

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18卷

Volume 18

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

第18卷

Volume 18

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18卷/张平主编. —北京:北京大学出版社, 2015. 12
ISBN 978-7-301-26807-0

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第009867号

书 名 网络法律评论(第18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 978-7-301-26807-0

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 北京溢漾印刷有限公司

经 销 者 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 22.25印张 436千字

2015年12月第1版 2015年12月第1次印刷

定 价 49.00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

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。遥想秦砖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,所以在国际学术界中,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

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

在过去的一年,“斯诺登事件”的影响继续发酵,而新爆出的“监听事件”更是将“网络安全”这一话题推到了风口浪尖。因此,本卷的“专题链接”一栏也“应景”地聚焦“网络安全”问题。其中,张金平博士在分析了欧美及巴西对于网络安全的法律定位和相应立法的基础上,提出我国应当从法律上准确定位我国的网络安全,加快出台网络安全战略和专门立法,注重信息安全和个人数据的保护。李少文博士、侯卓博士、冷大伟博士、吴才毓博士、朱峰博士则基于各自的学术背景分别从行政法、经济法、刑法、民法和国际法等不同角度对网络安全问题进行了深入探讨。可以说,本卷的“专题链接”栏目中的文章基本涵盖了“网络安全”涉及的各个部门法的主要问题,值得读者的期待与关注。

本卷的“学术 BBS”专栏可谓荟萃百家之言,收纳了学界、法官、互联网企业法务等各个方面的声音。胡斌博士的《当言论遇到网络:规制与自由的平衡》一文深刻地指出,网络言论规制存在的缺陷容易导致规制失效和规制滥用,并因此主张采用变革规制模式、完善规制程序、优化规制手段等路径确保网络言论规制与自由之间理性平衡。张晓博士则在其《论智力成果与财产权之不兼容——兼议法律经济学的财产权理论》一文中试图挑战法学经典理论。曹亚伟博士在其《网络环境中的商业秘密法律保护》一文指出网络对商业秘密的存在形式所带来的改变,以及对商业秘密的侵权认定和法律救济的影响,他认为要构建适应网络环境的新商业秘密法律制度和救济机制,同时在全球范围内开展网络安全的国际合作,方能应对网络环境对商业秘密的法律保护带来的冲击和问题。覃甫政博士在其《协调监管与功能监管之耦合——论我国互联网金融监管机制的创新》一文中审视了互联网金融创新与传统金融监管模式在理念和价值方面的矛盾与冲突,从协调效率与公平、风险与安全价值出发,构建一种耦合监管机制,在实现“一行三会”对互联网金融的协调监管基础上,建构针对其典型特征的功能监管体制。徐卓斌博士在其《虚拟财产法律问题探析——论虚拟事物上之利益及其保护方式》一文中主张将“虚拟财产”界定为“虚拟事物”更为符合现实,而虚拟事物上之

利益不作为权利而作为合法利益给予民法保护,契合当前民法体系的完整性、包容性、也满足进行刑法保护的需要。宋海宁博士在其《公知常识的概念以及法律适用》一文中全面梳理了美国、欧洲、日本、韩国等主要国家对公知常识的概念及其举证规则等内容的相关规定,并从中国的实际情况出发,结合当前的司法政策,对我国公知常识相关问题提出了相应的建议。冯源硕士在《互联网领域优势传导效应与反垄断规制——以双边市场为视角》一文中以优势传导的三条路径为突破口,试图揭示每条路径下优势传导效应的内在机制,传导效率和反竞争效果,并提出相应的反垄断规制立场。廖继博法官在其《论“超级驰名商标”概念之名不符实——在先著作权与在后商标权间权利冲突之解决》一文中深入分析了“超级驰名商标”概念产生的原因,认为在理解权利冲突的解决不可能两全其美的基础上,坚持以保护在先著作权为核心,回到著作权法去保护在先著作权。百度高级法律顾问秦健先生在其《互联网行业的竞争与创新——以安全软件及服务为分析视角》一文中则从安全软件及服务的行业视角来观察互联网行业的竞争与创新。阿里巴巴集团法务部高级法务吕长军先生在对中美欧网络版权保护路径进行简要梳理的基础上,重点聚焦了三者的区别以及区别背后的不同文化传统、法律传统等因素。周源祥博士在其《标准化组织的专利政策暨反垄断审查探讨》一文中深入分析了涉及标准必要专利的反垄断判断问题,对近年来大陆反垄断立法有很强的借鉴意义。

