

Jingshi Law Review

京师法律评论

第三卷

| 主 编 赵秉志



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

Jingshi Law Review

图书在版编目(CIP) 数据

京师法律评论.第3卷/赵秉志主编. —北京:北京师范大学出版社, 2009.4

ISBN·978-7-303-09902-3

I. 京… II. 赵… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 046994 号

营销中心电话 010-58802181 58808006
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com.cn>
电子信箱 beishida168@126.com

出版发行:北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn
北京新街口外大街 19 号
邮政编码: 100875

印刷:北京新丰印刷厂
经销:全国新华书店
开本:155 mm × 235 mm
印张:29.5
字数:500千字
版次:2009年4月第1版
印次:2009年4月第1次印刷
定 价:48.00 元

策划编辑:周彩云 责任编辑:周彩云 陈婧思
美术编辑:高霞 装帧设计:京师印务
责任校对:李茵 责任印制:李丽

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话:010-58800697

北京读者服务部电话:010-58808104

外埠邮购电话:010-58808083

本书如有印装质量问题,请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话:010-58800825

前言

当2009年北京的春天来临时,《京师法律评论》(第三卷)也与读者见面了。本卷秉承《京师法律评论》的一贯宗旨,注重对国内现实法治问题的研究,同时也关注域外法律变动及法学研究的最新进展,积极推动法学研究与实践的结合。

今天,当谈到知识产权保护时,已经不能再忽略对知识产权滥用的规制,这已成为国内学者时下的共识。因此,本卷的主题研讨也以这两条主线展开,侧重介绍知识产权保护与知识产权滥用规制的最新发展及最新研究成果。在知识产权保护方面,读者首先可以读到关于国际广播组织条约谈判新发展的文章。接下来,读者可以看到与知识产权保护相关或是对知识产权进行综合研究的文章。特别是在微软黑屏事件出现后,评介GNU通用公共许可证修改及其对开源软件产业影响的文章非常值得一读。然后,读者可以读到专利法和商标法方面的研究文章。就专利法方面看,不仅有偏重于理论研究的文章,也有关注我国《专利法》第三次修改以及探讨相关实务问题的文章。在商标法方面,两篇文章都对我国现行《商标法》中的相关制度进行了颇有见地的研究,值得深思。在当今高科技迅速发展的时代,一些国家、地区以及区域国际组织除了继续加强知识产权保护外,也开始重视规制知识产权的滥用。不过如何判断权利人滥用知识产权以及如何对其加以规制并不是简单的事情,其往往与专利标准、专利许可以及相关竞争政策联系在一起。本卷主题研讨的第二条主线就是围绕对知识产权滥用的规制及相关问题的研究展开的。在此,读者不仅可以读到深入探讨标准与专利关系以及评介最近欧委会竞争机构开放标准政策立场的文章,而且还可以看到研究新近欧共体对技术池规制以及我国台湾地区对高科

技市场“独占力滥用”管制的文章。

学科专论中的第一组文章涉及的是刑事法学研究。我们相信，关注刑事法学研究的读者将会从这组文章中得到诸多的启示。接下来，有两篇关于民商法研究的文章也非常值得一读。此外，读者在这里还可以读到与宪法研究有关的文章。

近年来，我国在对外贸易中不断遭受反补贴制裁。如何尽快熟悉世贸组织的反补贴规则并及时修订我国的相关政策，特别是出口退税政策，读者在学术争鸣栏目的开端可以读到这方面的研究文章。目前，金融危机已成为大家关注的焦点，因此，关于金融海啸法律对策的文章也是本卷特别向读者推荐的。此外，读者在这里还可以读到关于建筑物区分所有权人组织管理费用及介绍和评价我国台湾地区“民法”亲属编关于收养新规定的文章。最后，还可以看到青年学者关于反行政性垄断法律责任机制研究的文章。

