

第四章 大陸案例

- 案例 4.1 王蒙等六作家控訴北京在線侵害著作權案
- 案例 4.2 上海榕樹下電腦有限公司控訴中國社會出版社
- 案例 4.3 微軟控訴亞都科技集團軟體侵權案
- 案例 4.4 陳衛華控訴電腦商情報社案
- 案例 4.5 微軟控訴廣州七喜電腦有限公司
- 案例 4.6 陳樹控訴朱德榮、貴州茅臺酒廠
- 案例 4.7 博達公司控訴上海深誼計算機技術有限公司
- 案例 4.8 中國音樂著作權協會控訴上海市演出公司等
- 案例 4.9 上海東方網控訴濟南夢幻想多媒體侵犯網頁著作權等不正當競爭案
- 案例 4.10 美國微軟控訴上海三菱電梯電腦軟體著作權侵權案

案例 4.1

王蒙等六作家控訴北京在線侵害著作權案

國別：大陸

案例類型：數位化著作權侵害

關鍵字：著作權侵害、互聯網網際網路、數位化作品、傳送權

案號：北京第一中級人民法院

日期：1999 年 9 月受理

壹、案情摘要

原告：王蒙、張潔、張抗抗、畢淑敏、劉震雲、張承志

被告：世紀互聯通訊技術有限公司

一審受理法院：中華人民共和國北京市海淀區人民法院

二審受理法院：中華人民共和國北京市第一中級人民法院

1999 年 5 月 31 日，王蒙、張潔、張抗抗、張承志、畢淑敏、劉震雲等六位著名作家，通過他們的代理律師，向北京市海淀區法院提起訴訟，狀告由「世紀互聯通訊技術有限公司」(<http://www.cenpok.net>) 主辦的「北京在線」(<http://www.bol.com.cn>) 網站，未經許可將他們享有完全著作權的文學作品登載到網上，從而侵犯了他們的權益，要求賠償經濟和精神損失。這是大陸首起因網路站點刊登他人作品而引起的著作權糾紛。

六位作家訴訟被侵權的作品分別為：王蒙《堅硬的稀粥》、張潔《漫長的路》、張抗抗《白罌粟》、劉震雲《一地雞毛》、畢淑敏《預約死亡》、張承志《黑駿馬》

和《北方的河》。

1998年4月，世紀互聯通訊技術有限公司（以下簡稱世紀互聯公司）成立"靈波小組"，並在其網站上建立了"小說一族"欄目，在該欄目中刊載了王蒙等六作家的上述作品，其中王蒙、張潔、畢淑敏等三位作家的作品是"靈波小組"成員從其他網站下載後存儲在電腦系統內，張抗抗、劉震雲、張承志等三位作家的作品是由他人以E-mail方式提供到世紀互聯公司的網站上後由"靈波小組"成員存儲在電腦系統內，然後通過WWW伺服器在國際互聯網上進行傳播。聯網主機用戶通過撥號上網方式進入世紀互聯公司主頁，再點擊頁面中"小說一族"後，進入"書香遠飄"頁面。在該頁面下有如下文字："本站點內容皆從網上所得，如有不妥之處，望來信告之"。在"書香遠飄"頁面中點擊"當代中國"頁面後，再點擊具體作者的作品名稱，用戶即可瀏覽或下載作品的內容。世紀互聯公司所刊載的上述作品均有作者的署名。

原告王蒙等六作家分別訴稱：原告分別是上述作品的著作權人，被告未經許可，在其網站上傳播使用了原告的作品，侵犯了原告對其作品享有的使用權和獲得報酬權，請求法院判令世紀互聯公司停止侵權行為，公開賠禮道歉，分別賠償原告經濟損失3000元、31500元、3150元、3000元、21900元、12000元，精神損失各5000元，並承擔案件訴訟費及調查費。

被告世紀互聯公司答辯焦點：

- (一) 法無明文規定。大陸法律對在國際互聯網上傳播他人作品是否需要取得作品著作權人的同意，怎樣向著作權人支付作品使用費用等問題都沒有任何規定；
- (二) 無過錯。我公司網站所刊載的原告作品，是從已在國際互聯網上傳播的資訊中下載的，而不是我公司首先將原告作品刊載到國際互聯網上的，因此不知道在網上刊載原告作品還需徵得原告的同意；且原告起訴後，公司已從網站上及時刪除了原告的作品，而且訪問"小說一族"欄目的用戶很少，沒有任何經濟收益；(三) 基於上述理由，本案並不構成過錯，而過錯是構成侵權的要件之一；因此我公司刊載原告作品的行為僅屬於"使用他人作品未支付報酬"的問題，並沒有侵害原告的著作人身權，因此原告主張賠償精神損失不能成立；(四) 原告主張的經濟損失，其沒有提供相應的法律依據。

貳、法律問題

1. 作品的數位化是否構成新的作品？
2. 權利人是否享有控制其作品互聯網上傳播的權利？
3. 被告行爲是否構成侵權？

參、法院判決

(一) 一審

北京市海淀區人民法院經審理認爲：

1. 王蒙等六位作家分別是案件涉及作品的著作權人。除法律規定外，任何單位和個人未經著作權人的授權，公開使用他人的作品，構成對他人著作權的侵害。
2. 作品在國際互聯網上傳播是使用作品的一種方式，著作權人有權決定其作品是否在國際互聯網上進行傳播使用。著作權法第十條第(五)項所明確的作品使用方式中，並沒有耗盡所有的作品使用方式。隨著科學技術的發展，新的作品載體的出現，作品的使用範圍得到了擴張。因此，應當認定作品在國際互聯網上傳播是使用作品的一種方式。除依法律規定外，非著作權人對著作權人的作品在國際互聯網上傳播時，應當尊重著作權人對其作品享有的專有使用權，並取得作品著作權人的許可，否則無權對他人作品進行任何形式的傳播使用。作品在國際互聯網上進行傳播，與著作權法意義上的將作品出版、發行、公開表演、播放等方式雖有不同之處，但本質上都是爲實現作品向社會公衆的傳播使用，使觀衆或聽衆瞭解到作品的內容。作品傳播方式的不同，並不影響著作權人對其作品傳播的控制權利。
3. 世紀互聯公司作爲網路內容提供服務商，其在國際互聯網上將原告的作品進行傳播，是一種侵權行爲。雖然在國際互聯網上的其他網站上亦有涉及原告的作品在傳播，但這與被告的行爲是否構成侵權無關。
4. 同時，被告作爲國際互聯網內容提供服務商，其豐富網站內容的目的是吸引用戶訪問其網站的經營行爲，在經營活動中是否營利，只是衡量其經營業績的標準之一，並不影響被告侵權行爲的成立。因此，被告未經

原告許可，將原告的作品在其電腦系統上進行存儲並上載到國際互聯網上的行爲，侵害了原告對其作品享有的使用權和獲得報酬權，被告應停止侵權行爲，並在其國際互聯網的網站上向原告公開致歉，以消除影響。

5. 原告提出的賠償精神損失的請求，不予支持；對原告的經濟損失賠償數額，法院將綜合被告侵權的主觀過錯、侵權的持續時間、侵權的程度等進行考慮。

1999年9月18日，海淀法院根據著作權法第四十五條（六）項及（八）項作出一審判決：

- （1）自判決生效之日起，被告停止使用案件涉及的原告的作品；
- （2）自判決生效之日起十日內，被告在其網站主頁上刊登聲明，向原告王蒙等六原告致歉，致歉內容需經法院審核。逾期不履行該義務，法院將根據判決書內容自行擬定一份公告，刊登在一家全國發行的報刊的電子版主頁上，有關費用由被告負擔；
- （3）本判決生效之日起十日內，被告向原告各賠償經濟損失 1680 元、720 元、1140 元、5760 元、4200 元、13080 元，訴訟支出的合理費用各 166 元；駁回原告要求被告賠償其精神損失的訴訟請求。

（二）二審（上訴審）

世紀互聯公司不服一審判決，向北京市第一中級人民法院提起上訴。上訴理由爲：

- （1）一審法院對案件的事實的認定中，有兩點未予指明。一是一審原告提交的證據顯示，世紀互聯公司的"小說一族"欄目主頁上載明如下內容："本站點內容皆從網上所得，如有不妥之處，望來信告之"；二是上訴人證據顯示，幾乎所有其他小說網站，均無權利人授權聲明或侵權警告一類的告示。以上兩點事實對於認定世紀互聯公司無過錯、不應承擔侵權責任有重要的意義(侵權是否一定以過錯爲要件，本案被告是否有過錯)，一審判決漏列是不妥當的。
- （2）關於網路傳送權問題。一審判決擴大解釋了法律。著作權法第十條第（五）項所列舉的作品使用方式，是指傳統的作品使用方式，不包括媒體國際互聯網路。在法無明文規定網路傳送權時，一審法院就將文字作品著作權人的專有權利延伸、擴展到網上傳輸，認定對已有網路資

源的利用、轉載已公開發表過的文字作品之數位化作品，亦應徵得著作權人許可，否則就是侵權。這是對法律的擴大化解釋，過分支持了著作權人的權利擴張，加重了網路傳播者的責任。

- (3) 網站沒有能力控制互聯網上的海量資訊，且上訴人已盡了告示義務。國際互聯網的開放性和交互性，使上訴人對網友 E-mail 過來的資料資訊難以控制，且上訴人已盡了告示義務。網上海量資訊（包括大量的不知名的人的作品）如果要一一取得許可，在實務中也不可能。網上使用作品報酬如按文字稿酬標準支付亦將使網路運行不堪重負。如一審判決那樣，不將上載與下載相區分，不將下載與網友 E-mail 相區分，不將直接責任與間接責任相區分，僅用"等方式"來套用新情況，使網路內容提供服務商承擔了不應承擔的法律責任，會影響到大陸新生的網路事業的發展，影響到公眾（包括作家）對網路資源的利用，影響到著作權人的實際利益。

北京市第一中級人民法院經審理認定，上訴人的上訴理由不能成立，上訴人的行為構成侵權，一審判決結果予以維持。

肆、 判決理由

二審判決理由：著作權延伸至網路於法有據。

- (一) 從著作權法第十條第(五)項規定可看出，大陸著作權法對於作品的使用方式採取的是概括式及列舉式並用的立法模式。大陸現行著作權法的核心在於保護作者對其作品享有的專有使用權。作品在網路上的使用是制定著作權法時所不可能預見的，雖然大陸著作權法未明確規定網路上作品的使用問題，但並不意味著對在網路上使用他人作品的行為不進行規範。若著作權人對作品在網路上的使用行為無權控制，那麼其享有的著作權在網路環境下將形同虛設。依法調整網路上的著作權關係，對互聯網的健康發展是必要的，也是有益的。在網路上使用他人作品，也是作品的使用方式之一，使用者應徵得著作權人的許可。因此，上訴人提出的著作權法第十條第(五)項所列舉的作品使用方式，是指傳統的作品使用方式，不包括國際互聯網的主張，無法律依據，不能成立。
- (二) ICP(網路內容提供者)有義務也有能力控制其提供到網上的內容，所以可以認定世紀互聯公司(上訴人)存在主觀過錯。世紀互聯公司作為網路內容提供服務商(ICP)，對其在網站上向社會公眾提供的內容是否侵犯他人

著作權應負有注意義務，且上訴人從技術上完全有能力控制是否將作品上載到互聯網上。就本案涉及的被上訴人的作品而言，不存在上訴人在上訴中所稱的"海量"資訊的問題。上訴人在使用該作品前，徵得被上訴人的許可，是完全可以做到的，但上訴人並未依法取得被上訴人的許可。上訴人雖然在其網站上刊登了"本站點內容皆從網上所得，如有不妥，望來信告之"的告示，但這並不能成爲其不構成侵權或免責的合法理由。同樣，其他小說網站刊登被上訴人的作品，是否獲得被上訴人的授權，是否載有侵權警告，與上訴人的行爲是否構成侵權無關，亦不應作爲其行爲不構成侵權的合法抗辯理由。因此，上訴人所稱的其主觀上無過錯的主張，不能成立（認定爲有過錯）。

- (三) "靈波小組"成員從其他網站上下載的被上訴人的作品，雖是以數位化形式存在，但其並不構成一部新的作品，該作品的著作權仍應歸被上訴人享有。上訴人在網路上使用該作品時，應依法取得被上訴人的許可。
- (四) 本案賠償數額問題。因目前對在網路上使用作品尚無明確的付酬標準，在雙方當事人對上訴人的侵權獲利及被上訴人因此而受到的損失均未提供確切證據的情況下，原審法院依據上訴人侵權的主觀過錯、侵權的持續時間、侵權的程度等因素所確定的賠償數額，並無不當之處。
- (五) 關於本案法律適用問題，一審法院所適用的著作權法第四十五條第（六）項，即"使用他人作品，未按規定支付報酬的"是侵權行爲，只適用於法定許可的情形，而在網路上使用他人作品，不屬於法定許可範疇。因此，原審法院判決適用此條款有誤，應予糾正。

上訴人在其網站上使用被上訴人的作品時，未徵得著作權人許可，而且該行爲又不屬於大陸著作權法所規定的合理使用行爲或法定許可行爲，故該行爲構成侵權，應承擔相應的法律責任，包括停止侵害、公開賠禮道歉、賠償損失。

伍、評析

(一)、傳統作品數位化是否構成新的作品。

本案首先要解決的問題是王蒙等六位作家作品數位化後還是不是著作權法意義上的「作品」，即是否屬於著作權法保護的物件；其次的問題是數位化後的作品是否仍是原來的作品，是否仍屬於原著作權人。

首先，數位化過程是否需要獨創性的勞動？數位化是將作品「翻譯」成電

腦能夠識別的二進位數字編碼，以運用數位資訊的存儲技術進行存儲，並根據需要把這些數位編碼形式的資訊還原的技術。作品數位化的過程並不是創作作品的過程，將傳統表現形式的作品轉換成機器識別的二進位編碼行為並不具有著作權法意義上的獨創性。就像雖然印刷術的發明是一個偉大的發明創造，但運用該方法或設備進行印刷或印刷出的文字並不因此當然具有獨創性是一個道理。可見，數位化作品與傳統作品的區別僅在於作品存在形式和載體的不同，作品的表現形式不會因數位化而有絲毫改變。

所以，直接創作的數位化作品不是一種獨立的作品類型，其仍屬於《著作權法》第三條規定的某種作品類型；而傳統作品數位化後也不產生新的作品，只是作品的載體有所不同，而作品載體的變化當然不影響作品的原有特性。所以，無論是直接創作的數位化作品還是傳統作品的數位化都屬於大陸現行《著作權法》保護的客體。

《中華人民共和國著作權法》（下文簡為《著作權法》）第三條列舉了 8 種典型的作品類型，應當說無論從立法者本意還是從《著作權法》第三條第（九）項的文意解釋上來看，該條的列舉都不是窮盡式列舉而屬於列舉未盡，這一點可從《著作權法實施條例》第二條進一步印證。該條概括了「作品」的概念和基本特徵「著作權法所稱作品，指文學、藝術和科學領域內，具有獨創性並能以某種有形式複製的智力創作成果」。該條認為具備「獨創性」和「可複製性」是作品的本質特徵，只要具備這兩點，都可以成為著作權法意義上的作品。所以，《著作權法》中的「作品」應是開放性的，作品類型可隨時代進步而增添，法律為之留下了充分的餘地。然而，《著作權法》並未過度放任這種自由，該法第三條第（九）項為「法律法規規定的其他作品」，即新的作品形態如果要獲得著作權法的保護，前提是法律法規有明文規定，法院不能任意擴大解釋作品的範圍。所以，即使技術發展產生了新的作品類型，《著作權法》也為之留下了比較充分的餘地。

（二）、著作權人是否有權控制將其作品上網和在網上的傳播行為

此為本案主要的爭議點和難點。

根據大陸法傳統，法院判決必須能夠從現有法律法規中找到依據，雖然不排斥法官的自由裁量和主觀能動性，但法官無權完全脫離現行成文法律法規，法官的自由限於以自身所具備的法律意識和理念，從現行法中找到與具體案例相符合的法律條文並作出邏輯嚴密的說理論證。因此本案最重要的任務在於對《著作權法》第十條第（五）項中「等方式」如何理解，因為它是本案在《著作權法》中唯一可能的突破口。

大部分專家學者認為《著作權法》第十條第(五)項中「等方式」是立法者在列舉了 11 種作者對其作品的專有使用方式後，預見到這種列舉不可能窮盡所有使用方式，為著作權(指財產權部分)隨著時代發展不斷擴展內容留下的餘地，也給法官留下自由裁量的空間。¹

但也有學者認為「等」字在中文中並非只有列舉未盡一種含義，「等」字還可表示列舉後煞尾，如北京、天津、上海、重慶等直轄市，所以，僅憑「等」字並不能得出《著作權法》第十條第(五)項中的「等」是立法者留下的擴展餘地的結論。²

當法律產生疑義，而立法者不能及時作出反應時，司法者的角色是什麼？它能在多大程度上發揮自己的作用呢？

在對概念法學的批判中，人們認識到傳統「三段論」推理方法過分高估成文法對現實生活的概括和周延，忽略法官主觀能動性，結果反而遏制了成文法的發展，那種認為僅從法律條文就可以得出唯一正確結論的說法只是一種幻想，人們越來越認識到依賴司法的靈活性解決成文法固有的局限幾乎是唯一可能的途徑。人們的分歧只在於賦予司法和法官個體以多大的裁量權和能動性，法官可不可以超越現行法律「創造」新的法律規則，或者法官的能動性只能局限於在成文法和現實生活之間充當「橋梁」。大陸法係固有的法律傳統和思維模式已經深深植根於我們的法律生活，所以目前大陸大多數學者認為法官的主動性仍不能完全脫離現行法律，仍然只限於後者，即「橋梁」，雖然學界已有不同意見出現³。我們暫不考慮那種比較超前的設想，僅就「橋梁」論而言，司法如何才能不負眾望，做到既嚴格遵守法律又能保證個案的妥當。作為一門方興未艾充滿生機的新興學科，法律解釋學給我們提供了很多種方法，仔細選擇運用這些方法能夠使法官智慧地貫徹法律精神而不是成為法律的奴隸。在法律解釋方法的採用上，專門的研究人員已經給了我們很好的建議：首先採用語義解釋，繼之以倫理解釋方法(包括體系解釋、法意解釋、擴張解釋、限制解釋、當然解釋、目的解釋、和合憲性解釋)，標準是能夠最終得出統一自恰的結果。⁴

¹ 參見韋之著：《著作權法原理》北京大學出版社 1998 年版 70 頁。

² 參見 壽步：“分析：六作家案一審判決質疑”載於<http://www.sina.com.cn> 1999/10/21

³ 參見梁慧星：“民法的解釋與利益衡量”載於《民法學說判例與立法研究(二)》國家行政學院出版社 1999 年版。在該文中梁慧星先生提出，要徹底超越概念法學，在司法過程中應有意識引入價值判斷和利益衡量，基於實質的判斷進行解釋，在個案判斷中考慮結果的正當性。對於原意比較模糊的法律條文(這個範圍是很大的)，適用時要考慮各種各樣實質的妥當性。他說：“在進行各種各樣細微的利益衡量之後，作為綜合判斷可能認定甲獲勝，得出這樣的初步結論後，再考慮應附上什麼樣理由，亦即結合條文，怎樣從論理上使該結論正當化或合理化，以形成判決。”與傳統“三段論”方法截然不同。

⁴ 參見 張志銘《法律解釋操作分析》中國政法大學出版社 1999 年版，第 184 頁

本案的分歧正是由於對法律文本語義出現了不同的理解。筆者認為目的解釋是解決本案法律文本歧義的最重要的方法，耶林在其《法律目的論》一書中認為「目的是所有法律的創造者，」在法律解釋和法律行為解釋上「目的論的方法是最重要的」⁵。從上述法官判決書中可看出，無論是一審海淀法院還是二審北京一中院法官都運用了目的解釋方法，試圖運用法律基本精神澄清出現歧義的具體條文。他們認為著作權法的核心（目的）在於保護作者對其作品享有的專有使用權，依法調整網路上的著作權關係，對互聯網的健康發展是必要的。所以著作權當然延及網路上的使用和傳播行為，雖然大陸著作權法未明確規定網路上作品的使用問題，但並不意味著對在網路上使用他人作品的行為不進行規範。由此，他們認為在網路上使用他人作品也是受《著作權法》規範的使用作品的方式之一，法律依據就在《著作權法》第十條第(五)項的「等」字。這種在法律條文意義不明確時，採取適當的法律解釋方法，並輔之以價值判斷和利益權衡，在判決中進行嚴密的說理和論證，當然最後必須落實到現行法律條文，正是一段時間以來法學界一直倡導的司法判決模式。

所以，雖然《著作權法》第十條的列舉中確實沒有出現作品的數位化權和在網上傳播的權利，但從著作權的立法目的和該種權利的性質分析，著作權人都應當對其作品在互聯網上的傳播進行控制，在現行《著作權法》框架內就可找到解決網路上此類案件的法律依據。

值得一提的是，在 2000 年 11 月 22 日最高人民法院發佈了《關於審理涉及電腦網路著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋》，其中第二條規定：「受著作權法保護的作品，包括著作權法第三條規定的各類作品的數位化形式。在網路環境下無法歸於著作權法第三條列舉的作品範圍，但在文學、藝術和科學領域內具有獨創性並能以某種有形形式複製的其他智力創作成果，人民法院應當予以保護。」著作權法第十條對著作權各項權利的規定均適用於數位化作品的著作權。將作品通過網路向公眾傳播，屬於著作權法規定的使用作品的方式，著作權人享有以該種方式使用或者許可他人使用作品，並由此獲得報酬的權利。」雖然這個解釋比王蒙案晚一年多的時間，王蒙案不可能以之為依據，但我們可看出海淀法院和北京一中院在一年前的判決與最高人民法院司法解釋的精神基本一致。

但本案所涉問題並不僅於此，利益衡量是本案必須考慮的。互聯網作為新生事物應予以保護，目前互聯網面臨很多問題，真正營利的網站很少，對之加以比傳統媒體更重的負擔，卻不相應地賦予權利，對互聯網的發展不利，作為發展中國家的大陸更應該考慮如何促進本國資訊行業的加速發展而不是過多地限制它，以免在新一輪的世界競爭中又被發達國家遠遠甩在後面，再次喪失發展良

⁵ 轉引自鄭玉波《民法債編論文選輯》(二上)，第 231 頁。

機。我們從法院判決中也明顯感覺到這種苦心，一方面必須維護著作權人利益，另一方面要盡量顧及互聯網站利益，比如本案判決賠償金額遠低於原告期望的數額，一方面是爲了不過度限制中國互聯網的發展，另一方面避免通過打官司來達到商業炒作目的。正如北京大學智慧財產權學院張平教授所講：網路作爲新興的「第四媒體」，但並沒有傳統媒體所享有的權利，比如報刊都有法定許可的權利；網路發展的趨勢將使現行著作權法認定的侵權行爲難以避免，與其「堵」，不如「疏」。國家可以考慮給網站一定的法定許可，不需尋求著作權人地使用許可，但明確使用後付酬的觀念。這樣可以在互聯網時代較好地平衡雙方的利益。⁶可見法院判決只是個案解決了問題的一方面，卻可能使其他方面更加失衡，必須配套以相關法律規定全面規範和平衡各方利益，方爲妥善之策。

(三)、本案被告是否侵權

如上文所述，被告未經許可擅自將他人作品上到網上並傳播，已經具備侵權的客觀要件。進一步要解決的是，智慧財產權侵權是否以過錯爲要件，其過錯如何認定，本案被告是否有過錯。

大多數學者認爲智慧財產權侵權應以過錯爲要件，因爲民法通則中以過錯原則爲基礎，並未將智慧財產權排除出去。同時大多數學者認爲不應完全貫徹過錯原則，但在輔之以無過錯責任還是過錯推定責任上有分歧⁷。本文不打算在智慧財產權歸責原則的應然性上浪費筆墨，因爲目前大陸對過錯推定原則、無過錯原則、公平責任原則、嚴格責任原則等範疇本身的概念與本質認識尚不一致，所以這種爭論的前提並不統一。本文將只從操作層面考察智慧財產權侵權如何認定，而不討論其應屬於哪種歸責原則。

僅從解釋現行法角度來看，《民法通則》中無過錯原則採取的是單純列舉式方法，僅針對特殊侵權行爲，這點從《民法通則》第一百零六條、第一百二十一、一百二十七條可以看出，而侵犯智慧財產權並不在列舉之列，所以，其仍屬於一般侵權行爲，應適用過錯責任原則。只是在過錯的認定方法上值得商榷，舉證責任倒置是當今世界之流行趨勢，將舉證責任加於被訴求人，除非他證明自己無過錯，否則認定其爲有過錯。這種舉證責任倒置的方法之所以在民事領域受到青睞（刑事訴訟和行政訴訟各有不同的舉證規則），是因爲一般常理來講自己對自己的行爲最有數，舉證要比他人容易的多，但並非完全免除對方責任，一旦行爲人提出證據，即使並未達到充分的證明作用，只要足以讓人產生合理懷疑，對方就

⁶ 參見：<http://dailynews.sina.com.cn/china/1999-11-2>

⁷ 參見：鄭成思：《智慧財產權論》法律出版社 1998 年版 第 253—274 頁；張新寶：《中國侵權行爲法》中國社會科學出版社，1998 年版，第 273 頁。吳漢東：“智慧財產權保護論”載於：《法學研究》，2000 年第 1 期，第 68 頁。

必須舉證推翻這種懷疑。在舉證責任的分擔上更加合理、公平，也更加有效率。

但在智慧財產權領域面臨另一個問題，由於知識產品的無形性，侵權行為可能完全脫離權利人的監控。按照傳統對於「過錯」的理解，（即「過錯」為明知或應知會侵犯他人權利仍為之），權利人為他人主觀過錯舉證極端困難，而侵權人卻很容易證明自己並非明知也不屬於應知，開脫非常容易，致使侵權往往難以認定。在實務中，侵權人很少因為「不知」而免責。所以，在智慧財產權領域，對於何種情況屬於「過錯」有著自己特殊的認定標準，有標準客觀化的傾向，而且不同侵權行為的「過錯」認定標準有所不同。實務中，往往是首先認定其是否構成侵犯著作權的行為，然後看其是否具有法定免責事由，像「權利限制」「不視為侵犯專有權的行為」「有關知識產品允許實施的行為」等都是法定事由，另外，民法中一些法定抗辯事由，比如不可抗力也可作為智慧財產權侵權的免責事由，一般不能以當事人已盡到合理注意義務為抗辯，如沒有特定抗辯事由出現，則認定為侵權。⁸

