

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1卷
Volume 1

法律出版社
Law Press China

D9-53

7

:1

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1卷
Volume 1

北方工业大学图书馆



00500054

法律出版社

Law Press China

2003/06

图书在版编目(CIP)数据

网络法律评论/张平主编. —北京:法律出版社, 2001. 10

ISBN 7-5036-3538-X

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(2001)第 066094 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李 跃

责任校对/杜 进

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/17.75

字数/318 千

版本/2001 年 10 月第 1 版

2001 年 10 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public. bta. net. cn

电话/88414899 88414900 (发行部)

88414121(总编室) 88414123 (责任编辑)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3538-X/D · 3455

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

《网络法律评论》征稿启事

《网络法律评论》是由北京大学知识产权学院和法治研究中心主办的以研究网络法律为内容的专业学术刊物。

《网络法律评论》秉承北大“学术自由,兼容并包”的学术传统,融批判的精神于学术争鸣之中,凡有创新,成一家之言并能自圆其说者,皆在所渴求之列。《网络法律评论》以发表研究生的学术论文为主,并欢迎专家学者赐稿。

1. 来稿请用电子版,恕不接受手稿;

来稿请用 Word 格式存于软盘或用电子邮件寄至编委会;

来稿一律不退,所有稿件请自留备份,3个月内未收到录用通知,请自行处理;
请在来稿中写明有效联系方式。

2. 来稿请加上英文标题、中英文摘要、中英文关键词、作者简介、参考书目或参考文献。

3. 本书采用页内注,不采用连续注,格式为圆圈中加数字,其他注释要求请参考北京大学法学院《中外法学》杂志封三的“常用注释规范”。

通信地址:北京大学法学楼 5135 室《网络法律评论》编委会(100871)

电子邮件:HelloPKU@pku.edu.cn

写在北大讲坛之外

张 平

萌发编此文集源于我在世纪末为北大法学院研究生开设的《网络法律问题研究》课程。1998年我在美国做访问学者时,美国网络法律研究正蓬勃兴起。一时间,新名词扑面而来:Information Superhighway and law; Internet law; Online law; Cyberlaw; Cyberspace law; Netlaw; Computer law; E-Commerce law等等。浏览当时美国各大学法学院的教学网站,纷纷开设网络法、电子商务法研究课程,而当我于同年回到国内时,却发现国内的法学院还极少关注网络法律的研究,与国际上轰轰烈烈的场面相比,国内似乎还没有进入网络法律教学的日程。随后我开始关注网络法律的教学并作开课的准备。2000年秋季,我第一次尝试开设《网络法律问题研究》课程。这是一门竞争性选修课,面向北大法学院所有的硕士及博士研究生。由于我个人专业背景的局限(主要研究知识产权法)以及网络法律问题一切还都在探讨之中,开课时,没有想到会有太多的同学来选课,而实际上选课的同学踊跃,课堂讨论更是活跃,来自不同法学专业的同学共同讨论,互相启迪,交换观点,授课过程几乎就是研讨、争鸣的过程。

此课以专题讨论形式为主,共列出十四个专题^①,虽然专题涉及的内容庞杂无序,(主要是以我自己近年来粗浅的研究为切入点,文集中也收录了我的几篇研究

① 1. 因特网对法律的挑战;2. 走不出去的误区——计算机软件的法律保护;3. 自由软件对版权的“叛逆”;4. 网络版权限制的合理性与可行性;5. MP3现象——网络盗版与传统盗版;6. 数字图书馆的两难境地;7. ISP的法律地位:第四媒体——邻接权主体?;8. 网络“技术标准”大战与制网权域名的法律地位;9. 网络环境下知识产权法新的利益平衡;10. 电子商务新规则;11. 中国电子商务立法的误区;12. 隐私权的保障与冲突;13. 消费者权益的保护;14. 网络纠纷的解决。

体会),但同学们的讨论已达到相当的深度。按照研究生课程的一般要求,期末每一位选课同学都以一篇论文作为结课成绩。在阅读同学们的作业时,我感到同学们已不再将该课程论文作为获取学分的惟一目的,更多的是积极的思考,深入的学术研究。于是,我产生了编辑文集的想法,让同学们的研究成果发表出来,让北大课堂上产生的思维的火花与世人共享。与几位同学商量之后,大家都有同感,并希望办一个在网络法律问题方面以北大研究生为主的课程论文集刊物,旨在鼓励同学们在校期间的学术研究。

