



第9卷
Volume 9

北京大学 知识产权学院 / 主办
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

北京大学 知识产权学院 / 主办
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9卷/张平主编. —北京:北京大学出版社, 2008. 3

ISBN 978 - 7 - 301 - 13479 - 5

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 (2008) 第 029101 号

书 名: 网络法律评论(第9卷)

著作责任者: 张 平 主编

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13479 - 5/D · 2000

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: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 20.25 印张 419 千字

2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 36.00 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

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,会给我们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

郑成光
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

《网络法律评论》第九卷满载我们的厚望,又与您见面了。想必您在翻到此页之前,已经浏览过目录,对这本书的内容有了大致了解。在这里容我再饶舌几句,讲讲这些好文章们的前世今生。

“专题链接”是“基于动态网络的技术标准与知识产权政策研究”,集结了张平教授和她的研究团队近期在这个领域的主要研究成果,让您不需要搜索引擎,就直接一网打尽。关心技术标准和/或知识产权前沿问题的人应该都知道,张平教授在技术标准和知识产权这个领域在国内一直是最领先的开拓者之一,而这一问题具体到网络世界,各种焦点和矛盾就更加突显出来了。简单来说,“动态网络”所要求的开放、灵活、迅速变革,与知识产权通过授予权利人“垄断性”的私权来鼓励创新的机理,存在着一种内在的紧张。对于“基于动态网络的技术标准与知识产权政策研究”,就需要对传统理论和制度展开敏锐的反思,从山重水复之中突围出柳暗花明,并进而走成康庄大道。要完成这个任务,需要智慧,需要眼光,更需要勇气。

技术标准要走向开放,这是本次“专题链接”的理念。基于这个理念,制度反思和设计需要从各个方面分别展开。技术标准中的知识产权政策需要考虑的核心内容是两个方:一是标准制定过程当中知识产权及其许可条件的披露制度,二是技术标准实施中确定知识产权许可及其条件。本次专题的各篇文章的共同特点在于,“开放”的立场都并非空穴来风,都是建立在具体的研究对象和实证的研究方法基础之上的。“技术标准化中知识产权披露机制研究——以3G产业为背景”挑选了3G这个具有典型性的产业,既有对于现有政策细致入微的梳理,又对“反公有困境”、“零和博弈”、“专利埋伏”这些理论性较强的概念加以引入,拥有十分丰满的论证层次。在分析细致上走得更远的是“以H.264为例看ITU的专利政策对产业的影响”一文,这篇文章从国际电信组织(ITU)的组织结构说起,将H.264/AVC这一标准的老底摸得一清二楚,具体到每个专利的专利号(或申请号)都列了出来,这就为主体部分的分析作出了充分的铺垫。这样的功夫虽然可以说是在法学之外,但是谁也不能否认,这种细致到苛刻的

态度,是任何一种研究都必不可少的。

我们都知道微软在欧盟的反垄断审查当中吞了苦果,但是欧盟委员会的微软反垄断审查案的法律要点究竟是哪些,这又能给远在地球另一边的中国法律学界什么启示呢?“事实标准的知识产权开放之路”通过庖丁解牛般的层层解读,告诉我们,这个案件揭示了技术标准正在走向“知识产权开放之路”,欧盟是这样,美国是这样,中国,也应该是这样。与之相呼应的,是“VITA 标准组织的新专利政策及其各方评价”一文,这篇文章的特点在于,不仅有对 VITA 专利政策的介绍,更综合了后续的各方评价,为对 VITA 和强制性事先披露原则感兴趣的研究者们提供一些可供参考的素材。

无论是对知识产权披露政策还是对知识产权许可政策的研究,都离不开对反垄断法规则的研讨。事实上,从一开始,对技术标准当中知识产权人行为的法律考察,都是与反垄断审查息息相关的。对于美国司法部和联邦贸易委员会去年联合发布的《反垄断执法与知识产权:促进创新与竞争》报告厚达 217 页的英文全文,如果您还没有时间仔细研读,那么先来读一下“美国司法部与联邦贸易委员会 2007 年报告概要及对我国的启示”这篇中文“短文”会是一个节省时间的好选择。

