



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

本卷为《互联网法律通讯》2005年特刊

网络法律评论

Internet Law Review

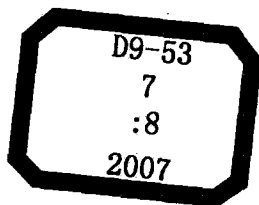
本卷执行主编：赵晓力

主编/张 平

Zhang Ping, Editor



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



第8卷
Volume 8

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

本卷为《互联网法律通讯》2005年特刊

网络法律评论

Internet Law Review

本卷执行主编：赵晓力

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8卷)/张平主编. —北京:北京大学出版社,2007.1

ISBN 978-7-301-11465-0

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160085号

书 名: 网络法律评论(第8卷)

著作责任者: 张 平 主编

责任编辑: 孙战营

标准书号: ISBN 978-7-301-11465-0/D·1659

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

电子信箱: 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 367千字

2007年1月第1版 2007年1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

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,又不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

郑成礼
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

* 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。

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分答案,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。

——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

作为北京大学互联网法律中心简报《互联网法律通讯》2005年的精华本——《网络法律评论》第八卷在内容和结构上都与前几卷不同。本卷主体部分共分为四大块：“互联网法律动态”、“主题研讨”、“法律书评”和“学术动态”，这种安排直接脱胎于北京大学互联网法律中心的《互联网法律通讯》，意在反映北京大学互联网法律中心着力于互联网领域法律与政策基础性研究的旨趣。

“互联网法律动态”集中关注2004年1月至2005年3月的全球互联网法律与政策走向，分为反垃圾邮件、网络色情、网络传播、电子投票、互联网治理、网络隐私、网络犯罪、网络安全、电子钓鱼、电子商务、网络税收、反垄断、域名、知识产权、知识共享等十五个方面，代表了这一时期互联网领域在全球范围内的普遍问题和政府、学术、产业界关注的焦点所在。2005年3月之后至今的互联网法律动态，北京大学互联网法律中心编辑的《互联网法律通讯》也一直在跟踪，将来也会汇编起来供读者参考。

“主题研讨”又分为“互联网治理”、“电子商务与法律”、“网络著作权”三个子题。在“互联网治理”中，《通信自由、通信秘密与反垃圾邮件立法》是对互联网时代如何落实宪法基本权利的探索，《网络色情的法律规管》提出了在互联网领域解决网络色情问题的分类分级规管体系。

在“电子商务与法律”中，《我国电子签名立法过程中的几个重要环节》以参与者的视角为我们提供了一次政府立法过程的第一手实证资料，《刑事法视野中的电子商务欺诈》回应了电子商务欺诈认定、电子证据和网络犯罪刑事管辖权等等极为迫切的现实焦虑，《关于〈合同法〉中“数据电文”条款的解释》彰显了在电子商务立法的中立性原则下，电子合同对传统合同的冲击，对于规管传统社会的法律如何具体运用到网络社会做了一次很有说服力的论辩。

在“网络著作权”中，《中国的NAPSTER判决》梳理了法院认定正东唱片诉世纪悦博侵犯邻接权案中网络著作权侵权的具体要件及其逻辑环节；在此基础上，作者写出了《网络著作权游戏规则：尘埃落定》一文，这篇文章也是立法评论的一个范本；《机械

性使用、功能性使用与 P2P 著作权问题》将“合理使用”原则改造为机械性使用与功能性使用,并以此为基础构建 P2P 侵权认定的基本原则;《非赢利教育机构图书馆网络传播豁免》鉴于通过数字网络方式获得的信息越来越多,认为论证必须保留公众的合理使用权以及在此基础上的网络传播豁免权;《在 WIPO 分蛋糕》一文分析了《世界知识产权组织版权及相关权常设委员会(SCCR)第 11 届会议记录》,介绍了广播组织权利的基本背景,并描述了与会各方利益博弈的过程,《世界知识产权组织版权及相关权常设委员会(SCCR)第 11 届会议记录》是与会者的真实会议记录,很有现场感,附在后面,作为参考。

“法律书评”评论的七本书,涉及众多领域,包括互联网治理、代码即法律、网络公共领域的开放与创新、网络社会、网络隐私、网络音乐传播、网络媒体等等。

“学术动态”作为学术资料,保存了五、六年来全球互联网法律与政策学术会议的简明档案和本中心主办的两次互联网法律与政策研讨会的资料。

本卷执行编辑

目 录

2004 年序

序言节录

本卷导读

互联网 法律动态

互联网法律动态

(2004 年 1 月至 2005 年 3 月) 刘 晗 3

主题研讨

互联网治理

通信自由、通信秘密与反垃圾邮件立法 赵晓力 39

网络色情的法律规管 欧树军 52

电子商务与法律

我国电子签名立法过程中的几个重要环节 阿拉木斯 80

刑事法视野中的电子商务欺诈 闫鹏和 85

关于《合同法》中“数据电文”条款的解释 李 旭 102

网络著作权

中国的 Napster 判决

——评 Chinamp3 网络音乐链接

的三判决 刘晓春 110

网络著作权游戏规则:尘埃落定 刘晓春 125

机械性使用、功能性使用与

P2P 著作权问题 任 勇 132

非赢利教育机构图书馆网络传播豁免 肖 燕 139

在 WIPO 分蛋糕 刘晓春 148

附录 世界知识产权组织版权及相关权常设委员会 (SCCR)