这就是本文集出版的背景,暂时作为不定期文集,文集的内容以北大法学院研究生在校期间教学及研究成果为主,每期组成一个学生编辑委员会,并由执行编辑做一篇编辑随笔或本集导读。

本文集的第一卷时逢人类进入21世纪,网络再也不像刚问世时那样被认为是远离法律的一片净土。网络技术在提供给人类前所未有的高效、自由地享受信息的同时,也给人类套上了一副项圈。网络安全、网络欺诈、知识产权侵权、域名争议、侵犯隐私、网络纠纷的处理等让人们不能再无视法律的力量。那种在网络发展初期占有主流的“网络不需要法律、不需要警察”的声音渐渐远去,随之而来的是网络呼唤法律,需要法律。但是法律与社会发展相比的滞后性,使得许多社会问题不是一经出现即会立法加以规范,而是发展到一定程度、反映出一定规律时才能在立法上有所反映,这就造成了法律与社会发展的矛盾,这一矛盾随着科学技术的飞速进步显得更为突出。曾经有位技术学者作过这样的比喻:如果说科学技术的发展像是一只奔跑的兔子,那么,法律的发展则如同一只慢慢爬行的乌龟^①。这句话听起来有些极端,但互联网技术与互联网上的法律保护之间的赛跑让我们不得不在面对这一现实的同时,开始反思我们的立法。互联网时代,立法还应像从前那样迈八字方步吗?作为法律人,每一位都应有这样的社会使命感:研究网络,规范网络,让法律为网络的发展司其责、尽其力。

网络是现实社会的镜像,现实社会的一切法律问题都有可能在网络上再现。网络自由——需要宪法;网络安全——需要公法;网络资源——需要私法……。网络法律问题的研究不可能局限在某个或某些法学领域而是涉及到整个法学领域,这就要求法学各学科联合起来进行综合研究。以往以电子商务或网络法律为主题的研讨会及相应的论文集也时有出现,但都没有也不大可能将法学的诸子百家聚集一堂,所以讨论的问题仍然局限在某一个或某些网络法律问题上。本书论文的提供者来自于不同的法学学科,以不同的法学视角进行学术与实践上的交流(选修

^① Douglas C. Wyatt Copyright 1997 St. John's Law Review Association.

本课程的研究生许多是来自于法院、大学、律师界的在职研究生)。尽管这些课程论文还有一些幼稚或粗糙之处,但是在网络法律问题的研讨中他们给人耳目一新的感觉,作为主持这门课程的教师,我特别希望推出这些处女之作,让北大之外的人们感受到莘莘学子的求学精神。

本文集诞生了,就像许多新事物问世一样,有新意但总显得幼稚,有成就但难免错误,好在我们这些年轻学子会不断努力,让我们的《网络法律评论》日益成熟起来,亦期待学界前辈及同仁给以教诲与指导。

感谢北京大学法治研究中心主任郑胜利教授对本文集出版给予的指导与支持,感谢本期全体学生编辑的辛勤工作,是同学们的共同努力使得本文集得以诞生。

2001年7月于北大法学楼

序一

郑成思

2001年7月11日去中南海主讲网络法的法制讲座时,我心里只有一半的底。那天去得很早,先向信息产业部的专家张春江副部长求援。我说:“中央领导里有好几位是电子领域的行家,一旦讲课中提出技术问题,可得请你支援。”春江同志满口答应。这下我心里才完全有底了。春江就坐在我后面,我心里一直很踏实,因此也才一直讲得较自如而没有紧张。所以事后司法部的同志们祝贺我讲得很成功,我说那还得归功于春江同志承诺的支持(虽然中央领导并未提技术方面的问题)。

讲上面这一段,是为说明虽然我在网络法方面做了一些研究,但对相关技术问题的了解和掌握还非常差。主要原因是我的孩子及学生多在这方面很内行,惯出了我对计算机、对网络等“只用不学”的毛病。一遇到技术障碍就找他们,自己极少亲手排除,于是也就很难掌握有关技术。

