

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

(第六卷)



主 编 寿 步 蔡海宁



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

(第六卷)

寿 步 蔡海宁 主 编
李伟相 王继丰 副主编

上海交通大学出版社

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,已经先后在2003、2005、2007、2009、2012年出版五卷。

第六卷内容涉及信息网络与高新技术领域法律综合问题,电子数据证据,软件、数据库、集成电路、网络游戏法务,电子商务法,高新技术产业化与资本市场,知识产权与反垄断法,电信法务与网络犯罪等领域的实务和理论前沿问题。

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、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6卷/寿步,蔡海宁
主编. —上海:上海交通大学出版社,2013
ISBN 978-7-313-09011-9

I. 信... II. ①寿...②蔡... 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. D922.174-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第046546号

信息网络与高新技术法律前沿

(第六卷)

寿步 蔡海宁 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路951号 邮政编码200030)

电话:64071208 出版人:韩建民

上海交大印务有限公司印刷 全国新华书店经销

开本:787mm×960mm 1/16 印张:20.25 字数:366千字

2012年9月第1版 2013年4月第2版 2013年4月第2次印刷

ISBN 978-7-313-09011-9/D 定价:48.00元

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:021-54742979

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 董永森

主 编 寿 步 蔡海宁

副主编 李伟相 王继丰

撰稿人 (按文章先后排序)

蔡海宁 徐家力 董 颖 王 谨 王云霞

蒋晓冬 王永红 刘 捷 钱 钧 马克伟

姜晓亮 赵 云 沈国庆 夏 巍 费震宇

迟桂荣 王军武 吴旭东 冯士柏 游植龙

肖 群 柏立团 王 伟 曾 丽 陈际红

刘宇梅 黄 玲 俎晓彤 詹朝霞 俞卫锋

徐棣枫 马 勇 杨 闰 寿 步 徐 滨

王晓燕 张晓东 刘 宁 陈春华 娄耀雄

谌 兰 王继丰

序

我们有幸生在一个伟大的时代,这就是网络时代。我们有缘成为中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会的一员,并伴随它成长,一起站在信息网络与高新技术的法律前沿。

信息网络的法律问题随着网络技术和应用的普及而不断出现,而且日益突显其特殊性,从而使我们不得不直面和解决这些问题,从电子数据证据正式列入我国法律的过程就可以看出这一点。让我们回顾这一过程。

在1999年10月1日起施行的《中华人民共和国合同法》中,数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)被认定为合同的书面形式之一。

在2005年4月1日起施行的《中华人民共和国电子签名法》中,第二条规定:本法所称数据电文,是指以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的信息。第四条规定,能够有形地表现所载内容,并可以随时调取查用的数据电文,视为符合法律、法规要求的书面形式。第五条规定,符合下列条件的数据电文,视为满足法律、法规规定的原件形式要求:①能够有效地表现所载内容并可供随时调取查用;②能够可靠地保证自最终形成时起,内容保持完整、未被更改。但是,在数据电文上增加背书以及数据交换、储存和显示过程中发生的形式变化不影响数据电文的完整性。第七条规定,数据电文不得仅因为其是以电子、光学、磁或者类似手段生成、发送、接收或者储存的而被拒绝作为证据使用。

在此,法律上已经明确将“数据电文”作为证据。而这一类证据的正式名称从“数据电文”转变为“电子数据”,则是在2012年关于刑事诉讼法和民事诉讼法的两个修改决定中——在原有的物证、书证、证人证言等传统证据类型基础上,增加了“电子数据”这一类型。

2012年3月14日《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》规定,将《刑事诉讼法》第四十二条改为第四十八条,修改为:“可以用于证明案件事实的材料,都是证据。证据包括:(一)物证;(二)书证;(三)证人证言;(四)被害人陈述;(五)犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解;(六)鉴定意见;(七)勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录;(八)视听资料、电子数据。”

