

郑成思：知识经济、信息网络与知识产权 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E9\\_83\\_91\\_E6\\_88\\_90\\_E6\\_80\\_9D\\_EF\\_c122\\_485505.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E9_83_91_E6_88_90_E6_80_9D_EF_c122_485505.htm) “知识经济”虽然不限于网络经济，但如仔细观察刚刚过去的几年的历史，就可看到：“知识经济”实际上只是随着互联网络与数字技术的日渐广泛应用，才日渐出现在这个世界上的一种经济形态。如果不注意“网络法”这种与“知识经济”相适应的法律制度的研究与建立，或哪怕不把它当作重点，而仍把与农业经济、工业经济相适应的法律研究与制定为重点，则今后的历史回顾可能会告诉我们这是个失误。??“网络法”是20世纪90年代中后期，因国际互联网络的广泛应用及电子商务的迅速发展而产生的一个新的法学概念。我国使用网络的人以每年10倍的速度发展。国外网络用户(包括企业)的发展速度，也同样是惊人的。国外从1997年起，已经出版了一批有关“网络法”的学术专著。多数发达国家及一部分发展中国家已经开始了“网络法”的制定与完善。它也已经成为国际法的一个重点。在这一领域，中国显然是滞后的。“网络法”大都不是指像“刑法”、“民法”或“专利法”、“商标法”那样立的单行法或基本法。也没有很多国家制定或准备制定这样的单行法，因为那样做可能打乱已有的民法、刑法、诉讼法等既有的体系，或与已有法律重复乃至冲突。“网络法”无论在学术上还是在立法实践中，都是“解决因互联网络而带来的新问题”的有关法律的一个总称。国际上现有目前制定(或完善)中的“网络法”，一般均会包含：在知识产权法中，新增受保护客体及专有权内容，并增加有关单行法

，或实行知识产权法“法典化”，以便一揽子解决网络给知识产权保护带来的新问题。?? 知识产权法律领域“国际一体化”进程比其他任何法律领域都快。联合国世界知识产权组织于新近出现的“域名”知识产权及其与商标权的冲突，正在准备新的国际条约加以解决。该组织早已于1996年就主持缔结了解决网络上版权保护的两个新条约。主要为解决国际互联网络环境下应用数字技术而产生的版权保护新问题，由世界知识产权组织主持，有一百二十多个国家代表参加的外交会议，在1996年12月20日，缔结了《WIPO版权条约》与《WIPO表演及录音制品条约》，这后一个条约，实际是“邻接权”条约。两个条约都还没有生效。这两个经整整一个月时间的面对面争论与谈判而缔结的国际条约，从名称到内容，都留有不同理论、不同观点及不同国家的不同经济利益之间的冲突及妥协的痕迹。第二个条约原在草案的名称中，突出的是受保护主体表演者与录音制品制作者，缔结时则改换成了客体。而该条约所要补充的、作为基础的罗马公约，则在名称中标出的是受保护主体。这两个条约及所附的“议定声明”在新技术的发展及国际贸易的新环境下，较充分地弥补原有伯尔尼公约及罗马公约的不足。在相当长的一段时期将对国际版权保护产生极重要的（可能是主要）影响，即使这段时期将对不会如伯尔尼公约那样持续110年。《WIPO版权条约》由25条组成，未分章节。第1 - 14条系实体条款，15 - 25条系行政管理条款。此外还附有“议定声明”9条，对条约中一些可能发生歧义的问题作进一步解释。《WIPO表演及录音制品条约》由33条组成，共分五章。其分章的主要原因是同一个条约涉及两种不同客体的保护，其中有总则、有分

别适用的条款、有共同条款。第1 - 23条（除第21条外）系实体条款，24 - 33条及第21条系行政管理条款。此外还附有“议定声明”10条。《WIPO版权条约》在第2条中，明确了“版权保护的客体”。这是伯尔尼公约中缺少的一条总则。伯尔尼公约在第2条中，明确只以未穷尽的举例方式，说明了版权保护可能覆盖的客体。在关贸总协定乌拉圭回合的谈判中，多数国家已感到在总则上确认版权保护什么、不保护什么，是非常必要的。于是，在世界贸易组织形成时的《与贸易有关的知识产权协议》（即Trips）中，以第9条划出了这一范围，即：“版权保护应延及表达，而不延及思想、工艺、操作方法或数学概念之类。”《WIPO版权条约》几乎逐字重述了Trips的这一条（只少用了一个“应” - shall）。同样，在新增加计算机程序及含有独创性的数据库作品为受保护客体的条款中，《WIPO版权条约》也几乎逐字重述了Trips的第十条的两款。增加这些新内容之所以没有争议或争议极少，是因为参加WIPO新条约缔结谈判的绝大多数国家，均已参加形成Trips的乌拉圭回合的谈判。在这几个问题上应有的争议已在过去近十年的关贸谈判中争议过了，并最后基本都趋向了一致。几乎所有发达国家及新加坡、巴西、韩国等发展中国家已依照两个条约着手修改本国知识产权法；法国、菲律宾等国则通过“法典化”，使本国法与两个条约一致，以便参加两个条约。??从中国的实际出发，我们同样有必要增加这两个条约中要求增加的新内容。例如，1998年四川一私人公司宣布任何人只要向它付钱，它就可以将国家“863”计划的所有技术发明项的数据库“解密”。而法院在处理这一案子时，在现有知识产权法中找不到禁止其解密的依据。两个

