



东方的侵权行为,向北京市第一中级人民法院提起诉讼。

2003年9月27日,对这起牵动太多国人视线的讼事,北京市第一中级人民法院作出了一份似乎没有悬念的判决。在一审判决后,新东方上诉。2004年12月27日,北京市高级人民法院就此案作出终审裁决。尽管判决一经作出即成历史,但丰富的现实岂是呆板的法条、中规中矩的裁决所能覆盖的?发现法律与现实的差距,不断寻求法律与现实的和谐,也许正是司法的魅力、生活的魅力、学术的魅力。

一、案情回顾^①

原告ETS是全球最大的非盈利性教育研究和考试机构,它主持开发了TOEFL考试、GRE考试,并使这些考试成为美国乃至很多英语国家录取大学生和研究生的重要评判标准。与此同时,ETS还将其开发的TOEFL试题、GRE试题在美国版权局进行了著作权登记,并以“TOEFL”(文字)、“GRE”(文字)作为商标在中国核准注册。

新东方学校总部设在北京,是我国规模较大的民办英语培训学校。新东方学校的拳头产品就是开办专门针对TOEFL、GRE等考试的培训。要培训就要有资料,对于考生来说,最重要的复习资料就是历年的试题。然而,在2003年9月前,TOEFL和GRE等考试的历年试题与复习资料从未在中国大陆授权出版。面对大批准备出国留学的学生的强烈需求,在未经原告许可的情况下,新东方大量复制了上述考试试题,并将试题以出版物的形式公开销售。此外,在被控侵权的新东方出版物的封面上均用醒目的字样标明“TOEFL”、“GRE”字样。原告认为被告的行为侵犯了其著作权及商标权,故起诉要求原告承担停止侵权、赔偿损失、赔礼道歉等民事责任。

被告新东方学校辩称:(1)作为TOEFL、GRE等英语考试培训机构,必然以教学双方获得并使用该考试以往的试题作为教学的条件之一。对ETS而言,不论其对这些试题采取何种保密措施,在众多的应试者参加考试而获知试题内容后,在法律上应没有权利要求禁止特定考试试题信息的流传。(2)新东方学校是在无法获得原告授权的情形之下,根据学生的数量和要求对以往考试的部分试题进行复制,以用于课堂教学。这种使用应属于我国著作权法规定的合理使用,无需获得原告的授权。(3)虽然原告在中国注册了相关的商标,但是,新东方学校的这种使用,是在GRE、TOEFL已经成为某一考试专有名称的情况下,为说明和叙述有关资料而作的使用,与作为商标的使用在目的和实际效果上完全不同。根据中国商标法的有关规定,不应被视为侵犯商标专用权的行为。因此,原告起诉的部分诉讼请求不能成立。

一审法院经审理认为,新东方学校在未经得ETS许可的情况下,擅自复制ETS享有著作权的TOEFL考试试题,并将试题以出版物的形式通过互联网等渠道公开销售,其行为侵害了ETS的著作权;新东方学校在与ETS核定使用商品类别相同的商品上使用了ETS的注册商标,构成对ETS注册商标专用权的侵犯。故判令新东方学校立即停止侵权行为,在《法制日报》上向原告公开赔礼道歉,并赔偿原告经济损失人民币500万元及诉讼合理支出人民币52.2万元。

二审法院认为,一审判决在新东方学校侵犯ETS著作权问题上认定事实清楚、适用法律正确,但关于侵犯商标专用权及赔偿数额的认定和处理有所不当,应予酌情纠正,故判决新东方学校赔偿经济损失人民币3740186.2

作为中国外语教学的一面旗帜,新东方的发展壮大简直就是一个奇迹。对于渴望赴大洋彼岸求学的莘莘学子来说,新东方与其说是一个英语培训机构,不如说是实现梦想甚至人生转折的心灵家园。然而,就是这个创造奇迹的殿堂,从1996年始,就陷入了一场旷日持久的侵权纷争。在美国教育考试服务中心(Educational Testing Service,简称ETS)的几次举报下,北京市工商管理部门到新东方查抄了大量未经授权复制的ETS考题资料。此后,新东方与ETS就ETS在中国的正式授权问题多次交涉、协商,但始终未有结果。2000年12月,ETS再也无法容忍新



