

光明社科文库
GUANGMING SOCIAL
SCIENCE LIBRARY

网络法治化治理 研究与思辨

晁金典◎著



光明日报出版社

光明社科文库
GUANGMING SOCIAL
SCIENCE LIBRARY

网络法治化治理 研究与思辨

晁金典◎著



光明日报出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

网络法治化治理研究与思辨 / 晁金典著. — 北京:
光明日报出版社, 2018. 10

ISBN 978 - 7 - 5194 - 4706 - 9

I. ①网… II. ①晁… III. ①互联网络—应用—社会
主义法制—建设—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 232851 号

网络法治化治理研究与思辨

WANGLUO FAZHUIHUA ZHILI YANJIU YU SIBIAN

著 者: 晁金典

责任编辑: 庄 宁

责任校对: 赵鸣鸣

封面设计: 一站出版网设计部

责任印制: 曹 净

出版发行: 光明日报出版社

地 址: 北京市西城区永安路 106 号, 100050

电 话: 010 - 63131930 (邮购)

传 真: 010 - 67078227, 67078255

网 址: <http://book.gmw.cn>

E - mail: zhuangning@gmw.cn

法律顾问: 北京德恒律师事务所龚柳方律师

印 刷: 三河市华东印刷有限公司

装 订: 三河市华东印刷有限公司

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社联系调换, 电话: 010 - 67019571

开 本: 170mm × 240mm

字 数: 222 千字

印 张: 14.5

版 次: 2019 年 1 月第 1 版

印 次: 2019 年 1 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5194 - 4706 - 9

定 价: 68.00 元

版权所有 翻印必究

作者简介

晁金典 男，汉族，山东嘉祥人，法学副教授兼律师。先后发表核心期刊论文二十余篇，出版著作三部，主持、参与国家、省部级课题六项，代理诉讼和非诉讼案件数百件，有一定的法律实战经验和较厚实的法学素养，曾任教于上海交通大学思源进修学院、井冈山大学政法学院，现任教于浙江越秀外国语学院网络传播学院。与本书有关的学术成果主要有，《网络不正当竞争法律规制再考量》法律适用杂志社（南大版核心期刊）2014（7）出版；《网络传播法律前沿问题研究》上海交通大学出版社出版2016ISBN978-7-313-15222-02论著（独著）；江西省级人文课题《网络法律规制若干问题研究》QA2014004；浙江省级人文课题《网络传播与法治之契合研究》Yc2016010

序

互联网是把“双刃剑”，它既是一个信息“宝库”，又是一个信息“垃圾场”。“用得好，它是阿里巴巴的宝库，里面有取之不尽的宝物；用不好，它便是潘多拉的魔盒，给人类自己带来无尽的伤害”。^①当前，网络泄密、网络病毒、网络攻击、网络盗窃、诈骗、色情、赌博、洗钱、贩毒、网络不正当竞争、电子讹诈、网上走私、网上非法交易、网上毁损商誉、网络侮辱、毁谤、网上侵犯商业秘密、网上组织邪教组织、在线间谍、网上刺探、提供国家机密的犯罪等违法犯罪活动日益猖獗。“这是一个最好的时代，也是最坏的时代”。

“没有规矩，不成方圆”，网络空间绝非“法外之地”，亦需扎紧法治的“牢笼”。“要依法严厉打击网络黑客、电信网络诈骗、侵犯公民个人隐私等违法犯罪行为，切断网络犯罪利益链条，持续形成高压态势，维护人民群众合法权益。要推动依法管网、依法办网、依法上网，确保互联网在法治轨道上健康运行”。^②只有积极推动网络社会的法治化建设，让法治的阳光普照网络空间，坚持依法治网、多管齐下，才能真正净化网络环境，维持网络秩序，把网络打造成为传递“法治正能量”的平台。

