

2017 知识产权上地论坛



创新与竞争:

网络时代的知识产权

中国社会科学院知识产权中心 编
中国知识产权培训中心



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



创新与竞争：网络时代的知识产权

CHUANGXIN YU JINGZHENG: WANGLUO SHIDAI DE ZHISHICHANQUAN

中国社会科学院知识产权中心
中国知识产权培训中心 编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

创新与竞争:网络时代的知识产权/中国社会科学院知识产权中心,中国知识产权培训中心编. —北京:知识产权出版社,2018.10

ISBN 978-7-5130-5875-9

I. ①创… II. ①中… ②中… III. ①互联网络—应用—知识产权—研究—中国
IV. ①D923.404

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第223791号

内容提要

“知识产权上地论坛”是中国社会科学院知识产权中心和中国知识产权培训中心为知识产权法学研究的理论界和实务界精英搭建的学术交流平台,“2017知识产权上地论坛”的主题为“创新与竞争:网络时代的知识产权”。本书精选本届论坛收到的部分优秀论文结集成册,内容涉及网络时代的知识产权问题、著作权法相关问题、专利与竞争相关问题、商标法相关问题以及反不正当竞争法相关问题,有助于相关研究人员了解知识产权领域最新研究动态和研究成果。

责任编辑:王祝兰

责任校对:潘凤越

封面设计:麒麟轩设计

责任印制:刘译文

创新与竞争:网络时代的知识产权

中国社会科学院知识产权中心 编
中国知识产权培训中心

出版发行:知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址:北京市海淀区气象路50号院

邮 编:100081

责编电话:010-82000860 转 8555

责编邮箱: wzl@cnipr.com

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

发行传真:010-82000893/82005070/82000270

印 刷:北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销:各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:12.75

版 次:2018年10月第1版

印 次:2018年10月第1次印刷

字 数:343千字

定 价:56.00元

ISBN 978-7-5130-5875-9

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

人工智能与知识产权^{*}

(代序)

人工智能(AI)技术近年来的发展令人瞩目。2016~2017年,谷歌公司研发的AlphaGo程序与中日韩数十位围棋高手进行快棋对决,连续60局无一败绩,战胜围棋世界冠军李世石和柯洁也不在话下;2017年10月,据称某个阿拉伯国家还授予了美国汉森机器人公司生产的机器人“索菲亚”公民身份。一时间,人工智能成为我国街头巷尾热议的话题,2017年被视为“AI应用元年”。当然,人工智能并不仅是媒体追踪的现象,也是科技界、产业界、法律界、经济界等社会各界关注的概念。2017年7月8日,按照党中央、国务院的部署和要求,我国开始实施《新一代人工智能发展规划》,更是基于AI技术的迅速发展将深刻改变人类社会生活、改变世界的这一预测,提出了抓住机遇、构筑优势发展AI技术,加快建设创新型国家和世界科技强国的决策。为此,我国主要的互联网企业都大力投身于AI产品和服务的应用与开发。

知识产权制度天生与高新科技发展密切相关,回顾近年来一再冲击眼球的AI事件,这一问题引起我国法学界、知识产权界的高度关注和回应并不难理解。事实上,AI的历史与计算机科学的史一样长久。早在1950年,“AI之父”阿兰·图灵就在《计算机与智能》一文中提出了著名的测试方法:在测试者与被测试

