

数字法学丛书
Digital Law Series

从技术到规则： 数字文明的法治进路

主 编 高艳东 连 斌
副主编 何邦武 徐文涛

From Technology to
Regulation:
The Rule of Law Approach of
Digital Civilization

 ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

数字法学丛书
Digital Law Series

从技术到规则： 数字文明的法治进路

主 编 高艳东 连 斌
副主编 何邦武 徐文涛

From Technology to
Regulation:
The Rule of Law Approach of
Digital Civilization



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

从技术到规则:数字文明的法治进路 / 高艳东, 连斌主编. —杭州: 浙江大学出版社, 2021. 4
ISBN 978-7-308-21206-9

I. ①从… II. ①高…②连… III. ①互联网络—计算机犯罪—研究—中国 IV. ①D924.364

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 057459 号

从技术到规则:数字文明的法治进路

高艳东 连斌 主编

责任编辑 钱济平 陈佩钰

责任校对 许艺涛 刘雪燕

封面设计 续设计

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 浙江时代出版服务有限公司

印 刷 广东虎彩云印刷有限公司绍兴分公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 17

字 数 287 千

版 次 2021 年 4 月第 1 版 2021 年 4 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-21206-9

定 价 70.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社市场运营中心联系方式: 0571-88925591; <http://zjdxcs.tmall.com>

序言 互联网法律大会的使命

本书是第三届互联网法律大会的记录，留史存证。

互联网法律大会已召开了三届，难言大浪，但有微澜。

作为大会的参与者和一名服务者，我想在序言中，介绍一下会议的背景，以不负专家们披星戴月的奔波。序言是个开胃菜，虽然有学术规范的压力，但我仍想用点轻松的语言，让读者带着愉悦的心情打开这本记录性著作。

1. 小城故事多

互联网法律大会一直在杭州召开，并非偶然；杭州故事，是中国互联网产业发展史的浓缩版。

杭州是个很神奇的地方，这里原本是个旅游城市，标签是烟雨江南、湖光山色，却一不小心成了数字经济的中心城市，而且是世界级的。数字经济领域的很多创新和规模化应用，如电子商务、移动支付、直播带货、城市大脑、健康码等，都发源于杭州。

杭州，明明可以靠颜值，却偏偏要靠才华。

西湖边的僧人，都在用扫码支付。有一次有位僧人还让我关注他的公众号，方便住持远程布道。以前是“放下屠刀，立地成佛”，现在是“拿起手机，躺着学佛”。佛祖都在与时俱进，我们还有什么理由不去拥抱新技术？

杭州见证了很多魔幻的故事。一位辅修我刑法课的计算机系学生，毕业后创立了一家互联网公司，短短几年市值就过亿；法学院一位本科生，毕业前在我办公室里和我聊工作规划，他不想做法律，而想做直播平台，我当时本着鼓励年轻人的思路没有表态反对，但心中总觉得有些可惜。然而，两年后他找我写国外名校的推荐信，告诉我自己已经实现部分财务自由，想出国研究一下平台治理权的问题。财富不代表成功，但创业意味着未来。一个创业的法律人，比一位优秀律师，更有可能抓住机遇、改变社会。信息时代是法律人的春天，人类历史中的法律空白区从未像今天这样多。有技术的地方就有法律，互联网、大数据、区块链、人工智能、物联网，每一个领域都急需法律人定分止争。

杭州的互联网产业实践，正在改变传统法律的模式。庄严肃穆的法庭，本是法律正义的象征，但也难以抗拒互联网的诱惑。2017年，杭州成立了全球首家互联网法院，司法成本秒杀传统法院，人民群众齐夸好。插个故事，刘德华就在杭州互联网法院起诉了一家侵犯其肖像权的净水器公司，索赔200万元，理由是法院曾经在张柏芝肖像侵权案中判赔100万元，刘德华的流量 \approx 2个张柏芝的流量。本来刘德华打官司，法庭外会挤满看客，影响法院秩序，然而在线审理大家只能网上围观。法庭安静了，法官只需要关注案件事实，而不会被门外粉丝的呼声干扰，司法又回到了应有的样子。司法是最无效率的人类活动之一，正义太昂贵了，而互联网提升了正义实现的速度，让正义变得物美价廉，让法律更加亲民。

