

互联网环境下的知识产权制度变迁

陈健 著



中国政法大学出版社

互联网环境下的知识产权制度变迁



中国政法大学出版社

2017 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

互联网环境下的知识产权制度变迁 / 陈健著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 4

ISBN 978-7-5620-7384-0

I. ①互… II. ①陈… III. ①互联网络—影响—知识产权制度—研究
IV. ①D913. 404

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第071366号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	8.375
字 数	200 千字
版 次	2017 年 5 月第 1 版
印 次	2017 年 5 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

作者简介

陈健，男，北京市人，中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所，副所长，在核心期刊上发表论文数十篇，主持、参与国家知识产权局、司法部等部级课题十余项。韩国高等教育财团 ISEF 基金获得者，韩国汉城大学法学院访问学者。北京仲裁委员会仲裁员，英国皇家御准仲裁员协会会员，中国法学会会员，知识产权法学会会员、中国科技法学会常务理事、中国政法大学无形资产管理中心研究员、中国政法大学科技法研究中心研究员、中国政法大学金融法研究中心研究员、中国政法大学韩国法研究中心研究员。



刘知函微信

策划编辑：刘知函

投稿电话：010-58908437

投稿邮箱：zhihan.liu@foxmail.com

封面设计： 可可图文
kake.design@sina.com

本书获得中国政法大学知识产权法双一流学科建设项目资助

互联网在改变了传统产业模式的同时，也为知识产权保护带来了更多的挑战，使得知识产权法律规范更加复杂。互联网具有开放、自由、平等、交互、虚拟和免费等特点，这使得互联网时代的知识产权保护面临一些新的变化和问题。在互联网时代，网络创新纷纷涌现出来，这必将导致互联网环境下智力成果的使用越来越普遍。因此，如何回应互联网的需求，建立更为有效的知识产权使用制度，就成为重要的课题。

在互联网时代，知识产权保护除涉及权利所有人、社会公众外，还涉及网络服务提供者的利益保护问题。因此，有必要在权利所有人、网络服务提供者及社会公众三者之间进行利益平衡。对网络服务提供者的利益考量，涉及网络空间的发展，涉及网络资源的公共使用、公共创新空间、言论自由等公共利益重大的问题。在著作权和商标制度中都涉及网络服务提供者的规范问题。

在著作权方面，互联网增加了著作权的使用，故对合理使用制度有必要进行反思。为了解决目前网络环境下合理使用的问题，各国都做了一些尝试，我国合理使用制度也应当适应互联网的需求。在互联网上销售数字化产品，是否能够适用首次

销售理论，对此，欧美国家有不同的做法，我国对这一问题也需要出台必要的规范。人们对数字化作品使用技术保护措施，这种技术保护措施同时也构成人们使用作品的障碍，如何解决技术保护措施所带来的悖论，需要加以深入研究。在互联网上传播作品时，如何解决网络服务提供商的辅助责任和替代责任问题，都是互联网给著作权制度带来的挑战。

在专利方面，本书主要探讨了商业方法的可专利性问题。商业方法常常与电子商务有关，大量非实体的商业方法在美国等国家都可以向专利局提出专利申请，商业方法专利是否具有可专利性，在哪些情况下商业方法才是可以被授予专利的，是非常需要解决的问题。同时，本书还研究了功能性限定问题。在互联网环境下，对以功能性限定方式提出的专利申请进行授权以及侵权保护越来越常见，相关问题也越来越多，亟待解决。

互联网对商标的影响主要表现在自由贸易与平行进口的问题上。互联网贸易和电子商务是一种自由贸易，如何处理互联网贸易中的平行进口问题，如何认识平行进口并且对平行进口进行规范，是目前我国知识产权制度所面临的重要问题。电子商务平台商的商标侵权责任也是互联网给商标法带来的问题。当电子商务环境下出现商标侵权行为时，如何处理电子商务平台商的商标侵权责任，需要加以深入探讨。

