

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

(第八卷)



主 编 邹 毅 黄 玲
副主编 钱 钧 刘宇梅



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 组织编与

信息网络与高新技术法律前沿

(第八卷)

邹毅 黄玲 主 编

钱钧 刘宇梅 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 年、2005 年、2007 年、2009 年、2012 年、2013 年出版七卷,其中 2013 年出版两卷。本卷是第八卷,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,信息安全、电子数据证据、软件、集成电路、电信、网络犯罪,电子商务、高新技术产业化与资本市场,知识产权与反不正当竞争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 8 卷 / 邹毅, 黄玲主编. — 上海: 上海交通大学出版社, 2014

ISBN 978-7-313-11917-9

I. 信... II. ①邹... ②黄... III. ①计算机网络—科学技术管理法规—中国—文集 ②高技术—科学技术管理法规—中国—文集 IV. D922.174-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 186868 号

信息网络与高新技术法律前沿

(第八卷)

主 编: 邹 毅 黄 玲

出版发行: 上海交通大学出版社

地 址: 上海市番禺路 951 号

邮政编码: 200030

电 话: 021-64071208

出 版 人: 韩建民

印 制: 上海颀辉印刷厂

经 销: 全国新华书店

开 本: 787mm×960mm 1/16

印 张: 20.5

字 数: 374 千字

版 次: 2014 年 8 月第 1 版

印 次: 2014 年 8 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-313-11917-9/D

定 价: 49.00 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: 021-57602918

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 邹 毅 黄 玲

副主编 钱 钧 刘宇梅

撰稿人 (按文章先后排序)

陈际红	马克伟	刘春泉	吴 姗	寿 步
王军武	马治国	王永红	马 勇	冯士柏
原 浩	杜红民	车 捷	蔡海宁	俞卫锋
刘宇梅	邹晓黎	邹振东	黄 玲	俎晓彤
钱 钧	邹 毅	刘品新	黄 静	徐家力
王晓燕	董 颖	龚 晖	李庆峰	吴旭东
娄耀雄	李伟相	徐棣枫	詹朝霞	沈国庆
王云霞	张曙光	陈 宏	夏 巍	刘 捷
游植龙	田子军	王 伟	柏立团	刘 萍
王 谨	张晓东	刘 宁	饶卫华	姜晓亮

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”)组织编写的《信息网络与高新技术法律前沿》(第八卷)将要问世,令人欣喜。

2013年以来,专委会主要开展了下列工作。

一、加强组织建设

1. 稳健扩充专委会队伍,使专委会委员和研讨员稳定保持在60多人,初步实现东部和中西部较为平衡的人员分布。北京、上海、广东等地的律师在信息网络与高新技术法律实务领域一向在全国领先。经过近四年的扎实工作,除了沿海省市外,专委会在中西部地区也增加了不少委员,特别是四川省已有约十位成员,成为专委会在西部地区开拓信息网络与高新技术法律实务的“重镇”。

2. 在专委会成员遍布各地的情况下,通过成立区域小组并推进各区域小组的研讨活动,有效地增强了内部凝聚力。专委会现有的京津组、上海组、广东组、江苏组、四川组五个小组中,四川组2013年的工作尤其突出:该组承办了2013年专委会年会,举办了“电子数据证据法务高级研修班”,开展了《律师办理高新技术企业尽职调查业务操作指引》研讨活动。另外,新成立了江西组,成为专委会在中部地区推进信息网络与高新技术领域法律实务的“桥头堡”。

3. 通过评选年度优秀论文,调动专委会成员结合实务进行研究总结的积极性。在2013年年会上有十篇论文获奖。这些论文及作者分别是:

- (1)《技术秘密类知识产权侵权损失的司法鉴定》(马治国等);
- (2)《浅析3D打印技术的发展及应用中的法律问题》(夏巍);
- (3)《UDRP裁决后域名争议诉讼的法院管辖问题》(何放);
- (4)《云计算专利适格性初探》(王晓燕);
- (5)《企业并购中的集成电路布图设计权:风险与防范》(徐棣枫等);
- (6)《论网络交易中的意思表示错误》(王云霞);
- (7)《电信靓号拍卖的合法性问题》(费震宇);
- (8)《浅析知识产权与资本市场的结合》(赵云、谢玮);
- (9)《试论我国孤儿作品的著作权法律保护》(刘宁);
- (10)《简论信息网络企业知识产权战略规划》(李伟相)。

