

西南知识产权博士文库

张玉敏 主编

计算机软件版权保护的 反思与超越

曹伟◎著

博學篤行
厚德重法



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

计算机软件著作权保护的 反思与超越

曹
伟◎著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

法律门
Access To



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

计算机软件版权保护的反思与超越/曹伟著. —北京:法律出版社, 2010. 6
(西南知识产权博士文库)
ISBN 978-7-5118-0877-6

I. ①计… II. ①曹… III. ①软件—版权—保护—研究—中国 IV. ①D923.414

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 111655 号

西南知识产权博士文库	计算机软件版权保护的反思与超越	曹伟 著	责任编辑 刘文科 装帧设计 汪奇峰
------------	-----------------	------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5	印张 7.375 字数 192 千
版本 2010 年 8 月第 1 版	印次 2010 年 8 月第 1 次印刷
出版 法律出版社	编辑统筹 学术·对外出版分社
总发行 中国法律图书有限公司	经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司	责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0877-6

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

随着信息技术的发展、经济的全球化以及对外开放的逐渐扩大和深入,历经三十年,中国的知识产权制度已经日趋完善,知识产权研究也呈现出多元化的趋势。在知识产权立法的早期阶段,出于工具主义思考,为了尽快为中国移植发达国家的知识产权制度,更多的知识产权研究着力于注释知识产权的一些基本制度、基本框架。从学术史上看,这大致属于知识产权的注释法学阶段。至 20 世纪 90 年代末、21 世纪初,在中国的知识产权制度基本完善的前提下,学者们对知识产权的研究拓宽了视野,知识产权的概念、历史、哲学、体系化、性质、经济分析等逐渐进入研究视野,并涌现出一批优秀的学术成果。套用苏力关于中国法学三个阶段的论述,这一阶段的知识产权研究进入了“诠释法学”和“社科法学”并举的时期。

在知识产权研究日益多元化的情况下,我们应当贡献什么?基于这种问题意识,我们推出了这套“西南知识产权博士文库”。然而,问题在于,在今

天这个日益信息化的时代,人们为诸多的文字材料所包围,由于自身精力的限制,人们根本没有太多时间去触摸、更不用说去阅读书店里的一些文献。因之,这套文库是否只意味着占用了一些书号,挤占了书架的一些空间?在很多情况下,一些哪怕是经典的书籍都被束之高阁。这套文库的未来命运将会如何?

担心将我们推向了对知识产权研究多元化氛围的思考。在日益市场化的今天,学术产出也必须符合市场经济的规律,供给与需求相辅相成。如社会分工之于市场的重要性一样,学术分工也在学术研究中发挥着重要作用。如果承认道德多元化、思想多元化是法治社会的重要特征,那么,我们就可以断言,无论书籍的行文风格、价值取向、问题意识等,我们都可以找到一些哪怕是些微的读者。更重要的是,书籍一面世,作者便丧失了控制它的权力。在作者、作品和读者这个文学系统中,重要的已不再是作为支配一方的作者,而是作者与读者之间的那种主体间性。这对我们意味着,只要认真、努力也就够了。

从基本方向上看,这套博士文库尽管包括了学术前沿、热点问题等,但基本理论研究是其主旋律。当然,这并不意味着我们认为学术研究存在一个高低贵贱之分的问题;事实上,我们真正考虑的是学术上的比较优势。

西南政法大学 张玉敏

2007年9月

序

版权被认为是关涉文学艺术作品的命名和分类体系,在这一命名和分类体系中,小说、美术、电影等都具有维特根斯坦所说的“家族相似性”。借此,版权也界定了其与商标权、专利权的界限:版权仅保护那些具有审美价值的对象。然而,逻辑的实践往往让位于实践的逻辑,一如“没有永恒的朋友只有永恒的利益”那句话表明的世故。在版权领域,将计算机软件作为保护对象就在一定程度上折射了这一现实。

计算机软件与一般的文学艺术作品存在诸多差别。与其说人们关注的是其审美价值,毋宁说更关心它的工具性。然而,基于种种实际的理由,现代多数国家的法律制度却因其具有可复制性为其提供与文学艺术作品同样的保护模范。问题是,为计算机软件提供版权保护这一模式是否合适?我们该如何反思版权制度?计算机软件的版权保护是否具有可超越性?

