

梁慧星 / 主编

民商法 论丛

CIVIL AND COMMERCIAL LAW REVIEW

金桥文化出版(香港)有限公司



2000年第1号

总第16卷

VOL · 16

民商法论丛

2000 年第 1 号 / 总第 16 卷

梁

慧

星

——
张

编

金桥文化出版(香港)有限公司

民商法论丛（总第16卷）

主编 梁慧星

责任编辑 凌 冬

出版·发行 金桥文化出版（香港）有限公司
香港中环干诺道中68号华懋广场二期
六字楼A室

北京办事处 电话（010）68028094

深圳办事处 电话（0755）5517258

中国内地进口总代理 中国出版对外贸易总公司

中国内地发行总代理 现代书店有限公司

印刷 福利印刷

版次 2000年8月第1版第1次印刷

书号 ISBN 962-85837-1-9

出版声明 版权所有 侵权必究

卷首语

本卷是民商法论丛第16卷(2000年第1号)。

【专题研究】栏选刊七篇论文。一是欧阳瑜的《电脑多媒体的著作权保护》。作者参考发达国家的立法和实践,对多媒体的特征、定义,多媒体作品所产生的权利,多媒体开发过程中遇到的法律问题等作了全方位的研究,并对我国著作权法修正案提出修改建议,值得重视。二是王庭熙的《平行进口中的知识产权保护问题》。平行进口是知识产权法领域最有争议的问题,各国立法及司法实践对平行进口是否合法存在分歧。本文对平行进口问题作了系统的研究,并对我国立法和司法应采取的对策提出若干建议,有重要参考价值。三是刘桥的《注册会计师民事责任研究》。本文以注册会计师对上市公司会计报表的审核业务为核心,以我国现行法为依据,参考国外立法和判例学说,对作为专家责任之一的注册会计师责任,区分为注册会计师的违约责任和侵权责任两种情形,作了比较系统的研究,有重要价值。四是傅郁林的《海上货物留置权制度比较研究》。我国海商法规定的海上货物留置权,是从英美法借鉴而来的制度,与大陆法民事留置权有诸多差异。作者尝试运用功能主义的比较法方法,研究各国海上货物留置权制度,并对我国海商法留置权制度的解释适用提出建议。五是邢海宝的《推定全损与保险委付》。推定全损是海上保险所特有的重要制度,本文结合我国海商法的规定,参考外国有关制度,对推定全损和保险委付作了全面系统的研究,对于此制度的解释适用和进一步完善,有参考价值。六是邓德雄的《论我国外贸代理制之与国际接轨》。

鉴于我国外贸代理的实践与民法通则所规定的直接代理制度的差异,统一合同法在借鉴国际代理公约的基础上增设了间接代理制度。此项制度如何与民法通则的固有制度整合,如何求得正确的解释适用,有待于学说和实务的共同努力。此即本文所追求的目的。七是汤欣的《论公司法与合同自由》。关于公司法的本质及公司法的基础理论,20世纪80年代后期在美国法学界引起激烈的争论,所谓公司的合同理论对理论和实务产生了重大影响。本文对支持和反对此理论的观点作了客观的介绍,并在此基础上提出自己的观点,值得一读。

【立法问题】栏刊载编者的《制定中国物权法的若干问题》。1998年3月民法起草工作小组第一次会议,讨论了由编者提出的物权法立法方案(草案),最后作出决议:委托编者按照该立法方案起草物权法草案。至1999年10月,中国物权法草案建议稿及立法理由书已提交立法机关,同时交付出版。本文有助于读者了解中国物权法草案建议稿的立法思想、基本原则和重要制度设计。

【法学源流】栏选刊易继明的《大陆私法的源流》一文。中国之属于大陆法系是由清末法制改革所决定的,制定一部现代化的完善的属于大陆法系风格的中国民法典,是我们所面临的最为重大的立法任务。本文研究了大陆私法是怎样形成和发展的,值得一读。

【域外法】栏刊载三篇文章。一是纳尔森·厄农常的《违约与精神损害赔偿》,是由肖厚国翻译的。违约赔偿是否以金钱损害为限,学说判例似有分歧。我国合同法立法和理论,原则上不承认精神损害赔偿。但是否有例外情形,哪些违约情形可以作为例外认可精神损害赔偿,尚不清楚。本文立足于对英国判例的分析,试图确立若干判断基准,无疑具

