

中国律师实战丛书·赢家策略

险中求胜

诉讼 ① 成功 ② 策略

◎ 雪 仁 著

Win By Narrow
Margin

中国人民公安大学出版社

中国律师实战丛书·赢家策略

险中求胜

——诉讼成功策略

雪 仁 编著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

险中求胜/雪仁编著. —北京:中国人民公安大学出版社,
2002.5
(中国律师实战丛书·赢家策略)
ISBN 7-81059-988-7

I. 险... II. 雪... III. 律师—辩护—案例—中国
IV. D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 030007 号

险中求胜

XIANZHONGQIUSHENG

雪 仁 编著

出版发行:中国人民公安大学出版社
地 址:北京市西城区木樨地南里
邮政编码:100038
经 销:新华书店
印 刷:北京牛山世兴印刷厂

版 次:2002 年 5 月第 1 版
印 次:2002 年 5 月第 1 次
印 张:12.125
开 本:850 毫米×1168 毫米 1/32
字 数:270 千字
印 数:0001~5000 册

ISBN 7-81059-988-7/D·841
定 价:25.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换

联系电话:(010)83905728

版权所有 翻印必究

E-mail:cpep@public.bta.net.cn

前 言

《反败为胜》一书成稿后，几位朋友读罢认为，若仅仅分析一审或二审败诉而二审、再审胜诉的民事案件，似乎在形式上过于单调，不足展现丰富多彩的诉讼技巧和辩护策略，于是有了本书《险中求胜》的诞生。

实践中，大量的案件是没有完胜的赢家的，也就是说，民事、行政诉讼中，当事人各执一端，势均力敌，法官总是各打五十大板，而刑事诉讼中，被告人经常是人赃俱在，几乎没有作无罪辩护的可能。律师在代理此类案件时，只能据理力争，或独出奇招，或步步为营，为当事人争得最大的利益，因此，诉讼策略和技巧在这里就显得更为重要，本书所选取的案件便是由此类案件组成。由于这些案件的对方当事人或公诉方往往理由充分，证据充足，当事人的胜诉只能是相对的胜诉，即判决对当事人比较有利或减轻了起诉书的指控，当然，这样的胜利也犹如虎口拔牙，颇费周折，来之不易，此为“险中求胜”之义。

作为《反败为胜》的姊妹篇，本书仍着重从真实的案件中挖掘律师之道，书中不仅仅有在全国轰动一时的大案，也有穷乡僻壤里一介草民的命案，不仅仅对若干民事案件的代理进行了详尽的分析，还包括对一些比较有争议的刑事和行政案件诉讼经验的总结。它不像许多充斥市场

的案例书那样，仅仅是大量案情和法律条文的堆砌，也不像判例汇编那样，仅仅是证据事实的列举与几句枯燥乏味的断语。本书最大的特点就是反映了在整个诉讼的经过以及律师在其中的工作。审判公开早已实现多年，但普通人除非参加到诉讼中来，很少有机会亲身经历庭审，甚至连判决书也难得一见，这种情况即便在法学院的学生中也很普遍。而制作判决书的法官也习惯于以“浓缩就是精华”的观念来写判决，律师的辩护意见常常被一言蔽之，绝难窥其全貌，加上辩护词或代理词又多为律所和律师们私藏，很少公诸于世，因此，很多精彩的辩护就只能成为律师在法官和当事人面前的一次性表演了，这不能不说是一种遗憾。所以，本书除了对各案涉及的疑难法律问题进行了深入的归纳分析以外，还致力于将案件中不为人所知的证据材料、控辩双方争议的焦点、律师在全案中的思维方式及执业技巧展现出来，以飨读者。

当然，本书是由几个专业领域不同的朋友合著而成，正所谓“艺术有专攻”，加上不同部门法的案件又有其不同的特点，因此读者在领略律师们高超的辩护艺术的同时，还可以感受到律师们各自不同的辩护风格，这也许是阅读本书的一种乐趣。另外需要指出的是，本书中的案例都来自真实的案件，为保护当事人的隐私权和名誉权，许多案件中故意隐去了当事人的姓名和单位。

