

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 223

## 互联网上链接的合法性研究

游振辉

互联网的重要特征之一就是信息共享,而实现信息共享的最重要手段就是链接,这种无边无际的链接就构成了“万维网”(world wide web)。链接引出的法律问题已具有普遍性,研究链接的法律问题已迫在眉睫。大体上,因链接涉及的法律问题可分为两大类:一是因链接而侵权;二是因链接而行政违法。本文对此进行全面研究。

### 一、规制互联网的价值取向

五年前,听说过互联网的中国人凤毛麟角,而如今互联网已在世界范围内走近平民化。互联网的崛起,带来了许许多多的法律问题,各界呼吁对互联网的规范,吸引了法律界的关注。

任何一国法律制度的建设,都与其本土资源(政治、经济、文化以及社会习俗、社会心理、社会伦理等)密切相关。但在规制互联网方面就不是这么简单的着重考虑本土资源了。否则,不仅会影响本国在互联网方面的发展,使自己落伍于时代,在世界政治、经济舞台上居于不利地位,也容易因此导致国际争端。例如,有消息称,最近,法国众院通了一项“自由通讯法案”,规定凡在互联网申请注册网站的单位或个人,必须提供真名实姓,否则,政府有权不予受理登记,已经登记的,也将被取消合法资格。参院也将很快研究是否应当将这项在欧洲和美国都没有先例的法案付诸实施。此消息一出,顿时引起一片抗议声。批评者认为,政府这项举措将在全法国内引发一场大规模的“网络移民”浪潮,生性不愿受到约束的法国网络精英们,为了保卫自己在虚拟世界中的自由权利,很可能将网站挪到没有颁布此类限制的邻国去,如此一来,势必对法国的信息业发展带来极为不利的影响。法国最大的自由网站公司Libertysurf则抗议说,政府的做法将招致公司的用户大幅度削减,并增加许多额外开销。毕竟网络“没有边界”,公民就地注册国外网站易如反掌,因此,除了把网民“赶出国”,自由通讯法案起不到任何其他有价值的作用。可见,规制互联网不仅仅是一个“本国”法律制度的问题。

互联网对社会生活而言,有什么本质属性呢?无非是两个:其一是信息载体;其二是交流工具。围绕这两大属性,互联网的功能不断拓展,触及到社会生活的方方面面,而实现其功能的形式随着电脑和互联网技术的飞速发展也日新月异。因此,对互联网的规制除了应考虑本土资源外,还应深刻了解互联网的本质,以及地域性被弱化等特点,其价值取向主要有以下几个方面:

1、既要有利于信息的丰富和快捷,又要尽可能保障信息的真实性、实用性以及健康有益。

2、既要保有资源共享的互联网理念,又要扼制不良信息的肆意传播。互联网已成为人类信息传播的重要工具,从诞生之初“资源共享”就是其主要理念,这一“初衷”始终不变。随着“万维”成为主要浏览方式后,相互链接成了“资源共享”得以实现的重要手段。因此,苛求被链接内容的合法性、正当性,势必对互联网是个致命的打击,不利于互联网的发展,也不利于人们对互联网的利用。因此,对链接应采宽容规则。

3、既要坚持互联网“自由”的理念,又要保障社会公共利益不受侵犯。这方面在互联网上隐私权的保护范围体现得尤为突出。

### 二、链接被打开的常见形态

所谓链接,就是在当前页面中,使用超文本标记语言(HTML, hypertext markup language)的标记指令,通过URL(United Resource Location: 资源统一定位符)指向其它内容。设置一个链接,首先要

知道被链接内容的地址。链接的对象可以是一个网站、网站中某个特定页面，甚至还可以是网页的某个特定成份，只要设链者知道该特定成份的网上地址。被链接内容的形式可以是文字、图片、声音或数据库等。其基本格式如下：

〈a href="url" target="属性"〉被链接内容的标题 〈/a〉

链接的形式繁多，本文所指的链接是特指对他人网站内容的链接，不包括自己网站中的链接或同一页内容中的上下跳转链接，因为这些一般不会涉及与他方网站的互动关系。

A. 在新开的窗口打开被链接的内容（target="\_blank"，也包括用javascript语言编写的链接形式）。又可分为两种基本形式：

A-a. 新开的浏览器窗口是完整的，窗口中有菜单、工具栏、地址栏、状态栏等，性质上和视觉上都完全脱离了原链接站点：

A-b. 在新开的浏览器窗口中没有菜单、工具栏、地址栏、状态栏等，窗口大小通常不可变，在视觉上无法判断已链接到了他方网站上的内容，被链接的内容通常是他方网站上最底层的某个具体文件。