所以，在本案中被告方雖然提出若干理由，比如該文並非本站將之上傳到互聯網，不同網站之間互相轉貼文章非常普遍、本站已盡到告示義務、及時刪除所涉作品、網站營利很少等均不是《著作權法》認可的抗辯事由，僅能作為經濟賠償的衡量標準。被告提出的沒有能力控制網上海量資訊，如果屬實，倒可作為「不可抗力」免責，但事實上本案中被告完全有能力尋求著作權的使用許可，所以，被告方未經許可使用他人作品的行為構成了侵權。（張平、周曉冰）

⁸ 這種歸責方式似乎與英美嚴格責任更加類似。

案例 4.2

上海榕樹下電腦有限公司控訴中國社會出版社

國別：大陸

案例類型：網路版權案

關鍵字：著作權侵害、合理注意、訴訟資格、數位化作品、出版權、
傳送權

案號：(2000)一中知初字第156號

日期：2000年12月1日

壹、案情摘要

原告：上海榕樹下電腦有限公司（下簡稱榕樹下公司）

被告：中國社會出版社（下簡稱社會出版社）

原告榕樹下公司於1997年12月創辦的「榕樹下」網站（<http://www.rongshu.com>）是全球最大的中文原創作品網站之一，在該網站上彙集了一大批網路原創作品。該公司分別於2000年2月17日、2月22日、3月1日、3月2日與《我的輕舞飛揚》、《假裝純情》、《聊天室泡妞不完全手冊》、《男孩喜歡和什麼樣的女孩聊天》、《聊天室套狼（郎）不完全手冊》的作者陳萬甯（筆名甯財神），與《長髮與君留》的作者施煜華（筆名航雲）、與《CHAT裏的睡美人》的作者顧敘（筆名Hecong）、與《網路CHAT女性防狼手冊》、《馬屁聖經（工作篇）》的作者季偉亮（筆名JASCHA）簽訂著作權許可使用合同，約定上述4位作者授予原告在全國範圍內自行出版或者由原告再許可第三方出版上述作品的獨佔性出版權利，且如有第三人侵犯上述作品的獨佔性出版權利，由原告以「榕樹下公司」的名義向第三人主張權利。

被告社會出版社於 2000 年 4 月出版了《網路人生系列叢書》(簡稱《叢書》), 其中的《燭光夜話》、《寂寞如潮》、《愛若琴弦》、《幽默男女》、《網事悠悠》5 本書中, 未經榕樹下公司許可收進了本案系爭的《我的輕舞飛揚》等 9 篇文章。此前於 1999 年 12 月 31 日社會出版社(乙方)與叢書作者李洪濤(甲方)簽訂《網文叢書》圖書出版合同, 約定甲方授予乙方 5 年內, 在世界各地以圖書形式出版該作品的專有出版權, 該合同第二條還規定: 本作品係甲方本人創作(著、譯、編、繪、編著、編繪、編譯)的原稿, 保證沒有侵害他人著作權及違反大陸憲法、法律或導致其他法律糾紛的事情, 如有發生此類事情, 由甲方承擔全部責任, 並在承擔乙方蒙受的全部經濟損失的同時, 賠償乙方的名譽及精神損失費 1 萬元整。

原告認為: 被告的行為侵犯了榕樹下公司的專有出版權, 請求法院判令被告: 1、停止對榕樹下公司專有出版權的侵害, 立即停止銷售並銷毀書籍《燭光夜話》、《寂寞如潮》、《愛若琴弦》、《幽默男女》、《網事悠悠》; 2、在《新民晚報》、《北京晚報》和榕樹下網站(<http://www.rongshu.com>)刊登啓事向原告和各作者賠禮道歉; 3、賠償原告人民幣 10 001 元; 4、承擔本案的訴訟費用。

被告則認為: 1、原告訴社會出版社侵犯其專有出版權, 告錯了物件。社會出版社出版的《叢書》由李洪濤、劉懷宇等彙編, 於 2000 年 4 月出版。此前社會出版社於 1999 年 12 月 31 日與該《叢書》的作者代表李洪濤簽訂了正式的圖書出版合同。合同約定: 如果出現了侵犯他人著作權的情況, 由甲方(李洪濤等人)承擔全部責任。因此, 原告應要求彙編作品的編輯人承擔法律責任。2、原告混淆了彙編作品中編輯的義務與圖書出版過程中編輯的義務。即使編輯作品的整體著作權人侵犯了原始作者的著作權, 這與出版社在編輯出版該《叢書》時應負的編輯責任也是完全不同的兩個法律關係。彙編作品的編輯人對彙編作品享有整體的著作權, 也應對其作品承擔「文責自負」的法律責任。對出版社而言, 其僅僅承擔編輯出版過程中形式審查的責任。出版社不可能對文章是否侵犯他人著作權進行實質性審查。原告是將自己與編輯作品的編輯人之間的權利義務, 強加在出版者身上, 混淆了兩種不同的法律關係。因此, 社會出版社在編輯出版此書過程中沒有過錯。3、網路上傳輸的數位化作品並非是大陸著作權法明文規定的保護客體。目前法學界一般認為, 對數位化作品的下載應一概賦予「法定許可」的屬性, 即下載使用者不必徵得授權, 但要尊重作者的人身權利, 而且必須照章納費。社會出版社即是按照這一原則來要求編輯作品整體著作權人去解決有關權益問題, 向彙編作者支付的全部稿酬謝中當然包括了被彙編作品原始著作權人的報酬。4、彙編作品的編輯人取得原始作者的授權是在原告取得所謂的「專有出版權」之前, 故原告要求社會出版社公開賠禮道歉, 賠償損失沒有法律依據。該《叢書》的主編之一劉懷宇於 1999 年 6 月以前能即通過 E-mail 取得了包括陳萬

寧在內的各位原始作者和登載有關作品的網站的授權。而且，原告並非國家批准的出版機構，大陸也從未有任何法律法規規定網站對在網站登載的作品可以享有專有出版權。在本書編輯出版過程中，社會出版社已經盡到了必要的注意義務，對本書可能出現的侵權行爲的法律責任承擔，已與作者作出了明確的約定，原告指控社會出版社侵犯其專有出版權沒有事實和法律依據，請求駁回原告的訴訟請求。

被告於庭審後在規定期限內提交了由劉懷宇「取得」作者陳萬甯及有關網站「授權」的 5 份電子郵件介面的列印件（帶螢幕顯示）及其軟碟。在劉懷宇於 1999 年 6 月 16 日與甯財神（即陳萬寧）聯繫的 E-mail 上載明：「甯財神：您好，我將要在我的一本關於網路文化方面的書中選用來自你網站上的文章和其他網站上署名爲‘甯財神’的文章。我將在文章最後註明：本文作者：甯財神，網址：jb2ds.163.net。本著對你原創作品版權的尊重，避免今後引起糾紛，特寫信請求許可選用署名爲‘甯財神’的文章。希望及時給予回復。劉懷宇」。甯財神對此的回答爲：「你好，劉懷宇，特此授權，你的書中可以轉載我網站中的作品。但請告之你將轉載哪些文章。另：請書出來之後，將樣書寄給我一份。」原告榕樹下公司對上證據真實性和合法性均提出了異議，認爲上述證據上載明的資訊和日期是普通的電腦技術人員極易偽造和編造的，且爲當庭出示的陳萬寧本人的書面證明所否定。

貳、 法律問題

本案審理涉及以下 5 個問題：

- 1· 關於被告社會出版社在本案中的訴訟主體資格問題；
- 2· 網上數位化作品是否受法律保護的問題；
- 3· 原告榕樹下公司是否享有「專有出版權」問題；
- 4· 被告在出版含有本案所涉 9 篇文章的彙編作品時，是否審查該《叢書》作者取得了有關文章作者的授權？被告是否盡到了合理的審查注意義務？在主觀上是否有過錯？
- 5· 原告的訴訟請求是否應予支持？

參、 法院判決

北京市第一中級人民法院依照《中華人民共和國著作權法》第十條第（五）項、第四十五條第（八）項、第四十六條第（二）和第（三）項之規定，判決如下：

一、被告中國社會出版社於本判決生效之日起，立即停止出版、發行含有本案所涉《我的輕舞飛揚》等九篇文章的《燭光夜話》、《寂寞如潮》、《愛若琴弦》、《幽默男女》、《網事悠悠》書籍；

二、被告中國社會出版社於本判決生效之日起三十日內，在《新民晚報》、《北京晚報》上就其侵權行為向原告上海榕樹下電腦有限公司公開賠禮道歉。（道歉內容須經本院審核。逾期不執行，本院將公佈判決主要內容，其費用由被告中國社會出版社承擔）；

三、被告中國社會出版社於本判決生效之日起十日內，賠償原告上海榕樹下電腦有限公司一萬零一元；

四、駁回原告上海榕樹下電腦有限公司的其他訴訟請求。

案件的受理費 410 元，由被告中國社會出版社負擔（於本判決生效後 7 日交納）。

如不服本判決，可在本判決書送達之日起 15 日內，向本院遞效上訴狀及副本，並交納案件受理費 410 元，上訴於北京市高級人民法院，如上訴期滿後 7 日內未交納上訴案件受理費，按自動撤回上訴處理。

肆、 判決理由

1· 被告認為根據《叢書》出版合同，其不應作為本案被告，而應由《叢書》編輯作者作為被告。法院認為，被告社會出版社與編輯作者代表之一李洪濤簽訂的圖書出版合同，只能設定合同當事人雙方的權利和義務，僅對合同雙方當事人產生法律效力，不得對抗合同之外的第三方。因此，在出版社出版的圖書涉嫌侵權的情況下，出版社不能以其與編輯作者簽訂了出版合同，明文約定「編輯作者保證沒有侵犯他人著作權，如有發生此類事情，由編輯作者承擔全部責任」，作為免責的抗辯理由。被告對其出版涉嫌侵權圖書的行為是否構成侵權，存在法律上的利害關係，在原告對其提起訴訟的情況下，社會出版社應作為本案的被告。

2· 法院認為，數位化技術使作品傳播形式發生改變，但不改變作品本身。作者的作品於網上登載，其作品本身沒有發生變化，只是承載作品的載體由紙張書籍變成了網路。因此，網上使用作品仍應由著作權法予以調整和保護。被告辯稱網上數位化作品並非是大陸著作權法明文規定的保護客體，下載使用網上作品不必獲得授權沒有法律依據。

3· 被告認為原告不是國家批准的出版單位，國家也沒有任何法律規定網站對在網站登載的作品可以享有專有出版權，因此，原告對本案涉及的作品不享有專有出版權。原告依據其與作者簽訂的著作權許可使用合同所取得的只是「獨佔出版權」，而非「專有出版權」，因而原告無權主張專有出版權。原告認為，「獨佔出版權」與「專有出版權」是同一概念，專有出版權不是出版社的專用權利，原告方與作者簽訂的合同可以證明原告方享有「獨佔出版權」。法院認為，雙方對「專有出版權」和「獨佔出版權」的理解，均無法律依據，法院不予認可。雙方當事人是從不同角度對出版權進行的界定，但雙方解釋的不同並不影響原告依著作權許可使用合同取得的合法權利的依法行使。依據大陸著作權法的規定，著作權人有以複製、發行、改編、編輯等方式使用作品的權利，也有許可他人以上述方式使用作品並獲得報酬的權利。本案所涉 9 篇文章的作者將其作品的「獨佔出版權」許可給原告，從合同約定的具體權利義務來看，實際上是將其享有的對作品的複製、發行等使用權轉讓給了原告。原告與作者簽訂的「著作權許可使用合同」並未違反有關法律規定，係合法有效的合同。原告有無出版資格只影響其權利的具體行使方式及途徑，並不影響其權利來源的合法性及請求司法保護權利的行使，故榕樹下公司有權作為原告提出訴訟主張。

4· 法院認為，依據現行合同法，電子郵件可以作為合同的書面形式，也就是可以在訴訟中作為證據使用，但是電子郵件作為可採信的證據必須是該電子郵件係真實且合法有效。本案中，榕樹下公司對社會出版社提交的由劉懷宇取得何萬寧及有關網站授權的 5 份電子郵件的真實性和合法性均提出了異議，且在作者陳萬甯否認曾授權給劉懷宇的情況下，被告沒有其他相關的證據進一步予以佐證，故該授權能否成立不能認定。即使這些電子郵件的真實性勿容置疑，從其所載明的內容看，除陳萬寧外，並沒有其他 3 位作者的任何授權許可，即使是陳萬寧的「授權」，也沒有明確的授權許可，其內容缺少授權許可的必要條款，如許可使用的篇目、許可使用的範圍及具體書目等，因此該授權亦不能成立。而對於有關網站的授權，由於被告未提交證據證明有關網站有權許可他人出版其網站上登載的文章，故法院亦不予認定。綜上，被告提交的有關電子郵件並不能證明該《叢書》作者早於原告取得了本案所涉文章作者的合法授權。

被告出版的《叢書》屬編輯作品，因此涉及雙重版權問題。確實社會出版

社不必與被編輯作品的每一位作者訂立合同取得許可，而僅需與編輯作品的作者訂立合同取得許可，但作為出版社應審查編輯作品的作者是否得到被編輯作品的著作權人的明確授權，這是出版社應盡的審查義務。本案中，被告社會出版社並未對編輯作品的原始授權即作者和有關網站的授權情況進行詳細審查，在未確認《叢書》作者已經取得本案所涉文章作者明確授權的情況下，就與《叢書》編輯作品作者代表李洪濤簽訂出版合同，以致引起本案侵權糾紛，社會出版社在主觀上顯然有過錯。因此，被告沒有盡到出版者的審查注意義務，其出版《叢書》的行為侵犯了原告的著作權，應承擔由此而產生的法律責任。被告關於出版社僅僅承擔編輯出版過程中形式審查的責任，其在出版過程中履行了出版社的注意義務的主張，缺乏法律根據，法院不予支持。

5·基於上述認定，被告未經原告許可出版發行《叢書》的行為侵犯了原告的著作權使用權。原告請求判令被告停止侵權行為、賠禮道歉、賠償損失，法院予以支持。原告請求的侵權賠償額 1 萬元是依被告因侵權行為而獲得的非法利益和被侵權作品占該《叢書》的比例為計算依據，1 元的精神損失只是象徵性賠償請求，故法院認為原告的損失賠償請求主張於法有據，應予支持。

由於本案所涉 9 篇文章的作者並未作為共同原告向法院提起訴訟請求，故對榕樹下公司要求被告向各作者賠禮道歉的請求，法院不予支持。

伍、評析

本案是大陸第一起網站對傳統媒體提起的訴訟，因此引起了各界的廣泛關注。人們關注的焦點在於：傳統版權法是否適用於網路環境？在網上下載作品使用是什麼性質，需要付費麼？

長久以來，關於網上數位化作品是否適用於現行版權法的問題在大陸一直存在爭議。以網路技術人員為代表的群體認為，網路環境下無法保護也沒有必要保護版權人的利益；而在法律界，面對洶湧而來的著作權法律糾紛，也有一種法律危機感。本案原被告雙方就代表了兩派典型的意見：一方認為，網路上傳輸的數位化作品並非是大陸著作權法明文規定的保護客體，對數位化作品的下載應一概賦予「法定許可」的屬性，即下載使用者不必徵得授權，但要尊重作者的人身權利，而且必須照章納費；另一方則認為，大陸《著作權法》保護的是作品，是作品本身，而不是作品的特定載體形式和傳播方式，因此在網路上發表並傳播的網路原創與網路傳輸的作品，不因其曾經或者現在置於數位化載體形式和網路傳播方式而不再受大陸《著作權法》保護，其仍然屬於大陸《著作權法》保護的作品。

事實上，關於網路版權大陸目前雖沒有具體的法律規範，但並不意味著在網路下沒有版權保護，現代資訊技術沒有導致著作權制度的根本改變，互聯網上所有需要保護的作品，與傳統作品也沒有本質的區別，所以，現行版權法仍然適用於網路環境，無論是將傳統媒體的作品上網傳播，還是將網路作品下載出版，以及網路上不同服務商之間對作品的轉載，都屬於對作品的使用行為，需要經過作者的許可及支付報酬。對於作品的網路傳送權，在世界智慧財產權組織 1996 年 12 月通過的《版權條約》中已明確列為作者著作權的範圍，並且也得到大陸的承認。因此，法院以判決書的形式認定網上使用作品仍應由現行著作權法予以調整和保護，是本案的關鍵所在。

根據大陸著作權法，被告主張的「對數位化作品的下載應一概賦予『法定許可』的屬性」是沒有法律依據的。大陸著作權法第三十二條第 2 款規定：作品刊登後，除著作權人聲明不得轉載、摘編的外，其他報刊可以轉載或者作為文摘、資料刊登，但應當按照規定向著作權人支付報酬。但這條只適用於報紙雜誌，書籍要轉載或作為文摘、資料刊登的必須經過授權許可，而前文提到的四位作者都與榕樹下公司簽有《著作權許可使用合同》，榕樹下公司擁有這 9 篇作品使用權。

關於本案涉及的出版者在圖書出版過程中應盡的審查注意義務問題，大陸法律尚沒有明確規定。本案中法院認為：出版社應審查編輯作品的作者是否得到被編輯作品的著作權人的明確授權，這是出版社應盡的審查義務。此為法官在本案中通過判決給出的出版社審查義務標準，並將會給以後類似的案件提供示範。

本案中另一值得關注的問題是關於電子郵件的證據效力問題。大陸合同法承認電子郵件可以作為書面形式的合同，第十一條規定：書面形式是指合同書、信件和資料電文（包括電報、電傳、傳真、電子資料交換和電子郵件）等可以有形地表現所載內容的形式。但是根據大陸民事訴訟法的規定，任何形式的證據（包括作為書證的通過電子郵件訂立的合同）只有查證屬實才能作為認定事實的根據，並且書證應當提交原件。可是由於電子郵件的特殊性，很難向法庭提供原件。大陸民事訴訟的舉證責任原則是「誰主張權利誰舉證」，因此要由提出電子郵件證據的一方證明其真實性，可是由於電子郵件上載明的資訊和日期是普通的電腦技術人員極易偽造和編造的，因此在一方不予承認時要證明其真實性就必須依靠其他相關證據進一步予以佐證，但是正如本案出現的情況一樣，在實際當中要單方面證明電子郵件的真實性幾乎不可能。所以在現有技術水平和法律框架下，電子郵件要單獨作為證據，其證明力是不足的。

大陸著作權法第十條列舉了著作權的權利內容，其中第（五）項規定了使用權和獲得報酬權，即以複製、表演、播放、展覽、發行、攝製電影、電視、錄影或者改編、翻譯、注釋、編輯等方式使用作品的權利；以及許可他人以上述方

式使用作品，並由此獲得報酬的權利，本案中為榕樹下公司享有許可他人使用作品的權利。著作權法第四十五條、四十六條列舉了侵犯著作權的行為，以及應承擔的民事責任，其中第四十五第（八）項為彈性條款，即「其他侵犯著作權以及與著作權有關的權益的行為」，本文中，雖然涉及的糾紛不是著作權法上明文列舉的侵權行為，但應屬於「其他侵犯著作權以及與著作權有關的權益的行為」，因此適用現行著作權法，且侵權人應依法承擔相應的民事責任。著作權法第四十六條第（二）項第（三）項列舉的侵犯著作權的行為是：未經著作權人許可，以營利為目的，複製發行其作品的；出版他人享有專有出版權的圖書的。應承擔的責任是：根據情況，承擔停止侵害、消除影響、公開賠禮道歉、賠償損失等民事責任。可見，法院通過審理認定了被告社會出版社侵犯了上海榕樹下公司的著作權使用權。對於榕樹下公司提出的要求被告向各作者賠禮道歉的請求法院不予支持，因為該訴訟請求只有作者本人才有權提出，而本文中作者並非共同原告，因此法院駁回該請求合乎法律。

本案涉及的其他法律問題，在上文的判決理由中已有詳細論述，在此不再贅述。

在一審判決之後，被告向北京市高級人民法院提出了上訴，終審判決還有待時日。雖然本案尚在二審階段，但一審所作判決說理清楚，於法有據，對網路網路環境下著作權保護的司法審判將具有示範效應和案例研究意義。（張平）

案例 4.3

微軟控訴亞都科技集團軟體侵權案

國別：大陸

案例類型：軟體侵權糾紛

關鍵字：盜版、一體化、壟斷/反壟斷、訴訟適格

日期：1999 年 3 月 31 日（受理）-1999 年 12 月 17 日（判決）

壹、案情摘要

原告：美國微軟公司（Microsoft）

被告：北京亞都科技集團

受理法院：北京市第一中級人民法院

1999 年 4 月 28 日，北京亞都科技集團收到北京市第一中級人民法院傳票，告知美國微軟公司訴其侵犯其電腦軟體著作權，請亞都於 1999 年 5 月 27 日到庭接受審理。

作為原告方的美國微軟在訴狀中用如下文字準確表達了「事實和理由」：

MS-Dos、MS-Windows 95、MS-Office95、MS-Office97(Word6.0、Access97)等軟體是原告開發並享有著作權的電腦軟體產品，1998 年 11 月，原告授權代理人中聯智慧財產權調查中心在被告的辦公場所發現被告未經原告許可，通過盜版光碟擅自複製並使用上述軟體產品。在公證人員的監督下，海淀區工商局執法人員對被告的電腦進行了清查，發現被告共計非法複製並使用了 MS-Dos6.21 軟體 4 套、MS-Windows95 軟體 12 套、MS-Office95 軟體 8 套、MS-Office97 軟體 2 套、Foxpro2.5 軟體 4 套、Word6.0 軟體 1 套、Access2.0 軟體 1 套、Exchange4.0 軟體 3 套、Excel7.0 軟體 2 套。除以上軟體外，被告工程

師承認，被告營業用的五十台左右電腦內部都有盜版的微軟公司軟體。

被告的行為嚴重侵犯了原告的軟體著作權，構成非法複製，同時被告的行為也為其減少支出數十萬元人民幣，即非法獲利數十萬元，直接給原告造成 80 多萬元市場損失。依照《中華人民共和國著作權法》和《電腦軟體保護條例》以及有關國際公約，原告請求法院判令被告：

1. 立即停止侵權行為，賠禮道歉，清除影響。
2. 賠償因其侵權行為給原告造成的市場損失計人民幣 150 萬元。
3. 承擔原告支付的所有調查、取證費用。
4. 承擔本案的有關訴訟費用和律師費。

150 萬元的經濟賠償費加上包括調查取證費和律師費在內的 70 萬元，微軟總計向亞都索賠 220 萬元。起訴狀後面還附有美國國務卿奧爾布賴特和華盛頓州州務卿芝羅親筆簽名的證詞。

5 月 21 日上午，亞都集團在梅地亞中心召開了一次新聞發佈會，亞都總裁何魯敏在會上說，經逐一審查，該集團確有部分電腦安裝了非正版軟體。但是經過財務檢查，並未發現有購買盜版軟體的經費支出，所以這些軟體絕非公司購買和職務使用。此外，亞都的產品設計軟體、財務管理軟體和部分辦公軟體是完全合法的正版產品，其中包括 Windows95 和 WindowsNT。何魯敏說，在詳細調查有關情況後，覺得此次訴訟問題比較複雜，此案公開審理後可能會嚴重危害公司聲譽，也可能引發其他更大危害，因此亞都決心不惜代價，與微軟公司「打」到底。有關此次訴訟，亞都稱曾詢問過微軟（大陸）方面，但對方一開始稱並不知情，起訴亞都係由微軟美國方面直接操控。另外，由於微軟在大陸的軟體產品售價普遍高於美國，亞都稱不排除就價格歧視問題對微軟進行反訴。

貳、 法律問題

1. 被告適格問題；
2. 電腦軟體最終用戶責任問題；
3. 價格傾銷和壟斷行為與智慧財產權保護的利益均衡問題。

參、法院判決及其理由

11月18日，微軟公司訴亞都集團案在北京市第一中級人民法院公開開庭審理。出乎意料的是，雙方的舉證、質證並非人們一直爭論的話題：軟體最終用戶的法律責任問題。亞都將庭審的重點轉移到微軟是否告錯了物件。

支持微軟主張的主要證據為北京市海淀區第三公證處出具的公證書。庭審中，被告亞都集團的代理人對公證書提出異議，認為公證書上記載的取證地點為亞都大廈，並未明確是亞都集團，而在亞都大廈辦公的並非只有亞都集團；公證書所附筆錄的被詢問人崔××、鄺××係北京亞都科技股份有限公司的職工，與該公司訂立有勞動合同，他們與亞都集團無關。被告列舉了亞都集團和亞都科技公司的營業執照、勞動合同、土地使用證、房屋所有權證、調查筆錄、亞都集團與亞都科技公司的協定等證據，否認公證書的真實性及有效性，提出被告沒有實施原告訴稱的侵權行為，原告也未能舉證證明被告實施了該行為，所以亞都集團不是本案被告，不應承擔侵權責任，請求法庭判決駁回原告的起訴。

原告當庭提交了兩份證據，一份是公證員出具的證明，用以證實公證取證過程中崔××、鄺××自稱係亞都集團職工；另一份是新聞報道，用以證明亞都集團的總裁曾公開承認被告內部確有部分電腦安裝了非正版軟體。由於此二份證據在庭前未按規定進行交換，被告拒絕當庭質證。合議庭決定待交換後再進行質證。

