

知  
道

知识  
产权保护的  
理论与  
制度分析

吕炳斌 张影 著



黑龙江人民出版社

知识产权保护的  
理论与制度分析

吕炳斌 张影 著



黑龙江人民出版社

---

## 图书在版编目(CIP)数据

知识产权保护的理论与制度分析/吕炳斌,张影著.  
—哈尔滨:黑龙江人民出版社,2009.4  
ISBN 978-7-207-08174-2

I. 知… II. ①吕…②张… 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 053354 号

---

责任编辑:李春兰  
装帧设计:李梅

## 知识产权保护的理论与制度分析

Zhishi Chanquan Baohu De Lilun Yu Zhidu Fenxi

吕炳斌 张影 著

---

出版发行 黑龙江人民出版社  
通讯地址 哈尔滨市南岗区宣庆小区1号楼  
邮 编 150008  
电子邮箱 hljrmcbs@yeah.net  
网 址 www.longpress.com  
印 刷 黑龙江神龙联合制版印务有限责任公司  
开 本 880×1230 毫米 1/32  
印 张 11.25  
字 数 270 千字  
版 次 2009年5月第1版 2009年5月第1次印刷  
书 号 ISBN 978-7-207-08174-2/D·1070  
定 价 25.00 元

---

(如发现本书有印刷质量问题,印刷厂负责调换)

本社常年法律顾问:北京市大成律师事务所哈尔滨分所律师赵学利、赵景波

## 序

建设创新型国家离不开知识产权保护,这已经深入人心。我国目前是“制造大国”,但还不是“创造大国”。在21世纪知识经济时代和信息时代中,创造和创新直接决定着一个国家的实力和发展。知识产权保护制度本身也需要与时俱进,随着社会和时代的发展而不断变革和发展。知识产权保护制度需要创新。本书试图探讨这个主题,从理论创新和制度创新角度探讨建设创新型国家背景下的知识产权保护。

知识产权和工商业、贸易具有密切的关系。在知识产权的主要三大类别中,一般把专利权和商标权统称为工业产权,可见这两类知识产权和工业(在现代社会更适宜的叫法应该是工商业)的密切关系。传统的工业产权概念将版权(或称著作权)排除,《保护工业产权巴黎公约》也未曾涉及版权。但是,在当今的商业时代,版权也意味着财富。最明显的例子莫过于计算机软件的版权了,另外现在正在大力发展的创意产业也是主要建立在版权基础上。其他类型的知识产权大多也可以为人所用,创造财富,产生商业价值。可见,形形色色知识产权都与工商业密切相关。在知识经济或知识社会时代,知识产权更加意味着财富,知识产权的资产化、商业化和产业化成为一个具有实践意义的命题。知识产权不仅仅是一种权利,更是一种财富。

世界贸易组织(WTO)目前管辖三大领域:货物贸易、服务贸易、与贸易相关的知识产权。知识产权与贸易的相关性成了WTO法律制度的一个潜在前提。近年来中美贸易争端中知识产权纠纷日益剧

烈,其中重点的问题就是盗版和假冒商标,这两类与商业密切相关的知识产权侵权问题。

传统观点认为,知识产权研究需要理工科背景,知识产权教育也宜在理工科高校发展。其实,知识产权应该予以多维视角的研究和学习,从商业角度、从经济学角度、从管理学角度乃至从社会学、哲学角度都可以对知识产权进行新的审视。引入新的研究视角必将大大促进知识产权的学术繁荣。知识产权的学术繁荣必将有利于我国知识产权国家战略的实施,有利于我国建设创新型国家,有利于我国综合国力和国际竞争力的大幅提高。

故而近年来,我们在策划写作此书,力图探索知识产权的新视野,无论是从理论上还是从实践问题上。用新视角探索知识产权的新问题,这意味着要进行创新。知识产权是与创新密切相关的。知识产权的研究者也要具有创新的态度和精神。此书就是我们在这方面的一个尝试。

