

第11卷

Volume 11

北京大学 知识产权学院 / 主办
互联网法律中心

Peking University Intellectual Property School

Peking University Internet Law Center

本卷为《互联网法律通讯》2005—2007年特刊

网络法律评论

Internet Law Review

本卷执行主编：赵晓力

主编/张 平

Zhang Ping, Editor



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

第11卷
Volume 11

北京大学 知识产权学院 / 主办
互联网法律中心

Peking University Intellectual Property School

Peking University Internet Law Center

本卷为《互联网法律通讯》2005—2007年特刊

网络法律评论

主编/张 平

Zhang Ping, Editor



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

网络法律评论. 第11卷/张平主编. —北京:北京大学出版社, 2010.6

ISBN 978-7-301-17204-9

I. 网… II. 张… III. 计算机网络-科学技术管理-法规-研究-中国
IV. D922.174

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第088610号

书 名: 网络法律评论(第11卷)

著作责任者: 张 平 主编

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978-7-301-17204-9/D·2593

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 22.5印张 447千字

2010年6月第1版 2010年6月第1次印刷

定 价: 40.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

2004 年序

郑成思

当火星车 SPIRIT 与 OPPORRUNITY 发出的信号把火星上的信息清晰地传递给地球时,地球上中国这一隅的人们正在做些什么呢?

时间已经进入了 21 世纪。遥想秦砖汉瓦流传至今仍不失其实用价值;罗马法学代代承接在现世依然光彩耀人。“不了解历史等于失去了一只眼睛;仅了解历史却等于失去了两只眼睛”,这句上一世纪出自“IP World”上的话,我感到很有哲理。“王母桃花千遍红,彭祖巫咸几回死”,古人尚知历史不是停滞的,何况今人。

有幸的是,中国始终有一批人是睁着两只眼睛做事的。其结果是中国的载人卫星也冲出了大气层,这虽然离登月及登火星还有差距,但毕竟在缩小着这个差距。同时,中国的互联网终端用户已列世界第二,与 20 世纪 90 年代中、后期相比,我们的差距缩小得更快。

信息技术在中国快速地发展推动了相应的立法与法学研究。不断呈现给读者的《网络法律评论》,正是在这一领域耕耘的人们着眼于现实,着眼于应用,着眼于对策而做出的成果。无论闭上两眼或只睁一眼,均很难在这一领域有像样的成果出来。

早在 20 世纪 90 年代末,以俄国国家名义发表的《俄罗斯信息安全学说》就把“信息财产”作为当代最重要的财产提出,并号召国人更充分地利用(主要指处理及传递)信息财产。但俄罗斯的“学说”只停留在了纸面上,因其并无实际能力充分利用信息财产,故其“学说”的影响并不很大。21 世纪初日本在《知识产权战略大纲》中重提该“学说”中的上述理论,影响则“响”到了全世界都能听到。原因是日本的“大纲”绝非停留在纸面上,它实实在在地正付诸实施,从而必然影响其他国家,尤其是其贸易竞争对手,近邻中国。

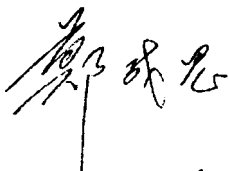
作为知识产权保护客体的信息,对其利益的所有(ownership)与持有(hold),对其本身的处理(包括复制、改编、翻译等),是知识产权法早就在规范的。只是在信息技术

(今天主要指信息处理技术与信息传递技术)发展到数字网络时代的今天,早就存在知识产权不得不“与时俱进”。同时,信息技术(尤其是网络)带来的新的法律问题,已远远不限于知识产权范围。不过由于世界知识产权组织“顽固地”坚持把一大批与知识产权无关或无直接关系的网络法律问题(如电子商务中的CA认证之类)纳入它的规则之中;又由于欧盟“奇特地”始终把一大批仅仅与数字网络有关的立法问题(如“合同之债与非合同之债规范指令”等)纳入其“知识产权”立法范围,所以在国际学术界中,知识产权与网络总有难解之缘。北大及其他教研单位的中国学者,将网络法结合知识产权,又限于知识产权进行研究,与世界知识产权组织及欧盟的做法,似乎是“不谋而合”的。

