

全国知识产权培训读物

21

面向21世纪的

中国知识产权问题

孔平 主编

知识产权出版社

面向21世纪的 中国知识产权问题

主编 孔 平

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

面向 21 世纪的中国知识产权问题/孔平著. —北京:
知识产权出版社, 2000.10

ISBN 7-80011-499-6

I. 面... II. 孔... III. 知识产权-研究-中国

IV. D923.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 43822 号

书 名 面向 21 世纪的中国知识产权问题

著作责任者 孔 平

责任编辑 李 琳

出 版 者 知识产权出版社

地 址 100088 北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号

印 刷 北京大兴兴达印刷厂

发 行 新华书店北京发行所

邮 购 咨 询 (010) 62024794

规 格 850×1168 毫米 1/32 印张 7.75 字数 190 千字

印 数 1—3000 册 2000 年 10 月第一版

2000 年 10 月第一次印刷

书 号 ISBN 7-80011-499-6/D·010

定 价 16.50 元

主 编 孔 平
副主编 徐治江
编 委 李玉仁 张耀明 孙 雷 姜丹明
蒋洪义 黎 珉 黄文军 朱亚萍

目 录

第一章 我国著作权保护问题	(1)
一、高新技术的发展与版权保护	(1)
二、版权保护的国际化	(21)
三、微软与我们的民族软件产业	(31)
四、版权产业问题	(38)
五、法律实施的困惑	(48)
六、版权与相关权利	(59)
七、邻接权	(68)
第二章 面向知识经济时代的中国专利制度	(75)
一、知识产权制度在知识经济时代的定位	(75)
二、知识经济时代专利制度的定位	(78)
三、中外发明人利用我国专利制度的情况对中国企业 技术创新的影响	(84)
四、企业管理者和科技人员的专利意识亟待提高	(106)
五、专利立法问题	(107)
六、实用新型和外观设计制度的完善	(108)
七、撤销程序与无效宣告程序的衔接问题	(121)
八、发明专利的审批期限和无效案件的审理周期	(122)
九、专利权的有效保护	(127)
十、发挥专利制度在技术创新体制中应有的作用， 为知识经济的发展服务	(146)
十一、适应市场经济体制、与专利国际条约的协调等	

完善专利制度的其他问题·····	(147)
第三章 商标制度法制化过程及其发展大趋势 ·····	(160)
一、我国商标立法问题·····	(160)
二、执行中反映出的问题·····	(172)
三、今后的发展趋势·····	(185)
第四章 商业秘密保护的特殊性和法律保障 ·····	(191)
一、商业秘密保护的**性·····	(191)
二、商业秘密保护方式与专利保护方式的利弊 分析·····	(194)
三、商业秘密的构成要件·····	(197)
四、解析商业秘密的保密措施·····	(201)
五、商业秘密侵权诉讼中的举证责任问题分析·····	(206)
第五章 知识产权国际化与我国知识产权立法 ·····	(212)
一、知识产权国际保护体系与我国立法的要求·····	(213)
二、我国知识产权立法与发展现状·····	(216)
三、关于我国知识产权有关法律的完善问题·····	(221)
四、新世纪知识产权保护需要研究解决的新课题·····	(233)
主要参考文献 ·····	(237)

第一章 我国著作权保护问题

随着现代科学技术的迅猛发展及其在社会经济领域的快速应用，具有科学技术内容的知识对世界各国国民经济的贡献空前高涨，高知识含量的产品和服务所创造的经济价值在部分发达国家和发展中国家国民经济生产总值中所占的比重日益增大，迅速发展成为超过传统工业和农业的新型经济形态——知识经济。“知识”在经济发展中的重要地位逐渐被世界各国所认识并被认为是未来世界经济发展的主要动力和源泉。当简单的体力劳动和物质型生产进一步演变成为知识在实践中的应用时，发达国家与发展中国家的差距在本质上将会是知识质量和拥有量的差距。充分调动和保护知识的创造力量，鼓励智力成果转化为社会生产力已成为我国社会主义现代化建设的重要任务，这也正是我国政府把“教育兴国、科技兴国”作为根本任务的一个主要原因。在我国大力发展知识经济的过程中，科学技术、文学艺术作品作为一切知识成果的固化形式如果得不到有效的保护，其所承载的科学文化的内容也就无法充分实现，知识产权和知识成果向社会生产力的转换也必然会受到影响，所以，加强对作品的著作权保护对我国迈入和发展知识经济起着重要的促进作用。