由於雙方對於公證書的效力以及被告是否實施了原告指控的侵權行為爭議較大，所以合議庭將針對現有證據及雙方庭後補證情況再進一步研究確定。

庭後，亞都集團又提供了北京市海淀區人才服務中心出具的證明，證實崔××、鄺××在亞都科技公司工作，他們的人事檔案存放在該公司戶內。經法院調查核實，亞都科技公司為獨立企業法人。

1999年12月17日，北京市第一中級人民法院智慧財產權庭對微軟訴亞都案作出一審裁定並公開宣判。裁定認定，本案首先應根據已經查明的事實解決本案被告的主體資格問題。微軟提供的證據雖表明被控侵權行為地位於亞都大廈，但除亞都集團外，亞都科技公司的住所地也位於亞都大廈。公證書中雖有崔××、鄺××為亞都集團工程師的記載，但微軟未提供直接證據予以證明。而亞都集團提供的證據可以證明，崔××、鄺××並非亞都集團的職員。因此，公證書中有關崔××、鄺××的陳述，不能證明亞都集團實施了侵權行為。據此，法院認定，亞都集團不是本案合格被告，依照《中華人民共和國民事訴訟法》第一百零八條的規定，裁定駁回微軟公司對亞都集團的起訴；案件受理費500元人民幣，由原告

微軟公司承擔。

宣判後，亞都的委託代理人對裁定結果表示滿意。從微軟公司隨後向新聞界提供的材料上看，微軟對法院裁定的結果感到失望。微軟認為，這不過是亞都企圖拖延此案最終判決結果所施展的一種手段。雖然裁定駁回了微軟對亞都集團的起訴，但確認了亞都科技公司使用了盜版軟體。微軟公司隨後發表了關於裁定駁回微軟起訴亞都的聲明，對裁定結果表示失望，並表示將對亞都科技集團的子公司北京亞都科技有限公司提起訴訟。

肆、評析

1. 微軟訴亞都，何以受關注？

微軟訴亞都案不過是一件普通的民事糾紛案，是智慧財產權權利人依法保護自己正當權利的表現，何以引來眾多的議論？只因起訴者是微軟。

由於微軟的作業系統在市場上佔有絕對統治地位，資訊產業界和新聞媒體掀起了反對壟斷、挑戰微軟知識霸權的輿論高潮。微軟訴亞都案也被當作微軟樹立其霸權形象的表現之一。

在此之前，微軟公司曾經成功的起訴了幾家大陸電腦公司並獲得了經濟賠償：1994年5月，微軟公司向北京市中級人民法院先後起訴了包括北京巨人電腦公司、北京高立電腦公司在內的5家中關村企業，指控上述被告在銷售的電腦中預裝了非法複製的著作權為微軟所有的DOS、WINDOWS等軟體，開始了其在大陸打擊盜版的活動。經過法院主持調解和當事人的自行協商，微軟公司與高立公司等4家企業達成和解協定，4被告賠償微軟經濟損失，微軟公司撤回起訴。唯一由法院判決的是微軟公司訴巨人公司的案件，巨人公司不僅被判決公開賠禮道歉，而且要承擔26萬餘元的經濟賠償。至此，微軟公司的初戰以勝利告終。1998年，微軟再次掀起打擊盜版的高潮，連續起訴了北京民安投資諮詢有限公司和北京海四達科技開發公司，並再獲全勝，獲賠近80萬元人民幣。1999年1月，微軟起訴北京某公司，指控其在銷售的微機中非法預裝MSWindows95中文版和MSOffice97中文版軟體，請求法院判令被告停止侵權、公開道歉、賠償損失200萬元。

與以往不同的是，微軟此番起訴的非盜版軟體的銷售者，而是將矛頭直接指向軟體的最終用戶。

對於這一案子的爭論自然是鋪天蓋地，其中對微軟的指責更是不絕於耳，

有的文章甚至說微軟是在「賊喊捉賊」，林林總總的批駁當中表現出來的更多是民族主義情結。

但法律畢竟是法律，講求的是事實和證據。在道理和法律上亞都都會不利。「誤用」這個詞並不具備法律效力。

的確，公眾可以盡情地指責微軟對大陸民族利益和感情的傷害，因為亞都公司曾提出，按照微軟索賠的價格，全大陸至少要賠 2000 多億。這的確是一個驚人的數字。公眾也可以痛快地數落大陸自己的軟體業，「哀其不幸，怒其不爭」。因為亞都總裁何魯敏也尷尬地承認，對亞都來說，微軟作業系統還無可替代，因為大陸沒有同類產品。但情緒畢竟代替不了法律，民族利益和國民情感都是法律不能承受之重。

2. 關於被告適格問題的裁定結果

面對微軟的指控，「亞都」採取的對策是大打「民族牌」，此舉不但贏得了相當的同情，同時還把微軟推到了一個十分尷尬的地位。不過，儘管如此，人們仍普遍認為「亞都」將輸掉這場官司。豈料就在本案開庭前的最後時刻，「亞都」突然劍走偏鋒，拋出了「微軟公司在亞都大廈辦公場所發現的使用盜版軟體的電腦及現場提供證詞、證言的當事人都不屬於北京亞都科技集團」的殺手鐮。法院對此予以採信，並最終以「原告主張證據不足，北京亞都科技集團不是本案合格被告」為由做出了上述裁定。

這個結果無疑繞過了本案的關鍵問題——電腦軟體最終用戶責任的問題。因此，對於此問題的討論，並沒有隨著案件的結束而停止。

3. 電腦軟體最終用戶責任問題

對於最終用戶責任問題，智慧財產權界仍有較大分歧，有代表性的幾種觀點分別是：1. 軟體用戶明知或應知使用了侵權軟體的，構成侵權，應承擔法律責任；2. 軟體用戶購買、使用侵權軟體不承擔侵權責任；3. 營利單位和政府部門使用盜版應承擔侵權責任。

討論這一問題，必然涉及對現行《電腦軟體保護條例》第三十二條的解釋問題。

《軟體條例》起草部門原機電部在 1991 年 5 月向國務院提交的並經國務院常務會議通過的《關於〈電腦軟體保護條例（草案）〉的說明》（簡稱《草案說明》）是正式解釋。關於引起爭議的《軟體條例》第三十二條，《草案說明》指出：「鑒

於國際軟體市場情況複雜，往往有人推銷仿冒軟體，我們認為應打擊的是仿冒軟體的複製推銷者而不是上當受騙的善意獲得者。因此規定在根據合同獲得軟體而不知道該軟體是侵權物品的情況下，侵權責任應由該侵權軟體的提供者承擔（第三十二條）。」

在 1992 年原國家科委的《中國科學技術藍皮書（第 7 號）》中，對《軟體條例》第三十二條有如下說明：「這是考慮到當前大陸國內的軟體銷售商對於國際軟體市場上應遵循的法律知識和公認的規則懂得太少，容易上當受騙，需要著重教育，而不是懲罰，因而做出這條規定。」

因此，第三十二條規定的基本出發點是非常明確的，即為了保護大陸的國家利益。其本意是為「容易上當受騙」的「國內的軟體銷售商」免去責任。具體說來，該條要打擊的物件是「仿冒軟體的複製推銷者」，即「侵權軟體提供者」，不涉及最終用戶；要保護的物件是「容易上當受騙」的「國內的軟體銷售商」，也不涉及最終用戶。從上述兩份文件可以看出，這裏的打擊物件和保護物件都完全沒有涉及最終用戶。所以，將《軟體條例》第三十二條規定與軟體最終用戶聯繫起來的解釋都是不符合立法原意的。

我們應當認識到：在各國的智慧財產權立法中雖然存在一些共同的準則，但是，在多數智慧財產權為少數發達國家所擁有的現實情況下，智慧財產權的大陸國內保護水平事實上是與各國的國家利益密切相關的。我們應當在遵守大陸已經接受的「國際標準」的前提下，確立適應大陸國家利益的保護水平，制定從大陸國情來說切實可行的法律規範。

4. 價格傾銷和壟斷行為與智慧財產權保護的利益均衡問題。

聯想到比爾·蓋茲曾經說過類似「讓中國人先盜版去吧，等到他們離不開這些軟體的時候，我們再想個辦法去收錢」的話，看起來，微軟似乎認為，現在是收錢的時候了。

有消息指稱，這幾個訴訟案只是微軟一個龐大的反盜版計劃的開始，這將意味著它可以憑此案的判決順理成章地對所有它認為存在盜版問題的企業、政府機關提出鉅額索賠的要求。

可以想見，這一連串的智慧財產權案將引發一系列深層次問題的討論，包括如何理解智慧財產權，如何理解壟斷、特別是數位知識產品的壟斷，如何理解數位經濟等等。

這也許並不完全是一個法律上的問題，但是的確是和大陸的智慧財產權立

法和實務息息相關的所在，也是這個案件受到這麼多人關注和討論的原因。

對一個經濟欠發達的國家而言，由於人力資本稀缺，其產業結構中的「知識密集」型產品所占的比重還很小，主要靠進口來滿足對知識密集型產品的需求。在這種狀況下，對智慧財產權實行嚴格的保護會產生兩種不同的效果：(1)為大陸人力資本積累和「知識密集」型產品的開發提供強烈的激勵；(2)抑制了大陸國內市場對知識密集型產品的需求（因為這類「知識」的使用變得很昂貴）。從這兩種效果又會引發進一步的效果；(3)當對人力資本的激勵足夠大從而人力資本的增長和大陸知識產品的開發速度足以抵消保護智慧財產權所產生的對需求的抑制作用，而導致知識密集型產品的價格不斷下降時，知識生產過程的「規模經濟效應」就會不斷增長，專業化程度也就不斷提高，而專業化意味著人力資本的進一步積累，於是知識產品的使用與生產可以進入「良性迴圈」；(4)如果上述的效果(1)無法抵消效果(2)的影響，那麼由於與此項知識有關的經濟的規模不斷萎縮，知識產品的價格將不斷上升，從而迫使知識產品的使用與生產進入一個「惡性循環」。

上面分析說明：(1)一定保護水平的智慧財產權制度在任何一個發展中國家的適用性，首先取決於它是否符合經濟學的效率原則，即是否有助於與該項知識有關的「知識經濟」的規模不斷擴張，從而使該項知識的生產和使用進入良性迴圈；(2)當一定保護水平的智慧財產權制度產權符合經濟學效率原則時，發展中國家是否應當保護智慧財產權的問題從屬於發達國家與發展中國家的經濟關係（國際貿易的結構，比價不平等的程度，資本輸入的條件，國際收支環境，……）。這第二個觀點引導我們來討論智慧財產權全球一體化進程中與具體社會發展狀況之間的矛盾，即一體化的智慧財產權保護水平是否符合本土社會所理解的「公正」或「公義」。有些學著認為那些在本土社會被認為「非正義」的事情，不論是以法律的形式還是以強權的形式，都將難以貫徹。（張平、周曉冰）

案例 4.4

陳衛華控訴電腦商情報社案

國別：大陸

案例類型：著作權侵權糾紛

關鍵字：數位化作品、傳送權、3D 動畫、網路轉載、舉證責任、著作署名

案號：(1999)海知初字第18號

日期：1999年2月10日(起訴)-1999年4月28日(判決)

壹、案情摘要

原告：陳衛華

被告：成都電腦商情報社

受理法院：北京市海淀區人民法院

「3D 芝麻街」為國際互聯網上一個人主頁的名稱，網址為「<http://www.nease.net/~xmchang/3ds>」(<http://www.3d.yeah.net>)，版主署名為「無方」。該主頁於1998年1月開始上載文件，內容主要為有關三度空間動畫設計的文章。1998年5月10日一篇題為《戲說 MAYA》的文章被上載到該主頁上，作者署名為「無方」。1998年10月16日，成都電腦商情報社在其主辦的《電腦商情報》上刊登《戲說 MAYA》一文，文章署名為「無方」，該報在刊登此文的同時加注了編者按，稱「本文的出處也如同文中的3D發源一樣不詳，不過有一位鐵杆讀者、3D迷兼網蟲極力推薦」。此後，成都電腦商情報社在其作者資訊庫中保留了「無方」的欄目，欄目內容中僅註明作者署名為「無方」，並在稿費統計表中註明稿酬尚未支付。同年11月，陳衛華向成都電腦商情報社發出電子郵

件，說明其本人係《戲說 MAYA》一文的作者，同年 12 月 2 日，陳衛華又向該報社發出傳真，提出該報社應承擔侵權責任。成都電腦商情報社收到上述函件後拒絕了陳衛華的要求。陳衛華遂以成都電腦商情報社侵犯其著作權為由向北京市海淀區人民法院提起訴訟。

在一審審理過程中，經現場勘驗，陳衛華可修改個人主頁「3D 芝麻街」的密碼，並可上載文件、刪除文件，《戲說 MAYA》一文可被固定在電腦硬碟上並可通過 WWW 伺服器上載到「無方」的個人主頁上，在此文的頁面上標有「版權所有 請勿轉載」的字樣；成都電腦商情報社未提出相反的證據證明特殊情況的存在或《戲說 MAYA》一文已於上載前被報刊刊登，亦未提供讀者向其投稿的原始證據。成都電腦商情報社認可陳衛華即為「無方」。

原告陳衛華訴稱，1998 年 5 月 10 日我以筆名「無方」撰寫了《戲說 MAYA》一文並上載到我的個人主頁「3D 芝麻街」上，並註明「版權所有 請勿轉載」。1998 年 10 月 16 日成都電腦商情報社未經我同意將該文刊載於其主辦的《電腦商情報》第 40 期家庭版上，其行為侵犯了我的著作權，請求判令被告成都電腦商情報社公開賠禮道歉、支付稿費 231 元和懲罰性稿費 5 萬元。

被告成都電腦商情報社辯稱，《戲說 MAYA》一文是讀者於 1998 年 8 月通過電子郵件投稿到我們的電子信箱上的，該電子郵件中沒有「版權所有 請勿轉載」的內容，我們曾回函要求其提供作者詳細資料，但推薦者未能回函。同年 10 月 16 日我社在報紙上將該文全文發表，署名為「無方」，並在發表時加注編者按，註明「作者與 3D 一樣發源不詳」。我們同意以國家稿費標準付給《戲說 MAYA》一文的作者稿費 231 元，但是請陳衛華證明他就是作者「無方」，我社沒有主觀過錯，行為沒有構成侵權，故不同意道歉及支付所謂懲罰性稿費的要求。

貳、 法律問題

1. 著作權人對其數位化作品是否享有權利問題；
2. 關於網上作品作者身份的確定問題；
3. 關於網路轉載問題；
4. 關於侵權人承擔民事責任的具體方式問題以及侵權賠償的數額問題。

參、法院判決及其理由

北京市海淀區人民法院經審理認為，電腦商情報社侵權成立，理由如下：

第一、作品是指文學、藝術和科學領域內，具有獨創性並能以某種有形形式複製的智力創造成果。這種智力創造成果應當能夠在一定時間內被有形的載體固定下來並保持穩定狀態，為社會公眾直接或借助機器所感知、複製。本案所涉《戲說 MAYA》一文，係對 3D 動畫技術的一種文學化的描述，具有獨創性，能夠以數位化形式被固定在電腦硬碟上、通過 WWW 伺服器上載到國際互聯網上並保持穩定狀態，可為社會公眾借助聯網主機所接觸、複製，故該文章應視為受著作權法保護的作品。鑒於現尚無其他證據證明該文此前已經發表，故該文首次上載到個人主頁「3D 芝麻街」上的時間即為發表時間。

第二、大陸法律規定，如無相反證明，在作品上署名的人即為作者。個人主頁「3D 芝麻街」的版主與該主頁上《戲說 MAYA》一文作者的署名均為「無方」。雖然當前個人主頁的設立與使用並無明確的法律規定，但在一般情況下個人主頁密碼的修改、內容的添加和刪改工作只能由個人主頁的註冊人完成。陳衛華作為專業人員，能夠修改該個人主頁的密碼、上載文件、刪改文件，電腦商情報社據此已認可陳衛華即為「無方」，亦未提出相反的證據證明特殊情況的存在，故陳衛華應為「無方」，《戲說 MAYA》一文的著作權歸陳衛華所有。

第三、著作權是法律賦予作者對其創作的作品所享有的專有權利。陳衛華將《戲說 MAYA》一文上載到互聯網上發表，實際是在網路空間傳播其作品。電腦商情報社在其主辦的登有商業廣告的報紙上擅自刊載陳衛華的作品《戲說 MAYA》，為其商業目的擴大了該作品的傳播範圍，侵犯了陳衛華的作品使用權和獲得報酬權，故電腦商情報社應依法承擔侵權責任，停止侵權、向陳衛華公開賠禮道歉並賠償由此給陳衛華造成的合理的經濟損失。電腦商情報社以使用該作品無主觀過錯等為由拒絕承擔侵權責任的辯稱，與事實不符，於法無據，法院不予採信。

第四、當事人對自己的主張負有舉證責任。陳衛華要求電腦商情報社支付懲罰性稿酬 5 萬元，但未提舉相應的證據，對此法院將依電腦商情報社的侵權程度依法確定賠償數額，不再全額支持陳衛華的訴訟請求。

據此，依據《中華人民共和國著作權法》第十一條第一款、第二款、第四款和第四十六條第（二）項的規定，北京市海淀區人民法院做出判決如下：

一、自判決生效之日起，被告成都電腦商情報社停止使用陳衛華的作品《戲

說 MAYA》。

二、自判決生效之日起十五日內，被告成都電腦商情報社應在其主辦的《電腦商情報》上刊登聲明向原告陳衛華公開致歉（致歉內容須經本合議庭審核，如被告成都電腦商情報社拒絕履行該義務，法院將在一家全國發行的專業報紙上全文刊登判決書，有關費用由被告成都電腦商情報社負擔）。

三、自判決生效之日起十日內，被告成都電腦商情報社向原告陳衛華支付稿酬並賠償經濟損失共計 924 元。案件受理費 2017 元（原告預交），由被告成都電腦商情報社負擔（於判決生效之日起七日內交納）。

一審宣判後，原被告均未提起上訴。

肆、評析

此案雖然案情簡單，標的也不高，但是卻是大陸法院受理的第一例「從網上到網下」的互聯網著作權侵權案例。對於此案的評析，我們將主要關注以下幾個法律問題：

1. 著作權人對其數位化作品是否享有權利問題。

互聯網的出現，使傳統作品被數位化上載，並在網上流動，公眾可通過將作品臨時儲存在自己網路電腦的硬碟上來接觸作品。現行著作權法對涉及網路部分的著作權利及法律責任沒有做出規定，那麼在互聯網路中，作品的作者是否享有對其作品進行數位化轉換、複製和網上傳播等方面的權利。有學者提出了「網路傳送權」的概念，借此擴展版權人的權利。也有人認為，可借鑒著作權法第三十二條之規定，將作品數位化上網作為一種法定許可。這個問題直接影響到著作權人是否可以對其被數位化並在網路上傳輸的作品主張權利。

根據著作權法的規定，著作權人對其創作的文學、藝術和科學作品在法律規定的期限內，依法享有專有權利，體現在作者享有支配權，有權使用自己的作品和許可他人以任何方式和形式使用自己的作品。而作品的數位化是依靠電腦技術把一定形式的文學、數值、圖像、聲音等表現的資訊輸入電腦系統並轉化成二進位數字字編碼，以運用數位資訊的存儲技術進行存儲，並根據需要把這些被轉換成數位編碼形式的資訊還原的技術，將作品以文字形式置換成二進位編碼行為本身並不具有著作權法意義上的獨創性，數位化的轉換並沒有產生實質意義上的新作品。原作品數位化後，改變的只是作品的存在形式。這種將作品數位化轉換過程同著作權發展的歷史中出現的以攝影、錄音、影印等技術手段處理作品的過

程沒有本質的區別。作品新的表現方式或使用手段的出現，並不能否定作者對其創作在新的領域享有著作權。該數位化作品的著作權仍由原作品的著作權人享有。

2. 關於網上作品作者身份的確定問題。

在網路中，用戶一般是通過建立自己主頁來發表自己作品。但是按照法律規定，建立個人主頁是免費的、自由的，不需要與 ISP 訂立正式的合同，只要按 ISP 的要求填寫固定表格即可，表格中包括申請人姓名、性別、住址、電話號碼、所在城市、國家、電子信箱等，其中除電子信箱外，其餘內容均可以虛擬。網路上所發表的作品許多都是無署名和虛擬署名，需要借助其主頁來確定作者身份，而主頁登記真實性又差，在訴訟中，往往出現了一個看似奇怪的問題，「如何證明我是我」。在本案中，原告稱其本人就是「無方」，於是也就承擔了需要證明其與「無方」同為一人的責任。

根據網路運作的規律和自身的特點，我們一般可以在實務中遵循以下原則：

1) 文章上有署名：

(1) 文章上的署名為作者的真實姓名，應按著作權法第十一條第 4 款的規定：「如無相反證明，在作品上署名的公民、法人或者非法人單位為作者」，認定作者身份。

(2) 文章上的署名為作者的筆名，此時，原告應當舉證證明自己是該作品的作者。

2) 文章上無署名：

在這種情況下，原告的舉證責任更重一些。如果其有原始的書面稿件，則可以該稿件(草稿)作為主張權利的依據；如果其是直接在網上創作完成的，則其舉證就有相當難度，此時原告舉證到何種程度時舉證責任轉移到被告，是一個在司法實務中需要探討的問題。

本文中，原告在網上的署名為其筆名「無方」，原告採取的證明方法是：其持有「3D 芝麻街」主頁的密碼，可上網進入該主頁對密碼進行修改，並可上載文件、刪除文件，《戲說 MAYA》一文可被固定在電腦硬碟上並可通過 WWW 伺服器上載到「無方」個人的主頁上。而被告無法提出相反證據否認原告的作者身份，故法院對陳某的作者身份予以認定。

3. 關於網路轉載問題。

關於大陸著作權法第三十二條第二款規定的報刊轉載是否適用於網路環境下，是目前各界爭議的焦點問題。一種觀點認為，目前報刊、網站上的作品被相互轉載的情況普遍存在，而法律對此又無明確的規定，爲了使網路上這種無序的使用作品行爲得到及時、有效的控制，考慮到網主轉載他人作品前確也難以找到著作權人取得許可並支付報酬的實際狀況，以及促進方便網路資訊傳播，考慮網路產業與著作權人權益平衡等，在有關法律對此做出明確規定之前，將著作權法第三十二條關於報刊轉載的規定擴大解釋於網路環境，不失爲目前情況下一種可行的應急措施，這樣至少能使著作權人的獲酬權得以保障，使法官辦案有據可依。但在適用時，有兩點應當明確，一是網路上允許轉載作品的範圍不得超過著作權法第三十二條規定的作品範圍（錄音錄影製品、電腦軟體等顯然被排除在外）；二是應當註明出處。另一種觀點認為，報刊轉載本身就與伯爾尼公約、TRIPs等規定相悖，不能再將其擴大到網路環境下。此外，網路和報刊作爲資訊傳播媒體是有區別的，例如，在發行權問題上，根據《世界智慧財產權組織版權條約》第六條對發行權所作的新規定，發行必須具備作品原件或複製件所有權的轉移，而網路環境下無法具備這一要件，故網路中不存在發行問題。再有，在實務中著作權法第三十二條的執行情況並不理想，許多報社、雜誌社借報刊轉載之名連載他人的小說作品，以規避法律。因此，簡單地將著作權法關於報刊轉載的規定擴大於網路環境是有失妥當的。目前，國家版權主管部門正在籌備建立著作權集體管理組織，對作品的使用許可和報酬等有關事項進行統一管理，在與著作權人聯繫有困難的情況下，轉載、摘編人可以通過著作權集體管理組織聯繫，這樣就可以解決網主無法與著作權人取得聯繫的實際困難。

事實上，本案並未實質上涉及網路轉載問題，是由於原告在其發表作品的網頁上標有「版權所有，請勿轉載」的禁用聲明。根據著作權法第三十二條第二款的規定，「作品刊登後，除著作權人聲明不得轉載、摘編的外，其他報刊可以轉載或者作爲文摘、資料刊登，但應按照規定向著作權人支付報酬」，可見，無論網路轉載是否被法律所允許，著作權人已做出禁用聲明的作品是不能被轉載、摘編的。

一些媒體在轉載時加入了類似這樣的版權聲明：本人尊重轉載文章作者的版權，如作者對轉載有異議，請直接與我聯繫。這種看似合法、尊重他人的版權聲明不僅對作者沒有約束力，而且實際上已形成了對作者權利的侵害。同樣，本案被告電腦商情報在轉載時的編者按中的「本文的出處也如同文中的3D發源一樣不詳，不過有一位鐵杆讀者、3D迷兼網蟲極力推薦」的聲明也是沒有任何法律效力的，不能成爲其侵權行爲的免責事由。

4. 關於侵權人承擔民事責任的具體方式問題以及侵權賠償的數額問題。

傳統的侵權一般都是在報刊、書籍上行爲的，故而賠禮道歉的方式也是在上述媒體上進行，如責令侵權人發表致歉聲明等，但在網路著作權案中，由於侵權行爲發生在網路中，損害的後果也自然在網路中，因此，對權利人的致歉聲明是否也應在網路上刊播，法律對此沒有明確規定，這實際上也涉及到一個侵權行爲的傳播影響範圍和補救行爲的傳播影響範圍是否對等的問題。

實務中，在對侵權人承擔民事責任的處理上，我們傾向於按照承擔責任的範圍與侵權行爲的傳播範圍相對等的原則，確定侵權人承擔民事責任方式。通過對北京海淀區人民法院的一些判例的考察，我們也看到了這個原則在實務中的應用。

例如該法院在處理瑞得公司訴宜賓市東方資訊服務有限公司案中，由於侵權是從網到網，故判令被告在《電腦世界日報》(電子版)的主頁上刊登聲明。在六作家起訴世紀互聯通訊技術有限公司案中，判令被告在自己網站的主頁上刊登聲明，如不履行，法院將根據判決書擬一份公告刊登在全國發行的報刊的電子報主頁上。而在本案中，由於被告擅自將原告文章下載到電腦商情報上，故判決被告在該報上刊載致歉聲明。如不履行，法院將選擇一家全國發行的專業報紙上刊登判決書。

