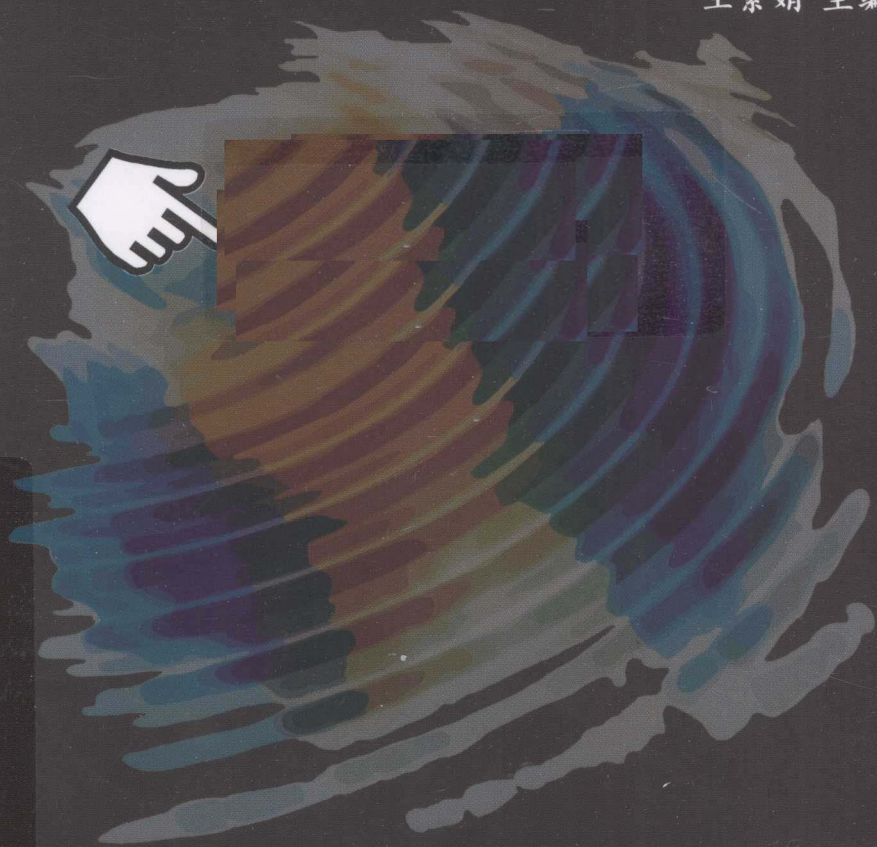


知识产权**热点**问题的法律剖析

——失误、风险与对策研究

王素娟 主编



知识产权热点问题 的法律剖析

——失误、风险与对策研究

王素娟 主编

知识产权出版社

内容提要

本书以近年出现的知识产权热点问题为研究基础,收集整理了如“伟哥”专利之争、转基因动物及植物专利、游戏外挂程序的法律风险、博客引发的法律思考、“山寨”文化中的法律症结等20个热点问题,从法律角度对它们进行了解剖和分析,并结合相关事件中的主要失误、风险,提出相应的法律对策,是一本有利于在实践中熟练运用知识产权工具的指导手册。

读者对象: 知识产权从业人士 高校师生

责任编辑: 卢海鹰

特邀编辑: 刘永伟

版式设计: 卢海鹰

责任校对: 韩秀天

责任出版: 卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

知识产权热点问题的法律剖析: 失误、风险与对策研究/王素娟主编.

—北京: 知识产权出版社, 2010.1

ISBN 987-7-80247-613-4

I. 知… II. 王… III. 知识产权法—案例—分析—中国 IV. D923.405

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 207624 号

知识产权热点问题的法律剖析

——失误、风险与对策研究

ZHISHICHANQUAN REDIAN WENTI DE FALÜ POUXI

王素娟 主编

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村1号院

网址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860 转 8122

印刷: 知识产权出版社电子制印中心

开本: 880mm×1230mm 1/32

版次: 2010年1月第1版

字数: 300千字

邮编: 100088

邮箱: bjb@cnipr.com

传真: 010-82005070/82000893

经销: 新华书店及相关销售网点

印张: 13

印次: 2010年1月第1次印刷

定价: 26.00元

ISBN 978-7-80247-613-4/D · 895(2737)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

感谢“北京市属市管高等学校人才强教计划资助项目”（Funding Project for Academic Human Resources Development in Institutions of Higher Learning Under the Jurisdiction of Beijing Municipality）对本书出版的资助。

