

“中国知识产权问题”，并不是问题



晨枫 自由撰稿人

http://www.guancha.cn/ChenFeng3/2018_05_31_458482_s.shtml

2018-05-30 14:00:00 来源：观察者网

【文/观察者网专栏作者 晨枫】

在最新一轮中美交锋中，知识产权保护成为仅次于贸易顺差的核心话题。中国已经在采取措施，切实加强知识产权保护，但坊间存在很多对知识产权的误解，把知识产权保护看作仅仅是专利的问题。实际上，专利保护或许并不是当前美中知识产权纠纷的最大问题。



知识产权的范围

知识产权包括专利、版权、商标和技术秘密 (technical know-how)。各有很不同的范围、意义和保护方法，不能一锅煮。

在很多年里，版权和商标保护是美中关于知识产权冲突的重点。商标保护不用多说了，人们已经熟悉。不仅不能盗用，也不应该使用容易引起误解的商标。比如说，上岛咖啡是注册商标，上鸟咖啡并不重复，但上岛咖啡要是起诉盗用商标，并非没有理由，尽管这里已经有灰色空间，最后判决是否侵权已经还要考虑很多因素。



容易造成误解的相似商标是否侵权？这不能一概而论

3、独特性

4、具体性

5、清晰性

跳大神的“技术”是不能申请专利的，因为不具有有用性。扬州炒饭也是不能申请专利的，因为这是现有技术。有人为糯米鸡申请了专利，你马上去为糯米鸭、糯米鸽申请专利也不行，因为不够独特。独特性的另一个解读是可申请专利的技术不能通过对已有技术简单推广而得到。“采用先进有效方法达到了xxx”也是不能申请专利的，必须详细说明到底是什么方法，而先进、有效这类泛泛的说法反而是应该避免的。“使用最优化方法提高了生产过程的效率”也不行，这把天下所有最优化方法和生产效率都一网打尽，必须说明具体用的是哪一种最优化方法，提高的是什么生产过程在什么定义下的效率。

另外，数学、理论科学是不能申请专利的，因为实用性不足。计算机程序比较纠结。编程方法和概念是不能申请专利的，但编出来的程序作为产品技术又可以申请专利，这就三言两语说不清楚了。

不仅已经有人申请专利的技术不能再申请专利（不管是该专利的原拥有人还是别人），所有已经存在于“公共知识”（public domain）中的技术也是不能申请专利的。因此，学术会议或者期刊上已经公开的技术是不能再申请专利的。

在某种意义上，专利的保护实际上是从申请期间开始的，而不是从批准开始。在理论上，专利申请期间的保护还没有开始，但专利一旦批准，拥有者是可以追溯到申请期的。当然，如果没有批准，那侵权就不存在而成为白捡了。

专利不仅有期限（一般是18年），还需要在特定国家申请。换句话说，如果没有在中国申请专利，美国专利在中国是不受保护的。专利的申请和维持都需要不菲的费用，所以发明人不会在所有国家申请专利。各国对是否符合专利认证规定也有不同解读，所以在各国都申请了也未必都得到批准。因此，会有某种产品只能在A国销售，而不能在B国销售，因为只在B国涉及专利侵权问题。

莱特兄弟的专利教训

专利的应用界限的清晰性是一个大问题。申请人都希望专利的保护范围越大，但描述越模糊越好。但从专利法的立意而言，范围越小、越清晰越好。历史上是有过教训的。莱特兄弟发明的不是动力飞行本身，而是横滚控制的方法，这是早期飞机得以实现安全可控飞行的关键。



莱特兄弟发明的飞机

莱特兄弟的方法是用卷帘一样的机制卷起具有弹性的木结构机翼翼尖，改变两侧机翼的相对升力，实现横滚控制。但在专利申请时，指明的是用两侧机翼的不对称升力实现横滚控制。这是用中间结果代替了具体实施手段，过于宽泛了，反过来把所有可能导致这样的中间结果的技术一网打尽了。这是发明人在要求不当保护，但在专利批准中很难界定。不当保护会造成“打击面过大”的副作用，会抑制了合理的创造发明。莱特兄弟的专利正是起到了这个作用。

