

全球化与知识产权保护

冯晓青/主编

中国政法大学出版社

D913.04/108

2008

全球化与知识产权保护

冯晓青 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

全球化与知识产权保护/冯晓青主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2007. 12

ISBN 978-7-5620-3135-2

I. 全... II. 冯... III. 知识产权-保护-研究-世界 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 187716 号

书 名 全球化与知识产权保护

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787×960 16 开本 29.25 印张 585 千字

版 本 2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3135-2/D·3095

定 价 48.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

感谢

Kenyon & Kenyon LLP (美国)

National Economic Research Associates, Inc. (NERA, 美国)

提供赞助

中国政法大学民商经济法学院

“211” 工程项目资助出版



主编简介 ||

冯晓青 男，1966年生，湖南长沙人。中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所教授、博士生导师，北京大学法学博士（知识产权法研究方向），中国人民大学法学博士后（知识产权法研究方向）。主要从事知识产权法教学、研究及相关法律实务工作。著述出版《企业知识产权战略》（“十一五”国家级规则教材）、《知识产权法哲学》、《知识产权法利益平衡理论》等学术专著多部。曾获中国“杰出中青年法学家”提名奖等学术荣誉。建有学术网站“冯晓青知识产权网”。



前言

在经济全球化和知识产权日益国际化背景下,知识产权保护出现了很多前所未有的问题,研究全球化与知识产权保护问题不仅具有重要的理论意义,而且具有很强的现实意义和紧迫性。正是基于此,2006年6月,我在与国外开展知识产权方面的国际交流与合作事务时,提出了一个以“全球化与知识产权保护”作为主题进行国际合作的建议。此建议提出后,不仅得到了中国政法大学民商经济法学院及知识产权法研究所的大力支持,而且得到国外有关单位的积极回应——美国 Kenyon & Kenyon LLP (美国肯扬律师事务所) 和 National Economic Research Associates, Inc. (NERA, 美国国家经济咨询公司) 决定以提供赞助形式参与合作,以举办大型国际学术会议作为国际合作的主要形式,同时在举办国际会议后继续开展在知识产权方面的国际合作。这就是2007年1月20~21日在北京友谊宾馆召开的“全球化与知识产权保护”国际会议的由来。本次会议是我国知识产权界的一次国际盛会,来自中国、美国、德国、日本、以色列等国家以及我国台湾地区约200名知识产权学术界和实务界的专家、学者出席了会议。

在本书即将出版之际,作为主编和“全球化与知识产权保护国际合作项目”负责人,我要特别感谢本次国际会议的赞助方、举办方和承办方提供的巨大帮助。为了表达对这些单位的感谢,特在此略作介绍:

本次国际会议的赞助方 Kenyon & Kenyon LLP (www.kenyon.)



com) 是美国规模最大、业务最广的著名知识产权律师事务所之一。该所成立于 1879 年, 具有近 130 年的悠久历史。该所在知识产权业务方面具有良好的国内和国际声誉, 在知识产权诉讼等方面拥有强大的业务团队。业务范围涉及与专利、商标、著作权、商业秘密、不正当竞争、不公平贸易等有关的知识产权诉讼、执行、许可以及法律顾问服务等。在本次会议期间, 出席会议的代表有 Maria Luisa Palmese (合伙人)、Marcia Sundeen (合伙人)、Michael M. Shen (合伙人)、Cecilia Zhang Stiber (律师) 和 Aris Lancrescent 等。特别是 Maria Luisa Palmese 女士作为外方联系人, 为促成这次国际合作付出了大量心血。

本次国际会议另一赞助方 National Economic Research Associates, Inc. ([www. nera. com](http://www.nera.com)) 是一家由研究市场是如何运行的经济学家组成的具有良好声望的国际性公司。该公司善于为企业、政府机关、律师事务所、法律代理机构、贸易组织等提供经济业务咨询以及由竞争、法规、公共政策、战略、财务和诉讼引发的法律问题的解决方案。公司在议定战略、专项研究、报告、专业论证与政策推荐等方面具有 45 年以上经验。公司在全球的团队超过 500 人。在本次国际会议期间, 该公司高级副总裁 Alan Cox 博士、副总裁 Gregory K. Leonard 博士、副总监 Yasunobu Suzuki 先生、Fei Deng 博士等出席了会议。

本次会议的举办方是中国政法大学民商经济法学院 ([www. ccelaws. com](http://www.ccelaws.com))。举办方为筹备本次会议提供了必要条件, 特别是中国政法大学校长助理兼民商经济法学院院长王卫国教授对本次会议给予了高度重视, 并提供了诸多帮助。