探索知识产权的新视野,就像进入一块广阔的天地,我们有着自由探索的空间。所以,本书也不拘泥于探讨同一主题,不求全书严密的逻辑体系,但求一种自由而开放性的学术思维。当然,在对某一特定问题进行研究时,我们仍然努力以严密的逻辑进行论证和分析。在这种自由而开放性的学术探讨中,我们希望读者和我们一起进行思考,一起去挖掘知识产权领域的新问题,一起去寻求解决知识产权保护困境的新对策。我们希望引起读者对知识产权的兴趣。在我们正在前进的知识生涯中,我们相信存在着空间来容纳较不完善的作品,它可以包含新视角的提示、未完成的推测、相关困境的一种解决方法等等,在相关主题上存在着话语的空间而不是进行最终的话语。

本书写作是两位作者合作的结果,作者张影为中共上海市经济工作委员会党校、上海商学院法政学院副院长、教授,作者吕炳斌为复旦大学法学院博士生,中共上海市经济工作委员会党校、上海商学院讲师。上海市教育委员会、中共上海市委党校、复旦大学、上海商学院、上海市法学会、上海市金融与法律研究院、黑龙江省“九五”规划社科基金、君政基金(美国)等机构或基金均对我们的民商法和知

识产权研究课题提供过资助,在此予以铭记和感谢。在我们对知识产权进行研究的不同阶段,许多师友对我们的研究进行了指点、帮助,我们尽可能的在书中相关章节以注释的形式表达感谢。当然,本书中存在的任何疏漏、错误均由作者自己承担。我们欢迎学界同仁和读者来信指正、交流,请将您的反馈或建议发送到 Lbingbin@hotmail.com,以便我们在日后的研究中更上一层楼。

本书是上海市教育委员会科研创新项目(项目编号:09YS474)资助的研究成果之一。同时,本书的完成也离不开我们几年来在其他项目研究中的积累,值得说明的是,2006年上海市党校系统课题(市级课题)“建设创新型国家的支撑:我国知识产权保护制度建设及其完善”推动了我们建设创新型国家背景下的知识产权保护的研究。2007年上海市法学会资助我们对网络时代版权保护制度的变革与重构进行了初步研究,为上海市教育委员会科研创新项目的研究和本书的撰写奠定了基础。我们非常感谢上级部门对我们的研究的支持,也非常感谢同行评审专家的支持和鼓励。

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。

作者

2008年11月

# 目 录

序 .....	(1)
---------	-----

## 第一编 基本理论编

<b>第一章 建设创新型国家背景下的知识产权保护</b> .....	(3)
一、自主创新和知识产权 .....	(3)
二、政府的角色 .....	(4)
三、企业的作用 .....	(6)
四、国家知识产权战略的实施与评估 .....	(9)
五、完善知识产权保护制度为建设创新型国家提供支撑 ..	(20)
<b>第二章 自然法视野下的知识产权</b> .....	(21)
一、被忽视的“自然法” .....	(21)
二、自然法是“理性法” .....	(22)
三、知识产权是一种自然权利 .....	(24)
<b>第三章 实在法视野下的知识产权</b> .....	(31)
一、知识产权和知识产权法 .....	(31)
二、专利 .....	(33)
三、商标 .....	(45)
四、著作权 .....	(53)
五、其他知识产权 .....	(62)
六、知识产权的国际保护 .....	(66)
<b>第四章 知识产权保护的基本原则</b> .....	(71)
一、利益平衡原则 .....	(71)

二、尊重并合理保护知识产权原则 .....	(73)
三、知识产权保护的其他原则 .....	(75)
<b>第五章 知识产权的新视角 .....</b>	<b>(78)</b>
一、社会学视角下的知识产权 .....	(78)
二、经济学视野下的知识产权 .....	(82)
三、管理学视角下的知识产权 .....	(86)
四、传统知识——知识产权保护新课题 .....	(89)

## 第二编 具体制度编

### 第一部分 专利领域的前沿热点专题

<b>第六章 基因专利的法律保护研究 .....</b>	<b>(101)</b>
一、基因专利法律保护的背景 .....	(101)
二、基因科技发展对法律和伦理的挑战 .....	(105)
三、基因专利保护的理论问题 .....	(115)
四、基因专利申请与审查的实务 .....	(131)
五、完善我国基因专利保护制度的建议 .....	(140)
<b>第七章 TRIPS 协议视野下的生物医药专利与公共健康 .....</b>	<b>(146)</b>
一、WTO、国际贸易与公共健康 .....	(146)
二、从《多哈宣言》到 TRIPS 协议修正案 .....	(150)
三、解决公共健康与生物医药专利保护的框架 .....	(156)
四、进一步的制度性思考 .....	(162)
<b>第八章 国防专利的特殊性探究 .....</b>	<b>(167)</b>
一、国防知识产权和国防专利的重要性 .....	(167)
二、国防专利权的归属问题 .....	(168)
三、国防专利的保密性 .....	(173)
四、国防专利作为一种特殊的专利制度 .....	(175)

