



中华女子学院

2008届普高本科毕业生

优秀论文集

(二)



教务处制

目 录

二、法学类

- 1、计算机软件独立法律保护模式探析····· (孙友容) 1
- 2、论违反竞业禁止义务行为的刑法规制····· (江白娜) 15
- 3、论我国地理标志法律保护模式的选择····· (刘莉萍) 29
- 4、论刑事诉讼中的程序正义····· (刘星兰) 39
- 5、论美国对违法价格歧视的认定····· (陈源源) 47
- 6、论我国未成年犯罪人的非刑罚处罚方法····· (赵 烨) 58
- 7、关于构建我国体育仲裁制度若干法律问题的思考····· (张瀚文) 67
- 8、社会工作学生的专业认同感研究——对中国社会工作教育的启发····· (林慧芳) 76
- 9、在京小留学生文化适应的社会支持研究——对北京汇文中学插班小留学生的个案分析····· (刘晓燕) 103

三、管理类

- 1、AHP-模糊综合评判在大学生择业决策中的应用····· (尹传玲) 125
- 2、国有企业管理层收购研究····· (邓丽烨) 141
- 3、当代大学生就业能力素质研究····· (刘 蕾) 160
- 4、广州市社保基金进行金融多样化投资的可行性分析····· (沈雁如) 177
- 5、浅析银行如何有效拓展大学生信用卡市场····· (张海辉) 192
- 6、网络口碑传播载体与传播效果之间关系的实证研究····· (彭 皓) 212
- 7、浅析口碑沟通对手机购买决策的影响····· (游晨奕) 229

四、教育类

- 1、幼儿同伴冲突解决策略的选择和同伴地位之间的关系····· (李 璐) 241
- 2、幼儿告状行为中动机、策略、同伴反应的研究····· (刘陈岑) 269
- 3、公开课对教师专业成长影响的研究····· (刘小娟) 290
- 4、4—6 岁儿童对生长和死亡现象认知的研究····· (周惠文) 315

五、经济类

- 1、中国外汇储备规模适度性研究····· (王 玲) 336
- 2、中国女性的消费特征及信用卡产品设计····· (李丽枝) 356
- 3、论国际收支双顺差对中国货币供给的影响····· (倪蔚丹) 377
- 4、外汇储备规模影响因素的实证明研究····· (张 慧) 393
- 5、河北省农村金融发展与经济增长实证研究····· (张晏维) 408

计算机软件独立法律保护模式探析

孙友容

摘要：随着国际交往领域的不断扩大以及交往程度的不断深入，计算机技术广泛应用与迅速发展成为现代社会最重要的特征之一。计算机软件的法律保护也随之成为理论和实践的热点问题。本文通过对计算机软件本身特点及其法律保护沿革的研究，比较目前主要保护模式的利弊，辩证地、历史地分析现在、以及可预见的将来应该采取的对计算机软件的独立保护模式，并借鉴现有著作权保护模式及专利权保护模式各自的优势，解决对计算机软件立法保护的一些重要问题。此外，本文综合考虑当代中国在经济全球化进程中所处的地位，在计算机软件独立法律保护中寻求国内利益与国际利益的平衡，以使计算机软件，从而延伸到计算机技术，在我国的社会主义建设过程中发挥其最优化的作用。

关键词：计算机软件 著作权模式 专利权模式 信息产权法 独立保护模式

Abstract: With the constantly expanding of field of international communications and continuously deep going of the extent of international exchanges, the extensive application and the rapid development of computer technology become the most important feature of a modern society. As a result, the legal protection of computer software becomes a theoretical and practical issue. Based on research about the characteristics and evolution of legal protection of computer software, as well as the comparison between the mainly protected mode on the pros and cons, this paper analyzed the independent mode of computer software to be taken now and the foreseeable future dialectically and historically. Drawing on the respective advantages of the two modes, this paper attempts to find a solution to the protection of computer software in some important issues. In doing so, computer software, which extends to computer technology, could play its optimal role in the process of the building of socialism in China.

Key words: Computer Software Copyright Mode Patent Mode Information Property Law Independent Mode

一、计算机软件的概念及特征

计算机软件,我国《计算机软件保护条例》对其定义是“计算机程序及其有关文档”。这实际上是对计算机软件的广义定义。一般认为,狭义的计算机软件仅指计算机程序,即为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列,或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。同一计算机程序的源程序和目标程序为同一法律保护对象。狭义的计算机软件不包括仅为说明计算机软件功能、特性、使用方法的文档。本文的论述,除特别说明外,均指狭义计算机软件。

计算机软件发展到比较成熟的现在,其一般特性已为人们所认识。除知识产权的对象所具有的共同特点,如法定性、可复制性、思想与形式的统一等特性之外,还具有以下几点:

1、易改编性。这是计算机软件比知识产权的一般对象所具有的可复制性程度更为突出的特性。作为计算机软件的占有者,只要具备基础的计算机操作常识,就可以利用计算机、复制设备,低成本、完整、不受时间和地域限制地复制或者改编计算机软件。正因为计算机软件的这种特性,才导致计算机软件比知识产权的一般对象更易受到非法的传播和使用,计算机软件权利人的权利很难得到保障和救济。

