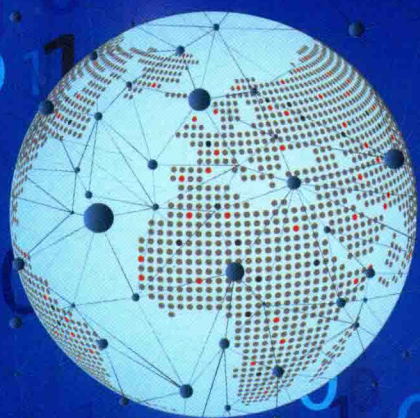


数字经济 与网络法治研究

主编 申卫星

Research on Digital Economy
and Network Rule of Law

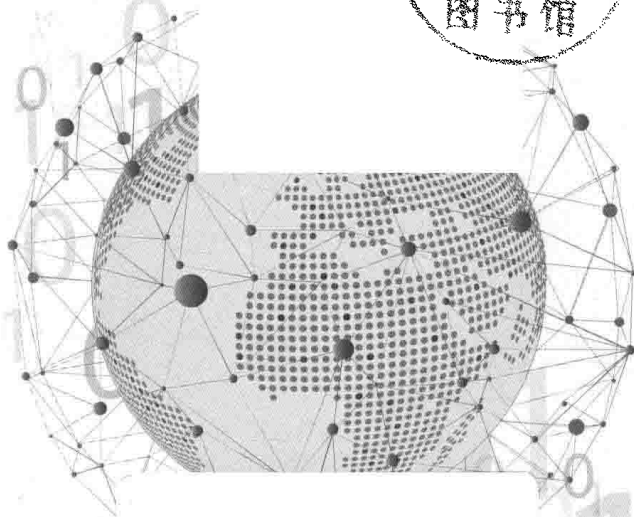


中国人民大学出版社

数字经济 与网络法治研究

主 编 申卫星
副主编 吕艳丰 庞小妹 李小武

Research on Digital Economy
and Network Rule of Law



中国人民大学出版社
· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

数字经济与网络法治研究/申卫星主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 5
ISBN 978-7-300-25488-3

I. ①数… II. ①申… III. ①网络经济-关系-计算机网络-科学技术管理法规-研究
IV. ①F49 ②D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 026983 号

数字经济与网络法治研究

主编 申卫星

副主编 吕艳丰 庞小妹 李小武

Shuzi Jingji yu Wangluo Fazhi Yanjiu

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

电 话 010-62511242 (总编室)

010-82501766 (邮购部)

010-62515195 (发行公司)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京德富泰印务有限公司

规 格 170 mm×230 mm 16 开本

印 张 38 插页 3

字 数 575 000

邮政编码 100080

010-62511770 (质管部)

010-62514148 (门市部)

010-62515275 (盗版举报)

版 次 2018 年 5 月第 1 版

印 次 2018 年 5 月第 1 次印刷

定 价 138.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

让法治助力数字经济

——代序

法学作为一门社会科学，应始终以解决社会问题为导向和使命。社会问题永远是法学研究的思想源泉，而社会问题总是随着科技、经济和社会的发展而不断变化的。这就要求法学研究者不断地运用现有规则、传统理论去解释新现象，解决新问题，甚至在现有规则、传统理论不足时，创造出必要的新规则、新理论。法学研究需要与时俱进，也需要做实证分析。也许有观点认为：这会动摇法学本身的科学性。德国法学家耶林在 1868 年发表的题为《法学是一门科学吗》的著名演讲中，就已经指出：“真理也并非位于世界之外，它是存在于世界之中。法学不是在抽离了现实的自然法的领域中去寻找。”

清华大学法学院一直重视前沿科技问题的法律研究。自 2016 年 7 月以来，法学院进一步推进新兴学科建设，在既有的互联网法律研究的基础上，着力培养、打造以大数据和人工智能、金融科技为核心的前沿科技与法律的交叉学科，并将其作为“双一流”建设的重点。为了支持新兴学科的发展，法学院与国家科技、互联网等行业主管部门及企业、组织加强合作，积极承担国家有关部门委托的课题，并举办了一系列的学术研讨活动。

