



威科法律译丛 I

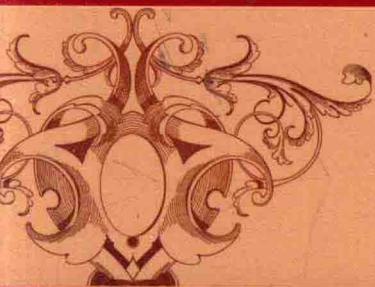
软件与互联网法

(下)

第一分册

[美] 马克·A. 莱姆利 等著

张韬略 译



SOFTWARE AND INTERNET LAW



1897

商務印書館
The Commercial Press

By
Lemley, Menell, Merges, Samuelson, and Carver

Software and Internet Law

Fourth Edition

This is a translation of Software and Internet Law, 4th edition, by Mark A. Lemley, Peter S. Menell, Robert P. Merges, Pamela Samuelson, and Brain W. Carver, published and sold by The Commercial Press, by permission of Wolters Kluwer Law & Business in New York, USA, the owner of all rights to publish and sell same.

本书根据 Wolters Kluwer Law & Business in New York 2011 年版译出

© 2011 Mark A. Lemley, Peter S. Menell, Robert P. Merges,
Pamela Samuelson, and Brain W. Carver

出版说明

我馆历来重视译出版世界各国法律著作。早在1907年就出版了第一套系统介绍外国法律法规的《新译日本法规大全》81册,还出版了《汉译日本法律经济辞典》。1909年出版了中国近代启蒙思想家严复翻译的法国著名思想家孟德斯鸠的《法意》。这些作品开近代中国法治风气之先。其后,我馆翻译出版了诸多政治、法律方面的作品,对于民国时期的政治家和学人产生了重要影响。新中国成立后,我馆以译介外国哲学社会科学著作作为重,特别是从1981年开始分辑出版“汉译世界学术名著丛书”,西方政治法律思想名著构成其中重要部分,在我国法学和法治建设中发挥了积极作用。

2010年开始,我馆与荷兰威科集团建立战略合作伙伴关系,联手开展法学著作中外文双向合作出版。威科集团创立于1836年,是全球最大的法律专业信息服务和出版机构之一。“威科法律译丛”是我们从威科集团出版的法律图书中挑选的精品,其中涉及当前中国学术界尚处在空白状态、亟需研究的领域,希望能够对中国的法学和法治建设有所助益。除了引进国外法律图书外,我们同时也通过威科集团将中国的法律思想和制度译介给西方社会,俾使中国学人的思想成果走向世界,中华文明的有益经验惠及异域。

商务印书馆编辑部

2011年8月

译者序

一

信息技术与互联网的勃兴,成就了网络空间的繁荣,同时也把人们与该虚拟空间相关的形形色色良莠不齐的行为和现象,包括从日常通信、商务、消费和信息存储,到域名抢注、电脑病毒、间谍软件、钓鱼网站、网络诈骗、阻断服务攻击、垃圾邮件、知识产权侵权等,纷纷带入了法律的视野之内。网络自由主义者所期待的网络自治,终究是无法实现的镜花水月,而所谓的“互联网法”,也应运而生。

尽管综合性的“互联网法”在各国并不存在,而且,诚如十多年前美国伊斯特布鲁克法官所指出的,互联网背景下的许多新问题不过是旧酒换新瓶,只须将旧规则适用于新事实就可以解决(Hon. Frank Easterbrook, *Cyberspace and the “Law of the Horse,”* 1996 U. Chi. Legal F. 207),但同样无法否认的是,互联网引发的许多崭新的法律新问题,相互之间是有一定联系的(Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, 1999),需要法律人以思辨和理性之光,窥探其规律,明晰其逻辑,从而助力法律体系的演进。

《软件与互联网法》(下卷)就是在这种背景下,探究了新兴的法律制度如何应对来自互联网的特殊挑战。该卷共有九章,具体内容涉及管辖、商标权、版权、专利权、诽谤与淫秽内容的规制、互联网匿名与私人信息的披露、隐私与监视、非法访问、网络犯罪以及互联网治理理论,等等。细心阅读该卷所选摘的诸多判例和材料,体会传统法律制度在网络环境下所面临的挑战与困境,以及新法淬炼诞生的曲折、艰辛过程,应当有助于我们深刻理解伊斯特布鲁克法官与莱西格教授在这一争论中所持的不同见解。

