



中国法学学术丛书

信息财产

——数字内容产业的法律基础

Information Property:
the Legal Foundation of Digital Content Industry

高富平 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学学术丛书

信息财产

——数字内容产业的法律基础

Information Property:
the Legal Foundation of Digital Content Industry

图书在版编目(CIP)数据

信息财产:数字内容产业的法律基础/高富平著. —北京:法律出版社,2009.1
ISBN 978-7-5036-8857-7

I. 信… II. 高… III. 信息管理—法规—研究—中国
IV. D922.164

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第152182号

© 法律出版社·中国

中国法学学术丛书

信息财产——数字内容
产业的法律基础

高富平 著

责任编辑 孙东育
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2009年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 18.375 字数 480千

印次 2009年1月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8857-7

定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对我国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设我国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。现汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

法律出版社法学学术出版分社

2008年4月

第三节 知识产权与信息 / 46

- 一、专利法和信息 / 47
- 二、商标法和信息 / 48
- 三、商业秘密法和信息 / 50
- 四、版权法和信息 / 52

第三章 版权法与信息 / 54

第一节 版权法制度分析 / 54

- 一、版权法作为思想自由法 / 54
- 二、版权法作为财产法和产业秩序法 / 57
- 三、版权法作为平衡法：版权法的公共政策属性 / 64

第二节 独创性：版权的第一道边界 / 70

- 一、案例法考察 / 71
- 二、制定法考察 / 72
- 三、独创性解析 / 74

第三节 公共领域 / 76

- 一、公共领域的含义 / 76
- 二、公共领域的理论 / 77
- 三、公共领域的运用 / 80
- 四、公共领域理论的不同思考 / 87

第四节 思想和表达的二分法：版权的第二道边界 / 91

- 一、案例法 / 92
- 二、成文法 / 96
- 三、二分法理论 / 98
- 四、二分法的说明价值 / 106
- 五、二分法的例外及其说明价值 / 109

第四章 信息成为事实上的“财产” / 112

第一节 ICT 对内容创作和向公众提供的影响 / 113

- 一、信息通信技术 / 113
- 二、电子通信技术对版权法的影响 / 114

三、数字内容的提供:对内容制品保护的需要 / 121	第六章
第二节 技术保护措施对信息产品的控制 / 123	
一、技术保护措施的运作 / 123	
二、技术保护措施的立法现状 / 131	
三、技术保护措施对版权制度的意义 / 138	
第三节 许可制度的设权功能 / 139	
一、版权许可 / 140	
二、许可新类别——软件许可 / 143	
三、软件许可协议有效性问题 / 148	
四、许可非版权“作品”——信息许可 / 153	
第四节 数字化信息提供:信息成为财产了吗 / 155	
一、信息正在被商品化、私有化 / 155	
二、事实上的信息财产如何在法律上定性 / 158	
第五章 财产的含义:以英美法为视角 / 160	
第一节 财产概念的演进 / 160	
一、财产:作为有形物和法律拟制物 / 161	
二、功利主义理论:通往法律关系束之路 / 164	
三、作为法律关系束的财产 / 166	
四、权利束的经济学视角 / 171	
第二节 财产的界限 / 173	
一、何“物”可为财产 / 174	
二、何种权利可为财产 / 177	
三、获益的权利是否为财产 / 180	
第三节 财产与合同 / 183	
一、财产与合同的区别 / 183	
二、财产与合同的关系:财产权是否为合同的要件 / 187	
三、合同与财产:合同是否可以创设财产权 / 189	
第四节 财产赋权原则 / 192	
一、财产保护(赋权)的两种样态:财产规则和责任规则 / 192	
二、什么是财产 / 196	

