

北京大学

知识产权学院/主办

Peking University Intellectual Property School

主编/张平

Zhang Ping, Editor



网络法律评论

Internet Law Review

第5卷

Volume 5



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

网络法律评论.第5卷/张平主编. —北京:法律出版社,
2004.9

ISBN 7-5036-5127-X

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(2004)第 093686 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/26.5 字数/468 千

版本/2004 年 11 月第 1 版

印次/2004 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939689

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.Chinalawbook.com

电子邮件/service@Chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5127-X/D·4845

定价:39.00 元

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,以俄罗斯国家名义发表的《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。本世纪初日本在《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法不得不“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(例如电子商务中的CA认证之类)纳入它的规范之中;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(例如“合同之债与非合同之债规范与指令”等等)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作法,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(例如美国、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的“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

郑明心
二〇〇四年春

创刊序言节录*

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》论文集,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的实在是太细。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

* 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。

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

套用圣经上的话来说:关注开源软件法律问题的人有福了。《网络法律评论》第五卷经过精心准备,推出三篇大作,在“专题链接”栏目开设“聚焦开源软件”专栏,让大家能从不同角度透视“开放源代码运动”。专题文章有:《开源软件的知识产权问题研究——制度诱因、规则架构及理论反思》、《开源软件:知识产权制度的批判与兼容》、《开放源码运动对计算机软件保护的启示》。

谈到“开放源代码运动”,这场从上个世纪80年代逐渐兴起的运动,是人们在知识经济、信息时代背景下,对知识产权的又一次理论与实践的批判。然而,这场仍在进行中的运动跟以往的反知识产权运动相比又有很大的区别。带着这个疑问,且看各位作者是如何进行分析论证的。

第五卷有一个明显的趋势:来自于实务部门的投稿增多了。这些投稿的作者长期从事某项研究,并在相关的工作中作了大量的调研,所著文章有的放矢。比如说《垃圾邮件的立法应对》、《中国互联网行政立法浅析》,这些都将在后面谈到。

为了形成刊物独有的风格,本卷承继第四卷的做法,在栏目名称上都留下了深深的“网络”烙印。如“链接”、“点击”、“收藏夹”、“窗口”、“BBS”等词语,被恰到好处地运用到栏目名称中去了,细心的读者不妨可以再对栏目作个浏览。

“案例收藏夹”是第一次推出的栏目,第五卷的编辑们在栏目名称上花了不少心思。我们希望开设这样一个阵地,刊登一些与网络有关的新近发生的典型案例,在具体的案件中剖析法律问题,以图抛砖引玉。第五卷为大家准备了三篇文章:《MySQL AB 诉 Progress Software Corp., NUSPHERE Corp. 案——GPL 许可证与法律失之交臂》、《Meta-tag 纠纷的解决及思索》、《从 CNNIC 诉 3721 到百度诉 3721 看网络关键字寻址服务的规范》。

《网络法律评论》上一卷的栏目“信息窗口”介绍了日本“知识产权立国”的一些

举措,当时的“编者按”提到“发达国家逐渐从输出技术过渡到输出权利”。去年的8月,日本配套出台了《有关知识产权创造、保护及其利用的推进计划》(日本知识产权促进战略)。第五卷“信息窗口”栏目继续挖掘日本的“知识产权立国”。

在“追踪研究”栏目中,《欧盟电子商务环境下对消费者基本权利的保护》一文,是对第四卷的有关欧盟电子商务合同中消费者权益保护制度述评的三篇文章的呼应,文章论述比较宏观,可喜的是,并不失于空洞。

《美国2003年反垃圾邮件法》与另一篇投稿《垃圾邮件的立法应对》属同一主题,我们把它放在了“立法点击”栏目中。《垃圾邮件的立法应对》的作者李长喜,任职于信息产业部政策法规司,是《中国互联网协会反垃圾邮件规范》的主要执笔人之一。他的文章在两个方面很有特色:一是对各国立法的比较研究上,二是在对国内反垃圾邮件的立法建议上。

