

创新是当今时代的主旋律。综合国力竞争的焦点是科技，科技的本质在创新。创新支撑发展，科技引领未来。谁在科技创新方面占据优势，谁就能够在发展上掌握先机，赢得主动。创新必须自主。自主创新意味着国家核心竞争力，意味着发展和安全，意味着在世界上的地位和尊严。只有不断增强自主创新能力，才能改变关键技术依赖于人、受制于人的局面，才能把国家和民族的命运牢牢把握在自己手中。我国是世界上最大的社会主义发展中国家，更要立足自主创新。

JIAN SHE CHUANGXINXING GUOJIA BEIJINGXIA DE

建设创新型国家背景下的 知识产权保护

ZHISHICHANQUAN BAOHU

吕炳斌 著

知识产权出版社

本

上海行政学院)学术著作出版基金资助出版

—28

建设创新型国家背景下的 知识产权保护

吕炳斌 著

DP23.404

L887

知识产权出版社

内容提要

本书引入自然法哲学、社会学、管理学、经济学基本原理,为知识产权基本理论研究开拓了全新的视野。本书还对基因专利、国防专利、生物医药专利与公共健康、奥林匹克知识产权、商标合理使用、网络版权保护制度的变革、数字图书馆、P2P 下载、网络游戏虚拟物、盗版与软件著作权等知识产权领域一些具有理论和实践意义的重要命题展开专题研究,引导读者关注知识产权保护新课题,着眼于探讨这些问题的特殊性和对传统知识产权保护制度所提出的挑战,并提出了相应的对策。本书既有对知识产权基本理论的探讨,也有对前沿和热点问题的专题研究,内容丰富全面,视角独特,观点新颖,既适合希望由浅入深,全面了解知识产权的各界人士阅读,也适合希望对知识产权进行专题研究的研究人员阅读。阅读本书必将有助于提高读者对知识产权的兴趣和理论水平。

责任编辑:蔡虹

图书在版编目(CIP)数据

建设创新型国家背景下的知识产权保护/吕炳斌著.

北京:知识产权出版社,2010.1

ISBN 978-7-80247-609-7

I. 建… II. 吕… III. 知识产权—保护—研究—中国

IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 201697 号

建设创新型国家背景下的知识产权保护

吕炳斌 著

出版发行:知识产权出版社

社址:北京海淀区马甸南村1号

网址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

责编电话:010-82000860 转 8324

印刷:北京凯达印务有限公司

开本:880mm×1230mm 1/32

版次:2010年1月第1版

字数:300千字

ISBN 978-7-80247-609-7/D·893

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82000860 转 8240

责编邮箱:caihong@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:11.5

印 次:2010年1月第1次印刷

定 价:28.00元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

卷首语

国家主席论知识产权

切实加强我国知识产权制度建设，为建设创新型国家提供有力支撑。

——胡锦涛 2006 年 5 月

目 录

第一编 基本理论编

第一章 建设创新型国家背景下的知识产权保护·····	(3)
第一节 建设创新型国家的战略目标·····	(3)
第二节 自主创新和知识产权·····	(4)
第三节 政府的角色·····	(6)
第四节 企业的作用·····	(8)
第五节 国家知识产权战略的实施与评估 ·····	(11)
第六节 完善知识产权保护制度为建设创新型国家提供 支撑 ·····	(19)
第二章 自然法视野下的知识产权 ·····	(21)
第一节 被忽视的“自然法” ·····	(21)
第二节 自然法简介 ·····	(22)
第三节 知识产权是一种自然权利 ·····	(24)
第三章 实在法视野下的知识产权 ·····	(31)
第一节 知识产权和知识产权法 ·····	(31)
第二节 专利 ·····	(33)
第三节 商标 ·····	(45)
第四节 版权 ·····	(52)
第五节 知识产权的国际保护 ·····	(61)
第六节 法律条文详解——以著作权法第4条为例 ·····	(65)
第四章 知识产权保护的基本原则 ·····	(76)
第一节 利益平衡原则 ·····	(76)
第二节 尊重并合理保护知识产权原则 ·····	(79)

