



第十六卷

NUMBER FIFTEEN

中国方正出版社

2004 年12月 北京

知识产权研究

INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

第十六卷

Number Sixteen

唐广良

主 编

Tang Guangliang

Chief Editor

中国方正出版社

CHINESE FANGZHENG PUBLISHING HOUSE

2004.12

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权研究. 第 16 卷/唐广良主编: - 北京:
中国方正出版社, 2004.12
ISBN 7-80107-621-4

I. 知… II. 唐… III. 知识产权-研究-中国
IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 10558 号

知识产权研究
唐广良 主编

责任编辑: 邹楠
责任校对: 张蓉
责任印制: 郑新

出版发行: 中国方正出版社
(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)
发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 63094573
编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958
网址: www.FZPress.com
责编 E-mail: Zounan@FZPress.com

经 销: 新华书店
印 刷: 北京季蜂印刷有限公司

开 本: 850×1168 毫米 1/32 开
印 张: 14.75
字 数: 325 千字
版 次: 2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月北京第 1 次印刷
(版权所有, 侵权必究)

ISBN 7-80107-621-4

定价: 25.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

知识产权研究

INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

顾问委员会

EXPERT CONSULTING COMMITTEE

Zheng Chengsi 郑成思

William R. Cornish 威廉·R·科尼什

Paul Edward Geller 保罗·爱德华·盖勒

Adolf Dietz 阿道夫·迪茨

Michael D. Pendleton 迈克尔·D·彭德尔顿

主 编

唐广良

Chief Editor

Tang Guangliang

副 主 编

周 林

Associate Editor

Zhou Lin

编辑办公地点:

北京沙滩北街 15 号

邮编: 100720

电话: 6405 4144

传真: 6405 4144

电子信箱: ipstudies@sohu.com

Editorial Office:

15, Sha Tan Bei Jie, Beijing, China

Postcode: 100720

Tel: (86-10) 6405 4144

Fax: (86-10) 6405 4144

Email: ipstudies@sohu.com

编者的话

两年多以前，日本“知识产权战略审议会（Strategic Council on Intellectual Property）”推出了经过深思熟虑的《知识产权战略大纲（Intellectual Property Policy Outline）》，正式提出了“知识产权立国”的战略目标，并为重振日本经济与社会的活力而确定了将工业基础建立在无形资产之上的新思路。到目前为止，我们虽然还没有直接感受到这一战略大纲到底给日本带来了怎样的变化，但该大纲的公布对中国产生的影响却是我们可以感觉得到的。自 2003 年初起，日本政界、商界及学术界多次派代表团来华，并与中国的立法、司法、行政机关及学术界进行了广泛的接触。一方面，日本人意识到了过去对中国知识产权法律制度的轻视，因而急于了解中国的法律规范及其实施的情况；另一方面，通过各种渠道向中国宣传日本的思想与观点，甚至向中国施加压力，要求中国修改与完善相关的法律，以期为日本企业提供更加快速、有效的知识产权保护。

面对日本知识产权保护战略的变化以及由此带来的日本对外政策的变化，许多人士也发出了制订中国的知识产权战略计划的呼吁。2003 年 10 月 14 日，借中国“高校知识产权研究会”召开年会之际，近 10 所高校的副校长级人士与几位

博导曾通过媒体发布一份《关于中国知识产权人才培养的倡议书》，提倡首先在教育界开展并加强知识产权教育，加速培养知识产权法律专门人才。2004年6月，国家知识产权局曾邀请全国各地数十位知识产权学者、法官及相关政府机构官员，讨论制订中国的知识产权战略计划的问题。而在过去的两年多时间里，全国各地以“知识产权战略”为题的研讨会、报告会、新闻发布会等更是数不胜数。然而时至今日，我们还没有看到哪一个中国企业，或者哪一个地方政府制订出了真正的知识产权战略计划或纲要。

事实上，是否制订一部名为“战略纲要”或“战略计划”或类似名称的文件并不重要，重要的是承担着决策与管理职能的各部门与有关人士，以及包括专家、学者与裁决人员在内的全体社会公众应当对知识产权保护及其对中国的现实与长远影响有一种准确的认识，并以此指导自己的言行和工作。

记得在今年7月份的一次小型研讨会上，一位发言人援引2002年CIPR（Commission of Intellectual Property Rights，即“知识产权委员会”）报告中的一段话，认为“知识产权是富国的食粮，穷国的毒药”，并据此认为，中国在过去的十几年中不断加强的知识产权保护是一种错误。然而，当我们认真阅读CIPR报告时会发现，关于“知识产权保护是富国的食粮，穷国的毒药”的说法并非CIPR的观点。该报告的原文是：太长时间以来，知识产权被视为富国的食粮，穷国的毒药。我们希望本报告表明，事情并不那么简单。穷国照样可以发现它们的有用之处，前提是使其与当地的具体情况相适应。本委员会认为，每一个发展中国家都应当以最有利于其发展为基础来确定自己的胃口；国际社会及所有国家的政府也都应当依此原则来决策。俗话说，最适合自己的才是最好

