

电子商务法系列丛书

Intellectual Property in the Internet and Electronic Commerce

网络与电子商务中的 知识产权

李居迁 杨帆 编著

3



Series of
E-Commercial Law

北京邮电大学出版社
www.buptpress.com

D923.4

28

网络与电子商务中的知识产权

李居迁 杨 帆 编著

北京邮电大学出版社
·北京·

图书在版编目(CIP)数据

网络与电子商务中的知识产权/李居迁,杨帆编著. —北京:北京邮电大学出版社,2002

(电子商务法系列丛书)

ISBN 7-5635-0567-9

I. 网... II. ①李... ②杨... III. 电子商务-知识产权-研究
IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 091310 号

出版发行:北京邮电大学出版社

社 址:北京市海淀区西土城路 10 号(100876)

电话传真:010-62282185(发行部)/010-62283578(传真)

E-mail: publish@bupt.edu.cn

经 销:各地新华书店

印 刷:北京源海印刷厂

开 本:787 mm×960 mm 1/16

印 张:15.5

字 数:227 千字

版 次:2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 7-5635-0567-9/F·45

定 价:28.00 元

电子商务法系列丛书

顾问： 江 平 教授 王利明 教授
周忠海 教授 吕廷杰 教授
Jane.Winn 教授

策划、审稿人： 张 楚 博士

前 言

人类的历史,从某种意义上说,就是一个技术进步并带动与之相应的法律制度的变化,从而进一步保护、促进技术发展的一个相互影响的过程。

各种技术的进步,不同程度地改变了我们的生活。有的技术进步,甚至从根本上改变了人们的生活方式,改变了人们看待社会的视角,影响了人们的思维方式。网络技术,正是这些为数不多的对人类生活有重大影响的技术之一。当美国因为军事的目的在1969年第一次实现计算机之间的连接时,一个新的时代在有意无意之间出现了——这就是互联网时代。也许,当初技术的发明者并没有想到这种技术本身具有的巨大的影响力。然而,一旦这种信息共享和传播的技术进入人类社会,它就以不可遏制之势迅速扩展到人类社会的各个方面;同时,仅仅经过数十年的发展,就把地球村的各个部落紧紧地联系在一起,成为一个相互依存的世界。不仅如此,网络对于一个社会来讲,已经成了渗透到全社会各个层面的终极工具,即将全社会一网打尽的天网:国防安全、政府公务、公司电子商务、学术研究等各个方面,离不开网络,甚至出现了不知网络为何物的菜农依靠网络迅速销出滞销蔬菜的现象,更不要说习惯了使用电子邮件进行联络的个人对网络的强烈依赖感。实质上,当一项技术具有加速信息传递的作用时,它就会很快地传播到全社会的各个方面,得到大家的广泛接受,不管不同社会阶层对该技术的详细内容是否完全掌握和了解。

网络的出现,对于公司企业来讲,是一个从事商业、拓展业务、实现无纸办公的新的契机,电子商务正受到越来越多的公司的青睐。当然,这种新的经营业务的方式也带来一些新的问题,比如交易的效力问题、交易密码的失窃问题等。但是,这并不妨碍它已经

得到大众接受而且会进一步发展,因为新的事物总是在克服问题的过程中逐步发展起来的。

毫不夸张地说,有人类活动的领域,就会有法律的用武之地。网络和电子商务的发展,对法律提出了新的挑战,尤其是与新技术紧密相关的知识产权法律制度。现存的知识产权法律制度,基本上是在工业革命以后发展成熟的,其所依赖的基本条件是过去的技术。网络出现以后,新技术使我们可以在虚拟空间自由地活动,无需任何法律手续可以自由地登录外国网站,与从未谋面的人们交流信息甚至聊天,向网上的书店订购书籍(Business-Consumer),查找某一个专题方面不同国家的学者的观点或者作品……。于是,出现了许许多多新的法律问题。比如,就著作权的保护而言,知识产权法律制度明确地告诉我们何为侵权,谁是侵权行为人,应当如何承担责任。但在网络中,用户未经著作权人许可向网站上上传他人作品,谁是侵权行为人?网站的原创作品在网下被编辑出版,是否构成侵权?法律依据何在?通过网站相互之间交换自己拥有的他人的作品是否侵犯著作权人的权利?就商标和域名来言,更具有戏剧性。本来用来区别商品和服务提供者的商标,在网络中似乎已经起不到关键作用,广大网民更乐意接受域名来区别不同的公司、机构。然而,域名制度刚刚出现时的漏洞,又造成不少的域名抢注案件,一时抢注之风盛行,纠纷不断,有国内案件,也有不少的涉外案件。网络专利法律问题同样也逐步出现了新的发展,例如,软件是否可以授予专利以及如何进行专利保护的问题,商业方法的专利问题。特别是商业方法的专利问题,美国司法系统的态度变化或者说态度的明朗,对于此种主题的专利保护起着十分重要的作用,其结果,在美国立法机构、政府部门、学术界、司法系统内曾引起轩然大波,至今争论不断。而未披露的信息(商业秘密)在网络时代和电子商务的条件下进行保护,则更是面临诸多问题,例如黑客的入侵、雇员的泄密、网站的披露等等,如何协调雇员的工作权利和雇主的商业秘密保护、如何平衡网站的言论自由权利和公司的商业秘密的权利,已经成了影响范围广泛的严峻问题。对商业秘密进行有效的保护,不仅仅是一个技术问题,也是一个重要的法律问题。

