

5



盈科律师丛书

YingKe Lawyers Series

总主编：梅向荣

THE LEGAL PRACTICE ON THE MANAGEMENT AND OPERATION OF
SOFTWARE CORPORATION IN CHINA

中国软件企业法务治理 律师实务

王光英/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



THE LEGAL PRACTICE ON THE MANAGEMENT AND OPERATION OF
SOFTWARE CORPORATION IN CHINA

中国软件企业法务治理 律师实务

王光英/著



法律出版社

www.lawpress.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

中国软件企业法务治理律师实务 / 王光英著. —北京: 法律出版社, 2011. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1843 - 0

I. ①中… II. ①王… III. ①软件—电子计算机工业—企业法—中国 IV. ①D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 023889 号

中国软件企业法务治理律师实务
王光英 著

编辑统筹 大众出版分社
策划编辑 韦钦平
责任编辑 林 喆
编辑助理 李海艳
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

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 沙 磊

开本 787×960 毫米 1/16

印张 16.75

字数 270 千

版本 2011 年 4 月第 1 版

印次 2011 年 4 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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1843 - 0

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目录 / CATALOGUE

上篇 中国软件企业法务治理实务

第一章 中国软件企业法务治理顾问聘请	3
第一节 软件企业如何选择法务治理顾问	3
一、委托专业律师	3
二、委托人考察事项	3
三、委托人考察的一般流程	4
第二节 软件企业如何咨询法务治理问题	4
一、法务问题的提出	4
二、法务问题初步解答	5
第三节 软件企业如何签订法务治理协议	5
一、法务治理顾问协议签订	5
二、公司治理法律顾问协议的基本内容	5
三、法务治理顾问协议范本	6
×××律师事务所法务治理顾问合同	6
第二章 中国软件企业法务治理基本流程	13
第一节 软件企业所有者法务问题调查	13
一、股东法务问题的提出和解答	13
二、股东一般关心的具体问题	14
第二节 软件企业管理者法务问题调查	14
一、顾问单位管理层一般关心的法务事项	14
二、顾问单位总经理关心的主要法务事项	15

第三节 软件企业劳动者法务问题调查	15
一、员工是企业的基石	15
二、员工关心的法务问题	15
第四节 法务问题调查报告	16
第三章 中国软件企业组织结构法务治理	17
一、有限责任公司概述	17
二、股东的权利、义务和转让出资的条件	17
三、公司机构及高级管理人员的资格和义务	18
四、股东会职责	19
五、执行董事、经理、监事职权	20
六、财务会计	21
七、合并、分立	21
八、破产、解散、终止、清算	22
九、股份公司议事规则	22
公司股东会议事规则	22
公司董事会议事规则	29
第四章 中国软件企业商业秘密法务治理	35
第一节 商业秘密概述	35
一、商业秘密的概念	35
二、商业秘密的构成要件	35
三、商业秘密特点	35
四、商业秘密范围	35
第二节 商业秘密保护的历史沿革	36
一、国际商业秘密保护概述	36
二、英美商业秘密保护概述	37
三、中国商业秘密保护概述	38
四、中国商业秘密治理的法律依据	40
五、软件企业商业秘密的内部管理	40
六、软件企业商业秘密外部保护	41
七、软件企业避免不必要诉讼	42

八、软件企业通过非诉讼方式维护自身权益	42
九、起诉	44
十、被告应诉	47
十一、刑事辩护	48
第五章 中国软件企业劳动体系法务治理	50
第一节 劳动关系法务治理	50
一、公司人事制度制定、制度化管理	50
二、公司考评机制建立	50
三、公司员工奖惩制度范本	50
公司奖惩制度	50
四、公司员工守则	57
五、违反公司制度和劳动纪律备忘录	58
六、劳动合同范本	58
总经理聘任合同	58
七、员工保密合同范本	66
员工保密合同	66
第二节 高管层股权激励法务治理	70
一、股权激励概述	70
二、股权激励的原则	70
三、股权激励方式	70
四、经营者获取股份或期权的方式	70
五、激励对象的确定	71
六、激励的股权量的确定	71
七、股权的授予价格(行权价格)的确定	72
八、激励期限	72
九、股份、期权的兑现	72
十、公司业绩股票激励合同范本	73
公司业绩股票激励合同	73
第六章 中国软件企业著作权保护法务治理	75
第一节 软件著作权的保护	75

