

CYBER LAW:

*What You Need to
Know About Doing Business Online*

在线游戏规则

网络时代的

11 个法律问题

【加】大 卫·约翰斯顿
森 尼·汉 达
查尔斯·摩 根 著

David Johnston
Sunny Handa
Charles Morgan

新 华 出 版 社



国防大学 2 071 3781 9

CYBER LAW:

What You Need to Know About Doing Business Online

在线游戏规则

—— 网络时代的 11 个法律问题

【加】大卫·约翰斯顿\森尼·汉达\查尔斯·摩根 著
David Johnston Sunny Handa Charles Morgan

张明澍 译



新华出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

在线游戏规则: 网络时代的 11 个法律问题/ (加拿大) 约翰斯顿等著; 张明澍译. - 北京: 新华出版社, 2000.8

ISBN 7-5011-4937-2

I. 在… II. ①约…②张… III. ①计算机网络-立法-研究②计算机网络-关系-法律-研究 IV. D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 39238 号

Cyber Law: What you Need to Know about Doing Business Online
Copyright © 1997 by David Johnston, Sunny Handa and Charles Morgan
Chinese (Simplified Characters) Trade Paperback copyright © 2000 by
Xinhua Publishing House

Published by arrangement with STODDART PUBLISHING CO., LTD.

Through Big Apple Tuttle - Mori Literary Agency, Inc.

ALL RIGHTS RESERVED

中文版权属新华出版社

在线游戏规则

——网络时代的 11 个法律问题

[加拿大] 大卫·约翰斯顿等著

张明澍 译

*

新华出版社出版发行

(北京宣武门西大街 57 号 邮编: 100803)

新华书店经销

新华出版社激光照排中心照排

新华出版社印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 9.5 印张 180,000 字

2000 年 9 月第一版 2000 年 9 月北京第一次印刷

ISBN 7-5011-4937-2/D·786 定价: 18.00 元

献给：

沙伦，戴比，阿里

小沙伦，杰里佛，萨米

丹尼尔，里什

瓦莱里亚，乔伊

前 言

距人类第三个千年的降临还有 3 年的时间。全球社会正经历着一次深刻的经济、社会和文化变迁。这个变迁来自于以下两个词：密码和芯片。前一个指的是 DNA 和人类生物工程，其目的是寻求解开人类和其他生命形式如何建构之谜。后者即芯片，是信息革命的标志。这场革命与计算机和通信技术中的巨大变革互相推动，相辅相成。新数字化经济中的计算机化经济展现了这场变革，并且向法律提出了根本性挑战：形式（法律）如何能够迅速地、全面地适应功能（新的经济）？

本书是为那些对下述问题——在数字化经济中法律如何对经济问题做出回应——感兴趣的普通读者写的。经济在数字化时代如何自处？法治受到了什么压力？我们通过对现行法律与信息革命所孕育的新技术和新的经济形式进行比较，来讨论这些问题。技术和经济是动态的。如同机械运动中的两档位，一个的速度变化会引起和提高另一个的加速度。而法律则是静态的，立法机构应变很慢。这就造成了两难境地。在数字化革命中，经济的基本目标是效率和灵活性：即迅速适应急速变化的全球环境。经济对于法律的要求是：1、可预见性，2、公平，3、可执行性，4、低成本，5、快捷。法治满足了这些需求吗？

显然没有，而且，随着“不匹配”的加剧，不能满足的程度还在增长。

不过，不匹配有不匹配的理由。首先，信息时代变革的节奏是前所未有的。第二，法律本来就是被动的和深思熟虑的。第三，法律常常是最后的救济手段，只有在其他更灵活的跟市场联系的解决问题的方法失败了以后才用得着。最后，经济对于法律的某些要求可能是互相矛盾的，例如，又要公平，又要低成本，还要快捷（经常被归纳为“灵活性”），就可能跟可预见性和可执行性这个目标（经常被归纳为“确定性”）相矛盾。

在本书中，我们要描述信息时代经济和技术变革的性质，弄清该变革对法治提出了哪些要求，并且探讨法律要做出何种反应。我们要考察某些特定的法律部门：隐私（安全，通信），政府管理，知识产权，合同，侵权，国际私法。这些探讨并非面面俱到，但确实要描述新技术和经济与旧的法律之间的矛盾。我们还要讨论“非正式法律”（选择性惯例和标准）是怎样形成或者怎样被游戏的参与者创造出来，以解决这种矛盾的。

我们用经济的要求作为度量法律的标竿：可预见性，公平，可执行性，效率（低成本和快捷），应变性。我们鼓励读者在阅读本书时运用这些尺度（或其他恰当的判断标准），考虑何种法律改革方案是需要的和可行的，以达到一种“更合适的”或更恰当的“精确平衡”。

