

知识产权文丛

主编 郑成思 副主编 李明德

第11卷



中国方正出版社

INTELLECTUAL PROPERTY COLLECTIONS

2004 年

第十一卷

8 月

知识产权 文丛 (十一)

郑成思 / 主 编
李明德 / 副主编

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权文丛·第 11 卷/郑成思主编. —北京: 中国方正出版社, 2004. 8
ISBN 7-80107-868-3

I. 知… II. ①郑… III. 知识产权-文集 IV. D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 077668 号

知识产权文丛 (十一)

郑成思 主编

责任编辑: 邹楠

责任校对: 张蓉

责任印制: 郑新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 86216635

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网址: www.fzpress.com

责编 E-mail: zounan@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京地质印刷厂

开 本: 787 毫米×960 毫米 1/16

印 张: 28.625

字 数: 440 千字

版 次: 2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-868-3

定价: 39.80 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

宪法修正与中国的知识产权战略

(代序言)

郑成思

我国宪法的 2004 年修正案,明确了对私有财产的保护,这在国内外均引起了巨大的反响。作为私权的知识产权,是私有财产权的一部分,有人还认为,在当代,它是私有财产权最重要的一部分。^① 在我们考虑中国的知识产权战略应当如何制定时,宪法的 2004 年修正案中关于私有财产的保护和权利限制的内容的增加,更有其指导意义。至少,《著作权法》第 1 条与《专利法》第 14 条,都实实在在地有了宪法依据。

进入 21 世纪前后,一些国家立足于知识经济、信息社会、可持续发展等等,提出了本国的知识产权战略,尤其是日本 2002 年出台的知识产权战略大纲及 2003 年成立的国家知识产权本部,很大程度上是针对我国的。^② 而几乎在同时,知识产权制度建立最早的英国发表了知识产权报告,知识产权拥有量最大的美国则在立法建议方面及司法方面均显示出了至少专利授予的刹车及商标保护的弱化趋势^③。面对这种复杂的国际知识产权发展趋势,我国应当做何选择呢?

改革开放 20 多年来,中国知识产权制度走了一些外国一二百年

① 参看《法制与社会发展》2003 年第 6 期,第 103 页。

② 参看《日本知识产权战略大纲》第二章,二;第三章,二。

③ 参看 2003 年 10 月 28 日美国联邦贸易委员会的报告《促进创新——竞争与专利法政策的适当平衡》,以及美国最高法院 2003 年对商标案 Victoria's Secret 的判决。

才走完的路。这个速度，使相当多的人感到“太快了”。加入世界贸易组织两三年后，外国知识产权人在中国的诉讼（以及“以侵权诉讼相威胁”）开始大大增加，许多企业开始感到了压力，抱怨依照世界贸易组织要求修改的知识产权法“超过了中国经济发展水平”，要求往回收。相当一部分人认为当前我国知识产权保护已经过度，产生了失衡，提出应当重点打击知识霸权与制止知识产权滥用，而不是保护知识产权。另一方面，像王选一类发明家、谷建芬一类音乐家，以及名牌企业（它们始终只占中国企业的少数），则一直认为中国的知识产权保护还距离有效保护他们的权利存在较大差距。^①

对这种认识上的巨大反差如果没有认真分析、没有正确的结论，那么中国知识产权战略的指定者就可能在矛盾中把“往前走”和“往回收”这两种思想写入同一篇文章。这篇文章不太可能写好。思科对华为的诉讼、6C集团向中国企业索取使用费等事实，似乎支持着前一种认识。与地方保护主义结合的商标假冒、盛行的“傍名牌”使国内诚信的名牌企业多数做不大、无法与国际竞争对手抗衡的事实，盗版使大批国内软件企业不得不放弃面对国内市场的自主研发、转而为外国公司的外国市场做加工、以避免国内盗版市场、从国外收回一点劳务费的事实，又像支持着后一种认识。

