

执法咨询委员会

第八届会议

2012年12月19日和20日，日内瓦

用于解决知识产权争议的自愿机制

墨尔本法学院知识产权教授和墨尔本大学澳大利亚知识产权研究所
副研究员Andrew Christie先生编拟*

A. 背景

1. 在执法咨询委员会(ACE)第八届会议的工作计划中包含从社会经济福利的角度对各种举措、替代模式和其它可能选项进行分析以应对假冒和盗版的挑战。该论文对自愿机制进行了研究，包括替代性争议解决方式(ADR)，其目的是解决假冒盗版问题。在论文中，“机制”一词被理解为意指任何起到处理知识产权(IPR)争议作用的程序，而如果一个机制不是受某部法律的驱使而存在(即使其存在可能受到某部法律的推动作用)，则认为该机制是“自愿”机制。论文对包括替代性争议解决方式在内的一系列以在线平台和公私合营形式开展、旨在打击假冒盗版的自愿机制进行了研究。它分析了这些机制的特点，就在该领域可能采取的措施提供了一些思路。

2. 论文对10家不同企业所采取的16个自愿机制进行了分析和比较，所选取的机制涵盖不同的平台、行业部门和知识产权。这些机制是：(1) 谷歌的“[关键词广告和广告联盟商标](#)”政策；(2) 谷歌的“[关键词广告假冒商品](#)”政策；(3) 谷歌的“[关键词版权](#)”政策；(4) 谷歌的“[从谷歌中删除内容](#)”政策；(5) 不同的美国知识产权(主要是版权)所有人和互联网服务供应商之间的“[谅解备忘录](#)”(“美国谅解备忘录”)；(6) 脸谱网的“[知识产权](#)”政策；(7) 不同的欧盟知识产权(主要是商标)所

* 对于 Fiona Rotstein 在编拟本报告过程中所给予的协助深表感谢。

本文件所代表的是作者的观点，不一定代表 WIPO 秘书处或各成员国的观点。

有人之间的“[理解备忘录](#)”（“[欧盟谅解备忘录](#)”）；(8) Twitter 的“[版权与数字千年版权法政策](#)”；(9) Twitter 的“[商标政策](#)”；(10) Twitter 的“[发布在 Twitter 上的私人信息](#)”政策；(11) Twitter 的“[冒名顶替政策](#)”；(12) 国际竞争法联盟（“LIDC”）关于“[在线中介机构责任](#)”的决议；(13) 易趣的“[授权商户 \(VeRO\) 计划](#)”；(14) 国际商标协会的“[为处理在互联网销售假冒商品所采取自愿措施的最佳实践](#)”；(15) 阿里巴巴的“[阿里保护](#)”政策；(16) 第二人生的“[DMCA：数字千年版权法](#)”政策。

B. 对于自愿机制的分析

3. 针对以下因素对上节所罗列的各自愿机制进行了分析：

- i. 运行层面：机制适用于什么样的经济层面？
- ii. 形式：以怎样的形式对机制作出规定？
- iii. 平台：机制适用于哪种类型的商业平台？
- iv. 权利：机制适用于什么样的法律权利？
- v. 救济要求：权利人在机制下必须怎样证实其主张才能获得救助？
- vi. 救济：机制提供怎样的救助或结果？
- vii. 决定程序：在机制下由谁及如何做出决定？
- viii. 上诉：机制是否提供对决定提出质疑的途径？
- ix. 透明度：机制的结果是否公开？
- x. 出发点：采取机制的出发点是什么？

i. 运行层面

4. 分析显示自愿机制适用于三种不同的经济层面——单个企业层面，具体行业部门层面和多个行业部门层面。可以理解，谷歌、脸谱网、Twitter、易趣、阿里巴巴和第二人生的机制只适用于其特定企业的运行。相比之下，美国谅解备忘录和欧盟谅解备忘录适用于某个特定行业部门中的多个企业——分别是互联网服务供应商 (ISPs) 和在线交易服务供应商。国际竞争法联盟的决议和国际商标协会的最佳实践所面向的范围更广泛——针对不同行业部门中的在线中介机构。

ii. 形式

5. 所有企业层面的机制都是以运行的形式予以说明——即通过企业实际采取机制的形式对它们进行说明。对于行业部门层面的机制，美国谅解备忘录也是以运行的形式予以说明，而欧盟谅解备忘录、国际竞争法联盟的决议和国际商标协会的最佳实践是“最佳实践”导则的形式。

iii. 平台

6. 自愿机制涵盖一系列不同的平台：互联网接入/发行(美国谅解备忘录、国际竞争法联盟)；搜索网站(谷歌、国际商标协会)；社交媒体网站(脸谱网、Twitter)；游戏环境(第二人生)；市场和购物网站(欧盟谅解备忘录、易趣、阿里巴巴、国际竞争法联盟、国际商标协会)；支付服务(国际商标协会)。

iv. 权利

7. 自愿机制所涉及的权利范围广泛。所有的“传统知识产权”——即注册和未注册商标、版权、外观设计和专利——都有所涵盖。有些自愿机制(脸谱网、Twitter)不只局限于传统知识产权，还处理对于“相关权”的主张，如侵犯隐私或盗用身份(冒名顶替)。需要注意的是只有在企业层面运行的自愿机制才针对这些相关权；没有任何行业部门层面的自愿机制涵盖这种权利。