^{*} 此文节选自管育鹰:《人工智能带来的知识产权新问题》,《贵州省委党校学报》2018年第5期。



者（一个人和一台机器）隔开的情况下，通过键盘等装置向被测试者随意提问；进行多次测试后，如果有超过 30% 的测试者不能确定被测试者是人还是机器，那么该机器就通过了测试，并被认为是具有人类智能。^① 简言之，当机器能够迷惑人类，让人类误以为它们是人类时就算智能了。根据这个设想，严格来说，至今并未有公认的能够通过图灵测试的 AI 产生：AlphaGo 是不需要人机对话的对弈式纯运算程序，索菲亚的对答则被爆是场骗局；^② 而在“2014 图灵测试大会”上通过了测试的模仿 13 岁乌克兰男孩“尤金·古斯特曼”的 AI 软件，利用的是非成人思维、非英语母语表达障碍等非常规因素的干扰，以不直接回答问题的方式在 5 分钟内达到了通过测试的结果^③。从这些事例来看，AI 机器人还远不能像人一样思考，将其拟人化目前仍是一种美好愿景。人的智能分为两部分，一部分是数学与科学的能力，另一部分是认知、语言等能力。科学、数学的计算和推演是有其内在规则的，小到九九乘法表，大到无人驾驶、载人航天，这类技术应用过程的每个环节虽然复杂，但可以用数学模型精确地计算和描述出来，特别是得益于大数据和深度学习、语音和图像识别以及通信和传感等技术突飞猛进的发展，机器对事实数据的采集（目前识别准确率达到了 90% 以上）更加精确、解析也更加接近现实。在数学运算和精确度方面，与机械动力对比一样，机器打败人类是毫不意外的。另外，人类的认知、语言能力是否能用科学数据和数学模型精确描述

① TURING A M. Computing Machinery and Intelligence [J]. Mind, 1950, 49 (236): 433-460.

② 参见美国知名的财经科技新闻网站“Business Insider”报道：Facebook’s AI boss described Sophia the robot as ‘complete bullsh*t’ and ‘Wizard-of-Oz AI’（据报道，Facebook 公司的 AI 权威专家 Yann LeCun 称，机器人 Sophia 就是场骗局），网址：<http://www.businessinsider.com/facebook-ai-yann-lecun-sophia-robot-bullshit-2018-1>，2018 年 4 月访问。

③ 参见维基百科关于“尤金·古斯特曼”的解释，网址：https://en.wikipedia.org/wiki/Eugene_Goostman，2018 年 4 月访问。



还处于多学科综合研究阶段。几十年来的 AI 研究证明，到目前为止，并未出现一个真正能与人对话的机器人，AI 机器人也无法拥有等同于人类的思维意识或“心智”，更不能说已经成为一种颠覆性的科技创新，成为足以参与社会经济文化和法律秩序重构的、与人类平起平坐的全新权利主体。应该说，在某种意义上，当下在媒体、产业和科技行业井喷的 AI 现象和 AI 拟人化诉求，既掺杂着人类普遍存在的科幻愿景，也带有一些经济利益体特有的价值取向。

当然，我们不应反对对科技发展的未来进行幻想，追踪社会热点话题并就此交流也无可厚非；但是，作为受过法律、法学思维训练的研究者，我们更需要冷静和理性地思考：人工智能究竟给现有法律制度带来了什么问题和挑战？

在处于人工智能技术发展前沿的国家和地区，尽管很多经济、技术界的专家惊呼 AI 给现有社会和法律秩序带来了巨大挑战，法学界也有些研究者将应对技术变革的、与机器人相关的法律和政策领域的学术研究概称为“机器人法”；^①但很少有为 AI 和机器人专门制定或改变现有法律的建议，正如有学者指出的，AI 机器人给法律带来的主要问题：其一是如何分配人与人之间因这些非人类事物之行为引起的权利义务关系，其二是让 AI 机器人在某些领域代替人类带来的不稳定和不确定性会在很长时期内使人们对相关领域法律的实施产生认识混乱。^②美国的 Easterbrook 法官曾批评创制专门网络空间法的观点，指出“立法常常会出现错误，尤其是技术快速发展的时候”；^③换句话说，立法相对于技术发展总是滞后的，应抛弃希望通过立法来制定新规则以解决技术发展带

① CALO R, FROMKIN M, KERR I. Robot Law [M]. Edward Elgar Publishing, 2016.

② BALKIN J M. The Path of Robotics Law [J]. California Law Review, 2015, 6 (536): 45-60.

③ EASTERBROOK F H. Cyberspace and the Law of the Horse [J]. U. Chi. Legal F. 1996: 207-216.



