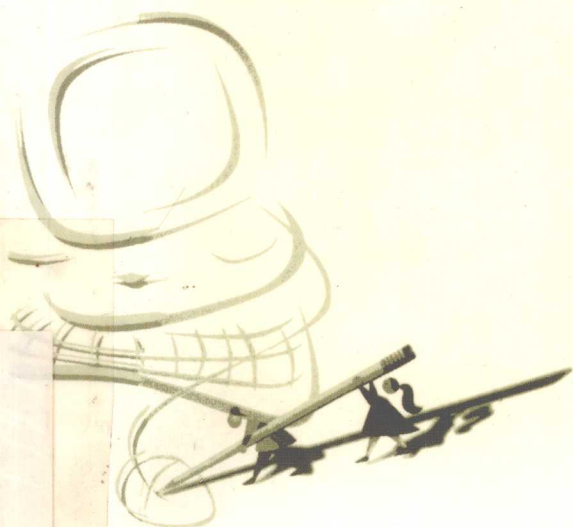




软件
Software

知识产权保护

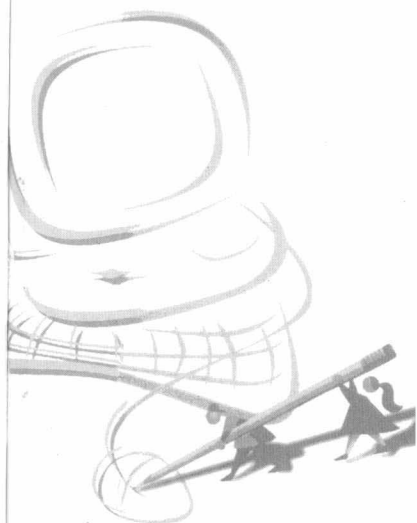
顾肖荣 游闽键·主编



上海社会科学院出版社

软件
Software
知识产权保护

顾肖荣 游闽键·主编



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

软件知识产权保护/顾肖荣,游闽键主编.—上海:
上海社会科学院出版社, 2004
ISBN 7-80681-498-1

I.软... II.①顾...②游... III.软件—知识产权
—研究 IV.D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第072416号

软件知识产权保护

主 编: 顾肖荣 游闽键

责任编辑: 尹 蓉

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

地 址: 上海淮海中路622弄7号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com>

E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海天华印刷厂

开 本: 850×1168毫米 1/32开

印 张: 7.25

插 页: 2

字 数: 180千字

版 次: 2004年8月第1版 2004年8月第1次印刷

ISBN 7-80681-498-1/D·046 定价: 15元

版权所有 翻印必究

序

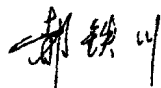
计算机软件的知识产权保护问题是一个新课题,是发展知识经济的产物。上海下一步发展的惟一之路,就是大力实施科教兴市主战略,深入进行产业结构调整。在众多高科技企业中软件行业占了很大的比重,近几年来上海软件行业发展也有了长足的进步,因此,研究软件知识产权问题是迫切而重要的。

从2001年开始,上海每年都举办“计算机软件知识产权保护研讨会”,参加者有产业界代表,有学者、法官、律师,还有著作权行政管理部门的同志,每一次我都以学者的身份参加。记得第一次研讨会是在嘉定举行的。当时,我刚从华东政法学院到中共上海市委宣传部工作,研讨会由华东政法学院的《法学》杂志社主办,研讨的议题是“计算机软件最终用户的法律责任”。当时的《著作权法》和《计算机软件保护条例》对最终用户的法律责任并没有明确的规定,因此争论比较激烈。2001年底,中国加入世界贸易组织,国家对知识产权法律、法规作了大幅修改。2002年,在青浦研讨会讨论的时候立法障碍已经解决,讨论的主要是法律执行的程序问题,最高人民法院蒋志培庭长对《著作权法》争议条文的阐述给我留下了深刻印象,与会代表就《著作权法》适用问题作了全面而深入的研讨。

