

中国社会科学院知识产权中心

Intellectual Property Center Chinese Academy of Social Sciences

知识产权研究

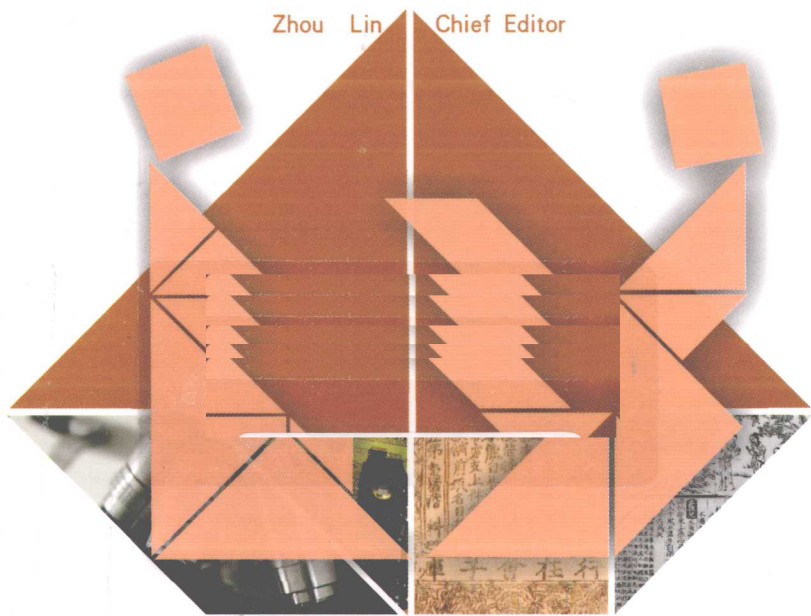
Intellectual Property Studies

■ 第十九卷 ■

Number Nineteen

周 林 主编

Zhou Lin Chief Editor



2009年12月

December 2009



知识产权出版社

中国社会科学院知识产权中心

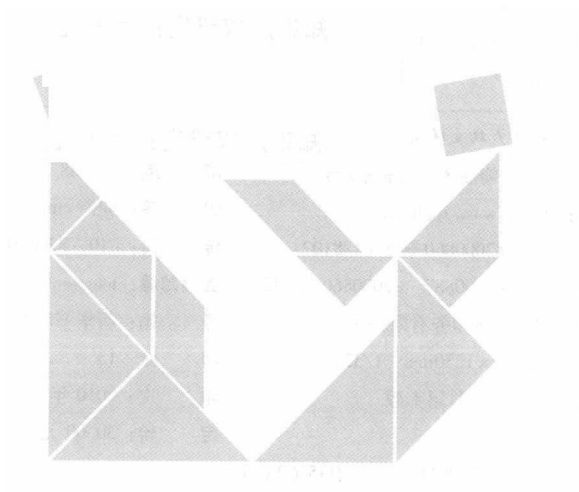
Intellectual Property Center Chinese Academy of Social Sciences

知识产权研究

Intellectual Property Studies

■ 第十九卷 ■

Number Nineteen



知识产权出版社

内容提要

本书系列出版物阶段性地汇集了国内外知识产权研究领域前沿理论、学术观点、问题探讨、案例分析和实证调研,跟踪展示知识产权研究领域的主要问题和研究水平。

读者对象:法学和知识产权学界理论及实务工作者,高等院校法律及知识产权相关专业师生。

责任编辑:龙文

装帧设计:开元图文

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

知识产权研究:第十九卷/周林主编. —北京:知识产权出版社,2010.2
ISBN 978-7-80247-871-8

I. ①知… II. ①周… III. ①知识产权-文集 IV. ①D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第026844号

知识产权研究:第十九卷

Zhishichanquan Yanjiu: Di Shijiu Juan

周林 主编

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

责编电话:010-82000887 82000860 转 8123

印 刷:北京凯达印务有限公司

开 本:880mm×1230mm 1/32

版 次:2010年2月第1版

字 数:400千字

邮 编:100088

邮 箱:bjb@cnipr.com

传 真:010-82005070/82000893

责编邮箱:longwen@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:13

印 次:2010年2月第1次印刷

定 价:30.00元

ISBN 978-7-80247-871-8/D·935(2835)

