



西南政法大学知识产权研究中心主办

西南知識產權評論

Southwest Intellectual Property Review Vol. 5 (第五辑)

主编 张玉敏 执行主编 康添雄

市场与竞争：著作权法变革时代

《著作权法》第三次修改是国情巨变的要求 刘春田
我国著作权法律制度面临的困惑 宫士友

——写在著作权法修订之际

三网融合下广播权与信息网络传播权的重构 焦和平

——兼析《著作权法（修改草案）》前两稿的相关规定

理论检讨与制度设计

论作品修改权 刘有东

论视听作品作者的利益分享权 周园 邓宏光

——以《中华人民共和国著作权法》第三次修改为中心

著作财产权客体结构中的使用行为 李杨

——审视著作权法权利作用“焦点”的一个阐释进路

作者人格权：内在本质与功能建构的法理抉择 熊文聪

回到外观设计保护制度的起点 李小武

——从GUI的保护谈起

SaaS模式下的出租权制度研究 倪朱亮

司法过程

论软件作品修改权 王迁

——兼评“彩虹显案”等近期案例

计算机字体单字的可著作权问题研究 黄汇

——兼评中国《著作权法》的第三次修改

未注册商标的权利产生机制与保护模式 冯术杰

单字形体设计的著作权保护 卢海君

国际视野

知识产权公约中国民待遇的“例外” 何隽

· 法论与分析工具

搜索引擎服务商在提供链接过程中的权利与义务 陆幸福

——基于霍菲尔德权利理论的一种分析



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



西南政法大学知识产权研究中心主办

西南知識產權評論

Southwest Intellectual Property Review Vol. 5 (第五辑)

主编 张玉敏 执行主编 康添雄



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

西南知识产权评论. 第5辑 / 张玉敏主编. —北京: 知识产权出版社, 2014. 5

ISBN 978 - 7 - 5130 - 1417 - 5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 084211 号

责任编辑: 熊 莉

文字编辑: 张红蕊

执行编辑: 王 岩

责任校对: 韩秀天

责任出版: 刘译文

西南知识产权评论 (第五辑)

Xinan Zhishi Chanquan Pinglun (Diwuji)

主 编 张玉敏

执行主编 康添雄

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

责编电话: 010 - 82000860 转 8112

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 1/16

版 次: 2014 年 6 月第一版

字 数: 274 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 1417 - 5

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100088

责编邮箱: xiongli@cnipr.com

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 19.75

印 次: 2014 年 6 月第一次印刷

定 价: 48.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

编者语

学术生态是可能生活的延伸。知识产权法学的生态，亦然遵循这样的基本原则。

我们的社会结构，正朝着市场作为资源配置的核心机制而努力。正是市场而非政府或其他，孕育和推进了知识产权事业。若以历史纵向维度观之，此种努力所形成的局面，即是变革时代。变革时代，必然亦是开放时代。这不当被视为口号式论断，就本质而言这是现代性共识。在传统市民社会中，资源配置缓慢平静，财产和人身规则享受着智识长时间的宁静浸润，民法得以尊崇，可以说那是民法时代；在现代商业社会中，移动网络和即时通讯对商业模式的根本性改造，直接冲击着财产和市场交易规则，一切处于解构和重造状态。我们称其为后民法时代，这是一个更加开放、更具有国际视野、甚至不需要设置防火墙的时代。

这样的时代，需要资源涌流的自由。

不言而喻，智慧资源已然成为现代商业社会重要交易对象。无论是维护交易安全，还是降低交易成本，都符合增设自由的基本目标。具言之，知识产权理论的深度挖掘、建设性批判、分析工具的选定，法律规则的初步设定、再次修改、适用性评估，均应以之为准。秉持这一基本认知，《西南知识产权评论》（第五辑）力图还原当下知识产权学术生态的真实模样。可以想见，由于资源受限，这一学术平台定然无法实现全貌之审视，但值得欣

