

信息网络 与 高新技术 法律前沿 2009

蔡海宁 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

PDG

2009



独角兽工作室

装帧设计

上架建议 | 知识产权 · 法律实务

ISBN 978-7-5036-9443-1



9 787503 694431 >

定价：50.00元

PDG

中华全国律师协会信息网络与高新技术专业委员会 组织编写

信息网络 与 高新技术 法律前沿 2009

蔡海宁 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA



图书在版编目(CIP)数据

信息网络与高新技术法律前沿. 2009 / 蔡海宁主编.
北京: 法律出版社, 2009. 5
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9443 - 1

I. 信… II. 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(2009)第 050390 号

©法律出版社·中国

责任编辑/张心萌

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/市场研发部

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/25 字数/543 千

版本/2009 年 5 月第 1 版

印次/2009 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

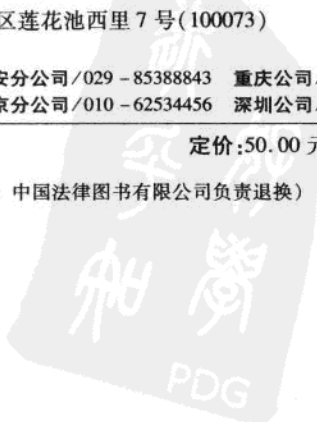
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9443 - 1

定价:50.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



信息网络与高新技术法律前沿 2009

编审委员会

主 任:董永森

副主任:田凤常 寿 步 孔 嘉 蔡海宁
徐家力 刘守民 陈际红 石春相

主 编:蔡海宁

撰稿人:(按文章先后排序)

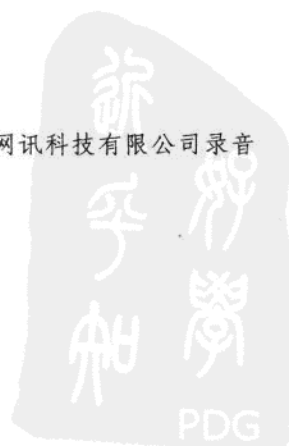
姜晓亮	刘春泉	孔 嘉	石春相
蒋兴伟	蔡海宁	陈稚华	游植龙
徐家力	邹 毅	张 斌	朱 军
寿 步	徐彦冰	融天明	俞卫锋
董 颖	孙可舟	张 平	何怀文
张小林	陈际红	马克伟	余轶峰
季 诺	李德成	田 园	张 林
徐 德	张 锋	周红民	袁纪芸
郭秀华	黄 玲	包 运	罗 奇
董永森	王寒梅	邹晓黎	徐晓东
田凤常	王军武	刘 震	田子军
何 放	王永红	许明亮	阿拉木斯
邹振东			



目 录

■一、电子商务法律专题	1
1. 论企业间电子合同的法律效力 姜晓亮	3
2. 电子商务小额争端解决机制研究 刘春泉	8
3. 网络虚拟货币属性及相关法律问题 孔 嘉	14
4. 浅析新加坡电子认证服务机构的管理制度 石春相 蒋兴伟	18
5. 从电子商务法律角度剖析许霆一案 蔡海宁 陈稚华	24
6. 电子签名认证机构的法律责任及风险防范 游植龙	30
■二、电子证据及网络犯罪专题	37
1. 电子证据的特征和采集 徐家力	39
2. 电子证据的固定采集与展示业务操作指引 2008 版 邹 毅	45
3. 美国非法计算机证据排除之规定及启示 张 斌	61
4. 网络犯罪的几个问题刍议 朱 军	76
5. 论网络犯罪的新形式 ——网络非法经营犯罪 蔡海宁 陈稚华	84
6. 评国内首例非正常途径制作销售虚拟装备刑案 寿 步 徐彦冰 融天明	92

■三、知识产权专题	99
1. 论网络虚拟财产的知识产权保护	
邹 毅	101
2. 高新技术企业的知识产权保护	
俞卫锋	128
3. 用户界面的知识产权保护探讨	
董 颖	143
4. 在线网络游戏的知识产权保护	
孙可舟	155
5. 医药领域专利制度的问题及完善	
徐家力	159
6. ICT 技术标准实施中的专利挟持与禁令适用研究	
张 平 何怀文 张小林	164
7. 从一例司法判决谈药品注册行政审批中的专利问题	
陈际红	176
8. 从 Napster 一案谈 P2P 软件开发和运营商如何避免侵权	
马克伟	180
9. 德、奥法院关于设元标记的判例评述及其对我国的启示	
余轶峰 季 诺	190
■四、网络著作权专题	197
1. 数字版权产业交易模式法律风险控制	
李德成	199
2. 互联网对著作权与出版业的影响	
石春相 田 园 张 林	206
3. 信息网络发展与传统著作权保护利益均衡之博弈	
孔 嘉 徐 德	221
4. 网络条件下的作品著作权保护律师实务	
张 锋	232
5. 互联网环境下著作权侵权行为之认定	
周红民 袁纪芸	241
6. 信息网络传播权间接侵权责任制度初露端倪	
——评：上海步升音乐文化传播有限公司诉北京百度网讯科技有限公司录音	
制作者权侵权纠纷	
郭秀华	250



