

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 Institute for Internet Law

第16卷

Volume 16

网络法律评论

Internet Law Review

主编/张 平

Chief Editor Zhang Ping



北京大学出版社

PEKING UNIVERSITY PRESS

013062721

D922.174-53

01

V16

第16卷

Volume 16

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 Institute for Internet Law

网络法律评论

Internet Law Review



主编/张平

Chief Editor Zhang Ping

D922.174-53

01



北航

C1670324



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16卷/张平主编. —北京:北京大学出版社, 2013. 8
ISBN 978-7-301-23031-2

I. ①网… II. ①张… III. ①计算机网络-科学技术管理法规-研究-中国
IV. ①D922.174

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第190829号

书 名: 网络法律评论(第16卷)

著作责任者: 张 平 主编

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978-7-301-23031-2/D·3398

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>

新浪微博: @北京大学出版社

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

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

出版部 62754962

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印张 362千字

2013年8月第1版 2013年8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 OPPORTUNITY 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 20 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。

信息技术在中国的快速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,着眼于对策而作出的成果。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和近邻中国。

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,早就存在的知识产权不得不“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

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作出新的贡献。

——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,还需要在纸质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

在北大知识产权学院庆祝建院二十周年之际,《网络法律评论》第16卷与读者见面了。本卷的主题是“微博时代的权利保护”。

微博是自媒体的代表。它具有强大的信息传播力量,改变了传统的新闻传播格局,也引发了对相关法律问题的讨论。本卷“专题链接”栏目选择了五篇论文,从公法和私法的不同角度对基于微博产生的法律问题展开学术争鸣。公法方面,中国政法大学赵宏副教授的《微时代下的表达自由及其限制——从微博实名制看国家干预公民权利的正当性及其界限》以宪法视角切入,从目的正当性、手段适度性、形式合宪性三个方面对2012年开始实施的“微博实名制”进行了检验。与之相应,《从比例原则看微博言论自由与名誉权的平衡——“微博第一案”两审判决的合比例性分析》一文,在宪法上的“比例原则”框架下,对“微博第一案”的两审判决进行了合比例性分析。《对微时代及其与我国司法审判之关系的新思考》直面“微时代”下司法审判面临的挑战,通过个案剖析加以佐证,呼吁维护正当刑事司法程序、警惕以“微博”进行民意审判。私法方面,《微博博主的著作权侵权问题研究》聚焦上限为140字的微博博主的著作权保护,对于微博博文本身是否存在著作权、博文侵害著作权的表现及侵权责任认定、微博服务平台侵权责任认定等问题进行了阐释,建议建立互联网著作权授权契约制度,以解决微博著作权侵权问题。《社交网络平台商标侵权责任与风险防范》则从商标法的角度,对以微博为代表的社交网络平台所面临的两大商标侵权问题展开研究:一、商标被作为用户名注册;二、通过社交平台发布商标侵权产品或服务信息。

“学术BBS”依旧是探讨互联网法律问题的前沿阵地。界定“相关市场”是反垄断法实施中的核心问题。《论互联网相关市场的界定》一文介绍了互联网相关市场的五项基本特征,阐释了欧盟委员会、德国联邦卡特尔局和德国法院在界定互联网相关市场时应用的理论与方法,提出了如何界定中国互联网相关市场的建议。该文作者留德多年,文中运用了大量第一手德文资料,全文带有浓郁的德国法色彩。互联网审查问题历来备受关注与争议,甚至引发了国家之间的纷争。《互联网审查及其评价标准》网

