



清华知识产权评论

Tsinghua Intellectual Property Review

清华大学微软创新与知识产权联合研究中心
清华大学法学院知识产权法研究中心

主办

2017年第1辑（总第2辑）

特稿——海外之声

[美] 罗伯特·P. 莫杰斯 驳功利论原教旨主义

[德] 迪特马尔·哈霍夫 专利和许可在创新获得外部融资中的作用

百家争鸣

管育鹰 专利侵权诉讼中的无效抗辩问题研究

蒋 舸 德国职务发明管制效果研究

闫春晖 对“专利复审委依职权审查并以新理由维驳”制度的合理性和
改革方案的研究

章凯业 广药集团诉加多宝“怕上火”广告语纠纷案之评释

何天成 著作权法裁判的核心：作者，而非作品

刘嘉纯 专利高价的反垄断法规制研究

网络法专论

石 丹 视频网站“广告过滤”问题研究

殷守革 网络预约出租车本地牌照和户籍限制的审查与规制

苏 今 大数据时代信息集合上的财产性权利之赋权基础



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



清华知识产权评论

Tsinghua Intellectual Property Review

清华大学微软创新与知识产权联合研究中心 | 主办
清华大学法学院知识产权法研究中心

2017年第1辑（总第2辑）



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

清华知识产权评论. 2017 年. 第 1 辑; 总第 2 辑 / 清华大学法学院知识产权法研究中心, 清华大学 - 微软创新与知识产权联合研究中心主办. —北京: 法律出版社, 2017
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1142 - 9

I. ①清… II. ①清… ②清… III. ①知识产权—文集
IV. ①D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 182492 号

清华知识产权评论
(2017 年第 1 辑 总第 2 辑)
QINGHUA ZHISHI CHANQUAN PINGLUN
(2017 NIAN DI 1 JI ZONG DI 2 JI)

策划编辑 韩满春
责任编辑 韩满春
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市龙大印装有限公司
责任校对 晁明慧
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 18.75
字数 291 千
版本 2017 年 8 月第 1 版
印次 2017 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1142 - 9

定价:60.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编委会名单

执行主编：李海敏

执行副主编：连冠

编辑名单：赵日 朱晓睿 潘陈雨
周小舟 李慧阳 金大映（韩）

卷首语

经过一年有余的辗转艰辛,新一辑的《清华知产评论》终于与读者见面了。这本新兴法律评论“二胎”的生产过程克服了许多困难,也标志着我们向着连续出版的目标迈出了坚实的一步。

过去的一年是“知识经济”价值进入大众视野的一年:“非诚勿扰”商标纠纷、“国酒茅台”商标复议、北京知产法院作出 5000 万的专利侵权判决、高通与魅族的专利授权纠纷、金庸诉江南著作权侵权纠纷,等等。这些耳熟能详的名字接连出现在知识产权热点事件头条之上,意味着创新的价值开始真正深入每个国人的心中。知识产权法无疑是走在这场变革最前沿的法律学科。在商业模式“快速迭代”的当下,一个强健且具有前瞻性的知识产权制度,是经济发展与持续创新必不可少的支点。而这种制度的设立与改良,又离不开学术研究提供的智慧。

本评论的宗旨正在于此,我们坚持高水准的学术要求,希望从理论研究的层面帮助决策者在重大创新政策问题上作出明智的选择。我们既提倡展示本领域法律制度与理论发展的最新水平的研究,也重视对传统的理论问题提出优秀观点的研究。本辑《清华知识产权评论》所收录的 11 篇文章,博采众家之长,体现了理论研究的最新进展。这 11 篇文章分为三个主要栏目:“特稿——海外之声”“百家争鸣”“网络法专论”。