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

编者的话

2009年11月，世界知识产权组织创意产业部主席迪米特·甘特雪夫在中国北京表示，根据最新统计，中国版权产业对GDP的贡献已达到6.5%，对中国就业的贡献占6.8%，明显超过世界平均水平。根据世界知识产权组织最新的调查报告，全球版权产业对GDP的贡献大概是5.6%，对就业贡献是5.8%，而中国要普遍高于这一水平。

记录下这个数据是有意义的。因为，当下在某些地方“知识产权被当作歌儿来唱”，表面看上去红红火火、热热闹闹，实际上拿不出一个实例告诉大家，知识产权究竟给企业/个人带来了什么好处。但是，为了避免被忽悠，我们还需要进一步了解这个数据产生的细节，以及这个数据与中国以往相关数据（如果有的话）和今年及往后若干年有关数据的比较。

给本卷供稿的美国版权法专家盖勒先生对版权始终保持清醒。他说，“版权法处于危机关头。从出版社到互联网在内的各个媒体给这部法施加的压力与日俱增。因而版权法变得越来越复杂且越来越不可靠，从而丧失了合理性。”哈，一边是说版权产业对GDP的贡献率，一边是说版权法将失去合理性。这足够吸引我们的注意，看看版权究竟发生了什么危机，盖勒先生化解危机或改革版权的方向在哪里。

“版权法处于危机之中”。本书的另一位作者——Ronan Deazley，英国伯明翰大学教授，在其《普通法上的版权之迷》一文中也做出了同样的判断。作者试图通过对英国版权法起源的讨论，特别是对“唐纳逊案”的重新解读，反思版权制度的核心价值。作者指出“在唐纳逊案中，上议院理解版权制度时，首先提到的是广泛的社会利益”，作者批评当代版权制度的趋势是过度保护主义、过度作者中心主义，作者认为公共利益这一目标将会再次成为版权制度的核心。

“信息法”是本书编者持续关注的一个重点题目，本书获得让·

尼古拉斯·德瑞教授的授权，将其《信息法——一座新的学术花园?》翻译发表。在这篇文章中，作者用一种开放、轻松的语言表达，将信息法的产生、基本概念、基本任务和面临的挑战，娓娓道来，饶有趣味。就编者的理解，信息法是近几十年来随着信息技术的发展和进步而出现的一种新的法学方法或法学观，它主要从三个角度或方面分析和处理“信息社会”所出现的问题。它包括：以信息技术为研究对象的法哲学；以法律为研究对象的信息哲学；以信息技术发展带来的法律变革、用新的法律观（公平观）来解决实际问题的哲学。三个角度各有不同，但是，它们都承认信息的本质是自由的，信息社会的发展离不开信息自由。

本卷在“学术视点”栏目分别发表三篇涉及专利的论文和三篇涉及商标的论文。其中张晓都的论文《建设创新型国家需要的专利侵权等同原则与禁止反悔原则》，试图在较完整地介绍美国及日本专利侵权诉讼中的等同原则与禁止反悔原则的基础上，结合我国技术经济发展的现实需要，为完善我国现行专利侵权诉讼中的等同原则及确立禁止反悔原则提出具体的建议。方慧聪、和育东的论文《专利创造性判断之比较研究》，对美国、欧洲、日本等在专利创造性判断客观化的问题上进行了比较研究。高巍《对美国医疗方法可专利性问题的思考》一文则通过系统梳理美国现存法律与司法实践对医疗方法的可专利性，得出授予医疗方法以专利保护的做法还不成熟、具有相当的局限性的结论。傅强国先生《浅析反向混淆》一文通过对相关侵权行为的分析，提出在商标法中增加禁止“反向混淆”的规定等立法建议。李小武和李祖明的两篇论述商标法的论文，分别探讨了美国的商标淡化的联邦立法历史和商标权利穷竭原则。

本卷“司法审判”和“案例研究”两个栏目的文章都是由目前在司法审判一线工作的法官撰写的，他们在完成繁忙的审判工作的同时，抽出宝贵时间来撰写学术文章，使我们能够分享其独到的办案心得和实践经验。编者在此特别要对这些法官作者的贡献表示感谢。