杭州的城市大脑项目正在改变人类社会的治理模式。历史上知名的杭州“市长”白居易、苏东坡都是以诗赋见长，靠文化胜出，他们不会想到未来的“市长”是机器人，也就是智能算法。现代市长经常要在两难问题上做决策，需要有丰富的执政经验，但经验常常跑偏。而未来城市管理将会全面走向数据化，在如何设计地铁线路、安排警力密度、发现消防隐患等问题上，大数据分析比经验判断更准确。

依法治国正在走向以数据治国。算法让生活更美好，人会犯错，但数据从不撒谎。制度消除不了腐败，但算法可以铲除寻租机会。100个大数据分析师组成反腐小组，能把所有贪官揪出来。法律人解决不了的人性难题，程序员可以轻松化解，这或许就是降维打击。

当然，互联网的故事并非总是快乐的。我们目睹了杭州多家P2P公司爆雷，创业神话与庞氏骗局的转变往往瞬间完成。动辄十几亿资金，数万投资者的血汗钱血本无归，那种惨烈和绝望，绝非局外人所能想象。

杭州也有一些年轻人做网络“黑灰产”。大学生毕业到互联网公司做程序员，正常年薪不过几十万元，但是，几个人组织的“黑灰产”团伙，可以轻松月入百万元。例如，一些所谓的电商代运营公司，打着运营网店的名义，向偏远地区的中老年人收取开店、升级、推广费用等，凭借网络的低成本，十几人的公司，一年可以获利上千万，其中一些成员还是刚毕业的大学生。此外，组织刷单、打码平台、黑卡交易、账号买卖、恶意软件开发等“黑灰产”的团伙，也随着互联网经济的繁荣而逐渐泛滥。

眼见他起高楼，眼见他宴宾客，眼见他楼塌了。技术向善，才是正途。

成功的创业，恶意的投机，都是法律故事，更是法律理论创新的源泉。

2. 大国有担当

有故事才有诗意,有案例才有法学。

互联网法律大会的宏大目标,是用中国实践创新法学理论。

很多年来,我们学习的法律理论,都来自西方;教科书里的法学家,都是苏联、美国、德国和日本的学者。产业实践和法律案例,多数发生于西方。英国发明了汽车,才会催生出交通法;德国有大量的公司经营活动,才会制定《有限责任公司法》。教科书中的马伯里诉麦迪逊案、德国癖马案等,都是西方法律的故事。

没有产业的繁荣,就没有实践案例,很难催生出法律理论。非洲大草原上,很难诞生出关于电商、金融、反不正当竞争的法律理论。近代中国的法律理论,多是学习西方,因为工业时代的法律规则,是西方国家经过长期产业实践开创出来的。在产业上我们走着西方的老路,在法律上我们也就必须跟随西方的规则。

法学没有国界,但法学家有国籍。这不是说法学家需要站队,而是如果历史长河中的法学家名字,都是用拉丁文书写的,确实对不起我国文明古国的地位。多数情况下,国际会议讨论的都是西方理论和规则。有时,中国学者争论半天,国外学者一句话——该理论的原意并非如此,就让大量的学术成果成为泡沫。

情何以堪!