第三节 知识产权保护的其他原则	(80)
第五章 知识产权的新视角和理论创新	(83)
第一节 社会学视角下的知识产权	(83)
第二节 经济学视野下的知识产权	(94)
第三节 管理学视角下的知识产权	(99)
第四节 知识产权保护的理论创新	(103)

第二编 具体制度编

第一部分 专利领域的前沿专题

第六章 基因专利的法律保护研究	(110)
第一节 基因专利法律保护的背景	(110)
第二节 基因科技发展对法律和伦理的挑战	(114)
第三节 基因专利保护制度的若干基本问题	(123)
第四节 完善我国基因专利保护制度的建议	(139)
第七章 TRIPs 协定视野下的医药专利与公共健康	(144)
第一节 WTO、国际贸易与全球公共健康问题	(144)
第二节 从《多哈宣言》到 TRIPs 协定修正案	(148)
第三节 解决公共健康与生物医药专利保护的框架	(153)
第四节 进一步的制度性思考	(160)
第八章 国防专利：一种特殊的专利	(165)
第一节 作为国家战略的国防知识产权和国防专利	(165)
第二节 国防专利权的归属问题	(166)
第三节 国防专利的保密性	(170)
第四节 国防专利作为一种特殊的专利制度	(172)
第九章 “单方拒绝专利许可”的反垄断法律规制	(174)
第一节 单方拒绝专利许可的新问题	(174)
第二节 美国“单方拒绝专利许可”反垄断司法、执法 经验	(175)
第三节 我国《反垄断法》的具体实施问题	(185)

第十章 传统知识的专利保护：国际协调与中国对策 ·····	(192)
第一节 传统知识的概念及其问题由来·····	(192)
第二节 TRIPs 协定中传统知识谈判的实质 ·····	(196)
第三节 专利视角下的传统知识保护·····	(199)
第四节 中国在国际谈判中应持有的立场·····	(202)

第二部分 商标和标识领域的前沿专题

第十一章 法经济学视野下的商标合理使用制度 ·····	(208)
第一节 商标的外部性·····	(208)
第二节 我国立法实践中商标合理使用制度之构建·····	(210)
第三节 商标合理使用制度之正当性解释·····	(214)
第十二章 奥林匹克标志的知识产权保护 ·····	(218)
第一节 奥林匹克标志知识产权的法律保护和我国实践 ···	(218)
第二节 奥林匹克标志知识产权保护新途径探索·····	(226)
第三节 奥林匹克标志知识产权保护的我国保护和各国 经验·····	(234)

第三部分 版权领域的前沿专题

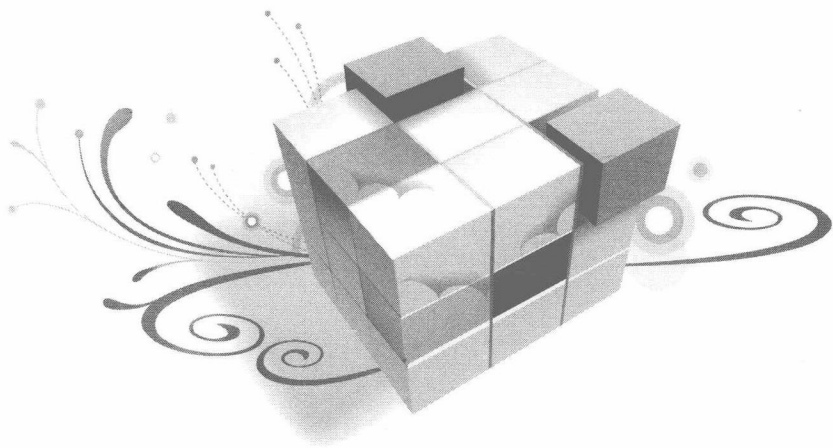
第十三章 网络时代版权保护制度的变革与重构 ·····	(254)
第一节 版权侵权责任的归责原则的演变·····	(254)
第二节 “复制”在数字时代遭遇法律尴尬·····	(260)
第三节 网络时代版权保护中心的变革与重构·····	(263)
第十四章 Google 图书搜索计划的知识产权问题 ·····	(269)
第一节 Google 数字图书馆引发版权纠纷 ·····	(269)
第二节 Google 数字图书馆“合理使用”之争 ·····	(272)
第三节 Google 图书搜索计划更改引发的制度性反思 ···	(276)
第十五章 网络游戏虚拟物的知识产权保护 ·····	(281)
第一节 网络游戏虚拟物的知识产权保护困境·····	(281)
第二节 网络游戏商对虚拟物的知识产权·····	(282)
第三节 玩家对虚拟物的知识产权·····	(289)