来的新问题之思维，互联网环境中的许多新问题只需将旧规则适用于新事实就可以解决。这一典型的美式司法思维持续影响着目前美国法律界对 AI 等新技术相关法律问题的看法，即在面对新技术的迅捷发展时，探讨不应该是去追寻技术的本质特征并为其制定专门法律，而是该技术给社会生活带来的明显变化以及由此引起的需要调节的人与人之间的关系问题。因此，我们看到，在此轮 AI 的讨论中，美国法律界对 AI 引起的人与人之间的利益分配规则需要调整的研究不多，而对如何创新法律服务，如何利用 AI、大数据分析等技术来辅助律师和法官的工作事务倒是更有兴趣。^①当然，AI 技术、大数据已经给相关法律规则的适用带来了挑战，尤其是在侵权责任分配方面，^②美国学界产生了许多 AI 相关侵权责任的研究，而近期多个州也已通过或正制定关于自动驾驶机动车道路交通安全的法案。^③在知识产权方面，自计算机技术发展以来，关于计算机生成物是否有版权、若有版权谁是作者等讨论在美国已经不是什么新问题了，学界和实务界乃至立法界都讨论过编程者、使用者、合作作者、无人是作者等方案，讨论并未能达

① SOBOWALE J. Beyond Imagination: How Artificial Intelligence Is Transforming the Legal Profession [J], the ABA Journal.

② 比如要求某交友网站就其通过主机程序自动生成和发送信息欺骗用户承担责任的 In re Ashley Madison Customer Data Sec. Breach Litigation, 148 F. Supp. 3d 1378, 1380 (JPML 2015) 一案（该案是美国典型的大规模用户数据泄露集团诉讼，网站主机自动发送信息造成侵害仅是诸多指控之一）；另一案是关于驾驶软件系统有瑕疵致使司机无法刹车而应由厂商负责的 In re Toyota Motor Corp. Unintended Acceleration Mktg., Sales Practices, & Prod. Liab. Litig., 978 F. Supp. 2d 1053, 1100-01 (C.D. Cal. 2013) 一案。

③ 参见“全美洲议会会议”网站，网址：<http://www.ncsl.org/>，2018年4月访问。



成共识,^①至少在立法层面,1976年的美国版权法不承认计算机生成物是可获版权保护的衍生作品;^②可以想象,如果赋予其版权,则大量因程序运行和用户输入而能不断产生新数据信息的应用工具软件,包括文字写作、制表、绘图乃至辅助音乐创作的软件,都会卷入无穷尽的生成物版权纠纷。关于AI技术应用的生成物,如前所述,尽管AI产品智能化发展迅速,但至今并未改变其计算机程序的本质,因此,近年来美国有学者指出,“版权法不会,也不应认为计算机程序是作者,除非某一天其认为这样做有意义,不过如果那一天到来的话,版权恐怕就是人们最不必关心的事了”。^③另外,我们看到,美国版权局在其颁布的《版权概要》(2014年版)第300章“可获版权的作者”中,也明确排除了非人类的大自然、动植物、鬼怪神灵等超自然事物以及机器可成为享有版权的作者。^④我们看到,在美国的司法实践中,AI相关专利诉讼才是值得关注的新问题,比如汽车装载的在屏幕操作界面上检测酒驾的智能专家系统是否具有可专利性。^⑤在考虑AI技术专利保护的时候,值得关注的是美国对软件可专利性问题的司法判

① 相关讨论参见: SAMUELSON P. Allocating Ownership Rights in Computer - Generated Works [J]. U. Pitt. L. Rev., 1985, 47: 1185; SOLUM L B. Legal Personhood for Artificial Intelligences [J]. N. C. L. Rev., 1992, 70: 1231; MILLER A R. Copyright Protection for Computer Programs, Databases, and Computer - Generated Works: Is Anything New Since CONTU? [J]. Harvard Law Review, 1993, 106 (5): 977 - 1073; CLIFFORD R D. Intellectual Property in the Era of the Creative Computer Program: Will the True Creator Please Stand Up? [J]. TUL. L. REV., 1997, 71: 1675.

