

美国公司就“绿坝”过滤软件 侵权告中华人民共和国 及相关企业案评析

——兼评美国“法院不方便管辖”在涉及中国企业案中的运用

龚柏华 刘秀娇

摘 要：2010年11月，美国加州中部联邦地区法院作出裁定，驳回索尼等个人电脑生产商关于撤销中国“绿坝”软件侵权诉讼的申请。法院主要理由是被告不能证明在美国诉讼使其承受和原告不成比例的“烦扰”和“压迫”。本案涉及美国“法院不方便管辖原则”的适用问题。本文认为，尽管在美国公民作为原告并在当地法院起诉的情况下，被告基于“法院不方便管辖原则”要求驳回诉讼比较困难，但中国企业仍然应该根据美国判例实践据理力争。

关键词：绿坝；不方便管辖；替代管辖；索尼

中图分类号：DF961 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2011)02-0046-07

2010年11月，美国加州中部联邦地区法院作出裁定，驳回索尼等个人电脑生产商以“美国法院不方便管辖”为由撤销中国“绿坝”软件侵权诉讼的申请。^①本文对该案中“不方便管辖”原则的运用做了评述。中国企业今后在美国诉讼中有必要充分利用美国诉讼中的抗辩理由包括“法院不方便管辖”。

一、基本案情

2008年1月，原中国信息产业部面向社会公开征集绿色上网过滤软件，最后郑州金惠和北京大正的产品中标，该软件最后命名为“绿坝”(Green Dam)。

2009年5月19日，中国工业和信息化部下发了《关于计算机预装绿色上网过滤软件的通知》，^②该通知要求2009年7月1日之后在中华人民共和国境内生产销售的个人计算机出厂时应预装“绿坝-花季护航”(Green Dam Youth Escort)软件。根据介绍，“绿坝-花季护航”是为净化网络环境、避免青少年受互联网不良信息的影响和毒害，由国家出资，供社会免费下载和使用的上网管理软件，是一款保护未成年人健康上网的计算机

收稿日期：2011-02-04。

终端过滤软件。^③索尼、宏碁、明基、华硕、联想、海尔等电脑生产商在其经销的个人电脑中都安装了“绿坝”软件。

2009年6月22日,美国国务院发言人凯利表示:“我们对任何试图限制信息自由传播的举动都表示关切;过滤互联网内容的措施与中国构建现代信息经济与社会的目标不符。”在华盛顿的指示下,美国贸易谈判代表办公室向中国政府递交了美国政府的抗议。

2009年6月26日,欧盟委员会亦发表公告敦促中国推迟网络过滤计划的实施。

2009年6月30日,中国工业和信息化部称根据实际情况,可以推迟预装绿坝软件。

2010年1月5日,位于美国加利福尼亚州圣塔巴巴拉的软件公司Solid Oak公司以盗用商业秘密、不正当竞争、侵犯版权和民事共谋为由向美国加州中部地区法院起诉中华人民共和国,列为被告的包括“绿坝”软件的两家开发商——北京大正和郑州金惠,以及索尼、宏碁、明基、华硕、联想、海尔等个人电脑生产商。原告提出了22亿美元的损害赔偿。

Solid Oak公司开发并销售一个叫CyberSitter的过滤软件程序,旨在防止青少年浏览互联网的不健康内容。Solid Oak公司称其发行CyberSitter软件14年以来,一直在公司网站上进行销售。^④Solid Oak称中国“绿坝”互联网屏蔽软件抄袭其过滤软件程序CyberSitter逾三千行代码,并供中国境内上千万用户使用。^⑤

2010年9月13日,被告索尼公司以“法院不方便管辖原则”(以下简称“不方便管辖”)为由请求美国法院驳回诉讼,认为本案应由中国法院审理。其理由是:(1)案件发生地在中国;(2)起诉的依据是中国、中国台湾和日本的法律;(3)争议是由中华人民共和国发布的绿坝指令引发的;(4)中华人民共和国和本案有重大利害关系;(5)有关证人和资料都位于中国;(6)所有被告都不在美国境内。与此同时,被告东芝公司也提出,根据《美国联邦民事程序规则》第12(b)(2)条或“不方便管辖”,美国法院应驳回诉讼。

