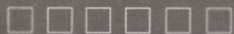


网络法

商建刚 著



<http://www.wangluofa.com>

astershang@vip.sina.com



学林出版社

网络法

商建刚 著

<http://www.wangluofa.com>

astershang@vip.sina.com



学林出版社

图书在版编目(CIP)数据

网络法/商建刚著. —上海:学林出版社,2005.8

ISBN 7-80730-014-0

I. 网... II. 商... III. 计算机网络—科学技术管理—法规—中国 IV. D922.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 093780 号

网络法



- 著 者—— 商建刚
特约编辑—— 刘 娴
责任编辑—— 张建一
封面设计—— 魏 来
出 版—— 上海世纪出版集团
学林出版社(上海钦州南路81号3楼)
电话: 64515005 传真: 64515005
发 行—— 新华书店上海发行所
学林图书发行部(钦州南路81号1楼)
电话: 64515012 传真: 64844088
印 刷—— 上海译文印刷厂印刷
开 本—— 890 × 1240 1/32
印 张—— 11
字 数—— 25.4 万
版 次—— 2005 年 8 月第 1 版
2005 年 8 月第 1 次印刷
印 数—— 5000 册
书 号—— ISBN 7-80730-014-0/D·1
定 价—— 20.00 元



作者简介

网络法专业律师，上海市律师协会电子商务与网络法律研究会委员，上海市信息服务业协会网络游戏专业委员会律师。长期在上海电视大学主讲“网络法律问题研究”课程。拥有专业网络法律网站：<http://www.wangluofa.com>，电子邮件：astershang@vip.sina.com

关注网络和电子商务领域的理论与司法实践，曾代理上海市首例个人与网络公司网络著作权纠纷案，上海市第一中级人民法院首例涉外域名纠纷案，上海市第一中级人民法院首例网络图片著作权纠纷案，代理上海梅兰日兰电器（集团）有限公司与法国施耐德电气工业有限公司之间的驰名商标与企业名称冲突纠纷案。在代理中国客户购买境外网络游戏中，针对游戏装备失窃纠纷的司法困惑，适时提出网络游戏虚拟财产纠纷的民间解决体系，为各大网络运营商和行业协会所推崇。具有丰富的为网络高科技公司提供非诉讼和诉讼法律服务的实践经验。擅长处理网络版权、域名、不正当竞争、电子商务、高科技公司业务，现担任多家高科技公司、网络公司常年法律顾问。

著作有《软件网络案件代理与评析》（合著）、《中国域名经济》（合著）、《知识产权法教程》（合著）。在各大网站和杂志发表专业论文一百余篇。在多家媒体开设网络法律评论专栏。

目 录

第一章 网络著作权	(1)
第一节 网络著作权的基础法律知识	(3)
一、作品数字化转换的法律性质	(3)
二、“集合作品”与作品数字化授权	(4)
三、网络环境下对作品的演绎	(6)
四、网络传播权	(7)
五、网络环境下对作品的合理使用	(8)
六、网络服务商的侵权责任	(11)
第二节 网络著作权的诉讼实务	(21)
一、网络著作权案件的法院管辖地	(21)
二、著作权人如何证明自己身份	(22)
三、如何确定网络著作权的侵权人	(23)
四、著作权人的诉讼证据保全	(24)
五、著作权人的举证责任	(26)
六、网络服务者的免责情形	(27)
七、网络著作权侵权时间如何计算	(27)
八、权利人的损失如何计算	(27)
九、著作权人指控侵权不实的法律责任	(28)

2 网络法

十、网络著作权纠纷案件的一般法律适用原则	(28)
十一、网络著作权侵权如何认定	(31)
第三节 与网络著作权保护相关的其他问题	(34)
一、网络环境下投稿的法律问题	(34)
二、著作权集体管理组织	(38)
三、从网络版权的侵权问题看我国《著作权法》 的修改	(41)
四、汉化补丁的版权问题	(46)
五、搜索引擎的法律地位	(51)
第二章 网络标识	(55)
第一节 网络标识概述:域名与其他相关概念 ..	(57)
一、域名的来源及分类	(57)
二、IP 地址、域名、通用网址	(58)
三、与域名有关的其他概念	(59)
四、域名的法律属性	(61)
第二节 域名注册	(63)
一、我国域名注册规则	(63)
二、域名注册限制之法律辨析	(63)
三、域名的恶意抢注	(67)
四、关于信息产业部的《关于互联网中文域名管 理的通告》	(68)
第三节 域名保护	(73)
一、域名保护的法律尺度	(73)
二、驰名商标与域名保护	(77)
三、网站名称受法律保护的必要性	(80)
四、国内网站如何应对境外域名诉讼	(82)

