

# 网络法律导论

主 编 熊志海

副主编 刁胜先 魏 钢



西南师范大学出版社  
XINAN SHIFAN DAXUE CHUBANSHE

网络

法律导

论

主 编 熊志海

副主编 刁胜先 魏 钢

西南师范大学出版社

XINAN SHIFAN DAXUE CHUBANSHE

---

**图书在版编目(CIP)数据**

网络法律导论/熊志海主编. —重庆:西南师范大学出版社,2004.9

ISBN 7-5621-3199-6

I. 网... II. 熊... III. 计算机网络—科学技术管理—法规—中国—高等学校—教材 IV. D922.17

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 096345 号

---

**网络法律导论**

熊志海 主编

---

责任编辑:钟孝钢

封面设计:梅木子

出版、发行:西南师范大学出版社

地 址:重庆·北碚 400715

印 刷:四川外语学院印刷厂

开 本:850 mm×1168 mm 1/32

印 张:14.75

字 数:370 千字

版 次:2004 年 9 月第 1 版

印 次:2004 年 9 月第 1 次印刷

印 数:0001~1500

书 号:ISBN 7-5621-3199-6/D·145

---

定 价:30.00 元

# 前言

前言

不论是20世纪90年代开始的一度席卷全球的电子商务浪潮,还是2001年开始的IT业“垂梦”与“网络泡沫”,如今都已成为过去。终于,在2002年的夏天,春天般的丝丝暖意开始逐渐影响和改变着电子商务领域的寒冬。经由“概念炒作”的第一阶段和“DOT COM”竞相涌现的第二阶段,电子商务的发展终于步入了理性发展的第三阶段。继经济学界曾经热闹非凡的讨论后,理性的法学头脑们也逐渐频繁地攒动起来。面对网络社会,法律学者如何从修补匠转换为建筑师,如何以法律的眼光审视、批判、分析、建构、论证网络法律问题并最终构建网络秩序,成为法学界对网络社会共同关注的目标。于是,我们产生了编写本书的简单念头。

自20世纪90年代以来,联合国贸易法律委员会就为促进国际贸易法的协调与统一,以及为推动各国制定规范电子商务的法律,组织专家委员开展了卓有成效的工作,尤其是1996年将其《电子商务示范法》与《颁布指南》公布后,在世界范围内掀起了立法高潮。美国、加拿大、欧盟、日本、俄罗斯及澳大利亚等发达国家或地区都颁布了自己的电子商务法,我国邻国中的印度、马来西亚、菲律宾、新加坡和韩国等也通过了各有特色的本国电子商务基本法,香港和台湾地区也分别制定有《香港电子交易条例》与《台湾电子签章法》。比较而言,我国大陆地区显得比较落后。不过,法学界与全国人大正在为电子商务的立法而努力,相信不久的将来也会出台我国的电子商务基本法。目前,我国也可见到一些有关网络的法律法规与理论研究。尽管因为理论准备不充分等原因,使法律法规与司法解释显得零乱、低效和操作性不强,但是这些工作仍为我国网络社会的发展起了不可否认的推动作用。

写作本书中,我们力图博采众家之长,吸收最新成果,并融入编者自己的思考与见解,兼采了论文式创新与教材式编著的写法。

在体例上,本书没有完全遵循联合国《电子商务示范法》集中规制电子贸易行为的立法思路,而选择相对宽广的视野,以计算机网络为基础,从网络技术与法律变迁谈起,较为集中地探讨了网络自由与网络宪政,网络资源贸易与民商私法规范,网络安全与经济、行政、犯罪、诉讼等公法的相关问题。于是乎,书名也就顺理成章为“网络法律导论”了。在内容上,本书取舍时特别注意技术规则与法律内容的关系:一方面,不能完全不谈技术问题;另一方面,又不能谈得太多太涩。所以,本书着眼于法律角度的技术,以挖掘网络技术中的法律理性与人文关怀为目的,以权利、义务和责任为贯穿主线,力争写成为名副其实的法学著作。但是,因作者才疏学浅,而法学知识异常浩瀚渊博、计算机网络技术尖端而常变等原因,本书虽经近两年的酝酿和辛勤编写,最终仍与当初的想法相去甚远,也无法让自己满意。出于全书的整体考虑,书中对许多内容未谈及或未深入,一些观点也有待更充分的论证,因此,其中疏漏、错误和不当处,敬请读者指正,这将是我們前进的动力。写作中,本书借鉴和参考了国内外专家、学者的已有成果,利用了丰富的网上资源,其中主要文献已在书中有注解或列出,这里谨向其作者诚致谢意。