8. 很多自愿机制特别提及与它们所适用的知识产权有关的“假冒商品/假冒”和“被盗版/盗版”。从上下文来看对于这些用语的使用比较宽泛，它们分别意指通过制造或分销使用商标的非正品造成商标侵权，及通过制造或分销受版权保护作品未经授权的文学复制件(副本)造成版权侵权(与世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协定》下的定义相比)。即便是没有特别提及这些用语，但在多数情况下机制涵盖了上述类型的知识产权侵权，因为机制关于商标侵权和/或版权侵权的条款足够宽泛。在这两种侵权情况中，机制在对待构成“假冒”或“盗版”的知识产权侵权和对待构成若干其它形式商标或版权侵权的知识产权侵权之间并无明显区别。

v. 救济要求

9. 分析显示救济要求大体上与涉嫌对传统知识产权造成侵权的情况相同，与机制运行的经济层面无关。

10. 在通过企业层面的自愿机制寻求对涉嫌侵犯传统知识产权的行为进行救济时，原告一般会被要求提交以下信息，无论涉嫌侵权的行为是关于专利、注册商标、未注册商标、注册外观设计还是版权：(i) 原告的完整联系信息；(ii) 涉嫌遭到侵权的专利、商标、外观设计或版权的主题；(iii) 原告在哪个或哪些国家提出知识产权注册申请；(iv) 在适用的情况下知识产权注册号；(v) 受注册专利保护的相关产品或方法，受注册商标保护的商品和/或服务，及受注册外观设计权利保护的视觉特征和/或产品；(vi) 合理充足的信息，使企业可以了解到原告认为侵犯了其知识产权的内容在企业网站上存在，即直接链接到涉嫌侵权内容的网址；(vii) 表示原告有充分的理由相信以被质疑的方式对知识产权进行使用未得到知识产权所有人、代理人或法律授权的声明；(viii) 一份声明，表示原告在通知中所提供的信息真实准确，否则将以作伪证受到处罚，即原告是权利人或被授权代表知识产权所有人；及(ix) 原告的电子或自然签名。

11. 如果是通过单一或多个行业部门层面的机制提出涉嫌侵权传统知识产权的主张，为了获得救济必须满足特定的要求。例如，国际商标协会的最佳实践要求注册商标的持有人提供以下材料和信息以获得救济：对于涉嫌非法交易的详细说明；发生涉嫌交易的网站信息；证明是利用服务供应商的平台来购买涉嫌假冒商品的证据；证明在一个或多个适用的管辖区具有注册商标的所有权；表示销售假冒商品会对商标持有人造成损害的声明；及说明商标持有人采取了善意举措以便与涉嫌假冒商品的销售者直接解决问题（或解释为什么未采取这种举措）。

vi. 救济

12. 总体来说，在企业层面和在单一或多个行业部门层面运行的自愿机制所提供的救济手段有所不同。前者的救济主要是：(i) 删除被发现构成侵权的内容；(ii) 域禁用；及(iii) 账户吊销。但后者的救济不易被归纳分类。

13. 的确，一旦侵权得到证实，与行业部门有关的各自愿机制提供不同的解决方案。欧盟谅解备忘录规定采取通知与移除程序。国际竞争法联盟决议也规定采取这种程序，并规定无论是否发现在线中介机构有过错都要对其发出法院庭谕(如禁令和披露令)。美国谅解备忘录实行的是分阶段答复制度，即互联网服务供应商被要求对用户进行处罚，包括暂时降低上载和/或下载传输速度，及暂时限制互联网接入。国际商标协会的最佳实践提出不同的救济手段以适用于不同的平台。对于搜索网站，救济包括封阻或标出某些可能指向假冒活动的可疑词语，加大对它们的审查力度；对于市场和购物网站，救济包括永久性无法再获得网站服务，及上报给相关执法官员；对于支付服务供应商，所建议的救济是终止支付服务。

vii. 决定程序

14. 对于所分析的企业层面机制，关于由谁决定涉嫌侵权的指控及如何做出决定的公开信息即便有也很少。例如，对于根据谷歌的“关键词广告假冒商品”政策由谁决定拒绝批准或禁用广告和/或终止广告商的合同及对此如何实施，没有这方面的公开信息。相关网站只是表示谷歌将对所有合理的投诉进行调查。

