



DACHENG  
LAW  
OFFICES

大成律师事务所

# 大成知识产权通讯

Dacheng Law Offices IP Newsletter

2012 年第 1 期（总第 3 期）



## 编辑部信息

主 办：大成律师事务所

知识产权部

主 任：佟 洁

责任编辑：王宝勇

编 辑：秘 瑗

编 委 会：王卫东 王章伟

田树启 朱玉子

朱桂钱 刘 琳

吴敬清 张世红

陈 福 李 虹

苏 畅 林 微

赵海生 赵红梅

徐宝霞 顿明月

韩效亮 董一闻

潘剑敏 潘建华

魏士廩

(按姓氏笔画排序)

## 部门动态

- 知识产权部召开文化大繁荣大发展背景下的知识产权热点问题研讨会..... 1
- 王卫东律师领衔北京 OLED 行业知识产权联盟成立.....2
- 王章伟律师为大唐能源化工有限责任公司授课..... 2
- 王章伟律师受邀为浙江大学科技园企业授课..... 2
- 魏士廩律师在北京律协竞争与反垄断法律事务专业委员会组织召开关于中国电信与中国联通涉嫌垄断行为调查案事务研讨会上作主题发言.....3
- 王章伟律师参加 2011 年“中国知识产权实务论坛” .....3
- 魏士廩律师向国家发改委、国家工商总局提交反垄断执法案件政府信息公开申请得到回复.....4
- 大成成功签约联发科技大陆地区常年法律顾问项目.....6

## 热点聚焦

## 互联网行业如何反垄断

- 🚩 互联网领域的垄断行为或已出现.....7
- 🚩 互联网领域认定垄断行为之困.....8
- 🚩 中国互联网产业，如何规制垄断行为.....15

## 案例分析

## 姓名与域名争议在 UDRP 以及 CDDRP 适用规则之比较

- 个人姓名在 UDRP 中的使用.....19
- 姓名权在 CNDRP 规则中的适用.....21
- 个人姓名在 CNDRP 与 UDRP 中适用规则的比较.....23

## 实时资讯

- ◇ 巴基斯坦知识产权变更草案 侵权最高可监禁十年.....25
- ◇ 百度参战 互联网开放大战白热化.....25
- ◇ 谷歌微软阿里巴巴竞购雅虎.....26
- ◇ 谷歌与 FTC 和解：未来 20 年接受第三方审查.....26
- ◇ 阿里巴巴全面推行实名认证 提升平台真实性.....27
- ◇ 亚马逊与出版商谈判拟推出电子书借阅服务.....27
- ◇ 盛大云中书城发布三季度数字图书馆销售排行榜.....28
- ◇ 欧盟官员称单一专利制度在欧盟内部达成共识.....28

投稿请联系:

知识产权部部门秘书: 秘瑗

电话: 5813 7591

邮箱: yuan.mi@dachenglaw.com



政策法规

- ✎ 商务部拟出台《网络零售条例》 .....29
- ✎ 首个团购监管法规酝酿出台 已进入调研收尾阶段.....29
- ✎ 关于征求对《专利实施强制许可办法修订草案（征求意见稿）》意见的通知.....30
- ✎ 国家质量监督检验检疫总局《关于核准北京金六环农业园等企业使用地理标志保护产品专用商标的公告》 .....30
- ✎ 国家知识产权局关于征求对《国家知识产权局行政复议规程（修订草案）》意见的通知..... 31
- ✎ 国家知识产权局关于征求对《专利申请优先审查管理办法（征求意见稿）》意见的通知.....31
- ✎ 最高人民法院印发《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》 .....32

IP 小知识

- 申请专利的好处有哪些? .....33
- 专利权的保护期有多长? .....33
- 如何找到你需要的专利信息? .....33

## 部门动态 Department Dynamics

### ➤ 知识产权部召开文化大繁荣大发展背景下的知识产权热点问题研讨会

2011 年 12 月 9 日至 10 日，知识产权部在北京凤山会议中心召开“文化大繁荣大发展背景下知识产权热点问题研讨会”，会议由部门主任佟洁律师主持，30 余名律师参加了会议。王卫东律师、王章伟律师、吴敬清律师、刘世杰律师、张世红律师、林微律师共六位律师做了主题发言。



王卫东律师对《商标法修订草案征求意见稿》中的内容进行了详细的解读，分析新商标法的立法动向与律师执业中应当注意的问题，并提出自己的观点与疑问，引起与会律师的强烈反响和激烈讨论；王章伟律师从“知识产权质押融资产生的背景”；“知识产权质押融资的风险防范”入手，结合自己的经验全面介绍了知识产权质押融资相关的法律问题，引发了与会律师的兴趣并对质押融资的流程进行了深入的交流。

吴敬清律师从文化创意产业为当今文化格局带来的变化的出发，剖析了文化创意产业发展现状与知识产权保护所面临的新问题新对策。吴敬清律师指出，传统文化并没有消失，而是通过新的文化载体体现在现代生活中。如今知识产权处在一个大好的环境中，知识产权律师要把传统业务与新型业务结合起来提供整套的法律服务，为文化大繁荣大发展保驾护航。

刘世杰律师与张世红律师以“方正诉宝洁侵犯著作权纠纷案”为视角，分别针对单字字体是否构成作品著作权问题阐述了自己的观点，正反两方引发热议。

林微律师针对被业界广泛关注的“安顺地戏”诉张艺谋导演等三被告案中两大争议焦点展开论述，引发了与会律师对文化遗产的属性、价值及保护的思考。

知识产权部成功举办本次研讨会，会上与会律师积极提问，并对提出的问题进行了有效的

探讨；分享了业务经验，探讨了律师业务发展新方向，更增强了树立知识产权品牌的信心。

### ➤ 王卫东律师领衔北京 OLED 行业知识产权联盟成立



2011 年 11 月 14 日，北京 OLED 行业知识产权联盟成立仪式在北京翠宫饭店举行。国家知识产权局、北京市经信委、中关村管委会、北京市知识产权局相关领导应邀出席会议并讲话。

北京 OLED 行业知识产权联盟由北京市知识产权局组织发起，北京大成律师事务所担任联盟秘书单位，负责联盟的日常运营工作。联盟成员单位包括京东方科技集团、彩虹集团、北京大学、中科院理化所等近十家北京市 OLED 行业重点单位及科研院所，其宗旨是构建 OLED 产业专利池；建立联盟公共信息服务平台；发挥联盟集体力量，共同应对涉外知识产权风险；探索新的知识产权合作运营模式，促进各联盟成员在知识产权的合作与运用中发挥更积极作用。

更多信息请见

<http://www.oledw.com/oled-news/201111/4710.shtml>

### ➤ 王章伟律师为大唐能源化工有限责任公司授课

2011 年 11 月 15 日，大成高级合伙人王章伟律师应邀为大唐能源化工有限责任公司授课，讲授知识产权保护与战略课题。讲座在大唐能源化工有限责任公司总部举行，并通过视频向各个分公司同步传送。王章伟律师就企业关心的未来可能的核心竞争优势点、知识产权战略的特点、知识产权战略管理的建设工作等问题进行了分析和详细讲解，对企业未来在知识产权战略方面的发展起到了积极重要的指导作用，取得了良好的效果。

### ➤ 王章伟律师受邀为浙江大学科技园企业授课

2011 年 11 月 17 日，大成高级合伙人王章伟律师应浙江大学科技园管委会邀请为园区企业授课，主讲知识产权战略及资本化。杭州市科技园区负责人、杭州市科技局知识产权处相关人员以及园区企业代表听取讲座。王章伟律师就知识产权战略特点、布局以及知识产权如何



资本化等企业关心的问题进行了详细的讲解和分析，对企业未来在知识产权战略及资本化方面的发展起到了积极重要的指导作用。

### ➤ 魏士廩律师在北京律协竞争与反垄断法律事务专业委员会组织召开的关于中国电信与中国联通涉嫌垄断行为调查案实务研讨会上作主题发言

12 月 11 日北京律协竞争与反垄断法律事务专业委员会副主任魏士廩律师组织召开了关于中国电信与中国联通涉嫌垄断行为调查案实务研讨会，北京律协竞争与反垄断法律事务专业委员会委员、工信部知识产权中心及电信行业专家、反垄断行业法务人员等参加了本次研讨会。会议从中国电信和中国联通涉嫌垄断行为的类型、相关市场份额计算、涉嫌滥用市场支配地位的行为类型认定、行政处罚数额计算标准和承诺制度以及中止调查的条件等问题展开讨论。魏士廩律师重点介绍了案件发生的背景和过程，并就行政处罚数额计算和承诺制度等内容作了重点发言。