罗多国的互联网审查实践经验,并就“四分法”能否有效评估一国审查互联网的合法性阐述了观点。监狱管理似乎与互联网风牛马不相及,但随着互联网的媒体功能日益凸显,网络舆论的波动可能引起“蝴蝶效应”,导致舆情危机,甚至引发群体性事件。《涉监网络舆情的机制语境》对网络舆情三种层级的内在生成机制进行了抽丝剥茧的分析,提出了建构健康网络舆情环境的外在调控机制及一揽子具体举措。目前云计算已经成为互联网技术发展的大势所趋,网盘是技术的全新应用,应有法律的保障为其良性发展奠定基础。《云存储环境下网络存储服务条款问题分析》通过对国内外多家网盘服务公司服务条款的汇总、分析、整理,针对“用户上传内容的归属问题以及服务商使用内容的约定”、“关于著作权条款的约定的设置”、“网盘服务是否应当负有高于避风港原则的注意义务”、“云存储下的信息安全问题”的探讨,试图为云存储服务条款设置提供一定的总结和建议,希望能够为云存储行业积极健康的发展提供一些法律方面的帮助。在涉及网络证据的专利确权案件中,真实性认定是难点和争议焦点之所在。《专利确权案件中的网络证据真实性认定》一文的作者结合自身担任国家知识产权局专利复审委员会审查员的工作心得,运用实证分析方法,梳理了审查中网络证据真实性的审核认定方法,就我国如何建立适应专利确权案件审查需要的网络证据法律制度提出了设想。互联网深刻地改变并大大扩张了市场,网络市场呈现出比传统市场更为优良的自我调节机制。《网络市场中的商标政策研究》一文提出,网络市场中的商标政策应当“市场为主,政府为辅”,充分发挥商标的市场效率调节作用。

“追踪研究”是对往期既有研究的跟进。著作权集体管理是老生常谈的话题,“云模式”则被称为“未来互联网的新商业模式”。一旧一新,这二者的碰撞会产生怎样的火花?不同于寻常的法学研究视野,《云模式下的著作权集体管理》的作者以工程师的视角,结合现今IT领域最具影响力的云服务模式,从著作权集体管理的组织模式入手,提出了基于云的竞争——垄断适当结合的整体组织模式。标准化中的“合理无歧视原则”来源于产业实践,目前尚无清晰的法律地位。《标准化中合理无歧视原则的法律性质初探》对这一原则进行了专利法和反垄断法上的考察,认为其法律性质应当界定为合同性质的义务,特征包括自愿性、不可撤回性、对世性和内容的不确定性。对于商标与域名的冲突,学界已有不少研究,实践中亦已有一定的积累。《论商标和域名权利冲突的非诉讼纠纷解决模式》绕开传统的诉讼解决方式,将目光转向调解、仲裁、域名争议解决机制等非诉讼模式,并从被侵权方和侵权方两个角度对不同纠纷解决机制作了风险—收益分析。

“信息窗口”旨在为读者推开一扇窗,以领略域内外互联网法律立法与研究的新近动向。2012年2月23日,美国白宫颁布了《消费者隐私权利法案》(Consumer Privacy Bill of Rights)。这部法案贯彻并拓展了公平信息利用原则,使之与消费者的实体性权利挂钩,这对于在互联网环境下保护消费者的隐私权、维护网络环境中的信任关系、促

进网络经济发展具有重要意义。为了实施法案,美国政府一方面构建了多方利益主体参与机制,制定了执行行为准则,使政策具有灵活性、便捷性和分散性;另一方面突出政府机构在政策执行中的核心作用,通过加强执行来保护消费者权益。《网络环境下消费者数据的隐私保护——在全球数字经济背景下保护隐私和促进创新的政策框架》对此进行了全景展现。《垃圾邮件防止法之探讨》一文是台湾岭东科技大学财经法律研究所所长曾胜珍教授的新近研究成果。该文介绍了美国关于垃圾邮件的立法与法律实务,并结合台湾的立法现状提出立法建议。为了应对信息时代的挑战,英国政府于2009年11月颁布《数字经济法案》,拉开建设“数字英国”的序幕。《英国〈数字经济法案〉综述》一文介绍了法案的形成背景、主要内容和社会各界的评价,并分析了法案对于我国网络传播行为规制的借鉴意义。

“案例收藏夹”依旧关注来自实务一线的经典案例。《论著作权中的默示许可——从“方正诉宝洁”案说起》以“方正诉宝洁倩体字案”二审法官的裁判思路为切入口,对著作权中默示许可的规范依据和法律地位进行界定,梳理了国内外默示许可的立法和司法实践,对默示许可在互联网环境下解决著作权授权困难的作用提出了思考。