新国际条约恰恰把“禁止解密”增加为版权人的一项新的专有权。未经许可的解密，依条约将构成侵权。从国际交往来看，二十一世纪初中美知识产权谈判的焦点，可能会是美方要求中国参加这两个条约。对此我们应当有充分准备。如果届时多数国家参加了这两个条约，我国坚持不参加，可能孤立的是我们自己。?? 知识产权的特点之一是“专有性”。而网络上的知识产权，信息则多是公开、公知、公用的，很难被权利人控制。知识产权的特点之一是“地域性”。而网络上知识传输的特点则是“无国界性”。上述第一对矛盾，引出了知识产权领域最新的实体法问题。在国际上，有的理论家提出以“淡化”、“弱化”知识产权的专有性，来缓解专有性与公开、公用的矛盾。具有代表性的是日本法学家中山信弘。而更多学者，乃至国际公约，则主张以进一步强化知识产权保护，强化专有性来解决这一矛盾。最典型的例子就是1996年12月世界知识产权组织主持缔结的两个新的版权条约。其中增加了一大批受保护的客体，增列了一大批过去不属于专有权的受保护权利。而美国、欧盟国家均已准备在1998年到1999年，即进入21世纪之前，修订知识产权法，使之符合新条约的要求。此外，在商标保护方面，强化专有性的趋势则表现为将驰名商标脱离商品以及服务而加以保护。这种强化知识产权专有性的趋势，应当说对发展中国家未必有利。但目前尚没有发展中国家表示出“坚决抵制”。主要原因是：在知识经济中，强化知识产权保护的趋势是抵制不了的，发展中国家应及早研究它们的对策。上述第二对矛盾，引出了知识产权保护中最新的程序法问题，亦即在涉外知识产权纠纷中，如何选择诉讼地及适用法律的问题。过去，

绝大多数知识产权侵权诉讼，均以被告所在地或侵权行为发生地为诉讼地，并适用诉讼地（法院所在地）法律。但网络上的侵权人，往往难以确认其在何处；在实践中，侵权复制品只要一上了网，全世界任何地点，都可能成为侵权行为发生地。这种状况，主要是由网络的无国界性决定的。曾有人提议采取技术措施，限制网络传输的无国界性，以解决上述矛盾。但在实践中困难极大，或根本做不到。于是更多的学者，更多的国家及地区，实际上正通过加速各国知识产权法律“一体化”的进程，即通过弱化知识产权的地域性，来解决这一矛盾。国际知识产权法律“一体化”，就要有个共同的标准。多少年来，已确认的专有权，一般不可能再被撤销。于是，保护面广，强度高的发达国家法律，在大多数国际谈判场合，实际被当成了“一体化”的标准。发展中国家虽然并不情愿，却又阻止不住。世界贸易组织成立时，订立的《与贸易有关的知识产权协议》，就是违背发展中国家意愿，强化知识产权保护，又不得已被广大发展中国家接受的典型一例。看来在这一问题上，发展中国家也应及早研究对策。由于网络传输的“无国界性”使得大多数国家(包括中国)民法实体法中有关侵权认定的原则、民事诉讼法中有关法律选择、法院管辖权等已有原则，在电子商务纠纷或网络侵权纠纷中，往往发生难以直接适用的问题，也需要考虑结合新的网络环境加以完善。信息传播技术的发展，在历史上一直推动着人类社会、经济与文化的发展，同时也不断产生出新问题，需要人们不断去解决。在古代，印刷出版技术的发明与发展，为大量复制传播文化产品创造了条件，同时也为盗用他人智力成果非法牟利提供了便利，于是产生了版权保护

