

# 信息高速公路中知识产权保护的若干问题

郑友德\*

## 一、迎接信息高速公路对知识产权法的挑战

自 1993 年 9 月起,以美国为首的发达国家掀起了一股建设信息高速公路的热潮,现已逐渐波及到发展中国家。我国从 1993 年 12 月起,开始组织实施国民经济信息化工程建设。现在,以“三金”工程为代表的“金”系列工程取得了实质性进展。

兴建全球互联的电脑信息网络涉及到“路”(网络)、“车”(应用软件)和“货”(数据库、多媒体产品等知识形态的商品)的制造、维护和管理。以网络技术、数字技术和多媒体技术装备的信息高速公路的兴建和运营,以及由此产生的信息新产品和服务对现有的知识产权制度本身提出了严峻的挑战。其中最具代表性的是信息网络内部运行与服务所衍生的知识产权问题。这个问题解决得不好,就有可能使信息网络出现“道路”尽管四通八达,但“车辆”寥寥无几或者有“车”无“货”的局面,从而阻碍信息高速公路的发展。因此,如何调整完善现行的知识产权制度,使之适应国家信息基础设施建设的需要,已引起发达国家和有关国际组织的高度重视。

1995 年 9 月 5 日,美国信息基础设施专门工作组(IITF)下属的知识产权工作小组(WGIPR)在绿皮书的基础上,提交了一份关于“知识产权和国家信息基础设施”的白皮书。主要论述了著作权法及其对信息高速公路的应用与影响。参加白皮书起草的除美国专利与商标局、美国版权局外,还包括美国商务部、国防部、教育部、能源部、财政部、国家自然科学基金会等 26 个国家部门和机构。<sup>[1]</sup>可见其重视程度。

欧洲委员会于 1995 年 7 月 19 日公布了题为“信息社会的著作权与相关权”的绿皮书,<sup>[2]</sup>主要提出著作权和相关权在信息社会的新产品与服务中的应用问题,包括与著作权有效行使密切相关的某些法律与技术概念。但没有论及信息网络内部运行以及网络服务引起的著作权问题。与美国政府白皮书不同的是,欧委会绿皮书未将工业产权保护列入其讨论范围中。

受法国文化部长委托,以西里内利(Sirinelli)教授为主席的一个委员会于 1994 年 7 月提

\* 华中理工大学工商管理学院知识产权系副教授。本文在写作过程中,承蒙中华版权代理总公司总经理高凌瀚教授、北京大学知识产权学院韦之博士和德国马克斯·普朗克外国暨国际专利法、著作权法与竞争法研究所迪茨(Dietz)教授提供相关外文资料,特此致谢。

[1] IITF, White Paper, *Intellectual Property and the National Information Infrastructure*, 1995, 9, p. 1\_ 238.

[2] Commission of the European Communities, Green Paper, *Copyright and Related Rights in the Information Society*, 1995, 7, 19. Brussels, p. 13.

交了一份题为“工业文化与新技术”的报告(亦称西里内利报告),<sup>[3]</sup>详细阐述了现有多媒体领域的组成及多媒体未来的发展趋势,分析了这种趋势对著作权和工业产权的影响。

由于多媒体具有关于信息媒体和传播手段的双重含义,与信息高速公路有着异曲同工之妙,所以当美国人以信息高速公路描述正在兴起的信息革命时,日本人则大肆宣扬多媒体革命。1993年,日本通产省所属的知识产权研究所提交了关于“知识产权对多媒体新影响的提案”的临时报告,着重讨论了建立负责多媒体著作权合并与授权的著作权清算中心的可能性以及作品完整性的问题。日本文部省则于1993年11月和1995年2月分别就多媒体和著作权保护提出两份报告。<sup>[4]</sup>

加拿大和澳大利亚的有关机构受各自政府委托,分别提交了“著作权与信息高速公路”<sup>[5]</sup>和“在新的通讯环境下的著作权”的专题报告。<sup>[6]</sup>

俄罗斯于1995年2月22日颁布了《关于信息、信息化和信息安全》联邦法,并起草了《商业秘密法》和《个人隐私法》法案。同时在俄联邦新的刑法典中提出增设电脑犯罪、侵犯商业秘密罪的建议。<sup>[7]</sup>

德国政府为了构建规范电脑信息网络空间的法律主框架,于1996年12月20日向联邦参议院提交了关于《信息服务和通讯服务法》草案,其中第7条中拟定对现有的著作权法加以修改,新增设保护数据库的条款。<sup>[8]</sup>

世界知识产权组织在去年底召开的外交会议上,为了协调信息高速公路建设对各成员国在执行《伯尔尼公约》和《罗马公约》时带来的问题,通过了《关于保护文学和艺术作品若干问题的条约》和《保护表演者和唱片制作者权利条约》。《关于数据库的知识产权条约》草案将于今年审议通过。<sup>[9]</sup>欧盟则于1996年2月颁布了《欧洲议会与欧盟理事会关于数据库法律保护的指令》。<sup>[10]</sup>

近年来,信息高速公路中的著作权保护问题引起我国有关人士的注意。早在1993年12月召开的海峡两岸著作权问题研讨会上,两岸学者就探讨了数字化技术和联网技术对现有著作权理论与实践的影响。在1995年10月召开的全国著作权理论研讨会上,与会人士就数字化技术对著作权的影响进行了专题讨论。去年5月,世界知识产权组织和我国共同在京举办了数字技术版权研讨会。在去年6月举办的全国著作权法修改问题座谈会上,与会者就数字化作品、

[3] Dreier, *Der französische "Rapport Sirinelli" Zum Urheberrecht und den neuen Technologien*, GRUR Int. 1995 Heft 11, s. 840-843.

[4] Heath, *Multimedia und Urheberrecht in Japan*, *ibid.*, s. 843-851.

[5] Lewinski, *Der kanadische Bericht des "Copyright Subcommittee" ueber Urheberrecht und die Datenaubahn*, *ibid.*, s. 851-854.

[6] Dreier, *"Highways to change" - Der Bericht der australischen Copyright Convergence Group zum Urheberrecht im neuen Kommunikationsfeld*, *ibid.*, s. 837-839.

