

中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会
组织编写

信息网络与 高新技术法律前沿

(第十一卷)



主 编 蔡海宁 徐家力
副主编 罗振辉 詹朝霞 刘 萍



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会 组织编写

信息网络与高新技术法律前沿

(第十一卷)

主 编 蔡海宁 徐家力
副主编 罗振辉 詹朝霞 刘 萍



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

内容提要

《信息网络与高新技术法律前沿》是由中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会组织编写的系列文集,此前已经先后出版十卷。本卷是第十一卷,内容涉及网络安全、互联网金融、电子商务、电子证据、网络版权、专利、商标、反不正当竞争以及信息网络与高新技术领域其他法律问题,反映了我国律师在信息网络与高新技术法律实务领域的最新研究和实务成果,对律师界同行具有参考借鉴指导作用。

本书可供关注信息网络与高新技术领域法律新问题的律师、法官、检察官、警官、研究人员以及法律专业、IT专业的学生阅读,也适合IT行业的管理人员阅读。

图书在版编目(CIP)数据

信息网络与高新技术法律前沿.第十一卷/蔡海宁,徐家力主编.

—上海:上海交通大学出版社,2017

ISBN 978-7-313-17853-4

I. ①信… II. ①蔡…②徐… III. ①计算机网络-科技法-中国-文集 ②高技术-科技法-中国-文集 IV. ①D922.174-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第186336号

信息网络与高新技术法律前沿(第十一卷)

主 编:蔡海宁 徐家力

出版发行:上海交通大学出版社

邮政编码:200030

出 版 人:郑益慧

印 刷:上海天地海设计印刷有限公司

开 本:710mm×1000mm 1/16

字 数:381千字

版 次:2017年8月第1版

书 号:ISBN 978-7-313-17853-4/D

定 价:78.00元

地 址:上海市番禺路951号

电 话:021-64071208

经 销:全国新华书店

印 张:19.5

印 次:2017年8月第1次印刷

版权所有 侵权必究

告 读 者:如发现本书有印装质量问题请与印刷厂质量科联系

联系电话:021-64366274

编审委员会

主 任 寿 步

副主任 陈际红 蔡海宁 马克伟 徐家力 俞卫锋

主 编 蔡海宁 徐家力

副主编 罗振辉 詹朝霞 刘 萍

撰稿人 (按文章先后排序)

蔡海宁	寿 步	陈际红	刘 颖	原 浩
陈 巍	权鲜枝	钱 钧	迟 菲	谭晓梅
罗振辉	邹晓黎	雷 莉	周海洋	谢 玮
詹朝霞	何 放	何向阳	洪友红	何毅琦
陈 喆	姜晓亮	陈 顺	李庆峰	赵卫康
马立文	曾 博	秦 涛	费震宇	张晓东
黄 玲	蒋晓东	吴 姗	冯士柏	徐家力
董 颖	黄 静	薛 琦	张冬静	杜红民
迟桂荣	李伟相	饶卫华	方诗龙	陈 飞
王军武	蔡 航	沈国庆	赵 云	刘 威
刘 萍	汪 政	俎晓彤	徐 立	王红燕

序

中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会(下称“专委会”)成立至今已有17个年头。第六届中国信息网络与高新技术法律实务研讨会暨专委会2017年年会将在广州召开。专委会本届管理机构从2011年4月开始工作,六年多来,专委会主要开展了下列工作。

一、加强组织建设

(1) 积极稳健扩充队伍。六年前,专委会的委员和研讨员是30多人,主要来源于沿海地区。经过六年来的努力,专委会的委员研讨员、特邀委员已有约90人,实现了东部和中西部委员分布的相对平衡。

(2) 加强专题论坛建设。为了给专委会业务范围内的研究工作提供切实可靠的支撑平台,从2014年开始,专委会内部先后设立了十一个专题论坛:互联网文化政策与法律服务论坛、互联网金融法律论坛、电子商务法律服务论坛、TMT行业法律风险防范及对策论坛、生技医药产业投融资法律服务论坛、信息网络安全法务论坛、高新技术知识产权法务论坛、互联网+资本市场法务论坛、电子证据法务论坛、法律电商论坛、网络犯罪法务论坛,初步适应了信息网络与高新技术领域相关法律问题繁多的形势要求。以各专题论坛为依托,2015年成功完成了《中国律师业务报告2015》(信息委篇)的撰写工作;2017年成功进行了“2016年度网络与信息法律十大案例”的案例收集和评选工作。