所以,当张平老师要我为她主编的《网络法律评论》写序时,我的第一个感觉与去中南海讲课一样,心中一半没有底,不知能否胜任。包括张平在内的这一批年轻作者,网络的知识肯定比我多得多。在这方面他们是我的老师。学生给老师的著作写序,是不是有些怪异?不过最后我还是答应了。其原因有二:一是学生写的东西本来就不怕老师挑毛病,这就算我又一次的学习过程罢;二是有“怪异”才能有前进,在不见怪异的学术环境中,人们只可能原地踏步乃至倒退。我从不专门去求“怪”。但别人认为我的文字中有怪处,并因此引起讨论,往往有助弄清问题,并非坏事。从《北大法律评论》第一期起,就有人怪我未引完最高法院的判例,就去引基层法院的;有人怪我为什么对外国人都从未谈过的“精神权利限制”大加议论;还有人怪我对经典的“侵权四要件”予以置疑,等等。由这些引起的学术讨论,结果都并不坏。

北大开的网络法课程,实际不比加拿大等发达国家的大学迟。只是我们的媒体没有注意到,所以拿了外国的当“新闻”(见《检察日报》2001年5月15日报道《加拿大:大学开设互联网法课程》)。北大的课开在2000年,当时“网络无法”的余音,在国外已渐息,在中国则未消。那时能开课,老师有独到见地;那时开课而选学者众,说明学生也是有远见的。应当说,由于网络(主要是互联网络,尤其是国际互联网络)的全面推广,是为时不长的事。因此,大多数国家的相关立法,也都处于初级阶段。只是有些起步较早的国家(如发达国家中的美国、发展中国家中的新加坡),已有了一些可供我们参考的经验。所以,在这一领域,与知识产权法领域有个共同点,那就是了解国外的发展动向,是非常必要的。也与知识产权研究领域一样,在网络法领域的研究者,如果不懂又不学外语,也不上网,那么所发的议论虽无“怪异”,也肯定无意义。张平老师出国一次,带回了网络法课程的开设。仅从这一点看,这趟出国就没有白出。当然,至少我从定期给我的《华盛顿大学学报》上知道,张平这次出国还开展了其他许多学术活动。

在中国,开网络法的课,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)。

我国目前的立法重点,一直放在有形世界一面,例如:已制定的《合同法》重在有形货物买卖等合同,起草中的《物权法》,重在房地产、有形动产等等。而发达国家及一部分发展中国家(如印度、新加坡、韩国)的立法重点,今天正向无形财产及信息网络转移。这并不是说法律对有形世界的规范不重要了,只是说重点转移了。正像我们党的十五届五中全会提出的:“以信息化促产业化”。无形世界的无序状态,必然妨碍传统经济、传统工业的发展。

在信息技术迅速发展的今天,在知识经济即将到来之际,印度等国家在立法与整个法律体系的架构或重组上,把对网络市场(虚拟世界)的规范,优先于对有形市场、有形财产的规范。他们的立法实践是十分值得我们研究的。

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。

2001年8月

序二

郑胜利

当张平老师邀我为北大知识产权学院和北大法治研究中心的《网络法律评论》写序时,正赶上北大校园网闹红色代码病毒,整整二三天,整个北大校园网几乎处于瘫痪状态,后来从报纸上得知,国内遭受“红色代码Ⅱ”攻击的不止北大一家,已证实的180余家,被感染的网络服务器超过200家(《北京晚报》2001年8月10日第1版)。几年前,我在解释网络不可能无法律时说过,但凡有人类活动的地方,无论它是陆地还是海洋,也无论它是地球空间还是网络虚拟空间(Cyberspace),总得制定一些规则,而那些需要用国家机器保证实施的规则,其实质就是法律。今天,当网络的脆弱性已暴露得这么明显时,网络无法律的论点将越来越无市场。我们生活在文明社会里,正义战胜邪恶不能只靠拼技术,国家应是正义的代表。网络与其他科学技术一样是中性的,其本身分不出善与恶,当它为现代文明提供极大便利时,也将社会的弱点暴露在魔鬼面前。无可改变现实的是,我们生活的这个世界越来越深地依赖计算机网络。对于有些部门来讲,其依赖性已经发展到一旦计算机网络不能运转,则整个部门工作就处于瘫痪状态。这不是耸人听闻的预言,而是已发生过的事实。