2012年8月31日《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》规定,将《民事诉讼法》第六十三条修改为:“证据包括:(一)当事人的陈述;(二)书证;(三)物证;(四)视听资料;(五)电子数据;(六)证人证

言;(七)鉴定意见;(八)勘验笔录。”

两相对比可以看出,虽然“电子数据”在上述两部诉讼法都明确作为证据类型,但其表述方式有所不同。刑事诉讼法中将电子数据与视听资料并列放在第八类;民事诉讼法中则将电子数据单列放在第五类。

至此,电子数据作为证据的一个类型正式列入我国两大诉讼法中。

由此可见,信息网络与高新技术领域的立法,是在“摸着石头过河”。因此,我们这个专业委员会的定位和发展,也是在不断探索之中。但其过程,是不断将虚拟导入实务。

本论文集内容涉及信息网络与高新技术领域法律综合问题,电子数据证据,软件、数据库、集成电路、网络游戏法务,电子商务法,高新技术产业化与资本市场,知识产权与反垄断法,电信法务与网络犯罪等领域的实务和理论前沿问题。特别是涉及应用中的很多热点问题,如微博、QQ、云计算、搜索引擎、网上交易等。同时,把凝聚我们专委会成员和相关专家智慧结晶的《中华全国律师协会律师办理电子数据证据业务操作指引》及其起草说明收入书中,着重发挥全国律协专委会对律师实务的指导作用。

对信息网络与高新技术领域法律问题进行深入探讨并给出解决方案是我们专委会当仁不让的历史使命。我们当不懈努力。

是为序。

寿步 蔡海宁

2013年1月

目 录

律师业务操作指引

中华全国律师协会律师办理电子数据证据业务操作指引	/	3
《中华全国律师协会律师办理电子数据证据业务操作指引》起草说明	/	19

信息网络与高新技术法律综合问题

试论微博法律责任及其构成	蔡海宁 陈 凯 /	25
简论云计算的法律调整	徐家力 /	33
云计算知识产权诉讼案例分析	董 颖 /	42
云计算发展下的法律问题解析	王 谨 /	49
QQ 号码等虚拟财产归属及流转问题再思考	王云霞 /	54
网络侵权中侵害人归责原则探究	蒋晓冬 /	65
Robots 协议法律简析	王永红 /	69
网络社交媒体法律问题初探	刘 捷 /	76
江西省首例网络名誉侵权案庭审观感记	钱 钧 /	84

电子数据证据

电子证据中外比较及我国电子证据发展之展望	马克伟 /	91
商业秘密侵权案中的电子邮件证据思考	姜晓亮 李逸竹 /	102
电子数据证据的收集与适用	赵 云 /	107
略谈电子取证的法律约束及实务	沈国庆 /	111
关于电子数据证据律师业务操作指引的思考和建议	夏 巍 /	116
电子邮件证据认定的实例分析	费震宇 /	120
律师如何办理电子数据证据业务	迟桂荣 /	136
我国电子证据的立法现状及存在的法律问题	王军武 周伟健 李晓月 /	140
关于电子数据证据实务操作的思考	吴旭东 /	144
从物理和技术特征视角定义电子数据	冯士柏 /	148
婚姻家庭案件中电子数据证据的运用	游植龙 /	153

软件、数据库、集成电路、网络游戏法务

计算机软件著作权侵权纠纷案件实务研究	肖 群 / 161
信息网络环境下非独创性数据库的司法保护	柏立团 / 175
网络游戏外挂的法律分析	王 伟 / 181
软件企业知识产权实务概述	曾 丽 / 187

电子商务法

外商从事电子商务不同业务模式的法律分析	陈际红 / 193
P2P 网络借贷法律问题探讨	刘宇梅 / 200
浅析电子商务的法律风险	黄 玲 / 208
电子商务中网络购物参与者及法律关系评析	俎晓彤 / 215
论网购中消费者权益保护法律体系的建立	詹朝霞 / 221

