

SHANGHAIZHISHICHANQUANLUNTAN

上海 知识产权论坛

第 二 辑

陶鑫良 主编

知识产权出版社

ISSN 1000-4308 CN 11-3636/D

上期

知识产权论坛

第二卷 第三期

2006年 12月

知识产权出版社

上海知识产权论坛

第二辑

上海大学知识产权学院 主办
同济大学知识产权学院

主 编：陶鑫良

副 主 编：单晓光

执行编辑：袁真富

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

上海知识产权论坛/陶鑫良主编. —北京: 知识产权出版社,
2004.4

ISBN 7-80011-963-7

I. 上... II. 陶... III. 知识产权-研究-中国-文集
IV. D923.404-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 014870 号

本书的所有版权受到保护, 未经出版者书面许可, 任何人不得以任何
方式和方法复制抄袭本书的任何部分, 违者皆须承担全部民事责任及
刑事责任。

上海知识产权论坛 (第二辑)

陶鑫良 主编

责任编辑: 卢海鹰

文字编辑: 牛洁颖 装帧设计: 刘占英

责任出版: 杨宝林 责任校对: 韩秀天

知识产权出版社出版、发行

地址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

通信地址: 北京市海淀区蓟门桥西土城路 6 号 邮编: 100088

<http://www.cnipr.com>

(010) 82000893 (010) 82000860 转 8101

北京白帆印务有限公司印刷

新华书店经销

2004 年 4 月第 1 版 2004 年 4 月第 1 次印刷

720mm × 960mm 1/16 印张: 24.75 字数: 419 千字

印 数: 1 ~ 4 000 册

ISBN 7-80011-963-7/D·218

定 价: 35.00 元

如有印装质量问题, 本社负责调换

内 容 提 要

本书为有关知识产权研究的系列出版物之一，本辑主要汇集了国内近二十篇关于数据库、互联网、计算机软件等方面的最新优秀论文，既有对国外著名的具有代表性的知识产权案例的评析，又有对国内新近发生的商业秘密侵权诉讼的全程再现，不仅具有很好的学术交流价值，而且博采众家理论之言、实务之验，充分展现了上海乃至国内知识产权领域青年学人的学术风采。

读者对象：知识产权领域的从业人员、高校师生，及其他关心知识产权的普通读者。

序*

方明伦

编辑出版《上海知识产权论坛》这样一系列知识产权学术及实务交流的丛书，一直是上海大学知识产权学院师生们多年来的愿望和计划。记得 1994 年我率领上海大学知识产权学术代表团访问美国期间，就曾与陶鑫良老师和 Paul. C. Liu 教授讨论过这方面的问题。因而，《上海知识产权论坛》得以顺利出版发行实为一件令人欣喜的事情。希望这个论坛不仅可以展现上海大学乃至国内知识产权领域青年学人的学术风采，而且能够在当代国内外知识产权保护的理论研究和实务运作的交流方面博采众言，发挥越来越重要的作用。

知识产权保护已经成为当代国际科技交流、经济贸易、文化交往中重要的“游戏规则”。在科技进步大发展、经贸活动全球化的今天，尽管在 WTO 框架下以 TRIPS 为基准的当代国际知识产权保护标准带有明显的强权痕迹，但在世界范围内，知识产权已经成为知识经济和科技进步的度量衡、利益协调和国际关系的“红绿灯”。无论是工业发达国家，还是发展中国家，都已经不能无视或者回避知识产权保护这一重大国际问题。中国的持续发展同样也离不开知识产权，也无法回避知识产权。十多年来，我国的知识产权法律保护制度发展迅速，成绩显著。“入世”之初，我国的知识产权立法已经基本完备，并仍在继续完善；我国的知识产权执法已经很有成效，并仍在继续强化；我国的知识产权普法已经得到广泛开展，并仍在继续深入。但是，“入世”后我国全社会的知识产权意识仍需全面

