

网络中的知识产权保护

乔 生

(南京经济学院, 江苏 南京 210003)

摘 要: 本文以分析网络著作权保护的司法态势为切入点, 从研究中国知识产权保护的现状出发, 在论证“邻接权吞并著作权”倾向的基点上, 探讨了我国现行著作权法对网络知识产权保护的局限, 最后通过对美国及我国香港知识产权保护的比较研究, 提出我国网络知识产权保护的意见及建议。

关键词: 网络; 著作权; 商标; 域名; 法律保护

中图分类号: DF 523. 1 **文献标识码:** A

自王蒙、毕淑敏等六作家诉世纪互联公司网络“北京在线”侵权二审终结以来, 尽管中国并未有任何网络知识产权的立法; 然而, 中国司法却是早已认为: “我国法律有时间、空间的效力, 任何法律都是因特网法律; 著作权法第 10 条、第 45 条中规定的作品使用方式和侵权行为种类的“等”字, 就是法官执法的依据和准绳。”^①

这是一段曾为我国学界认为“振奋人心”的话。^② 诚然, 作为国际研讨会, 为展示中国司法对网上侵权坚决制止的态度及审理的信心和能力, 原也无可厚非; 笔者并无任何不同意见, 更不会认为中国法官不应应对网上侵权行为及时立案并作出判决。但我们并非事实上的“任何法律都是因特网法律”的国家, 世界上也不会有这样一个国家; 我国著作权法中的“等”字, 也并不能完全成为网上知识产权保护中“法官执法的依据和准绳”。这是不言而喻的。^③ 否则, 我国政府 1992 年 1 月 17 日在中美知识产权协议中作出关于“向立法机关提交修订其著作权法的议案, 并在合理的时间内尽最大努力使这一议案通过和实施”^④ 的承诺及现已进行的著作权法的修改岂非失去意义? 2000 年 3 月全国人大会议接纳上海代表张仲礼关于电子商务立法的呼吁岂非多余? 如果一个国家的“任何法律都是因特网法律”, 美国政府国会及其 50 州,

安有必要耗时 10 年耗资千万潜心制订、反复修改网络法律? 事实上, 美国网上最常见的软件拆封授权合同和点选合同就不是传统合同法的标准所能够适用, 而美国司法早期判例却是否认拆封授权合同的效力的, 只有到了 1996 年经典的 ProCD 公司诉柴登勃格 (Zeidenberg) 一案之后, 网上拆封授权条款的法律地位才得到确认。在这个看似简单, 然而莫名的问题上, 借用我国知识产权著名学者郑成思先生一句名言: 这却又是“不言而喻”。根据马克思主义的观点, 一种倾向的背后, 总是掩盖着另外一种倾向, 问题在于能否及时去认识, 去防备。今年三月以来, 我国著名学者沈木珠教授连续发表了 10 篇关于知识产权保护及侵权责任方面的文章, 就分别阐述和论证了这种倾向的存在, 并提出警惕我国知识产权保护中司法权利平衡失衡及保护水平偏高的倾向的意见。^⑤ 这是我国学界第一次对 TRIPS 侵权归责及我国知识产权保护现状提出不同意见的声音, 正如一位政府官员所明确

① 参见我国最高人民法院知识产权庭庭长蒋志培在第三届海峡两岸知识产权交流研讨会论文《论网络传输权的设立》。

② 事实上蒋志培先生在其主编的《网络与电子商务法》(法律出版社, 2000 年)第二章中开宗明义讲到我国法律法规等对网络的知识产权案件都规定得不具体, 亟须立法。

③ 沈木珠发表的论文主要有:《法制日报》2001 年 5 月 13 日《正确把握知识产权保护的权利平衡》;《江海学刊》2001 年第 3 期《论 TRIPS 协议与中国知识产权保护》;《法律适用》2001 年第 3 期《论计算机软件保护及法律适用》;《现代法学》2001 年第 3 期《WTO 知识产权协议侵权归责的原则》;《国际贸易问题》2001 年第 9 期《中国知识产权保护攀高与超标的思考》等。

收稿日期: 2001-09-11

作者简介: 乔生(1952-), 男, 广东人, 南京经济学院学报法学副编审, 硕士, 主要从事民商法学研究。

表示的,这种文章对我国政府立法是有帮助的。

一、著作权与邻接权谁吞并谁?