总而言之,在网络飞速发展和电子商务方兴未艾的条件下,知识产权法律制度必须做出一些新的调整或者应变,才能继续成为技术发展的一个重要支持;同时,也才能充满活力和生机。

正是考虑到在新的条件下知识产权法律所面临的新的问题和挑战,本书的作者在教学、研究中以极大的兴趣关注着这些新的问题及其发展,并愿意将自己的研究心得与读者分享,因此,在北京邮电大学出版社的支持下,将相关的研究成果形诸文字,以期抛砖引玉,促进我国法学界的有识之士进一步对相关问题进行深入的研究。

限于作者学识,舛误难免,敬希读者不吝赐教。如果读者在阅读本书的时候得到一些启发的话,作者甚感欣慰;如果读者在阅读本书的时候还能够提出宝贵的意见的话,作者则甚为欣喜且深表感谢!

编者

2002年7月

目 录



第一编 网络著作权法律问题

第一章 著作权概述	1
第一节 概念	1
第二节 权利范围	11
第二章 网络环境下著作权保护的新问题	34
第一节 概述	34
第二节 网络传播权	35
第三节 网络环境下的精神权利保护	45
第四节 数据库的特殊保护	53
第五节 网络邻接权的保护	65
第三章 互联网中的著作权侵权行为	70
第一节 网络著作权侵权行为概述	70
第二节 网络内容提供者的侵权行为	73
第三节 网络服务业者的侵权行为	79
第四节 网络用户的侵权行为	86
第五节 因网络技术产生的著作权侵权责任	89

第四章 网络著作权侵权行为的例外与避免 99

第一节 网络侵权行为的例外 99

第二节 网络侵权行为的避免 112

第二编 网络商标权与域名法律问题

第五章 商标权与域名 115

第一节 商标权概述 115

第二节 域名概述 119

第三节 域名与商标的法律关系 124

第六章 域名争议的司法解决途径 128

第一节 抢注问题及司法解决途径 128

第二节 域名与商标的权利冲突问题及其解决途径 134

第三节 利用域名的其他不正当竞争行为 140

第七章 域名争议的行政处理机制 143

第一节 域名争议的解决途径 143

第二节 全球性统一域名纠纷处理机制 146

第三编 网络专利权法律问题

第八章 专利的国内法与国际法制度 154

第一节 中国法律的基本要求 155

第二节 美国的法律与实践 164

第三节 百年跨越——国际条约的规定 168

第九章 与网络有关的专利权	171
第一节 软件专利	172
第二节 商业方法专利	192
 第四编 未披露的信息的法律问题	
第十章 未披露的信息的法律保护	212
第一节 未披露的信息及其特点	212
第二节 未披露的信息的国内法保护	217
第十一章 互联网中未披露信息的法律问题	228

第一编 网络著作权法律问题

第一章 著作权概述

第一节 概 念

著作权亦称版权,是作者或其他著作权人依法对文学、艺术和科学作品所享有的专有权利。其和工业产权一样,是知识产权的重要组成部分。

在历史上,英美法系国家和大陆法系国家在著作权的概念认定上曾有很大的分歧。英美法系的国家使用“版权(Copyright)”的概念来描述著作权人所享有的基本权利,其本意是禁止他人对附载作品之物质实体进行复制,目的是保护版权所有人禁止他人未经授权复制或使用该物质载体的权利,版权的范围主要是著作权人的经济权利。所以,版权的主体既可以是自然人,也可以是法人等组织。和英美法国家的作法相反,大陆法系国家使用“作者权”^{〔1〕}的概念来描述著作权人所享有的基本权利。这种理论认

