



第十四卷

NUMBER FOURTEEN

中国方正出版社

2003 年8月 北京

知识产权研究

INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

第十四卷

Number Fourteen

唐广良

Tang Guangliang

主 编

Chief Editor

中国方正出版社

CHINESE FANGZHENG PUBLISHING HOUSE

2003.8

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权研究. 第 14 卷/唐广良主编: - 北京:
中国方正出版社, 2003.8
ISBN 7-80107-621-4

I. 知… II. 唐… III. 知识产权-研究-中国
IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 10558 号

知识产权研究

唐广良 主编

责任编辑: 许 杰

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: Xujie@FZPress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京彩艺印刷有限公司

开 本: 850 × 1168 毫米 1/32 开

印 张: 11.125

字 数: 268 千字

版 次: 2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月第 1 次印刷

(版权所有, 侵权必究)

ISBN 7-80107-621-4

定价: 25.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

知识产权研究

INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

顾问委员会

EXPERT CONSULTING COMMITTEE

Zheng Chengsi 郑成思

William R. Cornish 威廉·R·科尼什

Paul Edward Geller 保罗·爱德华·盖勒

Adolf Dietz 阿道夫·迪茨

Michael D. Pendleton 迈克尔·D·彭德尔顿

主 编	唐广良
Chief Editor	Tang Guangliang
副 主 编	周 林
Associate Editor	Zhou Lin

编辑办公地点:

北京沙滩北街15号

邮编: 100720

电话: 6405 4144

传真: 6405 4144

电子信箱: ipstudies@sohu.com

Editorial Office:

15, Sha Tan Bei Jie, Beijing, China

Postcode: 100720

Tel: (86-10) 6405 4144

Fax: (86-10) 6405 4144

Email: ipstudies@sohu.com

前 言

记得 13 年前，当江西人民出版社出版我的第一本小册子时，编辑希望我能给这本小册子设计一个有点吸引力的标题。想来想去，觉得那本书无论如何也不可能成为畅销书，而且它毕竟是我毕当时之所学，写出的一本相当严肃的“学术著作”，因而绝不能为了迎合普通社会公众的口味而为其取一个俗不可耐的名字。经过反复思考，最终确定了《利用知识和技术获得财富》这样一个现在看起来不伦不类的名称。说穿了，当时的想法就是想满足一下人们刚刚萌发的发财梦想。虽然小册子出版后的十几年来，我自己从来没有回过头来读一读，但其中的核心思想至今仍有清晰记忆。在这本小册子中，我反复强调并试图让人们相信的是：凭借“知识产权”这种神奇的东西，可以获得其他手段所无法与比的财富，甚至能使一个穷光蛋很快成为亿万富翁。

这十几年的确是中国历史上发生天翻地覆变化的时期。至少生活在大、中城市的中国人都已经亲身享受到了现代化带来的物质与精神财富。13 年前在一间不足 8 平方米的小房间用四通电脑打字机完成第一部书稿的我，如今已经拥有了自己的汽车和利用银行贷款购买的房子。这一切，都是借助自己掌握的知识及奠基在丰富知识基础上的能力换来的，虽

不能说都是利用“知识产权”的结果，但确与知识产权保护及整个社会对知识的重视密不可分。

自能够独立认识这个世界时起到今天，我们或目睹或耳闻了 MICROSOFT、ORACLE、IBM、INTEL 等以电脑软硬件为核心的大公司，以及 GENERAL ELECTRIC、MATSUSHITA、SONY、SAMSUNG、PHILIPS 等以消费类电子产品为核心的跨国公司培育出了一群又一群世界巨富。而与此同时，包括中国在内的相当一部分发展中国家的公司，不论在设备、技术，还是在资金、人才等方面，都越来越明显地变成了发达国家公司，特别是跨国公司的附庸；那些具有一定独立性和竞争力的发展中国家公司，则时常以被告身份被跨国公司推上司法或其他争议解决程序的被告席，而其中的大多数或者付出高额赔偿，或者被迫俯首称臣，以实质上不平等的条件与跨国公司达成和解。而这一切，虽然是多种因素共同作用的结果，但知识产权保护在其中发挥的作用无疑是至关重要的。

面对这样的社会现实，已进入不惑之年的我还真是有些困惑了。不论从哪一方面说，本人肯定是一个因知识产权保护而获得好处的人，而且因为选择了知识产权这个学科，我还可能获得了比其他学科的学者更多的机会与好处。但相比之下，我的那些仍在偏远山区的土地上辛勤劳作的亲戚、同学，却还生活在贫困线之下，根本不知道现代化为何物。正因为如此，最近几年，我经常问自己：知识产权保护到何种程度才算是合理？那些根本不可能拥有知识产权的人该怎样活？知识产权是我们共同生活的这个世界的惟一支柱吗？遗憾的是，对这些问题，我无法给出准确的答案。于是，我给自己，也给我的学生和读者选择了一条以对社会问题的关注为出发点来研究和关注知识产权保护的路。