7. P2P 版权责任探究	
黄 玲 包 运	258
8. 从一案例探讨信息网络传播权侵权纠纷中的法律问题	
罗 奇	269
9. 以程序正义之名	
——从汉王诉精品计算机软件著作权侵权纠纷案说起	
董永森 王寒梅	272
10. “七剑”案与网络著作权侵权赔偿数额计算	
邹晓黎	288
11. 厦门合强软件公司诉厦门威尔软件公司等计算机软件著作权侵权案评析	
寿 步 徐晓东	291
12. 美国联邦法院与 P2P 软件工具所引发的版权间接侵权责任有关的判例解析	
田凤常	304
■五、热点关注专题	309
1. 浅析反垄断法的成果及前瞻设想	
周红民	311
2. 火车售票与铁路垄断经营法律问题研究	
王军武	321
3. 从 Apple iPod / iPhone + iTunes 技术措施探讨知识产权保护与反垄断之界限	
董 颖	328
4. 反垄断法视野下知识产权垄断问题新探	
——以微软、搜索引擎垄断为例	
徐家力 刘 震	333
5. 搜索引擎中的“竞价排名”的法律问题探析	
田子军	339
6. 从“人肉搜索”第一案的判决看网络隐私权保护	
陈际红	345
7. 从“国际唱片业协会诉中文雅虎网络侵权案”谈搜索引擎运营商的法律责任	
何 放	349
8. 微软“黑屏”行为的合法性分析	
王永红 许明亮	353
9. 挑战与机遇	
——“黑屏”事件的法律思考与产业发展	
张 平	357
10. 微软黑屏事件相关法律问题浅析	
阿拉木斯	360

11. 新媒体广告行业的政策与法律风险控制

——以手机广告为例

李德成

363

■ 六、电信法律专题

371

1. 物权法对通信基站建设的影响

邹振东

373

2. 中国 VOIP 发展的政策法律风险与对策

刘春泉

377



一、电子商务法律专题

- 1. 论企业间电子合同的法律效力
- 2. 电子商务小额争端解决机制研究
- 3. 网络虚拟货币属性及相关法律问题
- 4. 浅析新加坡电子认证服务机构的管理制度
- 5. 从电子商务法律角度剖析许霆一案
- 6. 电子签名认证机构的法律责任及风险防范



1. 论企业间电子合同的法律效力

◎江苏广浩律师事务所 姜晓亮

【摘要】

电子商务对传统法律产生了诸多影响,而其中企业之间的电子合同法律效力在司法实践中引起了很大的争议,使合同当事人无所适从。本文针对电子合同的主体,形成和形式,订立与生效,证据保全,认证等诸多难题,从务实的角度进行了剖析,并提出了作者自己的观点和建议。

【关键词】

电子合同 合同要件 法律效力

电子商务,是指在信息网络基础上直接进行交易,利用数字化技术将供应商、客户、物流、金融等有关部门有机连接起来,实现从洽谈、签约、交货到付款等全部或部分业务自动化处理。电子商务相对于传统商务形式,克服了地域上和时间上的限制,实现了高效率、低成本。

电子合同,是指在网络条件下当事人之间为了实现一定商务目的,通过电子邮件、电子数据交换或传真等媒介签订的明确相互权利义务关系的协议。数据电文系指经由电子手段、光学手段或类似手段生成、储存或传递的信息,这些手段包括但不限于电子数据交换、电子邮件或传真。在实践中,电子合同是电子商务的重要一环,通常以电子邮件、网页输入生成或以传真的方式来签订。

从证据角度,电子合同有以下特征:

1. 形成方式:使用电子手段形成的信息,既有动态的通信信息,又有静态的电子记录信息。
2. 存储方式:一般存储在电脑、服务器或传真机中。
3. 展示方式:借助于电脑屏幕或打印再现出来,难以区分原件和复制件,是否被篡改过难以识别;同时,电子文件和纸质文件不同,在电子文件中可以含有有关发送者、接收者、日期、过程等的信息,而这些并不总可以被转换为纸面形式。
4. 认定方式:按中国合同法的规定,合同是否具有法律效力只能由仲裁机构和法院来认定。因为电子合同的载体与传统的书面文件大不相同,这使得仲裁员或法官在认定电子合同载体的电子数据的法律效力时举棋不定。在是否要求提交原件的问题上,将电子合同归于书证一类,要求当事人出具原件;在案件事实方面,将电子证据列为间接证据,必须在其

他相关证据佐证的情况下,电子证据才能作为认定案件事实的根据;在认定真实性的标准上,认为电子证据容易发生改变,因此仅在当事人能够提交其他证据佐证的情况下才认定电子证据的真实性。而有的则认为虽然电子证据容易被改变,但是并不能因此而加重举证者的责任,只要能够查证属实,且对方无反证,就可以直接认定电子证据的真实性。

笔者认为,在司法实践中无法确定电子合同的法律效力情势,已经对电子商务的正常发展构成极大的风险。因此,电子合同的法律效力问题,可以说是电子商务相关法律问题中最重要的问题。

一、电子合同的风险

(一) 信用风险

由于网上空间的虚拟状态,商业信誉、信用对网络交易各方约束力不大,因而存在交易主体资格确认问题,存在着如何防止网上交易主体资格的假冒或虚构的问题。

(二) 否认风险

否认是指电子数据的发送人否认已发送或接收人否认已接到电子数据的行为。这一行为可能出于错误,也可能出于恶意。根据我国合同法的有关条款规定,对当事人采用数据电文形式订立合同的行为均实行到达生效主义,即该数据电文需到达相对人方生效。如果对方以未收到或未发送数据电文为由来逃避责任,会形成对单方合同行为如何举证证明的潜在风险。

(三) 内容风险

内容异议,是指数据发送人对接收人所收到数据的内容提出异议,认为其内容与自己所发原件相比发生了变化;或者接收人对发送者所持的发送原件内容提出异议,认为与自己所收到数据内容不符。

(四) 证据风险

电子证据举证问题非常突出,这是由于电文只能以数据形式储存于电脑内,很难确定其通过输出设备打印出来的哪一份是“原件”,也很难证明其打印件与原始数据相符而未经改动。也就是说其书面打印件无法作为证明其内容的直接证据。

二、合同主体身份的核实

企业在开发供应商和客户过程中,通常采用以下两种方式:一种是到对方的经营场所进行实地考察,然后与对方进行商务往来;另一种是通过浏览了对方的网站和看了对方发过来的营业执照复印件后,就与对方进行商务往来。由于世界各国电子认证企业所选用的软件不兼容,又会增加企业的经营成本,且不利于提高效率和知识产权的保护,在实践中,采用电子认证方式签订电子合同的方式还未普及。

鉴于上述状况,笔者认为,企业在签订电子合同之前应认真核实对方的主体身份。

1. 由于各个企业在对外活动中经常向各种机构提供营业执照、税务登记和组织机构代

码证的复印件,造成有些复印件流入社会。所以,应要求对方 E-mail 营业执照、税务登记和组织机构代码证的 PDF 彩色文本。

2. 登录对方企业所在地的技术监督局的网站,核实法人代码证的真伪;登录对方企业所在地的工商局的网站,核实法人名称等情况的真伪(有些工商网站无此信息)。

3. 对较为重要的交易、欠款的交易或需预付款的交易,可委托对方企业所在地的律师进行资信调查:确认对方当事人的真实身份,其权利能力和行为能力,其资信状况、工商登记、税务登记、外贸许可、特许经营、产品标准、专利商标及合同履行的可行性,等等。

三、电子合同原件的保全

(一)数据电文原件的规定

联合国贸易法委员会《电子商务示范法》第8条对数据电文原件的规定如下:

“(1)如果法律要求信息须以其原始形式展现或留存,倘若情况如下,则一项数据电文即满足了该项要求:(a)有办法可靠地保证自信息初次以其完成形式生成,作为一项数据电文或充当其他用途之时起,该信息保持了完整性;(b)如要求将信息展现,可将该信息示给查看信息的人。