“追踪研究”栏目里面继续了《网络法律评论》从创刊以来一直追问的问题:互联网及其相关技术的发展,究竟为著作权制度带来了怎样的挑战?“网络环境中版权制度的发展”是本书当中篇幅最长的文章,为我们勾勒出了一幅富有层次感的全景,作者王迁教授也是在这个领域长期耕耘,颇有建树。另外三篇文章从不同角度共同来关心技术措施制度的疆域及其边界,匠心各具,却又不谋而合,殊途同归。

学术 BBS 中的“帖子”们,题目趋向于新鲜化和多学科化,同时也不失其实践意义。比如“贸易无纸化能力建设中的知识产权保护问题研究”就是与亚太经济合作组织合作的内容,作者张志成先生也拥有丰富的政策研究经验;“为什么‘黑网吧’屡禁不止”一文对网吧管制法规的分析更是脚踏实地,恨不得从书桌上走下来,直接递到决策者们的眼皮子底下去。长期关注和支持《网络法律评论》的朋友应该能够发现,我们的“评论”虽然出身于“北京大学知识产权学院”,但是从来都没有门户之见,恰恰相反,我们一直在为文章选题的多元化而付出额外的努力。希望这期的学术 BBS 能够体现我们这方面的努力,也希望得到您的认可和肯定。我们这些已经实行实名制的“版主”期待着我们精挑细选出来的这些好“坑”能够吸引更多的“灌水”积极分子。当然,最受欢迎的是选题新鲜、学术过硬的优质水源,没有内容的纯净水是要被“删帖”(退稿)的。

本卷的“信息窗口”打开了面向大洋彼岸的两扇窗口,分别讨论了博客和虚拟财产这两个网络世界引人关注的问题。两篇文章的风格迥异,“鲍克因谈博客”是一篇访谈,一路娓娓道来,内容包含法律博客的撰写、法律博客对法律讨论和法学教育带来的影响,以及法律博客未来的走势,译者的文笔也轻松自如,使得译文可读性颇强。“虚

拟财产的理论分析”则是一篇十分规范的学术论文的节选。国内对于虚拟财产的研究,都是放在传统物权的研究框架下来展开,而美国的财产法与我们的制度存在着结构性的区别,这篇译文可以帮助我们初步了解,在不同的语境下,学者们如何来研究虚拟财产这样一个全新话题。

最后要小小八卦一下,“案例收藏夹”里收藏的“评‘大长今’诉百度案中的管辖权争议”一文的作者,应该是本书作者当中年纪最小的。他成文的时候,还是清华大学法学院的本科生,年级大三。我记得《网络法律评论》第四卷执行编辑赵启杉曾经在编者手记里面为“网络法研习者”做过一幅速写:处于焦灼之中、能够保持冷静、却又常常孤寂。在这里,我还想补充一点,我们的网络法研习者,常常是最年轻的,就像我们的互联网络一样,是常为新的,是永远散发着勃勃生机的。

目 录

2004 年序

序言节录

本卷导读

专题链接: 基于动态网络的技术标准与知识产权政策研究

技术标准中知识产权披露机制研究 ——以 3G 产业为背景	张 平 张小林 何怀文	3
事实标准的知识产权开放之路	何怀文	21
以 H. 264 为例看 ITU 的专利政策对 产业的影响	赵启杉 毕春丽 李佳晶	32
VITA 标准组织的新专利政策及其各方评价 ——兼评事前披露原则在标准制定中 的运用	张 蕾	54
美国司法部与联邦贸易委员会 2007 年报告概要及对 我国的启示	孟兆平	63

追踪研究

网络环境中版权制度的发展	王 迁	85
数字作品版权保护的物权化趋势分析 ——技术保护措施对传统版权理念 的改变	吴伟光	116
著作权法中技术措施的适用例外 ——以美国为分析及借鉴视角	张心全	130
谁取走我的奶酪? ——从公法的视角谈著作权法上的技术 保护措施	谢英士	140

学术 BBS

贸易无纸化能力建设中的知识产权保护

问题研究 张志成 155

美欧另类交易系统的法律规制及启示 曾冠 181

网络取证的困境与出路 谢波 苏毅 191

美国反间谍软件的法律制度研究及对

我国的启示 黄良才 199

电子商务的税法规制 郭维真 孟兆平 213

为什么“黑网吧”屡禁不止? 胡凌 226

探究网络广告之法律规制 陈煜 彭俊瑜 238

探究网络教唆犯的刑法界定 蔡桂生 250

信息窗口

鲍克因谈博客 杰克·M. 鲍克因 261

虚拟财产的理论分析

..... F. 格雷雷·兰斯托克 丹·亨特 271

案例收藏夹

评“大长今”诉百度案中的管辖权争议 何广越 293

编者手记

网络外面,法律背后 刘晓春 305

Contents

Preface of 2004
Preface
Introduction

Topic Links:

Research on Dynamic Network Based Technical Standards and IPR Policy

A Study on the IPR Disclosure Mechanism in Technical Standardization —Using 3G Industry as Background by Zhang Ping Zhang Xiaolin He Huaiwen	3
Research on Open Intellectual Property Underpinning De Facto Standards by He Huaiwen	21
Impact of ITU Patent Policy on Industry, Focusing on H.264 by Zhao Qishan Bi Chunli Li Jiajing	32
An Elaboration and Analysis on the New Patent Policy of the VITA Standards Organizations and Its Repercussion —Analyzing on the Ante Principle Applied in Standard Setting by Zhang Lei	54
A Research on the Report of U. S. Department of Justice and Federal Trade Commission and Its Significance to China by Meng Zhaoping	63

Continued Research

The Development of Copyright Law in Cyberspace by Wang Qian	85
The Analysis of Tangible Property Paradigm for Copyright Protection of Digital Works —The Changes of Traditional Notion of Copyright System Caused by Technological Protection Measures by Wu Weiguang	116

	Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies —Study on the Practice of America for Reference by Zhang Xinquan 130
	Who Touched My Locked Cheese —The Influential Anti-Circumvention Provisions under Copyright Act in Aspect of Public Law by Xie Yingshi 140
Academic BBS	
	Research on the Protection of Intellectual Property Rights in the Construction of Paperless Trade by Zhang Zhicheng 155
	The Legal Regulation of Alternative Trading Systems in U. S and EU and Its Significance by Zeng Guan 181
	Analysis on the Predicament and Solutions of Network Forensics by Xie Bo Su Yi 191
	Research on the Legal System of U. S. Anti-Spyware and Its Significance to China by Huang Liangcai 199
	Tax Regulation on E-commerce by Guo Weizhen Meng Zhaoping 213
	Why Can't the "Black Internet Café" be Thoroughly Banned? by Hu Ling 226
	Research on Legal Regulation of Advertising in Cyberspace by Chen Yu Peng Junyu 238
	Research on the Definition of the Internet Instigator in Criminal Law by Cai Guisheng 250
Documents	
Windows	
	Balkin Talks Blogs by Jack M. Balkin 261
	Basic Theories of Virtual Properties by F. Greory Lastowka Dan Hunter 271
Case Favorite	
	Comments on the Jurisdictional Dispute in MBC v. Baidu.com by He Guangyue 293
Executive Editor's Postscript	
	Beyond the Internet, behind the Law by He Guangyue 305

专题链接:基于动态网络的 技术标准与知识产权政策研究

技术标准化中知识产权披露机制研究

——以 3G 产业为背景

张 平 张小林 何怀文*

内容摘要:披露机制,对于确保以移动通信技术标准平台的利益参与机制的良性运转,至关重要。对于后续的许可谈判和标准实施的顺利进行,披露机制起着前提性的关键作用。如果披露机制缺位,将导致标准的实施陷入资源利用效率低下的反公有状态。对于标准制定过程,披露机制的缺位会导致失去采用较低成本的可替代方案的机会,使标准的总实施成本上升,并会导致标准运营在专利埋伏面前束手就擒。为进一步促进我国通信产业的发展,避免出现 ICT 技术标准实施过程中反公有的困境和专利埋伏,中国应该建立健全知识产权披露机制及相关法律制度。

关键词:技术标准 披露机制 反公有 专利埋伏

A Study on the IPR Disclosure Mechanism in Technical Standardization —Using 3G Industry as Background

Abstract: IPR Disclosure mechanism is critical to the balance of conflicting interests in the mobile communication technical standards. To the subsequent licensing negotiations and successful implementation of standards, the disclosure

* 张平,北京大学法学院教授。

张小林,北京大学法学院 2006 级法学硕士研究生。

何怀文,北京大学法学院 2006 级博士研究生。