

第一篇 知识产权

1.1 知识产权制度的过去、现在和未来

1.1.1 知识产权制度产生的基础

关于知识产权这一概念，有学者认为产生于 16 世纪[●]。但真正在法律上承认知识产权，形成知识产权的国际保护环境，则是最近 100 多年来的事情[●]。这期间许多国家都曾制订过有关保护知识产权的法律，但与确认和保护有体财产权的民法法相比，知识产权法律制度的产生时间却大大地落后了。究其原因主要在于，民法法中的许多规则是伴随着商品、私有制和市场经济的形成而产生的。商品交换规则形成和成熟的过程，也正是民法法形成和发展的过程。马克思在描述商品交换过程时曾指出：“商品不会自己到市场上去，不能自己去交换，因此我们必须寻找它的监护人，商品的所有者。”每一方只有通过双方共同一致的意志行为才能让渡自己的商品，占有别人的商品。可见，他们必须承认对方是私有者。[●]对商品的所有权的承认正是民法所要解决的基本问题之一；商品交换的规则就是民法的内容之一。正如恩格斯所指出的：“民法准则只是以法律形式表现了社会经济生活条件”^①。由此可

● 佟柔，《民法原理》法律出版社 1985 年版 第 383 页。

● 目前在国际上最有影响，也是历史最长的两个国际知识产权保护公约《保护工业产权巴黎公约》和《保护文学艺术作品伯尔尼公约》都是在 19 世纪后半叶建立的。

● 《资本论》第 1 卷 第 102 页 北京 人民出版社，1975。在这里 马克思所说的商品必定为有体物，否则便不存在商品的让渡。对于无体物，这种让渡在形式上并不表现为商品本身的让渡，而仅仅表现为法律关系的变更，即权利的让渡。

① 《马克思恩格斯选集》第 4 卷 第 248 页 北京 人民出版社，1972。

见，民法或民商法的历史可谓渊远流长。商品交换的存在必然以所有权的存在为前提；商品交换的实现必然要求诚实信用、平等有偿的行为规则。这正是民商法产生的基础。商品的出现、市场交换行为的出现客观上形成了有关交易的习惯，当这些习惯被以法律的形式确定之后，便成为了我们现在所称的民法。换言之，民法是应市场经济之需求而产生的。

应当说，任何法律作为一种行为规则，都是在社会的发展进步提出了相应的需求，在此基础上才逐渐形成和产生了法律规范。知识产权作为一种民事权利或者私权^❶，其产生除了需要前述民事权利赖以存在所必须具备的共同条件之外，如商品经济的存在等，还需要有其特别的条件，即科学技术的相对发达。

这是因为在科学技术尚不发达的时期，人类社会中最有价值的财产主要是体力劳动创造的有体财产，对人类生存起决定作用的还是有体财产，换言之人类社会的竞争还是以体力竞争为主。^❷在这样的时期，无体财产在社会财富中所占份量非常微弱，自然是不可能在全社会范围内产生对作为无体财产之一的智力成果的保护要求的，因而也不会有知识产权法。举例而言，在旧石器时代，人类使用的生产工具大多如同用石头敲击而成砍砸器^❸之类。靠这样的生产工具固然在一定程度上可以提高劳动生产率，但仍然十分有限。体力的强弱仍然是决定劳动生产率高低的主要因素。当然，这并不否定在特定场合下偶尔也有某些看似微小的发明创造在重大事件中可能起到决定性的作用。比如，《庄子》记载，

❶ 在世界贸易组织的《与贸易有关的知识产权协议》序言中“要求其所有成员‘承认知识产权为私权’”。

❷ 这里所称的“以体力竞争为主”的情况并不否认人类成为世界的主宰或万物之灵的根本原因是因为人类所独具的意识能力，即学习、思想、创造的能力。具体地讲，人类作为一个整体在体力上显然不及若干兽类，人类主宰世界靠的是人类的智力。但就人类社会中的竞争而言，从历史或宏观的角度看，早期还主要依靠体力，或者说体力在这种竞争中所起的作用还非常大。

❸ 辞海编辑委员会《辞海》（缩印本）第 1638 页，上海，上海辞书出版社，1980。

宋人有不龟手之药 其祖辈以漂丝为业 收入不过数金。有游人愿以百金购买其药方 宋人允。买者游说吴王 派其兵与越人在冬口水战。士兵因有该药护手不生冻疮，结果打得越人大败。● 直到科学技术发展到相当水平，市场竞争开始由体力型向智力型转化，人们才逐渐认识到这种无体财产的价值，才试图用法定权利的方式来肯定这种无形财产的价值。在此基础上发展起来的法律，即是现在所称的知识产权法。而此前所形成的一整套民商法规范，虽然其原则同样使用知识产权规范，但其出发点显然是基于保护有体物的物权。