② GLASSER D. Copyrights in Computer - Generated Works: Whom, if Anyone, do we Reward? [J]. Duke L. & Tech. Rev., 2001: 24 - 42.

③ GRIMMELMANN J. There's No Such Thing as a Computer - Authored Work - And It's a Good Thing, Too [J]. Columbia Journal of Law & the Arts, 2016, 39.

④ The U. S. Copyright Office, Compendium, Chapter 300 "Copyrightable Authorship", Section 306&313. 2.

⑤ Vehicle Intelligence & Safety LLC v. Mercedes - Benz USA, LLC, 635 F. App'x 917 (Fed. Cir. 2015).



例所显示出的问题。早期美国为了鼓励创新，对商业方法专利申请大量授权，在一定程度上导致了问题专利现象。直到 *Bilski* 案，美国联邦最高法院指出，属于“抽象概念”的商业方法专利不应给予专利权保护，但该案未阐明“抽象概念”之判定标准；^① 到了 *Alice* 案，美国联邦最高法院才明确，仅利用计算机的一般功能执行抽象概念的情形不应授予专利、但对已有技术作出的改进以及对计算机功能本身作出的改进则属于“发明性概念”，据此涉案专利被宣告无效。^② *Alice* 案强调商业方法专利的关键在于其技术方案是对现有技术的显著改进，这一思路影响了后来的一系列类似争议的解决，在很大程度上制止了美国的软件专利泛滥问题；但是，对于何为“抽象概念”和“发明性概念”，美国法院迄今尚未给出明确界定，实践中仍有很大争议。应该说，同样基于计算机软件的 AI 相关技术发明，是否属于“发明性概念”、是否具有可专利性，将存在同样的疑惑，获得保护的前景并不十分明朗。

欧洲各国在应对信息技术给法律制度带来的挑战方面向来敏锐而超前，在 20 世纪 90 年代后期数字技术兴起之际即已开始制定通向信息社会之路的计划，21 世纪互联网和通信技术广泛应用以来，更是陆续出台了一系列信息社会发展战略。特别地，与美国重视通过司法判例将传统的知识产权保护规则延伸到网络环境的选择相比较，欧洲更重视如何从立法方面对区别于传统的独创性作品的数据库、信息等无形财产的法律地位及相关法律关系予以明确，比如 1998 年通过《欧盟数据库指令》，^③ 在对数据库进行版权保护的同时，对未达版权保护要求的数据库依然给予特殊权利（准版权）保护。不过，由于各成员国适用和解释数据库权没有统

① *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 593 (2010).

② *Alice Corporation PTY. LTD. , Petitioner v. CLS Bank International et al.*, 189 L. Ed. 2d 296.

③ 欧盟数据库保护指令：Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OJ L 77, 27. 3. 1996.



一标准，该指令的实施状况未能取得理想成效，为此欧洲法院曾通过足球比赛、赛马等赛事信息数据库不受保护的案例对“副产品”理论加以阐明，即数据库之信息若非专门投资收集、查证和呈现，而仅是商业活动自然产生之副产品的不予以保护。^①当然，这些判决也未能明确数据库获得特殊权利保护的具体标准，因此欧盟 2005 年发布的评估报告称，特殊权利的设立旨在促进欧洲数据库生成、但没有证据表明其做到了这点。^②欧洲对数据库保护具体规则的疑惑尚未解答，AI 时代已然来临。不过，像美国一样，关于计算机技术对法律制度的挑战，特别是软件及其运行驱动之产品实施的侵害行为应由谁承担法律责任的问题，相关讨论很早已开始。有研究者总结了 1980~1990 年欧洲国家学者的相关探讨，指出：“总的来说，欧洲法律评论家们认同，软件本身或作为其他产品的组成部分，属于《欧共体产品责任指令》（Directive 85/374/EEC）所称的‘产品’”。^③近期，欧洲国家对与 AI 有关的法律问题之关注，也是围绕着产品安全（包括网络安全）与侵害责任、消费者保护、劳资关系、法律人格、知识产权、税收、保险、隐私等具体法律问题展开的。^④2017 年 2 月，欧洲议会通过决议，采纳其法律事务委员会（JURI）早先提交的《关于机器人民

① 参见欧洲法院案例：British Horseracing Bd. Ltd. v. William Hill Org. (BHB decision) [2005] E. C. R. 1, [80] (ECJ 2004); Fixtures Mktg. Ltd. v. Oy Veikkaus Ab [2005] ECDR 2, [44] (ECJ) (Case C-46/02).

