

网络侵权中的国际私法问题研究

朱子勤 等著

- 网络侵权引起的国际私法问题
- 跨国网络侵权管辖权的模式探讨
- 网络对传统侵权行为法律适用的挑战
- 网络侵权法律适用原则探析
- 网上争端解决机制

人民法院出版社



D913.04

62

2006

国际法前沿问题研究丛书

网络侵权中的国际 私法问题研究

朱子勤 等著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

网络侵权中的国际私法问题研究/朱子勤等著. —北京:人民法院出版社, 2006. 11

(国际法前沿问题研究丛书)

ISBN 7 - 80217 - 369 - 8

I. 网… II. 朱… III. 计算机网络 - 侵权行为 - 国际私法 - 研究
IV. D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 132081 号

网络侵权中的国际私法问题研究

朱子勤 等著

策划编辑 张晓秦

责任编辑 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号(100745)

电 话 (010)85250526(责任编辑) 85250516(出版部)
85250558 85250559(发行部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中画美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 890 × 1240 毫米 A5

字 数 282 千字

印 张 11.25

版 次 2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7 - 80217 - 369 - 8

定 价 22.00 元

版权所有 侵权必究

撰稿人名单

(以章节为序)

朱子勤	李楠	赵凯
鲁珊珊	孙清华	张永强
陈娟	梁耀美	罗丛九
房芳		

前 言

互联网自 20 世纪 60 年代出现，经不断发展已深入生活的方方面面。网络完成了由一种信息交流的工具到人类的一种生存模式的嬗变，其影响已经远远超出了之前的任何一种信息传递的方式。真实的个体通过虚拟的网络交互往来，虚拟空间中的活动又对现实物理世界中的个体产生真真切切的影响。网络世界作为人类个体活动范围的扩展，作为现实世界的延伸，带给我们的是更加纷繁复杂的社会关系和法律问题。

网络空间的法律问题冲击着我们已有的法律制度。在民法领域，交易主体身份的虚拟化、新兴的网络财产权利性质的界定、电子合同的效力以及网络主体侵权责任的认定等均是传统民法中的人格权制度、财产权制度、侵权与合同制度框架下亟待解决的热点问题。在刑法领域，出现了非法侵入计算机信息系统罪等新兴的罪名，而且在网络中犯罪形态认定等理论问题的解决也需要传统理论的一些变化与修正。在诉讼法方面，管辖的确定，证据的收集、保全与认定无一不对原有的制度提出挑战。

而在国际私法领域，网络带来冲击尤为显著。网络的开放性、全球性扩大了人们民商事交往的地理范围，使得民商事法律关系中的涉外因素激增。管辖权与法律适用的确定所面临的困难较之现实生活，已被网络这个工具放大许多。在各个法域法律制度之间、在各个主权国家利益之间、在法律的正义与效率等价值之间需要考量的因素无论是从量的还是质的角度分析都太过复杂而难以判断。

“网络侵权中的国际私法问题研究”是近年来教育部人文社会科学法学领域中研究的重点课题。本选题顺应我国在对外开放与科技信息高速发展中的法制建设的需要，具有很强的理论意义与实践指导意义。我国网络背景下的国际私法研究非常薄弱，在国际私法范围之内细化到网络侵权的理论研究更可以说是一片空白。但在实践中，网络侵权的问题却屡屡出现，缺少相应的理论指导，这已成为我国司法审判实践中的难题。作为作者，我们怀着一种法律人的责任感，查阅了大量的中英文资料，进行了艰辛而又基础的工作，在所收集的有关网络侵权国际私法问题的第一手资料中，包括了国外先进的审判实践以及在此基础上形成的一些理论探讨。在本书的写作过程中，大家经历了多次的热烈讨论与修改，在一次次思辩的过程中结合我国国际私法的传统与现实形成了自己的见解。

