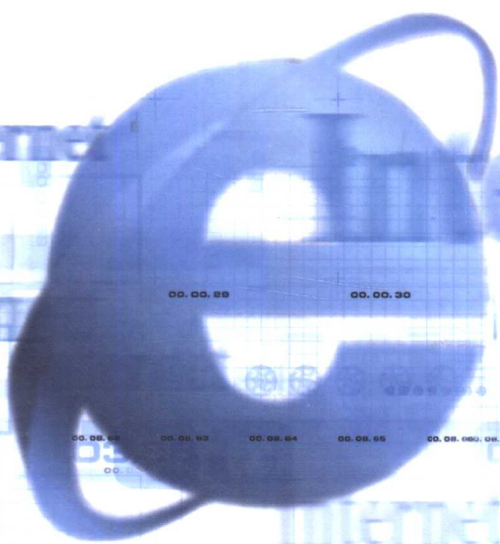


第一卷 ●

经济与法律论坛

# 网络



李步云 / 主编

中国检察出版社

# 网络经济与法律论坛

(第一卷)

李步云 主编

中国检察出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

网络经济与法律论坛(第一卷)/李步云主编. —北京: 中国检察出版社, 2002.1

ISBN 7-80086-867-2

I. 网… II. ①李… III. ①网络经济-经济发展-经济政策-研究-文集 ②法律-作用-网络法律-研究-文集 IV. ①F062.5-53 ②D912.29-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 088399 号

## 网络经济与法律论坛 (第一卷)

李步云 主编

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

电子邮箱: zgjcbs@263.net

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂印刷

开 本: A5

印 张: 16.75 印张

字 数: 464 千字

版 次: 2002 年 2 月第一版 2002 年 2 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80086-867-2/D·868

定 价: 32.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

湖南大学网络法研究中心主办

## 《网络经济与法律论坛》

### 学术顾问

**黄 进** (武汉大学法学院教授、博士生导师,国务院学位委员会法学学科评议组成员,电子商务示范法项目主持人)

### 特邀编委

**G. W. Porter** (美国信息法律协会高级研究员)

**Nadellmann** (德国网络经济与法律协调中心主任、教授)

**谢冬青** (中国国家信息安全测评认证中心华中中心测评实验室、湖南大学网络安全实验室研究员,湖南大学计算机系副主任、教授、博士后)

**李松龄** (湖南大学经济研究中心主任、教授)

**郑友德** (湖南大学法学院教授)

**张 楚** (北京邮电大学信息法律研究中心主任、教授)

**周汉华** (中国社会科学院法学所副研究员、法学博士)

**温晓莉** (湖南大学法学院教授)

**刘 颖** (暨南大学法学院副教授、法学博士、经济学博士后)

**程宗璋** (北京反不正当竞争法律保护中心副主任、中国法制教育研究会副秘书长、博士后)

## **主    编**

**李步云**       (中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师,湖南大学法学院名誉院长、法治与人权研究中心主任、教授、博士生导师)

## **执行主编**

**郑远民**       (湖南大学网络法研究中心主任、法学博士)

## **编    务**

**易志斌  熊静波**

## 主 编 寄 语

自人类懂得思维那一刻起，便开始尝试着认识并改造眼前的现实世界。但人类认识能力的某种与生俱来的局限性，使我们无法确切地知道以前和以后的世界，甚至对现实世界的感知和认识也是不全面的，但这并不能阻止人们放弃对现实世界的观察、理解和思考。可以说，人类是在不断运用理性思维执拗地求真、求实过程中将自己引入信息时代的。

今天，当人类借用两个最简单的数字“0”和“1”创设出计算机与网络，将偌大的地球变为一个自然村落时，刚刚踏入信息时代的人们情不自禁地为网络的便捷与神奇而惊喜不已。很快，“让全世界的计算机都连接起来”成为时髦的口号，电子商务、电子政府、电子银行等一系列电子一族概念迅速被普通百姓所熟知。网络成为各国政府纷纷抢占的桥头堡，更成为网民获取信息、进行沟通和创业的最佳渠道。一时间，人类的思想陡然像插上了翅膀，在虚拟的世界里越飞越高。然而，不要忘了罗素在《自由教育中科学的地位》中曾这样说过：“科学观的核心是为提供对世界进行认识的钥匙，根本不考虑我们自身的要求、爱好和兴趣。”的确，科学不善，网络技术在让我们享受它所带来的快速便捷的同时，也让我们饱尝了其附生的苦果。网络侵权与计算机犯罪、电子交易中的欺诈与漏洞、国家机密的泄露、网上精神疾患……网络的纷繁复杂又使人们陷入疑虑、困惑甚至无奈之中。

