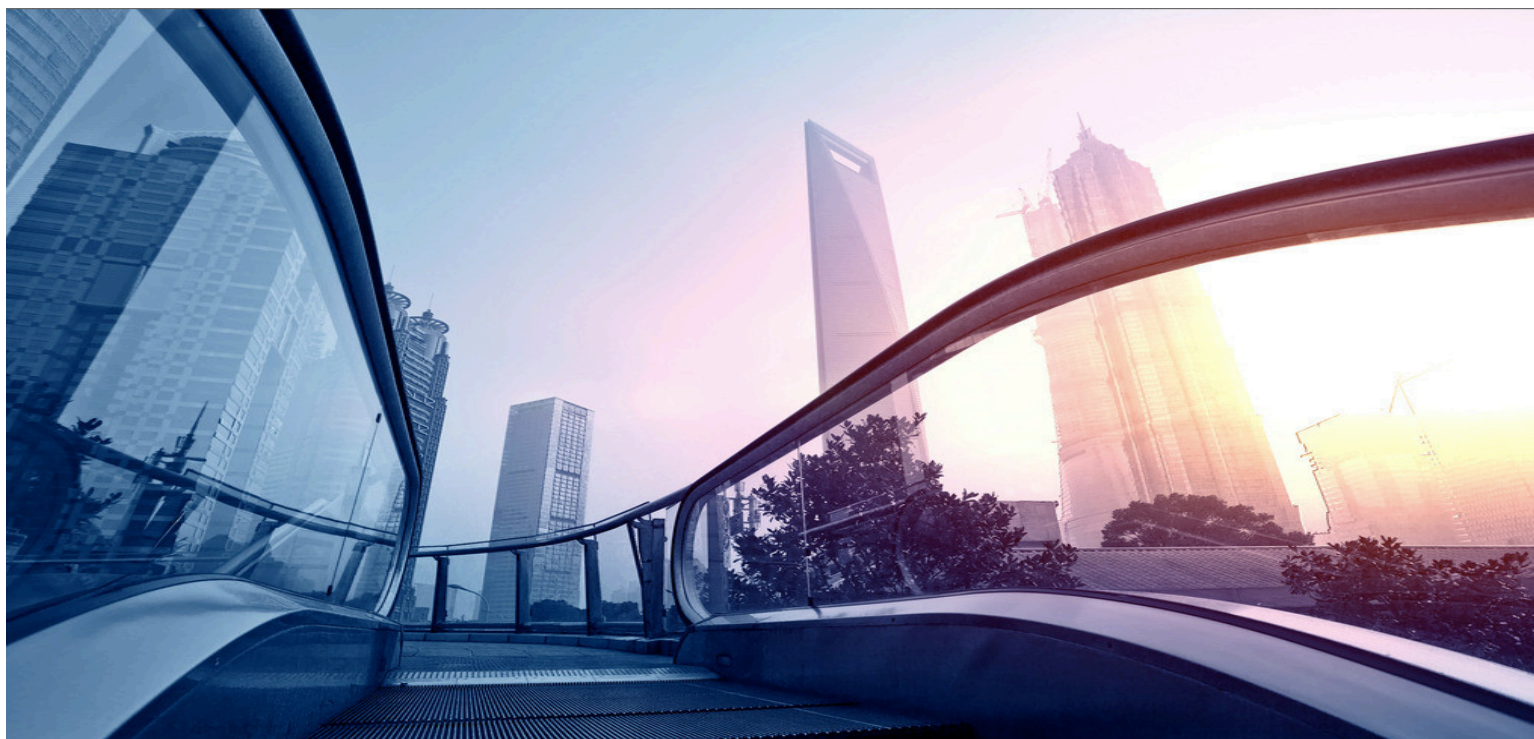


# 大成涉外争议解决法律资讯

## Dacheng Newsletter Cross-border Dispute Resolution



2015年3月 March 2015

主编：谭家才      本期责编：潘激鸿

编委（按姓氏拼音排序）：刘蓉蓉   刘逸星   李新立   韦龙艳   王峰   周姣璐

## 目录

### ★资讯 News

- 一、 最高人民法院发布关于全面深化人民法院改革的意见  
The Supreme People's Court of the People's Republic of China Issued Opinions on Comprehensively Deepen the Reform of the People's Court
- 二、 商务部解读《外商投资产业指导目录2015》:限制大幅减少  
MOFCOM's Interpretation of the Catalogue of Industries for Guiding Foreign Investment: More Industries are Open to the Foreign Investors.