附 1:《最高人民法院关于审理涉及计算机网络 域名民事纠纷适用法律若干问题的解释》第四条	(85)
附 2: 东方网案判决书	(86)
第三章 网络游戏	(105)
第一节 概述	(107)
第二节 网络游戏虚拟财产的界定	(112)
一、虚拟财产的概念和特征	(112)
二、虚拟财产的财产法分析	(119)
三、虚拟财产的价值确定问题	(129)
第三节 网络游戏虚拟财产相关民事义务和责 任	(132)
一、网络游戏运营商和玩家之间的法律关 系	(132)
二、网络游戏运营商的义务和责任	(136)
三、网络游戏玩家的义务	(146)
第四节 “虚拟财产”纠纷解决及预防法律问题初 探	(151)
一、运营商和玩家的举证责任分配	(151)
二、建立虚拟财产纠纷民间解决机制的设 想	(157)
三、虚拟财产纠纷的法律预防机制	(161)
第五节 虚拟财产的相关犯罪及刑法保护	(167)
一、虚拟财产应属于刑法保护的财产范畴	(167)
二、虚拟财产相关刑事犯罪分析	(170)
三、关于虚拟财产犯罪的相关问题思考	(176)
第六节 外挂的法律属性	(183)
一、外挂的技术机理	(184)

4 网络法

二、外挂是否属于商业秘密	(185)
三、外挂是否侵犯著作权	(186)
四、外挂是否为非法经营	(187)

第四章 电子商务

(189)

第一节 电子商务的概念	(191)
-------------------	-------

第二节 电子商务网站的行为模式与归责原则	(193)
----------------------------	-------

一、网站是交易行为的参加者而不是交易当事人	(195)
-----------------------------	-------

二、网站仅承担及时披露的义务,不对交易本身负责	(195)
-------------------------------	-------

三、网站承担合理审查责任	(196)
--------------------	-------

第三节 电子合同中消费者的抗辩权与电子错误	(199)
-----------------------------	-------

一、消费者的抗辩权	(199)
-----------------	-------

二、电子错误	(201)
--------------	-------

第四节 电子商务中中介系统的法律定位	(203)
--------------------------	-------

第五节 网上拍卖	(207)
----------------	-------

一、网上拍卖中的法律关系	(207)
--------------------	-------

二、网上拍卖中网络提供商的违约问题	(208)
-------------------------	-------

三、对网上拍卖的法律规制	(209)
--------------------	-------

第五章 网络隐私权

(211)

第一节 隐私权概述	(213)
-----------------	-------

一、隐私的自然法学理论	(213)
-------------------	-------

二、隐私的定义	(213)
---------------	-------

三、我国隐私权立法原则	(214)
-------------------	-------

第二节 网络与隐私权	(217)
一、数字人格	(217)
二、电子设备监视交谈的行为	(222)
三、数据和电脑隐私	(222)
四、网络环境中的陌生人现象	(222)
五、通讯属性信息	(223)
六、“木子美”现象与自决隐私	(223)
七、来电显示与主叫隐藏	(224)
第三节 侵犯隐私权	(227)
一、侵犯隐私的构成要件	(227)
二、隐私期待利益原则	(227)
三、隐私诉讼的抗辩理由	(228)
第四节 网络隐私权的法律保护	(229)
一、我国网络隐私诉讼的现状	(229)
二、网络隐私的理想法律框架	(231)
第五节 美国隐私立法	(235)
一、美国法对隐私的定义	(235)
二、侵犯隐私的法定赔偿	(236)
三、网络信息的正当使用	(237)
 第六章 网络公司	 (239)
第一节 委托投资协议	(241)
第二节 从网络行为规范到网络经营模式	(243)
第三节 劳动合同文本	(246)
第四节 委托投资合同文本	(262)
第五节 授权经营合同文本	(268)
第六节 保密承诺	(273)
第七节 员工离职备忘录	(276)

6 网络法

第七章 网络犯罪 (279)

第一节 网络安全与网络犯罪 (281)

一、我国刑法中的“黑客”与国家秘密 (281)

二、从“网络黑客战争”引发的法律讨论 (282)

三、未成年人网恋问题 (285)

第二节 营业性网吧管理与《互联网上网服务营业场所管理办法》 (289)

一、营业性网吧之现状 (289)

二、关于《互联网上网服务营业场所管理办法》 (292)

附录

附录一、网络游戏行业规范(讨论稿) (295)

附录二、网络游戏装备纠纷民间解决体系 (298)