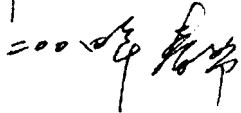
国际组织(包括欧盟之类地区性国际组织)的网络立法及研究结果对我们的影响,外国(如美国、日本、印度、俄罗斯等)立法及国家学说对我们的影响,我们均应研究。此外,几个外国如果联手,将对我们产生何种影响,我们更应当研究。例如,美日欧国家在技术专利方面“标准化”发展曾给并正给我们的产品出口带来不利,如果美日(或再加上几个其他发达国家)在商业方法专利上如果也向“标准化”发展,会给我国进入国际金融市场带来何种影响,也十分值得研究。对这些方面作出较深入的研究,有助于我们拿出对策,“趋利避害”。

愿《网络法律评论》在这些方面不断作出贡献。

《网络法律评论》一读者



郑成心



二〇〇四年春

序言节录*

在中国,开网络法律课程,出版网络法方面的系列论文集,有必要,而且有益处。这有助于唤起学术界及立法界对这方面的注意。实际上司法界已早就不得不注意了。如果我国学术界、立法界再不重视起这方面的问题,我们肯定要落后。不仅是必然落在发达国家后面,还可能落在经济实力本来不及我们的发展中国家后面。正如北大的王选教授说过的:我们可能会错过一个时机,但我们不应错过一个时代(大意)。

这第一部《网络法律评论》,肯定会有一些带幼稚、初步特征的缺点。这不奇怪,也不要紧。关键是它在学术界打破了这一领域的相对沉寂。如果将来中国法学界会在这一领域活跃起来,那么就应当说这部集子“功不可没”了。

愿张平和她的研究生们把这个评论越办越好,为中国虚拟世界的规范不断做出新的贡献。

——郑成思

也许是由于历史的原因,也许是由于每个人的精力有限,我们的学科体系划分得实在是太细。这种纯“树”形的结构太过理想化,它没有给交叉学科留下任何空间,更为致命的是各分科之间老死不相往来,隔门如隔山。

我们从事的学科正好是交叉学科,是自然科学与社会科学的跨大学科交叉,要克服学科结构性的障碍又困难重重。研究软件保护最好能了解软件的系统分析与编程,研究电子签章法最好能理解电子签章时的密钥,研究网络传输或链接所涉及的版权问题最好能明白网络传输的基本原理,这种有信息技术背景的法律人才是社会的客观需要。张平老师开设的网络法律问题研究课程就是在为培养这种交叉学科人才所做的一种尝试,《网络法律评论》的出版也是同学们为此交出的一份答案,是优是劣,任世人

* 节选自三位教授为《网络法律评论》第一卷所作序言,成文于2001年七、八月间,全文请参见《网络法律评论》第一卷。

评说。但不管结局如何,我始终认为他们的探索是有意义的。

——郑胜利

法学研究工作者有一个特点,他们一旦开始关心一个问题,开始观察它时,他们就会长时间地关注着,以一个冷静的心态来谈论它。有关网络的法律问题,就属于这类问题。

在我们社会里,只能是出现媒体的多元化生存和多元化发展。所以,北大课堂上的网络法律评论,虽然在网络媒体上存在,同样,还需要在纸质和铅字的媒体中存在与发展。

法学家对新问题,对真实问题,对客观存在的问题表现出来的极大兴趣,是法学理论发展的一个标志。参与讨论网络法有关问题的学者们已经不满足对概念问题,对体系问题,对经典渊源的考据问题,对经典法学家个人社会背景和著作的研究了。他们面临大量的新问题,社会等待着他们研究,提供解决方案。参加网络法律讨论的大都是青年学者,他们对于这些新问题的研究过程,也是他们(包括本人在内)认识到新一代法学家自己的使命的过程。