2、独创性。又叫原创性,即软件应该是开发者独立设计、独立编制的编码组合。这里的独创是指形式上的独创,而不是指思想或理论观点上的创新。¹不可否认的是,计算机软件的质量是参差不齐的,有些计算机软件仅仅具有一定的实用功能,而有些计算机软件则具有突出的创造性,足以与发明相媲美。这种独创性程度的差异也可以作为划分计算机软件的一个重要的标准。关于计算机软件分类的问题,下文将予以详述。

3、实用性。又叫功能性,计算机软件的产生并不是为了满足人们的精神需求,也不是为了进行纯粹的理论或技术研究,而是为了人们的生产生活的便利而产生的。现在计算机行业无数的工作人员的劳动,也不是为了比较何人的技术更为先进。正是计算机软件的实用性,将它与著作权法所要保护的作品从根本上区别开来。

4、短时效性。即软件的生命周期十分短暂。软件的生命周期,一般是指从软件定义、开发、使用、维护到淘汰的全过程。虽然软件根据其不同的分类,生命周期有两年到十几年不等,但不可否认的是,相对于其他知识产权的客体而言,软件的生命周期是特别短暂的。²因此,计算机软件作为知识产权的保护对象而言无疑是生命最短的客体。

此外,计算机软件还具有创作开发的高技术性、工作量大、投资额高等特点。在有关学者的论

¹刘春田,知识产权法,中国人民大学出版社:2007年,第64页。

²虽然在我国商标的保护期限只有10年,但续展制度使商标权可以成为一种相对永久权。

述中，还提到计算机软件的专有性、排他性、权利依据的模糊性等法律特性，基于本文将探讨完整构建不同于现行保护模式的计算机软件独立法律保护模式，因此对于现有法律法规所规定的计算机软件的相关特性不予直接引用。

二、计算机软件主要保护模式比较

计算机软件自其产生到现今的迅速发展，不过经历了短短五十多年的时间，而直至上世纪八十年代，计算机软件才开始独立于计算机硬件系统，出现了一些可以通用各种软件的指令系统和语言，更由于微型计算机开始在大众中普及，计算机软件成为一个独立的行业，进而超过硬件产业的发展速度，成为占信息产业主导地位部门。正因为计算机软件有了比较统一或者说通行的指令系统和语言，从而被承认其具有可复制性、独创性等知识财产的特性，也就具有了可规范性，在其发展过程中又急须对其予以保护和规范，世界各国逐渐开始对计算机软件进行法律保护。

（一）计算机软件著作权保护模式

1972年，菲律宾率先把计算机软件列为著作权法的保护对象，其后各主要发达国家也对计算机软件采取了著作权保护模式。著作权模式最早被用来保护计算机软件，其原因之一取决于计算机软件的特征，之二在于著作权法律制度本身的特征。著作权法律制度的产生是人类有保护其经过自主劳动所创作出来的智力成果的需要，这种智力成果一般是思想和情感的表达，包括书面的和口头的。在功能上，著作权法律制度产生的根本目的是为了能够保护能够满足人类精神生活需要的对象，而不在乎该对象有何实际上的或者说物质上的功能。此后，著作权模式为世界多数国家所接受，世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》也通过引用条款将计算机程序和数据纳入了《伯尔尼公约》。只有把计算机软件的法律保护纳入既定的已经成熟的框架内才能更快、更有效，因为寻求与建立全新的计算机软件保护模式是需要花大量的时间的，这是不符合主导当前世界的各个发达国家，尤其是美国的利益的。³

1、计算机软件著作权保护模式的优势

著作权法律制度的历史虽然不长，但在保护计算机软件方面具有其鲜明的特点：

第一，著作权的取得一般仅要求作品具有相应的实质条件，即具有原创性，在形式上各国一般采取自动取得方式，即以作品的产生为条件自动取得著作权。有些国家只附加规定要求加注著作权标记。这样的取得条件对作品这样大量的对象是必要和合适的。计算机软件在其发展过程中所体现出来的特点——数量多、质量参差不齐，无法由一定机关来一一审议其是否应当受到法律保护，使

³王太平、郭海营、刘新磊. 计算机软件的法律保护模式研究. 中国民商法律网:
<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=8471>

人们相信它是适用于著作权模式保护的。

第二，从保护对象的特征来看，狭义的计算机软件，即计算机程序表现为由程序员编写的，按照一定逻辑思维和计算机语法而组成的编码、语句或指令序列。而广义的计算机软件中的文档更是与著作权法原本就保护的作品类似。计算机软件的这种特征使得它通常被人们认为其具有“作品性”。难怪在世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》中也规定：“计算机程序，无论是源代码还是目标代码，应作为《伯尔尼公约》(1971)下的文字作品来保护。”

第三，从法律保护的方式来看，由于著作权产生方式一般为自动取得，因而也就不需要权利人在获得权利时或者获得权利后向有关部门履行手续、缴纳费用，这样首先就节省了法律成本，更为重要的是这样可以促进软件行业的发展，从而推动各国科技的进步，这对于急需发展本国科学技术的国家是尤为重要的。