2010年10月11日,美国Solid Oak公司对索尼公司基于“不方便管辖”提出的驳回申请提出异议,认为中国法院并非更适合审理此案,而且Solid Oak公司已经在当地法院起诉,不应驳回诉讼。美国Solid Oak公司还提醒美国法院注意以下几点:(1)索尼的知识产权是在美国申请的;(2)台湾宏碁的知识产权是在美国申请的;(3)美国贸易谈判代表办公室发布两份报告;(4)纽约《时代》周刊2010年10月8日发表的一篇文章;(5)索尼公司的机构分布。

2010年10月25日,被告明基公司回应原告的驳回异议,并补充了Marc Lee和Tony CT Yang之前作的几份声明以支持己方观点。

2010年11月18日,美国加州中部地区联邦法院对本案做出判决,否决索尼、宏碁、明基、华硕等4家个人电脑生产商关于驳回中国“绿坝”过滤软件侵权诉讼的申请,还驳回了上述公司对该案件应该在中国审理的要求。

二、法院分析

本案中双方的争议是能否引用“不方便管辖”驳回诉讼。被告索尼公司认为,无论案件发生地、诉讼的准据法还是诸多被告以及他们的证人都位于美国境外,因此美国法院受理此案会给被告的辩护带来诸多不便,主张法院终止受理,由中国法院审理此案。原告则认为,作为当事人一方的原告是加州的企业,保护当地企业的知识产权涉及加州和美国的利益,而

且在中国诉讼原告也会面临同样的不便,应在加州法院继续进行诉讼。那么什么情况下可以适用“不方便管辖”?该原则是否适用于本案?法院的论证主要围绕这两点展开。

法院认为,“不方便管辖”在外国有适当的替代法院时适用。如果一个案件由外国法院审理对当事人更为便利,法院有权使用自由裁量权拒绝行使管辖权。^⑥在行使这种自由裁量权时,法院应审查两点:第一,是否存在一个适当的替代法院;第二,平衡当事人私人利益和法院公共利益因素是否倾向于驳回诉讼。对“不方便法院”存在的事实,被告负有举证责任。一般来说,原告可自由选择法院,除非当事人的私人利益和法院的公共利益因素都支持在外国进行诉讼,而只有被选择法院审理案件给被告造成的“烦扰”和“压迫”已超过原告获得的便利,驳回才是适当的。

(一) 关于是否存在一个适当的替代法院

索尼公司认为,中国有审理本案的适当替代法院。中国有独立的司法机构能够审理知识产权方面的民事纠纷。从立法来看,中国已经签署《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》和TRIPS协定,中国的法律能全面保护知识产权。索尼公司详细地列明中国有关保护外国当事人版权和商业秘密的法律条款,并具体介绍了中国的民事初审程序。索尼公司指出,既然原告Solid Oak公司依据中国著作权法寻求保护和救济,不可能不知晓中国的法律体系可以为他们的诉求提供适当救济。在中国审理本案,尽管被告是中华人民共和国,初审仍会是公正的。

原告则认为,在中国不会出现公正的审理,因为被告是中华人民共和国。在中国不可能聘请到合适的律师,如果初审在中国进行,外国当事人将受中华人民共和国的报复。中国尚未实现司法独立,政府能轻易控制司法审判结果。任何诉讼,只要和政府有利害关系,政府就能干预。中国政府一直以来视司法系统为维持社会秩序而非保护当事人权益的机关。综上可知,中国没有受理原告诉讼请求的适当法院。

美国法院认为,原告的证据不足以证明中国没有适当的替代法院。法院注意到在最近的Sinochem Int'l Co., Ltd. v. Malaysia Int'l Shipping Co一案中,^⑦美国最高法院认为对美国当事人提起的诉讼,中国有适当的替代法院进行审理。该案的原告是加州的一家公司,考虑到“不方便管辖”原则支持在中国进行初审,美国最高法院终止了诉讼。本案中索尼公司和台湾宏基公司都想在中国进行诉讼而且根据中国著作权法,原告可获得实际救济,因此中国有适当的替代法院。只有在极少数情况下,替代法院提供的救济明显不充分或完全不能令人满意以致根本起不到救济的作用,这时候一般认为不存在适当的替代法院。