本卷的“信息窗口”专栏的三篇学术文章将焦点转向了海峡对岸,以我国台湾“著作权法”的相关问题为主要对象。其中,蔡惠如法官在介绍台湾“著作权法”的合理使用制度之修法沿革和观察著作权与合理使用之发展的基础上,从一个实际的案例出发,思考台湾“著作权法”的合理使用制度在网络时代所面临的挑战。谈到博物馆,读者首先想到的是各种千奇百怪、历史悠久的文物,然而冯震宇教授则出乎意料地注意到了网络环境下博物馆创新服务的著作权问题,其以台湾“故宫博物院”运用云科技等网络技术进行博物馆服务创新为背景,讨论了博物馆在运用网络技术引进创新服务之际可能遇到的法律与知识产权问题,并提出了相关建议。李治安教授则针对台湾“著作权法”中的“避风港条款”,以比较法为方法,考察美国法之相关规范与实务,同时讨论台湾避风港要件在适用与解释上之可能存在的疑义与问题解决取向。

“案例收藏夹”专栏为读者带来了三个案例:冯刚法官以上海步升大风音乐文化传播有限公司诉北京豆网科技有限公司侵犯信息网络传播权纠纷案为背景介绍了网络条件下大量取证的简化应当满足构成要件的证明标准。中国石油化工集团公司的苏毅高级工程师则从 *Therasense v. Becton, Dickinson and Co.* 一案讨论了美国专利法上关于不当行为判断标准的变化。周辉博士后则为读者带来了欧盟“被遗忘权”第一案的相关信息。

目 录

专题链接

网络安全的法律定位	张金平	003
网络安全立法的行政法治之维	李少文	017
网络安全立法的经济法制度安排	侯 卓	027
网络安全的刑法保护	冷大伟	043
网络安全中的民法进路 ——以网络隐私语境中的个人信息权为起点	吴才毓	055
网络安全的国际法研究	朱 峰	068

学术 BBS

当言论遇到网络:规制与自由的平衡	胡 斌	089
论智力成果与财产权之不兼容 ——兼议法律经济学的财产权理论	张 晓	100
网络环境中的商业秘密法律保护	曹亚伟	118
协调监管与功能监管之耦合 ——论我国互联网金融监管机制的创新	覃甫政	127
虚拟财产法律问题探析 ——论虚拟事物上之利益及其保护方式	徐卓斌	142
公知常识的概念以及法律适用	宋海宁	155
互联网领域优势传导效应与反垄断规制 ——以双边市场为视角	冯 源	177

论“超级驰名商标”概念之名不符实 ——在先著作权与在后商标权间权利冲突之解决	廖继博	203
互联网行业的竞争与创新 ——以安全软件及服务为分析视角	秦 健	213
中、美、欧网络版权保护路径简析	吕长军	224
标准化组织的专利政策暨反垄断审查探讨	周源祥	236

信息窗口

左右为难！著作权合理使用 v. s. 新兴科技	蔡惠如	247
行动科技与云端环境下博物馆创新服务之著作权 问题	冯震宇	261
避风港闸门的法律结构：网络服务提供者民事免责 事由分析	李治安	280

案例收藏夹

网络条件下大量取证的简化应当满足构成要件的证明标准 ——评上海步升大风音乐文化传播有限公司诉北京 豆网科技有限公司侵犯信息网络传播权纠纷案	冯 刚	307
从 Therasense v. Becton, Dickinson and Co. 案 看美国专利法不正当行为判断标准的变化	苏 毅	313
欧盟“被遗忘权”第一案概要	周 辉	324

