

北京大学 知识产权学院 / 主办
互联网法律中心

Peking University Intellectual Property School

Peking University Institute for Internet Law

第19卷

Volume 19

网络法律评论

Internet Law Review

主编/张 平

Chief Editor Zhang Ping



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律

第19卷

Volume 19

北京大学 知识产权学院 / 主办
互联网法律中心

Peking University Intellectual Property School

Peking University Institute for Internet Law

网络法律评论

Internet Law Review

主编/张 平

Chief Editor Zhang Ping



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

网络法律评论. 第19卷/张平主编. —北京:北京大学出版社, 2017.8
ISBN 978-7-301-28891-7

I. ①网… II. ①张… III. ①计算机网络—科学技术管理法规—中国—文集
IV. ①D922.174-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第256047号

书 名 网络法律评论(第19卷)

Wangluo Falü Pinglun

著作责任者 张平 主编

责任编辑 孙战营

标准书号 ISBN 978-7-301-28891-7

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

印刷者 北京京华虎彩印刷有限公司

经销者 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 19.75印张 393千字

2017年8月第1版 2017年8月第1次印刷

定 价 50.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

本卷编委会：

石 丹

Shi Dan

蔡培如

Cai Peiru

李 琳

Li Lin

刘红雨

Liu Hongyu

谢富勇

Xie Fuyong

段定定

Duan Dingding

严明雯

Yan Mingwen

责任编辑：

石 丹

2004 年序

郑成思

当火星车 SPIRIT 与 OPPORTUNITY 发出的信号把火星上的信息清晰地传递给地球时,地球上中国这一隅的人们正在做些什么呢?

时间已经进入了 21 世纪。遥想秦汉瓦流传至今仍不失其实用价值;罗马法学代代承接在现世依然光彩耀人。“不了解历史等于失去了一只眼睛;仅了解历史却等于失去了两只眼睛”,这句 20 世纪出自“IP World”上的话,我感到很有哲理。“王母桃花千遍红,彭祖巫咸几回死”,古人尚知历史不是停滞的,何况今人。

有幸的是,中国始终有一批人是睁着两只眼睛做事的。其结果是中国的载人卫星也冲出了大气层,这虽然离登月及登火星还有差距,但毕竟在缩小着这个差距。同时,中国的互联网终端用户已列世界第二,与 20 世纪 90 年代中、后期相比,我们的差距缩小得更快。

信息技术在中国的快速发展推动了相应的立法与法学研究。不断呈现给读者的《网络法律评论》,正是在这一领域耕耘的人们着眼于现实,着眼于应用,着眼于对策而作出的成果。无论闭上两眼或只睁一眼,均很难在这一领域有像样的成果出来。

早在 20 世纪 90 年代末,以国家名义发表的《俄罗斯信息安全学说》就把“信息财产”作为当代最重要的财产提出,并号召国人更充分地利用(主要指处理及传递)信息财产。但俄罗斯的“学说”只停留在了纸面上,因其并无实际能力充分利用信息财产,故其“学说”的影响并不很大。21 世纪初日本在《知识产权战略大纲》中重提该“学说”中的上述理论,影响则“响”到了全世界都能听到。原因是日本的“大纲”绝非停留在纸面上,它实实在在地正付诸实施,从而必然影响其他国家,尤其是其贸易竞争对手和近邻中国。

作为知识产权保护客体的信息,对其利益的所有(ownership)与持有(hold),对其本身的处理(包括复制、改编、翻译等),是知识产权法早就在规范的。只是在信息技术

(今天主要指信息处理技术与信息传递技术)发展到数字网络时代的今天,早就存在的知识产权不得不“与时俱进”。同时,信息技术(尤其是网络)带来的新的法律问题,已远远不限于知识产权范围。不过由于世界知识产权组织“顽固地”坚持把一大批与知识产权无关或无直接关系的网络法律问题(如电子商务中的CA认证之类)纳入它的规则之中;又由于欧盟“奇特地”始终把一大批仅仅与数字网络有关的立法问题(如“合同之债与非合同之债规范指令”等)纳入其“知识产权”立法范围,所以在国际学术领域中,知识产权与网络总有难解之缘。北大及其他教研单位的中国学者,将网络法结合知识产权,又限于知识产权进行研究,与世界知识产权组织及欧盟的做法,似乎是“不谋而合”的。