高新技术产业化与资本市场

高新技术企业的主要融资途径	俞卫锋 / 227
高新技术产业化和发明资本市场构建	徐棣枫 / 235
外商投资云计算领域的法规环境及架构选择浅析	马 勇 王 轩 / 243
网游企业 VIE 架构境外上市若干问题探讨	杨 闰 / 250

知识产权与反垄断法

互联网市场竞争中滥用市场支配地位行为的认定	寿 步 / 259
论企业专利权保护之新途径	徐 滨 王晓蕾 / 267
知识产权私权属性解构:以专利权为例	王晓燕 / 273
专利投机公司对信息产业的影响	张晓东 / 278
知识产权确认不侵权之诉程序问题探讨	刘 宁 / 285
网络领域不正当竞争法律分析	陈春华 / 292

电信法务与网络犯罪

论建立我国电信法中的电信通路权制度	姜耀雄 / 301
盗售 QQ 号码与网络犯罪立法	谌 兰 / 308
关于搜索引擎与非法网络营销的法律思考	王继丰 / 313

律师业务操作指引

中华全国律师协会 律师办理电子数据证据业务操作指引

(2012 年 12 月)

目 录

第一章 总则
第二章 电子数据证据的取证
第一节 电子数据证据的取证方式与流程
第二节 临场保护与外围调查
第三节 电子数据证据等的收集与固定
第三节 A 电子数据证据的公证保全
第四节 电子数据证据的检验分析
第四节 A 电子数据司法鉴定
第五节 电子数据证据的审查判断
第三章 电子数据证据的举证
第四章 电子数据证据的质证
第五章 有关电子数据证据的法律咨询
第六章 附则

第一章 总 则

第一条 制定指引的目的和依据

为了指导全国律师高效专业地处理与电子数据证据相关的法律业务,提高律师业务水平与办案质量,根据《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国行政诉讼法》及《中华人民共和国律师法》等法律法规的规定,结合电子数据证据的特点,制定本指引。

第二条 电子数据、电子数据证据的定义及作用

1. 本指引所称的电子数据,是指借助于信息技术生成、修改、删除、存储、传

递、获取等形成的一切数据,主要包括电脑文档、手机文档、电子邮件、即时通讯记录、博客、微博、网页历史记录、IP 地址、手机短信、通话记录、传真记录、信令数据、电子签名、电子痕迹等。

2. 当电子数据用于证明案件事实时,即为电子数据证据。电子数据证据主要存在于电脑、移动存储设备、移动通信设备、互联网服务器等电子设备或存储介质中。电子数据证据可以依据不同标准区分为文档文件、图形文件、多媒体文件、程序文件与数据库文件等,单机数据与网络数据,静态数据与动态数据,数据内容、附属信息、关联痕迹与系统环境信息等。

3. 电子数据证据既可以直接作为一种专门的法定证据使用,也可以转化为其他的法定证据或者作为线索使用。

第三条 电子设备的定义

本指引所称的电子设备,是指由电子元器件组成,且应用一定的处理系统用于生成、修改、删除、存储、传递电子数据的设备,主要包括台式电脑、笔记本电脑、平板电脑、掌上电脑、服务器、手机、数码照相机、数码摄像机、打印机、复印机、传真机、电话机、扫描仪、导航仪、路由器、电视机顶盒、手机基站等。

第四条 存储介质的定义

本指引所称的存储介质,是指数字化存储电子数据及相关信息的介质,主要包括电脑硬盘、移动硬盘、光盘、优盘、记忆棒、存储卡等。

第五条 律师办理电子数据证据业务的范围及培训

1. 律师办理的电子数据证据业务主要包括电子数据证据的取证、举证、质证及相关法律咨询等。

2. 为了提高办理电子数据证据业务的能力,律师可以参加必要的专业培训或者申领相关的专业资质证书。

第六条 律师办理电子数据证据业务的原则

律师办理电子数据证据业务应当遵守以下基本原则:

- (1) 遵守国家法律法规的有关规定和普遍性的技术规范;
- (2) 对涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私和个人信息的电子数据证据依法承担保密义务;
- (3) 注重电子数据证据与传统证据的结合使用;
- (4) 保证存储介质和电子数据证据的安全性、真实性和完整性;
- (5) 必要时邀请具有专门知识的人协助。

第二章 电子数据证据的取证

第一节 电子数据证据的取证方式与流程

第七条 律师开展电子数据证据取证工作的方式及要求

1. 律师在办理案件过程中,可以根据案件需要采取如下方式开展电子数据证据取证工作:

- (1) 指导当事人开展电子数据证据取证工作;
- (2) 自行开展电子数据证据取证工作;
- (3) 聘请鉴定机构开展电子数据证据鉴定工作;
- (4) 申请公证机关进行电子数据证据保全;
- (5) 申请人民法院、人民检察院、仲裁委员会等有权机关进行电子数据证据的收集和保全;

(6) 请求网络运营服务商等第三方进行电子数据证据的固定与保管。

2. 律师采取第(1)、(2)、(3)、(6)种方式开展电子数据证据取证的,可以申请公证机关进行全程录像公证、全程文字记录公证或者提存镜像报告公证等。

3. 律师采取第(1)、(2)、(4)种方式开展电子数据证据取证的,可以借助专业的电子数据取证设备或软件,或者寻求鉴定机构等专业技术服务机构提供的电子数据证据收集、固定等相关技术服务。

4. 律师采取第(3)、(4)、(6)种方式开展电子数据证据取证的,可以协助鉴定机构、公证机关或者第三方确定电子数据证据的取证范围和制定方案。

第八条 律师配合公安司法机关进行电子数据证据取证

律师办理刑事案件涉及电子数据证据的,应当依法向公安司法机关报案或者报告,并根据本指引配合开展电子数据证据取证工作。

第九条 律师配合行政执法机关进行电子数据证据取证

律师办理行政案件涉及电子数据证据的,可以向行政执法机关报案或者报告,并根据本指引配合开展电子数据证据取证工作。

第十条 律师申请公证机关进行电子数据证据公证

1. 电子数据证据公证主要包括电子数据证据的内容公证(包括网页公证、电子邮件公证、聊天记录公证、手机数据公证等)、电子数据证据的存储位置以及软硬件环境公证、电子数据证据的文本公证、电子取证行为公证、镜像复制的行为公证、电子数据证据及取证报告的提存公证等。

2. 律师根据诉讼需要申请进行电子数据证据公证的,可以与公证机构商定

公证项目。

第十一条 律师申请鉴定机构进行电子数据司法鉴定

1. 电子数据司法鉴定是一种提取、保全、检验分析电子数据证据的专门措施,也是一种审查和判断电子数据证据的专门措施。它主要包括电子数据证据内容一致性的认定、对各类电子设备或存储介质所存储数据内容的认定、对各类电子设备或存储介质已删除数据内容的认定、加密文件数据内容的认定、计算机程序功能或系统状况的认定、电子数据证据的真伪及形成过程的认定等。

