

北京大学 知识产权学院 / 主办
法治研究中心

Peking University Intellectual Property School
Peking University Center for the Study of Rule of Law

主编/张平

Zhang Ping, Editor



网络法律评论

Internet Law Review

第3卷

Volume 3

法律出版社

Law Press China

北京大学 知识产权学院 / 主办
法治研究中心

Peking University Intellectual Property School
Peking University Center for the Study of Rule of Law

主编/张平

Zhang Ping, Editor



网络法律评论

Internet Law Review

第3卷
Volume 3

法律出版社

Law Press China

图书在版编目(CIP)数据

网络法律评论·第3卷/张平主编. —北京:法律出版社,2003.3

ISBN 7-5036-4148-7

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(2003)第 010443 号

法律出版社·中国

责任编辑/王政君

封面设计/胡欣

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×1092毫米 1/16

印张/27.25 字数/489千

版本/2003年7月第1版

印次/2003年7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

法学学术出版中心/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/010-63939685 63939689 传真/010-63939701

中国法律图书公司/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

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4148-7/D·3866 定价:56.00元

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编程,研究电子签章法最好能理解电子签章中的密钥,研究网络传输或链接所涉及

* 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。

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

这卷评论与前两卷最大的不同,就是我们精心的策划推出了两个专题讨论:“知识产权视野下的技术标准”,和“遭遇信息网络传播权的数字图书馆”。专题是表现编辑的偏好、志趣和能动性的最好场所,你可以从中清楚的看到我们近期关注的主要问题是什么,而实际上这也是主编张平老师近期的研究志趣所在,但亦不仅限于主编本人的研究角度和方法。

第一个专题——技术标准问题无疑是一个热点,并且与网络经济大有干系;与标准有关的知识产权问题的讨论,在国际上方兴未艾。2002年4月,美国乔治·华盛顿大学、美国国家标准协会和美国国家橡树岭实验室联合组织了一次名为《标准设定中的专利和相关问题》的讨论会,我们荣幸收到了讨论会的论文集,并趁机将专题组织为国内外研究者的一次超越时空的对话。经过作者的同意,我们全文翻译了论文集中《21世纪网络经济中的标准设定》一文,并摘译与综述了《专利法、版权法和反垄断法下的标准制定对策的发展模型》和《发明、产业标准和知识产权》两篇文章,两文中的前者将专利法、版权法和反垄断法与标准结合,探讨了相互之间的关系,对比了不同的知识产权保护机制在反垄断法上的不同表现以及对标准的不同影响;后者抓住标准设立过程中专利权人的许可费问题,提出了一套科学的计算方法,富有新意。这个专题的策划背后是我们的一种良苦用心:倡导将国内对前沿课题的讨论直接放到国际对话的背景之下,——在这个网络、通讯和数据库产业如此发达的时代,这不再是可能性存否的问题,而是由谁来如何去实施的问题。

经久不息的数字图书馆法律地位的问题,在遭遇了著作权法立法重大成果“信息网络传播权”之后,似乎变成了一个极简单的三段论法律适用问题。我们在第二个专题组织的讨论试图从各个角度将讨论引向深入。数字图书馆的公益性质应当如何考虑?影响政策选择的可能因素有哪些?网络著作权侵权赔偿数额如何避免

恣意、从而形成有迹可循的规则化?相信你能看出,我们并非试图将简单问题复杂化,而是将貌似简单的问题解剖开来,这种努力的意义可能不在于解决问题,而在于开启更多扇通向结论的门户。提出问题、分析问题——这大概是我们目前力所能及的范围,但它的意义一定小于把问题彻底解决掉吗?

“争鸣”栏目下的两篇讨论 WTO 规则与电子商务的文章,分别来自相聚甚远的两个城市:北京和厦门,但不约而同的将问题集中在同一个点上:数字化产品是一种货物,或是一种服务?我依然清楚的记得我的同事赵启杉初审这两篇文章后的兴奋表情,因为居然不用主动约稿就可以得到两篇焦点一致而观点各异的好文章,期待着日后更多此类惊喜为我们的编辑体验增加乐趣。