### ★律师视点 Lawyer's Viewpoints

- 三、 刑法视野下的商业贿赂界定  
How the Criminal Law Defines the Business Bribery
- 四、 涉外家事案件的代理技巧及法律要点  
Representing Skills and Main Issues Regarding Foreign-related Family Law Cases
- 五、 软件许可协议的起草及审核  
Tips for Drafting and Reviewing Software Terms of Use

### ★大成（上海）涉外争议解决律师团队介绍 Brief Introduction of Dacheng (Shanghai) Cross-border Dispute Resolution Team

## 【新法资讯】

### 最高人民法院发布关于全面深化人民法院改革的意见

2015年2月26日上午十点，最高人民法院举行新闻发布会，通报《最高人民法院关于全面深化改革的意见》（以下简称《意见》），即修订后的《人民法院第四个五年改革纲要（2014-2018）》。

《意见》确立了全面深化人民法院改革的总体思路；提出了全面深化人民法院改革的5项基本原则；围绕建成具有中国特色的社会主义审判权力运行体系这一关键目标，提出了7个方面65项司法改革举措。是指导当前和今后一个时期人民法院改革工作的重要纲领性文件，也是人民法院贯彻落实党的十八届三中、四中全会精神的重要抓手。

《意见》包括五方面主要内容。第一，确保人民法院依法独立公正行使审判权，维护国家法制统一和司法权威。第二，建立以审判为中心的诉讼制度，加强人权司法保障。第三，优化人民法院职权配置，进一步推动司法权力科学运行。第四，健全审判权力运行机制，落实司法责任制。第五，改革法院人事管理制度，推进法院人员的正规化、专业化、职业化建设。

（摘自中国法院网）

## 商务部解读《外商投资产业指导目录 2015》:限制大幅减少

今年3月10日,经国务院批准,发展改革委、商务部发布了《外商投资产业指导目录(2015年修订)》,自4月10日起施行。

《外商投资产业指导目录(2015年修订)》主要政策导向和变化是:

一是积极放宽外资准入。通过修订目录大幅减少对外商投资的限制。此次修订后,总条目423条,比2011年版目录471条减少了48条。其中,限制类条目减少41条,鼓励类和禁止类条目数量基本稳定,分别减少5条、2条。开放力度是历次修订中最大的一次。

二是转变外资管理方式。充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,减少目录中“限于合资、合作”规定。“限于合资、合作”条目数从2011年版的43条减少到15条,“中方控股”条目数从2011年版的44条减少到35条。

三是调整优化经济结构。鼓励外商投资现代农业、高新技术、先进制造、节能环保、新能源、现代服务业等领域,承接高端产业转移。鼓励外资在研发环节投资,推动引资、引技、引智有机结合。鼓励类条目原则上不做删除,以保持政策连续性、稳定性和可预期性。

四是进一步增强透明度。删除旧版目录中的“国务院专项规定或产业政策另有规定的,从其规定”的兜底条款,将限制、禁止类中原“国家和我国缔结或者参加的国际条约规定限制/禁止的其他产业”规范为“国家法律法规和我国缔结或者参加的国际条约规定限制/禁止的其他产业”;所有外资股比规定均在目录中列明,允许类条目不再保留外资股比限制。

(摘自中国经济网)

## 【律师视点】

### 刑法视野下的商业贿赂界定

文/王峰

商业贿赂犯罪是指发生在商业领域的全部贿赂犯罪的统称，它并非刑法规定的独立罪名或者类罪名，不仅包括平等的商业主体在交易活动中的贿赂犯罪，同时也包括商业行政管理活动中管理人与被管理人之间的贿赂犯罪。因此，商业贿赂犯罪并不只是局限于《刑法》分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的“非国家工作人员受贿罪”、“对非国家工作人员行贿罪”及“对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪”三个罪名当中，而是同时包含《刑法》分则第八章贪污贿赂罪中的“受贿罪”、“单位受贿罪”、“利用影响力受贿罪”、“行贿罪”、“对单位行贿罪”、“介绍贿赂罪”、“单位行贿罪”等七个罪名。换言之，只要是与商业活

动有关的上述十种犯罪，全部属于商业贿赂犯罪的范畴。

#### 一、商业贿赂犯罪主体

商业贿赂犯罪的主体是实施商业贿赂犯罪行为并应当承担刑事责任的个人或者单位。商业贿赂行为具有对合性，因此，商业贿赂犯罪的主体包括行贿主体和受贿主体两个方面。

##### （一）行贿主体

商业贿赂犯罪的行贿主体是在商业活动中为了获取商业利益、商业机会、商业地位而实施行贿行为的一切自然人或者单位，即“经营者”。关于“经营者”的概念，《反不正当竞争法》第2

条规定：“本法所称的经营者，是指从事商品经营或者营利性服务（以下所称商品包括服务）的法人、其他经济组织和个人。”结合该条款及刑法规定可见，进行经营活动的单位或个人都可以成为商业贿赂犯罪的行贿主体。

## （二）受贿主体

商业贿赂犯罪中的受贿主体是在商业活动中索取或收受贿赂的单位或个人，通常都拥有一定的决策权力，一般区分为单位、国家工作人员、非国家工作人员。受贿主体性质不同带来的差别是认定罪名的不同，在经济领域中只要这些单位或者个人索取、收受贿赂，阻碍公平竞争的市场经济秩序，无论属于哪种性质的主体，都有可能构成商业贿赂犯罪。

## 二、商业贿赂犯罪主观方面

### （一）商业行贿的主观方面

商业行贿的主观方面除了直接故意以外，还要求为了“谋取不正当利益”，也就是说，行贿者在经营中排斥公平竞争，最大限度地争取交易机会，以获得更多的非法利益为终极目标。1999年，最高人民法院、最高人民检察院《关于在办理受贿犯罪大要