15. 在行业部门层面适用的自愿机制对于决定的程序有着更为详细的说明。例如，美国谅解备忘录就各参与互联网服务供应商的“版权警报计划”格式提供了详细的指示，其标题如下：(i) 初步教育阶段；(ii) 确认阶段；(iii) 缓解措施阶段；及(iv) 后缓解措施阶段。还规定各参与互联网服务供应商必须：(i) 向一名“独立专家”(被定义为“独立公正的技术专家或专家”)提供其版权警报的格式，以此作为独立专家对各参与互联网服务供应商所采取的方法进行审查的一部分；及(ii) 出于善意，对独立专家所提出的任何关于互联网服务供应商方法适用的建议及就此提出的改进意见予以考虑。

viii. 上诉

16. 有些而并非所有企业层面的自愿机制对于知识产权侵权的认定提供某种形式的上诉程序。社交媒体平台(Twitter、脸谱网)只允许账户持有人针对版权侵权的认定提起上诉，而不能针对商标侵权(注册和未注册)的决定、侵犯隐私或冒名顶替提起上诉。相同地，游戏平台第二人生允许涉嫌侵权者针对版权侵权的认定提出反诉讼通知(这是该平台适用的唯一一种知识产权)。市场平台易趣的自愿机制为账户持有人提供针对任何适用的与商标(注册和未注册)、版权、专利和外观设计有关的侵权提起上诉的机会。

17. 相同地，有些但并非所有行业部门层面的机制对上诉的渠道进行了规定。美国谅解备忘录允许要求就缓解措施版权警报和在先版权警报进行独立审查，而国际竞争法联盟规定用户应能够就删除涉嫌侵权的内容提起上诉。

18. 对于那些提供上诉程序的机制，它们运行情况的公开程度存在较大的差别。美国谅解备忘录公开的内容最为详细：它不仅明确规定了可以提起上诉的理由和所适用的审查标准，还要求由一个独立

的中立方对上诉进行审议，该中立方必须简要说明驳回上诉的理由。相比之下，企业层面机制所提供的程序与之有着很大区别：对上诉进行内部审理，无需指明对上诉作出决定的依据，并且无需提供作出决定的原因。

ix. 透明度

19. 自愿替代性争议解决方式机制的结果很少被公开。没有任何机制对其运行的透明度作出要求。但两家采取自愿机制的企业的确公开关于它们运用机制情况的一般信息。[谷歌](#)对要求删除链接到涉嫌侵权版权内容的搜索结果的著作权人数量和身份(及其报告组织)以及上述要求所针对的域身份[进行公开](#)。[Twitter](#)对其所收到的版权移除通知数量、结果为删除内容的通知比例和由此受到影响的用户和账户数量[进行报告](#)。

x. 出发点

20. 总体上看，在此所审查的自愿替代性争议解决方案机制的出发点有三类：维护商业诚信、教育用户和避免知识产权侵权所造成的处罚。

21. 维护商业诚信是企业层面机制的一个特有出发点，特别是那些运营在线市场的企业。一般来说，通过有效的手段打击诸如售卖假冒商品这样的知识产权侵权行为，这既符合平台的消费者——并由此符合平台本身——的利益，也符合知识产权所有人的利益。

22. 教育用户，使他们了解在知识产权领域哪些是可接受的行为，哪些不是，这看起来是自愿替代性争议解决方案机制一个附加的出发点，至少对于那些行业部门层面的机制是如此。例如美国谅解备忘录规定，其目标之一是“教育消费者，防止在线侵权的发生，并将消费者引导到合法的在线内容来源”。

23. 避免知识产权侵权所造成的处罚是每个自愿替代性争议解决方案机制的一个深层次、无疑也是一个主要的出发点。作为所提供救济手段的一部分，各机制包含某种形式的“通知和移除”(“NTD”)程序。制定这些程序的目的是满足不同国内立法的要求，如[美国数字千年版权法](#)和符合[欧盟电子商务指令](#)的各国内法，这些程序对提供知识产权侵权内容的在线服务供应商所适用的处罚进行了限制(即为供应商提供“避风港”)，前提是供应商在获得关于该内容存在的实际知识(“通知”)后迅速删除获得内容的途径(“移除”)。将通知与移除程序纳入企业层面机制的出发点十分明确：为了确保企业可以利用立法避风港。将通知与移除程序纳入国际竞争法联盟行业部门层面的机制有一个附加的出发点：为了统一该行业部门的企业所实行的通知与移除程序。