莱特方法的缺陷是显然的，过度依赖机翼的结构弹性。使用不便，容易损坏，而且难以推广到大型飞机上使用。格兰·寇蒂斯是另一个航空先驱。他发明了襟翼，用机翼后缘可偏转的气动控制面改变两侧机翼的升力，更有效地实现了横滚控制，马上得到广泛应用。100多年后，这依然是飞机横滚控制的基本手段。但这与莱特兄弟的专利冲突了。



襟翼被广泛应用在各种有翼飞行器上

现在看来，莱特兄弟的专利过于宽泛，不应授予，至少应该在重新措辞后才能予以批准，但在当时可是造成了确确实实的问题。这是航空的先驱时代，没有行业巨头，入门门槛很低，各种公司像雨后春笋一样涌现，但在莱特兄弟和寇蒂斯之间的交叉火力之下，尸横遍野。

同时，莱特兄弟为了扼杀竞争对手，恶意抬高授权门槛，甚至直接拒绝授权。

另一方面，欧洲没有受到羁绊，加上先发国家（没错，在莱特兄弟时代，欧洲科技和制造业比美国更加发达）的优势，很快在航空技术上走到前面。一战爆发时，来自航空发源地的赴欧美军被迫购买英法的战斗机参战。



一战时代，美国还没有统一的国防部，陆军部和海军部分管陆地和海上的军事事务，二战时代的美国总统富兰克林·罗斯福是海军部副部长。决定整顿乱象，下令以国家安全为名，把所有航空专利统统强制征收，组成专利集。任何公司在缴纳统一规定的授权费用后，都有权使用，这样打破了僵局。换句话说，国家强制代管专利授权事宜，专利拥有者通过国家授权得益。

一战结束后，强制性的专利集这样的战时措施取消了，但在事关紧急公共利益的时候，还是有国家沿用这样的做法，比如瘟疫期间或者事关公共健康的有关医药专利。但这样的措施不能滥用，否则专利法就失去意义了。

发明人的合法权益得不到保护，是抑制创新经济的。同时，对发明人的越界要求，必须予以限制，避免抑制创造发明。这是很微妙的平衡，但又是对创新经济至关重要的。很多历史上有名的专利纠纷大多是对专利应用界限的解读问题，不过这其实不是美中知识产权纠纷的核心。

中美知识产权纠纷

不管如何解读，第一步是有关专利要在中国得到批准，第二是要通过中国的司法系统来界定是否侵权。这是专利法的基本事实，没有什么可纠纷的。第二点是美国对中国司法的信任问题。这是中国的主权，信任也好，不信任也好，美国对此是无从下蛆的。

但美国发明在中国是否拥有专利，这就是另一个问题了。直到近些年，中国制造以量大价低为特色，美国公司要在中国申请专利，也只需要在相关领域。

如前所述，申请和维持专利是需要付费的，在明显不成竞争的地方申请专利是浪费时间和金钱。比如说，在坦桑尼亚申请高超音速推进方面的专利，就属于这样的情况。直到十多年前，西方对于在中国申请部分高科技领域的专利也是同样的认识。谁想得到中国发展那么快呢？

但这也造成一个问题，相关技术在中国就得不到专利保护，所有在中国市场销售的相关产品并不侵权。不过相关产品出口到专利还是有效的国家的话，依然需要得到授权，否则就是侵权。而一件复杂产品里包括很多技术和部件，中间步骤的技术或者低层次产品有侵权，也不容易发现和界定，维权反而成为成本很高的行为。



