北京大学 知识产权学院
互联网法律中心 /主办
Peking University Intellectual Property School
Peking University Institute for Internet Law

第21卷
Volume 21

网络法律评论
Internet Law Review

主编/张 平
Chief Editor Zhang Ping

中文社会科学引文索引（CSSCI）收录集刊
中国学术期刊（光盘版）全文收录集刊
创刊于2001年

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第21卷
Volume 21

北京大学 知识产权学院
互联网法律中心 /主办

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21卷/张平主编. —北京:北京大学出版社,2019.5
ISBN 978-7-301-30379-5

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(2019)第033411号

书　　名	网络法律评论(第21卷) WANGLUO FALÜ PINGLUN(DI-ERSHIYI JUAN)
著作责任者	张　平　主编
责任编辑	王　斐　王　晶
标准书号	ISBN 978-7-301-30379-5
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010-62752015　发行部010-62750672　编辑部010-62752027
印 刷 者	北京虎彩文化传播有限公司
经 销 者	新华书店
	730毫米×980毫米　16开本　24印张　470千字
	2019年5月第1版　2019年5月第1次印刷
定　　价	75.00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：

朱艺浩 Zhu Yihao　　许一君 Xu Yijun　　邓卓行 Deng Zhuoxing　　徐美玲 Xu Meiling

邱遥堃 Qiu Yaokun　　孙点婧 Sun Dianjing　　季冬梅 Ji Dongmei　　胡　翔 Hu Xiang

邓　辉 Deng Hui　　赵申豪 Zhao Shenhao

执行编辑：

朱艺浩 Zhu Yihao

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位，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、着眼于对策而做出的成果。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，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

需要全本请访问 www.ertongbook.com

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,又不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,几个国家如果联手,将对我们产生何种影响,我们更应当研究。例如,美国、日本、欧洲在技术专利方面“标准化”发展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,这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。对这些方面做出较深入的研究,有助于我们拿出对策,“趋利避害”。

愿《网络法律评论》在这些方面不断做出贡献。

《网络法律评论》一读者

郑成思

二〇〇四年春节

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。而对于一本集刊来说，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，研究网络法律的图书还很少，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，也开始担心信息泄露、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，对于数据的应用实施非常慎重的政策，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，电子信息无时无处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，它正沿着自己的规律向前发展，就像宇宙中浩渺的星河，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份答案,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，不仅在网络媒体上存在，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于对概念问题，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

需要全本请访问 www.ertongbook.com

本卷导读

随着泛娱乐化时代的到来，玩游戏已经成为生活中随处可见的娱乐方式，游戏直播行业也迎来了迅猛发展的新时期。网络游戏中的法律问题，特别是网络游戏直播画面的定性问题引起了广泛关注，在“炉石传说案”和“奇迹 MU 案”中，法官对游戏直播画面的两种不同定性引发了大量争论。鉴于网络游戏直播问题所引发的广泛关注，本卷“专题链接”一栏特将主题设置为“网络游戏直播的法律问题”。其中，郑敏慧主要关注电竞赛事直播中的著作权主体问题，提出通过扩大解释邻接权主体的方式给予电竞赛事运营商和平台著作权保护。秦俭认为游戏直播画面构成类电影作品，其著作权归属于游戏著作权人，主播和玩家不享有著作权法上的权利，进而认为默示许可制度是游戏动态画面直播使用症结的破解之道。陈晓屏则从“可固定性”角度出发，明确作品定义中的规范意义，为判断网络游戏画面是否具有可作品性提供了有益启示。

