

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

(第十卷)



主 编 寿 步 俞卫锋
副主编 陈 巍 何 放 瞿 淼



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

(第十卷)

主 编 寿 步 俞卫锋

副主编 陈 巍 何 放 瞿 森



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,已经先后在2003年、2005年、2007年、2009年、2012年、2013年、2014年、2015年出版九卷,其中2013年出版两卷。本卷是第十卷,内容涉及信息网络与高新技术法律综合问题,互联网金融法务、高新技术产业化与资本市场,电子数据证据、软件、信息安全、网络游戏,电子商务法,知识产权等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.第十卷 / 寿步,俞卫锋主编.

—4版. —上海:上海交通大学出版社,2016

ISBN 978-7-313-15716-4

I. ①信… II. ①寿…②俞… III. ①计算机网络-科学技术
管理法规-研究-中国 ②高技术-科学技术管理法规-研究-中国
IV. ①D922.174

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第196531号

信息网络与高新技术法律前沿(第十卷)

主 编: 寿 步 俞卫锋

出版发行: 上海交通大学出版社

邮政编码: 200030

出 版 人: 韩建民

印 刷: 上海宝山译文印刷厂

开 本: 710mm×1000mm 1/16

字 数: 326千字

版 次: 2016年9月第1版

书 号: ISBN 978-7-313-15716-4/D

定 价: 58.00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: 16.25

印 次: 2016年9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: 021-56482128

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 寿 步 俞卫锋

副主编 陈 巍 何 放 瞿 森

撰稿人 (按文章先后排序)

黄 玲	寿 步	王永红	马克伟	蔡 航
刘春泉	邹 毅	蒋晓冬	王军武	邹振东
俞卫锋	邹晓黎	杜红民	秦 涛	洪友红
王红燕	张晓东	俎晓彤	徐家力	车 捷
张冬静	徐棣枫	马立文	瞿 森	赵伯生
姜晓亮	李伟相	马治国	侯铁芳	沈国庆
刘 颖	詹朝霞	迟桂荣	迟 菲	马立云
何 放	薛 琦	方诗龙	黄 静	李庆峰
王 伟	曾 博	陈 飞		

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(以下简称专委会)成立至今已有16个年头。由专委会和上海市律师协会共同主办的第五届中国信息网络与高新技术法律实务研讨会暨专委会2016年年会将于10月在上海召开。

专委会本届管理机构从2011年4月开始工作。五年多来,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。五年前,专委会的委员和研讨员是30多人,主要来自沿海地区。经过五年来的努力,专委会委员已达60多人、研讨员现有近30人,初步实现了东部和中西部委员分布的相对平衡。还有多位特邀委员与专委会保持密切联系,积极参与专委会工作。

(2) 推进区域小组建设。专委会通过成立区域小组、开展区域研讨活动,有效地增强了专委会与相关省级律协对口专委会的交流联动机制、增强了专委会内部的凝聚力、推动了专委会内部各项工作的开展。专委会已设立的区域小组有京津组、上海组、广东组、江苏组、四川组、江西组。广东组承办了2012年的专委会年会;四川组、江西组、江苏组先后承办了2013年、2014年、2015年的专委会年会,并在年会同期举办了“电子数据证据法务高级研修班”;上海组将承办2016专委会年会及研修班工作。

(3) 启动专题论坛建设。从2014年开始,专委会内部先后设立了九个专题论坛: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,给专委会业务范围内的研究工作提供了切实可靠的支撑平台,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,去年成功完成了《中国律师业务研究报告2015(信息委篇)》的撰写工作。

(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九个专题论坛的研究领域相对应。从2013年开始优秀论文评选至

今,已先后有10篇、15篇、14篇、18篇论文获奖。

(5) 举办年度优秀案例征集评选。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年至今,已先后有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年将同时颁发杰出贡献奖、突出贡献奖、年度贡献奖。

(8) 新设优秀著作奖鼓励专著出版。专委会将给今年出版的《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

(1) 编撰律师业务操作指引。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。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。

(2) 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。

(3) 参与编撰《中国律师业务研究报告2015》。2015年第四季度,根据全国律协的要求,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《中国律师业务研究报告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。

