

# 中美贸易战之际，澄清与知识产权有关的几点知识



王烈琦 重庆理工大学知识产权学院讲师

[http://www.guancha.cn/WangLieQi/2018\\_04\\_10\\_453200\\_s.shtml](http://www.guancha.cn/WangLieQi/2018_04_10_453200_s.shtml)

2018-04-10 10:12:32 来源：万里云扬

在汉语世界里，“知识产权”无疑是一个自带光环的高大上好词，于是，当推特文高手特朗普在向中国宣战（还好只是贸易战）时，指责中国盗用了美国知识产权、对美国知识产权保护不力，某些国内知识分子似乎自觉理短了三分；更有甚至，有类似赵括嗜好的研究者，对于这一场将要发生的贸易大战自作聪明地进行兵棋推演，认为美方一个杀手锏乃是不再将某些领域专利技术许可给中国。

读到此，俺倒吸一口气，合着某些言必保护知识产权的公共知识分子，当真不懂得知识产权咋回事。不过，不懂得知识产权也不必过于自卑，这个词实在太过于高大上，俺学习法律十多年，没有真正开始研究知识产权之前，对这劳什子也是一知半解、望文生义，因此对知识产权有着一些想当然的误解。本文特地对于几个可能的常见误解进行澄清。



知识产权资料图（图/视觉中国）

## 一、拥有知识产权才意味着拥有高科技么？

对于这个问题的答案，可能有些毁三观。坦率地说，其实知识产权和高科技并不必然重合，再说白点，其实没啥必然联系。当然，这里的知识产权仅指狭义的、传统的知识产权，也就是通常说的专利权、商标权、著作权这三大权利，这里面商标权和绝大多数著作权其实和科技关系不大，下文略过不提，将主要只讨论专利。

有些高科技产品肯定有知识产权保护，例如平常咱们用的一个小小的手机，这里面的专利经常数以千计。但是，并非所有的高科技都需要或者都能够用知识产权保护，例如氢弹，科技

含量够高吧？有谁听说过有氢弹的专利？又例如中国的两弹一星、美国的F22，等等，这里面基本没专利啥事。为何？原因很简单，专利是要把相关技术方案公开的，从而换取国家对其在有限期间内进行保护（记住，专利是有保护期限的），禁止他人模仿山寨该技术方案。

有些技术，是必须公开的，你不公开别人也能通过市场上买到的产品反向破解，例如某些机械装置，这种情况下，技术持有人通常是要申请专利的，申请了专利就意味着别人不论通过什么途径掌握了这项技术（哪怕是自己独立研发的），在法律上也不能再用这项技术了；而有些技术，你不公开别人破解不了，或者你公开申请专利了，竞争对手太流氓，法律根本治不了他，这种情况下，就不必申请专利了。例如著名的可口可乐配方，就一直没有也不需要申请专利，还有一些著名的配方也是如此。



可口可乐（图/视觉中国）

另外，技术一旦申请专利，某种程度上就是公开的了、无太多秘密可言了。有论者把申请专利概括为：“公开换保护”，这是非常形象的。问题是现在全球化的背景下，技术一旦公开，就意味着在全球公开；但能换取的保护，只能是在申请专利国的保护。我们试想一下，如果美国人就某些中子弹技术申请了专利，朝鲜是否会乐得开怀？因此，为了不主动泄密，某些最高层最顶级的技术，往往是不申请专利的。

因此，高科技并不必然与知识产权重合。与此同时，有些专利也没有太大技术含量。例如我国专利分为发明、实用新型、外观设计三种。外观设计很难说和科技有多大关系。在美国，甚至商业方法也能申请专利。因此，大量知识产权其实并无多少科技含量可言。

## 二、中国是否有义务保护所有的美国知识产权？

大概因为“知识产权”是一个好词，一提到知识产权大家就认为应该保护，一提到山寨仿冒就自然会鄙夷。然而，其实对于美国人没有在中国申请并获得的知识产权，中国人没有任何保护的义务。这就是知识产权与其他财产一个重大的不同：地域性。你的一件衣服，不论你从中国带到美国还是日本，所有权肯定还是你的；你在中国欠了人钱，去了美国这钱你还得还。然而，专利这东西只在申请并授予的国家才是受法律保护的。

也就是说，中国公司研发了一项技术，只在中国申请并获得了专利，在中国这个地区内，其他公司未经该公司许可，法律上肯定是不能再用这项技术甚至销售国外用这项技术生产的产

品了；然而如果有其他公司在美国或日本运用这项技术，只要其产品不销往中国，其实中国公司在法律上拿他没有任何办法。同样道理，美国的公司如果在美国申请获得了专利，如果没有在中国申请，那么中国公司如果运用该技术仿制了相关产品，在法律上没有任何问题，因为专利只能在申请及授予国受到保护。

