



第四卷

NUMBER FOUR

中国方正出版社

1997年11月 北京

# 知识产权研究

INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

## 第四卷

Number Four

郑成思

Zheng Chengsi

主 编

Chief Editor

中国方正出版社

CHINESE FANGZHENG PUBLISHING HOUSE

1997.11

## 图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权研究 第4卷/郑成思主编. —北京: 中国方正出版社, 1998. 3

ISBN 7-80107-120-4

I. 知… II. 郑… III. 知识产权—研究—中国 IV  
. D923. 44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 05578 号

## 知识产权研究 (第四卷)

## INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

中国方正出版社出版发行

〈北京市西城区育幼胡同甲1号 邮编: 100813〉

国防工业出版社印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 11.75 字数: 320 千字

1998 年 1 月北京第 1 版 1998 年 1 月第 1 次印刷

印数: 2500 册 定价: 25.00 元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

# 知识产权研究

INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

## 编委会

EDITORIAL BOARD

### 主 编 (Chief Editor)

郑成思 (Zheng Chengsi)

### 编 委 (Members)

Francis S. L. Wang (王巽廉)

William J. Bowe (威廉·J·鲍)

William R. Cornish (威廉·R·科尼什)

Adolf Dietz (阿道夫·迪茨)

沈仁干 (Shen Rengan)

刘春田 (Liu Chuntian)

Michael D. Pendleton (迈克尔·D·彭德尔顿)

### 执行编辑 (Executive Editor)

周 林 (Zhou Lin)

### 翻译编辑 (Translation Editor)

许舒萱 (Susan Xu)

#### 编委会办公地点

中国北京沙滩北街 15 号  
中国社会科学院知识产权中心  
邮编: 100720

电话: (86-10) 64054144

传真: (86-10) 64035482

#### EDITORIAL OFFICE

15, Sha Tan Bei Jie, Beijing, China

Intellectual Property Center of China Academy of Social Sciences  
Postcode: 100720

Tel: (86-10) 64054144

Fax: (86-10) 64035482

## 目 录

### 专 论

|                                |           |     |
|--------------------------------|-----------|-----|
| 著作权问答 .....                    | 阿·迪茨      | 1   |
| 国际法、中国知识产权法与版权执法(英) ...        | 郑成思       | 71  |
| 美国对外观设计及其相关权利的保护 .....         | 李明德       | 91  |
| 美国对软件和与互联网有关的发明的<br>专利保护 ..... | 麦克尔·A·格莱恩 | 115 |
| 驰名商标的国际保护制度 .....              | 唐广良       | 131 |
| 模仿、参考与抄袭的区别 .....              | 沈仁干       | 181 |
| 知识产权价值评估中的法律问题 .....           | 郑成思       | 186 |
| 论专利价值评估 .....                  | 李顺德       | 225 |
| 版权估价的一种方法 .....                | 周 林       | 244 |

### 案例分析

|                 |     |     |
|-----------------|-----|-----|
| 著作权个案分析 .....   | 许 超 | 250 |
| 辞书作品的法律保护 ..... | 张 平 | 278 |

### 司法与执法

|                   |     |     |
|-------------------|-----|-----|
| 中国知识产权司法保护 .....  | 李国光 | 300 |
| 反不正当竞争的行政执法 ..... | 李必达 | 311 |

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| 北京市王码电脑总公司诉中国东南技术<br>贸易总公司民事判决书 ..... | 318 |
|---------------------------------------|-----|

## 法律·法规·规章

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 商标使用许可合同备案办法 .....         | 329 |
| 工商行政管理机关查处商标违法案件监控规定 ..... | 335 |
| 商标专用权质押登记程序 .....          | 338 |
| 驰名商标名单 .....               | 340 |
| 标准出版管理办法 .....             | 343 |
| 出版物印刷管理规定 .....            | 346 |
| 传统工艺美术保护条例 .....           | 353 |

## 其他

|                    |     |
|--------------------|-----|
| 《知识产权研究》编委简介 ..... | 357 |
| “知识产权论坛”在京举办 ..... | 367 |
| 征文评奖启事 .....       | 368 |