[7] 参见[俄]科佩洛夫:《俄罗斯的信息立法问题》,寿仁译,《国外社会科学》1996年第5期;章明:《nernet: 亮出黄牌反盗版大战席卷全球》,《中国技术市场报》1996年10月31日。

[8] Bundesrat, *Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rahmenbedingungen fuer Informations- und Kommunikationsdienste*, s. 15-16, Drucksache 966/96. 国内媒体盛传德国最近颁布世界上第一部《多媒体法》,事实上至今为止德国只是把规范多媒体产品与服务作为一部分内容,列入《信息服务和通讯服务法》中。

[9] 参见陈维斌:《世界知识产权组织外交会议结束》,《科技日报》1996年12月23日。

[10] 参见邹忭:《论数据库的保护》,《电子知识产权》1997年第1期。

多媒体作品保护等问题展开了热烈的讨论。

## 二、信息高速公路与著作权保护

在电脑信息网络中,不同作品均可通过数字技术转换成二进制数码进行存储和传输。网上用户能够把这种数字化作品的完美复制件直接或间接地传送到其他用户的电子邮箱服务器上,或者传送到为网上所有用户提供信息查询和发布服务的“电子公告牌系统”(Bulletin Board System,简称BBS)上。这样,其他用户便能通过BBS检索这些信息或作品,需要时可以将这些作品复印件无限制地打印在纸上,或复制在硬盘上。此外,网上用户还可借助数字化技术轻而易举地组合加工网上的版权作品。因此,原著作权人的复制权、作品完整权等权利在网上受到有力的挑战。于是有人提出,现行的著作权法及其基本理论还能适应数字化技术快速发展的需要吗?美国对此存在两种截然不同的观点,一种认为应保留现有的著作权法,无需修改;反对者提出应对现行著作权法全面改革。WGIPR认为,现行的著作权法只要作少许修改和必要的说明,即可为相关权利提供足够的保护。<sup>[1]</sup>据欧盟绿皮书推测,新技术的出现不会影响著作权和相关权的基本理论和原则。<sup>[2]</sup>法国西里内利报告的结论是:数字技术固然拓宽了作品的传播范围,并使新形式的作品问世,但是这种技术变化不会在各个方面对著作权法产生影响。<sup>[3]</sup>

纵观著作权法的历史沿革,著作权法始终处于对科学技术的挑战予以应战的过程中。<sup>[4]</sup>眼下的问题是,面对数字技术的冲击,现行的著作权法是否还能适用?应该指出,现行著作权法的概念,很大程度上是以印刷术为背景逐步形成的。<sup>[5]</sup>当印刷技术发明后,受著作权法保护的作品大多以一定的排列组合直接由文字、图形信号物化在某种单一的载体上,由此主要产生的是文字作品和艺术作品。此后录音、影视等作品随着磁带、影带等载体的出现和模拟技术的发明而陆续诞生。其制作过程是通过模拟技术由录放装置等先将文字、声音等信号转换为机器可识别的模拟信号,再由同一装置还原成人们可以直接视听的原作品。它与印刷术为基础的文字作品转换过程相比,其间仅增加了一道机器模拟信号的过程,模拟前后的作品并未发生变化。所以模拟、录音、电影等技术的出现没有动摇以印刷术为主形成的著作权法的理论基础。但在作品的存储、传播和使用上又较之印刷术时代向前迈进了一步,版权作品被他人擅自使用的可能性更大。不过,当时的著作权法也仅仅为适应这方面的变化作了适当的调整(比如对“合理使用”的范围重新加以限定)。数字技术与模拟技术不同之处,后者是把作品首先转换成一种机器可识别的模拟信号,前者是把作品通过直接转换或模——数转换转换为一种机器(电脑)可读的二进制数码形式。可是,作品数字化后如同作品模拟化后一样,也能由同一装置(电脑)把机读的数码完全还原成人可直接识别的原作形式(假如人不主动地加工改变它们在该装置或某一载体中的原存储状态)。作品的数字化过程也是一种中间技术过程,纯属机械性代码变换,

[1] Stoeckmüller, *Gruenbuch ueber die Auswirkungen des geistigen Eigentums auf die von der amerikanischen Regierung angestrebte National Information Infrastructure*, "GRUR Int. 1995 Heft 11, s. 855 ~ 856.

[2] 前引 [2], p. 24.

[3] 前引 [3], s. 841 ~ 842.

[4] Schrickler, *Urheberrecht*, Kommentar, Muenchen 1987. Einleitung, Rdnr. 1.

[5] Dreier, *Urheberrecht in Zeitalter digitaler Technologie*, GRUR Int. 1993 Heft 10, s. 742.

没有原作者以外第三人的创造性劳动。由于作品产生于人的创作，<sup>[6]</sup>受著作权法保护的作品实际上体现了作者的创造性劳动。所以这种中间技术过程不会另行出现新的作品。况且在作品数字化转换过程中起主导作用的是装置而非人，装置本身不具有创造能力。因此作品的数字化过程不会对原作赋予新的创造性，进而不会产生新的作者，其著作权仍然属原作者所有。<sup>[7]</sup>由此可以认为，信息处理技术从模拟方式向数字方式转变并非质变，现行著作权法的基本原则仍然适用。

但是，由于数字技术、多媒体技术及网络技术的出现，使作品存储呈现多媒体化，其传播更加广泛化和便捷化，所以在多媒体作品、电子数据库以及新型的信息网络服务中的著作权保护和权益归属问题上，对现行著作权法提出了调整、充实和修改的要求。

作品的传统存储载体有纸张、磁带、磁盘、录像带等，而且一种载体一般只能存放一种单一的信息媒体。随着多媒体技术的飞速发展，现在可以把文字作品、美术作品、摄影作品、音乐作品、动画作品、影视作品等中的文本、数字、图形、静动态图像、声音等各种不同的信息媒体同时存放在一种单一的载体，比如只读光盘(CD-ROM)上，从而产生一种所谓的多媒体作品(multimedia work)，<sup>[8]</sup>使人们能借助电脑阅读、欣赏图文并茂、声形交错的作品。然而，这种集多种传统作品为一体的作品形式使传统的作品分界线变得模糊不清。假如对多媒体作品的归类划分不当，势必影响到对其权利的行使和限制。按照美国著作权法第101条的规定，视听作品是指“由一系列真正意图用投影机、取景器或电子设备之类的机器设备显示的有关图象。”这说明美国法中的视听作品也含静态图象，或者至少与之相关。根据多媒体作品的特征，美国白皮书建议，多媒体作品从整体上可以看作一种视听或音像作品(audiovisual work)。<sup>[9]</sup>日本文部省的提案认为，可用“多媒体作品”或“视听作品”的概念取代现行著作权法对于电影作品的定义，或者将现行法中关于电影作品的规定另行修改，把多媒体作品直接划归为电影作品。<sup>[10]</sup>我国著作权法第3条第5项和著作权法实施条例第4条第9项只是对电影、电视、录像作品加以界定，规定这类作品是指“摄制在一定物质上，由一系列有伴音或无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映、播放的作品。”依笔者之见，上述规定基本概括了多媒体作品的主要属性。可是把多媒体作品划归为电影、电视、录像作品似有不妥。是否可在现有规定的基础上，将电影、电视、录像和多媒体作品统称为视听作品，对视听作品的概念和范围明确界定并作必要的解释。