国际组织(包括欧盟之类地区性国际组织)的网络立法及研究结果对我们的影响,外国(如美国、日本、印度、俄罗斯等)立法及国家学说对我们的影响,我们均应研究。此外,几个外国如果联手,将对我们产生何种影响,我们更应当研究。例如,美日欧国家在技术专利方面“标准化”发展曾给并正给我们的产品出口带来不利,如果美日(或再加上几个其他发达国家)在商业方法专利上如果也向“标准化”发展,会给我国进入国际金融市场带来何种影响,也十分值得研究。对这些方面作出较深入的研究,有助于我们拿出对策,“趋利避害”。

愿《网络法律评论》在这些方面不断作出贡献。

《网络法律评论》一读者

郑成文
二〇〇四年春

十六度春秋,少年已长成

张 平

《网络法律评论》(以下简称《评论》)自2001年始至今已经走过了十六度春秋。对于一个人来说,十六岁意味着花季少年,青春荡漾,充满活力。而对于一本期刊书来说,坚持十六年本身就是一个成就。从当年对互联网法律的懵懂到清晰观察,《评论》见证了互联网法律研究“成长的烦恼”,撇去初创的青涩,如今的《评论》已风华正茂、意气飞扬。就在2017年春,本书被南京大学CSSCI(2017—2018)收录到集刊目录中,也旁证了“我家少年已长成”。

2001年,研究网络法律的书籍还很少,关注网络法律问题的学者也不多,《评论》前期汇编的论文多以在校硕士生和博士生的研究成果为主。之后,北京大学法学院互联网法律中心设立了互联网法律研究基金,资助青年学者专项研究互联网法律新问题,资助对象遍布全国高校,本书的稿源质量大幅度提升。随着互联网立法、司法的深入以及产业发展的快速增长,网络法律问题越来越复杂、旧的问题还没有完全厘清,新的问题又扑面而来。而编辑部的小伙伴们一路孜孜不倦,耕耘着互联网法律这片沃土。

十六年的时间在人类的长河中不过是一瞬,但在互联网的发展史上已是两重天地。

十六年前,手机还没有这么智能,移动互联网还在初创之中,人们对网络的认识还基于台式机、笔记本、路由器、宽带账号……而今,人们只需要手机流量,就可以任性地进入所有信息时空,处理着公、私事务,办公室已然成为一个符号,无处不在的移动互联网让人们随时随地分享他人的信息,在精准的个性化服务中保护知识产权更是难上加难,开源技术与安卓系统的普及也在转变传统知识产权保护的理念。

十六年前,还没有“互联网+”,人们还在区分着互联网产业和传统产业,而今,共享经济将两者的界限彻底打开,他们就像孪生兄弟一样难舍难分。人们享受着各种信

息互联之后的便利,也开始担心信息泄漏、骚扰、犯罪……是否有一天信息的无穷分裂会有原子弹爆炸那样的威力和危害?而在侵权发生时,已经无法寻找到准确的侵权主体,互联网平台承载了一切,平台责任也成为一种新型的法律责任类型。平台越来越大,人们也在探讨平台是否会成为互联网社会的统治者?对互联网平台如何进行法律的约束?