1.1.2 知识产权法律理论现况

从产生的年代长短看，知识产权法与其他法律学科相比，尚处于婴幼儿时期。但由于现实社会的迫切需求，促使它迅速成长。以致于使其在实用规范方面的发展速度非常惊人。如果把法律规范的制订和法学理论的研究比作整个法律制度的两条腿，那么就知识产权法而言，法律规范这条腿的生长速度大大地超过了法学理论研究的这条腿。这种“一腿长，一腿短”的状况在事实上造成了知识产权制度发展尤如行进在不平坦的道路上。

在理论研究方面，可以毫不夸张地说，到目前为止知识产权法若作为一个独立的学科尚没有形成自己的完整构架，许多基础性的重大理论课题尚无定论。比如，关于知识产权的定义，国内外学术界对此都有不同看法。就国内而言，具有代表性的大体上有这样几种观点：1. 知识产权是智力成果的创造人或工商业活动中的标记所有人依法所享有的权利的统称●；2. 知识产权是指人们可以就其智力创造的成果所依法享有的专有权利●；3. 知识产权是

● 据《庄子·内篇》不龟手之药。

● 刘春田《简论知识产权》载《知识产权研究》第一卷 第 45 页，北京，方正出版社，1996。

● 郑成思《知识产权法教程》第 1 页 北京 法律出版社，1993 年版 郑成思《再论知识产权的概念》载《知识产权研究》第二卷 第 1 页 北京 方正出版社，1996。

一种人们就其创造的非物质财产——智力成果和工商信誉——所依法享有的权利^①。英国著名知识产权专家、剑桥大学教授 Cornish 认为，“知识产权很少用来描述商标以及类似的市场经营手段，只是现在已为国际上所接受。”按早期大陆法的用法，知识产权是指对作者的作品的保护。^②事实上，关于知识产权的定义，不仅在学术界有不同的看法，就是在世界上有关知识产权的国际组织中，也众说纷纭。这从各个国际组织在各自的知识产权条约中对知识产权范围所作的限定即可看出^③。但无论如何，各家均认可著作权、专利权、商标权是知识产权中的主要部分。

笔者以为，从历史唯物主义的观点出发，目前各家对知识产权的概念莫衷一是的状况是完全可以理解的。这可以从以下几个方面来解释这种现象。

第一，从科学技术的发展水平看，科学技术只是在近 200 多年里才以前所未有的速度迅猛发展，作为保护技术发明的知识产权法自然也就不可能在理论上超越科学技术而独立发展。在 18 世纪，农业技术仍然是社会生活中最为重要的技术，因为“人必须在

① 王春燕《也论知识产权的属性》载《中国法学》1996年第3期第94页。

② W. R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Page 3, London, Sweet & Maxwell, 1996。

③ 无论是世界知识产权组织，还是世界贸易组织，都在有关国际公约中对知识产权的范围作出了具体限定。《成立世界知识产权组织公约》第二条第八项规定：“知识产权包括有关下列各项的权利：(1)文学、艺术和科学作品；(2)表演艺术家的表演及唱片和广播节目；(3)人类一切活动领域的发明；(4)科学发现；(5)工业设计；(6)商标、服务标记以及厂商名称和标记；(7)反不正当竞争，以及在工业、科学、文学或艺术领域内因智力活动而产生的一切权利。”学术界和各国立法对于该条约所规定的知识产权范围存在各种不同理解或解释，但对于其中科学发现的看法确是一致的，即科学发现不能以授予垄断权的方式加以保护。于是有人认为科学发现根本不属于知识产权，当然这仅指财产权而言。世界贸易组织在《与贸易有关的知识产权协议》在第一条第二项中规定：“知识产权一词是指在第二部分 1~7 节所涉的知识产权。”第二部分 1~7 节分别规定了 (1) 著作权和邻接权；(2) 商标；(3) 地理标志；(4) 工业设计；(5) 专利；(6) 集成电路布图设计；(7) 未公开的信息的保护。很显然，这一条约与《成立世界知识产权组织公约》所规定的内容有所不同。在《保护工业产权巴黎公约》中，还专门对工业产权的范围作了界定，在内容上也与前述条约有一定差异。