第 11 届会议记录 毛晓秋译, 刘晓春校

书评

- 凯斯·桑斯坦:网络共和国:自由国家
还是自由市场 毛晓秋 215
- 劳伦斯·莱斯格:代码:
塑造网络空间的法律 刘曙光 219
- 劳伦斯·莱斯格:思想的未来 刘曙光 223
- 曼纽尔·卡斯特:网络社会的逻辑 欧树军 228
- 史蒂文·列维:隐私的终结 毛晓秋 234
- 约翰·奥德曼:网乐为谁而鸣 毛晓秋 238
- 丹·吉尔默:我们媒体:民治、
民享的草根新闻 刘 晗 242

学术动态

- 中国互联网法律与政策学术动态
(2000—2005.5) 刘晓春 249
- 全球互联网法律与政策学术动态
(2004.1—2005.5) 刘晓春 260
- 美国互联网立法动态(2004.06.10) John Scheibel 272
- 欧盟互联网立法动态(2004.06.10) Stephen Collins 275

编后小记

- 缘起 欧树军 281

Contents

	Preface of 2004	
	Preface	
	Introduction	
Internet Law News		
	Internet Law News	By Liu Han 3
Symposium		
	Internet Governance	
	Anti-Spam Law and the Constitutional Right to Freedom and Privacy of Correspondence	by Zhao Xiaoli 39
	How to Regulate Cyberporn?	by Ou Shujun 52
	Electronic Commerce and Law	
	Electronic Signature Legislation in China	by Ala Musi 80
	E-Commerce Fraud in the Criminal Law	by Yan Penghe 85
	Comments on Several Interpretations of Data Message Clause in China Contract Law	by Li Xu 102
	Internet and Copyright	
	China's <i>Napster</i> Case	by Liu Xiao Chun 110
	Have the Rules of Online Copyright Protection settled down	by Liu Xiao Chun 125
	Mechanical Use, Functional Use and Copyright issues in Peer-to-Peer Network	by Ren Yong 132
	On Exemption of Copyright Liability of Non-profit Public Library	by Xiao Yan 139

	Share Pie in WIPO by Liu Xiao Chun 148
	Notes from the World Intellectual Property Organization's Standing Committee on Copyright and Related Rights (SCCR 11) Meeting by Mao Xiaoqiu Liu Xiao Chun
Book Review	
	Cass Sunstein: <i>Republic.com; Free Country or Free Market</i> by Mao Xiaoqiu 215
	Lawrence Lessig: <i>Code and other Laws of Cyberspace</i> by Liu Shuguang 219
	Lawrence Lessig: <i>The Future of Ideas</i> by Liu Shuguang 223
	Manuel Castells: <i>The Logic of Network Society</i> by Ou Shujun 228
	Steven Levy: <i>The End of Privacy</i> by Mao Xiaoqiu 234
	John Alderman: <i>Sonic Boom; Napster, MP3, and the New Poineers of Music</i> by Mao Xiaoqiu 238
	Dan Gillmore: <i>We the Media; Grassroots Journalism by the People, for the People Copyright in Historical Perspective</i> by Liu Han 242
Conference Watch	
	Conference Briefs on Internet Law and Policy in China by Liu Xiao Chun 249
	Conference Briefs on Internet Law and Policy all over the World by Liu Xiao Chun 260
	Internet Legislations in America by John Scheibel 272
	Internet Legislations in European Union by Stephen Collins 275
Postscript	
	Origin of Peking University Internet Law Center by Ou Shujun 281

互联网法律动态

Internet Law News

互联网法律动态

(2004 年 1 月至 2005 年 3 月)

刘 晗*

反垃圾邮件

两年来,垃圾邮件泛滥的趋势日渐严重。不仅数量上增加,种类上也逐渐“丰富”,除了传统的商业垃圾邮件外,还出现了政治游说^①、宗教布道^②等各种形式的垃圾邮件。“治乱世用重典”,各国都对垃圾邮件采取了更严厉的打击措施。

就立法及政策方面而言,自 2003 年底《美国反垃圾邮件法》出台以来,美国各州以及世界各地的垃圾邮件立法就层出不穷。在美国,《马里兰州制止垃圾邮件法》于 2004 年 10 月生效,被誉为美国规管最严、力度最大的反垃圾邮件法。与《联邦反垃圾邮件法》一样,该法没有禁止未经请求的商业电子邮件。相反,它禁止发送垃圾邮件者隐藏自己的身份,比如从别人的电子邮件账户转发垃圾邮件或者伪造回复地址,它也将向从网络上获得的任意地址发送邮件列为非法。^③此外,佛罗里达、新泽西、俄亥俄、佐治亚等州也都有此动议。^④另外,加拿大参议院再次倡议反垃圾邮件立法^⑤,以色列也在完善反垃圾邮件法。^⑥同时,欧盟也有动作,SPAMHAUS 的创立者 Steve Linford 正

* 刘晗,北京大学法学院 2002 级本科生,Email:liuhanliuhan@gmail.com。

① <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A42517-2004Aug28.html>.