B. 在当前窗口中打开被链接的内容。又可分为两种基本形式：

B-a. 如果链接的标记语言中没有标明打开的属性的话，则默认为在当前浏览器窗口打开被链接的内容（target="\_self"），其性质上和视觉上均脱离了原网站，进入了它方网站，地址栏中显示的是他方网站的网址。

B-b. 在多帧（frame）结构中，被链接的内容在其中一帧中打开，浏览器地址栏中所显示的地址仍是原网址，在视觉上感觉仍在本网站内。另一种帧结构是在视觉上仍是一帧，没有窗口被分割的感觉，这是因为帧与帧之间的分割线设置成零（frameborder="no"）或者只有两帧，其中一帧设置成零

（framespacing="0"）；这样虽然打开了他方网站的内容，但地址栏中仍显示原网址。如果在帧结构中，是按在新窗口打开被链接的内容，则回到了A的情形；如果是加了（target="\_parent"）属性，则是在当前窗口中的父窗口中显示，即脱离了原网站，完全显示他方网站的内容，地址栏中显示的是他方的网址。

C. 链接地址形式为：URL?para1=expr1&para2=expr2...这种情况多用在运行服务器端CGI或脚本程序（即URL所指的程序）时，需要将一些参数取值传给程序，程序再将这些参数如para1、para2等的值分解出来，显示他方网站上的信息。例如：

<http://www.newshoo.com/url.asp?url=010052000070821809554100036738890737295151>

以上网址是在newshoo全球新闻搜索网上点击一条新闻后，打开一个新窗口，地址栏中所显示的地址，页面分上下两帧，上帧为newshoo的标志和广告条，下帧为人民日报网站上的一个底层页面，浏览器的标题头上仍标明是newshoo网站。实际上该网址分为三部分，前面是newshoo的网址，中间是人民日报某页面的网址，从“&”后指向newshoo的数据库中的某字段。如果把前后两部分删除，则完全显示人民日报网站的内容，窗口中将不再有newshoo的任何内容。类似的网站还有“所有网”：

[www.soyou.com](http://www.soyou.com)（以新闻为主）。

D. 不是链接一个显示页面，而是链接一个可供下载的文件，如文件后缀为：.exe、.zip、.mp3、.doc等等。点击后会弹出下载框或通过关联而调出相应的下载工具软件，把文件下载存储在本地硬盘中。

E. 有一种隐性链接，直接在Html文件中设定他方网站中某一成份的链接，在设链者的页面上以通常方式看不到，但在浏览该网页时，浏览器会去链接对象所在服务器自动获取所链接的内容，并显示在用户计算机屏幕上，与网页其他内容融为一体。通常设链者用这种隐性链接将他方网页上的图片“借用”过来（通常格式是：〈IMG SRC="url"〉），当用户访问设链者的网页时，该图片就象是网页的一个自然的组成部分。

F. 链接的是一个邮箱地址，当点击链接时，自动打开在浏览器中设置的收发邮件软件，方便浏览者写邮件，无须再手动输入邮箱地址。

### 三、因链接而侵权的分析

这里的分析是建立在假定被链接的内容均享有自主版权，不再分析什么样的内容才享有版权及相关利益，以及假定其它不愿被链接的情形，且未经权利人同意而进行的链接，只研究链接的法律问题。

判断因链接而侵权，应掌握如下几个问题：

第一，被链接的内容是他方网站上的内容。如果是自己网站中的内容，则可能涉及因复制、传播等而侵权，就不是因链接而侵权了。

第二，普通网民以一般的注意和常识，不足以直观地识别出是他方网站上的内容，容易误认为就是该网站上的内容的，应认定侵权。

第三，由本网站到他方网站只有一个层级的直接链接。这主要是考虑到以下几个因素：其一，互联网以链接为主要属性，过于严格的链接责任，会扼杀互联网的活力和利用率；其二，从浏览的习惯上来看，二级以上链接被点击浏览的概率已相当低；其三，被链接的他方网站上再对第三方的链接、第三方再对第四方的链接……，如此层层链接，是本网站进行最初链接时主观上所不能控制的，由本网站亦承担侵权责任，已失去合理性。