本书可作为普通高校电子商务、管理学与法学专业的本、专科学生教材或教学参考书,也可供企业管理人员、政府机构人员、律师和其他读者阅读、参考。

本书由熊志海、刁胜先、魏钢共同设计写作提纲和负责全书的统稿、修改工作,具体分工为(按章节先后排序):

李 玮:第一章

刁胜先:第二章、第三章、第五章

穆 健:第四章第一至三节

魏 钢:第六章

熊志海、唐永前:第七章

向 阳:第四章第四节、第八章。

编者

2003年11月

# 目 录

目  
录

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 前言                       | (1)   |
| 第一章 计算机网络的发展与法律的变迁       | (1)   |
| 第一节 计算机网络技术、网络经济与电子商务的发展 | (1)   |
| 第二节 科技与法律的关系             | (18)  |
| 第三节 计算机网络条件下法律的变迁        | (32)  |
| 第二章 计算机网络法律基础理论          | (48)  |
| 第一节 网络法律意识               | (48)  |
| 第二节 网络政府概况               | (59)  |
| 第三节 网络宪政的构建              | (69)  |
| 第四节 网络宪政的全球化问题           | (86)  |
| 第三章 网络民事法律               | (103) |
| 第一节 网络民法概述               | (103) |
| 第二节 网络民事法律关系             | (110) |
| 第三节 网络人身权                | (125) |
| 第四节 网络财产法                | (144) |
| 第五节 网络契约法                | (162) |
| 第四章 网络知识产权法              | (198) |
| 第一节 知识产权概述               | (198) |

|     |                                        |       |
|-----|----------------------------------------|-------|
| 第二节 | 网络时代的著作权·····                          | (201) |
| 第三节 | 域名与商标·····                             | (231) |
| 第四节 | 电子商务与专利权问题·····                        | (243) |
| 第五章 | 网络经济法律问题·····                          | (260) |
| 第一节 | 网络经济的法律监控概述·····                       | (260) |
| 第二节 | 网络交易秩序的法律规制(一)<br>——网络消费者与产品质量法律·····  | (269) |
| 第三节 | 网络交易秩序的法律规制(二)<br>——网络环境下的反不正当竞争法····· | (288) |
| 第四节 | 网络税收征管法律·····                          | (303) |
| 第五节 | 网络经济的信用保障——电子签名与认证制度<br>·····          | (320) |
| 第六章 | 计算机网络犯罪的法律规制·····                      | (352) |
| 第一节 | 计算机犯罪概述·····                           | (353) |
| 第二节 | 防范和惩治计算机犯罪的法律规制·····                   | (367) |
| 第三节 | 计算机犯罪的种类与构成·····                       | (375) |
| 第七章 | 网络中的诉讼法律·····                          | (399) |
| 第一节 | 网络司法管辖权·····                           | (400) |
| 第二节 | 网络诉讼证据·····                            | (424) |
| 第八章 | 网络冲突法·····                             | (439) |
| 第一节 | 网络对传统冲突法的挑战·····                       | (440) |
| 第二节 | 应对挑战的策略·····                           | (454) |
| 第三节 | 相关的国际国内立法及基本原则·····                    | (459) |

# 第一章 计算机网络的发展与法律的变迁

## 第一节 计算机网络技术、网络经济与电子商务的发展

过去的 300 年里,每一个世纪都有一种技术占据主要的地位。18 世纪伴随着工业革命而来的是伟大的机械时代;19 世纪是蒸汽机时代;20 世纪的关键技术是信息的获取、存储、传送、处理和利用。计算机是 20 世纪人类最伟大的发明之一,它的产生标志着人类开始迈向一个崭新的信息化社会。从工业革命到信息革命,一个根本的变革就是从劳动密集型社会转入到知识密集型社会。在 20 世纪的最后 10 年中,人们惊喜地发现:电话、电视及计算机正在迅速地融合;信息的获取、存储、传送和处理之间的孤岛现象随着计算机网络的发展而逐渐消失;曾经独立发展的电信网、电视网和计算机网将整合在一起;新的信息产业正以强劲的势头迅速崛起。因此,在未来社会中,信息产业将成为社会经济中发展最快和最大的部门。为了提高信息社会的生产力,提供一种全社会的、经济的、快速地存取信息的手段是十分必要的,这种手段是由计算机网络来实现的。

