



知識產權學院

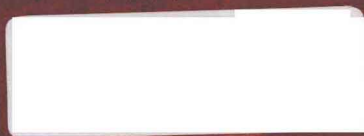
Peking University Intellectual Property School

北大知识产权评论

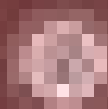
Peking University Intellectual Property Review

(2013)

张平◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



清华大学出版社
Tsinghua University Press

北大知识产权评论

Beida University Intellectual Property Rights Comments

(2013)

第2卷第1期



ISBN 978-7-302-33992-2



知识产权学院 丁巳年
Peking University Intellectual Property School

北大知识产权评论

Peking University Intellectual Property Review

(2013)

张平◎主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大知识产权评论. 2013/张平主编. —北京:北京大学出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 301 - 22430 - 4

I. ①北… II. ①张… III. ①知识产权 - 研究 - 文集 IV. ①D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 081351 号

书 名: 北大知识产权评论(2013)

著作责任者: 张 平 主编

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 22430 - 4/D · 3321

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印刷者: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 29.75 印张 588 千字

2013 年 5 月第 1 版 2013 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 60.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

主编语

北京大学知识产权学院已经走过了二十载岁月。

1993年,中国社会对知识产权的认识还处在懵懂阶段,香港实业界的有识之士黄金富先生以及时任北京大学副校长罗豪才教授富有远见的在北大成立了中国第一所知识产权学院,从此,这一新兴的学科有了专业发展平台,社会急需的知识产权人才也有了专业培养途径。

二十年,对于一个专业学院来说还太过年轻,不足以承载历史,但知识产权学科实在是时代的“速生品”,短短二十年中,中国的大学成立知识产权学院已有十几家了,知识产权的教学研究机构更是如雨后春笋一般迅速增加。中国的知识产权教育与中国知识产权制度同生同长,共同见证了全球化时代的国际竞争。这二十年,也是中国知识产权制度成熟的二十年,是波澜壮阔、迅猛发展的二十年。北大知识产权学院以国家发展需求为本,以全球化视野为准,致力于知识产权师资人才、理论研究人才及高级实用型人才的培养,从二学位的招生到法律硕士、法学硕士和博士,一批批优秀学子从这里走向社会,投身到中国的知识产权事业之中,成为各行各业知识产权岗位上的栋梁。在科研方面,北大知识产权学院承担了国家智库的角色,国家知识产权战略实施研究基地、国家数字版权研究基地、最高法院知识产权理论研究基地在这里诞生,知识产权教学研究中心、知识产权国际研究中心、科技法律中心、互联网法律中心等科研机构为知识产权法制贡献着学术智慧。可以说,北大知识产权学院的二十年已经完成了成人礼。

二十岁桃李年华,为了纪念,学院组织了一系列学术活动,其中包括这本文集,借此展示北大知识产权学院现有师生和校友的部分学术研究成果,也特别邀请了吴汉东教授赐稿为北大加油。在文集稿件交付出版社即将印刷之际,作为主编的我还没有为这本文集准备好说明,还没有找到一个视角来观察我们的学院,匆忙中我放下写了一半的文字登上去武汉的飞机参加中德研讨会。万米高空中,信手翻来机上杂志,一篇

短文的标题吸引了我,“Small is Beautiful”,这是英格兰最古老的私人储蓄银行第十一代接班人亚历山大·豪尔(Alexander S. Hoarel)的一句话。在追求规模效应的时代,大而全是成功的标志,以此标准看北大知识产权学院建院二十年绝没有这样的效果。屈指算来,从成立至今,来来往往,每年在校专职教师不过4~5位,每年毕业的学生不超过50人,这真是一个迷你的学院!但是,“驱驰时代前沿,帷幄探讨中西”始终是北大知识产权学院的责任。承担国家的科研重任,保持活跃的国际交流,辛勤培育专业人才,北大一路走来,不辱使命。

舷窗之外,蓝天白云,没有PM2.5,阳光格外清澈,我拿出笔记本电脑,写完了主编语,也送给北大知识产权学院这句贺语:

小,也是一种美丽。

张 平

2013年4月18日

于北京至武汉的飞机上

目 录

总 论

国际变革大势与中国发展大局中的 知识产权制度	吴汉东 3
(以下论文按第一作者姓氏汉语拼音字母顺序排列)	
美国域外知识产权扩张中的论坛选择政策研究 ——历史、策略与哲学	刘银良 24
中国法制进行时中的一个案例 ——“指导性案例”制度反思	韦 之 45
为知识产权立法的政治智慧	徐 瑾 49
论知识产权的观念 ——以一则案例讨论知识产权类型化及 法律适用	易继明 62
论知识产权制度的“产业政策论”	张 平 87

分 论

计算机字体及字库的法律保护	程 艳 张 平 105
等同侵权原则可以等同多远? ——中美等同侵权原则的对比和分析	党晓林 118
开放平台提供者的间接侵权责任	何怀文 140
驳商标被动使用保护论	黄 汇 谢申文 151
海外收购知识产权法律风险评估方法研究	黄清华 166

数字时代著作权的延伸性集体许可	
——北欧制度的创新化移植	李宗辉 179
专利池运作机制比较研究与制度构建	刘晓春 191
专利侵权判定元对比理论	刘永沛 208
商业方法专利保护的发展与现状	吕 磊 244
美国版权法避风港制度考察	
——以知道标准为切入点	孟兆平 256
时差对现有技术的影响	李 燕 孙方涛 李晓利 271
论美国对著作权误用抗辩的法制发展	孙远钊 281
论版权法保护技术措施的正当性	王 迁 302
二手软件交易与著作权穷竭	
——欧洲、美国与中国的比较研究	颜晶晶 327
文字作品 v. 美术作品	
——对几个基本理论问题的反思	杨 明 352
侵权损害酌定赔偿之法律检讨	张晓霞 376
论对我国反垄断法知识产权条款的质疑	赵启杉 386
建筑作品著作权的侵权判定	朱 理 397

译 著

我们中的巨人族	
..... Tom Ewing & Robin Feldman 著	
熊凌霄 侯 翔 宋晓盼 译 宋晓盼 陈 磊 校	410

CONTENTS

General Part

Intellectual Property Right System: Under the
Background of International Change and
Chinese Development by Wu Handong 3

[The following papers are arranged alphabetically
(Pin yin) by the first author's last name]

Research on the Policy of Forum Selection of the United
States in Its Expansion of Intellectual Property
Protection Overseas: History, Strategies
and Philosophy by Liu Yinliang 24

A New Case of the Rule of Law in China: Rethink
of the ' Guiding Cases System ' of the Supreme
People's Court by Wei Zhi 45

The political wisdom about legislation of the
intellectual property by Xu Xuan 49

The Idea of Intellectual Property: To Study the
Classification of the Intellectual Property
and its Practical Meanings via a Case by Yi Jiming 62

On " Industrial Policy Perspective " of Intellectual
Property System by Zhang Ping 87

Pecific Part

The Legal Protection to Computer Typeface
and Font by Cheng Yan, Zhang Ping 105

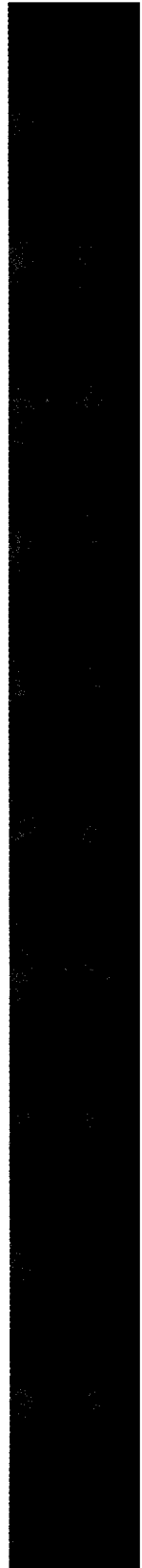
How far could Doctrine of Equivalents reach; Comparison and analysis for doctrine of equivalents between US and China	by Dang Xiaolin	118
Open Platform Provider's Indirect Liability ...	by He Huaiwen	140
Criticize the protection theory of Passive Use of Prior Trademarks on Trademark Law	by Huang Hui, Xie Shenwen	151
Research on Assessment Method of Legal Risk in Purchasing An IP Outbound	by Huang Qinghua	166
The Extended Collective License of Copyrights in Digital Era: The Innovative Transplant of Nordic System	by Li Zonghui	179
Comparative Study and System Construction on Operation Mechanism of Patent Pool	by Liu Xiaochun	191
Meta-Comparison Theory of Patent Infringement Judgment	by Liu Yongpei	208
The Development and Current Situation of Patent Protection for Business Method	by Lu Lei	244
The Study of U. S. Safe Harbor Rule: From the Perspective of Knowledge Standard	by Meng Zhaoping	256
Influence of time difference on the prior art	by Li Yan, Sun Fangtao, Li Xiaoli	271
On Copyright Misuse Defense Under the U. S. Legal System	by Sun Yuanzhao	281
On Justification for Protection of Technological Measure by Copyright Law	by Wang Qian	302