国家发改委针对中国电信和中国联通所涉价格垄断行为调查案，是我国《反垄断法》实施三年多来第一件大案，在我国反垄断行政执法中具有里程碑意义，对我国未来反垄断法的发展方向具有重要影响。

### ➤ 王章伟律师参加 2011 年“中国知识产权实务论坛”

2011 年 11 月 18 日，由中华全国律师协会、中国审判理论研究会、中国知识产权研究会决定共同主办的“中国知识产权实务论坛”在湖南长沙召开，王章伟律师代表大成知识产权部参加了本次论坛，并在知识产权资本化分论坛发表“知识产权质押融资的相关问题”主题演讲。

## ➤ 魏士廩律师向国家发改委、国家工商总局提交反垄断执法案件政府信息公开申请得到回复

11 月 6 日，知识产权部魏士廩律师向国家发改委、国家工商总局分别提交了反垄断执法案件政府信息公开的申请，以下是向国家工商总局提交的申请内容：

国家工商总局：

《反垄断法》实施以来，商务部每年都会通过媒体向社会公开每年经营者集中案件审查的情况。本人发现，媒体报道很多向国家工商总局举报的反垄断案件，但基本上没看到处理结果。而且，通过公开的信息很难查到国家工商总局自《反垄断法》实施以来，以《反垄断法》为依据查处的反垄断案件总体情况。本人一致比较关注反垄断，最近在草拟一本关于反垄断执法的书，希望国家工商总局能够公开自《反垄断法》实施以来，国家工商总局以反垄断法名义查处的反垄断案件名称、当事人名称、数量和处罚结果。

谢谢！

中华人民共和国公民

魏士廩

### 一、国家发改委的回复

国家发改委于 2011 年 11 月 8 日以电子邮件形式回复魏士廩律师，称“您的申请，不属于我委政府信息公开依申请公开范围”。

### 二、国家工商总局的回复

国家工商总局于 2011 年 12 月 6 日以挂号信的形式邮寄回复信约三页纸，函中明确答复了已办结的四个案件，并把案件的主要内容和大体处理经过以及进一步信息的获取渠道予以明确告知。四个主要案件有：

### 1、江苏省连云港市混凝土委员会及 16 家委员会企业实施垄断协议案

案件曾在国家工商总局网站上详细公布了处罚经过和内容。该案发生在 2009 年 3 月，是国家工商总局从行政执法调查到依据《反垄断法》进行处罚信息公开最完整的一个案件，被媒体称为国家工商总局反垄断执法第一案。

### 2、江西省泰和县华维液化石油气储备站等七家企业和个体经营户实施垄断协议案

该案发生在 2008 年 10 月，但处罚决定在 2011 年 4 月才下达。案件最终处罚决定，责令当事人停止违法行为，同时，没收违法所得 205537 元，并处罚 130230 元罚款。在此之前，本案未曾公布。经百度搜索也没有发现该案处罚信息。国家工商总局在回复中函中已披露了本案主要内容和处罚经过。

### 3、青岛港相关企业涉嫌滥用市场支配地位案

该案发生在 2009 年上半年，招商局集团和青岛港集团先后向国家工商总局举报，反映对方在经营活动中涉嫌存在滥用市场支配地位和不正当竞争问题。国家工商总局对涉嫌垄断行为企业宣讲《反垄断法》，并告知涉嫌企业存在的问题。2009 年年底上述两企业从维护港口正常市场秩序出发、以闲置的固定资产为基础，共同成立新的港口营运企业，参与港口市场竞争，改变竞争格局，一举盘活企业资产数十亿元。该案以参与港口市场竞争、改变竞争格局的方式结案。

### 4、广东省某市政府滥用行政权力排除、限制竞争案

在该案中，广东省工商局依据调查结果向省政府提出依法处理的建议。2011 年 6 月，广东省政府法制办公室正式作出行政决定，纠正了相关问题。行政决定的具体内容及有关情况，可以向广东省政府法制办公室查询。

## 三、对回复的感受

魏士廩律师称，申请反垄断执法政府信息公开，主要的目的是想推动反垄断法的实施和落



实。通过两反垄断执法机构的回复情况对比魏士廩律师认为，国家发改委回复及时，但态度傲慢，且回复不具有任何说服力，其说法也没有充分的法律依据支撑。国家工商总局是政府信息公开的典范，规范、到位、踏踏实实做事。尽管没有大案件，但说明国家工商总局一直在履行反垄断执法的职责，并有查处结果。办案律师本打算向一中院提起对国家发改委的行政诉讼，但接到回复信息后的第二日中午（2011 年 11 月 9 日）发改委就通过央视公布了中国电信和中国联通的反垄断调查案信息，并且于 2011 年 11 月 14 日公布了对山东两医药公司的处罚结果。尽管该结果公布还很粗糙，离政府规范的政府信息公开还有较大距离，但毕竟公开了相当部分内容，已有一大进步。

## ➤ 大成成功签约联发科技大陆地区常年法律顾问项目

知识产权部高级合伙人王卫东律师团队凭借在专利等知识产权法律服务领域的丰富经验，在联发科技股份有限公司遴选大陆地区常年法律顾问服务项目中成功胜出，担任其在大陆地区四家子公司的常年法律顾问。

联发科技（MTK）总部设在台湾，是全球 IC 设计领域的领导厂商，为台湾市值最大的上市公司之一，专注于无线通讯及数字多媒体等技术领域。联发科技拥有从 2G、3G 到 4G，从功能手机到智能手机的完整丰富的手机解决方案，2010 年手机芯片年出货量已经超过 5 亿颗，成为仅次于美国高通的全球第二大手机芯片厂商。

我所与联发科技的合作，实现了双方在尖端科技与知识产权法律服务领域的强强联合，有助于进一步提升我所知识产权领域的法律服务水平和专业化、品牌化建设。

## 热点聚焦 Hot Focus

# 互联网行业如何反垄断



## 互联网领域的垄断行为或已出现

互联网是自由经济的产物。互联网在中国发展十多年来，诞生了三十多家国外上市的互联网企业，产生了巨大的社会影响力。根据 CNNIC 的统计数据显示，截止 2011 年 6 月底，我国网民总数达到 4.85 亿，互联网普及率为 36.2%。中国的网络企业和网民不断尝试创新和接受各种互联网应用服务，形成了一个欣欣向荣的网络世界。但是自由竞争结果将可能导致垄断。事实上，近年来，随着我国互联网企业在搜索、即时通信、电子商务的发展快速，互联网领域反垄断的声音逐渐高涨。

2009 年，唐山市人人信息服务有限公司诉被告北京百度网讯科技有限公司涉嫌垄断案是一个典型案例。这是《反垄断法》实施以来，发生在互联网领域的第一起案件，被法律界称为“互联网反垄断第一案”。但是此案最终以人人公司败诉而告终。导致其败诉的重要原因就是无法证明百度公司在互联网市场中具有市场支配地位。而根据《反垄断法》中规定，确定一家企业实施垄断行为的前提是，该企业在被诉垄断行为所涉及的市场中具有支配地位。虽然百度公司在搜索引擎领域内是毫无争议的龙头老大，但是原告确难以取得百度具有市场支配地位的基础数据，从而败诉。

另一引人注目的案件是发生在 2010 年底的腾讯与奇虎的“斗殴”。3Q 之争的导火索是由于奇虎 360 于 2010 年 9 月 27 日推出了一款名为“360 隐私保护器”的安全软件组件，称其监控到 QQ 私自对用户电脑进行扫描，侵犯了用户隐私。随即又推出了一款“扣扣保镖”

