

# 我国电子商务运营方式法律保护

曲东

(宁波大学, 宁波 315211)

**〔摘要〕** 按照我国现行专利制度的标准和要求, 电子商务运营方式满足专利构成要件“三性”, 所以成为可专利性主题并不存在根本性的障碍, 利用现行专利法保护和规范电子商务运营方式是可行的。我国在电子商务运营方式专利保护方面应积极采取相关应对策略, 以促进我国电子商务的快速安全发展。

**〔关键词〕** 电子商务; 电子商务运营方式; 专利保护制度; 自主知识产权

**〔Abstract〕** In our current frame of patent system, it is no problem that Internet-related business method fundamentally could be a patent theme in our patent law. So we should protect this business method with stipulating it in current patent law. Our country should take some effective tactics in respect of protecting Internet-related business method, in order to accelerate and guaranty the development of electronic business.

**〔Key words〕** electronic commerce; operation means of electronic commerce; patent protection system; autonomous intellectual property

**〔中图分类号〕** F724.6 **〔文献标识码〕** C **〔文章编号〕** 1008-0821(2004)06-0208-02

伴随着网络技术发展的日新月异和电子商务贸易形式的突飞猛进, 关于电子商务运营方式专利保护问题越来越引起世界各国的极大关注。2003年8月份WIPO的56个成员国在日内瓦召开会议, 国际专利分类(IPC)修订工作组同意为商业方法专利创建新的类目, 并将其纳入便于检索和查找各技术领域专利信息的国际分类, 系统类名为: “特别适用于管理、商业、金融、监管或预测用途的数据处理设备或方法。”如此已经说明, 世界各国在电子商务运营方式保护上呈现出给予专利保护的统一趋势, 在商业方法软件专利保护上美国、日本及欧洲国家之间已没有根本分歧。在电子商务进入第二个10年之际, 美国《电子商务时代》邀请业内一些著名的分析家对相关专利进行评论综合得出结论: 商业方法专利被评为对电子商务最具影响力的5项专利之一。而相比之下, 我国在电子商务运营方式专利保护方面已经落后于发达国家一大截了。我国直至今日, 在立法上, 尚无电子商务运营方式专利保护的规定, 新修订的《专利法》对之也没有涉及; 在学术界, 学者理论研究又大多停留在对美、日、欧等发达国家电子商务运营方式专利保护的介绍, 以至于我国的电子商务运营方式专利保护存在的问题与应对策略的研究却鲜有人论及; 在实务界, 企事业单位更是缺乏相关的电子商务运营方式专利保护的意识和经验。笔者正是在这种具有“潜在危险”的形势之下, 对我国电子商务运营方式专利保护的可行性及应付策略进行分析, 为填补这一“空白之地”以尽绵薄之力。

## 1 我国电子商务运营方式专利保护可行性分析

中国的软件产业还非常薄弱, 中国的电子商务发展也刚刚起步, 与发达国家相比确实还有相当距离, 在商业方法软件方面如果开放专利保护大门, 势必会使大量外国专利涌入, 所以在中国国内, 普遍存在对商业方法专利保护

采取保守的态度。这表现在我国专利立法方面, 就是至今还没有直接涉及到与计算机软件有关或与商业方法有关的发明是否给予保护的问题。

值得注意的是, 我们通过对现有法律规定的研究, 仍然可以在其中为计算机软件及电子商务运营方式给予专利保护而找到一些“蛛丝马迹”, 或者退一步说, 现行的法律规定还是给电子商务运营方式成为可专利性主题留下了一定的发展空间的。随着1985年中国专利法一起诞生的《专利审查指南》对含有计算机软件的发明专利的审查条件做了相当严格的规定: 只有能使计算机结构或电子数据处理设备发生变化, 使其硬件技术发生相应变革, 并引起机器设备在技术上有新的创造性的改进的计算机程序才可以得到专利保护。也就是说如果软件是不可能获得专利权的。1993年在专利法第一次修改后, 颁布了新的《审查指南》, 对给予计算机软件以专利法保护的的条件做了相应的修改。当时, 中国的软件产业开始发展, 国内也有许多的有关汉字输入方法的软件申请了专利。所以, 在新的《审查指南》中放宽了对软件可专利性的条件, 但是“技术方案”和“技术效果二要素的结合仍然是判断是否给予含有计算机软件发明以专利权的标准。”2002年, 为适应中国加入WTO, 《专利审查指南》得以再次修改, 其中第九章专门规定了涉及计算机软件的发明专利申请审查的若干问题, 同以前的审查指南相比, 新指南在软件专利保护问题上基本保持原来立场。可专利性主题上仍然强调: 当一件涉及计算机程序的发明专利申请是为了解决技术主题、利用了技术手段和能够产生技术效果时, 表明该专利申请属于专利保护的主体。