前 言

2008年6月，国务院发布了《国家知识产权战略纲要》。《纲要》对我国知识产权发展中取得的成绩以及存在的问题作出了客观的评价：“经过多年发展，我国知识产权法律法规体系逐步健全，执法水平不断提高；知识产权拥有量快速增长，效益日益显现……但是，从总体上看，我国知识产权制度仍不完善，自主知识产权水平和拥有量尚不能满足经济社会发展需要，社会公众知识产权意识仍较薄弱，市场主体运用知识产权能力不强，侵犯知识产权现象还比较突出，知识产权滥用行为时有发生……”在这样的情况下，如何完善我国知识产权的立法及司法制度，如何有效地提升我国市场主体创造、运用、保护和管理知识产权的水平和能力以及与此相关的一系列问题，成为人们思考和解决的重要课题。

本书的写作过程即是基于以上的思考而展开：以近年我国出现的知识产权典型案例、热点理论问题为背景，从法律角度对案例或背景材料所涉及的主要法律问题进行解剖和分析；并注重对事件中的主要失误、风险等进行分析，结合相关的知识产权制度与法律规定，对可实施的对策提出建议。

通过以上的写作思路，本书力求达到理论研究与实践指导的双重意义：理论方面，注重以相关知识产权理论为基础，对所涉及法律制度的理论阐述力求全面、准确、深刻，对如何完

善我国知识产权的立法及司法制度进行有针对性的理论研究；实践方面，通过对具有时效性和直观性事件中的失误、风险以及法律对策的分析，突出可操作性的特点，以实现对公司、企业等市场主体创造、运用、保护和管理知识产权的现实指导意义。

本书由长期从事知识产权理论与实践研究的教师承担主要编写任务，各章的写作分工如下：第1章、第7章、第17章由王素娟撰写；第2~5章、第12~14章由尚志红撰写；第6章、第10章、第19章由相庆梅撰写；第15章、第18章由李丹宁撰写；第8章、第9章由尹红强撰写；刘彦、姬艳涛、徐娟分别承担第11章、第16章、第20章的撰写任务。

本书由王素娟教授负责全书的选题、框架体系、写作思路的设计，并在各章完成之后，对全书进行了统稿，经作者修改后，最终定稿。在本书的编写过程中，尚志红老师参与了本书的选题工作，卢海鹰编辑对本书的出版也给予了细致的帮助，在此表示感谢！

由于作者水平有限，错谬之处在所难免，希望给予批评指正。

王素娟

2009年6月于北京

目 录

第一编 专利热点问题	(1)
第一章 专利权人垄断利益与社会公共利益的 冲突及解决机制	(1)
第二章 “万艾可” 马拉松专利诉讼案评析	(21)
第三章 中国企业“亮剑”美国“337 调查”	(48)
第四章 转基因动物专利：哈佛鼠的命运及 我国的选择	(74)
第五章 对我国首例中药知识产权侵权案的评析	(99)
第六章 孟山都事件的法律思考	(121)
第二编 商标热点问题	(135)
第七章 从“酸酸乳”案看我国在驰名商标 认定机制上的发展和变化	(135)
第八章 商标权与商品通用名称辨析	(153)
第九章 奥运隐性市场行为研究	(177)
第十章 飞利浦诉雷明顿案的法律思考	(196)
第十一章 从“大众搬场诉百度”案看初始兴趣 混淆理论在网络商标侵权中的适用	(215)

第三编 著作权热点问题	(228)
第十二章 民间文学艺术作品的传承与保护	(228)
第十三章 游戏外挂程序的性质及相关法律责任	(248)
第十四章 新的商业模式：P2P 技术的解困之道	(267)
第十五章 首例博客告博客案引发的法律思考	(292)
第十六章 盗版那些事：对电影作品盗版现状 及法律对策的分析	(313)
第四编 其他知识产权热点问题	(333)
第十七章 从“哈佛事件”到广州“生命银行”	(333)
第十八章 从全国首例知识产权恶意诉讼案看 我国相应立法的建立与完善	(347)
第十九章 上海“避风塘”与北京“东新思晟” 公司不正当竞争纠纷案的法律思考	(372)
第二十章 “山寨”与中国知识产权保护	(388)