有参考价值。二是段匡的《日本债权人代位权的运用》。统一合同法第73条规定了债权人代位权,该制度如何运用,有待于法院的实践和理论的探索。本文介绍日本民法债权人代位权的运用的判例学说,可供参考。三是尹田的《法国不动产公示制度》。各国关于不动产公示制度有登记生效主义与登记对抗主义之分,登记生效主义以德国为代表,登记对抗主义以法国为代表,中国物权法草案建议稿系采登记生效主义。本文介绍法国不动产公示制度,对于我们了解登记对抗主义的根据、程序和法律效果显有帮助。

【硕士学位论文】栏选编四篇论文。一是袁晓东的《独创性理论研究 with 实证分析》,二是胡永庆的《“直接适用的法”的理论研究》,三是朱宏文的《国际保理若干法律问题研究》,四是周宏楷的《船舶所有权论》。均属于近年硕士学位论文的佳作。

【资料】栏刊载《联合国国际贸易法委员会国际贷记划拨示范法》,是由刘颖翻译的。

近年来医疗损害的赔偿问题成为一个重要的热点。实际生活中,许多医疗损害的受害人得不到公正赔偿,盖源于混淆了医疗损害的民事责任与医疗事故的行政责任,将是否构成“医疗事故”作为被告是否承担损害赔偿责任的条件。“医疗事故”,是医疗行政上的用语,是对医院或医师追究行政责任的根据。因此,《医疗事故处理办法》对“医疗事故”的构成,作了严格限定,必须是“因医务人员诊疗护理过失,直接造成病员死亡、残废、组织器官损伤导致功能性障碍”,才属于“医疗事故”。虽有诊疗护理过失,而损害后果未达到死亡、残废和功能性障碍,不构成“医疗事故”。严格限定“医疗事故”的构成条件,据以追究责任医院或责任医师的行政责任,是合理的和适当的。但不能将“医疗事故”作为判断医院

或医师是否承担民事责任的根据。按照民法通则的规定,医院或医师对受损害的患者承担侵权责任的条件是:因诊疗护理过失造成患者人身遭受损害,而不论损害后果是否严重。按照合同法的规定,医院或医师对受损害的患者承担违约责任的构成条件是:因医院或医师的违约行为造成患者人身或财产遭受损害,同样不论损害后果是否严重。损害后果是否严重及严重程度,仅是决定医院或医师承担损害赔偿 responsibility 大小(赔偿金额多少)的根据。关于医疗损害赔偿的归责原则,应适用一般侵权责任和违约责任的归责原则。按照合同法第 122 条关于责任竞合的规定。如果受害人选择侵权责任,应当适用民法通则第 106 条第 2 款规定的过错责任原则,即以医院方面有过错为条件;如果受害人选择违约责任,应当适用合同法第 107 条规定的严格责任原则,即以医院方面有违约行为为条件。鉴于医疗行为的特殊性,受害人往往难以举证证明医院方面有过错或有违约行为,因此,在举证责任的分担上,可考虑由医院方面对自己是否有过错和违约行为及是否存在因果关系负证明责任,患者方面仅须对自己因接受治疗而受到的损害事实负证明责任。医院方面可以通过证明自己没有过错和违约行为,或证明自己的过错或违约行为与患者的损害事实没有因果关系,而获得免责。据说有关方面正在考虑修改《医疗事故处理办法》,建议删除其中关于一次性经济补偿的第 18 条,同时尽快实行强制性的医疗损害保险。

编者于 2000 年第一个国际消费者权益日

《民商法论丛》的宗旨是，从我国改革开放和发展现代化市场经济的实际出发，广泛参考发达国家和地区民商事立法的成功经验和最新判例学说，研究民商法的基本理论和重大法律问题，为我国民商事立法的现代化和审判实务的科学化提供科学的法理基础，提升我国民商法理论水准，培养民商法理论人才。按照编辑方针，本丛书将每年出版三卷，每卷60万字。内容包括：一、法学方法论；二、专题研究，包括民法、商事法、域外法；三、判例研究；四、硕士学位论文；六、域外著名学者精典论著；七、重要立法资料。

目 录

卷首语

【专题研究】

- 电脑多媒体的著作权保护 欧阳瑜(1)
- 平行进口中的知识产权保护问题 王庭熙(43)
- 注册会计师民事责任研究 刘 桥(101)
- 海上货物留置权制度比较研究
- 功能主义比较法的一个注释 傅郁林(129)
- 推定全损和保险委付 邢海宝(163)
- 论我国外贸代理制与国际接轨 邓德雄(216)
- 论公司法与合同自由 汤 欣(270)

【立法问题】

- 制定中国物权法的若干问题 梁慧星(342)

【法学源流】

- 大陆私法的源流 易继明(377)

【域外法】

- 违约与精神损害赔偿
- 【英】纳尔森·厄农常著 肖厚国译(486)

日本债权人代位权的运用	段 匡(524)
法国不动产公示制度	尹 田(546)