② http://news.com.com/2100-1032_3-5459848.html.

③ <http://www.baltimoresun.com>.

④ 分别参见 http://www.usatoday.com/tech/news/techpolicy/2004-05-26-spam-bill-fl_x.htm。

<http://www.philly.com/mld/inquirer/news/local/8924951.htm>。

http://news.com.com/2100-1030_3-5472453.html。

http://www.accessnorthga.com/news/ap_newfullstory.asp?ID=53192。

⑤ <http://oliverspambill.notlong.com/>。

⑥ 以色列此前的反垃圾邮件法被指有利于电子邮件商人,人们期望列入议会会议的两个议案能作出改进。<http://www.haaretz.com/hasen/spages/513958.html>。

在为欧盟反垃圾邮件立法出谋划策,他建议欧盟采取与澳大利亚相似的立法模式。^⑦

司法判决方面,因垃圾邮件入狱和被罚的情况也越来越多、处理措施越发趋重。美国北卡罗莱纳州一男子因发送数十万垃圾邮件而被判9年监禁^⑧;一家联邦法院判CIS互联网服务公司就其垃圾邮件行为赔付10亿元,这是迄今涉及垃圾邮件诉讼中赔偿数额最大的一起。^⑨此外,荷兰一名垃圾邮件发送者也被当局罚款42500欧元。^⑩

但重典似乎不足以平乱世。这些立法及政策都收效甚微。《美国反垃圾邮件法》(CAN-Spam Act)生效之后,垃圾邮件数量持续上升。^⑪据Nucleus研究公司的报告,垃圾邮件2004年造成了大公司每个员工2000美元的生产力损失。一些美国大公司的员工说,他们每天平均花费15分钟的时间过滤垃圾邮件,每天平均收到29封不请自来的邮件,而在2003年,处理垃圾邮件的时间是每天7分钟。^⑫这一方面是由于技术手段的欠缺和法律本身的不足。比如,《马里兰州反垃圾邮件法》就被认为难以实施,因为主要的互联网服务商不是以州为基础的,检察官难以证明垃圾邮件是通过马里兰州的计算机服务器发送的,很多电子邮件服务商的总部都不在马里兰州。^⑬

但另一个原因更为重要,也就是说,这种规管本身或许也有问题。强大的反垃圾邮件技术已开始阻碍正常的电子邮件通信,甚至侵犯了人们的通信自由。随着躲避规管的垃圾邮件发送技术不断提高,随之而来的更高级规管措施却影响了合法邮件的通讯。据悉,一个正常用户因此丢失的合法信件数从每月一封到每周五封不等^⑭,这显然造成了新的麻烦。于是,反“反垃圾邮件”组织的成立就绝不是哗众取宠了,作为世界第一个此类组织,它对反垃圾邮件立法的必要性提出质疑。该组织的主席理查德·李先生认为,商人们应该享有与其客户在任何时间内接洽的自由,并且,应当把互联网与其他传播媒介一视同仁,而不应单独立法进行规管。^⑮该组织的主张诚然偏激,但也确实反映出了垃圾邮件规管的核心问题:即,绝不是一味的立法予以打击,而要谨慎地考虑,如何在打击垃圾邮件的同时不妨碍正常电子邮件的流通。

这就不仅是法律问题了。网络法大师Lawrence Lessig名言曰,“代码即法律”,同样,技术也就是网络空间的法律。我们看到,各种技术手段都在致力于解决上面提到

⑦ <http://uk.news.yahoo.com/041025/152/f596a.html>.

http://www.eff.org/IP/P2P/RIAA_v_ThePeople/20041012_Order_Granting_Request.pdf.

⑧ http://news.com.com/2100-1024_3-5438340.html.

<http://www.siliconvalley.com/mld/siliconvalley/news/editorial/11345981.htm>.

⑨ <http://online.wsj.com/article/0,,SB110349923676804327,00.html>.

⑩ <http://uk.news.yahoo.com/041228/80/f9arl.html>.

⑪ <http://www.eweek.com/article2/0,1759,1608925,00.asp>.

⑫ <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A21657-2004Jun7.html>.

⑬ http://news.xinhuanet.com/st/2004-04/21/content_1432139.htm.

⑭ <http://www.siliconvalley.com/mld/siliconvalley/news/editorial/10993009.htm>.

⑮ <http://www.stuff.co.nz/stuff/0,2106,3017771a11275,00.html>.