在关于计算机软件法律保护研究的早期著作中,众多的学者讨论了用合同法、版权法、商标法、专利法、商业秘密法等保护计算机软件的可能性。在总结各种保护模范利弊的基础上,日本的通产省甚至提出过用专门法保护计算机软件的方案。然而,历史的机缘却终使这样的方案流产。时过境迁,如今计算机已经非常普遍,它逐渐取代了传统的交流、存档媒介,进入了国家政治、军事机构、公共图书馆乃至千家万户。同时,技术改变着人们的审美情趣。在计算机时代,人们青睐的鲜活的传统书法不得不退让给标准化的互相兼容的程序。“这是一场史无前例大的历史进步”,科学主义者如是评价。果真如此?如果用经济学所倡导的可计算性来支配人们的生活模式,我们又将努斯鲍姆所追求的体现个体特征的“诗性正义”置于何处呢?

这一人本主义关怀又促使我们在技术时代反思技术的合理性。在这个意义上,作为知识产权法学学者,反思计算机软件的保护模范就带有明显的伦理意味。哪些归恺撒,哪些归上帝?

本书作者曹伟博士,分别在计算机领域和知识产权法领域获得过学位,可谓跨学科式的学者。由懂计算机软件的学者反思其保护模式,不仅会防止隔靴搔痒的后果,还会直逼现有的计算机软件保护模式的困境。通读全书,笔者认为该书是一部系统分析软件版权保护和专利保护的学术专著。其中的一些重要观点,例如源代码的充分公开作为授权条件,非常新颖;同时也具有较大的现实意义。书稿系统梳理了软件版权保护存在的先天不足,并进一步分析认为应对软件版权保护不离不弃,要在坚持中改进,并在改进中坚持。对目前呼声很高的软件专利保护,作者认为其优缺点也同样明显。软件的专利保护本身并非最佳选择,充其量也是现阶段的一个次优选择。书稿还大胆地预测,软件保护迟早都会实现可专利化。书稿的这些基本观点,在目前具有较强的理论价值,对此后立法司法中的借鉴和指导也具有一定的前瞻参考价值。更重要的是,贯穿书稿的平衡思想,很好地切合了我国实施促进信息产业持续

健康发展战略的实际。

我深信不同的读者会从本书中获得不同的收获。Happy reading.