所以，需注意，一项技术如果在美国获得了专利授权，在中国没有申请或者没有成功获得专利，则中国在中国境内没有保护该技术、禁止他人实施该技术的义务。并且，中国企业实施了该技术，并只在中国境内销售相关产品，法律上同样没有任何问题；但相关产品如果销售到了美国，在美国则可能被诉专利侵权。



资料图来源：视觉中国

现在世界上国家很多，200 来个，理论上在你没有申请并获得专利的国家，法律上你的技术都不受专利保护，但是估计在 200 多个国家都申请并维持专利，成本又太高。因此，现在国际上有一种专利国际申请的制度，帮助企业同时多国申请专利。但需注意，即便有这种方便的制度，现实中也很少有企业在全世界有专利法的国家同时都申请专利的，因为申请和维系专利都需要一大笔成本。

一般而言，企业选择申请的国家都是其产品可能销售到的国家，因为这样专利保护才有意义。如果哪家美国公司，开发出某项需要专利来保护的技术，产品以中国为目标市场，又不到中国申请专利，那么其纯属犯傻。对于这种无视中国的美国公司，中国人可以堂堂正正在本国运用其技术，没问题，只要产品别销往其已经获得专利的国度。

因此，其实中国政府和中国企业某没有义务去保护某些美国的专利，除非该技术已在中国获得专利。当然，对等地，美国其实也没有义务保护中国企业未在美国申请并获得的专利的技术。

### 三、专利侵权就意味着缺乏法律意识么？

前文已经谈到，是否拥有专利，其实和一个企业能否实施某项技术没有太大关联，有的企业以商业秘密的方式持有技术，没有专利同样进行生产销售，申请专利只是意味着别人不论通过什么途径掌握了这项技术（哪怕是自己独立研发的），在法律上也不能再用。

这里面其实隐含了一个问题，如果别人以同样的技术（可能是自己独立研发，也可能是其他来源）申请了专利，那么你还能用这项技术么？按照我国的专利法，只要你能证明他人申请



之前你已经有了这个技术，那么，在原范围内你接着用，没问题。但是，如果是他人先申请了专利，即便你的技术是独立研发的，未经专利权人许可，你也不能再用这项技术了。专利的最初意思其实就是垄断，只让一个人在一定期限内用某一项技术，其他人一概不许用，哪怕你真正是独立研发出来的。专利的游戏规则就是赢者通吃，其他人独立研发也没用了。

这种背景下，有时先把技术申请专利比把技术弄得彻底成熟更为重要，因为如果你把技术弄得更成熟之前别人把专利先申请了，意味着你白忙活了。所以，你能不能用某项技术，核心问题不是你是否拥有某项技术的专利，而是该技术不能侵犯他人的专利。

现代企业进行研发前通常要进行专利检索，尽量在自己技术发展道路上绕开他人的专利；也要进行必要的专利布局，在自己的技术发展道路上抢先申请一些专利防止他人抢注，甚至在竞争对手可能的发展路上抢先申请专利。专利游戏其实就是“走自己的路，让别人无路可走”，甚至是“俺不走的路，偏偏也不让你走”。于是专利抢注成为一种风气，这导致现代社会专利密密麻麻犹如丛林，有些行业，想绕过别人已有专利谈何容易？一个电子产品里数以千计的技术，保不齐就会和别人的专利冲突；有的领域，生产产品想做到专利不侵权根本不可能，唯一能够避免专利侵权的方法就是不生产。



资料图来源：视觉中国

因此，很多现代高科技大公司之间，通常有着互不对对方专利侵权起诉的谅解备忘录或者互相进行交叉许可。因为大家都要生产，保不齐什么时候就侵了对方的专利权。而某些不生产只持有专利的企业，像高通，就牛了，因为他不生产，所以自己不会侵犯别人的专利权，所以可以坐地起价把专利许可费要得很高；而几年前，某手机业巨头出售了其实体生产业务，江湖传言其专利费立马涨了十倍，因为其本身再也不会侵犯其他公司的专利权了，因此可以坐地起价。

总之，现代高科技生产型企业，在专利丛林面前，真正能做到完全不侵犯他人专利权的少之又少，专利侵权还真和法律意识没太大关系。

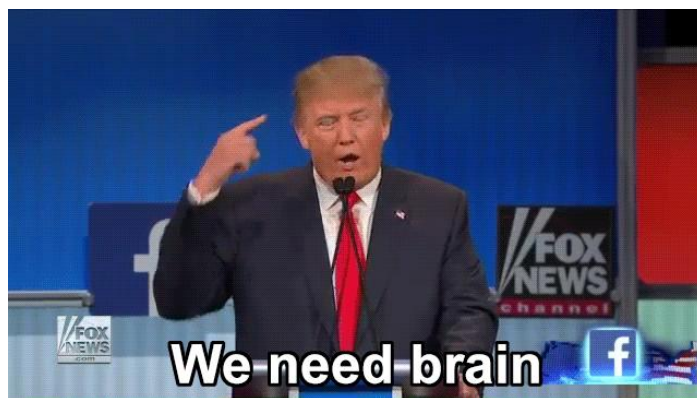
#### 四、美国的专利审查标准严于中国么？

很多人有个误解，以为西方人对技术要求严格，所以美国的专利审查标准必然严于中国；然而恰恰相反，美国的专利审查授予标准其实是很低的。这不是什么科技道德或者伦理问题，而是和一个国家的产业结构以及在国际贸易中的地位有关。

