

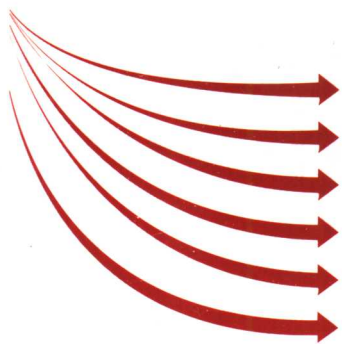
SIFA QIANYAN 2006 年第1辑 (总第3辑)

司法 前沿

褚红军 ◀ 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

本书立足审判工作实际，密切关注当前人民法院审判工作、司法改革以及国家法治建设中的重大理论和实践问题，研究解决司法实践中新型、疑难和特殊的法律问题，以刊载与审判工作实际紧密结合的理论研究、调查报告、案例研究成果为主要特色……



人民法院出版社

2006年第1辑(总第3辑)

褚红军 ◀ 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

司法 前沿

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法前沿. 2006 年. 第 1 辑: 总第 3 辑/褚红军主编.
—北京: 人民法院出版社, 2006. 8
ISBN 7-80217-317-5

I. 司… II. 褚… III. 司法—中国—丛刊
IV. D92-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 088582 号

司法前沿 (2006 年第 1 辑·总第 3 辑)

褚红军 主编

责任编辑 陈燕华 谢 庆
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)
电 话 (010) 85250583 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)
网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 447 千字
印 张 16.625
版 次 2006 年 8 月第 1 版 2006 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-80217-317-5
定 价 35.00 元

版权所有 侵权必究

《司法前沿》编辑委员会

主 任：褚红军

委 员：（按姓氏笔画为序）

弓建明	王春年	王浩铨	孙坚强
华俭学	刘亚军	刘 勇	陈荣庆
陆志耘	陆志勇	严 岩	邹建南
金 飏	金玉祥	金玮琳	郑 元
周云霞	俞宏雷	赵建聪	赵卫民
凌 芝	袁 挺	蒋伟平	裴全华

卷首语

由无锡市中级人民法院编辑的《司法前沿》系列出版物面世了，这是一件很有意义的事情。它体现了无锡中院顺应时代发展对法院工作提出的新要求，破解人民法院改革发展中的新问题，夯实人民法院工作的基础，提高人民法院整体司法能力的坚定决心和勇气。

党的十六届四中全会提出了构建社会主义和谐社会的崭新命题，这是我们党对中国特色社会主义事业认识的新发展，是当代中国经济社会发展的新的重大战略。人民法院作为国家机器的重要组成部分，在推进依法治国基本方略，建设社会主义法治国家，构建社会主义和谐社会的历史进程中，肩负着保障在全社会实现公平正义的神圣使命；人民法院通过审判职能的充分发挥，积极倡导诚信友爱的社会价值取向，维护和保证社会的安定有序，为建设一个权利受尊重、利益可保障、纠纷可化解、人民安居乐业，人与自然和谐相处的社会发挥着重要的职能作用。当前，伴随着我国改革开放的逐步深化和社会主义市场经济的不断发展，人民法院的审判领域不断拓展，审判工作日趋复杂，疑难案件层出不穷，法院面临前所未有的压力和挑战。人民群众日益增长的

司法需求与司法功能相对滞后的矛盾日益突出。新形势下，人民法院要坚持“公正司法、一心为民”的指导方针，充分发挥审判职能作用，大力增强司法能力，不断提高司法水平，为改革、发展、稳定提供坚实的司法保障。无论是分析形势还是破解难题，无论是解决司法实践中的问题还是进行司法改革和理论的创新，都需要来自第一线法官的感悟、思考和研究。