本次会议的承办方是中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所 (www. iplaws. com. cn)。该所是目前我国知识产权法领域规模最大的一支教学与研究学术队伍。该所拥有知识产权法专职教师 16 名, 其中教授 4 名、副教授 9 名、讲师 3 名, 其中获得法学博士学位者 12 人, 博士生导师 1 名, 硕士生导师 12 名, 近些年来出版知识产



权法方面专著、教材数十部，在《中国社会科学》、《中国法学》等国内重要刊物以及美、英、澳、瑞士等国重要刊物 Journal of the Copyright Society of the USA、EIPR 等发表中英文专业论文 200 余篇，主持和参加国家社会科学基金、国家自然科学基金等项目多项。该所在知识产权法基础理论、企业知识产权战略与管理、生物技术法律、版权交易制度等领域研究水平居国内前列。该所是中国具有较高学术影响和水平的知识产权法教学与研究机构之一。在这次会议的筹备过程中，该所的老师们付出了大量的心血，特别是来小鹏教授、周长玲副教授、罗莉副教授、刘瑛副教授、陈健副教授等。

本书精选的 50 余篇论文，是这次国际会议上交流的重要成果。这些论文涉及知识产权的全球化、全球化环境下的知识产权保护、知识产权保护与反垄断政策、全球经济中的知识产权管理、全球化环境中的知识产权实施等专题。这些论文站在时代前沿，观点新颖、内容丰富而翔实、可读性强。本书将其编撰出版，反映了国内外学者对全球化与知识产权保护研究的动态。另外，为使读者了解本次国际会议的基本观点和信息，本书还在最后附上了会议综述文章。应当指出的是，由于篇幅所限，会议期间一些精彩观点和内容尚未在该综述和本书中得到反映。

本书是研究与学习全球化与知识产权保护问题的重要读物，既适合于知识产权理论工作者阅读，也适合于知识产权实务界人士，包括法官、律师、知识产权管理人员等学习和参考。本书也是对知识产权感兴趣的读者学习与了解知识产权理论与实践问题的良师益友。

冯晓青

2007 年 8 月于

中国政法大学



目 录

前 言	(1)
-----------	-----

专 稿

知识产权制度运作：他国经验分析与探索	吴汉东 (1)
--------------------------	---------

第一部分 知识产权的全球化

法律全球化与知识产权保护之思考	冯晓青 (6)
法律全球化与知识产权保护	来小鹏 (31)
全球化、技术文明与知识产权法律全球化的进路	郑万青 (37)
市场经济全球化背景下的知识产权构造	赵晓伟 (47)
论广播组织邻接权保护的新发展 ——《广播组织条约经修订的基础提案草案》探析	郭寿康 相 靖 (52)
论商标的国际化	蒋言斌 (60)

第二部分 全球化环境下的知识产权保护

全球化需要保护发现权	贺长元 (67)
从全球化背景下国家经济安全的角度看我国知识产权制度 的完善	杨利华 (76)
全球化背景下中国知识产权保护的路径	周 唯 (86)



全球化进程中的传媒发展与知识产权保护	郑璇玉 (96)
全球化视野下传统知识保护的制度选择与惠益分享	
——以知识产权制度重构为视角	刘筠筠 (104)
商标平行进口的法律规制	罗 莉 (112)
转基因农作物国际贸易中的知识产权保护	刘旭霞 余 桢 (122)
不完全信息条件下知识产权交易的利益平衡	杨雄文 (130)
利益分配原则在知识产权审判中的确立和运用	李玉香 刘一麟 (135)
利益衡量在知识产权审判中的运用	贺利云 (142)

第三部分 知识产权保护与反垄断政策

专利联营之反垄断规制	张 平 (153)
专利联营中垄断行为的考量	谭 曲 (168)
论知识产权的权利限制	刘明江 (175)
知识产权权利限制的法经济学分析	宁立志 (181)
知识产权滥用的法理之维	刘淑华 (189)
知识产权滥用与反垄断法规制	胡亚茸 (197)
反垄断法视野下的技术标准	胡梦云 (203)
知识产权超高定价的反垄断法问题初探	曾礼庆 (210)
知识产权和反竞争法：DRM 的教训	[以色列] 尼沃·埃尔金科伦 (218)