十六年前,大数据产业还没有诞生,海量信息还藏在经营者自家的服务器上,而今,数据云连成一片,共享经济让大数据身价倍增,成为继土地、矿产、人力之后的又一财富源泉。而对于大数据应用的政策与法律规定则是各执一词。国家政策在鼓励大数据产业的发展,鼓励开放政府数据用之于民,在2015年国务院《促进大数据发展行动纲要》中提出“大力推动政府信息系统和公共数据互联开放共享,加快政府信息平台整合,消除信息孤岛,推进数据资源向社会开放,增强政府公信力,引导社会发展,服务公众企业;以企业为主体,营造宽松公平环境,加大大数据关键技术研发、产业发展和人才培养力度,着力推进数据汇集和发掘,深化大数据在各行业创新应用,促进大数据产业健康发展;完善法规制度和标准体系,科学规范利用大数据,切实保障数据安全。通过促进大数据发展,加快建设数据强国,释放技术红利、制度红利和创新红利,提升政府治理能力,推动经济转型升级”。在这一政策导向下,整个社会开始了数据宝藏的挖掘,贵州成为大数据省,建立了数据交易中心。这是否意味着,大数据可以像知识产权那样被广泛应用、鼓励盈利?而纵观世界各国的法律,对于数据的应用持有非常慎重的政策,多数以限制应用为主。我国在2017年6月1日正式实施的《网络安全法》中,对以个人信息为主形成的大数据的应用也给予了严格限制。大数据应用的立法天平究竟是向个人权利倾斜还是向产业发展倾斜?经济学家认为大数据是一场商业革命,它正以几何级数提升财富的积累;社会学家认为,电子信息无时无刻不准确记录人们的行为轨迹,带给人们的是记忆的烦恼和不能被遗忘的担忧;法学家则形成两类观点:一种认为大数据时代个人信息的利用应该受到严格的控制,除传统的隐私保护外,互联网环境下人们更需要一种“不被打扰的权利”;另一种则认为大数据的开发和利用是互联网经济的必然趋势,过多限制数据的利用会错失发展机会。大数据的应用使得个人信息保护问题日趋复杂,产业利益表象背后,是国家安全、信息安全、经济安全等诸多深层问题,正是在这样的背景下,大数据下个人信息保护的国际化进程如此艰难,每个国家都站在本国立场上进行着立法选择。人们感受到大数据产业势不可挡的蓬勃发展,

十六年前,人工智能仅停留在技术层面,而今,大数据开辟了人工智能的新时代,大数据成为人工智能之魂。在大数据的支撑下,人们在担心人工智能形成新的智能群体,成为人类最后的发明。法律能约束机器的自我学习吗?人类制定怎样的规则才能控制机器人的社会秩序?

互联网带来的是一次深刻的社会变革,她正沿着自己的规律向前发展,就像宇宙中浩淼的星河,看似无序,却无不遵循着固定的轨迹。自然之美,乃自然内部规律使然。社会亦是如此,顺势而为,自会形成和谐秩序。互联网法律的研究者们也当溯流寻势,构建互联网之美。

感谢全体编辑同学,有你们的付出,才有《评论》的茁壮成长。

感谢全体论文作者,有你们的智慧,才有《评论》的十六岁花季。

十六载,正当年,意气风发,大步向前。

张 平

2017年8月8日

2001 年序言节录*

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,而且有益处。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》,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作出新的贡献。

—— 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得实在是太细。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时的密钥,研究网络传输或链接所涉及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程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分答案,是优是劣,任世人

* 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。

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,还需要在纸质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

几经波折,《网络法律评论》第19卷终于要与读者见面,希望这一卷精彩纷呈的内容不辜负大家的期待。

本卷专题链接选取时下热点“个人信息保护”作为主题。“个人信息的定义”“如何维持个人信息利用与保护之间的平衡”一直备受关注。我们期望通过学者们的观点碰撞,给读者带来新的启发。首先,张平老师一文,从个人信息的法律属性出发,分析大数据时代利用数据信息的必然性及规范性,指出大数据时代应当适度立法平衡产业发展与个人信息保护的冲突。刘德良老师一文,紧紧围绕最新发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》,探讨大数据技术背景下个人信息刑法保护问题。我国在个人信息保护领域一直持分散立法的态度,是否有必要制定一套系统的《个人信息保护法》?其次,本卷选取张凌寒、杜婧、西村洋、任文倩几位学者的文章,分别介绍美国、德国和日本等国家的个人信息保护制度,回应读者关于中国的个人信息保护模式的关切。张凌寒和杜婧一文梳理了美国个人信息保护路径发展历史,分析其经验教训,提出了针对中国个人信息保护的政策建议。西村洋一文详细阐释日本《个人信息保护法》关于个人信息内涵、保护标准、个人信息流转的限制、监督以及违法处罚等方面的规定,意在通过介绍日本相关立法经验,使我国能尽早出台《个人信息保护法》以弥补制度上的空白。任文倩一文分析德国《联邦数据保护法》的发展沿革及主要内容,意在为中国相关方面立法提供域外经验。他山之石,可以攻玉,比较法研究思路对探讨个人信息保护路径大有裨益。