2003年,研讨会改由上海社会科学院法学研究所主办,参会的同志也从上海、北京扩大到全国,人数更多,内容更加深入,更加细

化,也更加全面,不仅包括软件侵权的赔偿问题、计算机软件纠纷证据保全问题,还包括了软件侵权的刑事立法问题。

我很高兴每次都能被邀请参加这样的研讨会,每次开会我都能学习到不少新知识,开会的次数多了,也交了不少新朋友。我一直有个想法,就是把研讨会的研讨文章和发言整理成册,使研讨的成果长留人间,以从一个侧面记录中国知识产权法制进步的足迹。这次开会我特地在会上提出这个建议,得到了与会专家的积极响应。游闽键是三次研讨会的积极操办者,也是积极参与者,会后对相关文章进行了整理与校对,并在书稿后附上了有关的案件判决和法律法规、司法解释,为读者查阅与理解提供了方便。这本书所收录的文章既有学术性的理论探究,也有与会同志在实践中对经验的总结和知识产权领域新情况的解决建议。这是一部既适合关注知识产权法律问题的律师、法官和研究人员以及法律专业的学生阅读,又适合其他对知识产权问题感兴趣的读者阅读的,理论与实务结合、学术探究与知识普及相融合的作品。



2004年6月

目 录

序	(1)
2003 软件知识产权保护论坛综述	(1)
2003 年上海法院知识产权审判工作	须建楚(5)
从德国法看著作权赔偿制度	许 超(9)
论软件最终用户著作权侵权的赔偿责任	游闽键 马远超(19)
软件最终用户与著作权行政法律责任	赵 靖(31)
知识产权诉讼中的证据保全问题研究	须建楚 朱 丹(41)
知识产权案件中临时禁令的适用标准	胡震远(53)
电子证据适用中几个问题的探讨	谭筱清 黄 河(62)
人民法院对网络环境下著作权的司法保护	
——如何理解和适用最高人民法院关于网络著作权纠纷	
案件的司法解释	蒋志培(79)
知识产权权利冲突诉讼问题研究	汪 彤(91)
试论软件保护中的成本构成与对策回应	
——从经济分析的视角	徐 俊 朱雪忠(101)
关于著作权行政案件移送司法存在的问题及思考 ...	陆幸生(112)
侵犯知识产权罪认定若干问题研究	肖中华(120)

附录一：法律文书

上海市第一中级人民法院

民事判决书([2002]沪一中民五[知]初字第26号) … (144)

上海市第二中级人民法院

民事判决书([2003]沪二中民五[知]初字第149号) …… (150)

上海市第一中级人民法院

民事判决书([2003]沪一中民五[知]初字第29号) … (155)

北京市第二中级人民法院

民事判决书([2003]二中民初字第6227号) …………… (164)

著作权行政处罚决定书(京权处罚[2003]3号) …………… (173)

附录二：法律法规

计算机软件保护条例 …………… (176)

中华人民共和国著作权法 …………… (184)

著作权法实施条例 …………… (200)

著作权行政处罚实施办法 …………… (206)

最高人民法院关于修改《审理涉及计算机网络著作权纠纷

案件适用法律若干问题的解释》的决定 …………… (216)

最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件

适用法律若干问题的解释 …………… (219)

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 …………… (222)

2003 软件知识产权保护论坛综述

为进一步推动计算机软件知识产权保护,2003 年 11 月底由上海社会科学院法学研究所《政治与法律》主办,商业软件联盟、知识产权律师网协办的“软件知识产权保护论坛”在上海东方绿洲举行。参加会议的有来自国家版权局和江苏、上海、四川、湖南、辽宁等地方版权局的领导;有来自最高人民法院,上海市高级人民法院、第一中级人民法院、第二中级人民法院、浦东新区人民法院,北京市第一中级人民法院、第二中级人民法院,江苏省高级人民法院,苏州中级人民法院,四川成都市中级人民法院等刑事及知识产权审判系统的法官;还有来自 Microsoft、Adobe、Autodesk、CSA 等产业界代表。会议为期两天,与会代表围绕软件侵权赔偿计算问题、软件侵权的刑事责任问题、软件纠纷证据保全若干问题进行广泛而深入的研讨。

一、软件侵权赔偿的计算问题

在关于软件侵权赔偿数额的计算问题中,来自上海市高院的同志认为,采用哪一种方法计算侵权赔偿数额的选择权在于权利人,权利人根据其选择提供相应的证据,只有在权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的情况下方能适用法定赔偿。对于权利人主张适用法定赔偿后,是否还需举证,江苏省高院的法官认为,既然是侵权损害赔偿,则产生损失应为赔偿的前提,没有损失则没有赔偿,因此权利人选择适用法定赔偿并不意味着可以免

除其举证责任。法定赔偿的前提是存在损失并且损失难以计算,因此权利人在选择适用法定赔偿前应当完成确有损失的举证。

在侵权赔偿计算原则问题上,与会代表普遍认为目前在中国采用的是填平原则,而非惩罚性赔偿原则,即赔偿以填平权利人的实际损失为限。国家版权局版权司副司长许超认为,著作权侵权赔偿制度首先取决于一个国家的法律制度,并结合《民法通则》、《著作权法》及《德国民法典》阐述了我国建立在民法基础上的著作权损害赔偿制度(详见《从德国法看著作权赔偿制度》一文)。

