

电子商务与知识产权保护

李顺德

电子商务已成为当前的热门话题,电子商务的立法也已提到议事日程,本文仅就电子商务与知识产权保护问题谈几点看法。

一、电子商务(e-Commerce)

什么是电子商务,现在尚无确切、权威的定义。依据1996年12月16日联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)在联合国第51次会议上所通过的《电子商务示范法》^①,我们可以这样来理解:“电子商务”是指以“数据信息”形式,即以电子、光或类似手段,包括电子数据交换(EDI)、电子邮件、电报、电传、电子复印等方式,所产生、发送、接受或存储的信息形式,也包括使用替代物替代以纸件为基础的信息交换与存储方法,所进行的商业活动。

按照一般理解,商业(Business)是指以买卖方式使商品流通的经济活动,亦称“贸易”,也可指从事商品流通的国民经济部门,而商务(Commerce)是指商业上的具体事务。因此“商业”一词的外延要大于“商务”。

从支付关系上,有人将电子商务分为两类,一类为支付型电子商务,包括银行支付,传统货物的购销等。另一类为非支付型电子商务,包括信息查询、发布,商务谈判及合同签署等。也有人将电子商务分为直接电子商务和间接电子商务,前者是指全部贸易活动均可通过网络完成的商务行为,后者是指部分贸易活动可以通过网络完成、部分贸易活动(如商品送达)仍须通过常规方式完成的商务行为。从电子商务的内容上可以分为三类,即网上购物、网上服务、网上洽谈商务。网上购物又可分为两类,一类是有形

商品交易,一类是无形商品交易。网上服务主要是信息服务,也包括金融服务等。网上洽谈商务包括询价、报价、发布商业信息、签订合同、结算等,也包括知识产权贸易。

在社会经济活动的四个环节(生产、分配、交换、消费)中,商业和商务主要属于“交换”环节,但同时又是其他三个环节互相连接的重要纽带。因此商业和商务的本质内容是物质(包括有形物和无形物,信息也可以看作是一种特殊的物质)的“交换”和“流通”,是连续的,动态的,活的行为和运动,并非孤立的、静止的、一成不变的行为和运动。在此认识的基础上,可以把商业和商务归结为物质的“流动”,具体来说,包括信息流、资金流、物流和商流,也有人归结为三类,即信息流、资金流和物流,而把商流分解于前三者之中。在这一点上,电子商务与传统商务并无根本区别。

在商务活动中,必然要存在几种基本流中的至少一种,否则就不成其为商务。对于传统商务而言,“物流”是最基本的一种“流”,最原始的商务活动就是“以物易物”,就已存在“物流”。“物流”(Physical Distribution)一般是指物质实体从供应者向需求者的物理移动,即“实物流通”。

随着商品经济的发展和货币的产生,商务活动中才出现了“资金流”,构成传统的“一手交钱,一手交货”的商务形式。“资金流”是指资金的付款、转帐等转移运动过程。

^① 《电子知识产权》,1999年第5期,第37—40页,姜丹明译 文希凯校。

至于说“商流”，一般是指商品交易过程中的一系列行为，如商品购销行为、商品所有权转移行为等。而“信息流”是商品经济相应发展、商品和服务源较为丰富的必然结果，主要包括商品和服务信息（包括售后服务、技术支持等）的提供、宣传、选择、分析、判断，交易单据（如询价单、付款、转帐通知书等）的形成、交换，对交易方信誉、交付能力的了解和判断等。

从物质“流动”的角度看，电子商务与传统商务主要存在以下区别：

(1)对于电子商务而言，“信息流”是最基本的一种“流”，所有电子商务都包含有“信息流”，没有“信息流”则不成其为电子商务。而传统商务则不一定必须有“信息流”。

(2)电子商务中的“信息流”一般是以“数据信息”为表达形式，通过采用现代信息技术进行存储、处理、传输，特别是通过计算机和网络实现的。而传统商务中的“信息流”则是以纸介信息载体为主实现的。