(2)无论本条第(1)款所述要求是否采取一项义务的形式,也无论法律是不是仅仅规定了不以原始形式展现或留存信息的后果,该款均将适用。

(3)为本条第(1)款(b)项的目的。(a)评定完整性的标准应当是,除加上背书及在通常传递、储存和显示中所发生的任何变动之外,有关信息是否保持完整,未经改变;和(b)应根据生成信息的目的,并参照所有相关情况来评定所要求的可靠性标准。”

(二)对 E-mail、传真和 PDF 文件原件的分析

E-mail 的原件通常直接在电脑中生成,直接以电子形式保存在电脑或在线邮箱内。信息形成后难以保持完整性,任何一方都可对此信息加以修改。

传真合同:发件人先书面起草合同盖章而形成原件,通过传真机传到对方后,在收件人处形成一份复制件,收件人在此复制件上盖章,又回传到发件人处。从传真合同的签约过程,可以看出传真合同在发件人和收件人各方分别有一份原件和一份复制件。由于复制件可以修改,在双方的原件不同的情况下,法官常常对传真合同的真实性不予认定。

PDF 合同:发件人先书面起草合同盖章而形成原件,扫描成 PDF 彩色图形文件后 E-mail 给对方;收件人将此 PDF 文件打印成复制件,并在此复制件上盖章,再扫描成 PDF 彩色图形文件后 E-mail 给发件人。从 PDF 合同的签约过程,可以看出在发件人和收件人各方分别有一份书面原件和两份 PDF 电子原件。该 PDF 合同先作为书面文件起草,在盖章后扫描成 PDF 图形文件的情况下,该图形文件保持了完整性,即保持原来生成的状态,较难修改;同时两份 PDF 文件为合同双方共有,都可以被演示。此两份 PDF 图形文件均符合完整性标准,信息保存完整较难改动。

(三)电子合同的保全

文件以纸质和电子两种形式存在时其内容常有所不同,因此电子版本的原件必须妥善

保管。

合同当事人必须在电子合同中约定电子合同的签订方式,哪些文件视为原件,并作为处理双方合同争议的依据。

四、法律效力的分析

关于电子合同是否具有法律效力,司法实践中存在着很大的争议。有些法官认为,电子合同不同于传统的书面合同,在审查判断电子合同的可采性与证明力时必须进行全面的考虑,不轻易加以认定。

《电子商务示范法》第9条规定:“(1)在任何法律诉讼中,证据规则的适用在任何方面均不得以下述任何理由否定一项数据电文作为证据的可接受性:(a)仅仅以它是一项数据电文为由;(2)对于以数据电文为形式的信息,应给予应有的证据力,在评估一项数据电文的证据力时,应考虑到生成、储存或传递该数据电文的办法的可靠性,保持信息完整性的办法的可靠性,用以鉴别发端人的办法,以及任何其他相关因素。”

中国《合同法》第11条规定:“书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容的形式。”可见,电子合同系书证的一种,应当具有法律效力。

中国最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第78条规定:证据材料为复制件在诉讼中不得作为认定事实的根据;《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第53条规定:“收集、调取的书证应当是原件。”作为电子合同,其原件是储存在电脑或服务器中的电子邮件和 Word、PDF 等电子信息,复制件是打印件或传真件。笔者认为,在无相反证据证明的情况下,既有原件又有复制件的电子合同,应当作为证据,并以此来确定当事人之间的权利和义务。理由是:

1. 在电子商务中,绝大多数企业是通过传真和 E-mail 签订合同,如否认这些电子合同的法律效力,将使许多案件无法公正和公平地得以解决,导致无休止的上诉和申诉,增加司法成本。

2. 与节约型社会的宗旨相悖。如企业之间都必须以见面协商谈判来签订书面合同,将造成大量的交通和能源的浪费。

3. 否认电子合同的法律效力将阻碍电子商务的发展。如电子商务必须配合纸面的形式来进行,如何高效和快捷?

4. 中国《电子签名法》第7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”。

五、意见和建议

(一)合同双方将电子合同确认为书证

笔者认为,从法律证据学角度而言,证据从神证(神灵判案)、人证(重视口供)发展到了

物证(包括书证等)。而目前的电子证据是从电子信息技术基础上发展而来的,其是有别于现今物证体系的一种新的证据形式,电子证据在证据生成和保全、采集和固定、提供、开示和质证、审查和认定方面需要有独特的方法以及专业的支持,不同于现今的物证体系。