互联网时代,我们终于迎来了创新法律的机会,中国学者第一次有机会在法律名人堂上写下汉字。因为我们有产业的创新与应用,有大量西方没有遇到过的活动和争端。

在数字经济的全球格局中,中美是第一梯队。美国可能处于技术领先地位,但中国的应用场景和规模整体上超越了美国。例如,移动支付诞生于美国,但兴盛于中国,中国移动支付的普及率比第二名国家高20%。不要小看移动支付节省一秒的效率,它带来的累积效应和刺激消费功能,创造着巨大的社会价值,类似于纸币社会对白银时代的胜利。围绕着第三方支付的很多法律问题,就必须由中国学者解决,例如,偷换二维码案件,就是中国学者最先讨论的;未来的《电子支付法》及国际规则,很可能是中国学者送法出海。

这些年来,中国网络空间的大量案件,西方学者都闻所未闻。例如,在抢微信红包、抢火车票软件案中,有人专门设计了软件代替用户去抢红包、抢火车票。西方国家没有这样的案件场景,这就需要中国学者首先讨论机器作弊行为的法律性质。其他新型案件,如暗刷流量、修改抖音靓号、打码平台、恶意注册等,在中国已经演变成为产业链,需要法律提供解决方案。而西方国家即使偶有类似

案件，但也不成规模，很少需要法律介入。

案例是法学之母，互联网法律大会每年都推出十大案例，其中多数案例是全球首现。我们坚信，有了大量的产业应用场景和新型案例，中国法学有机会在数字经济领域创新理论，引领世界。在数据运用、算法模型、智能社会、平台责任等复杂问题上，中国规则可能为全球立法提供样本。例如，我曾经参与过《杭州城市大脑数字赋能城市治理促进条例》的讨论，从级别看，这是一个不起眼的规范性文件，但是，这是全球首个关于城市大脑的系统性规定，即便它的内容简短，也是对社会治理的创新性规定。无论《汉谟拉比法典》，还是《拿破仑法典》，都是因为最先对时代问题作出了回应而成为经典。在工业时代，很难想象中国的立法会领跑全世界。

属于中国法律人的时代正在到来，从理论的学习者到学说的开创者，从规则的跟随者到制度的设计者，这之间的距离并不像我们想象的那样遥远。

当然，法律人应当谨防自我中心主义和狭隘民族主义，西方法学思想的厚度、法治力量的伟大，都足以让我们惊叹。在很多法律学科中，我们要当好学生，但这不妨碍我们在一些新兴领域成为老师。低头学习，抬头指路；此路为徒，彼路为师。当下的年轻一代，在研习西方法律流派的同时，必须做好为未来世界贡献法律思想的准备。

在光明顶上，少年张无忌被长老们推选为教主，不是因为他阅遍江湖风雨，而是因为他练过别人都不会的“乾坤大挪移”。他人在练习剑术，而你在练习枪法，胜负一开始就已注定，再蹩脚的枪手也能战胜一流剑客。当你拿起枪，在刀光剑影里也充满着杀气。

在信息时代创新法学理论，为数字经济提供中国思想，就是互联网法律大会的使命。

逻辑推理不会产生新法律，但产业革命会。

我们这一代人何其幸运，我国正在经历从未有过的四重社会——农业化、工业化、网络化与智能化。在很多农村地区，我们可以看到老牛拉犁、人工插秧，生产方式和几千年前并无区别；在很多城市，我们又穿梭于摩天大楼之间，享受着工业化成果，同时，互联网经济迅速崛起；而随着无人驾驶、智能生产的日益成熟，人类正在走向智能社会。

你细品这个场景：一个牵着耕牛的老农，掏出华为手机，在天猫上下单了一台大疆无人机。四个时代的故事交织一起，一景千年，宛如时空穿越。

这是法律人最好的时代，也是中国法律人最好的机遇。前无古人的四重社会的法律问题交织在一起，像极了百家争鸣的春秋战国时代。

我们在等待，你的法律理论，会惊艳世界，能抚平岁月。

高艳东于之江校区

2021年2月

目录
Contents

第一部分 论文精选

(以第一作者姓氏拼音为序)

第一章 网络时代的社会秩序

挑战与应对

- 论大数据背景下我国网络犯罪治理模式 傅跃建 朱剑冰/3
- 人工智能的犯罪主体化问题 马荣春/14
- #### 城市公共安全的开放式治理
- 从公共安全地图公开出发 单勇/26
- 政府主体在互联网平台经济治理中的功能转型 魏小雨/38
- #### 金融诈骗罪非法占有目的的功能性重构
- 以互联网融资平台诈骗为例 徐凌波/48