在“特稿”栏目中,我们独家登载两篇来自国际知识产权法界的重要学者的文章译稿。知识产权的法哲学基础研究究竟是什么?虽然功利主义的解释似乎已经被大多数人所接受,但其实学术界对这一问题的探讨与争论从未停止。罗伯特·P.莫杰斯教授(Robert P. Merges)的《驳功利论原教旨主义》(郝元译)一文,是对斯坦福法学院的马克·A.莱姆利教授(Mark A. Lemley)去年发表的《知识产权信仰论》的回应。《知识产权信仰论》一文重申功利主义在知识产权正当性解释中的核心地位,并批评相信“自然权利说”的学者如同“信仰知识产权宗教的信徒”,无法参与理性对话。莫杰斯教授的文章正是对这一观点的精彩驳斥。迪特马尔·哈霍夫教授(Dietmar Harhoff)的《专利和许可在创新获得外部融资中的作用》(程文婷译)一文,明确指出了传统金融法中依赖的经济学分析错误低估了许可和专利交易在技术市场中的地位,用通俗的语言和详实的证据阐明了专利和许可在融资中的真实效果。哈霍夫教授介绍的德国经验为国内学者在中国环境下进一步研究这一问题提供了参照系。

在“百家争鸣”版块中,我们登载6篇来自各界学人的优秀赐稿,内容涉及众多领域。管育鹰教授的《专利侵权诉讼中的无效抗辩问题研究》,就美国、德国和日本对于授权后的专利权效力争议的管辖权问题进行了研究,并提出了具有启发性的建议。蒋舸副教授的《德国职务发明管制效果研究》对德国职务发明制度在过去60年来的效果进行了研究,建议我国警惕对职务发明过度管制可能产生的负面影响。闫春晖先生的《对“专利复审委依职权审查并以新理由维驳”制度的合理性和改革方案的研究》,考察了复审委可以“以新理由维持驳回决定”相关规定的不完善之处,并比较研究了美国的相应制度,指出了修改方向;文章并创新性的认为问题的核心在于实质审查的不充分,并呼吁进行彻底改革。章凯业先生的《广药集团诉加多宝“怕上火”广告语纠纷案之评释——兼谈未注册商业标识的归属与保护》,从典型案例出发,创新性地将论述集中于劳动财产学说与功利主义学说在为未注册商标提供保护之合理性基础之辩上,很有启发性。何天成先生的《著作权法裁判的核心:作者,而非作品》研究了著作权法在不同领域适用时存在的差异,并揭示了这种差异背后的原因在于现代著作权法关注“作品”却忽视“作者”的现状;作者提出了一套以作者为标准,用于确定权利归属范围的“三步衡量法”,是一个很有创造性的观点。刘嘉纯女士的

《专利高价的反垄断法规制研究》则关注一个复杂的交叉学科问题,即反垄断法的价格管制是否应当适用于专利许可的问题;文章充分研究了中美欧三个国家或地区对该问题的处理方法,并建议我国反垄断法应当采取谨慎的态度,不应该插手企业的商业决策,干预具体专利许可中的高价问题。

第三个版块“网络法专论”,收录了3篇研究当下最受关注的网络法领域问题的优秀文章。石丹先生的《视频网站“广告过滤”问题研究》,从经营者、消费者和社会利益三个维度,研究了浏览器、视频软件与第三方插件分别使用的广告过滤模式的合理性,并从不正当竞争法的角度提出了建议。殷守革先生的《网络预约出租车本地牌照和户籍限制的审查与规制》研究了近年来广为关注的“网约车”的法规制问题,特别是其中引起社会争议的本地牌照与本地户籍限制;作者认为这两项限制违反了公平原则,也无法达到立法者宣称的目的,存在不当之虞。苏今先生的《大数据时代信息集合上的财产性权利之赋权基础》,探讨了当前引发热议的“大数据”问题下的“财产权赋权基础”这一核心问题;文章从数据的生命周期这一关键概念出发,结合传统财产性权利的赋权理论,将数据使用中产生的添附价值作为赋予数据财产性权利的合理性基础。

最后,衷心感谢所有老师、同学以及实务界人士的关注与支持,特别是所有向评论赐稿的作者、法律出版社的韩满春编辑以及清华法学院知识产权研究中心的各位老师,本辑的出版离不开各位的帮助与支持,我们在此表示衷心的感谢!

