

西南知识产权评论 (第一辑)

张玉敏◎主编 李雨峰◎执行主编



SOUTHWEST
INTELLECTUAL PROPERTY REVIEW
VOL. 1



西南政法大学知识产权研究中心主办

西南知识产权评论 (第一辑)

张玉敏◎主编 李雨峰◎执行主编



SOUTHWEST
INTELLECTUAL PROPERTY REVIEW
VOL. 1



西南政法大学知识产权研究中心主办

内容提要

本书设“未来展望”、“交叉研究”、“知识产权与民法”、“知识产权与公共领域”4个标题,收录了波斯纳、吴汉东、苏力、刘春田、张玉敏等中外学者的13篇论文,既有对知识产权重大理论问题的探讨,也有对知识产权研究方法的关注。专题的设置、文章的选取表达了我们对知识产权的反思——知识产权该有怎样的研究目标、研究内容与研究方法?

责任编辑:彭小华

责任校对:韩秀天

执行编辑:熊莉

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

西南知识产权评论(第一辑)/张玉敏主编,李雨峰执行

主编. —北京:知识产权出版社,2010.9

ISBN 978-7-5130-0098-7

I. ①西… II. ①张… ②李… III. ①知识产权-文集

IV. ①D913.04-53”

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第138470号

西南知识产权评论(第一辑)

Xinan Zhishichanquan Pinglun

张玉敏 主编 李雨峰 执行主编

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

邮编:100088

网址: <http://www.ipph.cn>

邮箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

传真:010-82005070/82000893

责编电话:010-82000860 转 8176

责编邮箱:xiONGLI@cnipr.com

印刷:北京市凯鑫彩色印刷有限公司

经销:新华书店及相关销售网点

开本:720mm×960mm 1/16

印张:19.5

版次:2010年9月第一版

印次:2010年9月第一次印刷

字数:319千字

定价:38.00元

ISBN 978-7-5130-0098-7/D·1045 (3047)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

编者语

信息与通讯技术的兴起、跨国公司及与此相应的全球化进程将当代中国推向信息时代。信息与知识成为时代的关键词。无论坐拥信息时代的恩惠，还是哀叹传统的丧失，都必须承认中国正“历三千年来未有之变局”，我们的制度、价值、知识结构正发生深刻的变化。30年前，当中美谈判签订高能物理协定的时候，知识产权这个词对于绝大多数人而言还闻所未闻；30年后，它却成为日常身份的试纸。围绕着“知识产权”这一表述，组织机构、法学研究、学科建设等得以建立；也正是借助后者的支持，“知识产权”话语权的地位得以强化。话语，协同其支持结构，重复着自己的生产与再生产。与此相应的知识产权法学研究，也以专业化的术语表述着自己，借助技术性、专业性与特殊性，划定自己的疆界，实现与其他学科的区隔，形成学术共同体，并提炼出一种称为概念法学的研究方法。这一方法注重文本解释、内部结构，强调规则分析与规范建设，对中国的知识产权法律制度建设发挥了重要作用。

苏力曾在《也许正在发生：中国当代法学发展的一个概览》中把20世纪新中国法学研究的现状归结为“政法法学”、“诠释法学”、“社科法学”三个学派，并预测了中国法学发展的趋势。他认为对未来中国法学起主导作用的更可能是“诠释法学”与“社科法学”，二者导向不同，功能互补。这提醒我们，对于中国的法治和法学而言，研究方法的多元化至关重要。法学研究方法的视野不同，提供的产品不同，满足消费者的口味也不同。然而，遗憾的是，在部门法学，特别是在知识产权法学，这种多元化研究方法的局面还没有拓开。