“论文”中的头两篇,分别改写自作者的学位论文。细读二文,也许你会同意,它们证明了认真的讨论网络法律问题,无疑需要扎实的法律专门功底,而远非过硬的外语能力就可以圆满的。九篇论文覆盖了很宽阔的领域,它们的作者来自各不相同的城市和学府,而这些文章本身又是从几十篇来稿中多次筛选、审读、讨论、修改而成。郑成思先生说的好,这些文章“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。”它们值得认真一读。在此同样要真诚感谢的,是那些未被采用的稿件的作者,他们中有律师、学者、法官,以及众多的年轻学子;尤其是那些接受了我们的修改建议对文章重新改写的热心作者,限于刊物的篇幅,我们无法全部刊用,在此表示最诚挚的歉意,并期待日后更多交流与合作的机会。编辑过程中,功不可没的是我的同事王晶和赵启杉,几十篇万字文章,几乎每篇初审后都有细致详尽的几百字、上千字的审稿意见和修改建议,虽是学业在身,仍是努力遵循两月的来稿答复期限,——算不得做到最好,但我们确是尽心了。

“立法评述”中高翔的文章是我个人比较喜欢的一篇,法条本身枯燥乏味,但对法条的条分缕析、逻辑推敲、以及可行性测算则是生动有趣,不妨试着跟随作者的行文做做思维体操。“案例研究”栏目是我们着重关注和推荐的栏目,通过这些法律事件,我们得以贴近现实并记载历史。立法慢行的网络世界,制度如何通过实践形成?在这里,旁观者有旁观的超然,参与者有参与的紧迫,作为编辑,我们亦是乐在其中,乐于邀请作为实践参与者的律师、法官、仲裁员来这里一抒胸怀,又同样欢迎超然事外的旁观者来指手画脚、激扬文字。本卷主要推荐的是彭声的 Festo 案评述和杨在文对 CNN v. cnnews.com 一案的介绍。彭声的文章乍看之下未直接涉及网络,但专利法上的等同原则作为知识产权制度的重要问题,不难看到其与信息网络社会的联系作千丝万缕状。Festo 案和 cnnews 案在舆论界沸沸扬扬,但目前尚未确切翔实的资料可见,许多讨论难以深入,希望这卷《网络法律评论》提供的

资料能够改善这一状况。

本卷评论的栏目变动较大,我们改变了以内容分类的方式而代之以文体、风格为标准。我们希望这样有助于更宽阔学术视野的建立,并在一定程度上倡导网络法律研究的某些角度和方法。几个月前,本届编委会在张平老师的指导下为《评论》初步确立了一种定位:倾向于小选题、资料性、实证性的文章风格,追求资料的翔实可靠,论证的细致深入——我们对“立法评述”和“案例研究”这两个具有浓厚实证研究风格的栏目将一直加以重视。我们并非拒绝系统、全面的理论框架的构建,只是网络法律制度恐怕还处于规则积累的起步阶段,多谈些技术性的具体问题,少宣扬宏观的派别、主义,大概是要更有利于尊重理性本身的限度,保持一种开放的态度,从而使刊物获得一种长久的青春活力吧。

最后,真诚的希望您阅读愉快。

本卷执行编辑

2003年5月

《网络法律评论》诚征稿件

《网络法律评论》是由北京大学知识产权学院和法治研究中心主办的以研究网络法律为内容的专业学术刊物,由张平副教授担任主编,计划每年出版两卷,目前已由法律出版社出版了前三卷。

《网络法律评论》秉承北大“学术自由、兼容并包”之学术传统,融批判的精神于学术争鸣之中,凡有创新,成一家之言并能自圆其说者,皆在所渴求之列。尤其欢迎有强烈现实意识,资料搜集全面翔实,或有实证调查材料佐证之佳文,并且欢迎针对国内外典型案例的分析评论;对基本理论问题有独到思考的文章,亦在诚征之列。

《网络法律评论》遵循互联网开放、快捷、高效、交互的宗旨,在传统出版物公开发行一定时间后,将会有选择地将部分稿件发在《网络法律评论》电子版上(稿费另付)。作者如欲保留电子版使用权请在来稿中申明。

1. 来稿请用电子稿(存为 word 文件)或者打印稿,分别以电子邮件或者邮寄的方法寄至编辑委员会;

2. 来稿恕不退还,请自留备份,2 个月内未收到稿件处理通知,请自行处理;

3. 来稿请附上英文标题、中英文摘要、关键词,并请写明作者真实姓名、任职单位和有效联系方式;

4. 注释体例请见封三“引征体例”。

来稿一经刊用,即付稿酬。

通信地址:北京大学法学楼 5135 室《网络法律评论》编委会(100871)

电子邮箱:netlawrev@pku.edu.cn

欢迎来稿!

Call for Papers

Internet Law Review is a scholarly journal focused on the research of Internet laws. It is sponsored by Peking University Intellectual Property School and Research Center for Rule of Law, edited by Zhang Ping, and published twice a year. Until now it has got three volumes published by China Law Press.