慰的是，入选作者无论是思想力还是学术洞察力，均力透纸背，使得我们有幸进入当下知识产权学术生态之内核，从而弥补未见全貌之遗憾。

康添雄

2014年2月1日于西南政法大学

目 录

市场与竞争：著作权法变革时代

《著作权法》第三次修改是国情巨变的要求 刘春田 9

我国著作权法律制度面临的困惑 宫士友 17

——写在著作权法修订之际

三网融合下广播权与信息网络传播权的重构 焦和平 29

——兼析《著作权法（修改草案）》前两稿的相关规定

理论检讨与制度设计

论作品修改权 刘有东 57

论视听作品作者的利益分享权 周 园 邓宏光 79

——以《中华人民共和国著作权法》第三次修改为中心

著作财产权客体结构中的使用行为 李 杨 88

——审视著作权法权利作用“焦点”的一个阐释进路

作者人格权：内在本质与功能建构的法理抉择 熊文聪 110

回到外观设计保护制度的起点 李小武 131

——从 GUI 的保护谈起

SaaS 模式下的出租权制度研究 倪朱亮 159

司法过程

论软件作品修改权 王 迁 175

——兼评“彩虹显案”等近期案例

计算机字体单字的可著作权问题研究 黄 汇 198

——兼评中国《著作权法》的第三次修改

未注册商标的权利产生机制与保护模式 冯术杰 219

单字形体设计的著作权保护 卢海君 238

国际视野

知识产权公约中国民待遇的“例外” 何 隽 257

方法论与分析工具

搜索引擎服务商在提供链接过程中的权利与义务 陆幸福 285

——基于霍菲尔德权利理论的一种分析

西南知識產權評論

Southwest Intellectual Property Review Vol. 5 (第五輯)

市场与竞争： 著作权法变革时代

《著作权法》第三次修改是国情巨变的要求

刘春田*

为了应对时代的挑战和国情的巨变，著作权法第三次修改工作已经拉开序幕。要进一步推进著作权制度的改革和发展，就必须将之放在我国甚至全球政治、经济、文化等社会大环境和我国著作权司法发展大背景中来考量，秉承积极、稳妥、科学和理性态度，正确处理好技术进步导致的经济关系变革、市场经济的要求和文化发展等重要问题之间的关系，努力实现权利保护、作品传播和正当使用之间的协调和平衡。如此，方能构建起完善的著作权法律体系，培育国民对知识产权的普遍信仰。

2011年7月，国家版权局启动了《著作权法》第三次修改工作，并委托三家学术机构分别起草三个专家建议稿。2012年1月，国家版权局召开了修改《著作权法》工作会议，就三个专家建议稿进行说明和讨论。随后，国家版权局参酌专家建议稿，短短两个月就提出了一个新的草稿，提交专家组。为了加快进度，版权局法规司要求专家只需指出草稿中显而易见的硬伤，不必议论制度设计建构和条文取舍。随后，正式推出国家版权局版的著作权法修改稿，这份文件共8章88条，并于3月31日以“《著作权法》（修改草

* 作者简介：刘春田，中国人民大学知识产权学院院长、教授，中国知识产权研究会学术顾问委员会委员。

案)”名义公布，向社会征求意见。严格的说，这还不是即将交付立法机关表决的法律草案，只是由国家版权局出具的一份征求意见稿，与提交全国人大常委会的著作权法修正案，乃至最终通过的新的著作权法，还有相当的距离，还有足够的时间和充分的讨论空间。这意味着《著作权法》的修订工作已经拉开了序幕。作为中国人民大学提供的修改建议稿的参与者和专家组成员，本文就《著作权法》修改应当解决的几个问题谈以下意见。

一、修改《著作权法》是为了应对时代的 挑战和国情的巨变

为什么要修改法律，它的必要性和紧迫性在哪里，不修改行不行，推迟几年再改行不行，这是修改任何法律都必须首先回答的问题。本文认为，首先要历史的看待这个问题。当下启动修改《著作权法》，为什么是必要和紧迫。这既是适应生产力进步的需要，也是顺应经济基础变迁的挑战，还是经济全球化的要求。与 20 多年前新中国初建著作权法律制度时相比，今天我国的国情以及国际环境都发生了翻天覆地的巨变。作为现代社会最重要的法律之一的著作权法，必须适应已经改变并在不断改变的国情。1990 年制定著作权法时，我国还处在以传统印刷技术为代表的复制产业和相对落后的农业社会阶段，处于计划体制和两个阵容、两个市场的国内外大环境下。总体上讲，我们的国家是落后的，个人是贫穷的。当时的社会条件与知识产权可谓水火不容、格格不入。作为民事权利的知识产权在我国缺乏民事法律制度、知识与观念的涵养，还处于无理论、无制度、无实践、无人才的“四无”阶段。新兴产业刚刚起步，现代权利意识有待启蒙。起草者的知识、眼界和思维方式受到时代和体制的种种局限，不是今天的新人可以理解的。1986 年底，

