

立法的民间游说与司法互动 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E7_AB_8B_E6_B3_95_E7_9A_84_E6_c122_483768.htm ??? 立法论争沸沸扬扬??

近年来，随着我国信息产业大发展，在商界和广大消费者当中，尤其是知识产权的立法司法及学界，对如何依法保护软件著作权，议论纷纷，莫衷一是，成为热点。?? 2002年1月1日起施行的新颁《计算机软件保护条例》引起社会各界强烈反应。经修订发布的这一新条例，完全取消了原条例对软件合理使用的规定，即“因课堂教学、科学研究、国家机关执行公务等非商业性目的的需要，对软件进行少量的复制，可以不经软件著作权人或者其合法受让者的同意，不向其支付报酬”。从而，把我国所有的单位和个人在未经授权的非商业合理使用软件，统统规定为非法，要加以处罚。即使警察、检察官、法官、律师经办涉及软件案子的取证，也在禁止之列。?? 购买一张正版软件光盘，一般只被授权许可安装1台电脑，如果安装第2台，则是未经许可的非法侵权，新条例超越了国情，无法实施，必将带来极大的社会问题，损害广大人民利益。这也超越了WTO标准，超过了日本等发达国家的软件保护水平。?? 电脑用户使用未经授权的软件，著作权法并未规定其为侵权行为。考虑到软件的特性及其著作权人的利益，一些发达国家和地区，以用户是否直接营利或商业行为，作为侵权标准。WTO与贸易有关的知识产权协议（TRIPS协议）规定，既要保护知识产权，又要考虑到发展中国家的国情，因地制宜，量力而行，并无强制性。该协议把计算机程序作为文字作品保护，对使用侵权文字作品的读者

或用户，并不规定其责任，没有排除人们对软件的合理使用。?卜嗣枪惴涸薤杀；と研?著作权，但反对只顾及权利人的利益，不顾及社会公共利益的超级保护，更反对保护垄断暴利；人们普遍支持按照WTO标准保护软件著作权，但反对假借我国“入世”为名而超过WTO标准要求，误导舆论，不顾社会发展现实的过度保护，从而损害消费者利益，阻碍我国信息化进程。在保护知识产权的同时，更要防止滥用知识产权的不正当竞争。?? 2002年3月，全国人大和政协九届五次会议期间，两会代表、委员在分别提交要求修改新颁《计算机软件保护条例》的议案和提案中，提出了可供选择的方案：

- 1.由全国人大常委会再次修改著作权法，在该法中规定软件保护办法，并废止新条例；
- 2.由国务院有关部门广泛听取各方面意见，尤其是广大消费者意见，再次修改新条例，除去其中保护过高的规定；
- 3.由最高人民法院对软件保护的具体问题发布司法解释，搁置新条例中保护过高的规定。

立法不可能一蹴而就，需要不断认识、论争、修改，逐步完善。?? 新条例的两难困境?? 在广大人民奔向信息化的进程中，我国软件市场的民众需求十分巨大。由于正版软件的垄断暴利价格之高，人们大都难以承受，一些非商业机构也只能使用未经授权且价廉质次的所谓盗版软件。?? 北京的一所重点高校图书馆供师生使用的500台电脑，都未正版化。每台电脑内的软件均有十几种，其中有Win 98、Office 2000、Office 97，其正版价分别为1980元、3990元、9760元，仅前两个软件的正版化就得6000元，共需300万元；而那里的电脑大都是旧的奔1、奔2型，每台价值仅为500-1000元，正版软件价超过了电脑硬件。管理人员十分忧虑地告诉笔者：“正版化所需数百