那么为何美国的产业结构和其在国际贸易中的地位，会导致其专利授予标准相对较低呢？原因很简单，从产业结构上，美国制造业比较空心化；从在国际贸易中的地位来看，美国更多是商品进口国。美国是商品进口国，意味着往美国销售的商品都需要做到不侵犯其他人在美国获得的专利权，因为在美国销售侵犯美国专利权的商品肯定是构成专利侵权的；美国制造业空心化，意味着美国企业总体上不太需要去生产。

这两者加在一起就导致一个后果：美国专利授予标准很低，专利蟑螂遍地。因为销往美国的外国商品，必须做到不侵犯美国授予的专利权，这种情况使得美国人有动力去获得更多专利，从而迫使舶来的进口商品缴纳专利许可费用；而美国企业尤其是专利权人往往自己不生产，这就使得大量低水平专利其实对美国没啥坏处。那么，这些低水平专利会使谁的利益受损呢？当然是那些进入美国商品的外国制造商，因为他们哪怕是自己独立研发的技术，到了美国还得给美国人缴纳一笔专利许可费。

这种情况滋生了美国“专利蟑螂”（patent troll）（一种不从事实体生产，专门收购各种专利再以诉讼危险讹取专利费的公司）的泛滥。专利蟑螂遍地，其实加剧了美国制造业的空心化，因为你美国人自己要生产商品，也躲不过这些专利蟑螂的讹诈。现在看来，特朗普虽然重振制造业的口号喊得山响，但他未必有重振制造业的诚意，因为这一年来他的知识产权政策似乎没有太多调整；而当年奥巴马在高喊重振制造业的同时，毕竟还同时大力打击专利蟑螂，消除制造业的实际障碍。现在的美国，多半会美国制造一出，专利蟑螂蜂拥而至。



## 五、在贸易战中，美国能真正运用专利技术优势么？

前些天看某些文章分析中美贸易战，分析美国人一大杀手锏是美国不再允许其企业授权中国使用某些技术。这一点真把我逗乐了。

前文已经谈到，专利申请授权其实就是一个“公开换保护”的过程。一项技术，一旦授予专利，必定是公开了的。都公开了意味着中国企业早就在事实上有可能掌握了该技术，只是法律上不能用而已。事关国运的贸易战中，中国企业不获得你美国企业授权，就不能运用自己已经掌握了的技术了？荒唐！

且不说都大打贸易战了，双方的法律保护还会不会继续（挑起贸易战其实美国本身就有违法嫌疑），就算那是专利法还在发挥作用，咱们的专利法中还有一种制度叫**强制许可**，也就是在某种情况下，中国是可以在中国境内将美国人在中国申请的专利强制许可给中国企业的。目前由于一些特殊原因，中国还没咋用过这制度，但咱们的邻居印度在这方面豪不含糊，经常强制许可欧美的药品专利给印度人自己生产，这也是为何印度药价能比中国便宜很多的真实原因。

当然，理论上专利是“公开换保护”，18世纪的英国甚至要求技术的公开程度一定要到同行业其他熟练工能够仿制，才能获得专利，但现实中，一般滑头点的企业都会在专利申请中尽量少公开、多获取保护，一些娴熟专业的专利申请代理人在撰写专利申请时也确实能往这个方向靠近。而且有些专利是和技术秘密配合使用的。所以，看到人家公开的专利，你也未必能仿制到同样水平。但看到别人公开的专利后，至少你的后续研发成本低了很多，在巨人肩膀上总是能站得更高。所以美国是否禁止其企业对中国专利授权，还真不是一个太大问题。

不过话说回来，我们还是需要正视中美之间在某些领域的技术差距的。但这些技术差距，恰恰是专利中没有体现出来的那部分，就是“know-how”（技术秘诀）。这种技术美国人不公开，中国人无从得知，必须自己研发；但因为没有专利权拦路，中国人自己研发也没有法律障碍。恰恰是这种领域，其实中国科技进步很快，如歼 20 的出现。另外一种，就是公开了技术方案你也做不到的，如某项产品的制造需要超级优秀的工人或者极为精密的机床等生产设备。

这些方面，恰恰是中国需要认真对待的。