(3) 推进区域小组建设。专委会通过成立省域区域小组、开展区域研讨活动,有效地增强了专委会与相关省级律协的对口专委会之间的合作关系、推动了专委会各项工作的开展。专委会已设立区域小组七个:北京组、上海组、广东组、江苏组、四川组、江西组、浙江组。广东组承办了2012年、2017年专委会年会;四川组、江西组、江苏组、上海组先后承办了2013年、2014年、2015年、2016年的专委会年会。

(4) 举办年度征文和优秀论文评选。专委会年度征文的领域已经发展到与专委会十一个专题论坛的研究领域相对应。从2013年开始进行优秀论文评选,历年先后有10篇、15篇、14篇、18篇论文获奖。2017年也将评选优秀论文。

(5) 举办年度优秀案例评选。此项活动的目的是鼓励律师办理精品案件,传播精品案例,凸显律师行业的特点。2014—2016年,分别有2个、2个、3个案例获奖。

(6) 表彰优秀研究成果。在参与相关立法和修法工作中、在编撰律师业务操作指引和律师业务指导目录中、在信息网络与高新技术领域法律相关专题研究过程中,专委会成员最近几年完成了多份研究成果。2014年对其中七项研究成果的作者进行了表彰。

(7) 设立贡献奖表彰先进。对于为专委会工作做出贡献的专委会成员,专委会在2014年颁发了杰出贡献奖和突出贡献奖,2015年颁发了年度贡献奖,2016年和2017年都同时颁发了杰出贡献奖、突出贡献奖、年度贡献奖。

(8) 新设优秀著作奖鼓励专著出版。专委会给2016年出版的《信息网络与高新技术法律前沿实务丛书》中两本书《互联网金融原理与法律实务》和《信息网络与高新技术法律政策实务研究》的作者颁发优秀著作奖,以资鼓励。

二、加强律师业务标准化规范化建设

(一) 编撰律师业务操作指引

(1) 专委会在2012年起草了《律师办理电子数据证据业务操作指引》,该指引已收录在2013年全国律协编《中华全国律师协会律师业务操作指引2》中出版。

(2) 专委会在2015年完成了《律师办理高新技术业务领域法律尽职调查业务操作指引》,该指引已收录在2016年全国律协编《中华全国律师协会律师业务操作指引3》中出版。

(二) 编撰律师业务指导目录

专委会在2012年起草了《域名争议仲裁》和《计算机软件著作权业务》两份律师业务指导目录。它们已收录在2013年全国律协编《中华全国律师协会律师业务指导目录》中出版。

(三) 参与编撰《中国律师业务报告2015》

2015年根据全国律协要求,专委会发挥各专题论坛和区域小组的作用,完成了8万字的《中国律师业务报告2015》(信息委篇)的编撰工作。报告涉及互联网企业对接资本市场、生技医药医疗产业投融资、电子商务、互联网金融、信息网络安全、网络知识产权、TMT行业法律风险防范、网络文化娱乐监管政策解析与法律服务对策等多个领域。该书已由北京大学出版社2016年8月出版。

(四) 编撰《信息网络与高新技术法律前沿实务丛书》

为了鼓励就某一领域法律问题进行系统全面的论述,专委会从2016年开始组织编撰《信息网络与高新技术法律前沿实务丛书》,将专委会成员针对某

个具体领域编写的、注重实务的、中等篇幅的著作择优纳入该丛书出版。现已出版《互联网金融原理与法律实务》和《信息网络与高新技术法律政策实务研究》两本书。

（五）出版专委会年度论文集《信息网络与高新技术法律前沿》

六年多来已经出版第五～十卷。今年出版第十一卷。从第五卷到第十一卷，已收录论文约 330 篇、专题研究报告 1 份，字数累计超过 175 万字。专委会论文集集中收录的论文，反映了信息网络与高新技术法律实务领域的最新成果，对律师业界同行具有参考借鉴指导作用。