【硕士学位论文】

独创性理论与实证分析	袁晓东(580)
“直接适用的法”的理论研究	胡永庆(646)
国际保理若干法律问题研究	朱宏文(722)
船舶所有权论	周宏楷(789)

【资料】

联合国国际贸易法委员会国际贷记划拨示范法	刘 颖译(879)
-------------------------------	-----------

【专题研究】

电脑多媒体的著作权保护

欧阳瑜

目 次

- 一、前言：研究多媒体法律保护的必要性和紧迫性
- 二、多媒体的特征和定义
- 三、多媒体在开发过程中遇到的法律问题
- 四、多媒体在法律上的定位
- 五、多媒体作品产生的权利问题
- 六、对我国著作权法修正案的一些建议
- 七、结束语

一、前言：研究多媒体法律保护的必要性和紧迫性

1999年11月16日，中国与美国终于就中国加入WTO达成了双边协议，这标志着中美之间关于加入全球最大贸易组织的双边谈判正式结束，从而为中国人世扫清了最大障碍。中国将开放电讯市场和国际互联网，各大世界高科技公司将进入中国，由此而来的是中国信息高速公路的迅速发展。

信息数字化技术不仅成为改变人们共同工作方式和生

活方式的手段,而且对现有版权理论带来了巨大冲击,这种冲击自 20 世纪 70 年代中期至今大致经历了三个阶段。第一阶段是文字信息媒体的数字化与传统版权保护的矛盾。第二阶段是图形信息媒体的数字化传统向版权保护理论的再次发难。第三阶段则是多种信息媒体的数字化向版权理论的又一次挑战。第三阶段多媒体技术的出现,对现有版权理论的冲击尤为猛烈。^[1]

自 1993 年起,以美国为首的发达国家掀起了一股建设信息高速公路的热潮,现已逐渐波及到发展中国家。我国从 1993 年 12 月起,开始组织实施国民信息化工程建设。“国家信息基础设施”(National Information Infrastructure,简称 NII)已成为各个先进国家极为重要的建设目标,日本早在 1992 年 6 月于文部省文化厅著作权审议会下组成多媒体小组,针对多媒体衍生的法律问题进行研究。^[2]1995 年美国的“知识产权和国家信息基础设施报告”(“Intellectual Property and the National Information Infrastructure”),专设一节分析多媒体问题。欧共体于 1995 年底通过 INFO200 计划项目,该计划的目的是鼓励欧洲的信息提供者开发多媒体产品和服务,以促进欧洲信息产品的发展,激励竞争,满足市场需要。

自美国推出“国家信息基础设施”(NII)的设想,欧洲联盟(EC)也接着打出全球欧洲网络(GROBAL EUROPEAN NETWORK;GEN)的旗帜。日本也不甘落后,提出由政府主导,和亚洲各国携手建立“亚洲信息基础设施”(ASIA INFORMATION INFRUSTUCTURE;AII)。我们可以想象,在 NII 架构之下,多媒体将占重要的地位。由于多媒体是 NII 架构下流通的信息形态,而 NII 又可以发挥多媒体互动性(Interactive)的功能,因此,可以这么说,谁掌握多媒体

的关键技术,谁就能主导并决定未来人类的生活方式,而成为下一个时代的霸权,不论在经济上或文化上皆然。^[3]下表进一步列出世界各先进国家对多媒体立法的探讨。

时间	国家或国际组织	题目	内容提要
1992年 9月	欧盟委员会	关于多媒体的报告 REPORT ON MULTMEDIA	提出了发展多媒体的工业和技术策略,并指出欧盟成员国版权制度的冲突和不确定性可能阻碍多媒体市场的发展。
1994年 5月	欧盟	鲍格曼报告 BANGEMANN REPORT	提出为促进新兴的多媒体制品和服务的发展,适应信息社会的需要,应当重新考察现有的法律,并作必要的调整。
1995年 7月	欧盟	信息社会版权和 有关权的绿书 THE GREEN PA- PER ON COPY- RIGHT AND RE- LATED RIGHT IN THE INFOR- MATION SOCI- ETY	提到多媒体的问题
1996年 11月	欧盟	绿色皮书续后 FOLLOW-UP TO THE GREEN PAPER ON COPYRIGHT AND RELATED RIGHT IN THE INFORMATION SOCIETY	提到多媒体的问题