网络是现实世界的衍生，因此网络中的法律问题也不能完全脱离原有法律传统。我们在国际私法的演进中寻找国际私法与社会发展的互动，在原有的体系与方法中发掘传统规则的合理因素与适用的可行性。在此基础上，结合国外先进的理论与实践、结合网络自身的特性提出了积极而又审慎的建议。另外，我们专用一章对新近出现的网上争议解决机制进行了研究。在本书形式的安排上，我们注重对实践的指导，紧随理论探讨增加了大量的案例，并给予说明与评析。以上所有的努力都是希望能为网络侵权国际私法问题这一研究的空白领域添砖加瓦，尽一份微薄之力。

在本书的写作过程之中，由于国内研究资料的缺乏以及自身水平的局限，书中错误之处在所难免，敬请批评指正！

最后感谢中国政法大学国际法学院在本书的写作与出版过程中给予的支持。

作 者

2006年11月于北京

目 录

前 言	(1)
第一章 网络侵权概述	(1)
第一节 网络基础知识	(1)
第二节 网络侵权理论	(10)
第三节 网络侵权引起的国际私法问题	(22)
第二章 确定国际民事诉讼管辖权的传统标准	(53)
第一节 国际民事诉讼管辖权概述	(53)
第二节 大陆法系国家关于国际民事诉讼管辖权的规定	(60)
第三节 英美法系国家关于国际民事诉讼管辖权的规定	(66)
第四节 有关国际民事诉讼管辖权的国际立法	(76)
第三章 互联网对现行国际民事诉讼管辖权体制的挑战	(90)
第一节 概述	(90)
第二节 互联网对传统管辖标准的挑战	(95)
第三节 互联网案件与国家管辖	(100)
第四章 美国网络侵权管辖权的理论与实践	(102)
第一节 美国司法实践中的“最低限度联系原则”	(102)
第二节 “最低限度联系原则”在确定 网络侵权管辖权中的运用	(107)
第三节 对美国司法实践的评价与思考	(121)
第五章 跨国网络侵权管辖权的模式探讨	(124)
第一节 有关网络管辖权的新理论	(124)

第二节	跨国网络侵权管辖权探讨	(132)
第三节	网络侵权管辖权冲突的缓解与国际协调	(137)
第六章	法律选择方法对网络侵权法律适用的影响	(146)
第一节	法律选择方法与网络侵权	(146)
第二节	美国的司法实践	(158)
第三节	网络侵权法律适用规律	(162)
第七章	一般侵权行为之债法律适用原则	(165)
第一节	传统冲突法对侵权行为之债的法律选择	(165)
第二节	当代侵权行为法律适用原则的新发展	(170)
第三节	几种特殊侵权行为之债的法律适用原则	(186)
第八章	网络对传统侵权行为法律适用的挑战	(213)
第一节	网络对传统侵权行为法律适用产生冲击的原因 ...	(213)
第二节	网络对传统侵权行为法律适用的挑战	(218)
第三节	对网络挑战的回应与变革	(235)
第九章	网络侵权法律适用原则探析	(243)
第一节	关于在网络环境下冲突法适用的理论主张	(243)
第二节	网络人格权侵权的法律适用	(245)
第三节	网络知识产权侵权的法律适用	(257)
第四节	网络知识产权侵权的统一实体法调整	(284)
第十章	我国关于网络侵权管辖权及法律适用的立法与实践 ...	(297)
第一节	我国的国际民事诉讼管辖权制度	(297)
第二节	关于网络侵权管辖权的司法实践与立法建议	(307)
第三节	我国关于侵权行为法律适用的规定	(314)
第四节	关于网络侵权法律适用的司法实践和立法建议 ...	(318)
第十一章	网上争端解决机制	(323)
第一节	网上侵权与 ODR (Online Dispute Resolution) ...	(323)
第二节	ODR 的基本类型	(326)
第三节	我国网上仲裁实践及相关立法建议	(348)