2014年将继续进行优秀论文评选。

二、加强律师业务标准化和规范化建设

1. 编撰律师业务操作指引和律师业务指导目录。专委会2012年起草的《律师办理电子数据证据业务操作指引》在2013年已收录于《中华全国律师协会律师业务操作指引2》公开出版。2012年起草的《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在2013年已收录于《中华全国律师协会律师业务指导目录》公开出版。

2. 编撰新的律师业务操作指引。2013年开始起草《律师办理高新技术企业尽职调查业务操作指引》(下称“该指引”),预计2014年完成送审稿。2013年10月—11月广东组、四川组、江苏组、江西组,2014年5月广东组和四川组分别召开研讨会或以其他方式进行讨论,集思广益,就该指引的文本提出修改意见。

3. 继续编撰出版专委会论文集《信息网络与高新技术法律前沿》,反映信息网络与高新技术法律实务领域最新成果。2013年在专委会成都年会上首次实现当年征文文集在当年年会时正式出版。今年在专委会南昌年会时我们又将见到今年的征文文集。专委会论文集每年出版一卷的机制已经正常运行。

三、举办年会研修班

1. 2013年9月在成都召开“第二届中国信息网络与高新技术法律实务论坛暨全国律协信息网络与高新技术法律专委会2013年会”。会议由四川省律师协会协办,四川律协知识产权/信息网络与高新技术专委会承办。全国律协副会长兼四川律协会长刘守民出席开幕式并致辞。

本次论坛的讨论分为五个专题:高新技术法律综合问题,电子数据证据,高新技术知识产权,高新技术产业化与资本市场,电信法务、网络游戏、电子商务、信息安全、网络犯罪等。

本次论坛的特点:一是群策群力,观点各异,精彩纷呈。各阶段主持有16人,主讲达30人;二是讨论主题和形式推陈出新;三是多主题、多方位、多视角,议题广泛,时效性强;四是务实,延续了去年“实务论坛”的品牌,更加注重理论研究 with 律师业务结合,将虚拟导入实务。

2. 在全国律协2013年上半年发布《律师办理电子数据证据业务操作指引》后,9月13日,由专委会四川组在成都承办了“电子数据证据法务高级研修班”,加快提升律师办理电子数据证据业务的能力。研修班课程内容分三部分:①由中国人民大学证据学研究所副所长刘品新副教授/律师主讲《律师办理电子数据证据业务操作指引:实务与技巧》;②由江苏律协电子商务与信息网络专业委员会主任邹毅律师主讲《电子数据业务标准》;③由厦门美亚柏科公司企业调查事业部总监徐志强主讲《电子数据业务实际操作与培训》。

四、新技术法律问题研究课题

1. 3D打印技术知识产权问题研究课题。2013年专委会成员的4篇论文已收录于《信息网络与高新技术法律前沿》第七卷出版；

2. 云计算法律问题研究课题。2013年专委会成员的7篇论文已分别收录于《信息网络与高新技术法律前沿》第六卷和第七卷中出版；

3. 互联网软件捆绑问题法律研究课题。由陈际红律师主笔撰写的《互联网软件捆绑问题法律研究报告(2013年度)》2013年11月在专委会网站发布,同时也在本卷中收录。

4. 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,马勇律师提交了《互联网行业个人信息保护研究》,刘春泉律师提交了《电子商务小额争议解决机制研究报告》,寿步律师提交了《云计算产业法律政策保障研究》。

通过专委会全体同仁的共同努力,在全国律协的领导下,专委会工作将不断发展。

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

2014年7月

主编寄语

转眼间,距《信息网络与高新技术前沿法律》(第七卷)的出版又是一年。正值高温盛夏,但对于全国律协信息网络与高新技术专业委员会而言,却已到了收获的季节。而第八卷中收录的约五十篇文章,只不过是专委会各位委员众多成果中的一小部分。而即便是这一小部分成果,亦不免使人觉得“眼前一亮”,精神陡然一振。

众所周知,在过去的一年里,互联网领域并非四季分明,而是始终处于高温盛夏。围绕着互联网、移动互联网、电子商务、移动电子商务的话题、热点不断。从涉及信息安全与个人隐私保护的棱镜门事件的持续发酵,到快播公司的倒闭;从基于余额宝、P2P网贷、众筹等模式而兴起互联网金融,到滴滴打车模式的移动电子商务……回顾总结2014年,我们会恍然发现,在短短的一年里,在互联网与电子商务技术与商业模式的冲击下居然发生了那么多标杆性的事件,深刻影响并改变了我们的生活方式、工作方式甚至思维方式。我们还会发现,在其中活跃着许多法律人的身影。甚至,我们还可能发现,人们在社会活动或经济活动中所遵守的某些原则、规则就来源于本书中的某一篇或某几篇文章当中。