* 方明伦：上海大学党委书记、常务副校长、教授、博士生导师；1995~2002 年兼任知识产权学院院长。本序言是作者为《上海知识产权论坛》（第一辑）所作序言的节录。

增强、相关的认识 and 知识也需全面补充,尤其是政府部门和企事业单位的知识产权管理素质亟待迅速提高,因此培养多层次的知识产权专业人才,以顺乎知识产权国际保护的历史潮流,满足我国市场经济建设的时代需求,成为当务之急。为了培养更多的知识产权专业人才,1994年秋,在校长钱伟长教授的倡导下,上海大学成立了上海大学知识产权学院。经过10年的发展,知识产权学院不仅汇聚了一批优秀的青年教师,聘请了国内外许多知名学者、专家任兼职教授与研究员,而且已经培养出一大批知识产权法学、知识产权管理的本科生、双学位生和硕士研究生,并且他们都已经在上海及其他地区有关知识产权的司法、行政、法律服务、高等院校、企业等工作领域发挥着作用。在10年的知识产权教学和科研过程中,知识产权学院的专、兼职教师们承蒙国内外、市内外、校内外诸多知识产权教授、专家的指导和帮助,在教学、科研及社会实践的过程中积累了丰富的心得和体会。为了更好地促进科研与教学工作、推动学术与专业的交流、得到更多的指导和支持,同时也为了更多地为上海乃至全国服务,编辑出版《上海知识产权论坛》正当其事、正当其时。愿《上海知识产权论坛》能够成为学术交流和实务讨论的良好载体,为我国的知识产权法制建设添砖加瓦,更能为我国的知识产权教育事业的发展增光添彩。

2004年3月

目 录

专题·数据库	数据库产品责任初探/李 扬 001 数据库法律保护的立法取向/许春明 013
专题·有关网络	作品载体、传播技术与版权穷竭制度 ——兼论网络环境下的版权穷竭问题/钟瑞栋 047 信息网络传播权的侵权问题研究/赵 莉 061 网络时代版权利益平衡的再审视/徐彦冰 100
宏观思考	论知识产权的垄断性以及反垄断法的关系/张伟君 135 知识产权平行进口的分类规制/徐 飞 172 论知识产权法的现代发展/袁真富 204
细微观察	商品外观的商标法保护/须建楚 213 论商业秘密保护中的竞业禁止制度/纪晓昕 221 加快完善我国地理标识的法律保护体系建设/荣 民 248 特许经营中的知识产权保护/吕晓东 256
案例研究	后发使用取得显著性之商标的法律保护研究/陶鑫良 288 论企业名称与商标冲突中的司法处理/傅文园 315 期刊全文电子数据库面临的著作权问题及其解决方向 ——以维普公司被诉侵犯著作权一案为引子/袁真富 326
他山之石	德国联邦宪法法院关于宪法的艺术自由和著作权法的 合理引用关系的判决/单晓光 刘晓海 334

行政工作	突出特色，统筹协调，积极推进区域知识 产权工作/吴光耀 345
案件传真	X.25 智能网卡软件源程序的商业（技术） 秘密侵权诉讼/陶鑫良 349

Content

Dissertation·Database

- Li Yang: Liability for database product 001
Xu Chunming: The stance of legislation concerning the protection of database 013

Dissertation·Network

- Zhong Ruidong: Carrier of work, communication technology and the system of
copyright exhaustion——also on the the exhaustion of copyright of network 047
Zhao Li: Study on infringement of the right of digital communication in network ... 061
Xu Yanbing: Review of the balance of interest of copyright in the era of network
..... 100

Overall consideration

- Zhang Weijun: On the relationship of the monopoly of intellectual property and
antitrust law 135
Xu Fei: The classification and control of parallel import of intellectual property ... 172
Yuan Zhenfu: On the modern development of intellectual property law 204

Detailed observation

- Xu Jianchu: Trademark law protection of Trade Dress 213
Ji Xiaoxin: On Covenants Not to Compete in the Protection of Trade Secrets 221
Rong Min: Accelerate the establishment of the legal protection system
of Chinese geographic indication 248
Lu Xiaodong: The intellectual property protection in franchise 256

