



第六卷

NUMBER SIX

中国方正出版社

1998年11月 北京



知识产权
研究
中国知识产权
研究会
2000年10月

知识产权研究

INTELLECTUAL PROPERTY STUDIES

第六卷

Number Six

郑成思

主 编

Zheng Chengsi

Chief Editor

中国方正出版社

CHINESE FANGZHENG PUBLISHING HOUSE

1998.11

图书在版编目(CIP)数据

知识产权研究 第六卷/郑成思主编. —北京:中国方正出版社, 1998. 11

ISBN 7-80107-270-7

I. 知… II. 郑… III. 知识产权—研究—中国
IV. D923.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 35045 号

知识产权研究(第六卷)

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:10.5 字数:280 千字

1998 年 11 月北京第 1 版 1998 年 11 月第 1 次印刷

印数:1—3500 册 定价:25 元

(本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

版权及其替代物	保罗·戈尔茨坦 1
论数字版权的利益平衡	袁 泳 19
专利制度在我国科技进步和经济发展中的 作用	陈美章 49
论国际知识产权管辖权制度的新发展及其 法律意义	刘家瑞 77
反不正当竞争法在国内外的新发展	郑成思 95
商标的注册和保护在中国	陈学民 107
制止商标抢注行为的法律思考	法 严 123
对商标法有关质量监督管理条款的修改 意见	李顺德 135
外观设计与商标保护	李明德 169

案例分析

中国首例“反向假冒”案评析(英)	郑成思 192
审理“枫叶”诉“鳄鱼”案的几个问题	罗东川 199
一起侵犯著作权纠纷案及评析	陈锦川 206
《马路天使》著作权是否已过保护期	张广良 219

司法与执法

适应知识经济迅猛发展的形势,进一步开创 知识产权审判工作新局面	周智勇 230
发挥审判职能作用,依法公正审理知识产权 二审案件 ... 北京市高级人民法院知识产权审判庭	243
北京市京工服装工业集团服装一厂诉鳄鱼 国际机构(私人)有限公司等民事判决书(一审)	252
北京市海淀区人民检察院诉印平华刑事 判决书	260
“三毛及图”商标注册不当案终局裁定书	264
“三毛”商标注册不当终局裁定书	267
北京市高级人民法院关于知识产权纠纷 案件集中审理的通知	269
最高人民法院知识产权纠纷案件收案统计	271

法律·法规·规章

关于多件注册商标组合使用及并列使用问 题的意见	272
关于将驰名商标作为域名注册的通知	273
WIPO 1996 年关于反不正当竞争保护的示范规定	276
WIPO 1996 年关于反不正当竞争保护的示范 规定(注解)	286

CONTENTS

ARTICLES

- Copyright and Its Substitutes *Paul Goldstein* 1
- Balance of Rights in Digital Copyright *Grace Yuan* 19
- The Functions of Patent System on Scientific
and Technological Progrss and Economical
Development in China *Chen Meizhang* 49
- New Development of International Jurisdiction in
Cases concerning Intellectual Property
and Its Legal Implications *Liu Jiarui* 77
- New Development of Unfair Competition Law
in China and Abroad *Zheng Chengsi* 95
- Registration and Enforcement of Trademarks
in China: A Practical Analysis *Chen Xuemin* 107
- Legal Insights into the Evil Trademark
Registration *Fa Yan* 123
- Proposals for the Modification of Provisions
on Quality Control and Management in
the Chinese Trademark Law *Li Shunde* 135
- Design and Trademark *Li Mingde* 169

CASES AND COMMENTS

- The First Case Concerning Inverse Passing-off

in China	<i>Zheng Chengsi</i>	192
Several Issues involving the Case of Maple Leaves v. Crocodile	<i>Luo Dongchuan</i>	199
Case Study of a Copyright Infringement Case	<i>Chen Jinchuan</i>	206
Whether the Copyright Protection Period for the Angle of the Road is Expired	<i>Zhang Guangliang</i>	219