也就是说,美国法院认为引用“不方便管辖”原则的第一个条件即存在一个适当的替代法院这一点是满足的。在此基础上,美国法院进一步审查引用该原则的第二个条件是否满足。

(二) 平衡私人利益和公共利益因素是否倾向于驳回诉讼

事实上,本案中加州联邦地区法院正是基于私人利益和公共利益因素这一点判决应保留在美国的诉讼。

1. 私人利益因素 法院指出,引用“不方便管辖”原则需考虑7项私人利益因素:(1)当事人和证人的住所;(2)对当事人便利的法院;(3)物证和其他证据的获取;(4)强迫

不愿出庭者到庭程序的可获得性；(5)证人的出庭费用；(6)判决的可执行性；(7)让初审变得简便、迅速、费用低廉的其他实际因素。私人因素方面，法院主要考查在美国诉讼“被告是否承担与原告不成比例的烦扰和压迫”。

在分析上述第1和第2点时，美国法院认为，如果原告选择本地法院进行诉讼，其选择应受尊重。本案的原告加州公司在本地法院提起诉讼，法院应尊重这一事实。被告索尼公司是一家日本企业，另一被告宏基公司是中国台湾的企业，本案的当事人没有一个居住在中国，就住所和便利两个因素来看，索尼既不能证明为什么在加州中部应诉会给自己或其他被告带来烦扰或压迫，也不能证明为什么没有任何当事人居住的中国能提供适当的替代法院。

在涉及第3点时，索尼公司认为，法院应当撤回诉讼因为被告的证人（每位被告有15~20个证人）和很多物证都不在美国境内。就证人而言，某些第三方证人，比如经销索尼电脑的独立零售商和批发商以及发行安装绿坝指令的中国代表不受美国法院的传票，不能强迫他们来美国作证。就物证而言，索尼电脑的分销和出售以及绿坝的生产、开发和许可都是在中国进行的。唯一位于美国的有关证据是原告Solid Oak公司拥有CyberSitter软件的所有权。单从这点来看，本案和美国的联系是微弱的，和中国、日本和中国台湾的联系更加密切。

原告则认为，它关键的专家证人Halderman博士来自美国密歇根，大部分重要的物证位于美国，在美国以外的所有潜在相关证据都处在被告或其代理人的占有、保管或控制之下，外国法院能较容易收集被告的证据。

美国法院认为，首先，需获取的人证物证不明。索尼公司不能确定可能出席初审的证人以及其他被告依赖的物证。索尼公司只能证明其中国员工、高级职员或董事都不住在美国，拥有有关绿坝软件的文件和资料的中国员工和官员都居住在中国，但具体的证人和证据在哪？在中国还是其他国家？更重要的一点，即使索尼公司能提出具体的证人或证据，也不能证明这些证言和证据非常重要以至不得不呈堂证供。另一方面，就算索尼公司未确定的证人和证据不接受美国法院的传票，也不一定妨碍他们作证，况且索尼公司曾承认它的证人证据在美国法院传唤范围内，至少他们受《海牙取证公约》管辖。美国法院认为，索尼公司无须提供证人证言的具体内容，但必须提供让法院能够权衡当事人利益的详细信息。

关于上述第4点和第5点，索尼公司认为，让证人出席在美国的初审费用非常昂贵而且索尼公司的代表远赴美国参加诉讼非常不便，具体理由如下：(1)从中国、中国台湾和日本到美国需要飞行很长时间；(2)证人需要办签证；(3)机票、餐饮、住宿和英文翻译的费用要支付。索尼公司认为，在美国诉讼给他们增添的负担和费用远超过在中国诉讼原告承受的负担和费用。

然而，美国法院认为，索尼公司不能确定谁是他或其他被告的关键证人、关键证人是否要飞到美国当庭作证、哪位证人不愿在美国法院的初审中作证。美国法院指出，如果在中国诉讼，美国的原告也要承担被告和其证人赴美国的费用。即使被告输送证人到美国的费用多过原告输送证人到中国的费用，也不构成“被告承担与原告不成比例的烦扰和压迫”。

最后，对于索尼公司提出的，在美国诉讼对被告会存在偏见、索尼不能通过出庭证人的证词举证也不能获取关键的文件和证词，美国法院认为，这依旧不能证明“被告承担与原告不成比例的烦扰和压迫。”