律师作为当事人的委托代理人，恐怕从来都是仅从己方的利益出发考虑问题，或许可以称之为一种“片面的偏激”，因而律师的辩护意见可能并不是该案最公平、最合理的法律意见，而且本书成书仓促，错误之处在所难免，只有请读者谅解并指正。

目 录

险中求胜·案例一 朱云诉王芳、孙小丽计算机 软件侵权纠纷上诉案·····	(1)
险中求胜·案例二 中国农业银行宁波市某区支 行诉宁波市路华集团有限公司担保合同上 诉(再审)案·····	(21)
险中求胜·案例三 浙江省永固特种水泥(集团) 有限公司与浙江省迪丽房屋建筑公司拖欠工 程款纠纷上诉案·····	(36)
险中求胜·案例四 浙江继航运输服务有限责任 公司诉上海市上平轮驳联运公司、杜志刚、 谭积水等三人海上货物运输合同纠纷案·····	(56)
险中求胜·案例五 浙江国际信托投资公司诉浙 江联合远洋发展有限公司、浙江九龙建设 发展总公司委托贷款纠纷上诉案·····	(77)

- 险中求胜·案例六 张千芝诉上海市浦东区惠文
医院赔偿纠纷上诉案…………… (95)
- 险中求胜·案例七 秦某诉某高校拒发博士学位
证书、毕业证书案…………… (113)
- 险中求胜·案例八 某信托投资公司诉某原材料
总公司信托贷款担保合同纠纷案…………… (153)
- 险中求胜·案例九 某毛麻纺织工贸公司诉某国
际经济技术合作公司未履行购销合同供货
义务双倍返还定金案 …………… (170)
- 险中求胜·案例十 某化工试验厂与保险公司企
业财产保险赔偿纠纷案…………… (184)
- 险中求胜·案例十一 广西天达进出口贸易股份
有限公司与江西省靖荣物资总公司、广西
利远物资供销公司、广西远建公司无效联
营合同返还投资款纠纷再审申请案…………… (198)
- 险中求胜·案例十二 轻盈录音录像公司诉北
京某影视大学侵犯作品使用权纠纷案…………… (222)
- 险中求胜·案例十三 TMT 商标权属纠纷案 …………… (237)

险中求胜·案例十四 陈某、白某、秦某等人招 摇撞骗罪·····	(268)
险中求胜·案例十五 方某诈骗案 ·····	(284)
险中求胜·案例十六 安某被控贪污宣告无罪案 ···	(298)
险中求胜·案例十七 王某挪用资金案 ·····	(309)
险中求胜·案例十八 王某、战某等盗窃、爆炸 案·····	(324)
险中求胜·案例十九 雷某故意杀人上诉案 ·····	(339)
险中求胜·案例二十 帅康商业有限公司及齐某 等非法经营案·····	(352)
险中求胜·案例二十一 陈某、徐某挪用公款案 ···	(366)