本卷“知识产权”战略栏目发表杨和义先生译自日本知识财产

战略本部发布的《日本知识财产战略第三阶段基本方针》，使我们获得日本在知识产权战略方面的最新动态，这对于中国目前实施知识产权战略，有着重要的参考作用。

周 林

2009 年 12 月 20 日

目录

【编者的话】

【理论前沿】

超越版权危机：变革的方法

..... 保罗·爱德华·盖勒 著 宋瑶 译 (1)

普通法上的版权之迷

..... Ronan Deazley 著 李雨峰 王丽丽 译 (75)

【学术视点】

建设创新型国家需要的专利侵权等同原则与禁止反悔原则

..... 张晓都 (145)

专利创造性判断之比较研究

..... 方慧聪 和育东 (166)

对美国医疗方法可专利性问题的思考

..... 高巍 (197)

浅析反向混淆

..... 傅强国 (240)

美国联邦商标淡化法的历史进程

..... 李小武 (253)

辨析商标权利穷竭原则——兼谈反向假冒的定性

..... 李祖明 (280)

【信息法】

信息法——一座新的学术花园？

..... 让·尼古拉斯·德瑞 著 王文婷 译 (288)

【司法审判】

三审合一：知识产权案件审判模式运行研究——以北京市法院

知识产权审判庭为例

..... 张晓津 (305)

盗版治理的对策分析——以海淀区盗版案件的审理为基础

..... 石必胜 曹丽萍 (320)

知识产权确认不侵权诉讼与规范的现状及疑难问题探讨

..... 郎贵梅 (339)

【案例研究】

P2P 软件经营者的侵权责任问题研究——全国首例涉及 P2P 的

侵权纠纷案评析

..... 冯刚 (360)

【知识产权战略】

日本知识产权战略第三阶段基本方针

..... 杨和义 译 (380)

征文启事 (399)

Intellectual Property Studies

Number Nineteen

Contents

[Articles]

<i>Paul Edward Geller/Translated by Song Yao;Beyond the Copyright Crisis; Principles for Change</i>	27
<i>Ronan Deazley/Translated by Li Yufeng,Wang Lili;The Myth of Copyright in Common Law</i>	106

[Viewpoints]

<i>Zhang Xiaodu;Principle of Equivalence of Patent Infringement and Principle of Estoppel; Required for the Establishment of an Innovation – Oriented Nation</i>	145
<i>Fang Huicong, He Yudong;Comparison and Research on Determination of Inventiveness of Patents</i>	166
<i>Gao Wei;Thoughts on Patentability of US Medical Treatment Methods</i>	197
<i>George Fu;Brief Analysis of Reverse Confusion</i>	240
<i>Li Xiaowu;Historical Progress of the Federal Trademark Dilution Act</i>	253
<i>Li Zuming;Examination of the Principle of Exhaustion of Trademark Right-Discussion on Classification of Reverse Counterfeiting</i>	280

[Information Law]

<i>Jean Nicolas Druey/Translated by Wang Wenting;Information Law—a New Academic Garden?</i>	288
---	-----

【 Judicial System 】

<i>Zhang Xiaojin</i> :Combination of Three Trials into One Trial; Study on Trial Mode of IP cases in the IP Tribunal of Beijing court	305
<i>Shi Bisheng, Cao Liping</i> :Analysis of Solutions to Piracy on the Basis of the Trial of Piracy Cases in Haidian District Court	320
<i>Lang Guimei</i> :Discussion on Current Status and Problems in Declaration of Non – infringement in IP Cases and the Rules for Such Cases	339

【 Case Studies 】

<i>Feng Gang</i> :Study on Infringement Liability of P2P Software Operators — Evaluation of the First P2P – Related Infring ement Case in China	360
---	-----

【 IP Strategy 】

<i>Translated by Yang Heyi</i> :Basic Policy for the Third Stage of IP Strategy in Japan	380
Call for Papers	399