“独创性”是作品受著作权法保护的首要条件。但是许多国家对作品“独创性”的评判标准不太一致。在多媒体作品大多数取材于已有版权作品改编、组合而成的情况下，它在何种程度

[6] 作品产生于人的创作，应该包括人间接地利用各种工具，比如笔、电脑或软件所创作的作品。因为这些创作工具是受人支配的。因此，那种认为通过电脑软件为某本书自动整理出一份摘要的著作权归电脑或机器所有的说法是站不住脚的。参见[美]尼葛洛庞帝：《数字化生存》，胡泳译，海南出版社1996年版，第77页。

[7] 金渝林：《数字化技术对版权的影响》，载《新技术著作权保护研讨会论文集》，北京，1996年3月。

[8] 媒体(Medium)在电脑领域中有两种含义，其一是指存储信息的实体或介质，如磁带、磁盘、光盘、录像带以及广义的文件、书籍等；其二是指信息载体或信息种类，如数字、文字、声音、图形和图象。而多媒体技术中的媒体是指后者。故作者认为“multimedia work”译为“多形态信息作品”似能更准确表达其含义。参见冯玉才：《信息高速公路与多媒体》，《信息与开发》1995年第1期。

[9] 前引[1]，pp. 43.

[10] 前引[4]，s. 840.

上才满足“独创性”的要求?从微观上讲,多媒体作品具有某些类型的数据库的特征。一般认为,即使多媒体作品取材于已有的版权作品,但只要制作者在作品的选择、安排和组合上体现出智力创作,也应对合成的多媒体作品提供著作权保护。不过,由于这种多媒体作品基于已有版权作品产生,其著作权应视为邻接权加以保护。

一部多媒体作品的制作往往涉及到多个作品和多个作者,如果事先不取得已有版权作品著作权人的授权,又不注明作者及作品出处,这种行为可能构成侵权。<sup>[21]</sup>然而,要求通过多媒体作品制作者本人逐一取得每个原作者的授权,决非易事。国内巨人集团在开发一套多媒体软件时在授权问题上遇到的困难便是明显的例证。<sup>[22]</sup>为了保护原作者的著作专有权,又方便多媒体制作者的使用,日本和美国提出建立著作清算中心和多媒体清算机构的设想。这类机构代表著作权人从事著作权的统一授权业务,向使用者发放作品使用许可证,收取版税后按一定比例发给著作权人。我国目前仅建立起保护音乐作品著作权人权利的中国音乐著作权协会,以及负责著作权使用报酬收转工作的中国著作权使用报酬收转中心。但是,在我国怎样建立维护各类作品的著作权人权益的集体管理机构?如何从法律上对这些机构定位?这些机构是否有必要与多媒体制作者及用户签订标准的许可合同?作者人身权(比如修改权)问题可藉这种合同解决吗?<sup>[23]</sup>假如可以,是否能推定为允许对原作品进行诸如配音、译制、增加副标题、重组、拼接等修改呢?这些问题是我们修改著作权法时亟待解决的。

网络技术的迅速发展,特别是国际互连网络(Internet)的出现,使作品传播更加广泛化和便捷化。有的网上用户甚至毋需说明自己的用户标识和电脑地址,便可以匿名地将信息上网或将网上信息下载到他们的电脑内存储起来。这样至少引出以下两个问题。

首先,数字作品上网传输后,何种行为构成复制?按照美国、欧盟和日本的看法,<sup>[24]</sup>下述行为均应视为复制。①将一作品或邻接权的客体存储在任何一个脱机的数字存储器(比如 CD-ROM)中;②将一印刷品扫描成一数字文档;③将一作品或邻接权的客体数字化;④将一数字化文档从某用户的电脑内取出上载到 BBS 或其他信息服务器上;⑤从一 BBS 或其他信息服务器中下载一数字化文档;⑥将一文档从某个电脑网络用户转送到另一个电脑用户;⑦存储甚至暂时存储一种作品或邻接权的客体于一电脑存储器(比如随机存储器 RAM)中。

复制权是著作权和相关权的核心,它使得著作权人可以授权任何人或阻止任何人复制受保护的作品。《伯尔尼公约》第 9 条第 1 款规定文学艺术品的作者享有授权“以任何方式”或“以任何形式”复制这种作品的专有权,这是一种广义的说法,它应该涵盖各种已知和未知的复制方式,原则上包括上述所有复制方式。但公约第 9 条第 2 款却规定:“本同盟成员国法律得允许在某些特殊情况下复制上述作品,只要这种复制不与作品的正常使用相冲突也不致无故侵害作者的合法利益。”这是公约中最有争议的条款之一。由于不同国家对此有不同解释,所以第 9 条第 2 款所称的“在某些特殊情况下”的范围是不确定的。世界上绝大多数国家的著作权法规定给予供复制者个人合理使用的复制权,一般将个人使用视为复制权的例外。但是,著作权法的传统例外在复印技术、录音录像技术出现后受到极大的挑战。在 Internet 网上个人用户日益

[21] 沈仁干:《试论电子出版与版权保护》,《中国电子出版》1996 年第 1 期。

[22] 乔海:《多媒体呼唤著作权管理制度》,《中国技术市场报》1996 年 2 月 8 日。

[23] 前引 [2], p. 67 ~ 68.

[24] 前引 [1], p. 65 ~ 66; 前引 [2], p. 50 ~ 52. 前引 [4], s. 845.

剧增的情况下,假如他们擅自将网上的版权作品以不同形式存储或复制下来,是用于商业目的还是个人参考,其界限更难划清。所以发达国家建议对数字环境下数字作品的各种复制行为严加限制。

我国著作权法第 52 条规定,复制是“指以印刷、复印、临摹、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的行为”。虽然上述国外认定的七种数字化环境下的复制方式未在本条中明确列举,但一般可以认为已隐含在“等方式”的无穷例举中。事实上,数字化环境下的复制方式不止这七种。所以修改著作权法似无必要将作品数字化或其他复制方式在第 52 条中予以明确。至于以上第七种行为是否构成复制,笔者认为值得商榷。因为这种行为只是使作品短暂地存储在电脑存储器内,或者短暂到电脑用户根本不可能显示、阅读、聆听该作品的全部或大部,实质上不会对作品著作权人的复制权的有效行使构成任何威胁,若认定为复制,则近于苛刻。