于是，对于初入知识产权法学的学者而言，既有的研究方法、思维、范式是否会构成涂尔干所谓的外在于个体的集体表象进而束缚行动者的手脚就

成为我们迫切关注的问题。幸好，英国社会学家吉登斯给了我们建议。他诊断说，这个时代意味着社会反思性的强调，意味着对我们业已熟悉的生活学习环境的检讨。它敦使我们，作为社会的行动者，应当反思社会变迁带来的深刻影响。在这个意义上，反思知识产权法学研究的现状，秉持开放的研究心态，追求研究方法的多元化，实现相互尊重、沟通和宽容基础上的法学研究的民主化，就成为本书的鹄的。

2010年7月17日

于歌乐山下

目 录

● 未来展望

- 3 我们的知识产权是不是太多? 理查德·A. 波斯纳
- 29 中国知识产权法制建设的评价与反思 吴汉东

● 交叉研究

- 65 戏仿的法律保护和限制 苏 力
——从《一个馒头引发的血案》切入
- 90 肥羊之争: 产权界定的法学和经济学思考 凌 斌
——兼论《商标法》第9、11、31条
- 129 商标法基本范畴的符号学分析 彭学龙
- 156 “法与人文”的方法论意义 李 琛
——以著作权法为模型

● 知识产权与民法

- 181 民法原则与商标立法 刘春田
- 196 商标法基本原则论纲 张玉敏

215	重塑以民法为核心的整体性知识产权法	李 扬
235	《商标法》的性质：公法抑或私法？	邓宏光
	——以我国《商标法》第三次修订为背景	

● 知识产权与公共领域

257	知识产权法的公共领域理论	冯晓青
273	知识产权法中公有领域的保护	胡开忠
293	版权法上的公共领域作品保护研究	黄 汇



未来展望

- 我们的知识产权是不是太多？
- 中国知识产权法制建设的评价与反思



我们的知识产权是不是太多？*

理查德·A. 波斯纳 著 易健雄** 李杨*** 译

主持人：^①

下午好！欢迎各位莅临纪念尊敬的海伦·威尔逊·尼兹的知识产权法讲座。今天，我们特别荣幸地邀请到作为主讲嘉宾的理查德·波斯纳法官，他是国内外最杰出人物和最知名的法律学者之一。从哈佛法学院毕业之后，波斯纳法官曾作为布伦南法官的书记员、联邦贸易委员会埃尔曼专员的助理、诉状大律师萨古德的助理、约翰逊总统智囊决策委员会的咨询律师等，在华盛顿特区工作了若干年。1968年在斯坦福开始他的学术职业生涯。直到1981年，当他被指派到联邦第七巡回上诉法院任职时，依然作为资深讲师任教。作为法律经济学最知名的人物之一，波斯纳法官在司法、法与文学、宪法性

* 本文原稿为美国著名法官理查德·A. 波斯纳于2005年夏天在马凯特大学法学院讲座的演讲稿。原稿发表于《马凯特知识产权法律评论》2005年第9期。感谢理查德·波斯纳先生对译文发表的授权。

** 易健雄，法学博士，西南政法大学副教授、硕士生导师。

*** 李杨，西南政法大学2009级知识产权法学博士生，南昌航空大学文法学院讲师。

① 马凯特大学法学院艾琳·卡波利（Irene Calboli）教授作演讲前介绍。

解释、刑法、劳动法以及知识产权法的诸多领域建树颇丰。他创作过 38 部以上的专著、300 篇以上的法律论文及书评。让我们对今天来到马凯特大学法学院的波斯纳法官表示感谢。

演讲内容：

非常感谢卡波利教授和凯尔尼院长。很高兴能来到贵校，同时，对受邀作此演讲我深感荣幸。我不准备讲太长，以便留下时间提问。

我打算讲（知识财产的）“私产化”现象，换言之，谈及一些被普遍理解成有价值的，且成为私有财产的知识资源。演讲标题“我们的知识产权是不是太多”应被理解为“知识财产是否被我们过度私产化”。我认为我所要关注的内容——特别是版权和专利权方面，存在危机。尽管知识产权的形式并不限于版权和专利权，但它们可能是知识产权中最重要，我将集中论及这两项内容，其中对版权的强调要更多些。