附录三、网络游戏软件许可协议中文本 (304)

附录四、网络游戏软件许可协议英文本 (321)

附录五、关键词 (340)

附录六、参考书目 (343)

第一章

网络著作权

著作权是一个说起来简单其实很复杂的话题，网络著作权由于网络新技术的特点而显得更加复杂。关于互联网著作权的认识，我们曾经历了很多误区。诸如，“网络无版权”、“浏览也侵权”等等。通过这些年的实践和讨论，人们对于网络著作权的相关认识已经有了长足的进步，诸如出现了共享版权的概念，但是还有很多的问题需要进一步研究和探讨。本章重点介绍一些网络著作权的发展，并分析若干具体的问题，以帮助读者对于网络著作权问题有一个初步的了解。

第一节 网络著作权的基础 法律知识

一、作品数字化转换的法律性质

所谓作品^①数字化转换,是指把以传统形式存在的作品通过一定的技术手段转换成数字代码的形式。将作品转化为数字代码的形式并通过有形载体固定下来,即形成数字化制品,包括但不限于激光唱盘(CD)、激光视盘(LD)、数码激光视盘(VCD)、高密度光盘(DVD)、软磁盘(FD)、只读光盘(CD-ROM)、交互式光盘(CD-I)、照片光盘(Photo-CD)、高密度只读光盘(DVD-ROM)、集成电路卡(ICCard)等。数字化作品的外在表现形式是以上这些有形载体,而其实质内容是存储在这些有形载体中的数字代码。

学术界对作品数字化转换的法律性质曾有不同的认识。一种现在看来已证明是错误的观点认为,数字化转换是类似于翻译的演绎行为。“数字化作品和作品数字化之间的关系是单纯的演绎关系,它和把一件英文作品翻译成中文作品没有区别”,^②而且“传统的翻译和数字化过程之间唯一的区别在于前者是人完成的,而后者是机器完成的”。^③该观点的错

① 作品的定义:文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。

②③ 金渝林:《数字化技术对版权保护的影响》,载于《国际电子报》1996年第7期。

4 网络法

误之处在于,世界知识产权组织(WIPO)在1991年提出的《关于伯尔尼公约议定书的备忘录》第31条指出“公约里,翻译的概念过去和现在都针对实际语言即人类语言”。作品数字化实质是将人类语言转换为计算机语言,不构成著作权法意义上的翻译^①行为;虽然增加了作品利用的方法,但并没有包含行为人的创造性智力劳动,因此没有产生新的作品,行为人对转换后的作品不享有著作权。为此,国家版权局颁布的《关于制作数字化制品的著作权规定》^②明确该数字化系《著作权法》^③第十条(五)所指的复制行为^④。

《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条规定,受著作权法保护的作品,包括著作权法第三条规定的各类作品的数字化形式。在网络环境下无法归于著作权法第三条列举的作品范围,但在文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的其他智力创作成果,人民法院应当予以保护。^⑤

二、“集合作品”与作品数字化授权

“集合作品”与作品是一组相对的概念。前者是指多个

① 翻译,即将一种语言转换成另一种语言。《中华人民共和国著作权法》第十条(十五)。

② 《关于制作数字化制品的著作权规定》于1999年12月9日国家版权局国权[1999]45号颁布。

③ 著作权法于1990年9月7日第七届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过,根据2001年10月27日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》修正。

④ 著作权法第十条(五)规定,复制权,即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利。

⑤ 《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条,(2000年11月22日最高人民法院审判委员会第1144次会议通过,根据2003年12月23日最高人民法院审判委员会第1302次会议《关于修改〈最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释〉的决定》修正,2004年1月2日发布,自2004年1月7日起施行)法释[2004]1号。

独立作品组成的集合体,通常表现为报刊、杂志等汇编作品。^①后者是指组成集合作品的各篇独立作品。美国版权法中有“集合作品”的概念,在我国《著作权法》中它相当于由作品或者作品的片段组成的汇编作品。^②

美国“塔西尼”一案^③,为解决作者单独就其作品数字化和报社将“集合作品”数字化的权利冲突提供了判例依据。该案中,原告是六位撰稿人,被告是分别刊登其作品的三家报社。原告认为报社未经其同意而擅自授权电子出版商将其文章内容编入电子数据库 LEXIS/NEXIS 的行为侵犯了其著作权。报社则认为电子数据库中对原告作品的复制属于美国版权法规定的“集合作品的修订本”,出版商对此依法享有“特权”,不需要征得原告作者的同意。

