

中国社会科学院知识产权中心

Intellectual Property Center Chinese Academy of Social Sciences

知识产权研究

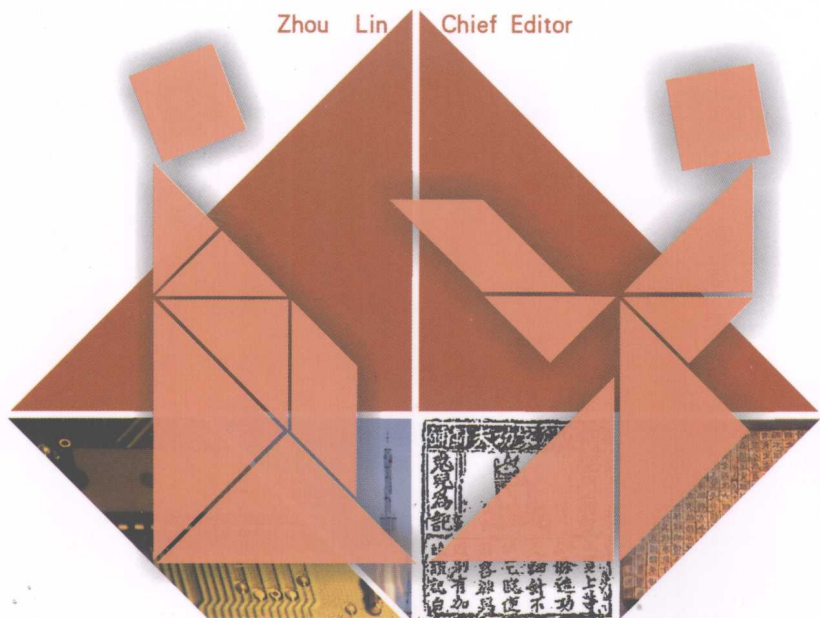
Intellectual Property Studies

■ 第十八卷 ■

Number Eighteen

周 林 主编

Zhou Lin Chief Editor



2007年6月

June 2007



知识产权出版社

中国知识产权研究中心

China Intellectual Property Research Center

知识产权研究

Intellectual Property Studies

● 第六卷 ●

Volume 6

总第 12 期

Total 12th Issue



中国知识产权研究中心 编

知识产权研究
INTELLECTUAL PROPERTY
STUDIES

第十八卷
Number Eighteen

周 林 主编
Zhou Lin Chief Editor

知识产权出版社
Intellectual Property Publishing House

内容提要

本系列出版物阶段性地汇集了国内外知识产权研究领域前沿理论、学术观点、问题探讨、案例分析和实证调研,跟踪展示知识产权研究领域的主要问题和研究水平,可供法学和知识产权学界理论及实务工作者阅读,也可供高等院校法律及知识产权相关专业学生深入学习参考。

责任编辑:龙文 责任出版:杨宝林
装帧设计:龙文

图书在版编目(CIP)数据

知识产权研究.第18卷/周林主编. -北京:知识产权出版社,2007.6
ISBN 978-7-80198-622-1

I. 知… II. 周… III. 知识产权-文集 IV. D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第070548号

知识产权研究 第十八卷

周林主编

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

网址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000893 82000860转8101

责编电话:010-82000860转8123

印刷:北京市兴怀印刷厂

开本:880mm×1230mm 1/32

版次:2007年6月第1版

字数:429千字

ISBN 978-7-80198-622-1/D·465

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82000893

责编邮箱:longwen@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:15

印 次:2007年6月第1次印刷

定 价:30.00元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

主持人的话

知识产权圈里的人一般都不否认“知识产权”是一个外来语，很多人都指出这个词是翻译自英文 Intellectual Property。但是，“知识产权”这个词的翻译，其实是存在很大疑问的。Intellectual Property 应当被翻译为“知识财产”。之所以这样翻译，至少有两个理由。第一个理由跟我阅读过的有关英文专著以及正在翻译的 Peter Drahos 著《A Philosophy of Intellectual Property》一书有关。