记得在设计职务作品的著作权归属时，长期委决不下。我提出用合同这个今天看来最正常不过的办法解决的意见，话音未落，当场就遭到一位老同志的严厉批评，认为这个意见是旧社会的沉渣泛起，是典型的资产阶级自由化思想，弄得我啼笑皆非。参加起草工作的政府和立法机关官员，以及四位学者谢怀栻、郭寿康、郑成思和我，也是边干边学。历史地看，第一部《著作权法》大体是符合当时国情的。但是，其后的 20 年，变化巨大，人类进入数字技术时代，全球化已成为不可逆转的潮流。作品的创作、传播和使用技术不断创新，著作权的内容和实现方式日新月异，与著作权相关的产业推陈出新、迅猛发展，由此引发的经济关系日趋复杂，传统的原则、法与非法的界限与尺度不断遇到挑战，比如，信息网络传播与传统传播的关系，网络条件下作为私权的著作权与公共利益的界限，提供信息存储空间或搜索、链接服务的网络服务提供商在侵权行为中的责任界限，网络环境下的侵权赔偿问题等，都要重新思考。以美国为代表的发达国家，乃至一些发展中国家，纷纷修改著作权法。世界知识产权组织在 1996 年也因应数字技术发展形势制定了新的国际公约。这 20 年，我国的变化较之任何国家都更为剧烈、深刻，除了面对数字技术与全球化这一各国共同问题外，我国还需面对特有的由计划经济转入市场经济，经济成分由单一公有制转变为多元的财产关系，文化也由单一的传统意义上的社会主义文化，变为社会主义初级阶段的多元文化。我国经济总量跃居世界第二，人均收入接近 5000 美元，沿海发达地区国民的物质与文化生活水平几乎可与发达国家媲美。开放的我国融入了国际世界，这既是我国，也是人类社会史无前例的巨变。国情的这些复杂而大幅的变化对现行著作权法构成了巨大的挑战，面临制度设计的更新与换代。我国《著作权法》虽在 2001 年和 2010 年先后两次修改，但总的来讲基本未变，还属于传统印刷技术时代的法律。但是，对于修改《著作权法》不是没有质疑的。有观点认为：必须拿出一个《著作权法》非改不可的理由，不改，日子就过不下去，这样才好说服

立法机关动手修改。与 2001 年和 2010 年的两次修改相比，看不出此次修改《著作权法》有这样的理由。2001 年我们要加入世界贸易组织，不修改《著作权法》达不到世界贸易组织的要求，无法加入。2010 年是为了执行世界贸易组织要求修改《著作权法》的裁决，若不执行，会危及国家的重大利益。这次修改，并没有来自外部的压力。我认为，这次修改，根本的动力来自我国自身技术进步和经济社会的发展，来自国情的巨大变迁，来自社会实践和司法实践的迫切要求。所谓国情变化，也包括来自国际环境的深刻变化和国际社会知识产权体系对我们的期待与要求。如果把现行著作权法比作一列零部件完好、系统自洽、运行正常的普通火车，承载它的又是传统铁路，那么二者就是相互匹配、运行和谐的。但是，我们面临的是数字技术形态、全球化的知识经济时代和规则一体化的普遍要求，已经发展成设施先进的高速铁路系统，再完好的普通列车也不能跑出该系统所要求的高速，必须重新构思、更新设备，设计制造出新的列车。我们经常强调国情，强调中国特色，我认为，国情并不是一个凝固、僵化、一成不变的概念。我们几十年来的不断改革，改造的就是中国国情。30 多年的巨大变革，变的也是国情。因此，国情的迅速、不断和巨大变革，以及社会关系的推陈出新、与时俱进才是中国特色，也是中国迈入现代社会必备的本色。同时，应当看到国情的另一面，计划经济体制和传统思维方式还深刻地影响着知识产权这个基本财产制度，影响着著作权制度充分有效的实现它的宗旨和功能。这既不利于对著作权人、作品传播人和正当使用人的保护，也不利于相关产业的壮大和经济、社会发展，还影响到社会的稳定与国家的安全。近年来，我国知识产权纠纷，特别是著作权司法纠纷案件大幅上升，受到社会前所未有的关注，这意味着知识产权在当代社会生活中的地位、作用越来越重要。据最高人民法院的一个统计，2011 年全国各级法院受理一审知识产权案件共 58745 件，其中著作权案件 35185 件，占 59.8%，涉及互联网纠纷的案件又超过半数。实践迫切要求著作权法与时俱进，适应技