(3)对于电子商务而言，“信息流”、“资金流”、“商流”三者至少有一种必须是以“数据信息”为表达形式，进行存储、传输、处理，否则就不成其为“电子商务”。较为完备的“电子商务”应该是三者皆以“数据信息”为表达形式进行存储、传输、处理。

(4)综上所述，电子商务的本质特点是以“数据信息”为表达形式进行有关商务的“交换”和“流通”，这也是电子商务与传统商务的根本区别所在。

二、电子商务的立法

电子商务的立法有狭义和广义之分。从狭义上讲，电子商务的立法，指针对电子商务的发展提出的以“数据信息”为核心引发的一些新的问题进行调整的立法，主要包括数据信息的法律效力（如电子签名、电子认证、电子合同等）、数据信息的认证、数据

信息的产生和保存等。1996年12月16日，联合国国际贸易法委员会提出的《电子商务示范法》在联合国第51次大会获得通过，可以说是这种法的典型。

广义的电子商务立法，笔者认为可以分为三个层次：上述狭义的电子商务立法为第一层次，是最直接、最基本的；第二层次，是直接相关的、有较大影响的法律问题，如知识产权保护，网络安全等；第三层次是有关的、并会造成一定影响的，如关税和税收、个人隐私保护等问题。

第一层次的法律问题，对于电子商务的开展是最为急迫的、重要的，它对电子商务能否正常运行具有否决权。这一问题的解决，不仅是个立法问题，还须有赖于相应的技术手段和技术措施作为基础方可解决。《电子商务示范法》的出台，可以说从世界范围内已基本解决了这一法律问题，各国的任务只是参照这一示范法，结合本国的实际国情，相应制订本国的相应法律。对于我国也不例外。鉴于我国的实际情况，马上制订类似的“电子商务法”，时机尚不成熟，但是立即起草相应的法规或行政规章，却是刻不容缓的事情。特别是随着我国加入WTO的进程的加快，这一问题的解决显得更为急迫。

第二层次的法律问题，对于典型电子商务能否正常开展具有十分重要的意义。但其本身并非属于电子商务的范畴，只是电子商务正常运行应有的法律环境和必要条件。因此这类问题严格地说，不属于电子商务法的范围，而属于与电子商务法直接相关的法律范围。这类问题集中在两个方面，一个是网络本身安全可靠运行的法律保障，另一个是网络环境下的知识产权保护新问题。这类问题，如同电子商务本身一样，也是由数字技术、信息技术发展，特别是因特网的产生和运行提出的新问题。且比电子商务本

身更为复杂、涉及面更广,因此解决的难度更大些,存在的空白点和争议更多些。这类问题在广义上讲的电子商务立法中应属难点所在,但其又有法律上的相对独立性,即在考虑解决这类问题时,电子商务的要求是一个必须考虑的要素,但问题的解决,并非仅为电子商务所需,还涉及其他许多方面。

第三层次的法律问题,属于与电子商务相关的问题,其关联程度不及第二层次。这类问题总体来看是属于现有法律法规,问题是如何与电子商务的出现相适应,作相应的修改、调整。也有些问题属于新技术发展提出的新问题,从法律角度讲,这类问题的解决没有太大的难度,只是要付出一定的工作量,选择适当的时机,因此不是我们探讨的重点。

三、电子商务与知识产权保护

电子商务与知识产权保护存在着内在的、密不可分的联系,这已成为一个不争的事实。因此,电子商务问题引起 WIPO(世界知识产权组织)的高度关注。笔者认为,这种联系主要体现在以下几个方面:

1. 电子商务的核心问题是“数据信息”,知识产权法律制度是保护信息的一种法律工具

知识产权属于一种“信息产权”,从某种意义上讲,它是对符合法定条件的、处于专有领域的一些“信息”提供的法律保护。

电子商务的核心是“数据信息”,在构成电子商务的四种“流”中,“信息流”是最基本的、必不可少的。作为电子商务“信息流”中的相当大的一部分“数据信息”是可以作为“商业秘密”直接得到知识产权法的保护的;而更多“数据信息”的固化、表达可以文学作品、计算机软件、数据库等形式取得版权和其他权利的保护;某些“数据信息”可以商品化,构成“信息化商品”受到商标、商誉等权