软件，声称可以阻止 QQ 查看用户隐私文件，由此引发腾讯的强烈反击，腾讯对 QQ 上得一些功能进行关闭，做出让用户“二选一”的“艰难的决定”，这便将其推上了“垄断”的风头浪尖。有得专家认为，腾讯公司利用那个自身的市场强势地位，要求客户在腾讯产品和 360 公司的产品中二选一，正是利用了其市场支配地位，腾讯公司有滥用市场支配地位之嫌。2010 年 11 月 5 日，互联网反垄断联盟秘书长姚克枫、法易网 CEO 王丰昌以网民身份向国家工商行政管理总局提交了《反垄断调查申请书》，请其对腾讯进行反垄断调查。姚克枫、王丰昌认为：根据反垄断法第十九条规定，经营者在相关市场的份额达二分之一时，可以推定其具有市场支配地位，而腾讯公司的 QQ 软件已经占据 80% 多的市场份额，腾讯公司强迫网络用户在两款软件中做出“二选一”的行为正是利用了它的市场支配地位，属于恶意的垄断行为，同时也对要求用户删除的软件构成了不正当竞争。

事实上，互联网企业之间的“互掐”和“斗殴”并不是什么新鲜事，但通常仅限于两个企业之间，并不会真正影响用户使用。而在 3Q 之争中，用户利益却受到了实实在在的损害。究竟在 3Q 大战中，腾讯 QQ 和 360 是否“滥用市场支配地位”并因此构成了垄断？更进一步讲，在互联网领域如何实施反垄断规制？



## 互联网领域认定垄断行为之困

我国《反垄断法》规定的垄断行为包括三类，分别是经营者达成垄断协议；经营者滥用市场支配地位；具有或可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。目前我国互联网行业的垄断形式主要涉及经营者滥用市场支配地位，此类行为的构成要件包括三个：一是行为主体具有市场支配地位；二是占据市场支配地位的市场主体实施了滥用行为；三是这样的滥用行为削弱了市场的竞争程度、损害了市场的竞争秩序。沿着这些思路，判定一个企业是否构成垄断需首先判定其是否存在市场支配地位；如果存在的话，再判定此企业是否滥用了其市场支配地位；如

果企业满足了滥用市场支配地位的判定标准，反垄断执法机构也需结合整个产业的发展方向、产业的发展阶段与发展特点、市场的结构等各个方面因素来综合进行判定。虽然在判定行为的逻辑结构上规则制定的较为清晰，但是具体到互联网行业下对市场主体的行为进行判断上仍存在诸多难点，国家工商行政总局去年已对近百件各类涉嫌垄断案件举报材料进行认真梳理、研究分析，提出了处理意见，不过鲜有互联网企业被立案调查和受到处罚。

### (一) “相关市场”的界定尚无统一标准

市场支配地位的判定需衡量市场主体在相关市场内是否具有垄断力，因此界定相关市场的范围也成为判断互联网企业是否涉及垄断问题的首要解决问题。反垄断法意义上的“相关市场”是指经营者在一定时期内就特定商品或服务进行竞争的商品范围和地域范围。2009年5月24日，国务院反垄断委员会发布了《关于相关市场界定的指南》(以下简称《指南》)，对“相关市场”界定的基本依据和一般方法可以基于商品的特征、用途、价格等因素进行需求替代分析，必要时进行供给替代分析；在经营者竞争的市场范围不够清晰或者不易确定时，可以按照“假定垄断者测试”的分析思路来界定相关市场。然而，依据这些方法来界定互联网产业中市场主体所涉及的相关市场却面临很大的困难。

#### 1. “需求替代分析”“供给替代分析”等方法在互联网领域可操作性不强

在传统意义的市场上，需求交叉弹性是反垄断法中界定相关市场的重要考虑因素，根据需求者对商品功能用途的需求、质量认可、价格的接受以及获取的难易程度等因素来具体考量。但在互联网经济时代，企业为避免与其他竞争者同质化竞争引起自身市场份额的不断压缩，都不断创新以通过产品的差异化建立起固定的客户群；由于消费者黏性的存在，这使得用户不会轻易转向其他的产品或服务。此外，互联网产业的网络效应不仅给先进入市场的企业带来巨大的用户基数和“先发优势”，还因此对后续的市场进入者造成了天然的市场进入壁垒、并加大了后续企业发展的风险。产品差异化以及消费者被“锁定”程度的难以确定性、互联网环境下

使用需求替代分析和供给替代分析方法存在很大的难点。

## 2. 互联网产业相关产品市场与相关地域市场的判定存在很大的不确定性

根据《指南》，界定“相关商品市场”时，商品相同或相似的用途、销售渠道或者商品价格比较接近且在价格变化时表现出通向变化趋势的商品被认为是紧密替代品或替代性较强的商品。在“相关地域市场”的界定中，商品的运输成本和运输特征、商品的销售区域和地域间的壁垒都是需要考虑的因素。但是互联网的虚拟性特点是销售渠道、运输、区域、地域这样的关键词被淡化，而且价格也不再是重要的考量标准，上海交通大学竞争法专家王先林教授认为：

“互联网市场上的进入障碍更主要的表现为网络效应和知识产权、技术标准等，而非价格因素。”

比如，基于互联网络为用户提供各种联系和交流通路的社交网络服务，其作为一种基于网络虚拟社会的新型交往方式，在界定其相关产品市场时，必须要衡量其他形式的商业模式是否也参与了相关市场的竞争。那同样拥有社交属性的相亲网站“珍爱网”和典型的 SNS 网站“校内网”是否属于同一产品市场？再如电子商务网站如淘宝网所销售的产品和实体市场有紧密的联系，那虚拟商店和实体商店的类似产品是否属于同一产品市场？如果属于同一市场，如何判定实体市场所涵盖的范围？如果不属于，对于此类服务相关市场的界定是否较为狭窄？再比如互联网搜索行业，搜索服务市场是否只包括与其同样提供搜索服务的网站？由于双边市场的存在，是否还包括与搜索服务市场在广告上展开竞争的市场？由于相关市场的界定在传统经济市场条件下即具有较大难度并拥有较高主观判断性，互联网产业相关市场的判定存在很大的不确定性。

## 3. 微软垄断案的启示

美国跨世纪的微软垄断案便能从这个问题上给我们一些启发。上世纪末，微软发现网景公司的 Navigator 浏览器在未来有可能成长为劲敌，于是推出自己的浏览器与其 windows 捆绑销售，同时要求制造商不得预装 Navigator，之后的几年 Navigator 浏览器的市场份额急剧下



降且一蹶不振。这场长达四年的审理,经历一审法院认定微软“企图垄断浏览器市场”“捆绑销售违法”而判决拆分,到二审法院推翻地区法院上述判决的戏剧性变化。尽管一审法院杰克逊认为,IE与windows捆绑使得“IE在浏览器市场上的份额已经达到1/2以上,在2001年将超过60%,而被告控制1/2以上的市场份额本身就可以看成垄断该市场的“成功的绝对可能性”;但上诉法院却认为,杰克逊法官忽略了一个重要事实,即微软对IE的捆绑是建立在其操作系统市场无可撼动的地位,但是证明微软真的在浏览器市场有垄断“成功的绝对可能性”,就必须证明其在浏览器市场也像在其它在操作系统市场一样建立起了阻止新进入者的壁垒。

可见,上诉法院在判定微软垄断问题上,明确区分了“操作系统市场”与“浏览器市场”。那么相类比腾讯与360的案例,正如北京大学法学院盛杰民教授提出的:“QQ在即时通讯软件市场占有率第一,360在网络安全软件市场占有率第一。腾讯和360之间的竞争到底在什么市场上?”对于我国刚刚起步的反垄断法来说,如何既全面考虑网络行业特殊性并摆脱相关市场界定的随意性和不确定成为我国执法机构现阶段面临的巨大挑战。

## (二) 仅凭“市场份额”因素难以认定企业具有市场支配地位

市场支配地位。又称控制市场的地位、市场优势地位,是德国《反对限制竞争法》与《欧洲经济共同体条约》中使用的概念,泛指有关企业在相关市场优势。美国反托拉斯使用的相应概念是“垄断力”或“市场支配力”,指企业在特定的相关市场上具有控制价格或排除竞争的能力。根据我国《反垄断法》第十七条的规定,市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。尽管各国规定有所不同,但其核心含义是基本一致的,及市场支配地位就是指某个企业或者某些企业在特定的相关市场上占有一定程度的优势或者强势,可以据其“支配”或者“控制”市场,进而对该市场上的竞争产生重大的影响,或者是企业在相关市场拥有决定产品产量、价格和销售等方面的控制能力。市场份额因素对认定市场支配地位的重要性,在各个

