

● 信息网络知识产权法律丛书

软件网络

主编 浦增平 俞云鹤 寿步

法律评论

Ruanjian Wangluo Falu Pinglun

上海交通大学出版社

信息网络知识产权法律丛书

总主编 寿步

软件网络法律评论

组织编写

上海市律师协会信息网络法律研究委员会

上海市律师协会电子商务法律研究委员会

上海软件保护联盟

主 编 浦增平 俞云鹤 寿 步

上 海 交 通 大 学 出 版 社

内 容 提 要

本书由上海市律师协会信息网络法律研究委员会、上海市律师协会电子商务法律研究委员会和上海软件保护联盟面向律师和其他人士征稿后选取佳作系统整理汇集而成。这些论述对软件、信息网络、电子商务和知识产权法律的新问题进行了深入的探讨。

本书适合关注信息网络和知识产权法律新问题的律师、法官和研究人员以及法律和电脑网络相关专业的学生阅读,也适合其他对信息网络与知识产权法律问题有兴趣的读者参阅。

图书在版编目(CIP)数据

软件网络法律评论 / 浦增平, 俞云鹤, 寿步主编.
—上海: 上海交通大学出版社, 2004
(信息网络知识产权法律丛书)
ISBN 7-313-03543-8

I. 软... II. ①浦...②俞...③寿... III. 计算机
网络—软件—知识产权—研究—中国 IV. D923.404

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第121951号

软件网络法律评论

浦增平, 俞云鹤, 寿步 主编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路877号 邮政编码200030)

电话: 64071208 出版人: 张天蔚

常熟市文化印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 880mm × 1230mm 1/32 印张: 9 字数: 255千字

2004年1月第1版 2004年1月第1次印刷

印数: 1—3 050

ISBN 7-313-03543-8/D · 097 定价: 16.00元

版权所有 侵权必究

主 编

浦增平 俞云鹤 寿 步

撰稿人

寿 步 叶珽刚 胡 钢 傅 钢 袁真富
杨 迅 高 云 赵丽梅

主编简介

- 浦增平** 上海市泛亚律师事务所主任,上海市律师协会信息网络法律研究会主任,上海仲裁委员会仲裁员,上海证券法研究会办公室主任,中华全国律师协会民事专业委员会委员
- 俞云鹤** 上海市广庭律师事务所合伙人,上海市律师协会电子商务法律研究会主任,上海仲裁委员会仲裁员,中华全国律师协会信息网络与高新技术专业委员会委员
- 寿 步** 上海交通大学法学院知识产权法学教授,上海软件保护联盟主任,上海市政府信息化专家委员会委员,中国法学会知识产权法研究会理事,中华全国律师协会信息网络与高新技术专业委员会副主任,主持中国网络律师网站(www.netlawcn.com)

目 录

软件著作权保护	(1)
● 论软件最终用户问题	(3)
一、我国软件著作权保护的立法进程	(4)
二、解决软件最终用户问题的依据应为“拟制说”	(13)
三、从日本著作权法看软件最终用户问题	(18)
四、从我国台湾地区著作权法看软件最终用户问题	(22)
五、结论	(26)
● 上海软件企业知识产权保护状况调查分析报告	(28)
一、主要数据	(28)
二、调查结论	(29)
三、附问卷调查及其结果分析	(29)
域名与商标	(43)
● 评 P&G 有关网络域名与商标冲突的案件	(45)
一、对商标与网络域名的理解	(45)
二、对案件的评述	(50)
● 解析中国域名新政策	(60)
一、困境中的 CN 域名	(60)
二、困境的症结	(61)
三、困境中的探索	(63)
四、解放了的 CN 域名	(64)
五、前瞻,十月的中国域名状况	(65)
● “世界杯”域名的法律保护	(67)
一、“Worldcup2002.com”等 15 个域名案	(68)