一、软件著作权概述	75
二、软件著作权保护的历史沿革	76
三、软件版权的保护内容	78
四、软件版权的侵权行为和责任	80
第二节 软件版权的登记	82
一、版权登记所需基本文件	83
二、版权登记所需选交文件	83
三、软件著作权登记申请表	83
四、关于表的填写方法	85
第七章 中国软件企业专利权保护法务治理	88
第一节 软件专利权概述	88
第二节 软件发明专利申请审查	89
一、不授予专利权的软件发明专利申请	90
二、可授予专利权的软件发明专利申请	91
三、涉及汉字编码方法及计算机汉字输入方法的发明专利申请	93
第三节 软件发明专利申请的说明书及权利要求书的撰写	94
一、说明书的撰写	94
二、权利要求书的撰写	95
第八章 中国软件企业商标权保护法务治理	98
一、软件商标侵权行为	98
二、软件商标权的司法保护	98
三、国际软件商标权许可合同范本	100
国际商标许可合同格式	100
第九章 中国软件企业软件开发法务治理	108
第一节 软件产业开发概述	108
一、软件项目开发投资中律师的作用	108
二、软件项目投资的纠纷	109
第二节 软件开发合资经营	109
一、我国允许外国公司或个人国内投资	109
二、合资经营的形式	110

三、合资经营的组织机构	110
四、合资经营的利润处理	110
五、合资经营的期限	111
六、违约的处罚	111
七、合资经营合同范本	111
计算机软件技术及服务合资经营合同	111
第三节 软件开发合作经营	123
软件开发投资协议	124
第四节 软件开发委托外包	128
一、软件开发委托外包合同的内容	128
二、软件开发委托外包合同订立	128
计算机软件开发委托合同	130
计算机信息系统集成合同	143
第五节 软件开发项目管理	156
一、软件企业知识产权的整体管理	156
二、软件开发商业秘密的管理	157
三、软件开发时商业秘密的复制和备份	157
四、软件技术开发保密协议范本	158
软件技术开发保密协议	158
第十章 中国软件企业技术许可法务治理	161
第一节 软件技术许可	161
一、技术许可的原则	161
二、软件技术许可合同的订立	161
三、软件技术许可合同违约的处罚	162
四、改进技术成果的归属	162
第二节 软件技术咨询合同	162
一、软件技术咨询合同的内容	162
二、软件技术咨询合同的签订和履行	162
三、委托作品的归属	163
第三节 软件许可代理	163

一、软件许可代理合同概述	163
二、许可代理合同的签订	164
三、代理合同的具体内容	164
四、软件许可合同范本	166
计算机软件许可合同范本	166
第十一章 中国软件企业法律培训法务治理	178
第一节 软件企业版权法培训	178
一、软件企业知识产权的概念和种类	178
二、软件版权的侵权	178
三、软件的内容和形式	178
第二节 合同法及合同风险防范培训	179
一、合同的含义	179
二、合同的主体	179
三、合同风险	179
四、软件企业法律培训测试	181
软件企业法律培训测试题	181
第三节 劳动法培训	183
一、未签书面合同,试用期辞退员工	183
二、赔偿的方式不是解除合同的法定理由	184
三、员工怀孕合同的解除	184
四、老职工的特殊保护	185
五、员工单方解除合同	185
六、违约金法定和约定双重原则	185
七、用人单位应当向劳动者支付经济补偿	185
下篇 中国软件企业诉讼指南	
第十二章 中国著作权诉讼指南	189
第一节 软件本身权属不明确,当事人主张软件被侵权——北京 A 软件信息技术有限公司与北京机械工业 B 研究所侵犯计算机软件著作权纠纷案	189

