



北京大学 知识产权学院 / 主办
北京大学互联网法律中心

Peking University Intellectual Property School

Peking University Internet Law Center

网络法律评论

Internet Law Review

主编/张平

Zhang Ping, Editor



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

第7卷
Volume 7

北京大学 知识产权学院 / 主办
北京大学互联网法律中心

Peking University Intellectual Property School

Peking University Internet Law Center

网络法律评论

Internet Law Review

主编/张 平

Zhang Ping, Editor



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

网络法律评论(第7卷)/张平主编. —北京:北京大学出版社, 2006. 11
ISBN 7-301-11383-8

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(2006)第 152258 号

书 名: 网络法律评论(第7卷)

著作责任者: 张 平 主编

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 7-301-11383-8/D·1648

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 18.75 印张 362 千字

2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 34.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

顾 问：

- 郑胜利 北京大学知识产权学院秘书长
Zheng Shengli Secretary-general of Peking University Intellectual Property School
北京大学法治研究中心主任、教授
Professor, Director of Peking University Center for the Study of Rule of Law
- 郑成思 原中国社会科学院知识产权中心主任、教授
Zheng Chengsi Ex-Director and Professor of the Intellectual Property Center of Chinese Academy of Social Sciences
- 吴志攀 北京大学副校长、教授
Wu Zhipan Professor, Vice President of Peking University
原北京大学法学院院长
Ex-president of Peking University Law School

本卷编委会：

- | | | | |
|-------------|-------------|--------|------------|
| 陶中怡 | 王小莉 | 刘 煜 | 李太阳 |
| Tao Zhongyi | Wang Xiaoli | Liu Yu | Li Taiyang |

执行编辑：

- 陶中怡
Tao Zhongyi

2004 年序

郑成思

当火星车 SPIRIT 与 OPPORRUNITY 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,以俄国国家名义发表的《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。21 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),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,早就存在知识产权不得不“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(如电子商务中的CA认证之类)纳入它的规则之中;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(如“合同之债与非合同之债规范指令”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,又限于知识产权进行研究,与世界知识产权组织及欧盟的做法,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(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“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)在商业方法专利上如果也向“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

鄭成光
二〇〇四年春

序言节录

在中国,开网络法律课程,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》,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得实在是太细。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。

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程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

* 节选自三位教授为《网络法律评论》第一卷所作序言,成文于2001年七、八月间,全文请参见《网络法律评论》第一卷。

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,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。

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

新的一卷《网络法律评论》终于和大家见面了。

数字环境下的版权问题一直是网络法关注的焦点之一。紧接第6卷推出的“数字版权”专题,我们再次推出了“网络版权的侵权责任”的专题。该组文章涉及了信息网络传播权的性质、数字版权的间接责任制度以及最终用户责任的问题。华东政法大学的王迁老师一直关注网络版权的问题,在这一领域发表过多篇极有分量的文章。王老师得知本卷的专题,欣然为本刊发来了他的最新力作——《“信息网络传播权”及其侵权研究》,该文针对目前司法界在认定侵犯“信息网络传播权”中遇到的困惑,作出了极有见地的解答。《论美国的版权间接责任制度》一文,系统整理了美国法上的间接责任的判例,特别分析了近年来间接责任制度在认定数字版权侵权责任方面的适用原则。文章所用文献几乎都是第一手的材料,为间接责任制度的进一步研究提供了坚实的基础。《软件最终用户的责任》一文则探讨了软件最终用户的法律责任问题。

“学术BBS”仍然是汇百家之言的平台。网络立法仍然是焦点。本卷中收录的关于软件权单独立法、网站名称的知识产权保护以及网站程序的法律保护的三篇文章颇具创意。电子商务仍是热点。本卷收录了四篇关于电子商务的文章,分别涉及电子合同的当事人缔约能力的法律适用、电子代理人、另类交易系统概念及分类以及互联网案件的协议管辖原则的规制,相信这些文章能够对电子商务领域的法律适用有所裨益。随着网络法律规制的不断深入,网络犯罪与网络刑罚的问题也日益受到重视,《网络犯罪概念与网络犯罪的刑法调整范围》一文对这一领域的研究做了基础性的工作。网络同人小说问题是网络技术给知识产权法带来的新课题,《网络同人小说的权利界定》一文系统探讨了这一问题,为网络同人小说的权利作出了一个初步的界定。

我们在第6卷中刊登了网络游戏和虚拟财产的文章。本卷的来稿中也有两篇这一领域的文章,即《合同法框架下的虚拟财产——从网络游戏纠纷的判决展开》、《民事诉讼法视野中的网络游戏纠纷案件审判》,从题目可以看出,两篇文章更侧重于从司法审判的角度分析网络游戏和虚拟财产的纠纷。本刊第3卷曾推出“知识产权视野下