第四，必须具有主观故意，并且通常是直接故意；以放任态度的间接故意，只有在权利人提出异议或有关机关通知时，仍不予纠正的，才由间接故意转化为直接故意，而认定为侵权。此外，明知被链接的内容是侵犯他人著作权等情形的，而仍予以链接，也应认定为侵权。

以上述的四个方面为主要判断标准，结合具体情况，坚持具体问题具体分析。下面就一般的链接形态作出分析：

1、A-a型链接：这是最标准的不构成侵权的链接。因为，被打开的新窗口是完整的，在该窗口中可对他方网站无碍地进行浏览。不会有人认为在该窗口中打开的内容还是原网站的内容，在浏览器的地址栏中亦是他方网站的地址。因此，应极力推荐这种链接，避免可能造成的侵权纠纷。

2、A-b型链接：这是不完全的打开新窗口的链接，因为，新开的窗口中没有地址栏、浏览器菜单，甚至窗口不能放大或缩小，除了浏览显示出来的信息外，不能对其进行其它操作。这种链接模式在链接自己网站内容或特别需要告示浏览者什么时，亦经常采用。因此，直观上无法判断已链接到他方网站，极易认为是本网站的内容。应以侵权论。

3、B-a型链接：虽然点击链接后未打开新窗口，被链接的内容在当前窗口中打开，但同时脱离了本网站，即本网站的内容完全不见了，显示的是他方网站的内容，在浏览器的地址栏中亦是他方网站的地址，浏览者即可对他方网站再进行其它浏览操作。这亦不构成侵权。

4、B-b型链接：在多帧结构中（包括隐含帧），凡是在其中一帧中打开被链接的内容的，因其以一般注意力在视觉上不能或难以识别已链接了他方网站的内容，在页面整体上仍给人是在本网站的感觉，且在浏览器地址栏中仍显示本网站的地址，应认定为侵权。

5、C型链接：这种链接虽然中间一段网址显示了他方的网址，但前后两段还是本网站的网址，并且，他方网站上的内容是在本网站的窗口中打开，标题头和其中一帧中显示的都是本网站的信息，普通网民以一般的注意力不足以直观识别出是显示了他方网站的内容，本网站也是通过程序的简单编辑就读取了他方网站上的内容，因此，仍应以侵权论。

6、D型链接：互联网最初的主导思想就是资源共享，这种类型的链接是这种思想的最原始、最直观的体现。通常，在这种资源共享的指导思想下，是欢迎他人做链接的。因此，这种链接以当事人意思自治为主较为适宜。第一，他方网站未特别申明禁止链接的，对其链接不构成侵权；第二，他方网站申明欢迎链接，但要求注明出处的，应尊重源网站的申明，按申明的要求进行链接（如注明他方网站并进行超链接）；否则，视为侵权；第三，他方网站申明禁止链接的，未经同意而进行链接的，应以侵权论；第四，被链接的是.doc或其它经压缩的文本文件的，他方网站对这些文本文件拥有著作权的，按以上三个方面进行判断；没有著作权的，或他方网站本身就是侵犯他人著作权的，除非明知，否则，对其链接不应以侵权论。因为，设链者难以知晓其是否有著作权或是否侵犯他人著作权；但经权利人催告后，设链者不予纠正的，应以侵权论。

7、E型链接：这是非常典型的使用他方网站上的内容而未注明，给浏览者的感觉就是该网站上的内容。应以侵权论。

8、F型链接：链接的是自己的邮箱，当然不构成侵权。但有两种情况则可能构成侵权，其一是恶意链接他人邮箱，目的是使网民向该邮箱大量地发邮件，具有骚扰性质；其二是邮箱地址输入错误，造成他人邮箱不断收到与己无关的邮件。前者具有主观故意，后者则是过失。所侵犯的是他人的隐私权和生活安宁权。