另外，對於網路著作權侵權中賠償數額的確定，也是一個值得討論的問題。

事實上，賠償問題一直是智慧財產權侵權案件的難點，而在網路著作權侵權案件中，這個問題更加複雜突出。普通作品的稿酬大陸「國家版權局」有規定的標準，網上作品是否與此相同。對網上侵權的賠償標準，由於對網上傳輸行爲本身就定性不明確，缺乏統一認識，給法院確定賠償數額帶來了困難。賠償是限於給付稿酬呢，還是取決於對著作權人造成的實際損害呢?有些學者，還提出了對網路侵權案件的懲罰性賠償問題，這都需要在司法實務中予以解決，因爲這是案件中當事人最爲關切的問題。

實務中，在確定賠償數額上，我們需要考慮了以下幾個方面的因素：權利人遭受的損害，用戶瀏覽或下載作品的次數，ISP 的廣告收益等等，在此基礎上按照國家有關付酬標準或有關行業慣例，並根據北京市高級法院《關於審理著作權糾紛案件若干問題的解答》第三十七條規定的計算方法來具體確定。

涉及到陳衛華訴電腦商情報社的案件，在被告拒絕提供其報紙發行量的情況下，受理法院參照了同類專業報紙的發行量(20 萬份左右)，按每份報紙利潤大約 0.5 分錢計算，最後確定被告賠償額以應付稿酬的 4 倍計算。

儘管對此結果，原被告均未提出上訴。但是這種計算方法中的倍數 4 也是很難找到合理的法律依據的。從實務中，我們看到，有關互聯網的智慧財產權侵權糾紛很多情況都沒有具體的法律規定，法院在審理這些案件的時候，一般都比照傳統媒體的保護方式，並加入互聯網的特殊環境對智慧財產權糾紛的影響因素判定糾紛。從包括本案在內的很多互聯網智慧財產權糾紛案件中，我們都看到了制定規範統一的、符合網路環境特點的具體司法操作規定是很有必要的。(張平、周曉冰)

案例 4.5

微軟控訴廣州七喜電腦有限公司

國別：大陸

案件類型：電腦軟體著作權侵權糾紛

關鍵字：軟體著作權、作業系統、著作權侵權、舉證責任

案號：(1999)穗中法知初字第 135 號

日期：1999 年 12 月 3 日

壹、案情摘要

原告：微軟有限公司

被告一：廣州七喜電腦有限公司

被告二：廣州爾豐電腦科技有限公司

原告微軟有限公司（以下簡稱「微軟公司」）是 windows 系列作業系統和 office 系列辦公軟體的著作權人。1999 年 3 月，原告在市場上發現，被告一廣州七喜電腦有限公司（以下簡稱「七喜公司」）未經許可擅自將原告享有著作權的 Window 98 軟體和 Office 97 軟體預裝於其生產的電腦中，在市場上銷售。

1999 年 3 月 31 日，廣州市工商局在七喜公司位於白雲山的製造廠進行檢查時發現裝有 Window 98 軟體，但沒有正版軟體標誌的電腦成品，遂沒收一台載有七喜公司的電腦生產記錄的電腦，電腦記錄載明，七喜公司 1998 年 7 月至 12 月共生產電腦 5884 台。

1999 年 7 月，微軟公司在南方電腦城 A106 號商號為廣州市爾豐電腦科技有限公司（以下簡稱「爾豐公司」）處購買一台被告七喜公司生產的原裝電腦主

機（以下稱「涉嫌侵權電腦」），並請廣州市天河區公證處當場公證後送往廣東省產品質量監督檢驗中心進行檢驗，檢驗結果：該機經測試，發現主機硬碟內預裝軟體有：WINDOWS 以及 OFFICE 系列軟體，而主機內沒有上述軟體的正版軟體標誌。於是，微軟公司向廣州市中級人民法院提起訴訟，要求被告七喜公司和爾豐公司停止侵犯微軟公司軟體著作權的行為、並公開賠禮道歉，賠償經濟損失人民幣 200 萬元等。

貳、 法律問題

本案是一起電腦軟體侵權糾紛案件，雙方爭議的焦點，具體來說有以下兩個方面：

（一）該涉嫌侵權電腦到底是否由爾豐公司售出？

被告爾豐公司辯稱，南方電腦城 A106 號與其工商登記註冊地址不同，爾豐公司沒有在該地點進行經營活動，該電腦並不是爾豐公司售出。而且，即使銷售了該電腦，其只是經銷商，對於電腦內安裝軟體的行為不知情，不應該承擔任何侵權責任。

原告通過以下幾個方面證據證明，該涉嫌侵權電腦是爾豐公司售出

首先，購買涉嫌侵權電腦公證書上記載的購買涉嫌侵權電腦的地點、商號名稱恰好與七喜公司 1999 年 8 月 10 日在《羊城晚報》上刊登廣告中專賣店的地點、以及商號名稱完全相同，同時爾豐公司承認其是七喜公司的經銷商。

其次，南方電腦城的鋪位出租記錄也顯示，在 1999 年 7 月該購機地點的承租經營者就是爾豐公司！

再次，七喜公司也當庭承認該涉嫌侵權電腦是七喜公司生產。

因此，上述證據聯繫起來表明，該電腦為七喜公司生產，並在南方電腦城 A106 號售出，該鋪位是七喜公司的專賣店所在，當時的承租人為爾豐科技有限公司，而爾豐公司又是七喜公司的經銷商，因而該電腦只能是爾豐公司作為七喜公司的經銷商售出，該售出行為的主體應對應爾豐公司，爾豐公司所謂非自己售出的抗辯不能成立。

（二）涉嫌侵權電腦主機內的軟體是否為七喜公司安裝？

被告七喜電腦公司辯稱，原告購買的電腦中的 WINDOWS 等電腦軟體非七

喜公司安裝，七喜公司所售出的電腦是未安裝任何作業系統的「裸機」。因而不存在任何侵犯原告軟體著作權的行為。

根據廣東省產品質量監督檢驗中心檢驗報告，涉嫌侵權電腦的檢驗結果顯示，該機開機後 C 盤根目錄下顯示 WIN98 安裝日期為 1999 年 5 月 6 日，該主機顯示的出廠日期為 1999 年 7 月 14 日，說明 win98 軟體的安裝在出廠前已經完成，七喜公司所謂「裸機」的抗辯不可能成立。。

參、 法院判決及其理由

雖然雙方在某些問題上仍有一定分歧，但最終達成和解，和解協定中，兩被告承認侵權行為，保證只使用正版軟體，同時承諾向原告訂購正版軟體，並賠償微軟公司經濟損失人民幣 50 萬元。

肆、 評析

本案主要涉及以下兩個法律問題：

1、未經電腦軟體著作權人許可，擅自將電腦軟體安裝到電腦中進行銷售的行為，是否構成侵權？

將電腦軟體安裝到電腦中的行為如何定性？這是本案原被告雙方爭辯的問題之一，電腦軟體不同於傳統的有形的作品，他必須存在於一定的載體上。從一個載體上轉載到另一個載體上的行為屬於哪一種作品使用形式？目前的法律已經對此給出了相應的規定。

案件發生時適用的《中華人民共和國著作權法》第五十二條給出了複製的概念，指以印刷、複印、臨摹、拓印、錄音、錄影、翻錄、翻拍等方式將作品製作一份或者多份的行為。

1991 年大陸國務院發佈的《電腦軟體保護條例》對複製作了進一步的解釋：「複製：指把軟體轉載到有形物體上的行為。」

2001 年 9 月 27 日修訂的著作權法，對於複製沒有新的闡述。

將電腦軟體安裝到電腦內，實際上是在電腦內形成了一件該軟體的複製品，是一種將軟體轉載到一種有形物體上的行為，構成了著作權法上的複製行為。未經軟體著作權人許可，擅自將電腦軟體的安裝到電腦中的行為，是一種非

法複製行爲，對著作權人構成侵權。

2、爾豐公司銷售裝有侵權軟體的行爲是否構成侵權

首先需要界定的是，銷售行爲屬於著作權法中的哪種行爲？

爾豐公司出售裝有電腦軟體的電腦，事實上是在向電腦購買者提供軟體作品的複製件。根據《中華人民共和國著作權法實施條例》第五條，稱「發行，指爲滿足公衆的合理需要，通過出售、出租等方式向公衆提供一定數量的作品複製件」。因而銷售行爲構成著作權法意義上的發行行爲。

再來討論，爾豐公司的發行行爲是否構成侵權？

根據案件發生時的《著作權法》以及《電腦軟體保護條例》的規定，著作權侵權判定使用一般的侵權判定原則，即過錯原則。知道或應當知道是侵權複製品仍然發行的，則構成侵權。對事先並不明知也不應知是侵權複製品，其發行行爲不構成侵權。

對於本案來說，爾豐公司在出售涉嫌侵權電腦時，爲顧客演示、檢驗測試電腦時已經注意到或者應該注意到該電腦內安裝非法複製的軟體，仍然向顧客銷售，其行爲具有明顯的故意。在主觀上存在過錯，客觀上實施了侵犯著作權的行爲，給著作權人的利益造成了損害，符合侵權構成的要件，構成了侵權行爲。

2001年10月27日修訂後的著作權法則引進了過錯推定原則，即當發生某人被指控侵權，但是被控人卻聲稱不知道是侵權或者不知是侵權物品時，由被控人證明其行爲和所售物品有合法來源，否則就認定被控人爲侵權人。這就是所謂舉證責任倒置。本案中如果適用新的著作權法，那麼就應該由被告舉證其行爲的合法性，從而就減輕了原告的舉證責任。（溫旭、劉延喜）

案例 4.6

陳樹控訴朱德榮、貴州茅臺酒廠

國別：大陸

案件類型：著作權侵權糾紛

關鍵字：著作權侵權、歌詞、歌曲、作曲、作詞、不正當競爭

案號：(2000)穗中法知初字第158號

日期：2000年11月22日

壹、案情摘要：

原告：陳樹

被告一：朱德榮

被告二：貴州茅臺酒廠有限責任公司

原告陳樹，於1993年創作了一歌詞，當時係一在校大學生，被告朱德榮當時已是一著名音樂人、作曲家。原告將該歌詞交被告朱德榮，希望被告為其譜曲，被告朱德榮將該歌詞作了部分修改，並譜了曲，歌曲名叫《九月九的酒》，這歌曲在全國及海內外很快流行起來。在出版物及音像製品上署名：作詞陳樹、作曲朱德榮。

1995年3月6日，陳樹給朱德榮出具授權書。授權書寫明：「茲有本人作詞的作品《九月九的酒》、《老鄉》、《曾經你是最美的等候》、《愛你無罪》，現已授權朱德榮先生全權獨家使用，任何人不得經朱德榮先生許可使用此詞，違者視為侵權。以上詞作費已付」。1996年9月，陳樹發表一聲明，該聲明「收回授權給朱德榮的代理權，並保留追回以前朱德榮代理我授權獲得的報酬的權利。」

爲此，雙方不和。

後來，廣州市唱片娛樂製作有限公司（其法定代表人爲朱德榮）申請「九」字商標。朱德榮還委託他人書寫了「九月九的酒」這幾個字，並以此爲基礎向專利局申請了名稱爲標貼（九月九的酒）、包裝盒（九月九的酒）的外觀設計專利，並分別被授予專利權。

一九九八年八月，廣州市唱片娛樂有限公司與貴州茅臺酒廠簽訂「關於合作開發‘九月九的酒’系列產品的協定」。協定約定，許可茅臺酒廠在其系列酒的產品及包裝物上獨家使用其註冊商標和外觀設計專利。後茅臺酒廠在其酒的包裝上及標貼上使用了上述外觀設計，即在瓶貼及外包裝裝潢上使用「九月九的酒」字樣。後一經銷商使用了部分演唱的《九月九的酒》歌曲作背景音樂在湖南衛視爲銷售該酒播放廣告。

原告訴稱：原告是《九月九的酒》歌詞及歌名作者，依法享有著作權。被告在未經其同意的情況下，擅自以所謂合作方式將《九月九的酒》的歌名作爲酒名銷售白酒，在該白酒的瓶貼及內、外包裝裝潢上使用「九月九的酒」字樣，並使用了演唱《九月九的酒》歌曲爲背景音樂做廣告促銷該酒，兩被告的行爲已嚴重侵犯了原告對《九月九的酒》的歌名和歌詞所享有的使用權和獲得報酬權。故請求判令：（1）立即停止侵犯原告著作權的行爲；（2）請求判令被告公開向原告賠禮道歉；（3）請求判令被告賠償因侵權造成的損失人民幣 300 萬元；（4）請求判令兩被告對侵權行爲造成的損失承擔連帶責任及承擔本案的全部訴訟費用。

被告茅臺酒廠辯稱：（1）其與唱片公司簽訂合作開發「九月九的酒」系列產品的協定，協定約定，由唱片公司將已獲國家專利局授予專利權的「九月九的酒」包裝盒、標貼的外觀設計許可茅臺酒廠使用。根據法律規定辦理有關手續，應受到法律保護。（2）歌名不應受到著作權保護，使用「九月九的酒」作酒名，不侵犯原告著作權；（3）關於湖南衛視做廣告之事，被告從未授權或授意任何人製作原告所指控的廣告作品。對此其不應承擔任何責任。

被告朱德榮辯稱：（1）其應是「九月九的酒」詞作者之一，歌名和歌詞有其創作成分，原告所訴稱「九月九的酒」的歌名和歌詞都是原告「獨立」創作的，是不符合事實的。（2）「九月九的酒」的歌名不享有版權保護。歌名只有與歌詞作一個整體時，才有可能獲版權保護，但當歌名脫離歌詞本身，不與歌詞使用時，不是一個作品，不應享有版權保護。（3）原告陳樹收回授權的「聲明」不具有法律效力，其有權依法使用該歌詞及歌曲名稱。總之，其根本不構成對原告的著作權的侵犯，請求法院依法駁回原告訴訟請求。

貳、 法律問題：

- (一)「九月九的酒」這個歌名是否享有著作權。
- (二)陳樹收回授權的「聲明」是否具有法律效力。
- (三)被告的行為是否構成不正當競爭。
- (四)播放歌曲促銷應付費但兩本案被告也不侵權。

參、 法院判決及其理由：

本案現在廣州市中級人民法院智慧財產權庭一審過程中，尚未判決。「娃哈哈」歌曲作者訴「娃哈哈」飲料公司侵犯其著作權，法院最後駁回了原告訴訟請求。而本案與「娃哈哈」著作權一案極為相似。

肆、 評析：

- (一)「九月九的酒」這個歌名是否享有著作權。

創作歌詞依法享有版權保護，但歌名是否享有版權保護？筆者認為，歌名只有與歌詞作為一個整體，才有可能獲得版權保護，但當歌名脫離歌詞本身，不與歌詞連用，只是一個單獨的歌名，就未必享有版權保護，理由如下：

1、歌名相同但歌詞不同的歌曲比比皆是，例如：《情人》這首歌，就有譚詠麟、楊林、BEYONE 的杜德偉唱的《情人》；《紅顏知己》有陳明和周慧敏；《步步高》就有陳樹作詞的《步步高》，還有付林作詞的《步步高》，由此可見，歌名相同，歌詞不同的作品各自作為一個整體享有版權，但歌名本身卻不能為某一個人所壟斷或獨佔。

2、論文的題目相同或論點相同，但文章表達方式不同，各自享有版權。不能因為文章的標題相同，就認為是侵犯其著作權。著名智慧財產權專家鄭成思教授認為「可包含完全不同具體內容的標題，是不應享有版權保護的，原因在於兩人各自的標題下具有毫不相干的內容。如美國《星球大戰》電視劇的版權人曾訴雷根政府「星球大戰」計劃侵犯了其作品標題的版權而未能勝訴。

3、「九月九的酒」是重陽節「九月九」與商品通用名稱「酒」的組合，這種組合就文字本身而言，沒有特別的創意，當其與歌曲聯繫在一起時，即指這首

歌的歌名；當其與酒聯繫在一起時，即是一種酒的名稱；當其與文章內容聯繫在一起時，即是文章的一個標題。必須特別強調的是，「九月九的酒」這五個字的組合在單獨使用時，不構成作品，不享有版權保護，如果構成作品，那麼其他人在任何場合下的使用豈不是都會構成侵權。你可以用「九月九的酒」作為歌名，我可以用「九月九的酒」作為酒名，不能因為使用「九月九的酒」作了歌名後，就可以限制他人在別的領域中使用「九月九的酒」。

4、在本案中，「九月九的酒」一詞在歌詞中具有有一定作用，但如果僅就該詞來看，其表現的內涵並不屬於某個特定人的思想獨特表現，也無法認為其反映了作者全部思想或思想的實質部分，不符合構成作品條件，不應受版權保護。

綜上所述，筆者認為，因此「九月九的酒」這個歌名是不宜受著作權保護的。一個作品整體受保護，其應該是一個有機的組合，並不等於其每個部分具體到每個句子，每個詞都單獨受著作權保護。

（二）陳樹收回授權的「聲明」是否具有法律效力。

筆者認為，陳樹收回授權的「聲明」，是不具法律效力的，理由如下：

1、根據《著作權法》第二十三條規定：「使用他人作品應當同著作權人訂立合同或取得許可……」一九九五年三月六日，朱德榮取得了原告歌詞的版權許可，同時由於朱德榮是曲作者，從而擁有《九月九的酒》整個作品的使用權。因為《九月九的酒》歌名是整個作品的一部分。朱德榮對此擁有使用權也不例外。該授權書包括了許可使用作品的方式、許可使用權利是專有權利、付酬等，基本具備了一個許可合同的主要條款，朱德榮對此支付了對價「詞作費」，作為一個具有合同性質的授權書，不論是從合同法來看，還是從民法最基本的公平、誠實信用原則來看，不能由一方單獨想撤銷就撤銷，特別是對於一方已支付了對價的情況下。合同發生爭議應由雙方協商、仲裁、訴訟來解決合同問題，而不能運用所謂「聲明」來解決問題。

2、根據該授權書，朱德榮有權許可第三人使用該作品。根據《著作權法》實施條例第三十五條之規定：「取得某項專有使用權的使用者，有權排除著作權人在內的一切他人以同樣方式使用作品，如果許可第三人使用同一權利，必須取得著作權人的許可，合同另有約定除外。」授權書寫明：「現已授權朱德榮先生全權獨家使用，任何人不得未經朱德榮先生許可使用此詞，違者視為侵權」。從這可看出，朱德榮取得的是專有使用權，同時，朱德榮享有許可第三人使用的權利。除法律規定不需許可情況下，任何人（包括原告）未經朱德榮的許可不得實施對該作品的使用行為，由於在授權書中未限制使用方式，應視為一切領域。所以，

原告在起訴狀訴稱：「從未許可任何第三人以商業運用為目的使用《九月九的酒》的歌名和歌詞」是不符合事實的。

3、根據陳樹「收回授權的聲明」，聲明收回的是代理權，而陳樹與朱德榮之間並非代理關係，而是一種版權許可合同關係。「聲明」對授權書不產生任何法律意義上的影響，所以，授權書至今有效，朱德榮仍有權獨家使用該歌詞及曲的權利。

（三）被告的行為是否構成不正當競爭。

有的學者認為「歌名不受著作權保護，但應受反不正當競爭法保護。」筆者不贊同這種觀點。

根據大陸《反不正當競爭法》的規定，二者之間必須具有利益衝突的競爭關係，才可能構成不正當競爭。而在本案中，這個前提都不存在，何來不正當競爭？「九月九的酒」的歌唱得越紅，「九月九的酒」的酒知名度越高；反過來喝「九月九的酒」酒的人越多，其歌也越出名。「九月九的酒」是好歌，「九月九的酒」是好酒，根本不存在任何競爭關係，也就不構成不正當競爭。

（四）播放歌曲促銷應付費但本案兩被告也不侵權。

某一經銷商在銷售「九月九的酒」的電視廣告中以《九月九的酒》這首歌曲作為背景音樂，如果經銷商或電視廣告製作播放單位依法支付了有關費用，是完全合法的行為，並不構成侵犯著作權。若尚未付費，著作權人有權追索（包括公司作者陳樹、曲作者朱德榮均有權追索）。但經銷商的行為與本案的兩被告無關，無論被告一還是被告二均沒有授權經銷商用《九月九的酒》的歌曲促銷，其行為應由其獨立承擔相關責任。

綜上所述，兩被告行為既不侵犯原告著作權，也不構成不正當競爭，原告的訴訟請求缺乏事實根據，也於法無據。（溫旭、王廣華）

案例 4.7

博達公司控訴上海深誼計算機技術有限公司

國別：大陸

案例類型：侵犯電腦軟體營業秘密

關鍵字：電腦軟體、營業秘密、著作權、證據保全、損害賠償

案號：一審：(1998)浦知初字第12號

二審：(2001)滬一中知終字第3號

日期：一審：2000年9月14日

二審：2001年3月22日

壹、案情摘要

原告：博達公司

被告一：孫巍

被告二：深誼公司

1998年8月，上海博達資料通信有限公司（以下簡稱「博達公司」）向上海市浦東新區人民法院起訴孫巍、上海深誼電腦技術有限公司（以下簡稱「深誼公司」）侵犯其電腦軟體營業秘密，要求法院判令孫巍及深誼公司停止侵權、登報道歉、消除影響、賠償損失。

原告博達公司訴稱，第一被告孫巍原是該公司工作人員，1996年6月27日、1997年3月20日，博達公司於孫巍先後簽訂兩份開發專案立項計畫書，由孫巍開發博達幀中繼網卡產品和博達 X.25II 型卡在 DOS 下的驅動程式。立項書中包含了保密條款，要求孫巍對開發過程中所涉及的博達 X.25II 型卡原始程式、

技術秘密、資料以及相關技術不得泄露。

1997年7月31日，博達公司開出退工通知單准許孫巍辭職。此後孫巍跳槽到第二被告深誼公司，參與了深誼公司 X.25 通信網卡的開發、研製工作。

博達公司認為，孫巍在跳槽到深誼公司以後，違反了立項書中的保密條款，向深誼公司披露了上述營業秘密（具體指（1）博達公司受讓的 MOTROLA 庫程式中源代碼的原始程式，（2）博達公司對 MOTROLA 庫程式的後續改進部分，（3）原告自行開發的 MAIN 子目錄下的 12 個軟體源代碼），並利用上述營業秘密參與深誼公司的 X.25 網卡的研製，致使深誼公司的 X.25 網卡與博達公司的產品幾乎完全相同，侵犯了博達公司的營業秘密。

審理中，浦東新區人民法院根據博達公司的申請，對孫巍、深誼公司採取了證據保全措施；並委託上海市電腦軟體發展中心對本案爭訟的電腦軟體作了鑒定。

孫巍辯稱：（1）其沒有非法取得或帶走博達公司的營業秘密。其所獲知的營業秘密係由博達公司交付；其在離開博達公司時，博達公司開出的歸還物品清單中不涉及 MOTROLA 庫程式；博達公司開出的退工通知單也可以推定博達公司認可 MOTROLA 庫程式不需要返還。（2）其沒有將上述 MOTROLA 庫程式提供給深誼公司或其他人，可以從深誼公司與博達公司網卡的卡上程式、驅動程式的設計思路的根本不同得到驗證。

深誼公司辯稱：（1）博達公司的網卡產品在國內外有多家企業生產，且都採用 MOTROLA 庫程式，故博達公司訴稱的營業秘密無秘密可言。（2）生產網卡產品必須遵循相同的國際標準，因此即使雙方的網卡產品相同也不構成侵權，事實上兩者的產品是不同的。（3）雙方的產品都是在 MOTROLA 庫程式的基礎上開發的，即使雙方使用的 MOTROLA 庫程式完全相同也不構成侵權，關鍵是雙方各自開發的軟體由於軟體編寫思路根本不同而不同，因此深誼公司不構成對博達公司的侵權。

貳、法律問題

- 1、在涉及電腦軟體的智慧財產權糾紛中，應該以何種案由起訴？
- 2、在提起訴訟時原告應該如何選擇案由？
- 3、能否以著作權和營業秘密兩種案由同時起訴？

參、 法院判決

一審：(1) 兩被告停止生產、銷售涉及原告自行開發的博達 X.25 網卡電腦軟體中 12 個文件的侵權產品；(2) 兩被告於判決生效後一個月內在《電腦世界》、《中國電腦報》上向原告賠禮道歉；(3) 兩被告於判決生效後十日內共同賠償原告經濟損失人民幣十萬元。

一審判決後，原、被告都提起了上訴：

博達公司的上訴理由是：(1) 對法院認定其受讓的 MOTROLA 庫程式不構成營業秘密不服；(2) 法院除判令被告停止生產、銷售侵權產品外，還應判令被告銷毀其已經生產的侵權產品；(3) 10 萬元的賠償金額過低。

兩被告的上訴理由是：(1) 對證據保全時保全的物件認定有誤；(2) 鑒定物件因此錯誤，從而得出錯誤的結論；(3) 博達公司自身提不出購買的 MOTROLA 庫程式的正版軟碟和授權書，故其產品本身是侵權產品，根本無權利可言；(4) 博達公司未在孫巍及其他員工離職時要求他們交還原始程式軟碟，故博達公司的原始程式不能構成營業秘密。

二審：駁回上訴，維持原判。

肆、 判決理由

一審：(1) 關於原告訴稱的營業秘密是否構成。博達公司所訴稱的電腦軟體營業秘密由[1]博達公司受讓的 MOTROLA 庫程式中源代碼的原始程式，[2] 博達公司對 MOTROLA 庫程式的後續改進部分，[3]博達公司自行開發的 MAIN 子目錄下的 12 個軟體源代碼組成。該三部分電腦軟體中，第[1]部分可以從互聯網上免費下載或可以從市場上購買獲得，因而不符合營業秘密不為公眾所知悉的特徵，因此不構成營業秘密。第[2]部分與原 MOTROLA 庫程式的差別是少量的、非實質性的，不足以否定其與原 MOTROLA 庫程式本質相同，也不構成營業秘密。而第[3]部分符合營業秘密諸特徵，構成營業秘密。