编者手记

编者手记	胡 洪	335
------------	-----	-----

Contents

Topic Links

Cybersecurity: A Legal Perspective	by Zhang Jinping	003
On the Network Security Legislation: A Perspective of Administrative Law	by Li Shaowen	017
Cyber Security Legislation from the Perspective of Economy Law	by Hou Zhuo	027
The Criminal Law Protection on Network Security	by Leng Dawei	043
The Civil Law Approach of Internet Security: The Personal Information Right in Context of Online Privacy as A Starting Point	by Wu Caiyu	055
A Study of Cybersecurity Issue from the Perspective of International Law	by Zhu Feng	068

Academic BBS

Speech Comes Across Internet: Balance of Regulation and Freedom	by Hu Bin	089
On the Incompatibility between Intellectual Achievements and Property Right: And Some Comments on the Property Right Theory of Law and Economics	by Zhang Xiao	100
The Legal Protection of Trade Secrets on the Internet	by Cao Yawei	118

Coupling Functional Supervision to Coordination Mechanism: A Study on the Innovation of the Supervision Mechanism of ITFIN in China	by Qin Fuzheng 127
Research on the Legal Issue of Virtual Property: On the Protection of Interest in Virtual Item	by Xu Zhuobin 142
The Definition and Legal Application of Common General Knowledge in Chinese Patent Practice	by Song Haining 155
Transmission Effect of Advantage in Internet Industry and its Antitrust Regulation: A Two-Sided Market Perspective	by Feng Yuan 177
The Inappropriate Concept of "Super Well-known Trademark": Resolution of the Conflict between A Prior Copyright and A Later Trademark	by Liao Jibo 203
The Competition and Innovation in the Internet Industry: A Perspective of Security Software and Service	by Qin Jian 213
The Analysis on Approaches of Internet Copyright Protection of China, America and Europe	by Lü Changjun 224
Patent Policy of Standard Organization and Antitrust Review Discussion	by Zhou Yuanxiang 236

Documents Windows

Dilemma of Copyright! Fair Use v. s. New Technology	by Cai Huiru 247
Copyright Issues Involved in Innovative Services Provided by Museums in the Context of Mobile Technology and Cloud Computing	by Feng Zhenyu 261

	The Mechanics of Copyright Safe Harbor Sluice by Li Zhi'an	280
--	---	-----

Case Favorite

	Satisfying the requirements of proving constitutive elements: Prerequisite for simplifying massive evidence collection on the Internet——Review on <i>Shang Hai Bu Sheng Da Feng Musical Culture Broadcast Co. Ltd. , v. Beijing Tu Dou Net Technology Co. Ltd. ,</i> for the infringement of internet transmission right by Feng Gang	307
	Introduction of <i>Therasense v. Becton, Dickinson and Co.</i> and Review of Recent Development in Inequitable Conduct Standard by Su Yi	313
	Summary of the first case on the right to be forgotten in EU by Zhou Hui	324

Executive
Editor's
Postscript

	Executive Editor's Postscript by Hu Hong	335
--	--	-----

专题链接

网络安全的法律定位

张金平*

摘要:自“斯诺登事件”以来,网络安全问题不断升温。本文从法律角度,首先考察网络安全的定义,指出网络安全的核心是信息安全,网络安全的重点是保障信息和信息系统免遭非法访问、使用、干扰、泄露、降级、篡改和破坏。继而,本文分析了欧美以及巴西对于网络安全的法律定位和相应的立法,发现美国侧重于政府与企业的信息共享与合作,欧盟和巴西侧重于个人数据和隐私的保护。最后,本文提出我国应当准确定位我国的网络安全,加快出台网络安全战略和专门立法,注重信息安全和个人数据的保护。

关键词:网络安全 信息安全 信息共享 个人数据

Cybersecurity: A Legal Perspective

Abstract: Cybersecurity becomes a priority issue after Edward Snowden disclosed PRISM. This article analyzes cybersecurity in a legal perspective. First, this note reviews the definition of cybersecurity and points out its core is the security of information and information system. Second, this note focuses on examining the legislation of the European Union, the United States and Brazil, founding that the United States emphasizes on the information sharing while the European Union and Brazil stress the protection of personal data and privacy. Finally, this article argues that we should have a clear legal framework on cybersecurity, publishing a cybersecurity strategy and increasing the pace of legislation on cybersecurity and

* 北京大学法学院 2013 级博士生。