



山东政法学院
学术文库·法学

知识产权 在网络及电子商务中的 法律保护研究

贾 静 著

山东大学出版社

知识产权在网络及电子商务 中的法律保护研究

贾 静 著

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权在网络及电子商务中的法律保护研究/贾静著.
—济南:山东大学出版社,2007.12
ISBN 978-7-5607-3530-6

I. 知...

II. 贾...

III. 知识产权—保护—研究—中国

IV. D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 000157 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

济南景升印业有限公司印刷

880×1230 毫米 1/32 10.5 印张 290 千字

2007 年 12 月第 1 版 2007 年 12 月第 1 次印刷

定价:22.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

学术、学问与学术传统（总序）

所谓学术，据《辞海》解释，是指较为专门、有系统的学问。而学问则是学习、问难。^①做学问、搞学术是一个艰苦的过程，它既要有努力的学习又要有潜心的沉思，来不得半点马虎，几乎没有任何捷径可走。严格说来学问与学术还是有一些区别的。何怀宏说：“学术是大家的，学术乃天下之公器，有规有界。学问是个人的，学问乃自我之心得，无端无涯。”^②对大部分人文学科的学者来说，做学问主要是在书斋里面，得耐得住寂寞。虽然学者们要面对现实，但只有经得起冷板凳的磨练才能产出真正的学术。做学问讲究个人的修养，是把思想变成文字的过程。思想一旦变成用文字表述的作品，学问就成了学术成果。创新性的学术成果就是书斋里的革命，而“革命”性的学术是促使社会进步的精神力量。然而，学问是怎样产生，又是如何变成学术的呢？

梁启超先生认为，将世界纷繁复杂的东西作为做学问的资料进行梳理分类、归纳整理，这就是能力。有了这种能力，“思想乃起，有思想故，斯有议论，有议论故，斯有学问”，“则凡学术关于有形实物者，其基础可知耳，何也？学固以实验为本，而所谓实验者，自有一定之界，苟不驰于此界之外，则其实验乃可信凭。界者何？物之现象是也。若贸然自以为能讲求庶物之本相者，则非复学术之

① 《辞海》，上海辞书出版社1999年版，第3193、3194页。

② 何怀宏：《问题意识》，山东友谊出版社2005年版，第1页。

界矣”。^① 梁治平在总结他的学术经验时也讲到，当以学术的方式来审视自己的感受和结论的时候，就必须达到一种理性的自觉，要向自己，同时也向所有其他人，提供一些经得起检验的论据，并且公开自己的论证方式。自己承担了依靠理性去证明的义务，那就不仅要公开，而且要忠实和公正。古人说，学术乃天下公器，同样包含这一层道理。自己依此去做，实际是在尽学者的本分。结论其实并不重要，要紧的是隐藏在结论后面的东西。^② 确实，这里面既有学术意境，也有学术方法，更重要的还可能在于学术的创新。学问与学术的真谛在于不断的创新，为社会不断地补充精神食粮。

学术创新是当下学界最重要的理念。然而，要真正对学术有所贡献则需要诸多的条件，起码对一个学者来说：要切实领悟学术的价值；要具备良好的学术意境和深厚的文化底蕴；要有正确的逻辑思维方法；在某种意义上还要有学术系谱的传承。邓正来在《深度研究与自主发展》一文中介绍说：美国著名文化人类学家吉尔兹遵循韦伯比较行为与行动的理路，对“眼皮痉挛”（行为）与“递眼色”（行动）作比较所得出的结论：前者只是动作，而后者却是有意义的动作。文章还介绍了 F. Crews 为西方反实证主义的知识运动的检讨对我们的启示：“一个优秀学者最重要的标志就是对先验结论‘抱有一种本能的警觉，换句话说就是，对任何未经检验得出的、貌似权威的结论、理论体系或者其他一般论点一概持怀疑态度’。”^③ 我认为，这种观点对于当下各大学中正在寻究大学精神和探求学术创新路径的学者而言，“不能不说是知识活动的一个尺度”。学术创新不应是“眼皮痉挛”，起码应该是“递眼色”。学术