阅读过与 Intellectual Property 有关的英文专著的人大多会发现，作者们一般都是从 Property 谈起，然后再论及 Intellectual Property 的。Property 一般都翻译为“财产”，这没有什么问题。可是，当 Property 前面加上了一个 Intellectual 做定语时，后面的那个 Property 就被（错误地）翻译成了“产权”。时下国内出版的一些知识产权专著就是这样的。相同语境下，一个词只能有一种译法。将 Intellectual Property 翻译为“知识产权”违反了翻译规则。

第二个理由主要跟汉语语言规范有关。由于“信息社会”“知识经济”的发展，许多国家都制订了与 Intellectual Property 有关的国家战略或战略大纲。中国自然不甘落后。据报道，“中国知识产权战略纲要”很快就要公布。一般认为，Intellectual Property 包括“创造”、“利用”、“保护”三个组成部分。说利用和保护“知识产权”没有问题，说创造“知识产权”就不对了。权（利）怎么能创造呢？“战略大纲”如何去解说“知识产权”的创造呢？

从法律的演变历史看，财产的概念要早于知识财产，这一点大概没有人反对。什么是财产？一般的解释是“为某群体或个人所有的物质财富”。由于财产的存在，才产生以该财产（物质财富）为对象，

直接跟经济利益相联系的民事权利——财产权，简称产权。知识财产一般被理解为因智力创作而产生的（非物质形态的）财富；以该（非物质形态的）财富为对象，不仅是经济利益，并且与智力创作人人身利益相联系的民事权利，可以称作知识财产权，大概也可以简称为知识产权。

虽然在英文里 Intellectual Property 跟 Intellectual Property Rights 两个词在意思上没有太大的区别（我为此专门请教过一些英语为其母语的外国律师和法律工作者），但是在汉语里，知识财产与知识财产权区别就大了。例如，我们能说“知识财产的创造”，却不能说“知识财产权或知识产权的创造”。由此可见，为了避免无法解说“知识产权的创造”的尴尬，有必要对“知识产权”做一个简要解释——知识产权即知识财产权的简称，然后，“战略家”们就可以对“知识财产的创造”进行专门的论述了。

借着担任本卷主持人的机会，就我个人对本系列书书名《知识产权研究》的理解，其中“知识产权”一词其实就是“知识财产权”的简称；所谓“知识产权研究”其实就是“对因智力创作而产生的（非物质形态的）财富，以及以该（非物质形态的）财富为对象，不仅是经济利益，并且与智力创作人人身利益相联系的民事权利即知识财产权的研究”。

周 林

2007年4月12日于北京

目录

【理论前沿】

每个国家都有权选择知识产权所服务的目的或目标

——《知识财产法哲学》中文版序····· 1

····· 彼得·德霍斯 著 周 林 译

知识产权问题解决之道····· 17

····· 保罗·爱德华·盖勒 著 林 炬 译

逻辑信息论

——信息法琐记····· 39

····· 托马斯·霍伦 著 刘芝秀 译

【学术视点】

知识产权的异化及其治理

——以知识产权立法目的为参照····· 73

····· 袁真富

后TRIPS时代版权限制和例外的国际标准——WTO专家组首例

版权争端裁决之下的三步测试法及其未来····· 101

····· 朱 理

知识分子与革命逻辑

——1921~1976年间中国共产党的版权政策····· 117

····· 李雨峰

P2P革命中的版权

——共享网络中的版权侵权问题研究····· 139

····· 徐一文

网络传播权将导致著作财产权重整····· 203

····· 陶双文

【问题探讨】

商标权与商号权冲突的法律问题研究·····	219
·····	汤茂仁
计算机软件专利的实用性审查·····	267
·····	申红旭
论技术标准中知识产权滥用行为的反垄断规制·····	313
·····	赵启杉

【案例研究】

从一则案例谈侵犯MTV作品著作权案件审理的几个问题·····	399
·····	张雁
商标权作为民事执行标的初论	
——由“先科案”民事执行引发的思考·····	417
·····	张广荣 王锐 姜艳菊
查封期间商标许可使用的法律效力探究	
——以查封、拍卖商标为视角·····	429
·····	谭筱清