建设创新型国家背景下的知识产权保护

第四节	“第二次生命”游戏的虚拟物权属和交易政策 ...	(291)
第五节	网络游戏虚拟物的法律属性.....	(293)
第六节	玩家拥有知识产权之后的制度安排.....	(297)
第十六章	P2P 下载的版权补偿制度及其设计.....	(304)
第一节	P2P 下载及其版权问题.....	(304)
第二节	挑战及其对策：版权补偿制度.....	(306)
第三节	版权补偿制度设计中的基本问题.....	(315)
第十七章	知识产权保护的制度创新.....	(320)
附件一：	国家知识产权战略纲要.....	(325)
附件二：	全国人民代表大会常务委员会关于修改《中华人民共和国 专利法》的决定.....	(336)
参考文献		(344)
后 记		(355)

第一编

基本理论编



第一章 建设创新型国家背景下的 知识产权保护

第一节 建设创新型国家的战略目标

创新是当今时代的主旋律。综合国力竞争的焦点是科技，科技的本质在创新。创新支撑发展，科技引领未来。谁在科技创新方面占据优势，谁就能够在发展上掌握先机，赢得主动。创新必须自主。自主创新意味着国家核心竞争力，意味着发展和安全，意味着在世界上的地位和尊严。只有不断增强自主创新能力，才能改变关键技术依赖于人、受制于人的局面，才能把国家和民族的命运牢牢把握在自己手中。我国是世界上最大的社会主义发展中大国，更要立足于自主创新。

把我国建设成为“创新型国家”的提法，源于2003年开始、历时三年的《国家中长期科学和技术发展规划纲要（2006—2020年）》编制工作，进而被党中央、国务院采纳。胡锦涛总书记在2006年1月9日召开的全国科学技术大会上，发表了题为《坚持走中国特色自主创新道路，为建设创新型国家而努力奋斗》的重要讲话，代表党中央、国务院第一次正式提出了用15年的时间把我国建设成为创新型国家的宏观目标：“到2020年，使我国的自主创新能力显著增强，科技促进经济社会发展和保障国家安全的能力显著增强，基础科学和前沿技术研究综合实力显著增强，取得一批在世界具有重大影响的科学技术成果，进入创新型国家行列，为全面建设小康社会提供强有力的支撑。”大力加强自主创新，到2020年使我国进入创新型国家行列，这是党中央、国务院综合分析世界科技发展形势和我国所处历史阶段提出的面向未来的重大战略决策，是落实科学发展观、开创社会主义现代化建设新局面的重大战略举措。

国际上把那些将科技创新作为基本战略,大幅度提高科技创新能力,形成日益强大竞争优势的国家称之为创新型国家。具体来说,创新型国家应至少具备以下4个基本特征:①创新投入高,国家的研发投入占GDP的比例一般在2%以上;②科技进步贡献率高达70%以上;③自主创新能力强,国家的对外技术依存度指标通常在30%以下;④创新产出高。目前世界上公认的20个左右的创新型国家所拥有的发明专利数量占全世界总数的99%。^①创新型国家的评估指标是什么?许多学者对此颇有研究,但未形成统一标准。《国家中长期科学和技术发展规划纲要(2006—2020年)》用全社会研究开发投入占国内生产总值的比重、科技进步贡献率和对外技术依存度三个指标对我国要建设创新型国家的目标做了具体规定,即:到2020年,全社会研究开发投入占国内生产总值的比重提高到2.5%以上,力争科技进步贡献率达到60%以上,对外技术依存度降低到30%以下,本国人发明专利年度授权量和国际科学论文被引用数均进入世界前5位。可见,建设创新型国家与研究开发、技术进步、发明专利等密切相关,这离不开有效的知识产权保护制度。