## CONTENTS

### ARTICLES

|                                                                                            |                         |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|-----|
| Answers to Questions by NCAC .....                                                         | <i>A. Dietz</i>         | 1   |
| International Law, Chinese IPR Law and Copyright<br>Enforcement in China .....             | <i>Zheng Chengsi</i>    | 71  |
| Protection for Design and Related Rights<br>in the United States .....                     | <i>Li Mingde</i>        | 91  |
| Patent Protection for Software and Internet-Related<br>Inventions in the United States ... | <i>Micheal A. Glenn</i> | 115 |
| Well-Known Marks: An Overview of International<br>Protection System .....                  | <i>Tang Guangliang</i>  | 131 |
| Imitation, Reference and Plagiarism<br>.....                                               | <i>Sheng Rengan</i>     | 181 |
| Legal Aspect of the Evaluation of Intellectual<br>Property .....                           | <i>Zheng Chengsi</i>    | 186 |
| Patent Evaluation .....                                                                    | <i>Li Shunde</i>        | 225 |
| One Approach to the Valuation of Copyright<br>.....                                        | <i>Zhou Lin</i>         | 244 |

### CASES ANALYSIS

|                                               |                   |     |
|-----------------------------------------------|-------------------|-----|
| Recent Copyright Cases .....                  | <i>Xu Chao</i>    | 250 |
| Legal Protection of Dictionary Works<br>..... | <i>Zhang Ping</i> | 278 |

**TRIALS AND ENFORCEMENT**

|                                              |                        |
|----------------------------------------------|------------------------|
| Judicial Protection of Intellectual Property |                        |
| in China .....                               | <i>Li Guoguang</i> 300 |
| Administrative Enforcement of the Law        |                        |
| against Unfair Competition .....             | <i>Li Bida</i> 311     |
| Beijing Wang Ma Computer Company vs. China   |                        |
| Dong Nan Technology Trade Corp: A Court      |                        |
| Decision .....                               | 318                    |

**LEGISLATION**

|                                                            |     |
|------------------------------------------------------------|-----|
| Measures for the Registration of Trade - Mark              |     |
| Licensing Contract .....                                   | 329 |
| Regulations for Supervising Industrial and                 |     |
| Commercial Administrations in Investigating                |     |
| and Punishing Trade - Mark Infringements .....             | 335 |
| Procedure for the Registration of Exclusive                |     |
| Rights to Trade - Marks Held in Pledge .....               | 338 |
| List of Well-Known Marks .....                             | 340 |
| Measures for the Control of the Publication of             |     |
| Reference Date .....                                       | 343 |
| Regulations for the Control of Printing Publications ..... | 346 |
| Regulations for the Protection of Traditional              |     |
| Arts and Crafts .....                                      | 353 |

**MISCELLANEOUS**

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| Members of the Editorial Board .....          | 357 |
| Beijing Intellectual Property Forum .....     | 367 |
| Notice Inviting Contributions for Award ..... | 368 |

## 著作权问答<sup>\*</sup>

迪茨<sup>\*\*</sup> 著

高琳 何育红 高思译 许超校

Answers to Questions by NCAC<sup>†</sup>

A. Dietz

**问题 1.** 根据中国民法通则第106条,公民法人由于过错侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。一般情况下,判断行为人是否构成侵权的要件是有无过错。只有法律明文规定的例外情况,例如从事高度危险工作(第123条)、饲养动物(第127条)等造成他人损害的,没有过错也要承担民事责任,即无过错责任原则。根据德国著作权法第97条和101条的规定,有过错的,承担包括赔偿在内的侵权责任;没有过错的,不承担

---

\* 这些问题及回答是迪茨教授根据1996年10月与国家版权局签定的协议而作的部分咨询。

\*\* 迪茨教授是德国慕尼黑马克斯·普兰克外国与国际专利,著作权和竞争法研究所部门主任,中国人民大学法学院客座教授,北京大学知识产权学院客座教授。

† For English version, see page 31.

