されるのを除き、その他の異なった特色の知的財産権侵害製品はいずれも販売を通す必要があり、そうして初めて最終的に利益を獲得することが可能となるのである。知的財産権侵害製品の販売における最大の特色は2つある。その一つは合法製品と異なった販売チャネルがあり、大部分の卸売チャネルは秘密の、半地下のまたは地下のものである。その二は小売ポイントが十分に分散し、全国各都市の隅々まで行

き渡っていることである。

(3) 知的財産権製品権利侵害製造・販売の特色

- A. 生産・販売チャネルが秘密及び隠蔽性を有しているため、一般には権利侵害製造・販売の行為を知ることは困難であり、権利侵害製品を製造・販売するグループを分裂させるに足る奨励制度、即ち懸賞付き通報制度を確立しなければならない。その賞金は権利侵害グループ内部の内情に詳しい者の不法収益を上回るかまたはそれに相当するものでなければならない。
- B. 生産及び販売チャネルの秘密と隠蔽性は、知的財産権製品権利侵害製品の製造及び販売を捜査、処罰する機構に対して、捜査の権力を持つよう要求しているだけでなく、捜査の実力も持ち、各種の捜査・処罰に抵抗し拒絶する、反捜査能力を有する権利侵害勢力のさまざまな権利侵害者に対応するよう要求している。
- C. 権利侵害製品の小売が非常に分散しているため、1つの著名ブランドの権利侵害製品はほとんど全国各大小都市・農村でいずれも販売する者を見ることが可能であるが、それぞれの小売販売ポイントの権利侵害製品の数量はいずれも比較的少なく、次のような状況をもたらすことになる。

第一に、それぞれの小売販売ポイントの権利侵害製品の被害総額が比較的小さく、刑事訴訟を提起する立件の基準に達しないだけでなく、さらには行政処罰の要求にも達していない。なおさら民事賠償訴訟に提起するには値しない。

第二に、財産賠償の目的が達成しにくい。知的財産権は財産権として、その保護に対する有効性は主として権利侵害がもたらした損失に対する賠償に具体的に示されるべきである。しかし権利侵害製品の小売が分散し、製造と卸売のチャネルが秘密であり、調べ上げられた小売業者もまた極めて分散し、しかも被害総額が極めて小さいため、損害賠償額の計算が問題となる。外国有名ブランドのメーカーは往々にしてその販売額の減少を権利侵害によってもたらされた損失としているが、中国の法院は一般に販売額の減少は市場のさまざまな要素の影響を受けるものであるとし、これを取り上げることはしない。知的財産権製品の権利者が、知的財産権の権利侵害によってもたらされた損失金額をどのように計算するかは困難なポイントの一つであり、これに関連するもう一つの困難なポイントは、権利を侵害された者の損失と権

利侵害に因果関係があることをどのように証明するかということである。市場経営における因果関係は複雑であり、信頼できる方法で証明することは極めて困難である。

以上の権利侵害の特色のために、当事者が自己保護の能力を欠き、はては行政機関もどうすることもできないように決定づけており、従って、必ず捜査の権力と手段を有する刑事司法機関がなければならない、そうして初めて役割を果たすことが可能となるのである。

(四) 刑事保護の特殊な効用

1. 奨励を上回る処罰の効用

処罰の力の度合いを大きくすることは権利侵害抑止の主な方法の一つであり、知的財産権制度を用いてイノベーションを奨励することと刑法を用いて権利侵害に打撃を与えることを比べると、ここでは処罰の方が奨励よりさらに有効である。1,000人民元の褒賞で一つの特許の発明を奨励するやり方には、それほど大きな刺激作用がなく、もし特許権侵害に1,000人民元の処罰を科した場合、潜在的な権利侵害者を抑えることができる。反対に、処罰しなかった場合は、権利侵害を奨励することになる。軽すぎる処罰も一種の奨励である。

2. 潜在的権利侵害者への威嚇

現在威嚇的作用を果たすことが可能な手段は刑事手段であり、高尚な知識階級が高い知能の知的財産権の犯罪活動、例えば技術的秘秘の窃取、海賊版ソフトウェアの複製・販売に従事する場合、ひとたび捕まってしまったら刑事処罰を受けけるか、はては人身の自由を失ってしまうであろうと考える可能性があり、彼らは必ず熟慮した後で実行に移すことになるであろう。潜在的な組織犯罪嫌疑者は、その方針を決定する者がどんなに個性をもっていたとしても、公安機関の尋問に直面してはやはり控えめな態度をとるようになり、自分の結末を予期するようになり、自己の行為に対して責任を負うようになるのである。従って、刑事保護の力の度合いを大きくしなければならない。中国外商投資企業協会品質優良ブランド保護委員会が毎年発表する「年度知的財産権保護最良案例賞」の内、多くが刑事保護の案例であり、この種の手段の有効性を十分に説明している。

刑事調査を経ることによって、権利侵害製品製造・販売の手段と権利侵害行為の法則を徹底的にはっきりさせることが可能となり、権利侵害をさらに効果的に防止できるようになるかまたは権利者及び政府が実際により適した保護措置と救済手

段を制定するのに有利となる。

3. 組織的権利侵害の抑止

知的財産権の組織による犯罪の危害性は個人犯罪を上回る。組織犯罪は組織的で、管理経営の規模が大きく、健全な生産と営業販売システムにより、市場を占有する能力が強い。権利侵害の告発を受けた後の対抗能力も個人に比べて強力であり、従って、往々にして権利者に致命的な影響を及ぼすことになる。単位の知的財産権権利侵害行為に打撃を加えることは、権利者と市場競争の秩序を守る上での重点である。

4. 知能犯罪の増加の抑止

いわゆる知能犯罪とは、知的財産権権利侵害者が伝統的な意味での犯罪嫌疑者と異なり、彼らは知識、技術を擁し、極めて高い社会的地位を享受し、一部の者は知的財産権を合法的に掌握する管理要員または技術要員であり、不法な利益を獲得するために権利侵害、例えば企業の技師または技術開発要員が単位の技術を他人に披歴またはその他の企業に直接売り渡してしまうという行為がしきりに発生することを指す。この種の犯罪は隠蔽性が強く、証拠を手に入れることが困難であり、防ぐに防ぎきれず、危害は極めて大きい。この種の職業道徳に違背し、業界規範を破壊し、法律規則を踏みにじる行為は必ず厳しく罰しなければならない。

四、刑事保護の「程度」：軽刑罰化

処罰は永遠に保護の目的ではなく、利益のバランスに到達するための手段である。法律は犯罪、特に利に赴く性格の犯罪を消滅させることはできない。知的財産権が社会の富であり、人々が希求する力強い市場競争の武器であることから、どうしてもこの種の武器を手握ろうとするようになる。適切な競争は法律が提唱すべきものであり、競争の規則に違反した人だけを制裁するもので、その中で競争の手段が規則に重大に違反し、公平、正義を深刻に破壊したものに対しては厳格な処罰を与える。この時初めて極端な刑事手段を適用することが可能となるが、それをつねに使用することはできず、適度ということを考えることが最良の処罰である。ということは、軽刑罰化がすなわちこのタイプの犯罪に対応する基本的な「程度」なのである。

軽刑罰化の意味には次の2つの面がある。第一に、手続が簡易であることで、第二に、量刑が軽いことである。手続が簡易であるということは簡便で行いやすく、適用して効率が高いことを指

す。司法解釈においては手続のこの特色がすでに具体的に示されており、権利者が自訴の手続きを採用し、民事と刑事の手続きを並行して使用する等の措置を提唱している。量刑が軽いということがこのタイプの犯罪の特色の一つで、利益を手にするタイプの犯罪に打撃を与えることは、主として権利者に対する賠償を実現し、犯罪者の条件と基盤を剥奪することにあり、自由刑は目的ではなく手段である。自由を適切に剥奪し、厳格な賠償を採用し、利益獲得の目的を達成できないようにすれば、それで犯罪を抑止するのに十分であり、これが即ち適切な「程度」なのである。

五、目標実現のための努力の方向

1. 司法保護の主導的役割の確立

知的財産権権利侵害製品を捜査・処罰する任務は司法機関によって完成されるべきであり、行政機関にはその任に堪える術がない。中国の「特許法」、「著作権法」及び「商標法」はいずれも、権利が侵害を受けた場合、権利者または利害関係者は人民法院に提訴することが可能であり、また行政管理部門に処理を請求することも可能であると規定している。⁶ これらの規定の前提は、権利者が権利侵害者をすでに探し出していることにある。誰が権利侵害者かが分からない知的財産権権利侵害案件である場合、3つの法律はいずれも誰が受理するかを明確にしていない。そして大量の知的財産権製品の権利侵害案件は、いずれも誰が権利侵害者か分かるすべがなく、ただ権利侵害製品が発見されるだけで、誰がニセ物を製造したかを被権利侵害者に言うように求めるのは不可能なことである。そして知的財産権権利者の同意を経ない権利侵害製品の存在が、また現在の知的財産権権利侵害の最も主要なものなのである。この状況においては、捜査の手段だけが初めて役割を発揮できる。公安には完備した案件受理、捜査・処罰の制度があり、中国の深圳市、陝西省では専門の知的財産権警察の組織がすでに確立されており、比較的良好な効果を収めている。特に陝西省はここ数年の間に典型的な例を示しており、他の地域が参考にすることが可能な成功の経験を有している。公安部経済犯罪捜査局副局長が「2008中国知的財産権刑事保護フォーラム」において「知的財産権刑事保護においては、刑事の法執行をもって行政の法執行をリードしなければならない⁷」との見方を提起したのはやはりこうした考えから出たもので、さらに努力して、制度を完全なものとすることで実現すべきである。

2. 刑事上の手続きをスタートさせる上での基準 刑事の正確な把握

「刑事訴訟法」第83条に対する理解は、「公安機関または人民検察院は犯罪の事実または犯罪の嫌疑者を発見したら、管轄の範囲に従って立件・捜査を行わなければならない」である。公安機関の立件基準の総合的な規定については、1979年の古い基準しかなく、新基準はまだ制定を見ていない。一部の個別の罪の立件基準、例えば「証券犯罪」、「社会秩序擾乱罪」等しかない。基準があったとしても量の基準であり、しかも捜査が行われる前は、量も不確定である。従って、立件でさらに重要なことは「質」の問題を把握することである。即ち、犯罪発見の事実をどのように理解するかということであり、この「事実」は「確定した基準」に属するのか、それとも「可能である基準」に属するのかである。可能である基準と理解すべきであり、さもなければ、捜査手続き全体がいずれもそれ以上必要でなくなってしまう。事実の確定は捜査段階のさらに掘り下げた仕事である。即ち捜査の段階に強制的措置を使用することは、犯罪嫌疑者を「そうである」⁸及び「可能性がある」と判断することでもあり、疑いないと確定することではない。

3. 刑事司法保護の証拠基準の整備

第一に、案件受理の範囲の基準である。受理の範囲は拡大すべきであり、およそ証拠があつて捜査権を使用する必要があると証明される案件はいずれも刑事司法の案件受理の範囲に属する。例えば権利侵害の源である知的財産権侵害製品を生産するメーカーを捜査・処罰する必要がある場合、刑事捜査が必要であり、刑事司法保護の範囲に属する。その他の行政及び民事の法執行は強制性に差があり、保護の目標を実現するすべはまるっきらない。まず行政または民事司法が介入し、犯罪現象を発見した後に、改めて刑事司法機関に移送するといった過去の方式を踏襲することはできない。知的財産権犯罪に打撃を与えるためには「事後に移送」から「事前に介入」に方向を転換しなければならない。¹⁰

第二に、立件の敷居の基準である。被害総額計算の基準は不法権利侵害製品の市場価格であるのか、それとも合法製品の市場価格であるのか。合法製品の価格で計算することは、我々が権利者の権利を侵害された知的財産権の真の価値を認めることを示すことになる。権利侵害製品の価格に従って計算した場合は、知的財産権を貶めるのと等しくなり、保護ではなくなる。現在公安部門の

知的財産権製品権利侵害案件の捜査・処罰受理においては、被害総額立件の「敷居」に対して法律の規定がないのである。一方では各地が現地の状況に基づいて基準を自身で制定して公安部に認可を届け出ることが可能であり、もう一方では無体財産の特色に従って被害総額を計算しなければならないのである。およそ価値が市場においてすでに確定しているものについては、権利侵害者が売却した低い価格で計算することはできない。「捜査の資源を用いるかどうかについては、公安要員が裁量することが可能であり、立件の基準を固守するものではない」。¹¹

第三に、公安、検察院、法院が証拠の基準を統一することである。知的財産権の犯罪は証拠の取得と運用の面において特殊な難度があり、案件に関わる各当事者は利益の関係のために、司法要員は知識、経験及び認識の角度の違いによるために、しばしば証拠に対してそれぞれが異なった理解を持ち、はては矛盾が生じ、案件の審理に影響するようになる。公安は犯罪を構成するとみなしたが、検察院が証拠不足であるとみなした場合、案件は法院に届かないで途中で失敗してしまうのである。主として統一した証拠の基準がないためであり、協調して制定するとともに、基準の統一を基礎として連動した法執行のメカニズムを実現する必要がある

4. 営業秘密侵害案件の捜査・処罰の強化

営業秘密が企業生存、発展の基礎であるため、営業秘密侵害の案件もまた知的財産権権利侵害における最も重大で危害が最も大きな事柄である。営業秘密は登録登記が行われていないため、主として権利者が自己の力で保護に当たるかまたは契約を通じて保護するようになっており、法律保護のバリアは相対的に脆弱であり、ひとたび侵害されると権利者の競争の優勢はたちまちのうちに喪失してしまう。従って、中国のここ数年来最大の知的財産権権利侵害案件は主として営業秘密であり、保護の方式は当然刑事司法を主とすべきである。中国陝西省の司法機関はこの件で成果を上げており、西安市法院は多くの典型的な営業秘密権利侵害案件に対して判決し、権利侵害者には有期刑の判決が言い渡され、さらに巨額の賠償の判決が言い渡された。

5. 海賊版製造・販売の行為、主として違法メーカーに与える打撃の強化

海賊版は典型的でしかも普遍的な著作権権利侵害行為であり、不法生産、不法販売及び不法使用の3つの段階があるが、主な危害は不法メーカー

によるものである。

六、結論

中国の知的財産権司法保護は重要な時期に入っており、効果的な保護を行うためにはさらに強力な手段が必要である。刑事手段は最も厳しいものであり、適切に運用されれば最も有効である。不適切な使用は度を越えた刑罰化をもたらすことになり、過度の制裁はマイナス面の影響を生むことになる。従って、中国は知的財産権の刑事保護においては、比較的慎重である。しかし現在の権利侵害状況に基づくと、刑事保護の部分を適切に強化し、刑事化と軽刑罰化でバランスを取るようすべきである。こうすることにより、中国の知的財産権保護の客観的要求及び司法保護効力向上の実際状況に比較的合致することになる。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

中国における情報資源に関する 知的財産権制度の現状と展望



PROFILE

陳 伝夫 (Cheng Chuanfu)

武漢大学情報管理学院教授、院長。武漢大学知的財産権高級研究中心主任。中国図書館学会副理事長、中国版權協会理事。研究対象は情報資源の公共取得、知的財産権。

冉 從敬 (Ran Congjing)

管理学博士。武漢大学情報管理学院講師。武漢大学知的財産権高級研究中心講師。研究対象は情報制度、情報提供、知的財産権。

【摘要】

中国政府は、情報化と情報資源の開発・利用の実践を進めるなかで、知的財産権の保護を重視している。本文では、情報内容の提供者、情報サービスの提供者という役割上の位置づけをもとにし、中国の情報資源に関する知的財産権制度の現状について概略を説明し、今後の展望を述べた。

1978年以降の改革開放政策によって、中国の知的財産権制度の誕生が促された。1984年の特許法制定に始まり、中国では『特許法』、『商標法』、『著作権法』、『不正競争防止法』等の法律が相次いで公布され、また『コンピューターソフト保護条例』、『集積回路配置設計保護条例』、『著作権集団管理条例』、『情報ネットワーク伝播権保護条例』、『知的財産権税関保護条例』等の行政法規が発表された。これらの法律・法規はすべて、情報資源の開発利用の分野に適用されるもので、情報資源に関する知的財産権法の重要な法規である。中共中央弁公庁、國務院弁公庁による『情報資源の開発利用強化に関する若干意見』は、その第18条で「法により情報資源製品の知的財産権を保護する。知的財産権保護のための法執行力を強化し、海賊版・権利侵害等の違法行為を厳しく取り締まる。著作権管理制度を健全化し、著作権集団管理組織を設置する。ネットワーク環境での著作権保護とデータベース保護等に関する法律法規を完備する。」と求めている。これは、中国政府が情報資源に関する知的財産権制度の制定を非常に重視していることの現れである。本文中の版權とは著作権と同義である。

1. 情報化と情報資源開発利用の推進における知的財産権保護の重視

1996年に『國務院情報化業務指導グループ』が設立され、1997年4月には第1回全国情報化業務会

議が開催された。この会議では、中国国家情報化基本組織（略称CNII）の内容が正式に提示され、中国国家情報化基本組織における情報資源の位置づけが確立した。

これと同時に、中国の知的財産権立法も加速した。中国の情報資源に関する知的財産権法の主な法規には以下のものがある。すなわち『著作権法』（1990年9月7日第7回全人代常務委員会15回会議通過、2001年10月27日修正）、『特許法』（1984年3月12日第6回全人代常務委員会4回会議通過、2000年8月25日第2次修正）、『商標法』（1982年8月23日第5回全人代常務委員会24回会議通過、2001年10月27日第2次修正）、『不正競争防止法』（1993年9月2日第8回全人代常務委員会3回会議通過）、『集積回路配置設計保護条例』（2001年10月1日施行）、さらに『ベルヌ条約』（中国は1992年10月に加盟）、『万国著作権条約』（1992年7月に加盟）、『実演家、レコード製作者及び放送機関の保護に関する国際条約』（1993年4月に加盟）、『許諾を得ないレコードの複製からのレコード製作者の保護に関する条約』（1992年11月に加盟）、『著作権に関する世界知的所有権機関条約』（WCT）、『実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約』（WPPT）（2007年6月9日中国にて発効）等である。

2006年5月26日、胡錦濤総書記は、中共中央政治局第31回集団学習にあたってつぎのように述べた。「中国の知的財産権制度建設を強化し、知的財産権の創造、管理、保護、運用能力の向上に努めることは、中国の自主イノベーションの増強とイノベーション型国家の建設に不可欠であり、社会主義市場経済体制の整備、市場秩序の適正化、信頼し合える社会の建設に不可欠である。また中国企業の市場競争力の強化、国家のコア競争力の向上にとって不可欠であり、さらに対外開放の拡大、互惠実現のためにも不可欠である。国の経済・科学技術面での実力と国際的競争力を強化し、か

呉漢東

徐瑄

馬治国

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

つ国家利益と経済の安全保護の面における、知的財産権の役割を十分に発揮することは、中国がイノベーション型国家に列するための基礎となる。」

2006年第10回人民代表大会第4回会議で通過した『国民経済・社会発展のための第11次5ヵ年計画綱要』では、経済成長の方法転換の必要性、また「情報資源を確実に開発し」、「知的財産権の保護を強化し」、国民の知的財産権意識を高め、知的財産権保護システムを健全化し、知的財産権侵害防止体制を構築し、知的財産権侵犯行為を法により厳しく取り締まることが提示されている。

2006年の『国家中長期科学技術発展計画綱要（2006-2020年）』では、「知的財産権戦略と技術基準戦略を実施」し、国の知的財産権制度をさらに整備し、知的財産権を尊重し保護する法環境を整え、知的財産権に対する社会全体の意識と国の知的財産権管理レベル向上を促し、知的財産権保護を強化し、知的財産権を侵犯する各種行為を法により厳しく取り締まることが、示されている。2007年の中国共産党第17回全国代表大会報告では、「知的財産権戦略の実施」が強調された。『国家知的財産権戦略綱要』は、2008年4月9日に国務院常務委員会会議で審議され原則通過している。

2. 中国における情報資源に関する知的財産権制度建設の進展

中国の一連の知的財産権法は、理論上、すべて情報資源分野に適用される。しかし、情報資源に関する知的財産権制度では、情報資源の開発利用における特定の行為に特に着目している。情報資源の開発利用における特徴の違いによって、情報資源を開発利用する役柄を2つのタイプに分けることができる。1つは、出版者、インターネットのコンテンツ提供者等の情報内容提供者、もう1つは、オンラインサービスを提供するネットワークサービスプロバイダーのような情報サービス提供者である。

2.1 コンテンツ・サービス提供行為に対する知的財産権法の適用

2.1.1 作品のデジタルデータ化における知的財産権法の適用

書面文献のデジタルデータ化は、情報資源建設において不可欠の手順であるとともに、知的財産権訴訟が比較的多い分野でもあるため、各方面から重視されている。学界では作品デジタルデータ化の性質について、かつて長時間にわたり議論されたが、問題となったのは、作品のデジタルデータ化が一種の複製行為に当たるかどうかの判断で

あった。複製権は、著作権の中でも最も基本的で最も重要な経済的権利であり、自ら創作した作品を複製するかどうか、又は他者の複製を認めるかどうかについては、著作権者自身が決定する権限をもつ。中国の『著作権法』第10条は、「複製権」を「印刷、複写、模写、拓本、録音、録画、再録、撮影等の方法によって作品を1部又は複数製作する行為¹⁾と解釈している。この定義には「デジタルデータ化」は含まれていないものの、これに基づいて「複製」の構成条件を以下のように述べることができる。(1) 特定の複製方法（拓本等）を用いている。デジタルデータ化も、コンピュータを用具として行う複製である。(2) 行為の主観的目的が、オリジナルと同じ又は近似する複製品の製作にある。デジタルデータ化は、デジタルデータ形式を利用したオリジナルの表現又は転換の範囲内にあり、オリジナルの内容そのものは変更しない。(3) 複製品そのものには知的労働の特性がない。デジタルデータ化過程はオリジナルの内容に対して何ら影響を与えず、創造的な知的労働を伴わない。したがって、「データ化」は複製行為に当たる。2000年11月22日、最高人民法院は『コンピュータネットワーク著作権案件における法律適用についての若干問題に関する解釈²⁾』のなかで「著作権法の保護を受ける作品には、著作権法第3条に規定される各種作品のデジタルデータ化が含まれる。」と規定し、これによってこの議論に終止符が打たれた。本規定はまた、作品のデジタルデータ化は一種の複製行為であり、『著作権法』の「複製権」に関する規定による制限を受けると説明している。

2.1.2 データベース作成における知的財産権法の適用

中国の『著作権法』では、データベースを「編集作品」として著作権法の保護範囲内に入れており、その第14条は、「いくつかの作品、作品の一部、作品を構成しないデータ又はそれ以外の材料を編集し、その内容の選択又は配列に対して独創性を与える作品を編集作品とし、その著作権は編集者が享有する。ただし著作権を行使するときにオリジナル作品の著作権を侵犯してはならない。」と規定している。これによって編集作品は、版權作品により構成される編集作品と、版權のないデータ・材料により構成される編集作品の2種類に分けられることが分かる。前者は法規データベースなどのように、単独の法規は中国において著作権保護を受けないが、法規の選択や配列に独創性がある場合は、データベース全体として著作権の

保護を受ける。「海南経天信息有限公司による海口網威科技有限公司提訴案件」³で二審裁判所は、『中国大法規データベース』は法により著作権を享有すると判断している。後者は論文集などのように、単独の論文が著作権保護を受けるとともに、論文の選択や配列に独創性がある場合は、論文集全体も著作権の保護を受ける。「国家図書館による海洋出版社提訴案件」⁴で裁判所は『中国図書館分類法』には独創的な配列、材料の選択、説明注釈があるとして、その説明注釈と分類全体がともに著作権の保護を受けると判断した。編集作品に対する判定のポイントは、その選択や配列に独創性があるかどうかという点である。システムソフト又は情報統合方法の限界により、構成・順序・配列等の選択方法が限られたデータベースについては、その選択と配列に独創性がなければ、データベース全体としては保護を受けない。これは、そのうちの一部データが著作権保護を受けることを排除しない。「北京華信捷公司对機械信息研究院案件」⁵で裁判所は、華信捷社の「中国の建築予定・建築中プロジェクトデータベース」は、一般的な建設プロジェクトで通常用いられる方法によってプロジェクト情報を区分しており、内容の選択とデータの配列には独創性がないため、著作権の保護を受けないと判断した。

2.1.3 ネットワークリンクに対する知的財産権法の適用

リンクはウェブサイト資源を延伸する重要な方法だが、リンクによる権利侵害には主に以下の5種類がある。(1) リンクバナーによる権利侵害。リンクの設定側サイトが、他者が著作権を有する画像や文字をリンクバナーにすることは、他者の著作権侵犯に当たる。サイト上で他者の商標を使用してリンクバナーとし、他者の著名な商品との混同を招く場合は不正競争を構成する。「北京金洪恩電腦有限公司による北京惠斯特科技開発中心提訴案件」⁶で裁判所は、被告は原告の商標に類似したマークを使用しリンクバナーとしており、不正競争に当たると判断した。(2) ディープリンクによる権利侵害。ディープリンクとは、リンクされたサイトのホームやその他のページを経由せず、ある特定のページに直接リンクすることである。「北京金融城網絡有限公司による成都財智軟件提訴案件」⁷で裁判所は、財智社が相手の許諾を得ず無断でディープリンクを行ったことは不正競争に当たると判断した。(3) フレームリンクによる権利侵害。フレームリンクとは、フレームを利用してページを異なる区分に分割し、リンクされ

たサイトの全内容を各区分で閲覧できるようにすることである。他者のサイトにフレームリンクをしても、画面上のURLはリンク設定側サイトのままである。これにより訪問者が、リンクされたサイトはリンク設定者サイトの一部分だと誤解するおそれがあるため、これは不正競争に当たる。(4) 組み込みリンクによる権利侵害。組み込みリンクとは、他者サイトのバナーや商標バナー等を自己ページのソースコードに埋め込み、検索エンジンによる照会に役立てることである。これにより権利者の業務上の信用が侵犯され、商標価値が薄弱化されるため、これは不正競争に当たる。(5) リンク停止遅延による権利侵害。権利者がリンク停止を表明した場合、リンク設定者は直ちにリンクを停止しなければならない、しない場合はリンク停止遅延の権利侵害を構成し得る。「劉京勝による搜狐提訴案件」⁸で裁判所は、原告がリンク停止を求める意思を表明した後も、リンク設定者は積極的な措置をとっておらず、権利侵害責任を負わなければならないと判断した。

2.1.4 情報資源のネットワーク配信における知的財産権法の適用

1999年の「王蒙等6人による世紀互聯通訊技術服務有限公司提訴案件」⁹で裁判所はすでに、被告が許諾を得ず原告の作品をインターネット上で配信した行為は、原告の著作権を侵犯したと判決した。2001年の中国改訂『著作権法』では、「情報ネットワーク伝播権」すなわち「有線又は無線により作品を公衆に提供し、公衆が各自の選んだ時間と地点において作品を入手することができるようにする権利」について規定した。2002年には、「陳興良による中国数字図書館有限責任公司提訴案件」¹⁰で裁判所は、被告が原告の作品をインターネット上にアップロードし、作品が配布される時間と空間、作品に接触する人数を拡大し、作品への接触方法を変更しながら、作者が合理的な報酬を得られるよう有効な手段をとっていないことは、原告の情報ネットワーク伝播権に対する侵犯であると判断した。2006年7月1日から中国では『情報ネットワーク伝播権保護条例』¹¹が実施された。本条例は、「権利者が享有する情報ネットワーク伝播権は、著作権法及び本条例の保護を受ける。法律、行政法規に別途規定がある場合を除き、他者の作品、実演、録音・録画製品を、情報ネットワークを通じて公衆に提供する場合は、いかなる組織又は個人も、権利者の許諾を得るとともに報酬を支払わなければならない」と規定している。本条例はまた以下のように規定している。

「権利者は技術的措置をとることができる。いかなる組織又は個人も、技術的措置を故意に回避又は破壊してはならず、主に技術的措置を回避・破壊するための装置若しくは部品を、故意に製造する、輸入する、又は公衆に提供してはならず、他者が技術的措置を回避又は破壊するため故意に技術的サービスを提供してはならない。権利者の許諾を得ない場合、いかなる組織又は個人も以下の行為をとってはならない。(一) 情報ネットワークを通じて公衆に提供された作品、上演、録音・録画製品の権利管理に関する電子情報を、故意に削除又は変更すること。ただし、技術的原因により削除又は変更が免れない場合はこのかぎりではない。(二) 権利管理に関する電子情報が権利者の許諾を得ずに削除又は変更されたことが明らかである作品、上演、録音・録画製品を、情報ネットワークを通じて公衆に提供すること」。さらに、条例に挙げられた保護措置に違反する行為に対しては、相応の処罰を科すことも規定されている。

2.1.5 ネットワーク転載に対する知的財産権法の適用

書面から書面への転載方法について『著作権法』第32条は、「作品が掲載された後は、著作権者が転載・抜粋の禁止を表明していない限り、他の刊行物に転載する、又は要約・資料として掲載することができる。ただし、規定に従って著作権者に報酬を支払わなければならない」と規定している。つまり、すでに発表された作品を刊行物に転載する場合には、法定で許可される使用权を享有している。書面からネットワークへ又はネットワークからネットワークへの場合、最高人民法院は、2004年実施の『コンピューターネットワーク著作権に関わる紛争案件の審理における法律適用についての若干問題に関する解釈』第3条で、「すでに刊行物に掲載された、又はネットワーク上に配信された作品について、著作権者が転載・抜粋の禁止を表明している、又は当該作品をアップロードしたネットワークサービスプロバイダーが著作権者の委託を受けてそれを表明している場合を除き、ウェブサイト転載・抜粋し、関係規定に基づいて報酬を支払ったうえ、典拠を明記したものは、権利侵害行為としない。ただしウェブサイト転載・抜粋された作品が、もとの刊行物による転載範囲を超える場合は、権利侵害と認めなければならない」としている。しかし『情報ネットワーク伝播権保護条例』の実施を受けて、最高人民法院は2006年11月20日にこの司法解釈を修正し、第3条の内容を削除した。このことは、中国の立法

と司法が、ネットワーク環境下での著作権保護に対して今後よりいっそう厳格化していき、紙媒体からネットワークへ又はあるネットワークから別のネットワークへという転載方法に対して、「法定許可」や「合理使用」の特権が与えられないことを意味している。ネットワーク環境下での転載にも同様に、報酬の支払と著作権者の許諾が必要になる。

2.1.6 ネットワークドメイン名に対する知的財産権法の適用

コンピューターネットワークのドメイン名の顕著な特徴の1つは、ネットワーク環境下で、ドメイン名使用者とそのサービスを識別するという、商標・商号にも似た機能を持つことである。ドメイン名の登録、使用等の行為では、ドメイン名と従来の商標・商号等の民事権益主体との間に対立が発生する可能性がある。2001年に施行した『コンピューターネットワークドメイン名に関わる民事紛争案件の審理における法律適用についての若干問題に関する最高人民法院解釈』は、中国が初めて、ドメイン名に関する司法調整体制を系統立てて確立したことを意味する。その後、中国インターネット情報センター(CNNIC)は『中国インターネット情報センタードメイン名登録実施細則』(2002年制定、2009年修正)等一連の規範文書を公布し、ドメイン名登録と紛争解決のための比較的整った制度体系を構築している。情報産業部も『中国インターネットドメイン名管理規則』(2002年制定、2004年修正)を制定し、ドメイン名管理、ドメイン名登録、ドメイン名紛争と罰則等について規定した。中国の裁判所で受理するドメイン名紛争案件とは、コンピューターネットワークのドメイン名登録、使用等に関するすべての民事紛争案件を指し、それにはドメイン名と著名商標、普通登録商標、商号、著名商品に特有の名称、氏名等の権利主体との間の紛争案件が含まれる。中級人民法院がドメイン名案件の第一審裁判所であり、権利侵害の行為地又は被告人住所地の裁判所が管轄する。当該ドメイン名を発見したコンピューター端末等の設備所在地を、権利侵害の行為地とみなすことができる。行為者によるドメイン名の登録・使用行為が権利侵害と不正競争を構成すると判断するためには、以下の4つの条件に合致していなければならない。1つは、原告が保護を求める民事権益が合法的かつ有効であること。2つ目に、被告のドメイン名と原告が保護を求める権利対象との間に相似性があること。3つ目に、被告には登録・使用のための正当な理由

がないこと。4つ目に、被告に悪意があることである。最高人民法院による司法解釈には、よくある悪意的状況4種類が挙げられている。1つ目は、原告の著名商標を商業目的のため自分のドメイン名として登録する例。2つ目は、原告の登録商標・ドメイン名と同一の、又は近似したドメイン名を商業目的のため登録・使用し、原告が提供する製品・サービス又は原告のウェブサイトとの間に、故意に混同を招く例。3つ目は、そのドメイン名の高額での販売、貸出し又は他の方法による譲渡を募り、不正な利益を得ようとする例。4つ目は、ドメイン名登録後に自らオンラインで使用せず、またオンラインアドレスとしての使用のためにも備えず、ドメイン名を買い占めて、関係権利者によるそのドメイン名の登録を意図的に阻害する例である。

2.2 オンラインサービスの提供における知的財産権法の適用

ネットワークサービスプロバイダーの主な業務は回線接続である。ネットワーク業務の増加に伴い、ストレージサービスの提供もISPの業務の1つになっている。

2.1.1 作品のデジタルデータ化における知的財産権法の適用

接続サービスの提供者は、ネットワーク情報に対する編集・制御能力をもたない。したがって、その負うべき法律責任はコンテンツ提供者とは異なる。知的財産権法は、ネットワーク上の著作権侵犯行為を法により制止・制裁する一方で、ネットワークサービスプロバイダーに対して法律責任の「防波堤」を提供しようとしている。このため中国の法規定では、著作権侵害に対するネットワークサービスプロバイダーの過失責任制度を明確にしている。また同時にその行為を制限し、どのような状況でネットワークサービスプロバイダーが権利侵害責任を負わなければならないかを規定しており、それによってネットワークサービスプロバイダー自身による自主的な制限と自己防衛を促して、著作権者の合法的権益を保護しようとしている。オンラインサービスを提供するネットワークサービスプロバイダーに対しては、それらがネットワーク上の情報に対する編集・制御能力を持たないことから、他者がネットワーク上で行う権利侵害行為に対しては主観的過失とはならない。民法通則第106条の規定に基づけば法律責任を負う必要はなく、権利侵害の法律責任は行為者本人が負わなければならない。ただし『コンピューターネットワーク著作権に関わる紛争

案件の審理における法律適用についての若干問題に関する最高人民法院解釈』（2006年）の規定によれば、ネットワークサービスプロバイダーがネットワークを通じて他者の著作権侵犯行為に関与する、又はネットワークを通じて他者の著作権侵犯行為を教唆・幫助する場合、裁判所は民法通則第130条の規定に基づいて、そのプロバイダーと他の行為者又は権利侵犯行為を直接行った行為者による、権利侵犯の共同責任を追及しなければならない。ネットワークサービスプロバイダーが、専ら他者の著作権に対する技術的保護措置を故意に回避若しくは破壊するために用いる方法、設備又は材料であることを知りながら、それをアップロード、配信、提供した場合、裁判所は当事者の訴訟請求と案件の具体的状況に応じて、著作権法第47条第（六）項の規定に基づき、ネットワークサービスプロバイダーの権利侵害行為に対して民事責任を追及しなければならない。

2.2.2 ストレージサービスに対する知的財産権法の適用

ストレージサービスについては、自動ストレージサービスと非自動ストレージサービスの2種類に分けることができる。自動ストレージサービスについては、ネットワークサービスプロバイダーがネットワークの送信効率を高めるために、他のネットワークサービスプロバイダーから入手した作品、上演、録音・録画製品を、技術的手段を利用してサービス対象向けに自動的に保存したもので、なおかつ以下の条件に合致する場合は賠償責任を負わない。(1) 自動保存された作品、上演、録音・録画製品に修正を加えていないこと。(2) 作品、上演、録音・録画製品のもとのネットワークサービスプロバイダーが、サービス対象による本作品、上演、録音・録画製品の取得状況を把握することに影響を与えないこと。(3) もとのネットワークサービスプロバイダーが、当該作品、上演、録音・録画製品を修正、削除又は遮蔽するとき、技術的手順に基づいて自動的に修正、削除又は遮蔽していること。また非自動ストレージについては、ネットワークサービスプロバイダーがサービス対象向けに情報保存の場を提供し、サービス対象がネットワークを通じて作品、上演、録音・録画製品を公衆に提供できるようにしたもので、なおかつ以下の条件に合致する場合は賠償責任を負わない。(1) その情報保存の場が、サービス対象のために提供されたものであることが明示されており、ネットワークサービスプロバイダーの名称、連絡担当者、ネットワークアドレスが公開されて

いること。(2) サービス対象が提供した作品、上演・録音・録画製品に修正を加えていないこと。(3) サービス対象が提供した作品、上演・録音・録画製品に権利侵害があることを認知しておらず、認知すべき合理的理由がないこと。(4) サービス対象者が提供した作品、上演・録音・録画製品から直接経済的利益を得ていないこと。(5) 権利者の通知を受領した後に、権利者が権利侵害を認める作品、上演・録音・録画製品を本条例の規定に基づいて削除していること。

2.3 コンピューターソフト保護における法律適用

1990年の中国『著作権法』第3条第8項では、すでにコンピューターソフトが著作権保護の対象として挙げられている。2002年2月22日、中国国家版權局は『コンピューターソフト登記規則』を発表した。これはソフト著作権登記、ソフト著作権独占許可契約・譲渡契約の登記に適用される。ソフトの著作権登記申請者は、そのソフトの著作権者又はソフト著作権を相続した、譲り受けた、若しくは引き継いだ自然人、法人その他の組織でなければならないとしている。またコンピューターソフトの登記申請、審査・承認、ソフト登記の公告、関係費用等についても規定している。本登記規則は中国版權保護センターをソフト登記機構として指定している。国家版權局の承認を得れば、中国版權保護センターは地方にソフト登記事務機構を設置することができる。

2002年12月20日、国務院は修正後の『コンピューターソフト保護条例』を再度公布した。本条例は、中国におけるコンピューターソフトの法律保護の基本的枠組みを制定しており、本条例が保護するソフトは開発者が独自に開発したものであり、かつ何らかの有形物上に固定されたものでなければならないと規定している。また、ソフト複製品の出版者、製作者がその出版、製作が合法的な権限委譲を受けたものであることを証明できない、又はソフト複製品の発行者、貸出し者が、その発行、貸出しする複製品に合法的な典拠があることを証明できない場合は、法律責任を負わなければならないと規定し、出版者、製作者、発行者、貸出し者等に対して一定の法律的義務を課している。

2009年7月30日、国家版權局、公安部、工業・情報化部は共同で通知を出し、8月から11月の4ヶ月間にわたり全国的規模で、2009年ネットワーク権利侵害・海賊版特別取締り活動を共同展開すると決定した。これは3部門が2005年以降行ってきたネットワーク権利侵害・海賊版特別取締り活動の第5回目で、これまでで活動期間が最も長いも

のになり、中国の正規版保護、海賊版取締りに対する決意を示すものである。

2.4 情報資源に関する知的財産権免除制度

知的財産権法はまた、合理使用制度、法定使用許可制度を制定して、公共利益の充実も促進し、知的財産権者と公衆との間の利益バランスを図っている。合理使用とは、すでに発表された作品を特定の条件下で使用し、その際に著作権者の同意を得なくてもよく、また版權者に報酬を支払う必要もないことを指す。ただし、知的財産権者の合法的權益を侵犯してはならない。中国の『著作権法』第22条は合理使用制度について規定し、著作権者、出版者、上演者、録音・録画製作者、ラジオ局、テレビ局の権利に制限を加えて、公共的利益を効果的に保障している。『情報ネットワーク伝播権保護条例』は、ネットワークサービスのうち8種類の合理的使用状況について規定している。すなわち、作品の紹介・評論中の適切な引用、ニュース報道のために避けられない再現や引用、学校教室内の授業や科学研究用の少量の使用、国家機関による公務執行用の合理的範囲内の使用、中国語から少数民族言語文字作品に翻訳するための使用、視覚障害者のための提供、情報ネットワーク上にすでに発表された政治・経済に関する時事的文章の公衆への提供、公的な集会の場で発表された談話の公衆への提供等である。そのほか、図書館、資料館、記念館、博物館、美術館等は、館収蔵の合法的に出版されたデジタルデータ作品や、法により陳列用又は保存版とされデジタルデータ化による複製が必要な作品を、著作権者の許諾を得ずに情報ネットワークを通じて館内のサービス対象に提供することができる。それについて報酬を支払う必要はないが、直接又は間接的に経済的利益を得てはならない。当事者が別途約定する場合はこの限りではない。ただし規定されている、陳列用又は保存版とされデジタルデータ化による複製が必要な作品とは、破損している、破損・遺失・盗難のおそれがある、又はその保存形式が古くなっているもので、なおかつ市場で購入することができない、又は基準より明らかに高い価格でしか購入できない作品でなければならない。

法定許可とは、すでに発表されている作品を特定の条件の下で使用し、その際に版權者の同意を得る必要はないが、版權者に報酬を支払わなければならないことを指す。『著作権法』の規定によれば、法定許可の状況には以下が含まれる。すなわち、9年制義務教育と国家教育計画実施のため

の教科書編纂・出版；著作権者が作品の転載・抜粋禁止を表明していない場合に、作品の刊行物掲載後に他の刊行物が行う転載又は要約・資料としての掲載；他者の合法的な録音製品である音楽作品の、録音製作者による使用と録音製品製作；ラジオ局・テレビ局による他者発表作品の放送；ラジオ局・テレビ局による出版済み録音製品の放送である。『情報ネットワーク伝播権保護条例』の規定によれば、ネットワーク環境下での法定許可状況は主に以下のとおりである。すなわち、9年制義務教育又は国家教育計画実施の目的で、すでに発表された作品の一部、小編の文字作品や音楽作品、単独の美術作品や撮影作品を、情報ネットワークを通じて使用し教材を作成し、登録した生徒に提供すること。そのほか、貧困地域支援の目的で、中国公民・法人や他の組織がすでに発表している農林水産、病気予防・治療、防災等、貧困支援に関係のある作品又はその文化レベルに応じて必要な作品を、情報ネットワークを通じて農村地区の公衆に提供すること。ネットワークサービスプロバイダーは、提供しようとする作品とその作者、支払予定の報酬基準を事前に公告しなければならない。公告日から30日以内に著作権者が提供に同意しない場合、ネットワークサービスプロバイダーはその作品を提供してはならない。公告日から30日後に著作権者に異議がない場合、ネットワークサービスプロバイダーはその作品を提供することができ、公告した基準どおり著作権者に報酬を支払う。ネットワークサービスプロバイダーが著作権者の作品を提供した後に、著作権者が提供同意を取り消す場合、ネットワークサービスプロバイダーは著作権者の作品を直ちに削除するとともに、公告した基準どおり作品提供期間の報酬を著作権者に支払わなければならない。ただし、本規定に基づいて作品が提供される場合、直接又は間接的に経済的利益を得てはならない。

2.5 情報資源に関する知的財産権救済制度

中国の著作権法は、知的財産権侵害の民事責任、行政責任、刑事責任について規定している。権利侵害者は、状況に応じて権利侵害の停止、影響の除去、謝罪、損害賠償等の民事責任を負う。また公共的利益を損なう場合は、著作権の行政管理部門が権利侵害行為の停止を命じ、違法所得を没収、権利侵害複製品を没収・廃棄するとともに、罰金を科すことができる。2001年に、著作権法は著作権侵害の刑事責任について正式に規定し、その作品の著作権者の許諾を得ない複製、発行、上演、放映、放送、編集、情報ネットワークを通じた公

衆への配信等の権利侵害行為については民事責任を負わなければならないほか、情状が重大で犯罪を構成するものについては、法により刑事責任を追及するものとした。国務院は1995年7月5日に『中華人民共和国知的財産権税関保護条例』を公布した。1995年9月28日には税関総署が『中華人民共和国税関による知的財産権保護の実施規則』を発表し、知的財産権に対する中国税関による保護制度が成立した。中国税関の知的財産権に対する保護は、権利者の申請に基づくものと、税関の職権で主体的に取り締まるものがともに可能である。税関が保護する対象は、出入国貨物に関連し中国の法律・法規による保護を受ける知的財産権でなければならない。ネットワーク著作権侵害紛争案件に対する管轄も、ウェブサイト著作権に関する重要な内容の1つである。2006年に修正された『コンピューターネットワーク著作権に関わる紛争案件の審理における法律適用についての若干の問題に関する解釈』では、ネットワーク著作権侵害紛争案件は、権利侵害の行為地又は被告住所地の裁判所が管轄するものとしている。権利侵害行為地には、提訴された権利侵害行為を行ったネットワークサーバー、コンピューター端末等設備の所在地も含まれる。権利侵害行為地や被告住所地の確定が困難な場合は、原告が権利侵害コンテンツを発見したコンピューター端末等設備の所在地を権利侵害行為地とみなすことができる。12これは、行為者の位置は変動性が大きい、使用される設備の位置は相対的に固定されているためである。このように管轄ポイントを選定することで、被害者が提訴する裁判所を選びやすくなり、また裁判所が管轄権を行使し裁判を行うのに便利である。

複製品の出版者、製作者がその出版、製作について合法的な権利委譲を受けていることを証明できない場合、また複製品の発行者又は映画作品や映画撮影に類似した方法により創作された作品、コンピューターソフト、録音・録画製品の複製品の貸出し者が、その発行・貸出しする複製品に合法的な典拠があることを証明できない場合は、法律責任を負わなければならない。当事者が契約義務を履行しない、又は契約義務の履行状況が約定条件に合致しない場合は、『中華人民共和國民法通則』、『中華人民共和国契約法』等の関係法律規定に基づいて民事責任を負わなければならない。

賠償について、中国法律では以下のとおり規定している。すなわち、著作権又は著作権に関連する権利を侵犯した場合、権利侵犯者は権利者が実際に被った損失どおり賠償しなければならない。

実際の損失の計算が困難な場合は、権利侵害者の違法所得分を賠償してもよい。賠償金額には、権利者が権利侵害行為を制止するために支払った合理的支出が含まなければならない。同時に法定賠償制度が規定されており、「権利者の実際の損失又は権利侵害者の違法所得が確定できない場合は、裁判所が権利侵害行為の情状に応じて50万元以下の賠償を命じる判決をする」（著作権法第48条）。2001年の新著作権法では、さらに訴訟前差し止め、財産保全、証拠保全の措置について規定している。著作権者又は著作権に関係する権利者に、他者がその権利を侵害する行為を実施している、又は実施しようとしていることを証明できる証拠があり、直ちにそれを制止しなければその合法的権益が補い難い損害を受ける場合、関係行為の停止命令と財産保全の措置をとるよう、提訴前に裁判所に申請することができる。証拠が消滅する可能性がある、又は今後の取得が難しい場合、著作権者又は著作権に関連する権利者は、権利侵害行為を制止するため、提訴前に裁判所に証拠保全を申請することができる。

2.5 情報資源に関する知的財産権救済制度

中国の著作権法は、知的財産権侵害の民事責任、行政責任、刑事責任について規定している。権利侵害者は、状況に応じて権利侵害の停止、影響の除去、謝罪、損害賠償等の民事責任を負う。また公共的利益を損なう場合は、著作権の行政管理部門が権利侵害行為の停止を命じ、違法所得を没収、権利侵害複製品を没収・廃棄するとともに、罰金を科すことができる。2001年に、著作権法は著作権侵害の刑事責任について正式に規定し、その作品の著作権者の許諾を得ない複製、発行、上演、放映、放送、編集、情報ネットワークを通じた公衆への配信等の権利侵害行為については民事責任を負わなければならないほか、情状が重大で犯罪を構成するものについては、法により刑事責任を追及するものとした。国務院は1995年7月5日に『中華人民共和国知的財産権税関保護条例』を公布した。1995年9月28日には税関総署が『中華人民共和国税関による知的財産権保護の実施規則』を発表し、知的財産権に対する中国税関による保護制度が成立した。中国税関の知的財産権に対する保護は、権利者の申請に基づくものと、税関の職権で主体的に取り締まるものがともに可能である。税関が保護する対象は、出入国貨物に関連し中国の法律・法規による保護を受ける知的財産権でなければならない。ネットワーク著作権侵害紛争案件に対する管轄も、ウェブサイト著作権に関する

重要な内容の1つである。2006年に修正された『コンピュータネットワーク著作権に関わる紛争案件の審理における法律適用についての若干の問題に関する解釈』では、ネットワーク著作権侵害紛争案件は、権利侵害の行為地又は被告住所地の裁判所が管轄するものとしている。権利侵害行為地には、提訴された権利侵害行為を行ったネットワークサーバー、コンピューター端末等設備の所在地も含まれる。権利侵害行為地や被告住所地の確定が困難な場合は、原告が権利侵害コンテンツを発見したコンピューター端末等設備の所在地を権利侵害行為地とみなすことができる。¹² これは、行為者の位置は変動性が大きい、使用される設備の位置は相対的に固定されているためである。このように管轄ポイントを選定することで、被害者が提訴する裁判所を選びやすくなり、また裁判所が管轄権を行使し裁判を行うのに便利である。

複製品の出版者、製作者がその出版、製作について合法的な権利委譲を受けていることを証明できない場合、また複製品の発行者又は映画作品や映画撮影に類似した方法により創作された作品、コンピューターソフト、録音・録画製品の複製品の貸出し者が、その発行・貸出しする複製品に合法的な典拠があることを証明できない場合は、法律責任を負わなければならない。当事者が契約義務を履行しない、又は契約義務の履行状況が約定条件に合致しない場合は、『中華人民共和國民法通则』、『中華人民共和國契約法』等の関係法律規定に基づいて民事責任を負わなければならない。

賠償について、中国法律では以下のとおり規定している。すなわち、著作権又は著作権に関連する権利を侵犯した場合、権利侵害者は権利者が実際に被った損失どおり賠償しなければならない。実際の損失の計算が困難な場合は、権利侵害者の違法所得分を賠償してもよい。賠償金額には、権利者が権利侵害行為を制止するために支払った合理的支出が含まなければならない。同時に法定賠償制度が規定されており、「権利者の実際の損失又は権利侵害者の違法所得が確定できない場合は、裁判所が権利侵害行為の情状に応じて50万元以下の賠償を命じる判決をする」（著作権法第48条）。2001年の新著作権法では、さらに訴訟前差し止め、財産保全、証拠保全の措置について規定している。著作権者又は著作権に関係する権利者に、他者がその権利を侵害する行為を実施している、又は実施しようとしていることを証明できる証拠があり、直ちにそれを制止しなければその合法的権益が補い難い損害を受ける場合、関係行為

の停止命令と財産保全の措置をとるよう、提訴前に裁判所に申請することができる。証拠が消滅する可能性がある、又は今後の取得が難しい場合、著作権者又は著作権に関連する権利者は、権利侵害行為を制止するため、提訴前に裁判所に証拠保全を申請することができる。

3. 中国における情報資源に関する知的財産権制度の展望

3.1 保護レベルの強化

2006年3月27日、国务院弁公庁は『知的財産権保護行動綱要（2006－2007年）』を公布し、海賊版を厳しく取り締まるとともに、輸出入時の知的財産権保護強化、展示会における知的財産権管理の強化、展示会における知的財産権保護の「藍天行動」展開、全国通報システムの設立、全国50都市における知的財産権通報総合センターの設置を行った。2008年以降全国の多くの省・市で知的財産権戦略が実施され、各界で知的財産権保護レベルの強化がいっそう進んでいる。2009年4月に通過した『電子情報産業の調整・振興計画』には、「電子情報商品・サービスに対する知的財産権保護の強化」が盛り込まれている。国务院常務會議が2009年9月26日に原則通過した『文化産業振興計画』では、法律体系をさらに整備し、文化産業の発展に対する規制管理を法により強化することがうたわれている。国の知的財産権保護システムを完備し、各種海賊版・権利侵害行為を厳しく取り締まることで、国の文化イノベーション能力を促進しようとするものである。中国の知的財産権保護は、国レベル、地方レベル、業界レベルを通じてさらに協力・強化されていくだろう。

3.2 情報技術の変革への対応

知的財産権は技術の産物である。技術変革によって知的財産権制度にも変化が起こる。情報資源に関する知的財産権制度において、技術的措置、ネットワーク、データベース、ソフトウェア、ドメイン名等はすべてははっきりとした技術性を備えている。関連技術の急速な発展により、情報資源に関する知的財産権制度の発展は必然的に促されることとなる。例えば技術的措置について言うと、1991年の中国『著作権法』では、技術的措置について規定がなかった。しかしネットワークの普及に伴って、世界知的所有権機構が制定したWCT、WPPTの両条約では、権利管理のための技術的措置に対して原則的規定が設けられ、中国でも技術的措置に関する知的財産権制度に常に改善が加えられている。ほかにネットワークについて言えば、

中国におけるネットワークの急速な発展に伴って、P2Pソフトがファイルダウンロードの重要なツールになってきている。「歩昇公司による飛行網等提訴案件」¹³、「北京捷報による中搜提訴案件」¹⁴からは、「営利目的」でP2P等の新技术を応用することは法律による厳しい規制の対象となることが分かる。技術的措置とネットワーク配信のほかに、高密度複製、新型ソフト、自動情報収集、物のインターネット接続(Internet of Things)等のどの分野においても新たな必要性が発生している。技術に合わせ、情報資源と関連のある知的財産権制度を絶えず整えていくことが、新たな情報環境にとって必要である。

3.3 知的財産権保護のための国内・国際協調の強化

制度面での協調については2つの面から考える必要がある。1つは、国際的な知的財産権制度との協調であり、もう1つには中国国内各地区、各業界との協調である。現在中国は、『文学的及び美術的著作物の保護に関するベルヌ条約』、『知的所有権の貿易関連の側面に関する協定』(TRIPS)、『著作権に関する世界知的所有権機関条約』(WCT)、『実演及びレコードに関する世界知的所有権機関条約』(WPPT)等、知的財産権保護のための主な国際条約に加盟している。世界知的所有権機関、世界貿易機関、アメリカ、EU、そして多くの開発途上国では、コンピュータプログラム、データ送信、データベース等について、一連の立法を通じ、著作権に対する従来の国際的原則を多方面で打ち破っている。最近数年来の中国における情報資源に関する立法と司法政策を見ると、おしなべて国際的基準と符合しているという特徴がある。国際条約のほかに、各国の知的財産権制度の同調に伴い、外国からの影響も鮮明になってきている。アメリカ、EU、日本等の知的財産権面での立法、保護の経験は、中国の知的財産権制度の充実に絶えず影響を及ぼしている。情報資源に関する知的財産権制度は、市場の取引制度、印税清算制度、公平競争制度、印税徴収制度等に関わる。これら制度間の協調を強化していくことも、長期的な課題である。

3.4 情報資源の増加と開発利用に伴い知的財産権に求められる要件への適応

情報資源の増加と知的財産権制度の推進には密接な関係がある。資源の増加に伴って知的財産権制度に求められる要件に適応していくため、明確な財産権分類体制の整備、集団許可、国家許可、公共許可等、多層の許可モデルの完備、版權登記、

検索、取引、融資等の整った市場サービスシステムの構築等が必要である。

情報資源投入の多元化によって、財産権の帰属を判定するのが難しくなっている。中国では、依然として国が公益的情報資源の開発における主要な投資者である。大学、科学研究機関、会社・企業も資金を投入しているが、資源の実際の開発業務は個別の自然人が完成させている。個人・組織・国家の間には、委託作品、職務作品、協力作品、法人作品、編集作品、イメージ作品等多種の作品分類があり、複製権、発行権、情報ネットワーク伝播権等の権利種類に関わり、合理使用、法定許可等使用の制限もある。情報資源の財産権分類体制は、さらに明確化し完備していく必要がある。

許可制度は、財産権取引を規制し、知的財産権の価値を実現するための重要な手段である。許可モデルには多層のレベルがあり、集団許可、国家許可、公共許可、共有許可等がある。集団許可の場合は取引コストを低く抑えることができ、連盟メンバーがお互いの優位性を生かすよう促し、情報資源の取引量を増やして、集団・公衆・投資者の間の利害バランスが保たれる。集団の規模が大きいくほど、資金力も大きくなり、影響力が高まって、その利益バランス作用もよりはっきりする。国家許可は、出版業者が非営利組織との間に国家許可証を締結し、この非営利組織が全国的範囲で情報製品又はサービスを使用することを許可するとともに、この非営利組織は情報取得ルートを提供するというものである。国家許可証は、集団許可証の一種の特例とみなすことができる。協議の一方は出版業者であり、もう一方は単独の組織でも多くの組織による非営利連合でもよい。知的財産権権利者に対する補償のための資金は、主に政府からの資金援助による。通用公共許可証の趣旨は、利用者が無制限複製・修正の権利をもつことを保証することである。公共許可証には利益面での奨励がなく、規範性と不正行為に対する有効な拘束性に欠ける等の欠点があるが、業界内独占を打破し、公衆がソフトなどの情報資源を自由に入手できるよう推進する上で重要な意義を持つ。

著作権登記、検索、取引、融資等の市場サービス体制を完備すること。健全で科学的であり整った作品登記・譲渡契約届出システムを構築し、作品登記サービスの質と効率を高め、作品登記の厳格性、權威性、統一性を保証すること。著作権価値の評価システムと融資システムを完備し、著作権関連の信用体制を構築・整備すること。適正で科学的な著作権関連の統計基準を構築し、著作権関連情報の

各種データベースの作成を進めるとともに完成に努めること。著作権代理機構の発展を支援、奨励し、著作権代理機構と業務の効率的な整合を推進して、大規模著作権代理機構による業務の総合化、集団化と、小規模著作権代理機構による業務の専門化、特殊化を実現すること。これらはすべて、中国の情報資源に関する知的財産権制度建設のための、今後の長期的な課題である。

謝辞

本文は、国家社会科学基金による資金援助プロジェクト「図書館の知的財産権管理方法に関する実証研究」（プロジェクト承認番号：07BTQ001）の調査研究成果の1つである。本文は筆者の観点に過ぎず、筆者が所属する機構、資金援助機構、その他いかなる組織の観点をも代表しない。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

日中の知財立法の比較研究



PROFILE

李 正華 (Li Zhenghua) 中山大学法学院副教授、中山大学新华学院法律学系主任

1963年6月生まれ。2004年、中南財經政法大學民法學科卒業。法学博士。中山大學法学院副教授。1995年から1996年まで東海大學法学部を訪問。松下電工（広州）等の中外合弁企業で常任法律顧問、長年にわたり西部石油会社の契約分析、評価。現在は年間50件あまりの仲裁案件の審理を担当。毎年、各種民事、商事紛争案件多数の代理を務める。国内の大企業または関連業界で、数多くの法律講座をこなす。香港で『中国での経営にあたっての法的問題と対策』を出版。中国大陸で、普通高等教育「第十次五カ年計画」の教材『経済法』、『第十一次五カ年計画』の教材『経済法』および『経済法概論』を出版。『企業の技術イノベーションと契約の法的保護』を中心となって編集。『法学大辞典』、『精編法学辞典』、『国際貿易法大辞典』、『民法大辞典』の編集および『商法』等全国統一教材の執筆に参加。各種学術刊行物に80本あまりの論文を発表。

要旨：

日本と中国の経済貿易関係は密接なものであるが、新しい情勢の下で、その関係は更に発展を遂げようとしている。両国の知的財産権制度について知ることができれば、すみやかに誤解を解くことができるばかりでなく、WTOの枠組みの下における両国の経済貿易の健全な発展を促進する上でも有利である。本論では、まず両国の知的財産権をめぐる立法の背景を分析したうえで、両国の知的財産権の具体的な立法について比較研究を行い、両国の知財立法の今後の方向を示し、両国の経済貿易の発展に対するその促進の役割についても触れた。

2009年6月、東京で行われた日中経済ハイレベル対話において、日中両国は、『知的財産権保護をめぐる交流と協力に関する覚書』を締結し、知的財産権の保護を強調した。①近年、日中間には貿易面で知的財産権をめぐる紛争が生じている。たとえば、日本の二輪車業界が中国の同業界の模倣行為を告発したり、中国の武漢晶源環境工程有限公司が日本の富士化水工業株式会社を特許権侵害で提訴したりしているが、こうした問題は、両国の経済、貿易面に、企業の知的財産権をめぐる紛争がある程度存在することを反映している。こうした問題がうまく解決できなければ、両国の経済的な利益が損なわれ、経済、貿易面での往来にマイナスの影響が生じる。このため、日中双方の企業ならびに社会各界に、両国の知的財産権の法律制度を十分に理解してもらい、知的財産権をめぐる法律制度の下で、また協力の枠組みの下で、両国の経済、貿易の発展を促進していく必要がある。

一、日中の知財立法の歴史的背景

（一）知財立法の社会的、文化的背景

1. 日本における知財立法の社会的、文化的背景

第二次世界大戦後、日本は制度の改革、技術の導入、企業の発展を実現し、国は急速な経済発展

の軌道にのった。この過程において、天然資源が乏しい日本にとって、知識と科学技術の力こそ、国力を高めていく上で核心的な力であったことは間違いない。はじめの50年における、大規模な技術の導入とその消化、吸収を基礎とする「第2次イノベーション」、そして、その後の、技術的イノベーションと自主的イノベーションを組み合わせた方式への転換に至るまで、日本は一貫して科学技術のモデルを模索し発展させ、最終的に現在の、世界における経済強国、科学技術強国としての地位を築き上げた。

知識と科学技術が日本の発展において重要な役割を担ってきたからこそ、日本では、さまざまな面において、とりわけ企業の世界において、科学技術のイノベーションや知的財産権の役割が大変に重視されている。日本では、大企業も中小企業も、自社が知的財産権を持つ産業技術を企業の核心的競争力とし、企業の商標、商号といった無形の資産の保護を重んじる。日本では多くの企業が知的財産権部門を設けて、知的財産権戦略を定めたり、市場の知的財産権情報を収集したりするほか、自企業の科学技術研究開発、人材育成、特許申請、商標保護、紛争処理といった知的財産権をめぐる事項を規定している。¹ この他、日本の企業は従業員に対する知的財産権をめぐる研修にも力を入れ、部署や業務内容に照らして、従業員各人の知的財産権意識の強化をはかっている。²

日本では、一般市民をはじめとする社会全体の知的財産権意識の育成が重視されている。早くも明治時代に、日本政府は、積極的に外来の進んだ知的文化を吸収するよう主動的に呼びかけ、政府関連部門の役人が欧米まで進んだ知的文化の視察に出かけていた。³ 現在、日本政府は社会に積極的な知的財産権意識を作り出すため、更に多くの努力をはらっている。一方で、日本政府は、知的財産権教育を人才教育の各段階に組み入れ、対象に即して的確な教育を行っている。たとえば、小中

学生に対しては知的財産権に関する知識を広める教育を行い、大学生や大学院生に対しては知的財産権をめぐる実用的人材の養成を行っている。また一方で日本は、知的財産権情報の伝播と応用にも力を注いでいる。たとえば、日本政府はさまざまなルートを通じて所有権にかかわる動態、法律文書、申請手続きなどの紹介を行い、人々が知的財産権について知り、理解できるよう手助けを行っている。このほか、日本では、知的財産権情報共有のために多様な機構、場が設けられている。たとえば、工業所有権総合情報館の検索データベースを利用すれば、知的財産権に関する情報を迅速に入手することができる。⁴ 日本では、社会全体の知的財産権意識が高いことで、国の知的財産権戦略や知的財産権をめぐる法律の実施が積極的に促進されている。

科学技術と経済の急速な発展と社会の知的財産権意識の高まりゆえに、日本には知財立法にふさわしい基礎が築かれており、それはまた、日本で、知的財産権をめぐる法律が社会における実践の過程で更に整えられ、経済や社会に有効に働いていく根本的な原因となっている。

2. 中国における知財立法の社会的、文化的背景

中国は歴史的に相当長い期間、儒教思想が主流となってきた。儒教は通常、知識と道徳の伝播をその務めとしており、自分の作品が剽窃されたり、許可なく使用されても、自分の権利が侵害されたとは考えない。⁵ その上、中国には歴史的に、「諸法を合体させ、民法と刑法を分かつ、刑法を主とする」という立法現象があり、そのために法律に対する認識にかなりかたよりが生じ、「法は刑法である」との誤った考え方が現在にまで影響を及ぼし、普遍的に私権を積極的に保護する意識が欠けている。中国では、知的財産権の観念と文化の発展が西側諸国と比較して比較的遅く、今日でさえ、知的財産権を財産として保護しようという考え方は、多くの分野でなお希薄である。たとえば、多くの国内企業は知的財産権意識に欠けるため、自社技術の開発が遅れ、また技術の流失がかなり見られるばかりか、他者の知的財産権を侵害してトラブルに陥ることすらある。

中華人民共和国の成立後、とりわけ1979年の改革開放政策実施以来、法制の整備が進み、市場経済が発展し、ハイレベルの科学技術の研究開発と応用が行われるようになって、中国でも次第に、著作権、特許権、商標権、商号権およびサービスマーク権、営業秘密権、反不正競争権といった一連の知的財産権の法律制度が整うようになり、知

的財産権の立法面ではすでに国際的な水準に見合うようになり、発展途上国の中では先進的な水準に達している。世界知的所有権機関（WIPO）の前事務局長アーパッド・ボクシュ（Árpád Bogsch）博士も、「知的財産権史上、この全てをやり遂げた中国の速さは唯一無二である」と述べている。¹

2008年、中国の国家知的財産権局は年間であわせて82.8328万件の特許出願を受理したが、これは同期比で19.4%の伸びであった。内訳を見ると、国内出願の受理件数が71.7144万件、国外の出願の受理件数が11.1184万件であった。特許権付与件数は年間であわせて41.1982万件で、同期比で、17.1%の伸びであった。商標登録面では、中国の国家工商行政管理総商標局の商標登録申請受理件数が年間で69.8万件となり、そのうち国内の商標登録申請が59万件、国外申請者の中国での商標登録（マドリッド国際商標登録を含む）申請件数が10.8万件に達した。商標登録申請の審査件数は年間で75万件で、同期比で85.2%増えた。² このほか、著作権登録と植物新品種出願の件数も大幅に増えた。こうしたデータから明らかな通り、中国企業や国民の知的財産権意識は、市場化や知的財産権をめぐる法律の実践の過程で強まり続けており、中国の知的財産権をめぐる立法や保護は、しっかりと社会的、文化的基礎の上で、前進しつつある。

（二）知財立法の経済的、貿易的背景

1. 日本の知財立法の経済面、貿易面の背景

日本の経済発展は製品の品質に依拠したものであり、その品質は知的財産権を支えとして成り立っている。

1990年代、日本ではバブル経済がはじけ、日本は10年以上にわたり、不良債権など様々なマイナス要因による苦しみを味わいつくすこととなり、経済もかなりの衰退状況に陥った。近年、日本は構造改革を繰り返し、最近になって衰退の局面を脱し、復興に向けて新たに歩み始めている。日本の2005年のGDPは48944兆円で、世界の16%、アジアの60%を占め、1人当たりの平均GDPは35,734ドルに達した。2006年の対外貿易総額は12,226億ドルで、680億ドルの黒字となったが、これは中国に次ぐ2位であった。対外資産残高は同期比で10.3%増え、558.106兆ドルに達し、16年間もの長きにわたり、世界第一の債権国であり続けている。¹

科学技術のイノベーションと知的財産権戦略を堅持し続けたことが、日本の経済復興開始のキープポイントとなった。日本は、経済活動において「知

識」が生み出す付加価値がこれまでのいかなるときよりも重要になっていることを意識している。現在、企業が立ち向かう競争のポイントは、従来のような、同一の製品やサービスをめぐる価格競争ではなく、他の企業とは違う、新しさを具えた製品やサービスを核心とする、更に激しい技術競争へと変化している。遠くない将来、日本は未曾有の低出生率と高齢化の苦境を経験することになり、労働人口は大幅に減少する。そこで、日本の経済成長を保証するためには、どうしても、技術的イノベーションを基礎とする付加価値の高い製品に依拠する必要があるのだ。近年、日本はまさに、高い科学技術性を具えた製品ゆえに、国際市場で順調な歩みを始め、関連の分野で常に有利な地位を占めることが可能となっているのであって、そのために日本には極めて大きな経済的利益がもたらされている。

知的財産権の日本の経済面、貿易面における役割は、科学技術の産業化にとどまらない。ソフトウェア、ブランドなど、文化産業を含めた、広い意味での知的財産権が、日本に豊かな利益と知名度をもたらしている。たとえば、日本の映画、アニメ作品、ゲームソフトといった文化産業は、すでに鉄鋼等多くの伝統的産業を超え、世界で確固とした地位を築くとともに、国のイメージや知名度を高めている。日本の飲食物、ファッションといった分野もまた、伝統とイノベーションの組み合わせで、かなり強い競争力を形成している。

知的財産権の日本の経済、貿易面での実践と成功が、日本における知的財産権の立法活動を推進している。一方で、日本は立法により知的財産権の成立を促進し、知的財産権の保護に力を入れ、知的財産の普及を推進してきた。また一方で、日本は法規の改正を通して、知的財産権に関する日本のやり方が国際的な流れや慣例にマッチするよう調整し、その知的財産が国際的な経済的往来の中で最大限効果を発揮するようにはかってきた。

2. 中国の知財立法の経済面、貿易面の背景

中華人民共和国の成立初期には、国内経済の発展形式は相対的に閉鎖的であり、競争に乏しい市場環境の下で、知的財産権の発展を促す動力は不足していた。その後、改革開放経済になり、市場が拡大し、輸出製品が増え、競争が激しくなると、中国では知的財産権面でのスタートが遅れたことによるマイナスの影響が経済、貿易面で際立って明らかになってきた。企業は自社開発の知的財産権を持つ外国企業との競争でしばしば受身の立場

に置かれ、輸出した製品もしばしば知的財産権を侵害しているとの訴えを受けることとなったのである。こうした問題が中国の経済、貿易の発展にとって重大な障碍であることは間違いない。

1989年に米中間で知的財産権をめぐる話し合いが行われて以降、中国は次第に知的財産権の経済、貿易における地位と役割を重視するようになり、企業の各面における知的財産権所有水準の向上に力を入れるとともに、知的財産権の立法を通して知的財産権をめぐる規則が国際貿易の基準にマッチするようはかるようになった。中国はWTOのメンバーとなってから、更に、整った知的財産権の法律法規ならびに国際条約を通して、国際的な経済、貿易活動を規範化し、本国の経済的利益を保護するようになっている。中国はWTO加盟後、相応の知的財産権法を制定し、すでに国際的な関係の規則との一致を実現している。

(三) 知財立法の国家戦略の基礎

1. 日本の知的財産戦略

(1) 日本における知的財産戦略の成立と進展

1990年代に入ると、日本はハイテク分野における競争力で欧米に遅れるようになり、一方の伝統的な工業や労働力集約型製品の面では、発展途上国や地域の競争による圧力に直面することとなった。こうした背景の下、日本は「知的財産立国」の国策を打ち出した。

踏み込んだ調査研究と十分な論証を基礎に、2002年7月3日、日本政府の知的財産戦略会議は『知的財産戦略大綱』を発表し、「知的財産立国」を国家戦略としてはっきりと打ち出した。同年11月27日には、政府が制定した『知的財産基本法』（計4章33条、2003年3月1日発効）が国会で採択され、「知的財産立国」に法的な後ろ盾ができた。日本の知的財産戦略は、創造、活用、保護の3つの戦略と人才の基礎、実施体制等の面から、市場競争の制高点を制することを打ち出している。同年、日本では内閣に「知的財産戦略本部」が置かれ、首相が本部長となるとともに、「知的財産戦略推進事務局」が設けられた。毎年一回、ここから「知的財産推進計画」が発表され、国の主管部門、教育・研究機関、各種企業の任務、目標が定められている。¹ 2005年にはまた、「知的財産高等裁判所」が成立し、知的財産権をめぐる民事、行政の上訴事件の審理をまとめて取り扱うようになって、手続が簡略化され、裁判の資源配置が改善されて、知的財産権がより効果的に保護されるようになった。²

(2) 日本知的財産戦略の立法に対する影響。

現在、日本の知的財産権をめぐる法律制度は、『知的財産基本法』を基礎として、『特許法』、『実用新案法』、『意匠法』、『商標法』、『集積回路配置設計法』、『不正競争防止法』、『著作権法』、『著作権等管理事業法』、『主要農作物種子法』、『種苗法』、『大学等技術移転促進法』等がこれを補う形で、日本の知的財産権の法律制度の基本的枠組みを形成している。(日本で知財の法制度の枠組みとして言われているのは、特許、実用新案、意匠、商標、不正競争防止法、著作権法、種苗法、集積回路配置設計法の8つです。)

知的財産立国戦略の下、日本の知財立法には以下の特徴が見られる。¹ 知財立法が時代の変化に対応している。新しい時代に生起する新しい問題に対し、日本の国会は適時に対応し、関連の法律を制定または改正して、規定を整備している。たとえば、『著作権法』の公衆送信に対する規定の制定、ラジオ、テレビの同時再送信に対する規定、『不正競争防止法』のドメイン名に関する規定に、この特徴が現れている。² 知財立法が謹厳で、かつ詳細で具体的であって、法の執行上都合がよく、法の執行の統一性が保ちやすい。たとえば、『著作権法』の視聴覚障害者に対する「録音図書のオンライン送信」に関する規定、機器のメンテナンスおよび修理に必要なバックアップのための複製に関する規定はいずれも、著作権についての極めて細かい規定であるが、しばしば生じる問題でもある。³ 知財立法が人に優しく、柔軟性を失ったものではない。たとえば、最初に制定された『著作権法』では、全ての作品について貸与権が与えられていた。しかし、当時書籍、雑誌のレンタルを取り扱う貸本店は規模が非常に小さかったため、こうした小規模店の経営と存続のため、日本政府は1984年の臨時政令で、書籍、雑誌の貸与権を取り消す決定を行った。しかしその後、大規模経営のレンタル書店が次々と誕生すると、出版文化の衰退を防止するため、日本政府は2004年に『著作権法』を改正するに当たり、1984年の臨時政令を廃止して、著作者に再び書籍、雑誌の貸与権を付与した。⁴ 知財立法と国際条約の規定が一致している。日本は、その立法と国際条約の規定との一致性を非常に重視しており、国内の法律が国際条約と矛盾している場合、裁判所も判例を運用してできるかぎり国際条約と一致するよう調整を行う。⁵ 知的財産権をめぐる法律が頻繁に改正される。情報社会によって知的財産権に次々ともたらされる変化に対応して、日本は、その知的財産権をめぐる法律を次々と改正している。

2. 中国の知的財産戦略

世界経済が知識経済と経済のグローバル化の時代に入ったことで、知的財産権は各国の経済発展に対してますます大きな影響と作用を及ぼすようになってきた。一部先進国の経験と方法を調査、研究するとともに、実際の国情や自身の発展上のニーズを考慮し、数年にわたる起草と修正を経て、中国は2008年6月5日に、制定を終えた『国家知的財産戦略綱要』¹を公布、施行した。これは、中国の知的財産権をめぐる業務が新たな段階に踏み入れたことを物語る出来事である。

『綱要』は、知財立法を基本的な戦略の重点と位置づけ、知的財産権をめぐる法律法規を更に整備し、適時に知的財産権の特別法や関連の法規を修正するとともに、特許、商標、版權、特定知的財産権といった様々な分野について、立法活動を行い制度を構築していかねばならないことを明確に示している。この点からも明らかな通り、立法業務は、知的財産戦略全体の中で、基礎的な、核心となる役割を果たすものであり、知的財産権の創造と活用、知的財産権の行政管理、知的財産権の司法保護、知的財産権の文化育成といった関連の業務を保障する上で重要な役割を担うものである。『綱要』の内容によると、中国の知財立法業務は今後、新しい環境の下で、一方で法律法規の国際的な状況との一致性を保ち、また一方では、自国の発展のニーズに基づき、合理的で有効な制度をつくり、法律の操作性を高めていくことになる。

『綱要』が2008年に公布されてから現在まですでに1年あまりが経つが、知財立法の面では一定の成果が上がっている。中でも最も注目されるのは、間違いなく、各地方や関連の業界、企業、地域が、実情にぴったり合った知的財産戦略を相次いで制定し、¹ また知的財産権モデル都市が構築されていることであり、國務院法制事務室、国家知的財産権局が特許法に対する三回目の改正を終えたことである。² このほか、『特許法实施条例』について現在改正が急がれているところであり、録音製品、医薬保健、生物遺伝といった分野でも、新たな知的財産の立法業務が繰り広げられている。

二、日中の知的財産権の基本的法律制度

(一) 著作権制度

1. 日本の著作権制度

日本の現行の著作権法は1970年に公布されたもので、1987年に正式な改正が行われている。当該法は計7章124条からなり、主に、総則、著作権の取得、保護対象と保護期限、著作者の権利、出版

権、著作隣接権、紛争の処理、権利侵害および罰則等の内容が含まれる。公布実施から現在までに、この著作権法はたびたび改正されてきたが、それは主に、時代遅れになり、合理的でなくなった条文を修正して、自国の法律規定を国際的な慣例と一致させるための修正であった。

日本の著作権法の内容：(1) 著作権の保護対象には、一般の文学、芸術、科学作品のほか、データベース等のプログラム作品も含まれる。(2) 著作権の原初的所有人は著作者本人でなければならない。但し、著作者が被雇用者であり、その創作が雇主の名義で発表された職業著作である場合、著作権は雇主に帰す。(3) 著作者の発表権、署名権、著作の完全性の保護権といった精神的な権利は保護されるが、著作者の著作回収権は保護されない。同時にまた、著作者の精神的権利は個人にのみ属するもので、譲渡はできないことが定められている。(4) 出版権の内容と出版者が享受する権利と義務について明文の規定がある。(5) 著作隣接権が定められ、それには実演者の権利、レコード製作者の権利、放送事業者の権利、有線放送事業者の権利が含まれている。隣接権の行使は著作者の著作権に影響を与えるものであってはならない。(6) 他者の著作権、隣接権を侵害する行為に対しては民事訴訟を提起することもできるし、刑事訴訟を提起することもできる。このうち、刑事制裁には懲役刑または罰金が含まれる。¹

日本の著作権法は、法律の操作性を重視している。日本の著作権法は、一方で著作権者の権利について詳細に規定し、その一方で、権利侵害行為の類型を列挙しているが、これは実践において、権利侵害行為を認定する際に助けとなる。このほか、著作権の立法では一貫して、関連の救済措置規定の整備に力が入れられてきた。たとえば、2003年の著作権法は、著作権が侵害を受けた場合に、権利者の立証責任をできる限り軽減しようという考え方に立ち、次の2点について修正を行っている。(1)「積極否認の特則」の導入。訴えられた側は、訴訟の過程において、権利者の権利の主張を否認するときには、自己の行為の具体的態様を明らかにしなければならない。損害額の立証責任を軽減するため、「譲渡数量」に基づき損害額の計算制度を導入。² (2) 権利者に自己の著作を販売する能力がある場合、「侵害者の譲渡数量」に「正規品の単位数量あたりの利益額」を乗じる方法で、損害額を計算する。ネット同士の権利侵

害においては、ダウンロードの回数が「譲渡数量」となる。³

行政機関の面で、日本は、文部科学省文化庁が、日本全国の著作権及びその隣接権の管理を担当している。⁴ 日本の著作権局（文化庁）は、主に版權面の事項と手続の問題を担当しており、版權政策上で確定された戦略の重点を全面的に執行する。それはたとえば、版權面の法律法規の調整、地方版權執行機関の配置、版權に関する国際的事務の取り扱い、知的財産権面における教育の強化などである。⁵

2. 中国の著作権制度

1991年6月の『著作権法』実施を境に、1990年代から、中国は次第に著作権をめぐる法律制度を構築してきた。2001年10月、中国は著作権法の改正を行ったが、その内容は次のようなものであった。(1) 内国民待遇原則の適用問題、(2) 保護対象の増加と表現方法の調整、(3) 著作権の集団管理制度の設置とその法的地位の明確化、(4) 著作権者の財産権の更なる詳細化、(5) 著作権の権利制限の修正（合理的使用と法定の許可）、(6) 隣接権制度の整備、(7) 著作権の譲渡についての明確化、(8) 法的責任と法執行措置の追加。たとえば、「訴前禁止命令」制度、(9) ネット著作権の保護方式の確立。

『民法通則』と『著作権法』を基礎として、中国は近年、関連の立法作業を通して、著作権をめぐる法律制度を更に整えつつある。行政保護と管理の面では、『知的財産権税関保護条例』（1995年10月）、『著作権法实施条例』（2002年9月）があり、新しい版權形式の保護の面では、『コンピュータソフトウェア保護条例』（2002年1月）、『情報ネットワーク送信権保護条例』（2006年7月）があり、著作権の刑法保護面では、刑法典の特別規定のほかに、『違法出版物をめぐる刑事事件の審理における法律応用に関する若干の問題の解釈』（1998年12月）が公布されている。著作権に関する法律法規の規定に基づき、中国では現在、国の版權管理部門、国の工商行政管理部門、国の図書館声画像管理部門、税関等を中心とする行政管理・法執行体系が構築されている。

このほか、中国は、『ベルヌ条約』（1992年10月調印）、『万国著作権条約』（1992年10月調印）、『録音製品製作者を保護し、許可なしにその録音製品を複製することを禁止するジュネーブ条約』（1993年4月調印）といった著作権の国際条約に加わることで、本国の著作権に対する保護が国際的な水準と一致するよう図っている。

(二) 産業財産権制度

1. 日本の産業財産権制度

日本の特許制度では、発明特許、実用新案、意匠についてそれぞれ単独に立法する形式が採られている。「特許」という概念は発明に限られるもので、実用新案と意匠はいずれも別の法的ルートで保護される。発明、実用新案、意匠の「三法」分立体系であり、実用新案法と意匠法では、特許法と共通の部分については、特許法を引用する方法が採られている。

日本の発明特許制度は基本的に中国の制度と同じであり、日本の『特許法』に基づき、先願主義、出願公開制度(18ヶ月公開)、実審請求制度が行われている。発明特許の保護期限は出願から20年である。¹ 1994年まで、日本では実用新案について実審制がとられていたが、94年以降は登録制が行われている。日本の『実用新案法』には、登録された実用新案について、誰もが特許庁に実用新案技術評価書の提供を求めることができること(つまり検索報告)、実用新案の保護期間は出願日から6年であることが定められている。2005年4月1日以降は、出願日から10年になっている。

日本は意匠については実審制を採用しており、出願者は事前審査を求めることができ、付与の3年後に公開される。日本における意匠の保護期間は設定登録から20年である(過去には15年で今は法律が改正された)。1998年から2007年まで、日本では、年間の意匠出願量と付与量がいずれも3万余件以上に上っている。² 商標法の面で、日本は近年、国際条約に見合うよう、商標登録手続を簡略化し、商標登録のプロセスをスピーディなものとするとともに、著名な商標の保護に力を入れ、立体商標の保護を実施して、本国の経済発展のニーズに対応し、商標の法律の国際化に対応しようとしている。日本では、『商標法』につき繰り返し改正が行われてきた。1991年、日本は商標法を改正し、サービスの商標登録制度を追加した。1996年には、再度、商標法の改正が行われ、商標と商標をめぐる国際条約との関係の調整が図られ、「著名商標」と「周知商標」に対する特殊保護が定められ、立体商標の保護制度が導入された。¹ 2003年3月から2005年3月までの間に、日本は『税関関税法』を3回にわたり改正を行った。この際、輸入製品に著名なマークと混同される製品を入れること等が禁止された。² 2005年6月、日本の特許庁は商標法を改正し、地名に商標名を加えたものを保護し、地域の特色を具えた著名なブランドに対する保護を拡大した。³ 日本では、団体商標の登録

件数が非常に少ない。むずかしい上に時間がかかり、文字と図形の組み合わせの保護範囲も小さい。法律の改正により、「地域の名称」+「商品の普通名称」の商標登録が、従来と比較して容易になった。新しい『商標法』における地域の団体の商標制度に関する規定では、「地域ドメイン名称」+「商品の普通名称」の商標は一定の範囲で周知されている場合であれば、事業協同組織等が地域団体の商標として登録することが認められるようになった。その目的は、消費者の製品に対する信用を保障し、そうした業界の経営者の競争力を高め、地方経済を発展させることにある。⁴

2. 中国の産業財産権制度

中国の産業財産権に関する立法は主に、『特許法』、『商標法』、『著名商標認定・保護規定』、『反不正競争法』等である。

特許立法の面を見ると、中国の『特許法』は1985年4月1日に公布されて実施され、その後、1992年、2000年、2008年の3度にわたり改正された。国内外の発展に対応し、既存の特許制度が抱える問題を解決するため、『中華人民共和国特許法実施細則改正案』(審査稿)が現在、すでに国務院に提出されて審議されている。三回目の『特許法』の改正内容は主に、○特許の平行輸入を許可する、○権利侵害の賠償についての法律規定を追加する、○訴前証拠保全の規定を補足する、○強制許可制度を整える、○悪意の停止、悪意の訴訟に対する規定を補足するというものである。この他、特許制度と関係する立法には、特許法規や司法解釈がある。たとえば、『特許協力条約実施方法』(2007年改正)、『特許代理条例』(1991年)、『特許代理管理方法』(2003年)、『特許代理懲戒規則』(2001年)、『企業特許業務管理方法(試行)』(2001年)、『特許協力条約実施細則』(2007)等がある。

商標制度の面を見ると、中国の『商標法』は1982年に始まり、1993年と2001年にそれぞれ改正されている。新しい『商標法』は2002年9月15日に実施に移されたものである。2007年4月初め、商務部から出された『2007年中国知的財産権保護行動計画』には、関連部門が現在、『商標法』の改正案について論証中であることが明確に示されていた。2007年2月1日、国家工商総局は、地理的表示製品表示(PSPGI)を発表し、『地理的表示製品表示管理方法』の通告を出した。これは、地理的表示が政府側の表示であって、相応に保護されることを物語る。国家工商総局は、『商標法』及びその『実施細則』に基づき、許可を得ずに勝

手に地理的表示または類似した表示を使用した企業や個人を調査し、処分を行うことになる。現在、中国の主な商標の法律法規は、『商標法』のほか、『商標審査規則』（2005年改正）、『マドリッド商標国際登録実施方法』（2003年）、『集団商標、証明商標の登録と管理の方法』（2003年）等がある。

日中両国はいずれも大陸法国家である上、同じく『パリ条約』とWTOのメンバーであって、両国の産業財産権の保護に関する法律法規はいずれも、『パリ条約』ならびにTRIPS協定の要求に則ったものであり、類似の点を多く持つ。ただ、具体的な規定の面では、両国に違いも存在する。

特許制度の面で、中国は、商業方法の特許性を認めないが、日本はこれを保護している。中国は、職務発明の出願権は勤務先にあると定めているが、日本ではその権利は発明者にあると規定している。日本では、ある実用新案出願の日から3年以内に、自らが持つ、すでに付与された実用新案に基づき、発明特許の出願を行うことが許されているが、中国では許されていない。以上のような違いがある。

商標の法律制度の面を見ると、日本は商標の譲渡について比較的緩やかな規定を行っており、出願中の商標出願は譲渡することができるし、紛争中の登録商標も譲渡できる。日本の商標法はまた、一件の登録商標を分割して譲渡することも許している。¹ 一方、中国の商標法は、商標の譲渡には比較的厳しく規定しており、主管機関に申請しなければならないほか、被譲渡者が当該の商標製品の品質を保証することが求められる。著名な商標の保護の面では、日本では未登録の著名な商標についても、種類を超えて保護を行うが、中国では、すでに登録された著名商標についてのみ種類を超えて保護を行う。また、日本は整った防御商標の制度を構築しているが、中国では関連の立法の中でこれはまだ実現していない。²

（三）反不正競争制度

1. 日本の反不正競争制度

日本では、不正競争防止の法律制度は1934年に構築された。それを象徴するのが、1934年3月27日に日本の国会で採択された、『不正競争防止法』である。この法律は、7回にわたり、大規模に改正され、整備されてきた。この法律の制定と改正は主に、『工業所有権の保護に関するパリ条約』や『標章の国際登録に関するマドリッド協定議定書』といった国際条約の関連規定に適応するため、また、知的財産権の保護をめぐって次々と起こる貿易摩擦の問題を解決するため、更に、世

界各国が知的財産権分野に対する法律の保護を強化し、国際的な経済、貿易関係も発展、変化を続ける、という客観的な情勢に対応するために必要となり、実施されてきたものである。

立法の形式を見ると、日本は主に、『不正競争防止法』と『私的独占の禁止および公正取引の確保に関する法律』（『独占禁止法』）及び一連の関連の法律法規が共同で成り立つ形を採っている。こうした立法形式は、立法の目的が明確で、立法の内容的区分がはっきりとしている。一方の独占禁止法は、市場に独占構造が形成されるのを防止する、または独占行為の存在を防止することで、市場の正常な競争状態を維持することをその目的としており、不正競争防止法は、企業が不正な手段で競争を行うことを防止することで、損害を被る競争者や消費者を保護することをその目的としている。別々の立法は、立法技術の細やかさを示すもので、スピーディな操作と執行に有利に働く。

日本の不正競争防止法には具体的に、立法の目的、不正競争行為の類型、救済措置、法的責任、適用の例外等が含まれる。この法律は、不正な競争行為について定義は行わず、列挙する形で、12種類の異なるタイプの不正競争行為を規制している。¹ この法律は、侵害を受けた者が権利侵害停止請求権、損害賠償請求権、侵害物廃棄請求権を持つほか、信用保証のために必要な措置を採るよう侵害者に求めることができる旨定められている。これは、日本の救済手段における特別優れた点である。除外状況の面では、日本の不正競争防止法は第11条で比較的広範な規定を行っており、不正競争に関する全ての規定にほぼ及んでいる上、比較的具体的で整った規定となっている。そこには、「普遍的名称等」を使用する行為、自己の氏名を合理的に使用する行為、他者の商品の形態を模倣した商品を善意に取得する行為、他者の営業秘密を善意に取得する行為の抗弁理由が含まれている。²

2. 中国の反不正競争制度

中国では、不正競争防止の立法業務は1980年にスタートした。1980年10月17日、国務院が『社会主義競争の展開と保護に関する暫定規定』を公布してこれを実施したが、これが中国で初めて、比較的全面的に競争行為について規定した行政法規と考えられている。その後、中国では、不正競争や独占を禁止する内容を含むいくつかの行政法規が相次いで公布された。1993年9月に公布された『反不正競争法』は、中国に不正競争防止の法律制度が正式に誕生したことを象徴する法律

であった。この法律は、国の市場経済活動への積極的関与による産物である。そのため、この法律は経済法の範疇に含まれることもあって、「経済的憲法」と考えられ、市場競争の秩序を守る「不審法」であると考えられている。

2008年まで、中国は反不正競争法単一の立法形式を採用していた。反不正競争法を中心として、広告法、価格法、消費者権益保護法といった部門法を組み合わせ、不正競争行為を規制していたのである。独占行為に関する法律法規はばらばらで、不完全なものであったし、実施の効果から見ると、既存の法律法規は原則性が強すぎ、一方で操作性に劣り、独占行為に対する具体的な定義に欠け、市場経済における典型的な独占行為を効果的に規定することはできなかった。中国の市場に経済的な独占や競争行為を制限する行為が増え続けるとともに、こうした法律、法規では現実の要求を満たすことがむずかしくなった。そして2008年8月1日、中国で『反独占法』がスタートし、上述の状況の改善と、公正な競争の秩序と公共の利益の擁護が目指されることとなった。この法律が実施に移されて1年が経つが、積極的な成果があがっている。しかし、知的財産権の独占行為の規範化の面ではなお効果が発揮できていない。

不正競争防止法の具体的な内容面で、中国と日本にはある程度類似点が見られる。たとえば、立法の趣旨、不正競争行為の種類、例外の規定等である。市場経済の条件の下では、経済的現象や問題は類似したものであり、それを対象として生じる関連の法律規定もまた類似しているということである。社会制度、政治制度が異なり、経済発展の程度が違って、その類似した態勢にはあまり大きな影響はないようだ。

ただ、日本と中国は国情も異なり、市場経済の発展の程度も異なるため、両国の不正競争防止法には多くの相違点もまた存在する。それはたとえば以下の点である。(1) 不正競争防止の区分の面。中国の反不正競争法は、不正競争行為を定義するに当たり、概括と列挙を組み合わせた方法を採用している。つまり、「不正競争」について一般的に規定すると同時に、不正競争行為の具体的な現われを列挙している。これに対して、日本は列挙の方式のみを採用している。(2) 適用の例外の面。日本の不正競争防止法は、適用除外規定が非常に詳細である。これに対して、中国法は、関連の規定の適用範囲が大変狭い上、適用の対象もまた非常に限られたものとなっている。(3) 不正競争行為に対する措置の面。日本は不正競争行為に対し

て民事救済を中心とし、刑事制裁を補助とする原則を採っている。これに対して中国は、不正競争行為に対して行政処罰を中心とし、相応の民事救済を補助とする原則を採用している。これは、反不正競争法を経済法の範疇に組み入れ、政府の市場競争活動に対する積極的な関与と、不正競争行為に対する行政の法的措置の規制を強調していることと関係がある。

(四) その他の知的財産権制度

1. コンピュータソフトウェア、回路配置設計の保護制度

(1) コンピュータソフトウェアの保護制度。

1985年、日本では『著作権法』に対する改正が行われ、コンピュータソフトウェアに対する保護が明確にされた。著作権法第2条第1項第8号の規定では、創造性を有するコンピュータソフトウェアは著作権法における著作となる。同時に、日本は条件に適合するコンピュータソフトウェアまたはプログラムが、方法特許または装置特許の形式で特許権を取得することを許し、且つ関連の審査基準も公布している。

中国は現在、コンピュータソフトウェアに対する保護では、主に著作権法の保護形式を採用し、コンピュータソフトウェアを著作権法上の「著作」とみなしている。そして、『著作権法』で、ソフトウェアを著作権の保護対象として定めているほか、国務院が2001年12月20日に新たに改正された『コンピュータソフトウェア保護条例』を公布している。この新しい『条例』は、コンピュータソフトウェアについて定義を行い、ソフトウェアの開発者と著作権者を定め、コンピュータソフトウェア著作権者が享受する各種権利を列挙するとともに、ソフトウェアの保護期限、権利侵害行為、相応の法的責任等について規定している。著作権保護のほか、中国は、一部のコンピュータソフトウェアに対して特許保護を行っている。中国国家特許局が1993年に公布した『特許審査指南』には、コンピュータプログラムを含む発明特許出願のテーマが技術的效果を生むことができ、完全なる技術案を構成することができるのであれば、その特許出願がコンピュータプログラムを含むからといって特許権を付与されないことはない、と規定されている。

(2) 集積回路配置設計の保護制度。

現在、集積回路技術は生産や生活に広く応用されており、その重要性は言を待たない。そして、世界各国がいずれもこれを知的財産権の重要な保護対象としている。集積回路配置設計は技術性を

具えた著作であって、その価値は、工業における実用性にある。その点、著作権法が形式のみを保護して内容を保護しないのとは異なる。一方、集積回路配置設計は一定のイノベーションが要求されるものの、その程度は特許法の要求には届かない。つまり、集積回路配置設計は、著作権と産業財産権の客体の二重の属性を兼ね備えながら、この2つのいずれとも同一ではない。そこで、世界各国でも、TRIPS協定でも、集積回路配置設計について特別法による保護を行っている。

日本は、世界で第二に、集積回路配置設計の特別法を公布し、実施に移した国であり、『半導体集積回路の回路配置に関する法律』が1986年1月に実施に移されている。この法律は主に保護の対象、権利者の権利内容、保護期限、職務上の回路配置の創作、権利制限、権利救済方式等を含む。このうち、権利内容には、当該の回路配置を利用して半導体集積回路を製造すること、当該の回路配置を利用して製造した半導体集積回路（その集積回路により構成された物品を含む）を譲渡貸与する、または譲渡貸与のために展示する、または輸入すること等が含まれる。この法律が規定する権利保護期間は10年であり、登録確認の日から計算される。

2001年4月2日、中国国務院は、『集積回路配置設計保護条例』を公布し、2001年10月1日よりこれを施行した。これは、中国ではじめての、集積回路配置設計の保護に関する行政法規である。この条例は国外の立法の経験を参考として、比較的整った集積回路配置設計の保護の枠組みを構築するものであった。その後、相次いで、『集積回路配置設計保護条例実施細則』（2001年10月）、『集積回路配置設計行政執法方法』（2001年11月）が打ち出された。現在、中国ではすでに、TRIPS協定の要求に適合する集積回路配置設計保護のための法律体系が基本的にできあがっており、集積回路配置設計の保護のための比較的整った制度的後ろ盾が構築されている。

2. ドメイン名の保護制度

日本は1997年12月1日に、『ドメイン名登録等に関する規則』を公布した。この規則は何度も改正され、最新の規則は1999年4月1日から実施されているものである。日本では、申請順の原則と単一ドメイン名制が採用されている。つまり、同じサードレベルのドメイン名を同一の汎用のセカンドレベルのドメイン名で登録申請する場合、申請提出の時間的順番に基づいて処理が行われる。また、1つの機構はドメイン名を1つしか登録できない。

この制度によりドメイン名をめぐる紛争が避けられている。¹ この規則はまた、公共秩序保留原則や登録を行わないその他の状況についても規定している。行政機関の責任については、登録機関、その職員、被雇用者及びその他の関係者が、ドメイン名登録の記載とドメイン名サーバの運営について、誰に対しても責任を負うことはないことが規定され、また、ミスにより登録者、申請者またはその他の者に損害を与えた場合、登録機構は実際に生じた直接的損失についてのみ責任を負い、その賠償額は登録費用を超えないことも規定されている。この他、2008年に、ドメイン名の管理を担当している日本ネットワーク情報センターは、ドメイン名の紛争処理権を工業所有権仲裁センターに行使させることとなった。

中国のドメイン名保護面で比較的重要な立法は、2004年に改正された『中国インターネットドメイン名管理方法』と2006年に改正された『中国インターネット情報センタードメイン名紛争解決方法』である。前者は主に、ドメイン名の登録と管理面の問題を規範化するものである。たとえば、ドメイン名管理機構の権利と義務、ドメイン名の登録、ドメイン名の使用等が含まれる。後者の立法の目的は、ドメイン名をめぐる紛争の解決のメカニズムを構築し、紛争解決における公平さ、合理性、有効性を高めることである。主に、ドメイン名紛争書類の提出、ドメイン名をめぐる紛争の申し立てと回答、専門家班の構成とその行為等が含まれる。

3. 植物新品種の保護制度

植物品種の保護もまた、農業分野におけるTRIPS協定の重要な構成部分であり、植物新品種の保護は発展途上国の農業経済及び貿易の発展の面で、重要な意味を持っている。日本は先進国として、植物品種保護の面において、体系的な1式の方法を具備している。日本では、植物品種保護と植物育種促進の政策が、1978年に公布された『種苗法』によってすでに実施に移されている。日本は植物新品種保護国際同盟（UPOV）のメンバーである。1982年以来、日本政府はたびたび『種苗法』を改正し、『種苗法』とUPOV法案との一致を図ってきた。² その主な制度には、申請先着者の優先制度、新品種審査制度、申請公示制度、新品種権延長制度、新品種権例外制度等が含まれる。21世紀に入って以来、日本では、「知的財産立国戦略」の実施とともに、農林水産省生産局が、「戦略推進計画」の要求に基づいて、植物新品種保護制度につき一連の改革を行ってきた。その核心となる間

題は審査時間の短縮と保護措施の強化であった。

現在、中国が制定している、植物新品種保護の法律、法規は主に、『植物新品種保護局条例』（1997年4月）、『植物新品種保護条例実施細則』（1999年4月）、『種子法』（2000年7月）及び関連の司法解釈であり、すでに基本的に比較的全面的な法律体系ができあがっている。しかし実践の過程には、植物新品種に対する保護において保護範囲が広くない、保護の強度が不足している、審査方式が複雑であるといった問題が存在し、日本等先進国の経験を参考として整備していく必要がある。

4. 関連の科学技術促進制度

科学技術イノベーション制度は、かなり膨大な法律制度であり、基本的な知的財産権制度のほか、科学技術イノベーション奨励制度、科学技術資金投入制度、科学技術成果応用制度、科学技術成果保護制度、人才育成制度、環境保護制度等が含まれる。

日本はもともと科学技術イノベーションの制度構築を非常に重視しており、科学技術イノベーションの関連分野において、大量の立法業務を行ってきた。科学技術研究開発の促進面には、租税減免の『所得税法』、イノベーションのリスクを抑える『政府調達法』等がある。また、イノベーション資金の供給面には、中小企業に科学技術貸与を行う『中小企業金融公庫法』¹、ベンチャーキャピタルを規定する『中小企業投資法』等がある。また、科学技術成果の応用促進の面で比較的代表的なのは、『大学等技術移転促進法』、すなわち『TLO』法である。このほか、ハイテク分野の立法には、『原子力基本法』があり、環境分野の立法には、『グリーン購入法』等がある。現在、日本は200以上の科学技術イノベーション立法を持っており、² 世界でも、科学技術イノベーション促進制度が最も整った国の1つであることは間違いない。

中国でも、科学技術イノベーション促進制度は、1990年代以来、比較的急速に発展を遂げてきた。特に、21世紀に入ってから、創造型国家戦略に導かれ、各種法律制度が次第に整い、すでに、『憲法』、『特許法』、『商標法』、『科学技術進歩法』、『科学技術成果転化法』、『中小企業促進法』等の法律を中心とした、比較的整った科学技術イノベーション保護の法律体系ができあがっている。しかし、中国の科学技術イノベーション立法にはなお、更に整備の必要な面が多々ある。たとえば、ハイテク分野やベンチャーキャピタル面における立法は不足しており、法律の操作性も高くない等、問

題がある。立法は制度全体の基礎であって、立法を整備し続けてはじめて、科学技術イノベーション制度は前向きに発展することが可能であり、中国社会の科学技術イノベーション活動もまた、秩序正しく、活力を持って行われていくのである。

三、日中の知財立法の今後の方向とそれが経済貿易の発展に与える影響

（一）知財立法の今後の方向

知識経済の時代にあって、科学技術イノベーションは社会の進歩を促す主導的な要素となっている。社会的な富の中でも、科学技術の成果は日増しに増え、知識と技術が知識経済の主導的な力となっている。国の競争は次第に技術イノベーションの競争へと変り、知的財産権立国が世界各国の主な発展戦略になりつつある。そして、知財立法は、間違いなく知的財産戦略の重要な構成部分であり、かつ、かなりの程度において、戦略実施の秩序、安定性、有効性を決定付けている。このため、世界経済が発展するとともに、各国はいずれも、いかにして本国の知財立法を整備して、新しい情勢と新しい問題に対応していくかという新たな課題に直面している。

現在、国際的な知的財産権をめぐる理論と立法の実践を見ると、知的財産権をめぐる法律制度には次のような傾向が見られる。

1. 知的財産権をめぐる法律制度と科学技術イノベーション政策の有機結合

（1）知財立法と科学技術産業化政策。科学技術の成果は、生産力に転化しないかぎり、理論上の成果にすぎず、国の発展や企業の経済的利益向上にとってあまり意味はない。1989年、中国国务院は、『現在の産業政策の要点についての決定』を公布し、1999年8月には、中共中央と国务院が更に、『技術イノベーションを強化し、ハイテクを発展させ、産業化を実現するための決定』を公布して、科学技術の産業化を、経済発展のための国策の1つとした。『国家知的財産戦略綱要』において、中国は、知的財産の転化と運用の促進を、新しい段階における基本的戦略任務と位置づけた。知財立法の面で、中国には、『科学技術成果転化法』がある。一方、日本は、科学技術イノベーションの成果の産業化水準においては、疑いなく世界のトップクラスにいる。日本は、『大学等技術移転促進法』などの立法により知的財産の産業化を規定するばかりでなく、企業の知的財産技術の運用、科学研究機関の技術譲渡

の問題について、詳細に知的財産戦略大綱¹に盛り込んでおり、それを整った財政、租税等の政策手段と組み合わせて実施している。

(2) 技術イノベーションに対する法的保障と租税面の優遇政策。技術的進歩の奨励、ハイテク企業への租税面での優遇、特許の保護、自主的輸出経営権、国外研修や視察の便宜といった面の一連の政策、法律、法規による、科学技術イノベーションや先進的技術の実際の運用の促進。中国における、科学技術イノベーションに関する奨励政策は主に、『科学技術進歩法』に定められており、その他の関連の立法は比較的少なく、政策に対する依存度が大変高い。一方、日本は関連の立法が非常に整っており、科学技術法、財・税法、銀行法等の法律にいずれも、科学技術イノベーションに対する保障や優遇が規定されている。

(3) 外資の先進的技術を持つ企業を積極的に導入する政策。特定の経済地域でも外資受け入れ、先進的技術の使用、開発研究。中国政府は現在、国内の既存企業の技術イノベーションを奨励すると同時に、外資企業が中国で先進的技術を採用した企業を設立することを奨励している。特に、経済特区、技術開発区、開放された沿海都市、開放された内陸地域を設けて、外資企業の投資を誘致し、開放地区が技術導入のモデルとしての役割を果たし、そこから技術を各地に普及させる役割を果たすよう期待している。

2. 知的財産権の法律による保護範囲の拡大

知識経済社会には、これまでなかった知識製品が数多く生まれ、それが、知的財産権の法律の保護範囲の拡大を促進してきた。

電子商取引の出現は、伝統的なビジネスモデルに衝撃を与えると同時に、伝統的な法律制度にも課題をつきつけることとなった。特許の保護範囲拡大の傾向の下で、電子商取引の概念モデル、運行モデル、ソリューションプランを総合した電子商取引運営方法が特許を得られるかという点が問題として持ち上がった。アメリカの特許商標局はこれに対し、1995年3月29日、『コンピュータ関連の発明審査基準』を打ち出し、関連の方法が特許付与の条件を有していることにつき率先して基本的規定を行った。しかし、実践の過程で電子商取引の運営方法に特許保護を行うことができるのか否か、およびいかにして特許保護を取得するのかについては、更に検討する必要がある。

遺伝子研究や遺伝子の応用もまた同様に一連の

問題を引き起こしている。遺伝子は経済発展に大変大きな影響を与えることから、遺伝子商業化の道は非常に広い。たとえば、遺伝子技術を利用して製薬機関、医療機関に対するコンサルティングを提供したり、遺伝子チップを作って、遺伝子治療を実施したり、遺伝子薬品を製造したり、遺伝子組み換え製品を生み出したり等の方法が存在する。人間の遺伝子の数はある程度限られているが、「遺伝子特許」の付与は合理性を持つのか？ 遺伝子配列の測定図表は営業秘密の性質を具備するのか？ 遺伝子技術の利用により誕生した動物新品種に対して、アメリカは特許による保護を付与している。たとえば、アメリカは「ハーバードマウス」に特許を与えた。しかし中国は現在のところ、動植物の新品種には特許法による保護を行っていない。以上のような現実から明らかなように、知識経済は、伝統的な知的財産権をめぐる法律制度に、保護範囲拡大の前提条件をもたらしめている。

3. 国際的に統一された規則の形成と認可

知的財産権に地域性があることから、各国の知的財産権制度には差異が生じるが、知的財産権の国際条約で明確に規定されている最低要件は、知的財産権をめぐる国際的な統一規則の形成や認可の条件となりうる。各国の主権を認め、知的財産権をめぐる法律制度に差異があることを認めつつ、国際的な統一規則を作り、知的財産権の国際的な保護のための正常な秩序を形成する、というのが現在、世界の知的財産権をめぐる法律制度の新しい特徴の1つである。中国はWTO加盟後、TRIPS協定の要求を満たすべく、知的財産権法を改正し、保護範囲を拡大し、保護期限を延長したが、これもまた、国際的に統一的な規則への対応の現われであった。¹ 日本の知的財産権の発展の歴史を振り返ってみると、日本の知的財産権をめぐる法制の発展は、中国以上に国際的な規則の影響を受けたものとなっている。日本では、知的財産権の法律がたびたび改正されているが、それはいずれも国際市場や先進国のやり方にあわせ、本国の知的財産権の国外における利益を効果的に保護するためであった。

ただ、規則の統一は、知的財産権の地域性の消失を意味するわけではなく、本国の基本的国情が法律の依拠する土壌であることに変わりはない。中国の特許法に対する3回目の改正も、本国の経済、社会の発展状況の認識の上に立って、本国の特許の創造を整え、特許権の保護を強化しようとしたものであって、TRIPS協定等の国際規則との絶対的な一致のみが求められているわけではない。

4. 知的財産権保護の複軌道制と保護の強化

知的財産権の法的保護は、日常的な行政管理や違法行為に対する行政の取締りを排斥するものではない。そのため、知的財産権の法律保護制度には、行政処理メカニズムが含まれるが、「司法が最終的に審理決定する」との司法原則は肯定されるべきものである。中国の特許法に対する2回目の改正¹では、この基本的要求が体现され、行政処理の訴訟の可能性についての規定が追加された。知的財産権は人間の知力の成果を反映するものである上、科学技術性を持つため、産業化された後には巨額の経済的利益が生じうる。そこで、権利侵害行為に対する取締りに力が入られる、というのが知的財産権をめぐる法律制度面での新しい傾向である。行政による取締りと司法による保護の複軌道制は、時代の発展によるニーズに適応している。

(二) 知財立法が両国の経済、貿易の発展に与える影響

10年以上にわたり繰り返し行われた世界的な多国間貿易交渉を経て、とりわけWTO成立以来の努力の結果、世界の関税水準は大幅に引き下げられた。先進国は自国の貿易の利益を守るため、アンチダンピング、反補助金といった伝統的な貿易保護手段に訴えるばかりでなく、現在では、知的財産権保護も貿易保護の主な手段となっている。

科学技術大国である日本にとって、知的財産権による国際市場の占有、国内企業の保護は、有効な市場制御の手段である。中国は日本の最大の貿易相手の1つであるが、² 近年、日本との貿易の過程で知的財産権をめぐる摩擦が次々と発生している。2002年年初には、ホンダ、川崎重工等を含めた日本の二輪車企業の共同代表団が、コピー二輪車の取締りのために中国を訪れ、北京で国家経済貿易委員会、国家品質検査検疫総局、国家工商総局等、コピー製品にかかわる中国の政府部門を訪れ、中国側に対し、中国側同業界による権利侵害を告発する資料を大量に手渡した。³ また、2005年には、日本の日立GSTが中国の南方匯通世華微硬盤科学技術股份有限公司を提訴した事件が注目を集め、裁判所は法に基づき、中国企業に対し、日立GSTに対して2360万ドルの経済損失と10万ドル近い弁護士費用を賠償するよう命じる判決を下した。この巨額の罰金で、匯通世華公司是倒産し、中国のマイクロドライブのメーカーも非常に大きな打撃を受けた。¹

知的財産権をめぐる頻繁な摩擦は、中国の産業発展や経済的利益にマイナスの影響を与えてお

り、日中間の経済、貿易の望ましいインタラクティブな関係、持続可能な発展にもマイナスである。そこで、日中両国は共通の認識が得られるよう、積極的な対話を行ってきた。2008年には、中国の胡錦濤国家主席が日本を訪れ、日本の福田康夫首相と会談したが、その際には、知的財産権保護に関する経験を分かち合うことで、両国の間の相互理解を深め、経済、貿易ならびに科学技術面での協力を促進していくことが表明された。² 2009年6月に東京で行われた日中経済ハイレベル対話では、日中両国が『知的財産権保護をめぐる交流と協力に関する覚書』に調印し、日中知的財産権作業班を設けて、知財立法と法執行の経験の交流を行い、人材の交流と研修、技術援助等の協力を行うことが取り決められた。両国政府のこうしたやりとりと協力は、貿易面での知的財産権をめぐる矛盾を解決する上で積極的な意味を持つ。

日中両国の知財立法が整い、知的財産権をめぐるやり方が国際的に統一されるとともに、両国の経済、貿易活動にも、次第に合理的な法的環境が整いつつある。中国にとっては、自国の知財立法を整備することは、一方で、自国の知的財産権をレベルアップさせ、企業の科学技術面での成果を保護する上で助けとなり、また一方では、自国の製品の国外市場への参入を促進し、知的財産権をめぐる紛争を減らし、知的財産権という貿易障壁の消極的な影響を軽減することにもつながる。このため、TRIPS協定の枠組みの下で、日中両国は、知財立法面で、従来の制度の不合理的な点を次々と改革するとともに、国際的な知的財産権をめぐる条約との一致を図ることで、国際的な経済、貿易を促進していく必要がある。その発展の過程で、両国の立法面での経験は互いに学びあうに値する。

日中両国は、経済、貿易面で長い歴史を持つ。一衣帯水の地理的条件の下、とりわけ両国の経済面での相互補填性ゆえに、両国の経済、貿易および科学技術面での協力は今後更に発展していくものと思われる。知的財産権制度をめぐる相互理解は、両国が関連の分野で協議を進め共通の認識を持つ上で助けとなり、また、両国が有効な措置を講じて経済、貿易活動における知財紛争を減らしていく上でも有利に働く。更に、双方が互恵の立場から、力を合わせて、日中間の知的財産権制度の進歩と経済、貿易の発展に注力することにもつながる。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

中国における商標戦略の制定と実施



PROFILE

李 順徳 (Li Shunde)

中国社会科学院知的財産権センターの副主任、中国社会科学院法学研究所研究員、教授、博士課程学生の指導教員任

1948年4月生まれ。現在、中国知的財産権研究会副理事長、中国知的財産権研究会特許委員会委員、中国世界貿易機関研究会学術顧問、中国科学技術法学会常務理事、国家自然科学基金委員会管理科学部専門家審議組メンバー、中国法学会知的財産権研究会副会長、中国法学会世界貿易機関法研究会副会長、国家知識産権局「知的財産権資産評価促進プロジェクト」特別招待専門家、中国電子図書館プロジェクト建設法律法規指導委員会委員、中国2010年上海世界博覧会知的財産権諮問専門家、国家中薬法制顧問、上海市知的財産権局専門家諮問委員会委員、北京市工商行政管理局理事、北京市重点産業知的財産権連盟専門家、北京市發明特許賞審議委員会委員、北京中関村科技園区主任専門家顧問、江蘇省知的財産権研究センター専門家委員会委員、世界知的所有権機関(WIPO)世界学院遠隔教育課程指導教官、中国知的財産権育成訓練センター遠隔教育課程指導教官、国家工商行政管理总局育成訓練センター兼職教授に就任。1985年に中国初の特許代理人となり、特許代理と知的財産権の研究に従事。これまでに『世界特許制度発展動向の研究』、『中国知的財産保護制度発展と完備』、『WTOと中国の知的財産法律制度の研究』、『WTO加盟後の知的財産保護研究』、『電信およびネットワークの知的財産に関する問題研究』、『中国地理標識保護二体制評価研究』、『第二回WTO交渉に関連する知的財産問題』、『国際社会に関する知的財産保護の政策方向性』、『知的財産保護と濫用防止』などの重点課題を担当、ならびに『国家の知的財産戦略』の多項目にわたる特別テーマ研究に参加。主な著作には『コンピュータソフトウェアと集積回路の知的財産保護』、『知的財産価値評価における法律問題』(合著)、『中華人民共和国著作権法改正閱讀指導』(合著)、『知的財産法の基礎』、『知的財産の概論』、『WTOのTRIPS協議解析』、『知的財産の公共教程』、『知的財産保護と管理実務』、『専門技術者知的財産保護知識テキスト』など。中国特許法、商標法、著作権法、対外貿易法、コンピュータソフトウェア保護条例、集積回路の回路配置設計保護条例、情報ネットワーク伝達権保護条例などの法律、法規の制定と改正作業に参加。

一、中国における知的財産権法律制度中の商標制度

近代中国¹における知的財産権法律制度は改革、開放の産物であり、社会主義市場経済の設立と発展の必然的な結果である。

商標は知的財産権を構成する重要な部分である。商標制度は知的財産権の法律制度を構成する重要な部分である。近代中国における知的財産権の法律制度で最初に登場したのは『商標法』であり、1982年に登場した『商標法』は近代中国における知的財産権の法律制度設立の序幕を開くものとなった。

1978年に国家工商局は同制度を、1979年11月には商標登録制度をそれぞれ復活させた。1963年に公布された『商標管理条例』と『商標管理条例施行細則』に基づき商標登録・管理作業を展開してきたが、改革開放路線を進む中国経済体制の改革の成熟と企業の自主権が拡大するのにもない、この『商標管理条例』と『商標管理条例施行細則』は明らかに経済発展の要求に適応できなくなったため、新たな商標法の制定し商標権を保護することが全体的な傾向となっていった。

1982年8月23日の第五回全国人民代表大会常務委員会第24次会议審議で『中華人民共和國商標法』が通過し、1983年3月1日から施行された。さらに、1983年3月10日に国务院は『商標法実施細則』を公表し、同日付で効力が発生し、近代中国における商標法律制度が正式に確立された。

(一) 近代中国における商標法律制度の構成

1、商標法律の法規および行政法規

(1)『中華人民共和國商標法』(1982年8月23日通

過、1983年3月1日施行、1993年2月22日改正、1993年7月1日施行、2001年10月27日第二次改正、2001年12月1日施行、現在、第三次改正作業中)

(2)『中華人民共和國商標法實施細則』(1983年3月10日公布、施行、1988年1月3日改訂、1993年7月15日第二次改訂、1995年4月23日第三次改訂、2002年8月3日第四次改訂、『商標法實施條例』に改名、2002年9月15日から施行)

(3)『特殊マーク管理条例』(1996年7月13日公表、施行)

(4)『中華人民共和國刑法』(1997年3月14日改訂、1997年10月1日施行)第3章 第7節 知的財産権侵害罪(第213-215、220条)

(5)『オリンピックマーク保護条例』(2002年1月30日通過、2月4日公布、2002年4月1日施行)

(6)『国際博覧会マーク保護条例』(2004年10月13日通過、2004年10月20日公布、2004年12月1日から施行)

(7)『商標審査標準』(1987年3月制定、1994年の改正後に『商標審査準則』に変更、2005年12月の再改訂後に対外公開)

(8)『商標審議規則』(1995年11月2日元国家工商行政管理局第37号令公布、2002年9月17日国家工商行政管理総局令第3号第一次改訂、2005年9月26日国家工商行政管理総局令第20号第二次改訂、2005年10月26日から施行)

(9)『商標審理標準』(2005年12月制定、公布)

(10)『著名商標の認定と保護規定』(2003年4月17日发布、2003年6月1日から施行、1996年8月14日国家工商行政管理局公布した『著名商

標の認定と管理暫定規定』を同時に廃止)

- (11)『著名商標認定作業細則』(2009年4月21日 国家工商行政管理局工商標字〔2009〕81号公表、施行)
- (12)『団体商標と証明商標の登録と管理弁法』(2003年6月1日から施行、1994年12月30日公表の『団体商標と証明商標の登録と管理弁法』を同時に廃止)
- (13)『サービスマーク保護に関する若干問題の意見』(1999年3月30日)

2、司法解釈

- (1)『最高人民法院による人民法院が登録商標権に対し財産保全を実施することに関する解釈』(2000年11月22日 通過、2001年1月2日 公布、2001年1月21日から施行)
- (2)『最高人民法院による商標審理事件に関連する管轄と法律の適用範囲問題に関する解釈』(2001年12月25日 通過、2002年1月9日 公布、2002年1月21日から施行)
- (3)『最高人民法院による登録商標独占権の侵害行為の訴前停止と証拠保全の法律適用問題に関する解釈』(2001年12月25日 通過、2002年1月9日 公布、2002年1月22日から施行)
- (4)『最高人民法院による涉外民事事件の訴訟管轄に関する若干問題の規定』(2001年12月25日 通過、2002年2月25日 公布、2002年3月1日から施行)
- (5)『最高人民法院による商標審理民事紛争事件の法律適用に関する若干問題の解釈』(2002年10月12日、2002年10月12日 公布、2002年10月16日から施行)
- (6)『最高人民検察院、公安部による経済犯罪事件の起訴標準に関する規定』(2001年4月18日 公表、実施)(第61条-第69条)
- (7)『最高人民法院、最高人民検察院による知的財産権侵害刑事事件手続きの具体的な法律応用に関する若干問題の解釈』(2004年11月2日 最高人民法院審判委員会第1331次会議、2004年11月11日最高人民検察院第十回検察委員会第28次会議通過、2004年12月8日 公布、2004年12月22日から施行)
- (8)『最高人民法院、最高人民検察院による知的財産権侵害刑事事件手続きの具体的な法律応用に関する若干問題の解釈(二)』(2007年4月4日 最高人民法院、最高人民検察院通過、2007年4月5日 公布、施行)
- (9)『最高人民法院による登録商標、企業名称と優先権との衝突に関する若干問題に規定』

(2008年2月18日 最高人民法院通過、公布、2008年3月1日から施行)

- (10)『最高人民法院による著名商標保護に関わる民事紛争事件の法律適用に関する若干問題の解釈』(2009年4月22日 最高人民法院が通過、4月23日 公布、2009年5月1日から施行)