第二节 自主创新和知识产权

党中央、国务院做出建设创新型国家的决策,是事关社会主义现代化建设全局的重大战略决策。建设创新型国家,其核心就是把增强自主创新能力作为发展科学技术的战略基点,走出中国特色自主创新道路,推动科学技术的跨越式发展;就是把增强自主创新能力作为调整产业结构、转变增长方式的中心环节,建设资源节约型、环境友好型社会,推动国民经济又快又好发展;就是把增强自主创新能力作为国家战略,贯穿到现代化建设各个方面,激发全民族创新精神,培养高水平创新人才,形成有利于自主创新的体制机制,大力推进理论创

^① 自主创新、建设创新型国家暨2006全国科学技术大会(人民网专题), <http://scitech.people.com.cn/GB/25509/56813/57267/> (2009-2-13访问)。

新、制度创新、科技创新，不断巩固和发展中国特色社会主义伟大事业。^①

建设创新型国家，保护自主创新需要相应的法律和政策。正如胡锦涛总书记 2006 年 5 月在中共中央政治局第三十一次集体学习时强调指出要“切实加强我国知识产权制度建设，为建设创新型国家提供有力支撑”。建设创新型国家的法律政策的一个重要方面就是知识产权保护制度的完善。

我国知识产权保护制度的发展经历了一个从被动到主动的过程。我国知识产权保护制度的建立最初是迫于美国等西方国家在贸易谈判中的压力。中国加入 WTO 后，为了顺应《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs 协定)的要求，对《专利法》、《商标法》、《著作权法》这三部知识产权基本法律都进行了修改，这可以认为是中国知识产权制度的第二次发展。如今，以“建设创新型国家”为契机，新的《专利法》修正案已于 2008 年年底颁布，《著作权法》和《商标法》也在进行第三次修改，^② 这可以认为是中国知识产权保护制度的第三次发展。

我国的知识产权制度自 20 世纪 70 年代末初建以来，经过 30 多年的发展，已经形成较为完备的法律体系和管理体系。2004 年，我国提出制定国家知识产权战略，知识产权的重要性凸显。如果说我国最初的知识产权制度的制定主要是为了应对国际社会的挑战的话，那么党的“十七大”所言“实施知识产权战略”则是我们建设创新型国

① 胡锦涛：“走中国特色自主创新道路为建设创新型国家而奋斗——在全国科学技术大会上的讲话”（2006 年 01 月 10 日）。

② 其中，专利法第三次修改被列入国务院 2008 年立法工作计划和全国人大常委会 2008 年立法工作计划，2008 年 12 月 27 日，第十一届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》，新专利法自 2009 年 10 月 1 日起施行。新一轮《商标法》修改也已经开始，并由全国人大把它列入后五年规划之一。参见中国新闻网报道“新一轮商标法修改已经开始列入人大后五年规划”，参见 <http://www.chinanews.com.cn/cj/gncj/news/2008/06-13/1280875.shtml>。《著作权法》修改调研工作也在进行中，2008 年 12 月 21 日至 22 日，在上海召开了由国家版权局法规司主办著作权法第二次修改调研工作交流会。