二、“Worldcup.org”与“worldcup-tv.com”域名案	(73)
● 奥林匹克域名的法律对策	(77)
一、侵权事实与后果	(77)
二、对策分析	(80)
三、有关奥运域名的成功案件	(80)
四、建议	(82)
● 试论商标的合理使用及其判断标准	(83)
一、问题的提出	(83)
二、合理使用的涵义	(84)
三、商标合理使用的模式	(85)
四、商标合理使用的判断标准	(89)
五、结语	(92)
● 商标的法律规避及其风险预测	(94)
一、商标抢注的规避	(94)
二、商标禁用的规避	(96)
三、他人在先权利的规避	(98)
四、商标的规避措施	(100)
知识产权法律问题	(105)
● 高科技社会中知识产权的利益与法理分析	(107)
一、导言	(107)
二、高科技发展态势及其影响	(112)
三、传统知识产权法的利益平衡	(120)
四、高科技社会中的知识产权立法	(129)
五、知识产权法的发展与消亡	(143)
六、我国知识产权立法的思考与对策	(160)
● COPYLEFT VS. COPYRIGHT: 颠覆与扬弃	(169)
● 标准——一把锋利的双刃剑	(172)
一、现象	(172)
二、标准的涵义及作用	(173)

三、标准与知识产权的关系及其作用的巨大转变	(174)
四、标准战略的一般运作模式	(176)
五、我国企业如何应对标准之争	(179)
● 平行进口与权利限制	(183)
一、平行进口的概念及表现	(183)
二、权利利用尽的理论困境	(185)
三、权利限制框架中的平行进口	(189)
四、平行进口的立法选择	(191)
五、结语	(195)
网络法律综合问题	(197)
● 网络游戏产业发展相关的政策和法律问题	(199)
一、网络游戏产业发展相关的政策问题	(199)
二、网络游戏产业发展相关的法律问题	(208)
● 两大门户网站之争背后的法律和情理	(216)
一、搜狐剽窃新浪版权吗	(216)
二、新浪侵害搜狐名誉吗	(219)
三、本是同根生,相煎何太急	(221)
● 链接引发的法律问题探析	(223)
一、链接概述	(223)
二、链接与著作权侵权	(227)
三、链接与不正当竞争	(232)
四、链接问题解决方案的法律分析	(235)
● 网络黄毒治理与未成年人保护	(243)
一、网络黄毒的现状与危害	(243)
二、网络黄毒治理中的问题	(244)
三、网络扫黄相关措施	(248)
四、第三方责任	(252)
● 网络经济相关主体的法律规范	(256)
一、网络公司的法律规范	(256)

二、网站的法律规范	(260)
● 网站运作中的版权策略	(270)
一、版权的自我保护	(270)
二、侵犯他人版权的预防	(274)
三、侵权指挥的抗辩事由	(277)

软件著作权保护

论软件最终用户问题

我国对计算机软件的著作权保护,首先由著作权法明文规定。著作权法规定了受保护的作品的类型,计算机软件是其中的一种。著作权法还规定,计算机软件的保护办法由国务院另行规定。《计算机软件保护条例》就是与著作权法配套的行政法规。此外,还有相关的司法解释等重要的规范性文件。

在我国法律、行政法规、部门规章、司法解释、司法机关文件、行政机关文件以及与外国签订的双边协定等不同层次的法规文件中,现行有效的与软件著作权保护有关的文件主要有:

(1) 中华人民共和国著作权法(旧版 1991 年 6 月 1 日施行;新版 2001 年 10 月 27 日施行);

(2) 中华人民共和国著作权法实施条例(旧版 1991 年 6 月 1 日施行;新版 2002 年 9 月 15 日施行);

(3) 计算机软件保护条例(旧版 1991 年 10 月 1 日施行;新版 2002 年 1 月 1 日施行);

(4) 中美两国政府关于保护知识产权的谅解备忘录(1992 年 1 月 17 日签订;1992 年 3 月 17 日生效);

(5) 计算机软件著作权登记办法(旧版 1992 年 4 月 6 日施行;新版 2002 年 2 月 20 日施行);

(6) 实施国际著作权条约的规定(1992 年 9 月 30 日施行);

(7) 著作权行政处罚实施办法(旧版 1997 年 2 月 1 日施行;新版 2003 年 9 月 1 日施行);

(8) 中华人民共和国刑法(新版 1997 年 10 月 1 日起施行);

(9) 最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释(1998 年 12 月 23 日施行);

(10) 最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干

问题的解释(2002年10月15日施行)。

最终用户使用未经授权软件的法律责任问题(即软件最终用户问题)是近年我国法律界和社会舆论争议的一个焦点。本文将通过回顾中国软件著作权保护的立法进程、分析解决软件最终用户问题的理论依据、讨论日本和我国台湾地区的相关法律规定,对软件最终用户问题进行比较法的研究,进而得出结论。