本卷的“学术 BBS”专栏共收录了 9 篇来自不同专业领域和视角的文章。冯姣关注互联网电子证据的验真问题，提出构建互联网电子证据验真程序的 4 个层次。汪恭政则从教义学角度重新阐释了比例原则在刑法惩罚侵犯金融消费者信息方面的特殊预防作用。王甲国关注大型国有企业法律合规监管制度的变迁问题，探讨了法律合规工作体制配置、机制建立等问题。何玥研究了我国自媒体纠纷解决和理性构建问题，主张通过法经济学、法社会学和比较法学的思路引入第三者认证、网络巡逻等制度。尚勇探讨了刑法司法解释在网络犯罪中的确定性问题，重申了罪刑法定原则必须作为入罪解释的界限，以维护网络犯罪规制中刑法司法解释的确定性。翁玉玲以互联网平台劳动关系认定的司法实践为切入点，提出要回溯劳动关系认定的“二元框架”立法理念，使劳动法回归权利保护功能。孙跃从法律方法的视角提出了人工智能司法应用的法理反思，认为应当坚持法治思维为基础，结合法律方法和科技手段全方位规范人工智能的司法应用。张振君则关注大数据时代下个人数据权保护问题，提出将个人数据权作为人格权保护、建立以数据处理者为规制对象的责任模式、对数据进行去个人化处理等有益建议。李梦欢等人对人工智能时代下数据表达及相关技术的知识产权问

题进行了研究并提出了若干解决建议。

本卷的“信息窗口”专栏的6篇文章分别展示了不同地区和国家的法治研究或动态。其中,苏今基于比较研究的视角,从“可识别性”的角度分析了个人信息的民事保护路径。孙明泽通过研究英国、美国等地的专门规定,认为有必要对通信数据截取、监听侦查等问题进行规制。崔亚冰聚焦美国《加州消费者隐私法案》的形成、定位与影响的问题,为当下妥善化解个人信息保护与数据利用之间的矛盾提供了思路和指引。西村洋以比较中国和日本关于专利先用权制度的方式揭示出中国和日本在专利先用权立法方面的优劣,并借鉴日本的立法经验为中国完善专利法提供了指引。常宇豪关注个人信息识别说的发展、困境与出路问题,以历史研究法、比较研究法和文献分析等方法剖析了个人信息识别说存在的问题并提出了可行的建议。王心阳关注技术监控时代下我国如何设立个人信息保护的行政监管体系。

本卷的“案例收藏夹”栏目为读者带来了3个不同案例的解读和思考。金玄武和李鼎主要以案例分析的方法反思了当前法律在规制虚拟财产方面存在的漏洞,并提出了重构相关法律规则的建议。朱静洁从竞争法角度深入分析了2015年天猫强迫商家“二选一”案例在法律上的定性,认为应当利用滥用相对优势地位理论处理同类案例。季冬梅则以“新浪诉天盈九州”案为例,探讨了体育赛事视频中的著作权边界与保护路径,并提出以“视听作品”和邻接权制度为体育赛事视频提供保护。

目　录

专题链接——网络游戏直播的法律问题

电竞赛事直播中的著作权主体研究 …… 郑敏慧　003

游戏动态画面的著作权保护之道及其利用机制探讨 …… 秦　俭　016

论“可固定性”在作品定义中的规范意义
——兼议“梦幻西游”案、“奇迹 MU”案中网游画面的可作品性认定 …… 陈晓屏　034

学术 BBS

论互联网电子证据的验真 …… 冯　姣　049

比例原则下侵犯金融消费者信息的刑法规制
——基于侵犯公民个人信息罪的教义学阐释 …… 汪恭政　065

论大型国有企业法律合规监管制度变迁的艰巨性 …… 王甲国　082

我国自媒体纠纷解决实践及其理性构建研究 …… 何　玥　100

网络犯罪规制中刑法司法解释的确定性研究 …… 尚　勇　115

互联网平台就业保护的困境与对策
——以劳动关系认定的司法实践为切入点 … 翁玉玲　134

人工智能司法应用的法理反思
——基于法律方法的视角 …… 孙　跃　149

大数据时代下个人数据权保护问题探析 …… 张振君　163

人工智能时代下数据表达及相关技术知识产权问题研究
…… 李梦欢　杨舒皓　范治成　邱祎杰　181

信息窗口

从“可识别性”的角度浅析个人信息的民事保护路径
——以“地理位置信息”中的“双重识别性”为依据 …… 苏 今 195
刑事侦查中的通信数据截取问题研究 …… 孙明泽 216
《加州消费者隐私法案》的形成、定位与影响 …… 崔亚冰 235
中日专利先用权的比较研究 …… 〔日〕西村洋 260
个人信息识别说:发展、困境与出路 …… 常宇豪 275
技术监控时代:个人信息保护的艰难选择及行政法思考 …… 王心阳 290