他能够认识之前先生活^①；他必须在能够理解无数事务之前先利用它们^②。这种主要是靠试错法所积累起来的经验性质的农业技术^③是难以用法律的方式来保护的。直到 18 世纪末才由纽可门、瓦特等人发明并改进了蒸汽机^④并使这一“18 世纪机械工程最瞩目的成就”^⑤得以广泛应用；生产硫酸和碱的工业化方法也是在这一时期完成的^⑥。这些技术的发展为后来工业化社会的形成奠定了坚实的技术基础。尽管如此，从总体上讲当时的科学技术仍不甚发达。在这样的状况下不可能产生全面保护知识产权的法律。据著名的科学史专家亚臣拉罕·沃尔夫（Abraham Wolf）考证在 18 世纪中期，曾有大量的以促进工业技术和贸易发展为目的的协会。它们通过授予奖金或奖品的方式来鼓励技术开发^⑦。尽管这些协会大多没有能够长期维持^⑧，但这种鼓励技术开发的形式如此盛行的事实本身，就说明当时已经建立的有关保护和鼓励技术发明的法律制度如英国的《垄断法案》未必完全居于主导地位。直到进入 20 世纪，现代专利法才真正在世界范围内居于保护技术发明的最主要的法律的地位。^⑨

事实上当技术尚处于不发达时期充分利用每一项技术或者充分实现每项技术的价值是第一重要的问题。而以知识产权法的方式对其加以保护必然导致技术的使用受到限制。这就如同在没

① 亚·卧尔夫《十八世纪科学技术和哲学史》第 582 页 北京 商务印书馆，1995。

② 亚·卧尔夫《十八世纪科学技术和哲学史》第 586 页。

③ 亚·卧尔夫《十八世纪科学技术和哲学史》第 731~753 页。

④ 亚·卧尔夫《十八世纪科学技术和哲学史》第 730 页。

⑤ 亚·卧尔夫《十八世纪科学技术和哲学史》第 768~775 页。

⑥ 亚·卧尔夫《十八世纪科学技术和哲学史》第 584 页。

⑦ 但英国皇家艺术学会（Royal Society of Arts）是个例外。该学会筹备于 1754 年，1755 年正式成立。之后发展非常顺利，从未依赖政府，其资金完全来自其会员或民间捐赠。其名称中的“皇家”一词是在 20 世纪授予的。

⑧ 应当看到，19 世纪欧洲诸多国家废止专利法的实施，或者否决专利法的议案；以及在两次世界大战中分别造就了苏联和东方社会主义国家集团，都曾一度将专利制度打入另册，转而实施发明人证书制度的事实，已足以说明在思想观念上专利法的基础尚不够深厚。究其原因，还是因为现代知识产权法的作用并未得到广泛的认可。

有剩余食品的原始社会不可能产生商品，因而也就没有私有财产一样。只有当知识产品有了“剩余”，即足以维持社会正常的进步速度之后，才可能谈及知识产权，即对知识特定表现形式的垄断。

其次，从科学技术知识的普及程度和范围上看，在 18 世纪，知识开始在学术界以外的广阔领域以空前的速度传播；尤其在法国大革命之后，劳工的免费职业教育开始在巴黎和伦敦萌生。^①全民知识水平的提高为知识产权法的产生提供了群众基础。如果一个社会或者国家只有极少数人具备从事发明创造的知识水平，那么也不可能萌生出全社会范围的保护发明创造的要求。即使国家通过强权制订了相应的法律，由于绝大部分公众根本没有这样的需求，这种法律也无法得到遵守。知识的普及为全民范围内的发明创造活动提供了可能，只有在此基础上才可能制订出真正反映民意的、并且能够为大多数民众自觉遵守的相应的法律。

再次，从现有的各个部门法的发展进步的历史看，二、三百年的时间是不可能造就一整套完备的知识产权法理论体系，故而现阶段就诸多问题存在争论是完全正常的情况。以现在公认相对成熟的民法理论为例，其中的物权、债权乃至民事主体理论，早在一千多年前就已十分发达^②。尽管如此，直到 1804 年《法国民法典》的颁布，才第一次在法律上确认了民事主体平等的原则、所有权原则、契约自由原则等^③，使得民法理论在体系上相对完备。民法作为调整人身关系和有体财产关系的最主要的法律，是在经历了漫长的上千年的历史时期后，才建立了今天这样的相对完备的理论体系。因此，我们又怎能奢望尚处于幼年时期的知识产权法具备

① 亚·卧尔夫《十八世纪科学、技术和哲学史》第 13～14 页。

② 见《法学总论——法学阶梯》（北京，商务印书馆，1989 年版）中有关内容，其中第一卷就民事主体作了详细规定，第二、三、四卷分别就物法以及债法作了非常具体的规定。