三、举办年会研讨会研修班

（一）每年举办专委会年会

2011 年 10 月专委会在青岛第九届中国律师论坛举办期间召开了年会。2012 年 10 月在深圳、2013 年 9 月在成都、2014 年 9 月在南昌、2015 年 9 月在南京、2016 年 10 月在上海先后召开了五届中国信息网络与高新技术法律实务研讨会暨专委会年会。今年将在广州召开第六届中国信息网络与高新技术法律实务研讨会暨专委会年会。

（二）举办研讨活动

2011 年 5 月在上海召开软件产业法律问题研讨会。

2011 年 6 月在北京召开网络游戏法律问题专家研讨会。

2011 年 7 月在太原协办中国科学技术法学会 2011 年年会，组织了题为“科技法律实务前沿”的律师专场，这是律师界与学术界合作交流的一次成功尝试。

2011 年 11 月在北京召开新顶级域名项目对中国企业的挑战及法律应对措施研讨会。

2012 年 5 月在上海召开软件与云计算产业知识产权研讨会。

2012 年 10 月在北京召开“3B 大战法律观察及互联网竞争环境规范研讨会”。

2013 年 5 月在上海召开软件与云计算产业法律问题研讨会。

2015 年 10 月在广东河源协办第四届南方金融法治研讨会。

2015 年 12 月在北京作为支持单位参与第六届中国信息安全法律大会。

2016 年 1 月在北京作为支持单位参与“网络电子身份认证的技术与法律之道”研讨会。

2016 年 7 月在上海协办“2016 中国网络空间安全(上海)论坛”，并主办其中的“电子取证和隐私保护/网络安全法论坛”。

2016 年 7 月在北京召开网络安全法立法研讨会。

2017 年 1 月在上海协办“2017 数据安全与隐私保护高峰论坛”。

(三) 区域小组举办研讨活动

2011年,京津组参加《呼叫中心服务运营规范》咨询工作、召开新顶级域名法律问题研讨会;上海组召开第三方支付法律风险研讨会;广东组召开计算机软件著作权律师业务研讨会;江苏组召开电子商务法律服务及业务培训研讨会。

2012年,四川组召开软件著作权律师业务操作技能研讨会;上海组召开电子商务发展与竞争秩序规范法律研讨会。同年,围绕《律师办理电子数据证据业务操作指引》的起草工作,各区域小组先后召开电子数据证据问题研讨会,共商修改方案。

2013年,各区域小组就《律师办理高新技术业务领域法律尽职调查业务操作指引》起草中的多个版本,多次召开研讨会,反复讨论,集思广益。

2014年3月,上海组召开“新消法对企业的影响及法律风险防范研讨会”。

(四) 举办高级研修班

2012年10月专委会与中国人民大学律师学院合作举办了为期一周的“信息网络与高新技术法律研修班”,效果良好。

在《律师办理电子数据证据业务操作指引》发布后,专委会于2013年9月在成都、2014年9月在南昌、2015年5月在东莞、2015年9月在南京、2016年10月在上海先后举办五期“电子数据证据法务高级研修班”,已有约一千八百人次参加此项研修。技术与法律相结合、理论与实务相结合、案例与规则相结合的培训特点取得了实效,提升了律师办理电子数据证据业务的能力。同时也形成高水平的电子数据证据业务师资队伍。今年将在广州举办第六期“电子数据证据法务高级研修班”。

四、关注社会热点、参与规范制定、引领新业务领域

(1) 2011年6月互联网名称与数字地址分配机构(ICANN)通过新顶级域名项目后,专委会在同年11月通过全国律协向主管部门提交了《关于吁请中国企业和机构积极参与新通用顶级域名项目及防范法律风险的建议书》。

(2) 2011年10月在民事诉讼法修改过程中,专委会组成电子证据工作小组,向主管机关提交了关于民事诉讼法电子证据相关条款的修改建议稿。

(3) 2012年在国务院《互联网信息服务管理办法》修改过程的内部征求意见和公开征求意见两个阶段,专委会于同年4月和7月先后通过全国律协向相关部门提交了“修订送审稿”修改意见和“修订草案征求意见稿”修改意见。