“学术BBS”一直致力于对网络法律问题深入讨论。网络事物日新月异、层出不穷,因此法律研究需要与时俱进,且不可浅尝辄止,理论和实践结合才能带来社会价值。《网络交易平台间接侵权之相关问题分析——以利益平衡为中心的考量》一文结合时下多起电子商务纠纷案例,从网络交易平台性质的认定、网络交易平台的注意义务、网络交易平台侵权责任承担三个方面论述网络交易平台知识产权间接侵权责任认定中应当注意的问题。正值第三次《著作权法》修法之际,《论网络环境下合理使用一

般条款》一文结合立法背景,总结当前司法实践中的“不认定侵权”“三步检验法”和“四要素检验法”等不同裁判思路,指出增设合理使用一般条款的必要性以及可行性。《论代码的可规制性:计算法律学基础与新发展》一文以法律与代码的关系为主线,强调法律治理应当与技术治理有机结合。结合计算法律学发展,作者指出计算法律学从架构上应当优先选择私有区块链,并进一步强化智能合约法律化,而中国的计算法律学需要落实到中国法律本体问题的研究中。《网络环境下跨境版权侵权的法律冲突问题研究》则将我们的视角又拉回传统版权问题,作者提出对于跨境网络版权侵权应当建立一套特殊的冲突规范,减少多个准据法的适用,在保护版权的同时保障网络的互联互通。文章建议我国吸收国际上的成熟经验,即适用与网络版权侵权具有最密切联系的法律作为单一准据法,同时配以“回归地域性”例外从而保障其与被请求保护国法原则不产生矛盾。《互联网广告发布者的认定标准与责任配置》一文在评价《互联网广告管理暂行办法》的基础上对互联网广告发布者的民事与行政责任配置进行了梳理,就其虚假广告责任和消费者信息保护责任进行了特别论证,强调在行政监管之外应重视司法对互联网广告活动的规范作用。《论“通知—删除”规则的重构——从版权到其他领域的思考》一文指出“通知—删除”规则的适用应当通过反通知、错误删除的责任承担制度来进行调整,发端于网络著作权领域的这一规制适用于一般网络侵权领域时应当格外慎重,避免滥用。

“互联网金融”是本卷新开辟的栏目。鉴于当前互联网金融行业迅速发展,相关法律法规尚未完善,加强监管和金融创新之间的博弈需要学者们孜孜不懈地探索。《中美网络投资者关系规制比较研究》一文比较中美两国在网络投资者关系规制上的异同,建议我国在现有的指定媒体信息发布制度框架下,采取措施积极推动、鼓励和规范上市公司使用公司网站和社交媒体等新兴网络技术开展网络投资者关系活动。《谨慎谨行:美国电商发展的财税法启示》一文细致介绍美国电商税制的要点包括税收法定、税收中性、税收公平等三大根本原则,为本土化电商税制提供立法角度和制度逻辑。《中国预付券/卡法律规制的完善》一文针对预付券/卡经营准入制度不完善、忽视消费者权益保护等问题,建议中国应坚持消费者保护的基本理念,明确代币卡券的定义和性质,完善预付券/卡的发卡人的经营准入制度,赋予消费者后悔权,建立债务履行强制担保机制和明确监管机构等相关规制制度。《“心由境生”:互联网金融诈骗犯罪被害情境预防策略研究》一文选取108件互联网金融诈骗案例为样本展开实证研究,发现互联网金融诈骗犯罪被害人的被害性与被害损失之间具有显著关系,提出通过改变被害情境即控制和减少自身被害性以有效遏制互联网金融诈骗犯罪现象的发生。

“追踪研究”是对《网络法律评论》、北京大学互联网法律中心先前研究的延续。本卷的三篇报告汇集了网络环境下专利、版权和个人信息保护问题前沿研究,希冀给读者,特别是从事实务工作的读者提供一些建议和启发。《互联网技术创新专利观察