赔偿责任,但是要承担其他民事责任,如停止侵害、销毁侵权制品和让与侵权制品等责任。根据上述德国著作权法的规定,是否可以得出结论:判断著作权侵权不以主观过错为唯一标准,如果客观上构成侵权,即使主观上没有过错,也要视为侵权,除了不承担赔偿责任外,还要承担其他责任。如果这种理解正确,能否认为在德国判断著作权侵权适用无过错责任原则。在德国,实践中如何判断有无过错。例如出版行业,如果出版社确实不知道作者的书稿涉及第三人的权利,而且在合同中让作者保证不侵犯他人的权利(免责条款),能否认为出版社已经尽到了自己的义务,在发生侵权后能否免除赔偿责任。

答:这是个非常基本的问题,远远超出了对德国著作权法第97条和101条的解释和适用,因为它和德国侵权法的基本概念有关<sup>①</sup>。为了更好地说明问题,我们先来看一看侵权法中有关责任的基本规定,即德国民法典第823条<sup>②</sup>。

“因故意或过失不法侵害他人生命,身体,健康,自由,所有权或其他权利者,对被害人负赔偿的义务。”

“违反以保护他人为目的的法律负相同的义务。若如依法律的内容,虽无过失也有可能违反此种法律者,仅在有过失时,始负赔偿损害的义务。”

概括地说,该条体现了国家版权局第一个问题涉及的所有因素。尤其要解释的是,德国侵权法坚持过错原则,即无论是故意还是过失,区别于客观的非法性。过错原则被认为是主观原因,是某人出于故意或过失对他人造成伤害的主观原因;而客观的非法性则被认为仅仅意味着在没有一个法律认可的合理情况下违反法律准则<sup>③</sup>。当然,在民事责任情况下,非法性和过错两个因素一般都会出现,从而引出大量责任,如赔偿损

① 见马可西尼斯(Markesinis)著“德国侵权法比较入门”第三版1994年牛津出版。

② 见马可西尼斯(Markesinis)前引文,第12页。

③ 见马可西尼斯(Markesinis)前引文,第68页。

失等。

然而,在某些例外情况下,可以没有过错因素,例如侵权者的错误正当,而客观非法性因素却存在。著作权法以及侵权法正是在这种例外情况下对个人要求进行区别<sup>④</sup>。著作权法第 97 条明确规定,只有非法性和过错同时存在,才能要求赔偿,禁令(停止侵权令)不必以侵权人同时具备过错和客观非法性为前提条件。这种客观非法性的情况排除了赔偿要求,不同于象驾车这样的高度危险行为的完全无过错责任情况。因为后一种情况下的责任也包括赔偿。至此,还不能说德国的著作权侵权适用无过错责任原则。

这种区分的实际结果在德国法尤其是著作权法中是很明显的:没有(主观)过错就没有赔偿。但另一方面,法律也不能容忍非法状况的继续存在。这就是根据著作权法第 98 条对侵权制品的禁令以及其它如销毁或让渡等要求至少在原则上仍然可获得的原因。以图书销售商为例,他购买了大量盗版书籍并且想再次销售,但他确实不知道这些书是非法的。如果他能证明自己没有过错,他就不必为已公开出售的盗版制品负责任。很显然,他也不能继续销售存货,否则,就会给他发布禁令以阻止他。当然,可以认为在销售商得知自己的非法状况时善意就不存在了;相反,以后继续销售盗版书籍就属于故意销售了。然而,即使在销售商意识到自己的非法处境之前,也可发布停止令。此外,法院也可能命令销售商让渡善意取得的盗版制品。

但由于著作权法考虑到,在没有故意和过失时,对禁令、让渡或销毁侵权制品等特殊要求有时会给“无辜”的侵权人带来太重的负担,因此,著作权法第 101 条规定,如果这些要求的执行会给侵权人造成严重的、不当的损害,而且受害人也被合理地要求接受现金补救,则允许侵权人以金

④ 见施利克(Schricker)编“著作权评论”,第 1107 页及其后以及 1119 页及其后,1987 年慕尼黑出版。

钱补偿。在这种情况下,应以受害人正常许可使用其作品的费用为合理的报酬。

当然,没有过错(故意或过失)是相对较少的例外情况,至少根据德国案例法的严格责任标准是这样的。尤其,在侵权人未能行使适当的注意,而法庭却严格适用注意责任的案例中,被认为是过失。另外,正如前面已提到的,一旦作者或其他著作权人已警告善意的侵权人,善意就不存在了。如果他不顾警告,继续他的侵权行为,则属于故意了。