与司法界认为现行法律可以基本适用因特网侵权的观点相左,但理论上却属同源同宗的学术界,近年也出现了一种新的论点,即认为在网络环境下,由于公众传播权^①的出现,“著作权吞并邻接权”,^[1]“终极传播组织的独占传播者地位丧失,取而代之的是万人出版者的时代”,^[1]并因此提出“互联网兴起后,互联网上的版权法制,迅速加强”的一系列证据,甚至认为“目前在中国、美国对直接使用公众传播权,禁止互联网上的侵权行为并没有任何司法实践,公众传播权的实质,是著作权直接传播作品,行使邻接权。对邻接权,版权法已有详细规定,即使不建立公众传播权这个概念,版权法已有的规定,用来规范网上世界作品使用,禁止侵犯版权行为,已经基本够用。”^{②[1]}

以上论点,实际上是自相矛盾的,如认为网上将是“复杂的网状传播”,^[1]那便是现有法律规定所不能“够用”的。然而,这一些观点在中国学术界却是占据着主导地位,不但国家权威出版社及期刊经常出现相似观点,不少学者意见甚至影响着自上而下的舆论界,形成了一种权威说法。国家版权局在修改著作权法中,曾提出讨论网络著作权的初步方案,即主要在现行著作权法第十条增加一项“信息网络传播权”,^③就是建立在以上理论的基点上。笔者并非否认网络公众传播权的存在,也非反对加强网络知识产权保护的必要,更非否认网络环境下著作权与邻接权关系可能发生某些变化;但是,笔者不认为这种变化已经达到“著作权吞并邻接权”的程度,不认为网络著作权“吞并”邻接权的某些可能出现的事实,如著作权人直接在网上对个人作品进行传播,能够得出著作权吞并邻接权,(我国)“著作权法的现有规定,可以直接适用互联网上的侵权行为”的结论。

首先,从网下环境看,由于终极传播组织的垄断,更由于著作权人的有求于邻接权人,我国“邻接权”近年正吞并着“著作权”,或视著作权利为无物。如变相遏制著作人权利;著作权法规定投稿人可以另投的时限是报刊15天,期刊30天,^④而当今哪一个期刊不是通过来稿须知的单方面“合同”形式约束著作者接受其三个月或两个月甚至四个月才能另投的期约?又如著作权法规定著作权人有获酬权利,^⑤而实际上又有多少学术界著作权人能够获得这种权利?出版社对学术著作收取出版费而不发稿酬,十年来已经成为一种“合法”行为,部分期刊近几年来也实际上吞

并了著作权人的获酬权,对这种倾向一些学者也曾提出批评;与这种邻接权扩张相应的,是某些著作权人利用个人权力,变相扩大著作权人的获酬权,如某高校规定在某些“权威”刊物发表文章,每3000字可以折合2500元奖励,即一篇2万字的“权威”论文,大约可以获取1.5万以上的“报酬”(这还不含院系的“配套”奖励)。在这里,著作权人的著作权利、获酬权利为邻接权所吞并,却又通过变换获酬方式吞并了学校的公共财产权。又如在传统的“买方”市场的情况,以“卖文”为特点的著作权人一般是有求于邻接权人。但当今有哪一个期刊,不是随便登出一则“你不愿意就说明”的稿约,便拥有了对已发表文章的“光录”权、“上网”权和“复制”权。最近,更有一种变相的“吞并”法,即声称与某复印中心签订协议,凡被复印的文章,酬稿由原发表刊物一次性付给。而事实上,一些原发表刊物的稿酬,分文未增。以上变相利用邻接权和著作权关系使网下知识产权扭曲的做法,无疑是市场经济下的一种趋势,是邻接权人求生为存图发展的一种手段,然也是一种对著作权的亵渎,其实质,不仅仅是关系几个钱的问题,而是可能使神圣的学术殿堂承载无数的文化垃圾及文字剪贴,甚至涂上一层铜臭。如有一个省的哲社评奖,规定获一等奖者加10%的工资且在退休后享受100%的国家工资、单位福利,这当然引起了相当一部分官员的争夺;在“官大学问长”的环境下,据说纯学者最高的奖励只能是三等奖。

其次,从网上趋势及特点看,以上邻接权吞并著作权、复制权的事实一定会向网上延伸发展。诚然,网络是为著作权人提供了自行传播作品的机会和可能;然而,在浩如烟海的网络世界,一般个人传播信息的效应和收益却几乎是零,如有某些著作权人利用网络功能和特点建立网络传播作品并形成一定影响,那么,他下一步的发展也可能变成一个拥有终极传播组织的邻接权人,并利用其掌握的权力成为一个吞并著作权、复制权的噬者。特别是,如今网下经济实力雄

