

计算机软件法律保护 的理论与实践

孙海龙 曹文泽 著



北京航空航天大学出版社

<http://www.buaapress.com.cn>

计算机软件法律保护 的理论与实践

孙海龙 曹文泽 著

北京航空航天大学出版社

内 容 简 介

本书围绕计算机软件这一特殊法律关系客体,将软件的技术、软件法律保护的特征和司法实践以及数字网络技术的发展结合起来,应用民法物权理论和知识产权理论,采用比较研究、实证研究和逻辑分析的方法,全面阐述了软件法律保护的若干问题,具有一定的理论性。正文中的案例分析以及附录中的有关软件保护的法律法规,增强了本书的实用性。

本书适于法学专业,特别是知识产权专业和理工科专业选修法律的学生阅读,同时也可供从事知识产权理论研究和实务的工作者,以及法官、律师、专利代理人 and 软件产业的管理者参考。

图书在版编目(CIP)数据

计算机软件法律保护的理论与实践/孙海龙等著.

北京:北京航空航天大学出版社,2003.12

ISBN 7-81077-356-9

I. 计… II. 孙… III. ①软件—知识产权法—研究
—中国 IV. D923.404

计算机软件法律保护的理论与实践

孙海龙 曹文泽 著

责任编辑 李峥宇

责任校对 戚 爽

*

北京航空航天大学出版社出版发行

北京市海淀区学院路37号(100083) 发行部电话:(010)82317024 传真:(010)82328026

<http://www.buaapress.com.cn> E-mail: bhpess@263.net

北京市云西华都印刷厂印装 各地书店经销

*

开本:850×1168 1/32 印张:12.25 字数:352千字

2003年12月第1版 2003年12月第1次印刷 印数:2000册

ISBN 7-81077-356-9 定价:18.00元

前 言

1946年,伴随着计算机理论的产生和电子元件三极电子管放大器的发明,美国宾夕法尼亚大学的艾克特(Eckert)与莫赫莱(Mauchly)研制成功了世界上第一台电子计算机埃尼亚克(ENIAC)。同年,匈牙利人冯·诺伊曼提出了计算机软件理论,即“冯·诺伊曼原理”^①。之后,计算机技术迅速发展并得到普及,经历了“三次浪潮”、“四个阶段”和“五代产品”^②。

在相当长的时间里,计算机软件是作为计算机的一个不可分割的部分,与硬件一同销售的。直到20世纪50年代末,计算机软件才随着计算机硬件一起跨出科研领域,投入商业性使用。因为市场上反垄断及反不正当竞争的呼声和政府的干预,美国IBM公司于1969年率先将计算机软件单独计价出售,使计算机软件成为一个独立的商品,给软件技术的发展带来关键性的转折,并大大地促进了计算机软件的开发和软件产业的形成。计算机软件在计算机产业中的地位,由第一阶段完全从属于计算机硬件、第二阶段在计算机产业中占一席之地、第三阶段中与硬件“平分秋色”,发展到第四阶段完全占据主导地位。

计算机软件的法律保护只是在第二代电子计算机问世后,才开始显出必要性。早在1965年,前联邦德国的学者已经提出以法律保护计算机软件的核心——计算机程序。但在之后的十多年里,行政机关的裁决、法院的判例以及成文的法律条文大都仅仅从反面对程序的法律地位作出规定,即只规定程序不能够受到哪些法律的保护,却很少从正面肯定它应当受到什么法律的

① 也有人认为,德国工程师朱瑟(Zuse)在1945年到1946年首次提出了计算机软件理论。参见郑成思. 计算机、软件与数据的法律保护. 北京:法律出版社,1987.3。

② 一般认为,计算机产业的发展经历了“形成和酝酿阶段(1946~1960)”、“第一次浪潮——‘硬件导向’阶段”、“第二次浪潮——‘平台导向’阶段”和“第三次浪潮——‘网络导向’阶段”;计算机的五代产品是指电子管计算机、晶体管计算机、集成电路计算机、大规模集成电路计算机和超大规模集成电路计算机(亦称为人工智能型计算机)。详细阐述可参见李顺德. 计算机软件的知识产权保护. 电子知识产权,1998(11)。