2 译者序

管辖部分(第六章)重点探讨了法院基于互联网发布的信息去裁判涉及非本州居民被告纠纷的权力。针对网络环境下的案件,美国地方法院可以借助“长臂管辖”(long arm jurisdiction),对从未在本地出现的、远在他州甚至他国的居民和企业动用属人管辖权。但长臂法规的适用必须受到美国宪法正当程序条款的限制。1997年的芝宝案是该领域的经典判例,其明确指出,“属人管辖权以合宪方式行使的可能性,与当事人互联网商业行为的性质和特征,应直接相称。”(Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F. Supp. at 1124)该案确立的按比例增减(slide scale)检验法(也有人称之为“滑动标尺”检验法),在后来被广泛引用,成为美国司法尝试将传统正当程序原则适用于以互联网联系的审判地的一个有益起点。

针对域名商标案件(第七章第一节),在1999年美国国会就域名抢注问题专门进行立法之前,不少美国商标权人求助于当时的商标法包括《联邦商标淡化法》,但并不能很好地应对域名抢注问题。为了针对某些域名抢注案件适用商标淡化法,一些法院甚至忽视或者降低了商标著名的要求,结果出现了一些拓展商标侵权边界的判例。与此同时,传统商标侵权的抗辩事由,诸如非商业性使用、不混淆、滑稽模仿以及宪法第一修正案的自由言论权利等,也频频出现在域名商标侵权案件中[Planned Parenthood Federation of America, Inc. v. Bucci, 42 U. S. P. Q. 2d 1430(1997)]。1999年《反域名抢注消费者保护法》颁布之后,商标权人和法院有了新的法律规则可以遵照。根据该法,如果有人注册或者使用与商标一致的域名,但对该名称的使用没有合法利益,并且恶意剥夺商标权人使用该名称的,构成非法行为。因此司法的重心也逐渐转向如何在个案中具体认定合法利益和恶意的含义。而后,在有关元标签、弹出式广告、关键词广告、牢骚网站等案件的判决中(第七章第二节),我们除了看到传统商标侵权分析方法的运用,还看到了初始兴趣混淆和商标使用原则这两个在传统商标法中没起到多大影响的原则在此处的盛行。初始兴趣混淆的适用在一定程度上扩张了商标权的效力;但商标性使用原则则起到了重要的限制功能,使商标法更加“脚踏实地”[Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, Grounding Trademark Law Through

the Doctrine of Trademark Use, 92 Iowa L. Rev. (2007)]。互联网卖场的商标间接侵权责任认定问题也很快摆在法院面前。在蒂凡尼诉易贝案(第七章第三节)中,第二巡回区法院通过解释,将美国联邦最高法院英伍德案的商标间接侵权规则适用于网络服务提供者[Tiffany (NJ) Inc. v. eBay Inc., 600 F.3d 93 (2d Cir. 2010)]。法院认为,在两种情况下,网络服务提供者应对他人的侵权行为承担帮助侵权之责任:第一,网络服务提供者“故意引诱他人侵犯商标”;第二,网络服务提供者“继续将(服务)提供给自己知道或者有理由知道正在从事商标侵权活动的某人”。为了进一步判定“知道或者有理由知道”的要件,易贝案判决还详细讨论了易贝采取的监控侵权的不同步骤。