第一章

网络侵权概述

第一节 网络基础知识

一、网络的相关背景知识介绍

在讨论有关网络侵权的国际私法问题之前，先对网络的相关背景知识作一个简要探讨是非常必要的。毕竟，网络是网络侵权行为的载体，而国际私法调整网络侵权行为是不可能脱离它的载体的。只有在对网络及相关技术知识有了比较系统的了解的基础上，我们才能更深刻地把握网络侵权的概念和特征，进而对其进行相关国际私法问题的研究。

（一）网络的概念

计算机网络的构想源于美国 20 世纪 60 年代对分布式通信的研究。1964 年，美国兰德公司公布了一篇关于分布式通信的研究报告，首次使用了计算机网络的

概念。报告引起了美国军方高层的高度重视,他们认为一旦战争爆发,网络的建立能够使战争中的通信得到保证,蜘蛛网状结构的通信系统能够自动寻找有效通信路径,并能同步传达指挥中心的命令,即可以共享通信的信息资源。为此,美国军方大力推进计算机网络研究,到 20 世纪 60 年代末,计算机网络已成为美国社会最流行的概念之一,但人们对网络的含义和理解不尽一致。

美国信息处理协会 1970 年春季计算机联合会议将计算机网络定义为:“以能够共享资源(硬件、软件和数据等)的方式连接起来,并且各自具备独立功能的计算机系统之集合。”^①

有学者认为,“将相关信息设备经由一定方式的软硬件连接达到信息分享、资源共享的目的称为网络。”^②

网络的形式大概分为三种,互联网(Internet)、内部网(Intranet)和外部网(Extranet)。互联网就是试图将全球的计算机连接在一起的网络,以方便世界各地以无国界的生活形式达到信息的畅通和即时沟通。内部网是指一个相对独立的社会组织内部的信息网络,其目的是达到组织体内部的信息共享。外部网是指一个组织体通过数据专线的方式与处于其外部的分支机构之间组成的网络。^③

从狭义上讲,“网络”一词指的就是互联网(Internet),这是因为无论从规模、资源量、覆盖面以及影响力来说,互联网都远胜于后两种网络形式。对大多数人来说,互联网是他们所接触到最多的甚至是惟一接触到的网络形式,网络侵权也几乎全都集中出现在互联网上,所以,“网络侵权”其实就是指互联网上的侵权。因此,本书下面仅以互联网为例探讨有关问题。

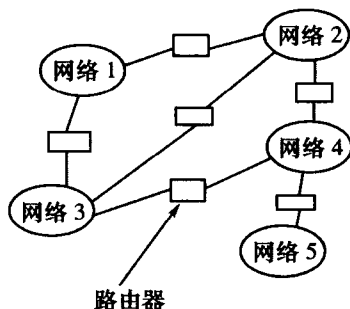
① 许秀中:《网络与网络犯罪》,中信出版社 2003 年版,第 4 页。

② 袁文宗:《电子商务导论——网络基础篇》,中国青年出版社 2000 年版,第 7 页。

③ 齐爱民、刘颖:《网络法研究》,法律出版社 2003 年版,第 4 页。

（二）Internet 的含义

Internet 是一个全球性的计算机互联网络，中文译名为“因特网”^①，又称“国际互联网”。它是一个建立在现代计算机技术基础上的，由成千上万相互协作的网络，以及网络所承载的信息结合而成的集合体。



Internet 集中了各个国家、各个领域的各种信息资源，供网络用户共享。它是计算机数字技术和现代通讯技术的产物，是正在到来的信息社会的基础。^② 当信息界谈到 Internet 这个概念时，不是简单地把它作为一个有形的，以各种缆线连接的计算机网络，而往往是作为当今世界上规模最大，覆盖面最广，资源最丰富，使用最为迅捷的网络信息库来对待的。^③

从形式上看，Internet 不仅是一张网络，还包括网上的信息；从功能上看，Internet 是电话系统、邮政服务、新闻媒体、购物中心、信息集散、音像传播系统等功能结合而成的一个整体。