③ 江平等《现代实用民法词典》第 77 页 北京 北京出版社 1988 年版。

成熟的理论框架呢？

最后 从近 100 多年来知识产权法的发展历史看，这一法律制度的发展过程并非是完全理性化的。作为一个国家或地区特定阶层利益的反映，知识产权法必然会在一度程度上受到国家或民族功利主义的制约和实用主义的影响。在功利主义和实用主义思想和支配下所建立起来的知识产权法律制度，是不可能完全符合法理或法律的一般原则的。这也必然导致学术界对知识产权概念的理解产生歧义。在最近 20 年里，这种功利主义和实用主义在知识产权制度构建中较为典型的表现，即是国际上对计算机软件和集成电路的法律保护所采取的截然不同态度。80 年代，美国人竭尽全力、使出浑身解数推行以著作权法保护软件的制度^①而对集成电路则率先采用单独立法方式予以保护^②。究其原因正如一位美国律师所说 在 80 年代初美国的计算机软件在国际市场上占主导地位，如果各国均采用著作权法保护软件，则可利用现有的国际著作权公约实现软件的国际保护；相应地，在集成电路的设计和制造方面，日本等国与美国相当，故而美国不主张用著作权法保护^③。这种极端的功利主义的做法势必破坏知识产权法在理论上的严谨^④。

① 许多国家在仔细研究了软件的特点之后，均主张以专门法来保护软件。巴西、韩国等已经通过立法对此加以肯定。后均在美国人的压力下修订著作权法将该特别法视为著作权法的子法。日本曾由通产省起草了专门法的草案，后因美国人的压力而不得不放弃，改为以著作权法保护软件。日本学者中山信弘曾在其专著《软件的法律保护》（中译本 大连理工大学 1988 年版）中专门论述此问题。

② 美国于 1984 年在世界上首先颁布了《半导体芯片保护法》以保护集成电路布图设计。

③ 转引自郑成思《关贸总协定与世界贸易组织中的知识产权——关贸总协定乌拉圭回合最后文件 与贸易有关的知识产权协议》详解》北京出版社 1994 年版 第 124 页。

④ 早在 1986 年德国 MAX-PLANK 外国与国际专利、著作权和竞争法研究所部门主任、中国人民大学客座教授迪茨博士就认为，以著作权法保护软件的做法从根本上破坏了著作权法的理论基础。见郑成思《计算机、软件与数据的法律保护》法律出版社 1987 年版 第 70 页。

从以上分析可见，知识产权法作为一个年轻的学科，在理论上尚不成熟，其理论体系还不完备。也正因为如此，这一学科才有着广阔的发展前景。另一方面，知识产权法所保护的对象与文学艺术和科学技术直接相关，因此人类现代文明进步的每一个脚印都将直接反映在知识产权法的发展史上。这就是说，知识产权在内容上将紧跟人类文明的脚步，随着科学技术的发展而不断丰富。比如，集成电路布图设计权作为一种新型的知识产权^①只能在集成电路技术发展一定程度后才可能产生。

1.1.3 知识产权制度与技术发展的相互作用

科学技术是生产力中最为活跃的因素，而知识产权法律制度在各个法律学科中要算是最为年轻的学科。以最为年轻的法律来调整生产力中最为活跃的因素，二者之间肯定会存在需要协调的方面。从微观上讲，每一个特定技术领域在其产生和发展时期都会向法律提出一系列的新问题；法律针对这些具体问题会在一定时间之后作出回答。这些回答也可能不完全正确，但经过几次修订也就可以逐渐逼近真值。这就是说在微观上，知识产权法与某一具体领域的技术间总是从不协调或者不适应，向协调和适应过渡。但是从宏观上讲，知识产权作为直接反映科技发展的法律制度，永远不可能达到完全协调或适应的境界。这是因为科学技术永远不可能止步不前，永远会有新的技术领域提出现有法律所解决不了的问题，知识产权法也就必须紧跟着技术进步而发展，对提出的新问题予以回答。这个过程将永远持续下去。知识产权制度的进步将永远以科技发展进步为推动力。从这种意义上看，知识产权制度在宏观上总是落后于科学技术的进步和发展，总处在不断适应科技发展的状态。正是由于知识产权法律制度依附于科学技术这一支柱，它将永远保持其年轻的状态。

① 郭禾《集成电路布图设计权——一种新型知识产权》载《知识产权》1992年第6期。

可以肯定地说,适应、促进科技进步、繁荣文艺创作,是知识产权法律制度的宗旨;知识产权制度将以此为目标逐步完善。而科学技术的发达和文学艺术的繁荣则是知识产权法律制度产生和发展的基础。离开了这个基础,知识产权法律制度便成了无源之水。离开了这个基础,知识产权法律制度也就成了僵死的教条。只有植根于科学技术和文学艺术这两块肥沃的土壤,知识产权制度才能保持生命之树常青;科学技术和文学艺术的最前卫的发展和进步犹如源头活水滋养着这一制度的生命。