根据我国现行有关法律规定可以得出: 涉及计算机软件或商业方法的发明要想获得专利首先应是一种新的“技

收稿日期: 2004-01-11

作者简介: 曲东(1978-), 男, 宁波大学法学院硕士研究生, 主要研究领域为民商法。

术方案”。其实施必须取决于技术手段和自然法则的直接使用。也就是说，一项含有计算机软件的发明，如果该软件不仅仅涉及数学算法而是设计了某技术概念，具体说就是该计算机软件与某一技术领域相关，或涉及了一个技术问题并且能够产生某种技术效果，则这种发明可称为具有技术性因素的发明，可以成为可专利性主题。如前所述，电子商务运营方式不同于纯粹的商业方法，已不再是属于智力活动和方法范畴，它是以计算机软件为核心内容和外在表现形式，借助计算机系统和网络媒介实施的用于经营活动或处理财经信息的系统性技术方法。因此，在我国现行专利制度的框架下，电子商务运营方式发明成为可专利性主题实际上并不存在根本性的障碍。至于其能否最终被授予专利权，还要看该电子商务运营方式发明是否满足专利的新颖性、创造性和实用性要求。

由此，笔者认为有必要将电子商务运营方式纳入我国专利法的保护客体范围。电子商务运营方式作为一种新型知识产品，其可专利性与其他专利主题是一致的，惟一的不足就是受到立法的限制而不能得到广泛的认可。根据前文分析，将电子商务运营方式纳入专利法保护，符合专利保护原理和法律宗旨，亦符合我国发展信息产业的基本政策。

## 2 我国电子商务运营方式专利保护应对策略

电子商务运营方式的专利保护已是大势所趋，在美国等大多数发达国家已经成为事实。由于商业方法涉及到经济运作的模式，对经济的影响力不言而喻。发达国家拥有雄厚的经济与科技实力，在世界软件产业中一直处于领导地位，而且这些国家又一直利用其在世界政治经济体系的地位，极力推广本国的政策法律，左右国际条约的制定，影响其他国家或地区的立法。既然电子商务运营方式的专利保护的确立趋势已经不可避免，那就势必将对世界各国包括我国的电子商务的发展及其立法产生影响，积极寻求应对策略可谓是上上之策。

### 2.1 建立我国的电子商务运营方式专利保护制度

面对电子商务运营方式专利保护在越来越多国家成为事实，我们应该积极研究它，接受它，而不是盲目地试图将其拒之于国门之外。况且，承认电子商务运营方式专利的可专利性从本质上并没有背离专利法的基本原理。我国现在专利法的相关规定也给电子商务运营方式的专利性留下了一定的发展空间。在这一方面，台湾、韩国均已经走在了我国的前头。如台湾经济部下设的咨询小组，近年来一直在大力推动全民上网运动及网络电子商务的相关建设，其科技法律中心还特别多次举办“电子商务法律与专利策略研习会”，专门对电子商务运营方式的专利保护问题进行研讨。目前台湾已经开放对电子商务运营方式的专利保护。因此，我国有必要更加主动、积极地研究和借鉴国外有关电子商务运营方式地专利保护立法的最新趋势，尽快建立符合我国国情的电子商务运营方式专利保护制度。电子商务运营方式的专利保护其核心是关于创新商业方法的计算机的保护，所以不妨考虑对现行的《计算机软件保护条例》加以补充与完善，在原有的软件著作权保护的基础上有关商业方法的专利保护。另外，在条件相对成熟时，可以对《专利审查指南》有关计算机软件专利审查的内容