的法律制度。近、现代无线电通讯的出现，录音、录像技术的出现以及卫星传播技术的出现，等等，也都曾给人们带来便利，推动了经济发展、繁荣了文化生活，同时也带来需要以法律解决的问题。中国古老的辩证法哲学告诉我们：利弊相生、有无相成。法律规范得当，就能够兴利除弊，促进技术的发展，因而也促进社会的发展。网络以迅捷、便利、廉价的优点丰富了社会文化生活与人们的精神生活，但同时，网上盗版等等非法活动，也利用了这种迅捷、便利、廉价的传播工具。对网上的这些非法活动必须加以禁止和打击，以保障社会安全，也就是社会的安定。例如，如果不在网上“扫黄打非”，那么有形的传统市场上打击黄色的、盗版的音像及图书的执法活动就在很大程度上会落空，因为制黄与制非者会大量转移到网上。1996年12月，世界知识产权组织在两个版权条约中，作了禁止擅自破坏他人技术保护措施的规定。这并不是作为版权人的一项权利，而是作为保障网络安全的一项主要内容去规范的。至今，绝大多数国家都把它作为一种网络安全保护，规定在本国的法律中。欧盟、日本、美国、莫不如此。尤其是美国，它虽然总地认为网络时代无需立任何新法，全部靠司法解释就能解决网络安全问题，但却例外地为“禁止破坏他人技术保护措施”制定了专门法，而且从网络安全目的出发，把条文规定得极其详细不仅破坏他人技术保密措施违法，连提供可用以搞这种破坏的软硬件设备者也违法，同时又详细规定了图书馆、教育单位及执法单位在法定条件下，可以破解有关技术措施，以便不妨碍文化、科研及国家执法。在这里，人们应注意：千万不要忽视了版权领域出现的问题对信息网络安全的影响。有关网络安

全的许多问题，均是首先在版权领域产生的，其解决方案，又首先是在版权保护中提出，再扩展到整个网络安全领域的。例如破坏技术保密措施的违法性就是1992年英国发生的一起违法收看加密电视节目的版权纠纷而引起国际关注的。最近美国的NAPSTER一案中，有关计算机用户之间自动交换各自机中存储的信息是否属于对版权的侵犯又成为备受瞩目的问题。其实，NAPSTER涉及的远远不仅是版权保护的问题，而与网络安全的大问题息息相关。网络上信息传播有公开与兼容的特点，各国网络的发展目标都是使越来越多的人能够利用它，这些都是与印刷出版等传统传播方式完全不同的。在网上，每一个人都可能是出版者。用法律规范网络上每个人的行为，从理论上说是必要的，从执法实践上看则是相当困难的。要以法律手段保障信息网络的安全，按中国人常用的一个比喻，就是只能牵牛鼻子，而不能抬牛腿。那么，这个“牛鼻子”在何处呢？

对网络服务提供者的规范与管理：网络服务提供者又称“在线服务提供者”，即OSP。网络服务提供者是网络空间重要的信息传播媒介，支撑着网络上的信息通讯。网络服务提供者有许多类别，主要包括以下5种：

- （1）网络基础设施经营者。
- （2）接入服务提供者。
- （3）主机服务提供者。
- （4）电子公告板系统（即BBS）经营者等。
- （5）信息搜索工具提供者。

上述各类网络服务提供者对用户利用网络浏览、下载或上载信息都起着关键作用。网络服务提供者的基本特征是按照用户的选择传输或接受信息。但是作为信息在网络上传输的媒介，网络服务提供者的计算机系统或其他设施却不可避免地要存储和发送信息。从信息安全的角度看，网络服务提供者是否应当为其计算机系统

存储和发送的有害信息承担责任，按照什么标准承担责任，是网络时代的法律必须回答的关键问题。网络服务提供者法律责任的标准和范围不仅直接影响信息网络安全的水准和质量，而且关系到互联网能否健康发展；既关系到国家利益，也关系到无数网络用户的利益。因此，法律在界定网络服务提供者责任的同时，必须考虑对其责任加以必要的限制。总的讲，法律如果使网络服务提供者在合法的空间里和正确的轨道上放手开展活动，那么网络的安全、信息网络的健康发展，就基本有保障了。由于网络安全的法律规范主要落在他们头上，他们的经营或运作风险就显得比其他人要大。从表面上看，对他们管紧了，似乎不利于网络的发展。为防止这种副作用或负面影响，许多国家都在法律中采用了“避风港”制度。就是说，一旦网络服务提供者的行为符合了一定的法定条件，他们就不再与网上的违法分子一道负违法的连带责任，不会与犯罪分子一道作为共犯处理。这样，他们的经营环境就宽松了。这将有利于网络的发展。正像传统生活中我们对旅店的管理。许多犯罪分子肯定在流窜、隐藏时都会利用旅店。如果对于犯罪分子逗留过的旅店要一概追究法律责任，那么正当经营者就都不敢开店了。如果旅店经营者做到（1）客人住店时认真查验了身份证；（2）发现房客有犯罪行为或嫌疑，及时报告执法部门；（3）执法部门查询犯罪嫌疑人时积极配合。那么，就可以免除旅店经营者的法律责任，就是说，他不再有被追究法律责任的风险，靠这三条，他进入了一个“避风港”。这样，在打击犯罪的同时，又不妨碍旅店业的健康发展。法律在规范网络服务提供者的责任时采用的“避风港”制度，正是这样一种制度。网络服务