的技术标准”这一专题,《技术标准化中的市场支配地位滥用》一文在标准的反垄断问题方面作了深入的探讨。我们把这三篇文章放在一起,组成“追踪研究”,以期让对这些领域感兴趣的读者有更多的收获。

“信息窗口”旨在介绍外国法域的网络法律制度 and 最新动态。本卷的“信息窗口”推出了介绍美国电子政府的相关制度评介。我们要感谢中国社科院的同学,她们为我们翻译了两篇详细介绍美国电子政府的论文,读者从这两篇译文中能对美国的电子政府有较为全面的认识。《论政府对国内通讯实行实时电子监控的能力受〈爱国者法〉的影响》的译文则探讨了政府实施电子监控与隐私权保护方面的问题。

电影《无极》和胡戈制作的网络视频《一个馒头引发的血案》的版权之诉一时成了各大媒体的头号新闻,案件背后的法律问题更是值得法律人的深思。“案例收藏夹”自然不会错过精彩的文章。随着“博客”文化的兴起,相应的法律问题也接踵而至。新浪网和徐静蕾就其博客广告收益的纠纷即为一例。本卷刊登的许可同学的文章使用了“历史方法”、“合同解释”、“法律解释”等一系列法学方法对纠纷背后的法律问题和解决思路作了精彩的阐述。

过多的评论似乎显得多余,还是让读者们来评判吧。

引征体例^{*}

一、引征的伦理规则

1. 引征以必要为限;
2. 引征应是已发表之文献,引征未发表文献应征得相关权利人同意;
3. 引征应保持被引征话语之原貌;
4. 不得曲解原作之观点;
5. 引征有修订本作品,应以修订本为引征对象(研究原作者学说演变者除外);
6. 引征应当有明显标志;
7. 引征应以注释准确地显示被引征作品之相关信息。

二、具体引征体例事项

1. 注释为页下注,以便于读者检阅。
2. 每篇文章的全部注释编号连排。
3. 正文中之注号用阿拉伯数字标注于相关句子的右上角。
4. 正文引文超过 100 字者,应缩格并变换字体排版。
5. 注文提及文献的信息顺序:作者,文献名称,卷次(如有),出版者及版次,页码。
6. 定期出版物的注释顺序:作者,文章篇名,出版物名称,卷次(并括注年份),页码。

报纸则为:作者,文章篇名,报纸名称,日期,版别。

7. 页码不用“第 N 页”字样,径用“页 N”或“页 N—N”字样。
8. 引用之作品,书、刊物、报纸及法律文件,用书名号;文章篇名,用引号。
9. 编辑或整理之作品,编者名之后括注“编”或“整理”字样。
10. 引用作品之作者或编者等,应用括号标注其国籍。
11. 同一文献第二次引用时,若紧接第一次引用注文,则径注“同上揭,页 N”。
12. 作者为两人或更多的文献,在第一次引用时应显示全部作者,第二次引用时可只注第一作者,但其名后应加“等”字。
13. 引用多作者文章合成之文集时,应首先注明特定文章作者,然后依次为文章

* 本体例主要参考《中外法学》引证体例。

名,文集编者名,收入该文之文集名,出版者及版次,页码。

14. 翻译作品之引用应尽可能显示原文信息,并注明译者。

15. 直接引文之注释可不加引领字“见”,但间接引文之注释应加引领词“参见”;如显示其他支持性文献,用“另参见”为引领词。对立性文献,则加说明性字句,诸如“不同的见解,参看”之类。

16. 转引文献时,应先注明原始作品之相关信息,再注明转引所据之文献。

17. 引用图表,在图表下直接注明来源,不必另加注释。

18. 引用非正式出版资料,应注明得到相关权利人同意,并尽可能显示资料形成之时间地点。

19. 直接翻译并引用外文文献,注释可直接使用该外文,亦可将作者及文献名称译为中文并括注外文原文。

20. 引用网站上的文献,顺序为:作者,文献名,网址(外加尖括号),访问日期。

《网络法律评论》诚征稿件

《网络法律评论》第九卷征稿工作正全面展开。诚挚欢迎众多网络法律研习者加入到我们行列中来!