^①参见北京市第一中级人民法院民事判决书(2001)一中民初字第33号、第34号、第35号和北京市高级人民法院(2003)高民终字第1393号民事判决书。

元及合理诉讼支出人民币2.2万元。

二、法律要点评析

由于原、被告双方特殊的身份和影响力,ETS状告新东方学校侵权一案的判决引起了社会各界的广泛关注。笔者立足案情,结合新东方的抗辩理由,对本案的主要争点予以评析。

(一)试题的独创性与著作权法保护

众所周知,著作权法保护的客体是作品。著作权法所称的作品,是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。换言之,在不违反法律禁止性规定的前提下,一个作品是否受到著作权法的保护,主要看其是否具有独创性。所谓作品的独创性,是仅就作品的表现形式而言的,并不涉及作品中包含或反映的思想、信息和创作技法等等。试题作为以文字形式表现的作品,是否具有独创性呢?对此,可以分两种情况予以探讨。

1.单独一道道试题本身具有的创作作品的独创性。尽管试题所要考察的知识点本身作为公有知识等不应有著作权,但是试题的编写者将知识点内容以特殊的语言、逻辑表现出来,这种诉诸文字的表现形式就包含了编写者(作者)自身独创性的劳动,因此,只要不是抄袭他人的表达方式,试题这种作品自创作完成之日起就受著作权法的保护。

2.一道道试题组成的一套试题所具有的编辑作品的独创性。不仅一道道试题的内容需要经过编写者严谨、科学地设计,对于整套试题而言,同样需要编辑者根据考试的性质、考察的重点、考生的水平等因素精心选择适当类型和内容的试题,并对试题的整体编排进行策划。对试题的编辑者来说,尽管一道道试题可能不是他撰写的,但他将已有的试题依据不同的目的编辑、整理成一套试题,尽管这套试题不是绝对的独立构思的产物,但它仍然是经过一定的创作活动产生的,因而一套试题作为编辑作品,只要具有独创性,也属于我国著作权法保护

的范畴。

本案中,原告作为TOEFL等考试的主持、开发者,从考察考生听、读、写各项技能的要求出发,独立设计、创作完成了TOEFL考试中写作、听力和语法部分的试题,体现了创作作品的独创性;此外,原告以专业报刊、杂志上已经发表的文章为基础设计、创作了阅读部分的考题,同时,对每个部分的试题予以选择、编排,体现了编辑作品的独创性。因此,原告的试题属于我国著作权法保护的作品范畴。

依据我国著作权法,外国人、无国籍人根据中国参加的国际条约对其作品享有的权利,依法予以保护。根据我国参加的伯尔尼公约的规定,原告的作品应当受到我国著作权法的保护。本案中被告未经授权擅自复制、出版、销售原告的试题,显然侵犯了原告作品的复制权、发行权等。

被告在抗辩理由中提出,不论这些试题被采取何种保密措施,一旦某一特定试题在众多的应试者参加考试获知试题内容后,原告在法律上应没有权利要求禁止特定考试试题信息的流传。其潜台词就是,试题被公开后,就没有保护的必要了。分析此抗辩理由,被告显然混淆了作品与商业秘密的特性。就商业秘密而言,其是否已经公开、是否已经为人所知(不具有秘密性)是判断商业秘密能否获得法律保护的要件,但在著作权领域,作品是否被公开与作品是否受著作权法保护之间毫无关系。著作权法强调的是作品的独创性,而不是秘密性。试题并非商业秘密,试题被公开后,只要在保护期内,就依然受著作权法保护。

(二)使用目的、营利性与合理使用

合理使用是对知识产权利用的特殊情形。它是指在法律规定的条件下,不必征得权利人同意,也无须向权利人支付报酬,基于正当目的而使用他人知识产品的合法的事实行为。在著作权领域,合理使用他人作品的前提是:第一,基于正当目的,如个人使用、

新闻报道使用、转载或转播使用等;第二,要指明作者姓名、作品名称,并且不得侵权著作权人依照著作权法享有的其他权利;第三,合理使用的作品必须是已经发表的,未发表的作品不得合理使用。合理使用的立法目的在于减少任何使用都要取得许可的麻烦,本质上是对著作权设定必要的限制。

针对教学科研情形,我国著作权法第二十二条第六款规定,为学校课堂教学或者科学研究,翻译或者少量复制已经发表的作品,供教学或者科研人员使用,可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但不得出版发行。依此规定,教学科研目的的合理使用至少要满足两个要求,一是使用作品的目的,即强调教学或科研使用;二是使用作品的数量,只能是少量复制,仅供教学或者科研人员使用。本案中,新东方辩称,就总体而言,它是根据学生的数量和要求对以往考试的部分试题进行复制,以用于课堂教学。这种使用属于合理使用,无须获得原告的授权。新东方的抗辩从表面上看符合上述两个要求,但结合案情实际,笔者以为,上述规定过于粗陋,实际操作中难免产生争议。

1.为教学目的的合理使用是否仅限于非营利行为和非商业性质的组织?