保护^①。从1980年开始,计算机程序受到版权法保护,才逐渐在各国得到普遍确认;同时,针对计算机软件的法律保护问题不断展开讨论,随之而来的是各国的相关立法、司法以及计算机技术的发展和不断深化。

进入1992年代以来,作为信息技术基础的计算机软件,其发展规模超过硬件而成为计算机技术的核心,并迅速形成庞大的计算机软件产业。随着新技术的出现和发展,特别是近年来数字技术和互联网的发展,计算机软件技术及其形态也在不断变化,使本来就很复杂的计算机软件法律保护不断出现新问题。

表面上看,我国的计算机软件法律保护,特别是立法保护,似乎已经比较完善;然而,在现实中软件保护(无论是软件厂商开发、销售软件,还是工作单位和周围朋友使用软件)却没有落到实处。许多中国人已经成为世界软件业的巨子,然而中国的软件产业却比较落后,个中原因肯定有更深层的法律问题。在知识经济大背景下,全球的信息产业迅猛发展,给中国提出了严峻的挑战^②。中国要大力发展信息产业,特别是要发展处于信息产业核心地位的计算机软件产业,这需要怎样的法律环境?其中有对计算机软件的法律特性认识和把握的问题,也有立法、司法和行政执法的问题,还有计算机软件权利人自身方面的问题。

理论上,计算机软件是知识产权保护的客体之一,除了具有知识产权的特征之外,还有自身独特的技术和法律特征。其法律保护涉及到知识产权法律体系中的版权法、专利法、商标法、商业秘密法、反不正当竞争法等众多方

① 郑成思. 计算机、软件与数据的法律保护. 北京: 法律出版社, 1987. 15.

② 根据2000年5月24日《经济参考报》报道,中国科协主席、中科院院士周光召报告指出,中国21世纪面临五大挑战,并强调,“面对信息社会的挑战,中国存在许多亟待解决的问题,如信息产业的核心——亚微米微电子技术、CPU的芯片和电脑操作系统,现在还完全由外国人控制;重要的电脑和网络部件、外设、传感器和应用软件没有知识产权;信息资源的建库、传输和处理技术远远落后;电脑和网络的应用刚刚起步。”2000年6月3日,在北京大学城环系博士学位论文答辩中,中科院某院士讲到,中国再不奋起直追,研制自己的软件产品并发展自己的信息产业,就有可能沦为信息时代的殖民地;而中国信息产业发展的关键不仅在于人才和技术,更在于社会体制和法治环境。笔者为自然科学家说出这样的话语而深受触动。

面,但主要是以版权法和专利法为主。现实中,无论是国际上流行和使用的跨国软件产品、各国之间的软件技术合作、软件贸易和软件保护国际条约的制定,还是各国政府的软件产业政策、国内软件企业的发展、盗版软件的状况、最终用户的法律责任,以及各国行政管理和司法中对软件的法律保护现状都是十分复杂的。这主要是由于以下原因:对计算机软件的技术特性和法律特性认识不够,各国之间及其国内相关主体之间存在利益之争,难以把握软件知识产权保护的利益平衡点,同时科学技术特别是数字网络技术的迅猛发展也加剧了科技与法律的冲突。

我国在计算机软件技术及软件法律保护方面起步晚,与发达国家相比处于落后、被动的局面。我国软件法律保护的建立,如同知识产权法律制度发展一样,受来自国内外的双重力量驱动。因此,在政治、经济和科技日益全球化的时代,在我国加入 WTO 之后,研究软件保护的法律问题具有重要的理论意义和现实意义。我国借鉴了国际通行做法,主要用版权法保护计算机软件,并已经进行了特殊立法,司法中也解决了一些典型的软件法律纠纷,但是在理论和实践上没有更好地注意到近年国际上加强专利保护计算机软件的趋势;对于软件法律保护的水平问题,在法学研究、立法、司法和行政执法中也存在不同的认识。

本书围绕计算机软件这一特殊法律关系客体,将软件的技术、软件保护的法律特征和司法实践以及数字网络技术的发展结合起来,在应用民法物权理论和知识产权理论、把握知识产权利益平衡原则和软件法律保护最新动态的基础上,采用比较研究、实证研究和逻辑分析的方法,全面阐述了软件保护的若干法律问题。