一、我国软件著作权保护的立法进程

(一) 软件列为著作权法的保护客体和旧版软件保护条例的发布

在20世纪70年代到80年代的十多年时间内,日本曾经有过保护计算机程序的两种方案的激烈争论。一种是日本通产省提出的根据程序的特点采用单独立法的形式加以保护的方案,另一种是日本文部省提出的采用著作权法加以保护的方案。后一种方案与美国自己当时在立法中已经采取的软件保护方案一致。最后,在美国施加强大压力之后,日本国会于1985年通过立法,决定采用后一种方案。美国对同为世界经济大国的日本的国内立法尚且是如此干涉,对作为发展中国家同时又有巨大市场潜力的中国的软件保护立法施加影响,就毫不奇怪了。

中国软件著作权保护的立法进程,有着美国施加影响的明显痕迹。在1989年的中美知识产权谈判中,中国方面承诺在制定著作权法时,将计算机软件列为著作权法保护的客体。因此,在1990年颁布的著作权法中,计算机软件被列为受著作权法保护的一类作品,同时规定另行制定单独的保护办法。软件保护条例中的一些具体规定也明显出自美国版权法的类似规定。

(二) 中美知识产权谅解备忘录的签署和《实施国际著作权条约的规定》的发布

在中国1991年6月4日发布并于同年10月1日实施的旧版软件保护条例中,至少有两条规定或者说有两个问题是美国人不能满意的。

第一个问题,是关于“在本条例发布以后发表的软件,可向软件登记管理机构办理登记申请”和“向软件登记管理机构办理软件著作权的登记,是根据本条例提出软件权利纠纷行政处理或者诉讼的前提”的规定。对于美国的软件,上述规定意味着在1991年6月4日软件保护条例发布之前发表的美国软件就不能申请著作权登记,因而一旦发生著作权纠纷,美国软件的著作权人就不能申请行政处理、不能到法院起诉。换言之,只有在1991年6月4日之后发表的美国软件才可能在中国获得实质性的保护,而且这种保护还必须以办理软件著作权登记作为前提。

第二个问题,是软件保护条例关于软件著作权保护期为25年并可申请续展25年的规定。美国人要求的是一次给足50年的保护期,而不是25年+25年的保护期。

上述两个问题中,第二个问题实际上是在25年之后才会遇到的问题。而第一个问题则是当时的一个现实问题,意味着将美国在1991年6月4日之前已有的软件实质上排除在中国的著作权保护范围之外,这一问题对美国软件著作权人至关重要。

因此,美国通过1991年开始的中美知识产权谈判向中国施加了巨大的压力。在1992年1月17日谈判结束时签署的中美两国政府关于保护知识产权的谅解备忘录中,中国方面满足了美国方面的要求。据此,中国国务院在1992年9月25日发布的《实施国际著作权条约的规定》中规定:“外国计算机程序作为文学作品保护,可以不履行登记手续,保护期为自该程序首次发表之年年底起五十年。”这样,美国人对中国软件保护条例不满的上述两个问题都得到了令他们满意的结果。

如果说,上述第一个问题在没有解决之前,感觉吃亏的主要是美国人,因为他们的软件产业发达,在1991年6月4日之前发表的软件如果在中国得不到保护,他们在中国将损失巨大,那么,在1992年3月17日中美知识产权备忘录生效后,开始感到不满意的反而是中国的软件著作权人了。

因为,软件保护条例的上述两条规定此时对外国人不适用,对中国入则依然适用,即出现了对外保护水平高于对内保护水平的所谓“超国民待遇”问题。这里的第一个问题已经通过1993年12月24日由最高人民法院发出的一份通知获得解决。而第二个问题在当时并没有现实

的紧迫性,在 2002 年修改著作权法和软件保护条例时已经得到解决。

(三) 中美谅解备忘录关于最终用户使用未经授权软件问题的规定

在 20 世纪 90 年代以前的相当长时期内,对外来软件无偿的大规模商业性使用的情况(包括直接使用外文软件和对外文软件进行“汉化”后再使用)在中国极为普遍。其原因:一方面,是因为包括美国在内的软件大国本身对于采用何种法律保护软件开发者的权益尚处于探索研究阶段,包括世界知识产权组织在内的有关国际组织仍在探讨采用何种法律制度来保护软件;另一方面,中国建立专利制度和著作权制度的时间更晚,是在 20 世纪 80 年代中期和 90 年代初期。

