



南京财经大学法学文库
NANJING CAIJING DAXUE FAXUE WENKU

知识产权保护的 限制衡平研究

ZHISHI CHANQUAN BAOHU YU
XIANZHI HENGPING YANJIU

乔生/著

中国检察出版社



南京财经大学法学文库
NANJING CAIJING DAXUE FAXUE WENKU

知识产权保护的 限制平衡研究

ZHISHI CHANQUAN BAOHU YU
XIANZHI HENGPING YANJIU

乔生 / 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权保护与限制衡平研究/乔生著. —北京: 中国
检察出版社, 2007. 7

ISBN 978 - 7 - 80185 - 792 - 7

I. 知… II. 乔… III. 知识产权—保护—研究—中国

IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 098050 号

知识产权保护与限制衡平研究

乔 生 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010) 68630385 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 10.875 印张

字 数: 299 千字

版 次: 2007年8月第一版 2007年8月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 792 - 7/D · 1768

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

总序*

继国际法学科出版《国际贸易法研究》、《信息网络传播权研究》、《国际经济法要论》、《国际法专论》、《国际私法要论》、《WTO与中国法制》、《国际法最新问题研究》等7部著作之后,学院的教授、博士们今年又出版了《知识产权保护与限制衡平研究》、《经济法理念与体系重整研究》、《跨国公司在华并购的法律规制研究》、《超越法律的经济分析》等4部法学专著,它们也成为《南京财经大学法学文库》首批面世的书目。我应邀为文库作序,但秉承本人一贯之主张,建议文库不设总主编。

我是2001年4月应聘来到南京财经大学的,开头在国际经济法研究所工作,虽然主要从事研究工作,但作为学科带头人,仍主要担负着学校法学学科建设的任务。当时,学校法

* 作者为南京财经大学法学院院长、法学教授,全国首届杰出青年法学家,教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员。

学教师人员尚少，基础比较薄弱，不过经整合，也俨然组成了一支国际法学科队伍，开始了相对其他学院显得漫长而艰难的申硕之路。2003年9月，法学院成立，出台了一系列鼓励措施，教师们的积极性空前高涨。3年时间，法学院从原来的20多人发展到50多人。教师队伍壮大了，学历结构合理了，教学与科研层次提升了，学院获得国际法硕士学位授予权、一本招生权，老师们发表了大量著述，法学专业成为江苏省第三个法学品牌建设专业。全国人大常委会法工委原副主任、中国法学会副会长卞耀武先生考察后曾将这种变化评价为：“恐怕在中国法学教育五十多年的历史上也并不多见。”^①

建设过程中，我们也曾遭受到“金陵晓声”、“金许成”、“史豪鼓”、“丐帮”等匿名者的诬蔑诽谤。一时间，“买刊大鳄”、“文抄太婆”，全院教师“收购刊物”、“狂放卫星”等等攻击人身及损害名誉的言辞充斥国内各大小网站，目标直指南京财经大学法学院数十教师5年来为之沥血呕心和不懈努力的国际法学科的申报。“山雨欲来风满楼”，“天阴雨湿声啾啾”！然而，两年过去了，法学院发展起来了，我们也并没有在诬蔑诽谤声中倒下！我们依然堂堂正正地站立在中国的学堂之上！相反，“晓声”黯然，“许成”空梦，“史”家无颜鼓噪，“丐”者求乞无门。那些见不得光，不敢以真面目示人的肇事者终成孤家寡人。

序者之所以在此用一个自然段200多字的篇幅追述往事，目的仅为揭示一个社会规律并为后学者警：当今世界，尽管进入了

^① 参见沈木珠：《国际法最新问题研究》，法律出版社2005年版，卞耀武所作序言。

网络传播时代，给肖小匿名诽谤以无限的发泄空间，但是，真的假不了，假的真不成！放眼宇内，每一个人都是一个微小的分子，任何个人都不可能涂改历史或者扭转乾坤。记得有前人告诫：造谣有效，但是有限。待到大白天下时，造谣者也就被天下人所唾弃。那种因为个人私欲得不到满足，便以为可以通过造谣诽谤实施报复；以为在互联网上贴几个帖子，骂几句娘，就能够损毁一所大学，破坏一个学科，甚至断送他人的学术生命，完全是痴人说梦。