知识产权制度的本质是鼓励创新，不鼓励模仿与复制。这种制度利弊几何，还会长期争论下去。例如，在上一世纪80年代初即不赞成在中国搞专利制度的人，至今仍认为专利制度阻断了企业无数仿制与复制的机会，对我国经济是不利的。不过，“温州制造”不断在国际市场上被“温州创造”所取代，后者成本远低于前者、获得却远高于前者的事实，应当使人们对专利制度的利弊十分清楚了。

当中国的名牌企业及外国教授同样对中国法学院学生讲“知识产权或许是今天唯一最重要的私有财富形式”时，我们的学者则论述着“人要生活离不开有形财产”。几乎在同一时期，海尔集团的老总说：虽然该集团几乎在世界各地都有工厂（有形财产），但与该集团享有

^① 对此，我国各大报刊经常有报道，较有代表性的，如2003年3月15日《光明日报》第2版《王选的迫切希望》，2004年2月19日《中国知识产权报》第2版《冒牌货重重包围“北极星”》，等等。

的知识产权相比，这些有形财产的分量很轻。看来，成功的企业家比学者更明白：在当代，有形财产的积累，是靠无形财产（主要是知识产权）去推动的。从这个意义上讲，称“知识产权”更重要或最重要，并无不当。而在这里插上一句“生活离不开有形财产”，虽似精辟，却文不对题。正如牧童认为要一头牛走动，重要的是去牵牛鼻子，有人却告诫他“牛是用腿走路的”。

知识产权制度绝非无弊端。中国古语“有一利必有一弊”，不唯知识产权制度如此。但只要其利大于弊，或通过“趋利避害”可使最终结果利大于弊，就不应否定它。至少，现在如果再让科技、文化领域的创作者们回到过去的科技、文化成果“大锅饭”的时代，恐怕只有议论者，并无响应者。至于创作者与使用者权利义务的平衡上出现问题，可以通过不断完善“权利限制”去逐步解决。知识产权制度中对我们自己的长项（例如传统知识）保护不够，也可以通过逐步增加相关的受保护客体去解决。

总之，牵动知识产权这个牛鼻子，使中国经济这头牛跑起来，袁隆平、王选等人已经做了，更多的创新者还将去做。在信息创新时代，只有越来越多的人这样做下去，中国才有可能在更高的层次上再现“四大发明”国度的异彩。这也就是我们常说的“民族复兴”。

任何私权与公共利益之间，都不仅有“平衡”问题，而且有前者服从后者的问题，不唯知识产权如此。任何私权的所有人与使用人、所有权人与用益权人之间、不同权利之间，却未必存在“平衡”问题，或主要不是所谓“平衡”问题。这两组问题（或两组问题）是不应被混淆的。由于作为物权客体的有形物（特定物）不太可能被多人分别独立使用，因此在物权领域不太可能发生把使用人的利益与公共利益混淆的事。而作为知识产权客体的信息（无论是技术方案、作品、还是标识），由于可以被多人分别独立使用，在知识产权领域把使用人的利益与公共利益混淆的事就经常发生。现在的多数“知识产权平衡论”均存在这种混淆。而这又是进行知识产权战略研究之前必须搞清楚的基本理论问题。另外，权利滥用现象的存在与否，与权利保护的法律制度水平的高与低，本不是一回事，也无必然联系。这二者也是目前被众多学者混淆起来并大发议论的题目之一。例如，在我国物权法尚未独立成法、物权保护水平不可言高的今天，滥用物权

(如加高建筑遮人阳光、路上设卡阻人通行等等)现象并不少见。所以,我们有必要在立法中禁止知识产权的滥用,与我们是否有必要宣布我国依 Trips 协议提高了的知识产权保护“超高”了、应当退回来,是完全不同的两个问题,只能分别研究、分别作结论。