对于具体的计算方法问题,与会代表认为应根据个案进行判断,但总体取决于权利人的举证状况。在最终用户使用盗版案件中,有业界代表认为应当将盗版用户通过适用工具软件而获得的利润作为侵权人的违法所得;但也有代表认为使用工具软件而创造的产品或作品也凝聚了开发者、设计者的智慧与劳动,因此将其全部划入侵权人的违法所得范围有不妥之处,侵权人的违法所得和权利人的实际损失主要应限于侵权人所使用软件的市场销售价格。市场售价可以根据软件的安装时间、市场实际销售价格来计算,经销商的报价或者特定行业的大用户价格不应作为市场售价的依据。

二、软件侵权的刑事责任问题

来自最高人民法院刑事处的马东处长介绍了最高人民法院关于侵害知识产权犯罪调研的情况;有业界代表提出,恶意复制使用了大量计算机软件的行为应按照《刑法》第 217 条第 1 款规定的进行处罚,但有代表认为对最终用户商业使用追究刑事责任目前缺乏法律依据,《刑法》第 217 条第 1 款针对的是“复制发行”行为,而不是“复制使用”行为。还有代表提出另一种观点,即对以商业使用为目的,大量复制计算机软件,造成权利人重大损失的行为可以依据目前刑法第 217 条第 1 款规定进行定罪;侵犯著作权

罪在客观方面只需具备复制或发行任意一个行为即可构成,但由于目前这一现象比较普遍,如果采取刑罚制裁将极大地加大执法成本,并不符合中国国情,因此目前应以民事制裁为主导。

三、软件纠纷证据保全若干问题

在本议题的讨论中,与会代表主要围绕著作权行政执法的取证问题与著作权民事诉讼的证据保全问题展开。

来自版权系统的同志认为,行政执法的要求及程序与民事诉讼不太一致,目前许多投诉案件,权利人只能提供侵权单位的名称、工商资料,准备充分一些的还有侵权单位的地形图、使用状况等,但检查下来有时与投诉情况并不一致。目前国家版权局没有对行政投诉的受理标准作出具体规定,因此目前各地操作不完全一致,与会者普遍认为应对行政投诉设置过高的门槛,否则将不利于保护权利人的合法权益。由于目前软件侵权问题大量存在,“治乱应用重典”,只要投诉信息基本准确,比如有被投诉人使用软件的线索,但经权利人查实被投诉人并非权利人的正版用户,在这种情况下就可以启动检查程序。同时,有代表认为,版权局是目前《著作权法》规定的版权行政管理机构,其不仅有接受著作权人投诉执法的权力,也有依职权主动管理的权力,尽管目前版权执法受人员、经费限制,但仍应加大对盗版的打击力度。

对于诉前证据保全与诉讼证据保全,与会代表主要围绕采取证据保全的受理条件、担保方式、保全方式等问题展开。其中上海市第二中级人民法院吕国强副院长认为,证据保全制度的设立即其目的在于最大限度地保护权利人的权益,但同时也应在保护权利人的权益与促进知识产权传播、合理利用知识产权二者之间寻求一个平衡点。总体而言,对诉前证据保全的要求与诉前禁止令的要求基本一致,对权利人提供的初步证据要有一个度的把握,要区别初步线索、初步证据和侵权证据。在进行证据保全时知识产

权庭的介入将有助于保全的顺利进行,在保全过程中应告知被保全人保全者的身份,法院以便衣方式进行保全的方式不可取。同时为解决保全中的技术问题,上海市第二中级人民法院还在保全中引进专家,由软件专家直接参加保全,负责解决保全过程中所遇到的技术问题。法院在聘请专家时应告知专家有关权利与义务,诸如保守秘密、不得单独接触案件当事人等。如保全过程中被保全人提出保全给其造成损失的,参加保全的法官应当场进行损失记录。来自 Autodesk 公司的代表提出,在香港证据保全多采用硬盘拷贝的方式进行,同时对于使用文档的保全也相当重要,因为相关文档可以证明复制软件的时间、使用频率、使用目的等问题。如果在保全过程中遇到被保全人删除安装的软件,则应保全其残留证据,诸如注册表信息等,因此在保全过程中引入专家是必要的,但遇到特别专业的软件,很难从已有渠道找到专家的,则应允许申请保全方的技术人员参加保全,进行侵权行为指认,指导保全操作。由于不少参会通知都提交了研讨论文,在此本文便不再赘述。