《清华知识产权评论》编委会 连冠执笔

清华知识产权评论(2017年第1辑 总第2辑)

卷首语 / 1

特稿——海外之声

驳功利论原教旨主义 / [美] 罗伯特·P. 莫杰斯 郝元译
编委会、陈贤凯校对 / 3

专利和许可在创新获得外部融资中的作用

/ [德] 迪特马尔·哈霍夫 程文婷译 编委会校对 / 29

百家争鸣

专利侵权诉讼中的无效抗辩问题研究 / 管育鹰 / 65

德国职务发明管制效果研究 / 蒋舸 / 95

对“专利复审委依职权审查并以新理由维驳”制度的
合理性和改革方案的研究 / 闫春晖 / 112

广药集团诉加多宝“怕上火”广告语纠纷案之评释
——兼谈未注册商业标识的归属与保护 / 章凯业 / 149

著作权法裁判的核心：作者，而非作品 / 何天成 / 170

专利高价的反垄断法规制研究 / 刘嘉纯 / 199

网络法专论

视频网站“广告过滤”问题研究 / 石丹 / 227

网络预约出租车本地牌照和户籍限制的审查与规制

/殷守革/ 246

大数据时代信息集合上的财产性权利之赋权基础

——以数据和信息在大数据生命周期中的

“关系化”为出发点 / 苏 今 / 262

特稿——海外之声

驳功利论原教旨主义

[美] 罗伯特·P. 莫杰斯*

郝元**译 编委会、陈贤凯校对

译者按

知识产权的正当性基础并不是个新鲜的话题。然而在大洋彼岸,那个两个多世纪前已经率先把知识产权条款写入宪法的国家,关于这个话题的思考与辩论却从未停止。关于知识产权本质是一种财产权还是政府对自由市场的规制、专利保护是否已经过强以致形成“反公地悲剧”、版权的扩张是否不当以致背离了自由市场原则等等问题的争论不仅未随时间过去而尘埃落定,反而有愈演愈烈之势。利益驱动下,熊熊战火也从学界燃烧到了业界及政界,大公司及其代言人们近年来在国会频频游说,各种改良法案不断出台;反垄断执法机构伺机而动,时不时以怀疑的眼光紧盯权利人可能的“垄断”;最高法院也不甘寂寞,屡屡出手意图“力挽狂澜”……在这看似纷乱的一片喧嚣背后,一个待回答的问题依然是知识产权制度的正当性基础。基于天然的认知限制,我们人类总是需要一个框架或角度去认识一切问

* 伯克利大学法学院教授。

** 清华大学-微软创新与知识产权联合研究中心研究员。

题。那么这个制度是基于经济学结果效用最大化的功利论角度?还是看淡结果、更加强调权利本身正当性的道义论角度?抑或两者兼具?众说纷纭。

伯克利法学院的莫杰斯教授是美国第一流的专利法学者、专利制度经济分析的最强音。面对正当性基础的巨大分歧及其后果,以及现有纯功利论角度经济分析的实证证据并不足以完全确立制度正当性的现实,他开创性地借用了政治哲学中分层理论的结构设定,试图把大家纳入到一个能够进行建设性政策对话的“公共空间”中来。在《论知识产权的正当性》一书中,莫杰斯创造了这样的三重空间:底层是大家对于知识产权正当性基础的不同认知;表层是法律规定、案例法等具体规则;而其重点强调的中层,则是使得持有不同底层认知的人们依然可以和谐共存、共商大计的粘合剂:不可移除(“公有领域”)原则、效率原则、比例原则以及尊严原则。莫杰斯主张,即使人们的底层认知各有不同(严格功利论、非严格功利论、道义论等),但只要他们可以共同接受中层四原则,那么依然可以进行建设性的有效对话。换言之,完全可以存在多元化的底层正当性理论基础(“底层有着足够宽阔的空间”),而这并不妨碍大家在更具体的层面上进行建设性对话及合作。