险中求胜



案例一

计算机软件著作权纠纷上诉案
朱云诉王芳、孙小丽计

一、案件基本情况

原告朱云在参与设计的绒绣 CAD 基础上开发完成了“西拿电脑绣花打版系统”软件（以下简称“西拿绣花”软件），后又增加了飞梭打版功能，版本从最初的 3.0 逐步发展为 4.0、4.02、4.5、5.0 等版本，由上海通新科技实业公司（以下简称通新公司）进行销售。朱云的丈夫马国力系该公司西拿电脑技术开发部（以下简称西拿开发部）负责人，其于 1994 年 10 月 25 日以上海交通大学（以下简称交大）的名义与上海灵灵绣品有限公司（以下简称灵灵公司）签订了《技术服务合同》，将“西拿绣花”软件提供给灵灵公司使用。1997 年 4 月 8 日，朱云获得编号为软著登字第 0001634 号的“计算机软件著作权登记证书”（以下简称软件登记证书），登记软件名称为“西拿、飞梭绣花打版系统 V4.5”。一审被告王芳原系西拿开发部工作人员，因故离职后，与孙小丽合伙成立了上海浦东新区百特电脑技术开发部（私营合伙）（以下简称百特开发部），由孙小丽任负责人，经营“百特电脑刺绣系统”和“百特飞梭电脑刺绣设计系统”软件（以下简称“百特刺绣”软件和“百特飞梭刺绣”软件）。原审法院委托专家组对原告提交的“西拿绣花”软件（5.0 版本）和两被告提交的“百特刺绣”软件和“百特飞梭刺绣”软件作比较鉴定，结论为原、被告的两个电脑绣花打版系统软件同出一源。一审两被告在原审中承认使用了原告软件的部分源程序，比例约占 40% 左右。

朱云诉称，其在 1992 年底研制开发“西拿绣花”软件，1994 年完成并由通新公司西拿开发部开始商业上的应用，以后又在总结用户意见并参照国外同类产品先进功能的基础上，对该软件不断改进完善，增加了飞梭打版功能。被告人王芳是通新公司西拿开发部的原职员，在其任职期间秘密复制了该系列软件的源程序，并在辞职后，在修改了软件的用户界面的基础上将软件品牌改名为“百特”，以被告孙小丽的名义或上海浦东新区百特开发部的名义进行销售，其用户在上海和广州都有与其进行经常的商业往来，并且被告还直接在上海安装该软件系统为客户打版盈利，其非法所得已达百万元。因此，请求法院判令被告停止侵权、公开在报纸上赔礼道歉，赔偿原告经济损失 200 万元和承担本案诉讼费。

被告王芳辩称，一个软件产品的形成由四个阶段组成：需求分析和方法设计阶段；编码阶段；目标文件形成后的调试阶段以及使用、反馈、完善的维护阶段（即软件产品的市场化），其中调试和维护阶段贯穿整个软件的声明周期之中，并使软件产品的价值得以不断的增值。另外软件产品的开发，亦离不开物质和技术条件，其与原告是合作关系，共同经营西拿电脑技术开发部，且其在“西拿绣花”系列软件开发中，做了大量的工作，包括提供了物质技术条件、负责打版调试工作、提出了很多技术上改进的建议、起草软件操作说明书、并为扩大影响与孙小丽开设了浦东分部。因此，其和孙小丽对系统软件享有一部分权利是不容置疑的，并且，他们应该与朱云共同享有该软件的著作权。

被告孙小丽辩称，其与马国力等4人于1992年下半年合作成立了西拿开发部，进行计算机软件的开发，挂靠在上海微型电脑应用协会名下。同年底，朱云的“西拿绣花”软件获全国大学生科技成果奖，因此，4人决定对该软件进行技术上的进一步开发和完善，使之市场化、商品化。因调试和开发新功能的需要，王芳加入了4人的合作，承担了软件开发中的调试工作。后来由王芳专职负责调试并对外接受打版业务、收集信息、向原告朱云反馈软件存在的问题和需改进和增加的功能；马国力负责总体管理工作，朱云兼职进行软件修改，而孙则兼职协助各项工作。其退出合作后，与邮电部某科学研究院一高级程序员合作开发电脑打版软件，以后经过努力，开发完成了电脑飞梭打版系统软件并对打版过程进行了优化（主要是信号功能的改变），故“百特电脑刺绣系统”及“百特飞梭电脑刺绣设计系统”软件为百特电脑技术开发部独立开发的产品，其软件版权归百特电脑技术开发部所有。

同时，两被告在一审庭审过程中共同辩称，“西拿绣花”软件系上海交通大学研制开发，应由上海交通大学享有软件著作权，原告不是本案系统软件的著作权人，请求驳回原告朱云的诉讼请求。