JUDICATURE AND ENFORCEMENT

Meeting the Requirement of the Development of Knowledge Economy, and Further Creating a New Situation for the Trial of Intellectual Property Cases	<i>Zhou Zhiyong</i>	230
To Fully Perform the Trial Function, and Handle the Appellate Intellectual Property Cases Fairly According to Law <i>IP Tribunal of Beijing Higher People's Court</i>		243
The Judgement on Beijing Jinggong Garment Indus- try Group No. 1 Factory v. Crocodile International Agency (Private) Co., Ltd. et. al (first decision)		252
Criminal Judgement of Beijing Haidian District People's Procuratorate v. Yin Pinghua		260
Final Decision on the Improper Registration of Trademark of "Sanmao and Picture"		264
Final Decision on the Improper Registration of Trademark of "Sanmao"		267
Notice on the Centralized Trials of Intellectual Property Cases Issued by Beijing Higher People's Court		269
Statistics on Intellectual Property Cases Handled		

by People's Courts	271
--------------------------	-----

LAWS, REGULATIONS AND RULES

Opinions on the Issues of Combination Use and Side-by-side Use of Multiple Registered Trademarks	272
Notice on the Domain Name Registration for Well-known Trademarks	273
Model Provisions on Protection Against Unfair Competition	276
Model Provisions on Protection Against Unfair Competition (Notes)	286

版权及其替代物^{*}

保罗·戈尔茨坦^{**}

Copyright and Its Substitutes[†]

Paul Goldstein

目前,从数字网络上文学及艺术作品传播的趋势来看,它将要改变普通法系版权及大陆法系作者权的作用。无疑,电子合同及数字加密将很快与版权及作者权一起,成为作者及其读者之间的基本桥梁。读者、听众及观众利用其计算机不仅能够从一个庞大的数字仓库中选取一本新上市的中意的图书、唱片或电影,而且还能够以电子形式与那些作品的所有者就使用条件订立合同。数字加密将防止那些尚未购买解密匙的人从数字仓库中获取作品。

* 本文首次发表于 1997 年《威斯康星法律评论》第 865 页。

** 斯坦福大学利利克特聘法学教授。本文的一个早期版本曾于 1997 年 9 月 25 日在威斯康星法学院 1997 年卡斯腾梅尔讲座上发表。

† For English version, see page 9.

电子合同及数字加密向立法者提出的一个最重要的问题是,这些新的保护机制是否纳入版权范畴。今天,合同及加密完全处于版权之外;它们是版权的替代物,而不是补充物。合同及加密是独立的系统,它们可以在一个根本不知版权及作者权为何物的领域里充分发挥作用,这就意味着,如果没有法律介入,它们处置文学及艺术产品的行为,甚至不会受到版权最基本概念——有期限的保护期、构思—表现划分、合理使用抗辩——的约束。

电子合同及数字加密对习惯于由版权或作者权调节其文化环境的社会提出了挑战。文化进步是建立在前人肩膀之上的,版权及作者权正是把这一点作为其核心内容的。版权及作者权的多数(如果说不是所有的)理论都在于对过去的权利与将来的权利进行调节。但这些理论,甚至推动这些理论的意向,没有一条能够在合同或加密中取得一席之地。

本文的要点在于说明,二百多年以来是版权及作者权才使为世人所接受的文化及政治环境得以维系,而在未来只有合同及加密这些版权的替代物接受了版权的制约,这种文化及政治环境才能够获得最有力的保障。

一、合 同

版权合同长期以来一直在版权制度中发挥作用。作者与出版者将其版权划分再划分,从每一个可能的市场上获取利益。如果连载、平装本、电影及电视市场同样具有图表1吸引力的话,那么,仅仅签订一个出版精装本小说的合同就不够了。版权合同可以做更多的事情,而不仅仅是切割版权这块馅饼。它可以通过向被许可人授予各种专有权的形式使这块馅饼本身增大,把文学或艺术作品投放到那些最能获利的市场。

有时,签订版权合同是不实际的。因为作成一笔交易的代价往往远远超过了获得使用权后所能带来的利益的价值。例如,当一个学校的教

师希望复印一首短诗以供课堂讨论时,他就会发现与版权所有人进行联系和谈判的代价超过了可能给学生带来的利益。在此情况下,版权理论只能尽力追求那种版权合同切合实际所有可能产生的效果。在确信有比无好的前提下,美国的合理使用理论(其他国家也有相似的理论)在这个例子中将允许那位教师为教育目的免费使用。结果,这块版权馅饼尽管不像通过谈判达成使用许可条件下那样大,却比既不许可亦不使用时要大。¹

电子合同可以克服交易成本这一难题。使教师接触到诗歌图书馆的同样的信息网,将会提供每一项在线复制的价格,那位教师只需点击一下计算机上的鼠标器即可作出接受或拒绝的选择。今后,在更大规模上,将会出现一种“天上的自动点唱机”²,一种能够使消费者作出选择的销售和传播的奇迹。人们可以从一个巨大的信息及娱乐产品仓库中选择他们喜欢的作品,并根据需要把它们转移到办公室或居室里,所有开销将即刻记入账单。《WIPO 版权条约》第 12 条要求其签约国采取充分及有效的法律救济措施,以确保权利管理信息的完整,这就赋予电子许可证贸易以有效的法律支持。³