① 梁启超：《饮冰室合集》（二），中华书局 1989 年版，文集之十三，第 52、56 页。

② 参见《学术思想评论》第 3 辑，辽宁大学出版社 1998 年版，第 541 页。

③ 参见《学术思想评论》第 2 辑，辽宁大学出版社 1997 年版，第 39、47 页。

是指那些对社会产生一定影响的学问。

凡办得好的大学，都有一种良好的学术氛围与传统。徐显明说：“学术传统是一所大学所拥有的最有价值的无形资产，它比起那些有形的资产更加珍贵。”他认为，需要代代传承的学术系统主要有四个方面：一则，养涵崇高，襟怀宏伟的大家气度。视学术犹如生命，具有对学问的虔诚敬畏之风气和孜孜不倦地探求之良俗。在科学的道路上，百折而又不挠，宽容而又大气，兼蓄而无门户之见，从而造就一批历久弥新的传世之作。二则，开拓创新，研故出新，有敢为天下先的学术追求。学者们都以学问的拓荒者为荣。他们的头脑不但专为学问而准备，也有着对时代变迁、学术更替的足够敏感。高文典册成就于启例发凡的学术努力之中。三则，沉潜学问，厚积薄发的精品意识。学者们恪守“板凳要坐十年冷，文章不写半句空”的信条。他们深知，做学问要耐得住寂寞，避免浅薄浮躁、急功近利。“根本固者，华实必茂，源流深者，光澜必章”是他们追求的学问境界。四则，崇争尚辩，追求学术自由的治学精神。学者们对“知出乎争”这一儒家遗训深信不疑。^①我想，这些良好的学术传统既已成为名牌大学的灵魂依然散发着光彩，那么，对于苦苦寻找发展之路的新兴大学来讲，确应视为楷模而效之。

山东政法学院推出这套“学术文库”，将分不同学科陆续出版。这不仅是该院专家学者们多年来精心研究所取得的成果的展示，更重要的在于通过这种学术作品的出版，历练学术意境，提升学术水平，进而在不断努力的基础上形成自己的学术传统。

是为序。

山东大学教授 陈金钊
博士生导师

2006年8月

^① 参见《山东大学百年学术精粹·总序》，山东大学出版社2001年版。

前 言

20 世纪 80 年代初，计算机和网络技术有了较大的发展，同时带来了电子商务的萌芽和发展。一些国家和跨国公司开始大量使用计算机和网络处理数据，在网络经济大潮的冲击下，许多传统产业已开始落后于网络产业。面对这样的情况，人们不禁要问：网络如此飞速发展的态势合理吗？互联网的发展是否存在泡沫？从我国的现况来分析，网络经济在一种极度狂热的环境下，经过几年的膨胀其所涉及的行业都有一定的泡沫存在。从网络中介服务者目前的经营环境来看，存在着有效需求严重不足的问题；至于网络内容提供者，大多处于勉强支撑的状态；而电子商务的实际开展情况则远不如想象的那样广泛。

中国的互联网是从美国复制过来的，从理念到商业模式，甚至宣传方式无不如出一辙。同时，中国商业网站的资金投入基本来自海外风险投资，主要是来自美国，因此，纳斯达克网络股的震荡给中国网络企业带来猛烈的冲击。许多先天不足的网络公司漏洞百出：管理混乱，竞争无序，付费网民的匮乏，社会信息环境滞后，行业自律、协作薄弱，于是一大批单打独斗的网站、电子商务公司败下阵来。数万个雄心勃勃的公司在短短一两年内就消失了，从四面八方汇拢到网络业的近百万从业者被迫重新选择职业和生活。

2000 年网络泡沫的形成有着表里两层原因，就当时的情况来说，这种泡沫的表层是因信息革命、投资的富裕和传媒对于商业和投资的热烈而引起的，而其内层就是互联网公司盈利前景黯淡。人们之所以会追捧互联网，是因为科技创新突飞猛进改变了人类生活