信息化的社会形态的起因在于人们又认识到了一种新的资

源,这就是信息。利用这种资源,人们开发出了一些新的劳动工具——智能化的工具,其特点是既不需要人力来驱动,也不需要人来操纵。因此,社会劳动生产力将产生新的飞跃,人类社会也将因此进入到一个新的时代——信息化社会。

电子商务作为信息化社会的产物和信息产业新的增长点,它的兴起标志着流通领域的一场革命。电子商务的发展将形成新的交换体制,产生新的市场规则,将冲破时间与空间的限制,加快全球市场一体化的进程。电子商务还将有力地推进信息产业和信息服务业的发展。

## 一、计算机网络技术的产生与发展

世界上第一台电子计算机的诞生在当时是很大的创举,但是任何人都没有预测到 50 年后的今天,计算机在社会各个领域的应用和影响是如此广泛和深远。1969 年 12 月,当世界上第一个数据包交换计算机网络 ARPANET 出现时,也不会有人预测到时隔 20 多年,计算机网络在现代信息社会中扮演了如此重要的角色。ARPANET 网络已从最初的 4 个结点发展为横跨全世界 100 多个国家和地区、挂接有几万个网络、几百万台计算机、几亿用户的因特网(Internet)。Internet 是当前世界上最大的国际性计算机互联网络,而且还在发展之中。

回顾计算机网络的发展历史,对预测这个行业的未来,会得到一些有益的启示。在电气时代到来之前,还不具备发展远程通信的先决条件,所以通信事业的发展十分缓慢。从 19 世纪 40 年代到 20 世纪 30 年代,电磁技术被广泛地用于通信。1844 年电报的发明以及 1876 年电话的出现,开始了近代电信事业,为人们迅速传递信息提供了方便。从 20 世纪 30 年代到 60 年代,电子技术被广泛地用于通信领域。微波传输、大西洋电话电缆以及 1960 年美国海军首次使用命名为“月亮”的卫星进行远距离通信,标志着远

程通信事业的开始。

纵观计算机网络的发展历史可以发现,它和其他事物的发展一样,也经历了从简单到复杂,从低级到高级的过程。在这一过程中,计算机技术与通信技术紧密结合,相互促进,共同发展,最终产生了计算机网络。

1946年,世界上第一台数字计算机问世,但当时计算机的数量非常少,且非常昂贵。由于当时的计算机大都采用批处理方式,用户使用计算机首先要将程序和数据制成纸带或卡片,再送到计算中心进行处理。1954年,出现了一种被称作收发器(transceiver)的终端,人们使用这种终端首次实现了将穿孔卡片上的数据通过电话线路发送到远地的计算机。此后,电传打字机也作为远程终端和计算机相连,用户可以在远地的电传打字机上输入自己的程序,而计算机计算出来的结果也可以传送到远地的电传打字机上并打印出来,计算机网络的基本原型就这样诞生了。

由于当初的计算机是为批处理而设计的,因此当计算机和远程终端相连时,必须在计算机上增加一个接口。显然,这个接口应当对计算机原来软件和硬件的影响尽可能小。这样就出现了如图1-1所示的线路控制器(linecontroller)。图中的调制解调器M是必须的,因为电话线路本来是为传送模拟话音而设计的。

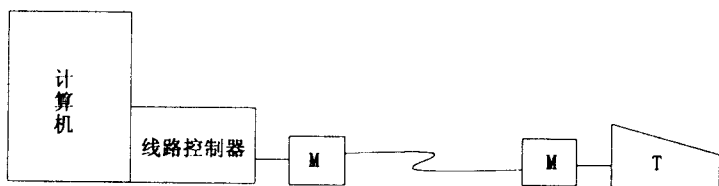


图 1-1 计算机通过线路控制器与远程终端相连

随着远程终端数量的增加,为了避免一台计算机使用多个线路控制器,在 20 世纪 60 年代初期,出现了多重线路控制器(mul-

multiple Line controllev)。它可以和多个远程终端相连接,构成面向终端的计算机通信网,如图 1-2 所示。有人将这种最简单的通信网称为第一代计算机网络。在这里,计算机是网络的控制中心,终端围绕着中心分布在各处,而计算机的主要任务是进行批处理。同时考虑到为一个用户架设直达的通信线路是一种极大的浪费,因此在用户终端和计算机之间通过公用电话网进行通信。