把仅仅适合发达国家(乃至个别发达国家)的知识产权制度强加给全世界,是发达国家的一贯做法。发展中国家的抗争,从制度总体的层面上,从未奏效过。1967 年伯尔尼公约修订的失败;1985 年大多数国家反对以版权保护计算机软件的失败;Trips 协议谈判时,秘鲁与巴西等建议的失败,都是实例。我们在经济实力尚无法与发达国家抗衡的今天,是接受对我们确有弊端的制度,然后研究如何趋利避害,还是站出来作为发展中国家的领头羊再度发起一次 1969 年或 1985 年那样的战役,力促国际知识产权制度从 Trips 协议退回来、退到对发展中国家较为公平的制度?这也是确定我们的知识产权战略时必须考虑的一个重大问题。

此外,许多人在抱怨我国知识产权保护水平“太高”时,经常提到美国 20 世纪 30 年代、日本 20 世纪 60、70 年代与我国目前经济发展水平相似,而当时它们的知识产权保护水平则比我们现在低得多。这种对比用以反诘日、美对我国知识产权保护的不合理的指责,是可以的。但如果用来支持他们要求降低我国目前知识产权保护立法的水平或批评我国不应依照世界贸易组织的要求提高知识产权保护水平,则属于没有历史地看问题。20 世纪 70 年代之前,国际上经济一体化的进程基本没有开始。我们如果在今天坚持按照我们认为合理的水平保护知识产权、而不愿考虑经济一体化的要求以及相应国际条约的要求,那么在一国的小范围内看,这种坚持可能是合理的,而在国际竞争的大环境中看,其唯一的结果只可能是我们在竞争中被淘汰出局。我国达到现在这种备受许多国内学者指责的知识产权保护的法律水平,的确只有“不畏浮云遮望眼”的身居最高层者才能作出的决断。正如邓小平所说,中国在世界科技的最高端,必须有自己的一席之地。

使知识产权制度有利的一面不断得到发挥,不利的一面不断受到遏制,除了靠立法之外,就主要靠执法了。而在知识产权执法中,法院的作用永远是在首位的。因为对知识产权这种私权,行政执法的作

用,在国外、在中国,均是逐步让位于司法的。由于中国知识产权法的行文总的讲尚未完全摆脱传统立法“宜粗不宜细”之弊,故法官可对法进行解释,法官有酌处权,从而,中国法官的素质,中国的知识产权司法结构,就显得十分重要了。对于偶然的、仅仅因过失的侵权,与反复的、故意的侵权不加区分,同样处理,既是许多人认为中国知识产权保护过度的主要原因,也是许多人认为保护不力的主要原因。解决这个问题既要有更加细化的法律,也要有更合理的司法解释和更高的法官素质。如果大家注意到,面对中国目前这种侵权严重与权利滥用同样严重的复杂状况,在如何评价我们的知识产权制度这个问题上,中国法院的观点似乎比我们许多学者的观点更为可取。^①

在立法之外的对策方面,国际组织(包括欧盟之类地区性国际组织)的立法及研究结果对我们的影响,外国(例如美国、日本、印度、俄罗斯等)立法及国家学说对我们的影响,我们均应研究。此外,几个外国如果联手,将对我们产生何种影响,我们更应当研究。例如,对于我们发明专利的短项“商业方法专利”,国家专利局固然可以通过把紧专利审批关,为国内企业赢得时间。但那终究不是长远之计。试想,美日欧国家在传统技术专利方面“标准化”发展曾给并正给我们的产品出口带来不利,如果美日(或再加上几个其他发达国家)在商业方法专利上如果也向“标准化”发展,即如果实施“金融方法专利化、专利标准化、标准许可化”,那么会给我国银行进入国际金融市场带来何种影响以及会不会把我们挤出国际金融市场?这就不仅仅是专利局把紧专利审批关能够解决的问题了。在这些方面做出较深入的研究,有助于我们拿出对策,“趋利避害”。

最后,知识产权制度实际上应包括三层意思:第一,加强知识产权保护;第二,取得一批拥有知识产权的成果;第三,将这样的成果“产业化”(即进入市场)。这三层是缺一不可的。把它们结合起来,即可以看作是我们的知识产权战略。“保护”法的基本完备,则仅仅迈出了第一步。如果缺少直接鼓励人们用智慧去创成果(而决不能停留在仅用双手去创成果)的法律措施,如果缺少在“智力成果”与“产业化”之间搭起桥来的法律措施,那就很难推动一个国家从“肢