(2) 關於兩被告是否侵犯了原告的營業秘密。原告的構成營業秘密的 12 個文件與被告產品的對應文件相比大部分相同，而且差別部分又是少量的，非實質的。兩被告對此事實無法作出合理的科學的解釋。因此推定，負有保密義務的第一被告向第二被告披露了原告的營業秘密，侵犯了原告的營業秘密；推定第二被告應當知道第一被告的上述侵權行為並據此獲得並使用了原告的營業秘密，構

成對原告營業秘密的侵犯。

(3) 對於兩被告承擔的民事責任。兩被告應當停止侵害，賠償損失，賠禮道歉。由於原告要求賠償經濟損失的金額缺乏充分的證據，故參考被告被證據保全的帳冊並綜合市場、產品更新、侵權責任等各因素，合理、酌情認定兩被告賠償原告經濟損失 10 萬元。

二審：法院對本案歸納了五個焦點，並分別認為：

(1) 博達公司未能證明其訴稱的來自 **MOTROLA** 的庫程式原先就是 **MOTROLA** 公司的營業秘密，因此未能證明 **MOTROLA** 庫程式係博達公司經合法受讓後轉為其自身的營業秘密，故博達公司沒有主張此類軟體為其營業秘密的主體資格。其餘由博達公司自行開發且採取了保密措施的軟體，符合營業秘密的構成要件，應認定為博達公司的營業秘密。

(2) 由於在證據保全時，法院依法向第一被告宣讀過民事裁定書，因此第一被告對保全的物件是清楚的，不存在保全物件錯誤之事，也就不存在根據保全物件進行的技術鑒定的物件錯誤的問題。

(3) 雖然博達公司未在孫巍離職時交還載有其訴稱的營業秘密的原始程式的軟碟，但由於孫巍負有對博達公司的營業秘密保密的義務，故孫巍在離職後仍應信守保密協定，不得擅自披露、使用博達公司的營業秘密。

(4) 雖然博達公司未提供 **MOTROLA** 庫程式的原版軟體和授權書，但其提供了為購買該程式而簽訂的購銷合同以及出售軟體方開具的發票。由於軟體產品及其載體的特殊性，博達公司所稱的因間隔時間較長，原版軟碟和授權書已經損壞、滅失不違背常理。

(5) 法院在根據原告請求酌情確定賠償額時，綜合考慮了被告的帳冊、原告的包括律師費在內的調查費用等諸因素，故判決 10 萬元的賠償額並無不當。對於博達公司要求銷毀侵權產品的要求，由於未在起訴時提出，故法院對此未涉及不是漏判。

伍、評析

在本案的起訴階段，博達公司是以侵犯營業秘密權及著作權的案由起訴兩被告的，後來在審理過程中，博達公司撤銷了對電腦軟體的著作權的主張。那麼，對於涉及電腦軟體的智慧財產權糾紛，究竟應該以什麼案由起訴？在訴訟中應如

何選擇？能否兩種案由並訴呢？

從世界各國的立法、司法情況來看，包括大陸在內的絕大多數國家確認以著作權法保護電腦軟體。1994年4月簽署的TRIPs協定第十條第1款、1996年12月通過的WIPO版權條約第四條也都將電腦軟體作為《伯爾尼公約》意義下的文字作品加以保護。本案中，博達公司自行研製、開發的文件的著作權應當由博達公司所有，博達公司當然有權主張這些軟體的著作權。博達公司後續改進的某些MOTROLA庫程式，如果其改進程度能夠滿足著作權法中「改編」的要求並獲得MOTROLA公司的授權，其著作權也應該歸博達公司所有。

除了著作權保護以外，還可以採用營業秘密的保護方式保護電腦軟體。除了少數自由軟體外，絕大多數電腦軟體的原始程式是符合營業秘密的特徵，可以構成營業秘密的。因為即使公開發售的電腦軟體，一般也只向公眾公開其目標代碼（目的程式），而其源代碼（原始程式）是不公開的，甚至還要採取一些保密措施。本案中，博達公司的網卡產品及卡上程式雖然公開出售，但買到了網卡並不等於買到了網卡程式的源代碼。除了公司內部涉及程式開發的少數技術人員，該原始程式在客觀上是不為公眾所知悉的，在主觀上通過保密協定採取了保密措施，也構成了營業秘密。故博達公司也可以以營業秘密權主張其權利。

那麼，從訴訟技巧上說，在兩種案由都可能成立的情況下，第一，起訴時可以同時主張兩種權利，以便在案件審理中根據相關情況（例如證據保全的進展與技術鑒定的結果）進一步決定取捨。第二，在案件審理中必須作出案由選擇時，應該如何選擇起訴的案由呢？這要根據案件的具體情況，從侵權行為的構成加以選擇。著作權侵權案件中，最普遍的侵權行為之一就是剽竊、抄襲他人作品。由於著作權是一種依法自動產生的權利，因此「異曲同工、殊途同歸」地創造出相似、相同的作品並不會產生侵權的問題。構成抄襲、剽竊行為的條件是作品的實質性相似+侵權者對被侵權作品的接觸。本案中，經技術鑒定，博達公司的網卡程式和深誼公司的網卡程式基本相同，構成實質性相似。孫巍在博達公司工作時又接觸過該程式，跳槽至深誼公司工作後從事與博達公司相同的工作，因此兩被告對博達公司的電腦軟體著作權構成了侵權。

但是，博達公司的網卡程式不僅僅是自行研製開發的，其中還有很大一部分是未經改動的MOTROLA庫程式或MOTROLA庫程式改進而成的。在這種情況下，由於博達公司不是MOTROLA庫程式的著作權人，也不是MOTROLA庫程式的獨佔性被許可人，因此依著作權法就無法主張權利。但是事實上，博達公司為購買MOTROLA庫程式花費了鉅資，對該程式的後續改進也作了大量的工作，投入了大量人力、財力，在MOTROLA公司不主張自己的著作權的情況下，選擇侵犯營業秘密權作為案由是博達公司保護自身利益的另一種途徑。

與著作權侵權之訴相比，在權源方面，自行開發或許可使用足以證明其權利的合法來源。在侵權行為方面，營業秘密不限於披露、使用，僅僅是採取不正當手段獲取營業秘密就可以構成侵權。在舉證責任方面，在原告因雇員跳槽至被告處而提起的營業秘密侵權訴訟中，舉證責任經常由原告向被告轉移，被告需舉證自己獨立完成或另由其他合法途徑獲得營業秘密。

筆者認為，在涉及電腦軟體的智慧財產權訴訟中，侵犯著作權和侵犯營業秘密權都可以作為起訴的案由。具體選擇方案可參考下表：

	不為公眾知悉且 採取保密措施	自主開發或 獨佔性授權	非法獲取或披露	非法使用
著作權	√	√		√
營業秘密	√	√	√	√

從中可以看出，在符合秘密性的條件下，選擇以營業秘密為案由起訴能使原告獲得更加充分的保護。

另外，在起訴時原告能否以兩種案由並訴呢？根據大陸目前的司法解釋和法院的通常做法，在一案中，如果存在違約和侵權兩種案由並存的情況，法院會要求當事人在兩種案由中選擇一種起訴，但對於一個行為涉及侵犯多種權利的情況，依法是否必須要求當事人主張一項權利而起訴是值得討論的。筆者認為，依法不應該限制當事人在一案中同時主張多項權利，尤其是平行的而並不重疊與競合的權利同時對一個侵權行為起訴，如果侵權成立，應當判決被告停止這種涉及多種權利的侵權行為，但在經濟賠償上不應重復計算賠償額。（陶鑫良、吳海寅）

案例 4.8

中國音樂著作權協會控訴上海市演出公司等

國別：大陸

案例類型：著作權使用費糾紛

關鍵字：著作權集體管理、表演者、演出組織者、著作權使用費、訴訟資格

案號：一審：(1996)滬二中民初(知)字第58號

二審：(1998)滬高知終字第33號

日期：一審判決：1998年7月6日

二審裁定：2001年7月13日

壹、案情摘要

原告：中國音樂著作權協會

被告：上海市演出公司（簡稱演出公司）

上海市對外文化交流公司（簡稱交流公司）

浩島集團有限公司（簡稱浩島集團）

威方置業有限公司（簡稱威方置業）

威方置業（上海）有限公司（簡稱威方（上海）公司）

上海演出廣告公司（簡稱廣告公司）

一審受理法院：上海市第二中級人民法院

二審受理法院：上海市高級人民法院

1996年5月8日，中國音樂著作權協會向上海市第二中級人民法院提起訴訟，狀告張學友上海演唱會組織者——上海市演出公司、上海市對外文化交流公司、浩島集團有限公司、威方置業有限公司、威方置業（上海）有限公司、上海演出廣告公司侵犯其著作權，要求被告支付著作權使用費。這是中國大陸第一起涉及著作權集體管理的智慧財產權訴訟案件。

1993年12月，張學友個人演唱會欲在上海舉辦，上海市演出公司、對外文化交流公司會同浩島集團等單位辦理了演唱會的批文、許可證、落實演員、安排演出事宜，並作了其他前期準備工作，後演唱會因故推遲。1994年10月經批准，決定恢復舉辦張學友上海演唱會。

1994年11月10日，威方（上海）公司（甲方）與廣告公司（乙方）簽訂了《張學友大陸（上海）演唱會協議書》，約定甲方提供藝人張學友作為上海演唱會唯一表演者，乙方負責申請所有和演唱會有關之批文及簽證……。1994年11月20日的《文匯報》和29日《新民晚報》分別刊登了'94張學友上海演唱會的廣告，載明：主辦單位上海市演出公司、上海市對外文化交流公司、威方置業有限公司，承辦單位上海演出廣告公司。

1994年12月17日至22日晚，在上海體育館分別舉行了五場張學友個人演唱會。在演唱會上，張學友演唱了《相思風雨中》等30首香港、臺灣歌曲及一首其他歌曲。其中，有香港和臺灣詞曲作者創作詞曲的歌曲為12首，改編詞曲的歌曲為15首，改編歌詞的歌曲為3首。

中國音樂著作權協會係以集體管理的方式代表著作權人行使權利的非營利機構，從事音樂著作權集體管理活動。該協會與香港詞曲作者協會簽訂了1994年1月生效的《相互代表合同》，該合同規定，香港詞曲作者協會授權中國音樂著作權協會以自己名義行使其享有表演權的全部作品，並有權以集體管理的方式許可他人使用並收取使用費，有權通過包括訴訟方式在內的各種方式對未經授權、擅自表演的侵權人追究法律責任。中國音樂著作權協會獲悉該演唱會舉辦後，就有關著作權許可及使用費事宜，向演出公司、交流公司等交涉未果，遂提起訴訟。

原告中國音樂著作權協會認為諸被告的行為侵犯了其依法享有的著作權，要求法院判令被告支付著作權使用費591,387元及利息116,800元；支付原告調查被告侵權行為的合理費用並承擔本案訴訟費用。

被告答辯稱：（1）根據著作權法第三十五條「表演者使用他人為發表的作品演出，應當取得著作權人的許可並支付報酬。表演者使用他人已發表的作品進

行營業性演出，可以不經著作權人的許可，但應當按規定支付報酬，著作權人聲明不許使用的不得使用」，應由表演者支付著作權使用費，而非演出組織者，因此應由港臺權利人向表演者主張權利；(2) 取得演唱會主辦權，簽訂合同的是威方置業，而非威方(上海)公司，威方(上海)公司雖然在演出合同上蓋了公章，但是為母公司(威方置業)代蓋；(3) 浩島公司與藝寶娛樂製作(香港)有限公司已有協定，著作權使用費由後者支付；(4) 廣告公司與威方(上海)公司已有協定，關於著作權使用費的支付若有任何問題與廣告公司無關；(5) 演出公司、交流公司從事的是公益性行為而非營業性行為，且未參與演出利潤的分配，不應支付著作權使用費。

貳、 法律問題

1. 原告中國音樂著作權協會是否有權主張本案系爭的權利，是否具有原告資格？
2. 著作權使用費究竟由誰來付，主辦單位還是表演者張學友？
3. 演出組織者的內部約定是否具有外部效力？是否具有法律約束力？
4. 著作權使用費應如何計算？

參、 法院判決及理由

上海市第二中級人民法院經審理認為原告中國音樂著作權協會為著作權人的集體管理組織，其通過合同約定和法律規定，對本案系爭的 30 首已發表的港臺音樂作品被用於營業性演出，享有獲得報酬的權利，原告的該項權利受到法律保護。演出組織者使用已發表的作品進行表演，從事營業性演出，直接獲取演出門票收入，為營業性演出的直接受益者，應當支付著作權使用費，這是演出組織者應盡的義務。被告演出公司、交流公司、浩島集團、威方(上海)公司和廣告公司係'94 張學友上海演唱會的演出組織者，演出公司、交流公司從事舉辦演唱會批文、許可證等工作，威方(上海)公司提供演唱會表演者，負責舞臺、燈光、音響等工作，廣告公司參與經管演唱會演出收入及從事演出安排等職能工作。上述單位從事演唱會的組織活動，為營業性演出活動的權利義務主體，負有共同向著作權人支付報酬的法定義務，但未履行義務，是對著作權人獲得報酬權的侵害，應承擔連帶民事責任。按照有關規定，演出組織者應按每場門票收入的 7%，向著作權人支付其使用音樂作品的報酬。原告中國音樂著作權協會代表音樂著作權人行使權利，故上述被告應共同向原告支付報酬。被告威方置業雖在演出廣告

中被載明為演出主辦單位，但實際上未參加演唱會的組織活動，不是權利義務主體，故不承擔相應的民事責任。演出公司、交流公司參與了營業性演出的組織活動，辦理了有關手續，並領銜主辦演唱會，雖未主張獲取收益，係自願放棄利益，與著作權人無關，此舉不能對抗被使用音樂作品的著作權人這一善意第三人，不能免除其向著作權人支付報酬的義務。被告威方（上海）公司在有關協定上蓋公司印章的行為，直接表明了被告以自己名義從事民事行為，應就其民事行承擔相應的民事責任。作為演出組織者，自身所負的義務在未取得著作權人同意的情況下，不能因與他人簽訂有關協定或案外人的承諾而轉移或免除，有關協定對抗著作權人之條款無效。

1998年7月6日，法院作出一審判決：（1）被告上海市演出公司、上海市對外文化交流公司、浩島集團有限公司、威方置業（上海）有限公司、上海演出廣告公司共同向原告中國音樂著作權協會支付系爭音樂作品著作權使用費550,635.38元，利息人民幣207,810元，判決生效之日起15日內執行完畢。（2）原告的其他訴訟請求不予支持。（3）訴訟費13,531元，由原告中國音樂著作權協會負擔676.55元，被告上海市演出公司、上海市對外文化交流公司、浩島集團有限公司、威方置業（上海）有限公司、上海演出廣告公司共同負擔12,854.45元。

1998年7月，上海市演出公司、威方置業（上海）有限公司、上海演出廣告公司不服一審判決，上訴至上海市高級人民法院。上訴理由為：原審原告主體不合格，不具有訴訟主體資格；演出組織者應為七家：藝寶娛樂製作（香港）有限公司、新華社中國環球公共關係公司、華瀚國際文化發展公司、威方置業有限公司、上海演出公司、上海市對外文化交流公司、上海演出廣告公司，而非原審所列5家；目前法律並未規定延遲交付著作權使用費要付利息。

被上訴人中國音樂著作權協會在一審答辯的基礎上，進一步指出演唱會主辦單位是實際參與舉辦演唱會的單位，僅在相關批文和廣告中出現過但未實際參與演唱會舉辦的單位不是張學友上海演唱會的舉辦單位；被上訴人主張的著作權使用費及利息是依據最高人民法院規定的逾期利息計算的，合乎情理。

2001年7月，原告中國音樂著作權協會與諸被告分別達成和解協定。諸被告承諾共同支付原告著作權使用費55萬元，後實際支付10萬元。各上訴人相繼請求撤回上訴。2001年7月13日，上海市高級人民法院裁定准予各上訴人撤回上訴。

肆、評析

(一) 原告中國音樂著作權協會是否有權主張本案系爭的權利，是否具有原告資格？

鑒於本案是中國大陸第一起涉及著作權集體管理的智慧財產權訴訟，有必要對著作權集體管理制度加以介紹。著作權的集體管理是指「代表著作權人的集體組織，授權不同的使用人使用該組織成員的作品，並收取報酬分發給著作權人的行爲」。⁹著作權集體管理組織是代表著作權人行使權利的社會組織，通過把每一個成員的作品使用權集中在一起，統一管理，以一個統一的、法律承認的作者集體代表的身份與使用者交往，以協調著作權人與社會公眾的利益關係，保證著作權人權利的實現，提高效率，減少和避免糾紛。它的主要職能是以自己的名義代表作者向作品的使用者發放著作權使用許可；向使用者收取著作權使用費，根據著作權的使用情況向著作權人分配使用費；以自己的名義對侵權者提出包括訴訟在內的法律交涉；建立國際間的著作權集體管理網路，維護本國作者在外國享有的權利。著作權集體管理制度是隨著複製傳播技術的發展而發展起來的，技術的發展使得作品的使用範圍日益擴大，使用手段日益多樣化。著作權人沒有時間也沒有精力，確切瞭解自己的作品何時何地被使用，更無法收取報酬，因此著作權人需要一個機構代表自己解決這些問題，維護自己的合法權利。著作權集體管理制度應運而生。這種制度最先起源於法國，後來被世界各國所肯定，相繼建立了各種形式的集體管理組織。1826年，18個國家的音樂演奏權聯合會組成了國際作者作曲者協會聯合會，至今已有近170個會員組織。著作權集體管理制度對於音樂作品來講，則更為恰當和必要。因為歌曲和其他音樂作品較之一般作品更為容易傳播和使用，作為著作權人的詞曲作者的資訊有限，精力不足、分身乏術，不可能親自追蹤、監督與控制所有使用其音樂作品、演唱其歌曲的行爲。著作權的集體管理制度對於音樂作品的許可使用及報酬轉收是國際上普遍使用、行之有效的行業慣例與經驗模式，已為智慧財產權國際條約和各國著作權法律制度所趨同。由於作品的使用往往是超越國界的，為實現著作權人的全面利益，集體管理組織往往通過簽定著作權相互代表協定，互相授權，在各國和地區形成保護著作權人合法權益的全面網路。

香港詞曲作者協會是國際作者、作曲者聯合會的成員之一，它的著作權來自於其會員將自己音樂作品的表演權對該協會的轉讓。該協會的每一個成員在入會的時候必須與協會簽定一個合同，明確約定，會員作為轉讓者「將其目前所有或今後在其繼續保持該協會會員資格期間將由其獲得或將歸屬其所有之全部音

⁹ 吳漢東：《智慧財產權法》，中國政法大學出版社1999年版，第126頁。

樂作品在全世界各地存在之全部表演權以及這一表演權之各部分(不論是否受時間、地點、欣賞方式或其他方面所限),連同這一表演權之全部利益歸屬於該協會,包括在其繼續受該協會支配期間完全歸該協會所享有」。這一合同約定表明,香港詞曲作者協會會員已有的和未來創作的全部音樂作品在全世界範圍內享有的表演權均轉讓給該協會,以授權該協會以自己的名義行使其會員現在與將來之全部音樂作品的表演權。本案涉及的 18 位詞曲作者均係該協會成員,因此,所涉及的 24 首歌曲的表演權均已轉讓給香港詞曲作者協會這一著作權集體管理組織,以自己的名義在全世界範圍內行使。

大陸目前的著作權集體管理制度還剛剛建立不久,中國音樂著作權協會是經版權局批准於 1992 年 12 月成立的,並於 1994 年參加了國際作者、作曲者聯合會。大陸《著作權法實施條例》第五十四條規定:「著作權人可以通過集體管理的方式行使其著作權。」第七條第(三)項規定:國家版權局「負責批准設立著作權管理機構,涉外代理機構和合同糾紛仲裁機構,並監督、指導其工作」。《實施國際著作權條約的規定》第十六條規定:「表演、錄音或者廣播外國作品,適用伯爾尼公約的規定;有集體管理組織的,應當事先取得該組織的授權。」國家版權局根據上述規定批准成立了中國音樂著作權協會,並規定「協會是以集體管理的方式代表音樂著作權人行使權利的非營利機構,從事音樂著作權集體管理活動」。「協會管理的範圍,限於音樂作品的非戲劇性公開表演權、廣播權和錄製發行權。」「協會的基本職能是:1.登記音樂作品;2.基於音樂著作權人的授權向音樂作品的使用者發放許可證;3.向音樂作品的使用者收取使用費分配給音樂著作權人;4.追究侵犯音樂著作權者的法律責任。」1993 年 9 月 14 日《最高人民法院民事審判庭關於中國音樂著作權協會與音樂著作權人之間幾個法律問題的復函》中也規定了「音樂著作權協會可以以自己的名義對音樂著作權人委託的權利進行管理。發生糾紛時,根據合同在委託許可權範圍內有權以自己的名義提起訴訟」。

需要進一步指出的是 2001 年 10 月 27 日生效的新著作權法第八條明文規定了「著作權人和與著作權有關的權利人可以授權著作權集體管理組織行使著作權或者與著作權有關的權利。著作權集體管理組織被授權後,可以以自己的名義為著作權人和與著作權有關的權利人主張權利,並可以作為當事人進行涉及著作權或者與著作權有關的訴訟、仲裁活動」。這就從法律的高度明確了著作權集體管理組織的法律地位。

1993 年 11 月,中國音樂著作權協會與香港詞曲作者協會簽定了《相互代表合同》約定,無論是在「目前已經存在»,還是「在本合同期限內將產生」的雙方所擁有音樂作品,在對方所涉及的「管轄地域範圍」內,相互由對方代表已

方在對方的「管轄地域範圍」內行使表演權。換言之，香港詞曲作者協會享有表演權的全部音樂作品，其在大陸的表演權自 1994 年 1 月起已全部轉讓給本案原告以原告中國音樂著作權協會的名義行使，即原告有權以集體管理的方式許可他人使用作品並收取使用費，也有權以自己的名義通過包括訴訟的各種方式對未經授權而表演作品或未按支付表演報酬的侵權人追究法律責任。

因此，在本案中香港詞曲作者因創作而原始取得著作權，香港詞曲作者協會經作者授權繼受取得著作權的使用權和獲得報酬權，中國音樂著作權協會通過與香港詞曲作者協會的合同約定繼受取得該權利，成為本案系爭的二十四首歌曲的著作權人，因此，享有作為原告的主體資格。

另外，本案還涉及到臺灣詞曲作者創作的十首歌曲（其中四首與香港詞曲作者享有著作權的二十四首中的四首重合）。’94 張學友上海演唱會的時間是 1994 年 12 月，當時香港尚未回歸祖國。香港作為英國殖民地早已加入了《保護文學藝術作品的伯爾尼公約》，大陸也於 1992 年 12 月加入這一公約。根據《民法通則》第一百四十二條規定：「涉外民事法律關係的適用，依照本章的規定確定。中華人民共和國締結或者參加的國際條約同中華人民共和國的民事法律有不同規定的，適用國際條約的規定，但中華人民共和國聲明保留的條款除外」。大陸涉外民事法律關係的這一原則當時也適用於仍處於殖民地狀態的香港地區。因此，依據《實施國際著作權條約的規定》第十六條「表演、錄音或者廣播外國作品，適用伯爾尼公約的規定；有集體管理組織的，應當事先取得該組織的授權」，中國音樂著作權協會取得了香港詞曲作者對二十四首歌曲的著作權許可使用權和獲得報酬權。而對於臺灣同胞的著作權，大陸採取的是與大陸民事主體一視同仁予以保護的政策，因此，依據《著作權法》的第三十五條關於法定許可的規定：「表演者使用他人已經發表過的作品進行營業性演出，可以不經著作權人的許可，但應按照規定支付報酬；著作權人聲明不許使用的不得使用」（該規定在 2001 年 10 月 27 日通過的新著作權法中已被取消）、《著作權法實施條例》第四十九條的規定：「著作權人或者著作權人地址不明的，應在一個月內將報酬寄送國家版權局指定的機構，由該機構轉遞著作權人」以及國家版權局公告（第 2 號）關於中國音樂著作權協會職能的規定「根據國家版權局公告（第 1 號）由中國版權研究會承擔的著作權使用費的收轉工作，涉及音樂作品的公開表演、廣播和錄製發行的這一部分，改由協會承擔」，中國音樂著作權協會享有對法定許可使用報酬的轉收權。根據訴訟之前中國音樂著作權協會的查實，舉辦單位在演唱會舉辦後的一個月內，並未向臺灣的著作權人支付報酬，因此，中國音樂著作權協會依法取得要求演唱會舉辦單位支付報酬的權利。

綜合上述分析，可以看出本案中中國音樂著作權協會享有對系爭的三十首

歌曲的權利，具有原告的主體資格。進一步講，本案也在一定程度上證明了建立完善的著作權集體管理制度的重要性。如果沒有中國音樂著作權協會的存在，各個單獨的權利人 難以主張、甚至難以發現自己的權利被侵害，而且訴訟成本和社會成本也將會大增加。其實，著作權集體管理制度是一面雙刃劍，不僅保護著作權人的權利，為作品的傳播提供途徑，還為公眾提供了一種合法使用作品的便利條件。如果本案的舉辦方合法的使用作品，直接向中國音樂著作權協會支付報酬，較之分別向各詞曲作者支付報酬更加便捷和經濟。

（二）著作權使用費究竟由誰來付，主辦單位還是表演者張學友？

貫穿本案始終的一個重要問題是究竟是誰侵犯了著作權的使用權，誰負有支付報酬的義務。原告中國音樂著作權協會堅持認為依法應當由演唱會的主辦單位支付著作權使用費，而被告威方（上海）公司等則堅持認為應當由在演唱會上演唱這些歌曲的藝人張學友支付著作權使用費。

就案件的當時，與此相關的規定主要有：

著作權法第三十五條規定：「表演者（演員、演出單位）使用他人未發表的作品演出，應當取得著作權人許可，並支付報酬。表演者使用他人已經發表過的作品進行營業性演出，可以不經著作權人許可，但應當按照規定支付報酬，著作權人聲明不許使用的不得使用。」