目 录

2004 年序

序言节录

本卷导读

专题链接

微时代下的表达自由及其限制

——从微博实名制看国家干预公民权利的正当性
及其界限 赵 宏 003

从比例原则看微博言论自由与名誉权的平衡

——“微博第一案”两审判决的
合比例性分析 陈 燕 014

对微时代及其与我国司法审判之关系的新思考 ... 元 轶 031

微博博文的著作权侵权问题研究 周剑弘 038

社交网络平台商标侵权责任与

风险防范 陈 磊 吴国晨 051

学术 BBS

论互联网相关市场的界定 翟 巍 065

互联网审查及其评价标准 王孔祥 080

涉监网络舆情的机制语境 齐岩军 097

云存储环境下网络存储服务条款

问题分析 韩元牧 吴莉娟 114

专利确权案件中的网络证据真实性认定 朱 茜 128

网络市场中的商标政策研究 刘 媛 144

追踪研究

- 云模式下的著作权集体管理 鲁 冰 159
- 标准化中合理无歧视原则的法律性质初探 刘晓春 170
- 论商标和域名权利冲突的非诉讼纠纷解决模式 ... 孙 那 177

信息窗口

- 网络环境下消费者数据的隐私保护
——在全球数字经济背景下保护隐私和促进创新的政策框架
周 辉 孟兆平 敖重森 冯源译
..... 程宁校 193
- 垃圾邮件防止法之探讨 曾胜珍 219
- 英国《数字经济法案》综述 张亚菲 232

案例收藏夹

- 论著作权中的默示许可
——从“方正诉宝洁”案说起 吴雨豪 245

编者手记

- 中国的互联网立法如何走得更远?
——传媒法视野下的思考 颜晶晶 261

Contents

Preface of 2004

Preface

Introduction

Topic Links

- The Freedom and Its Limit in the Micro-era: A Study on the
Limit of the Government in the Intervening the Fundamental
Rights in the Perspective of the Real-name System of the
Microblog by Zhao Hong 003
- On the Balancing between the Microblog Freedom of Speech and
the Right of Reputation from the Perspective of the Principle
of Proportionality: A Proportionality Analysis of Both Judgments
on “The First Microblog Case” by Chen Yan 014
- A New Reflection of the Micro-era and Its Relationship with
Judicial Adjudgement of China by Yuan Yi 031
- Study on Copyright Infringement of Microblog
Article by Zhou Jianhong 038
- Trademark Infringement Liability of the Social Media Platform
and Its Risk Prevention ... by Chen Lei Wu Yuanchen 051

Academic

BBS

- The Definition of Relevant Internet Market by Zhai Wei 065
- An Analysis on Internet Censorship and Its Standards of
Evaluation by Wang Kongxiang 080
- The Study on Mechanisms of Internet Public Opinions
Concerning Prison by Qi Yanjun 097

	Analysis on Issues with Related to the Terms of Service Regarding Web Disk under Cloud Storage Surroundings by Han Yuanmu Wu Lijuan 114
	The Authenticity of the Network Evidence in the Patent Right Verification Cases by Zhu Qian 128
	On Establishment of Trademarks on the Internet Policy by Liu Yuan 144
Continued Research	Collective Management of Copyright in the Cloud Mode by Lu Bing 159
	Initial Observation on RAND Principle in Standardization by Liu Xiaochun 170
	Alternative Dispute Resolution to Solve the Conflict between Trademark and Domain Name by Sun Na 177
Documents Windows	Consumer Data Privacy in a Networked World: A Framework for Protecting Privacy and Promoting Innovation in the Global Digital Economy Translated by Zhou Hui MengZhaoping Ao Chongmiao Feng Yuan Proofread by Cheng Ning 193
	An Analysis of the Draft of Protection in Spam E-mails and Filters by Tseng Sheng-Chen 219
	Review of the UK Digital Economy Act by Zhang Yafei 232

Case Favorite	Implied License in Copyright: Commenting on “Founder v. P&G” by Wu Yuhao 245
Executive Editor’s Postscript	How could China’s Internet Legislation Go Further? —A Media Law Perspective by Yan Jingjing 261

专题链接