2、计算机软件著作权保护模式的劣势

经过对计算机软件进行著作权保护的几十年的实践，人们开始逐渐发现单靠著作权法对计算机软件进行保护效力是有限而不平衡的。

首先，由于计算机软件具有短时效性，而著作权法所规定的对作品的保护期限一般较长，对于生命周期往往只有几年的计算机软件来说，这样的保护期限所造成的垄断性甚于专利保护。如此，对计算机软件采取著作权保护的最初目的——促进软件行业发展和科技进步，反而起到负面作用。

其次，虽然传统意义上的作品与计算机软件都是人们构思的表达形式，但是传统作品所体现的思想可以由不同的人以无数的方式来表达，就像世界上没有两片完全相同的树叶一样，不同的人所产生的作品，只要相互之间没有抄袭，就不可能一样。而计算机软件不同，在使用的语言一致的情况下，要得到相同应用目标的计算机软件，其表达必然不会有太大差异，不同的人甚至可以做出表达基本相同的计算机软件。这样，权利冲突就变得频繁了。而即使采用了不同的计算机语言，但软件的设计思路和程序结构被抄袭，从而制造出不同表达形式的软件，却不能被认定侵权，这对权利人也是十分不公平的。并且，由于采取著作权保护模式就必然要区分作为“作品”的计算机软件的构思与表达，而“软件作品的表达同其构思极为接近，在将构思代码化的过程中，不需要太大的创造性⁴”，因此在司法实践中对计算机软件构思与表达的区别也是困扰司法工作人员的难题。

此外，由于计算机软件的实用性或功能性的重要程度远远大于其“作品性”，因而对其进行著作权保护颇有轻重失宜之嫌。“根据 IBM 公司提供的资料显示，软件开发总投入的 80%要用于软件功能的确定和逻辑设计。单纯依靠版权法保护软件，会使软件最有价值的部分得不到保护⁵”。著作权保

⁴徐家力，计算机软件知识产权保护所面临的挑战及对策，信息网络安全：2006 年，第 2 期，第 62 页。

⁵张蔚虹、刘立，计算机软件知识产权保护模式探讨，商场现代化：2007 年第 15 期，第 268 页。

护模式的缺陷还体现在其不适应计算机行业技术性强等特征的方面等。

（二）计算机软件专利权保护模式

基于计算机软件还具有作为工业产权对象所具有的实用性和创造性特征，某些计算机软件的创造性甚至具有划时代的意义，反而与发明专利的要求相符合。因此，七十年代，国际上曾经尝试过专利法保护计算机软件，但以后基本放弃了⁶，因为由于软件技术仍然有许多不确定性，常常难以对其进行实用性、创造性、新颖性这专利三性的判断。然而目前，对计算机软件的著作权保护模式所体现出来的弊端日益增加，一些发达国家的大企业开始寻求比著作权保护更具有垄断性的专利方法来保护其软件产品。虽然我国对计算机软件采取的是著作权保护模式，但在司法实践中，会使用一些专利法上所规定的判断侵权的方法。

1、计算机软件专利权保护模式的优势

第一，从法理上来说，法律规范的分类最主要的标准是依据其调整对象。专利法所调整的对象是发明、实用新型、外观设计这种能为人们带来实际的物质上利益的智力成果，这也正是专利法与著作权法、商标法相区别的标准。上文已经提到，计算机软件其最主要特征在于它的经济利益性，而且它也是一种智力成果，从这两个计算机软件最主要的特征来看，用专利法调整似乎是理所当然的。

第二，从计算机软件的短时效性来考虑，专利法所规定的通常短于著作权法规定的保护期限，也是适用于保护计算机软件的。当然，并不是说专利法所规定的期限就一定适用于计算机软件，但计算机软件的法律保护要求的期限是绝不能过长的。

第三，目前各国，不论是发达国家还是发展中国家，都致力于发展本国的计算机技术。要达到这个目标就必须给予计算机软件充分而有效的保护。使用专利方法来保护计算机软件，使计算机软件相关权利更具有独占性和排他性，有利于激发软件行业人员的创造积极性。另外，专利法所要求的“公开原则”，也可以更大地促进软件技术的进步。

2、计算机软件专利权保护模式的劣势

第一，按现有大多数国家的专利法规定，发明专利从申请到获得批准，少则两三年，多则上十年，而对于计算机软件这种本身生命周期就只有短短几年的对象来说，这种程序无疑是毫无意义的。

第二，就目前对计算机软件进行专利保护的各国的司法实践来说，这种保护都不是纯粹的对计算机软件本身的保护，而要求计算机软件必须与一定硬件、工艺流程或其他方法相结合才可以得到保护，而不符合要求的计算机软件还是由著作权法来调整。这样虽然是“具体情况具体分析”的必需，但将同一调整对象强行拆分到两大法律中调整，恐怕也是不符合法理要求，会造成立法体系混

⁶邹怵，计算机软件知识产权保护的发展，计算机世界报：1994年第36期，第17页。

乱的。

第三，专利权保护模式一个重要特征就是对于专利保护的對象，要求其具有稳定性，一旦对某一对象授予了专利，专利权人就得不得随意变更专利内容，否则就得不得到专利法的保护。这对于专利权这种具有较强垄断性质的权利是必需的。然而，计算机软件的易改编性以及计算机技术发展的特点要求计算机软件必须得到不断的升级与更新，在这一点上，采用专利权保护模式似乎很难保证计算机软件得到合理的保护。