——吴志攀

本卷导读

第11卷作为《互联网法律通讯》第2~3卷的精华本,在体例上沿袭了第8卷的栏目设置,将书稿主体部分划分为四大板块:互联网法律动态、主题研讨、学术BBS和书评。《互联网法律通讯》是伴随中心一起诞生的,其以创作共享为理念,定位于及时深入地介绍国内外互联网领域的最新动态以及刊载业界最新的研究成果。创刊六年来,通讯已经形成了一系列特色栏目:域内外互联网法律动态、学术动态、主题研讨、网络法律评论、推荐阅读。

“互联网法律动态”整合的是2005年至2007年世界范围内互联网法律与政策领域的新闻,并将相关新闻整合后划分为如下板块:互联网治理、网络犯罪、网络色情、网络安全、反垄断、反垃圾邮件、网络版权、P2P、电子图书馆、开源软件、域名、网络隐私、电子商务。该栏目旨在向读者介绍互联网产业的发展给各国带来的影响以及所引发的各类新型法律问题。在介绍之外,编者亦总结某类别中众多新闻的共同点,在此基础上形成归纳性的词句置于新闻信息之前。

“主题研讨”共分为七个专题,分别为“一个馒头引发的血案”、“商业方法的专利保护”、“开源软件”、“网络著作权”、“网络服务提供者的法律责任”、“方正诉暴雪”、“信息产业的竞争法分析”。以上专题均选自《互联网法律通讯》第2卷至第3卷的“主题研讨”栏目,主题是通讯编辑部根据当时互联网领域发生的热点问题而设定的,并围绕主题编辑出一组内容相近或相反的文章对该主题进行深入探讨,达到既回应互联网时事之效,又可收学术深入探讨之功。

“一个馒头引发的血案”中系列文章分析探讨了网络热门短片《一个馒头引发的血案》所引发的一场关于侵犯电影《无极》著作权的纠纷。“《一个馒头引发的血案》引发的疑案”在简要介绍案情的基础上,具体分析了其中可能存在的侵犯著作权的情况,并指出了中国《著作权法》在解决类似问题上的“无力感”;“人们为什么保护胡戈”从中美两国在著作权合理使用制度上所采用的不同规制模式出发探讨了中国应思索如何使本国的法律制度更适于实现互联网时代著作权人权利保护与公众表达自由之间

的平衡;“从版权上的技术困难谈起”则从法律经济学的角度分析了在中国现阶段财产权保护的话语权结构下存在的社会权利不对称问题;“戏仿作品的法律保护和限制——从《一个馒头引发的血案》切入”一文为名家手笔,以《一个馒头引发的血案》所引发的著作权或其他相关权利的纠纷为引子,分析了戏仿作品本身的特性,以及在此基础上中国对于戏仿作品所应持有的态度:平衡保护和促进知识产权发展的层面上通过修改立法或基于个案的司法解释的方式进行适度保护。

“商业方法的专利保护”中的文章探讨了商业方法的可专利性以及由此引发的理论和实践问题。“商业方法专利:理论与实践”一文以商业方法专利主题相关的学术研究为起点,分析了商业方法专利所引发的理论争议,从而提出了商业方法专利的立法建议;“商业方法发明可专利性研究”一文分为两部分在《互联网法律通讯》中发表,具体探讨了如何在国际化及产业发展的背景下对商业方法发明的可专利性进行研究。

在“开源软件”中,“软件著作权保护中的源代码:开源软件运动的启示”分析了在软件著作权保护过程中开源之于计算机软件法律保护的意义以及著作权法应如何构建软件著作权保护中的合理平衡;“开源软件商标许可政策”一文系作者硕士毕业论文的节选,其中详细分析了不同开源软件企业的商标许可政策以及相关政策实施过程中可能引发的法律问题。