3、中国が参加する関連国際公約

中国は『世界知的所有権機関』(1980年6月3日)、『工業所有権の保護に関するパリ条約』(1985年3月19日)、『標章の国際登録に関するマドリッド協定』(1989年10月4日)、『標章の登録のための商品およびサービスの国際分類に関するニース協定』(1994年8月9日)、『標章の国際登録に関するマドリッド協定議定書』(1995年12月1日)、『知的所有権の貿易関連の側面に関する協定』(2001年12月11日)など商標に関する主要な国際組織と条約に相次いで加入しており、中国における商標保護の国際化レベルは日に日に向上している。

4、中国と外国が締結した二国間協議

中国は米国、EU、日本、ロシアなど数多くの国家と知的財産権問題に関する二国間協定を相次いで締結している。

(二) 近代中国における商標法律制度の発展

近代中国における商標法律制度は、すでに約30年におよぶ確立と発展を経ており、基本的に完備されている。

1978年、中華人民共和国工商行政管理総局が作業再開した後、直ちに全国の商標に対し整理・登録を実施し、1979年11月に全国統一の商標登録を回復した。1980年の商標登録申請数はわずか2.6万件で、1982年前の中国が申請承認した商標登録総数は約8万件であった。2007年末までに、商標登録申請総数はすでに569.33万件に達しており、登録商標の累計総数は303.77万件に達した。これは1979年登録商標数の93.5倍であり、その内、外国(地区)における中国の登録商標数は53.80万件に達した。

2000年から2007年までの8年間で、国家工商総局商標局が受理した商標登録申請は約404万件であり、これは1980年から1999年までの20年間の商標登録申請総数の2.5倍である。この8年間で計229.8万件の商標登録申請の審査し、188万件を登録承認した。これは、1999年末以前における中国の登録商標承認の累計総数の1.6倍である。

2008年、中国は計69.8万件の商標登録申請を受理し、75万件の商標登録申請を審査した。商標登録申請の年審査数が初めて同年の申請数を超過した。計40.3万件の登録商標が承認され、2002年か

ら2008年まで、中国の商標申請登録数は7年連続で世界一となった。2008年末までに、中国の登録商標の累計総数は344.1万件に達し、その内、外国企業が中国で登録した商標は60万件に達した。中国で商標登録する国と地域はすでに約130カ国となっており、登録商標は累計約53万件で、約100倍の成長となった。2009年6月30日までに、中国の商標登録申請の累計総数はすでに677万件となっており、有効な登録商標総数は240万件で、すべて世界一を占めている。

中国の改革開放の成熟と投資環境の改善とともに、中国における外国（地区）企業による商標登録申請数も猛烈な勢いで増加した。1982年の申請数はわずか1565件であったが、1992年には8367件に達した。（マドリッド協定を通し提出した保護領域拡大は含まれない）。1989年10月4日、中国が正式に『マドリッド協定』加盟国になった後、マドリッド協定からきたその他加盟国の商標を持つすべての人が保護領域拡大申請手続きを始めた。1990年にはマドリッド協定による中国における商標保護領域拡大申請が2048件となり、1992年には2591件に達した。

2008年、世界はマドリッド協定加盟国に対し378,894件の新たな指定を通知し、（国際登録中の指定あるいは後期指定）、2007年と比べ2.3%増加した。中国は四年連続で最も多く指定された国となり、17,829件が指定され、前年比4.9%増加し、新たに加えられた指定総数の4.7%を占め、2007年に新たに加えられた指定と比べ6.9%多いものとなり、累計はすでに約13万件となった。その次はロシアで、計16,768件（8.5%）、米国（15,715件、7.5%）、スイス（14,907件、2.6%）、EU（14,502件、13.8%）日本（12,748件、3.7%）であった。

2008年、世界の国際商標登録であるマドリッドシステムの申請数は42075件に達し、増加率は5.3%であった。その内、ドイツ、フランスと米国の申請数が上位三位に並び、中国企業が提出した国際登録申請はすでに四年連続でマドリッド協定加盟国第八位を占め、発展途上国の中で一位を占めている。2008年の国際商標申請数で上位を占める企業のうち、中国企業は初めて十位以内に入った。この組織が受理した国際商標登録申請のうち、ドイツが最も多く、6214件の申請を提出し、その総数の14.8%を占めた。その次はフランスで、4218件を提出し、その総数の10%を占めた。米国は第三位で、3684件あり、その総数の8.8%を占めた。欧州共同体商標意匠庁（OHIM）は第四位で、3,600件の国際申請があり、6.8%増加した。スイスは第

五位に入り、2,885件の国際申請があり、8.6%増加した。イタリアは第六位に後退し、2,763件の国際申請があり、3.7%増加した。中国は1585件の申請を提出し、第八位を占めた。EU加盟国が提出した国際申請は計27,242件であった。

統計によると、中国では商標の行政保護分野では、商行政管理機関が商標事件の90%以上を処理している。1993年から2007年までに、全国各級の工商行政管理機関は計56.88万件の各種商標法違反事件を調査処分し、その内、調査処分を受けた商標権侵害類似事件は36.56万件で、罰金は27.46億人民元となり、1755人が司法機関に移送され刑事責任を追究された。

2008年に全国各級の工商行政管理機関は計56634万件の各種商標法違反事件を調査処分し、前年と比べ6316件増え、12.55%増加した。その内、商標権侵害・偽造事件は47045件、一般違法事件は9589件、国内事件は45492件であり、前年と比べ5494件増え、13.74%増加した。涉外事件は11142件、前年と比べ822件増え、7.97%増加した。各地で調査処分を受けた涉外商標権侵害・偽造事件は10944件であり、前年と比べ796件増え、7.84%増加した、涉外商標事件の98.22%を占め、涉外商標の一般違法事件は198件で、前年と比べ26件増え、前年と比べ15.12%増加した、涉外商標事件の1.78%を占め、前年と比べ0.11%増加した。事件の罰金・没収金額は4.67億人民元となり、前年と比べ11.92%増加した。移送司法機関に移送処理された商標犯罪嫌疑事件は137件、犯罪容疑者は145人となり、没収・削除された違法商標マークは計1963万件、没収・廃棄された商標権侵害商品は2287万件であった。

中国で1980年代中期から次々と商標、特許、著作権などの民事事件審判が始まり、1985から2008年9月末までに、全国地方法院は知的財産権民事第一審事件を135475件受理し124851件結審した。その内、特許民事事件31005件、商標民事事件19985件、著作権民事事件42072件、技術契約事件23755件、不正競争民事事件8727件、その他知的財産権民事事件9931件を受理した。2001年から2007年までに、全国地方法院は知的財産民事第一審事件を77463件受理、74200件結審し、年平均でそれぞれ22.60%と22.92%増加した。1985年から2008年9月末までに、全国地方法院は知的財産権行政第一審事件を4249件受理、3847件結審した。その内、特許行政第一審事件2749件、商標行政第一審事件1407件、著作権行政第一審事件93件を受理した。1980年の刑法施行後に人民法院はそれに基づきすぐに登録商

標に対して刑事司法の保護を与え、1997年の刑法改訂後に各種知的財産権に対し全面的な刑事司法の保護を与えた。²

2001年から2008年までに、全国地方法院は知的財産権民事一審事件を141968件受理、135899件結審し、年平均でそれぞれ25.61%と25.75%増加した。2002年から2008年までに、全国地方法院は知的財産権行政一審事件を4546件受理、4416件結審し、年平均でそれぞれ25.26%と29.28%増加した。1998年から2008年までに、全国地方法院は知的財産権刑事一審事件5271件受理、5231件結審し、年平均でそれぞれ22.59%と22.77%増加した。³

2009年7月末までに、全国で指定を受け管轄権を持つ中級法院は、特許事件71カ所、植物新品种事件38カ所、集積回路設計図設計事件43カ所に達しており、一部の知的財産権民事事件の審理許可を受けた基層法院は84カ所に達している。多くの地方法院は裁判所により統一受理された知的財産権民事、行政と刑事事件を試験的な実務作業を実施した。2008年10月までに、全国の地方法院で独立設置された知的財産権裁判所は298カ所、特別設置された知的財産権合議法廷は84カ所であり、知的財産権審判に従事する裁判官は計2126人となった。⁴

二、中国における知的財産権戦略の重要な構成部分である商標戦略。

中国における商標戦略は中国の知的財産権戦略の重要な構成部分であり、中国における商標戦略の研究は中国の知的財産権戦略全体の理解と研究と切り離すことはできない。

中国における知的財産権戦略の制定と実施は経済のグローバル化といった大きな背景のもと、中国のWTO加盟後に更なる発展を求めるための重大な取り組みである。

最も早く知的財産権を国家戦略レベルに押し上げたのは米国であり、米国のカーター大統領は1979年に「国家の競争力と企業家精神を向上させるような独自の政策を打ち出す」政策を提起し、初めて知的財産権戦略を国家戦略レベルに押し上げた。1980年に米国国会は『バイドール法』（「大学、中小企業の特許プログラム法案」とも呼ばれる。公法96-517、米国法第35篇第18章「連邦政府支援で発明されたものの特許権」、米国特許法第2章第18節第200条-第212条）を通過させ、中小企業と非営利機関が連邦政府支援プロジェクトを十分に利用し新しいものを創造するよう奨励し、優れた効果と利益を得た。1988年、米国は通商法の改正を通し、知的財産権と国際貿易を合わせた

「スーパー 301条」を制定し、知的財産権の保護を大幅に強化することで、WTO協定の一つである『知的所有権の貿易関連の側面に関する協定』（TRIPS協定）の制定を通過させ、この方法を国内法から国際公約に拡大し、世界への普及に力を尽くした。

2002年3月20日に日本は最初の「知的財産権戦略会議」を開催し、「知的財産権立国」を提起し、知的財産戦略委員会を設立した。2002年7月3日、日本は五回目の「知的財産権戦略会議」において「知的財産権戦略大綱」を通過させ、「知的財産権立国」の戦略スローガンを提起した。また、2002年11月27日に日本国会は『知的財産基本法』を通過させ、2003年3月1日から効力が発生した。2003年3月1日に日本政府内閣は知的財産戦略本部を設立した。毎年定期的に知的財産推進計画を提出している。2004年6月11日、日本国会は『知的財産権高等法院設置法』を通過させ、2005年4月1日から、日本では『知的財産権高等裁判所設置法』の実施が始まった。

2004年1月30日、欧州委員会は欧州議会と欧州連合理事会に『知的財産権保護強化指令』提案を提出し、さらに厳格な措置とプログラムを採用し、知的財産権の保護を強化しよう提案した。2004年11月10日、欧州委員会は知的財産権を保護強化する戦略を通過させた。

上述のような先進国の取り組みは、中国に大きな啓発を与え、中国における国家的な知的財産権戦略を推進・促進したといっても過言でない。

2000年から、国家知識産権局は知的財産権戦略問題を検討し始め、2002年に特許戦略推進プロジェクトが始まった。2002年に国家知識産権局は知的財産権戦略の制定準備を始め、2004年初めに初歩的な枠組みを提出した。国家知識産権局は2004年全国特許業務会議において「知的財産権戦略の真摯な研究と積極的な実施」部署を設定した。国家知的財産権保護業務チームは2004年5月に成立された。8月30日に国家知識産権局は国務院に『国家知的財産権戦略の制定と実施に関する意見』を提出した。続いて温家宝総理が国家知識産権局の報告に指示を与えた。2004年9月に国家知識産権局は30以上の国務院の部・委員会・弁公室・局と意見を交わし、国家知的財産権戦略業務の組織的枠組みを制定した。

2005年1月8日に国家知的財産権戦略制定業務指導グループが国務院により正式に承認され成立した。呉儀副総理がグループリーダーとなり、指導グループを28の部門で構成され、事務所は国家知

識産権局に設けられた。2005年6月30日に呉儀副総理は国家知的財産権戦略制定業務指導グループの第一回会議が召集開催し、国家知的財産権戦略の制定業務が始まった。同年8月8日、国家知的財産権戦略制定業務指導グループは『国家知的財産権戦略制定業務方案』、『国家知的財産権戦略綱要大綱』などの書類審査を通過させ、戦略制定業務を全面的に展開した。

国家知的財産権戦略には綱要と20テーマがあり、国家知識産権局が率先し綱要を制定した。国家工商行政管理总局が率先し責任を負う「商標戦略研究」は国家知的財産権戦略の20テーマの一つである。テーマは1.立法、法律執行などを含む法制整備研究、2.人材育成、宣伝普及、戦略目標、産業化および政策支援研究などを含むマクロ経済政策の研究、3.特許、商標、版權、商業秘密など各種知的財産権戦略研究を含む知的財産権主要分類の研究、4.仲介サービスなどの知的財産権重要管理プログラムの研究、5.IT、薬品などの重点産業戦略の研究など五つに大きく分類される。

2007年2月に国家知的財産権戦略の20テーマが承認された。2008年4月に国務院は『国家知的財産権戦略綱要』（以下『綱要』と略称）を原則的に通過させた。2008年6月5日に国務院が『綱要』を公布した。これは国家知的財産権戦略の制定が完了し、実施段階に突入したことを示すものとなった。

『綱要』は国家知的財産権戦略における20テーマを取り上げまとめたものである。序文、基本理念と戦略目標、戦略重点、特殊任務、戦略措置の五つの部分に分かれ、計65条となっており、それらを「一つの方針、二段階の目標、四項目の原則、五つの重点、七項目の任務、九項目の措置」と総括できる。

「一つの方針」とは「国家知的財産権戦略の基本理念」である。『綱要』では国家知的財産権戦略の基本理念は創造、効果的な運用、法的な保護、科学的な管理の奨励を方針とし、知的財産権制度の完備に力を注ぎ、良好な知的財産権の法治環境、市場環境、文化環境を積極的に作り上げ、中国知的財産権の創造、運用、保護、管理能力を大幅に向上させ、革新的国家の建設と小康社会（ややゆとりのある社会）の建設を強力に支援することが示されている。⁵

「二段階の目標」とは「国家知的財産権戦略の戦略目標」を二段階に分けている。『綱要』では、最初の五年の目標は、自主知的財産権のレベルを大きく向上させ、知的財産権の運用効果を増強し、

知的財産権保護の状況を改善し、社会全体の知的財産権意識を向上させることである。⁶次に2020年までに中国を知的財産権の創造、運用、保護、管理レベルの高い国家とし、知的財産権の法治環境をさらに完備し、市場を主体とする創造、運用、保護、管理の知的財産権能力を増強し、知的財産権意識を人々の心に浸透させ、自主知的財産権のレベルと保有量が革新的国家の建設を効果的に支援できるようにし、知的財産権制度を経済発展、文化の繁栄、社会建設の促進に反映させることである。⁷

「四項目の原則」とは「国家知的財産権戦略の基本原則の実施」である。『綱要』では、知的財産権の創造、運用、保護、管理能力を大きく向上させ、中国の自主革新能力の強化に役立て革新的国家を建設する。また、それを社会主義市場経済体制の完備に役立て、市場秩序を正し、誠実と信用の社会を建設する。そして、それを中国企業市場の競争力増強と国家の競争力の向上に役立てる。さらに、対外開放の拡大に役立てて共存共栄を実現させる。知的財産権戦略を国家の重要戦略とし、知的財産権業務を的確に強化しなければならない。⁸

「五つの重点」とは「国家知的財産権戦略の五つの重点」である。『綱要』では、

一つ目は知的財産権制度の完備で、知的財産権の法律執行と管理体制を確立と知的財産権の法律法規をさらに完備することで、知的財産権の経済、文化、社会政策における指導を強化する。⁹

二つ目に知的財産権の創造と運用を促進し、財政、金融、投資、政府購入政策と産業、エネルギー、環境保護政策を運用し、市場が主体である創造と知的財産権の運用を導き、支持することで、企業が知的財産権の創造と運用の主体となるよう推進する。¹⁰

三つ目に知的財産権の保護を強化し、司法処罰をさらに強化する。権利保護コストを削減し、権利侵害の代価を高め、侵害行為を効果的に食い止める。¹¹

四つ目に知的財産権の濫用を防止し、関連する法律法規を制定する。知的財産権の境界線を合理的に定め、公正な競争の市場秩序と民衆の合法的な権利と利益を擁護する。¹²

五つ目に知的財産権の宣伝を強化し、社会全体の知的財産権意識を高める。知識を尊重し、革新を尊重し、法を誠実に守るという知的財産権の文化を育てる。¹³

「七項目の任務」とは「国家知的財産権戦略の

七項目の特殊任務」である。『綱要』では、これには特許、商標、版權、商業秘密、植物新品種、特定領域の知的財産権、国防知的財産権など7項目の特殊任務が含まれる。¹⁴

「九項目の措置」とは「国家知的財産権戦略の九項目の戦略措置」である。『綱要』では、これには知的財産権の創出能力の向上、知的財産権の転化運用の奨励、知的財産権法制建設の加速、知的財産権の法律執行レベルの向上、知的財産権の行政管理の強化、知的財産権仲介サービスの成長、知的財産権の人材育成の強化、知的財産権の文化建設の推進、知的財産権の対外交渉提携の拡大など9項目の戦略措置が含まれる。¹⁵

『綱要』の中では商標戦略の内容に触れており、主に「特別任務」の「商標」部分(第21-24条)「(二)商標」に集中している。

(21) 商標権者と消費者の合法的な権利と利益を的確に保護する。法律執行能力の建設を強化し、偽造など侵害行為を徹底的に攻撃して公正な競争の市場秩序を擁護する。

(22) 企業の商標戦略を支持し、経済活動において自主的商標を使用させる。企業に商標内容を豊富にするよう導き、商標の付加価値を増して商標の知名度を高め、著名商標を育成する。国際商標登録を行なうよう企業を奨励し、商標の権利と利益を擁護して国際競争に参加する。

(23) 商標の農業産業化における作用を発揮する。市場を主体として商標を登録、使用するよう積極的に促進し、農産物の質の向上を促進して食品の安全を保証し、農産物の付加価値を高めて市場競争力を増す。

(24) 商標管理を強化する。商標審査の効率を高め、審査周期を短くして審査の質を保証する。市場の規律を尊重し、著名商標、著名商品、ブランド製品、優秀ブランドの認定などの問題を的確に解決する。

『綱要』で直接言及している商標(あるいはブランド)の内容にはさらに以下の点がある。

「国際的著名ブランドを育成する。」「著名ブランドと核心的な知的財産権を持ち、知的財産権制度の運用に熟練した優良な企業を形成する。」「違法複製・偽造などの侵害行為を減少させ、権利保護のコストを著しくダウンする。」(第7条)

「特許法、商標法、著作権法などの知的財産権の専門法律および関連法規を改訂する。」(第8条)

「企業の著名ブランド設立を支持する。」(第40条)

「特許と商標権の帰属確定、授権手順を改革し、特許の無効審判と商標審議機構を準司法機関へ変更する問題を研究する。」(第46条)

「権利侵害の繰り返し、集団性の権利侵害および大規模な偽造、違法複製などの行為に対する計画的、重点的な知的財産権保護の特殊項目を展開する。」(第47条)

「高品質な特許、商標、版權、集積回路設計図設計、植物新品種、地理標識などの知的財産権の基礎情報データベースを建設し、中国の検索方法と習慣に適合する検索システムの開発を加速する。」(第52条)

『綱要』の多くの条項は知的財産権全体に焦点を合わせており、当然ながら商標にも適用しなければならない。『綱要』は全体的に内容が関連付けられており、特殊な場合として商標の内容にも直接触れているため、中国商標戦略の内容を容易に理解できる。

三、中国における責任重大な商標戦略の実施と、その遠い道のり

2008年6月5日に国務院は『国家知的財産権戦略綱要』を公布した。『綱要』の公布は、中国国家知的財産権戦略の制定がすでに完成し、実現に向かって示している。国家知的財産権戦略の実現は中国知的財産権の法律環境に深く大きな影響を及ぼすことになる。

2008年11月29日に胡錦濤総書記は十七回中央政治局第九次集団学習会において、「人類社会発展の歴史と中国の成長は、いずれも大量資源の浪費、生態環境破壊による粗放な成長を長く続けることはできないことを我々に告げている。現在の国際金融危機が中国経済成長に与える影響が日増しに深まる中、成長の方向を転換させず、経済メカニズムを調整して成長手段を絞っていく。」「中国の特色である自主革新の道を今後もとどり、科学教育興国戦略、人材強国戦略、知的財産権戦略の実現に力を注ぎ、企業を主体として市場を導く産学研が連携した技術革新システムの設立を加速する。創造の精神、革新の精神、創業の精神を社会全体に大きく発揚し、自主革新能力を増強して革新型国家の建設を促進する」ことを指し示した。

2009年3月5日に国務院の温家宝総理は政府作業報告の中で、2009年の主要任務である「成長方法の変換を促進し、経済メカニズムの戦略調整の促進に力を注ぐ」点について、科学教育興国戦略、人材強国戦略、知的財産権戦略を今後も引き続き実現してゆくことを提起した。国家革新システム建設を今後も促進し、基礎科学と最先端技術の研

究を強化し、重大科学技術のインフラストラクチャと公共プラットフォームの建設を促進し、積極的に海外の優れた人材と知力を取り入れ、各種の人材育成を強化することにより、知的財産権の創造、運用、保護、管理レベルを向上させることが示された。

政府作業報告で知的財産権については三度、ブランドについては二度言及しており、科学教育による国家振興戦略、人材強国戦略、知的財産権戦略を引き続き実施するべきであると強調している。総理は政府作業報告のなかで、知的財産権戦略を科学教育による国家振興戦略、人材強国戦略と並ぶ三大戦略と位置付けたのは今回が初めてである。

2008年10月9日に国務院は国家知的財産権戦略の実施作業部局間合同会議（以下、合同会議と略称）制度設立に同意すると返答し、それにより『国家知的財産権戦略綱要』が強力に実施されることとなった。

合同会議の主な職責は、国務院の指導のもと、国家知的財産権戦略実施作業の調整、国家知的財産権戦略実施計画の研究制定、政策措置の指導・励行・検査の実施、国家知的財産権戦略実施の過程における重大問題の協調的解決、国家知的財産権戦略実施の重大政策措置の研究、国務院への意見提出、国家知的財産権戦略実施作業に関する他の重要事項の研究である。

合同会議は国家知識産権局が率先し、国家知識産権局局長の田力普が召集者を担当した。メンバーは国務院分管副秘書長の畢井泉および中央宣伝部、外交部、発展と改革委員会、教育部、科学技術部、工業と情報化部、公安部、司法部、財政部、人的資源と社会保障部、環境保護部、農業部、商務部、文化部、衛生部、国有資産監督管理委員会、税関総署、品質監督検査検疫総局、工商行政管理総局、ラジオ映画テレビ総局、版權局、林業局、知的財産権局、国務院法制事務室、中国科学院、最高人民法院、最高人民検察院、総装備部など計28の部門と機関の責任者で構成されている。合同会議事務室に国家知識産権局が設けられ、合同会議の日常業務を担当している。

合同会議制度では各メンバー、機関に対し組織的な指導と調整を強化し、国家知的財産権戦略実施作業の大々的な推進、合同会議への積極的な参加、職責に基づく分業、国家知的財産権戦略実施に関する問題の自発的な研究などを通し、合同会議で確定した作業内容と決定事項を実行することが求められている。また、コミュニケーションの

強化、互いの密接な協力や支持を通し、国家知的財産権戦略実施推進の総力を結集しなければならない。工業と情報化部、司法部、工商行政管理総局、知識産権局、総装備部に『綱要』を実現する指導機関を設立して、各領域が実施する知的財産権戦略の組織的な指導を強化した。

2008年11月21日に国家知的財産権戦略の実施作業部局間合同会議が北京で開催された。これは国家知的財産権戦略実現のプラットフォームが設立されたことを示している。国務院弁公庁は『国家知的財産権戦略任務分業の実施』を発行した。

2009年3月19日に国家知的財産権戦略の実施作業部局間合同会議事務室が率先し制定した『2009年国家知的財産権戦略実施推進計画』が発行実施され、二部に分類された。第一部は重点作業で、行政管理能力と宣伝教育を主要内容とするインフラ整備と積極的な措置により国際的金融危機に対応することが明確にされている。第二部は具体的な措置で、綱要戦略の9大措置と一致させ、240条の具体的な取り組みを提示し、同時に主な実施部門を明確にした。

2009年4月21日に合同会議のメンバー、機関が共同で制定した『2009年中国知的財産権保護行動計画』（以下『行動計画』と略称）が発行され実施された。この『行動計画』は9つの内容に分けられ、170項目の具体的な措置が挙げられている。立法分野では、商標、版權、特許および税関知的財産権保護などに関する23の法律、法規、定款と管理方法の改訂、制定で、3つの司法解釈が起草、制定された。法執行分野では、知的財産権侵害の偽造などの行為に対し9つの特別整備キャンペーンを全国で展開し、12項目の措置を取って日常の法執行を強化する。審判作業分野では、7項目の措置を取り、作業中に存在する突出した問題を効果的に解決して司法保護力をさらに強力にする。構造建設分野では、23項目の措置を取り、部門が地域と相互作用する作業機構建設に協力するように推進し、部門の知的財産権の管理を強化する。宣伝分野では、24項目の措置を取り、大型宣伝活動の展開、記者発表会の開催、フォーラムの開催など様々な形で、社会全体に知的財産権保護の雰囲気を作り上げる。育成訓練教育分野では、各種の育成訓練と講座の開催など19項目の措置を実行することで、法執行司法人員、企業・事業団体人員、法律関係者と小・中学生に知的財産権の育成訓練教育を実施する。国際交流と提携の分野では18項目の措置を実行し、提携設立、フォーラム、セミナーなどの形で交流を強め、提携を拡大する。企

業の知的財産権保護推進分野では7項目の措置を実行し、企業の知的財産権制度の完備を指導し、知的財産権制度を運用により競争に参加する能力を強める。権利者に対するサービス分野では25項目の措置を取り、知的財産権の公共サービスレベルを向上し、知的財産権の仲介サービスを成長させる。

合同会議の28のメンバー、機関は『2009年国家知的財産権戦略実施推進計画』で確定した240項目の業務に関し、2009年8月までに212項目を展開して任務を完遂しており、知的財産権に関する27項目の法律法規を制定、改訂している。また40項目の主な政策措置が提示され、15項目の法執行がおこなわれた。15の公共サービスのプラットフォームが立てられ、大型の知的財産権の宣伝、人材育成、対外交流活動がおこなわれた。司法部、農業部、国有資産監督管理委員会、工商総局、品質監督検閲検疫総局、ラジオ映画テレビ総局、版權局、林業局、知識産権局、国防科学技術工業局、最高人民法院、総装備部が『綱要』を実現するための意見を提出し、具体的な業務案を制定し、それに伴う関連政策を提出した。

中国知的財産権戦略はすでに中国国家発展戦略の重要な部分となっており、中国の今後の成長に重要な影響力を持っている。中国知的財産権戦略制定と実現過程において、商標戦略の制定と実現は重要な位置を占めている。

2009年4月21日に国家工商行政管理局は『著名商標認定作業細則』を発した。著名商標の認定において考慮すべき要素と証拠材料、商標管理手順の審査、商標異議手順の審査、商標異議の再審と商標論争手順の審査と検証、再審と審査および監督と法律の責任について、いずれも詳細に規定した。

2009年6月2日に『国家知的財産権戦略綱要』を徹底的に実施し、商標戦略の実施を大々的に推進するため、国家工商行政管理局は『<国家知的財産権戦略綱要>を実現し、商標戦略の実現に向けて推進することに関する意見』（以下『実施意見』と略称）を公表した。

『実施意見』では商標戦略の基本理念に再度言及しており、商標戦略目標を4つに具体化した。つまり商標保護制度をさらに完備し、企業の自主商標の保有量をさらに増やし、企業管理と商標運用力を著しく強化し、社会全体の商標意識を全面的に高めることである。また商標戦略の役割を具体的に11項目に分けた。商標の法律法規システムを全面的に完備すること、あらゆる商標の政策シ

ステム構築を大々的に推進すること、商標登録管理体制構造を革新し完備すること、市場を主体とする商標戦略の実施をそれぞれ指導し支持すること、商標権利者と消費者の合法的な権利と利益の保護を強めること、農産物商標と地理マークを都市部と農村部統制の発展、区域発展における促進作用に十分発揮させること、社会発展の仲介サービスシステムを適正にすること、商標登録管理と公共サービスの情報化を促進すること、商標宣伝の教育を強化すること、各種商標の専門の人材を育成訓練すること、商標の国際交流と提携を拡大することである。

『実施意見』は中国商標戦略実施を全体的に三段階に分けている。第一段階は2009年から2010年までに各項目の任務を分け、実施の具体的な段取りを確定することを前提に、作業任務分業部署を完成させ、各項目の戦略実施体制構造を確立し、各項目の任務を全面的に開始することである。第二段階は2011年から2015年までに国民経済と社会発展十二五計画に基づき、業務において段階的な成果をおさめ、前期の結果を基礎として重点的に推進することである。第三段階は2016年から2020年までに地区、産業の発展状況に基づきそれぞれを指導し、全体的なバランスをとりさらに完備し、各項目の戦略目標を全面的に実現させる。国家工商総局が商標戦略実施の指導グループを立て、商標戦略実施の組織指導業務を全面的に担当する。各関連部門の責任は商標戦略実施指導グループによりそれぞれ確定する。各省、自治区、直轄市の工商行政管理局は地元の特徴と実際の状況に合わせ、自主的に制定あるいは地元政府が地域商標戦略を制定するよう促し、総局の各項目業務要求を実現し業務を効果的に繰り広げる。商標戦略実現の経費に関する特別予算と支出制度を立て、戦略実施作業の各項目経費を確保する。

メディア¹⁶は、『実施意見』には4つの注目すべき点があると論じている。一つ目は商標権利者と消費者の保護と、商標行政の法執行力を強化し、偽造などの権利侵害行為を厳しく攻撃することで、公正な競争による市場秩序を擁護することで、商標権者と消費者の合法的な権利と利益を的確に保護し、商標権侵害情報を中国社会の信用システムに含めることである。二つ目は商標審査の周期を1年以内に抑え、商標登録の管理を強化し、商標審査効率を上げて審査周期を縮め、審査品質を保証することである。2010年末までに、商標登録申請の大幅な増量により引き起こされる停滞問題を徹底的に解決し、商標審査の周期を12ヶ月以内

に制限する。¹⁷ 三つ目は今年、来年の二年間で商標法を改正し完備に着手することである。四つ目は企業が商標の国際登録を積極的に行なうように指導し、商標の国際登録知識を大々的に宣伝し、普及し、企業が国際貿易で自主商標を使用するよう導き、商標の国際登録を積極的に推進し、自主商標商品の輸出率を徐々に高める。そして企業が海外の商標紛争に積極的に対応するよう奨励し、地元の法律と国際規則を用いて海外商標の最先使用を争う登録行為と商標権侵害偽造行為を制止することである。また海外の権利保護に関するクレームと援助方法に精通することである。

2009年7月14日に国家工商行政管理局は「『<国家知的財産権戦略綱要>の徹底実施と商標戦略実施の大々的な推進に関する意見』の任務分業」を発行した。その各項目の商標戦略任務を10項目に分け、計77条あり、それぞれを国家工商行政管理局関連の司、庁、局、直属機関に分けて実施する。任務を担当する主要部門と機関には商標局、商標審議委員会、中華商標協会、法規司、国際合作司、人事司、弁公庁、独占禁止と不正競争防止法執行局、外商投資企業登録局、個人私営経営経済監督管理司、中国個人労働者協会、食品流通監督管理司、消費者權益保護局、市場規範管理司、企業登録局、経済情報センター、宣伝センター、行政学院などがある。

2009年9月2日に国家工商行政管理局は『国家商標戦略実施のモデル都市（区）、モデル企業作業の展開における指導意見』を発行し、全国規模で商標戦略実施のモデル都市（区）およびモデル企業作業を展開した。モデル企業はその作業において、様々なタイプの都市、企業に配慮し、省、市、県、郷区域のつながりおよび大、中、小企業が連結した商標戦略実施隊の形成を調整しなければならず、独自の特色、効果的な商標戦略実施計画を制定し、その商標戦略を実施することで商標を主導とする区域特色経済を形成し、自主著名商標を育成することである。『意見』ではこの作業の組織指導、申告条件、政策扶助と手順などの内容についても説明している。

他の合同会議メンバー、機関のうち、国家商標戦略実施と最も密接なのは最高人民法院である。

2008年8月1日に最高人民法院は『国家知的財産権戦略綱要の真摯な学習と徹底に関する通知』を発行し、各級の人民法院に組織指導を強化し、投入力を強め、国家知的財産権戦略に関する人民法院業務要求の徹底的な実施と各項目の戦略措置の順調な実施を保証するよう要求した。

2008年11月に最高人民法院は全国の裁判所で「司法による権利保護、革新の奨励」という知的財産権司法保護の強化月間キャンペーンを繰り広げた。最高人民法院は相次いで5件の影響力の大きい知的財産権事件を選び公開審理をおこなった。また100件の全国知的財産権司法保護の典型的な事例を一般公開した。そのなかには保護商標権の実例25件が含まれている。

2009年3月30日に最高人民法院は『最高人民法院の国家知的財産権戦略の徹底実施におけるいくつかの問題についての意見』を公表した。これは6部に分けられ、計36条の具体的な意見が提出された。それは特許事件、商標事件、著作権事件、商業秘密事件、植物新品種事件、特定領域知的財産権事件、不正競争事件、独占事件、知的財産権契約事件、知的財産権訴訟前臨時措置事件、知的財産権授權使用権確認事件、知的財産権行政事件、知的財産権刑事事件、知的財産権審判監督事件、知的財産権執行事件、知的財産権涉外事件など16種類に分けられており、それぞれの知的財産権事件の審判実施における重点と難題に対し一連の指針が提示された。また、人民法院による国家知的財産権戦略の徹底実現に対する要求を提出した。そのうち直接商標戦略に関わる主な内容は以下の通りである。

「商標権司法保護の強化と商標信用の保護により自主ブランド育成を推進する。商標事件の審判を通して企業の商標戦略実現を支援し、その経営において積極的かつ適正に自主商標を使用するよう促し、自主ブランドの育成とブランド経済の成長を促進する。そして商標偽造、悪質な模倣などの権利侵害行為を厳しく制裁し、権利侵害の法律責任を厳しく適用し、商標権者と消費者の利益を確実に保障することで公正競争の市場秩序を保全する。商標権の法律属性を正確に把握し、商標に基づき製品区別あるいはサービスの出所を精査して、商標権の範囲を合理的に定める。そして商標の優位性、知名度の大きさなどに基づき保護強度と範囲を確定し、商標権侵害の判定における類似商品、商標近似と誤導による損失を正確に認定する。著名商標の司法認定と保護に関する法律の位置づけを正確に把握し、事実認定、各事例の認定、受動認定、必要に応じた認定など司法原則を堅持しつつ、法に基づいて著名商標を慎重に認定し、著名商標において種類の異なる商品に対する保護の範囲を合理的かつ適切に確定し、関連事件の審判監督と業務指導を強化する。商標権保護と特定産業発展の関係を適切に処理し、商標権の保護を

重視するだけでなく、関連産業のレベルアップと発展の促進にも役立てる。法に基づいて地理マークとオリンピックマーク、世界博覧会マーク、特殊マークなどに関わる事件を受理し速やかに解決する。」¹⁸

「関連部門と協力し、権利侵害の繰り返し、集団性の権利侵害および大規模な偽造、無断複製などの行為などに対する計画的、重点的な知的財産権保護の特殊項目を展開し、偽造、無断複製を阻止する。」¹⁹

「特許と商標授權使用権確認の手続きの改革を促進する。国家の関連部門と積極的に協力し、救済手順を簡素化することを目標とし、特許の無効審理と商標審議機構から準司法機構への変換問題を研究することで、関連法律規定の改訂を積極的に促進する。」²⁰

「独占事件と著名商標認定関連など特殊な知的財産権事件の管轄権を適度に集中させる。著作権、商標、不正競争、知的財産権契約などの一般知的財産権事件の基層裁判所の受理を適度に増やす。上級人民法院の法に基づく指定により、一般知財産権事件の管轄権を持つ基層裁判所が区域管轄を超えて同じ上級人民裁判所管轄区内の一般知的財産権事件を管轄できるようにする。」²¹

2009年4月21日に最高人民法院は各高級人民裁判所に『当面の経済情勢下での知的財産権審判服務大局におけるいくつかの問題についての意見』（以下『意見』と略称）を発行した。これは4部に分けられ、計20条の具体的な意見が提出された。国際的金融危機のなか、知的財産権の審判作業をさらに「成長を保ち、民生を保ち、安定を保つ」ためにどのようにサービスするかといった大局に対し、一連の要求を提出し、一連の新しい情勢下における知的財産権の司法政策を明確に完備した。そのうち商標戦略に直接関わる内容は7条（第5-11条）に及び、その内容は『意見』全体の1/3以上となった。

『意見』は「法に基づき知名ブランド保護を強化する。……人民裁判所は法に基づき商標権保護と不正競争の防止を強化し、知名ブランドの創立と発展のために調和の取れたゆとりある法律環境を提供しブランド経済成長を促進する。さらに消費需要を刺激し創り出すことで、経済成長を牽引し、中国企業の国内、国際における競争力を向上させる。」ことを提起している。²²

『意見』は「商標司法政策を完備と、商標権保護を強化により自主ブランドの育成を促進する。……市場混乱に対し商標権の除外範囲を合理的に

定め、商標の使用において経営者の間ではっきりとした境界を保つよう保証し、自主ブランドの創立と成長に十分な法整備をする。」と提起している。²³

『意見』は「登録商標を利用した不正な抜け駆け行為を防止する。保護を請求する登録商標が、実際には商業に使用しておらず、その民事責任を確定しなければならない場合、権利侵害行為の停止命令を主な方法にすることができる。賠償責任の確定はいずれの場合も、実際に使用していないという事実を斟酌できる。権利擁護のために支払われる合理的な費用を除き、実際の損失とその他の損害が確実にない場合、通常、その賠償は被控訴権利侵害者の利益を根拠としない。登録人あるいは譲受人に実際に使用意図がない場合、登録商標を賠償請求の手段としてのみ使用できるが、賠償しなくてもよい。登録商標がすでに商標法で規定されている連続三年の使用停止となっている場合、その損害賠償請求を支持しなくてもよい。」と提起している。²⁴

『意見』は「著名商標司法認定の審査監督を強化し、著名商標司法保護制度を完備することで、司法保護の権威性と公信力を確実なものとする。著名商標の認定範囲と認定条件を把握し、認定範囲の拡大と認定条件の低下を禁止する。……偽造証拠により著名商標認定を騙し取る事件、およびその他の違法な著名商標認定の事件はいずれも、審判監督手続きを通して是正しなければならない。当事者が著名商標認定に関する事件において民事訴訟を妨害する場合、法に基づき制裁を加える。」と提起している。²⁵

『意見』「商標法に関する優先権と市場秩序の擁護を相互協調する立法精神を把握して、すでに形成され、安定している市場秩序の擁護を重視し、当事者による偽造商標論争制度の不正な抜け駆け行為と争奪を防止し、登録済みの商標の軽率な撤回により企業の正常な経営に重大な問題を招かないようにする。他人の著作権、企業名称権などの優先権と衝突する登録商標で、商標法により規定されている論争期限を超過していることにより撤回できない場合、優先権者は訴訟時効期間内にその権利侵害の民事訴訟を提起することができる。ただし人民裁判所ではその登録商標の使用停止に関する民事責任については再判決しない。」²⁶

『意見』「登録商標、企業名称と優先権の衝突を適切に処理し、……誠実で公正な競争の擁護と優先権を保護するなどの原則にしたがい、法に基づいてこの種の権利衝突事件を審理する。……中

国国外で取得した企業名称などの商業マークは、その取得手続きが国外の法律規定に符合していても、中国国内での使用行為が中国の法律に違反しており中国の市場経済秩序を乱す場合、知的財産権の独立性と地域性の原則に照らし、中国の法律に基づいてその使用行為が商標権侵害あるいは不正競争に当たるかを認定する。……市場でのある程度の知名度、関係公衆が熟知しているもの、すでに実際に商号作用を持つ企業名称中の屋号、企業あるいは企業名称の略称は、企業名称と見なし、不正競争を制止して保護することができる。企業名称の使用により商標権の侵害となる場合、事件の具体的な状況に基づいて使用停止の判決あるいはその企業名称の使用方式、使用範囲に制限を加えることができる。』²⁷

2009年4月22日に最高人民法院は『最高人民法院による著名商標保護に関わる民事紛争事件の法律適用に関するいくつかの問題の解釈』を通過させ、2009年5月1日から施行された。著名商標の概念、著名商標司法認定の適用範囲、認定要素、証拠提出責任、保護要求など5つの分野を規定している。人民裁判所の著名商標保護に関する民事紛争事件の審理において、その規準をより明確にし、適用条件と範囲を厳格化し、統一された司法基準により、著名商標の司法保護を強化する法的根拠を提示した。

2009年4月22日に国有資産監督管理委員会は『中央企業の知的財産権業務の強化に関する指導意見』を公表した。『意見』によると中央企業は知的財産権作業を「危機をチャンスに変える」重要手段とし、技術、製品のグレードアップを積極的におこない、知名ブランドの立ち上げに努め、自主知的財産権を持つ核心競争能力を掌握し、中央企業のリスク抵抗力を強め、継続可能な発展を実現させるよう求めている。

2009年9月10日に世界経済フォーラム第三回ニューチャンピオンズ年次総会（2009年大連夏季ダボス年次総会）が大連世界博覧広場で開幕し、国務院総理の温家宝が開幕式に出席し祝辞を述べた。その中で中国知的財産権保護の立場は確固としており、我々は今後も全面的に国家知的財産権戦略を実現し、知的財産権保護の法制、市場と文化を整備し、すべての革新的成果が尊重され報われ、各種の発明創造から現実の生産力へ転換することが強調された。国際的な調和と繁栄を促進するため、温家宝総理はその席で1.世界各国は共に地球温暖化に立ち向かう、2.貿易反対と投資保護主義に対応する、3.世界経済の持続可能な回復を

促進する、4.知的財産権を保護するといった4つの提案を提出した。温家宝総理は知的財産権の保護は革新の奨励、発展の促進に必要不可欠であり、知的財産権を保護することは社会革新の原動力を保護することであると強調した。また国際社会は知的財産権の創造、運用、保護、管理能力を共に向上させなければならず、各国の国情の尊重と各方面への配慮、とりわけ発展途上国の国家の利益に配慮し、平等互惠を基礎とする対話と提携を進め、バランスの取れた効果的な知的財産権保護制度の確立を促進しなければならないとも述べた。温家宝総理の上述の祝辞には、中国政府と中国人民の知的財産権保護、国家知的財産権戦略の全面的な実現に対する確固たる決意が表されている。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

日中著名商標法律保護制度の比較研究



PROFILE

李 正華 (Li Zhenghua) 中山大学新華学院法律学系主任、中山大学法学院副教授

1963年6月生まれ。2004年、中南財經政法大學民法学学科卒業。法学博士。中山大学法学院副教授。1995年から1996年まで東海大学法学部を訪問。松下電工（広州）等の中外合弁企業で常任法律顧問、長年にわたり西部石油会社の契約分析、評価。現在は年間50件あまりの仲裁案件の審理を担当。毎年、各種民事、商事紛争案件多数の代理を務める。国内の大企業または関連業界で、数多くの法律講座をこなす。香港で『中国での経営にあたっての法的問題と対策』を出版。中国大陸で、普通高等教育「第十次五カ年計画」の教材『経済法』、『第十一次五カ年計画』の教材『経済法』および『経済法概論』を出版。『企業の技術イノベーションと契約の法的保護』を中心となって編集。『法学大辞典』、『精編法学辞典』、『国際貿易法大辞典』、『民法大辞典』の編集および『商法』等全国統一教材の執筆に参加。各種学術刊行物に80本あまりの論文を発表。

【要旨】

日本は経済及びブランド大国として、中国が著名商標法律制度を構築する上で多くの優れた経験を持っている。本論文は日中両国のブランドの成長状況を始めとして、両国の著名商標法律制度の概要を紹介する。また、それを基に両国の著名商標制度の内容、例えば著名商標の認定制度、著名商標の個別法的保護、商標制度防御について比較研究した。文末では中国の著名商標法律保護を今後いかに整備するかについて私見を述べた。

著名商標（馳名well-known trademark）は周知商標とも言われ、市場では非常に名の通った、よく知られた、高い競争力を持った商標である。¹

中国の著名商標保護に対する歴史は長くないが、すでに世界標準の著名商標法律制度を制定している。中国における市場化の進行過程及び国家ブランド戦略の実施にともない、国家・市場・企業にとって著名商標の保護は重要な意義を持っている。日本は、すでに世界のブランド大国であり、ソニー、松下等の著名ブランドは国際市場において大きな社会的及び経済的影響力を持っている。日本ブランドの市場での成長は、長年にわたる著名商標保護法律制度の充実と切り離して考えることはできない。従って、日中両国の著名商標の成長水準及び著名商標法律保護制度について比較研究するのは、中国にとっても有益であり、中国の著名商標制度の整備を促進するためにも有効であろう。

一、中国における知的財産権法律制度中の商標制度

（一）日中両国の経済成長状況及び両国の貿易関係

21世紀に突入後、中国経済は良好な勢いを維持している。2008年の中国の国内総生産は30万億人民元を超え、経済総量は世界第3位、² 輸出入貿易の総額は世界第2位の2.56万億人民元で

あった。¹ 2009年6月末の中国の外貨準備高は世界第1位の21,316億ドルである。² これらのデータは、いずれも中国の経済成長が収めた大きな成果である。しかし、経済強国達成という中国の目標とはまだかなりの隔りがある。

日本経済の成長速度は前世紀の90年代から大きく減速し、世界経済総量第2位の地位も中国に追い越されようとしているが、日本人の1人当たり平均国内総生産、海外資産、産業構造等の主な経済データでは世界をリードしており、日本は疑いもなく世界の経済強国である。

隣国である日中両国は貿易活動が盛んで、両国の対外貿易においても互いに重要なポジションにある。中国税関の統計によると、2005年の日中貿易総額は9.9%増の1,844.47億ドル、中国の対外貿易に占める割合は13%であった。対日本の輸出は14.3%増の839.92億ドル、輸入は6.5%増の1,004.55億ドルであった。1993年～2003年、中国にとって日本は11年連続して最大の貿易パートナーであった。日本側の統計では、2005年の日中貿易総額は対前年同期比12.7%増の1,893.9億ドルである。その内、日本の対中輸出は8.9%増の803.63億ドル、輸入は15.7%増の1,090.2億ドルとなっている。日中貿易が日本の対外貿易に占める割合は17%に達し、輸出の13.4%、輸入の21%を占め、それぞれ対前年同期比0.5、0.3と0.3ポイント増加した。³ 2007年、日本の対中貿易は対外貿易総額の18%を占め、中国が初めて米国を抜き日本の最大の貿易パートナーとなった。⁴

（二）日中両国ブランド水準の対比

ブランドは国の経済成長の縮図であり、国際的影響力を持つブランドの数が、その国の企業の競争力のある程度示している。

中国は建国以来、ブランド構築に力を入れ、品質が良く、信用と名声が高いブランドを育て上げてきたが、中国ブランドの国際的な影響力は依然として弱く、先進国の水準とはまだ隔りがある。

米国「ビジネスウイーク」の2007年度世界トップブランド・ベスト100に中国企業は1社も選ばれていない。コカコーラ、マイクロソフト、IBM、ゼネラルエレクトリック、ノキア、トヨタ等のブランドが上位に名を連ねている。⁵ 中国の輸出額は多いが、国際市場全体から見ると、中国の有名ブランドが占める割合は3%にも達していない。輸出総額に自主ブランドが占める割合は小さく、企業の多くはOEM製品を輸出しているため、中国は輸出強国とは言えない。ここ数年、中国の著名商標の数は大幅に増えてはいるが、大部分の著名商標の品質はそれほど高くなく、市場競争力及び国際的影響力を持っておらず、海爾（ハイアール）・康佳（KONKA）・格蘭仕（ギャランツ）等のような中国有名ブランドは非常に少ない。

一方、技術革新とブランド構築を重視する伝統が日本にはある。百年におよぶ経済成長の過程では、次々と市場力のある良質な有名ブランドを育て上げ、日本製品が国際市場を寡占するのに重要な役割を果たしてきた。現在、有名ブランドでリードする日本の製造業は、毎年海外の販売総額が数億万ドルにも達している。日本のソニー、トヨタ、松下、東芝、キャノン等の数多くのブランドが世界有名ブランド・ランキングの常連となっており、国際市場では高い名声を誇っている。

日本の有名ブランドの製品は、1980年代に中国市場で販売を開始してから、各分野の市場に進出し、特に工業及びハイテク産業に根を下ろすことに成功した。中国のさらなる対外開放と、その他の国の製品の急激な流入及び中国製品の急速な増加により、日本製品の優位はこれまでの20年間のようにはいなくなる。しかし、日本のブランドが中国で培った幅広い認知度は、無視できない。

中国の著名商標とブランドの水準は日本に比べれば大きな開きがあり、中国の経済的实力は日本と比べれば低く、そのうえ市場化されたのが遅かったため、市場の規模や生産の水準、企業の実力、ブランド意識など多岐に渡って今後向上させなければならない。また、著名商標制度もまだ整備されていない。したがって、日中両国の関連制度について比較研究するのは、中国が日本の発展の経験を参考に、自国の著名商標制度を整備し、著名商標の水準向上に役立つことになる。

二、日中著名商標法律制度充実の歴史

（一）著名商標に関する日中両国の法律規定

1. 著名商標に関する中国の規定

1985年、中国は「パリ条約」のメンバー国となり、

条約の規定に従い著名商標保護業務関連の司法制度を開始した。1987年、国家工商行政管理総局商標局は商標異議事件において、米国ピザハット国際有限会社の「PIZZA HUT」を著名商標と認定し、オーストラリアの企業が同一商品で横取り登録した同一商標に対しては登録を許可しなかった。これは中国が「パリ条約」加入後初めて認定した著名商標であった。¹ その後、中国の「同仁堂」、英国の「マルボロ」を次々と著名商標として認定した。

1993年、中国は「商標法」を修正し、「商標法施行細則」に「広くよく知られた商標」を保護することに関する条項を追加し、「誠実信用の原則に違反し、複製・模倣・翻訳等の方法で、第三者が広くよく知られた商標を登録すること」は、登録の不当行為であり、法に従って取り消さなければならないと規定した。この規定は恐らく中国の著名商標保護における最初の法律文書である。1996年8月、国家工商行政総局は「パリ条約」、8TRIPS協定の著名商標保護に関する規定と総括に関連した司法制度を参考にして「著名商標認定及び保護暫定規定」を公布した。この規定は異なった、または類似した商品、またはサービスにおける著名商標の保護の始まりであり、同時に著名商標の概念等について境界線の画定を行った。「暫定規定」の公布によって、著名商標の認定と管理において、これ以降は法制化、適正化のルールを踏まなければならないようになった。

2001年10月27日、中国は商標法の二回目の修正を行い、さらに2002年8月には「商標法实施条例」を公布した。この修正は、著名商標の保護を国の法律と法規の段階にまで高めたものであり、著名商標の保護政策を大きく強化した。その内、「商標法」の第十三条の規定は、著名商標保護制度にとっては核心的条項または基本原則と見ることができる。「同一または類似品の登録を申請した商標が、第三者が中国で未登録の著名商標を複製、模倣または翻訳したものであり、混同しやすい場合は、登録を不許可として使用を禁止する。異なったまたは類似しない商品について登録を申請した商標が、第三者が中国で登録した著名商標を複製、模倣又は翻訳したものであり、公衆を誤って導き、当該著名商標登録者の利益に損害を与える恐れがあるものは、登録を不許可として使用を禁止する。」

2002年10月、人民法院は「商標民事紛争事件の審理における法律適用のいくつかの問題に関する解釈」を採択、人民法院が商標紛争事件を審理す

る際は、登録商標が著名商標か否かについて認定を行うことができると規定している。2003年4月、国家工商行政管理総局は「著名商標の認定及び保護規定」を公布し、「著名商標の認定及び保護暫定規定」を廃止して、著名商標の概念、認定基準、考慮する要素、企業名との衝突等の問題について一層の解釈を施した整備した。

2009年4月、最高人民法院は「著名商標保護に係る民事紛争事件の審理における法律適用のいくつかの問題に関する最高人民法院の解釈」（以下「著名商標のいくつかの問題の解釈」と略称）を公布した。この解釈は主に著名商標司法認定適用の範囲、認定の要素、挙証責任、保護要求等についての規定であり、その目的は基準を明確にし、条件と範囲を厳格に適用し、司法の尺度を統一し、著名商標保護の「異質化」を防ぐことにある。

2. 著名商標に関する日本の法律規定

日本は1868年の明治維新後にドイツと英国商標法の影響を受け、1884年に出願原則の基本方針である「商標条例」を制定した。その後、この条例は何度も修正された。1888年には欧米諸国商標法の長所を吸収して条例の不明確な点を修正し、1899年にパリ条約に加入して再度修正を行い、名称を「商標法」に変更した。1909年に著名商標の保護、合同商標及び登録商標使用の監督実行等の条項を追加し、日本は初めて著名商標の保護を法律に書き入れた。この修正は「パリ条約」の著名商標の保護よりも早いものであった。1921年、「商標法」が全面改訂された。出願手続きが大幅に修正され、申請公告、申請異議、再審査放棄制度を追加し、裁判所に直接起訴ができることを規定し、商標保護が類似商品に係ることを規定し、団体商標制度を制定し、専用使用権放棄の制度を取り入れた。日本は「パリ条約」とTRIPS協定の基準に従って著名商標を保護している。その後も数回、修正されたが、これらは基本的に国際条約の修正によるものである。¹

日本の現行商標法は1959年に制定されたもので、その後、数回修正されている。特記するに値するのは、2004年の修正が、第三者に横取り出願された商標を事実にしたがって無効にする権力を裁判所に付与したことである。これは著名商標の保護を強化することとなった。現行の日本商標法の著名商標に関する規定は、主に第四条第一項第10、11、15、19号、第三十二条第一項、第三十三条第一項、第六十四条第一項に具体的に示されている。この他、1999年に日本の特許庁は修正後の「周知商標、著名商標の保護に関する審査

基準」を公布し、著名商標の保護範囲、権利侵害基準、損害賠償等について規定し、商標法の施行に対応した。²

触れておくべきこととして、日本の「不正競争防止法」が著名商標の保護に重要な役割を果たしているということである。同法は未登録の著名商標の保護、著名商標のカテゴリを跨いだ保護等の問題に対し規定している。「商標法」と「不正競争防止法」の結合した保護方式は、権利侵害行為に対し幅広い防御になり、その詳細な規定は施行段階において更により操作性を持っている。

これまで日中両国の著名商標法律制度の充実について述べてきたが、つぎに、著名商標法律制度で比較的重要な問題である著名商標の認定及び著名商標の個別法的保護について、具体的な比較分析について述べる。

三、日中両国の著名商標認定制度

著名商標の認定とは、簡単に言うと関係機関が法律に規定される手続き及び基準に基づき、市場における商標に対し著名なのか否かを判定する過程である。著名商標の認定は、行政機関及び裁判所(法院)が著名商標保護の実践段階で最初に着手すべきことであり、これは著名商標法律制度のうちの重要な部分である。

(一) 著名商標認定機関

1. 中国の著名商標の認定機関

(1) 行政機関の認定

1991年1月～9月、中国では中国消費者協会、法制日報と中央テレビ局が合同で中国著名商標消費者評定選考キャンペーンを行い、300余りの企業から337の商標が評定選考に応募し、全国の約8万人の消費者が投票に参加して、茅台ブランド(酒)、鳳凰ブランド(自転車)、青島ブランド(ビール)、琴島・利勃海爾ブランド(電気冷蔵庫)、中華ブランド(タバコ)、北極星ブランド(時計)、永久ブランド(自転車)、霞飛ブランド(化粧品)、五糧液ブランド(酒)、瀘州ブランド(酒)、健力宝ブランド(飲料)等の商標を著名商標に選出した。¹これらには商標局より証書が授与された。

関連の司法解釈が発表される前に、中国既存の「著名商標の認定と管理暫定規定」の第三条では、「国家工商行政管理総局商標局は著名商標の認定と管理業務に責任を負う。ほかのいかなる組織と個人も著名商標の認定または同様の商標の認定してはならない。本条の規定に基づき、国家工商行政管理総局は我が国の著名商標

認定の唯一の機関である」と規定している。このことは法院(裁判所)が著名商標紛争事件を審理する際、事実に基づき係争中の商標が著名であるかを認定する権力を持たないことを意味している。法院は法院の著名商標認定を主張する全訴訟請求を却下し、認定の権利を持つ国家機関、即ち国家工商行政管理総局商標局に著名商標の認定を申請したうえ起訴が出来ることを告知した。

行政機関の単一認定のメカニズムには、明らかに弊害が存在する。その一は、国家工商行政管理総局が、大量の外国企業の商標を中国の著名商標と認定することはほとんど不可能である。その二は、当該局によって著名商標と認定された場合でも、所要期間が分からないため、著名商標紛争事件における原告の損失は見積もることは難しい。

(2) 司法審判機関の認定

行政機関単一認定の状況を改めるため、2001年7月、最高人民法院は「コンピュータネットワークのドメイン名に係る民事紛争事件の審理における法律適用のいくつかの問題に関する解釈」を公布、第6条では「人民法院のドメイン名紛争事件の審理は、当事者の請求及び事件の具体的状況に基づき、係わる登録商標が著名商標なのか否かを法に従い認定することができる。」と規定している。2002年10月施行の「民事紛争事件の審理における法律適用のいくつかの問題に関する解釈」の第6条では、「人民法院は著名商標紛争事件において、当事者の請求及び事件の具体的状況に基づき、係わる登録商標が著名商標なのか否かを法に従い認定することができる。」と規定している。これにより、法院が著名商標に対し司法保護を行う審判のメカニズムが初歩的ながら規定され、この後、人民法院もこれに従い多くの著名商標を認定した。2009年4月発表の「著名商標保護に係わる民事紛争事件の審理における法律適用のいくつかの問題に関する最高人民法院の解釈」により、中国の著名商標司法認定のメカニズムはさらに整備された。

これにより、中国は著名商標認定の二重制度を採用したことになり、認定の原則を確立することになった。これは財産権保護として著名商標の保護も絶えず強化する国際的情勢に合うものであり、また中国の市場経済成長の要求にも合致している。これにより商標主管機関の具体的行政行為に対する法院の司法審査が法に基づ

き処理ができるようになった。

2. 日本の著名商標の認定機関

日本の法律は著名商標の認定機関について明確に規定していない。実践段階において、商標行政管理機関としての特許庁と裁判所は、いずれも周知及び著名商標を認定することができる。¹ 2004年に修正された日本「商標法」の第39条では、関連の商標権の権利侵害訴訟において、原告の登録商標が「無効の手続きにおいて無効と宣告された」場合、登録商標の所有者は被告が自己の商標権を行使するのに対抗してはならないと規定している。これは事実上、裁判所に商標権無効の権力を付与したものであり、同時に著名商標認定における裁判所の権威を一層向上させるものでもある。

(二) 著名商標の認定基準

1. 中国の認定基準

著名商標認定基準に関する中国の規定は、「商標法」第14条「著名商標の認定は次に掲げる要素を考慮しなければならない。(1) 関連する公衆の当該商標に対する了知の程度。(2) 当該商標使用の継続期間。(3) 当該商標の何らかの宣伝工作の継続期間、程度及び地理的範囲。(4) 当該商標が著名商標として受けた保護の記録。(5) 当該商標が著名であることのその他の要素。」に具体的に示されている。商標法が規定する著名商標基準は、商標行政機関の著名商標認定において考慮すべき要素であるが、必須条件ではない。この点は国の慣習と同様であり、最高人民法院の「著名商標保護事件の審理」司法解釈の第四条においてもさらに明確にされている。当該条項では、商標が著名であるか否かの人民法院の認定は、著名であることの事実を証明することの根拠として、全要素を考慮しなくとも、事件の具体的状況から、著名商標と認定するのに十分である場合は除いて、商標法第十四条に規定される諸項目の要素を総合的に考慮しなければならない、と規定している。

「著名商標の認定と保護規定」の第2条第二項では、「関連する公衆」についても規定しており、関連する公衆は、商標が標示する商品、またはサービスの使用に関係する消費者、前記商品を生産またはサービスを提供するその他の経営者、及び取次販売において関わる販売者や関連要員等であるとしている。

2. 日本の認定基準

1999年、日本特許庁は、日本商標法第四条第一項第10、11、15、16、19号に関連する内容を含む「周知商標、著名商標の保護に関する審査基準」を修正して公布した。この文書では、著名商標に

対する日本の認定基準には確かな規定はないが、基本的には「パリ条約」とTRIPS協定の関連規定に合っており、関連する公衆における知名度を著名商標認定の核心的要素としている。

日中両国は著名商標認定基準の法律規定において似た点がある。例えば関連する公衆の範囲に対する解釈において、両国はいずれも関連する公衆には消費者だけでなく、関連する取引者も含まれている。両者には違いもあり、明らかに異なる点は、中国の著名商標認定のエリアは中国国内だけであり、海外の著名な商標を含まないが、日本の法律は日本国外の商標の周知性や著名性を承認している。

(三) 著名商標認定の原則

1. 主動的、大量認定及びその利点と弊害

現行の法律法規から見ると、著名商標に対する中国と日本の認定は、いずれも「受動的保護、個別事件認定」の国際的に広く一般に用いられる管理法を採用している。いわゆる受動的認定の原則とは、紛争が発生した場合、商標所有者の請求に応じて、裁判所または商標行政機関によって個別事件の商標に対して著名か否かの認定が行われる。この原則は、実質的には著名商標認定保護市場化を具体的に示したものであり、即ち著名商標の認定は、主観的な認定要素の制御を受けることなく、市場によって運営され、その時点の市場の実際状況によって商標が著名か、一般的かが反映される。

受動的認定の原則と対峙するのは「主動的保護、大量認定」の方式であり、中国は「著名商標の認定及び管理暫定規定」を実行した際に、この種の認定方式を採用した。主動的認定の長所は、国内ブランドの誕生を促進し、著名商標紛争の発生を予防し、企業のブランド意識を高めることが出来る。しかし市場の大規模化により、商品紛争は日増しに増加し、主動的認定の保護方式に存在するいくつかの問題が徐々に明らかになってきた。

第一に、不公平な競争をもたらしやすい。ある商標がひとたび行政機関によって著名商標と主動的に認定されると、著名商標としての個別法的保護を永遠に享受することになる。しかし、認定された著名商標が一定期間を過ぎた後、著名の基準に合致しなくなっても、依然として著名商標としての個別法的保護を受けるのは、明らかに不合理である。主動的認定の方式において、著名商標と認定された企業は、容易に著名商標を「看板」として市場競争での大きな優位性を持つことになる。しかも事実上の著名な商標であっても速やか

に認定の出願をしなかった場合は、紛争が発生した際に著名商標としての法的保護が得られない。

第二に、権利の金銭取引による腐敗問題が発生しやすい。著名商標は有利な待遇を受けるにもかかわらず、行政部門によって主観的に認定されるため、一部の企業は利益のために巨額の資金を投入して「著名商標」の認定を受けようとするようになる。これは市場競争にとって不公平であるだけでなく、行政機関の腐敗にもつながることになる。

2. 個別事件の受動的認定の利点と弊害

著名商標保護についての「パリ条約」とTRIPS協定の個別事件の認定の原則に合わせるため、また、主動的認定に存在する弊害を克服するため、中国は「著名商標の認定及び保護規定」を通じて受動的保護の原則を確立した。主動的認定の方式に対して、受動的保護及び個別事件認定の合理性は次の点にある。

第一に、商標が著名であるか否かがより客観的に認定される。個別事件の原則に従うと、権利侵害の紛争が発生した場合、商標所有者は証拠を提示し、自己の商標が著名商標であることを証明できさえすれば、法院または商標行政機関は当該商標に対して著名商標の個別法的保護を実行できる。しかし、この種の認定はその事件に対してのみ有効であり、第三者に及ぶことはなく、社会全体には及ばない。著名商標として保護された記録については、次に紛争が発生した時に、商標行政機関または法院の考慮すべき要素となるだけである。個別事件認定の原則は、市場競争の実際状況にも合致しており、過去の著名商標でも時間が過ぎれば著名と認定されない可能性もある。

第二に、著名商標が第三者に横取り登録される問題を効果的に防ぐ。受動的保護、個別事件認定の原則は商標の使用が優先されることになり、たとえば、ある企業があらかじめ著名商標の称号を申請していなかったり、または称号を未取得であったとしても、商標が第三者によって横取り登録された時に、もし企業が自己の商標が著名であることを証明できた場合は、商標行政機関または法院に申し立てを行い、権利侵害当事者の登録の取り消しを要求し、自己の合法的權益を保護することができる。

第三に、行政の腐敗問題を効果的に抑制することができる。受動保護と個別事件認定は著名商標の認定において、人為的要素や主観的要素に左右されることなく、市場の客観的状況を根拠にすることができる。

しかし、受動保護や個別事件認定の原則は、絶対的かつ合理的だとは言えない。中国のここ数年の司法手続きでは、この原則下の著名商標認定のメカニズムには様々な問題があることがわかってきた。例えば、受動認定は紛争の予防、司法認定の衝突、地域保護などには不利である。¹このため、著名商標の認定制度のさらなる整備が待たれている。

四、著名商標に対する個別法的保護

著名な商標は、商品やサービスが市場での名声と競争の地位を獲得しており、それは企業の重要な無体財産であり、また国の経済成長の原動力でもある。このため、著名商標は市場において第三者による横取り登録や偽造等の不正競争の侵害を受けやすくなる。従って、著名商標に個別に法律上の保護を与えることは重要な意義がある。

現在、国際的に著名商標に対する保護規定が比較的整っているのはTRIPS協定である。その規定によると、著名商標の所有者は、第三者の同類、または類似商品における登録、またはその商標と同一、または類似する商標の使用を禁止できだけでなく、第三者がその商標と同一、または類似する商標を非類似の商品において登録または使用することを禁ずることができる。

日中両国はWTOの加盟国であり、両国の商標法とその他の法律法規は「パリ条約」と「TRIPS協定」の要求に従って、著名商標を保護している。しかし、具体的な法律規定と関連する司法処理段階では、日中両国の著名商標に対する保護には違いがある。

(一) 著名商標の保護範囲に対する日中両国の相違点

著名商標の保護に対する日中両国の相違点は、著名商標に対する保護範囲に具体的に示されている。著名商標に対する中国の保護はカテゴリを跨いだ保護を採用しているが、その前提条件は、当該商標が中国で登録されていることである。しかし、日本は著名商標が登録されているかを問わず、いずれもカテゴリを跨いだ保護を採用している。

著名商標のカテゴリを跨いだ保護の理論的基礎は、希釈化理論である。著名商標が商品とサービスを区別する機能を備えているだけでなく、商品の品質の特色と商業的名声を獲得しているため、著名商標の同じ商標を非類似商品またはサービスに用いることは、混同とは異なるものの、著名商標及びその標示する商品とサービスの特色と名声を希釈化するだけでなく、¹はては著名商標の特色

と名声を汚し、貶めることになり、従って著名商標に対してカテゴリを跨いだ保護を行い、その無形の富の流失を防ぐ必要がある。これが即ち著名商標希釈化理論が持つ基本的な意味である。

伝統的な混同理論には、著名商標の保護が明らかに不足しており、TRIPS協定は希釈化理論に基づく著名商標の保護を正式に確立したため、多くの国に受け入れられ、認可を得ている。²日中両国は、著名商標保護の法律に関連する内容を規定している。

しかし、中国の著名商標に対する希釈化理論に基づいた保護は、主に「商標法」の第13条第2項の規定「同一でない商品または類似しない商品について出願した商標が、第三者の中国で登録した著名商標を複製、模倣または翻訳したものと、公衆に誤認させるものであり、著名商標登録者の利益に損害を与え得る場合、登録させないよう使用を禁止する。」に反映されている。このことから、希釈化の理論を中国で使用する場合は、中国で登録された著名商標でなければならない。

(二) 著名商標保護における司法機関と商標行政機関の役割

裁判所(法院)と商標行政機関は日中両国の法律体系では、いずれも著名商標保護の権力を持つ機関であり、両者には分担がある。日中両国はいずれも大陸法系国家に属し、両国とも商標の登録を優先する主義であるため、それぞれが著名商標保護の過程において果たす役割は似通っている。商標行政機関は主に出願審査、及び異議と無効請求に対する処理により、裁判所(法院)は著名商標権利侵害事件に対する審理により保護に当たる。

しかし、法律の規定の違いと裁判所(法院)と行政機関の権限の違いにより、日中両国には違いがある。

中国の商標局と商標評定審査委員会及び日本の特許庁の権力と職能は基本的に同じであり、それぞれの商標法の具体的な規定に基づき、登録を許可しなかったり、無効と判定したり、登録商標の取消し及び使用禁止等の行政決定を行ったり、著名商標に対する権利侵害商標の侵害を阻止したりすることが出来る。¹この他、関連する行政法規は両国商標行政機関の職権行使の重要な典拠である。例えば、日本の「周知商標、著名商標の保護の審査基準」、中国の「著名(馳名)商標の認定と保護規定」である。

裁判所(法院)の司法保護において、日中両国の違いは、主に裁判所が登録商標の無効を直接判定できるか否かにある。日中両国は登録を商標権獲

得の基本としており、登録を許可された商標には好意的で、裁判所は通常商標権無効の訴求を受理しない。しかし2004年以後、日本は商標法を修正し、第39条では、商標権の権利侵害訴訟において、原告の登録商標権が「無効手続き中で無効と宣告されるべきもの」であった場合、登録商標の所有者は被告に対し自己の商標権を行使してはならないと規定している。つまり、裁判所は事件の審理では、事実と証拠に基づき、商標権の有効を判定することができる。明らかに、不正に登録された商標の効力が、紛争を処理する裁判所によって直接否定され、商標行政機関の決定を待つのではなく、手続きが簡略化され、当事者の時間とコストが節約され、手続を長く引き延ばされて生ずるさらなる損害を避けることができ、未登録の著名商標を効果的に保護できる。日本の改革は中国の参考に値する意義がある。

（三）防護標章制度

防護標章は衛星標章とも言い、著名商標所有者が、当該著名商標が使用を査定した商品または類似商品以外に第三者が同一商標の使用を防止するため、その他の商品にも登録することを指す。防護標章は「保護主義拡大」に基づき、著名商標のために創設した制度であり、その目的は、第三者が非類似商品、またはサービスで著名商標と同一、または類似の商標を登録または使用し、その顕著性を希釈化することを防ぐことにある。防護標章制度は一種の著名商標所有者の自発的な事前の保護措置である。

日本は比較的整備された防護標章制度があり、「商標法」の第64条から68条までに規定され、防護標章登録の条件、出願の手続き、権利侵害行為等の問題について詳細に規定している。全体的に日本の防護標章商標には2つの特徴がある。(1) 従属性。防護標章登録の権利は基礎となる登録商標に依拠または従属し、防護標章は基礎となる商標権利の移転、終了に伴い移転または終了する。

(2) 防護性。日本の防護標章制度の狙いは防護と保護にあり、登録のためではない。当然、防護標章には登録後に使用する義務はない。¹

日本の防護標章制度の歴史は長く、著名商標は保護されるべき優位な立場にある。最初に、日本では、防護標章は知名、著名商標の排他権の範囲を予め画定し、保護拡大の目的を達成できる。次に、費用を節約できる。防護標章の登録は、基礎登録の費用を納付する必要があるだけで複数のタイプ別の商品またはサービスを設定することができる。さらに、防護標章は登録成功後に不使用で

あったとしても、取り消される可能性がない。

現在、中国は防護標章制度を確立させていないが、施行段階では、多くの企業が防護標章を登録することにより著名商標を保護し、積極的な効果を上げている。² 今後は、中国は立法を通じて防護標章制度を確立することを考えるべきである。

五、中国の著名商標法律制度整備についてのいくつかの提案

中国の現行法律法規は、著名商標の保護において進歩を遂げており、長い経験・鍛錬により、行政法執行、司法業務においても顕著な成績を上げているが、市場規模が大きくなり、商標権利侵害行為が日増しに複雑化し、しかも制度建設がまだ不足しているため、著名商標の全面的保護を達成するには、さらに整備しなければならない。日本の著名商標の保護には国際的にも進んだ独特な手法があり、同じような大陸法系の中国にとっては、その中から有益な手法を選んで用いるべきである。

（一）著名商標認定制度の整備

近年、中国はWTO加盟が著名商標の保護に提起した新しい要求に適応するため、行政機関と人民法院は二重認定制度、時効認定、受動的保護を特徴とする公平、開放、適正化、受動的の著名商標認定のメカニズムをすでに構築している。この種の認定メカニズムは、その合理性を持っているが、中国の具体的な著名商標法律の施行効果から見て、関連する制度は一層の整備が待たれている。

1. 中国の著名商標認定で現実に存在する問題

（1）著名商標の濫用

多くの著名商標の所有者は個別認定の原則に背き、認定後に商標の「著名」に長時間、広範囲な広告宣伝を行い、自己ブランドの知名度を不正に作り上げ、しかも広告には虚偽、誇大の文言を経常的に使用し、商品販売促進の目的を達成しようとしている。¹

（2）著名商標の数を政府の成績とリンクする地方政府

著名商標本来の意味に対する誤解のために、中国の多くの地方政府は自分たちが管轄する地区の著名商標の数が多いほど、自分たちが管轄する地区の企業の実力が大きく、政府の仕事を立派に行っていると考える。そこで、一部の地方政府は自らの成績を顕示するため、「著名商標」の数の増加を積極的に追求するようになった。はては著名商標の認定を獲得した現地企業に高額の奨励金を支給し、一部企業の著名商標

の認定申請を不当に奨励している。

(3) 著名商標の認定緩和による地区間の基準不統一の問題

統計では、2007年1月から2008年2月の間に行政の認定を受けた著名商標だけでも427件に達する。中国の広大な地域、経済の急速な成長及び商標紛争の日を追っての増加といった要素を加えても、この数字は大き過ぎる。こうした状況と権力を持った機関が、著名商標の認定を厳格に行っていないこととは関係がある。司法認定においては、「著名商標のいくつかの問題の解釈」が法院の著名商標認定の基準を詳細に規定し、法院の自由裁量権を制限したものの、現在数十の中級人民法院が著名商標認定の権限を持っており、判定基準を完全に統一することは容易ではなく、さらにその他の要素が加わって、法院が異なれば同一商標に対して異なった認定結果が出るのを避けるのは難しい。¹

この3項目の現象は、現在の著名商標認定過程において明確になった。前2項目は著名商標保護の趣旨を踏み違えたものであり、後者の1項目は制度上の欠陥がもたらしたものである。

2. 著名商標認定制度整備の提案

(1) 著名商標認定を個別事件のみで有効とする原則の一層の強化

日本では、特許庁が商標の審査、異議と無効請求において認定した著名商標でも、裁判所が商標紛争処理中に認定した著名商標でも、紛争の解決にのみ問題となり、長期にブランドを認定するわけではなく、また広告宣伝とも関係がない。中国もこのような理念に従い個別事件の原則を厳格に実行し、広告で著名商標を宣伝することを禁止し、著名商標に対する大量公布、集中宣伝を止めるべきである。この他、地方政府は現地の「著名商標」に対する奨励金の支給を停止すべきであり、また「著名商標」の評定も停止し、著名商標制度に対する市場の誤解を避け、関連する投機的行為を防がなければならない。

(2) 必要に応じて行使する著名商標認定のプロセス

例えば、登録商標侵害の事件において商標を保護する場合、法院または商標行政機関は、当該登録商標が事実上高い知名度に達していたとしても、「著名」として認定する必要はない。このようにすれば、著名商標に対する認定を厳格にし、濫用を防止することになる。また、関連の司法資源を節約することもできる。「いく

つかの規定」は、第二条において法院はどのような状況において著名商標の認定を行うべきかについて規定しており、このことは著名商標の司法認定の施行を適正化する上で重要な意義を持つ。

(3) 著名商標の司法認定制度の整備

その一、異なった法院の著名商標認定の基準の統一が困難な状況を打開するには、著名商標に対する司法認定を集中し、著名商標を認定する法院の数を減らす必要がある。その二、監督のメカニズムを確立することである。法院は著名商標認定の過程において、外界からのさまざまな干渉に直面することは免れ難い。認定の合理性を保証し、司法の腐敗を防止するためには、上級法院審査決定制度の確立を図る必要がある。受理した法院が発効した判決に関する統計報告表を、再審査のために一級上の法院に送付する必要がある。²

(二) 著名商標に対する個別の法的保護の明確化

1. 希釈化理論を根拠に、中国での未登録の著名商標のカテゴリを跨ぐ保護

中国の商標法第13条は、希釈化理論を根拠に著名商標にカテゴリを跨ぐ保護を与えているが、保護範囲は中国に登録済みの著名商標だけに限っており、未登録の著名商標は含まない。しかし、日本の希釈化理論による商標の保護はほぼ整っており、商標法と不正競争防止法に関連する条項があって、保護範囲は日本に登録済みの著名商標にとどまらない。これは国際的な手法とほぼ合致している。

ひとたび著名商標となった場合は、異なる商品やサービスにも商業的価値と機能を持つ。したがって同様の個別の法的保護を受けるべきである。未登録の著名商標の侵害も同じように著名商標の価値の評価を貶め、低下させる。まず、著名商標が国際的範囲で個別に保護を受けているのは、著名商標が持つ社会的属性、即ちその信用名声の価値のためである。ある商標がひとたび著名になると、独立した価値を獲得することになり、生産源を区別する識別機能を備えるだけでなく、表彰機能を備え、その所有者の信用・名声を具体的に表し、巨大な商業的名声を示すことになる。次に、著名商標に対し個別に保護を与える目的から見ると、著名商標が標示する信用・名声の価値は、国際、国内市場において巨大な影響力を享受しており、著名商標を希釈化するいかなる侵害行為も、必然的に著名商標の商業的価値の低下と消

減をもたらすことになる。業者間に競争関係、商標間に混同の可能性が存在するか否かについては、斟酌すべきではない。業者間に競争関係が存在しないとしても、消費者に混同と誤認が生ずることはなく、著名商標の絶対的顕著性を希釈化する行為も法的制裁を受けなければならない。これが著名商標に対して反希釈化保護を提供する根本的な原因である。従って、未登録の著名な商標に対しても、カテゴリを跨ぐ保護を行わなければならない。

中国の2002年の「商標民事紛争の審理における法律適用のいくつかの問題に関する解釈」は、この制度の問題点がある程度補充しており、その第二条では「第三者が中国において登録していない著名商標、またはその重要部分を複製、模倣または翻訳し、同一のまたは類似の商品において商標として使用し、混同を招きやすいものについては、侵害停止の民事的法的責任を負わなければならない」と規定している。しかし、司法解釈は結局のところ法的レベルが比較的低く、しかも当該規定は損失賠償を含むその他の救済方式を規定していない。従って、未登録の著名商標に対する保護の水準を高めようとするなら、立法を通じて未登録の著名商標のカテゴリを跨ぐ保護に対し詳細に規定し、権力を有する機関が根拠にできる法律を持つべきである。

2. 防護標章制度を確立した著名商標の保護

現在、中国の商標法と不正競争防止法の著名商標に対する保護は、事後救済の傾向にある。防護標章制度は一種の事前の著名商標の保護である。著名商標権者が自身の市場経営の状況に基づき、適切な商標登録手段を選択し、防護標章を利用すれば、第三者による権利を侵害する登録を未然に防ぎ、著名商標に最も有効な法律の保護を与えることを保証し、損害の発生を源から避けることができる。

中国は現在、防護標章の内容を、法律ではまだ規定していないが、中国の商標の登録と管理において、企業はすでに合同商標または防護標章を採用する措置を講じており、商標が第三者によって横取り登録されるのを避けている。例えば、ある商標権者は著名商標である「両面針」を登録した以外に、さらに「面面針」、「双面針」等の商標を登録している。またある企業、例えば娃哈哈は全タイプの商品の登録の方式を採用して自己を保護している。¹しかし、制度的な構築に欠けているため、この種の自発的な防護標章登録の行為には、いくつかの問題が存在している。例えば、防護標

章の登録は企業のコストを増やし、しかもたとえば「連続3年使用を停止した」ために、登録商標の取り消しを招くことになるリスクが存在する。

日本の防護標章制度は比較的発達しており、商標法には詳細な法律の規定がある。中国は日本の経験を参考に、商標法には防護標章の内容を追加し、防護標章登録の条件、出願手続き、時効、費用等の具体的問題に対し規定を作ることは、企業の防護標章登録の実践指導と企業の権利意識向上にとって重要な意義を持つ。防護標章制度の「主動的防御、事前保護」と一般の「受動的保護、事後救済」を結び付ければ、著名商標の保護はさらに全面的なものとなる。

(三) 法に基づいた著名商標の行政法執行

著名商標に対する行政保護は、中国の著名商標制度の一大特色であり、国内の法執行の基礎に立脚し、国外の先進理論の成果と法執行の経験を参考にし吸収して、長足の進歩を遂げてきた。しかし、WTO加盟後の経済のグローバル化と日増しに激しくなる経済競争及び著名商標保護の進展という新しい情勢に直面して、中国の著名商標の行政法執行制度には、まだ多くの軽視できない問題と解決が早急に待たれる矛盾が存在し、新たな挑戦と試練に直面している。

1. 法執行の主体の明確化と、協調のメカニズムの整備

中国において商標事件行政法執行権を持つ機関には、工商行政管理総局、技術監督局及び物価管理部門等がある。各部門の商標違法事件処理における分担が明確でなく、職権がはっきりしていないため、幾つかの部門が商標を事件として処理する際の衝突は避けられず、法執行の効率低下をもたらしている。WTO加盟後、国内各機関の商標違法事件捜査・処罰の権限を明確にすることが特に重要となっている。

従って、商標部門と経済検査、市場管理部門は密接に協力しなければならない。当事者の合法的権益に資するようにし、法に従った行政を推進し、法執行の機能を増強するため、政府知的財産権保護工作委員会を構築し、ハイレベルの協調メカニズムを通じて、行政システムの内部で法執行の権利と責任に関係する矛盾及び紛争を適時解決する必要がある。システムの外部では、工商行政管理機関は商標権利侵害を捜査・処罰する過程において、法院、検察院、公安局、税関等の部門と協力し、商標特に著名商標の保護作業を共同で整備しなければならない。

2. 著名商標行政保護責任制度の健全化

中国の現在の商標法律制度は、主に著名商標紛争当事者に対しさまざまな責任を規定しているが、著名商標の行政保護の主体である商標行政管理機関に対する法的責任の拘束が欠けている。従って、知的財産権保護は単一の「職権」であって、「職責」ではなくなっており、管理機関が管理の職能を履行しなかった、または履行が適切でなかった時に、著名商標の権利の当事者が行政機関の責任を追求するのが困難となる状況をもたらしている。

このため、「著名商標の認定及び保護規定」の第16条に各種の著名商標行政保護機関の責任の規定を追加すべきである。責任を受け持つ主体の設定上の欠陥を補充し、行政機関に法的責任の拘束がない状況を改め、行政機関が管理の職能を履行しなかった、または履行が不適切であった場合に、行政と民事の責任を設定する。行政責任では、例えば商標行政管理問責制、商標行政管理部門法執行考査制を確立し、民事責任では、例えば行政機関の法執行が不適切であったために著名商標権者に損害を被らせた場合、行政機関はその受け持つ責任の範囲内で、著名商標権者に対し賠償を行うべきである。

（四）社会のブランド意識の高揚と、著名商標の法律保護の促進

第一次、第二次五カ年社会法律普及教育により、人々は過去の「法を学ばない」、「法を知らない」状況から脱却しており、広範な消費者は商標法と消費者権益保護法について、いずれも程度の違いはあるが理解をするようになっており、すでに「ブランドを見て品物を買う」ように変化している。これによって「ブランドに従って損害賠償を求める」という意識が強まっている。

商品ブランドに対する消費者の確認能力が強まるのにもない、企業経営者も経営戦略を変更しており、ますます多くの企業がブランドを中心に生産と経営管理を行うようになり、外国企業が本土以外に投資し工場を設ける際、最初に必要なのは、製品が使用する商標の問題である。すでに正常に運営されている企業については、商標戦略と販売を同時に重視する。例えば、「National」は日本では婦人も子供も知っているブランドとなっているが、当該商標は米国ではすでに第三者によって先に登録されている。松下は日本国内では「National」の商標を引き続き使用しているが、本土以外の場所では「Panasonic」の新しい商標を使用し、同時に「National」をできるだけ使用するようにしている。「National」は長期に

渡って使用したことから、徐々に古くなった感覚を与え、「伝統的商号」の概念を残しているが、「Panasonic」は「生気に満ちている」、「革新的」、「若くて活力がある」等のまったく新しい印象を与えている。製品多様化の増加にともない、松下はまた「愛妻」（洗濯機）、「飛鳥」（音響）、「樹氷」（家庭用クーラー）等のまったく新しい商標を送りだしている。商標以外に、松下は商品の名称に対しても同じように重視しており、例えばテレビに使用された「画王」はその成功した例の一つである。

中国企業のブランド意識の高まりが待たれる。一方で、中国企業は国際市場の範囲で良好な商標とブランド保護の意識が作られていない。2004年世界ブランド実験室が公表した「中国の最も価値を持つブランド500」の内、46%が米国で、50%がオーストラリアでまだ登録されておらず、EUでの未登録率は76%にも達している。¹ しかもここ十年来、中国国内の著名商標が国外で横取り登録される状況が頻繁に発生している。例えば、商標「海信」はドイツBSH社に横取り登録され、「大宝」は米国で横取り登録された。もしこのような情勢において、企業が依然として海外における登録と保護を重視しなかった場合、企業のブランドが持っている商業的利益と市場の優位性を喪失してしまう可能性がある。もう一方で、中国企業は市場の情報に対する関心と自身の行為に対する規制を欠いている。中国企業は市場情報獲得のメカニズムを確立し、市場における各種の商標の状況を理解し、不必要な紛争に陥ってしまうことを避けなければならない。しかし、現在市場で一段と激しくなっている「山寨（山中の集落）」行為は、中国の多くの企業にオリジナルブランドを育て上げる意識がなく、同時にこの種の「山寨」行為が、関連企業の経営を常に権利侵害の危険の中に置いている。

従って、企業の経営要員と管理要員は商標の法律意識を強め、ブランド戦略を積極的に運用すると同時に、市場の状況に密接な関心を寄せ、著名商標を偽称・偽造する行為に対し、直ちに法律の武器を手にして自己を保護しなければならない。広範なメーカーが法に従って生産・経営を行い、著名商標権者が製品の質を絶えず高め、著名商標の名声を保ち、著名商標を主動的に、積極的に保護し、同時に消費者を教育し、著名商標偽造・偽証の行為を阻止し、摘発することによって、著名商標は初めて真の法的保護が得られるのである。

中国市場経済が絶えず発展するのにもない、ますます多くの国内国外商標が市場の競争に参入することになる。この種の状況において、著名商標の法律制度は市場の秩序を維持し、企業の富と国の利益を保護する上で重要な役割を果たすことになるであろう。日中両国の企業と著名商標保護機構が相互に参考にし、学習し、著名商標個別法的保護制度を整備し、著名商標の保護水準を高めることは、ますます重要になる。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

吳
漢東徐
瑄馬
治國陳
伝夫李
正華李
順徳李
正華范
曉波寿
歩劉
春田張
玉臣王
兵馬
忠法丁
建新

中国における著作権の公正利用制度に関する研究



PROFILE

范 晓波 Fan Xiaobo 北京化工大学文法学院知的財産権研究基地 副主任

1971年10月生まれ。

2005年中国人民大学法学院民商法専攻卒業、法学博士。

近年の主な学術論文：

『著作権侵害の損害賠償の根拠』、『電子知識産権』誌2006年第3期。

『知的財産権侵害における不当な利益取得に関する研究』、『知識産権』誌2006年第3期

『商標侵犯の損害賠償に関する研究』、『電子知識産権』2006年第6期

『知的財産権の価値評価について』、『理論探索』誌2006年第6期

『知的財産権の価値について』、『電子知識産権』2006年第10期

『商標独占権と同業他社の利益』、『電子知識産権』2007年第10期

著作権法は、創作者、伝播者、使用者の権利を調整するバランス法と称され、公正使用制度はまさしくバランスを実現するための重要なものである。この制度は最初に英米法系の国で認められ、現在では各国の著作権法の中で承認され広く取り入れられている。公正利用は、著作権法において一貫して重要で難しい問題である。著作権者と公衆の利益の間、そして著作権独占と情報共有の均衡点をどのようにとらえるか、公正利用の範囲をどうすれば科学的に確定できるか、公平性と効果をどのように最大限実現していくか、これらの問題は、著作権者の利益に関わるだけでなく、社会公衆の利益にもより密接に関係する。本文では中国における著作権の公正利用制度を研究対象とし、そこに存在する問題を分析するとともに、この制度の完備を提案する。

一、著作権の公正利用という概念とその価値

中国『著作権法』の規定によれば、ある状況下では、著作権者以外の者が他者によってすでに発表されている作品を使用するときに、著作権者の許諾を得なくてもよく、著作権者に報酬を支払う必要もない。ただし作者の氏名と作品名を明示しなければならない。また著作権者の他の権利を侵害してはならない。法の規定するこの状況が、理論のうえで公正利用とされるものである。公正利用制度は、著作権者、伝播者、使用者の間の利益を調整し、平均的に保護することによって、作品の伝播と使用を促すとともに社会公衆の利益を守り、最終的に、社会全体の科学・文化事業の発展の繁栄を促進するという著作権法立法の趣旨を実現していくものである。

公正利用制度を設ける前提になるのは、著作権の承認と保護だが、著作権者の利益を合理的な範囲で損ねざるを得ないことは、公正利用の全体的・原則的な限界である。文学、芸術、音楽等の

作品は、人々の精神生活を豊かにする社会的財産である。作品は創作者の労働の成果であり、作者はその創作活動について何らかの補償を得るべきである。創作を尊重せず、作者の利益を守らなければ、作者の創作意欲を萎縮させ、文化活動の源泉が絶たれることになり、ひいては公共の利益が損なわれる。著作権という独占権の形式で、自身の知的労働の成果に対する作者の抑制力を守り、作者が合法的権益を共有できるようにし、創作への積極性を鼓舞しなければ、より多くの優秀な作品を創作し、社会の文化・科学分野と公衆の精神生活を豊かにしていくことはできない。ある国の民族的文化遺産が豊富かどうかは、その文学・芸術作品に対する保護レベルによって決まる。保護レベルが高いほど作者の創作が奨励される。ある国の知的創作物が多ければ多いほど、その国の声望は高まる。文学・芸術作品が多い国ほど、図書、レコード、芸能産業における副産品も多い。これは過去の経験から明らかである。つまり、知的創作を奨励することは、いかなる社会、経済、文化においても発展の前提の一つである。¹

法と経済学の分析によれば、独占権は創作の奨励に役立つものの、一方で公衆の情報利用を妨げる可能性もあり、独占権者がその作品の使用について高い対価を求めることによって、消費者は費用の支払が難しくなり情報を十分に利用できなくなる場合もある。つまり、「合法的な独占がなければ十分な情報が生み出されないが、合法的な独占があることによって今度は多くの情報が利用されない」。² 著作権法の出発点と帰結点は、精神的財産を創造し共有することに対する公衆の要望を満たし、社会全体の文化的繁栄を促すことである。作者の権益を守ることは必ずしも著作権法の根本的目的ではない。1803年のイギリスでのある判例は、「許諾を得ず、報酬を支払わない使用が合理的であるのは、後の作者に新たな作品を創造する

呉漢東

徐瑄

馬治国

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范晓波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

という目的があり、これが科学・文化の進歩を促し、社会公衆に益する場合である。」アメリカ連邦議会下院は、1988年の『ベルヌ条約』実施法令に関するレポートの中でこう述べている。「著作権立法においては以下を考慮する必要がある。すなわち、作品の創作と独占権の保護期間のほかに、議会は、公衆が個別の権益保護について払う対価とそれによって得られる利益とのバランスを勘案しなければならない。憲法では、著作権を設ける目的は思想の伝播を促し知識を広めることにありと規定している。著作権の根本的目的は作者に対する奨励ではなく、公衆が作者による創作から利益を得られるよう保障することにある」。このことから、著作権法では公正利用制度を規定し、著作権を制限して、公衆に一定の範囲内で無償かつ自由に作品を使用できる空間を提供しているのである。

公正利用の重要な価値の一つが公平性である。知識は蓄積されるものであり、文化の発展も何世代にも亘って人々がともに努力してきた結果である。創作活動はすでに存在している作品の参照・利用と切り離せない。誰の作品にも他者の知恵が含まれている。別の意味から言うと、著作権者と使用者の関係は相互に影響しあうものであり、その役割には互換性がある。ある人はその創作作品にとって著作権者だが、他者の作品を利用するときには使用者となる。創作には他者が得た成果を吸収する必要がある以上、他者が自分の作品を利用することも妨げてはならない。著作権者は自分の作品に対して無制限の独占権をもつことはできず、適切な範囲内で自らの利益を譲り、他者の使用を認めるべきである。そうすることによってはじめて情報の取得と享受が保証され、多くの創作が生まれるための基礎が構築できる。

公正利用のもう一つの価値は効果にある。社会の精神的な財産が増えるためには、情報資源の十分な流動と理想的な配置が必要である。コースの定理では、使用を認め合わない関係において権利を配置・配分するとき、効果の最大化をその根拠とすると主張する。公正利用とはつまり、各方面の得失のバランスをとることによって、全体的な効果の最大化を図る制度措置のことである。ここでは作者と使用者の権利領域を区分し、作品の伝播と使用、そして著作権者が市場の取引によって十分な収益を得てその投入コストを補償できることを保証し、情報不足を回避することを前提として、著作権作品が使用者が無償で使用するための合理的範囲を確定するので、著作権者の利益が不

合理に損なわれることはない。これにより、権利侵害への抗弁を理由として、合理的範囲内での作品使用の問題が解決され、作品の使用について毎回作者の許諾を得る必要がなくなり、不必要なコストを減少できるため、情報資源の理想的な配置という効果が得られる。また各方面の利益が、バランスと調和のとれた関係の中で最大限満たされるよう促される。

二、中国における著作権の公正利用に関する立法モデルの不備

中国著作権法第22条では、完全列举によって公正利用の範囲を以下のとおり明確に定めている。

1. 個人的な学習、研究又は鑑賞のため、他者がすでに発表した作品を使用すること。
2. ある作品を紹介・評論するため、又はあるテーマについて説明するために、他者がすでに発表した作品を作品中に適切に引用すること。
3. ニュース報道のため、新聞、定期刊行物、ラジオ局、テレビ局等のメディアが、すでに発表された作品を避けられず再現又は引用すること。
4. 新聞、定期刊行物、ラジオ局、テレビ局等のメディアが他の新聞、定期刊行物、ラジオ局、テレビ局等メディアによりすでに発表された政治、経済、宗教等に関する時事的文章を掲載又は放送すること。ただし作者が掲載・放送の禁止を表明している場合を除く。
5. 新聞、定期刊行物、ラジオ局、テレビ局等のメディアが公衆向けの集会で発表された談話を掲載又は放送すること。ただし作者が掲載・放送の禁止を表明している場合を除く。
6. 学校教室での授業又は科学研究のため、すでに発表された作品を少量複製又は翻訳し、授業や研究者の使用に供すること。ただし出版発行してはならない。
7. 国家機関が公務執行のためにすでに発表された作品を合理的な範囲内で使用すること。
8. 図書館、資料館、記念館、博物館、美術館等が陳列又は保存のため、自館所蔵の作品を複製すること。
9. 公衆から費用をとらず、実演者にも報酬を支払わないで、すでに発表された作品を無料で実演すること。
10. 屋外の公共の場に芸術作品を設置又は配置し、模写、描画、撮影、録画を行うこと。
11. 中国公民、法人又は他の組織がすでに発表した中国語文字による創作作品を、少数民族の言語文字作品に翻訳し、国内で出版発行すること。
12. すでに発表された作品を点字出版すること。

上のように完全列举された立法モデルは明確かつ具体的で、司法への適用に便利であり、裁判官による任意の裁量を防ぐために役立つとも言え

る。しかしこの立法モデルの限界も司法の実践においては少なからず見受けられる。かつて幅広い議論を呼んだ、北影録音録像公司による北京電影学院の著作権侵害提訴案件では、法律で定められた公正利用の範囲が科学的で合理的なものかどうかについて、人々は疑いを抱いた。本案件の概要は以下のとおりである。1992年に作家の汪曾祺は原告の北影社と契約を結び、その『受戒』等の作品について映像編集権及び撮影権の独占使用権を原告に与えた。電影学院の学生であった吳瓊は、課題作成のために『受戒』を映画脚本に改編した。被告の電影学院は、1993年にこの脚本を卒業作品に指定して撮影を行い、電影学院内の小劇場で1度上映した。観衆は学院の教師と学生であった。1994年11月に電影学院は関係部門の承認を得た上で、映画『受戒』をフランスのラングロワ学生映画祭に出品、参加した。映画祭では本作品が2度上映され、観衆は主に映画祭に参加した各国の教師や学生であった。映画祭組織委員会は、少量の入場券を対外的に販売しており、現地の一般市民らが本作品を鑑賞することは排除されていなかった。原告は被告が著作権を侵害したとし、被告は公正な利用であるとして抗弁した。

本案件に関する争議の焦点は、電影学院が映画『受戒』を撮影した行為が公正利用であるか否かという問題である。³ 被告は、撮影は教育を目的とするものであり公正利用に当たると主張した。原告は、著作権法が規定する教育目的の公正利用は教室での授業にのみ認められ、使用方法は少量の複製又は翻訳に限られるため、被告の行為は公正利用には当たらないとした。裁判所は以下のとおり判断した。すなわち、著作権法第22条の規定によれば、学校教室での授業のために他者がすでに発表した作品を合理的範囲内で使用する場合、著作権者の許諾を得なくてもよく、報酬を支払わなくてもよい。この規定の目的は、教室での授業のために学校が他者の作品を無償で使用することを一定範囲内で認め、円滑な教育活動を保障することにある。電影学院は映画関連の人材を育成するための芸術学校であり、その教育指導方法には相対的な特殊性があるため、学院が教室での授業に作品を使用する方法も一般の学校とは異なる。映画撮影の練習は、本学院の教室での授業には不可欠な部分である。電影学院がその年の卒業生に小説『受戒』を使用して映画を撮影させた目的は、学生に卒業作品を完成させ、その実践能力を養成するためであり、また学院内でその作品を上映したのは、互いに見学し評価するという教

育指導のためであって、どちらも教室での授業に必要な要素である。したがって、電影学院が以上の手順と上述の方法によって作品『受戒』を使用したことは公正な利用であり、北影公司の独占使用権に対する侵害とはならない。⁴ 本案件で裁判長は、既存の法律に対して以下のように踏み込んだ見解を述べている。「本案件の審理において合議廷は、北京電影学院が権利者の作品を使用して映画を撮影した行為について、『著作権法』第22条に列挙された12種類の公正利用状況の中には明確な規定がないものの、現実生活のすべての行為を著作権法で逐一列挙することは不可能であると考え、特定の分野で特定の範囲内に限った上で、他者がすでに発表した作品を『著作権法』第10条第5項の使用方法どおりに使用する場合、『著作権法』第22条の規定する目的と精神に合致するものであれば、その使用行為は公正な利用であると認められるべきである。ただし厳しい制限が必要である。」⁵ 本案件の判決は、知的財産権を専門とする多くの学者から幅広い好評を得、この判決は電影学院のように特殊な教育機関の状況に配慮したものだにとらえられた。また、中国の著作権法における公正利用の問題についても、司法判例を提供した。しかし一部の学者からは疑問の声も上がった。その認識は以下のようなものである。つまり、著作権法の規定から考えると立法者の本意は明らかに「教室での授業又は科学研究のための」公正利用の方法を、翻訳又は少量の複製に限る点にある。第22条で採用されているのが列挙という方法で、確かな条項がないため、単に法律の条文について拡大的解釈をするだけでは、被告が小説を映画として撮影した行為を公正利用に含めるといった目的は実現されない。中国の法律で列挙方式をとって公正利用の範疇を確定している以上は、法律の規定に基づいて取り扱わなければならない。もし著作権法第22条に立法の技術面での問題があると認め、目的をもった拡大解釈によって法律の隙間を埋めようとするなら、その時点で裁判所は法律解釈の範疇を逸脱していることになり、一種の法作成行為になる。大陸法の一般原則と中国の現状に基づけば、裁判所による法作成行為は奨励されるべきではない。⁶

筆者は以下のように考える。もし裁判所が本案件について実際の状況を考慮せず、単に法律の明文規定に従って、正当な教育活動を権利侵害だと判定するならば、公平の原則に反するのは疑いなく、また著作権法の立法趣旨にも合致せず、文化芸術事業の発展を妨げることになる。しかし、裁

判官が事実と法律の主旨に基づいて判決し、個別の案件について正義を実現すれば、法律規定に違反して法作成をしたという責めを受ける。そもそも本案件の電影学院による撮影行為は、第22条で規定する「少量の複製又は翻訳」には当たらない。法律に明確な規定があるものについては、裁判官は厳格にそれにしたがって執行すべきである。法律規定の不完全さ、法律の隙間に対する填補は、立法レベルの問題である。裁判官には法律を創設する権利はない。本案件の審理において裁判官は、どのような選択をとっても瑕疵が避けられないというジレンマに陥った。裁判でのこうした問題は、公正利用に関する中国の立法モデルに不備があるために引き起こされている。

2006年初頭、デジタル情報技術の愛好家である胡戈が、ヒット映画「プロミス（無極）」の鑑賞後に、映画の画像資料を組み替え、張り合わせる方法によって20分間のネット動画作品『マントウ殺人事件』（以下「マントウ」）を創作した。これは、映画『無極』の120分間にわたる深遠な叙述を再構築して全く異なる意味合いを持たせたもので、その巧みなストーリー、諧謔的で滑稽な画像の組み合わせと音声に人々は大笑いした。⁷ 胡戈によるこの映像の製作には、陳凱歌監督による映画『無極』に対する著作権侵害の嫌疑があり、紛争となった。⁸ この紛争はまた、著作権の公正利用制度に関する幅広い議論を再度引き起こした。多くの学者は胡戈による『マントウ』創作行為は、映画『無極』に対するパロディであると位置づけた。⁹ パロディとは、原作の実質部分あるいはその作風の模倣を通じて、誇張、荒唐無稽という喜劇的技法を用いて創作した具体的作品を指し、その意図は原作の批判にある。文学芸術の角度から言えば、パロディは長い歴史があり人々に好まれてきた一種の文学創作形式であり、国によってはこれを公正利用に含めている。中国の現行著作権法では、パロディの問題について特に規定しておらず、また立法においても公正利用について確かな条項がない上に、公正利用であるかどうかを判断するための原則的規定もないため、こうした紛争を解決するには根拠とすべき法律がなく、裁判所にとっても頭の痛いことになる。胡戈の行為を権利侵害と認定することは、著作権法の目的と精神に反するようでもあるし、これを公正利用と認めるにもその法的根拠がない。この問題は、中国の現行著作権法の公正利用に関する立法モデルに存在する大きな問題を改めて浮き彫りにした。

三、ネットワーク環境下での著作権の公正利用範囲の変化

ネットワークの発展と普及は、著作権制度に対して非常に大きな影響力を与えている。著作権者にとっては、その作品が利用、伝播されるルートがネットワークによって拡大され、公衆にとっては、作品の入手と使用がよりいっそう容易で迅速にできるようになっている。しかし同時に、著作権者による作品の伝播・利用のコントロールが難しくなり、著作権者と作品使用者との対立も日増しに目立つようになっている。ある学者は、従来の公正利用制度において、法律で定められた公正利用の範囲は当時の伝播技術に相応するものであって、当時は著作権者の個人的利益と社会公共の利益とはバランスを保っており、公正利用制度によって、作者が積極的に創作を進められると同時に、文化内容は広範囲に伝播されていたと指摘している。バランスの面から言えば、科学・文化の成果が伝播される程度が高ければ高いほど、公正利用の範囲は縮小され、つまり著作権者の財産権に対する制限もより小さくならなければならない。伝播技術が急速に発展する今日、公正利用の範囲も先進的な伝播技術に対応していく必要がある。立法面では、公正利用の範囲が縮小方向に向かわなければ、著作権者の利益を損ねることになる。¹⁰ 別の観点はこれと正反対のもので、公正利用制度はネットワーク環境下でその適用範囲を適度に拡大し、それによってネットワークの「ポストモダン的特性」で主張される相互作用と開放の精神に符合していくとともに、利益バランスを中心とする「公益主義」の目標に合わせていかなければならないと考える。¹¹

ネットワーク環境では著作権保護と情報の公共的取得との関係をどのように取扱い、著作権者と公衆との利益バランスをどのように維持していけばよいのだろうか。これについて、中国『著作権法』は具体的な答えを出していない。国務院が公布し2006年7月1日に施行された『情報ネットワーク伝播権保護条例』（以下『条例』）は、ネットワーク環境における公正利用の状況について比較的明確な規定をしている。その第6条は以下のように規定している。すなわち、情報ネットワークを通じた他者作品の提供が以下に当てはまる場合は、著作権者の許諾を得なくてもよく、また報酬を支払わなくてもよい。（一）ある作品を紹介・評論するため又はあるテーマについて説明するために、すでに発表された作品を公衆に提供する作品中に適切に引用すること。（二）ニュース報道

のため、すでに発表された作品を公衆に提供する作品中に避けられず再現又は引用すること。(三) 学校教室での授業又は科学研究のため、すでに発表された作品を少数の教育・科学研究者に少量提供すること。(四) 国家機関が公務執行のために合理的な範囲内ですでに発表された作品を公衆に提供すること。(五) 中国公民、法人又は他の組織がすでに発表した、中国語文字による創作作品から翻訳された少数民族言語の文字作品を、中国国内の少数民族用に提供すること。(六) 営利を目的とせず、すでに発表された文字作品を視覚障害者が感知できる方法によって視覚障害者に提供すること。(七) ネットワーク上ですでに発表された政治、経済に関する時事的文章を公衆に提供すること。(八) 公衆向けの集会で発表された談話を公衆に提供すること。また、『条例』第7条は図書館、資料館等による公正利用についても規定している。以下では、ネットワーク環境での個人的使用を目的とする公正利用と図書館による公正利用の問題について重点的に述べる。

1、個人的使用を目的とする公正利用

一部の学者は次のように考える。すなわち「個人的な学習、研究又は鑑賞のために他者がすでに発表した作品を使用すること」が公正利用に当たるという規定は、ネットワーク環境に適用されるべきではない、なぜならネットワークはすでにその利用者が情報を収集、整理、利用するための、重要で場合によっては主要なツールになっているからである。ネットワークの発展とインターネット利用者の増加に伴って、多くの作品、特に「個人的な学習・研究のため」に用いられる科学技術関係、学術関係の作品、「個人的鑑賞のため」に用いられる音楽、映像作品は、いずれもおそらく主にネットワークを通じて発行・複製されている。すべてについて個人による「公正利用」を認めるなら、これらの作品の市場価値に影響を及ぼし、関係著作権者の合法的権利を侵害することになる。これは作品の公正利用で遵守されるべき原則に相反することである。¹²

『条例』では、個人的学習・研究と鑑賞のための作品使用について特に改めて規範化しておらず、「情報ネットワークを通じて他者作品を提供する」場合の各種公正利用の状況について規定しているだけである。つまり、著作権法第22条第1項の規定が、ネットワーク環境でも同様に適用される。筆者は以下のように考える。ネットワーク環境下では、公衆が情報を得るための自由と権利を保障する重要な方法として、個人による公正

利用が存在し続ける価値は減損しない。利用方法等の面で適切な制限が必要なだけである。著作権法の規定では、個人による公正利用に対して、その利用目的についてのみ制限しており、例えば個人が作品をアップロードして公衆に伝播し、作品に対して営利的な、又はそれ以外の違法利用をする場合は、作品の個人的使用には当たらない。この規定は作品の利用方法については制限していない。他者が著作権をもつ音楽作品や映像作品をネットワーク上で大量にダウンロードする場合、作品に対するこうした複製が個人的な鑑賞を目的とするものであっても、権利者の合法的利益を不合理に侵害する。したがって、作品を個人的に使用するときはその使用目的が正当でなければならないと同時に、利用方法も正当でなければならないと筆者は考える。ネットワーク環境で個人による公正利用に対して必要な制限を加えることによってのみ、著作権者と使用者との間の利益バランスが守られる。

2001年に修正された中国の著作権法第47条第(六)項では、技術的措置について規定している。本条項の規定によれば、著作権者又は著作権と関係する権利者の許諾を得ずに、権利者がその作品、録音・録画製品等のために採用した、著作権又は著作権に関係する権利を保護するための技術的措置を、故意に回避又は破壊する行為は違法であり、法律責任を負わなければならない。技術的措置による版權保護は、法律的保護を受ける作品の非合法な利用を防ぐためにプラスの意味をもつが、公正利用に対しては大きな難点となる。個人による公正利用を例にとると、デジタル技術のもとではますます多くの作品が電子データの形式で出現し、技術的保護措置を施されている。著作権法によれば公正利用できるはずの作品が、技術的措置を採用すれば訪問や複製ができなくなる。技術的措置を破壊・回避する行為も法律により規制される。『情報ネットワーク伝播権保護条例』には、学校教室での授業や科学研究、すでに発表された作品の視覚障害者に対する非営利目的での提供、行政・司法活動での作品使用等、技術措置の破壊が法的に認められる状況が列举されているが、ここには個人の学習・研究、鑑賞目的での他者作品の利用は含まれていない。したがって、個人が公正利用できる作品は、技術的措置を採用せずにネットワーク上に掲載された作品に限られる。個人的使用のため他者の作品を利用する目的で技術的措置を破壊することは、違法行為になる。そのため、個人使用を目的とした他者作品の利用

は、技術的措置の採用と著作権保護により大きな制限を受ける。筆者は、個人の学習・研究（鑑賞を含まない）のために他者の作品を利用する必要があり、著作権者の利益に対して発生するべきでない損害が発生し得ない場合は、回避措置の採用を認めるべきだと考える。そうすることで情報の伝播と利用に役立ち、新たな創作を奨励することにもなる。

2、図書館による公正利用の問題

著作権法第22条によれば、図書館による公正利用は、作品の陳列又は保存のために自館所蔵の作品を複製する場合に限られる。ネットワーク環境では、公正利用制度はデジタル図書館に適用されるべきである、つまり図書館が図書資料をデータ化して保存し、インターネットを通じてネットワーク上の資源として、ユーザーが閲覧できるようにすることを認めるべきであるという声が多い。デジタル図書館を従来の図書館と比べると、配信と閲読の方法の変化により、その作品の利用方法が著作権者の利益に対して甚大な影響をもたらす。従来の図書館では建物の規模、開館時間、読者数等の制限を受けるため、作品の伝播方法が「点から点へ」に限られている。すなわち、通常の図書館では読者に紙媒体の図書を提供する場合に一定の制限があり、1冊の本はある時間において誰か1人しか利用できない、つまり1人の読者が閲読するためだけにしか提供できない。このことは、作品の市場販売と客観的には衝突しない。いっぽうデジタル図書館では、作品の伝播はネットワークを通じて「点から面へ」行われる。ネットワーク空間は無限であり、1冊の本を同時に数万の読者がオンラインで閲読することも可能である。図書を大量に複製し、公衆用のサイトに置いて読者が閲覧、ダウンロードできるようにすれば、たとえ利益を得ないとしても、図書の潜在的市場に大きな影響を与え、著作権者の経済利益を著しく侵害することになる。さらに、従来の図書館による公正利用は自館所蔵作品の複製に限られ、複製目的も作品の自館内陳列・保存のために限られており、貸出し、販売、賃貸しに用いることはできない。このため、デジタル図書館を設立してオンライン貸出しサービスを提供することは、公正利用の範囲には含まれない。公益的性質のデータ図書館については、作品使用の性質と目的については公正利用の条件に符合するとはいえ、作品の使用に関して言えば著作権者の利益を著しく侵害するものであり、公正利用とすべきではない。公益性の問題を解決するために著作権者に対価を

支払わせることはできない。ネットワーク図書館で他者の作品を使用する場合は、権利者の許諾を得るとともに報酬を支払う必要がある。資金の出所は、公益事業に対する国の財政補助金又は図書館による読者からの費用徴収によることができる。¹³ 実際、現在ある一部のデジタル図書館は営利を目的としており、この場合は公正利用からはさらにかき離れる。中国初のデジタル図書館による権利侵害案件の判決¹⁴でもデジタル図書館が作者の許諾を得ずに他者の作品をオンライン配信し報酬を支払わない場合は、著作権者のネットワーク配信権を侵害し、公正利用には当たらないと、改めて確認されている。

『情報ネットワーク伝播権保護条例』第7条は、図書館等が作品を公正利用する状況について以下のとおり規範している。すなわち、図書館は作品の陳列又は保存のためにデータ化形式によって作品を複製することができるが、その対象は、破損している、破損・遺失・盗難のおそれがある、又はその保存形式が古くなっているもので、なおかつ市場で購入することができない、又は基準より明らかに高い価格でしか購入できない作品に限られる。図書館は一定の条件の下で、特定の作品に対して有限なネットワーク配信をすることができる。具体的に言うと、ネットワーク配信をすることができる対象は「自館所蔵の合法的に出版されたデジタル作品」及び「法により陳列又は保存の目的でデータ化複製した作品」である。このほか、ネットワーク配信の範囲は自館「館内」であり、図書館が情報ネットワークを通じて作品を配信できるのは、自館の物理的な建築物の中に限られる。上述の行為について、当事者に別途約定がある場合を除いて、図書館は著作権者の許諾を得る必要はなく、報酬を支払う必要もない。ただしその過程で図書館は直接又は間接的に経済利益を得てはならない。『条例』の制定過程で図書館側は、非営利教育機構としての図書館に対して、ネットワーク配信に関する公正利用権を与えるよう、一貫して呼びかけた。しかし『条例』では、ネットワーク環境での図書館による公正利用の範囲について、図書館側が期待するほどには拡大せず、非常に限られた範囲の複製とネットワーク配信という公正利用範囲を定めた。とは言え『条例』のこの規定に不備があるというわけではなく、学者が指摘するように『条例』第7条は、図書館等がネットワークを通じて館内の読者に作品を提供するといった行為について特に限定をしていない。したがって条文だけを見れば、図書館等は合法的に購

入した最新の映画DVDを館内ネットワークに保存し、館内の読者がオンラインで鑑賞できるように提供することも可能である。ただしこのような行為は映画著作権者の利益を著しく損なうものであると考えられ、公正利用とすることは難しい。¹⁵

以上をまとめると、『情報ネットワーク伝播権保護条例』は中国『著作権法』の規定する公正利用の範囲をネットワーク環境にまで延長したが、新たな客観現象に特に焦点を絞って公正利用の範囲を改めて設定してはいない。ネットワーク環境に関わる具体的な内容についてはやや慎重なようである。『条例』の規定はネットワーク伝播権の行使に関する規範の空白を埋めはしたが、引き続き「具体的に詳細な」列举方式をとっているため、単一的で融通性が低く厳格にすぎて、司法操作には役立たないように思える。このことは、公正利用制度が現代の科学技術の発展に適応していくのを困難にしている。¹⁶ 上述したように、ネットワーク環境下の場合、『条例』には、個人的使用を目的とする作品利用と、図書館による作品利用についての規定に問題が存在する。そうすると、原則的な判断基準をさらに設ければ、科学技術が急速に発展する情勢においても、公正利用制度が適応的で柔軟な伸長空間を保ち、新たな技術的条件の下で発生する新しい問題についても随時規制できるようになる。

四、中国における著作権公正利用制度の完備

公正利用制度は、著作権者、伝播者、使用者の利害関係バランサーであり、著作権法の重要な構成部分である。著作権法の立法目的を果たし、利益バランスを追求し、公平性と効果を実現するという精神にのっとり、この制度を設計、適用しなければならない。公正利用の範囲を任意、無原則に拡大・縮小したり、いずれか一方の利益を過度に強調・軽視することは、利益のアンバランスを招き、ひいては文化・科学活動の発展と繁栄を阻害する。作者、伝播者、使用者の利益バランスを保ち、それぞれが得るべきところを得、できる限り利益が満たされることによってはじめ、作者はより多くのより優れた作品を創作することができ、またその作品が幅広く伝播されて有効に利用され、社会全体の進歩が促進される。筆者は、中国の著作権法で完全列举方式を採用して公正利用の範囲を定めていることは科学的でないと考えている。立法者が原則的で概括的な規定を採用しないのは、裁判官が法律の条文を任意に解釈して、権利者の権利を制限したりあやふやに捉えるのを

憂慮してのことだが、逆にこれによって法律の不公正が直接引き起こされている。現実には公正利用の具体的状況は千変万化しており、公正利用を法律によって定められた12種類の状況だけに限れば、公正利用とすべき状況を漏らしてしまうことは避けられず、司法実践の柔軟性に適応できない。立法面のこうした不備によって、司法の実践においては裁判官が裁定に頭を悩ませることになる。法律は実践活動を調整し規範化するものであり、法律は実践において常に発展・変化する必要性に対応していかなければならない。情報通信技術、通信手段の日進月歩の発展に伴い、人々が知識を得る手段はよりいっそう先進的で、便利で、迅速になっている。もともと法により作品の公正利用方法とされていたものも、公正でなくなる場合がある。もともと著作権者が制御する必要のなかった使用方法も、制御しなければ著作権者の利益が損なわれ、公正利用が著作権者の利益に与える損害は大きくならないという原則に違反する場合もある。¹⁷ つまり著作権の公正利用の範囲は可変的なものであり、利益バランスは流動的なものであり、今ある規定をかたくなに固持し続けることは不公正にもつながる。しかし法律には安定性が必要で、朝令暮改では法律の権威が弱まってしまう。作者、使用者、伝播者の利益バランスを保つ重要な制度として、公正利用制度の設置は、科学的で理にかなったものでなければならない。そのためには、立法方法を完全列举方式から不完全列举方式に改め、同時に公正利用の判断原則や基準を確立することが求められる。

著作権者の権利を保障し、著作権者、伝播者、社会公衆の3者間で、知識、情報の創作と取得に関して利益のバランスを保つために、ベルヌ条約、TRIPS協定、万国著作権条約等の国際条約では、公正利用等の権利制限制度については原則的な規制をしている。つまり、ある特殊な状況下では、著作権に対する制限は作品の正常な使用と衝突してはならず、同時に著作権者が本来享有すべき合法的權益を不合理に侵害してはならないと規定している。中国の『著作権実施条例』では、特にこの規定を追加して、公正利用に対する原則的な制限としている。その第21条は「著作権法の関係規定に基づき、著作権者の許諾を得る必要がない、すでに発表されたことがある作品を使用する場合、その作品の正常な使用に影響を与えてはならず、また著作権者の合法的利益を不合理に侵害してはならない」と規定している。これは、公正利用制度を完備するものであり、権利に対する

制限が合理的な限界を超えることを防ぐものである。しかし本規定の限界は、これが著作権法の規定する12種類の合理的な使用状況に対する「法律上の最低ライン」に過ぎず、本当の意味で公正利用の原則制限にはなり得ないことである。公正利用に関する完全列举式の立法モデルを改め、公正利用の判断基準に関する原則的規定を追加してはじめて、この制限規定はその拘束力と保障作用を十分に発揮できる。

立法史上では、アメリカの著作権法で最初に公正利用の判断基準が導入された。これがすなわち、世界中の多くの著作権学者がフェアユースの法理と呼ぶものである。その第107条では、他者の作品を使用する活動が公正利用であるかどうかについて、以下の要素を考慮しなければならないと規定している。1、使用の性質と目的。これには、その使用が商業的性質のものであるか否か、又は非営利の教育的目的のものであるかが含まれる。公正利用の目的と性質は正当なものでなければならない。商業的性質があり、営利を目的とする使用は、一般的な状況では公正利用とはしない。なぜなら、商業的性質の使用は、著作権の許可使用、法定許可使用等の形式に置き換えられ、最終的には著作権者の財産利益を損なうからである。ただし、全ての非営利的使用を公正利用とするわけではない。例えば、使用者は利益を得ないものの、功利を横取りする意図があり、つまり困難な創作労働に従事せずに「作者の資格」や「学術上の地位」を得ようとして、他者が著作権を有する作品を使用する場合は、目的の合理性を備えていないと言える。2、使用される著作物の性質。これについては複数の角度から分析することができる。(1) 未発表作品とすでに発表されている作品。一般的には、公正利用はすでに発表されている作品に限られる。未発表作品の使用については、作者の発表権とプライバシーを侵害する可能性があるためである。(2) フィクション作品とノンフィクション作品。作者が投入した創造的労働の多寡に基づいて、その作品の使用が厳に公正利用となるか否かを判断する。ノンフィクション作品には、例えば伝記作品中の事件、情景、あらすじ、写真作品の人物、景色等、現に存在する歴史的資料や客観的素材が使用される。これには事実的要素が多いため、他者の公正利用を認めるのはかなり自由である。しかしフィクション作品は作者が素材に対して収集、選別を行ったうえで創作するものであり、作者の芸術・創作面の個性が強く反映される。このためフィクション作品の公正利用には

