

■ 郑成思 主编

知识产权文丛

第二卷

中国政法大学出版社

知识产权文丛

第二卷

主编 郑成思

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权文丛 第2卷/郑成思主编. - 北京:中国政法大学出版社, 1999

ISBN 7-5620-1891-X

I. 知… II. 郑… III. ①知识产权-文件-汇编-世界②知识产权-案例-研究-世界 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 27712 号

责任编辑 邵利琪

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 河北省〇五印刷厂

开本 850×1168 1/32 13.75 印张 377 千字

1999 年 9 月第 1 版 1999 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1891-X/D·1851

印数: 0001-3000 册 定价: 23.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 电话:62229803 或 62228801

声明:1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

前 言

《知识产权文丛》第二卷置于首篇的专论，与该文丛首卷置于首篇的论题相近，作用之一是希望能提示读者关注互联网络与数字技术对知识产权保护的影响。应当看到这种影响是巨大的。尽管国内知识产权界有议论认为这种影响不过是某种暂短的“潮流”或“时髦”，因而把它归入“子不语”之列，国内外的司法及立法则一再向人们表明它是不容被忽视的。

1998年，北京高级人民法院二审终审了国内第一个网络侵权案。几乎在同时，一批中国名作家的作品未经许可而被数字化并上网传输了，一批录音制品也遭到了同样命运。当盗版者发现这是个更快捷、更节省侵权成本的路子时，当司法工作者指出对此不会听之任之时，我们的相关法律（至少从明文去看）还没有及时地跟上去。而大洋彼岸的最大发展中国家巴西，则已于1998年之初即修订了它的版权法，目的是赶上这个“潮流”。

这个“潮流”可能并不是短暂的。时间落后于巴西，而内容完善于巴西岸彼的另一个国家——美国，在同年10月通过的、解决这一重大影响问题的法案，称为《跨世纪版权法》，直译则是“千年法”。

愿袁泳博士这一篇专论，能够引起更多人对网络与数字技术的注意。

中国法官与海外学子合作的“专利的侵权抗辩”，通过对中、美司法实践中，专利侵权抗辩理由的对比，较全面地阐述了国内外学界与司法界在“权利利用尽”、“先用权”、“诉讼时效”等问题上不同观点的交锋，并表明了作者自己的意见。该文对人们研究相关问题时，开阔眼界，更深入一步，无疑是有益的。

孙德生先生谈诉讼时效的文章最早曾发表在两年前的《专利法研究》上，即早于我国最高人民法院作出大致相同结论的1998年，而其为立论收集的支持材料之广，使人很难想像该文出自一位远离大都市的学者。身在北京，近年屡见这类文章，确使人有种紧迫感：一大批卓有成效的新人正在知识产权研究领域涌现，再不努力，我们自己就要落后了。

李明德教授的文章较全面地分析了美国版权法中侵权与救济的一些难点问题。尤其对有关该国侵害知识产权的严格责任的阐述，是继该教授前年在国际许可证贸易协会大会上论专利侵权的无过错责任之后的又一成果。本文内容曾作为讲稿在北京大学知识产权学院等处讲演，听众反映颇佳。故改定成文发表于此，以飨读者。

自1900年《保护工业产权巴黎公约》在布鲁塞尔外交会议上把反不正当竞争保护纳入第十条之二，世界各国不同的反不正当竞争法无论怎样向更宽的领域发展，对知识产权的保护一直是反不正当竞争法的一个重点。1996年底，世界知识产权组织起草了《关于反不正当竞争保护的示范规定》，并提供了中译本与中文注释。在1998年8月的ATRIP墨西哥年会上，我有幸获得了该组织副总干事科肖德先生的书面使用许可，分别在《知识产权研究》及《知识产权文丛》上使用该文件，以供中国的立法机关、司法机关、行政执法机关的读者及其他读者参考。

文丛自本卷开始，将陆续以中、英文刊登一些外国的知识产权法，以便国内同仁作比较研究。《意大利商标法》之所以被首选，是出于众多的原因。其英文译本本身出自意大利政府，被我国《著作权法》无版权作品所覆盖，无须费心取得许可，固然是原因之一。20年前我接触知识产权之初翻译几十个国家商标法概要时，当年的意大利商标法是第一篇作业，也是译后经我当年的入门老师之一（现联合国世界知识产权组织官员）王正发先生全文校审的一篇。作为古罗马法的来源地，意大利的商标法对许多复杂问题（如权利的交叉与可能的冲突、权利的继承等）的解决，是非常恰当的。这在当年就给了译

