



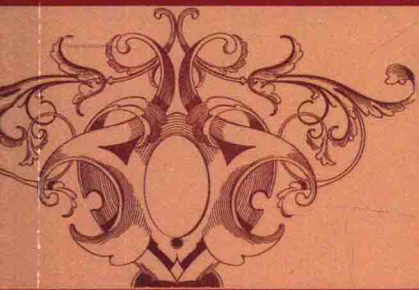
威科法律译丛 I

# 软件与互联网法

(上)

[美] 马克·A. 莱姆利 等著

张韬略 译



SOFTWARE AND INTERNET LAW



创立于1897

商务印书馆  
The Commercial Press

威科法律译丛

# 软件与互联网法

第四版

(上)

[美] 莱姆利 梅内尔 著  
默杰斯 塞缪尔森 卡弗

张韬略 译

 商务印书馆  
The Commercial Press

2014年·北京

图书在版编目(CIP)数据

软件与互联网法. 上册/(美)莱姆利等著;张韬  
略译. —北京:商务印书馆,2014

(威科法律译丛)

ISBN 978-7-100-10712-9

I. ①软… II. ①莱…②张… III. ①软件—知识产  
权法—美国 IV. ①D971.23

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第208747号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

威科法律译丛  
软件与互联网法  
第四版  
(上)

[美]莱姆利 梅内尔  
默杰斯 塞缪尔森 卡弗 著  
张韬略 译

---

商务印书馆出版  
(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)  
商务印书馆发行  
北京瑞古冠中印刷厂印刷  
ISBN 978-7-100-10712-9

---

2014年10月第1版 开本787×960 1/16

2014年10月北京第1次印刷 印张34

定价:79.00元

By  
Lemley, Menell, Merges, Samuelson, and Carver

**Software and Internet Law**

Fourth Edition

This is a translation of *Software and Internet Law*, 4th edition, by Mark A. Lemley, Peter S. Menell, Robert P. Merges, Pamela Samuelson, and Brain W. Carver, published and sold by The Commercial Press, by permission of Wolter Kluwer Law & Business in New York, USA, the owner of all rights to publish and sell same.

本书根据 Wolter Kluwer Law & Business in New York 2011 年版译出

© 2011 Mark A. Lemley, Peter S. Menell, Robert P. Merges,

Pamela Samuelson, and Brain W. Carver

# 出版说明

我馆历来重视译出版世界各国法律著作。早在1907年就出版了第一套系统介绍外国法律法规的《新译日本法规大全》81册,还出版了《汉译日本法律经济辞典》。1909年出版了中国近代启蒙思想家严复翻译的法国著名思想家孟德斯鸠的《法意》。这些作品开近代中国法治风气之先。其后,我馆翻译出版了诸多政治、法律方面的作品,对于民国时期的政治家和学人产生了重要影响。新中国成立后,我馆以译介外国哲学社会科学著作为重,特别是从1981年开始分辑出版“汉译世界学术名著丛书”,西方政治法律思想名著构成其中重要部分,在我国法学和法治建设中发挥了积极作用。

2010年开始,我馆与荷兰威科集团建立战略合作伙伴关系,联手开展法学著作中外文双向合作出版。威科集团创立于1836年,是全球最大的法律专业信息服务和出版机构之一。“威科法律译丛”是我们从威科集团出版的法律图书中挑选的精品,其中涉及当前中国学术界尚处在空白状态、亟需研究的领域,希望能够对中国的法学和法治建设有所助益。除了引进国外法律图书外,我们同时也通过威科集团将中国的法律思想和制度译介给西方社会,俾使中国学人的思想成果走向世界,中华文明的有益经验惠及异域。

商务印书馆编辑部

2011年8月

## 译者序

在过去几十年的时间里,软件和互联网给人类社会带来了全方位的深刻影响。借助它们,人们极大地提高了工作效率,节省了大量劳动时间,从而能迈入更高层次的精神文明生活。然而,软件和网络的技术变革在改造自然的同时,也日益改造着我们的社会关系和结构,并向人们提出了法律“变革”上的诉求。这些诉求性质不一,有的源自新兴产业为新技术提供产权保护的经济需求,有的来自孕育和完善公民社会的政治需求。作为软件和互联网产业的发源地和高级竞技舞台,美国社会毫无疑问在这些方面最先与技术变革产生了激烈碰撞,并在反复尝试将这些诉求吸纳入其现有法律体系的过程中,结出了第一批丰硕的法律果实。