术、经济与社会的发展。客观的讲，我国现行著作权法“设备老化”，不但与技术进步、社会发展不相适应，落后于发达国家，甚至不如印度、南非、巴西等发展中国家。囿于立法体制的落后，多年来常常要靠行政机构制定行政规章和司法机关的“司法解释”、“意见”乃至个案判决来规范各种新型的利益关系和行为。这种情况延续太久，不利于法制的规范和统一，必须通过修改法律加以解决和完善。我们知道我国台湾地区与大陆 2001 年底先后加入世界贸易组织，但其后台湾地区于 2003、2004、2006、2007、2009、2010 年先后 6 次修改“著作权法”。我们只是在 2010 年因执行世界贸易组织裁决对《著作权法》第 4 条作了修改。面对国际国内的变化大局，面对建设创新型国家的历史任务，我们有必要适时对著作权法做出新的修改。

民主立法、科学决策是我国著作权法制定工作的历史传统。这次修法，先期委托不同学术机构分别提出专家建议稿，为修法工作做初步的调查研究，凸显了国家版权局在指导思想上的开放、开明的心态，以及广开言路，采纳多元诉求的工作方法。三家学术机构受托，分头作了认真的工作。事实说明，三个专家建议稿，分别反映了对著作权法律制度相关问题的多元看法，以及如何进行制度设计的不同思路，可以提供不同的方案与模式，以相互启示。中国人民大学的建议稿，组织了全国二十多所大学和其他机构几位专家共同参与，并力所能及的吸收和反映权利人、产业界、司法机构的意见。现行《著作权法》共 61 条，我们的建议稿则增至 77 条，其中保留现行法 16 条，吸收《著作权法实施条例》4 条，修改 34 条，新增 23 条，在三个建议稿中对原法改动最大。我们还将建议稿译成了英文，广泛征求世界知识产权组织、联合国教科文组织以及我国台湾地区学者、欧洲、美国等学术机构和专家以及政府、非政府组织的意见，直至今天，我们还在就版权局的修改征求意见稿和国内外的专家、机构和政府部门交换意见。国家版权局在这次修改著作权法中，扮演的角色是为改法提供基础的方案，最突出的亮点是开

放性。其重点不是立法技术问题，而是广泛听取创作者、权利人、产业界和社会各界的意见，尽可能客观、全面的反映他们的诉求。版权局的征求意见稿公布以后，引起了社会各界的强烈反响，现行《著作权法》存在的固有矛盾和版权局意见稿所反映的新问题交织在一起，形成了若干《著作权法》修改的热点。

关于开放改法，这一点要特别说明。工业文明改变了世界，数字技术使经济全球化成为现实。以科学技术、文学艺术为表现形态的“知识”的聚散、流通冲破了国家的藩篱，随时随地的被商业化的利用。在知识产权制度的基本原则下，对知识产权充分、有效地保护应当成为人类社会的普世价值。与 20 年前的中国不同的是，在知识商业化的名利场中，汇集了人类丰富多彩的多元文化，因此，也有了越来越多的利益相关方。其中，越来越多的外国权利人，随着知识流通、聚散的全球化，为了实现和维护他们的利益，纷至沓来。我国包括著作权法在内的知识产权法治状况，是各国知识产权权利人的利益所在。因此，我国的知识产权状况，不仅受到我国人关注，也受到世界各国知识产权权利人的关注。在这个问题上，外国的权利人、产业、政府和非政府组织关心、过问，甚至直接、坦率的表达自己的意见和利益诉求，都是十分正当的。参酌、吸收和借鉴发达国家，甚至发展中国家的成熟经验与制度，为我国的知识产权法治建设所用，顺理成章。也只有集中人类已有的共同文明成果，才有可能把修改法律的工作做得好一些。