我认为思考知识产权时有必要以有体财产为起点——的确，教有体财产法的教授也应教知识产权法，反之亦然，因为两种财产形式之间的关联性重要而显著；不过，二者之间的差异也很明显。法院和国会可能犯了个错误：将有体财产的诸项原则过快地移植到知识财产当中。当我们考察知识财产和有体财产模式时，会发现存在三种差异。首先，知识财产被限制了保护期——绝大多数专利是 20 年，自然人享有的版权是终生加死后 70 年。有一些知识财产形式——可能是准知识财产——没有保护期限；这些特殊情形之一就是商标，对此我将一带而过。我注意到卡波利教授是商标法方面的权威，但事实上，我并不认为商标可被看成是知识财产。商标具有可识别性，作为识别商品来源的有效方式存在，除了关于商品显著标志——该标志使得消费者不生混淆——的权利以外，商标并不创设任何其他权利。另一个知识财产期限的例外情形是商业秘密，但商业秘密仅在某种意义上称得上知识财产，因为一般而言，所谓商业秘密法不过就是允许当事人利用侵权法和合同法来规制那些意图窃取自己秘密工艺或方法的行为。复制者和模仿者只要不违反侵权法或合同法，就可以取走他人的秘密：例如以反向工程的方式即可免责。还有一些知识财产形式也不存在期限，但我没时间一一讨论。其中重要的一



项就是形象权（right of publicity）^①，即名人对其姓名的排他性商业使用权。还有禁止盗用原则（doctrine of misappropriation）允许对不具有可专利性与版权性的思想提供有限的保护。

然而，当我们视著作权和专利权为最重要的知识产权时，知识产权具有时间限制的说法即为妥贴而重要了。其次，知识产权的保护范围受到重大限制。并非所有的表达形式、艺术片段、音乐作品等都可以获得版权保护。版权不保护所谓的“思想”。它们通常并非科学意义上的思想，而主要是题材角色、日常情节设计等。这些思想对一件极有创意的作品而言可能非常重要，但不具有可版权性。就专利权来看，基本思想——基础性研究——不具有可专利性。如此，便存在期限限制与范围限制。再次，还存在合理使用的概念——特别是在版权领域，专利领域虽然不以“合理使用”称之，但也存在该概念。依合理使用，在特定情形中，未经所有者许可也可使用知识财产——未授权的复制仍然合法。

在上述三方面，知识财产的确迥异于有体财产。有体财产并无期限限制。你可永久性地拥有你的房子、手表、衣服等。有体财产也没有真正的范围限制，有体财产不可获得所有权的情形极为少见。有些东西，如非法物品，不能成为所有权的客体；不过，我们一般认为那些禁止拥有的有体财产并不重要。对有体财产，我们也没有一个强势的合理使用概念。你不能窜进你邻居的车，驾驶它沿街环行，再还给你的邻居，说：“嗯，我知道没有经过你的同意开了你的车，但这只是短途驾驶。不会对你用车造成太多干扰。”我能想到的有体财产法领域真正适用合理使用原则的唯一例外是“必要侵入”（trespass by necessity）。例如，你驾车时为了避免撞到小孩，将车驶离了公路而驶入了邻接的私产，这种侵入被视为正当。这是关于未经许可或补偿却特许侵占私产的例子。很明显，此种情形极为有限。

知识财产之所以受上述三方面的限制——这些限制在有体财产领域并不存在，是因为知识财产涉及重要的公共领域，即未被私占且不可被私占的重要财产领域——大量有价值的思想和表达，这些思想和表达可为所有人无偿、共同地借鉴、复制和使用。有体财产也有公共领域。我们有公用地，但这是

① 此处参考了李明德先生的译法，谨致谢意。——译者注



特殊意义上的公共领域——由政府而非个人或私人公司所有。它仍然为人所有并被视做财产。政府决定是否允许人们进入公用地并向进入公用地的人收费，就如国家公园的情形。政府可能出台不同的价格政策，但一般来说，政府所有的财产在其管理、规范方面类同于私产，二者也受类似的法律制度调整。那种仅许人们使用却不许对其设置财产权的有体财产极为少见。