美国阿斯彭出版社(Aspen Publishers)于2011年出版的《软件与互联网法》,便是美国社会对这批法律成果进行梳理和反思的结晶之一。该书的五位作者都(或曾经)是美国加州大学伯克利分校伯特·霍尔法学院(Boalt Hall)的教授,他们在知识产权、软件和互联网法领域的突出成就使他们的名声远播于海内外。国内研习美国知识产权法的学者和律师对他们不应该感到陌生——中国政法大学出版社2003年出版的《新技术时代的知识产权法》(*Intellectual Property in the New Technological Age*, Aspen, 1997)一书就有莱姆利、梅内尔和默杰斯三人的贡献。不过在此略花笔墨,逐一介绍该书作者们在相关领域的理论功底与实践经验,仍是译者对作者表达敬意的最好方式。

莱姆利教授是斯坦福法学院威廉·诺伊康(William H. Neu-

## 2 译者序

kom) 教席教授, 斯坦福法律、科学和技术项目的主任, 以及加州旧金山迪里·坦格里(Durie Tangri) 律所的合伙人。他在 1991 年以第一名的成绩毕业于加州大学伯克利分校伯特·霍尔法学院(J. D.), 随后担任联邦第九巡回区上诉法院纳尔逊法官(Dorothy W. Nelson) 的助理, 1993 年加盟菲什与理查德森(Fish & Richardson) 律所, 从事与软件、硬件、通讯、生物技术相关的知识产权和反垄断案件的诉讼和咨询事务。之后, 在从事法律实务的同时, 他先后任职于德克萨斯大学法学院、加州大学伯克利分校伯特·霍尔法学院和斯坦福法学院(2004 至今)。2005 年他获加州年度律师奖, 2007 年被《美国律师》评为全美 45 岁以下的 50 名顶尖律师之一, 2010 年被 IP360 评为全美十位最受尊敬的知识产权律师。他目前出版有七部著述和一百多篇法学论文, 有九篇论文入选美国过去 20 年中引证率最高的 100 篇法律评论文章之列。其著作受到了美国司法机关的重视, 被法院判例引证次数达 140 多次, 包括七篇美国联邦最高法院的判决。梅内尔教授于 1986 年毕业于哈佛大学法学院(J. D.), 同年获得斯坦福大学的博士学位(Ph. D.), 接着担任联邦第二巡回区上诉法院纽曼法官(Jon O. Newman) 的助理, 1990 年加盟加州大学伯克利分校伯特·霍尔法学院之后, 1995 年参与创建了伯克利法律和技术中心并担任该中心主任至今。默杰斯教授于 1985 年毕业于耶鲁法学院(J. D.), 1988 年获得哥伦比亚大学法学博士学位(J. S. D.), 之后加盟波士顿大学法学院并于 1995 年成为加州大学伯克利分校伯特·霍尔法学院的教授, 目前同为伯克利法律和技术中心的主任。默杰斯教授是专门为企业评估专利组合的奥维德(Ovidian) 咨询公司的创建人之一、前常务董事和目前的高级政策顾问。塞缪尔森教授于 1976 年毕业于耶鲁大学法学院(J. D.), 之后供职于纽约威尔基·法尔与加拉格尔(Willkie Farr & Gallagher) 律所, 再步入法学院并最后辗转至加州大学伯克利分校伯特·霍尔法学院任教。

目前是谢尔曼(Richard M. Sherman)教席杰出教授,兼任伯克利法律和技术中心的主任。她积极活跃在版权、计算机和网络法领域,是“电子前沿基金会”的董事会成员、“民主与技术中心”的咨询委员会成员。由于在互联网法和公共政策方面的贡献,她在2005年获得安妮塔博格学院(Anita Borg Institute)颁发的年度女性洞察力社会影响奖,2010年获得公益组织“公共知识”(Public Knowledge)的“IP3奖”。得益于这个团队成员们的杰出贡献,在过去13年间,加州大学伯克利分校伯特·霍尔法学院的知识产权项目有12次被美国新闻(USNews)评为全美第一的知识产权项目,这也确保了《软件与互联网法》一书的上乘质量。因此,读者手上的这本教科书,在一定程度上可视为由全美最强的软件和互联网法教学研究团队倾力编写的优秀教材。

《软件与互联网法》(第四版)一书分两编,分别论述软件法和互联网法。“软件法”一编有五章,分别从商业秘密保护、版权法、专利保护、商标和商业外观、软件许可五个方面,探讨传统知识产权法在面对软件技术时的困境和调整,以及如何在积极的演进中形成对软件技术的全面保护。从形式上看,每章在开篇精炼概括背景和提出主旨问题后,通常就依次进入典型司法判例、“评论与思考”和“思考题”几个模块的学习。从内容上看,各章关注的重点是传统知识产权规则在软件领域的具体适用和特性问题。例如在第一章“商业秘密保护”中,探讨的问题包括组合不同的公开实用程序是否符合秘密性的要求,软件的大量发行会否导致商业秘密泄漏,软件的反向工程及加密技术的秘密性问题,等等。第二章“版权法”探讨软件代码、结构、技术规范、屏幕输出的可版权保护性,软件复制权和演绎权方面的特性,以及包括合理使用、反向工程的权利限制形式。第三章“专利保护”从软件的可专利性、授权要件和侵权判定角度,分析软件专利保护的特殊问题。值得注意的是,美国在2011年通过了《美国发明法案》(AIA),对先发