在域外法学中，我们首先向读者提供了两篇国外环境法研究的文章。在人们愈发关注环境保护的今天，两篇文章非常值得一读。另外，读者在这里还可以读到一篇关于荷兰刑法历史演进和特色的文章。在判例研究栏目中，可以看到关于中外知识产权及竞争法案例评析的文章。在本卷，我们选摘了法学院主办的“东亚法律教育改革国际研讨会”的代表性论文，可以满足关心法律教育的读者的需求。此外，我们还首次开设了学科回顾栏目。读者在此将有机会读到法学界前辈介绍改革开放三十年中国宪法学发展的文章。在最后一个栏目中，青年学者的一篇书评也值得品味。

在这里，我们要衷心感谢法学界前辈和各位同仁的大力支持，也感谢出版社编辑的帮助。对本卷不足之处，我们也欢迎读者批评指正。

我们热切地期望，我国的法学研究在未来有更加繁荣的发展。为了使《京师法律评论》能够逐渐成为展示这种繁荣发展的一个不可缺少的重要平台，我们愿意加倍地努力。

编委会

2009年3月

目 录

主题研讨:知识产权保护与知识产权滥用规制的新发展

3	论国际广播组织条约谈判的新发展	郭寿康、相 靖
12	“非物质文化遗产”的界定及保护	李顺德
23	我国知识产权评估中的法律关系	来小鹏
35	GNU通用公共许可证的修改及对开源软件产业的影响	夏 扬
43	专利法的利益平衡原理研究	冯晓青
61	中国《专利法》第三次修改的若干争论	程永顺
79	专利权无效行政诉讼中的行政关系和民事关系的交织 及其处理	张 红
90	驰名商标保护实践若干问题反思	韦 之
95	略论我国《商标法》相对理由审查制度的存废	文 学
110	论兼容性标准中专利权的扩张 ...	王 兵、熊岚曦、张 炜
126	欧委会竞争机构开放标准政策立场评介	安佰生
139	论欧共体对技术池的规制	韩赤风
149	高科技市场独占力滥用之管制 ——以我国台湾地区“公平交易委员会”对高科技 产业之执法经验为例	刘连煜

学科专论

- | | | |
|-----|---------------------------|---------|
| 173 | 试论新中国四代政治决策层的死刑思想 | 赵秉志、王东阳 |
| 184 | 罪刑法定原则与刑法有权解释 | 李希慧 |
| 193 | 未成年犯刑罚适用的两个问题探讨 | 左坚卫、李双丽 |
| 208 | 前科消灭的法律性质新论 | 彭新林 |
| 216 | 论财团法人的功能和制度价值 | 夏利民 |
| 232 | 论土地承包经营权流转 | 崔文星 |
| 245 | 论紧急状态及其权力的法律基础与法律限度 | 郭 殊 |

学术争鸣

- | | | |
|-----|--|-----|
| 259 | 反补贴争端的兴起与我国的对策研究
——兼评我国的出口退税制度 | 胡加祥 |
| 271 | 金融海啸的法律对策 | 袁达松 |
| 281 | 略论台湾地区“民法”亲属编关于收养的新规定 | 王海南 |
| 293 | 建筑物区分所有权人组织管理费用的相关问题 | 薛 源 |
| 301 | “看得见的手”与“看不见的正义”
——反行政性垄断的法律责任机制之反思与重构
..... | 张光君 |

域外法学

- | | | |
|-----|--|---------------------|
| 321 | 环境保全与《日本国宪法》 | [日]岩間昭道著
冷罗生、陶芸译 |
| 330 | 环境法的改革 ... [美]布鲁斯·A.阿克曼、理查德·B.斯图尔特著
曹明德、王慧译 | |
| 351 | 荷兰刑法的历史演进和特色 | 王俊平 |

判例研究

- 365 商标权与知名商品名称权的冲突
——“狗不理”商标侵权案评析 孙 宁
- 374 美国专利法中非显而易见标准的适用
——Teleflex 公司诉 KSR 公司专利侵权案件评析 ... 田 琳
- 385 知名商品的司法认定标准
——关于“超级女声”一案的述评 张玲玲