世界各大企业在 5G 通讯上标准问题上的博弈也展示了当今知识产权的一大现象：在同一主要系统中，不同的技术专利被不同的公司持有已经成为常态

更大的问题是，中国市场本身就在成为越来越大甚至主要的市场。这不仅意味着对西方发明的实质侵权损失，还为中国公司积攒了滚动研发的免费技术启动资本。

技术发展是有连贯性的。在中国不受专利保护的技术有可能成为免费而且合法的技术生长点，只要由此发展出来的技术与原点有充分的变化，而不仅仅是刷漆拉皮那样的表面变化，就是名正言顺的自主技术，可以名正言顺地在世界各地合法销售，甚至到原发明过申请专利。从已有专利开发新专利，本来就是专利体制鼓励新发明的用意，这不是问题。当然，“充分变化”是需要专利当局界定的，不是发明人认为充分就充分的了。但中国市场不受保护的状态造成养虎为患，这是使得西方比较糟心的事。

比较尴尬的问题是，这些技术在中国还不能申请专利，因为已经存在，不再是首创了。申请专利是不能追溯的。

但不管怎么说，专利还有法律渠道，只要能证明侵权，总还有办法。最大的问题在于第四类知识产权：技术秘密。

实际上，技术秘密包括可以公开的部分，那就是专利，还包括不公开的部分，这些是真正的秘密。

专利尽管受到保护，还是要公开细节的，语焉不详还不行。为了确保竞争力，有时即使能申请专利，也不申请，就是为了彻底保密。当然，这也就意味着不受保护。但专利也可以当作阳谋使用。

专利在语言上需要清晰、具体，但任何语言表述的东西都有表述和解读的空间，否则就没有律师这样的职业了。在专利语言上，刻意隐瞒甚至误导需要保护的技术秘密是业内的潜规则。这样的“合法歪曲”用于给竞争对手制造障碍，使得公开的专利成为需要保守的技术秘密周围的地雷阵。这已经不是专利的原意了。

在理论上，专利审批应该不让这样的刻意隐瞒过关，实际上就要看公司的法律部门和技术研发部门的功力了，都在不同程度上做到隐瞒。地雷阵一旦布设好，就或明或暗地阻止竞争对手的发展途径，动不动就打个侵权官司。西方大公司都养着庞大的法律部，工作重点的一大部分就在于知识产权。有些公司的法律部还成为盈利中心，进账大大超过开支。注意，这些进账不是专利授权收入，而是赢得侵权官司的罚款收入。

还有一种做法是逐步释放核心秘密。比如说，完整实现需要 A+B+C，第一个专利只申请与 A 有关的东西，专利保护快要期满的时候再申请与 B 有关的东西，然后再申请与 C 有关的东西。这样，实际上的专利保护就从一个周期延长到三个周期。没有永远不穿帮的秘密，但只要保护的时间足够长，目的也就达到了。风险当然是竞争对手在你还没有申请 B 的时候，也琢磨出 B 来，抢先申请，那你就比较惨了。这也有办法，只要公司内部记录证明你在对手申请之前已经掌握 B 而且商业化，你还是有可能对不侵权申辩成功的，只是对手才是 B 专利的拥有人，而你只是不侵权而已，总是被动很多。

但这还不是技术秘密的全部。有些方法性的东西是无法申请专利的，比如操作规程、控制方法等。经常看到这样的说法，某部件的材质成分都知道，一般工艺也知道，但就是没法复制质量和可靠性，正是没有掌握这样的技术秘密的缘故。还有项目的组织管理方法，系统和产品的架构性设计思路，内部技术标准和测试方法等，这些都属于不公开的技术秘密。还有一些只

可意会不可言传的东西也一样，想说都没法说清楚。这些才是技术秘密的关键。这些确实是公司机密，对手刺探去了，确实是要造成损失的，而且都没有有效的法律途径加以保护。

产品和技术展销、技术交流是一个大漏洞。在竞争激烈的商场，为了突出自己的竞争力，经常需要透露一些并不公开的细节，以说服买家。这个限度很难掌握。更怕的是货比三家，透露完了人家反而跑了。在理论上，这些信息属于卖家的机密，买家不管是否成交，都有义务替卖家保密。

