

北京大学 知识产权学院 / 主办  
法治研究中心

Peking University Intellectual Property School  
Peking University Center for the Study of Rule of Law

主编/张平  
Zhang Ping, Editor



# 网络法律评论

Internet Law Review

第4卷  
Volume 4



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

北京大学

知识产权学院 / 主办  
法治研究中心

Peking University Intellectual Property School  
Peking University Center for the Study of Rule of Law

主编/张平

Zhang Ping, Editor



# 网络法律评论

## Internet Law Review

第4卷

Volume 4



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

网络法律评论.第4卷/张平主编. —北京:  
法律出版社,2004.3  
ISBN 7-5036-4790-6

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(2004)第 013151 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社  
总发行/中国法律图书有限公司  
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑/法学学术与综合出版分社  
经销/新华书店  
责任印制/陶 松

开本/787×1092 毫米 1/16  
版本/2004 年 4 月第 1 版

印张/21.25 字数/382 千  
印次/2004 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939689

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.Chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-4790-6/D·4508

定价:39.00 元

## 2004 年序

---

郑成思

当火星车 SPIRIT 与 OPPORTUNITY 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,以俄罗斯国家名义发表的《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。本世纪初日本在《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,早就存在的知识产权法不得不“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(例如电子商务中的CA认证之类)纳入它的规范之中;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(例如“合同之债与非合同之债规范与指令”等等)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、又不限于知识产权进行研究,与世界知识产权组织及欧盟的作法,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(例如美国、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的“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

鄭明心  
二〇〇四年春

## 创刊序言节录\*

---

在中国,开设网络法律课程,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》论文集,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的实在是太细。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,隔行如隔山。

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

---

\* 节选自三位教授为《网络法律评论》第1卷所作序言,成文于2001年7、8月间,全文请参见《网络法律评论》第1卷。

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卷,是优是劣,任世人评说。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,不仅在网络媒体上存在,同样,还需要在纸制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

---

写这篇导读的时候正好是 2003 年的最后一天。就像新年除夕一样,我们的《网络法律评论》第四卷在承继第三卷成功经验的基础上,又以新的面貌展现在读者的面前。

首先,本卷评论的栏目名称都有了改变。正如主编张平老师所说,刊物的栏目名称应该成为该刊物的 Logo(标识),既要突出刊物的特点,又能吸引读者的兴趣。而概览现有学术刊物,无出“论文”、“论坛”、“案例分析”等传统栏目名称左右,仿佛一副学究的面孔,严肃而刻板。为此本卷的各位编辑集思广益,结合“网络”这个关键词,设计出别具一格的栏目名称,例如“专题链接”以链接一词体现专题文章对同一法律问题的不同思考;“学术 BBS”体现学术论文百家争鸣的特点;“立法点击”用“点击”表示对热点立法动态的关注;而“信息窗口”则希望能真正成为向读者展现网络法资源的 Windows……

其次在评论文章的内容上,本卷也基本做到了推陈出新。从第三卷开始,评论每期都设专题文章,作为每期评论关注的主题,力求以独特的视角探讨网络法领域最前沿的问题。与第三卷的专题不同,本卷专题的得来可谓“无心插柳柳成荫”。四位作者天南海北,互不相识,但却不约而同地选择了以“网络管辖权”为题,而且四篇论文都没有停留于对网络管辖权的泛泛而谈,而是各取角度,各抒己见。除时效性以外,这组专题文章的资料性也很强,特别是《美国的属人管辖制度及其在互联网案件中的新发展》和《互联网消费者合同的管辖权问题——消费者原地管辖规则》两文非常详细地介绍了美国、欧盟和海牙国际私法会议中有关网络管辖权的最新立法动向,相信这些资料对有意于研究网络管辖的读者都是有所帮助的。

《网络法律评论》虽然提倡对网络法前沿问题的跟踪,但是不赞成浅尝辄止式的研究。为此,本卷特设了“追踪研究”这个栏目,致力于对为前卷评论所关注且又

有待深入的问题的研究。去年评论第三卷率先推出了技术标准专题,以多篇论文和翻译资料向读者介绍了知识产权与技术标准的法律关系,以及二者结合后产生的法律问题。而本卷则力求超越基础型研究,为希望了解和运用知识产权/标准战略的读者以具体的指导。《从DVD技术标准透视DVD相关专利问题》和《第三代移动通信技术标准建立中的知识产权问题》两文也许不太像标准的法学论文,但是二文的作者有深厚的技术背景知识,深入分析了DVD标准和3G标准的专利权状况。这些资料分析看似枯燥、琐碎,但却揭示了知识产权/标准战略的分析方法,而这些分析方法是任何一个渴望掌握和运用知识产权/标准战略者所必备的。“学以致用”,如果我们的理论研究能够真正为我国的企业、标准化组织提供制定适合自身的知识产权战略的模式,我们的努力就没有白费。