一、高新技术的发展与版权保护

纵观版权法的历史沿革，版权法始终处于对科学技术发展和

社会环境的适应过程中，正如 EC（欧共体）的詹斯·加斯特博士所讲，“版权的历史是法律环境对技术变革和改进的技术能力的一系列反应和适应的过程”。版权保护思想确立后，历次技术革命都对原有的版权保护理论提出挑战，版权保护制度也正是在对科学技术发展适应的过程中逐步走向完善和成熟。当人类社会从以物质占有为代表的工业经济社会逐渐步入以信息化、数字化为代表的知识经济社会时，版权保护制度必须面对高新技术的发展及时作出适当的调整。

（一）技术的进步并未改变版权保护的基本原则

“版权保护”的概念是随着印刷技术的进步而逐渐产生的。当印刷技术发展足以把一部作品迅速地向社会公开的时候，为保证作品不被任意复制，从而确保作者因创作面享有的权益，社会保护版权的意识才逐渐开始形成。传统意义上的作品大多以一定的排列组合直接由文字、图形等符号物化在诸如纸张等单一的载体之上，作品的种类主要是文字作品和美术作品，不同类别的作品容易区分。伴随着近两个世纪录音、录像、摄影等先进技术的出现，视听作品逐渐走进人们的生活，版权技术变革的根本特征在于能够借助机器使活动的画面保留下来，使曾经有过的声像成为永恒。它对版权保护制度的影响主要在于作品的表现形式不再是死板的文字或图形，创作人员可以通过录像机、摄像机等工具创作出电影等动感作品；其制作过程是通过录放等装置先将文字、声音、图像等转换为机器可识别的信号固化在录音带、录像带及电影拷贝之上，再由相应的播放装置还原成人们可以直接视听的作品。与以往的作品表现形式相比，作品由创作到表现给公众，其间增加了机器收发模拟信号的过程，但机器播放前后的作品的内容和形式并未改变，机器起到的是将固化在录音带、录像带之上的作品还原的作用，电影放映员不会因为放映出电影画面

成为电影作品的著作权人，录音机也不能因为它“唱出”了优美的旋律而成为表演者而享受有表演者的权利，作品的作者仍然是进行创作的人员。所以，以“创作”为基础的版权保护理论并未因此而动摇。本世纪下半叶发展起来的数字化技术和网络传输技术再一次带来了版权理论的革新。计算机技术的进步使作品的创作、存储更加方便，传播更加快捷。一张小小的只读光盘可以存储 3 亿多个汉字，相当于 300 本百万字的作品；目前最先进的通讯网络已达到每秒 10GB 的传输速度，一年《人民日报》的图文信息在 1 秒钟内可以传送完毕。这次技术革命对版权理论的影响在于不仅带来了新型的作品形式——软件以及将文字作品、美术作品、摄影作品、音乐作品、影视作品中的文字、数字、图形、图像、声音等各种不同的信息媒体通过计算机的合成加工所产生的多媒体作品，还导致了传统意义上的创作方式发生变革——任何作品都可以通过计算机得以体现，任何作品也都可以通过计算机进行创作；而且计算机网络传输又对传统意义上作品的出版、复制提出了新的问题。版权保护理论又一次被推到了新技术考验的而前，数字技术是这次技术变革的根本。计算机是把作品转换成一种机器可读的二进制数码形式，以利于作品的存储、使用、复制和传输，数字化后的作品只能通过计算机还原成人们可以利用的作品形式。作品的数字化过程实际上是一种中间技术过程，属机械性代码变换，没有作者以外他人创造性的劳动，机器本身不具有创造能力，因此作品的数字化过程不会产生新的作品，更不会对原作赋予新的创造性，进行创作的人员仍然是作者，作品的来源也仍然是创作人员创造性的劳动。所以，作品的数字化过程并不产生新的保护客体——作品，也不会产生新的权利主体——作者。此外，无论是单机操作还是加入到网络当中，以数码形式存在的作品仍然具有“可复制性”，只不过原件与复制件之间没有区别，都表现为同序排列的数码，这些数码必须借助于计