利的保护;电子商务中进行的商业竞争自然也要受到反不正当竞争法的制约和限制。不仅如此,现在知识产权的版权保护,已经延伸到在网络环境中,对作品(也是一种信息)传播、利用的保护,这对电子商务的健康发展,显得尤为重要。

2. 知识产权贸易已成为电子商务活动,特别是国际间电子商务中的一种主要形式和竞争手段

关贸总协定(GATT)和世界贸易组织(WTO)的《与贸易有关的知识产权协议》(简称 TRIPS)的酝酿、出台、通过、实施,是知识产权贸易成为国际贸易的主要形式和竞争手段的一个典型例证。

1995年1月1日,TRIPS协定正式生效后,在新成立的世界贸易组织所设置的三个理事会中专设有一个知识产权理事会(全称为“与贸易有关的知识产权理事会”,简称 TRIPS 理事会),同时在世界贸易组织直接领导的职能机构中,也包括一个“知识产权与投资部”。这充分表明,知识产权与国际贸易已经结为一体,成为国际贸易中不可分割的一部分,并与“货物贸易”、“服务贸易”一起构成世界贸易组织的三大支柱。

知识产权交易,狭义的理解就是指以知识产权为标的的贸易,主要包括知识产权许可、知识产权转让等内容;广义的理解还应包括知识产权产品贸易。

以知识产权转让、许可为主要形式的无形商品贸易大大发展。据联合国有关机构统计,国际间技术贸易总额 1965 年为 30 亿美元,1975 年为 110 亿美元,1985 年为 500 亿美元,90 年代已超过 1000 亿美元。1995 年信息技术产品出口贸易为 5950 亿美元,超过了农产品贸易,30 年间增加了 190 多倍。除了技术贸易以外,以商标许可、商号许可、商业秘密许可、版权许可等形式为主要内容

的知识产权贸易,也有飞速的发展,并成为知识经济条件下,实现企业发展虚拟化的主要方式。

3. 知识产权产品已成为电子商务中的一种主要交易对象

随着知识经济的临近,已经出现了知识产业,即以人才和知识等智力资源为第一要素配置的产业,也就是我们通常所讲的高科技产业和版权产业,也可通称为知识产权产业。在有形商品贸易中,附有高新技术的高附加值的高科技产品,通常被称为“知识产品”或“知识产权产品”,在这些高科技产品中凝结着占相当大比重的、多种知识产权的价值,如集成电路、计算机软件、多媒体等产品就属于这类产品。在无形商品贸易中,计算机软件、包括电影在内的视听作品、录音制品、文学作品等版权产业的产品占据了主要地位。简而言之,这种主要利用知识、信息、智力开发的知识产品所载有的知识财富,将成为创造社会物质财富的主要形式,这些知识产权产品已成为目前商品交易中的一种主要商品,也是电子商务中的一种主要交易对象。尤其是版权产品,大部分都可以通过互联网进行“上载”和“下载”,实现网上交付,利用电子商务形式进行交易更是独具优势。

4. 电子商务模式已成为专利保护的一种客体

1998年7月23日,美国联邦巡回上诉法院(CAFC)就 State Street 银行诉 Signature 金融集团一案作出判决,确认指导电子商务的商业模式的软件专利是合法、有效的。这一判决是针对 Signature 集团拥有的美国第 5193056 号专利而作出的,也是 CAFC 首次对涉及电子商务模式的软件是否可以取得专利作出的判决,引起业内人士的高度关注。^② 在此前后,又有相当数量的一批有关