《数字经济与网络法治研究》一书第一编到第六编的内容，是第一届明理互联网法治论坛优秀成果的选编。该论坛是由清华大学法学院互联网法律与政策研究中心、搜狐集团法律事务中心共同举办的。论坛于 2016 年 12 月 9 日在清华大学隆重举行，以“数字经济与网络法治”为主题，邀请了国家网信办、工信部、文

化部、国家工商总局、国家版权局等政府主管部门领导、最高人民法院和北京市各级人民法院等司法机关代表、国内顶尖专家学者、互联网企业代表等，约200人参会。论坛追踪互联网最新立法动态，聚焦互联网发展中的热点难点问题，兼顾理论与实务，旨在加强学界、政界和产业界的沟通交流，汇聚智慧、凝聚共识，促进互联网行业的规范运行和健康发展，为国家建立网络治理新体系建言献策。

本书根据不同主题划分为七个部分。

网络服务提供商（ISP）包括互联网接入服务提供商和互联网内容服务提供商，网络用户在互联网上的行为必须依赖各种各样的网络服务提供商，网络服务提供商在民事权利救济和行政监管执法中发挥着不可替代的作用。第一编以“网络服务提供商的法律责任”为题，收录了冯晓青、邵树杰撰写的《网络服务提供者帮助侵权注意义务之认定：“最佳审查者”标准》；朱冬撰写的《我国网络服务提供者侵权责任的移植与变异》；沈伟伟撰写的《网络人身权侵权平台责任解析》；韩旭至撰写的《搜索引擎对侵扰性自动提示内容的责任》；黄美容、张文友撰写的《网络平台中立行为行政责任的司法认定》；王晓锦、王洁玉撰写的《“互联网+”时代自媒体侵权的平台主体责任》。

“数据”正在成为经济发展的“新石油”、社会变革的“助推剂”，同时也使每个人的信息安全岌岌可危。第二编以“个人数据保护”为题，分别收录了张阳撰写的《数据的权利化困境与契约式规制》；李小武撰写的《公法先行还是私法先行？个人信息保护立法定位前瞻》；廖磊撰写的《搜索引擎服务商的个人信息保护义务研究》；王萍撰写的《个人数据保护立法模式比较研究》。

“互联网+”已经成为世界的变革趋势，法律与新技术、新现象碰撞出的法律问题，已经成为学界关注的热点。第三编以“‘互联网+’相关产业治理中的法律问题”为题，分别收录了刘金瑞撰写的《网络食品交易第三方平台法律责任研究》；殷守革撰写的《网络预约出租车本地牌照和户籍限制的审查与规制》；张素华、李雅男撰写的《网络交易平台的法律地位分析及风险防范》。通过“互联网+”食品，“互联网+”交通等示例，促进读者对“互联网+”其他领域的思考。

信息技术的发展促进了知识的广泛传播,提高了知识的平等获取水平,但是这种技术也给知识产权的保护带来了巨大的挑战和冲击。第四编以“网络环境下的知识产权保护”为题,收录了华劼撰写的《数字出版视域下的反规避技术保护措施规则研究》;张子健撰写的《新兴技术对著作权集体管理组织的挑战:亦敌亦友?》;孙阳撰写的《网络环境下的版权合作治理》;阮开欣撰写的《域名与商标的合理使用问题研究》;陈耿华撰写的《互联网新型不正当竞争行为的认定理念:反思与重塑》;韩强、朱培撰写的《商业方法的可保护性研究》。

网络并非法外空间,随着人们对网络安全的需求日益突出,加强网络犯罪治理成为维护网络空间公共秩序的必要手段。第五编以“网络犯罪治理”为题,收录了刘静、郭泽强撰写的《海峡两岸窃取网络虚拟财产刑法规制之比较研究》;敬力嘉撰写的《“信息网络安全管理义务”的刑法教义学展开》。

第六编“网络空间治理”,对网络空间治理的基础命题和特殊的专业命题作了探讨。其中,既有宏观的思考,如崔文波撰写的《刍议“网络空间主权”》;也有具体的解读,如郑厚哲撰写的《评述〈电影产业促进法〉背景下的电影审查制度》,苏今撰写的《网络第三方账号登录活动中的法律关系及用户协议适用问题刍议》。