第四部分 全球经济中的知识产权管理

论全球化环境下中国企业的知识产权保护	王莲峰 王 欢 (223)
部分国外中小企业的知识产权战略对我国的启示	
..... 李 瑾 蒋华良 王 兵 (231)	
企业竞争之利器	
——专利战略的运用	魏珍妮 (240)
论全球化企业之技术投资策略	
——从租税优惠措施的观点分析	陈井星 (246)
浅析无形资产鉴价	陈联兴 (258)



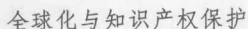
论国际技术转让价格的影响因素及其定价方法	马忠法 (267)
地理标志及其监督管理问题	李祖明 (274)
中国地理标志产品保护的调查与分析	
——以秦皇岛市两个地理标志产品为例	陈立峰 陈淑丽 (279)
以自主知识产权为特征的品牌创新研究	
——基于发展湖北民族工业的思考	魏纪林 李明星 (284)

第五部分 全球化环境中的知识产权 实施：中国与美国的经验

我国知识产权边境保护中公权力与私权利的冲突	王 殊 (293)
中国驰名商标及其扩展保护	姜 朋 (302)
中国知识产权侵权诉讼管辖若干实务问题研究	刘晓军 (310)
论我国知识产权公益诉讼制度	刘友华 (333)
我国保险创新的技术基础及其专利保护	
——基于我国保险企业专利文献的实证分析	黄 震 郭艺娜 (341)
美国商标法中的功能原则及其对我国立体商标规定的解释	
.....	刘银良 丛 璐 (348)
扒歌、混制、烧盘：对美国法和国际法中录音制品数码采样 最新发展的初步分析	[美] F. 杰伊·多尔蒂 (355)
美国 337 调查程序及其影响	陈 健 (361)
第 337 条款运用的新发展	[美] 马 莎、阎思德 (368)
第 337 条款保护：ITC 与美国联邦地方法院在知识产权 实施上的比较	[美] 马 莎 (372)

第六部分 其他主题

知识产权合理化理论检视	席志国 (378)
知识产权文化推行与社会和谐秩序的形成	刘 华 周 莹 (386)
论信息生态学视野下的知识产权保护	何炼红 (393)
从经济学上的公共财性质论著作权制度的建立	吴尚昆 (400)

4



专 稿

知识产权制度运作：他国经验分析与探索

吴汉东*

一、发达国家知识产权保护经验考察

可以说，知识产权制度在东西方国家有着完全不同的历史轨迹。对于发达国家来说，知识产权制度是近 300 多年来不断成长、发展的制度文明；对于发展中国家而言，则是一种外力强加的制度舶来品。当然，今天我可以这么说，知识产权制度已经成为全球经济贸易领域共同遵守的规则。但是，我们看到这个制度应该说在东西方国家有着不尽相同的实施效果。原因何在？在这里我想引用一位著名学者也是国际知识产权保护协会主席、美国斯坦福大学的教授乔·邦德的一句话，他认为，发展中国家与发达国家在知识产权方面的差距，不在于制度本身，而在于运用制度的经验。

根据我的观察，我以为西方发达国家在知识产权制度运用方面的经验，是值得我们重视和思索的。这些经验至少有三个方面：实用主义态度、公共政策立场、国家发展战略选择。

1. 所谓实用主义态度，就是根据本国的不同发展阶段做出知识产权的政策调整。我们知道，知识产权制度选择的基础是国情。根据国家的不同发展阶段的不同发展需求，对知识产权制度做出一种有选择性的制度安排，是西方发达国家的普遍做法。我们应该看到，发达国家的知识产权保护水平有一个渐进过程。以美国为例，美国早期的知识产权政策就深刻地贯彻了实用主义的商业激励机制。1790 年美国颁布了版权法，奉行一种低水平的保护策略。基于文化、教育等落后于西方国家的考虑，其作品保护水平较低，且对于外国作品不予保护。美国的版权法游离于 1886 年

* 法学博士，中南财经政法大学校长，教育部人文社会科学重点研究基地中南财经政法大学知识产权法研究中心主任、博士生导师。



的联盟长达 12 年之久。但是, 19 世纪下半叶一直到 20 世纪, 美国的版权法先后经历过 5 次重大修改, 保护水平不断提升, 从而实现了从印刷版权到电子版权再到网络版权的制度创新。再说日本, 日本在明治维新以后, 在 1885 年制定了专利法。但是, 早期专利法也是一种低水平保护, 在长达 90 年的时间内不保护化学专利等, 并且为本国企业吸收外国专利提供便利。这一状况一直到 1975 年颁布专利法修正案才得以改变。