本书的结构很简单。在第一章（数字化革命）中，我们要考虑新信息技术对经济行为的革命性影响，以及由此造成的法律后果。本章要将数字化革命放在历史背景之中，以凸现其与过去经济发生重大变革时代的异同之处。我们强调的主题是：稳定与变革之间的冲突。我们要问：对于数字时代法律的发展

方向，商界领袖需要知道什么；如何鼓励法律界领袖显示其睿智和灵活性，以驾驭相应的调整。

第二章（数字化技术）是对计算机化经济技术的一个概述。我们要考察计算机网络和软件，经济如何活动于其间，以及在那里有什么可资利用的东西。我们预计，在某些领域，电子化商务使法律的脆弱一面暴露出来。

第三章（变革中的做生意方式）要考察经济行为变革的过程。随着计算机变得跟电话一样无处不在，而因特网成为甚至比电话更重要的经济工具，它们改变了我们取得信息的方式，改变了我们买卖的方式，以及我们交易和交往的方式。我们要探讨这种变迁如何影响公司、公司的贸易伙伴、作为客户的公司以及与个体消费者与法律之间的关系——法律旨在为商海行舟的人们提供一个安全的天堂。

第四章（电子隐私）探讨的是信息时代的侵入给公民、消费者和公司所造成的日益增加的隐忧。我们要评价经济中可以运用的能提供安全保障的技术的和法律的方法；以及由立法机构制订的和自治的“规则”，政府和经济界可以运用这些规则来保障这样一种权利，即：不受干扰和知道别人对自己知道什么。

在第五章（安全问题）中，我们要讨论基本的保密问题，如个人和公司在因特网上做生意需要何种安全措施，他们面临的危险是什么，目前已有什么样的安全保障手段。

第六章（政府管理）要看一看政府和通信法律的仲裁人。我们要提出规则制定者和执行者是否必要和为什么必要的问题。我们要描述信息高速公路在以加速度发展变化，他们要与这种发展变化保持同步有何困难，要把较正式、较传统的政府

法规与更为灵活和发展迅速的法规、以及取代法规的规范做比较。我们要提出这样的问题：是“由上至下”还是“由下至上”的办法最适宜制定管理信息高速公路的法规。

第七章（知识产权）探讨的是一个困难的正在兴起的法律领域。这个方面的法律涉及的是思想和创造发明的保护、使用和表达。它通常被视为财产权法的形式之一，被冠以版权，专利权，商标权。我们主要讨论的是版权，它涉及的是表达思想，这是计算机领域最困难最引人注目的知识产权问题，也是压力最大的领域。在研究经典的功能平衡问题——既要通过保护私有财产权以鼓励创造，又要保证扩散知识使公众能够享有知识，从中获益——时，我们看到数字通信对此提出了独特的挑战。我们还要研究商标法与域名之间的冲突，这对在计算机上从事经济活动具有重要意义。

第八章（合同）涉及的是一个看起来简单的问题：当事人双方以盈利为目的而做出某种承诺，给双方带来法律义务。在计算机经济的领域都有什么样的合同？我们如何执行合同？过去的法律形式能否应付电子商务带来的新的义务？

第九章（侵权责任）讨论在发生问题、或者受损害者并不是交易的当事人、或者所发生的事情合同中没有规定的情况下，法律应该怎么办。对电子商务来说，传统上那些验证过失、损害、损失和可预见性的方法，在确定对——错和权利——义务时已不再那么可靠了。

第十章（冲突法）考察的是有时被称为国际私法的领域。该章探讨的是一些经典的问题，如在有关电子商务的两种管辖权冲突的时候，应该由哪个法庭管辖，应该适应哪种法律，以及如何执行相应的判决。数字通信中速度的增加和空间的坍塌

致使这些问题以更大的频率发生，而且更加复杂。什么是减少这些混乱的最好办法？

在第十一章（我们向何处去），我们简要地探讨数字化法律和电子商务的前景。我们能否与日新月异的技术变革保持一致？如果我们不能，那将发生什么情况？“未来就是现在”或者几乎就是现在；我们几乎不可能预见到下世纪前的这3年之后（到那个时候，我们再来回顾本书，乖乖地承认我们错了什么，再来更努力地描绘下一幅经济和法律的发展路线图，恐怕是一件很恰当的事情）。