本书第七编“立法建议”中的《〈中华人民共和国互联网信息服务法〉学者建议稿及立法理由》,是国家互联网信息办公室委托课题“互联网信息服务立法”的阶段性成果,它是清华大学法学院数位教授历时一年集体努力的成果,也是不断与国家网信办、特别是政策法规局李长喜副局长反复讨论的结果。希望这项研究成果的发布,会引起社会各界对于网络信息产业发展的根本法缺失的重视,并以此为基础提出更好的建议,使我国的网络信息管理有法可依,网络参与各方的权利义务得以明确。

在信息技术迅猛发展的时代背景下,《数字经济与网络法治研究》一书与读者们见面了。它不是应景之作,而是让我们更多地回归理性思考,彰显法治精神。互联网的发展带给我们的惊喜与挑战总是相互交错的,入选本书的学术论文和立法建议,可以为读者了解互联网法律问题提供一个参考框架。随着网络的现代化发展,大数据、云计算、区块链和人工智能所引发的一系列问题,都需要我们从法理和法律的

角度，以深入而慎密的研究，做出更有针对性的回应，从而在促进行业发展的同时，引发法律制度、法学思想和法学范式的变革，对此我们充满期待和信心！

申卫星

2018年4月24日于清华大学法学院明理楼

目录

1

第一编 网络服务提供商的法律责任

网络服务提供者帮助侵权注意义务之认定：“最佳审查者”标准 / 3

我国网络服务提供者侵权责任的移植与变异 / 24

网络人身权侵权平台责任解析 / 42

搜索引擎对侵扰性自动提示内容的责任 / 58

网络平台中立行为行政责任的司法认定 / 85

“互联网+”时代自媒体侵权的平台主体责任 / 104

2

第二编 个人数据保护

数据的权利化困境与契约式规制 / 129

公法先行还是私法先行？个人信息保护立法定位前瞻 / 153

搜索引擎服务商的个人信息保护义务研究 / 165

个人数据保护立法模式比较研究 / 182

3

第三编 “互联网+”相关产业治理中的法律问题

网络食品交易第三方平台法律责任研究 / 203

网络预约出租车本地牌照和户籍限制的审查与规制 / 222

网络交易平台的法律地位分析及风险防范 / 238

4 第四编 网络环境下的知识产权保护

- 数字出版视域下的反规避技术保护措施规则研究 / 261
新兴技术对著作权集体管理组织的挑战：亦敌亦友？ / 277
网络环境下的版权合作治理 / 297
域名与商标的合理使用问题研究 / 316
互联网新型不正当竞争行为的认定理念：反思与重塑 / 325
商业方法的可保护性研究 / 348

5 第五编 网络犯罪治理

- 海峡两岸窃取网络虚拟财产刑法规制之比较研究 / 367
“信息网络安全管理义务”的刑法教义学展开 / 386

6 第六编 网络空间治理

- 刍议“网络空间主权” / 411
评述《电影产业促进法》背景下的电影审查制度 / 427
网络第三方账号登录活动中的法律关系及用户协议适用问题
刍议 / 441

7 第七编 立法建议

- 《中华人民共和国互联网信息服务法》学者建议稿及立法
理由 / 463

第一编

网络服务提供商的法律责任

1

网络服务提供者帮助侵权注意义务之认定：“最佳审查者”标准

冯晓青 邵树杰^①

“通知—删除”规则是对具体操作步骤的描述，其合理性仅限于特定技术阶段，而无法适应互联网行业的飞速发展，故不应出现在《著作权法》中，但可由灵活的司法解释予以规定。“理性人”标准赋予法官过多的自由裁量权，不仅无法向网络服务提供者（以下简称“平台”）提供明确的行为预期，而且产生了不可忽视的法官误判风险；加之法官与平台之间的知识不对称，该标准很可能引起法官与平台相互猜忌，并加剧裁判结果的不可预测性。为克服“通知—删除”规则的僵硬性和“理性人”标准的不确定性，应采取“最佳审查者”标准来认定平台的注意义务，即法院以“最佳审查者”的注意能力作为其他平台的注意标准。“最佳审查者”，是指同类平台中拥有最强审查能力的主体。“最佳审查者”标准引入了审查强度方面的竞争机制，兼顾了法的秩序价值与公平价值，同时克服了技术的多变性和裁判结果的波动性，还能促使平台提升审查能力，因此是理想的平台过错认定标准。