除了以上两种对计算机软件进行法律保护的主要模式外，还有商业秘密保护模式、商标保护模式等，其优缺点都是显而易见的，相关专家和学者也对此有充分论述，本文就不再赘述。值得一提的是，实行判例法制度的美国，对计算机软件的法律保护并不仅限于著作权模式和专利权模式，在实践中，司法机关往往还会综合其他法律保护方法，如商标法、商业秘密法、反不正当竞争法等法律进行多方面的保护，可以称之为综合保护模式。这种模式确实可以弥补各种单项法律保护模式的不足，但极易造成法律体系的混乱，故只适合法律体系本来就分散的判例法国家。

三、计算机软件独立法律保护模式的基本问题

既然大多数国家现成的法律法规，无论是著作权保护模式还是专利权保护模式，都无法对计算机软件进行充分而合理的保护，那么建立计算机软件的独立法律保护模式，进行专门研究和制度设计便已刻不容缓，尽管要立即替代现有法律模式在目前来看尚十分艰难。本文期以通过对计算机软件本身特点的研究，以及对现有法律模式的借鉴，综合理论界、司法实践中比较成熟的观点和经验，提出计算机软件独立保护模式的整体框架，并对其内容进行最大的充实和完善。

要建立计算机软件独立法律保护模式，首先必须解决几个根本问题。

（一）关于法律定名

既然要建立一种新的法律保护模式，首当其冲的便是为这一部即将诞生的法律定名。目前，在许多学者有关建立计算机软件独立法律保护模式的论述中，多次提到“工业版权模式”⁷。这种提法确实有其合理之处，即取“著作权”和“工业产权”二者之和，意在表示这种独立的模式汲取了著作权保护模式和专利权保护模式各自的优势，以适用于计算机软件的保护。但笔者认为，从立法技术来说，对法律的定名采用直接引用现成法律制度的名称进行拼凑的做法是不妥当的。就像我们通常将民事权利分为财产权和人身权，而不能分为财产权和“非财产权”，是同一个道理。

通常，对法律的定名要以其调整对象为依据。为此，笔者拟将调整计算机软件的法律定名为“信息产权法”。我们知道，所谓的 IT，全称 information technology，指的是信息技术，在指代一个

⁷ 玉建中、刘振荣。试论计算机软件的专门立法保护。科技信息。2004年8月。第43页。

行业时，通常称之为信息产业。其概念范围包括三个层次，硬件、软件及应用⁸。乍看之下，以“信息产权法”定名作为计算机软件独立法律保护模式确有外延不明之嫌，因为目前计算机硬件属于专利法保护的主体。但是，基于计算机技术的重要地位，在适当时机将计算机硬件分离出来，归属到“信息产权法”与计算机软件共同受其调整也未尝不可。当然，鉴于本文的研究对象仅限于计算机软件，计算机硬件脱离专利法加入本法的问题可留待以后探讨。

从“信息产权法”的概念来看，它同样属于知识产权法律部门的范畴之内，而由于其调整对象的信息化特点⁹，使之与著作权法、专利法、商标法等相关法律法规区分开来。“产权”二字，体现了与计算机软件有关的权利重点在于其财产利益性。尽管在现在或者将来的制度设计中很可能有与计算机软件权利人相关的人身权利的规定，但不论从计算机软件的产生、发展，还是从其应用来看，通过计算机软件所能得到的财产权益才是主要的。

（二）关于计算机软件的分类

将这个问题作为建立计算机软件独立法律保护模式的基本问题是必要的。前文已经论述到，计算机软件具有质量参差不齐、技术含量有高有低的特点，有的计算机软件仅仅根据周知的算法或逻辑而制作，其目的也仅仅为人们处理工作带来一些便利，这种计算机软件的独创性程度甚至不一定能与传统作品相比，更不用谈创造性和专利方法保护了。但有的计算机软件确实具有突出的实质性特点和显著的进步，完全达到一项发明专利的要求。在这种情况下，将计算机软件不加区分地进行法律保护，既是不科学的，也是不利于计算机技术发展的。对计算机软件进行科学的分类，才以便日后立法的顺利进行。

由于对现有软件行业的认识尚未有定论，而软件行业至今还在迅猛发展之中，目前对计算机软件分类尚无统一认识，但以软件的功能为标准是主要做法。然而，该分类方法并不能区分计算机软件技术含量的高低，而从法律保护的角度来说，对计算机软件按其独创性高低进行分类又十分必要，故笔者在此仅提出一种解决方法，期专业人士予以批判与指教。

笔者认为，具有一定独创性，能有助于某种应用或者开发功能的计算机软件可以称之为独创性软件。其典型如游戏软件、媒体软件等。独创性软件应当具有如下特征：第一，独创性软件应具有一定的独创性。这种独创性是指计算机软件是由其开发者独立完成，但是在研发过程中，可以允许计算机软件开发人员使用大量的已有计算机软件技术，如语言、代码、程序等。只要其在已有计算机软件技术的基础之上加入了自己的劳动，并不侵害社会及他人的合法权利，就可以认定其具有独创