算机才能转化为人们能够理解的作品。可见，数字化后的作品仍然具有“独创性”和“可复制性”的基本特征。传统版权保护的理论基础并未因此受到影响。

（二）数字技术的发展对版权保护制度的冲击

尽管数字化技术的发展没有动摇版权保护制度的理论基础，但对版权理论的一些具体内容仍然造成一定的影响。版权保护体系仍然需要像经历以往历次技术变革一样作出适当的调整。

1. 新的作品——软件

①软件简介

相对于硬件而言的软件是计算机系统运转和发挥功能不可缺少的部分，是计算机的食粮。它包括计算机运行所需的各种程序及有关文档。程序是一系列供计算机识别的指令的有序集合，它指示计算机进行工作，使之完成特定的任务，得到某种结果。文档是指软件开发过程中用自然语言或形式化语言所编写的，用来描述程序的内容、组成、设计、功能、使用方法的文字资料和图表，如设计说明书、流程图、用户手册等。

软件产业的兴起是与计算机的普及和数字化技术的高速发展相适应的。70年代前，计算机厂家将生产经营的重点放在硬件设备上，软件往往被当作附属品连同机器销售给用户。当计算机逐渐走入寻常百姓家，在社会生产、生活各个领域广泛应用时，各种各样的软件需求越来越强烈，软件的作用和价值也为社会所承认，专门开发计算机软件的各种公司、研究机构应运而生，软件产业也摆脱计算机硬件制造工业成为新型的知识经济产业。

②软件的特性及法律保护

软件的开发需要大量的资金和人力，而复制软件却十分简便，而且不需要专门的技术。一张耗费专业技术人员几年心血的软件在几秒钟之内会被刚刚普及过电脑知识的小学生通过几个简

单的操作指令复制下来。因此，软件产业是每一个用户都能够成为其产品制造者的产业。巨大的利益和简单的制作使软件产业从一开始就处于被他人盗版和非法使用的危险境地。如果没有对软件予以充分必要的保护，制止未经授权的复制，软件制作者的经济利益就会受到巨大的损失，直接影响软件制作者的创作积极性，导致软件产业的停滞不前。所以，通过法律保护软件制作者的权益、调整软件创作过程中的法律关系对软件产业的发展至关重要。

早期的软件法律保护遇到了如何认定软件的性质、运用何种法律对软件进行保护的问题。计算机软件中的文档，作为文字或图形等形式的作品原本应当受到版权法的保护；而计算机程序作为具有作品和工具双重性质的新型技术知识体如何通过法律进行保护却经历了长时间的探索。美国在 60 年代依据软件的实用特性，采用专利法对软件进行保护，但在具体适用过程中，程序本身能否成为专利保护的对象、取得专利权苛刻的审核标准、漫长的审查期限等因素使专利法无法成为对软件进行保护的有效途径。在实践中，人们发现，作为有逻辑序列的数码组合，程序可以用数字、文字、符号等表示，同时也可以有有形载体（纸张、磁盘、光盘等）将数码化的信息加以固定，而且固定在载体上的程序也容易被复制，这些性状与传统文学作品大致相同。于是各国转而通过版权法对软件加以保护。1976 年、1980 年，美国两次修改版权法，明确用版权法保护计算机程序，并结合计算机程序的特点进行了专门的规定。以美国为鉴，世界上大多数国家都采用版权法对软件进行保护。1994 年 4 月签署的《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）第 10 条第 1 款规定：“计算机程序，无论以源码形式或以目标码形式表达，都应作为《伯尔尼公约》的文学作品给予保护”。这样运用版权法保护计算机程序就成为 WTO 所有成员国的义务。