《司法前沿》的面世，有助于引起社会各界对基层司法状况和发展的足够关注。众所周知，我国的法官人数和审判案件数，基层法院都占绝大多数，对整个审判体系起着基础和支撑作用。正如一位学者所言，中国最重大的案件也许都是由中级以上法院审理的，但是，与中国老百姓的日常生活最为密切的案件几乎都是由基层法院审理的。基层法院处于化解社会矛盾、维护社会稳定的最前沿，审判工作任务比较繁重，矛盾集中而直接，而且由于诸多因素的制约，它们在物质基础、司法环境、司法保障等方面面临的困难较多。面对这一现实，要扎实有效地做好基层法院的各项工作，就要求广大法官不仅要具备忠于人民、忠于法律、公正无私的司法品格，还要具有协调各方、争取理解、取得支持的司法智慧和综合能力。基层法院是司法的基础和代表，能否有效地发挥作用，直接影响司法制度的有序运转和司法功能的有效发挥。关注中国法治建设，通过司法实现全社会的公平和正义，立足点无疑应放在基层法院。这本专辑主要展示作为中国东部沿海经济较发达地区之一的无锡市两级法院立足审判职能、加强基层建设所作出的种种努力和探索，从而以点窥面，反映基层司法的发

展状况，以期引起人们对基层司法工作的重视和研究的兴趣。

《司法前沿》的面世，有助于为学术界研究中国基层司法制度提供鲜活的素材。由于制度的分工，基层法院承担着大量的初审案件的审判任务，它们不得不每天面对大量的复杂事实争议及其相关的法律适用，这就决定了基层法院的制度创设、角色与功能定位、权力与结构安排、运作的程序与理念等，不同于中级以上法院。要破解长期困扰基层法院审判工作正常运转的体制性和机制障碍，必须对这些问题进行深入的理论研究和实证分析。尽管近年来已有不少学者展开对我国基层司法制度的研究，并取得了一定成果，但由于实证材料的缺乏等原因，学界对基层司法制度的研究尚有待进一步深化。而《司法前沿》通过提供来自基层法院审判工作、队伍建设、法院改革的一幅幅生动图景，则可以为学术界深入研究中国基层司法制度提供一些有价值的实证素材。

《司法前沿》的面世，有助于为广大基层法官提供一个学习交流、共同提高的新平台、新园地。任务制度的实施和发展均有赖于制度实践者的基本素养和技能。具备扎实的法学理论功底、拥有宽广的知识结构和视野，深刻把握中国社会变化对司法的新需求，是时代对中国法官司法能力提出的新要求。各级法院尤其是基层法院法官的司法能力的增强和司法水平的提高，需要进一步创新学习方法，在学习中增长才干，在学习中提高水平，不断提高法学理论水平，逐步养成良好的法律职业思维，提高解决司法实际问题的能力。

希望专辑的编辑者能够始终坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，围绕“公正与效率”工作主题，立足审判工作实际，密切关注当前人民法院审判工作、司法改革以及国家法治建设中的重大理论和实践问题，研究解决司法实践中新型、疑难和特殊的法律问题，以刊载与审判工作实际紧密结合的理论研究、调查报告、案例研究成果为主要特色，以实现理论与审判工作的良性互动为目的，充分展示基层司法审判工作的新进展，法院改革的新举措，队伍建设的新风貌，司法管理的新方法，基层建设的新经验，使人们阅后能有所启发，有所收获。

衷心祝愿《司法前沿》越办越好。

公丕祥*

* 法学博士、江苏省高级人民法院院长。

目 录

院长论坛

- 论我国计算机软件法律保护的路径与定位 周晖国 (1)
- 机动车交通事故损害赔偿若干问题研究 褚红军 (17)
- 论现代法官考核评价机制的建构 林春江 (45)

学者论坛

- 论一国主权下香港与内地区际民商事判决承认
与执行问题的解决 于志宏 (62)
- 穿行于形式审查与实质审查之间 翁国民 曹慧敏 (79)

WTO 与中国法治建设专题

- “WTO 与中国法治建设”研讨会综述 无锡市中级人民法院 (91)
- WTO 框架下的传统知识保护的可能性
及其途径 金 飏 陆 超 (110)
- 入世后知识产权司法保护中的法律适用
问题分析 谢唯成 潘 浚 (127)
- TRIPs 与我国知识产权行政案件司法审查
若干问题初探 马 军 (139)

评述 WTO 非歧视原则下中国知识产权滥用的

- 规制 张 冬 (157)
- 中国技术创新的法制问题和法制优化 郑 元 黄永进 (169)
- WTO 与完善外商投资法律问题研究 夏明丰 (180)
- WTO 的透明度原则对民事执行工作改革方向的
- 借鉴意义 谭 云 (191)
- 人世与我国行政法治化建设刍议 陈伟杰 (204)
- 人世后司法程序引入 ADR 之构想 张 浩 (216)