明制、申请的最佳方式披露等规定做出了重大调整,因此该章第一、四节有关“新颖性”和“最佳方式”的内容,在该书的下一版中应该会有所补充和修正。第四章“商标和商业外观”分别探讨了商标影响计算机软件市场的三种情形。其中竞争者在表述软件兼容性时对商标的使用行为,以及商标权人将商标与技术手段结合以控制软件市场的行为,尤其值得我国关注。第五章“软件许可”则重点分析了软件销售与软件许可的区分、软件合同的特殊形式及执行力、以合同规避版权法和商业秘密法的合法性以及开源软件许可问题。第二编“互联网法”分为九章,所涉及的内容远不限于互联网所带来的知识产权新问题,而是跟随着互联网的触角,覆盖到诉讼管辖和法律选择、网络言论自由和管制、私人信息披露、隐私和监控、互联网治理等众多带有公法色彩的法律领域。该书作者们相信,法学院学生们通过这本教材和相应课程的学习,能够整合本来分散在知识产权法、合同法、反垄断法、宪法课程中的内容,搭建起更好的知识框架,从而为软件产业、网络公司等信息技术客户提供更好的法律服务。

应该向读者指明的是,《软件与互联网法》一书在性质上属于美国法学院教学用的案例教科书(Casebook)。其目的不在简单介绍、阐述某一特定领域的法律原则,而是提供大量经挑选和精简过的判例、法律评论,设计有针对性的思考题,让读者在亲身阅读和对抗性思考中,了解和反思相关法律规定和原则在该特定领域的适用。目前美国最著名的案例教科书出版商,除了出版本书的阿斯彭出版社(Aspen Publishers)之外,还有近年逐渐被国内法学院所熟知的汤姆森—西方集团(Thomson West)和律商联讯集团(LexisNexis)。要用好这种教科书,我认为尤其应该注意几点。首先,授课时需要指定一本同领域的入门教科书与其搭配使用。即便在极为重视律师职业能力培养的美国法学院,这类案例教科书也一般会与其他入门教科书搭配在一起使用。例如,阿斯彭的

“法律导读系列”(Introduction to Law Series)、汤姆森—西方集团的“简要入门书系列”(Concise Hornbook Series)、“精要系列”(Nutshell Series)和律商联讯集团的“理解系列”(Understanding),都会就某一法律部门物色权威人士编撰法律入门书籍,系统介绍该法律领域的基础知识,阐释核心的法律原则和概念。这类入门教科书一般篇幅适中,注释相对简单,但覆盖面完整,可以让学生快速、全面地把握一个法域的基础知识。其次,这种教科书的真正目的不在于告诉学生现行法律是怎么样的,而是希望通过判例阅读和课堂教学,训练学生在这个法律领域中“像律师一样思考”,锻炼学生适用法律、反思法律甚至在未来参与法律演进的能力。因此,在课堂的教学应用上,不应仅有教师的单方讲授,更需要动员学生的积极参与。最好辅之以苏格拉底式的案例教学法:教师在课前要布置好阅读任务,在课堂上控制好讲授与问答环节;学生则要做好课前预习,并在课堂上认真参与讨论。

除了教学用途,我还特别期待该书能为我国软件和互联网法的实务工作提供一些可资借鉴的域外理论和经验,并促进该领域裁判文书的充分说理。在入世之后,得益于外部压力、后发优势和众多同仁的不懈努力,我国相关领域的法律移植活动非常活跃。但是,法律规范的优劣和良性演进,有赖于公开、理性的司法实践的检验和助力。从这个角度看,该书的价值之一,或许就在于系统梳理和汇集了美国软件和网络法领域具有里程碑意义的说理充分的司法判例。这些司法判例并非只有干巴巴的结论,而是通过丰富的个案事实,夯实了我们对法律规范适用的理解。例如,通过阅读早期阿尔泰案和宝蓝案(第二章)等鲜活的故事,我们能够更加清晰地了解美国法院如何将思想表达两分法、融合原则和操作方法例外等规则适用到具体的软件要素中。有了这些可以“摸着过河的石头”,我们就可以更从容地审理涉及非字面复制软件内部结构、用户界面元素、软件菜单指令层级的诉讼。这