需要说明的几个相关问题：

1、给链接加上注释，表明链接到他方网站，其注释方法大体有明、暗两种。明注释即在链接后直接注明链接到某地址，优点是直观，但占版面，影响版面美观。暗注释是通过html语言来实现的，定义格式为：`<a href="..." title="注释文字">... </a>`，实际上是利用链接的title属性，当鼠标移动到链接字上时，就会出现一个小黄条提示，将title中定义的链接字显示出来。优点是不占版面，并可定义较多的链接字，缺点是直观性稍差，平时使用中很常见。笔者认为，无论是明注释，还是暗注释，实际都实现了注释的要求。因此，他方网站要求注明出处的，无论使用哪种注释方法，都应认为满足了他方网站的要求。

2、对被链接的内容，设链者是否明知有违法性，是个最为复杂的问题，应当坚持进行个案分析。主要应注意这么几个方面：第一，按正常人的判断能力，即可判断出被链接的内容具有违法性时，应推定为明知。比如，某人在互联网上散布谣言说是某女大学生从事暗娼活动，并公布电话号码等通讯方式。从内容上即可判断其违法性，更遑论消息的真实性了，如果对此页面进行链接，应认定链接违法并侵权。第二，权利人或有关机关已经通知设链者，被链接的内容是违法的或侵犯著作权，而仍不拆除链接的，应视为明知。第三，权利人或有关机关以公告的形式作出声明，且相对集中一段时间（如若干天）是网络上的热门新闻或话题，设链者仍未拆除链接的，亦可推定为明知。

3、不是对具体的某一具有违法性的内容进行链接，而是对含有违法性内容的网站进行链接，一般不应以侵权论。如，某网站中有几个文件是侵犯他人著作权的，但主流内容合法，对这样的网站进行链接，不应以侵权论。但是，被链接的网站主流就是侵犯他人著作权，且按正常人的判断力足可判断的，或在做链接时的注释文字中就明确指明违法性内容的，应推定为明知而构成侵权。

实例一：美国Ticketmaster.com诉Tickets.com“超级链接”案。Ticketmaster是一家大型门票销售网站，它与全球数百家的客户都签署了独家的长期合作合同，而Tickets.com是一家刚刚设立不久的网站，其为用户提供Ticketmaster链接的主要目的是希望帮助用户更快地进入后者的网站。而且，为了向用户提供更多更快的门票销售信息，Tickets.com经常在网站上列出只在Ticketmaster网站才有售的门票信息，同时向用户提供Ticketmaster的链接。该网站表示，它的目的就是为用户提供网上门票销售搜索服务，而这一服务领域相对而言还不够完善。Ticketmaster.com认为Tickets.com利用超级链接使有户一步进入其网站获取深层的信息，这是对其网络财富的非法掘取。为此Ticketmaster公司指出：“我们花费了很大精力建立了一个成功的网站，但Tickets.com却坐享其成，利用超级链接就能引导它的注册用户进入我们的网站任意获取信息，这简直就象盗贼入室。”另一方面，Ticketmaster声称并不反对Tickets.com在自己的主页上为用户提供超级链接，而是反对其将Ticketmaster的网站内容据为己有并向用户提供。但Tickets.com网站却坚持认为，用户应享受在网上自由冲浪和获取信息的权利，不应有门户之见，并为此受到限制。联邦地区法官哈瑞·胡普（Harry L.Hupp）在判决中指出，网站可以合法地提供链接进入其竞争对手的网站，使用户能够快捷地获取信息。联邦法官认为超级链接没有违反任何版权法，Tickets.com网站没有模仿Ticketmaster.com网页或抄袭它的内容，Tickets.com只是引导用户到了Ticketmaster那里。这就好象图书馆的目录卡片，它的功能就是快速有效地帮助读者找到要找的内容。不过联邦法官的判决没有令Ticketmaster服气，该公司提出上诉。这是一场对互联网业未来竞争产生深远意义的官司。