(4) 2012年5月,根据全国律协的要求,专委会组织撰写并向全国律协提交了四份“律师业务指导目录”:电子数据证据业务,计算机软件著作权业务,

域名争议仲裁法律服务,常见网络犯罪案件业务。

(5) 2013年11月,《互联网软件捆绑问题法律研究报告》以本专委会和北京律协电信与邮政法专委会名义在专委会网站公开发布。

(6) 2014年5月,根据全国律协《关于研究提交全面深化改革相关法律问题研究报告的通知》的要求,专委会提交了三份研究报告:《互联网行业个人信息保护研究》、《云计算产业法律政策保障研究》、《电子商务小额争议解决机制研究报告》。

(7) 2015年3月,通过全国律协向主管机关提交《〈促进科技成果转化法修正案(草案)〉修改建议》。

(8) 2015年5月,通过全国律协向主管机关提交《对〈中华人民共和国种子法〉(修订草案)的修改意见》。

(9) 2015年8月,通过全国律协向主管机关提交了《对〈中华人民共和国网络安全法〉(草案)的修改意见》。

(10) 2016年4月,通过全国律协向主管机关提交了《关于〈互联网域名管理办法(修订征求意见稿)〉的修改建议》。

(11) 2016年8月,通过全国律协向主管机关提交了《关于〈中华人民共和国网络安全法〉(草案二次审议稿)的修改意见》。

(12) 2017年1月,通过全国律协向主管机关提交了《关于〈中华人民共和国电子商务法(草案)〉的修改建议》。

(13) 2017年1月,通过全国律协向主管机关提交了《关于〈未成年人网络保护条例(送审稿)〉的修改建议》。

(14) 2017年2月,通过全国律协向主管机关提交了《关于〈治安管理处罚法(修订公开征求意见稿)〉的修改建议》。

(15) 2017年3月,通过全国律协向主管机关提交了《关于〈网络产品和服务安全审查办法(征求意见稿)〉的修改建议》。

(16) 2017年3月,通过全国律协向主管机关提交了《关于〈民航网络信息安全管理规定(暂行)(征求意见稿)〉的修改建议》。

专委会将在全国律协领导下继续努力工作、不断进取。

中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会主任 寿步

2017年8月

主编寄语

信息网络与高新技术的发展时时刻刻在改变我们的生活,甚至颠覆我们的生存方式。进入2017年,这种感觉尤其明显。

我们一方面为体验到共享单车的便捷而兴奋,另一方面又因柯洁输给AlphaGo的哭泣而伤感;一方面在为网络安全法实施带来的新业务而高兴,另一方面又在为一些工作岗位可能被人工智能取代而担忧。正是乱花渐欲迷人眼,人类似乎将被自己创造出来的世界所异化!

20世纪40年代电子计算机的发明改变了信息处理与存储的方式;计算机科学的深入发展为人工智能奠定了重要的技术基础。计算机技术的高度发展推动人类进入了“云时代”,大数据为信息处理和存储带来革命性的变化。人工智能与“大数据”的出现实现了人类数据信息共享的便利。

国务院《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》中提出,要坚持开放共享、融合创新、变革转型、引领跨越、安全有序的基本原则,充分发挥我国互联网的规模优势和应用优势,坚持改革创新和市场需求导向,大力拓展互联网与经济社会各领域合作的广度和深度。从国务院积极部署推进“互联网+”行动来看,互联网经济必将成为经济发展的新动能。人工智能以及“大数据”等高新技术的发展对推进互联网经济的高速发展具有重要意义。

伴随着便利与机遇而来的,是对于网络安全的担忧。2017年5月,WannaCry病毒席卷全球,近百个国家和地区的电脑系统遭受攻击,采用加密被攻击者的文件,以索要价值物来换取解锁的方式来勒索用户。这一病毒事件凸显了网络安全的重要性。众多网络安全问题的产生引起立法者与公众的关注,2017年6月1日起正式施行的《中华人民共和国网络安全法》等法律法规应运而生。