【实证调研】

《民营企业知识产权状况调查问卷》分析报告·····	441
---------------------------	-----

Intellectual Property Studies

Number Eighteen

Content

【Articles】

- Peter Drahos*: Every Countries Should be Free to Choose the Ends or Goals
that Intellectual Property Rights are Meant to Serve – Introduction for the
Chinese Version of A Philosophy of Intellectual Property..... 8
- Paul Edward Geller*: Dissolving Intellectual Property 25
- Thomas Hoeren*: Tractatus Iogico-informaticus – Some Fragmentary Ideas
on Information Law 55

【Viewpoints】

- Yuan Zhenfu*: Alienation of Intellectual Property and Its Governance
– Taking the Purpose of Intellectual Property Legislation as An Example ... 73
- Zhu Li*: The International Standards of Copyright Limitations and Exceptions
after TRIPS - WTO First Case on Copyright Dispute under the Three-steps...
..... 101
- Li Yufeng*: Intellectuals and the Logic of Revolution - The Copyright Policy
of Chinese Communist Party from 1921 to 1976 117
- Xu Yiwen*: Copyright Issues within P2P – Study on the Copyright Infringement
in File-sharing on Internet..... 139
- Tao Shuangwen*: Internet Dissemination Rights will Lead to Re-new the
Copyrights..... 203

【Discussions】

- Tang Maoren*: Study on the Conflict between Trademark and Trade name..... 219
- Shen Hongxu*: Review of the Usefulness of Computer Software Patents..... 267
- Zhao Qishan*: On the Anti-monopoly Regulation on Intellectual Property
Abuses in the Technical Standards..... 313

【Case Studies】

<i>Zhang Yan</i> : Comments on the Cases Relating to MTV	399
<i>Zhang Guangrong, Wang Rui and Jiang Yanju</i> : Re-thinking of the Civilian Implementation in the Case of “Xianke”	417
<i>Tan Xiaoqing</i> : The Legal Effect of Inquiry of the Seizure Trademark Licenses	429

【Investigations】

Survey Report of the Situation of the Intellectual Property Rights of the Private Enterprises in China (2006)	441
--	-----

【理论前沿】

每个国家都有权选择 知识财产权所服务的目的或目标 ——《知识财产法哲学》中文本序

彼得·德霍斯*著 周林**译

Every Countries Should be Free to Choose the Ends or Goals that Intellectual Property Rights are Meant to Serve — Introduction for the Chinese Version of A Philosophy of Intellectual Property***

Written by Peter Drahos Translated by Zhou Lin

《知识财产法哲学》于1996年出版。我在澳大利亚国立大学教书时就有了撰写此书的想法。1989年我开始给法学本科学生上这门课时，就像澳大利亚国内许多讲授知识财产法的老师那样，看到了选修此课的学生数量迅速增长。在我1998年离开法学院时，知识财产法已经从一个在澳大利亚法学院很少讲授的只限于小圈子里的专家课题，变成了所有主要法学院都讲授的课程，并且被法律专业的学生看作是获得商法学位的一门必修课程。

在讲授知识财产法时我意识到，在哲学上探讨财产权时倾向于拿有形财产形式做例子。由于知识财产涉及的是关于无形物的保护，一个自然会问到的问题就是，是否值得对知识财产单独做哲学上的分析。还有一点很清楚，几乎没有什么文献资料是采用体现在像柏拉图、亚里士多德等古希腊哲学家经典著述中的西方传统哲学中关于财产的理

* 澳大利亚国立大学社会科学研究院教授。

** 中国社会科学院法学研究所教授。

*** For English version, See page 8.

论和观点去考察知识财产的。在许多已经发生经济变革的国家，特别是美国、德国、英国、日本，这样一个系统的哲学考察却一直没有开始，这件事实在是令人困惑。当时，在这些国家以及其他一些国家中，创新对经济增长来说变得越来越重要。社会科学家在研究这些经济和社会变革时开始谈及“信息社会”或者“知识经济”，在这种经济中，越来越多的人通过投资、创造、生产或者分配知识资产（knowledge assets）而谋生。当时对知识财产更加关注的原因是，人们普遍认为它对财富的增加显得越来越重要。像私有财产权被用来锁定像工厂和土地那样的其他资本形式一样，知识财产权可以用来锁定知识资产。