Cases study

- Tao Xinliang: The legal protection of later used trademark 288
Fu Wenyuan: On judicial dealing with the conflict between trademark and the
name of enterprise 315
Yuan Zhenfu: The issues of copyright faced by digital database of journals
and the corresponding resolutions 326

Use for reference

Shan Xiaoguang, Liu Xiaohai: The judgement of federal constitutuion court of German on the relationship between the fair use of work and the constitutional right of art freedom	334
Administrative work	
Wu Guangyao: On active promotion of regional administration of intellectual property	345
Record of case	
Tao Xinliang: The lawsuit for know-how infringement regarding the source program of intelligent network card software X. 25	349

专题·数据库

数据库产品责任初探

李 扬*

内容提要 数据库已经成为信息社会的支柱性产业,数据库产品质量问题已经日益受到人们的关注;数据库产品质量标准包括真实性、准确性、完整性、可行性和合法性;数据库产品责任包括瑕疵担保责任和产品质量缺陷责任,前者应当实行过错责任和过错推定责任归责原则,后者应当实行无过错责任原则;探讨数据库产品责任可以为探讨一般信息产品的责任打下基础,提供借鉴。

关键词 数据库产品 信息产品 产品责任

一、问题的提出

肇始于 20 世纪 60、70 年代的新技术革命,推动了科学技术的高速发展和社会的全面进步,使整个人类社会在 20 世纪末 21 世纪初发生了翻天覆地的变化,进入了所谓的信息社会、知识经济的时代。这个时代最根本的特征就是信息爆炸,信息成为了人们所追逐的主要财富。我国著名知识产权法学者郑成思先生早就注意到了这种特征。他说:“进入 20 世纪 90 年代后,‘网络环境’与‘数字技术’的提法代替了‘微电子技术’。而数字技术的发展与应用,不仅使知识产权

* 李扬:中南财经政法大学副教授,北京大学知识产权学院法学博士,武汉大学法学院博士后, Email: limuyang2000@263.net。

法律体系本身飞快地变化、发展着,而且使知识产权在整个财产权中的地位,从附属向主导转化。”^①随着信息的财产化、数字化和网络化,专门从事信息收集、整理、储存以及扩散的信息服务业已经应运而生,并且成为了经济社会中一个支柱性产业。

然而,信息的爆炸就像科技本身的爆炸一样,具有两面性。信息本身虽然带给了人们巨大的便利,但如何在浩如烟海的信息中,迅速、准确、完整地查询到自己所需要的信息,已经成为一件令人十分头疼的事。在这样的大背景下,数据库^②产业异军突起,并且逐渐占据了信息产业的领头羊位置。一个制作精良的数据库,可以大为节约信息利用者搜寻信息的人力、物力、财力和时间等方面的成本。这批节约下来的成本又可以被专心投入到进一步的科学研究、技术创新和其他有益于社会发展的事业中去。对于数据库制作者来说,则可以通过使用许可、转让等方式收回投资,赚取利润。完全可以说,数据库产业对于社会整体而言,属于“双赢”的事情。

从经济学的角度看,数据库产品兼有商业价值性和社会实用性的双重特点。数据库的制作通常需要巨大的投资,由于经济理性的驱动,数据库制作者花费巨大投资制作完成的数据库通常也就具有巨大的经济和商业价值。对于信息社会来说,数据库更是人们赖以生活不可或缺的工具。可以预计,在未来的信息社会中,数据库将成为塑造人们行为和生活模式的重要工具。

① 郑成思著:《知识产权论》,法律出版社1998年版,第48~49页。郑先生还从以下五个方面说明了这种变化:1.许多国家尤其是发达国家用于研究和创作知识成果的投资日益增加。2.国际贸易中,在货物买卖额无明显增加或有所减少的情况下,知识产权转让额一直在大幅度上升。3.知识产权的作用,在许多情况下已经显得比设备、资金更加重要。4.在发达国家当中,从事有形生产的制造业、农业等行业的人力下降,从事信息与服务业的人力上升。5.知识产权立法或者修订先于其他财产法,知识产权转让方面的立法尤为迅速。参见本注第49~53页。相关文献可以参见李晓东:《信息革命与世界信息化》,载于《中国社会科学院研究生院学报》,1999年第4期。