一定の限度が設けられる。(3) 視聴覚作品の公正利用は、文字作品よりもさらに厳格になる。(4) 特定の対象向けに創作された作品。ある種の作品は特定の使用者のために特に提供され、一般的には自由に、又は無償で使用できない。3、使用される著作物全体と比較したときの使用部分の量及び内容の実質。作品の使用程度には次の二つの側面がある。一つは使用される著作物全体と比較したときの、使用されている部分の量、もう一つは内容の実質である。作品又は作品の実質部分を大量に引用することは、合理的で適当であるとはみなされない。量と質について結び付けて考えなければならない。引用した量が多くなっても、作品の重要な内容や核心部分を引用していれば、公正利用にはならない。4、使用される著作物の潜在的市場又はその価値に対する使用の影響。市場への影響の分析は、公正利用の構成要件の中でも非常に重要な意義をもつ。アメリカの裁判では、これが公正利用か否かを判断する際の最も重要な要素となっている。出版社ハーパー・コリンズによる雑誌『国家産業』提訴案件でアメリカの連邦最高裁判所は、引用量が全体の20分の1に満たないものを権利侵害と判定した最大の原因は、その実質面の引用が原告の市場利益を侵害したことにあるとしている。

公正利用の構成要件に関する学説と規定は、長期間にわたる司法の実践経験を高度に概括しており、また公正利用か権利侵害使用かの区分についても系統的に説明している。理論上は、立法形式によって公正さを確認するという判断基準は、各種の作品使用状況に対する裁量に統一的な原則と明確な手法を与えるものであり、これは公正利用制度にとって大きな進歩であると言わざるを得ない。¹⁸ 筆者は、アメリカのこうした手法を参考にして、公正利用の判断基準を中国の法律にも取り入れ、列举された具体的状況に総括的・原則的条件を結び付けることで、中国の公正利用制度を構築することができる考える。

法律の価値と生命力は、法律の適用において体现される。法律はまるで自動販売機のようなもの、そして案件事実は硬貨で、裁判官の仕事は硬貨を自動販売機に入れること、そして出てくるのが判決だとは望むべくもない。裁判官には必要な自由裁量権が与えられるべきである。公正利用は一種の「公平主義的な理性的規則」である。公平で合理的であるとはどういうことか、それは理念的色彩が濃厚であいまないため、裁判官の自由裁量権によって個別の事案の中で考えていくことに

なる。¹⁹ 公正利用の一般的規則を確立したら、その規則をいかに正確に分析・運用していくかについては、裁判官に高い能力が求められる。公正利用の実例は千差万別であり、個別の状況が公正であるかどうかは使用の性質と目的、使用された著作権作品の性質、他者作品の使用量と質、使用行為が著作権作品の潜在的市場や価値に与える影響等の4つの要素を総合的に考慮して、具体的な裁定をする必要がある。公正利用についての判断過程には、公平、効果に対する評価、利益バランスに対する考慮と追求が含まれる。裁判官は、決して機械的に法の条文を適用することはできず、知恵を働かせて法律と案件の具体的状況に基づいて裁決を行わなければ、実情に即し理にかなった結論を出すことはできない。裁判官による自由裁量権の濫用については、他の枠組みを通じて拘束・是正していく必要がある。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

吳漢東

徐瑄

馬治国

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

中国におけるコンピューターソフト著作権保護



PROFILE

寿 歩 SHOU Bu 上海交通大学知的財産権研究センター主任

1962年12月7日生まれ。1985年中国西南交通大学コンピューター応用専攻卒業。上海交通大学法学院教授（博士課程指導）、上海交通大学知的財産権研究センター主任。1985年から大学講師を歴任。1988年中国弁護士資格取得。コンピューター科学、知的財産権法学の指導・研究業務に従事。学術論文発表数十編、出版物は単独著作3編、共著4編、編集著作10編。2003年第二回上海市優秀中青年法学家ベスト10に選出。中国科学技術法学会常務理事、中国法学会知的財産権法研究会理事、中華全国弁護士協会情報ネットワーク・ハイテク専門委員会副主任、上海市情報化専門家委員会委員を兼任。

【概要】

本文では、中国におけるコンピューターソフト著作権保護の立法根拠、立法モデル、法規体系を紹介するとともに、中国におけるコンピューターソフト著作権保護の立法過程を振り返り、中国の知的財産権立法に対する外圧の影響について重点的に説明している。また、エンドユーザーによる未認証ソフト使用の法律責任をめぐる、中国で起きた2度の論争について特に紹介し、中国におけるコンピューターソフト著作権保護について、今後の立法に対する観点を述べた。なかでも、ソフトのエンドユーザー問題を解決する根拠は、「複製論」ではなく、「模作論」であると特に強調している。そして、著作権法の外に行政法規を単独で制定して、コンピューターソフト著作権保護を規範化する立法モデルをやめ、コンピュータープログラムを保護する条項を著作権法の中に直接加えるよう提案した。

一. 中国におけるコンピューターソフト著作権保護の概況

1. 中国におけるコンピューターソフト著作権保護の立法根拠

中国におけるコンピューターソフト著作権に対する保護は、著作権法の規定を基にしている。中国著作権法第三条¹は、著作権法が保護する作品の類別を規定しているが、その第（八）項が「コンピューターソフト」である。

情報産業界では一般的に、「コンピューターソフト＝コンピュータープログラム＋関係ファイル」、簡単に言うなら「ソフト＝プログラム＋ファイル」と認識されている。コンピュータープログラムが20世紀半ばに世に出て以降、ソフトウェア産業は1960年代から盛んになったが、著作権保護に問題をもたらすのは、コンピュータープログラムに関係するファイルではなく、コンピュータープログラムそのものであった。ファイルはそもそも中国著作権法第三条第（一）項に挙げられた「文

字作品」の範疇に入るため、中国著作権法第三条第（八）項にはもともと「コンピュータープログラム」を入れるだけでよかった。しかし、1980年代末から1990年代初めにかけて行われた、コンピューターソフトに対する法律保護のための立法作業は、当時の情報産業主管部門であった機械電子工業部²の主導によるものであったため、中国の著作権法立法時に、作品類別の名称として並べられたのは、著作権保護の角度から見てより適切な専門用語である「コンピュータープログラム」ではなく、情報産業界の慣用的な術語の「コンピューターソフト」だった。

2. 中国におけるコンピューターソフト著作権保護の立法モデル

当初、中国におけるコンピューターソフト法律保護の立法作業は、著作権法の起草機構——国の著作権行政管理部門である国家版權局——が主導しておらず、機械電子工業部が主導していたという事実がある。そのため、コンピューターソフトの著作権保護については、著作権法の保護体系には入れるものの、著作権法の中に直接条項を加えるのではなく、最終的には著作権法のほかに単独で行政法規を制定するというモデルを採用した。中国におけるコンピューターソフト著作権保護のこうした立法モデルは、今日まで続いている。

1990年代初めにこのような立法方式を採用したのは、著作権法が保護する伝統的作品とは異なる、コンピューターソフトの特徴に配慮したためであった。また、1986年韓国の『コンピュータープログラム保護法』と1987年ブラジルの『ソフトウェア法』で、コンピューターソフトの法律的保護のために単独の立法をしているという方式も参考にされた。³しかしコンピューターソフトの法律保護について、中国ではアメリカや日本など先進国のような、著作権法の中にいくつかの条項を直接加えると言う立法モデルをとらず、韓国やブラジルの立法方式を採用した。このことは、当時の機械電子工業部が関係立法を主導したという歴史

吳漢東

徐瑄

馬治國

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

的背景と大きな関係がある。

中国著作権法第一版第五十三条⁴は、コンピュータソフト保護規則については国務院が別途規定すると規定している。中国国務院により1991年6月4日に発表された『コンピュータソフト保護条例』が、著作権法のこの規定に基づいて制定された行政法規である。

3. 中国におけるコンピュータソフト著作権保護の法規体系

中国の法律、行政法規、部門規定、司法解释、司法機関文書、行政機関文書、外国との二国間協定等、さまざまなレベルでの規範的文書のうち、コンピュータソフトの著作権保護と関係がある法規体系には、主に以下の文書がある。

- (1) 中華人民共和国著作権法（第一版1991年6月1日施行、第二版2001年10月27日施行）
- (2) 中華人民共和国著作権法实施条例（第一版1991年6月1日施行、第二版2002年9月15日施行）；
- (3) コンピューターソフト保護条例（第一版1991年10月1日施行、第二版2002年1月1日施行）
- (4) 知的財産権保護に関する中米両国政府の了解覚書（1992年1月17日締結、1992年3月17日発効）
- (5) コンピューターソフト著作権登記規則（第一版1992年4月6日施行、第二版2002年2月20日施行）
- (6) 国際著作権条約実施規定（1992年9月30日施行）
- (7) 『中華人民共和国著作権法』の徹底実施における一部問題に関する最高人民法院通知（1993年12月24日公布）
- (8) 著作権行政処罰実施規則（第一版1997年2月1日施行、第二版2003年9月1日施行、第三版2009年6月15日施行）
- (9) 中華人民共和国刑法（第二版1997年10月1日より施行）
- (10) 不法出版物刑事案件審理における具体的な法律応用についての一部問題に関する最高人民法院解釈（1998年12月23日施行）
- (11) コンピューターネットワーク著作権に関わる紛争案件の審理における法律適用についての一部問題に関する最高人民法院解釈（2000年12月21日より施行、2003年12月23日第1回改訂、2006年11月20日第2回改訂）
- (12) 著作権民事紛争案件の審理における法律適用についての一部問題に関する最高人民法院

解釈（2002年10月15日施行）

- (13) 知的財産権侵害刑事案件取り扱いにおける具体的な法律応用についての一部問題に関する最高人民法院・最高人民検察院解釈（2004年12月22日施行）
- (14) 知的財産権侵害刑事案件取り扱いにおける具体的な法律応用についての一部問題に関する最高人民法院・最高人民検察院解釈（二）（2007年4月5日施行）。

二. 中国におけるコンピュータソフト著作権保護の立法過程

1. コンピューターソフトの著作権保護対象としての列挙と『コンピュータソフト保護条例』第一版の公布

1970年代から1980年代中ごろにかけての10数年間に、日本ではコンピュータプログラム保護の2つの方法について激しい論争があった。1つは日本通産省が提示したもので、コンピュータプログラムの特徴に基づいて個別の立法を採用し保護するという方法であった。もう1つは日本文部省が提示したもので、著作権法を採用して保護するという方法であった。後者は、アメリカの立法で当時採用されていたソフト保護方法と同じものである。アメリカの強い圧力を受けて、最終的に日本の国会は1985年に後者を通過・立法して、採用を決定した。⁵ 当時アメリカからは、同じく世界経済大国である日本の国内立法に対して、まだこうした干渉があった。その後、発展途上国であり巨大な市場潜在力をもつ中国のソフト保護立法に対しても影響を与えてきたことは、決して奇異ではない。

このような背景のもとで、中国が日本通産省案のような「ソフトウェア権」や「プログラム権」のような新たな知的財産権を創設することは明らかに不可能で、コンピュータソフトを著作権法の保護体系の中に入れるという、アメリカや日本での手法を真似ることしかできなかった。しかし中国では、著作権法の中にいくつかの条項を直接加えるという日米での立法モデルも採用しなかった。

中国におけるコンピュータソフト著作権保護の立法過程には、アメリカからの影響の痕跡がはっきりとあらわれている。1989年の中米知的財産権協議では、中国側は、著作権法を制定する際に、コンピュータソフトを著作権法の保護対象に入れることを承諾した。そのため、1990年9月7日の中国全国人民代表大会常務委員会で通過され

た著作権法第一版では、コンピュータソフトが著作権法の保護対象として挙げられており、同時に単独の保護規則を別途制定することを規定している。その後の1991年6月4日、中国国務院は『コンピュータソフト保護条例』第一版を公布している。

コンピュータソフトには著作権法、特許法、商標法、商業秘密法、契約法等、異なる角度からさまざまな法律を採用して保護することができるため、もっぱらコンピュータソフトのための著作権保護規則を規定した『コンピュータソフト保護条例』の名称は、正確に言えば『コンピュータソフト著作権保護条例』であるべきである。

2. 中米知的財産権了解覚書の締結と『国際著作権条約実施規定』の公布

『コンピュータソフト保護条例』第一版では、明らかにアメリカの著作権法に倣った条項が多いものの、少なくとも2方面の規定に関してアメリカ側はなお不満を抱いていた。

1つは、「本条例の公布以降に発表されたソフトについては、ソフト登記管理機構に登記を申請することができる」、「ソフト登記管理機構にソフト著作権の登記を届け出るとは、本条例に基づいてソフトの権利に関する紛争について、行政処理や訴訟を提起するための前提である」という規定である。これは何を意味するかというと、1991年6月4日の『コンピュータソフト保護条例』公布前に発表されたアメリカのソフトが、中国で著作権登記を申請できないということであり、そうしたソフトに関わる著作権紛争が発生した場合、アメリカのソフト著作権者は、中国では行政処理の申請も裁判所への提訴もできない。1991年6月4日以降に発表されたアメリカのソフトのみが中国での実質的な保護を受けることができ、こうした保護を受けるためには、さらに前提としてソフト著作権登記をしていなければならない。

もう1つは、ソフト著作権の保護期間を25年間とし、その後はさらに25年間の延長を申請できると規定している点である。アメリカ側は、一度に50年間の保護期間が与えられるよう求めている。

上の問題のうち、2点目は実質的には25年後に発生するものだが、1点目は当時の現実問題であった。この問題はアメリカのソフト会社の利益にとってきわめて重要であった。このためアメリカは、1991年に始まった中米知的財産権協議の中で中国に大きな圧力を加えた。1992年1月17日に協議が終了し締結された、知的財産権保護に関する中米両国政府の了解覚書（以下「中米了解覚書」）

の中では、上の2点に対するアメリカ側の要求が満たされている。⁶ このことに基づいて、中国国務院が1992年9月25日に公布した『国際著作権条約実施規定』では、「外国のコンピュータプログラムを文字作品として保護する際、登記手続きを履行しなくてもよく、保護期間は当該プログラムが初めて発表された年の年末から50年間とする」と規定された。

上述の1つ目の問題が解決される前に不満を抱いていたのがアメリカ側だとするなら、中米了解覚書が1992年3月17日に発効した後に却って「不公平」を感じたのは中国の著作権者である。というのも上の2つの問題は、この時点で外国のソフトウェア著作権者にとってはすでに存在せず、逆に中国のソフト著作権者にとっては依然として存在したからである。1つはソフトウェア著作権の登記が提訴の前提であること、もう1つはソフト著作権の保護期間が25年プラス25年で、対外的な保護レベルが対内的な保護レベルよりも高くなっていることである。このうち1つ目の問題は、後日1993年12月24日に出された、最高人民法院の『「中華人民共和国著作権法」の徹底実施における一部問題に関する通知』によって解決された。この通知では、「いかなる当事者が、コンピュータソフト著作権紛争により訴訟を提起する場合も、『中華人民共和国民事訴訟法』第108条の規定に合致していることを審査した後は、そのソフトが関係部門の登記を経ているものかどうかによらず、人民法院はこれをすべて受理する」と規定されている。2つ目の問題は、2002年に中国著作権法と『コンピュータソフト保護条例』が改訂され、解決された。

3. エンドユーザー⁷による未認証ソフト使用に関する中米了解覚書の規定

1991年に中国で著作権制度ができるまでの長い期間、外国コンピュータソフトを大規模かつ無償で商業利用することは、中国では一般的であった。こうした使用には、外国語ソフトを直接使用するものと、外国ソフトに「中国語化」処理を施して中国語ユーザーのインターフェースに入れ使用するものがある。このような状況が発生した原因は、1つには中華人民共和国成立後の長期間にわたって、著作権制度を含む知的財産権制度が整備されてこなかったことがある。もう1つは、どのような法律制度によってコンピュータソフトを保護するかについて、世界知的財産権機関等、関係する国際機関による結論が出ていなかったことによる。

1991年に始まった中米知的財産権協議の中で、アメリカ側は当初、中国のコンピューターエンドユーザーによる、アメリカのコンピューターソフトの無償使用についてさらに3年間のみ認めるとした。しかし後の協議を経て、アメリカ側はこの要求を撤回した。中米了解覚書の関係規定により、中国が1992年3月17日にアメリカのソフト著作権保護を始める前であれば、中国のユーザーがアメリカのソフトを商業的規模で使用しても、責任を追及されないということになった。中国がアメリカのソフト著作権について保護を始めた後も、ユーザーはもとの範囲内でアメリカのソフトを使用し続けることができ、責任を負わず、「条件として、その複製版は、本作品著作権所有者の合法的利益を不合理に損害するいかなる方法によっても複製又は使用しないこと」⁸とした。これらの免責状況は、1992年3月17日に中国がアメリカのソフト著作権保護を始める前に、すでにコンピューター内にインストールされているアメリカのソフトにのみ適用されるという点に、もちろん注意が必要である。しかし実情では、ソフトは日常の使用を通じて、通常絶えずアップグレードされている。

中米了解覚書では、中国でアメリカのソフト著作権保護が始まった後は、中国著作権法、著作権法实施条例、『コンピューターソフト保護条例』、『国際著作権条約実施規定』等の規定が十分に適用されなければならない、と規定された。ここには明らかに、将来コンピューターエンドユーザーが未認証のソフトを使用した場合、責任を追求するための「伏線」が引かれている。1992年3月17日より後に、中国のコンピューターエンドユーザーが「もとの範囲」外で未認証のアメリカソフトを使った場合、アメリカ側はこれを看過しないことになる。

4. 中米両国交換書簡と中国政府『行動計画』制定

中国の知的財産権立法プロセスが基本的に完了した後は、知的財産権に関する中国の法執行状況が、アメリカ側の注目の重点となった。1994年に始まった再度の中米知的財産権協議で、アメリカは知的財産権に関する中国の法執行状況に対してさらに圧力を加えた。一連の会談は、1995年3月11日に双方が書簡を交換する形で終了した。中国外経貿部部長とアメリカ通商代表との交換書簡と、中国外経貿部部長書簡の付属文書（中国の『知的財産権を効果的に保護し実施するための行動計画』、以下『行動計画』）によって、中米両国政府

の理解が構成されている。

この協議では、エンドユーザーによる未認証ソフト使用に対する法律責任追及について、1992年の中米了解覚書の中で引かれた「伏線」が効果を発揮した。中国外経貿部部長がアメリカ通商代表に送り、アメリカ通商代表が確認した書簡にはこのような一節がある。「中米両国は、両国社会において、コンピューターシステム内で未認証のコンピューターソフト複製品を使用せず、合法的なコンピューターソフトを使用することを求める。また同時に、十分な費用を提供して、人々が認証を受けたコンピューターソフトを入手できるようにすることを求める」。注意：これは中国の公文書で、はじめてエンドユーザーによる未認証ソフトの使用について直接言及したものである。中国外経貿部部長書簡の付属文書である『行動計画』では特に、「コンピューターソフトを使用するいかなる公的、私的、非営利機構も、十分な資源を提供して合法的ソフトを購入しなければならない」としている。

5. 国家版權局1995年通知と国务院弁公庁1999年転送通知

知的財産権に関する中国の法執行状況について、アメリカ側は『行動計画』だけでは明らかに満足するはずがなかった。アメリカからの圧力がさらに加わる中、1996年には中米間でもう一度知的財産権協議が行われた。この協議の結果が、中国外経貿部部長によるアメリカ通商代表への書簡と、1995年の『行動計画』実施状況に関する説明の2部である。2番目の説明では、1995年8月23日の『不法複製コンピューターソフトの使用禁止に関する国家版權局通知』について取り上げている。通知では、『中華人民共和国著作権法』と『コンピューターソフト保護条例』を効果的に実施し、国务院の『知的財産権保護業務のさらなる強化に関する決定』を徹底し、国内外の著作権者の合法的権利を守り、コンピューターソフトの開発・製造・販売にとって良好な社会環境を作り、中国の対外経済・貿易・科学技術・文化交流を促進するため、いかなる組織もそのコンピューターシステム内で未認証のコンピューターソフトを使用してはならない」としている。実際は、言及されている中国の「組織」に対してこの通知はほとんど影響を及ぼさず、中国の「組織」がエンドユーザーとして未認証ソフトを使用する状況には、あまり変化がなかった。

1996年以降、中米間の知的財産権摩擦は、一時的におさまった。

1999年2月24日、中国がWTO加盟に向けてアメリカとの二国間協議を進める中で、国務院弁公庁は各省・自治区・直轄市人民政府と国務院の各部・委員会及び各直属機関に対して、上述の国家版權局による3年半前の通知を転送した。国務院弁公庁の通知は、「国務院の承認により、『不法複製コンピューターソフトの使用禁止に関する国家版權局通知』を転送するので、徹底実施をお願いします」というものであった。

1990年代の中国におけるコンピューターソフト著作権保護の立法プロセスは、基本的に外国に倣いながら、同時に外圧を受け続けてきた過程であったことが分かる。

6. 1999年マイクロソフトによる亜都提訴によって起きた、ソフトのエンドユーザー問題に関する論争

1999年5月、在ユーゴスラビア中国大使館が爆撃されてからほどなく、アメリカのマイクロソフト社が、北京亜都科技集団が社用パソコンで未認証のソフトを使用した件で、中国北京市第一中級人民法院に対して同社を提訴したことが報道で明らかになった。時期的にも微妙であり、特殊な原告が、中国社会に当時広く存在していた、エンドユーザーによる未認証ソフト使用の問題について訴訟を起こしたということで、この案件は中国メディアと社会の広い注目を集めた。マイクロソフトによる亜都提訴で争われた、エンドユーザーによる未認証ソフト使用が法律責任を負うかどうかという問題について、1999年8月から12月にかけて、中国の知的財産権界で論争が巻き起こった。

論争の一方（「合理的保護論者」）の観点は主に以下のとおりである。⁹：(1)1つの国の知的財産権保護レベルは、その経済・科学技術・文化・社会の発展レベルに適應するべきである。関係の「世界水準」を守る前提で、中国の知的財産権保護レベルは、中国の経済・科学技術・文化・社会の発展レベルに適應する必要がある。(2) 著作権法の原理に基づけば、著作権は本来エンドユーザーによる権利侵害作品の使用にまで延伸されるものではない。つまりすべての作品について、エンドユーザーによる権利侵害作品の使用は、本来権利侵害を構成しない。そのため、ユーザーによる未認証ソフトの使用は、本来権利侵害を構成しない。(3) エンドユーザーによる未認証ソフトの使用という問題において、法律保護レベルの「第一ステップ」は、ソフト権利侵害の境界線を何らのエンドユーザーにも延伸していない。TRIPS協議は「第一ステップ」になる。一部の先進国・地域では、ソフト

ト権利侵害の境界線を一部のエンドユーザーにまで伸ばしている。これが「第二ステップ」である。その区分は、営利的使用か非営利的使用か、商業目的での使用か、非商業目的での使用か、等である。「第三ステップ」では、組織、家庭、個人によらず、またその使用目的のいかんによらず、ソフトの権利侵害の境界線をすべてのエンドユーザーにまで拡大して、未認証ソフトを使用したものは権利侵害とする。(4) 中国で「第三ステップ」、つまり世界水準を超える保護を実施することに反対する。(5) 当時有効であった『コンピューターソフト保護条例』第一版によれば、エンドユーザーの責任を追及する法的根拠が足りない。

論争のもう一方の観点は主に以下のとおりである。¹⁰：(1) ソフトウェアは特殊で複製されやすいため、ソフトの著作権保護はほかの作品とは異なるべきであり、製造・販売過程での保護のほかに、違法複製・販売を禁止する必要がある。そしてエンドユーザーにまで広げて、ソフトのエンドユーザーによる不法複製と不法使用も禁止されなければならない。(2) ソフトのエンドユーザーがソフトを使用する際には複製行為を伴うことが多く、これによって著作権者の複製権が侵犯される可能性がある。したがって、ソフトを著作権法の保護対象にすると、著作権法に調整を加え、ソフトのエンドユーザーによる行為を規範化する必要がある。(3) 『コンピューターソフト保護条例』第一版は、エンドユーザーの問題に対してすでに規定しており、「第三ステップ」に達している。

マイクロソフトによる亜都提訴案件は、その年の年末に結果が出た。1999年12月、裁判所は訴訟手続きの角度から裁定を出し、アメリカマイクロソフト社による北京亜都科技集団に対する提訴を棄却した。裁判所は、ソフトのエンドユーザーによる未認証ソフトの使用が権利侵害を構成するかどうか、また権利侵害の責任をどのように負うかについて、判決を出していない。

7. 『コンピューターソフト保護条例』第二版公布時の再論争と関係司法解釈の発表

1999年には、ソフトエンドユーザーが未認証ソフトを使用した場合の法律責任に関する論争によって、中国各界で知的財産権についてより深く考察されるようになった。その後、中国指導者は「知的財産権を尊重し合理的に保護する」という重要な判断を出した。また、国際的な知的財産権保護について、「新たな状況にに応じて、知的財産権保護等の国際規則に対して適切な調整を行うべきである。知的財産権をきちんと保護するととも

に、市場のルールに基づいて、知的財産権の保護範囲、保護期限、保護方式を、科学技術知識の拡大と伝播に役立て、科学技術進歩による利益を各国で共有するために役立てよう」と呼びかけた。¹¹

1999年の論争の後、外国ソフト企業の商業利益を代表する、中国の一部民間団体が、外国からの財力サポートによって、中国の法曹界、学术界、産業界に積極的にはたらきかけて、中国におけるソフト著作権保護の法改正過程に影響を与え、中国のソフト著作権保護レベルをさらに引き上げた。その結果、2000年末に出された『コンピューターソフト保護条例』改訂草案の中では、1つには、元の条項のうち、中国の国情には見合うが「超世界水準」の条件には合わないものが削除され、もう1つには、中国の国情とは関係なく、「第三ステップ」に位置付けるための綿密で隙のない条項が制定された。

そして、2001年12月22日の『21世紀経済報道』に掲載された『ソフト保護立法に関する中国民間論争』から始まり、その後新浪、ChinaByte、搜狐等のサイト上に展開された関係コラム¹²を主要な媒体として、2001年年末の『コンピューターソフト保護条例』第二版公布前後の数ヶ月間に、法曹界、情報産業界、評論界の「合理的保護論者」は、再び「超世界水準」でのソフト著作権の保護に反対する議論を起こした。

「合理的保護論者」は、中国での「第三ステップ」、すなわち「超世界水準」での保護¹³の実施に反対していた。また、それと同時に、中国は発展途上国としてそもそも「第一ステップ」に位置付けるべきだが、中国ソフト産業の発展支援の必要性和ソフトの特殊性に考慮するとともに、一部先進国・地域の関係立法状況にも配慮して、中国は「第二ステップ」に位置付けることも可能だと、さらに明確に提示した。¹⁴

2002年3月の、中華人民共和国全国人民代表大会と中国人民政治協商会議全国委員会の「两会」開会期間中、一部の全人大代表と全国政協委員は、中国のソフト保護レベルの問題については各界の要望を重視し、民意に従うべきであるという考えに基づいて、それぞれ議案や提案を提出した。こうした世論が中国最高人民法院にも重視された。¹⁵ 2002年10月15日に施行された最高人民法院の『著作権民事紛争案件の審理における法律適用についての一部問題に関する解釈』第二十一条には「コンピューターソフトのユーザーが、許可を得ずに又は許可を得た範囲を超えてコンピューターソフトを商業使用した場合、著作権法第四十七条第

(一) 項、『コンピューターソフト保護条例』第二十四条第(一)項の規定に基づいて民事責任を負う」という規定がある(以下、本条項を「司法解釈のソフトユーザー条項」とする)。本条項から考えれば、「商業使用」をするエンドユーザーだけが民事責任を負うことになる。

このように、ソフトのエンドユーザー問題において、司法解釈では中国のソフト保護レベルを、明らかに「第二ステップ」に位置づけている。これは民意に従い、国情に合致し、法理を遵守する重要規定である。これまで、中国のコンピューターソフト著作権保護関連規定は、全体的に見て合理的な方向をとってきている。

以上のことから分かるように、20世紀末のマイクロソフトによる亜都提訴案件が引き起こした論争と、知的財産権に対する新たな再考を契機として、中国国内各界では、知的財産権について考え直されるようになり、自国の利益を守り、権利者の利益と公共利益のバランスを求めることによって、知的財産権に関する法律制度の基礎とすることを重視し始めた。

三. 中国におけるコンピューターソフト著作権保護に関する今後の立法問題

1. エンドユーザーの法律責任追及は、「複製論」ではなく「模作論」によるべきである

司法解釈のソフトユーザー条項の位置づけは合理的だが、さらなる問題は、商業ユーザーに対して民事責任を追及するための論理的根拠として「模作論」をとるか「複製論」をとるかという点である。

「複製論」では、エンドユーザーが未認証ソフトを使用したときに、著作権者の複製権を侵害したと考える。司法解釈のソフトユーザー条項に援用された著作権法四十七条第(一)項、『コンピューターソフト保護条例』第二十四条第(一)項の規定が、複製権に関わるものであると考える。¹⁶ つまり、司法解釈のソフトユーザー条項では「複製論」を採用している。

商業ユーザーの法律責任を追及する理由は、以下のようなものであるべきだと筆者は考える。つまり、(複製権を含む)著作権は本来ユーザーによる権利侵害作品の使用にまでは延長されないため、ユーザーが権利侵害ソフトを使用することは、本来著作権を侵害するものではない(複製権も侵害しない)。ただ、ソフトというものの特殊性、ソフト著作権者の利益とソフト産業発展のための重要な役割に考慮して、一部の先進国・地域の著

著作権法（日本¹⁷、中国台湾地区¹⁸等）では、「模作」の立法形式をとっている。そして、権利侵害と「みなす」境界線を一部のユーザーにまで拡大し、「業務性の使用」や「営業使用」かどうかといった基準によって、権利侵害と「みなす」かどうかを区分する。これが筆者の提案する「模作論」である。

2. 「複製論」の現実問題

「複製論」を根拠として商業ユーザーの法律責任を追及する場合、以下の問題が発生する可能性がある。

- (1) 理論的に妥当でない。第一に、著作権は本来エンドユーザーにまで追及されず、追及しようがない。エンドユーザーが作品（伝統的な意味での作品かソフトウェア等かによらず）に対して、機能上の使用（複製を含む）を行う状況は非常に複雑であり、こうした行為そのものは、著作権的な意味での「使用」の範疇に入らない。あるいは著作権法に規定する合理的使用の範囲内にあるかもしれない、あるいは公民の住宅は侵犯を受けないという法律上の障壁がある、あるいは永久複製に当たるか、それとも臨時複製かもしれないし、実際には追求不可能かもしれない。著作権者の複製権をエンドユーザーの領域まで限度なく拡張すれば、著作権者の利益と社会公共の利益がいま保っているバランスを損ねることになる。第二に、もし複製権のコントロール範囲を限度なく拡張するなら、永久複製から臨時複製にも拡張されることになる。エンドユーザーが未認証ソフトを使用する際に関与するいわゆる「複製」の問題は、永久複製の場合も臨時複製の場合もあり、区分が難しい。

- (2) 実施上の問題がある。「複製論」をエンドユーザーに対する法律責任追及の根拠とするなら、商業ユーザーに対して刑事責任を直接追及することになる。これは、中国社会にとって影響範囲の広い重要な問題である。商業ユーザーの刑事責任を追及する場合、援用され得る条文は以下のとおりである。

- (1) 「中華人民共和国刑法」第二百二十七条の規定によると、「営利を目的とし、以下の著作権侵犯のいずれかがある場合、違法所得金額が大きいもの又はほかに重大な情状があるものについては、3年以下の懲役又は拘留に処し、それと合わせて又は単独で罰金を科す。違法所得金額が莫大なもの又はほかに特に重大な情状があるものについては、3年以上7年以下の懲役に処するとともに、罰金を科す。(一) 著

作権者の許可を得ずに、その文字作品、音楽、映画、テレビ番組、録画作品、コンピューターソフト又はその他の作品を複製発行する場合。…」本条文の「営利を目的とし」と「複製発行」に注意が必要である。

- (2) 『不法出版物刑事案件の審理における具体的な法律応用についての一部問題に関する最高人民法院解釈』第三条の規定によると、「刑法第二百二十七条第（一）項に規定する「複製発行」とは、行為者が営利を目的として、著作権者の許可を経ずにその文字作品、音楽、映画、テレビ番組、録画作品、コンピューターソフト又はその他の作品に対して行う、複製、発行又は複製発行のことを指す。」この司法解釈では、「複製発行」行為に単なる「複製」行為が含まれている点に注意が必要である。

もしも「複製論」をエンドユーザーに対する法律責任追及の根拠とするなら、上述の刑法と司法解釈の規定に基づいて類推したとき、自然と商業ユーザーに対して刑事責任を直接追及できるという結論になる。

注意すべきは、司法解釈のソフトユーザー条項で援用された著作権法第四十七条第一項で、「犯罪を構成する場合は、法により刑事責任を追及する」と規定していること、また『コンピューターソフト保護条例』第二十四条第一項でも、「刑法に抵触する場合は、著作権侵犯罪、権利侵害複製品販売罪に関する刑法の規定に基づいて、法により刑事責任を追及する」と規定している。

しかし、1997年に刑法が改正され、1998年に上述の司法解釈が制定された時点で、中国の全国人民代表大会と最高人民法院が、商業ユーザーに対して刑事責任を追及することをすでに明確に求めていると、確認できる根拠はない。なぜなら、1999年のマイクロソフトによる亜都提訴案件より前には、商業ユーザーの民事責任問題については中国でまだ提起されておらず、商業ユーザーの刑事責任については、なおのこと議論が及んでいなかったからである。つまり、1997年刑法立法と1998年司法解釈制定のそもそもの主旨から考えると、そこに商業ユーザーに対する刑事責任追及がすでに含まれているとは認められない。

刑法と上述の司法解釈に明文規定がない状況では、商業ユーザーに対する刑事責任追及について考える場合、慎重には慎重を期する必要がある。これは、中国の何千何万にも及ぶ商業ユーザーが刑事犯罪を構成するかどうかに関わる重大な政策・法律問題である。中国の国情について言えば、

ユーザーの法律責任について一切追及しなかったという過去、商業ユーザーの民事責任を追及する現在、さらに今後は一部先進国・地区のように商業ユーザーの刑事責任を追及する、この歩みは、中国の経済・科学技術・社会文化の発展に伴って徐々に前進していくべきもので、さもなければ中国の正常な社会経済秩序を乱す可能性がある。

一部地方の著作権行政管理部門では、商業エンドユーザーに関わる法執行検査の中で、ソフト定価に基づいてユーザーの複製ソフトを計算するとかなり大きい金額になるという例もあったと報告されている。刑法によってすでに、商業エンドユーザーの不法複製者としての刑事責任は、問われてしかるべきだという見方もある。しかし筆者はこう考える。1つには（複製権を含む）著作権は本来エンドユーザーにまで延伸されるものではないため、商業エンドユーザーを追及するのは、「模作」立法体制と規定により著作権侵害と「みなす」という点を明確にする必要がある。もう1つには、著作権侵害罪の「営利を目的とし」という要件について、将来的には「直接営利」の場合に限ると明文規定する必要がある。海賊版ソフトの製造・販売は、当然「直接営利」に当たる。商業ユーザーによる海賊版ソフトの使用は、「直接営利」の場合もあれば「間接営利」の場合もある。罪に当たるかどうかを区別するとき、「直接営利」という基準は非常に重要である。将来的に刑法の規定に基づいて、営利を目的とし、許可を得ずにコンピューターソフトを複製した場合の刑事責任を追及するとき、「直接営利」という基準を守るべきである。

中国では現段階で、「直接営利」を基準として著作権侵犯の刑事責任を追及するとしても、「直接営利」の商業ユーザーにまで延伸するべきではない。というのも、商業ユーザーによる不法複製と、海賊版ソフト製造者による不法複製とでは、社会に与える損害が異なるからである。将来の適切な時期に、刑事責任の追及範囲を「直接営利」の商業ユーザーにまで延伸することは考慮に入れてよい。しかし商業ユーザーによる未認証ソフトの使用が「間接営利」状況に当たる場合は、民事責任のみが追及されるべきである。

3. 「模作論」に基づく司法解釈ソフトユーザー条項の修正提案

「模作論」に基づく、司法解釈のソフトユーザー条項を以下のとおり改訂することができる。「コンピューターソフトのユーザーが許可を得ずに、又は許可された範囲を超えてコンピューター

ソフトを商業利用した場合、著作権法第四十六条第（十一）項、『コンピューターソフト保護条例』第二十三条第（六）項の規定に基づいて民事責任を負う。」

ここで援用される著作権法第四十六条第（十一）項と、『コンピューターソフト保護条例』第二十三条第（六）項では、¹⁹ 著作権又はソフト著作権を侵害する「その他の行為」について規定している。これはちょうど「模作論」と対応させることができる。言い換えれば、商業ユーザーの民事責任追及は、複製権によって本来制御可能なものではなく、「模作」立法の結果によるものである。それだけではなく、ここで援用された著作権法第四十六条と『コンピューターソフト保護条例』第二十三条は、その第一項の中で「侵害の停止、影響の除去、謝罪、損害賠償等の民事責任を負う」とのみ規定し、刑事責任には言及していない。

つまり、「模作論」を商業ユーザーに対する追及根拠とすれば、現段階での中国の国情に合致するとともに、中国のコンピューターソフト著作権保護レベルが、中国の経済・科学技術・社会文化の発展に合わせて向上していくための道をなすこととなる。もしも「複製論」を商業ユーザーに対する追及根拠とするなら、理論的にも実践面でも重大な問題が存在する。

四. 結論

中国におけるコンピューターソフト著作権保護の、20年近くにわたる立法プロセスから、2つのことが説明できる。1つは、経済発展と社会進歩の推進のために、中国政府は知的財産権保護業務を非常に重視していること、もう1つは、中国の知的財産権立法プロセスが巨大な外圧を受けていることである。

エンドユーザーが未認証ソフトを使用した場合の法律責任問題は、かつて中国のコンピューターソフト著作権保護の立法過程で、大きな論争を引き起こした問題であった。現在は司法解釈を通じてある程度のバランスを保っているとはいえ、「複製論」に基づく司法解釈のソフトユーザー条項には、刑事責任の面でやはり潜在的問題が残る。現段階では、「模作論」に基づいて司法解釈のソフトユーザー条項を修正するべきである。

中国『コンピューターソフト保護条例』第一版の歴史的役割は肯定されるべきである。中国は、将来的に著作権法の外に個別に行政法規を制定し、コンピューターソフト著作権保護を規範化するという立法モデルを取りやめ、著作権法のな

かにコンピュータープログラムの保護条項を直接加えるべきである。同時に現行の司法解釈ソフトウェア条項は、「模作論」に基づく修正の後に、著作権法の条項に取り入れるべきである。

司法の実践での、著作権者による商業ユーザーの民事責任ないし刑事責任の追及については、今後中国社会で注目される問題となるだろう。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

呉
漢東徐
瑄馬
治国陳
伝夫李
正華李
順徳李
正華范
曉波寿
歩劉
春田張
玉臣王
兵馬
忠法丁
建新

著作権保護—中国イノベーション型国家建設の重要な柱



PROFILE

劉 春田 (Liu Chuntian)

中国人民大学法学院教授 中国人民大学知的財産権教育・研究中心主任

1949年3月生まれ

主な研究成果：『知的財産権法』などを著作、および『中国社会科学』、『中国法学』などに約40編の論文を発表。中国版權協会副会長、中国知産権研究会副会長、中華商標協会副会長、国際知的財産権保護協会中国支局理事などを兼任。

中国は製紙と活字印刷技術の発祥地である。長期にわたって中国は生産力と経済規模の面で世界随一を誇ってきた。しかし、明時代以降、体制上の問題ゆえに立ち遅れた中国において、資本主義の重要なシンボルとも言える著作権制度が登場することはなかった。実際、知的財産権制度は西洋から中国に入ってきたのである。その後、清時代の終わりに日本の経験を参考とした著作権の法律制度が中国でも確立されるようになった。とりわけその法律は「日本学」と呼ばれていた。1898年に特許法、1904年に商標法、そして1910年に著作権法が公布かつ施行された。その後、中国社会における長期にわたる騒乱や外国からの侵略により、中国の近代化の道は阻まれ、経済と社会の発展が滞るようになり、知的財産権制度の積極的な活用も停滞した。新中国が成立して始まった60年間の改革と建設により、財産関係に対する革命と改造が成し遂げられた。長期にわたる単一的な公有制経済制度や計画経済の実施は、製品生産と市場経済を排除するだけでなく、法治制度や私権を基礎とする著作権の保護を軽視することにつながった。こうして国家発展を目指す過程は回り道や停滞ばかりとなり、大きな挫折を味わうことになった。中国人民もその影響で大きな代償を払うことになった。1978年に鄧小平の指導のもと、中国は果敢な態度で間違いを正し、国内改革や対外開放に関する実際的な政策を実施した。改革開放後まもなく法治制度確立への努力が再開され、知的財産権に関する法制度の再整備も真っ先に着手された。11年に及ぶ過酷な努力の結果、1990年に著作権法が公布され、2001年には1回目の改訂が行われた。20年弱にわたる実践の成果は、制度文明の重要な要素である著作権法が社会主義の物質文明と精神文明を法的に保障するものであるほか、イノベーション型国家建設の重要な柱でもあることを物語っている。新中国における著作権法の再整備の過程は、制度イノベーションの歴史、生産力進歩の歴史、思想解放の歴史である。歴史

は鏡であり、中国は60年にわたる歴史において対称的な二つの側面を経験してきた。とりわけ後半30年間の探究と発展の歴史は、腐朽を奇跡に変えた誇るべき成果であり、静かに育まれた「中国モデル」であると言える。この歴史は中国人にとって励みとなる里程標となるだけでなく、諸外国、とりわけ発展途上国の手本にもなっている。

一、なぜ中国はイノベーション型国家を目指すべきか

イノベーション型国家の建設は知識経済時代の先進国が満たすべき基本的な条件であり、近代化を目指す中国にとっても不可欠である。人間本来の能力であるイノベーションは、知識に対する革新だと言える。知識がなければ労働はなく、労働がなければ生産力もない。知識は自然法則に対する認識の科学的な発見でもあり、自然を変化させようという技術的発明も含まれる。同時に自身の感情に対する芸術的表現、そして外部世界の時空的变化に伴う環境変化に対する描写が含まれる。科学技術の役割に対する認識に関して「知は力なり」という尊い格言を最初に発したのは英国の哲学者であるベーコンである。後に科学技術と生産力の内在的関係を明らかにした古典学者は、「科学技術は生産力である」という科学的結論を導き出した。中国では鄧小平が近代科学技術に対する理解に基づき、科学技術と人類発展の関わりを考察かつ集結整理することにより、「科学技術は第一の生産力である」という思想を提出した。事実が示すとおり科学技術なくして生産力は成り立たない。生産力の誕生や発展の歴史は、科学技術の誕生や発展により決定される歴史なのである。生産力の「錬金術」である科学技術は終始生産力の中核であり決定的要素である。近代科学技術の進歩は、資本主義の初期段階における人類の資源、労働、財産の伝統的な関係を変えた。またレーニン時代における資本主義国は「世界の工場」、発展途上国は世界の市場といった構造を変えた。現

在、一般的な技術分野において先進国は創造者また「社長」であり、発展途上国は製造者また「労働者」である。先進国はハイテク分野における独占的地位を保つため、依然として創造と製造を担っている。これは現在の世界経済における基本的な分業構造であり、この分業構造を掌握しているのが先進国である。科学技術や知識が決定的な要素なのである。社会主義国家である中国は、落後することが許されない現代最大の発展途上国である。制度の違い、歴史の長さ、文化伝統と価値観の違い、大国復興の感情、利害関係と矛盾といった要素を考慮すれば、基本的に先進国により確立された世界秩序を中国が受け入れざるえないことが分かる。その中で妥協点を見つけだし、現行の秩序を利用することによって国際社会との相互利益を実現させなければならない。同時に国際提携に伴う条件も無視することはできない。中国の台頭により引き起こされた国際経済の構造や秩序の変化、国家間の根本利益の衝突、制度の違いにより引き起こされた発展モデルの違いを考えれば、中国の近代化を諸外国にも託すことができないことをはっきりとしている。独立や自主、法律の改革と強化、イノベーション型国家の確立は、中国が強国の夢を実現させるために避けて通れない選択肢である。これらを無視して中国が近代化を実現させることはあり得ないのである。よって内発的動機付けと外部からの圧力という二つの要素が中国にイノベーション型国家を確立するよう求めていると言える。

内発的動機付け：改革開放以来、中国経済は急成長を続けており、科学技術と文化のイノベーションは相当進歩している。イノベーション能力は向上し続けており、経済社会の発展における知識の役割はますます顕著になっている。しかし、その経済成長は粗放的で、資源環境の代償はあまりにも大きい。自主イノベーション能力が十分ではなく、ハイテク分野における核心技術が乏しい。さらに、イノベーション成果が経済、文化、社会などの面における科学的発展に十分結び付いていない。イノベーション型国家が備えるべき量化基準と比べると、先はまだ長いといえる。統計データによると現在の中国における科学技術進歩貢献率は約39%で、イノベーション型国家が必要とする基準である70%とは大きくかけ離れている。国家の研究開発投資がGDPに占める割合は1.4%、米国、日本、西欧で取得した特許の数は全体の1%にも満たない。中国における技術の対外依存率は50%以上に達しているほか、重要設備と基本ソフト

ウェアも依然として輸入に頼っている状態であり、競争力のある核心的技術に欠けている。例えば光ファイバー製造設備の100%、ケーブル製造設備の85%、石油化学工業製造設備の80%、NC旋盤の70%、医療設備の95%を輸入に頼っている。企業におけるイノベーション能力の欠如を示す概算統計として以下のデータがある。目下中国で知的財産権を保有している企業は全体の1万分の3、特許権取得企業は1.1%、そのうち発明特許権を獲得している企業はわずか0.17%である。この0.17%の発明特許は主に漢方、ソフトドリンク、食品、漢字入力法などの分野に集中しており、海外の特許申請は主に移動通信、半導体などハイテク分野に集中している。過去30年における中国経済の高度成長は粗放的で、大量の資源消費という代償の上に成り立っており、持続的な発展は不可能である。経済成長と資源エネルギー不足の矛盾は日増しに顕著になっており、資源の大量消費と生態環境破壊を基礎とした経済発展の限界が近付いている。これまでの資源消費型、環境汚染型、技術依存型、労働集約型を特徴とするGDP成長は、継続的な発展が不可能であるゆえに必ず見捨てられるであろう。現在の中国は「世界の加工工場」などといわれているが、核心的技術に欠けるため中国企業の利益は大量の労働力資源の消費、つまり「血と汗の結晶」に依存しているのである。文化の面ではどうだろうか。中国では長期にわたり思想束縛があり、イデオロギーが過度に強調されてきた。文化の経済性や産業性は軽視または無視され、文化産業を国民経済の重要な柱とすることはなかった。それが著作権保護の整備に影響し、中国の文化産業の発展は欧米、日本、韓国に比べて大きく遅れをとることになった。これらの状況は中国がイノベーション型国家としての水準に達するまで相当の距離があり、今後も相当な努力が必要であることを説明している。こうした顕著な問題を解決し、十分な開発や知識資源の利用に基づいたイノベーション型国家発展の道を歩むよう真剣に努力すべきである。

外部からの圧力：中国のWTO加盟後、中国の世界市場における影響力はますます大きくなっており、それに伴い貿易摩擦が問題化している。とりわけ知的財産権の保護が各方面からの注目の的となっている。国際舞台において知的財産権は理論や道徳に関する問題ではなく、実力をベースとした国家間の力の争いであった。諸外国が低投資、低産出、低コスト、低価格を特徴とする中国の「温州製造」に対抗できなくなったため、諸外国は知

的財産権の保護を理由として貿易保護政策を採用し、中国に対して高投入、高生産、高コスト、高価格の「温州創造」に切り替えるよう大きな圧力をかけるようになった。こうして諸外国の市場における中国製品の影響力が弱まった。中国企業がライター、織物、タイヤの製造・販売で満足してしまうと、国際市場における活路は見出せない。先進国は中国の知的財産権に関わる問題をWTOの紛争解決機関に訴えるほか、米国「337調査」の関連法律条項を頻繁に利用して中国企業に対し調査と訴訟を提起し、中国製品の米国市場進出を妨害している。目下中国は米国「337調査」による最大の被害国となっている。先進国は知識イノベーションにおいて「他より高い技術」を持つことにより、知的財産権に関わる産業が国民経済の支柱になっている。このため知的財産権保護の強化は必ず国際交流に関する原則の一部となることを直視しなければならない。いかなる国家であっても「技術が他に及ばない」のであれば、先進国の知的財産権に束縛されて永遠に遅れをとり、受動的地位のままである。これは変えることができない現実であり、このような国際的な環境の中でイノベーション型国家を確立することが中国にとって唯一の選択肢なのである。特に著作権法を含む健全に整備された国内の知的財産権制度の構築はイノベーション型国家建設を法的に保障するものである。

二、文化イノベーションはイノベーション型国家の基本の一つである

文化イノベーションはイノベーション型国家にとって重要なものである。イノベーションは国家と民族の発展にとって尽きることのない原動力であり、社会発展の源泉また核心である。ますます多くの国々が科学技術イノベーションをその基本戦略とすることによって、ハイテクイノベーション能力を大幅に向上させ競争力を強化している。それらの国々はイノベーション型国家と呼ばれており、古いタイプの国家、つまり中東産油国家に代表されるような主に自国にある豊富な天然資源を売ることで国家財産を増やしている資源型国家、およびラテンアメリカに代表されるような主に先進国の資本、市場、技術に頼って自国の工業化と近代化を実現している依存型国家などとは区別されている。イノベーション型国家であるかの判断基準は量化の結果であり、一連のデータに反映される。目下世界が認めるイノベーション型国家は米国、英国、日本、フランス、ドイツ、フィ

ンランド、韓国、シンガポールなど20カ国となっている。

客観的にいって、こうした主張は完全ではなく、前述の判断基準は科学技術のイノベーションにのみ適用できるものであり、完全な意味におけるイノベーション型国家に適用できるものではない。イノベーションは自然科学技術のイノベーションだけに留まらず人と文化のイノベーションも含まれるべきである。社会の発展は物質文明と精神文明の統一や協調による発展であり、どちらもなおざりにすることはできない。今日、先進国が輸出しているのは科学技術製品のみならず、文学・芸術製品も含まれている。さらには法例制度、価値観、発展様式の輸出もある。また文化・芸術製品の貿易に関する成長速度は極めて大きく、米国、日本、韓国はその点で特に際立っている。それら国家の映画、テレビ、アニメーション、ゲームソフト、さらには食品、服飾、生活様式、およびそれによって形成される価値観は文化産業となっている。これらは多大な経済価値を生み出すだけでなく、計り知れない社会的効果を上げて文化の拡大を実現している。この基本的な事実を無視してイノベーション型国家を定義しても不完全なのである。

文化生産力は生産力の重要な部分を構成しており、文化生産も物質生産と言える。文化的製品のイノベーションはイノベーション型国家の重要な要素である。中国の習慣的な認識に基づけば、イノベーションとは一般的に科学技術分野のイノベーションに限られている。イノベーション型国家と言えば科学技術における先進国家を指す。実際これは偏った見方であるばかりか科学的にも一致しない。生産を物質的製品と文化的製品に分けるための区分基準は、製品の機能であって製品の性質ではない。物質的製品の機能は人々の生産生活における衣、食、住、行（交通）などの物質的要求を満たすことであり、文化的製品の機能は人々が求める快適さなどの心理的または精神的な必要を満たすものである。しかし、生産の性質からいうと、物質的生産であろうと文化的生産であろうと物質的材料や人類と物質の世界の変換作業とは切り離すことができず、同じように価値の凝縮するものであり、物質的生産の過程に属しているためいずれもGDPにおいてかなりの比重を占めている。一方は物質的分野、もう一方は精神分野と単にそれぞれの使用価値が異なるに過ぎないのである。中国の文化は、長期にわたり体制による制限と思想統一が横行していたため、政治的に

偏った主張、階級闘争、イデオロギーなどが、「文化産業」や「娯楽業」をひた隠しにしてきた。それら生産力や経済基礎とそぐわない指導部の構造は文化の繁栄や創造性を妨げ、文化産業が引き起こす一連の物質的産業の発展にも影響を与えた。典型的なイノベーション型国家では科学技術分野の持続的な革新のみならず、文化的産業分野においても懸命なイノベーションが進められており、投資拡大により文化的産業分野における国際競争力の優位性が形成されている。米国の映画産業、日本のアニメーション産業、韓国のドラマ産業は自国の経済と国際貿易においてますます大きな比重を占めるようになっており、経済効果と社会効果の二つの面でメリットがある。例えば、ハリウッド映画は誰でも楽しめるものを製作することで、多くの人を喜ばせることができる。さらに様々な名目に変更することで上演し続けることができ、投資家に数億、さらには数十億ドルの収益をもたらしている。「ディズニー」の人気は衰えることなく、約一世紀にわたりアメリカに巨大な利益をもたらし続けている。ハリーポッターは世界中の子供たちを楽しませ、作者に巨大な富をもたらすと同時に、各国の出版社、発行者の多大な財源となった。それ以外に、映画上映、ドラマ、各種演劇を作り、特許を発給して様々なジャンルのおもちゃ、服、ポストカード、登録商標マークをデザインし、テーマパークを建設するなど、巨大な産業チェーンにより巨額な社会財産を創造してきた。それと同時に、数知れない雇用人口を受け入れ、社会の安全と調和を提供してきた。中国人はこれらの事実気づいたのである。新しい世紀に入り、中国は文化的イノベーションと科学技術革新がイノベーション型国家にとって鳥の両翼または車の両輪であり、いかなる国家であれ文化的イノベーションを切り離し、自然科学技術だけに頼ってイノベーション型国家を作ることはいくつかの点を徐々に認識しはじめた。文化は一つの産業である。中国には悠久の歴史と豊かな文化が蓄積されており、世界で最も大きく聡明な知恵を持つ人材資源を有する。優れた政策、整った法律環境があれば、文化的産業は国民経済の新たな成長ポイントとなれる条件が整うのである。

三、中国における著作権制度確立の過程は思想解放と制度イノベーションの歴史である

周知のとおり、国家競争力は国家の総合力と発展展望を評価する重要な指標である。それは科学技術の先進レベルと文化のイノベーションの全体

的なレベルにより決定され、対応する社会制度の継続的な調整にもかかっている。また、思想解放と見解を改めることなどを含むイデオロギーへの依存も必要である。これらはいずれもきわめて重要であり、必ず相互協調、相互補填、科学的発展が必要である。ノーベル経済学賞を受賞したサイモン・クズネッツ氏はかつてこれら三つの関係を科学的に分析した。それによると知識と技術の革新はいかなる時代であろうと経済成長の前提条件ではあるが、それ自体は十分な条件とはならず、単に潜在的な必要条件にすぎない。つまり、技術を高効率かつ広範囲に運用するには、必ず制度を整備しイデオロギーを変えなければならない。そうして初めて人類の知識を正しく利用し、部分的な生産要素の革新が実現するのである。さらに別のノーベル賞受賞者であるダグラス・ノース氏は、制度の役割をさらに強調しており、それによるとイノベーションと人に適切な刺激を与えることのできる効果的な財産権制度を奨励することが、経済成長を促進する決定的要素であると考えた。さらに彼は世界経済成長の要因は産業革命ではなく制度であり、とりわけ財産所有権制度の確立であると考えた。制度的な保証と個人への日常的な刺激がなければ、個人的産業およびその収入に保障がなく近代工業は発展しない。中国は改革開放の30年に、それら有識者の確かな見解を実証してきた。中国は前述の三つの要素に立ち向かい協調の中で困難を乗り越え発展しているのである。この30年は生産力の解放と重大な発展の歴史であり、思想の絶え間ない解放と制度の相次ぐ革新の歴史でもある。思想の解放と制度の革新を切り離しては、現代中国はありえないのである。著作権制度の視点から新中国の前期30年を結びつけて見ると、その後の30年の損得と経験に対し、思想と制度面で巨視的な調整を行い、中国の今後30年にイノベーション型国家建設という面でさらに科学的でさらに順調な発展を遂げるという積極的な意義を持っているのである。

著作権法律制度の確立は中国における改革や進歩に必要であり、国際社会の仲間入りをするためにも重要なステップである。1978年に中国は長年推進してきた「階級闘争を以って綱要と為す」という基本原則を放棄し、全身全霊で国家経済建設に邁進することを宣言した。1979年に中国政府は米国政府と契約した二国間協定の中で、相互に著作権を保護し、著作権制度の法制度作成業務に速やかに着手することを含むいくつかの約束を行った。11年という長期にわたる起草過程の中で様々

な困難に直面した。

まず経済制度の障害と改革である。著作権は私権に属し、著作権法は知的財産法である。その本質の属性を決定し、著作権制度を生活の中で現実的なものとするには、その生存に適した整えられた経済制度が前提条件である。伝統的市場国家ではこれは問題とはならない。しかし、中国では長年、生産手段の公有制を採用してきたため、理論上は商品生産の存在を否定し、制度において私有経済を否定している。思想においてはいかなる私権観念をも批判しており客観的には私権の生存空間などない。このような地盤の中、著作権制度を設立することはほとんど不可能である。中国政府の指導のもと、まず「発展こそが正道である」という思想を表明し、「白猫であれ黒猫であれ、鼠を取るのがよい猫だ」というわかりやすい道理を用いて「外資利用」として推進した。資本主義要素を持つ経済方式を導入し、また「公有経済の必要補填」として発展させ、私有経済の改革推進を実施した。この政策を実施したことで単一的な公有制経済を打破し、経済の多元化を改革として新しい経済基礎を提供した。

次いで計画経済体制の改革と放棄である。数十年の実践により計画体制はこの巨大社会の多種多様で、壮大な経済生活を担うことはできないことが証明された。中国農民は財産所有権と経営権の分離を発明することによって公有経済改革を切り開くカギを提出し、政府を中央と地方権力の掌握と放棄の悪循環から脱却させた。時代と共に変化する様々な状況に対応するため中国では「計画経済と商品経済の複合」、「計画のある商品経済」を継続的に打ち出した後、1992年ついに計画経済を完全に放棄し、中国経済を「社会主義市場経済」と位置づけた。またこの方針を憲法に規定し、対応する法律システムの設立に経済的、政治的保障を提供した。

さらに著作権法制における利益集団との権益獲得争いがある。著作権制度の設立は文学芸術作品における生産、流通の利益分配関係を変えた。まず法律において作者と出版社の位置関係が逆転した。作者が権利の主体であり出版社と平等の立場で、法律に基づき作者には多くの選択空間ができた。これは紛れもなく出版社の立場に対する挑戦である。公平に言うならば、著作権法において出版社は部外者である。しかし、中国の著作権法は計画経済時代に作られ、出版社団体およびその代表者は絶対的な地位にある。国務院は作者の職能を保護する国家版權局を担当しているが、出版物

管理部門による行政首長と管理を兼ねた附属機構にすぎない。よって出版社の働きのもと法律を省みず、少しも無駄のない著作権法から一部を切り取り、目を見張る七つの条文を用いて図書、定期刊行物の出版社の権益を特別に規定した。中でも最も目を引くのは法律規定で、作者が授与する出版社の権利が専有であるかどうかに関わらず著作権法はいずれも一律に専有とみなされる。この規定が自由平等の原則に著しく反していることからこれまでずっと様々な非難を受けてきたため2001年に改正された。しかし作者の権利についての法律は依然として出版者権利に関する多くの條款が残され織り交ぜられているため中国著作権法が非常に注目される一大特色となってしまった。

そしてさらに「特権」との争いがある。著作権は基本的な知的財産権である。法治社会ではいかなる人、いかなる機構、いかなる社会団体であれいずれも法律の権限を超越していない。しかし計画経済時代は客観的に見ると各部門と機構の権限が存在している。この権限は1990年の著作権法の法制にも反映されており、なかでも最も際立っているのは第43条である。そこには「ラジオ放送局、テレビ局の非常利放送はすでに出版された録音製品であり著作権者、出演者、録音製作者の許可を得る必要はなくその報酬を支払わない」と規定されている。この規定は著作権制度の基本的準則に明らかに違反しており国際公約に違反している。ラジオテレビ部門に言わせればラジオテレビは「党と政府ののどと舌」、「国家の公益事業」、「非常利目的」で支出は膨大であり、「さら多くの支出費用をまかなえない」ため法律義務の責任を拒否しているというものである。紛れもなく政策が長期にわたり文化産業の存在を認めてこなかったことにより、ラジオテレビ部門はそうした特殊な問題を抱えているのである。しかしその主張は特権と勝手な言い分に包まれている。第43条は表面的には各部門と機構の勝利に見えるが、実際のところは法制度が特権に屈服しているのである。ただし今一度客観的、理性的にこの問題を認識すると、法制度側の「大行は細謹を顧みず、大礼は小譲を辞せず」の知恵と融通を深く感じる。小さな利益に固執して大きな損害を受けることはなく、適時に全体を見て国情に合った全く新しい法律を差し出して中国社会関係変革の道を力強く促進した。法律の実施により第43条が法律精神と対比され、それが社会各業界の批判、討伐を誘発し、最終的にはその規定の改正に一役買ったのである。

呉漢東

徐瑄

馬治國

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

四、法治の完備は、著作権を存分に効果的に保護し、イノベーション型国家建設の重要な保証である

2006年初めに、中国政府はイノベーション型国家確立の重大戦略法を提出した。胡錦涛国家主席は、「イノベーション型国家建設の核心は自主イノベーション能力の強化を科学技術発展の戦略基点とし、中国の特色である自主イノベーションの道を進み、自主イノベーション能力の強化を国家戦略として、各方面の近代化建設を貫く」と指摘した。2008年6月5日に中国国務院は『国家知的財産権戦略綱要』を公布し、国家知的財産権戦略の実施を決定した。その綱要の中で国家知的財産権の戦略目標は「中国知的財産権の創造、運用、保護、管理能力を大幅に向上させ、イノベーション新型国家の建設と小康社会（ややゆりのある社会）の全面的な建設の目標を実現させること」と明確に定めている。イノベーション型国家建設の目標は主に科学技術と文化のイノベーションに着目しており、国家知的財産権戦略は制度のイノベーションに基礎を置いている。この二つの戦略目標が一致し、それぞれが分業して相互規定、相互補充、相互完備することが中国の未来発展の重要な保障となる。なかでも著作権法律を整備し、十分かつ効果的に著作権を保護し、著作権に関する産業を大々的に発展させることが国家知的財産権戦略の重要な内容である。著作権法制の初歩的な設立は、古い風俗習慣を改めて中国社会の旧思想と伝統意識を大きく変え、中国社会の近代化の道を促進することを本質とする。同時に知的財産権についてはまだ多くの問題と矛盾、および次々と現れ、早急に理解する必要のある新しい事柄があることをはっきり認識しなければならない。本文では中国は以下の業務を重点的に行うべきであるとみている。

（一）著作権制度の本質と機能を深く理解し、著作権制度の実施を基本国策にまで引き揚げる。著作権制度で保護する核心利益は著作権に関する文化産業であり、国家経済と国民の生活であることをはっきり認識する。著作権者の権益は文化産業という巨大チェーンにおいて不可欠な部分であるにすぎない。文化産業は著作権制度の温床であり、技術と産業の発展開発の普及と著作権法律の誕生を促した。同様に文化産業の発展は著作権制度の発展を促進した。著作権保護は文化保護および関連産業の生存と発展であり生産力を保護する。中国政府は必ずイノベーション型国家建

設の高所から、経済発展促進の巨視的な角度から、著作権制度を重視しなければならない。

（二）著作権を私権とし知的財産権とする法律意識を全面的に高め、国民全体さらには政府官員と司法官が著作権を他の知的財産権利と同等に位置づけて尊重、保護できるようにする。長年の特許制度を科学技術法制としてきたことを是正し、著作権制度を文化法制の一つの理解とする。ある時期以来の「知的財産権、私権の公権化の傾向」と「知的財産権は公権力の特許である」といった観点は、公権力強化の役には立たず、実践において有害となることを十分認識する。

（三）著作権法制の整備により、法律が著作権者に与える所有権益を確実かつ真摯に保障する。ところが実践していく中で著作権者は多くの権利が棚上げされ紙面上に保留されたままとなっている。例えばラジオテレビ協会が使用する音楽作品の料金支払い問題は先に述べたように、2001年にその使用が有料化に改正されたが、同時にその料金について「具体的な方法は国務院が規定する」としている。中国には「法があっても無駄な法であればおのずから行われることはできない」という古人の言葉がある。つまりその方法が登場しなければラジオテレビ協会は慣例にしたがい引き続き無料で他人の作品を使用できるのである。実際8年経過したにもかかわらず料金支払い方法は未だに登場しておらず、ラジオテレビ協会により無料で作品が使用されている現状は何ら変わっていない。一部分の機関はそうした状況を利用して人の財産を奪うことに盛んになり、罪の意識を少しも感じていないのである。先例のように相争って悪事を行い、社会に大量の商業目的による著作権を使用しつつ料金の支払いを拒否するという現象がおこり、しかも次第にエスカレートしている。こうした経験が我々に教えたことは、中国30年の大善事、大成功はいずれも幾千幾万もの小さな善事、小さな成功が積み重なったものである。善行は悪事の資本金ではない。大きな善事を行ったからといっても悪事を働いてはいけないのである。成績は問題を覆い隠すことはできず、このような状況を変えなければ法治に対する国民の信頼を打ち立てることは難しいのである。

（四）司法機関は理念を正して私法を精神を抱き、「十分かつ効果的な著作権保護」を徹底づけ

なければならない。20年以上におよぶ実践の結果、中国ではすでに2000人以上の正式な知的財産権司法官チームが作られている。知的財産権の司法官はみな高いプロ意識を持ち、審理レベルは継続的に向上している。多くの判決文の知識、技術は高く、事実分析は透徹しており理論が明確に論証され法律の適用は正確である。ただ残念なのは著作権侵害行為に対する財産賠償があまりにも保守的で、当事者は「訴訟に勝利し財産を損なった」ことが一般的である。これは異常なことである。訴訟は財産をめぐる行っているもので、訴訟自体はその経済活動の一環なのである。訴訟の結果が被害者の損失を満足に補償できない一方、権利侵害行為を処罰することができず、権利者が勝訴しても財産損失を招き、権利侵害者が敗訴しても収益を得ることができるのは不公正である。このままでは国民の司法への信頼を失うことになる。

(五) 新しい技術、新しい物事の著作権制度への挑戦に積極的に対応する

技術とは人の生活様式であり社会全体が関わる構造において技術は第一で、決定的な要素である。技術革命と文化のイノベーションが世界を変え、知的財産権制度を生み出した。現在のネットワーク技術の応用は人類の生活様式を非常に大きく変えた。知識、技術、文化の生産、流通と消費様式を変え、それにともない財産流通と分配方式も変わった。この新たな状況、新たな問題に直面したことも著作権制度に対する挑戦となった。この挑戦により引き起こされた問題の斬新さ、対立の鋭さ、影響の大きさ、情勢の緊迫性は前代未聞である。中国も部外者ではなく必ず国際社会と歩調を合わせて挑戦に立ち向かい、対策を共に研究して問題の解決方法を提供しなければならない。

中国はここ30年で大きく発展しており、なかでも著作権制度の功績はすばらしい。中国ではイノベーション型国家の確立という志は、著作権法を含めた整備された知的財産権制度から依然として切り離すことはできない。中国は知的財産権制度の枠組みを立てたものの著作権法制のレベルとイノベーション型国家の要求とはほど遠い。中国はまだ発展途上国であり科学技術であれ経済、社会、法治の発展レベルであれいずれも完璧ではなく熟達もしておらず先進国とは大きな差がある。周知

の通り社会発展は各側面の協調、発展の過程である。著作権法制の発展は中国全体の技術、経済、社会、法治状況から離脱し単独発展することはできず、先進国と同時進行しなければならない。中国が直面する任務は先進国よりはるかに困難である。輝かしい成果と同時に中国には問題や困難が山積みされている。痛みの伴う改革を行って西洋の歴史と経験を斟酌すると共に、ゼロからの学習、真剣な設計、真剣な努力などにより中国の状況に適合する市場経済制度を設立することがどうしても必要である。その一方、頭をもたげ前途を見つめ、国際社会が抱える挑戦的な問題に立ち向かい、新技術がもたらす発展の機会に追いつくよう努めなければならない。歴史は中国人に国家の発展は既成の型がなくても模倣することができることを伝えている。たとえ社会制度の同じ国家であっても各自の発展の道、発展方法は似通っているだけである。中国の60年の発展の道のりはそれが先進国であれ発展途上国であれ、いずれも未だかつて経験したことがなく、中国の未来の道は必ず他と異なることが定まっていたことを歴史から知ることができる。次の30年のスタート地点に立って断言できることは、思想のさらに進んだ開放がなければさらに進んだ制度の革新はなく、中国は新しい輝きを生み出すことはできないということである。これまでの歴史の経験をまとめ、これまでの思想を再び述べ、これまでの国策に再び言及することは、中国の将来にとって重要で現実的な意義を持ち、長い歴史的価値を再認識するものである。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

呉漢東

徐瑄

馬治國

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

中国の技術移転のメカニズム



PROFILE

張 玉臣 (Zhang Yuchen) 同済大学中国科学技術管理研究院副院長

1962年7月生まれ。2008年、北京航空宇宙大学経済管理学院、管理科学・工学学科、博士学位取得。国家及び上海市の関連研究テーマ20件余りを主宰、30編余りの論文を発表、『技術移転のメカニズム研究』、『ベンチャー投資管理』など、4冊の専門書を出版。世界管理大会優秀学術論文賞、上海科学技術フォーラム青年学者優秀提案賞、上海市科学技術進歩賞、上海市人民政府政策決定諮問研究賞などを受賞。

【要旨】

本論文は中国の技術移転をイノベーション体系という背景の下に置いて、その中に存在する二つの特に目立った問題「科学技術成果の転化率」と「導入技術知識の移転率」が低いことを分析し、二つの問題の具体的様相を明らかにしている。さらに、イノベーション体系における技術知識の認知と拡大、組織制度とネットワーク化、経済主体と能力支援という三つの基本的観点から、上記の問題の深層原因と内在メカニズムを解明し、現有企業の技術イノベーション能力の強化、市場メカニズムの十分な発揮から始めて、中国の技術移転の有効性を高めようとの提案を行っている。

イノベーションとは新しい技術の商業における初めての応用のことであり、市場価値を追求する商業活動である。まさにこの意味から、フリーマン¹は「技術の応用は技術の創造よりも重要である」と強調している。ハーバード大学の経済史学者デビット・ランデス²もまた比較研究により、新しい技術を発明し採用する能力は各国の貧富の差をもたらしている最も主要な原因であることを発見した。明らかに、新しい技術をできるだけ多く使用することは、イノベーションの成果を享受し、国の経済を振興させる重要な手段である。だが、技術成果を産業分野に移転して応用を行うのは一つの複雑なシステム工学であり、そこに内在する特殊な法則とメカニズムがある。本論文は中国の技術移転の実践と結びつけて、その深層メカニズムについて研究を行うものである。

1. 中国の技術移転

技術移転を中国政府は一貫して非常に重視してきた。新中国成立の初期に、旧ソ連から導入した技術に頼って建設した156項目の重点プロジェクトは、中国の国民経済の重要な支柱となり、また国際技術移転の成功事例ともなった。1963年、時の中国の総理周恩来は、「科学技術の近代化」は

国家の近代化の要諦であると提起し、中国の各分野で、世界の最も先進的な技術成果を応用することを主張した。1978年、復活したばかりの鄧小平は全国科学大会の開催を推し進めるとともに、「科学技術は第一の生産力である」と提起し、科学技術の広範な応用によって中国の経済と社会のスピーディな発展を推進することを強調した。したがって、中国の技術移転には二つのカテゴリがある。一つはみずからの創造した国内の技術成果をできるだけ多く社会の生産分野に応用すること、すなわち科学技術成果の転化率を高めることであり、もう一つは広く外国の先進技術を導入するとともに、外国の技術の消化吸収により、国民経済の資質と自らの技術能力を高めることである。我々は上記の二つの面から、中国の技術移転について分析を行った。

1.1 中国の科学技術成果の転化

1978年に経済建設を中心とすることが確認された後、中国政府が科学技術成果の転化を系統的に推進し始めたのは、20世紀の80年代中期であった。1985年3月、『中国共産党中央委員会の科学技術体制改革についての決定』が公布され、「経済建設は必ず科学技術に依拠しなければならず、科学技術事業は必ず経済建設に目を向けなければならない」という戦略方針が打ち出されるとともに、ハイテク成果の転化を後押しする具体的な政策措置が制定された。その後20年余りの間に、中央政府は『国務院の科学技術体制改革をさらに推進することに関する若干の規定』、『国務院の科学技術体制改革を深化させることについての若干の問題に関する規定』などの一連の政策規定を施行し、全国人民代表大会常任委員会『中華人民共和国科学技術成果転化促進法』、『中華人民共和国技術契約法』などを公布した。2005年になって公布された『国家中長期科学技術発展計画（2006～2020）』においてもやはり、科学技術成果の転化を促すことを自主イノベーション実現のための重要な手段としていた。

呉漢東

徐瑄

馬治國

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

上記の政策・法律の実施と合わせて、中国の各級政府と関係部門は、一つの科学技術成果が現実の商品となり、さらにハイテク産業へと発展していくにあたって経なければならないいくつかの段階に応じて、一連の政策を実施し、一連の科学技術計画をスタートさせ、科学技術成果の転化を推進する事業体系を作り上げた。例えば、研究・開発（R&D）段階の技術に対しては、100近くの科学研究基金を設置し、200余りの国家重点研究室、300余りの国家レベル企業技術センターの設立を支援した。R&D成果のプロジェクト化（中間チェック）段階に対しては、100余りの国家エンジニアリング研究センターと150余りのエンジニアリング技術センターの建設を推し進め、国家重点工業化試験計画を実施した。また、プロジェクト化されたR&D成果の商品化については、新製品基金を設立し、たいまつ計画（訳注：ハイテクの産業化推進を目的とする計画）、863計画（訳注：ハイテク技術の研究開発計画。1986年3月に発表）などをスタートさせた。さらに、商品化されたR&D技術の産業化に対しては、科学技術イノベーション基金、インキュベーション基金、科学技術成果転化基金などを立ち上げ、星火計画（訳注：科学技術の利用により農村経済の振興を促す計画）、科学技術ベンチャー投資計画などを実施し、50余りのハイテク産業開発区、1000に上る起業パーク地区（インキュベーター、ベンチャーセンター）、数百の大学科学技術パーク地区などを建設した。中国の多くの地方政府は「ハイテク成果転化サービスセンター」などの総合的機関を設立し、大学や研究機関を支援して「技術移転センター」を建設し、科学研究機関と科学研究者による科学技術企業の創設を奨励する政策を制定した。

1.2 中国の技術導入と消化吸收

改革開放から間もなく、中国は生産ラインと生産設備の導入を主とする技術導入を開始した。有名な宝山鋼鉄公司、煙台万華ウレタン股份有限公司などはすべて日本企業の生産ラインの導入によって建設し、発展したものである。20世紀の70年代末から90年代初めにかけては、生産能力の形成を急ぎ、加えて技術の輸出側が技術支援の提供を望まなかった等の理由により、設備と生産ラインの導入が当時の中国の技術導入の主要な形態となっていた。技術導入を推進するために、中国政府は外国企業に対し自国の企業よりも特恵的な各種の政策、例えば、税収の減免、土地の低価格での提供などを実施した。同時に、旧国家経済委員

会、財政部、税関総署は1986年に『導入技術の消化吸収を推進することについての若干の規定』を制定し、企業が導入技術の消化、吸収を行い、技術の国内企業への移転を実現するべく努めることを奨励した。各省・市は技術の導入と消化吸収を支援する関連政策を制定した。

20世紀の90年代中期になると、中国の技術導入の実践の中に存在する大量の低水準の重複導入、特に装備などのハードウェアを重んじ、技術知識などのソフトウェアを軽んずるといった現象を考慮して、中国政府は統制措置やハイテク企業の建設支援などの方式により、高度技術の導入の度合いを強め、低水準の重複導入プロジェクトを制限した。まさに導入技術に支えられる形で、家庭用電器、自動車等産業が急速に発展し、「メイド・イン・チャイナ」現象が生まれた。21世紀に入り、経済のグローバル化、WTO加盟などの新たな情勢に対応して、中国では技術導入のテンポが加速し、技術導入の質も著しく高まった。2005年、中国は技術導入契約計9,902件を締結し、契約総額は前年同期比37.5%増の190.5億米ドルに達した。うち技術費は118.3億米ドルに上り、契約総額の62.1%を占めた。さらに、北京、上海などの中心都市は多数の多国籍企業の地域本部や研究開発センターを誘致し、ソフトウェア、集積回路設計、バイオテクノロジーなどの分野において、多くの海外の人材を引き付けた。

2. 中国の技術移転の主要な問題

30年にわたる急速な発展の結果、中国経済は世界の注目を集める成果を上げ、科学技術力は極めて大きな向上を遂げ、技術の導入と消化吸收、科学技術成果の転化などの技術移転形態は極めて大きな役割を發揮してきた。経済の発展とともに、資源による駆動からイノベーションによる駆動へと変化し、経済社会が科学技術に求めるものは日増しに切実かつ強烈になり、中国の技術移転における二つの特に目立った問題が日増しに顕在化している。その一つは、国内の科学技術成果の転化率が低いことであり、もう一つは、導入技術知識の移転効率が低いことである。

2.1 国内の科学技術成果の低い転化率

中国政府は科学技術成果の転化を推進する上で、極めて大きな努力を払い、学界もまた20年余りに及ぶ広範な研究を展開してきたが、決して所期の成果を上げてはおらず、そのことは以下の三つの面に際立って表れている。

その第一は、科学技術成果の転化率が実質的に

向上していないことである。20世紀の80年代、中国の科学技術成果の転化率は平均して10%に届いていなかった。2004年になり、中国科学院の李国傑会員は研究を通じ、基礎研究から企業の製品開発過程に至るまで、中国では90%の科学技術成果が死んでしまっていることに気がついた。清華大学、復旦大学など国内20の大学が共同で仕上げた「大学の科学技術成果の転化についての探究と実践」というテーマ報告は、中国の大学が毎年成し遂げている6,000から8,000件の科学技術成果のうち、本当の意味で成果の転化と産業化が実現されているのは10%以下であることを示した。つまり、中国では科学技術成果の転化を促す政策体系が実践の中で20年余り実施された後でも、科学技術成果の転化率は決して向上してはいないのである。

第二は、科学技術成果の放置と有効供給の不足が並存していることである。中国の経済構造調整と転換の生みの苦しみの中で、大量の中小企業、特に民営企業は技術に対して差し迫った需要を突きつけ、民営経済の比較的発達した広東、浙江省などでは、多数の企業が大学や研究機関に出向いて技術を「あさる」（積極的に探し求める）現象が現れ、ハイテク成果を投資の対象にする投資会社さえ少なからず出現した。だが、大学や研究機関の大量の科学技術成果を視察すると、大多数の企業は手ぶらで帰った。企業は大学や研究機関の科学技術は実用性に乏しいと不平を言い、大学や研究機関は企業には長期的観点が欠けていると文句を言った。企業の技術需要と大学・研究機関の技術供給がうまくかみ合っていないのである。一方で、企業の差し迫った需要は満たされず、他方で、大多数の大学や研究機関の応用研究成果は捨て置かれたままで、有効に応用されることができないでいる。

第三に、技術移転が中国の国際競争力の向上を制約していることである。科学技術競争力はスイス・ローザンヌ管理学院（IMD）の『世界競争力年鑑』における重要な評価要素の一つである。2000年を例にとると、R&D経費総額とこれに関連した指標の全面的上昇等の状況の下で、中国の科学技術競争力は1999年より3位下がったが、その主な理由は、国の科学技術競争力における企業の中核的ポジションと技術知識移転の有効性、という二つの指標の状況が良くなかったことにある。例えば、この年、中国は「企業間の技術協力の達成度」、「企業と大学の間の技術移転の達成度」という二つの項目が、それぞれ10位と7位下がった。IMDが発表したばかりの2009年の『世界

競争力年鑑』では、中国は2008年の第17位から第20位に下がっている。ドイツ世界経済研究所の専門家ローデマンは、中国経済の様相は際立っているが、中国は成長速度の持続性に問題がある。特に科学技術、情報技術などのボトルネックの制約がある、としている。2007年に世界経済フォーラムが発表した国際競争力ランキングにおいて、中国の成長競争力ランキングは2006年の第38位から第44位に下降し、商業競争力ランキングは第38位から第46位に後退した。当該ランキングが根拠にしている3項目の指数のうち、中国のマクロ環境指数の順位は第25位、公共機関と技術指数の順位はそれぞれ第52位、第65位で、最終的に中国の世界競争力の全体ランキングに影響を及ぼした。明らかに、企業の技術能力と技術移転の有効性が低く、すでに中国の国際競争力の向上を制約する主要な要素となっている。

2.2 導入技術知識の高くない移転効率

我々は中国大陸が技術導入の面で上げた成果を十分に認めているが、しかし中国企業が技術を導入すると同時に、決してそれに見合った技術知識を同じ歩調で手に入れてこなかった、とくにそれに見合った技術能力を形成してこなかったというのは、疑う余地のない事実である。日本、韓国の企業と比べて、中国企業の技術導入過程における知識移転の効率は高くなく、それは具体的に次の三つの面に表れている。

第一に、経済発展の対外技術依存度が高止まりしていること。対外技術依存度は、ある国の経済発展が外国の技術に依存している度合いを判断する指標であり、また「後発国」が外国の先進技術を消化吸収している度合いをも反映することができる。馬竜兆らは（2007年）、技術支出経費依存度、発明特許依存度、ハイテク産業の輸入依存度、ハイテク産業の外資依存度など四つの指標にもとづいて、中国の1995年から2004年までの対外技術依存度を計算した。このうち技術支出経費依存度は明らかに下降していたが、他の三つの指標は明らかに上昇し、特にハイテク産業の外資依存度は42%から65%に上昇していた。因子分析により四つの指標間の情報重複度を取り除いた結果、中国の対外技術依存度は1995年の27.17%から2004年の66.0%にまで上昇していた。対外技術依存度の急速な上昇は、中国企業における導入技術の消化吸収効果が思わしくないことを物語っている。

第二に、重要産業が核心的技術をマスターしていないことである。21世紀に入って以後、中国の珠江デルタ、長江デルタなどの地域は基本的に工

業化を成し遂げ、工業化後期に向かって邁進しようとしたその矢先、多国籍企業の20年余りにわたる産業移転の過程で、決して重要産業の核心的技術知識は中国企業に移転されなかったこと、逆に、技術によって市場独占と超過利潤を図ろうとする彼らの企みのほうが絶えず強化されてきたことに気づいた。いくつかの主要な産業において、中国は技術の面で人材状況に明らかな変化のないことが制約となり、多くの産業は多国籍企業の加工工場となっている。蘇州羅技公司を例にとると、生産している羅技マウス1個の販売価格は約41米ドルだが、中国企業は3米ドルしか儲からず、大部分は親会社（8米ドル）と原料サプライヤー（15米ドル）、販売店（15米ドル）などに持っていかれてしまう。中国が生産するデスクトップ型パソコンは1台当たり「ネギ1束のお金」しか儲けることができない。大は飛行機、地下鉄車両、集積回路、NC工作機械に至るまで、小は衣料、日用化学製品、炭酸類飲料などに至るまで、多くの産業が多国籍企業によってコントロールされ、一部の産業は発展の主導権をすでに失っているか、または失いつつある。

第三に、企業の技術イノベーション能力が実質的に向上していないことである。工業化の初期には、日本、韓国も外国の先進技術を大量に導入したが、両国の企業はともに消化吸収と再イノベーションを非常に重視し、多くの分野において技術の導入と消化吸収への投入の比は1:5~8に達していた。まさに技術の学習と二次イノベーションによって、日本・韓国企業の自主開発能力は急速な向上を遂げ、いくつかの有名ブランドも開発、創設したのである。中国企業の技術導入と消化吸収はひどくチグハグで、2002年の両者の投入の比は1:0.08であった。長期にわたり、セルフイノベーションの実践による消化吸収を重視してこなかったせいで、中国の一部の産業は「導入、落伍、再導入、再落伍」という悪循環にはまってしまう。産業技術分野では、中国の発明特許は日本とアメリカの30分の1、韓国の4分の1でしかない。この15年来、外国企業と国内企業が中国で出願した発明特許の比率は6:4.1となっている。情報技術分野では、外国人は中国の発明特許の90%を占めてきた。2006年、中国のハイテク製品貿易において、外国企業の貿易黒字は384.6億米ドルにも達し、一方、国有企業の貿易赤字は152.2億米ドルに上った。これらのデータは、20年余りにわたる技術導入を経た後でも、中国企業は決して産業の核心的技術をマスターしてはおらず、自主イノベー

ション能力は実質的に向上していないということを十分に物語っている。

3. 問題の原因とメカニズムの分析

国内の科学技術成果の転化にせよ、外国の技術の消化吸収にせよ、すべては技術知識と能力の、一つの主体からもう一つの主体への移転である。このような技術知識と能力の移転はすべて特定のイノベーション体系の中で発生する。したがって、中国の技術移転の中に存在する問題は、中国企業が依存しているイノベーション体系のあるいくつかの段階、またはあるいくつかの面に問題があることを反映している。我々はイノベーション体系における技術知識の認知と拡大、組織制度とネットワーク化、経済主体と能力支援という三つの基本的観点から、中国の技術移転に存在する問題の原因とメカニズムについて分析を行った。

3.1 技術知識の認知と拡大

特定のイノベーション体系において、技術移転は実質的に知識の認知と拡大の過程である。まず最初に、技術の送り手は技術の受け手に伝達、移転するために、知識の蓄積、加工、整理統合を行わなければならない。次に、技術の受け手は知識の判別、判断、選択を行って、知識を受け入れるかどうか、どのような方式で受け入れるかを決定する。さらに、技術移転の過程には、経済価値の実現にとってより有利になるように、知識の再構成、拡大、再生が伴っている可能性がある。明らかに、以下に挙げる要因は技術移転の効率に対し重要な影響力を持っている。

第一は、技術の送り出し主体と受け入れ主体の意欲である。技術移転が発生し得るか否かは、まず技術の所有者が知識を送り出すことを望むか否かにかかっている。現代社会において、技術知識は最も重要な社会資源であり、利益、権威、名声などをもたらすことができる。そのため、技術の送り手側は一定の動機に駆られ、一定の条件が満たされている場合にのみ、知識移転の意欲を生じる。同時に、知識は一つの生産要素または資源であるに過ぎない。知識は自動的に価値をもたらすことができるわけではなく、その他の生産要素と結びつき、特定の分野で応用が行われて初めて、自身の価値を創造し、実現することができる。しかも、技術を受け入れるには、一般に代価を支払うことが必要である。したがって、技術の受け入れ主体の受け入れ意欲もまた自然発生的に生まれるものではなく、一定の条件の下で形成される。中国の科学技術成果の転化を例にとると、中国の

科学研究活動は主に大学と専門研究機関によって担われるため、技術創造のコストは主に政府の科学研究資金援助に頼っている。これらの機関は経済利益を排除してはいないが、経済利益はその主たる目的ではなく、経済利益によって誘発される技術の送り出し意欲は決して強烈ではない。同時に、大学と専門研究機関はその雇用者が企業に技術を移転することに対し、べつに業績上の承認を与えるわけではないので、名誉という動機によって誘発される技術の送り出し意欲もまた強烈ではない。そのため、中国の科学技術成果の転化における技術の送り手の知識送り出しの意欲は、技術移転の効率を制約する重要な要素となっている。技術導入または国際技術移転においては、最大の経済利益を得るという考えからすれば、技術の送り手側としての多国籍企業が核心的知識を自発的に移転する意欲を持っていることはありえない。一方、中国の国有企業もまた、明確な経済利益による束縛と誘導がないこと、加えて技術学習の苦しさ、難しさのせいで、主体的に技術学習を展開しようという意欲は強烈ではない。

第二は、両者の知識配置能力の格差である。技術移転は両者の意欲の影響を受けるだけでなく、両者の間の知識配置能力によっても左右される。技術の送り手側の知識配置能力は、知識の創造、整理統合、加工の能力・水準として理解することができ、技術の受け手側の知識配置能力は、技術知識の消化、再構成、応用を行う能力として理解できるが、それには知識とその他の知識または生産要素を組み合わせ、新しい知識または商業価値を創造する能力が含まれている。技術の送り手側と受け手側の知識配置能力の格差は、互惠という動機に基づいた知識移転の意欲に影響を与え、さらに技術の受け手側の知識学習、消化吸收・応用の能力にも影響を与える。一般的に言って、両者の間の知識配置能力の格差が大きければ大きいほど、知識における互惠が実現される可能性は小さくなり、技術の送り手側の知識移転の意欲が低ければ低いほど、技術の受け手側が知識を解釈、理解する難度は大きくなり、技術移転の効率は低くなる。両者の間の知識配置能力の格差が小さければ小さいほど、知識における互惠が実現される可能性は大きくなり、技術の送り手側の知識移転の意欲が高ければ高いほど、技術の受け手側が知識を解釈、理解する難度は小さくなり、技術移転の効率は高くなる。中国の科学技術成果の転化において、企業は長期にわたり技術イノベーションの実践と知識の蓄積が不足していたため、知識配

置能力の面で、国内の大学、研究機関、多国籍企業との間にいずれもかなり大きな格差が存在し、それが技術学習と効果的な吸収を甚だしく制約し、技術移転の有効性に影響を及ぼしてきた。

第三は、さまざまな知識の独自属性である。どんな知識にも独自属性があり、これらの属性は複数の特徴変数を用いて表すことができる。英国の学者マックスH. ボイソット (Max H. Boisot) は空間という概念枠組みを提案し、符号化、抽象、拡散の三つの特徴変数を用いて知識属性の分析を行った。マックスH. ボイソットによれば、上記の三つの特徴変数と一緒に作用を発揮し、知識の移転と伝達に影響を与え、決定づけている。一般的に言って、符号化と抽象の程度が比較的高い知識は移転と伝達が容易である。知識の総合化という特徴が絶えず発展し、強まっていることにより、産業技術の集積化、体系化という特徴が日増しに明らかになっているが、筆者は体系化もまた知識の基本的特徴であり、しかも非常に重要な特徴であると考えている。体系化とは実際の応用目的にしたがい、知識の内在関係に基づいて、さまざまなタイプの知識を集積し、結びつけ、一つの完全な技術体系として構築することを指す。体系化する加工対象はナマの知識ではなく、すでに符号化と抽象のプロセスを終え、実践の中で使用されている知識である。したがって、体系化は決して知識の本源的特徴ではなく、それ自身が絶えず進化する過程で派生してくる新しい特徴である。体系化は技術移転に影響を与える重要な変数である。一般的に言って、高度に体系化された知識にはより強い「粘着性」があり、移転の難度が相対的に大きい。技術移転の実践において、我々が常に目にするのは、ある技術または設備を導入することは相対的に容易だが、生産ラインを導入することは相対的に困難であり、また完全な産業技術体系、特に依然として一定の先進性を具えている産業技術体系を導入することは基本的に不可能だということである。それぞれの産業技術によって知識の体系化の程度はさまざまであり、技術移転の有効性にも大きな差が存在する。例えば、エアコン、テレビ、冷蔵庫などの一般家電産業は、製品が相対的に簡単のため、知識の集積化の度合いは高くない。コンプレッサ、ブラウン管などの伝統技術に立脚したこれらの産業は、決して技術上のコツによって十分な独占利潤が得られるというわけではない。労働力コストと導入側の技術の進歩という二重の圧力の下で、多国籍企業は導入側に比較的多くの技術を譲渡し、加えて一部の企業は自主

吳漢東

徐瑄

馬治國

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

イノベーションを特徴とする新しい技術の開発を行って、多国籍企業と技術競争を展開してきており、これらの産業の技術移転効果は相対的に良好である。一方、集積回路、自動車など、技術連鎖が比較的長く、知識の体系化の度合いが比較的高い産業においては、技術移転の難度そのものが大きい。同時に、多国籍企業は技術体系の中の核心的技術を握ることによって、産業のコントロール権と独占利潤を手に入れることができ、技術移転の意欲も比較的低い。その上、自動車などの産業では政府による保護が実施され、少数の大型国有企业は優先的合併権によって、巨大な市場と政策資源を独り占めにし、自発的な技術学習の原動力と意欲が乏しいため、技術移転の効率相対的に劣っている。

3.2 組織制度とネットワーク化

技術移転はイノベーション体系の下で発生、発展し、組織制度という要素の制約と影響を受ける。まず、技術は一つの重要な社会資源または生産要素として、特定の配置メカニズム及び制度の手配を必要とし、イノベーション体系が依存している基礎資源配置メカニズム及び制度は技術移転の効率に対し決定的な影響力を持つ。次に、イノベーション体系の中のさまざまな主体はそれぞれ異なる方式で連結され、それぞれの連結方式及びお互いの間の連結と相互作用の程度などが、技術知識の取引の頻度とスピードに影響を与える。

その第一は、技術知識配置メカニズムが技術移転効率に与える影響である。技術知識配置メカニズムはイノベーション体系の組織メカニズムの基本内容であり、また社会知識配置メカニズムの重要な構成部分でもある。一つの社会資源、商品としての技術知識という角度から言えば、典型的な配置メカニズムには市場メカニズムと計画メカニズムという2種類の制度形態がある。特定のイノベーション体系について言えば、市場メカニズムは基礎的な知識配置制度とならなければならない。早くも20世紀の40年代に、有名な経済学者ハイエクはその古典的論文『社会における知識の利用』の中で、意思決定権と知識の間の配置関係という角度から、なぜ分散化方式、市場メカニズムによって知識を配置することが必須なのかという理由を論述している。ほかに、さらに以下のいくつかの理由に基づき、市場メカニズムを技術知識の基礎的配置メカニズムとすることを強調している。その理由の一つは、技術知識の移転には比較的高いコストがかかるため、「知識を意思決定権を持った人々に伝達する」というような統一

的な意思決定メカニズムが、存在の合理的理由を失っていること。二つ目は、技術知識の選択には主観的行動という特徴があり、技術自体に存在する高度な情報の非対称属性と高度な発展の不確定性により、意思決定主体の主観的能動性の発揮が必要とされ、おのずから自由な市場選択メカニズムが必要とされていること。三つ目は、特定の技術知識について商業ベースの開発を行う場合も、市場の提供する需要情報の助けを借りて、独立した商業主体が自主的に行うことが必要であること、である。まさにマネジメンツの大家ドラッカーが言っているように、自発的モデルは産業発展のほとんど唯一の道であり、産業を選ぶのは易者の仕事なのである。中国の技術導入、特に自動車、装備、石油化学製造など重要な産業の技術導入においては、政府計画による介入という形態が比較的多く採られ、市場メカニズムの役割が十分に発揮されてこなかった。20世紀の80年代、冷蔵庫、カラーテレビなどの生産ラインの導入は、いずれも中央政府の許可を経なければならなかった。特に自動車産業は三大国有企业だけに外国の技術と生産ラインの導入が許可されていた。このような、どの企業がより技術を必要としているか、どの企業がより外国の技術を導入するのに適しているかを政府が評価する、という計画メカニズムは、民営企業から技術学習とイノベーションを行う機会を奪い、イノベーションに対する市場競争の推進作用を抑え込んでしまった。科学技術成果の転化においても、市場メカニズムと技術の需要・応用主体としての企業の役割を十分に発揮させず、事業の着眼点を企業の需要を刺激することには置かず、技術知識の縦方向の発展をどうやって推進するかということに置いてきた。科学技術成果の転化の障害またはボトルネックを、科学技術成果の縦方向の発展過程で欠乏する各種経済要素または資源と認定し、科学技術成果の縦方向の発展過程における各段階の資源ギャップを補填することに力を入れ、科学技術成果の発展と転化の完全な連鎖を構築し、科学技術成果の発展と転化への道を開いてきた。このような、企業の現実の需要を顧みず、独り善がりの思い込みによって企業に技術を「食べさせ」または「供給する」といった科学技術成果の転化モデルは、当然ながら良い効果を収めることは難しい。

第二は、さまざまな市場構造が技術移転効率に与える影響である。同じ技術知識について言えば、技術の供給及び需要主体の置かれている市場地位は、技術移転の方式と効率に対し重要な影響

力を持つ。一般的に言って、技術の所有者が市場を独占する地位にある場合、彼は運よく技術の商業ベースの開発を独立して行い、独占という優位性を利用して超過利潤を手に入れており、技術知識の移転及び伝播の意欲は比較的低くなる。技術の所有者が長期にわたって市場を独占する地位にある場合には、技術イノベーションまたはアップグレードの情熱が低下し、技術創造を行い続ける原動力を失う可能性さえある。技術の所有者が市場を寡占する地位にある場合には、彼は同じ市場地位を有している主体とともに技術知識の交流とシェアリングを行う傾向があり、同時に技術の送り手、受け手となる。中国は技術導入の初期、市場機構が技術移転の主体の行動に与える影響に注意を払わず、多国籍企業の技術移転の進展を遅らせてしまった。自動車産業を例にとると、当初は上海汽車工業公司だけがドイツ・フォルクスワーゲンの技術を導入することを許され、その合弁会社は市場での独占的地位を持っていたため、その生産するサンタナを連続17年間、モデルチェンジしようとしなかった。上海汽車工業公司がアメリカ・ゼネラルモーターズの技術を再導入することを許され、市場競争の構造が出来上がると、フォルクスワーゲンはようやく他の車種のセダンを上海の合弁企業において生産した。我々は市場集中度によって産業市場構造の特徴を表し、製品技術の年齢によって中国の半導体製造企業の導入した技術の先進的水準を示し、市場構造と技術移転の関係について研究した。SPSSを利用して多元線形回帰分析を行い、技術移転の効果と市場集中度は著しい負の相関を示していることを発見した。つまり、産業集中度が高ければ高いほど、市場の独占性が強ければ強いほど、企業の製品の技術水準は低めとなる。産業集中度が比較的低く、市場競争が比較的分散であるときには、企業の導入技術の水準は明らかに高くなる。

第三は、イノベーション体系の組織形式が技術移転効率に与える影響である。どんなイノベーション体系も一定の構造形態によってイノベーション要素を組織し、特定のイノベーション体系組織構造を形成する必要がある。それぞれの産業は自らに適したイノベーション組織構造形態を具え、異なったイノベーションの特徴と技術移転メカニズムを呈する。産業の技術連鎖の長さ、産業技術イノベーションの市場・知識・装備等資源に対する依存度にしたがって、産業をさまざまなタイプに分けることができる。さまざまなタイプの産業は適当なイノベーション組織形式を採用する

ことにより、初めて高効率のイノベーションと技術移転を実現することができる。ソフトウェアとネットワーク技術産業を例にとると、産業の技術連鎖が比較的短く、市場情報と資源に対する依存度が比較的高いため、イノベーション型企業を主とするイノベーション・クラスター組織形式を採用するのに適している。一方、自動車、装備製造、石油化学、鉄鋼等産業は技術連鎖が長く、業種知識、経験、生産装備等資源に対する依存度が高く、比較的大きな資金投入と系統的な力によってイノベーションを遂行することが必要なため、大企業を中核とした産業イノベーション・チェーン組織形式を採用するのに適している。また、集積回路、バイオ製薬等産業は、産業の技術連鎖が長く、新知識と生産装備等資源への依存度が高いため、中小型企業または大学などがイノベーションを担当し、大企業が系統的集積開発と一定規模の生産を担当するネットワーク組織形式を採用するのに適している。我が国の科学技術成果の転化と技術導入の実践には、産業技術イノベーションの組織形式と産業技術の特徴とが合っていないという現象が存在しており、そのため技術イノベーション・移転の効率が低くなっている。例えば、集積回路産業は、いくつかの生産ラインを導入すると同時に、イノベーション型小型企業の技術学習とイノベーション模倣の面での役割に過度に依存し、実力のある関連大企業の役割を育てず、または発揮させることを重視してこなかった。そのため、この産業はいくつかの技術イノベーションの成果があったにもかかわらず、産業の核心的主要技術の系統的な集積開発を行う能力がなく、一定の規模を持つ自主イノベーション型産業はなおさら形成されなかった。

3.3 経済主体と能力支援

現実における技術移転はほとんどが経済利益を目的としており、当然ながらイノベーション体系の経済主体と能力支援という要素の影響を受ける。まず最初に、十分かつ適格な経済主体は技術移転及びイノベーション活動の前提である。次に、合理的な、または期待される経済的インセンティブまたはリターンは技術移転及びイノベーション実現の基盤である。さらに、イノベーション体系の経済的能力支援は技術移転及びイノベーションの必要な経済条件である。

第一に、技術移転の経済主体である。経済価値の実現という観点から考察すれば、技術移転は技術の所有者とその他の生産要素の持ち主、特に企業家としての才能と資本の持ち主との取引であ

呉漢東

徐瑄

馬治国

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

り、組み合わせである。技術が知識形態から商業形態へ移転する過程において、関連する経済主体は主にベンチャー企業家とベンチャー投資家である。ベンチャー企業家はイノベーション行動の主体であり、技術とその他の生産要素を組み合わせる任務を引き受ける。ベンチャー投資家はベンチャー活動の指導者であり、資本、管理経験の提供者である。中国の科学技術成果の転化においては、イノベーションの素質と能力を具えたベンチャー企業家が不足し、また適格な理念と経験を具えたベンチャー投資家も不足している。イノベーション経済学の創始者シュンペーターはかつていみじくも次のように指摘した。経営者はすべてが企業家と呼ばれる資格を持っているわけではない。経済環境に対して創造的な反応を示すことにより、生産の成長を推進する経営者だけが企業家と呼ばれることができるのだ、と。明らかに、「創造的破壊者」はシュンペーターが企業家に与えた最もふさわしい称号、最もはっきりした刻印である。中国の企業経営者はほとんどが行政の任命・選抜メカニズムによって生まれており、企業家と呼ばれる資格を持っている者は相対的に少ない。中国の初期の起業者の多くは「草の根」階層の出身で、衣食の問題の解決を目的とし、現有の経済基盤の上での遺漏や欠点の補完を手段とし、創造の意識と能力に乏しかった。そのため、科学者とエンジニアが創造した科学技術成果は、少数の科学者とエンジニアの自主ベンチャーに頼って移転を実現するしかなく、科学技術成果の転化率が低いのも必然の結果であった。同時に、中国には本当の意味でのベンチャー投資家集団が不足している。中国の現在のベンチャー投資資金の約3分の2は政府と国有企業から来ており、約80%の資金は外資機関によって管理されている。ベンチャー投資資金の資金供給構造は、それが高リスク投資を受け入れにくいことを決定づけており、ベンチャー管理集団の現状は、それが高度な情報の偏りが存在するプロジェクトには投資を行いにくいことを決定づけている。一方、科学技術成果の転化は、高度な情報の偏りが存在し、また極めて高いリスクも有しているシード期または創業期の投資に属しており、当然ながら、現有のベンチャー投資機関からは歓迎されにくい。

第二は、技術移転の経済的リターンである。経済ゲームという角度から言えば、技術移転は不完全情報の静的ゲームであり、ゲームの核心は技術価値に対する双方の判断と認定である。技術を一つの特産品とみなし、技術の送り手側を譲渡者

とみなし、技術の受け手側を譲受者とみなすと、双方の呼び値競売モデルを借用して、その均衡条件の分析を行うことができる。譲渡者が提供する技術の原価、または技術の譲渡者にとっての価値を c 、技術の譲受者にとっての価値を v と仮定する。不完全情報の状況下では、譲渡者だけが技術の本当の原価 c を知っており、同様に、譲受者だけが v を知っている。 c と v を $[0, 1]$ 上の均等分布であると仮定すると、分布関数 P は共通の知識である。このベイズ・ゲームにおいては、技術譲渡者の戦略（言い値） P_s は c の関数であり、 $P_s(c)$ と記される。技術譲受者の戦略（言い値） P_b は v の関数であり、 $P_b(v)$ と記される。マイヤーソンとサッターズウェイト（Myerson and Satterthwaite, 1983）の「均等分布の状況下では、線形戦略の均衡比はその他のどんなベイズ均衡が生み出す正味剰余よりも高い」ことに関する証明を引用し、線形戦略の均衡にしたがって技術移転について研究を行ったところ、技術移転の成功の条件は $P_b(v) \geq P_s(c)$ であること、すなわち $v \geq c + 1/4$ のときにだけ、技術移転が成功し得ることがわかった。上記の条件を応用して分析を行えば、技術取引の達成領域は比較的小さく、技術取引の成功率は比較的低いということがわかるが、これは技術取引における均衡の基本的特徴を反映している。中国の科学技術成果の転化実践においては、技術の創造過程の困難性、技術の商業価値に対する楽観的期待から、技術の送り手側は往々にして技術の価値を高く見積もり、 c 値に対する位置づけは一般に高めである。一方、技術の商業化過程の高度な不確定性から、特に数年前までは、有効な知的財産権保護技術の欠如のせいで、技術成果の価値が失われやすい、独占的でないという特徴が見られていたことから、技術の価値に対する受け手側の判断と認定は相対的に保守的で、 v 値に対する位置づけは一般的に低めであった。これが科学技術成果の転化率が低く、技術移転の実現が難しいことの重要な原因である。

第三は、技術移転の経済的能力支援である。技術移転は市場容量、技術プラットフォーム、生産要素などさまざまな経済的能力支援を必要とする。かつてエンゲルスはいみじくも、ひとたび社会に需要が生まれると、科学技術の発展に対するその促進作用は大学10個分よりも大きい、と指摘した。イギリスの学者、Joe Tidd, John Bessant, Keith Pavittは、アメリカ、イギリス、フランス、日本、イタリア、オーストラリア等国々の技術移転の特徴を研究した上で、技術移転に影

響を与えるいくつかの経済要因をまとめたが、それには消費者需要と市場公平度、起業の頻度と投資活動の水準、生産要素価格、天然資源の特徴と入手可能性、技術創造と発展プラットフォーム、総体的経済力と水準などがある。総合的考察によって気づくのは、現有企業のイノベーション能力と水準は技術移転の経済的能力支援を組み立てる上で、重要な役割を持っているということである。第一に、オープン・イノベーションの背景の下では、現有企業の技術イノベーション能力が高ければ高いほど、技術、特にイノベーション型技術に対する需要は大きくなる。さらに、大学や専門研究機関にとって、現有企業は実用技術のより有効な供給者である。同時に、現有企業、特に大企業は技術プラットフォームの構築者、イノベーション資源の提供者でもある。我々が中国における地域イノベーション能力に関する報告の中の、北京、上海、山東、広東、浙江、江蘇、天津、陝西、四川、湖南、湖北、遼寧、福建など12の省・市の2001年から2004年までの連続4年間のランキングデータを利用し、技術知識移転ランキングと企業の技術イノベーション能力ランキングについて偏相関分析を行ったところ、両者の偏相関係数は0.546となった。これは二つの変数の間の高度な相関をはっきりと示しており、企業の技術イノベーション能力、特に現有大企業の技術イノベーション能力の技術移転効率に対する重要な影響が検証された。日本、韓国にとって、中国の現有企業は技術イノベーション能力が低く、技術に対する需要が比較的弱く、業界で主導的役割を有する企業が不足しており、それが中国の技術移転効率、特に技術導入における知識移転率を制約する重要な原因となっている。

4. 結論と提案

以上の研究からわかるように、中国の科学技術成果の転化率と導入技術知識の移転率が低くなっている原因は、多方面にわたっている。技術の独自属性、技術の送り手と受け手の意欲、両者の間の知識配置能力の格差などの原因があるほか、市場メカニズムが十分発揮されていない、市場資源を十分に利用して競争メカニズムを構築していない、産業技術イノベーションの組織形式が合理的でない等の要因の影響もある。それ以上に、十分かつ適格なベンチャー企業家とベンチャー投資家がいらないこと、技術の価値認定の不合理さと、市場が規範化されていない等の理由から技術移転のリターンに保障がないこと、現有企業のイノベ

ション能力の弱さが技術の有効な需要と供給を抑制していることとも関わりがある。総合的に言って、現有企業のイノベーション能力を育成し、現有企業のイノベーションの水準を引き上げ、市場メカニズムの役割を十分に発揮させることには、決定的な意味がある。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

呉漢東

徐瑄

馬治国

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

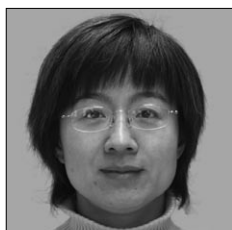
中国の大学の技術移転効果について



PROFILE

王 兵 Wang Bing 清華大学法学院教授、知的財産権法学研究センター主任。

1985年以降カナダと米国に留学し、フランクリン・ピアース・ローセンターで知的財産権法学修士号を取得。特許代理、知的財産権管理・教育・研究の仕事に一貫して従事。清華大学と企業、特に外国企業の科学技術協力における知的財産権管理と法律事務を担当したほか、主として清華大学法学院で知的財産権の教育と研究に従事。清華大学法学院副院長を経験。清華大学で系統的な知的財産権法学教育法を編み出し、知的財産権学科の発展を促進。清華大学で外国人学生向けの「中国知的財産権法夏期研修クラス」を6年連続して開設、この単位は米国の各大学ロースクールからも認定。知的財産権の研究・管理・教育の仕事に携わるようになってから、計18件の知的財産権関連の研究プロジェクトを担当。4冊の著作物を共同執筆又は監修し、75編の論文を発表。現在、「中国法学会知的財産権法学研究会」副会長、「中国知的財産権研究会」理事、「中国大学知的財産権研究会」副理事長、「国際ライセンス関係者研究会」会員、「中国版権協会」常務理事、「中国商標協会」理事、「中国ライセンス関係者研究会」理事等の学術的職務を兼務。



梅元紅 Mei Yuanhong 清華大学知的財産権管理弁公室副主任を担当。高級技師。

1971年生まれ。1994年より清華大学の技術移転と知的財産権管理の仕事に主に従事。教育部の「中国大学知的財産権白書—技術移転部分」等の5件の課題を手掛け、また、7件の課題に参加。「大学の技術移転における知的財産権保護」、「大学知的財産権戦略の研究と実践」等の6編の論文、「中国の大学特許技術移転モデル」等の8編の研究リポートを発表。清華大学の幾つかの科学研究管理制度を制定。主な研究分野は大学の知的財産権保護、技術移転理論等。北京市の「金橋賞」個人1等賞（2002年）と大学の「管理先進」2等賞（2001年）を受賞。

グローバル化の勢いに押され、多くの先進国・地域は技術革新戦略の実施を余儀なくされている。科学技術イノベーションの重要な源泉となる大学は人材養成、科学研究、社会的サービスを通じ、国のために技術、人材及び自主知的財産権を提供している。世界最大の発展途上国として、改革・開放を進める中国も先進国の経験を学び、国の技術革新における大学の役割を発揮させる必要がある。統計によれば、中国では科学研究力の40%が大学系列に、30%が中国科学院系列に集中しており、企業は科学技術力が相対的に弱く、イノベーション能力が低く、その多くが社内に研究開発部門を設けていない。¹ このような科学研究力の不均衡から、中国の大学は国の技術革新の中で重要な役割を果たすことが一段と求められている。大学が特許を含むその技術を企業に移転することは必然的な選択であり、重要な使命である。中国は1995年に「科学教育立国」戦略を打ち出し、2006年に自主イノベーション戦略を確立し、2008年には国家知的財産権戦略を打ち出した。中国の総合大学・単科大学・高等専門学校（以下「大学」と略）は「イノベーション型国家を築き、経済発展パターンを転換し、国のコア競争力を高める」という国家戦略の下、イノベーション型国家を築く過程で自らの役割を発揮している。大学の科学研究に対する中央財政からの資金投入は年々増えており、2003年から2007年までの間、大学の科学技術経費への資金投入は安定した高い伸びが見られ、その総額は2003年の253.3億元から2007年の545.3億元へと増え、115%の伸びとなった。同期間の大学の年間科学技術経費は常に全国の7～8%を占めている。² 大学の科学技術経費への資金

投入はその科学研究成果の伸びを促した。例えば、大学の特許出願・登録数が著しく増え、2003年～2007年の間を見ると、その特許出願数は10,252件から32,680件に、特許登録数は3,416件から14,773件にそれぞれ増えた。³ 国のイノベーションシステムにおける大学の地位と役割は不可欠なものであり、大学の技術を企業に移転し、企業の技術進歩を促す過程で重要な役割を果たした。しかし、大学の技術移転にはなお少なからぬ問題が存在している。例えば、技術移転の仕組みが不備で、自主知的財産権の技術レベルが低く、知的財産権の流失がしばしば起き、技術移転の専門的な評価機関と営業組織が不足している等。現在、中国の大学の技術移転効果を正しく評価することは、大学がその科学研究を生かしてよりよく社会の役に立ち、地方経済の役に立ち、また、イノベーション型国家を築く過程でその独自の役割をより効果的に発揮するのに影響するホットな問題となっている。

一、問題の提起

大学の技術移転は近年、ホットな研究テーマとなっている。しかし、研究方法がそれぞれ異なり、研究の結果と結論には大きな開きがある。例えば北京市技術市場管理弁公室の統計によれば、2001～2007年の北京の大学特許の平均実施率は1.43%であり、同市の特許技術移転の平均実施率4.90%よりずっと低い。⁴ 一部の研究者は特許実施率に対するこうした統計結果に基づき、中国では大学の技術移転の効果が非常に劣っているとの考えを示した。だが、別の研究では明らかに異なる現状が反映されている。例えば、劉月娥らが発表した調

査研究報告は、調査研究対象の大学50校の2001年～2005年における特許の実施件数と登録件数を比較した平均実施率は56.7%であり、特殊な年度を除いても、わが国の大学の特許実施率は41.21%に達すると指摘している。⁵ 一部の人はこうした特許実施率に基づき、中国では大学の技術移転の効果が高いとの考えを示した。この2種類の研究結果と結論の間において、さらに別の研究結果と見方もある。多くの文献は、全国の平均特許実施率は10%前後であり、大学特許の実施率もこれと大差がなく、さらにはもっと低いと述べている。北京の某大学のデータ統計によれば、2001～2007年の平均特許実施率は2.3%であり、この大学は全国と北京市の統計データをミクロ面から検証した。上記のデータが示しているように、特許実施率の低い方のデータ範囲は10%以下となる。ここでは劉月娥らの調査研究報告が2001年～2005年の大学の特許実施率は41.21%に達すると述べているのを除く。梁燕は、広東の大学の特許実施率は30%～40%前後だと指摘した。⁶ 沈国金は過去5年間を取り上げ、全国の大学の特許登録数は8,389件、特許実施数は1,910件で、特許実施率は22.8%にすぎず、一方、全国の平均水準は約30%であると述べている。⁷ 清華大学の出願特許又は登録特許の90%は応用の見通しが明るく、約30%の特許技術が応用され、一部の特許は既に産業化が実現し、大学経営企業と民間企業の主力製品となっている。⁸ 上記のデータが示しているように、特許実施率の高い方のデータ範囲は22.8%～41.2%の間にある。

上記の様々な評価結果をどう見るのか。どうすれば大学の技術移転の現状を正しく評価できるのか。これらは当面と今後において、大学の技術移転関連部門及び大学の技術移転に関心を持つ人々が解決しなければならない問題である。

二、大学の技術移転効果の統計データについての技術分析

大学の技術移転効果に対する評価で、先に述べたように、最低が1.43%、最高が41.21%と特許実施率に違いが生じるのはなぜか。筆者はその原因を分析する必要があると考える。統計の特許実施率が高くなったり低くなったりする原因を分析研究するため、我々はこれらの研究者が統計の中で用いた「特許実施率」を特許実施率＝（譲渡済み特許数＋実施許諾済み特許数）／有効特許数＊100%に統一しなければならない。このコンセプトを明確にした後、我々は分析を行うことができ

る。

まず、大学の特許実施率を10%以下とするデータが生じた原因を分析した。特許実施率が低くなった第1の原因は上級へのデータ報告に漏れがあることだと我々は考える。北京市技術市場管理局と国家知的財産権局はその職能範囲で関連の統計作業を行い、得られたデータは権威性と客観性を備えており、わが国の大学の特許技術移転状況をマクロ面から全面的に示すことができる。しかし、中国の技術移転と知的財産権はまだ初歩的段階にあり、このため、知的財産権に対する意識と管理制度を絶えず向上させ、強化していく必要がある。こうした環境の下、一部の大学の特許技術を含む技術の取引は終わった後、様々な原因により、関係官庁で登録手続きが取られていない。その結果、実際に行われた技術取引が完全には統計データに反映されず、統計のデータが実際の技術取引件数を下回ることになる。こうして特許実施率の公式の中の分子「譲渡済み特許数＋実施許諾済み特許数」が実際的水準より小さくなったのである。第2の原因は単純計算したデータにあると考える。特許実施率の公式の中の分母「有効特許数」は実際の計算において、統計者によって登録特許数に置き換えられている。上記の5～7年の統計周期の中で、一部の特許は保護の放棄により効力を既に失っているため、登録特許数は有効特許数より多くなるはずである。その結果、公式の分母が実際的水準より大きくなり、特許実施率の数値が小さくなったのである。第3の原因はデータ基準の単一化にあると考える。現在、大学の特許技術の実施と譲渡の形態は多種多様である。例えば、委託開発又は共同開発の契約において、その多くは既存の特許技術をベースに行われるものであり、開発の成果を企業に移転すると同時に、特許技術の移転も実現することになる。しかし、契約の締結形態では、特許実施許諾契約又は特許権譲渡契約が交わされていない。このため、特許実施許諾と特許権譲渡の契約を単一の統計対象として特許実施率を計算するやり方は、その他形態の特許技術移転状況を反映できず、大学の特許技術移転の実践を全面的に反映させることができない。従って、中国の国情と大学の実情に基づき、大学の特許技術移転に対する統計と分析は、特許権譲渡と特許実施許諾の契約のみに限定すべきでなく、特許技術に関連して行われる技術開発、技術コンサルティング等の技術契約全体を含めるべきである。このようにせず、単に特許実施許諾と特許権譲渡によって特許実施率を計算するなら、

往々にして特許実施率が低くなる統計結果を招き、中国の特許技術譲渡は好ましいものでないとの結論を得ることになる。

次に、我々は大学特許実施率の高い方のデータが生じた原因を分析した。特許実施率が22.8%～41.2%の間になった第1の原因は調査研究用のデータサンプルが少ないことである。詳細かつ正確で客観的な実情に合致していても、サンプル数が少なければ、大学の特許実施率を全面的に反映させることはできない。第2の原因はデータに過大評価の可能性があることだ。例えば、調査研究対象が特許技術実施率の高い大学に集中し、実施率の低い大学がその対象範囲の中に入っていないければ、統計データの数字は高いものとなる。

以上の点を総合すれば、中国の大学の特許実施率は必ずしも10%以下の悲観的な状況ではなく、また、40%という楽観的な状況でもない。我々は統計分析技術について若干の改善を行い、大学の特許技術移転の実際の状況に一段と合致させる必要があり、そうして初めて科学的な統計データを手に入れ、大学の特許技術移転の実情に適う結論を得ることができる。

三、中国の大学の技術移転効果についてのモデル分析

多くの研究者が統計データに基づいて算出した上記の特許実施率には技術上の欠陥が存在しているが、それだけでなく、こうした特許実施率で大学の特許技術移転の善し悪しを判断し、さらには大学の技術移転の善し悪しを判断することにはモデル上の欠陥も存在している。モデル上の欠陥とは、特許技術実施許諾と特許権譲渡のモデルによって特許実施率の統計をとり、特許技術移転の善し悪しを説明することを指す。こうしたやり方は特許技術移転の他のモデルを軽視するものだ。また、モデルに欠陥のあるこうした特許実施率で技術移転の善し悪しを説明するのはなおのこと、その他技術の移転モデルを軽視するものである。外国人学者の統計・分析方法を真似るこうしたやり方は、中国の大学の技術移転の実情に余り合わないようだ。

中国の大学技術移転の基本的モデルは「産学連携」モデルとすべきだと我々は考える。ここで指している「学」は大学だけでなく、各種タイプの研究機関も含んでいる。「産学連携」モデルでの具体的な表現形態は多種多様である。関係する研究ではそれぞれ異なる視点から大学の技術移転の分類が行われている。例えば、Albert N Linkは、

大学の技術移転はフォーマルな技術移転（formal technological transfer）とインフォーマルな技術移転（informal technological transfer）の2つのタイプに分かれるとの見方を示した。フォーマルな技術移転は法的手段、例えば特許譲渡取り決めや特許許諾取り決め等を通じ、直接的な結果を得ることだと定義されている。一方、インフォーマルな技術移転はインフォーマルな交流過程、例えば技術援助、コンサルティング、共同研究等を通じ、技術・知識の効果的な流動を行うことを指す。龔玉環、王大洲も大学の技術移転は商業化移転と非商業化移転に分けることができるとの見方を示した。前者は主に技術許諾、技術コンサルティング、技術開発と技術協力及び派生企業等の形態を含み、後者は主に論文、著作の発表、交流会議の開催等の形態を指す。⁹ 2種類に分類するこうした方法は科学的であるか否かはさておき、いずれも「産学連携」モデルの多様性を物語っている。我々がここで言う「産学連携」モデルは主に龔玉環、王大洲が言う商業化移転を指しており、非商業化移転は基本的に含まない。