② 欧盟委员会 2005 年 12 月关于数据库指令的评估报告：First evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases”, O. J. (L77) 20 (EC) [EB/OL]. [2018-04-30]. http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/databases/evaluation_report_en.pdf.

③ ALHEIT K. The applicability of the EU Product Liability Directive to Software [J]. The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 2001, 34 (2): 188-209.

④ LEROUX C, LABRUTO R. D3. 2. 1: Suggestion for a Green Paper on Legal Issues in Robotics [EB/OL]. <http://www.eu-robotics.net/>.



事法律规则的研究报告》^①，并建议欧盟委员会研究制定民事法律规则以规范机器人或人工智能之应用。^②该决议提出的 AI 相关法律制度建议主题包括环境、劳工、投资保护、民事责任、研究和专业人员伦理以及知识产权等。其中，最重要的是针对无人驾驶车辆发生事故之责任分配问题，因目前无法以现行民事规范处理，该建议引进了“电子人格”概念；同时，建议成立欧洲机器人和人工智能监管机构，建立机器人登记制度并引进机器人的强制性注册及纳入保险制度的措施，以处理机器人责任以及技术、伦理等监管方面的问题。值得注意的是，在知识产权方面，该决议指出：目前欧盟的法律并未对机器人技术进行立法，不过现有的法律制度和法理适用于机器人技术并无太大障碍、只需在某些规则适用时加以调整，特别是因目前缺乏数据保护的法律机制，需要阐明机器“创作”的生成物可获得版权保护的标准；如果坚持技术中立原则，则有关机器人技术领域的知识产权问题可获解决。^③当然，随着 AI 应用的发展，关于绘画、音乐、新闻、诗歌等内容的 AI 生成物之版权争议欧洲也在讨论；^④特别是英国，其对 AI 相关创新的知识产权问题更加关注也更加激进，这与其国内 AI 技术处于全球产业链上游紧密相关。事实上，英国是 AI 算法领域的国际领跑者，是被谷歌收购的著名 AI 公司 DeepMind 的发源地，不难理解目前英国在呼吁专利和信息数据保护的同时，大力倡导 AI 生成物的版权保护；英国对计算机生成物的版权保护早

① European Civil Law Rules In Robotics (Study) [EB/OL]. [2018-04-30]. [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/Stud/2016/571379/Ipol_STU_\(2016\)_571379_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/Stud/2016/571379/Ipol_STU_(2016)_571379_EN.pdf).

② Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics [EB/OL]. [2018-04-30]. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&mode=XML&reference=A8-2017-0005&language=EN>.

③ 参见上注报告，第 18 项及附件说明的“知识产权、数据保护、数据所有权”部分。

④ 典型的如荷兰 AI 公司与微软合作创作之“伦勃朗的新画作”（The Next Rembrandt）：[EB/OL]. [2018-04-30]. <https://www.nextrembrandt.com>.



就体现在其 1988 年的《版权、设计和专利法》中，即第 9 条（3）规定的“在文学、戏剧、音乐或艺术作品产生自电脑的情况下，作者应当是对作品之创作作出必要安排的人”，这一立法也影响了英联邦国家^①。