其次,与上述复制行为密切相关的是作品上网后的发行权问题。当论及信息在网络中传输时复制权与发行权之间的关系时,世界知识产权组织 1987 年关于《印刷文字的政府专家委员会会议备忘录》中指出:“文字作品和版刻作品的传统(印刷)复制模式是复制完成以后发行拷贝。而用电脑存储或向公众传输文字作品和版刻作品时,拷贝在复制期间(同时)发行。……用电子方式传输或发行时,发行是复制或发行过程的一部份。基于复制权承认这种隐含的发行权看来是必要的。”<sup>[25]</sup>

在信息网络中,人们很容易将一个电脑软件上网后从一台电脑传送到另一台甚至更多的其他电脑内。这种传输一旦完成,原始拷贝通常仍保存在发送方的电脑内,该拷贝的复制件被传送到接受方的一台甚至更多的电脑存储器中。所以美国白皮书认为,<sup>[26]</sup>网上信息(作品)的数字传播应视为发行行为,应受到发行权的限制。这里与传统发行概念不同的是,传统的作品拷贝发行(比如图书发售和录像带租借)是发行者与其拥有的作品拷贝相分离,而通过网络发送或发行作品拷贝时,发送或发行者的拷贝仍存在电脑内,他所发送或发行的只是该拷贝的新的复制件。

按照我国著作权法实施条例第 5 条第 5 项的规定,发行是“指为满足公众的合理需求,通过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品复制件。”那么,上述作品数字化后的网上传输能否划分为出租行为(假如网上用户付费租用网上传输的作品)?如果分类不当,是否有必要将作品的数字化网上传输在修改著作权法时明确为“发行”行为呢?

再次,与发行权密切关的是对其加以限制的所谓“首次销售说”(First Sale Doctrine)或“(权利)耗尽论”(Exhaustion Theory)。美国《著作权法》第 109 条(a)对这一理论作了准确的解释,即“任何合法制作或复制的作品的合法所有人,均有权不经作品著作权人许可而出售归他所有的那份作品或复制品,或作其他处置。”<sup>[27]</sup>这表明著作权人对其作品的控制仅仅及于将作品复制件出售之前,该复制件一旦销售、出租或者发行后,其发行权即告耗尽,不得再次行

[25] Ficsor, *Digital Transmissions in Information Networks and the International Harmonization of Copyright*, Softic Symposium'95 on the Problems of Intellectual Property Rights in the Contest of Information Networks, 1995, 11, 29 ~ 30, Tokyo, p. 181 ~ 182.

[26] 前引 [1], p. 213 ~ 214.

[27] 参见郑成思:《版权法》,中国人民大学出版社 1990 年版,第 272 页。

使。不过,美国法规定电脑软件的拷贝或录音作品的某一唱片的所有人不得为直接或间接赢利的目的而出租、出借该拷贝或唱片,原因在于人们能用比此类原件制作低得多的成本去获得优质的复制件。<sup>[28]</sup>

美国白皮书认为“首次销售说”不适用于作品拷贝通过数字传输发行的场合。<sup>[29]</sup>该原则性规定仅仅限于著作权人的发行权,决不影响著作权人复制权的行使。“首次销售说”并不允许一作品拷贝通过电脑网络传输。如前所述,因为按照现有的网络技术和电脑技术,作品一旦上网,在作品的传输者保留了该作品原始拷贝的同时,接受者也获得了该原始拷贝的一件复制件或一份新拷贝,而非传输者拥有的那份拷贝。当某一拷贝的所有人未经著作权人许可向他人传输一拷贝时,这种传输可能构成侵犯著作权人复制权的行为。因此该合法拷贝所有人可以通过其他方式发行他那份拷贝,但不得擅自复制,或擅自将它上网传输。

笔者以上论及的数字环境下的复制权和发行权及其“首次销售说”,均涉及到对数字作品“合理使用”原则的掌握和“个人使用”范围的界定。对版权作品“合理使用”是大多数国家著作权法对著作财产权的一种限制。但许多国家对“合理使用”的范围规定不太一致。既然我们认定擅自将他人版权作品上网传输是侵权行为,那么,1. 作品在两个私人间的网络上传输,2. 作品在多个私人企业与一家企业间的网络上传输,3. 作品仅仅在企业内部网上传输,这些传输行为能视为“个人使用”吗?按照我国著作权法第 22 条第 1 项规定,为个人学习、研究或欣赏,使用他人已经发表的作品属于合理使用范畴。可是擅自将他人在网上传输的版权作品下载,或者将他人版权作品上载(比如国内某人将他所喜爱的版权作品和国内朋友尚未发表的作品通过 Internet 网发送给美国的朋友)能够视为“合理作用”吗?法国一家信息咖啡店老板未经作者和出版者同意,将揭露前总统密特朗私人生活的禁书《狄秘密》输入 Internet 后,曾在法国引发了关于侵犯著作权和隐私权的争论。<sup>[30]</sup>我国著作权法第 22 条对著作权人的权利在 12 个方面作了限制性规定。但这些规定难以涵盖数字环境下个人使用的各种情况,而且它们很难在法律中一一列举。作者认为,除对著作权法第 22 条的规定适当充实、明确化外,在司法实践中判断是否“合理使用”时应掌握以下三个基本原则:<sup>[31]</sup>1. 使用的目的和性质。主要考虑这种使用是否以非赢利教育为目的,是否具有商业性质;2. 被使用的版权作品的性质。如果某版权作品能够带来巨大的经济效益,如畅销书或电影,那么对它们进行复制要受到严格审查;3. 被使用的版权作品的使用数量和质量。除对他人作品大量抄袭可能构成侵权外,即使对作品的一小部份进行复制(特别是被复制部分质量很高或对作品的其他部分非常重要)也会构成侵权。在 Janus 诉 A & M Records 一案中,法院判决,如果所复制的部分对于整部作品来说至关重要(即使在整体上两个作品不完全相似),可以视为侵权。<sup>[32]</sup>这样,假如一个新音乐作品是以他人作品的一小部份(并使之数字化)为基础创作的,而且采用部份对他人作品具有相当价值,则可能构成侵权。

[28] 前引 [0], p. 91.

[29] 前引 [0], p. 95.