的。因此，我并不赞同全盘否定知识产权保护的说法，并坚定地认为：保护知识产权应当是我们的基本国策的一部分，至于在何种出发点、何种水平、何种力度上保护知识产权，则是我们必须加以认真思考的问题。

可喜的是，已经有越来越多的人加入到了思考知识产权保护战略的行列，而且经过近两年的讨论，大多数人已经能够用一种较为平和的心态，站在一种较为客观的立场上探讨问题；过分情绪化的言论越来越少了。

本卷首先向读者展示了两篇探讨微观问题的长文。这两篇文章都是以美国法为背景而撰写的，其中一篇是刘家瑞先生博士论文的一部分，探讨的是网络服务商责任这样一个相对较“老”的话题。然而话题虽老，其中反映出的问题及相应的观点确值得每一位对该话题感兴趣者注意。所以这样讲，是因为在过去的近四年时间里，尽管有数不清的人都在谈论美国的 DMCA，但真正读懂，或者真正读过该法案及其背景资料的人可能并不多，以致出现了许多以讹传讹的说法，如关于服务商分类的说法、服务商免责的说法等。更严重的是，某些对 DMCA 的误解已经在中国的相关立法及司法解释中得以体现。刘家瑞先生的文章既有深入的理论分析，又包含了支持相关理论的司法实践及决策背景资料。相信读者能够从中获知的不仅仅是美国的学说与做法，而且还有这些学者与做法背后更深层次的政策思考。但是，本卷收入刘家瑞先生的文章还有一个更重要的目的，那就是为研究外国法的人士提供一种样板，希望大家都能够真正读懂外国法之后再写文章，以免给读者带来负面影响。

高富平先生的文章是用英文写成的，后面附的中文是由侍孝祥先生翻译的。该文研究的是美国的另外一部法案，即

《统一计算机信息交易法 (Uniform Computer Information Transaction Act, 简称 UCITA)》。该文的突出特点就是采用美国式的思维与行文方式,以中国人的视角来介绍和分析美国法。一方面,文章从多角度、多层面向我们展示了美国人在制订一部法律之前、之时及之后所进行的各种细致入微的讨论与探究;另一方面,作者在脚注中列出了大量的引文及注释,给我们提供了丰富的信息源。文章对各种理论与现实问题的探讨则充分体现了一部法律可能对美国社会产生的影响,以及美国社会各阶层、各领域人士对一部法律的关注。

虽然从表面上看,放在前面的两篇文章与知识产权保护战略风马牛不相及,但我希望通过这两篇文章,读者能够对知识产权保护与一个国家具体国情之间的关系有更深刻的理解。实际上,除了周林教授及魏衍亮先生的文章直接使用了“知识产权战略”一词外,本卷收录的其他文章都不是专门探讨知识产权战略问题的。但是,至少被归入“战略与制度”部分的作品都或多或少地包含了战略性思考。

周林教授用英文撰写了他对中国制订知识产权保护战略的观点。在他看来,中国已经具备了制订自己的知识产权保护战略的客观与主观条件。与此同时,他对中国的知识产权保护战略中应明确的几个基本立场问题明确提出了自己的看法。魏衍亮博士通过考察外国企业的专利池战略,向我们揭示了跨国公司及其来源国利用专利制度占领国际市场,打击竞争对手的做法及其影响,并据此为成长中的中国企业制订自己的专利战略提出可供借鉴的思路。

可以说,同样提知识产权战略,国家战略与企业战略是完全不同的两回事。一个国家的总体战略必须以有利于民族产业的整体发展为出发点;一个企业的战略则以有利于本企

业的生存与快速成长为目标。国家知识产权保护战略的制订，核心问题是如何最大限度地阻止跨国公司利用知识产权制度打击成长中的本地产业，并最大限度地保护本地产业特有的优势；而企业知识产权战略的核心则是如何最大限度地利用现有的法律制度维护自己的利益，以及如何利用各种机会推动法律制度朝着最有利于自己利益的方向发展。就此而言，唤起中国企业的知识产权战略意识可能比推动国家制订总体知识产权保护战略更具紧迫性。为此，我们期待着越来越多的企业经营者阅读我们的出版物，并积极地参与到中国知识产权法律制度建设的行动中来。