① 2015年12月16日，习近平在第二届世界互联网大会开幕式上的讲话。

② 2018年4月20日，习近平在全国网络安全和信息化工作会议上的讲话。

“网络春风正当时”。借助网络大国向网络强国迈进的春风，强化网络法治恰逢其时。本书紧扣网络法治热点和司法裁判案例，对“微信”红包法律风险分析、网络运营商、产品服务提供商侵权责任归责原则、网络不正当竞争法律完善、网络知识产权保护法律思辨、网络公民个人信息的法律保护、网络淫秽电子信息入罪、网络犯罪新变种法律规制、网络诈骗法律构成思辨、网络空间法治化法理分析、网络综合治理与法律治理路径研究、网络法律体系宏观构建与微观治理互动思辨等方面的网络法治热点问题和深层次法理问题进行深入思考和研究。

笔者认为，网络运营商、产品、服务提供商对网络安全负有“必要的注意义务”，在特定情况下还应负有高于普通网民的“更高的注意义务”，网络侵权过错的认定更应坚持主客观相统一的原则，以求在激发网络活力与网络生态良好之间寻求二者的共生点，以求在网络法律规制与网络活力与创新之间寻求二者的平衡点。完善网络不正当竞争立法，要列举典型的网络不正当竞争行为的同时要增加兜底性条款，以扩大打击网络不正当竞争新行为和新变种。应妥善界定网络运营商和网络产品、服务提供商的角色，区别对待二者在不正当竞争中的责任和义务。在处理网络知识产权侵权纠纷中，对网络运营商、网络产品、服务提供商“明知”或“应知”的情形，应当结合多种因素综合认定其是否尽到合理的注意义务；从中国网络发展的具体国情，综合运用“红旗原则”、“避风港原则”，避免忽左忽右，以合理协调和平衡著作权人、网络运营、服务商、社会公众的利益。在个人信息的刑法保护上，要对极端的“人肉搜索”行为、黑客行为、帮助行为入罪，扩大犯罪主体的范围，增设侵犯公民个人信息犯罪的刑事自诉程序，在实行“网络实名制”的同时，又为合理地披露公民个人信息的行为设立“避风港”。微信红包滞留资金及利息法律归属存在法律及监管空白，使得微信红包所

涉及的巨大资金流，有涉嫌逃避纳税之嫌，而红包接龙也涉嫌赌博，同时，微信贿赂也极易引发“微腐败”。为此，应建立健全微信红包滞留资金专有账户监管机制，同时借鉴美国对于滞留资金的处理方式是设立专有无息账户，明确滞留资金的法律关系和法律性质，依法规范微信红包各主体的法律边界，严厉打击微信红包犯罪。网络诈骗势头猖獗，要集中警力，联合作战，快速联动，跨区域联合作战。健全刚性的问责机制，细化分解各项指标。营造浓厚的整治氛围，强化防治网络诈骗犯罪的社会联动机制，集中开展打击网络诈骗专项整治活动。科学把握网络淫秽电子信息的属性、本质，淫秽电子信息是刑法上所指的淫秽品，本质上是以电磁等形式存储固定下来的可独立存在的电子对象。淫秽电子信息的判断标准应是动态的，要正确区分淫秽电子信息犯罪与传播低俗电子信息。淫秽电子信息犯罪可能触犯的其他罪名及立法路径应多向选择。网络空间犯罪，冲击着刑法基础理论，特别是云技术背景下网络犯罪的新形态及对刑法的提出新挑战，为此应突破传统刑法反应模式，树立网络思维模式，在刑法中增设网络犯罪专门章节，有针对性地打击网络犯罪，在现行立法框架内，增强刑事诉讼程序设置的科学性，加大打击网络犯罪力度。当务之急，应明确网络犯罪与涉网犯罪的界限，多点布控，明确网络犯罪案件的管辖权，强化并案处理，提高网络犯罪办案效率，强化预备行为的实行化和共犯行为的正犯化刑法理念，最大程度上遏制网络犯罪。本书还探讨了构建网络空间命运共同体法律框架、网络虚拟财产法律属性界定、网络技术中立与网络犯罪思辨、人工智能法律前瞻等问题上展开探讨，以求抛砖引玉之效。