① 世界知识产权组织制订《版权条约》(WCT)《音像和录音制品条约》(WPPT)过程中,欧盟首先提出“公众传播权”的概念,用以反映版权人对作品在网上传输的控制,并得到多数国家的赞同,《版权条约》第8条的题目便使用了“向公众传播权”。

② 有关公众传播权的相近观点也见于薛虹博士《网络时代的知识产权法》(法律出版社2000年第1版)及许超司长《关于网络传播与著作权的关系》等文(第三届海峡两岸知识产权学术交流研讨会)。

③ 参见宋慧献《网络著作权尘埃落定会有时》,载《国际商报》2000年7月2日商务周刊。

④ 参见《中华人民共和国著作权法》第32条。

⑤ 参见《中华人民共和国著作权法》第29条。

厚、影响巨大的邻接权人，早已经在利用一切可能和力量占领网上阵地，瓜分“公共传播权”的蛋糕；网下文字版照搬到网上成为“网络版”的行为已经不必经过著作权人的同意；^①现实生活中力量微弱的著作权人，特别是一些靠传播企业的传播生存、仰传播组织之鼻息的著作权人，他们在未来的网上，除了继续依赖于终极传播组织之外，难有出路。因此，离开对网络具体分析及网下传播方式的实际，认为“互联网给被传播人带来了莫大福音：新技术的发展，使邻接权人中的传媒企业威风难旧。作者和表演者有了自己的传媒，著作权正在吞并邻接权”的愿望，实际上难以实现。如果说，这种率真将有什么影响的话，即可能会有碍于对网上知识产权的认识和立法，如使人们忽视对网上邻接权的限制及责任探讨。

第三，作为互联网发起者及现在互联网络老大的美国，历来重视“版权”，特别是维护终极传播者的利益。在知识产权保护方面，我国的提法首先是著作权，^②美国首先是保护“版权”。如世界贸易组织中的知识产权协议是在美国强烈要求及影响下缔结的，其中唯一一点与原有四个知识产权公约不同的，便是规定对作者的精神权利不予保护。正如郑成思先生所说的，“这个协议偏向于‘版权’（copyright）理论，而不是‘作者权’（droit de auteur）理论”。^③在学术界和社会舆论，近年许多人引用美国的提法，认为版权就是著作权，著作权就是版权。甚至认为我国的著作权法应改为版权法。其实，按中文的说法，版权与著作权不尽相同；如从中国人平日里的习惯说法来看，版权在许多时候指的是出版社、杂志社、报社的“邻接权”。在美国，当著作权人与邻接权人发生矛盾的时候，不但立法或政策，连司法的天平，也往往会偏向于邻接权人。1997年美国全国作家联盟主席Tasini诉New York Times网络著作权案^④便确立了这样一个原则，如果刊物另行改版利用集合作品时，就各单篇作品的利用不必再经其著作权人的同意。而按著作权法的一般原则，作者向刊物投送单个作品，原则上只允许刊物使用一次，各单篇作品的著作权仍属作者所有，刊物如要作第二次使用，则须经各单篇作品的作者同意（本文后面还将论及此案）。原告败诉后，被告为避免今后再发生不必要的纠纷，对于刊载于其报纸杂志上的作品，均要求作者放弃所有权利，否则不予刊载。笔者认为，这个案例，是网上邻接权吞并著作权且在各国发生深远影响的一个明例。我国各报纸杂志近年发布的对著作权人限制要求的种种声明和启事，实际上与New York Times属异曲同工。我国学者薛虹就曾针对美国Tasini一案比较了我国著作权有关规定，

认为“根据我国的著作权法，报刊出版者出版电子版的权利比美国同行的‘修订本权’更灵活——如果报刊的电子版属于原集体作品的‘修订本’，那就等于单个作品仍然在同一报刊上使用，报刊出版者不需获得授权，也不需支付报酬；如果电子版超出‘修订本’的范围，单个作品等于在著作权法第32条2款规定的‘其他报刊’上使用，报刊出版者依据法定许可仍然不需向单个作品版权人取得授权，但是需要按照规定向其支付稿酬”。^④根据上述我国报刊杂志关于“稿酬已付”的声明，这里报刊出版者便同美国New York Times“多次使用”而不必付酬一样了。