《网络法律评论》是以研究网络法律为内容的专业学术刊物,它秉承北大“学术自由、兼容并包”之学术传统,融批判的精神于学术争鸣之中。尤其欢迎有强烈现实意义,资料搜集全面翔实,或有实证调查材料佐证之佳文,并且欢迎针对国内外典型案例的分析评论以及对基本理论问题有独到思考的文章。

《网络法律评论》经过以往各卷的经验积累,逐渐形成了有自己特色的栏目,也得到了各方的肯定。这些栏目主要有:专题链接、追踪研究、学术 BBS、立法点击、资料窗口等。

《网络法律评论》由张平教授担任主编,计划每年出版两卷。预计第九卷将在 2007 年上半年出版。根据需要,编委会拟从两个方面进行征稿:

一、专题征稿

数字技术标准化中的知识产权问题

二、其他征稿

这部分的稿件,主题不限,可以是任何涉及网络的法律问题。诸如刑法、行政法、税法、诉讼法、国际法等各个领域。

这些稿件主要纳入学术 BBS、立法点击、案例收藏夹等。

对稿件要求如下:

1. 来稿请用电子稿(存为 word 文件),以电子邮件的方法寄至编辑委员会;
2. 来稿恕不退还,请自留备份,两个月内未收到稿件处理通知,请自行处理;
3. 来稿请加上英文标题、中英文摘要、关键词,并请写明作者真实姓名、任职单位和有效联系方式;
4. 注释体例请参考《网络法律评论》以往各卷中的“引证体例”。

每一篇来稿都受欢迎,并获一视同仁的尊重。《网络法律评论》编委会将与每位投稿者联系,以负责的态度进行沟通。来稿一经刊用,即付稿酬。

来稿请寄: netlawrev@pku.edu.cn

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

欢迎踊跃投稿!

《网络法律评论》编委会

二〇〇六年十月

Call for Papers

Internet Law Review is a scholarly journal focused on the research of internet laws. It is sponsored by Peking University Intellectual Property School and Internet Law Center, edited by Professor Zhang Ping, and published twice a year.

The journal appreciates academic articles with new ideas, new methods, sound theories and great creativity. Editors strongly welcome excellent papers with high practicality and supported by detailed examples, critical review papers to comment and analyze typical cases in China and abroad.

Internet Law Review also adheres to the aim of Internet, to be open, mutual, and efficient. After having been published in the traditional print form for a period of time, some articles will be compiled in the electronic form in the Internet (more fees will be paid). Authors who want to reserve such right are necessary to refuse in advance.

Manuscripts should now be submitted electronically (in Word) to netlawrev@pku.edu.cn, or typewritten and mailed to Board of Editors. Manuscripts will not be returned to the authors. Please keep copies for your own needs.

Editors conduct reviews in a timely fashion and inform authors of decisions with a target turnaround time of 2 months. Any contribution should have a title, an abstract, key words and corresponding English translation. Footnotes and bibliographic citations should follow the rules of quotation; the author's name, address, and affiliation (if any) should appear on a separate cover page. Authors will be paid as soon as the paper is accepted for publication.

Add: Board of Editors, Internet Law Review, Room 5135, Law School, Peking University

Post Code: 100871

E-mail: netlawrev@pku.edu.cn

目 录

2004 年序
序言节录
本卷导读

专题链接

“信息网络传播权”及其侵权研究	王 迁	3
论美国的版权间接责任制度	张金恩	23
软件最终用户的责任	吴让军	76

学术 BBS

承继传统抑或另辟蹊径		
——论软件权专门立法的合理性	张成全	85
论网站名称的知识产权保护	耿胜先 孙海龙	97
试析网站程序之法律保护	蔡伟钊	108
浅析国际电子合同下当事人缔约能力的法律适用		
——以消费者合同为例	陈天一	118
电子代理人法律问题探究	谢 波 雷裕倩	134
另类交易系统的概念界定	曾 冠	141
网络犯罪概念与网络犯罪的刑法调整范围	但未丽	152
互联网案件中协议管辖的规制	李 智	162
网络同人小说的权利界定	孙战龙	169

追踪研究

技术标准化中的市场支配地位滥用	王少南	179
合同法框架下的虚拟财产		
——从网络游戏纠纷的判决展开	任丹丽	192
民事诉讼法视野中的网络游戏纠纷案件审判	张士利	202

信息窗口

- 电子政府的法律框架 Thomas Gross 著 许 静 译 215
- 全民的电子政府
——一份全国性调查的集锦
..... Darrell M. West 著 涂瑞娜 译 222
- 论政府对国内通讯实行实时电子监控的
能力受《爱国者法》的影响
..... Nathan C. Henderson 著 丁康吉 译 230

案例收藏夹

- 宪法权利如何进入知识产权法
——一个“馒头”引发的法学思考 ... 史广龙 邵长茂 257
- 博客的“名”与“利”
——评徐静蕾和新浪网博客广告收益纠纷
..... 许 可 267

编者手记

- 姗姗来迟,亦喜亦忧 陶中怡 279