著作權法實施條例第六條規定：「著作權法和本實施條例中下用語的含義是：（七）表演者，指演員或者其他表演文學、藝術作品的人。」第四十五條規定：「依照著作權法第三十五條的規定，表演者應當通過演出組織者向著作權人支付報酬。」第五十五條規定：「本條例由國家版權局負責解釋。」

國家版權局頒發的《演出法定許可付酬標準暫行規定》第一條規定：「演出組織者依《中華人民共和國著作權法》第三十五條第 2 款使用已發表的作品進行營業性演出，依本規定向著作權人付酬，但著作權人聲明不使用的除外」。

原告中國音樂著作權協會認為認定付酬義務人的關鍵在於「營業性演出」，「使用他人已發表作品」的使用者的定位基準不是歌是誰唱的，或者琴是誰彈的，而是誰在使用他人的作品進行營業性演出，進行營業性演出的表演者主體可以是演員個人，也可以是演出單位。進行營業性演出的演出單位可以是長期成建制的單一的演出團體，也可以是臨時組建的由多個民事主體集合成的演出組織。⁹⁴張學友上海演唱會就是由演出公司、交流公司、威方（上海）公司和廣告公司諸單位合夥舉辦的一次使用他人已發表的作品進行的營業性演出，進行演出的是這些單位而不是張學友個人。舉辦單位就是法律意義上的表演者，即民事

權利與義務的承擔者，經濟利益與風險的承受者。演員只是該演出單位的雇員，其演唱行為類似於職務行為或雇員行為，民事責任由雇主承擔。張學友得到的是其勞動報酬，是雇員在付出勞動後雇主給予的工薪對價，而不是經營紅利或利潤分配。

而被告則堅持認為，根據實施條例的規定，表演者指的就是演員和其他表演文學、藝術作品的人，只是通過演出組織者向著作權人支付報酬。

法院在審理中採信的是原告的主張，即由演出組織者承擔責任。這個問題的關鍵在於立法意圖的解釋和文件效力的區分上。按照著作權法的規定，表演者是包括演員和演出單位的，但按著作權法實施條例的規定，卻將表演者僅限定於個人，演出組織者只是支付報酬的途徑。但根據國家版權局卻明文規定了是由演出組織者向著作權人付酬的。因此矛盾主要表現為法律規範的衝突。按照大陸《立法法》的規定，大陸法律規範的層級分為：憲法——基本法律——法律——行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例——國務院部門規章、地方政府規章，其中下位法不能與上位法相抵觸，規章只能作為法院判決的參照適用。著作權法應該處於第三層次法律的範疇，著作權法實施條例是由國務院頒佈的行政法規，國家版權局的規定則是部門規章。由於語詞上的含糊，造成了法規與法律的衝突，規章與法規的衝突。法院依據國家法律——著作權法的規定，承認表演者包括演出單位無疑是正確的，但法律的規定的確存在著語意不清之嫌疑，極易產生歧意。

2001年10月27日生效的新著作權法對原法進行了修改，第三十六條第1款規定：「使用他人作品演出的，表演者（演員、演出單位）應當取得著作權人的許可，並支付報酬。演出組織者組織演出，由該組織者取得著作權人的許可，並支付報酬」，對這個問題正本清源，表明了立法的初衷就是由演出組織者承擔付酬的義務。

（三）演出組織者的內部約定是否具有外部效力？是否具有法律約束力？

本案中，被告廣告公司辯稱其就著作權使用費問題與威方（上海）公司多次磋商，在得到該公司作出其與藝寶公司（張學友之代理公司）交涉，如有任何問題與廣告公司無涉的保證並簽定相關協定後，才進行演唱會的具體操作。浩島集團稱其於1993年與藝寶公司簽定協議書，藝寶公司保證該演唱會演出所使用之音樂作品的著作權已得到相關著作權人的許可，有關音樂作品的著作使用費由藝寶公司向權利人另外支付。該主張的真實性問題和效力問題已由法院作出認定，在此並不展開論述，問題的焦點在於演出組織者的內部約定能否對抗著作權人之權利。

本案的權利主體涉及兩類權利人，其一是演唱會演唱歌曲之詞曲作者，因創作而取得原始著作權；其二是香港詞曲作者協會和中國音樂著作權協會，因原始權利人合法受讓而繼受取得著作權，是著作權的繼受主體。關於系爭作品的著作權只有這兩類主體可以處分，他人無權干涉，無論是張學友還是藝寶公司都無權處分。向著作權人支付報酬是演出組織者的法定義務，不能因非權利人的承諾而減輕或免除。

另外，在演出組織者與著作權人之間實際存在著因作品的使用而發生的債權債務關係，未經債權人（著作權人）的許可，取得許可和支付報酬的義務不能由債務人（演出組織者）與第三人的約定而擅自轉移。演出組織者與著作權人之間因侵權而形成侵權之債，合同當事人之間違約而形成的違約之債，是不同的法律關係，不能混為一談，不能簡單相互抵銷。

本案諸被告在演出活動中實際上構成一種類似於合夥的民事法律關係，按照傳統民法有關合夥的理論，合夥人的內部約定不能對抗不知情的善意第三人，因合夥產生的外部債務由合夥人共同承擔連帶責任。因此，諸被告不能以其內部約定對抗著作權人。如果被告所主張的協定合法訂立且真實存在，在被告向權利人承擔責任之後，可以合同之債向違約方追償。

（四）著作權使用費應如何計算？

著作權使用費的計算是本案最後、也是最為實際的一個環節，它關係到著作權人的權益最終能否得到實現。原告主張的數額是依據 1993 年 8 月 1 日國家版權局發佈的《演出法定許可付酬標準暫行辦法》計算的。該暫行辦法第二條規定：「演出作品採用演出收入分成的付酬辦法，即從每場演出的門票收入抽取一定比例向著作權人付酬。付酬比例標準：按每場演出門票收入的 7% 付酬。但每場不得低於應售門票售價總額的 2.5%。門票收入是指扣除演出場地費用後的實際收入。」對於著作權使用費的數額，當事人並無很大爭議。爭議的焦點是在是否應支付利息。被告認為，利息是孳息的一種，只有借貸行為、存款行為、票據行為、融資租賃行為才能派生出利息並受法律保護，目前法律並未規定著作權使用費晚交要支付利息。如前文所論述的，在著作權人和作品的使用人之間存在著實際上的債權債務關係，按照民法的有關規定，債務人逾期履行債務應當支付逾期利息。智慧財產權法是民法的一個組成部分，特別法沒有規定的應遵從民法的一般規定，因此，對於著作權使用費的延遲交付也應計算逾期利息。（陶鑫良、紀曉昕）

案例 4.9

上海東方網控訴濟南夢幻想多媒體

侵犯網頁著作權等不正當競爭案

國別：中華人民共和國

案件類型：網路不正當競爭

關鍵字：著作權、知名商品特有名稱、裝潢權、網域名稱、網站名稱、不正當競爭

案號：(2000)滬二中知初字第109號

日期：一審受理：2000年8月17日

一審判決：2001年4月24日

二審和解：2001年7月7日

二審裁定：2001年7月18日

壹、案情摘要

原告：上海東方網股份有限公司

被告：濟南夢幻多媒體網路開發中心

上海東方網股份有限公司(籌備組)於2000年2月成立後連續幾個月面向本市、全國乃至海外華人社區,通過報刊、電視臺、電臺和戶外廣告(街頭廣告、計程車及公交車輛車身廣告等)形式進行大面積、高強度、全方位地宣傳、推展上海東方網的企業形象及其創意的“eastday 東方網”網站服務品牌的活動。據

不完全統計，短短的幾個月內投入報刊、電視、廣播以及戶外廣告的廣告費用高達肆仟捌佰余萬元；而僅僅 5 月 28 日正式開通前的戶外廣告費用就有五百多萬元，電視廣播與電視廣告費用超過一千萬元。

在 7 月 31 日本案系爭侵權事實發生前後，該網站吸引日訪問人次已達數十萬，平均日頁讀數為 400 萬左右，累計訪問幾千萬人次。

據中國互聯網路資訊中心（CNNIC）於 2000 年 6 月 22 日至 7 月 10 日期間採取網上聯機調查和抽樣調查的“中國互聯網路網站影響力調查報告”載明，當時僅正式開通一個月左右的原告之“eastday 東方網”網站，就已經在全國類型眾多的互聯網路網站之影響力調查中躍居第三十六位；倘從新聞網站來看，原告之“eastday 東方網”網站的影響力居第二名，僅次於中央電視臺網站，排名於人民日報網站等之前。

2000 年 2 月，上海東方網（籌備組）因其尚未完成工商註冊，故委託解放日報社辦理了包括“eastday.com”和“eastday.com.cn”的四項網域名稱登記。2000 年 8 月，“eastday.com”註冊人已正式變更為上海東方網公司。

被告濟南夢幻多媒體網路開發中心（簡稱夢幻中心）系 1999 年 4 月成立的私人所有制企業，註冊資本 10 萬余元，從業人員九人。2000 年 5 月、6 月分別申請註冊了“eastdays.com”和“eastdays.com.cn”兩個網域名稱。同年 7 月下旬被告開通名為“eastdays.com 東方網”的網站，使用“eastdays.com”網域名稱。

7 月 31 日至 8 月 3 日凌晨期間，夢幻中心以<http://www.eastdays.com.cn>和<http://www.eastdays.com>的網域名稱和以“eastdays 東方網”的名稱在 Internet 上上載了與上海東方網網頁極其相似的網頁。仿用與原告相似的主頁頁面、頻道頁面、LOGO 裝潢、頁面設計、欄目佈局、文字色彩等，尤其是主頁頁頭和九大頻道頁頭，還有若干欄目或者鏈結圖示完全相同。夢幻中心使用了與“eastday 東方網”名稱極其相似而極易引人混淆的“eastdays 東方網”名稱；仿用了與上海東方網主要由規範字體的“eastday”英文文字、手寫體的“東方網”或者規範體的“東方XX”中文文字、含有 e 字母的網上明珠圖案和深底白字的載明“東方新聞”等九大頻道名稱的頻道條構成的十分相似的主頁頁頭裝潢和九大頻道頁頭裝潢。夢幻中心並自稱是“中國地區最大的提供新聞媒介服務和相關資訊服務的媒介網站之一”等廣告招商宣傳。

2000 年 8 月 3 日，夢幻中心在其“eastdays 東方網”上載了致網友的公開信，信中強調了被告決心將該網站建設成為極具影響力的新聞網站和綜合網站，“樹立一個在全國乃至整個世界的著名網路媒體品牌”。

此外，被告以自己的名義或下屬客戶的名義自 2000 年 3 月 16 日至 4 月 17 日還註冊了“e-sohu.com”、“e-sohu.net”、“soohu.com.cn”、“suhoo.com.cn”、“rongbaozhai.net”、“bank-of-china.net”、“xinmin.net”、“wenhui.net”等上百個與著名商標、商號相同或相似的網域名稱，上述網域名稱為被告或案外人所有，但管理均為被告或其法定代表人。

2000 年 8 月 17 日，原告以被告實施不正當競爭為由，向上海市第二中級人民法院提起訴訟。原告主要訴稱：(1)被告網頁頁面、頻道設置等與原告極為相似，侵犯了原告網頁頁面的著作權、知名商品特有名稱權和特有裝潢權；(2)被告在明知原告“eastday.com.cn”、“eastday.com”網域名稱及“eastday 東方網”網站名稱在網路空間已具有高知名度的情況下註冊與之相似的

“eastdays.com.cn”、“eastday.com”近似網域名稱，系惡意註冊。(3)被告在廣告招商中進行了虛假宣傳，損害了原告的商譽。被告的以上行為造成了網上混淆，構成了綜合的不正當競爭行為。據此，原告要求法院(1)判令被告立即停止侵害原告網頁頁面著作權的不正當競爭行為；(2)判令被告立即停止侵害原告“eastday”“東方網”知名商品特有名稱權益的不正當競爭行為；(3)判令被告立即停止侵害原告網頁頁面知名商品特有裝潢權益的不正當競爭行為；(4)判令被告立即停止在其網頁上進行虛假宣傳，損害原告商譽的不正當競爭行為；(5)判令被告立即停止使用和登出其惡意搶注的“eastdays.com”、“eastdays.com.cn”的網域名稱；(6)判令被告在原告網站以及《互聯網周刊》、《新民晚報》、《齊魯晚報》上向原告公開賠禮道歉，消除影響；(7)判令被告賠償原告經濟損失計人民幣 100 萬元。

被告主要辯稱：

(1)我國《著作權法》90 年立法時還沒有互聯網網路，故本案涉及的網路傳播的作品不受該法保護。

(2)本案中侵害著作權的糾紛只能適用《著作權法》，不能適用《反不正當競爭法》。

(3)本案是單一的網域名稱權利糾紛而不是不正當競爭糾紛。

(4)原告不是“eastday.com.cn”和“eastday.com”網域名稱的註冊人，作為原告的訴訟主體資格不成立，無權要求撤銷“eastday.com.cn”和“eastday.com”網域名稱。

(5)原告沒有“東方網”和“eastday”註冊商標權，它們也不是馳名商標，原告無權藉此要求撤銷被告含“eastdays”的網域名稱，也無權提起本案訴

訟。

(6) 國內外客觀存在多一個字母的不同網域名稱，也存在著中文名稱或者英文名稱相同的網站，所以，“eastday”、“eastdays”二個網域名稱和“eastday 東方網”、“eastdays 東方網”二個網站名稱也可應和平共處。

(7) 原告自己不是商品，原告的網站也不是商品，因此原告沒有根據主張知名商品特有名稱權和裝潢權。

(8) “東方網”的知名地域只及于原告進行報刊與街頭廣告宣傳的上海、北京、廣州等地，沒有延及山東與濟南，所以不能指控位於濟南的被告侵害原告的知名商品名稱權、裝潢權。

貳、法律問題

- (一) 本案系爭的網路傳播作品是否受我國現行《著作權法》保護？
- (二) 本案系爭著作權侵權糾紛是否適用《反不正當競爭法》？
- (三) 本案是單一網域名稱權利糾紛還是綜合性的不正當競爭糾紛，是否存在獨立的網域名稱權？
- (四) 原告要求撤銷被告惡意搶注之網域名稱所依據的知名商品（服務）特有名稱權是否存在？
- (五) 判認本案系爭“eastday”網域名稱與網站名稱的“知名區域”在那裏？

參、法院判決

- (一) 一審法院判決
 - 1· 被告停止使用原告網站的系爭頁面樣式、鏈結圖示的不正當競爭行爲；
 - 2· 被告停止實施虛假宣傳的不正當競爭行爲；
 - 3· 被告在原告網站上，以及在《互聯網周刊》、《新民晚報》、《齊魯晚報》上刊登致歉聲明，公開向原告賠禮道歉、消除影響；

- 4· 被告向原告賠償經濟損失，包括原告用於調查的合理費用，合計人民幣 30 萬元；
- 5· 原告的其他訴訟請求不予支援。

(二) 二審和解結果

2001 年 5 月，一審原被告均不服一審判決，向上海市高級人民法院提起上訴。一審原告主要上訴理由有：(1) 系爭網域名稱系惡意註冊，應予撤消；(2) 原告主張被告侵犯其網頁頁面著作權、知名商品特有裝潢權，不是內容重合，一審法院適用法律不當。一審被告在一審答辯理由的基礎上增加：(1) 被告住所地系濟南市，一審法院管轄不當；(2) 一審法院對原告沒有提出的訴請進行了判決，違反了“不告不理”的原則；(3) 一審中認定的“模仿行爲”及“虛假宣傳行爲”應分案訴訟並審理。(4) 一審法院將無追溯力的法律適用於之前發生的行爲，法律適用有錯誤。

2001 年 7 月 7 日，雙方當事人及代理律師就本案二審交互上訴一事，經協商達成和解協定。內容如下：(1) 夢幻中心就其在已知東方網的“eastday.com.cn”和“eastday.com”網域名稱已經具有高知名度的情況下，註冊容易與之混淆的“eastday.com.cn”和“eastday.com”近似網域名稱和其他不正當競爭行爲向甲方書面賠禮道歉，並在甲方的東方網網站發佈該書面函件；(2) 夢幻中心在本和解協定簽署日起三個工作日內負責登出“eastday.com.cn”和“eastday.com”網域名稱；(3) 本案一審訴訟費按一審判決執行、二審所發生的訴訟費由夢幻中心承擔，雙方自願各自承擔己方各自已經爲本案支付的律師費與其他調查費；(4) 本和解協定自雙方授權代表簽署完畢，並在乙方履行本協定第一、二、三項完畢後生效。本和解協定生效日起三天內雙方各自向上海市高級人民法院提交撤回本案上訴申請書；(5) 本和解協定生效後，甲方不再申請執行本案(2000)滬二中知初字第 109 號《民事判決書》之諸項判決；(6) 雙方其他無爭議。

同日，夢幻中心按協定要求發表致歉聲明：濟南夢幻“就註冊‘eastdays.com’和‘eastdays.com.cn’和其他不正當競爭行爲對上海東方網股份有限公司造成的損害表示道歉，並登出‘eastdays.com’和‘eastdays.com.cn’網域名稱。”隨後，夢幻中心已向 CNNIC 申請登出了“eastday.com.cn”網域名稱；“eastday.com”國際網域名稱因管理原因無法直接登出，但夢紀中心已申請獲准將該網域名稱管理人轉移至上海東方網人員名下。上海東方網直接控制以禁止使用，使期滿自行登出。

2001 年 7 月 18 日，上海市高級人民法院裁定准予本案上訴人撤回上訴。

肆、 判決理由

- (一) 一審法院認為，原告在本案中是以不正當競爭為由提起的訴訟，而非以網域名稱糾紛為訴因。雖然具體訴訟內容中涉及網域名稱糾紛，但原告旨在指控被告實施惡意註冊網域名稱的不正當競爭行為，不能以案件涉及網域名稱的內容就認定原告以網域名稱權為由提起訴訟。原告開設“eastday 東方網”網站，從事網路服務經營活動，是該民事權利義務關係的主體。原告以被告實施的網路經營活動對其構成不正當競爭，損害其合法權益為由行使訴權，訴請明確，於法有據，因此，原告訴訟主體資格合適。
- (二) 法院經審理查明，被告網站的名稱、以及“東方首頁”、“東方新聞”、“東方商機”、“東方生活”等頻道的頻道頁面，尤其是頁頭部分，其結構佈局、欄目編排、文字、線條、顏色和圖案的排列組合搭配，與原告的表達方式已構成實質性的相同；其使用的鏈結圖示也與原告完全相同。而被告無法證明其相同部分的表達方式是由其獨立創作完成或來自社會公共領域，因此法院認定，被告未經原告許可，採取抄襲、仿冒和篡改的手法，擅自使用原告網頁頁面表達方式，造成了兩個網站服務內容的混淆和普通網民的誤認，因此構成了對原告的不正當競爭。被告主張系爭網頁乃被告員工的練習網頁誤傳至網上所致，但並未提出任何證明材料，法院因此不予采信。
- (三) 法院認為，被告網站未取得有關部門的審核批准，不具有從事互聯網新聞發佈和轉載的資質，仍在其網站上發佈和轉載新聞，而且其網站“廣告招商”欄目及“致網友”信中載明的“該網站是大陸地區最大的提供新聞媒介服務和相關資訊服務的網站之一”，“具有每日數萬人左右的瀏覽量”等資訊，與事實不符，系引人誤解的虛假宣傳。聯繫被告所實施的前述針對原告的不正當競爭行為，被告的上述虛假宣傳行為，勢必使普通網民進一步誤認為被告網站與原告網站之間有某種聯繫，或者認為被告網站與這就是原告所經營並大力宣傳的網站，從而損害了原告的利益，對原告構成了不正當競爭。
- (四) 法院認為，被告的上述行為構成了綜合的不正當競爭行為。原告所主張保護的其網站的特有裝潢部分，因包含於整個頁面樣式之中，不再予以個別認定。
- (五) 法院認為，原告僅證明其網站名稱“eastday 東方網”已成為知名商品的特有名稱，對其中的單個詞語“eastday”並沒有充分的證據證明其知名

度，其主張被告網域名稱系惡意註冊也缺乏相應的證據及法律依據。因此，原告以網站名稱中的“eastday”排斥被告“eastdays.com”和“eastdays.com.cn”的網域名稱註冊和使用，沒有充分的依據，不予支援。

伍、評析

（一）本案系爭的網路傳播作品受本案發生時我國施行的《著作權法》保護

被告在法庭調查和法庭辯論中強調我國《著作權法》90年立法時還沒有網路，故本案系爭網路傳播作品不受本案發生時我國施行《著作權法》的保護。

網路原創和網路傳播的作品受我國著作權法保護。1990年制定的我國《著作權法》第三條規定：“本法所稱的作品，包括以下列形式創作的文學、藝術和自然科學、社會科學、工程技術等作品：（一）文字作品，……”。我國《著作權法實施細則》第二條進一步闡明：“著作權法所稱作品，指文學、藝術和科學領域內，具有獨創性並能以某種有形形式複製的智力創作成果”。根據我國上述法律規定可知，我國現行著作權法保護的是作者獨立構思完成的（即“具有獨創性”的），並能夠被物質載體固定下來為人所感知的（即“能以某種有形形式複製”的）文學、藝術和科學領域內的智力創作成果，也就是這一意義上的作品。

我國《著作權法》保護的是作品，是作品本身，我國《著作權法》保護的不是作品的特定載體形式和傳播方式。從傳統的紙介質載體至新興的數位化載體，從傳統的郵發傳輸到新興的網路傳輸，所發生的僅僅是作品之載體形式和傳播方式的改變，其間作品本身並沒有發生變化，作品還是作品。無論載附于傳統紙介質載體上的作品，還是凝聚於新興數位化載體上的作品，都是可以由物質載體固定下來的作品，其都可以通過紙顯、屏顯等方式（並且還可以相互轉換）為人們所知。傳統紙介質載體及其郵發傳輸和新興數位化載體及其網路傳輸都屬於“以某種有形形式的”複製和傳播，無論採取哪一種載體形式及其傳播方式，作品依然故我。國家版權局國權（1999）45號文“關於製作數位化製品的著作權規定”中就明確載明：“本規定所稱數位化製品，是指將受著作權法保護的作品以數位代碼形式固定的有形載體”，“將已有作品製成數位化製品，無論已有作品以何種形式表現和固定，都屬於《中華人民共和國著作權法》所稱的複製行為。”需要補充的是，2001年10月27日由全國人大常委會通過修改的《中華人民共和國著作權法》已正式載明保護的著作權內容中包括了“資訊傳播權”。

綜上所述，在網路上發表並傳播的網路原創與網路傳輸的作品，不因其曾經或者現在置於數位化載體形式和網路傳播方式而不再受我國《著作權法》保

護，無認過去還是現在，其仍然屬於我國《著作權法》保護的作品。

（二）本案系爭著作權侵權糾紛應當適用《反不正當競爭法》

被告在本案中強調：因在《反不正當競爭法》列舉的不正當競爭行為中沒有包括侵害著作權的行為，故原告在本案中主張著作權並指控被告侵害著作權的糾紛只能適用我國《著作權法》，而不能適用《反不正當競爭法》。筆者認為，本案例中原告指控被告的是侵害著作權的不正當競爭行為，而非一般著作權侵權行為；《反不正當競爭法》第二條是一般條款和原則規定，《反不正當競爭法》根據這一原則規定不但適用於其已經列舉的，同時也適用於列舉未盡的不正當競爭行為。“損害其他經營者的合法權益，擾亂社會經濟秩序”的侵害著作權的行為也是不正當競爭行為，適用《反不正當競爭法》。

一方面，我國《著作權法》第四十六條規定了“剽竊、抄襲他人作品的”行為是侵犯著作權的行為，第四十五條規定了“歪曲、篡改他人的作品”的行為是侵犯著作權的行為，還規定了“其他侵犯著作權與著作權有關的權益的行為”。被告的網頁頁面明顯抄襲了原告的網頁頁面，也明顯歪曲、篡改了原告的網頁頁面，侵害了原告的著作權。

另一方面，我國《反不正當競爭法》第二條規定：“經營者在市場交易中，應當遵循自願、平等、公平、誠實信用的原則，遵守公認的商業道德。”“經營者違反本法規定，損害其他經營者合法權益，擾亂社會經濟秩序的行為”是不正當競爭行為。被告抄襲和篡改原告網頁頁面的行為，不是一般的侵害著作權行為，其目的不是單純利用侵害著作權直接牟取經濟利益，被告侵害原告網頁頁面著作權是“醉翁之意不在酒”，是旨在混淆被告與原告的網站從而誘導網路用戶進入其網站或其他在線服務，是為盈利目的而惡意借用原告知名度和影響力的“搭便車”的不正當競爭。所以，被告的上述行為不是一般的侵害著作權的行為，而是違反誠實信用，違背公序良俗並損害包括原告在內的其他經營者合法權益的侵害著作權的不正當競爭行為。

（三）本案不是單一網域名稱權利糾紛而是不正當競爭糾紛，不存在獨立的網域名稱權利，網域名稱使用不得侵害商業標識在先權利

被告在法庭辯論中強調本案只是單一的網域名稱權利糾紛而不是不正當競爭糾紛。筆者認為，本案是一起不正當競爭糾紛，是一起被告侵害原告著作權、知名商品特有名稱權、裝潢權合法權益及惡意搶注網域名稱並進行虛假宣傳的綜合性、組合式、系列性的不正當競爭糾紛。原告指控被告不正當競爭是源，是因；要求被告撤銷惡意搶注的網域名稱是流，是果；無源不成流，有因才有果。原告

認為在現行我國法律構架下不存在獨立的網域名稱權，網域名稱只是作為商業標識的一種使用形式和依附載體。商業性網域名稱糾紛究其實質是商業標識知識產權在網域名稱形式使用過程中的糾紛。