低碳出行、共享经济的理念催生了“摩拜”、“ofo”等共享单车的风行。城市共享单车是通过手机程序扫二维码来进行使用和付费的。犯罪分子就利用这一使用模式,通过粘贴虚假二维码的方式来诈骗消费者,给共享单车的使用带来巨大的隐患,不利于共享经济的发展。曾因70胜1负的围棋战绩闻名世界的AlphaGo,使“人工智能”这一名词备受关注。人工智能的应用需要依托信息的搜集、分析,过程中需要采集大量具有身份识别性的信息,而个人信息使用界限的模糊和因为黑客入侵而导致的信息泄露等安全问题的存在,

亟待解决。

我们中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会,深入信息网络与高新技术的各个领域,直视和投身实务操作问题。专委会针对网络安全、身份管理、校园网贷、淘宝网封用户账号案、P2P平台的合法合规、电子签名问题、微信证据真实性认定问题、微商多层级经营与微商传销、网页字体著作权、网络游戏著作权保护等新型网络热点问题加以甄选并不断探讨,不断摸索,研究如何在高速发展的网络技术与网络安全中取得平衡,由此形成的作品收录在本论文集。希望本书能给读者指点迷津。希望大家持续关注并参与信息网络与高新技术领域相关问题的讨论,共同推进信息网络与高新技术领域法律问题的理论和实务的进步,促进人工智能与“大数据”更好地为社会服务,使网络时代成为最好的时代。

最后用一首诗作为结语:风后面是风,天空上面是天空,道路前面还是道路。

蔡海宁 徐家力

中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会副主任

2017年6月5日

目 录

网络安全

被遗忘权与个人信息的保护	蔡海宁	卢玉瑾/3
网络安全法还是网络空间安全法	寿 步/8	
大数据应用中数据收集的合法性分析	陈际红/15	
身份管理的几个法律问题	刘 颖/22	
关键信息基础设施保护要求实施的若干障碍分析	原 浩/28	
金融数据跨境流动的治理维度与合规路径	陈 巍	任愿达/33
那些密码高手不得不知的法律规定	权鲜枝/38	
从行政相对人的视角看网络产品和服务的安全审查	钱 钧/42	
论民事侵权中的数据价值评估	迟 菲	安金芬/45
商业秘密的信息安全保护	谭晓梅/51	

互联网金融、电子商务、电子证据

如何甄别 P2P 平台是否合法合规	罗振辉/57	
回顾与展望:我国 P2P 网络借贷主要监管规则梳理	邹晓黎/63	
股权众筹国内立法现状的探讨及其研究	雷 莉	吴晓宇/69
校园网贷的法律风险及应对措施	周海洋	李 哲/74
网络借贷信息中介机构主要核心义务	谢 玮/79	
淘宝网封用户账号案评述	詹朝霞	张司祺/83
电子签名法律问题	何 放/88	
网络购物合同纠纷若干疑难问题评析	何向阳/94	
互联网交易平台法律审查论纲	洪友红/98	
新监管体系下跨境电子商务发展的问题及法律思考	何毅琦/104	
微商多层次经营与微商传销	陈 喆/109	
微信证据的真实性认定思考	姜晓亮/114	
论电子数据的证据资格认定	陈 顺/118	
民事诉讼中电子数据证据的原件认定规则	李庆峰	刘剑鸣/123

网络版权

互联网条件下美术作品原件展览权的权利边界	赵卫康/131
浅析网络深层链接引发的著作权侵权纠纷	马立文/136
网页字体著作权若干问题	曾 博/141
浅析聚合平台链接侵权认定	秦 涛/147
使用正版软件中的自带字库用于商业用途是否构成 侵权	费振宇 李琴薇/152
计算机软件著作权侵权中实质性相似认定的实证 研究	张晓东 张佩玉/158
浅析网络游戏著作权保护新趋势	黄 玲 周 娅/166
也论网络游戏直播涉及的法律问题	蒋晓东/171
信息网络传播权的侵权标准	吴 姗 魏 艳/175
漫谈网络剧(电影)的几个法律话题	冯士柏/180

