

- 易先兰律师
- mp: 13801965607
- email: yi.bloglawyer@gmail.com
yixianlan@longanlaw.com
- blog: www.blog-law.com
- 1993年毕业于长春理工大学。
- 1997年获得律师资格证书。
- 2000年获得企业法律顾问资格证书。
- 现执业于北京市隆安律师事务所上海分所 (www.longanlaw.com)。在知识产权和公司法等方面具有丰富的从业经验

从网络游戏的侵权 看电子证据的司法鉴定

- 一、玩家为什么不愿意诉讼?
- 二、网游代理商或者开发商为何索赔的少?
- 三、电子证据的定义
- 四、电子证据的证明力
- 五、电子证据的公证方式取证
- 六、电子证据的司法鉴定
- 七、结语

涉及网络游戏方面的违法犯罪或者侵权的现象

外挂

私服

盗窃游戏帐号

虚拟财产盗窃

木马与黑客攻击

这些新兴的犯罪或者侵权行为，在前几年很难得到司法的救济，即使诉求法院，按照谁主张谁举证的原则，也因为取证难，或者证据不足或者存在瑕疵，得不到法官的支持。

这个现象的症结在于网络传输中数字信息的**流动性、不确定性和易删改性**，使得网络证据难以即时取得、难以固定；而且，面对既不是传统意义的“书证”，也不是“物证”的电子证据审查，法官的专业知识难度提高；这一特征成为影响诉讼的主要障碍。

从玩家的角度来说，面对盗号或者虚拟财产的灭失，没有信心行使诉权。即使行使，胜诉的概率也很少。因为不知道如何取得证据，或者无法提供适格的证据，对诉讼缺乏信心。所以，很多的玩家黯然神伤离开游戏，或者采取非理性的行为。关于游戏装备被盗引发的暴力犯罪，也多次见诸于报道。玩家的流失必然损害了网游代理商的权益，玩家采取非理性的救济行为，影响了社会的稳定，导致了社会对网游的诟病，也同样损害了网游代理商的权益。

现有的提取和保存电子证据方式

- 对于刑事案子来说，由公安部门提供证据；
- 民事案子中常用的是公证保全；
- 还有最近几年才有的电子证据鉴定。

近年查处网络侵权的数据

- 有材料表示：截至2005年12月31日，我国各地版权部门在当地公安、电信主管部门的大力配合下，共查办网络侵权案件172件，其中国家版权局确定重点案件28件；依法关闭“三无”网站76家，没收专门用于侵权盗版的服务器39台，责令137家网站删除侵权内容，对29家侵权网站予以78.9万元罚款处罚；移送司法机关涉嫌刑事犯罪案件18件，其中，查办境外权利人及权利人组织举报的案件14件，占28个重点案件的50%。

从网游代理商或者开发商的角度来说，因私服，外挂，服务器被恶意的攻击等行为导致的损失，单单通过行政处罚，仅仅制止了侵权，但没有得到赔偿。

如果没有民事赔偿，仅仅是没收服务器，或者罚款，侵权者的侵权成本很低，与取得非法收入不成比例。因此，私服、外挂等侵权现象屡禁不止。

如果有了索赔，增加侵权者的侵权的成本，就能打击网游行业内的侵权，就能起到警示作用。让盗号的，用外挂的，架私服的，始终感到头上有柄达摩克利斯之剑，而不敢妄为。

网游的侵权主要集中在著作权方面，而著作权的侵权损害赔偿数额的主要方法

- 1、权利人的实际损失；
- 2、侵权人的违法所得；
- 3、法定赔偿。

如何固定侵权者的谋取非法所得的数据，比如游戏ID，点卡销售等等，这类存储于服务器，网络中的电子数据，没有专业的机构，对此作出固定，很难证明侵权等违法所得或者被侵权人的损失，或者提出的索赔难以得到法官的支持。

电子证据的几种代表性定义

- 1) 数字证据，是指在计算机或计算机网络工作中的过程中形成的，以数字技术为基础的，能够反映计算机工作状态、网络活动以及具体思想内容等事实的各类电子数据或电子信息，如电磁或光电转换程序、数据编码与数据交换方式、命令与编程、被命名为病毒的破坏性程序、文字与图象处理结果、数字音响与影像等等。

- 2) 以电子形式存在的、用作证据使用的一切材料及其派生物；或者说，借助电子技术或电子设备而形成的一切证据。
- 3) 借助于现代数字化电子信息技术及其设备存储、处理、传输、输出的一切证据。

电子证据的表现形式

- 电子证据的主要表现形式:传统的电报 (Telegram)、电话信息 (Telephone)、传真 (Fax) 资料, 互联网时代的电子邮件 (E-mail)、电子数据交换 (EDI)、电子公告板资料 (BBS)、电子聊天资料 (E-chat)、电子签名 (E-signature)
- 其他形式的电子证据,例如:图形、图像、动画、音频及视频等多媒体形式