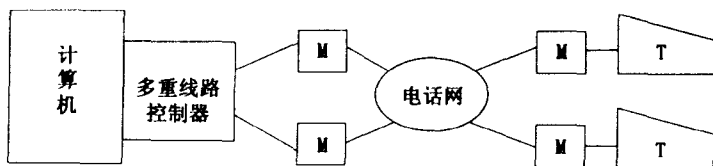


图 1-2 第一代计算机网络:以主机为中心

在第一代计算机网络中,人们利用通信线路、集中器、多路复用器以及公用电话网等设备,将一台计算机与多台用户终端相连接,用户通过终端命令以交互的方式使用计算机系统,从而将单一计算机系统的各种资源分散到了每个用户手中。面向终端的计算机网络系统(分时系统)的成功,极大地刺激了用户使用计算机的热情,使计算机用户的数量迅速增加。但这种网络系统也存在着一些缺点,比如,如果计算机的负荷较重,会导致系统响应时间过长;单机系统的可靠性一般较低,一旦计算机发生故障,将导致整个网络系统的瘫痪。

为了克服第一代计算机网络的缺点,提高网络的可靠性和可用性,人们开始研究将多台计算机相互连接的方法。

人们首先想到能否借鉴电话系统中所采用的电路交换(circuit switching)思想。多年来,虽然电话交换机经过多次更新换代,从人工接续、步进制、纵横制直到现代的计算机程序控制,但是其本质始终未变,都是采用电路交换技术。从资源分配角度来看,电路交换是预先分配线路带宽的。用户在开始通话之前,先要通

过拨号申请建立一条从发送端到接收端的物理通路,只有在此物理通路建立之后,双方才能通话。在通话过程中,用户始终占有从发送端到接收端的固定传输带宽。

电路交换本来是为电话通信而设计的,对于计算机网络来说,建立通路的呼叫过程太长,必须寻找新的适合于计算机通信的交换技术。1964年8月,巴兰(Baran)在美国兰德(Rand)公司“论分布式通信”的研究报告中提到了存储转发的概念。1962~1965年,美国国防部高级研究计划署(Advanced Research Projects Agency, ARPA)和英国的国家物理实验室(National Physics Laboratory, NPL)都在对新型的计算机通信技术进行研究。英国NPL的戴维斯(David)于1966年首次提出了“分组”(packet)这一概念。到1969年12月,DARPA的计算机分组交换网ARPA NET投入运行。ARPA NET连接了美国加州大学洛杉矶分校、加州大学圣巴巴拉分校、斯坦福大学和犹他大学4个结点的计算机。ARPA NET的成功,标志着计算机网络的发展进入了一个新纪元。

ARPA NET的成功运行使计算机网络的概念发生了根本性的变化。早期的面向终端的计算机网络是以单个主机为中心的星型网,各终端通过电话网共享主机的硬件和软件资源。但分组交换网则以通信子网为中心,主机和终端都处在网络的边缘,如图1-3所示,主机和终端构成了用户资源子网。用户不仅共享通信子网的资源,而且还可共享用户资源子网的丰富的硬件和软件资源。这种以资源子网为中心的计算机网络通常被称为第二代计算机网络。

在第二代计算机网络中,多台计算机通过通信子网构成一个有机的整体,既分散又统一,从而使整个系统性能大大提高;原来单一主机的负载可以分散到全网的各个机器上,使得网络系统的响应速度加快;而且在这种系统中,单机故障也不会导致整个网络

