

电脑信息网络知识产权若干问题探析

郑 友 德^{*}

因特网(Internet)的诞生和迅速发展,构建起蔚为壮观、前景无限的电脑信息空间。然而,在这个崭新的空间里,信息资源在从产生、转换到传播、扩散和使用的一系列过程中,形形色色的网上侵权甚至犯罪行为却频频发生,防不胜防,难以取证和查处;另一方面,信息产品的数字化、多媒体化和网络化,形成的新型产权关系及其法律设定、保护和救济等问题,向传统的知识产权制度提出了严峻挑战。违法违规的现象时有发生,现行法律的缺陷暴露无遗。这些都使得原本平静的信息空间里,一个又一个“黑洞”不断产生,令人生畏,欲填难平。

一、形式与内容难以界定

版权理论中奉为圭臬的“只保护作品的形式(或表达),不延及内容(或思想等)”的准则,在数字化技术的冲击下难以为继。

首先,新型信息作品的形式与内容往往融为一体,难以界定。比如,美国上诉法院1986年8月就Whelau公司诉Jaslow公司一案所作的判决宣称:在关系到计算机程序作品时,思想与表达的划分应以作品本身所追求的目的确定。在其他作品中通常被认为“形式”范畴的作品的“结构、顺序和组织”,在计算机程序作品中则是内容的有机组成部分,应同样受版权法保护。^①难怪美国电脑专家尼葛洛庞蒂要在《数字化生存》一书中抱怨:“要让我说出天气预报的计算机模型算不算天气的一种表现形式,这实在是有点难为我。事实上,对一完整而有效的计算机气象模型的最好描述是,这是一种对天气的模拟,它能最大程度地接近‘实际情况’。当然,‘实际情况’就是事物本身,而不是事物的一种表现。”^②

其次,电脑信息空间的数据通常不具备传统作品所要求的特定形式。例如未来天气预报的数据播放和比特播放中,传输端传送的将是一个计算模型,而位于接收端的用户,可以根据自己的偏好,随意将它转换为文字报告或者地图甚至卡通形象。在这种由传输端(原创者)确定数据内容,而由接收端(使用者)确定作品形式的过程中,作品取得版权所须达到的独创性标准,是由形式决定,还是由内容决定呢?

再次,电脑信息空间法(Cyber law)对“二元论”的立场已有所转变,这在国外不乏其例。如德国1996年的《信息与通讯服务法》第7条的版权法修改条款中,规定给予数据库制作者一种“新的特别保护权”(das neue Schutzrecht sui generis),禁止他人不法反复地或系统地“选取”(Entnahme)或“继续利用”(Weiterverwendung)数据库内容中的“实质部分”(Wesentliche

^{*} 郑友德,华中理工大学政法系暨经济法研究所副教授。

^① 参见唐广良等:《计算机法》,中国社会科学出版社1993年版,第273页。

^② [美]尼葛洛庞蒂:《数字化生存》,胡泳等译,海南出版社1996年版,第77页。

Teils), 后者是否享有版权在所不问。^③这岂不是将版权之保护范畴延及到作品的内容?! 且在以“表达/思想”相分离的“二元论”中, 既然说作品之保护范畴不延及内容, 再去论其“实质”与“非实质”与否, 意义何在? 退而言之, 倘若上述结论不成立, 我们能以版权的禁止权大于保护权为由, 来维持“二元论”的地位吗? 因此, 是否有必要将“二元论”的观点直接反映在我国未来的版权立法(参见《中华人民共和国著作权法修订稿》第1稿第5条)中, 是值得商榷的。

二、智力投入与人力物力投入的关系

在判断作品的版权保护要件时, 英美法系国家, 尤其是美国长期秉承“额头淌汗”(sweat—of—the—brow)之理念, 认为作品惟独立创作, 非剽窃抄袭他人作品即可受版权法保护。而大陆法系国家则要求作品须体现作者个性(personality), 即应具备一定的创造性(creativity)或创作高度(Gestaltungshöhe)。

然而, 当有人将公有领域的作品直接上网, 即他付出努力或“额头淌汗”地通过扫描将模拟信号转换为数字信号, 那么这部“数字化作品”是否自动受到版权法保护呢? 我们在此暂且不讨论这种保护制度的合理性, 仅研究该制度运作方式的可行性。