从法律制度发展史的角度考察各国法律制度,可以发现各国法律存在着很大的差异。其原因在于各国法律的初创时期,受地域的限制,各个国家或部落间的交流尚非常稀少。从而导致法律的形成分别经历了不同的历程。各国有着不同的国情、有各自的习惯,反映在立法中则表现各异、千差万别。但是在各类法律中,各国知识产权法却在许多方面有着惊人的相似之处,比如,各国著作权法或专利法中所规定的著作权或专利权的权利内容基本相同;各国著作权法都要求受保护的作品必须具备独创性;授予专利的发明创造必须具备新颖性、创造性和实用性等等。导致这种状况的原因,主要在于各国的知识产权法律制度产生年代都相对较晚,大多只有一、二百年的历史。而此时国际法律协调机制已经开始在世界范围内发挥相应的影响。在 19 世纪末分别诞生了目前国际上最大的、历史最长的、也是最有影响的两个知识产权国际公约,即《保护工业产权巴黎公约》和《保护文学艺术作品伯尔尼公约》。这两个公约在 20 世纪对国际知识产权制度的协调方面发挥了巨大的作用^①。

技术的进步使地球变得越来越小,人们的交往越来越频繁、方便。为了解决不同国家间的关系,人们开始订立双边协定、多边公

① 20 世纪 20 年代,该二公约的管理机构合并形成的保护知识产权国际局以及 60 年代在此基础上成立的联合国世界知识产权组织都一直致力于国际间知识产权法律制度的协调。

约，以国际条约来调整不同国家间的关系。在国际交往日益频繁的时代，一国所建立的国内法律制度对与之有着密切交往的他国往往有着非常大的影响。而知识产权是一种无体财产，它在不同国家间的移转较之有体财产更为方便；加之知识产权制度的发展历史非常短，各国均无系统、完整的现成制度或者约定俗成、为人们广泛认可的先例，更谈不上有什么习惯可以继承。因此无论哪国在制度上有何创新都会对他国产生影响^①；在一国难以处理的棘手案件，在他国同样也难有不遭非议的处理办法^②。正是在彼此都没有现成的路可走的情况下，大家开始坐到一起共同讨论对策，从而形成一个又一个国际公约。在此基础上所制订的国内法自然也就存在许多相似之处了。

应该指出，前述情形只是一种理想状态。现实中的原因并非如此简单，在利益的驱使下，一些国家采取强权手段，如贸易制裁等，迫使其他国家按照其意志制订国内法，也是各国知识产权法趋同的主要原因。当然，在一些场合，这种强权手段在形式上却采取了双边条约的方式，这使其具备了合法的外壳。在近 20 年来，世界上许多国家和地区的知识产权制度的演进中，就存在着许多美国使用强权手法的痕迹^③。

从知识产权法的发展历史看，国际间的多边公约和双边条约对整个知识产权法律制度有着非常主要的影响。国际上许多学者

① 比如 1984 年美国率先颁布《半导体芯片保护法》后，各国相继模仿，现已有 20 多个国家和地区颁布了内容大同小异的法律。荷兰学者在评价美国的《半导体芯片保护法》时称这是继《拿破仑法典》之后为各国借鉴最多的法律。

② 比如中国的“广播电视节目表”著作权纠纷、图书发行商名录“著作权纠纷”，与欧美的电话号码簿、广播节目表著作权纠纷如出一辙。

③ 日本曾于 20 世纪 80 年代中期由通产省制订过《程序权法草案》，但由于美国的干预，致使该法流产；转而由文部省修改《著作权法》来保护计算机程序。韩国、巴西都曾颁布保护计算机程序的专门法——《程序权法》，同样也是由于美国的干预不得不在事后又颁布法令宣布《程序权法》为《著作权法》的子法，与《著作权法》冲突之处以《著作权法》为准。我国的台湾地区也曾迫于美国的压力，与之订立了双边条约，然后在依照该条约修订岛内的《著作权法》。

都习惯于从国际公约的角度来研究知识产权问题，且这确是知识产权法领域中的一个重大课题。但是如果如国内外一些学者依这一关系便断定知识产权法属于国际公法领域^①，笔者以为似应进一步研究、探讨。知识产权就其性质而言，应当属于民事权利的一种。这不仅得到国内立法的承认^②，而且国际公约中也对此予以明确规定^③。既然知识产权是一种民事权利，那么我们很难想象以私权为基础的知识产权法可以作为一个整体纳入具有公法性质的国际法^④。但无论如何，在当今信息时代，知识产权制度的国际协调对这一制度的发展和创新显然比过去任何时期都更为重要。国际条约所确立的一些原则或者最低要求已经成为了各国制订知识产权国内法的指针和依据。对于发达国家是这样^⑤，对于发展中国家更是如此。尤其是在信息时代，国际贸易规则趋同势必导致各国间知识产权法律规范的发展趋同。客观地讲，世界贸易组织的《与贸易有关的知识产权协定》将在未来相当长一个时期，在知识产权法国际协调中居于主导地位。因为在信息时代，以知识产权为主体的无体财产贸易将逐渐地、在世界贸易中占据最为重要的地位。这对知识产权法的发展可谓利弊兼备。一方面，从实务出发，规则趋同显然有利于知识产权贸易的发展；另一方面，这也为那些发达国家仗势欺人提供了手段，这可能导致知识产权的发展完全服从于一国或者一时的利益，而非理性。