② 数据库(Databases),更准确地说,应当称之为信息集合体(collections of information),是指由有序排列的作品、数据或其他材料组成的,并且能以电子或非电子方式单独访问的集合体。欧盟1996年的“数据库保护指令”^②、美国1999年10月的H·R·354法案^②(制止盗版信息集合体法案)以及世界知识产权组织1996年的“数据库公约草案”^②,对数据库规定了大致相同的上述含义^②。数据库具有集合性、有序性、可访问性、信息容量的庞大性和信息传输的交互性等特征。参见拙文:《试论数据库的法律保护》,载于人大复印资料《民商法学》,2002年第4期。

近年来,随着储存媒介的迅猛进步和电子数据库的大量出现,数据库的容纳能力几乎没有了边界的限制,加上搜寻工具的计算机化,数据库处理信息的能力更是如虎添翼。然而,电子数据库虽然大大提升了信息处理能力和信息的利用率,但是也存在复制极为容易、简便、快速、廉价以及复制件与原件品质相同的特征,这为侵权者提供了极大的方便。在没有国界的互联网环境下,电子数据库面临的被非法复制和使用的危险更大,并且侵权后果也较传统纸质数据库更为严重,更有受法律保护的必要性。

数据库产业在信息社会的重要性、数据库本身被非法复制的简便性促使欧盟于1996年颁布实施了《数据库保护指令》,指令赋予了数据库制作者对不管是否具有原创性的数据库内容享有特殊权利(Sui Generis),包括提取权和再利用权^①。特殊权利的授予无疑将弥补版权法、反不正当竞争法、合同法、技术措施对数据库保护的不足,给数据库制作者提供足够的经济激励,促进数据库产业的发展。然而,由于欧盟《数据库保护指令》没有正确处理效率和公平的关系,权利的天平过分倾向于数据库制作者,不合理地损害了社会公共利益,因此存在多方面的缺陷。其中一个最为突出的方面就是没有对数据库制作者的产品责任作出规定,使因为数据库产品质量出现问题引发的纠纷无法可依,数据库消费者的权益得不到有效保护。

从实践中看,数据库产品质量及其责任问题确实是一个值得思考的问题。假设1:A制作了一个B地区的电话号码数据库,销售给使用者C,销售时A向C保证,数据库中的电话号码全面、真实、准确,但C在使用时发现数据库中连该市政府机关的电话号码都没有,有的电话号码大部分是空号。此时,数据库生产者A是否应当承担责任?应当承担什么责任?假设2:A制作了一个B地区的气象预报数据库,向C有偿提供最新天气预报,提供时A向C保证,其提供的预报绝对准确,C可以据此安排自己的生产活动。一次,A预报说天气将持续干旱1周,C据此给自己的20亩菜地喷洒了杀虫剂,但是杀虫剂刚刚喷洒完,天就降了倾盆大雨,结果C的杀虫剂全部浪费了。此时,数据库生产者A是否应当承担

① 之所以称之为特殊权利,是因为相对只保护具有独创性的表达形式的版权法而言,数据库特殊权利保护了内容;相对保护思想内容的专利法而言,特殊权利又不能禁止他人利用同样的思想内容制作竞争性的数据库。所谓提取权,是指数据库制作者禁止他人未经许可,将其进行了实质性投资的数据库内容的全部或者实质性部分以任何方式或手段从一个介质转移到另一个介质上的行为的权利。所谓再利用权,是指数据库制作者通过发行、展示等方式将数据库复制件提供给公众使用的权利。

责任?应当承担什么责任?