反垄断时间发达的国家或地区都形成普遍认识。

反垄断律师表示,《反垄断法》颁布之后经过法院受理的案件,原告完全胜诉的案子现在还没有。为何《反垄断法》原告难以胜诉呢?他认为,最大的问题就是怎样证明互联网企业是占市场支配地位的企业,普通消费者无法承担如此大的举证责任。

2011 年 2 月 17 日,互联网实验室发布了《中国互联网行业垄断状况调查及对策研究报告》(2010 综合研究报告),其公布了 2010 年第三季度出于垄断状态互联网相关市场份额:搜索领域,百度市场份额为 72.3%、谷歌 26%;IM 领域腾讯 76.56%、飞信 7.05%、MSN 为 4.36%;电子商务 B2B 领域阿里巴巴市场份额为 54.39%;C2C 领域淘宝为 94.71%、拍拍 5.07%、易趣 0.18%;第三方支付领域支付宝 71%、财付通 14%、快钱 3%。如果仅仅根据我国反垄断法关于推定经营者具有市场支配地位的份额标准来看,百度、腾讯及淘宝均在各自领域占据了“市场支配地位”。

然而,互联网行业的一个显著特征就是动态的竞争市场。在互联网行业快速创新趋势的推动下,互联网领域的竞争出现了动态竞争的特点。互联网行业的经营者虽然可以通过不断的创新和完善的用户体验来取得市场支配地位,但其市场支配地位并非是牢不可破的。可以取得市场支配的主体既包括规模大的垄断企业,还包括垄断组织和中小垄断企业,每一种垄断主体都可以凭借自身的技术与专利产品或服务对目标市场的消费者有一定的控制力,这使得互联网行业市场在更长的时间跨度、更广的空间范围和更高的程度上展开在动态竞争,现有的垄断经营者仅仅是脆弱的垄断者。由于反垄断法的立法目标是为了“保护竞争秩序而并非竞争者”,因此仅仅因为互联网行业的发展特性而导致市场主体拥有较高的市场份额,并不能代表企业将来也具有持续的影响力,也不能显然的说明已对正常的秩序造成了损害,还必须运用“合理原则”考量企业是否具有市场支配地位的其他因素:如相关市场竞争者的数量、市场的开放程度、新的竞争者进入市场的障碍、企业转向生产其他产品的可能性等。

在美国，同样是上文提到的微软垄断案，在认定微软在浏览器市场上是否具有支配地位时，上诉法院采取了审慎的态度。上诉法院认为，一审法官以及原告的认识都忽略了一个重要的事实，即微软的捆绑之所以成功是建立在两个浏览器的功能相似的基础上，这意味着一旦有另一个竞争者开发出功能明显优于 IE 的浏览器，顾客仍会选择安装新的浏览器在自己的电脑上，微软的市场份额会马上降低。“潜在进入者”的可能性使微软的垄断是暂时的、不可靠的。

### （三）何为对市场支配地位的“滥用”缺乏明确法律依据

即便具有市场支配地位，也不一定构成滥用市场地位的行为。正如一些法律专家所言，具有市场支配地位却是法律认定的问题。我国《反垄断法》第十七条对滥用市场支配地位的行为作了列举性的规定，这些列举中大量提到了“无正当理由”与“交易相对人”进行的种种交易行为。在 3Q 之争的分析中，该条款定在适用时面临以下几个问题：

#### 1. “无正当理由”这一表述过于抽象，在互联网行业认定存疑

该条文的规定本身存在一定的模糊性，多款规定均含有“无正当理由”这一抽象的表述，由于我国《反垄断法》实施时间尚短，对此缺乏相应的司法解释及典型案例。这给该法在互联网行业竞争中的应用带来一定的疑问。例如，腾讯在 QQ 客户端中“捆绑”了各种即时通信之外的服务模块，是否属于“无正当理由搭售商品”的情况，多种网络服务功能的整合是否可能存在“正当理由”？

继续以上文提到的案例做引证，在整个微软垄断案中，最富争议的莫过于如何给微软的“捆绑”行为定性。微软公司宣称这是一种创新，提高了 windows 的功能并满足了消费者多元化需要。一审杰克逊法官认为这是“搭售”，损害了消费者的选择权，而且他鉴定的认为“捆绑行为的目的不会超出扼杀竞争之外”，因此“这一行为本身就是违法的，无需对该行为造成的确切损害做详细调查，或对其适用做出辩解”。上诉法院确认为，“搭售”在传统垄断法上被视为违法只是因为“在工业时代，搭售的确难以带来可以弥补其对竞争危害的社会福利”，然而

在本案中，搭售确实带来了不可低估的社会福利，主要有：（1）捆绑 IE 使 windows 本身的功能得到加强，“这是以前的案例中没有料到的”；（2）“许多在技术动力时代十分有益的进步来自于捆绑”，上诉法院这里列举了 IBM 公司将磁盘与驱动器捆绑的例子；（3）把 IE 加入 windows 不单独收费，减少了公众访问互联网的成本，“至少因此促使网景公司停止对 Navigator 收费…”

在判决的最后，上诉法院小心翼翼的表述了这样一段话，很值得我国相关部门借鉴：“我们手边没有证据可以认为‘本身违法原则’对软件市场不可用，也不敢轻易设定一个先例，要求以后法庭在考虑搭售行为的正当性时都必须使用‘合理原则’。我们对本案的理解仅限于——在软件领域机械照搬‘本身违法原则’讲给软件的革新、乃至 PC 市场、网络市场到整个信息产业罩上一层乌云。”

## 2. 在互联网的新兴盈利模式下，对列举中的交易方式认定存疑

由于《反垄断法》调整所有的市场竞争行为，其规定具有一定的概括性，然而互联网行业的盈利模式和经济运行规律与传统行业相比有所区别。例如，腾讯和 360 均采用免费向用户提供客户端软件的方式，在获得用户基础后通过经营广告、增值服务等实现盈利。采用这种盈利模式的企业如何适用含有“价格”交易相对人等内容的法律条款。

## 3. 互联网的特殊竞争法则，决定了对“滥用”的评判标准不能等同于常规意义的市场竞争

正如许多分析人士指出，“丛林法则”在互联网竞争领域是不可或缺的，纵观国内外二十年互联网行业的发展历程，封杀和垄断从来都是伴随且激发行业不算推陈出新的印记与动力，即便是在竞争法相对完善的美国亦不可避免。如上文所提到的微软打击网景，还有近两年苹果公司宣布永不在产品中兼容 Adobe Flash 软件，IBM 捆绑销售旗下的计算机产品与软件，虽然都进入法律程序，但美国法院出于对互联网行业的特殊考虑，无一例外采取了“软着陆”的低调处理法则。在我国法律实践中，认定滥用市场支配地位的行为时采取用“合理原则”，即

允许被指控一方需要排除可能存在的善意合理理由。在互联网绝对至上的互联网界，每一家成功的公司都深谙满足、理解、保护用户利益的终极法则，那么如此一来，从法律上判断“正当理由”就不应同传统市场一样标准单一。

根据互联网实验室发布的《中国互联网行业垄断状况调查及对策研究报告》(2010 综合研究报告)，在互联网行业中的滥用垄断力量的现象主要包括以下四种：(1) 涉嫌捆绑搭售；(2) 涉嫌侵害消费者选择权；(3) 涉嫌歧视性垄断；(4) 涉嫌缔结垄断协议。

对此，我们认为，上述内容比较全面的概括了我国互联网行业竞争中出现的各种具有“垄断嫌疑”的行为。然而，上述分类存在以下问题，(1) 所谓的“捆绑搭售”行为是否属于“对市场支配地位的滥用”需要进一步探讨的空间，例如，在客户端中加入其他服务内容的模块是否属于反垄断法意义上的“搭售”商品，这种行为是否存在具备“合理理由”的情形；(2) “侵害消费者选择权”是对市场竞争中垄断行为造成的不良后果之描述，并非是对此类行为本身的抽象概括，(事实上，任何垄断行为都必然因限制了自由竞争而对消费者的选择权造成侵害)，不宜将其列为一种独立的“垄断行为”类型。



## 中国互联网产业，如何规制垄断行为？

如前所述，由于互联网行业正处在急速扩张的时期，新情况很多，技术性非常强，而且其交互性、虚拟性、互动性的特点，也决定了互联网的商业模式迥异于传统产业，很难用针对传统产业的法律就其行为进行判断和规范，所以如何界定并处理互联网产业内的垄断，需要从制度层面进行通盘考量。