[30] 参见张林林:《“绝秘”上网在法引发新争论》,《长江日报》1996 年 1 月 30 日。

[31] 参见[美] Keyes:《多媒体手册》,杨士强译,电子工业出版社 1996 年版,第 166 页。

[32] [美] Greguras:《论美国多媒体和信息高速公路的知识产权保护》,永东译,《电子知识产权》1995 年第 1 期。

### 三、信息高速公路与专利权保护

一部分多媒体作品中常常包括查找文本及检索软件。多媒体系统和数据库系统中则配有相应的系统管理软件。由于这些软件很容易被他人剽窃和复制,所以如何为电脑软件提供法律保护成为信息高速公路建设中的一个重要话题。我国计算机软件保护条例规定对电脑软件给予登记保护。但软件的著作权登记并非软件取得著作权的必要条件,它通常只能作为软件权利纠纷行政处理或者诉讼的前提,<sup>[63]</sup>可见其保护效力之低下。我国现有的专利法和世界上大多数国家的专利法一样,把单纯的电脑软件排除在其保护范围之外。但是,如果一项发明专利申请的主题因含电脑软件产生技术效果,构成一个完整的技术方案,对现有技术作出技术上的贡献的(比如将一电脑软件输入一公知电脑来控制该电脑的内部操作,从而实现电脑内部性能的改进),就不能因为仅使用了电脑软件而拒绝授予专利权。<sup>[64]</sup>

电脑软件的法律保护问题,多年来一直为知识产权学理界和实务界所困惑,是采用著作权法保护,抑或专利法或者商业秘密法保护,各方始终各执一词。对于软件相关发明,美国偏向用专利法保护。美国联邦上诉法院最近连续判决了几个有关电脑数学算法(Mathematical algorithm)专利的案件,<sup>[65]</sup>不同意美国专利上诉委员会拒绝授予专利的决定,认为具有数据结构的记忆体可以授予专利,因为数据结构必然构成数据的实体组织(physical organization)。针对法院的判决,美国专利与商标局于1995年6月草拟了《电脑实施发明审查准则》。为防止仿造电脑软件,日本特许厅最近一改原来专利法中关于电脑软件只有和装置等硬件结合才能授予专利的规定,决定对CD-ROM软件等实行专利权制度。<sup>[66]</sup>

尽管目前著作权法和专利法保护软件各有利弊,可是从实务上讲,因为专利具有排他性特征,其保护范围又由权利要求书明确框定,相对著作权保护易于取得侵权证据,故应优先考虑对软件实行专利保护。笔者认为,单纯的电脑软件演绎法或数学算法本身作为智力活动规则的一部分,不能成为我国专利法的保护对象,但是对于与硬件有机结合的软件相关发明如何保护,应在中国专利局的审查指南中予以规定,其中特别要明确授权的实质性条件(比如怎样判断这类发明的新颖性和创造性)。

信息高速公路的诞生,加速了信息的传播和交流,因此在专利审查和无效诉讼中,会有越来越多的信息影响到专利审查员和法官对新颖性和创造性的判断。现在往往通过手检或机检查找专利说明书或印刷型出版物中的信息。但是,通过这些方法检索到的大多是由传统出版渠道传播的纸张型原始文献。电子出版物的出现改变了传统的信息传播和检索方式,增加了判断专利申请新颖性和创造性的公开信息源。不过,这些新型的电子文献虽然具有检索途径多、速度快的特点,但由于其中的信息经过网络传输发生信息丢失,或者网络用户擅自对网上的电子文献加以篡改、删除、破坏信息的完整性,以至于不能按原样打印出来。因此无法取得有关电子

[63] 按照最高人民法院的解释,凡当事人以电脑软件著作权纠纷提起诉讼的,无论其软件是否经过有关部门登记,人民法院均应予以受理。参见《最高人民法院关于深入贯彻执行中华人民共和国著作权法几个问题的通知》,1993年12月24日。

[64] 参见汤宗舜:《专利法解说》,专利文献出版社1994年版,第120页。

[65] 刘江彬:《法学丛刊》(台北),1996年第1期。

[66] 张桂林:《为防止模仿计算机软件日实行特许权制度》,《法制日报》1996年9月19日。

信息首次公开日的实物证据。依照我国专利法第 22 条第 2 款和第 3 款的规定,在判断一项专利申请是否具有新颖性时,主要看申请日以前有没有同样内容的文献在国内外公开发表过,有没有同样的发明创造在国内外公开使用过或以其他方式为公众所知。而创造性的高低则是与申请日以前的现有技术相比较加以审定。那么,电子出版物在网上传输是否视为“公开”?它在什么条件下构成专利法意义上的“出版物公开”?由于电子文献的发行量或公开使用程度目前尚无法衡量,加之在使用范围有限的情况下(比如这类文献在个人网络或者企业内部网内传播和使用),一般不可能作为判断现有技术的信息源。所以这几个问题很难解决。而且,某篇文献欲构成一篇有效的现有技术文献,其技术内容必须准确可靠。可是基于上述同样原因,电子文献的内容和准确性变化莫测,文献的准确公开日期亦难确定,很难经受任何形式的同行评议或内容审查。这样会导致对电子出版物中所含信息的评价复杂化,反过来又影响到新颖性和创造性的判断。<sup>67)</sup>然而,从长远的观点看,电子出版物必定在不远的将来成为判断现有技术的重要文献源,故我们现在应该尽早研究如何拟定某些标准确定电子出版物的首次公开日期和内容,以及它们的使用和传播范围。

#### 四、信息高速公路与商标权保护和反不正当竞争

我国对商标实行注册制度,商标一经核准注册,即受到商标法的保护。商标权以核准注册的商标和核定使用的商品为限。按照我国商标法第 38 条第 1 项的规定,他人未经商标所有人许可,在核定使用的相同商品或者类似的商品上使用与核准注册商标相同或者近似的商标,即构成侵权。我国商标法第 11 条又规定:“申请商标注册的,应当按规定的商品分类表填报使用的商品类别和商品名称。”这说明申请人在提出一份商标注册申请时,必须按照商品分类表准确、清楚地填写该申请注册商标所要使用的商品类别和商品名称。这样既表明申请人欲在哪一类的哪些商品上取得商标权,明确商标权的保护范围,又便于商标局依照商品分类表具体核定商标权的保护范围。因此,按照商品分类表准确填报申请注册商标的商品与服务类别及名称,并依法核准授权,是商标权人有效行使其商标专有权的重要前提。然而,随着信息高速公路的发展,信息新产品与服务不断涌现,至使《尼斯协定》中规定的商品和服务国际分类表不堪使用。笔者建议在《尼斯协定》修改以前,我国商标局应对现有的商品和服务国际分类表作适当扩充,增设与信息新产品与服务相关商品的类目和名称,以方便信息新产品与服务领域的经营者申请商标注册,并提高商标审查工作的效率和商标管理水平。

电子广告牌系统(BBS)大多与 Internet 联通,它也是一种向网上订户提供各种信息服务的电子网络。由于 BBS 经营者不对其订户传输的信息内容和范围加以控制,所以因 BBS 服务引发的侵权诉讼在美国不断出现。在 Playboy 诉 Frena 一案中,原告 Playboy 鉴于 Frena 通过其 BBS 显示 Playboy 的 170 张版权照片的图像,诉称被告侵犯了著作权。<sup>68)</sup>此外,由于 Frena 在擅自传送 Playboy 照片的过程中,删掉了某些照片上 Playboy 的“Playboy”和“Playmate”注册商标,法院认为,Frena 使用 Playboy 的上述两商标,把 Playboy 的版权照片作用其 BBS 的

67) 前引 0], p. 163 ~ 165.