并非所有人都欣赏莫杰斯教授的这一努力。2015年,美国知识产权领域另一名顶级学者,斯坦福法学院的莱姆利教授发表《知识产权信仰论》,严厉地批评了莫杰斯教授面对实证证据的缺乏,不是选择去“质疑这个制度,或者质疑证据本身的可靠性,而是退而求其次地相信这个制度根本不需要实证证据佐证”。^①莱姆利进一步认为,莫杰斯对于实证证据的根本回避是因为他对于知识产权制度持有一种如宗教信仰般的“faith”(信念、信仰),而宗教信仰是与理性思辨根本相悖的。所以,他们之间根本无法对话,“无话可说”。^②

那么,莫杰斯的《正当性》一书真的是对实证证据的根本回避吗?他与严格的功利主义者(如莱姆利)之间真的无法进行建设性对话吗?莫杰斯教授还有话要说,为此他专门撰写了《驳功利论原教旨主义》一文并授权

^① Lemley 独家专栏,知识产权信仰论,翻译林佩、乔妮等,来源智合东方, <https://www.zhihedongfang.com/2015/05/10482?from=message&isappinstalled=0>, 2017年5月23日访问。

^② 同上。

《清华知识产权评论》在国内首发其译稿,在此特别表示感谢。

一、引言

考虑过将标题取得含蓄一些,但我还是否决了自己的这一冲动,理由有三。其一,我试图回应的《知识产权信仰论》(以下简称《信仰论》),其文风并不含蓄。^①其二,选定的这个标题精确地说出了我想表达的中心思想。^②其三,作为一名习惯含蓄的作者,这次我想试试不一样的风格。

我的基本观点是,通往真理的道路不止一条。如我书中所述,独尊其中的一条已经够不对的:它堵塞了其他可能给我们带来有益启示的途径。而如果不仅唯我独尊,还将其他途径上行进的探索者们贴以“排斥异己”的标签,这就比较过分了。尤其是,当其他途径的探索者们已在努力追求一种多元化包容视角的前提下:想象一下你正竭尽全力地试图把其他观点囊括进体系中,而将自己的观点尽量谦卑、低调地表述,却被骤然贴上了一个狂热宗教分子的标签!这不是件令人愉快的事。

在本文中,我想表达三点。其一,《信仰论》的观点具有误导性。《信仰论》对我的主要批评包括:(1)非实证性推理的内在逻辑是可疑的;(2)任何并非严格实证性的理论均出于一种本能抵制反对意见,特别是那些基于实证研究的反对意见的执着;以及(3)由于那些主张此等理论的人以宗教一般狂热的信仰代替了严谨的推理,非实证性的知识产权理论不在学者可讨论的范围之内。我将一一批驳这些观点,指出上述批评虽然在哲学辩论中经常被采用,但通常并不正确,在知识产权的语境中也是如此。世界上存在并非基于严格实证数据的推理方式,而对于这些理性形式的信赖并不等同于宗教一般的“信仰”。很长一段历史时期以来,人们即利用非严格实证的方式来讨论什么是对、什么是错,他们通常也并不会本能地抵制实证性数据。事实上,我的一个比较新颖的主张是,实证数据已经在帮助研究者们理

① Mark A. Lemley, Faith-Based Intellectual Property, 62 *UCLA L. REV.* 1328 (2015).

② 确切来说,根据洛杉矶 Loyola 法学院的 Justin Hughes 的建议,我“借来”了这个标题。

解人们对错观念的强烈程度与普适性,这对于《信仰论》关于道义论会本能抵制实证证据的批评是一个有力的回击。

其二,关于《论知识产权的正当性》(以下简称《正当性》)那本书,与本文相关的主张如下:^③(1)对于某些人来说,以实证证据作为知识产权法正当性的基础并不能令人信服;(2)存在其他知识产权的理论基础,虽然同样并非每个人都能认同;以及(3)如果超越对于基础理论的分歧,而着眼于具体操作的层面,那么,在存在需要建立知识产权制度的共识前提下,实证证据对于此制度如何运行的细节性讨论将非常重要。