原告在本案中並不主張一種獨立的“網域名稱權”。原告也不是以原告在先註冊了“eastday.com.cn”和“eastday.com”網域名稱為由，來要求撤銷被告“eastdays.com.cn”和“eastdays.com”網域名稱。原告在本案中主張的是依法自動發生，依使用在先而產生的“eastday 東方網”及“eastday”之原告網站知名商品（服務）的特有名稱權，並藉此在知名商業標識和在先知識產權權利來要求撤銷被告惡意搶注的“eastdays.com.cn”和“eastdays.com”網域名稱的。

網域名稱原只是網路空間僅具地址標識功能的門牌號碼；但含有“.com”及“.net”的網域名稱在網上又更凸現為具有商業價值和品牌功能的商業標識，或可稱其為商業網域名稱，其實質上是傳統的商業標識在網域名稱這一載體形式和使用方式上的“映射”和表現。

我國乃至世界各國現行知識產權法律制度迄今從未直接規定、明文規定單一的或者獨立的所謂網域名稱權（也未明文規定、直接規定保護商業性的網站名稱權）。所以，倘說我國現行法律已經把網域名稱權作為新的獨立類型的知識產權進行保護並無法律依據和事實依據。但是，如果說我國現行法律對網域名稱尤其是商業性網域名稱並不保護，這又不是事實。我國北京、上海的法院已經依法對“Kelon（科龍）”、“pda”、“ikea（宜家）”、“Whisper（護舒寶）”、“safeguard（舒膚佳）”等網域名稱糾紛案作出了一審或終審判決。縱覽這些網域名稱糾紛案的判決書，不難發現，我國對商業網域名稱是否予以法律保護是基於現行的保護註冊商標、馳名商標、廠商名稱、知名商品特有名稱等傳統商業標識知識產權和反不正當競爭之法律基石之上的；換言之，並沒有因網域名稱使用的新形式而產生了一種新類型的知識產權，而只是將商業網域名稱視為傳統的商業標識的又一載體，只是保護在商業網域名稱使用形式下的註冊商標權、馳名商標權、廠商名稱權（企業名稱權）、知名商品特有名稱權等傳統商業標識知識產權。可以認為，商業網域名稱屬於文字類商業標識，是傳統商業標識的“網路版本”。無論商業網域名稱顯現於網上或者網下；也無論商業網域名稱是從網上走到網下，還是從網下走到網上；萬變不離其宗；其實質仍是傳統商業標識。而網域名稱登記註冊程式只是對網路位址標識的管理規範，而不是對商業標識的管理規範，並不因之產生商業標識方面的知識產權權利。商業網域名稱所寓含的傳統商業標識，如果屬於沒有在先知名商業標識及其知識產權存在的普通非註冊商標之類的商業標識，則不受知識產權制度保護；如果屬於已經存在在先的馳名商標、註冊商標、廠商名稱（商號）和未註冊的知名商品（服務）特有名稱之類的

知識產權權利化了的商業標識，則受到相應不同類型、不同程度的知識產權保護。原告同時必須指出，迄今已經而且繼續大量湧現的網域名稱搶注糾紛，不僅涉及商標標識知識產權保護，而且涉及包括商號、知名商品特有名稱在內的其他傳統商業標識知識產權的保護。本案就是一起在網域名稱形式上因被告擅自近似使用原告的知名商品特有名稱致生混淆、誤認的不正當競爭行爲。原告是在主張依法享有的在先知識產權權利基礎上和在反對不正當競爭的法律框架下指控被告惡意搶注網域名稱並要求撤銷被告惡意搶注的網域名稱的。如前所述，原告主張的是作爲在先權利之知識產權特有名稱權，是在其網站主頁頁頭上在先使用的“EASTDAY 東方網”特有名稱和在英文網域名稱形式之下在先使用的“eastday”特有名稱所依法產生的合法民事權益，指控的是被告在網域名稱形式上使用與之極其近似的並足以致生混淆、誤認的“eastdays”名稱這一爲我國《反不正當競爭法》所禁止的不正當競爭行爲，包括被告惡意搶注“eastdays.com.cn”和“eastdays.com”網域名稱以支援其在網域名稱形式上擅自近似使用原告知名商品特有名稱的不正當競爭行爲。

原告指控被告惡意搶注網域名稱的主要理由在於：1、原告“eastday 東方網”和“eastday”網站及其網域名稱在本案侵權糾紛發生時在網路空間（尤其是指中文網路空間）和現實市場上已經具有很高的知名度。2、被告自稱下載原告的網站頁面作學習頁面，這說明被告是在明知與應知原告之知名商品（服務）之特有名稱“eastday 東方網”（網頁頁面上使用）及“eastday”（英文網域名稱形式上使用）存在的前提下，又使用足以與之引起混淆、誤認的“eastdays 東方網”名稱和又去註冊與使用同樣易致混淆與誤認的“easydays.com.cn”和“eastdays.com”網域名稱。被告對上述網域名稱的惡意搶注還體現在以下幾個方面：①被告對“eastdays”商業標識從未具有任何在先聯繫和從未享有任何在先權利。②“eastdays”與“eastday”也不是現成的英文單詞。被告沒有任何在前背景理由將與原告創設的“eastday”極其近似的“eastdays”來搶注網域名稱和進行網域名稱形式與網頁頁面形式的使用。③被告搶注含“eastdays”的網域名稱顯見是蓄意“搭便車”，旨在混淆其網站與已具有高知名度、強影響力的原告網站，引誘網路用戶誤認而進入其網頁或其他在線服務。④因本案糾紛發生和涉訟較早，被告未曾提出將其搶注的含“eastdays”的近似網域名稱高價出售與有償轉讓。但從被告在網域名稱搶注上一貫的所作所爲來看，可以推斷出被告具有“惡意搶注、高價待沽”的動機和犯意。

指控被告“惡意搶注、高價待沽”的確鑿的關聯與連環證據在於：第一，被告僅以自己的名義就已經在“.cn”頂級網域名稱之下註冊了多達五十四個大陸網域名稱（詳見源自中國互聯網管理中心（CNNIC）提供的證據）。其中不乏與他人知名品牌相同、相似或者相近的網域名稱，例如與著名的搜狐（sohu）網

站相似的“suhoo.com.cn”網域名稱和“soohu.com.cn”網域名稱；與著名的新浪（sina）網站相近的“sinawest.com.cn”網域名稱；與濟南日報同名的“jndaily.com.cn”……等等。

另一方面，被告僅以自己的名義就已經在“.com”、“.net”商業性國際頂級網域名稱下註冊了七十一個國際通用網域名稱其中也不乏與他人知名品牌相同、相似或相近的網域名稱。例如與《經濟導報》相同的“jingjidaobao.net”網域名稱；與英代爾公司的著名商標與商號“Intel”相似的“intelnic.com”網域名稱；與著名的新浪（sina）網站相近的“sinawest.net”網域名稱。

綜上所述，被告僅以自己名義就在國內外註冊了一百多個網域名稱。顯然，被告自己是用不了，也不會用如此之多的網域名稱的。那麼，被告不惜投入而註冊這數以百計的網域名稱究竟用途何在呢？

此外，被告作為一個末級國際網域名稱註冊商，還幫助其一些客戶搶注了與國內外著名品牌相同或近似的一批國際網域名稱，例如與著名的搜狐（sohu）網站相似的“e-sohu.com”和“e-sohu.net”，與上海大眾公司著名商號“上海大眾”相同的“shanghai-dazhong.com”，與北京著名老字型大小“榮寶齋”同名的“rongbaozhai.net”，與中國銀行相同的“bank-of-china.net”，與新民（晚報）和文彙（報）名稱緊密聯繫的“xinmin.net”和“wenhui.net”網域名稱，等等。明知這些網域名稱與國內外著名品牌完全相同或者極其相似，被告又為什麼勇於支援、樂於幫助這些客戶進行搶注？被告究竟想的是什麼呢？

再者，在被告主辦的另一網站“網域名稱星空”（namesky.com）上曾經系列地、連續地發表過一連串鼓吹搶注網域名稱並藉以牟取暴利的文章，例如《網域名稱圈地——有識之士看好網路網域名稱商機》、《二、三百元投資什麼最賺錢》、《註冊網域名稱——.com 時代的投資》、《廣東——女老闆搶注競爭對手網域名稱截財源》、《搶搶搶——因特網上的好名字》。這些文章的觀點或者傾向是鮮明的，例如一篇文章中稱：“據網域名稱星空（被告的另一網站——原告注）專業人士分析，雖然有人對一個網站佔用過多網域名稱資源持有異議，但是，如歷史上的‘圈地運動’一樣，在目前各項法律尚不健全的情況下，誰能搶注到更多的好網域名稱，誰就可以成為真正的贏家。”在另一篇文章中提及：“搶注網域名稱就是搶佔別人非常想要的網域名稱，然後再高價轉讓給別人。”在再一篇文章中談到：“如果被人搶注網域名稱，而且搶注者已經佔用起來，不涉及敲詐行爲，就是打官司，相信贏的機會幾乎為零。”

聯繫上述關聯的連環的系列的證據，不難推斷被告蓄意搶注“eastdays.com.cn”和“eastdays.com”網域名稱的用意和用途。

原告在本案中是以禁止不正當競爭及相應著作權、知名商品特有名稱權和裝潢權的權利主體身份出面訴訟，出面主張相應權利和指控被告侵權之不正當競爭行為的。原告是“eastday.com.cn”和“eastday.com”網域名稱的現有的或者潛在的註冊人、持有人，但原告在本案中並非是以此名義，也並不主張所謂的“網域名稱權”。原告依法在先註冊或委託註冊“eastday.com.cn”和“eastday.com”網域名稱的事實只是說明原告將其知名商品特有名稱“eastday”在先使用於網域名稱形式上的歷史。原告要求被告撤銷其“eastdays.com.cn”和“eastdays.com”網域名稱的法律依據是其侵害了原告在先使用並知名的“eastday 東方網”和“eastday”知名商品（服務）特有的名稱的合法權益，致生混淆與誤認。

發生在網域名稱使用形式上的知識產權糾紛不僅是商標糾紛，即不僅是商標標識在網域名稱形式上使用而引發的糾紛，而且也包括其他商業標識（例如：企業名稱（廠商名稱及商號）、知名商品特有名稱、原產地名稱即地理標誌等）在網域名稱形式上使用而引發的糾紛）。不僅是馳名商標及其商標標識，而且對於馳名的商號及企業名稱，知名商品特有名稱等其他商業標識在網域名稱形式使用中產生糾紛時，相應的馳名商標權、馳名商號權和知名商品特有名稱權都是受知識產權法律制度保護的合法權益。本案例原告主張其“eastday 東方網”和“eastday”知名商品特有名稱權這種在先商業標識知識產權權利依法可以起訴，其藉此指控被告侵權之不正當競爭行為並要求被告撤銷其惡意搶注和近似使用含“eastdays”的網域名稱的訴訟請求依法應當得到支援。

筆者認為，從商業標識角度分析，網域名稱不是一種獨立的知識產權或者其他民事權利，網域名稱只是商業標識的一種使用形式和一類使用載體。網域名稱的註冊與使用不能與在前存在的權利化了的商業標識（例如馳名商標、馳名商號（企業名稱）、知名商品特有名稱等）相衝突，也就是不能與商業標識在先權利抵觸。如果存在此類衝突與抵觸，那麼，商業標識在先權利人（例如：馳名商標權利人、馳名商號權利人、知名商品特有名稱權利人等）依法有權主張自身相應權利，要求網域名稱註冊人（尤其是惡意持有人）撤銷其網域名稱註冊和停止在網域名稱形式上與他人權利化了的商業標識的相同使用以至近似使用，包括禁止增加、減少或者替換某一個字母去註冊和使用網域名稱。如果不存在上述商業標識在先權利，那麼，網域名稱註冊與使用不受任何限制，這時加上或者減少一個字母去註冊或者使用新的網域名稱順理成章，合理合法。被告舉證了“toy.com”和“toys.com”，還有“networksolution.com”（NSI 網站）和“networksolutions.com”兩組僅在尾綴差一個“s”字母的近似網域名稱，意圖藉此證明一個尾綴“s”字母的近似網域名稱可以和平共處。被告又舉證了具有相同的中文名稱“阿裏巴巴”和不同的網域名稱“2688.com”和

“alibaba.com”；具有相同的中文名稱“中易網”和不同的網域名稱“china-dnx.com”和“59186.com”的兩組網域名稱及其比較，意圖證明原告的“eastday 東方網”和被告的“eastdays 東方網”及各自相應的網域名稱應當和平共處。應當認為，即使對被告舉證的這些證據的真實性不予置疑，被告的這些證據也證明不了被告想證明的觀點。例如：增刪一個“s”的兩組網域名稱並存之一個案例的客觀存在，並不能證明任何相差“s”字母的兩個網域名稱之間都不存在一方面的商業標識在先權利，都不會發生侵權與不正當競爭行為。這兩組相差一個“s”字母的網域名稱可能屬於兩種狀況，第一種狀況：彼此都並不知名，相互之間均不構成商業標識在先權利，這是“大路朝天，各走一邊”，兩個網域名稱各自使用不會因構成近似使用而侵害商業標識的在先權利。本案中“eastday”與“eastdays”的兩個網域名稱之間因存在“eastday”商業標識在先權利，故明顯不屬於這一情況，而屬於第二種狀況。第二種狀況是：其中一個網域名稱在前就已馳名，已經構成商業標識在先權利，這時另一網域名稱的註冊與使用會依法構成對前一網域名稱所反映的商業標識在先權利的侵害，“networksolution.com”和“networksolutions.com”兩個網域名稱之間可能屬於此情況。本案中“eastday”與“eastdays”的網域名稱之間顯然屬於這一情況。但在後一種存在在先權利情況下，在先權利人是否主張權利又影響到兩個衝突網域名稱之使用狀況，這兩個網域名稱有可能因為在先權利人不主張權利而長期共存。但是，一個權利人放棄權利並不同於類似的其他權利人也必須同樣放棄同類權利，也不能制止其他權利人依法主張其同類權利。

(四) 原告依法享有“eastday 東方網”及“eastday”知名商品（服務）特有名稱的合法權益

1. 我國法律規定予以保護的“知名商品的特有名稱、裝潢”實上是對使用而已經產生了較高知名度與美譽度的未註冊商標的法律保護。

我國《反不正當競爭法》第五條規定：“經營者不得採用擅自使用知名商品特有的名稱、包裝、裝潢，或者使用與知名商品近似的名稱、包裝、裝潢，造成與他人的知名商品相混淆，使購買者誤認為是該知名商品”的不正當手段從事市場交易，損害競爭對手。《反不正當競爭法》第二條第三款還闡明：“……本法所稱的經營者，是指從事商品經營或者營利性服務（以下所稱商品包括服務）的法人、其他經濟組織和個人。”由上述法律規定可知，擅自使用相同或者近似使用他人知名商品（服務）特有名稱、包裝、裝潢，以致混淆與誤認的行為是不正當競爭行為。

國家工商行政管理局《關於禁止仿冒知名商品特有名稱、包裝、裝潢的不正當競爭行為的若干規定》（1995年7月6日）中規定：知名商品“是指在市場

上具有一定知名度，為相關公眾所知悉的商品。”特有“是指商品名稱、包裝、裝潢非為相關商品所通用，並具有顯著的區別性特徵機。”知名商品的特有名稱“是指知名商品獨有的與通用名稱有顯著區別的商品名稱，但該名稱已作為商標註冊的除外。”而“裝潢“是指為識別與美化商品而在商品或者其包裝上附加的文字、圖案、色彩及其排列組合。”該規定還明確規定了：“商品的名稱、包裝、裝潢被他人擅自作相同或者近似的使用，足以造成購買者誤認的，該商品即可認定為知名商品。特有的商品名稱、包裝、裝潢應當依照使用在先的原則予以認定。”“使購買者誤認為是該知名商品，包括足以使購買者誤認為使該知名商品。”“對使用與知名商品近似的名稱、包裝、裝潢，可以根據主要部分和整體印象相近，一般購買者施以普通注意力會產生誤認等綜合分析認定。一般購買者已經發生誤認或者混淆的，可以認定為近似。”

2. 原告“eastday 東方網”及“eastday”的網站服務及其資訊商品已經形成知名商品（服務）

依據我國《反不正當競爭法》第二條關於“以下商品都包括服務”的規定，我國《反不正當競爭法》所指的知名商品包含知名商品和知名服務，或曰之為知名商品（服務）。知名商品（服務）是指在市場上具有一定知名度，為相關公眾所知悉的商品（服務）。原告這一網站具有強大的綜合資源和先進的技術條件，具備規模優勢和規範效應。例如，①幾個月以來已投入近 5000 萬元廣告費用的大面積、高強度、全方位廣告；②試運行二個多月和正式開通一個月就被評為“中國網站影響力調查”之 36 名，新聞網站第 2 名；③上海及國內外媒體大量宣傳報道；④政府高度重視；⑤在網民網友和社會公眾的高知名度和影響力：日訪問人次 40 萬左右，平均日頁讀數 400—500 萬，累計訪問量達五、六千萬……。原告“eastday 東方網”及“eastday”的網站服務及其資訊商品已經在相關市場（網路服務市場和傳統商業市場）上具有了很高的知名度，已經為相關公眾所知悉，因此，原告的“eastday 東方網”及“eastday”的網站服務及其資訊商品已經依法成為知名商品（服務）。原告“eastday 東方網”及“eastday”的特有名稱及其特有裝潢已經被被告擅自作近似使用，並足以造成與原告網站之混淆和足以造成網民網友之誤認，依法已經屬於“即可認定為知名商品（服務）”。

3. “eastday 東方網”與“eastday”是原告網站的知名商品特有名稱

如前所述，按照我國相應規定，知名商品特有名稱，“是指知名商品特有的與通用名稱有顯著區別的商品名稱，但該名稱已經作為商標的除外。”所謂“特有”，是指“非為相關商品所通用，並具有顯著的區別性特徵。”

使用于原告網站主頁頁頭的“eastday 東方網”名稱和使用于原告網站網

域名稱形式上的“eastday”名稱是原告網站的具有顯著區別特徵、非通用化的知名商品（服務）特有名稱。其中最具顯著區別性的核心部分就是“eastday”。首先，eastday 不是現成的英文單詞，而是原告創意的英文字母組合；其次，eastday 的語義與直譯都不是東方網，“eastday”與“東方網”的組合使用或者配套使用更具有顯著的區別特徵；再者，經過大廣告、高投入、多使用，進一步增強了“eastday 東方網”和“eastday”的顯著區別性。退一步說，世界貿易組織（WTO）的《與貿易有關的知識產權協定》（TRIPs 協定）第 15 條第一款闡明：“即使有的標識本來不能區分商品與服務，成員也可依據其經過使用而獲得的識別性，確認其可以註冊。”也就是說，即使原來不具有識別性的標識也可以經使用而獲得識別性、獲得顯著的區別性；更何況是原來就具有顯著識別性的“eastday 東方網”和“easyday”名稱，經使用後自然則更增強了其顯著區別性。原告網站這一知名商品（服務）的特有名稱因其精心獨創、匠心使用而先天具有顯著的區別性，又因其後天的大廣告、大宣傳、大應用而更增其區別的顯著性。“eastday 東方網”和“easyday”依法成爲原告網站之知名商品（服務）特有名稱。

4. 原告依法享有上述知名商品（服務）特有名稱和特有裝潢的知識產權

知名商品（服務）特有名稱和特有裝潢的合法民事權益，或謂知名商品（服務）特有名稱權是依法自動產生的依照在先使用原則保護的知識產權，其在符合法定條件時自動產生並原始歸屬其在先使用人，而無須履行任何手續，包括無須經申請與審批就能獲得。因此，原告主張的“eastday 東方網”和“easyday”知名商品（服務）特有名稱依法成立並依法享有。

5. 被告構成了侵害原告知名商品（服務）特有名稱的不正當競爭行爲

我國《反不正當競爭法》第五條明確規定：“經營者不得採用下列不正當手段從事市場交易，損害競爭對手：……（二）經營者不得採用擅自使用知名商品特有的名稱、包裝、裝潢，或者使用與知名商品近似的名稱、包裝、裝潢，造成與他人的知名商品相混淆，使購買者誤認爲是該知名商品。”

《國家工商行政管理局關於擅自使用知名商品特有包裝行爲定性處理問題的答復（1999 年 10 月 20 日，工商公字[1999]第 274 號）》中進一步明確表示：“知名商品特有的名稱、包裝、裝潢均是《反不正當競爭法》第十五條第（二）項保護的物件，其他經營者擅自將知名商品特有的名稱、包裝、裝潢三者同時作相同或者近似使用，或者將其中之一作相同或者近似使用，造成或者足以造成消費者誤認的，均構成《反不正當競爭法》第五條第（二）項所規範的不正當競爭行爲，應當按照《反不正當競爭法》和國家工商行政管理局《關於禁止仿冒知名

商品特有的名稱、包裝、裝潢的不正當競爭行為的若干規定》予以查處。”

在本案中，被告近似使用與原告上述知名商品（服務）相近似的致生混淆、誤認的名稱和裝潢，從而損害原告合法權益。

被告近似使用原告知名商品特有名稱、裝潢的對照

比較專案	原告在先使用狀況	被告在後使用狀況
商品(服務)名稱	知名商品（服務）特有名稱： “eastday 東方網”（使用在網頁上）和“easyday”（使用在網域名稱形式上）	極其近似的商品（服務）名稱： “eastdays 東方網”（使用在網頁上）和“eastdays”（使用在網域名稱形式上）
商品(服務)裝潢	知名商品（服務）特有裝潢： 第一種（主頁之頁頭裝潢）： 中文手寫體“東方網”及其附加“.com”字樣+英文印刷體“EASTDAY”（D字母變形）+“e”網上明珠圖案+深底白字頻道條； 第二種（各頻道頁面之頁頭裝潢）： 中文印刷體“東方XX”+英文印刷體“www.eastday.com”+“e”網上明珠圖案+深底白字頻道條	極其近似的商品（服務）裝潢： 第一種（主頁之頁頭裝潢）： 中文手寫體“東方網”及其附加“.com”字樣+英文印刷體“EASTDAY”（D字母變形）+“e”網上明珠圖案+深底白字頻道條； 第二種（各頻道頁面之頁頭裝潢）： 中文印刷體“東方XX”+英文印刷體“www.eastdays.com”+“e”網上明珠圖案+深底白字頻道條

被告使用與原告上述知名商品（服務）特有名稱和特有裝潢如此近似、極其相似的名稱與裝潢，這種近似使用不但足以造成混淆與誤認，而且已經在網路空間和市場環境中引起了混淆與誤認，在本案中原告就是收到引起了混淆與誤認

的網民之來信（E-mail）才得以發現被告的侵權行爲的。

被告擅自使用與原告上述知名商品（服務）特有名稱和特有裝潢的行爲依法已經構成了侵害原告相應的知名商品（服務）特有名稱權、裝潢權的不正當競爭行爲。

6. “eastday” 商業標識的“知名區域”首先在於網路空間

網路空間是本案“eastday”商業標識之首要的知名區域，“eastday 東方網”所處的中文網路空間是原告網站的知名區域。原告網站是早已爲包括被告在內的大陸網路公衆所知悉的具有一定知名度的網上知名商品（服務）；原告網站及網域名稱是網上、網下皆知名的知名商品（服務）

被告在庭審中指稱原告網站的報刊廣告和戶外廣告主要發生在於上海、山東、廣州等地，沒有延及山東省內和濟南地區。所以，對於位於濟南的被告和濟南公衆來說，原告網站算不上知名商品與知名服務，因此，當然談不上知名商品（服務）的合法權益和侵權糾紛了。筆者認爲，被告的這一觀點不能成立。

首先，本案系爭的是一起網路糾紛，網站糾紛和網上傳播的不正當競爭糾紛。知名商品（服務）是地域性的，一般知名商品（服務）涉及的地域性主要是地理空間或謂物理空間。但對於網路知名商品（服務）而言，鑒於網路傳播在技術上幾乎沒有地理空間距離，一旦上載 Internet 則立即傳之四海而各無異，獲之五洲則皆相同，所以在網路空間中的知名商品（服務）沒有地理空間壁壘，但可能存在語言壁壘。網上無國界，但網上有語言界限，不懂此種文字者一般不會尋找和進入該種文字的網站。然而，同種文字的整個網路空間就是使用這種文字的網上知名商品（服務）的主要知名區域。換言之，原告網站作爲使用中文的知名商品（服務），那麼，網上整個中文語言網路空間都是原告網站的主要知名區域，無論上海，還是濟南；無論國內，還是國外，使用中文的網站一般都置於其知名區域之內，包括使用中文的被告及其網站。

同時，本案例中原告網站之網下的傳統宣傳與廣告也覆蓋全國各地，甚至走向全世界，被告所在的濟南地區也概莫能外。不但《人民日報》、《文匯報》等全國性報刊宣傳原告網站的文章及廣告宣傳延及濟南，而且濟南本地的報紙，象《齊魯晚報》等也一再登載宣傳原告網站的《東方網首獲互聯網發新聞認證》等專題報道。所以，即使在網下的傳統市場空間，對於被告來說，原告網站也早已形成了知名商品（服務）。（陶鑫良，徐飛）

案例 4.10

美國微軟控訴上海三菱電梯電腦軟體著作權侵權案

國別：大陸

案例類型：電腦軟體最終用戶著作權侵權糾紛

關鍵字：電腦軟體、著作權、侵權

案號：上海市第一中級人民法院（2000）滬一中知初字第 14 號

日期：2000 年 1 月 10 日上海市第一中級人民法院受理

2000 年 6 月 1 日上海市第一中級人民法院主持調解

2000 年 6 月 2 日上海市第一中級人民法院作出裁定

壹、案情摘要

原告：美國微軟公司

被告：上海三菱電梯有限公司

一九九六年起，美國微軟公司在大陸反盜版的目標已從過去主要追究盜版軟體製造商、銷售商及 PC 製造商、系統集成商，延伸至進一步追究盜版軟體最終用戶的法律責任。一九九九年四月微軟公司在北京法院起訴“最終用戶”亞都（集團）公司侵犯其電腦軟體著作權，後因亞都（集團）公司認為其不是適格被告主體的答辯成立，一審法院駁回微軟公司之訴請。微軟公司不服一審判決提起上訴，2000 年 11 月二審法院維持原判，駁回上訴。此後，微軟公司於 2000 年 11 月下旬即在上海發動本案，向上海市第一中級人民法院起訴“最終用戶”中外合資上海三菱電梯有限公司侵犯其電腦軟體著作權，微軟公司同時向法院申請對上海三菱公司進行了證據保全。2000 年 1 月 10 日上海市第一中級人民法