### (一) 进一步完善年立法体系，建立针对互联网产业有效“事前约束”机制

我国反垄断法 2008 年才正式开始实施，配套法律和实施细则相对较少，在具体实践操作中还存在很多困难，因此其作用并没有充分发挥出来。行业垄断的情况依然存在，严重阻碍了互联网产业的健康发展。



在当今的网络时代，不正当竞争与垄断都存在一些新的态势，使得现有的法律框架无法涵盖大量的新问题。

分析“3Q”之争发现，并不能清晰的界定其中哪些行为违法或违规，条款的引用也难明了，对惩处的手段程度也较难把握。于是，主管部门只好自己想办法。工信部于 7 月份公布《互联网信息服务管理规定（征求意见稿）》，其中第四条指明互联网公司的从业原则：“互联网信息服务提供者提供互联网信息服务，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则。”

中国社会科学院信息化研究中心秘书长姜奇平指出，规范行业和市场秩序是政府保护用户的根本抓手，《管理规定》的出台有助于避免“3Q 大战”的类似事件再次发生。因为《规定》第五条明确规定，互联网信息服务提供者不得侵犯其他互联网信息服务提供者合法权益，包括：捏造、散布虚假事实，或者诋毁；恶意不兼容，干扰或者影响用户终端上其他互联网信息服务提供者，提供的服务或者相关产品的运行，或者修改对方的服务，或者相关产品参数。

在市场格局改变的情况下，对法律的修订也亟待提上日程。日前，国家工商总局完成了《反不正当竞争法》修订稿，并已上报国务院法制办，据透露，修订稿中增加了多条与网络相关内容。《反不正当竞争法》已走入改革进程，那么《反垄断法》是否也应当配合启动修订？若法律的修订需要复杂而漫长的程序，那么在互联网领域出台对于《反垄断法》的相关适用规定，是否是一个可行的办法？与互联网竞争相关的个人信息保护的立法工作是否也应当着手？

上述提议并非毫无根据，横观目前的国际立法，许多国家都出台了针对互联网市场适用竞争法的具体条例。比如，加拿大联邦竞争局（Competition Bureau）于 2003 年 2 月 18 日公布了《竞争法在互联网领域的适用规定》（Application of the Competition Act to Representations on the Internet）<sup>1</sup>，另外加拿大国会还针对电信、网络行业的竞争机制，制定了“C-28”草案（An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian

<sup>1</sup> <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/01213.html>

economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act)<sup>2</sup>; 欧盟委员会早在 2002 年 7 月 31 日就制定了关于电子信息业保护个人数据和隐私的指导 (Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector)<sup>3</sup>, 其中涉及的问题与竞争法领域有密切关系。具体到我国的立法工作, 如人民邮电报王雅平编辑在《“停战以后”——由中国互联网产业“3Q 大战”所引发的法律思考》一文中所建议, 必须针对“3Q”之争暴露出的问题进行全面、深入调研, 前瞻性地立法, 增加对互联网信息服务及相关业务经营行为规范的条款; 应着力解决经营者与用户之间信息不对称问题, 设定规范的申诉仲裁程序; 约束和规范行业垄断经营者, 加大对不正当竞争等违法行为的惩处力度。

## （二）探索互联网市场基础信息搜集、分析机制，形成有效的“事后应对”体系

上文所论述的认定“支配”和“滥用”的问题, 如果只是泛泛而论并不困难, 但是要形成确定性的结论, 及时只是一个小问题, 也不容易。首先, 互联网市场具有特殊性, “市场份额”不能作为认定市场支配地位的唯一标准, 还应看“市场进入”的难易程度。“市场支配地位”本身的认定在互联网市场上表现得更为复杂, 无论是市场份额的确定还是市场进入障碍的判断, 都呈现出一些不同传统市场上的特点。第二, 对于“滥用”, 要看是否有“正当理由”。就 3Q 大战来说, 这里的相关事实还不能完全确定, 是“正当防卫”还是“滥用优势地位”, 这就需要权威部门的事实认定。

2 <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Docid=4547728&file=4>

3 <http://eur-lex.europa.eu/Lexuriserv/Lexuriserv.do?uri=CELEX:3200L0058:EN:HTML>

北大法学院副教授肖江平认为，“对互联网领域反垄断的定性问题，最大的障碍不是理论，不是知识，而是反映该行业市场竞争状况的技术信息和经济信息”。回顾 3Q 之争，对于上述应当认定的关键信息，除了双方的控辩和网络上一一些零星整理的资料、评论外，还没有一家第三方的权威机构或相关指导部门对其中的技术冲突进行公开的解释、认定或说明。没有这些信息，竞争主管机关做出有说服力的决定，是非常困难的。这一点从美国的 IT 反垄断著名案件中也能得到印证。微软垄断案件之所以判决过程长达四年，而事后的各方调解、市场监控等工作一直持续到判决之后的十年，很大的一个关键就是因为法院在审理的过程中，对于“捆绑”的技术机理和定性问题、以及市场的数据分析上存在疑问，而且没有成型的信息分析报告可以采纳。

此外，上述信息仅仅是针对本案时候回顾剖析的一个截面。在瞬息万变的互联网市场，对基础信息的搜集和分析，还应当是及时更新。关注“3Q”的进程的人都知道，在“丛林法则”的 IT 竞争领域，没有永远的敌人，各大网络公司基础用户导向都会随时变换“合纵联合”的策略，不断改变着该行业的竞争格局。如果没有专门的机构随时更新所需要的基础资料，那么再发生类似 3Q 案件，主管机关依然无法具备及时有效的反应力。

综上，正如肖江平学着所言，“我们需要一套经常性的、基础性的信息形成机制。这种机制并不是发生案件后才启动，而是常态化地运转，每日每时的搜集整理。如果没有发生重大案件，这些基础信息成为分析市场竞争状况、调整市场规制和宏观调控政策的重要依据；如果发生了重大案件，主管机关可以随时启动审查，避免由于反应迟缓、事件扩大所带来的巨大负面影响。

更多信息请见（工业和信息化部电信研究院知识产权中心《IW 互联网观察》第 2 期）

## 案例分析 Case Study

### 姓名与域名争议在 UDRP 以及 CDDRP 适用规则之比较

北京市大成律师事务所上海分所 商建刚

#### 一、个人姓名在 UDRP 中的使用

##### （一）案情综述

本案中，投诉人名为 Joshua Schachter，是一个名人，在科技工业（technology industry）界享有很高的知名度。被投诉人注册了争议域名<joshuaschachter.com>。投诉人以其个人姓名（personal name）被抢注为由，向 NAF 提起投诉。

投诉人认为其投诉应当获得支持。理由如下：（1）Joshua Schachter 是多个科技公司的创始人，这其中包括了著名的 delicious 公司，并且经常性地出席各种会议并发表讲话，被认为是“科技工业界的杰出人物”和“社会商业和点对点网络空间的先驱者”，因此投诉人认为其享有 UDRP 规则下因声誉和个人名誉所产生的普通法层面的商标权。同时，投诉人声称争议域名的主要识别部分与其姓名相同。（2）投诉人认为被投诉人对争议域名没有任何合法权益，投诉人从未授权被投诉人使用其姓名，被投诉人并没有合法的理由使用投诉人的名字，并且被投诉人已经利用该域名和投诉人名字的混淆，通过域名停放网页使用该域名谋利。（3）被投诉人仅仅是恶意使用该争议域名从投诉人处获取不正当利益。投诉人曾经跟被投诉人接触希望购买该争议域名，被投诉人先是要求投诉人向其公司投资 3 万美元，后来又改为要求投诉人支付 10 万美元。

被投诉人否认了投诉人的主张，其答辩理由如下：（1）投诉人从没有使用其姓名去推广某商品或者服务，对其姓名不享有普通法层面的商标权；（2）被投诉人的父亲也叫

joshuaschachter, 其注册该域名是为了其计划中的事业建立一个网站, 因此被投诉人对争议域名享有合法权益; (3) 被投诉人不具有注册域名的恶意和使用域名的恶意, 因为是投诉人主动开始双方之间的通信往来, 并且被投诉人从未试图通过该域名与投诉人姓名造成的混淆引诱互联网使用者去被投诉人的网站。

