

从商业方法软件的法律保护看 国际知识产权法的发展 ——兼评古祖雪《国际知识产权法》

蒋新苗, 王海浪

(湖南师范大学, 湖南长沙, 410081)

摘要: 信息技术的发展引发了商业方法软件的法律保护问题, 而知识产权保护的地域性使得该问题的有效解决不仅需要各国知识产权法的协调, 而且需要国际知识产权法的全面拓展。古祖雪《国际知识产权法》一书为这一问题的有效解决提供了新的理论论证。

关键词: 商业方法软件; 国际知识产权法; 古祖雪; 《国际知识产权法》

中图分类号: D977.1

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2003)02-0182-04

在“工业经济”时代的传统民法体系中, 物权法与合同法(其中主要是货物买卖合同)是立法重点。而在今天以及今后相当长的知识经济时代中, 这个重点自然而然地转到了知识产权法上面^[1]。随着信息时代的到来, 互联网的全球性和知识产权保护的地域性之间的矛盾便突显出来, 从而产生了一系列新兴法律问题。例如商业方法软件(Software Related Business Methods)的法律保护问题最具有典型意义。因此, 深刻理解和运用对各国知识产权制度进行协调的国际知识产权法律制度, 将逐渐成为立法的重点。但是国际、国内对此的研究还非常有限, 甚至对国际知识产权法还没有统一的定义。古祖雪教授《国际知识产权法》的出版刚好满足了这一需求。作者把已生效的全球性知识产权条约作为主要研究对象, 对知识产权制度国际协调的法律和实践进行了比较深入和系统的剖析和透视, 提出了中国实施新的知识产权保护国际标准的对策与建议。这些都可以切实有效地用来指导我国解决包括商业方法软件的法律保护在内的一系列新兴问题。

一、商业方法软件的浮现呼唤国际知识产权法的全方位发展

商业方法软件的法律保护是随着电子商务的发

展而产生的国际性问题。在电子商务中, 不管是通过 B2B 模式还是 B2C 模式, 消费者/购买方在网上确定购买产品的种类、数量、质量, 输入帐号以偿付价款等等行为的时候, 都是通过商业方法软件完成的。而在这一过程当中, 除了销售公司的品牌、诚信效应以外, 影响购买方做出购买行为的主要是这种商业方法软件的简便易用性和安全性问题。如果商业方法软件使用起来很麻烦, 以至于需要阅读大量的帮助文件才能完成交易行为的话, 那么购买方就会不愿意甚至无法使用这种商业方法软件进行交易, 从而和其它厂家交易; 安全性问题涉及到购买方在什么时间进行了什么样的交易、偿付价款时输入的银行帐号和密码等信息从网上泄露出去被第三方获得, 从而使个人消费者隐私、购买企业的商业信息以及银行存款面临风险。然而, 更重要的是, 这种商业方法软件是否体现了商业上的内容, 如是否有利于节省公司营运成本, 缩短生产和经营周期, 是否反映市场需求进而指导企业的生产和经营以及营销策略等, 都需要经过大量市场研究和周密的策划以及一段期限的运作试验。这其中必然包含有大量的市场风险。因此, 为了在电子商务的竞争中取胜, 销售方必须投入极大的人力、物力、财力, 以研究开发出极其简便易用的, 具有一定安全程度, 同时又具有极

收稿日期: 2003-02-17

作者简介: 蒋新苗(1964-), 男, 湖南东安人, 湖南师范大学教授, 主要研究方向: 国际私法, 国际经济法。

好的商业运作效率的商业方法软件。但是, 由于软件复制极其简易, 可能会被其竞争对手轻易地加以复制并用来销售其产品。因此, 对商业方法软件的法律保护的重要性就可想而知了。

商业方法软件是商业方法以软件的形式存在的, 按照各国法律都可以版权模式进行保护; 其符合条件的商业方法的内容、特点按照各国法律都可以商业秘密模式进行保护。在 20 世纪 80 年代前, 计算机程序和商业方法都被认为属于智力活动的规则和方法范畴, 从而在国际上被普遍排除在专利法保护范围之外^[2]。然而, 因为前两种保护模式的种种缺陷, 随着 1998 年美国联邦巡回上诉法院在 State Street 一案的判定中确认了有关商业方法软件的专利保护, 美国、欧盟、日本这几个专利大国转向于对商业方法软件采取专利保护^[3]。另外, 澳大利亚、加拿大等国家也在考虑做出这种变化。