报告(2016)》选取了中国市场最为活跃的 20 家互联网和高新企业,通过详细数据分析,从不同维度观察企业专利申请状况与创新能力。《互联网企业个人信息保护抽样测评报告(2017)》应用《测评标准 V2.0》确立的测评指标,从普通用户的可操作和可感知的角度出发,对 79 项共计 17 类互联网应用产品进行抽样评估。本卷摘取了报告的精华部分,预览全文可订阅本中心公众号“PKU 互联网法律中心”。《网络平台民事责任研究报告》主要聚焦网络平台作为私主体与其他私主体间关系场景下的具体民事责任的认定和评估。该报告从侵权责任、合同责任一般原理相应切入,深入分析平台责任典型案例分析,为完善平台经营发展降低法律风险提出多项建设性意见。

“案例收藏夹”选取最新的 Impression Products, Inc. 诉 Lexmark International, Inc. 案,该案历经联邦地区法院、联邦巡回上诉法院,最终在美国最高法院尘埃落定。美国最高法院在判决中指出专利权用尽原则在销售地点方面并无地理差异,反对将售后限制应用于专利侵权诉讼中,明确专利权“绝对用尽”和“国际用尽”两项原则在美国的适用。本案最初讨论来源于“高新技术知识产权保护”课程中,感谢张平老师带领我们开拓思路,讨论该案说理论证过程、该案对专利权许可和销售带来的冲击,张赛磊等七名同学为翻译所作的付出在此一并感谢。

目 录

专题链接

大数据时代个人信息保护的立法选择 ——积极利用还是消极限制	张 平	003
刑法侵犯个人信息犯罪及其司法解释的理解 与检讨	刘德良	016
基于隐私权的个人信息保护路径研究 ——以美国为研究视角	张凌寒 杜 婧	026
日本个人信息保护制度及其对中国的启示	西村洋	048
德国《联邦数据保护法》介绍	任文倩	060

学术 BBS

网络交易平台间接侵权之相关问题分析 ——以利益平衡为中心的考量	李一笑	073
论网络环境下合理使用一般条款 ——兼评《著作权法送审稿》第 43 条第 13 款	石 丹	083
论代码的可规制性:计算法学基础与 新发展	赵精武 丁海俊	097
网络环境下跨境版权侵权的法律冲突问题研究 ...	阮开欣	113
互联网广告发布者的认定标准与责任配置 ——兼评《互联网广告管理暂行办法》相关规定	王玉凯	127
论“通知—删除”规则的重构 ——从版权到其他领域的思考	秦 洋 盛星宇	145

互联网金融	
	中美网络投资者关系规制比较研究 冯彦杰 163
	慎思谨行:美国电商发展的财税法启示 胡翔 181
	中国预付券/卡法律规制的完善 金大薰(KIM, DAE HOON) 191
	“心由境生”:互联网金融诈骗犯罪被害情境预防策略研究 ——以北大法宝 108 件互联网金融诈骗案例为研究 样本 江耀炜 203
追踪研究	
	互联网技术创新专利观察报告(2016) ... 北京大学互联网法律中心 中国科学技术法学会 223
	互联网企业个人信息保护抽样测评报告(2017) ... 北京大学互联网法律中心 中国科学技术法学会 232
	网络平台民事责任研究报告 周辉 李仁睿 黄其杰 盛星宇 241
案例收藏夹	
	IMPRESSION PRODUCTS, INC. 诉 LEXMARK INTERNATIONAL, INC. 张赛磊等译 271
编者手记	
	网络法的进程与奋斗 石丹 289

Contents

Topic Links	The legislative Choice of Personal Information Protection in the Age of Big Data —Positive Using or Negative Limitation by Zhang Ping (003) The Understanding and Review of the Criminal Infringements of Personal Information and Relevant Judicial Interpretations by Liu Deliang (016) The Research of Protection Method to Personal Information Based on the Privacy Right; from the Perspective of U. S. A. by Zhang Linghan Du Jing (026) Personal Information Protecting System in Japan and Its Inspiration Brought to That in China by Hiroshi Nishimura (048) The Introduction of The German Bundesdatenschutzgesetz by Ren Wenqian (060)
Academic BBS	Analyses of Several Problems about the Online Marketplaces' Indirect Liabilities: From the Perspective of Balance of Interests by Li Yixiao (073) The Study on general provisions of fair use on the Internet —Comments on Article 43 Subsection(13) in Revision Draft of Copyright Law by Shi Dan (083)