互联网给知识产权制度带来了丰富多彩的变化，需要知识产权积极回应这种激励，进行制度变迁。知识产权制度的变迁不能脱离知识产权的基础理论，而应该是渐进的变化。考虑到互联网的特定需求，以促进互联网发展为公共利益，应当完善知识产权的使用制度，促进利用互联网的各种创新。传统知识产权的三大支柱——专利、商标和版权，都受到了计算机技术

和网络技术发展的深刻影响，在这种影响下，知识产权必然面临一定的制度变化。只有及时认清这种影响，积极主动地进行知识产权制度改革，才能够促进知识产权和互联网产业共同发展。

目 录 CONTENTS

前 言	1
第一章 互联网环境下的知识产权使用规则	1
一、互联网环境下知识产权制度的负外部性	2
二、强化互联网环境下知识产权使用规则的基本 原则	15
三、互联网环境下知识产权使用规则的完善	17
第二章 互联网和版权制度变迁	31
第一节 互联网环境下的合理使用制度	31
一、合理使用制度	31
二、衍生作品	36
三、网络环境下合理使用规则的完善	44
第二节 规避技术措施与版权侵权	49
一、关于规避技术措施的法律规定	49
二、技术措施的影响	55

第三节	首次销售理论与数字市场·····	66
一、	数字市场是否适用首次销售理论——美国的做法 ···	68
二、	数字市场是否适用首次销售理论——欧洲的做法 ···	71
三、	首次销售理论是否适用于数字市场 ·····	74
第四节	网络服务提供商的版权责任·····	78
一、	网络服务提供商的辅助责任和替代责任 ·····	78
二、	网络服务提供商间接侵权责任的新发展 ·····	91
第三章	互联网和专利制度变迁 ·····	103
第一节	商业方法可专利性判断标准的新进展 ·····	103
一、	Bilski 测试方法的欠缺 ·····	103
二、	Bilski 案之后的重要判例·····	107
三、	现行审查指南 ·····	114
四、	商业方法可专利性判断标准的新发展 ·····	123
第二节	计算机软件专利的可专利性审查 ·····	129
一、	美国计算机软件专利的授权标准 ·····	129
二、	其他国家和地区计算机软件专利授权标准 ·····	134
三、	计算机软件相关发明的类型 ·····	142
四、	涉及计算机程序的发明的可专利性 ·····	145
五、	涉及计算机程序的发明专利申请的说明书和 权利要求书的撰写 ·····	148
第三节	功能性限定制度的发展 ·····	150
一、	美国方法加功能申请 (MEANS-PLUS-FUNCTION) 的认定与等同判断 ·····	151
二、	我国功能性限定的适用与等同判断 ·····	162

第四章 互联网和商标制度变迁	169
第一节 商标商品平行进口制度	169
一、美国的商标权利穷竭与平行进口	169
二、其他国家和地区平行进口的做法	191
三、平行进口制度的完善	199
第二节 电子商务平台商的商标共同侵权责任	205
一、eBay 的困惑	205
二、电子商务平台商的法律地位	216
三、电子商务平台商的审查能力与注意义务	232
四、电子商务平台商的商品来源备案制度	244
参考文献	247

法经济学家罗伯特·考特、托马斯·尤伦曾经在《法和经济学》一书中写道：“没有合法的垄断就不会有足够的信息生产出来，但是有了合法的垄断又不会有太多的信息被使用。”没有知识产权制度，就不会有足够的激励机制使创新者进行智力劳动，从而产生大量的智力成果。但是在知识产权制度制定出来后，由于该制度天然的排他性，社会公众利用智力成果的行为就会受到干扰，这体现出知识产权制度内在的矛盾与冲突。