实例二：美国唱片工业协会诉Napster网站助长了大规模音乐侵权活动案。Napster网站编写了Napster软件，专门用来搜索互联网上未经授权的音乐文件，并提供链接指引网民们下载。美国联邦地区法官马莉莲·霍尔·帕特尔于当地时间2000年7月26日宣布判决：禁止Napster网站拷贝或帮助或参与拷贝受版权保护的歌曲和音乐作品，帕特尔同时还要求，在禁令宣布以后，如果被告方最后打赢了这场官司，则原告方必须向Napster支付500万美元，以补偿其利益损失。帕特尔说：“软件是Napster网站编写的。那么它就有责任再编写一个软件，使用户不再能够拷贝受版权保护的材料。他们制造了一个怪物……现在就必须面对因此而导致的后果。”唱片工业协会的律师对法官的判决表示欢迎，称赞这个判决极大地鼓舞了那些认为互联网催生了前所未有的大规模盗版活动的版权所有者的信心。美国唱片工业协会法律总顾问卡里·谢尔曼说：“现在，Napster网站终于认识到了它从事这样的活动必须获得版权所有者的授权。我们希望它能与唱片公司开展合作，为其技术与软件找到新的、合法的用武之地。”此项禁令一经宣布，立即引起Napster支持者情绪上的强烈反对。众多网民通过各种管道发表了抗议法庭判决的帖子。

实例三：美国录音工业联合会（RIAA）诉MP3Board.com链接侵权案。网民可通过MP3Board提供的三个渠道找到喜爱的MP3：1、搜寻引擎，网民输入MP3的名称后，搜寻引擎会列出与这MP3相关的网站链接指引网民下载；2、它提供进入Gnutella搜寻引擎的界面，有了Gnutella，网民可以和所有上线的PC相连，进入这些人珍藏的MP3资料库寻宝；3、接受网页主人送出的网址，将它纳入自己的MP3链接资料库内。RIAA的主席Hilary Rosen说，MP3Board的超链接功能有侵权嫌疑，因为它一再在广告上吹捧自己是链接到最热门未授权非法文件的中间站。MP3Board表示，本身只是提供链接的信息，并未触犯任何版权法，若真要找替罪羔羊，也应该是加入链接的网站以及下载的网民，所以RIAA无权要求它暂时关闭网站。这种强调本身只是链接枢纽而不是非法交换或下载地的论点，也曾被Napster与提供DeCSS（破解DVD防录密码程序）的2600.com所采用。不过唱片界与电影公司不为所动，坚称不是和超链接对簿公堂，而是打击蓄意促进侵权行为并以此谋利的企业。此案尚未判决。

#### 四、因链接而行政违法的分析

因链接而行政违法主要是指链接了有不良政治言论和色情内容等（以下统称不良内容），从而构成行政违法。当然，如果满足了犯罪构成要件的，亦可能由行政违法上升为犯罪，本文不作进一步分析。因为，犯罪的情形是少数，而构成犯罪的，大多也都构成行政违法。这类链接主要还是行政违法的问题。

互联网上的不良内容主要有这么几个特征：1、个人主页和国外的中文BBS居多；2、网站地址经常变动或同一网站多个地址。3、数据所在服务器在国外。4、色情网站大多具有以营利或间接营利为目的。在美国，与政府论调不一致的政治言论不被视为违法，这不必说了；即使是网络上的色情内容也不被认为违法，是作为美国宪法的言论自由权利而延伸出来的不被法律禁止的行为（参<http://tech.sina.com.cn/internet/international/2000-06-24/28962.shtml>）。但在中国则不然。例如《中华人民共和国治安管理处罚条例》第三十二条规定：“严厉禁止下列行为：……（二）制作、复制、出售、出租或者传播淫书、淫画、淫秽录像或者其他淫秽物品的。”“有上述行为之一的，处十五日以下拘留，可以单处或者并处三千元以下罚款；或者依照规定实行劳动教养；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”《中华人民共和国计算机信息网络国际联网管理暂行规定》第十三条规定：“从事国际联网业务的单位和个人，应当遵守国家有关法律、行政法规，严格执行安全保密制度，不得利用国际联网从事危害国家安全、泄露国家秘密等违法犯罪活动，不得制作、查阅、复制和传播妨碍社会治安的信息和淫秽色情等信息。”然而，如何查禁，以及具体情形怎么认定，却大有可研究之处。

1、对被链接内容的合法性审查，从现实可能性上来看具有不可操作性。链接是互联网上一种普遍的行为，量大且广，要求设链者对每一被链接的网站或页面都进行合法性审查，似乎不符合互联网运作方式的实际情况。首先，链接是经常化的且普遍而大量的，全面审查可能性较小；其次，被链接的网站或页面内容是经常更新的，今天没问题，难保明天也没问题，不可能天天复查；再次，即使是经营网络的公司，也难以做到，因为经营网络的大多是小公司规模，为节约成本，维护网站人员有限且工作量很大，难以保证为友情链接而进行全面审查。最后，链接的层级在理论上是无限的，绝对不可能无限制地层层审查下去，如果这样的话，可以说任何一个网站都将“链接”了不良内容。总之，客观上不具有可操作性。