【理论前沿】

超越版权危机：变革的原则

保罗·爱德华·盖勒* 著 宋瑶** 译

Beyond the Copyright Crisis: Principles for Change ***

Written by Paul Edward Geller Translated by Song Yao

一、导论：危机

- (一) 理论上的紧张状态
- (二) 实践中的困境
- (三) 尝试新原则的原因

二、十个尝试性的原则

(一) 核心作者之权

1. 我们每个人都有传播自己作品的核心权利。
2. 作者行使权利不得阻碍他人作品的创作和传播。

* 美国律师、著名知识财产法专家。

** 中国社会科学院研究生院 2007 级法学硕士研究生。

*** This article was originally published in the JOURNAL OF THE COPYRIGHT SOCIETY OF THE USA, volume 55 (2008), at pages 165 – 199, and the principles posted in January of 2008, and since fully revised, at <http://www.criticalcopyright.com/principles.htm>. For English version, see page 27.

3. 作者行使权利不得禁止他人使用作品中所包含的技巧，也不得对这种使用收取费用。

（二）特定权利和救济

4. 我们享有要求注明出处的精神权利：他人对作品加以改编并传播时，我们有权要求其注明出处，否则，便有权要求损害赔偿并因传播数量减少而获得救济。

5. 我们享有要求他人停止未经授权传播复制品的经济权利：如果这种行为有可能造成不可弥补的损害，我们有权要求行为人赔偿损失或返还通过未经授权传播我们的作品甚至是改编作品而获得的利益。

6. 作者的权利也会受到限制，经济权利不适用于报道目的的批评、规定、新闻或科学研究等作品的再次传播。

（三）权利归属；身份

7. 作者对他们传播的作品享有权利，并可以达成公平的一致意见在作者中分配经济权利，或通过特定的合同将这些权利转让给他人。

8. 如果原告证实其享有权利，便可以获得金钱救济，但使用者可以证明已尽合理善意试图获得授权为自己辩护。

（四）最高原则

9. 作者实施自助手段不得超越他们的权利范围；也不得对此范围内法未明文规定的行为实施刑事制裁。

10. 关于作者权利，其他法律为了避免削弱其立法目标（例如，保障隐私、言论自由以及信息公开）而未提供救济。

三、结论：尚待改革

版权法处于危机关头。从出版社到互联网在内的各个媒体给这部法律施加的压力与日俱增。因而版权法变得越来越复杂且越来越不可靠，从而丧失了合理性。本文冒昧地提出十个原则，试图在危机中认清方向。从这些原则中得出结论——改革。

一、导论：危机

从理论上说，这场危机在版权法中已经孕育几百年了。最引人注意的是，不但权利增加和扩张，而且各项权利之间陷入紧张状态，在一些权利限制和例外方面也是如此。实践中，版权法当下在调整互联网时举步维艰，人们深切地感受到了这场危机。首先，我们要追溯理论上的紧张状态是如何产生的，以及实践中这一危机是如何迫近命门的。其次，我们还将简要说明某些原则如何帮助我们解决危机。

（一）理论上的紧张状态

版权应该保护易于共享却难于保护的文艺创作。提供给肉身的食物看似是私人产品：一旦你把它吃掉，别人就不能吃了；提供给思想的食物看似是公共产品：你欣赏了一首诗或一幅画以后，其他人也可以欣赏。诚然，当传播技术发展为人们方便地获得文艺创作突破了高成本瓶颈，也就是说，当传媒技术进步使得某些文艺创作逐渐成为公共产品之后，版权法才在历史上出现。在古罗马帝国，人们始终未能突破高成本这个瓶颈：奴隶们通过手工方式以产业规模誊写文字作品并复制工艺品，以至于竞争者不得不付出高昂代价购买并蓄养奴隶才能制造复制品。15世纪中叶的欧洲，印刷机将复制文字和图像的成本大大降低，使得竞争者的盗版价格比首印出版商的价格还低，而且有钱可赚。例如，18世纪的一部重要巨著——狄德罗的百科全书，