万元已申请，因教育经费一向紧张，也不知何时才能落实；又见社会上不断严打的风声很紧，更不知微软人员或执法人员何时从天而降。”教育是立国之本，北京乃至全国，又有多少大中小学缺乏所谓正版化的巨额资金啊。而在美国，教育部门可以向软件商购买廉价的软件。??新条例实施一年来，各种观点和做法反差之大，使人无所适从，趋于混乱。新条例在执行中陷入十分尴尬的两难境地，成为一种新的法律虚无现象。清代思想家沈家本指出：“法贵简而能禁，刑贵轻而必行。”江泽民在十六大引用古人曰：“法令行则国治，法令弛则国乱”。然今日却是“新条例行，则软件市场乱”，问题似乎更为严重了。有关部门往往热衷参与立法，包括从中争得本部门利益。但对法在实施中发生的问题却无人问津，放任自流，将错就错，任其长期反作用于经济生活，贻害无穷，应引起关注。法治建设事关国家的长治久安，人民的安居乐业，社会主义事业的兴衰成败；只能以是否有利于发展社会生产力，增强综合国力，提高人民生活水平为唯一标准。??2003年初，我国上网用户达5910万人，上网电脑2300万台，加上不上网的电脑，约为4600万台，大都用微软Windows和Office软件，2003年2月28日，微软承诺向中国政府开放源代码，但这并不影响其保持正版软件的垄断暴利价。??合理的司法解释??2002年10月15日，最高人民法院发布施行《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》，对电脑用户未经许可使用软件的侵权民事责任，限制在商业使用范围内，大大缩小打击面，可使广大公民和法人在教育、科研、公务等非商业活动中，合理使用未经授权的软件，不必担心会被微软等外商告上法庭。??由于司法解释的

效力仅限于法院的审判，法官据此不追究用户的非商业使用的民事责任。但却并未使这一合理使用软件的行为本身合法化，并未制止政府有关部门依照新条例，严厉打击非商业合理使用软件的用户，也就并未真正消除人们的后顾之忧。尽管该司法解释对有关执法部门的打击行为并无约束力，但是如果被处罚的用户不服，可以行政诉讼民告官。法官应依照该司法解释，不追究非商业合理使用者的民事责任，维护用户的权益。这也适用于用户在被软件商追究情况下的维权。这使软件保护在法律上开始趋于合理。?? 由于司法解释的专业性很强，只有专业司法人员才能真正掌握。这一有利于大众的司法信息，一般不被人们所了解，故使非商业合理使用者一旦被查处，也就未能以此来维权。如果该司法解释只能意会而不能言传，则成了法官、律师、官员口袋里的法，不仅失却了对公众的巨大意义，还容易引起官官相护，黑箱作业，权钱交易等腐败现象。对此，律师应有所作为。?? 对不适当的行政法规，我国现阶段的法院只能在审判中不予支持，实际搁置，但却无权撤消。为避免新条例与司法解释之间的矛盾，避免执法官员与法官之间的扯皮与冲突或者勾结，更为避免电脑用户为维权而兴讼的劳民伤财，维护我国法治的统一性和严肃性，亟待进一步修改完善《计算机软件保护条例》和《著作权法》。?? 民间游说运作?? 立法，事关社会各种权利和资源的配置，千百年来统治者一般不允许不希望百姓参与，已形成传统，人们大都没有机会和兴趣参与立法。上世纪后20年，我国的立法从无到有，发展迅速。过去的立法活动是官方的、不公开、不透明。后来，允许人们对宪法、企业法、破产法、刑法、刑诉法等一些重要法律草案提

出意见和建议，立法开始民主化。由于法律法规是由国家机器强制执行的，一旦发布，全社会必须无条件遵守。?? 1999年6月，方兴东、王俊秀两位青年学子合著《起来挑战微软“霸权”》一书出版，民间的忧患之士开始呐喊：反对微软的知识霸权和垄断暴利。由于人微言轻，根本不被官方和主流学界理睬，成为不入流的另类声音。?? 2001年12月12日，我国正式加入世界贸易组织的那天晚上，各地IT业和经济与法律界的20多位青年学人自发来京聚首，探讨即将出台的新条例将造成的社会危害，表示极大的忧虑和反对。12月24日，新条例出台前夕，14位中青年学者联名发出《合理保护软件知识产权呼吁书》，强烈呼吁立法部门立即停止新条例出台，摒弃对软件著作权的超世界水平保护，建议有关部门会同人大代表、消费者代表召开立法听证会。此举得到前辈法学家张思之、郭道晖先生的热情支持。?? 2002年1月底，《呼吁书》及其网上系列文章，由寿步等编成《我呼吁中国首次立法论战》一书，该书的11位清寒学人作者顷其全部稿费购书，广泛赠送并游说。2月8日，在北京的软件保护条例讨论会上，法官、律师、立法官员，大都赞同《我呼吁》一书观点，认为立法确有失之过严，实施有难度，应设法解决。2月间，《我呼吁》一书，由俞梅荪送往国务院有关部门负责人，全国人大和政协的有关副委员长、副主席，常委会委员和法律、财经、内务司法等专门委员会委员；有关研究机构的专家学者等等，受到广泛关注，不少人表示支持。?? 3月4日至6日，第五届全国人大、政协五次会议期间，31位人大代表和17位政协委员分别提交了要求修改新颁《计算机软件保护条例》的议案和提案，总算使长期以来的民间呐喊和游说运作，