⁸ 参见百度百科，<http://baike.baidu.com/view/30.html?wtp=tt>

⁹ 这里所说的信息化特点，是指该法的调整对象均是以特殊的通过计算机的专业语言或者指令才能体现出来的信息，与著作权法对象——作品所体现出来的作者的思想、专利法对象所体现出来的发明人或设计人的构思有形式上的区别。

性。第二，独创性软件应当是有助于某种应用或者开发功能的计算机软件。它可以供人娱乐消遣，或者可以为自己或他人研发其他软件提供便利，具有一定应用功能。

可以独立完成某种开发功能或者可以在某些领域进行创造性应用的软件，称为创造性软件。其典型有操作系统软件、办公软件等。与独创性软件相比，创造性软件有其自己的特征：第一，在独创性方面，创造性软件远远强于独创性软件。体现在它往往很少借用已有的程序、编码，它的完成是由其开发者凭借其智慧、思想进行创造性思维而形成的。第二，创造性软件的主要功能在于可以独立地代替人类进行科学研究、日常工作或者给人们的工作带来极大的便利，微软公司的 OFFICE 系列办公软件就是明显的例子，人们利用它来进行文字、图形、数据等的处理，大大减轻了自己的工作量，更促进了人类历史悠久的作品创作方式的重大革新。

提出基本分类之后，随之而来的问题就是如何对软件进行认定，以及由何机关进行认定。本文认为，信息产权法可为两种软件确定其必要条件，但具体认定标准和方法则可由国务院工业和信息产业部或者将来改制之后可能建立的信息化部来制定并由专门的行政机构进行认定。

四、计算机软件独立法律保护模式的具体制度设计

在当今经济全球化速度越来越快的条件下，我们国家的立法，尤其像信息产业这种知识传播速度极快的领域的立法，既要符合国际知识产权保护规则，遵守我国已经加入的国际公约，还要充分考虑我国信息技术尚不发达的国情，保护国家利益，对少数软件巨头以推销自己的保护标准，巩固其垄断地位为目的的不正当的活动进行抵制。而对计算机软件采取的保护应该达到什么样的程度，是亟需进行相关调研的问题。下面就信息产权法调整计算机软件方面将涉及到的一些重要问题进行研究。

（一）计算机软件权利产生的方式

在信息产权法应该规定的计算机软件权利产生的方式上，笔者认为，应根据上述对计算机软件进行的分类来对不同独创性程度的计算机软件规定不同的产生方式。对于独创性软件，可以采取注册制的权利产生方式。独创性软件开发者在注册时必须提供其软件全部的源代码、文档等资料，在软件保护期过后完全向社会公开，这样对厂商几乎没有什么损失，并可以保证软件继续使用，用户可以不致因为厂商不再提供技术支持而影响升级，不致因为文件格式太生僻而损失信息。¹⁰当然，必须保证独创性软件权利取得的手续简便，毕竟独创性软件的性质更接近于著作权法规定的作品。而对于创造性软件，因须对其予以更强的独占性、排他性保护，故权利产生的方式也必须更为严格。

¹⁰ 王彦有、李春光。入世后我国计算机软件的法律保护问题。大庆师范学院学报。2005年1月。第55页。

由于创造性软件的创造性接近甚至超过发明专利,笔者订为,对于创造性软件可以采用早期公开延迟审查制。所谓早期公开延迟审查制,是指在申请案通过形式审查后,将申请案的内容公开,待一定期限后再作实质审查,实审通过之后再行授权。¹¹当然,对一个软件申请独创性软件还是创造性软件,或者是否请求信息产权法保护,基于民法私法自治的原则,应由权利人自己来选择。不管是独创性软件采用的注册制,还是创造性软件采用的早期公开延迟审查制,都会存在权利冲突的情形,这种情况下,可以通过规定必要的异议程序来确定真正的权利人。

(二) 计算机软件权利的内容

我国《著作权法》第十条明确规定了著作权的内容,而《专利法》没有明确规定专利权人依法享有哪些权利,而是从反面肯定了专利权人的基本权利。笔者认为,在立法上两部法律的区别是因为在专利法中的权利按照民法的一般原理就可以为人们所理解。另外,可能也有在实践中专利权的行使方式日新月异、难以预计的原因。而著作权实现形式虽然也具有多样性,但著作权的对象——作品本身的内涵却可以相对确定,使得详尽地规定著作权的人身权、财产权内容成为可能。

根据上述分析,计算机软件作为一个整体,兼具作品和专利的特征。而依照现有法律,无法为计算机软件确定一个统一的权利内容规定模式。笔者认为,除对于几项应该为计算机软件权利人设立的特别的权利外,可以采用禁止型规范,即从法律上禁止某些对计算机软件的使用行为,而对计算机软件权利人如何行使其权利以及其权利的内容则无须逐条规定,因为计算机科学技术发展速度惊人,其使用方式也日新月异,采取禁止型法律规范更有利于保持法律的稳定性和严肃性。