家、实现跨越式发展的必然的、自主的选择。^①

中国知识产权保护制度的第三次发展的一个显著特点就是“从被动到主动”。知识产权保护制度的前两次发展或者是为了应付美国等贸易大国的贸易谈判要求，或者是为了应付 WTO 条约的要求，难免有一些被动性。但现在正在进行的知识产权保护制度的历史性发展是处于建设创新型国家这样的大背景下，我国知识产权保护制度的改革和发展更加体现出主动性。加强知识产权保护，是建设创新型国家进程中一项重要的制度建设，是为自主创新提供制度性保障。无论是否有欧美等发达国家的重重施压，仅从我们自身的可持续发展出发，加强知识产权保护也是刻不容缓的。

在知识经济时代，各个国家之间围绕知识产权展开激烈的竞争，知识产权作为国际竞争的焦点已经成为现实。努力创造和合理使用知识产权是时代赋予我们的重要使命，而自主创新则是完成这项重要使命的必由之路，也是快速提升我国国际竞争力的重要手段之一。知识产权是自主创新的成果，自主创新也离不开知识产权的保护。知识产权是自主创新的基础和衡量指标，也是市场竞争的重要手段。自主创新的成果，一般体现为新的科学发现以及拥有自主知识产权的技术、产品、品牌等。在自主创新的过程中，政府的角色和广大企业的作用都不可忽视。因此，深入研讨知识产权与自主创新的关系具有重大的理论和现实意义。

第三节 政府的角色

在建设创新型国家中，政府的导向作用无疑是非常重要的。国家的核心竞争力在很大程度上是知识产权的竞争力，其中又有赖于知识产权的质量和数量。越来越多的人已经形成共识，中国不能走资源耗费型之路，中国经济发展必须依赖于科技进步，走“中国仿造—中国

^① 刘睿：《完善的知识产权制度是建设创新型国家的支撑》，《中国发明与专利》，2008年第6期。

制造—中国创造”的历史必由之路。保护知识产权不仅是中国遵守国际贸易规则的需要，更是中国自身发展的需要。

知识产权保护制度在建设创新型国家中具有重要意义。加强我国知识产权制度建设，大力提高知识产权创造、管理、保护、运用能力，是增强我国自主创新能力、建设创新型国家的迫切需要，是完善社会主义市场经济体制、规范市场秩序和建立诚信社会的迫切需要，是增强我国企业市场竞争力、提高国家核心竞争力的迫切需要，也是扩大对外开放、实现互利共赢的迫切需要。知识产权在增强国家经济科技实力和国际竞争力、维护国家利益和经济安全方面的重要作用需要充分发挥，以为我国进入创新型国家行列提供强有力的支撑。

知识产权工作在建设创新型国家中具有重要的地位和作用。知识产权工作要以科学发展观为统领，围绕全面建设小康社会和建设创新型国家的重大战略任务，正确处理激励科技创新和鼓励科技运用的关系、自主创新和引进吸收国外先进技术的关系、保护知识产权和维护公众利益的关系、适应现阶段生产力发展水平和满足国家长远发展需要的关系，加强知识产权工作，完善知识产权制度，健全知识产权保护制度。

政府有必要从以下几个方面进一步发挥作用，为建设创新型国家创造良好的法律和政策环境。一是提高新形势下对知识产权工作重要性的认识，将知识产权战略作为国家的一个重要发展战略，服务于建设创新型国家的目标。二是进一步加强政府对知识产权的领导和组织建设，积极营造良好的政策环境和有效的激励机制，保护和鼓励发明人、科技人员从事发明创造的积极性，使发明人、科研人员的创新精神、发明创造积极性不断得到激励，不断迸发出来。三是要按照履行承诺、适应国情、完善制度、积极保护的方针，适应我国经济社会发展的需要，适应国际知识产权保护的发展趋势，完善知识产权法律法规制度，从行政、司法等方面落实知识产权法律法规，为鼓励自主创新和维护权利人合法权益提供有力的法制保障。四是要完善自主知识产权保护和运用的政策措施，提高知识产权宏观管理水平，加强知识产权信息服务系统建设，加快建立健全社会化、网络化的知识产权中