整理人:游闽键

2003 年上海法院知识产权审判工作

须建楚*

一、案件情况

2003 年,全市法院受理与审结的知识产权民事案件数量再创历史新高,共受理各类知识产权民事纠纷案件 801 件,审结 767 件,存案 292 件,与 2002 年相比,分别上升 4.8%、2.4%、13.2%。

2003 年,上海法院受理一审知识产权民事案件 637 件,审结 610 件,存案 270 件,分别比上一年增长 2.9%、2.3%、11.1%,同期受理一审涉外、涉港台知识产权民事案件 61 件,占受理案件总数的 9.6%。2003 年,上海法院受理的一审知识产权民事案件中,著作权案件 225 件,商标案件 97 件,专利案件 149 件,技术合同案件 69 件,不正当竞争案件 86 件,其他案件 11 件。

2003 年,知识产权民事一审案件结案率为 95.8%,知识产权民事一审案件调解和撤诉结案率达到 56.6%,知识产权民事一审案件的上诉改判率为 3.2%,无发回重审的案件。同期,全市法院受理一审知识产权刑事案件 48 件,审结 51 件,存案 1 件,与 2002 年相比,收案、结案分别上升 41.2%、54.5%,存案下降 75%。

2003 年,上海法院积极运用新法律、司法解释规定的法律措

* 上海市高级人民法院民三庭庭长。

施,加大知识产权司法保护力度。如积极采用诉前裁定停止侵权行为、诉前证据保全、财产保全、法定赔偿等措施,及时有效地保护了知识产权权利人的合法权益。全年受理诉前裁定停止侵权行为案件 13 件,裁定诉前停止侵权行为 11 件,对 41 起案件裁定采取诉前或诉中证据保全措施。此外,上海法院认真审判对侵犯知识产权的刑事被告人提起的民事侵权赔偿诉讼,强化对知识产权的“立体”司法保护。如浦东新区人民法院受理了 8 起此类案件。上海市第二中级人民法院审结了对侵犯《辞海》著作权构成犯罪的刑事被告人提起的民事侵权赔偿诉讼,判决三被告连带赔偿经济损失人民币 50 万元,同时对侵权的主要责任人陕西省汉中印刷厂作出罚款人民币 6 万元的民事制裁。

二、锐意改革,促进公正与效率

各法院在知识产权审判中积极推进审判改革,主要改革措施有:第一,深化裁判文书制作改革,进一步落实审判公开、公正、效率。在裁判文书制作上,推行难案精写,简案简写。有的法院还尝试在裁判文书中公开合议庭不同意见。第二,加大调解力度,落实司法为民的宗旨。各法院将调解贯穿于审判工作的全过程,积极加强庭前和庭后调解,针对不同案情、不同当事人的具体情况,悉心做好思想工作,及时化解矛盾。各法院通过耐心、细致、有效的调解促和工作,使调解、撤诉方式审结的一审案件占全部一审知识产权民事案件结案数的 56.6%。为加强调解工作,上海市高级人民法院(以下简称“高院”)还组织召开了“知识产权案件调解、撤诉经验交流研讨会”,部分法官在会上总结、交流、讨论了调解方法、技巧、经验。高院要求各法院推广会议总结、交流的调解经验和做法,会上总结的调解经验、方法还在《中国知识产权报》上发表。第三,加强诉讼指导,深入贯彻司法为民的宗旨。各法院积极开展诉讼指导,从明确诉请、举证、质证等各个环节,指导当事人正

确行使诉讼权利,依法履行诉讼义务,及时保障了当事人行使诉讼权利,切实保护了当事人的实体权利。为贯彻司法为民的宗旨,各法院还尽可能在证据交换、开庭审理等环节提高工作质量和效率,尽可能一次完成证据交换和开庭审理工作,避免造成当事人讼累。此外,在“非典”疫情爆发期间,各法院对涉及疫区当事人的案件,实行暂缓开庭,在暂缓开庭期间,加强调解和开庭准备工作,以实际行动贯彻司法为民的宗旨。