有体财产和知识财产的巨大差异在于，法律坚持知识财产有一个广泛的公共领域。为什么呢？要得到答案则需思考：我们凭什么取得有体物的私人所有权？这种体制有什么好处？有体财产为什么不存在广泛的公共领域？我们为什么不将财产公共化？

对这一系列问题，我认为有两个解答具有说服力。首先是对限制拥堵的渴求。请回想一下人们如何使用高速公路，并将收费公路与免费公路作一对比。尽管人们都清楚拥堵的高速公路会导致延误且都为之烦恼，但如果你是正常的自利之人，当你决定开车上班而不坐火车时，你所关心的是你将经历的延误，而不会担心因你使用高速公路而给他人带来的延误。由于像高速公路这样的物理设施可任人出入，人们不会考虑自身行为会影响到他人（对高速公路）的便捷使用，结果导致交通拥堵问题。一旦有人拥有收费公路，或说有人拥有公路并视其为个人财产，所有权人将确定一个收费标准，从而将公路的拥堵情况调节到最优程度。所谓最优程度，是指一方面，所有权人不愿公路的利用率过低，这样的话使用者太少，所有使用者都加速前驶而毫无延误；另一方面，所有权人不愿因使用者太多而使每个人处于“爬行”状态。结果，所有权人就会确定一个收费标准，并随每天的时段变化而调节该标准，这就实现了拥堵程度的最优化。此为私人财产的优势之一。

最为人们所熟知的，是私人财产的另一优势，即私人财产将激励人们为开发财产而投资——以最大限度地发挥财产的价值，因为财产权利人将从其投资中获益。人们因播种而收获。如果你处在这样一种环境中——人人都可以免费自由地收割你所种植的庄稼，你将没有任何动力去耕种。要想人们为未来而投资，就必须给予他们财产权。

分析后的结论是，所有事物都应被赋予所有权。如果所有的东西都被赋予所有权，我们就可实现拥堵程度的最优化并得到为创造未来价值所需的最优投资。问题是：这一理由为什么就不能同样适用于知识财产？为什么要对



所有权施加限制以创设公共领域？个中缘由与交易成本有关。在一个动态社会中，财产的首个所有者不必是最后一个所有者。价值变化、主体变更等情况可以证明，财产经由不同的利用会更具价值。这一现象太普遍了。因此，为了确保财产向最能发挥其价值的方向流动，我们需要一个转让、买卖，简言之即交易体系。对有体财产来说，这通常是毫无疑问的。我们知道谁拥有某一特定财产，该财产有形可见，并登记在案。知道了财产及其所有人以后，人们就可以径直与财产所有人交易，财产也就得以向更能发挥其价值的方向流动。对知识财产来说，交易以及使其向更有价值的使用方向流动的程序要复杂很多，其中缘由颇多。

第一个理由简单地说就是知识财产的无体性（invisibility）。思想不可见，如果你对该财产是什么没有一个清楚的认识，要对其进行交易是很难的。知识财产在时间与空间上都是不确定的。我们在有体财产方面，依据《统一商法典》建立了详细的动产与不动产登记制度，但对思想与作为表达的作品，我们没有建立同样详细的登记制度。事实上，新作品自产生之时即取得版权，除了少数例外情形，该作品会交存于国会图书馆。但是，你不可能到国会图书馆查找出你想要使用的特定表达是否已在过去使用过了。至于专利，当然有专利登记制度。原则上，人们可通过检索专利局的文档以确认自己的发明是否已由他人在先发明，但这实际上是很难做到的。例如，某款软件的发明者就很难通过专利局的检索（系统）来确定其发明的软件是否已由他人在先发明。因此，知识财产的交易是困难的，而且，交易越困难，社会就越可能倾向于避开财产权体系而允许他人未经交易就使用某项财产。稍后我将举例说明。