“网络著作权”中的系列文章从不同角度对网络环境下的著作权保护进行了分析。“网络著作权保护新思维”一文以网络行为规制四要素理论为基础,结合产业发展分析了网络法律环境下著作权保护所应采取的新模式。“链接难道也侵权?——百度侵犯音乐版权案评析”在分析百度侵犯音乐版权案的基础上提出在解决互联网音乐著作权问题时确立公正合理的司法判案原则,恰当界定搜索引擎服务提供者的版权责任,平衡知识产权人与网民需求、社会公众利益之间的矛盾;“不可预测的判决:评海淀法院的步升诉百度案一审判决”一文中结合相关案例对北京市海淀区人民法院在审理步升诉百度一案中所遵循的逻辑推理方式及适用的法律进行剖析,指出在二审终审制下海淀区人民法院对该案的判决是一个奇特的判决,其判决的依据是其上级法院北京市第一中级人民法院一个已被推翻的判决,而非北京高级人民法院作出的判决和最高院的司法解释;“P2P 环境下的美国版权间接责任制度”一文重点介绍了美国域内若干案例:Napster 案、Aimster 案、Grokster 案,在前述基础上探讨了美国法院在判定 P2P 环境下版权间接侵权责任中所采用的分析方法及形成的判例原则。

在“网络服务提供者的法律责任”中,“何为‘明知或应知’——评环球唱片诉阿里巴巴一审判决书”分析北京市第二中级人民法院在环球唱片诉阿里巴巴一审判决书中对于《条例》第 23 条中“明知或应知”的解读,在此基础上提出对于第 23 条的学理剖析;“搜索引擎为何频遭起诉”通过对美国和欧洲搜索引擎相关案例的分析比较,指出在不同的法律环境下,搜索引擎就其提供的搜索服务所需承担的知识产权侵权责任往

往大相径庭,因此在中国对于搜索引擎知识产权侵权责任的认定应具体问题具体分析;“链接标记的法律问题”对链接标记进行了界定,并在此基础上分析了链接标记可能引发的著作权问题、商标问题及不正当竞争问题。

“方正诉暴雪”中收录的四篇文章从不同角度分析了2007年的方正诉暴雪案,该案是中国加入WTO之后中国公司向外国公司就知识产权侵权进行索赔标的额最大的案件之一。“方正诉暴雪案件及其要点的初步分析”在介绍案件背景的基础上,分析了该案件的若干要点:方正字库的法律属性、损害赔偿额的计算方法、侵犯著作权行为的刑事责任;“方正诉暴雪、九城软件著作权纠纷案损害赔偿计算分析”以北京市高级人民法院《关于确定著作权侵权损害赔偿责任的指导意见》为基础分析了方正诉暴雪案中应采用的损害赔偿计算方法;“‘方正诉暴雪’:何以可能”对方正、暴雪是否为本案适格当事人进行了分析,对暴雪是否侵害方正所拥有的知识产权展开讨论,并通过比较研究对中国在此问题上的相关规定进行相应的讨论;“美国法律对于字库软件的保护方式综述”一文对美国的字库软件法律保护制度进行综述,探讨了美国所采用的四种保护方式:许可协议、商标保护、外观设计专利保护及版权保护。

在“信息产业的竞争法分析”中,“由结构到行为:网络时代反垄断的法律思考——以即时通讯市场为例”一文对反垄断法应如何对待以网络平台为基础的市场以及如何判定、规制具有不同于传统市场特点的新产业的垄断行为;“Golden Bridge Tech诉NOKIA等公司案例分析——标准修改中的反垄断法问题”以典型案例为引子,分析了标准与专利之间的关系;“法律视角下的竞价排名业务——从搜索引擎服务商角度出发”一文对竞价排名中存在的典型侵权问题展开论述,从义务分配的角度分析搜索引擎服务商应承担的法律义务及责任,最终得出法律对竞价排名这一搜索引擎所采用的商业模式应当持有的“谦抑态度”。