三、深入调研,提高司法水平

在高院的统一组织协调下,召开了“戏剧作品版权纠纷案件研讨会”,“知识产权案件调解、撤诉经验交流研讨会”,编写出版了《知识产权案例精选(2001-2002)》一书,完成了《知识产权诉讼中的证据保全问题研究》等专题调研工作。全市法院知识产权法官认真撰写调研论文,积极在《人民司法》、《法律适用》、《中国专利与商标》、《法学》、《现代法学》、《中国知识产权报》等报刊上发表专业论文,全年全市法院知识产权审判部门全体人员共发表专业论文130多篇。高院组织全市法院知识产权审判人员积极参加第七届全国部分省市法院知识产权审判研讨会,并向大会提交学术论文。为加强调研工作,有的法院还成立了调研组,集中审判力量开展调研工作。

四、加强培训,提高业务素质

高院积极组织开展全市法院知识产权审判业务培训,组织全市知识产权法官听取知识产权专家郑成思的讲座,并就有关理论与实践难题与郑成思研究员进行交流。各法院还认真学习法学理论和相关业务知识,有的法院坚持每两周进行一次集中业务学习。全市法院认真开展了知识产权法律法规、司法解释、证据法、英语等业务培训。各法院积极创造条件,推荐优秀法官到国外境外学

习交流。去年,全市法院知识产权审判人员除积极参加各自法院和高院组织的业务培训外,高、中院有 6 人出国出境学习、有 6 人参加最高人民法院等外单位组织的国内培训,占高、中院知识产权法官总数的 30.8%。

从德国法看著作权赔偿制度

许 超*

著作权损害赔偿是我国知识产权界,特别是各级人民法院多年来一直关心的老问题,例如,赔偿是否以被告有主观过错为前提,如何计算赔偿数额,我国目前实行几种赔偿形式等等。2000年最高人民法院曾在海拉尔召开全国法院系统著作权审判经验交流会。我有幸在会上发言。2003年我又有幸参加上海社会科学院法学所召开的软件法律保护研讨会,并在会上重复了海拉尔会议的发言。受法学所《政治与法律》杂志社之命,将两次发言整理成文字,供参考并指正。

另外,拙文既然是谈论著作权损害赔偿,当然也包括计算机软件著作权损害赔偿问题,因为拙文不以为软件著作权损害赔偿与其他作品的损害赔偿有本质上的差别。

一、概述

在讨论著作权赔偿问题之前,我想首先确定一个前提,即我国的民事赔偿实行的是什么制度。众所周知,世界上的两大法律制度,即英美法系和大陆法系在很多问题上的规定是不相同的。即使英美法系国家,例如英国和美国,在著作权赔偿问题上,也不完

* 新闻出版总署(国家版权局)副司长,中国人民大学法学院兼职副教授,天津知识产权进修学院教授。

全相同。英国有大量的单行规则调整不同的侵权行为,如过失、侵占财产、妨害行为、恶意欺诈、串通等,并规定不同行为应承担的责任。美国在著作权赔偿方面除实行按照被侵权人损失或者侵权人违法所得计算外,还实行所谓“法定赔偿”制度,即一种带有惩罚性的赔偿制度(美国版权法第 504 条),而这种制度在英联邦法系国家是看不到的。

从法律结构看,我国的法律可能更接近大陆法系。以《著作权法》为例,我国的《著作权法》将作者的权利和邻接权是分开保护的;作者的权利中,人身权有四项之多,且允许转让的只有著作财产权;在权利归属方面,大部分职务作品著作权属于作者,尤其委托作品,法律更以推定方式确定权利属于作者。这些都与典型的大陆法系国家的规定相同,而与英美法系国家的规定相反。当然,我国《著作权法》中也有一些规定带有强烈的英美法色彩。但是,总的来讲,我国的著作权法更接近大陆法系。

既然如此,在讨论著作权赔偿制度中承担赔偿责任的要件、赔偿责任的性质以及确定赔偿额的原则等基本问题时,就不得不借助大陆法系国家的民事立法的基本规定,特别是以德国法“取法乎上”^①,来讲清楚我国为什么要实行目前的著作权赔偿制度。

(一) 承担赔偿责任的要件

在承担民事赔偿责任方面,德国同我国相同,分无过错责任,也称严格责任和过错责任。对于无过错责任,德国同我国实行的制度大体相同,即只有少数危害人身安全,且法律或者最高法院判决明文规定的侵权行为,才承担民事责任。例如,《德国民法典》第 833 条关于“动物饲养”的规定,1871 年的“铁路运营判例”,同

^① 江平:《沉思与怀念——纪念谢怀栻老先生》,文中提到中国民法的前辈梅仲贤先生要求弟子除英语外,必须学好德文、日文,要求读原著,读《德国民法典》,要求“取法乎上”,“要学就学最好的”。《中国版权》2003 年第 6 期第 31 页。