司法前沿研究

交通事故赔偿案件中的保险公司责任

- 问题探析 姚旭斌 潘志江 (231)
- 论法院判决变更罪名 孙 炜 (248)
- 试论未成年人犯罪的刑罚适用问题 楼炯燕 (264)
- 试论法官释明权在审判实务中的适用 牛兆祥 (281)
- 瑕疵出资的股份转让及其民事责任的承担 俞宏雷 (295)
- 对涉及第三人权益的财产执行研究 何向东 (310)

探索与争鸣

裁判结论的求证：正确与合理之间的选择 徐振华 (324)

司法纠纷解决能力在农村社会中的生成障碍及

- 司法应对 李青春 (344)
- 论刑事普通程序简化审及其完善 方海明 林春鸿 (366)
- 实现刑事审判的理性化管理 范 莉 (379)
- 新公司法框架下对关联交易的规制 余 浩 (394)
- 论我国破产管理人制度的构建 勇立宇 (412)
- 离婚损害赔偿制度及其完善 羊 羚 (429)

调查与思考

关于入世后无锡市外贸风险的调查

- 报告 无锡市中级人民法院课题组 (445)
- 建立长效机制 促进医患和谐 傅俊平 (477)

案例研究与指导

北京伊尔库科贸有限公司不服无锡工商行政

- 管理局工商行政处罚案 张学雁 周耀明 (496)
- 丁如云诉无锡日报社著作人身权侵权案 潘 浚 (508)

院长论坛

论我国计算机软件法律
保护的路径与定位

周晖国*

进入知识经济时代,世界的竞争越来越表现为自主创新并归结为知识产权的竞争,知识产权已经成为影响国家核心竞争力的关键因素。而由于信息产业技术在经济发展中越来越具有基础和主导的作用,计算机软件技术及其知识产权的竞争在世界知识产权竞争中的地位愈益突显。涉及计算机软件的知识产权法律保护也就成为法律领域的重要课题和现实使命。我国作为 WTO 的成员国,要适应世贸组织协定 3 个组成部分之一的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs 协议)以及世界计算机软件法律保护的状况和趋势,正确把握我国计算机软件法律保护的基本路径和合理定位,这对于促进我国信息产业技术的自主创新和经济发展、增强国家核心竞争力、有效维护国家和社会利益,具有重要的现实和长远意义。

* 江苏省高级人民法院副院长、江苏省法学会副会长、南京大学博士研究生。

一、世界计算机软件法律保护的状况和趋势

计算机软件包括计算机程序及其有关文档。“计算机程序”，是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或可被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或符号化语言序列。“有关文档”，是指用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的文字资料和图表等，如程序设计说明书、流程图、用户手册等。^①但计算机软件的核心内容是计算机程序，包括源程序和目标程序。对于计算机程序的保护是计算机软件保护的主要目标。

“对计算机软件的知识产权保护有一个从无到有，从单纯版权保护到版权法、专利法同时保护的发展过程。”^②从计算机软件法律保护的发展和状况来看，主要有版权（著作权）保护和专利权保护两种主要路径和模式，同时辅之以其他法律保护方式，并出现了由著作权保护向专利权保护渗透或接近的现象。

菲律宾于1972年首次将计算机程序列入其版权法的保护对象，但由于当时计算机软件技术的发展还不发达和普及，因而并没有产生太大的影响。美国等发达国家在计算机软件生产行业一直处于领先的地位，也是早期主导对计算机软件进行版权保护的国家。1974年美国国会设立了“版权作品的新技术利用问题国家委员会”（CONTU），专门对计算机软件的复制和使用中的知识产权问题进行研究，1978年其向国会提交报告，建议把计算机软件吸收进版权法的现行体制中，得到国会的采纳，1980年12月美国修订了1976年的版权法，将计算机软件程序列入版权法的保护范围，“旨在直接或间接用于计算机以取得一定结果的