2. 律师根据诉讼需要委托鉴定机构进行电子数据证据司法鉴定的,可以与鉴定机构商定鉴定项目。

第十二条 律师开展电子数据证据取证工作的流程

律师自行开展或者协助、配合开展电子数据证据的取证工作,主要包括临场保护、外围调查、电子数据证据等的收集与固定以及电子数据证据的检验分析、审查判断等环节。

第十三条 律师开展电子数据证据取证工作的记录

律师自行开展或者协助、配合开展电子数据证据的取证工作,应当对取证过程进行记录,并签字和注明时间。

第二节 临场保护与外围调查

第十四条 律师对电子设备的场所与环境进行临场保护的任务

律师发现电子设备中可能存在涉案电子数据证据的,应当视不同情况及时采取或者协助、配合采取相关措施,对电子设备所在的场所、所接入的网络环境进行控制与保护。

第十五条 律师对电子设备的场所与环境进行临场保护的要求

进行临场控制与保护时,律师可以采取避免或者防止任何人采取可能导致原始电子数据证据发生改变的任何操作。

第十六条 律师对电子设备的场所与环境进行外围调查

1. 进行临场控制与保护时,律师可以及时开展或者协助、配合开展外围调查,对有关的当事人陈述、证人证言、书证等进行收集、固定;必要时还可以对电子设备的购买记录、领用记录、归还记录以及使用情况等进行收集、固定,并制作相关笔录,请有关人员签字确认。

2. 律师发现电子设备正在运行、且继续运行可能会导致涉案电子数据证据灭失或受损的,应当根据具体情况采取或者协助、配合采取切断电源、断开网络、屏蔽信号等相应的应急措施。必要时,律师可以自行或者协助、配合对易丢失电子数据证据进行紧急收集与固定。

3. 律师发现电子设备正在显示或生成涉案电子数据证据的,应当采取或者协助、配合采取拍照、录像等方式,对屏幕显示的内容进行记录,并在记录中签字和注明时间。

第三节 电子数据证据等的收集与固定

第十七条 律师制定电子数据证据收集与固定的方案与计划

1. 律师自行开展或者协助、配合开展电子数据证据的取证工作,必要时可以在具有专门知识的人的协助下,制定电子数据证据收集与固定的方案与计划。

2. 上述电子数据证据收集与固定的方案与计划主要包括:

- (1) 现场获取的目的和范围;
- (2) 锁定目标设备及其范围;
- (3) 现场获取人员的分工与责任;
- (4) 进行电子数据证据现场获取所需携带的取证设备、取证软件;
- (5) 现场获取采用的技术规范;
- (6) 电子数据证据现场获取的具体方案;
- (7) 电子数据证据现场获取的应急措施或替代方案。

第十八条 律师制定电子数据证据收集与固定方案与计划的合法性要求

律师制定电子数据证据收集与固定的方案与计划时应当注意取证手段和方式的合法性,不得通过窃取、入侵等非法方法取证。

第十九条 律师开展电子数据证据取证的先行取证要求

律师自行开展或者协助、配合开展电子数据证据的取证工作,必要时可以自行或者建议先行提取电子设备上的指纹信息,采集汗液、毛发等生物样本。

第二十条 律师开展电子数据证据取证的镜像复制要求

1. 律师自行开展或者协助、配合开展电子数据证据的取证工作,具备条件的应当制作原始存储介质的镜像复制件,并对原始存储介质进行封存,避免或者防止原始电子数据证据发生任何改变。制作镜像复制件的,以一式两份为宜。

2. 因客观原因不能封存原始存储介质或制作镜像复制件的,可以采取写保护方法对电子数据证据进行收集与固定,并妥善保管原始存储介质。

第二十一条 律师制作镜像复制件的安全性与完整性要求

1. 律师制作或者协助、配合制作原始存储介质的镜像复制件,应当确保原始存储介质的安全及其中数据的完整性。

2. 因客观原因不能封存原始存储介质或者不能保证电子数据证据的完整性的,应当向当事人说明事由及可能产生的影响,并征得当事人的书面同意。

第二十二条 律师封存电子设备、存储介质的注意事项

律师封存或者协助、配合封存电子设备、存储介质的,应当注意记录反映其特定性的标识信息(包括序列号、识别码、用户标识、品牌、厂商、型号、容量等),并注明或者告知妥善保管的注意事项。