Second-hand Software Sale and the Exhaustion of Copyright: A Comparative Study of Europe, the US and China	by Yan Jingjing 327
Literary Work v. Artistic Work: Reflections on Several Basic Theoretical Issues	by Yang Ming 352
Legal Analysis on Statutory Damage of Intellectual Property Infringement	by Zhang Xiaoxia 376
Dispute the Intellectual Property Clause in China Anti-Monopolization Law	by Zhao Qishan 386
Copyright Infringement Adjudication of Architectural Work	by Zhu Li 397

Translation

The Giants Among Us	Written by Tom Ewing & Robin Feldman
Translated by Xiong Lingxiao, Hou Xiang, Song Xiaopan	
Proofed by Song Xiao pan, Chen Lei	410

总 论



国际变革大势与中国发展大局中的 知识产权制度

吴汉东*

导言

知识产权是当今国际社会关注的焦点问题,也是知识经济时代的主要制度基础。在国际上,随着各国间交往在经济、科技、文化领域的广泛展开,知识产权保护成为一个具有普遍约束力的游戏规则。世界贸易组织(WTO)《知识产权协定》(TRIPs)的生效,使得知识产权从智力创造领域直接融入国际经贸领域,并标志着知识产权制度进入统一标准的新阶段。尽管《知识产权协定》已经通过并实施,且被认为是“20世纪最重要的知识产权协定”,但它同时也是“最受争议的国际公约”。^①进入后TRIPs时代的东西方国家,基于各自的立场,对于知识产权利益的协调与分享提出了新的要求;而当代“知识革命”的出现,使得法律领域发生重要变化,其中影响最深、冲击最烈,首推知识产权法。“新的国家创造的财产权是智力的而不是物质的”,新技术、新知识引发了知识产权扩张的“第二次圈地运动”。^②对此,各国立法者不得不“修纲变法”,以回应“知识革命”对知识产权的新的挑战;与此同时,伴随着第二次民事立法浪潮,知识产权体系化、法典化活动也初见端倪。知识产权作为一种新问题、新关系、新制度受到立

* 吴汉东,中南财经政法大学知识产权研究中心教授。本文系作者主持的教育部人文社会科学重大攻关项目(04JZD0016)“知识产权制度变革与发展研究”之最终成果的导言。该项成果的四卷本,即《知识产权制度国际化问题研究》、《知识产权制度现代化问题研究》、《知识产权制度战略化问题研究》、《知识产权制度法典化问题研究》,已于2009年在北京大学出版社出版。本文原载于《法学研究》2009年第2期。

① Peter Drahos and John Braithwaite, *Economics, Politics, Law and Health: Intellectual Property, Corporate Strategy, Globalisation: TRIPs in Context*, 20 Wis. Int'l L. J. 452.

② Jame boyle, *The Public Domain: The Second Enclosure Movement and Construction of the Public Domain*, 66 Law & Contemp. Prob. 38.

法者的高度重视,一些国家或编入民法典,或编撰专门法典,试图在知识产权法律体系化方面作出新的努力;面对上述经济、技术、法律的新发展,自20世纪末以来,发达国家以及新型的工业化国家在其知识产权政策中,竞相确定了符合本国实际和服务国家利益的战略目标。在国家层面上,知识产权既是授予私人的“经济特权”,更是实现“更大的公共利益”这一政策目标的手段。^③有鉴于此,一些国家致力于运用知识产权制度,以维护其技术优势,保持其国际核心竞争力,在发展战略中进行了新的政策抉择。

笔者认为,以一种全局性、战略性、前瞻性的思维方法,解读知识产权制度国际化趋势中的重大问题,分析知识产权制度现代化进程中的立法设计,探讨本国知识产权制度战略化的政策选择和知识产权体系化的法典模式,从而把握知识产权法发展变革的规律和趋势,对于作为传统的发展中国家和正在建设创新型国家以及世界贸易组织成员的中国而言,具有重要的现实意义。