者以深刻印象。1998年，新一批学者不再轻率地否认，而是较认真地讨论起商标反向假冒问题时，美国商标法中的反不正当竞争条款（第43条）成为“外国法主要把‘反向假冒’纳入反不正当竞争法去规范”的依据。这时又使人记起《意大利商标法》（第12条）。欧洲有一大批国家均在商标法（而不是反不正当竞争法）中有类似规定。

上海大学的寿步教授，多年来一直关注中国计算机与计算机软件保护（不限于知识产权保护）的问题。对于国内计算机软件知识产权纠纷的案例，他尤其注意了广泛收集、认真研究并加以分析、评论。寿步教授的许多评论均有独到见解，可以使知识产权界的读者感到虽然其中许多案子可能是早已知知的，但作者的评论则是别开生面的。

主编 郑成思

1998年11月

主编简介

郑成思 1944年12月生于昆明，英国伦敦经济学院研究生院毕业。中国社会科学院知识产权中心主任、法学教授、国家级专家、博士生导师。担任的主要职务有：英国《欧洲知识产权》、《世界版权》等杂志编委、《中国法学》杂志编委；中国社会科学院学术委员会及学位委员会委员、中国国际贸易仲裁委员会委员及仲裁员，世界知识产权组织仲裁员；全国人大法律委员会委员。曾担任中国著作权法起草小组成员，并参与多部知识产权法律法规的起草制定工作。以中、英文分别在中国、英国、美国、德国、日本等出版26部知识产权著作，发表论文上百篇。主要代表作是《版权法》（中国人民大学出版社出版）、《知识产权法论》（法律出版社出版）等，主编《知识产权研究》（中英文）等系列图书。

目 录

学术专论

- 袁 泳 数字版权····· (1)
- 程永顺、罗李华 专利的侵权抗辩····· (141)
- 孙德生 对专利侵权诉讼时效方面相关问题
的探讨····· (182)
- 李明德 美国版权法中的侵权与救济····· (190)

国际组织文件

- 世界知识产权组织副总干事版权授权书····· (223)
- 世界知识产权组织关于反不正当竞争保护的示范
规定····· (225)
- 世界知识产权组织关于反不正当竞争保护的示范
规定注释····· (234)

外国法选登

- 意大利商标法····· (251)

案例分析

- 寿 步 软件热点案例透析····· (303)

数字版权

袁 泳*

〔内容提要〕

本文的主题是以利益平衡理论脉络为主线,研究有关数字技术带来的版权问题。在探讨和评论具体制度设计的同时,分析和预测数字技术环境中版权制度的发展趋势,并对我国相关的理论研究成果进行总结,为我国版权法律和政策提出若干建议。

数字技术为作品创作和作品传播带来全面而深刻的冲击,使版权法在历史上再一次遭遇重大挑战。版权制度三百年来积累的平衡经验为研究数字技术的版权问题提供了理论脉络,是修改现行版权法和进行具体版权制度设计的基本准则。这个理论脉络有五大方面:其一,在作品创作层面上,利益平衡的探讨具体在一次作者与二次作者之间、真正的作者与投资商之间展开;在作品传播层面上,则具体在版权人与使用者之间、作者与版权产业商之间展开。其二,版权领域的私权保护是平衡私人利益和公众利益的前提。版权制度的历史表明,私权保护的范同是不断扩张的,作品的类型不断增多,使用作品的新方式不断涌现。而版权扩张的脚步总是落在新技术发展之后的,版权法的修改实际上是对新技术带给版权人的实质性利益损失的补偿。赶在版权人遭受实质性利益损失之前进行修改是没有必要的,但修改也不应迟

* 本文作者袁泳(女)系北京大学知识产权学院讲师,法学博士。

迟落后于版权人的利益损失太多。其三,加强私权保护的同时不得忽略公众利益。其四,新技术不断发展,版权法领域的原则和具体规则也相应发生变化。但是不论数字技术如何发展,版权法都会确定不移地生存下去,并加强私权保护,维持利益平衡。其五,由于哲学基础和经济学基础不同,版权传统与作者权传统在具体制度细节和利益平衡的侧重点上也有所不同,但为适应数字技术的发展,呈现相互借鉴和靠拢融合的趋势。本文认为,总的来看,在作品创作层面上,注重投资利益保护的版权传统将继续保持优势;在作品传播层面上,强调保护自然人作者的个性和人格的作者权传统将进一步弘扬。