网络环境下复制、传播方式以及商业模式的改变,导致网络版权侵权疑难案件在美国层出不穷,在第八章摘录的诸多案件中,我们看到了“远程存储”数字视频录像机系统、文件分享技术、图像搜索、深层链接、加框等新技术对传统版权法的复制、表演、发行、出版、展示等概念的冲击,以及这些法律概念内涵的演进对技术和市场行为的反作用。这些案件有涉及直接责任的,也有涉及间接责任的。细心的读者可以发现,由于网通公司案明确不支持互联网服务提供商对其系统用户的版权侵权行为承担直接侵权责任[Religious Technology Center v. Netcom On-Line, Communication Services, Inc., 907 F. Supp. 1361 (N. D. Cal. 1995)],因此在该案确立其地位之后,美国版权诉讼在涉及媒体(不管是互联网接入提供商还是互联网服务提供商或者互联网技术开发者)时,极少再提出以直接侵权为基础的诉讼请求。而为了保护作为信息传输枢纽的互联网服务提供商,同样在网通公司案中,怀特法官认为,互联网服务提供商不应对经由它们系统传送并路由的侵权材料承担法律责任,该结论成为1998年《数字千年版权法》(DMCA)四个“安全港”规定的其中一个[《美国法典》第17编第512条(a)款]。怀特法官有关互联网服务提供商在收到版权人有关侵权的充分通知之后有责任调查并移除侵权材料的结论,成为三个其他“安全港”规定的基础:第512条(b)款针对为系统缓存而临时存储侵权材料的情况,第512条(c)款涉及

代互联网服务器用户存储信息的情形,而第 512 条(d)款针对信息定位工具(诸如搜索引擎),这些工具设置链接以连接到其他服务器上的侵权材料。互联网服务提供商对前述三种行为不承担法律责任,只要不是实际知晓侵权材料,不知道可以明显断定侵权存在的事实与环境,而且在知道侵权后,迅速采取措施移除或者无效它们服务器上的侵权材料。第 512 条(c)款(3)项明确规定了版权人在就涉嫌侵权材料通知互联网服务提供商时,应该在通知中包含哪些信息,从而做到充分通知并引起后者的调查义务。“通知和移除”规则随后已经被其他法域所采纳,包括欧盟和中国。此外,随着 P2P、流传播和更为分散式的网络诸如 BitTorrent 等新传播技术的出现,帮助侵权和引诱侵权频频成为版权人追究技术提供者的重要手段,20 世纪 80 年代索尼案所确立的“实质性非侵权用途”要件也受到重新的审视和修正。但网络版权执法的效果显然达不到美国版权内容产业的预期,于是大多数由美国唱片业协会(RIAA)及其成员企业纷纷把矛头转向了点对点文件共享者,针对互联网用户提起直接侵权的诉讼。与此同时,随着版权技术保护措施的普及以及立法的引入,在规避版权技术保护措施的案件中,我们再次看到了美国宪法的身影。例如,在环球影城公司诉科利案中,被告主张计算机代码属于受宪法保护的言论,认为《数字千年版权法》的反规避规定违宪。尽管合宪性主张最终得不到法院的支持,但有关如何更妥善平衡版权人与公众利益的讨论至今仍在继续。

互联网产业大量的渐进式创新和跨国界活动,同样给专利法提出了新的挑战(第九章)。在可专利性问题上,软件与互联网技术结合所出现的许多专利申请活动,给专利授权带来了诸多问题。与互联网商务相关的专利在权利要求撰写上大量使用的功能性表述,在一定程度上模糊了专利制度公示财产边界的功能,扩张了专利权的保护范围,成为该领域专利流氓现象盛行的制度因素之一。争议创造性(非显而易见性)、充分公开等可专利性案件也成为摆在法院面前的棘手问题。在近期美国专利制度改革中,我们能看到立法、司法和学界的主流观点,正朝着严格电子商务专利授权要件的方向发展。另外,由于许多有价值的信息时代技术涉及多方的参与,或者涉

及网络最终用户的这种行为或者那种行为,甚至出现了网络技术产品由跨越国界的多个部件所组成或者涉嫌侵权的行为由跨国的多方当事人共同实施的情况,所以在一些互联网专利侵权案件中,帮助侵权、引诱侵权原则同样开始活跃起来,并在左右摇摆的司法判例阐释中,夯实了原有的内涵。在悄然之间,我们可以看到,专利地域性正在松动,专利法的效力也渐渐拓展到了本国之外。