由于商业方法软件特定的使用空间, 其专利保护将面对许多困难。首先, 专利权保护的地域性和知识产权全球流动性之间的矛盾显得更加突出。比如, 美国弗吉尼亚东区法院判决中国的 cnnews.com 域名构成对美国的 CNN 商标的侵害, 其中一个理由就是中国公司在网站 cnnews.com 上以中文文字提供新闻服务构成了在美国的商业使用, 因为在美国有许多熟知中文的人可以通过互联网享受到这样的服务, 所以构成了美国法律上的商业损害^[3]。照此推理, A 国授权的商业方法软件专利被他人通过 B 国的服务器未经许可在互联网上使用可否被认为在授权国受到了专利侵害? 如果是, 就等于承认了 A 国的专利法可适用于整个网络空间, 根据国家主权平等原则, 其它国家都可以使用自己的法律对整个网络空间进行管辖, 由此带来的混乱和冲突是大家不愿见到的; 如果不是, 该商业方法软件专利权就无法得到有效保护; 其次, 商业方法软件“在先技术”问题的解决非常困难。在先技术的检索一般有以下三种: 本国公开的专利文献、外国公开的专利文献、非专利文献。长期以来, 商业方法软件在我国和其它许多国家被认为不能授予专利, 所以, 许多公司对其商业方法软件没有申请专利保护, 而是采取商业秘密的保护模式或者公开使用而没有采取任何保密措

施, 这就使得专利文献很少, 而非专利技术文献的检索对于审查机构来讲又过于困难, 很容易使原本不具有专利性的权利要求被纳入了专利保护范围。这在客观上降低了专利的审查标准, 将造成了专利的泛滥, 对真正的发明人也是不公正的。而且, 各国授予的商业方法软件专利可能会由于在先技术检索的差别而有很大不同的结果。

这些问题的解决需要各个国家知识产权制度的协调。美日欧三方专利局已认识到“在先技术”问题的重要性, 三方专利局于 2000 年 10 月 30 日至 11 月 3 日在日本东京举行了第 18 次三方会议, 把合作框架中的有关商业方法领域中“在先技术”文献检索方面的合作作为重点^[3]。但是, 这还远远不够。由于互联网这种高速信息工具的出现, 使得“这种传播的国境无限性与国内保护制度的国境有限性”之间的矛盾扩展到前所未有的高度。对这些问题的解决, 迫切需要签订协调各国知识产权制度的国际条约以及建立有关国际组织, 在客观上呼唤着国际知识产权法的浮出和进一步的发展。因此, 目前加强对国际知识产权法的研究具有时代的紧迫感, 在这种国际背景下, 古祖雪教授《国际产权法》一书的出版, 体现了“与时俱进”的精神, 代表了国际知识产权法学发展的新阶段。

二、《国际知识产权法》为商业方法软件的保护提供了新的理论支撑

古祖雪教授经过 5 年的潜心研究, 其《国际知识产权法》终于在 2002 年 10 月由法律出版社出版了。在第 1 章, 作者明确提出国际知识产权法是一个新的国际法特殊部门, 从而把它独立出来加以研究。作者把已生效的全球性知识产权条约作为主要研究对象, 从国际法的角度, 采用理论分析与综合比较相结合的方法, 对知识产权制度国际协调的法律和实践进行了比较深入而系统的剖析与透视。从理论上揭示了国际知识产权法的特征、体系、效益和社会基础, 又从历史中再现了国际知识产权法的形成与发

展过程;从条约法角度分析了国际知识产权条约的体系结构、法律特征、方法技术,又从国际组织法方面研究了国际知识产权组织的系统构成、宗旨职责、成员资格、组织结构和决策制度;论述了知识产权制度国际协调的基本原则,又分析了知识产权保护的国际标准;剖析了知识产权获得与分类的国际合作体制,又阐述了国际知识产权争端解决的原则、程序和方法;通过回顾知识产权制度国际协调的进程,揭示出知识产权保护的国际标准不断提高,知识产权制度的协调范围逐步扩大,知识产权制度的协调力度愈益加强,知识产权制度的统一步伐有所加快^[4](323~325)]。