第六章 数据库权:信息财产化的“先驱”还是“误区” / 198

第一节 欧盟《指令》的制定 / 198

一、《指令》:立法背景和过程 / 198

二、《指令》的基本目标 / 201

三、《指令》:基本框架和内容 / 203

第二节 数据库权的确立和应用 / 210

一、欧盟数据库权确立的理由 / 210

二、欧洲法院对《指令》适用的权威解释 / 214

第三节 《指令》在欧盟成员国实施 / 226

一、各成员国对《指令》的适用 / 226

二、独立立法例:英国 / 229

三、司法实践 / 231

第四节 《指令》和数据库权的评价和反思 / 234

一、欧盟“自评”报告 / 234

二、学术界的评论 / 236

三、数据库权适用范围之争 / 239

四、对《指令》的总体评价 / 245

第七章 事实信息的侵权法保护:普通法的经验 / 247

第一节 版权法数据库保护困境:侵权法的介入 / 247

一、Feist 案之前 / 248

二、Feist 案 / 252

三、对 Feist 案的司法解释 / 254

第二节 侵权法对信息财产的保护概述 / 258

一、侵权法概述:侵权法的赋权效果 / 258

二、普通法上侵权方式在信息保护上的适用 / 267

第三节 侵权法对信息财产的保护:不当使用 / 275

一、不当使用引论 / 275

二、不当使用原则的应用 / 280

三、对不当使用救济的评价 / 285

第四节 侵权法对事实信息的保护:反不正当竞争 / 288

- 一、美国的反不正当竞争法 / 288
- 二、反不正当竞争法:作为有价值信息的保护手段 / 293

第八章 数据库立法:美国的困惑,亦是世界的困惑 / 305

第一节 美国数据库立法 / 305

- 一、美国联邦议会的主要法案 / 306
- 二、美国数据库立法评析 / 313
- 三、美国联邦数据立法受挫的原因 / 318

第二节 非独创性数据库保护:美国学者的理论探索 / 325

- 一、美国版权法的法理基础:功能主义解释 / 326
- 二、寻求非独创性数据库保护的法理基础 / 332

第九章 美国信息许可合同合法化:UCITA 的是非功过 / 343

第一节 UCITA 的诞生 / 344

- 一、UCITA 制定的背景 / 344
- 二、早期的起草准备:制定统一软件许可法 / 346
- 三、中期起草过程:草案适用范围的扩大 / 348
- 四、UCITA 的诞生 / 352

第二节 统一计算机信息交易法内容概要 / 353

- 一、信息和信息交易 / 354
- 二、信息许可合同的订立:电子合同 / 360
- 三、信息许可合同履行 / 361

第三节 统一计算机信息交易法案的争议 / 364

- 一、赞成者的意见 / 364
- 二、反对者的意见 / 370

第四节 UCITA 评析:争议背后的问题 / 380

- 一、UCITA 争论评述 / 380
- 二、争议背后主要的法律问题 / 383
- 三、UCITA 的价值 / 386

第十章 数据库保护：国际社会的探索 / 387

第一节 国际社会数据库保护状态 / 387

一、国际层面 / 387

二、国家层面 / 389

第二节 WIPO 数据库条约 / 394

一、条约的提出 / 394

二、WIPO 数据库条约基本内容 / 395

三、WIPO 数据库条约的结果 / 398

四、关于数据库权的争论 / 401

第三节 数据库立法展望 / 404

一、国际保护知识产权协会在世界范围的调研 / 404

二、数据库立法可行的方案 / 409

第十一章 信息财产：我国信息保护现状和理论探索 / 414

第一节 在版权法框架下的信息保护 / 415

一、信息保护：我国著作权法相关规定 / 415

二、信息保护：我国司法实践的努力和困境 / 418

第二节 我国信息权利体系构建的理论探索 / 442

一、信息产权与知识产权：郑成思教授“信息产权”思想评析 / 442

二、信息产权与知识产权：两种不同观点 / 450

三、信息权利的调整：是否需要建立独立的信息法 / 454

第十二章 信息财产的法律基础和框架 / 463

第一节 信息财产化：社会之需要 / 464

一、信息社会需要保护信息 / 464

二、信息保护的两种方式 / 467

三、信息成为财产 / 468

第二节 信息赋权的法理基础 / 471

一、知识产权的哲学基础 / 471

二、价值附加劳动理论作为信息财产的法理基础 / 474

三、信息财产权的范围 / 476

四、信息财产权定位：知识产权的可借鉴性 / 478	
五、信息财产权的限制：信息的公共利益实现问题 / 483	
第三节 信息财产的法律框架：平衡理论 / 484	
一、信息持有人和公众之间利益平衡的方法：限制说到法定义务说 / 485	
二、平衡的效果：信息财产化之顾虑分析 / 492	
第四节 信息财产与内容产业秩序（代结语） / 493	
一、信息（内容）交易秩序：版权法的作用 / 493	
二、信息（产品）市场秩序：市场主导还是法律主导 / 495	
三、信息财产化作为信息政策考察 / 498	
附录一 欧盟数据库保护指令 / 502	
附录二 美国《数据库和信息收集作品不当使用法》（草案） / 508	
附录三 欧盟数据库实施情况 / 515	
参考文献 / 542	
后 记 / 570	