《法学文库》是我们法学院蔑视泼污者，守住一份正义及上下求索的一项努力。尽管在法学界，这一份努力微不足道。的确，我们学院还很年轻，还没有大师，没有重大影响的著述。但是，我们有坚忍不拔的精神和不屈不挠的意志，有任何人都不能动摇的目标和信念，更有我们经受住污泥恶水瓢泼和寒流冰雪考验的经验！值此文库问世之际，我藉以表达我们对外交流，诚心诚意向学术界前辈、向兄弟院校学习的愿望。同时，对多年来给予我们学院无限支持的社会各界表示衷心的感谢。最后，衷心祝愿多年来唇齿相依、笔耕不辍的法学院同仁们，在新的平台上，风展红旗，红雨随心；青春作伴，寒梅著花。

沈木珠

2007年7月26日凌晨于南京

自序

这是我的第二部文集。二十年前，我从事电影文学作品的研究，于1989年出版了一部与传播有关的电影作家作品论；后来，从事工商管理研究，于1992年出版了一部与产权有关的专著。再后来，与他人合作出版了一部文学译著。上个世纪末，一个偶然的机会，我在修习法律，学习WTO之余，把70年代在中山大学学到的文学传播知识和80年代在浙江大学学到的工学、管理学知识结合起来，涉足知识产权研究，从事信息网络传播权研究，感到思路宽阔。2004年底，法律出版社出版了我的一部专著《信息网络传播权研究》。2007年初，应朋友之邀，我将5年来发表的二十多篇有关知识产权的论文作了修改，部分有所增删，并汇编成册，交给了中国检察出版社。

虽然，由于知识产权的特性，对其研究最好具备多方面的知识结构，而我似乎在这方面稍微有些优势；但是，我毕竟是“半路出家”，在专业上是“半桶水”。还好我从来不敢认为我的研究有什么层次，不敢迈进知识产权专业人士云集的殿堂一步（尽管拙作似也得过几项省级奖励），也从来没有希望自己能成为什么专家。我觉得自己永远是产权界的一名小学生，也永远是一个法律的门外汉。为此，我一直都在默默地学习不懂的知识，

默默地做着我自己。

严格地讲，我的所谓研究只是在两个方面似乎有点认知。第一，由于有不太单一的学科知识，也由于我不愿意跟风的秉性，在国内舆论十分热衷于提高知识产权保护水平的时候，能看到中国知识产权保护中的另一种倾向，比较早地提出知识产权滥用的限制问题。第二，比较全面、系统地研究信息网络传播权的理论与实践，同时，不隐晦自己的观点。而在这些观点中，我的立场，永远与人民群众站在一起，具体地讲，即全力争取大众权益，抨击知识产权的滥用与不法垄断。

这里，我想借以寄怀的一点是，在知识产权领域，我十分尊崇郑成思先生。他的文章，他的识见，给了我许多的启发和养分。我不敢说要将拙作献予这一代大师，但是，我愿意用之以怀念这位已故宗师。同时，也愿意与那些与我同属默默无闻或者“门外汉”的同仁们共勉。与生俱来，我便尊敬学界坐冷板凳者，尤其是坐尽冷板凳也不出名的学者。他们中有善者与智者，有许多的好人。