第二章 网络时代的数据保护

- 债权自救与债务人的个人信息保护 陈金林/62
- #### 大数据时代侵犯公民个人信息罪的治理边界
- 以医疗大数据有效利用为中心 储陈城 胡子昕/75
- 比较法视野下的欧盟与中国知识产权法律制度发展与变革 倪静/87

大数据给法律实证研究带来的困境与思索 朱嘉璐/98

第三章 网络犯罪的证据与证明

网络犯罪定量证明的转型

——从印证论到综合认定 高艳东/111

微信证据的可采性问题研究 何邦武 凌雯婧/123

互联网金融犯罪案件证据海量问题及应对 刘品新 唐超琰/135

“互联网+”下涉电子证据诉讼的司法困境及出路

——以浙江省的部分司法实践为例 赵敏丹/143

第四章 网络服务提供者的法律责任

拒不履行网络安全管理义务罪的适用困境与解释出路 李世阳/152

共犯教义学的网络时代转型 梅 腾/166

网络内容管理义务和网络服务提供者刑事责任 涂龙科/180

网络服务提供者之法律地位研究

——一个功能主义的进路 邹晓玫/193

第二部分 致辞

(以会议演讲顺序为序)

未来是“人、物理世界、智能机器、虚拟信息世界”的四元空间 吴朝晖/207

携手创新网络空间治理浙江模式

——共建共享网络空间法律命运共同体美好明天 贾 宇/209

信息社会的刑法观念需要更新 梁根林/212

迎接信息时代的司法变革	朱新力/214
拓展刑事司法视野,助推网络空间综合治理的浙江模式	王 建/217
以促进的理念对待新生事物	邵晓锋/220

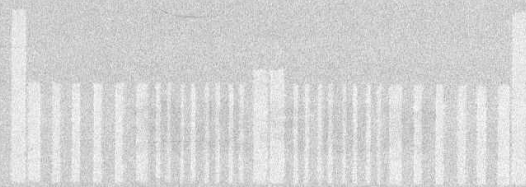
第三部分 第三届互联网法律大会十大案例

(以作者姓氏拼音为序)

“压力测试”DDoS 攻击案评析	劳东燕/226
利用“爬虫”非法获取数据案评析	林 维/229
搜狗诉百度专利侵权案评析	林秀芹/232
区块链存证案评析	刘品新/234
天猫积分套现案评析	刘仁文/236
撞库打码案评析	卢建平/239
商标被恶意抢注案评析	薛 虹/242
首例数据作弊案评析	张新宝/244
恶意注册账号案评析	周光权/246
电商平台诉“刷手”案评析	周江洪/249

第四部分 大会纪实

第三届互联网法律大会纪实	/255
--------------------	------



第一部分 论文精选

(以第一作者姓氏拼音为序)



第一章 网络时代的社会秩序

挑战与应对

——论大数据背景下我国网络犯罪治理模式

◎傅跃建 朱剑冰*

大数据背景下的网络犯罪,已经完全不同于互联网初期的网络犯罪形态,它已经从互联网初期的“漫天撒网”式随机犯罪,转换为比被害人更为了解他的“精确制导”犯罪。在大数据背景下的作案方式智能化、危害结果更具破坏性的犯罪类型,导致传统的犯罪治理模式无法适应严峻的犯罪形势。在当前情境下选择恰当有力的网络犯罪治理模式、完善网络治理体系,确是当务之急。

一、问题:大数据背景下网络犯罪风险

(一)大数据背景下网络犯罪的缘起及类型

网络的兴盛催生了大数据时代,即以高效的处理手段,在数据量庞大、结构繁杂的各类数据中做出规律而明确的判断^①,在大数据的信息集成下,互联网更是爆发出惊人的能力和不可思议的影响力。以阿里巴巴为例,它已经不是单纯的网络公司,而是以大数据为驱动,以电商、金融、物流、云计算、文娱为场景的数字经济体,影响着数以亿计的消费者和数千万的中小企业。互联网技术特点也决定了大数据背景下犯罪的模式、侵犯的利益和呈现出的特征,都不同于传统犯

* 傅跃建,浙江省金华市人民警察学校教授,中国犯罪学学会副秘书长、中国刑法学研究会理事;朱剑冰,金华市人大常委会法工委主任科员。

① 黄晓亮.从虚拟回归真实:大数据时代刑法的挑战与应对[J].中国政法大学学报,2015(4).