^① 参看《人民法院报》2004年2月18日《知识产权:权利滥用与法律应对》。

体经济”向“头脑经济”发展，要在国际竞争中击败对手（至少不被对手击败），就不容易做到了。

上述第一层的法律体系是必要的，但如果第二与第三层的法律不健全，在当代会使我们处在劣势的竞争地位，“以信息化带动工业化”的进程，也可能受到阻碍。

2004年的宪法修正案之前，我国宪法中仅仅明文规定了公有财产的不可侵犯性；2004年的宪法修正案之后，各种合法财产的不可侵犯性及公、私财产权的保护，都做了明文规定。不过，多数人比较容易注意到的仍旧是有形财产，对于在当代更加被许多国家重视的知识产权，却容易被忽略。

如果我们确实实际中忽略了知识产权，我们在国际竞争中就永远不可能处于主动地位。

目 录

【学术专论】	(1)
计算机软件保护制度存在的问题及其解决	唐广良 (3)
知识产权与物权比较研究	
——若干民事法律制度是否适用于知识	
产权的法理分析	周 详 (41)
数字图书馆与版权保护	朱丹君 (61)
【中外商标制度比较研究】	(109)
中韩两国商标审判制度的比较及研究	尹正和 (111)
中外商标法中的在先权制度比较研究	金多才 (170)
【研究生文库】	(189)
地理标志保护制度存在的问题及其完善	董瑜芳 (191)
影视作品侵犯著作权及其法律责任	李剑刚 (252)
网站经营中的典型版权问题及对策研究	徐一文 (300)
【外国法规】	(321)
《英国 1998 年个人资料保护法》	贾 森 刘小燕 (323)
Data Protection Act 1998	(374)

知识产权文丛 第十一卷

学术专论

计算机软件保护制度存在的问题及其解决

唐广良*

一、背景

2003年8月23日—24日,中国社会科学院知识产权中心与中国法学会知识产权法研究会在北京组织召开“计算机软件保护制度12年回顾与未来展望”研讨会。来自全国各地的学者、法官和知识产权保护有关的立法与行政机关官员、律师及产业界人士70多人与会,其中14位与会者以个人身份发表主题演讲,并就其他与会者提出的问题发表了自己的看法。

此次研讨会共设5个议题,分别是:(1)与计算机软件民事法律保护相关的问题;(2)计算机软件保护过程中的证据采集与提供;(3)网络技术的发展与应用带来的软件保护新问题;(4)源代码开放与合理使用问题;(5)计算机软件的行政与刑事保护问题。

1991年6月1日生效的《中华人民共和国著作权法》将计算机软件正式纳入著作权保护体系,但自始引入了单独的保护机制,即在《著作权法》之下制订专门适用于计算机软件保护的行政法规。1991年10月1日,《计算机软件保护条例》作为《著作权法》之下的特别

* 中国社会科学院知识产权中心研究员。

行政法规开始实施。在这种保护机制之下，中国的计算机软件保护制度在以下几点上与一般著作权保护不同：

1. 登记制。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著作权纠纷行政处理或者诉讼的前提。软件登记管理机构发放的登记证明文件，是软件著作权有效或者登记申请文件中所述事实确实的初步证明。

2. 某些软件的指定许可。国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府，对本系统内或者所管辖的全民所有制单位开发的对于国家利益和公共利益具有重大意义的软件，有权决定允许指定的单位使用，由使用单位按照国家有关规定支付使用费。

3. 自发表之年起算的 25 年保护期加 25 年的续展保护期。但保护期最长不超过 50 年。

4. 使用权与许可权可以转让。在软件著作权的保护期内，计算机软件的使用权和使用许可权的享有者，可以把使用权和使用许可权转让给他人。但转让活动的发生不改变软件著作权的保护期。