「産学連携」モデルは技術シーズ側の販促型モデルと異なり、また、技術ニーズ側の追求型モデルとも異なる。その基本的な道筋は技術ニーズ側が技術の開発段階、さらには研究段階で技術シーズ側と提携し、双方が技術開発と生産を共同で行うプロセスとなる。知識移転の観点に基づくなら、それは社会経済構造における産業（主に企業）、大学、科学研究院・所が利益と知識の相互補完性に基づき、公式のネットワーク及び非公式のネットワーク・ルートを通じ、連盟を結成して共同研究開発を進めるものであり、知識の需給双方の間で見え隠れする知識の伝達、転化、吸収、消化が絶えず行われる非線形の複雑な相互作用プロセスとなる。その目的は産業チェーンのハイエンド段階であるR&Dに端を発する大学、科学研究院・所と企業の双方向の知識移転を通じ、持続的な商業価値を生み出すことにある。¹⁰

中国の大学の技術移転モデル問題に関して、劉彦（2007）は内情調査を行い、次のような考えを示した。1.中国は既に市場経済に基づく大学技術移転促進政策・体系を一応確立している、2.大学は科学技術資源と科学技術成果を生み出す面で研究開発機関を上回る、3.大学の技術移転はかなりの程度、政府と大学の行政的役割に依存している、4.専門的な仲介サービスの役割は微々たるものである、5.大学の課題チーム、科学技術スタッフの自主的な移転モデルと単独企業の一対一の技術移

転が多い等。¹¹ 筆者はこうした「大学の課題チーム、科学技術スタッフの自主的な移転モデルと単独企業の一対一の技術移転が多い」という見方に賛同しない。こうした技術移転のモデルは今なお中国の大学に広く存在しているが、それは中国の特色を持つ「産学連携」モデルの1つの形態にすぎない。「産学連携」モデルは新たな情勢下で大学の科学技術成果の市場化・産業化を促す基本モデルであり、その道筋は大学・企業双方が共同研究、共同開発、協同産業化の過程で特許技術を含む技術の創造から応用へ、再創造・再応用という好循環を完成させるというものである。その実現形態は多種多様であり、「大学の課題チーム、科学技術スタッフの自主的な移転モデルと単独企業の一対一の技術移転」という単一形態に全く限定されない。幾つかの重要な「産学連携」プロジェクトの中で、中国の各級政府は好ましい促進的役割を果たした。

「産学連携」モデルを実現する形態にはプロジェクト方式で企業と進める各種の協力がある。例えば委託研究開発、共同研究開発等である。この種の研究開発活動の中で、企業は研究開発成果の所有権又は使用権を手に入れ、企業のスタッフは訓練を受け、技術の大学から企業への移転が実現される。プロジェクトが終了すると、連携も終わり、技術移転のプロセスが終結する。「産学連携」モデルを実現する形態はさらに各種タイプの技術移転プラットフォームで実現される技術移転を含んでおり、こうしたプラットフォームには大学サイエンスパーク、国家工学センター、省級大学研究院、大学・企業共同研究開発機関、大学が株式を保有するハイテク企業等がある。大学サイエンスパークを例に挙げると、この協力モデルはクラスター型イノベーションの強みを十分に生かし、産学研イノベーションの支援クラスターを作り上げている。これには企業インキュベーター、技術研究開発機関、大学科学技術産業、教育訓練機関、仲介サービス機関、付帯サービス機関が含まれ、中国の国家技術革新システムの中で重要な一翼を担っている。2008年末現在、中国は既に62の国家大学サイエンスパークを設立している。大学サイエンスパークは大学キャンパス周辺に置かれ、情報の強みと人的資源の蓄積があり、大学の技術移転のために良好な条件を生み出した。中国の大学はさらに各種の研究開発基金を設立し、大学と企業の協力プロジェクトの支援に用いている。こうした「産学連携」モデルは研究経費の面から安定したプラットフォームを築いており、各

種の価値ある産学連携の研究開発プロジェクトを誘致することができる。「産学連携」モデルを実現する形態にはさらに政府が認定した国家級技術移転センターが含まれる。例えば、国家経済貿易委員会と国家教育部は2001年、最初の国家技術移転センターとして清華大学、西安交通大学、上海交通大学等の大学6校を認定した。また、2008年10月、国家科学技術部のトーチセンターは第1陣として76の国家技術移転モデル機関を認定したが、その中に大学は19あり、大学の技術移転活動を力強く促した。¹²

外国の大学の技術移転を総合的に見ると、OTL (Organization of Technology Licensing) を代表とする機関が進めている技術移転は大学技術移転の典型的なモデルであり、それは特許許諾を主な特徴としている。米国の技術移転の経験を研究しているある人物は、大学の技術移転はいずれも基本的に特許許諾方式を通じて行われるとの考えを示した。¹³ だが実際には、米国を含む国外の大学の技術移転には他のモデルもあり、例えば、米大学の技術インキュベーター、大学教授はハイテク企業を創設できる等である。外国の大学に比べると、中国の大学の技術移転が関係している分野と範囲は一段と広く、その果たす役割も特殊なものである。現在、中国はまだ計画経済から市場経済に向かう転換期にあり、企業は技術成果を消化・吸収する能力に乏しく、技術革新能力が弱く、イノベーション情報は釣り合いの取れない状態に置かれている。また、中国は大学の技術移転体制がバランスよく調整されておらず、移転モデルと技術市場の完備が待たれる。中国の大学は国民経済の重要な技術分野で多くの自主知的財産権を持ち、これには独創的な基礎特許と統合革新の特許及びノウハウ等の知的財産権がある。大学は知識の生産者及び人材の育成者として、知識生産と技術革新の重要な供給源となっており、また、国の自主イノベーションシステムと地域イノベーションシステムの重要な構成部分である。このため、技術移転のモデルについて言うなら、中国の大学は技術移転の方式がより多く、複雑なものとなっている。大学は各種形態の「産学連携」を通じ、特許技術及びその他技術を企業に譲渡するだけでなく、企業との緊密な協力の中で技術サービスを提供し、人員の養成を行っている。大学はさらに企業と共同で設立した研究機関を通じ、大学サイエンスパーク、新会社設立等を通じ、企業の技術革新能力を高めている。現段階において、「産学連携」モデルは中国の国情に一段と適うものだ。

中国の大学の技術移転にはまだ様々な問題が存在している。例えば、大学のサイエンスパークは技術移転におけるインキュベーターとなるが、技術情報、特に革新技術に対する識別能力が不足し、その上、市場情報に対する理解を欠いており、転化する技術プロジェクトを選択するのが難しい。同時に、資金面の事情からそのインキュベーション（起業支援）機能が制限され、起業支援案件が限られている現実の状況は大学サイエンスパークでの技術移転活動の展開に影響を与えるものだ。大学サイエンスパークの発展方向と位置付けは技術移転に対する支援の強化に立脚すべきであり、投資機関、仲介機関の参入を増やし、ベンチャー企業の育成メカニズムを確立し、サイエンスパークのプラットフォームを通じ、高効率で集約化された大学の特許技術移転を実現しなければならない。大学のハイテク会社創設における現段階の主な問題点はその仕組みである。会社化した運営の仕組みに不備があり、その結果、幾つかの成功例はあるものの、規模と数量の面から見て、大学の特許技術移転の主要なモデルとはなっていない。しかし、会社を創設すれば、大学の特許技術移転における中心的な問題を比較的うまく解決することができる。例えば、利益分配の確実な実行、知的財産権の明確化、インセンティブシステムの完備等である。その仕組みを一層完全なものにするには、法制上の保障を基礎とする大学業績評価の仕組み、市場経済を基礎とする商業信用の仕組み、知的財産権の保護を基礎とする利益分配の仕組み、技術と市場の評価を基礎とする専門サービスの仕組みを確立しなければならない。¹⁴ また、長期発展戦略の視点から、技術移転モデルが大学で一層効果的に運用されるようにするため、中国は知的財産権の営業制度を確立すると同時に、市場経済の法則に従ってインセンティブと市場運営の仕組みを確立し、合理的な評価方式を確立し、技術移転の管理を一段と規範化する必要がある。このようにして初めて、大学の特許移転を含む技術移転活動は中国の科学技術進歩と経済発展によりよく役立つことができる。

四、中国の大学の技術移転効果を評価する正しい道筋

大学の技術移転のモデルを正しく認識して初めて、中国の国情に合う大学の技術移転効果を評価する正しい道筋を探し出すことができる。先に述べたように、大学の技術移転は特許技術の実施許諾又は特許権の譲渡といった単一のモデルでな

く、それは「産学連携」を基本モデルとする多様な形態である。このため、大学の技術移転に対する評価は単一の指標で判断するのではなく、総合的な方法を採用して行うべきである。

一部の学者は既に「大学の技術移転の地域経済に対する促進的役割」という側面から研究を試みており、「大学の地方経済に対する貢献には長期安定関係と因果関係が見られる」との結論を得た。これは中国の大学の技術移転効果を評価する総合的な方法であり、有益な試みと言える。研究者は北京市を例に挙げ、同市の1990～2004年のGDPを被説明変数とし、大学の特許認可数、技術契約締結数及び技術契約金額をそれぞれ説明変数として、北京区域の経済成長と大学の技術移転との間の数学モデルを構築した。計量分析結果が示しているように、大学が取得した登録特許、技術契約締結数、契約金額はいずれも首都の経済成長に対し、顕著なプラスの影響と貢献があり、しかも大学の特許技術というモデルによる技術移転の実現は北京の経済成長に対する貢献の説明力が最も小さいものとなっている。これは大学の実際の状況と基本的に一致するが、その技術契約と取引額の首都経済に対する貢献はより大きく、より直接的なものであり、現在の北京地区における大学技術移転の主要なモデルを作り上げた。その他、関係の分析を通じ、大学の技術移転と首都区域の経済成長の間には長期安定の動的均衡関係が維持されており、堅固な相互フィードバックの仕組みと良好な発展関係はまだ形成されていないことを発見した。¹⁵ これは大学の技術移転が大きく発展する可能性と余地を持ち、区域の経済発展とイノベーション能力の向上に対する一層大きな促進的役割を備えていることを示すものだ。

この研究の具体的な計量方法は改善の必要があるかもしれない。研究の結果はなお検討の余地があるのかもしれない。しかし、大学の技術移転を総合的に評価するその考え方はやはり技術移転の多様な形態という実情に合致しており、得られた結論も概ね実際の状況に合致する。大学の技術移転効果を正しく評価するため、我々はさらに様々な評価方法を研究し、様々な評価を行う必要がある。しかし、総合的評価の枠組みからはずれるなら、それは絶対に正しい評価方法ではなく、大学の技術移転の実情に合致した結論を得ることはできない。正しい道筋とは大学の技術移転の多様な方式を念頭に置き、それぞれの方式の技術移転効果を研究し、各種方式の相互影響が生み出す効果を研究し、これを踏まえ、技術移転の全体効果を総合

的に評価することである。大学の技術移転効果を総合的に評価するのは非常に複雑かつ困難な作業であり、研究者は一層励み、大きな努力を払う必要がある。

五、結論

「特許実施率」は特許実施の状況にある程度反映しているが、大学の技術移転は特許技術の移転だけでなく、技術秘密及びその他ノウハウの移転を具体的に反映したものでなければならない。また、単にプロジェクトを通じた移転だけでなく、「産学連携」モデルの多様な形態による移転を具体的に反映したものでなければならない。その他、成熟した工業技術の移転だけでなく、小試験、中試験段階の技術の移転も含むべきである。「産学連携」モデルの多様な形態により、大学の技術移転活動が既に企業の技術革新能力向上と地域経済の発展においてますます多くの役割を果たしていることを知るべきである。

「産学連携」は複雑性を帯びているため、その重層的なモデルを運用することを基礎とすべきである。このような「産学連携」は中国の技術・経済発展の現状に適した革新的なモデルである。

「産学連携」モデルは実質的に科学技術と経済の統一であり、科学技術と経済の一体化を現実に生かしたものである。特許は知的財産権の重要な一部であり、国の自主イノベーションの戦略資源となる。特許制度は知識経済の重要な後ろ盾である。同時に、特許実施と技術移転の両者は相互補完の関係にある。現在の中国の国情から見ると、「特許実施率」で大学の特許技術移転の水準と効果を単純に判断することは、実情に合わないものであり、従って、客観的法則に合致しない。現在、中国の大学はその特色を持つ「産学連携」モデルに従い、多様な形態で技術移転を進め、企業の技術革新能力向上を後押しし、地域さらには国の経済と技術の発展を促している。こうした大学の技術移転の実情に基づき、その技術移転効果を総合的に評価することこそ、正しい道筋となる。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

中国企業間の技術譲渡の現状及び展望



PROFILE

馬 忠法 (Ma Zhongfa) 復旦大学法学院副教授

1966年生まれ。2005年復旦大学国際法学科（国際貿易における知的財産権法）、国際法学博士取得。復旦大学法学院副教授。「復旦学報」（社会科学版）、「比較法研究」、「知識産権」、「科技与法律」等の中核定期刊行物及び一般の学術定期刊行物に70編余りの学術論文を発表。専門書2冊を出版、そのうち「国際的な技術譲渡に関する法律制度の理論・実務研究」（法律出版社2007年、約49万華字）が上海市第9期哲学社会科学優秀成果著作賞を受賞。翻訳書は単独が1編、共同が2編。上海市知的財産権研究会理事、上海市知的財産権研究所研究員、上海市法学会民法研究会学術秘書など兼務。

【要旨】

中国企業間の技術譲渡は1978年以降ある程度の発展を見せたが、技術契約取引全体に占める割合は必ずしも大きくない。これは中国企業間で相手側の技術要求を互いに満たし合う能力が限られたものであることを物語る。中国企業間の技術譲渡の多くは伝統産業で行われている。ハイテク業界の技術譲渡は相対的に少なく、この業界の中国企業は国外からの技術導入が国内企業からの技術購入を大きく上回る。地域分布面で、企業間の技術譲渡は大きなアンバランスが見られ、東部地区の企業に流れる技術譲渡の契約件数と金額は中・西部地区を大幅に上回っている。技術譲渡方式では技術許諾が主要な方式であり、しかも技術譲渡の主要な形態の1つとなる特許連盟が増えている。国家知的財産権戦略要綱の策定、イノベーション型国家建設目標の提起、及び企業がイノベーションの主体的地位として認定されるのに伴い、中国企業の技術革新能力が高まり、企業間の技術契約に占める技術譲渡の割合が次第に増えることになろう。また、ハイテク技術の譲渡件数が増え続けるものと見られる。中・西部開発戦略の推進に伴い、技術譲渡の地域分布は徐々に均衡化することになろう。技術許諾は今後も中国企業間の技術譲渡の主要な方式となり、その中で特許連盟を通じた技術譲渡が中国で大きな発展を遂げることになろう。

中国の技術市場は20年余りの育成と発展を経て、科学技術成果の産業化を促し、その流通を円滑にするプラットフォームを築き上げた。技術取引を主な表現形態とする技術移転は既にかんがりの規模を持つ。全国の技術契約成約額は1984年の7億元から2008年の2,665億元へと増えており、わが国の産業構造調整と企業の技術進歩を支え、経済成長を促す等の面で重要な役割を果たした。その中で企業間の技術譲渡は当初のほぼゼロの状態から2008年の532.6億元へと発展し、これは中国

企業の技術力向上の過程を示すものである。しかし、国内総生産（GDP）が30兆元の規模に達した国について言うなら、国内企業間の技術譲渡収入はGDPの0.18%にしか相当せず、これは相手側の技術要求を互いに満たし合う中国企業の能力がまだかなり限られたものであることを物語る。我々はこの点をはっきりと認識しなければならない。本論文は中国企業間の技術譲渡の現状及びその将来について分析を加え、読者が中国のこの方面での大まかな状況を理解するのに役立て、中国の企業と政府の参考に供するものである。

一、討論する範囲の線引き

中国の実務界と理論界には、「技術譲渡」についてまず線引きをしなかったなら、理解の食い違いが生じ、討論するのに多くの困難がもたらされるとの意見がある。なぜなら、中国での「技術譲渡」には広い意味があり、技術の流動に関係する全ての活動を指すことができるからだ。即ちそれは企業と企業の間、又は企業と大学、科学研究所・所の間の技術所有権の譲与、技術使用権の許諾、技術の転化、無償の技術移転、技術の拡散、技術開発さらには技術コンサルティング、技術サービス等多くのタイプの技術取引又は流通、及び商標、著作権譲渡等の活動を含んでいる。本論文について言うなら、筆者はまず「中国企業」について線引きをした後、さらに「技術譲渡」について制限を加え、1つの中心テーマを巡って議論を展開したいと考える。

本論文の言う「中国企業」とは中国大陸で登記し、中華人民共和国の国籍を持つ企業を指す。これには中国市民（香港・マカオ・台湾人を除く）が投資又は出資して設立した企業及びこれらの企業が再投資又は再出資して設立した企業、また、外国市民又は外国企業と香港・マカオ・台湾人又はその企業が中国大陸に登記して設立を認可された企業、及び彼らと中国大陸企業が合併・合作で設立した企業がある。具体的に言うと、「中国企

呉漢東

徐瑄

馬治國

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

業」には中国大陸の内資企業（中国の国内公司、パートナーシップ企業、個人単独出資企業を含む）と外国投資企業（外国側全額出資企業、合弁企業、合作経営企業を含む）及び「外国投資企業」と見なされる香港・マカオ・台湾の人間又は企業が中国大陸に設立した企業がある。このため、「中国企業間」とは主に上記企業間の技術譲渡を指しており、中国企業の外国への技術譲渡又は外国企業の中国企業への技術譲渡については本論文の議論の対象としない。

本論文の言う「技術譲渡」は最も幅広く運用される、狭い意味での「技術譲渡」と「技術許諾」を指している。¹前者は特許技術の所有権又は保有権の譲与（assignment）を指し、後者は一般に技術使用権の移転を指す。国内の一部の学者は技術譲渡を研究する際、商標権の譲渡と許諾、著作権の譲渡と許諾等も引っ括めて技術譲渡の範囲に加えている。しかし本論文は、「技術」は科学技術知識、情報、経験を利用して生み出した製品、工程、材料及びその改良等に関係する技術案だけを指し、これに含まれるのは特許、特許出願、ノウハウ、技術的特徴が明らかなコンピュータソフト、集積回路の配線図設計、植物の新品種等²であると考えており、商標権、コンピュータソフト以外の著作権等の譲渡と許諾は議論の対象としない。

このため、本論文で論じる「中国企業間の技術譲渡」は中国大陸に登録し、中国国籍を取得した（香港・マカオ・台湾企業を除く）企業の間で関連の技術案又は成果について行われる有償の所有権譲与又は許諾権移転の行為を指す。具体的に言うなら、ノウハウの譲渡、特許実施許諾の譲渡、特許権の譲渡、特許出願権の譲渡、コンピュータソフト著作権の譲渡、集積回路配線図設計専有権の譲渡、バイオ、医薬新品種の権利譲渡、動植物新品種の権利譲渡³等がある。

二、中国の現行の関係法律規定

上文で線引きした技術の譲渡と許諾の規範については、中国に専門の立法がなく、主には各関係法律を通じて技術譲渡又はその許諾の線引きを行った。2008年の特許法は「特許出願権と特許権は譲渡することができ…特許出願権又は特許権を譲渡する場合には、当事者が書面による契約を交わし、国務院特許行政官庁に登録しなければならない、国務院特許行政官庁が公告する。特許出願権又は特許権の譲渡は登録した日から効力を生ずる」と規定している。⁴明らかなように、ここでの特許出願権又は特許権の「譲渡」は所有権の譲

渡を指し、且つ登録を発効の条件としている。特許法は又、「発明及び実用新案の特許権が付与された後は、法律に別の定めがある場合を除き、いかなる団体又は個人も特許権者の許可を得ることなく、生産・経営目的のためにその特許製品を製造、使用、許諾販売、販売、輸入してはならない…」、⁵「意匠特許権が付与された後は、いかなる団体又は個人も特許権者の許可を得ることなく、その特許を実施してはならない…」、「いかなる団体又は個人も他人の特許を実施する場合には、特許権者と実施許諾契約を交わし、特許権者に特許使用料を支払わなければならない。被許諾者は契約に定める以外の団体又は個人にその特許の実施を認める権利を有しない」と規定している。⁶以上の幾つかの規定は主に特許技術の許諾に関するものであり、特許技術の許諾は登録を発効の条件とすることが求められていない。これは前記の特許権又は特許出願権の譲渡と異なる点であり、注意する必要がある。

中国の契約法は「技術契約とは当事者が技術の開発、譲渡、コンサルティング又はサービスについて締結する相互の権利と義務を確定する契約を言う」と規定しており、⁷技術契約の含む意味が技術譲渡契約より大きいことは明らかである。⁸また、「技術譲渡契約には特許権譲渡、特許出願権譲渡、ノウハウ譲渡、特許実施許諾がある。技術譲渡契約は書面の形を取らなければならない」としている。⁹この規定は技術譲渡契約の種類を法的に線引きしたものであり、本論文の技術譲渡はこの解釈を採用する。注意を要するのは、中国での技術譲渡契約が書面の形を取らなければならないことであり、この要求は科学技術部等の省庁が合同で出した「技術契約認定登録管理弁法」等の規則にも体现されている。最高人民法院は2004年に発表した「技術契約紛争案件の審理での法律適用に関する若干の問題についての解釈」の中で、「『技術譲渡契約』は技術を合法的に保有する権利者が、外部に技術を譲渡する権利を持つその他の人を含め、現在持つ特定の特許、特許出願、ノウハウに関する権利を他人に譲与し、或いは他人が実施・使用するのを許諾することについて締結する契約を指す。但し、なお研究開発の待たれる技術成果、或いは特許、特許出願又はノウハウに関係しない知識、技術、経験、情報について締結する契約は除外する」と規定している。¹⁰明らかなように、これらの規定は「技術譲渡」について拡大した定義を採用し、即ち所有権と使用権の譲渡という2種類の契約を含んでいる。わが国が

2002年1月1日から実施した「技術輸出入管理条例」は、「本条例の言う技術輸出入とは、中華人民共和国国内から中華人民共和国国外に、又は中華人民共和国国外から中華人民共和国国内に、貿易、投資又は経済技術協力の方式を通じて技術を移転する行為を指す」¹¹、その技術移転行為には特許権の譲渡、特許出願権の譲渡、特許実施の許諾、ノウハウの譲渡、技術サービスの譲渡及びその他の方式の技術移転があると規定している。¹² ここで用いているのは「譲渡」でなく「移転」であり、立法上、「移転」と「譲渡」を明確に区分しようとの意図が十分に伺える。しかし、技術貿易の実務から言うなら、これは余り意味を持たない。この他、科学技術部等は「技術契約認定登録管理弁法」、「技術契約認定規則」等の関係省庁規則を定めた。主には技術契約関連の登録管理と認定問題を扱ったものであり、認定と登録は優遇税制・政策と密接に関係している。しかし、これらの規定によれば、技術契約の登録は強制的なものでなく、登録しない技術契約は国の優遇政策・税制が適用されないだけのことである。租税の優遇問題について、中国の「企業所得税法」は、企業の条件に合う技術譲渡所得は企業所得税を免税、減税にすることができる、¹³ ここで言う条件に合う技術譲渡所得に対する企業所得税の免税、減税とは1課税年度内において、民間企業の技術譲渡所得が500万円を超えない部分は企業所得税の徴収を免除し、500万円を超える部分は企業所得税の徴収を半額にすることを指すと規定している。¹⁴ また、条件に合う技術譲渡とは(一)優遇を享受する技術譲渡の主体が企業所得税法に定める民間企業であること、(二)技術譲渡が財政部、国家税務総局の定める範囲内にあること、(三)国内の技術譲渡は省（1級行政区）クラス以上の科学技術担当官庁に認定されたものであること、(四)国外への技術譲渡は省クラス以上の商務担当官庁に認定されたものであること、(五)国務院の税務主管省庁が定めるその他の条件等を指す。¹⁵

上記の法律法規の中で、中国の契約法は「技術譲渡」についてかなり系統的な規定を設け、専門条項が計14条、¹⁶ 一般条項が計8条¹⁷ あり、契約に含まれるべき条項及び契約当事者間の権利と義務についてかなり全面的な規定を設けている。特に特許技術とノウハウ（一般に知られておらず、商業的価値を持ち、且つ権利者が秘密保持措置を講じた技術情報を指す）に関係する時は、厳格な規定を設け、中国企業間の技術譲渡を促すための法的指針を与えている。中国の法律は又、司法解

釈によって関連の技術契約規定の実施を促している。例えば、「技術契約紛争案件の審理での法律適用に関する若干の問題についての最高人民法院の解釈」には計16条の一般規定と8条の専門規定があるが、その中で技術契約の範囲について拡大解釈を行い、「技術譲渡契約の中の、譲与人が譲受人に技術を実施するための専用設備、原材料を提供し、又は関連の技術コンサルティング、技術サービスを提供することに関する約定は、技術譲渡契約の一部に属する。これにより発生した紛争は、技術譲渡契約に従って処理する」「当事者が技術出资方式で共同経営契約を締結し、但し技術出資者が共同経営体の経営管理に参加せず、且つ最低保証条項により、共同経営体又は共同経営の相手方がその技術代金又は使用料を支払うことを約定した場合は、技術譲渡契約と見なす」との見解を示している。¹⁸

要するに、中国の法律は国内の技術譲渡について具体的な規定を設けているが、それぞれの法律法規に分散し、1つの系統的な法律文書の中に集中していない。しかし、内容について言うなら、いずれも技術譲渡に言及している。しかも、中国の法律は技術譲渡に対し、ずっと肯定・奨励し、積極的に支持する態度を取っており、この点は非常にはっきりとしている。

三、中国企業間の技術譲渡の現状

中国企業間の幅広い技術譲渡の市場行動は厳格に言うなら、1978年の改革開放以降に始まったものである。企業が徐々に独立採算の経営体となり、また、企業主体の多元化構造が次第に形成されるのに伴い、技術は企業間競争の重要な武器と商品になり、有償の技術譲渡が発展を見せるようになった。改革開放後の最も早い中国企業間の技術譲渡は主に、先進国の企業又は個人が中国に設立した合弁、合作経営企業、外国側全額出資企業の間、及びそれらの企業と中国のその他企業との技術譲渡取引だと言うべきである。国内企業の研究開発力が充実し、イノベーション能力が向上するに伴い、一部の本土企業は特定の技術分野で強みを持ち始め、幾つかの技術を本土企業、さらには外資系企業に譲渡するようになった。現在、中国企業間の技術譲渡の発生状況は先進国に比べるとかなりの開きがある。また、技術契約の他の3種類の形態（技術開発、技術コンサルティング、技術サービス）に比べると、その数量（契約件数又は契約金額）は「技術コンサルティング」より契約金額が多いのを除き、技術開発契約と技術

呉漢東

徐瑄

馬治國

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

サービス契約よりもかなり小さい。技術譲渡の発生分野及び地域に流れるその方向を見ると、まだ不均衡な状態にある。これらは中国企業間の技術譲渡が経済発展に必要な水準に遠く及ばず、また、国の中・西部地区開発戦略とうまくかみ合っていないことを物語る。技術譲渡面で、中国企業はなお大きな発展の余地がある。

(一) 中国企業間の技術譲渡の数量面での現状

下表は過去10年間の技術契約に関するデータであり、我々は技術譲渡の統計データを観察することを通じ、幾つかの結論を得ることができる。しかし、表中のデータは登録を基礎としており、一部の企業(特に中小企業)が技術譲渡の登録を行っていないため、近似的にしか反映していないとい

う若干の問題がある。

中国の現実の状況に基づき、表1と表2に列挙した「技術譲渡」は基本的に企業間の技術譲渡を指している。なぜなら、大学又は科学研究所・所が研究開発した技術の大部分は生産と使用に直接投入することができず、これらの機関と企業間の技術取引の多くは技術転化契約又は技術開発(委託開発と共同開発を含む)契約を通じて行われるものであるからだ。このため、表1と表2の技術譲渡に関するデータは中国企業間の技術譲渡の一般的な状況を反映していると言うことができる。

上記の2つの表から、1999～2008年の10年間に於いて、技術契約全体に占める技術譲渡契約の件

表1：1999～2008年の中国契約取引案件統計 単位(件)

案件	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
総数	264496	241008	229702	237093	267997	264638	265010	205845	220868	226343
技術開発	43380	47324	45427	48411	58591	66480	75977	64595	73319	80191
技術譲渡	36313	27624	25638	22749	25118	23204	27328	11614	11474	11932
	13.73%*	11.46%	11.16%	9.59%	9.37%	8.77%	10.31%	5.64%	5.19%	5.27%
技術コンサルティング	44889	44411	43346	48782	59256	56204	48463	35814	37820	39344
技術サービス	139914	121649	115291	117151	125032	118750	113242	93822	98255	94876
企業を買い手とする契約数	150212	155999	164044	175093	196605	196050	193796	159470	169289	173591
	57%	65%	71%	74%	73%	74%	73%	77%	77%	77%
企業を売り手とする契約数 ¹⁹								130125	135928	173591
								63%	62%	77%

*13.73%：その年の契約総数に占める技術譲渡契約数の割合を意味しており、「%」の付いた他の数字もこれと同じである。

表2：1999～2008年の中国契約取引金額統計 単位(10,000元)

案件	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
金額	5234544	6507519	7827489	8841713	10846727	13343630	15513694	18181813	22265261	26652300
技術開発	2019721	2405017	3097061	3629959	4260691	5089647	5697377	7170650	8755349	10754600
技術譲渡	911856	1578757	2038727	2024073	2462116	2947324	3600207	3213269	4203561	5325900
	17.42%*	24.26%	26.04%	22.89%	22.70%	22.09%	23.21%	17.67%	18.88%	19.98%
技術コンサルティング	329693	382002	430805	541279	715256	838179	950318	847216	902429	1016000
技術サービス	1973274	2141743	2260896	2646402	3408664	4468480	5265792	6950678	8403923	9555700
企業を買い手とする契約	3310761	4573520	5736291	6420039	8007500	10066300	11707800	15248300	19244900	21635100
	63.2%	70.3%	73.3%	72.6%	73.8%	75.4%	75.5%	83.9%	86.4%	81.2%
企業を売り手とする契約								15280341	19244863	23338500
								84%	86%	88%

*17.42%：その年の契約総額に占める技術譲渡契約額の割合を意味しており、「%」の付いた他の数字もこれと同じである。

数と金額の割合は大きくないことがわかる。そのうち技術譲渡の契約件数が技術契約全体に占める割合は13.73%～5.19%の間を推移しており、且つ全体として減少傾向にある。また、技術譲渡の契約金額が占める割合は17.42%～26.04%の間を不規則に推移し、2006年以降は安定した伸びを見せている。しかし、契約件数の割合が大きいとはいえず、契約金額がその年の総額に占める割合はいずれも契約件数の割合を上回っており、これは1件当たりの技術譲渡契約の金額が一般の技術契約より高いことを物語る。計算した1件当たりの技術譲渡契約額から見ると、その金額はいずれも全ての技術契約の1件当たり平均金額より高い。1999～2008年の10年間の各技術譲渡契約の1件当たり金額はそれぞれ25.11万元、57.15万元、79.52万元、88.97万元、98.02万元、127.02万元、131.74万元、276.67万元、366.36万元、446.35万元となり、2004年の時点で既に100万元を超えている。一方、1件当たりの技術契約成約額は2007年にやっと101万元に到達し、2008年に118万元まで上昇したが、²⁰それでも2004年の技術譲渡契約の1件当たり平均成約額127.02万元より低く、2008年の446.35万元の約4分の1である。

上記データの中で、この3年間の技術譲渡契約に関する統計データは技術の流動性が一段と加速

したことを示している。契約取引金額は1年で1つの大台（1年で約100億元の純増）に達し、321.3億元から420.4億元、更に532.6億元へと増えている。年平均伸び率は28.8%と各技術契約のトップにあり、そのうち2007年の伸び率は30.8%、2008年が26.7%となる。

企業間の技術譲渡契約について言うなら、我々は更に表3と表4を通じて別の視点から手掛かりを得ることができる。科学技術部と国家统计局のこの種のデータ統計は、統計計算の方法が2005年以前と2006年以降で若干異なるため、単純に比較はできない。しかし、われわれはそれでも幾つかのデータから若干の法則を見出すことができる。

表3の中で、企業（工業企業）が技術契約の売り手として契約案件総数に占める割合は、1999年にはそれ程大きくなかった（案件数で13%、金額で21%を占める）²²が、それ以降は年々増加しており、2005年には契約数が35%に達し、金額は59%を占めた。2006年以降のより科学的な統計方法で計算（表1、表2を参照）すると、2006年、2007年、2008年の企業を売り手とする技術契約の件数と金額はそれぞれ63%、62%、77%と84%、86%、88%に達する。これは国の経済発展における企業の技術革新の主体としての地位が日増しに向上していることを示すものだ。統計項目分類上

表3：売り手のタイプ別技術契約²¹

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
総数（案件）	264496	241008	229702	237093	267997	264638	265010
科学研究機関	66699	62468	56753	52060	59989	55247	60169
大学・中高等専門学校	32705	31202	29553	31257	37974	39289	42100
工業企業	34407	40934	47177	57480	73390	89398	92170
	13%	17%	21%	24%	27%	34%	35%
技術貿易機構	95068	68873	67238	67555	74113	59768	46675
個人及び個人組合	10521	5747	5504	4826	4609	3350	3563
その他	25096	31784	23477	23915	17922	17548	20333
契約金額（万元）	5234544	6507519	7827489	8841713	10846727	13343630	15513694
科学研究機関	1639014	1663127	1816447	1870829	1913669	1904281	2379653
大学・中高等専門学校	622819	1105282	864067	726423	1066945	1166153	1225820
工業企業	1091667	1426338	2856100	3585850	5187431	7541196	9189631
	21%	22%	36%	41%	48%	57%	59%
技術貿易機構	993110	1035197	1082778	1387621	1464591	1499467	1431029
個人及び個人組合	115140	204040	130152	74565	76871	81149	89272
	2%	3%	1.6%	0.8%	0.7%	0.6%	0.6%
その他	772794	1073535	1077945	1196425	1137220	1151384	1198290

の要因により、企業を売り手とする技術契約の中で、技術譲渡契約がどれくらいの割合を占めるかは表に示されていない。しかし一般的に言うなら、企業が売り手としてその技術を大学又は科学研究所・所に売ることはありえず、基本的には他の企業に売っているのである。その上、企業が売り手として大学に技術コンサルティング、技術サービス、技術開発を提供することもありえない。このため、我々は企業を売り手とする技術契約を開発、譲渡、コンサルティング、サービス面における企業相互間の取引と見なすことができ、技術譲渡契約はその中の一部にすぎない。しかし、企業を売り手とする技術譲渡の成約額を判断するのは難しく、関連データを参照するしかない。

表4に示したのは、企業を技術の買い手として発生した技術契約の取引件数と取引金額であり、技術契約全体に占めるその割合は表1と表2を参照すること。我々はこの中から1つの法則を見出すことができる。即ち企業が買い手として占める割合は売り手となった時より高いのである。例えば、契約の件数が占める割合は57%から77%に、金額は63%から86%に増え、且つ全体として年々伸びる傾向を見せており、2008年は金額の割合がやや減ったものの、それでも81%以上を占めた。これは技術を求める側としての企業の立場が中国では非常に顕著なことを物語る。買い手の企業が技術を購入する対象は企業かもしれない、或いは大学又は科学研究所・所（例えば大学に技術開発を委託

したり、技術コンサルティング、技術サービスの提供を求める）かもしれない。しかし、統計項目分類上の原因により、表中には企業からの技術データが反映されておらず、このため、企業相互間の技術譲渡の具体的数字はこの表から得ることが難しく、1つの参考とするしかない。

表5を見ると、技術の買い手としての内資企業による2006年、2007年、2008年の技術購入の契約数と金額が企業の買い手全体に占める割合はそれぞれ93.3%、91.9%、91.8%と77.4%、74.1%、69.9%に達し、多くの企業タイプの中で占める割合が最も大きく、彼らが技術を最も必要としていることを物語っている。表4の中で、買い手から見た技術契約分類は、所有制形態に基づく企業タイプの区分と企業の組織形態に基づく区分方式が混在しているため、科学性に欠け、幾つかの個所が重複している可能性がある。しかし、データが示しているのはやはり国内企業が技術を最も必要とし、契約の件数と総額が最も多いことである。但し、表4と表5のデータは企業間の技術譲渡契約がどれくらいの割合を占めるのか、また、相互間で譲渡される技術の供給源、即ち内資企業間の相互譲渡なのか、それとも内資企業と外国投資企業、香港マカオ台湾投資企業間の技術譲渡なのか、或いは企業と大学、科学研究所・所間の技術譲渡なのかを具体的に説明できていない。

表6はわが国の大中型工業企業が技術取得面で国内企業からの譲渡に支払う技術費用が国外技

表4：買い手企業のタイプ別区分

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
案件総数	150212	155999	164044	175093	196605	196050	193796
国有企業	69711	65697	55796	52676	44967	42552	39243
集団企業	37207	24269	23935	16276	17632	13750	12266
私営企業	21282	17278	9617	13009	19482	12920	14989
有限会社	14015	34845	53524	68589	86186	97073	97837
株式会社	6635	10880	18590	21559	25293	25995	24866
香港マカオ台湾投資企業	635	1298	885	1068	925	1161	1479
外国投資企業	727	1732	1697	1916	2120	2599	3116
総額（万元）	3310761	4573520	5736291	6420039	8007481	10066279	11707816
国有企業	1685610	1774988	1778165	1917331	2142338	2207125	2959561
集団企業	477626	402421	288871	234964	291719	402881	281571
私営企業	211064	150238	199055	288799	343844	278208	422585
有限会社	629701	1297539	2044323	2398769	3353227	5091883	5445674
株式会社	206482	358389	651566	789220	1122593	1302608	1335510
香港マカオ台湾投資企業	33320	78702	203242	84351	58263	63952	129289
外国投資企業	66958	511243	571069	706605	695497	719622	1133625

表5：2006～2008年の中国大陸の技術契約取引売り手、企業買い手分類表

		2006	2007	2008			2006	2007	2008
売り手のタイプ別分類									
総数／総額（万元）	案件数	205845	220868	226343	金額	18181813	22265261	26652300	
機関法人		709	926			404431	194553		
事業法人		68770	78377			2250848	2558772		
# 科学研究機関		44079	43669	44742		1409551	1308320	1473800	
大学・高専		18401	26963	29454		649612	1009398	1165500	
医療・衛生		475	727			6588	16109		
その他		5815	7018			185097	224945		
社団法人		3125	2925			71082	45066		
企業法人		130125	135928	137169		15280341	19244863	23338500	
自然人		322	678			48325	93975		
その他組織		2794	2034	14978		126787	128032	674500	
企業買い手のタイプ別分類									
総数／総額	案件数	159470	169289	173591	金額	15248273	19244863	21635100	
		148749	155537	159315		11799166	14267430	15116700	
内資企業		93.3%	91.9%	91.8%		77.4%	74.1%	69.9%	
個人経営		821	1495			113982	42609		
香港マカオ台湾投資企業		5612	1282	1316		1376517	320417	267400	
外国投資企業		1214	6747	7878		73243	3639630	40800	
国外企業		3074	4228	5082		1885365	974778	3803600	

術導入支出よりずっと少ないことを示している。1995年は国外からの技術導入に支払う費用の7%にも満たず、その後、国内技術の購入費用が輸入に占める割合は徐々に増え、2006年には27%に達し、2007年は29%となるが、それでも技術輸入費用の4分の1強に相当するにすぎない。これは中国企業自身が自国の技術需要に応える能力を一層強化すべきことを物語るものだ。国内企業間では譲渡できる技術量に限りがあるため、中国企業間の技術譲渡は中国企業と外国企業間の技術譲渡のような活気が見られない。

表7は2006年と2007年の2年間に、外資企業であれ内資企業であれ、いずれも国内のその他企業から技術を購入する状況が見られることを示している。そのうち、内資企業の技術購入の割合はそれぞれ86%と89%に達し、その割合は増えつつある。一方、外国投資企業と香港マカオ台湾投資企業が国内のその他企業から購入する技術は14%と11%に満たず、その割合は減りつつある。但し、内資企業が購入する技術のかなりの部分は外国投資企業又は香港マカオ台湾投資企業から取得した可能性があり、また、外国投資企業が購入する国内技術も彼らの間の相互譲渡であるケースが少なくない。この他、表が示しているように、中国企業の2006年と2007年の国内技術購入支出はそれぞれ国

外技術導入支出の27.2%と28.6%であり、技術導入費用の4分の1強にすぎない。

こうした現象は中国国内の大中型内資企業が技術供給能力を一段と高めるべきことを1つの側面から物語っている。

（二）中国企業間の技術譲渡の業種分布状況

統計データ上の原因により、本論文は主に2006年と2007年のデータを取り上げ、中国企業間の技術譲渡の業種内訳状況について簡単な分析を行う。全体として言うなら、国内企業間の技術譲渡は主に中国企業が伝統的な強みを持つ技術分野に限られている。

表8からわかるように、国内から購入する技術の中では、伝統的製造業に属する技術が大きな割合を占めている。例えば、鉄・マンガン・クロム製錬・圧延加工業、化学原料・化学製品製造業、交通輸送設備製造業の2006年と2007年の国内企業からの技術購入に占める割合はそれぞれ31%と41%、7%と11%、12%と9%になる。一方、ハイテク産業である通信設備・コンピュータその他電子設備製造業と医薬製造業はそれぞれ3.5%と3%、5.3%と4%になる。これは通信設備・コンピュータその他電子設備製造業の国外からの技術導入支出が業種全体の21%と26.5%に達することと鮮やかな対比を成す。

大中型工業企業の技術取得の業種分布状況は又、技術レベルが高く、イノベーションへの要求が高い分野における中国企業の技術競争力を一段と掘り起こし、向上させるべきことをある程度物語っている。鉄・マンガン・クロム鉱採掘選別業、飲料製造業、医薬製造業、工芸品その他製造業、ガス生産・供給業等の少数の業種を除き、技術導入に支払う費用は国内企業からの技術購入費用を大きく上回る。上記の幾つかの業種の中では、医薬製造業の技術レベルが高いのを除き、その他はいずれも技術レベルが低い産業に属する。また、医薬製造業の技術導入費用が比較的低いのは、医薬品関連の多国籍企業が自社の技術を譲渡しながらないためである。従って、ある意味から言うなら、他の業種においても、国内企業の技術需要は大きいのであり、国内企業が自らの知的財産権を有する一層多くの技術を生み出すことができるなら、自国企業間の技術譲渡活動が大いに促されることは間違いない。そうなれば、高額な費用を払って

国外から技術を導入するのを避けることができる。

しかし、北京市の関連統計データによれば、同市の特許技術移転は主に電子情報、新エネルギー・高効率省エネ、環境保護・資源综合利用、新素材及びその応用の各技術分野に集中している。2001～2006年、電子情報の特許技術契約成約額は特許成約額の30.78%を占め、新素材及びその応用の特許技術は18.56%、環境保護・資源综合利用の特許技術は13.65%、新エネルギー・高効率省エネの特許技術は13.34%を占めた。²⁸ 社会と経済の技術への需要が高まるのに伴い、これらの技術は社会の持続可能な発展を促す上で解決すべき問題となるであろう。それにはハイテクの人材と企業を集積させることが必要である。こうした現象は北京が全国のハイテク人材・企業を相対的に集中させた地域であることと関係があり、そのデータは全国の代表にはならない。

表6：1995～2007年の大中型工業企業の技術取得状況²³

単位：億元			
年度	国外技術導入支出	消化・吸収経費支出	国内技術購入支出
1995	361	13	26
1996	322	14	26
1997	237	14	15
1998	215	15	18
1999	208	18	14
2000	245	18	26
2001	286	20	36
2002	373	26	43
2003	405	27	54
2004	368	54	70
2005	297	69	83
2006	320	82	87
2007	452	107	130

表7：2006～2007年の国内技術購入支出費用の内訳状況²⁴

登録登録のタイプ別区分		国外技術導入支出	消化・吸収経費支出	国内技術購入支出
合計	2007	4524528	1066129	1295854
	2006	3204272	818611	874311
内資企業	2007	2340173	811755	1156906
	2006	1911098	646867	748842
香港・マカオ・台湾投資企業	2007	401907	64245	59895
	2006	229339	56706	33262
外国投資企業	2007	1782448	190129	79052
	2006	1063835	115037	92207

表8：2006～2007年の業種グループ別の大中型工業企業技術取得状況²⁵

単位：万元

業種	国外技術導入支出		国内技術購入支出	
	2007	2006 ²⁶	2007	2006 ²⁷
合 計	4524528	3204272	1295854	874311
採鉱業	139164	156413	41826	23965
石炭採掘・洗選炭業	88944	76425	25972	16550
石油・天然ガス採掘業	46401	79703	13336	5873
鉄・マンガン・クロム鉱採掘選別業	250	250	1510	806
非鉄金属鉱採掘選別業	2008	35	161	189
非金属鉱採掘選別業	1561		847	547
製造業	4346386	3024622	1239989	840337
農業・副業産品加工業	63995	15638	6843	7971
食品製造業	52157	10898	6178	10058
飲料製造業	12718	15539	23083	2864
たばこ製品業	60558	67128	16852	24984
紡績業	67452	81446	28805	43999
繊維品アパレル・靴・帽子製造業	4666	4093	2560	1388
皮革・毛皮・羽毛（綿毛）及び同製品業	11093	3562	2990	1315
木材加工及び木／竹／籐／シュロ／草製品業	11806	2054	6059	845
家具製造業	3166	1491	100	7776
製紙・紙製品業	214199	66982	4441	9493
印刷業及び記録媒体の複製	11365	10397	3218	3164
文化教育スポーツ用品製造業	1734	2684	910	1026
石油加工・コッキング・核燃料加工業	52880	50570	14378	19032
化学原料・化学製品製造業	408177	189498	144332	59851
医薬製造業	30321	32099	56043	46416
化学繊維製造業	16013	19486	3758	3844
ゴム製品業	43919	30112	9526	3718
プラスチック製品業	29362	61286	2139	1759
非金属鉱物製品業	33571	27230	24085	10182
鉄・マンガン・クロム製錬・圧延加工業	754564	614098	534545	266502
非鉄金属製錬・圧延加工業	137005	129565	35672	30401
金属製品業	26189	21670	14667	6721
汎用設備製造業	257311	156890	53363	36396
専用設備製造業	56231	50567	23014	62991
交通輸送設備製造業	524342	488631	119672	104220
電気機械・器材製造業	193323	149945	55780	35126
通信設備・コンピュータその他電子設備製造業	1200662	671753	38711	30278
機器計器・文化・事務用機械製造業	64048	46777	4085	3606
工芸品その他製造業	3558	2533	4182	4413
電力・ガス・水生産・供給業	38978	23237	14038	10008
電力・熱力生産・供給業	37494	21788	12647	8258
ガス生産・供給業	182	918	305	1123
水生産・供給業	1302	531	1087	627

(三) 中国企業間の技術譲渡の流動方向

中国は東部地区と西部地区の経済発展、技術水準、文化教育水準の不均衡により、技術譲渡面にもかなり際立つ特徴が見られる。下記の関連表のデータにはこの点がある程度反映されている。

表9は主に全国大中型企業の国内外からの技術

取得への費用支払状況を示したもののだが、これは中国企業間の過去2年の技術譲渡状況がある程度反映している。この表からわかるように、国内からの技術取得に支払った費用が最も高いのは華東地区であり、2006年に上海、山東、江蘇、浙江4省・市が国内からの技術取得に支出した費用は全国の

表9：2006～2007年の各地区大中型工業企業の技術取得状況²⁹

単位：万元

地区	国外技術導入支出		国内技術購入支出	
	2007	2006	2007	2006
全国（香港マカオ台湾を除く）	4524528	3204272	1295854	874311
華北 5				
北京	63811	150328	6570	4865
天津	545326	351848	46857	17169
河北	245042	107079	68699	12063
山西	79525	63403	17669	14534
内蒙古	14832	16138	8440	21873
東北 3				
遼寧	206192	194040	122642	27638
吉林	48648	39404	4412	3870
黒竜江	64245	39731	15176	7759
華東 7				
上海	611830	406284	224744	152615
江蘇	517358	342820	108985	92222
浙江	157628	175181	96130	86352
安徽	149714	79261	48818	27833
福建	219774	120221	16796	15111
江西	33575	97155	33276	33157
山東	339657	233461	107762	128449
華中、華南 6				
河南	46859	116238	51564	24713
湖北	60190	29910	10233	16921
湖南	51673	46365	11949	8179
広東	660264	296694	81690	45582
広西	8180	19140	3779	3749
海南	1691	1875	1243	350
西南 4				
重慶	119764	71348	20169	13107
四川	76998	43922	109354	41791
貴州	6179	8310	3266	3061
雲南	50914	65376	26390	22257
西北 5				
陝西	29276	23206	21420	28886
甘肅	33583	26990	19457	16412
青海	2450	50	105	59
寧夏	11148	11629	4842	1171
新疆	68202	26866	3418	2564

52.6%を占め、これに他の3省の支出を加えると、全国の60%以上を占める。2007年は華東地区がこの部分の全国費用の約49%を占め、そのうち上海は大陸省・市の国内からの技術購入で費用の支払いが最も多かった1級行政区であり、それぞれ約17.5%と17.3%を占める。2006年は山東（14.7%）、江蘇（10.5%）、浙江（9.9%）がそれぞれ全国の第2、3、4位を占め、2007年は江蘇（8.41%）、山東（8.3%）、浙江（7.4%）が第4、5、6位、遼寧（9.5%）、四川（8.44%）が第2、3位を占めた。中・西部地区は国内企業からの技術購入に支払った費用が比較的小さく、2006年と2007年は四川、雲南、陝西、河南等の少数の省・市を除き、その費用がいずれも2億元を下回り、青海省はわずか59万元と105万元であった。また、新疆、寧夏、広西、海南、貴州、吉林等の省・自治区はいずれも年間5,000万元以下である。この時期、海南、貴州、青海3省を除き（広西の技術導入費用は2006年が1億9,000万元、2007年が8,100万元）、全国のその他省・市が国外からの技術導入に支払った費用は年間数億元以上に達する。そのうち2006年は上海が40億元余りと最も多く、次が天津と江蘇でそれぞれ35億元余り、34億元余りとなる。2007年は広東が最も多く、66億元に達し、その次が上海の61億元余り。中・西部地区を見ると、2006年は河南の技術導入費用が最も多く、12億元近くであり、2007年は重慶が最も多く、その費用も12億元近くとなる。一方、河南と重慶が同時期に国内企業からの技術購入に支払った費用はそれぞれ約2.4億元と2億元にすぎない。ある意味から言うなら、国内技術（特に東部地区）を十分に発展させることができれば、西部にとっては技術譲渡の観点から見て、国外から技術を導入するよりコストがずっと低く、しかも実施すればかなり使い勝手のよいものとなる。

表10は2000～2007年における中国の地域面から見た技術の流動方向をかなり全面的に示したものである。全国の技術の流動方向から見ると、60%前後の技術契約金額が東部地区に流れている。一方、中・西部地区に流れる技術契約金額は全国の30%に満たず、しかもその割合は全体として減少傾向にあり、30%から年々低下して22.7%になった。これは中・西部の開発を奨励する国の要求に合わないようだ。その原因は様々だが、主には中・西部地区の技術水準、経済発展状況等が新技術の流入を難しくしている可能性がある。上記のデータは技術譲渡の内容を直接表したものではないが、過年度の技術契約全体における技術譲渡の位置付け及び契約金額に占めるその割合から、技術譲渡

方式を通してこれらの地域に流れる契約金額もそれほど多くないと推定することができる。

歴史的に見ると、後進地域の経済発展はかなりの程度、先進地域の経済発展モデルを模倣することに依存し、後者の技術譲渡と技術拡散が決定的な役割を果たしている。国際市場では、国が利益集団となって妨害するため、合理的かつ円滑な技術譲渡を進めることは比較的難しい。しかし、国内ではこうした障害が存在せず、企業間の技術譲渡は国の関連政策と法律の調整により、公平・合理的の条件下でスムーズに行われる。国の西部開発戦略の実現はこの地区の技術進歩と振興に掛かっており、技術流通の重要な方式である技術譲渡が重要な使命を担っていることは間違いない。この点について言うなら、東部企業と中・西部企業間の技術譲渡は一段と強化する必要がある。中央政府と東部地区の地方政府は技術を中・西部企業に譲渡する企業に多くの優遇と支援を与える等の政策・措置を講じ、中・西部企業の技術発展を導くことができる。

表11のデータが示しているように、2007年の技術譲渡は契約数の65%が東部地区に流れ、29%前後が中・西部地区に流れている。しかし、契約金額から見ると、その74%は東部地区に流れ、中・西部地区に流れたのは14.5%前後にすぎない。この数字は中・西部地区に流れる技術譲渡契約の1件当たり契約金額が東部地区よりずっと少ないことを示し、統計数字もこの点を物語っている。例えば、東部地区の契約1件当たりの平均譲渡金額は4,157,765元であり、一方、中部地区と西部地区の平均譲渡金額はそれぞれ1,548,638元と2,231,870元で、中部と西部の契約1件当たりの金額は平均1,818,297元となる。この他、2007年の技術譲渡契約1件当たりの平均金額は3,663,553元であり、全国の技術契約1件当たりの平均金額1,008,080元よりずっと高い。

全体的に言うなら、中国企業間の技術譲渡は流動方向において東部と中・西部の不均衡な状況が見られる。東部企業は技術譲渡が比較的活発であり、華東地区は特に際立つ。一方、中・西部地区は重慶、四川、河南等の少数の省・市を除き、国内企業間の技術譲渡が比較的少なく、国外からの技術導入と鮮やかな対比を成している。こうした現象は中国の中・西部発展戦略措置を一段と実行に移し、東部・西部企業間の技術譲渡を急いで強化する必要があることを物語るものだ。

呉漢東

徐瑄

馬治國

陳伝夫

李正華

李順德

李正華

范曉波

寿歩

劉春田

張玉臣

王兵

馬忠法

丁建新

表 10 技術市場の技術が流れ込む地域

契約数 ³⁰	単位：件							
地区	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
全国	241008	229702	237093	267997	264638	265010	205845	220868
東部地区	161446	160832	168209	195057	190139	185882	145297	151755
中部地区	54854	46281	45478	48551	48793	49668	31807	34297
西部地区	23905	20147	21331	21924	23002	26203	24072	28046
契約金額 ³¹	単位：万元							
全国	6507519	7827489	8841713	10846727	13343630	15513694	18181813	22265261
東部地区	4326995	5283623	5497169	7023630	8593734	9897950	10736317	12431802
	66.5%	67.5%	62.2%	64.8%	64.4%	63.8%	59.0%	55.8%
中部地区	1024928	1189459	1318959	1458703	1835423	1950447	2160880	2551715
	15.7%	15.2%	14.9%	13.4%	13.8%	12.8%	11.9%	11.5%
西部地区	898411	1154901	1290327	1653698	1944565	1912047	2386566	2497525
	13.8%	14.8%	14.6%	15.2%	14.6%	12.3%	13.1%	11.2%
香港マカオ台湾	47241	68354	124048	60685	200281	142287	267900	332406
	0.7%	0.9%	1.4%	0.6%	1.5%	0.9%	1.5%	1.5%
その他	209944	131152	611210	650011	769627	1610964	2630150	

表 11 2007 年の契約種別技術市場から技術が流れ込んだ地域

地区	合計	技術開発	技術譲渡	技術 コンサルティング	技術 サービス
契約数 ³²	単位：件				
全国	220868	73319	11474	37820	98255
東部地区	151755	47592	7484/65.2%	26907	69772
中部地区	34297	10724	2026/17.7%	6026	15521
西部地区	28046	9773	1321/11.5%	4769	12183
契約金額 ³³	単位：万元				
全国	22265261	8755349	4203561	902429	8403923
東部地区	12431802	4087639	3111671/74%	623708	4608783
中部地区	2551715	875503	313754/7.5%	144861	1217598
西部地区	2497525	867283	294830/7%	122487	1212925

(四) 中国企業間の技術譲渡のその他特徴

1. 企業間の技術譲渡契約の中で、特許実施許諾は主導的地位を占め、且つ伸びが高い

この特徴は主に特許技術の特徴によって決定される。技術は複製可能で、用途が広いという特徴を持ち、また、複製使用コストも安い。こうしたことから、特許権者又はその他工業所有権所有者は特許技術を大いに利用してより多くの利益を手にするため、使用許諾の方式で特許技術を譲渡するケースが多い。また、技術を譲り受ける側について言うなら、技術の無形的性格から、その譲渡が材料等の有形物の譲渡によって提供する側のコントロールから完全に離れることがなく、提供する側が他の方式を通じて引き続きその権益を行使

し、自分達の実際の利益が確実な保証を得られなくなるのではないかと心配している。その他、所有権譲渡の費用は使用許諾の費用よりずっと高くなる。このため、企業間技術譲渡の実際の業務においては、譲り受ける側が技術所有権の取得により技術を独占することを希望するのではない限り、及びその他の原因から、³⁴ 一般的に技術所有権譲渡の方式を採用することが少ない。技術許諾はますます重視されている特許技術移転方式である。特許を保有する側について言うなら、特許実施許諾方式は柔軟性があり、単独許諾も複数許諾も可能である。一方、譲り受ける側について言うなら、比較的成熟し、購入した後に直接応用することのできる特許技術を求める傾向があり、こうした技

術の多くは実施許諾方式が採用されている。例えば、北京の関連統計データによれば、第10次5カ年計画（2001～2005年）期間中、特許実施許諾契約の成約額は特許成約額の75.35%を占め、これが1つの例証となる。³⁵

特許技術の許諾はノウハウの許諾に比べ、数量の面で圧倒的優位にある。これは特許技術とノウハウの特徴の違い、及び法律制度による保護の違いから引き起こされたものである。相対的に言うなら、特許技術は国の特許法等の専門法によって力強く保護されている。一方、ノウハウは契約、不正競争防止法等を通じて保護されることが多く、契約双方の当事者が約定を誠実に守るかどうかにかかっている。このため、独立したノウハウ許諾契約は余り見られず、それは一般に特許技術の許諾に合わせて提供される。ノウハウ所有権の譲渡契約は一段と少ない。

2. 分割払い（売上高に応じ分割して受け取る）は企業間の技術譲渡契約における対価支払いの主要な方式である

技術（特許、ノウハウ等）譲渡取引の支払方式には通常、総額計算払い、ロイヤルティーの支払い又はイニシャルフィーとロイヤルティーの結合という3種類があり、一般には通貨の形で支払われる。上記の3種類の方式の中で、中国企業間の技術譲渡はロイヤルティー方式による支払いが最も多く、それは技術の譲受人、譲渡者間の権利と義務のバランスを比較的うまく取ることができる。

ロイヤルティー支払方式とは譲受人が導入技術を利用して生産を開始した後、経済上の使用又は効果（生産量、売上高、利益等）を関数として確定し、期限内に連続して支払うことを指す。簡単に言うなら、それは双方の同意の下で、譲渡者が譲受人の収入の一部を受け取る権利を指す。こうした方式の特徴は次のようなものである。即ち双方は技術譲渡契約を締結する際、ロイヤルティーの比率とベース（基準数値）を決めるだけで、契約期間中に譲受人が支払うべき技術使用料の総額を固定することはしない。譲受人が譲渡者の技術を利用して実際の経済効果を上げた時に、契約の規定に従ってロイヤルティーを計算し、契約期間中、期限内（年次、四半期又は月次）に技術の譲渡者に支払うのである。技術の潜在的なビジネス成功を見積もるのが難しい場合、又は技術の評価や割引率について双方の意見が一致しない場合、或いは譲受人が適切な総額費用を支払うことができない場合、ロイヤルティーはよく用いられる方法である。³⁶ この方式は技術を譲り受ける側から言

うなら、2つの利点がある。第1に、これは権利を保障する手段であり、譲渡側が規定に従って契約を履行するよう促すことができる。2点目は資金圧力を軽減できることである。

多くのロイヤルティー方式の中で、売上高に応じて使用料を受け取るケースが最も多い。それは技術関連製品の総売上高の一定比率に応じてライセンス料を受け取ることを指す。その特徴は次のようなものだ。即ちライセンス技術で生産した製品が実際に売り出され、且つ譲受人が物品を現金（こうした現金は現実のものと未収のものに分かれ、譲受人が顧客から全ての売掛金を回収するまで、それはやはり大きなリスクを負うものである。従って、売上高に従って計算する時、譲受人は売掛金の問題を考慮しなければならない）に変えた後、支払いが始まる。また、この費用は利益のあるなしに関係がなく、関係するのは売上高だけである。多くの契約の中で、その料率は通常3%～5%の間にある。一部の契約は譲渡の利益を保証し、譲受人の積極的な販売を奨励するため、双方の当事者が売上高の増加に合わせて料率を減減させるとの内容を盛り込んでいる。総売上高は一般に譲受人の製品売買送り状を根拠とする。北京市の統計データによれば、2001～2006年の分割支払方式による特許技術契約の成約額は特許成約額の90.53%を占めた。³⁷

3. 同一業種内の企業間で設立された特許連盟の方式を通じ、連盟メンバー相互間で各自の所有する技術を許諾することが次第に広まっている

特許連盟は権利付与のコストを引き下げる手段の1つとなる。それは関係する特許権者の特許を特許連盟に預託した後、連盟が特許の実施を必要とする使用者に対し、ワンストップによる特許実施許諾を行う方式を通じて実現するものである。今日の世界的な技術競争の中で、自らの権利を守るための特許連盟の設立は既に時代の流れとなっている。2002年2月、6C連盟（日立、松下、三菱電機、タイムワナー、東芝、JVCの6大DVD技術開発メーカーが結成）は、「中国のDVD企業が2003年3月31日までに我々と使用許諾の取り決めを結ばなければ、訴訟を起こす」と発表した。この後、中国企業は特許連盟に高い関心を寄せるようになる。業種協会と関係方面の支持・奨励の下、中国の一部の企業は自社の権利と利益を守るため、特許連盟の設立を次第に考え始めた。努力の末、中国企業は相前後して幾つかの特許連盟を設立した。

中国大陸初の特許連盟は2006年1月9日に長沙で

正式に発足した中空スラブ特許連盟である。この連盟は全国の30余りの中空スラブ製品生産企業で構成され、3000件余りの特許を持つ。その設立は各メンバー間で最小のコストにより相互の技術許諾を得るための便宜を図るものであった。2006年10月13日、知的財産権を保護し、業界の製品品質を保証するため、順徳区科技局（知的財産権局）の力強い提唱と推進の下、美的集団など企業4社の共同発起により中国家電業界初の特許連盟となる電気圧力鍋特許連盟が設立された。この連盟の創設メンバーは4社だが、預託された特許は45件に達し、連盟メンバーが生産する関連製品は全国の電気圧力鍋市場シェアの70%以上を占めている。この連盟の設立は相互間の技術許諾を通じ、メンバーが手を携えて協力し、自らの合法的利益を守ると同時に、業界の自主的イノベーションと技術の発展を共に進めるよう促すことになった。その後、2007年5月には、TCL、長虹、康佳等の中国の大手カラーテレビ企業10社が共同出資により「深圳市中彩聯科技有限公司」を結成した。同公司は中国のテレビメーカーが連合イノベーションの道を歩み、自主的な特許連盟作りを推進することを自らの任務としている。

2008年4月、金属メッキ施釉陶磁器特許製品産業合作連盟が佛山に設立され、3社が最初のメンバーとして加入した。2008年5月、中国高精細光ディスク産業連盟³⁸はCBHD特許連盟を設立するとの声明を発表した。これはDVD特許料の問題で同じ失敗を繰り返すのを避けるために講じた重要な措置である。高精細光ディスクの産業チェーンには機器製造メーカー、ディスク製造メーカー、ディスク試験装置製造メーカー、基幹部品メーカー、コンテンツ・サービス・プロバイダ、コンテンツ保護技術プロバイダ、出版社等多くの企業が含まれている。特許連盟を通じ、CBHDの産業チェーンにおける特許は相互の許諾により最大限生かされるようになった。2008年10月10日、中国林産工業協会、国家知的財産権局中国特許保護協会、中国消費者協会、中国技術監督情報協会の支援の下、「イノベーションを提唱し、権利侵害に打撃を与える」ことを旨とする中国強化木床板NCD特許連盟のサミットが北京で開催され、NCD特許連盟の発足を宣言した。国内の強化木床板メーカー50社余りが同連盟の発足式に参加した。

この他、2002年10月30日に北京で発足したTD-SCDMA産業連盟は、³⁹ 特許連盟の名称を直接用いていないが、その実質的な活動は特許連盟と変わらない。TD連盟の楊驊秘書長が語った言葉がこの

点を証明している。TD-SCDMA産業連盟が専門の評価を行った結果、70%以上の中核特許は連盟メンバー企業の手にあるとの見解を彼は示したのである。これは同連盟が規格を提示しただけでなく、その規格を支えるコア技術を開発・保有していることを物語る。2007年1月18日、中国で初めてソーラー温水器を普及させた北京市に太陽エネルギー産業連盟が設立されたが、特許連盟はその発展に欠かせないものとなっている。

上記の特許連盟又は産業連盟の誕生は、中国企業間の技術譲渡方式を大きく改め、関係する技術権利者の利益を保護すると同時に、技術譲渡の効率を高めた。また、中国産業界のコア競争力を確立・向上させるための条件を作り出したのである。

4. 技術貿易サービス機構は企業間の技術譲渡に一定の役割を果たしたが、かなり限られたものである

中国の既存の技術貿易サービス機構は関係法律・政策の導きの下、各級政府の奨励・支援の下、企業間の技術譲渡活動を促すのに一定の役割を果たしたが、こうした役割は非常に限られたものである。我々は技術貿易サービス機構の形成と発展の過程及びそれらの設立趣旨から1つの手掛かりを見出すことができる。

中国の技術貿易サービス機構がその形成・発展過程で歩んできたのは「地方」から「中央」への道である。2009年8月13日午前、中国初の全国的な技術取引機構——中国技術取引所のプレート除幕式が北京の清華サイエンスパークで行われ、発足した。これより前、比較的影響力のある地方の技術取引所が既に相次いで設立されている。例えば、1993年12月に発足した上海技術取引所（国家科学技術部と上海市人民政府が共同で設立した国家級の常設技術市場）、1994年に科学技術部の認可を得て設立された国家級の瀋陽技術取引所（東北地区の一流の科学技術情報集散地、技術取引センター）、2000年10月発足の深圳国際ハイテク財産権取引所、2001年5月発足の武漢中国光バレー技術財産権取引所及び成都、西安、長沙等に設立された技術取引所である。専門の技術取引所以外に、全国各地の生産力促進センター、財産権取引所等も技術譲渡に一定のサービスを提供している。この他、技術貿易の関連機構が全国各地に沢山ある。例えば、南京市では2008年の1年間で新たに登記した技術貿易機構が150社に達し、同市でこれまでに技術貿易登録証を取得した機構は既に5,338社を数える。⁴⁰

上記貿易機構の設立趣旨の多くは「技術の転化促進に積極的な役割を果たす」ことで、特に大学、

科学研究所・所の技術と企業のドッキングを促し、潜在的な生産力を現実の生産力に転化することを重視しており、企業間の技術譲渡には余り関心を寄せていないようだ。企業間の技術譲渡は主に業種協会の支援を通じ、又は一般の市場からの情報取得等によって行われている。どうすれば企業の技術も技術取引所で取引されるようになるか、また、技術貿易サービス機構を通じて企業間の技術貿易をどう促進するかは、研究に値する課題である。

四、中国企業間の技術譲渡の将来

長年の研究の過程で、筆者は関連する正確なデータを入手するのがかなり大変な仕事であると感じた。各種技術契約の締結及び履行、技術の流動方向、被譲渡技術の社会・経済へのサービス目標、技術貿易機構等の状況を理解して、技術市場政策を定め、技術市場の発展を導くための根拠を提供するため、中国政府の科学技術部は早くも1990年に「技術市場統計作業規定」、「全国技術市場統計調査プラン」を公布するとともに、かなり詳細な「全国技術市場統計指標分類弁法」を制定し、関連データの収集と統計を規定した。しかし惜しいことに、我々が企業間の技術譲渡データを検索した時、比較的正確なデータを見つけ出すことができず、各種関連データから推定するしかなかった。中国企業間の技術譲渡に関する上記の概況はこうにして得られたものである。しかも、わが国は企業間の技術譲渡契約の登録について強制的措置を講じておらず、基本的には当事者が自主的に決めている。このため、中国の多くの中小企業間の技術譲渡契約は国の統計範囲から漏れている可能性がある。この点について言うなら、これまでに論じたのは中国企業間の技術譲渡の大まかな状況でしかなく、正確な記述ではない。

そこで筆者は次のように考える。関係部門は科学技術部の関連規定を厳格に執行し、統計データについて多くの工夫を凝らし、中国企業間の技術譲渡を含む各方面の比較的正確な技術契約統計データを収集・整理するとともに、適切な方式でこれを公表し、政府の意思決定、学者の研究に証拠を与え、また、企業の参考に供すべきである。中国企業間の技術譲渡について、筆者は次のように提案する。今後、この方面の状況を正確に研究するには、特定の措置を講じ、業種協会を通じて企業間の技術譲渡契約の登録を奨励するか、又はその登録に便宜を図り、さらには必要な無償援助を提供すべきである。こうしてこそ、中国科学技

術部が定めた統計目標を真に実現することができる。

技術輸出入貿易については、中国は専門の管理条例を既に制定・公布した。しかし、国内の技術譲渡については類似の法律法規を欠いており、主には先に述べた関係法律法規の具体的な条文を用いて手直しを加えた。国務院が1985年に公布した「技術譲渡に関する暫定規定」の内容は技術譲渡と技術転化に及んでいるが、その主な内容は実質的に技術転化である。技術転化の主要内容は後に1996年5月公布の「中華人民共和国科学技術成果転化促進法」、財政部が1992年11月に公布した「企業財務通則」、及び1999年3月30日の「科学技術部等各省庁の科学技術成果の転化を促進することに関する若干の規定についての国務院弁公庁の通知」等に差し替えられた。また、その中の技術譲渡に関する規定は1999年3月公布の「中華人民共和国契約法」の中で具体的に示されている。しかし、現在の関係立法及びその他の規定によれば、企業間の技術譲渡契約に関する法律法規を手直しすることはもはや立法面で大きな障害がなく、カギはそれらの法律をどのように実施し、企業間の技術譲渡に真の活気を持たせるかである。

以上の分析を通じ、中国企業間の技術譲渡が技術貿易契約全体に占める割合は大きくないことがわかる。これについて言うなら、中国の現在の経済発展要請に合致しないものの、企業間の技術譲渡には大きな発展の余地があることになる。中国の法律は、企業はイノベーションの主体であると既に明確に規定している。各級政府も企業のイノベーション行動に多くの助成政策を適用している。現在、企業は自社の研究開発への資金投入を増やし、そのイノベーション能力は着実に発展しており、国内企業間で相手側の技術要求を互いに満たし合う状況は徐々に変化しつつある。中国企業間の技術譲渡はそう遠くない将来に大きな飛躍を遂げると予測することができる。

技術譲渡に関係する対象を見ると、企業間の技術譲渡は今後も特許技術の譲渡が主要なものであり、ノウハウだけの譲渡が大幅に増えることはありえない。業種面において、伝統的分野の技術譲渡を主とする現状はハイテク業界内の技術譲渡中心へと徐々に転換していくことになろう。中国の「国家知的財産権戦略要綱」、「国家中長期科学・技術発展計画要綱（2006～2020）」等の関連政策の導きの下、「企業所得税法」等の法律法規の調整の下、国内ハイテク企業のイノベーション能力は大いに強まり、エネルギー、情報、海洋、バイオ

医薬等の分野における企業間の技術譲渡はますます頻繁に行われ、活気を帯びることになるだろう。

地域範囲の面から見ると、企業間の技術譲渡は今後も主に東部地区の企業間で発生することになるだろう。しかし、国の発展戦略が中・西部にシフトするのに伴い、中・西部地区はインフラが次第に改善され、人材が次々と集まり、教育文化水準が向上し、国からの資金投入が増える他、企業自身も研究開発への資金投入を増やすようになり、その技術吸収能力とイノベーション能力及び技術水準の向上が見込まれる。また、中央と地方政府が関連の優遇・奨励・促進政策等を打ち出すことで、遠くない将来、東部企業と中・西部企業間の技術譲渡は大きく様変わりすることになるだろう。これが好循環の軌道に乗れば、東部・西部企業間の技術譲渡は徐々に活発化するであろう。

企業間の技術譲渡の方式については、今後も技術許諾方式が中心となり、中でも一般的な許諾が最も重要な方式となるであろう。一部の分野では、中国企業の特許技術能力が高まるのに伴い、6Cグループのような特許連盟が国内でもますます多く設立されるようになり、それは業界内企業間の技術譲渡を進める重要な動きとなるであろう。現在、カラーテレビ業界、家電業界等では特許連盟が、また、TD-SCDMAや太陽エネルギー等の分野では産業連盟が既に結成されており、中国の民族企業を強くし、中国企業のコア創造力を築くのに大きな模範的役割を果たした。これらの連盟が企業間の技術譲渡分野で確立したモデルと効果は、中国企業間の技術譲渡を促し、伝統的モデルを改める上で大きな変革をもたらし、その技術譲渡の割合と効率を大幅に高めることになるだろう。実際の所、特許連盟は連盟企業間相互の技術許諾を手掛け、それは技術譲渡の高級形態であり、連盟企業により豊かなリターン（利益）を与えることができる。同時に、これらの特許技術をバックで外部に譲渡し、一層大きな利益を得ることもできる。技術所有権の譲渡については、中国企業間で発生する確率は少なく、企業間技術譲渡の主流になることはない」と筆者は考える。

技術譲渡費用の支払いに関しては、譲渡対象の特殊性（例えば無形性、リスク性及び価値の潜在性等）により、企業間の技術譲渡は今後も売上高の一定比率でロイヤルティを受け取るのが中心となるであろう。

中国の技術取引所又はその他形態の技術取引機構の機能面を見ると、なお多くの改善が必要であり、特に企業間の技術譲渡及び地域間の技術譲渡

がそうである。現在、多くの取引機構の主な機能は科学研究院・所と大学の技術転化（即ち科学研究院・所、大学と企業間の技術情報の交流及び転化で架け橋の役割を果たすこと）を促すことに置かれ、企業を需要者側と見なすケースが多く、企業間の技術譲渡は余り重視されていない。どのようにして既存の技術貿易サービス機構に関する法律法規を整備し、集中した高効率の機構を確立するか、また、それらを統一的な法規と仕組みの下で運用し、統一・開放された真の技術取引市場を全国に築き上げ、技術取引機構に企業間の技術譲渡を促す面でより多くの積極的な役割を発揮させるかは、中国の今後の立法と法執行において重点的に解決すべき問題となる。

しかし、中国がイノベーションの主体としての企業の地位を認め、政府が法律・政策面で多くの支援と優遇を与え、また、企業自身の技術研究開発への資金投入が増え、企業の自主的イノベーション能力が向上するのに伴い、中国企業は自らの知的財産権を持つ技術がますます多くなり、技術貿易サービス機構に関する制度の整備を前提に、企業間の技術譲渡は今後大幅に伸びることになるだろう。我々にはそれを信じる理由がある。華為、大唐電信、中興公司等の特許技術取得件数が増え続け、国内企業にその技術を譲渡又は許諾していることはこうした動きをある程度予想させるものである。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

顧客のニーズに基づいた持続的イノベーションによる 通信領域での知的財産権の蓄積 — 華為公司のイノベーションおよび知的財産権戦略



PROFILE

丁 建新 (Ding JianXin) 華為技術有限公司知的財産権部部长

1995年、華為技術有限公司入社、2005年より知的財産権管理業務担当。その指揮の下に20数人の華為公司知的財産権部は数年で約200人の国際的知的財産権専門家集団となり、欧米支部を持つ世界的な知的財産権管理システムを形成。華為の特許出願数は長年連続して中国一位、2008年のPCT国際特許の出願数は1737件で世界一位。

【要旨】

イノベーションと知的財産権は、企業の持続可能な成長とグローバル化した市場の開拓において重要な役割を果たす。そこで、華為技術有限公司(以下華為と記す)は一貫して他者の知的財産権を尊重し、自らの知的財産権保護を重視してきた。莫大な研究開発費の投入と持続的イノベーションによって絶えず知的財産権を蓄積し、競合企業とのクロスライセンスによってグローバル市場の開拓発展のための法的保護を獲得してきた。また、華為は顧客のニーズに基づいた開放的イノベーションを堅持してきた。そして、イノベーションを国際的主流技術の規格と融合して、ハイクオリティ、ハイサービス、ローコストの製品とプログラムを顧客に提供することを目指し、大きな商業的成功を収めたのである。

1978年より中国は怒濤の改革開放時代に突入した。中国経済成長の軌跡はこの瞬間から歴史に書き加えられることになり、今日まで30年余りの年月が過ぎ去った。この30年を概観してみると、経済の一つの流れを読み取ることができる。すなわち、知識が経済発展に占める重要性が日々注目されるようになって、いつのまにか知識経済が避けることのできない世界的なテーマになっていた。

中国は2007年にイノベーション型国家の建設という目標を提示し、2008年に中国国務院は国家知的財産権戦略要綱を公布した。これは、知的財産権がイノベーション型国家の建設においていかに重要な地位を占め重要な役割を果たすかということを明らかにしたものである。中国では、しだいに企業がイノベーションの主体となっており、技術的イノベーションと知的財産権の領域においてますます重要な役割を果たし、重要な作用を及ぼすようになってきている。

通信領域における知的財産権の蓄積

世界知的財産権機関(WIPO)の統計によると、2008年の華為のPCT出願数は世界第一位である。これは中国の企業として初めてPCT出願数一位となったものである。華為は長期にわたって売上高の10%をも研究開発に投入し、その研究開発費の10%をプレリサーチに活用して、絶えず新技術、新領域の研究および追跡調査を行っている。華為は6年連続発明特許出願数中国一位であり、3年連続特許出願数中国企業一位である。2009年6月現在、華為が中国内外で出願した特許は合計40000件近く、PCT出願は6667件であり、世界各国で12000件余りの特許が認められた。その90%以上が発明特許に属し、なかには国際規格または中国国内規格となって業界でいうところの「基本特許(essential patent)」となった特許もある。

技術規格の制定と産業化の実施は現代工業技術の進歩の典型的なプロセスであり、特に通信領域では世界的ネットワークに相互に接続できることが求められる。技術規格の制定に積極的に参加して規格に合った製品をリリースして初めて、より広範な顧客を勝ち取ることができ、またより多くの産業リンケージを得ることができ、よってより大きな商業的利益を獲得することができるのである。このプロセスにおいて、規格と特許を総合的に運用することが商業戦略としてますます当然のものとなってきている。しかし、その本当の成果を収めるためには、企業が長期的な戦略を持って研究開発を行い、イノベーションプロセスを有効に管理することが必要である。

華為は2001年1月からITU部門への加盟を開始し、現在までにすでにITU、3GPP、3GPP2、ETSI、IETF、OMA、IEEEなど91の国際規格機構に加盟した。また、これらの規格機構において100以上の役職を引き受けている。さらに、2008

年にはこれらの規格機構に合計4100余りの規格技術に関する論考を提出した。その中には光ファイバー伝送、ブロードバンド接続、インターネットに関する1300余りの提案や、無線通信と業務応用領域に関する2800余りの提案が含まれている。

知的財産権制度とは本来保護主義的なものに限定されるものではなく、その最終的な目的は技術の共有、参照、使用の普及を促進することにあるということ、華為はしっかりと認識している。知的財産権を尊重するということは特許に尻込みをすることではなく、勇気をふるって特許を積極的に持ち込み、消化し、自ら用いることを言うのである。ましてや工業の規格化が進み大幅な産業資源の共有という状況がもたらされているのであるから、どのような企業であっても自らの特許のみに基づいて他社の特許技術をまったく用いず製品の開発を完成させることは不可能である。産業リンケージ上のパートナー企業、ひいては競合企業との特許のクロスライセンスによって法律的保护を獲得するという前提の下に、その他企業の知恵と技術資源を共有して使用することがすばやく市場に飛び込み商業的成功を獲得する早道となる。

華為は業界のリーディングカンパニーの知恵と経験を幅広く吸収し、利用してきた。そして、製品の性能と特性に関して改善を進め統合能力を向上させて、プロジェクトの設計・実行など多方面において技術的イノベーションを実現した。さらに、これらのイノベーションを華為の自社特許に転化し、その特許技術を規格機構に持ち込んで顧客や競合企業とディスカッションを行い、再度改善・最適化を行った。こうしたワンサイクルを経て、再度スタートを切った。普通の応用型の技術的イノベーションでもともすれば数年の月日がかかることから考えれば、このようなイノベーションのプロセスは長くつらいものであった。しかし、その巨大な商業的価値が華為に尽きることはないエネルギーを与えてくれた。華為の知的財産権事業の戦略的目標の一つは、このような開放型イノベーションプロセスを通じて、3年～5年で所有する主流技術領域の基礎的知的財産権を業界のリーディングカンパニーの水準まで積み上げ、世界規模で急速に増加している製品の販売とサービスを効率よく支えていくことである。

顧客のニーズに基づいた持続的イノベーション

顧客の求めるものは、ハイクオリティ、ハイサービス、ローコストの製品とプログラムである。ゆえに、企業のイノベーションは顧客のニーズを満

たすことを目指さなければならない。すなわち、ハイクオリティ、ハイサービス、ローコストの製品とプログラムをリリースしていくことが、企業の生き残りの前提条件なのである。宗教を崇拝するようにひたすら技術を崇拝していると、往々にして企業は苦境に陥ってしまう。

顧客のニーズを先取りするリーディングテクノロジーは人類の知力のたまものであることは言うまでもないが、一般的に自らを犠牲にして初めて完成するものである。21世紀初頭のITバブルの崩壊の結果、世界で一瞬にして20兆米ドルの富が失われたのであるが、統計分析の結果明らかになったことがある。それは、倒産した企業の大多数は技術的に落伍したために亡びたのではなく、技術的に先行しすぎたためにかえって市場のニーズに応えられなくなり、製品が売れず労働力と資本を消耗して亡びたということある。技術上のトレンドを追い求めすぎる多くの企業は、常に先頭走者の役割を果たすものの、往々にして1万メートル走の最後の勝者にはなりえない。新技術の開発は莫大な代価をとまうからである。

業界のニュートレンドをリードしようとやみくもに技術的イノベーションを試みると、その企業自体が苦境に陥る可能性が非常に高い。華為も初期には技術崇拝的な企業であり、やみくもにイノベーションを進めたエピソードも多く残っている。しかし、一定の授業料を支払った後は、時代に合わせて顧客のニーズを中心に考えるようになった。製品開発の前に顧客のニーズに真摯に耳を傾け、自らの技術的な理想ではなく顧客のニーズに合わせて製品を設計するようになった。その後も調整・努力を続けた結果、華為はついに中国の顧客の信頼を勝ち取り、世界最大のNGNネットワークであるチャイナモバイルのTネットワークなどのプロジェクトを請け負うようになった。現在華為はこの製品系列の世界市場で32%のシェアを占めており、世界一位である。2008年において、華為のモバイルソフトスイッチ合計出荷量は12億個を超え、世界のAll IPネットワークのモデルチェンジをリードしている。また、世界最大のIMS基盤のVOBBネットワークであるドイツテレコムハンガリー・ネットワークを建設した。HLRの新規市場シェアは第一位であり、パキスタン・テレノールの世界最大のngHLR商用局を建設した。さらに、モバイルパケットのコアネットワークの新規市場シェアも第一位である。そして、チャイナモバイルの世界最大のモバイルネットワーク（ネットワークユーザー容量4億以上）を建設した。

現在、すでに華為は顧客のニーズに基づいた企業基本経営戦略を確立し、技術と規格の方向性を選択する際には可能な限り業界のコンセンサスに従って主流となっている方向へ向かって進むこととしている。なぜなら、主流となっている方向とは何千何万の資源や要素が総合されたものであり、内容が豊富であるだけでなくコストも低いからである。顧客のニーズの分析を通してプログラムを見つけ出し、このプログラムによってハイクオリティ、ローコストの製品を開発する。すなわち、華為が再三顧客のニーズを強調するのは製品開発の道しるべとしてであり、逆に新しい技術手段は顧客のニーズを実現する手段に過ぎない。華為は新しい技術とは必ずハイクオリティ、ハイサービス、ローコストの実現を促すものであり、そうでないならば商業的価値がないと考えている。

蒸気機関はワットが一番最初に発明したのではなく、ワットはこれを改良したに過ぎない。しかし、その改良によって、石炭消費の多すぎた蒸気機関は実際に幅広く用いることができるようになった。歴史に蓄積されてきた工業文明の成果はまさに今日のイノベーションの基礎であり、イノベーションというものは巨人の肩の上に立ってこそ可能なのである。技術には国境はない。前人の技術の成果を大規模に吸収してこそ不必要な重複と浪費を避けることができ、イノベーションはさらに価値のあるものとなって市場との結びつきがより容易になる。

通信領域においては、中国の企業は欧米の企業と比較すると一般的に遅れており、華為が通信業界に参入したときには、中国国外の企業はすでにこの分野で数十年の成長を経て大量の知的成果を積み上げていた。この業界の後発者がもしも周囲の状況を見ずにやみくもにイノベーションを試みていたならば、これら既存の知的成果を自ら獲得しようと遠回りして、研究開発コストは高くなり難度も高くなっただけでなく、顧客から認められることも非常に難しくなっていたことであろう。華為のイノベーション観において最も重要なのは他者の優秀な知的成果を認め、受け入れることである。西欧企業との差を認め、受け入れることを恐れず、受け入れることに長け、他者の優秀な成果を受容することにおいて持続的なイノベーションを展開するのである。リーディングテクノロジーを学び、受け入れることによって、華為は最小の研究開発コストと最短の期間で業界をリードする製品を作り出し、顧客のニーズを満たした。

工業化発展のプロセスとは規格化が絶えず発展

深化するプロセスであり、規格化された技術はコストを絶えず引き下ろすため、さらに強い市場競争力を持つことになる。通信業界は国際化が比較的進んでいる業界であり、主流の規格がシェアの90%以上を占めている。華為が確立したイノベーションの方向とは主流の技術規格を追いかけこれと融合することであった。この戦略の結果、華為は商業的成功を収めた。

WCDMAは第三世代モバイル通信の主流技術規格であり、世界のモバイル通信市場のシェアの80%近くを占めている。華為は10年前にこの規格を主要投資ポイントとし、毎年10億米ドルを超える持続的な研究開発費の投入によって、華為はWCDMA規格の領域において計100件もの基本特許を獲得した。欧州電気通信標準化機構（ETSI）において明らかにされた基本特許に関する統計によると、華為が現在WCDMA領域で所持している基本特許はすでに世界のWCDMA技術の全基本特許の9%を占めているという。また、全通信業界の全面的支持を受けている3.9世代技術LTE領域においても、華為は10%以上の基本特許を所持しており、これは業界上位である。

長期にわたる懸命な努力を経て、世界的な3G市場の全面的発動とともに華為は現在その成果を獲得しているところである。華為の無線ハイエンド分野において、北米、日本、欧州の三大先進地域の3G設備市場への参入を果たした。WCDMA発祥の地である欧州では、世界最大のモバイル企業であるボーダフォングループが華為を選び、そのスペインでのWCDMA/HSDPA商用ネットワーク構築を請け負った。このネットワークはボーダフォングループ最良質、最重要のサブネットの一つである。また、世界で最も商用WCDMAが成熟し、ユーザーが最も集中している地域である日本では、華為はイノベーション型モバイル企業であるイー・モバイルと提携し、日本最初のHSDPA無線接続ネットワークを配置した。華為はWCDMA規格に莫大な研究開発費を投入し、顧客のニーズを深く理解してこれをすばやく満たすことによって、世界第二のWCDMA供給企業となったのである。

モバイル通信領域全体で華為はGSM製品を合計300万台出荷し、2008年増加分は150万台で世界第二位である。WCDMA製品についても先進国市場で幅広くサービスを提供し、欧州で20以上のWCDMA/HSPAネットワークの建設に参画した。さらに2009年初頭にはノルウェーで世界初のLTE/SAEの商用設備を受注し、続けて北米初の

LTE指向のWCDMA/HFPAネットワークの建設を落札した。また、各地域の市場に各種システムをLTEにスムーズに移行するプログラムをリリースした。

終わりに

華為は知的財産権を尊重し、同時に国際的な知的財産権の規則を十分に重視・遵守してきた。また、莫大な研究開発費を投入することによって、核心領域での知的財産権を持続的に積み上げてきた。そして、業界内のパートナー企業や競合企業と特許技術の知的財産権のクロスライセンスに関する協議を成立させて調和のとれた商業環境を作り出し、さらに大きな市場を得て急速に成長した。

顧客のニーズに基づいて開放的イノベーションを行い、根気強く努力を積み重ねて顧客価値を創造することによって、華為は世界の顧客から常に信頼を勝ち取ってきた。2008年、華為の売上高合計は233億米ドルであり、同46%増である。また、09年の華為の売上高合計は300億米ドルに達し、30%前後の増加を維持する見込みである。華為が金融危機の下でも持続的に成長できたのは、顧客のニーズに常に注目しIPR能力を持続的に積み上げてきたからである。

【ファーウェイについて】

ファーウェイ（中国語表記：華為技術、英語表記：Huawei、HP: <http://www.huawei.com/jp/>）は、次世代通信ネットワークソリューションの世界的プロバイダーである。現在では、世界のトップ50にランクされる通信事業者のうち、36社と取引実績があり、全世界で10億人以上のユーザーに使用している。革新的でカスタマイズされた製品、サービス、ソリューションを提供し、長期的な価値と成長をお客様にもたらすことがファーウェイの使命である。

中国本土から成長し国際的な知名度を持つ通信設備供給企業である華為は、海外市場で急速に拡大する過程において欧米の巨大多国籍企業と何度も知的所有権をめぐる折衝と訴訟を経験してきた。そのうち最も有名なものは2002年の華為対シスコの訴訟であるが、これは双方が和解して終結した。華為が世界通信市場で何年も連続して30%以上の成長率で意気盛んに前進することができたことは、華為が長期にわたって顧客のニーズに基づいた開放的イノベーションを堅持して、通信領域で知的所有権の研究開発とイノベーション戦略を積み重ねてきたということと切り離して考えるこ

とはできない。華為はこのようにして中国ハイテク企業の成功モデルとなったのである。

※本文中の注釈については、中文版をご参照ください。

向发达国家模式快速发展的中国知识产权制度及运用

马场 炼成

中国综合研究中心 特任研究员

被称为世界工厂的中国的专利、实用新案、外观设计专利、商标等产业产权的申请数、登记数逐年持续增长。实用新案、外观设计专利、商标的申请数已经居世界首位、专利申请数也上升为世界第3位,仅次于美国、日本。中国的知识产权保护已摆脱了以前为保护国际化企业的知识产权这一最初目的,近年越发趋向于确保随中国独自基础研究的发展和产业技术的进步而产生的知识产权。

从历史上看,中国发明了火药、印刷技术、指南针和造纸,是个具有独创思想的国家和民族,拥有创新的能力。在清代的1898年(明治31年)就制定了专利法,1904年(明治37年)制定了商标法,1910年(明治43年)公布了著作权法。此后,由于中国经历了长期的动乱和来自外国的侵略等原因,现代化的发展落后了。不过1978年改革开放以后,随着法律制度的健全,知识产权制度也随之被着手构建。现代的中国已经进入了新的知识产权制度的构建阶段。1983年实施了商标法;1985年实施了专利法(中国专利法);1991年实施了版权法,由此可见专利法的实施仅有24年。尽管知识产权发展史仅是如此,可转眼之间实用新案、外观设计专利、商标的申请数就居于世界首位;专利的申请数也仅次于日本,这实在令人吃惊。中国在2008年末第3次修改了专利法,自2009年10月1日开始施行。现在围绕其实施和运用在国际知识产权的有关人员之间展开着激烈的讨论。虽然说此专利法更接近了发达国家的模式,但是从国际水准来看,还可能被指责有不完善的地方。然而,中国的知识产权制度及运用、技术转让等在快速地向发达国家模式发展。2007年召开的中国共产党第17次全国代表大会中提出了重点推进«知识产权战略的实施»的报告书;2008年4月在国务院常务委员会上策划了«国家知识产权战略纲要»。中国致力于知识产权运作的时机更近了一步。

介于这样的状况,这次将代表中国知识产权界的研究人员和实务家的14篇论文编集成册。其内容既有涉及到国家政策中所注目的知识产权的论点,又有考虑到中国的实情而进行的评论,还有明确地指出制度上的问题等论文。无论哪篇论文都值得一读。另外,作为产业界的代表,华为技术有限公司的知识产权部长的投稿也在其中。华为技术有限公司近几年在中国专利申请数保持首位;2008年的专利合作条约的国际专利申请数跃居世界首位。2009年6月末的中国外汇储备量居世界第一,产业竞争力进一步加强。从2007年开始,日本对中国的贸易额占总额的18%,中国已成为日本最大的贸易伙伴。考虑到中国的产业动向与日本的关联性,中国知识产权的发展和动向成了备受关注的课题。从日中知识产权交流的角度看上它也是一个颇有意义的课题。

目 录

●前言	
马场炼成	中国综合研究中心特任研究员
●「中国知识产权研究30年」	143
吴汉东	中南财经政法大学校长
●「中国制定并实施《国家知识产权战略纲要》」.....	155
徐瑄	暨南大学法学院知识产权学院副院长
●「中国知识产权司法保护面临的问题及分析」	163
马治国	西安交通大学法学院副院长
●「中国信息资源知识产权制度现状与展望」	171
陈传夫	武汉大学知识产权高级研究中心主任
●「日中知识产权立法比较研究」	179
李正华	中山大学新华学院法律学系主任
●「中国商标战略的制定和实施」	189
李顺德	中国社会科学院知识产权中心副主任
●「中日驰名商标法律保护制度比较研究」	199
李正华	中山大学新华学院法律学系主任
●「中国著作权合理使用制度研究」	209
范晓波	北京化工大学知识产权研究基地副主任
●「中国的计算机软件著作权保护」	217
寿步	上海交通大学知识产权研究中心主任
●「著作权保护——中国建设创新型国家的重要支柱」	225
刘春田	中国人民大学知识产权教学与研究中心主任
●「中国的技术转移及机理研究」	231
张玉臣	同济大学中国科技管理研究院副院长
●「中国高等院校技术转移成效的研究」	239
王兵	清华大学知识产权法研究中心主任
●「中国企业间技术转让的现状与发展趋势」	245
马忠法	复旦大学法学院副教授
●「基于客户需求持续创新 在主流领域积累知识产权」.....	261
丁建新	华为技术有限公司知识产权部总监

中国知识产权研究30年



作者简介

吴 汉东 中南财经政法大学校长，法学博士，教授，博士生导师

生于1951年1月；1995年毕业于中国人民大学，获法学博士学位。现任教育部人文社科重点研究基地、国家保护知识产权工作研究基地--中南财经政法大学知识产权研究中心主任、教授，民商法专业博士生导师，兼任教育部社会科学委员会法学学部委员、教育部高校法学学科指导委员会副主任委员、中国法学会知识产权研究会会长、中国法学会民法学研究会副会长、最高人民法院特约咨询专家、最高人民检察院特约咨询专家、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，著有《著作权合理使用制度研究》、《知识产权多维度解读》、《无形财产权制度研究》（合著）、《知识产权基本问题研究》（合著）等著作10部，另在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物发表文章100余篇。专著和论文曾获首届全国优秀博士论文奖、司法部优秀科研成果一等奖、第一届中国出版政府奖图书奖、湖北省政府社会科学优秀科研成果一等奖、教育部人文社科优秀科研成果二等奖、全国法学教材与科研成果二等奖、首届中国法学优秀成果奖专著类二等奖等。2006年5月在中央政治局第三十一次集体学习上为国家领导人讲授“我国知识产权保护的法律和制度建设”。2009年4月在“2008中国知识产权风云榜”评选活动中被评为“2008中国知识产权年度最有影响力十大人物”。2009年7月被英国《知识产权管理》（MIP）杂志评为“2009全球知识产权界最具影响力五十人”。

导言：

研究知识产权，是一门学问，需要多维的研究视野与多元的分析方法。首先，它不能偏离民法学的基本原理，但又不能拘泥于传统的民法学框架。30年来，我国知识产权学者多视角、全方位地考察知识产权，有结合政治学、社会学、伦理学、经济学、管理学、以及政策科学等理论从事跨学科研究，也有运用宪法学、刑法学、诉讼法学、经济法学等原理进行跨领域的探讨。诸多著作、论文以多学科知识为背景¹，或对知识产权制度进行法哲学考察²、政策科学分析³、伦理学探讨⁴、经济学论证⁵和管理学研究⁶，或围绕知识产权与人权⁷、知识产权刑事保护⁸、知识产权反垄断法规制⁹、知识产权诉讼¹⁰等主题展开论述，为知识产权问题的深入研究提供了崭新的视角。从事知识产权研究，不仅要有开阔的研究视野，同时也须掌握高明的治学方法。纵观30年来知识产权学者的研究成果，有采历史分析方法，运用科学的历史观，对法律制度的产生、发展与变革的一般规律进行纵向分析和动态考察，¹¹也有尝试比较分析方法，以不同国家、地区的法律制度为对象，对不同法律制度的类型、传统、理念、原则、原理、规范进行比较研究，包括法律制度异同的分析，相关法律制度冲突以及解决途径的分析等。¹²

中国改革开放的30年，是中国知识产权法制建设不断发展的30年，亦是中国知识产权研究不断进步的30年。30年来的知识产权研究，有学理分析，也有应用研究。知识产权学者既探索知识产权制度的基础理论体系，也关注知识产权发展的前沿问题，更致力于推动知识产权战略的实施和知识产权法律的完善与应用。

一、学理研究：知识产权基础理论的完善

知识产权基础理论主要涉及基本范畴、法律价值、制度体系以及权利救济等领域。自20世纪80年代以来，我国学者在知识产权法领域进行了许多基础性、

开创性的研究，对知识产权基础理论的认识有一个不断深入的过程。

关于知识产权的基本范畴。1986年，《知识产权法通论》作为30年来第一本知识产权专著，对主要知识产权作了系统阐述。作者认为，版权、专利权与商标权都是专有权，非经权利人的许可，其他人不得加以利用。这种权利仅在产生它和保护它的法律所适用的地域内有效。专利权保护新颖的、实用的、先进的发明；版权保护作品的独创的“表达形式”，不延及作品反映的实质内容；商标权保护商标，商标的作用在于区别不同生产者或销售者生产或销售的同类商品。¹³1987年，《知识产权法概论》作为第一本知识产权教材，提出知识产权理论范畴，对知识产权本体、主体、客体、属性与基本特征进行了初步界定。¹⁴作者认为，知识产权是有别于传统财产所有权的一种新型权利，本质属性在于客体的非物质性；其主体没有行为能力的限制，仅凭借自己的创造者的身份，经国家主管机关确认即可取得权利。对于外国人的主体资格，主要奉行“有条件的国民待遇原则”；其客体即知识产品，具有创造性、非物质性、公开性与有价性等主要特点；权利本身具有财产权与人身权的双重属性，体现了专有权、地域性和时间性的基本特征。¹⁵20世纪90年代中期以前，学者多将知识产权定义为人们对其创造性的智力成果所依法享有的专有权利。¹⁶90年代中期以后，学者认为，以知识产权名义统领的各项权利，并不都是基于智力创造成果产生，因而需要对知识产权作出了新的概括，代表性的观点主要有三种：（1）“知识产权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”。¹⁷（2）“知识产权是人们对于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉依法享有的权利”。¹⁸（3）“知识产权是民事主体依据法律的规定，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”。¹⁹关于知识产权的本质属性，有学者认为，知

识产权与其他财产权利的根本区别在于其本身的无形性，而其他法律特征即独占性、时间性、地域性等皆由此派生而成。²⁰关于知识产权客体与对象的关系，学者多将其作为相同概念来使用，²¹但也有观点认为客体与对象属于不同范畴，前者是指基于对知识产权对象的控制、利用和支配行为而产生的利益关系或社会关系，后者则指知识本身，属于“人类对认识的描述”。²²关于客体的范围，有学者认为，诸如发现权、发明权以及其他科技成果权并非是对智力成果的专有使用权，而是一种取得荣誉及获取奖励的权利，该项制度应归类于科技法。²³新世纪伊始，学者以民法学理论为基础，对知识产权本体、主体与客体等基本问题进行了重新认识。具言之，知识产权本质上为一种无形财产权，客体的非物质性是知识产权所属权项的共同法律特征；知识产权主体制度在原始取得、继受取得及国民待遇方面有别于一般民事主体制度；知识产品是对各类知识产权保护对象的新的概括，其种类主要有创造性成果、经营性标记与经营性资信，具有客观性、有用性和稀缺性等特征，是财产化的精神产品；²⁴与此同时，学者也对知识产权的性质作了进一步诠释，提出知识产权的私权与人权属性。²⁵

关于知识产权制度的价值取向。就法律所促进的价值而言，正义与效益应是整个知识产权制度的立法目的和功能目标。关于知识产权的正义价值取向，学者在论述中多以洛克的劳动价值理论、卢梭的社会契约理论以及黑格尔的“财产人格”理论等为依据²⁶。然而，正义价值并不能完全涵盖知识产权制度的效益价值，正义目标最终实现并不等同于效益最大化的成就。植根于经济生活之中的知识产权法，不仅应具备维系社会正义的职能，还应担负起实现智力资源有效配置、促进社会非物质财富增加的使命。效益最大化目标，在知识产权领域可以解读为知识、技术、信息的广泛传播。对此，有学者以法经济分析为基础，从实证研究的角度，论证知识产权制度效益价值的显著性。²⁷概言之，知识产权制度的宗旨，在于保护创造者的合法权益，促进知识产品的广泛传播。这一制度的基本功能是：调整创造者行使“专有权利”与促进知识广泛传播的矛盾，协调创造者、传播者与使用者三者利益的关系。鉴于此，有学者在研究著作权合理使用制度时，提出了“著作权法的平衡精神”这一新的理论命题，即平衡精神所追求的，实质上是各种冲突因素处于相互协调之中的和谐状态，它包括著作权人权利义务的平衡，创作者、传播者、使用者三者之间关系的平衡，公共利益与个人利益的平衡。²⁸这一理论在随后的知识产权研究中得到进一步系统化。有学者通过剖析知识产权法中的内在价值构造，并以知识

产权的专门法律即著作权法、专利法、商标法、商业秘密法为例进行细致分析，发掘出知识产权法背后的利益平衡机制，形成了较为系统化的利益平衡理论。²⁹

关于知识产权的权利体系。知识产权的体系化涉及权利的类型化问题，事关知识产权法未来的立法体例选择。关于知识产权的权利类型，有广义和狭义之分。广义的知识产权包括著作权、邻接权、商标权、商号权、商业秘密权、地理标记权、专利权、植物新品种权、集成电路布图设计权等各种权利。关于发明权与发现权是否属于知识产权，学者存有异议。一种观点认为，应将发明权、发现权列入知识产权范围。³⁰另一种观点认为，科学发现不宜作为知识产权的保护对象。³¹还有一种观点认为，该类发明权、发现权以及其他科技成果权是一种取得荣誉及获取奖励的权利，应归类科技法。³²狭义的知识产权既涉及文学产权（著作权及与著作权有关的邻接权）、工业产权（专利权和商标权），也包含工业版权³³这种新型权利。在权利类型化的基础上，有学者开始尝试对知识产权体系进行构建。³⁴关于未来的立法体例选择。为应对知识产权体系化的法律变革，大陆法系的一些国家尝试将知识产权制度编入本国的民法典。法国在法典化的道路上则是独树一帜，率先制定了第一部知识产权法典，而菲律宾、埃及、越南等国家更是竞相效仿。概言之，知识产权制度模式经历了从单行立法、编入民法典到专门编纂法典的过程。中国知识产权法典化问题，是由于上世纪90年代末启动的民法典起草工作而引起的。对于知识产权“入典”，无论是立法者还是多数学者并无异议。对于知识产权如何“入典”，则意见纷呈。有学者提出，应在民法典分则中设知识产权编，主要规定知识产权权利的一般规定和共同规则，而民法典外知识产权单行法的基本形态保持不变。³⁵也有学者认为，只有《知识产权法典》才能创制出一套具有宏观指导价值的、适用于全部各类具体知识产权的原则，这一重大法律使命非《知识产权法典》不能完成。³⁶还有学者建议，知识产权制度的法典化可以分两步走：第一步，民法典仅对知识产权作一般规定，但单行法依然保留。第二步，在民法典之下编纂知识产权法典。³⁷

关于知识产权的救济。我国学者对这一领域的关注主要集中于侵害对象和归责原则的确定问题。对于侵权行为的指向，学者们有不同观点。有的学者强调，侵权行为表现为擅自使用他人的知识产品；³⁸有的学者则认为，侵权行为本质上是擅自利用他人的专有权利。具体而言，侵犯著作权，是指“未经著权人许可，在法律允许的范围之外，擅自使用其著作权的行为”；³⁹侵犯专利权，即是“未经

专利权人许可，实施其专利的行为”。⁴⁰侵犯商标权，是指“不法侵害他人注册商标权”的行为。⁴¹还有学者认为，就侵害对象而言，将侵权行为表述为“擅自行使或利用知识产品所有人专有权利”，较之“擅自使用受法律保护的知识产品”这一说法更为确切。⁴²对于侵害知识产权的归责原则，我国法学界对此主张不一。有的学者认为，侵犯知识产权乃是一般侵权行为，主张适用过错责任原则。⁴³此即一元归责原则。多数学者主张在采用过错责任原则的基础上补充适用其他归责原则。此即二元归责原则。其中有代表性观点主要是两种：一是以无过错责任原则为补充原则。⁴⁴二是以过错推定责任为补充原则。⁴⁵

二、国际视野：知识产权制度一体化趋势的循应

经济全球化的出现和新的国际贸易体制的形成，是20世纪下半叶世界经济的重要潮流。这一潮流深刻地影响到21世纪的格局。在推动经济全球化进程方面，关贸总协定及其后继组织——世界贸易组织扮演着重要角色。与以往国际组织与国际公约不同，世界贸易组织及其《知识产权协定》将知识产权保护纳入国际贸易体制之中，知识产权制度一体化、国际化呈现出新的发展趋势：(1)以国际贸易体制为框架，推行高水平的知识产权保护；(2)以执行机制与争端解决机制为后盾，推行高效率的知识产权保护。自从1994年世界贸易组织取代关贸总协定，《知识产权协定》正式生效以来，知识产权国际保护制度进入后TRIPs时代。《知识产权协定》在各缔约方普遍实施而引起的利益失衡，协定在实施过程中与国际人权的对抗冲突，传统资源保护引发知识产权制度的变革发展，成为这一时期学者关注的主要问题。

对于《知识产权协定》的制度缺陷及其实施所带来的东西方利益失衡，我国学者早有认识。《知识产权协定》是迄今为止知识产权保护范围最广、保护标准最高的国际公约，虽然堪称“知识产权保护的法典”，⁴⁶但存在合理性和适当性问题。学者认为，一揽子协议立法模式，没有解决东西方利益失衡问题。在一揽子协议的利益交换模式下，发展中国家因知识产权保护标准提高而导致进口知识产权的利益损失，可以被他们在世界贸易组织其他协议所获取的利益所弥补。然而，在《知识产权协定》的谈判及签署中，发达国家的绝对主导地位是非常明显的，而由此形成的规则显然不是平等的。发展中国家必须以承认高水平的知识产权保护规则为代价，来换取世界贸易组织提供的最惠国待遇。⁴⁷同时，《知识产权协定》的实体规则明显偏袒知识产权大国（发达国家），发展中国家对实施协定存在诸多

困难。诚如学者所认为，“发达国家一再把知识产权保护水平提高，而发展中国家则提出了保护现代文化及高技术之源的问题。”⁴⁸以《知识产权协定》为核心的当代国际公约所确定的“最低保护标准”，体现了权利的高度扩张和权利的高水平保护，更多地顾及和参照了发达国家的要求和做法。有学者提出，执行统一的保护标准给发展中国家带来的成本可能远远超过获得的利益，因为这些国家的发展严重依赖于含有其他国家知识产权的技术、知识产品。⁴⁹

关于《知识产权协定》与国际人权的冲突，我国学者亦有关关注。有学者认为，从多哈会议通过的关于“《知识产权协定》与公共健康的宣言”，到坎昆会议前夕达成的关于该宣言第6段的实施决定，表明《知识产权协定》的法律框架在不断发展和完善，其推动力主要是知识产权与人权的冲突及其平衡。⁵⁰学者提出，依照国际人权标准，知识产权国际保护制度有以下明显或潜在的冲突：表现自由与严格规制知识产权限制的冲突，隐私权与信息数据库权利扩张的冲突，健康权与药品专利利用受阻的冲突及发展权与专有技术转让受限的冲突等等。⁵¹

(1)关于著作权与表现自由权的冲突。有学者认为，版权保护对言论自由产生了一定的限制。由于版权是一种法定权利，它对于作为自然权利或说宪法权利的言论自由的限制，必须能够促进更加重要的公众利益才具有正当性。⁵²也有学者认为，对于言论自由与版权保护的冲突，在美国的制度安排中判例法和厂商格式合同对当事人的直接影响要远超过于成文法。未来我们对这两种权利的协调也应该突出判例法和厂商格式合同的重要作用。⁵³(2)关于隐私权与信息数据库权利的冲突。有学者认为，“社会不是在向着有利保护公民个人隐私的方向发展，相反，现代科技尤其是电子信息技术的发展以及大众传播媒介对市民生活深刻而广泛的影响，使得公民隐私权的保护变得更为迫切。”⁵⁴针对网络中个人信息的保护，有学者提出，应将个人信息权作为个人隐私权的一项重要内容，确认并保护个人信息的支配权、知情权、维护权和安全权，并在侵权责任中规定侵害个人隐私权（个人信息权）的民事责任⁵⁵；(3)关于健康权与药品专利权的冲突。学者注意到，《多哈宣言》确认困扰许多发展中国家和最不发达国家遭受痛苦的公共健康问题的严重性；强调知识产权保护对于新药开发的重要意义，也承认这种保护对价格的影响所产生的状态；同意《知识产权协议》不应成为缔约方采取行动保护公众健康的障碍。⁵⁶有学者继而提出，知识产权的国际保护不仅在于对知识产权制定保护标准，更在于保障不同的国家间尤其是发达国家和发展中国家在技术

发展和创新的利益分享中的平衡，保障私人财产权利的行使与公共利益之间的平衡。⁵⁷（4）关于发展权与专有技术转让受限的冲突。学者主张，发展权是第三代人权即集体人权的重要内容，是所有人民自由谋求经济、社会和文化发展的权利，反映了第三世界民族主义的出现以及它对权力、财富以及其他重要资源在全球范围内分配的要求。⁵⁸有学者认为，《知识产权协定》虽然对促进技术转让和知识传播作了原则规定，并强调发达国家应鼓励其企业和机构对最不发达国家进行技术转让，但这些原则规定并没有真正落实。由于发展中国家往往缺乏利用先进技术的设施和力量，无力充分地分享科学技术进步带来的利益，从而在社会发展问题上总是处于不利的地位。⁵⁹

在传统资源保护与知识产权制度变革的问题上，我国学者研究较多、论述颇丰。传统知识、遗传资源等新型财产权制度的出现，对国际知识产权制度的发展产生了巨大的推动作用。这一情形使得知识产权保护范围从智力成果的本身发展到对智力成果的源泉，使得发展中国家在知识产权资源的国际竞争中改变劣势地位成为可能。有鉴于此，我国学者对该问题进行了较为系统的研究。其中，不仅有正式出版的相关专著，也有见诸刊物的诸多论文。前者既有关于民间文学艺术法律保护的探讨，或认为应构建民间文学艺术专有权保护制度，并提出相应的立法建议稿，⁶⁰或建议近期应完善现有知识产权各项法律制度以保护民间文艺、长远来说应建立民间文艺特殊权利保护模式；⁶¹也涉及传统知识法律保护之研究，有学者提出由衍生知识产权利益、消极知识产权利益和积极知识产权利益组成的有关传统知识的利益结构，并构建传统知识知识产权保护制度的框架，⁶²也有学者认为应变革现行的知识产权制度，创设传统知识私权保护机制，根据传统知识对象的不同，提供可以利用的多种权利保护模式，并在同一种权利保护模式中配置多层次的保护措施；⁶³就后者来看，学者不仅探讨了民间文学艺术、传统知识的法律保护，也分析了非物质文化遗产的法律界定与保护模式，更述及了遗传资源保护的客体属性和权利形态⁶⁴。例如，有学者认为，现行知识产权制度无法对所有形式的传统知识提供保护，且在实施过程中在主体确认、客体保护条件、权利保护期限、利益分配等方面存在着诸多困难，因此，适用现行制度保护，只能是应急之策，恐怕难为长远之计。⁶⁵对传统知识、遗传资源的保护，国际社会正在酝酿一种与“传统”信息及信息材料相关联并和文化与生物多样性目标相一致的，但与“现代”知识产权相区别的“传统资源权制度”。有学者认为，传统资源权是一种保护“传统知识”（即智力创造源

泉）的“新制度”。这种财产权与现有的知识产权有关但又有区别，可采取专门管理（公法）与权利保护（私法）相结合的法律模式。⁶⁶

三、时代胸怀：知识产权制度现代化诉求的回应

人类社会已经进入知识经济时代。发端于20世纪80年代直至现在席卷全球的“知识革命”是新技术革命的继续和发展，其中最具代表、最具影响力的时代技术当数网络技术和基因技术。新技术不但改变了人类的生存方式，而且对现行知识产权法律带来了挑战。知识产权制度是科技、经济和法律相结合的产物，它在实质上解决“知识”作为资源的归属问题，是一种激励和调节的利益机制。在这个意义上说，新的世纪是知识经济的时代，也是知识产权的时代。知识革命呼唤着知识产权制度的现代化。

知识革命的出现，不仅创造了新的知识产品，而且提供了知识产品新的利用方式。这一情况，极大地丰富了知识产权法的内容，同时也给知识产权法带来诸多的新问题。对此，我国学者及时作出了回应。

第一，新的知识形式对传统知识产权客体的挑战。这主要表现为知识产品形式的变化和知识产权客体范围的扩大。首先，著作权客体经历了传统的“印刷作品”到现代“模拟作品”、“电子作品”再到当代的“数字作品”与“网络作品”的不断演进。对于数字网络版权，学者有相关文章，就作品数字化问题、网络传播问题、技术保密问题、权利信息管理问题以及法律救济问题等做出论述，⁶⁷近年来也有教材对网络环境中的著作权制度进行系统介绍⁶⁸，还有学术专著，在网络版权的局部问题上展开对策性研究⁶⁹；其次，专利权客体从以往的微生物、动植物品种发展到今天的基因技术。对于基因技术专利，学者从“源”与“流”两个方面给予关注，既研究遗传资源的法律保护问题，认为在遗传资源之上应构建一个新型的特别的专有权，这种专有权既是生物技术知识产权的在先权利，也是生物体所有权的类似权利，⁷⁰也探讨了基因技术的可专利性问题，并对基因技术的保护范围、基因专利的排除领域以及生物信息技术软件和硬件的知识产权保护作了论述；⁷¹再次，域名作为数字化经营标记，则成为商业标记领域最新保护对象。对于域名保护问题，学者关注的焦点集中在域名的保护模式、权利属性及与商标权的冲突等领域。⁷²

第二：新的知识财产对传统知识产权范围的突破。这既表现在原来权项内容的拓展，如著作权领域出现的信息网络传播权、数据库作者权；也表现在新的财产权利的增加，如介乎著作权与工业产权之间的集成电路布图设计权，具有准专利性质的植物新

品种权。(1) 信息网络传播权。关于信息网络传播权,学者围绕我国《信息网络传播权保护条例》的出台所展开的理论研究,既有《条例》制定前的立法前瞻,也包括《条例》实施后的制度评价以及未来修法的建议。就前者而言,有学者认为,目前网络环境下,发展中国家更多地扮演“公众”的角色,著作权法中作者利益与公众利益的平衡演化成发达国家与发展中国家的利益平衡,合理使用制度也蕴含着发展中国家能在多大程度上合理利用发达国家的科学文化成果,这使得合理使用制度的内涵大大深化。⁷³有学者提出,网络出版既涉及著作权人和邻接权人的复制权,也与著作权人的信息网络传播权和邻接权人的向公众传播权直接相关,侵权的风险较大。⁷⁴有学者建议,网络传播权的保护应有利于著作权利益的实现,其权利限制则应有助于网络媒介及相关产业的发展。⁷⁵就后者来看,有学者建议现行《条例》应增加关于数字图书馆的权利限制条款,将数字化复制纳入规制的范围,并进一步完善网络服务商特别是P2P服务提供者的责任条款。⁷⁶

(2) 数据库保护。数据库可采取版权、技术措施、特殊权利抑或契约等保护模式。学者对此多有介绍,并从我国数据库产业发展现状出发,提出各自的立法建议。⁷⁷例如,有学者认为数据库保护应采用特殊权利模式,并建议确定相应的投资保护标准、规定强制许可、适当扩大合理使用的范围、规定数据库制作者的产品质量责任、规定数据库登记制度等等。⁷⁸(3) 集成电路布图设计权。集成电路布图设计在国外有“功能作品”之称,既不同于专利法所保护的外观设计,也不属于著作权意义上的图形作品,各国主要采取“工业版权”即布图设计专有权的保护模式。⁷⁹2001年,我国颁布并实施了《集成电路布图设计保护条例》。学者认为,该条例对集成电路布图设计的保护水平已经达到了国际标准,但这一立法模式在中国乃至世界其他国家都被集成电路布图设计权利人所冷落,其原因在于这一模式并不能满足权利人的需求。⁸⁰(4) 植物新品种权。由于以选育和杂交栽培为代表的传统生物技术特别是以基因工程为核心的现代生物技术在植物育种中有着重要的应用,植物新品种的培育和推广显现出重大的现实意义,其法律保护问题也为多数国家所重视。关于植物新品种权保护模式的选择、权利取得条件、保护范围、权利内容、权利限制等问题,我国学者都有系统的论述。⁸¹

第三,新的知识利用方式对传统知识产权规则的改变。新技术不仅带来知识产品利用的新途径,同时也要求法律制定相应的新规则。在网络版权领域,对保密技术措施的正当性、合理性考量,对网络作品传播者、消费者的责任界定,无一不是法律难题。

关于技术保护措施,学者多运用比较分析方法,介绍美国、欧盟及澳大利亚等国家或地区的法律规定,考察技术措施的主体、相关性、有效性及目的正当性等构成要件,探讨其与合理使用的关系,最终提出技术措施的合理性标准。⁸²关于网络版权的侵权救济,学者较多关注于网络服务商的间接侵权责任,既有关于侵权归责原则的论述,认为损害赔偿责任应在适用过错归责原则的基础上,补充适用过错推定归责原则,⁸³也包括对间接侵权的特征、类型以及构成要件的具体阐述;⁸⁴而在网络商标领域,法律则面临商标权地域性与因特网国际性的冲突,商标分类保护与网上商标权排他效力的矛盾。关于网络商标的使用与保护,学者从符号学、心理学等角度,分析商标法的基本范畴特别是商标的混淆与淡化理论⁸⁵,并重点关注域名与商标使用的冲突问题,⁸⁶继而探寻对网络环境下的商标使用进行司法保护的合理途径。⁸⁷

第四,新的知识权利观念对传统知识产权制度的动摇。生物技术的出现,使发现与发明的界限变得模糊,“专利只能授予发明而不能授予发现”的传统理论遭到了质疑。“传统资源权”概念的出现,使得人们在关注现有智力成果权利的同时,也要考虑传统智力资源的保护。就前者而言,有学者认为,专利保护的第一道门槛是可专利性问题,即是发明还是发现,是否涉及公序良俗问题抑或关系国家安全与公共利益。第二道门槛是专利的构成要件问题,即专利的新颖性、创造性和实用性。世界各国对于是否给予基因(包括人类基因)专利保护以及提供保护的条件与范围始终存在争议。基因技术是一个新的技术制高点,各国在基因专利保护问题上的态度,更多是基于国家相关产业利益的考量。⁸⁸就后者而言,有学者提出,遗传资源及其有关的传统知识,如果符合保护条件的,其本身即可取得知识产权,如专利权、植物新品种权;遗传资源及其有关的传统知识,对生物技术发明或新品种培育有重要价值,就其产权链接来说,遗传资源权或农民权往往是某些知识产权的在先权利。因此,我们可以在物权、知识产权以及其他专有权的相关法律框架内,对该类权利进行学理研究和制度构建。⁸⁹学者注意到,许多国家包括北美、西欧的一些发达国家认为现行知识产权制度原则上适用传统知识保护;而一些学者和非政府组织则强烈建议建立一种专门制度,即为适应传统知识的本质和特点而创设独立法律制度。⁹⁰有学者认为,中国与发展中国家应致力于制度创新,对传统资源采用与现行知识产权制度有别的保护机制,避开倾覆知识产权制度根基的法律变动。⁹¹