罪,我们必须对此有清醒的认识。^①但这并不是说大数据背景下的犯罪是独立于传统犯罪的全新犯罪类型,相对的,网络犯罪是犯罪在信息时代的必然发展,它大大拓展了传统犯罪的空间场所,有些犯罪行为完全通过互联网完成犯罪构成要件的各个环节。以互联网金融犯罪为例,它新增了平台风险、技术风险、系统安全风险和虚拟业务风险。我国当前网络犯罪有两种类型:一是“网络化”的传统犯罪。^②网络空间为犯罪者提供了更多的便利和机会。随着全球化、数据化和自动化的发展,传统犯罪,特别是逐利型犯罪,开始由传统的线下形式转换为线上形式。原因在于,传统犯罪在“网络化”后,犯罪收益相同甚至更高,犯罪风险却大大降低。当然,这些传统犯罪在“网络化”后,所侵犯的法益是不变的。据某市政法部门统计,与其他传统刑事发案情况相比,2018年上半年,电信网络诈骗占全部刑事案件的26.05%,同比增长59.44%,但其破案率仅有14.47%,远远低于传统犯罪行为的破案率。二是大数据背景下的新型犯罪行为。如果说第一代网络犯罪是低端网络犯罪,计算机仅仅是犯罪的工具,第二代网络犯罪是混合网络犯罪,网络开始被用于传统犯罪的话,那么,当前的第三代网络犯罪就是精准的大数据网络犯罪,犯罪分子利用大数据实施精准的诈骗、盗窃及其他各类犯罪行为。

(二)大数据背景下网络犯罪发展新态势

与传统犯罪形式相比,网络犯罪呈现出社会危害广、高科技化、时代性强、共同犯罪较多、隐蔽性较强等诸多特点。^③近年来,随着网络技术的进步及大数据的广泛应用,新型网络犯罪不断呈现:一是犯罪手段新颖而且隐蔽。例如,有些互联网金融公司,其经营模式不同于传统金融犯罪行为,而是采用了网络形式,如集资过程中“没有人头传递”,加入的会员也不需要门槛,只要网站注册即可加入,没有金字塔模式。表面上看,也没有对会员进行洗脑培训。不断翻新的网络诈骗犯罪手段,增加了民众识别骗局的困难,也在一定程度上增加了官方打击的难度。二是通过大数据算法传播的淫秽色情、诈骗、赌博等微领域犯罪治理成为新的难题。微领域犯罪成为不法分子的“新财路”,造成严重的社会危害性。如利用大数据计算方法,精准投放各类违法犯罪信息。三是犯罪危害越来越严重。

^① 余定猛. 网络犯罪的立体化治理模式构想[J]. 公安学刊(浙江警察学院学报), 2017(1).

^② 周维民. 国外网络犯罪治理的最新趋势[N]. 人民法院报, 2018-03-23.

^③ 张远煌. 犯罪学[M]. 北京: 人民大学出版社, 2007: 123-127.