The journal appreciates academic articles with new ideas, new methods, sound theories and great creativity. Editors strongly welcome excellent papers with high practicality and supported by detailed examples, critical review papers to comment and analyze typical cases in China and abroad.

Internet Law Review also adheres to the aim of Internet, to be open, mutual, and efficient. After having been published in the traditional print form for a period of time, some articles will be compiled in the electronic form in the Internet. (More fees will be paid.) Authors who want to reserve such right are necessary to refuse in advance.

Manuscripts should now be submitted electronically (in Word) to netlawrev@pku.edu.cn, or typewritten and mailed to Board of Editors. No articles should be submitted to two different journals simultaneously. Manuscripts will not be returned to the authors. Please keep copies for your own needs.

Editors conduct reviews in a timely fashion and inform authors of decisions with a target turnaround time of 2 months. Any contribution should have a title, an abstract, key words and corresponding English translation. Footnotes and bibliographic citations should follow the rules of quotation; the author's name, address, and affiliation (if any) should appear on a separate cover page. Authors will be paid as soon as the paper is accepted for publication.

Add: Board of Editors, Internet Law Review, Room 5135, Law School, Peking University.

Post Code: 100871

Tel: 62751268

E-mail: netlawrev@pku.edu.cn

目 录

专 题

专题一 知识产权视野下的技术标准	3
论专利在标准中的作用/赵启彬	3
标准守则——论 WTO/TBT 协议/张 平	
马 骁	19
涉及技术标准与知识产权关系的几个典型案例	
剖析/马 骁	32
专利法、版权法和反垄断法之下的标准制定问题	
相关对策的发展模型/原作: Danid J. Gifford	
邹超译 赵启彬编	48
发明、产业标准和知识产权/原作: Mark R.	
Patterson 刘阳译 赵启彬编	58
21 世纪网络经济中的标准设定/David A. Balto	
赵启彬译	62
专题二 遭遇信息网络传播权的数字图书馆	83
信息网络传播权案初探/胡唯嵘	83
公益型数字图书馆的法律地位初探——与传统	
图书馆比较的角度/刘晓春	89
数字图书馆中的合理使用制度/王 晶	102
网络著作权侵权损害赔偿数额的确定——关于	
陈兴良诉中国数字图书馆有限责任公司侵犯	
著作权案的思考/张 旭 孙海龙	119
数字图书馆著作权管理实践模式资料两则	127
1. 超星数字图书馆的著作权管理模式	127
2. 北大法律信息网收费文献库著作权管理模式	128

争 鸣	WTO 规则下的数字化产品定性之争/宋 波 夏 廷 131 WTO 规则与电子商务的发展/刘志云 139
论 文	软件专利及其创造性/董成良 151 消费性电子资金划拨基本法律问题研究/周晓刚 172 美国网上支付体系与消费者保护问题述评/ 钟志勇 189 论电子商务的反垄断法规制/刘鸿雁 200 未经请求电子邮件广告的管制/黄文伟 222 在公正合理尺度之下:国际域名规则 UDRP 缺 憾评议/邵胤桂 234 在线争议解决机制(ODR)初探/谢新胜 247 论冲突规范中的传统属地性连结点在网络环境 中的适用/吴婷婷 260 电子商务环境下的国际税收管辖权问题/高 枕 273
立法评述	对与电子公告服务有关的行政法规、规章的分 析/高 翔 285 论软件最终用户的权利——兼评《计算机软件保 护条例》关于最终用户权利的设定/李士林 郑友德 301
案例研究	新华财经信息咨询有限公司诉台州市路桥区经 济信息中心案/冬 涛 317

	“陷阱取证”的是与非——“方正”诉“高术”侵犯 计算机软件著作权纠纷案评析/朱红英…………… 326
	计算机最终用户侵权损害赔偿研究 ——Microsoft 诉日本软件最终用户侵权案的 几点启示/李天一…………… 338
	从Festo 案看禁止反悔原则在美国的新发展/ 彭 声…………… 347
	“.com”域名纠纷均可诉诸美国法院? ——CNN v. cnnews.com 一案的管辖权问题/杨在文…………… 358
资 料	
	陈兴良诉中国数字图书馆有限责任公司侵犯著 作权案一审判决书…………… 369
	北大方正集团公司、北京红楼计算机科学技术研 究所诉北京高术天力科技有限公司、北京高术 科技公司侵犯计算机软件著作权案一审判 决书…………… 373
	北大方正集团公司、北京红楼计算机科学技术研 究所诉北京高术天力科技有限公司、北京高术 科技公司侵犯计算机软件著作权案二审判 决书…………… 381
	澳大利亚《电子资金划拨指导法》/周晓刚 译…………… 387
编辑手记	
	网络时代的独特体验/刘晓春…………… 411