我们不愿像对有体财产那样实行知识财产的普遍化，其第二个理由是知识财产存在更大的潜在垄断性——正因为知识财产在空间上没有边界。我们不会因担心某人垄断轮胎制造而恐惧。因为轮胎容易制造，并有大量潜在的生产商；然而，轮胎的思想必由许多年前的某人（也可能是很多人在大致同一时间）创造，如果轮胎的思想可以成为财产，那就有巨大的潜在垄断性。这一分析可与先前关于交易成本的观点联系起来，因为为使用（制造轮胎的）思想而寻求许可证的人越多，交易成本的问题就会越大。如果想要制造轮胎的人都须从思想的专利权人处获得许可，交易成本的总量将是巨大的。



第三个理由是知识财产的公共物品属性。这需要解释一下。经济学家论及的“公共物品”并非指由政府所有的东西，而是指可由多人同时使用却不会因此减少其对每个使用者的价值的东西。例如，我有一个吊床（有体物），你不能让一百个人和我一起躺在吊床上。因此，吊床在经济学意义上是私人物品，即使它为政府所有也是如此。然而，对有体财产而言，大量的使用行为会增加成本，对知识财产而言，就非如此。一百个人、甚或一百万人，能同时阅读同一本书。然而，他们并不占用同一个物理空间。他们消费着同一知识财产且并未减少该财产对他人的价值。这使得盗窃或盗版在知识财产领域的意义迥异于有体财产领域。这一事实被知识财产所有者成功地掩盖了：通过巧妙地借用“盗版”一词——该词无疑颇具贬义——来描述未经授权的复制行为，尽管在复制他人的知识财产与取走他人的有体财产之间存在天壤之别。

例如，计算机操作系统在未经所有人授权也未补偿的情况下被广泛复制，被描述成“盗版”的侵权行为，此外，因软件同时具有可专利性和可版权性，它也可被认定为专利侵权。然而，事实上，复制操作系统的人主要属于因负担不起费用而不会从生产商处购买该操作系统的人，他们很可能生活在第三世界。这意味着，生产商实际上并未因这些未授权的复制而失去任何销量。

这和一个人闯入劳斯莱斯车展厅并偷走一辆劳斯莱斯跑车的情形截然不同。他无力支付费用的事实并不意味着他没有给公司造成损害，因为他偷走的财产已不可能再（由公司）卖给别人。然而，多人复制一份操作系统的行为不会限制操作系统生产商的销量，除非实际复制者在不能复制时能够且愿意向生产商支付价款。如果一些复制软件的人有购买意愿，则生产商实际能从盗版行为中获利，因为使用操作系统的人越多，依赖该操作系统的应用软件的市场也就越大，生产商便可在开发操作系统时开发这些应用软件。

这并不是说对享有版权的作品的任意复制不会对版权人造成损害——它当然有可能造成损害。是否造成损害取决于复制的规模、复制的主体、复制件的质量等。正因为如此，我们会有关于“文件共享”的争议，而该争议也将会在最高法院引起辩论。随着流行音乐唱片被快捷复制且复制品价格低廉、



音质完美，唱片生产商可能丧失大量收益。侵权应考虑，但不应将其等同于盗窃，因为公共物品不同于私人物品。

有体财产与知识财产的第四个区别在于，对于有体财产，我们认为若无财产权，有体财产的产出必将极少。凡事皆有成本：若不能收取房钱，谁还会去盖房？若不能收取手表钱，谁还会愿意花钱去造手表？然而，就知识财产而言，我们知道，即使根本没有财产权，大量的知识财产依然会被创造出来。这是因为在人类历史中，版权与专利出现得晚。它们是较近时期的新事物——专利产生于中世纪或中世纪晚期的英国，版权则产生于18世纪的英国。在这些法律制度之前，早已存在大量的知识产品。即使在今天，在私产化之外仍存在许多激励人们生产知识财产的方式。比如教授撰写论文。论文是有版权的，但作者并没有收取版税或其他费用。因为学校有赞助体系：教授因教学和写作而获得薪金，因此他们薪金的一部分实际上是补偿写作的，就如同在过去赞助体系中，作者都有一个欣赏他并愿意为他写作付酬的赞助人。流行歌手关心文件共享的问题。不过在唱片之前——确切地说，在任何类型的录音制品之前，流行音乐就已存在。那时，人们创作了大量的流行音乐，歌手和作曲家的重要收入来源是现场表演，这是不受文件共享影响的。