“学术BBS”中收录的九篇文章对网络法各领域的问题展开探讨。“‘马的法律’与网络法”的作者以“马的法律”为引子,通过简要介绍国外的一些成果来展示网络空间的某些特质,进而分析“网络法”是如何面对网络行为的挑战;“长尾现象与小众文化”一文分析了因互联网而形成的“长尾现象”以及该现象对于产业发展的影响;“对话:数字传媒时代的第一要务”一文提出在数字传媒时代应清楚处理数字时代技术、商业模式与法律的关系方能促进数字传媒产业的和谐发展;“谁动了我的奶酪?——灰鸽子病毒法律控制缺位的思考”分析了在网络病毒规制中法律缺位现象,以及在确立安全监管机制过程中应考虑的问题;“网络作为公共空间的不自足性——以‘杨帆事件’为引子”以网络中的公共事件为引子,分析了网络空间对于有关公共议题讨论的意义,但亦质疑网络运作公共讨论的自足性和有效性;“资本自由与分权制衡——美国电信管制的合法性重读和启示”一文在分析过程中尽量还原美国电信管制发展历程和现有面貌,从法政治学中的合法性理论和视角来理解和总结美国电信管制体制,并总结

出美国电子体制以市场自由和分权制衡为基石;“揭开网络视频新规的‘面纱’——对《互联网视听节目服务管理规定》的整体性评价”一文亦以公共事件为引子,在阐述《管理规定》立法背景、立法目的、法律渊源的基础上,全面评析了该规定的五个特征;“MAZE:一种校园点对点传输软件及其相关的法律问题”以中国教育网中广泛应用的点对点软件 MAZE 为分析样本,从使用者的角度出发,分析该软件的特点及产生的相关法律问题;“没有人是孤岛——P2P 产业发展漫谈”分析了国内外权利人、运营商、软件使用者在 P2P 产业发展中的不同反应。

“书评”中共收录了九篇书评,书评对著作的内容、逻辑、价值进行相关介绍评论,使读者能够及时了解域内外互联网领域的学术著作。本卷评论中收录的书评共涉及以下书籍:《票友崇拜:今天的互联网如何扼杀我们的文化》、《谁控制互联网?——无界世界的幻想》、《长尾理论——打破 80/20 法则的新经济学》、《搜》、《说话算数:技术、法律以及娱乐业的未来》、《商业秘密:知识盗用与美国工业力量的起源》、《免费:商业的未来》、《共享与智慧》及《现代知识产权法的演进:美国的历程(1760~1911)》。

目 录

	2004 年序	
	序言节录	
	本卷导读	
互联网 法律动态	互联网法律动态 (2005 年至 2007 年) 张冀爽 任启明 符明子 许梦笔	3
主题研讨	“一个馒头引发的血案” 《一个馒头引发的血案》引发的疑案 李 旭 人们为什么保护胡戈 刘晓春 从版权上的技术困难谈起 邓 峰 戏仿作品的法律保护和限制 ——从《一个馒头引发的血案》切入 苏 力 商业方法的专利保护 商业方法专利:理论与实践 刘永沛 商业方法发明可专利性研究 吴伟光 开源软件 软件著作权保护中的源代码:开源软件 运动的启示 刘晓春 开源软件商标许可政策 姬 学 网络著作权 网络著作权保护新思维	39 44 48 56 75 89 112 119 127

链接难道也侵权?

——百度侵犯音乐版权案评析 张晓菁 141

不可预测的判决:评海淀法院的步升诉百度案

一审判决 赵晓力 148

P2P 环境下的美国版权间接责任制度 张金恩 155

网络服务提供者的法律责任

何为“明知或应知”

——评环球唱片诉阿里巴巴一审判决书 刘晓春 170

搜索引擎为何频遭起诉 黄良才 175

链接标记的法律问题 金磊 181

方正诉暴雪:字库的法律保护

方正诉暴雪案件及其要点的初步分析 孟兆平 186

方正诉暴雪、九城软件著作权纠纷案损害赔偿

计算分析 何怀文 193

“方正诉暴雪”:何以可能 任启明 198

美国法律对于字库软件的保护方式综述 陈婧茵 206

信息产业的竞争法分析

由结构到行为:网络时代反垄断的法律思考

——以即时通讯市场为例 吕超 212

Golden Bridge Tech 诉 NOKIA 等公司案例分析

——标准修改中的反垄断法问题 李子雍 220

法律视角下的竞价排名业务

——从搜索引擎服务商角度出发 胡洪 227

学术 BBS

“马的法律”与网络法 胡凌 237

长尾现象与小众文化 赵晓力 248

对话:数字传媒时代的第一要务 赵启杉 250

谁动了我的奶酪?