^① 根据 1997 年 7 月发布的全国科学技术名词审定委员会推荐名，Internet 的推荐中文译名称为“因特网”。

^② 王德全：《Internet 与电子商务的有关法律问题》，载《知识产权文丛》（第 1 卷），中国政法大学出版社 1999 年版，第 226 页。

^③ 张楚：《电子商务法初论》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 6 页。

（三）与网络有关的几个重要概念

1. IP (Internet Protocol) 地址与域名

IP 地址是网络协议地址，是分配给网络节点的逻辑地址，网络节点可以是一台计算机。由于在网络中存在大量的节点，为了能够在网上找到一个节点，就必须赋予其标识。IP 地址就是一种标识方法，它是互联网上各个子网或计算机之间通信的基础。一般 IP 地址由 4 个字节共 32 位组成，每个字节之间用小数点分隔。^① 例如，北京大学的 IP 地址为：“182. 105. 129. 30”。

域名是与 IP 地址紧密联系的一个概念，它是为了方便对 IP 地址的记忆而使用的以文字形式表示的 IP 地址，它由有意义的英文字母或阿拉伯数字组成。域名的英文是“domain name”，“在域名系统中为特定因特网主机所起的便于记忆的名字，它与难以记忆的数字式的 IP 地址相对。”^② 域名只是一个易于记忆的名称而已，真正用于网络通信的是 IP 地址，从域名到 IP 地址的转换工作是由域名服务器来完成的。而且，域名所采用的文字符号不要求与 IP 地址的二进制数一一对应，只需注册之后“告知”域名服务器，便可以与确定的 IP 地址之间建立一一对应的关系。^③

域名至少由两部分构成，即顶级域名（A top-level domain name, TLDs）和二级域名（A second-level domain name, SLDs）。必要时，还有三级域名、四级域名等等。顶级域名又可以分为两类：国际级顶级域名（iTLDs），又称通用顶级域名（gTLDs）和国家级顶级域

① 张庭广：《IP 地址与域名管理》，载《高校图书馆工作》1999 年第 4 期。

② [美] Peter Dyson：《英汉双解网络词典》，马树奇译，电子工业出版社 2000 年版，第 173 页。

③ 张新宝：《互联网上的侵权问题研究》，中国人民大学出版社 2003 年版，第 394 页。

名 (nTLDs)。^① 国际顶级域名是指那些没有国家之分, 表示的是域名注册人的类别和功能的域名, 例如 “.com” 用于商业性用户, “.net” 用于网络服务提供者, “.org” 用于非营利性组织。中国的国家顶级域名是 “.cn”。在我国, 标识用户网络名称的域名只能在三级或三级以下域名出现。

2. Internet 服务提供者 ISP

ISP 是 Internet Service Provider 的缩写, 狭义上讲, 是指营利性使用网络, 为网络用户提供诸如网络联结、访问以及信息服务的活动, 从事互联网经营活动的因特网服务提供商。广义上看, 因特网服务供应商 (ISP) 又可分为三类: 因特网接入服务供应商 IAP (Internet Access Provider), 因特网联机服务供应商 ICP (Internet Content Provider) 和因特网服务供应商 ISP (Internet Service Provider), 以及其他在线服务经营机构, 如以因特网服务方式提供网络信息服务的电子公告牌系统 BBS (Bulletin Board System) 站点等。^② ISP 对于因特网有着极其重要的作用, 借助于它的能力, 每一台独立的电脑才能顺利进入无国界的信息高速公路, 随时随地获取所需的信息, 随时随地与其他的连网电脑进行沟通。没有 ISP 提供设备与服务的协助, 电脑就只能在孤立的环境中作业, 也就无法与互联网上的其他电脑发生联系。