和工作方式,网络革命确实改变了社会面貌。之所以造成泡沫,是因为网络革命虽然对经济带来持久的冲击,但是事实上,投资人要从中获利并非易事。网络产生泡沫并不等于互联网就是泡沫,作为企业商业道路的互联网无所谓泡沫,互联网作为一种崛起中的新兴产业存在一定泡沫实际上是新经济发展曲折性的一种正常现象。网络泡沫现象其实是一种资本膨胀的结果,通过资本市场运作,资本膨胀部分投向新兴的朝阳产业。简单地说,就是通过泡沫实现资本的转移和产业结构的调整,完成市场配置资源的过程。可见,网络泡沫也不都是坏事。纳斯达克股市的风暴在带给我国网络界负面影响的同时客观上也促进了我国互联网企业走向成熟,促使它们根据市场的需要创建自己的商业模式,开拓自己的生存和发展空间,思索自己能够行之有效的盈利之道。事实证明我们比“网络之乡”的美国实际少走了一段弯路,截至2002年,国内的互联网公司就走出了低谷,纷纷盈利,TOM在第二季度就宣布持平,新浪、搜狐、网易也都凭借非广告业务而获得盈利,股价也都从最低时的垃圾股提升到10美元左右,传统行业的有为之士又开始回流到网站,垂直专业网站大行其道,网络向产业纵深发展。

近二十年来,我国互联网产业在曲折中前进。今天,互联网不但在我国的经济建设中发挥着越来越重要的作用,而且互联网的影响正逐步渗透到人们生活、生产、工作和学习的各个领域和角落。目前我国网络发展的红火景象,与几年前的那场泡沫有着本质的区别。不仅技术基础发生了重大变化,而且产业发展环境和用户需求也发生了巨大变化,网络已经渗透到人们日常工作、学习和休闲娱乐的方方面面,不再是空炒概念。同时,我国的信息化环境也在不断优化:近年来,国务院、信息产业部及相关部门出台了一系列法规促进产业发展,信息化建设已被提到一个相当重要的高度。随着政府、企业、家庭和学校上网工程的开展,互联网上网连锁经营管理等制度的出台,我国信息化基础设施建设和互联网行为规范化已有很大进展。事实证明,互联网的回暖过程虽然缓慢,但步履扎实。

在互联网的推动下，电子商务作为一种新型的交易手段发展迅速，且正在对社会和经济产生巨大影响。电子商务大大提高了企业的竞争力，在降低管理成本、提高劳动生产率，扩展市场范围，与客户进行良好沟通，为客户提供全天候、个性化服务等方面扮演着重要角色。同时电子商务对于实现贸易的全球化、适时化、网络化、数字化，促进国际贸易的增长，改善贸易管理也具有十分重要的作用。电子商务的广泛开展还将加快社会信息化的进程，并使一些新业务应运而生，例如，在线超市和商品目录、电子报纸、家庭银行等。电子商务的出现还将对消费行为产生影响：它会使顾客在选择消费对象时，拥有更加个性化的选择与更多的便利甚至更低的价格。对于就业来讲，电子商务的出现将增加从业者转变技能的需求，同时还将促进劳动力市场的全球化。但就中国目前的状况而言，正如我们已经看到的，电子商务不仅由于经济本身的原因，而且因为人们的担心和忧虑，还没有深入人们的生活。然而电子商务在我国的发展正在发生一场质变，那些能够容易在网上实现的、对外部依赖较少的新兴交易方式都获得了极快的发展。另外，平台型的电子商务企业正在发挥极为重要的作用，对促进中国的中小型企业开展电子商务交易起着不可替代的作用。广义的电子商务已经融入到中国大多数企业的生产与经营中。可以断言，电子商务将成为我国一项巨大的经济产业。

在网络泡沫化后时代，人们看到网络与电子商务在浴火中重生。其实网络本身并没有错误，但它却被人为地夸大了作用及过度投资，最后导致膨胀以至走向反面。理性地讲，网络与电子商务给人类带来的是革命性的信息时代。随着网络与电子商务在泡沫化之后的再生或重塑，它的应用前景是不可估量的，它所带来的社会经济变革也是长期的。在网络与电子商务中，长期突出的法律问题就是知识产权保护，如果脱离知识产权保护这个大背景和大环境，网络与电子商务可以说是无本之木、无源之水。可以讲，在网络与电子商务运行中，若得到了知识产权保护，网络与电子商务就会顺势得到发展和成熟。否则，得不到知识产权保护，网络与电子商务就