第二十三条 律师制作镜像复制件的注意事项

1. 律师制作或者协助、配合制作镜像复制件,可以交由或者聘请具有相关资质或能力的专业人员实施,并记录反映其中电子数据证据完整性的校验信息。

2. 必要时,律师可以将含有校验信息的镜像复制报告提交公证处,进行提存公证。

3. 因客观原因无法产生校验信息的,律师可以及时采取适当的措施对原始存储介质进行封存以保证其数据完整性。

第二十四条 律师对附属信息、关联痕迹、系统环境信息数据的收集与固定要求

1. 律师自行开展或者协助、配合开展电子数据证据的取证工作,可以一并收集与固定与电子数据有关的附属信息、关联痕迹、系统环境信息数据。

2. 这些附属信息、关联痕迹、系统环境信息数据主要包括:

(1) 存储介质的状态,确认是否存在异常状况等;

(2) 电子设备中正在运行的进程;

(3) 用户操作产生的临时文件;

(4) 日志文件;

(5) 操作系统信息,包括系统版本号、注册所有者、安装日期、管理员与用户账号、登录次数、最后一次关机时间等;

(6) 尚未永久存储的电子数据;

(7) 共享的网络驱动器、文件夹信息和共享设置选项信息;

(8) 网络连接信息,包括拨号信息、VPN、无线网络连接及其连接的名称、网络映射信息等;

(9) 保证数据独立于电子数据存储介质的软硬件信息;

(10) 备份数据以及所有者、备份时间等相关信息。

第二十五条 律师对互联网上电子数据证据的收集与固定

1. 对于来源于互联网上的电子数据证据,律师可以申请公证机关进行公证保全,或者申请人民法院进行诉前或仲裁前证据保全。

2. 依照本章申请保全的,应当遵守民事诉讼法的相关规定,同时注意参照中国公证协会《办理保全互联网电子证据指导意见》以及本节 A “电子数据证据的公证保全”的有关规定。

第二十六条 律师对利害关系人没有争议的、档案部门正常保管的电子数据证据的收集与固定

1. 对于利害关系人没有争议的或者档案部门正常保管的电子数据证据,律师可以采用打印、拍照等方式转化为纸质文档,并注明打印、拍照的时间、地点,邀请当事人或者证据持有人在纸质文档上签章确认,必要时邀请见证人见证、进行全程录音录像或者通过第三方制作提取笔录。

2. 对于转化得来的纸质文档,可以按照对待书证的方法予以保管。

第二十七条 律师对交互式设备中电子数据证据的收集与固定

1. 对于交互式电子设备中电子数据证据,律师可以固定和保全本方电子设备的电子数据证据,也可以固定和保全对方当事人、第三方(如通讯网络服务商等)电子设备中的电子数据证据。

2. 固定和保全对方当事人、第三方持有的电子数据证据的,可以采取以下两种途径:

(1) 通过对方当事人、第三方查询并固定相关的电子数据证据,必要时申请公证机关对取证过程进行公证;

(2) 通过向人民法院申请调查令或诉前证据保全的方式,向对方当事人、第三方调取相关的电子数据证据。

3. 律师向人民法院申请调查令或诉前证据保全的,可以向法院提交存储电子数据证据的电子设备或者存储介质的准确地点。

第二十八条 律师运输、保管、转移、使用电子设备、存储介质及电子数据证据的注意事项

1. 电子设备、存储介质及其电子数据证据的运输、保管应当做好防磁、防震、防热、防潮等措施,避免造成设备、介质损坏或者数据变化。除以上一般保护措施外,对于有网络连接的移动通讯设备还可以采取信号屏蔽等特殊保护措施。

2. 律师在保管、转移或使用电子数据证据及其上述载体时,可以同步制作相应的保管记录、转移记录和使用记录。

第三节 A 电子数据证据的公证保全

第二十九条 律师可以申请电子数据证据公证保全

律师申请电子数据证据公证保全的,可以要求公证机关采用录屏软件或者录像进行记录。在对网页进行保全时,除了涉案网页外,可以申请一并对有关的网页快照或者转载进行公证保全。

第三十条 电子数据证据公证保全的操作者

1. 律师申请电子数据证据公证保全的,证明法律行为的公证可以由当事人或其委托的代理人进行行为操作,证明法律事件的公证应当由公证人员亲自进行