书末的词汇表包括了频繁使用的电子计算机和电子商务术语。毫无疑问，这些也是要变化的。

尽管全书的安排显得有点零散，但我们还是试图使全书大致上有一个两部分的结构。第一部分的重点是在数字化经济中怎样做生意，第二部分则描述法律在这种情况下表现的优劣。当然这两个主题在全书中是交织在一起的。由于我们的兴趣主要是在经济方面，我们谈到了许多公众关心的问题，包括雇主关心的问题，也包括雇员、消费者、政府和公民个人关心的问题。

最后，我们对法律采取了比较的方式。出发点是加拿大——这是我们最熟悉的法律。但是我们谈美国的法律也很多，在美国法律中，我们所讨论的问题表现得最充分最频繁；我们在一些地方也提到欧共体的法律。我们的目的不是只描述某一种法律。因为信息时代遍及全球，我们要相应地前瞻21世纪商业和技术的数字化变革，这种变革触及到每一个国家的法律，影响到每一个民族。

我们都毕业于并且生活在麦吉尔大学法学院。在那里，同

一间教室里研究、教授和改革着加拿大的两大法系——成文法和普通法，这是西方文明的两个伟大法律传统。我们带来了很难得的观察问题的不同角度，比如老一代和新一代人，不同种族，不同教育，不同经历，不同的哲学。

对大卫来说，本书是对他第一兴趣的回报。他作为一个年轻法律教授的第一本书是出版于1968年的《计算机与法律》，这是一次以法律这个老瓶装技术这个新酒的尝试。他尔后又在70年代初期对电子化商业和法律进行了经验性研究。这些研究探索了为适应电子标志物作为货币的证明取代纸支票（无支票社会的法律）、以及为适应停用纸股权证，而代之以电子化登记、转移并表明对股票和债券的权利（停用证券的法律）的法律变革。在这之后，他担任学校的行政管理工作达数十年之久。他跟里普·范·温克尔一样，最近才重新出山，观察了所发生的巨变。不过问题是很麻烦的。他的经验是行政、企业、科技政策和法律兼而有之。他在西安大略大学当了5年的法律系主任，然后又在麦吉尔大学当了15年校长，直到1994年。自从1994年加拿大政府信息高速公路顾问委员会建立后，他就是这个委员会的主席；他是加拿大高级研究所和神经科学中心的主任；他还是他的母校——哈佛大学奖学金监管委员会主席。他在许多公司兼职，包括3个在信息高速公路方面有业务的公司（Seagram公司，加拿大信托公司，CGI公司）。他是麦吉尔大学法学院医学、道德与法律研究中心的法学教授。他最近被加拿大高级技术协会授予公众领袖奖（I-Way奖）。

桑尼是安大略的律师，也是教高科技法的教师，同时又是马丁诺·沃克（Martineau Walker）律师事务所的法律顾问。他目前在麦吉尔大学教“计算机和法律”和“版权法”两门课，

同时正在完成他的法学博士学位。他有麦吉尔大学的法律硕士和商学学士学位，还有多伦多大学的法律学士学位。他在知识产权和版权法、信息时代的个人隐私和保密方面论著广泛。除了法律外，他还涉猎于具体的业务，是蒙特利尔一家提供因特网服务的公司（Zoo Net 公司）的合伙人。桑尼还经常向法学界和企业协会的听众演讲和在媒体上谈高科技法。尽管他的法律生涯开始于软件（版权和知识产权法）领域，桑尼很快就意识到，不同法律领域的融合正在发生。他因此把自己的范围调整扩大到包括电信法律和法规、言论自由、发放许可证，以及个人隐私的保护。尽管他作为一个计算机专家开始这方面的研究（13岁时他就开始编打卡机程序），但他却是第一个提出，目前技术所带来的问题对人类至关重要，而这些问题的答案，有可能很容易地在 18 世纪、19 世纪甚至更早的著作和思想中找到，就如同在 20 世纪的著作和思想中一样。

对桑尼和大卫而言，本书是他们第二次合作著书，向公众阐释信息高速公路的问题。在《网上加拿大：理解信息高速公路》一书（Stoddart 出版社 1995 年出版）中，我们创造了一幅信息时代的交通图。我们勾画了现代通信网如何节省时间和空间，如何大大地扩展信息通道和对信息的控制，并且提出在一个地球日益缩小的社会中，富有挑战性的法律和政策问题。在本书中，我们仍要试图勾画这样一幅交通图，说明数字时代的商业以及法治所带来和法治所要解决的种种难题。

查尔斯的本科是在多伦多大学三一学院学哲学，然后在法国巴黎第四大学学哲学，后来在麦吉尔大学学法律。他于 1997 年 6 月毕业于“国家课程”，这个课程把大陆法系和普通法系结合起来。他在麦吉尔大学的《麦吉尔法律评论》编辑部