这几天，也就是公元 2003 年的“五一节”期间，北京人大多都呆在家里躲“非典”。说是躲在“家”里，但作为社会性的动物，绝大多数人都不愿意一直呆在自己的房间里。于是，不大的院子里显现出了从没有过的热闹。本来早已习惯于一个人坐在家里看书或写东西的我，在此期间却偏偏坐不住了。面对这么多以前也许见过也许没见过的邻居，耳闻各种各样关于“非典”的传说与议论，透过各种信息体察人们在这场突如其来的灾难面前的不同心态，我更加深切地感受到了人类的脆弱以及不同人群之间相互依存的重要性。其实，在遇到仅凭自身的能力无法避免、无法控制、无法克服的困难时，任何人，不论才智的高低、财富的多少，都一样不知所措，甚至不堪一击。此时，惟有众人团结起来，在各自的岗位上相互合作，向着一个共同的目标迈进，方能最终战胜困难，使所有的人（至少是大多数人）都能充分享受胜利的果实。涉及知识产权保护与社会公众利益的维护时，道理应当是一样的。于是，我便有了些感悟。在我看来，推动中国知识产权法律制度的完善毕竟可谓吾辈之使命，但促成整个社会人人得生活于安全、体面、和谐之环境，显然更符合人类社会发展的根本要求。

本卷收录的文章中，大部分都是与近期在本领域内受到广泛关注的社会问题息息相关的研究成果。华中师范大学刘华教授的研究成果“专利制度与经济增长”以经济分析的方法对中国专利制度运行十几年来来的绩效做了总结与概括，肯定了专利制度对经济增长的促进作用。符道先生的“计算机软件专利政策新发展及其思考”在全面介绍美国、日本与欧盟关于计算机软件专利保护政策新发展的基础上，对计算机软件的可专利性进行了分析，并得出了计算机软件与一般意义上的发明没有

本质区别的结论,进而认为计算机软件不应被排除在专利保护范围之外。尽管这种观点迄今为止并没有获得普遍接受,但却道出了一种不可逆转的趋势。可以认为,计算机软件的可专利性已经不再需要深入讨论,值得认真研究的问题应当是如何在专利领域为计算机软件提供“适当的保护”。

知识产权权利人的利益与社会公众利益之间的平衡已经是一个老话题,但《TRIPS 协议与公共健康多哈宣言》的发表使这一话题被定位在新的、具体的社会问题上;非典型肺炎在全球各地的扩散,尤其是在中国的大范围传染,使得对相关问题的研究更具现实意义。在过去的一年多时间里,许多人曾就中国是否会援引多哈公共健康宣言而对某些专利药品的生产颁发强制许可问题发表见解,其中反对或否定这样做的观点已经占据上风。在一些人看来,动用强制许可机制会影响中国的国际形象;另外一些人则认为中国不符合多哈公共健康宣言规定的颁发强制许可的条件,理由是中国具有生产相关药物的充分能力。但我们所了解到的事实表明,这些说法都很难让人信服。

本卷收录了两篇关于多哈公共健康宣言的研究成果:一篇是浙江大学的孙皓琛先生撰写的“论 TRIPS 协议与公共健康”;另一篇是复旦大学的吕炳斌先生撰写的“与贸易有关的知识产权与公共健康问题”。虽然两篇文章的研究侧重点有所不同,但都对多哈公共健康宣言中包含的强制许可机制的积极作用给予了充分的肯定,并就该机制的运用提出了自己的看法。不可否认,中国学者对 WTO 法律制度的认识还相当初级;TRIPS 协议及多哈公共健康宣言在 WTO 整体法律制度中的地位及其运用还有待于我们进一步的研究与探讨。希望这两篇文章的刊登能够引起更多人对相关问题的兴趣,进而加

人到研究的队伍中来。

传统知识的保护同样是对现行知识产权保护制度的挑战，其核心是在以西方思维方式为基础的知识产权保护制度中为那些人类文明进程中的传统文化成果争取合理的位置。在传统知识保护领域，拥有 56 个民族及 5000 年文明史的中国具有特殊的利益。但不幸的是，国人对此问题的了解与认识却非常少。中国社会科学院知识产权中心编辑出版的《知识产权文丛》第 8 卷曾集中刊登了 9 篇关于传统知识法律保护的文章。2002 年 6 月，由中国社会科学院知识产权中心召集的“遗传资源、传统知识与民间文学艺术保护研讨会”曾通过媒体发布倡议书，呼吁加强相关问题的研究，推动相应的法律制度的建设。