最初, ISP 是指提供接入服务给用户, 使之能与互联网相连接的经营者, 现在 ISP 的服务范围越来越广, 有的 ISP 提供主机存放服务, 有的提供服务器缓存服务, 有的则只作接入服务。现在的 ISP 提供给用户的接入方式主要有: 通过调制解调器电话连线、专用电

① 齐爱民、刘颖:《网络法研究》, 法律出版社 2003 年版, 第 141 页。

② 同上, 第 110 页。

缆、宽带传输等。^①

网络服务提供商当中,除了ISP外,还有OSP(Online Service Provider)即提供网络数据库、检索查询、论坛服务的在线服务提供商、IPP(Internet Presence Provider)即为用户提供一个信息交流和技术服务空间的网络平台提供商、IEP(Internet Equipment Provider)即为ISP提供所有接入设备和技术服务的网络设备提供商、ASP(Application Service Provider)即向用户提供一切可能的Internet应用服务的应用服务提供商以及IMP(Internet Media Provider)网上媒体提供者。^②互联网的飞速发展使得网络服务提供商的服务范围越来越广,目前网络提供商其业务已经扩展到连线功能以外的其他方面,例如网上购物、网上设计、影音服务、网页制作等。

3. 链接

链接(Hyperlink,又称超文本链接),是指通过超文本制作语言(HTML),编辑包含标记指令的文本文件,在两个不同的文档或同一个文档的不同部分建立联系,从而使访问者可以通过一个网站访问另一个网站的文件,或者通过一个栏目访问该站点的其他栏目。

从形式上可以将链接分为三种:一是文字链接(hypertext reference,简称href),它完全由文字构成,通过配上不同颜色或加底线来区别其他文字。二是图像链接(image link)即制作者将不同网站或网页上的图像链接到自己网页上来,被链接的图像能够在自己网页上显示出来。第三种是视框链接(frame link)即将页面分为几个独立的区间(视框),每个区间可以同时呈现不同来源以及不同内容的资料,并且可以单独滚动。网页制作者可以用此技术将他人网站上的资料显示

^① 张新宝:《互联网上的侵权问题研究》,中国人民大学出版社2003年版,第31页。

^② 郭卫华、金朝武、王静等:《网络中的法律问题及对策》,法律出版社2001年版,第53页。

在自己网页的某一视框内，而本身网站的其他内容不变。^①

链接是互联网上的一项基础技术，它使网络用户在很大程度上共享资源。它给使用者带来极大的方便，用户只要在所浏览的网页上点击某一链接，就能够找到相应的所需要的资料 and 文件，十分方便、快捷。因此，链接被认为是“Web 最基础和革命性的特征”。

二、网络空间的概念和特性

（一）网络空间（Cyberspace）的概念

因互联网而形成的技术联系和人际关系被称为“网络空间”或“互联网空间”、“虚拟空间”、“虚拟社会”，互联网空间是一个社会概念，它侧重的是其间各种事务之间的关系。网络空间正在成为独立于现实空间（物理空间）的人类另一活动场所，人类的生存方式进入数字化、网络化甚至“虚拟化”的时代。^②

网络空间是信息技术发展的产物。它是以计算机网络为物质基础建立起来的社会空间，是一个全球化的人类生存空间。在网络空间，不同的虚拟社区组成整个虚拟社会。网络空间从性质上讲是一个公共空间，一个新的社会空间，被称为人类的“第二生存空间”。在网络空间借助于数字化的信息符号，人与人之间形成了新的互动模式。网络空间中的利益和责任都要归结到现实生活中活生生的个体。从这个意义上说，网络空间是现实物理空间的延续，两者存在着一定的共生关系。但网络空间由于其自身特性而形成的独特的价值标准和行为模式，和物理空间又有很大的不同。