综上，面对网络上邻接权对著作权的蚕食吞并，在保护网络知识产权的呼声日高的今天，我国的立法当取何种态度？这个问题可以在后面再行讨论，但我国法律现有规定是否完全可以对网上侵权“直接适用”或“基本够用”，相信在本节，结论已经明朗。

二、我国现行著作权法对网络之不适用

不论是美国、欧盟，还是新加坡、韩国，人们一般均不认为“现有法律都是因特网法律”，现有规定对网上侵权的审理“基本够用”，而是努力探讨网络著作权的立法与政策。事实上，我国著作权保护，对网上侵权行为，有以下几个方面的不适用。

1. 关于复制（copy）问题

我国著作权法颁布于1990年9月7日，著作权实施条例发布于1991年5月30日；毫无疑问，今天以复制为重要特点的网络技术，当年并未能在我国著作权法及其实施条例中得到应有的反映。我国著作权法第52条、实施条例第5条的复制指“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”，显然除“等”之处，并不包括网络技术的copy。作为立法留有余地的“等”，硬要说它已涵盖网络copy也未尝不可，但在具体侵权行为的适用上，现有规定却有许多不能概括网上的“无形”复制之外，如1996年世界知识产权组织《版权公约》提出的暂时性复制、瞬间复制问题，还有规避技术保护措施的责任及网上著作权管理信息完整的保护问题；又如我国著作权法及其实施条例对于网下侵权行为的法律责任，是“根据情况承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任”，并不涉及任何刑

① Tasini V. The New York Times, 93 CIV. 8678 (S. D. N. Y. 1997)

② 郑成思，WTO知识产权协议逐条解释，中国方正出版社，2000年版。

事责任。至于赔偿损失,著作权法第46条,一般是涉及发行或盈利行为才处以较重的经济处罚,第45条八项一般性侵权行为,在实施条例中几乎没有明确的经济处罚。而鉴于复制在网上的快速度、高清晰度和低成本及匿名、假名侵权的轻易与危害等特点,自1994年美国合众国诉莱马奇亚(u. s. v. Lamacchia)^[5]一案之后,各国均比较注意信息在网上服务器、随机处理、可录式光盘、只读型光盘、电子公告栏、电子邮件的操作对传统著作权复制观念的突破及对传统著作权的挑战。美国则于1997年颁布实施《反电子盗窃法》(No Electronic Theft Act),修正了美国著作权法中的刑事构成要件,规定如果在网上故意传输未经许可而复制的软件,即使行为人没有从中获益,也应受到刑事惩处。该法表明美国已从对电脑本身或其内部内容的知识产权保护延伸到了对电子信息的知识产权保护,而且在主观要件上也脱离了复制以营利为目的的框架。香港关于复制侵权须承担刑事责任的范围则更加广泛,如扩大到家庭电脑对复制软件的使用及雇员按雇主要求使用复制软件的非经济活动;处罚也甚为严厉,如每件侵犯版权的复制品最高刑罚是罚款5万元及监禁4年。^[6]

2. 关于合理使用(fair use)问题

美国著作权法第106、107条有关合理使用的规定,虽总体上适用于网络,但MAI Syscorp诉Peak Computer一案^①之后美国制订的电脑维修著作权免责法案,仍然进一步扩大了著作权法第117条的合理使用的范围,^[3]允许电脑程序复制件的合法所有人或承租人在维修电脑的过程中,可以自行或授权他人复制电脑程序复制件,以确保电脑维修商不因启动电脑维修机器时复制电脑程序而产生侵犯著作权的责任。可见网下法律尽管部分基本适用于合理使用,但由于技术的发展,更由于技术使用程度不同,网上网下会出现许多不同之处。如我国著作权法规定的合理使用,即第22条规定的1、6、8款:“为个人学习、研究或者欣赏,使用他人已经发表的作品”;“为学校课堂教学和科学研究,翻译或者少量复制已经发表的作品,供教学或者科研人员使用”;“图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等陈列或者保存版本的需要,复制本馆收藏的作品”等,在著作权法中是“合理使用”,但在网上(经采取技术保护措施的作品及网站),甚至在网下,也已成为一种不合法行为。如按中美知识产权协议中我国政府的承诺,“中美知识产权协议”为我国“著作权法第二条中所指的协议”,然协议规定,在传统计算机软件著作权上,“对所有公共、私人和非营利机构应依法一视同仁”,“任何未经权利人许可复制或