从第九章之后,《软件与互联网法》将研究视野从知识产权领域转移到了更为广阔的互联网空间。网络空间的诽谤行为(第十章)表现出不同于普通诽谤行为的特征,例如诽谤信息更多是由匿名者发出,被攻击者可以便捷、即时作出反击和澄清,从而可能影响到了诽谤的认定标准[Mike Godwin, *Cyber Rights: Defending Free Speech in the Digital Age* (1998)];与此同时,诸如美国在线等互联网服务提供商也被频频推上被告席。在齐伦诉美国在线案中,齐伦试图根据自己发出的通知,以及美国在线迟迟没有删除相关信息的事实,主张美国在线向第三方传播了涉嫌侵权的诽谤言论(当然在某些其他场合,美国在线又被批判过快地删除了“不文明的”言论)。在该案判决中,法院表达了这样的担忧:严格遵循网络环境下的通知责任(notice liability),将强化服务提供商限制言论的动力并放弃对自我的规范,从而瓦解《通信行为净化法》(CDA)第230条的双重目的。法院指出,“针对交互式计算机服务提供商的基于通知的法律责任,将会给第三方提供一种零成本的方式去准备将来的法律诉讼。任何人若看不顺眼其他人在某个交互式计算机服务上的言论,被冒犯到的当事人只要‘通告’相关的服务提供者,主张该信息在法律上是诽谤信息就可以了。鉴于交互式计算机服务传播着数量巨大的言论,这些通告将对服务提供商制造一个无法承受的负担,它们将得时刻面对抉择,要么抑制有争议的言论,要么忍受禁止性的责任。……设置经销商责任对互联网言论活力以及服务提供商自我管制可能具有的负面影响与(《通信行为净化法》)第230条的立法目的是直接相悖的……。”[*Zeran v. America Online, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997)]不同于《数字千年版权法》的

“通知—删除”义务,在这里,我们看到,即便齐伦们已经就侵犯性言论通告了美国在线们,后者也享有针对发布诽谤信息法律责任的完整抗辩权。而且《通信行为净化法》的豁免规定用于庇护网络媒介免于法律责任的诉讼事由,远非诽谤一种。《通信行为净化法》与《数字千年版权法》在此处的分野,正是基于宪法保护言论自由和公共批评活力的宗旨。

美国国会保护未成年人不接触互联网“不雅”和“明显低俗的”通信的立法努力(第十章第二节),同样遭遇到了与限制言论自由相关的合宪性问题。尽管里诺诉美国公民自由联盟案承认,国会保护儿童不接触有害信息之目的是合法并且重要的,但法院指出,《通信行为净化法》的有关条款因为限制了第一修正案所保护的“言论自由”而无效[*Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844 (1997)]。因应里诺案的判决,国会制定了仅适用于“商业目的”通信的《儿童在线保护法》(COPA),对有关概念作了较为详细的界定,希望提高《儿童在线保护法》被判定合宪的可能性,但依旧遭到美国公民自由联盟的第一修正案合宪性挑战并败北,联邦最高法院将案件发回重审并要求考虑其他可能的替代方案[*Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 542 U. S. 656 (2004)]。1999年国会通过《儿童互联网保护法》,命令接受联邦资金的所有公共图书馆和公共学校使用过滤技术,同样遭遇来自美国公民自由联盟、美国图书馆联盟以及其他当事人提起的宪法第一修正案的诉讼,但联邦最高法院多数意见最终认定,公共图书馆使用互联网过滤软件并不侵犯其读者的第一修正案权利,《儿童互联网保护法》并没有引诱图书馆实施违反宪法的行为,没有对公共图书馆附加违反宪法的限制,该法是国会合法实施其预算开支权限的表现[*United States v. American Library Association*, Supreme Court of the United States, 539 U. S. 194 (2003)]。很明显,美国联邦和州的立法要积极规制“有害于未成年人”的淫秽物品,势必面临人们难以在互联网上辨认出通信发出者和接收者的年龄和地理位置的情况。例如《通信行为净化法》规定,如果当事人在“明知”接收者未满18周岁的情况下,向其传播不雅信息的,构成犯罪。但在里诺案中,联邦最高法院认为,鉴于没有可行的年龄验证技术,该