软件的创作宗旨在于应用，而非文学艺术等作品的欣赏，当计算机程序运行时表现为能够驱动计算机完成特定任务的电脉冲序列，其本身所具有的实用工具性质则是传统类型的作品所没有的特性。而且，软件中所包含的“经济效益趋动性”要高于“文化内容”，这也正是软件能够迅速发展成为一种产业的根本原因。因此，我国著作权法在将软件设定为作品的一种形式加以版权保护时，充分考虑了其工业性质及有别于其他作品的特性，规定由国务院制定专门的《计算机软件保护条例》专门对因软件产生的法律关系进行调整。

③需要注意的几个问题

软件是信息时代发展的产物，必然要适应而且要促进信息社会的发展。一部文学艺术作品流传百世会盛名不衰，四大名著今天依然有当代作者所羡慕的读者数量，但一个软件作为工业产品上市后即使能够成功地占领市场也只是几年甚至是几个月的时间，当这一软件在应用上落后于信息时代发展的步伐之后，很快就会被其他优秀的软件所取代。从 Word 5.0、6.0、7.0 以及 Word 97 到 1999 年的 Word 2000，从 Window 3.1、3.2 至 Window 95、98、2000，从 WPS 到 WPS97、2000，每一种软件被社会大量应用的时间都很短，即使同一种软件也处于不断的更新过程之中。跟不上信息时代潮流的软件即使投入到公有领域也不会有人问津。DOS 曾经是统治计算机的操作系统，但其今天只沦为 Windows 窗口下的一个附属品。我国对计算机软件版权的保护期为 25 年（除身份权），而且在保护期满前还可以续展 25 年。一部软件在 25~50 年后能否仍然被社会所接受？而且一部软件如此之长的保护期限也不利于先进技术的广泛应用。因此，信息时代的版权立法应当结合软件作品的具体情况，有别于对其他形式作品规定的版权保护期限，真正有效地保护软件作品并充分考虑软件的社会效益。

应当看到，在近些年我国文化事业法制建设逐步完善的过程中，尊重版权、经授权使用他人的作品、使用他人作品付酬等基本版权意识已经在一定社会层次上逐步形成，但版权意识和法制观念在整个社会还没有全面树立，使用盗版软件、非法使用软件的现象仍然普遍存在。我国还处于社会主义的初级阶段，人民群众日益增长的物质文化需要还不能够被并不富裕的经济收入所满足。正版 WPS2000 文字处理软件市场权价格是 960 元人民币（试销期间是 480 元），正版 Office2000 的市场价格是 3999 元人民币（两者均为 1999 年 7 月价格）；而两者在北京盗版市场上的价格则统一是 10~15 元人民币，在南昌和沈阳盗版市场上则是 4~7 元人民币。正版与盗版软件间十倍、百倍价格上的差距不得不令软件使用者对正版软件望洋兴叹而在盗版市场寻寻觅觅。当正常的软件产业失去并不富裕的民众支持的时候，保护创作人员的权益和创作积极性、推动文化和科学事业繁荣等法律宗旨的实现就存在相当的难度。

由于软件不同于其他作品的一些特性，部分侵犯他人版权者可能并未意识到自身行为的违法性。与传统的作品属性不同，软件的价值所在就是软件的使用，使用软件者应当为其所获得的软件使用价值付出相应的经济利益，这种付出并非以拥有软件载体为前提。未经作者许可，将他人所有的图书借来阅读绝不会侵犯作者的版权，但未经软件版权人许可并付费，将他人所有的软件“借来”安装至自己的计算机上使用却侵犯了他人的版权。这种行为通常被人们认为“借”而非“盗”；而且这种情况经常出现在机关、企事业单位等软件使用大户身上。一个单位如果有 100 台计算机需要安装 WPS 操作软件，购买一部软件分别装到这 100 部机器上就可以完成任务，但是却需要通过购买取得 100 份授权和安装许可才符合法律的要求。这一行为的违法性可能没有被使用者充分认识，但即使在明知这一行为违法的情况下，在 1