些司法判例还通过法官殚精竭虑的细致说理,展示了司法智慧在法律疑难问题和不确定性面前,如何努力去实现法律适用的公平和正义。从法律学习角度讲,研读判决书也就成为汲取法律智慧的必经之途。例如在刚判决不久的比尔斯基案(第三章)中,就判断商业方法可专利性的标准问题,仅美国联邦巡回上诉法院就产生了五份不同的意见书,美国联邦最高法院在提审后又形成了三份意见书,以致肯尼迪大法官在其为联邦最高法院撰写的多数意见中,颇为意重情长地建议“专利法学生好好研究这些学术性的判决意见”。我们看到,虽然美国许多判例背后都有批评声音,甚至同案审判的法官内部也有不同意见,但透过这些不同观点的交锋以及详细的说理,法律理性乃至隐藏在这套程序背后的法治理念,反而得到了最充分的呈现。尽管我国不是普通法国家,司法判例并非真正的法律渊源,但同案同判(like cases should be decided alike)、遵循先例(stare decisis)所具备的“糅合了确定性和进化力的双重功能”(罗斯科·庞德:《普通法的精神》,法律出版社,2000年版,第128页),早已被欧洲大陆的德国和法国所承认,而且也正越来越多地影响着我国的司法实践。我们有理由期待,在日益公正透明的审判机制下,司法判决的充分说理将是我国实践法律理性和迈向法治的重要舞台。

我与软件、互联网以及翻译的结缘,大致始于北大法学院读研期间。2001年我参与了导师张平教授的研究项目,第一次接触到软件专利问题,并尝试翻译了美国早期两个软件专利判例,之后又在导师指导下,以开源软件为研究方向,收集、阅读美国文献并撰写了硕士论文。这些艰辛苦涩的翻译和学习,让资质愚钝的我在学了多年应试英语之后,第一次了解到学习外语的真正意义,也促成了我后来对学术翻译的信念:翻译是缩短中国“不及外国之处,即学术、贸易和法律”(福泽谕吉,《劝学篇》,商务印书馆,1984年版,第20页)的好途径。自此我每年都坚持选译一些英文

和德文的知识产权学术文献和信息,并开放到网络上,希望能为中文专业资讯的繁荣贡献自己的绵薄之力。因此,当2012年年初商务印书馆政法编辑室主任王兰萍博士邀请我翻译该书时,虽然明知该书极厚(共有1248页)以及自己还积压有其他翻译任务,我还是毫不犹豫地答应了。尽管这次翻译工作无助甚至影响自己拿课题和评职称,但我深信它必定是我实实在在全面缩短自身“不及外国之处”的好机会。

鉴于软件和互联网行业的迅猛发展和该书编章结构的相对独立性,经商定,将中文译本分为二册出版:上册仅包含第一编“软件法”的内容;第二编“互联网法”则为下册。

遵照商务印书馆在翻译体例上的严格要求,译文对原书的人名、企业与软件名称、案例名称和文献名称都做了汉译。人名汉译时参照了商务印书馆出版的《英语姓名译名手册》(第四版),对该手册没有收录的人名,则按照该手册“附录”部分确定的发音规则并结合网络信息进行汉译。企业或软件名称一般遵照通行译法,例如Microsoft译成“微软”,Windows译成“视窗”;没有通行译法的,则采取意译为主、音译为辅的原则,例如Vault Corp. v. Quaid Software Ltd. 翻译成“拱顶公司诉奎德软件有限责任公司”,其中“拱顶”为意译,“奎德”为音译。对于习惯了文献保留英文名称的专业人士来说,这种在阅读时需要诸如从“莲花1-2-3”切换到“Lotus 1-2-3”或者从“比爾斯基”切换到“Bilski”的不便,只能通过译文的正文注释或者脚注的说明予以缓解了。

为了读者进一步查证原文引证的信息,译文在汉译文献名称的同时,保留了被引证文献的原名称、出处及其缩略语,但汉译其中的解释性文字。例如,译文中会出现“……参见大学计算公司诉莱克斯—扬斯敦公司[University Computing Co. v. Lykes-Youngstown Corp., 504 F.2d 518 (5th Cir. 1974)(原告计算机系统属于可以保护的商业秘密)]”。这里的“504 F.2d 518”,不再另外译

成“《联邦汇编》第二辑,第504卷,第518页”;“5th Cir. 1974”也不另行译成“第五巡回区联邦上诉法院,1974年判决”。想对书中的美国注释体例刨根问底的读者,请查阅由哈佛、耶鲁、哥伦比亚、宾夕法尼亚法律评论所编辑的《蓝皮书:统一注释体例》(*The Bluebook: A Uniform System of Citation*)。另外,美国判例以及法律文献大多在正文行文中以斜体的方式插入援引的判例及简要解释,同时又有脚注或后注式的引证,两者并不相同,不能混在一起。译文为与原著尽量保持一致,同样保留正文行文中加插的判例名称及索引号,但由于按照中文排版的习惯,它们不能以斜体方式处理,所以这类引证都放在( )或者[ ]之中,以示区别。这又给阅读带来了一定的麻烦,还请读者谅解。