(4) 编撰《信息网络与高新技术法律前沿实务丛书》。律师业务操作指引和律师业务指导目录的特点是权威性和固定性。专委会年度论文集的特点是作者众多、主题各异、涉及领域宽广、时效性强,但因篇幅限制而无法就某一领域法律问题进行系统全面的论述。因此,专委会从今年开始组织编撰《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。

(5) 出版专委会年度论文集。《信息网络与高新技术法律前沿》是专委会

论文集各卷的书名。这五年多已经出版第五~九卷。今年出版第十卷。从第五卷到第十卷,共收录论文约 280 篇、专题研究报告 1 份,字数累计超过 150 万字。专委会论文集中收录的论文,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一定的参考、借鉴和指导作用。

三、举办年会研讨会研修班

(1) 每年举办专委会年会。2011 年 10 月第九届中国律师论坛举办期间专委会在青岛召开了年会。2012 年 10 月在深圳、2013 年 9 月在成都、2014 年 9 月在南昌、2015 年 9 月在南京先后召开了四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。2016 年 10 月将在上海召开第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。专委会历年年会的特点是:群策群力,观点各异,精彩纷呈;研讨的主题和形式推陈出新;多主题、多方位、多视角,议题广泛,时效性强;注重理论研究与律师业务相结合。

(2) 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,在会上组织了题为“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理之道”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。

(3) 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 年以来,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”。

(4) 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月在南京先后举办四期“电子数据证据法务高级研修班”,已有约一千六百人次参加此项研修。以技术与法律相结合、理论与实务相结合、案例与规则相结合的培训特点取得了广泛的实效,提升了律师办理电子数据证据业务的能力。同时也形成了高水平的电子数据证据业务师资队伍。2016年10月将在上海举办第五期“电子数据证据法务高级研修班”。专委会今年将开始进行《律师办理高新技术业务领域法律尽职调查业务操作指引》的宣讲培训。

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《关于呼吁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,专委会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,专委会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,专委会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,专委会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,专委会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》。

根据全国律协要求,专委会将在把握律师业务发展方向上继续努力发挥引领作用,在开拓业务领域和推进专业化方面继续努力发挥中坚作用,在推进业务规范化和行业自律方面继续努力发挥指导作用,在提升律师行业整体服务能力上继续努力发挥推动作用,在推动依法治国方面继续努力发挥智库作用。在全国律协领导下,专委会将努力工作、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

上海市律师协会会长

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

俞卫锋

2016年8月

目 录

全国律协信息委 2016 年度优秀案例

电信某分公司诉新媒体公司应用推广服务合同纠纷案

案件评析	黄 玲 / 3
苏试诉东菱计算机软件著作权侵权案述评	寿 步 / 8
“qunar.com”vs“quna.com”,谁是真正的 “去哪儿网”?	王永红 吴婧倩 / 14

信息网络与高新技术法律综合问题

人工智能在法律领域的应用与法律责任初探	马克伟 / 21
人工智能产品发展的法律干预	蔡 航 / 26
论互联网出租车平台的安全保障责任	刘春泉 徐晓蕾 / 30
互联网约车所涉法律关系解析及纠纷解决对策	邹 毅 / 35
浅析百度竞价排名的定性及其法律规制	蒋晓冬 / 41
论网络谣言存在的法律问题及规制	王军武 / 46
手机实名制框架下“集团客户”法律合规问题浅析	邹振东 冯逸杰 / 51

互联网金融法务、高新技术产业化与资本市场

试论互联网股权众筹的法律困境和体系构建	俞卫锋 秦 春 / 59
论 P2P 网络借贷的新发展	邹晓黎 / 65
P2P 网贷平台监管规制探讨	杜红民 张海宝 / 71
互联网股权众筹法律风险与互联网金融监管建议	秦 涛 / 76
互联网金融刑事犯罪辩护研究	洪友红 章小岚 / 81
论 VIE 架构拆除的原因及回归难题	王红燕 金萍霞 / 87
生技医药产业领域早期技术转移中的若干问题	张晓东 / 94
如何做互联网金融公司的首席法务官	俎晓彤 / 99