介服务体系，促进自主创新成果的知识产权化、商品化、产业化。五是要积极参与国际知识产权领域的交流合作，为我国实施互利共赢的对外开放战略、扩大国际经济技术合作创造良好条件。六要调整财政投入结构，重点支持国家级企业研究开发中心，引导企业技术创新活动向中高端扩展。七要加大执法力度，依法严厉打击和有效遏制侵犯知识产权违法犯罪行为，加强知识产权的刑法保护力度，全方位的保护知识产权。

总之，各级政府应当高度重视知识产权工作，把知识产权工作纳入重要议事日程，完善和落实责任制。要加强知识产权专门人才的培养，特别是要加大知识产权高层次人才培养的力度。要加强对党政领导干部、行政执法和司法人员、企事业管理人员的知识产权工作培训，提高他们做好知识产权工作的能力和水平。在政府的引导下，通过全社会共同努力，把我国知识产权工作提高到一个新的水平，为我国建设创新型国家提供有力的法律和政策支撑。

第四节 企业的作用

2008年7月，国务院总理温家宝在江苏、上海进行调研。在苏州考察高技术企业时，温家宝指出，企业竞争力的核心在于知识产权，有了知识产权就有了核心竞争力。至少对于技术型企业来说，企业的核心竞争力就是知识产权。

对于企业而言，自主创新和知识产权也是两个密不可分的主题词。在创新的过程中，知识产权扮演着一个非常重要的先导角色。创新失去了先导，就难以实现既定的目标。换句话说，不掌握自主知识产权，不占有自主品牌，创新就是漫无目的、无效的创新；离开了自主知识产权和自主品牌，自主创新将成为无源之水、无本之木。在国家制定和实施知识产权战略的同时，企业也有必要加强知识产权的申请和管理等战略工作。

从整体上看，我国企业尚未成为技术创新的主体，技术创新能力

还比较薄弱。据吴邦国委员长在十届全国人大常委会第二十二次会议上的讲话时的统计数据,99%的企业从未申请过专利,绝大多数企业缺乏自主技术,特别是自主核心技术。大中型企业的研发投入只占销售收入的0.71%,规模以上工业企业只有0.56%,大大低于发达国家5%的平均水平。大中型企业中,3/4的企业没有研发机构,2/3的企业没有技术研发活动,60%以上的企业没有自主品牌。国内企业知识产权发展的现状令人担忧。一些企业不重视知识产权,不愿在自主知识产权发展上下工夫,而是热衷于模仿,满足于眼前的、产业低端的位置,缺乏长远的战略的发展眼光。近年来,一方面,我国产品在海外市场遭受反倾销调查的事件越来越多,另一方面,国外一些企业纷纷通过知识产权竞争“抢滩”国内市场,使得我国诸多行业面临着相当大的挑战和竞争压力。例如,我国家电业每年都要向国外专利技术持有人支付巨额的专利技术许可费用。一些垄断行业之所以极力维护自己的垄断利润,其中,与自己没有专利技术、缺乏核心竞争力而不敢直面市场竞争有着相当的关系。

自主创新能力是企业生存的根本。如今,全球范围内企业的竞争状况使我们越来越清醒地认识到,自主知识产权在打造企业核心竞争力中占据着无可替代的极其重要的地位。在国际间的企业竞争中,通过知识产权来限制或排除其他国家或企业的挑战的倾向越来越明显,知识产权已经成为部分跨国企业打压竞争对手、谋求更大利润的主要工具。没有专利技术等知识产权保护,无论是市场准入还是价格机制等诸多竞争战略的实施都将受制于人。

缺乏核心技术,缺乏知识产权,缺乏创新能力,企业将没有发展潜力。很多企业存在的“有制造无创新,有创新无产权,有产权无应用,有应用无保护”的现象,从一个侧面给我们敲响了警钟。作为市场主体的企业,要真正树立起发展自主知识产权、自觉保护知识产权的意识。

这需要提高企业运用、管理和保护知识产权的能力。知识产权既可以通过自主创新的方式获得,也可以在产学研相结合的技术创新体