然而，我们应该记得培根在《新工具》中曾这样告诫我们：“若

有人以方术和科学会被滥用到邪恶、奢侈等等目的为理由而加以反对，请人们不要为这种说法所动。”因此，对于网络世界中滋生的种种问题，我们应当勇敢面对、冷静观察、理性思考。毕竟网络世界源自于人类自己创造的文明。

惊喜、疑惑、沉着……不论怎样，人类应该以像对待现实世界一样的态度去观察、理解和审视网络世界。一旦我们学会用新的思维方式去思考问题、解决问题，旧的问题就会连同旧的语言外套一起被抛弃。创设本《论坛》的目的就是让关心、支持网络经济与法律的人们有一个表达思想、交流经验并在交流中求得对真理诠释的园地。

本《论坛》主要刊发网络经济与法律方面的研究论文，内容涉及网络经济与法律的基础理论，网络经济政策和经济模式，网络经济的控制与管理，网络技术与经济理论创新，网络经济与法律的国际化，电子商务、网络交易及其法律问题，计算机网络的知识产权及其法律保护，计算机网络侵权与犯罪的经济、法律对策，电子数据证据问题，国外有关网络经济与法律的介绍及其评价，以及以计算机网络平台为技术手段而进行的经济活动中所产生的理论与实际问题。

有志于网络经济与法律问题研究的思想者们！让我们在网络这个虚拟世界里，把我们对网络经济与法律的思考与探索化为现实的、理性的学术思想吧！这是我们自己的家园。

李步云

二〇〇一年十二月

# 网络

## 经济与法律论坛

### 第一卷

《网络经济与法律论坛》以“学术至上”为宗旨，力求从我国网络经济与法律的实际出发，借鉴发达国家和地区网络经济发展的成功经验，广泛参考其网络立法模式和最新学说判例，研究网络经济与法律的基本理论和实践问题，为我国网络经济与法制建设的科学化、现代化提供理论基础，提升网络经济与法律的研究水平。

作为网络经济与网络法律研究的专业学术园地，本《论坛》以理论研究为目的，关注网络经济的发展，及时把握国内外网络经济与法律的前沿动态，充分反映网络经济与法律的最新成果，突出前沿性、综合性、权威性、学术性的特点。

# 网络 经济与法律论坛

责任编辑：庞建兵



COVER DESIGN TEL: 810-85531407

by 装帧设计 / 蒋宏工作室  
JIANGHONG STUDIO

• 刘 璞

## 目 录

### 专题研究

- 论网络版权侵权的法律适用····· 肖永平 王霖 (1)
- 论商业方法的专利保护····· 郑友德 伍春艳 (13)
- 试论网络犯罪的电子证据及其采信规则····· 程宗璋 (32)
- 数据电文的法律问题研究····· 吕国民 (42)
- 计算机信息网络中版权保护的新发展····· 蒋茂凝 (69)
- 试论数据电文的证据资格与证明力····· 李 蓉 (80)

### 立法建议与实证研究

- 中国电信服务业政府管制的法律思考 ····· 宋 波 王全兴 (100)
- 公证在电子合同中的应用价值 ····· 郑远民 易志斌 (132)
- 网上拍卖立法中的问题与思考 ····· 徐继响 甘琴飞 (141)
- 电子商务对我国税法的挑战 ····· 宋瑾篱 (155)
- 从 Toysmart. com 案例看美国对消费者网上隐私权的保护 ····· 熊 键 (172)

### 网络经济纵横

- 政务信息化的实现与我国国民经济的发展 ····· 程宗璋 (177)
- 电子商务活动中的电子支付问题研究 ····· 陈 明 (198)
- 我国发展国际电子商务的若干问题 ····· 姜晓妮 (216)

|                      |               |
|----------------------|---------------|
| 网络与企业技术创新 .....      | 张喜征 (234)     |
| 信息技术和企业统计的发展未来 ..... | 沈福喜 郑尊信 (243) |