美国《版权法》第 201 条第 3 款规定,“集合作品中每个独立组成部分的版权区别于集合作品整体的版权,并属于该部分的作者。如果(组成部分的版权人)没有明示转让版权或者版权项下的权利,集合作品的版权人只获得了在该集合作品内、该集合作品的任何修订本内,以及任何随后的同一系列的集合作品内,复制、发行组成部分作品的特权。”一审判决认可了三家报社的抗辩理由而驳回了六位撰稿人的诉讼请求。

六位撰稿人不服提起上诉,美国第二巡回法院则认为:三家报社的行为是否构成侵权,取决于这些载入电子数据库中的作品能否被单独检索和利用。二审法院改判的关键理由是,在该案中,电子数据库是以纯文本形式编排文章的,报刊

① 汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料,对其内容的选择或者编排体现独创性的作品,为汇编作品。汇编,即将作品或者作品的片段通过选择或者编排,汇集成新作品。

② 薛虹:《知识产权与电子商务》,法律出版社,2003 年版,第 265 页。

③ 该案基本界定了汇编权人对集合作品的特权及其限制。

6 网络法

原有的版式已被改变,每篇文章都可以被独立的访问到,用户所检索到的是一篇篇独立的作品,而不是一个完整的报刊版面。

根据美国版权法对集合作品的规定,报社仅对其制作的载有各位作者文章的整个版面享有集合作品的权利,可以整个版面的形式行使集合作品的权利,如将整个报刊版面扫描入电子数据库。除此之外,除非有作者的明确授权,其不享有将单独的文章授予电子出版商进行数字化的权利。因此,本案中报社将原告作品转让给电子出版商并将其编入数据库的行为显然不是“对集合作品的修订”。

二审判决全面支持了六位撰稿人的主张,虽然三家报社不服又上诉到美国最高法院,但最高法院维持了二审法院的判决。自此,就此类型问题已形成了定论:将汇编在报刊中的文章放到互联网上并不构成美国版权法规定的集合作品的修订本。除非合同有相反的约定,以此种方式使用作品的权利仍然属于独立作品的作者。美国版权法上对集合作品权利人关于修订本的特权的界定是为了保护单个作品的作者而设计的,目的是保护作者不因作品被汇编而丧失全部的权利。^①

总之,独立作品数字化的权利归属于作者。在没有获得单个作品著作权人授权的情形下,报刊、出版社无权擅自在数字化媒体上使用或者许可他人使用已发表的单个作品,^②其将作品数字化的权利仅限于集合作品的整体,而非局部。

三、网络环境下对作品的演绎

在网络环境下,经常发生对于原创作品的演绎,因此而产生一定的法律困惑。例如,有些音乐创作人借助一定技术手段捕捉某些音乐作品中的构成元素,从而归纳出代表该类作

①② 薛虹:《知识产权与电子商务》,法律出版社,2003年版,第267页。

品的典型旋律、曲风,并将其渗透到自己的音乐创作中。还有的作者在网络环境下对已发表作品进行数字化演绎。采用多媒体手段对某些作品做适当的改编和其他的演绎,是否会产生一个新的作品?可能对每一个具体的与原来不同的创作方式和表达方式来说,它都是一个单一的直接数字化过程。但如果把几种不同的作品结合在一起,都把它们数字化并形成一个新的混合型的作品,这算不算一个新的演绎作品?

究竟什么是演绎行为?改编、汇编、翻译、注释均属于演绎^①,是相对于原创的法律概念。一般而言,如果使用的作品片段太过微小,难以从新作品中分辨出来,这种非实质性的使用难以按照侵犯原作演绎权处理。^②

四、网络传播权^③

在传统版权法中,版权人最核心的权利是复制权,发行权和出版权都是基于复制权而衍生出来的权能。网络传播作品是一种复制行为,那么该复制行为究竟应明确为出版发行权还是什么其他的权能?

如果认定为出版发行权,应当符合出版发行的构成条件。所谓发行,是向社会公众提供作品的复制件,需要完成复制件所有权的转移。1996年12月世界知识产权组织(WIPO)通过的两个条约——《世界知识产权组织版权公约^④》、《保护表演者、录音制品制作者和广播组织的国际公约^⑤》赋予了作

① 参照《国家版权局出版文字作品报酬规定》第六条第二款规定。

② 薛虹:《知识产权与电子商务》,法律出版社,2003年版,第262页

③ 《著作权法》第十条第十二款规定,信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。

④ 《世界知识产权组织版权公约》于1996年12月20日在日内瓦签订。

⑤ 《保护表演者、录音制品制作者和广播组织的国际公约》于1961年10月26日在罗马签订。