在此基础上,该书认为,在众多的知识产权条约中,WTO的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)是迄今为止保护标准最高的国际知识产权条约。和巴黎公约、伯尔尼公约等传统知识产权条约相比,它不仅规定了知识产权保护的最高标准,而且对知识产权的执法、获得与维持进行了规定,对成员规定了义务;更重要的是,它把贸易争端解决制度引入知识产权保护领域,使得知识产权争端的解决具有程序化、多边性和强制性等特点。因此,从巴黎公约到TRIPS,是一个由比较“软”的法向比较“硬”的法的“发展过程”。这是该书的一个重要结论。从这里可以看出,要对知识产权在国际上进行切实有效的保护,TRIPS协议是知识产权国际保护以后的发展方向。各种知识产权保护的协调问题都会逐步拿到TRIPS协议中来加以解决。因此,以上所说商业方法软件的法律保护问题要在国际上得到有效解决,在发达国家的推动下,迟早会明确纳入到TRIPS协议的专利范围中来,而发展中国家肯定会对此尽力反对。但是从双方交锋的历史来看,这种反对成功的可能性似乎不大,就看在谈判时各方所做出妥协的程度了。既然我们无法阻挡商业方法软件被纳入TRIPS协议中,那就应该认真考虑在实施TRIPS协议的过程中最大限度维护自己利益。《国际知识产权法》的一个重要性结论就是针对此问题。古祖雪教授在该书的最后,从国际法与国内法互动的观点出发,总结和分析了中国参与知识产权制度国际协调的法律与

实践,提出了实施新的知识产权保护国际标准的对策与建议。作者认为“以主动实施为主,以被动实施为辅”原则是中国的明智选择。主动实施TRIPS协议,可以解决中国知识产权法律制度的“超国民待遇”问题,有利于合理调整国内各种利益主体的关系,充分调动他们的积极性和创造性;在此基础上,辅之以被动实施的方式,可以减轻TRIPS协议对我国知识产权保护造成的冲击,并且可以争取制度创新时间^[4](323~325)]。“何况即使是法制最健全的欧美等国,也经常要根据WTO争端解决机构的有关裁定来修改国内立法或者措施”^[5]。古祖雪教授还认为,在实施TRIPS协议的时候,必须根据中国的国情和利益,对其中的法律规范进行分类选择,比如首先区分义务性规范与权利性规范,对于具有宣性地权利性规范,可以根据对中国的利弊分析来决定是否与之“接轨”;义务性规范又可以分为原则性的义务规范和强制性的义务规范,对于前者,可根据我国情况“讨价还价”,尽可能拖延实施,对于后者,如果考虑到利益关系的调整还暂时不具备成熟的条件(包括利益主体的承受能力),也可以争取一些时间暂缓实施,在用尽争端解决机制并败诉后再考虑其在国内实施^[4](323~325)]。根据这个办法,我们可以先原则性实施较抽象的规定,比如先在我国有关法律中明确可以对商业方法软件采取专利保护,同时对我国企业大力宣传和培训,在我国企业提出较多的商业方法软件专利申请时,可根据所提出申请的创新性、实用性以及技术性程度等具体情况来具体确定我国商业方法软件的“三性”问题。

古祖雪教授论著《国际知识产权法》的出版,适逢其时地满足了我们在加入WTO后进一步加强对国际知识产权制度的理论研究和实际运用的需要。商业方法软件的法律保护问题,可以在国际知识产权法的框架中找到解决的方案——即在TRIPS协议当中解决。从《国际知识产权法》这本书中,我们可以看到包括商业方法软件的法律保护在内的知识产权新命题的解决方向,并对我国目前可以采取的对策提出了切实可行的建议,以最大限度地促进我国知识产权的独立创新。正如梁西先生在该书的序

中所作的评论:“不乏独到见解,富有新意,是一本理论与实践价值俱高的好书。”^[4]

参考文献:

[1] 郑成思. 知识产权论[M]. 北京: 法律出版社, 2001. 2.

[2] 蒋志培. 网络与电子商务法[M]. 北京: 法律出版社, 2001. 98.

[3] 张平. 论商业方法软件的可专利性. 网络法律评论[M]. 北京: 法律出版社, 2002. 147.

[4] 古祖雪. 国际知识产权法[M]. 北京: 法律出版社, 2002.

[5] 陈卫东. 从国际法角度谈 WTO 协定的实施. 法学评论[J]. 2001, (2): 160.

On the evolution of international intellectual property law from the viewpoint of the legal protection of software related business methods ——Comments on Gu Zuxue's International Intellectual Property Law

JIANG Xin-miao, WANG Hai-lang

(Hunan Normal University, Changsha 410081, China)

Abstract: With the development of IT, the legal protection problem is initiated in Software Related Business Methods. The protection of intellectual property rights makes it necessary to reconcile Intellectual Property Laws of different countries and comprehensively expand the contents of International Intellectual Property Law. Gu Zuxue's International Intellectual Property Law provides a new theoretical argument for the efficient solution to the problem.

Key words: software related business methods; international intellectual property law; Gu Zuxue; international property law