从扩大可保护客体的角度看, 欲保护“额头淌汗”的创作, 首先应确定某项成果中究竟哪些东西需要保护。上述作品的模一数信号之转换便是典型例证。为了让更多信息上网传播, 鼓励人们尽可能快地将模拟信号转换为数字信号, 国外有的学者甚至根据独创性的“大笔一挥”(brush stroke)学说, 提出了一种“瘦版权”(thin copyright)理论。^④但是人们很难把保护无形资产的可能性定位在“额头淌汗”上, 即把“淌下的汗”视为受保护的确定因素。问题的症结在于只有对“淌下的汗”进行量化, 明确“汗”达到何种程度, 方才构成受法律保护的成果。

就上述范例而言, 对一项藉机器扫描技术轻松实现的模一数信号转换提供法律保护, 无论从道德上抑或经济上均是难以成立的。因为过去扫描仪和光学文字识别仪相当昂贵, 现在却被普及应用, 花费低廉。至于有人亲自击键输入某篇公有领域的作品上网, 并逐一校正, 则不能与之相提并论。因为该人在这种情况下毋庸置疑地投入了人力物力。尽管我们很难确定这种投入是否构成作者自身的智力创造。

卡尔贾拉依据盗用(misappropriation)理论, 主张对“额头淌汗”类的模一数信号转换提供“瘦版权”保护。^⑤按照他的观点, 给“额头淌汗”提供版权保护对人们产生的激励, 远比这种权利人去证明实际淌汗多少的任何需求重要。尽管有人可能同意卡尔贾拉的观点, 认为盗用是向传统版权保护制度延展的适当范式, 但人们又不可能区分人力物力的投入与其回报之差别, 以判断是否存在盗用。所以, 桑德斯强调,^⑥必须从保护一定产权的基点, 转移到制止模仿那些分别可量化的由人力物力构成的成果的方法或行为, 而不必确定那些客体是否值得保护。否则, 可保护客体范围的扩大将会导致垄断请求权无法明确或具体化。

上已提及, 在德国《信息与通讯服务法》和欧盟1996年《数据库法律保护令》中, 为数据库制作者创设了一种新的特别保护权。明确保护数据库制作者在数据库内容的收集、审查和描

^③ Bundesrat, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen fuer Information- und Kommunikationsdienste, S. 15~16, Drucksache 966/96.

^④ Karjak, Copyright and misappropriation 17 UDLR 855(1992).

^⑤ Sanders, Unfair competition law, P. 112, Clarendon Press, Oxford, 1997.

^⑥ Feist Publications V. Rural Tel. Serv. Co., 499 U. S. 340(1991). Vgl. Perritt, Law and the information superhighway, P. 426~427, Wiley Law Publications, 1996.

述上所作的人力物力之投资。由此不难看出,大陆法系不少国家在数据库的版权保护上,已逐步借用、融合了英美法系的“额头淌汗”思想。与此同时,美国在新型信息产品的保护上,亦未固守“额头淌汗”之己见。美国最高法院 1991 年在 Feist 一案的审理中,认为电话号码簿除须独立创作外,至少应满足创造性的最低要求。^⑦ 所以,特别是对于电子数据库一类的新信息产品,两大法系在其版权保护要件上相互靠拢,并有互动整合之趋势。

大陆法系某些国家版权法对数据库提供的投资保护,至少可以追溯到以德国为代表的大陆法系某些国家对盲从模仿不正当竞争行为的规制上。^⑧ 按照德国反不正当竞争法的司法实践,如果在市场竞争中,经营者不投入相应的人力物力,不加以自主创新,只是系统地全盘模仿竞争对手的非专利技术甚至进入公有领域的原专利技术,在特定条件下会被视为不正当竞争而受到反不正当竞争法的规制。由于该行为具有寄生于他人成果衍生之特征,故而亦称之为“寄生性竞争”。或许有人会问,专利技术既然已进入公有领域,本可自由使用,或依法又对这种公有技术的盲从模仿借助反不正当竞争法加以制止,岂不是为工业产权设置了一种平行的保护权?事实上,我们只要明确反不正当竞争法与工业产权法之间的关系,便可以找到这个问题的答案。众所周知,在保护知识产品上,工业产权法与反不正当竞争法呈互补关系,后者在很大程度上弥补了前者在保护工业产权时空限制上之不足。换言之,反不正当竞争法对非专利盲从模仿行为的规制,实际上表明为工业产权创设了一种邻接权,或者说在知识产品的工业产权保护之外创设了一种禁止不正当竞争权(尽管作者并不认为存在后一种权利)。^⑨ 这种邻接权的保护一方面体现在该专利技术的技术特征与外观特征上,另一方面反映在对非专利技术的研究与开发投资上。