在信息化社会，网络服务提供者无疑有着举足轻重的地位。其中，以第三方身

^① 冯晓青，中国政法大学知识产权研究中心主任，教授。邵树杰，中国政法大学民商经济法学院硕士研究生。

份为各类在线活动提供交易平台、搜索引擎等技术服务的网络平台，如淘宝网、百度搜索等，更是密切影响着普通人的日常生活乃至国家的经济发展。当网络平台上出现侵权作品时，由于找寻直接侵权人的成本较高，权利人更倾向于以平台未尽合理注意义务为由要求其承担赔偿责任。知识产权人和互联网企业均属于国家大力扶持的对象，双方利益高低难判，因而若著作权法不对网络平台的“注意义务”予以明确规定，则法官势必在个案中面临棘手难题。

《中华人民共和国著作权法（修订草案送审稿）》（以下简称《送审稿》）第73条第3款便试图回应这一问题：“网络服务提供者知道或者应当知道他人利用其网络服务侵害著作权或者相关权，未及时采取必要措施的，与该侵权人承担连带责任。”而其中“应当知道”的具体内涵，却是一个值得研究的问题。本文旨在讨论如何界定网络服务提供者的“应当知道”的标准，也即如何认定其注意义务。为行文方便，下文中的“平台”“网络平台”“服务提供者”和“第三方平台”均指代《送审稿》第73条第3款中的“网络服务提供者”。

另外，需要说明的是，本文中“审查”的含义很广，泛指平台用于防止侵权的各类措施（例如，“通知—删除”也属于一种用于防止侵权的“审查”手段），而《送审稿》第73条第1款则对“审查”进行狭义解释，其仅指事先的数据监控。^①

一、对著作权法中引入“通知—删除”规则的重新审视

《送审稿》第73条第2款采用了“通知—删除”规则：“他人利用网络服务实施侵犯著作权或者相关权行为的，权利人可以书面通知网络服务提供者，要求其采取删除、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后及时采取必要措施的，不承担赔偿责任；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该侵权人承担连带责任”

^① 《中华人民共和国著作权法（修订草案送审稿）》第73条第1款：“网络服务提供者为用户提供存储、搜索或者链接等单纯网络技术服务时，不承担与著作权或者相关权有关的审查义务。”主流学者一般也认为网络服务提供者无监视网络活动的义务。参见王迁：《网络环境中的著作权保护研究》，179页，北京，法律出版社，2011。

任。”笔者认为，“通知—删除”规则只是在特定技术阶段对注意义务的认定规则，不宜在《著作权法》等立法文件中予以规定。

有必要事先回应的是，可能读者有疑问：“通知—删除”规则处理的是“明知”问题，而与注意义务无关。但笔者认为，“通知—删除”规则无法解决对“明知”的判定问题。由于在线的作品比对具有一定难度，平台可能无法仅依据一纸“侵权通知”就“明知”其用户侵犯了他人的著作权，故对该规则的合理解读是：若收到“侵权通知”，平台是否有义务相信权利人的陈述，或是否有义务对用户进行深入调查。同时，因可能存在的恶意投诉，刘家瑞博士就反对将侵权通知与“知悉”完全等同起来。^① 所以，“通知—删除”规则仍然涉及对注意义务的判定。

（一）“通知—删除”规则因过于形式化而不宜出现在立法文件中

所谓“形式化”，指的是法律不再秉持用语的抽象性，而对其规范内容作具体的行为描述。在“通知—删除”规则中，“形式化”表现为：法律将抽象的“注意义务”概念，转化为“网络服务商收到权利人通知（‘通知’）并删除侵权信息（‘删除’），则未违反注意义务”^② 这一详尽的操作流程——下文因此也用“行为主义”一词来描述此特点。