四、政策考量：知识产权制度战略化进程的推动

对于当代世界各国而言，知识产权战略既是对知识经济时代发展趋势的回应，也是解决社会重大发展问题的举措，其目的无一不是通过知识产权制度来提升知识创新能力，形成核心竞争力，实现社会经济跨越式发展。对于中国而言，中国虽属发展中国家，但在经济、科技和社会发展的某些领域已取得明显进步，对知识产权制度有较大需求，对知识产权保护也具备一定调适能力。这是制定知识产权战略的国情基础。同时，中国资源有限，人均占有率较低，不能走资源耗费型的发展道路；对外技术依存度高，也不可能走技术依赖型发展道路。不管是考虑西方国家维护其技术优势、限制高技术转让的基本立场，还是考虑自身经济安全、文化主权和科技发展的需要，中国都只能走提高知识创新能力、建设创新型国家的发展道路。这是实施知识产权战略的政策目标取向。因此，中国制定和实施知识产权战略势在必行。

2005年1月，国家知识产权战略制定工作正式启动。国家知识产权战略制定工作领导小组在全国范围内遴选出几百名知识产权领域的顶尖专家组成国家知识产权战略专家库，使之成为我国国家知识产权战略制定工作的智囊团。战略制定工作包括二十个专题的研究和《纲要》的制定，即“20+1”战略。《纲要》是国家知识产权战略的总论部分，20个专题研究则为《纲要》的制定提供研究基础和论证准备。

关于知识产权的公共政策属性。有学者认为，知识产权具有多重属性。从私人层面看，知识产权是知识财产私有的权利形式。世界贸易组织《知识产权协定》在其序言中宣示“知识产权为私权”，即以私权名义强调了知识财产私有的法律性质；而从国家层面看，知识产权是政府公共政策的制度选择。是否保护知识产权，对哪些知识赋予私人产权，采取什么水准保护知识产权，是一个国家根据现实发展状况和未来发展需要而作出的公共政策选择和安排。⁹²就知识产权制度、政策、战略三者的关系来看，知识产权制度是有关知识产权公共政策的重要组成部分，知识产权政策是国家为实现社会发展目标而制定的知识产权行动准则，而知识产权战略则是推行知识产权政策，实施知识产权制度的基本纲领。有学者提出，公共政策可以划分为元政策、基本政策、部门政策，不同效力的各项公共政策构成一个统一的政策体系。在元政策、基本政策、部门政策之间则存在着衍生与被衍生、统摄与被统摄的关系。国家知识产权战略属于我国知识产权公共政策元政策，或者叫做总政策（或称总路线、总方针），是政策体系中具有统摄性的政策，对其他各项政策起指导和规范的作用，是政策主体用以指导一定历

史时期全局性行动的高度原则性指针。⁹³

中国知识产权战略的制定与实施，是一个系统工程。根据知识产权的类别，战略内容主要包括专利战略、版权战略、商标战略等领域。对此，我国学者逐一进行了探索。关于专利战略，《国家专利战略研究》报告认为，国家专利战略是国家发展战略的一部分，是国家通过立法、行政、司法等手段行使公权力，创造良好的市场机制和法律环境，组织、引导、保护权利主体取得和使用专利权，激励创新、获得竞争优势、创造更多财富的政策、总体策划和措施。实施国家专利战略要以解决全局性、制度性和政策性的问题为着眼点，以提升竞争优势，提高国家的综合竞争力为目标。⁹⁴关于版权战略，有学者建议，要力争在国际版权谈判中的主导地位，建立健全保护民间文学艺术作品的法律法规；参照本国的经济文化发展水平，对不同作品在不同阶段采取不同的保护强度；以保护作品创作者利益为中心，加快有关著作权集体管理的立法；⁹⁵以提升版权产业国际竞争力为目标，加强文化创新，加大版权保护力度。⁹⁶关于商标战略，学者认为，我国应该树立名牌保护意识、推进名牌创建工程，⁹⁷实施质量战略、商标战略和名牌战略。⁹⁸

从战略的主体角度来看，战略体系可包括国家知识产权战略、地区知识产权战略、行业知识产权战略、企业知识产权战略四个方面。从国家层面来看，学者认为，国家知识产权战略是政府以国家的名义，通过制度配置和政策安排对知识资源的创造、归属、利用以及管理等进行指导和规制。⁹⁹从区域层面来看，有学者提出，应当充分利用各地的自然地理资源，以地理标志的保护形式确保特色产品的竞争优势；发挥产业集群的优势科技力量，开发自主知识产权；挖掘传统知识的商业价值，对民间文学艺术表达和传统技艺予以利用和保护。¹⁰⁰就行业知识产权战略来看，学者多借鉴典型国家特别是发达国家的行业战略经验，突出行业协会在行业战略制定与实施中的核心作用：对内发挥自律、引导职能，在对企业执行行业战略进行监督的同时，帮助和引导企业进行技术研发，不断提高国内同类企业产品的科技含量和市场竞争；¹⁰¹对外履行代表职责，将行业协会从注重管理和控制的行政角色，转变为一种具备协调功能、谈判功能和行业约束功能的经济共同体。¹⁰²而就企业知识产权战略而言，学者多以经济全球化、知识产权一体化为背景，综合运用法学、经济学和管理学等研究方法，对企业专利战略、商标战略、版权战略、商业秘密保护战略以及知识产权的控制与管理战略进行理论探讨和实证分析。¹⁰³关于四种战略之间的关系，学者认为，要做到国家的宏观战略与企业的微观战略相结合，行业间的战

略与地区间的战略相协调;国家战略是对地区战略、行业战略和企业战略制定和实施的指导方略,企业战略是对国家战略、地区战略、行业战略最终落实的基础,而行业、地区战略则是联系或指导其他战略的桥梁和纽带。¹⁰⁴

从战略的内容角度来讲,知识产权战略应该包括创造战略、保护战略、管理战略与运用战略这四大方面。¹⁰⁵知识产权战略应是一种以创造、运用、保护和管理为重要内容的整体战略,这不仅仅是法律问题,而更多的是与国家的科技政策、产业政策、文化政策、教育政策等公共政策相关联。为此,学者建议,中国应建立以知识产权为导向的公共政策体系,¹⁰⁶并从文化政策、财政政策、税收政策等方面提出促进国家知识产权战略实施的相关建议。¹⁰⁷

我国学者不仅对知识产权战略的制定给予理论支持,还于战略实施后及时提供相应的调整建议和绩效评价方法。2008年6月,国家知识产权战略纲要正式公布实施,这是中国知识产权法制建设30年来最后也是最为重要的成就。以此为标志,中国知识产权事业步入一个新的重要历史时期。然而,自2008年9月国际金融危机爆发以来,中国知识产权战略的实施出现了一个更为复杂的国际背景。学者建议,在这种特殊环境下,我们要充分认识传统发展模式之“危”,更要清醒看到科学发展方式之“机”。在化“危机”为“胜机”的过程中,要特别强调知识产权战略实施的质量和效益。中国现在是专利申请大国和商标申请大国,但远远不是专利强国,更不是品牌强国。因此,我们要特别强调知识产权战略实施的政策目标,更多地自主知识产权的质量上下功夫,而不能片面在知识产权的数量上做文章:一是提高专利技术的有效应用率和专利产品的附加值。二是提高国际知名品牌的增长率和知名品牌的国际市场影响力。三是提高文化产品的国际市场占有率和版权产业对经济发展的贡献率。¹⁰⁸关于国家知识产权战略实施的效果评价,学者认为不仅要考察国家科研投入,还应衡量企业研发投入,并将提高国际竞争力作为战略重要目标¹⁰⁹;可以运用综合评价方法,设计一套“知识产权战略实施的综合评价指数”。该指数包含知识产权制度建设、知识产权规则运用、知识产权资源创造、知识产权资源运营和市场主体状况等6个一级指标及其下的4项二级指标和65项三级指标;¹¹⁰也可以针对我国知识产权战略实施的软环境提出了一套评价指标体系,该体系将每年新增法律、法规和每年新增的知识产权政策作为评价知识产权法律和政策的主要指标。¹¹¹截至目前,已有学者运用定性分析、定量分析、比较分析和案例分析的方法,在考察中国各区域的知识

产权发展水平和差异的基础上,对中国内地31个省、市、自治区的知识产权发展状况进行了客观的测度和评价,并归纳和研究中国知识产权发展中存在的主要问题,从而提出了推进中国知识产权战略实施的相应政策建议。¹¹²

五、实践参与:知识产权应用性研究水平的提高

我国知识产权研究面临着两大任务:一是构建知识产权制度的基础理论体系,二是关注知识产权制度建设的现实问题。因此,知识产权的学术研究,既不能坐而论道,也不能就事论事,而应是学理研究和应用研究两者的结合。知识产权术用研究要以一定的学理为指引,缺乏深厚学理的应用研究,就没有可持续发展的学术生命基础;但是,知识产权学理研究又必须以应用为目标,纯粹的理论探究而失去应用目的,就没有常青的学术生命活力。30年来,我国知识产权学者不仅从事学理研究,也开展术用研究,藉此推动中国知识产权法律制度的完善;既关注制度的立法构建,也重视法律的解释与使用,致力于解决现实生活中的知识产权问题。

在知识产权立法的过程中,学者们积极参与,发挥了专家立法的作用。知识产权学者曾参与了我国《著作权法》、《专利法》和《商标法》、《反不正当竞争法》、《计算机软件保护条例》、《信息网络传播权保护条例》等法律法规的起草和修订工作。他们所提出的许多意见和建议都被国家立法机关采纳。例如,在我国现行合同法的起草过程中,有学者呼吁:“版权合同的许多特点,使其不宜纳入合同法中;商标合同正相反,其特点之少使得合同法中完全没有必要专列‘商标合同’分则;专利合同虽可纳入‘技术合同’一章,但宜突出‘专利单行法律、法规的规定与合同法不同者,依其规定’”。¹¹³这一意见已为最终出台的合同法所接受。在上世纪90年代末启动的民法典起草工作中,有学者提出,民法典应仅对知识产权作一般规定,但单行法依然保留。如此立法样式,在适用法律方面较为方便,也不破坏民法典的审美要求。此外也有利于知识产权法律体系的系统化,减少其内部矛盾。¹¹⁴这一建议也为立法实践所采纳。

目前,我国《商标法》、《著作权法》新一轮修订工作已经全面展开,学者对本轮修法紧密关注,积极为立法机关建言献策。有学者提出,本轮修法要立足本土,顺应国际发展趋势,在实体规范上遵守国际公约关于最低保护标准的基本规定,在程序上借鉴国外立法先进经验,注重本土化与国际化的协调;要立足我国知识产权法律现状,应对新技术所带来的挑战;要围绕《国家知识产权战略纲要》关于“进一步完善知识产权法律法规”的政策目标,发

挥知识产权法对战略实施的基础和支撑作用。¹¹⁵就《著作权法》的修改而言,有学者提出要通过制度设计促使著作权内部整体化,做好著作权法与其他法律法规的衔接;¹¹⁶有学者认为要进一步明确著作权法中的作品的概念,将实用艺术作品和体育竞技表演作品纳入保护范围;¹¹⁷有学者认为要确定网络下载、私人复制、影印及复印是否属于“复制权”范围,保留计算机软件“功能性复制”的例外,进一步明确发行权用尽的原则;¹¹⁸有学者认为要谨慎规定法定许可的内容,将其中能够由市场调整,但又不会影响公民信息获取权的情形规定为法定许可;¹¹⁹有学者建议要明确对于侵权损害赔偿实行过错责任原则,增加精神损害赔偿的规定;¹²⁰也有学者提出要界定保护作品完整权的内容,明确未来作品的转让和许可使用问题。¹²¹就《商标法》的修改而言,有学者认为,本次商标修法要把握修法重点,在程序优化、权益冲突的协调以及对商标权的保护方面多做文章;¹²²有学者建议,《商标法》修改应强调维护市场公平竞争,要在商标法第1条中增加“维护市场公平竞争”之规定;¹²³有学者提出,《商标法》修改应将调整对象从“注册商标法律关系”调整为“商标法律关系”,将保护范围由“商标专用权”修改为“商标权”;¹²⁴也有学者表示,商标和各种标识应统一于《商标法》体系内,并将现行《商标法》的名称改为《商标和其他标识法》。¹²⁵

学术研究对立法的影响既导源于学者对立法的直接参与,也来自于立法者对理论的吸收与应用。例如,郑成思教授所著的《版权法》一书,对我国《著作权法》的起草和修订带来重要影响;¹²⁶吴汉东教授等著的《知识产权基本问题研究》一书,也为我国政府部门和立法机关所认可。¹²⁷近年来,学者在探讨基本理论的同时,也注重对现行知识产权法律进行制度评价,并提出相应的立法建议。关于中国现行知识产权保护整体水平的定位问题,学者之间存有分歧。有人认为,中国知识产权保护水平不是太高,而是远远不够;¹²⁸有人认为,我国在知识产权保护问题上存在着“超国际标准”问题,即现行知识产权保护的一些规定,不适当地超出国际公约的相关要求;¹²⁹也有人认为,根据定量分析,中国知识产权保护水平早在1993年就已经超过部分发达国家得分达到3.190;至2001年,得分则为4.19,已超过绝大多数发达国家和发展中国家(略逊于美国知识产权保护水平得分的4.52)。¹³⁰还有人认为,确定中国知识产权保护水准,应结合国际因素和国内因素综合考量。从国际层面,与国际公约所规定的最低保护标准相比,我国知识产权保护水平不低。与发达国家知识产权立法相比,我国知识产权保护水准尚有一定差距;从国内层面,知识产权保护水平

逐步提高,但存在行业、区域方面的不平衡。¹³¹关于具体知识产权制度的完善,近来已有专门著作对我国专利权法、著作权法、商标法、集成电路布图设计保护条例等法律法规作出立法评价,探讨各种制度存在的问题,并提出相应的立法建议;¹³²也有相关论文,以知识产权法的个别制度为研究对象,分析现行法律规范的缺陷,论证相应的立法对策。例如,有学者建议,在信息网络时代,应该重塑广播组织权利保护制度;¹³³有学者认为,我国专利实施的强制许可规范存在概念模糊、盲区太多、操作性不强等问题,需要进一步细化和整合;¹³⁴有学者运用比较分析方法,为专利权与商标权确权机制的改革探索思路;¹³⁵有学者结合司法实践剖析各种商标混淆类型,为我国商标侵权制度的完善提供参考。¹³⁶

我国知识产权学者并不止步于对现行制度的反思与建构,还积极从事学理解释研究,参与司法解释活动,并及时回应实践中的知识产权难题。在学理解释方面,有学者对现行著作权法、专利法、商标法及其实施条例的法律条文逐一进行说明;¹³⁷有学者则对知识产权个别法律条文进行阐释。¹³⁸在参与司法解释活动方面,例如,最高人民法院在《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》(2009年4月23日颁布)出台前,就曾委托相关研究单位就该解释涉及的问题进行研究,并草拟解释文本;2008年9月5日,在最高法院知识产权庭主办的知识产权侵权调研课题的成果论证会上,知识产权学者提出,所谓归责原则中的“责”是指损害赔偿之责,也就是传统的侵权损害赔偿之债。绝对权请求权不存在过错或无过错归责原则的问题,侵权责任法可以不严格区分绝对权请求权和损害赔偿请求权,但要明确侵权人有过错的,才应当承担赔偿责任。¹³⁹在回应知识产权现实事件方面,2008年10月21日,“微软黑屏”事件爆发后,国内知识产权研究机构多次召开专家座谈会,对该事件所涉及的知识版权问题进行研讨,与会专家纷纷发表自己的看法。¹⁴⁰针对近年来出现的“山寨文化”现象,知识产权学者们纷纷发表看法,国内大型的知识产权学术会议也涉及对该问题的研讨。¹⁴¹

结语：

30年来,中国知识产权学者秉承“学必借术以应用,术必以学为基本”的研究理念,运用多元的研究方法,探讨知识产权的基本理论问题和实践问题,取得了长足的进步。总体而言,学者对知识产权基础理论的研究,历经80年代的初探、90年代的反思至新世纪初的再认识,已渐趋成熟;对知识产权国际化趋势的关注,聚焦于Trips协议实施所引发的东

西方利益失衡、知识产权与人权冲突和传统资源保护带来的制度变革等问题，愈见主动；对知识产权现代化诉求的回应，直面网络技术和基因技术对现行知识产权制度的各种挑战，渐显及时；对知识产权战略化工程的推进，涉及战略制定与实施的各个环节，着力跟进；对知识产权制度完善和法律应用的推动，有立法建议也有学理解释，更谓功不可没。中国知识产权研究已经步入学理分析和术用研究并行的双重轨道。

展望未来，中国知识产权研究面临新的挑战。经济全球化进程不断加快，进入后TRIPs时代的西方国家，基于各自的立场，对于知识产权利益的协调与分享提出了新的要求，中国作为一个发展中

大国，如何在知识产权国际谈判中争取更多的话语权？知识革命愈演愈烈，网络技术、基因技术呼唤知识产权制度的现代化，如何在以制度创新促进文化、技术创新的同时，维系本国相关产业的利益？国家知识产权战略的实施全面展开，中国知识产权事业正处于一个新的重要历史时期，如何更好地运作知识产权制度，充分实现“法”的成效，以此作为创新型国家建设的制度支撑？知识产权体系化、法典化活动已初见端倪，知识产权制度模式经历了从单行立法、编民法典到专门编纂法典的过程，如何提高我国知识产权制度的体系化水平，并在未来的法典化进程中作出理性选择？这些问题成为未来中国知识产权研究的重点和难点。

注释

- 1 如《著作权合理使用制度研究》一书对著作权合理使用的论述即涉及历史学、法哲学、经济学、比较法学和宪法学等领域。参见吴汉东著：《著作权合理使用制度研究》，中国政法大学出版社1996年版。
- 2 代表性的作品有龙文懋著：《知识产权法哲学初论》，人民出版社2003年版；吴汉东：法哲学家对知识产权法的哲学解读，载《法商研究》2003年第5期；曹新明：知识产权法哲学理论反思，载《法制与社会发展》2004年第期；冯晓青著：《知识产权法哲学》中国人民公安大学出版社2003年版；饶明辉著：《当代西方知识产权理论的哲学反思》，科学出版社2008年版。
- 3 代表性的作品吴汉东：利弊之间——知识产权制度的政策科学分析，载《法商研究》2006年第5期；孔祥俊：论裁判的逻辑标准与政策标准——以知识产权法律适用问题为例，载《法律适用》2007年第9期；刘华、孟奇勋：公共政策视阈下的知识产权利益集团运作机制研究，载《法商研究》2009年第4期。
- 4 代表性的作品有曹新明：知识产权制度伦理性初探，载《江西社会科学》2005年第7期；孙国平、孙磊：关于授予基因专利的伦理与立法讨论，载《法律与医学杂志》，2003年第3期；彭立静：论知识产权制度的伦理合理性，载《南华大学学报》2003年第5期；胡波：专利法的伦理基础，载《法制与社会发展》2008年第2期。
- 5 代表性的作品有陈昌柏著：《知识产权经济学》北京大学出版社2003版；吴汉东：关于知识产权基本制度的经济学思考，载《法学》2000年第4期；林秀芹：从法律经济学的角度看专利制度的利弊，载《现代法学》2004年第4期；李轩：传统医药知识产权保护：制度经济学视角，载《制度经济学研究》2007年第1期；彭学龙：经济学方法在商标法学教研中的运用，载《电子知识产权》2008年第3期。
- 6 代表性的作品有朱雪忠主编：《企业知识产权管理》，知识产权出版社2007年版；蒋坡主编：《知识产权管理》，知识产权出版社2007年版；张平、马骏著：《标准化与知识产权战略》，知识产权出版社2005版；何敏主编：《企业知识产权管理战略》，法律出版社2007年版。
- 7 代表性的作品有吴汉东：知识产权 vs. 人权：冲突、交叉与协调，载《台湾法令期刊》2003年8月号；张乃根：论TRIPS协议框架下知识产权与人权的关系，载《法学家》2004年第4期；郑万青著：《全球化条件下的知识产权与人权》，知识产权出版社2006年版。
- 8 代表性的作品有赵秉志主编：《中国知识产权的刑事法保护及对欧盟经验的借鉴》，法律出版社2006年版；姜伟主编：《知识产权刑事保护研究》，法律出版社2004年版；
- 9 代表性的作品有王先林著：《知识产权与反垄断法》，法律出版社2001年版；李建伟著：《创新与平衡：知识产权滥用的反垄断法规制》，中国经济出版社2008年版。
- 10 代表性的作品有张耕：《知识产权民事诉讼研究》法律出版社2004年版；张广良主编：《知识产权民事诉讼热点专题研究》知识产权出版社2009年版；孙海龙、姚建军著：《知识产权审判研究》，人民法院出版社2008年版；程永顺著：《中国专利诉讼》，知识产权出版社2005年版。
- 11 重要著述如：李雨峰著：《枪口下的法律——中国版权史研究》，知识产权出版社2006年版；赵元果主编：《中国专利法的孕育与诞生》，知识产权出版社2003年版；左旭初著：《中国商标法律史》，知识产权出版社2005年版。
- 12 重要著述有：吴汉东：中国区域著作权制度比较研究，载《中国社会科学》1998年第4期；郑成思著：《版权法》，中国人民大学出版社1990年版；吴汉东、曹新明、王毅、胡开忠著：《西方诸国著作权制度研究》中国政法大学出版社1998年版；张玉敏主编：《中国欧盟知识产权法比较研究》，法律出版社2006年版；胡开忠编著：《知识产权法比较研究》，中国人民公安大学出版社2004年版。
- 13 郑成思著：《知识产权法通论》，法律出版社，1986年版。
- 14 吴汉东、闵锋著：《知识产权法概论》，中国政法大学出版社1987年版。
- 15 吴汉东：关于知识产权若干理论问题的思考，载《中南政法学院学报》1988年第1期。
- 16 参见郑成思主编：《知识产权法教程》，法律出版社1993年版，第1页；黄勤南主编：《新编知识产权法教程》，中国政法大学出版社1995年版，第1页。
- 17 刘春田主编：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社1995年版，第1页。
- 18 吴汉东主编：《知识产权法学》，北京大学出版社1999年版，第1页。
- 19 张玉敏主编：《知识产权法教程》，西南政法大学出版社2001年版，第1页。
- 20 郑成思主编：《知识产权法教程》，法律出版社1993年版，第45页。
- 21 吴汉东主编：《知识产权法学》，北京大学出版社1999年版，第12页。
- 22 刘春田：知识财产权解析，载《中国社会科学》2003年第4期；刘春田主编：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社1995年版，第4页。
- 23 参见吴汉东主编：《知识产权法学》，北京大学出版社1999年版，第2页；张玉敏主编：《知识产权法教程》，西南政法大学出版社2001年出版，第14页。
- 24 吴汉东：财产的非物质化革命与革命的非物质财产法，载《中国社会科学》，2003年第4期；吴汉东：关于知识产权本体、主体与客体的重新认识，载《法学评论》2000年第5期。
- 25 吴汉东：知识产权的私权与人权属性，载《法学研究》2003年第3期；吴汉东：关于知识产权私权属性的再认识，载《社会科学》2005年第10期。
- 26 参见杨才然：知识产权法的正义价值取向，载《电子知识产权》2006年第7期。
- 27 参见刘华：知识产权制度的效益及实证分析，载《黄冈师范学院学报》2001年第2期。
- 28 参见吴汉东：《著作权合理使用制度研究》，中国政法大学出版社1996年版，第18页。
- 29 参见冯晓青：《知识产权法利益平衡理论》，中国政法大学出版社2006年版。
- 30 参见刘春茂主编：《中国民法学·知识产权》，中国人民公安大学出版社1997年版，第2-4页。
- 31 参见刘春田主编：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社1995年版，第3页。
- 32 参见吴汉东主编：《知识产权法》，中国政法大学出版社1999年版，第2页；张玉敏主编：《知识产权法教程》，西南政法大学2001印行，第14页。

- 33 郑成思著：《版权法》，中国人民大学出版社 1990 年版。
- 34 李琛著：《论知识产权法的体系化》，北京大学出版社 2005 年版；吴汉东等著：《知识产权基础理论研究》，知识产权出版社 2009 年版。
- 35 参见张玉敏、王智斌：论我国民法典设置知识产权编的理由及基本构想——以概括式立法为目标模式，载《甘肃社会科学》2005 年第 5 期。
- 36 参见曹新明：论知识产权冲突协调原则，载《法学研究》1999 年第 3 期。
- 37 参见吴汉东：国际化、现代化与法典化：中国知识产权制度的发展道路，载日本北海道大学《知识财产法政策研究》，2004 年第 4 号。
- 38 黄勤南主编：《新编知识产权法教程》，中国政法大学出版社 1995 年版，第 448 页。
- 39 郑成思主编：《知识产权法教程》，法律出版社 1993 年版，第 112 页。郑成思：临摹、独创性与版权保护，载《法学研究》1996 年第 2 期。
- 40 刘春田主编：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 1995 年版，第 250 页。
- 41 刘剑文主编：《现代中国知识产权法》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 289 页。
- 42 吴汉东：《知识产权保护论》，载《法学研究》2000 年第 1 期。
- 43 刘波林等：《侵害著作权的过错责任》，载《著作权》1996 年第 4 期。
- 44 郑成思：《侵害知识产权的无过错责任》，载《中国法学》1998 年第 1 期。
- 45 参见吴汉东：《知识产权保护论》，载《法学研究》2000 年第 1 期。蒋志培：《TRIPS 肯定的知识产权侵权赔偿的归责原则和赔偿原则》，载《法律适用》（国家法官学院学报）2000 年第 10 期。
- 46 曹建明等著：《世界贸易组织》，法律出版社 1999 年版，第 312 页。
- 47 参见吴汉东：后 Trips 时代知识产权制度的变革与中国的应对方略，载《法商研究》2005 年第 5 期。
- 48 郑成思：国际知识产权保护和我国面临的挑战，载《中国专利与商标》2007 年第 1 期。
- 49 参见刘笋：《知识产权国际造法新趋势》，载《法学研究》2006 年第 3 期。
- 50 参见吴汉东：知识产权国际保护制度的变革与发展，载《法学研究》2005 年第 3 期；张乃根：《论 TRIPS 协议框架下知识产权与人权的关系》，载《法学家》2004 年第 4 期。
- 51 参见吴汉东：《知识产权 vs. 人权：冲突、交叉与协调》，载台湾《法令月刊》，2003 年 8 月号。
- 52 参见赖洪川、赵瑞华：论版权保护与言论自由的平衡与冲突，载《暨南学报》2005 年第 4 期。
- 53 参见冯晓青、魏衍亮：互联网上言论自由权与版权关系之述评，载《北大法律评论》2001 年第 4 卷第 2 辑，第 513—533 页。
- 54 张新宝著：《隐私权的法律保护》，群众出版社 1997 年版，第 26 页。
- 55 鲁俊渝：信用卡数据库营销中个人信息的法律保护探讨，载《法制与社会》2007 年第 4 期。
- 56 高胜：《正义是社会制度的首要价值》，载《中国对外贸易》2002 年第 4 期。
- 57 冯洁菡著：《公共健康危机与 WTO 知识产权制度的改革：以 TRIPs 协议为中心》，武汉大学出版社 2005 年版。
- 58 夏旭东等主编：《世界人权纵横》，时事出版社 1993 年版，第 116 页。
- 59 吴汉东：知识产权国际保护制度的变革与发展，载《法学研究》2005 年第 3 期。
- 60 黄玉烨：论非物质文化遗产的私权保护，载《中国法学》2008 年第 5 期；黄玉烨著：《民间文学艺术的法律保护》，知识产权出版社 2008 年版。
- 61 管育鹰著：《知识产权视野中的民间文艺保护》，法律出版社 2006 年版。
- 62 严永和著：《论传统知识的知识产权保护》，法律出版社 2006 年版。
- 63 丁丽瑛著：《传统知识保护的权利要求设计与制度构建：以知识产权为中心》，法律出版社 2009 年版。
- 64 吴汉东：关于遗传资源客体属性与权利形态的民法学分析，载《月旦民商法杂志》2006 年第 4 期；张玉敏：民间文学艺术法律保护模式的选择，载《法商研究》2007 年第 4 期；曹新明：非物质文化遗产保护模式研究，载《法商研究》2009 年第 2 期；朱雪忠：传统知识的法律保护初探，载《华中师范大学学报》2004 年第 3 期；李顺德：非物质文化遗产的法律界定及知识产权保护，载《江西社会科学》2006 年第 5 期。
- 65 吴汉东：文化多样性的主权、人权与私权问题分析，载《法学研究》2007 年第 6 期。
- 66 参见龙文：《论传统知识产权的实现形式》，载《专利法研究》（2004），知识产权出版社 2004 年版。
- 67 李明德：网络环境中的版权保护，载《环球法律评论》2001 年春季号；李顺德：网络环境对版权保护提出的新问题，载《环球法律评论》2001 年春季号；彭学龙：“复制”版权之反思与重构，载《知识产权》2005 年第 1 期。
- 68 王迁著：《网络版权法》，中国人民大学出版社 2008 年版。
- 69 吴伟光著：《数字技术环境下的版权法危机与对策》，知识产权出版社 2008 年版。
- 70 吴汉东：关于遗传资源客体属性与权利形态的民法学分析，载台湾《月旦民商法杂志》2006 年第 4 期；
- 71 胡开忠：高新技术发展中的知识产权制度现代化，载《法商研究》2005 年第 5 期；黄玉烨：基因技术的可专利性与投资保护，载《律师世界》2001 年第 11 期；张玉敏、焉海生：基因序列的可专利性分析，载《中国专利与商标》2003 年第 2 期；朱雪忠、常俊丽、何光源：生物信息技术的知识产权保护初探，载《知识产权》2006 年第 1 期。
- 72 王莲峰：网络域名的有关问题研究，载《郑州大学学报》2000 年第 6 期；薛虹：迷失在网络空间的商标——域名与商标保护，载《国际贸易》1999 年第 2 期；陶鑫良：商业域名、商业域号的知识产权保护，载《中华商标》2001 年第 5 期。
- 73 吴汉东、肖尤丹：网络传播权与网络时代的合理使用，载《科技与法律》2004 年第 4 期。
- 74 李顺德：网络出版与信息网络传播权，载《科技与出版》2004 年第 2 期。
- 75 张今：网络传播权立法的价值取向，载《法律适用》2005 年第 1 期。
- 76 吴汉东主编：《中国知识产权制度评价与立法建议》，知识产权出版社 2008 年版。
- 77 陈传夫：《信息资源公共获取与知识产权保护》北京图书馆出版社 2007 年版；李顺德：数字图书馆与知识产权保护，载《图书情报工作》2002 年第 12 期。
- 78 李扬：《数据库法律保护研究》，中国政法大学出版社 2004 年版。
- 79 参见吴汉东主编：《知识产权法》，北京大学出版社 1999 年版。
- 80 郭禾：中国集成电路布图设计权保护述评，载《知识产权》2005 年第 1 期。
- 81 参见吴汉东等著：《知识产权基本问题研究》，中国人民大学出版社 2009 年版。
- 82 薛虹：从美国的数字化版权立法看我国的技术措施保护，载《中国专利与商标》1999 年第 2 期；王迁：对技术措施立法保护的比较研究，载《知识产权》2003 年第 2 期；张耕：略论版权的技术保护措施，载《现代法学》2004 年第 2 期；冯晓青：技术措施与著作权保护探讨，载《法学杂志》2007 年第 4 期。
- 83 参见吴汉东：试论知识产权的“物上请求权”与侵权赔偿请求权，载《法商研究》2001 年第 5 期。
- 84 参见王迁、王凌红著：《知识产权间接侵权研究》，中国人民大学出版社 2008 年版。
- 85 彭学龙：商标法基本范畴的符号学分析，载《法学研究》2007 年第 1 期；彭学龙：商标法基本范畴的心理学分析，载《法学研究》2008 年第 2 期。
- 86 黄晖：网上正名——解决域名与商标冲突三原则，载《国际贸易》2000 年第 9 期；邓文莉：论计算机网络域名侵犯商标权纠纷及其解决，载《南华大学学报》2002 年第 1 期；蔺建平、高茹：网络域名与商标冲突原因及解决策略研究，载《河北法学》2006 年第 12 期。
- 87 蒋志培：中国对网络环境下著作权和商标权的司法保护，载《信息安全》2006 年第 3 期；黄武双、李进付：从售中“混淆”到“初始利益混淆”——利益平衡视角下的网络搜索关键词商标侵权认定，载《中华商标》2007 年第 10 期；邓宏光、周园：网络商标侵权的新近发展，载《重庆社会科学》2008 年第 5 期。
- 88 参见张平：生物医学领域中的知识产权保护，载《北京大学学报》2007 年第 1 期。
- 89 参见吴汉东：知识产权国际保护制度的变革与发展，载《法学研究》2005 年第 3 期。
- 90 参见朱雪忠：《传统知识的法律保护初探》，载《华中师范大学学报》2004 年第 3 期；宋红松：《传统知识与知识产权》，载《电子知识产权》2003 年第 3 期。
- 91 参见吴汉东：后 Trips 时代知识产权制度的变革与中国的应对方略，载《法商研究》2005 年第 5 期。
- 92 参见吴汉东：知识产权本质的多维度解读，载《中国法学》2006 年第 5 期。
- 93 彭茂祥：我国知识产权公共政策体系的构建，载《知识产权》2006 年第 5 期。
- 94 杨林村等著：《国家专利战略研究》，知识产权出版社 2006 年版。本书是科技部知识产权事务中心承担的科技部重大课题。
- 95 参见胡开忠：入世后中国版权国际化的战略调整，载《法商研究》2004 年第 4 期。
- 96 参见吉阳等：国家竞争优势理论与我国版权贸易竞争力，载《中国出版》2006 年第 5 期。

吴
汉
东徐
瑾马
治
国陈
传
夫李
正
华李
顺
德李
正
华范
晓
波寿
步刘
春
田张
玉
臣王
兵马
忠
法丁
建
新

- 97 参见闫宝忠：谈商标战略与名牌工程，载《中国工商管理研究》2000年第2期。
- 98 郭克莎：名牌战略、质量战略、商标战略，载《经济管理》1996年第8期。
- 99 吴汉东：国际变革大势与中国发展大局中的知识产权制度，载《法学研究》2009年第2期。
- 100 刘华、黄光辉：《论我国的知识产权地域性战略》，载《科技与法律》，2005年第1期。
- 101 于文萍：《政府、行业协会、企业在知识产权保护中的作用》，载于《内蒙古师范大学学报》2002年第31卷2期。
- 102 丁道勤：《论我国行业协会的缺位——兼议中国DVD企业反诉3C专利费案》，载于《电子知识产权》2005年2期。
- 103 张平、马骁著：《标准化与知识产权战略》，知识产权出版社2002年版；冯晓青著《企业知识产权战略》2008年版；朱雪忠主编：《企业知识产权管理》，知识产权出版社2007年版。
- 104 参见吴汉东：中国知识产权的国际战略选择与国内战略安排，载《法制日报》2005年12月15日第12版。关于区域知识产权战略之间的协调，参见朱雪忠著：《知识产权协调保护战略》，水利水电出版社2005年版。
- 105 具体内容参见国家保护知识产权工作组编：《领导干部知识产权读本》，人民出版社2006年版。
- 106 参见吴汉东：中国应建立以知识产权为导向的公共政策体系，载《中国发展观察》2007年第5期。
- 107 参见刘华：文化政策视阈下我国知识产权文化发展研究，载《华中师范大学学报》2009年第2期；王保安：积极运用财政政策、促进国家知识产权战略，载《中国资产评估》2007年第12期；李军波等：促进我国企业自主知识产权开发政策研究——一个税收激励的视角，载《科学管理研究》2007年第6期。
- 108 吴汉东：国际金融危机下的中国知识产权战略实施，载《中国知识产权报》2009年5月15日。
- 109 陈昌柏：《借鉴国际经验设置我国知识产权战略评价指标》，载《中国发展观察》2007年第5期。
- 110 郭民生：《知识产权战略实施的综合评价指数》，载《知识产权》2009年第1期。
- 111 孟奇勋、黎运智：《我国知识产权战略实施软环境评价指标研究》，载《电子知识产权》，2008年第6期。
- 112 参见王正志主编：《中国知识产权指数报告》，知识产权出版社2009年版。
- 113 参见郑成思：《合同法》与知识产权法的相互作用，载《法律适用》2000年第1期。
- 114 参见吴汉东：知识产权立法体例与民法典编纂，载《中国法学》，2003年第1期。
- 115 吴汉东：国际变革大势与中国发展大局中的商标法修改，载《法制日报》2009年9月6日；关于著作权法修订的意见参见http://www.iprcn.com/view_xz.asp?idname=2094，2009年9月28日登陆。
- 116 参见郭禾等：著作权法和相关法律、法规的关系，载《著作权法第二次修改调研报告》，2008年9月。
- 117 参见曹新明：关于著作权客体问题的调研报告，载《著作权法第二次修改调研报告》，2008年9月。
- 118 参见单晓光等：关于著作权人权利的完善，载《著作权法第二次修改调研报告》，2008年9月。
- 119 参见张今：著作权法修订中的法定许可制度，载《著作权法第二次修改调研报告》，2008年9月。
- 120 参见曹新明：著作权侵权赔偿和法律责任问题，载《著作权法第二次修改调研报告》，2008年9月。
- 121 参见张玉敏：著作权许可使用、转让、质押合同研究，载《著作权法第二次修改调研报告》，2008年9月。
- 122 吴汉东：国际变革大势与中国发展大局中的商标法修改，载《法制日报》2009年9月6日。
- 123 张玉敏：《商标法》修改应强调维护市场公平竞争，载《法制日报》2009年9月6日。
- 124 邓宏光：《商标法》调整对象之调整，载《法制日报》2009年9月6日。
- 125 王莲峰著：《商业标识立法体系化研究》，北京大学出版社2009年版。
- 126 2008年，该书获得中国法学会评选的首届中国法学成果奖一等奖。
- 127 2007年，该书获得首届中国出版政府奖图书奖，是当年获得该奖项的唯一一部法学著作。
- 128 郑成思：中国知识产权保护现状与定位问题，载《今日中国论坛》2005年第1期。
- 129 张玉敏等著：《知识产权法》，中国人民大学出版社，2009年版。
- 130 韩玉雄等：《关于中国知识产权保护水平的定量分析》，载《科学学研究》2005年第3期。
- 131 参见吴汉东：中国知识产权法制建设的评价与反思，载《中国法学》2009年第1期。
- 132 如吴汉东主编：《中国知识产权制度评价与立法建议》，知识产权出版社2008年版。
- 133 胡开忠：信息技术发展与广播组织权利保护制度的重塑，载《法学研究》2007年第5期。
- 134 陶鑫良：《专利法》第三次修改后的强制许可规范，载《电子知识产权》2009年第3期。
- 135 李明德：专利权与商标权确权机制的改革思路，载《华中科技大学学报》，2007年第5期。
- 136 彭学龙：商标混淆类型分析与我国商标侵权制度的完善，载《法学》2008年第5期。
- 137 如徐玉麟主编：《中华人民共和国商标法释义》（中国法制出版社2002年版）、《中华人民共和国专利法释义》（中国法制出版社2000年版），李建国主编：《中华人民共和国著作权法条文释义》（人民法院出版社2001年版），董涛著：《中华人民共和国著作权法实施条例释义》（法律出版社2003年版）、《中华人民共和国专利法实施条例释义》（法律出版社2003年版）等。
- 138 如李扬：商标法中在先权利的知识产权法解释，载《法律科学》2006年第5期；赵铁妹等：从美国专利法规定的“Bolar Exception”引发的思考——兼评中国专利法第十一条的适用，载《知识产权》2008年第2期；刘平：解析委托作品著作权与企事业单位名称权的冲突——兼议《著作权法》第十七条的修改，载《电子知识产权》2003年第8期等。
- 139 详细内容参见http://zhejiang.ipr.gov.cn/ipr/zhejiang/info/Article.jsp?a_no=240948&col_no=377&dir=200809，2009年9月28日登陆。
- 140 中国人民大学知识产权中心、中南财经政法大学知识产权研究中心曾先后召开了“微软黑屏”事件专家讨论会。
- 141 2009年5月9日—10日在广州举办的“国家知识产权战略实施策略与绩效评价”国际研讨会，即将“山寨文化”作为会议讨论的一个专题。

中国制定并实施《国家知识产权战略纲要》



作者简介

徐 琰 暨南大学法学院教授、知识产权学院副院长，知识产权系主任

1962年5月生。广州市人大代表，广州市人大财经委员会委员。国家社会科学基金特别委托项目（08@zh003）。《贯彻科学发展观实施知识产权战略研究》首席专家。

1997.9-2001.9 北京大学法学院 博士

2003.6-2006.9中国社会科学院法学所博士后

专业领域：

主要研究领域为知识产权法学、法理学、法哲学（马克思主义宪政哲学）跨法学、管理学、法经济学等基础学科，从事知识产权教学和科研工作。知识产权法硕士生导师。技术经济与管理学博士生导师。提出了知识产权对价理论的理论框架。在《中国社会科学》、《中国法学》、《中外法学》等刊物发表论文多篇。

学术兼职：

中国法学会知识产权研究会常务理事，中国知识产权研究会理事、中国科技法研究会常务理事，广东知识产权法研究会副理事长、广东省法理学会副会长。上海经济与法律研究所特邀研究员

中国国务院于2008年6月5日颁布了《国家知识产权战略纲要》并立即开始实施，自今已一年有余。这是中国知识产权制度建设的又一个里程碑。本文主要介绍《纲要》出台的法律背景、《纲要》涉及的知识产权立法任务及实施一年来的情况。

《纲要》的制定，根源于中国知识产权立法的法律背景，就是说，战略纲要是建立在中国知识产权制度建设的基础上的。

中国知识产权制度建设为国家知识产权战略制定和实施奠定了基础。中国知识产权立法过程历经了20世纪70年代末到90年代初的初建、20世纪90年代初至21世纪初的发展、以及2001年中国加入世界贸易组织前后的完善三个阶段。在三十年的时间，完成了知识产权保护的全面立法工作。

第一阶段为制度初建阶段。中国从没有知识产权制度到保护知识产权基本制度经历了十年。从20世纪70年代末到90年代初，中国先后颁布了《商标法》、《专利法》、《著作权法》、《反不正当竞争法》等法律，并加入了一系列重要的知识产权国际公约。这些知识产权保护制度的颁布，使中国知识产权法律制度的基本框架初步完成。这是中国为加入WTO及加入WTO后为承诺所做的立法工作。

第二阶段为逐步完善阶段。从20世纪90年代初至21世纪初，中国在对已有知识产权法律规范进行逐步发展的同时，还颁布了《计算机软件保护条例》、《音像制品管理条例》、《植物新品种保护条例》、《知识产权海关保护条例》、《特殊标志管理条例》等知识产权法规，并颁布了一系列相关实施细则和司法解释，中国知识产权保护的法律制度不断趋于完善。

第三阶段为补充立法阶段。这一阶段在2001年中国加入世界贸易组织前后，为了适应加入世界贸易组织和社会主义市场经济建设的需要，对已有知识

产权法律法规和司法解释进行了全面修改，并补充颁布了《集成电路布图设计保护条例》和《奥林匹克标志保护条例》。立法目标是与《与贸易有关的知识产权协定》（即TRIPs协定）以及其他知识产权国际规则的接轨。各级相关政府部门和司法机关陆续出台一系列符合国际通行规则、门类比较齐全的部门规章、规范性文件和司法解释，保证了各项法律法规的有效执行。

这些立法工作为制定国家知识产权战略奠定了制度基础。

二

国家知识产权战略的制定是希望从国家层面全面保护知识产权，在全社会不同领域全面运行知识产权制度。由于中国建立知识产权制度的时间较短，其在激励科技和文化创新、规范市场竞争秩序等方面的作用还没有充分发挥，侵权、盗版等行为还时有发生。在这种情况下，中国政府启动了国家知识产权战略的制定工作，目的是为了发挥知识产权制度促进社会经济发展的作用。2005年初，制定国家知识产权战略的工作就摆上了国务院工作日程。

在2005年初，国务院成立了国家知识产权战略制定工作领导小组，启动了战略的制定工作，在“聚全国之力、凝全国之智”的工作思路下，一个由国家知识产权主管部门和各相关部门牵头的工作系统，在不长的时间内聚集了中国知识产权决策层、学术界和司法、企业、贸易领域的各路精英，历时3年左右，有30多个部门、数百位专家参与其中，完成了一部中国《国家知识产权战略纲要》。2008年4月9日，中国国务院温家宝总理主持召开国务院常务会议，审议并原则通过《国家知识产权战略纲要》。经进一步修改完善后，2008年6月5日，国务院印发《国家知识产权战略纲要》并颁布实施。

《国家知识产权战略纲要》作为实施国家知识产权战略的纲领性文件的发布，标志着中国实施国家

知识产权战略的正式启动。《国家知识产权战略纲要》的内容包括序言、指导思想和战略目标、战略重点、专项任务、战略措施等部分，共计65条，约7600字。《国家知识产权战略纲要》部署了实施知识产权战略的总体任务，确定了七大专项任务和九个方面的重点举措，将加快知识产权法制建设，改善知识产权保护状况，力争到2020年使中国成为知识产权创造、运用、保护和管理水平较高的国家。在体例上，国家知识产权战略的制定分为1个《纲要》和20个专题。《纲要》是知识产权战略的总论部分。专题一方面为《纲要》的制定提供必要的基础，另一方面在《纲要》的指导下进一步展开和深化。20个专题分别从知识产权战略的宏观问题、知识产权主要类别、知识产权法制建设、知识产权重要管理环节、知识产权重点行业等五个方面围绕知识产权的创造、运用、保护、管理展开研究。

三

值得关注的是，在中国国家知识产权纲要中，部署了未来五年内知识产权战略的重点内容和具体部署。

（一）完善知识产权制度。其中包括法律、行政法规的制定和完善。具体如下（1）进一步完善知识产权法律法规。及时修订专利法、商标法、著作权法等知识产权专门法律及有关法规。适时做好遗传资源、传统知识、民间文艺和地理标志等方面的立法工作。加强知识产权立法的衔接配套，增强法律法规可操作性。完善反不正当竞争、对外贸易、科技、国防等方面法律法规中有关知识产权的规定。

（2）健全知识产权执法和管理体制。加强司法保护体系和行政执法体系建设，发挥司法保护知识产权的主导作用，提高执法效率和水平，强化公共服务。深化知识产权行政管理体制改革，形成权责一致、分工合理、决策科学、执行顺畅、监督有力的知识产权行政管理体制。（3）强化知识产权在经济、文化和社会政策中的导向作用。加强产业政策、区域政策、科技政策、贸易政策与知识产权政策的衔接。制定适合相关产业发展的知识产权政策，促进产业结构的调整与优化；针对不同地区发展特点，完善知识产权扶持政策，培育地区特色经济，促进区域经济协调发展；建立重大科技项目的知识产权工作机制，以知识产权的获取和保护为重点开展全程跟踪服务；健全与对外贸易有关的知识产权政策，建立和完善对外贸易领域知识产权管理体制、预警应急机制、海外维权机制和争端解决机制。加强文化、教育、科研、卫生等政策与知识产权政策的协调衔接，保障公众在文化、教育、科研、卫生等活动中依法合理使用创新成果和信息的权利，促进创

新成果合理分享；保障国家应对公共危机的能力。

（二）促进知识产权创造和运用。具体要求：（1）运用财政、金融、投资、政府采购政策和产业、能源、环境保护政策，引导和支持市场主体创造和运用知识产权。强化科技创新活动中的知识产权政策导向作用，坚持技术创新以能够合法产业化为基本前提，以获得知识产权为追求目标，以形成技术标准而努力方向。完善国家资助开发的科研成果权利归属和利益分享机制。将知识产权指标纳入科技计划实施评价体系 and 国有企业绩效考核体系。逐步提高知识产权密集型商品出口比例，促进贸易增长方式的根本转变和贸易结构的优化升级。（2）推动企业成为知识产权创造和运用的主体。促进自主创新成果的知识产权化、商品化、产业化，引导企业采取知识产权转让、许可、质押等方式实现知识产权的市场价值。充分发挥高等学校、科研院所在知识产权创造中的重要作用。选择若干重点技术领域，形成一批核心自主知识产权和技术标准。鼓励群众性发明创造和文化创新。促进优秀文化产品的创作。

（三）、加强知识产权保护。修订惩处侵犯知识产权行为的法律法规，加大司法惩处力度。提高权利人自我维权的意识和能力。降低维权成本，提高侵权代价，有效遏制侵权行为。

（四）、防止知识产权滥用。制定相关法律法规，合理界定知识产权的界限，防止知识产权滥用，维护公平竞争的市场秩序和公众合法权益。另外，提出了要培育知识产权文化。具体措施：加强知识产权宣传，提高全社会知识产权意识。广泛开展知识产权普及型教育。在精神文明创建活动和国家普法教育中增加有关知识产权的内容。在全社会弘扬以创新为荣、剽窃为耻，以诚实守信为荣、假冒欺骗为耻的道德观念，形成尊重知识、崇尚创新、诚信守法的知识产权文化。

中国国家知识产权战略制定了知识产权的专项任务。具体在专利、商标、版权、商业秘密等，都制定了具体的专项目标和专项任务。

（一）专利。（1）以国家战略需求为导向，在生物和医药、信息、新材料、先进制造、先进能源、海洋、资源环境、现代农业、现代交通、航空航天等技术领域超前部署，掌握一批核心技术的专利，支撑中国高技术产业与新兴产业发展。（2）制定和完善与标准有关的政策，规范将专利纳入标准的行为。支持企业、行业组织积极参与国际标准的制定。

（3）完善职务发明制度，建立既有利于激发职务发明人创新积极性，又有利于促进专利技术实施的利益分配机制。（4）按照授予专利权的条件，完善专利审查程序，提高审查质量。防止非正常专利申

请。(5) 正确处理专利保护和公共利益的关系。在依法保护专利权的同时,完善强制许可制度,发挥例外制度作用,研究制定合理的相关政策,保证在发生公共危机时,公众能够及时、充分获得必需的产品和服务。

(二) 商标。(1) 切实保护商标权人和消费者的合法权益。加强执法能力建设,严厉打击假冒等侵权行为,维护公平竞争的市场秩序。(2) 支持企业实施商标战略,在经济活动中使用自主商标。引导企业丰富商标内涵,增加商标附加值,提高商标知名度,形成驰名商标。鼓励企业进行国际商标注册,维护商标权益,参与国际竞争。(3) 充分发挥商标在农业产业化中的作用。积极推动市场主体注册和使用商标,促进农产品质量提高,保证食品安全,提高农产品附加值,增强市场竞争力。(4) 加强商标管理。提高商标审查效率,缩短审查周期,保证审查质量。尊重市场规律,切实解决驰名商标、著名商标、知名商品、名牌产品、优秀品牌的认定等问题。

(三) 版权。(1) 扶持新闻出版、广播影视、文学艺术、文化娱乐、广告设计、工艺美术、计算机软件、信息网络等版权相关产业发展,支持具有鲜明民族特色、时代特点作品的创作,扶持难以参与市场竞争的优秀文化作品的创作。(2) 完善制度,促进版权市场化。进一步完善版权质押、作品登记和转让合同备案等制度,拓展版权利用方式,降低版权交易成本和风险。充分发挥版权集体管理组织、行业协会、代理机构等中介组织在版权市场化中的作用。(3) 依法处置盗版行为,加大盗版行为处罚力度。重点打击大规模制售、传播盗版产品的行为,遏制盗版现象。(4) 有效应对互联网等新技术发展对版权保护的挑战。妥善处理保护版权与保障信息传播的关系,既要依法保护版权,又要促进信息传播。

(四) 商业秘密。引导市场主体依法建立商业秘密管理制度。依法打击窃取他人商业秘密的行为。妥善处理保护商业秘密与自由择业、涉密者竞业限制与人才合理流动的关系,维护职工合法权益。

(五) 植物新品种。(1) 建立激励机制,扶持新品种培育,推动育种创新成果转化为植物新品种权。支持形成一批拥有植物新品种权的种苗单位。建立健全植物新品种保护的技术支撑体系,加快制订植物新品种测试指南,提高审查测试水平。(2) 合理调节资源提供者、育种者、生产者和经营者之间的利益关系,注重对农民合法权益的保护。提高种苗单位及农民的植物新品种权保护意识,使品种权人、品种生产经销单位和使用新品种的农民共同受益。

(六) 特定领域知识产权。(1) 完善地理标志保

护制度。建立健全地理标志的技术标准体系、质量保证体系与检测体系。普查地理标志资源,扶持地理标志产品,促进具有地方特色的自然、人文资源优势转化为现实生产力。(2) 完善遗传资源保护、开发和利用制度,防止遗传资源流失和无序利用。协调遗传资源保护、开发和利用的利益关系,构建合理的遗传资源获取与利益分享机制。保障遗传资源提供者知情同意权。(3) 建立健全传统知识保护制度。扶持传统知识的整理和传承,促进传统知识发展。完善传统医药知识产权管理、保护和利用协调机制,加强对传统工艺的保护、开发和利用。(4) 加强民间文艺保护,促进民间文艺发展。深入发掘民间文艺作品,建立民间文艺保存人与后续创作人之间合理分享利益的机制,维护相关个人、群体的合法权益。(5) 加强集成电路布图设计专有权的有效利用,促进集成电路产业发展。

(七) 国防知识产权。(1) 建立国防知识产权的统一协调管理机制,着力解决权利归属与利益分配、有偿使用、激励机制以及紧急状态下技术有效实施等重大问题。(2) 加强国防知识产权管理。将知识产权管理纳入国防科研、生产、经营及装备采购、保障和项目管理各环节,增强对重大国防知识产权的掌控能力。发布关键技术指南,在武器装备关键技术和军民结合高新技术领域形成一批自主知识产权。建立国防知识产权安全预警机制,对军事技术合作和军品贸易中的国防知识产权进行特别审查。

(3) 促进国防知识产权有效运用。完善国防知识产权保密解密制度,在确保国家安全和国防利益基础上,促进国防知识产权向民用领域转移。鼓励民用领域知识产权在国防领域运用。

四

中国国家知识产权战略颁布一年后,国家知识产权局向全世界发布了国家知识产权战略实施工作情况。自2008年6月5日国务院颁布《国家知识产权战略纲要》后,10月9日,国务院批复同意建立国家知识产权战略实施工作部际联席会议制度并召开了联席会议全体会议,国务院办公厅印发了《实施国家知识产权战略任务分工》,整个战略实施工作正式启动。经过了一年的实施工作。

(一)、联席会议成员单位高度重视战略实施工作

2009年以来,联席会议28个成员单位围绕《2009年国家知识产权战略实施推进计划》确定的240项工作任务积极工作。截至目前,已经开展和完成任务212项,制订修订有关知识产权法律法规27项,出台主要政策措施40项,开展执法行动15项,建立公共服务平台15个,同时开展了大量的知识产权宣传、人才培养和对外交流活动。具体体现在以下五

个方面：

(1) 加强组织领导，制定实施战略的配套政策。有关部门高度重视，认真研究部署战略实施工作。工业和信息化部、司法部、工商总局、知识产权局、总装备部专门成立了贯彻落实《纲要》领导机构，以加强对各领域实施知识产权战略的组织领导。司法部、农业部、国资委、工商总局、质检总局、广电总局、版权局、林业局、知识产权局、国防科工局、高法院、总装备部专门制定落实《纲要》的实施意见和具体工作方案，出台相关配套政策。例如，农业部积极制定《农业知识产权战略纲要》。工商总局制定并发布了《关于贯彻落实〈国家知识产权战略纲要〉，大力推进商标战略实施的意见》。总装备部研究制定《国防知识产权战略实施方案》。目前，已有至少十五个省指定了各省的知识产权战略纲要。

(2) 完善知识产权法律法规，营造良好知识产权法治环境。法制办、知识产权局完成了专利法第三次修订工作，同时抓紧开展《专利法实施条例》修订工作。法制办、广电总局、版权局正在开展《广播电台电视台播放录音制品支付报酬办法》的制定工作，并启动了付酬情况测算工作。卫生部启动《卫生知识产权管理办法》修订工作，研究起草《医药卫生领域科技重大专项知识产权管理办法》。环境保护部继续推动《生物遗传资源管理条例》立法工作。质检总局积极开展《国家标准涉及专利的规定》以及配套标准规范制定工作。

(3) 引导市场主体提升知识产权综合能力，促进知识产权创造和运用。发改委发布《促进生物产业加快发展的若干政策》，明确要求完善生物技术知识产权保护机制，加快生物技术知识产权的审查；修订《当前优先发展的高技术产业重点领域指南》，强化知识产权、知名品牌的创造、运用和保护。科技部正在起草重大科技专项知识产权管理办法，推动各专项制定符合各自特点的知识产权战略和管理模式，极大规模集成电路制造装备及成套工艺和大型飞机等专项已启动知识产权工作方案。工业和信息化部研究建立重点行业和领域知识产权信息跟踪和预警工作机制，并与知识产权局联合开展行业知识产权战略相关工作。财政部加大对知识产权工作支持力度，允许在相关科技项目经费中列支知识产权事务费，并探索实施科技重大专项过程中采用后补助的财政支持方式；并联合工商总局印发文件，规范知识产权资产评估。国资委印发了《关于加强中央企业知识产权工作的指导意见》，要求中央企业以制定企业知识产权战略为核心，引导中央企业提高知识产权综合能力。中科院研究颁布实施《中国科学院研究机构知识产权管理暂行办法》，

加强科研院所知识产权管理。

(4) 切实加强知识产权保护，提高司法和行政执法力度。高法院制定实施了《最高人民法院关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》，并出台系列司法解释和指导意见，加大知识产权司法保护力度。公安部严厉查处侵权盗版违法犯罪行为，2009年上半年查处各类制贩侵权盗版等非法出版物治安、刑事案件5231起，抓获各类违法犯罪嫌疑人1.1万余名，并会同版权局开展了印刷复制企业专项检查行动。商务部制定了知识产权海外维权援助机制实施方案，印发了《关于加强知识产权海外维权工作的通知》，在境外知名展会设立知识产权服务站。文化部加大对文化市场整治力度，2009年上半年，收缴非法音像制品近2177万张，没收非法书报刊近549万件。海关总署颁布了新《〈知识产权海关保护条例〉实施办法》，上半年全国海关查扣涉嫌侵犯国内企业自主知识产权货物案件106批。广电总局依法打击盗版接收、传播非法和侵权盗版的行，推动建立广播影视知识产权保护协会。版权局制定实施《2009年打击网络侵权盗版专项治理行动方案》等，全面开展2009年网络侵权盗版专项治理活动。林业局积极开展林业植物新品种保护工作，研究建设林业知识产权预警机制和知识产权保护联盟。知识产权局联合28家联席会议成员单位制定《2009年保护知识产权行动计划》，联合八部委印发《企业境外参展知识产权管理办法》，并针对专利侵权诈骗等行为组织开展了“雷雨”、“天网”知识产权执法专项行动。高检院加大打击侵犯知识产权犯罪力度，上半年共批准逮捕涉及知识产权犯罪嫌疑人585件946人，起诉671件1194人。

(5) 广泛开展知识产权宣传教育，培育知识产权文化。中宣部对中央新闻媒体专门下发意见，加大对知识产权宣传活动报道力度，同时加强对知识产权问题的舆论引导。中宣部、知识产权局、国新办等28个部委共同举办4.26宣传周系列活动。外交部积极加强与知识产权国际组织合作，加强知识产权战略对外宣传和提高对外知识产权工作的影响力。教育部将知识产权内容纳入《全日制义务教育思想品德课程标准》，在专业学位研究生培养中开设知识产权法方向，引导相关高校加强知识产权专业人才培养。司法部开展了知识产权远程法制讲座，制定了在职攻读法律硕士专业学位教育知识产权方向培养方案并印发全国相关培养单位。人力资源社会保障部启动研究知识产权领域职业资格设置问题，积极开展引进海外知识产权人才、技术人员知识产权知识继续教育和公务员知识产权培训工作。

(二)、地方知识产权战略工作迅速开展

地方知识产权战略的制定和实施工作既是国家知

吴汉东

徐瑾

马治国

陈传夫

李正华

李顺德

李正华

范晓波

寿步

刘春田

张玉臣

王兵

马忠法

丁建新

知识产权战略的有机构成，也是国家知识产权战略的有效实施途径。为此，国家知识产权局在《纲要》颁布前的2007年10月启动了“地方与国家知识产权战略衔接问题研究”课题，提前研究部署了地方战略与国家战略的衔接工作。2007年底，国家知识产权局印发了《关于贯彻落实党的十七大精神做好地方知识产权战略制定工作的若干意见》，指导地方开展战略制定工作。

2008年6月5日，《国家知识产权战略纲要》颁布实施，各地方加快了制定地方知识产权战略的步伐。截至目前，已经有15个省、自治区、直辖市制定并颁布了地方知识产权战略纲要或相应实施意见。其中，辽宁、上海、江苏、山东、河南、湖南、广东、贵州、陕西、四川等10个省、市出台了地方知识产权战略纲要；北京市、重庆市分别出台了《实施首都知识产权战略的意见》和《创建知识产权保护模范城市的意见》；河北、云南、青海等三省分别出台了贯彻国家知识产权战略的实施意见。其他省、自治区、直辖市的战略制定工作也在紧锣密鼓地进行。预计今明两年，全国大部分省、自治区、直辖市的地方知识产权战略会陆续出台。此外，迄今为止哈尔滨、长春、沈阳、济南、青岛、武汉、宜昌、成都、贵阳、厦门、福州、深圳等相关城市也结合城市发展实际出台了城市的知识产权战略或实施意见。在已出台战略纲要或实施意见的省市中，有部分省市还结合战略实施工作，开展了进一步的实践。上海、贵州、陕西等省、市开展了战略实施评估工作。陕西、河南、四川、广东等省出台了地方知识产权战略年度推进计划。其中河南省的推进计划还被纳入省政府的目标考评范围。江苏省开展了知识产权战略示范省的创建活动，通过体制机制和政策的创新示范，软环境建设创新示范以及知识产权创造能力提升和知识产权服务能力提升等工程，积极探索和实践了地方知识产权战略，为全国其它地区更好的实施知识产权战略提供有益借鉴。地方知识产权战略大体都按照国家知识产权战略的制定模式，成立了由省内相关部门组成的，主管副省长为组长的战略制定和实施领导小组。与国家战略不同的是，地方战略在制定中更加关注区域经济的发展特色，注重突出知识产权工作对地方主导产业和特色产业的促进作用。例如，北京市的战略以高新技术和高端产业为切入点，依托科教优势，侧重中关村国家自主创新示范区的建设；重庆市的战略突出了知识产权保护的重要性，通过实施知识产权战略，创建知识产权保护模范城市，提升重庆招商引资的软实力；河南省的战略以农业和食品加工业为切入点，通过知识产权工作加快河南由经济大省到经济强省的转变；湖南省、辽宁省、陕西省的战略则分别围绕湘株潭两型社会试验区，

环渤海经济圈，关中经济区和陕北能源化工基地等展开，制定出以块带面促进全省经济发展的地方知识产权战略。随着地方战略制定实施工作的逐步推进，地方要求国家层面指导的需求愈加强烈，为此，今年五月，知识产权局在江西南昌召开了地方知识产权战略制定实施研讨班。发改委、科技部、国资委的同志大力支持，分别就国家区域规划、国家中长期科技发展规划以及国家知识产权战略企业专题的制定和实施经验进行了介绍，并与地方参会同志进行了交流。会后，知识产权局对地方战略制定实施情况进行了梳理，针对与会同志要求进一步加强国家层面指导的意见建议进行了专门的研究，目前，已经形成了《地方知识产权战略制定实施分类指导意见（初稿）》，下一步，还将对此初稿进一步修改完善，争取年内能够出台。

（三）、联席会议办公室协调服务工作成效显著

一是完善了工作机制，建立了联络员和工作联系人制度。二是召开了联络员会议，总结2008年工作，部署了2009年战略实施工作。三是联合各成员单位共同制定并印发了《2009年国家知识产权战略实施推进计划》，提出240条具体举措，并明确了各部门责任分工。四是针对重大知识产权问题开展调查研究。落实国务院领导批示，针对企业参加海外会展知识产权保护问题、邮政领域知识产权问题、山寨手机知识产权问题等跨领域跨部门的重大问题开展联合研究与应对，制定有关政策文件。五是开展了战略颁布实施一周年纪念活动。召开了高层座谈会，联合开展了海报和公益广告等系列宣传活动。六是建立了信息通报机制。截至2009年7月，编发《工作简报》35期、《工作动态》32期，采用23个成员单位报送的信息54篇，19个省区市报送信息36篇，多篇信息得到国务院和各级领导同志关注和批示。七是建设了国家知识产权战略网和相关数据库，扩大了对社会公众的宣传和服务力度。

另，战略实施一周年，中国海关公布了实施《战略纲要》的成就显著：

截至2009年5月，全国海关共扣留进出口侵权货物超过两万批，涉及侵权货物数量5亿多件，环比增长均超过100%。知识产权海关保护已成国家知识产权保护体系中一支强而有力的“生力军”。

近年来，知识产权在经济社会发展中的作用日益突出，在国际市场上，高知名度与大市场份额有着不可分割的紧密联系。越来越多的企业认识到了知识产权保护的重要性，并将它纳入企业隐形资产范畴。随着知识产权拥有量快速增长，知识产权领域的国际交往也日益增多。如何加强知识产权边境保护，提高中国出口商品的声誉成了海关亟待思考和解决的问题。

为提升中国知识产权创造、运用、保护和管理能力，鼓励自主创新、促进中国自主品牌企业发展，2008年6月5日，国务院印发《国家知识产权战略纲要》，引导全国海关加大对国内企业自主知识产权的保护。据统计，《纲要》实施一年以来，全国海关共扣阻侵犯国内企业自主知识产权货物案件443批次，涉及侵权货物数量1700多万件，有效维护了中国出口商品的声誉。

在口岸进出口环节加大知识产权保护力度的同时，全国海关还加大海关知识产权保护的政策宣传，鼓励和引导中国名牌产品进行知识产权保护备案，协助企业解决维权中存在的困难，帮助企业提高维权能力，为企业自主创新提供服务。2008年11月，海关总署与中国摩托车商会联合举办了“保护知识产权，培育自主知名品牌”研讨会，探讨加强自主知识产权保护与培育的途径，并向全社会发出了“保护知识产权，培育自主知名品牌”倡议，呼吁全社会共同行动，以加强对国内企业自主知识产权的保护。

此外，中国海关还充分利用海关执法国际合作机制，打击跨境知识产权违法犯罪行为，发挥海关在国际知识产权保护事务中的影响力。积极参与世界海关组织、亚太经济合作组织、上海合作组织、国际刑警组织等有关国际组织的知识产权事务，与其他国家和地区海关在知识产权执法的情报交换、执法培训、执法经验和人员交流等方面的合作也在不断深化，中国海关在国际知识产权保护事务中的影响力得到了发挥。《中美海关关于加强知识产权边境执法合作的备忘录》、《中、日、韩海关保护知识产权行动计划》的实施取得实质性成果，加强了与有关国家海关在侵权数据交换、案件协查等方面的知识产权保护执法互动。2009年1月，中国海关与欧盟海关签订了知识产权保护合作行动计划，为中欧海关联手打击侵权货物的跨境流通搭建了合作平台。

全力以赴的工作获得了国内外知识产权权利人的肯定，连续5年中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会（QBPC）评选最具执法效率政府机关，海关系统皆榜上有名。

据了解，海关总署新修订的《〈知识产权海关保护条例〉的实施办法》将于2009年7月1日起施行。新《实施办法》将不仅增加海关执法的透明度，简化部分执法环节，提高海关执法效率，而且将进一步明确启动边境保护措施的条件，防止权利人滥用权利，并对有关制度进行了立法技术性的完善和处理。

五、2009年专利法修改是实施战略的重大举措

2008年12月27日在中华人民共和国第十一届全国人民代表大会常务委员会第六次会议上通过了《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》。自2009年10月1日起施行。成为实施国家知识产权战略的最显著成就。第一部专利法1984年3月12日第六届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过。根据1992年9月4日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第一次修正。根据2000年8月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第二次修正。根据2008年12月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第三次修正。

第三次修正后的新增内容在有遗传资源利用的特别规定、对同一发明的两次申请的规定、增加许诺销售为专利权行使的范围、专利许可合同的订立形式、发明专利推广的限制、明确共有人对专利权的行使、降低了外国专利申请人在中国申请专利的门槛、加大对国内实用新型的保护、专利行政部门的公报义务、外观设计专利权的申请、专利实施的强制许可、药品类专利权的强制许可、半导体技术的强制许可等方面都做了规定。其中尤其值得关注的是授予条件和专利权保护。（一）授予专利权的条件。1、新颖性、创造性的定义。新专利法对于新颖性、创造性的定义作了一定的变动，规定（1）新颖性，是指该发明或者实用新型不属于现有技术；也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。（2）创造性，是指与现有技术相比，该发明具有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型具有实质性特点和进步。新条文提出了“现有技术”的概念，根据新专利法第二十一条的定义，现有技术，是指申请日以前在国内外为公众所知的技术。与原专利法相比，使新颖性和创造性的确定更加抽象，增加了专利行政部门自由确定范围。2、外观设计审核条件更严格。新专利法第二十二条使符合外观设计专利的条件更加具体明确，同时也使对外观设计专利申请的审核更加严格。

（1）授予专利权的外观设计，应当不属于现有设计。也即，授予专利权的外观设计，应当不属于申请日以前在国内外为公众所知的设计；（2）没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公告的专利文件中；（3）授予专利权的外观设

吴
汉
东徐
瑄马
治
国陈
传
夫李
正
华李
顺
德李
正
华范
晓
波寿
步刘
春
田张
玉
臣王
兵马
忠
法丁
建
新

计与现有设计或者现有设计特征的组合相比，应当具有明显区别；(4) 授予专利权的外观设计不得与他人申请日以前已经取得的合法权利相冲突。3、不授予专利权的范围。新专利法第二十五条增加了不授予专利权的范围，把对平面印刷品的图案、色彩或者二者的结合作出的主要起标识作用的设计列为不授予专利权的项目。(二) 专利权的保护方面，新修订的专利法增加了如下内容：(1)、假冒专利的处罚。新专利法第六十三条增强了对假冒专利处罚的力度，规定假冒专利的，除依法承担民事责任外，由管理专利工作的部门责令改正并予公告，没收违法所得，可以并处违法所得四倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处二十万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。(2)、赋予管理部门权力。新专利法第六十四条赋予了管理专利工作的部门调查假冒专利行为的相关权力。规定管理专利工作的部门根据已经取得的证据，对涉嫌假冒专利行为进行查处时，可以询问有关当事人，调查与涉嫌违法行为有关的情况；对当事人涉嫌违法行为的场所实施现场检查；查阅、复制与涉嫌违法行为有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料；检查与涉嫌违法行为有关的产品，对有证据证明是假冒专利的产品，可以查封或者扣押。(3)、赔偿数额。新专利法第六十五条在原法的基础上更加具体地规定了侵犯专利权的赔偿数额计算方式。(1) 按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；(2) 实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；(3) 权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定；(4) 权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。

中国知识产权司法保护面临的问题及分析



作者简介

马治国 西安交通大学法学院 副院长，教授、博士生导师

陕西省哲学社会科学重点研究基地——知识产权研究中心主任，西安交通大学知识产权司法鉴定所主任。律师、仲裁员、知识产权司法鉴定人。1959年7月出生。2003年西安交通大学管理科学与工程专业 管理学博士。

主要研究方向为：科技法、知识产权法学。

主要研究成果：已经出版法学专著、教材10部，发表学术论文150多篇。主持过国家社会科学基金项目、国家863软件重大专项课题、国家软科学（政策纲要）项目，博士点基金项目，参与了国家知识产权战略。

主要学术兼职：中国科学技术法学会副会长、中国法学会知识产权法学会理事、中国知识产权研究会理事，中国法学会经济法研究会理事、中国法学会民法研究会理事。2005年获得“国务院享受政府特殊津贴专家”。2008年获得首届“中国科学技术法学突出成就奖”

摘要：

知识产权司法保护是指对侵权人进行民事、行政和刑事法律责任的追究。知识产权侵权的民事、行政责任与刑事责任并无实质性区别，只有程度的差异。对一般的侵权行为用民事和行政执法救济，侵权程度严重的，需要启动刑事程序。刑事保护是目前中国知识产权司法保护中的薄弱环节。加大保护力度的方式应使侵权责任刑事化，但是，为了防止知识产权被滥用，阻碍技术创新，也需防止过度保护。以轻刑化予以调整，实现宽严相济的平衡是面临的主要选择。

一、中国的知识产权司法保护的现状分析

知识产权侵权的危害十分严重，危及到技术创新的动力和源泉问题。其对社会的危害程度不亚于贩卖毒品，毒品危害的是个别人的机体，而知识产权侵权蔓延，危害的是一个国家、民族的创造能力；知识产权侵权人获利丰厚程度更是可以与贩毒和倒卖文物相提并论，对潜在的侵权人具有不可遏制的诱惑力，使他们敢于铤而走险、孤注一掷、义无反顾地从事这一暴利而低风险的行业，侵权队伍由不断壮大的趋势。这种情形与马克思当年在《资本论》中描述的“资本”的情形相似，为了牟取暴利，资本敢于藐视法律，敢于铤而走险，敢于冒天下之大不韪。现在不同的是，资本并不敢为所欲为，反而被认为是21世纪的最重要的资本——知识经济时代的特殊资本——知识产权（也称“知本”），不仅自身不保，而且成为被侵犯的对象。反倒使权利人和执法、司法机关处在了动力不足，疲于应付的被动尴尬境地。这种颠倒现象，令人担忧。改变这种现象的根本的途径是不断、适当地加强知识产权司法保护，最有效的、直接的措施是进一步探索恰当的刑事司法保护。

（一）中国知识产权司法保护范围

中国的知识产权司法，是指除行政执法以外的，以司法机关作为执法主体的保护程序。相当于国际

条约和国外法的“执法”含义。对中国知识产权司法影响最大的是《与贸易有关的知识产权协议》（以下称TRIPs）。在该协议第三部分专设“知识产权执法”用五节的篇幅规定了执法的程序性问题。除总义务之外，具体的执法措施分为：

- （1）民事程序（公平合理程序、证据的提供、禁令、损害赔偿、其他救济、获得信息权、对被告的赔偿）
- （2）行政程序（比照民事）
- （3）临时措施（司法为主，行政比照司法）
- （4）边境措施
- （5）刑事程序

在中国法中，知识产权保护分为行政和司法两个部分。行政保护是通过行政机关实现的，在此不细述。司法保护分为民事司法、行政司法和刑事司法三种基本手段，保护的具体过程与环节是按照不同的程序法的规定来实现的。中国法中按照司法机关主体的分类，民事和行政司法是通过权利人启动司法程序，由人民法院完成司法过程；刑事司法是由公安机关、检察机关和法院分别介入，最后由法院完成。知识产权司法保护就是通过启动司法程序，对实施侵害知识产权行为的人进行制裁，实现对知识产权权利人的权益的维护和救济。

（二）中国知识产权司法保护现状简评

中国知识产权司法保护的时间应从20世纪80年代初起算，其标志是知识产权法律的制定实施。1982年8月23日通过《中华人民共和国商标法》，于1983年3月1日起施行。1984年3月12日通过《中华人民共和国专利法》，于1985年4月1日起施行；1990年9月7日通过了《中华人民共和国著作权法》，于1991年6月1日起施行。知识产权主干法律的制定实施，使得司法保护成为现实。

中国对知识产权的刑事保护起始于1979年制定，1980年起施行的《中华人民共和国刑法》，当时只惩治假冒商标罪。到1994年7月全国人大发布《关于惩治侵犯著作权的犯罪的规定》后，知识产权全面的刑事保护制度已经建立。并且随着刑事司法保

护的需求迅速发展,主要体现在2004年12月8日《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的公布实施,以及2007年4月4日再次发布的《最高人民法院最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》,使得打击知识产权刑事犯罪的法律适用问题得到较好解决,定罪、量刑标准的进一步明确,刑事惩罚的准确性和效率性进一步提高。

加入WTO后,中国的知识产权保护立法和执法工作取得巨大进展。对国内外的各类知识产权,给予了全面的保护。保护的对象和方法涵盖了TRIPs列举的各类知识产权和各种保护手段。从1994年起,中国政府连续15年发布的《中国知识产权保护状况》(白皮书),其中都有非常准确的数据显示,近年来司法机关每年公布知识产权案件的数据和典型案例。2008年《国家知识产权战略纲要》的发布,标志着知识产权保护提高到一个新的水平,制定纲要的宗旨是“为提升我国知识产权创造、运用、保护和管理能力,建设创新型国家,实现全面建设小康社会目标”¹,把知识产权的保护变为战略的一个环节,提高了保护的水平和有效性。特别强调了“发挥司法保护知识产权的主导作用”,“加大司法惩处力度”。中国法院30年来审判知识产权案件数量快速上升也说明了这是中国的一贯态度。“2001年至2008年,全国地方法院受理和审结知识产权民事一审案件141968件和135899件,年均分别增长25.61%和25.75%;2002年至2008年,全国地方法院受理和审结知识产权行政一审案件4546件和4416件,年均分别增长25.26%和29.28%;1998年至2008年,全国地方法院受理和审结知识产权刑事一审案件5271件和5231件,年均分别增长22.59%和22.77%。目前,中国法院受理的案件已经覆盖到所有类型的知识产权领域,涉及到知识产权的创造、运用、保护和管理的全过程。”²

(三) 中国知识产权司法保护存在的问题分析

从上述数据可以发现,中国知识产权司法保护历史不足30年,但是其所做出的努力和取得的成绩是显著的。同时,这些数据也说明,目前知识产权侵权现象还比较严重,民事、行政、刑事三种司法渠道受理的案件年平均增长率在24.49%,远远高于经济增长水平。这种现象和经济发展状况是相互联系的,说明知识产权在经济活动的地位在提高,而具体的保护水平还不能够达到有效遏制侵权的程度,保护制度还需要进一步完善。

知识产权侵权的现状可以用2008年司法案件的数量和增长比例说明。2008年,全国法院知识产

权审判工作继续取得重大进展。“全国地方法院全年共新收和审结知识产权民事一审案件24,406件和23,518件;新收和审结知识产权民事二审案件4,759件和4,699件;审结涉及知识产权侵权的刑事案件3,326件;判决发生法律效力5,388人;新收一审知识产权行政案件1,074件,审结1,032件。”³用2008年数据做如下比较:

表1: 全国地方法院2008年受理和审结知识产权民事一审案件与2001-2008年比较

	受理知识产权民事一审案件	审结知识产权民事一审案件
2008年案件数	24406件	23518件
2001-2008年案件(年平均)	141968 (17746) 件	135899 (16987) 件
2008年超出平均案件数	6660件	6531件
2008年高于平均年增长率	38%	38%

表1说明: 知识产权民事侵权案件8年以来持续增长,但是2008年高于年平均增长率,侵权的趋势在发展。

表2: 全国地方法院2008年受理和审结知识产权行政一审案件与2002-2008年比较

	受理知识产权行政一审案件	审结知识产权行政一审案件
2008年案件数	1074件	1032件
2002-2008年案件(平均)	4546 (649)	4416 (631)
2008年超出平均案件数	425	401
2008年高于平均年增长率	65%	64%

表2说明: 涉及知识产权的行政诉讼案件比民事案件增加更快,7年来案件不断上升,但是2008年一年的数量超出平均数量的65%,此类案件均涉及到权利的取得和维护中对行政管理部门所做出的行政行为的合法性问题,反映了权利人的权利意识的加强和因不同原因而导致侵权纠纷的增加。

表3: 全国地方法院2008年受理和审结知识产权刑事案件与1998-2008年比较

	受理知识产权刑事一审案件	审结知识产权刑事一审案件
2008年案件数	1432件	3326件
1998-2008年案件(年平均)	5271件 (479) 件	5231 (475) 件
2008年超出平均案件数	953件	2851件
2008年高于平均年增长率	199%	600%

表3说明：知识产权侵权的严重程度在剧烈加强，2008年受理的案件达到11年来年平均值的2倍，而审结的案件达到了6倍。刑事司法保护是通过公安、检察和法院三个机关分工合作完成的，只有最严重的犯罪才能进行到法院审判阶段，一些轻微的犯罪行为在公安和检察阶段就终结了，所以，刑事案件的范围和数量实际上可以做扩大理解，以下数据很有参考价值：

“2008年，检察机关充分发挥检察职能作用，共批准逮捕涉及侵犯知识产权犯罪案件1,210件2,107人，起诉1,432件2,697人。最高人民检察院还督办了6起侵犯知识产权犯罪案件，监督公安机关立案侦查侵犯知识产权犯罪案件32件。2008年，公安机关充分发挥刑事执法职能罪。全年共破获侵犯知识产权犯罪案件1,455起，涉案总金额近16.5亿元人民币，抓获犯罪嫌疑人2,642人。在打击盗版方面，共破获侵权盗版等类非法出版物案件5,119起，查处涉案人员8,771人，收缴侵权盗版等类非法出版物13,91.7万余件，查获非法光盘生产线7条，自1996年以来，累计查获非法光盘生产线238条。”⁴

这里使用的是司法保护的数据，是指已经认定的确定无疑的侵权案件，还有大量案件没有进入司法程序。所以，实际侵权现象比已知的要更加严重。

司法保护如此有成效，为何侵权现象还如此严重呢？最根本的问题在于：司法保护的覆盖范围和惩处力度还不足以和侵权相抗衡。侵权行为仍可获得暴利，仍有生存发展的空间。司法保护水平与侵权发展的步伐存在着一定差距，21世纪知识产权产品的制售已成为暴利行业，其制造和批售活动是极其隐蔽的，查处部门必须具有权力和能力才能胜任；过去依赖的知识产权行政执法部门不能胜任查处工作，司法保护的覆盖范围需要扩大。根据目前知识产权侵权状况，应当重新划分保护范围：对以合法方式掩盖下的销售行为，采取民事司法救济；对以非法摊点方式销售者，采用行政执法方式救济；对制造窝点或已经形成规模，组织严密的制售联合体则必须采用刑事司法打击。以往刑事手段救济所占比例很小，这也是侵权难以制止的主要原因。

二、中国需要加强知识产权刑事司法保护

（一）国际条约依据

TRIPs第61条“刑事程序”，就是知识产权刑事执法保护的专门条款。我国作为成员国，立法已经与TRIPs一致，执法思路也是一致的，具体措施也在加强。

（二）国内刑事法律的规定

1. 《刑法》分则第三章第七节“侵犯知识产权罪”：

第213条 假冒注册商标罪

第214条 销售假冒注册商标的商品罪

第215条 非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪

第216条 假冒专利罪

第217条 侵犯著作权罪

第218条 销售侵权复制品罪

第219条 侵犯商业秘密罪

2. 《全国人民代表大会常务委员会关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》

3. 《中华人民共和国刑事诉讼法》

4. 中国司法机关的相关司法解释

（1）最高人民法院关于适用《全国人民代表大会常务委员会关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》若干问题的解释；

（2）最高人民法院《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》；

（3）最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（一、二）；

（4）最高人民法院《关于全面加强知识产权审判工作为建设创新型国家提供司法保障的意见》第七条；

（5）最高人民法院《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》。

（三）现有刑事法律和政策的导向

从目前的刑事立法看，知识产权采用刑事保护的倾向明显。体现出逐步降低刑事责任门槛，尽量使当事人可以选择以追究刑事责任的方式维权。TRIPs刑事执法措施，是中国知识产权刑事执法的参照。内国《刑法》中列出的7个罪名，其中假冒专利罪基本不符合实际，难得见到这样的案例。侵犯商标权、著作权、商业秘密比较严重，但是刑法的定罪量刑还不够细化。最高人民法院和最高人民检察院的司法解释不断推进知识产权刑事司法制度的实施和完善和，“两高”的两次司法解释，不断降低犯罪门槛，以提高惩罚的力度，明显有知识产权侵权责任“刑事化”的趋向。知识产权民事侵权和犯罪的界限就在与侵权损害的程度，权利人实际损失或者侵权人非法所得的数量的变化决定侵权性质的变化。定罪标准的降低，使得侵权行为更多被犯罪化，保护力度加强。同时，刑罚的种类增加，特别是罚金的适用，附带民事赔偿的适用，使得处罚力度也在加强。

三、知识产权刑事司法保护的理由和面临的问题

（一）实现国家战略和加入世界经济体系的需要

中国作为发展中国家，经济发展和国家强盛的唯一出路是依靠科学技术。中国制定的“科教兴国”、“人才强国”、“可持续发展”和“知识产权”四大战略，其核心是知识产权战略，尤其是要增强自己的知识产权创造能力。知识产权不仅是综合国力的体现，也是科技、经济发展的动力和水平的标志。所谓发达国家，主要是知识产权的发达，财富的多少是由占有知识产权的多少来决定的，中国的自主知识产权拥有量目前仍处在较低水平。为了激励创新，就必须具有战略眼光和措施，严厉打击知识产权侵权行为，加大保护力度，赢得国际的认可，才可以加强技术的国际交流和知识产权国际贸易，并且激励国内企业和研究机构提高自主知识产权的创造和利用能力。

（二）知识产权的权利性质决定

1. 知识产权的私权性质

由知识产权法学专家郑成思起草的《中国民法典》草案“知识产权篇”⁵第一条明确了“知识产权是私权”。私权与公权就像私法与公法一样，虽然有争议，但是并非难以区别。现实生活中一些现象往往使公众误解，以为知识产权并非私权。如与公众接触最多的商标权，在市场管理中，打击假冒商标，由工商行政管理部门负责，工商管理部门对商标违法行为只进行罚款，从不问权利人的民事权利是否受到侵害，不考虑如何对权利人进行赔偿；因而使一般公众，也包括部分工商行政管理人员误认为商标侵权就是罚款，就是行政处罚，而不知道商标侵权还要民事赔偿，对私权侵害后果严重的，要承担刑事责任。这种对知识产权私权性质的误解，还受许多错误观点的影响，如“私”和“公”两个词，在中国长期以来认为“私”一般作贬义，“先公后私”是社会主义原则；私权当然只有满足公权要求之后才能提及。对于侵害知识产权的行为，既然法律规定要受到行政处罚，就不会先去注意对“私权”的赔偿以及侵权人的刑事处罚。

2. 知识产权的无形财产权性质

在中国，承认知识产权是无形财产不过20年的历史，在中国五千年的文明史中没有这个概念。在两千多年的漫长封建社会发展历史中，没有产生现代化的工业，因此也没有现代化意义的“技术”，在中国历史上只有“技艺”或者“手艺”。而且有适应封建制度的传承办法（如“传男不传女”等制度）；但是这种“技艺”不是知识产权保护的对象，因而要中国的百姓接受无形的财产权比现代工业发展较早的国

家要困难，因为知识产权形成的工业基础和文化基础中国都缺乏，当然缺少形成知识产权意识的基础。改革开放20多年来，最早认识知识产权是财产权，因而获利最多的不是知识产权的权利人，也不是政府有关部门，而是一批制售假冒知识产权产品的人，他们首先认识到知识产权是一种有价值的财产权，因而制售假冒知识产权产品就可以获取暴利。短短二十年没有一个行业发展的速度可以与制售假冒知识产权产品相比。如果国民经济能控制制售假冒知识产权产品的速度和水平发展，中国的GDP的年增长率就不是8%，而是两位数或者更快。可惜制售假冒知识产权产品给中国技术、经济的发展带来多大的破坏和负面影响似乎没有人做过认真的研究。制售知识产权侵权产品在中国之所以如此猖獗，反映了中国知识产权保护的力量在与知识产权侵权力量的较量上，败给了侵权一方，不是“魔高一尺，道高一丈”，而是“道高一尺，魔高一丈”。为了改变道与魔不恰当的位置，需要更系统的研究知识产权的保护与侵权的关系。

（三）知识产权的侵权特点决定

（1）侵权与财产损失之间的关系经常被误解

第一，人们以未造成损害为抗辩理由放纵侵权行为，解脱侵权人的责任

最古老的侵害著作权的形式是对作品的“抄袭”，这种行为不会对权利人造成明显的财产损失。例如某研究生为了骗取学位，抄袭某学术权威人士的论文，该权威人士并未因抄袭而使其收入减少，也未使其声誉受到影响。其他侵权也有类似情形，如擅自使用他人专利技术，生产产品质量低劣，未占领市场，给权利人未造成经济损失。盗窃了权利人的技术秘密，并未使用，也不会造成实际财产上的损害。所以，目前以是否造成实际损失作为侵权与否的标准，将财产损失作为侵权成立的前提条件是不妥的，应当将侵权与损失分别对待。判断是否侵权的标准只能是：是否违法使用，将此标准法定化。是否造成损失属于事实问题，是侵权的后果问题，只作为确定赔偿额的参考依据。

第二，知识产权由于是无形财产，侵害后果不是直接的财产损失，而是竞争优势和市场丧失，最终是财产。所以，容易被认为财产损失不确定，因而不予追究。

（2）低价制售知识产权产品是侵权人获利的最主要形式

通过侵害他人知识产权获利最有效的途径就是复制知识产权产品，以低于原知识产权产品价格销售其假冒的知识产权产品，挤占该产品的市场份额，使知识产权权利人的销售量减少，遭受收益减少的损失。

制售假冒知识产权产品之所以得不到遏制的原因是：“道高一尺，魔高一丈”，侵权打击力度弱，侵权诱惑力度强。在强大的利益驱动下，潜在的侵权人会纷纷变为现实侵权人，以种种手段，追逐利润。

制造假冒知识产权产品的方式大体分为以下四种类型：

A、生产相对集中，组织严密，设备先进，一切活动都是秘密进行。主要进行大批量生产、批售。地下光碟生产线就是这种类型。

B、既生产合法产品，也生产侵权产品。如印刷厂既印制出版社委托的图书，又私自加印合同约定以外的一定数量的侵权图书。

C、专业的制造假冒知识产权产品的工厂。如生产名牌皮件、服装的工厂。

D、在劣质产品上加贴名牌标志的作坊。

销售假冒知识产权产品的特点：

侵害知识产权获利最关键的一环是销售。侵害知识产权产品制成后，只有销售才能实现获利。上述除A类有一部分是接受境外委托非法生产产品转售到国外以外，其他各种不同特点的侵害知识产权产品都要通过销售才能最终形成利润。侵害知识产权的产品在销售上最大的特点有二：一是与合法产品有不同的销售渠道，大部分批售渠道是秘密的、半地下或地下的；二是零售点十分分散，遍及全国城乡各个角落。

（3）侵权制售知识产权产品的特点

A、由于生产销售渠道的秘密和隐蔽性，一般难以知晓侵权制售的行为，为此要建立足以分化制售侵权产品集团的奖励制度，即有奖举报制度。其奖金应大于或者相当于侵权集团内部知情人的非法收益。

B、生产和销售渠道的秘密和隐蔽要求对查处制售知识产权侵权产品的机构不仅要有侦查的权力，而且要有侦查的实力，对付各种抗拒查处的侵权势力各种具有反侦察能力的侵权人。

C、由于侵权产品的零售非常分散，一个著名品牌的侵权产品几乎全国各大小城市乡镇都可能销售者，但是每个零售点侵权产品的数量大都较小，以至于：

第一，每个零售点的侵权产品案值较小，不仅达不到提起刑事诉讼的立案标准，甚至达不到予以行政处罚的要求。更不值得提起民事赔偿诉讼。

第二，财产赔偿目的不易达到。知识产权作为财产权，对其保护的有效性主要应体现在对侵权造成的损失赔偿。但是因侵权产品的零售分散，制造和批售渠道秘密，查到的零售商又十分分散而且案值很小，因此损害赔偿额的计算就成为问题。外国名牌产品的厂商往往以其销售额的减少作为侵权造

成的损失，而中国法院一般以销售额的减少受市场诸多因素影响，而不予采信。如何计算知识产权产品权利人因知识产权被侵权造成的损失数额是难点之一；与之相关的另一个难点是如何证明被侵权人的损失与侵权有因果关系。市场经营中的因果关系是复杂的，很难有可信的办法证明。

由于以上侵权的特点，决定了当事人缺乏能力自我保护，甚至行政管理机关也无能为力，所以，必须要有具有侦查权力和手段的刑事司法机关才能起作用。

（四）刑事保护的特殊效用

1. 处罚的效用大于奖励

加大处罚力度是遏制侵权的主要方法之一，用知识产权制度奖励创新和用刑法打击侵权相比，在这里处罚比奖励更有效。奖励1000元鼓励去发明一项专利，没有多大刺激作用，如果侵犯专利权处罚1000元就会遏制潜在的侵权人。相反，如果不处罚，就是鼓励侵权。过轻的处罚也是一种奖励。

2. 威慑潜在侵权人

目前能够起到威慑作用的手段就是刑事手段，那些高尚的知识分子从事高智能的知识产权犯罪活动时，如盗窃技术秘密、从事盗版软件复制销售时，能够想到，一旦被抓获将要受到刑事处罚，甚至失去人身自由，他们一定会三思而后行。那些潜在的单位犯罪嫌疑人，不管其决策人多么有个性，在公安机关的询问面前也会收敛，能够预期到自己的后果，就会对自己的行为负责。所以，要加强刑事保护力度。中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会每年公布的“年度知识产权保护最佳案例奖”中多为刑事保护的案例，充分说明了这种手段的有效性。

经过刑事调查，可以彻底查清制售侵权产品的手段和侵权行为的规律，可以更有效地防止侵权或有利于权利人以及政府制定出更加符合实际的保护措施和救济手段。

3. 遏制单位侵权

知识产权单位犯罪的危害性大于个人犯罪。单位犯罪的组织性强，管理经营规模大，由健全的生产和营销系统，占有市场能力强。受到侵权指控后的对抗能力也比个人强大，所以，往往会给权利人造成致命影响。打击单位知识产权侵权行为是维护权利人和市场竞争秩序的重点。

4. 遏制智力犯罪的增长

所谓智力犯罪是指知识产权侵权人不同于传统意义上的犯罪嫌疑人，他们拥有知识、技术和享有很高的社会地位，有些就是合法掌握知识产权的管理人员或技术人员，为了获得非法利益而侵权，如，公司的工程师或技术开发人员将单位技术披露他人

或直接出卖给其他公司的行为频频发生。这种犯罪隐蔽性强，获取证据困难，防不胜防危害极大。这种违背职业道德，破坏行业规范，践踏法律规则的行为必须严惩。

四、刑事保护的“度”：轻刑化

处罚永远不是保护的目的，而是达到利益的平衡的手段。法律不能消灭犯罪，特别是趋利性犯罪。既然知识产权是社会财富，是人人向往的有力的市场竞争武器，总是要去竞争和掌握这种武器。合理的竞争是法律应当提倡的，只制裁那些违反竞争规则的人，对其中竞争手段严重违规，严重破坏公平正义的给与严厉处罚，这时才能适用极端的刑事手段，但是并不能用尽，掌握适度就是最佳的处罚。那么轻刑化就是对付这类犯罪的基本“度”。

轻刑化的含义有两个方面：第一，程序轻，第二，量刑轻。程序轻是指要简便易行、适用、高效。在司法解释中已经体现出程序的这一特点，提倡权利人采用自诉程序，民事和刑事程序并行使用等措施。量刑轻是这类犯罪的特点之一，打击获利型犯罪，主要是实现对权利人的赔偿，剥夺犯罪人的条件和基础，自由刑不是目的而是手段。通过适当剥夺自由，采用严格赔偿，使其达不到获利目的就足以遏制犯罪，这就是适当的“度”。

五、实现目标的努力方向

1. 突出司法保护的主导作用

查处制售知识产权侵权产品的任务应由司法机关完成，行政机关无法胜任。中国的《专利法》、《著作权法》和《商标法》均规定，当权利收到侵害时，权利人或利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求行政管理部门处理⁶。这些规定的前提是，权利人已找到了侵权人。如果不了解谁是侵权人的知识产权侵权案件，由谁受理，三部法律都没有明确。而大量知识产权产品侵权案都无法了解谁是侵权人，只是发现了侵权产品，要被侵权人提出谁是制假者几乎是不可能的。而制售未经知识产权权利人同意的侵权产品，又是当前知识产权侵权最主要的形式。这种情况下，只有侦查手段才能发挥作用。公安有完整的案件受理、查处制度，中国深圳市、陕西省已建立专门的知识产权警察队伍，收到较好效果，尤其是在陕西近年来已经做出典型案例，已有成功经验可供参考。公安部经济犯罪侦查局副局长在“2008中国知识产权刑事保护论坛”上提出“知识产权刑事保护中应以刑事执法引领行政执法”⁷也是出于这种考虑，应该进一步努力，通过完善制度而实现。

2. 准确把握启动刑事程序的标准

对《刑事诉讼法》第83条的理解：“公安机关或者人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人，应当按照管辖范围，立案侦查”。公安机关立案标准的综合性规定，只有1979年的老标准，新标准未见制定。只有部分个罪的立案标准，如“证券犯罪”、“扰乱社会秩序罪”等。即使有标准也是量的标准，而在未侦查之前，量也是不确定的。所以，立案更重要的是把握“质”的问题。即如何理解发现犯罪事实，这个“事实”属于“确定标准”还是“可能标准”。应当理解为可能标准，否则，整个侦查程序都不再需要了。确定事实是侦查阶段进一步的工作。就是在侦查阶段使用强制措施，也是判断犯罪嫌疑人“可以”⁸和“可能”⁹，并非确定无疑。

3. 完善刑事司法保护的证据标准

第一，受案的范围标准。受理范围应当扩大，凡是有证据证明需要动用侦查权的案件均属于刑事司法受案的范围。比如需要查处侵权源头，生产知识产权产品的厂商，就需要刑事侦查，属于刑事司法保护范围。其他行政和民事执法强制性差，根本无法实现保护目标。不能沿用过去的模式，先由行政或民事司法介入，发现犯罪现象后，再移送给刑事司法机关。打击知识产权犯罪应从“事后移送”转向“事前介入”。¹⁰

第二，立案门槛标准。案值计算标准是非法侵权产品的市场价，还是合法产品的市场价。按合法产品价计算，表明我们承认权利人被侵权的知识产权的真正价值。如果按侵权产品价格计算，等于在贬低知识产权而不是保护。目前公安部门查处受理知识产权产品侵权案，对立案案值的“门槛”并无法律规定。一方面各地可以根据当地状况自行制定标准报公安部批准，另一方面应当按照无形财产的特点计算案值。凡价值在市场上已经确定的，不能按照侵权人出售的低价计算。“是否动用侦查资源可由公安人员裁量，而非固守立案标准”。¹¹

第三，公检法统一证据标准。知识产权犯罪在证据的取得和运用方面有特殊的难度，涉案各当事人因利益关系，司法人员因知识、经验以及认识角度的差异，经常造成对证据各有不同理解，甚至产生矛盾，影响案件审理。公安认为构成犯罪，检察院认为证据不足，案件不能到法院就夭折。主要是没有统一的证据标准，需要协调制定，并在标准统一的基础上实现联动执法机制。

4. 加强侵犯商业秘密案件的查处

由于商业秘密是企业生存发展的基础，所以，侵犯商业秘密的案件也是知识产权侵权中最为严重和

危害最大的一类。由于商业秘密没有进行过注册登记，主要靠权利人自我保护或通过合同保护，法律保护屏障相对脆弱，一旦被侵害会是权利人的竞争优势顷刻丧失。所以，中国近年来最大的知识产权侵权案件主要是商业秘密，保护方式应当以刑事司法为主。中国陕西省的司法机关为此做出了成绩，西安市法院判决了多起典型商业秘密侵权案件，侵权人被判处有期徒刑，并判处数额巨大的赔偿。

5. 加大打击盗版行为的力度，主要是非法生产商

盗版是最典型而普遍的著作权侵权行为，尽管需要通过非法生产、非法销售和非法使用三个环节完成，但是主要危害是非法生产商。

六、结论

中国知识产权司法保护进入一个关键时期，要进行有效保护需要更加有力的手段。刑事手段是最严厉的，适当运用，是最有效的。不适当的使用，会导致滥刑化，过度制裁，产生负面影响。所以，中国在知识产权的刑事保护方面，比较慎重。但是根据目前的侵权状况，应当适当加强刑事保护的成分，以刑事化和轻刑化进行平衡。这样比较符合中国知识产权保护的客观需求和提高司法保护效力的实际状况。

注释

- 1 国务院，《国家知识产权战略纲要》，2008年6月5日发布。
- 2 张娜、聂敏宁，《中国知识产权司法保护30年成就显著》，《人民法院报》2009年9月11日第三版。
- 3 国家知识产权局，《2008年中国保护知识产权状况》，http://www.sipo.gov.cn/sipo2008/zwgs/zscqbbs/200904/t20090427_457166.html
- 4 国家知识产权局，《2008年中国保护知识产权状况》，http://www.sipo.gov.cn/sipo2008/zwgs/zscqbbs/200904/t20090427_457166.html
- 5 郑成思，《民法典知识产权篇第一章论述》，《科技与法律》，2002年第2期。
- 6 参见《专利法》第60条、《著作权法》第47条、49条、《商标法》第53条之规定
- 7 中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会，《2008中国知识产权刑事保护论坛》，《中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会》2008年第4月刊第14页。<http://qbpc.caefi.mofcom.gov.cn/accessory/200805/1211507011534.pdf>
- 8 《中华人民共和国刑事诉讼法》第51条第1款第1项：“可以被判处管制、拘役或者独立适用附加刑的”
- 9 《中华人民共和国刑事诉讼法》第51条第1款第2项：“可能被判处有期徒刑以上刑罚、采取……”
- 10 参见公安部经济犯罪侦查局高峰副局长在“2008中国知识产权刑事保护论坛”上的发言，<http://qbpc.caefi.mofcom.gov.cn/accessory/200805/1211507011534.pdf>
- 11 参见公安部经济犯罪侦查局高峰副局长在“2008中国知识产权刑事保护论坛”上的发言，<http://qbpc.caefi.mofcom.gov.cn/accessory/200805/1211507011534.pdf>

中国信息资源知识产权制度现状与展望



作者简介

陈 传夫 武汉大学知识产权高级研究中心主任

陈传夫(1962-),男,法学博士。武汉大学信息管理学院教授,院长。武汉大学知识产权高级研究中心主任。中国图书馆学会副理事长,中国版权协会理事。研究方向:信息资源公共获取;知识产权。

冉从敬(1978-),男,管理学博士,武汉大学信息管理学院讲师。武汉大学知识产权高级研究中心讲师。研究方向:信息制度,信息咨询,知识产权。

【摘要】

中国政府在推进信息化与信息资源开发利用实践中,注重知识产权保护。本文以信息内容提供者、信息服务提供者的角色定位为基础,初步描述了中国信息资源知识产权制度的现状,并对未来发展进行了展望。

1978年的改革开放政策推动了中国知识产权制度的诞生。自1984制定专利法开始,中国先后颁布了《专利法》、《商标法》、《著作权法》和《反不正当竞争法》等法律,出台了《计算机软件保护条例》、《集成电路布图设计保护条例》、《著作权集体管理条例》、《信息网络传播权保护条例》、《知识产权海关保护条例》等行政法规。这些法律法规都适用于信息资源开发利用领域,是信息资源知识产权法的重要渊源。中共中央办公厅、国务院办公厅《关于加强信息资源开发利用工作的若干意见》在第18条中明确要求“依法保护信息资源产品的知识产权。加大保护知识产权执法力度,严厉打击盗版侵权等违法行为。健全著作权管理制度,建立著作权集体管理组织。完善网络环境下著作权保护和数据库保护等方面的法律法规。”表明中国政府高度重视信息资源知识产权制度建设。本文所说的版权与著作权是同义语。

1. 在推进信息化与信息资源开发利用中重视知识产权保护

1996年“国务院信息化工作领导小组”成立,并于1997年4月召开了首届全国信息化工作会议。该次会议正式提出了中国国家信息化基础结构(简称CNII)的内容,确立了信息资源在中国国家信息化基础结构中的重要地位。

与此同时,我国知识产权立法速度加快。我国信息资源知识产权法律的主要渊源包括《著作权法》(1990年9月7日七届全国人大常委会15次会议通过,2001年10月27日修改)、《专利法》(1984年3月12日六届全国人大常委会4次会议通过,2000年8月25日第二次修改)、《商标法》(1982年8月23日五届

全国人大常委会24次会议通过,2001年10月27日第二次修改)、《反不正当竞争法》(1993年9月2日八届全国人大常委会3次会议通过)、《集成电路布图设计保护条例》(2001年10月1日施行)以及《伯尔尼公约》(中国1992年10月加入)、《世界版权公约》(1992年7月加入)、《保护表演者、录制者和广播组织罗马公约》(1993年4月加入)、《保护录音制品制作者禁止未经许可复制其录音制品日内瓦公约》(1992年11月加入)、《世界知识产权组织版权条约》(WCT)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)(2007年6月9日在我国生效)等。

2006年5月26日,胡锦涛总书记在中共中央政治局第31次集体学习时强调:“加强我国知识产权制度建设,大力提高知识产权创造、管理、保护、运用能力,是增强我国自主创新能力、建设创新型国家的迫切需要,是完善社会主义市场经济体制、规范市场秩序和建立诚信社会的迫切需要,是增强我国企业市场竞争力、提高国家核心竞争力的迫切需要,也是扩大对外开放、实现互利共赢的迫切需要。要充分发挥知识产权在增强国家经济科技实力和国际竞争力、维护国家利益和经济安全方面的重要作用,为我国进入创新型国家行列提供强有力的支撑。”

2006年十届人大四次会议通过的《国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》明确提出必须转变经济增长方式,要“深度开发信息资源”,要“加大知识产权保护力度”,要加强公民知识产权意识,健全知识产权保护体系,建立知识产权预警机制,依法严厉打击侵犯知识产权行为。

2006年《国家中长期科学和技术发展规划纲要(2006-2020年)》明确提出了要“实施知识产权战略和技术标准战略”,要进一步完善国家知识产权制度,营造尊重和保护知识产权的法治环境,促进全社会知识产权意识和国家知识产权管理水平的提高,加大知识产权保护力度,依法严厉打击侵犯知识产权的各种行为。2007年中国共产党十七大报告特别强调要“实施知识产权战略”。《国家知识产权战略纲要》已经于2008年4月9日由国务院常务会议

吴
汉
东徐
瑾马
治
国陈
传
夫李
正
华李
顺
德李
正
华范
晓
波寿
步刘
春
田张
玉
臣王
兵马
忠
法丁
建
新

审议并原则通过。

2. 中国信息资源知识产权制度建设的进展

从理论上说，我国通过的一系列知识产权法都适用于信息资源领域。但是，信息资源知识产权制度特别关注信息资源开发利用中的特定行为。根据信息资源开发利用中的不同特征，我们可以将信息资源开发利用的角色分为两个类型。一是信息内容的提供者，如出版、互联网内容提供者等等。另一类是信息服务提供者，如提供连线服务的网络服务提供者。

2.1 信息内容服务提供行为的知识产权法律适用

2.1.1. 作品的数字化转换中知识产权法律适用

将纸质文献数字化是信息资源建设中不可缺少的步骤，也是知识产权诉讼比较频繁的领域，倍受各方面重视。学术界曾经对作品数字化转换的性质进行过很久的争论，关键是判断作品的数字化是否是一种复制行为。复制权是著作权中最基本、最重要的经济权利，是指著作权人对自己创作的作品有权决定是否复制或许可他人复制。中国《著作权法》第10条将“复制权”解释为“以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或多份的行为”¹。尽管该定义并未将“数字化”包含在内，但我们可以据此推导构成“复制”的条件：

(1) 要有特定的复制方式（如拓印）。而数字化过程也就是以计算机作为工具进行的复制方式；(2) 行为的主观目的是为了制作与原作相同或相近的复制件。数字化在于用数字形式对原作进行表达和转换，而不改变原作数据本身；(3) 复制品本身不具有智力劳动的特征。数字化过程对原作的内容并不产生任何影响，不具有创造性的智力劳动。因此，“数字化”属于复制行为。2000年11月22日最高人民法院在《关于涉及计算机网络著作权案件适用法律若干问题的解释》²中规定“受著作权法保护的作品，包括著作权法第三条规定的各类作品的数字化形式。”从而为这些争论划上了句号。该规定也说明，作品的数字化是一种复制行为，受制于《著作权法》关于“复制权”的规定。

2.1.2 数据库建设中知识产权法律适用

中国的《著作权法》将数据库作为“汇编作品”纳入著作权法的保护范围，其第14条规定“汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品，为汇编作品，其著作权由汇编人享有，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。”可见汇编作品

可分为两类：由版权作品组成的汇编作品和由无版权的数据或材料组成的汇编作品，前者如法规数据库，单独的法规在中国不受著作权保护，但如果在选择或者编排法规上具有独创性，则数据库作为一个整体享有著作权保护。在“海南经天信息有限公司诉海口网威科技有限公司”案³中，二审法院就认为《中国大法规数据库》依法享有版权；后者如论文集，单独的论文受到著作权的保护，如果论文的选择或编排具有独创性，则论文集整体也享有著作权的保护，在“国家图书馆诉海洋出版社”案⁴中，法院认为《中图图书馆分类法》具有独创性体的编排、材料的选取和说明注释，因此其说明注释和整个分类法都受到著作权的保护。对汇编作品的判定关键是其选择或者编排是否具有独创性。对于基于系统软件或者信息组织方式的局限性而导致的在结构、顺序、排列等方面仅仅具有有限的选择方式形成的数据库，其选择和编排不体现为独创性，则数据库作为整体不受到保护，这不排除其中的某部分数据资料受到著作权的保护。在“北京华信捷公司与机械信息研究院”案⁵中，法院认为华信捷公司的“中国拟建和在建项目库”将项目信息按照一般建设项目的常用划分方法，在内容上的选择和数据上的编排不具有独创性而不受著作权的保护。

2.1.3 网络链接的知识产权法律适用

链接是网站资源延伸的重要方式，因链接导致的侵权主要有五种情况。(1) 链接标识侵权。如果设链网站将他人享有著作权的图片或文字作为链接标识，则侵犯了他人著作权。如果在网页上使用他人商标作为链接标识造成和他人知名商品相混淆则构成不正当竞争。在“北京金洪恩电脑有限公司诉北京惠斯特科技开发中心案”⁶中，法院认为被告使用原告商标类似的标记作为链接标识，属不正当竞争。(2) 深度链接侵权。深度链接就是绕过被链接网站的首页和其他一些页面，直接链接到某一特定网页。在“北京金融城网络有限公司诉成都财智软件案”⁷中，法院认为财智公司未经对方许可，擅自进行深层次链接，属不正当竞争。(3) 视框链接侵权。视框链接是用视框将网页分割成不同区间，每一个区间都可以浏览被链网站的全部内容。当以视框链接到他人网站时，屏幕上的网址仍然为设链网站。这使得访问者误认为被链网站为设链网站的一部分，属不正当竞争。(4) 埋置链接侵权。埋置链接是指将他人网站对网站标识或商标标识等埋置在自己网页的原代码中，以便搜索引擎的查询。这构成对权利人商誉的侵犯以及商标的淡化，属不正当竞争。(5) 延迟停链侵权。权利人提出停止链接的声明，设链者应尽快停止链接，否则可能构成延迟停

链侵权。在“刘京胜诉搜狐案”⁸中,法院认为设链者在原告要求停止链接的声明后未积极作为,应承担侵权责任。

2.1.4 信息资源网络传播中的知识产权法律适用

早在1999年,在“王蒙等六人诉世纪互联通讯技术服务有限公司案”⁹中,法院判决被告在互联网上未经许可传播原告作品的行为侵犯了原告的著作权。2001年,中国修订《著作权法》正式规定了“信息网络传播权”,即“以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利”。2002年,在“陈兴良状告中国数字图书馆有限责任公司案”¹⁰中,法院认为被告将原告的作品上载到国际互联网上,扩大了作品传播的时间和空间、接触作品的人数、改变了接触作品的方式,且没有采取有效的手段保证作者获得合理的报酬,侵犯了原告其信息网络传播权。2006年7月1日,中国实施《信息网络传播权保护条例》¹¹。该条例规定“权利人享有的信息网络传播权受著作权法和本条例保护。除法律、行政法规另有规定的外,任何组织或者个人将他人的作品、表演、录音录像制品通过信息网络向公众提供,应当取得权利人许可,并支付报酬”。该条例同时规定“权利人可以采取技术措施。任何组织或者个人不得故意避开或者破坏技术措施,不得故意制造、进口或者向公众提供主要用于避开或者破坏技术措施的装置或者部件,不得故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务。未经权利人许可,任何组织或者个人不得进行下列行为:(一)故意删除或者改变通过信息网络向公众提供的作品、表演、录音录像制品的权利管理电子信息,但由于技术上的原因无法避免删除或者改变的除外;(二)通过信息网络向公众提供明知或者应知未经权利人许可被删除或者改变权利管理电子信息的作品、表演、录音录像制品”。同时规定了对违反条例中所列保护措施的行为进行相应的处罚。

2.1.5 网络转载知识产权法律适用

对于从纸本到纸本的转载方式,《著作权法》第32条规定:“作品刊登后,除著作权人声明不得转载、摘编的外,其它报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登,但应当按照规定向著作权人支付报酬。”即报刊在转载已经发表作品时享有法定许可使用的权利。对于从纸本到网络和从网络到网络的情况,最高人民法院在2004年实施的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》中的第3条指出“已经在报刊上刊登或者网络上传播的作品,除著作权人声明或者上载该作品的网络服务提供者受著作权人的委托声明不得转载、摘编的以

外,网站予以转载、摘编并按有关规定支付报酬、注明出处的,不作为侵权行为。但网站转载、摘编作品超过有关报刊转载作品范围的,应当认定为侵权。”但随着《信息网络传播权保护条例》的实施,2006年11月20日最高人民法院修改了这份司法解释,删去了其第3条的内容。这说明中国立法和司法对于网络环境下著作权的保护更趋于严格,对于从纸本转载到网络或者从一个网络转载到另外一个网络的转载方式,没有被赋予“法定许可”或“合理使用”特权。网络环境下的转载同样需要支付报酬并得到著作权人的许可。

2.1.6 网络域名知识产权法律适用

计算机网络域名的一个显著特征,是其在网络环境下产生了与商标、商号等相类似的一种区别域名使用人和其服务的标识性功能。域名的注册、使用等行为可能发生域名与传统的商标、商号等民事权益主体之间的冲突。2001年通过并实施的《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,标志着中国首次正式地、系统地初步确立了域名的司法调整机制。随后,中国互联网络信息中心(CNNIC)发布了《中国互联网络信息中心域名注册实施细则》(2002年制定,2009年修订)等系列规范性文件,建立了较为完善的域名注册与争议解决制度体系。信息产业部也制定了《中国互联网络域名管理办法》(2002年通过,2004年修订),规定了域名管理、域名注册、域名争议和罚则等内容。中国法院受理的域名纠纷案件,是指所有涉及计算机网络域名注册、使用等行为的民事纠纷案件,包括域名与驰名商标、普通注册商标、商号、知名商品特有名称、姓名等权利主体之间的纠纷案件。中级人民法院是域名案件的第一审法院,由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖,发现该域名的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。判定行为人注册、使用域名行为构成侵权与不正当竞争需要满足四个条件:一是原告请求保护的民事权益合法有效;二是被告域名同原告要求保护的民事权益客体之间具有相似性;三是被告无注册、使用的正当理由;四是被告具有恶意。最高人民法院的司法解释列举了四种最为常见的恶意情形,第一,为商业目的将原告驰名商标注册为自己的域名。第二,为商业目的注册、使用与原告的注册商标、域名等相同或近似的域名,故意造成与原告提供的产品、服务或者原告网站相混淆。第三,邀约以高价出售、出租或者以其他方式转让该域名获取不正当利益。第四,域名注册后自己不联机使用,也未准备作联机地址使用,而囤积域名,有意阻止相关权利人注册该域名。

2.2 提供連線服务行为的知识产权法律适用

网络服务提供者的主要业务是连线接入，随着网络业务的增长，提供存储服务也是ISP的业务之一。

2.2.1 接入服务知识产权法律适用

接入服务提供者没有对网络信息进行的编辑控制能力。因此其所应当承担的法律责任和内容提供者是不相同的。知识产权法一方面要依法制止和制裁网络侵犯著作权的行为，另一方面也要给网络服务提供者提供一个法律责任的“安全港湾”。因此，中国的法律规定明确了网络服务提供者对著作权侵权的过错责任制度；同时也对其行为做出约束，明确在何种情况下网络服务提供者应当承担侵权责任，以促使网络服务提供者进行自我约束和自我保护，维护著作权人的合法权益。对于提供連線服务的网络服务提供者，因其对网络信息不具备编辑控制能力，因此对他人在网络上实施的侵权行为没有主观过错，根据民法通则第106条的规定，不必承担法律责任，侵权的法律责任应由行为人本人承担。但根据《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》（2006）的规定，网络服务提供者通过网络参与他人侵犯著作权行为，或者通过网络教唆、帮助他人实施侵犯著作权行为的，人民法院应当根据民法通则第一百三十三条的规定，追究其与其他行为人或者直接实施侵权行为人的共同侵权责任。网络服务提供者明知专门用于故意避开或者破坏他人著作权技术保护措施的方法、设备或者材料，而上载、传播、提供的，人民法院应当根据当事人的诉讼请求和具体案情，依照著作权法第四十七条第（六）项的规定，追究网络服务提供者的民事侵权责任。

2.2.2. 存储服务知识产权法律适用

对于存储服务而言，可以分为自动存储服务和非自动存储服务两类。对于自动存储服务而言，网络服务提供者为了提高网络传输效率，利用技术手段自动向服务对象存储从其他网络服务提供者获得的作品、表演、录音录像制品，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：（1）未改变自动存储的作品、表演、录音录像制品；（2）不影响提供作品、表演、录音录像制品的原网络服务提供者掌握服务对象获取该作品、表演、录音录像制品的情况；（3）在原网络服务提供者修改、删除或者屏蔽该作品、表演、录音录像制品时，根据技术安排自动予以修改、删除或者屏蔽。同时，对于非自动存储而言，网络服务提供者作为服务对象提供信息存储空间，供服务对象通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制

品，并具备下列条件的，不承担赔偿责任：（1）明确标示该信息存储空间是为服务对象所提供，并公开网络服务提供者的名称、联系人、网络地址；（2）未改变服务对象所提供的作品、表演、录音录像制品；（3）不知道也没有合理的理由应当知道服务对象提供的作品、表演、录音录像制品侵权；（4）未从服务对象提供作品、表演、录音录像制品中直接获得经济利益；（5）在接到权利人的通知书后，根据本条例规定删除权利人认为侵权的作品、表演、录音录像制品。

2.3 计算机软件保护的法律适用

中国1990年《著作权法》第3条第8款就已经将计算机软件列入著作权法保护的客体；2002年2月22日中国国家版权局发布了《计算机软件登记办法》，适用于软件著作权登记、软件著作权专有许可合同和转让合同登记。软件著作权登记申请人应当是该软件的著作权人以及通过继承、受让或者承受软件著作权的自然人、法人或者其他组织。规定了计算机软件的登记申请、审查和批准、软件登记公告、相关费用等问题。该登记办法指定中国版权保护中心为软件登记机构；经国家版权局批准，中国版权保护中心可以在地方设立软件登记办事机构。

2002年12月20日，国务院又公布了修订后的《计算机软件保护条例》，该条例制定了中国计算机软件法律保护的基本框架，规定了受本条例保护的软件必须由开发者独立开发，并已固定在某种有形物体上。并规定软件复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的，或者软件复制品的发行者、出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。为出版者、制作者、发行者、出租者等设置一定的法律义务。

2009年7月30日，国家版权局、公安部、工业和信息化部联合下发通知，决定从8月到11月，在全国范围内联合开展为期4个月的2009年打击网络侵权盗版专项治理行动。这是三部门自2005年以来开展的第五次打击网络侵权盗版专项治理行动，也是历年来时间最长的一次专项治理行动，展示了中国坚决保护正版、打击盗版的决心和意志。

2.4 信息资源知识产权豁免制度

知识产权法还通过合理使用制度、法定许可使用制度的设计来促进公共利益的发展，平衡知识产权人和公众之间的利益。合理使用是指在特定条件下，使用已经发表的作品，可以不经版权人同意，也不必向版权人支付报酬，但不得侵犯知识产权人的合法权益。我国《著作权法》第22条规定了合理使用制度，对著作权人、出版者、表演者、录音录像