结果就是网络时代的到来。人类社会的发展变化，从工业社会到信息社会，再到网络社会，是人类文明进步的必然趋势。

1973年，丹尼尔·贝尔在《后工业社会的来临》一书中，首次提出了“后工业社会”的概念，认为后工业社会是一个以服务业为主导的社会。

第一章 信息社会：信息成为重要的资源

人类社会的发展，从农业社会到工业社会，再到信息社会，是人类文明进步的必然趋势。

1973年，丹尼尔·贝尔在《后工业社会的来临》一书中，首次提出了“后工业社会”的概念，认为后工业社会是一个以服务业为主导的社会。

人类社会已经进入信息社会，这是国际社会对人类社会发展现状的普遍认识。

从1973年的丹尼尔·贝尔《后工业社会的来临》开始，有许多学者在探讨这样的社会运行模式，其中一个不争的事实是：信息成为重要的资源。

而信息的数字化、数字化信息的网络传播又使得信息不仅是普通意义上的资源，而且成为交易的对象，形成数字内容产业。

这就给法学界提出了一个命题：被交易的信息是财产吗？

第一节 人类社会进入信息社会

人类社会的发展，从农业社会到工业社会，再到信息社会，是人类文明进步的必然趋势。

1973年，丹尼尔·贝尔在《后工业社会的来临》一书中，首次提出了“后工业社会”的概念，认为后工业社会是一个以服务业为主导的社会。

人类社会已经进入信息社会，这是国际社会对人类社会发展现状的普遍认识。

从1973年的丹尼尔·贝尔《后工业社会的来临》开始，有许多学者在探讨这样的社会运行模式，其中一个不争的事实是：信息成为重要的资源。

而信息的数字化、数字化信息的网络传播又使得信息不仅是普通意义上的资源，而且成为交易的对象，形成数字内容产业。

这就给法学界提出了一个命题：被交易的信息是财产吗？

第一节 人类社会进入信息社会

人类社会的发展，从农业社会到工业社会，再到信息社会，是人类文明进步的必然趋势。

1973年，丹尼尔·贝尔在《后工业社会的来临》一书中，首次提出了“后工业社会”的概念，认为后工业社会是一个以服务业为主导的社会。

人类社会已经进入信息社会，这是国际社会对人类社会发展现状的普遍认识。

从1973年的丹尼尔·贝尔《后工业社会的来临》开始，有许多学者在探讨这样的社会运行模式，其中一个不争的事实是：信息成为重要的资源。

而信息的数字化、数字化信息的网络传播又使得信息不仅是普通意义上的资源，而且成为交易的对象，形成数字内容产业。

这就给法学界提出了一个命题：被交易的信息是财产吗？

信息通信技术已经开始改变着我们的社会。这一改变的进程和结果被描述为人类进入到信息社会。

早在 1973 年出版的著作《后工业社会的来临》^①中,丹尼尔·贝尔提出,我们的社会发展进入到一个新阶段,在这个社会里,以服务为基础的产业是主要的产业,科学技术主宰产业发展,社会重心移向技术精英。在当时,计算机还是大公司和政府的专利的时代,贝尔就已经预言到信息技术会对社会转变产生巨大的影响。

社会学家 Manuel Castells 将贝尔的思想推进一步,他在系列著作《信息时代》(The Information Age)^②一书中,用世界范围的统计数据说明了网络社会(network society)的到来。在他看来,网络社会有四大特征:

1. 信息化的发展模式(informational mode of development);
2. 信息(权力)流和网络化企业(flows of information/power and network enterprises);
3. 不间断的时间[timeless (accelerated) time]和无阻隔的空间(distanceless space);
4. (民族、种族)群体性特征消失[breakdown of collective identities (nations, ethnic groups)]和文化变革(cultural turn)。

按照 Castells 的提法,新社会的经济核心是信息的收集、处理和译义产业,这意味着新的经济发展模式的出现,即知识和信息推动的社会发展模式。

信息社会这一概念最早应用于国际政策,始于经合组织(OECD) 1979 年的一份文件。之后,国际社会提出许多概念,最主要的有知识经济、信息社会、数字时代或信息时代等。在经合组织的阐述中,信息社会