2、从链接的性质上看，与“制作、复制、传播”等行为显然有别。“制作、复制”具有“生产性”，是对“内容”的生产、加工、转存等，而链接只是对被链接的内容起一个指引性的作用，对被链接的内容没有进行任何“生产性动作”。因此，链接显然不是“制作、复制”，但似乎与“传播”占边。其实不然，首先，传播的主体的主观状态只能是故意，被传播的内容也是传播主体故意或放任为公众知悉，而链接虽是故意行为，但被链接的内容的违法性并不体现设链主体的主观意志，对被链接的内容的违法性可能明知也可能是不知；其次，被传播的内容只能是自己“经手”放到自己或他人的网站上，而被链接的内容必定不在自己的网站上，也不是自己“经手”放到互联网上。因此，不能把链接视为“制作、复制、传播”。

从以上的分析可以看出，对只要链接上有不良内容的，就施以处罚，显然是不合适的，是不利于社会发展的。那么，是不是一概不以违法论呢？笔者认为，这也不行。应在维护社会公共利益、有利于互联网的发展、有利于知识和信息共享等之间寻求利益平衡。因此，笔者认为可掌握如下界限和操作模式：

第一，对直接链接的网站或页面，从正常人应有的智力和常识上就能直观地判断是不法内容而仍给予链接的，比如直接链接了国外纯粹色情的网站、链接的是一幅色情图片的等等，应比照“传播”进行制裁。这仅限于一级（直接）链接，二级以上不视为违法。

第二，对不属于上述情形以及二级以上链接的，公安机关应有一个警告程序，即，发现不良链接的，

应通知其所属网站限期拆除链接。仍不予纠正的，应比照“传播”进行制裁。

几个特殊问题：

1、ISP（internet接入服务商）或者ICP（internet信息服务商）的责任问题。通常，提供个人主页服务的ISP或者ICP对个人主页上有不良内容或链接了不良内容的，大多难逃厄运，或被罚，或被责令停机整顿，或被责令关闭服务等。笔者认为，现有的行政程序未能考虑到网络的特殊情况，导致对ISP或者ICP是否应承担问题上造成存在不尽合理的状况，应当具体问题具体分析。

ISP或者ICP的维护人员有限，而个人主页数量众多且更新频繁无常，要其经常检查个人主页在对外链接上是否有问题是非常困难的，甚至可以说几乎办不到。不仅如此，ISP或者ICP毕竟不是新闻、出版机构，本身不具有审查能力和义务。当然，依常识即可作出的判断能力还是有的，但这并不意味着能够做到万无一失；比如，申请个人主页时，所提交的资料及初次上传的数据经审查均无问题，但获得通过后，即逐渐地变更了主页内容，这是难以防范的。因此，简单地说ISP或者ICP有审查义务而要其承担责任，是不合理的。

笔者认为，这种违法行为只能是主观直接故意，因此，要以此作为判断标准。但ISP或者ICP仍有义务，即，发现即删除，并有义务依公安机关的要求提供个人主页者资料。“网络警察”在巡视时若发现不良内容的，应通知ISP或者ICP保全证据，并封闭该个人主页；如果ISP或者ICP在合理时间内仍不履行义务的，则可按“故意”传播来对待，对其实施处罚。因此，不必发现有不良内容即责令停机、处罚等，这不利互联网的发展。

2、随机链接的问题。网络上有一种专门从事广告条交换的网站，用户登记注册后，只须把一段代码放入自己网站的某页面中，则会随机显示他方网站的广告条，每次显示该页面时，都会出现与前一次不同的他方网站广告条，点击这样的广告条就会进入他方网站。根据这样的运行机制，显示怎样的广告条，是设链者自身无法控制的。因此，遇到不良内容的广告条时，要设链者负法律责任是不合适的。正确的处理方式是通知广告条交换网站，撤除该用户广告条；如果是国外的交换广告条网站，则可考虑要求设链者不与该网站发生交换广告条的行为。