5. 合理使用。因课堂教学、科学研究、国家机关执行公务等非商业性目的需要对软件进行少量的复制，可以不经软件著作权人或者其合法受让者的同意，不向其支付报酬。但使用时应当说明该软件的名称、开发者，并且不得侵犯著作权人或者其合法受让者依本条例所享有的其他各项权利。该复制品使用完毕后应当妥善保管、收回或者销毁，不得用于其他目的或者向他人提供。

6. 相似侵权的例外。因下列情况之一而引起的所开发的软件与已经存在的软件相似，不构成对已经存在的软件的著作权的侵犯：(1) 由于必须执行国家有关政策、法律、法规和规章；(2) 由于必须执行国家技术标准；(3) 由于可供选用的表现形式种类有限。

由于有了这些规定，使得计算机软件在中国著作权法之下受保护的4水平明显低于一般文学艺术作品。

2002 年 1 月 1 日，修订后的《计算机软件保护条例》开始生效。在新条例之下，计算机软件享受的保护不仅不再低于一般文学艺术作品，而且在某些方面又显示出高于一般文学艺术作品的趋势。具体地说，修订的软件保护条例包括以下一些制度：(1) 著作权自动产生；(2) 取消了指定许可；(3) 增加了信息网络传播权；(4) 增加了禁止

规避技术措施,保护权利管理信息的规定;(5)为计算机程序规定了出租权;(6)非作品的汇编构成创作的(数据库),同样受到保护;(7)软件的合理使用受到进一步的限制;(8)相似侵权例外的范围明显缩小;(9)在著作权法引入“法定赔偿”制度的基础上,软件条例又规定了不低于人民币100元的行政处罚制度。

在这些制度中,计算机程序的出租权及软件合理使用情形的减少、行政处罚制度的引入等,都是使计算机软件受保护水平高于一般文学艺术作品的体现。然而,在新的计算机软件保护制度已经实施了近两年的今天,以下问题依然困扰着关注软件产业发展及法律保护问题的许多人:(1)软件盗版问题依然严重;(2)软件产业发展水平不高,软件开发能力不足;(3)软件保护的法律体系还不够完善——专利保护问题、著作权法与软件保护条例之间的关系问题、其他单行条例的制订问题、刑事保护与民事保护的配合与协调问题,等等,都有待于进一步的研究与探讨;(4)通用软件用户明显感觉并抱怨的软件价格过高;(5)软件供应商在如此庞大的市场需求面前营利微弱甚至亏损;(6)社会各界面对新问题在理论与实际操作上都感觉力不从心;(7)软件供应商与社会公众之间的对立情绪依然较重。

与12年前相比,计算机软件开发商、OEM产品销售商、各类计算机软件用户及与计算机软件相关的社会各界对计算机软件的开发过程、软件在社会与经济发展过程中发挥的作用、软件受保护的状况及软件产业的发展现状都已有了比较清楚的认识。在这样一种背景下,中国社会科学院知识产权中心与中国法学会知识产权法研究会将软件保护问题重新提出来加以研究,并邀请关注软件保护各界人士就一些共同关心且长期未得到解决的问题展开深入讨论,期望各界人士能够在一些根本问题上形成起码的共识,以便在此基础上提出一些可供进一步完善软件保护制度参考与借鉴的意见和建议。

在一天半的时间里,与会者特别关注的具体问题包括:

在制度层面上,以《著作权法》为一般法,以《计算机软件保护条例》为特别规则的制度是否适当?有无突破现行著作权保护思路,形成一套全新且独立的软件保护制度的可能性?在现行制度不变的情况下,《著作权法》与《计算机软件保护条例》在适用上如何相互协调?

在保护手段问题上,用专利法保护纯计算机软件及基于计算机软

件的商业方法的可能性与现实性如何?能否将计算机程序源代码视同商业秘密?