对合理使用是否仅限于非营利行为的问题,学界有两种观点。一种观点认为,我国立法对合理使用的规定中并无禁止赢利之规定,因此,只要是符合使用作品的目的,且少量复制,即是合理使用,而不论使用者是否获利。另一种观点认为,只要是赢利的,就应排除在合理使用的范畴之外。笔者赞成后一种规定。尽管我国立法不够完善,但从合理使用制度的本意出发,合理使用应不是为了商业利益,而是为了非赢利性的教育、学术研究等。合理使用既然是一种无偿使用,就不允许他人以营利为目的使用有著作权的作品,也不允许虽无营利目的但客观上通过合理使用而获利的使用。不过,实践中,教学机构可能向使用者收取必

要的复制作品的工本费等,对这种收回必要的费用支出的行为不能理解为赢利。

此外,合理使用是否仅限于非商业性质的组织?教学机构有公立、私立之分,私立学校是以营利为目的商业性质的组织,是否就应被排除在合理使用之外?对此,美国法院的观点非常值得借鉴:“具有商业性质的组织可能出于符合合理使用规则的目的而使用作品,例如商业性的传播者在新闻报道、时事评论中引用他人有著作权的作品,即是一种非营利的‘合理性’目的;而非商业性质的组织则可能从事营利性目的的使用,例如教师协会本身虽为非营利团体,但对其成员出售解析他人计算机软件的复制品,即超出合理使用的范围。”^①可见,社会组织的性质与合理使用之间无必然联系。具有商业性质的使用者如果证实其使用的目的正当及使用的合理性,就可以此主张合理使用的抗辩。

2.如何理解著作权法第二十二条规定中的“少量”?

尽管我国相关立法对“少量”的界定语焉不详,但笔者以为,合理使用中的“少量”至少有两层含义,一是指同整个作品相比,被使用的部分仅仅是该作品的小部分;二是指使用作品的数量较小,从教学角度看,可以理解为复制的数量与教学人员的数量相匹配,而且这种使用本质上对作品的潜在销售市场和价值影响不大。

由上述分析可见,新东方学校在教学过程中,为教学需要,根据学生的数量和要求对以往考试的部分试题进行少量复制,应属于合理使用范畴。至于新东方学校乃私立民办学校、其提供的教学乃有偿服务等,与合理使用的限制并无必然联系。不过,现实的情形是,在部分合理使用之外,新东方大量复制甚至出版、发行原告的试题,新东方的这些行为显然超越了合理使用

的范畴。

(三)商品特定名称的使用与侵犯商标专用权

在本案中,原告认为,原告已将“TOEFL”(文字)、“GRE”(文字)作为商标核准注册,而被告在考试试题出版物封面上以醒目的字体标明“GRE”或“TOEFL”字样,侵犯了原告的商标权。被告则认为,这种使用,是在GRE或TOEFL已经成为某一考试专有名称的情况下,为说明和叙述有关资料而作的使用,与作为商标的使用在目的和实际效果上完全不同,不应被视为侵犯商标专用权的行为。对此,笔者以为,鉴于现实生活中常常存在某些特有商品名称本身就是厂家的注册商标的情形,判断某种使用注册商标(商品名称)的行为是否构成侵犯商标专用权,是否产生侵害商标专用权的后果,还要具体问题具体分析。

就本案来说,尽管“TOEFL”(文字)已作为商标核准注册(“GRE”情形相同),但是,从TOEFL这个商标的组成看,它是“英语作为外语的考试”或“对外国人的英语考试”(Test of English as a Foreign Language)英文名称中每个单词第一个字母的组合,故可以看作是这种考试的缩略语。在长期的使用过程中,TOEFL已经成为这种考试的代名词。人们一见到TOEFL,就知道它意味着某种考试。换言之,在“TOEFL”(文字)作为商标注册后,经过长期的使用,TOEFL实际上已经成为ETS开发举办的作为外国人的英语考试这种特定商品的称呼。由于现实生活中没有TOEFL这个名词的替代性称呼,人们要表达这种考试只能用TOEFL这个名称。因此,尽管“TOEFL”(文字)乃注册商标,但现实中无法避免人们使用这个称呼。从这个意义上说,面对现实生活中种种使用他人注册商标的情形,尤其是当某些特有商品名称本身就是厂家的注册商标的情