案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》明确规定，“谋取不正当利益”包括两种情形：一是谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，即“非法利益”；二是要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或方便条件，即“非法手段利益”。

2012年，两高《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》更是将“违背公平、公正原则，在经济、组织人事管理等活动中，谋取竞争优势”作为第三种情形纳入“谋取不正当利益”的范畴，剑指商业贿赂。

在行为目的方面，商业行贿者是为了排挤竞争对手、销售或购买商品，以赚取商业利润。如果不是为了商业目的，而是为了获取商业目的以外的其他目的，如为了升学、提干、晋级、出国等原因而收买有关人员，这种行为只是一般的贿赂行为，而不是商业贿赂。

### （二）商业受贿的主观方面

商业受贿的主观方面只能由直接故意构成，受贿者明知自己索取、收受贿赂的行为会侵犯职务行为的不可收买性，却仍然追求这种结果的发生。也就是说，受贿者必须认识到自己索取、收



受的财物是对其职务行为的不正当酬谢，与其职务行为存在对价关系。在这种清醒认识下，索贿者只要仍然具有索取他人贿赂的意图，就符合该要件特征；而收受贿赂者不仅要有收受他人贿赂的故意，还应具有利用职务上的便利为他人谋取利益的故意，只有这两个方面同时具备才能成立。

### 三、商业贿赂犯罪客体

商业贿赂犯罪侵犯的客体，一是破坏公平竞争的市场交易秩序。市场经济是一种以公平竞争为主导的商品经济，各市场主体所追求的利益因为需要通过市场竞争，往往表现的很不确定，为了获得更多的利益，有可能冲破自身的成立宗旨和有关法律的限制，通过商业贿赂而达到获取利益的目的，必然会破坏公司、企业经营活动中的公正竞争的交易秩序。二是侵犯同行业竞争者的合法权益。同业竞争者的合法权益需要公平的竞争秩序来维护，而在商业贿赂凸显的社会经济中，运用科技降低成本、提高质量不再是不法经营者恪守的商业理念，执着于以贿赂手段代替正常营销手段，必然会构成不正当竞争，损害同业竞争者的合法权益。三是损害消费者合法权益。商业贿赂行为在损害公共利益的同时，

将最终的危害结果转向了广大消费者。当众多商家都将目光聚焦商业贿赂而不顾产品质量和品质时，消费者成为最大的受害者，高价劣质的产品充斥市场，从根本上剥夺消费者的选择权，同时也给消费者带来了财产与生命的巨大威胁。四是侵犯有关单位和人员的廉洁性。任何一个在公司、企业或其他单位中执行一定职务的自然人，都存在因职务所带来的一定的身份、地位与便利条件，当然公司在赋予其公司职员一定地位与便利条件的同时，也必然要求他们忠于职守、廉洁自律，也就是说其负有不得利用自己的职务便利索取或收受贿赂的义务。另一方面，正常市场交易秩序也要求有关单位保证自身的廉洁，否则即使会使单位的正常经济交易管理制度遭到破坏。

### 四、商业贿赂犯罪客观方面

商业贿赂犯罪的客观方面，是商业贿赂犯罪行为对刑法所保护的社会关系造成侵害的客观外在事实特征，根据商业贿赂犯罪所涉及的罪名，主要可分为以下几类：

#### （一）商业行贿行为

商业行贿是在商业活动中，基于商业目的，有关人员或者单

位为谋取不正当商业利益，给予他人或单位以财物的行为。

1、商业行贿必须是发生在商业活动中，行贿者基于获取不正当商业利益的目的，通过给予有关单位或者个人财物，排斥正当竞争，以获得违法性利益、违法性帮助或者竞争优势等。

2、给予的贿赂是财物。这里的财物，是指能够衡量、换算的财产性利益。具体包括：实物，如烟酒、金银首饰、住房、汽车等；货币，包括人民币、外币；有价证券，如股票、债券等；其他财产性利益，如设定债权、免除债务、无息或者低息贷款、装修住房或赠送一定数目的企业股份等。值得说明的是，诸如性贿赂、晋升职务、解决户口等非财产性利益在目前刑法规定中暂未纳入商业贿赂犯罪的范畴。

3、行为手段一般是直接给予财物，而在对国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体及国家工作人员进行商业贿赂时，也可以表现为在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费。

## （二）商业受贿行为

商业受贿是在商业活动中，基于商业目的，有关人员违背职务的廉洁性或者单位违背廉洁制度，利用职务便利或者影响力非

法索取、收受财物，为他人谋取利益的行为。

1、受贿者利用职务便利或影响力。职务便利是受贿者本人职务范围内的权力，即自己主管、分管、承办公司、企业某项具体事务的权利；而影响力是受贿者利用了本人职权或者地位产生的影响和一定的工作联系，去影响、指挥其他人员利用其职务上的权限。值得注意的是，这里“受贿者”并不包括“单位”，因为根据刑法规定，单位作为受贿主体时，无须以“利用职务上的便利”为构成要件。