专家组认为, 投诉人要想证明其享有 UDRP 规则所规定的普通法层面的商标权必须提出有力的证据证明其个人姓名已经拥有了第二含义或者独特性。该个人姓名必须通过商业使用已经可以用以区分识别商品或者服务的来源。(See, e.g., WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview/#17>; see also Hebrew Univ. of Jerusalem v. Alberta Hot Rods, D2002-0616 (WIPO Oct. 7, 2002) 专家组认为, 投诉人提供的证据远不能证明其个人姓名已经成为某一商品或者服务来源的辨别标识。在一定程度上投诉人的个人姓名在一般大众中知名, 但是 Joshua Schachter 仅仅是作为投诉人的个人姓名而为大众所知晓而非其它。因此, 专家组认为投诉人没能证明争议域名与投诉人享有权利的标识相同或者有混淆性相似。

鉴于在域名争议解决中, 投诉人的投诉要想获得支持必须同时具备 UDRP 规定的三个要件, 投诉人已经不能证明其满足第一个要件, 这里就不在就后面两个要件进行阐述。

## (二) 分析结论

如果个人姓名已经被注册成商标, 那么显然个人姓名能作为投诉人提起仲裁的权利基础。当个人姓名没有注册时, 则仅当个人姓名在商业贸易中使用, 投诉人方可以姓名权作为提起仲裁的权利基础。本案的裁决再一次重申了这样一个规则, 即, 仅仅一个非常有名的姓名(明星、企业家、领导人), 而没有通过商业使用, 对于公众而言并不能产生商品和服务的区分, 这并不能充分证明投诉人享有 UDRP 所规定的在先权益。可以得到保护的个人信息



(personal name), 是通过商业使用, 已经与商品和服务产生区别的商业标识, 因为它已经拥有了第二含义。

那如何理解第二含义呢? 笔者以为, 如果个人姓名以及包含个人姓名的标识同公众平常理解的含义有了实质性的区别, 在商品或者服务的生产、销售或者推广过程中, 不是作为个人姓名, 而是作为表示特定来源或机构的识别标识的时候, 则获得了第二含义。根据众多域名争议案例, 笔者总结下来认为可以证明第二含义的证据包括: 以该标识为标志销售的时间长短和销售量, 广告的范围, 消费者调查的结果和媒体的识别程度。虽然第二含义可能仅存在于一个很小的地理范围之内, 但不会影响投诉人获得普通法层面的商标权。

## 二、姓名权在 CND RP 规则中的适用

在 (CND-2007000138-wangjinxi.cn-马来客) 一案中, 被投诉人将王进喜的姓名拼音注册成为域名, 王进喜生前所在单位大庆石油管理局就 “wangjinxi.cn” 这一域名提起了投诉。在本案中, 投诉人在本案中所主张的权益包括如下内容: 投诉人为工人英雄铁人王进喜的生前单位, 是注册商标 “铁人 IRON MAN 及图” 权利人, 为域名 “wangjinxi.com” 的所有人, 投诉人下属单位大庆铁人王进喜纪念馆享有受法律保护的名称权。由于本文主要论述姓名权在 CND RP 规则中的适用, 因此对投诉人主张的其他在先权益不加详细讨论。

首先, 关于王进喜姓名权的归属问题, 专家组认为, 争议域名中具有识别作用的部分标志为 “wangjinxi”, 该标志与 “王进喜” 的汉语拼音相同, 与铁人王进喜的姓名具有对应关系。但是, 专家组认为, 王进喜的姓名权由王进喜本人所有, 在王进喜死后, 其姓名权的保护亦应由其近亲属行使, 在公民或其近亲属未明确授权的情况下, 公民生前所在单位 (投诉人) 不能对公民的姓名权 (王进喜) 主张权益或权利。

其次, 关于认定 “wangjinxi.cn” 与铁人王进喜的对应关系问题, 专家组认为: 由于铁人王进喜的英雄事迹家喻户晓、广为认知, 在提及劳动英雄模范人物及 “铁人精神” 时, 在公

众认识中,王进喜与“铁人”称号具有对应关系。但在商业标识领域,公众在见到“wangjinxi (王进喜)”标志时,其可能产生的认识会指向劳动英雄模范人物王进喜,而不是投诉人的商标,也不直接是投诉人的企业或其产品、服务。虽然王进喜的事迹与大庆存在密切的关系,但“王进喜”与“大庆”仍属于不同的名称或标志,投诉人不能因其企业名称中含有“大庆”即必然对王进喜的名称享有垄断性的权利。因此,投诉人以其拥有“铁人 IRON MAN 及图”商标而主张对“wangjinxi”标志享有权益,不能成立。

综合其他因素,最终专家组裁定驳回投诉。在这之后,大庆铁人王进喜纪念馆又向争议解决中心提起投诉,争议域名同样是“wangjinxi.cn”(CND20070211-wangjinxi.cn-罗东川)。在该案中,投诉人主张铁人:王进喜对其姓名依法享有姓名权,目前,该权益由其家属享有,本案中,投诉人受其家属委托保护铁人王进喜的姓名权权益不受侵害。专家组则认为:根据法律规定,投诉人对其法人名称享有名称权,对法人名称中的字号“铁人王进喜”(包括“王进喜”)也享有民事权益。当然,投诉人在没有授权的情况下也无权主张“王进喜”的姓名权,只有王进喜的直系亲属有权制止对“王进喜”姓名权的侵害。在本案中,王进喜的亲属已经授权投诉人处理争议域名涉及的姓名权问题,鉴于投诉人单位的性质以及与“王进喜”人身权益维护的密切关系,专家组对王进喜直系亲属的授权予以认可。因此投诉人对“铁人王进喜”享有相关民事权益。

从上述两个关联案例可以看出,如果域名注册人注册的域名(不管是拼音字母还是汉字)与他人的姓名(包括称号)形成了明确的对应关系,那么后者是可以自身拥有的(称号)姓名权作为在先民事权益来主张的。为了验证这个结论,笔者再以一案例作进一步阐述。

在(CND2008000179-ericjavits.cn-杨建成、薛虹、刘勇)一案中,投诉人小埃里克·加维兹主张“ERIC JAVITS”为投诉人姓名之主体部分,投诉人对其享有姓名权,且投诉人为公众人物,根据解决办法,其姓名权应当得到保护。“ERIC JAVITS”中的“JAVITS”乃

英文稀有姓氏且在英语、法语、西班牙语、意大利语以及汉语拼音中均无固有含义,“ERIC JAVITS”是非常用词组。因此,争议域名的注册不可能是出于通常描述需要或其他原因的巧合,其持有争议域名显然具有恶意。专家组认为,尽管投诉人的姓名中包含“ERIC”和“JAVITS”字母组合,这并不能说明投诉人对“ERIC JAVITS”享有姓名专用权,其他人以“ERIC”和“JAVITS”做为姓名或域名并不违反法律的规定。

在此案中,“ERIC JAVITS”与投诉人之姓名在美国可能存在比较明确的对应关系,但是在中国,由于语言、国别的差异,我们无从判断“ERIC JAVITS”是一个人的名字,更不会在见到“ERIC JAVITS”时产生指向投诉人的认识。因此,仲裁专家认定投诉人关于姓名权的主张不受支持是合理的。

总结:原则上投诉人享有的姓名权能成为《解决办法》第八条第(一)项所规定的民事权益,但是要符合一个前提条件,即投诉人需证明争议域名所指向的意思能与投诉人的姓名(称号)形成比较明确的对应关系。客观地说,要证明这种对应关系是比较困难的,尤其是在投诉人没什么知名度或者是存在众多与同名者的情况下。比如,某人将“xiaoshenyang”注册成域名,公众在看到此域名时会显而易见地指向“小沈阳”而不是其他。尽管小沈阳只是沈鹤的艺名而非其姓名,但这并不妨碍小沈阳以姓名权为在先权益向域名注册人提起投诉。但是如果某人将“shenhe”注册成域名,那么即便小沈阳在中国拥有很高的知名度,但是由于很少有人知道小沈阳的真名叫沈鹤,其很难以姓名权作为在先权益,因为公众在看到“shenhe”的时候根本不会产生任何关于小沈阳的认识,而且在中国,存在众多叫沈鹤的人。