“明知”标准将会干预到成人之间的通信,因为根据该法,成年的互联网用户将不得不假设,一个或者多个未成年人可能会浏览到他在网络上发布的大多数内容,因此《通信行为净化法》将给言论设置负担。要充分了解这些判决背后立法权与司法权的博弈,读者除了要了解前网络时代美国对淫秽物品的法律规制,了解美国违宪审查制度的基本规则,同时还要了解互联网对这些法律制度和规则所提出的新挑战。

第十一章探讨了网络环境下匿名言论与披露信息的权利边界。尽管可能与名誉或者隐私权益产生冲突,但匿名发表言论的权利在原则上是被美国司法所承认的。早在麦金太尔诉俄亥俄州选举委员会案[*McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U. S. 334 (1995)]中,联邦最高法院就指出,“根据我们的宪法,匿名撰写小册子并非恶性、欺诈行为,而是表达支持和反对意见的光荣传统。匿名是防御多数人暴政的坚盾。它因而成为《权利法案》尤其是宪法第一修正案保护不受欢迎的个人(及思想)免受一个不宽容社会的报复(及压制)的典范。在庇护欺诈行为时,维持匿名的权利有可能被滥用。但是,政治言论就其本质而言,有时会有令人不快的后果,而且我们的社会更加看重自由言论的价值,而不是自由言论被滥用的危险。”尽管随着匿名言论步入网络世界,保护匿名言论这种传统面临着新的挑战,但这种光荣传统仍旧在法院的众多新判决中得到坚持。在某甲诉赶集网公司案[*Doe v. 2TheMart.com Inc.*, 140 F. Supp. 2d 1088 (W. D. Wash. 2001)]中,当民事传票所请求披露身份信息的互联网匿名用户并非诉讼当事人时,法院指出,“互联网上思想的自由交流,在很大程度上得益于互联网用户匿名通信的能力。如果可以通过民事传票,根据宽松的民事披露程序的规则,剥夺互联网用户的匿名资格,势必显著抑制互联网言论以及宪法第一修正案的基本权利。因此,如果证据披露的请求目的在于认定互联网匿名用户的身份的,必须接受法院仔细谨慎的审查。”为了“护卫政治对话和思想交流免于遭受不正当的妨碍”,参见巴克利案(*Buckley*, 525 U. S. at 192),以及平衡匿名用户的宪法第一修正案权利和民事诉讼当事人通过诉讼证据开示程序保护其利益的权利,赶集网案的法院采取了四要素标准来

确定是否签发传票:(1)请求披露该信息的传票是否是在诚信基础上签发的,而不是为了其他不当的目的;(2)请求披露的信息与核心诉请或者抗辩是否有关联;(3)相关信息与该诉请或者抗辩是否有着直接和实质性的联系;(4)从其他来源是否无法获取足以证明或者驳回诉讼或抗辩的信息。这种面对新问题时灵活、弹性的分析框架,既体现了司法维护传统法律原则稳定的保守气质,又诠释了司法促进新法律生长的开放心态。在巴特尼基诉沃珀案[Bartnicki v. Vopper, 532 U. S. 514 (2001)]中,法院面对的难题是:故意披露由他人非法截获的私人之间关于某个公共议题的手机通话,是否同样受到宪法第一修正案的保护。在该案中,披露信息的当事人并没有参与截获行为,但他们的确知晓该拦截信息的行为是不合法的。这类案件引出了最高位阶的宪法利益之间的冲突:一方面是完全和自由传播公共议题信息的利益,另一方面是个人隐私以及(更确切地说)促进私人言论的利益。美国宪法第一修正案的设计者在当初肯定没有预见到科技进步催生的交谈、截获或者冲突会导致这类诉讼的出现。因此不难理解,从地方法院到联邦最高法院的法官们对宪法第一修正案如何适用于本案,出现了明显的意见分歧。尽管在谨慎考量了这些相关利益之后,联邦最高法院的多数观点认为,这种信息披露行为受到宪法第一修正案的保护,但伦奎斯特大法官所撰写的反对意见针锋相对、掷地有声:“多数意见抑制而非增进了宪法第一修正案的目标:抑制了每天以电子技术进行通信的数以百万计的美国人民的言论。”在论证其结论时,反对意见援引了百余年前塞缪尔·沃伦和路易斯·布兰代斯在奠定隐私权法律地位的法律名篇中的一席话,“在恰当界定的范围内,有必要存在……不公开言论的自由,这种自由与从正面入手的言论自由一样,都服务着同样的终极目的。”[Samuel Warren and Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harv. L. Rev. 193, 196 (1890)]同样的事实,同样以言论自由的宪法价值作为出发点,但分析路径的不同却使大法官们最终得出了截然相反的结论,正是在这种理性和思辨的交锋中,法学的魅力显露无遗。