电子数据证据、软件、信息安全、网络游戏

民事诉讼中使用电子证据时存在的问题之思考	徐家力 / 107
员工工作电脑中电子数据取证相关法律问题的思考	车 捷 / 113
浅析电子数据公证保全之证据能力	张冬静 / 116
软件专利司法保护的主要困境	徐棣枫 邱奎霖 / 121
原告在计算机软件著作权纠纷案中的举证难点分析	马立文 / 126
数据为王:大数据时代数据的法律属性及保护	瞿 森 / 132
浅谈我国 APP 软件开发中用户隐私权的保护原则与措施	赵伯生 / 137
企业信息系统安全治理思考	姜晓亮 / 142
论信息网络诈骗中运营商的过错责任及 合同附随义务	李伟相 那书怡 / 148
论我国移动游戏著作权的保护	马治国 杨峥峥 / 154
网络游戏直播的法律问题探讨	侯铁芳 / 160
谭某某、徐某与合肥某公司专利权权属纠纷案案例评述	沈国庆 / 163

电子商务法

电子商务立法的功能等同方法	刘 颖 / 175
“一带一路”背景下跨境电商法律服务浅议	詹朝霞 / 182
跨境电商贸易分解动作中的法律关系分析	迟桂荣 罗 斌 / 187
我国建立统一电子签名认证标准研究	迟 菲 安金芬 / 192
价格输入错误的网购合同效力	马立云 / 198

知识产权

数字化时代如何实现知识产权的最大价值	何 放 / 205
专利侵权诉讼中的鉴定意见	薛 琦 / 208
《专利法司法解释二》带来的变化与挑战	方诗龙 / 214
互联网时代专利维权困境及其另类思考	黄 静 / 219
SaaS 平台终端用户的作品接触行为	李庆峰 / 223
再论聚合是否侵犯信息网络传播权	王 伟 / 229
缺位的商标和名称字号保护	曾 博 / 232
保护商标权益时须注意的几个问题	陈 飞 / 240

厦门市美亚柏科信息股份有限公司	/ 245
福建中证司法鉴定中心	/ 247

**全国律协信息委
2016 年度优秀案例**

电信某分公司诉新媒体公司 应用推广服务合同纠纷案案件评析

黄 玲 四川雅图律师事务所

一、案件要点

本案系因某新媒体公司拖欠电信公司应用推广服务费形成的合同纠纷,涉及移动互联网下的推广服务合同,技术性强,涉案金额较大。仲裁过程中,电信公司通过三次公证保全,充分收集证据,形成了完整的证据链条。新媒体公司通过各种手段进行抗辩,包括两次提交延期举证申请、一次证据保全申请、鉴定申请及坚持鉴定申请的说明等,仲裁过程复杂曲折。电信公司代理律师思维敏捷、逻辑清晰,充分运用证据材料,按照合同约定和法律规定,积极维护客户权益,最终使电信公司赢得了全面胜诉。

二、基本事实

2013年3月1日,北京某新媒体信息技术有限公司(以下简称新媒体公司)作为甲方与中国电信某分公司(以下简称电信公司)作为乙方签订了《应用推广合作协议》(以下简称推广协议)。该协议约定,乙方通过代理天翼手机助手应用推广业务而拥有的应用推广渠道,为新媒体公司的手机应用软件“××新闻”提供推广服务。《合作协议》及附件《应用推广业务单》明确约定了双方合作事项下业务量的定义、业务量单价及结算依据:新媒体公司应当根据推广所产生的应用软件有效激活量按月向电信公司结算推广费,每个激活量的单价为2元,有效激活量以新媒体公司后台统计和公布的数据作为唯一依据。

2013年3月1日至2013年7月31日,电信公司与新媒体公司一直按照《合作协议》的上述约定开展应用推广合作并完成了相应的结算。2013年9月,新媒体公司对电信公司提交的8月份的结算数据与金额进行了盖章确认,但一直未履行支付义务,之后又无故寄还了电信公司交付其对应金额的增值税专用发票。此后,新媒体公司单方要求变更合同的结算标准,增加“留存率”作为结算条件。电信公司本着最大的诚意,多次与新媒体公司进行协商,但新媒体公司均以各种理由拖延付款,之后单方关闭了新媒体公司数据后台端口。2013年8月1日至12月2日,新媒体公司已欠付电信公司推广服务费用多达4 483 344元。为维护电信公司的合法权益,依据双方约定的