在 1991 年开始的中美知识产权谈判中,美国方面原来是要求,对中国计算机最终用户所使用的美国人的计算机软件只允许再使用三年。经过谈判,美国方面放弃了上述要求。

对于中国的计算机最终用户来说,中美谅解备忘录的相关规定意味着,在中国开始保护美国软件著作权之前(即 1992 年 3 月 17 日之前),他们对美国软件的商业规模的使用,将不被追究责任;在中国开始保护美国软件著作权之后,他们仍然可以在原有范围内继续使用美国人的软件,而不承担责任。

应当注意到:上述免于承担责任的情况仅仅适用于在 1992 年 3 月 17 日中国开始保护美国软件著作权之前、已经装载在计算机内的美国人的软件。而事实上,软件在日常使用中往往是不断在升级的。

按照中美备忘录的规定,在中国开始保护美国软件著作权之后,就应当充分适用中国著作权法、著作权法实施条例、软件保护条例和《实施国际著作权条约的规定》等规定。显然,这里已经为将来追究计算机最终用户使用未经授权软件的责任埋下了“伏笔”。

显然,美国方面对于 1992 年 3 月 17 日之后中国计算机最终用户在“原有范围”之外使用未经授权的美国软件是不会置之不理的。

(四) 中美双方的换函和中国政府《行动计划》的制定

中国知识产权的立法进程基本完成之后,中国知识产权的执法情

况就成为美国方面关注的重点。在 1994 年开始的新一轮中美知识产权谈判中,美国就中国的知识产权执法问题向中国进一步施加压力。这一轮谈判,在 1995 年 3 月 11 日以双方换函的形式结束。这里,中国外经贸部部长与美国贸易代表的换函以及中国外经贸部部长函件的附件(即由中国的《有效保护及实施知识产权的行动计划》——简称“《行动计划》”)构成中美两国政府的谅解。

在这次谈判中,1992 年中美备忘录中埋下的追究最终用户使用未经授权软件的法律责任的“伏笔”开始起作用。在中国外经贸部部长致美国贸易代表并经其确认的函件中有这样一段话:“中美两国要求在两国各自的公共实体在其电脑系统中不使用未经授权的计算机软件复制品,使用合法计算机软件。同时要求提供足够经费使他们能够获得仅经授权的计算机软件。”注意:这是在中国的官方文件中首次直接涉及最终用户使用未经授权软件问题。在中国外经贸部部长函件的附件即《行动计划》中特别提到:“任何使用计算机软件的公共、私人、非营利机构应提供充足的资源购买合法的软件。”

(五) 国家版权局 1995 年通知和国务院 1999 年转发通知

对于中国的知识产权执法情况,美国方面显然不会满足于所见到的——一纸《行动计划》。因此,在美国又一次施加压力的情况下,1996 年中美之间进行了新一轮知识产权谈判。这次谈判的结果是中国外经贸部部长致美国代理贸易代表的信函以及有关实施 1995 年《行动计划》情况的两份说明。在其中的第二份说明中,提到了 1995 年 8 月 23 日的《国家版权局关于不得使用非法复制的计算机软件的通知》。通知说:“为了有效实施《中华人民共和国著作权法》和《计算机软件保护条例》,贯彻国务院《关于进一步加强知识产权保护工作的决定》,保护中外著作权人的合法权利,为计算机软件的开发、生产和经营提供良好的社会环境,促进我国对外经济、贸易、科技、文化合作,任何单位在其计算机系统中不得使用未经授权的计算机软件。”应当说,这一通知对于其中所涉及的中国“单位”事实上几乎没有产生任何实际的影响;中国“单位”作为最终用户使用未经授权软件的情况几乎没有任何变化。

1996年以后,中美之间的知识产权争端处于暂时平息的阶段。

1999年年初,中国加快了就中国加入世界贸易组织与美国进行的双边谈判。在此背景下,国务院办公厅于1999年2月24日向各省、自治区、直辖市人民政府和国务院各部委、各直属机构转发了三年半之前的国家版权局上述通知。国务院办公厅通知说:“经国务院批准,现将《国家版权局关于不得使用非法复制的计算机软件的通知》转发给你们,请认真贯彻执行。”