第十二章从监视、窃听的角度探讨了互联网的隐私权问题。在这一领

域,层出不穷的互联网技术同样对立法文本提出了不少挑战。《联邦窃听法》的窃听概念最初仅覆盖有线通信和口头通信,1986年的《电子通信隐私法》将其延伸到了电子通信,并规定了一种私权诉讼,以对抗他人“故意窃听、试图窃听或促成任何其他他人故意或试图窃听任何有线的、口头的或电子的通信”。但互联网通信的特点仍对该概念的涵摄范围提出了挑战,例如拦截并非处于传递状态的已存储信息、拦截从键盘传送到中央处理器的信息等行为,是否构成《联邦窃听法》的窃听行为。随着电子商务的勃兴,未经授权而收集、加工并再次使用私人数据的策略被企业和其他组织频繁使用,其合法性也被提到法院面前。部分源自欧盟的压力,部分为了刺激电子商务的成长,在20世纪90年代,美国政府机构极力敦促企业采用保护互联网隐私的“公平信息举措”,要求企业将隐私政策发布在企业网站上并主动遵守。联邦贸易委员会在1998年的《互联网隐私:呈递国会的报告》(Privacy Online: A Report to Congress)中,围绕个人信息的收集程序、披露和使用条件、准确性、救济制度等,明确提出了五项核心的隐私原则。联邦贸易委员会可以依照《联邦贸易委员会法》第五条追查不公平和欺骗性行为的职权,针对违反了已发布的互联网隐私政策的企业启动诉讼。此外,针对某些网站收集相当数量的儿童及其家庭信息并加以滥用的情况,美国国会还制定了《儿童网络隐私保护法》(COPPA)。该法要求网站所有人在收集13岁以下儿童的信息之前,必须先获得儿童父母的许可。诸如雇主电子监视雇员、政府电子监视所产生的法律问题,也进入了法律规制的视野。

第十三章探讨了未经许可或者超出许可范围访问或获取他人网络资源的法律规制。网络虽然便捷,但也会出现令人讨厌的新事物,诸如垃圾邮件和网络爬虫,还有频繁报道的入侵他人计算机的黑客行为甚至计算机犯罪,这类行为通常伴有直观的伤害,例如影响系统的运行、干扰服务的提供、明确的财产损失等。在非法侵占“热讯”(hot news)的案件中,不具有正常知识产权保护的系争信息虽然可以被公开而且合法地访问,但竞争者对该信息的使用,超出了信息提供者所理解的已授权使用或者公平使用的范围。这种控制信息访问和后续使用的实质,是当事人试图保护其在收集、创造时

效性信息和其他具有商业价值的内容中的重要权利和巨额投资。在该章所摘取的判例中,我们可以看到权利人在面临该问题时,重新拾起了普通法的非法侵占之诉,正如学者所指出的,“技术发展的速度越快,就越把现行法律抛在后头,而普通法理论就愈加显得重要。因此,毫不奇怪,随着互联网的速度、可及性和通用性呈现几何级数的增长——因此极大地增加了搭便车者为谋利而获取、复制和重新包装信息和信息系统的机会——知识财产所有人在本世纪末必须再次考虑将普通法作为保护其权利的法源,如同在本世纪之初一样。”[Bruce P. Keller, *Condemned to Repeat the Past: The Re-emergence of Misappropriation and Other Common Law Theories of Protection for Intellectual Property*, 11 *Harv. J. L. & Tech.* 401, 428 (1998)]然而,目前建立在州法基础上的非法侵占诉讼请求受到联邦知识产权制度的严格制约。在全美篮球协会诉摩托罗拉公司案中,法院指出,类似国际新闻社诉美联社(INS v. AP)的“热讯”诉讼主张如果要免于适用联邦版权法,应该满足以下条件:(1)原告收集和制作信息花费了成本;(2)该信息具有时效性;(3)被告对该信息的使用是对原告劳动的“搭便车”;(4)被告与原告的产品或服务存在直接竞争关系;以及(5)其他当事人对原告劳动进行“搭便车”的能力和行为,将削弱提供相关产品和服务的积极性,严重威胁到这类产品或服务存在或者质量[National Basketball Association v. Motorola, Inc., *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997)]。