### 三、个人姓名在 CND RP 与 UDRP 中适用规则的比较

通过前面的论述不难得出以下结论:首先,无论是在 UDRP 规则还是在 CND RP 规则中,个人姓名(personal name)或者是姓名权原则上都是可以作为在先权益来主张的。其次,在 CND RP 和 UDRP 规则中,个人姓名能够作为专家组认可的在先权益所需要满足条件却是有

差异的。在 UDRP 规则中，专家组不仅仅考查个人姓名在公众中的知名度和声誉，更重要的是考查个人姓名通过商业使用在特定地理区域所形成的第二含义，即对于公众而言，该个人姓名不仅仅作为人名而且还能通过它产生商品和服务的区分。在 CNDRP 规则中，专家组更注重考查个人姓名在特定地理区域的广泛知名度和该姓名与争议域名所形成的明确对应关系。也就是说，个人姓名要想在 CNDRP 规则中得到保护，必须该个人姓名知名到这种程度，即公众看到该争议域名即会联想到该名人。相比较之下，UDRP 规则对个人姓名的适用比 CNDRP 更加严格。

#### 作者简介



商建刚

职 位：高级合伙人      工作语言：中文/英文

邮 箱：[jiangang.shang@dachenglaw.com](mailto:jiangang.shang@dachenglaw.com)

工作地点：上海

优势业务：信息网络法、公司法律事务

学术著作：

《软件网络案件代理与评析》（合著），吉林人民出版社，2002 年；

《中国域名经济》（合著），中国科学技术出版社出版；

2004 年；《知识产权法教程》（合著），法律出版社出版 2005 年；

《网络法》（专著），学林出版社，2005 年；

《电子商务领域主要商标权侵权行为及应对建议》（2010 年，第八届华东律师论坛优秀论文二等奖）

## 实时资讯 Real Time Information

### ✧ 巴基斯坦知识产权变更草案 侵权最高可监禁十年

伊斯兰堡：为了确保巴基斯坦的知识产权执法保护具有合法实用的基础设施，巴基斯坦知识产权组织提出让联邦政府将知识产权侵权行为作为刑事犯罪进行认定。巴基斯坦知识产权组织计划在国家拟定的知识产权立法中针对知识产权侵权行为（尤其是食品和药品商标）处以最高刑罚为 500 万卢比且监禁 10 年的处罚。

巴基斯坦知识产权组织法令的变更草案已经完成，并且正在经受司法部的审查。预计将在下次会议上由联邦政府内阁进行正式批准。

更多信息请见

<http://bbs.chofn.com/thread-63788-1-1.html>

### ✧ 百度参战 互联网开放大战白热化

近日，在约 5000 人参加的“百度 2011 世界大会”上，百度董事长兼 CEO 李彦宏高调展示了百度的新首页，不再是一个空白的搜索框，而是布满了各种第三方应用与热点资讯，而且因人因时而异。这意味着百度首页也开放了。

腾讯开放了 QQ，新浪开放了微博，阿里巴巴全线开放，此外还有奇虎 360、人人网等推波助澜。如今，百度也开放了首页。各家互联网巨头把开放大战拉入了白热化阶段。李彦宏表示，页面会根据个人平时喜好自动呈现相关内容。他表示，尽管新首页会对百度的收入产生一定的负面影响，但这代表了未来产业的发展方向，只要满足用户需求，搜索收入会恢复的。

更多信息请见

[http://www.wccdaily.com.cn/epaper/hxdsb/html/2011-09/03/content\\_376421.htm](http://www.wccdaily.com.cn/epaper/hxdsb/html/2011-09/03/content_376421.htm)



## ◇ 谷歌微软阿里巴巴竞购雅虎



10 月 24 日, 谷歌至少已经与两家私募股权投资公司就融资收购雅虎展开谈判。但谈判仍然处于早期阶段, 尚未达成正式协议。谷歌最终有可能放弃竞购。目前还不清楚与之谈判的具体是哪些私募股权投资公司。与雅虎交易有关的各项活动近期逐渐升温, 谷歌与私募股权公司的谈判则是最新的信号。阿里巴巴集团 CEO 马云最近表示有意收购雅虎, 但目前还不清楚他是否真的会参与竞购。雅虎持有阿里巴巴集团 40% 的股份。

微软目前也在考虑参与对雅虎的联合竞购, 具体方式可能是向交易合作伙伴提供贷款或是购买雅虎的优先股。具体的交易结构将反映微软对于风险的渴望。据透漏, 微软已经与银湖资本和加拿大退休金计划投资委员会(Canada Pension Plan Investment Board)就联合竞购雅虎展开了谈判。微软可能会提供数十亿美元的资金, 但具体的额度尚未确定。

更多信息请见

[http://www.sznews.com/tech/content/2011-10/24/content\\_6170441.htm](http://www.sznews.com/tech/content/2011-10/24/content_6170441.htm)

## ◇ 谷歌与 FTC 和解: 未来 20 年接受第三方审查



10 月 25 日, 谷歌同意在今后 20 年内提交第三方隐私审查报告, 以便与美国联邦贸易委员会(以下简称“FTC”)和解滥用用户个人信息的诉讼。这起诉讼源于谷歌去年整合在 Gmail 中的 Buzz 社交网络服务。该功能允许用户与好友分享图片、视频和状态更新, 但由于部分功能会导致用户的电子邮件联系信息泄露, 因此引发了争议。根据和解协议, 谷歌向第三方发送用户信息时, 会明确披露这一行为, 并对第三方的身份和分享数据的目的做出解释。这一条款将被包含在谷歌与终端用户签订的许可协议中。和解协议还要求谷歌每两年聘请独立第三方专业机构对其隐私安全措施进行一次评估。

更多信息请见

<http://tech.sina.com.cn/i/2011-10-25/12066226720.shtml>

## ◇ 阿里巴巴全面推行实名认证 提升平台真实性

近期,为进一步提升阿里巴巴中国站用户身份信息的真实性、合法性、有效性和完整性,建立、健全和完善真实、诚信的用户体系,全球领先的中小企业电子商务服务提供商阿里巴巴正式发布《关于规范阿里巴巴中国站用户身份信息的公告》。

《公告》表明:自 2011 年 9 月 23 日起,用户(包括已注册会员或新注册会员)若需在阿里巴巴中国站发布产品供应信息,则用户身份须审查通过后方可。若用户为企业,可以选择诚信通服务,通过企业实名认证,或网上操作人完成个人实名认证;若用户为个人,则需要完成个人实名认证。对于在 2011 年 9 月 23 日以前,已经注册成为阿里巴巴中国站会员的用户,必须在 2011 年 9 月 23 日前完成实名认证。若逾期未完成,将不得继续发布商品信息;若截至 2011 年 12 月 31 日仍未通过实名认证的,则已发布的商品信息将在 2011 年 12 月 31 日统一下线。

更多信息请见

[http://www.chinadaily.com.cn/hqgj/jryw/2011-09-19/content\\_3822106.html](http://www.chinadaily.com.cn/hqgj/jryw/2011-09-19/content_3822106.html)

## ◇ 亚马逊与出版商谈判拟推出电子书借阅服务

据报道,亚马逊据说正在与出版商谈判,要把有选择的 Kindle 图书变成 Netflix 式的内容库,为亚马逊 Prime 服务用户带来增加的好处。根据这个计划,作为每年 79 美元的会员费的一部分,亚马逊 Prime 服务用户每个月可以免费阅读数量有限的老图书馆中的图书。Prime 是亚马逊的一个特殊计划,向用户提供免费的两天送货和一年中所有亚马逊订单的降价的一天送货。用户还可以没有限制地观看电影和电视节目的小型图书馆。

目前还不清楚电子书 Prime 图书馆计划是否允许用户下载图书或者仅允许在用户设备上存储有限的时间。

更多信息请见

[http://www.cpp114.com/news/newsShow\\_180164.htm](http://www.cpp114.com/news/newsShow_180164.htm)

## ◇ 盛大云中书城发布三季度数字图书销售排行榜

日前,中国最大的社区驱动的在线文学平台盛大文学依据其运营平台云中书城的运营数据,发布了第三季度数字图书销售排行榜。云中书城是盛大文学运营的全球领先的中文正版数字书城。云中书城此次发布的榜单共有两个,根据云中书城今年第三季度的销售情况,分为传统文学销量排行榜和网络文学销量排行榜。传统文学是指已经出版发行了纸质出版物的作品,而网络文学是指未出版发行纸质出版物的作品。云中书城发布的数字图书销售量排行榜具有重大意义,将成为实体书销售和网络文学读者阅读兴趣检测的风向标,这将给出版社和策划公司在出版图书以及网络文学在创作作品时提供重要的参考。