包含大量的插图，就被毫不留情地盗版了。

快速回顾一下我们所了解的版权法的产生过程。准版权法，如始于16世纪的英国出版商公会，赋予一些竞争者禁止他人出版的特权。1710年英国安妮法授予作者印刷其书籍的可转让的专有权利，如果他人未经授权进口或销售，作者可以获得救济。第一部版权法的目标是“鼓励学习”，美国宪法授权制订版权法的立法目标更为广泛：“促进科学的进步”。在18世纪，法院和法律的解释者通过援引“复制品中蕴含着创造性劳动”这一理论，论证把“复制”作为作者“财产”的正当性。1791年和1793年法国法确认作者有权控制公众对其“心智产品”的复制品的表演和发行，并且承认这些权利是“神圣的权利”。在19世纪，欧洲大陆法系国家的法院以及法律的解释者继续发展了作者身份归属以及尊重作品完整的精神权利。1886年，伯尔尼公约开始计划将翻译权作为在先作者控制派生作品的一项新权利。20世纪产生了邻接权或与版权有关的权利，例如，表演及录音中的权利。

版权法的发展无情地冲击了言论自由以及隐私等基本权利。从16世纪开始，出版商会便通过特许状赋予其成员查禁违禁书籍的权力，法国王室也开始基于同一目的对图书贸易进行管辖。像1710年的英国安妮法、1791年和1793年法国法这样的最早的版权法，同早先的政治体制以及国家管理的审查制度之间存在紧密的联系。但是如前所述，在后作者以在先作品为基础进行再创作，19世纪晚期开始，在先作者可以凭借其对派生作品所享有的权利对在后作者的这一表达自由进行限制。我们继续探讨一个更为敏感的问题：在他人的隐私利益方面，版权学说显示出其特有的盲点，远远大于作者对信息进行披露的利益。举个例子来说，依据准版权法，出版商会可以搜查住宅及其附近的车间和仓库，一旦发现未经授权的复制品以及违法印刷品，他们便可以对其进行查封或销毁。我们需要这种出其不意的主动救济方式，这一点是显而易见的。为了更好地保护被盗版作品，在违法复制品进入市场之前就应该在私有领域内对侵权行为进行查处。直到

18世纪的启蒙运动才明确地将私有领域同公有领域区分开来，私有领域包括私人住宅、小社团以及公众集会场所。相对隐私法而言，版权法的历史相对悠久，未曾把隐私法的最终目标纳入其中。版权立法者最多将个人学习、研究以及表演这些难于监管的情况归属于免除责任的私人使用。无论作品位于何处，都执行对作品的支配权，版权法仍缺乏一个将版权限制在私有领域之内的标准。如今，我们发现版权救济已延伸到了私人电脑内部。

我们将超越“对作者和媒体企业所提供的保护强度越大，对他们的市场激励程度则越高，他们为我们创作的作品也就越多”这一陈腐理论。创作动机包括市场营利前景以及因创作成就而获得的荣誉两方面，但传媒企业的动机可能仅仅局限于市场利润。我们现有的版权制度是通过增加和强化媒体产品的制造权和销售权而形成的，创作动机的不确定性要求我们设计出一个更为灵活的版权制度来代替现有制度。在着手设计这一版权制度之前，我们先利用简短的篇幅来回顾一下我们的理论根源：洛克和康德归纳了法律的一般理论，分别设计出了版权和作者权利的制度框架。洛克在论证保护劳动财产从而激励人们创造出更多财富的正当性的同时还提出了一个附带条件——留下“足够多且足够好的”供其他人享有，对每个权利人的财产进行限制。康德明确提出了对每一个主体（相对于整个社会中的其他主体）的人身自由进行约束的规则，以保证依照普遍适用的法律每个人的自由可以与其他人的自由并行不悖。继洛克之后，英美法系国家将版权作为一项可转让的财产，以此激励文化作品的创作；继康德之后，欧洲大陆法将某些作者权利视为不可转让之权利，以确保创作自由。我们要探讨一下这些学说是如何顺应实践发展的，首先来思考这个问题：我们每个人从文化中获取材料并自由地进行再创作是否就真的有利于文化繁荣呢？在私有领域中，我们或多或少地会利用他人的作品进行再创作，回过头来，在我们可以自由公开表达的范围内，我们的创作又会归入文化中去。