在作品创作层面上,本文认为,创作、作品和作者等基本概念的本质不会因数字技术的运用而改变。独创性和思想表达二分法的判断标准也是如此。而受数字取样技术的影响,合理使用的判断将更加困难。

本文进一步认为,虽然数字技术本身未给作品创作带来显著的变化,然而却把巨大的经济投资引入到作品创作中,真正的作者的“利益蛋糕”被投资产业者所分享。随着电影作品、计算机软件、数据库的涌现,作品创作已经开始从独立的作者展现个性的创作模式,向由投资人提供高薪报酬的集体创作模式转变。智力作品与技术产品之间的界限划分会越来越困难。另外,与软件和数据库产业者保护投资的愿望相比,版权保护具有一定的局限性。软件作品的独创性要求很低,而且仅仅保护软件中不那么重要的作品性,无法为最体现软件价值的工具性提供足够保护。在数据库方面,不具备足够的独创性要求的数据库无法得到版权保护,只能得到版权法以外的特别权利或其他方式的保护。

在作品传播层面上,对于版权人与使用者之间的利益冲突,有两派分歧意见,即高度保护主义和低度保护主义。高度保护主义者将版权人的利益放在首位,主张对新技术引发的版权人的利益损失予以最大限度的补偿。他们还认为,对版权的损害越大,对使用者利益的损害也越大。低度保护主义者则将使用者利益放在更重要的位置,强调对版权保护的程度和范围进行严格限制。在版权法的历史上,总的来说是高度保护主义对低度保护主义的胜利,版权不断扩张,版权保护期限越

来越长。

为维护数字技术环境中版权人与使用者的利益平衡,在版权制度的整体设计上,应适用高度保护主义,如:(1)扩大原有权利的适用范围以规范数字传输行为;(2)加强专有权的完整性,逐步取消自由的私人使用,对私人使用行为征收版税直至一一进行个别许可;(3)对计算机网络上的内容提供商施加一定的版权责任;(4)不断完善版权管理制度并加强精神权利保护;等等。然而片面强调版权人利益保护、过分夸大权利人的利益损失而拒绝为公众提供合理接触作品的机会的观点,从我国作为发展中国家和版权使用者的立场出发,应该予以反驳。

在具体的制度设计细节上,则要适当适用低度保护主义,全面考虑使用者利益。(1)数字传输行为不能同时被视为复制、发行、公开表演和进口,否则会阻碍计算机网络上内容提供产业的发展,并增大远距离教育的成本;(2)在追求专有权的完整性时,不可过分牺牲使用者利益;(3)应区分计算机网络上的技术提供商和内容提供商这两种不同主体,不对技术提供商施加版权责任,而且对内容提供商施加的版权责任不能超出合理的限度;(4)有关技术保护措施的法律条款不应针对侵权装置而应针对侵权行为本身,从而防止不合理地扩大打击面;(5)应在数字技术环境中为合理使用保留适当的位置。

另外,在作品传播层面上,数字技术还提出一个重要的问题:版权的本质活动究竟是作者的创作本身,还是产业者对作品传播的投资?应如何理解版权历史上出版商的强大地位将在数字时代削弱、作者将不再是弱者这一未来趋势?本文认为,作者的创作,或者说作者与读者之间的交流是版权活动的本质,一切版权活动都是围绕这一本质而展开的。版权产业商的作用在于维系作者和读者之间的交流。数字技术的发展将有可能削弱版权产业商强大地位的经济基础——传统作品上的规模经济生产模式,从而使作者能够越过出版商、唱片制作商等,与读者进行直接交流。这一符合版权历史逻辑的美好理想,虽然距离最终实现尚待时日,但却预示着数字时代版权制度的发展方向。

数字技术的版权问题是近几年兴起的研究课题,需要我们很好地

结合数字技术理论与版权理论,密切跟踪国外最新研究和立法动态,并根据我国的具体情况提出具体的法律对策和立法建议。在这方面,我国学术界取得了一定的研究成果。然而由于我国数字化程度低,缺乏研究理论所必须的实践材料,版权法尚且不够完善,致使我国的理论研究先天不足。