类似的情况,在出版发行名录数据库、电视节目预告数据库、金融信息数据库、税务信息数据库、食谱数据库、餐馆数据库、中医药数据库^①等其他数据库的销售和检索过程中,还会存在。这些问题的实质在于:数据库制作者是否应当负担信息真实、准确、完整、可行、合法的义务?数据库制作者是否应当对自己的数据库产品承担瑕疵担保责任和产品责任?

笔者认为,用于商业化信息服务的数据库一般以两种形态出现在用户面前:一种是作为物化的产品,将整个数据库用镜像、光盘等有形载体方式提供给机构,供机构中的个人用户在数据库产品中任选信息,同时机构可以将其视为资料的数字馆藏加以保存;另一种是作为一种虚拟的资源将数据库置于互联网上,用包库、计数收费等远程服务方式,直接开放给机构或个人使用。实际上,两者的本质都一样,对用户而言,不论各自最终搜索到多少信息,他们在搜索、发现自己所需要信息的过程中,依赖和使用的并不是其中部分数据,而是数据库的整体。因此,数据库对用户来说,尽管看不见、摸不着,但和其他商品一样,同样是一种整体的产品。更为重要的是,在未来高度信息化的社会,数据库等信息产品将逐步取代有形的物质产品,在人们的生活中占据极为重要的位置,甚至会塑造人们的行为模式、生活模式。在这样一个大背景下,信息的真实、准确、完整、可行、合法将变得极为重要,作为对信息社会支柱产业的数据库产业进行保护的法律对此不能不有所规定。另外,由于数据库特殊权利大都是对公有领域中的知识财富进行财产化,其效力高于版权法,而仅次于专利法,从权利义务对等的角度看,法律在赋予数据库生产者私有财产权利时,也必须使其负担相应合理的义务。欧盟数据库保护指令、美国 H.R.354 法案、WIPO 数据库公约草案对数据库生产者的瑕疵担保责任和产品责任都没有提及,不符合信息社会和数据库产业发展的需要,缺乏预见性,不能不说是一个很大缺陷。

事实上,数据库的产品质量问题已经引起了人们的注意。早在 1786 年,法国议会主席就规定地理地图应当由地图制图员、雕刻师甚至是独立单位来制作,出版前必须在内阁所属各部之间进行传阅,以保障地理地图的可信度和准确度。有的学者还于 1993 年提出了数据质量所应当包含的七个要素,即数据系列、定位精确度、属性精确度、完整性、逻辑一致性、语义精确性、时间精确性。国际

^① 比如,福建省已经建成福建中医药信息网,提供联网医药信息检索服务和信息咨询服务,见 <http://yjsb.fjtem.edu.cn/major.htm>。

地图制图协会 1995 年还出版了《空间数据质量要素》^① 一书。较早对包含数据库在内的信息产品责任进行研究的则是日本学者北川善太郎。1993 年和 1995 年, 北川善太郎分别撰写了《信息与民事责任的框架——信息的 PL 责任问题》和《信息与制造物责任》两篇文章, 对信息的产品责任作了初步研究。在另一篇题为《关于最近之未来的法律模型》的文章中, 北川善太郎又提出了包含数据库在内的信息产品责任问题。北川认为, 近代法和现代法在民事责任问题上只考虑了有体物产品, 几乎没有涉及过信息。然而, 在当今社会, 即使有体物产品也与信息密不可分, 因此, 有体物的产品责任问题离开了信息几乎无从谈起, 更不用说信息的产品责任本身了。按照北川的说法, 信息产品的产品责任比有体物的产品责任要复杂得多, 包括信息产品本身的缺陷、包含信息产品的有体物的缺陷、信息产品零部件部分的缺陷以及所提供的信息的缺陷等多重关系。北川还非常乐观地预计, 无论是有体物产品还是信息产品, 今后的发展趋势都要求构筑一个将有体物产品责任与信息产品责任综合在一起的法律模型。^② 尽管北川没有给人们提出富有启发意义的思路, 但是在上个世纪 90 年代初就能够提出信息的产品责任问题, 还是难能可贵的。