① 郑成思《知识产权法教程》北京 法律出版社，1993 年版 第 16 页。又见郑成思《知识产权与国际关系》北京 北京出版社，1996 年版 第 30-31 页。

② 1986 年颁布的《民法通则》“民事权利”一章中，专节规定了知识产权。

③ 世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》序言中即明文规定知识产权是私权。

④ 在我国台湾的六法全书中，通常将专利法、商标法划归在行政法下，这主要是从专利、商标的行政审批程序着眼的。

⑤ 欧盟国家的有关知识产权法无不曾依照欧盟的有关知识产权的指令进行过修订或者创立。比如，欧盟各国的集成电路保护法均是依照欧盟的集成电路形状结构保护指令制订的。

1.2 信息、信息流及其知识产权

——兼评北京阳光数据公司诉上海霸才数据有限公司案

1996年6月,北京阳光数据公司(以下简称阳光公司)向北京市第一中级人民法院递交上诉状,起诉上海霸才数据信息有限公司(以下简称霸才公司)要求法院判决霸才公司停止侵权并赔偿阳光公司500万元人民币的财产损失。原告阳光公司同被告霸才公司均以转发中国大陆各商品交易所和证券交易所实时行情为业,属典型的信息服务商^①。从这一案件中可以反映出,依照中国法律信息服务商所享有的权利,从而确定其法律地位。

在案件诉讼过程中,原告阳光公司诉称,阳光公司自1994年成立即与中国内地15家商品交易所和三家证券交易所订立了使用、编辑、转播其实时行情信息的许可合同。各交易所分别通过卫星将其实时行情信息发送给阳光公司;阳光公司在收到有关信息后,即将各交易所的信息通过计算机按自己规定的格式分类整理,并汇总为一股综合数据流,再将其加密后通过卫星发给阳光公司的客户。这样,客户只需获得阳光公司提供的接收装置,并缴纳相应的费用即可收到国内各交易所的实时行情。霸才公司未经阳光公司许可,在非法获取阳光公司综合数据流后,将其转发给自己的用户,用以牟取暴利。原告阳光公司认为霸才公司的这一行为严重侵害了阳光公司的权益,应当承担相应的法律责任。

被告霸才公司答辩称,阳光公司的指控缺乏事实和法律依据。

① 该公司英文名称为: Shanghai Barteck Data Information Co., Ltd.

② 现实中人们所说的信息服务商大多是在 Internet 上提供信息服务的服务商,本案中的两造虽不是通过 Internet 提供信息服务,但从技术上看它们的服务仍然属于通过网络提供的故仍可将其当作 ISP。从原、被告提供服务的形式看,它们不仅提供有关交易行情的实时信息,同时还向用户提供接受信息的技术设施,从而兼有类似于 ICP 和 IAP 的双重智能,故可称其为典型的 ISP。

首先，没有证据证明霸才公司有原告所称的窃取和盗用行为；其次，原告阳光公司没有说明霸才公司到底窃取、盗用了原告的何种财产，再次，原告阳光公司诉称的 500 万元损失缺乏支持证据；最后，原告阳光公司未能指出霸才公司到底侵犯了原告什么权利，有何法律依据，要求被告承担法律责任。从法律适用的角度看，被告在答辩中的最后一个问题是本案中最为引人注目的问题。

经法院审理查明，霸才公司确实曾一度从阳光公司的综合数据流中萃取了上海和深圳两家证券交易所以及天津联合期货交易所的行情信息，并将其汇进霸才公司的综合数据流中转发给自己的客户。^①毫无疑问，霸才公司使用了阳光公司所发出的综合数据流，但这种行为到底侵犯了阳光公司何种法定权利？面对霸才公司的质疑，原告律师在庭审中采取了一种“地毯式轰炸”的策略，就侵权问题分别提出了他所知晓的一系列可能的权利请求，如侵害著作权、商业秘密、专有技术成果权、劳动获益权等，试图用这一手法将法律适用的皮球踢给了法院。在审判过程中，无论是一审法院还是二审法院最后都回避了被告提出的阳光公司对其信息流有何具体的法定权利的问题，转而以违约和公平诚信原则为据判决被告赔偿损失、赔礼道歉等^②。然而笔者以为，霸才公司在其答辩中所提出的质疑无疑是一个值得重视的问题，由此直接引伸出信息流与现行法律制度的关系，尤其是与知识产权制度的关系。