第二节	“陷阱取证”是否合法——A 公司、北京 B 计算机科学技术研究所与北京 C 科技有限公司、北京 D 科技公司计算机软件著作权侵权纠纷案	192
第三节	两种游戏软件表现场景等外观感受完全相同侵权——A 与福州 B 科技有限公司、C 福州大利嘉城 D 电器商行、乌鲁木齐市 E 电器商行、F 侵犯计算机游戏软件著作权纠纷案	200
第四节	职务作品——职工 Z 与中国 D 租赁公司侵犯计算机软件著作权案	206
第五节	利用原单位的技术资料,为其他单位创作计算机软件侵权——T 设计院与上海 G 科技公司、L 版权侵权纠纷案	209
第六节	自身软件源程序与目标程序不对应的法律后果——北京 H 公司网络技术有限公司、北京 S 公司计算机技术有限公司诉北京 B 公司通信技术有限公司、L、T 侵犯计算机软件著作权纠纷案	211
第七节	原告未提供被控侵权软件,这样的官司能胜诉吗?——北京 S 科技有限公司与 A 信息技术(北京)有限公司侵犯计算机软件著作权纠纷案	216
第八节	多次下载并使用他人试用版软件侵权——北京 T 信息技术有限公司诉北京 Y 数图科技有限公司侵犯计算机软件著作权纠纷案	218
第十三章	商标权诉讼指南	220
第一节	近似商标侵权标准——某国际饭店管理有限公司对某软件资讯有限责任公司软件商标提出异议案	220
第二节	著作权及商标权转让合同纠纷	222
第十四章	商业秘密诉讼指南	226
第一节	商业信息的保护条件——孙某等人侵犯 B 公司软件商业秘密纠纷案	226
第二节	竞业禁止——北京 A 软件信息技术有限公司诉被告北京机械工业 B 研究所、乔某等人侵犯商业秘密、不正当竞争纠纷案	230

第三节 商业秘密的范围和内容确定——某研究院诉离职员工侵犯商业秘密纠纷案	247
第四节 未经许可在网站中设置他人软件作品的下载侵权——T 科技(深圳)有限公司诉陈某著作权侵权及不正当竞争纠纷案	251
第十五章 商业秘密犯罪诉讼指南	255
李某、徐某、龚某犯侵犯商业秘密罪	255

上篇 中国软件企业 法务治理实务

第一章 中国软件企业法务治理顾问聘请

第一节 软件企业如何选择法务治理顾问

一、委托专业律师

律师的专业领域划分是很细的。没有进行专业划分的律师,很难成为专家型律师。法律条文本身浩如烟海,不同行业的具体情况又不同,企业需要的是专家型律师,律师可以对其他行业的业务不熟悉或者陌生,但企业要聘请的律师必须是企业本行业领域的法律专家。专业律师要对本行业的法律事务有深入的研究,做到处理问题精准、高度前瞻和灵活。专业律师在对本行业深入了解的基础上,为企业进行法律导航,避免损失。

知识产权型企业是专业性很强的企业类型。区别于房地产、证券金融公司,其有鲜明的特点。软件企业聘请的公司治理法律顾问,绝不应该是房地产、金融或与软件关联性不大的其他领域的律师,也不应该没有专业划分,“万能”型律师。软件企业聘请的顾问应当是公司治理律师,进一步细化,应当是专门以软件企业为服务对象的公司治理律师。

二、委托人考察事项

软件企业考察律师事务所,主要是看事务所的信誉、专业领域,执业律师的信誉、专业经验也是考察的重要内容。一般情况下,软件企业对事务所和律师是慕名而来,还有较多的是朋友熟人介绍,介绍的委托率很高,“信任”起到了很大作用。朋友是值得信任的,朋友介绍的律师应当不会错。笔者一些软件企业客户就是经朋友介绍认识的。实践证明,这些客户对律师顾问的忠诚度是非常高的,非常尊重律师顾问,他们深刻地认识到,律师的工作是他们无论如何经营中不可缺少的,律师和他们是相互忠诚的朋友,律师是“可爱的人”。笔者深深地

体会到,律师对于那些忠诚的值得尊敬的企业家们,重要至极。只要是律师提出的方案,大多数他们都会遵循。笔者作为一名软件领域的律师深感欣慰和骄傲。我更应当感谢支持我工作的“上帝”们——软件企业的股东和老总们。

软件企业一般都会考察待聘公司治理法律顾问律师的执业经历。慕名而来、介绍或通过其他渠道(律师的书籍或演讲等)了解到律师的,都会有一两次的前期接触。客户会在感官上观察律师的言谈举止、语言表达能力、综合素质等,在交谈时可能会就具体法律问题进行咨询,有的客户急于处理某一项目或事件,初步考察对律师认可后,就会单刀直入,直接询问顾问收费方式和价款,没有疑问后便当日签约。

三、委托人考察的一般流程

不同的客户对律师的考察方式不尽相同,但都会遵循一个相似的流程。首先,初步交谈。一般在客户的单位里进行;其次是进一步交流,一般是在律师的事务所里进行,这次交流,主要是考察律师事务所的规模,所里律师的数量。待聘律师的法学功底和实践经验都会在这次考察中被涉及。这一环节客户很重视事务所的服务,如前台的礼貌程度,是否及时安排座位和斟上茶水或咖啡。所里其他律师或工作人员给客户的印象也很重要。如果客户对事务所很满意,对待聘律师也比较认可,那么签约可能性就很大了。有些客户可能当场问及如何收费,有些则先离开,回头打电话来问及收费问题。立刻签约的情形一般较少,大多数还要进一步考虑和再深入交流,也许这一次你就拿回了沉甸甸的“责任”——支票。