工作了两年，从1998年起将要在蒙特利尔的麦卡锡·特劳特（McCarthy Tétrault）律师事务所工作。他跟本书的联系开始于他当学生时，在桑尼和大卫的研究生课程“版权和信息技术”上的讨论。

我们要感谢安·布罗迪（Ann Brodie），萌发写这本书的念头，就是在她所管理的办公室中，谢谢她的周到体贴、耐心细致和工作技巧；感谢伊莱恩·奎兰（Elaine Quinlan）和帕特里克·谢伊（Patrick Shea）所付出的毅力和耐心，“破译”和誊清了那么多“神秘”的手稿。我们感谢我们过去著作的合作者德伯拉·约翰斯顿（Deborah Johnson），她给了本书早期草稿莫大的帮助，而她在司法部的任职却使她不能与我们合作这本书；感谢林赛·摩根（Lindsay Morgan）和彼特·马丁（Peter Martin），他们对手稿的前半部分提了意见；感谢丹尼尔·米勒（Danielle Miller）为编辑本书而花费的时间和经验；感谢布莱恩·贝克（Blaine Baker）在本书出版前夕对全书进行了审阅。

我们要鸣谢我们的合作伙伴 Stoddart 出版社，感谢该社的唐·巴斯蒂恩（Don Bastian）、凯文·林德（Kevin Linder）、斯蒂芬·魁克（Stephen Quick）、格里格·约安罗（Greg Ioannou）和凯伦·阿里斯顿（Karen Alliston）自始至终对本书所给予的建议。我们感谢马克·布兰奇德（Marc Branchaud）所做的贡献，他和桑尼合写的文章是本书关于安全问题一章的基石。Zoo Net 公司的马克（Marc）和肖恩·索芬（Sean Sofin）诚恳地为本书的技术问题提供了资料和咨询。我们要感谢他们的耐心和时间与精力的投入。

最后，我们要感谢麦吉尔大学法学院，我们的同事和学生，他们为我们得以进行思考和工作提供了极其优良的环境。

目 录

前 言	(1)
第 一 章 数字化革命	(1)
第 二 章 数字化技术	(11)
第 三 章 变革中的做生意方式	(40)
第 四 章 电子隐私	(74)
第 五 章 安全问题	(100)
第 六 章 政府管理	(133)
第 七 章 知识产权	(170)
第 八 章 合同	(201)
第 九 章 侵权责任	(227)
第 十 章 冲突法	(258)
第十一章 我们向何处去	(274)
译 后 记	(284)

第一章 数字化革命

第一节 大变革的踪迹

假设我是一个从来给自己找不到一条合身裤子的人。而听说因特网上有一种服务，它能使我如愿以偿，解决这一难题。于是，就用我家里的电脑，进入本地的服务器，然后跟加利福尼亚一家著名牛仔裤公司联网。公司承诺给每个顾客合身的裤子。厂家的因特网“主页”（home page）详细地解释如何量尺寸，如何在网上填写购货单，如何只要按一下键就把购货单传出去。用我的电脑的鼠标，我就可以在各种各样的式样中选择一种，然后根据我的体形定做一条。点一下鼠标通过因特网把购货单传到牛仔裤公司、服装定做公司和一家送货公司，后者3天之后就会将牛仔裤送到我门口。

好极了，这真是一个三赢的情形。作为顾客我很满意。牛仔裤公司和它的合作伙伴生产厂家用优惠产品和优惠价格赢得了更多的顾客。没有存货，没有报表，没有跟裁缝或经销商之间费时费钱的反复交涉，也不需要折扣价去销售积压的裤子。而且，送货公司也大大地扩展了它的业务。

不过，出了问题怎么办？如果一个朋友开个玩笑，以我的

名义填了一张因特网购货单，把尺寸说大了一倍，那怎么办？如果我订做了一条牛仔裤作为给我即将去法国的朋友的礼物，而这条裤子却来晚了两天，对我来说实际上变成了废物，那怎么办？或者说，如果订货软件或者厂家剪裁裤子的机器人的硬件出现了误操作，那又怎么办？

抛开“什么也没签”这个事实来说，有没有合同呢？如果有，谁是合同的当事人？是牛仔裤公司，送货公司，还是生产厂家？或者说他们都是？在这种情况下，我有什么弥补的办法呢？