68) Levine, *Establishing Legal Accountability for Anonymous Communication in Cyber space* Columbia Law Review, vol. 96, p. 1526.

一部分擅自加以传送,侵犯了原告的注册商标权。Frena 删掉原告照片上的注册商标标识并在照片上刊登自己的广告,属于不正当竞争,违犯了美国商标法第 43 条(a)款的规定。<sup>69)</sup>美国法院在另一案中判定,被告侦听卫星传送的电缆电视编程广播时以可能引起混同的方式冒用原告的商标和商号,同样构成违犯商标法第 43 条(a)款的不正当竞争行为。<sup>40)</sup>在 Sega 诉 M 一案中,原告诉称被告的 BBS 故意唆使订户将原告录像节目复制带下载和上载,而且每次播放该复制带时,原告的商标出现在显示屏上。因此向法院提出制止侵犯商标权和不正当竞争的请求。<sup>41)</sup>

在 Internet 上,每个网上用户主页(Homepage)均拥有唯一的一个域名(domain name)<sup>42)</sup>,通过它可以把接受和传送电子邮件(E-mail)的不同公司或用户区别开来。从这种意义上讲,域名和商标一样具有显著性。相对而言,传统的商标法允许不同商标专有权人在不同地域内注册使用相同的商标,即同一商标可以在不同地域由不同的人同时使用。域名则不然,因为 Interent 的活动空间是全球性的,故网上用户的域名具有绝对专有性或排他性,一个公司或用户只允许使用一个域名。如果发生一个域名为同一网上多个用户共用,必然产生纠纷或引起网上通讯混乱,并导致用户误认。

由于 Interent 代表一个潜在的巨大商业市场,当公司商号或者其商标作为域名使用时,对公司将产生重大的影响和经济价值。美国现在大约三分之一的大公司用其商号或商标作为域名在 Internet 上注册。

我国目前很多大型企业的商标和商号被境外“抢注”为 Internet 域名,国内对此出现两种不同的看法。<sup>43)</sup>笔者认为,对于国内企业的著名商标和商号被境外“抢注”为 Internet 域名一事不可掉以轻心。如果按照现在国内某些人士的说法,当“亚都”被他人“抢注”为“yadu.com.”后,仅仅围绕 yadu 周边再注册若干子域名,比如“yadu.cn(中国亚都).com.”或者“yadugroup(亚都集团).com.”,而不去通过法律手段主动争取夺回被“抢注”的域名,<sup>44)</sup>则会陷入非常被动的局面。因为这样做对于不熟悉“亚都”的网上用户来说,他访问起“亚都”域名就比较困难,而且容易产生误解或误认,是一种不得已而为之的补救措施。如果国内网域名出现重名或“抢

69) Playboy Enterprises Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552(M. D. Fla. 1993).

40) Pacific & Southern Co. Inc. v. Satellite Broadcast Networks Inc., 694F. Supp. 1575(N. D. Ga. 1988).

41) Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA, 857 F. Supp. 679(N. D. Cal. 1994).

42) Internet 用户接受和传送电子邮件时,必须拥有一个电子(邮件)地址,比如“cheng@yadu.com.”,其中 cheng 为用户标识符;@ 为分隔符;yadu.com. 为电脑地址,它由用圆点隔开的若干(子)域名构成。以上电子地址最右边的域名系标准化的顶层域名,它在美国表示类别,如 com 表示商业部门,edu 表示教育机构。美国以外的顶层域名则用两个字母表示国别地区,如 cn 表示中国。顶层域名的左侧通常是以商标或商号命名的第二层以下的(子)域名,例如美国微软公司的 Internet 域名为“Microsoft.com.”。根据在先申请原则,Internet 用户必须向 Inter NIC 网络信息中心, RipeNCC 网络信息中心(欧洲 Internet 用户)和 APNIC 网络信息中心(亚太地区 Internet 用户)申请注册第二层域名。我国国内网络信息中心对域名实行分层在先申请注册制,不同层的域名由用户向不同的网络信息中心申请注册。

43) 参见张向宁:《企业,你的“域名”被抢注了吗》,《光明日报》1996年12月25日;白刚:《域名不是商标》,《中国工商报》1997年2月22日。

44) 美国新近制订的域名注册规则规定:在注册一个新的域名前,申请者须出具其有权使用该域名的证据,不得侵犯任何第三方的知识产权。若发生域名纠纷,申请者负有举证责任,证明其有权使用该域名。否则,域名注册管理机构将冻结其域名,直到纠纷解决。参见米德:《计算机联网与知识产权》,《电子知识产权》1996年第7期。

注'时沿用上述方法,鉴于国内网目前的通讯速度慢、信道拥挤,最终亦会导致用户访问困难或误认,并且会使被'抢注'的企业或机构的网上公众形象和业务活动造成潜在威胁。所以最佳方案是用企业单纯的商标或商号直接作为域名的注册。

对于自己的商号或商标被他人'抢注'或者仿冒为域名,美国人的担心在于:<sup>[45]</sup>由于 Internet 域名注册后通用于全球,具有绝对排他性,一旦其商标或商号被他人'抢注'为 Internet 域名,他就不仅会在美国,而且会在美国以外的其他国家丧失在 Internet 上使用其商标或商号的权利。因此,凡举其商标或商号被他人'抢注'或仿冒为 Internet 域名的美国企业,无不通过法律手段维护自己在 Internet 上的商标或商号使用权。举例说,鉴于前雇员利用域名"mtv.com"在 Internet 上发布摇滚乐方面的信息,MTV 电缆网所有人对其提出发布禁令和损害赔偿之诉,认为他侵犯了 MTV 商标权,从事了不正当竞争。在另一案件中,据原告 Kaplan 诉称,其竞争对手 Princeton Review 因为在 Internet 上注册了"Kaplan.com."域名,侵犯了其商标专用权,并构成不正当竞争。<sup>[46]</sup>微软(Microsoft)公司针对一家称为 Zero Micro Software 公司注册的"MicroSoft.com."(将 Microsoft 中的第二个英语字母"o"换成阿拉伯数字 0)域名向法院提出诉讼,终于制止了该公司对该域名的使用。<sup>[47]</sup>

与域名'抢注'相关的以下几个问题需要我们进一步探讨:<sup>[48]</sup>①如果发生国内著名商标或商号被境外'抢注'为 Internet 域名的事件,除向 InterNIC 等类似机构提出反'抢注'的争议要求外,怎样才能有效制止境外继续使用侵权的域名?②当域名侵权纠纷发生在不同国家的不同企业,他们在相同或近似的商品上注册了相同或近似的商标时,比如美国一公司在美国对个人电脑注册了某个商标,而中国一公司同时在中国在个人电脑上注册了相同商标,那么美国公司在 Internet 上将该商标用作域名是否侵犯了中国公司的同一商标的专用权?③假如美国某家公司把一通用名称用作域名,而它在某些国家并不视为通用名称,难道使用该通用名称作为其 Internet 域名的美国该公司侵犯了以该通用名称作为注册商标的某外国公司的商标专用权?