在保护力度上,侵权人的所得与被侵权人的损失如何确定?法定赔偿如何应用?诉前措施在软件保护方面可发挥哪些作用及如何操作?通过强化行政与刑事保护措施保护计算机软件的可行性?如何区分计算机软件的商业与非商业性使用?

在证据采集与提供问题上,“陷阱取证”是否合法?公证机关隐匿身份参与取证的可行性与合法性多大?司法机关如何依职权调查取证?

涉及网络环境下的软件保护问题时,技术措施的保护如何操作?制作与提供用于破解技术措施的工具与手段在法律上如何定性?合法的技术措施提供者在相关制度中处于何种地位?临时复制在法律上如何定性?网络服务商在计算机软件侵权案件中应当承担何种责任?

在开放源代码与合理使用问题上,开放源代码的实质及其对软件保护的影响何在?社会公众能够从开放源代码的计算机软件中获得何种好处?著作权法上的合理使用制度如何在涉及计算机软件时加以运用和实现?

虽然来自不同领域的与会者未能就上述问题形成统一的认识,而且在某些问题上的意见分歧还相当大,但大多数与会者均能以平和的心态看待这些分歧,并且能够从不同的角度为这些分歧找到理性的依据。

在此次研讨的基础上,中国社会科学院知识产权中心将对其其中的一些关键问题做了进一步研究,从而形成本研究报告。

二、计算机软件保护条例与著作权法的关系及其协调

《中华人民共和国著作权法》第3条规定:“本法所称的作品,包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品:……(八)计算机软件;……”

没有人会否认,正是1991年6月1日生效的著作权法的上述规定为在中国依照法律保护计算机软件提供了明确的依据。到目前为止,人们仍然不加怀疑地认为,在中国,计算机软件是用著作权法加以保护的。

不论是 1991 年发布的第一个《计算机软件保护条例》，还是 2001 年底发布的条例修订版，均明确使用了“依照（根据）《中华人民共和国著作权法》制定本条例”的用语。这也说明，《计算机软件保护条例》并不是一个独立存在的行政法规，而是为实施《中华人民共和国著作权法》中关于保护计算机软件的条款而制定的具体化了保护办法，属于著作权法的实施条例之一。但 1990 年颁布的著作权法第 53 条及 2001 年修订的著作权法第 58 条的规定又使软件条例的地位发生了变化，因为根据这两个条款的规定，计算机软件的保护办法将由国务院“另行规定”。与此同时，1990 年著作权法第 54 条规定，本法的实施条例由国务院著作权行政管理部门制定，报国务院批准后施行。这说明，至少在 1990 年著作权法之下，计算机软件保护条例与著作权法实施条例并不是具有同等地位的两个行政法规，其中著作权法实施条例只不过是经国务院批准实施的部门规章；而计算机软件保护条例则是国务院为计算机软件保护单独制定的办法。

或许并没有很多人去关注著作权法实施条例与计算机软件保护条例的关系及其法律地位的差异，但同时似乎所有关心该问题的官员、学者及法官又都自然而然地知道这两个条例的不同，并不假思索地认为，著作权法实施条例是著作权法的具体实施办法，计算机软件保护条例则是以著作权法为一般法的特别法。

在法理学上，一般法与特别法之说通常指的是由同一立法机关制定的，或者一立法机关授权其下级立法机关制定的两个相互关联的法律规范，其中一个规范系就另一个规范中已涉及的问题专门制定的，不属于实施细则的特别规定。^①在此前提下，涉及两个法律规定的效力等级时，要遵循的是特别法优于一般法的原则。而在不符合前述条件的情况下，由下级立法机关制定的法律规范必须服从于上级立法机关制定的法律规范；一法律规范的实施细则必须以其赖以制定的法律规范为效力来源。

很显然，计算机软件保护条例就是由制定著作权法的全国人民代表大会授权国务院“另行规定”的法律规范，符合法理学上关于上级立法机关授权下级立法机关制定特别法的原理。这就意味着，涉及计

^① 参见公丕祥著：《法理学》，复旦大学出版社 2002 年版，第 382—383 页。