2、受贿者实施了索取、收受他人财物的行为。根据行为方式的不同，商业受贿行为可以分为索取型受贿和收受型受贿：受贿者利用职务上的便利，乘请托人求其谋取利益之机，采取刁难、拖延、不利要挟等手段，以公开或暗示的方法主动向请托人要求给予财物的行为是索取型受贿；而受贿者利用职务上的便利，在请托人为谋取利益主动送给财物时，自愿接受的行为则为收受型受贿。

3、收受型受贿者需具有为他人谋取利益的行为。2003年，最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》认为：“为他人谋取利益包括承诺、实施和实现三个阶段的行为。”



也就是说，为他人谋取利益具体包括四种情况：（1）许诺、意图为他人谋取利益，尚未实际进行；（2）正为他人谋取利益，尚未获得成功；（3）已为他人谋取了部分利益，还未完全实现；（4）为他人谋取的利益，全部满足了要求。

4、商业受贿行为还表现为受贿者在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的情况。

### （三）介绍贿赂行为

介绍贿赂犯罪行为，是指为了商业行贿犯罪行为和商业受贿犯罪行为的实现，在商业行贿主体和商业受贿主体之间进行沟通、撮合，情节严重的行为。行为表现或者是为商业受贿主体寻找索

贿对象，转达其索贿意愿，或者表现为受商业行贿主体的委托，帮助其物色行贿对象，疏通行贿渠道，引荐受贿主体以帮助传递信息和贿赂等。



### 作者介绍

王峰律师，北京大成（上海）律师事务所合伙人，毕业于华东政法大学刑法学专业，获法学硕士学位，曾先后在公安、检察机关担任警官、检察官七年。主要业务领域：刑事合规、刑事诉讼。

电子邮箱： [fengwang@dachenglaw.com](mailto:fengwang@dachenglaw.com)

## 涉外家事案件的代理技巧及法律要点

文/张寅

涉外家事法律服务，是伴随着我国改革开放与国际交流的不断深入而逐渐发展起来的。目前，不但北京、上海等一线城市的跨国婚姻呈逐年上升的趋势，而且，山东、广西、西南及东北等地区的涉外婚姻家庭也越来越多。有理由相信，随着我国改革开放的进一步发展，随着我国国际化接轨的进一步深入，涉外婚姻、跨国家庭组合的数量也会进一步增多，这类法律服务的需求也必然越来越紧迫。涉外婚姻家庭业务的处理需要语言、国际私法冲突规范、国家之间法律制度的差别、国家之间判决的承认与执行等诸多方面的深入研习与实务的掌握，才能使对承办人该领域的法律问题有较为深入的理解和把握。

### 一、涉外家事案件的特点

家事案件涉外在如今看来已经并不鲜见。随着社会的进一步涉外家事案件来处理。

开放以及国际交流的增多，涉外家事逐步演变为今日的已为人们所能广泛接受的一种家庭关系的模式。在从前，一说起涉外家事，大家脑海中能够联想到的往往是跨国婚姻。然而，如今涉外家事的外沿已经得到了很大的发展。广义的涉外家事案件，不仅包含身份关系涉外，还包括有财产关系涉外、涉及某些案件事实涉外（如双方在美国签署了婚前协议）。案由也不仅包括离婚纠纷，子女抚养纠纷、继承纠纷等也是常见的涉外家事案件。总的来说，在进入 21 世纪第二个十年以来，涉外家事案件发生了如下一些变化值得关注：

#### 1、涉外情形种类多样

如上文所述，目前的涉外家事案件已经不仅仅停留在身份关系的涉外性上，而是有了很大的扩展。比如，夫妻双方都为中国国籍，但是在美国生育了一子，该子女为美国国籍，则他们的离婚案件因为涉及子女涉外，就具有涉外性。又比如，夫妻均为中国国籍，双方在澳大利亚购买了一套房屋，在涉及离婚诉讼时，他们的离婚案件也具有涉外性。对于这类案件，我们也将将其视作

#### 2、婚前协议备受青睐。

几年前，婚前协议对于中国人来说还是个很新鲜很难理解且很伤情感的“怪物”。但是，当选择涉外婚姻不再是大部分中国女孩子改善生活和谋取经济利益的手段时，更多的人倾向于不再把爱情掺杂更多的经济纠葛，婚前协议便越来越反映出人们在选择涉外婚姻时的理性思考和对爱情基础的重视。但近两年，笔者参与起草的婚前协议每年数量大约在 7-8 份，其中许多都具有涉外背景。当然，婚前协议在法律的实践过程中也会遇到法律冲突适用的问题，这需要起草者在起草时加以注意。

### 3、财产形式更加多样化。

与以往很多外国人只是短期在中国出差、访问或留学等情况所导致的涉外婚姻中财产形式单一化不同，越来越多的外国人与中国配偶方在中国结婚后，会选择在中国定居。婚姻关系更加持久，相应的婚姻财产形式也越来越多样化，早已不限于以往的薪金收入，还包括房产、公司资产、知识产权等有形和无形资产的增加，甚至涉及境外公司或上市公司的资产。这时，要求律师具有丰富的处理婚姻家事案件的经验。