作为曾经的“机器人王国”，日本在工业时代一直低调而先进。为迎接信息技术带来的变革，日本确立了“知识产权立国”的政策导向，在 2002 年制定和实施知识产权战略大纲，并设立知识产权战略本部统筹制订年度推进计划。2013 年，日本敏锐地抓住世界产业全面升级的历史机遇，以引领全球第四次产业革命为目标，提出了“日本再兴战略”。该战略的 2015 版，明确将物联网、大数据、人工智能的应用作为重点发展领域。2016 年 1 月日本又提出智能型“社会 5.0”战略，认为“超智能社会”是虚拟空间与现实空间高度融合的社会形态，同时将人工智能作为实现该社会的核心^②。从相关政策文件看，近年来日本尤其关注 AI 相关的知识产权以及数据财产的保护问题。比如，其 2016 年、2017 年的知识产权战略推进计划，十分强调物联网、大数据、人工智能技术的产业转化，并考虑为 AI 制定新的知识产权规则，全面提升日本的产业竞争力。关于 AI 生成物，政府将继续考虑赋予谁什么样程度的知识产权，特别是 AI 生成物难以与自然人、法人创作的音乐、文学、视听、设计等相区分的时候。同时，日本经济产业省委托专家小组研究因应第四次产业革命的知识产权制度，该研究报告指出：目前技术创新主要发生在物联网、大数据和人工智能领域，数据及其分析技术和利用这些数据的商业模式成为竞争力源头，需要一个既开放又封闭的“知识产权+标准+数据”的

① ANDRÉS G. Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative Analysis of Originality in Artificial Intelligence Generated Works [J]. Intellectual Property Quarterly, 2017 (2).

② 参见：漆菲，关珺冉. 日本如何全方位拓展机器人应用 [J]. 凤凰周刊，2017 (23).



三维综合战略。^① 日本近期这些促进产业发展的政策文件也提出了一些法律制度设立或实施完善的方向，比如，其在数据保护方面，目前尚无有效阻止获取和不正当利用数据的法律机制，因此通过合同来约定保护的措施十分必要，为此相关部门应研究制定商业秘密管理指南等文件；另外，还应研究修改不正当竞争防止法以禁止非法获取数据、加大数据保密技术保护、减轻涉及商业秘密的数据分析方法之原告举证责任的可能性问题。在知识产权方面，因涉物联网的产品和服务发明必将大量增加，须考虑明确有关数据分析模型、商业模式的创新成果获得专利保护的标准，经济产业省为首的专家组建议 JPO 采取的措施包括发布此类客体可专利性的案例，提高可预见性，核查专利审查指南中计算机相关发明的内容，收集已获授权的商业方法专利实施情况，建立涉物联网发明新分类和跨部门专利审查小组，等等。另外，未来涉物联网的知识产权管理成本将大增，须参考美国正在研究的专利蟑螂问题以及中小企业和风险投资公司面对的知识产权诉讼瓶颈；对此，日本拟研究标准必要专利（SEP）的授权系统，考虑引入诉讼外纠纷解决机制（ADR）来应对 SEP 授权中不公平损害权利人利益的问题，并由政府通过 ADR 确定许可费率。基于上述分析，日本应考虑 2018 年启动特许法和不正当竞争防止法的修改，同时对将来可能出现的 AI 创造物涉及的工业产权议题、3D 打印的工业产权问题，以及设立 ADR 机制协助友好型中小企业应对专利许可谈判和侵权纠纷的问题（该 ADR 须与现有的“日本知识产权仲裁中心”等私立 ADR 相区分）加以研究。^② 尽管日本经济产业省近些年来引导建立处于现有知识产权框架之外的数据财产保护制度，比如修改不正当竞争防止法，但其国内对此议题也存有争议。尽管日本政府和相关公司提出上述产业政策的关键理由是建立刺激