电子证据的特性

- 电子证据的产生、储存和传输,都是以计算机技术、存储技术、网络技术等为依托。非肉眼所及,也触摸不到。
- 在互联网上传输的数据信息本身的流动性、不稳定性。
- 目前对数据信息的储存均以磁性介质为载体,以这种方式储存的数据信息内容很容易被删改且不留任何痕迹。

- 在现行法律还未能明确电子证据的法律地位及电子证据规则的情况下,电子证据按照传统的诉讼法律和书面合同形式的证据要求,缺乏了证据要求的“书面”、“签名”“原件”等基本要素。
- 因此,很多法官常常回避使用电子证据,往往将其转化为其他形式的证据来使用,甚至干脆不用。

但是从已经发生的诸多的其他案例看,电子证据覆盖了民事、刑事、行政、经济等诉讼领域。尤其是涉及电子隐私、网络与计算机安全、网络中的知识产权、网络中的行政管理和行业管理等诸多方面所涉及的法律事实,在很大程度上需要电子证据来认定。

因此,电子证据作为证明案件事实的依据,成为一种客观实在,无法回避。

网络公证是否为最有效的办法?

- 1、是否有能力确立电子证据采集的标准程序?

比如,是否借鉴或遵守国际计算机证据组织(International Organization on Computer Evidence)提出了以下计算机取证的原则:

计算机取证的原则:

- 1)所有的取证和处理证据的原则必须被遵守;
- 2)获取证据时所采用的方法不能改变原始证据;
- 3)取证人员必须经过专门培训;
- 4)完整地记录对证据的获取、访问、存储或者传输的过程,并对这些记录妥善保存以便随时查阅;
- 5)每一位保管电子证据的人应该对他的每一个针对电子证据的行为负责;
- 6)任何负责获取、访问、存储或传输电子证据的机构有责任遵循这些原则。

网络公证是否为最有效的办法？

- 2、是否有能力验证电子证据的来源是否可靠？
- 3、是否有能力有技术能力固定电子证据？面对硬件损坏或误操作，加密、隐藏的数据，以及计算机病毒、黑客的袭扰，如何使电子证据的固定和提取。
- 4、是否有配备了专业人员和相应的硬件和软件技术？

网络公证是否为最有效的办法？

- 5、是否有能力做到以下几点：
 - a)提供拷贝和检验数据的设备资源。
 - b)在获取的资料中搜索与案件有关的证据。
 - c)能进行司法分析并且帮助恢复残留数据和其他隐藏或丢失的数据。
 - d)能帮助保护监视链并证实资料的真实性。
- 6、是否不受时间的限制，突破固定上下班时间，能及时响应用户的随时随地的需求吗？

网络公证是否为最有效的办法？

- 7、是否能解决法律证据必须预先保存与传统公证只能事后证明的矛盾？
- 8、是否保证所有的公证过程是否合法？如果在公证中借用专业技术人员的帮助来完成取证，该外聘人员是否具有鉴定资格，所有的取证工作的程序是否合法？

从以上的分析看，网络的公证业务，虽然已经在开展，至少在时间不能随时响应用户的需求，而且是**事后**的证明；更重要的是，对电子证据的取证工作，是多门学科知识的交叉运用，不是每个公证中心有能力解决电子证据的恢复、固定和保全工作。

司法鉴定的定义

- 在2005年的《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》中对司法鉴定的定义是：

“司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。”

司法鉴定的法律特征：

- 鉴定程序严格遵照诉讼法的规定，鉴定只能在诉讼过程中提起并由承办案件的司法机关决定和指聘。
- 鉴定对象（或客体）仅限于案件中经过法律确认的某些专门性问题。
- 鉴定主体必须是具有鉴定人资格的自然人，而不是鉴定组织或业务部门。
- 鉴定活动的性质属于以科学技术手段核实证据的诉讼法。
- 鉴定结论是法定的证据之一。

司法鉴定结论的特殊功能

- (1) 转化证据。案件的其他证据，如书证、物证和视听资料等，通过鉴定转化为鉴定结论，换言之，当事人提供的普通证据，由法官委托鉴定，从而变成定案的关键性科学证据，体现了鉴定人帮助法官审查证据的职能，也反映出司法鉴定的重要性。
- (2) 印证证据。由于鉴定结论产生的特殊性，鉴定结论的科学性，法官审查判断证据时，往往认为鉴定结论优于其他证据，鉴定结论成为判断其他证据真伪的标准。

■ 电子数据司法鉴定中心的经营范围包括：

证据固定及鉴定、现场证据固定及鉴定、网页类鉴定、邮件类鉴定、协助调查类、数据恢复、文件修复、数据销毁、密码破解和电影、电视、音乐等作品的鉴定等，包括对盗号，木马等黑客行为进行分析和鉴定。

结语

通过电子证据的司法鉴定，能对证据的确认，妥善保管和提取，从而达到保全电子证据的目的。同时，电子证据的提取过程在其法律上有效性的技术保证，使举证依法律认可的方式进行，为法庭的审理提供可行条件。

在信息时代，电子证据将成为神证，人证，物证之后，新的证据之王，这也是时代对司法证据的要求。