此次翻译能够成书,首先要感谢商务印书馆政法编辑室主任王兰萍博士,她的信任与宽容使我能够在繁忙的工作中,安心于书稿的翻译,而她对待译稿认真严谨和一丝不苟的态度,也让我体会到了商务印书馆百年以来所坚持的“千丈之松”、“云中之龙”的风骨。我要特别感谢原书作者之一、斯坦福法学院的莱姆利教授。在我读研期间,他曾热心回答过我的问题并两次给我寄过学术论文。在此次翻译过程中,他又多次热心解答我求证的疑问,并信任地向我提供了原书稿的电子版,为我节省了大量文字录入工作。此外,感谢美国佩斯大学法学院富布莱特学者安·巴托尔(Ann Bartow)教授在2012年访问同济大学期间邀请我全程协助她的课堂教学并帮我澄清了书稿中一些我理解不清的地方。

借此机会,我要再次感谢德国马普所知识产权与竞争法研究所前所长约瑟夫·斯特劳斯教授、北京大学张平老师、广西师范大学韦之老师、同济大学单晓光、刘晓海、朱雪忠、张伟君老师、上海大学陶鑫良老师和武汉大学王清老师等各位师长对我的指导和抬爱;感谢父母和兄弟姐妹对我多年的关爱;感谢远在台湾的外公外婆、姨妈陈美娟、陈美贞女士在早年对我们生活和学业的资助,

感谢舅舅陈新民大法官在我当年迷茫之际引导我步入知识产权的殿堂。我还要特别感谢我的太太黄洋法官及我岳父岳母,正是他们对家庭的无私奉献以及对我工作的理解和支持,才让我得以挤出大量时间从事翻译,他们是该译著不署名的作者。

该书上册在 2012 年年底完成初稿后,同济大学法学院 2011 级研究生何谢晨同学曾协助我校对第一章并在电脑上录入该章的引证文献,此后我自己对全稿校对了几遍,又经商务印书馆王兰萍博士、金莹莹女士等编辑的认真校对,始成目前的模样。在感谢她们辛勤劳动的同时,我也必须善意地提醒读者,由于多种因素尤其译者能力所限,无论译者怎么努力,本书翻译错漏之处在所难免,因此还要请读者诸君海涵并指正。针对该译著的任何批评和改进意见,欢迎大家发送至 [ztl@tongji.edu.cn](mailto:ztl@tongji.edu.cn),在此先行谢过!

谨以此译著献给我可爱的女儿希希,希望在你将来长大成熟的眼睛里,能看到一个令你骄傲自豪的法治中国!

张韬略

2013 年 12 月 29 日于上海

献给罗丝，直至永远

——马克·A. 莱姆利

献给克莱尔、迪伦和诺厄

——彼得·S. 梅内尔

献给乔、罗比和詹姆斯

——罗伯特·P. 默杰斯

献给让众事成真的鲍勃

——帕梅拉·塞缪尔森

献给雅克、科拉和弗里尔

——布莱恩·W. 卡弗

# 前 言

律师在软件产业和网络公司中扮演了诸多重要的角色。他们经常起草或者审查购买软件或者其他信息产品的许可协议。他们监控已经缔结的许可协议。有时候他们起草或者谈判由其他企业定制开发并运行的软件的协议。他们能够审计知识产权,使客户理解如何更好地去保护他们企业的整个知识资产。他们还可以帮助设计电子定货系统,或者审查网页以确定上面没有公布违法内容。对可能影响客户的法律或者政策发展,他们可以提供评估。最后,如果需要的话,他们可以提起诉讼,要求索赔,或者采取行动,促成客户与其他企业之间纠纷的和解。为了成功扮演这些多重的角色,律师们需要对法律有相当的理解,包括法律在过去如何适用以及如何演变。

尽管可以通过知识产权法、反垄断法、合同法和侵权法等标准课程的学习,或许再添加点宪法或者刑法知识,来获致这种理解能力。但有若干理由可以说明,为何一门软件和互联网法的课程能够提供更好的知识框架,从而为信息技术客户们提供好的法律服务。将软件和互联网法作为一门专门的法律课程来学习,最为显著的理由是这一领域的法律执业经常要求整合性的思考,以回答诸如下面的这类问题:一家开发了新颖的用户界面的软件企业可能会咨询其律师,“我应该对该软件申请专利吗?我能够对它主张版权吗?我如何才能保护它的观感(the look and feel)呢?”如果该律师曾经研习过特别适用于软件的知识产权法,那么回答起这类问题,就会更加得心应手。

不过,至少还有其他三个理由让我们学习软件和互联网法。针对这些主题的专门课程,其作用不仅仅在于它涉及到诸多将不同类型的法律适用于计算机、软件或者互联网的案例;更重要的是,这样一门课程提出了一些