提供者从技术上讲，肯定掌握着确认其“网民”或接入的网站身份的记录，他们只要做到：（1）自己不制造违法信息；（2）确认了违法信息后立即删除或作其他处理（如中止链接等）；（3）在执法机关找寻网上违法者时予以协助。那么，他们也就可以进入“避风港”，放心经营自己的业务了。网络服务的正常经营并不会受到妨碍。而如果绝大多数网络服务提供者真正做到了这几项，则网络安全也就基本有保障了。所以大多数以法律规范网络行为的国家，都是首先明确网络服务提供者的责任，又大都采用了“避风港”制度。我国尚没有任何法律、法规对网络服务提供者的责任与限制条件同时作出明确规定。有的发达国家在法律中也没有对此作专门规定，那是因为这些国家的“侵权责任法”本身已经十分完善了。而我国，几乎只有《民法通则》的106条一条。而“严格责任”、“协助侵权”、“代位侵权”等等传统“侵权责任法”中应当有、同时在信息网络安全方面又尤其显示出重要性的概念，在我国侵权法体系中，一直就不存在。在这种情况下，我们要以法律手段保障网络健康发展，就很难牵到牛鼻子，有可能不得不去抬牛腿，造成事倍功半的结果。在网络时代安全问题在我国显得较突出，实际上反映了我国整个法律体系中的不完善。这并不奇怪，我国准备在2010年左右形成有中国特色的社会主义市场经济。作为上层建筑中的法律体系的形成，不可能比市场经济的形成时间早很多，否则就会与经济基础脱节，或制定的法律并不适应社会主义市场经济。不过问题在于：对网络空间的规范，已经提到我们面前，这时我们的立法及修订法的重点应该放在何处？哪些应当急，哪些可以缓，则是值得探讨的。在20世纪80年代

之前的相当长时间里（大约两到三个世纪），即农业经济与工业经济时代，民事法律的立法重点是有形财产法或物权法。而在今天及今后相当长的时间里，即知识经济时代，这个重点自然地转到了知识产权法。发达国家如法国的《知识产权法典》，发展中国家如菲律宾等国的《知识产权法典》，都可以供我们参考。当然，主要还得根据中国自己的实际，加强研究与立法。“知识经济”既然是与“工业经济”相对比而言的，那么它作为一种生产方式，主要是从生产力角度去定位的。如果它主要从生产关系角度，定位，就不可能适用于世界各国的不同制度。事实上，当今世界上的社会主义国家、资本主义国家，都不加任何前置词地谈论着“知识经济”并发展或准备发展这种经济。我国理论界从未使用过“社会主义知识经济”的提法，证明我们实际上是从生产力角度去谈“知识经济”的。要发展(或准备发展)“知识经济”，就须有与之相适应的生产关系。马克思认为：生产关系不过是法律上反映出的财产关系(参看《政治经济学批判》(序言))。与“工业经济”相适应的发达国家，一二百年来传统的民法体系中，物权法与合同法(其中主要是货物买卖合同)是重点。这是与“工业经济”中，机器、土地、房产等有形的物质资料的投入起关键作用密切联系着的。为与“知识经济”相适应，20世纪末，一大批发达国家及一部分发展中国家(如新加坡、菲律宾等)，已经以知识产权法取代物权法，以电子商务合同取代货物买卖合同，作为现代民法的重点。这并不是说，传统的物权法、合同法不再需要了，而是说重点转移了。这是与“知识经济”中，无形资产(如专利、技术秘密、驰名商标)的投入起关键作用密切联系着的。中国并