2. 公共利益因素 引用“不方便管辖”原则终止诉讼时,法院还要考虑5个公共利益因素:(1)诉讼涉及的地方利益;(2)法院对准据法的熟悉度;(3)当地法院和陪审团的负担;(4)法院案件的堆积度;(5)解决不属于特定法院管辖的争端的费用。

索尼公司认为,加州法院只是名义上和本案有利害关系,但美国法院认为,保护美国公民的知识产权,防止其被外国企业盗用涉及加州和美国的重大利益。本案原告的主要营业地在加州中部,损害由外国的被告造成,州法院和本案的审理有利害关系。《加利福尼亚州统一商业秘密法》的立法意图是保护加州居民的商业秘密不被盗用。至于中国是否和本案有利害关系不影响美国法院对本案的审理,美国法院只关注本案是否涉及加州的公共利益,而是否涉及外国法院的利益在所不问。准据法方面,美国法院发现,原告的7项诉讼请求多数援引加州和联邦法律,仅有一项请求援引中国法律,因此根据案件准据法提出撤诉理由不充分。

在对私人因素和公共利益因素进行分析后,美国法院指出,分析结果并非倾向在国外进行诉讼,因此法院不会干扰原告的法院选择。

三、法院判决

依据上述理由,美国加州中部联邦地区法院认为:被告索尼公司基于“不方便管辖”原则提出撤销中国“绿坝”过滤软件侵权诉讼的申请理由不充分,判决驳回索尼、宏碁、明基、华硕等4家个人电脑生产商的撤诉申请,并驳回该案件应在中国审理的要求。美国法院支持原告提出的保留诉讼的主张。

四、简要评论

“绿坝”过滤软件事件一度成为国内外关注的焦点事件,美国等有关国家认为要求配装“绿坝”过滤软件有控制网络自由之嫌。本案是在这一背景下产生的。本案的原告是从侵犯美国公司的知识产权(源代码)的角度提出的。作为被告的几家中国公司(包括外商独资企业)首先采取了程序性的抗辩,认为美国法院不是适当的管辖法院,即提出了美国“法院管辖不便”的主张,因此,本案就围绕着美国法院是否为“不方便管辖法院”而展开。

“法院不方便管辖”原则起源于苏格兰,在美国发展出其特有模式。如果法院发现其是审理案件的一个严重不方便的法院且诉讼当事人和公共利益要求原告到另一个更为方便的法院诉讼,则允许法院行使自由裁量权拒绝管辖。在1947年的Gulf Oil Corp.v.Gilbert一案中,美国联邦最高法院确立了普通法的“不方便管辖原则”,其核心思想是为所有当事人的利益和正义的目的,防止原告选择对被告极为“烦扰”(oppressiveness)、“压迫”(vexation)的法院。

本案中,被告公司不希望在美法院应诉,特别是在实体问题上被告处于下风时,往往首先采取此诉讼策略。当然,要想赢得美国法院的支持并非容易的事,特别是原告为美国公司时。美国最高法院在Gulf Oil案中确立了一个原则:原告选择的法院一般不被打扰,尤其是原告选择他本地的法院。美国法院运用不方便管辖原则时特别注重原告的国籍。实践中,美国公民在美国提起的诉讼很少被撤销,而很多外国当事人在美国的起诉多被美国法院

以不方便管辖原则为由驳回,这反映出美国适用不方便管辖原则时对外国当事人的区别对待。本案中原告为加州一家软件公司又在本地法院起诉,当然,美国法院会千方百计地维护其管辖权。

从美国司法实践包括本案看,在判断“不方便管辖”时,法院享有很大的自由裁量权。判断“不方便管辖”第一个要素为是否“存在一个适当的替代法院”,这一点比较容易证明。尽管本案中原告请了美国乔治华盛顿大学的法学院教授作为专家证人,但美国法院仍然未采信他的证言。中国经过30年的改革开放,美国法院不能无视中国司法机制的客观存在。何况,美国法院的自由裁量权完全可以放在第二点上,即私人利益和公共利益的平衡。本案中,被告提出了原被告承受的负担和费用明显失衡,如被告队伍庞大,包括中华人民共和国、绿坝软件开发商郑州金惠和北京大正,以及索尼、宏碁、明基、华硕、联想、海尔等7家个人电脑生产商,而原告仅是一家加州公司;被告证人队伍庞大,每位被告多达15~20个证人;被告的证据材料(绿坝文件和资料等)都位于中国;出庭证人庞大的机票、餐饮、住宿和翻译开销。被告试图用这些来表明在美国诉讼给诸被告增添的负担和费用明显比原告在中国进行诉讼时承担的多得多。应该说,这些抗辩是有一定道理的。但本案中,美国法院并不想放弃管辖权,因而也找了一些相关理由,如应出庭证人、关键证人以及不愿作证的证人不明确,保护加州公民知识产权涉及加州利益,在中国诉讼原告也需承担一定费用,来驳回被告的请求。如果从利益平衡的角度来分析,美国法院的驳回理由显得不充分。