上面的例子说明了一个非常浅显的道理, 就是发达国家都有一个从选择保护到全面保护、从低水平保护到高水平保护的过渡期。笔者认为, 在不出现外来压力干扰的情况下, 一个国家根据自身发展状况和需要保护知识产权是最为适宜的。在一国经济发展水平不高的情况下, 这种低水平保护知识产权的过渡期是非常必要的。

2. 公共政策立场, 从国际、国内两个层面推进知识产权政策。笔者认为, 西方发达国家的知识产权制度是政府公共政策的有机组成部分。它既是国内政策也是国际政策, 并且是以服务国家利益为政策取向的。近代英国是推行知识产权政策的成功典范。其传统知识产权制度主要是版权法和专利法。英国是传统知识产权制度的发祥地, 也是欧洲工业革命的策源地, 这些并非历史的偶然。因为, 近代英国政府把知识产权作为一种产业、商业政策, 作为一种科技、文化政策的有机组织部分, 从而为 18 世纪 70 年代开始的欧洲工业革命奠定了重要的制度基础。再看现代美国, 美国可以说是知识产权政策最有效的运作者, 自从 20 世纪 80 年代以来, 美国在国内建立了一个完善的以知识产权为导向的公共政策体系, 促进了本国的科技和经济发展。同时, 我们可以看到, 美国将知识产权作为政策导向, 扶持半导体芯片、计算机、通信、生物制药这些所谓的朝阳产业, 大力发展软件、唱片、电影、图书这些文化产业, 应该说是非常成功的。在国际政策上, 我们注意到美国将知识产权与对外贸易直接挂钩。在 20 世纪 90 年代中期之前, 美国主要凭借国内的综合贸易法相关条款, 把给予贸易对手的待遇, 与要求对方保护美国的知识产权直接挂钩。在 20 世纪 90 年代中期以后, 美国更多地依赖对方的国家强制力和世界贸易组织的国际强制力, 将承诺方所承诺的高水平的知识产权保护, 与享有无差别的政府待遇直接联系起来。因此, 知识产权政策在当今情况下, 不再是一国的法律事务, 它与国际经济、科技、文化交流紧密地联系在一起, 并且成为了当今国际贸易体制的重要规则。因此笔者认为, 一个国家所制定的知识产权制度, 既要适应国内发展的需要, 又要遵循国际贸易规则。

3. 国家发展战略选择。西方发达国家以知识产权作为现代化建设的制度支撑。我们注意到, 进入新世纪以来西方发达国家也包括一些新兴的工业化国家, 无一不是把知识产权战略作为本国经济发展和科技进步的重要战略支撑。在各类国家当中, 美国无疑是一个科技领先型的国家。我们看到美国通过了知识产权与通信改革综合



法案和以专利制度改革为目标的 21 世纪法案，建立了高水平的制度政策，并且在全世界推行美国的制度标准。第二类国家是所谓的技术赶超型国家，包括欧盟和日本，特别是日本在 2002 年制定了知识产权战略大纲，出台了知识产权基本法，来推动实施创造、保护、利用知识产权的政策措施。其目的就是振兴科学技术、维护国家知识产权。在第三类创新型国家当中，韩国也是有所作为的，它于 2004 年成立了知识产权保护政策协会。可以这么说，韩国在知识产权保护方面的立法水平已经接近和达到了美国、日本和欧盟的基本政策立场。作为发展中的大国，也就是所谓的调整发展型的国家，像巴西，特别是印度无一不是如此。这就说明，知识产权制度是发达国家，包括一些新兴的工业化国家竞相使用的战略政策。这种政策是中国在建设知识产权制度时应予考虑的。

二、中国在知识产权制度运作方面的不足

中国现在正处于一种新的国际背景和时代条件下。这个国际背景就是经济全球化与新的国际贸易体制的形成，这个时代条件就是知识经济。我们注意到，经济全球化的出现和新的贸易体制的形成，成为各国知识产权制度走向国际化的主要原因。对于中国来讲，别无选择。中国近些年来经济发展的 70% 来自于对外贸易，所以我们可以这么讲，不能离开对外贸易来谈中国的经济发展；同样，我们也可以这么说，知识产权保护已经是国际贸易体制的基本规则，也不能离开知识产权保护来谈中国的对外贸易。中国是一个新型工业化国家，要用 15 年的时间建设成为一个创新型的国家，因此保护知识产权、加强知识产权制度建设也是很重要的。笔者认为知识产权制度在中国存在着自身经验不足的问题，同时它的国际环境发生了重要变化。这就决定了中国在制度运作方面存在着明显缺陷和不足，至少有三个方面的问题。