在“立法点击”栏目里,还安排了《远程教育中的版权合理使用及相关问题——谈美国〈技术、教育和版权协调法案〉及启示》。在我国的远程教育迅速发展的今天,文章通过分析 TEACH Act,并反观我国的版权制度,对其提出了修改建议。

在众多来稿中,我们精选了几篇,放在“学术BBS”栏目。下面简要介绍一下这个栏目中的主要文章:

《MSN搭售和单一产品问题》从传统经济形态到现代的信息经济形态的转变这一角度,论述了界定搭售中的单一产品的标准的转变。

《浅议英美法系下软件质量的合同责任》主要以英国传统合同法为背景,来分析软件质量的合同责任。对这篇文章的阅读可以促使我们思考这样的问题:如何解决软件质量的合同责任?它与传统的合同法上的合同责任有什么不同?

《网上证券交易的法律监管机制初探——以美国为主要借鉴对象的研究》的作者敏锐地觉察到新型的证券交易方式带来的法律问题,文章在分析网上证券市场结构、监管内容以及必要的法律框架的基础上,结合美国的网上交易监管机制,提出了不同的监管模式。

《中国互联网行政立法浅析》从比较宏观的角度对我国现行的互联网行政立法进行了梳理与分析,论述了现行立法所存在的问题。

篇幅所限,不再对其他入选“学术BBS”的文章一一介绍。

有趣的是,我们基本在同一时间收到两篇来稿:复旦大学法学院朱纯岚的《论传统冲突规则在网络空间的应用与困境》;武汉大学法学院陈彬的《略论网络社区规则对国际私法的影响——法哲学层面的思考》。前者着眼于国际公法的角度,分析了互联网带来的公法冲突对传统冲突规则的挑战,进而指出我国应在涉外网络纠纷的法律选择问题上寻求更为有效的解决方案。后者着眼于国际私法的角度,

指出需要对那些具有明显地域特征的法律适用规则进行适当的变革,有必要对运用于网络环境下使用的国际私法概念做相应地调整;采用新的法律适用规则来替代旧的国际私法规则。我们把它们放在一起,以飨读者。

本卷执行编辑
2004年8月8日

目 录

	2004 年序	
	创刊序言节录	
	本卷导读	
专题链接	聚焦开源软件	003
	开源软件的知识产权问题研究	
	——制度诱因、规则架构及理论反思	张韬略 003
	开放源码运动对计算机软件保护的	
	启示	张 今 迟海生 071
	开源软件——知识产权制度的批判与兼容	
		张 平 079
追踪研究	欧盟在电子商务环境下对消费者基本权利的	
	保护	薛国胜 095
学术 BBS	论软件侵权责任中的最终用户责任	郑颖捷 107
	对数字化产品和网上服务网上销售征收增值税	
	的可行性研究	赵百丽 117
	网上证券交易的法律监管机制初探	
	——以美国为主要借鉴对象的研究	万 江 137
	MSN 搭售和单一产品问题	李 剑 152
	违反竞争法的网络广告之法律责任	
		秦 毅 蒙 柳 郑友德 170
	网络经济时代中竞争政策的新课题	郭立仕 182

	简析我国报刊(网站)间转载、摘编中著作权人的 “保留权”问题 王伟亮 195 浅议英美法系下软件质量的合同责任 于 童 204 中国互联网行政立法问题浅析 柯亚妮 218
争 鸣	略论网络社区规则对国际私法的影响 ——法哲学层面的思考 陈 彬 237 论传统冲突规则在网络空间的应用与困境 ... 朱纯岚 247
立法点击	美国 2003 年反垃圾邮件法 欧树军译 赵晓力校 259 垃圾邮件的立法应对 李长喜 279 远程教育中的版权合理使用及相关问题 ——谈美国《技术、教育和版权协调法案》及 启示 黄吉瑾 张心全 292
信息窗口	有关知识产权创造、保护及其利用的推进计划(日本 知识产权促进战略) 王 刚 赖海龙 李娟婷 杨慧丽 马丹姝 吴莉娟译 吴莉娟校对 305 最高法院有关网络著作权纠纷司法解释 355 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 356
案例收藏夹	MySQL AB 诉 Progress Software Corp. , NUSPHERE Corp. 案 ——GPL 许可证与法律失之交臂 张韬略 361 从CNNIC 诉 3721 到百度诉 3721 看网络关键字寻 址服务的规范 余子新 王晶喆 370 Meta-tag 纠纷的解决及思索 倪凌燕 384