二

光阴似箭,离《软件与互联网法》(上卷)的出版已将近两年。在该书下卷即将与读者见面之际,作为译者,心里既有喜悦与期待,又有惶恐和忧虑。喜悦的是,几个寒暑中如影随形的翻译压力终于散去,数年里点点滴滴的时光,换来了整部译著的面世,总算不辜负自己的初心。有所期待的,是这本译著在繁荣专业学术资讯的同时,能够对在软件和互联网相关法律领域从

事教学和实务的同行有所裨益。惶恐的是,在这样大部头的作品面前,自己的知识储备和文字功底显得有些稚嫩,译文中误解、偏离原作之处在所难免,可能既辜负了作者和出版社的信任,也耽误了读者的求学。忧虑之心,则来自对中美互联网法治的比较和观察。

发端于美国的互联网在接入中国短短二十多年之后,也已经在中国的经济、政治、社会、文化生活中扮演了举足轻重的角色。目前中国已经成为全球第二大经济体,是拥有最多网民和最大网络零售市场的国家[中国互联网络信息中心(CNNIC):《中国互联网络发展状况统计报告》,2016-8-3]。除了促进我国新产业形成、经济结构调整和经济发展方式的转变,互联网也促进了我国政府信息公开和政府管理方式的转变,并在客观上为国民行使知情权、参与权、表达权和监督权提供了前所未有的便利条件和直接渠道(国务院新闻办:《中国互联网状况》白皮书,2010-6-8)。更重要的是,互联网分散式的架构和快速传送信息的能力,给长久以来一盘散沙的中国民间社会提供了千载难逢的便利、高效的学习和组织的机会,在社会的信息、人员和物资的流动性极大提高的背景下,这种历史机遇对孕育中国公民社会的正面意义,完全不亚于改革开放之后所引入的世界贸易体制。

迈入 21 世纪之后,随着中国互联网的普及、国民权利意识的提高以及司法制度的完善,与互联网相关的各类纠纷、诉讼,更是呈现爆炸式增长,相应的法律规范也层出不穷,覆盖了本译著中的绝大多数主题,包括管辖、知识产权、色情内容规制、隐私保护、言论自由、网络犯罪等。以过去五年为例,根据中国互联网络信息中心 2015 年《“十二五”中国互联网发展十大亮点》的报道,在“十二五”期间,中国制定出台互联网相关法律法规、规范性文件共 76 部,同比增长 262%;其中,中央网络安全和信息化领导小组共颁布实施 47 部互联网相关法律法规,占“十二五”期间立法总量的 62%。

如此大规模、高频率的互联网立法,让中国法律人再一次感受到“立法中心主义”的浓烈气息,但其鲜明的时代烙印则有别于以前。上一次大规模的立法活动发生在改革开放之后的那段转轨时期,主要是对宪法和基本法律进行全面修订,目的是拨乱反正、破旧立新以及应对融入世界贸易体系