^① 关于计算机软件的概念系引用国务院《计算机保护条例》第二、三条的表述。

^② 李扬等著：《知识产权基础理论和前沿问题》，法律出版社2004年版，第235页。

一组语句或指令”可以受到版权的保护。此后,出现不少案例确定了计算机软件版权保护的标准,其中最有代表性和最有影响的是1983年美国第三巡回上诉法院对“苹果公司诉富兰克林计算机公司”一案的判决,它从解释著作权法的角度明确了三大问题:第一,用目标代码表达的程序应受著作权法保护;第二,固定在内存上的程序应受著作权法保护;第三,系统程序与应用程序一样受著作权法保护。^① 20世纪80年代以后,各国纷纷将计算机软件纳入版权法的保护对象。澳大利亚于1984年修改版权法,增加了关于计算机软件的保护条款;日本于1985年6月颁布著作权法修正案,把软件程序单独列为“计算机程序作品”;法国于1985年7月修改版权法,引入对计算机软件的保护,并于1994年5月在其《知识产权法典》中把“软件包括软件开发设计过程中的有关文档”作为该法典予以保护的智力成果;英国于1985年9月在其版权法中规定,有关计算机程序的版权,同样适用语言著作物的版权;其他许多国家,如德国、意大利、加拿大、印度、匈牙利、阿根廷、奥地利、西班牙等,都采用版权法保护计算机软件。全球现已有60多个国家和地区将计算机软件纳入各自的著作权法律保护体系中。^② 同时,计算机软件版权法律保护的国际化也取得重大进展。1994年4月关贸总协定乌拉圭回合签署的TRIPs协议第10条规定:“计算机程序,无论是原始资料还是实物代码,应根据《伯尔尼公约》(1971年)作为文学作品来保护。”1996年12月世界知识产权组织通过了《世界知识产权组织版权公约》,明确规定不论计算机程序表达方式或表达形式如何,均作为《伯尔尼公约》第2条意义上的文学作品受到保护。“这两个《协议》和《公约》为国际间计算机软件版权保护提供了统一的标准和依据。到目前为止,大多数国家

① 李晓东:《中外计算机软件法律制度综述》,载《沈阳建筑工程学院学报(社会科学版)》2003年第5期,第32~33页。

② 王贵国:《国际IT法律问题研究》,中国方正出版社2003年版,第70页。

对计算机软件都采用版权保护模式。”^①从现在的情况看,版权保护是对计算机软件法律保护的主流路径和模式。

计算机软件是近几十年迅速发展起来的新兴产业,由于传统版权保护理论和方法的特性、计算机软件自身的特点和发达国家利益竞争需要等因素,计算机软件的保护出现了由版权保护向专利权保护的靠拢和专利法对计算机软件保护的渗透现象。对于计算机软件的保护是运用版权法的路径还是运用专利法的路径,在世界各国的法律理论和法律模式的选择上一直存在着争论,但是在实践中还是版权法的保护路径取得了优势。这一方面缘于计算机软件具有版权的类似特性,另一方面更是由于发达国家利益的驱动。在已有的法律框架下实现对计算机软件的保护,显得现实和有效。“从立法的角度看,费时过长的专门法的起草、讨论,实在令人等不及。直接以版权法保护软件却比较省事。从国际保护的角度看,由于大多数建立软件产业的国家都已颁布版权法,均是《伯尔尼公约》和《世界版权公约》的成员国,如果采用版权法保护模式,则无需缔结新的多边公约。否则,若缔结一个新的多边公约,不知要等到何年何月,参加国家达到使之有效的相当数目,要影响广泛更非易事。所以,某些大国急于维护自己的利益而竭力促使各国采用版权法来保护软件。”^②

在考虑对计算机软件的法律保护之初,曾经讨论过专利法的保护,但并未被采用。^③1968年法国首先在其专利法中明确软件不属于专利保护的客体;1973年缔结的《欧洲专利公约》也遵循了这一做法;1977年英国修改专利法时明确计算机软件不得作为专利保护的主体。1972年在美国有名的Gottschalk诉Benson一案中,法庭认为将二进制编码十进制的数字转换为纯二进