第一编 专利热点问题

第一章 专利权人垄断利益与社会公共利益的冲突及解决机制

【背景材料】

2005年，媒体有关禽流感的报道牵动着人们的心：世界上已有越南、泰国、韩国等多个国家和地区发生了禽流感，其中越南、土耳其等国出现了人因感染禽流感死亡的病例。而我国内蒙古、辽宁、湖南等11个省区也发生多起高致病性禽流感疫情，出现3例死亡病例。^①随着亚洲禽流感疫情迅速扩散，世界卫生组织发出了警告：禽流感绝对不仅是家禽的灾难，如果禽流感发生变种，人与禽流感病毒结合在人与人之间传染，则将是全人类的劫难：有可能导致数以百万人死亡。^②

随着禽流感的疫情的不断蔓延，面对因禽流感可能引发的大范围的传染病危机，人们自然而然地把注意力集中在禽流感

① 根据华夏经纬网“新闻来源”中列举的数字，“2005年度十大流行语”中被排在第二位的是禽流感。

② 新华社·世卫组织：禽流感病毒已发生变异 将夺命数百万 [EB/OL]. [2005—09—19]. <http://www.beelink.com.cn/20050919/1935532.shtml>.

的预防和治疗上。然而据有关资料显示,这方面的情况也不容乐观:据有关媒体报道,瑞士罗氏公司生产的常规抗流感药物“达菲”,在动物实验中显示出对 H5N1 型流感病毒的抑制疗效,为对付禽流感在人群中的爆发,一些国家加紧储备“达菲”,但由于该药的产能不足,“达菲”的供应已经出现了短缺的现象。由于对该项药物罗氏公司已获得了直至 2016 年的专利权,人们纷纷把矛盾的焦点聚集在专利上:有人指出“如果禽流感疫情大规模爆发,相关的药品专利法律法规应该‘靠边站’”,也有人呼吁罗氏公司放弃专利权,公开“达菲”的配方,允许更多的厂家生产制造该项药物……^①

面对有可能在全球爆发的禽流感疫情,面对各国对“达菲”的需求和厂家供应的短缺,一个不容回避的现实摆在人们的面前:在社会公众对专利产品的需求与专利权人对专利产品的专有权之间出现了明显的矛盾,专利权人垄断利益与社会公共利益发生了冲突。从当时的情况看,禽流感只在世界局部地区出现,如果将来禽流感在全球爆发乃至扩及人类,国际、国内社会应当做出如何的应对?这个冲突的引起原因是禽流感,如果以后发生其他大范围的传染性疾病,国际、国内的法律又应当做出如何的调整……这是不容忽视的社会性问题,也是需要法律解决和调整的现实问题。

【涉及的主要法律问题】

1. 应如何从法律层面分析和看待本事例引发的社会公众与

① 潘治. 多方呼吁公开“达菲”配方 [N]. 北京青年报, 2005-10-26 (A18).

专利权人之间的矛盾？

2. 当专利权人垄断利益与社会公共利益发生冲突时，法律应当作出如何的制度安排？是采取“让相关的药品专利法律法规‘靠边站’的做法”？还是在法律的框架内寻求必要的法律救济？

一、应如何看待本事例中出现的社会公众与专利权人之间的矛盾

从表面上看，本事例表现出的矛盾是：社会公众对专利产品的需求与专利权人对专利产品的专有权之间出现了矛盾，但从法律角度分析，表面的背后有深层次的原因：专利权人垄断利益与社会公共利益发生了冲突。

（一）从基本理论的层面分析：利益关系的内涵、种类及表现

所谓“公共利益”是指凌驾于社会之上的，形式上或实质上的全体社会成员的共同利益。而“个人利益”是单个社会成员所具有的各种利益，包括自身的特殊利益和所分享的公共利益。它们之间的关系是一种对立统一关系^①：两者既具有同一性，又具有对立冲突性，“每个社会成员总是反对从自己的个人利益中分离出公共利益，总是希望能从公共利益中多分得一份利益……”^②

从法学基本理论的角度看，利益关系主要涉及三类：公共

① 叶必丰．论公共利益与个人利益的辩证关系 [J]．学术季刊（上海社科院），1997（2）．

② 同本页注①。

利益与公共利益之间、个人利益与个人利益之间以及公共利益与个人利益之间的关系。这些关系反映了各种法律制度的实质，形成了相应立法的基础。

(二) 从专利制度的角度分析：利益冲突的特点和主要表现

就专利法律制度而言，从其产生、发展的过程看，同样面临着利益关系的冲突问题，鉴于专利制度本身的特点，与其他法律制度相比，专利制度所面临的利益冲突具有以下的特点。

1. 利益冲突伴随专利制度产生，并始终存在于专利制度的发展过程中

从专利制度建立发展的历史角度分析，专利权人的垄断利益与社会公共利益的矛盾冲突不是一个新问题，从某种意义上讲，平衡专利权人的垄断利益与社会公共利益之间的矛盾冲突，是伴随专利制度产生、发展的一个永恒的命题。