目 录

CONTENTS

第一章 法律人工智能化与人工智能法律化思辨 1

一、法律人工智能化 2

（一）法律检索智能化、自动化 2

（二）法律文件自动化 3

（三）法律服务标准化、商品化，法律人工智能预测将深刻影响
当事人的诉讼行为和法律纠纷的解决 4

（四）智慧法院、人工智能法律援助，将极大降低诉讼成本，消除
司法鸿沟 5

（五）法律市场评价透明化，法律职业新型化 5

（六）计算法律、算法裁判，或将成为法律的重要形态 6

二、人工智能法律化 6

（一）人工智能犯罪问题 7

（二）人工智能生成物是否具有知识产权问题 8

（三）人工智能是否可以替代司法者的问题 9

（四）人工智能侵权责任问题 9

（五）人工智能与人的伦理挑战问题 10

（六）人工智能的数据保护问题 10

第二章 网络版权侵权思辨..... 12

一、网络版权侵权典型行为 13

（一）侵犯信息网络传播权的行为 13

(二) 侵权性链接行为	17
(三) 侵犯网页版权行为	18
(四) 抄袭、剽窃行为	21
(五) 侵犯版权的其他行为	23
二、网络版权侵权主体资格及其认定	24
(一) 被告主体资格的认定	24
(二) 原告主体资格的认定	25
三、网络版权纠纷中对网络服务商“明知”或“应知”的认定	28
(一) 对“明知”的认定	33
(二) 对“应知”的认定	34
(三) 网络服务提供者是否尽到合理的注意义务的综合考量	35
 第三章 “微信”红包合法性辨析	40
一、微信红包的特点与实质	41
二、微信红包风险	43
(一) 泄露隐私风险	43
(二) 技术风险	44
(三) 法律风险	44
(四) 道德危机风险	50
四、微信红包法律治理路径	50
(一) 降低微信红包安全风险	51
(二) 依法规范微信红包各主体的法律边界	53
(三) 加强微信红包资金监管	53
(四) 应建全微信红包信息强制披露制度, 强化互联网企业的 社会责任	56
(五) 对微信红包依法征税	56
(六) 严厉打击微信红包犯罪	57

第四章 网络色情犯罪的刑法应对探析 60

- 一、网络淫秽电子信息外延和内涵 60
 - (一) 淫秽电子信息系刑法上的淫秽品,符合罪刑法定原则 61
 - (二) 淫秽电子信息的本质是以电磁等形式存储固定下来的可独立存在的电子对象 62
 - (三) 淫秽电子信息的判断标准应是动态的 64
 - (四) 淫秽电子信息的外延在不断扩大 65
 - (五) 正确区分淫秽电子信息犯罪与传播低俗电子信息 67
- 二、网络色情犯罪特征 69
 - (一) 淫秽色情跨境活动使得打击难度加大 69
 - (二) 淫秽色情线上、线下互动,更加隐蔽 69
 - (三) 对淫秽色情活动打击难度加大 70
 - (四) 形成牢固的利益链条且高学历、低龄化、高智商趋势明显,且气焰嚣张、社会危害严重 70
- 三、网络色情犯罪的刑事法律政策与实践 70
 - (一) 司法解释一 71
 - (二) 司法解释二 72
- 四、网络淫秽电子信息犯罪所涉罪名思辨 74
 - (一) 淫秽电子信息犯罪与组织淫秽表演犯罪 74
 - (二) “裸聊”入罪 77
- 五、淫秽电子信息共同犯罪问题 80
 - (一) 刑事法律实践对淫秽电子信息犯罪的共犯的法律界定 81
 - (二) 淫秽电子信息共同犯罪的特征 82
 - (三) 淫秽电子信息犯罪共犯主体 84
 - (四) 淫秽电子信息犯罪共犯“明知”的认定 86
 - (五) 与淫秽电子信息犯罪相伴生的次生犯罪 88