本案只是程序阶段的一个阶段性的结论。本案被告还涉及“中华人民共和国”这一特殊主体,势必会引出是否可根据“主权豁免”而不受美国法院管辖问题。此外,我们还将继续关注本案的实体问题的裁定。

(作者单位:上海WTO事务咨询中心 复旦大学)

注 释:

- ① United States District Court, C.D. California. CYBERSITTER, LLC v. The PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, et al. 2010 WL 4909958.
- ② 工信部.软(2009)226号。2009年6月9日,工信部在其网站公布了上述通知。
- ③ 参见“绿航网”介绍,网址:<http://211.103.158.33/lvhang/index.php>(2011年1月29日访问)。
- ④ <http://www.solidoak.com>。
- ⑤ 据称是美国密歇根大学的一位研究人员首先发现。
- ⑥ Lueck v. Sundstrand Corp., 236 F.3d 1137, 1142 (9th Cir.2001)。
- ⑦ 549 U.S. 422, 127 S.Ct. 1184 U.S.,2007。

Comment on the Case about the American Solid Oak Software Sue the People's Republic of China and Concerning Companies for Misappropriation of Trade Secrets and Copyright Infringement ——Comment on the Practice of Using Forum Non Conveniens by U.S. Court

GONG Bai-hua LIU Xiu-jiao

Abstract: Plaintiff Solid Oak Software filed suit against the People's Republic of China et al. for misappropriation of trade secrets and copyright infringement for allegedly copying nearly 3 000 lines of code from

Solid Oak's software program "CYBERSitter" and disseminating it to tens of millions of end users in China. Defendant Sony Corporation, joined by Defendants Acer, Inc., BenQ Corporation, and ASUSTeK Computer, Inc., moves to dismiss the action on the grounds of forum non conveniens because California is an inconvenient forum and the dispute should be heard in China. On November 18, 2010, the court of Central District of California denied Sony's Motion to Dismiss for Forum Non Conveniens. Although it would be a hard work if Chinese company asserts a dismiss base on Forum Non Convenience, this article encourages the Chinese company to best use this doctrine of Forum Non Convenience when necessary based on the deep pre-research on the related American cases.

Key words: Green Dam; Forum Non Convenience; Alternative Forum; Sony

(上接第34页)

On Compliance Issues of Currency Reform for Fair Trade Act ——From the Perspective of IMF and WTO

HE Xiao-yong

Abstract: In September 2010, House of Representatives of United States passed Currency Reform for Fair Trade Act which is characterized as imposing currency exchange-rate policy into international trade by stipulating that "fundamentally undervalued currency" constitutes "export subsidies". The Act, however, violates international law in three aspects. First, its characterized measure is inconsistent with IMF Agreement and WTO Agreement on jurisdiction matters; second, United States has no right to unilaterally determine exchange rate undervaluation of other countries; third, according to standards provided by SCM Agreement, fundamentally undervalued currency does not contain features of export subsidies. For China, it is advised to insist exchange rate is of national sovereignty, explore ways to alleviate exchange-rate pressure from the United States, and resort to WTO dispute settlement body when necessary.

Key words: H.R.2378 exchange-rate policy; anti-subsidy

(上接第45页)

The Latest Development of WTO Law and Relative Reaction of Our Customs Legislation

WU Zhan

Abstract: The latest development of WTO Law is of characteristic with balancing trade and human right, coordinating trade facility and security, turbulence between multi-lateral system and regional arrangement. The complex performance of the above WTO Law development will influence the ideal, institution, technology of our country's customs legislation. To effectively react, our country's customs legislation need to update the ideal of legislation, perfect the internal customs legislation, and actively participate into the customs international legislation.

Key words: WTO law; new development; customs legislation; international customs legislation