法律教育：东亚法律教育改革国际研讨会论文选摘

- 397 韩国新法学专业大学院制度 [韩]金秉泰
- 404 日本法科大学院制度的形成过程
——兼论中国 JM 教育与日本 JD 教育的本质
区别及改革方案 申政武
- 414 日本法律教育改革现状评述 刘荣军
- 420 中小企业的法务支援和法学教育的特化
——以韩国京畿道亚洲大学校为重点 [韩]韩相敦

学科回顾

- 429 改革开放三十年的中国宪法学 陈云生

书 评

- 447 探求一种相对普遍的人权观
——以唐纳利《普遍人权的理论与实践》为中心 ... 于文豪

CONTENT

**Topic: New Development of the Intellectual Property Protection
and the Regulation of the Abuse of Intellectual Property**

3	On the New Development of International Broadcasting Organization Treaty Negotiation Guo Shoukang Xiang Jing
12	Definition and Protections of “Intangible Cultural Heritage” Li Shunde
23	On the Legal Relationship in China’s Assessment of IPR Lai Xiaopeng
35	The Update of GNU GPL and Its Impact on the Development of FOSS Xia Yang
43	Research of the Essential Principle in Interest Balance of Patent Law Feng Xiaoqing
61	Several Contentious Issues on the Third Amendment of the Patent Law of PRC Cheng Yongshun
79	Crossing and Treatment of Administrative and Civil Legal Relationship in Administrative Litigation on Invalidation of Patent Right Zhang Hong
90	Reflection on the Protection of the Well-Known Trademark Wei Zhi
95	Review on whether China’s Examination of Relative Grounds should be Reserved Wen Xue

110	On the Expansion of Patent Right in Compatibility Standard Wang Bing Xiong Lanxi Zhang Wei
126	Review on the Position of EC Commissioner Competition Open Standard Policy An Baisheng
139	On the Regulations of Technology Pools in European Community Han Chifeng
149	The Control of Abusing the Monopoly of High-tech Market —China's Taiwan's Fair Trade Commission on High-tech Industry as an Example of Law Enforcement Experience Liu Lianyu

Article of Branch

173	On the Basic Death Penalty Thoughts of the Political Leaders of the PRC Zhao Bingzhi Wang Dongyang
184	The Principle that Crimes and Penalties are Prescribed by Criminal Law and Authoritative Interpretation of Criminal law Li Xihui
193	Exploring two Problems in Penalty Adaptability to Juvenile Delinquency Zuo Jianwei Li Shuangli
208	On the Legislative Character of Elimination of Previous Conviction Peng Xinlin
216	On the Function and System Value of the Incorporated Foundation Xia Limin
232	On Transition of the Land Contract Right Cui Wenxing
245	The Legal Basic and the Legal Limitation of the State and Power of Emergency Guo Shu

Contending of learning

259	The Rise of Countervailing Disputes and Our Corresponding Strategies—On the Tax Refund System in China Hu Jiaxiang
-----	--

271	Legal Countermeasures Suggestions to Financial Tsunami Yuan Dasong
281	On the New Regulations of the Adoption Law in Taiwan Wang Hainan
293	Analysis on Assessments Collected by a Condominium Association Xue Yuan
301	“Visible Hand” vs “Invisible Justice” ——Reflecting and Reconstructing on Anti-administrative Monopoly Mechanism Liability Zhang Guangjun

Research of the External Law

321	Environmental Preservation and the “Constitution of Japan” Iwama Akimichi
330	Reforming Environmental Law Bruce A.Ackerman Richard B.Stewart
351	The Historical Evolution and Features of Dutch Criminal Law Wang Junping

Research of Case

365	The Disputes between Trademark Right and Well-known Commodity Name Right——Comments on the Case of “Goubuli” Trademark Infringement Sun Ning
374	The Application of Non-obvious Standard in Patent Law of the United States—Teleflex Inc. v. KSR Companies Patent Infringement Case Assessment Tian Lin
385	Judicial Determination Standards of Well-known Product Zhang Lingling