我国部分法学工作者、情报研究人员和研究数据库的学者也已经注意到了信息的产品责任问题。比如在法学界, 著名民法学者梁慧星先生在《从近代民法到现代民法——20 世纪民法回顾》一文中就提及过信息产品的责任问题。他认为, 由于数字技术的发展, 信息的财产性和流动性正在发生变化; 数字技术已经使得文字、音乐、照片、影视片都可以数字符号的形式作为信息保存。“从符号角度看, 这些作品的形态已经没有任何区别。信息与有体物是不同的。现行法上的物主要是有体物。如产品责任法的适用范围限于动产。因信息缺陷产生的损害, 无法纳入产品责任法。而实际上由信息缺陷造成的损害, 其严重性并不亚于有体物造成的损害”。^③

总之, 在这样的大背景下, 探讨数据库制作者的产品责任是非常有意义的。

① 法国国家地理院:《地理数据库的法律保护》, 牟晓辉译, 见 <http://www.casm.ac.cn/nsdi/nsdi18.htm>。

② 北川善太郎:《关于最近之未来的法律模型》, 李薇译, 梁慧星主编:《民商法论丛》(第 6 卷), 第 283 ~ 312 页。

③ 梁慧星:《从近代民法到现代民法——20 世纪民法回顾》, 见 <http://www.law-thinker.com>。

二、数据库产品质量及其标准

一般物质产品存在质量问题,信息产品同样存在质量问题。目前,对于物质产品的质量问题以及由此引起的责任问题,世界各国大都通过产品质量法进行了调整,而对于信息产品的质量问题以及由此引发的责任问题,尚未引起各国的足够重视。然而,信息产品的质量问题确实存在,并且已经引发了纠纷,而且法院也根据产品质量法进行了判决。比如在美国,法院在不存在担心妨碍言论自由的情形下,对错误地提供成文信息适用严格责任。一系列判决将航空地图视为产品,判决航空地图的出版商对因信赖该航空地图而造成飞机失事所致伤亡承担严格责任。有位美国法官将计算机软件分为以标准件在市场上批量销售的通用软件和依定单专门设计的专用软件。通用软件生产商将产品投放于商业流通渠道,处于控制危险的较为有利的地位,分摊产品事故费用的能力比较强,应当承担严格责任;而专用软件是为特定目的设计生产的,生产规模较小,分摊损失的可能性比较小,因此不需要对专用软件生产者适用严格责任。^①可见,本文提出数据库制作者的产品质量责任,并不是无中生有的事。目前,在我国虽然还没有见到因为数据库的产品质量问题引发的瑕疵担保责任纠纷和产品责任纠纷,但可以预计,随着数据库产业的发展,这种问题必然会出现。数据库特殊权利保护立法应当具有前瞻性,而不能等到问题出现时再考虑法律对策,所以尚未制订专门数据库特殊权利保护法的国家在制订相应法律时,应当以超前的眼光对这个问题做出规定。

关于数据库的产品质量及其标准,在“2001年知识仓库建设标准国际研讨会上”,两位学者率先提出了数据库的内容服务标准问题,并且就两个方面的问题进行了探讨,^②一个是为什么数据库要有内容服务标准,另一个是数据库内容的具体标准。就第一个问题,两位学者提出了以下五点理由。

1. 收录内容范围不明确或未按承诺收录完整

用户在使用数据库查找信息时需要事先知道这个数据库的内容收录范围。假定该数据库的检索工具是可以做到查全的,就应当使用户能够在这个收录范围内判断和确认检索结果的可靠性。比如,某一数据库宣称收录了某某年到某某年的几千种期刊全文,而且可以明示其中包含了哪些杂志,那么,用户在查完以后就

^① 张琪:《中美产品责任法中产品缺陷的比较研究》,见 www.guxiang.com。

^② 李滋兰、张群山:《数据库要有内容服务标准,否则将失去实用价值》,见 <http://www.cnki.net/daobao/cnkidaobao6/txtdaobao04.htm>。