## 域外法与比较法

### 建立计算机空间的商业与法律秩序

#### ——关于因特网引起的全球管辖问题的报告

|       |                 |
|-------|-----------------|
| ..... | 乔延春译 张楚审校 (250) |
|-------|-----------------|

#### 日本《高速信息通讯网络社会形成基本法》译评

|       |           |
|-------|-----------|
| ..... | 李 柯 (361) |
|-------|-----------|

|                        |            |
|------------------------|------------|
| 美国《统一计算机信息交易法》述评 ..... | 刘 颖等 (380) |
|------------------------|------------|

## 博士、硕士论文精萃

### 国际互联网络环境中知识产权侵权案件的

|              |           |
|--------------|-----------|
| 国际私法问题 ..... | 朱 军 (400) |
|--------------|-----------|

|                      |           |
|----------------------|-----------|
| 计算机网络数字传输的版权保护 ..... | 张海燕 (422) |
|----------------------|-----------|

|                       |           |
|-----------------------|-----------|
| 关于建立电子商务安全体系的研究 ..... | 汪 毅 (473) |
|-----------------------|-----------|

## 名家点击

### 为新经济呼唤新的游戏规则

#### ——《中华人民共和国电子商务法》（示范法）

|               |               |
|---------------|---------------|
| 高级研讨会综述 ..... | 宋连斌 刘 颖 (491) |
|---------------|---------------|

#### 黄进教授与中国《电子商务法》（示范法）

|       |                |
|-------|----------------|
| ..... | 《网络时代》记者 (496) |
|-------|----------------|

## 网络法方法论

|                      |           |
|----------------------|-----------|
| 网络环境下的国际经济法学研究 ..... | 郭树理 (500) |
|----------------------|-----------|

## 信息采撷

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| 最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷     |       |
| 案件适用法律若干问题的解释·····          | (511) |
| 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·····           | (514) |
| 关于新股发行公司通过互联网进行公司推介的通知····· | (517) |

## 卷末语

|                      |       |
|----------------------|-------|
| 《网络经济与法律论坛》征稿启事····· | (519) |
| 英文目录·····            | (521) |

# 论网络版权侵权的法律适用

肖永平 王霖\*

## 目次

### 一、若干原则

### 二、适用模式

### 三、几点思考

Internet 的跨时空性使得跨国性的侵权行为变成了普遍现象,尤其以版权侵权最为突出。网络侵权纠纷,有两种解决途径:一是通过建立网上法庭或网上仲裁机构解决在线侵权纠纷。环球仲裁与调解协会(GAMA)提供的网上国际商事仲裁服务<sup>①</sup>以及网络世界法律研究会(CLI)开设的“虚拟法官导航项目”<sup>②</sup>,都是网上解决纠纷的例证。美国和德国的案例也有使用可视会议系统的记录<sup>③</sup>。但是,网上审判或仲裁尚未形成国际社会的普遍实践。二是通过现有司法或仲裁程序解决网上侵权纠纷。目前,国际社会的普遍做法是在不改变原有法律结构的基础上,根据 Internet 提出的各种新问题给原有法律注入新的内容,以求得网络纠纷法律冲突的合理解决<sup>④</sup>。如何根据 Internet 提出的新问题,重新确立法律适用原则已

---

\* 肖永平,武汉大学国际法研究所教授、博士生导师、执行所长,中国国际私法学会秘书长;王霖,武汉大学国际法研究所硕士研究生。

① 肖永平著:《冲突法专论》,武汉大学出版社1999年5月版,第281页。

② 何伟文:《论网络空间的版权》,《法学杂志》2000年第4期,第24页。

③ 同①。

④ 肖永平著:《中国冲突法立法问题研究》,武汉大学出版社1996年8月版,第33页。

成为冲突法领域的新课题。本文尝试为解决网络版权侵权纠纷设计若干法律适用模式。

## 一、若干原则

### （一）侵权行为地法兼采当事人属人法原则

侵权行为之债适用侵权行为地法，是冲突法中最早确立的原则之一。国际上对侵权行为地有两种理解。一些国家把它解释为侵权行为实施地（加害行为完成地），如欧洲大陆各国。英国、美国、澳大利亚法院有时也作这样的解释。另一些国家则把它解释为侵权结果发生地（损害结果发生地），英国、美国以及英联邦国家通常都这样做。我国最高人民法院在司法解释中明确侵权行为地包括侵权行为实施地和侵害结果发生地。<sup>①</sup>