的确如此,在2014年,无论是资本市场还是传统的制造业或服务业市场,传统企业与互联网企业掀起了一股股跨界经营的浪潮。互联网企业向下游跨入金融领域开展第三方支付、互联网金融,向上游进入运营商行业,成为虚拟运营商,而传统企业借助信息与网络技术、物联网技术的发展,将自己的产品与服务智能化,将传统营销渠道电子商务化。融合、碰撞、竞争让人目不暇接,由此所引起的法律问题不仅给律师提供了丰富的研究题材,也同时给律师业务提出了新的要求与挑战。

让人欣喜的是,全国律协信息网络与高新技术专业委员会的各位同仁勇于跨界接受挑战并交出了不错的答卷。本书收录的文章,从传统题材知识产权保护的延伸与发展,到信息网络传播权的重构与保护;从互联网金融的法律规制,到大数据时代数据商业运用的合法性研究、信息安全与个人隐私保护;从付费搜索的商业模式再到电子数据证据规则与运用,等等,不仅几乎涵盖了上述热点、焦点,还体现了中国律师界对这些热点、焦点事件和现象所引起的法律问题进行研究与思考的程度与水平。虽然其中有些观点尚偏重于技术层面,法律角度的解析与观察尚不够深刻,有些文章提出的解决方案过于原则,尚不够具体完善,但这些无损于

本书的价值与分量。在法律领域,立法往往滞后于现实社会的需求与发展,这已成为一个通说。本书的出版至少说明,在法律领域,法律和法律实务的研究与现实社会的需求及发展已基本同步。这就是本书的价值所在。

在此,我们首先要感谢专委会各位委员的赐稿,各位律师委员包括身兼学者与律师双重身份的委员,将研究成果提交专委会付梓出版,这是对《信息网络与高新技术法律前沿》系列文集的充分信任。其次,我们要感谢专委会主任和各位副主任长期以来坚持本书的出版,并形成了一种传统与惯例。最后,特别鸣谢寿步主任领导的工作团队,为本书的出版做出了大量具体而细致的工作。

中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会委员

江苏省律师协会电子商务与信息网络业务委员会主任 邹 毅

四川省律师协会知识产权/信息网络与高新技术专业委员会主任 黄 玲

2014年7月

目 录

互联网软件捆绑问题法律研究报告(2013 年度)	1
--------------------------------	---

信息网络与高新技术法律综合问题

大数据相关法律问题初探	马克伟 / 27
大数据时代个人信息的民法保护	刘春泉 / 37
“大数据”商业运用初探	吴 珊 / 43
搜索引擎付费搜索结果标识法律问题	寿 步 鲍征烨 史宇航 / 48
搜索引擎关键词买卖存在的法律问题研究	王军武 朱玲青 / 54
微博用户侵犯隐私权责任承担的完善	马治国 李 慧 / 59
域名恶意受让后的法律问题探析	王永红 青馨雨 / 64
互联网行业个人信息保护研究	马 勇 / 70
一个移动互联网商业项目的法律设计案例简析	冯士柏 / 75
网络服务商的“自我搜查”权利及其限制	原 浩 / 80
互联网时代律所基于标准化的项目制法律服务体系构建研究	杜红民 / 86

互联网金融法务

余额宝法律问题探微	车 捷 付 鑫 / 93
互联网金融之众筹的法律思考	蔡海宁 王 蕾 / 98
浅析 P2P 网络借贷平台存在的法律问题与解决方案	俞卫锋 / 103
P2P 网络借贷纠纷的在线仲裁解决	刘宇梅 / 107
P2P 网络借贷平台法律风险及其防控	邹晓黎 / 113
P2P 业务模式相关法律问题的思考	邹振东 郭跃鹰 / 118
浅析我国互联网金融监管对策	黄 玲 / 123
律师勇于跨界 迎对互联网金融	俎晓彤 / 129