C. 评论意见和可能的倡议

24. 上述对于处理假冒、盗版和其它知识产权侵权的自愿机制所进行的审查结果现归纳如下。不同平台和行业的主要企业普遍实行自愿机制。这些机制涵盖包括假冒盗版在内的所有传统知识产权侵权，它们对各类知识产权侵权的处理方式即便有区别，也是很细微的区别。各机制对于获得救济的一般要求大致相同，虽然达成要求所需的证据水平从未经核实的指控到文献证据各不相同。各机制所提供的核心救济手段是某种形式的“移除”——例如删除或封阻获得侵权内容的途径。企业层面的机制采用的是企业内部程序，其运行或结果的透明度非常低或为零。通常不提供上诉程序。虽然各机制有

利于维护平台的商业诚信以及对用户进行知识产权教育，但它们主要的出发点是使在线服务供应商可以通过立法避风港避免因知识产权侵权而遭受处罚。

25. 自愿机制涉及三方：(i) 自愿机制所适用的在线服务供应商(服务供应商)；(ii) 声称被侵权的知识产权所有人(权利人)；及(iii) 涉嫌侵犯知识产权的服务用户(涉嫌侵权人)。有可能确定各方对于当前状况的关切。

26. 服务供应商的关切是机制的有效性和效率——特别是机制能否满足避风港的要求并相对易于管理。考虑到企业层面的机制是由服务供应商设计，同时它们是机制适用的对象，因此可以推测这种机制满足上述要求。看起来可以对行业层面的机制作出类似的推测，因为相关行业部门的企业为机制的设计提供了大量反馈。

27. 权利人也关切机制的有效性和效率——特别是机制是否提供所需要的救济并相对易于使用。“移除”的核心救济手段有可能是权利人所希望的最低限度救济。在某些情况下，更为实质性的救济——如对多次侵权者进行查禁和向执法机关披露信息——是权利人希望得到但可能无法提供的救济。并不清楚机制所带来的负担对于权利人来说是否是合理和可接受的。

28. 看起来涉嫌侵权人对于当前的状况存在最大的关切。特别地，对于自愿机制程序的公正性可能有着以下合理关切。并不清楚机制：(i) 是否推定涉嫌侵权人无罪；(ii) 是否提供中立的裁定(即由不会在决定结果中获得既得利益的一方对争议作出决定)；(iii) 是否采取清晰、适当、合理的法律标准来解决争议；(iv) 是否根据侵权的严重程度来相应地采取救济手段；(v) 对于错误决定是否提供适当的审查机制(即上诉)；及(vi) 是否对机制的使用和结果提供透明度。

29. 不应认为关于程序公正性的关切只与涉嫌侵权人相关(无论怎样也不会对他们感到同情)。上述关切与所有利益攸关方都是相关的，因为它们关系到知识产权执法体系是否健全。如果一个自愿替代性争议解决方式机制被认为是不公正的，那么它只能得到有限的公众支持。

30. 有机会主动采取措施，来解决权利人关于自愿替代性争议解决方式机制有效性和效率的关切，以及涉嫌侵权人关于机制公正性的关切。这类措施既可以针对机制的内容，也可以针对机制的适用。

31. 针对自愿机制内容的措施可以有不同的形式。一种形式是对自愿机制的“最佳实践”特征进行说明的“指南”文件。这种文件具有高度的概括性，与国际商标协会最佳实践类似，但既处理盗版也处理假冒，并且反映更为广泛的利益(特别包括涉嫌侵权人的利益)。另一种更为具体的形式是“范例政策”——即在文件中列出一个范例机制的关键条款(程序和实质法律条款)，其措词的详细程度与现有政策一般具有的程度相同。一种更为深入的形式是“软法律”——即包含类条约原则的非约束性文件，例如 WIPO 在 2001 年发布的《[在互联网保护商标的共同建议](#)》。一部关于自愿替代性争议解决方式机制的软法律可以提供：(i) 国内法中要得到落实的范例避风港；及(ii) 企业层面或行业层面的自愿机制中要得到落实的范例程序和实质法律条款。

32. 针对自愿替代性争议解决方式机制的适用问题的措施可以是独立服务提供这一形式——即在机制下由一个中立实体作出裁定。所提供的裁定可以是争议的初步决定、上诉的初步决定或两者都有。存在多个独立提供知识产权侵权裁定服务的先例。WIPO 仲裁与调解中心已经在提供一系列替代性争议解决方式服务，其中最知名的是在互联网名称与数字地址分配机构的统一域名争议解决方式政策下的[域名争议](#)解决方式。

33. 综上所述，需要注意的是自愿替代性争议解决方式机制在知识产权执法中发挥着非常重要的作用。它们已被广泛采用，但在从无到有的逐渐发展过程中存在着差异，且尚不完善。应采取行动以改进机制的有效性、效率和公正性，从而进一步全面健全知识产权执法体系。

[文件完]