第五章 网络诈骗及其应对 89

- 一、新型网络诈骗特征 90

(一) 科技含量高, 跨境犯罪猖獗 90

(二) 防不胜防、精准性强 91

(三) 组织严密、产业化运营 91

(四) 窝案、次生犯罪群发 92

二、网络诈骗新形式 92

(一) 网络投资诈骗 93

(二) 网络游戏诈骗 96

(三) 钓鱼网站诈骗 98

(四) 网络购物诈骗 100

(五) 伪基站诈骗 104

(六) 网络中奖诈骗 107

(七) “补卡解码”诈骗 109

(八) “醒目”信息诈骗 111

(九) 隐藏木马病毒的“伪链接”诈骗 112

(十) 网络贷款诈骗 115

(十一) 二维码、WLAN、WIFI、微信公众号 AA 诈骗 118

(十二) 其他形式的网络诈骗 121

三、网络诈骗应对 124

(一) 健全刚性的问责机制, 细化分解各项指标 124

(二) 强化群众防范意识, 加强网络诈骗法制教育 124

(三) 健全社会联动机制, 露头就打 125

(四) 集中开展专项整治, 精准打击网络诈骗 126

第六章 刑法视野下的网络公民个人信息的保护 127

一、法律角度上的个人信息内涵和外延 128

(一) 公民个人信息概念 128

(二) 公民个人信息的分类 129

(三) 我国公民个人信息的法律界定 130

二、对《刑法修正案(七)》侵犯公民个人信息犯罪的思辨 131

- (一) 对出售、非法提供公民个人信息罪思辨 131
- (二) 对窃取、非法获取公民个人信息罪思辨 133
- (三) 对非法获取计算机信息系统数据罪、非法控制计算机信息系统罪思辨 135
- (四) 对提供非法侵入、控制计算机信息系统专用程序、工具罪思辨 137

三、侵犯公民个人信息犯罪的刑法完善 139

- (一) 信息的可识别性、可固定性是界定网络个人信息的关键 139
- (二) 极端的“人肉搜索”可以入罪 140
- (三) 对出售、非法提供公民个人信息犯罪可以做扩张性解释 141
- (四) 可以“以公诉为主, 自诉为辅” 142
- (五) “网络实名制”在打击侵犯公民个人信息网络犯罪中有利有弊 142

第七章 网络犯罪阶段性分析及刑法变革…………… 145

一、网络犯罪发展的四个阶段 146

- (一) 1986 年—1994 年, 以计算机、电脑、软件等为犯罪物的阶段 146
- (二) 1994 年—2001 年, 以“计算机系统”为犯罪对象的阶段 147
- (三) 2000 年—2009 年, 以互联网网络为“犯罪工具”的阶段 149
- (四) 2009 年—至今, 网络思维型、智能型犯罪阶段 152

二、网络智能型犯罪的刑法应对 155

- (一) 刑事实践应对 155
- (二) 刑法理论应对 156

第八章 《反不正当竞争法》修订与网络不正当竞争…………… 162

一、问题的提出 162

- (一) 网络不正当竞争与我国“网络大国向网络强国迈进”是极不协调的 162

(二) 网络不正当竞争是传统不正当竞争在网络时空中的延续, 并有了新特点 164

(三) 网络不正当竞争的新形式 165

二、网络不正当竞争法律边界 189

(一) 列举与兜底条款相结合 189

(二) 法律应当明确网络不正当竞争中经营者的范围及消费者的权利 191

(三) 技术中立并非免除网络服务商的责任、义务的借口 193

第九章 网络服务商侵权责任思辨 198

一、网络侵权呼唤法律 198

二、网络服务商的侵权责任 200

三、网络服务商的法律角色 202

(一) 网络服务商的事先审查义务与事后“必要注意义务” 202

(二) 对网络服务商侵权责任的有限限定与先天不足 205

四、认定网络服务商侵权责任应注意的问题 208

(一) 坚持主客观相统一的原则来认定网络服务商侵权过错 209

(二) 个人敏感信息的收集、加工、转移、删除等具体行为不是侵权责任的认定范围 211

(三) 侵权管辖地问题 213

(四) 网络服务商享有法定抗辩事由, 其告知义务是相对的 213

参考文献 215

跋 217

第一章

法律人工智能化与人工智能法律化思辨

(浙江越秀外国语学院 晁金典 312000)

(山东省济宁市人民检察院 王建波^① 272400)