销售其软件的个人或单位,将视情节给予严厉的行政和司法处罚”,“任何使用计算机软件的公共、私人、非营利机构应提供充足的资源购买合法的软件”。^[2]果如是,则任何个人或教学科研单位为了个人学习或教学研究需要从网上复制任何计算机软件均为非法,而这,也就与我国著作权法的合理使用的原则不相吻合。

实际上,在中美知识产权协议中,美国对在美国的知识产权要求的保护,是明显地超越了美国水平。如美国1998年《数字化千禧年著作权法》中的综合规定法案,第402条修订了美国著作权法112条,明确数字化技术下广播机构享有例外的复制权及一定情况下对著作权人技术措施的规避不违反新订的1201条的反规避条款的规定;第403条对如何限制修订了美国著作权法第108条,规定了非营利图书馆与档案机构对数字化形式复制的例外情况等等。这其中涉及的许多问题,我国著作权法尚未涉及,学界尚未作出探讨;但随着网络的发展,则是我国法律不得不面对的。

3. 关于电子数据库与网上多媒体问题

我国著作权法显然没有关于电子数据库及网上多媒体保护的具体规定,而事实上我国已发生多起关于股票行情编辑作品等即电子数据库的纠纷案件,但关于数据库保护的标准及如何构成侵权的问题,我国法律目前并未予以明确。在美国,数据库是否具有著作权,1991年前法院一般适用“辛勤原则”(industriousness)和“前额出汗原则”(sweat of the brow);1991年美国联邦最高法院就Feist案^[3]作出判决之后,法院对数据库的保护,一般均以“原创性”为标准。但笔者以为,电子数据乃电子材料与数据的选择、调整、编排,如完全按照网下作品的“原创性”要求,则可能没有多少数据库拥有著作权利;在未来的信息社会中,人们对于数据库的需要和依赖与日俱增,而数据库的收集与整理需要投入巨大的人力和财力,完全离开劳动、实践和时间的因素,仅按原创性来判断数据库的著作权属,相信并不利于网上数据信息库的建立与发展。当然,对数据信息库保护过当的行为,则容易形成网上信息垄断,不利于网络科学的发展。这,也是我国著作权保护不能回避的一种立法和实践。

众所周知,网上多媒体作品指的是网上的动态、

① 该案原告销售电脑并设计完成多项电脑程序与其所售电脑一并出售,被告在为客户维修原告所产电脑时,启动了原告的程序,于是原告控告侵犯其著作权,法院认为,被告将原告的电脑程序存在RAM中,该复制件已属“固定”,符合著作权法中复制的要件,因此判定被告侵权。

交叉的图画,甚至涉及企业的商标、商号;它是由文字、图片、声音、影像等传统作品经过数字化技术,虚拟现实技术等科学技术手段的处理而形成的。网上多媒体作品及网下传统作品的关系及其使用的合理标准或依据,可能是今后网上网下著作权纠纷经常会遇到的重要问题。美国1993年花花公子(Playboy)诉费雷纳(Frena)一案,被告是从原告的出版社上载了原告拥有版权和商标的图片并将其文字材料删去,但被告如是对原告图片进行部分或大部分改装或修改是否也会构成侵权呢?这其中的比例和分寸如何把握,便是今后多媒体作品侵权纠纷经常要碰上的问题。

三、网络服务商的侵权责任

晃若网下出版社、报社但功能又不完全相同的网络服务商的侵权责任,则是我国著作权法以及其他法律迄今所没有规定的,它导致了我国网上第一起著作权利人《大学生》杂志社诉网络服务提供者(北京京讯的首都在线),2000年6月20日北京第二中院自开庭以来无法判决的事实。^[7]而在此前,我国曾有学者分析了网络服务提供者与网下出版机构的相同点与不同点,阐述了网络上的法律关系,提出根据现有法律,首都在线不构成侵权及《大学生》杂志社仅仅将“首都在线”作为被告无据的论点。^①当然,关于网络服务商是否应当适用“避风港”(safe harbor)原则,就本案而言,“首都在线”是否应负连带责任,也有学者至今是持肯定态度的,其理由:1.《考研胜经》未经著作权人同意,被上载到了首都在线,不符合我国著作权法的规定;2.“首都在线”上载《考研胜经》,如同出版社出版了侵权图书。^[7]其实,这种著作权保护,已经达到超国际水平的程度,并不利于我国网络的发展。姑且不论上述两个理由是否有据,仅以网络服务商在不知情并不能控制的情况下也应负侵权的“连带责任”这一点,便超越了至今各国作为参考标准的美国的保护水平。