本卷“学术BBS”中共有五篇论文,可谓“少而精”。这五篇文章都是从数十篇来稿中挑选出的精品。评论一贯推崇视野开阔、论点独到、论据翔实、论证严谨的学术论文。网络法领域也许较其他法学领域更显得日新月异,有活力,但是这并不等于说我们的研究就应一味的“赶潮流”,求新求异,而不顾科学严谨。在此,我特别推荐《网络管制立法研究》一文。该文的选题较大,而作者能够很好的加以把握,足见其法学功底之扎实。该文三万余字,系由作者硕士毕业论文改写而成,论述清晰,资料丰富。特别是在文章最后,作者还专门草拟了一份《互联网信息服务管理办法》,其用心之苦可见一斑。

另外值得一提的是本卷“立法点击”中有关“欧盟电子商务合同中消费者权益保护制度述评”的组稿。三篇文章出自三位北大学子之手,分合同订立前、合同订立中和合同订立后三个阶段对欧盟关于消费者权益保护的法律制度进行介绍和评析。如此之细致地评介某一具体法律制度,在评论还是第一次,相信这三篇文章对有意于研究消费者权益保护或者欧盟法的读者都大有裨益。

本期“信息窗口”中所选的资料也是颇费了编辑一番心思。虽然日本知识产权战略大纲已经出台一年有余,但是却鲜有人知其“所以然”。本卷特别组织翻译了日本制定“知识产权立国”政策中的三篇重要文献,全面揭示了日本从1997年到2003年确立“知识产权立国”政策的一系列举动。据悉,我国商务部已经开始组织对对外贸易中我国知识产权战略的研究工作,希望这些资料不仅有利于在制定我国知识产权战略中借鉴他国的经验,更能警醒国人:在迅速发展的信息时代,知识产权战略已然成为我们迎接挑战进行自我保护和追求竞争优势所不可缺少的武器。

最后,还要“自夸”一下本卷的插页。与过去纯粹美化的功能不同,本卷的插页更注重与其后栏目文章的联系和相关信息的提供。评论特别关注我国探索互联网

事业前沿领域的企业和组织,也许它们有的还处于艰难创业的阶段,但是其“敢为天下先”的精神值得我们推崇。借用插页这个狭小的空间,我们希望能引起更多人对它们的关注和支持。

最后,衷心的希望《网络法律评论》能成为您学习、研究的助手和同伴。

本卷执行编辑  
2003年12月31日

## 目 录

|        |                                                   |     |
|--------|---------------------------------------------------|-----|
|        | 2004 年序 .....                                     | 001 |
|        | 创刊序言节录 .....                                      | 001 |
|        | 本卷导读 .....                                        | 001 |
| 专题链接   | 多角度聚焦网络管辖 .....                                   | 003 |
|        | 网络世界中民事地域管辖的新选择/汤 鹏 .....                         | 003 |
|        | 论因特网时代国际民商事管辖权的冲突及其解<br>决/张晨曦 .....               | 013 |
|        | 美国的属人管辖制度及其在互联网案件中的新<br>发展/章宇翔 .....              | 020 |
|        | 互联网消费者合同的管辖权问题——消费者原<br>地管辖规则/夏晓红 .....           | 032 |
| 追踪研究   | 从 DVD 技术标准透视 DVD 相关专利问题/刘 芳 .....                 | 055 |
|        | 第三代移动通信技术标准建立中的知识产权问<br>题/蔡 朋 王 雷 .....           | 063 |
|        | 论 TBT 协议的重要性和不足/赵启杉 .....                         | 091 |
| 学术 BBS | 网络管制立法研究/秦绪栋 .....                                | 117 |
|        | 网络隐私权保护立法的能与不能——以美国《儿<br>童在线隐私保护法》评介为中心/胡元琼 ..... | 152 |
|        | 域名权及相关权利研究——域名的法律性质之<br>辩/董 皓 .....               | 186 |
|        | 网上证券交易若干法律问题研究/张文斌 .....                          | 205 |
|        | CLRC 版权与合同报告介评/韦景竹 姚维保 .....                      | 218 |

|      |                                                                                                                                                                                                               |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 立法点击 | <p>欧盟电子商务合同中消费者权益保护制度述评<br/>之一——合同订立前的消费者权益保护<br/>/廖文彬..... 229</p> <p>欧盟电子商务合同中消费者权益保护制度述评<br/>之二——合同订立过程中的消费者权益保护<br/>/张学锋..... 239</p> <p>欧盟电子商务合同中消费者权益保护制度述评<br/>之三——合同订立后的消费者权益保护<br/>/郑小鸿..... 249</p> |
| 信息窗口 | <p>迎接智力创造时代的挑战/张 铭 李慧南译<br/>廖文彬校 ..... 266</p> <p>日本知识产权战略大纲 ..... 284</p> <p>日本知识产权基本法/中村真帆译 王莹莹校..... 314</p>                                                                                               |
| 编者手记 | <p>网络法研习者速写/赵启杉..... 321</p>                                                                                                                                                                                  |