学术动态	张平知识产权研究室 2004 年主要学术活动 397
编者手记	空空的两手,期待的心 廖文彬 403

Contents

Topic links	Zhang Taolue: Open Source Software and its relation with Intellectual Property Right——inducement, regulation and theoretical rethinking 003 Zhang jin & Chi Haisheng: The Revelation to Software Protection from Open Source 071 Zhang Ping: Open Source Software; Criticism and Incorporation of Intellectual Property System 079
Continued Research	Xuo Guosheng: European Union's Protection for Consumers' Basic Rights in Electronic Commerce ... 095
Academic BBS	Zheng Yingjie: On the Final User's Liability in Software Infringement Liability 107 Zhao Baili: A Study on the Feasibility of Levying the VAT on Digital Products and On-Line Service 117 Wan Jiang: A study on regulation mechanism of on-line securities exchange 137 Li Jian: MSN tying arrangement and Single-product issue 152 Qin Yi & Meng Liu & Zheng Youde: Regulations of the competition Act against deceptive Internet Advertisings and Misleading ones 170

	Guo Lishi: The New Problem of Competitive Policy and Network Economy 182
	Wang Weiliang: A Study on Copyrighter's right of Reservation in Reprinting and Excerpting between Newspapers and Periodicals (websites) 195
	Yu Tong: A study on the contractual liability of software from the perspective of common law system 204
	Ke Yani: Perspectives of Internet Administrative Legislation in China 218
Contention	
	Chen Bin: On the Effect of Virtual Community Rules to Private International Law—Ponder based on Jurisprudence 237
	Zhu Chunlan: The Application and Puzzledom of the Traditional Conflict Rules in Cyberspace 247
Legislation Click	
	Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003. 259
	Li Changxi: the legislation of Anti-Spamming in China 279
	Huang Jijin & Zhang Xinquan: The Application of Fair Use on Distance Education 292
Documents Windows	
	Intellectual Property Policy Headquarters of Japan: Strategic Program for the Creation, Protection and Exploitation of Intellectual Property 305
	The Supreme Court of China: Judicial interpretation on net-copyright dispute 355

Case Favorite	Zhang Taolue: MySQL AB v. Progress Software Corp. , NUSPHERE Corp. —The test case that never was 361 Wang Jing & Yu Zixin: From the proceeding of CNNIC against 3721 to the proceeding of Baidu against 3721 outguess criterion of URL-Uniform Resource Locator 370 Ni Lingyan: The resolution of Meta-tag's litigation 384
Academic Development	Primary Academic Activities of Zhang Ping Institute of Intellectual Property in 2004 397
Executive Editor's Postscript	Liao Wenbin: Empty hands and expecting heart 403

专题链接

Topic Links

北京大学知识产权学院

<http://www.iplaw.pku.edu.cn/>

北京大学知识产权学院创立于1993年，是国内最早建立的知识产权学院。学院自创立以来，秉承北大“学术自由，兼容并包”的传统，不断扩展学术活动和研究领域。学院的教学和研究是开放式的，不仅拥有一批学术精进的专职教授担任日常教学工作，还聘请国内外学者、专家、法官和官员给第二学位学生、法学硕士、博士授课、演讲。学院每年举办“知识产权论坛”，邀请众多国内外知名学者讨论知识产权的前沿问题。