本卷收录了重庆工商大学杨和义教授翻译的《日本文化财富保护法》，作为参考资料，帮助读者了解作为发达国家的日本在保护传统文化方面所做的努力。

北京法院在中国知识产权审判工作中一直处于核心地位。从一定意义上说，北京法院系统知识产权审判工作开展的情况就是对整个中国知识产权审判工作的全面展示。但近年来，其他省、直辖市、自治区的知识产权审判工作也随着社会与经济的发展而有了长足进步，并且都结合本地发展的具体情况总结出了较好的实践经验。2002 年 6 月，北京市法院知识产权审判业务庭组织审判人员赴西部四省市就知识产权审判工作进行了考察与经济交流。考察结束后，北京市高级人民法院民三庭写出近两万字的考察报告，精炼地总结了西部四省市法院知识产权审判工作的经验，概括分析了目前知识产权审判工作中存在的问题，并就今后进一步做好知识产权审判工作提出了具体的建议，对关注知识产权司法实践的人士

肯定会有所启发。

上海大学知识产权学院研究生袁真富的“发现权若干问题研究”是该问题研究中较为系统的一篇文章，既有历史的考查，也有实例的分析，同时还有具体的立法建议。对中国相关法律制度的完善具有参考价值。董瑜芳写的“试论口述历史中的版权问题”是从一种一般不为人关注的学术研究活动入手对著作权保护问题进行的探讨。虽然我们还没有遇到类似的著作权纠纷，但在实践中，通过类似手法开展学术研究的情形并不少见。该文指出了类似活动可能存在的著作权问题，并就最终形成的作品的属性及著作权归属等问题提出了自己的看法。

Michael Pendleton 教授是本出版物的顾问。他的文章是为参加 2002 年 12 月在上海举办的“21 世纪中国知识产权保护论坛”而撰写的。由于 Pendleton 教授因故未能出席论坛，特将其文章刊登于本卷《知识产权研究》上。在这篇文章中，Pendleton 教授讨论了通过约定方式排除合理使用等版权限制规则的合法性问题，并探讨了数字技术环境下技术措施的保护与版权限制之间的关系。文章字数不多，但触及到了这一领域内的多种问题，对我们形成解决相关问题的正确思路具有借鉴价值。

总之，知识产权保护不是一个孤立的问题。对此问题的解决必须充分合理地顾及社会各方面的利益。在解决知识产权保护问题，建立健全相关法律制度过程中，来自各领域、各环节、各层面的研究成果的作用是不可忽视的。

唐广良

2003 年 5 月

目 录

【理论与实践】

专利制度与经济增长

——兼论中国专利制度的绩效 刘 华 (1)

计算机软件专利政策新发展及其思考

——兼论计算机软件的可专利性 符 道 (26)

关于保护植物新品种权的法律思考

..... 邵明艳 潘 伟 (57)

对同一技术方案被重复授权导致纠纷的

认定及处理 谭筱清 (76)

【调研报告】

进一步做好北京市知识产权审判工作的调查与思考

——北京市法院赴西部法院学习考察知识产权审
判工作的考察报告 北京市高级人民法院 (87)

【全球视野】

论 TRIPS 协议与公共健康 孙皓琛 (109)

与国际贸易有关的知识产权与公共健康问题

..... 吕炳斌 (182)

【研究生园地】

发现权若干问题研究 袁真富 (201)

试论口述历史中的版权问题 董瑜芳 (229)

【海外来稿】

试论排除合理使用合同的可

执行性 (英文) 迈克尔·D·彭德尔顿 (247)

【外国法译介】

日本文化财富保护法 杨和义 译 (255)

德国《雇员发明法》对雇员发明人获得报酬权

的保护 赵奇志 朱姝 (329)

CONTENTS

【THEORY AND PRACTICE】

Patent System & Economic Growth

——On the Performance of China's Patent System

..... *Liu Hua* (12)

An Analysis of the Latest Development in Software Patent

..... *Fu Dao* (52)

Studies about Rights of New Plant Varieties

..... *Shao Mingyan & Pan Wei* (57)

Judgement and Decision on Case of Double Grants of Patents

..... *Tan Xiaoping* (76)

【INVESTIGATION REPORT】

Investigation and thought about Further Improvement

of IPR Judicial Practice in Beijing Courts

..... *Beijing Supreme Court* (87)

[GLOBAL PANORAMA]

- Reshaping the TRIPS Agreement Concerning Public Health
..... *Sun Haochen* (134)
- Trade-Related Aspects of IP and Public Health
..... *Lü Bingbin* (182)

[PAPERS OF GRADUATE STUDENTS]

- Study on Right of Scientific Discovery ... *Yuan Zhenfu* (226)
- Copyright Issues of Oral History *Dong Yufang* (243)

[VIEWPOINTS FROM ABROAD]