随着过去那种沉重的合同谈判费用在电子合同中几乎减少到零,合理使用理论在经济方面便失去了其存在的根据,因为这一理论存在的理

1 关于合理使用作为消除交易费用问题的一种手段,见温迪·杰·戈登著《销售失败时的合理使用:Betamax 商标案及其原有标志的结构及经济分析》,载 1982 年《哥伦比亚法律评论》第 82 卷第 1600 页。另见保罗·戈尔茨坦著《版权》(1996 年第 2 版)第 2 卷第 10·1·1 节。

2 对此问题的进一步讨论,见保罗·戈尔茨坦,《版权高速公路——从谷登堡到自动电唱机》(1994 年版)。

3 第 12 条将“权利管理信息”定义为:

识别作品、作品的作者、对作品拥有权利的所有人的信息,或有关作品使用的费用和条件的信息,以及代表这种信息的任何数字或代码,任何这些信息内容均附在作品复制件上或在作品向公众传播时出现。

1996 年 12 月 20 日世界知识产权组织:版权条约,第 12 条(2),[以下称《WIPO 版权条约》]。

由就是解决交易费用问题。在此情况下,电子合同便可以要求那位学校教师因其对有关材料的使用而交纳一定的费用,而这种使用在过去却是被法律规定为合理使用不必交费的。

但是,如果一个版权所有者,利用这样一个电子许可方式,去控制出于并非交易费用的某种原因而无须交费的使用,情况会是怎样呢?美国的一些法院认为,为了弄清楚程序当中不受保护的功能因素而去分解一件受版权保护的计算机程序,在这种情况下使用属于合理使用。那么,禁止这种合理使用的合同是否有效呢?美国法院认为,类似这样的合同是无效的。⁴ 同样,《1991年欧盟软件指令》第6条(1)规定,如果必须通过复制才能取得有关电脑共用程序的信息资料,那么,在任何时候复制计算码都无需交费。⁵ 该指令第9条(1)规定,“任何与第6条以及其它各条相悖的合同条款”——“都是无效的”⁶。

长期以来,版权合同一直靠近版权领域:合同讨价还价的客体也是版权的客体;合同所包含的权利,也是版权所包含权利;合同的期限也是版权的期限;除了预期版税支付及有关经济义务以外,版权法本身没有规定的义务合同不会强加。但是,如果现在的收缩式协议具有某种象征的话,那么未来的合同将大大偏离版权范围。合同不仅比它们所要转移的版权内容增大许多,它们最终会失去其在版权的依靠,并完全从版权中摆脱出来。

那些拥用大量支持新的创作作品投入的订户的合同——这种在三个世纪以前不可能的事情,而且正因如此版权的存在才成为必要——在将来不仅可能而且可行,并将有效地替代版权及对版权起限定作用的内部

4 例如,见 DSC 传播公司诉 DGI 技术公司案(第五巡回法庭,1996年)载《联邦判例汇编》第3编第81卷第597页;Laser comb Am 公司诉雷诺兹案(第四巡回法庭,1990年),载《联邦判例汇编》第2编第911卷第970页。

5 关于计算机程序法律保护委员会指令第91/250号,第6条(1),1991 O·J (L122)42,45。

6 同上,第9条(1)。

平衡机制。

对于版权在鼓励创作与确保公众能够接触文学及艺术作品复制品之间所取得的平衡来说,这种变化预示着什么?当然,“知识产权”这个标签,不能准确地适用于这种基于合同的制度。作为一种组织投资活动的工具,合同有能力将信息的生产和传播与版权或任何其他知识产权平衡规则完全分开。仅举一个例子,合同法没有内部逻辑,要求它遵守这样一个原则,即艺术表现受到保护,而构思或其他构筑表现的材料不受保护。禁止使用构成文学或艺术作品基础的构思的合同有效吗?