部分进行必要的修改，放宽有关软件相关的发明的专利审查要求，以至于电子商务运营方式在专利审查实际中有据可依。

### 2.2 我国电子商务产业界应积极应对，及时采取有力措施

网络经济没有国界，电子商务跨越时空，这使得传统上专利保护的“属地主义”原则正在面临挑战，并且必然发生变化。目前我国的电子商务虽处于迅速发展之中，但无论“B to B”还是“B to C”模式，很多是照搬或模仿美国的商业方法，其中潜在法律风险不言而喻。虽然我国立法尚未明确在电子商务运营方式专利保护问题的态度，但我国的产业界却不应持观望态度。首先，必须从观念上树立专利侵权风险防范意识。电子商务经营者应当随时注意美国、日本等国在电子商务运营方式的专利申请，如定期聘请专利律师和技术人员检索美国、日本欧洲等国家在电子商务运营方式领域所申请的专利，并对检索结果进行分析研究，避免踏上专利地雷区。如果忽视，一旦我国的电子商务的经营规模对美国和日本厂商构成威胁时，就会面临大量的侵权诉讼。加入世界贸易组织后，此种风险系数越加增大。第二，注意对电子商务中的商业经营的创新和技术上的改进、提高。从美国电子商务运营方式专利的类型可以看出，它们之所以有简化购买手续的方法，还有通过链接来达到促销目的等。事实上，专利上的竞争也在很大程度上是方法和技术的竞争，我国电子商务企业一定要加强对电子商务运营方式创新和技术上改进和提高，仅靠抄袭和模仿的电子商务企业的发展是不可能长久的。第三，电子商务运营方式专利保护在带来风险的同时，也为我国企业在全新的领域获得自主知识产权创作了新的契机。因此，中国企业应当向日本的企业学习，学会“行动在先”，不仅要充分利用计算机软件在现行专利制度上的保护空间，及时地、尽可能多地将创新或者改进的电子商务运营方式作为软件和硬件的结合在中国申请专利，以积极的行动来推动对电子商务运营方式专利保护的研究和立法的进展。而且还应该主动地在美国、日本、欧洲等电子商务大国提出专利申请，争取在这些国家的专利保护。

### 2.3 我国政府部门为电子商务运营方式专利保护提供方便

对于中国企业而言，获得一件与电子商务运营方式有关的专利除了现行法律规定障碍、保护意识欠缺以外，还有一个问题就是经济实力。高昂的专利申请费和维持费将许多技术挡在了中国专利大门之外，更不用说申请外国专利了。因此，我国政府部门有必要从多渠道解决申请费用问题。第一，政府有关部门或者科研院所适当设立专项申请基金，鼓励在电子商务运营方式上的专利申请；第二，知识产权局应当适当调整一些对国内专利申请收费的优惠政策；第三，专利代理机构和代理人积极促进电子商务运营方式的专利申请，帮助发明人确定申请策略，提供优惠的代理服务；第四，鼓励在专利申请上的风险投资机构的建立，现有的技术中介机构也可以充当这一角色；第五，在税收等方面对日后专利技术的获益给以优惠等。

另外，我国在专利总的审查能力方面（下转第212页）

承担侵权民事责任; 提供内容服务的网络商对著作权人提出确有证据的侵权警告, 应当在技术可能、经济许可的范围内采取措施移除侵权内容, 提供侵权人的通讯资料。拒不移除侵权内容的承担相应的侵权责任。

### 3.3.2 共同责任

网络服务商通过网络参与他人著作权侵权活动, 应当与他人承担共同侵权民事责任; 网络服务商通过教唆、帮助用户实施著作权侵权行为, 应当作为著作权共同侵权责任人承担连带民事责任; 提供内容服务的网络商具有其传输内容可以控制、监督、做增删编辑的, 用户上传传输侵害他人著作权的内容, 著作权人告知该网络商仍不采取措施停止侵权内容传播的, 应当承担连带民事责任; 提供内容服务的网络商对著作权人提出确有证据的侵权警告, 应当在技术可能、经济许可的范围内采取措施移除侵权内容, 提供侵权人的通讯资料。拒不移除侵权内容并事先知道的承担连带侵权责任。

### 3.3.3 免除责任

著作权人发现网络侵权内容向该网络商提出警告时, 应当提交原权利人姓名、电话、电子邮件地址、通讯处、著作权证明, 所实施的侵权内容情况和证据等。对于不能提交出示上述资料有无正当理由的, 网络商可以拒绝移除; 对网络使用者以网络商应著作权人要求采取移除等措施, 向网络商提出承担违约责任的, 免除法律责任。

鉴于上述责任原则, 司法部门应尽可能地保护著作

人的著作权利。按照我国司法实践和国外的司法判决, 各国司法部门对网络信息著作权侵权在确定责任和归责原则的同时, 针对网络信息著作权侵权的特殊情况, 还采取下列协商和强制保护措施: 一是, 著作权人发现网络侵权内容向该网络商提出警告时, 应当提交原权利人姓名、电话、电子邮件地址、通讯处、著作权证明, 所实施的侵权内容情况和证据等。著作权人提出上述资料后, 网络商不采取措施的, 著作权人可以申请法院作出停止侵权的先行裁定。二是对网络使用者以网络商应著作权人要求采取移除等措施, 使用者因网络商采取措施造成损失等, 由使用者与申请采取措施的著作权人接洽解决。