形时,仅仅凭笼统的“使用某注册商标”这个概念并不能界定该行为是否构成侵权,而应当根据使用的目的、使用的方式、使用的效果等等来作进一步的判断。

具体结合本案的情形,如果被告主观上只是为说明和叙述与TOEFL相关资料的性质或内容而在出版物封面上标明“TOEFL”字样,而且客观上并无突出该商标标识并造成混淆商品来源的后果,则这种使用应当具有正当性。本案中,原告诉称被告在考试试题出版物封面上以醒目的字体标明“GRE”或“TOEFL”字样,侵犯了原告的商标权。实际上,仅仅“醒目”并不能准确判断被告的具体使用情形,尤其是不能说明被告是否将“TOEFL”字样作标识性使用,因此,必须结合出版物的整个封面,特别是“TOEFL”字样在出版物整个标题中的情形综合加以判断。笔者以为,就市面上出版发行的新东方学校的“TOEFL系列教材”、“TOEFL听力磁带”来看,关于“TOEFL”字样的具体使用情形还有差异,有的只是在出版物封面左上角以较小的字体表明和强调出版物的内容与TOEFL考试有关,有的夹杂在书名中与其他书名的组成字体同样排列,并无突出或特别强调之意。类似上述种种使用方式应当有别于侵犯商标权的使用。不过,也有一些出版物的封面上,被告以扩大“TOEFL”字体或以“TOEFL”字体作背景使用等方式强调突出“TOEFL”字样,实践中可能造成读者对商品来源的误认和混淆,该使用可能构成侵权。

由上可见,当某些特有商品名称本身就是厂家的注册商标时,商标权人不能禁止他人对商品名称的正当使用。这种使用,与商标法中规定的在类似商品上使用近似商标以及伪造、擅自制造他人注册商标标识等侵权行为在使用目的和实际效果上完全不同。



^①参见吴汉东:“美国著作权法中合理使用的‘合理性’判断标准”,载<http://www.privatelaw.com.cn/cgi-bin/sxwd/view1.asp?pageno=4&id=597>。

因此, 本案中要判定被告的行为是否构成侵犯商标权, 法院应结合实际区分两种情况, 一是因无其他替代物且只是为说明和叙述有关资料的性质、内容而作的使用, 另一种是恶意混淆的使用。在前者情形下, 只要行为人是善意的, 就不应认定为侵权。

(四) 没有造成损失与赔偿数额的确定

关于侵权损害赔偿, 通说认为, 所谓赔偿意为补偿、填补, 损害赔偿是通过补偿受害人因侵权行为所遭受的损失, 使受损害的权利恢复到侵权以前的状态。但对侵犯著作权和侵犯商标权的损害赔偿数额的确定, 我国法律作了不同的规定。我国著作权法第四十八条明确规定, “侵犯著作权或者与著作权有关的权利的, 侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿; 实际损失难以计算的, 可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的, 由人民法院根据侵权行为的情节, 判决给予五十万元以下的赔偿。”根据该条规定所确认的计算著作权侵权损害赔偿的方法, 法官应该首先考量权利人的实际损失, 按照权利人的实际损失给予赔偿; 在存在实际损失但实际损失难以计算的情形下, 可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。对侵犯商标权的损害赔偿, 我国商标法第五十六条规定, “侵犯商标专用权的赔偿数额, 为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益, 或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失, 包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。”即计算侵犯商标权损害赔偿的数额, 法

官既可以侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益为标准, 也可以被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失为准, 这两种方法并无先后顺序之分。鉴于本案中法院主要考量被告侵犯著作权的损害赔偿数额 (一审法院认为被告因侵犯著作权和商标权的行为所获利润相互重合, 故一并予以计算), 笔者也主要考察被告侵犯著作权的损害赔偿问题。