但是,维持法律的稳定性和严肃性,并不能一味追求由法律所确定的法律事实的确定不移。情势的变迁要求对法律所调整的对象进行改变时应果断而迅速。这里就引出计算机软件权利人应当享有的一种特殊权利——情势修改权。所谓情势修改权,是指计算机软件的制作人或者权利人,根据情势需要,可以对计算机软件的源程序、目标程序等指令或代码,按照自己的意愿进行修改的权利。这类类似于著作权中的修改权,但从其影响和结果来考察,又与著作修改权有着明显的区别。著作修改权的行使一般说来,纯粹是基于作者本身意志或情感的变化而成立,修改后的作品仍然毫无争议地属于作者。而计算机软件的情势修改权,如果允许计算机软件制作者随意修改并仍在法律上承认其是修改后软件的权利人,那么在实践中必然会出现大量的权利冲突。对此,信息产权法必须就此规定,计算机软件的制作人可以为软件适应计算机技术的发展或其本质功能完善的需要而对计算机软件进行必要的修改,但这种修改不得与他人的在先权利相冲突。如此规定,也与不允许经过申请的发明、实用新型、外观设计进行修改的专利法相区别。

具体说来,情势修改权的行使必须满足以下条件:第一,有修改的必要。即由于技术或者市场

¹¹刘春田,知识产权法,中国人民大学出版社,2002年10月第2版,第227页。

原因，计算机软件需要获得进一步完善。第二，不与他人在先权利相冲突。即在对计算机软件的修改过程中所加入的程序、目标代码、源代码等不是他人已经对其有法律上权利的。第三，修改的幅度和范围在一定范围内，而不至于使修改后的计算机软件与之前版本有实质性区别。因为法律依然需要对修改后的计算机软件进行保护，若修改后的计算机软件与之前版本有实质性区别，这样就会造成没有经过法定程序就对一项新的计算机软件进行保护的局面。

当然，计算机软件权利的内容不可能仅仅包括情势修改权。参考民法对于财产权的原则性规定，计算机软件的权利人应当是享有占有、使用、收益、处分的权利的。值得一提的是，计算机软件在其发布之后，权利人的“占有”权就很难保障了。据此，计算机软件权利人还应当享有以下权利：

(1) 发布权。即决定软件是否公之于众的权利；(2) 软件作者署名权。但是依据上述理由，这项权利是可以转让的；(3) 使用及许可使用权；(4) 放弃权，即软件权利人放弃对计算机软件的任何权利的权利，这项权利的行使可以促进软件的共享，应予以规定；(5) 出租权；等等。

(三) 计算机软件权利归属

基于计算机软件权利的取得方式至少需要注册，笔者认为，独创性软件权利一般应该归属于注册人，创造性软件权利一般应该归属于申请人。因为独创性软件的权利产生方式是注册制，故将独创性软件的权利一般归属于注册人是符合法律一致性要求的。笔者认为，创造性软件权利人若想得到信息产权法的保护，必须得到国家专利行政管理机关的授权。也就是说，计算机软件权利人在向国家行政管理机关提出申请之前，并不对其计算机软件享有任何信息产权法上的权利。这样可以促进完成计算机软件制作的自然人、法人和其他组织尽早将软件进行注册或申请并予以公开¹²，以此有利于打破处于技术优势地位的主体进行技术垄断，同时也有利于促进计算机软件、以至于计算机技术的发展，对发展中国家也是有利的。

我国《计算机软件保护条例》自第 11 条至第 13 条详尽地规定了软件“著作权”几种特殊情况下的权利归属原则：委托开发、指令开发、职务开发等。在目前还未开始司法实践的信息产权法中，笔者认为这些归属原则是仍可以适用的。即有约定依约定，无约定依法律规定。

(四) 计算机软件侵权的判定

有权利必有救济。我国《计算机软件保护条例》第四章比较详细地规定了一些计算机软件民事侵权、行政违法和刑事犯罪的情况。容易理解，在权利救济方面，最重要的问题就是对侵权或违法犯罪的判断。在此，笔者着重探讨计算机软件民事侵权判断问题。

在这一方面不得不提到美国通行的判定计算机软件侵权的一个重要原则——实质性相似加接触。这一原则的内涵是，在判断被控侵权的计算机软件是否侵权时，首先比照有权软件的程序与被

¹² 软件公开问题将在下文权利限制一节中讨论。

控侵权软件的程序是否具有“实质性相似”的特点，包括源程序的相似和目标程序的相似。如果两个程序实质性相似，则再考察被告是否接触有权软件。证明“接触”的标准通常是看有权软件是否公开发表过，或者看被告是否曾在原告的单位工作等。不符合以上任何一个条件就不会被认定侵权。

实质性相似加接触原则在美国司法实践中运用已经比较成熟，对我国的司法实践也有重要影响。在我国的司法实践中，对实质性相似的判断具有较大争议，尤其表现在原被告双方的软件源程序和目标程序的对比上。源程序是编程人员编写的，必须生成可执行程序，用户才可以应用。而目标程序，即可执行程序，是由源文件生成的便于用户使用的文件。普通的专业人员知道了源程序之后就可以生成可执行程序。源程序相同，目标程序肯定是相同，但目标程序相同，源程序则不一定相同。从理论上说，要判断软件侵权，应对软件从外表到实质进行对比，在目标程序相同的情况下，应该进一步对源程序进行比对。而实践中，许多被控侵权的软件制作人，其中不乏有名的企业公司，以源程序涉及商业秘密为由，拒不提供源程序。