最后,从严格的法庭判决角度看,原告不必证明被告的行为是过失还是故意,因为被告有举证责任,以表明自己的行为是正当的<sup>⑤</sup>。

就有关出版者的特殊情况而言,出版者在不知道作者的手稿包含第三者的权利,作者却在合同中保证其作品不侵犯他人权利(担保条款)时,这种情况就有些不同了。特别是出版者已让作者签订了担保条款这一事实在发生侵犯第三者权利的情况下并不能使出版者自己免于责任<sup>⑥</sup>。这里我们须区分外部关系和内部关系。在和第三者的外部关系上,出版者总是要为他生产、销售图书等行为负责。如果是侵权制品,就赔偿责任而言,我们必须问清出版者一方是否有故意或过失。德国法庭不会仅仅因为他基于作者的担保条款就使他免于过失的责任,因为出版者至少应以惯常方式检查作者交给他的书稿是否涉及第三者的权利。如果出版者至少承担过失责任,他就要向第三者赔偿,同时从和作者的内部关系中他可要求获得作者的补偿。

在实践中我们也不应该忘记,是否侵犯了第三方的权利这一问题经常是很复杂的,而不是简单的“是”或“不是”。出版者通常有法律助手,甚至在企业内部也有法律服务部门,如法律处等;因而一般他们有更多的专业经验,极容易处理复杂的法律形势,尤其是在模棱两可的情况下,

⑤ 见吕斯特(Ruster)著“世界知识产权指南”,第4-41页及其后,1991年德国,奥地利,瑞士,纽约出版。

⑥ 见施利克(Schricher)编“著作权评论”,第1120页。

而作者一般没有这样的法律助手,也无力支付所需的昂贵的律师费用。

在不清楚或有疑问的情况下,最好的办法是:当不清楚是否侵犯了第三者的权利时,作者应通知出版者,以便出版者能作必要的法律检查<sup>⑦</sup>。

**问题 2.** 中国的全国人大常委会已在1994年颁布了惩治侵犯著作权犯罪的决定。(该“决定”的有关内容已纳入1997年10月1日起施行的《刑法》——编者注)在执行这一刑事决定的过程中遇到了如何计算侵权制品的价值数额问题。例如查获的一件计算机程序盗版案件,侵权人销售侵权制品的价格每件只有12元,而一件侵权复制品包含的程序的正版市场价格至少3万元。如果按照侵权人的实际销售额计算,就不能追究其刑事责任。如果按照侵权复制品包含的程序的正版市场价格计算,可以按最重的刑罚判刑。在德国是如何看待这一问题的。

**答:**在分析刑事处罚犯罪行为的案例之前,我们先来分析一下民事责任案例中计算损失的方式。德国的理论和实践对工业产权以及著作权沿用三种计算损失的方法,即:1. 赔偿所受损失,包括利润的损失;2. 支付适当的许可证费;3. 偿还侵权人所获利润<sup>⑧</sup>。著作权人可选择对自己最为有利的计算方式。

实践中很少有人要求赔偿损失的利润。因为一般来说,很难证明侵权行为和损失的利润之间存在因果关系;同时,原告也不愿在诉讼中暴露自己的成本和利润状况。实践中最简单常用的计算方式是索赔适当的许可证费。通常普遍认可的许可证费即为适当的许可证费。当然,什么才是“适当的”这个问题需由侵权行为发生国家的实际情况来决定。对于盗版外国权利人的产品,他们国家适用的适当许可证费就不一定是决定因素。

就著作权侵权的刑事行为而言,依照德国著作权法第106条,根本不

<sup>⑦</sup> 见 Bappert, Maunz, Schricher 等著“出版权”,第288页及其后,1984年慕尼黑出版。

<sup>⑧</sup> 同<sup>⑥</sup>。

会出现计算侵权制品价值问题,因为对著作权侵权的处罚并不取决于侵权数额。对于非法复制、发行或公开传播作品等这类侵权行为侵权人应承担三年以下的徒刑或相应罚款的责任。当然,侵权人获利的数额将会影响法庭决定罚款或判刑的轻重。但相比中国法而言,德国法中没有关于非法所得数额的条款。