合法销售后的产品技术支援是另一个大漏洞。技术手册、技术数据是销售的一部分，想隐瞒都不行。技术服务中也不可避免地要涉及深层技术细节，用户有权要求供应方提供，供应方也有责任提供。通常这不是问题，因为买家不会是竞争对手。

但中国不一样。在西方看来，中国人都是一伙的，尤其“你们”都是国企的情况。石油公司与钻机公司的大老板都是国资委，为了利润而卖出的绞索可能真的会套到自己的脖子上了。但中国这个特别大、发展特别快的市场又不可能绕着走。这是特别恼人的地方。

“盗窃知识产权”那么容易吗？

美国对中国利用网络入侵盗窃知识产权大加指责，但除非有非法入侵、恶意盗窃数据的证据，这些指责没有意义。在网上能通过公开搜索得到的任何非版权、专利信息都属于公开知识（public domain），谈不上盗窃。否则谷歌就是人类历史上最大的盗窃教唆犯和同谋的平方了。

事实上，即使有新技术的说明和数据放在面前，解读和实施也是要有点本事的，通常只有起点相当至少接近的对手才能做到，而且需要投入大量的人力物力。读过别人写的程序的人对此都有体会了，常会有“还不如我从头开始”的愤慨。所谓点破一层纸，那是因为已经站在窗前了，否则这层纸想点都点不到，勉强点破了也看不见窗外。

这样的问题在美国公司或者与其他西方国家之间有不同程度的存在，但大体上是对称的“公平往来”，但语言壁垒的存在和技术的单向流动使得中国的情况不一样。

美国经常指责中国恶意利用美国的开放度和透明度，刺探美国的知识产权。这是既不公正又有道理的，因为中国人英文流利的远远美国人中文流利的。大量有用的经济和技术信息以英文存在，中国人把英文作为谋生工具之一，不仅获取英文信息，还试图理解英文中代表的思维方式，日常的友情交流反而是次要目的。美国人对经济和技术信息以英文存在看作天经地义，学中文则以日常的友情交流为主，离深入理解技术经济信息和思维方式还差得远。这形成了单向透明。

不管是爱侣还是怨偶，单向透明都是令人恼火的。在恋爱中，还可以盲目信赖；但到了怨恨时，这时连发泄都不知道往哪里下手。好像一个好唠叨的人碰上一个只会手语的人，自以为是地说了半天，发现对方步步紧逼，怒而指责对方心存阴险，殊不知对方也是心里苦啊，打了半天手语，你不看啊。

毋庸讳言，美国和西方在整体技术水平上依然高于中国，技术流动大体是单向流向中国的。中国各行各业口无遮拦的人和事其实很多，泄密程度令人乍舌，但体制化、规范化的公开性和透明度不足。这些都加剧了西方对知识产权保护的指责。这些还是知识产权保护中的合法或者不违法层面。

所谓中国在军方组织下进行大规模工业间谍的说法是不靠谱的。各国军方都有情报任务，不试图刺探潜在对手的军事实力和意义，那才叫失职。但军方刺探一般工业机密，用于工业发展，那是把苏联时代刺探西方军事工业机密的做法安到中国的一般工业头上了。

军方有大规模、有组织的情报收集能力，但军人不懂一般工业技术，想刺探都不知道从何下手，真的打开资料库大门都不知道如何选择，有过时的，有夹生饭放弃的，更有巨量官样文章屁用没有的，一锅端统统打包弄回来是不可能的，选择的话，没有相关的工业经验是不可能识别的。

大公司的文件信息浩如烟海，除非直接经手人，自己人找点有用的东西还一筹莫展，竟然外人有本事摸进来专挑精华，而且完整地打包提取，这些外人绝对应该高价请进来，发动一场公司文档管理的革命。