因此，即便认为现阶段将“通知—删除”这一技术形式作为平台的法律义务是合理的，我们也很难确定该制度的合理性能存续多久，因为法律难以预测技术的变化：若出现了可广泛应用的侵权信息过滤技术，则平台的注意义务理所当然应有所变化，而“通知—删除”规则却未必能对此做出回应。尤其是在目前著作权法修改的大背景下，更不宜将如此形式化的规定写入法律当中，具体原因有三。

第一，“通知—删除”规则完全忽略了不同类型平台之间的差异性，使个案认定变得异常僵化。不同类型的网络服务商有着不同的技术和商业资源来降低侵权信息的出现概率，而“通知—删除”规则却迫使所有的平台都接受同一套游戏规则，其

^① 参见刘家瑞：《论我国网络服务商的避风港规则》，载《知识产权》，2009（2）。

^② 王迁：《网络环境中的著作权保护研究》，251页，北京，法律出版社，2011。

结果很可能是：某些平台根本无法应付“通知—删除”规则，而某些平台纵有余力采取进一步的侵权防范举措，也没有动力去实施。崔国斌教授就认为，立法者很难事先为各种类型的网络服务商设定具体的注意义务内容。^①而基于对搜索技术的分析，黄武双教授甚至要求搜索引擎采取积极措施以预防侵权发生。^②在司法实践层面，陈锦川法官也认为：如果相关过滤技术更加成熟，而且成本合理，则可以规定网络服务提供者负有法定监控义务。^③笔者同样持类似观点：在处理个案时，法官应基于裁判时的不同平台主体的具体技术条件来认定过错；但在立法中，为了保持较为长期的妥适性，法律在设定注意义务时，应避免将法律与特定技术背景捆绑。

第二，行为主义的“通知—删除”规则固然实现了法律的秩序价值，但有损于法律的合理性。该规范虽然能够保障平台对其行为后果的可预见性，但因描摹了违反注意义务的详细样态，而导致平台的规避难度很低：若互联网技术稍有变化，“通知—删除”的行为规则就可能跟不上技术现状而不恰当地减轻平台的注意义务。^④易言之，该规则有违“技术中立原则”，而该原则是用于应对新技术发展的立法原则，其含义是：法律对行为的定性不能仅因技术表象不同就发生变化，而应当以行为效果为标准，具有相同效果的行为应受到相同的法律评价。^⑤结合这一原则，“通知—删除”规则以某一具体的操作流程作为判断有无过错的标准，而忽视了其所体现的实质，即平台负有适当照顾他人利益的法定义务，故有违“技术中立原则”。而在哈耶克看来，一项真正合理的秩序必须依赖“抽象性”规则，即这种规则“只会限制而不会完全支配我们的决策”^⑥。但是“通知—删除”规则直接写明了具体的行为模式，几乎没有留给平台任何调整变通的空间，所以其形成的法秩序未必合理。

① 参见崔国斌：《网络服务商共同侵权制度之重塑》，载《法学研究》，2013（4）。

② 参见黄武双：《论搜索引擎网络服务提供商侵权责任的承担——对现行主流观点的质疑》，载《知识产权》，2007（5）。

③ 参见陈锦川：《网络服务提供者过错认定的研究》，载《知识产权》，2011（2）。

④ See Jane C. Ginsburg: “Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs”, 50 *Ariz. L. Rev.* 577 (2008), p. 587.

⑤ 《贸易法委员会电子商业示范法（1996年）颁布指南》第16段。转引自王迁：《超越“红旗标准”——评首例互联网电视著作权侵权案》，载《中国版权》，2011（6）。

⑥ [英] 哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来等译，2卷、3卷，15页，北京，中国大百科全书出版社，2000。

第三,“通知—删除”规则的引入与我国立法体制不相匹配。诚如王迁教授指出的,由于“间接侵权”的认定影响产业发展,因而“间接侵权”规则应与促进信息服务业发展等公共政策相协调,并应进行“形式化的认定”^①。可是笔者必须指出的是:上述侵权规则形式化的现象,与欧美各国的立法机制(国会或议会的立法权很广,而我国常设立法机关全国人大常委会的立法权则不包括知识产权法等“基本法律”)密切相关,但我国立法和修法的成本高、周期长,法律无法过分迁就某一行业,而必须保持一定程度的抽象性和原则性,否则将过分滞后于社会发展。另外,我国的司法解释制度具有较强的灵活性和权威性^②,因此“通知—删除”类的形式化、具有产业政策色彩的规则,可通过司法解释予以确立和变更。