Contents

Topic

Topic I	Standard Setting under the Intellectual Property Rights	3
Zhao Qishan:	The Function of Patent in Standard Setting	3
Zhang Ping & Ma Xiao:	Standard Code—On WTO/TBT Agreement	19
Ma Xiao:	Analysis of Cases about the Relationship between Standard and Intellectual Property	32
Dauid J. Gifford:	Developing Models for a Coherent Treatment of Standard - Setting Issues under the Patent, Copyright and Antitrust Laws	48
Mark R. Patterson:	Inventions, Industry Standards, and Intellectual Property	58
David A. Balto:	Standard Setting in the 21st Century Network Economy	62
Topic II	Digital Library: Confronted with the Right to Transmission on Internet	83
Hu Weirong:	A Remark on the Case of Right of Transmission to the Public	83
Liu Xiaochun:	An Initial Study of the Legal Status of Nonprofit Digital Libraries—From Comparison with Traditional Libraries	89
Wang Jing:	Fair Use Doctrine of Copyright in the Digital Library	102

	Zhang Xu & Sun Hailong: On the Determination of the Sum of Compensation of Copyright Infringement under the Digital Environment 119
	Two Pieces of Copyright Protection Practice Information in Digital Library 129
Contention	
	Song Bo & Xia Ting: The Classification Argument of Digital Products under WTO Rules 131
	Liu Zhiyun: Study of Electronic - Commerce under WTO 139
Article	
	Dong Chengliang: Software Patent and Its Non-obviousness 151
	Zhou Xiaogang: A Study on Fundamental Legal Issues of Consumer Electronic Funds Transfer 172
	Zhong Zhiyong: American Internet Payment System and Consumer Protection: Presentation and Commentary 189
	Liu Hongyan: The Issues of Antitrust Law in E-Commerce 200
	Huang Wenwei: Control of Unsolicited Electronic Mails Ads 222
	Shao Yinshi: Fair or Not: A Comment to the Uncertainties of the UDRP 234
	Xie Xinsong: An Initial Study on the Online Disputes Resolution System(ODR) 247
	Wu Tingting: The Application of The Conventional Territorial Connecting Points in The Internet Cases 260
	Gao Zhen: On the Issues Raised in International Taxation Jurisdiction by the Electronic Commerce 273

Legislation Review	Gao Xiang: The Analyse on the Administrative Regulations and Rules in Respect of the Bulletin Board System 285 Li Shilin & Zheng Youde: Comment on the Rights of End User in "the Computer Software Protection Regulations" 301
Case Study	Dong Tao: Xinghua Financial Information Consultative Inc. v. Luqiao Economic Information Center of Taizhou 317 Zhu Hongying: Trap Investigation: Legal or Illegal? ——A Comment on the Case of Beijing Peking University Founder Group Corporation v. Gaoshu Corporation for Computer Software Copyright Infringement 326 Li Tianyi: Study of Compensation for Damage of End User of Software——Some Inspiration from the Case Microsoft vs. Japanese End User of Software 338 Peng Sheng: The Recent Development of Prosecution History Estoppel in the US Based on the Festo Case 347 Yang Zaiwen: ". com " Domain Names can Lead to U. S. Jurisdiction? ——Jurisdictional Doubts on Cable Network News LLP v. cnnews.com 358

Documents

The Trial Judgement to the Case of Chen Xingliang v. Chinese Digital Library Limited Corporation for Copyright Infringement	369
The Trial Judgement to the case of Beijing Peking University Founder Group Corporation & Beijing Red Building research institute of Computer Science and Technology v. Beijing Gaoshutianli Science and Technology limited Corporation & Beijing Gaoshu Science and Technology Corporation For Computer Software Copyright Infringement	373
The Final Judgement to the case of Beijing Peking University Founder Group Corporation & Beijing Red Building research institute of Computer Science and Technology v. Beijing Gaoshutianli Science and Technology Company Limited & Beijing Gaoshu Science and Technology Corporation For Computer Software Copyright Infringement	381
Electronic Funds Transfer Code of Conduct of Australia	387

Executive Editor's
Postscript

Liu Xiaochun: Individual Experience in Internet Era	411
---	-----