如“万家购物”案件,涉及金额高达240.45亿元,涉案人员近200万人,遍布全国31个省(区、市)的2300多个市(县)。四是往往与其他犯罪交织发生。在大数据时代,信息作为源资产,在网络犯罪中常常成为首要受侵犯对象;除此之外,对计算机系统的破坏也成为网络犯罪的伴生状况。五是以创新为掩护。以新型的互联网商业模式为噱头,行欺诈之实。如震惊全国的“E租宝”案,犯罪嫌疑人以高额利息为诱饵,虚构融资租赁项目,持续采用借新还旧、自我担保等方式大量非法吸收公众资金,一定程度上增加其迷惑性,在短期内很难被发现。

二、挑战:我国网络犯罪现有治理模式之分析

(一)国内外网络犯罪治理模式比较分析

1. 国外网络犯罪治理模式比较

犯罪治理是指针对犯罪这一种反社会的行为做出的反应,基于对犯罪现象的分析,确定科学的方法,建立合理的目标,从而统筹各种力量对犯罪现象进行治理。近年来,各国政府都十分关注和重视网络犯罪引发的网络安全和网络治理问题。由于政治制度和传统文化的不同,各国的治理模式必然呈现出不同的特点,如欧美国家和亚洲传统的威权国家,各自形成适合本国国情的独特管理机制和模式。根据不同的标准,可以划分为不同的治理模式,但是从总体上考虑,主要有以下几种模式:一是政府主导型管理模式,二是政府监管型模式,三是以美国为代表的“不干预政策下”行业协会自治模式。

第一种模式以新加坡为典型,实施全面的政府主导性管理模式。在这种模式之下,政府对网络行为实施全过程监督管理,包括但不限于制定网络发展政策、法规和指导措施,政府在整个网络行为的监督管理过程中发挥着决定性作用,其决策直接关系任一网络公司及其行为。

第二种模式是以法国为典型,网络组织自治在其中发挥基础性作用,政府发挥关键性作用,既保护网络组织的充分活力,又确保网络活动的安全。这种模式既要求网络组织发达至一定程度,也需要政府治理理念的更新。

第三种模式是以美国为代表的“不干预政策下”行业协会自治模式。这种模式对于行业自治成熟度要求非常高,它的基本理念是放手让互联网自由发展,尽量减少对互联网政策和法规的影响,除非涉及人权和国家安全等行为。但是这并不意味着美国政府对互联网安全的放任,恰恰相反,美国近年来也十分重视网

络安全问题。

2. 我国现行网络犯罪治理模式所经历的阶段

从我国的实际情况看,我们的网络犯罪治理模式并非一成不变。主要经过了以下几个阶段。

第一阶段,是传统犯罪治理模式。即将互联网犯罪治理视为普通犯罪治理,未将其作为具有独特特征的犯罪形态。这种适用普通犯罪治理的模式,存在着取证难、法律适用难等问题,越来越多司法实践问题的暴露,促使相关部门对新情况新问题进行研究,并推动了一些技术性措施的出台。这一时期司法机关出台了《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《关于办理利用互联网、移动通讯终端、声讯台制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽电子信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《关于办理网络赌博犯罪案件适用法律若干问题的意见》等系列司法解释。

第二阶段,随着互联网犯罪的不断出现,且影响越来越大,波及面越来越广,逐步出台专门的法律法规应对互联网违法犯罪行为。主要是加大对网络行为的监督管理和对网络信息的保护力度。这一时期国家相继出台了《互联网上网服务营业场所管理条例》《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》等法律法规。

第三阶段,在全面加强互联网管控的同时,建立互联网犯罪法律法规体系,由注重打击网络犯罪向预防转变。为了维护国家和个人信息安全,推动互联网治理法治化常态化,是必然的选择。《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国刑法修正案(九)》相继出台,同时期《中华人民共和国保守国家秘密法(修订)》《中华人民共和国国家安全法》《中华人民共和国反恐怖主义法》《网络食品安全违法行为查处办法》等系列法规,基本构成了比较完备的法律法规体系。

(二)我国现有网络犯罪治理模式存在的问题

现阶段我国网络犯罪治理的理念和逻辑明显呈现出政治化层级治理结构的特征^①,在强化互联网监管过程中发挥了巨大的作用,也具有独特的效率优先的特征。可是这种特征也往往存在着“一管就死”“一放就乱”的机械性反应,需要在发挥这种特征优点的前提下,采取法制化和规范化治理思路来综合平衡各方利益。

^① 王玉薇.网络犯罪治理:从层级模式到功能分化[J].河北法学,2018(4).