① 李扬等著:《知识产权基础理论和前沿问题》,法律出版社2004年版,第237~238页。

② 赵俊林:《计算机软件法律保护模式研究》,载《当代法学》2003年第4期,第74页。

③ 张平:《网络知识产权及相关法律问题透析》,广州出版社2000年版,第116页。

制数字的方法专利申请不属于专利保护的范围,不能授予专利。在专利制度建立之初,各国几乎都排除了对计算机软件的专利保护,认为软件属于数学法则或方法,不属于专利法意义上的新发明或技术方案。但由于信息产业的迅速兴起及其在经济发展和国家利益中的日益突出的作用,从对计算机软件特点的区分及其严格保护出发,从发达国家开始出现了向专利权靠拢的现象。在美国1981年3月Diamond诉Diehr一案中,最高法院判定软件发明是可以获得专利的。对此法院的解释是“一项科学真理或其数学表达不是可获得专利权的发明,但一项借助科学真理的知识创造的新颖的和有用的结构是可获得专利权的发明”。^①美国是最早极力推动用版权制度保护计算机软件的国家,但美国的司法实践并非如此。“20世纪90年代,全世界却吃惊地看到:美国的司法似乎正在不断否定着美国的立法意图,与它力图推动各国去走的那条路居然并不一致。”^②1996年美国修正了《与计算机有关的发明专利申请的审查指南》,确认一项与计算机相关的发明只要能归入“方法”、“机械”、“制成品”或“合成物质”中任何一种,就属于可专利的主题;1997年日本正式公布了《计算机软件相关发明审查指南》,将记录计算机程序或资料结构的记录媒体扩大认定为发明;2001年欧洲专利局发布了新的审查指南,认为计算机软件和商业方法的可专利性已不存在能否属于专利保护对象的问题,更多的应是对创造性的判断。^③对计算机软件保护的专利化现象虽然没有像版权保护那样形成国际化的局面,但已成为发达国家计算机软件法律保护的一条路径走向。1991年12月在日本东京召开的第三次计算机软件法律保护国际会议上,肯定了专利法在计算机软件法律保护方面有着不容忽视的地位。

① 郑成思主编:《知识产权研究》(第4卷),中国方正出版社1997年版,第16页。

② 郑成思:《知识产权论》,法律出版社1997年版,第186页。

③ 张平:《论商业方法软件专利保护的创造性标准——美、日、欧三方专利审查之比较》,载《比较法学》2003年第5期。

此外,计算机软件的法律保护还有其他的途径。“世界范围内对软件的保护还采取了合同法、商业机密法、防止非法竞争法以及刑法等多种保护方式。从各国的司法理论及实践上来看,采用单一方式对计算机软件加以保护的情况还是比较少见的,大多数国家实行的都是多种方式相结合的做法。”^①

以上情况表明,由于信息产业和计算机软件的特殊作用和地位,对计算机软件的法律保护正呈现出全面性、严格性、系统性、国际化的发展趋势。

二、我国计算机软件法律保护的基本路径

我国目前对计算机软件的法律保护采用了国际通行的版权保护的主流模式和路径。1990年制定《著作权法》时,即将计算机软件作为一种受著作权法保护的作品形式。1991年国务院又制定了《计算机软件保护条例》,作为计算机软件法律保护的专门规范。2001年11月我国被批准加入WTO,在此前后适应WTO规则特别是TRIPs协议的相关要求,我国完成了知识产权领域相关法律包括著作权法、专利法、商标法等修订工作,国务院也于2001年12月重新修订公布了《计算机软件保护条例》,从整体上提高了计算机软件著作权的保护水平,完善了具体的保护措施。从内容上看,主要是增加了软件著作权人的权利,直接规定了“职务软件”的内涵,缩小了对软件著作权的权利限制范围,淡化了软件著作权的行政管理,细化了对软件著作权的许可使用和转让规定,明确了侵犯软件著作权的法律责任,强化了软件著作权遭受侵害时的救济措施,并将“合理使用”的范围收窄为“为学习和研究软件内涵的设计思想和原理”而使用的行为,可以不经软件著作权人许可,不向其支付报酬,而国家机关执行

^① 张晓远、郑丽霞:《计算机软件法律保护模式之比较》,载《成都教育学院学报》2005年第5期,第31页。