## 二、涉外家事案件的代理实务要点

涉外家事案件其实并不复杂。但是，涉外家事案件又与境内的家事案件代理有所区别，这些区别主要在于涉外家事案件的一些特殊程序要求。这些特殊的程序要求主要在于以下几个方面：

### 1、涉外婚姻案件的管辖问题

我国法院的一般管辖原则是“原告就被告”。涉外离婚案件也以“原告就被告”作为地域管辖的一般原则，但是毕竟涉外案件有其特殊性，所以民事诉讼法及相关司法解释作了特殊的具体规定。我国《民事诉讼法》第 22 条规定，对于民事案件管辖权确定的一般原则是：“对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。”第 23 条规定，“对于不在我国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖。”从我国《民事诉讼法》及《民诉意见》的规定来看，我国法院对于离婚案件的管辖还是以属地管辖为主。许多律师询问笔者是不是按照婚姻缔结地来确定离婚案件的管辖，但实际上只有“华侨在中国国内结婚，且其目前居住国法院不受理其离婚案件时”一种情形适用婚姻缔结地法院管辖。

在涉外管辖这一问题上，比较有争议的一点是，对于双方都是外国人的案件如何处理。有学者认为只要原告在国内形成经常居住地（通常认为是居住满一年），那么就可以认为该离婚案件中的一方与中国有连接点，那么中国法院就有权进行管辖。但是实践中因为这类案件双方都是外国人，又在国外结婚，所以法院一般不会受理，完全有理由拒绝当事人的起诉要求。但是如果双方能达成一致意见，只是通过国内法院以判决或调解书的形式认定，那么如果双方都愿意接受中国法院的管辖，那么法院通常是可以受理的。

## 2、涉外婚姻案件法律的适用

在涉外案件的法律适用上，有冲突法与准据法之分，所谓冲突法是指在发生适用法律冲突时怎样确认到底适用哪国法律的一种法律选择的规则，这就类似于国内法中程序法，他并非解决实体权利义务问题，而是告诉人们该适用什么法律以及如何适用。而准据法是指经冲突规范指定援用来具体确定民商事法律关系当事人权利与义务的特定的实体法，最终确定的用来解决双方之间实体权利义务关系的法律。

在我国，在解决涉外婚姻问题方面，我国的相关冲突法规定

结婚适用婚姻缔结地的法律；离婚适用法院地法律。根据该规定，若要确定双方婚姻关系是否成立，则应依据婚姻地接地法律来进行判断；若双方解除婚姻关系，则因双方接受中国法院的管辖，故应适用中国法律作为审理案件的依据。

## 3、外国法院判决的承认与执行

我国法院的判决在国外不当然具有法律效力，同样，对于国外或者港、澳、台地区法院的判决，在国内法院也不当然具有法律效力，国内法院需要经过一定的承认或者认可程序才可以赋予其在我国境内的法律效力。这就涉及到在国外法院判决书的承认以及港澳台地区法院判决的认可问题。这在 1991 年最高院颁布的相关司法解释《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》进行了专门的规定。需要提醒注意的是，我国目前仅就国外法院的离婚判决中解除身份关系条款予以承认与执行，对于子女抚养及财产分割条款仍然需要适用互惠原则进行。

## 4、涉外婚姻案件法律文书的公证与认证

在我们代理涉外离婚案件中，如果当事人的结婚时的国外登记注册的，那么，当事人的结婚证书需要进行公证和认证；如果其本人不能来中国进行离婚诉讼，他的身份证件，起诉状和离婚

意见书等材料则需要进行公证和认证，或者直接在中国驻该国使领馆进行公证。

但是，办理公证和认证的时候需要注意：首先，申请委托书公证的当事人必须亲自来总领馆办理。委托事项涉及夫妻双方利益的，必须双方同时到总领馆办理；其次，委托书应用墨水笔书写，字迹必须清楚、工整、不得涂改。委托书必须在领事面前签名，填写日期；最后，文书经使领馆公证后，不得任意拆装或涂改。

### 三、涉外家事案件的代理技巧

#### 1、信任基础的建立

家事类案件，与公司、经济类案有着很大的区别，除了需要掌握法律、民事诉讼法等相关法律的规定和中国法院处理婚姻家庭案件的司法操作实践外，家事律师要以心理咨询师的角色步入到案件中去。这往往是由婚姻家庭案件的特殊性决定的。由于婚姻家庭案件所涉及到的事情的隐秘性和私人性质，与人身关系联系紧密，即使是对自己的律师，当事人也往往心存顾虑。如果客户是土生土长的外国人，则代理律师更要做好中国文化的解释工作，