二、为创新型国家量身设计《著作权法》

我国政府计划在 2020 年把我国建设成创新型国家，并建成完全的市场经济社会。为此制定了包括知识产权战略在内的一系列国家战略。知识产权法律体系正是实现上述战略的法律保障。《著作权

法》的修改，就是这一战略的组成部分。因此，修法工作应当实事求是，与时俱进。为实现《著作权法》的基本功能，应当重点考虑以下几个方面的问题：

第一，回应技术进步所导致的经济关系变革。数字技术是对以印刷技术为代表的传统技术的革命性变革，它彻底改变了人类的生活方式，致使知识载体、知识的复制和传播方式推陈出新。传统印刷技术时代形成的诸多著作权制度的基本概念必须重新定义，与此相对应的具体制度必须重新设计，利益关系必须重新调整。上述情况已导致主要发达国家著作权法的变革。我国《著作权法》是印刷技术时代的产物。目前，我国一部分经济也已进入数字技术时代，技术无国界，我国在数字技术经济领域遇到的法律问题，与发达国家没有区别。适时地对《著作权法》作出调整与改革，是人类社会发展共同面对的问题，中国不可能例外。法律是一种工具，“工欲善其事，必先利其器。”在知识的高速公路上，谁的工具先进，设备完善，谁就在竞争中居于优势、领先的地位，谁就会在经济竞争中获得先机。在高速路上，若不肯换设备，迷恋于对 20 世纪 50 年代“解放”牌卡车的修修补补，即便勉强上路，也不可能与“奔驰”“奥迪”并驾齐驱，遑论超越。因此，如果不因利乘便，主动适应技术进步，谈何与人竞争！若我们不对《著作权法》果断实行变革，必将落后于国际社会。

第二，回应文化发展的要求。文化是经济发展的一翼，同科学技术一样，文化也是生产力。文化产业是文化发展的体现，也是现代文明的重要体现。在发达国家以及诸多发展中国家，音乐、影视、动漫及游戏产业领域对国民经济的贡献越来越大。在美国，文化产业的出口规模超越了汽车、航空等传统制造业。我们由于在文化问题上长期拘泥于意识形态的束缚，自捆手脚，失却了太多的时间与大好的商机。可喜的是，党的十七届六中全会解放思想，冲破传统意识形态的藩篱，提出发展、繁荣社会主义文化的战略任务。这是继 1978 年全国科学大会开辟“科学的春天”之后，迎来的

“文化的春天”。借此，文化产业将有可能成为我国经济发展的新的增长点。著作权法是文化产业发展的法律保障，没有先进的著作权制度，不可能建设现代的文化产业。

第三，充分考虑发展市场经济的要求。产生于单一公有制和计划经济时期的《著作权法》，已经无法充分、有效地服务于市场经济的发展。市场经济带来了多元的财产关系和多元的文化，也形成了较之单一公有制和计划经济复杂得多、活跃得多的社会关系。这些市场经济所固有的新的社会关系反映了新的社会财富增长手段，应当为我国的现代化建设服务。

第四，适应全球化的发展。全球化已成世界大势。我国若不想落后于人，不想受制于人，必须顺应世界大势。法治建设必须考虑全球化，民主与法治并非专属于西方，无论是东方还是西方，只要科学，就要学习，只要先进，就应效仿。在全球化的条件下，任何一国的事，都是全球的事。《著作权法》的修改，并非纯中国自身的事，会影响到全球多数国家的利益，万众瞩目。我们和别国生活在一个世界、一个市场中，我们在调整本国国内各方财产关系，捍卫自己的利益的同时，必须接受国际社会普遍遵循的准则，充分考虑左邻右舍，尊重他人的利益，学会双赢，共同发展。

第五，总结和吸收 20 多年我国知识产权的理论成果和实践经验。其中，司法经验尤为重要，经提炼后反映在《著作权法》中。该法既是行为规范，也是裁判规则。其条文只是一个文本，司法活动及其结果才真正使它由静止的文本转化为真实、鲜活的社会生活，转化为实实在在的法律。自 20 世纪 80 年代起，我国法院积累了大量的审理著作权案件的实践经验，近年来，法院审理著作权案件的水平不断提高，已引起国内外法律界的极大关注。这些，完全有条件为立法提供丰富的营养。因此，这次修法应当特别重视法院的经验。