在著作权领域, 由于著作权包括财产权和人身权双重权利, 因此, 著作权的侵权损害赔偿除了财产损失以外, 还可能包括精神损害。

首先, 我们来确定本案中原告因被告的行为遭受的实际财产损失。通过对比新东方未设立之前ETS在中国大陆的收入与新东方发展壮大以后ETS在中国大陆的收入变化, 我们可以发现, 从某种角度看, 原告的行为非但没有给被告造成损失, 反而给被告带来了巨大收益。具体来看, 由于在2003年9月前, TOEFL和GRE考试的历年试题与复习资料从未在中国大陆授权出版, 因此, 原告在中国市场本来就没有授权出版的收入, 被告的侵权行为并没有侵害原告现存的利益, 没有给原告造成实际财产上的损失 (当然, 有可能造成原告预期利益的损失)。相反, 由于被告招生规模扩大, 培训成绩显著突出 (这其中很大程度上依赖被告及时复制、出版原告的试题), 使越来越多的考生积极投入到TOEFL、GRE考试中去, 考生数量规模急剧壮大, 给原告带来了庞大的报名费收益。仅以TOEFL考试为例, 在1993年11月新东方建校以前, 国人对何为“托福”实在是知之甚少, 参加考试的人数也就可想而知。但是, 随着新东方学校的

发展壮大, 学员培训人数急剧增长,¹相应地, 报考TOEFL的人数也大规模上涨。据原告自己统计, 1998年到2001年中国登记和参加托福考试的人数为: 1998-1999年, 中国登记考试的人数75574, 实际参加考试的人数70974; 1999-2000年中国登记考试的人数102257, 实际参加考试的人数93081; 2000-2001年, 中国登记考试的人数101853, 实际参加考试的人数93389。²以TOEFL考试费770元计, 1998年到2001年ETS的报名费收入超过2亿元。尽管考试产业的发展离不开全球经济发展的大背景, 尽管参加TOEFL考试的人并非都参加了被告组织的培训, 但是, 常识的判断、经验的判断可以告诉我们, 被告的教学培训活动 (包括侵权行为) 极大地扩大了原告的知名度, 并给原告带来了丰厚的收益。原告的收益与被告的侵权行为之间有客观的、现实的联系, 因此, 原告非但没有实际财产损失, 反而受益非浅。

其次, 关于原告的精神损害。原告作为教育机构, 属法人范畴。对法人精神损害赔偿问题, 历来存在着否定说和肯定说两种截然相反的主张。按照最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第5条之规定, “法人或者其他组织以人格权利遭受侵害为由, 向人民法院起诉请求赔偿精神损害的, 人民法院不予受理”。因此, 在我国, 目前有关法人要求精神损害赔偿的要求是难以得到支持的。

就本案判决看, 法院没有考察原告的实际损失, 就依据被告的非法获利来计算损害赔偿额, 是有欠周全的 (当然, 被告方也没有提出有关自己的侵权行为未造成对方损失的抗辩)。笔



^①新东方学校拥有一系列令人难忘的数据: 到2001年, 新东方学校培训学员总人数超过50万人次; 听过新东方讲座的学员达数百万人次; 在美国各大名校就读的中国留学生有70%来自新东方。据不完全统计, 仅2001年, 新东方学员GRE考试得满分的有35人, 2300分以上的有375人, 2200分以上的有721人, 2100分以上的有902人; TOEFL考试得满分的有8人, 650分以上的有140人, 630分以上的有377人。参见新东方网站。

^②中国国际经济贸易仲裁委员会域名争议解决中心裁决书(2002)贸仲域裁字第0002号, 载http://ndrc.cietac.org/static/cnddr/cd18_11_19.htm。

者以为,本案原被告双方实际上是潜在的合作伙伴关系,双方在利益上是“共荣”的。全盘考虑本案的利益关系,从有助于创作者与使用者相互收益从而增进社会和经济福利增长的理念出发,为了促成双方合作,实现双赢,似乎可以在确认被告侵权的基础上,采取象征性的赔偿手段,而不是对被告科以巨额赔偿。

(五)著作权的滥用、市场垄断与救济

在新东方对于原告指控的辩解中,一再强调其侵权行为是有特殊的历史背景的。当时,一方面是大量的中国学生渴望获得合法的正版资料满足学习之需;另一方面是ETS手中握有大量已经在北美市场上公开销售多年的考试资料,却拒绝在中国大陆公开出版,使得中国学生在ETS考试资料方面求学无门,求知无助。新东方是在没有任何选择的情况下,被迫使用了原告的资料。因此,新东方认为原告的行为构成知识产权的滥用。^①