最后，我十分感谢出版社的编辑，是他们为人作嫁地修改、订正和孜孜不倦地努力，使拙作得以问世，并提高了水平。

乔 生
2007 年 5 月

目 录

Contents

总序	I
自序	1
■ 第一编 知识产权保护与知识产权滥用	
第一章 中国知识产权保护的现状与问题	3
第二章 中国对知识产权滥用的限制	18
第一节 中国知识产权侵权归责	18
一、学术界力倡侵权行为适用“无过错责任”	18
二、司法界形成的 5 项共识	19
三、司法实践竞高与超标	20
四、正确理解 TRIPs 协议的侵权归责	24
第二节 中国限制知识产权滥用的法律思考	25
一、限制知识产权滥用问题的提出	25
二、限制知识产权滥用的重要性	26
三、限制知识产权滥用的依据	29
四、对中国限制知识产权滥用立法的几点建议	32

第三节	知识产权保护与限制知识产权滥用法律关系的协调	37
一、	知识产权与反垄断法的离合关系	37
二、	中国限制知识产权滥用的立法思考	42
第四节	中国限制外国企业知识产权滥用问题	46
一、	中国限制知识产权滥用立法的背景分析	47
二、	知识产权保护与知识产权滥用之分野	52
三、	限制知识产权滥用的国际合法性	59
四、	中国限制知识产权滥用立法的若干意见	61
五、	结束语	67
第三章	WTO 规则与欧盟反垄断中的知识产权滥用限制立法	70
一、	WTO 规则对知识产权滥用的反垄断控制	70
二、	欧盟对知识产权滥用的反垄断控制	75
三、	建立和完善中国限制知识产权滥用的法律制度	79
第四章	国际知识产权保护与自由贸易原则的协调	86
一、	国际知识产权保护对自由贸易原则的挑战	86
二、	超越 TRIPs 标准的国际知识产权保护之偏颇	88
三、	国际知识产权保护的适度与均衡分析	93
四、	对中国知识产权贸易战略的思考	101
■ 第二编	信息网络传播权保护与限制	
第一章	网络环境中的知识产权	107
一、	著作权与邻接权谁吞并谁	109
二、	中国著作权法对网络不适用	113

三、网络服务商的侵权责任	117
四、网络环境中知识产权保护的思考	119
第二章 信息网络传播权立法评价与完善	125
一、中国确立信息网络传播权的依据	126
二、信息网络传播权定义分析	128
三、信息网络传播权立法的完善	130
四、结语	146
第三章 信息网络传播权与传统著作权比较	148
一、引言	148
二、网络传播权与网络传输权的比较	150
三、信息网络传播权与传统著作权的比较	151
四、信息网络传播权与传统邻接权的比较	153
五、信息网络传播权与传统著作权、邻接权保护的 趋势比较	156
第四章 信息网络传播权的司法保护	162
一、中国信息网络传播权立法前司法保护的价值取向	163
二、中国信息网络传播权司法保护的几个问题	167
三、国外信息网络版权保护对中国的启示	174
四、完善信息网络传播权立法的几点思考	179
第五章 网络服务商的侵权责任	184
一、网络服务商在信息传播中的类别与法律责任	184
二、网络服务商不承担直接侵权责任的情况分析	188
第六章 网络安全的法律保护	195

第七章 网络权利限制	201
第一节 信息网络传播权利限制的学理分析	201
一、从网络传播的社会功能、社会作用与社会责任看 信息网络传播权限制之立法的必要性	202
二、从国际社会的发展趋势看信息网络传播权限制之 立法的可能性	204
三、从网络环境与信息交流的特性看信息网络传播权 限制之立法的迫切性	206
第二节 信息网络传播侵权保护的现实问题	213
一、陈兴良索赔案的省思：立法明确，传统邻接权吞 并新生权利	214
二、新生媒体数字图书馆“作品收藏授权书”蕴含 权属纷争	216
三、侵权行为的利益驱动机制：作品引用、阅读次数 的评估体系	217
四、限制侵权：以法律为基石和标尺	218
五、信息网络传播权管理办法（或条例）的几个问题	218
第三节 信息网络传播权的立法限制	223
一、中国信息网络传播权立法限制的背景	224
二、劳伦斯·莱格斯关于限制网络知识产权的论述	225
三、中国学者限制知识产权滥用的理论探讨与趋势	226
四、信息网络传播权立法存在保护偏高的因素	228
第八章 网络垃圾限制立法	237
第一节 信息网络传输权与反网络垃圾立法	237
一、信息网络传输权利与信息网络传播权的区别	238