内容摘要：“新一代人工智能”深刻改变着人类社会生活、改变着世界，迫切需要人们深入研究和探索法律与人工智能关系走向。这包括两个方面，一方面法律人工智能化，另一方面人工智能法律化。法律人工智能化是科技发展的必然趋势，人工智能法律化是捍卫人类尊严和价值观的必然要求。制定促进人工智能发展的法律法规和伦理规范，为人工智能设定法律和道德边界，已成当务之急。

关键词：人工智能、法律、趋势、问题

人类跨入信息时代，人工智能势不可挡。机器人酷炫跳舞、阿尔法狗战胜天才围棋少年柯洁、刷脸支付、无人驾驶、机器人医生、机器人索菲亚美女公民等等，在演绎着人工智能传奇。在这次信息技术革命中，中国不再是追随者，而是领跑者。中国渴望在 2020 年，人工智能核心产业规模超过 1500 亿元，带动相关产业规模超过 1 万亿元；到 2025 年，这两组数字为 4000 亿元和 5 万亿元；而到了 2030 年，大约又要翻一番。^②“新一代人工智能”在从 1.0 向 2.0 的迈进，并深刻改变人类社会生活、改变世界。当前，在移动互联网、大数据、超级计算、传感网、脑科学等新理论新技术以及经济社会发展强烈需求的共同驱动下，人工智能加速发展，呈现出深度学习、

^① 王建波，山东省济宁市人民检察院检察官，现于济宁市纪检委工作，本科。

^② 2017 年 7 月 8 日，国务院关于印发《新一代人工智能发展规划》的通知。

跨界融合、人机协同、群智开放、自主操控等新特征。大数据驱动知识学习、跨媒体协同处理、人机协同增强智能、群体集成智能、自主智能系统成为人工智能的发展重点，受脑科学研究成果启发的类脑智能蓄势待发，芯片化硬件化平台化趋势更加明显，人工智能发展进入新阶段，正在引发链式突破，推动经济社会各领域从数字化、网络化向智能化加速跃升。人工智能已成为国际竞争的新焦点，成为经济发展的新引擎。

法律与人工智能关系问题，正是在此背景下发生和发展的，这个问题包括两个方面，一方面法律人工智能化，另一方面人工智能法律化。

一、法律人工智能化

就法律人工智能化方面而言，无论是律所和律师，还是法院，抑或当事人和终端消费者，基于人工智能和机器人技术的“智能交互界面”将成为法律系统的主要进入点。对于律师而言，未来的法律实践比如法律检索、案件管理、法律写作等将主要通过具有智能交互界面的法律机器人和人工智能系统来完成。对于法院而言，司法审判的数字化和在线化，意味着类案检索、裁判文书写作、证据分析和推理等也将在法律人工智能的辅助下进行，甚至为其所取代。对于终端用户而言，交互性的、基于互联网的问答系统可以以文本或者语音对话的形式同用户交流，并生成所需的法律信息，或者指导其完成基本的法律文件和格式。

当前，人工智能和机器人取代律师的报道不绝于报端，全球法律科技上市公司的数量也呈爆发式增长。国内法律科技市场也开始从“互联网+法律”向“人工智能+法律”转变，法律人工智能创业成为人工智能创业的重要组成部分，面向B端或者C端的法律人工智能产品逐步进入公众视野。人工智能技术已经在改造整个法律行业并呈现出如下趋势：