一、全球趋势:知识产权制度的国际化

经济全球化的出现和新的国际贸易体制的形成,是20世纪下半叶世界经济的重要潮流。这一潮流深刻地影响到21世纪的格局。^④在推动经济全球化进程方面,关贸总协定及其后继组织——世界贸易组织扮演着重要角色。与以往国际组织与国际公约不同,世界贸易组织及其《知识产权协定》将知识产权保护纳入国际贸易体制之中,知识产权制度一体化、国际化呈现出新的发展趋势。

知识产权法的国际化,寓意着知识产权保护的基本原则与标准范围的普适性。这一现象虽非始自今日,但当代知识产权制度的国际化有着自己的显著特征:(1)以国际贸易体制为框架,推行高水平的知识产权保护。国际公约所规定的“最低保护标准”原则,其实质意义在于保证各缔约方关于知识产权保护标准的一致性,与知识产权保护水平的高低并无关联性。与知识产权国际保护制度的草创阶段不同,以《知识产权协定》为核心的当代国际公约所确定的“最低保护标准”,体现了权利的高度扩张和权利的高水平保护,更多地顾及和参照了发达国家的要求和做法。质言之,现今的最低保护标准即立法一致性标准,绝不是低水平,它在很多方面超越了发展中国家的科技、经济和社会发展的阶段。应该看到,由于知识产权保护制度与国际经贸体制的一体化,国际上已经形成一种有效防止保护领域和保护程度下降的“棘齿机制”。^⑤在这种情况下,发展中国家必须以承认高水平的知识产权保护规则为代价,来换取世界贸易

^③ 英国知识产权委员会:《知识产权与发展政策委员会关于知识产权的报告》, http://www.iprcommission.org/graphic/chinese_intro.htm, 页6。

^④ 许明主编:《当代中国亟待解决的27个问题》,今日中国出版社1997年版,页11。

^⑤ 参见蒙启红:“论知识产权国际保护的棘齿机制”,载《经济理论研究》2007年第1期。

组织提供的最惠国待遇。(2)以执行机制与争端解决机制为后盾,推行高效率的知识产权保护。以往国际公约较少涉及知识产权保护程序的规定,尤其缺乏必要的执法措施和争端解决机制,以至于一些国际公约成为没有足够法律约束力的“软法”。^⑥《知识产权协定》改变了以往注重协调的传统,首次将原本属于国内立法的知识产权保护的程序措施,转化为公约规定的国际规则,从而使它与实体规范一起成为各缔约方必须严格遵守的国际义务。这一变化,使得以往难以实施的国际知识产权规则具备相当约束力的可操作性,有学者形象地称《知识产权协定》为知识产权保护“安上了WTO争端解决机制的牙齿”。^⑦

自从1994年世界贸易组织取代关贸总协定,《知识产权协定》正式生效以来,知识产权国际保护制度进入后TRIPs时代。《知识产权协定》在各缔约方普遍实施而引起的利益失衡,协定在实施过程中与国际人权的对抗冲突,传统资源保护引发知识产权制度的变革发展,是这一时期存在的主要问题。

问题一:《知识产权协定》的制度缺陷及实施效果。该协定作为世界贸易组织的基本法律文件,对知识产权国际保护作了新的制度安排,是迄今为止知识产权保护范围最广、保护标准最高的国际公约,堪称“知识产权保护的法典”。^⑧但是《知识产权协定》作为当代知识产权国际保护的核心法律制度,在其制定及推行过程中显见种种不足,争议的焦点即是《知识产权协定》的合理性和适当性问题。其一,一揽子协议立法模式,没有解决东西方利益失衡问题。按照多边谈判方式的说法,一揽子协议立法模式为发达国家和发展中国家提供了一种各取所需、交换利益的场所与机会。在这种利益交换模式下,发展中国家因知识产权保护标准提高而导致进口知识产权的利益损失,可以被他们在世界贸易组织其他协议所获取的利益所弥补。但是,在世界贸易组织协商中,拥有较大市场份额的国家享有对决策的重要影响,实质上他们可被称为决策制定者,而那些市场份额较小的国家只是决策接受者。^⑨因此,在《知识产权协定》的谈判及签署中,发达国家的绝对主导地位是非常明显的,而由此形成的规则显然不是平等的。正如有学者所指出的那样,《知识产权协定》是一种明显向发达国家倾斜的国际知识产权体制,其结果是发展中世界的智力产品搁在了公共领域,而发达世界的智力产品被紧紧地掌握在私人公司手中。^⑩其二,《知识产权协定》的实体规则明显偏