那么,原告的行为是否构成权利的滥用呢?一般来说,知识产权的滥用,是指知识产权的权利人在行使其权利时超出了法律所允许的范围或者正当的界限,导致对该权利的不正当利用,损害他人利益和社会公共利益的情形。^②就本案看,原告主持开发了TOEFL和GRE等考试,而这些考试又成为美国乃至很多英语国家录取学生的重要评判标准,也就是说,ETS实际上成为外国学生赴外留学的把关人。ETS在中国大陆开办了TOEFL和GRE考试,知道每年报考人数的急剧增加,知道广大中国考生需要复习资料,但ETS不顾广大考生的利益,没有正当理由却坚持不在中国正式授权出版考试资料,致使考生没有复习资料,使中国考生在同外国学生争取留学权利上

显然处于弱势地位,严重侵害了广大中国考生的利益。笔者以为,ETS的行为构成了权利滥用。

其次,原告的行为是否构成垄断呢?从法理上说,知识产权本质上是一种合法垄断的观念。复制权、发行权等作为著作权人的专有权利,著作权人可以自行决定是否行使以及如何行使。但是,当权利人利用知识产权的专有性去控制市场,损害消费者利益时,其行为就可能构成垄断。就本案来说,如果从提供教育考试服务市场角度看,这个服务市场实际上由三个密切关联的部分组成,如果把这三部分看成河流的上游、中游和下游的话,上游其实是创设考试,中游是创作考题,下游是针对考试的培训市场。由于ETS创设了TOEFL、GRE考试,将考题进行著作权登记,甚至将考试名称注册为商标,在这种情形下,虽然ETS主观上可能并没有垄断针对考试的培训市场之意图,但是,由于ETS对考题的著作权专有和对考试名称的商标专用,实际上垄断了下游的针对考试的培训市场。因为只要原告不授权,其他开发培训市场的经营者就无法使用其试题,也无法使用考试之名称,那么还如何开展培训呢?这正如河流的上游、中游水源被切断了,下游还怎么开展航运业务呢?因此,由于原告的知识产权专有,原告在明知中国市场上实际没有考试资料替代物的情形下,即在自己没能满足消费者需求的情况下,凭借其著作权、商标权,在没有正当理由情况下拒绝给予中国市场正式授权,是在滥用市场支配地位,客观上造成市场垄断,损害了他人的利益和社会公共利益。

对禁止权利滥用的救济,主要通过强制许可予以实现,但从我国立法来看,除合理使用制度和法定许可制

度的限制外,我国著作权法第四条第二款笼统规定:“著作人行使著作权,不得违反宪法和法律,不得损害社会公共利益”,并无具体的强制许可的救济措施。就国际保护角度看,对知识产权的权利滥用的救济主要体现在专利技术领域。如保护工业产权巴黎公约就明文规定,如果某一专利3年内未在授予专利的公约成员国国内实施,则可以允许他人获得该种强制许可。WTO《与贸易有关的知识产权协议》的规定也大同小异。可见,强制许可旨在防止专利权人滥用专利权进而阻碍科学技术的进步,强制许可的真正意义只在于对专利滥用者构成一种威胁。对著作权权利滥用行为尚无法借助于强制许可制度。至于市场垄断的救济,笔者以为,知识产权人因知识产权的专有而取得市场支配地位,客观上造成市场垄断,侵害消费者利益的行为应该受到反垄断法的规制。但鉴于我国反垄断立法并不完善,还没有反垄断方面的法律规定,因此,新东方目前也无法引用类似强制许可措施来对抗原告的诉讼。^③

此案已是尘埃落定,但被此案搅乱心池的并非当事人的广大学子,可能还有为曾经遭受和正在遭受不公平对待而深感无奈和委屈的更多的中国人。然而,情绪不能改变游戏规则。在法律规定的规则面前,我们需要理智,我们的法官更需要理智。只是在理智的背后,我们要知道,有时所谓常识的判断比精确的计算更接近公平和正义。所有的纠纷本质上都是利益的冲突,在寻求利益平衡的过程中,遵循法律但不拘泥于法条,这需要法官多大的智慧和勇气?

(作者单位:中国社会科学院
法学研究所)



①郭京霞、王亦君、堵力:“徐小平:不担心新东方教学优势受打击”,载2003年9月28日《中国青年报》。

②王先林:“知识产权滥用及其法律规制”,载《法学》2004年第4期。

③应当指出的是,即便“新东方”认为原告的行为构成权利滥用,也必须在使用其作品之前,通过法定的程序来争取得到强制许可,而不能仅凭自己的判断就直接使用。