在互联网环境下，知识产权制度面临着什么样的变化和发展？在互联网环境下，对智力成果的使用具有什么样的特征，这些特征又会导致知识产权制度产生什么样的变迁？知识产权制度的存在，是否会给社会带来一定的负外部性，如果存在这种负面作用，就应当减弱知识产权的负外部性，使知识产权制度在发挥其正向作用的同时减少其负面作用，这样才能使知识产权制度更趋完善。

“知识产权的目的是什么？是促进智力成果的涌现，还是保

护智力成果，还是促进智力成果的使用、交易？”^{〔1〕}在知识产权产生之后，这一追问始终未在知识产权法律制度中得到解答。随着科技的进步，我们需要在重视知识产权所有规则的同时，强化知识产权利用制度，尤其是在互联网环境下，应当更加侧重知识产权使用制度的研究，以便使知识产权权利体系更加完善。

一、互联网环境下知识产权制度的负外部性

萨缪尔森将外部性定义为：“成本或效益被加于其他人士上，然而施加这种影响的人却没有为此而付出代价。”^{〔2〕}因此，外部性是某个经济主体对另一个经济主体产生一种外部影响，而这种外部影响无法简单地消除的一种经济学现象。简而言之，外部性是指那些生产或消费对其他团体强征了不可补偿的成本或给予了无需补偿的收益的情形。

外部性可以分为外部经济（或称正外部经济效应、正外部性）和外部不经济（或称负外部经济效应、负外部性）。正外部性就是一些人的生产或消费使另一些人受益而又无法向后者收费的现象；负外部性就是一些人的生产或消费使另一些人受损而前者无法补偿后者的现象。例如，私人花园的美景给过路人带来美的享受，但他不必付费，这样，私人花园的主人就给过路人带来了外部经济效果。又如，隔壁邻居音响的音量开得太大影响了我的睡眠，这时，隔壁邻居给我带来了外部不经济效果。

在外部性中还存在一个比较特殊的类型，即双向外部性。双向外部性是指两个经济主体彼此都存在外部性，主要的形式

〔1〕 杨志敏：“论知识产权法的目的及其实现途径”，载《电子知识产权》2009年第7期。

〔2〕 [美] 保罗·A. 萨缪尔森、威廉·D. 诺德豪斯著，高鸿业等译：《经济学》（下），中国发展出版社1992年版，第1193页。

有三种：一是甲方和乙方相互之间的外部经济；二是甲方和乙方相互之间的外部不经济；三是甲方对乙方有外部经济效应而乙方对甲方有外部不经济效应，或者反之。例如养蜂人与荔枝园园主之间的关系：蜜蜂要酿蜜，离不开花粉，也就是说荔枝园园主对养蜂人具有外部经济效果；相反，荔枝花开后要结果，离不开蜜蜂传授花粉，这时，养蜂人对荔枝园园主具有外部经济效果。当然，养蜂人与荔枝园园主之间给对方所带来的外部经济效果的大小不一定是相等的，如果两者正好相等，就说明外部经济效果相互抵消；如果两者不相等，说明有的经济主体从中占了便宜，有的经济主体从中吃了亏。

在没有知识产权制度的情况下，创新所带来的收益不仅为发明者所享有，同时也为其他社会成员所享有，此时，发明对社会具有正外部性。同时，由于社会成员都可以免费使用创新成果，对于创新者来说，则完全是一种负外部性，中国古代的“四大发明”无偿地与全世界分享就是一个例子。因此，为了扭转这种不平衡的关系，国家设置了知识产权制度。

问题在于，设置了知识产权制度之后，这种外部性不平衡问题是否得到了解决？知识产权制度自其产生之初，其外部性就受到许多学者的质疑。知识产权制度这种人为创制的制度，在互联网环境下，是否具有负外部性呢？互联网环境下，知识产权制度外部性主要表现在如下几个方面：