⑥ 参见孙皓琛:“WTO与WIPO:TRIPs协议框架中的冲突性因素与合作契机之探讨”,载《比较法研究》2002年第2期。

⑦ Tuan N Samahon, *TRIPs Copyright Dispute Settlement After the Transition and Moratorium: Nonviolation and Situation Complaints Against Developing Countries*, 31 Law & Pol'y Int'l Bus. 1055.

⑧ 曹建明等:《世界贸易组织》,法律出版社1999年版,页312。

⑨ 参见[英]戴维·赫尔德、安东尼·麦克格鲁:《治理全球化:权力、权威与全球治理》,曹荣湘等译,社会科学文献出版社2004年版,页12。

⑩ Anupam Chander, *Madhavi Sunder, The Romance of the Public Domain*, 92, Calif. L. Rev. 1348—53.

祖知识产权大国(发达国家),发展中国家对实施协定存在诸多困难。2002年,总部设在英国的知识产权委员会发布的研究报告,对协定不考虑不同国家经济环境和发展水平的差异而一概要求所有缔约方采用相同的知识产权保护标准提出了尖锐的批评。报告指出,适合于发达国家的知识产权保护标准可能给发展中国家带来的成本大大超过可能获得的利益,因为这些国家严重依赖含有其他国家知识产权的技术、知识产品来满足自身基本需求和发展需要。^① 2003年,联合国发展计划委员会发布关于世界贸易体制的报告,对《知识产权协定》的适当性提出怀疑,呼吁发展中国家就替代性知识产权规则取代《知识产权协定》开始对话,在新条约出现之前,各国可修改有关协定的解释和执行方法。我们承认,国际知识产权秩序是国际政治经济力量博弈的结果,尽管不能否认《知识产权协定》经国际立法程序而制定的合法性,但是我们没有理由将其神圣化,而应该理性地进行规范分析,努力地推动制度完善。

问题二:《知识产权协定》与国际人权的冲突。自进入后 TRIPs 时代以来,国际社会十分关注知识产权与基本人权的关系问题,从多哈会议通过的关于《知识产权协定与公共健康的宣言》,到坎昆会议前夕达成的关于该宣言第6段的实施决定,表明《知识产权协定》的法律框架在不断发展和完善,其推动力主要是知识产权与人权的冲突及其平衡。对《知识产权协定》实施过程中人权问题的关注,首先来自于国际人权组织。2000年,联合国人权促进小组委员会发表了《知识产权与人权的协议》,审查了《知识产权协定》对国际人权带来的影响,宣称:“由于《知识产权协定》的履行没有充分反映所有人权的基本性质和整体性,包括人人享有获得科学进步及其产生利益的权利,享受卫生保健的权利、享受食物的权利和自我决策的权利,所以《知识产权协定》中的知识产权制度作为一方与另一方的国际人权法之间存在着明显的冲突。”^②同样,联合国经社理事会促进和保护人权大会作出专题报告,指出知识产权与人权之间有着“现实存在的或可能存在的冲突”,“TRIPs 所包含的知识产权措施与国际人权是冲突的。”^③依照国际人权标准,知识产权国际保护制度有以下明显或潜在的冲突,表现自由与严格规制知识产权限制的冲突,隐私权与信息数据库权利扩张的冲突,等等。^④ 以健康问题为焦点,相关国际组织开始了针对《知识产权协定》的“软法”造法活动。世界卫生组织及诸多非政府组织积极参与了公共健康的维权活动,它们敦促国际社会关

① 参见刘笋:“知识产权国际造法新趋势”,载《法学研究》2006年第3期。

② UN Commission in Human Rights: Intellectual property and Human Rights, 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/7.

③ Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Right: Intellectual Property Rights, Fifty-Second Session, agenda item4. E/CN.4/Sub.2/2000.7.

④ 参见吴汉东:“知识产权 vs. 人权:冲突、交叉与协调”,载台湾《法令月刊》2003年8月号。