- Contracts which Exclude Copyright Exceptions
such as Fair Dealing—Are They Enforceable?
..... *Michael D Pendleton* (247)

[TRANSLATION OF FOREIGN LEGISLATION]

- Cultural Heritage Protection Law of Japan
..... *Translated by Yang Heyi* (255)
- Protection Granted by the German Law on Employee
Inventions to on Employee inventor's Right to
Remuneration *Zhao Qizhi & Zhu Shu* (329)

【理论与实践】

专利制度与经济增长

——兼论中国专利制度的绩效

刘 华*

Patent System & Economic Growth[†]

——On the Performance of China's Patent System

Liu Hua

一、引 言

法律效益主要体现在法律制度运行的绩效上，衡量法律效益的主要因素是法律规范实施的结果符合立法目的，法律作用的结果客观上保障

* 华中师范大学法律系副教授，硕士生导师，主要从事知识产权法教学与研究。

† For English summary, see page 12.

并促进了生产力的进步和社会发展¹。实证分析是考察法律制度运行绩效的一个有效方法,它可以使制度运行研究尽可能精确和量化,并弥补传统定性分析为主要方法的不足。我们可以将运行过程中的要素作为分析变量,使制度的运行过程透明起来。但法律制度分析毕竟不是单纯的数学问题,量化分析必须与质态分析相结合。在本文中作者将按照理论与实证结合的思路对中国专利制度的运行绩效进行分析,并通过对中国专利制度运行的效果评估,发现专利制度运行中的问题,提出进一步完善法律制度及政府管理的措施。

二、对专利制度目的的理论分析

考核法律制度运行的绩效,最直观的方法是考量设计制度时所确立的目的实现效果。具体到专利制度的目的,从1883年最早涉及保护专利权的《巴黎公约》中就已显示得十分明了:保护工业产权。²经过百余年专利制度的运行与完善,至1995年WTO的《知识产权协议》中确立的目的是:促进技术的革新、技术的转让与技术的传播,以有利于社会及经济福利的途径、促进技术知识的生产者与使用者互利,并促进权利与义务的平等。³我们可以发现一个明显的变化,从制度初始的单纯保护权利到后来更为有效地保护权利和更为重视社会公共利益,即,专利制度立法理念已从个人本位向社会本位转移,公共利益与权利人的利益平衡成为专利制度的立法基点,制度对经济发展的作用成为重要的目的之一。这一变化同样在我国的专利法中得到反映:为了保护发明创造专利权,鼓励发明创造,有利于发明创造的推广应用,促进技术进步和创新,适应社会主义现代化建设需要,特制定本法。⁴从上述规范中可以

1 李晓安:《法律效益探析》,载《中国法学》1994年第6期。

2 《巴黎公约》第1条第1款。

3 TRIPS, Article 7, Objectives.

4 《中华人民共和国专利法》第1条。

分解出考察专利制度运行绩效的两个主要指标：其一，从个人权利的角度，专利制度的设立能否全面有效地保护专利权人的利益，使得在这种制度环境下他们的聪明才智得到回报，从而激励创新；其二，从社会利益的角度，专利制度是否对科技进步和创新的传播及应用提供了一个畅通的管道，使之能提高企业的生产率，进而促进一个国家产品总量和人均值的增长。

（一）有关专利制度对创新是否具有激励作用的争论在 19 世纪就已经展开

早期的学者边沁和穆勒主张专利权的设立是利大于弊的，他们认为，专利制度保障了知识资产的私人产权，而将知识资产的产权界定为私有是有效率的，它可以鼓励发明创造；陶西格和庇古则认为，专利制度对发明数量的增长毫无帮助，发明是自发行为，故专利制度的保障和发明数量的增长没有关系；阿罗主张，知识资产是公共物品，其边际成本为零，如果将知识资产私有化，会在边际上增加成本，从而减少发明的使用和推广，故专利权有害无益。这些观点都带有其鲜明的时代烙印。

财产权的法律保护就在于产生有效益地利用各种资源的激励。⁵ 专利制度实质上是一种利益制度，它对人们在发明创造中的利益关系加以选择和确认，并通过国家授权形式确立利益关系，使发明创造者的智力资源得到更有效利用，从而提高了整个社会的创新效益。而确立和保护产权，通过对有限资源的有效利用来提高整个社会的经济效益，正是产权和效益关系的最经典的结论。所以，专利制度是对产权和效益关系的一个完美诠释。专利制度是“制度文明的典范，是激发创造力的加速器。”⁶ 专利制度及其整个知识产权制度的建立，实现了私权制度的体系

5 Bosiner, *Economic Analysis of Law*. Boston: Little, Brown and Company. 3rd ed. 1986, p30.

6 刘春田：《知识产权法》，高等教育出版社、北京大学出版社 2000 年版，第 19 页。