网络所涉及的法律分类很多,言论自由和隐私权涉及到宪法,网络上犯罪涉及到犯罪学及刑法,电子商务涉及到民商法和经济法,作品及数据库上网和域名涉及到知识产权法,网络案例的审理又涉及到法律适用及司法管辖……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,隔门如隔山。可喜的是最近北大的许多教授都在反思,他们在思考北大的成功经验,他们也在思考北大走过的弯路及出现的偏差,他们的文章与发言中蕴涵着非常强烈的精品意识,许多著名教授在谈到学术创新时都一再强调学科融合及重组交叉学科及边缘学科。我为这些教授的远见卓识而感到自豪与欣慰,但面对现实又感到忧心忡忡,因为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,任世人评说。但不管结局如何,我始终认为他们的探索是有意义的。

2001年8月11日于燕园

序三

吴志攀

—

网络经济经历了从高峰到低谷的起伏,人们对网络经济的争论似乎也小了一些。但是,与网络有关的其他学科研究工作者,正在从旁观者的位置,转向参与者的角色。例如,法学领域的教授及其他社会科学的学者们,可能在敏感程度方面,对问题的反应迅速方面,不如经济学家们那样快,因为前一段时间参与讨论和争论的文章大都是经济学人,其他学科参与者较少。但是,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。

北大法学院张平老师关注与网络有关的法律问题有较长的时间了,因为她开设网络法的课程已经有几个学期,并积累了不少经验。张平老师不但在水泥建造的课堂里讲这门课程,而且还在个人主页中“讲授”这门课程,全世界的人都可以访问她的“课堂”,同她在网络空间讨论问题,用数据信息交流看法。她开设的《网络法律问题研究》课程已经在自己个人主页上了,现在,张平老师及其北大的学子们又要用纸制和铅字的传统方式讨论网络法律问题。

二

尽管网络信息技术已经十分发达,而且,按照美国的尼格罗庞帝教授的估计,电子化信息将代替纸制版和铅字印刷的媒体。后者,依然以增长的速度发展着。

就像电视机和广播媒体问世后,当时也有未来学家预言,电视和广播将代替报纸媒体一样,直到今天,报纸的发行量越来越大,版面也越来越多。而且在国内的大城市,不但有《晚报》、《晨报》,还出现了《午报》。我们永远是一日三餐,现在还有了“一日三报”。

我们终于认识到,一些未来学的语言家只关注了媒体技术的本身发展,如果真是这样的话,报纸早该退出历史舞台了。但是,现在的报纸和杂志的成本和利润都是广告来支付的。如果有人支付成本和利润,这种形式的媒体就难以退出历史舞台了,只能随着历史的发展而发展。

网络媒体也是一样的道理,虽然人们再也离不开网络了,但是,报纸和杂志,以及书籍还都不会退出市场,它们还将与网络媒体同在,就像电视及广播一样与报纸同在。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,还需要在纸制和铅字的媒体中存在与发展。

三

由于网络技术的发展,提出了许多新问题。这些问题例如,网络环境中的公权与私权冲突问题,数据库保护问题,网络管辖问题,网络隐私权问题,电子商务合同,消费者权利与相关立法问题,电子证据法律问题,域名抢注问题等。这些问题可能一时间还争论不出一个结果来,但是,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。

我很高兴为张平老师主编的《网络法律评论》写序,这大概是北京大学法学院的教授们编的第九种专业法律评论了。以前,我曾为郭瑜老师主编的《海商法评论》写过序,也为研究生主编的《北大法律评论》写序,还为北大本科生的优秀毕业论文集《法学魅力》写了序。我也感谢法律出版社对北大法学院老师的支持与关爱。

对于网络法来说,我是最陌生的。所以,虽然本人自己使用PC机和网络已经许多年了,但是,对于网络法的知识确是十分欠缺的。我写序的过程,也是学习这方面知识的过程,同时,表达我对本书做出贡献的学者的感谢。