### 第二部分 商标和标识领域的前沿热点专题

<b>第九章 奥林匹克标志的知识产权保护 .....</b>	<b>(177)</b>
一、奥林匹克标志知识产权的法律保护 .....	(177)



二、奥林匹克标志知识产权保护新途径探索 .....	(186)
三、奥林匹克标志知识产权保护的国际和比较研究 .....	(196)
四、奥林匹克标志的特许经营和管理 .....	(214)
五、体育知识产权保护的新课题 .....	(222)
<b>第十章 法经济学视野下的商标合理使用 .....</b>	<b>(227)</b>
一、商标的外部性 .....	(227)
二、我国立法实践中商标合理使用制度之构建 .....	(229)
三、商标合理使用制度之正当性解释 .....	(233)
<b>第三部分 信息网络时代与版权保护专题</b>	
<b>第十一章 网络时代版权保护制度的变革与重构 .....</b>	<b>(237)</b>
一、版权侵权责任的归责原则的变革 .....	(237)
二、“复制”在数字时代遭遇法律尴尬 .....	(244)
三、网络时代版权保护中心的变革与重构 .....	(247)
<b>第十二章 Google 数字图书馆的知识产权困境及其解决 ...</b>	<b>(253)</b>
一、Google 数字图书馆引发版权纠纷 .....	(253)
二、Google 数字图书馆是“合理使用”吗? .....	(254)
三、关于搜索性数字图书馆的制度性对策 .....	(258)
<b>第十三章 P2P 下载的版权补偿制度及其设计 .....</b>	<b>(263)</b>
一、P2P 下载及其版权问题 .....	(263)
二、挑战及其对策:版权补偿制度 .....	(265)
三、版权补偿金制度设计中的基本问题 .....	(275)
<b>第十四章 计算机软件著作权保护和盗版问题 .....</b>	<b>(279)</b>
一、盗版的定义问题 .....	(279)
二、利益角度的分析 .....	(280)
三、我国软件保护立法历程 .....	(284)
四、我国计算机软件保护的水平问题 .....	(287)
五、国外相关立法对我国的借鉴意义 .....	(288)
<b>第十五章 网络游戏虚拟物的知识产权保护 .....</b>	<b>(294)</b>
一、网络游戏虚拟物的知识产权保护困境 .....	(294)
二、网络游戏商对虚拟物的知识产权 .....	(295)