案例收藏夹

虚拟财产漏洞补充的反思与重构 …… 金玄武 李 鼎 309
天猫强迫商家“二选一”行为性质的竞争法认定
——基于滥用相对优势地位理论 …… 朱静洁 325
体育赛事视频中的著作权边界与保护路径
——以“新浪诉天盈九州”案为例 …… 季冬梅 342

编者手记

读《重塑:信息经济的结构》一书 …… 张 平 361
互利共生的网络游戏直播产业 …… 朱艺浩 364

Contents

Topic Links
Legal Issues in Network Game Live Broadcasting

Research on the Subject of Copyrights in E-sports Live Broadcasting ····· by Zheng Minhui 003

Research on the Copyright Protection and Utilization Mechanism of Game Dynamic Images ····· by Qin Jian 016

The Normative Implication of the Phrase of "Capable of Being Fixed" in Statutory Definition of Copyrighted Work ····· by Chen xiaoping 034

Academic BBS

On the Authentication of Internet Evidence ····· by Feng Jiao 049

The Criminal Regulation of Infringing on Financial Consumers' Information under the Principle of Proportionality: Based on the Interpretation of Crime of Infringing on the Citizens' Personal Information ····· by Wang Gongzheng 065

Difficulties in the Change of Law and Compliance Regulatory Regime for Large State-Owned Enterprises ····· by Wang Jiaguo 082

Research on the Practice and Rational Construction of We-Media Dispute Resolution in China ····· by He Yue 100

Determinacy of Judicial Interpretation of Criminal Law in Regulating Cyber-Crimes ····· by Shang Yong 115

The Dilemma and Countermeasure of the Internet Employment Protection—From the Perspective of Judicial Practice of Labor Relations Determination ····· by Weng Yuling 134

Jurisprudential Reflection On the Judicial Application of Artificial Intelligence—From the Perspective of Legal Method ····· by Sun Yue 149

Research on Protection of Personal Data Rights in the Big Data Age ····· by Zhang Zhenjun 163

Research on Intellectual Property Issues of Data Expression and Related Technologies in the Era of Artificial Intelligence ····· by Li Menghuan Yang Shuhao Fan Zhicheng Qiu Yijie 181

Documents Windows

Personal Information Location Based Services Information Identity Recognition Activity Recognition ····· by Su Jin 195
Research on Regulation of Communication Data Interception Program ····· by Sun Mingze 216
Understanding the California Consumer Privacy Act of 2018 from Its Legislative Background and Role in the US Information Privacy Laws ····· by Cui Yabing 235
Comparative Study of Prior Use Right under Patent Law in China and Japan ····· by Nishimura Hiroshi 260
Personal Information Recognition: Development, Dilemma and Outlet ····· by Chang Yuhao 275
The Era of Technology Monitoring: The Difficult Choice of Personal Information Protection and Thinking About Administrative Law ····· by Wang Xinyang 290

Case Favorite

A Brief Analysis of Filling the Virtual Property Loophole by Analogy ····· by Jin Xuanwu Li Ding 309
Competition Law Analysis of Tmall's Two Choices Behavior —Based on the Theory of Abusing Relatively Dominant Position ····· by Zhu Jingjie 325
The Scope of Copyright and Protection Path in Sports Event Video Taking Sina v. IFENG as An Example ····· by Ji Dongmei 342

Executive Editor's Postscript

Read "Remodeling: The Structure of Information Economy" ····· by Zhang Ping 361
Mutual Benefit and Symbosis in Online Game Live Broadcast Industry ····· by Zhu Yihao 364

需要全本请访问 www.ertongbook.com