促使我对知识财产展开哲学思考的还有一个地缘政治因素。在20世纪80年代，华盛顿的游说人和美国的大公司为国际知识财产制度与国际贸易制度之间打造起了一种联系。从而产生了《与贸易有关的知识财产协议》（TRIPS协议）。自1996年起，该协议必须在世界贸易组织（WTO）成员国中实施。尽管发展中国家被赋予了一个延期适用TRIPS协议的过渡期的优惠，但是美国显然不想给予他们这样的优惠。美国根据其国内法，动用贸易强制手段，通过双边协议压迫一些国家更快地在知识财产权方面采取行动。中国就是美国这种双边策略的主要目标之一。

在此期间，越来越清楚的是这个由美国主导的知识财产的全球化进程对发展中国家产生了难以获得知识财产的问题。最明显的例子是难以获得药品的情况。TRIPS协议要求其所有成员都要引入对医药产品至少为期20年的专利保护。这项义务对作为药品进出口大户的发展中国家影响很大。像印度这样的国家，它拥有强大的非专利药品工业，并且可以出口价格低廉的非专利药品。但是由于美国和欧洲拥有那些药品的专利，所以印度现在面临的处境与以往有很大的不同。一旦美国和欧洲的医药公司能够将其产品在印度获得专利保护，印度公司将只能生产那些在印度已经超过了专利保护期，或者专利拥有者同意其使用专利的那些药品。假设发展中国家的许多人依赖于价格低廉的非专利种类的药品的出口，那么，TRIPS协议的意义对于发展中国

家人民的健康来说将是难以承受的。显然，如此种种由于知识产权的全球化所引起的知识的获取问题，凸显了国际财富分配公正性课题的重要。

由于对知识财产在哲学上系统考察的缺失，加上20世纪80年代知识财产在经济和地缘政治方面重要性的显现，促使我撰写《知识产权法哲学》一书。这本书主要的哲学分析是基于这样一个事实，即知识产权法的目的是在我所称的“抽象物”上创设权利。这些抽象物是具有诸如科学知识、文字信息或技术等一般社会定义形式的无形物。关于以诸如知识形式存在的抽象物的一个重要事实是，它们是不能由于使用而被耗尽的。事实上，情况恰恰相反，知识通过使用而获得增长。例如，对一个证明予以验证的数学家越多，越有可能找到其他的更精妙的证明。阅读和解释一部作品的人越多，有关该作品的知识就越多。知识遵循的是所谓的不断丰富的规律，而不是逐渐耗尽的规律。知识财产是一个潜在的危险的规范形式，因为它人为地制造知识稀缺现象，从而削弱知识不断丰富这一规律。

本书的主要论点之一是，当社会要对抽象物的创造和利用进行调整时，必须在四种知识共有模式中做出选择。本书所讲的知识共有理论，是从对积极共有和消极共有的区分发展而来。至于如何区分，可以从像雨果·格老秀斯、塞缪尔·普芬道夫和约翰·洛克这些17世纪自然法作家那里找到答案。消极共有是指其资源在起初不属于任何人，但任何人都可以利用的共有形式。普芬道夫在他的《论法律和国家的性质》(1672)中，将消极共有描述为“一切事物对所有人开放并平等属于每一个人的共有形式”。积极共有是这样一种共有：资源共同属于全体有共有权的人，任何人对这些资源的使用必须得到全体共有权人的一致同意。除了区分积极共有和消极共有之外，我们还可以区分包容式共有和排他式共有。如果在一个知识共有中，所有个体都能对共有物享有权利，我们就称之为包容式共有。包容式共有的普遍性表现在它包容所有个体，而不论这些个体的地理位置、种族和文化。有形资源成为包容式共有物是很少见的，但我们有理由认为，一些特定种