第二节 软件企业如何咨询法务治理问题

一、法务问题的提出

客户很想深入交流,可能会向你咨询他认为很重要的问题。律师这次的解答是否能让其满意,决定委托与否。笔者现在的一个客户是一位软件企业家,她是通过我的另一个顾问单位的经理(她的朋友)介绍找到我,较为信任我,她之所

以找到我,是因为她想聘请一位软件专业律师。在深入交流阶段,她讲出了她下一步最想解决的法律问题:软件的开发投资。

二、法务问题初步解答

这一问题不但涉及软件权属问题(另一个拟投资人正在开发该软件),还涉及双方合作模式、管理模式、分配方式、合作期限和期满后的后续问题。这是典型的软件法律问题,不了解软件开发、登记、许可、服务全程细节的律师很难把握住重点。针对这一问题,笔者指出,软件权属是核心问题;但一切问题的前提是股权。紧接着我具体分析每一环节的合作方式和步骤,指出了其中的风险和防范方法。

笔者的这一方案是法律智慧的结晶,是企业老板所希望听到的,方案具有灵活有机性、客观实用、合法完善,她和我谈完话后,亲自给我斟上一杯茶水,激动地说“律师,我们就这么做!”接下来的事就是签顾问协议了。

第三节 软件企业如何签订法务治理协议

一、法务治理顾问协议签订

顾问协议的签订是律师期盼的,但不能强求。顾问不是赚钱的机器,责任才是顾问的灵魂。当一个企业把它的法律事务交给你的时候,你面对的不是这个单一企业的问题,你要面对与委托人相关的全部主体。把企业利益和社会正义统一起来,顾问的灵魂才上升到一个更完美的高度。因此,你是企业的顾问,你同时又是社会安定和谐的卫士。依法保护委托人的利益是公司治理法律顾问的天职。签订协议是水到渠成的事。

二、公司治理法律顾问协议的基本内容

顾问协议包含的条款一般是律师所起草好的格式文本,没有特殊要求,客户和事务所在落款处签字盖章。顾问的期限一般是一年,可以续签或自动续期。其中双方的权利义务约定得都很明确,主要是约束律师的责任条款。在收费额度上客户和律师自由协定,有几万元人民币的,也有十几万元的、几十万元的,还

有可能是按时收费,每小时几百美元。自客户开始咨询或法律服务开始时计费,美元、欧元或人民币等,双方协定。以下是×××律师事务所与软件企业签订的顾问委托协议:

三、法务治理顾问协议范本

×××律师事务所法务治理顾问合同

合同编号:【 】

聘请单位:【 】

受聘单位:×××律师事务所

鉴于:甲方因业务发展需要,决定聘请乙方作为常年公司治理法律顾问提供法律服务;乙方同意接受该聘请并按照法律法规、行业惯例和律师之道德标准和行为准则为甲方提供以下法律服务。双方签订本合同,以便共同遵守。

第一部分 常年公司治理法律顾问服务内容与法律服务费

乙方作为甲方常年公司治理法律顾问,应当按照本合同约定的如下内容以及双方不时订立的合同为甲方提供以中文为工作语言的中国法律服务。

1 常规法律服务

1.1 合同审查或起草

1.1.1 工作内容:应甲方要求,对甲方拟签订的各类合同,进行法律审查或起草合同文本,但属于专项法律服务内容的除外。

1.1.2 乙方成果:应甲方要求,审查合同并向甲方提交合同法律审查意见书或合同修改稿或提交起草的合同文本。

1.2 法律意见

1.2.1 工作内容:应甲方要求,就甲方业务活动和内部经营管理中涉及的法律问题提供法律意见;协助甲方对企业经营决策,提出法律防范措施;协助建立健全甲方规章制度,特别是合同管理制度;对企业经营过程中已经存在的或可能存在的法律纠纷提供法律评估意见,并提出风险防范措施。

1.2.2 乙方成果:根据甲方的要求和需要,提供书面的法律意见书或口头的法律意见。随时接受甲方就经营活动中提出的法律咨询。

1.3 律师函

1.3.1 工作内容:应甲方要求,就甲方在业务活动及内部经营管理活动中