仲裁条款申请仲裁,请求裁决:①新媒体公司向电信公司支付自2013年8月1日至2013年12月2日的合同款4483344元;②新媒体公司向电信公司支付逾期付款利息总计128236.43元;③新媒体公司向电信公司支付因上述仲裁请求产生的律师代理费183200元;④本案仲裁费用(含保全费、鉴定费)由新媒体公司承担。

三、诉辩情况

电信公司诉称,2013年3月1日,新媒体公司与电信公司签订了《应用推广合作协议》,约定:由电信公司为新媒体公司的手机应用软件“××新闻”提供推广服务,新媒体公司根据推广应用软件有效激活量按月向电信公司结算推广费。之后,电信公司依约开展了对“××新闻”的推广工作,新媒体公司也依约对2013年3月至7月的有效激活量进行了数据确认和结算。2013年9月,新媒体公司对电信公司提交的8月份的结算数据与金额进行了盖章确认,但未履行支付义务,之后又无故寄还了电信公司交付其的对应金额的增值税专用发票。此后,新媒体公司违反合同的约定,单方要求变更合同的结算标准,擅自增加了推广应用软件的有效激活量需考核“次日留存率”、“7日留存率”的结算条件。截至目前,新媒体公司已欠付电信公司合同款4483344元及相关利息,严重影响了电信公司的业务开展。据此提出仲裁申请。

新媒体公司辩称,电信公司的请求没有事实法律依据,应予驳回。根据合同约定,电信公司应具有提供有效用户的义务,但电信公司渠道作弊,从8月开始提供的数据存在大量非有效用户,故己方有权停止结算。

新媒体公司在举证期限届满前提出延长举证期限,第一次庭审后仲裁庭根据案情需要重新确定举证期限至2014年3月31日,之后新媒体公司以“其作为委托方与受托查询方(工信部相关部门)之间的服务协议尚在签订过程中,无法完成举证工作为由”再次提出延期举证申请。仲裁庭认为,新媒体公司与第三方委托协议属其单方行为,与本案无关,且本案举证期限已长达45天,新媒体公司足以完成举证义务,故不予准许。

新媒体公司在举证期限内,以“防止相关证据灭失”为由,向仲裁庭提出了《证据保全申请书》,要求对电信公司服务器上存储的“××新闻”手机客户端用户包括手机IMEI、手机号码等全部数据信息进行证据保全。电信公司代理律师提出,双方的结算以新媒体公司的渠道管理后台展示的激活数据为依据,且根据《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》及中华人民共和国工业和信息化部《电信和互联网用户个人信息保护办法》的相关规定,电信公司不能收集该相关数据。上述观点被仲裁委采纳,认为新媒体公司的证据保全申请缺乏基本要件,即使证据客观存在,亦无法确定证据所在地法院。

举证期限内,新媒体公司又向仲裁庭提交了《鉴定申请书》,要求:①电信公司提供基于《推广协议》的履行,而在电信公司服务器上存储的“××新闻”手机客户端用户所有原始证据(包括客户手机IMEI号、手机号码等);②委托有资质的第三方鉴定机构,对双方合作期间新媒体公司服务器上存储的所有电信公司渠道发展的“××新闻”手机客户端用户原始证据(包括客户手机终端相关数据IMEI号、手机归属地等)和用户行为数据(用户活跃量、安装激活量),与电信公司服务器上存储的“××新闻”手机客户端用户原始证据进行比对,并对自2013年8月起电信公司提供的“××新闻”手机客户端用户数据的真实性进行鉴定。对此,电信公司代理律师提出,鉴定申请基于电信运营公司拥有该相关数据,而电信公司并没有该相关数据,因此,鉴定缺乏基础,仲裁庭据此决定不同意新媒体公司的鉴定申请。

电信公司为证明自己的仲裁主张,提供了下列主要证据:

(1)新媒体公司与电信公司签订的《推广协议》及附件《应用推广业务单》,证明新媒体公司“××新闻”手机应用按有效激活量支付服务费,有效激活量以新媒体公司后台提供的数据为依据;