类的知识（比如数学规则），是所有人都有权使用的资源。排他式知识共有就是指对资源的利用要限制在一个特定群体之内。在历史上，大多数共有都是源自群体习惯行为，而且那些共有中的资源只能在群体内排他性利用。显然，共有的界限与构成共有形式的资源有很大的不同。这些区别可以用下面的矩阵表示。

知识共有的四种类型：

	消极共有	积极共有
包容式共有	包容式消极共有	包容式积极共有
排他共有	排他式消极共有	排他式积极共有

本书中在知识共有理论以后的许多讨论，都建议社会应该选择积极共有而不是消极共有。自本书出版以来，特别是在美国，有许多理论捍卫公有领域，而反对知识财产法的扩张。我想简要说明的是，积极知识共有和公有领域不是一回事以及为什么说积极知识共有是一个更为重要的概念。简而言之，公有领域是因其含义和内容指的是不受知识财产法限制的信息和行为而得名。换句话说，公有领域是一个附属种类，有多少种类的知识财产就有多少相应的公有领域。比方说，软件可以通过版权来保护也可以通过专利来保护，但是版权法对软件利用的限制方式与专利法有很大的不同。我并不想把公有领域说成是一盘无足轻重的剩菜，因为在英美知识财产传统中，以权利为基础的公有领域的出现意味着一个很重要的概念转换——在这个概念转换过程中，法定垄断与公有利益联系起来了。我想说的是，知识共有是一个更重要的概念，因为它直接地引导出知识管理所需要的种种联合和与权利有关的道德和政治哲学问题。积极共有是建立在任何个体都是资源共有人的一部分，而个体对资源的使用权依赖于全体共有人的一致同意这一观点的基础之上的。关于公有领域和积极知识共有的不同之处，最好用实例来说明。

假设我们得到这样的信息，说一种特定的植物对传染病的治疗非常有效。就专利法而言，不管是植物有效性的信息，还是自然界生长的植物本身，都是不能授予专利的。信息和植物都属于专利法上的公有领域。但是如果一个公司鉴别出了该植物中的有效成分，它就得到

了一些有可能获得专利的东西。再进一步假设，该植物已经过某个土著居民群体几个世纪的培育，而且通过他们的培育提高了该植物的医疗效力。此外，该土著群体还认为该植物有宗教和神秘意义。在他们的习惯中，该植物是一种共有的部落资源，换句话说，就是排他积极共有。如果要授予该植物的有效成分以专利的话，在他们看来，就要得到那些对该植物享有排他共有权的人的许可。而在专利法的公有领域规则下并不需要这些许可。在这种情况下，专利制度就纵容一种从公有领域获取利益的行为。而这一公有领域又正是由该专利制度自己设定的。该植物属于公有领域，但它拥有的有效成分却不是。如果换个角度，我们把该植物及其基因信息看成是一种积极知识共有，那么对它的处分就必须得到全体共有者的一致许可。通过承认共有者的许可权力，我们就赋予了他们更多的控制共有资源的能力。

在结束这个例子之前，值得我们注意的是在许多国际论坛中，比如世界知识产权组织（WIPO）和 WTO，我所提到的这些实例引起了热烈的争论。从根本上讲这并不是技术性的讨论（虽然他们要求技术解决方案），而是关于这些共有将可能还是不可能在全球化进程中得到承认以及我们作为人类是否允许这样的群体得以发展的政治性讨论。

关于积极知识共有重要性的第二个例子，与一种我认为是21世纪知识社会的典型现象有关。越来越多的群体将会围绕某种形式的积极知识共有组织起来，以此作为保护该群体中各个个体的自由和财产的一种方式。自由软件运动的出现给我所说的这种现象提供了一个实例。这个运动的核心观点是，所有的程序编写者作为该社会群体的一部分，都有权使用适合于编写、修改和升级软件的运算法则。如果我编写了 $(x, y)(x+y+0=x+y)$ ，那么其他的程序编写者应该可以自由地对其加以研究，从而可能编写出 $(x)(x+0=x)$ 。用积极共有的语言表述，就是所有的程序编写者对于这个程序编写群体所必需的算法资源都享有共有权。从技术层面上讲，这要求公开程序的源代码。私人公司用版权和专利等知识产权来保护他们公开发行的程序的电子版