院正式受理本案，隨即對上海三菱電梯有限公司實施了證據保全措施，檢查了上海三菱電梯有限公司總部的一百多台 PC 機和相關伺服器及其網路系統中的 Windows、Office、Foxpro 和 NT server 等軟體，進行了證據保全。

原告微軟公司在本案中訴稱，原告是世界上最大的電腦軟體公司之一，產品行銷世界各地。被告上海三菱電梯有限公司未經原告同意，在其辦公樓和廠房範圍內的電腦單機和系統中，複製和安裝原告擁有著作權的 Windows、Office、Foxpro 和 NT server 等軟體，用於公司生產、經營和管理活動，故訴請判令被告停止在其電腦單機和系統中複製、安裝和使用未經授權的原告擁有著作權的電腦軟體，並且消除上述軟體；登報賠禮道歉；賠償經濟損失 50 萬元；承擔本案訴訟費用。被告上海三菱電梯有限公司辯稱，其公司所使用的電腦軟體均經過授權，沒有構成侵權，且公司內部早就制定有一系列的規定和措施，禁止使用侵權軟體。微軟公司沒有充分的證據證明上海三菱電梯有限公司侵犯了其電腦軟體著作權。

在本案正式受理和採取了證據保全措施後，雙方當事人及律師在法庭外做了大量的工作，進行了主動的、積極的、頻繁的接觸和交流，上海三菱電梯有限公司方在向法院正式提交意圖證明己方並無侵權行為的抗辯證據之前，先向微軟公司出示並提供了這些證據；此後雙方的律師與技術人員又進一步進行了深入的交流和論辯。在自行充分交換證據和交流觀點的基礎上，微軟公司和上海三菱電梯有限公司共同向法院請求合議庭主持開庭前的調解，同時共同請求倘庭前調解不成則不公開開庭，理由是本案涉及雙方當事人的商業秘密，依據大陸《民事訴訟法》的規定可以申請不公開審理。在本案受理之後，雙方當事人都認真、積極的回避和拒絕了各種媒體的採訪、探詢和追蹤，這也為在法院主持下達成最終和解保持了適宜的氣氛和提供了合理的條件。

2000 年 6 月，在上海市第一中級人民法院的主持下，微軟公司和上海三菱電梯有限公司本著互諒互讓、求同存異的原則和促進合作的精神，達成如下調解協定，主要內容為：

上海三菱電梯有限公司將不斷完善多年來制定的一系列管理規定和相應的懲戒措施，尊重和保護包括電腦軟體著作權在內的知識財產權，禁止複製或使用未經授權的電腦軟體；微軟公司願意為上海三菱電梯有限公司的軟體管理和正確使用提供必要的協助，上海三菱電梯有限公司進一步採取措施使公司內部軟體的使用規範化；雙方願意在電腦軟體的應用專案方面開展合作，上海三菱電梯有限公司，將按照自己的需要採用合適的微軟公司的產品，微軟公司將為上海三菱電梯有限公司提供優惠的條件和服務；本案訴訟費雙方自願各半負擔。

2000年6月2日，上海市第一中級人民法院制定了確認雙方調解協議的（2000）滬一中知初字第14號《民事調解書》，當日雙方當事人簽字後即產生法律效力。

貳、法律問題

電腦盜版軟體的最終用戶是否構成侵權？是否應承擔法律責任？倘若承擔，應當承擔那些法律責任？

參、判決結果

本案調解結案。由上海市第一中級人民法院確認並已經當事人簽字生效的調解協議如下：

- （一）上海三菱電梯有限公司將不斷完善多年來制定的一系列管理規定和相應的懲戒措施，尊重和保護包括電腦軟體著作權在內的知識財產權，禁止複製和使用未經授權的電腦軟體；
- （二）微軟公司願意為上海三菱電梯有限公司的軟體管理和正確使用提供必要的協助，上海三菱電梯有限公司進一步採取措施使公司內部軟體的使用規範化；
- （三）雙方願意在上海三菱電梯有限公司的電腦軟體應用專案方面開展合作，上海三菱電梯有限公司將按照自己的需要採用合適的微軟公司的產品，微軟公司將為上海三菱電梯有限公司提供優惠的條件和服務。
- （四）本案訴訟費人民幣10010元，雙方自願各半負擔；
- （五）雙方無其他爭議。

肆、評析

（一）電腦軟體保護的發展及現狀

自1964年世界上第一台IBM360型電晶體電腦問世以來，電腦在人們的生產、生活中起著越來越大的作用，到今天已經成為一種必不可少的工具。1968年11月，IBM電腦製造商改變了將電腦硬體和軟體配套出售的辦法，開始將電

腦軟體單獨出售，使軟體的商業價值迅速為人們所認識。據統計，全世界每年電腦產值中的 70% 來自於軟體產業，70 年代以來，軟體的產值超過了硬體。但是，與之相伴而來的是盜版的產生。保護電腦軟體不被侵權一直是各國所普遍關注的問題。

電腦軟體的著作權保護一直是為各國所接受和採用的，原因是電腦軟體從性質上看更為接近“作品”。1972 年菲律賓在世界上第一個修改著作權法對軟體進行專門保護。美國也於 1980 年修訂了其版權法，增加了對電腦軟體進行保護的內容。以著作權法保護電腦軟體已成為國際大趨勢。《與貿易有關的知識財產權協定》第 10 條第 1 款明確規定，電腦程式，無論是源代碼還是目標代碼，都應作為《伯爾尼公約》規定的“文字作品”進行保護。該協議的第 9 條第 2 款還規定了所保護的範圍，即著作權保護電腦程式的表現形式，但不涉及思想、程式、操作方法或數學概念本身。

我國知識財產權的立法雖然起步比較晚，但是我國政府高度重視知識財產權的立法工作。1990 年通過的《中華人民共和國著作權法》第三條第 8 款將電腦軟體作為著作權法所保護的一類客體，但鑒於其特殊性，該法附則第 53 條又注明其保護辦法由國務院另行規定。據此，國務院 1991 年 6 月 4 日發佈了《電腦軟體保護條例》，作為對電腦軟體保護的專門規範。

（二）我國目前有關電腦軟體保護的法律體系

在法律層面上，《中華人民共和國著作權法》及其《實施條例》是電腦軟體法律保護的基礎。2001 年 10 月 27 日重新修訂的著作權法繼續保留了原法將電腦軟體作為著作權法所保護的作品的一類，並授權國務院制定其保護辦法。在新的電腦軟體保護條例出臺之前，上文提及的 1991 年 6 月 4 日發佈《電腦軟體保護條例》仍將發揮其法律效力。

1992 年 4 月 6 日，機械電子工業部作為電腦軟體登記的主管機關發佈了《電腦軟體著作權登記辦法》以規範電腦軟體著作權登記制度。1993 年 12 月 24 日最高人民法院發佈的《關於深入貫徹執行〈中華人民共和國著作權法〉幾個問題的通知》以司法解釋的形式在實際上修改了電腦軟體登記保護制，規定“凡當事人以電腦軟體著作權糾紛提起訴訟的，經審查符合《中華人民共和國民事訴訟法》第一百零八條規定¹⁰，無論其軟體是否經過有關部門登記，人民法院均應予以受理”。1994 年 10 月 19 日，國家版權局發佈了《關於電腦軟體著作權管理的通

¹⁰ 《中華人民共和國民事訴訟法》第一百零八條：起訴必須符合下列條件：（一）原告是與本案有直接利害關係的公民、法人和其他組織；（二）有明確的被告；（三）有具體的訴訟請求和事實、理由；（四）屬於人民法院受理民事訴訟的範圍和受訴人民法院管轄。

知》，要求各地版權機關加強對電腦軟體著作權的管理工作。另外，電腦軟體作為著作權法規定的受保護的作品的一種，凡是有關著作權保護的法規規章，如《著作權行政處罰實施辦法》等等均適用於電腦軟體的保護。

在國際條約方面，我國是《伯爾尼公約》的成員國，並於前不久剛剛加入世界貿易組織，《與貿易有關的知識財產權協定》也已對我國發生效力。根據《中華人民共和國民法通則》第一百四十二條第二款的規定“中華人民共和國締結或參加的國際條約同中華人民共和國的民事法律有不同規定的，適用國際條約的規定，但中華人民共和國聲明保留的條款除外。”我國本著國際條約優先的原則，履行承諾的國際義務，國際條約中有關著作權及電腦軟體的規定均適用於我國。另外，我國政府與美國政府於 1992 年 1 月 17 日簽定的《中華人民共和國政府與美利堅合眾國政府關於保護知識財產權的諒解備忘錄》，於 1995 年 3 月 11 日以換函的形式制定的《有效保護及實施知識財產權的行動計畫》中，均有有關電腦軟體著作權的保護問題的規定。

國際條約、雙邊協定、國內法律、法規、規章及司法解釋構成了我國目前電腦軟體保護的一整套制度。

（三）電腦軟體最終用戶的有關問題

本案雖然最終是以微軟公司和上海三菱電梯有限公司自行達成和解，法院調解結案的方式劃上了句號，但本案與在此之前的“微軟訴亞都集團”案(1999)等一系列引起社會廣泛爭論的案件，均涉及到最終用戶責任問題。電腦盜版軟體最終用戶是否構成侵權？是否應當承擔責任？如要承擔，應承擔何種責任？是本案涉及的焦點問題。

1. 電腦軟體最終用戶責任的認定

電腦軟體最終用戶是與電腦軟體的銷售者相對而言的，其行為是以自己使用電腦軟體為目的，而非以銷售或其他方式轉讓為目的。所謂電腦軟體最終用戶的責任，是指最終用戶因使用盜版軟體而產生的責任。關於電腦軟體最終用戶的責任問題，目前有三種觀點，一種觀點認為，軟體侵權的最終界限不延伸至最終用戶；另一種觀點認為，在明知或者應知的前提下，在不屬於法定“合理使用”的前提下，最終用戶持有並使用盜版軟體屬於侵權行為。還有一種觀點認為，商業用途或者商業性質的最終用戶在明知或者應知的前提下，持有和使用盜版軟體的行為應屬侵權行為。

按照傳統民法的侵權理論，侵權行為的成立具有四個要件，即違法行為的存在，損害事實的發生，違法行為與損害事實之間的因果關係及行為人的主觀過

錯。電腦軟體的最終用戶明知或應知軟體為盜版，實施了使用盜版軟體的行為，侵犯了軟體著作權人的合法權益，其行為構成侵權。

《電腦軟體保護條例》第二十一條規定：“合法持有軟體複製品的單位、公民，在不經該著作權人同意的情況下，享有下列權利：（一）根據使用的需要把該軟體裝入電腦內。（二）為了存檔而製作備份複製品。但這些備份複製品不得通過任何方式提供給他人使用。一旦持有者喪失對該軟體的合法持有權時，這些備份複製品必須全部銷毀。（三）為了把該軟體用於實際的電腦應用環境或者改進其功能性能而進行必要的修改。但除另有協議外，未經該著作權人或者其合法受讓者的同意，不得向任何第三方提供修改後的文本”。本條中並沒有規定兜底性條款，把合法持有人的權利也只限於三種情況之下。“合法”在本中的含義筆者認為，一是指持有行為本身合法，即非以非法途徑獲得，如盜竊；二是指軟體本身合法，即非盜版。兩個條件必須同時具備，不可或缺，缺少任何一項就不能被認為是合法。軟體最終用戶使用盜版軟體，自然非合法持有人，也就不享有法律規定的權利。

對於非明知或應知而使用盜版軟體的最終用戶，其行為是否構成侵權呢？按照民法侵權理論，善意使用盜版軟體的用戶並不具備侵權的主觀要件。但是《電腦軟體保護條例》第三十二條規定：“軟體持有者不知道或者沒有合理的依據知道該軟體是侵權物品，其侵權責任由該侵權軟體的提供者承擔”。按照這條規定善意持有盜版軟體的最終用戶的行為首先是構成侵權，但侵權責任轉由侵權軟體的提供者承擔。《電腦軟體保護條例》的規定反映了這樣的一種趨勢——在著作權的立法中部分的適用無過錯責任原則。

知識財產權法雖然是民法的一個組成部分，適用民法關於侵權的有關規定，但是知識財產權的侵權有其特殊性。由於知識財產權具有無形性、地域性以及時間性等特點，其權利人的專有權的範圍被他人無過錯的闖入的機會和可能性比物權等權利要大的多。這就是說，無過錯而使他人的知識財產權受損害的情況，具有普遍性。於是，無過錯給他人知識財產權造成損害的普遍性，就成了知識財產權領域歸責原則的特殊性。¹¹因此，理論界有觀點認為，對有無過錯的認定，是確定可否免除責任的前提，而不是認定侵權的前提。¹²

知識財產權的侵權歸責原則向無過錯原則過渡，已經在我國有關知識財產權的立法中有所體現，如 2000 年 8 月 25 日修改的《中華人民共和國專利法》第五十七條就規定了“未經專利權人許可，實施其專利即侵犯其專利權……”，表明我國專利法對侵權認定是採用無過錯責任原則的。《中華人民共和國著作權法》

¹¹ 鄭成思：《版權法》（修訂本），中國人民大學出版社，第 218 頁。

¹² 孟祥娟：《版權侵權認定》，法律出版社 2001 年版，第 101 頁。

剛剛修訂完畢，與之相適應，《電腦軟體保護條例》目前也正在修改之中，究竟採取何種侵權歸責原則，還需拭目以待。但就原有的《電腦軟體保護條例》來講，採取的是無過錯原則，只是以有無過錯作為認定是否承擔責任的標準，而不是認定是否侵權的標準。

需要明確的是，是否具有主觀過錯的舉證責任承擔問題。筆者認為，應由最終用戶提供證據證明其善意，否則應推定為已知或應知該軟體為盜版。因為，如前文所述，“合法”的意義有兩重，一為軟體本身合法，一為軟體來源合法。證明軟體是否為侵權的舉證責任由軟體著作權權利人承擔，從公平原則出發，證明軟體合法來源的責任就應轉由最終用戶承擔。

2. 最終用戶責任之例外——合理使用

合理使用是著作權中的基本制度，是指在特定條件下，法律允許他人自由使用享有著作權的作品，而不必征得權利人的同意，也不必向權利人支付費用的情形。在現代社會中，存在著著作權的限制與反限制，創作者、傳播者、使用者的利益對峙的現實，著作權法必須關注促進文化事業的發展、保障作者和其他權利人的合法權益、維持社會公平等多重價值目標的實現。因此，利益平衡原則是著作權法中最為基本的原則。合理使用制度是由英美國家的法官首先創制的，本身就是利益平衡原則的產物。它是為了在權利人和使用人之間達成一種利益平衡，允許使用人在無害於權利人的情況下，自由使用作品。由於現代科學技術的迅猛發展，資訊與知識的傳播更加簡便而快捷，有觀點主張對合理使用制度加以限制，以縮小合理使用的範圍來換取著作權的擴張。但筆者認為現代科學技術的發展與合理使用是不矛盾的，現代技術擴大了作品保護的範圍和作品使用的途徑和方式，合理使用制度也應隨之發展，並對新的保護物件加以限制。因此，合理使用制度理應適用於電腦軟體。

我國新著作權法第二十二條對合理使用作了明確規定：“在下列情況下使用作品可以不經著作權人的許可，不向其支付報酬，但應當指明作者的姓名、作品名稱，並且不得侵犯著作權人依照本法享有的其他權利：（一）為個人學習、研究或者欣賞，使用他人已發表的作品；……（六）為學校課堂或者科學研究，翻譯或者少量複製已發表的作品，供教學或者科研人員使用，但不得出版發行；（七）國家機關為執行公務在合理範圍內使用已經發表的作品；……”該條對合理使用規定了具體的十二種情況。《電腦軟體保護條例》第二十二條對電腦軟體的合理使用也作了規定：“因課堂教學、科學研究、國家機關執行公務等非商業性目的的需要對軟體進行少量的複製，可以不經軟體著作權人或者其他合法受讓人的同意，不向其支付報酬。但應使用時說明該軟體的名稱、開發者，並且不得侵犯著作權人或者其他合法受讓者依本條例所享有的其他各項權利。該複製品使

用完畢後應當妥善保管、收回或者銷毀，不得用於其他目的或者向他人提供。”可以看出，我國電腦軟體的合理使用規定了“三種情況一種限制”，即在課堂教學、科學研究、國家機關執行公務三種情況下，可以適用電腦軟體的合理使用制度，但必須是非商業目的的。如果某學校是為營利目的而開辦的各種輔導班而使用，或者是國家機關在日常工作使用均不應被視為是合理使用，因此，我國立法對軟體合理使用規定的範圍是比較狹窄的。

3. 結論——除合理使用外，最終用戶使用盜版軟體的行為構成侵權

有觀點認為，應以是否為營利單位作為應當承擔責任標準，筆者認為不應以主體的性質（是否為營利性單位）為標準，而是應以行為的性質（是否為合理使用）認定是否承擔責任。因為雖然在很多情況下，營利性單位與商業目的使用，非營利性單位、個人與個人使用是一致的，但是主體性質的標準極為模糊。比如，律師以個人名義從事業務而使用盜版軟體，從主體看，是個人，但從行為看，無疑是非合理使用。由於現代社會工作性質的多樣性，個人身份的複雜性，使得主體的位置處於不斷變換之中，因此，依行為性質作出判斷無疑是合理的。

4. 最終用戶使用盜版軟體的危害

由資訊產業部電子知識財產權諮詢服務中心和電腦世界市場研究中心對國內近 80 家軟體企業進行了將近一年的實地調查。在其作出的《中國軟體產業社會環境調查研究報告》顯示，大陸軟體產業的增長速度遠遠超過世界軟體產業的平均增長率，但與此同時，幾大因素也嚴重制約了這一行業的快速健康發展。其中軟體盜版已成為制約軟體產業發展的最主要因素。接受調查的軟體企業普遍認為，“最終用戶盜版”是對軟體產業危害最大的盜版形式，其次才是“生產盜版軟體”和“銷售盜版”。

國內的專家也普遍認為，最終用戶非以合理使用的方式使用盜版軟體的氾濫，嚴重的挫傷了軟體生產廠商的積極性，使處於剛剛生長和發展階段的大陸軟體業面臨生存危機，而且對國家稅收、吸引外資、維護公平的競爭秩序都造成了極大的破壞，對軟體的保護應延伸至最終用戶。正如國家版權局副司長、版權專家許超所言，“為什麼要對電腦軟體的最終用戶的權利作出如此嚴格的限制呢？因為軟體的複製太容易了，如果法律不對用戶的複製行為加以限制的話，就沒有什麼人去買正版了，軟體的開發者的權益就得不到保護了。”¹³

¹³ <http://www.sina.com.cn> 1999年7月8日《國家版權局許超副司長談使用盜版軟體的問題》。

5. 電腦軟體最終用戶責任的承擔

《電腦軟體保護條例》對於電腦軟體的最終用戶責任作出了如下的規定。第三十條：“除本條例第二十一條及第二十二條規定的情況外，有下列侵權行為的，應當根據情況，承擔停止侵害、消除影響、公開賠禮道歉、賠償損失等民事責任，並可以由國家軟體著作權行政管理部門給予沒收非法所得、罰款等行政處罰：……（六）未經軟體著作權人同意或者其合法受讓者的同意複製或者部分複製其軟體作品；……”第三十二條：“軟體持有者不知道或者沒有合理依據知道該軟體是侵權物品，其侵權責任由該侵權軟體的提供者承擔。但若所持有的侵權軟體不銷毀不足以保護軟體著作權人的權益時，持有者有義務銷毀所持有的侵權軟體，為此遭受的損失可以向軟體的提供者追償。……”

《電腦軟體保護條例》是將軟體的最終用戶責任區分為兩種，對於不知為侵權軟體的用戶，責任由提供者承擔，如不銷毀不足以保護權利人，則應銷毀該軟體，但損失還可以追償；對於一般侵權人，則適用的是一般侵權所採用的行政和民事手段加以制裁。

值得一提的是，我國香港地區 2001 年 4 月 1 日生效的新修訂的知識財產權條例規定了最終用戶的刑事責任。它規定“任何人在交易或業務的過程中，或是為交易或業務的目的而擁有侵犯版權的複製品用以作出任何侵犯版權的行為，即屬犯罪”。筆者認為追究最終用戶的刑事責任施之過嚴，因為打擊盜版在於打擊盜版的源頭，即生產和銷售環節，這才是最根本的途徑，而我國刑法已經在第三章第七節中規定了生產者、銷售者嚴重侵犯知識財產權的刑事責任。而且追究最終用戶的刑事責任在實踐中也難以執行。因此，我國目前不宜借鑒。

（四）在強化電腦軟體知識財產權保護的同時，應當平抑電腦軟體的價格

正是由於電腦軟體在知識創新與知識擴散中的特殊能量和巨大的市場，使得軟體產業和軟體企業被公認為知識經濟時代最重要的知識產業和知識企業，公認為可以超速聚合財富的聚寶盆和搖錢樹，也因此使得電腦軟體成為侵害知識財產權的“重災區”和“多發地”，成為海盜式的盜版侵權行為的大目標和聚焦點，更因此使得電腦軟體的知識財產權保護成為當代知識財產權國際保護的重中之重。

電腦軟體易複製和高經濟性的特點，加上電腦軟體盜版隱蔽性大、較難發現的特點使得盜版軟體大量出現，這已經成為最嚴重的“世紀病”之一，蔓延全球，不但在發展中國家廣泛出現，而且在工業發達國家也是普遍存在的，只不過由於各個國家、各個地區的經濟狀態、法制環境和國民意識等相關因素的綜合

差異而程度有所不同。使用盜版電腦軟體的最終用戶如不屬於法律特別規定可以不視為侵犯著作權的情況，則依法應當承擔法律責任。而在電腦軟體的知識財產權保護中，應當充分考慮在強化知識財產權保護的同時，兼顧平抑電腦軟體的價格。

買賣電腦軟體的法律意義是電腦軟體知識財產權的許可使用或者再許可使用授權，軟體主要售價也可以說是使用知識財產權的權利金金額。有社會調查表明，許多單位與個人不用正版軟體的主要原因之一就是“買不起”，由於正版軟體價高“買不起”而不買正版軟體致使正版軟體市場萎縮，由於正版軟體和盜版軟體的價格懸差而造就了盜版軟體的非法“地下市場”。特別在發展中國家，正版軟體的價格往往顯得過高，尤其對於個人消費者來說更覺太貴。而正版軟體的價格構成中的知識財產權附加值過大，即知識財產權的使用費要價太高往往是正版軟體價格過高的主要原因。那麼，能否薄利多銷，平抑和降低正版軟體價格以利於遏制盜版軟體氾濫於市呢？對這一觀點持否定意見者往往有如下看法：第一，市場價格並不是由軟體權利人直接決定的，電腦軟體入市銷售，從軟體權利人至軟體複製商再至銷售服務商，幾經轉手，軟體權利人不能也無法決定軟體市場價格；第二，正版軟體降得再低，其價格也無法與盜版軟體價格競爭，所以降價也是白搭，徒增知識財產權權利人經濟損失，不如保持高價位；第三，當今經貿全球一體化，尤其是面大量廣銷售多的軟體必須維持全球統一價格，不能在發展中國降低價格，價格的高低不一會引起軟體的回流和市場的不穩定，損及自身利益，甚至有的跨國軟體公司有的軟體在發展中國家的市場銷售價格明顯高於在工業發達國家的市場銷售價，對這一現象的解釋是其作為軟體權利人提供給銷售商的價格是全球統一的，在發達國家由於市場銷量大，又不用交納關稅，銷售成本低，故軟體市售價格低，而在發展中國家由於要交關稅，市場銷售量少，所以銷售成本高而市售價格高。應該說，持否定意見的上述看法都是難以成立的。

首先，軟體權利人即使不能直接決定市場價格，也完全有能力影響，控制正版軟體的市場價格。軟體銷售或授權許可使用的很大一部分直接發生在軟體權利人和電腦生產商、系統集成商之間，這一部分的軟體價格當然取決於軟體權利人，軟體權利人能直接控制、決定這部分軟體的價格。其次，正版軟體和盜版軟體的物料成本應該是相同或者相近的，每份軟體的研究開發成本分攤值則與軟體銷售數量成反比，數量越大其分攤值越小，數量巨大則相應見微，價格差異主要表現在知識財產權的高附加值，對軟體的消費者來說，對正版軟體的信譽度、安全感和使用欲都是盜版軟體所無法相比的，正版軟體和盜版軟體的價格差只要處於合理範圍和軟體消費者的心理承受區間，正版軟體的吸引力和競爭力是很大的。再者，軟體價格採取異地異價和發展中國家低價的辦法會不會導致這類軟體的不正常回流和市場波動？應該是不會的。如前所說，軟體銷售即視同為授權許

可使用，在發展中國家低價銷售的軟體可進一步約定授權許可使用地域範圍，如約定“限於大陸境內使用”等等，從法律上杜絕軟體不正當的流動到市場價格高的地區之路。從另一角度說，在實際上，軟體權利人一地多價、同地異價銷售軟體的情況也多的是，也從未引發多少市場波動，所以，恐怕軟體回流和市場波動的顧慮既是多餘的，又是可以進一步防範的。

所以，在強化軟體知識財產權保護的同時合理平抑軟體價格的利益平衡調製措施是積極的和可行的，也是十分重要的，軟體權利人應當給以充分重視。

全面強化電腦軟體知識財產權保護是歷史潮流；在電腦軟體的知識財產權強化保護中注重利益平衡的協調是時代的需求；兩者相輔相成，相得益彰，不可或缺，不應偏廢。只有在電腦軟體知識財產權保護全面強化的同時，兼顧利益平衡，才能保障電腦軟體知識財產權保護的良好法制環境和良性經濟秩序。（陶鑫良，紀曉昕）