综上所述,大陆法系某些国家版权法中关于数据库投资保护的思想是与反不正当竞争法关于保护投资者的思想一脉相承的,其主旨在于除保护智力成果创作人的利益外,也维护作出大量人力物力投入的投资者或竞争者的利益。

三、网络域名潜伏种种危机

按照现行的域名注册原则,在因特网上,每个特定的用户的域名或网址是唯一的,谁先申请域名注册,谁就拥有该域名在电脑信息空间的绝对专有权。因此,当许多公司试图利用他们的注册商标或商号作为域名设计网站时,发现有人早已捷足先登,将其商标或商号抢注为域名。由于不同机构在使用域名尾标时受到限制,比如商业机构的域名尾标必须使用.com,非赢利机构应该使用.org,因此,当有人冒用一机构的原始名称时,必然会危及其信誉。

控制这种数据库的服务器由网络解决方案公司(NSI)管理。5年多前,NSI 从负责兼管因特网的美国政府分支机构——美国国家科学基金会(NSF)得到一份价值 400 万美元的合同,随后,因特网上便有了 150 万个域名。到 1999 年 1 月,域名数目增加到近 3000 万个。

但是,NSI 的合同于 1999 年 3 月到期,而且充其量只能把合同再延长 6 个月。这样,合同期满后如何进行域名注册管理,就成为争论的焦点。网上用户一致认为,现行的域名分配制度必须改革,以便使得那些理想的网址不是简单地交付给先申请这些网址的公司。许多公司指出,美国政府国家电信与信息管理部(NTIA)在 1999 年 1 月推出的解决方案是行不通的。美

^⑦ 参见郑友德,《德国反不正当竞争法对模仿行为的规制》,《华中理工大学学报(社科版)》1996 年第 2 期。

^⑧ Schricker,《欧洲不正当竞争法的新发展》,乔云译,《外国法译评》1995 年第 4 期。

^⑨ Ward, Name games, New Scientist, 7 March 1998, P. 20~21.

国在该方案中打算把 NSI 变成一家管理根服务器(root server)和域名号码分配的非赢利公司。让私立注册商负责域名分配,各个独立的注册商则分别监控类似.com 或.org 等不同的域名尾标。^⑩这些注册商将竞争网上消费者或网上用户。

美国的这项计划已遭到因特网公众的严厉谴责。因特网事实政策监督委员会主席梅赫说:“这是个骇人听闻的错误,它完全违背了因特网的最高利益。”梅赫指出,某些域名尾标,比如.com 的商业价值明显高于其他尾标。此外,拥有公众熟知的网址的公司未必想改变它们。梅赫担心,这些注册商会通过猛然抬高普通域名维持年费的方式,来勒索某些公司。

去年,一家非正式联合体拿出另一项解决方案,建议创造.firm,.shop,.web,.arts,.info 和.nom 等 7 个新顶级域名,以增加公司选择域名的机会。

事实上,现在已经有了取代 NSI 域名管理体制的方案,即每个国家用自己国家的标识符作为顶级域名以示区别。例如用.uk 代表英国;.cn 代表中国等。某些专家认为这种补救措施有助于缓解域名危机。

但是,最近意大利米兰法院的一项判决,^⑪对这项取代性方案提出了有力的挑战。米兰法院在一项域名侵权案的审理中认为,顶级域名“.it”(代表意大利)不足以将被告的域名“a-madeus.it”与原告的注册商标“A madeus”区分开来,因为顶级域名(即“.it”)只能视为一种地理标记,没有任何显著性。