## Topic Licks

### Topic

- Tang Peng: New Choice of Territorial Jurisdiction in Civil Procedure. .... 003
- Zhang Chengxi: The conflicts of international civil and commercial jurisdiction and its resolution in the cyberspace ..... 013
- Qin Yuxiang: The Personal Jurisdiction System and its new development in Internet cases of U.S.A. .... 020
- Xia Xiaohong: Civil Jurisdiction to Consumer Contracts Concluded through Internet – the Principle of Consumer Home Jurisdiction ..... 032

### Continued Research

- Liu Fang: The reasearch of DVD patent problems on the base of DVD standards ..... 055
- Cai Peng & Wang Lei: Intellectual Property in Standardization of 3G ..... 063
- Zhao Qishan: The Importance and Imperfect of the TBT Contract ..... 091

### Academic BBS

- Qin Xudong: Study on Cyberspace Regulation Legislation ..... 117

|                                      |                                                                                                                                          |
|--------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                      | Hu Yuanqiong: The Powers and Weakness of<br>Legislation on Online Privacy ..... 152                                                      |
|                                      | Dong Hao: Study on Domain Name Right and<br>Other Relative Rights ..... 186                                                              |
|                                      | Zhang Wenbin: A Study on Certain Legal Issues<br>of on - line Securities Exchange ..... 205                                              |
|                                      | Wei Jingzhu & Yao Weibao: The Review of<br>CLRC' s Report on the Relationship between<br>Copyright and Contract ..... 218                |
| Legislation Click                    |                                                                                                                                          |
|                                      | Liao Wenbin: The Protection of Consumer in the<br>Pre - contractual Phase in EU ..... 229                                                |
|                                      | Zhang Xuefeng: The Protection of Consumer in E<br>- contractual Phase in EU ..... 239                                                    |
|                                      | Zheng Xiaohong : The Protection of Consumer in<br>the Post - contractual Phase in EU ..... 249                                           |
| Documents<br>Windows                 |                                                                                                                                          |
|                                      | Challenges for Breakthrough ——The Report of<br>the Commission on Intellectual Property Rights<br>in the Twenty - first Century ..... 266 |
|                                      | Intellectual Property Policy Outline ..... 284                                                                                           |
|                                      | The Basic Law of Intellectual Property ..... 314                                                                                         |
| Executive<br>Editor' s<br>Postscript |                                                                                                                                          |
|                                      | Zhan Qishan: The Sketch for the Internet Law<br>researchers ..... 321                                                                    |

## 专题链接

---

Topic Licks



共创软件联盟是由 863—306 专家组及国内著名大学、研究机构、软件公司和专业媒体等 30 个单位共同发起成立的非盈利性软件技术联盟。共创软件联盟的功能在于：为创新软件技术提供迅速发育和快速成长的开放环境；为软件开发人员提供共享成果的场所和合作交流的渠道；为开发应用软件和系统的企业和用户提供低成本公共基础软件和高品质技术服务。



## 专题 多角度聚焦网络管辖

### 网络世界中民事地域管辖的新选择

汤 鹏\*

**内容摘要:**网络已经深入人们的生活,为适应这种新变化,法律也在不断地丰富着自身的内容。但是,在磨合的过程中,二者之间仍不可避免地产生了一些冲撞,其中最先表现出来的就是地域管辖的问题。网络的无界性促使我们必须重新廓清管辖的价值取向,梳理地域管辖的依据,并由此寻找出适合网络案件的地域管辖原则与方法。

**Abstract:** Network has already gone deep into people's lives, the laws are also enriching its content continually. But there are lots of collisions between them before they fit in well with each other, and the problems on territorial jurisdiction were exposed at first. Non-boundary of net progresses us to do something useful, for example, re-expurgating the tropism of merit of jurisdiction, carding basis of jurisdiction, and finding some suitable principles and ideas for jurisdiction of network cases.

**关键词:**网络无界性 地域管辖 价值取向

**Key words:** Non-boundary of net-work, Territorial jurisdiction, Tropism of merit

网络技术的迅速发展彻底打破了地理空间的阻碍,人们的日常生活、学习工作、商务活动等都日益依赖于网络,更准确地说,人们依赖着网络所营造出来的那个虚拟世界。于是网络的许多新特性与法律的传统理念发生了冲撞,进而促使人

\* 中央民族大学经济法专业硕士研究生。