Legal Education: Selected Works of International Symposium on Law Education in East Asia

- | | |
|-----|---|
| 397 | Korea New Law School system [Korea]Jin Bingtai |
| 404 | Forming Process of Japan Law School System——on the
Essential Distinction and the Reform Program between
JM Education in China and JD Education in Japan
..... Shen Zhengwu |
| 414 | Current Review of the Reform of Legal Education in Japan
..... Liu Rongjun |
| 420 | Law Support of SME and the Specialization of Law Education
——Focus on Korea Gyeonggi-do Asian University
..... [Korea]Han Xiangdun |

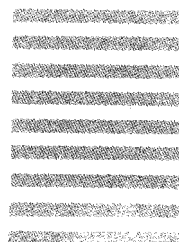
Retrospection of Branch

- | | |
|-----|---|
| 429 | Chinese Constitutional Science in the Reform of Thirty Years
..... Chen Yunsheng |
|-----|---|

Book Review

- | | |
|-----|---|
| 447 | Seeking For a Kind of Relative Universal Concept of
Human Rights——To Jack Donnelly's Universal
Human Rights in Theory and Practice as the Center
..... Yu Wenhao |
|-----|---|

主题研讨：
知识产权保护与
知识产权滥用规制的新发展



郭寿康* 相靖**

论国际广播组织条约谈判的新发展

【内容提要】

本文通过比较 1961 年《保护表演者、录音制品制作者与广播组织公约》、1996 年《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT) 以及世界知识产权组织在主持制定《广播组织条约》的过程中颁布的两个重要文件,即《广播组织条约经修订的基础提案草案》和《世界知识产权组织保护广播组织条约非正式草案》中对广播、广播组织及广播组织权利的不同规定,论述了广播组织权利的发展和对广播组织给予保护的必要性。

【关键词】

· 广播 · 广播组织 · 广播组织的权利

引 言

自从世界上第一家无线广播电台 KDKA 在美国匹兹堡成立以来,广播业就迅速地在世界范围内发展壮大起来。作为广播事业的承载者,广播组织在把丰富多彩的广播节目传递给观众的过程中起到了非常重要的作用。今天的广播组织不仅包括无线广播电台,还包括无线电视台和有线电视台。随着网络技术的发展,新的传播方式也不断涌现,网播已成为一种重要的传播方式。在世界知识产权组织(WIPO)主持的对《广播组织条约》

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师,联合国教科文组织版权与邻接权教席。

** 中国人民大学法学院博士研究生。

的谈判中,美国一直试图把网播组织也纳入到广播组织的范围内,但是受到了很多国家的反对,不过对网播组织的讨论仍在进行中。从法律上看,广播组织是作为邻接权人而受到保护的。目前,包括对广播组织在内的邻接权人的国际保护主要是由1961年在罗马制定的《保护表演者、录音制品制作者与广播组织公约》(以下简称《罗马公约》)提供的。虽然世界知识产权组织在1996年通过了《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT),即所谓的《邻接权条约》,但是该条约根本就没有提到对广播组织的保护。近年来,包括数字技术和通信技术在内的科学技术已经有了巨大的发展,然而对邻接权的保护却仍然以40多年前的规定为标准。新技术的发展对邻接权保护带来了诸多新的挑战,许多国家都承认确有必要发展《罗马公约》对邻接权的保护,尤其需要更新该条约对广播组织的保护,从而也可以弥补WPPT的不足之处。从1998年起,世界知识产权组织版权及相关权常设委员会(Standing Committee of Copyright and Related Rights, 简称为SCCR)就开始着手并召集举行了一系列国际会议,探讨并磋商制定一个国际性的广播组织条约的可能性,并希望在2007年召开的外交会议上通过该条约。本文拟结合SCCR对广播组织条约谈判的最新进展,对广播组织权利的发展加以论述,希望对未来我国关于邻接权保护的立法提供一定的参考。