诚然,美国关于网络服务商是否应承担侵权责任也经历了一个认识过程。1995年,美国政府提出了《知识产权与国家信息基础建设》报告,即所谓的《白皮书》。白皮书认为网络服务提供者应对网上的著作权侵权行为负责,无论是否知情或有无采取任何必要的措施。这反映了美国行政部门对网络服务商的责任主张采取严格责任标准。但事实上,这一政策遭到了网络服务商的反对。1998年,美国制订了《数字化千禧年著作权法》(the Digital Millenium Copyright Act of 1998/DMCA),修订了美国著作权法第512条,并适用

网络服务商避风港原则,即在暂时性数字化网络传输,系统自动存取,在使用人要求下将信息存储于系统或网络及搜索工具等四种情况下,网络服务商不必就用户侵犯著作权的行为负责。如首都在线是在不被控制的不知情的网络传输的情况下被控侵权,且在接到《大学生》的侵权通知后采取了停止李翔主页的上载和浏览,关闭复习指导栏目,积极与李翔联系等措施,按美国修改后的著作权法,无论李翔最终是否被认定为侵犯《大学生》著作权,首都在线均不必承担侵权责任。

在司法保护上,美国法院也同样走了两个极端,如1991年纽约州南区联邦地方法院判决库比公司诉计算机服务公司^②及1995年加利福尼亚诉北区联邦地方法院判决宗教技术中心诉Netcom在线通讯服务公司^③两案,都作出有利网络服务商的判决;而1993年Playboy杂志社诉Frena(BBS经营者)及1994年Sega诉MAPHIA两案,则对网络服务商采取了严格责任。Frena的用户在BBS上载和下载了Playboy享有版权的数字化的图片,Frena对用户上载侵权材料一无所知,而且发现后即将侵权材料清除,但法院却判决Frena承担直接侵权责任(direct infringement)。MAPHIA因出售的装置能够用于复制Sega享有版权的游戏软件,并鼓励用户上载和下载该软件,法院判决MAPHIA承担共同侵权(contributory infringement)责任。1995年宗教技术中心诉Netcom一案,是迄今美国法院所作的有关网络服务商责任最全面最权威的案例,判决对Netcom是否承担直接侵权责任、共同侵权责任还是代替责任(Vicarious liability),作出了创造性的见解。按其判决,李翔同该案另一被告Edlich一样,对原告著作权确实构成直接侵犯,但首都在线却与Netcom一样,即不必承担直接责任、辅助侵权责任,也不必承担代替责任。

四、网络环境中知识产权保护的思考

1. 商标与域名之争:驰名与非驰名之别;谁在造成差别?

自从互联网上出现了域名抢注,商标与域名的纷争便遍及世界各地。1999年6月北京市第一中级人民法院审理石家庄福兰德事业发展公司诉北京弥天嘉业技贸公司1998年10月12日注册pda域名侵犯

① 详见《人民法院报》2000年7月27日沈木珠《网络法律关系探讨》。该文完稿时间为2000年4月。

② Playboy Enterprises, Inc. V. Frena (M. D. Fla. 1993).

③ Sega Enterprises Ltd V. MAPHIA (N. D. Cal. 1994).

其1997年注册的PDA商标权利,^[7]这是我国域名与商标纠纷的第一案,但案件以原告败诉而告终;而2000年6月20日我国法院开庭审理的第一起涉外域名案件,荷兰“宜家”诉北京国网公司域名纠纷案,^[7]则是以原告胜诉终结。其中的关键,是原告诉求所涉是否驰名商标。