(2)2013年3月1日至2013年7月31日双方已履行的《应用推广业务收入对账结算单》(3份);

(3)2013年8月1日至8月31日新媒体公司盖章确认的《应用推广业务收入对账结算单》;

(4)电信公司出具的《开具红字增值税专用发票说明》;

(5)(2013)川成蜀证内氏字第33900号、36226号《公证书》,证明2013年3月1日至10月22日、10月23日至12月2日的有效激活量。其中8月1日至12月2日未结算的有效激活量合计为2241672个,金额4483344元。以上数据均来自新媒体公司向电信公司开放的后台数据系统;

(6)(2014)川成蜀证内氏字第7192号《公证书》,证明工信部网站提供的移动电话IMEI号查询结果与事实不符,四部真实、正规的手机串号在该网站均无法查询,因此该网站的查询结果不能作为证据使用。

庭审过程中,新媒体公司对电信公司公证并封存的四部手机分别进行了查验。查验后,新媒体公司表示手机标贴的三码合一,与公证书一致没有异议。

新媒体公司抗辩提出,电信公司存在虚假作弊行为,有权对虚假用户停止结算,并提交了下列主要证据:

(1)《推广协议》证明,协议约定:电信公司负有向新媒体公司保证渠道提供用户是有效用户的义务,电信公司渠道存在作弊情况时,新媒体公司享有停止数据结算的权利;

(2)京方正内氏证字第03237号《公证书》,证明被申请人于2013年10月起已通过邮件持续通知申请人的在先违约行为;

(3) (2014)京方正内经证字第 03568 号、第 03569 号《公证书》,证明通过对新媒体公司服务器中原始后台数据的“客户 IMEI 号、安装时间、激活时间、IP 地址、安装激活渠道编号、三日活跃、七日活跃、用户归属地”等原始信息分析,表明申请人渠道提供的用户数据存在虚假,部分属无效客户,进而证明申请人的在先违约行为;

(4)《工信部电信管理局网站关于移动电话 IMEI 号查询结果》,证明电信公司提供的用户数据的虚假性及电信公司的在先违约行为;

(5) 新媒体公司员工闰明与工信部员工郝也来往工作邮件及 IMEI 号查询结果(光盘),证明电信公司用户数据对应的 IMEI 号经查询均未注册,故电信用户存在虚假数据;

(6) 刷量视频(光盘)及《关于刷量作弊行为视频文件的解释说明》,说明从技术上,电信公司可以通过刷量实现增加用户激活数据的效果。

双方经过两次庭审,质证认证,仲裁庭最终查明本案基本事实。

四、裁判结果

2014 年 4 月仲裁委作出裁决,新媒体公司向电信公司支付推广服务费 4 483 344 元及利息 128 236.43 元。新媒体公司收到裁决后,按裁决结果一次性全额支付推广费及利息。

五、焦点评析

根据电信公司的仲裁请求和新媒体公司的抗辩,本案争议焦点为:新媒体公司是否拖欠服务费及拖欠数额,是否应当支付。关于合同的履行争议在于:

(一) 结算标准是否变更

根据《推广协议》约定,电信公司推广新媒体公司的手机应用软件“××新闻”,新媒体公司按照协议第 1.3 条“有效激活用户”、6.1.1 条“结算方式”及《应用推广业务单》中“业务量定义”、“结算依据”、“结算流程”等条款约定,“结算依据”以被申请人向申请人开放的渠道管理后台展示“激活量”数据为依据。在双方签订《推广协议》后,电信公司实际履行了“××新闻”产品的推广义务,2013 年 3 月至 7 月,新媒体公司已根据协议按渠道管理后台展示的激活数据支付了相应的服务费用,新媒体公司也未要求将“留存率”作为结算付款的条件。但至 8 月份以后,新媒体公司认为电信公司所推广的有效用户留存率过低,要求变更结算条件。本案中,新媒体公司提交了其与电信公司沟通变更结算标准的电子邮件,但《推广协议》明确约定,变更结算标准须双方协商一致并以书面签章形式确定。新媒体公司未能提交电信公司同意变更结算标准的书面证据。

仲裁庭认为,新媒体公司提出将“留存率”作为结算条件,属于变更协议