欢迎进入数字化时代。我们正处于一场革命——信息革命——的中心。本书要探讨新信息技术对商业行为的影响及其法律后果。数字化时代带来了商业过程的哪些新形式，电子商务是不是提高了效率、创造性、生产率和消费者的满意度？它会不会改变雇员、商业伙伴、竞争者和消费者这些角色间的关系？这些变化的法律意义是什么？有没有、应不应该有政府的行政法规管理？企业界能够期望从政府的行政法规管理中得到什么？在考虑运用新信息技术时，哪些法律上的陷阱是企业界领袖应当预见到的？法律是正在发展进化，还是正在变成过时的东西？数字化时代会不会使法律发生革命性变化，正如它使卫生保健、教育和商业之类的机构发生革命性变化一样？

想一想这样一个戏剧性情况：一家试图跟一个欧洲财团竞争的美国飞机制造商，决定彻底检查它的全部设计和制造程序。它采用了最新的数字技术。它创造了第一架使用数字技术的“无纸”飞机。没有图纸，没有模型机，也没有试飞。设计和制造过程的每一个环节都计算机化了。机翼的空气动力试验，机舱座椅的人类工程学试验，飞机在不同气候条件下的反映性试验，这一切都用一台计算机的三维设计（3Ddesign）和

飞行软件来进行。更具有革命性的是，新飞机未来的购买者和将要负责维修飞机的机械师，都可以参与飞机的设计过程。仪表盘的形状和位置，起落架的设计，需要频繁更换的零件放在哪里更好，设计的所有这些方方面面都可以合作并且不在纸面上进行。这种合作也表现在其他方面。两家软件公司提供重要的定制软件，日本的分包商制造机身，欧洲分包商制造起落架。这样，许许多多不同的公司参与制造飞机的各种各样的零件，以致于我们可以给这架飞机取个绰号叫“一堆装配精密的飞行零件”。

新技术有许多优点。这架飞机使航空设计和制造过程发生了革命。它促进了企业商业过程中一个新的转折。生产时间减少，成本降低。因为有前期的参与，客户的满意度提高了。原来僵化的在一个公司内一层一层、一个部门一个部门走的做法倒台了。新的合作形式使承包各方的关系明确而且具体。

但是，如果飞机因为设计的毛病撞毁，该谁负责呢？拥有飞机的航空公司，还是参与设计的各方？某个或是所有制造零件的厂家？软件公司？还有，根据什么法律来回答这些问题：美国法律或是日本法律？是不是飞机发生事故时正飞行于其领空之上的国家？如果有一个法庭对此做出判决，这个判决在哪里执行，如何执行？还有不那么严重但同样所费不菲的问题：某些零件不合适，或者延误交货，谁应该负责，负多大的责任？保险公司找谁来降低风险？

最后一个例子。这次是知识产权的领域——这是给法律和商业带来变革的数字化地震的震中点。

一家历史悠久、享有盛誉的百科全书出版社占有的市场份额急速地被一家电子软件公司夺走。这个后来的竞争者投入市

场一种花样繁多的多媒体百科全书。词条不仅伴有图片，还有可以在家用电脑上播放的声像资料。老出版社断定它生存下去的唯一出路是生产自己的新产品，超过突然崛起的竞争对手。它不仅生产了多媒体光盘版的百科全书，而且推出了可以在因特网上查阅的百科全书，这种百科全书按每次查阅收费。这样做的好处很多。它的三十卷印刷版百科全书只能十年修订一次（用光盘可以每年修订一次）。现在它可能每天修订。而且，百科全书不再是一种固定的或者静态的多媒体工具，其信息量受到一张激光光盘容量的限制，它的容量现在根本不受限制。使用因特网进行沟通的语言叫超级文本语言（HTML），它可以通过电脑网络连接到全世界电脑资料库中的文件。当一个用户在工艺类中找“酿造苏格兰威士忌”这个词条时，她不仅可以看到语言的描述，只要一按键，就可以“实际上”参观克林利夫特（Glenlivet）的葡萄种植山庄。在样品间，她几乎可以闻到橡树酒桶的味道。突然之间，一堆积满灰尘的书本就变成了一幅“用户界面”，它可以通往全世界积累的知识。

但是，在这个现实世界上，“版权”的含义以及执行版权法的能力变了没有呢？书的内容，还有声像材料，以及 HTML 语言，一旦得到，可以用任何一台电脑“剪贴”，并且传往全世界，实际上不花任何钱，实际上不花时间，实际上不会被发现，实际上可以完美地拷贝无数份。百科全书的正文和声像资料可能是出版商独家做的工作。但是，当他跟其他网址联网的时候，出版商还能够主张自己的版权吗？把这种“事实上”的百科全书的制作者称为“出版商”还有没有意义？通过因特网传送的百科全书每一“页”成了转瞬即逝的电流，它还是不是版权法意义上的“复制件”？