为防止这种文化传播、隐私和言论自由处于危险境地，我们应如

何划定版权的界限？面临这一领域中权利的不断增长，19世纪法官们开始发展限制理论。在美国早期的判例法中，斯托里大法官提出过“在侵犯版权的疑难案件中确立版权范围时，要尽可能地适用同一标准”的观点，之后又提出了一个较为公平灵活的抗辩理由——“合理使用”。派生作品的权利产生后，普通法法系和多数民法法系的法院以及法律解释者便开始澄清这些权利仅限于表达的翻译和改编而不适用于思想观念以及客观事实。一些民法法系国家出于同一目的也提出了自由使用理论。随着工业设计的传入，法院进一步发展了限制理论，以防止权利人垄断作品中所包含的技能。为了协调这些权利，无论国家的政权制度如何，各国法学界都对限制版权的方法进行了探讨，这些限制版权的方法中，有些是针对可转让的经济权利的，有些则针对不可转让的精神权利，还有的既针对经济权利，又针对精神权利。另外，立法者还对进入市场的作为侵权例外的特定使用情形进行了详尽的规定，这些特定使用情形目前主要包括引用以及学术研究。

我们再来概括一下版权法领域的主要矛盾。版权和作者权利规则之间存在矛盾。为了提供市场激励机制，一些规则承认了版权的可转让性；为了保证创作人身权，一些规则规定了某些作者权利不可转让。两种制度虽然有不同的矛盾，但二者却殊途同归：原告主张增加并扩张权利，被告则主张广泛适用限制理论以及例外情况——在疑难案件中，要么全有，要么全无的结果通常令人难以预料。法院要么判决被告侵权并要求其赔偿损害，要么判决被告的行为不构成侵权且无须做出任何赔偿，还有可能利用某一绝对抗辩理由免除被告的侵权责任且无须赔偿原告损失。在一些疑难案件中，法院常就是否发出禁令这一问题而犹豫不决，究其根本，则是法院难于就追究责任抑或免除责任这一问题做出决断。这些疑难案件正是版权法陷入困境的表现。

（二）实践中的困境

媒体的进步使得文艺创作逐渐成为公共产品，我们继续探讨这一话题。如今，互联网实质上完全将文艺创作作为公共产品进行传播。

媒体进步给版权法带来的新困境到底是象征着版权危机，还是为文化进步提供了契机，至今尚无定论。一方面，如果版权法允许作者对公共产品各行其是，随着更多的公共产品可以为公众所用，这一规定的实施会变得越发困难。由于文艺创作始终易于传播，权利人在行使版权或作者权利时常常不那么划算。另一方面，随着网络对文艺创作的传播速度加快、传播数量增加，文化也似乎越发地繁荣了。

须将此趋势放在一个尽可能长的时段内加以考虑。就从小部落或小村庄说起，人们通过口耳相传的方式互相传达信息。第一个人和第二个人闲谈，第二个人回过头来又和第三个人闲谈，依此类推。所有的村民还会聚集在一起商讨重大事项或举行庆祝活动。现在我们继续探讨历史上更复杂的传播网中所发生的实例：在古代帝国，文化精英垄断着高深莫测的写作方法，他们自上而下地发布命令；在古罗马和古希腊城邦，市民可以参与公共论坛和拼音文字；在现代国家，印刷术和后来的无线电技术将我们更广泛地联系在一起。需要解释大量的术语：首先，“node”是在网络中接收或发送信息的每一个点；“hub”是在一定程度上连接其他网点的某一个节点。当连接其他网点的网络中心数量较少时，传播网络就趋于集中；反之，网络中心越多，传播网的分布则越分散。

现在我们就能够更好地解释文艺创作是怎样变成纯粹的公共产品了。在现代，实际上是直到最近，媒体企业才成为主要的文化节点。出版者制作出书籍后通过公众的市场销售，表演者登台为公众表演。印刷技术出现后，出版复制品的投资总额开始减少，电影、收音机和电视诞生后，向公众传播现场表演的成本逐渐降低。近年来，数字化的传播方式节省了诸如安装打印机、拍摄电影或编排广播节目等创作启动成本，出版复制品几乎没有任何成本。后现代的创作者无须借助出版者和表演者便可以在互联网上担当网点——他们毫不费力便可以对他人的作品进行摘选和修改并创作出新作品直接提供给使用者。同样，未经授权的网点上的使用者只要支付少量成本（甚至在不支付任何成本的情况下），便可以对他人的作品进行传播，互联网不可避