若客户能够理解律师，才能达成双方之间信任合作的基础。

#### 2、做好法律的释明

涉外案件的法律释明包含两个方面。即对于国内客户进行关于涉外特殊程序的释明，以及对于国外客户进行关于中国法律的释明。

对于涉外家事案件的启动，律师在内心中一定需要有一个时间的概念，由于涉外案件通常涉及送达程序，通常先要进行外交送达，若无法送到则需要再次公告送达。加上离婚案件第一次判决不离的惯例，一起离婚案件通常在通过上述途径解决的过程需要长达两年以上。对此，需要提前告知客户给予客户足够的心理准备。

对于国外客户，其通常对于中国的法律并不了解，尤其是对于中国的调解制度更是陌生。所以为了避免国外客户在案件的诉讼过程中产生质疑，建议律师提前将案件的实体处理及程序提前告知客户并进行释明。

#### 3、对于境外财产的处理

通常情况下，我国法院在审判实践中对于位于双方当事人位于境外的资产不予处理。当然，这并不绝对。在笔者原所代理的

某上市公司股东离婚纠纷案件中，最高院依然将美国上市的股份进行了处理。而在实践中，也存在双方调解时一方明确放弃自己在位于境外的财产权利，而由另一方在调解书中明确就该部分予以补偿的案例。

当然，同样在实践中，法院直接以判决方式处理家事案件中境外资产的，笔者还未发现。在涉及这一部分资产处理时，若法

院未处理的，双方可以在财产所在地另行提起诉讼。或者，双方可以通过协议约定的方式来约定关于这些境外财产的处理，这些约定在美国、日本、英国、加拿大、澳大利亚等发达国家一般具有法律效力。



#### 作者介绍：

张寅律师，北京大成（上海）律师事务所律师。上海律协民委会婚姻家庭研究组秘书。曾起草《继承法修订上海律师建议稿》。专业领域为婚姻、继承纠纷、婚内设立公司的股权纠纷、以及私人财富管理相关业务。  
电子邮箱：yin.zhang@dachenglaw.com



## 软件许可协议的起草及审核

文 / 韦龙艳

过去十年，信息产业大力发展、软件业的日新月异使得商业律师的客户群结构及客户需求发生了变化，软件许可法律服务随着软件产业的发展而发展。笔者拟通过本文投砖引玉，期待与您就软件许可协议的起草及审核进一步研讨。

软件产品在商业化运作中，所有权人通常以许可的方式行使软件版权，授权被许可人在许可的范围内使用软件。不同于一般商品买卖，通过软件许可被许可方无法取得软件的所有权，只能通过许可使用而取得对该软件的使用权，并且这种使用权是有限制的。如，**Adobe** 公司的软件协议约定：“**Adobe** 及其供应商拥有本软件的所有知识产权。本软件只供许可使用，并非出售。**Adobe** 只允许您再遵守本协议各项条款的情况下复制、下载、安装、使用或以其他方式受益于本软件的功能或知识产权”。**Adobe** 的许可协议同时就常规使用方式、服务器使用、备份文件管理等都做了严格限制，声明了以下使用限制：“不得修改、不得解除捆绑、不

得转让、且使用升级版或更新版即自动终止使用本软件任何先前版本的权利”。**Microsoft** 公司的许可协议中亦约定“权利的保留和所有权”条款：“**Microsoft** 保留未在此《协议》中明示授予您的一切权利。‘软件’受版权和其他知识产权法律及条款的保护。**Microsoft** 或供应商拥有“软件”的产权、版权和其他知识产权。‘软件’只授予使用许可，而非出售”。

总的来说，许可协议限制了被许可人使用软件的范围和方式。通常涉及限制将软件使用于特定计算机、禁止转让、禁止非法复制软件、禁止修改、逆向工程、反编译、汇编或以其他方式使用软件的限制性条款。只要许可协议的限制条款和版权法的原则与宗旨不相矛盾，按照“意思表示自由”的合同法原则，限制性条款应当具有法律效力。一旦用户接受许可协议则需受许可协议条款的约束，违反协议条款则需承担相应的法律责任。

个人电脑使用的软件产品多数通过“点击生效的许可协议”的方式许可使用，用户无法对许可协议进行修改。而商业客户购买用于商业运营的软件产品时需要律师参与谈判，对许可协议进

行有效的起草和审查。我国作为技术引进需求极大的发展中国家，客户通常是技术许可中的被许可方，所以本文主要从被许可方的角度，综述软件许可协议的几个重要条款。

### 一、 软件许可协议中的不担保条款 “**Limitation of Warranties**” 与担保条款 “**Warranties and Guarantee**”

许可人有权许可协议约定的权利是许可协议有效的基础；同时，许可人应避免被许可人被第三方就软件的版权、专利权或者其他所有权提出索赔。但，有趣的是在商业软件的许可协议中常包含如下有限担保条款（**Limitation of Warranties**）：**Licensor warrants only that it has the right to grant the License and other rights as set forth herein. Licensor does not warrant that the Licensor Materials do not infringe third party intellectual property rights and shall have no obligation to indemnify Licensee for infringement claims or expenses incurred therewith.** 此类强势的条款在商业软件许可协议中普遍存在，iPhone 软件许可协议也有类似规定：对任何第三方服务、第三方材料或网站，或者第三方的任何其它材料、产品或服务，Apple 及其管理人员、关联公司和子公司不作任何保证或认可，亦不对阁下或任何其他