与 100 巨大经济利益差距的前提下，法律的权威和创作人员的权益往往会被抛之脑后。

2. 作品的网络传输

计算机单独使用只是一部机器，只有加入到网络中去，它才具有生命。

我国的计算机网络技术起步较晚，但发展迅速。开放的社会不但容纳了国外的诸多网络服务系统，而且中国在近些年也涌现出许多自己的网络服务商。人们不再对“china on-line”、“东方网景”、“瀛海威时空”感到陌生，计算机网络也不再只是“公家”专用，E-mail 地址越来越多地出现在人们的名片上，网上求援、订票、购书早已不再是新闻，北约轰炸中国驻南联盟大使馆的消息就是《人民日报》计算机网络版最早发布的。据统计，全世界每 4 分钟增加一个网页，每 15 分钟就会增加一个网站，中国目前上网计算机共有 146 万台，网站共 9 906 个，“网民”约有 400 万（1998 年底统计数字），而且正呈大幅度上升趋势。当我们还在思考着“第三次浪潮”是否会真的到来的时候，信息时代的代表——数字化网络已经融入我们的生活。

数字化网络是各种信息资源的集散地，在网络上传输的不仅有可以随意“共享”的消息（新闻报道、已进入公有领域的文学艺术作品等），也有受版权保护的作品。作者可以把自己的作品送上网络供他人使用，网络用户也可以利用网络上的作品，不同的网络服务商之间也能够互通有无。1996 年 2 月，作家出版社与瀛海威信息通信公司合作，将王庆辉的长篇小说《钥匙》搬上 Internet 网络，全球各地网络用户都可以阅读该作品，这是我国第一部由专业出版社参与的上网小说。在此之前，瀛海威公司已经把《环球青年》等杂志搬上网络。在内容日益丰富的网络上，用户欣赏作品或者使用软件可以省去去书店、图书馆和软件专卖店的麻烦事，点击之下就可以阅读作品和下载软件，这的确为作

品使用者提供了相当便利的条件，但同时，网络新技术的应用对于作品的版权保护却提出了许多新的问题。

①暂时复制

复制权是版权的基本内容，复制技术的发展也是版权能够得以生存的基础。传统意义的“复制”在作品形式上有原件、复制件之分，而且作品必须是在有形载体上能够得以固定。在单机操作上，计算机的磁盘、光盘等可以作为作品的载体，但加入到网络当中后，作品却只是暂时进入到计算机的内存，形成暂时复制，在屏幕上加以显示却没有任何载体；只要用户与网站断开联系，作品就会从用户的电脑中消失（在未下载的情况下）。但在作品进入用户计算机内存短暂的时间内，用户足以通过下载等方式将其固化在计算机中然后加以使用，这正是在网络上浏览作品与在书店翻阅作品的最主要的区别，也正是版权人要求对暂时复制行为进行法律调整的主要原因。

1996年，主要为解决国际互联网络环境下应用数字技术而产生的版权保护的新问题，由世界知识产权组织（WIPO）主持，在日内瓦召开了有120多个国家代表参加的外交会议。会议在12月缔结了《世界知识产权组织版权条约》（WCT）与《世界知识产权组织表演和唱片条约》（WPPT）。“暂时复制”受到大多数发展中国家的反对，在最终形成的“WCT”中没有出现“暂时复制”的内容。但在所附的声明中提出《伯尔尼公约》第9条规定的复制权及其例外完全适用于数字化环境，尤其适用于以数字化形式使用作品；受保护作品以数字化形式在电子媒介上的存储构成《伯尔尼公约》第9条意义上的复制；“WPPT”所附的声明也对表演者和唱片录制者的复制权作出了同样的解释。