本书共 9 章,其中第一章至第三章概述了计算机软件的法律概念、法律特性,阐述了计算机软件知识产权的权利内容及其归属。第四章至第六章讨论了计算机软件的立法和司法问题,着重阐述了软件保护法律形式选择的深层原因,理清了软件立法保护和司法保护的发展脉络,论证了软件呈权利内容不断扩张的版权保护的立法趋势、以及日益扩大范围的专利保护的司法趋势,并针对我国软件的立法和司法提出了相关建议。第七章至第九章讨论了软件法律保护的几个热点问题:软件最终用户的法律责任、互联网络环境下软件版权保护法律问题、开放源代码软件及其法律保护。

本书第一章至第七章由孙海龙独立完成,第八章由孙海龙和曹文泽共同完成,第九章由孙海龙、张旭、林春、王瑾共同完成。全书由孙海龙统稿、定

稿。由于计算机软件及其法律保护的快速发展,往往使相关研究成果的生命力变得短暂,同时由于作者水平限制,书中错误之处,敬请读者批评指正。

本书作者希望通过对选择版权法保护软件进行反思、倡导采取工业版权法保护软件、如何将版权法和专利法正确适用到软件法律保护等方面问题的讨论,以及通过对软件最终用户的法律责任、互联网络环境下软件版权保护和开放源代码软件及其法律保护等问题的讨论,能够对我国软件法律保护的研究工作、立法工作、司法工作和软件产业的发展有所裨益。

本书适于法学专业特别是知识产权专业和理工科专业选修法律的学生阅读,同时也可供从事知识产权理论研究和实务工作者,以及法官、律师、专利代理人 and 软件产业的管理者参考。

目 录

第一章 计算机软件的法律概念及分类	1
第一节 计算机软件的法律概念.....	1
第二节 计算机软件分类.....	4
第二章 计算机软件的法律特性	8
第一节 计算机软件的知识产权特性.....	8
第二节 计算机软件的版权性	15
第三节 计算机软件的可专利性	22
第四节 计算机软件的其他法律特性	29
第三章 计算机软件知识产权的权利内容及其归属	34
第一节 计算机软件知识产权的内容	34
一、权利、民事权利与知识产权	34
二、计算机软件版权的精神权利与财产权利	38
三、计算机软件专利权的内容	48
四、计算机软件的商业秘密权	50
五、计算机软件的商标专用权	51
第二节 计算机软件知识产权的归属	52
一、软件版权主体的特殊性	52
二、软件版权主体法律保护的价值选择	55
三、几种具体情形下的软件版权的归属	58
第三节 软件版权的取得与行使	63
一、软件版权的产生与登记	63
二、软件版权的行使	67
第四章 计算机软件立法保护	69
第一节 关于世界主要国家和国际组织的软件立法例评析	69
一、20 世纪 60 年代学者对软件进行国际注册保护的建议	

.....	69
二、国际组织提出的通过建立新的国际条约对软件进行保护的 建议	70
三、联合国教科文组织和世界知识产权组织于 1982 年 提出的建议	73
四、其他国家或组织关于软件保护的立法建议	75
五、世界贸易组织《与贸易(包括假冒商品贸易在内) 有关的知识产权协议》(TRIPS)对计算机程序保护的 规定	81
六、世界知识产权组织版权条约(1996)对计算机程序 保护的规定	84
七、美国《数字千年版权法案》(1998)对计算机软件的 保护	88
八、通过邻接权保护计算机软件的模式	93
第二节 软件保护的法律形式	94
一、软件的国际法保护概述	94
二、软件的国内法保护概述	96
三、世界各国软件法律保护概况	99
四、我国计算机软件知识产权法律保护形式比较	99
第五章 计算机软件版权的司法保护	101
第一节 美国软件版权的司法保护	101
一、美国软件版权司法中适用的相关法律与遵循先例 的原则	101
二、美国软件版权司法保护发展中的三个时期	102
三、关于美国软件版权司法保护发展过程的法理分析	114
第二节 我国软件版权的司法保护	116
一、我国软件司法保护中适用的法律渊源	116
二、我国软件法律保护的执法体系	117