制作者、广播电台、电视台的权利进行了限制，有效地保障了公共利益。《信息网络传播权保护条例》规定了网络服务中的八种合理使用的情形。包括：为介绍、评论作品中而适当引用；为报道时事新闻而不可避免的再现或引用；为学校课堂教学或者科学研究而少量使用；为国家机关为执行公务而在合理范围内使用；为汉语翻译成的少数民族语言文字作品而使用；向盲人提供；向公众提供在信息网络上已经发表的政治经济性质的时事性文章；向公众提供在公众集会上发表的讲话等。另外，图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等可以不经著作权人许可，通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品，不向其支付报酬，但不得直接或者间接获得经济利益。当事人另有约定的除外。但所规定的为陈列或者保存版本需要以数字化形式复制的作品，应当是已经损毁或者濒临损毁、丢失或者失窃，或者其存储格式已经过时，并且在市场上无法购买或者只能以明显高于标定的价格购买的作品。

法定许可制度是指在特定条件下，使用已发表的作品，可以不经版权人同意，但要向版权人支付报酬。根据《著作权法》的规定，法定许可情形包括了实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书；作品在报刊刊登后，除著作权人声明不得转载、摘编的外，其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登；录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品；广播电台、电视台播放他人已发表的作品；广播电台、电视台播放已经出版的录音制品。根据《信息网络传播权保护条例》的规定，在网络环境下法定许可的主要情形包括：通过信息网络实施九年制义务教育或者国家教育规划，使用其已经发表作品的片断或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品制作课件，向注册学生提供是法定许可。为扶助贫困，通过信息网络向农村地区的公众免费提供中国公民、法人或者其他组织已经发表的种植养殖、防病治病、防灾减灾等与扶助贫困有关的作品和适应基本文化需求的作品，网络服务提供者应当在提供前公告拟提供的作品及其作者、拟支付报酬的标准。自公告之日起30日内，著作权人不同意提供的，网络服务提供者不得提供其作品；自公告之日起满30日，著作权人没有异议的，网络服务提供者可以提供其作品，并按照公告的标准向著作权人支付报酬。网络服务提供者提供著作权人的作品后，著作权人不同意提供的，网络服务提供者应当立即删除著作权人的作品，并按照公告的标准向著作权人支付提供作品期间的报酬。但依照该规定提供作品的，

不得直接或者间接获得经济利益。

2.5 信息资源知识产权救济制度

我国著作权法规定了侵犯知识产权的民事责任、行政责任和刑事责任。侵权者应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任；同时损害公共利益的，可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品，并可处以罚款。2001年著作权法正式规定了著作权侵权的刑事责任，对于未经著作权人许可而复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品等侵权行为，除了要承担民事责任外，情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。1995年7月5日国务院发布了《中华人民共和国知识产权海关保护条例》。1995年9月28日海关总署发布了《中华人民共和国海关关于知识产权保护的实施办法》，正式建立了中国知识产权海关保护制度。我国海关对知识产权的保护既可以是依据权利人的申请，也可以依海关职权主动查处。海关保护的必须是与进出口货物有关的受中国法律法规保护的知识产权。网络著作权侵权纠纷案件的管辖也是网站著作权的重要内容之一。2006修改形成的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》指出，网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地¹²。这是因为行为人的位置变动性较大，但他们使用设备的位置相对固定。选择这样的管辖连接点方便受害者选择法院起诉，也方便法院行使管辖权和审判。

复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的，复制品的发行者或者电影作品或者以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国合同法》等有关法律规定承担民事责任。

关于赔偿问题，我国法律规定，侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。同时规定法定赔偿制度，即“权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据

侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿”。（著作权法第48条）2001年新著作权法还规定了诉前禁令、财产保全、证据保全措施。著作权人或者与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。为制止侵权行为，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，著作权人或者与著作权有关的权利人可以在起诉前向人民法院申请保全证据。

3. 中国信息资源知识产权制度展望

3.1 进一步加大保护力度

2006年3月27日，国务院办公厅发布《保护知识产权行动纲要（2006-2007年）》严厉打击盗版行为，加强进出口环节知识产权保护，加强展会知识产权管理，开展保护展会知识产权“蓝天会展行动”，建立全国举报投诉服务系统，在全国50个城市建立综合性的知识产权举报投诉服务中心。自2008年以来全国多个省市相继实施了知识产权战略。不同行业加大知识产权保护力度更进一步加大。2009年4月通过的《电子信息产业调整和振兴规划》提出“加强对电子信息产品和服务的知识产权保护”。2009年9月26日，国务院常务会议原则通过的《文化产业振兴规划》提出，要进一步完善法律体系，依法加强对文化产业发展的规范管理。完善国家知识产权保护体系，严厉打击各类盗版侵权行为，促进国家文化创新能力建设。中国知识产权保护力度必将进一步通过国家层面、地方层面与行业层面协调加强。

3.2 进一步应对信息技术变革的需求

知识产权是技术之子。技术变革会引发知识产权制度的变化。在信息资源知识产权制度中，技术措施、网络、数据库、软件、域名等都具有鲜明的技术性。相关技术的迅捷发展必将推动相关信息资源知识产权制度的发展。例如就技术措施而言，在中国，1991年《著作权法》没有对技术措施进行规定。但随着网络的普及应用，世界知识产权组织制定的WCT和WPPT两个条约对权利管理技术措施提出原则性规定，中国有关技术措施的知识产权制度不断完善。就网络而言，随着网络在中国的迅猛发展，P2P软件日益成为文件下载的重要工具。从“步升公司诉飞行网等案”¹³、“北京捷报诉中搜案”¹⁴可以看出，以“营利目的”应用P2P等新技术受到法律的严格规范。除了技术措施和网络传播外，高密度复制、

新型软件、自动信息收割、物联网等领域都具有新需求。与技术同步，不断完善与信息资源有关的知识产权制度是新信息环境的要求。

3.3 进一步加强知识产权保护国内与国际协调

制度协调要考虑两个方面，一方面考虑与国际知识产权制度之间的协调，另一方面考虑到国内各地区、个行业之间的协调。目前中国已经加入了保护知识产权的主要国际条约。包括：《保护文学艺术作品伯尔尼公约》、《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）、《世界知识产权组织版权条约》（WCT）、《世界知识产权组织表演和录音制品公约》（WPPT）等。世界知识产权组织、世界贸易组织、美国、欧盟和许多发展中国家先后在计算机程序、数字传输、数据库等方面通过一系列立法，在许多方面突破了传统国际版权原则。从中国最近几年有关信息资源的立法与司法政策看，均有与国际标准兼容的特点。除了国际条约外，随着各国知识产权制度的趋同化，国外的影响也非常明显。美国、欧盟、日本等在知识产权方面的立法、保护经验不断影响着中国的知识产权制度发展。信息资源知识产权制度涉及到市场交易制度、版税清算制度、公平竞争制度和版税征收制度等。加强这些制度之间的协调也是长期的建设任务。

3.4 进一步适应信息资源增长与开发利用对知识产权的需求

信息资源的增长和知识产权制度的推动密切相关。为了进一步适应资源增长对知识产权制度的需求，需要完善明晰的产权界定机制，完善集团许可、国家许可、公共许可等多层次的许可模式，完善版权登记、检索、交易、融资等完善的市场服务体系等。

信息资源投入的多元化增加了产权归属判定的难度。在中国，国家仍然是公益性信息资源开发的主要投资人。高等院校、科研单位、公司企业也投入了资金，资源的实际开发工作则由具体自然人完成。在个人、单位和个人之间形成了包括了委托作品、职务作品、合作作品、法人作品、汇编作品、演绎作品等多种作品类型，涉及复制权、发行权、信息网络传播权等权利类型，涉及合理使用、法定许可等使用限制。信息资源的产权界定机制还需要进一步的明确和完善。

许可制度是规制产权交易，实现知识产权价值的重要手段。许可模式具有多种层次，可以包括集团许可、国家许可、公共许可、共享许可等。集团许可能够降低交易成本，促进联盟内部成员形成互补优势，增加信息资源交易量，平衡集团、公众和投资商之间的利益关系。集团规模越大、资金越雄厚、

影响力越大,其利益平衡作用就越明显。国家许可是指出版商与非营利性组织之间通过签订国家许可证允许其在全国范围内使用信息产品或服务,并由该非营利性组织提供信息获取渠道。国家许可证可以看作是集团许可证的一种特例,协议的一方是出版商,另一方既可以是单个机构也可以是由多个机构组成的非营利性联盟。作为对知识产权权利人补偿的资金主要来自于政府资助。通用公共许可证的宗旨是保证用户有无限复制和修改的权利。公共许可证虽然具有缺少利润激励、缺少规范性和对不当行为的有效约束性等缺点,但它对打破行业垄断,推进公众自由获取软件等信息资源有重要意义。

完善版权登记、检索、交易、融资等市场服务体系。建立健全科学完备的作品登记和转让合同备案体系,提高作品登记服务的质量和效率,保证作品登记的严肃性、权威性和统一性;完善版权价值评估体系和融资体系,建立并完善版权相关信用机制;

建立规范科学的版权相关统计标准,逐步建立并不断完善各类版权相关信息的数据库;扶持、鼓励版权代理机构的发展,推动版权代理机构和业务的有效整合,实现大中型版权代理机构业务综合化、集团化和小型版权代理机构业务专门化、特色化。这些都是未来中国信息资源知识产权制度建设的长期任务。

致谢:本文是国家社会科学基金资助项目“图书馆知识产权管理方案实证研究”(项目批准号:07BTQ001)调研成果之一。作者衷心感谢日本文部科学省日本科学技术振兴机构(JST)研究员米山春子女士的邀请撰写本文!本文只代表作者的观点,不代表作者所在机构、资助机构或任何其他组织的观点。

参考文献

- [1] 中华人民共和国国家知识产权局. 知识产权现行法律法规汇编. 北京: 知识产权出版社, 2004 年
- [2] 郑成思. 知识产权法学. 北京: 高等教育出版社, 2003
- [3] 北京市高级人民法院民三庭. 知识产权经典判例. 北京: 知识产权出版社, 2003
- [4] 陈传夫. 信息资源知识产权制度研究. 长沙: 湖南大学出版社, 2008
- [5] 中华人民共和国国家版权局.
<http://www.ncac.gov.cn/GalaxyPortal/inner/bqj/index.jsp>
- [6] 中华人民共和国国家知识产权局.
<http://www.cpo.cn.net/>
- [7] 中华人民共和国信息与工业化部.
<http://www.miit.gov.cn/n11293472/index.html>

注释

- 1 中华人民共和国著作权法. 1990 年 9 月 7 日通过, 2001 年 10 月 27 日修改.
- 2 关于涉及计算机网络著作权案件适用法律若干问题的解释. 2000 年 11 月 22 日通过, 2003 年 12 月 23 日修正通过. 2006 年 11 月 20 再次修正通过.
- 3 首例法规数据库侵权案海南结案 网赔 5 万.
<http://www.china.com.cn/chinese/law/297586.htm>
- 4 国家图书馆分类法享有著作权 获赔 10 万.
<http://news.sohu.com/47/03/news147860347.shtml>
- 5 北京华信捷公司与机械信息研究院.
http://www.cta315.com/infor_vewe.asp?infor_id=3687&class1_id=16&class2_id=61
- 6 北京金洪恩电脑有限公司诉北京惠斯特科技开发中心不正当竞争纠纷案.
<http://www.siaaa.com/falvanliku/qitaanli/200907/391731.html>
- 7 北京金融城网络有限公司诉成都财智软件案.
<http://policy.mofcom.gov.cn/section/ccaselfetch.html?id=czs1500031>
- 8 刘京胜诉搜狐爱特信信息技术(北京)有限公司侵犯著作权纠纷案
<http://law.jnzc.net/alhb/zscq/200509/102682.html>
- 9 从王蒙著作权纠纷案看我国信息网络传播权的确立.
<http://www.ncac.gov.cn/GalaxyPortal/inner/bqj/include/detail.jsp?articleid=14879&boardid=11501010111616>
- 10 刑法专家陈兴良状告网站侵犯著作权案昨判决.
<http://news.sina.com.cn/c/2002-06-28/1434619709.html>
- 11 信息网络传播权保护条例. 2006 年 5 月 10 日国务院通过, 自 2006 年 7 月 1 日起施行.
- 12 2000 年 12 月 19 日中华人民共和国最高人民法院司法解释 法释〔2000〕48 号, 第 1 条
- 13 上海步升音乐文化传播有限公司诉等著作权纠纷案.
<http://www.fsou.com/html/text/fnl/1175144/117514489.html>
- 14 北京捷报互动科技有限公司诉北京中搜在线软件有限公司侵犯著作权纠纷案一审.
http://www.law-lib.com/cpws/cpws_view.asp?id=200400971584

日中知识产权立法比较研究



作者简介

李 正华 中山大学法学院副教授、中山大学新华学院法律学系主任

1963年6月出生。2004年中南财经政法大学民商法学专业，法学博士。中山大学法学院副教授。曾于1995至1996年赴日本东海大学法学部进行访问研究，2006年参加早稻田大学举办的知识产权国际研讨会，做了“广东企业知识产权状况及知识产权审判”的专题发言；担任过松下电工（广州）等中外合资企业的常年法律顾问，曾为西部石油公司分析评解多年的合同，现每年承担50多件仲裁案件的审理工作。每年代理各类民商事纠纷案件多起。为国内大型企业或者相关行业做法律讲座多场。

在香港出版了《中国营商法律问题与对策》著作，在中国大陆出版了普通高等教育“十五”国家级、“十一五”国家级规划教材《经济法》，著有“十一五”国家级规划教材《经济法概论》，主编了《企业技术创新与合同法律保护》，参编了《法学大辞典》、《精编法学辞典》、《国际贸易法大辞典》、《民法大辞典》，参加编写了《商法》等全国统编教材。在全国各类学术刊物上发表了论文80余篇。

摘要：

日本与中国的经济贸易关系密切，而且在新的形势下将得到进一步的发展。了解两国的知识产权制度，不但能够及时消除误解，而且有利于促进两国在世界贸易组织框架下的经贸之健康发展。本文从两国知识产权立法的背景分析入手，对两国知识产权的具体立法展开了比较研究，并提出了两国今后的知识产权立法发展方向和对两国经贸发展的促进作用。

2009年6月在东京举行的中日经济高层对话中，日中两国签署了《关于知识产权保护交流与合作的备忘录》，强调知识产权保护。¹而近年来，日中在贸易中也出现了一些知识产权纷争，如日本摩托产业指控中国同行的假冒行为、中国武汉晶源公司起诉日本富士化水公司侵犯其专利权等，这些现象都在一定程度上反映出在两国的经济贸易中存在着企业知识产权的纷争。如果不能较好的解决相关的问题，将有损两国的经济利益，对经贸往来造成了不良的影响。因此，有必要让中日双方的企业以及社会各界充分了解两国的知识产权法律制度，并在相关的知识产权法律制度以及合作框架下促进两国的经济贸易发展。

一、日中知识产权立法的历史背景

（一）知识产权立法的社会文化背景

1. 日本知识产权立法的社会文化背景

二战后，日本通过改革制度、引进技术、发展企业，使国家的经济步入了快速发展的轨道，而在这一过程中，知识与科技的力量无疑是自然资源匮乏的日本不断壮大国力的核心力量。从前五十年采取大规模的技术引进和以消化吸收为基础的二次创新，到之后逐步转向技术创新与自主创新相结合的方式，日本一直在探索和发展科技的模式，最终造就了当今世界经济和科技强国的地位。

正因为知识与科技在日本发展中有着如此重要的作用，所以日本国内的各个层面，特别是企业界高

度重视科技创新和知识产权的作用。日本从大企业到中小企业，都将自主知识产权的产业技术作为企业的核心竞争力，并重视保护企业的商标、商号等无形资产。日本的不少企业都设立有知识产权部门，除了制定知识产权战略和收集市场知识产权信息之外，还规范自身的科技研发、人才培养、专利申请、商标保护、纠纷处理等知识产权事务。²此外，日本企业注重对员工进行知识产权方面的培训，依据不同的岗位的不同工作内容，强化每一个员工的知识产权意识。³

日本看重以普通民众为代表的整个社会的知识产权意识培育。早在明治时代，日本政府便主动号召全国积极地吸收外来先进知识产权文化，政府相关部门的官员还赴欧美考察先进的知识产权文化。⁴如今，日本政府为了营造社会积极的知识产权意识，更是做出了大量的努力：一方面，日本政府将知识产权教育嵌入到人才教育的各个环节，根据不同的对象实施有针对性的教育，如对中小學生进行普及知识产权知识教育，对大学生和研究生进行知识产权实用人才培养；另一方面，日本完善知识产权信息的传播和应用，比如日本政府通过各种渠道介绍相关知识产权动态，法律文件、申办程序等内容，更好地帮助公众熟悉和了解知识产权。另外，日本建立了多样化的知识产权信息共享机构和平台，如工业产权综合情报馆检索数据库，使得公众可以便捷的获取与知识产权相关的信息。⁵日本社会整体知识产权意识的提升，对国家知识产权战略和知识产权法律的实施有着积极的促进作用。

科技与经济的快速发展以及社会知识产权意识的不断提高，为日本的知识产权立法提供了良好的社会现实基础，也是日本知识产权法律能够在社会实践的过程中不断得到完善并有效反作用于经济社会的根本原因。

2. 中国知识产权立法的社会文化背景

中国历史上相当长的时期都是以儒家思想为主流，而儒家一般以传播知识和道德为己任，不认为自己的作品被抄袭和未经许可的使用是对自身权利

の侵害。⁶而且中国历史上“诸法合体，民刑不分，以刑为主”的立法现象，在很大程度上导致了人们对法律认识产生偏差，“法乃刑”的错误观点影响至今，人们普遍欠缺主动保护私权的意识。中国知识产权的观念和文化相对西方国家来说发展得较晚，即使是时至今日，将知识产权作为财产来保护的观念在中国不少领域依然比较单薄，比如不少国内企业因为缺少知识产权意识，导致自主技术开发创新慢，技术的流失现象较多，甚至还有因侵犯他人的知识产权而陷入纠纷。

在中华人民共和国成立之后，尤其是在1979年改革开放以来，随着法制建设的深入、市场经济的发展和高科技技术的研发与应用，中国建立并逐步完善了著作权、专利权、商标权、商号权以及商业标记权、商业秘密权和反不正当竞争权法等一系列知识产权法律制度，知识产权的立法上已经与国际接轨，达到了发展中国家先进的水平。正如前世界知识产权组织总干事阿帕德·鲍格胥博士所指出的“在知识产权史上，中国完成所有这一切的速度是独一无二的”。⁷

2008年，中国国家知识产权局全年共受理专利申请82.8328万件，同比增长19.4%。其中受理国内申请71.7144万件，受理国外来华申请11.1184万件。全年共授予专利权41.1982万件，同比增长17.1%；商标注册方面，中国国家工商行政管理总局商标局全年共受理商标注册申请69.8万件，其中国内商标注册申请59万件，国外申请人在中国的商标注册（含马德里国际注册）申请量达10.8万件。全年审查商标注册申请75万件，同比增长85.2%。⁸此外，在版权登记与植物品种申请的数量上也有大幅的增加。这些数据表明中国企业与民众的知识产权意识在市场化 and 知识产权法律实践的过程中不断的得到加强，中国的知识产权立法和保护在更好的社会文化基础之上进一步的向前发展。

（二）知识产权立法的经济贸易背景

1. 日本知识产权立法的经济贸易背景

日本的经济发展模式以及依靠产品质量，而质量来自于知识产权为支撑。

20世纪90年代，日本泡沫经济破裂，饱尝了长达十多年的长期不良债权等各种负面因素之苦，经济陷于一定程度的衰退之中。近年来，日本几经结构改革，最近经济正在摆脱衰退局面，重新走向复兴。日本2005年的GDP为48944万亿元，占全世界的16%、亚洲的60%，人均GDP收入高达35734美元。2006年对外贸易总额12226亿美元，顺差680亿美元，仅次于中国；对外资产余额同比增加了10.3%，达到558.106万亿美元，连续16年蝉联世界头号债权

国。⁹

坚持科技创新和知识产权战略是日本走上经济复苏之路的关键。日本意识到在经济活动中，“知识”所产生的附加价值比以往任何时候都重要。现在企业所面临的竞争重点，并不是围绕同一产品和服务的传统价格竞争，而是转变成了与其他企业不同的、以具有创新性的产品和服务为核心的更为激烈的技术竞争。不久的将来，日本将面临前所未有的低出生率和人口高龄化之困境，劳动人口大为减少。因此，要保证日本经济的成长，必须依靠以技术创新为基础的高附加值产品。近年来，正是大量具有高科技含量的产品，为日本顺利得打开国际市场并且在相关领域始终占据有利的地位做出了贡献，也为日本带来了巨大的经济效益。

知识产权在日本经济与贸易方面的作用，不局限于科学技术的产业化，在软件、品牌包括文化产业等广泛意义上的知识产权，都能够为其带来越来越丰厚的利润和知名度。如日本的电影、动画片、电子游戏软件等文化产业，已超过钢铁等许多传统的产业，在世界立足的同时还能提高国家形象和知名度。在日本的饮食、时装等领域，传统与创新的结合也形成了较强的竞争力。

知识产权在日本经济贸易方面的实践与成效，推动了日本知识产权的立法活动。一方面，日本通过立法促进知识产权的产生，加强知识产权的保护，推进知识产权的应用。另一方面，日本通过修订法律法规，使本国在知识产权相关方面的做法符合国际的潮流和惯例，让其知识产权在国际经济交往中发挥最大的效用。

2. 中国知识产权立法的经济贸易背景

中华人民共和国成立之后的初期，相对封闭的国内经济发展模式，在缺乏竞争的市场环境下，知识产权的发展缺乏相应的动力。改革开放以来，随着市场的扩大、出口产品的增多、竞争的加强，中国知识产权起步较晚的消极影响逐渐在经济贸易当中的突显出来，企业在与拥有自主知识产权的外国企业的竞争中常处于被动地位，出口的产品也频繁受知识产权侵权指控。这些问题无疑构成了中国经济贸易发展的重大障碍。

在1989年中美知识产权谈判后，中国逐渐重视知识产权在经济贸易中的地位和作用，除了加大力度提高企业各方面的知识产权拥有水平外，还通过知识产权立法使得知识产权的规则与国际贸易接轨。中国作为世界贸易组织的成员，更加懂得通过完善的知识产权法律法规和国际公约，规范国际经济贸易活动和保护本国的经济利益。中国加入世界贸易组织后，修订了相应的知识产权法，已经与国际相关的规则接轨。

（三）知识产权立法的国家战略基础

1. 日本的知识产权战略

（1）日本知识产权战略的产生与发展。

进入20世纪90年代，日本在高新技术领域的竞争力开始落后于欧美，而在传统工业和劳动密集型产品方面，又面临着发展中国家和地区的竞争压力。在此背景下，日本开始确立“知识产权立国”的国策。

在进行深入调查研究和充分论证的基础上，2002年7月3日，日本政府的知识产权战略会议发表了《知识产权战略大纲》，将“知识产权立国”明确为国家战略；同年11月27日，国会通过了政府制定的《知识产权基本法》（共有4章33条，2003年3月1日生效），为“知识产权立国”提供了法律保障。日本的知识产权战略提出从创造、运用、保护三个战略以及人才基础和实施体制等方面抢占市场竞争制高点。同年，日本内阁成立了“知识产权战略本部”，由首相任本部长，并设立了“知识产权推进事務局”，每年发布一次“知识产权推进计划”，对国家主管部门、教学科研单位，各类企业的相关任务与目标都作了规定。¹⁰2005年，日本成立了“知识产权上诉法院”，统一审理知识产权民事和行政上诉案件，以简化程序、优化司法审判资源配置，从而更有效地保护知识产权。¹¹

（2）日本知识产权战略对立法的影响。

目前，日本知识产权法律制度以《知识产权基本法》为基础，辅之以《专利法》、《实用新型法》、《外观设计法》、《商标法》、《版权法》、《集成电路布图设计法》、《半导体集成电路流程设计法》、《不正当竞争防止法》、《著作权法》、《著作权等管理事业法》、《种子和种苗法》、《技术措施及法的保护》、《大学等技术转移促进法》等，构成了日本知识产权法律制度的基本框架。

在知识产权立国战略下，日本的知识产权立法呈现出以下的特点：一是知识产权立法适应时代变化。对于新时代出现的新问题，日本国会及时作出应对，制定或者修订相关的法律予以规范。如《著作权法》中对公众传输的规范、对广播电视的同时再传输的规定，《不正当竞争防治法》中有关域名的规定即体现出上述特点。二是知识产权立法严谨且详尽具体，便于执法操作和保持执法的统一性。如《著作权法》中对视听觉障碍者“录音图书网上传输”的规定、对为机器的维修及修理需要的备份进行复制的规定，都是涉及著作权中极其细微但又经常出现的问题。三是知识产权立法人性化并不失灵活性。如最早制定的《著作权法》虽然赋予所有作品的出租权，但考虑到当时出租书籍、杂志的出租书店规模非常小，为了这些小店的经营与生存，日本政府在1984年的临时政令中规定，取消了书籍、杂志的出

租权。但随着大规模经营的出租书店不断出现，为了避免出版文化的衰退，在2004年《著作权法》修改时，将1984年的临时政令废止，又赋予了作者的书籍、杂志的出租权。四是知识产权立法与国际条约规定保持一致。日本非常重视其立法与国际条约规定的一致性，当国内法律与国际条约出现矛盾时，日本的法院也会运用判例尽量使其与国际条约相一致。五是知识产权法律修改频繁。为应对信息社会给知识产权带来的不断变化，日本对其知识产权法律进行不断地修改。

2. 中国的知识产权战略

在世界经济进入知识经济和经济全球化的背景下，知识产权对各国经济发展的影响和作用日益突出。在考察和学习一些发达国家的经验和做法后，结合实际国情和自身发展的需要，经过数年的起草与修改，中国于2008年6月5日制定完成并公布实施了《国家知识产权战略纲要》，¹²这标志着中国的知识产权工作进入了一个新的阶段。

《纲要》将知识产权立法作为基本的战略重点，明确指出要进一步完善知识产权法律法规，及时修订知识产权专门法律及有关法规，并规定对专利、商标、版权、特定知识产权等不同领域，进行相关的立法活动和制度构建。可见，立法工作在整个知识产权战略中，起着基础核心的作用，是其他诸如知识产权的创造与运用、知识产权的行政管理、知识产权的司法保护、知识产权的文化培育等相关工作的重要保障。从《纲要》相关内容来看，中国知识产权立法工作在新的环境下，一方面要继续保持法律法规与国际的接轨，另一方面也要根据本国自身发展的需要，建设合理有效的制度，增强法律的可操作性。

《纲要》从2008年颁布到现在已经实施一年多，在知识产权立法方面取得了一定的成果，其中最受关注的无疑是各地和相关行业以及企业、各地区相继制定了切合实际的知识产权战略，¹³并构建知识产权示范城市；国务院法制办、国家知识产权局完成了对专利法的第三次修订。¹⁴此外，《专利法实施条例》正在加紧展开修订，录音制品，医药卫生、生物遗传等领域也在开展新的知识产权立法工作。

二、日中知识产权的基本法律制度

（一）著作权制度

1. 日本的著作权制度

现行日本著作权法于1970年颁布、1987年正式修订实施。该法共7章124条，主要包括总则、著作权的取得、保护对象和保护期限、著作人的权利、出版权、著作邻接权、纠纷处理、侵权以及罚则等内

容。从颁布实施至今，该法经历了多次修改，主要是为了改变一些过时且不合理的条文，使本国的法律规定与国际惯例相协调。

日本著作权法在内容上：(1)著作权保护的对象除一般的文学、艺术和科学作品外，还包括数据库等程序作品。(2)著作权的原始所有人只能是作者本人。但如果作者是雇员，其创作的以雇主名义发表的职务作品，著作权归雇主所有。(3)对于作者的发表权、署名权、保护作品完整权等精神权利给予保护，但不保护作者的作品收回权，同时规定作者的精神权利属于个人专有，不可转让。(4)出版物的内容及出版人所享有的权利和义务有明文规定。(5)规定了著作邻接权，其中包括表演者的权利，唱片制作人的权利，广播事业者的权利和有线广播事业者的权利，对邻接权的行使不得影响作者的著作权。(6)对于侵犯他人著作权和邻接权的行为可以提起民事诉讼，又可提起刑事诉讼。其中，刑事制裁包括徒刑或罚金。¹⁵

日本的著作权法注重法律的可操作性。日本著作权法一方面详细的规定著作权人的权利，另一方面又对侵权行为类型予以列举，有助于在实践当中对侵权行为的认定。另外，著作权的立法一直致力于有关救济措施规定的完善，如2003年的著作权法从著作权一旦受到侵害、尽量减轻权利人举证责任的观点出发，做出两点修改：(1)引入“积极否认的特别规则”。被指控者在诉讼过程中，在否认权利人的权利主张时，必须讲明自己行为的具体状态；由于损害额的举证责任减轻，引入了基于“出让数量”损害额的计算制度¹⁶。(2)在权利人拥有销售自己作品能力的情况下，以“侵害者的出让数量”乘以“相当于正规品单位数量的利润额”的方法来计算损害额。在网际侵权中，下载的数量等于“出让数量”。¹⁷

在相关的行政机构方面，日本由文部科学省文化厅负责全日本国的著作权及其邻接权的管理。¹⁸日本版权局则主要负责版权方面的事宜和程序问题，并在全面执行版权政策上确定战略重点，如：理顺版权方面的法律法规；部署地方版权执行机构；处理有关版权的国际事务；加强知识产权方面的教育。¹⁹

2. 中国的著作权制度

以1991年6月《著作权法》实施为标志，自20世纪90年代起，中国逐步建立起著作权法律制度。2001年10月，中国对著作权法进行了修改，内容涉及：(1)国民待遇原则的适用问题；(2)保护客体的增加及表述方式的调整；(3)设立著作权集体管理制度，明确其法律地位；(4)进一步细化了著作权人的财产权；(5)修改对著作权的权利限制（合理使

用和法定许可）；(6)完善邻接权制度；(7)明确著作权的转让；(8)增加法律责任和执法措施，如增加“诉前临时禁令”制度；(9)确立了网络著作权的保护方式。

在《民法通则》与《著作权法》基础之上，中国近年来通过相关的立法工作，进一步完善著作权法律制度。在行政保护和管理方面，颁布有《知识产权海关保护条例》(1995年10月)、《著作权法实施条例》(2002年9月)；在保护新的版权形式方面，颁布了《计算机软件保护条例》(2002年1月)、《信息网络传播权保护条例》(2006年7月)；在著作权的刑法保护方面，除了有刑法典的专门规定外，还颁布了《关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(1998年12月)。根据著作权相关法律法规的规定，中国目前建立了以国家版权管理部门、国家工商行政管理部门、国家图书音像管理部门、海关等为主的行政管理及执法体系。

此外，中国通过加入著作权的国际公约，比如《伯尔尼公约》(1992年10月加入)、《师姐著作权公约》(1992年10月加入)、《保护录音制品作者、防止他人未经许可擅自复制日内瓦公约》(1993年4月加入)，使得本国对著作权的保护与国际接轨。

(二) 工业产权制度

1. 日本的工业产权制度

日本专利制度实行发明专利、实用新型和外观设计分别单独立法的模式。“专利”这一概念仅限于发明，实用新型和外观设计均另辟法律途径予以保护。发明、实用新型和外观设计的“三法”分立，实用新型法和外观设计法中与专利法共性的地方则采用专利法的方法。

日本的发明专利制度基本与中国一样，根据日本《特许法》，实行先申请制度、申请公开制度(18个月公开)和实审请求制度，发明专利的保护期限为20年。²⁰1994年前日本对实用新型采用实审制，从94年以来实行登记制，日本《实用新案法》规定：对于登记的实用新型，任何人可以要求特许厅提供实用新型技术评价书(即检索报告)；实用新型的保护期为6年。日本对外观设计采用实审制，申请人可要求提前审查，授权三年后公开，日本外观设计保护期限为15年。1998年至2007年，日本每年的外观设计申请量和授权量均在3万余件以上。²¹

商标法方面，日本近年来为简化商标注册手续，同国际条约相协调，加快商标注册过程，强化对著名商标的保护，实施对立体商标的保护，适应本国经济发展的需要及商标法律国际化的要求。日本对《商标法》进行了多次修改：1991年日本修改商标法，增加了服务商标注册制度；1996年再次对商标

法进行修正,调整了其与商标国际条约的关系,规定了对“驰名商标”和“周知商标”的特殊保护,引入了立体商标保护制度。²²2003年3月至2005年3月,日本对《海关关税法》进行了三次修改。在禁止进口产品中追加引起与驰名商标混淆的产品等。²³2005年6月日本特许厅修改了商标法,对地名加商标名进行保护,加大了对带有地域特色知名品牌的保护。²⁴在日本,作为团体商标获得注册的数量非常少,因为难度大且费时久,用文字与图形组合的保护范围又小。有关的法律修改后,关于“地域名称”+“商品普通名称”的商标注册,与以往相比会更加容易。新的《商标法》中的地域团体商标制度的规定,有关“地域名称”+“商品普通名称”的商标在一定范围内周知的情况下,可以认可事业协同组织等以地域团体商标予以注册,目的是保障消费者对于这些产品的信任,提高这些行业经营者的竞争力,发展地方经济。²⁵

2. 中国的工业产权制度

中国有关工业产权的立法,主要有《专利法》、《商标法》、《驰名商标认定和保护规定》、《反不正当竞争法》等。

在专利立法方面,中国的《专利法》于1985年4月1日颁布实施,并于1992年、2000年和2008年进行了三次修订。为了满足国内外发展的需要,解决现有专利制度中存在的问题,《中华人民共和国专利法实施细则修订稿》(审议稿)已提交国务院审议。第三次《专利法》修订主要涉及如下内容:允许专利平行进口;增加对侵权赔偿的法律规定;补充对诉前证据保全的规定;完善强制许可制度;补充对停止恶意诉讼恶意的规定。此外与专利制度相关的立法还有专利法规和司法解释,如《专利合作条约实施办法》(2007年修订)、《专利代理条例》(1991年)、《专利代理管理办法》(2003年)、《专利代理惩戒规则》(2001年)、《企业专利工作管理办法(试行)》(2001年)、《专利合作条约实施细则》(2007)等。

在商标制度方面,中国的《商标法》于1982年开始实施,并于1993年和2001年分别进行了修订。新《商标法》于2002年9月15日开始实施。2007年4月初,商务部颁布的《2007年中国保护知识产权行动计划》中明确提出,有关部门正在论证《商标法》的修订案。2007年2月1日,国家工商总局公布地理标志产品标志(PSPGI),并发出《关于地理标志产品标志管理办法》的通告,这表明地理标志属于官方标志,并受到相应的保护。依据《商标法》及其《实施细则》,国家工商总局将对未经允许擅自使用地理标志或相似标志的企业和个人进行调查和处理。目前中国的主要商标法律法规除了《商标法》

之外,还有《商标评审规则》(2005年修订)、《马德里商标国际注册实施办法》(2003年)、《集体商标、证明商标注册和管理办法》(2003年)等。

中日两国都是大陆法系国家,而且同为《巴黎公约》与世界贸易组织的成员国,两国保护工业产权的法律法规都遵照《巴黎公约》和TRIPS协议的要求,有许多相识之处。但是,在具体规定上,两个国家还存在不同之处。

在专利制度方面,中国不承认商业方法的专利性,而日本是予以保护的;中国规定职务发明申请权属于工作单位,而日本则规定该权属于发明人;日本允许该实用新型申请之日起三年内,根据其所有的已授权实用新型提起新的发明专利申请,中国则不允许;等等。

而在商标法律制度方面,日本对商标转让采取了较为宽松的规定,正在申请中的商标申请可以进行转让,也可以将在争议之中的注册商标转让,日本商标法还允许将一件注册商标分割转让。²⁶而中国商标法则对商标转让规定得较为严格,除了要向主管机关申请之外,还要求受让人保证该商标产品的质量。在驰名商标的保护方面,日本对未注册的驰名商标也采取跨类保护,而中国只对已注册的驰名商标采取跨类保护。而且日本建立了健全的防御商标制度,中国在相关立法中未予体现。²⁷

(三) 反不正当竞争制度

1. 日本的反不正当竞争制度

日本的反不正当竞争法律制度建立于1934年,其标志是1934年3月27日在日本国会中通过《不正当竞争防止法》,该法经过了七次大的修改和完善。其制订与修订主要是为了适应《保护工业产权巴黎公约》及《商标国际注册马德里协定》等国际条约的有关规定、解决因知识产权的保护而不断出现的贸易磨擦问题、世界各国不断强化对知识产权领域的法律保护以及国际经济贸易关系不断发展变化等客观形势需要而进行的。

从立法模式来看,日本主要由《不正当竞争防止法》和《关于禁止私人垄断和确保公平法》(又称《禁止垄断法》)及一系列相关法律、法规共同组成。此种立法模式,立法目的明确,立法内容界限清晰。一方面反垄断法旨在防止市场形成垄断结构或存有垄断行为,以维护市场的正常竞争状态;反不正当竞争法则旨在防止企业采取不正当手段从事竞争,以保护受损的竞争者和消费者。分别立法显现立法技术的细腻,有利于便捷的操作和执行。

日本的反不正当竞争法具体内容包括立法目的、不正当竞争行为的类型、救济措施、法律责任和适用的例外等。该法并没有对不正当竞争行为进行定

义,而是通过列举的方式,规制12种不同类型的反不正当竞争行为。²⁸该法规定了受侵害人拥有停止侵权请求权、损害赔偿权、销毁与清除请求权之外,还可以要求侵害人采取信誉担保的必要措施,这是日本在救济手段上的独到之处。在除外情形方面,日本反不正当竞争法第11条对此作出了范围比较广泛的规定,几乎涉及到所有的关于不正当竞争的有关规定,而且比较具体和完善,包括使用“普遍名称等”的行为,合理使用自己姓氏的行为,善意取得模仿了他人商品形态的商品行为,善意取得他人商业秘密的行为等抗辩理由。²⁹

目前日本对不正当竞争行为的防止,主要由通产省公平交易厅负责。

2. 中国的反不正当竞争制度

中国的反不正当竞争立法工作始于1980年。1980年10月17日,国务院发布实施了《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》,这被认为是中国第一部比较全面地规范竞争行为的行政法规。此后,中国又陆续发布了一些含有禁止不正当竞争和垄断内容的行政法规。1993年9月颁布的《反不正当竞争法》标志着中国的反不正当竞争法律制度的正式建立。该法是国家积极干预市场经济活动的产物。因此,它被认为属于经济法的范畴,是“经济性宪法”和市场竞争秩序维护的“不管法”。

在2008年以前,中国采用单一制的反不正当竞争法的立法模式,以反不正当竞争法为核心,广告法、价格法、消费者权益保护法等部门法协调规制不正当竞争行为。原有关于垄断行为的法律法规过于零散和不完整,从实施效果来看,原有法律法规的原则性太强,可操作性差,缺乏对垄断行为的具体定义,不能有效规范市场经济中的一些典型的垄断行为。随着中国市场中经济垄断和限制竞争行为的不断增多,这些法律法规已无法满足现实的需求。2008年8月1日中国开始实施《反垄断法》,力求改善上述的情况,维护公平竞争秩序和公共利益。该法实施一年以来,取得了一定的积极成果,但是在规范知识产权的垄断行为方面,还是未能发挥效用。

在反不正当竞争法的具体内容上,中国与日本有一定的相似之处,比如立法的宗旨、不正当竞争行为的类型、适用例外的规定等等,这说明在市场经济条件下,类似的经济现象和问题,导致相关的法律规定也是相似的,甚至不同的社会政治制度、经济发展水平对其趋同的态势也不会有太大的影响。

由于中日两国的国情和市场经济发育程度的不同,两国的反不正当竞争法还是存在着许多不同之处:(1)在反不正当竞争的界定方面。中国反不正当竞争法对不正当竞争行为的定义采取的是概括与列举相结合的方式,既对“不正当竞争”作出一般性

的规定,同时又列举不正当竞争的行为表现;而日本只采取列举式。(2)在适用例外方面。日本的反不正当竞争法对适用除外规定得非常详细;而中国法的有关规定不仅适用范围相当窄小,而且适用的对象也非常有限。(3)对不正当竞争行为采取的措施方面。日本对不正当竞争行为采取了以民事救济为主、刑事制裁为辅的原则;中国对不正当竞争行为采取的是以行政处罚为主辅以相应民事救济的原则,这与反不正当竞争法列入经济法的范畴、强调政府对市场竞争活动的主动干预和行政法律措施对不正当竞争行为的规制有关。

(四) 其他知识产权制度

1. 计算机软件、电路布图设计保护制度

(1) 计算机软件的保护制度。

1985年日本对《版权法》的进行修订,明确了对计算机软件的保护,根据该法第2条第一款第八项规定,具有创造性的计算机软件可以成为版权法上的作品。同时,日本允许符合条件的计算机软件或程序,以方法专利或装置专利的形式获得专利权,并且颁布了相关的审查标准。

中国目前对计算机软件的保护主要采取著作权法的保护模式,将计算机软件视为著作权法意义上的“作品”。除在《著作权法》中规定软件为著作权的保护对象外,国务院还于2001年12月20日发布了新修改的《计算机软件保护条例》,新《条例》对计算机软件作了定义,规定了软件的开发者与著作权人,列举了计算机软件著作权人享有的各项权利,并规定了软件的保护期限和侵权行为以及相应的法律责任等。除著作权保护之外,中国还给予部分计算机软件以专利保护,中国国家专利局1993年发布的《专利审查指南》规定:一件含有计算机程序的发明专利申请的主题能够产生技术效果,构成一个完整的技术方案,就不能仅仅因为该专利申请含有计算机程序而不授予专利权。

(2) 集成电路布图设计保护制度。

如今集成电路技术广泛的应用于生产与生活,其重要性不言而喻,世界各国都将其作为知识产权重要的保护对象。集成电路布图设计是一种带有技术含量的作品,其价值体现在工业实用性上,不同于著作权法只保护形式不保护内容,而且集成电路布图设计虽然要求一定的创新,但是程度又无需达到专利法的要求。故而,集成电路布图设计同时兼有著作权和工业产权客体的双重属性,又不同于其中任何一类。为此,世界各国以及TRIPS协议均对集成电路布图设计采用专门法保护。

日本是世界第二个颁布和实施集成电路布图设计专门法律的国家,《半导体集成电路线路布局法》

于1986年1月开始实施。该法主要内容包括保护的主体、权利人的权利内容、保护期限、职务线路布局创作、权利限制、权利救济方式等。其中权利内容包括利用该线路布局制造半导体集成电路,转让出租或为转让出租的展示或者进口利用该线路布局制造的半导体集成电路(包括由这种集成电路构成的物品)等。该法规定的权利保护期为十年,从登记确认日起计算。

2001年4月2日,中国国务院颁布了《集成电路布图设计保护条例》,并于2001年10月1日起施行。这是中国历史上第一个关于集成电路布图设计保护的行政法规,这一条例借鉴国外的立法经验,初步构建了一个比较完善的集成电路布图设计的保护框架。此后,又陆续出台了《集成电路布图设计保护条例实施细则》(2001年10月)、《集成电路布图设计行政执法办法》(2001年11月)。如今,中国已经基本建立了一个符合TRIPS协议要求的保护集成电路布图设计的法律体系,为集成电路布图设计的保护提供比较完备的制度保障。

2. 域名保护制度

日本于1997年12月1日公布了《有关域名注册等事项之规则》,该规则几经修改,最新的规则于1999年4月1日起实施。日本实行申请在先原则和单一域名制,即相同的三级域名在同一通用二级域名申请注册时,按提交申请的时间先后加以处理,而且一个机构只能注册一个域名以尽可能避免域名纠纷。³⁰该规则还规定了公共秩序保留原则和其他不予注册的情形。对于行政机构的责任,规定了凡注册机构、其官员、雇员及其他有关任何人员,对于域名注册之记载与域名服务器运作均不向任何人承担责任;对由于过错给注册人、申请人或任何其他造成损害的,注册机构仅负责实际的直接损失,赔偿额不超过注册费。另外,2008年负责域名管理的日本网络信息中心,将域名纠纷处理权交给工业所有权仲裁中心行使。

中国在域名保护方面比较重要的立法有2004年修订的《中国互联网域名管理办法》和2006年修订的《中国互联网络信息中心域名争议解决办法》。前者主要是规范域名的注册和管理方面的问题,比如域名管理机构的权利与义务、域名的注册、域名的使用等;后者的立法目的是建立域名争议解决机制,提高纠纷解决的公平、合理、有效,主要内容有域名争议文件的提交、域名争议的投诉与答辩、专家组的组成和行为等。

3. 植物新品种保护制度

植物品种保护也是农业领域里TRIPS协议的重要组成部分,植物新品种保护对发展中国家农业经济及贸易的发展具有重要意义。日本作为一个发达国

家在植物品种保护方面有一套系统的作法。日本有关植物品种保护和促进植物育种的政策已通过1978年颁布的《种子法》而实施。日本是植物新品种保护国际联盟(UPOV)的成员国,1982年以来日本政府多次修改《种子法》,使之与UPOV法案相一致³¹,其主要制度包括:先申请者优先制度、新品种审查制度、申请公示制度、新品种权延伸制度、新品种权例外制度等。进入21世纪以来,随着日本“知识产权立国战略”的实施,农林水产省生产局按照“战略推进计划”的要求,对植物新品种保护制度进行了一系列的改革,核心问题是缩短审查时间和强化保护措施。

目前中国所制定的关于保护植物新品种的法律法规主要包括《植物新品种保护条例》(1997年4月)、《植物新品种保护条例实施细则》(1999年4月)、《种子法》(2000年7月)及相关的司法解释,已经基本形成了较为全面的法律体系。但是在实践当中,对植物新品种的保护存在保护范围不广、保护强度不够、审查方式复杂等问题,需要借鉴日本等发达国家的经验予以完善。

4. 相关的科技促进制度

科技创新制度是一项较为庞大的法律制度,除了基本的知识产权制度外,还包括科技创新鼓励制度、科技资金投入制度、科技成果应用制度、科技成果保护制度、人才培养制度、环境保护制度等等。

日本历来非常注重科技创新的制度构建,对科技创新的相关领域进行了大量的立法工作。在促进科技研发方面,有减免税收的《所得税法》、降低创新风险的《政府采购法》等。在创新资金供给方面,有位中小企业提供科技贷款的《中小企业金融公库法》、³²规范风险投资的《中小企业投资法》等。在促进科技成果运用方面,具有代表性的是《大学等技术转移促进法》,即《TLO》法。此外,还有高新科技领域方面立法,如《原子能基本法》,环境领域的立法,如《绿色采购法》等等。目前,日本拥有了两百个以上的科技创新立法,³³无疑是世界上科技创新促进制度最为健全的国家之一。

中国的科技创新促进制度自上个世纪90年代以来,取得了较快的发展,特别是进入21世纪后,在创新型国家战略的指导下,各项法律制度都逐渐得以完善,已形成了以《宪法》、《专利法》、《商标法》、《科技进步法》、《科技成果转化法》、《中小企业促进法》等法律为主干的较为完整的科技创新保护法律体系。但中国的科技创新立法还有许多方面需要进一步完善,如缺乏对高新科技领域和风险投资方面的立法,法律可操作性不强等。立法是整个制度的基石,只有不断的完善立法工作,科技创新制度才能够向前发展,中国社会的科技创新活动也才能

够保持有秩序、有活力地开展。

三、日中知识产权立法的走向及其对经贸发展之影响

(一) 知识产权立法的走向

在知识经济时代，科技创新成为推动社会进步的主导因素。在社会财富中，科技成果日益增多，知识和技术成为知识经济的主导力量，国家的竞争逐渐演化为技术创新的竞争，知识产权立国成为世界各国主要的发展战略。而知识产权立法无疑是知识产权战略的重要组成部分，而且很大程度上决定着战略实施的有序性、稳定性、有效性。因此，随着世界经济的不断发展，各国都将面临着如何完善本国知识产权立法以适应新形势和新问题的挑战。

从目前国际上知识产权理论与立法实践来看，知识法律制度的发展呈现出以下的趋势：

1. 知识产权法律制度与科技创新政策的有机结合

(1) 知识产权立法与科技产业化政策。科技成果不转化为生产力，只是一种理论上的成果，对国家发展和提高企业的经济效益意义不大。1989年中国国务院颁布了《关于当前产业政策要点的决定》，1999年8月中共中央、国务院又发布了《关于加强技术创新，发展高科技，实现产业化的决定》，使科技产业化成为了经济发展的一项国策。在《国家知识产权战略纲要》中，中国将促进知识产权转化与运用作为新阶段的基本战略任务。在知识产权立法方面，中国颁布有了《科技成果转化法》。而日本的科技创新成果产业化水平的毫无疑问是世界领先的，其除了通过立法来规范知识产权产业化之外，如《大学等技术转移促进法》，还将企业运用知识产权技术、科研机构转让技术等问题，详细的写入知识产权战略大纲之中³⁴，并结合完备的财政、税收等政策手段进行实施。

(2) 对技术创新的法律保障和税收优惠政策。技术进步奖励、高新技术企业税收优惠、专利保护、自主出口经营权、出国学习和考察方便等方面一系列的政策、法律法规，以促进科技创新和先进技术的实际运用。中国目前有关科技创新的鼓励政策主要还是规定在《科技进步法》当中，其他相关的立法较少，对政策的依赖性很高。而日本的相关立法则非常全面，科技法、财税法、银行法等法律，都有对科技创新给予保障和优惠的规定。

(3) 积极吸引外商投资先进技术企业政策。外国的特定经济区域吸引了外资的投入和先进技术的使用、开发研究。中国政府目前在鼓励国内现有企业技术创新的同时，还通过鼓励外商来华设立采用先进技术的企业，特别是设立经济特区、技术开发区、开放沿海城市、开放内陆地区以吸引外商的投

资，使开放地区起到技术引进的示范作用和辐射作用。

2. 知识产权法律保护的范围扩大

知识经济社会出现了不少过去所没有的知识产品，促进了知识产权法律保护范围的扩大。

电子商务的出现，不但对传统的商事模式产生了冲击，也对传统的法律制度发出了挑战。在专利扩大保护范围趋向下，电子商务的概念模型、运行模式和解决方案之集合的电子商务运营方法能否获得专利的问题也就提出来了。美国专利商标局于1995年3月29日发布了《计算机相关发明审查基准》，率先对有关的方法具有可授予专利性条件做出了初步的规定。但是，实践中能否给予电子商务营运方法予专利保护，以及如何获得专利保护则有待进一步探讨。

基因研究和基因应用也同样引起了一系列的问题。由于基因对经济的发展有十分重要的影响，基因的商业化途径也是十分广阔的，如利用基因技术为制药、医疗机构提供咨询；直接制作基因芯片、开展基因治疗；制造基因药品；产生转基因产品等等。人类基因数量是相对有限的，但是“基因专利”的授予是否具有合理性？基因序列测定图表是否具有商业秘密的性质？对于利用基因技术产生的动物新品种，美国就给予专利保护，如美国给予“哈佛鼠”授予专利。而中国目前对于动植物的新品种尚未给予专利法的保护。现实表明，知识经济为传统的知识产权法律制度提供了扩大保护范围的前提条件。

3. 国际统一规则逐渐形成并被认可

知识产权的地域性决定了各国知识产权制度的差异，而知识产权国际条约中明确规定的最低要求，又为知识产权国际统一规则的形成并被认可提供了现实的条件。因此，承认各国主权及知识产权法律制度存在差异的情况下，建立国际统一规则，以形成知识产权国际化保护的正常秩序，是当今世界知识产权法律制度发展的一个新特点。中国在加入世贸组织以后，为了适应TRIPS协议的要求，对知识产权法进行修改，比如扩大的保护范围、延长的保护期限，这便是适应国际统一规则要求的体现。³⁵纵观日本的知识产权的发展史，日本的知识产权法制发展更是一直受到国际规则的影响，其对知识产权法律的多次修改，都是为了符合国际市场和先进国家的做法，以求有效保护本国知识产权在国外的利益。

某些规则的统一并不意味着知识产权的地域性消失，本国的基本国情仍然是法律赖以生存的土壤。中国对专利法的第三次修改，就是建立在对本国经济社会发展情况的认识之上，完善本国专利的创造和加强专利权的保护，并不是一味的追求与TRIPS

协议等国际规则的绝对一致。

4. 知识产权保护的双轨制以及保护力度的加强

知识产权的法律保护，并不排斥日常的行政管理和对违法行为的行政查处。因此，知识产权的法律保护制度，是包括行政处理机制的，但应当肯定“司法最终审定”的司法原则。中国第二次对专利法的修改，³⁶就体现了这个基本的要求，增加了关于行政处理的可诉讼性。由于知识产权反映了人类的智力成果，而且知识产权的科技性使得其产业化后经济效益的巨额性存在可能，因此加大对侵权行为的打击力度成了知识产权法律制度的一个新趋势。行政查处与司法保护的双轨制，是适用时代发展要求的。

(二) 知识产权立法对两国经贸发展之影响

经过十多年来几轮的全球多边贸易谈判，尤其是世界贸易组织成立以来的努力，全球关税水平大幅下降。经济发达国家为保护本国的贸易利益，除应用反倾销、反补贴等传统贸易保护手段外，知识产权保护已成为贸易保护的主要手段。

日本作为科技大国，利用知识产权抢占国际市场和保护国内企业，是有效控制市场的手段。中国作为日本的最大贸易伙伴之一，³⁷近年来与日本在进行贸易往来过程中，屡屡发生知识产权摩擦，比如2002年年初日本摩托车企业联合代表团包括本田、川崎重工等来华打假，在北京拜会国家经贸委、国家质量检验检疫总局和国家工商总局等与打架有关的中国政府部门，并向中方递交了大量指控中国同行侵权的材料。³⁸还有2005年备受关注的日本日立GST公司对中国南方汇通世华微硬盘科技股份有限公司的起诉案件，法院依法判处了中国公司赔偿日立GST公司2360万美元经济损失和合理律师费将近10万美元，巨额的罚款不仅直接导致了汇通世华公司倒闭，也对中国微硬盘制造企业造成了非常沉重

的打击。³⁹

频繁的知识产权摩擦对中国的产业发展和经济利益，造成了不良的影响，而且也不利于日中经贸的良性互动、可持续的发展。为此，中日两国开展了积极对话，力求达成共识。2008年中国国家主席胡锦涛访问日本，与日本福田康夫首相会谈时就表示，要通过交流知识产权保护方面的经验来帮助两国相互理解，以促进经贸和科技的合作。⁴⁰2009年6月在东京举行的中日经济高层对话中，中日两国签署了《关于知识产权保护交流与合作的备忘录》，成立中日知识产权工作组以加强知识产权立法和执法经验交流，开展人才交流与培训及技术援助等合作。两国政府的这些交往与合作，对于化解在贸易中的知识产权冲突有着积极的意义。

随着日中两国知识产权立法的不断完善以及相关做法在国际上的统一，两国的经贸活动将拥有一个越来越合理的法律环境。对于中国来说，完善本国的知识产权立法，一方面有助于提高本国知识产权的水平，保护企业的科技成果；另一方面，能够促进本国产品进入国外市场，减少知识产权纠纷和降低知识产权贸易壁垒的消极影响。所以，在TRIPS协议的框架之下，日中两国的知识产权立法应当不断地改革原有制度的不合理之处，并与国际知识产权公约接轨，以此促进国际经济贸易。而在这一发展过程中，两国的一些立法经验值得彼此学习。

日中两国经贸交往历史源远流长，在一衣带水的地理条件下，尤其是两国的经济互补性，使得两国在今后的经贸及科技的合作将得到更进一步的发展。对知识产权制度的相互了解，有助于两国在相关领域进行协商和达成共识，有助于两国采取有效的措施减少经贸活动中的知识产权纷争，并且能够使双方从互利共赢的角度，共同努力促进中日知识产权制度的进步和经贸的发展。

注释

- 1 2009年6月7日，由中国国务院副总理王岐山和日本外务大臣中曾根弘文共同主持的第二次中日经济高层对话在东京举行。双方签署了《关于知识产权保护交流与合作的备忘录》，确定成立中日知识产权工作组，加强知识产权立法和执法经验交流，开展人才交流与培训及技术援助等合作。国家知识产权网 [EB/OL]: http://www.sipo.gov.cn/sipo2008/yw/2009/200906/t20090608_464056.html. 访问日期: 2009-9-26.
- 2 金永红. 日本企业知识产权战略管理及其对我国的启示 [J]. 科技与经济, 2008 (1): 46.
- 3 国家知识产权网 [EB/OL]: http://www.sipo.gov.cn/sipo2008/yw/2009/200906/t20090608_464056.html. 访问日期: 2009-9-26.
- 4 周洁. 浅析日本知识产权文化 [J]. 时代经贸, 2007 (5): 75.
- 5 周洁. 浅析日本知识产权文化 [J]. 时代经贸, 2007 (5): 174.
- 6 陈红军. 知识产权意识与我国传统文化 [J]. 文教资料, 2007 (8月号中旬刊): 125.
- 7 《中国知识产权保护状况》, 1994年6月, 中国国务院新闻办公室发布.
- 8 《2008年中国知识产权保护状况》2008年4月24日, 国家知识产权局、国家工商行政管理总局商标局、国家版权局发布.
- 9 陈晴, 王宇. 日本知识产权战略及对我国的启示 [J]. 中国科技产业, 2008 (1): 83.
- 10 康洛奎. 日本“知识产权战略推进计划”的启示 [J]. 电子知识产权, 2004 (4): 19.
- 11 梅术文, 曹新明. 日本知识产权法院的设置及其启示 [J]. 电子知识产权, 2005 (12): 40.
- 12 国务院发布《国家知识产权战略纲要》(国发〔2008〕18号), 指出到2020年把我国建设成为知识产权创造、运用、保护和管理水平较高的国家, 5年内自主知识产权水平大幅度提高, 运用知识产权的效果明显增强, 知识产权保护状况明显改善, 全社会知识产权意识普遍提高。纲要共分序言、指导思想 and 战略目标、战略重点、专项任务、战略措施五个部分。

- 13 据国家知识产权局统计，截止至 2009 年 6 月全国共有 13 个省市制定出台了地方知识产权战略，包括广东、山东、上海等。
- 14 2008 年 12 月 27 日，全国人大常委会第六次会议通过了关于修改专利法的相关决定，修订后的专利法自 2009 年 10 月 1 日起实施。
- 15 参见日本《著作权法》第 2 条、第 14 条、第 15 条、第 91 条、第 92 条、第 119 条。
- 16 日本《著作权法》第 114 条。
- 17 甄西．日本著作权法修正（2003 年）[J]．出版参考，2006 年 6 月下旬刊：23．
- 18 周锐．日本“知识产权立国”的保障体系分析[J]．现代情报，2006（12）：213．
- 19 董希凡．知识产权行政管理机关的中外比较研究[J]．知识产权，2006（3）：44．
- 20 参见日本《特许法》第 39 条，第 67 条。
- 21 国家知识产权局外观专利申请处课题组．日本外观设计专利申请授权量调查报告．中国商标在线 [EB/OL]：
http://www.21etm.com/bencandy.php?fid=41&id=24952．访问日期：2009-10-06．
- 22 麻剑辉，柯冬英．知识经济下的日本知识产权保护及对我国的借鉴意义[J]．现代日本经济，2002（2）：38．
- 23 朱兴国．推进中的日本国家知识产权战略[J]．知识产权，2005（5）：61．
- 24 朱兴国．推进中的日本国家知识产权战略[J]．知识产权，2005（5）：61．
- 25 刘静，马家媛．东渡研修：近看日本商标管理[J]．中华商标，2006（2）：33．
- 26 参见日本《商标法》第 24 条。
- 27 齐亚莉．中日防御商标比较[J]．中华商标，2005（5）：52．
- 28 参见日本《不正当竞争防止法》第 1 条。
- 29 参见日本《不正当竞争防止法》第 11 条。
- 30 郭丹，王伟．论我国域名保护法律机制的完善[J]．经济研究导刊，2007（12）：114．
- 31 王春艳，沈进．日本植物新品种保护制度及其对中国的启示[J]．河南农业科学，2008（5）：18．
- 32 樊增强．日本、欧盟中小企业技术创新支持政策的比较分析及其对我国的启示与借鉴[J]．现代日本经济，2005（1）：42．
- 33 赵玉环．发达国家科技创新立法经验及对我国的启示[J]．东岳论丛，2008（5）：87．
- 34 《日本知识产权战略大纲》第三章第三节“促进知识产权利用”。
- 35 王磊．论 TRIPS 协定对中国知识产权立法的影响[J]．科教文汇，2006（1）：177．
- 36 2000 年 8 月 25 日全国人大常委会第十七次会议通过了关于修改专利法的决定，并与 2001 年 7 月 1 日起施行。
- 37 据日本贸易振兴会（JETRO）统计数据显示，2007 年日本与中国（不包括香港）的贸易额连续第九年增加，中国已经成为了日本的第一大贸易国。
- 38 在日方提交中国的告状材料称：根据日本经济产业省的统计数字，中国每年生产的大约 1100 万辆摩托车中的近 900 万辆是盗版日方产品，其中 200 万辆出口到亚洲各国，有的仅仅把日本产品换个商标而已。日方的统计还显示，日本 8 家公司与中国建立的合资企业每年在当地生产 250 万辆摩托车，其余几乎都是盗版产品，数量几乎占到世界摩托车年产量的一半。
- 39 12 月 29 日，日立环球存储科技公司（以下简称“日立 GST”）宣布对中国南方汇通微硬盘科技股份有限公司（以下简称“南方汇通”）、其中国母公司南方汇通世华微硬盘有限公司及其联营研究机构 RiospringInc. 提起诉讼，控告该公司侵犯日立 GST 硬盘机的多项产品专利权。在起诉中，日立 GST 要求南方汇通赔偿其经济损失，并申请一项永久性强制命令，以禁止南方汇通及相关公司在美国制造、使用、进口、发售及销售涉嫌侵权的产品。
- 40 吴崎敏，于青．胡锦涛同日本首相福田康夫会谈[N]，人民日报，2008-5-7（1）。

中国商标战略的制定和实施



作者简介

李 顺德 中国社会科学院法学研究所研究员、教授、博士生导师，中国社会科学院知识产权中心副主任

1948年4月出生。

现任中国知识产权研究会副理事长、中国知识产权研究会专利委员会委员、中国世界贸易组织研究会学术顾问、中国科学技术法学会常务理事、国家自然科学基金委员会管理科学部专家评审组成员、中国法学会知识产权法研究会副会长、中国法学会世界贸易组织法研究会副会长、国家知识产权局“知识产权资产评估促进工程”特邀专家、中国数字图书馆工程建设法律法规指导委员会委员、中国2010年上海世博会知识产权咨询专家、国家中医药立法工作法律顾问、上海市知识产权局专家咨询委员会委员、北京市工商行政管理学会理事、北京市重点产业知识产权联盟专家、北京市发明专利奖评审委员会委员、北京中关村科技园区主任专家顾问、江苏省知识产权研究中心专家委员会委员、世界知识产权组织（WIPO）世界学院远程教育课程导师、中国知识产权培训中心远程教育课程导师、国家工商行政管理总局培训中心兼职教授。

1985年成为中国首批专利代理人，开始从事专利代理和知识产权研究，曾承担《世界专利制度发展趋势的研究》、《中国知识产权保护制度发展与完善》、《WTO与我国知识产权法律制度研究》、《入世后知识产权保护研究》、《电信及网络知识产权有关问题研究》、《中国地理标志保护两套体制评估研究》、《WTO第二轮谈判涉及的知识产权问题》、《国际社会有关知识产权保护的政策走向》、《知识产权保护与防止滥用》等重点课题任务，并参加了《国家知识产权战略》的多项专题研究工作。主要著作有《计算机软件和集成电路的知识产权保护》、《知识产权价值评估中的法律问题》（合著）、《中华人民共和国著作权法修改导读》（合著）、《知识产权法律基础》、《知识产权概论》、《WTO的TRIPS协议解析》、《知识产权公共教程》、《知识产权保护与管理实务》、《专业技术人员知识产权保护知识读本》等。参加了中国专利法、商标法、著作权法、对外贸易法、计算机软件保护条例、集成电路布图设计保护条例、信息网络传播权保护条例等法律、法规的制订和修改工作。

一、中国知识产权法律制度中的商标制度

中国¹现代知识产权法律制度是改革、开放的产物，是建立和发展社会主义市场经济的必然结果。

商标是知识产权的一个重要组成部分。商标制度是知识产权法律制度的一个重要组成部分。中国现代知识产权法律制度首先出台的就是《商标法》，1982年《商标法》的出台揭开中国现代知识产权法律制度建立的序幕。

1978年国家工商局恢复建制，1979年11月恢复商标注册制度，根据1963年颁布的《商标管理条例》和《商标管理条例施行细则》开展商标注册与管理的工作，随着改革开放中国经济体制改革的深入和企业自主权的扩大，《商标管理条例》和《商标管理条例施行细则》明显不能适应经济发展的要求，制定一部新的商标法律来保护商标权已是大势所趋。

1982年8月23日，第五届全国人民代表大会常务委员会第24次会议审议通过了《中华人民共和国商标法》，1983年3月1日起施行。1983年3月10日，国务院发布《商标法实施细则》，并于同日生效，中国现代商标法律制度正式建立。

（一）中国现代商标法律制度的构成

1、商标法律法规及行政规章

（1）《中华人民共和国商标法》（1982年8月23日通过、1983年3月1日施行，1993年2月22日修改、1993年7月1日施行，2001年10月27日第二次修改，2001年12月1日施行，现在正在进行第三次修改）

（2）《中华人民共和国商标法实施细则》（1983年3月10日颁发、施行，1988年1月3日修订，1993年7月15日第二次修订，1995年4月23日第三次修订，2002年8月3日第四次修订，更名为《商标法实施

条例》，2002年9月15日起施行）

（3）《特殊标志管理条例》（1996年7月13日发布、施行）

（4）《中华人民共和国刑法》（1997年3月14日修订、1997年10月1日施行）第3章 第7节 侵犯知识产权罪（第213-215、220条）

（5）《奥林匹克标志保护条例》（2002年1月30日通过，2月4日公布，2002年4月1日施行）

（6）《世界博览会标志保护条例》（2004年10月13日通过，2004年10月20日公布，2004年12月1日起施行）

（7）《商标审查标准》（1987年3月制定，1994年修改后改为《商标审查准则》，2005年12月再次修订后对外公开）

（8）《商标评审规则》（1995年11月2日原国家工商行政管理局第37号令公布；2002年9月17日国家工商行政管理总局令第3号第一次修订；2005年9月26日国家工商行政管理总局令第20号第二次修订，自2005年10月26日起施行）

（9）《商标审理标准》（2005年12月制定、公布）

（10）《驰名商标认定和保护规定》（2003年4月17日发布，自2003年6月1日起施行，1996年8月14日国家工商行政管理局颁布的《驰名商标认定和管理暂行规定》同时废止）

（11）《驰名商标认定工作细则》（2009年4月21日国家工商行政管理总局工商标字〔2009〕81号发布、施行）

（12）《集体商标、证明商标注册和管理办法》（自2003年6月1日起施行，1994年12月30日发布的《集体商标、证明商标注册和管理办法》同时废止）

（13）《关于保护服务商标若干问题的意见》

(1999年3月30日)

2、司法解释

(1)《最高人民法院关于人民法院对注册商标权进行财产保全的解释》(2000年11月22日通过,2001年1月2日公布,自2001年1月21日起施行)

(2)《最高人民法院关于审理商标案件有关管辖和法律适用范围问题的解释》(2001年12月25日通过,2002年1月9日公布,自2002年1月21日起施行)

(3)《最高人民法院关于诉前停止侵犯注册商标专用权行为和保全证据适用法律问题的解释》(2001年12月25日通过,2002年1月9日公布,自2002年1月22日起施行)

(4)《最高人民法院关于涉外民事案件诉讼管辖若干问题的规定》(2001年12月25日通过,2002年2月25日公布,自2002年3月1日起施行)

(5)《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2002年10月12日,2002年10月12日公布,自2002年10月16日起施行)

(6)《最高人民法院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》(2001年4月18日发布实施)(第61条至第69条)

(7)《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2004年11月2日最高人民法院审判委员会第1331次会议、2004年11月11日最高人民检察院第十届检察委员会第28次会议通过,2004年12月8日公布,2004年12月22日起施行)

(8)《最高人民法院 最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(2007年4月4日最高人民法院、最高人民检察院通过,2007年4月5日公布、施行)

(9)《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2008年2月18日最高人民法院通过、公布,2008年3月1日起施行)

(10)《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(2009年4月22日由最高人民法院通过,4月23日公布,2009年5月1日起施行)

3、中国参加的相关国际公约

中国先后加入了《建立世界知识产权组织公约》(1980年6月3日)、《保护工业产权巴黎公约》(1985年3月19日)、《商标国际注册马德里公约》(1989年10月4日)、《商标注册用商品和服务国际分类尼斯协定》(1994年8月9日)、《商标国际注册马德里协定有关议定书》(1995年12月1日)、《与贸易有关的知识产权协议》(2001年12月11日)等与商标有关的主要国际组织和条约,使中国商标保护的国际化

水平日益提高。

4、中国与外国签订的双边协议

中国先后与美国、欧盟、日本、俄罗斯等许多国家就知识产权问题签订双边合作协定。

(二) 中国现代商标法律制度的发展

中国现代商标法律制度,经过30余年的建立和发展,已经基本健全。

1978年中华人民共和国工商行政管理总局恢复工作后,立即对全国商标进行清理登记,并于1979年11月恢复全国商标统一注册,1980年的商标注册申请量仅为2.6万件,1982年前中国核准注册商标总数仅8万余件;到2007年年底,商标注册申请总量已达到569.33万件,累计注册商标总量达303.77万件,是1979年注册商标量的93.5倍,其中外国(地区)在中国注册商标数量达到53.80万件。

2000年至2007年8年间,国家工商总局商标局共受理商标注册申请404万多件,是1980年至1999年20年间商标注册申请总量的2.5倍;8年间共审查商标注册申请229.8万件,核准注册188万件,是1999年年底中国累计核准注册商标总量的1.6倍。

2008年,中国共受理商标注册申请69.8万件;审查商标注册申请75万件,商标注册申请年审查量首次超过了当年的申请量;共核准注册商标40.3万件,自2002年至2008年,中国的商标申请注册量连续7年居世界第一。截止2008年年底,中国注册商标累计总量达344.1万件,其中国外企业在中国注册的商标就达60万件;在中国注册商标的国家和地区已达130多个,累计注册商标53万多件,增长了100多倍。截至2009年6月30日,中国的商标注册申请累计总量已达677万件,有效注册商标总量240万件,均位居世界第一。

随着中国改革开放的深入和投资环境的改善,外国(地区)企业在中国申请商标注册的数量也迅猛增长。1982年的申请量仅为1565件,1992年达到8367件(不包括通过马德里协定提出的领土延伸申请)。1989年10月4日,中国正式成为《马德里协定》成员国后,开始办理来自马德里协定其他成员国商标所有人在中国的领土延伸申请。1990年马德里商标国际注册在中国的领土延伸申请为2048件,1992年达到2591件。

2008年,全球对马德里联盟成员发出通知的新指定(在国际注册中指定或后期指定)为378,894件,比2007年增长2.3%。中国连续第四年成为被指定最多的国家,被指定17,829件,比上年增长4.9%,占新增指定总数的4.7%,比2007年新增指定多6.9%,累计已达13万多件;其次是俄罗斯,共有16,768件(8.5%),美国(15,715件,7.5%)、瑞

吴汉东

徐瑾

马治国

陈传夫

李正华

李顺德

李正华

范晓波

寿步

刘春田

张玉臣

王兵

马忠法

丁建新

士(14,907件,2.6%)、欧洲共同体(14,502件,13.8%)和日本(12,748件,3.7%)。

2008年,全球国际商标注册马德里体系申请量达42075件,增长率为5.3%。其中,德国、法国和美国的申请量名列前三位,中国企业提出的国际注册申请已经连续四年居马德里联盟第八位,居发展中国家第一位。在2008年国际商标申请量排名靠前的企业中,中国企业首次进入前十位。该组织受理的国际商标注册申请中,德国最多,提交了6214件申请,占总数的14.8%;其次是法国,提交了4218件,占总数的10%;美国第三,有3684件,占总数的8.8%;欧盟商标局(OHIM)名列第四,有3,600件国际申请,增长6.8%;瑞士进至第五位,有2,885件国际申请,增长8.6%;意大利退至第六位,有2,763件国际申请,增长3.7%;中国提交了1585件申请,位居第八。欧盟成员国提交的国际申请共有27,242件。

据统计,中国在商标行政保护方面,90%以上的商标案件都是由工商行政管理机关处理的。1993年至2007年,全国各级工商行政管理机关共查处各类商标违法案件56.88万起,其中查处商标侵权假冒案件36.56万起,罚款27.46亿元,移送司法机关追究刑事责任1755人。

2008年,全国各级工商行政管理机关共查处各类商标违法案件56634件,比上年增长6316件,增长12.55%,其中商标侵权假冒案件47045件,一般违法案件9589件;国内案件45492件,比上年增长5494件,增长13.74%;涉外案件11142件,比上年增长822件,增长7.97%;各地共查处涉外商标侵权假冒案件10944件,比上年增长796件,同比增长7.84%,占涉外商标案件的98.22%;涉外商标一般违法案件198件,比上年增长26件,同比增长15.12%,占涉外商标案件的1.78%,比上年增长0.11%;案件罚没金额4.67亿元,同比增长11.92%;移送司法机关处理的涉嫌商标犯罪案件137件、犯罪嫌疑人145人,共收缴和消除违法商标标识1963万件,没收、销毁侵权商品2287万件。

中国从20世纪80年代中期陆续开始商标、专利、著作权民事案件审判,1985至2008年9月底,全国地方法院共受理和审结知识产权民事一审案件135475件和124851件。其中,受理专利民事案件31005件,商标民事案件19985件,著作权民事案件42072件,技术合同案件23755件,不正当竞争民事案件8727件,其他知识产权民事案件9931件。2001~2007年,全国地方法院共受理和审结知识产权民事一审案件77463件和74200件,年均增长22.60%和22.92%。从1985年至2008年9月底,全国地方法院共受理和审结知识产权行政一审案件4249件和

3847件。其中,受理专利行政一审案件2749件,商标行政一审案件1407件,著作权行政一审案件93件。1980年刑法施行后人民法院即据此对注册商标予以刑事司法保护,1997年刑法修订后对各类知识产权提供全面的刑事司法保护。²

2001年至2008年,全国地方法院受理和审结知识产权民事一审案件141968件和135899件,年均分别增长25.61%和25.75%;2002年至2008年,全国地方法院受理和审结知识产权行政一审案件4546件和4416件,年均分别增长25.26%和29.28%;1998年至2008年,全国地方法院受理和审结知识产权刑事一审案件5271件和5231件,年均分别增长22.59%和22.77%。³

截至2009年7月底,全国经指定具有专利、植物新品种和集成电路布图设计案件管辖权的中级法院分别达到71个、38个和43个,经批准可以审理部分知识产权民事案件的基层法院达到84个。多个地方法院进行了由一个审判庭统一受理知识产权民事、行政和刑事案件的试点工作。截至2008年10月,全国地方法院单设知识产权审判庭298个,专设知识产权合议庭84个,共有从事知识产权审判的法官2126人。⁴

二、商标战略是中国知识产权战略的一个重要组成部分

中国的商标战略是中国知识产权战略的一个重要组成部分,对于中国商标战略的研究不能脱离对中国知识产权战略整体的了解和研究。

中国制定和实施知识产权战略是在经济全球化这一大的背景下,中国加入世界贸易组织之后谋求发展的一项重大举措。

最早把知识产权提升到国家战略层面的是美国,美国总统卡特在1979年就提出“要采取独自的政策提高国家的竞争力,振奋企业精神”,并第一次将知识产权战略提升到国家战略的层面。1980年,美国国会通过了《拜杜法案》(“Bayh-Dole法案”,也称“大学、小企业专利程序法案”,即96-517号公法、美国法典第35篇第18章“联邦资助所产生发明的专利权”,也即美国专利法第2章第18节第200条-第212条),激励小企业和非营利性机构充分利用联邦资助项目进行创新,取得良好效益。1988年,美国通过对贸易法的修改,制定了将知识产权与国际贸易捆绑在一起的“特别301条款”,大大强化了对知识产权的保护,进而通过对WTO《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS协议)的制定,将这一做法由国内法扩大到国际公约,在国际上全力推行。

2002年3月20日,日本召开了第一次“知识产权战略会议”,提出了“知识产权立国”,成立了知识产权

战略委员会。2002年7月3日，日本在第五次“知识产权战略会议”上通过了“知识产权战略大纲”，提出了“知识产权立国”的战略口号。2002年11月27日，日本国会通过了《知识产权基本法》，2003年3月1日生效。2003年3月1日，日本政府内阁成立了知识产权战略本部。每年定期推出知识产权推进计划。2004年6月11日，日本国会通过了《知识产权高等法院设置法》，2005年4月1日起，日本《知识产权高等法院设置法》开始实施。

2004年1月30日，欧洲委员会向欧洲议会和欧盟理事会提交了《知识产权维权指令》提案，建议采取更严格的措施和程序对知识产权加以保护。2004年11月10日，欧洲委员会通过了一项加强保护知识产权的战略。

应该说，发达国家的上述举措给予了中国很大的启示，推动和促进中国制定和实施国家知识产权战略。

2000年开始，国家知识产权局开始考虑知识产权战略问题，2002年启动了专利战略推进工程。2002年，国家知识产权局开始酝酿制定知识产权战略，2004年初提出初步框架。国家知识产权局在2004年全国专利工作会议上做出了“认真研究和积极实施知识产权战略”的部署。国家保护知识产权工作组于2004年5月成立。8月30日，国家知识产权局向国务院报送《关于制定和实施国家知识产权战略的请示》。随后，温家宝总理在国家知识产权局的报告上作了明确批示。2004年9月，国家知识产权局沟通30多个国务院部委办局，协调制定国家知识产权战略工作的组织框架。

2005年1月8日，国家知识产权战略制定工作领导小组正式由国务院批准成立。吴仪副总理任组长，领导小组由28个部门组成，办公室设在国家知识产权局。2005年6月30日，吴仪主持召开国家知识产权战略制定工作领导小组第一次会议，正式启动了国家知识产权战略制定工作。8月8日，国家知识产权战略制定工作领导小组审定通过《制定国家知识产权战略工作方案》、《国家知识产权战略纲要提纲》等文件，战略制定工作全面展开。

国家知识产权战略包括一个纲要和20个专题，纲要由国家知识产权局牵头制定。国家工商行政管理总局牵头负责的“商标战略研究”是国家知识产权战略的20个专题之一。专题主要有5大类：法制建设研究，包括立法、执法等；宏观政策的研究，如人才队伍建设、宣传普及、战略目标、产业化及扶持政策研究等；知识产权主要类别的研究，包括专利、商标、版权、商业秘密等各类知识产权战略研究；知识产权重要管理环节的研究，如中介服务；重点行业的战略研究，如IT、药品等热点行业。

2007年2月，国家知识产权战略20个专题通过验收。2008年4月，国务院原则通过《国家知识产权战略纲要》（以下简称《纲要》）。2008年6月5日，国务院颁布《纲要》，标志着国家知识产权战略已经全面完成制定，开始转入实施阶段。

《纲要》是国家知识产权战略20个专题的提炼和集中体现，分为序言、指导思想和战略目标、战略重点、专项任务、战略措施五个部分，共计65条，可以概括为：“一个方针，两步目标，四项原则，五个重点，七项任务，九项措施”。

“一个方针”是指“国家知识产权战略的指导思想”。《纲要》指出，国家知识产权战略的指导思想是，以激励创造、有效运用、依法保护、科学管理为方针，着力完善知识产权制度，积极营造良好的知识产权法治环境、市场环境、文化环境，大幅度提升中国知识产权创造、运用、保护和管理能力，为建设创新型国家和全面建设小康社会提供强有力支撑⁵。

“两步目标”是指“国家知识产权战略的战略目标”分为两步，《纲要》指出，近五年的目标是：自主知识产权水平大幅度提高，运用知识产权的效果明显增强，知识产权保护状况明显改善，全社会知识产权意识普遍提高⁶；到2020年，把中国建设成为知识产权创造、运用、保护和管理水平较高的国家。知识产权法治环境进一步完善，市场主体创造、运用、保护和管理知识产权的能力显著增强，知识产权意识深入人心，自主知识产权的水平和拥有量能够有效支撑创新型国家建设，知识产权制度对经济发展、文化繁荣和社会建设的促进作用充分显现⁷。

“四项原则”是指“实施国家知识产权战略的基本原则”，《纲要》指出，大力提升知识产权创造、运用、保护和管理能力，有利于增强中国自主创新能力，建设创新型国家；有利于完善社会主义市场经济体制，规范市场秩序和建立诚信社会；有利于增强中国企业市场竞争力和提高国家核心竞争力；有利于扩大对外开放，实现互利共赢。必须把知识产权战略作为国家重要战略，切实加强知识产权工作⁸。

“五个重点”是指“国家知识产权战略的五个重点”，《纲要》指出，

一是完善知识产权制度，健全知识产权执法和管理体制，进一步完善知识产权法律法规，强化知识产权在经济、文化和社会政策中的导向作用⁹；

二是促进知识产权创造和运用，运用财政、金融、投资、政府采购政策和产业、能源、环境保护政策，引导和支持市场主体创造和运用知识产权，推动企业成为知识产权创造和运用的主体¹⁰；

三是加强知识产权保护，加大司法惩处力度，降低维权成本，提高侵权代价，有效遏制侵权行为。

为¹¹；

四是防止知识产权滥用，制定相关法律法规，合理界定知识产权的界限，维护公平竞争的市场秩序和公众合法权益¹²；

五是加强知识产权宣传，提高全社会知识产权意识，培育尊重知识、崇尚创新、诚信守法的知识产权文化¹³。

“七项任务”是指“国家知识产权战略的七项专项任务”，《纲要》指出，包括专利、商标、版权、商业秘密、植物新品种、特定领域产权、国防知识产权等7项专项任务¹⁴。

“九项措施”是指“国家知识产权战略的九项战略措施”，《纲要》指出，包括提升知识产权创造能力、鼓励知识产权转化运用、加快知识产权法制建设、提高知识产权执法水平、加强知识产权行政管理、发展知识产权中介服务、加强知识产权人才队伍建设、推进知识产权文化建设、扩大知识产权对外交流合作等9项战略措施¹⁵。

《纲要》中涉及商标战略的内容主要集中在“专项任务”的“商标”部分（第21-24条）：“（二）商标。

（21）切实保护商标权人和消费者的合法权益。加强执法能力建设，严厉打击假冒等侵权行为，维护公平竞争的市场秩序。

（22）支持企业实施商标战略，在经济活动中使用自主商标。引导企业丰富商标内涵，增加商标附加值，提高商标知名度，形成驰名商标。鼓励企业进行国际商标注册，维护商标权益，参与国际竞争。

（23）充分发挥商标在农业产业化中的作用。积极推动市场主体注册和使用商标，促进农产品质量提高，保证食品安全，提高农产品附加值，增强市场竞争力。

（24）加强商标管理。提高商标审查效率，缩短审查周期，保证审查质量。尊重市场规律，切实解决驰名商标、驰名商标、知名商品、名牌产品、优秀品牌的认定等问题。”

《纲要》中直接涉及到商标(或品牌)的内容还有：

“培育一批国际知名品牌。”“形成一批拥有知名品牌和核心知识产权，熟练运用知识产权制度的优势企业。”“盗版、假冒等侵权行为显著减少，维权成本明显下降”（第7条）

“及时修订专利法、商标法、著作权法等知识产权专门法律及有关法规。”（第8条）

“支持企业打造知名品牌。”（第40条）

“改革专利和商标确权、授权程序，研究专利无效审理和商标评审机构向准司法机构转变的问题。”（第46条）

“针对反复侵权、群体性侵权以及大规模假冒、盗版等行为，有计划、有重点地开展知识产权保护

专项行动。”（第47条）

“建设高质量的专利、商标、版权、集成电路布图设计、植物新品种、地理标志等知识产权基础信息库，加快开发适合中国检索方式与习惯的通用检索系统。”（第52条）

《纲要》中的多数条款，是针对知识产权整体的，当然应该适用于商标。结合《纲要》的整体内容，特别时直接涉及到商标的内容，我们不难看出中国商标战略的主体内容。

三、中国实施商标战略任重道远

2008年6月5日，国务院颁布《国家知识产权战略纲要》。《纲要》的颁布，标志着中国国家知识产权战略已经完成制定，转向实施。国家知识产权战略的实施将会对中国知识产权法律环境产生深刻、巨大的影响。

2008年11月29日，胡锦涛总书记在十七届中央政治局第九次集体学习中指出：“人类社会发展的历史和中国发展的实践都告诉我们，消耗大量资源、破坏生态环境的粗放型增长方式是不能持久的。在当前国际金融危机对中国经济发展影响日益加深的情况下，不加快转变发展方式、调整经济结构，发展空间就越来越小、发展路子就会越来越窄。”“要坚持走中国特色自主创新道路，大力实施科教兴国战略、人才强国战略、知识产权战略，加快建立以企业为主体、市场为导向、产学研结合的技术创新体系，在全社会大力弘扬创造精神、创新精神、创业精神，增强自主创新能力，加快建设创新型国家。”

2009年3月5日，国务院总理温家宝在政府工作报告中，关于2009年主要任务“加快转变发展方式，大力推进经济结构战略性调整”部分，温家宝提出，要继续实施科教兴国战略、人才强国战略和知识产权战略。继续推进国家创新体系建设，加强基础科学和前沿技术研究，加快重大科技基础设施和公用平台建设。积极引进海外高层次人才和智力，加强各类人才队伍建设。提高知识产权创造、运用、保护和管理水平。

政府工作报告3次谈到知识产权，2次提到品牌，强调要继续实施科教兴国战略、人才强国战略和知识产权战略。总理在政府工作报告中把知识产权战略与科教兴国和人才强国战略三大战略并列提出，这是首次。

2008年10月9日，国务院批复同意建立国家知识产权战略实施工作部际联席会议（以下简称联席会议）制度，以贯彻落实《国家知识产权战略纲要》。

联席会议的主要职责是：在国务院领导下，统筹协调国家知识产权战略实施工作；研究制订国家知识产权战略实施计划；指导、督促、检查有关政策

吴汉东

徐瑾

马治国

陈传夫

李正华

李顺德

李正华

范晓波

寿步

刘春田

张玉臣

王兵

马忠法

丁建新

措施的落实；协调解决国家知识产权战略实施过程中的重大问题；研究国家知识产权战略实施的重大政策措施，向国务院提出建议；研究协调与国家知识产权战略实施工作有关的其他重要事项。

联席会议由国家知识产权局牵头，国家知识产权局局长田力普担任召集人。成员由国务院分管副秘书长毕井泉以及中央宣传部、外交部、发展和改革委员会、教育部、科学技术部、工业和信息化部、公安部、司法部、财政部、人力资源和社会保障部、环境保护部、农业部、商务部、文化部、卫生部、国有资产监督管理委员会、海关总署、质量监督检验检疫总局、工商行政管理总局、广播电影电视总局、版权局、林业局、知识产权局、国务院法制办公室、中国科学院、最高人民法院、最高人民检察院、总装备部等共28个部门和单位的负责同志组成。联席会议办公室设在国家知识产权局，承担联席会议的日常工作。

联席会议制度要求各成员单位加强组织领导和统筹协调，大力推进国家知识产权战略实施工作，要积极参加联席会议，按照职责分工，主动研究国家知识产权战略实施的有关问题，认真落实联席会议确定的工作任务和议定事项。要加强沟通，密切配合，相互支持，形成推进国家知识产权战略实施的合力。工业和信息化部、司法部、工商行政管理总局、知识产权局、总装备部专门成立了贯彻落实《纲要》领导机构，以加强对各领域实施知识产权战略的组织领导。

2008年11月21日，国家知识产权战略实施工作部际联席会议在京举行，标志着国家知识产权战略实施的平台已经搭建起来。国务院办公厅印发了《实施国家知识产权战略任务分工》。

2009年3月19日，国家知识产权战略实施工作部际联席会议办公室牵头制定的《2009年国家知识产权战略实施推进计划》印发实施，分为两大部分。第一部分是工作重点，明确了行政管理能力和宣传教育为主要内容的基础建设和积极采取措施应对国际金融危机。第二部分是具体措施，与战略纲要九大措施相一致，提出了240条具体举措，同时明确了主要实施部门。

2009年4月21日，联席会议成员单位共同制定的《2009年中国保护知识产权行动计划》（以下简称《行动计划》），印发实施。《行动计划》分为9个方面的内容，170项具体措施，包括：立法方面，修订、制定23个涉及商标、版权、专利以及海关知识产权保护等方面的法律、法规、规章和管理办法，起草制定3个司法解释；执法方面，针对知识产权侵权假冒等行为在全国开展9个专项整治行动，采取12项措施加强日常执法；审判工作方面，采取7项措施，

有效解决工作中存在的突出问题，进一步加大司法保护力度；机制建设方面，采取23项措施，推动部门协作和区域互动的工作机制建设、加强部门知识产权管理；宣传方面，采取24项措施，通过开展大型宣传活动、召开新闻发布会、举办论坛等多种形式，营造全社会知识产权保护氛围；培训教育方面，通过举办各类培训班和讲座等19项措施，对执法人员、企事业单位人员、法律工作者和中小學生进行知识产权培训教育；国际交流与合作方面，采取18项措施，通过合作建设、论坛、研讨会等形式加强交流，扩大合作；推进企业知识产权保护方面，采取7项措施，引导企业完善知识产权制度，增强运用知识产权制度参与竞争的能力；为权利人服务方面，采取25项措施，提高知识产权公共服务水平，发展知识产权中介服务。

截至2009年8月，联席会议28个成员单位围绕《2009年国家知识产权战略实施推进计划》确定的240项工作，已经开展和完成任务212项，制订修订有关知识产权法律法规27项，出台主要政策措施40项，开展执法行动15项，建立公共服务平台15个，同时开展了大量的知识产权宣传、人才培养和对外交流活动。司法部、农业部、国资委、工商总局、质检总局、广电总局、版权局、林业局、知识产权局、国防科工局、高法院、总装备部专门制定落实《纲要》的实施意见和具体工作方案，出台相关配套政策。

中国知识产权战略已经成为中国国家发展战略的重要组成部分，对于中国未来的发展具有举足轻重的影响。在中国知识产权战略制定和实施过程中，商标战略的制定和实施始终占有极其重要的位置。

2009年4月21日，国家工商行政管理总局出台了《驰名商标认定工作细则》，对驰名商标认定应考虑的因素、证据材料，商标管理程序中的审查，商标异议程序中的审查，商标异议复审、商标争议程序中的审查、审定，复审与核审及监督与法律责任均作出详细规定。

2009年6月2日，为贯彻落实《国家知识产权战略纲要》，大力推进商标战略实施，国家工商行政管理总局发布了《关于贯彻落实〈国家知识产权战略纲要〉，大力推进商标战略实施的意见》（以下简称《实施意见》）。

《实施意见》重申了商标战略指导思想；将商标战略目标具体化为4个方面：商标保护制度更加完善，企业自主商标拥有量进一步增加，企业管理和运用商标的能力明显增强，全社会的商标意识普遍提高；将商标战略任务具体分解成11项：全面完善商标法律法规体系，大力推进全方位商标政策体系构建，创新和完善商标注册管理体制机制，分类指导和支持市场主体实施商标战略，加大对商标权利

吴
汉
东徐
瑾马
治
国陈
传
夫李
正
华李
顺
德李
正
华范
晓
波寿
步刘
春
田张
玉
臣王
兵马
忠
法丁
建
新

人和消费者合法权益的保护,充分发挥农产品商标和地理标志在统筹城乡发展、区域发展中的推动作用,规范发展社会中介服务体系,加快商标注册管理与公共服务信息化建设,加大商标宣传教育力度,大力培养各类商标专业人才,扩大商标国际交流与合作。

《实施意见》将中国商标战略实施总体上分为三个阶段:第一阶段:2009-2010年 在对各项任务进行分解,确定实施具体步骤的基础上,完成工作任务分工部署,确立各项战略实施体制机制,全面启动各项任务的落实。第二阶段:2011-2015年 根据国民经济和社会发展规划,在工作取得阶段性成果,总结前期经验的基础上,重点推进。第三阶段:2016-2020年 根据地区、行业发展情况,分类指导,综合平衡,提高完善。全面实现各项战略目标。国家工商总局成立商标战略实施领导小组,全面负责商标战略实施的组织领导工作。各有关部门的责任分工由商标战略实施领导小组确定。各省、自治区、直辖市工商行政管理局结合本地区特点和实际情况,自行制定或推动当地政府制定区域商标战略,落实总局各项工作要求,有效开展实施工作。建立商标战略实施经费专项预算和拨付制度。保障战略实施工作的各项经费。

有媒体评论¹⁶,《实施意见》有4个重要看点值得关注:一是加大对商标权利人和消费者的保护,要加大商标行政执法力度,严厉打击假冒等侵权行为,维护公平竞争的市场秩序,切实保护商标权人和消费者的合法权益,将商标侵权信息纳入中国社会信用体系;二是商标审查周期将控制在1年内,要加强商标注册管理,提高商标审查效率,缩短审查周期,保证审查质量。到2010年底,彻底解决商标注册申请量大幅增长造成的积压问题,商标审查周期控制在12个月之内¹⁷;三是今明两年着手修改完善商标法;四是积极引导企业进行商标国际注册,要大力宣传、普及商标国际注册知识,引导企业在国际贸易中使用自主商标,积极进行商标国际注册,逐步提高自主商标商品出口比例,鼓励企业积极应对海外商标纠纷,运用当地法律和国际规则制止海外商标抢注行为和商标侵权假冒行为。畅通海外维权投诉和救助渠道。

2009年7月14日,国家工商行政管理总局印发了“《关于贯彻落实〈国家知识产权战略纲要〉大力推进商标战略实施的意见》的任务分工”,对中各项商标战略任务做出10项分工,共计77条,逐条分别落实到国家工商行政管理总局有关司、厅、局、直属单位,承担任务的主要部门和单位有商标局、商标评审委员会、中华商标协会、法规司、国际合作司、人事司、办公厅、反垄断与反不正当竞争执

法局、外商投资企业注册局、个体私营经济监督管理局、中国个体劳动者协会、食品流通监督管理局、消费者权益保护局、市场规范管理司、企业注册局、经济信息中心、宣传中心、行政学院等。

2009年9月2日,国家工商行政管理总局印发了《关于开展国家商标战略实施示范城市(区)、示范企业工作的指导意见》,在全国范围内开展商标战略实施示范城市(区)及示范企业工作。示范工作应统筹安排,兼顾不同类型的城市、企业,形成省、市、县、乡区域衔接及大、中、小企业结合的商标战略实施梯队,制定独具特色、行之有效的商标战略实施规划,通过实施商标战略,形成以商标为主导的区域特色经济,培育一批自主知名商标。《意见》对此项工作的组织领导、申报条件、扶持政策 and 程序等内容作了说明。

在其他联席会议成员单位中,与国家商标战略实施最为密切的当属最高人民法院。

2008年8月1日,最高人民法院发出《关于认真学习和贯彻〈国家知识产权战略纲要〉的通知》,要求各级人民法院加强组织领导,加大投入力度,确保国家知识产权战略有关人民法院工作要求的贯彻落实和各项战略措施的顺利实施。

2008年11月,最高人民法院组织全国法院开展了“司法护权、激励创新”的加强知识产权司法保护行动月活动。最高人民法院先后选择了5件影响较大的知识产权案件进行公开开庭审理,并向社会公布了100件全国知识产权司法保护典型案例,其中包括保护商标权的案例25件。

2009年3月30日,最高人民法院发布《最高人民法院关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》,分为6大部分,共计36条具体意见,并分别就专利案件、商标案件、著作权案件、商业秘密案件、植物新品种案件、特定领域知识产权案件、不正当竞争案件、垄断案件、知识产权合同案件、知识产权诉前临时措施案件、知识产权授权确权案件、知识产权行政案件、知识产权刑事案件、知识产权审判监督案件、知识产权执行案件、知识产权涉外案件等16类知识产权案件的审判实践中的重点和难点问题,提出了一系列指导性意见。对人民法院贯彻实施国家知识产权战略作出全面部署和要求。其中直接涉及商标战略的主要内容有:

“加强商标权司法保护,维护商标信誉,推动形成自主品牌。通过商标案件的审判,支持和引导企业实施商标战略,促使其在经营中积极、规范使用自主商标,促进自主品牌的形成和品牌经济的发展。严厉制裁商标假冒、恶意模仿等侵权行为,严格适用侵权法律责任,切实保障商标权人和消费者的利益,维护公平竞争的市场秩序。正确把握商标权的

法律属性，根据商标用于区别商品或服务来源的核心功能，合理界定商标权的范围，根据商标的显著性程度、知名度大小等确定保护强度和范围，准确认定商标侵权判定中的商品类似、商标近似和误导性后果。正确把握驰名商标司法认定和保护的法律定位，坚持事实认定、个案认定、被动认定、按需认定等司法原则，依法慎重认定驰名商标，合理适度确定驰名商标跨类保护范围，强化有关案件的审判监督和业务指导。妥善处理商标权保护与特定产业发展的关系，既注重保护商标权，又有利于促进相关产业的升级和发展。依法受理并及时处理好涉及地理标志和奥林匹克标志、世界博览会标志、特殊标志等案件。”¹⁸

“配合有关部门，针对反复侵权、群体性侵权以及大规模假冒、盗版等行为，有计划、有重点地开展知识产权保护专项行动，遏制假冒盗版现象。”¹⁹

“推动改革专利和商标确权授权程序。积极配合国家有关部门，以简化救济程序为目标，研究专利无效审理和商标评审机构向准司法机构转变的问题，积极推动相关法律法规的修订。”²⁰

“适度集中垄断案件和涉及驰名商标认定等特殊类型知识产权案件的管辖权；适当增加受理著作权、商标、不正当竞争和知识产权合同等一般知识产权案件的基层法院；经上级人民法院依法指定，具有一般知识产权案件管辖权的基层法院可以跨区域管辖同一上级人民法院辖区内的一般知识产权案件。”²¹

2009年4月21日，最高人民法院向各高级人民法院印发了《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》（以下简称《意见》），分为4大部分，共计20条具体意见，对国际金融危机背景下知识产权审判工作如何更好地服务于“保增长、保民生、保稳定”的工作大局提出了一系列要求，明确和完善了一系列新形势下的知识产权司法政策。其中直接涉及商标战略的内容多达7条（第5-11条），篇幅超过《意见》整体的1/3以上。

《意见》提出：“依法加强知名品牌保护。……人民法院要通过依法加强商标权保护和制止不正当竞争，为知名品牌的创立和发展提供和谐宽松的法律环境，促进品牌经济发展，刺激和创造消费需求，拉动经济增长，增强中国企业的国内和国际竞争力。”²²

《意见》提出：“完善商标司法政策，加强商标权保护，促进自主品牌的培育。……以市场混淆为指针，合理划定商标权的排斥范围，确保经营者之间在商标的使用上保持清晰的边界，使自主品牌的创立和发展具有足够的法律空间。”²³

《意见》提出：“防止利用注册商标不正当地投

机取巧。请求保护的注册商标未实际投入商业使用的，确定民事责任时可责令停止侵权行为作为主要方式，在确定赔偿责任时可以酌情考虑未实际使用的事实，除为维权而支出的合理费用外，如果确无实际损失和其他损害，一般不根据被控侵权人的获利确定赔偿；注册人或者受让人并无实际使用意图，仅将注册商标作为索赔工具的，可以不予赔偿；注册商标已构成商标法规定的连续三年停止使用情形的，可以不支持其损害赔偿请求。”²⁴

《意见》提出：“加强驰名商标司法认定的审核监督，完善驰名商标司法保护制度，确保司法保护的权威性和公信力。严格把握驰名商标的认定范围和认定条件，严禁扩张认定范围和降低认定条件。……对于伪造证据骗取驰名商标认定的案件，以及其他违法认定驰名商标的案件，均需通过审判监督程序予以纠正；当事人在涉及驰名商标认定的案件中有妨碍民事诉讼行为的，依法给予制裁。”²⁵

《意见》提出：“要把握商标法有关保护在先权利与维护市场秩序相协调的立法精神，注重维护已经形成和稳定了的市场秩序，防止当事人假商标争议制度不正当地投机取巧和巧取豪夺，避免因轻率撤销已注册商标给企业正常经营造成重大困难。与他人著作权、企业名称权等在先财产权利相冲突的注册商标，因超过商标法规定的争议期限而不可撤销的，在先权利人仍可在诉讼时效期间内对其提起侵权的民事诉讼，但人民法院不再判决承担停止使用该注册商标的民事责任。”²⁶

《意见》提出：“妥善处理注册商标、企业名称与在先权利的冲突，……按照诚实信用、维护公平竞争和保护在先权利等原则，依法审理该类权利冲突案件。……在中国境外取得的企业名称等商业标识，即便其取得程序符合境外的法律规定，但在中国境内的使用行为违反中国法律和扰乱中国市场经济秩序的，按照知识产权的独立性和地域性原则，依照中国法律认定其使用行为构成商标侵权或者不正当竞争。……对于具有一定市场知名度、为相关公众所熟知、已实际具有商号作用的企业名称中的字号、企业或者企业名称的简称，视为企业名称并予以制止不正当竞争的。因使用企业名称而构成侵犯商标权的，可以根据案件具体情况判令停止使用，或者对该企业名称的使用方式、使用范围作出限制。”²⁷

2009年4月22日，最高人民法院通过了《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》，自2009年5月1日起施行，从驰名商标的概念、驰名商标司法认定适用的范围、认定的因素、举证责任、保护要求等五个方面进行了规范，对于人民法院在审理涉及驰名商标

保护的民事纠纷案件中,进一步明确标准,严格适用条件和范围,统一司法尺度,加强对驰名商标的司法保护提供了法律依据。

2009年4月22日,国有资产监督管理委员会发布《关于加强中央企业知识产权工作的指导意见》。《意见》要求,中央企业要把知识产权工作作为“转危为机”的重要手段,主动进行技术、产品转型升级,努力打造知名品牌,掌握具有自主知识产权的核心竞争能力,增强中央企业抵御各类风险能力,实现可持续发展。

2009年9月10日,世界经济论坛第三届新领军者年会(2009年大连夏季达沃斯年会)在大连世界博览广场开幕,国务院总理温家宝出席开幕式并致辞。他强调,中国保护知识产权的立场是坚定不移的,我们将继续全面实施国家知识产权战略,大力营造

保护知识产权的法制、市场和文化氛围,让一切创新成果得到尊重和回报,促进各种发明创造转化为现实生产力。为推动世界的和谐与繁荣,温家宝提出了四点倡议:世界各国应共同应对全球气候变化,反对贸易和投资保护主义,促进全球经济的可持续复苏,保护知识产权。温家宝强调,保护知识产权是激励创新、推动发展的必然要求。保护知识产权,就是保护创新的原动力。国际社会要共同提升知识产权创造、运用、保护和管理能力,尊重各国国情、兼顾各方特别是发展中国家的利益,在平等互利基础上开展对话和合作,推动建立平衡有效的知识产权保护制度。温家宝总理的上述致辞,充分表达了中国政府和中国人民坚定不移保护知识产权、全面实施国家知识产权战略的决心。

注释

- 1 本文中所用“中国”一词,限指“中国大陆地区”,未包括香港、澳门、台湾地区。
- 2 最高人民法院:《30年来人民法院知识产权司法保护的基本成就》,2008年11月。
- 3 张娜 聂敏宁:《中国知识产权司法保护30年成就显著》,2009年9月11日,《人民法院报》。
- 4 张娜 聂敏宁:《中国知识产权司法保护30年成就显著》,2009年9月11日,《人民法院报》。
- 5 《国家知识产权战略纲要》第5条。
- 6 《国家知识产权战略纲要》第7条。
- 7 《国家知识产权战略纲要》第6条。
- 8 《国家知识产权战略纲要》第4条。
- 9 《国家知识产权战略纲要》第8、9、10条。
- 10 《国家知识产权战略纲要》第11、12条。
- 11 《国家知识产权战略纲要》第13条。
- 12 《国家知识产权战略纲要》第14条。
- 13 《国家知识产权战略纲要》第15条。
- 14 《国家知识产权战略纲要》第16-39条。
- 15 《国家知识产权战略纲要》第40-65条。
- 16 新华社记者张晓松:《聚焦国家商标战略四大看点》,2009-06-08。
- 17 据国家工商总局商标局网站2009年09月16日“工商总局加快商标注册审查工作取得重大突破 截至9月15日我国今年商标注册审查量突破百万大关”发布,2008年全国共完成商标审查70万件,商标审查周期由以前的36个月缩短到30个月;2009年计划完成商标审查130万件,审查周期进一步缩短到19个月,2010年计划完成商标审查140万件,商标审查周期由19个月缩短到12个月;截至2009年9月15日,国家工商总局商标局2009年商标注册申请审查量已经达到100.5万件,同比增长153%,8个半月完成了以前3年零3个月的商标审查工作量。
- 18 《最高人民法院关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》第10条。
- 19 《最高人民法院关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》第21条。
- 20 《最高人民法院关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》第27条。
- 21 《最高人民法院关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》第33条。
- 22 最高人民法院:《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第5条。
- 23 最高人民法院:《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第6条。
- 24 最高人民法院:《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第7条。
- 25 最高人民法院:《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第8条。
- 26 最高人民法院:《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第9条。
- 27 最高人民法院:《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第10条。

中日驰名商标法律保护制度比较研究



作者简介

李 正华 中山大学法学院副教授、中山大学新华学院法律学系主任

1963年6月出生。2004年中南财经政法大学民商法学专业，法学博士。中山大学法学院副教授。曾于1995至1996年赴日本东海大学法学部进行访问研究，2006年参加早稻田大学举办的知识产权国际研讨会，做了“广东企业知识产权状况及知识产权审判”的专题发言；担任过松下电工（广州）等中外合资企业的常年法律顾问，曾为西部石油公司分析评解多年的合同，现每年承担50多件仲裁案件的审理工作。每年代理各类民商事纠纷案件多起。为国内大型企业或者相关行业做法律讲座多场。

在香港出版了《中国营商法律问题与对策》著作，在中国大陆出版了普通高等教育“十五”国家级、“十一五”国家级规划教材《经济法》，著有“十一五”国家级规划教材《经济法概论》，主编了《企业技术创新与合同法律保护》，参编了《法学大辞典》、《精编法学辞典》、《国际贸易法大辞典》、《民法大辞典》，参加编写了《商法》等全国统编教材。在全国各类学术刊物上发表了论文80余篇。

【摘要】

日本作为经济和品牌大国，在驰名商标法律制度的构建上有许多先进和科学的经验值得中国予以借鉴。本文从中日两国品牌发展的水平入手，介绍两国驰名商标法律制度发展的基本概况，然后在此基础上，对两国具体的驰名商标制度内容进行比较研究，比如驰名商标的认定制度、驰名商标的特殊保护、防御商标制度。最后，本文就如何完善本国的驰名商标法律保护做出一定的建议。

驰名商标（well-known trademark），又称之为周知商标，是指市场上享有较高声誉，为相关公众所熟知，并且有较强竞争力的商标。¹

中国的对驰名商标保护的历史虽然不长，但是已经基本建立了与国际接轨的完整的驰名商标法律制度体系。随着中国市场化进程的向前发展以及国家品牌战略的实施，保护驰名商标对于国家、市场、企业来说，都将有着越来越重要的意义；作为中国邻国的日本，已经是当今世界的品牌大国，象索尼，松下等著名品牌在国际市场上有着很大社会和经济影响力。日本品牌市场的发达，同样离不开其发展多年的驰名商标保护法律制度。因此，对中日两国驰名商标的发展水平和驰名商标法律保护制度进行比较研究，能使中国获得有益的启发，从而促进本国驰名商标制度的完善。

一、中日品牌发展的现状

（一）中日两国经济发展情况及两国的经贸关系

中国进入21世纪以后，经济保持着良好的发展势头。2008年中国国内生产总值超过30万亿元，经济总量居世界第三位，²进出口贸易总额2.56万亿美元，居世界第2位。³2009年6月末，中国外汇储备余额以21316亿美元居世界第一位。⁴这些数据都表明了中国经济发展所取得的非凡成就。但是，就目前来说，中国离经济强国的目标还有相当的距离。

日本经济发展速度虽然至上个世纪90年代以来大

幅度的减缓，世界经济总量第2的位置也很快被中国赶超，但是日本在人均国内生产总值、海外资产、产业结构等总要经济数据方面仍然处于世界领先的位置，日本毫无疑问还是世界经济强国。

中日两国作为邻国，经贸往来频繁，在彼此的对外贸易中有着重要的地位。据我国海关统计，2005年中日贸易总额1844.47亿美元，增长9.9%，占我外贸份额为13.0%。中国对日本出口839.92亿美元，增长14.3%；自日进口1004.55亿美元，增长6.5%。1993年—2003年日本连续11年为我国最大贸易伙伴。而据日方的统计，2005年日中贸易总额1893.9亿美元，同比增长12.7%。其中，日本对华出口803.63亿美元，增长8.9%；自华进口1090.2亿美元，增长15.7%。日中贸易占日本外贸的比重达到17%，占其出口13.4%，占其进口21%，份额分别比上年同期提高0.5、0.3和0.3个百分点。⁵2007年日本对华贸易占日本对外贸易总额的18%，中国首次超过美国成为日本的第一大贸易伙伴。⁶

（二）中日两国品牌水平的对比

品牌是一个国家经济发展状况的缩影，拥有具备国际影响力品牌的数量一定程度上能说明该国家企业在相关领域的竞争能力。

中国建国以来，品牌建设取得了不少成果，造就了不少质量优良，商誉高的知名品牌，但总的来说，中国品牌在国际上的影响力还是较弱，与发达国家的发展水平存在差距。在美国《商业周刊》2007年度的全球最佳品牌百强排行榜中，中国企业依然未能入选，可口可乐、微软、IBM、通用电气、诺基亚、丰田等品牌排名前列。⁷虽然中国出口额很高，但是纵观整个国际市场，中国知名品牌所占比例不到3%，自主品牌出口占出口总额的比重很小，企业大量从事贴牌出口，中国并不是出口强国。最近几年，中国驰名商标的数量虽然得到了大幅度的增加，但是相当部分的驰名商标质量不高，未能形成市场竞争力和国际影响力，像海尔、康佳、格兰仕等这样的国产知名品牌还是太少。

而日本历来有重视技术革新和品牌建设传统，在百年的经济发展过程中，打造了一批又一批拥有良好品质和市场号召力的知名品牌，为日本产品占据国际市场发挥了重要的作用。现在，通过知名品牌引领的日本制造业，每年在海外的销售总额高达万亿美元。日本的索尼、丰田、松下、东芝、佳能等众多品牌成为世界知名品牌榜的常客，在国际市场上有着很高的声誉。

日本知名品牌的产品至上个世界80年代进入中国以来，已经成功进驻各领域的市场，特别是在工业、高新技术产业方面。虽然随着中国进一步的对外开放，其他国家的产品的涌入以及中国本土产品的崛起，使得日本产品在中国的优势已经不如过去20年那么明显。但是，日本品牌在中国所具有广泛认知度确实是不争的事实。

中国的驰名商标和品牌水平与日本存在较大的差距，一方面是因为中国经济实力还无法与日本比拟，而且市场化进程开始得较晚，市场规模、生产水平、企业实力、品牌意识等多方面都有待提高。另一方面，则是驰名商标制度还不够完善。所以，通过对中日两国相关制度进行比较分析，有助于中国借鉴日本的发展经验，完善本国的驰名商标制度，以此促进驰名商标水平的提高。

二、中日驰名商标法律制度的历史发展

（一）中日关于驰名商标的法律规定

1. 中国关于驰名商标的规定

中国于1985年成为《巴黎公约》的成员国，并依据公约的规定开始了在驰名商标保护工作方面的相关司法实践。1987年，国家工商行政管理局商标局在商标异议案件中认定美国必胜客国际有限公司的“PIZZA HUT”为驰名商标，对澳大利亚鸿图公司在相同商品上抢注的相同商标不予注册，这是中国在加入《巴黎公约》后认定的第一个驰名商标。⁸此后，中国又陆续认定了一些国内外的商标为驰名商标，如本国的“同仁堂”，英国的“万宝路”。

1993年中国修订《商标法》，并在《商标法实施细则》中增加了有关保护“公众熟知的商标”的条款，规定：“违反诚实信用原则，以复制、模仿、翻译等方式，将他人已为公众熟知的商标进行注册”，属于注册不当行为，应当依法予以撤销。该规定可以算作是中国保护驰名商标的第一份法律文件。1996年8月，在参照《巴黎公约》、TRIPS协议有关保护驰名商标的规定和总结相关司法实践的基础上，国家工商总局颁布了《驰名商标认定和保护暂行规定》。该规定开启了对驰名商标在不相同或不类似商品或服务上保护，同时对驰名商标的概念等问题进行了界

定。可以说，《暂行规定》的颁布使我国驰名商标的认定和管理从此不忍法制度化、规范化的轨道。

2001年10月27日，中国对商标法进行了第二次修正，并于2002年8月公布《商标法的实施条例》。这次修正将对驰名商标的保护提升到国家法律和法规的层次，极大地加强了中国对驰名商标的保护力度。其中《商标法》的第十三条规定可以看作是中国驰名商标保护制度的核心条款或基本原则：“就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。就不相同或者不类似商品申请注册的商标是复制摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。”

2002年10月，最高人民法院通过《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》，规定人民法院在审理商标纠纷案件时，可以对注册商标是否驰名做出认定。2003年4月，国家工商行政管理总局公布《驰名商标认定和保护规定》，废止了《驰名商标认定和保护暂行规定》，对驰名商标的概念，认定标准，考虑因素，与企业名称的冲突等相关问题作出进一步解释或完善。

2009年4月最高人民法院公布了《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《驰名商标若干问题解释》），该解释主要从驰名商标司法认定适用的范围，认定的因素，举证责任，保护要求等方面进行规定，目的在明确标准，严格适用条件和范围，统一司法尺度，防范驰名商标保护的“异化”。

2. 日本有关驰名商标的法律规定

日本自1868年明治维新后，接受德国和英国商标法的影响，于1884年制定了以注册原则为基本方针的《商标条例》。该法以后经过多次修改：1888年修改了条例不明确的地方，吸收了欧美各国商标法的优点；1899年为加入巴黎公约再作修改，并更名为《商标法》；1909年增加了保护驰名商标、实行联合商标以及监督注册商标使用等条款，日本第一次将驰名商标的保护写入法律，这次修改甚至比《巴黎公约》对驰名商标的保护还要早。1921年，全面修改《商标法》，申请程序大幅度修改，增加了申请公告、申请异议，放弃再审查制度，规定可以直接向法院起诉，规定商标保护涉及到类似商品，制定了集体商标制度，采纳了放弃专有使用权制度。日本遵循《巴黎公约》和TRIPS协议的标准来保护驰名商标，其后几次修改基本上是因国际公约的修改而修改。⁹

日本现行的商标法制定于1959年，期间也经历

吴汉东

徐瑾

马治国

陈传夫

李正华

李顺德

李正华

范晓波

寿步

刘春田

张玉臣

王兵

马忠法

丁建新

多次修正,值得一提的是2004年的修订赋予了法院依据事实判定抢注商标无效的权力,这加强了对驰名商标的保护。现行的日本商标法中有关驰名商标的规定,主要体现在第四条第一款第10、11、15、19项,第三十二条第一款,第三个三条第一款,第六十四条第一款。另外,1999年日本特许厅公布了修改后的《关于周知商标、著名商标的保护的审查标准》,规定了驰名商标的保护范围、侵权标准、损害赔偿等问题,配合商标法的实施。¹⁰

不得不说的是,日本的《反不正当竞争法》在保护驰名商标上发挥了很重要的作用,其对未注册驰名商标的保护、驰名商标的跨类保护等问题做出了规定。通过《商标法》与《反不正当竞争法》相结合的保护方式,可以对侵权行为给予更大范围的防止和打击,其详细的规定在实践中更具有可操作性。

对中日两国驰名商标法律制度的发展做了大致了解之后,下面对驰名商标法律制度的较为重要的两个问题——驰名商标的认定和驰名商标的特殊保护,进行具体的比较分析。

三、中日驰名商标认定制度

驰名商标的认定,简单来说就是有权机关根据法律规定的程序和标准,对于市场中的商标做出是否驰名的判定的过程。驰名商标的认定是行政机关与法院在保护驰名商标的实践中首先必须做的,它是整个驰名商标法律制度关键的一环。

(一) 驰名商标认定的主体

1. 中国对驰名商标认定的主体

(1) 行政机关的认定。

1991年1月至9月,我国由中国消费者协会、法制日报和中央电视台联合主办中国驰名商标消费者评选活动,300多家企业的337个商标参加评选,全国近8万名消费者参加了投票,评选出了茅台牌(酒)、凤凰牌(自行车)、青岛牌(啤酒)、琴岛·利勃海尔(电冰箱)、中华牌(香烟)、北极星牌(钟表)、永久牌(自行车)、霞飞牌(化妆品)、五粮液(酒)、泸州牌(酒)、健力宝牌(饮料)等商标为驰名商标。¹¹最后由商标局颁发证书。

在相关司法解释尚未出台以前,根据中国原有的《驰名商标认定和管理暂行规定》第三条规定:“国家工商行政管理局商标局负责驰名商标的认定与管理工作。任何组织和个人不得认定或者采取其他变相方式认定驰名商标。根据这条规定,国家工商行政管理局商标局是我国认定驰名商标的唯一主体。”这就意味着法院在审理驰名商标纠纷案件的时候,没有权力根据事实认定争议商标是否驰名。法院只能驳回所有主张法院认定驰名商标的诉讼请求,并

告知其可以向有权认定的国家机关即国家工商行政管理局商标局申请认定为驰名商标,再来起诉。

行政机关的单一认定机制,存在比较明显的弊端。一是国家工商行政管理局商标局几乎不可能认定大量的国外企业的商标为我国的驰名商标。二是即使被该局认定为驰名商标,也不知需要多长的时间,原告的损失将难以估量。

(2) 司法审判机关的认定。

为改变行政机关单一认定之状况,2001年7月,最高人民法院公布了《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》,其中第6条规定:“人民法院审理域名纠纷案件,根据当事人的请求以及案件的具体情况,可以对涉及的注册商标是否驰名依法做出认定。”此后,2002年10月施行的《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第6条规定“人民法院在审理商标纠纷案件中,根据当事人的请求和案件的具体情况,可以对涉及的注册商标是否驰名依法做出认定。”至此,初步确立了法院对驰名商标进行司法保护的审判机制,在此后司法实践中人民法院也相应据此认定了相当一批的驰名商标。2009年4月出台的《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》进一步的完善了我国的驰名商标司法认定机制。

中国因此形成了驰名商标认定的双轨制,并相应确立了有关的认定原则,是符合国际只是产权保护中不断加强驰名商标保护力度的趋势的,也符合我国市场经济发展的规律性要求,使法院对商标主管机关的具体行政行为的司法审查能够依法进行。

2. 日本对驰名商标的认定主体

日本法律并未对驰名商标的认定主体做出明确规定。在实践中,作为商标行政管理机关的特许厅和法院均可以认定周知和著名商标。¹²根据2004年修订的日本《商标法》第39条,在有关商标权的侵权诉讼中,如果原告的注册商标权“应当在无效程序中被宣告为无效”,则注册商标的所有人不得针对被告实施自己的商标权。这在事实上赋予法院宣布一项商标权无效的权力,同时也是进一步提升了法院在认定驰名商标方面的权威。

(二) 驰名商标的认定标准

1. 中国的认定标准

中国有关驰名商标认定标准的规定体现在《商标法》第14条:“认定驰名商标应当考虑下列因素:(1)相关公众对该商标的知晓程度;(2)该商标使用的持续时间;(3)该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围;(4)该商标作为驰名商标受保护的记录;(5)该商标驰名的其他因素。”商标法所规定

的驰名商标标准是作为商标行政机关认定驰名商标的考虑因素，而非必备条件。这一点是符合国家惯例做法，也在最高人民法院关于《审理驰名商标保护案件》司法解释的第四条中得到更进一步的明确，该条规定人民法院认定商标是否驰名，应当以证明其驰名的事实为依据，综合考虑商标法第十四条规定的各项因素，但是根据案件具体情况无需考虑该条规定的全部因素即足以认定商标驰名的情形除外。

《驰名商标认定和保护规定》第2条第二款还对“相关公众”做出规定，指出相关公众包括与使用商标所标示的某类商品或者服务有关的消费者，生产前述商品或者提供服务的其他经营者以及经销渠道中所涉及的销售者和相关人员等。

2. 日本的认定标准

1999年日本特许厅公布了修改后的《关于周知商标、著名商标的保护的审查标准》，其内容涉及日本商标法第四条第一款第10、11、15、16、19号。从该文件反映出的内容来看，日本对于驰名商标的认定标准虽然没有确切的规定，但基本符合《巴黎公约》和TRIPS协议的相关规定，以在相关公众的知名度为认定驰名商标的核心因素。

中日两国在驰名商标认定标准的法律规定上存在相似的地方，比如对相关公众范围的解释，两个国都认为相关公众不仅包括消费者，而且包括相关交易者。当然也存在一定的差异，较为明显的就是，中国认定驰名商标的地域范围只在中国国内，不包括在外国驰名的商标，而日本法则承认日本国外商标的周知和著名性。