人或承担和负有任何责任或负责。

甚至，西方国家出口技术的公司大都坚持在许可证中订立专利的不担保条款，其原因如下：第一，所谓专利，包括专利申请案，专利申请案能否被批准，很难预言，最终被驳回的申请案，当然就是无效专利。郑成思先生认为：受方对专利效力不担保条款是可以接受的，但应坚持要求供方担保下列应担保的内容：（1）保证向受方提供的技术是完整的、准确的、可靠的，按照该技术，能够生产出供方做生产的（或合同的产品附件中规定的）同样产品；（2）保证到合同签订之日为止，供方不知有任何导致自己专利被判无效的其他相同的现有技术；（3）保证自己实施自己的专利技术时，不会侵犯其他人的专利权；保证自己的专利不是从属专利，或虽是从属专利，自己已得到基本专利的权利人的有关许可证。

就软件许可而言，若技术供方愿意做 **Unlimited** 的担保，其因承担了日后的风险，许可费将因此提高。在协商和草拟软件许可协议时，律师应理解交易的商业特征，包括客户明确期待的商业条款、财务条款、软件功能以及公司购买软件的目的等，评估

不担保条款的风险，及是否值得为取得更加全面的担保而支付更高的许可费。

笔者认为，就上述第一个有限担保条款而言，做为被许可方的律师，应当坚持如下立场：（a）许可人有权许可合同中约定的权利，即：Licensor owns, or has sufficient legal rights to Technical Information, Tools and Software so as to permit it to furnish the same to Licensee in according with this Contract and to grant the rights granted to Licensee hereunder; and (b) 对侵权诉讼，许可人应承担赔偿责任，即：Licensor shall indemnify Licensee with respect to any suit, claim, or proceeding brought against Licensee alleging that Licensee's use of Technical Information, Software or Tools of Project Research Results constitutes an infringement of any patent or copyright registered in China.

## 二、 软件许可协议中的质量、性能保证条款

许可协议中通常用“按现状”（“AS IS”）和“可提供情况”来定义“性能保证条款”，限制许可方产品质量责任，从而排除其

他任何明示或默示瑕疵保证责任及不侵害第三方权利的默示保证。

如：EXCEPT FOR THE FOREGOING EXPRESS LIMITED WARRANTIES, LICENSEE ACCEPTS THE LICENSOR MATERIALS "AS IS," WITH NO OTHER WARRANTIES OR CONDITIONS OF ANY KIND, EXPRESS OR IMPLIED INCLUDING, WITHOUT LIMITATION, WARRANTIES OF NON-INFRINGEMENT, MERCHANTABILITY OR FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE.

但软件开发过程中可能会存在软件漏洞和问题，软件的功能描述可能会和它实际能实现的功能有所差异。律师可以通过在协议中：

1. 加入措辞强烈的保证条款规定许可方对软件的表现和功能负责。
2. 加入维护支持条款，由许可方修正解决可能存在的问题，从而保护被许可方的利益。保证条款和维护支持条款应互为补充，即约定质保期结束时，维护和支持义务即开始生效，以确保许可方对影响许可协议描述的功能的缺陷进行持续修补改正。例如：Licensor warrants that, if an error of Technology be found in connection with the contract, and/or in connect with the Products, the Licensor shall be responsible to make corresponding correction in the Technology

delivered and, as appropriate, will re-perform its relevant obligations under this contract at its own cost.

3. 加入验收测试条款（尤其在协议中包含定制性服务的情况下），并约定一定期限内验收不合格被许可方可以终止协议的权利。验收测试条款是对运行维护条款至关重要的补充，可以使被许可方在产品发挥作用之前免于承担任何责任或履行义务。为保证该条款的可操作性，里程碑付款方案是一个极有利的保障。依照里程碑付款方式，被许可方无须预先支付全部款项，亦不按比例提前支付或根据执行情况支付余款，而是根据许可方执行计划各个阶段的验收测试合格情况进行支付。

4. 最后，确保合同包含在许可方未能满足支持和维护义务情况下的补救条款。即若在通知之后，许可方\_\_\_\_日内未能提供支持和维护服务，赋予被许可方一定的货币补救权利。如：Should Licensor fail to perform its remedy obligations for any breach of its warranty obligations and fail to cure such failure within a reasonable period of time, or period of time agreed by both parties, after receiving reasonably detailed written notice of such failure from Licensee, the Licensor shall provide compensation for the direct damage incurred

by licensee as a result of the failure to perform such remedy obligations, and the amount of compensation shall be subject to mutual agreement of the Parties. 该条款为确保在被许可方独特运行环境中软件的功能性提供一个解决方案。

### 三、 软件许可协议中的技术改进条款

技术改进条款的英文标题是 Improvement，是指许可协议的各方在改进了原有技术。因而取得了新的专有技术权之后，应当如何在优惠条件下向对方提供。

就这个问题，郑成思持有如下观点：“发达国家与发展中国家的看法是很不一致的，甚至对于受方在引进的技术上做出改进的专有权是否应归受方所有，发达国家都认为是一个‘未决问题’”。依惯例，在合同签订且软件开始执行后，特殊情况下，即使合同允许被许可方研究代码、修改代码，此 Improvement 的所有权亦属于许可方。如：Any Technology included in such Improvement shall remain the property of the Licensor and remain subject to the limitations of the contract....Licensee shall inform Licensor of any Improvement applied to Technology made by Licensee.