从 1623 年英国专利制度建立，专利制度的发展已有三百多年的历史，在此期间专利制度有了很大的发展。到目前为止，世界上建立起专利制度的国家和地区已经超过 170 个。^① 但是一个不容忽视的现象是，专利权人垄断利益与社会公共利益之间的矛盾冲突始终存在，从专利制度最初在英国建立时“利与弊”的争议，到 19 世纪中叶西欧关于专利制度“存与废”的大论战；从瑞士 1869 年通过决议废除专利法，到瑞士专利法 1849～1887 年长达 30 多年公民投票否决艰难出台的历程，^② 都无不围绕专利权人的垄断利益与社会公共利益之间的矛盾冲突展开。面对利益的冲突，各国法律在制度的设计、法律的具体规定方

① 郑成思．知识产权法 [M]．北京：法律出版社，2003：207.

② 汤宗舜．专利法教程 [M]．北京：法律出版社，2003：9.

面不得不做出必要的选择和整合，以发挥专利制度应有的作用，适应社会经济的发展。

2. 与其他法律制度相比，专利制度中的利益冲突具有集中性和突出性的特点

就法学理论所涉及的三种利益关系而言，在专利制度中，利益冲突主要集中于第三种关系即专利权人的垄断利益与社会公共利益之间的冲突。这一特点与专利制度建立的目的有着密切的联系：一方面，建立专利制度是为了保护发明创造人的垄断利益，以起到鼓励发明创造的作用，在这样的前提下，法律需要给予专利权人以更多的权益，最大限度地维护专利权人对发明创造的垄断力；另一方面，对国家和社会而言，建立专利制度是为了促进国家整体科学技术的进步和发展，而要达到这一目的，就需要“降低”专利权人垄断力，用法律的手段尽快推广和应用那些对国家和社会公共利益有积极作用的发明创造。很显然，在这样的前提下，专利权人的垄断利益与社会公共利益之间的矛盾冲突即显现出来，具体表现为：

第一，在技术内容的垄断方面：专利权人总希望尽可能少地将自己的发明创造的内容公布出去；而从有利于发明创造的推广应用的角度考虑，公众总希望更多地了解发明创造的内容，希望通过专利权人公开的内容，很方便地制造专利产品和使用专利方法。

第二，在获得专利的客体范围方面，专利申请人往往希望能够将更多的发明创造纳入可授权的客体范围内，以扩大自己获权的可能性；而从维护社会公共利益的角度看，国家应当对专利客体做出一定的限制，将那些违反国家法律、妨碍社会公共利益的发明创造排除在专利授权范围之外。

第三，从获权专利的实施情况看，为了保证专利权人的垄断利益，权利人往往希望法律赋予其更加广泛的权利内容和更全面的保护，以保证在专利实施问题上的“绝对垄断性”；而从国家和社会公共利益角度考虑，为了避免专利权人滥用权利，避免其运用禁止性规定阻止有利于国家以及社会公共利益发明创造的推广实施，需要在法律制度的设计上做出限制性的规定，以降低专利权人的垄断力。

第四，从国际社会来看，由于社会与历史等原因的综合作用，导致国与国之间在科学技术、经济发展、专利保护方面的差异。在维护专利权人的垄断利益和社会公共利益的问题上，国与国之间形成了明显的差异：技术有优势的发达国家往往强调对专利权人垄断利益的保护，也希望其在国外的专利获得同样的待遇；而经济技术比较落后的国家，在专利保护方面，倾向于对公共利益的维护，建立低保护水平和比较宽松的专利保护体系，这种保护差异，随着知识产权国际化的发展，有越来越突出的趋势。

除了上面所述的内容以外，矛盾的冲突还表现在专利的时间性、地域性等多个方面。在专利制度的发展过程中，专利权人的垄断利益与公共利益的矛盾冲突不可避免，面对这些问题，立法者需要作出选择和整合，并根据相关的法学理论和社会现实在法律上作出合理的制度安排。