大家都知道，不论一个法律制度中的法律规范被写成什么样，最终决定该法律制度之社会效应的因素都是享有最终裁判权的专门机构——法院。在中国的知识产权法律制度发展与成熟过程中，法院及法官的作用可以说是至关重要的。与其他部门法领域的法官相比，知识产权法官们大多是与立法工作同步开始其执法活动的。更为突出的是，许多知识产权法官一边执法，一边在探索完善相关法律制度之道，因而十几年来，有相当一部分法官同时就是其所涉足的领域内的知名专家。近年来，虽然知识产权领域内有能力撰写文章的人士日益增多，但法官队伍中学者型法官在知识产权文献作者中的地位依然是不可忽视的。

本卷收录了6位法官基于其办案经验撰写的论文。本领域的读者们可能会有一种印象，那就是：法官们大多都在探讨如何加强知识产权保护，或者如何利用现有法律为那些尚未被明确纳入保护范围的社会现象提供保护的问题。但细心的读者会发现，在我们本卷刊载的作品中，法官们对知识产权保护问题的思考已经表现出了更多的冷静和客观。尽管如

此，我还是要重复我的观点，即法官的核心职责是准确、公平、客观地执行现有的法律，并在必要时根据法律的精神就现有法律中未明确涉及的问题作出公正的判断，而不是绞尽脑汁为自称受到侵害的权利人寻找胜诉的依据。我始终认为，相比较之下，那些在现有法律制度之下没有机会获得太多权利的人更需要法律（尤其是法院）的保护。

今天的世界已经是一个各个国家、各个地区、各个民族相互依赖，谁也不可能真正独立生存和发展的整体。在经济全球化的背景之下，任何一个国家都不可能完全不顾及其他国家和地区的利益与要求而孤注一掷地制定并推行自己的一套行为规则。当我们反复强调中国应有自己的知识产权保护战略时，我们并不反对借鉴，甚至必要时照搬其他国家现成的经验，关键是我们必须真正了解自己的实际情况和需要。当然，所谓的实际情况和需要不能仅由在社会活动中有发言权的少数人来判断，而必须把没有发言权或少有发言权的大多数人的利益放在第一位加以考虑。

本卷的“国际视野”部分收录了2篇涉及外国法及国际法最新发展的文章，有助于我们了解相关领域法律制度的发展趋势，对于中国知识产权保护制度总体走向更加完备应有一定的参考价值。

唐广良

2004年7月

目 录

【专论】

- 论网络服务商的版权间接责任 刘家瑞 (1)
信息社会的主题: 信息财产 高富平 (45)

【战略与制度】

- 关于中国知识产权战略的几点思考 周 林 (275)
通过考察“专利池”审视 DVD 收费事件与
企业知识产权战略 魏衍亮 (282)
论传统知识产权权利的实现形式 龙 文 (311)
关于民间文学艺术知识产权权利主体的思考
..... 孙 雷 (326)

【法官论坛】

- 外观设计与其他知识产权的关系 程永顺 (333)
报刊未经许可复制转载网络作品的行为所涉及的
几个法律问题 谭筱清 (353)
商业秘密司法保护若干问题研究 苏德军 (366)
试论知识产权侵权赔偿归责原则的再定位
..... 陈惠珍 徐 俊 (389)

知识产权侵权的归责原则	陈思贤 (405)
请求确认不侵犯专利权制度的设立及纠纷解决 机制	姚兵兵 (417)

【国际视野】

美国形象权法的三大进展	王立争 (431)
日本计算机软件复制权侵权的认定与抗辩	曾 彤 (446)

CONTENT

[Articles]

Indirect Copyright Liabilities of Internet

Services Providers *Liu Jiarui* (1)

Information Property as a Worldwide Theme in

Information Age *Gao Fuping* (45)

[STRATEGY AND SYSTEM]

Several Considerations on China's IPR Strategy

..... *Zhou Lin* (275)

Review of American Patent Pools and IP Strategies

of Chinese Enterprises *Wei Yanliang* (282)

The Frame of Property Protection for Traditional

Knowledge *Long Wen* (311)

Consideration on the Right Holders of the Traditional

Knowledge *Sun Lei* (326)

[Forum of the Judges]

Relationship between Industrial Design and Other

Intellectual Property *Cheng Yongshun* (333)

Unauthorized Re-publication of Internet Based Works by Newspapers And Magazines	<i>Tan Xiaoqing</i> (353)
Several Issues of the Protection of Trade Secrete	<i>Su Dejun</i> (366)
On the Principle of Liability in the Damages of IPR Infringement	<i>Chen Huizheng Xujun</i> (389)
Principle of the Liability of IPR Infringement	<i>Chen Sixian</i> (405)
Claim of Un-infringement of Patent and Its System	<i>Yao Binbin</i> (417)

【International Prospect】

New Developments of the Right of Publicity in the U.S.	<i>Wang Lizheng</i> (431)
Infringement of Reproduction Right on Computer Software in Japan	<i>Zeng Tong</i> (446)

【专论】

论网络服务商的版权间接责任

刘家瑞*

Indirect Copyright Liabilities of Internet Services Providers[†]

Liu Jiarui

一、概 述

虽然网络服务商（“Internet Service Provider”或者“ISP”）是近年来网络版权研究中最常见的名词之一，但无论在技术上还是在版权法上，它都没有约定俗成的确切涵义。网络服务商的范围有时候可以十分宽泛，包括提供任何与互联网有关的信息或者技术设备的服务商；在这个

* 刘家瑞，中国社会科学院知识产权中心，法学博士。

† For English summary, see page 43.

