

《环球法律评论》2016年第5期目录及内容提要

解读“三步检验法”与“合理使用”

——《著作权法(修订送审稿)》第43条研究

作者：张陈果（德国不来梅大学法学院）

内容提要：数字时代的“著作权限制与例外”制度，是圈定著作权合法性的地标，也是权利人、使用人及公众利益取舍、妥协的天平。《著作权法（修订送审稿）》第43条糅合国际通则“三步检验法”和美国“合理使用规则”，形成开放性列举辅以概括性原则的立法体例，却隐含对二者的双重“误读”。通过考察“谷歌案”在中、美、德三国的司法路径，并对我国司法实践的相关状况进行案例研究，可以凸显上述“误读”及其理论成因。本文据此探讨以“三步检验法”为基调构建第43条“开放型”权利限制一般条款的理论雏形。事实上，可以考虑在条件成熟时颁行司法解释，以“合目的性”和“可预见性”重塑“三步检验法”的“第一步”，增加其开放性；修改“修订送审稿”第43条第一款第1-3项，令其符合三步检验法“第一步”的正当解释；建议借用“合理使用”四大标准来引申和丰富“三步检验法”的“第二步”和“第三步”，同时引入“比例原则”补强其均衡性。

对刑法兜底条款的解释

作者：王安异（中南财经政法大学刑事司法学院）

内容提要：兜底条款是指在刑法分则中以“其他……”方式对列举事项作总括性规定的罪刑条款。我国刑法吸收了“只含同类规则”，对其同类标准有所深化。该规则具有天生的局限性，总体上倾向于限制解释，不利于弥补漏洞，也不利于明确兜底条款的规范内容。该规则以防止兜底条款的“口袋化”为基本预设，限制其适用范围，使其补充功能被削弱，使补充法规则无法得以贯彻。鉴于兜底条款较低的可预测程度，对具体问题应采用各种解释方法，遵守这些方法的位阶，予以层层解析，以防出于抽象目的或政策而进行的随意解读。只含同类规则虽然不否认补充功能，但难以兼顾各种情况，其判断标准也欠缺必要的确定性，因而并非解释该条款的统一法则。

环境公益诉讼被告的局限及其克服

作者：张忠民（中南财经政法大学法学院）

内容提要：环境公益诉讼在世界范围内都一直是理论与实践的焦点，在很大程度上，美国、中国等国的环境公益诉讼的症结都在于被告，而非惯常所认为的原告及其起诉资格。中国环境公益诉讼的核心更在于“谁”应当是被告，因为通常是由于被告存在侵害行为，才使得原告发动诉讼，而被告的举证能力和责任能力则决定了案件的走向和最终结果。通过检视新《环境保护法》等法律实施一年来的案件，不难发现，环境公益诉讼的被告存在若干局限，其直接表现在地域、类型、身份构成和其他当事人的情况等方面，间接表现在权利主张和事实主张、举证责任分配、责任承担方式和结案情况等方面。对此，应通过解释论和立法论的双重路径予以克服，前者以诉讼当事人为中心，包括拓展原告的范围、明确支持起诉人的地

位和审视检察院试点等内容；后者以法院为中心，包括妥善分配举证责任、科学判断因果关系和创新责任承担方式等内容。

风险刑法的理论错位

作者：胡彦涛（华南理工大学法学院）

内容提要：近年来，风险刑法成为刑法学界的新宠，讨论异常热烈。遗憾的是，无论是风险刑法的支持者还是反对者都对风险社会理论所言的“风险”存在不同程度的误解。尽管刑法所打击的“危险”同风险社会理论中的“风险”在人为性、未来性、延展性上存在相同之处，但二者也在合法性、两面性上存在很大的差别。因此不能将“危险”和“风险”二者简单等同，刑法也不能因打击“危险”而演变成“风险刑法”。在风险社会理论中，风险并非人们谈之色变的恶魔，恰恰相反，风险是获取更高安全标准的钥匙，风险社会亦非真实的社会形态，无法成为刑法理念变迁的社会背景。换言之，风险社会理论不能成为风险刑法正当性的理论基础。

互联网金融平台的刑事风险及责任边界

作者：刘宪权（华东政法大学法律学院）

内容提要：具有“去中心化”性质的互联网金融平台是互联网思维在金融领域内的创新性产物。国内互联网金融平台主要衍化为纯平台模式、担保模式、债权转让模式三大类，可能存在“伪”平台风险、模式风险、中立帮助行为风险等。防范互联网金融平台的刑事风险是规范该行业健康发展的底线。对于以互联网金融之名行资金自融之实的“伪”平台，应依据资金用途限制非法吸收公众存款罪的适用；对于违规提供担保的平台，应给予行政处罚并令其承担连带保证责任；对于违规设立资金池的平台，应视具体情形作出不同处理；对于提供中立帮助行为的平台，应分别从“投资端”、“融资端”视角，对帮助信息网络犯罪构成要件中的“明知”作不同的理解和认定。