传统的侵权行为准据法是以确定的连接点为标志，或以侵权行为地为标志，或以法院地为标志，或综合利用它们。目前，单纯采用侵权行为地法的国家已不多见，较通行的做法是，以侵权行为地法为基本准据法，以其他法律为补充。而最普遍的替代性准据法是当事人的共同属人法。适用共同属人法的主要理由是为了保护本国当事人的利益（以国籍为属人法标志）以及更恰当地反映人类生活与所适用法律之间的关系（以住所为属人法标志）。另一方面，法院地法的作用仍未消失，许多国家把它作为一种合并适用的法律来保护本国公民的利益。因此，侵权行为准据法的单一化现象正在消失，而混合准据法共同适用的情况却在增加。<sup>②</sup> 传统的侵权行为冲突法规则对于确定网络侵权行为的准据法仍然具有借鉴价值。由于网络空间的不确定性，如果过多采用不确定的连接点或许并不利于问题的解决。相反，如果采用相对确定的连接点为标志，或许更有利于解决网络侵权纠纷。侵权行为地、法院地、当事人属人法等

<sup>①</sup> 《中华人民共和国国际私法示范法》，法律出版社 2000 年 8 月版，第 148 页。

<sup>②</sup> 肖永平著：《中国冲突法立法问题研究》，武汉大学出版社 1996 年 8 月版，第 322 页。

传统连接点仍然是确定网络版权侵权准据法时应予考虑的。不妨将网络空间对法律适用确定性的要求称作“传统规则的回归”。

知识产权侵权的法律救济,《伯尔尼公约》第5条第(2)款规定“完全适用提供保护的那个国家的法律”。但公约对“提供保护的那个国家”的含义未予说明。《中国国际私法示范法》第99条提出了“适用请求保护地法”的主张。并将“请求保护地”解释为其知识产权受到侵害者请求法律救济的地方。<sup>①</sup>在这里,“请求法律救济的地方”仍然是一个含义不明确、可以作不同理解的主观连接点。“提供保护的那个国家”与“请求法律救济的地方”一样,均可理解为受害人提起法律诉讼的国家。按照这种认识,似乎应适用法院地法;另外,它们也可被理解为侵权行为发生地或损害结果发生地。因为受害人在某地法院提起诉讼可能仅仅是出于方便自己的原因,与法律适用无关。选择起诉法院并不意味着对适用法院地法的默认。如果作者“请求保护”,那是因为他的权利被忽视了。“请求保护”正是作者认为发生了侵权的地方或是损害结果发生的地方。按此认识,请求保护地法仍需以侵权行为地的确定为适用前提。

然而,网络技术对网上行为造成的地域模糊性将使得侵权行为发生地或损害结果发生地这样的客观连接点变得难以确定。因为在Internet上,几乎任何国家都可被视为侵权结果发生地。可确定的是法院地、受害自然人惯常居所地(受害法人的总部或主营业所在地)等客观连接点,而这些连接点又难以单独作为网络版权侵权法律适用的主要连接点。值得注意的是,(1)如果损害结果发生地同时又是受害人惯常居所地,适用损害结果发生地法的理由似乎充分得多。因为这样的规定,使损害结果发生地这一连接点在网络环境下有了判断标准,避免了含糊不清的结果。(2)如果这样确定的准据法不能保护版权人的利益,比如版权人的作品已过保护期或被告的行为不被认为是侵权,则改而适用加害人惯常居住国的法律较