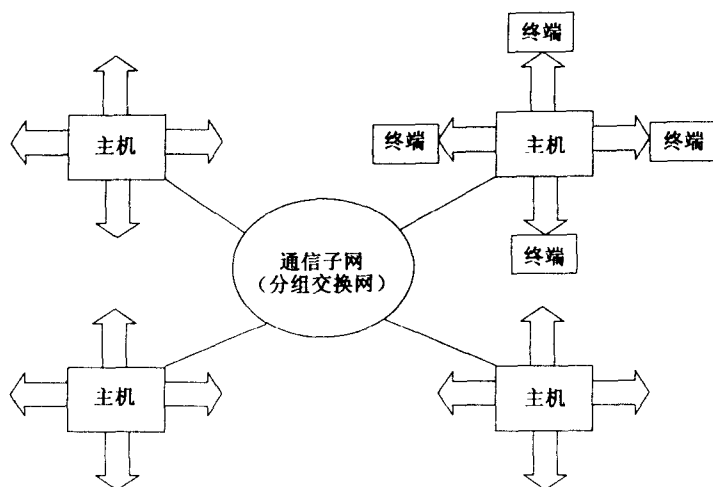


图 1-3 第二代计算机网络:以通信子网为中心

系统的全面瘫痪。

在网络中,相互通信的计算机必须高度协调工作,而这种“协调”是相当复杂的。为了降低网络设计的复杂性,早在当初设计 ARPA NET 时就有专家提出了层次模型。分层设计方法可以将庞大而复杂的问题转化为若干较小且易于处理的子问题。1974 年 IBM 公司宣布了它研制的系统网络体系结构 SNA(System Network Architecture),它是按照分层的方法制定的。DEC 公司也在 70 年代末开发了自己的网络体系结构——数字网络体系结构(Digital Network Architecture,DNA)。

有了网络体系结构,使得一个公司所生产的各种机器和网络设备可以非常容易被连接起来。但由于各个公司的网络体系结构是各不相同的,所以不同公司之间的网络不能互联互通。针对上述情况,国际标准化组织(International Standard Organization, ISO)于 1977 年设立专门的机构研究解决上述问题,并于不久后

提出了一个使各种计算机能够互联的标准框架——开放式系统互联参考模型 (Open System Interconnection Reference Model, OSI/RM), 简称 OSI。OSI 模型是一个开放体系结构, 它规定将网络分为 7 层, 并规定每层的功能, 如图 1-4 所示。OSI 参考模型的出现, 标志着计算机网络发展到第三代。

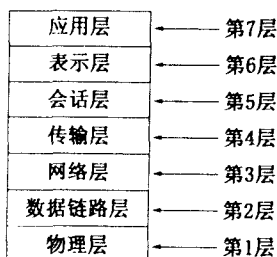


图 1-4 第三代计算机网络: OSI 参考模型

在 OSI 参考模型推出后, 网络的发展一直是走标准化道路, 而网络标准化的最大体现就是 Internet 的飞速发展。现在 Internet 已成为世界上最大的国际性计算机互联网。Internet 遵循 TCP/IP 参考模型, 由于 TCP/IP 仍然使用分层模型, 因此 Internet 仍属于第三代计算机网络。

计算机网络经过第一代、第二代和第三代的发展, 表现出其巨大的使用价值和良好的应用前景。进入 20 世纪 90 年代以来, 微电子技术、大规模集成电路技术、光通信技术和计算机技术不断发展, 为网络技术的发展提供了有力的支持; 而网络应用正迅速朝着高速化、实时化、智能化、集成化和多媒体化的方向不断深入, 新型应用向计算机网络提出了挑战, 新一代网络的出现已成必然。

计算机网络的发展既受到计算机科学技术和通信科学技术的支撑, 又受到网络应用需求的推动。如今, 计算机网络从体系结构到实用技术已逐步走向系统化、科学化和工程化。作为一门年轻

的学科,它具有极强的理论性、综合性和依赖性,又具有自身特有的研究内容。它必须在一定的约束条件下研究如何合理、有效地管理和调度网络资源(如链路、带宽、信息等),提供适应不同应用需求的网络服务和拓展新的网络应用。

## 二、网络经济

事实告诉我们,我们今天所居住的地球,已经被各种各样的网络所包围,其中,对人类传统生活方式影响最大的恐怕要数电子信息网络了。这时,一个新的名词跳进了我们的视野——网络经济!自 20 世纪 90 年代起,许多人开始惊呼,网络经济将成为经济的主流,网络将改变今天的一切。持上述观点的人认为,以现代电子信息技术为推动力的网络正在以其他任何技术都无法比拟的速度将人类带进了信息文明社会。

### 1. 因特网经济

根据美国国际数据公司的定义,网络经济是指为应用因特网技术所进行的投资以及通过因特网销售产品和服务所获得的收入,包括技术开发、营销、内容设计、专业服务以及教育和培训等。按目前较为流行的说法,上述经济形态的主要标志就是“两高一低”,即高增长、高就业、低通胀。以因特网大国美国为例,其经济已经维持了将近 7 年的持续增长,失业率已从 1992 年的 7.4% 降至 1997 年 10 月的 4.9%;截至 1997 年第三季度,美国通货膨胀率仅为 1.4%。目前,美国的物价上涨率和失业率都处在近 30 年来的最低水平。<sup>①</sup>