意义上,网络服务商又被称为在线服务商 (“Online Service Provider” 或者 “OSP”)¹。在另一些场合,网络服务商被用来与网络内容商 (“Internet Content Provider” 或者 “ICP”) 相对,前者仅仅包括技术设备等网络硬件的提供者,而后者仅仅包括信息的提供者;在这个意义上,网络服务商和网络内容商的服务加在一起才是所有的在线服务项目。²

值得注意的是,网络服务商与网络内容商的严格划分,在现今的网络市场条件下,意义已经不是很大了。近几年来,网络信息服务业务与网络技术设施业务逐步相互渗透和相互融合,实践中很难再找出严格意义上的网络服务商或网络内容商。例如,主要经营网络接入业务的“美国在线”(“AOL”),与经营电影和音乐的“时代华纳”(“Time Warner”)合并,产生了网络信息娱乐业的航空母舰。即使不通过兼并和收购,一些传统的技术设施提供者也开始拓展信息提供业务,典型的例子是,作为电脑硬件巨头的 DELL 公司,于 2003 年令人吃惊地推出了网络音乐下载服务。³更重要的是,一些技术提供者开发的软件,当安装在服务器中协助网络传输时,可以作为网络设施的组成部分;而这些软件本身也可以作为信息在互联网上被上传和下载。所以许多软件开发商可以说既是网络服务商又是网络内容商。有鉴于此,本文将在较广泛的意义上使用“网络服务商”的提法,而不拘泥于网络服务商和网络内容商的划分。

1 参见德国 1997 年《信息和电信服务法》(又称“多媒体法”)第 1 条:“服务商是指将自己或者第三人的电信服务提供他人使用,或者为该使用提供接入的任何主体。”这里的“电信服务”既包括通讯服务,也包括信息服务。

2 参见美国 1998 年《数字千年版权法》(又称“DMCA”), 17 U.S.C. § 512 (k) (1) (A): “an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user's choosing, without modification to the content of the material as sent or received ...”.

3 See Terril Yue Jones, Dell Targets Consumers With TVs, Digital Music, L. A. Times, Sep. 26, 2003, available at <http://www.latimes.com/technology/la-fi-dell26sep26, 1, 517355.story>.

不过,由于本文主要针对侵犯版权的间接责任,所以讨论重点将是网络用户(包括商务用户和个人用户)利用网络服务商的技术设施提供侵权作品,网络服务商可能因此承担何种责任;网络服务商如果完全因为自己提供的信息而侵犯版权,则基本上仅仅涉及直接责任,不在本文的讨论重点之内。因为网络用户的行为承担间接责任的服务商,在现有的判例中主要包括以下几种:

(1) 网络基础设施提供者,包括电话线,宽带和路由器(“Router”)的经营者。

(2) 网络接入提供者(“Access Provider”),即向企业和个人用户提供连接互联网接口的经营者。网络用户一般通过接入提供者的服务器与互联网进行连接。接入提供者有时还提供一些电子邮件的服务。

(3) 电子公告板(“Bulletin Board Service”或者“BBS”)提供者。所谓BBS,是指经营者通过自己的服务器,在互联网中提供一块虚拟空间,供网络用户自由上载和下载文件。如果将许多主题和内容相近的BBS连接起来,进行资源共享,就构成了新闻组(“News Group”)。大部分的BBS还同时经营着网上聊天室(“Chat Room”)。

(4) 网站支持服务(“Website Hosting Service”)提供者,是指网络服务商向他人出租一定的服务器空间,以供他人建立网站或者个人主页。

(5) 搜索引擎(“Search Engine”)提供者,即为网络用户提供相关信息的检索和连接的经营者。互联网中比较典型的搜索引擎包括Yahoo!, Google 和 Sohu 等。

(6) 文件共享技术(“File Sharing”)提供者。所谓文件共享技术,是指帮助网络终端实现用户到用户直接文件传输的技术模式。

网络网络服务商间接责任问题在很大程度上具有一般性,所以本节对上述服务类型将进行综合探讨,而不是分门别类式的论述。此外需要指出的是,现今许多国家对网络服务商的版权责任已经作出了专门的立