---

<sup>①</sup> 安德烈·凯莱维:《知识产权与法律适用数字传输的法律问题》,《版权公报》1996年第2期,高凌瀚译,第16页。

为适宜。持这种观点的有瑞士洛桑大学德瑟蒙特教授。

综上所述，网络版权侵权的法律适用，可规定如下原则：（1）如果损害结果发生地同时又是受害自然人惯常居所地或受害法人的总部或主营业所所在地，适用损害结果发生地法，如果适用上述法律不能有效保护版权人；（2）适用加害人惯常居所地；（3）允许当事人协商选择适用法院地法；（4）如果加害人与受害人具有同一国籍，或在同一国家或地区拥有住所或者惯常居所地，也可以适用其共同本国法、共同住所地法或共同惯常居所地法。

这一适用原则是请求保护地原则在网络环境下的具体化，其保护版权人利益的精神得到了体现，同时也照顾到了法院地的利益。

## （二）ISP 所在地法原则

在网络空间里，网络服务商（Internet Service Provider, ISP）起着很重要的作用，各种信息正是由网络连接在一起，其提供服务的内容分为两种类型：一类是单纯提供连接的服务商（即 IAP），另一类是提供内容的服务商（即 ICP），网络服务商往往自行通过网络参与一些作品的复制或刊载。有些用户则通过网络传输侵犯他人版权的内容。对于仅提供连线服务的 IAP，一般不承担法律责任。对于提供内容服务的 ICP，如果其直接复制或传播，应承担侵权责任。如果对其传输内容可以控制、监督、做增删编辑的 ICP，明知用户通过网络传输侵犯他人版权或经版权人告知用户在网上传侵权而不采取移除或停止行动时，说明其主观上有过错，据此可认定其侵权成立。<sup>①</sup>

在网络版权侵权案件中，最容易确定的就是侵权人属于哪个 ISP 所服务的用户。与侵权人最密切的是他们的 ISP，根据最密切联系原则，完全可以考虑将 ISP 所在地法或他们选择的法律作为网络版权侵权的准据法。美国乔治城大学法学院教授帕斯特提出了一个叫做“电子联邦”的网络空间立法和法律适用体制。他认为，由于

---

<sup>①</sup> 北京市海淀区法院：《审理涉及互联网络的著作权案件若干问题之探讨》，《法律适用》2000年第5期，第13页。

Internet 用户将制定和选择规则的权力委托给相应的 ISP, 由 ISP 选择适用哪一国的法律或制定何种规范, 用户选择 ISP 就意味着接受了某一国的法律适用, 而最初的选择权完全取决于网络用户自身。<sup>①</sup>

网络版权侵权的法律救济, 适用 ISP 所在地法, 有以下优点:

(1) 现实基础好, 与 ISP 目前在网络上所起的社会作用相符合, 具有很好的现实基础; (2) 容易被接受, 由于在现实中用户一般都选择本人住所地的 ISP, 而 ISP 又服从于其所在国的法律, 这样各国法律都有可能适用于网络版权侵权中与自己有一定联系的侵权案件, 从而避免了采用优先适用最有效保护作品的法律时, 可能架空不少国家法律的危险;<sup>②</sup> (3) 容易被确定, 用户在 ISP 服务所及的网上社区内一直以 ISP 选择的法律作为自己的“本座法”, 是明确的, 已在 ISP 与其用户的协议中写明, 很容易确定。<sup>③</sup>

### (三) 网上社区规则原则

Internet 是计算机网络技术高度发展的产物。全球原来独立的计算机网络, 以客户服务器 (client/server) 技术以及传输控制协议和 Internet 协议 (TCP/IP) 为基础连为一体, 构成一个新的全球性的“市民社会” (Global Civil Society), 具有独特的组织形式、价值标准、习惯性规则和自我规范<sup>④</sup>, 比如, 在 Internet 新闻组 (usenet) 中有一种称为“netiquette”的自我规范。该规范要求新闻组的使用者容忍自由言论并抵制商业广告, 违反该规范将导致其他使用者的

---

① 王德全:《Internet 与电子商务的有关法律问题》,《知识产权文丛》第一卷,郑成思主编,中国政法大学出版社 1999 年版,第 277 页。

② 帕米拉·塞缪尔森:《计算机控制空间的作者权利:需要新的国际规则吗?》,《版权公报》1996 年第 2 期,何育红译,第 6 页。

③ 同上。

④ Howard H. Frederick, Computer Networks and Emergence of Global Civil Society: The case of the Association for Progressive Communication, <http://www. eff. org/pub/legal/>.