二、一审法院认定及理由

一审法院针对原、被告双方的权属争议，致函上海交通大学，征询其是否主张“西拿电脑绣花打版系统”软件的著作权并参加本案诉讼。上海交通大学则表示不参加本

案诉讼，亦不主张权利。同时，一审法院就“西拿绣花”软件和“百特电脑刺绣设计系统”及“百特飞梭电脑刺绣设计系统”软件的差异，委托上海市技术监督事务所进行鉴定，专家组经鉴定后出具了鉴定结论，专家组一致认为，原、被告的两个电脑绣花打版系统软件同出一源。

一审法院同时要求双方当事人分别提供各自在开发软件过程中形成的相关材料，原告提交了软件开发中积累的大量材料，两被告以所有材料均在原告手中为由未予提交。

一审法院最终认定两被告败诉。一审法院认为：根据《软件著作权保护条例》的规定，软件著作权属于软件开发者；又两个以上的单位、公民合作开发的软件，除另有规定外，其软件著作权由合作开发者共同所有；软件开发者是指实际组织、进行开发工作，提供工作条件已完成软件开发，并对软件承担责任的法人或者非法人单位以及依靠自己具有的条件已完成软件开发，并对软件承担责任的公民。两被告未有证据证明为软件开发提供工作条件，其辩称亦不构成《软件著作权保护条例》所称的软件开发，故两被告不是“西拿绣花”软件的合作开发者，不能享有“西拿绣花”软件 5.0 版本的软件著作权。两被告辩称交大为软件开发者一节事实，已为交大的复函所否定。原告在绒绣 CAD 的基础上开发完成了“西拿绣花”软件，其作为软件开发者，享有上述版本软件的著作权。“百特刺绣”软件、“百特飞梭刺绣”软件与“西拿绣花”软件 5.0 版本同出一源，两被告亦承认其软件使用了“西拿绣花”软件的部分源程序，故两被告部分复制了原告软件作

品的事实清楚，证据充分，上述行为未经原告同意，已构成了对原告软件著作权的侵犯，依法应当停止侵害并承担相应的民事责任。据此判决：两被告应于本判决生效之日起停止使用、销售带有原告“西拿绣花”软件 5.0 版本源程序的电脑软件；两被告应于本判决生效之日起 10 日内在上海《解放日报》上刊登“启事”，向原告进行赔礼道歉（内容须经法院审定，版面尺寸不小于 9cm × 10cm），所需费用由两被告负担；两被告应于本判决生效后 10 日内赔偿原告经济损失 35 万元。案件受理费 3 万元，由原告负担 1 万元，两被告共同负担 2 万元；鉴定费 2 万元，由两被告共同负担。

判决宣告后，两被告不服此判决，提起上诉。

三、本案争议的焦点问题

本案的起因是原告朱云认为被告王芳、孙小丽未经原告同意非法使用其享有著作权的软件，因此，要求两被告停止对其权利的侵犯并赔偿其损失。在二审中，双方当事人均未提供新的证据。根据双方当事人的诉讼请求和辩称，本案涉及的实体争议的焦点问题主要有 3 个：一是原审法院认定朱云享有“西拿绣花”软件著作权是否有据；二是原审法院对电脑协会证明、通新公司证明、销售软件协议书等证据的确认是否正确；三是原审法院确定的赔偿金额是否合理。另外在程序上，朱云是否为诉讼的原告也是一个问题。本案的实质问题在于权利的归属和是否存在对权利的侵犯，因此，诉讼的进程就是围绕着这个问题展