在立法程序上取得进展。??5月份以来，立法的民间大论战，因“两会”案而取得进展，却因一些官员的抵制，反而使论战升级，官民之间的意见分歧加大了。可见，“两会”代表、委员敦促政府修改新颁法规的阻力不小，任重道远。同时，微软等外商与有关执法和司法部门联手频频出击，在各地积极开展贯彻新条例的专项行动，深入企业挨户普查，严打重罚。??10月15日，最高人民法院施行这一司法解释，对非商业使用者不追究法律责任。2003年3月初，笔者们撰写此文，送交十届一次“两会”，继续呼吁修改新条例。??这是我国立法史上首次对新颁法律法规敢于说“不”的社会大论战。从“民意”到“法意”，多年来经过民间社会活动者、学者、传媒人士、IT业人士、律师，及人大代表、政协委员、大法官等各个环节的有识之士，为民请命，上下求索，持之以恒，从不同角度对新条例的有效评判所产生的积极影响，逐步推进。其操作的程序性、规范性、合法性，摸着法律这个新的石子过河的环环相扣，步步为营，连续互动……。这一切在艰难曲折中匍匐前行，虽然缓慢却终有进展。??不论怎样，总算是对我国宪法及其宪政民主制度运作模式的一次新的尝试，这将为民间立法游说的进一步开展，为实现十六大提出：“要健全民主制度，丰富民主形式，扩大公民有序的政治参与……，坚持和完善人民代表大会制度，保证立法和决策更好地体现人民的意志，”意义深远。??宪政与法治??新世纪以来，民间人士对立法的批评、反对、论战、游说、运作，相继被各方面默认、呼应、接受，并被逐步采纳，不断进展，这是立法民主化的一大进步。人们从中感受到事关自身利益的民主，依法自觉行使民主权利，长此以往，我国

的民主与法治将在全社会不断发展，蔚然成风。?? 值得注意的是，“两会”议案在2002年3月分别提交的8个月来，政府有关部门无意修改新条例，人们的企盼成为失望，10月份最高法院积极主动地作出司法解释，搁置新条例的失当规定，缩小打击面，与民间舆论形成良性互动。这对立法失误的修正与补救的意义，已大大超越其司法解释本身，民间游说运作的过程也已大大超越其目的本身。它昭示了现代社会的一种趋势，在多种利益集团互较短长的多元格局中，需要法律程序去折冲樽俎。同时，更需要一种广泛意义上的法律共同体的存在，由一大批具有忧患意识及理性良知的专业法律人，用共同的法律意识和观念，可以对抗任何利益集团的不当干预，维护法律运行机制及其理念的独立性，抑制个别部门的恣意，形成一种约束机制。?? 2002年12月26日，中央政治局学习宪法，胡锦涛指出：“人民当家作主和依法治国有机统一起来；加强立法监督和执法监督。”宪法实施20年了，只有切实推行宪政，才会有民主政治和公民权利的保障。宪政的实质是，用法治来规制国家权力和公职行为，在权力配置、运作机制和如何行使公职行为，要征得拥有国家一切权力的人民的同意，并且按照法律程序进行。宪政与法治是同义的，实行了宪政就实行了法治，反之亦然。?? 近年来，为履行“入世”的种种承诺，我国政府努力废止、修正、出台了一批法律法规，获得WTO各成员国赞誉。然一些发达国家代表某些商业利益集团的政治团体，通过种种不正常的途径和手段，对包括我国在内的发展中国家的知识产权状况进行大量的歪曲。发达国家以保护知识产权为名，角逐商业利益，攫取垄断暴利。应当认识知识产权领域的国际竞争与对抗十

分严峻和复杂，发达国家垄断知识产权，企图凭借其经济优势和强权，不断扩大其经济利益，对发展中国家经济掠夺，使之一直处于弱势地位。??加入世贸组织后，我国与外商的经济竞争，实际上成了规则的竞争，包括各种利益集团在立法、执法、司法等领域寻租的各种激烈角逐，成为一种新的竞争方式和社会经济运行形态。近年来，国际贸易保护主义日益加剧，我们需要对外开放，引进外资，但不能以牺牲本国人民的利益为代价。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com