除域名'抢注'与仿冒引起的纠纷和争议外,英国不久前出现他人擅自将著名商号'哈罗兹'用作 Internet 上电子地址的事件。<sup>[49]</sup>美国由于 InterNIC 未对电子地址加以管制,网上用户可能用"burger@king.com."作为电子地址,从而给人造成该用户经销汉堡包和肯德基的印象。对于这种可能对电子邮件用户的商品与服务来源、赞助关系或所属关系产生混同的行为,能否套用针对域名'抢注'的方法加以制止,亦需我们研讨。

基于以上同样原因,电子地址中@前的用户标识符(ID)在 Internet 上也具有唯一性和排他性,是网上用户彼此产生第一印象的判断依据。若擅自将他人注册商标或商号用作 ID,也会妨碍他人在 Internet 上有效行使其注册商标或商号使用权。

为避免域名纠纷,制止域名'抢注'与仿冒行为,美国国际商标协会建议:<sup>[50]</sup>首先对已注册域名征收年度维持费(类似于我国专利法规定的专利权人有义务缴纳年费的做法),其作用在于使那些个人'抢注'者须为之支付大笔费用,并有助于减少那些不再使用的注册域名数量。其

[45][48] Kelly, *Trade Marks: Intellectual Property Protection on the Information Super Highway*, EIPR, 1995, No. 10, p. 484.

[46] 前引 [4], p. 172 ~ 173.

[47] 参见张向宁:《互联网的门票到底有多贵?》,《科技日报》1997年1月22日。

[49] 参见新华社:《世界名店在互联网上打假》,《科技日报》1996年8月26日。

[50] 前引 [4], p. 485.

次,为防止域名重名,可在域名周边添加类似地理名称和产品与服务叙词等其他信息。

后一建议相当于本文前述的再注册若干周边域名的做法,其弊病前已提及,不再赘述。而前一建议对于杜绝境外恶意“抢注”我国的著名商标和商号为 Internet 域名后,进而空置不用、待价而沽现象的再度发生,确有借鉴价值。为保证注册域名的合法性,笔者建议在域名注册后加以公布,此后设置异议程序。注册域名只有当他人一定期限内不表示异议或者异议请求不成立的情况下方才准予上网使用。作为主管域名注册的国内信息中心,应健全域名注册管理制度,尤其应对从事生产经营活动的申请者的合法身份和生产经营资格严加审查。当发生域名纠纷时,申请者应承担举证责任。从主动维护自身权益的角度考虑,企业在以商标或商号作为域名注册时,可以借用联合商标的做法,同时提出以其商标或商号为核心的附加域名的注册申请。比如,“亚都”在提出申请注册“yadu.com.”的同时,亦可提出“chinayadu.com.”,“yadugroup.com”和“yadu.cn.com.”等申请,以便尽可能覆盖他人企图“抢注”或仿冒的相同或近似域名。

既然商标可以作为 Internet 域名注册,那么域名本身可否作为商标注册呢?美国商标审查与上诉委员会曾裁决在电脑终端用于数据传输服务的一显著性标记准予注册,指出该标记在传输过程中显示在屏幕上被打印出来时,可以作为商标使用的证据。<sup>61)</sup>美国专利与商标局认为:域名注册商标的关键是其能够用于商标或服务标记中。例如,欲注册商标的域名应该主要出现在服务商标的广告宣传资料中和商品商标的包装和标签上。它还应单独分列为企业的地址信息,即在公司地址中应详列街道地址、电话号码、电传号和 Internet 电子地址。而且,商标标识符“TM”(Trade Mark)应标示在域名上,以表明商标权人对域名也主张了商标专用权。同理,电子地址满足上述条件也可以申请商标注册。

由以上论述不难看出,美国在审查域名注册申请时主要考虑该域名是否已经商业使用,使用是联邦注册的前提。我国对商标采取注册在先原则,审查商标注册申请时主要判断该商标是否具有显著性,是否与他人在先注册的相同或类似商品上的商标相同或类似。那么,我国可否将域名或电子地址纳入我国商标法的保护范围?如果可行,审查时怎么判断其显著性?笔者认为,将其商标或商号作为子域名使用的域名可以考虑商标注册,因为这种域名中含有的商标文字标识既是消费者区别不同商品生产者和服务提供者所提供的商品与服务的重要标志,又是商标局审查员借以判断该域名是否具有显著性,是否与他人在先注册的域名混同的主要参考依据。至于未将商标或商号用作子域名的域名,若经过市场流通获得其他含义或“第二含义”(secondary meaning)后产生了显著性,仍然排除在注册商标之外,恐有失公允。

值得注意的是,现在有的网上用户利用电子地址向其他网上用户发送各式各样的电子邮件,造成电子广告或垃圾邮件泛滥成灾。这些电子广告中夹杂的淫秽、恐怖等不良信息的网上传播,以及各种虚假或欺诈性电子商业广告在 BBS 上的不断出现,对各国如何规范电子广告提出了新课题。美国“Fortra”公司通过 Internet 推出一项“金字塔”计划,<sup>62)</sup>实际上是一种类似不正当传销的电子连锁信。为了制止网上色情等不良信息的传播,美国专门制订了《净化通讯传播法》。我国广告法第 7 条和反不正当竞争法第 9 条已明确禁止发布含有淫秽、恐怖、丑恶等内容和虚假宣传的商业广告。由于 Internet 也是一种传播媒介,所以凡在 Internet 上通过电

61) 前引 [1], p. 171. ]