美国动辄指责中国留学生是“工业间谍”，其实他们也不过就是数学学得好点，远没有那么神通广大

军事间谍刺探军事秘密的情况不一样，他们大多是军官出身，本来就是专家，有能力识别信息的价值和时效。

至于公司之间的工业间谍活动，这是各国所有有点追求的公司都在做的事情。绝大多数是根据公开情报（专利、学术交流、会议论文、专业媒体、业界八卦等）和半公开情报（产品和技术的展销、跳槽、业界人士的私下接触），一般不涉及任何非法行为。这是“公平的游戏”（Fair Game），属于合理、不非法、正常的范围，只是这不如指控军方刺激，连指责都说不响。

公司对于公开信息的审查特别严格，所以工业界的科研论文经常语焉不详，流程用最概略的一般描述，数据则隐瞒绝对数值，用百分比或者标称值代替。但半公开场合就较难控制。

跳槽人员与前雇主有保密协议。直接带走公司机密文件和数据是犯法的，但留在头脑里的知识和技能是灰色领域。一般界限为“可以从公开知识合理推断”的，就属于个人所有的经验与知识，可以带到任意新岗位；只可能从前公司的工作经历中获得的，就属于公司机密，被发现泄露是可以治罪的。当然，这里面的灰色空间很大，碰到具体问题的时候，界定很不容易。所以有些公司的雇佣协议里规定，跳槽在若干年内不得直接进入竞争对手公司的相关职位，否则属于违反雇佣协议，可以法律追责的。

公司人员在私下场合与外人群聊或者单聊中透露公司的技术机密，也是违法的，发现了可以法律追责。在严格的知识产权保护环境下，是不存在有人擅自带出技术机密，在私下讨论中产生思想火花，催生新技术这样的问题的。不过要是涉及的是“可以从公开知识中合理推断”的东西，这又是合法、合理而且受到鼓励的。这里再次存在巨大的灰色空间。

对于中国来说，跳槽人员的问题主要存在于台湾公司和美国公司，但这是很不好处理的事情。限制人员流动是双刃剑，最大的受害者可能是公司自己，因为谁都不想做包身工，优秀人才索性不来了。中国工业技术特别快的发展为各个层次的人才都提供了广阔的空间，像强磁场一样吸引了外来人才，使得这个问题格外严峻。即使所有跳槽人员都严格遵守“可以从公开知识合理推断”的原则，那也是不可忍受的人才流失和广义的知识产权流失。

诚然，美国依然是世界上最发达的国家，中国依然是世界上最大的发展中国家，尽管现状已经接近准发达国家。知识产权的流动是必然的，合理的知识产权的保护也是必要的，但蛮狠打压既无道理，也不可行。

中国已经在严厉管制商标和版权的侵权的问题，不能说绝迹，至少肆无忌惮的侵权较少了。这符合所有合法商家的利益，包括中国商家。

中国也在强化专利保护。但在涉及美国知识产权的时候，首先要在中国申请专利，其次要通过中国法庭处理。滥用美国国内法与事无益，甚至单纯限制美国市场准入都越来越不管用了。

问题最大的是技术秘密的保护。按照定义，这就是不受法律保护的，但适当的保护也确实保护知识产权人的利益。

对于“公平游戏”，必须承认潜规则的现实，潜规则就是潜规则，不能当显规则对待的。而其中的语言壁垒问题，只有烦劳美国人多学中文、学好中文、融入中文圈了。英语作为世界性的绝对强势语言是二战后的事情，但中国人说中文已经几千年了，现在要中国人改口都说英语太晚了，也没有必要。

至于人才向中国跳槽的问题，这只有美国把自己的经济搞上去了，提供更多的机会，把人才吸引回去，这才是正道。美国依然是人才流入大国，对应该怎么做不陌生。指责中国是没用的。

本文系观察者网独家稿件，文章内容纯属作者个人观点，不代表平台观点，未经授权，不得转载，否则将追究法律责任。关注观察者网微信 [guanchacn](#)，每日阅读趣味文章。