大数据时代个人信息保护的路径重构

作者：范为（中国信息通信研究院互联网法律研究中心）

内容提要：大数据分析的普遍应用给公民隐私带来严峻威胁，以“知情同意”为核心的传统个人信息保护架构日益捉襟见肘，既无法为公民隐私提供实质性保障，又成为制约数据价值开发的重要掣肘。各国纷纷重审既有法律制度以顺应时代发展需求，尤以美国《消费者隐私权利法案（草案）》及欧盟《数据保护通用条例》最为典型。欧美个人信息保护立法改革虽路径各异，然其最大亮点在于均不同程度地吸纳了国际主流的场景与风险导向的新理念。新理念以隐私风险作为衡量个人信息“合理使用”的指标，根据具体场景中的风险评估采取差异化保障措施，变信息处理前的静态合规遵循为信息使用中的动态风险控制，在提升个人信息保护实效性的同时大幅减轻企业负担，助力数据开发与数据保护的双赢。本文提出以基于场景的风险管理理念重构个人信息保护的新路径，以期为我国立法与实践提供参考借鉴。

我国网络关键基础设施立法的基本思路和制度建构

作者：刘金瑞（中国法学会法律信息部）

内容提要：关键基础设施保护已成为各国网络安全治理和立法的核心议题。域外立法以美国为代表，重点是私营关键基础设施保护和网络安全信息共享，现行制度框架包括五个方面：建立政府和行业的协作机制，制订国家级保护计划，设立信息共享和分析中心，认定关键设施、评估漏洞风险和确定优先防护措施，制订网络安全框架。借鉴域外法治经验，针对我国关键基础设施立法提出如下建议：一是从国家安全高度把握关键基础设施的界定和立法的体系化；二是坚持国内外经验相结合，将网络安全分为“系统安全”和“内容安全”，处理好关键基础设施保护和信息安全等级保护的关系；三是区分一般信息系统和关键基础设施、区分公共部门和私营部门来设计监管框架；四是坚持安全与发展并重，构建政府和企业的协作机制，完善网络安全信息共享和企业责任豁免；五是规定法律的域外效力和针对网络攻击的反制措施，为国际规则制定留有空间。

国家网络安全审查制度的保障功能及其实现路径

作者：马宁（西安交通大学法学院信息安全法律研究中心）

内容提要：国家网络安全审查制度是我国提升国家网络安全保障能力的创新制度，但现有政策立法对于该制度的规定存在诸多争议。其中需要首先明确网络安全审查的制度功能，片面的“反制”定位并不能解决我们面临的安全问题，反而会将审查制度降格为纯粹的“政策工具”。在保障功能视域下审视网络安全审查制度，也有利于澄清制度的独立性问题，及其与外商投资国家安全审查在审查重点、审查对象和审查内容方面所存在的区别。为保证国家网络安全审查制度保障功能的实现，我国应当逐步建立基于风险的威胁态势感知审查理念，解决“风险残余”的棘手问题；细化信息系统分级，限定网络安全审查的实施范围；实施供应链安全审查，强调背景审查和技术审查相结合；完善信息安全标准体系，为审查机构和供应商提供明确的遵从指引。

互联网分享经济对行政法规制的挑战与应对

作者：张效羽（国家行政学院法学部）

内容提要：互联网分享经济的发展对行政法财产用途管制制度、市场准入管制制度和职业资格管制制度构成极大挑战，滋生大量行政法意义上的“非法”活动。这种挑战是分享经济创新性和法律滞后性的自然结果，恰恰要求行政法规制必须与时俱进、实现变革。面对互联网分享经济带来的挑战，行政法规制应当坚持消费者优先原则、实施合作规制、创新运用信息规制并通过体制重构努力实现规制机构自身利益与新经济发展激励相容。

情感，不再无处安放

——法律与情感研究发展综述

作者：李柏杨（中国政法大学中欧法学院）

内容提要：法律与情感研究总体上分为三个阶段：在第一阶段，法律与情感研究的主要目的是澄清情感在法律中的作用，树立研究的基本出发点，即法律中处处体现着情感；在第二阶段，研究者将研究重心从抽象的情感与法律的关系转移至特定法律情境下特定情感的具体作用及运行模式，利用心理学、社会学等学科中相关的情感理论，主要对刑法和家庭法领域的具体情感进行研究；在第三阶段，研究者希望能够利用对具体情感进行交叉学科研究得到的结论来改善现行的法律或者政策，并通过这种方式塑造或者影响人们的情感反应，以达到特定的社会目的。对法律与情感研究的未来发展而言，需要加强法学对相关学科情感理论的利用，将对具体情感的研究拓展至更多的部门法领域，进一步研究通过法律手段有目的地培养特定情感可能引发的问题等。

将人权纳入投资规则：国际投资体制改革中的机遇与挑战

作者：隽薪（清华大学法学院）

内容提要：国际投资体制自身存在的结构性问题以及后危机时代对于新自由主义的反思，使得投资规则制定与人权之间的相关性得到更加深入的理解。当前国际投资体制的改革共识为在投资规则制定过程中纳入人权议题提供了机遇。但近期的超大型区域协定表明，美欧等发达资本输出国不会轻易放弃高标准的投资保护，这使得人权继续面临风险。面对机遇与挑战，契合联合国新的2030年可持续发展目标，有必要在新一代国际投资规则制定过程中考虑投资规则的人权影响，注重基于人权的方法，确保经过重塑的国际投资体制在保护与促进投资的同时，增进而不是损害人权。