会困难重重，步履艰辛。

那么，我们首先需要明确的是在网络环境下现行的法律是否适用？

今天，互联网正在深刻地影响着人们的生产和生活，日益改变着人们的一切。它的发展实在太快，许许多多的网络行为在现行的法律中没有规定，人们既不知道怎样规范它，也不知道自己在网上如何行为才算合法。没有规矩，不成方圆。在网络的发展过程中，不可避免地出现许多问题，亟待法律加以规范。于是一部分人主张套用现行法律来解决出现的新问题，另外有一部分人则主张套用现行法不能从根本上解决法律适用的问题，应该立新的网络与电子商务法。这两种观点都有一定的道理，但根据现在的形势，把两者结合起来也许会更为妥当。

一方面，我们应该积极适时地制定有关网络方面的法规、规章、司法解释，便于实际操作，等时机成熟时再制定完整的有关网络方面的法律，通过这样的过渡，使法律能够较好地承前启后；另一方面，我们在处理网络方面的案件时，也不要把现行的法律丢在一边。一般来说，立法相对于现实的经济发展总是滞后的，当我们在有关网络方面的法规、规章中找不到适用的依据时，特别是在追究违法行为的法律责任时，在法律总的原理和精神下，结合个案的实际情况来处理也未尝不可。实际上，在司法实践中，各级法院在处理这类纠纷案件中也是采用上述两结合的方法，既参照现行法律又引用国际惯例和某些立法精神。

因此，知识产权在互联网环境下的法律保护是一个新兴的课题，随着网络日益向纵深发展，其与大家的联系越来越密切，越来越多的学者和网络爱好者致力于对它进行研究。本书立足于网络与电子商务本身独特特点去研究，如从网络域名、链接、网络数据库来研究知识产权在网络及电子商务中的保护问题，以期更直观、更详细地解读网络世界中的知识产权保护问题。

飞速发展的网络和方兴未艾的电子商务对现有的法律制度产生了深刻的影响。网络、电子商务与契约交易、争端解决、行政管

理、保护消费者权益、知识产权等众多法律部门、法律层次和规范体系密切关联。这其中，网络与电子商务的出现和迅猛发展对知识产权的影响最为广泛、深刻。

随着我国互联网产业的飞速发展，有关互联网知识产权的纷争也越来越多，并且是愈演愈烈。面对互联网在知识产权保护领域横扫的局面，一些人于是断言，网络与电子商务将动摇整个知识产权制度的根基，面对网络与电子商务，知识产权保护只有“望洋兴叹”。事实证明，这种论断显然是错误的。在网络时代，作为鼓励智力劳动成果创造和传播的知识产权制度并没有过时，而是随着“网络”这一新信息传播媒介的出现，作出了适时、相应的调整。当然，互联网环境下知识产权的保护是一个非常复杂的问题，也是一个世界性的难题。毕竟网络上的信息不像纸质媒体那样，能够在引起诉讼的时候顺利保留“证据”。由于网络具有信息的删改性，可以让网页和信息内容在瞬间“蒸发”掉，信息发布的时间也能够进行随意修改，因此一旦发生纠纷，如何取证和摆明真相都是难题。但这决不意味着网络条件下知识产权保护的无奈与放弃。在世界经济发展的今天，知识产权的作用越来越重要，并成为经济发展的重要基础，网络产业尤其需要知识产权的保护。因此，正确理解网络与知识产权保护的关系，在发展网络产业的同时加大对知识产权的保护，已是知识经济时代刻不容缓的问题。

在互联网环境下网络与电子商务中涉及的知识产权问题十分广泛，例如，网络传输、网络数据库涉及的著作权问题、域名、网络中专利、商业秘密涉及的有关知识产权问题等。在本书中，主要对以下问题逐一进行分析：网络链接与搜索引擎引发的知识产权问题；网络传输有关的知识产权问题；网络服务提供者的侵权责任；网络数据库；域名的知识产权保护；网络上专利的有关知识产权问题；电子商务中的商业秘密保护等。总之，本书试图与大家共同探讨在网络与电子商务环境下如何进行有关的知识产权法律保护问题。