二、垃圾邮件的定义与法律定性	239
三、网络垃圾的类型及法律界定	240
四、国外反网络垃圾的立法与趋势	243
五、中国反网络垃圾立法的思考	245
第二节 网络传播中的作品、邮件与信息犯罪	246
一、贝克的性暴力小说与信息网络传播权	247
二、私人电子邮件与信息网络传播权	248
三、法院驳回政府的起诉及其理由	249
四、中国针对淫秽色情等网络垃圾的法律规定	250
五、限制猥亵色情及网络垃圾的立法思考	251
 ■ 第三编 生物技术与专利制度	
第一章 生物技术与中国专利法的调整	257
一、生物技术蓬勃发展对传统专利观念形成冲击	258
二、生物技术专利保护的国际合法性	261
三、从欧盟《保护指令》看中国专利法的调整	264
第二章 国际生物技术保护与中国专利法的修酌	274
一、生物技术保护的双轨制与单轨制	274
二、生物技术知识产权保护的国际趋势	276
三、欧盟转基因生物与食品禁令与《指令》的价值取向	278
四、中国专利保护范围修酌的若干意见	280
 ■ 第四编 技术贸易限制与地方知识产权保护	
第一章 国际技术贸易限制与中国区域企业提升核心竞争力研究	287

一、国际贸易中专利技术发展动向及其对中国的影响	287
二、国际技术贸易限制与传统技术性贸易壁垒的区别	290
三、江苏本土企业提升自主创新能力与核心竞争力的主要问题	292
四、从江苏看中国本土企业提升自主创新能力与核心竞争力的战略构想	293
 第二章 江苏制造业基地的知识产权问题	 298
一、江苏制造业基地的发展状况	298
二、江苏制造业基地的知识产权保护现状	299
三、江苏制造业知识产权保护面临的问题与对策	305
 第三章 欧共体 TBR 与中国《调查规则》的比较	 309
一、欧共体 TBR 与国际贸易壁垒趋势	310
二、中国《调查规则》产生的背景及与 TBR 之比较	311
三、关于《调查规则》修订创新的几点意见	316
 第四章 TRIPs 协定与中国区域知识产权保护	 320
一、南京市知识产权保护与 TRIPs 协定的相容性分析	320
二、南京市知识产权保护与 TRIPs 协定的不相容性分析	323
三、中国区域知识产权保护制度创新的若干思考	327
 跋	 331

■ 第一编

知识产权保护与
知识产权滥用

PART 1

第一章

中国知识产权保护的现状与问题*

精要提示

改革开放以来,中国知识产权保护已完成了从低水平向世界水平的跃进,近年某些立法和司法判例甚至已经超越了“世界水平”。把中国法院近几年对几起典型案件作出的司法判决与国际条约及国外保护知识产权的现状相比,可以发现,中国的知识产权保护已经出现了竞高与超标的趋势。因此,立足于基本国情,中国对知识产权的保护必须在最大限度保护权利人利益与维护公众利益之间达致平衡。

在中国加入 WTO 的时候提出防止知识产权保护竞高、超标的论题,人们或许会以为是唱反调。其实,截至 1999 年底,中国的知识产权保护水平已不构成“入世”的法律障碍,相反,改革开放 20 年来知识产权保护从低水平向“世界水平”不断跃进,^①特别是近 10 年在《中美知识产权谅解备忘录》的促进下,保护水平持续攀高的惯性,在今天依然推动着司法界、学术界跨

* 本文原名为“我国知识产权保护的现状与思考”,刊于《法商研究》2002 年第 3 期。

① 参见郑成思主编:《知识产权文丛(三)》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 382 页。