笔者认为，在目标程序对比实质性相似的情况下，必须进行源程序比对。不同意进行源程序比对的一方就应该承担败诉的后果。若两方均不同意提供源程序进行比对，而又无法和解的情况下，则由指控侵权的权利人承担败诉后果。这样做，不仅有利于权利人利益的保护，还有利于侵权行为得到应有的惩罚，更有利于软件技术的公开，从而促进计算机技术的发展。

（五）计算机软件权利限制制度

“有权利必有限制”作为一条基本的法理原则引导和规制着私人权利和社会公众利益的协调。在知识产权领域，集“专有性”和“公共性”于一身的知识产品涉及私权和共享权益的平衡。因此，权利限制制度在知识产权法中具有必不可少的地位。¹³虽然信息产权法应该是一部不同于传统的、加入大量新的法律规则的法律，但也不可能脱离知识产权法这个法律系统。从现有的知识产权法律法规来看，权利限制制度主要表现在对权能的限制、期限的限制、主体的限制、地域的限制等。

1、期限限制

我国《计算机软件保护条例》第15条规定，软件著作权的财产权的保护期为25年，保护期满前，软件著作权人可以向软件登记管理机构申请续展25年，但保护期最长不超过50年。软件开发者的身份权的保护期不受限制。虽然基于软件的特殊性，而对计算机软件采取了不同于传统作品的保护期限。但是对于具有短时效性的计算机软件来说，25年也是一个过长的保护期限。这样长期的保护既无必要，也无可能。首先，计算机软件权利人从中能得到利益的期限必然在其软件的生命周期以内，实践中许多权利人往往在得到自己预期的利益之后便开放软件供公众免费使用，从而实际上成为社会公共的财产，因此无必要对其进行长期保护。其次，软件更新换代的速度极快，时隔几

¹³ 姚欢庆. 知识产权法练习题集. 中国人民大学出版社: 2007年7月. 第59页.

年的软件，经过升级和更新，很可能连源程序都有了较大修改，更不用说目标程序和外观了。

笔者认为，为了使计算机软件早日进入公有领域，促进计算机技术的发展，应该规定更短的保护期限。例如对独创性软件规定 5 到 10 年，对创造性软件规定 10 到 20 年。当然，笔者尚未对软件的生命周期以及需要保护的时间程度进行大量而科学的调查统计，提出的保护期限仅供参考，具体的立法工作还需进行大量的调研方可有定论。

2、合理使用和强制许可的限制

合理使用制度是知识产权法制度中的一种权利限制制度，它是基于社会利益的需要而产生。其最主要的作用在于通过限制知识产权人权利的方式，而使知识产权人权益和社会利益得到平衡。笔者认为，基于计算机软件在现代人类日常生活中大量而频繁的应用程度，也应规定合理使用条款，特别是对个人为自己工作、学习需要而使用计算机软件的行为应予以准许。但是，这仅限于正版软件的合理使用，对于使用盗版软件的行为，仍应属于侵犯计算机软件权利的行为。不可否认，当前在我国，要严格落实个人使用盗版软件的责任非常困难，甚至在发达国家也是很难顺利进行诉讼的。但笔者相信，随着计算机科学技术的不断发展与完善，其相应的法律保护手段定会得到完善，使用盗版软件的行为，不论从道德上还是法理上，都是应当被否认的。只是在当前我国科技水平尚不发达的国情下，要注意避免实行超国际水平的法律保护。另外，在修改方面，对合法取得计算机软件使用权的最终用户为使用计算机软件的便利，对计算机软件进行必要的修改，只要不再将修改后的计算机软件擅自以盈利为目的传播，这种行为应该是不能被认为侵权的。这也是基于“权利利用尽原则”而衍生出来的规则。

笔者认为，当合法取得计算机软件的行为人对软件进行符合其功能需要的必要的修改之后，可以要求软件权利人给予其通过修改后的软件收益的权利。在合理申请后，如果修改人没有得到许可，则可以向有关部门申请“强制许可”。这是有利于软件技术的交流和沟通，减少软件开发的成本，从而促进软件的发展的合理制度。

3、关于“公开”问题

计算机软件的著作权保护中存在着不利于计算机技术发展的因素，突出体现在是否公开上。计算机软件，尤其是源代码，不必公开就可享受著作权保护，而源代码对于软件技术的进步和交流具有重要的意义。因此，在计算机软件制作者获得权利的同时要求其公开计算机软件的完整程序及代码，既可以明确信息产权法保护的范围，又可以防止权利人从事垄断行为，从而促进计算机软件程序的交流和发展。

有人认为，计算机软件的源程序属于极高的商业秘密，一旦将其公开，计算机软件权利人的权利就很难得到保护，会严重挫伤计算机技术人员的创造积极性，从而影响计算机科学技术的发展。