根本问题,即在应对由计算机软件和互联网带来的挑战时,现有法律所做的调整是否充分和适当。计算机软件是第一个引起这类挑战的数字客体,第四版若干章节(第二章“版权法”,第三章“专利保护”)将讨论这些挑战。然而,正如我们在第七章到第九章中可以明显看到的,这类挑战并不局限于软件。为何软件给法律带来挑战?答案在软件的性质本身:软件是实用性的文本(utilitarian text)。在历史上很长一段时间里,版权法保护的是文字和艺术作品而非实用作品,而另一方面,专利和商业秘密法保护的是实用有形的装置而非体现为文本形态的著作或者创新。鉴于版权法和专利法的传统界限,计算机程序这种混合的性质,使得它们很难被整合到既有的知识产权法律制度中。

学习软件和互联网法的第二个原因是经济因素,尤其是那些受到网络效应驱使的经济因素,它们使现有法律在信息产业上的适用复杂化。当一项产品的价值极其依赖于它与其它产品的兼容性时,传统知识产权的绝对性特征会阻碍网络的准入,从而给竞争造成特别严重的妨碍,并对反垄断法构成了新的挑战。另外,企业在谋划他们的研发和市场战略时,需要牢记网络效应;这意味着必须计划好赠送一些软件或者其他数字产品或者服务,以确立市场份额,树立品牌,并从网络效应中获益。参见卡尔·夏皮罗和哈尔·瓦里安:《信息的规则:网络经济的战略指导》(Carl Shapiro and Hal Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, 1998)。

学习软件和互联网法的第三个原因在于,这些新兴产业对法律的需求在眼下所带来的法律变革,可能会让人一下子觉得不可能或者不可思议。在20世纪70年代或者80年代,认为企业会以许可协议的方式发行销量巨大的信息产品的想法似乎是荒谬的。但恰恰为了实现这个想法,计算机软件的开发开始用起了“拆封”许可(即在软件包中放入一份文件,该文件包含了这样的声明:购买者即被许可人;购买者使用软件的权利被限制在某些方式上;购买者拆开软件包或者安装软件即构成对“许可”条款的同意)。这类充斥于软件市场的许可,已经为日渐增多的许可使用铺好了道路,它们

成为控制在其他场所发行具有商业价值信息的方式,并迫使人们承认批量销售许可协议的法律效力。为了回应其他危害信息技术产业的市场失效现象,人们还创设了别的法律制度,其一涉及半导体芯片的设计,其二涉及数据库内容的保护。我们得将这类新的法律制度放置在孕育它们的信息产业背景中,才能获致对它们的最佳理解。

本书之宗旨即在为学生提供一综合分析计算机软件和互联网法律的方案,集中关注知识产权法、许可法、反垄断法、侵权法和宪法。软件法尤其互联网法自身变化很快。实际上,该书第二版较之于第一版就有显著区别,尤其与互联网有关的章节。我们大大地扩展了有关司法管辖、网络知识产权争议和计算机犯罪的相关内容。我们还添加了全新的一章,分析未经授权接入互联网服务器的问题。在目前这一版中,我们的目标不在于静态地观察法律在某一特定时点的发展,而在于分析构成法律进一步演进的基本原则和问题。这些后续演进将反映在该书将来的补充材料上,以及我们的网站上(或许是更重要的形式):<http://www.law.berkeley.edu/institutes/bclt/pubs/swbook/>。对使用本书的读者,我们建议在计划学习之前,参考该网站以获取最新的进展。

最后,一如既往,没有众人之助,完成这样一本内容广泛的书是完全不可能的。我们感谢瑞安·加西亚、彼得·黄、约翰·萨森、杰森·舒尔茨、利娅·塞里奥特和拉里·特拉斯克等人为本书第一版所付出的劳动;感谢科伦·钱、劳拉·奎尔特、克里斯·里德尔和赫莱茵·施魏策尔等人为本书第二版所做的工作;感谢汤姆·弗莱屈、迈克尔·盖斯特、奎琳·克尔、保罗·施瓦兹、克里斯·斯温、萨拉·特赫根和艾莉森·沃特金斯等人对第三版的帮助;感谢丹·伯克、斯泰西·杜根、保罗·希尔和若干匿名读者对该书早先版本所做的评论。

马克·A. 莱姆利

帕罗阿尔托市,加利福尼亚州

4 前 言

彼得·S.梅内尔

罗伯特·P.默杰斯

帕梅拉·塞缪尔森

布莱恩·W.卡弗

伯克利,加利福尼亚州

2011年2月

# 致 谢

我们感谢下述文献的著作权人许可我们在本书中使用它：

迈克尔·缪勒：《价格歧视、个人使用和盗版》[ Michael Meurer, *Price Discrimination, Personal Use and Piracy: Copyright Protection of Digital Works*, 45 Buff. L. Rev. 845(1997) ]。

注：我们有选择地省略了判例的引证和脚注，而且没有使用省略号或其他提示。除了使判例和其他摘录中的脚注与出版的法律公报的实际脚注号码保持一致之外，每个章节中的脚注都连续排列。<sup>①</sup>