〔1〕 法语为 droit d'auteur。

为,作品是作者人格的一部分,并且与作者人身相连,它只能为作者享有。所以,作者只能是自然人,不能是法人等组织。大陆法系国家所建立的“作者权”制度是名副其实的保护作者利益的制度,不仅作者的财产权利在上述国家可得到保护,而且作者的精神权利也是倍受关怀的对象之一。^[1]

我国使用的“著作权”概念,据史料记载,最早是日本学者在翻译西文“版权”一词时引入该国,并于20世纪初传入我国。我国1910年颁布的《大清著作权律》首次正式采用了“著作权”的概念。在新中国成立以后所颁布的法律文件中,有时使用“版权”的概念,有时又使用“著作权”的概念。^[2]为了避免发生歧义,我国1990年颁布的《著作权法》规定:“本法所称著作权和版权系同一语。”

上述“版权”、“作者权”、“著作权”三个概念的使用,反映出不同国家著作权法在保护对象、保护内容以及保护侧重点上的不同。但是,在著作权保护国际化潮流的推动下,随着各国先后加入著作权国际公约,“版权”体系的英美法系国家和“作者权”体系的大陆法系国家,以及像我国这样外来引进著作权保护制度的国家,在著作权保护的基本原则和基本制度等方面都出现了不同程度的融合。下面,将通过1886年《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)、1994年《与贸易有关的知识产权协定》(“Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, “TRIPS”)和1996年《世界知识产权组织版权条约》(“WIPO Copyright Treaty”, “WCT”)这三个影响最为广泛、最具代表性的著作权国际公约的有关规定,对著作权权利主体、权利客体以及权利内容作进一步的阐释。

一、《伯尔尼公约》的有关规定

作为著作权领域的第一个世界性多边国际条约,《伯尔尼公

[1] 吴汉东. 知识产权法. 北京: 中国政法大学出版社, 1999

[2] 如文化部1985年颁布的《图书期刊版权保护试行条例》及其实施细则采用“版权”的概念,而1985年我国颁布的《继承法》则使用了“著作权”的概念。

约》没有给著作权下一个明确的定义,但却对著作权的权利客体、权利主体以及权利内容作出了最为详尽的规定。

(一)《伯尔尼公约》的保护客体

1. 受保护的作品

《伯尔尼公约》明确规定的受保护客体包括文学艺术作品、演绎作品以及实用艺术作品和工业品外观设计。

(1) 文学艺术作品

所谓“文学艺术作品”,根据公约第2条第1款,包括“文学、科学和艺术领域中的一切成果,不论其表现的方式或形式如何”。公约继而列举出一个受保护的作品清单,包括书籍、小册子和其他的文字作品;讲课、演讲和其他类似性质的作品;戏剧或歌剧作品;配词或未配词的乐曲;舞蹈作品;电影和以类似方法表现的作品;绘画、建筑、雕塑作品;摄影作品;实用艺术作品;地图、技术图纸。这只是一个以举例方式的清单,并不以此为限。例如,计算机程序现在也作为文字作品受保护,但并未在上述清单中列举出来。

值得注意的是,虽然公约规定,无论作品的表现方式或形式如何都应获得保护,但由于公约同时允许成员国保留“固定要求”,因此,如果某一成员国国内法中有“固定要求”的规定,那么其对那些未以某种物质形式固定下来的作品类型^[1]不给予版权保护也并不违背其所承担的保护文学艺术作品的公约义务。

(2) 演绎作品

根据《伯尔尼公约》第2条第3款和第5款的规定:“演绎作品也是公约的保护客体”。所谓演绎作品,指的是对其他已存在的文学艺术作品进行翻译、改编、乐曲改编以及其他变动而形成的新作品。从性质上讲,演绎作品仍然属于文学艺术作品,只不过是经过再创造所形成的新的文学艺术作品而已。演绎作品应得到与原作品同等的保护,但不得损害原作品的版权。