不是不需要补上原来是缺陷的物权法、合同法等等，以适应正在进行的“工业化”。问题是重点应放在何处？这个问题，与经济理论界争论着的一个问题是有联系的：中国是否必须在全面完成“工业经济”之后，才可能向“知识经济”发展？其实，这个问题换一个问法就较明白了：中国是否必须永远跟在别人后面走？中国科研与企业结合的典型王选，做了否定的回答。他在印刷技术上越过了两代，走在了世界前沿。中科院开展以“知识创新”为重点的科研，也在事实上对上述问题作了否定的回答。他们认为在填补我国尚欠的“工业经济”之缺的同时，重点应转向发展“知识经济”或发展“知识经济”的准备。法学界、尤其是民法学的研究也是如此。中国诚然需要《合同法》，但全世界(包括中国)互联网与网上商务已迅速发展的今天，《合同法》总则中不足二百字的有关电子合同的规范，已显然跟不上实践的需求。在美、英、法、德、日、澳大利亚、乃至新加坡等国早已把合同法研究重点转向电子商务时，我们的重点始终在有形物的买卖、保管等等方面。可能在几年内，就会在国内外的经济活动中，反映出《合同法》的立法意图并不错，但重点(在20世纪末)则错了。几年前，在关注国际互联网络时，中国知识产权学者发现：克林顿政府1997年提出了“全球电子商务”的设想，美国立法者也已开始修订《统一商法典》以适应电子商务。而中国“合同法”至1997年的起草文本，基本以本世纪二、三十年代“民国”合同法为蓝本，对现代商务几无反应。于是由知识产权学者提出了有关“合同法”的立法建议。其建议主要内容是：在国际互联网络环境下应用数字技术的当代，我们的立法如果不考虑科技给法律领域带来的新问题

(特别是国际上已经解决了和正解决的新问题)，则我们的有些新法，可能一出台就会带来滞后的痕迹。那将不利于我国的现代化建设。全国人大法律工作委员会后来接受这项建议，并请知识产权学者对我国合同法草案拿出具体意见。这就是人们看到的、中国在1999年初的《合同法》总则中，原则上承认了的电子合同的有效性。这是电子商务立法的第一步，但如果我们不接着走出第二步、第三步，这第一步很快会丧失实际意义。此外，应注意到，在政府间国际组织中，知识产权与电子商务，均是由联合国世界知识产权组织与世界贸易组织共同管理的，这二者在国际贸易活动中是紧密联系在一起的。中国诚然需要《物权法》。但国外无形财产所有人(盖茨)已列首富、国内外被评估价值最高的已大多是无形财产(“可口可乐”400亿美元、“红塔山”400亿人民币)“直接电子商务”通过网络买卖着大量无形文化产品的今天，可能在《物权法》出台不久后，也会反映出我们本应把重点放在无形财产的立法及研究上。《证券法》诚然属无形财产立法之一(“股权”是重要的无形产权)，但“知识经济”中最重要的，是知识产权专利权、商标权、版权、商业秘密等等。有人可能说：我国不是已经有了各项知识产权专门法吗？确实我们有。但那只相当于发达国家“工业经济”中、前期的立法，远远不能适应“知识经济”的需要，更不要说推动“知识经济”的发展了。我国的这种“有”，正像《合同法》中“有”的几条关于电子商务的规定。新加坡的一部《版权法》，比我国专利法、版权法(著作权法)、商标法加起来还要长五倍；菲律宾已随着法国把不同知识产权统一在一起而颁布了“知识产权法典”，我国的几部知识产权专

门法则在“各行其是”；巴西知识产权法已把数字技术产生的新权利纳入，我国则尚未加以考虑；世界知识产权组织已要求下一世纪初，国际申请全部通过网络(即“无纸化”)，我国专利、商标法则仍旧规定着如何填写纸张表格。我国知识产权的立法已远远跟不上国内经济发展与国际经济交往。立法的滞后与总体研究的滞后是相关联的。在本世纪末、下世纪初，我们应当抓住电子商务与知识产权保护两个民商事立法重点；培养并吸引一批掌握一门以上外语、掌握计算机应用的法学人才；增加财力的投入。目的是使我国2010年前完成社会主义市场经济的法制体系时，不要使人们感到其中的民商法结构只与二百年前的《法国民法典》、一百年前的《德意志民法典》相当、或有所进步，而应使人们感到它确实是能够适应电子商务时代(或“知识经济”时代)的法制体系。如果我们不从现在起就开展这种已不算太超前的研究，到2010年时我们肯定在民商法体系上就滞后了。国际上一百年前把研究有形财产的保护及流通作为重点，今天则把研究“知识产权法”、“电子商务法”，即研究无形财产的保护与流通作为重点。社会科学研究，不能把国际上已经滞后的内容作为重点(虽然也不可排斥这方面的研究)。文章出处：中国法学网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)