3、查处链接行政违法案件的管辖问题。由于互联网对地域的“弱化”，通常行为人与数据所在服务器不在同一地区，以什么标准确定管辖机关呢？笔者认为，应以“属人主义”为原则，这是基于如下几种考虑：第一，法律是对具有社会危害行为实施制裁，行为与人不可分离，终究是要落实到具体的人或组织。第二，便于案件的调查取证、处罚，以及处罚的执行（如拘留等）。第三，这样办案成本低，可免去异地办案的经费。但是，数据所在服务器的地方，其公安机关有义务协助调查取证，首先发现的，有义务向行为人所在地通报或移送案件。杜绝利益驱动办案或无利益而不办案。现在管辖规定不明，我国异地查处、处罚的案例了。采用属人主义，也能够解决行为人在国内，数据存在国外服务器上的情形。因为，互联网的无国界性，只要是在互联网上，特别用的是本国母语，便认为行为人的行为对本国社会亦具有危害性，按英国曾有的案例，其传输的起点是在国内，这仍实施了传输的行为，即有了“传播”，本国法律仍可对其实施处罚。

实例四：蓝天网吧网站友情链接行政违法案。1999年下半年，个人主页《盐城驿站》网主给蓝天网吧网站发来一封电子邮件，要求与蓝天网吧网站进行友情链接，蓝天网吧管理人员仔细查看了盐城驿站的内容，没有发现该网页有什么问题，于是按照互相做链接进行互相宣传的要求，将其网址在“蓝天热线”的友情链接栏目做了链接。半年的时间过去了，做为友情链接的另外一方发生了什么变化，对于蓝天网吧来说，由于多方面的原因，也没有谁去注意。2000年4月10日，盐城市城区工商分局城北工商所工作人员，对蓝天网吧进行检查，发现该网页上的友情链接站点——《盐城驿站》在其网站的分页链接了带色情等不健康的内容。当场查封扣留了其16台主机，并将营业的机房大门贴上封条，同时出具了扣留（封存）财物通知书。其通知书中写道：“经查你（单位）涉嫌通过互联网传播计算机软件及传播黄色淫秽电子出版物的行为，本局根据《投机倒把行政处罚条例》的规定决定对有关财物予以扣留（封存）。”蓝天网吧对于自己做友情链接因对方发生变化而疏于检查没有及时更换掉是否属于“传黄”表示疑问，于是向盐城市公安局计算机管理监察科反映情况。盐城市公安局计算机管理监察科在了解了事情的原委后作出回答：这种情况不属于“传黄”。同时，蓝天网吧也在咨询中得知，就算是自己有传播色情行为，根据《中华人民共和国计算机信息系统安全保护条例》和公安部根据此条例制定的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》的规定，也应该而且只能由公安局计算机管理监察机构进行查处，工商部门无权查处此事。于是，蓝天网吧一纸诉状将城区工商分局推上了被告。在盐城市公安局、电信局、科委等有关部门的配合和协调下，经过近两个月的逐一检查，没有涉嫌事实和根据，经协商，城北工商所将扣留物品全部送还蓝天网吧，并答应赔偿有关损失，但条件是蓝天网吧必须撤诉。为使事情能够尽快了结，蓝天网吧向城区人民法院申请撤诉。6月6日，工商所按承诺送还了扣留物品。

## 五、几点建议：

1、建议商业网站在做友情链接时，最好能与被链接的网站有书面协议，即是做为互惠的根据，也是为了保证被链接的网站或页面内容的合法性，以及违约的责任承担。这样对双方都是一种约束，从而规范商业网站的运作。

2、链接他方网站的内容，可能引起侵权异议的，应与他方网站签订书面协议，得到许可后，会减少或免去各种纠纷之恼，也有利于互联网的健康、有序的发展。

3、对网络行政违法案件的查处，应当制定专门的行政程序，至少要规范这么几项内容：第一，案件的管辖，以属人主义为优；第二，不属于自己管辖的违法事件的通知或移送；第三，根据互联网的特点，某些行政违法事件以通知纠正而不予纠正为处罚前置要件；第四，数据所在地与行为人所在地不在同一地的，数据所在地的相应机关有义务根据查处机关的委托进行取证。

转载自《互联网世界》2001年第2、3期

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com  
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720