其三,《信仰论》结尾部分声称那些反对实证基础的学者无法参与和功利论(utilitarian)/实证研究主义(empiricists)者的学术对话,对此我回应如下。在《正当性》一书中,我已经预料到此类对于底层理论的分歧,因此在尽力寻求一种有效的解决方式。我的策略是借用多元化政治学理论,尤其是已故罗尔斯的一些学术成果。^④如《正当性》书中所述,我一直相信知识产权领域政策性探讨的优势之一在于它们并非在基础理论层面而是在更表层的某个层面进行对话的。因此,我用“底层存在足够的空间”这一比喻来表达我对于基础理论多元化的支持。知识产权理论“底层空间”概念的意义就在于它可以将大家对于基础理论的分歧与操作层面的政策讨论分离开来。换言之,通过这一多层空间的架构,我试图明晰我们需要这么一个“公共空间”,以使大家在对于基础理论存在不同理解的前提下,可以在更具政策操作性的表层空间展开建设性的对话。这并非思维封闭或狭隘,而是恰恰相反。

二、对于非严格功利论的批评

作为一场言辞激烈的修辞表演,《信仰论》本身提出了一些非常有趣的

^③ Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property* 3, 9 (2011).

^④ *Id.* At 9-10, 104.

理论观点,^⑤其主要论点有三。第一,不基于严格实证证据的说理都是不科

⑤ 这里我用“修辞”来指代一种诉诸感情而非理性的行为。对于一个通常的中性解释仅仅意味着辩论性的词语来说,这里的运用含有轻微的贬义。对比 Rhetoric, Dictionary. com, <http://www.dictionary.com/browse/rhetoric> (last visited Dec. 10, 2016) (将其定义为“夸张或展示的过度适用;夸大的言辞”),以及大英字典的第二种意思(将其定义为“以言辞去说服、影响或取悦的艺术”)。《信仰论》在这个意义上运用修辞,主要意图是将非严格实证主义的知识产权理论等同于宗教原教旨主义(这里我使用了本文标题中相同的形容;太恰当了!),这里的修辞巧妙且微妙。例如:因为它是一种信仰,证据无法动摇它分毫,就如我不可能说服一个相信他的上帝在七天之内创造了整个世界的人那并非事实一样。当然,也许会有地理学或考古学证据来证明这个七天创造世界的故事并不可信,但信仰不仅仅对于是否需要证据支持不置可否,它对于证据的挑战更是不屑一顾。Lemley, *supra* note 1, at 1338. 这里,对于不同理性证据的信任,比如康德的第一原则或一般道义论的分析,被隐含地等同于像创世论或相信地球是扁平的一般固执而非理性的信仰。对实证数据充分性的怀疑被等同于对所有实证数据的坚决抵制。换言之,放弃坚决的实证主义基础被视作是对固执的非理性基础的自动皈依。这样的修辞手法非常极端。事实上,它恰恰犯了《信仰论》批判别人的那种错误。它占据了一个极端的位置,切断了一切讨论及辩论的可能。技术上(中性角度)来说,这是非常错误的。参见 Matthew Finn, *In Defence of Deontological Justifications of Intellectual Property* 2 (Nov. 4, 2015), <http://ssrn.com/abstract=2690947>. 抓住莫杰斯对于“faith”一词的运用不放,莱姆利将此理论的近期发展称作“信仰为基础的知识产权”。对于他的主张存在两种理解方式。其一,如引用莫杰斯的章节所暗示那样,知识产权的支持者们是出于一种信念,与正当性无关。无论他们怎样宣称,他们并非因为道义论的正当性才信仰知识产权。相反,这些正当性的证据只是一种事后性的解释或借口。这一主张的问题在于它带有人身攻击的性质,其构成了对于支持者们自身而非他们主张的攻击。即使支持者们信念建筑在信仰之上,知识产权在道义论意义上的正当性仍然是有效的。(脚注略去)。如正文显示,我并不同意 Finn 关于“faith”一词在《正当性》中的使用意味着对于知识产权制度脱离正当性基础的信仰。我提及“faith”,恰恰是由于存在这些正当性的基础。Faith 或者信念可以建筑在权威性或者其他形式的证据之上。而关于人类伦理判断的证据(道义论的思辨),也可以如严格的实证证据一样有效及坚实。Finn 并非唯一注意到《信仰论》修辞基调的学者。参见 James Grimmelman, *Faith-Based Intellectual Property: A Response*, *The Laboratorium* (2d Ser.) (Apr. 21, 2015), <http://2d.laboratorium.net/post/117023858730/faith-based-intellectual-property-a-response> (“这是一种信徒或政客们惯用的手法。看到学术辩论中使用这种修辞手法,有点令人感到惊异……‘Faith’在学术讨论的语言中有种不当的贬义。莱姆利的文章试图将一场学术讨论变成文化战争……它使得知识产权法,一个通常并非具有强烈贬义的课题,被泾渭分明的站队性主张占据……这种带有强烈文化色彩的极端主义对于抵制知识产权强保护的效果不好说,但它作为学术辩论的形式令人失望。”)另外参见 Lawrence Solum, *Lemley on Non-consequentialist Justifications for Intellectual Property*, *Legal Theory Blog* (Apr. 2, 2015, 11:30am), <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2015/04/lemley-on-non-consequentialist-justifications-for-intellectual-property.html> [“莱姆利主张社会契约理论的经典代表,如洛克和罗尔斯,并未考虑知识产权。这是一种诉诸权威的辩论方式(在讨论法律问题,如果其认为存在‘权威’,这当然是一种有效的辩论方式),但在讨论伦理及政治哲学问题时是错误的。另外,莱姆利进行了带有人身性质的攻击,主张非结果正当性的支持者们都是被宗教性信仰驱动,这种辩论方式犯了一种经典的错误。”]