但是,中国现行《民事诉讼法》及司法解释对电子证据形式没有作出确切的界定,导致理论界和实务界在对电子证据形式的认识上不一致。这影响到现行法律对电子证据的适用,也涉及到证明力的判断标准问题。鉴于电子证据和书证一样都是通过内容表达思想,且我国证据理论和立法上都已经将书证扩大到数据电文形式,因此,笔者建议当事人在事前将电子合同约定为书证,以避免产生纠纷后对电子证据定性的争论。

(二)在电子合同中对相关要件作出特别约定

在签订电子合同时,应在合同中增加合同订立形式的条款,即双方当事人在合同中约定通过电子方式签订的合同属于书面形式,并确认以此种方式订立的合同具有法律效力,作为双方交易的规则。同时,双方当事人还应在合同中约定放弃以缺乏任何合同的形式要件为由而提出的任何抗辩。

当事人还应在合同中对原件的形式和签订合同的要约、承诺的程序进行约定,并尽量采用 PDF 图形文件的形式签订电子合同。

鉴于有些仲裁委员会对电子合同法律效力的认定比法院更能考虑到有利于电子商务的发展及目前电子商务的实际情况,建议在合同中增加仲裁条款,约定仲裁管辖,并同时约定适用法律条款,即中国法律没有规定的,参照适用联合国《电子商务示范法》。

(三)在履行电子合同中应特别注意的事项

在履行电子合同过程中,在送货通知、送货单、发票、对帐单等书面文件上或在备注栏中注明所依据的电子合同的时间及编号。

如在履行合同过程中产生争议,要特别注意固定证据。如对重要的证据进行公证、用快递邮寄确定证据等手段。

(四)书面合同与电子合同相结合

鉴于目前的司法执法能力和司法环境,如果当事人想避免电子合同可能产生的无效争议,对重要的商务合同应以书面方式签订。例如,与主要供应商和客户的年度商务合同以书面方式签订,其他履行年度合同的订单、送货通知、收货确认、对帐单等以电子文本的方式履行。随着信息技术的发展、电子认证软件的兼容和电子签名法的完善,电子合同将成为企业之间进行交易的主流形式。

2. 电子商务小额争端解决机制研究

◎北京市广盛律师事务所上海分所 刘春泉

【摘要】

电子商务小额争端无法用传统的诉讼、仲裁制度解决,因为成本太高。但欺诈和争议的存在,严重影响用户的信心,制约了电子商务的应用。本文作者在借鉴香港“小额钱债审裁处”和中国国际经济贸易委员会“域名投诉中心在线投诉”的基础上,提出了电子商务小额争端解决机制建议,希望能为电子商务应用提供保障,增强用户的信心,探索解决电子商务诚信难题的新途径。

【关键词】

电子商务 小额争议 争端解决机制 在线仲裁

前言

电子商务应用规模普及到一定规模之后,欺诈和争议的生意开始出现在中国各大媒体之上。呼吁立法和引进 ODR^① 等在线争端解决方式的声音也开始出现。但是,所谓的在线仲裁和在线调解等争议解决方式都因存在操作上的缺陷而难以切实推广应用。

2006 年底到 2007 年初,笔者和上海一些律师同仁经过研究,在通过人大代表向上海市人大提交的立法议案中,提出了电子商务小额争端解决机制的建议。^② 为了切实调查相关情况,研究我们提出的机制是否切实可行,笔者还在 2007 年分别到保险、仲裁、征信、行业协会等相关机构^③ 调研并得到他们的大力协助。2008 年 8 月 1 日上海律协召开的“网店实名制研讨会”上,上述机构的代表也分别从各自专业角度就我们提出的机制的可行性进行了论证和发言。为了进一步向社会各界征求意见并验证该机制的可行性,完善相关制度设计的建议,笔者兹将这一建议撰写成文,求教于大方之家。^④

^① Online Dispute Resolution 即在线争议解决,参见“中国在线争议解决中心网站有关介绍”,载 <http://www.chinaodr.com/>,最后访问日期:2008 年 8 月 12 日。

^② 刘春泉:“上海市电子商务立法的若干问题与建议”,载《电子商务理论、应用和教学研究论文集》,重庆大学出版社 2007 年版,第 166 页。

^③ 分别是平安保险公司上海分公司、上海征信公司、上海市电子商务行业协会、上海仲裁委员会。

^④ 参加这一项目的有时任上海律协副会长钱丽萍及人大代表工作小组,包括吴东、宗薇、蔡蕴华、甘国龙、黄瑞林等多位律师及吴蓉等记者(如有遗漏,请见谅)。另外,上海律协信息网络及电子商务法律研究委员会各位委员也就此进行了多次研讨。当然,文责自负。