1.2.1 中国现行法对于信息传播和利用的调整与规范

信息本应为全民共享之财富，本不应限制其广为流传。宪法

① 法院在审理中还查明原告阳光公司同霸才公司间曾订有关于数据格式的合同。霸才公司据此了解阳光公司的数据格式，阳光公司许可霸才公司在此基础上开发有关分析软件，但不得对外转发阳光公司的数据。本文不拟从违约角度探讨本案，故对此案情不作详述。

② 见北京市第一中级人民法院民事判决书（1996）一中民初字第 54 号、北京市高级人民法院民事判决书（1997）高知终字第 66 号。

赋予公民以言论自由的权利^①便是对信息传播的最根本的法律保证。但是考虑到某些特殊信息的传播和利用可能给公共利益带来威胁或损害,如核技术的广泛传播可能为恐怖组织实现其非正常日的提供方便。这将会对人类的共同利益构成威胁,因此各国都以公法的形式对某些特殊信息的利用和传播行为作出限制性规定。与此同时,法律还将这些信息分门别类,规定了这些信息在满足何种条件之后便可被解密,成为人类的共同财富。保密法或阳光法等便是这些法律中的典型代表。只是保密法在立法宗旨上考虑的是哪些信息应当保密,不得被随意公开传播;而阳光法则考虑的是哪些信息是必须公开为公众所共享的。它们分别从不同的角度去调整同一个问题。我国颁布过一系列这类法律,如《保守国家秘密法》、《国家安全法》等。违反这些规定轻则承担行政责任、情节严重的还应承担刑事责任,1997年修订的《刑法》对此也有专门规定。另外,对于某些特殊的信息传播行业,如大众传媒,在我国还有较为严格的行政法或法规予以规范^②。

前述以公法形式调整信息传播和利用并非本文重点。在私法方面,中国大陆现行制度中已有一系列的相关法律和法规,知识产权法便是其中最为重要的部分。专利法作为保护技术信息的主要法律,就是通过对特定技术方案授予垄断性实施权利,从而实现控

① 各国宪法都赋予公民以言论自由。《中华人民共和国宪法》第35条规定:“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”美国1791年宪法第一修正案第1条规定中:国会“不得通过任何剥夺言论与出版自由的法律,或者限制民众集会、请愿或示威的自由”。

② 对于传统形式的传播媒体,如报纸、期刊、出版机构或者广播、电视台,从成立到运行在我国均有大量的非常严格的行政规章加以约束对于互联网上的ISP或者ICP,我国也已颁布了有关行政法规,如《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》等。其实在一些西方国家,行政机构对于大众传媒的行为也在一定程度上拥有干预的权利,如法国出版自由法第10条中就规定:“日报或者定期出版物在出版每一单页或者多版刊时,应将两份有经理签名的复制件送交备案。在巴黎和塞纳省送交内政部;在其他省送交省政府;在非省府城市或非区府城市,备案件送交专区政府和市政府”。

制这种特定技术信息的利用。不过，需要指出的是专利权对于信息的垄断作用仍然是非常有限的。这主要表现在以下几个方面：第一，专利法不但不禁止技术信息的传播，相反还设立专门程序将这种特定技术信息公之于众。世界上所有国家的专利制度都要求全面、充分、清楚地公开专利技术信息。公开，是该技术获得专利保护的前提。事实上，英文“Patent”一词原本就包含着公开的含义^①。目前实行早期公开延迟审查制的国家已占绝大多数。这一制度甚至要求专利申请人在获得专利之前公开其技术内容。即使在实行即时审查制的美国，也要求专利权人在获得垄断权的同时，必须将其技术信息予以公开。公开有关技术信息被视为获得专利权的对价（consideration）。第二，专利权在禁止他人利用专利技术的效力上也十分有限。专利权的禁止效力仅限于专利法意义上的“实施”具体地讲也就是通常所称的制造、使用、销售、进口对于方法专利效力还可延及产品等。专利权人无权禁止他人从事前述范围以外的行为，如利用专利信息从事更进一步的发明创造，或者在此基础上著书立说等均不是专利权所能禁止的行为。第三，即使属于专利法意义上的实施，各国专利法还都对专利权的效力作了某些具体限制如首次销售、善意侵权、临时过境等。可见依靠专利权并不能实现全面垄断信息的目的。

一般而言，法律并不鼓励全面垄断信息。这不仅体现在专利法中，而且还体现在其他知识产权法以及宪法、民法等根本法和基本法中。对于阳光公司诉霸才公司一案，由于案情不涉及专利技术，故而谈不上适用专利法的问题。但从前述分析可知，即使存在单纯的传播专利技术信息的行为，也绝不侵犯专利权人的专利权。专利法这种被一些学者称为可以保护思想的法律^②也不可能被用来禁止有关信息的传播，更何况只保护表现形式，不保护内在

① 见 Webster's New World Dictionary, Third College Edition, Page 989.