商标与域名之争,驰名商标比一般商标占据优势是网下商标权法向网上延伸的结果。不论是ICANN(因特网名称及编码公司)制订的UDRP(统一域名争端解决规则)及其批准的顶级域名抢注争议的争端解决者,^[8]还是我国法院的有关判决,国际《保护工业产权巴黎公约》对于驰名商标的特殊保护条款,均在其中起着决定性的作用。我国在荷兰“宜家”与北京国网公司域名纠纷案中,甚至由法院出面确认“IKEA”为驰名商标(往常驰名商标由国家商标局认定);ICANN1999年12月23日批准的国家仲裁论坛(NAF, National Arbitration Forum),则于2000年3月21日作出裁决,认定深圳腾讯公司在竞争域名中使用的“OICQ”与美国在线公司享有权利的“ICQ”混淆性相似及恶意侵权,不享有该域名使用的正当权利及利益等等,^[8]其间并不理会深圳腾讯公司在案发前早已以ICQ(一种著名的网络通讯和即时交流软件)为母本开发出类似网络即时交流功能的中文软件“OICQ”,并在中国互联网络用户中享有较高声誉,拥有逾250万注册用户的事实。笔者以为这是一起以驰名商标(ICQ实际是一著名软件名称)吞并相近域名(QICQ实际上是一种具网络即时交流功能的中文软件,其以软件命名的域名实际上就是起到一种即时导入腾讯公司网站的作用)的典型案,如果这种“混淆性相似”可以成立并导致应将域名转让予美国在线公司的话,今后争端解决机构将如何面对无数部分英文字母相同或相似相近的域名?须知全世界的英文字母毕竟只有26个,而专有词组,如“ICQ”,又是许多国家无数公司或个人在其工作或发明中均可能使用或涉及的。

综上,笔者虽不反对驰名商标在其权利保护方面多年来形成的在诉争中享有绝对优势的规定,但却认为,网下明显标记的传统商标制度似乎不完全适用于网上依字母组合以示区别的域名竞争,特别是国际仲裁论坛对“混淆性相似”及“恶意注册”(OICQ一案绝不同于TOPPEN抢注域名案^[7])的创造性运用之后,今后在先注册域名的生存,可能会成为互联网络发展的一个障碍。如国家仲裁论坛认为深圳腾讯“OICQ”域名属恶意注册,便不符合ICANN制订的《统一域名争端解决规则》中第4(b)条特别列举的四个用以证明“恶意”存在的证据,即注册及取得域名的主要目的是

为了出售、出租或转让取得利益等等。在这个问题上,笔者认为,我们不能因为互联网的出现而推翻现有的商标制度,但也不能使商标法制度自然扩展至域名领域。网络中的知识产权,基于一种新的资源,必然要适用一种新的规则。我们有必要探求这种新的规则。就算我们目前不能探求这种新的规则,那么,在网上似应首先适用保护在先权利的原则及维护公平竞争、排除恶意取得原则;如纯以知识产权的知名度为标准判输赢,定是非,甚至为维护驰名商标而不惜诬人以“恶意”,这本身就不是公平竞争的行为。但值得注意的是,我国学界目前却是更倾向于倡导把传统商标法制度的“知名度”保护搬到网上处理域名与商标之争的做法,认为这“正是维护公平竞争的需要”。^[9]

2. 网上网下版权之诉:邻接权人优胜;谁在保护不公平?

如果说,网上域名与网下商标纠纷发生的时候,驰名商标往往能够取得胜利;这时候,审理者往往下意识地在网上网下视为一体,以网下的传统法律适用网上新兴的知识产权。但是,当网下邻接权人与著作权人在网上发生纠纷时,立法者往往会偏向于出版商(就如美国1995年的白皮书),执法者却往往偏向于邻接权人,即为邻接权人行为找到法律依据。这两种情况,我国学界在引述中一般谓之特例。前者如上述美国在线诉深圳腾讯案,荷兰“宜家”诉北京国网案;后者则如美国全国作家联盟(National Writer' Union)主席泰锡尼(Tasini)诉纽约时报(New York Times)案。原告投稿的文章在被告报上发表,被告未经作者同意将整个刊物交给Lexi-Nexi电子数据库公司进行电子化处理,包括作成CD-ROM及置于电子数据库中供上网传播,原告就刊物中自己的文章要求著作权保护,但法院最后认定,美国著作权法第201条C款并没有明文限制所用的媒介,即只要被告是编辑作品整体的改版,并不是单就原告作品的处理,被告就其编辑作品的整体,包括原告的作品,依法享有以改版方式复制的特权,不必再征得各单篇作品的著作权人的同意。但是,我们应当知道,网下报纸整版内容中的单篇,读者很难在不对整版作出破坏的情况下予以剪裁,而且就是剪裁了某一单篇,这份报纸的单篇也就不复存在;而在网络上,“改版”复制发行的单篇却可以被“剪裁”下载并不破坏“整版”的篇章,而且可以为全世界无数的网民所使用。美国著作权法第201条虽规定未经著作权人的明示转让,集合作品的著作权人(邻接权人)不得将单篇作品予以重制、发行,但不限制可以将集合作品改版上网,这是未顾及网上特

点的司法判决;在这里我们已经看到,集合作品一旦上网,该“单篇作品”实际上已是可以被复制发行了。这就是笔者认为网上网下媒介特点不同,传统著作权法偏向邻接人导致知识产权保护失衡的原因。

3. 侵权人与侵权人之讼:网络的悲哀;谁在制造悲哀?