目 录

第一章 网络与电子商务的基本法律问题	(1)
第一节 网络与电子商务法律的概念	(1)
第二节 网络与电子商务法的特征	(3)
第三节 网络与电子商务国内外的立法现状	(5)
第二章 网络链接与搜索引擎引发的知识产权保护问题研究	(11)
第一节 链接与搜索引擎概述	(11)
第二节 与网络链接相关的侵权问题分析	(17)
第三节 与搜索引擎相关的侵权问题分析	(20)
第四节 互联网搜索和链接法律责任的变迁	(26)
第三章 与网络传输有关的知识产权保护问题研究	(34)
第一节 作品数字化和网络传输概述	(34)
第二节 对网络作品合理使用问题之分析	(44)
第三节 电影作品信息网络传播权之保护	(49)
第四节 网络环境下精神权利保护问题之分析	(58)
第五节 我国应对网络传输权问题的建议	(62)
第四章 网络数据库的知识产权保护问题研究	(70)
第一节 网络数据库概述	(70)
第二节 网络数据库保护的现有立法及理论分析	(75)

第三节	数据库著作权保护中的独创性问题之分析	(81)
第四节	我国应对数据库保护问题的建议	(84)
第五章	网络服务提供者侵权责任相关知识产权保护问题研究	(89)
第一节	网络服务提供者概述	(89)
第二节	网络内容提供商的侵权问题之分析	(90)
第三节	网络中介服务者侵权问题之分析	(103)
第四节	我国对网络服务提供者民事责任的立法	(107)
第五节	网络服务提供者著作权侵权责任的法律规制	(110)
第六章	域名的知识产权保护问题研究	(115)
第一节	域名的法律属性概述	(115)
第二节	域名抢注	(121)
第三节	域名与商标纠纷解决途径之分析	(127)
第四节	奥林匹克域名的法律对策分析	(144)
第五节	域名的知识产权保护	(149)
第六节	域名立法缺陷及改革建议	(160)
第七章	网络上专利的有关知识产权保护问题研究	(163)
第一节	网络专利概述	(163)
第二节	计算机程序的专利保护问题之分析	(164)
第三节	网络商业模式专利新探	(179)
第八章	电子商务中商业秘密的知识产权保护问题研究	(189)
第一节	商业秘密概述	(189)
第二节	商业秘密的侵权问题之分析	(195)
第三节	电子商务中商业秘密法律保护问题之分析	(201)
第四节	合法获取商业秘密的建议	(204)

第九章 计算机犯罪相关知识产权保护问题研究	(207)
第一节 计算机犯罪概述	(207)
第二节 计算机取证技术的研究	(214)
第三节 计算机犯罪的立法保护问题之分析	(219)
第四节 计算机犯罪的防范措施	(237)
第五节 我国应对计算机犯罪的立法建议	(239)
第十章 热点案例评析	(242)
参考文献	(316)

第一章 网络与电子商务的基本法律问题

随着我国互联网产业的飞速发展，有关互联网知识产权的纷争也越来越多。面对知识产权保护在互联网领域被“横扫”的局面，一些人于是断言，网络与电子商务将动摇整个知识产权制度的根基，面对网络与电子商务，知识产权保护只有“望洋兴叹”。事实证明，这种论断显然是错误的。在网络时代，作为鼓励智力劳动成果创造和传播的知识产权制度并没有过时，而是随着“网络”这一新信息传播媒介的出现，应作出适时、相应的调整。为了更好地探讨其中的知识产权问题，我们必须首先了解网络与电子商务的基本法律问题。

第一节 网络与电子商务法律的概念

网络就是利用通信设备和线路将地理位置不同的、功能独立的多个计算机系统相互联结起来，以功能完善的软件实现资源共享和信息传递的系统。网络用户的距离是决定网络类型及使用技术的要素之一。网络依据其覆盖范围的大小可粗略地分为局域网与广域网两大类。