笔者认为，正是由于目前法律对计算机软件的保护不要求其公开性，才导致一些在技术、人才、资金方面拥有优势地位的权利人利用自己的优势地位，将先进的技术集中到自己的手中，使得其处于该领域的垄断地位，而限制了竞争的发展。还有人认为，在我国盗版行为十分猖獗的情况下，要求计算机软件权利人公开其完整程序无疑会助长这种不法行为。但笔者认为，盗版行为无疑是非法的，然而法律的制定不能因为有非法行为的存在而放弃对合法权利的限制。在计算机软件权利人将其完整程序公开之后，依然可以通过对计算机软件的更新、技术措施等手段维护自己的权益。即使计算机软件的技术措施会被他人破解，这种破解行为也还是会受到法律的制裁。

五、结语

以上对各种方法的分析和推理主要是从保护计算机软件出发，同时也考虑国际竞争与合作的需要，立足于我国软件领域发展的现实，包括我国社会经济发展基本情况，从而得出的初步结论。随着国际交往领域的不断扩大以及交往程度的不断深入，计算机软件的独立保护模式探析必然成为理论和实践界最为关注的问题。笔者所提出的“信息产权法”的建立，以及相关的制度设计，尽管力求做到计算机软件“私权”与“共享利益”、国情和国际竞争的均衡，但必然还有许多不合理、不现实之处。要在中国对计算机软件进行专门立法，还有一段路要探索，但是从长久角度看，专门立法应该是计算机软件法律保护的必然。相关领域的理论和实践工作者联合起来进行相关调研和探讨具体制度设计已经是当务之急。

总之，法律不能解决知识产权领域内的所有问题，却是促进和保障知识产权发展的不可或缺的力量。我国现阶段的计算机软件的法律制度，要切实从我国的国家利益出发，对待国内软件业和国外软件巨头在入世后我国现阶段的现实情况，应视国情而不同。既不能使法律保护给他国企业形成实质上的超国民待遇，又不能放弃用法律保护来作为我国自主开发软件产业的维权利器。

参考文献:

- [1] 刘春田. 知识产权法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2002. 277-283.
- [2] 刘春田. 知识产权法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007. 64-65.
- [3] 张文显. 法理学[M]. 北京: 高等教育出版社. 2007. 186-189.
- [4] 徐家力. 计算机软件知识产权保护所面临的挑战及对策. 信息网络安全[J]. 2006. (2) .
- [5] 张蔚虹、刘立. 计算机软件知识产权保护模式探讨[J]. 商场现代化. 2007. (15) .
- [6] 王太平、郭海营、刘新琨. 计算机软件的法律保护模式研究[J]. 中国民商法律网. <http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=8471>
- [7] 邹怵. 计算机软件知识产权保护的发展. 计算机世界报[J]. 1994. (36) .
- [8] 蔡新华. DIAMOND 诉 DIEHR 案的解读—美国计算机软件专利保护的转折点[J]. <http://post.blog.hexun.com/caixinhua61/trackback.aspx?articleid=7490667&key=633052498849670000>
- [9] 王建中、刘振荣. 试论计算机软件的专门立法保护[J]. 科技信息. 2004. (8) .
- [10] 王彦有、李春光. 入世后我国计算机软件的法律保护问题[J]. 大庆师范学院学报. 2005. (1).
- [11] 姚欢庆. 知识产权法练习题集[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2007. 59-60.

论违反竞业禁止义务行为的刑法规制

江白娜

摘要：经济飞速发展的浪潮中，由于现代企业制度建设、国家经济法制建设等的不完善，公司、企业高管等人员利用职务，违反对公司的忠实义务，牟取私人利益，进行犯罪，阻碍我国改革发展的进程，影响稳定和和谐社会的建立。竞业禁止义务是对公司、企业高管人员等忠实义务的重要规定之一，但公司、企业高管等以权谋私损害公司利益的犯罪趋势近年愈演愈烈，反映出我国相关公司法等法律制度和相关刑事法律制度存在着缺陷，尚不足以对犯罪形成有效的遏制。本文重点围绕非法竞业经营违法行为形态与非法经营同类营业的犯罪行为形态进行比较分析，对违反竞业禁止义务行为的犯罪化进行研究，提出完善与强化对公司、企业高管等违反竞业禁止义务行为犯罪化的法律控制。

关键词：律责任 竞业经营 竞业禁止义务 非法经营同类营业罪

Abstract: In the wave of the rapid development of China's economy, because of the shortage of the modern enterprise system and the national economic development of the legal system, executives' staffs, such as directors and managements, take advantage of their position and violate their obligations of loyalty to the company. They seek personal interests by crime, which hinder the process of China's reform and development and disturb the stability and the establishment of a harmonious society. Non competition obligation is one of the important provisions on the companies, executives' directors and managements' fiduciary duty, but the trend of crime which commits by the companies, executives' directors and managements who abuse their power is growing recently, which reflects China's relevant legal system's shortcomings, the crime is still insufficient to create an effective containment. This paper focus on the illegal operation and the similar offence to conduct a comparative analysis, and take the research on the behavior of the noncompetete violation of the obligations, and then improve and strengthen the crime control of the companies, corporate executives and other staffs who violate their noncompetition obligation.

Key words: Liability Competing Operation Noncompetiton Obligations
Unlawful similar business operation crime