一、广播及广播组织的定义

探讨广播组织的权利,首先就需要对广播和广播组织的概念有一个准确的理解。

1. 广播的定义

对于广播的定义,各个国家有不同的认识,并且在不同的历史阶段,由于传播技术的发展,广播的概念也相应地发生着变化。1961年签订的《罗马公约》第3条第6款对广播的定义是,“供公众接收的声音或图像和声音的无线电传播”。在这个定义中,把广播的方式明确限定于无线电传播,因为在当时,电台、电视台传播节目主要使用的是无线传播的方式。

1948年在美国的宾夕法尼亚州第一次出现了有线电视系统,随后,在20世纪六七十年代,有线传播方式开始在世界范围内得到广泛的发展。有线传播技术的广泛应用,使得广播这个概念的内涵得以扩充。加拿大1991年《广播法》对广播的定义为,“利用无线或者其他通信手段为公众提供通过广播接收设备接收的加密或者不加密的节目,但不包括专门为演示而

传输的节目”。^①美国对广播的定义规定在《美国联邦通信法》第3条第6款中，即“为了公众接收，直接或通过转播，进行广播电视传播。”^②印度对广播的定义是，“把信号传送给服务范围内的所有的用户终端，及其传递的过程。”^③这些关于广播的定义就没有像《罗马公约》那样，把广播仅限于无线电传播。WIPO在1996年制定的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)中，对广播的定义基本沿用了《罗马公约》对广播的定义，明确指出，“广播，系指以无线方式的播送，使公众能接收声音，或图像和声音，或图像和声音表现物；通过卫星进行的此种播送亦为广播；播送密码信号，如果广播组织或经其同意向公众提供了解码的手段，则是广播。”^④这个定义把传统的无线播送方式扩大到卫星播送以及用无线的方式播送加密信号，但从根本上讲，还是保持了广播仅指无线播送这个说法。WPPT中没有明确提到有线播送，而是把它归入到该条(g)项“向公众传播”的范围之中。^⑤这也足以说明，以有线方式进行的播送已经不容忽视。在SCCR对《广播组织条约》讨论的过程中，曾经有代表团提议，对广播这个概念作出更宽泛的定义，即不仅包括无线播送，而且还包括有线播送，但是为了与版权及相关权领域的现有条约保持一致，SCCR在《广播组织条约经修订的基础提案草案》(以下简称为《基础提案草案》)中还是决定把广播和有线广播分开来加以定义。对广播的定义沿用了版权及相关权条约中对广播的传统定义，即仅限于无线的方式，但排除了通过计算机网络进行的播送。^⑥此外，专门增加了对有线播送的定义，这相对于《罗马公约》来说，是一个进步。^⑦但就该条约的适用范围而言，对广播和有线广播分别作出定义的最终结果与使用宽泛的广播定义其实是

①② 陈晓宁主编：《广播电视新媒体政策法规研究——国外法规与评价研究》，459页，北京，中国法制出版社，2001。

③ 同上书，60页。

④ 参见《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)第2条(f)项。

⑤ 该条(g)项规定：向公众传播，系指通过除广播以外的任何媒体向公众播送表演的声音或以录音制品录制的声音或声音的表现物。其中“通过除广播以外的任何媒体”应该理解为包括使用有线广播方式的媒体。

⑥ 参见WIPO doc SCCR/15/2，第5条(a)项：广播，系指以无线方式的播送，使公众能接收声音，或图像，或图像和声音，或图像和声音表现物；通过卫星进行的此种播送亦为广播。以无线方式播送密码信号，只要广播组织或经其同意向公众提供解码的手段，即为广播。广播不得被理解为包括通过计算机网络进行的播送。

⑦ 参见WIPO doc SCCR/15/2，第5条(b)项：有线广播，系指以有线方式的播送，使公众能接收声音，或图像，或图像和声音，或图像和声音表现物。以有线方式播送密码信号，只要有线广播组织或经其同意向公众提供解码手段，即为有线广播。有线广播不得被理解为包括通过计算机网络进行的播送。