电子商务领域的申请获得了美国专利,尽管对此举争议甚大,但这毕竟已是事实,不容忽视。

5. 电子商务为知识产权的获得提供了一种新的途径

在电子商务的影响下,一种新的获得知识产权的途径——电子申请也已问世。电子申请就是以电子文件的形式向国家知识产权主管行政机关提交知识产权确权申请。按照传统的做法,这类申请(如专利申请、商标注册申请等),应该是以纸质文件为载体进行的。

WIPO 起草的专利法条约(草案)和专利合作条约(PCT)细则的修改中,已提出电子申请的要求,确认了其合法性。日本专利局是第一家成功实施电子申请系统的,1996年12月已经开始接受有关专利的电子申请。韩国已经着手进行通过互联网申请专利的试验。美国、日本、欧洲三个专利局正在进行通过互联网联机申请专利的准备,并把实现专利文献无纸化作为今后发展的方向。

以电子申请形式获得专利权、商标权,从其实质内容来看,是获得知识产权的一种新途径,也可以看作是一种特殊的电子商务。

正是由于电子商务与知识产权保护存在上述密切的联系,我们在进行电子商务立法的时候必然会想到知识产权保护,涉及到对知识产权法的相应修改。而在我们对知识产权法进行修改时,也应同时考虑到电子商务立法的要求。

(作者系中国社会科学院知识产权中心副主任、中国社会科学院法学所知识产权法研究室主任、研究员、博士生导师)

^② 《电子知识产权》,1999年第1期,第31—32页。

中国工商管理研究 本期已读

●国家工商行政管理局局长王众孚在全国工商行政管理“12315”工作经验交流会上指出,要深刻学习领会江泽民总书记“三个代表”的重要思想,进一步做好新形势下消费者权益保护工作。甘国屏副局长代表国家工商行政管理局对前一段“12315”的工作进行了总结,并部署了下一步的任务,他强调要充分发挥“12315”举报申诉网络的作用,为保护消费者和经营者合法权益,维护经济秩序和社会稳定,促进国民经济健康发展,做出新的更大的贡献。本刊摘要其讲话的第二部分,供大家学习。

●电子商务的核心就是“数据信息”,而对知识产权的保护,从某种意义上讲就是对符合法定条件的、处于专有领域的一些“信息”提供的法律保护。在如今蓬勃发展的电子商务活动中,知识产权贸易在国际间的电子商务往来中已成为非常重要的竞争手段和主要形式。搞清电子商务与知识产权二者的关系,有助于我们在电子商务立法中有效的保护知识产权,规范电子商务活动。本期刊登了中国社会科学院知识产权中心副主任李顺德教授《电子商务与知识产权保护》一文,将对我们更好地理解这一问题起到积极的作用。

●宋晶在《微观规制与市场监管》一文

中详细论述了我国的市场监管与市场经济发达国家所所谓的微观规制究竟是怎样一种关系。该文引用日本著名经济学家植草益对微观规制具体内涵的明确界定,纠正了一些人把市场监管归为宏观调控的误解,这有利于我们研究借鉴发达国家的成功管理经验和管理模式,从而探寻出强化市场监管职能的有效途径。

●湖北省宜昌市工商行政管理局汪发元同志的《论〈反不正当竞争法〉的缺陷及完善》一文,从《反不正当竞争法》在维护经济秩序中暴露出来的不适应入手,论述了《反不正当竞争法》的缺陷,提出了完善不正当竞争行为的认定条款,厘清执法权限、执法手段等修改《反不正当竞争法》的具体意见。

●机构改革是以权力调整和再分配为内容,以转变部门职能为形式的一次制度创新,是对工商行政管理权力结构的一次“重组”。其目的在于准确把职能定位到市场监管和行政执法上来,从而实现对社会主义大市场的有效监管。江苏省无锡市工商局北塘分局顾正刚、陈叶青的文章《对创新地市级工商行政管理体制的思考》,就地市级工商行政管理机构如何合理设置内部机构谈了自己的看法,值得参考借鉴。