——灰鸽子病毒法律控制缺位的思考 时飞 254

书评

网络作为公共空间的不自足性

——以“杨帆事件”为引子 田飞龙 261

资本自由与分权制衡

——美国电信管制的合法性重读和启示 何远琼 266

揭开网络视频新规的“面纱”

——对《互联网视听节目服务管理规定》的
整体性评价 周 辉 284

MAZE:一种校园点对点传输软件及其相关的

法律问题 李子雍 290

没有人是孤岛

——P2P 产业发展漫谈 刘逢春 庞世之 294

互联网在扼杀文化?

——评《票友崇拜:今天的互联网如何扼杀
我们的文化》 刘 晗 303

网络空间:谁主沉浮?

——评《谁控制互联网?——无界世界的
幻想》 刘 晗 306

长尾是怎样炼成的

——评《长尾理论——打破 80/20 法则的
新经济学》 毛晓秋 308

搜索是怎样淘金的

——评《搜》 毛晓秋 312

建一家娱乐合作社?

——评《说话算数:技术、法律以及娱乐业的
未来》 毛晓秋 317

美国技术走私的进退攻略

——评《商业秘密:知识盗用与美国工业
力量的起源》 毛晓秋 322

免费并不可怕

——评安德森《免费:商业的未来》 毛晓秋 325

编者手记

开源时代的声音

——评《共享与智慧》……………姬学 328

惊异于历史的力量

——读《现代知识产权法的演进：
英国的历程(1760~1911)》一书……………朱理 331

缘续…………… 337

Contents

	Preface of 2004	
	Preface	
	Introduction	
Internet Law News	Internet Law News	
	 by Zhang Jishuang Ren Qiming etc.	3
Symposium	“Murder Caused by a Steamed Bread”	
	A Doubtful Case by “Murder Caused by a Steamed Bread”	by Li Xu 39
	Why do People Like Parody?	by Liu Xiaochun 44
	Technical Difficulties of Copyright Law	by Deng Feng 48
	The Legal Protection of Parody and Its Limit	by Suli 56
	Business Method Patent Protection	
	Business Method Patent Protection in Theory and Practice	by Liu Yongpei 75
	The Patentability of Business Method Invention	by Wu Weiguang 89
	Open Source Software	
	Source Code in Copyright Protection of Software; Implication of Open Source Movement	by Liu Xiaochun 112
	Trademark License Policies for Open Source Software	by Ji Xue 119

Internet and Copyright

New Thoughts of Network Copyright Protection

..... by Li Xu Gao Qing 127

The Link DO NOT Infringes Copyright

..... by Zhang Xiaojing 141

The Unpredictable Ruling: A Remark on First Trial Ruling

in Shanghai Busheng Music Culture Co. v. Baidu

Co. by Zhao Xiaoli 148

US Copyright Indirect Liability Rule on P2P

..... by Zhang Jin'en 155

Legal Obligations of Internet Service Provider

How to Determine "Know or Should Know": Comments on First

Instance Decision on Universal v. Alibaba

..... by Liu Xiaochun 170

Why Are Search Engine Sued So Frequently?

..... by Huang Liangcai 175

Legal Issues Concerning Linking Marks by Jin Lei 181

Case Study on Legal Protection for Font Database:

Founder v. Blizzard

Brief and Initial Analysis on Founder v. Blizzard

..... by Meng Zhaoping 186

Compensation Calculation in Founder v. Blizzard

..... by He Huaiwen 193

How Is "Founder v. Blizzard" Possible by Ren Qiming 198

Introduction to Legal Protection to Font Database under

US Law by Chan Yeeyan 206