(二)“通知—删除”规则的“证据性规则”色彩较为浓重,不宜进入实体法^③

作为实体法的《著作权法》不应含有证据性规则,而“通知—删除”规则只是用于认定主观过错的证据手段。

首先,作为一种实然状态,“通知—删除”规则只是起到“证据性规则”的作用。在司法实践层面,当适用“通知—删除”规则可能导致不公平的结果时,法官就会越过形式层面而直接判断平台当事人的实际注意程度。在实定法层面,执行了“通知—删除”规则未必免责(例如“红旗规则”^④),而没有完成此流程也不一定承担责任。^⑤如此一来,“通知—删除”规则的实体(权利/义务)法律效果并不是确定的,其仅起到认定主观状态的参考作用,并不从根本上决定过错与否的判断。

其次,作为一种应然状态,“通知—删除”规则也只应当起到“证据性规则”的

① 王迁:《论版权“间接侵权”及其规则的法定化》,载《法学》,2005(12)。

② 参见陈甦:《司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例》,载《法学研究》,2012(2)。

③ 笔者深知此观点的争议性及其所需的论证量,故在此仅稍做介绍,笔者将另行撰文进行详细论述。

④ 红旗规则,指当侵权行为像红旗一样醒目时,纵使权利人未通知网络服务提供者,其也“应知”平台上的侵权行为。See US Senate Report on the Digital Millennium Copyright Act of 1998, Report 105-190. 105th Congress, 2nd Session, p. 44.

⑤ 如果平台并没有满足“通知—删除”规则,它只是不能根据“避风港”免责,而它最终是否承担责任要根据《民法总则》和《侵权责任法》的过错认定标准看。参见王迁:《〈信息网络传播权保护条例〉中“避风港”规则的效力》,载《法学》,2010(6)。

作用。“通知—删除”的规范目的本是二元的，即降低网络上出现侵权行为的概率，同时兼顾平台对裁判结果的合理信赖。但笔者观察到，现在的“通知—删除”制度已一味地强调对平台行为预期的保护：无论是主张该规则太宽松还是太严苛，大部分论者的关注点其实都落在平台身上。笔者认为：出现此现象的原因就在于，行为主义的“通知—删除”规则遮蔽了基础性的实体法，也就是侵权成立的一般条款，进而将人们的注意力都局限在平台如何应对线上侵权行为，而忽视了“过错”的另一端，即作为被侵权人的著作权人。所以，为了纠正异化的“通知—删除”制度，必须重申其“证据性规则”的色彩。

综上，“通知—删除”规则虽然实现了法的秩序价值，但其合理性仅限于某一技术阶段，此类形式化的“证据规则”应由相对灵活的司法解释予以规定。由于我国的立法成本较高，故该规则不宜出现在《著作权法》当中。

二、“理性人”标准之不足：裁判结果的不确定性及其影响

除了“通知—删除”规则，另一种平台注意义务的认定规则是“理性人”标准。

崔国斌教授在否弃了“通知—删除”规则之后，认为网络技术日新月异的发展注定了法官在个案中应享有相当的弹性空间，以具体确定网络环境下的“正常合理人”标准。^①按照民法理论，判断过错的标准就是将一个普通而谨慎的“理性人”（reasonable person）置于当事人的地位进行判断。^②简而言之，理性人标准是普通市民的标准。^③

但笔者认为，在认定平台过错时适用“理性人”标准有以下不足。

（一）裁判结果的不确定性

“理性人”概念赋予法官过大的裁量权，无法保护平台的合理信赖利益，并可能

① 参见崔国斌：《网络服务商共同侵权制度之重塑》，载《法学研究》，2013（4）。

② 参见叶金强：《信赖合理性之判断：理性人标准的建构与适用》，载《法商研究》，2005（3）。

③ See B. S. Markesinis & S. F. Deakin, *Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 4th. Ed. 1999, p. 155, p. 158. 转引自叶金强：《信赖合理性之判断：理性人标准的建构与适用》，载《法商研究》，2005（3）。