学、不具有说服力的;第二,其原因在于,此类说理从定义上来说即排斥挑战,因此更像一种根本的宗教性信仰;第三,因此,此类说理方式的信徒们不会也无法参与真正的学术讨论,由于他们的狂热已经将其与理性思辨隔绝开来。

(一) 对于实证数据的严格信奉是通向真理之路的唯一路径

为了理解《信仰论》的第一个主张,我们最好先看一下其原文的具体陈述:“Merges 提到他对于知识产权法的‘信仰’,这的确是一个非常恰当的词。我把这种对于证据的放弃称作‘基于信仰的知识产权’(Faith-based IP),既是因为其信徒们把知识产权制度的正当性建筑在信仰上,而且他们这样做的本质是出于一种宗教性的信念。这种新式宗教的信徒,他们信仰的是知识产权。”^⑥

.....

“当然,对于宗教你可以有自己的想法。我认识许多人,他们在宗教里找到了价值。但对我来说,把知识产权作为信仰的基础是一件非常诡异的事,原因如下:其一,一旦放弃了功利论的视角,我们很难找到知识产权作为一种前政治性权利的基础(‘prepolitical right’).”^⑦

.....

“他们转向一种‘制造者即所有者’(I made it and so I own it)的理论,经常把这种视角的起源归结于洛克、黑格尔或者更现代一些的罗尔斯。但是,这些理论本身也不乏许多问题,例如,这几位知识产权现代派先知们(latter-day prophets)甚至从未在自己的理论中提到过知识产权。”^⑧

请注意这里的修辞:“现代派先知”与“知识产权教的信徒”,以及“那种情绪”(而非“那种想法”或“那种理论”)。^⑨通过这些修辞,《信仰论》将“道义论等同于宗教信仰、从而等同于非理性”这一主题进行了巧妙的加强。这种加强本身的技巧性也许值得赞扬,但它并不比文章的主题更值得推崇。将非功利主义的知识产权理论等同于非理性的宗教信仰犯了两个巨大的错误。其一,是它将所有与功利论/实证主义不同的理论均贴上了劣等品的标签;其二,更大的错误在于它将功利论/实证主义上升到了唯一通往

^⑥ Lemley, *Supra* note 1, at 1337 (footnote omitted).

^⑦ *Id.* at 1338.

^⑧ *Id.* at 1338-39 (footnotes omitted).

^⑨ *Id.* at 1343.