根据我国著作权法实施条例第5条第1款的规定，“复制”是指以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻拍等方式将作品制作一份或多份的行为；根据计算机软件保护条例第3条第5

款的规定,“复制”是指把软件转载到有形物体上的行为。法律与条例所列举的几种复制形式都是“永久复制”、“有形复制”的形式。可见,我国版权法律体系还没有接受作品在数字网络传输中所形成的“暂时复制”。

②网络传输作品性质的认定

毫无疑问,作品在网络上传输与在书店出售一样是作品向社会公开的一种方式,应当属于对作品的使用,这项公开的权利也应当是版权人的一项专有权利,但依靠现有的著作权理论还无法确定这项权利的性质。

从形式上来看,作品在网络上传输与作品的发行最为相近。将作品转换成数字代码,以数码的形式进入网络向公众提供,无论是有偿还是无偿,其实际效果与一部作品被印刷出版后在书店、图书馆里提供给他人使用没有本质上的区别。但传统的版权保护理论中发行是建立在“有形复制”和“永久复制”基础之上的,发行的对象是作品的有形复制件;而网络上传输作品最大的特点就是能够形成暂时复制,作品只是暂时进入计算机内存,没有载体于任何载体之上,在网络传输过程中找不到作品的有形复制件。所以,还不能将作品的网络传输简单地归入“发行”的范畴。

此外,即使将作品在网络上传输行为认定为作品的发行,依照“发行权一次用尽”的原则也无法保护版权人的利益。“发行权一次用尽”的原则是为避免版权人滥用发行权这一专用权利限制作品的正常使用而造成已成为商品的作品大量积压,妨碍商品的自由流通,进而损害商品所有人的利益,这一原则已在各国版权法中普遍得以承认和应用。这一原则对于以有形载体为其固化状态的作品是没有任何问题的,但网络传输不同于有形载体作品的流通。首先,作品在网络上传输并不伴随着有形载体的转移,接收网络上传输作品的人不必付出很多的劳动和资金,就可以轻而易举地对作品加以复制和传播,不存在商品积压的问题,如果

对网络传输作品适用发行权一次用尽的原则显然与设定该原则的初衷不符；其次，传统意义上作品的发行、复制、传播行为是相分离的，但在网络上，作品的传输则同时涉及复制权、发行权和传播权等多种权利，如果适用“发行权一次用尽”的原则就意味着多种权利同时丧失，版权人其他权利也会无辜受损，这与专门限制版权人发行权的初衷不符；而且在日益国际化的网络上，如果发行权穷竭则是世界范围内的穷竭，而非在一国之内的消失，这对权利人的利益又是极大的损害。可见，如果采取“发行”对网络传输作品的行为进行法律调整，“发行权一次用尽”的原则对上网传输作品的版权人的利益将是巨大的威胁。

作品在网络上传输脱离载体的特性类似于广播、电视的播放，但播放行为相对于社会公众而言是被动地接受，而网络传输是用户主动地寻找其所需要的内容；而且播放是“点对面”的行为，而在网络上却是“点对点”的传输作品。所以也很难将网络上传输作品的行为简单地归入播放行为之列。

WCT 对于“发行权”在第 6 条进行了阐释，“发行权”是文学和艺术作品的作者应当享有授权通过销售或者其他所有权转让形式的向公众提供其原件和复制件的专有权。鉴于“暂时复制”并未在其正式文本中出现，所以还无法确认 WCT 已经认定网络上传输作品的行为属于发行。WCT 第 8 条对“播放”行为也进行了新的阐释，“在不损害《伯尔尼公约》第 11 条第……以及第 14 条之 2 第 1 款所规定权利的情况下，文学和艺术作品的作者应当享有以有线或无线的方式授权将其作品向公众传播的专有权，包括以公众中的成员个人选择地点和时间的方式，使公众获得作品。”依据这一定义，作品的网络传输可以模糊地纳入“播放”的范畴。

《伯尔尼公约》对数字化网络环境下作品的传输没有涉及，而且其所限定的一些规则很难将网络上作品的传输纳入调整范