专利、商标、反不正当竞争

析互联网跨界融合商业方法的专利保护	徐家力 李凡迪/187
油气行业数字技术的发展及专利竞争	董 颖/192
专利权法律保护中的区分化问题	黄 静/198
中誉电子(上海)有限公司与上海九鹰电子科技有限公司侵犯实用 新型专利权纠纷案评述	薛 琦 杨东明/202
浅析声音商标之显著性认定	张冬静/207
网络环境下使用他人商标表现形式及侵权判定 探讨	杜红民 黄 斌/212
以案说法:论共有情况下的商业秘密保护措施问题	迟桂荣/217
关于田某某等侵犯商业秘密罪一案的评述	李伟相/221
技术中立还是不正当竞争	饶卫华/223
不正当竞争行为的认定	方诗龙 赖致澄/228
侵犯植物新品种权中的商业目的要件	陈 飞/232

信息网络与高新技术领域其他法律问题

论大数据在法治政府建设中的作用	王军武 朱玲青/239
共享单车的法律规制	蔡 航/244
“共享单车”模式涉及法律问题及建议综述	沈国庆/249

简述经营性 APP 应用相关的合法性许可证	赵 云/254
公益诉讼应对科技侵权	刘 威/259
网约代驾法律关系思考	刘 萍/262
互联网时代律所创新与变革	汪 政/268
智能金融科技对高客家族财富管理的法律伦理挑战	俎晓彤/273
关于企业研究开发费用的税前加计扣除问题	徐 立/278
中国企业收购海外高新技术知识产权资产的法律风险 控制	王红燕 金 莲/282

网络安全

被遗忘权与个人信息的保护

蔡海宁 卢玉瑾 广东经纶律师事务所

“被遗忘权”在法律史上虽不是一个法定的权利种类,但它是伴随信息网络的发展而来的。有学者认为,被遗忘权是指信息主体对已经被发布在网络上有自身不恰当的、过时的、继续保留会导致其社会评价降低的信息,要求信息控制者予以删除的权利。自从人类进入了网络信息时代,在网络上,任何信息要被记住保存轻而易举,而“被遗忘”仿佛成为一种奢求。大数据的建构下,就算一个事件在一段时间后尘埃落定,但只要键入关键词语甚至字眼,就可以得到关于这个事件的信息。网络上的信息纷繁复杂,信息发布者都隐藏在虚拟网络这一面纱之下,即便各国有出台相关法律规定网络言论自由的边界和对网络侵权的救济,不负责任的网络言论仍旧充斥网络,出现利用不适时的网络消息肆意损害他人人权的现象,给被侵害人的工作和生活带来不便甚至造成惨剧,业已成为一个国际性的问题。年前意大利女子坎托妮性爱影片外泄后受众网友嘲弄,继而通过法律诉求“被遗忘的权利”,虽然最后法庭下令各搜索引擎移除该影片,但同时也判令该女子支付高达2万欧元的诉讼费用,长期隐私权的侵犯和高额诉讼费使其不堪重负,在家中上吊身亡。在英国作家乔治·奥威尔的传世经典《1984》中,作者表达了人类对未来世界可能会存在“监视”的恐慌。伴随着大数据为我们带来信息采集、存储、管理、使用的革命的同时,我们在网上的搜索记录,社交言论等信息也在不断地被采集、存储、分析、使用。人类的隐私权保护底线也在不断地后退和妥协,甚至传统意义的隐私权逐渐消失。

2008年10月,我国台湾地区板桥地检署侦办的关于中华职棒米迪亚暴龙队打假球一案中,球队老板施建新亦被卷入该案,虽其之后获判无罪,但在网络上搜索“施建新”“暴龙假球案”等关键词仍可查看得到施建新关于涉嫌米迪亚暴龙假球案的相关信息。施建新本人随后在2014年以欧盟的“被遗忘权”为据诉请台湾Google公司移除有关他涉嫌该案的链接和讯息,台湾地方法院于2015年1月判施建新败诉。该案中,“被遗忘权”也随之引发大众的关注与热议。

一、被遗忘权的法律发展

“被遗忘权”的概念雏形最早体现在欧盟的相关数据保护法律中,真正以