^① 参见丹尼尔·贝尔:《后工业社会的来临》,商务印书馆 1984 年版。

^② 该书由 3 个系列组成,第 1 卷为《网络社会的兴起》[The Rise of the Network Society (Information Age, Volume I)];第 2 卷为《身份的权力》[The Power of Identity (The Information Age, Volume II)];第 3 卷为《千年的终结》[End of Millennium (Castells, Manuel. Information Age, Volume III)]。

意味着,工业经济发生了结构上的转变,通讯网络和交互式多媒体的应用为现有的社会和经济关系向信息社会转型提供了变革的基础,这样的转型对人类社会的意义,完全不亚于工业革命改变农耕社会的影响。^①

欧盟内部也一直回荡着这样的观点:集合了计算机技术和通讯技术的多媒体技术大发展,不可避免地导致信息社会的形成。欧盟信息社会项目办公室(EU Information Society Project Office)的官方网站上发布了更为确定和详细的看法:信息技术和通讯技术带来了以信息为基础的新的产业革命,其影响程度不亚于19世纪的产业革命。这些技术和数字电子学(digital electronics)的发展创造了全新的多媒体技术,使得声音、图像、文本以及其他电报、电视等沟通手段的轻易融合成为可能。而这些技术在经济和社会生活各层面飞快地传播,逐渐促使我们进入“信息社会”。^②

我国也在《2006~2020年国家信息化发展战略》中对这样的社会做出了明确的定位和描述:信息化是充分利用信息技术,开发利用信息资源,促进信息交流和知识共享,提高经济增长质量,推动经济社会发展转型的历史进程。20世纪90年代以来,信息技术不断创新,信息产业持续发展,信息网络广泛普及,信息化成为全球经济社会发展的显著特征,并逐步向一场全方位的社会变革演进。进入21世纪,信息化对经济社会发展的影响更加深刻,广泛应用、高度渗透的信息技术正孕育着新的重大突破。信息资源日益成为重要生产要素、无形资产和社会财富。信息网络更加普及并日趋融合。信息化与经济全球化相互交织,推动着全球产业分工深化和经济结构调整,重塑着全球经济竞争格局。互联网加剧了各种思想文化的相互激荡,成为信息传播和知识扩散的新载体。电子政务在提高行政效率、改善政府效能、扩大民主参与等方面的作用日益显著。信息安全的重要性与日俱增,成为各国面临的共同挑战。信息化

^① See Armand Mattelart, *Networking the World, 1794 - 2000*, 2000.

^② See Statement-"Towards the Information Society", web site <http://www.ispo.cec.be/infosoc/backg/statement.html>.

使现代战争形态发生重大变化,是世界新军事变革的核心内容。全球数字鸿沟呈现扩大趋势,发展失衡现象日趋严重。发达国家信息化发展目标更加清晰,正在出现向信息社会转型的趋向。越来越多的发展中国家主动迎接信息化发展带来的新机遇,力争跟上时代潮流。全球信息化正在引发当今世界的深刻变革,重塑世界政治、经济、社会、文化和军事发展的新格局。加快信息化发展,已经成为世界各国的共同选择。^①

在笔者看来,所有这些均是从不同侧面描述相同的社会发展样态,即 Castells 所称的知识和信息推动的社会发展模式。本书以信息社会来描述 ICT 给人类社会带来的新的发展阶段,我国用信息化来描述以信息与通信技术为特征的社会存在方式与过程。信息化达成的社会状态即是信息社会。简言之,信息社会是信息资源处于突出地位的社会。在信息社会,信息在生产过程中的重要性达到了空前的程度,已经超越了能源;并且也逐渐成为独立的资源形态。

简言之,我们正从一个由原子(有形物品)主宰的世界向另一个由数据点主宰的世界迁徙。^②在生活越来越便利、生产越来越繁盛、信息越来越畅通的今天,无论是发达国家还是发展中国家,随着第三次技术革命的扩展和经济全球化的深入,其经济资源领域都在发生着根本性的变革:人们不再仅仅通过有形产品的市场交换创造价值,也可以在无形的网络或是数据环境中发掘这一无穷无尽的社会财富;并且后者明显地呈现出超越前者而成为国民经济主动力的野心和能力。^③这种新的财富源泉来自于这些数据点的集合——信息。

^① 参见《2006~2020年国家信息化发展战略》,中共中央办公厅、国务院办公厅2006年5月印发。

^② See Nicholas Negroponte, *Being Digital*, 1995, p. 5.