信息安全、电子数据证据、软件、集成电路、电信、网络犯罪

论我国网络安全制度之完善	钱 钧 付 仅 / 137
软件侵权案件中电子数据证据之审查判断	邹 毅 / 142
论电子证据的原件理论与规则	刘品新 / 148
浅谈电子数据证据在民事诉讼中的认识和运用	黄 静 白 露 / 165
中国和印度软件知识产权保护的比较	徐家力 / 169
台湾“电脑软件相关发明审查基准”的修订与评析	王晓燕 / 174
从 Oracle v. Google 案看计算机程序著作权保护的若干问题	董 颖 / 179
英国软件专利相关法律分析	龚 晖 / 186
芯片企业的知识产权法务刍议	李庆峰 / 192
集成电路芯片专利侵权诉讼的一些体会和疑惑	吴旭东 / 198
电信转售法律问题研究	娄耀雄 / 205
信息网络诈骗中运营商法律责任解析及立法建议	李伟相 李春晓 / 210

电子商务、高新技术产业化与资本市场

高新技术企业并购中的知识产权尽职调查、不确定性及其 应对	徐棟枫 / 219
电子合同订立法律问题浅析	詹朝霞 / 225
略谈电子商务知识产权管理与侵权防范	沈国庆 / 230
网络交易中“标价错误”相关法律问题探析	王云霞 / 235
浅析防伪溯源移动营销平台运作中存在的法律风险 ...	张曙光 刘露翌 / 241
浅论第三方互联网支付平台沉淀资金及其孳息的权属问题	陈 宏 / 246
生技医药企业投资并购趋势与法律应对	夏 巍 / 251
VIE 结构新发展初探	刘 捷 / 255
高新技术家族企业股权设计与配偶知情权	游植龙 / 262

知识产权与反不正当竞争

虚假宣传之民事侵权责任与行政责任的甄别	田子军 / 269
也谈电视回看模式是否构成侵权	王 伟 / 275
快播崩溃的法律警示	柏立团 / 279
由一宗微信著作权纠纷案引起的思考	刘 萍 / 282
论信息网络传播权概念的重构	王 谨 / 288

标准专利许可模式、许可费确定及权利滥用规制	张晓东 金冬冬 /	292
试论网络环境下我国著作权合理使用制度的完善	刘 宁 /	298
按照产品设计图施工或制造产品不构成著作权法意义上的 复制	饶卫华 /	305
浅析企业网站的著作权保护	姜晓亮 /	309

互联网软件捆绑问题法律研究报告 (2013 年度)

中华全国律师协会信息网络与高新技术法律专业委员会

北京市律师协会电信与邮政法专业委员会

(主笔:陈际红 北京市中伦律师事务所)

2013 年 11 月

一、研究背景

随着计算机水平的逐步提高和软件产业的日益兴盛,计算机软件成为社会大众的普遍消费品。在互联网软件市场中,软件推广者为抢占市场,往往选择在为用户安装目标软件的同时提供一个或多个捆绑软件,借助潜在的用户安装可能性拓宽市场和推广产品。这种行为也就是所谓的“软件搭售”或者“软件捆绑”这种捆绑行为是否侵犯了用户的选择权和知情权,以及软件开发者及运营公司的捆绑行为是否构成垄断或者不正当竞争,关乎软件市场的规范化运营,且涉及用户的切身利益,是亟待解决的法律问题。

二、行业调研

我们进行了主要软件的抽取和安装验证,并根据西安交通大学信息安全法律研究中心的《软件捆绑安装行业数据调研报告》的内容进行了数据统计分析,该报告中原始统计表格如表 1。

表 1

软件类型	软件名称	版本	有无捆绑	有无捆绑提示	捆绑软件数量	捆绑软件名称	其他推广行为
聊天软件	QQ	2013SP2	有	有	11	1. QQ 工具栏 2. 中文搜搜 3. QQ 音乐播放器	修改浏览器主页

(续表)