（一）法律检索智能化、自动化

法律文本、裁判文书等法律资料的数字化如 West law、北大法宝等法律

数据库服务一般基于传统的关键词检索，利用这些数据库进行法律检索，实在费时费力。然而，基于自然语言处理和深度学习的语义检索和法律问答已经使得法律检索省时省力。比如，世界首个机器人律师的 ROSS 就是基于 IBM 的 Watson 系统的智能检索工具，利用强大的自然语言处理和机器学习技术向律师呈现最相关、最有价值的法律回答。ROSS 的本质是一款人工智能软件，它使用具有超强计算能力的 IBM Watson 来梳理巨量的数据信息，并且，随着时间推移，它拥有的机器学习能力让它可以从过去的法律案例和与人类的互动当中，不断提升自己的答疑能力。有了 ROSS，律师们的能力可以成倍放大，并得以介入和服务那些现在无人涉足的巨大法律市场。因为客户不需要为昂贵的人工服务付费，通过使用像 ROSS 这样的机器人律师，律所不但可以大幅降低收费，还可以制定出更多高性价比的计划来服务穷人。另外，语义技术，文本分析和自然语言处理，以及图像和视频技术已经为商标和专利检索以及版权监测等知识产权法律工作的自动化提供了可能性，这意味着系统自身可以理解一段事实陈述并自动识别其中的法律问题，然后完成检索并提供最佳法律信息，并几乎不需要人类律师的深度参与。Trademark Now 是自动法律检索的典范。

（二）法律文件自动化

像新闻写作机器人的崛起将给新闻业带来一场巨变一样，法律文件自动化趋势也是如此。比如，法律文件审阅自动化。无论是调查取证、尽职调查，还是合同分析、合规审查，都需要对法律文件进行审查、分析和研究。基于 NLP、TAR（技术辅助审阅）、机器学习、预测性编程等技术的法律文件自动化程序显著提高了工作效率，且准确性不输人类。一个典型例证，德勤（Exploited）借助机器学习合同分析系统 Kara Systems，只要 15 分钟就可以读完原本需要人类律师花费 12 小时才能审阅完的合同。再如，法律文件生成自动化。未来 15 年，智能机器辅助也许能起草大部分的交易文件和法律文件甚至起诉书、备忘录和判决书，律师的角色将从起草者变成审校者。举个例子，硅谷一家律所 Fenwick & West 开发的一个程序可以为准备上市的创业公司自动生成所需文件，这将律师的账单时间从 20 至 40 个小时减少到

了几个小时的，当需要准备大量文件的时候，这一程序可以使所需时间从数天、数周减少到数小时，大大提高了工作效率。机器智能的优势还在于随着数据的积累，可以不断自我学习和改进，并且由于数据的互相关联性，计算机可以将特定合同与所有与之相关的法院判决关联起来，形成持续改进法律格式的动态关系。

（三）法律服务标准化、商品化，法律人工智能预测将深刻影响当事人的诉讼行为和法律纠纷的解决

在线法律服务、机器人法律服务等替代性商业模式可以直接向终端用户提供一般法律咨询服务，比如遗嘱、婚姻咨询、交通事故咨询，等等。面向终端消费者的法律机器人可以协助用户自主完成对交通罚单的申诉材料准备和提交工作。这有望使法律服务标准化、商品化。商品化意味着法律服务的提供不再主要依赖于特定的人类律师的专业素养，而可以以自动化的方式提供，且以较低成本使人人都可以获得法律服务，帮助消除法律资源不对称的问题。

另外，与法律服务标准化、商品化相伴生的案件预测更能帮助当事人形成最佳的诉讼策略，从而节约诉讼成本，更能帮助法官实现同案同判，使得司法确保公平正义。计算机在强大算法的支持下，可以以超强的运算能力，处理几乎可以获取的所有数据。计算机的全数据处理，相比人类的样本数据分析，使得案件预测结果更为可靠。这意味着当事人不会冒着极大的败诉风险继续推进诉讼或者上诉，而是会选择和解、放弃诉讼等其他纠纷解决方式。当前，案件预测技术在研究上取得进展。

比如：在欧洲，科学家们打造出了一台人工智能计算机“法官”。这位“法官”已经能够准确预测欧洲人权法庭大多数的裁定，或许在未来还能对案件做出重要裁定。它能够评估法律证据，同时考虑伦理问题，然后决定案件应当如何判决，其背后的算法参考了 584 个关于折磨、侮辱、公平审判和隐私的案例数据库。当遇到一个新的案件时，这名“法官”能够审查相关信息，然后做出自己的决定，在大多数案件中，这些决定都和欧洲高级法官们的判决相符。科学家表示，人工智能法官对案件预测的准确性达到了百分之七十九。

再如，Ex China 公司提供的服务，通过对成千上万份判决书进行自然语