更多信息请见

[http://www.chinadaily.com.cn/micro-reading/tech/2011-10-24/content\\_4154921.html](http://www.chinadaily.com.cn/micro-reading/tech/2011-10-24/content_4154921.html)

## ◇ 欧盟官员称单一专利制度在欧盟内部达成共识

欧盟委员会内部市场理事会官员奥利弗·瓦尔赫伊(Oliver Várhelyi)日前在出席 2011 年度欧洲专利律师协会大会时表示,尽管西班牙和意大利对欧盟单一专利制度的合法性表示质疑,并向欧洲法院提起诉讼,但由于支持“强化合作程序”的欧盟委员会、欧盟理事会和欧洲议会都具备提供独立法律意见的权利,因此,西、意两国欲借助法律程序阻碍欧洲单一专利制度在法庭上获胜的机率渺茫,仅仅能对相关行政决定构成影响。

目前,除意大利和西班牙外,欧盟其他 25 个成员国均对建立欧盟单一专利制度表示支持,一致认为该制度将大幅降低欧盟范围内专利申请和授权费用,增加授权专利的法律确定性,从而有利于激励欧洲创新发展和提高欧洲企业的全球竞争力。

更多信息请见

[http://www.chinadaily.com.cn/micro-reading/tech/2011-10-24/content\\_4154921.html](http://www.chinadaily.com.cn/micro-reading/tech/2011-10-24/content_4154921.html)

## 政策法规 Policy and Statute

### 商务部拟出台《网络零售管理条例》

针对淘宝新规出台后引起的网络攻击事件，2011 年 10 月 19 日在商务部例行发布会上，商务部新闻发言人沈丹阳称要推动《网络零售管理条例》尽早出台，形成第三方交易平台市场准入退出制度，完善市场规则，明确网络零售市场各参与主体的权利、责任、义务关系，进一步明确有关部门管理职责，促进网络零售市场的健康持续发展。

更多信息请见

<http://www.12321.cn/viewnews.php?id=15242>

### 首个团购监管法规酝酿出台 已进入调研收尾阶段

据媒体报道称国家工商总局正在计划出台政策对网络团购这个行业进行监管，目前已经进展到政策调研收尾的阶段，这是去年 1 月份团购行业蓬勃发展以来第一个政府层面的行业监管法规。

据了解，有别于其他各个协会和企业发布的信用评级和资格认证，政府层面、政策层面的监管措施将拥有更大的执行力和约束力，几家大型的团购网站代表今天将参加国家工商总局团购监管政策内部一个高层调研会，为即将出台的团购监管政策提供一个参考依据，相关渠道人士认为，本次会议是国家工商总局真我团购行业实际现状的一次重要调研活动，对于未来中国团购行业发展有着非常重要的意义。

更多信息请见

<http://business.sohu.com/20111020/n322845446.shtml>

## 关于征求对《专利实施强制许可办法修订草案（征求意见稿）》意见的通知

为了落实修改后的《专利法》和《专利法实施细则》的相关规定，经过研究讨论，国家知识产权局对 2003 年颁布的《专利实施强制许可办法》和 2005 年颁布的《涉及公共健康问题的专利实施强制许可办法》的内容进行整合，形成了《专利实施强制许可办法修订草案（征求意见稿）》（以下简称“草案”）。现将该草案在国务院法制办“法规规章草案意见征集系统”和国家知识产权局政府网站同时予以公布，公开征求意见社会各界意见。

更多信息请见

<http://www.chinaipmagazine.com/news-show.asp?id=5064&pn=0>

## 国家质量监督检验检疫总局《关于核准北京金六环农业园等企业使用地理标志保护产品专用标志的公告》

2011 年第 158 号

2011 年 11 月 7 日

根据《地理标志产品保护规定》，北京金六环农业园等有关企业（名单见附件）分别就昌平草莓、长白山淫羊藿、长白山红景天、吉林长白山人参、姜家店大米、梅河大米、露水河红松母树林籽仁、通化山葡萄酒、阳澄湖大闸蟹、海门山羊肉、蟠桃大姜、龙口粉丝、鄢阳木瓜、清化粉、黎平香禾糯、汉中仙毫共 16 个地理标志保护产品提出的专用标志使用申请，由当地的省级质检机构初审，经国家质检总局审查合格，现予以注册登记并发布公告，自即日起核准上述企业使用其申请的地理标志保护产品的专用标志，并由当地质检机构按规定对专用标志使用实施监管。

更多信息请见

[http://www.aqsiq.gov.cn/zwgk/jlgg/zjgg/2011/201111/t20111111\\_202675.htm](http://www.aqsiq.gov.cn/zwgk/jlgg/zjgg/2011/201111/t20111111_202675.htm)



## 国家知识产权局关于征求对《国家知识产权局行政复议规程（修订草案）》意见的通知

2011 年 12 月 12 日

为了落实《行政复议法实施条例》的规定，并与修改后的《专利法》和《专利法实施细则》的相关规定配套，经过研究讨论，我局对 2002 年颁布的《国家知识产权局行政复议规程》的内容进行修改，形成了《国家知识产权局行政复议规程（修订草案）》（以下简称“草案”）。现将该草案在国务院法制办“法规规章草案意见征集系统”和国家知识产权局政府网站同时予以公布，公开征求社会各界意见。

更多信息请见

<http://news.cntv.cn/china/20111212/122913.shtml>

## 国家知识产权局关于征求对《专利申请优先审查管理办法（征求意见稿）》意见的通知

2011 年 12 月 16 日

为了促进我国产业结构优化升级，推进国家知识产权战略全面实施，加快建设创新型国家，经过研究讨论，我局起草了《专利申请优先审查管理办法（征求意见稿）》（以下简称“征求意见稿”）。现将该征求意见稿在国务院法制办“法规规章草案意见征集系统”和国家知识产权局政府网站同时予以公布，公开征求社会各界意见。

更多信息请见

[http://www.sipo.gov.cn/tz/gz/201112/t20111216\\_636552.html](http://www.sipo.gov.cn/tz/gz/201112/t20111216_636552.html)

✎ 最高人民法院印发《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》

法发[2011]18号

2011年12月16日

《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》

为深入贯彻十七届六中全会、中央经济工作会议精神和“十二五”规划纲要要求，充分发挥知识产权审判在推动社会主义文化大发展大繁荣及促进经济发展方式加快转变和经济自主协调发展中的职能作用，现就有关问题提出如下意见：

一、解放思想，能动司法，切实增强提供知识产权司法保障的责任感和使命感

1、提高认识，切实增强推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展的积极性和主动性。十七届六中全会通过的《中共中央关于深化文化体制改革推动社会主义文化大发展大繁荣若干重大问题的决定》，确定了中国特色社会主义文化发展道路，确立了建设社会主义文化强国的战略目标，提出了新形势下推动文化改革发展的指导思想、目标任务、重要方针、重大举措，是当前和今后一个时期指导我国社会主义文化建设的纲领性文件。国民经济和社会发展“十二五”规划纲要明确，未来五年我国各项工作必须以科学发展为主题，以加快转变经济发展方式为主线；坚持把经济结构战略性调整作为主攻方向，把科技进步和创新作为重要支撑。

更多信息请见

[http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2011-12/21/content\\_37879.htm](http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2011-12/21/content_37879.htm)

## IP 小知识 IP Trivia

### 1. 申请专利好处有哪些？

答：独占市场；防止他人模仿本单位或个人研究开发的新技术、新产品；专利技术可以作为商品出售（转让）；专利宣传效果好，具有广告作用，更加赢得消费者信任。

### 2. 专利权的保护期限有多长？

答：根据我国专利法的规定，发明专利的保护期限为 20 年，实用新型和外观设计专利权的保护期限 10 年，均自申请日起计算。

### 3. 如何找到你需要的专利信息？

答：与相关专利信息服务机构联系；通过专利代理机构查找。通过国际互联网查找。如：国家知识产权局网站：<http://www.sipo.gov.cn>；北京知识产权局网站：<http://www.bjipo.gov.cn>；江苏省知识产权局网站：<http://www.jsip.cn> 南京市知识产权局网站：<http://www.njip.cn>。