（三）驰名商标认定原则

1. 主动、批量认定及其利弊

从现行的法律法规来看，中国和日本对驰名商标的认定都采取“被动保护、个案认定”的国际通行管理。所谓被动认定原则是指发生了世纪的权力纠纷时，应商标所有人的请求，由法院或商标行政机关对个案商标进行是否驰名的认定。这项原则实质上是驰名商标认定保护市场化的体现，即驰名商标认定不再受主观认为因素控制，而由市场运作，有当时的市场实际情况反映商标是驰名还是一般。

与被动认定原则相对的是“主动保护，批量认定”的方式。中国在实行《驰名商标认定和管理暂行规定》的时候，便是采取这种认定方式。主动认定原则的优点在于能够促进本国品牌的产生，预防驰名商标纠纷的发生，提高企业品牌意识。可是由于市场的规模化，商标纠纷的日益增多，主动认定的保护模式逐渐显现其存在的一些问题：

第一，容易造成不公平竞争。某商标一旦被行政机关主动认定为驰名商标，将永远享受作为驰名商标

标的特殊保护。但是，被认定的驰名商标经过一段时间后，不再符合驰名的标准，若仍旧享受作为驰名商标的特殊保护，显然是不合理的。在这种主动保护的模式之下，被人定为驰名商标的企业容易将其驰名商标用作“招牌”，在市场竞争中形成很大的优势。而且一些事实上的驰名商标，如果没有及时申请认定，则在纠纷发生时得不到驰名商标的特殊保护。

第二，容易产生权钱交易的腐败问题。由于驰名商标享受“高级待遇”，且由行政部门主观认定，因此，有些企业受到利益的驱动，投入巨资去购买“驰名商标”。这不单对竞争不公平，而且为行政腐败提供了生存空间。

2. 个案、被动认定之利弊分析

为了符合《巴黎公约》和TRIPS对驰名商标保护的个案原则，以及克服主动认定所存在的弊端，中国通过《驰名商标认定和保护规定》确立了被动保护的原则。相对于主动保护的方式，被动保护和个案认定的合理性在于：

第一，更客观的反映商标是否驰名。按照个案原则，当发生侵权纠纷时，商标所有人只要能提供证据，证明自己的商标是驰名商标，那么法院或商标行政机关就可以对该商标实行驰名商标的特殊保护。但这种认定只对本案有效，不针对第三者，更不针对全社会。过于作为驰名商标被保护的记录，只作为下一次纠纷发生时，商标行政机关或法院的考虑因素。个案认定原则，更符合市场竞争的实际情况，毕竟过去的驰名商标有可能在一段时间后不再驰名了。

第二，有效的防止驰名商标被抢注的问题。被动保护、个案认定的愿者更加使用在先的重要性，一个企业即使以前没有申请过和获得过驰名商标的称号，当商标被抢注时，如果企业能证明自己的商标驰名，便可以向商标行政机关或法院申诉，要求撤销侵权方的注册，从而保护自己的合法权益。

第三，能有效抑制行政腐败问题。被动保护和个案认定能够改变驰名商标认定当中，人为主观因素占主导地位的局面，将市场的客观情况作为根本依据。

但是被动认定保护、个案认定的原则并不能称得上绝对的合理的。在中国这几年来的司法实践当中，因为各方面的因素，使得新原则下的驰名商标认定机制暴露了各种各样的问题，如被动认定不利于纠纷预防、司法认定冲突、地方保护主义等等。¹³因此，驰名商标的认定制度还有待进一步的完善。

四、对驰名商标的特殊法律保护

驰名的商标代表着商品或服务在市场中所拥有的

声誉和竞争地位，它是企业非常重要的无形财产乃至国家经济发展的巨大动力。正因为如此，驰名商标在市场中比一般的商标更容易受到抢注、仿冒等不正当竞争的侵害。所以，给予驰名商标在法律上特殊的保护具有重要的意义。

目前国际上对驰名商标保护规定的比较全面的是TRIPS协议。按照其规定，驰名商标的所有人，不仅可以禁止他人在同类或者类似商品上注册或者使用与其商标相同或者近似的商标，而且可以禁止他人在非类似的商品上注册或者使用与其商标相同或者近似的商标。

中日都是世贸组织的成员国，两国的商标法和其他的法律法规，都按照《巴黎公约》和《TRIPS协议》的要求，提供了对于驰名商标的保护。但是，在具体的法律规定和相关的司法实践当中，中日对驰名商标的保护还是存在一定的不同。

（一）中日对驰名商标的保护范围不同

中日两国对驰名商标的保护的不同，首先体现在对驰名商标的保护范围上。中国对驰名商标的保护采取跨类保护，但前提是该商标已在中国注册。而日本无论驰名商标是否注册，都采取跨类保护。

驰名商标的跨类保护的理论基础是淡化理论。由于驰名商标不仅具有区别商品和服务功能，还代表着商品质量特色和商业信誉，因此将驰名商标用于非类似商品或服务上，虽与混淆无关，但仍可能冲淡驰名商标以及与其所标志的商品服务之间的联系，¹⁴甚至会玷污、贬低驰名商标的特色和声誉，所以有必要对驰名商标进行跨类保护，以防止其无形财富的流失。这便是驰名商标淡化理论的基本含义。

由于传统混淆理论对驰名商标保护存在明显的不足，TRIPS协议正式确立了依据淡化理论对驰名商标的保护，并受到越来越多的国家都接受和认可。¹⁵中日两国都在保护驰名商标的法律当中规定了相关的内容。

日本有关驰名商标淡化的保护分别规定在商标法和反不正当竞争法当中。根据日本《商标法》第4条第1款第19项，如果注册商标的申请人出于不正当的目的，在相关的商品或者服务上注册了与他人的驰名商标相同或者近似的商标，有关的商标注册无效；《不正当竞争防止法》第2条第1款第2项规定，在自己的商品上使用他人的驰名商业标识或者与之近似的标识，包括销售、提供、展示、出口、进口或者通过网络而提供上述商品的行为，属于不正当竞争的行为。虽然该条款没有明确提到“淡化”，但是由于商品这个概念在其中具有广泛的意义，所以实际上规定了反淡化的内容。

而中国依据淡化理论对于驰名商标的保护，主要反映在《商标法》的第13条第2款规定：“就不相同或者不类似商品申请注册的商标是复制、模仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。”由此可见，想要在中国适用淡化理论，必须是在中国注册的驰名商标。

（二）法院与商标行政机关在保护驰名商标中的作用

法院与商标行政机关在中日两国的法律体系当中，都是保护驰名商标的有权机关，两者存在不同的分工。因为中日同属于大陆法系国家，两个国又都奉行商标的注册在先主义，所以各自在保护驰名商标过程中发挥的作用比较相似：商标行政机关主要通过注册审查，以及对于异议和无效请求的处理。而法院则是通过对驰名商标侵权案件的审理来对其进行保护。

但是由于法律规定的不同和法院与商标行政机关的权限的不同，中日两国在这方面同样存在一定的差异。

中国的商标局和商标评审委员会与日本特许厅的职能基本相同，都可以根据各自商标法的具体规定，做出不予注册，判定无效，撤销注册商标和禁止使用等行政决定，以此来制止侵权商标对驰名商标的侵害。¹⁶另外，相关的行政法规是两国商标行政机关行使职权的重要依据，如日本的《关于周知商标、著名商标的保护的审查标准》，中国的《驰名商标认定和保护规定》。

在法院的司法保护方面，中日两国的不同主要表现在法院能否直接判定注册商标无效上。由于中日都以注册作为获得商标权的基本方式，对获得注册的商标给予了较高的肯定，法院通常不受理商标权无效的诉求。但是2004年之后，日本对商标法进行了修改，其中第39条规定，有关商标权的侵权诉讼中，如果原告的注册商标权“应当在无效程序中被宣告为无效”，则注册商标的所有人不得针对被告实施自己的商标权。也就是说，法院在相关案件的审理中，可以依据有关的事实和证据，判定注册商标权无效。显然，由处理争端的法院直接否定不当注册的商标的效力，而非等待商标行政机关的决定，会简化程序，节省当事人的时间和成本，避免因程序拖沓而造成进一步损害，从而更有效地保护未注册的驰名商标。应该说，日本的改革非常具有借鉴意义。

（三）防御商标制度

防御商标又称卫星商标，是指驰名商标所有人，为防止他人在该驰名商标核定使用的商品或类似商

品以外使用相同的商标，而在其他商品上也加以注册。防御商标是基于“扩大保护主义”为驰名商标创设的制度，目的在于防止他人在非类似商品或服务上注册或使用与驰名商标相同或近似的商标，而削弱其显著性。相对于法院和商标行政机构的保护而言，防御商标制度是一种驰名商标所有人主动的事前保护措施。

日本拥有较为完备的防御商标制度，规定在《商标法》的第64条至68条，分别对防御商标注册的条件、申请程序、侵权行为等问题做出了详细规定。总的来说，日本的防御商标有以两点特征：（1）从属性。防御商标注册的权利依附或从属基础注册商标，防御商标随基础商标权利的转移、终止而转移或终止。（2）防御性。日本防御商标制度旨在防御和保护，而不是为了注册。这也就是说，防御商标当然没有注册后进行使用的义务。¹⁷

日本的防御商标制度由来已久，其在保护驰名商标的实践中有其自身的优势。首先，日本的防御商标可以预先划定知名、驰名商标的排他权范围，达到扩大保护的目的；其次，可以节约费用，防御商标注册只需要缴纳一份基础注册费用就可以制定多个类别的商品或服务；再次，防御商标注册成功后即使不使用，也没有被撤销的可能性。

目前，中国虽然尚未建立防御商标制度，但是在实践中，已有不少企业通过注册防御商标来保护驰名商标，并且取得积极的效果。¹⁸所以，中国应当考虑通过立法建立防御商标制度。

五、完善中国驰名商标法律制度的若干建议

中国现行法律法规在驰名商标的保护方面已经取得了长足进步，经过长期积累与历练，在行政执法、司法实践工作中也取得明显的成绩，但由于市场的规模化发展，商标侵权行为日益复杂，而且本身制度建设还存在一定的不足，所以，想要达到对驰名商标的全面保护还有一些方面有待完善。日本对驰名商标的保护有不少有领先和独到的做法，作为同是大陆法系的中国，应当可以从其中获得有益的启示。

（一）完善驰名商标的认定制度

中国近年来为了适应入世对驰名商标保护提出的新要求，已经构建形成了以行政机关和任命法院的双轨制认定、时候认定、个案认定、被动保护为特征的公平、开放、规范、动态性的驰名商标的认定机制。应当说，这种认定机制有其合理性，但是从中国的具体驰名商标法律实践效果来看，相关制度还有待进一步完善。

1. 现实中国驰名商标认定存在的问题

（1）滥用驰名商标的认定

不少驰名商标的所有人违背个案原则，在认定后对商标的“驰名”进行长实践、大范围的广告宣传，不正当地打造自己品牌的知名度，而且在广告中常使用虚假夸大之词，以达到商品促销的目的。¹⁹

（2）地方政府将驰名商标的数量与政绩挂钩。

由于对驰名商标本来含义的误解，中国很多地方政府以为本辖区的驰名商标越多，就表明本辖区的企业实力强，政府的工作做得好。于是，一些地方政府为了显示自己的政绩，积极追求“驰名商标”的数量。甚至对获得驰名商标认定的当地企业发放高额奖金，鼓励了某些企业对驰名商标的不当追逐。

（3）驰名商标的认定存在过于宽松和地区之间标准不统一的问题。

据统计，仅2007年1月至2008年2月间经行政认定的驰名商标就达427件。即使考虑到中国地域广阔、经济迅速发展以及商标争议日益增多这些因素，这个数字仍然偏大。造成这一情况与有权机关没有严格化驰名商标的认定存在关系。在司法认定方面，虽然《驰名商标若干问题解释》对法院认定驰名商标的标准做出了详细规定，一定程度降低了法院的自由裁量权，但是由于目前有几十个中级人民法院有认定驰名商标的权限，想要在判定标准上要完全统一不那么容易，再加上其他因素，难免会出现不同地的法院对同一商标做出不同的认定结果。²⁰

上述三种现象是目前驰名商标认定过程中的比较明显的。前两个可以说是对驰名商标保护宗旨的背离，后一个则是制度上的缺陷造成的。

2. 完善驰名商标认定制度的建议

（1）进一步强调驰名商标认定的个案有效原则。

在日本，无论是特许厅在商标审查、异议和无效请求中认定的驰名商标，还是法院在处理商标纠纷中认定的驰名商标，仅仅与解决相关的争端有关，不存在没有长期的品牌效应，也与广告宣传无关。中国也应按照这样的理念严格落实个案原则，禁止在广告中单独宣传驰名商标，停止对驰名商标的批量公布、集中宣传。另外，地方政府应当停止对当地“驰名商标”的奖金发放，也应停止评定“著名商标”，避免进一步加大市场主体对驰名商标制度的误解，防止相关的投机性行为。

（2）有权机关在认定驰名商标的过程中，必须按需进行。

比如，在侵犯注册商标的案件中，法院或商标行政机关依据传统的混淆理论足以对该商标进行保护时，则没有必要启动对该商标的“驰名”认定，即便该注册商标在事实上已经达到了较高的知名度。这样做一方面是为了严格对驰名商标认定，防止被滥用，另一方面则是节省相关的行政司法资源。《若

吴汉东

徐瑾

马治国

陈传夫

李正华

李顺德

李正华

范晓波

寿步

刘春田

张玉臣

王兵

马忠法

丁建新

干规定》在第二条对法院在什么情况下有必要做出驰名商标认定做出了规定，这对于规范了驰名商标司法认定的启动有重要意义。

(3) 完善驰名商标的司法认定。

一是协调不同法院认定驰名商标的标准，在难以统一的情况下，可以考虑集中进行对驰名商标的司法认定，减少认定驰名商标的法院数量。二是建立监督机制。法院在认定驰名商标的过程中，难免面临外界的各种干扰，为了保证认定的合理性和防止司法腐败，可以考虑建立上级法院审核制度。由受理法院将生效的判决和相关统计报表报送上一级法院复核。²¹

(二) 明确对驰名商标的特殊法律保护

1. 依据淡化理论对未在中国注册的驰名商标进行跨类保护

中国的商标法第13条依据淡化理论给予驰名商标跨类的保护，但是保护的范围只限于在中国注册的驰名商标，不包括未注册的驰名商标。而日本的淡化理论保护则较为全面，商标法和反不正当竞争法都有相关的内容，并且保护范围包括未在日本注册的驰名商标，这是比较符合国际上的一贯做法的。

一旦成为驰名商标即具有同样的商业价值和功能，即应享有同样的特殊保护。侵犯未注册驰名商标同样也会造成驰名商标价值的贬损与降低。首先，从驰名商标的特殊功能考量，驰名商标之所以在国际范围内受到特殊保护是由于驰名商标具有的社会属性——其所代表的信誉价值。一件商标一旦驰名，便获得了独立价值，已不仅仅具有区别产源的识别功能，而且具有表彰功能，体现其所有者的信誉和名声，代表巨大的商誉。其次，从对驰名商标予以特殊保护的目来看，由于驰名商标所标示的信誉价值，在国际、国内市场享有巨大影响力，任何冲淡驰名商标显著性的行为必然导致驰名商标商业价值的降低与消灭，至于商家之间是否存在竞争关系，商标之间是否存在混淆的可能不是衡量标准。即使商家之间不存在商业竞争关系，消费者不会产生混淆与误认，淡化驰名商标绝对显著性的行为也会受到法律制裁。这就是对驰名商标提供反淡化保护的根源所在。因此，对未注册但驰名的商标也应当进行跨类保护。

中国2002年的《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》一定程度补充了上述的不足，其在第二条规定：“复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标或其重要部分，在相同或者类似商品上作为商标使用，容易导致混淆的，应当承担停止侵害的民事法律责任，而不存在使用其他民事法律责任的问题。”可是司法解释毕竟法律位阶

较低，而且该规定没有规定包括赔偿损失在内的其他救济方式。所以，要提高对未注册驰名商标的保护水平，应当考虑通过立法对未注册驰名商标的跨类保护进行详细的规定，使有权机关有法可依。

2. 建立防御商标制度保护驰名商标

目前中国的商标法与不正当竞争法对驰名商标的保护更倾向于事后救济，而防御商标制度则是一种事前的对驰名商标的保护。它的优势就在于驰名商标权利人可以根据自身市场经营发展的情况，选择合适的商标注册形式，利用防御商标对他人带有侵权性质的注册防范于未然，以保证给予驰名商标最前置的法律保护，从源头上避免损害的发生。

我国现在尚未在法律中规定防御商标的内容，但是在我国商标的注册与管理实践中，企业已采取注册联合商标或者防御商标的措施来避免商标遭遇抢注。如商标权人除注册驰名商标“两面针”外，还注册了“面面针”、“双面针”等商标，也有企业采用全类注册的方法来保护自己，如娃哈哈。²²可是由于缺乏制度性的构建，这种自发的防御商标注册行为存在一些问题，比如，防御商标的注册增加了企业的成本，而且还存在因“连续三年停止使用”而导致注册商标被撤销的风险。

日本的防御商标制度较为发达，在商标法中有其详细的法律规定。中国可以借鉴日本的经验，在商标法中增加防御商标的内容，对防御商标注册的条件、申请程序、时效、费用等具体问题做出规定，这对于指导企业注册防御商标的实践和提升企业的权利意识有重要的意义。将防御商标制度的“主动防御，事前保护”与一般的“被动保护，事后救济”结合起来，这样驰名商标的保护就更为全面。

(三) 依法开展驰名商标的行政执法

对驰名商标的行政保护是中国驰名商标制度的一大特色，其在立足于国内执法实践的基础上，借鉴和吸收国外的先进理论成果和执法经验，得到了长足的进步和发展。然而，在面对入世后经济全球化和日益激烈的经济竞争以及驰名商标保护发展的新形势，中国驰名商标的行政执法制度还存在着许多不容忽视的问题和亟待解决的矛盾，并面临新的挑战 and 考验。

1. 明确执法主体，完善协调机制。

在中国享有商标案件行政执法权的机关包括工商管理局、技术监督局和物价管理部门等。由于各部门在处理商标违法案件方面分工不清、职权不清，难免会造成几个部门在处理商标为案件时的冲突，导致执法效率低下。入世后，明确国内各个机关查处商标违法案件的权限显得尤为重要。

因此，在系统内部，商标部门和经济检查、市场

管理部门要密切协作，形成合力。有必要建立政府知识产权保护工作委员会，通过高层次的协调机制，首先在行政系统内部及时解决有关的执法权责矛盾和纠纷，以利于保护当事人合法权益，推动依法行政，增强整体执法的效能。在系统外部，工商行政管理机关在查处商标侵权案件的过程中，要与法院、检察院、公安局、海关等部门进行配合，共同完善商标特别是驰名商标的保护工作。

2. 健全驰名商标行政保护责任设置

中国目前的商标法律制度主要对驰名商标纠纷当事人规定了各种责任，而缺少对驰名商标行政保护的主体——商标行政管理机关进行法律责任的约束。因此，知识产权保护成了单一“职权”而非“职责”，容易造成当管理机关不履行管理职能、属于履行职责或履行不当时，驰名商标权利的当事人难以追究行政机关的责任。

为此，应当在《驰名商标认定和保护规定》的第16条规定各种，增加驰名商标行政保护机关责任的规定。补充在责任承担主体设定上的缺陷，改变行政机关无法律责任约束的状况，在行政机关不履行管理职能或履行不当时，设定行政则和民事责任。行政责任方面，比如建立商标行政管理问责制、商标行政管理部门执法考核制；民事责任方面，比如行政机关因执法不当使驰名商标权利人遭受损害的，行政机关在其承担的责任范围内，对驰名商标权利人予以赔偿。

（四）提升社会的品牌意识，促进驰名商标的法律保护

经过第一、第二个五年全社会普法教育，人们普遍从过去“不学法”、“不知法”的状况中走了出来，广大的消费者对商标法和消费者权益保护法均有了不同程度的了解，已经慢慢形成了“认牌购货”，进而增强了“依牌索赔”的意识。

随着消费者对商品品牌确认能力的增强，企业经营者也在转变经营策略，越来越多的企业开始以品牌为中心进行生产和经营管理了，外商在本土以外投资设厂首先要考虑的就是产品使用的商标问题。对于已经正常运作的企业，则将商标策略放在与销售并重的地位一起来考虑。例如，“National”虽然在日本国已经是妇孺皆知的牌子了，但是该商标在美国却已经被他人注册在先。松下公司只要好另起炉灶，在日本国内继续使用“National”商标，而

在本土以外的地方使用了“Panasonic”的新商标，同时也尽量使用“National”。“National”经过长期的使用，已经给人垂垂老去之感觉，但却保留有“传统字号”概念，而“Panasonic”则给人一种“充满朝气”、“革新性”、“年轻活力”等全新的印象。随着产品多样化的发展，松下还推出了“爱妻”（洗衣机）、“飞鸟”（音响）、“树冰”（家用冷气机）等全新的商标。除了商标外，对商品的名称，松下同样重视，如电视中使用的“画王”即是一个成功的例子。

中国企业的品牌意识则有待加强。一方面，中国企业没有在国际市场范围内形成良好的商标和品牌保护意识。在2004年世界品牌实验室公布的“中国500个最具价值的品牌”中，有46%未在美国注册，50%未在澳大利亚注册，而在欧盟未注册率更是高达76%。²³而且近十年来，国内驰名商标在国外遭抢注的事情屡有发生，比如“海信”商标被德国博西公司抢注，“大宝”在美国被抢注等。如果在这种形势下，企业仍然不注重商标在海外的注册和保护，那么企业品牌所承载的商业利益和市场优势，将有可能丧失。另一方面，中国企业缺少对市场信息的关注和自身行为的规制。中国企业应当建立市场信息的获取机制，了解市场中各种商标情况，避免陷入不必要纠纷当中。而当今在市场中愈演愈烈的“山寨”行为，更是说明了中国不少企业还没有形成培育原创品牌的观念，同时，这种“山寨”行为也让相关企业经常处在侵权的危险之中。

所以，企业经营人员和管理人员应当增强商标法律意识，在积极运用品牌策略的同时，密切关注市场情况，对假冒侵犯驰名商标的行为及时拿起法律武器保护自己。只有广大的生产厂家依法生产经营，驰名商标权人不断提高产品质量、保持驰名商标声誉，主动、积极保护驰名商标权，同时教育消费者，自觉抵制、举报假冒驰名商标的行为，驰名商标才能得到真正的法律保护。

随着中国市场经济不断的发展，将会有越来越多的国内国外商标进入市场的竞争活动，在这种情况下，驰名商标法律制度对于维持市场秩序，保护企业财富和国家利益，将发挥关键的作用。中日两国企业和驰名商标保护机构相互借鉴和学习，完善驰名商标特殊法律保护制度，提高驰名商标的保护水平势在必行。

注释

1 参见日本《商标法》第4条，第32条，第33条，第64条关于“在需求者之间广泛知晓的商标”作出的规定。

2 《2008年中国国内生产总值超30万亿元，增长9%》[EB/OL]，中新网：
<http://www.chinanews.com.cn/gn/news/2009/03-05/1588708.shtml>。

3 《中国 2008 年对外贸易进口总额 2.56 万亿美元》[EB/OL], 国际财经时报 :
<http://china.ibtimes.com/articles/20090115/zhongguo-waimao.htm>。

4 《6 月末国家外储余额 21316 亿美元, 同比增 17.84%》[EB/OL], 中新网 :
<http://www.chinanews.com.cn/cj-gncj/news/2009/07-15/1775542.shtml>。

5 《2005 年中日经贸合作情况简介》[EB/OL], 人民网 :
<http://world.people.com.cn/GB/8212/66851/66856/4658043.html>。

6 葛冲:《中国超美成日本最大贸易伙伴》[N],《文汇报》2008-05-10,A 版。

7 《美国 < 商业周刊 > 揭晓 “ 全球最佳品牌 ”2008 年度百强排行榜》[EB/OL], 中国经济网 :
http://intl.ce.cn/specials/zxgjzh/200809/24/t20080924_16895065.shtml。

8 安青虎:《驰名商标和中国的驰名商标保护制度》[J],《中华商标》2004 年第 11 期,第 8 页。

9 木棚照一:《世界贸易组织成立后日本知识产权法的发展》[J],《环球法律评论》2005 年第 6 期,第 746 页。

10 津田博:《商标与日本知识产权立国》[J],《中华商标》2003 年 11 期,第 11 页。

11 《1991 年 9 月 19 日, 首批 “ 中国驰名商标 ” 产生》[DB/OL], 人民网
<http://www.people.com.cn/GB/historic/0919/4790.html>, 访问日期 2009 年 7 月 31 日

12 冯刚:《中日驰名商标法律保护比较》[J],《中华商标》2005 年第 7 期,第 53 页。

13 袁杏桃:《我国驰名商标认定制度的重构》[J],《电子知识产权》2008 年第 12 期,第 47 页。

14 张心全:《谈 TDRA 对美国商标淡化制度的正名与完善》[J],《中华商标》2006 年第 28 期,第 31 页。

15 王照华:《驰名商标淡化与反淡化保护》[J],《山东经济》2007 年第 4 期,第 72 页。

16 郝玉强, 姚坤:《日本商标法律制度概况》[J],《电子知识产权》2001 年第 6 期,第 43 页。

17 齐亚莉:《中日防御商标比较》[J],《中华商标》2005 年第 5 期,第 52 页。

18 齐亚莉:《中日防御商标比较》[J],《中华商标》2005 年第 5 期,第 53 页。

19 张克克:《论驰名商标的异化现状及其对策》[J],《金卡工程:经济与法》2009 年第 7 期,第 123 页。

20 刘冀湘, 王秋惠:《驰名商标认定主体多元化引发的思考》[J],《天津律师》2007 年第 2 期,第 48 页。

21 张远孝, 彭劲荣:《论驰名商标司法认定的完善》[J],《科技与法律》2009 年第 1 期,第 87 页。

22 齐亚莉:《中日防御商标比较》[J],《中华商标》2005 年第 5 期,第 54 页。

23 张旭娟, 师湘瑜:《谈中国企业商标海外反抢注》[J],《人民司法》2006 年第 10 期,第 92 页。

吴
汉
东

徐
瑾

马
治
国

陈
传
夫

李
正
华

李
顺
德

李
正
华

范
晓
波

寿
步

刘
春
田

张
玉
臣

王
兵

马
忠
法

丁
建
新

中国著作权合理使用制度研究



作者简介

范 晓波 北京化工大学文法学院 副教授 北京化工大学知识产权研究基地 副主任

1971年10月出生

2005年中国人民大学法学院 民商法专业毕业 法学博士

近年主要研究成果：

学术论文《著作权侵权损害赔偿根据》.《电子知识产权》2006年第3期

学术论文《侵害知识产权之不当得利问题研究》.《知识产权》2006年第3期

学术论文《商标侵权损害赔偿问题研究》.《电子知识产权》2006年第6期

学术论文《论知识产权价值评估》.《理论探索》2006年第6期

学术论文《论知识产权的价值》.《电子知识产权》2006年第10期

学术论文《商标专用权与同业竞争者利益》.《电子知识产权》2007年第10期

著作权法被称为协调创作者、传播者和使用者权利的平衡法，而合理使用正是实现平衡的一项重要制度。该制度率先由英美法系国家确认，并已成为现代各国著作权法普遍认可和采纳。合理使用一直以来都是著作权法中的重点和难点问题。如何把握著作权人与公众利益之间、著作权垄断与信息分享之间的平衡点，科学地划定合理使用的范围，最大限度地实现公平与效率，不仅关涉著作权人的利益，更与社会公众利益密切相关。本文以中国著作权合理使用制度为研究对象，深入分析其中存在的问题，并提出完善该制度的建议。

一、著作权合理使用制度的涵义与价值

根据中国《著作权法》的规定，著作权人以外的人在某些情况下使用他人已经发表的作品，可以不经著作权人的许可，不向其支付报酬，但应当指明作者的姓名、作品名，并且不得侵犯著作权人的其它权利。法律规定的这种情形在理论上称为合理使用。合理使用制度协调著作权人、传播者与使用者之间的利益关系，通过均衡保护的途径，促进作品的传播和使用，维护社会公众的利益，最终实现著作权法促进整个社会科学文化事业繁荣的立法宗旨。

合理使用制度设置的前提是对著作权的确认和保护，不得不合理地损害著作权人的利益是对合理使用的总的原则性的限制。文学、艺术、音乐等作品，丰富了人类的精神生活，是社会的财富。作品是创作者的劳动成果，作者应该就其创作活动得到补偿。不尊重创作，不维护作者利益，就会窒息作者的创作激情，使文化事业成为无源之水，从而最终损害了公共利益。只有以著作权这种专有权利的形式维护作者对其智力成果的控制，使其享有合法权益，鼓励创作的积极性，才能促使其创作出更多、更优秀的作品来丰富社会的文化科学领域和公众的精神生活。经验表明，一国的民族文化遗产丰富与否直接取决于它提供给文学和艺术作品的保护水平。保护水平越高，就越能鼓励作者创作；一国的智力创

作物越多，它的声望就越高；文学和艺术产品越多，它们在图书、唱片和娱乐业内的副产品也就越多。总之，鼓励智力创作确实是所有社会、经济和文化发展的前提之一。¹

根据法律经济学的分析，专有权虽然有助于激励创作，却也有可能在另一方面阻碍公众对信息的利用，专有权人对其作品的使用索取高价，会造成消费者因难以支付费用而不能充分使用信息。也就是“没有合法的垄断就不会有足够的信息生产出来，但是有了合法的垄断又不会有太多的信息被使用”。²著作权法的出发点和归宿点是满足社会公众创造和分享社会精神财富的要求，促进整个社会的文化繁荣。保护作者权益并非著作权法的根本目的。1803年英国判例认为，“未经允许，不付报酬的使用之所以合理，在于后任作者具有创造新作品的目的，这有利于促进科学文化进步和有益于社会公众。”美国众议院在就美国1988年《伯尔尼公约》实施法令所作的报告中宣称：“著作权立法须做出如下考虑：除作品创作及专有权的保护期限外，国会尚需权衡公众因对个别权益的保护所付出的代价和取得的利益。宪法规定设立版权的目的在于促进思想的传播以推广知识。版权的根本目的不在奖励作者，而在于保障公众从作者的创作中受益。”因此，著作权法规定合理使用制度，限制著作权，给公众一定范围的无偿、自由使用作品的空间。

合理使用的一个重要价值内涵是公平。知识是累积的，文化的发展也是一代一代人共同努力的结果。创作活动不可能离开对已有作品的借鉴和利用。任何人的作品中都包含他人的智慧。从另一个意义上讲，著作权人和使用人之间的关系是互动的，其角色是相互转换的。一个人对于其创作的作品来说是著作权人，但他利用别人作品的时候，就是使用者。既然创作需要吸取他人的成果，那么也不应阻止他人利用自己的作品。著作权人对其作品不能享有无限制的独占权利，应在适当的范围内让渡自己的利益，允许他人使用。这样才能保证信息的获取和享有，为更多的创作奠定了良好的基础。

合理使用的另一价值所在即效率。社会精神财富的增长是以信息资源的充分流动与优化配置为条件的。科斯理论主张，在不相容使用的关系中，权利的安排或分配应以效益最大化为依据。合理使用即是权衡各方面得失，以求得总的效益最大化的制度安排。它对作者与使用者的权利区域做出划分，在保证作品的传播、使用和著作权人能够通过市场交易得到足够的收益以补偿其投入的成本，避免出现信息不足现象的前提下，对有著作权的作品划出一个合理的范围供使用者无偿使用，而又不会不合理地损害著作权人的利益。它以侵权抗辩为理由解决了合理范围内对作品的使用问题，避免了每一次对作品的使用都要征得作者的许可，减少了额外的交易成本，从而带来信息资源优化配置的良好效益。它促使各方的利益在一种基本的平衡和协调关系中得到最大满足。

二、中国著作权合理使用立法模式的缺陷

中国著作权法第22条采用完全列举的方式明确划定了合理使用的范围：1、为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；2、为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；3、为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；4、报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；5、报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；6、为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；7、国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；8、图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品；9、免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；10、对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；11、将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；12、将已经发表的作品改成盲文出版。

上述完全列举式的立法模式可谓明确具体，便于司法适用，有利于防止法官任意裁量。然而这种立法模式的局限性也在司法实践中充分表现出来。曾一度引起广泛争议的北影录音录像公司诉北京电影学院著作权侵权案使人们对法律所确立的合理使用

范围的科学性、合理性产生了质疑。该案基本案情如下：1992年，作家汪曾祺与原告北影公司签订合同，将其《受戒》等作品的影视改编权及拍摄权的专有使用权授予原告。电影学院学生吴琼为完成课堂作业将作品《受戒》改编为电影剧本。被告电影学院于1993年选定该剧本为毕业作品进行了拍摄，并在电影学院小剧场放映一次，观众为学院教师和学生。1994年11月，电影学院经有关部门批准携《受戒》一片参加法国朗格鲁瓦学生电影节。电影节上，影片放映两次，观众主要为参加电影节的各国教师及学生，电影节组委会曾对外销售过少量门票，不排除有当地公民观看了此影片。原告告诉被告侵犯著作权，被告以合理使用进行抗辩。

本案争议的焦点问题是电影学院拍摄《受戒》一片的行为能否构成合理使用。³原告主张拍摄是以教学为目的，属于合理使用。被告认为著作权法规定的以教学为目的的合理使用仅限于课堂教学，使用方式仅限于少量复制或翻译，被告行为不属于合理使用。法院认为，根据著作权法第二十二条的规定，为学校的课堂教学，在合理范围内使用他人已发表的作品，可以不经著作权人的许可不向其支付报酬。此规定的目的在于许可学校为课堂教学在一定范围内无偿使用他人作品，以保障教学活动得以顺利进行。电影学院系培养电影人才的艺术院校，其教学方式具有相对特殊性，故该校为课堂教学使用作品的方式也应与一般院校有所不同。练习拍摄电影应属于该校课堂教学活动必不可少的一部分。电影学院组织应届毕业生使用小说《受戒》拍摄电影，其目的是为学生完成毕业作业及锻炼学生的实践能力，在校内放映该片也是为了教学观摩及评定，均为课堂教学必要的组成部分。所以电影学院在以上阶段以上述方式使用作品《受戒》应为合理使用，不构成对北影公司专用使用权的侵犯。⁴案件的主审法官这样阐述其对现有法律的突破：“在本案审理中，合议庭考虑到，北京电影学院使用权利人的作品拍摄电影的行为，虽然在《著作权法》第22条所列举的12种合理使用情形中没有明确的规定，但考虑著作权法不可能将现实生活中每一行为都进行列举，对那些特定领域内必须在特定范围内按《著作权法》第10条第5项的使用方式使用他人已发表的作品，只要符合《著作权法》第22条规定的目的和精神，其使用行为就应认定为合理使用。但必须要进行严格的限制。”⁵该案判决，受到了多数知识产权界专家学者的广泛好评，认为案件的判决考虑到了电影学院这样的特殊教学单位的情况；同时也为完善我国著作权法中关于合理使用的问题提供了司法判例。但也有学者提出了质疑的观点。他们认为，从著作权法的规定来看，显然立法者的本意

就是要将“为课堂教学或者科学研究”的合理使用方式限于翻译或少量复制。由于第22条采用的是列举方式,且没有一兜底条款,所以单纯地对法律条文进行扩张性解释不可能实现将被告把小说拍摄成电影的行为纳入合理使用的目的。既然我国法律采用列举式来确定合理使用范畴,就必须按照法律的规定来处理。如果认定著作权法第22条在立法技术上有问题,然后采用目的性的扩张来弥补法律漏洞,那么此时法院已经超出了法律解释的范畴,变成一种造法行为。根据大陆法一般原则和我国的现实,不应鼓励法院为造法行为。⁶

笔者认为,就本案来说,如果法院不考虑实际情况,而简单遵从法律的明文规定,将正当的教学活动判定为侵权,无疑严重有违公平原则,也不符合著作权法的立法宗旨,会阻碍文化艺术事业的发展。但是,如果法官依据事实和法律的精神做出裁判,实现了个案的正义,又会受到违背法律规定而造法的责难,毕竟本案电影学院的摄制行为确实不属于第22条规定的“少量复制或翻译”。对于法律有明确规定的,法官本应严格遵照执行。至于法律规定的完善,法律漏洞的填补,则是立法层面的事。法官是没有权利创设法律的。该案审理中,法官被置于两难的境地,无论做出哪种选择无疑都是有缺陷的。而这种裁判的尴尬是由于中国合理使用立法模式缺陷所导致的。

2006年初,数码信息技术的业余爱好者胡戈在观看过热映影片《无极》之后,采用改组和拼贴影片中的影像资料的方式,创作了20分钟的网络视频短片《一个馒头引发的血案》(以下简称《馒头》),解构了电影《无极》以120分钟演绎的哲理叙说,赋予完全不同的涵义,其中巧妙的情节构思以及戏谑、滑稽的镜头搭配和画外音不时令人捧腹。⁷因胡戈制作该片涉嫌侵犯陈凯歌所导演的电影《无极》的著作权,而引发纠纷。⁸该争议也再次引发了对著作权合理使用制度的广泛讨论。许多学者将胡戈创作《馒头》的行为定性为对电影《无极》的滑稽模仿(或称戏仿)。⁹滑稽模仿是指通过模仿原作的实质性部分或其风格,运用诸如夸张、荒谬等喜剧性技术所创作的具体作品,其意图是批判原作。从文学艺术的角度看,滑稽模仿是一种由来已久的比较受欢迎的文学创作形式,一些国家的著作权法将之界定为合理使用。中国当前的著作权法并没有对滑稽模仿的问题作出规定,而且在立法中关于合理使用既没有兜底条款,也没有判断合理使用的原则性规定,解决类似纠纷就会因无法可依而使法院处于尴尬的境地。将胡戈的行为认定为侵权,似乎有违著作权法的目的和精神,而将该行为认定为合理使用,又于法无据。该问题再次显示了中国现行著

作法合理使用立法模式存在的突出问题。

三、网络环境下著作权合理使用范围的变化

网络的发展和普及对著作权制度产生了巨大的影响。对于著作权人而言,网络扩大了其利用和传播作品的渠道和范围,对于公众而言,其取得和利用作品更加容易和快捷。但同时,著作权人控制作品的传播和利用的难度增大,著作权人与作品使用者之间的矛盾也日益凸显。有学者提出,在传统的合理使用制度中,法律所界定的有关合理使用的范围是与当时的传播技术相对应的,当时著作权人的个人利益与社会公共利益达到平衡,合理使用制度既能使作者积极进行创作,又能使文化得到广泛的传播。从平衡的角度上讲,科学文化成果的传播程度越高,合理使用的范围则应缩小一些,即对著作权人的财产权限制应该越小。在传播技术高速发展的今天,合理使用范围也应该与先进的传播技术相对应。在立法上应该趋于缩小合理使用的范围,否则会损害著作权人的利益。¹⁰另有观点则针锋相对地认为,合理使用制度在网络环境下应适度扩大适用范围,以契合网络的“后现代特性”所主张的互动与开放精神,以及以利益平衡为内核的“效益主义”目标。¹¹

网络环境下,如何处理著作权保护与信息公共获取之间的关系,如何维系著作权人与公众之间的利益平衡?对此,中国《著作权法》未做出具体的回应。由国务院发布,并于2006年7月1日起施行的《信息网络传播权保护条例》(以下简称《条例》)对网络环境下合理使用的情形做了较为明确的规定。其第六条规定,通过信息网络提供他人作品,属于下列情形的,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬:(一)为介绍、评论某一作品或者说明某一问题,在向公众提供的作品中适当引用已经发表的作品;(二)为报道时事新闻,在向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已经发表的作品;(三)为学校课堂教学或者科学研究,向少数教学、科研人员提供少量已经发表的作品;(四)国家机关为执行公务,在合理范围内向公众提供已经发表的作品;(五)将中国公民、法人或者其他组织已经发表的、以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品,向中国境内少数民族提供;(六)不以营利为目的,以盲人能够感知的独特方式向盲人提供已经发表的文字作品;(七)向公众提供在信息网络上已经发表的关于政治、经济问题的时事性文章;(八)向公众提供在公众集会上发表的讲话。

《条例》第七条对图书馆、档案馆等的合理使用做了规定。笔者下文将重点讨论网络环境下以个人使用为目的的合理使用和图书馆的合理使用问题。

1. 以个人使用为目的的合理使用

一些学者认为“为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品”属于合理使用的规定不应适用于网络环境，因为网络已经成为网民收集、整理、利用信息的重要甚至是主要的来源。随着网络的发展、网民的增加，很多作品尤其是“为个人学习、研究”用的科技类、学术类作品以及“为个人欣赏”用的音乐、影视作品都可能主要通过网络进行发行和复制。如果都允许个人“合理使用”，必将影响这些作品的市场价值，将会损害到有关著作权人的合法权利，这与作品合理使用应遵守的原则是相违背的。¹²

《条例》对于为个人学习、研究和欣赏使用作品未专门再行规范，只是对“通过信息网络提供他人作品”的各种合理使用的情形进行了规定。也就是说，著作权法第22条第1款的规定在网络环境下应同样适用。笔者认为，网络环境下，个人合理使用作为保障公众享用信息的自由和权利的一个重要方面，其继续存在的价值并未减损。只是需要在利用方式等方面进行适当限制。著作权法对个人合理使用的规定只是对利用目的进行了限制，如个人将作品上载并向公众传播，对作品进行营利性或其他违法利用，不属于个人使用作品。该规定未对利用作品的方式进行限制。如果从网络上大量下载他人享有著作权的音乐作品、影视作品，虽然这种对作品的复制是为个人欣赏目的进行的，但却不合理地损害了权利人的合法利益。因此，笔者认为个人使用作品不仅要使用目的正当，还应当利用方式正当。只有在网络环境下对个人合理使用施加必要的限制，才能维护著作权人与使用者之间的利益平衡。

中国在2001年修正的著作权法第47条第(六)款对技术措施作出了规定。根据该款的规定，未经著作权人或者与著作权有关的权利人的许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的行为，构成违法，应当承担法律责任。技术措施的版权保护对于防止非法利用受法律保护的作品有着积极的意义，但对合理使用也带来了极大的挑战。以个人合理使用为例，在数字技术环境下，越来越多的作品以电子文本的形式出现，并被加载了技术保护措施。依据著作权法原本可以合理使用的作品，因技术措施的采用，无法被访问或无法被复制。破坏或规避技术措施的行为也受到法律的规制。《信息网络传播权保护条例》列举了学校课堂教学和科学研究、非营利目的向盲人提供已经发表的作品、行政执法活动使用作品等允许破解技术措施的法定情形，并不包括为个人学习、研究、欣赏目的利用他人作品的情形。因此，个人合理使用的作品仅限

于那些没有采用技术措施，刊载于网络上的作品。为个人使用目的利用他人作品而破解技术措施，属于违法行为。由此，为个人使用目的利用他人作品因技术措施的采用和版权保护受到极大的限制。笔者认为，对于为个人学习、研究（不包括欣赏）需要利用他人作品，而不会对著作权人的利益造成不应有的损害的，应当允许采取规避措施。这将有利于信息的传播和利用，并鼓励新的创作。

2. 图书馆的合理使用问题

著作权法第二十二条将图书馆的合理使用仅仅限定在为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品。网络环境下，许多人主张合理使用制度应适用于数字图书馆，即允许图书馆将图书资料数字化并加以存储，通过互联网成为网上资源，供用户查阅。数字图书馆与传统图书馆相比，传输和阅读方式的变化导致其对作品的利用方式对著作权人利益的影响甚大。传统图书馆由于受馆舍规模、开放时间、读者数量等的限制，其传播作品的方式是“由点到点”，即普通图书馆向读者提供纸质图书是有限的，一本书在一个时间只有一个许可，即只能供一位读者阅读，在客观上并未构成对作品市场销售的冲击；而对于数字图书馆，其传播作品是通过网络“由点到面”进行。网络空间是无限的，一本书可以同时供数万读者进行在线阅读，如果将图书进行大量复制，并置于公众网站或页面上任凭读者浏览、下载，即使没有营利，也将在很大程度影响图书的潜在市场，严重损害著作权人的经济利益。况且传统图书馆的合理使用也仅限于复制本馆收藏的作品范围，复制目的仅限于本馆陈列和保存版本的需要，不得用于借阅、出售和出租。因此建立数字图书馆，提供在线借阅服务不能被划入合理使用的范围。对于公益性质的数字图书馆，虽然使用作品的性质和目的符合合理使用的要求，但其对作品的使用严重侵害了著作权人的利益，不应属于合理使用。解决公益性问题，不该让著作权人付出代价。在网络图书馆中使用他人作品应当取得权利人的许可，并向其支付报酬，资金来源可以是国家对公益事业的财政补贴或是图书馆向读者收取费用。¹³实际上，目前一些数字图书馆是以盈利为目的的，这样就更远离合理使用了。中国首例数字图书馆侵权案¹⁴的审判结果进一步肯定了数字图书馆未经作者许可，将他人作品上网传输，不支付报酬，侵犯了著作权人的网络传输权，不属于合理使用。

《信息网络传播权保护条例》第7条对图书馆等合理使用作品的情形做了如下规范，图书馆可以为陈列或者保存版本需要以数字化形式复制作品，但应当是已经损毁或者濒临损毁、丢失或者失窃，或

吴汉东

徐瑾

马治国

陈传夫

李正华

李顺德

李正华

范晓波

寿步

刘春田

张玉臣

王兵

马忠法

丁建新

者其存储格式已经过时，并且在市场上无法购买或者只能以明显高于标定的价格购买的作品。图书馆一定条件下可以对特定的作品进行有限的网络传播。具体地说，可以进行网络传播的对象为“本馆收藏的合法出版的数字作品”以及“依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品”。此外，网络传播的范围为本馆“馆舍内”，即图书馆通过信息网络传播作品只能限于本馆的物理建筑范围内。上述行为，除非当事人另有约定，图书馆无须经过著作权人许可，也不必向其支付报酬。但图书馆不得在此过程中直接或者间接获得经济利益。《条例》制定过程中，图书馆界一直呼吁给予非营利性教育机构图书馆与网络传播有关的合理使用权。但是，《条例》并没有如图书馆界所期待的那样在网络环境下扩大图书馆合理使用的范围，而是划定了非常有限的复制和网络传播的合理使用范围。但《条例》的该项规定并非没有缺陷，正如有学者指出的，《条例》第7条并未对图书馆等通过网络向馆舍内读者提供作品的类型进行限定。因此从字面上看，图书馆等可以将合法购入的最新DVD电影置于本馆的网络之中供馆舍内的读者点击欣赏，但这种行为可能会严重损害电影著作权人的利益，恐难以构成合理使用。¹⁵

综上，《信息网络传播权保护条例》虽然将中国《著作权法》规定的合理使用范围延伸到网络环境中，但并未专门针对新的客观现象而设置新的合理使用范围。在涉及网络环境的具体内容上显得较为谨慎。《条例》的规定尽管弥补了有关信息网络传播权行使规范的空白，但由于继续采行“具体而微”的列举模式，显得过于单一、呆板、严格，不利于司法操作。这会使合理使用制度难以适应现代科技的发展需要。¹⁶例如上文提到的，网络环境下，《条例》对为个人使用目的利用作品和图书馆利用作品的规范所存在的问题。因此，增设原则性判断标准，能令合理使用制度在科技迅猛发展的情势下有灵活、弹性的生长空间，及时规制新技术条件下产生的新问题。

四、中国著作权合理使用制度的完善

合理使用制度是协调著作权人、传播者与使用者之间关系的利益平衡器，是著作权法的重要组成部分，应当本着实现著作权法立法目的，追求利益平衡，公平与效率的精神设计和适用这项制度。不能任意地、无原则地扩大或缩小合理使用的范围，过于强调或是轻易忽略任何一方的利益，都将导致利益失衡，最终阻碍文化科学事业的发展和繁荣。只有协调和平衡好作者、传播者、使用者之间的利益，使大家都各得其所，利益得到尽可能的满足，才能

激励作者创造出更多、更优秀的作品，并使作品得到广泛的传播和有效的利用，促进整个社会不断进步。笔者认为中国著作权法采用完全列举的方式确定合理使用的范围是不科学的。立法者不采用原则性、概括性的规定是担心法官随意解释法律条文，限制或架空权利人的权利，却可能因此直接造成法律的不公正。现实中的合理使用的具体情形总是千变万化的，将合理使用局限于法律确定的12种情形中，不可避免地会遗漏应当作为合理使用处理的情况，不能适应司法实践的灵活性。正是立法的这一缺陷造成了司法实践中法官裁判的尴尬。法律是调整规范实践活动的，法律应适应实践不断发展变化的需要。随着现代信息传播技术、传播手段日新月异的发展，人们获取知识的手段更先进、更方便、更快捷。原本依法合理的使用作品方式，也会变得不合理。原本著作权人不必控制的使用方式，如果不控制则会使著作权人的利益损失殆尽，因而违背了合理使用对著作权人利益损害不大的原则。¹⁷因此著作权合理使用范围是可变的，利益的平衡是动态的，固守已有的规定，会导致不公正。而法律应当有稳定性，朝令夕改将损害法律的权威性。作为平衡作者、使用者和传播者利益的一项重要制度，合理使用制度的设置必须科学合理。这就要求立法改完全列举式为不完全列举式，同时确立判断合理使用的原则或标准。

为了保证著作权人的权利，保持著作权人、传播者和社会公众三者之间在知识、信息的创作和获取方面的利益平衡，伯尔尼公约、TRIPS 协议以及世界版权公约等国际公约都对合理使用等权利限制制度做出了总的原则性的限制，规定在某些特殊情况下，对著作权所作的限制，不得与作品的正常使用相冲突，而且不得合理地损害著作权人本应享有的合法权益。中国《著作权实施条例》专门增加了这一规定，作为对合理使用的原则性的限制。第21条规定“依照著作权法的有关规定，使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品，不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益。”这是对合理使用制度的完善，避免对权利的限制超过合理的界限。然而，该规定的局限在于，它只是对于著作权法规定的12种合理使用情形的“法律底线”，无法成为真正的合理使用的原则限制。因此，改变合理使用完全列举式的立法模式，增加合理使用判断标准的原则性规定，这项限制性规定才能充分发挥其约束限制和保障的作用。

在立法史上，美国著作权法最先引入了合理使用的判断规则，这即是为世界上众多著作权学者所称道的四条标准。其第107条规定，在确定某一使用他人作品的活动是否为合理使用，应考虑以下因

素：1、有关使用的性质与目的，包括这种使用是否有商业性质或者是为了非营利的教育目的。合理使用的目的和性质必须是正当的。具有商业性质，以营利为目的的使用一般情况下不是合理使用。因为商业性质的使用将取代著作权许可使用、法定许可使用等形式，最终损害著作权人的财产利益。但也并不是一切非营利的使用都为合理使用。例如，使用人并未营利，但有意窃誉，即不愿从事艰苦的创作劳动，又想获得所谓的“作者资格”或“学术地位”因而使用他人的有著作权的作品，就可能不具备目的的合理性。2、被使用的版权作品的性质。对这一点可以从多角度分析。（1）未发表作品与已发表作品。一般来说，合理使用仅限于已发表作品。因为对于未发表作品的使用，很有可能侵害作者的发表权和隐私权。（2）虚构作品和事实作品。根据作者投入的创造性劳动的多少来衡量对该作品的使用是否严格适用合理使用。事实作品使用了现存的历史资料和客观素材，如传记作品的事件、情形、线索，写生作品的人物、景色等，包括较多的事实成分，因而赋予他人合理使用的相当自由。而虚构作品是在作者对素材进行搜集、筛选的基础上编创而成，在很大程度上体现了作者的艺术创作个性，因此对此类作品的合理使用有一定的限度。（3）对视听作品的合理使用较之文字作品更为严格。（4）为特定对象创作的作品。某类作品专供特定的使用者需要，一般也不得自由或无偿使用。3、与整个有版权作品相比所使用部分的数量及内容的实质性；使用作品的程度，包括两个方面：一是同整个有著作权作品相比所使用的部分的数量；二是内容的实质性。大量地引用作品或作品的实质部分，不能视为合理和适当。量和质的考虑必须结合起来。即便引用量并不是很大，但如果是被引用作品的精华或核心也不属于合理使用。4、使用行为对被使用的版权作品的潜在市场或价值所产生的影响。市

场影响分析在合理使用构成要件中具有十分重要的意义。它常常成为美国法院判断是否构成合理使用采用的最重要的因素。在哈伯出版公司诉《国家产业》杂志案中美国最高法院把引用量不满二十分之一判定为侵权的主要原因在于该实质性的引用侵害了原告的市场利益。

合理使用构成要件的学说及规定，是对长期司法实践经验的高度概括，也是界定合理使用还是侵权使用规则的系统阐述。从理论上说，以立法形式确认合理性的判断标准，使得各种使用作品情形的裁量有了统一的原则和明确的方法，这不能不说是合理使用制度的一大进步。¹⁸笔者认为可以借鉴美国的这种做法，将对合理使用的判断标准引入我国法律中，将概括性、原则性条件与列举的具体情形结合起来，构造我国的合理使用制度。

法律的价值和生命力体现在对法律的适用。不能希望法律像一架自动售货机，而案件事实像硬币，法官的工作只是把硬币投入售货机之中，自动售出的就是判决。应当赋予法官必要的自由裁量权。合理使用是一个充满“公平主义的理性规则”。什么是公平合理，其理念色彩浓厚，模糊度大，有赖于法官凭借自由裁量权在具体事实中予以考量。¹⁹确立了合理使用的一般规则，如何正确分析和运用这些规则，给法官提出了较高的要求。合理使用的事实具有千差万别的特点，每一情形是否合理，须综合考虑使用的性质和目的、被使用版权作品的性质、使用他人作品的数量与质量、使用行为对版权作品的潜在市场或价值所产生的影响等四因素，做出具体裁定。对合理使用的判断的过程蕴涵着对公平、效率的评价，对利益平衡的考量和追求，法官决不能机械适用法条，只有运用其智慧，依据法律和具体案件事实进行裁决，才可以得出合情合理的结论。至于法官滥用自由裁量权，则应通过其他的机制来约束和纠正。

注释

- 1 刘波林译. 保护文学和艺术作品伯尔尼公约指南. 北京: 中国人民大学出版社. 2002.8
- 2 美 罗伯特·考特, 托马斯·尤伦. 法和经济学. 上海三联书店. 1991.185
- 3 电影学院将摄制的电影《受戒》送往法国参加作品展的行为, 超出了在特定领域内使用作品的范围, 不属于必不可少的课堂教学活动, 因此不是合理使用。对此争议不大。
- 4 北京市第一中级人民法院民事判决书 (1995) 一中知终字第 19 号
- 5 朱江. 法官的逻辑——海淀法院典型案例判解. 北京: 法律出版社. 2003.51
- 6 姚欢庆. 知识产权新类型案例评析. 北京: 人民法院出版社. 2001.73
- 7 季卫东. 网络化社会的戏仿与公平竞争——关于著作权制度设计的比较分析. 载中国法学 2006.3
- 8 该争议最终并未形成诉讼。
- 9 苏力. 戏仿的法律保护和限制——从《一个馒头引发的血案》切入. 载中国法学 2006.3
- 10 陈立风. 著作权合理使用制度解析. 当代法学 2007. 5
- 11 李颖怡, 罗鑫星. 网络后现代特性与著作权合理使用制度的调适. 中山大学学报 (社会科学版) 2007. 1
- 12 陈进元. 网络环境下作品的使用方式和著作权的集体管理. 载北大知识产权评论第 1 卷. 法律出版社. 2000
- 13 郭卫华. 网络中的法律问题及其对策. 北京: 法律出版社. 2001.34
- 14 陈兴良诉中国数字图书馆有限责任公司侵犯著作权案, 海淀法院认定, 被告擅自将陈兴良的作品上载到国际互联网上并允许读者有偿下载, 扩大了作品传播的时间、空间, 扩大了接触作品的人数, 改变了接触作品的方式, 未向作者支付合理的报酬, 其行为阻碍了陈兴良以其所认可的方式使社会公众接触其作品, 侵犯了作者的信息网络传播权。

15 王迁. 知识产权法教程. 北京. 中国人民大学出版社. 2007. 261
16 李颖怡 罗鑫星. 网络后现代特性与著作权合理使用制度的调适. 中山大学学报 (社会科学版). 2007. 1
17 刘春田. 知识产权法. 北京. 中国人民大学出版社. 2002. 103
18 吴汉东. 著作权合理使用制度研究. 北京. 中国政法大学出版社, 1996. 195
19 吴汉东. 著作权合理使用制度研究. 北京. 中国政法大学出版社, 1996. 196

吴 汉 东
徐 瑄
马 治 国
陈 传 夫
李 正 华
李 顺 德
李 正 华
范 晓 波
寿 步
刘 春 田
张 玉 臣
王 兵
马 忠 法
丁 建 新

中国的计算机软件著作权保护



作者简介

寿步 上海交通大学知识产权研究中心主任

男。1962年12月7日出生。1985年中国西南交通大学计算机应用专业卒。现任上海交通大学法学院教授（博士生导师），上海交通大学知识产权研究中心主任。1985年起任大学教师。1988年考取中国律师资格。先后从事计算机科学和知识产权法学的教学与研究。发表学术论文数十篇，出版独著3部、合著4部、主编著作10部。当选2003年第二届上海市十大优秀中青年法学家。兼任中国科学技术法学会常务理事，中国法学会知识产权法研究会理事，中华全国律师协会信息网络与高新技术专业委员会副主任，上海市信息化专家委员会委员。

【摘要】

本文介绍了中国计算机软件著作权保护的立法根据、立法模式和法规体系，回顾了中国计算机软件著作权保护的立法进程，重点说明了外来压力对中国知识产权立法的影响，专门介绍了由软件最终用户使用未经授权软件的法律责任问题在中国引发的两轮论战，阐述了对中国计算机软件著作权保护未来立法的观点，特别强调了解决软件最终用户问题的依据应为“拟制说”而不是“复制说”，提出中国应取消在著作权法之外单独制定行政法规以规范计算机软件著作权保护的立法模式，建议直接在著作权法中加入若干保护计算机程序的条款。

一、中国计算机软件著作权保护概况

1. 中国计算机软件著作权保护的立法根据

中国对计算机软件的著作权保护，来源于著作权法的规定。中国著作权法第三条¹规定了著作权法保护的作品类型，其中第（八）项就是“计算机软件”。

信息产业界一般认为，“计算机软件=计算机程序+相关文档”，也可简称为“软件=程序+文档”。自计算机程序20世纪中叶问世、软件产业20世纪60年代兴起后，给著作权保护带来问题的并不是与计算机程序相关的文档，而是计算机程序本身。因为文档本来就属于中国著作权法第三条第（一）项所列“文字作品”的范畴，所以在中国著作权法第三条第（八）项中原本只需列明“计算机程序”。但是，由于20世纪80年代末、90年代初中国计算机软件法律保护的立法工作是由当时的信息产业主管部门机械电子工业部²主导的，因此，在中国著作权法立法时作为作品类型名称列入的就是信息产业界惯用的术语“计算机软件”而不是从著作权保护角度来看更加合适的术语“计算机程序”。

2. 中国计算机软件著作权保护的立法模式

当年中国计算机软件法律保护的立法工作不是由著作权法的起草机构——作为国家著作权行政管理部门的国家版权局主导、而是由机械电子工业部主

导的事实，使得中国对计算机软件的著作权保护最终采取了虽然纳入著作权法保护体系、但不是在著作权法中直接添加若干条款、而是在著作权法之外单独制定行政法规的模式。中国计算机软件著作权保护的这种立法模式延续至今。

在20世纪90年代初期，采用上述立法模式的理由是考虑到计算机软件不同于著作权法所保护的传统作品的若干特点、同时参照韩国1986年《计算机程序保护法》和巴西1987年《软件法》为计算机软件法律保护单独立法的模式³。但是，中国对计算机软件的法律保护没有采取美国和日本等发达国家直接在著作权法中添加若干条款的立法模式、而是采取韩国和巴西的立法模式，与当时由机械电子工业部主导相关立法的历史背景有重要关系。

中国著作权法第一版第五十三条⁴规定，计算机软件的保护办法由国务院另行规定。中国国务院1991年6月4日发布的《计算机软件保护条例》就是根据著作权法这一规定制定的行政法规。

3. 中国计算机软件著作权保护的法规体系

在中国的法律、行政法规、部门规章、司法解释、司法机关文件、行政机关文件以及与外国签订的双边协定等不同层次的规范性文件中，与计算机软件著作权保护有关的法规体系主要包括下列文件：

（1）中华人民共和国著作权法（第一版1991年6月1日施行；第二版2001年10月27日施行）；

（2）中华人民共和国著作权法实施条例（第一版1991年6月1日施行；第二版2002年9月15日施行）；

（3）计算机软件保护条例（第一版1991年10月1日施行；第二版2002年1月1日施行）；

（4）中美两国政府关于保护知识产权的谅解备忘录（1992年1月17日签订；1992年3月17日生效）；

（5）计算机软件著作权登记办法（第一版1992年4月6日施行；第二版2002年2月20日施行）；

（6）实施国际著作权条约的规定（1992年9月30日施行）；

（7）最高人民法院关于深入贯彻执行《中华人民共和国著作权法》几个问题的通知（1993年12月24日

发布)；

(8)著作权行政处罚实施办法(第一版1997年2月1日施行；第二版2003年9月1日施行；第三版2009年6月15日施行)；

(9)中华人民共和国刑法(第二版1997年10月1日起施行)；

(10)最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体适用法律若干问题的解释(1998年12月23日施行)；

(11)最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释(2000年12月21日起施行，2003年12月23日首次修改，2006年11月20日二次修改)；

(12)最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释(2002年10月15日施行)；

(13)最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释(2004年12月22日施行)；

(14)最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体适用法律若干问题的解释(二)(2007年4月5日施行)。

二、中国计算机软件著作权保护的立法进程

1. 计算机软件列为著作权法保护客体和第一版《计算机软件保护条例》的发布

在20世纪70年代到80年代中期的十多年时间内，日本曾经有过保护计算机程序的两种方案的激烈争论。一种是日本通产省提出的根据计算机程序的特点采用单独立法加以保护的方案，另一种是日本文部省提出的采用著作权法加以保护的方案。后一种方案与美国自己当时在立法中已经采取的软件保护方案一致。最后，在美国施加强大压力之后，日本国会于1985年通过立法，决定采用后一种方案。⁵美国当时对同为世界经济大国的日本的国内立法尚且如此干涉，此后对作为发展中国家又有巨大市场潜力的中国的软件保护立法施加影响，就毫不奇怪了。

在此背景下，中国显然不可能创设一种如日本通产省方案所说的“软件权”或“程序权”这样的新型知识产权、而只能仿效美国和日本将计算机软件纳入著作权法的保护体系的做法，但是中国却没有采用美国和日本在著作权法内直接增加若干条款的立法模式。

中国计算机软件著作权保护的立法进程，有着美国施加影响的明显痕迹。在1989年的中美知识产权谈判中，中国方面承诺在制定著作权法时，将计算机软件列为著作权法保护的客体。因此，在1990年

9月7日中国全国人民代表大会常务委员会通过的著作权法第一版中，计算机软件被列为受著作权法保护的作品，同时规定另行制定单独的保护办法。此后的1991年6月4日，中国国务院发布了第一版《计算机软件保护条例》。

由于对计算机软件可以采用著作权法、专利法、商标法、商业秘密法、合同法等多种法律从不同角度进行保护，所以，专门规定计算机软件著作权保护办法的《计算机软件保护条例》的名称准确说来应该是《计算机软件著作权保护条例》。

2. 中美知识产权谅解备忘录的签署和《实施国际著作权条约的规定》的发布

在第一版《计算机软件保护条例》中，尽管有不少条款明显来源于美国版权法，但至少有两方面的规定仍然是美国方面不满意的。

其一，是规定“在本条例发布以后发表的软件，可向软件登记管理机构办理登记申请”；“向软件登记管理机构办理软件著作权的登记，是根据本条例提出软件权利纠纷行政处理或者诉讼的前提”。这意味着，在《计算机软件保护条例》1991年6月4日发布之前发表的美国软件不能在中国申请著作权登记；一旦发生与这些软件相关的著作权纠纷，美国软件的著作权人在中国既不能申请行政处理、也不能到法院起诉。只有1991年6月4日之后发表的美国软件才能在中国获得实质性的保护，而且这种保护还必须以办理软件著作权登记作为前提。

其二，是规定软件著作权保护期为25年、到期后可申请续展25年。美国方面要求一次给足50年保护期。

上述两个问题中，第二个问题实际上要到25年之后才会遇到题。第一个问题则是当时的一个现实问题，这一问题对美国软件公司的利益至关重要。因此，在1991年开始的中美知识产权谈判中美国向中国施加了巨大压力。在1992年1月17日谈判结束时签署的中美两国政府关于保护知识产权的谅解备忘录(以下简称“中美谅解备忘录”)中，美国在上述两方面的要求得到了满足⁶。据此，中国国务院在1992年9月25日发布的《实施国际著作权条约的规定》中规定：“外国计算机程序作为文学作品保护，可以不履行登记手续，保护期为自该程序首次发表之年年底起五十年。”

如果说，在上述第一个问题解决之前感觉不满意的是美国方面，那么，在中美谅解备忘录于1992年3月17日生效后，感到“不公平”的反而是中国的软件著作权人了。因为上述两个问题此时对外国软件著作权人已经不存在、反过来对中国软件著作权人却依然存在，一是办理软件著作权登记是起诉的

前提、二是软件著作权保护期是25+25年，即出现了对外保护水平高于对内保护水平的问题。这里的第一个问题后来通过1993年12月24日最高人民法院《关于深入贯彻执行<中华人民共和国著作权法>几个问题的通知》得到解决。该通知规定：“凡当事人以计算机软件著作权纠纷提起诉讼的，经审查符合《中华人民共和国民事诉讼法》第一百零八条规定，无论其软件是否经过有关部门登记，人民法院均应予以受理。”第二个问题后来在2002年中国修改著作权法和《计算机软件保护条例》时已经得到解决。

3. 中美谅解备忘录关于最终用户⁷使用未经授权软件问题的规定

在1991年中国建立著作权制度之前的相当长时期内，对国外计算机软件的大规模无偿的商业性使用在中国很普遍。这种使用既包括对外文软件的直接使用、也包括对外文软件进行“汉化”处理即加入中文用户界面之后的使用。这种局面出现的原因，一方面，是由于中华人民共和国在成立后的相当长时期内没有建立包括著作权制度在内的知识产权制度；另一方面，是因为世界知识产权组织等有关国际组织对采用何种法律制度保护计算机软件尚无定论。

在1991年开始的中美知识产权谈判中，美国方面只允许中国计算机最终用户对美国计算机软件再无偿使用三年。后经谈判，美方放弃了上述要求。中美谅解备忘录中的相关规定意味着，在中国于1992年3月17日开始保护美国的软件著作权之前，中国用户对美国软件的商业规模的使用，将不被追究责任；在中国开始保护美国软件著作权之后，他们仍然可以在原有范围内继续使用美国的软件，而不承担责任，“条件是该复制本不以任何不合理地损害该作品版权所有者合法利益的方式复制和使用。”⁸当然应当注意：上述免于承担责任的情况仅仅适用于在1992年3月17日中国开始保护美国软件著作权之前、已经装载在计算机内的美国软件。而事实上，软件在日常使用中一般是在不断升级的。

按照中美谅解备忘录的规定，在中国开始保护美国软件著作权之后，就应当充分适用中国著作权法、著作权法实施条例、《计算机软件保护条例》和《实施国际著作权条约的规定》等规定。显然，这里已经为将来追究计算机最终用户使用未经授权软件的责任埋下了“伏笔”；美国方面对1992年3月17日之后中国计算机最终用户在“原有范围”之外使用未经授权的美国软件是不会置之不理的。

4. 中美双方的换函和中国政府《行动计划》的制定

中国知识产权的立法进程基本完成之后，中国知识产权的执法情况就成为美国方面关注的重点。在1994年开始的新一轮中美知识产权谈判中，美国就中国的知识产权执法问题向中国进一步施加压力。这一轮谈判在1995年3月11日以双方换函的形式结束。中国外经贸部部长与美国贸易代表的换函以及中国外经贸部部长函件的附件（即中国《有效保护及实施知识产权的行动计划》，以下简称“《行动计划》”）构成中美两国政府的谅解。

在这次谈判中，1992年中美谅解备忘录中埋下的追究最终用户使用未经授权软件法律责任的“伏笔”开始起作用。在中国外经贸部部长致美国贸易代表并经美国贸易代表确认的函件中有这样一段话：“中美两国要求在两国各自的公共实体在其电脑系统中不使用未经授权的计算机软件复制品，使用合法计算机软件。同时要求提供足够经费使他们能够获得仅经授权的计算机软件。”注意：这是在中国的官方文件中首次直接涉及最终用户使用未经授权软件问题。在中国外经贸部部长函件的附件即《行动计划》中特别提到：“任何使用计算机软件的公共、私人、非营利机构应提供充足的资源购买合法的软件。”

5. 国家版权局1995年通知和国务院办公厅1999年转发通知

对于中国的知识产权执法情况，美国方面显然不会满足于一纸《行动计划》。因此，在美国又一次施压的背景下，1996年中美之间进行了新一轮知识产权谈判。这次谈判的结果是中国外经贸部部长致美国代理贸易代表的信函以及有关实施1995年《行动计划》情况的两份说明。在其中的第二份说明中，提到了1995年8月23日的《国家版权局关于不得使用非法复制的计算机软件的通知》。通知说：“为了有效实施《中华人民共和国著作权法》和《计算机软件保护条例》，贯彻国务院《关于进一步加强知识产权保护工作的决定》，保护中外著作权人的合法权利，为计算机软件的开发、生产和经营提供良好的社会环境，促进中国对外经济、贸易、科技、文化合作，任何单位在其计算机系统中不得使用未经授权的计算机软件。”实际上，这一通知对于其中所涉及的中国“单位”几乎没有产生影响；中国“单位”作为最终用户使用未经授权软件的情况很少有变化。

1996年以后，中美之间的知识产权争端处于暂时平息阶段。

1999年2月24日，在中国加快就加入世界贸易组织与美国进行双边谈判的背景下，国务院办公厅向

各省、自治区、直辖市人民政府和国务院各部委、各直属机构转发了3年半之前的国家版权局上述通知。国务院办公厅通知说：“经国务院批准，现将《国家版权局关于不得使用非法复制的计算机软件的通知》转发给你们，请认真贯彻执行。”

可见，20世纪90年代的中国计算机软件著作权保护的立法进程基本上是向国外学习同时又不断受到外来压力的过程。

6. 1999年由微软诉亚都案引发的关于软件最终用户问题的论战

1999年5月，在中国驻南斯拉夫大使馆被炸后不久，美国微软公司在中国北京市第一中级人民法院起诉北京亚都科技集团在办公电脑中使用未经授权软件一案由传媒曝光。由于是在敏感的时期、由特殊的原告、就中国社会中当时广泛存在的最终用户使用未经授权软件问题进行诉讼，该案引起了中国传媒和全社会的广泛关注。微软诉亚都案所涉及的最最终用户使用未经授权软件是否承担法律责任的问题，从1999年8月至12月在中国知识产权界引发了一场论战。

论战一方（“合理保护论者”）的主要观点是⁹：(1)一个国家的知识产权保护水平应当与其经济科技文化社会发展水平相适应。在遵守相关“世界水平”的前提下，中国的知识产权保护水平应当与中国的经济科技社会文化发展水平相适应。(2)根据著作权法原理，著作权本来并不延伸到最终用户对侵权作品的使用，即所有作品的最终用户使用侵权作品本来都不构成侵权。所以，最终用户使用未经授权软件本来也不构成侵权。(3)在最终用户使用未经授权软件问题上，法律保护水平的“第一台阶”是并不将软件侵权的最终界限延伸到任何最终用户。TRIPs协议就属于“第一台阶”。在一些发达国家和地区，将软件侵权的最终界限延伸到部分最终用户，这是“第二台阶”。如区分是营利性使用还是非营利性使用，是商业目的使用还是非商业目的使用，等等。“第三台阶”是将软件侵权的最终界限延伸到所有最终用户，即不论单位、家庭还是个人，不问其使用目的如何，只要使用未经授权软件就构成侵权。(4)坚决反对在中国实行“第三台阶”即超世界水平的保护。(5)根据当时有效的第一版《计算机软件保护条例》追究最终用户责任的法律依据不足。

论战另一方的主要观点是¹⁰：(1)软件特殊，容易被复制，对软件的著作权保护要与其它作品不同，不仅要在制造、销售领域予以保护，禁止违法复制和销售；而且要延伸到最终用户，对软件最终用户的非法复制和非法使用也要禁止。(2)软件最终用户在使用软件时，往往伴随着复制行为，这就可能侵

犯著作权人的复制权。所以，将软件作为著作权法保护对象时，著作权法有必要作出调整，规范软件最终用户的行为。(3)第一版《计算机软件保护条例》已经对软件最终用户问题作出了规定，已经达到了“第三台阶”。

微软诉亚都案在当年年底有了结果。1999年12月，法院从诉讼程序的角度作出裁定，驳回了美国微软公司对北京亚都科技集团的起诉。法院没有就软件最终用户使用未经授权软件是否构成侵权和如何承担侵权责任问题作出实体判决。

7. 第二版《计算机软件保护条例》发布时的新一轮论战和相关司法解释的出台

1999年关于软件最终用户使用未经授权软件的法律问题的论战引发了中国各界对知识产权的深入思考。此后，中国领导人提出了“尊重并合理保护知识产权”的重要论断；并在国际知识产权保护方面倡导：“应根据新的形势，对知识产权保护等方面的国际规则作出适当的调整。在切实保护知识产权的同时，按照市场规律，使知识产权的保护范围、保护期限和保护方式，有利于科技知识的扩散和传播，有利于各国共享科技进步带来的利益。”¹¹

1999年论战之后，代表国外软件企业商业利益的中国某些民间团体依靠国外的财力支持，积极向中国法律界、学术界和产业界渗透，以影响中国软件著作权保护的修法过程，使中国的软件著作权保护水平进一步提高。其结果是，在2000年年底给出的《计算机软件保护条例》修改草稿中，一方面删去了符合中国现实国情、但不符合“超世界水平”要求的原有条款；另一方面又不顾中国国情，为定位在“第三台阶”制定了周密而又无懈可击的条款。

为此，以2001年12月22日《21世纪经济报道》刊出的《中国民间论战软件保护立法》为发端，以随后在新浪、ChinaByte、搜狐等网站开辟的相关专栏¹²为主要载体，在2001年年底第二版《计算机软件保护条例》发布前后的几个月时间内，法学界、信息产业界和理论界的“合理保护论者”发起了新一轮反对“超世界水平”保护软件著作权的论战。

“合理保护论者”在坚持反对在中国实行“第三台阶”即“超世界水平”保护¹³的同时，进一步明确提出：中国作为发展中国家本来应当定位在“第一台阶”，但考虑到中国扶持发展软件产业的需要和软件的特殊性，考虑到一些发达国家和地区的相关立法现状，中国可以定位在“第二台阶”。¹⁴

在2002年3月中华人民共和国全国人民代表大会和中国人民政治协商会议全国委员会“两会”开会期间，一些全国人大代表和全国政协委员认为：对中国软件保护水平问题，应当重视各界呼声，顺应民

吴汉东

徐瑾

马治国

陈传夫

李正华

李顺德

李正华

范晓波

寿步

刘春田

张玉臣

王兵

马忠法

丁建新

意。他们为此分别提出了议案和提案。这些舆论引起了中国最高人民法院的重视¹⁵。2002年10月15日起施行的最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十一条有如下规定：“计算机软件用户未经许可或者超过许可范围商业使用计算机软件的，依据著作权法第四十七条第（一）项、《计算机软件保护条例》第二十四条第（一）项的规定承担民事责任。”（以下将此条款称为“司法解释软件用户条款”）从该条款看，只有“商业使用”的最终用户才承担民事责任。

这样，司法解释在软件最终用户问题上就将中国的软件保护水平明确定位在“第二台阶”。这是顺应民意符合国情遵循法理的重要规定。至此，中国计算机软件著作权保护的相关规定总体而言趋于合理。

可见，以20世纪末的微软诉亚都案引发的论战和对知识产权的重新思考为契机，中国国内各界开始反思知识产权，开始注重以维护本国利益、寻求权利人利益与公众利益的平衡作为建构知识产权法律制度的基点。

三、中国计算机软件著作权保护未来的立法问题

1. 追究最终用户法律责任的依据不应是“复制说”而应是“拟制说”

虽然司法解释软件用户条款定位合理，但进一步的问题在于，对商业性用户追究民事责任的理论依据是应该采用“拟制说”还是应该采用“复制说”？

“复制说”认为，最终用户使用未经授权软件时，侵害了著作权人的复制权。司法解释软件用户条款中援引的著作权法第四十七条第（一）项、《计算机软件保护条例》第二十四条第（一）项的规定就是涉及复制权的¹⁶。换言之，司法解释软件用户条款采用了“复制说”。

笔者认为，追究商业性用户法律责任的理由应该是：著作权（包括其中的复制权）本来并不延伸到延及用户对侵权作品的使用。因此，用户使用侵权软件本来并不侵犯著作权（包括不侵犯复制权）。只是考虑到软件的特殊性、软件著作权人的利益和软件产业发展的重要作用，一些发达国家和地区的著作权法中（如日本¹⁷和中国台湾地区¹⁸等）采用“拟制”的立法体例，将“视为”侵权的界限延伸到部分用户，即以是否“在业务上使用”或“营业使用”等标准作为划分是否“视为”侵权的界限。这是笔者提出的“拟制说”。

2. “复制说”的现实问题

如果以“复制说”为依据来追究商业性用户的法律

责任，可能产生下列问题：

（1）理论上不妥当。第一，著作权本来就不追究也无法追究最终用户。最终用户功能性使用（包括复制）作品（不论是传统作品还是软件等）的情况很复杂，这种行为可能本身就不属于著作权意义上的“使用”范畴，或者可能属于著作权法规定的合理使用范围，或者有公民住宅不受侵犯的法律屏障，或者可能涉及永久复制，或者可能涉及临时复制，或者实际上无法追究。将著作权人的复制权无限扩张到最终用户领域，将彻底打破著作权人利益与社会公众利益现有的平衡。第二，如果让复制权的控制范围无限扩张，势必导致从永久复制扩张到临时复制。最终用户使用未经授权软件时涉及的所谓“复制”问题，既有永久复制的情况又有临时复制的情况，不易区分。

（2）实践中有问题。如果以“复制说”作为追究最终用户法律责任的依据，势必导致对商业性用户直接追究刑事责任。这是对中国社会影响涉及面很大的一个重要问题。追究商业性用户刑事责任时可能援引的法条如下：

（1）《中华人民共和国刑法》第二百一十七条规定：“以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（一）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；……”注意这一法条中的“以营利为目的”和“复制发行”。

（2）《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第三条规定：“刑法第二百一十七条第（一）项中规定的‘复制发行’，是指行为人以营利为目的，未经著作权人许可而实施的复制、发行或者既复制又发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为。”注意，根据这一司法解释，“复制发行”行为包括单纯的“复制”行为。

如果以“复制说”作为追究最终用户法律责任的依据，依照上述刑法和司法解释的规定进行推论，结论自然就是可以对商业性用户直接追究刑事责任。

值得注意的是，司法解释软件用户条款中援引的著作权法第四十七条的第一款中恰恰规定了“构成犯罪的，依法追究刑事责任”；《计算机软件保护条例》第二十四条的第一款中也是恰恰规定了“触犯刑律的，依照刑法关于侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪的规定，依法追究刑事责任”。

但是，没有理由认为，在1997年修改刑法和1998

年制定上述司法解释时，中国的全国人民代表大会和最高人民法院已经明确要对商业性用户追究刑事责任。因为在1999年微软诉亚都案之前，商业性用户的民事责任问题在中国还没有提起，就更谈不上追究商业性用户的刑事责任了。换言之，从1997年刑法的立法原意和1998年制定司法解释的原意来看，不能认为已经包括对商业性用户追究刑事责任。

在刑法和上述司法解释没有明文规定的情况下，如要考虑对商业性用户追究刑事责任，应当慎之又慎。这是涉及中国千千万万商业性用户是否构成刑事犯罪的重大政策法律问题。就中国国情而言，从过去不追究所有用户的法律责任，到现在追究商业性用户的民事责任，再到未来如一些发达国家和地区那样追究商业性用户的刑事责任，这些步骤只能随着中国经济科技社会文化的发展而逐步向前走，否则可能危害中国正常的社会经济秩序。

据了解，有的地方著作权行政管理部门在涉及商业性最终用户的执法检查中，已经遇到了按软件定价计算用户复制软件的数额很大的情况。一种观点认为，依照刑法就已经应该追究商业性最终用户作为非法复制者的刑事责任。但笔者认为，一方面，要讲清楚著作权（包括复制权）本来并不延伸到最终用户，追究商业性最终用户是以“拟制”的立法体例、规定“视为”侵害著作权；另一方面，对于侵犯著作权罪“以营利为目的”这一要件，未来应当明文规定仅限于“直接营利”的情况。制造、销售盗版软件者当然属于“直接营利”。商业性用户使用盗版软件，则既有“直接营利”的情况，也有“间接营利”的情况。在区分罪与非罪时，“直接营利”的标准非常重要。在未来依照刑法规定追究以营利为目的，未经许可而复制计算机软件的刑事责任时，应当坚持“直接营利”的标准。

在中国现阶段，即使以“直接营利”为标准追究侵犯著作权的刑事责任也不应当延伸到“直接营利”的商业性用户，因为商业性用户的非法复制与盗版软件制造者的非法复制的社会危害性毕竟不同；可以考虑在未来的适当阶段，将追究刑事责任的范围延伸到“直接营利”的商业性用户。而对商业性用户使用未经授权软件属于“间接营利”情况的，应当只追究民事责任。

3. 基于“拟制说”的司法解释软件用户条款修改建议

基于“拟制说”可将司法解释软件用户条款修改

为：“计算机软件用户未经许可或者超过许可范围商业使用计算机软件的，依据著作权法第四十六条第（十一）项、《计算机软件保护条例》第二十三条第（六）项的规定承担民事责任。”

这里援引的著作权法第四十六条第（十一）项和《计算机软件保护条例》第二十三条第（六）项，¹⁹规定了侵犯著作权或软件著作权的“其他行为”。这正好可以与“拟制说”对应。换言之，追究商业性用户的民事责任，不是复制权本来就能控制、而是因为“拟制”立法的结果。不仅如此，这里援引的著作权法第四十六条和《计算机软件保护条例》第二十三条在该条第一款中都仅规定了“承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任”，而未涉及刑事责任。

总之，如果以“拟制说”为追究商业性用户的依据，则既适合现阶段中国国情，也为中国的计算机软件著作权保护水平随着中国经济科技社会文化发展水平的提高而逐步提高铺平了道路；如果以“复制说”为追究商业性用户的依据，则在理论上和实践中都存在严重的问题。

四. 结论

中国计算机软件著作权保护近20年的立法进程说明：一方面，为推动经济发展和社会进步，中国政府高度重视知识产权保护工作；另一方面，中国的知识产权立法进程受到了外来的巨大压力。

最终用户使用未经授权软件的法律问题曾经是中国计算机软件著作权保护立法过程中的一个引起巨大争议的问题。尽管现在通过司法解释维持了某种平衡，但基于“复制说”的司法解释软件用户条款在刑事责任方面仍然存在着潜在问题；现阶段应基于“拟制说”而修改司法解释软件用户条款。

中国《计算机软件保护条例》第一版的历史作用应当肯定。中国未来应当取消在著作权法之外单独制定行政法规以规范计算机软件著作权保护的立法模式，而直接在著作权法中加入若干保护计算机程序的条款；同时将现行的司法解释软件用户条款在经过以“拟制说”为基础的修改后纳入著作权法的条款之中。

司法实践中软件著作权人追究商业性用户的民事责任乃至刑事责任未来将是中国社会的热点问题。

注释

1 中华人民共和国著作权法至今为止先后颁布有六个版本。第一版于1991年6月1日施行；第二版于2001年10月27日施行至今。本文引用中国著作权法条文时，如果第一版和第二版的条款序号没有变动，则不专门注明该法的版本序号；否则将注明所引用该法的版本序号。

- 2 中国政府的信息技术产业主管部门当时是机械电子工业部，后经过中国政府的多次机构改革，先后是电子工业部、信息产业部、工业和信息化部。
- 3 引自应明著《计算机软件的保护问题》，载《电子知识产权》1991年10月创刊号。
- 4 与中国著作权法第一版第五十三条对应的第二版条款是第五十八条。
- 5 见《软件的法律保护》（日本）中山信弘著，郭建新译，大连理工大学出版社，1988年9月第1版，第8—13页。
- 6 见《中华人民共和国政府与美利坚合众国政府关于保护知识产权的谅解备忘录》（1992年1月17日）第三条第六款。中国国家知识产权局网站 http://www.sipo.gov.cn/sipo/ffg/zscq/ty/200703/t20070329_148061.htm
- 7 最终用户，也称终端用户，即 End-User。
- 8 见《中华人民共和国政府与美利坚合众国政府关于保护知识产权的谅解备忘录》（1992年1月17日）第三条第七款。中国国家知识产权局网站 http://www.sipo.gov.cn/sipo/ffg/zscq/ty/200703/t20070329_148061.htm
- 9 详见寿步在1999年8月至12月撰写的四篇评论，载寿步、方兴东、王俊秀编：《我呼吁》，吉林人民出版社，2002年1月版，第77—130页：
- ①《软件侵权如何界定——从微软诉亚都案谈起》，1999年8月9日《计算机世界》报；1999年8月12日刊于新浪网：<http://tech.sina.com.cn/news/computer/1999-8-12/4035.shtml>，<http://tech.sina.com.cn/news/computer/1999-8-12/4036.shtml>。
- ②《正常水平还是超世界水平——再论软件侵权如何界定》，1999年9月13日刊于新浪网：<http://tech.sina.com.cn/news/review/1999-9-13/6494.shtml>。
- ③《经济实力与知识产权保护水平——三论软件侵权如何界定》，1999年10月16日刊于新浪网：<http://tech.sina.com.cn/news/review/1999-10-26/9565.shtml>。
- ④《专家评论微软起诉亚都被驳回一事》，1999年12月19日刊于新浪网：<http://tech.sina.com.cn/news/it/1999-12-19/13708.shtml>。
- 10《国家版权局许可使用盗版软件问题》，1999年7月8日刊于新浪网：<http://tech.sina.com.cn/news/computer/1999-7-8/1788.shtml>。
- 11 引自2000年8月5日时任中华人民共和国主席江泽民在北戴河会见诺贝尔奖获得者的讲话；2000年11月16日江泽民在文莱首都斯里巴加湾举行的亚太经合组织领导人非正式会议上的讲话。
- 12 详见新浪网专栏《软件知识产权大争论》：<http://tech.sina.com.cn/hotnews/2001-12-23/129.html>；搜狐网专栏《软件保护立法大争论》：<http://it.sohu.com/46/31/itcb15783146.shtml>；ChinaByte 网站专栏《软件知识产权保护专题》：<http://www.chinabyte.com/20011224/1428635.shtml>。
- 13 详见15人的《合理保护软件知识产权呼吁书》，方兴东、王俊秀、寿步的《论中国软件知识产权保护的十大关系》，载寿步、方兴东、王俊秀编：《我呼吁》，吉林人民出版社，2002年1月版。
- 14 详见寿步2002年1月至2月撰写的四篇评论：
- ①《新软件保护条例给中国人带来了什么》，2002年1月14日刊于ChinaByte网站：<http://www.chinabyte.com/20020114/1430141.shtml>。
- ②《从台湾地区著作权法看软件最终用户问题》，2002年1月24日刊于ChinaByte网站：<http://www.chinabyte.com/20020124/1430932.shtml>。
- ③《从日本著作权法看软件最终用户问题》，2002年2月6日刊于ChinaByte网站：<http://www.chinabyte.com/20020206/1431815.shtml>。
- ④《从中国“入世”看软件最终用户问题》，2002年2月15日刊于ChinaByte网站：<http://www.chinabyte.com/20020215/1432049.shtml>。
- 15 详见时任最高人民法院知识产权庭庭长蒋志培撰写的两篇评论：
- ①《解读〈计算机软件保护条例〉规定的法律责任》，2002年2月25日刊于“中国知识产权司法保护”网站：<http://www.chinaiprlaw.com/fgt/fgt101.htm>。并刊于蒋志培等著《知识产权法律适用与司法解释》，第303—323页，中国法制出版社，2002年4月版；最高人民法院民事审判第三庭编《知识产权审判指导与参考》第5卷，第75—96页，法律出版社，2002年11月版。
- ②《析〈计算机软件保护条例〉规定的法律责任》，2002年4月29日刊于“中国知识产权司法保护”网站：<http://www.chinaiprlaw.com/fgt/fgt101.htm>。
- 16 司法解释软件用户条款所援引的法条：
- (1) 著作权法第四十七条：“有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任；同时损害公共利益的，可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品，并可处以罚款；情节严重的，著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等；构成犯罪的，依法追究刑事责任：
- （一）未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的，本法另有规定的除外；……”
- (2) 计算机软件保护条例第二十四条：“除《中华人民共和国著作权法》、本条例或者其他法律、行政法规另有规定外，未经软件著作权人许可，有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任；同时损害社会公共利益的，由著作权行政管理部门责令停止侵权行为，没收违法所得，没收、销毁侵权复制品，可以并处罚款；情节严重的，著作权行政管理部门并可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等；触犯刑律的，依照刑法关于侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪的规定，依法追究刑事责任：
- （一）复制或者部分复制著作权人的软件的；……”
- 17 见现行的日本著作权法第113条第二款。http://www.cric.or.jp/cric_e/clj7.html
- 18 见现行的中国台湾地区著作权法第87条第五款。<http://www.cycu.edu.tw/~H2500/10-970717.doc>
- 19 这里援引的相关法条如下：
- (1) 著作权法第四十六条：“有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任：……
- （十一）其他侵犯著作权以及与著作权有关的权益的行为。”
- (2) 计算机软件保护条例第二十三条：“除《中华人民共和国著作权法》或者本条例另有规定外，有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任：……
- （六）其他侵犯著作权的行为。”

吴
汉
东

徐
瑾

马
治
国

陈
传
夫

李
正
华

李
顺
德

李
正
华

范
晓
波

寿
步

刘
春
田

张
玉
臣

王
兵

马
忠
法

丁
建
新

著作权保护——中国建设创新型国家的重要支柱



作者简介

刘春田 中国人民大学法学院教授 中国人民大学知识产权教学与研究中心主任

1949年3月出生

主要研究成果：著有《知识产权法》等及在《中国社会科学》、《中国法学》等发表论文40余篇；兼任中国版权协会副会长、中国知识产权研究会副会长、中华商标协会副会长、国际保护知识产权协会中国分会理事等；

中国是造纸和活字印刷技术的故乡。中国曾经长期是世界上生产力和经济规模最大的国家。但是，自明代以后，由于制度上的原因，中国落后了，作为资本主义重要标记的著作权制度没能在中国发生。知识产权制度是从西方传入中国的。中国从清末建立著作权法律权制度，其间，参考了日本的经验，尤其该法律的称谓，就是学自日本。1910年颁布实施著作权法，此前，先后于1898年、1904年颁布实施了专利法、商标法。此后，由于中国社会的长期动乱，加以外国入侵，阻碍了中国现代化的进程，经济与社会发展缓慢，知识产权制度的积极作用，未得彰显。新中国60年的革命与建设，财产关系经过革命与改造，曾长期实行单一的公有制经济制度，实行计划经济，排斥商品生产和市场经济，并一度忽视法制，遑论保护以私权为基础的著作权。因此，在探索国家如何发展的进程中曾走过弯路，出现过徘徊，遇到过重大的挫折，中国人民也为此付出了重大的代价。1978年，在邓小平的领导下，中国果断的放弃错误，实行对内改革，对外开放的务实政策。改革开放伊始，即全面恢复法制建设，并立即着手重建知识产权法律制度，其中，经过11年的艰苦努力，1990年颁布了著作权法，2001年做了第一次修订。近二十年的实践说明，著作权法作为制度文明的重要内容，是社会主义物质文明和精神文明的法律保障，是建设创新型国家的重要支柱。新中国重建著作权法治的过程，既是制度创新的历史，也是生产力进步的历史，还是思想解放的历史。历史是一面镜子，中国60年正反两方面的历史经验，特别是后30年的探索与发展历程，化腐朽为神奇的骄人成就，以及隐然成型的“中国模式”，既可以供中国人反思与励志，也可引为世界各国，尤其发展中国家借镜。

一、中国为什么要建设创新型国家

建设创新型国家是知识经济时代对发达国家的普遍要求，对中国来说，则是通向现代国家的唯一选择。创新，是人类的天性，而创新，是对知识的创新。没有知识就没有劳动，没有劳动也就没有生产力。

知识，既包括对自然规律之认识的科学发现，也包括对自然实施改造的技术发明，同时还包括对自身情感的艺术表达，和对外部世界因时空变幻而引起的环境变化的描述。在对科学技术作用的认识史中，英国哲学家培根第一个提出了“知识就是力量”的伟大命题；后世经典学者揭示了科学技术与生产力的内在联系，作出了“科学技术是生产力”的科学判断；在中国，邓小平则基于对现代科学技术的理解，以及科学技术与人类发展关系的考察和总结，提出了“科学技术是第一生产力”的思想。实践告诉我们，离开了科学技术，就没有生产力可言。生产力发生、发展的历史，就是科学技术发生和发展所决定的历史。作为生产力的“点金术”，科学技术自始至终是生产力的核心的、决定的因素。现代科学技术的进步，既改变了资本主义前期阶段人类关于资源、劳动与财富的传统关系，也改变了列宁时代资本主义是“世界的工厂”，落后国家是世界的市场的格局。当下的情况是：在普通技术领域，发达国家是创造者、是“老板”，发展中国家是制造者、是“打工者”。在高新技术领域，发达国家为保持其垄断地位，仍然既创造，又制造。这是当今世界经济分工的基本格局，主宰这种分工格局的是发达国家。决定因素，就是科学技术，是知识。中国是社会主义国家，是目前最大的，不甘落后的发展中国家。制度的差别，历史的悠久，文化传统与价值观念的差异，大国复兴的情怀，利益的攸关与矛盾，使中国一方面必须融入这个基本上由发达国家确立的世界秩序，找到其中的最大公约数，利用现有秩序，实现与国际社会的互利双赢；另一方面，也应清醒的看到，国际合作是有条件的，因中国崛起造成的国际经济格局和秩序的变化，国家间根本利益的冲突，以及由制度差异造成的发展模式的不同，中国现代化建设的希望，注定不可能寄托在任何外人身上。独立自主，变法图强，建设创新型国家，是中国实现强国之梦的唯一选择，舍此，中国绝无可能实现现代化。因此，内在的动力和外在的压力两个方面的因素，要求中国建设创新型国家：

内在动力：改革开放以来，中国经济持续快速增

吴汉东

徐瑾

马治国

陈传夫

李正华

李顺德

李正华

范晓波

寿步

刘春田

张玉臣

王兵

马忠法

丁建新

长, 科学技术和文化创新取得相当的进步, 创新能力不断提升, 知识在经济社会发展中的作用越来越突出。但是, 经济增长方式粗放, 资源环境代价过大, 自主创新能力不强, 在高新技术领域缺乏核心技术。创新成果对经济、文化、社会全面科学发展的作用发挥不充分。对比创新型国家所需达到的量化标准, 还有很长的一段路要走。统计数字说明, 当前中国科技进步贡献率约为39%左右, 离创新型国家所要达到的标准70%有很大差距。国家的研发投入占GDP的比重为1.4%, 获得的美、日、西欧三方专利数占其总量的比例不足1%。中国对外技术依存度达50%以上, 重大装备和基础软件仍然靠进口, 欠缺有竞争力的核心技术, 如光纤制造装备的100%、集成电缆制造装备的85%、石油化工制造装备的80%、数字机床的70%和医疗设备的95%都依赖于进口。企业的创新能力不强, 据不完全统计, 目前中国拥有知识产权的企业占万分之三, 1、1%的企业获得授权专利, 其中仅0.17%的企业获得发明专利权, 这0.17%的发明专利, 也主要集中在中药、软饮料、食品、汉字输入法等领域, 国外的专利申请主要集中在移动通讯、半导体等高科技领域。过去30年中国经济的高速增长方式是粗放型的, 以大量的资源消耗为代价, 是不可持续发展的。随着经济增长与资源能源短缺二者之间矛盾的日益突出, 建立在资源过度消耗和对生态环境破坏基础上的经济发展模式必将难以为继, 过去那种资源耗费型、环境污染型、技术依赖型和劳动密集型的GDP增长方式, 因其不可持续发展, 也必将抛弃。目前中国虽然被称为“世界加工厂”, 但由于核心技术的缺乏, 中国企业赚到的, 是靠消耗大量的劳动力资源, 靠“一滴汗水摔八瓣, 挣来的血汗钱”。在文化领域, 由于长期思想受束缚, 过分强调意识形态, 忽视, 甚至否定文化的经济性、产业性, 没有把文化产业当作国民经济的重要支柱, 遂影响到著作权保护的完善, 致使中国文化产业的发展远远落后于欧美、日本、韩国。这种情况说明, 中国离创新型国家的标准还有相当大的距离, 还需付出相当程度的努力。解决这些突出问题, 迫切要求中国充分开发和利用知识资源, 走创新型国家发展道路。

外部压力: 加入世界贸易组织之后, 中国在世界市场上的影响力越来越大, 随之而来的问题便是贸易摩擦, 特别是知识产权的保护成为了各方关注的焦点。在国际舞台上, 知识产权从来都不是一个理论和道德问题, 而是以实力为基础的国家间力量的角逐。当其他国家不能抵抗低投入、低产出、低成本、低价格的中国的“温州制造”时, 他们便会以保护知识产权之名, 行贸易保护之实, 施加重重压力迫使中国转向高投入、高产出、高成本、高价格的

“温州创造”, 以此来减少中国产品对其国内市场的冲击。如果中国的企业仅仅满足于制造、销售打火机、纺织品、轮胎, 在国际市场上最终是没有出路的。发达国家不仅将与中国有关的知识产权问题诉诸WTO争端解决机制, 还频繁利用诸如美国“337调查”的相关法律条款对中国企业提起调查和诉讼, 阻止中国产品进入美国市场, 目前, 中国已成为遭受美国“337调查”最大的受害国。应当看到, 只要发达国家在知识创新上“技高一筹”, 知识产权相关产业必然成为其国民经济支柱, 那么, 强化对知识产权的保护就必然要成为其国际交往准则的一部分, 任何国家, 只要你“技不如人”, 就要受制于发达国家的知识产权, 永远处于下游, 处于被动地位。这是一个不可更改的现实, 处在这样的国际大环境中, 建设创新型国家就成为中国唯一的选择。其中, 建立健全、完善的包括著作权法在内的知识产权制度, 是建设创新型国家的法律保障。

二、文化创新是创新型国家的基本内涵之一

文化创新是创新型国家的重要内涵。创新是一个国家和民族发展的不竭动力, 在社会进步中居于源泉与核心的地位。当前, 世界上一些国家纷纷把科技创新作为其基本战略, 大幅度提高科技创新能力, 藉此形成日益强大的竞争优势, 这一类国家通常被称为创新型国家, 以此区别于那些传统的、以中东产油国家为代表的主要出卖自身丰富的自然资源来增加国家财富的资源型国家和以拉美国家为代表的主要通过依附于发达国家的资本、市场和技术来实现自身工业化与现代化的依附型国家。创新型国家的判断标准是一个量化的结果, 体现为一系列的数据。目前世界上公认的创新型国家有20个左右, 包括美国、英国、日本、法国、德国、芬兰、韩国、新加坡等。

客观的说, 这种通行的说法是不全面的, 上述判断标准只能适用于科技创新, 并不能适用于完整意义上的创新型国家。创新不仅仅只有自然科学技术的创新, 还应当包括人文文化的创新。社会的进步是物质文明和精神文明二者的统一、协调发展, 二者不可偏废。当今发达国家的产品输出, 不仅仅是科技产品, 也是文学艺术产品的输出, 甚至是典章制度与价值观, 以及发展模式的输出, 而且文化产品贸易的增长速度, 远大于前者, 美国、日本、韩国就是突出的例证, 他们的电影、电视、动漫、游戏软件, 加上食品、服饰、生活方式等, 以及由此构成的价值观, 作为文化产业, 不仅获得了巨大的经济价值, 而且产生了不可估量的社会效益, 造成了文化的扩张。忽视这个基本的现实去定义创新型国家, 是不全面的。

吴
汉
东

徐
瑾

马
治国

陈
传
夫

李
正
华

李
顺
德

李
正
华

范
晓
波

寿
步

刘
春
田

张
玉
臣

王
兵

马
忠
法

丁
建
新

文化生产力是生产力的重要组成部分，文化生产也是物质生产。文化产品的创新，是创新型国家的重要内容。在中国，按照习惯认识，所谓创新，通常限于科学技术领域创新。认定创新型国家，也是指科学技术先进的国家。实际上这不仅是片面的，也是不符合科学的。把生产区分为物质产品和文化产品，划分标准是产品的功能，不是产品的性质。物质产品的功能是满足人们生产生活的衣、食、住、行等物质要求。文化产品的功能是满足人们赏心悦目等心理、精神上的需求。但是就生产的性质而言，无论物质生产，还是文化生产，都离不开物质材料，都离不开人类与物质世界的变换活动，都同样凝结价值，因而属于物质生产过程，都在GDP中占有相当的比重。只不过各自的使用价值不同，一个在物质领域，一个在精神领域罢了。在中国，在文化领域，多年以来，囿于体制的限制和观念上的禁锢，或片面强调政治，或动辄阶级斗争，或归于意识形态，对“文化产业”、“娱乐业”讳莫如深，那种与生产力和经济基础不相适应的上层建筑，既阻碍了文化的繁荣与创造，也影响了由文化产业所带动的一系列相关物质产业的发展。典型的创新型国家，不仅在科学技术领域不断创新，而且在文化产业领域锐意创新、加大投资，形成文化产业领域的国际竞争优势。美国的电影产业，日本的动漫产业，韩国的电视剧产业在各自经济与国际贸易中的比重越来越大，而且坐收经济效益与社会效益双重好处。中国人发现：一部好莱坞电影，只要雅俗共赏，给人带来欢乐，通常可以变换各种名目，不断的演绎，可以给投资人带来数亿，甚至数十亿美元的收获；一个“迪斯尼”，长盛不衰，给美国带来近一个世纪的源源不断的巨大利益；一部哈利·波特，不仅给全世界的少年儿童带来不尽的欢乐，在给作者带来巨大的财富的同时，还给各国出版商、发行商带来滚滚财源；此外，还可以进行演绎创造，做成电影、电视剧、各种戏剧，通过发放特许，设计各种体裁的玩具、服装、明信片、注册商业标记，还可以建立主题公园……等等等等，这是一个巨大的产业链，在创造巨额社会财富的同时，还吸纳了数不清的就业人口，给社会提供了安全与和谐。进入新世纪，中国逐渐认识到，文化创新与科技创新是创新型国家的车之两轮，鸟之两翼，任何国家，离开文化创新，不可能单靠自然科学技术建成创新型国家。文化是一个产业，中国有悠久的历史与丰厚的文化积淀，还有世界上第一大，也是聪明智慧的人力资源，只要有良好的政策，健全的法律环境，文化产业有条件成为国民经济的新的增长点。

三、中国著作权制度的建设进程，也是思想解放和制度创新的历史

众所周知，国家竞争力是衡量一个国家综合实力和发展前景的重要指标。它既取决于科学技术的先进程度和文化创新的整体水平，也依赖与之相适应的社会制度的不断调整，此外，还要仰仗意识形态，包括思想解放和观念更新。这几方面都至关重要，必须相互协调、相互补充、科学发展。对此，诺贝尔经济学奖得主西蒙·库兹涅茨曾科学的分析这三者间关系，他认为，知识和技术的革新是任何时代经济增长的先决条件，但它本身并不是充分条件，它仅仅是一个潜在的、必要的条件。换句话说，如果要是技术得到高效和广泛的运用，必须对制度作出调整和对意识形态做出改变，才能实现正确利用人类知识达到部分生产要素的革新。另一位诺贝尔奖得主道格拉斯·诺思，则把制度的作用提到更高的高度，他认为，一种包括鼓励创新和能够提供适当个人刺激的有效的产权制度，是促进经济增长的决定性因素。他甚至认为，产业革命不是世界经济增长的原因，经济增长的关键原因在于制度因素，特别是确立财产所有权的制度。如果没有制度因素的保证和对个人经常的刺激，私人的产业及其收入就没有保障，近代工业就不可能发展起来。中国改革开放的30年，印证了这些有识之士的真知灼见，中国就是在上述三者的不断的冲突与协调中艰难前行、获得发展的。近30年，既是生产力解放和获得重大发展的历史，也是思想不断的解放、制度不断革新的历史。离开了思想解放和制度革新，不可能有现代的中国。从著作权制度的视角，联系新中国第一个30年，对第二个30年的得失与经验，在思想与制度层面进行宏观的梳理，对中国未来30年在建设创新型国家的道路上更科学、更顺利的发展，有积极意义。

建立著作权法律制度，是中国改革进步的需要，也是融入国际社会的重要步骤。1978年中国放弃了长期推行的“以阶级斗争为纲”的基本纲领，誓言全心全意的进行国家经济建设。1979年中国政府在与美国政府签订的双边协定中，数度约定，相互保护著作权，随即着手著作权制度的立法工作。在长达11年的漫长起草中，先后遇到方方面面的挑战。

首先，经济制度的障碍与改革。著作权属于私权，著作权法是财产法，这一本质属性决定，著作权制度要想成为生活现实，有一整套适于它生存的经济制度是必要的前提。在传统市场国家，这不是问题。但是在中国，由于长期实行生产资料公有制，在理论上否认存在商品生产，在制度上杜绝私有经济，在思想上批判任何私权观念，客观上没有私权的生存空间。在这样的基础上要建立著作权制度，几乎

是不可能的。在中国政府的引导下，首先提出“发展是硬道理”的思想，用“不管白猫、黑猫，抓住老鼠就是好猫”的通俗道理，推行了名为“利用外资”，实为引进具有资本主义因素的经济形式，和发展名为“公有经济的必要补充”，实为推行私有经济的改革。这一政策的实施，突破了单一公有制经济，经济的多元化为改革提供了新的经济基础。

其次，计划经济体制的改革与放弃。数十年的实践证明，计划体制无法承载这个庞大社会五花八门、气象万千的经济生活。中国农民关于财产所有权与经营权分离的发明，提供了开启公有经济的改革的钥匙，使政府摆脱了在中央与地方权力的收与放上打转的怪圈。应对不同情况与时俱进，中国相继提出“计划经济与商品经济相结合”、“有计划的商品经济”之后，终于在1992年彻底放弃计划经济，将中国经济定位为“社会主义市场经济”，并将这一思想载入宪法，这为建立一套与之相适应的法律体系提供了经济与政治保障。

再次，在著作权立法中与利益集团的权益之争。著作权制度的建立，改变了文学艺术作品生产、流通的利益分配关系。首先，在法律上颠倒了作者与出版商之间原有的位置关系，作者作为权利主体，处于和出版商平等的地位，根据法律，作者有了较多的选择空间，这无疑是对出版商地位的挑战。平心而论，在著作权法中，出版商是一个局外人。但是，中国的著作权法产生于计划经济时代，出版商群体及其代言者居于绝对的强势地位。国务院承担保护作者职能的国家版权局，也只是由出版管理部门行政首长兼管的附属机构。因此，在出版商的驱动下，罔顾法理，在惜墨如金的著作权法中辟出一节，用了令人瞠目的七条条文，专门规定了图书、期刊出版者的权益。其中，最引人注目的是，法律规定，无论作者授与出版商的权利是否专有，著作权法都一律视为专有。由于该规定明显违背自由平等原则，一直受到各方诟病，2001年作了修改，但是，在作者权利的法律中仍保留了有关出版者权利的诸多条款，两相混杂，是中国著作权法十分抢眼的一大特色。

还有，与“特权”之争。著作权是一项基本财产权。在法治社会，任何人、任何机构、任何社会团体都没有超越法律的特权。但是，在计划经济时代，客观上存在个别部门和机构的特权。，这种特权，也反映在1990年著作权法立法中，其中最突出的莫过于第43条，该条规定：“广播电台、电视台非营业性播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人、表演者、录音制作者许可，不向其支付报酬。”这一规定，显然违反了著作权制度的基本准则，违反了国际公约。广播电视部门的理由是，广播电视是

“党和政府的喉舌”，“国家的公益事业”，“不以营利为目的”和开支巨大，“没有能力再承担更多的支出费用”，因而拒绝承担法律义务。不可否认，由于政策上长期不承认文化产业的存在，广播电视部门确有其特殊的问题，但它的主张又饱含特权与任性。第43条表面看起来是个别部门和机构的胜利，实则是立法对特权的屈从；但是，今天再客观、理性的认识这一问题，深感立法者“大行不顾细谨，大礼不辞小让”的智慧与变通，他们不因小失大，适时的奉献了一部大体符合国情的全新法律，有力的推动了变革中国社会关系的进程。法律的实施，导致第43条与法律精神的反差，激发了社会各界的批判、讨伐，最终促成了该规定的修改。

四、完善法治，充分、有效地保护著作权，是建设创新型国家的重要保证

2006年初，中国政府做出了建设创新型国家的重大战略决策。国家主席胡锦涛指出，“建设创新型国家，核心是把增强自主创新能力作为发展科学技术的战略基点，走中国特色自主创新道路，把增强自主创新能力作为国家战略，贯穿到现代化建设各个方面”。2008年6月5日，中国国务院颁布了《国家知识产权战略纲要》，决定实施国家知识产权战略。在该纲要中，国家知识产权的张略目标被确定为“提升我国知识产权创造、运用、保护和管理能力，建设创新型国家，实现全面建设小康社会目标”。建设创新型国家的目标主要着眼与科技与文化创新，国家知识产权战略则立足于制度创新。这两个战略目标一致，各有分工，相互规定、相互补充、相互完善，成为中国未来发展的重要保障。其中，完善著作权法律，充分、有效的保护著作权，大力发展与著作权相关产业，是国家知识产权战略的重要内容。著作权法制的初步建立，移风易俗，极大地改变了中国社会的旧思想和传统意识，推动中国社会的现代化进程，这是主流。同时，也须有清醒的认识，在知识产权方面，还有许多问题与矛盾，以及不断出现的、亟待认识的新事物。本文认为中国应重点做好如下几方面的工作：

（一）深入认识著作权制度的本质和功能，把实施著作权制度提升到基本国策的地位。认清著作权制度所保护的核心利益是与著作权有关的文化产业，是国计民生。著作权人的权益，只是文化产业巨大链条上不可缺少的一环。文化产业是著作权制度的温床，是传播技术与产业的发展孕育和催生了著作权法律的产生，同样，也是文化产业的发展促进了著作权制度的发展。保护著作权，就是保护文化以及相关产业的生存与发展，就是保护生产力。中国政府必须从建设创新型国家的高度，从促进经

吴
汉
东

徐
瑾

马
治
国

陈
传
夫

李
正
华

李
顺
德

李
正
华

范
晓
波

寿
步

刘
春
田

张
玉
臣

王
兵

马
忠
法

丁
建
新

济发展的宏观角度，重视著作权制度。

（二）全面提升著作权作为私权、作为财产权的法律意识，让全体公众，乃至政府官员和法官，把著作权与其他财产权利放在同等地位加以尊重与保护。纠正长期以来把专利制度看做科技立法，把著作权制度当成文化立法的片面认识。充分认识到一个时期以来那种“知识产权私权的公权化趋势”和“知识产权实为公权力的特许”的观点，不但无助于公权力的加强，而且在实践中是有害的。

（三）完善著作权立法，真诚的切实保障法律赋予著作权人的所有权益。实践中，著作权人不少权利还束之高阁，停留在纸上。比如，广播电视组织使用音乐作品的付费问题，如前所述，2001年修改为有偿使用，但同时规定，付费“具体办法由国务院规定。”中国古人有云：“徒法不能自行”。这意味着，只要该办法不出台，广播电视组织就可以依惯例继续无偿使用他人的作品。事实也如此，时过8年，付费办法至今未出，任由广播电视组织无偿使用作品的状况没有任何改变。个别机构甚至恃宠而骄，竟然对掠人财产之事理直气壮、毫无歉意。有此先例，争相效尤，社会上大量的商业性使用著作权而拒不付费的情况，也就烈然成风。经验告诉我们，中国30年的大善、大成就，都是千千万万的小善、小成就积累起来的。行善，不是作恶的本钱。不可以因行过大善事，就可以做小恶。成绩不能掩盖问题，这种情况如不改变，很难建立国民会对法治的信赖。

（四）司法机关应当端正理念，秉持私法的精神，把“充分、有效地保护著作权”落实到位。经过20多年的实践，中国已经建立起2000多人的正规化的知识产权法官队伍。知识产权法官普遍具备较高的专业素养，审理的水平不断提高，不少判决书的知识、技术含量高，事实分析透彻，理论论证深入，法律适用准确。遗憾的是，对侵犯著作权行为的财产赔偿过于保守，当事人普遍反映他们是“胜了诉讼，赔了财产”。这是不正常的，诉讼是围绕财产进行的，诉讼本身也是其经济活动的一个环节。如果诉讼的结果一方面不足以补偿被害人的损失，另一方面不能形成对侵权行为的惩处，造成权利人胜诉而损失财产，侵权人败诉而获得收益，这也是不公正的。若长此以往，也会使国人失去对司法的信赖。

（五）积极应对新技术、新事物对著作权制度的挑战

技术就是人的生活方式，在全部社会关系的结构中，技术是第一性的、决定的因素。技术革命和文化创新改变了世界，催生了知识产权制度。当前，网络技术的应用，极大的改变了人类的生活方式，改变了知识、技术、文化的生产、流通与消费方式，

这也改变了由此而带来的财产流通与分配的方式。面对新情况、新问题，也对著作权制度提出了挑战。这种挑战所带来的问题之新颖，矛盾之尖锐，影响之广泛，情势之急迫，前所未有。中国也不是局外人，必须与国际社会同步，直面挑战，共同研究对策，提出解决问题的办法。

中国近30年获得了巨大的进步，其中，著作权制度，功不可没。中国矢志建设创新型国家，依然离不开包括著作权法在内的完善的知识产权制度。中国虽建立了知识产权制度的框架，但是，著作权法制的水平，和创新型国家的要求，还相去很远。中国还是一个发展中国家，无论是科学技术，还是经济、社会、法治发展水平，都有欠完善与成熟，与发达国家有很大的差距。众所周知，社会进步是一个诸方面协调发展的过程。著作权法制的发展，不可能脱离中国整体的技术、经济、社会、法治状况，一枝独秀，与发达国家同步。中国面临的任务远比发达国家更为艰巨。在成就辉煌的同时，中国的问题成堆、困难成山，一方面不得不通过艰难的改革，参酌西方的历史与经验，从头学习，认真设计，埋头苦干，建立符合中国情况的市场经济制度。另一方面，又须抬头看路，面向国际社会共同问题的挑战，力求赶上由新技术带来的发展机遇。历史告诉中国人，国家的发展，没有现成的模式可以复制。即便是社会制度相同的国家，各自的发展道路、发展模式，也只是似曾相识。中国60年的发展道路，无论发达国家，还是发展中国家，都未曾经历，鉴史知今，注定了中国的未来之路必然也与众不同。站在未来30年的起点，有一点可以断言：如果没有思想的进一步解放，没有进一步的制度革新，中国不可能出现新的辉煌。总结这一历史经验，重述这一思想，重申这一国策，对中国的未来之路，既有重要的现实意义，也有长远的历史价值。

中国的技术转移及机理研究



作者简介

张 玉臣 同济大学 中国科技管理研究院副所长/副教授

1962年07月出生。2001年—2008年，北京航空航天大学经济管理学院，管理科学与工程学科，博士学位；主持国家及上海市相关研究课题20多项，发表论文30多篇，出版《技术转移机理研究》、《创业投资管理》等专著4部。曾获世界管理大会优秀学术论文奖、上海科技论坛青年学者优秀建议奖、上海市科技进步奖、上海市人民政府决策咨询研究奖等。

【摘要】 本文将中国技术转移放在创新体系背景下，分析了其中存在的科技成果转化率低及引进技术知识转移率低两个突出问题，揭示了两个问题的具体表现；从创新体系的技术知识认知与拓展、组织制度与网络联接及经济主体与能力支持三个基本维度出发，剖析了上述问题的深层次原因及内在机理，提出了从加强现有企业技术创新能力和充分发挥市场机制入手，提高中国技术转移有效性的建议。

创新是新技术在商业上的首次应用，是追求市场价值的商业活动。正是从这个意义出发，弗里曼^[1]强调“技术的应用比技术创造更重要”。哈佛大学经济史学家戴维·兰德斯^[2]通过比较研究也发现：发明和采用新技术的能力是导致各国贫富差异的最主要原因。显然，尽可能多地使用新技术是享受创新成果、振兴国家经济的重要途径。然而，将技术成果转移到产业领域进行应用是一个复杂的系统工程，有其内在的特殊规律和机理。本文结合中国的技术转移实践，对其深层次机理进行研究。

1. 中国的技术转移

技术转移一直得到中国政府的高度重视。新中国成立之初，依靠从原苏联引进技术建设的156项重点工程，不仅成为中国国民经济的重要支柱，也成为国际技术转移的成功案例。1963年，时任中国总理周恩来明确提出“科学技术现代化”是国家现代化之关键，主张将世界最先进技术成就应用到中国的各个领域。1978年，刚刚复出的邓小平便推动召开全国科学大会，并提出“科学技术是第一生产力”，强调以科学技术的广泛应用推动中国经济和社会快速发展。因而，中国的技术转移包涵两个明确的范畴：一是将自身创造的内源性技术成果尽可能多地应用到社会生产领域，即提高科技转化率；二是广泛引进国外先进技术，并通过对外源性技术的消化吸收，提升国民经济素质及自己的技术能力。我们从上述两个方面对中国的技术转移进行分析。

1.1 中国的科技成果转化

1978年确立以经济建设为中心以后，中国政府系统地推动科技成果转化起步于20世纪80年代中期。1985年3月，《中共中央关于科学技术体制改革的决定》颁布，明确提出了“经济建设必须依靠科学技术、科学技术工作必须面向经济建设”的战略方针，并制定了支持高新技术成果转化的具体政策措施。在其后20多年中，中央政府出台了一系列政策规定，如《国务院关于进一步推进科技体制改革的若干规定》、《国务院关于深化科技体制改革若干问题的决定》等，全国人大常委会颁布了《中华人民共和国促进科技成果转化法》、《中华人民共和国合同法》等。直到2005年颁布的《国家中长期科学和技术发展规划（2006-2020）》中，仍然把促进科技成果转化作为实现自主创新的重要手段。

配合上述政策及法律的实施，中国各级政府及有关部门按照一项科技成果成为现实商品、进而发展成高新技术产业要经过的几个阶段，制定了一系列政策措施、启动了一系列科技计划，形成了推动科技成果转化的工作体系；如针对技术研究与发展(R&D)环节，设置了近百个科学研究基金，支持建立了200多个国家重点实验室、300多个国家级企业技术中心；针对R&D成果的工程化（中试）环节，推动建设了100多个国家工程研究中心和150多个工程技术中心，实施了国家重点工业性试验计划；针对工程化的R&D成果商品化，设置了新产品基金、启动了火炬计划、863计划等；针对商品化的R&D技术产业化，建立了科技创新基金、孵化基金、科技成果转化基金等，实施了星火计划、科技创业投资计划等，建设了50多个高新技术产业开发区、上千个创业园区（孵化器、创业中心）、几百个高校科技园区等。中国很多地方政府建立了“高新技术成果转化服务中心”等综合性机构，支持大学和研究机构建设了“技术转移中心”，制定了鼓励科研机构 and 科研人员创办科技企业的政策。

1.2 中国的技术引进与消化吸收

改革开放伊始，中国就开始了以引进生产线和生

产装备为主的技术引进，著名的宝山钢铁公司、烟台万华聚氨酯股份有限公司等都是通过引进日本公司生产线建设和发展起来的。20世纪70年代末到90年代初，由于急于形成生产能力，加之技术输出方不愿提供技术支持等原因，引进设备和生产线成为当时中国技术引进的主要形式。为了推进技术引进，中国政府向外商提供了较之本土企业更为优惠的各种政策，如减免税收、低价提供土地等。同时，原国家经济委员会、财政部、海关总署于1986年就制定了《关于推进引进技术消化吸收的若干规定》，鼓励企业对引进技术进行消化、吸收，力争实现技术向本土企业转移，各省市都制定了支持技术引进及消化吸收的相关政策。