网络著作权侵权人诉侵权人,颇有中国古语“贼喊捉贼”的味道,然尽管难听,我国网络热起之初,却是经常发生的事情。如2000年6月蓝羽中心诉搜狐侵犯著作权,称其世纪奥斯卡网站的内容被搜狐抄袭达194页,近20万字;搜狐则称原告的文字是从其他图书中转载,不享有著作权。^[7]这里,我们无意探求纠纷的最后结果;但这种现象反映出来的问题,则是我们应当注意的。它除了表现我国网络服务提供者法律知识的贫乏之外,还表现了我国网站的急躁和轻浮。如同网下媒介一样,一个缺乏原创精神的网站,是没有生命力的。

或许因为立法疏漏,也许由于执法不力,我国网站资料侵权的状况近年来并未得到很好的制止,如不久前《生活资讯》杂志社发现北京沙岭信息技术公司所属的China Ren网站大量使用其杂志的文章和图片,甚至当《生活资讯》向China Ren网站发出函告,要求道歉并作出解释,该网站也没有引起充分注意并实施必要的致歉行动。最后,《生活资讯》不得不将China Ren告上法庭。^[7]这类官司,姑且不论时间的浪费,精神的投入,仅仅以金钱计,目前不论谁赢了都可能是个双方都受损害的局面;而这种格局对于中国网络的发展,却是有百害而无一利。

我国网络的建设,如同我国的软件业一样,目前落后于许多发达国家,也落后于一些发展中国家。网络的发展,需要加强知识产权的保护;但同时也要注意防止保护过当的倾向。鱼与熊掌,历来就不可能兼

而得之。在这个问题上要注意不同经济状况下应采取不同的保护方式与程度,如香港2000年6月经立法会通过,并于2001年4月正式生效2000年知识产权(杂项修订)条例;毋庸置疑,它丰富和完善了香港1997年的版权条例;但是,其中关于电脑使用盗版软件处理可能构成刑事犯罪及公司雇员使用侵权软件,尽管并非出售或经营谋利,也属于犯罪行为,可能承担法律责任等等规定,便不适应我国国民现阶段的经济状况。我国立法,似不宜生吞活剥,全盘借鉴。对我国学者认为香港知识产权保护“顺利完成本地化与国际化的改革,为中国大陆版权制度的完善提供了较好的借鉴”^[6]的意见,笔者不敢苟同。不论是从经济基础决定上层建筑的理论出发,还是从我国网络事业发展的角度考虑,我国网络环境中的知识产权立法,均应植根于我们的本土经济、本土文化及本土的司法实践。

参考文献:

- [1]张玉瑞. 互联网上知识产权——诉讼与法律[M]. 北京: 人民法院出版社, 2000.
- [2]李明德. “特别301条款”与中美知识产权争端[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2000.
- [3]苏号明. 美国商法[M]. 中国法制出版社, 2000.
- [4]薛虹. 数字化权之争[J]. 国际贸易, 1998(8).
- [5]王晨. 评美国近期关于数字版权侵权的刑事制裁立法[J]. 法学论坛, 2001(1).
- [6]夏利民. 香港版权保护制度的新发展[J]. 人民司法, 2001, (4).
- [7]周仪. 电子商务法律及案例[M]. 北京: 中国国际广播出版社, 2000.
- [8]邓炯. 规范域名抢注的国际立法新发展[J]. 法律科学, 2001(1).
- [9]冯晓青, 杨利华. 知识产权权利冲突及其解决原则[J]. 法学论坛, 2001(3).

On Protection of Intellectual Property Rights in Network

QIAO Sheng

(Nanjing College of Economics, Nanjing 210003)

Abstract: This paper probes into China's present copyright law in the limitation of protection in intellectual property rights in network on the basis of proving the trend of "copyright annexed by neighboring right" through analyzing the judicial situation of copyright protection in network from studying the present situation of protection of China's intellectual property rights. In the end, the paper brings out some opinions and suggestions on protecting China's intellectual property rights by comparing the protecting of intellectual property rights of the U.S with what is doing to protect the property rights in Hongkong.

Key words: network; copyright; trademark; domain name; protection by law

本文责任编辑: 林士平