1. 缺乏发达国家从低水平保护到高水平保护的必要过渡期。笔者认为这是一个国际因素。中国的知识产权制度的建设，始于清朝末年，它是清政府实行新政，向西方学习的结果。但是它更多的是帝国主义列强向清朝政府施加压力的结果。西方发达国家的知识产权制度比中国早 300 年，即使是印度、巴西这样的发展中大国，比中国也早 100 年。我们可以看到，新中国的知识产权制度的进程只有短暂的历史。从 20 世纪 80 年代开始，中国于 1982 年制定了商标法、1984 年制定了专利法、1990 年制定了著作权法。在这之后，中国又先后修改了著作权法、商标法、专利法。可以说，中国知识产权制度在 21 世纪初就已经达到了知识产权协定所规定的要求。中国只用了 10 年多的时间，就实现了从低水平向高水平的转变，实现了从本土化向国际化的过渡。这句话隐含着我想说的一个观点——中国现在的知识产权国际环境发生了很大变化，作为世界贸易组织成员的中国，全然没有发达国家所经历的那种漫长的过渡期、准备期，因此中国的政府和企业对于制度建设准备不及，对于制度运作的经验不足。



2. 缺乏在本国实施知识产权制度的条件、手段和社会环境。这是一个国内因素。笔者认为,知识产权制度要实现其预期的目标,必须要有一个一般社会条件的成就。这个条件包括知识产权制度得以存在和有效实施的经济、科技、文化、教育等物质设施和社会环节,以及基于知识产权政策导向而配套形成的公共体系。以专利制度为例,专利权是知识产权领域最重要的一项知识产权,笔者认为其有效运作需要有两个最重要的条件:①建立以专利权为导向的能够涵盖技术创新、技术成果转化、技术中介服务、技术产权保护的公共政策体系。由于这方面存在着不足,中国很多地方、很多行业普遍存在着有技术无专利、有专利无应用、有应用无产业的现象。据资料统计,我国技术成果的市场转化率仅为10%~15%,而技术应用的产业化率只有7%,远远低于发达国家的相应指标。②提供自主创新所需要的研发资金和物质条件。应该说这方面的问题较之前者更为严重。我注意到2005年国家的研发投入占GDP总量的1.5%,这个投入量低于可统计国家平均1.6%的水平,更低于创新型国家平均2.2%的水平。

3. 缺乏应对国际知识产权壁垒和现代知识产权的条件。笔者认为这既是一个国内因素也是一个国际因素。在国际市场和对外贸易方面,知识产权大概控制了1万亿美元的货物贸易和服务贸易。知识产权领域已经成为了全球企业竞争的关键战场。在国际市场,外国的企业和公司,利用其资金优势、技术优势,熟练地运用知识产权规则,对中国企业构筑了一个壁垒。这是一个合法的知识产权壁垒,其包括三个方面:①标准壁垒,即利用掌控、影响国际标准组织的优势,将专利融入到技术标准中,占领产业链的高端区获得高额利润。这种壁垒对中国企业已造成了一些困难。②绿色壁垒,即制定国际认可的环境标准和绿色标准,提高进入发达国家市场的商品进入标准,导致缺乏统一质量保证的中国农副产品和电子产品出口的困难。③反假冒壁垒,即动用知识产权新规定的海关措施,对一些中国企业冒用其商标、商号和地理标志出口商品采取扣押和反假冒的措施。在中国市场,笔者认为有三个问题值得关注:①外国公司基于研发优势,在我国大量申请专利,特别是在高新技术领域跑马圈地,对中国企业构成了影响。②外国公司利用资金优势,在中外合资公司收购中国的民族品牌,削弱中国民族品牌的影响力和进展力。③外国公司利用掌握世贸规则的法律优势,加强对中国企业的侵权指控,甚至组成来华打假团,以侵犯专利、商标等知识产权为由,对中国企业提出指控。

三、中国知识产权制度运作的出路

中国知识产权制度向何处去?一个很重要的建议是要根据知识产权国际保护制度的发展趋势,总结各国特别是发达国家运用知识产权制度的经验,对中国的知识产权相关政策予以充实、调整和提高。关于国际政策,就是要积极推行国际知识产权制度的改革:①信守国际承诺,遵守国际公约所规定的知识产权最低保护标准;