二、关于利益冲突的解决机制

（一）解决机制的理论基础：利益平衡原则

从已有的法学研究成果看，在解决个人利益与公共利益矛盾冲突的问题上，主要存在以下几种观点：

1. 个人利益中心论

主张当个人利益与公共利益发生冲突时，法律应以保障个人利益为立法的出发点。

2. 公共利益中心论

在公共利益与个人利益这一矛盾体中，认为公共利益是矛盾的主要方面，居于支配地位：个人利益应当服从公共利益，赞成格劳秀斯提出的“国家为了公共利益，比财产主人更有权支配私人财产”^①的观点。

3. 个人利益与公共利益平衡论

法律是利益关系的调节器，当个人利益与公共利益发生冲突时，应当通过法律的整合，在权利人和社会公共利益之间进行协调和平衡。

就专利制度而言，笔者赞同第三种观点。主要理由在于：

（1）从专利制度的发展历史看，无论是早期的专利法，还是现代各国的专利法、相关的国际条约，无不围绕这一中心展开：如何尽可能地利用法律手段平衡发明创造者和使用者之间的利益关系，如何做出协调知识创造者的垄断利益与公共利益之间关系的制度设计。在专利权人的垄断利益与公共利益之间寻求利益的协调与平衡，已经成为专利立法的核心。

（2）利益平衡原则符合专利制度建立的目的：专利立法是以“鼓励发明创造，有利于技术转移和应用，促进社会科技发展”为基本目的，为了达到这一目的，一方面需要对专利权人的权利做出明确规定，起到“鼓励发明创造”的作用；另一方

① 叶必丰，论公共利益与个人利益的辩证关系[J]，学术季刊（上海社科院），1997（2）。

面为了“有利于技术转移和应用，促进科技发展”需要对专利权人的权利做出适当的限制。即在法律制度的设计上实现个人利益与社会利益的平衡。

（二）解决机制的方式：权利与限制

“在法的创制过程中，认识各种社会利益是法的创制活动的起点……对各种利益作出取舍和协调，是法的创制的关键。”^①在专利制度的发展过程中，如何平衡不同利益主体之间的关系？考察专利制度的发展进程，不难发现：“权利—限制”是解决利益冲突的主要机制，具体表现为：

1. 立法上明确专利权人所享有的各项权利，并通过不断完善的法律责任制度实现对专利权人合法利益的维护

在保护专利权人的合法利益方面，专利立法具有以下明显的特点：

（1）对权利内容的规定力求明确具体

立法一般采用列举性的方式对专利权人的权利内容做出具体说明。如“发明和实用新型专利权被授予后……任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。”^②

（2）随着社会经济的发展变化，对权利内容上不断扩充

如以前专利法规定的权利内容仅限于制造、使用和销售，

① 冯晓青．利益平衡论：知识产权法的理论基础 [EB/OL]．<http://www.chinalawedu.com/news/2005%5C9%5Cwa5579182125103950028512.html>.

② 《中华人民共和国专利法》第 11 条。

而随着经济的发展,现在增加了进口、许诺销售等内容。

(3) 通过法律责任制度的建立和完善,加大对侵权行为的制裁,加强对专利权人利益的维护

2. 在法律上明确对专利权人的限制

这种限制涉及多个方面:

(1) 目的、内容的限制:“违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造,不授予专利权”。^①

(2) 客体的限制:科学发现;智力活动的规则和方法;疾病的诊断和治疗方法;动物和植物品种;用原子核变换方法获得的物质等排除在专利授权的客体范围之外。

(3) 对专利权人提交的专利申请文件的限制:要求申请人应公开发明创造的内容,“说明书应当对发明或者实用新型作出清楚、完整的说明,以所属技术领域的技术人员能够实现为准。”^②

(4) 获权后在专利实施过程中的限制:涉及在先使用人对专利的使用、非商业性使用、强制许可、当然许可、国家征用等多种制度。

(5) 效力方面的限制:专利权穷竭原则的适用、获权专利的地域、时间限制等。

总之,面对专利制度发展过程中出现的利益冲突,通过“权利—限制”的调整机制,法律不断进行选择 and 整合,在发展中寻求利益的平衡,在平衡中促进法律的发展,逐渐形成一种良性循环,利益冲突的解决机制成为促进专利制度不断发展的

① 《中华人民共和国专利法》第5条。

② 《中华人民共和国专利法》第26条。