三、我国有关计算机软件案件的种类	117
四、我国软件版权司法保护的法律问题研究	119
第六章 计算机软件专利保护	131
第一节 问题的提出	131
第二节 美国软件专利司法保护的发展趋势	136
一、第一阶段	136
二、第二阶段	137
三、第三阶段	141
第三节 我国软件专利保护的立法、司法现状	143
第四节 对我国软件专利法律保护的建议	148
一、通过有权的法律解释明确计算机软件与智力活动 规则和方法的关系	148
二、修正专利审查指南中关于《含有计算机程序的发 明专利申请的审查》部分	150
三、区分含有计算机程序的发明是否具有专利和是否 符合授予专利权的条件	150
第七章 软件最终用户的法律责任	151
第一节 问题的提出	151
第二节 软件最终用户法律责任主体界定及其行为分析	153
第三节 国内外立法中对软件最终用户法律责任界定的 比较分析	157
一、以中国现行法律、法规相关规定为依据	157
二、国外几种软件最终用户法律责任的立法例研究	159
第四节 软件最终用户法律责任界定的利益平衡思考	162
第五节 对我国修订软件保护条例确定软件最终用户 法律责任的建议及评价	168

第八章 互联网络环境下计算机软件著作权保护法律问题	172
第一节 互联网络对知识产权法律特性的影响	172
一、互联网络对知识产权地域性的影响	172
二、互联网络对知识产权时间性的影响	174
三、互联网络对知识产权专有性的影响	175
四、互联网络对知识产权可复制性的影响	177
第二节 互联网络环境下各国著作权法的调整及我国对著作权法的修正	178
一、互联网络环境下各国著作权法的调整	178
二、我国著作权法修改的主要内容及其评析	181
第三节 我国现行《计算机软件保护条例》的主要内容及其特点	185
一、软件著作权人享有的法定权利范围有所扩展，有关权项的内涵更加明确	185
二、明确界定了职务软件	186
三、软件著作权的保护期限由 25 年变为 50 年	186
四、对软件著作权人的权利限制更加合理	187
五、淡化软件著作权的行政管理	188
六、对软件著作权的许可使用和转让规定更加明确、具体	189
七、进一步明确了侵犯软件著作权的法律责任	189
八、规定了软件著作权遭受侵害时的救济措施	191
第九章 开放源代码软件及其法律保护	194
第一节 自由软件及其版权保护	194
一、自由软件的法律概念	194
二、自由软件的版权保护形式	197
三、自由软件及其版权保护带来的启示	199
第二节 开放源代码软件及其法律保护的法理分析	203
一、开放源代码软件的哲学分析	204

二、开放源代码软件的经济学分析	210
三、开放源代码软件的法理学分析	212
四、科技对法律的影响及其与人类社会的关系	225
第三节 开放源代码软件法律适用问题研究	229
一、实体法的适用	229
二、知识产权国际保护中的适用	241
三、我国应对开放源代码软件需采取的立场	253
第四节 开放源代码软件的法律纠纷及其解决机制	258
一、开放源代码软件的法律纠纷	258
二、开放源代码软件法律纠纷的解决机制	267
附录 A 中华人民共和国著作权法	277
附录 B 中华人民共和国著作权法实施条例	292
附录 C 计算机软件保护条例	298
附录 D 中华人民共和国刑法(节选)——侵犯知识产权罪	305
附录 E 《与贸易(包括假冒商品贸易)有关的知识产权协议》 (TRIPS, 1994)	307
附录 F 世界知识产权组织版权条约(WCT)(1996)	340
附录 G 计算机软件著作权登记办法	348
附录 H 软件产品管理办法	354
附录 I 关于制作数字化制品的著作权规定	360
附录 J 著作权质押合同登记办法	362
附录 K 关于软件出口有关问题的通知	365
附录 L 中华人民共和国国家版权局关于贯彻落实《国务院 关于〈鼓励软件产业和集成电路产业发展的若干政策〉》 的意见	368
附录 M 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	370
附录 N 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	373
主要参考文献	378