大量的创造性表达是被创造者的非金钱利益“刺激”出来的，创作者从其创作中获得满足。梵高——一个最终自杀的不幸之人，在他有生之年没有卖过画，然而，他受内在冲动的驱使，创作出了一幅幅未上市的作品。

总之，私产化在知识财产领域的意义不可与其在有体财产领域的意义等量齐观。私产化具有重要作用，但不（如在有体财产领域）那么重要，这有助于解释为什么会有知识财产的私产化限制，为什么我们应该对消除这些限制保持警惕。

有一个更重要的理由来区分知识和有体物的公共领域。通常情况下，就有体财产而言，我们不会认为有体财产系建立在其他有体财产的基础之上。你不会说：“我喜欢你的房子。我想在你的房子上建造我的房子。”那样将不知所云。然而，大多数知识财产是在其他知识财产的基础上创造出来的。绝大多数知识财产都是累积增加的。例证随处可见，如，雷昂纳

德·伯恩斯坦^①的歌剧《西部故事》(West Side Story)源于被《罗密欧与朱丽叶》(Romeo and Juliet)借鉴改编过的原始题材——奥威德(Ovid)^②创作的《菲拉孟斯和里兹比》(Pyramus and Thisbe)^③。因此,它是建立在前人基础上创作而成的衍生性作品。如果这就是知识财产生产的典型方式,那么你就会发现公共领域的重要性。如果没有公共领域,那么每个知识财产的创造者都将不得不寻求大量的版权许可。但找谁呢?如果奥威德有很多后代,为了努力达成许可协议,得四处寻找他们。甚或他的权利要归于罗马帝国?谁又是罗马帝国的继承人呢?

《索尼波诺版权期限延长法》(Sonny Bono Copyright Term Extension Act,以下简称《索尼波诺法》)可阐明知识财产的过度私产化问题。^④该法在埃瑞德案中被告违宪。^⑤它将版权保护期限由原来的作者或其他创造者终生加死后50年延长至70年。如此该法便给所有未到期的版权增加了20年的保护期,这不仅包括未创作的作品,还包括所有已创作的作品。其结果是造成了对公共领域的严重挤压。

这是一部有着荒唐历史的立法。据说索尼·波诺——在一次滑雪事故中丧生——曾宣称:“版权应是永久的”,该法令就变成了(对索尼·波诺的)情感支持。若版权应是永久的,那么加上20年就更不成问题。延长期限的真正动力,最初来自于乔治·格什温与艾拉·格什温(George and Ira Gershwin)^⑥及其他非常成功的(20世纪)二三十年代流行音乐创作者的后裔——亲属、遗产继承人等,他们的版权即将到期;此后,动力即来自迪士尼公司,其面临着米老鼠版权即将到期的问题。最终,在强大的动力推动下,该法获得通过。

① 雷昂纳德·伯恩斯坦(Leonard Bernstein, 1918~1990),美国指挥家、作曲家。——译者注

② 古罗马诗人。——译者注

③ 有种观点认为,莎士比亚创作的《罗密欧与朱丽叶》借鉴了古罗马诗人奥威德《菲拉孟斯与里兹比》中的角色原型。——译者注

④ 17 U.S.C. 102-06 (1998).

⑤ Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).

⑥ 乔治·格什温与艾拉·格什温是兄弟俩,乔治·格什温是20世纪二三十年代美国著名的音乐剧作曲家,艾拉·格什温是20世纪二三十年代美国知名的百老汇歌词作家。——译者注