开的。

一审判决后，两被告人不服一审判决，认为朱云并非本案所涉著作权的真正权利人，因此请求二审法院撤销一审判决，驳回被上诉人的一审诉请。

四、本案的法律分析及诉讼策略

显然，这个案子涉及问题较多，但该案却不是一个纯粹专业性的诉讼事例，对于律师来说他的任务就是依据法律来进行法律的论证和事实的说明，那么不管案件的性质如何，对律师来讲首先的问题就是先把本案所涉及的法律问题找出来，这样以后的问题就好解决了。本案属于权属纠纷，而且是一个有关知识产权的案子，律师在案件的开始阶段就会想到这个问题，然后再去确立诉讼的策略和所运用的技术。朱云的代理律师就是坚持了这一点，不管对方当事人的辩称如何，本方的诉讼策略就是坚持自己对“西拿绣花”软件的独立著作权，同时要求对方当事人停止侵权和赔偿损失，不论是在一审程序或者二审程序中，朱云一方一直坚持了这一思路，这样就从根本上否定对方当事人行为的合法性。被告的主张主要是在说明其也可以分享朱云的软件著作权所有权，因此，诉讼的关键就是明确权利的归属，排斥对方企图说明其拥有对软件著作权的努力，釜底抽薪，就可以从一开始就为当事人赢得了诉讼的主动。

（一）关于计算机软件的著作权法律保护问题

我国著作权法把计算机软件列为另行规定其保护方式的特殊作品，但在一般意义上还是将计算机软件视同为文字作品，给予保护，在 1992 年的中美知识产权谅解备忘录及世界贸易组织的知识产权协议就是如此精神。所以在诉讼实务中，也将计算机软件归入文字作品，尽管有专门的计算机软件保护条例，但也不是说给予计算机软件特别对待。那么，对我们律师来讲，同样也是一样的，就是计算机软件仅仅是著作权保护中的一个部分，除了其具有与其他文字作品具有的不同形式之外，对著作权的保护是在同样的水平上的，因此，律师对著作权法的认识基于对计算机软件的问题，同时在案件处理的时候，也要以计算机软件保护条例进行诉讼的代理。其实计算机软件的规定，并没有在实质上对著作权法的法律规定上的超越，这样也就更有利于律师对案件的诉讼代理工作。

根据《软件著作权保护条例》的规定，软件著作权属于软件开发者的；由两个以上的单位、公民合作开发的软件，除另有规定外，其软件著作权由合作开发者共同所有；软件开发者是指实际组织进行开发工作，提供工作条件以完成软件开发，并对软件承担责任的法人或者非法人单位以及依靠自己具有的条件以完成软件开发，并对软件承担责任的公民。也就是说，具有计算机软件著作权的权利人必须具备几个条件，首先，其所设计开发的计算机软件符合知识产权的一般特征，即具有首创性和新颖性，只有这样才能使法律对该作者的计算机软件进行法律的认可

和保护。对于计算机软件著作权主体的要求构成了该软件著作权归属的另一个要件，也就是说享有计算机软件的著作权人必须具备否定的条件才能够成为该软件的著作权人。计算机软件的开发必须是实际组织或者开发的人，主要表现在提供条件以完成软件开发，对软件承担独立的民事责任。而最重要的条件就是计算机软件的著作权人必须对该享有著作权法保护的软件作品承担独立的民事责任。对于本案，在律师的诉讼策略上就是来证明当事人对受诉软件著作权的所有权，证明对该著作权的独立权利。

在了解到对著作权的权属法律规定之后，还有一个问题就是要查明法律对侵犯该类著作权的行为是如何规定法律责任的负担的，在此基础之上可以建立对侵权人赔偿要求的法律基础。法律规定，若非著作权人，则其对该权利的使用以收益行为，必须经过著作权人的许可。著作权的许可使用，必是由著作权人授权他人在一定期限和范围内，以一定方式使用其作品或者其他的著作权形式。除法律规定可以不经许可就可使用之外，使用他人的作品（在本案就是计算机软件）应当同著作权人订立合同或者取得许可。也就是说计算机软件的著作权归属已经确定之后，这项作品的使用与否完全在著作权人的自由处理，当然以不超过法律规定的年限和范围为限。其他任何人的使用计算机软件的行为都必须经过著作权人的许可才可以，否则就构成了侵权。我国《著作权法》规定了 15 种侵犯著作权的行为和应承担的法律责任，这些侵权可以分为一般侵权和较严重的或以盈利为目的的侵权两类。一般侵权行为主要表现在，未经著作权人许可，发表其作品；未经作者