书中讨论的许多问题都来源于实际判例。不过我们对不少判例的事实做了修正。在大多数判例中，我们还修改了涉案当事人的名称。但是在少数判例中，尤其在商标法和反垄断法<sup>②</sup>的章节中，我们认为使用读者所熟悉的产品或者公司名称，对问题的把握至为重要。读者们应当明白，书中所涉问题在本质上都是假定的，我们无意用它们来指代任何案件或者情况中的实际事实。

---

① 为中文排版方便，译本对每页脚注号码都重新连续排号，不再保留原出版的法律公报的实际脚注号码。——译者注

② 该书第三版有反垄断法专章，但第四版没再保留。——译者注

# 总 目

## 上 册

### 第一编 软件法

- 第一章 商业秘密保护
- 第二章 版权法
- 第三章 专利保护
- 第四章 商标和商业外观
- 第五章 软件许可

## 下 册

### 第二编 互联网法

- 第六章 管辖和法律选择
- 第七章 互联网中的商标
- 第八章 互联网中的版权
- 第九章 互联网中的专利
- 第十章 网络内容的规制
- 第十一章 匿名和私人信息的披露
- 第十二章 隐私和监视
- 第十三章 未经许可的获取
- 第十四章 互联网的治理

# 目 录

前 言 .....	1
致 谢 .....	5

## 第一编 软件法

第一章 商业秘密保护 .....	3
《统一商业秘密法》 .....	5
评论与思考 .....	6
第一节 秘密性的要求 .....	7
里文德尔森林产品诉乔治娅-太平洋公司(一) .....	8
里文德尔森林产品诉乔治娅-太平洋公司(二) .....	13
评论与思考 .....	16
第二节 商业秘密的泄露 .....	18
数据通用公司诉数字计算机控制公司 .....	18
评论与思考 .....	21
思考题 .....	26
第三节 侵占 .....	27
综合技术国际有限公司诉软件技工有限公司 .....	27
评论与思考 .....	32
思考题 .....	37
第四节 反向工程 .....	38
评论与思考 .....	38
有关加密技术的说明 .....	43

## 4 目录

思考题 .....	45
第二章 版权法 .....	46
第一节 计算机软件版权保护的起源 .....	46
第二节 软件版权的范围 .....	49
一、对程序代码字面要素的版权保护 .....	49
评论与思考 .....	50
思考题 .....	53
二、对程序代码非字面要素的版权保护 .....	54
计算机国际联营公司诉阿尔泰公司 .....	56
评论与思考 .....	75
思考题 .....	79
三、对功能性要素和技术规范的版权保护 .....	82
莲花发展公司诉宝蓝国际 .....	82
评论与思考 .....	99
莲花案之后对计算机操作规范的保护 .....	105
评论与思考 .....	108
四、计算机程序输出的保护:屏幕显示的问题 .....	108
评论与思考 .....	109
思考题 .....	111
由计算机产生的作品的可版权保护性问题 .....	111
评论与思考 .....	113
思考题 .....	115
美国东部数据公司诉埃匹克斯公司 .....	117
评论与思考 .....	122
五、计算机输出的保护:用户界面 .....	122
苹果计算机公司诉微软公司 .....	122
评论与思考 .....	131

思考题·····	133
第三节 计算机程序的排他权·····	134
一、制作“复制件”的权利·····	134
评论与思考·····	136
有关多媒体的“特殊”问题·····	142
二、复制件与《版权法》第 117 条·····	145
(一) 第 117 条适用于哪些人?·····	146
(二) 第 117 条 a 款第 1 项:“在机器中使用该计算机程序的 必要步骤而且不以其他方式使用”·····	151
(三) 第 117 条 a 款第 2 项·····	154
(四) 修理和维护·····	155
三、演绎作品·····	157
半途制造公司诉阿替克国际公司·····	158
评论与思考·····	162
演绎作品和第 117 条·····	163
评论与思考·····	165
思考题·····	165
第四节 合理使用·····	166
刘易斯·盖尔卢玩具公司诉美国任天堂公司·····	168
评论与思考·····	174
微星诉福姆根公司·····	175
评论与思考·····	184
第五节 反向工程·····	186
世嘉企业有限责任公司诉美誉公司·····	187
评论与思考·····	206
反向工程与《数字千年版权法》·····	211
思考题·····	212
第六节 版权的滥用·····	212