1. 知识产权规则深刻影响着社会关系。知识产权的赋权，消除的是智力成果创新的正外部性，如果没有知识产权制度，社会公众都可以使用、传播这种智力成果，对社会所带来的正外部性最大。恰恰是为了保护知识产权人的权益，使其私权受到最大的保护，才设置了知识产权制度。但是，知识产权制度的设置限制了其正外部性，从而产生了负外部性。人们在设置

知识产权法律制度时，可能仅仅想到解决眼前的紧迫问题，比如急于解决保护创新、鼓励创新的问题，而忽视了这一法律制度所带来的其他效果。

对知识产权的赋权，更直接而深刻地影响着社会关系。这是与有形财产的赋权不同的，有形财产的赋权并不会对社会关系产生更直接和更严重的影响。而对知识产权的赋权，则表现出一种对社会关系的能动力。社会关系和技术发展无时无刻不受到表现活跃的智力成果研发行为的影响，这种影响在以前的知识产权法律制度中是未充分考虑的。知识产权赋权所带来的影响，直接作用于社会关系，这就要求知识产权法律制度更加谨慎，以免对社会关系和技术发展、社会利益带来不良的反面作用。在设置知识产权这项私权时，应当充分了解和把握知识产权制度设置之后所带来的负外部性，只有规避这种负外部性，才能使知识产权制度成为一项更趋完善的法律制度。

从发达国家与发展中国家知识产权制度的不同作用，也可以看出知识产权对社会关系的影响是非常明显的。如果说知识产权对发达国家有良好的作用，那么它对发展中国家和不发达国家的负面作用就表现得非常明显。有形财产的赋权，不论在发达国家、发展中国家还是不发达国家，都是一样的，但知识产权的赋权在不同发展程度的国家影响完全不同，其原因就在于知识产权的赋权本身是一种社会关系的变革，是对社会关系的人为创制。

片面强调知识产权的专有性和排他性，忽略知识产权的利用，并不符合实际生活的基本情况。例如著作权人与使用人使用作品的行为之间常常发生的冲突，在互联网环境下，对于智力成果的使用更加频繁。片面强调维护著作权人的专有权，并不完全符合著作权法促进文学艺术创作繁荣的基本精神。在现

实生活中，也经常会发现，知识产权人未必能够绝对禁止这些使用，即使提起诉讼也经常杯水车薪，不足以制止侵权行为和弥补自身的损失。同时，在有些情况下，知识产权人也未必希望绝对禁止这些使用，而是希望能够从使用人处获得充分的许可使用费补偿。在互联网环境下，如何保障版权人的获益比如何减少侵权，具有更为重要的作用。

在知识产权法中，即使确定了各种权利的归属，也会产生使用权利、分配权利、获得收益方面的众多纷争。知识产权的排他权设置并未起到“定纷止争”的作用，相反却导致了更大的争执，其主要原因在于知识产权垄断的不是特定财产，而是界线模糊、资源有限的各种智力成果。由于智力成果之间联系紧密，导致在知识产权之间常常产生权利冲突与摩擦。因此，知识产权深刻影响着社会关系，在互联网环境下，社会关系产生了更为复杂的发展变化，这些都提出了知识产权与之相协调的重大理论问题。

2. 知识产权的权利保护期限设置具有僵化性。从严格意义上说，不同创新程度的智力成果，应当考虑到创造者在其中付出的智力劳动、创造者收回研发成本的时间，同时考虑到保护私权与保护公共利益之间的平衡，设置不同长度的保护期限。但是由于法律规定只能划定统一的标准，不得不在法律上僵化地设置统一的权利保护期限。

对知识产权人的创新回报，可能远远超出其在研发过程中花费的成本。许多发明获得了全世界范围的市场价值与回报，这种市场回报足以弥补其研发成本，超出的部分是否构成了对社会利益的剥夺呢？知识产权使创造者得以弥补其较高的创新成本，但在创新成本与发明的全部社会价值之间存在着广阔的中间地带，发明的全部社会价值是否一定归知识产权人享有？