### 参 考 文 献

- [1] 郭卫华等. 网络中的法律问题及对策 [M]. 北京: 法律出版社, 2001. 8.
- [2] 郑成思. 知识产权论 [M]. 北京: 法律出版社, 1998. 1.
- [3] 曹建明. WTO 与中国的司法审判 [M]. 北京: 法律出版社, 2002. 9.
- [4] 罗少芬. 论网络环境下版权保护的复杂性及对策 [J]. 现代情报, 2002 (2): 45—47.
- [5] 薛虹. 再论网络服务提供者的版权侵权责任 [J]. 科技与法律, 2001, (1): 19—21.
- [6] 赵维田. 世贸组织 (WTO) 的法律制度 [M]. 吉林: 吉林人民出版社, 2000. 1.

(上接第 209 页)

还很欠缺, 不可能像日本那样设立专门的审查部门, 但是可以考虑在电学审查室内培训专利的审查员。审查员作为政策的实际执行者, 其素质的高低至关重要, 而在我国对电子商务运营方式还没有特别政策之前, 审查员可以发挥一些积极作用的。专利代理机构应积极开发与电子商务运营方式相关的软件领域的客户市场, 在我国许多软件公司、电子商务企业中又申请专利的需求, 但苦于“求助无门”(许多专利事务所不愿意接受软件专利代理)或者是“门槛过高”(许多专利事务所软件专利申请文件难写和难获准为由索要高价)专利代理机构和专利审查的这种苛刻条件是导致对电子商务运营方式专利申请冷漠的重要原因。笔者认为首先应当在企业和专利代理人中间进行培训, 有实力的专利代理机构可以举办这方面的培训, 国家知识产权培训中心以及科技部有关主管部门也应当承担起培训任务。

## 2.4 走我国自主知识产权战略的发展道路

当今世界, 随着经济全球化进程的日益加速和科技的迅猛发展, 对知识产权的保护成为国际竞争的必然趋势, 知识产权已经上升到国家战略地位。美国政府是世界上最早提出知识产权战略的, 其在战略规划中明确指出: 知识产权是国家资源和美国在全球市场上成功的要素之一, 美国经济要保持竞争力, 在全球范围有效保护知识产权是不可缺少的条件。自从软件可以获得专利以后, 美国网络相关专利案件大量激增, 美国专利与商标局公布的网路相关专利数量从 1991 年 2 件、1998 年 125 件, 到 1999 年至今已高达 200 件。这些软件专利对于推动美国电子商务产生了具体而又重大的影响。知识产权战略已经成为一种不可阻挡的时代潮流,

我们不可能“逆流而上”, 而应“顺流而上”。

目前, 我国已经开始关注知识产权战略问题, 最明显的就是: 近年来, 我国“自主知识产权”或“自有知识产权”等词常见于政府官员、科技界、企业界、新闻界的讲话和报刊中。由于我国已正式作出决定, 将培育、形成一大批具有国际竞争优势且拥有自主知识产权的高新技术企业作为我国科技产业化跨世纪发展战略的一项重大举措, 应该说“自主知识产权”的提出和确立是为强化国家的主权意识, 提高我国在现代科技与经济全球竞争中的强国地位服务的。近年来, 以低价策略迅速占领国际市场的“中国制造”, 在我国加入 WTO 之后, 遭遇到知识产权这把“双刃剑”的阻击, 而知识产权保护问题恰恰是“中国制造”的软肋所在。我们要防止电子商务产业发生重蹈“DVD 专利收费事件”的覆辙, 只有确立我国电子商务行业在知识产权方面拥有发展主动权的局面, 国内企业运用知识产权国际规则和知识产权战略, 形成自己的核心技术及标准, 才能根本上形成我国企业积极参与国际竞争中的优势。

### 参 考 文 献

- [1] 黄迎燕. WIPO 将为传统知识和商业方法建新类目 [N]. 知识产权报, 2003—10—16, (4).
- [2] 谢静. 美提出影响电子商务五大专利 [N]. 知识产权报, 2003—12—25, (3).
- [3] 行政动态 [J]. 资讯法务透析, 1999 (11).
- [4] 芦琦. 论“自主知识产权”及其法律保护 [J]. 上海市政法管理干部学院学报, 2000 (2): 11—14.