^③ 我们正由“以产品为基础的经济向以信息和服务为基础的经济”转化,在后一种经济类型中,信息和服务成为商业活动的核心角色。参见 James Boyle, “A Theory of Law and Information: Copyright, Spleens, Blackmail, and Insider Trading”, in *California Law Review*, 80 Calif. L. Rev. 1413, 1992.

二、信息社会的标志性产业：内容产业

（一）信息产业：信息社会的主导产业

我们通常使用的“信息产业”(information industry)一词,是一个非常庞大的概念,总的看来它至少包括:从事信息技术的研究、开发与应用;信息设备与器件制造以及为经济发展和公共社会的需求提供信息服务的综合性生产活动和基础结构。^① 信息产业一般指以信息为资源,以信息技术为基础,进行信息资源的研究、开发和应用以及对信息进行收集、生产、处理、传递、存储和经营活动,为经济发展及社会进步提供有效的综合性的生产和经营活动的行业。在发达国家,信息产业被称为第四产业。

世界各国对信息产业分类没有统一的标准。过去我国仅仅将信息产业理解为信息技术产业,而现在愈来愈宽泛。前文提到的《2006~2020年国家信息化发展战略》对于信息产业有了一个新定位。改变了过去将信息产业定位于信息和通讯技术(ICT)以及相关设备的生产(可称为信息技术产业)^②的做法,将信息产业扩展到信息内容产业。现在的文化、出版、广播、影视、市场资讯、市场调查、游戏动漫等,凡是以内容为加工对象,产品形式表现为信息形式,都属于信息产业。

从内容或结构上,一般认为,信息产业包括四部分内容:第一部分:电子信息设备。包括:电子信息及相关设备制造、电子信息设备批发和零售、计算机及通讯设备租赁。第二部分:电子信息传播。包括:电信服务、广播电视传播服务、卫星通讯、网络服务。第三部分:电子信息技术服务。包括:计算机技术服务、软件设计服务。第四部分:其他信息服

^① 参见王志荣:《信息法概论》,中国法制出版社2003年版,第413页。

^② 在信息技术意义上的信息产业主要是包括四块,分别是制造业、软件业、通讯业、IT服务业。

务。包括：新闻、出版、广播、电影、电视、音像以及图书馆和档案馆活动。^①

也有学者认为，我国的信息产业，包括信息技术设备制造业与信息服务业，前者主要是电子器件、网络设备、多媒体技术和设备、视听技术和设备等制造，后者分为传统服务行业和电子服务行业，包括以印刷文本为基础的服务业和与数字作品相关的服务乃至办公自动化等。^② 依照笔者的理解，信息产业分为两部分：一是硬件制造、网络（通信）基础设施及其延伸服务；二是数字内容产业。前者是信息产业的硬件设施（包括网络通信设施）建设，后者是软件和内容（包括计算机软件、信息产品等内容）建设。

硬件基础设施建设既是为整个社会信息化搭建基础设施平台（包括电子商务、电子政务、电子社区等在内的整个信息社会运行的基础），同时也是内容产业发展的基础。二者是相互促进关系，基础设施为内容产业发展提供渠道和平台，内容的丰富和发展同样会带动网络基础设施发展，二者互动引领整个信息社会的发展，成为信息社会的主导产业。

也就是说，我们通常使用的“信息产业”并不仅仅是本书所要探讨的“信息”的产业存在形式。本书所讲的信息，特指内容意义上的信息，其所指的信息产业专指信息及其产品的产业化生产和分发，也就是内容的生产和销售，而不包括相关载体或硬件的制造与服务。考虑到这个新兴产业的核心是信息的生产 and 传播，同时，由于这种生产和传播的对象并不仅仅局限于版权作品，因此本书采用“内容产业”一词来描述这一信息社会特有的产业现象。

（二）数字内容产业：信息社会的标志性产业

内容产业是专门以信息资源为劳动对象，提供文化形态的产品和服务

^① 参见方宽、杨小刚：“对信息产业统计界定的思考”，载 www.stats.gov.cn/tjsu-jia/tjyj/t20021024_39459.htm - 18k, 2007年1月22日访问。

^② 参见李新家主编：《网络经济研究》，中国经济出版社2004年版，第38页“我国信息产业构成图”。