续表 1

时间	国家或 国际组织	题 目	内容提要
1997 年 12 月	欧盟		考虑制定多媒体的指令
1998 年 6 月	德国	调整信息时代的 计算机网络通讯 的法律 IUKDG	为多媒体确立了法律 框架
1995 年	美国	知识产权和国家 信息基础设施的 报告 INTELLECTUAL PROPERTY AND THE NATION- AL INFORMA- TION INFRAS- TUC TURE	专设一节分析多媒体 问题
1995 年 2 月	日本	针对多媒体软件 所使用素材著作 权清理的初步报告 PREL IMINA- RY REPORT- FOCUS ON THE CLEA RANCE OF RIGHTS IN WORKS TO BE USED AS MA- TERIALS FOR MULTIMEDIA SOFTWARE	研究适当的著作权清 理制度。同时研究多 媒体制作者及使用者 如何合法取得多媒体 素材授权的问题

续表 2

时间	国家或 国际组织	题 目	内容提要
1995 年 11 月	日本	绿皮书 (GREEN BOOK) A REPORT ON DISCUSSIONS BY THE WORKING GROUP OF THE SUBCOM- MITTEE ON MULTIMEDIA	对于多媒体软件所衍 生的著作权相关问题 与解决有深入的研究 分析
1995 年 11 月	加拿大	著作权与信息高 速公路报告初稿 PRELIMINARY REPORT ON COPYRIGHT AND THE IN- FORMATION HIGHWAY	关注到多媒体的法律 保护问题
1995 年 6 月	台湾地区 资策会	多媒体节目著作 权法修法建议草 案	建议为配合多媒体新 兴科技的特殊性,应尽 快修正著作权法,才能 够有效解决多媒体节 目或数位化产品所产 生的纠纷,使相关产业 及使用者有所依循

中国信息高速公路的发展较其他国家落后,要追上其他先进国家,除了大力发展科技外,还要解决法律的问题。而法律的落后往往是经济及科技发展的障碍。传统著作权理

论在受到现代数字化著作权新概念的冲击和挑战后形成的“新旧”矛盾关系,才是使我国著作权界为之困扰的最大难题。如果不正确处理好传统著作权与现代著作权之间的复杂关系,将对今后我国著作权的发展带来一定的负面效应。^[4]在落后的情况下,我国更应为多媒体产业的发展作一长远计划的急迫性,从而奠定国家信息基础设施的基石。

二、多媒体的特征和定义

由于多媒体产业是一种新兴的科技产业,因此世界各国的学者对多媒体的定义有所争议。到目前还没有统一的想法。本人认为,要研究多媒体的定义,必须从特征开始,再推导出它的定义。

(一)多媒体的特征

1. 多种形式的信息表现体

顾名思义,多媒体的其中一个特征表现在“多”字上。多媒体是以两种或两种以上的信息组成的。这些信息由声音、文本、图表、图片、动画、电脑程序等内容组成。因此,如果由一种信息组合而成的集合体,不可说这是一种多媒体。例如,把一些照片放进 CDROM 里,我们只可以说这是照片集,不能说是多媒体,但是,如果把这些照片加上音乐和(或)解说,以电脑程序把各种信息联系在一起,用户可以选择展示照片的同时播放音乐及解说,也可以只看其中一类甚至一张照片。这样,在电脑程序的控制下,用户可以按各自的喜好欣赏照片。

多种形式的信息表现体是多媒体必要的特性,没有了这种特性,就不能说是多媒体。

2. 数字化

由于多媒体是由电脑处理的,电脑只能处理数字化的资料,因此多媒体的信息必须以统一的数字化格式出现。数字化是多媒体最重要的特征之一。多媒体信息一旦被数字化后,就可以轻易地被别人复制、修改及利用,因此,这一特征引起很多的著作权问题。

此外,数字化也是多媒体产品与其他产品区别的主要特征。我们利用这一特征可以轻易地把多媒体产品与其他非数字化产品,如图书、书法、图片等区分开来。同时,信息数字化和数字压缩技术使多媒体制品能容纳庞大的信息量,例如一张 CDROM 可以容纳 30 万页的文字,19 个小时的录音、72 分钟的全屏幕录像和几千张彩色图像。^[5]

3. 互动性

互动性是传统的编辑作品没有的特征。这一特征主要有以下几种见解:有人认为用户可以通过一些命令,影响原著作的内容;有人认为用户可通过命令来影响作品的运行结果;也有人认为用户可通过一些命令改变程序运行的顺序。

笔者认为以现在的电脑技术,多媒体不但可以供用户使用参与,最吸引人的地方是可以改变其内容。例如上述的例子中,用户可以根据个人的喜好,增加、减少照片,使之成为具有个人特色的多媒体。

4. 信息的集合体

多媒体产品是大量信息的集合体,而且这些产品的信息都具有相同的特征。例如照片集是照片的集合体等。这一特征与数据库具有相同之处,但是,数据库的信息量更大,信息的结构更复杂。