4 ◆ 知识产权保护的理论与制度分析

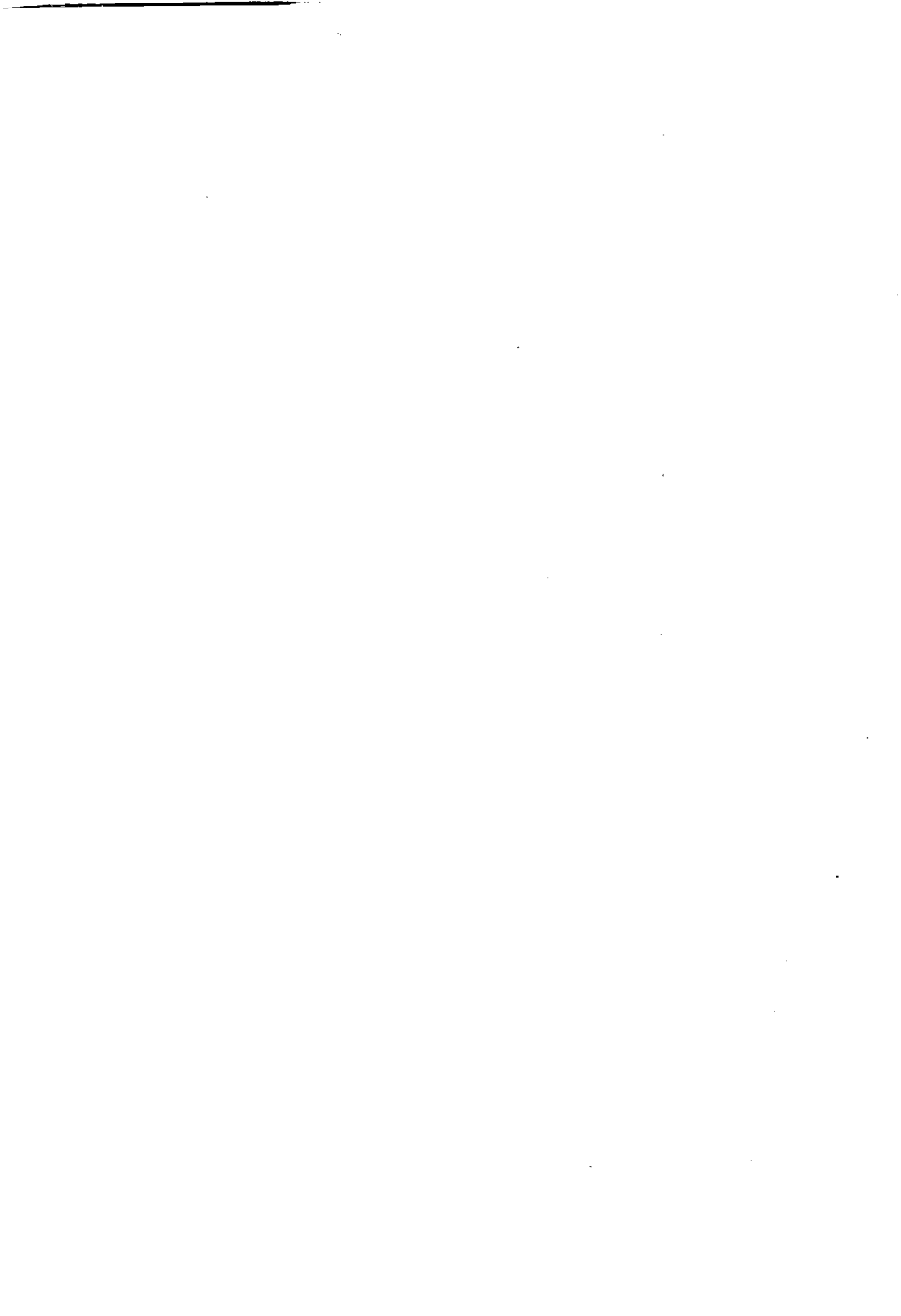
三、玩家对虚拟物的知识产权 .....	(303)
四、虚拟物的知识产权保护及其困境 .....	(304)
五、“第二次生命”游戏的虚拟物权属和交易政策 .....	(305)
六、网络游戏虚拟物的法律属性 .....	(307)
七、玩家拥有知识产权之后的法律制度安排 .....	(311)

### 第三编 结论

第十六章 知识产权保护的理论与制度创新 .....	(321)
附件:国家知识产权战略纲要 .....	(326)
主要参考文献 .....	(339)

# 第一编 基本理论编

JIBEN LILUN BIAN



# 第一章 建设创新型国家背景下的知识产权保护

## 一、自主创新和知识产权

建设创新型国家,保护自主创新需要相应的法律和政策。正如中共中央总书记、国家主席胡锦涛 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 协议)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,《专利法》和《商标法》的再次修改都已启动,<sup>①</sup>可以认为这是中国知识产

---

<sup>①</sup> 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 8 月,十一届全国人大常委会第四次会议对《中华人民共和国专利法修正案(草案)》进行了初次审议,并将这部法律草案及草案说明在中国人大网公布,向社会公开征集意见。参见中国人大网:[http://www.npc.gov.cn/huiyi/lfx/zlfzaca/2008-08/29/content\\_1447395.htm](http://www.npc.gov.cn/huiyi/lfx/zlfzaca/2008-08/29/content_1447395.htm)。

新一轮商标修改法也已经开始,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>。

权保护制度的第三次发展。

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,即使从我们自身的持续发展出发,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。

## 二、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,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。一是提高对新形势下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,各级政府有必要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、企事业单位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。

### 三、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。

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2006年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。在国际的企业竞争中,通过知识产权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、价格机制等诸多竞争战略的实施都将受到牵制。

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。