2001年7月31日

目 录

Contents

电子商务

E-commerce Law

我国电子商务立法的误区/张 平	
Zhang Ping: The Issues of E-commerce Legislation in China	003
关于我国电子商务立法的思考/唐向阳	
Tang Xiangyang: On the Legislation of the Elec- tronic Commerce Law	015
电子商务合同及几点相关法律问题/饶宏斌	
Rao Hongbin: The Electronic Commerce Contracts and Several Juristic Issues Concerned	022
电子证据的相关法律问题/汤叶霞	
Tang Yexia: Can Digital Texts Be Used for Evi- dentiary Purposes?	031
电子商务法中消费者权利的保障/李 佳	
Li Jia: The Protection of Consumer Rights in E-Commerce Law	038

计算机软件及著作权

Software and Copyright

自由软件及其版权保护/孙海龙 曹文泽	
Sun Hailong Cao Wenze: On the Free-software and Copyleft	059
拆封合同的特点与效力/张 平	
Zhang Ping: On the Character and Effect of Shrink-warp Contract	067
浅析网站的法定转载摘编权/孙秋宁	
Sun Qiuning: Reprinting and Excerpting Right of Web Site Operators	076

	网络环境下版权的扩张及其限制/韦儒珍 Wei Ruzhen: On the Expansion and Restriction of Copyright under the Internet Environment 085 小议网络环境中的合理使用/陈亚丽 Chen Yali: On Fair Use of Copyrighted Works in Cyberspace 098 国内盗版盛行的社会原因初探/李学勇 Li Xueyong: An Approach to the Social Causes of Piracy in China 104 网络时代亟须版权的集体管理/刘丽娟 Liu Lijuan: The Cyber Era is Crying out for Col- lective Management 109
域 名 Domain Name	域名与商标的冲突及其解决/李柳杰 Li Liujie: The Domain Name, Its Conflict with Trademark and the Resolution 121 域名恶意抢注纠纷若干法律问题再探/贾 月 Jia Yue: A Study on Disputes Arising from Ill—— Intentioned Preemption of Domain Name 133 试析域名与商标的争议/赵 玲 Zhao Ling: The Dispute between Domain Name and Trademark 145 域名注册组织的法律地位及法律责任/张会峰 Zhang Huifeng: The Legal Status and Responsibil- ity of the Domain Name Registration Organization 155 从“kelon”案分析域名争议/张海涛 Zhang Haitao: An Analysis of the Disputes over Domain Name from the “Kelon” Case 161 浅议域名抢注及其法律调整/叶向阳

	Ye Xiangyang: Domain Name Hijacking and Judicial Regulations 171
	论域名的法律地位/周德邦
	Zhou Debang: On the Legal Status of Domain Name 178
综 合 Miscellaneous	浅析特别权利制度的理论基础/周晓冰
	Zhou Xiaobing: Theoretic Foundation of Sui Generis Rights 187
	如何对待网络上公权与私权的冲突/刘永沛
	Liu Yongpei: How to Deal with the Conflict between Power and Right in Internet 196
	数据库之特殊保护权利/董晓敏
	Dong Xiaomin: The Sui Generis Right of Database 209
	论知识产权对网络经济发展的作用/苏灵麒
	Su Lingqi: The Function of Intellectual Property for the Development of Internet Economic 218
	网络隐私权的保障与冲突/朱 理
	Zhu Li: The Protection and Conflict of the Right to Privacy in the Internet 230
	从国际法看国家对网络的管辖/韩红云
	Han Hongyun: Jurisdiction on the Internet——A Perspective of International Law 242
网络教学 Online Courses	美国教授简·康芙曼·温的电子商务法网上教学
	Online Course of E-commerce Law Instructed by an American Professor Jane Kaufman Winn 255
	北京大学知识产权法网上教学

	Peking University Online Intellectual Property Law Courses	255
学术动态 Academic Activities	伊恩·C·巴隆的 2001 年版《电子商务和互联网 法》正在翻译中 Right now, Ian C. Ballon's <i>E-commerce and Internet Law</i> is Being Translated	257
	世界知识产权日国际作文竞赛 International Essay Competition on World Intel- lectual Property Day(Apr.,26)	257
网络法库 Internet Law Library	北大知识产权网(http://www.iplaw.pku.edu.cn) Peking University Intellectual Property law Website ... 网络法律法规 Home and Abroad Internet Laws & Rules	259 259
编辑手记 Executive Editor's Postscript	我们的思与在/刘永沛 Liu Yongpei:Our Thinking and Being	263