版权合同在过去之所以很少偏离版权授权范围,一个原因是出于习惯与道德良心;所转让的只是一项版权,而民间合同没有理由超出版权范围。至少在美国,另一个原因是,合同法是 50 个州的权力,而版权法却是美国国会的权力。依据《美国宪法》,联邦法具有最高效力,任何与版权规则冲突的州法都必须服从它。

二、加 密

监督众多的自动化合同的履行情况与监督分布广泛的用户对版权规则的遵守情况所要付出的代价,很可能是一样大的。纠正信息网络上的合同违约行为与纠正版权侵权行为一样耗费资财。于是信息和娱乐的销售者们便将对内容加密作为一种更有效的执行起来费用更低的手段以取代版权及合同。欧委会的法律顾问已经注意到“加密将作为主要的信息保护措施逐步取代版权”⁷。

7 法律顾问团对信息社会版权及相关权绿皮书的回答(1997 年 12 月 20 日从互联网上查阅)<<http://www2.echo.u/ legal/en/ipr/reply/techprot.html#HD-NM-5>>[以下称对绿皮书的回答]。综合性参考见托马斯·C·文杰著《勇敢的技术保护制度新世界:有版权的空间吗?》,载 1996 年《欧洲知识产权评论》第 18 卷第 431 页。

加密措施并不比电子合同更值得贴上“知识产权”的标签。加密是一种技术措施而非法理论,它也不像合同那样对版权规则有包容性。《WIPO 版权条约》第 11 条试图将加密与版权规则联系起来,该条约要求“为制止对有效的技术措施的侵害行为,应当采取充分的法律保护和有效的法律救济措施”⁸。第 11 条试图通过将必须的救济措施限定在版权范围内——即将合法的技术措施限定在与作品有关的“作者用来”保护版权及限制非经授权或豁免行为的范围内——的办法将加密措施与版权标准联系起来⁹。

近来提交美国国会旨在实施第 11 条规定的议案比条约本身走得更远,这个议案实际上是将美国调整规避行为的法律与版权规则分割开来¹⁰。例如,这个议案将“那种对有效地控制受保护作品的接触的技术保护措施”¹¹视为非法行为。该议案的核心概念“接触”在《美国版权法》所保护的专有权利中没有相对应的概念,也不在《版权法》所规定的豁免范围之中。它在版权规则中缺乏理论基础。

《WIPO 版权条约》第 11 条以及相关的实施该条的立法存在的问题就在于其不公正性。该条将对版权客体的解密行为规定为非法行为,但却没有将对不受版权保护的客体的加密行为规定为非法行为。例如,该条款允许数据库的卖主自由地对一组不受版权保护的数据以一段导言或一个关键数码系统的形式贴上一个版权的标签,然后把整个数据库加密,并依据第 11 条所制定的国内法阻止他人对整个产品解密。

只有一种能够将那些把产品中显然应当划分为公有领域的材料予以加密的行为规定为非法行为的措施,才能在版权领域中实现平衡和公正——让那些受版权保护的内容加密,而让公有领域的内容向公众开放。

8 前述注 3,《WIPO 版权条约》。

9 同上。

10 1997 年第 105 届国会议案第 1121 项。

11 同上第 3 段。

一部作品属于公有领域这一事实很可能会被人们认为这部作品随时可以从其他未经加密的材料中无偿得到。然而,作为法律概念的公有领域与现实市场上的公用有很大差别。如果没有任何一个机构受经济利益驱动而为人们无偿利用公有领域提供方便,公有领域就不可能无偿得到。另外,正如欧委会法律团所指出的那样:“对技术保护设施的广泛运用可能会在事实上产生新的信息垄断现象。涉及公有领域的材料,问题尤其严重”¹²。法律对于加密信息和娱乐产品的规避行为所采取的措施将最终取决于在法律面前公有领域的价值。认为其价值高,对其加密的行为将受到坚决禁止;认为其价值低,付议中的美国议案所提出的限制性措施将被勉强接受。

三、版权规则的作用

乍一看,通过电子合同和数字加密,严重困扰版权实施的计算机信息技术好象挽救了版权。而现实绝非如此简单。对文学艺术作品的利用最终均属个人利用。监督与制裁个人的合同违约行为与监督与制裁版权侵权行为至少是一样地耗费钱财。制止解密的法律规则执行起来费用也很高。另外,绝对禁止,无论是通过合同还是通过加密,即使有法律的强制力作后盾,也几乎是不可能为公众所接受的。严厉的控制社会的措施通常会造成更大的不满而不是服从。例如,禁酒令并没有减少酒精的消费量。版权平衡的最大优点就在于它能够平衡作者的利益与公众的需求。这种平衡状态经历了时间的考验,并随着时间的推移而逐步形成。无论这种平衡多么不完整,它还是因其合理性而赢得了人们的遵从。

因而,这只能说明把自己的产品完全托付于合同及加密措施的信息和娱乐产品的卖主们,拿版权换取这两个相对没有强制力的替代物是做

12 前述注 7,对绿皮书的回答。