①② 参见：日本経済産業省《第四次産業革命を視野に入れた知財システムの在り方について（検討会報告書概要）》，平成 29 年（2017 年）4 月 19 日发布。



投资和鼓励创新的权利平衡机制，但学术界和产业界也有人认为，在大数据的定义、哪些值得保护等基本问题都没有定论的情况下，不宜为尚处于兴起阶段的技术创设宽泛的法律规则；从可能的规则实施效果看，日本的公司都很遵从规则，过度保护数据可能限制公司的创新动力，对此可参照欧盟的数据库保护规则导致欧洲国家在信息流动自由方面受限、而美国硅谷在此领域则有了创新超越机会的国际经验；另外，日本中小企业在保护自己的商业秘密方面能力欠缺，大数据非法搜集、持有等可能带来的垄断问题也刚开始有研究^①，这些都警示日本率先建立数据财产权保护须慎重，田村善之委员认为，应仅限于对恶意获取采取技术措施保护之大数据的不当行为的制止。^② 此外值得注意的是，日本于2015年9月3日通过了《个人数据保护法》，今后经营者须留意隐私政策和个人数据、特别是敏感个人信息的收集和处理程序，以符合法律的要求。

可以肯定的是，AI不是第一个、也不会是最后一个让我们现有法律制度必须面对的“挑战”。民商事法律制度是经过长期实践形成的人与人之间、市场主体之间关系的基本规则，知识产权制度亦然；若因迅捷的技术发展轻易地推翻或重建知识产权法律制度基本规则，比如将机器人视为法律上的“人”或者无限地拓宽知识产权保护范围，无异于违背民法的基本常识，难言为理想的对策。从知识产权国际保护规则看，对于知识产权权利人，TRIPS第1条第3款规定，“成员应对其他成员的国民给予本协定规定的待遇”，此表述的脚注（1）指出，“本协议所称国民，是指

① 参见2017年6月日本公平交易委员会（JFTC）竞争政策研究中心发布的《数据与竞争政策专家组报告》。

② 参见“産業構造審議会知的財産分科会不正競争防止小委員会”相关材料：[EB/OL]. [2018-04-30]. http://www.meti.go.jp/committee/sankoushin/chitekizai-san/fuseikyousou/006_haifu.html；另参见：上野達弘。自動集積される大量データの法的保護[J]. パテント，2017，70（2）：34-35。



成员境内有效开展工商业活动的人，包括自然人和法人”。可见，动物、计算机程序、AI 机器人等本身不是可依据 TRIPS 获得保护的知识产权“人”；这意味着任何 WTO 成员若率先赋权给 AI 机器人，则应对进入本成员市场的其他成员的机器人提供同等的法律保护，反过来自己企业的 AI 机器人极有可能在其他成员境内得不到对等的保护。在国际层面对此议题达成共识建立相对统一的法律规则之前，我国是给予 AI 生成物类似知识产权的积极的垄断性的专有权保护模式，还是根据个案情形结合保密协议等措施采取消极的法律保护模式，的确值得进一步结合 AI 发展趋势谨慎审视考察。

另外，就如何鼓励创新，促进 AI、大数据等技术的应用来说，更需要关注和研究的反倒是如何化解数据获取、收集和使用中的知识产权侵权风险和其他法律责任问题。我国 2017 年通过的《民法总则》第 111 条专门规定了个人信息保护规则，即“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息”；据此，凡是 AI 技术应用涉及个人信息的，均须遵守这一规则，此条款对信息社会网络环境下个人信息的保护极为重要，相信相关配套法律法规也会尽快出台。在知识产权风险方面，前述有观点呼吁赋予版权的 AI 生成物，恰恰可能是海量采用他人受保护作品通过 AI 技术分析处理转化出来的结果；而未经许可采用他人作品不属于现行《著作权法》第 22 条规定的例外情形的，无疑应当承担相应的法律责任。比如，目前已经开始兴起的文学、音乐、美术、视频、新闻等领域的所谓“机器人创作作品”，即使是采用古代的或已过保护期的作品也存在无法注明出处的问题，而不问权利状态直接全网收录所有相关主题的信息进而通过 AI 智能算法呈现“新”信息，其版权侵权风险不言而喻。笔者认为，此类机器人“创作”与著作权法鼓励的文学艺术科学作品之创作无法并肩



而立、不是值得以法律去保护的“创作结果”、其隐含的侵权高风险更不宜以法律规则的“与时俱进”加以解脱；此类 AI “创作成果”除了博取一笑，也难言对人类精神文明有贡献；再者，此类 AI “创作”作为程序或技术运用方法，按照现有著作权法和专利法也是可以受到保护的。