第一章 计算机软件的法律概念及分类

第一节 计算机软件的法律概念

对计算机软件的概念,各国表述虽然并不统一,但已经就其内涵、外延达成共识。世界上多数国家和国际组织原则上采用了世界知识产权组织(WIPO)的建议。

(1) 1978年WIPO发表的《保护计算机软件示范法条》中把计算机软件分为“计算机程序、程序说明和程序使用辅助材料”。“计算机程序”是指以文字、代码、图解或其他任何形式表达的一组指令,在与计算机可读介质合为一体后,能够使计算机具有信息处理能力,完成或实现某项具体任务或结果。“程序说明”是指用文字、图解或以其他方式对计算机程序中的指令所作的足够详细的、足够完整的说明、解释。“程序使用辅助材料”是指除了程序、程序说明以外的,用以帮助理解和实施有关程序的其他辅助材料。在该软件示范法条中,对计算机程序的定义不够准确,按此定义,以高级语言编写的源程序可能被排除在计算机软件之外。因而各国在参考这一定义时,多把“在与计算机可读介质合为一体后”删去,这样就可以明确无误地将源程序列入计算机程序之中。

(2) 美国在1980年修订其1976年版权法,修改该法的第101条和第117条,将计算机程序列入版权法保护范围,并在第101条中对计算机程序作出定义:“是一组旨在直接或间接用于计算机以取得一定结果的语句或指令”。之后,通过联邦法院的判例,把源程序、目标程序、固化在只读存储器中的程序、系统程序和应用程

序都列入版权法保护,并明确其属于计算机程序的范围。

(3) 日本在 1985 年颁布了著作权修改草案(《62 号法》)。依据《62 号法》,在著作权法第 2 条第 10 款下增设“第 10 款之二·程序”,将程序定义为“能使计算机完成某种功能的一组指令”;在第 10 条(受保护客体条款)中增加了“第 9 款·程序作品”;并增加“第 10 条之三;第 10 条 9 款中的受保护对象,不包括为完成程序作品而使用的程序语言、规则和方法。”程序语言是指表达程序用的文字、符号或文字和符号的组合。将“程序语言”完全排除在版权法保护之外,是日本以著作权法保护“计算机程序”的一个特点。

(4) 澳大利亚在“1984 年第 43 号版权法修订案”第 3 条(b)款中规定:计算机程序是指以任何语言、代码或符号表达的一组指令(不论该指令是否附带有有关的信息),该指令的作用是直接使具有数字信息处理能力的机器执行特定的任务,或在转变为其他语言、代码或符号后(或以其他物质形式复制后),再使具有数字信息处理的机器执行特定的任务。可见,计算机程序包括各种功能的程序(如系统程序和应用程序)、各种形式的程序(如存储在磁盘中或固化在芯片中)、以各种语言(如高级计算机语言和机器语言)表达的程序。

(5) 我国在 1991 年发布的《计算机软件保护条例》中对“计算机软件”定义如下:计算机软件是指计算机程序及其文档。“计算机程序:指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。计算机程序包括源程序和目标程序。同一程序的源文本和目标文本应当视为同一作品”。可以看出,我国对计算机软件的定义与世界知识产权组织的定义原则上一致,但更为准确。

(6) IBM 公司在 1993 年出版的《Dictionary of Computer》(第 10 版)中对“程序”有 5 种解释,其中第 5 种解释是,“一种按照既

定的编程语言规则编写的、由实现一定功能、完成一定任务或解决一定问题所需的说明或指令所组成的语句组合。与计算机程序同义。”1996年美国国家标准协会出版的《标准信息技术辞典》采纳了IBM公司上述第5种解释取代对原来程序的笼统定义：“计算机处理的指令序列”。

(7) 其他国家,如保加利亚在《软件应用法》中,匈牙利在版权法实施细则中对计算机软件作出了定义;印度在《版权法》修订中将计算机程序列入版权法保护,并对其作出“一种能够复制信息的录制品”的定义;新加坡1987年版权法对程序的定义与澳大利亚的相同;英国、法国、原联邦德国及欧共体对“计算机软件”在法律上未加以定义,而把计算机程序直接视为文字作品,是受版权法保护的主体。特别需要一提的是,1989年1月,欧洲共同体委员会在一份关于计算机程序保护问题向共同体理事会提交的建议书中提出,由于计算机技术在未来发展之中可能会改变计算机程序的性质,所以不应为计算机程序下任何“定义”。在目前,程序应包括以任何方式、语言、符号或代码表现的一系列指令,用以使计算机执行一定的任务或功能。