美国所奉行的开放型经济政策及其对国家信息基础设施的巨额投入是其网络经济遥遥领先的主要原因。1996 年,美国对信息技术和产业的投资是对其他工业设备投资的 16 倍,已占美国企业

<sup>①</sup> 吕延杰. 网络经济与电子商务. 北京:北京邮电大学出版社,1999. 26

固定资本投资总额的 35.7%，占世界同类投资的 40%。1998 年，美国公司投入网络建设的资金达 1 240 亿美元。据一项调查报告显示：在美国，向因特网每投入 1 美元，5 年之内将得到 1.5 美元的回报，在此期间投资规模也将比现在扩大 4~5 倍。因此可以说，美国正在向网络经济过渡，这一过程使美国经济受益匪浅。<sup>①</sup>

网络经济的倡导者们认为，“网络革命”足以与工业革命相提并论，因为它将彻底改变国家力量对比和企业竞争格局，并且将深刻地改变我们的工作、生活、学习和娱乐方式。造成上述局面的原因是电子信息网络正在成为有史以来最为强大的经济力量，正在成为帮助客户在这个爆炸性发展的信息经济时代中繁荣兴旺的有利工具。网络的发展还在不断地改变着人们的认识。仅仅在十几年前，网络还不是整个经济的核心，甚至连计算机工业的核心都算不上。今天，因特网正在不断地渗透到政府机构、商业部门和校园中。在当今社会的经济整合中，网络正在成为无可争辩的社会核心。

综上所述，网络已不仅仅作为一种技术系统存在，它客观上已经成为社会经济体系中的一部分。应当指出的是，由于上述“网络”二字实质上特指“因特网”，因此，这是一个狭义的概念。严格来说，与因特网相关的经济形态应称之为“因特网经济”。

## 2. 广义网络经济

在农业社会向工业社会转变中，落后者往往失败于对新文明的本质把握不全面。当前，即使一些发达国家的理解，也同样失于枝节化，把信息文明，仅仅理解为计算机和电子信息网络。众所周知，宏观经济全局的核心就是促进增长、稳定货币、提高就业这三大政策。如果脱离这三大核心谈信息技术和信息产业，必然不得要领，更谈不上把握全局。宏观经济理论还从经济要素的社会作

<sup>①</sup> 吕延杰. 网络经济与电子商务. 北京: 北京邮电大学出版社, 1999. 26

用出发,提出了现代社会经济系统中主要有3个流的观点。这3个流就是信息流、物流和资金流,有了流就必然要形成网,因此也就有了网络经济的概念。值得指出的是,上述3个流对社会经济系统的作用各不相同,因此,它们之间在功能上并非具有相互替代的关系,而是共生与整合、依存与互动的关系。如果我们从更加广义的角度来看,包括各种连锁商店在内的流通模式,甚至基于公共关系理论背景的人际关系网等,都应该是社会活动网络化的具体表现形式。

我们知道,人们的生活每天都在同两样东西打交道,那就是物质与信息。因此,有的人将我们生活的环境称之为原子与比特的世界,原子是物质的基本单位,比特则是信息的基本单位。人类社会活动的网络化发展趋势说明了各生产要素之间的联系在不断加强,是人类生产活动社会化的总体趋势使然。于是,我们就不可避免地涉及到另外一些要素——物流和资金流。因此,请让我们从一个更全面的角度来探讨网络经济——广义网络经济。

要解释广义网络经济的含义,首先要澄清信息网、物流网和金融网等各种网络对于经济增长、通货膨胀和就业的内生决定机制及其微观理论基础是什么?提出网络经济理论和探讨网络经济模式显然是不同性质的研究内容。对于前者,目前笔者尚缺乏深入的研究,但在思路不妨借鉴一些专家学者提出的有效途径。即沿着罗森、贝克、杨小凯等开辟的新兴古典经济学思路,回到亚当·斯密的分工学说,或者说回到农业文明与工业文明的分界点上,然后再走一步,将“分工创造财富”的先验假说,“融合创造财富”的信息经济前提,拆毁凯恩斯以来的经济学,重新思考信息经济学框架;最终通过扩展费雪方程,建立起实物、货币和信息3个市场转换的理论体系。

在上述思路中,建立起实物、货币和信息3个市场转换的理论体系的观点与笔者认为网络经济应该综合考虑物流、资金流和信