对于严重的,商业目的的侵权案件,可根据著作权法第108条a(1990年3月7日修订本),判处五年以下徒刑或相应的罚款。但同样,该条也没有关于侵权商业获利的下限规定。

同德国著作权法相反,中国全国人民代表大会关于惩治侵犯著作权犯罪的决定依据有较大或巨大数额非法所得来作出处罚。因而,正如国家版权局第二个问题中所考虑的,这似乎意味着在非法所得数额较少的情况下,侵权者将不受到刑事处罚。

但是,如果从德国民事责任案例中适用的“适当的许可证费”这个方面去考虑,至少我们可能会在一些案例中找到解决的办法。侵权人以很低的价格销售侵权制品所得的利润反映不出其实际获利。他真正的利润在于他没有支付作为一个正直守法的生产者必须支付的“适当的许可证费”而获得的收入。当然,在这样的情况下,决定许可证的正常市场价格的同样是侵权人所在国,而不是潜在的外国权利人的本国市场。

**问题3.** 权利人在起诉侵权时遇到的一个非常困难的问题是对侵权事实的举证。为了获得足够的证据,有时权利人不得不化装成顾客,购买或者订购侵权复制品。购买或者订购的物品以及发票专门作为证据提供给法庭。这种行为,在中国被称为“陷阱购买”。对于陷阱购买,目前有两种看法:一种认为是非法行为,特别是订购,属于诱导他人犯罪的行为,法庭不应采信;另一种认为,权利人的行为完全是为了向法庭作证,没有其他营利或者自用性质,侵权人应该知道,不论何人要求,都不得生产和销售侵权制品,所以法庭应该采信。在德国,是如何看待这个问题的。

**答:**“陷阱购买”这一问题在德国法律尤其是在不正当竞争法领域

中已找到了解决途径。“陷阱购买”通常称作“试验购买”，德国联邦最高法院在最近的两个判决<sup>⑨</sup>中已确认，试验性购买者为商品销售者或服务提供者的竞争对手进行的“试验购买”，只要符合正常购买者的行为，原则上是允许的。因为，零售商经营商店，企业向公众提供服务，这些都表示他们已做好给任何人出售商品或提供服务的准备，而不论商品或服务的购买者想要实现怎样的目的。因此，销售商不能禁止试验性购买者的正常购买行为<sup>⑩</sup>。

然而，这两个法院判决都不允许为收集证据而使用摄影。但实践中律师对此限制持有异议。由于一般来说，获得侵权制品的一个样本已足以证明著作权侵权，因而对摄影的限制在著作权案例中似乎不是主要相关的。在不正当竞争法领域内由案例法所发展的“陷阱购买”在著作权领域内也是合法的。

**问题 4.** 在执行著作权法的过程中，有时侵权人的行为没有完成就被发现，因执法机关采取的措施而终止，例如印刷厂私自印刷他人作品，经举报被执法机关强令停止印刷。此时的印刷物尚未发行。但是，如果不制止，就可能进入市场。这种行为虽然只停留在尚未公开的复制阶段，是否也应认定是侵权行为。

**答：**我们也许应首先将这个问题中提到的不同情况加以区分。按照最极端的设想，印刷者只是意图印刷侵权制品，但实际上还未开始做。这种情况下，只存在著作权侵权的危险，但还没有发生侵权。针对这种情况，德国著作权法以及民法一般规定了所谓的“预防性禁令”制度。

根据著作权法第 97 条第 1 款，“禁令”要求侵权者停止侵权行为，但

⑨ 1991 年 4 月 25 日的“试验性照片”判例，刊载于 GRUR 1991 年第 843 页（附有科林斯 KRINGS 的批评性评论）；以及 1996 年 5 月 23 日的“试验性照片”判例，刊载于 NJW-RR 1997 年第 104 页。