电子商务是利用现有的计算机硬件设备、软件和网络基础设施，在按一定的协议连接起来的电子网络环境下从事各种各样的商务活动的手段。因此，对于电子商务的科学理解应包括以下几个基本方面：（1）电子商务是整个商务活动的电子化和数字化；（2）电子商务是利用各种电子工具和电子信息技术从事各种商务活动的过

程；(3) 电子商务渗透到商务活动的各阶段，因而内容广泛，以信息流、物质流或货币流为核心，包括信息交换、售前售后服务、销售、电子支付、运输、组建虚拟企业、共享资源等；(4) 电子商务的参与者包括消费者、销售商、供货商、企业雇员、银行或其他金融机构以及政府等各种机构或个人；(5) 电子商务的日的就是要实现企业乃至全社会的高效率、低成本的商务活动。^①

以上是从广义上来理解电子商务的概念。而我们平常所说的电子商务，则是狭义上的电子商务，专指互联网上在线销售式的电子商务，即通过互联网上的“商店”所从事的在线产品和劳务的买卖活动。其交易内容可以是有形的产品和劳务，如书籍、日用消费品等；也可以是无形产品，如新闻、音像产品、软件及其他类型的知识产品。

网络与电子商务在现代贸易中占有举足轻重的地位，它将取代原有的贸易手段，并主导整个贸易手段的发展。然而，在电子商务活动过程中出现了很多法律问题，如电子合同的订立问题、网上支付问题、电子保险问题、网上税收问题以及电子商务的安全问题等等，这些问题的产生主要是由于电子商务活动与传统贸易活动在形式上存在着很大的区别，电子商务活动的主要过程都是通过计算机网络进行的。因此，我们可以说网络与电子商务法律是指调整电子商务信息流、物质流和货币流三个环节活动中所产生的社会关系的法律规范的总称。

电子商务法律有形式意义的电子商务法律和实质意义的电子商务法律之分。形式意义的电子商务法律是指体系化的制定于一个法律文件内的电子商务法。目前世界上已有一些国家制定了或正在制定这种以制定法形式表现的电子商务法，1996年12月，联合国国际贸易法委员会推荐的《电子商务示范法》就是这种意义上的电子商务法。实质意义上的电子商务法则是指电子商务法律规范总称意

^① 参见田文英、宋亚明、王晓燕编著《电子商务法概论》，西安交通大学出版社2000年版，第2页。

义上的电子商务法，也就是作为部门法意义上的电子商务法。它不仅包括以电子商务命名的法律、法规，而且还包括其他各种制定法中有关电子商务的法律规范，如，我国合同法中关于数据电文的规定，我国刑法中关于计算机犯罪的规定，等等。^①

第二节 网络与电子商务法的特征

网络与电子商务的发展对法律制度产生了巨大冲击与挑战，其影响是深刻和全方位的，这使建立和完善网络经济的法律制度迫在眉睫。近年来，世界上已有许多国际组织、国家和地区制定了调整网络与电子商务活动的法律规范，形成了许多网络与电子商务法律文件。笔者认为，制定适宜的网络与电子商务法应建立在对网络与电子商务法的法律属性与特征的正确认识基础之上，所以，正确认识网络电子商务的法律属性和法律特征成为我们面临的首要问题。

网络与电子商务法律特征主要集中在以下几个方面：^②

1. 国际属性

网络与电子商务的国际属性是其最重要的特征之一。首先，互联网技术的全球性，决定了电子商务活动的国际性特征，网络与电子商务法律相应的也应当力图建立全球范围内统一的网络与电子商务规则。从目前的发展情况来看，随着网络与电子商务发展应运而生的许多互联网技术，例如，网络链接、搜索引擎等，在网络环境下的持续健康发展都需要网络与电子商务法律的国际化。其次，经济的全球化在加快世界各国经济发展步伐的同时，也让各国之间的经济依存与联系更为紧密，这就需要在全球范围内建立适应网络与电子商务发展的统一规则。可以说，网络与电子商务立法必须以全

^① 参见田文英、宋亚明、王晓燕编著《电子商务法概论》，西安交通大学出版社2000年版，第40页。

^② 参见蒋志培主编《网络与电子商务法》，法律出版社2001年版，第14～20页。