本，却不让公众获悉程序的源代码。自由软件运动也承认软件的版权，但它接着通过一个授权允许软件的后续使用者对软件进行拷贝、修改和重新分配，条件是他们对于其他人的权利也会同样对待。公开源代码是强制性的，因为如果不能自由研究源代码，这些权利的实施将毫无意义。从本质上讲，这种许可是一种有条件的授权。如果你符合条件，你就有权使用；如果你不符合，你就是侵权。更进一步讲，授权就相当于社会对积极共有所做出的一种认同机制。在这种机制下，所有共有者约定任何人不能阻止运算法则的传播，而且运算法则的升级版本必须在群体内共有。共有者有权将程序出售，那是他们的劳动果实，但是无权封锁共有资源。这些共有资源将保持共有状态，而且就像我们已经提到的，将在适用于知识共有的不断丰富的规律下成长起来。

我认为，鼓励积极知识共有的社会比那些不鼓励积极知识共有的社会更具有竞争力和发展前景。这虽然只是一个预言，但值得注意的是，诸如Linux和Apache这些开放性软件源代码产品就是自由软件运动的积极共有所产生的结果，也正是这些产品对微软的垄断地位构成了强烈的竞争态势。

在结束之前我想对本书最后一章所阐述的知识财产权的工具主义方法做一些说明。在西方法学和哲学传统中，财产与权利特别是个人权利已经结成十分紧密的联系。这是一种在自由资本主义社会环境下，随着时代的发展而形成的一种历史的联系，而不是逻辑上的必然联系。例如，在罗马法时代，强调的重点更多的是放在作为一种资产的财产观念上，而不是放在现代理论家所说的构成财产的种种个人权利（例如，转让权、排他权和使用权）上。其结果是，在今天的西方著作中，知识财产和知识产权可以相互交换使用。

在《知识产权法哲学》最后一章加以论述的关于知识财产的工具主义方法承认知识财产以权利为基础的性质，但是却提出这些权利的主要作用是服务于其他目标和利益。用另一种方式表述，就是知识产权自身并不是目标，而是为实现其他更为重要的目标而采取的一种

手段。这就提出了那些其他目标是什么的问题，而在这一点上，工具主义者的方法除了把工具主义与人道主义原则联系在一起外，并没有做出一个具体的说明。人道主义是一个开放的可以适应个人或者团体利益的原则，但是，它对知识产权的工具性使用做出了一些限制。从哲学上说，人道主义与这样一个观点相联系，即规则、制度和技术进步都必须服务于人的需要。利用知识产权强化垄断者在市场中的权力，并且允许其去从事诸如垄断基本药品或者教科书的价格的活动，从而影响千百万公民的生活机会，如此利用知识产权的行为是为人道主义原则所排斥的。

对于像中国这样的处于设计和建立知识财产制度过程中的国家来说，工具主义理论有一个重要的意义。根据知识产权工具主义理论，各个国家应当自由选择知识产权所服务的目的或目标。顺理成章的是他们必须具有设计知识产权的主权。例如，如果某个国家决定做出有利于不同行业从业者的积极而非消极的知识共有的规范性安排的话，那么对其这样做的决定不应施加任何限制。今天的发达国家在它们当初的发展过程中享受了这种设计自由，而这种自由对它们的经济发展做出过积极贡献——这是一个不争的历史事实。由美国和欧洲主导的在知识财产方面的全球化和协调议程对于发展中国家的制度设计主权设置了种种限制。我所阐述的哲学上的工具主义不支持这些限制。相反，它承认各个国家都享有以符合其自身社会、经济和文化环境的方式来确定知识产权的自由。

最后一点，我希望利用这个机会感谢周林教授为翻译本书所完成的艰巨任务。由一种语言到另一种语言要找出准确的表达哲学意思的用语是对翻译工作的巨大挑战之一。我非常感谢周林教授已经并正在应对这种挑战。我希望通过他的努力，本书中的思想将为中国对知识产权的分析做出积极贡献。

彼得·德霍斯教授
澳大利亚国立大学
社会科学研究院
2006年5月