本文认为,我国版权法的修改必须考虑具体国情,不作增大民族成本的超前制度设计。面对数字技术的挑战,我国的版权制度建设一方面要避免美国实用主义的消极影响,另一方面又要吸取作者权传统一度排斥数字技术的教训,创造出我国自己的特色。

数字技术对传统的后发优势提出挑战,后起步的国家在国际竞争中将处于更加不利的位置。我们应奋发图强,抓住机遇,迎难而上,加速数字化建设,大力培育版权市场,维护版权人与使用者之间的利益平衡,以促进我国整个现代化事业的发展。历史表明,如果我们今天的版权制度不能积极为迎接数字技术的挑战作好准备,那么就有可能致使明天的被动局面扩大。

目 录

第一章 利益平衡理论

第一节 版权法进入数字时代

第二节 数字技术版权问题研究的利益平衡理论脉络

第三节 版权传统与作者权传统的比较研究

小结

第二章 版权的私权保护

第一节 私权保护的扩张

第二节 私权保护是取消、削弱,还是加强

小结

第三章 作品的创作

第一节 作品的数字化对创作的影响

第二节 智力创作保护与经济投资保护

小结

第四章 作品传播之一:高度保护主义与低度保护主义

第一节 高度保护主义与低度保护主义

第二节 数字传输的版权规范

第三节 完整的专有权

第四节 加强权利管理

第五节 在线服务提供商的侵权责任

第六节 技术保护措施

第七节 精神权利

小结

第五章 作品传播之二:垄断中介与直接交流

第一节 版权历史中版权中介商的垄断

第二节 作者与读者之间的直接交流

小结

第六章 我国数字技术的版权理论和版权实践评述

第一节 我国有关数字技术的版权理论研究评述

第二节 我国发展数字技术和完善版权法的远景展望

小结

第一章 利益平衡理论

第一节 版权法进入数字时代

数字技术给版权法带来全面而深刻的冲击。^{〔1〕}就作品复制的精确和近乎完美,作品加工的无与伦比,作品存储的惊人容量,作品传输的迅捷、廉价、方便而言,数字技术在版权法的历史上的地位与印刷技术同等重要。也就是说,与印刷技术相比,数字技术为作品复制和传播带来的进步性,如同与手工抄写相比,印刷技术带来的进步性一样深刻和明显。

自作为近代世界版权法开端的英国 1710 年的安娜法案^{〔2〕}始,版权法历经印刷技术、广播电视技术和数字技术的三次重大飞跃。^{〔3〕}首先是一直延续到 19 世纪末、近二百年的印刷技术,与在此以前的手工抄写相比的第一次飞跃,那时作品主要是占绝对优势的文字作品。19 世纪末到 20 世纪 70 年代,或者说,从伯尔尼公约的缔结,到历次修订和完善,直至最后一次修订,^{〔4〕}是版权法上的广播电视技术时代。作品类型不断增加,除传统的可印刷在纸张上的文字作品和音乐作品外,

〔1〕 甚至有学者预言,数字技术是全面冲击版权法的最后的技术。见 Goldstein, Paul: Copyright's highway, 第 236 页。数字技术之后是否还会有更先进的技术出现,从而导致版权制度领域的再一次巨大震动,笔者认为似乎不宜过早进行肯定或否定的判断,但是根据新技术飞速发展的趋势,数字技术被更先进的技术所取代,不是没有可能。

〔2〕 安娜法案的原名很长,是“为鼓励知识创作而授予作者以及购买者就其已印刷成册的图书在一定时期内之权利的法”。为简便起见,后人就以当时英国女王安娜的名字来称呼这部法律。

〔3〕 与数字技术相对,在数字技术之前的印刷技术和广播电视技术又可称为模拟技术(analogue technology),或传统技术。为更方便地在版权法领域开展有关讨论,本文的“模拟技术”全部取其广义,除包括电信号意义上的更精确的“模拟技术”(即模拟广播电视技术)外,还包括非电信号意义的印刷技术。

〔4〕 伯尔尼公约于 1886 年缔结,历经两次增补、5 次修订。最后一次修订是 1971 年。

还包括电影作品、录音录像作品、软件作品等;作者群扩大了,创作方式也更加丰富了,不再仅仅是执笔写作,而且可以借助模拟电子手段为创作条件提供便利;作品的使用方式不再仅仅是阅读,而且可以是到电影院观看电影作品的放映,收听和收看广播电视,又由于卫星通讯的发展,广播电视节目的收听和收看效果越来越好,频道越来越多;直至可以收看收费电视(或称有线电视),节目内容更加丰富和多样化。