62) 参见徐阳:《西方社会的电脑犯罪》,《光明日报》1996 年 7 月 8 日。

子邮件或 BBS 发布广告或信息时,应视为一种广告行为,纳入我国广告法和反不正当竞争法的规范范畴。

## 五、信息高速公路与商业秘密保护

商业秘密包括技术秘密和经营秘密。电脑软件也可列入技术秘密的范畴。目前各国主要用反不正当竞争法和商业秘密法对商业秘密实施保护。与前述专利权和商标权相比,商业秘密所有人对其商业秘密很难享有专有权,他只能制止他人擅自披露或使用商业秘密,或者制止他人用不正当手段获得商业秘密。因此其保护是极其有限的。

某种信息欲构成受法律保护的商业秘密,通常须满足新颖性、实用性和秘密性的要求。其中秘密性是最重要的判断标准。在美国,信息存储在可经 Internet 进入的电脑系统中,有可能构成商业秘密。其构成要件是:“为保护其秘密而作出的努力”。例如:为阻止擅自进入电脑设施采取的安全措施,对保密文件采取保密措施,用户协议中指出特定文件中的特定信息须保守秘密,以及通过告示限制某些特定领域的应用,等等。<sup>63]</sup>

由于目前 Internet 网或大多数信息网缺乏系统安全性,网上每台电脑只能负责自身的安全,故含有商业秘密的信息大多限于企业或机构内部的信息网或者个人之间的网络中传输。因此,对于非法入侵企业内部网或个人网络系统,利用自己的电脑终端取得他人的商业秘密信息,通过 BBS 将传输中的他人的商业秘密信息下载到自己的电脑内,或者将公共信息网中传输的加密商业电子邮件截获解密偷看其中的内容,均应定性为我国反不正当竞争法第 10 条禁止的侵犯商业秘密行为。情节严重构成侵犯商业秘密罪的,应依刑法第 219 条加以惩处。

为了提高信息网中传输的商业秘密的保密性,除使用法律手段外,还可以采取各种技术措施。国内电脑专家为了保证电脑安全,防止软件盗版行为,已开始研制出不少软件加密程序和密码术。但是,国内人士对一种在防止盗版的同时又能破坏盗版者电脑上的硬盘数据的加密程序的合法性提出疑问,<sup>64]</sup>认为这种加密程序能破坏盗版用户的电脑安全,它可能侵犯善意使用者对除盗版软件以外的其他合法软件的权利,并可能危及善意使用者的合法权利,可以认定为一种“报复性准电脑病毒”。关于电脑病毒的概念,按照国务院 1994 年颁发的《计算机信息系统安全保护条例》第 28 条的规定,它是指编制或者在电脑程序中插入的破坏电脑功能或者毁坏数据、影响电脑使用,并能自我复制的一组电脑指令或者程序代码。假如撇开该程序的自我复制功能不谈,则它破坏数据,影响电脑使用的作用是明显的。问题的严重性还在于,要是有人将这种软件上网,必将对与该网联通的其他电脑的数据造成破坏,进而使整个信息网陷入瘫痪。依照我国刑法第 286 条规定,故意制作、传播电脑病毒等破坏性程序,影响电脑系统正常运行,后果严重的应处以刑罚。所以在研制加密技术和开发加密软件的同时,如何维护单个用户乃至整个用户电脑的安全,是值得电脑专家和网络专家高度重视的。

<sup>63]</sup> [美] William: 《Internet 使用大全》,廖卫东译,清华大学出版社 1995 年,第 102 页。

<sup>64]</sup> 参见王迁:《CED5.0 著作权保护中的问题及探讨》,《西北大学学报》1996 年第 3 期。

## 六、侵权诉讼与证据

如本文第四部分所述,根据知识产权属地原则,某个相同或近似商品的相同或近似商标可由不同国家的不同权利人依本国法所有,同一作品在一国受到著作权法保护而在其他某些国家可能不受著作权法保护甚至视为违法。但这些相同或近似的商标或者这类作品一旦上 Internet 网传播,由于不同国家依照本国法律适用不同的侵权判断标准,势必引发国与国之间的侵权纠纷。因此在信息网络的知识产权保护上如何协调各国知识产权法的问题不容忽视。

按照民事诉讼法的一般原则,权利人应在侵权发生地或被告所在地的所辖法院起诉。然而,由于 Internet 网的触角不断向世界各地延伸,侵权人又大多匿名,出没无常,对某个权利人的侵权行为可能发生在不同的国家或地区,权利人很难确定侵权发生地和侵权人,故如何选择诉讼地成为难题。

即便明确了网上侵权人和侵权发生地,如何取证仍然令 Internet 上的执法者困扰。从理论上讲,执法机关或监督检查机关可以将 Internet 上传输的各种信息统统截获、存储,为打击侵权行为主动取证。然而,这种截获稍有不慎,便有侵犯他人隐私权或商业秘密权之虑。由于 Internet 上传输的信息,均是以无形的电子形式存在,它们可能存储在电脑硬盘内,或者压根未被保存下来。这样又给司法机关出了一道难题:何种证据可予采信?难道侵权人的电脑键盘、显示器和调制解调器是作案证据吗?如果执法者为尽可能收集证据,把这些硬件一锅端掉,岂不有滥用职权之嫌?<sup>65)</sup>所以,只有存储在电脑硬盘或软盘上,并能在显示器上显示或者打印出来的有形信息才能构成证据之一。

## 七、结 语

综上所述,信息高速公路中的信息新产品与服务多属著作权法的保护对象。与工业产权法相比,著作权法更集中体现了将著作权人的个人利益与社会公众利益予以平衡的思想。它在赋予著作权人一定专有权利的同时,又对著作权人的专有权加以限制,其中最典型的是“合理使用”原则的运用。不过,由于建立信息高速公路的初衷和最终目标是使各种信息尽可能为人类共享,而著作权法的目的在于如何对信息控制使用,所以怎样解决信息共享与控制使用之间的矛盾,成为信息新产品与服务“合理使用”的新课题。

在影印复制技术诞生之际,有人预言它会导致著作权制度赖以生存的出版业行将消亡。可是后来各国恰巧是根据“合理使用”原则解决了影印复制带来的问题。<sup>66)</sup>当著作权眼下面临数字化技术冲击时,又有人担心数字化作品的传输和存储更新了发行概念,出版业不再为社会需要,于是认为著作权制度需要彻底改革。然而,从目前信息高速公路的发展趋势看,数字化技术非但没有危及到出版业的生存,反倒使出版业随着各种电子出版物的涌现和发行道路的拓宽更加兴旺发达。所以,只要根据数字化作品的特征划清“合理使用”的界线,明确数字化作品的权利归属,同样可以解决好数字化技术为著作权保护带来的新问题。

65) 参见易丹:《在美国信息高速公路上》,兵器工业出版社 1997 年版,第 312~316 页。

66) 参见陈宝林:《现代法学》,重庆出版社 1990 年版,第 211 页。