需要不时应对技术发展带来的法律规则变革问题，是知识产权法律制度的宿命。应该说，目前人工智能、大数据等技术及其应用带来的商业模式创新，的确需要我们考虑现行知识产权法是否应该保护相关成果、保护到什么程度等问题。笔者认为，基于 AI、大数据等技术的计算机程序本质属性，促进相关产业发展的知识产权政策和法律规则调整，首先主要体现在对应用 AI 技术的商业方法技术方案专利可专利性标准的把握上；我国的专利审查和司法部门，应当尽快协商相关领域的专利授权标准，在原则上不放弃对技术性、新颖性、创造性要求的基础上，适当降低和其他领域相比在创造性上的要求，从整体上把控涉 AI 技术方法专利的质量。同时，吸取美国经验，一方面应当鼓励对相关商业方法的专利申请与授权，另一方面还要避免大量低质量的、导致无效程序和侵权诉讼启动、耗费过多社会公共资源的纯 AI 软件方法专利产生。我国 2017 年修改《专利审查指南 2010》增加的对“商业模式”创新的保护，由于尚无明确的审查标准，尤其是创作性标准，容易给产业界过高期望、引发申请案猛增；与其经过权衡社会整体利益对一些不宜给予垄断权的纯软件商业方法予以无效，不如会集产业界、学界、审查和司法部门的专业人员，尽快就相关授权标准事先进行讨论并达成一定共识，以免白白浪费社会资源。另外，基于物联网互联互通的发展趋势，AI 相关的专利问题可能越来越多的与无线通信技术纠结在一起，尤其会带来 SEP 许可谈判和侵权判定的疑难问题，而我国目前《专利法》《民法总则》和《侵权责任法》对并非共同侵权和帮助侵权的行为尚无明



确规定，使得相关纠纷的解决面临诸多不确定性和争议^①，对此也需要研究相关法律和配套措施的制定和完善，美国、日本关于专利间接侵权的立法和日本提出的一些借助 ADR 解决相关争议的设置也许能给我们带来一些启发。其次，针对 AI 技术应用产生的大数据保护需求，则需要结合具体情形考虑以知识产权法或反不正当竞争法保护，在不违反其他相关法律法规的前提下，将不符合保护条件的数据信息放入公有领域以促进利用和公共福利。比如，利用 AI 技术产生的大数据，在实践中可能是由经营者收集、整理、分析形成并采取了保密措施的，无疑是具有经济价值的商业秘密，若被他人非法“扒取”，完全可以依法追究；未采取保密措施的，除了处理数据信息的 AI 软件本身可以获得保护外，经营者在应用 AI 技术收集、整理和处理的数据信息时，在选择、编排上体现了独创性的，也可构成汇编作品获得保护。不过，我国的《反不正当竞争法》目前未设立“不当侵占”他人合法利益的相关条款，因此，对那些虽然不符合商业秘密和作品保护条件，但是经营者也投入了大量资金与劳动形成的、能给经营者带来竞争优势的数据信息，若被不当“盗用”（Misappropriation）或“扒取”，则难以用具体的条款加以禁止；而动用该法第 2 条，则又可能再次引发长期以来我国学界对《反不正当竞争法》原则性条款滥用不利于促进竞争的忧虑。对此，鉴于《反不正当竞争法》刚刚修改，立法规制难以及时应对目前技术发展的情形，需要充分发挥司法的主导作用；事实上司法实践已经不得不面对这一《反不正当竞争法》的适用难题了。在新浪与脉脉的争议中，两级法院均认为被告未经新浪微博用户的同意及新浪微博的授权，获取、使用相关用户数据的行为，违反了诚实信用原则及公认的商业道德，

① 参见首次采用“间接侵权”理论的西电捷通诉索尼案判决书（北京知识产权法院（2015）京知民初字第 1194 号民事判决书、北京市高级人民法院（2017）京民终 454 号民事判决书）。