可见,20世纪90年代的中国软件著作权保护立法进程基本上是在向国外学习、引进同时又不断受到外来压力的过程。

(六) 1999年由微软诉亚都案引发的关于软件最终用户问题的论战

1999年5月,在中国驻南斯拉夫大使馆被炸后不久,美国微软公司在北京市第一中级人民法院起诉北京亚都科技集团在办公电脑中使用未经授权软件一案由传媒曝光。由于是在特殊的时期,由特殊的原告,就我国现实生活中广泛存在的最终用户使用未经授权软件问题进行起诉,该案引起了我国传媒和全社会的广泛关注。

微软诉亚都案所涉及的最终用户使用未经授权软件是否承担法律责任的问题,在中国软件知识产权界引发了从1999年8月至12月的一场学术论战。

1. 论战一方(“合理保护论者”)的主要观点〔1〕

(1) 一个国家的知识产权保护水平应当与其经济、科技、文化和社

〔1〕 详见寿步在1999年8月至12月撰写的四篇评论,载寿步、方兴东、王俊秀编:《我呼吁》,吉林人民出版社,2002年1月版,第77~130页:

①《软件侵权如何界定——从微软诉亚都案谈起》,1999年8月9日《计算机世界》报;1999年8月12日刊于新浪网:<http://tech.sina.com.cn/news/computer/1999-8-12/4035.shtml>,<http://tech.sina.com.cn/news/computer/1999-8-12/4036.shtml>。

②《正常水平还是超世界水平——再论软件侵权如何界定》,1999年9月13日刊于新浪网:<http://tech.sina.com.cn/news/review/1999-9-13/6494.shtml>。

③《经济实力与知识产权保护水平——三论软件侵权如何界定》,1999年10月16日刊于新浪网:<http://tech.sina.com.cn/news/review/1999-10-26/9565.shtml>。

④《专家评论微软起诉亚都被驳回一事》,1999年12月19日刊于新浪网:<http://tech.sina.com.cn/news/it/1999-12-19/13708.shtml>。

会发展水平相适应。知识产权保护对于发展中国家是一把“双刃剑”。在遵守相关“世界水平”的前提下,我国的知识产权保护水平应当与我国的经济科技社会文化发展水平相适应。

(2) 根据著作权法原理,著作权本来并不延伸到最终用户对侵权作品的使用,即所有作品的最终用户使用侵权作品本来都不构成侵权。所以,最终用户使用未经授权软件本来也不构成侵权。

(3) 在最终用户使用未经授权软件问题上,法律保护水平的“第一台阶”是并不将软件侵权的最终界限延伸到任何最终用户,TRIPs 协议就属于“第一台阶”。在一些发达国家和地区,将软件侵权的最终界限延伸到部分最终用户,这是“第二台阶”。如区分是营利性使用还是非营利性使用,是商业目的使用还是非商业目的使用,等等。“第三台阶”是将软件侵权的最终界限延伸到所有最终用户,即不论单位、家庭还是个人,不问其使用目的如何,只要使用未经授权软件就构成侵权。

(4) 坚决反对在中国实行“第三台阶”即超世界水平的保护。

(5) 根据当时有效的旧版软件保护条例追究最终用户责任的法律依据不足。

2. 论战另一方的主要观点

(1) 软件特殊,容易被复制,对软件的著作权保护要与其他作品不同,不仅要在制造、销售领域予以保护,禁止违法复制和销售;而且要延伸到最终用户,对软件最终用户的非法复制和非法使用也要禁止。

(2) 软件最终用户在使用软件时,往往伴随着复制行为,这就可能侵犯著作权人的复制权。所以,将软件作为著作权法保护对象时,著作权法有必要作出调整,规范软件最终用户的行为。

(3) 旧版软件保护条例已经对软件最终用户问题作出了规定,已经达到了“第三台阶”。

微软诉亚都案在当年年底有了结果。1999 年 12 月,法院从诉讼程序的角度作出裁定,驳回了美国微软公司对北京亚都科技集团的起诉。法院没有就软件最终用户使用未经授权软件是否构成侵权和如何承担侵权责任问题作出实体判决。