到了20世纪90年代中期，鉴于中国技术引进实践中存在大量低水平重复引进，特别是重装备等硬件、轻技术知识等软件等现象，中国政府通过管制措施和支持建设高新技术企业等方式，加大了对高新技术的引进力度，限制低水平重复引进项目。正是在引进技术的支持下，家用电器、汽车等产业迅速发展，形成了“中国制造”现象。进入21世纪，适应经济全球化及加入WTO等新形势，中国不仅技术引进的步伐加快，技术引进的质量也显著提高。2005年，中国共签订技术引进合同9902份，合同总金额190.5亿美元，同比增长37.5%；其中，技术费118.3亿美元，占合同总金额的62.1%。北京、上海等中心城市还引进了众多跨国公司的区域总部和研发中心，在软件、集成电路设计、生物技术等领域，吸引了不少海外人才。

2. 中国技术转移的主要问题

经过30年的快速发展，中国经济取得了举世瞩目的成就，科技实力得到巨大提升，技术引进及消化吸收、科技成果转化等技术转移形式发挥了巨大作用。伴随经济发展由资源驱动向创新驱动转变，经济社会对科技需求的日益迫切和强烈，中国技术转移中的两个突出问题日益显现：一是内源性科技成果转化率低，二是引进技术知识转移效率不高。

2.1 内源性科技成果转化率低

尽管中国政府在推进科技成果转化上做了巨大努力，学术界也开展了20多年的广泛研究，但并没有取得预期成效，突出表现在以下三个方面：

第一，科技成果转化没有实质性提高。20世纪80年代，中国的科技成果转化平均不足10%。到了2004年，中国科学院李国杰院士研究发现：从基础研究到企业产品开发过程中，中国有90%的科技成果死掉；清华大学、复旦大学等国内20所高校联合完成的“大学科技成果转化的探索与实践”课题报

告显示：中国大学每年取得的6000至8000项科技成果中，真正实现成果转化与产业化的低于10%。也就是说，中国促进科技成果转化的政策体系在实践中实施了20多年以后，科技成果转化率并没有得到有效提升。

第二，科技成果闲置和有效供给不足并存。在中国经济结构调整和转型的阵痛中，一大批中小企业、特别是民营企业对技术提出迫切需求，民营经济比较发达的广东、浙江等省出现众多企业到高校和科研机构“淘”（主动寻找）技术现象，甚至出现了不少以高新技术成果为投资对象的投资公司；然而，在考察了高校及研究机构的大量科技成果以后，绝大多数企业空手而归。企业抱怨高校及研究机构的科技成果缺乏实用性，高校及研究机构抱怨企业缺乏长远眼光。企业的技术需求与高校及研究机构的技术供给不能对接。一方面，企业迫切的技术需求不能得到满足；另一方面，绝大多数高校及研究机构的应用类研究成果束之高阁，不能得到有效应用。

第三，技术转移制约中国国际竞争力的提升。科技竞争力是瑞士洛桑管理学院（IMD）《国际竞争力报告》中的重要评价因素之一。以2000年度为例，在R&D经费总量及与之有关的指标全面上升等情况下，中国大陆科技竞争力比1999年下降3位，主要原因在于企业在国家科技竞争力中的核心地位及技术知识转移有效性两个指标表现不佳。如，当年中国大陆在“企业间技术合作的充分程度”、“企业与大学间的技术转移充分程度”两项指标上，分别下降了10位和7位。IMD刚刚发布的2009年《国际竞争力报告》中，中国大陆从2008年的第17名降至第20名。德国世界经济研究所专家罗德曼认为：虽然中国经济表现突出，但中国增长速度的持续性存在问题，特别是有科技、信息技术等瓶颈制约。2007年世界经济论坛发布的全球竞争力排名中，中国增长竞争力排名由2006年的38位下滑至44位，商业竞争力排名由38位后移至46位。在该排名所依据的三项指数中，中国的宏观环境指数排名第25位，公共机构和技术指数的排名则分列第52位和65位，最终影响了中国全球竞争力的总体排名。显然，企业技术能力和技术转移有效性不佳，已经成为制约中国国际竞争力提升的关键因素。

2.2 引进技术知识转移效率不高

尽管我们充分肯定中国大陆在引进技术上取得的成绩，但中国企业在引进技术的同时并没有同步获得相应的技术知识、特别是没有形成相应的技术能力是不争的事实。与日本、韩国企业相比，中国企业引进技术过程中的知识转移效率不高，具体体现在三个方面：

第一, 经济发展对外技术依存度居高不下。对外技术依存度是衡量一个国家经济发展对外技术依赖程度的指标, 也可以反映“后发国家”消化吸收国外先进技术的程度。马龙兆等(2007)等以技术支出经费依存度、发明专利依存度、高新技术产业进口依存度和高新技术产业外资依存度等四个指标计算了中国1995年到2004年的对外技术依存度, 其中技术支出经费依存度明显下降, 其余三个指标都明显上升, 特别是高新技术产业外资依存度由42%上升到65%。通过因子分析剔除四个指标之间的信息重合度, 得出中国对外技术依存度由1995年的27.17%上升到2004年的66.00%。对外技术依存度快速增长, 说明中国企业的引进技术消化吸收效果不理想。

第二, 重要产业没有掌握核心技术。进入21世纪以后, 当中国的珠江三角洲、长江三角洲等地区基本完成工业化, 即将向工业化后期迈进时发现: 在跨国公司20多年的产业转移过程中, 并没有把重要产业的核心技术知识转移给中国企业; 相反, 他们以技术谋求市场垄断和超额利润的企图反而不断加强。在一些关键产业, 中国在技术上受制于人的局面没有明显改变, 很多产业成为跨国公司的加工车间。以苏州罗技公司为例, 生产一只罗技鼠标售价约41美元, 中国企业只赚到3美元, 大部分被母公司(8美元)和原料供应商(15美元)、销售商等(15美元)拿走。中国生产的台式计算机每台只能“赚一捆大葱的钱”。大到飞机、轨道交通车辆、集成电路、数控机床, 小到服装、日用化学用品、碳酸类饮料等, 很多产业被跨国公司掌控, 有些产业已经或正在失去发展主导权。

第三, 企业技术创新能力没有实质性提高。在工业化初期, 日本、韩国也曾大量引进国外先进技术, 但两国的企业都非常注重消化吸收和再创新, 在许多领域技术的引进与消化吸收投入之比达到1:5—8。正是通过技术学习及二次创新, 日本、韩国企业的自主开发能力得到迅速提升, 也开发创造出若干著名品牌。中国企业的技术引进与消化吸收严重脱节, 2002年两者投入之比为1:0.08。由于长期不注重通过自我创新实践消化吸收, 使得中国部分产业陷入“引进、落后、再引进、再落后”的怪圈。在产业技术领域, 中国的发明专利只有日本和美国的1/30, 韩国的1/4。近15年来, 外国企业和国内企业在中国申请发明专利的比例是6.4:1。在信息技术领域, 外国人在中国的发明专利占90%。2006年, 中国高技术产品贸易中, 外企顺差高达384.6亿美元, 而国有企业贸易逆差却达152.2亿美元。这些数据充分说明, 在经过20多年的技术引进以后, 中国企业并没有掌握产业核心技术, 自主创新能力没

有实质提高。

3. 问题的原因及机理分析

不论是内源性科技成果转化, 还是外源性技术消化吸收, 都是技术知识及能力由一个主体向另外一个主体的转移。这种技术知识和能力转移都发生在特定的创新体系之中。因而, 中国技术转移中存在的问题, 反映了中国企业所依赖的创新体系的某些环节或某些方面出现了问题。我们从创新体系的技术知识认知与拓展、组织制度和网络联接、经济主体和能力支持三个基本维度出发, 对中国技术转移存在问题的原因及机理进行分析。

3.1 技术知识认知与拓展

在特定的创新体系中, 技术转移实质上知识的认知和拓展过程。首先, 技术发出者要对知识进行积累、加工和整合, 以便向技术接收者传递和转移; 其次, 技术接收者要对知识进行识别、判断和选择, 以决定是否接收和以什么方式接收知识。再次, 技术转移过程中可能伴有对知识的重构、拓展和再造, 以更有利于实现经济价值。显然, 下列因素对技术转移效率有重要影响。

第一, 技术发出与接收主体的意愿。技术转移能否发生, 首先取决于技术拥有者是否愿意发出知识。在现代社会中, 技术知识是最重要的社会资源, 能够带来利益、权威、声誉等。因而, 技术发出方只有在一定动机驱使、满足一定条件的情况下, 才能产生知识转移意愿。同时, 知识只是一种生产要素或资源, 知识并不能自动带来价值, 只有与其它产生要素结合, 在特定的领域进行应用, 才能创造和实现自身价值。而且, 接收知识一般需要付出代价; 因而, 技术接收主体的接收意愿也不会自发产生, 需要在一定条件下形成。以中国的科技成果转化为例, 由于中国的科研活动主要由高校和专业研究单位承担, 技术创造成本主要依赖政府的科研资助。尽管这些机构不排斥经济利益, 但经济利益并非其主要追求, 由经济利益诱发的技术发出意愿并不强烈。同时, 高校和专业研究机构对其员工向企业转移技术并不给与工作成就上的认可, 由荣誉动机诱发的技术发出意愿也不强烈。因而, 中国科技成果转化中技术发出者的知识发出意愿成为制约技术转移效率的重要因素。在技术引进或国际技术转移中, 出于获取最大经济利益考虑, 作为技术发出方的跨国公司不可能具有主动转移核心知识的意愿。而中国的国有企业, 由于缺乏明确的经济利益约束和诱导, 加之技术学习的艰巨性、困难性, 自觉开展技术学习的意愿也不强烈。

第二, 两者的知识配置能力差距。技术转移不仅

受两者的意愿影响，更取决于两者之间的知识配置能力。技术发出方的知识配置能力可以理解为知识创造、整合、加工的能力和水平，技术接收方的知识配置能力可以理解为其对技术知识进行消化、重构和应用能力，包括把知识与其它知识或生产要素组合，创造新知识或商业价值的能力。技术发出与接收方的知识配置能力差距既影响出于互惠动机的知识转移意愿，更影响技术接收方的知识学习、消化吸收和应用能力。一般说来，两者之间的知识配置能力差距越大，实现知识互惠的可能性越小，技术发出方的知识转移意愿越低，技术接收方解读、理解知识的难度越大，技术转移效率越低；两者之间的知识配置能力差距越接近，实现知识互惠的可能性越大，技术发出方的知识转移意愿越高，技术接收方解读、理解知识的难度越小，技术转移效率越高。在中国的科技成果转化中，由于企业长期缺乏技术创新实践和知识积累，知识配置能力与国内高校和研究机构及跨国公司之间都存在较大差距，严重制约了技术学习和有效吸收，影响了技术转移的有效性。

第三，不同知识的自身属性。任何知识都有自身属性，这些属性可以用多个特征变量表征。英国学者马克斯·H·博伊索特（Max H. Boisot）提出了一个I空间概念框架，用编码、抽象和扩散三个特征变量对知识属性进行分析。在马克斯·H·博伊索特看来，上述三个特征变量一起发挥作用，影响和决定着知识的转移与传递。一般说来，编码和抽象程度较高的知识容易转移和传递。基于知识综合化特征不断发展和强化，产业技术集成化、体系化特征日益明显，笔者认为体系化也是知识的一个基本特征，而且是非常重要的一个特征。体系化是指基于实际应用目的，根据知识的内在联系把不同类型的知识集成和匹配起来，构造成一个完整的技术体系。体系化的加工对象不是原生型知识，而是已经完成编码和抽象过程、在实践中使用的知识。因而，体系化并不是知识的本原特征，而是在其自身不断进化过程中衍生出的新特点。体系化是影响技术转移的重要变量。一般说来，高度体系化的知识具有更强的“粘滞性”，转移难度相对较大。在技术转移实践我们经常看到：引进一项技术或一台设备相对容易，引进一条生产线相对困难一些，而引进一套完整的产业技术知识体系、特别是仍然具有一定先进性的产业技术体系基本上不可能。不同产业技术知识体系化程度不同，技术转移的有效性也存在大差异。如空调、电视机、冰箱等一般家电产业，由于产品相对简单、知识集成化不高，立足于压缩机、显像管等传统技术之上的这些产业，并不足以凭借技术门槛获取足够的垄断利润。在劳动力成本和引进方

技术进步的双重压力下，跨国公司向引进方转让了较多技术，加之一些企业进行了以自主创新为特征的新技术开发，与跨国公司展开了技术竞争，这些产业的技术转移效果相对较好。而在集成电路、汽车等技术链较长、知识体系化程度较高的产业，技术转移的难度本身就很大；同时，跨国公司通过把握技术体系中的核心技术可以获得产业控制权和垄断利润，技术转移意愿也较低；加之在汽车等产业实行政府保护，少数大型国有企业凭借优先合资格、独享庞大的市场和政策资源，缺乏主动技术学习的动力和意愿，技术转移的效率较差。

3.2 组织制度和网络联接

技术转移在创新体系下发生、发展，受组织制度因素的制约和影响。首先，技术作为一种重要的社会资源或生产要素，需要特定的配置机制和制度安排，创新体系所依赖的基础资源配置机制和制度对技术转移效率有决定性影响。其次，创新体系中不同主体以不同方式联结起来，不同的联结方式及彼此之间联结和互动的程度等，影响技术知识交易的频率和速度。

第一，技术知识配置机制对技术转移效率的影响。技术知识配置机制既是创新体系组织机制的基本内容，也是社会知识配置机制的重要组成部分。从技术知识作为一种社会资源和商品的角度讲，典型的配置机制有市场机制和计划机制两种制度形式。就特定创新体系而言，市场机制应该成为基础性的知识配置制度。早在20世纪40年代，著名经济学家哈耶克就在其经典文章《知识在社会中的作用》中，从决策权与知识之间配置关系的角度出发，论述了必须以分散化方式、市场机制配置知识的理由。除此之外，强调以市场机制作为技术知识的基础配置机制，还基于以下几点理由：一是技术知识转移需要较高的成本，使得把“知识传递给那些有决策权的人”这种统一的决策机制失去了存在的合理理由；二是技术知识选择具有主观行为特征，由于技术本身存在的高度信息不对称属性以及高度的发展不确定性，需要发挥决策主体的主观能动性，自然需要自由的市场选择机制；三是对特定技术知识进行商业开发，也需要借助市场提供的需求信息，由独立的商业主体自主完成。正如管理大师德鲁克所言：自发模式几乎是产业发展的唯一途径，挑选产业是算命先生做的事。在中国的技术引进中，特别是汽车、装备、石化制造等重要产业的技术引进中，比较多地采用了政府计划干预形式，没有充分发挥市场机制的作用。20世纪80年代，冰箱、彩电等生产线的引进均需要经过中央政府批准；特别是汽车产业只允许三大国有企业引进国外技术和生产线。

这种由政府评价哪家企业更需要技术、哪家企业更适合引进国外技术的计划机制，剥夺了民营企业进行技术学习和创新的机会，抑制了市场竞争对创新的推动作用。在科技成果转化中，也没有充分发挥市场机制和企业作为技术需求和应用主体的作用，没有将工作的着眼点放在激发企业需求上，而是放在了如何推进技术知识纵向发展上。把科技成果转化的障碍或瓶颈认定为科技成果纵向发展过程中匮乏的各类经济要素或资源，着力填补科技成果纵向发展过程中各个环节的资源缺口，构造科技成果发展和转化的完整链条，打通科技成果发展和转化的通道。这种不顾企业现实需求，一厢情愿地向企业“喂”或“供给”技术的科技成果转化模式，自然难以取得良好效果。

第二，不同市场结构对技术转移效率的影响。对相同技术知识而言，技术供给和需求主体所处的市场地位，对技术转移方式和效率有重要影响。一般说来，当技术拥有者处于垄断市场地位时，他偏好独立进行技术商业化开发，以利用垄断优势获取超额利润，技术知识转移和传播的意愿会较低。当技术拥有者长期处于垄断市场地位时，甚至可能降低技术创新或更新的热情，失去持续进行技术创造的动力。当技术拥有者处于寡头垄断市场地位时，他倾向于与具有相同市场地位的主体进行技术知识交流和共享，同时成为技术发出者和接收者。中国的技术引进初期，没有注意到市场机构对技术转移主体的行为影响，延缓了跨国公司技术转移进程。以汽车产业为例，当初只批准上海汽车工业公司引进德国大众技术，其合资公司拥有市场垄断地位，致使其生产的桑坦纳轿车连续17年不换代；在批准上海汽车工业公司再行引进美国通用汽车、形成了市场竞争格局后，德国大众才将其它品牌轿车在上海的合资企业生产。我们以市场集中度表征产业市场结构特征，以产品技术年龄反映中国半导体制造企业引进技术的先进水平，研究了市场结构与技术转移的关系。利用SPSS进行多元线形回归分析发现：技术转移效果与市场集中度呈显著负相关。也就是说，在产业集中度越高、市场垄断性越强的时候，企业产品技术水平较低；在产业集中度较低、市场竞争比较充分的时候，企业引进技术水平明显提高。

第三，创新体系组织形式对技术转移效率的影响。任何创新体系都需要以一定的结构形态将创新要素组织起来，形成特定的创新体系组织结构。不同产业具有自己适宜的创新组织结构形态，呈现不同的创新特征和技术转移机理。按照产业技术链长短、产业技术创新对市场、知识、装备等资源的依赖程度，可以将产业分为多种类型。各种类型的产业只有采用适宜的创新组织形式，才能实现高效创新和

技术转移。以软件和网络技术产业为例，产业技术链较短，对市场信息和资源依赖度较高，适宜采用以创新型企业为主的创新集群组织形式。而汽车、装备制造、石化、钢铁等产业技术链长，对行业知识、经验和生产装备等资源依赖程度高，需要较大的资金投入和系统化力量完成创新，适宜采用以大企业为核心德产业创新链组织形式。而集成电路、生物制药等产业，产业技术链长，对新知识和生产装备等资源依赖程度高，适宜采用以中小型企业或高校等承担创新、大企业承担系统性集成开发和规模化生产的网络组织形式。在我国科技成果转化和技术引进实践中，存在着产业技术创新组织形式与产业技术特征不适宜的现象，导致技术创新和转移效率不高。如集成电路产业，在引进一些生产线的同时，过分依赖创新型小企业在技术学习和模仿创新上的作用，而没有培育或注重发挥有实力的相关大企业的作用，致使在这个产业中尽管有一些技术创新成果，但没有能力对产业核心关键技术进行系统化集成开发，更没有形成规模化的自主创新型产业。

3.3 经济主体及能力支持

现实中的技术转移大多以经济利益为追求，自然受创新体系的经济主体及能力支持因素影响。首先，足够及合格的经济主体是技术转移及创新活动的前提；其次，合理或预期的经济激励或回报是技术转移及创新实现的基础。再次，创新体系的经济能力支持是技术转移及创新的必要经济条件。

第一，技术转移的经济主体。从经济价值实现角度考察，技术转移是技术拥有者与其它生产要素所有者、特别是企业家才能和资本所有者的交易与组合。在技术从知识形态向商业形态转移的过程中，涉及的经济主体主要为创业企业家及创业投资家。创业企业家是创新行为的主体，承担技术与其它生产要素组合任务；创业投资家是创业活动的导师和资本、管理经验提供者。在中国的科技成果转化中，即缺乏具有创新禀赋和能力的创业企业家，也缺乏具有合格理念和经验的创业投资家。创新经济学的创始者熊彼特曾经精辟地指出：经理并不都有资格被称为企业家，只有对经济环境做出创造性的反映以推进生产增长的经理才能被称为企业家。显然，“创造性毁灭者”是熊彼特赋予企业家的最合适标签和最明显标志。中国的企业经理大多出于行政任命及选拔机制，有资格被称为企业家的相对较少；中国早期的创业者多数来自于“草根”阶层，以解决温饱为目的，以现有经济基础上的拾遗补缺为手段，缺乏创造意识和能力。因而，由科学家及工程师创造的科技成果只能依赖少数科学家及工程师自我创业实现转移，科技成果转化率低便是必然的结果。

同时，中国缺乏真正意义上的创业投资家队伍。中国目前创业投资资金2/3左右来自于政府及国有企业，80%左右的资金由外资机构管理。创业投资资金来源结构决定了其难以承受高风险投资，创业管理队伍现状决定了其难以对存在高度信息不对称的项目进行投资；而科技成果转化属于既存在高度信息不对称，又具有极高风险的种子期或创业期投资，自然难以得到现有创业投资机构的青睐。

第二，技术转移的经济回报。从经济博弈的角度讲，技术转移属于不完全信息静态博弈，博弈的核心是双方对技术价值的判断和认定。把技术看作一种特殊商品，把技术发出方视为出让者，技术接收方视为受让者，可以借用双方叫价拍卖模型对其均衡条件进行分析。假定出让者提供技术的成本、或者技术对出让者的价值为 c ，技术对受让者的价值为 v 。在不完全信息情况下，只有出让者知道技术的真实成本 c ；同样，只有受让者知道 v 。假定 c 和 v 是 $[0, 1]$ 上的均匀分布，分布函数 $P(\cdot)$ 是共同知识。在这个贝叶斯博弈中，技术出让者的战略（要价） P_s 是 c 的函数，记为 $P_s(c)$ ；技术受让者的战略（出价） P_b 是 v 的函数，记为 $P_b(v)$ 。引用梅耶森和沙特威托（Myerson and Satterthwaite, 1983）关于“均匀分布情况下、线性战略均衡比其他任何贝叶斯均衡产生的净剩余都高”的证明，按线性战略均衡对技术转移进行研究，得出技术转移成功的条件为 $P_b(v) \geq P_s(c)$ ，即只有 $v \geq c + 1/4$ 时技术转移才能成功。应用上述条件进行分析可以发现：技术交易的达成区域较小，技术交易的成功率比较低，这反映了技术交易均衡的基本特征。在中国的科技成果转化实践中，由于技术创造过程的艰巨性、对技术商业价值的乐观预期，技术发出方往往高估技术价值，对 c 值的定位一般较高；而由于技术商业化过程的高度不确定性，特别是由于前些年缺乏有效的知识产权保护技术使技术成果呈现价值易逝和非独占特征，技术接收方对技术价值的判断和认定相对保守，对 v 值的定位一般较低。这是科技成果转化率低、技术转移难以实现的重要原因。

第三，技术转移的经济能力支持。技术转移需要市场容量、技术平台、生产要素等多种经济能力支持。恩格斯曾精辟地指出：一旦社会产生了需求，它对科学技术发展的推动作用比10所大学还要大。英国学者Joe Tidd、John Bessant和Keith Pavitt在研究了美国、英国、法国、日本、意大利、澳大利亚等国家技术转移特点后，归纳了影响技术转移的几个经济因素，包括消费者需求及市场公平程度、创业频率与投资活动水平、生产要素价格、自然资源特点及可获得性、技术创造及发展平台及总体经济实力与水平等。综合考察可以发现：现有企业的创

新能力和水平在构造技术转移经济能力支持上有重要作用。首先，现有企业技术创新能力反映经济整体水平和实力；其次，在开放式创新背景下，现有企业技术创新能力越强，对技术、特别是创新型技术的需求越大；再次，相对于高校和专业研究机构而言，现有企业是实用技术更有效的供给者。同时，现有企业、特别是大企业也是技术平台的构建者、创新资源的提供者。我们利用中国区域创新能力报告中北京、上海、山东、广东、浙江、江苏、天津、陕西、四川、湖南、湖北、辽宁、福建等12个省市，2001—2004连续4年的排名数据，对技术知识转移排名与企业技术创新能力排名进行偏相关分析，得出两者的偏相关系数为0.546，表明两个变量之间高度相关。验证了企业技术创新能力、特别是现有大企业的技术创新能力对技术转移效率的重要影响。相对于日本和韩国而言，中国现有企业技术创新能力低，对技术需求较弱，缺乏在行业中具有龙头作用的大企业，是制约中国技术转移效率、特别是技术引进知识转移率的重要原因。

4. 研究结论及建议

通过上述研究可以看出，造成中国科技成果转化率及引进技术知识转移率低的原因是多方面的：既有技术自身属性、技术发出者与接收者意愿及两者间的知识配置能力差距等原因；也有发挥市场机制不够、没有充分利用市场资源构造竞争机制、产业技术创新组织形式不合理等因素的作用；更与缺乏足够和合格的创业企业家及创业投资家、技术价值认定不合理及市场不规范等引致技术转移回报没有保障、现有企业创新能力不强抑制技术有效需求和供给有关。综合而言，培育现有企业创新能力、提升现有企业创新水平以及充分发挥市场机制作用具有决定性意义。

参考文献

- 【1】 胡志坚 . 国家创新系统 : 理论分析与国际比较 [M]. 北京 : 社会科学文献出版社 ,2001:98-117.
- 【2】 元桥一之 . 日本企业的 R&D 合作及其对国家创新系统改革的政策启示 [J]. 科学学研究 ,2006,2:1-4
- 【3】 Cohen W,A Goto, A Nagata, R Nelson,J Walsh. R&D spillovers, patents and the incentives to innovate in Japan and the United States[J]. Research Policy,2002,31:1349-1367.
- 【4】 中国科技发展战略研究小组 . 中国区域技术创新能力报告 (2004-2005)[M]. 北京 : 知识产权出版社 ,2005:11-33.
- 【5】 克利斯·弗里曼, 罗克·苏特 . 工业创新经济学 [M]. 工业创新经济学 [M]. 华宏勋, 华宏慈 . 北京 : 北京大学出版社 ,2004:369-402.
- 【6】 施培公 . 后发优势 —— 模仿创新的理论与实证研究 [M]. 北京 : 清华大学出版社 ,1999.
- 【7】 Mark Dodgson,Broy Rothwell. The Handbook of Industrial Innovation[M]. Edward Elgar,1994.
- 【8】 Bianchi P.,Giordani M. Innovation Policy At The Local And National Level: The Case of Emilia-Romagna[J]. European Planning Studies,1993,1:25-42.
- 【9】 Franco Malaba, Luigi Orsenigo,Pietro Peretto Persistence of Innovation Activities Sectoral Patters of Innovation and International technological Specialization[J]. International Journal of industrial Organization,1997,15:801-826.
- 【9】 Carlsson B., Stankiewicz R. On The Nature, Funtion, And Composition of Technological System[J]. Journal of Evolutionary Economics,1991,2:93-118.
- 【10】 Debackere K., Clarysse B.,Rappa.Science and Industry :A Theory of Networks and Paradigms[J]. Technology Analysis & Strategic Management,1994,6:21-37.
- 【11】 马龙兆, 唐家龙, 李春成 . 我国对外技术依存度的测度及分析 [J]. 科技进步与对策 ,2007,9:1-4.
- 【12】 张玉臣 . 技术转移机理研究 [M]. 北京 : 中国经济出版社 , 2009.

注释

- [1] Freeman C. Networks of Innovators, A synthesis of Research Issues[J]. Research Policy, 1991,20(5):499-514
- [2] 兰德斯·戴维 . 国富国穷 [M]. 北京 : 新华出版社 , 2001:1-5

吴
汉
东

徐
瑾

马
治
国

陈
传
夫

李
正
华

李
顺
德

李
正
华

范
晓
波

寿
步

刘
春
田

张
玉
臣

王
兵

马
忠
法

丁
建
新

中国高等院校技术转移成效的研究



作者简介

王 兵 清华大学法学院教授、清华大学知识产权法研究中心主任

1985年7月~1986年7月、1993年1月~11月和2000年5月~2001年5月分别留学加拿大和美国，获得美国富兰克林·皮尔斯法学院知识产权法硕士学位。1985年以后一直从事专利代理，知识产权管理、教学和研究，其中1989至1999年负责清华大学与企业特别是与外国公司科技合作中的知识产权管理和法律事务，1995年~至今在清华大学法学院从事知识产权的教学和研究，曾任清华大学法学院副院长。

在负责清华大学与企业特别是与外国公司科技合作的工作中，开创了清华大学对外科技合作的新局面，建立了一系列处理对外科技合作中知识产权问题的内部规定，在国内外发表了若干篇经验总结性文章，被评为1994—1997年全国知识产权工作先进个人。在清华大学法学院工作期间，组建了知识产权法研究中心，承担了多项国内外知识产权研究项目，在清华大学主持召开了五次知识产权方面的国际会议，在国际上有一定影响；在清华大学开创了系统的知识产权法教育，促进了知识产权学科的发展，连续六年在清华大学为外国学生开办了《中国知识产权法暑期培训班》，给学生的6学分作为美国各大学法学院承认，使清华大学知识产权法教育在国际上有较大的影响。自从事知识产权的研究、管理和教学以来，完成了18项知识产权方面的研究项目，合著、主编4本著作，发表论文75篇。

现任《中国法学会知识产权法学研究会》副会长，《中国知识产权研究会》理事，《中国高等学校知识产权研究会》副理事长，《国际许可证工作者研究会》会员，《中国版权协会》常务理事，《中国商标协会》理事和《中国许可证工作者研究会》理事等学术职务。



梅元红，女，1971年出生。2001年毕业于清华大学经济管理学院，获得工商管理硕士学位。目前担任清华大学知识产权管理办公室任副主任，高级工程师。

从1994年至今主要从事清华大学技术转移和知识产权管理工作，先后在“清华大学与企业合作委员会”和“清华大学科技开发部”部门工作，主要负责清华大学与企业技术合作的商务谈判、合同审核，项目管理等工作。2008年起调到“清华大学知识产权管理办公室”，从事清华大学知识产权管理的相关工作。

本人主持了教育部的“中国高校知识产权白皮书——技术转移部分”等各类课题5项、参与课题7项。发表《高校技术转移中的知识产权保护》、《高校知识产权战略研究与实践》等6篇文章、《中国高校专利技术转移模式》等研究报告8篇；制定清华大学的科研管理制度若干。重点研究方向是高校知识产权保护、技术转移理论和时间等，曾获得北京市“金桥奖”个人一等奖（2002年）和学校“管理先进”二等奖（2001年）。

全球化的趋势迫使很多发达国家和地区实施技术创新战略，大学作为科技创新的重要源泉，通过大学的人才培养、科学研究和社会服务，为国家提供技术、人才和自主知识产权。作为世界上最大的发展中国家，改革开放的中国也需要学习发达国家的经验，发挥大学在国家技术创新中的作用。据统计，中国有40%的科研力量集中于高校系统，30%的科研力量集中于中科院系统，而企业科技力量相对薄弱，企业创新能力低，大多数企业内部没有研究与开发部门¹。这种科研力量的不均衡，更需要中国高校在国家技术创新中发挥重要作用。中国高校将其技术包括专利转移给企业是必然选择和重要的使命。从1995年中国提出“科教兴国”战略，2006年确立自主创新战略，到2008年出台国家知识产权战略，中国高等院校（以下简称“高校”）在国家的“建立创新型国家，转变经济发展方式，以提高国家核心竞争力”战略下指引下，积极在建设创新性国家中发挥自身作用。中国中央财政对中国高校的科研投入逐年增加，从2003年至2007年，高校科技经费的投入平稳快速增长，科技经费总量从2003年的253.3亿元上升至2007年的545.3亿元，实现了115%的增长；该期间高校的年科技经费一直占全国科技经费的7%至8%。²对高校科技经费的投入促进了高校科研产出的增长。例如，高校的专利申请与授权量增长显著，2003年至2007年，专利申请量从10,252件上升到32,680件，专利授权量从3,416件上升至14,773件。³中国高校在国家创新体系的地位与作用不可或缺，在将高校的技术转移到企业、促

进企业技术进步中发挥了重要作用。但是中国高校的技术转移还存在不少问题，例如技术转移机制不够完善、自主知识产权的技术含量比较低、知识产权流失时有发生以及缺乏技术转移的专业评估和经营机构等等。在中国高校技术转移成效的评估上，目前国内外存在各种不同的看法。如果正确评估中国高校技术转移成效，已经成为影响中国高校运用其科研更好地服务社会和服务地方经济、更有效地在建设创新性国家中发挥其独特作用的热点问题。

一、问题的提出

中国高校技术转移近年来成为研究热点，但研究方法各异，研究的结果和结论却差别很大。例如北京市技术市场管理办公室统计，2001-2007年北京高校专利平均实施率为1.43%。远低于北京专利技术转移平均实施率4.90%。⁴有人根据这种对专利实施率的统计结果，认为中国高校技术转移的成效非常差。而另外一些研究却反映明显不同的现状，如刘月娥等人发表的调研报告指出，2001年-2005年在被调研的50所高校中，专利实施与授权数相比平均实施率为56.7%，排除特殊年份，我国高校专利实施率也达到41.21%。⁵根据这种专利实施率，有人认为中国高校技术转移的成效很好。处在这两种研究结果和结论之间的，还有一些不同研究结果和看法。众多文献提到全国平均专利实施率在10%左右，高校专利的实施率亦与此相差无几甚至更低。以北京某高校数据统计，2001-2007年平均专利实施率为2.3%，从微观层面验证了全国和北京市的

统计数据。上述数据表明，专利实施率比较低的数据范围在10%及以下。除上述刘月娥等人发表的调研报告指出2001年-2005年我国高校专利实施率也达到41.21%以外。梁燕指出广东高校专利实施率有30%-40%左右⁶。沈国金提到5年间，全国高校专利授权量8389项、专利实施量1910项，专利实施率仅22.8%，而全国平均水平约30%⁷。清华大学的申请专利或授权专利90%都具有较好的应用前景，约30%的专利技术得到不同程度的应用，一批专利已实现产业化并成为校办产业和社会企业的主干产品。⁸上述数据表明，专利实施率比较高的数据范围在22.8%-41.2%之间。

如何看待上述各种评估结果？如何才能正确评估中国高校技术转移现状？这些是当前和今后中国高校涉及技术转移的部门和关心中国高校技术转移的人们需要解决的问题。

二、中国高校技术转移成效统计数据的技术分析

在对中国高校技术转移成效的评价上，为什么会出现前面所谈到的专利实施率低到1.43%、高到41.21%的不同呢？作者认为有必要分析一下其中的原因。为了分析研究统计的专利实施率高或者低的产生原因，我们需要将这些研究者的统计中所使用的“专利实施率”统一为：专利实施率=（已转让专利数+已实施许可专利数）/有效专利数*100%。在明确这一概念后，我们就可以进行分析了。

首先我们来分析中国高校专利实施率在10%及以下的产生的原因。我们认为造成专利实施率低的第一个原因是数据上报有遗漏。虽然北京市技术市场管理部门和国家知识产权局按照其职能范围进行相关统计工作，所获得的数据具有权威性和客观性，可以在宏观上全面反映我国高校专利技术转移的情况。然而由于我国技术转移和知识产权工作尚处于初级阶段，知识产权意识和管理制度都有待于不断的提升和加强。在这样的环境下，一些高校的技术交易，包括专利技术交易完成后，由于种种原因并没有到相关部门履行登记手续，造成高校实际进行的技术交易并没有完全地反映在统计数据上，使被统计的数据小于实际完成的技术交易数据。从而造成专利实施率公式中的分子“已转让和已实施许可专利数”小于实际水平。我们认为造成专利实施率低的第二个原因是简单计算数据。在专利实施率公式中的分母“有效专利数”，在实际计算中被统计者的授权专利数替代。在上述5-7年统计周期内，部分专利因放弃维护已失效，授权专利数应当大于有效专利数，造成专利实施率公式中的分母大于实际水平，从而使专利实施率数值减小。我们认为造成专利实施率低的第三个原因是数据标准单一。目

前中国高校专利技术实施和转让的形式多种多样，例如在委托开发或合作开发合同中，许多是在已有专利技术基础上进行的，开发成果转移给企业的同时，也实现了专利技术的转移，但在合同签订形式上并没有签署专利实施许可或专利权转让合同。因此，将单一的专利实施许可和专利权转让合同作为统计对象来计算专利实施率，不能反映其他形式的专利技术转移情况，因而不能全面完整地反映中国高校专利技术转移的实践。所以，根据中国国情和高等学校的实际情况，对高校专利技术转移的统计和分析不能局限于单纯的专利权转让和专利实施许可合同，而应当包括在专利技术上进行的技术开发、技术咨询等技术合同的总和。如果不如此，而是仅仅按照单一的专利实施许可和专利权的转让来计算专利实施率，往往会得到专利实施率低的统计结果，进而得出中国专利技术转让差的结论。

其次我们来分析中国高校专利实施率比较高的数据产生的原因。产生中国高校专利实施率在22.8%-41.2%之间的第一个原因是调研的数据样本比较小，虽然较翔实和符合客观实际情况，但由于样本比较小，不能全面反映所有高校专利实施率。第二个原因是数据也有高估的可能，如被调研单位集中选择在专利技术实施得比较好的高校，而专利技术实施比较差的高校不在调研单位之列，从而造成统计数据比较高。

综上所述，中国高校专利技术实施率并不完全是10%及以下的悲观状况，也不是高达40%的乐观情况。我们需要在统计分析技术上作若干改进，使之更符合中国高校专利技术转移的实际情况，才有可能获得较为科学的统计数据，进而得出符合中国高校专利技术转移实际的结论来。

三、中国高校技术转移成效的模式分析

上述众多研究者依据统计数据得出的专利实施率不仅存在技术上的缺陷，而用这样的专利实施率来反映中国高校专利技术转移的好坏，甚至用来反映中国高校技术转移的好坏，还存在模式上的缺陷。所谓模式上的缺陷，是指用专利技术实施许可和专利权的转让的模式来统计专利实施率，进而说明专利技术转移的好坏，这种做法忽略了专利技术转移的其他模式；用这种有模式缺陷的专利实施率来说明技术转移的好坏，更是忽略了其他技术进行转移的模式。这种也许是模仿外国学者的统计和分析方法不大符合中国高校技术转移的实际。

我们认为中国高校技术转移的基本模式应当是“产学研”模式，这里所指的“学”，不仅包括高校，而且包括各种类型的研究机构。“产学研”模式下的具体表现形式则多种多样。有关的研究

吴汉东

徐瑾

马治国

陈传夫

李正华

李顺德

李正华

范晓波

寿步

刘春田

张玉臣

王兵

马忠法

丁建新

从不同角度对于大学技术转移做了分类,如Albert N Link认为,大学技术转移分为正式的技术转移(formal technological transfer)和非正式(informal technological transfer)的技术转移两种类型,正式的技术转移定义为通过法律的手段,比如专利转让和许可协议等,来达到一个直接的结果;非正式的技术转移指通过非正式的交流过程,比如技术协助、咨询和合作研究等从而完成技术知识的有效流动。龚玉环、王大洲也认为大学技术转移可以分为商业化转移和非商业化转移,前者主要包括技术许可、技术咨询、技术开发与技术合作及衍生企业等形式,后者主要指发表论文、著作、召开交流会议等形式⁹。不管这两种分类的方法是否科学,但都说明“产学合作”模式多种多样。我们这里所说的“产学合作”模式所指的主要是龚玉环、王大洲所说的商业化转移,基本不包括其所说的非商业化转移。

“产学合作”模式不同于技术提供方的推销型模式,也不同于技术需求方的寻求型模式,它的基本路径是技术需求方在技术开发阶段甚至研究阶段就与技术供给方合作,双方共同完成技术开发、生产的过程。基于知识转移的角度,它是社会经济结构中的产业(主要是企业)、大学和科研院所,基于利益和知识的互补性,通过正式网络和非正式网络渠道形成联盟进行合作研发,不断进行知识供需方之间显隐知识传递、转化、吸收、消化的非线性的复杂互动过程,其目的是通过大学、科研院所与企业发端于产业链高端环节R&D的知识间的互动转移,创造持续的商业价值¹⁰。

有关中国大学技术转移模式问题,刘彦(2007)进行了摸底式调查。他认为中国已经初步形成了基于市场经济的大学技术转移促进政策体系,同时大学在科技资源和科技成果产出方面超过研发机构,大学技术转移很大程度上依靠政府和大学的行政作用,专业化中介服务的作用微弱,大学课题组和科技人员自行转移模式与单个企业一对一的技术转移较多等等¹¹。作者并不认同这种“大学课题组和科技人员自行转移模式与单个企业一对一的技术转移较多”的看法。虽然这种技术转移的模式目前在中国高校依然普遍存在,但其仅是具有中国特色的“产学合作”模式的一种形式。“产学合作”模式是新形势下推动高校科技成果市场化产业化的基本模式,其路径是校企双方在共同研究、合作开发、协作产业化的过程中完成了包括专利技术在内的技术从创造到应用,再创造再应用的良性循环;其实现形式多种多样,远不限于“大学课题组和科技人员自行转移模式与单个企业一对一的技术转移”的单一形式。在一些重要“产学合作”项目中,中国各级政府起到了良好的推动作用。

实现“产学合作”模式的形式包括以项目形式与企业开展的各种合作。如委托研究开发、合作研究开发等。在这类研究开发活动中,企业获得研究开发成果的所有权或者使用权,企业的人员得到培训,技术实现从学校向企业的转移;项目一旦结束,合作活动终止,技术转移过程就终结。实现“产学合作”模式的形式还包括在各种类型的技术转移平台中实现的技术转移,这类平台有大学科技园、国家工程中心、省校研究院、校企联合研发机构、高校持股的高科技企业等等。以大学科技园为例,该合作模式充分发挥集群式创新优势,形成产学研创新的支撑集群:包括企业孵化器群、技术研发机构群、高校科技产业群、教育培训机构群、中介服务机构群和配套服务机构群,成为中国国家技术创新体系中的重要一员。截止2008年,中国已建立62家国家大学科技园。大学科技园位于大学校园周边,有着较好的资讯优势和人力资源储备,为中国高校的技术转移创造了很好的条件。中国高校中还设立有各种研究开发基金,用于支持校企合作的项目,这种“产学合作”模式从研究经费上为产学合作搭建了一个稳定的平台,可以吸引各种有价值的产学合作研究开发项目。实现“产学合作”模式的形式还包括政府认定的国家级技术转移中心。例如2001由国家经贸委和国家教育部首批认定6所大学为国家技术转移中心,分别是清华大学、西安交通大学、上海交通大学等国家技术转移中心;2008年10月由国家科技部火炬中心首批认定76家国家技术转移示范机构,其中高校有19个,有力地推动了高校技术转移工作¹²。

综观国外大学的技术转移,以OTL为代表的机构开展的技术转移是大学技术转移的典型模式,其中以专利许可为主要特征。有人研究美国的技术转移经验,认为大学的技术转移基本都是通过专利许可方式进行的。¹³实际上,包括美国大学在内的国外大学的技术转移还有其他模式,例如美国大学的技术孵化器、大学教授可以创办高技术公司等等。和国外大学比较,中国高校技术转移涉猎的领域与范围更广,发挥的作用更特殊。中国目前还处于计划经济向市场经济转轨时期,企业缺乏消化吸收技术成果的能力,技术创新能力薄弱,创新信息处于不对称状态;中国高校技术转移的体制还没有完全理顺,转移模式和技术市场有待完善。中国高校在国民经济发展的重要技术领域方面拥有大量的自主知识产权,包括原创性的基础专利和集成创新的专利以及专有技术等知识产权;大学作为知识的生产者与人才的培养者,是知识生产和技术创新的重要来源,也是国家自主创新系统和区域创新体系的重要组成部分。因此就技术转移的模式而言,中国高校

技术转移的方式更多、更复杂。中国高校通过各种形式的“产学研合作”，不仅出让专利技术及其他技术给企业，而且在与企业紧密合作中提供技术服务和人员培训；大学还通过与企业合作成立的研究机构，通过大学科技园、成立新公司等来提高企业技术创新能力。在现阶段，“产学研合作”模式就更适合中国国情。

中国高校技术转移还存在各种问题。例如高校的科技园作为技术转移中的孵化器，对技术信息、特别是创新技术的甄别能力不足，加之缺乏对市场需求的了解，常常难以选择转化的技术项目。同时有限的资金限制了其孵化功能，孵化项目有限等现实状况影响了目前大学科技园技术转移工作的开展。大学科技园的发展方向 and 定位要立足于提高对技术转移的支撑，加大投资机构、中介机构介入，建立科技企业培育机制，通过科技园的平台实现高效、集约化的高校专利技术转移。高校创办高技术公司现阶段所存在的核心问题是机制问题，公司化运作的机制不完善导致的直接结果就是创建公司目前虽有一些成功的例子，但从规模和数量上并不是中国高校专利技术转移的主要模式，而创建公司能比较好地解决高校专利技术转移中的核心问题，如利益分配到位、知识产权明晰、激励机制完善等，更完善的机制应当包括：建立在法制保障基础上的大学绩效评价机制；建立在市场经济基础上的商业信用机制；建立在知识产权保护基础上的利益分配机制；建立在技术与市场评价基础上的专业服务机制¹⁴，从长远发展策略角度出发，为使技术转移模式在中国高校更加有效地运行，中国需要建立知识产权经营制度；同时按照市场经济规律，建立激励机制和市场运行机制；要建立合理的评估方式；要进一步规范技术转移的管理。只有这样，中国高校技术转移包括专利转移工作才能更好地为中国的科技进步和经济发展服务。

四、评价中国高校技术转移成效的正确思路

只有在正确认识中国高校技术转移的模式之后，才能找到符合中国国情的评价中国高校技术转移成效的正确思路。如前所述，中国高校技术转移不是某一种单一的模式，例如专利技术的实施许可或者专利权的转让，而是“产学研合作”基本模式下的多种形式，因此对中国高校技术转移的评价就不应该用单一的指标来衡量，而应该采用综合的方法进行。

目前已经有学者开始尝试从“从高校技术转移对区域经济的促进作用”方面进行研究，并得出“高校对地方经济的贡献有协整和因果关系”的结论。这是评估中国高校技术转移成效的一种综合方法，是一种有益的尝试。研究者以北京市为例，选取北京

市1990-2004年的GDP为被解释变量，分别以大学专利批准数、技术合同签订数以及技术合同金额作为解释变量，建立北京区域经济增长与大学技术转移之间的数学模型，计量分析结果显示：高校获得的授权专利、技术合同签订数和合同金额均对首都地区经济增长具有显著正面影响和贡献，并且大学通过专利技术这一模式实现技术转移对北京经济增长贡献的解释力最小，这与高校实际状况基本相符，而高校技术合同和交易额对首都经济的贡献更大、更为直接，构成了目前北京地区高校技术转移的主要模式。通过关系分析还发现：大学技术转移与首都区域经济增长之间保持着一种长期稳定的动态均衡关系，还没有形成稳健的互反馈机制和良性发展关系¹⁵。这表明高校的技术转移有很大的发展潜力和空间，对区域经济发展和创新能力提高还有更大的促进作用。

该研究的具体的计量方法可能需要再完善，研究的结果可能还有值得商榷的地方，但是其综合评估高校技术转移的思路还是符合中国高校技术转移多种形式的实际的，所得出的结论大体上也是符合实际情况的。为了准确评估中国高校技术转移成效，我们还需要研究出各种各样的评估方法，进行各种各样的评估，但是如果不是是一种综合评估的框架，就一定不是一种正确的评估方法，就一定不能得出符合中国高校技术转移实际的结论来。正确的思路应当是从中国高校技术转移多种方式出发，研究每一种方式的技术转移效果，研究各种方式的相互影响所产生的效果，在此基础上综合评估技术转移的总体成效。综合评估中国高校技术转移成效的工作是件十分复杂困难的工作，需要研究者下更多更艰苦的努力才能完成。

五、结论

“专利实施率”在一定程度上反映了专利实施情况，但高校技术转移不应只体现专利技术转移，还应体现技术秘密及其他专有技术的转移；不仅体现在单纯的项目转移中，还体现在以“产学研合作”模式的多种形式的转移中；不仅要包括成熟工业技术的转移，也要包括小试、中试技术的转移。应当看到，“产学研合作”模式的多种形式，已使中国高校的技术转移工作越来越多地作用在对企业技术创新能力提升和区域经济发展中。

“产学研合作”的复杂性决定了应以多层次的“产学研合作”模式运作为基础，这种“产学研合作”是适合中国技术和经济发展现状的创新模式。“产学研合作”模式实质上是科技与经济的统一，是科技经济一体化在现实中的运用。专利作为知识产权的重要组成部分，是国家自主创新的战略资源，是专利制度成为

知识经济的重要保障；同时，专利实施与技术转移两者相辅相成。在目前中国的国情条件下，单纯以“专利实施率”衡量中国高校专利技术转移水平和成效，是不切实际的，因而是不会符合客观规律的。中国高校正以其有特色的“产学合作”模式、采取多

种形式进行着技术转移，推动着企业技术创新能力的提升，促进着区域乃至国家的经济和技术的发展。基于中国高校技术转移的这种实际来综合评估中国高校技术转移成效，才是正确的思路。

注释

- 1 颜红霞，企业与高等院校的合作创新战略研究，湖北经济学院学报，2009年5月第6卷第5期 P58-59
- 2 教育部科技发展中心，中国高校知识产权报告（2008）P66
- 3 教育部科技发展中心，中国高校知识产权报告（2008）P69
- 4 北京技术市场管理办公室，2007年北京专利技术转移统计报告 P7
- 5 刘月娥等，高等学校专利实施现状的调研与思考，研究与发展管理，2007年2月第19卷第1期 P114
- 6 梁燕等，广东省高校专利工作现状、影响因素及对策研究，研究与发展管理，2002年6月第14卷第3期 P56
- 7 沈国金，高校建立知识产权经营管理机构的必要性，理工高教研究 2006年8月第25卷第4期 P92
- 8 党小梅等，研究型大学的知识产权管理与技术转移，科技成果纵横，2005年第1期 P33
- 9 王会良，大学技术转移研究——基于知识的视角 博士论文 P24-25
- 10 王艳等，基于知识转移视角的产学研合作模式研究，科技进步与对策 第26卷第14期 2009年7月 P5
- 11 朱彦龙，高校专利战略与技术转移联动模式分析，科技与经济 2005年第3期 P64
- 12 教育部科技发展中心，中国高校知识产权报告（2008）P77
- 13 朱彦龙，高校专利战略与技术转移联动模式分析，科技与经济 2005年第3期 P64
- 14 刘彦，我国大学技术转移的发展与问题，中国科技论坛，2007年第3期 P104
- 15 何建坤等，大学技术转移对首都区域经济增长的贡献分析 科学学研究，2007年10月第25卷第5期 P874

吴
汉
东徐
瑄马
治
国陈
传
夫李
正
华李
顺
德李
正
华范
晓
波寿
步刘
春
田张
玉
臣王
兵马
忠
法丁
建
新

中国企业间技术转让的现状与发展趋势



作者简介

马 忠法 复旦大学法学院 副教授

1966年10月出生。

2005年复旦大学国际法学专业（国际贸易中的知识产权法）获国际法学博士学位。

主要研究成果：

先后在《复旦学报》（社科版）、《比较法研究》、《知识产权》、《科技与法律》等核心期刊及一般学术期刊上发表学术论文70余篇；出版专著两部，其中《国际技术转让法律制度理论与实务研究》（法律出版社2007年，约49万字）一书获上海市第九届哲学社会科学优秀成果著作奖；独译一部，合译两部。

主要社会职务：

上海市知识产权研究会理事，上海市知识产权研究所研究员，上海市法学会民法研究会学术秘书

[摘要]

中国企业间技术转让自1978年以来有了一定的发展，但在所有技术合同交易中所占的比重并不大，说明中国企业间相互满足对方技术需求的能力是有限的。中国企业间技术转让的行业分布多限于传统产业；而在高新技术行业的技术转让相对较少，在该行业中国企业引进国外技术投入明显高于从国内企业购买的投入。在区域分布方面，企业间技术转让显示出很大的不平衡，流向东部企业的技术转让合同数和金额大大高于流向中西部地区。在技术转让方式方面，技术许可是主要方式，而且作为技术转让主要形式之一的专利联盟在中国企业间有着一定的发展。随着国家知识产权战略纲要的制定和建设创新型国家目标的提出以及企业作为创新主体地位的肯定，中国企业技术创新能力会不断提高，它们间的技术转让将会在技术合同中的比重逐渐提高；行业分布方面，高新技术转让的数量将不断增加。随着中西部开发战略的进一步落实，技术转让的区域分布会日渐平衡；技术许可仍将是中国企业间技术转让的主要方式，其中通过专利联盟形式转让技术将在中国获得较大发展。

关键词：中国企业 技术转让 现状 发展趋势

中国技术市场经过近20多年的培育和发展，已经搭建了促进科技成果产业化和顺畅流转的平台，以技术交易为主要表现形式的技术转移已具有相当的规模，全国技术合同成交额从1984年的7亿元增长到2008年的2665亿元，在支撑我国产业结构调整、企业技术进步、促进经济增长等方面发挥了重要作用；其中企业间的技术转让从当初几乎是零发展到2008年的532.6亿元，也见证了中国企业技术力量不断提升的过程。然而，我们必须清醒地认识到：对于一个国内生产总值（GDP）已达30万亿元规模的国家而言，国内企业间的技术转让收入还只相当于GDP的0.18%，说明中国企业相互提供满足对方技术需求的能力还是相当有限的。本文试图就中国企业间技术转让的现状及其发展趋势做一分析，以

利于读者了解中国在该方面的概貌，为中国企业也为政府提供一定的借鉴。

一、讨论范围的界定

在中国的实务界和理论界，一篇文章如果首先不对“技术转让”进行界定，往往容易造成理解的不同，进而为讨论带来诸多困难。因为在中国“技术转让”有着广泛含义，它可以指包括涉及到技术流动的一切活动，即它涵盖了企业与企业之间或企业与高校、科研院所之间技术所有权的让与、技术使用权的许可、技术转化、无偿的技术转移、技术扩散、技术开发乃至技术咨询和技术服务等许多类型的技术交易或流转以及商标、版权转让等活动。就本文而言，作者欲先对“中国企业”进行界定，然后再对“技术转让”进行限制，以围绕一个核心主题展开论述。

本文所述的“中国企业”是指在中国大陆注册、具有中华人民共和国国籍的企业，包括由中国公民（港、澳、台人员除外）投资或出资设立的企业及这些企业再投资或出资设立的企业，也包括由外国公民或外国企业和港澳台人员或企业在中国大陆设立经注册批准设立的企业以及由它们与中国大陆企业合资、合作设立的企业。具体而言，“中国企业”含中国大陆内资企业（包括中国的国内公司、合伙企业、个人独资企业）与外商投资企业（含外商独资企业、中外合资经营企业和中外合作经营企业）以及被视为“外商投资企业”的港澳台人员或企业在中国大陆设立的企业。因此，“中国企业间”主要是指上述企业间的技术转让，至于中国企业向外转让技术或外国企业向中国企业转让技术不在本文讨论之列。

本文所述的“技术转让”系指运用最为广泛的、狭义上的“技术转让”和“技术许可”。¹前者是指专利技术所有权或持有权的让与（assignment），而后者常指技术使用权的转移。国内有学者在研究技术转让时，通常也将商标权的转让和许可、著作权的转让和许可等概括在技术转让的范围之中；但本文认为“技术”仅指利用科学技术知识、信息和经验作出的

吴

徐

马

陈

李

李

李

范

寿

刘

张

王

马

丁

涉及产品、工艺、材料及其改进等的技术方案，包括专利、专利申请、技术秘密、技术特征明显的计算机软件、集成电路布图设计、植物新品种等，²，不将商标权、计算机软件以外的著作权等的转让和许可列入讨论范围之列。

因此，本文讨论的“中国企业间技术转让”是指在中国大陆注册、取得中国国籍（港澳台企业除外）的企业之间就有关技术方案或成果进行的有偿的所有权让与或许可权转移的行为，具体说来包括：技术秘密转让，专利实施许可转让，专利权转让，专利申请权转让，计算机软件著作权转让，集成电路布图设计专有权转让，生物、医药新品种权转让，动、植物新品种权转让³等。

二、中国现有的相关法律规定

关于上文界定的技术转让和许可的规范，中国无专门的立法，主要是通过各相关法律对技术转让或许可进行界定。2008年专利法规定：“专利申请权和专利权可以转让...转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效”⁴。显然，这里的专利申请权或专利权的“转让”是指所有权的转让，且以登记为生效条件。专利法还规定“发明和实用新型专利权被授予后，除法律另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品...”⁵或“外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利...”；“任何单位或者个人实施他人专利的，应当与专利权人订立实施许可合同，向专利权人支付专利使用费。被许可人无权允许合同规定以外的任何单位或者个人实施该专利。”⁶以上几条规定主要涉及的是专利技术许可的规定，可以看出，专利技术的许可并不要求以登记为生效条件，这一点不同于前述有关专利权或专利申请权的转让，需引起注意。

中国合同法规定“技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务的合同”，⁷显然技术合同的含义远大于技术转让合同。⁸而“技术转让合同包括专利权转让、专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。技术转让合同应当采用书面形式。”⁹这一规定界定了法律意义上的技术转让合同的种类，本文的技术转让就是采取这一含义；需要注意的是，在中国技术转让合同应当采取书面形式，这一要求在科技部等部门联合发布的有关部门规章如《技术合同认定登记管理办法》中也得到了体现。最高人民法院于

2004年颁布的《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》中规定：“技术转让合同”是指合法拥有技术的权利人，包括其他有权对外转让技术的人，将现有特定的专利、专利申请、技术秘密的相关权利让与他人，或者许可他人实施、使用所订立的合同；但就尚待研究开发的技术成果或者不涉及专利、专利申请或者技术秘密的知识、技术、经验和信息所订立的合同除外。”¹⁰显然，这些规定对“技术转让”采用的是相对扩充的定义，即含所有权和使用权转让两类合同。我国2002年1月1日起实施的《技术进出口管理条例》规定“本条例所称技术进出口，是指从中华人民共和国境内，或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外，通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为”¹¹，即它所提及的技术转移行为包括了专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务转让和其他方式的技术转移。¹²此处用的是“转移”而非“转让”，足见意在立法上将“转移”和“转让”做明确的区分，但就技术贸易的实际操作而言，并无多大意义。此外，科技部等部门还制定了有关的部门规章如《技术合同认定登记管理办法》和《技术合同认定规则》等，主要涉及有关技术合同的登记管理和认定问题，而认定与登记又与有关优惠的税收和政策密切相关。但根据这些规定，技术合同的登记不是强制性的，至多是不登记的技术合同享受不到国家优惠的政策和税收而已。关于税收优惠问题，中国《企业所得税法》规定：企业符合条件的技术转让所得，可以免征、减征企业所得税，¹³此处所称符合条件的技术转让所得免征、减征企业所得税，是指一个纳税年度内，居民企业技术转让所得不超过500万元的部分，免征企业所得税；超过500万元的部分，减半征收企业所得税。¹⁴而所谓的符合条件的技术转让是指：（一）享受优惠的技术转让主体是企业所得税法规定的居民企业；（二）技术转让属于财政部、国家税务总局规定的范围；（三）境内技术转让经省级以上科技部门认定；（四）向境外转让技术经省级以上商务部门认定；（五）国务院税务主管部门规定的其他条件等。¹⁵

在上述法律法规中，中国合同法对“技术转让”作出了较为系统的规定，专门条款共有十四条，¹⁶一般条款八条，¹⁷对合同应当含有的条款及合同双方当事人之间的权利和义务作出了较全面的规定，特别是涉及到专利技术和技术秘密（指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取保密措施的技术信息）时，作出了较为严格的规定，为促进中国企业间的技术转让提供了较好的法律指导。中国法律还通过司法解释来督促相关技术合同规定的实施，

吴
汉
东

徐
瑾

马
治
国

陈
传
夫

李
正
华

李
顺
德

李
正
华

范
晓
波

寿
步

刘
春
田

张
玉
臣

王
兵

马
忠
法

丁
建
新

如《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》共有十六条一般规定和八条专门规定，其中就技术合同的范围作了扩大解释，认为“技术转让合同中关于让与人向受让人提供实施技术的专用设备、原材料或者提供有关的技术咨询、技术服务的约定，属于技术转让合同的组成部分。因此发生的纠纷，按照技术转让合同处理。”“当事人以技术入股方式订立联营合同，但技术入股人不参与联营体的经营管理，并且以保底条款形式约定联营体或者联营对方支付其技术价款或者使用费的，视为技术转让合同。”¹⁸

总之，中国法律对国内技术转让有具体规定，不过是分散在不同的法律法规中，没有集中于一个相对系统的法律文件中，但就内容而言，均有所涉及。而且，中国的法律对技术转让一直持肯定、鼓励和积极支持的态度，这一点是十分明确的。

三、中国企业间技术转让的现状

中国企业间的广泛的技术转让之市场行为严格说来肇始于1978年改革开放以后。随着企业逐渐作为一个独立核算的经营单位及企业主体多元化格局的日渐形成，技术作为企业竞争的重要武器和商品，有偿的技术转让开始逐渐发展起来。改革开放后，最早的中国企业间技术转让应该说主要是发达国家企业或个人在华设立的中外合资、合作企业和外商独资企业之间及它们与中国的其他企业间的技术转让交易。随着国内一些企业研发力量的壮大和创新能力的不断提高，一些本土企业在特定的技术领域开始获得优势，进而将一些技术转让给本土企业，甚或外商投资企业。今天，中国企业间技术转让发生的情况与发达国家相比还有较大差距，与技术合同的其他三种形式（技术开发、技术咨询和技术服

务）相比，其数量（不论是合同项数还是合同金额）除较“技术咨询”合同数量大以外，与技术开发合同和技术服务合同相比，数量都较小。在技术转让发生的领域及流向的区域方面还呈不均衡发展的状态，这些说明中国企业间的技术转让远没有达到经济发展所要求的水平，也没有能很好地与国家开发中西部地区的战略相吻合；在技术转让方面，中国企业还有很大的发展空间。

（一）中国企业间技术转让在数量上的现状

下表是近10年来有关技术合同的数据，其中通过观察技术转让的统计数据我们可以得出一些结论；但由于部分企业（特别是中小企业）在技术转让登记方面未能登记，表中数据是以登记的为基础，只能说是近似地反映出一些问题。

根据中国的现实情况，表1和表2中所列的“技术转让”基本上是指企业间的技术转让，因为高校或科研院所研发出的技术绝大部分是无法直接投入生产和使用的，它们与企业间的技术交易往往多是通过技术转化合同，或技术开发（含委托开发和合作开发）合同来进行的。因此，表1和表2中有关技术转让的数据可以反映出中国企业间技术转让的一般情况。

从上述两个表格中可以看出，在1999-2008年10年间，技术转让合同的项目数和金额在整个技术合同中所占的比重并不大，其中技术转让合同项数所占技术合同总比重在13.73%和5.19%之间波动，且总体上呈下降趋势；技术转让合同金额所占比重在17.42%和26.04%之间不规则波动，2006年以来呈稳定增长趋势。不过，尽管合同项数的比重不大，但合同金额所占当年总额的比重均高于合同项数的

表1：1999-2008年中国合同交易项目统计：单位（个）

项目	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
总数	264496	241008	229702	237093	267997	264638	265010	205845	220868	226343
技术开发	43380	47324	45427	48411	58591	66480	75977	64595	73319	80191
技术转让	36313	27624	25638	22749	25118	23204	27328	11614	11474	11932
	13.73%*	11.46%	11.16%	9.59%	9.37%	8.77%	10.31%	5.64%	5.19%	5.27%
技术咨询	44889	44411	43346	48782	59256	56204	48463	35814	37820	39344
技术服务	139914	121649	115291	117151	125032	118750	113242	93822	98255	94876
企业作为买方的合同数	150212	155999	164044	175093	196605	196050	193796	159470	169289	173591
	57%	65%	71%	74%	73%	74%	73%	77%	77%	77%
企业作为卖方的合同数 ¹⁹								130125	135928	173591
								63%	62%	77%

*13.73%：意指技术转让合同数占当年合同总数的百分比，其他带有“%”的数字与此相同。

表2：1999-2008年中国合同交易金额统计（10，000元）

项目	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
金额	5234544	6507519	7827489	8841713	10846727	13343630	15513694	18181813	22265261	26652300
技术开发	2019721	2405017	3097061	3629959	4260691	5089647	5697377	7170650	8755349	10754600
技术转让	911856	1578757	2038727	2024073	2462116	2947324	3600207	3213269	4203561	5325900
	17.42%*	24.26%	26.04%	22.89%	22.70%	22.09%	23.21%	17.67%	18.88%	19.98%
技术咨询	329693	382002	430805	541279	715256	838179	950318	847216	902429	1016000
技术服务	1973274	2141743	2260896	2646402	3408664	4468480	5265792	6950678	8403923	9555700
企业作为买方的合同	3310761	4573520	5736291	6420039	8007500	10066300	11707800	15248300	19244900	21635100
	63.2%	70.3%	73.3%	72.6%	73.8%	75.4%	75.5%	83.9%	86.4%	81.2%
企业作为卖方的合同								15280341	19244863	23338500
								84%	86%	88%

*17.42%：意指技术转让合同金额占当年合同总金额的百分比，其他带有“%”的数字与此相同。

比重，说明单个技术转让合同的金额高于一般的技术合同。根据计算下来的单项技术转让合同金额来看，其数额均远高于所有技术合同的单项平均金额，1999年——2008年十年间平均技术转让合同的单项金额分别为：25.11万元,57.15万元,79.52万元,88.97万元,98.02万元,127.02万元,131.74万元,276.67万元,366.36万元和446.35万元，在2004年其单项合同金额已超过100万元；而平均每项技术合同成交金额在2007年才达到101万元，2008年上升到118万

元，²⁰还低于2004年技术转让合同平均单项成交金额的127.02万元，约为2008年平均单项技术转让合同金额446.35万元的四分之一。

上述数据也表明，近三年有关技术转让合同的统计数据说明技术的流动性在进一步加快，合同交易金额一年一个台阶（一年净增约100亿元），从321.3亿元增加到420.4亿元再增长达532.6亿元，年均增幅居各技术合同之首位，为28.8%，其中2007年增幅为30.8%，2008年为26.7%。

表3：按卖方类型分的技术合同²¹

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
总数（项目）	264496	241008	229702	237093	267997	264638	265010
科研机构	66699	62468	56753	52060	59989	55247	60169
大中专院校	32705	31202	29553	31257	37974	39289	42100
工业企业	34407	40934	47177	57480	73390	89398	92170
	13%	17%	21%	24%	27%	34%	35%
技术贸易机构	95068	68873	67238	67555	74113	59768	46675
个人及个人合伙	10521	5747	5504	4826	4609	3350	3563
其他	25096	31784	23477	23915	17922	17548	20333
合同金额（万元）	5234544	6507519	7827489	8841713	10846727	13343630	15513694
科研机构	1639014	1663127	1816447	1870829	1913669	1904281	2379653
大中专院校	622819	1105282	864067	726423	1066945	1166153	1225820
工业企业	1091667	1426338	2856100	3585850	5187431	7541196	9189631
	21%	22%	36%	41%	48%	57%	59%
技术贸易机构	993110	1035197	1082778	1387621	1464591	1499467	1431029
个人及个人合伙	115140	204040	130152	74565	76871	81149	89272
	2%	3%	1.6%	0.8%	0.7%	0.6%	0.6%
其他	772794	1073535	1077945	1196425	1137220	1151384	1198290

吴
汉
东

徐
瑾

马
治
国

陈
传
夫

李
正
华

李
顺
德

李
正
华

范
晓
波

寿
步

刘
春
田

张
玉
臣

王
兵

马
忠
法

丁
建
新

表4：按企业买方类型分

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
项目总数	150212	155999	164044	175093	196605	196050	193796
国有企业	69711	65697	55796	52676	44967	42552	39243
集体企业	37207	24269	23935	16276	17632	13750	12266
私营企业	21282	17278	9617	13009	19482	12920	14989
有限责任公司	14015	34845	53524	68589	86186	97073	97837
股份有限公司	6635	10880	18590	21559	25293	25995	24866
港澳台商投资企业	635	1298	885	1068	925	1161	1479
外商投资企业	727	1732	1697	1916	2120	2599	3116
总金额（万元）	3310761	4573520	5736291	6420039	8007481	10066279	11707816
国有企业	1685610	1774988	1778165	1917331	2142338	2207125	2959561
集体企业	477626	402421	288871	234964	291719	402881	281571
私营企业	211064	150238	199055	288799	343844	278208	422585
有限责任公司	629701	1297539	2044323	2398769	3353227	5091883	5445674
股份有限公司	206482	358389	651566	789220	1122593	1302608	1335510
港澳台商投资企业	33320	78702	203242	84351	58263	63952	129289
外商投资企业	66958	511243	571069	706605	695497	719622	1133625

就企业间技术转让合同而言，我们还可以通过表3和表4从另外一个角度得到反映。虽然由于科技部和国家统计局统计该类数据时，2005年之前统计计算的方法与2006年之后有所不同，在比较时缺乏可比性，但我们依然能从一些数据中看出一些规律。

在表3中企业（工业企业）作为技术合同卖方占所有合同项目的比重在1999年所占比重并不大（项目数占13%，金额占21%）²²，但以后逐年增加，2005年合同数达35%，金额已高达59%；按照2006年以后更为科学的统计方法计算（参见表1、表2），2006年、2007年和2008年企业作为卖方的技术合同数和金额分别达63%，62%，77%与84%，86%，88%。这表明企业成为技术创新的主体在国家经济发展中的地位日益明显。尽管由于统计分项上的因素，企业作为卖方技术合同中，技术转让合同占多大比重表中没有给出，但一般而言，企业作为卖方不会将技术卖给高校或科研院所，基本上是卖给其他企业；而且，企业也不会作为卖方向高校提供技术咨询、技术服务和技术开发。因此，我们可以将企业作为卖方的技术合同看作为企业相互间在开

发、转让、咨询和服务方面的交易，其中技术转让合同只是其中的一部分，但我们难以判断企业作为卖方所完成的技术转让数额，只能将有关数据作为一个参照。

表4中反映的是企业作为技术买方而发生的技术合同交易项目数和交易金额，其所占所有技术合同的比重参见表1和表2。从中我们可以看出一个规律是：企业作为买方一直所占的比重较其作为卖方时高，如合同项数占比从57%到77%，金额占比从63%到86%，且总体上呈逐年增长的趋势，2008年金额占比虽略有回落，但仍占81%以上。这说明企业作为技术需方的地位在中国一直是十分明显的。作为买方的企业购买技术的对象可能来自企业，也可能来自高校或科研院所（如委托高校进行技术开发，或要求高校提供技术咨询和技术服务），而且由于统计上分项的原因，表中数据没有将来自企业的技术数据反映出来，故企业相互间的技术转让的具体数字从这个角度也难以得到，故它们也只能作为一个参照。

表5：2006-2008年中国大陆技术合同交易卖方、企业买方分类表

		2006	2007	2008			2006	2007	2008
按卖方类型分									
总数/总金额(万元)	项目数	205845	220868	226343	金额	18181813	22265261	26652300	
机关法人		709	926			404431	194553		
事业法人		68770	78377			2250848	2558772		
#科研机构		44079	43669	44742		1409551	1308320	1473800	
高等院校		18401	26963	29454		649612	1009398	1165500	
医疗、卫生		475	727			6588	16109		
其 它		5815	7018			185097	224945		
社团法人		3125	2925			71082	45066		
企业法人		130125	135928	137169		15280341	19244863	23338500	
自然人		322	678			48325	93975		
其他组织		2794	2034	14978		126787	128032	674500	
按企业买方类型分									
总数/总金额	项目数	159470	169289	173591	金额	15248273	19244863	21635100	
内资企业		148749	155537	159315		11799166	14267430	15116700	
		93.3%	91.9%	91.8%		77.4%	74.1%	69.9%	
个体经营		821	1495			113982	42609		
港澳台商投资企业		5612	1282	1316		1376517	320417	267400	
外商投资企业		1214	6747	7878		73243	3639630	40800	
境外企业		3074	4228	5082		1885365	974778	3803600	

表5说明作为技术买方，2006年、2007年和2008年内资企业购买技术的合同数和金额占企业卖方总数和总金额分别达93.3%、91.9%、91.8%和77.4%、74.1%、69.9%，在诸多企业类型中所占比例最大，说明它们是技术最为主要的需求者。表4中作为买方的技术合同分类，由于将按所有制形式划分企业类型与按企业组织形态划分形式混合在一起，缺乏科学性，有些地方可能重复，但数据表现出来的仍然是：国内企业是技术最主要的需求方，合同数和合同金额总数也是最多。但表4、表5中的数据不能具体说明企业间技术转让合同占多大比重，及相互间转让的技术来源，即是内资企业间相互转让，还是内资企业与外商投资企业、港澳台投资企业间的技术转让，或企业与高校、科研院所之间的技术转让等。

表6意在说明我国大中型工业企业在获取技术方面用于支付国内企业转让的技术费用远比引进国外技术支出的少，1995年不到引进国外技术支付费用的7%，以后购买国内技术费用占进口的比重在缓慢增加，至2006年达27%，2007年为29%，只是相

当于进口技术费用的四分之一强，说明中国企业本身供应本国需求技术的能力需进一步加强，国内企业间由于可供转让的技术量有限，所以中国企业间的技术转让没有中国企业与外国企业间的技术转让来得更为活跃。

表7说明在2006年和2007年间，国内不论是外资企业还是内资企业，均存在从国内其他企业购买技术的情况，只不过内资企业购进技术的比例分别高达86%和89%，内资企业购进技术比例在增加；外商投资企业和港澳台投资企业从国内其他企业购进的技术不到14%和11%，它们购进国内企业的比例在下降。而且，内资企业购进的技术可能有很大一部分来自外商投资或港澳台投资企业，而外商投资企业购进的国内技术也有不少技术是它们之间的相互转让。此外该表还说明，中国企业2006年和2007年购买国内技术的支出分别是引进国外技术的支出的27.2%和28.6%，分别只是引进技术的费用的四分之一强。

这种现象从一个侧面说明中国国内内资大中型企业提供技术的能力有待于进一步提升。

表6：1995-2007年间大中型工业企业技术获取情况²³

单位：亿元

年份	引进国外技术支出	消化吸收经费支出	购买国内技术支出
1995	361	13	26
1996	322	14	26
1997	237	14	15
1998	215	15	18
1999	208	18	14
2000	245	18	26
2001	286	20	36
2002	373	26	43
2003	405	27	54
2004	368	54	70
2005	297	69	83
2006	320	82	87
2007	452	107	130

表7：2006-2007年购买国内技术支出费用的分配情况²⁴

按登记注册类型分		引进国外技术支出	消化吸收经费支出	购买国内技术支出
合计	2007	4524528	1066129	1295854
	2006	3204272	818611	874311
内资企业	2007	2340173	811755	1156906
	2006	1911098	646867	748842
港、澳、台商投资企业	2007	401907	64245	59895
	2006	229339	56706	33262
外商投资企业	2007	1782448	190129	79052
	2006	1063835	115037	92207

（二）中国企业间技术转让行业分布的情况

由于统计数据上的原因，本文主要就2006年与2007年的数据就中国企业间技术转让的行业分配情况作一简要分析。总体上说，国内企业间的技术转让主要限于中国企业传统的技术优势领域。

从表8中我们可以看出，在从国内购进的技术中，属于传统制造业的技术占较大比重，如黑色金属冶炼及压延加工业、化学原料及化学制品制造业、交通运输设备制造业等2006年和2007年所占购进国内企业的技术比重分别为为31%和41%、7%和11%与12%和9%；而高新技术行业的通信设备、计算机及其他电子设备制造业和医药制造业等分别为3.5%和3%、5.3%和4%，这与国内引进通信设备、计算机

及其他电子设备制造业的技术占技术引进支付的总费用比重达21%与26.5%形成鲜明的对比。

国内大中型工业企业获取技术行业分布的情况也一定程度说明中国企业在技术含量高、创新要求高的领域的技术竞争能力有待于进一步挖掘和提升。除了黑色金属矿采选业、饮料制造业、医药制造业、工艺品及其他制造业与燃气生产和供应业等少数行业外，引进技术所花费用远高于从国内企业购进技术的费用，这几个行业中除了医药制造业涉及高科技含量外，其他均属技术含量不高的产业，而医药技术引进费用较低的原因是很多大的跨国医药公司不愿意转让自己的技术所致。所以，从某种意义上说，在其他行业，国内企业的技术需求很大，国内企业如能够创造出更多拥有自主知识产权的技术，

表8：2006-2007年按行业分组的大中型工业企业技术获取情况²⁵ 单位：万元

行业	引进国外技术支出		购买国内技术支出	
	2007	2006 ²⁶	2007	2006 ²⁷
合 计	4524528	3204272	1295854	874311
采矿业	139164	156413	41826	23965
煤炭开采和洗选业	88944	76425	25972	16550
石油和天然气开采业	46401	79703	13336	5873
黑色金属矿采选业	250	250	1510	806
有色金属矿采选业	2008	35	161	189
非金属矿采选业	1561		847	547
制造业	4346386	3024622	1239989	840337
农副食品加工业	63995	15638	6843	7971
食品制造业	52157	10898	6178	10058
饮料制造业	12718	15539	23083	2864
烟草制品业	60558	67128	16852	24984
纺织业	67452	81446	28805	43999
纺织服装、鞋、帽制造业	4666	4093	2560	1388
皮革、毛皮、羽毛(绒)及其制品业	11093	3562	2990	1315
木材加工及木/竹/藤/棕/草制品业	11806	2054	6059	845
家具制造业	3166	1491	100	7776
造纸及纸制品业	214199	66982	4441	9493
印刷业和记录媒介的复制	11365	10397	3218	3164
文教体育用品制造业	1734	2684	910	1026
石油加工、炼焦及核燃料加工业	52880	50570	14378	19032
化学原料及化学制品制造业	408177	189498	144332	59851
医药制造业	30321	32099	56043	46416
化学纤维制造业	16013	19486	3758	3844
橡胶制品业	43919	30112	9526	3718
塑料制品业	29362	61286	2139	1759
非金属矿物制品业	33571	27230	24085	10182
黑色金属冶炼及压延加工业	754564	614098	534545	266502
有色金属冶炼及压延加工业	137005	129565	35672	30401
金属制品业	26189	21670	14667	6721
通用设备制造业	257311	156890	53363	36396
专用设备制造业	56231	50567	23014	62991
交通运输设备制造业	524342	488631	119672	104220
电气机械及器材制造业	193323	149945	55780	35126
通信设备、计算机及其他电子设备制造业	1200662	671753	38711	30278
仪器仪表及文化、办公用机械制造业	64048	46777	4085	3606
工艺品及其他制造业	3558	2533	4182	4413
电力、燃气及水的生产和供应业	38978	23237	14038	10008
电力、热力的生产和供应业	37494	21788	12647	8258
燃气生产和供应业	182	918	305	1123
水的生产和供应业	1302	531	1087	627

无疑会大大促进本国企业间的技术转让活动，避免花高额费用从国外引进技术。

但北京市的有关统计数据表明该市专利技术转移主要集中在电子信息、新能源与高效节能、环境保护和资源综合利用、新材料及其应用技术领域。2001-2006年电子信息专利技术合同成交额占专利成交额的30.78%，新材料及其应用专利技术占18.56%，环境保护和资源综合利用专利技术占13.65%，新能源与高效节能专利技术占13.34%。²⁸ 这些技术都是随着社会经济发展需求越来越多的技

术，也是促进社会可持续发展亟待解决的问题，它们需要高科技人才和企业集聚才能完成。这种现象主要与北京是全国高新技术科技人才和企业相对集中的地方有关，其数据在全国不具有代表性。

（三）中国企业间技术转让的流向

中国由于东西部地区经济发展和技术水平、文化教育水平的不平衡，在技术转让方面也有较为突出的体现，下面有关表格的数据对此有一定的反映。

表9：2006-2007年各地区大中型工业企业技术获取情况²⁹ 单位：万元

地区	引进国外技术支出		购买国内技术支出	
	2007	2006	2007	2006
全 国（港澳台除外）	4524528	3204272	1295854	874311
华北5				
北 京	63811	150328	6570	4865
天 津	545326	351848	46857	17169
河 北	245042	107079	68699	12063
山 西	79525	63403	17669	14534
内蒙古	14832	16138	8440	21873
东北3				
辽 宁	206192	194040	122642	27638
吉 林	48648	39404	4412	3870
黑龙江	64245	39731	15176	7759
华东7				
上 海	611830	406284	224744	152615
江 苏	517358	342820	108985	92222
浙 江	157628	175181	96130	86352
安 徽	149714	79261	48818	27833
福 建	219774	120221	16796	15111
江 西	33575	97155	33276	33157
山 东	339657	233461	107762	128449
华中、华南6				
河 南	46859	116238	51564	24713
湖 北	60190	29910	10233	16921
湖 南	51673	46365	11949	8179
广 东	660264	296694	81690	45582
广 西	8180	19140	3779	3749
海 南	1691	1875	1243	350
西南 4				
重 庆	119764	71348	20169	13107
四 川	76998	43922	109354	41791
贵 州	6179	8310	3266	3061
云 南	50914	65376	26390	22257
西北5				
陕 西	29276	23206	21420	28886
甘 肃	33583	26990	19457	16412
青 海	2450	50	105	59
宁 夏	11148	11629	4842	1171
新 疆	68202	26866	3418	2564

吴
汉
东

徐
瑾

马
治
国

陈
传
夫

李
正
华

李
顺
德

李
正
华

范
晓
波

寿
步

刘
春
田

张
玉
臣

王
兵

马
忠
法

丁
建
新

表9虽然主要涉及的是全国大中型企业从国内外获取技术支付费用的情况，但能在一定程度上能反映出中国企业间近两年的技术转让情况。从该表中可以看出，从国内获取技术支付费用最高的是华东地区，2006年上海、山东、江苏和浙江四省市从国内获取技术支出的费用就占全国的52.6%，加上其他三个省的支出，合占全国的60%以上；2007年华东地区约占该部分全国费用的49%，其中上海是大陆省市从国内购进技术费用支付最多的地方，每年分别约占17.5%和17.3%，2006年山东（14.7%）、江苏（10.5%）、浙江（9.9%）分别占全国第2、3、4位，2007年江苏（8.41%）、山东（8.3%）和浙江（7.4%）分别占全国的4、5、6位，辽宁（9.5%）、四川（8.44%）占2、3位。中西部地区从国内企业处购买技术支付的费用相对较少，2006年和2007年，除四川、云南、陕西、河南等少数省市外，从国内购买技术的费用均低于2亿元人民币，青海省每年分别只有59万元和105万；新疆、宁夏、广西、海南、贵州和吉林等省、自治区每年均在5000万以下。同期，除了海南、贵州和青海三省以外（广西2006年引进技术费用为1亿9千万元，2007年为8100万元），全国其他省市从国外引进技术的费用支付每年都在数亿元人民币以上，其中2006年上海最多，为40多亿人民币，其次是天津和江苏，分别为35亿多和34亿多；2007年广东最多，达66亿元，上海其次为61

亿元多；在中西部地区，2006年河南引进技术费用最多，近12亿元，2007年重庆最多，引进费用支付将近12亿元，而它们同期从国内企业处购进技术支付费用分别只约为2.4亿和2亿元人民币。从某种意义上说，如果国内技术（特别是东部地区）能得到充分发展，则对西部而言，从转让技术的角度而言，远比从国外引进技术成本要低，而且实施起来也较为方便。

表10能较为全面地反映出中国在2000-2007年间技术在地域方面的流向。它表明，从全国技术流向看，60%左右的技术合同金额是流向东部地区，而流向中西部地区的技术合同金额不到全国技术合同金额流向的30%，且流向中西部地区的合同金额占全国技术合同金额的比重总体上呈下降趋势，从30%逐年下降至22.7%，这与国家鼓励开发中西部的要求似乎不符。其中原因很多，主要的可能还是中西部地区的技术水平、经济发展状况等导致新技术不易流向这些地区。上述数据虽然没有直接体现出技术转让的内容，但根据历年技术转让在整个技术合同中所处的位置及所占合同金额的比重可以推定，通过技术转让方式流向这些地区的合同金额也不会太多。

从历史上看，后进地区的经济发展很大程度上依赖于对先进地区经济发展模式的模仿，而后者的技

表10：技术市场技术流向地域

合同数 ³⁰	单位：项							
地 区	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
全 国	241008	229702	237093	267997	264638	265010	205845	220868
东部地区	161446	160832	168209	195057	190139	185882	145297	151755
中部地区	54854	46281	45478	48551	48793	49668	31807	34297
西部地区	23905	20147	21331	21924	23002	26203	24072	28046
合同金额 ³¹	单位：万元							
全 国	6507519	7827489	8841713	10846727	13343630	15513694	18181813	22265261
东部地区	4326995	5283623	5497169	7023630	8593734	9897950	10736317	12431802
	66.5%	67.5%	62.2%	64.8%	64.4%	63.8%	59.0%	55.8%
中部地区	1024928	1189459	1318959	1458703	1835423	1950447	2160880	2551715
	15.7%	15.2%	14.9%	13.4%	13.8%	12.8%	11.9%	11.5%
西部地区	898411	1154901	1290327	1653698	1944565	1912047	2386566	2497525
	13.8%	14.8%	14.6%	15.2%	14.6%	12.3%	13.1%	11.2%
港 澳 台	47241	68354	124048	60685	200281	142287	267900	332406
	0.7%	0.9%	1.4%	0.6%	1.5%	0.9%	1.5%	1.5%
其 它	209944	131152	611210	650011	769627	1610964	2630150	

表11：2007年按合同类别分技术市场技术流向地域

地 区	合 计	技术开发	技术转让	技术咨询	技术服务
合同数 ³²	单位：项				
全 国	220868	73319	11474	37820	98255
东部地区	151755	47592	7484/65.2%	26907	69772
中部地区	34297	10724	2026/17.7%	6026	15521
西部地区	28046	9773	1321/11.5%	4769	12183
合同金额 ³³	单位：万元				
全 国	22265261	8755349	4203561	902429	8403923
东部地区	12431802	4087639	3111671/74%	623708	4608783
中部地区	2551715	875503	313754/7.5%	144861	1217598
西部地区	2497525	867283	294830/7%	122487	1212925

术转让和扩散起到决定性作用。在国际市场上，由于国家作为利益单元的妨碍，技术在国际上进行较为合理、顺畅的转让较为困难；但在一国之中，这种障碍是不存在的，企业与企业之间的技术转让在有关国家政策和法律调整下，应在公平合理的条件下容易发生。国家开发西部战略的实现依赖于该地区的技术进步与振兴，而作为技术流转的重要方式的技术转让无疑将担当起重要使命，就此而言，东部企业与中西部企业之间的技术转让需要进一步加强，中央政府和东部地区的地方政府在这方面的工作可以进一步拓展，如在政策上对将技术转让给中西部企业的企业给予很多优惠和支持，以带动中西部企业的技术发展。

表11的数据表明，2007年技术转让的合同数65%是流向东部地区，29%左右是流向中西部地区，但在合同金额上74%是流向东部地区，而只有14.5%左右是流向中西部地区。这一数字说明流向中西部地区的技术转让合同的平均单个合同金额远小于东部地区，统计数字也说明这一点，如东部地区的单个合同的平均转让金额为4,157,765元人民币，而中部地区和西部地区的平均转让金额分别为1,548,638元人民币和2,231,870元人民币，中西部平均单个合同金额为1,818,297元人民币。此外，2007年平均单个技术转让合同金额3,663,553元人民币，远高于全国单个平均技术合同金额1,008,080元人民币。

总体上说，中国企业间技术转让在地域流向上呈现东部与中西部不平衡的状况。东部企业技术转让较为活跃，华东地区表现特别突出；中西部地区除了重庆、四川、河南等少数省市外，国内企业间技术转让相对较少，与它们从国外引进技术形成鲜明对比。这种现象说明，中国发展中西部战略措施有

待于进一步落实，东西部企业之间的技术转让急需进一步加强。

（四）中国企业间技术转让的其他特征

1、企业间技术转让合同中，专利实施许可占居主导地位，且较快增长。

该特点主要是由专利技术的特点所决定的。由于技术具有可复制性、多用性的特点及复制使用成本的低廉等，专利权人或其他工业产权所有人为了使专利技术得到充分的利用，以获取更多的利益，往往比较愿意采取许可使用的方式转让专利技术。另外，对技术受方来说，他担心的是：技术无形性使其转让并不因为材料等有形载体的转让而彻底脱离了供方的控制，供方可能仍会通过其他方式继续行使相关权益，从而使受方的实际权益得不到确实的保障；另外，所有权转让的费用比许可使用的费用要高许多。因此，在企业间技术转让的实际业务中，除非受方希望通过取得技术所有权来垄断技术及其他原因，³⁴一般都很少采取技术所有权转让的方式。而技术许可是备受青睐的专利技术转移方式，一方面对于专利持有方来说专利实施许可方式比较灵活，可以独家许可也可以多家许可；另一方面对于专利受让方来说，倾向于比较成熟，买来之后可以直接应用的专利技术，这种技术也多采用实施许可方式。如北京的有关统计数据表明，“十五”期间，专利实施许可合同成交额占专利成交额的75.35%既是例证。³⁵

专利技术许可相对于专有技术许可而言，在数量上也是占据绝对优势。这是由于专利技术和专有技术不同特点及其受到不同法律制度保护而导致的。相对而言，专利技术会受到国家专利法等专门法律的强有力保护，而专有技术多通过合同、反不正当

吴
汉
东

徐
瑾

马
治
国

陈
传
夫

李
正
华

李
顺
德

李
正
华

范
晓
波

寿
步

刘
春
田

张
玉
臣

王
兵

马
忠
法

丁
建
新

竞争法等来保护，它很大程度上依赖于合同双方当事人对约定的信守等。因此纯粹的专有技术许可合同不多见，它一般与专利技术许可结合使用；至于专有技术所有权的转让合同则更少。

2、分期支付（根据销售额分期提成）是企业间技术转让合同支付对价的主要形式

技术（专利、专有技术等）转让交易的支付方式通常有总算支付、提成费支付或入门费与提成费结合等三种方式，一般以货币形式支付。在上述三种方式中，中国企业间的技术转让的支付方式以提成费方式支付最多，它能较好体现技术受方和供方间的权利与义务平衡。

提成费支付方式是指技术受方利用引进技术开始生产之后，以经济上的使用或效果（产量、销售额、利润等）作为函数、予以确定，按期连续支付；简言之，它是供受双方同意的供方分享受方一定收入的权利。这种支付方式的特点是：双方在签订技术转让合同时，只规定提成的比例和提成的基础（基数），不固定合同期间技术受方应支付的技术使用费总额，只有当技术受方利用技术供方技术取得实际经济效果时，才根据合同规定计算提成费，在合同期内，按期（年、季度或月）支付给技术供方。当估算技术的潜在商业成功困难，或双方对技术的估价或贴现率达不成一致意见或受方支付不起适当的总费用时，提成是一个经常用的方法。³⁶该方式对于技术受让方来说，有两个好处：一方面是一种保障权利的手段，可以促使技术供方按规定履行合同；另一方面可以减少资金压力。

在诸多的提成方式中，按销售价提成使用的最多。它意指按技术相关产品销售总价额的一定的百分比来提取许可费。其特点是：待许可技术生产出的产品实际售出且受方将物品变成现金（这种现金分为现实的和应收的，在受方从客户处收回全部应收帐款前它还是承担较大风险的，所以以销售额计算时，受方要考虑到应收帐款事宜）后，才开始进行支付；该费用与有无利润无关，只与销售价额有关。在多数合同中，通常其费率在3%-5%之间。有些合同为了保证转让的利益和鼓励受方积极销售，双方当事人约定随着销售额的增加，费率相应递减的内容。销售价总额一般按受方实际产品销售发票为依据。在北京市统计的数据中，2001-2006年分期支付专利技术合同成交额占专利成交额的90.53%。³⁷

3、通过同一行业内的企业间建立的专利联盟方式促使联盟成员相互间许可各自所有的技术已开始逐渐发展

专利联盟作为降低授权成本的一种手段，是通过把相关专利权人的专利放入专利联盟，再由专利联

盟对需要实施专利的使用者进行一站式专利实施许可的方式来实现的。目前，通过成立专利联盟来维护自身权益的方式，已成为当今世界技术竞争的发展趋势。自2002年2月，6C联盟（日立、松下、三菱电机、时代华纳、东芝、JVC六大DVD技术开发商结成联盟）要求“中国DVD企业在2003年3月31日以前与其签订使用许可，否则将提起诉讼”一案发生以后，引起中国企业对专利联盟高度关注。中国企业在行业协会和有关方面的支持鼓励下，有关行业的部分企业开始逐渐考虑建立中国企业的专利联盟，以维护自己的权益。经过努力，中国企业先后建立了几个专利联盟。

中国大陆第一个专利联盟是2006年1月9日于长沙正式成立的空心楼盖专利联盟。该联盟由来自全国的30多家空心楼盖产品生产企业组成，拥有3000余项专利，其建立为各成员之间以最小成本获得彼此间的技术许可洞开了方便之门。2006年10月13日，为保护知识产权，保障行业产品品质，在顺德区科技局（知识产权局）大力倡导和推动下，由美的集团等4家企业共同发起成立了中国家电行业第一个专利联盟——电压力锅专利联盟，该联盟有创始成员4个，加入该联盟的专利达45件，联盟成员生产的有关产品占全国电压力锅市场份额的70%以上。该联盟成立，通过彼此间的技术许可，促成成员携手合作，在维护自己合法利益的同时来共同推动行业的自主创新与技术发展。再后，2007年5月，由TCL、长虹、康佳等10家中国彩电骨干企业合资组建“深圳市中彩联科技有限公司”，它以推动中国电视厂家走上联合创新、共同推进自主的专利联盟建设为己任。

2008年4月，镀金属抛釉陶瓷专利制品产业合作联盟在佛山成立，首批有3个企业加入。2008年5月，中国高清光盘产业联盟³⁸发布了建立CBHD专利联盟的声明，这是一项为了避免重蹈DVD专利费问题覆辙而采取的重要举措。高清光盘的产业链包括了许多不同门类的企业，如整机生产厂商、盘片制造厂商、盘片生产及测试设备制造厂商、关键零部件厂商、内容提供商、内容保护技术提供商、出版社等。通过专利联盟，使CBHD的产业链中的专利通过交叉许可能够得到最多程度的运用。2008年10月10日，在中国林产工业协会、国家知识产权局中国专利保护协会、中国消费者协会和中国技术监督情报协会的支持下，旨在“倡导创新、打击侵权”的中国强化木地板NCD专利联盟峰会在北京召开，并宣布NCD专利联盟，国内50多家强化木地板企业参与了NCD专利联盟的启动仪式。

此外，2002年10月30日在北京成立的TD-SCDMA产业联盟，³⁹虽然没有直接用专利联盟一词，但其

吴
汉
东徐
瑾马
治
国陈
传
夫李
正
华李
顺
德李
正
华范
晓
波寿
步刘
春
田张
玉
臣王
兵马
忠
法丁
建
新

实质上的运作与专利联盟无异。TD联盟秘书长杨骅的一席话证明了这一点。他认为：TD—SCDMA产业联盟做过专门的评估，结果是70%以上的核心专利都在TD—SCDMA产业联盟的这些企业的手中。这说明该联盟不但是提出了标准，它还拥有和开发了支撑该标准的技术核心。2007年1月18日，中国第一个推广使用太阳能热水器的城市——北京市成立了太阳能产业联盟，专利联盟是其发展不可缺少的内容。

上述专利联盟或产业联盟的形成大大改变了中国企业间技术转让的方式，在保护有关技术权利人利益的同时，提高了技术转让的效率，同时对中国行业核心竞争力的形成和提升也创造了条件。

4、技术贸易服务机构对企业间技术转让起到了一定的作用，但较为有限

中国现有的技术贸易服务机构，在有关法律和政策的引导下，在各级政府的鼓励和支持下，对企业间技术转让活动起到了一定的推动作用，但这种作用是十分有限的。我们从技术贸易服务机构形成与发展的过程及它们成立的宗旨可以看出一点端倪。

中国技术贸易服务机构的形成发展走的是一条从“地方”到“中央”的路径。2009年8月13日上午，中国首家全国性技术交易机构——中国技术交易所——揭牌仪式在北京清华科技园成立。此前，已有多家较有影响的地方性技术交易所先后成立，如于1993年12月成立的上海技术交易所（由国家科技部和上海市人民政府共同组建的首家国家级常设技术市场），于1994年科技部批准成立的国家级技术交易所沈阳技术交易所（东北地区一流的科技信息集散地和技术交易中心），2000年10月深圳国际高新技术产权交易所，2001年5月成立的武汉中国光谷技术产权交易所以及在成都、西安、长沙等地成立的技术交易所。除了专门的技术交易所外，全国各地的生产力促进中心、产权交易所等也对技术转让提供一定的服务。此外，有关技术贸易的其他机构全国各地更是多如牛毛，如南京市2008年一年就增加了新登记技术贸易机构达150家，该市累积取得技术贸易登记证的机构已达5338家。⁴⁰

上述贸易机构成立的宗旨，多数是“为促进技术转化起到积极作用”，特别是推动高校、科研院所的技术与企业对接，以将潜在的生产力转化为现实生产力，而对于企业间的技术转让似乎关注不够。企业间技术转让主要还是通过行业协会的帮助或从一般市场中获取信息等来完成。如何让企业的技术也在技术交易所挂牌进行交易，通过技术贸易服务机构来推动企业间技术贸易，是一个值得研究的课题。

四、中国企业间技术转让的发展趋势

在多年研究的过程中，笔者觉得：获取相关准确数据是一件较为艰辛的任务。尽管中国政府为了解各类技术合同签订及执行、技术流向、受让技术所服务的社会经济目标、技术贸易机构等情况，以为制定技术市场政策、指导技术市场发展提供依据，科技部早在1990年就发布《技术市场统计工作规定》和《全国技术市场统计调查方案》，并制定了较为详细的《全国技术市场统计指标分类办法》，对有关数据的搜集和统计加以规范，但可惜的是，我们在查找企业之间的技术转让数据时并没能找到较为准确的数据，只能在各相关的数据中进行推定，而得出如上文的有关中国企业之间技术转让的概况。而且，我国对企业间技术转让合同的登记没有采取强制措施，基本上是由当事人自主决定，为此，这又导致中国很多中小企业之间的技术转让合同可能进入不了国家统计的范围之中。就这一点而言，前文论述的有关情况只能是中国企业间技术转让的大致情况而非准确描述。

因此，笔者认为，有关部门应严格执行科技部的有关规定，在统计数据上多下功夫，搜集和制作出包括中国企业间技术转让在内的各方面的较为准确的技术合同统计数据，并通过较为便利的方式加以公布，以为政府决策、学者研究提供依据，也为企业提供借鉴。针对中国企业间技术转让，笔者建议，为了将来准确研究该方面的情况，有必要采取特定措施通过行业协会鼓励企业间的技术转让合同登记，或为企业间技术转让登记提供便利条件甚至给予必要的无偿帮助，这样才会真正实现中国科技部制定的科技统计的目标。

对于技术进出口贸易，中国已制定并颁布了专门的管理条例，但对于国内技术转让目前还缺乏类似的法律法规，主要是通过前文所述的有关法律法规的具体条文来加以调整。1985年国务院曾出台的《关于技术转让的暂行规定》，内容涉及技术转让和转化，其主要内容实质上是技术转化。技术转化的主要内容后被1996年5月公布的《中华人民共和国促进科技成果转化法》、1992年11月财政部发布的《企业财务通则》及1999年3月30日《国务院办公厅转发科技部等部门关于促进科技成果转化若干规定的通知》等代替。而其中关于技术转让的规定后来主要体现在1999年3月公布的《中华人民共和国合同法》中。不过，根据目前的有关立法和其他规定，调整企业间技术转让合同的法律法规已经在立法上无大障碍，关键在于如何实施这些法律，使企业间的技术转让能够真正的活跃起来。

通过上文分析，我们可以看出中国企业间的技术转让在整个技术贸易合同中所占的比重并不大，就

此而言,与中国目前的经济需求是不相吻合的,但也给企业间技术转让提供了很大的发展空间。中国法律已明确规定:企业是创新的主体;各级政府对企业创新行为也给予了很多扶持政策,目前企业对自身研发的投入在不断加大,其创新能力在稳步发展,国内企业间相互满足对方技术需求的情况在逐渐改变。可以预见,中国企业间的技术转让在未来不长的时期内将会有较大的飞跃。

有关技术转让涉及的客体方面,企业间的技术转让仍将以专利技术转让为主要对象,纯粹的专有技术转让发展空间不会太大。行业方面,以传统领域内的技术转让为主的现状将逐步转变为以高科技行业内的技术转让为主。在中国《国家知识产权战略纲要》和《国家中长期科学和技术发展规划纲要(2006—2020年)》等相关政策的指导下,在《企业所得税法》等法律法规的调整下,中国高新技术企业的创新能力将大大加强,能源、信息、海洋、生物医药等领域的企业间技术转让会日趋频繁和活跃。

在地域范围上,目前看来,企业间技术转让主要还会在东部地区的企业之间发生,但随着国家发展战略对中西部的转移,中西部地区基础设施建设日益改善,人才不断集聚,教育文化水平不断提高,国家研发等方面投入的日渐增多,中西部地区企业自身研发投入的加大,它们的技术吸纳和创新能力与技术水平的不断提高,以及中央和地方政府有关优惠、鼓励、促进政策的颁布等,不久的将来,东部与中西部企业之间的技术转让在较短时间内将会有较大改变;企业间技术转让一旦走上良性循环之路,东西部企业间的技术转让将日渐繁荣。

在企业间技术转让的形式上,企业间仍将以技术许可的方式为主,其中普通许可仍将是最为重要的形式。在某些领域,随着中国企业有关专利技术能力的不断强大,结成像6C集团那样的专利联盟在中国将会出现的越来越多,也将成为行业内企业间技术转让发展的重要趋势。目前在彩电行业、家电行业等已经结成专利联盟及TD-SCDMA和太阳能等领域结成的产业联盟等,对壮大中国的民族企业及

形成中国企业的核心创造力已有很大的示范作用;它们在企业间技术转让领域所形成的模式和效应对推动中国企业间技术转让改变传统模式会带来重大变革,将会大大提高中国企业间技术转让的比率好效率。实际上,专利联盟是联盟企业间相互的技术许可,是技术转让的一种高级形式,它能给联盟企业带来更为丰厚的回报;同时这些专利技术也可以打包对外转让,以获取更高利润。对于技术所有权的转让,笔者认为在中国企业间发生的概率会很小,也不会成为企业间技术转让的主流方式。

关于技术转让费用收取方面,由于技术转让客体的特殊性(如无形性、风险性及价值的潜在性等),企业间技术转让仍将会以销售额的比例提成为主要付费方式。

在中国有关技术交易所或其他形式的技术交易机构的功能方面,还有很多方面的工作要做,尤其是在企业与企业之间技术转让及不同地区的技术转让方面。目前,多数交易机构的职能主要还是以促进科研院所、高校技术转化(即在科研院所、高校与企业之间技术信息的交流和转化方面起到桥梁、纽带作用)为核心,多把企业看作是需求方,企业间的技术转让还没有被放到十分重要的位置。如何通过现有技术贸易服务机构的法律法规进行整合,以建立高效、集中的技术贸易服务机构,并使它们在统一的法规和机制下运作,在全国真正形成一个统一、开放的技术交易市场,让技术交易机构在促进企业间技术转让方面发挥更多的积极作用,是中国今后立法和执法所要重点解决的一个问题。

不过,我们有理由相信,随着中国进一步肯定了企业作为创新主体之地位,政府在法律和政策上给予诸多的支持和优惠以及企业自身对技术研发投入的不断加大,企业自主创新能力的不断提升,中国企业获取具有自主知识产权的技术会越来越多,在有关技术贸易服务机构制度不断完善的前提下,它们之间的技术转让将会有大幅度的提升。华为、大唐电信和中兴公司等获取专利技术数量的不断增加及对国内企业的技术转让或许可已经从一定程度上预示了这种趋势。

注释

- 1 严格说来商业性的技术转化也涉及到技术转让,特别是高校、科研院所的技术,由于它们一般无自己的产业公司或企业,其技术价值的实现多只能通过一般的企业或公司来实现,而这往往涉及到转化过程,要转化,它们首先要将技术(特别是专利技术)转让给企业或公司,这是技术转让不可避免。而对于企业而言,其研发成果本身是要转化为商品的,其转化过程不涉及主体的变化。由于本文的主题是“中国企业间技术转让”,故本文对技术转化不予讨论。
- 2 参见《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第22条。
- 3 参见《全国技术市场统计指标分类办法》。
- 4 《中华人民共和国专利法》(2008年修正)第10条。
- 5 《中华人民共和国专利法》第11条。
- 6 《中华人民共和国专利法》第12条。
- 7 《中华人民共和国合同法》第322条。

- 8 实际上中国国内不少学者在研究技术转让时, 均将前面的四类合同看作是广义意义上的技术转让, 因为它们无一例外地不涉及技术转让或许可, 但本文为研究方便起见, 只将技术转让采取相对广义的解释, 即它包括“技术所有权的转让”和“技术许可”。
- 9 《中华人民共和国合同法》第 342 条。
- 10 参见《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 22 条。
- 11 《中华人民共和国技术进出口管理条例》第 2 条
- 12 《中华人民共和国技术进出口管理条例》第 2 条第 2 款
- 13 参见《中华人民共和国企业所得税法》第 27 条。
- 14 参见《中华人民共和国企业所得税法实施条例》第 90 条。
- 15 《国家税务总局关于技术转让所得减免企业所得税有关问题的通知》第 1 条。
- 16 具体内容参见《中华人民共和国合同法》第 342-355 条。
- 17 具体内容参见《中华人民共和国合同法》第 322-329 条。
- 18 《最高人民法院关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 22 条第 2、3 款。
- 19 2005 年之前统计计算的方法与 2006 年之后有所不同, 它们之间缺乏可比性, 故表 1、表 2 没有给出相关数据; 2005 年之前的相关数据可参见表 3。
- 20 参见科学技术部发展计划司:《科技统计报告》2009 年第 3 期, <http://www.most.gov.cn/kjtj/tjbg/200907/P020090729401511295799.pdf>
- 21 有关 2006 年、2007 年、2008 年企业作为卖方所完成的技术合同交易项目和金额参见表 1、表 2。
- 22 按照企业形式而言, “个人和个人合伙”也应算作企业的一种形式, 由于这类企业技术转让发生的量较小, 且转让的规模、范围和影响均较小, 本文讨论时未将它们之间的转让或它们与其他企业之间的转让列入讨论之列。
- 23 参见《中国科技统计年鉴》(2007), at <http://www.stats.gov.cn/tjsj/qtsj/zgkjtjnj/2007/>。
- 24 “按规模及登记注册类型分组的大中型工业企业技术获取情况”, http://www.stats.gov.cn/tjsj/qtsj/zgkjtjnj/2007/t20090104_402530333.htm。
- 25 在国家统计局网站上, 关于 2005 年之前的《科技年度数据》中无此方面的内容, 故本文暂取 2006-2007 年的数据作为参考, 以便“窥斑见豹”。参见“按行业分组的大中型工业企业技术获取情况”(2007), http://www.stats.gov.cn/tjsj/qtsj/zgkjtjnj/2007/t20090104_402530335.htm
- 26 “2006 年及史主要年份科技主要料”, <http://ics.nccu.edu.tw/images/avatar/2006>
- 27 “2006 年及史主要年份科技主要料”, <http://ics.nccu.edu.tw/images/avatar/2006>
- 28 林耕等:“北京专利技术转移现状、特点及对策”, <http://www.cbtm.gov.cn/list/study.asp>。
- 29 http://www.stats.gov.cn/tjsj/qtsj/zgkjtjnj/2007/t20090104_402530338.htm。
- 30 “大中型企业技术市场技术合同数流向地域”, http://www.stats.gov.cn/tjsj/qtsj/zgkjtjnj/2007/t20090104_402530448.htm。
- 31 “大中型企业技术市场技术合同金额流向地域”, http://www.stats.gov.cn/tjsj/qtsj/zgkjtjnj/2007/t20090104_402530451.htm。
- 32 “按合同类别分技术市场技术合同数流向地域”, http://www.stats.gov.cn/tjsj/qtsj/zgkjtjnj/2007/t20090104_402530455.htm。
- 33 “按合同类别分技术市场技术合同金额流向地域”, http://www.stats.gov.cn/tjsj/qtsj/zgkjtjnj/2007/t20090105_402530520.htm。
- 34 关于“技术所有权转让的情形”参见马忠法著:《国际技术转让法律制度理论与实务研究》, 法律出版社 2007 年版, 第 316-317 页。
- 35 林耕等:“北京专利技术转移现状、特点及对策”, <http://www.cbtm.gov.cn/list/study.asp>。
- 36 See John T. Ramsay, Ramsay on Technology Transfers and Licensing, 2nd edition, 2002, p.235.
- 37 林耕等:“北京专利技术转移现状、特点及对策”, <http://www.cbtm.gov.cn/list/study.asp>。
- 38 2007 年 9 月 7 日 TCL、海尔、步步高、清华同方等多家中国企业为推出 HD-DVD 影碟机而成立了中国高清光盘产业联盟。
- 39 TD-SCDMA 产业联盟的成员企业由最初的 7 家, 发展到目前成员企业 48 家, 覆盖了 TD-SCDMA 产业链从系统、芯片、终端到测试仪表的各个环节。参见 <http://www.tdscdma-alliance.org/aboutus/jianjie.asp>。
- 40 “南京 2008 年科技工作总结”, http://www.most.gov.cn/ztl/qgkjgzh/2009/2009hg08/200902/t20090210_67349.htm。

吴
汉
东徐
瑄马
治
国陈
传
夫李
正
华李
顺
德李
正
华范
晓
波寿
步刘
春
田张
玉
臣王
兵马
忠
法丁
建
新

基于客户需求持续创新 在主流领域积累知识产权——华为公司创新和知识产权战略



作者简介

丁建新 华为技术有限公司知识产权部总监

1995年进入华为技术有限公司，自2005年开始负责知识产权管理工作至今。在他的带领下，华为公司知识产权部在几年时间里，从原来的20几个人发展成为200人左右的国际化知识产权专业团队，形成了拥有欧美分支机构的全局知识产权管理体系。华为公司的专利申请连续多年排名中国第一，2008年PCT国际专利申请则以1737件排名全球第一。

做为从中国本土成长起来的国际知名电信设备供应商，华为公司在海外市场快速扩张的过程中，经历了与欧美跨国巨头多次的知识产权谈判和诉讼，其中最著名的2002年华为vs思科诉讼，以双方达成和解而告终。华为公司之所以能够连续数年以30%以上的增长率在全球电信市场高歌猛进，与华为长期坚持基于客户需求开放创新，在主流领域积累知识产权的研发和创新战略是分不开的，华为公司由此成为中国高科技企业成功的典范。

【摘要】

创新和知识产权在企业的可持续发展和全球化市场开拓中发挥重要的作用。华为一贯尊重他人的知识产权，重视保护自己的知识产权，通过强大的研发投入和持续创新，不断在主流技术领域积累知识产权，通过与竞争对手的交叉许可，为全球市场拓展获得法律保护。华为坚持以客户需求为导向的开放式创新，并将创新融入国际主流技术标准之中，以向客户提供质量好、服务好、成本低的产品与解决方案为己任，因而取得了巨大的商业成功。

1978年以来，中国开始了波澜壮阔的改革开放。中国经济发展的轨迹从那一刻起在历史的长河中被改写。时至今日，三十多载春秋已然流过。透过这三十年似乎可以读出经济脉络的一角，那就是知识在经济发展中的重量愈发引人注目，知识经济的悄然来临，已经成为一个不可回避的世界性话题。

2007年，中国提出了建设创新型国家的目标，2008年，中国国务院颁布了国家知识产权战略纲要。这深刻表明了知识产权在建设创新型国家中的重要地位和作用。在中国，企业已经逐步成为创新的主体，在技术创新和知识产权领域充当越来越重要的角色，发挥越来越重要的作用。

在主流领域积累知识产权

世界知识产权组织（WIPO）统计表明，2008年华为公司的PCT申请量位居全球第一。这是中国企业首次排在PCT申请量的榜首。华为长期坚持把不少于销售收入的10%投入研发，并坚持将研发投入的10%用于预研，对新技术、新领域进行持续不断的研究和跟踪。华为连续6年蝉联中国发明专利申请数量第一，连续3年中国企业专利申请数量第一。截止2009年6月，华为公司累计申请国内外专利近40000件，PCT申请 6667件，在全球各国获得授权专利12000多件。其中90%以上属于发明专利，部分专利已经成为国际标准或者国内标准，成为业界所惯称的“基本专利(essential patent)”。

技术标准的制定和产业化实施是现代工业技术进步的典型过程，特别是在电信领域，由于全球网络互联互通的要求，只有积极地参与技术标准制定，推出符合标准的产品，才有可能赢得更为广泛的客户，获得更多的产业链支持，从而赢得更大的商业利益。在这个过程中，标准和专利的结合运用已经成为越来越为人熟知的商业策略，但要真正落实到行动中并有所收效，就需要企业高瞻远瞩的战略性研发投入和对创新过程进行行之有效的管理。

华为于2001年1月成为ITU部门成员开始，迄今为止已加入了91个国际标准组织，如ITU、3GPP、3GPP2、ETSI、IETF、OMA、IEEE等，并在这些标准组织中担任一百多个职位。在2008年，华为向各个标准组织一共提交了标准技术文稿4100多篇；这其中包括光纤传输、宽带接入、Internet提交的1300多篇提案，以及在无线通信与业务应用领域提出的2800多项提案。

华为深刻的认识到，知识产权制度从来都不是仅仅限于保护的，它最终的目的在于鼓励技术的共享、借鉴和推广使用。尊重知识产权并不是说面对专利望而却步，而是要勇于积极拿来，引进消化，为我所用。更何况由于工业标准化所带来的大量可共享产业资源，使得任何一家公司都不可能只依靠自己而完全不使用他人的专利技术来完成产品的开发。通过与产业链上的友商甚至竞争对手达成专利的交叉许可，在获得法律保护的前提下共享使用其他企业的智慧与技术资源，已经成为快速进入市场并取得商业成功的捷径。

华为站在业界巨人的肩膀上，广泛地吸收利用行业领先者贡献的智慧与经验，在产品的功能、特性上进行改进和集成能力的提升，在工程设计、工程实现等多方面实现了技术创新，而这些创新又进一步转化为华为自己拥有的专利，然后再把这些专利技术拿到标准组织中与客户、竞争对手讨论，再改进再优化，周而复始。这种创新过程是漫长而艰难的，有些看似普通的应用型技术创新也动辄花去了数年的时间，但其中蕴含的巨大商业价值却给了华

吴汉东

徐瑾

马治国

陈传夫

李正华

李顺德

李正华

范晓波

寿步

刘春田

张玉臣

王兵

马忠法

丁建新

为无尽的动力。华为知识产权工作的战略目标之一就是通过各种开放式创新过程，用三到五年的时间，让手中持有的主流技术领域的基础知识产权积累到行业领导者的水平，从而在全球范围内更加有效地支撑迅猛增长的产品销售与服务。

基于客户需求的持续创新

客户需要的是质量好、服务好、成本低的产品和解决方案，企业的创新应当以满足客户需求为导向，即通过推出“质量好、服务好、成本低”的产品和解决方案来获得企业的生存前提。一味地像崇拜宗教一样崇拜技术，往往使很多公司走入困境。

超前于客户需求的领先技术，当然也是人类的智力瑰宝，但通常要以牺牲自己来完成。21世纪初IT泡沫的破灭使世界瞬间损失了二十万亿美元财富，从统计分析可以得出，绝大多数倒下的公司并不是因为技术落后而死掉的，反而是技术太先进却没有获得到市场需求，以至产品卖不出去却耗尽了人力、财力后死掉的。许多过于追求在技术上领导潮流的公司，虽然常常充当领跑者的角色，却往往不是万米赛跑的最后赢家，他们为推广新技术付出了巨大的代价。

盲目地在技术上创新，希望以此引导产业新潮流很可能使企业自身陷入困境。华为公司早期也曾是一家非常虔诚地崇拜技术的公司，有着许多盲目创新的故事，在付出一定的代价之后，华为及时调整到以客户需求为中心，学会在产品开发之前认真倾听客户的需求，按照客户的要求而不是自己的技术理想去设计产品，经过不断的调整和努力，华为终于在中国赢得了客户的信任，承建了世界上最大的NGN网——中国移动的T网等项目。华为今天这个产品系列在全球市场的占有率为32%，处在第一位。2008年，华为移动软交换累计出货量超过12亿线，引领全球All IP网络转型；建设全球最大的基于IMS的VOBB网络——德电匈牙利国家网络；HLR新增市场份额第一，为巴基斯坦Telenor建设全球最大ngHLR商用局；移动分组核心网新增市场份额第一；为中国移动建设全球最大的信令网，网络用户容量超4亿。

目前，华为公司已经确立了以客户需求为导向的企业基本经营战略，在选择技术和标准方向时，尽可能跟着业界共识的主流方向前进。因为主流方向乃是整合了成千上万个资源、要素，不仅内容多，而且成本低。通过对客户需求分析，提出解决方案，以这些解决方案引导开发出高质量、低成本的产品。为此，华为一再强调客户需求就是产品的发展路标，新的技术手段只是实现客户需求的手段。华为认为新技术一定是能促进质量好、服务好、成

本低，如果不是这样，就没有商业价值。

蒸气机并不是瓦特首先发明的，瓦特只是改良了蒸气机，使之不再笨重耗煤，进而获得了真正的广泛应用。历史积留的工业文明成果正是今日创新的基础，创新要善于站在巨人的肩膀上。技术是没有国界的，只有大规模的吸收前人的技术成果，才能避免不必要的重复和浪费，创新才会更有价值，更容易得到市场的接受。

在通信领域，与西方公司相比，中国企业普遍起步较晚，当华为进入电信行业时，国外的公司已经在这个领域里持续地成长了数十年，积累了大量的智力成果，作为这个行业的后来者，如果盲目创新，闭门造车，试图绕开这些既有的智力成果，自己另搞一套，不仅研发成本高，难度大，而且即使搞出来也很难得到客户的认可。在华为公司的创新观念中，首先就是肯定和承认他人的优秀智力成果，承认与西方公司的差距，并勇于继承、善于继承，在继承他人优秀成果基础上开展持续的创新。通过学习和继承业界领先的技术，华为公司利用最小的研发成本、最快的时间就推出了业界领先的产品，满足了客户的需求。

工业化发展的进程就是标准化不断发展深入的进程，标准化的技术由于成本的不断降低，具有更强的市场竞争优势。通信行业是国际化程度比较高的行业，主流标准占据了90%以上市场份额。华为公司确立的创新方向就是要跟随和融入主流技术标准，这一策略使华为取得了巨大的商业成功。

WCDMA是第三代移动通信的主流技术标准，占全球移动通信市场份额近80%。华为10年前就将这个标准作为主要投资重点。凭借每年超过10亿美元的持续研发投入，华为在WCDMA标准领域，累计获得了上百件基本专利。根据欧洲电信标准组织（ETSI）上声明的基本专利统计，华为目前在WCDMA领域拥有的基本专利已占全球WCDMA技术全部基本专利的9%；而在获得整个电信行业全面支持的第四代技术LTE领域华为更是拥有10%以上的基本专利，位居行业前列。

经过长期而艰辛的努力，伴随全球3G市场的全面启动，华为正在迎来一个收获高潮，华为无线高端市场不断传来喜讯，成功实现了对北美、日本、欧洲三大发达地区3G设备市场的全面突破。在WCDMA的发源地——欧洲，全球最大的移动运营商沃达丰集团选择华为承建其在西班牙的WCDMA/HSDPA商用网络，该网络是沃达丰集团旗下最优质、最重要的子网之一；在全球WCDMA商用最成熟，用户最集中的地区——日本，华为携手创新型移动运营商eMobile，部署了日本第一个

HSDPA无线接入网络。华为正是依靠围绕WCDMA标准的巨大研发投入，凭借对客户需求的深入理解和迅速满足，而成为全球第二大WCDMA供货商。

在整个移动通讯领域，华为的GSM产品累计发货量300万载频，2008年新增发货150万载频，位居全球第二位；WCDMA产品也广泛地服务于发达国家市场，参与了欧洲20多张WCDMA/HSPA网络的建设，更于2009年初在瑞典赢得全球首个LTE/SAE商用合同，紧接着又中标承建北美第一个面向LTE演进的WCDMA/HSPA网络，并针对各个区域市场推出了各种制式向LTE平滑演进的解决方案。

结束语

华为尊重知识产权，同时十分重视并遵守国际知识产权规则，依靠强大的研发投入，持续积累核心领域的知识产权，并与行业内友商、竞争对手达成共享专利技术的知识产权交叉许可协议，营造出和谐的商业环境，从而使自身获得了更大的市场和更快的成长。

凭借基于客户需求的开放创新，持之以恒的不懈努力成就客户价值，华为公司赢得了全球客户的不断认可。2008年，华为合同销售额达到233亿美元，同比增长46%，预计09年华为合同销售额将达到300亿美元，保持30%左右的增速。华为之所以能取得金融危机下的持续增长，离不开对客户需求的关注和IPR能力的持续积累。

吴
汉
东徐
瑄马
治
国陈
传
夫李
正
华李
顺
德李
正
华范
晓
波寿
步刘
春
田张
玉
臣王
兵马
忠
法丁
建
新

中国の知的財産権制度と運用および技術移転の現状

2010年1月15日発行

編 集 独立行政法人 科学技術振興機構
中国総合研究センター
〒102-0084
東京都千代田区二番町3 麹町スクエアビル2階
Tel. 03-5214-7556 Fax. 03-5214-7385
URL : <http://www.spc.jst.go.jp>

編集責任者 米山 春子
中国総合研究センター フェロー

I S B N 9 7 8 - 4 - 8 8 8 9 0 - 2 9 6 - 0

2010 Printed in Japan