将已有的文学和艺术作品进行汇编所形成的汇编作品,诸如百科全书和选集,也属于演绎作品的一种,但对这种汇编作品的保

[1] 例如口述作品、即兴表演等。

护,公约规定了特殊的条件,即只有对材料的选择和编排构成智力创作的,才能得到相应的、但不损害汇编内每一作品的版权的保护。这就是说,汇编者必须在汇编材料的选择和编排上具有某种创造性,如果仅仅是一些作品或摘录的汇集,是不能作为演绎作品获得版权保护的。

(3) 实用艺术作品和工业品外观设计

在《伯尔尼公约》列举的作品清单中,实用艺术作品与绘画、建筑、雕塑等美术作品是分开列举的,这说明实用艺术作品和美术作品是有区别的。在各国实践中,一般以创作目的不同来区分这两种作品,即认为实用艺术作品是为实际使用而创作,而美术作品则仅仅是为观赏目的而创作。至于工业品外观设计,有的国家将其等同于实用艺术作品,而有的国家法律中只有实用艺术作品或只有工业品外观设计。^[1]

《伯尔尼公约》在第2条第7款中规定:“各成员国得通过国内立法规定其法律在何种程度上适用于实用艺术用品以及工业品平面设计和立体设计,以及此种作品和平面与立体设计受到保护的条件的”。但是,在来源国仅仅作作为平面与立体设计受到保护的作品的,在其他成员国只享受各该国给予平面和立体设计的那种专门保护;但如在该国并不给予这种专门保护,则这些作品将作为艺术作品得到保护。

《伯尔尼公约》的上述规定说明,实用艺术作品和工业品外观设计是公约各成员国必须保护的客体,但和上面两种保护客体不同,公约并没有要求成员国必须给予实用艺术作品和工业品外观设计以版权保护,也就是说,只要保护期不低于自作品完成时起25年,^[2]各成员国可以自行规定不依版权法,而依其他法律(如专利法或专门法等)保护实用艺术作品和工业品外观设计,并且还可以规定特殊的受保护条件(如新颖性和实用性等)。

2. 成员国可以选择给予保护的作品

(1) 官方文件

[1] 汤宗舜. 知识产权的国际保护. 人民法院出版社, 1999. 85

[2] 《伯尔尼公约》第7条第4款。

《伯尔尼公约》第2条第4款规定,各成员国对立法、行政或司法性质的官方文件以及这些文件的正式译本的保护,由其国内立法确定。事实上,这些官方文件,绝大多数国家(包括我国)都不给予版权保护,其目的是为了使法律、法规等官方文件及其正式译文的复制不受任何限制,可以广为传播。

(2) 讲课、演说或其他同类性质的作品

这类作品规定在《伯尔尼公约》列举的文学和艺术作品清单中,原则上是应予保护的。但由于这类作品表现形式和作用特殊,因而公约又在第2条之二补充规定:“各成员国可以通过国内立法对这些作品的保护进行限制”。具体来讲,①政治演说和诉讼过程中发表的言论是否全部或部分地排除于版权保护之外,属于各成员国国内立法的范围;②公开发表的讲课、演说或其他同类性质的作品,如为新闻报道的目的有此需要,在什么条件下可由报刊登载、进行广播或以有线方式向公众传播,也属于成员国本国立法确定的范围;③作者享有将上述作品汇编的专有权利。

在我国《著作权法》中,讲演、演说或其他同类性质的作品全部属于口述作品,是明确作为受保护的客体享有与普通文学艺术作品同样的保护。^{〔1〕}

(3) 民间文学和艺术作品

民间文学艺术作品是每个民族的重要文化遗产,同时又是许多受版权保护的作品的创作之源,因此对它的保护虽然意义重大,但保护起来的难度也很大。正因为这样,直到1967年,《伯尔尼公约》才加入涉及民间文学和艺术作品保护的规定。在《伯尔尼公约》中,尽管没有使用“民间文学艺术作品”的名称,但其第15条第4款的规定实际上是将民间文学艺术作品中的一部分,作为“不知作者姓名而又未曾出版过”的特殊作品来对待。

公约的这一条款并没有把对这部分民间文学艺术作品的保护作为对各成员国版权法的最低要求,也就是说,成员国可以自由选择是否保护这类作品。并且,如果成员国保护这类作品,还必须符

〔1〕 口述作品是我国1991年6月1日施行的《著作权法》所称的作品之一,参见该法第3条。

合两个条件:①对作者的身份不明又未出版的作品,必须有充分理由推定该作者是某一成员国国民时,该国法律指定的主管机关才能代表该作者,维护和行使作者在各成员国的权利;②如果成员国选择保护这类作品,在指定出主管机关后,应当以书面声明将此事通知世界知识产权组织总干事,总干事应将该声明立即通知其他所有成员国。