Licensee shall grant-back such Improvement within validity period of the contract to Licensor...

被许可方通常不明白自己对改进的技术（Improvement）的权利限制，不理解在交易中争取这些权利的重要性。作为被许可方的律师，应通过合同谈判争取 make such Improvement be the exclusive property of Licensee，且 Improvement 信息的共享应建立在互惠的基础上。

#### 四、 软件许可协议中的损害赔偿条款

OEM 软件许可模式及云计算软件许可模式是当前两种新兴的许可模式，下文分析这两种特殊许可模式下如何起草损害赔偿条款以规避相应法律风险：

IBM 通过微软授权在其生产的笔记本电脑中预装 WINDOWS XP 操作系统；福特油电混合汽车搭载 Microsoft 系统等 OEM 软件许可模式在商业运作中大量存在。OEM（Original Equipment Manufacturer）软件是指在 PC 机制造过程中被预装至硬盘驱动器或被绑定于计算机硬件的专用软件销售版本。操作系统制造商或应用软件制造商订立许可协议允许个人计算机制造商或原始设备

制造商发售 OEM 软件产品。OEM 软件在任何情况下均不得脱离设备或硬件单独发售。

OEM 模式下许可协议的损害赔偿条款比较特殊，应考虑人身伤害赔偿问题。被许可方律师应尽力使许可方为任何由其提供的机器或设备造成的人身损害承担责任。且，在代表被许可方起草和协商软件许可协议时，对于此类来自许可软件的知识产权侵权以及根据协议由任何第三方提供给被许可方的软件的知识产权侵权而引起的索赔，一定要把许可方的损害赔偿 responsibility 包含在内。

如今，“云计算”软件是软件生产商主要业务板块，软件生产商通过互联网（“云计算”的软件）来提供软件。在此新模式下，许可损害赔偿责任的承担衍生出了新的问题。许可协议通常都包含保证条款，以满足特殊情形下的需求，如供应商停止营业如何进行数据保存、如何处理其他意外事件。如果供应商破产或供应商网站关闭，仅仅源代码由第三方托管可能不足以对被许可方进行有效保护。常规的软件协议在责任限制条款中通常把数据丢失排除在外，但是如果客户的数据是像“云计算”模式一样由供应商独立控制，被许可方的律师应当在许可协议中加入数据丢失情

况下对客户进行保护的条款及相应的违约责任。



**作者介绍：**

韦龙艳，取得美国南加州大学法学硕士学位、美国纽约州执业律师、中国律师执业资格、英语专业八级资格。拥有扎实的学术能力，并拥有跨国公司、律所及国家机关的多年工作经验。擅长公司法律事务、建筑房地产、知识产权、涉外争议解决业务。韦龙艳现任大成律师事务所芝加哥分所顾问、上海政法学院客座教授、东盟比较法研究中心研究员。



## 【大成（上海）涉外争议解决律师团队介绍】

### 我们的优势

- 团队中的大部分律师具有海外留学背景，部分律师获得了国外律师执业资格
- 核心律师皆具有 7 年以上诉讼执业经验，处理了大量涉外仲裁/诉讼案件
- 能够熟练运用英语、日语等作为工作语言。
- 部分律师具有在中国的法院、检察院、公安机关以及其他政府机关的工作经验
- 部分律师已被选聘为 CIETAC, SHIAC、SAC 等仲裁机构的仲裁员
- 有广泛的全球网络，大成律师事务所在国内 42 家分所，海外 9 分所，是 World Services Group 的会员单位，且与世界很多中心城市的律师事务所建立了协作关系，可以为客户在全球范围内提供全方位、多层次的法律服务

大成（上海）涉外争议解决团队由 13 名核心律师组成，其中合伙人 4 名，律师 6 名，律师助理 3 名。伴随客户对法律服务的要求和需求不断提升，大成（上海）涉外争议解决团队不再仅仅提供传统意义上代理当事人/客户参加诉讼、仲裁等争议解决法律服务，而是在企业风险管理、交易框架规划，或在争议发生前尽早尽快地介入其中，以事前规划、协商、谈判等方式解决未来可能发生或者当前已经发生的争议。

## 主要服务范围

- 参与交易架构设计及相关文本起草
- 内资/外资企业风险控制
- 监管合规
- 诉前/仲裁前谈判
- 境内仲裁/诉讼
- 海外账款催收
- 国际贸易争议解决
- 跨境诉讼/仲裁

非常感谢您的阅读,

本资讯由大成（上海）涉外争议解决团队编辑。

如有任何问题, 请通过电邮 [cdr@dachenglaw.com](mailto:cdr@dachenglaw.com) 联系我们。