② 见刘东进《著作权法》第 31 页，中国科技出版社，1993；江建名《著作权法导论》第 32 页，中国科技大学出版社。

思想的著作权法，或者其他知识产权法了。

商业秘密长期以来一直被摒于知识产权范畴之外。近年来国际上开始出现将其纳入知识产权的趋势^①。尽管如此，商业秘密的保护仍然不能向其他知识产权那样具有较强的排他效力。比如，经反向工程获得他人商业秘密，独立研究出与他人商业秘密相同的技术方案等均不被认为是侵犯商业秘密的行为。在我国现行法律中，较早直接就商业秘密作出规定的是现行《民事诉讼法》^②。1993年，在国家颁布《反不正当竞争法》中明确规定了商业秘密的定义以及侵犯商业秘密所应承担的法律责任。应当承认，现行法律对于商业秘密的保护规范还非常原则，为此国家正在制订《商业秘密法》。对于商业秘密的保护不同于专利，法律不仅禁止随意利用他人商业秘密，同时还禁止随意窃取或泄露他人商业秘密。但商业秘密必须以有关信息尚处于保密状态为前提，否则便无所谓商业秘密。在阳光公司诉霸才公司一案中，霸才公司所获取的有关交易所的行情，显然是公开发布的，不处于秘密状态。阳光公司只是将众多的公开信息汇集到一起，然后再将其加密通过卫星发给用户。很显然，在法律上不能认为经加密的有关行情信息就是商业秘密。这就如同不能把街头卖到的《人民日报》或者《时代周刊》锁进保险柜中，而称其为商业秘密。可见，尽管阳光公司将有关信息进行了加密，也很难将这其中的每一条信息当作商业秘密来寻求法律保护。

从信息流存在的外在形式上看，著作权法似乎可适用于本案。但是，仔细琢磨便会发现，本案争议的标的与作为著作权保护对象的作品似乎有所不同。依照中国法律，所谓作品是指在文学、艺术和科学领域内，具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创作

① 在19世纪末以及本世纪所订立的诸多关于知识产权的国际公约中均未涉及商业秘密的保护问题，但是前些年订立的Trips协议却给了商业秘密一把知识产权的“交椅”。

② 见1991年4月9日生效的《民事诉讼法》第一百二十条第二款。

成果。❶ 在这里，独创性是构成作品的内在条件。凡不具备独创性的成果，一律不是著作权法意义上的作品，因而也就无法作为作品予以保护。独创性这一标准已为各国著作权法所接受，可称为国际通行标准。❷ 当然，各国对于独创性常常有其自己的理解，不过从近年来的情况看似乎有趋向一致的势头，即都要求作品必须具备一定的创造高度，哪怕是最低限度的创造性。美国著名的 Feist 案❸便是例证。在本案中，原告阳光公司对有关交易所行情所作的加工不过是让计算机按照事先确定的程序指令对有关数据加以处理。在系统正常运行时，整个过程完全靠机器完成，无需人工干预。可见数据处理的过程是绝不具备任何创造性的，否则便可得出机器可以从事创造性劳动的结论。而目前广泛使用的冯·诺伊曼 (VonNeumann) 计算机从原理上讲，必须按照事先输入的程序指令行事，因而不可能自行完成具有创造性的行为。在这里，笔者并不否认在该计算机具备这种数据处理功能之前，有关设计人员曾有过创造性劳动，比如计算机程序的编制、数据格式的设计等。但是，本案所争议的标的并非处理数据的程序，而是被程序所处理的数据。因此，这种可被当作作品的计算机程序的存在，并不能导致经过由该程序所控制的计算机处理的数据也一定是作品。归根结蒂，这些数据的汇集能否构成作品还应考察其本身的外在表现是否具备独创性。那么数据格式的设计应当算是对数据流外在表现所从事的智力劳动了。但从法院审理过程中的调查情况看，原告的信息流在人-机界面 (interface) 的视图上外化为一种表格，表中填写了各类商品或股票的名称、价格、成交量等数据。原告在这里对有关数据流所作的添附，通俗地讲就是将各个交易所的不同格式的数据转换成统一的格式，然后填如该表格。如前所

❶ 见《中华人民共和国著作权法实施条例》第二条。

❷ 克洛德·科隆贝著 高临翰译《世界各国著作权和邻接权的基本原则》上海外语教学出版社 1995 年版 第 6 页。

❸ Feist Publication Inc. v. Rual Telephone Service Co., Inc., 111S. Ct. 1282(1991)