⑩ 见鲍姆巴赫，海弗梅尔（Baumbach, Hefermehl）著“竞争法”，第 526 页及其后，1996 年慕尼黑出版，第 19 版。

通常只在侵权行为有再发生的危险时才会发布。上面提到的在没有先前的侵权情况下,97条1款中规定的“侵权行为再发生的危险”也就不存在,因而也就不可能发布“禁令”。但将来侵权的危险仍是存在的。这就是德国的法律理论与实践在权利人能明确证实侵权行为有马上发生的危险时采用“预防性禁令”方法的原因。但该权利人必须能够证明,所要采取的预防措施同将要发生的侵权行为的关系。仅仅是推测或只在理论上侵权的可能是不够的<sup>①</sup>。

但是,如果像描述的情况,即使真正的侵权还没有发生,发布禁令也是可能的。对于已经开始印刷这样的案例,是可以获得禁令的。按照著作权所包含的各种权利如复制权,发行权,公开传播权等,未经许可的印刷,或者单是复制而没有进一步发行都已经构成侵犯著作权了,这是非常明确的。

根据德国著作权法的规定,著作权法第53条关于私人使用的例外不能适用于企业旨在日后发行的复制。因此,印刷人得不到任何宽恕。总之,国家版权局第四个问题中所描述的未公开的复制行为实际已经构成了侵权。

**问题5.** 各国著作权法对于合理使用的规定采取不同的形式:中国和德国的著作权法都具体规定了合理使用的情况。具体规定的形式是否会出现一方面扩大合理使用的范围,以致损害权利人的利益,另一方面排除本应属于合理使用的行为,例如电影学院的学生为完成作业,将他人的文字作品改编电影,只在课堂放映不公开使用。

**答:**合理使用原本是美国版权法中的概念<sup>②</sup>。合理使用的概念也出

<sup>①</sup> 见吕斯特(Ruster)前引文,第4—42。

<sup>②</sup> 见1976年美国版权法第107条。然而,需要指出,现行美国版权法除了总的合理使用规定(第107条)外,还包括大量附加和具体限制(第108条及其后)。1988年新的英国版权法(版权,外观设计和专利法)也存在同样情况(如第28条及其后),目前仍使用“合理使用”一词。

现在国际著作权法中,出现的形式在某些方面被予以现代化,尤其是在“与贸易有关的知识产权协议”(TRIPS)第13条以及最近的1996年世界知识产权组织著作权条约第10条中都阐明:出于某些特殊情况而在国家立法中对著作权所做的限制,不得与对作品的正常使用相冲突,并且不得合理地损害作者的合法权益。这条规定原本根据伯尔尼公约第9条第2款仅限于复制权,但现在已以这种方式普及到著作权保护的整个领域。

现代的合理使用概念可以同传统的欧洲大陆尤其是德国关于著作权的专门例外或限制规定相比较,这一点在著作权法第45条及其后条款已有体现<sup>⑬</sup>。即使现代形式的合理使用指的是“特定情况”,并很容易被理解为如德国和中国等国家著作权法中所列举的对著作权限制的类别,但是,德国(以及中国)的制度更为具体,在一定程度上比泛泛的合理使用概念更缺少灵活性。

就合理使用的一般概念和这些具体规定的关系而言,有些情况下,具体规定会超越在适用现代国际标准(该现代国际标准与作品的正常使用不冲突,也不损害作者的合法利益)时看来是合理的东西,这将导致国际法与国家法之间的矛盾。

当然,德国和中国一样,需受到或将要受到现代国际著作权保护条约的约束。因而国内的立法者和法院在实施国际条约时有时会遇到这样的问题,即在适用国际标准时,是否仍然应该或仍然允许在国内法中列举对著作权的限制(如德国著作权法第45条及其后几条,中国著作权法第22条)。世界贸易组织的争端解决程序最终将对此进行验证。

另一方面,很多情况下,国内著作权法中列的限制范围似乎比在国际条约合理使用条款下的“特定情况”要窄;那种情况下国内以及国际权利人要比第三方即作品使用者有利。即使国际条约的规定可能比国内法允许的范围广,使用受保护作品的利益第三方也不能援引国际条约。

<sup>⑬</sup> 见中国著作权法第22条。