从本世纪 70 年代到 90 年代的 20 年时间里,数字技术给作品的创作、传播、保护和管理所带来的一系列变化,比广播电视技术时代一百年经历的变化还要多。数字技术(digital technology)是通信技术、微电子技术和计算机技术的总称,迄今为止,经过三个发展阶段。70 年代中期,个人计算机发展起来,进入数字技术的第一阶段。版权领域最先讨论的问题是,个人计算机上的目标程序是不是版权保护的客体,以及操作系统、用户界面、数据库、反向工程、电子游戏的版权保护问题。80 年代中期,多媒体技术和数据库得到发展,进入数字技术的第二阶段,多媒体产品和数据库是不是版权意义上的作品开始成为版权界讨论的热门话题。这时多媒体技术尚未与网络技术结合。^[5]90 年代以后,多媒体技术与计算机网络技术结合,数字技术发展开始进入第三阶段。根据 1995 年 9 月美国知识产权工作组发表的题为“知识产权与全国信息基础设施”的白皮书报告(以下简称美国白皮书),第三阶段的数字技术环境,即“国家信息基础设施”(national information infrastructure),今天和明天的状况又有不同。据此,美国目前已经具备了国家信息基础设施的雏形,但距离理想的未来尚且存在差距,即不同功能的模拟电器设备尚未以数字形式结合起来。根据美国白皮书中的描绘,明天的数字技术环境是“先进的、高速的、交互性的和宽带的数字通信系统”,把

[5] 多媒体与网络技术产生的先后顺序有时似乎被颠倒了,如“与网络技术一样,多媒体作品的出现也对现行版权法的某些具体规定有一定影响”,见郭禾:信息技术冲击下的著作权制度;出自新技术著作权保护研讨会论文集。多媒体与网络技术的结合是数字时代发展的方向,从目前网络技术的发展趋势来看,脱离网络环境单独讨论多媒体是没有意义的。

今天的计算机、电视机、电话机、收音机、传真机等以数字形式结合起来。^{〔6〕}1995年7月欧盟拟定的“信息社会的版权和有关权绿皮书”(以下简称欧盟绿皮书)中也有类似的看法。^{〔7〕}然而,数字通信网络的成功不仅仅取决于技术硬件设施,而且取决于作品及其相关信息等组成的通信内容,如数字化的文字作品和音乐作品、电影作品、软件、多媒体、数据库,等等;因为在理论上,每一个在线的(on-line)个人或实体都同时是作品或与作品相关的信息的传输者和接收者。^{〔8〕}有美国学者乐观地估计,美国的数字通信网络将在21世纪的早期得以实现。^{〔9〕}本文所要讨论的,就是第三阶段的版权理论和实践问题。

数字技术的数字化、压缩、加工和存储功能,给作品的创作和传播使用带来新的深刻变化。首先,几乎所有传统的作品都可以数字化,^{〔10〕}即把其中的文字、数值、单色和彩色的图形、静止和活动的图像、声音等的信息输入计算机系统并转换成由0和1组成的二进制数字编码。在这个基础上可以对作品作进一步加工、存储和传输,并在需要时把这些数字化的信息还原成文字、数值、图形、图像、声音,以供人们使用。

数字技术的压缩功能引入到作品的复制中,使作品的复制更加迅速、方便、廉价,不仅容量惊人而且质量几乎完美。24卷百科全书,附带一本字典和一份世界地图,可以压缩存储到一张薄薄的光盘中。数字光盘中的音乐和电影节目具有比普通模拟式磁带中高得多的清晰度和长得多的使用寿命,而且录制可以瞬间完成,成本低廉。

借助于数字技术无与伦比的加工和取样功能,不同艺术风格的文本、图形、图像和声音在数字状态下可以任意随心所欲地组合、增删、移

〔6〕 见US white paper,第7页。

〔7〕 见E. U. Green paper,第19页。

〔8〕 “在线”意为加入数字通信网络(或称计算机网络),从中获取信息。

〔9〕 见Goldstein(同注〔1〕),第199页。

〔10〕 目前三维作品的数字化还比较困难,这是一个例外,但有乐观的人估计在不久的将来,三维作品的数字化也会取得成功。