3. 不受保护的作品

《伯尔尼公约》第2条第8款规定:“公约的保护不适用于日常新闻或纯属报刊消息性质的社会新闻”。这样规定的原因是因为这类东西缺乏构成作品条件的创造性因素,因而不应当是版权保护的客体。

(二) 伯尔尼公约保护的权利主体

在《伯尔尼公约》中,涉及保护的权利主体,即“版权人”的规定只有下面的几个条款。①在公约第1条中明确:“公约缔结的目的在于保护作者对其文学和艺术作品享有的权利”。②第2条第6款规定:“本条所提到的作品在本同盟所有成员国内享受保护。此种保护系为作者及其权利继承人的利益而行使。”③关于“作者”,公约第15条第1款推定:“受本公约保护的文学艺术作品的作者,只要其名字以通常方式出现在该作品上,在没有相反证据的情况下,即视为该作品的作者并有权在本同盟成员国中对侵犯其权利的人提起诉讼。即使作者采用的是假名,只要根据作者的假名可以毫无疑问地确定作者的身份,本款也同样适用”。从上述规定中找不到公约对“版权人”和“作者”所下的明确的定义,也不能推论出公约所说的“版权人”和“作者”的具体范围,能够明确的只有两点:一是作者及其权利继承人毫无疑问是版权人;二是在无相反证据的情况下,在作品上署名的人视为作者。

其实,不光是《伯尔尼公约》,几乎所有的著作权国际公约都在“版权人”和“作者”的定义与范围问题上采取了回避的态度。这就意味着,只要成员国的法律不与公约的上述规定冲突,“版权人”与“作者”的定义和范围,属于成员国国内立法的范畴。而实际上,各成员国的国内法关于这些问题的规定差异是很大的。

作为权利主体的“版权人”的范围,在理论上的争论并不大。

因为版权人既可以是作者,也可以是从作者手中受让版权的其他人。所以版权人既可以是自然人,也可以是法人,这是几乎一切有版权法的国家都承认的。在中国,版权人甚至还可以是“非法人单位”。但是,对于“原始版权人”(Original Copyright Owner 或 First Owner of Copyright),各国之间的规定就有些不一样了。大致而言,英美法系国家认为原始版权人既可以是自然人,也可以是法人;既可以是作者,也可以是依法享有版权的非作者。而欧洲大陆法系的国家通常只承认原始版权人是作为作者的自然人。不过,欧洲大陆法系国家的这种观点并不是不可变通的,例如作为典型的欧洲大陆法系国家的法国,为使“集体作品”^{〔1〕}的版权便于行使,就毫不犹豫地把它原始版权依法授予了法人。^{〔2〕}而中国《著作权法》中除自然人和法人外,原始版权人还包括“非法人单位”,^{〔3〕}这在世界上还是少有的。

至于何谓“作者”,法人能否成为作者,各国立法的差距就更大了。一部分成员国规定只有自然人可以是作者,不过这些国家的规定方式也不尽相同。有些国家是在法律中予以明确规定,如西班牙、俄罗斯等;有的是通过法律中的某个条文可以作出这样的推论,如法国;有的国家法律中既无明确规定,又无依据可以推断的条文,但却可以从该国具有权威性的版权法学者的论述中肯定,如德国。一部分成员国明确规定法人也可以被视为作者,如日本、中国等。还有一部分成员国给“作者”下了详细的定义,却不直接回答他仅仅是自然人还是也包括法人,如英国。有学者认为,^{〔4〕}尽管《伯尔尼公约》中没有明确规定法人能否成为作者,但如果仔细分析一下公约提及“作者”的各个条款,可以看出公约实际上在暗示作者的自然人特征。这些暗示包括只讲作者的“惯常居所地”而

〔1〕 法国版权法中的特有术语,即 Collective Work。

〔2〕 见法国《知识产权法》(1995年修订本)第一部分第113~115条。日本《著作权法》第15条(2)款也有类似规定。

〔3〕 见我国《著作权法》第9条。在该法实施条例第9条中,还将“非法人单位”定义为:“不具备法人条件,经核准登记的社会团体、经济组织或者组成法人的各个相对独立的部门”。

〔4〕 如我国知识产权法学家郑成思、德国版权法学家迪茨等。