的需要。建立并完善立法、司法和行政制度,逐步确立和提高民权和私权的地位,是那个时代法制建设最主要的旋律。这一次大规模的立法活动则从中国接入互联网延续至今,完全是因应互联网的普及和治理而产生的。虽然官方文件指出,中国政府管理互联网的基本目标是“促进互联网的普遍、无障碍接入和持续健康发展,依法保障公民网上言论自由,规范互联网信息传播秩序,……保障宪法和法律赋予的公民权益,保障网络信息安全和国家安全”,并提出了“中国坚持审慎立法、科学立法,为互联网发展预留空间”的互联网立法原则[《中国互联网状况》白皮书(2010)],但从这次大规模造法的内容来看,“规范互联网信息传播秩序”和“保障网络信息安全和国家安全”,显然被置于更加重要的地位。从立法结果来看,比起传统媒介,互联网在一定程度上受到的管制是增多而非减少了,其发展空间并不比设想的更大。从立法形式来看,与“保障宪法和法律赋予的公民权益”相关的立法活动,主要体现为我国人大及其常委会对《刑法》《著作权法》《商标法》《未成年人保护法》等互联网相关条款的修订,这属于原有法律在互联网时代的正常、必要的延伸;而与“规范互联网信息传播秩序”和“保障网络信息安全和国家安全”相关的立法活动,主要表现为大量低位阶的部门立法。这类立法大多“重管理、轻保护”,而且往往不是冠以“法”的名称,而是司法解释、决定、规定、暂行规定、办法、暂行办法,甚至包括党内意见、通知等[胡泳:“中国互联网立法的原则问题”,《中国科学报》(2014-09-05,第6版)]。出台低位阶部门立法固然快捷,但在讨论不够民主充分时,难免偏离“审慎”和“科学”,而且数量繁多的低位阶立法一旦在执行时缺乏有效审查机制,无法以高位阶宪法和法律加以约束、制衡和协调,就容易导致部门利益冲突和压制公民权益,从而影响到政府提出的互联网管理基本目标的实现。

我国互联网立法的这种情形,与美国有着较大的差别。在美国,软件与互联网相关法律制度的演进有着坚实的宪法基础和轨迹。尽管回头展望之际,可以看到美国互联网演变之偶然性导致了互联网治理东拼西凑的特征,而且互联网法律的变换在一定程度上的确如同沃尔泰尔(Voltaire)所说的

“像人们更换马匹一样”[弗雷德里克·梅特兰：《英格兰法与文艺复兴》，易继明、杜颖译，第42页，注37]，但无论是对互联网管辖、知识产权问题，还是网络匿名和色情言论、窃听、隐私等问题的法律规制，其核心价值、重要规则乃至法案出台的争辩过程，都在美国宪法的制约之下[张韬略：“互联网时代的版权：版权法抑或宪法之议题？”，《绿叶》，2012年02期]。在《软件与互联网法》所摘录的许多判例中，我们根本无法抛开美国宪法中的言论自由、正当程序等重要原则而空谈私权的具体保护。例如，在管辖的问题上，正当程序原则限制着各州长臂管辖的范围，谨慎地协调着原被告之间的诉讼利益；在针对信息发布者或者网络服务提供商的知识产权侵权责任时，言论自由与其他规则一起合力塑造了合理使用、滑稽模仿等抗辩制度，力求细致地厘清权利人与公众之间的权益边界；在涉及匿名身份披露、网络内容规制、窃听监视与隐私利益保护方面，更是不折不扣的宪法主导的法域，处处体现了法律对公权力的制约和对私权的尊重。一言以蔽之，尽管美国互联网法律制度不尽如人意之处仍有很多，但其演进的过程基本是各个法域在宪法强有力的掌控和审查之下的调整与革新，是国家宪法制度有机体的组成部分。

在第二届世界互联网大会的主旨演讲上，国家主席习近平提出要建设网络强国，并提出中国互联网治理的宏伟目标：“要让互联网发展成果惠及13亿多中国人民，更好造福各国人民”[习近平在第二届世界互联网大会上的主旨演讲，2015-12-16]。这个伟大目标的实现，绝非单凭党政力量自上而下进行大规模立法和执法就能够做到。人民是抽象的概念，人民的幸福感受，最终还是源自众多现实个案里所彰显和实现的公平与正义；而个案的公平和正义，以及民众追求幸福的权利，最终又必须依照公平、正义、透明、民主的实体法和程序法来保障。在迈向人民幸福和国家法治的大道上，如何在这些立法、司法和执法的个案中，提高宪法和基本法律的地位，提高公众民主参与的程度和媒体监督的力度，提高司法的权威和演进法律的能力，将是中国（互联网）法治面临的重大问题。