法院的理论依据是,具有足够新颖性和显著性的域名几近一个符号。一个域名通常可看作一个地址,但与地址又有所不同。首先,地址是强制性的,个人可以选择其住所,却又无法自由选择其住所的指代信息,即地址。而按照因特网的域名管理政策,申请人可以自由选择域名,只要他所选定的域名有别于他人域名即可。其次,网上用户往往可以推测一个域名,如通过键入某个商号或者驰名商标来定位一个万维网主页。这么做极为常见且易行。而一个地址或电话号码不可能如此简单地猜测出来。一个域名由于其功能相同于地址会近似于一个地址,但这并不意味着域名就是地址。

米兰法院建议,域名可以视为类似商家标记的符号。一个符号表明产品销售或服务提供的场所,并且这些产品无疑是在以某个域名标记的某个万维网页上进行网上交易的。另外,假如把域名看作一个符号,就很容易协调知识产权方面的冲突,解决因网络域名使用引起的问题。

域名的纠纷纷杂繁多。最近德国壳牌石油股份公司(Shell AG)状告慕尼黑谢尔抢注了该公司的网址“www.shell.de”。这个网址实际上是谢尔从一位“域名供应者”处买来后重新建立的。壳牌石油公司指责谢尔与“域名供应者”同流合污。最后,该公司拿出一万马克和一份起诉书。而谢尔为此网址已花费了 1.5~2 万马克,故此坚决不放弃网址。DE-NIC 的一位负责人认为,这场诉讼对德国壳牌石油公司来说极具风险,因为“姓名受到特殊的保护”。姓名权作为自然人的一种基本人格权,受到民法的保护。在世界上,以个人姓氏冠名的企业比比皆是。另一方面,公民姓名的同姓重名现象又极为常见。若以姓名为域名与他人域名相同而引起纠纷时,应如何协调处理,是一个普遍性的问题,亦需我们研讨。

关于用国家标识符作顶级域名的取代做法,实际上是对美国方案持批评意见的一种反映。美国方案坚决主张负责网址注册的公司应由美国创建。这表明美国始终试图保持其在因特网

^⑩ Amadeus Marketing and Amadeus Marketing Italia Srl V. Logica Srl E. I. P. R. N4~5(1998).

^⑪ 参见吴汉东:《著作权合理使用制度研究》,中国政法大学出版社 1996 年版,第 224~225 页。

中的领导地位。基于这一原因,欧盟委员会谴责了这一方案。他们抱怨该方案可能会强化美国控制因特网网址的商标权纠纷的管辖权和仲裁权,从而将世界知识产权组织(WIPO)的纠纷调解程序抛置一边。

四、完善版权制度必须循序渐进

数字化技术、多媒体技术和网络技术的产生与发展,使传统的知识产权制度面临严峻挑战,版权制度更是首当其中。然而,综观历史的发展,信息与传播技术几乎参与了所有重大的社会变革。技术的革命也往往要求制度的创新。曾任英国版权法委员会主席的沃尔指出:“版权法从其产生之日起,就一直不断地对录音、摄影术、电影摄影术以及广播诸领域的革新做出相应的反映。”或者用蒂姆伯格的话来说,作为一系列独立权利和特定利益组合的现代版权,“每一利益或权利均是回应传播领域的革命性科技发展。”因此,版权法的历史沿革,始终处于对科学技术的挑战予以应战的过程中。^⑫ 版权制度伴随印刷技术的发明而诞生。其后模拟技术、影印复制技术等相继出现并未动摇版权制度的基础,反而使之壮大发展。笔者认为,在当今版权制度迎接数字化等新技术的挑战中,毋需采取背离传统,另创新制的革命措施,只要根据数字化作品的特征厘清“合理使用”的界限,明确其权利归属,即可保持版权制度的良性发展势头,解决好数字化等新技术为版权保护带来的新问题。

不过,对于多媒体作品的产权归属,域外的“抢注”、“淡化”与仿冒等具体问题,当前亟需我国知识产权界探讨。网上侵权行为的查处和取证,亦是执法者的一大难题。从理论上讲,“网络警察”可将因特网上的各种信息统统截获、存储,以作取证之用。然而,这种漫天撒网的作法稍有不慎,便会有侵犯他人商业秘密或隐私权之虞。

责任编辑 翟中鞠

^⑫ 郑友德:《信息高速公路中知识产权保护的若干问题》,《法学研究》1997年第4期。