软件类型	软件名称	版本	有无捆绑	有无捆绑提示	捆绑软件数量	捆绑软件名称	其他推广行为
聊天软件	QQ	2013SP2	有	有	11	4. 腾讯视频播放器 5. 腾讯电脑管家 6. 金山毒霸 7. 手机管家 8. QQ浏览器 9. 网址哨兵 10. 上网导航 11. Tencent QQ Mail Plugin	修改浏览器主页
	阿里旺旺	2013beta2	有	有	2	1. 淘宝浏览器 2. 如意淘	修改浏览器主页
	飞信	2013	有	有	1	飞信同窗	无
	多玩歪歪	YY6	有	无	1	歪歪游戏大厅	创建快快游戏图标
	Windows Live Messenger	2011	有	有	4	1. 必应词典 2. 必应输入法 3. 必应缤纷桌面 4. bing 工具栏	1. 修改浏览器主页/默认搜索 2. 桌面出现微软网盘、注册MSN图标
安全软件	360安全卫士	9.2.0.2001	有	有	2	1. 360浏览器 2. 360杀毒	安装完成后,会在“勋章墙”页面推荐
	360杀毒	4.2正式版	无	N/A	无	无	无
	腾讯电脑管家	8.3正式版	有	无	无	无	无
	金山卫士	4.7.0.4051	有	有	1	猎豹浏览器	诱导性选项提示
	瑞星	v16	无	N/A	无	无	无

(续表)

软件类型	软件名称	版本	有无捆绑	有无捆绑提示	捆绑软件数量	捆绑软件名称	其他推广行为
输入法	搜狗拼音输入法	6.7	有	有	4	1. 搜狗高速浏览器 2. 搜狗导航 3. 搜狗壁纸 4. 搜狗手机助手	提示设置搜狐导航为首页
	QQ 输入法	4.6	无	N/A		无	无
	百度拼音输入法	2.6.2.157	无	N/A	无	无	无
	谷歌拼音输入法	2.7.22.120	无	N/A	无	无	1. 提示更改搜索引擎 2. 提示更改主页
	讯飞输入法	V1.2.1185	无	N/A	无	无	无
影音播放	暴风影音	5.28.0912	有	有	7	1. 暴风看电影 2. 暴风影视库 3. 风游戏 4. 百度工具栏 5. hao123 安全网址导航 6. 360 安全卫士 7. 豌豆荚	桌面放置暴风看电影/暴风游戏/暴风影视库快捷方式
	快播 QVOD	5.15.148	有	有	3	1. 快玩游戏 2. 百度工具栏 3. 360 影视搜索	设置 hao123 首页, 桌面释放伪 IE 图标、释放影视搜索图标

(续表)

软件类型	软件名称	版本	有无捆绑	有无捆绑提示	捆绑软件数量	捆绑软件名称	其他推广行为
影音播放	迅雷看看	4.9.11.1881	有	有	3	1. 光速输入法 2. 看图 3. 豌豆荚	设置迅雷网址导航为首页,生成迅雷网址导航桌面快捷方式
	QQ 影音	3.7	有	有	3	1. QQ 旋风 2. 腾讯电脑管家 3. 金山毒霸	无
	百度影音	V3.2.1 正式版	有	无	1	腾讯手机管家	静默安装
网络电视	PPS	V3.1.0.1170	无	N/A	无	无	创建 PPS 游戏快捷方式
	爱奇艺	V2.5.0.8	无	无	无	无	修改开机启动项
	风行	2.8.6.86 Beta	无	N/A	无	无	桌面释放热门游戏快捷方式和购物网站大全,弹出推广游戏广告
	腾讯视频 2013	8.51.7198.0	有	有	2	1. QQ 游戏 2. QQ 旋风	无
	搜狐影音	4.1.0.37	无	N/A	无	无	桌面生成“高清热播影视剧”快捷方式

(续表)

软件类型	软件名称	版本	有无捆绑	有无捆绑提示	捆绑软件数量	捆绑软件名称	其他推广行为
浏览器	360 安全	6. 5. 1. 100 Beta	无	N/A	无	无	提示锁定 360
	浏览器						导航为首页
	搜狗高速浏览器	4. 1. 3. 9297	无	N/A	无	无	修改用户默认浏览器
	360 极速浏览器	7. 5. 0. 210 尝鲜版	无	N/A	无	无	无
	傲游浏览器	4. 1. 2. 4000	有	有	1	PPS 影音	桌面生成“傲游游戏”快捷方式提示设置为默认浏览器
	猎豹浏览器	4. 2. 25. 5417	无	N/A	无	无	反复篡改用户默认浏览器
下载工具	迅雷	7. 9. 9. 4578	有	有	2	1. 迅雷手机助手 2. 百度工具栏	1. 桌面生成“迅雷游戏盒子”、“迅雷看看”、“最新欧美大片高清下载”快捷方式 2. 提示设置 hao123 网址导航为首页
	QQ 旋风	4. 4 正式版	有	有	2	1. 腾讯电脑管家 2. 金山毒霸	修改开机启动项