^① 郭卫华、金朝武、王静等：《网络中的法律问题及对策》，法律出版社 2001 年版，第 29 页。

^② 肖永平、王霖：《论网络版权侵权的法律适用》，载李步云：《网络经济与法律论坛》（第 1 卷），中国检察出版社 2002 年版，第 9 页。

（二）网络空间的重要特征

1. 全球性

全球性又称无国界性是网络空间最重要的一个特征，也是据以产生法律适用问题的基础。全球的计算机通过互联网可以连在一起，这种连接打破了国家和地区的界限。互联网用户可以自由地交流、访问、共享信息、开展跨国商业活动，互联网从形成时起就是跨越国界的，这正是其价值和影响力所在。^①网络空间的一体化的自由状态是其全球性的结果，随着加入 Internet 的地区和用户的增多，网络空间也在全球范围内不断扩大和膨胀。“网络本身具有的全球性、开放性，使网络成为法律冲突新的‘发源地’，引发的法律冲突不仅出现在私法领域，也发生在公法领域。”^②

2. 非集中管理性

非集中管理性是网络空间的另一个重要特征。在网络空间里，网络上的每一台计算机彼此相连，而且每一台计算机都可以作为其他计算机的服务器（server）。没有哪一台是其他计算机的中心枢纽，机器之间地位平等，不存在“控制”和“管理”的问题。目前，没有哪个国家能够对网络空间进行控制，用户在网络空间可以享受极大的平等和自由。同时，网络的非集中管理性，使得用户在互联网上的行为处于无人管理状态，由此引发出诸多问题，如网络黑客（hacker）^③攻击网站、网上侵权、电脑病毒传播等等。

3. 共享性

① 孙会玲：《国际私法管辖权在网络空间中面临的挑战和解决途径》，载《南京市行政学院学报》2005年第1期。

② 齐爱民、刘颖：《网络法研究》，法律出版社2003年版，第14页。

③ “黑客”泛指对计算机信息系统进行非授权访问的人员。“黑客”对于网络非常了解，计算机技术十分高超。黑客入侵网站目的不一，有的是为了显示自己技术高超，有的则是为了实施犯罪活动。参见张新宝：《互联网上的侵权问题研究》，中国人民大学出版社2003年版，第11～12页。

网络上互连的计算机通过交换信息,实现资源共享。一个开放式的网络,可以抛开资源和用户实际所在的物理位置,让网络上的用户共享所有的设备、程序、数据等,即一个远在数千公里以外的用户可以通过网络,与当地的用户一样访问和使用本地的信息资源,从这个意义上说,网络打破了国界与距离的限制。人们在使用网络的时候不仅仅是共享,而且在共享的基础上达到互动,即进行社会交流和沟通。

4. 效率性

网络的效率性体现在两方面,一是通过信息的高速传递,实现实时通信。网络通过高速通信介质,使各种文字、音频和视频的信息在数秒内传递到网络遍及的每一个角落;用户之间也可以通过电子邮件实现高速的实时通信。二是通过均匀负荷和分布处理,提高工作效率。均匀负荷主要是指当某台主机负荷过重时,通过网络将某些待处理的数据移送到其他主机,以提高主机利用率;分布处理主要是指将一项庞大、复杂的工作,分布到不同部门、地区甚至不同国家的工作组共同承担,由多台计算机协同处理,每个工作组都可以通过网络及时了解其他工作组的工作进展情况和工作建议,密切彼此之间的联系与合作,缩短完成任务的时限,提高工作质量。在这个过程中信息包起到非常重要的作用。^①

在互联网上,传输的速度快慢与地理位置的远近之间几乎没有任何关系。一方发送信息与另一方接收信息几乎是同时发生的,就如同面对面的交谈。某些产品(如音像制品、软件等)的交易,还可以即时清结,订货、付款、交货可以在瞬间完成。网络的即时性提高了人们交往和交易的效率,但也隐藏了法律危机,当争议或侵害发生时,当事人往往防不胜防,并且导致“举证所在就是败诉所

^① 许秀中:《网络与网络犯罪》,中信出版社2003年版,第5页。