## 6 目录

美国镭射梳公司诉雷诺兹	212
评论与思考	219
<b>第三章 专利保护</b>	<b>226</b>
<b>第一节 软件是可专利的客体吗?</b>	<b>226</b>
“智力活动步骤”原则	228
评论与思考	232
“软盘”权利要求	234
评论与思考	235
思考题	236
比尔斯基诉卡波斯	237
评论与思考	254
商业方法和“技术性技艺”	255
评论与思考	257
思考题	257
<b>第二节 软件专利的审查和效力</b>	<b>258</b>
<b>一、新颖性和非显而易见性</b>	<b>258</b>
网景通信公司诉康拉德	258
评论与思考	267
洛克伍德诉美国航空公司	268
评论与思考	273
显而易见性和由计算机执行的发明	275
<b>二、第 102 条 g 款、软件行业以及先用者权</b>	<b>278</b>
商业方法专利的先用者权	281
评论与思考	284
<b>三、可实现性和软件发明书面描述的要求</b>	<b>284</b>
评论与思考	286
蜥蜴科技公司诉地球资源绘图公司	287

评论与思考·····	294
不确定性和软件相关的专利·····	295
四、最佳方式和软件·····	297
福纳公司诉通用电器公司·····	297
评论与思考·····	303
第三节 侵权行为·····	305
一、字面侵权和等同原则·····	305
芒果软件公司诉甲骨文公司·····	305
评论与思考·····	310
软件专利的最佳保护幅度·····	313
二、国外的行为·····	316
第四节 软件的外观设计专利·····	319
对唐纳森的单方审查·····	319
评论与思考·····	323
第四章 商标和商业外观·····	325
第一节 通过商标保护计算机程序·····	326
产品构造之保护·····	326
评论与思考·····	328
第二节 兼容性与标准化·····	331
创新实验室公司诉赛瑞克斯公司·····	331
评论与思考·····	336
思考题·····	341
太阳微系统公司诉微软公司·····	342
评论与思考·····	355
第三节 作为锁定装置的商标·····	356
世嘉企业有限责任公司诉美誉公司·····	357
评论与思考·····	364

第五章 软件许可 .....	366
第一节 许可与销售之争 .....	368
弗诺诉欧特克公司 .....	368
软件人制品公司诉奥多比系统公司 .....	384
评论与思考 .....	395
《统一计算机信息交易法》和美国法律学会的《软件合同法律 准则》 .....	401
第二节 许可与销售之争的利益所在 .....	403
一、捆绑 .....	403
二、价格歧视 .....	405
迈克尔·J. 缪勒:《价格歧视、个人使用和盗版:数字作品 的版权保护》 .....	406
评论与思考 .....	410
三、对转售的控制 .....	411
评论与思考 .....	412
思考题 .....	413
第三节 合同形式、执行和担保 .....	413
一、合同形式 .....	413
(一) 拆封许可 .....	413
步骤保存器数据系统诉美国慧智技术 .....	413
光盘能手公司诉蔡登堡 .....	425
评论与思考 .....	433
(二) “点击”许可、浏览许可以及电子商务 .....	436
施佩希特诉网景通信公司 .....	436
评论与思考 .....	446
思考题 .....	452
二、法律之外的执行:自我救济和类似方式 .....	453

美国计算机信托租赁诉杰克·法雷尔器具公司·····	454
评论与思考·····	456
三、担保和免责声明·····	460
尼尔森商业设备中心诉蒙特莱昂·····	460
评论与思考·····	463
第四节 合同式知识财产的边界·····	465
拱顶公司诉奎德软件有限责任公司·····	465
光盘能手公司诉蔡登堡·····	471
评论与思考·····	474
有关联邦法至上条款的优先性·····	480
评论与思考·····	482
第五节 开源许可·····	484
布莱恩·W.卡弗:《分享共享:理解和实施开源许可证 和自由软件许可证》·····	485
评论与思考·····	491
雅各布森诉卡策尔·····	494
评论与思考·····	502
第六节 软件咨询协议·····	504
一、雇员抑或顾问?·····	505
评论与思考·····	506
二、再次使用软件的权利·····	508

第一编

软 件 法

1 第一编主要涉及计算机软件的法律保护。这一编的大多数章节关注美国以及外国有关计算机软件的知识产权保护。剩下的章节则处理与此紧密相关的主题：即运用合同以及许可作为保护软件的替代方式，以及反垄断法对知识产权保护和合同保护所施加的限制。

尽管在过去的十年中，计算机软件的法律已经出现了某些清晰的模式，但该领域的法律仍在不断演变之中。第一编从人们最初尝试以商业秘密保护计算机软件为起点，大致依照时间发展之先后次序，分析计算机软件的知识产权保护。我们将回顾以版权法作为计算机程序代码和结构主要保护方式的兴起（以及部分地衰落）。接着分析近来运用专利法和商标法从各个方面保护计算机程序的做法。最后，在追溯这一历史发展之后，第五章将分析软件许可。

由于新的案件裁判以及新的法律法规层出不穷，该书所呈现的计算机软件保护的图景必然不尽完整。通过陈述已经确定的原则以及关键的分析框架，第一编的内容将为读者提供恰当的工具去理解那些隐藏在软件保护不断演变的现象背后的驱动力。