综上所述,各国对计算机软件或计算机程序的定义,虽用语不同,但实质上区别不大。在理解和掌握这一概念时,应注意以下基本要点和特点:

(1) 计算机软件可以分为计算机程序和程序文档两部分,但核心是计算机程序。在讨论计算机软件的法律保护问题中,关键在于讨论计算机程序的法律保护。

(2) 计算机程序可以有多种表现形式,可以用不同的语言、不同的代码、不同的符号、不同的固定载体表现。而且,可以预言,伴随着新技术的出现,计算机程序将有新的表现形式。

(3) 计算机程序是操作、运用计算机必不可少的工具。计算机程序是一系列指令的有序的、有机的、有目的的组合,而不是杂乱无章的堆积;其组合以适当的方式可以被计算机等具有信息处

理能力的装置识别、接受,并可以使这些装置按照程序设计的要求运行,产生预期的结果。

(4) 计算机软件是人类智力劳动的成果,其思想内涵与表现形式融为一体。它一方面是思维表现的作品,另一方面又是技术方案,具有与文字作品相似的表现形式和实用工具的功能这样的两重性。

(5) 计算机软件具有研制、开发复杂,复制、改编容易,发展、更新快速的技术特点。开发计算机软件往往工作量大、周期长、投资额高、商品化难度大,但改编、复制却又十分方便、快捷,不但费用低,而且省时;同时,计算机软件的更新周期越来越短。

(6) 有的学者归纳概括了计算机程序的三要素:程序具有目的性,即一个程序在计算机中运行后要达到一定预期结果;程序具有可执行性,即程序一定可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的;程序具有序列性,即程序是代码化指令序列、符号化指令序列和符号化语句序列。

第二节 计算机软件的分类

作为一种以“作品”形式表现出来的“功能”性智力成果,计算机软件可以按不同的标准进行分类。

(1) 按编制程序所用语言或按程序的外在表现形式分类:

- 1) 源程序(source program)或称源码程序:用人可识别而计算机不能直接识别的编程语言编写的,以源代码形式表现的计算机程序。
- 2) 目标程序(object program)或称目标码程序、机器代码程序:用计算机可以直接识别的目标码形式表现的计算机程序。

(2) 按程序的功能或用途分类:

- 1) 系统软件(system software):管理计算机硬件正常运行,控制和监督其他软件在计算机中正常执行的软件,包括操作系统、编译系统、程序设计系统、数据库管理系统、网络管理系统等。
- 2) 应用软件(application software):是针对不同专业领域的不同需求而设计的用于实现不同目的(如数据处理或不同类型运算)的软件,它不干预计算机系统本身的运行,而是借助于计算机实现一定的功能。
- 3) 支持软件(support software):是指某类应用领域通用或公用软件以及生产厂商向用户提供的用以开发应用程序的软件。如表格生成和处理软件、图像绘制和处理软件、CAD、CAM 软件等。
- 4) 程序设计软件(programming software):用于设计程序的一种通用工具软件。
- (3) 按软件标准化程度分类:
 - 1) 专用软件(special application software):即定制软件,是专为某个(或某类)用户要求而单独设计的。
 - 2) 通用软件(general software):即通用商业软件,是能够适用于多行业、多领域、多机型的综合性软件。
 - 3) 组件(components):是为软件专业开发人员开发应用程序提供的应用构造模块软件,它一般是按照一定的工业标准开发的,并通过一些标准的协议进行联络。如公共语言组件、数据库服务组件、优化数据存储组件、信息处理组件等。
 - 4) 群件(groupware, integrated environments software),即集成合作环境软件,简称为 ICE 软件。属于通用软件的一种,主要有基于网络环境的 ICE 软件、基于主机/大型机的 ICE 软件和基于供消费者/家庭用户所用的软件等。
 - 5) 中间件(middleware):是指运行于网络系统、操作系统或