张玉敏

2010 年 4 月

目 录

导 言 / 1

上篇:回顾与反思

第一章 软件立法源流与演进:异步发展与滞后

分离 / 9

一、计算机硬件的发展:更快、更高、更强 / 10

二、计算机软件的萌芽和进化:长期滞后与迅速超前 / 15

三、计算机软件法律保护概况:左右摇摆与风雨前行 / 19

(一)美国主导的软件版权立法 / 20

(二)欧盟的软件版权立法 / 22

(三)日本单行立法的冲动 / 24

(四)国际组织的立法动态 / 25

第二章 软件版权的兼容与冲突:这始终是个问题 / 31

一、作品概念重述 / 32

(一)关于“思想/表达二分法”的追溯 / 33

(二)“实用和非实用二分法”:事实作品和法律作品的分野 / 39

(三)关于作品实质的小结 / 41

二、软件版权:界限溶解的生活 / 41

(一)版权保护:偶然选择带来的必然变化 / 42

(二)软件作品及其特征 / 44

(三)软件版权的外延 / 51

三、软件版权面临的障碍与挑战 / 53

(一)软件与版权的适应与兼容 / 54

(二)软件版权保护的优点 / 58

(三)软件版权的弱势与不足 / 59

中篇:改良与重构

第三章 软件版权保护技术:技术“双刃剑”与另类创新 / 67

一、版权保护技术的兴起及其在软件作品中的运用 / 67

二、软件版权保护技术立法比较研究 / 72

(一)国际条约的规定 / 72

(二)欧盟的立法 / 74

(三)美国的立法 / 76

三、软件版权保护技术立法的若干解析 / 78

(一)软件版权保护技术之外部效应分析 / 78

(二)当前国际“先进”立法的检讨 / 81

(三)软件阅读价值的弱化与功能价值的张扬 / 83

(四)辅助侵权的另类创新与控制 / 85

(五)规避之规避与破解之破解:软件版权保护技术的若干例外 / 86

四、中国软件版权保护技术立法及改进 / 91

(一) 中国现行的软件版权保护技术立法 / 91

(二) 中国现行立法的改进 / 92

第四章 软件版权保护期限:长与更长的博弈 / 96

一、版权保护期限的前世今生:还原与扩张 / 96

二、版权保护期限与法律文化根植 / 99

三、保护期限的两个注脚:功能激励与人格延伸 / 101

(一) 版权保护期限与激励论 / 101

(二) 版权保护期限与作者人格的延伸 / 106

四、软件版权保护期限的理想主义情结和现实主义冲动 / 108

第五章 软件反向工程:合理利用与结果管制 / 114

一、软件反向工程的概念、由来及功用 / 114

二、软件反向工程合法性解析及立法改进 / 117

三、软件反向工程的实施条件 / 122

四、软件反向工程禁止条款有效性判析 / 123

五、功能性作品之反向工程:版权和专利两极划分的破拆 / 124

第六章 软件版权登记:花瓶抑或利刃 / 129

一、软件版权登记的内在需求与外部关联 / 130

二、软件版权登记立法:自愿与鼓励相结合 / 132

三、软件登记制度的优化 / 136

下篇:探索与超越

第七章 软件专利立法的历程与演变:传统否定与否定传统 / 143

一、美国软件专利立法的演变 / 144

(一) 起步阶段:纷争与离合时期(1972 年以前) / 144

(二) 第二阶段:拒绝专利保护时期(1972 年至 1978 年) / 146

(三) 第三阶段:开始专利保护时期(1978 年至 1994 年) / 149

(四) 第四阶段:开放专利保护时期(1994 年至今) / 155

(五)美国软件专利立法小结 / 160

二、欧洲各国及欧盟软件专利立法的演变 / 162

(一)逐渐开放的欧洲软件专利立法 / 162

(二)《计算机软件可专利性指令》引发的争议 / 165

(三)欧盟软件专利立法小结 / 169

三、日本软件专利立法的演变 / 170

第八章 软件可专利性:回归本意的逻辑与论证 / 174

一、中国软件专利立法的位阶 / 175

(一)中国软件专利立法的起步 / 175

(二)1993年:中国软件专利的灵光初现 / 178

(三)第三版《专利法》之后的新期待 / 181

二、关于软件可专利性的若干思考 / 185

(一)算法与数学公式的不等式 / 186

(二)软件的工业实用性 / 188

(三)软件的技术性特质:产生具体技术效果的技术方案 / 191

(四)小结 / 194

三、软件专利审查授权的改进与展望 / 194

(一)坚持三性判断,从严控制软件专利授权 / 194

(二)公开全部源代码 / 198

(三)完善强制许可制度 / 199

(四)缩短软件专利的保护期限 / 201

结论 / 204

主要参考文献 / 211

后记 / 221

导 言

以计算机技术为核心的信息革命正在全球蓬勃兴起,全球化和网络化的发展进程也在同步加快,人类社会生活发生了前所未有的深刻变革。世界范围内新一轮的经济结构调整和技术革新已经悄然兴起,企业间的竞争日趋激烈,全球经济格局、利益格局和安全格局随之发生了重大变化。

在诸多活跃的新经济因素中,计算机软件的广泛应用极大地推动了社会经济的发展,促进了信息时代的加速到来,并正在深刻改变着人类的生产生活。计算机软件技术在社会经济发展中的作用日益凸显,国民财富的增长和人类生活的改善越来越有赖于计算机软件技术的积累和创新。现在,软件的技术水平和产业规模已经成为衡量一个国家科技发展水平、综合国力强弱和产业结构优化程度的公认标准之一,软件产业也成为关系到国家安全和国民经济发展的战略性产业之一。各个发达国家和诸多新兴国家及地区纷纷投入巨额资金,不惜血本地加入这场竞争激烈的比赛。

当世界进入知识经济时代以后,以创新性智力成果为核心的知识和信息成为最基本的生产要素和最重要的财富形式,围绕知识和信息的利益冲突愈演愈烈。从市场经济的角度看,知识经济就是以产权化的知识为核心的经济形态。相应地,知识产权就成为最具竞争力的市场资源,知识产权制度成为推动经济发展和社会进步、提高核心竞争力的主要制度工具,也成为知识经济时代最重要的经济运行规则之一。新兴的计算机软件技术作为一种典型的创新性智力成果,实现其可持续的发展必然寻求知识产权的有力保护。

研制开发一种新的软件,需要耗费大量的人力、物力和财力。各国都试图在法律上保障并促进软件行业的尽快发展。从 20 世纪 80 年代起,软件盗版问题与软件的运用规模同比迅速增长。盗版厂商以极其低廉的成本复制软件,极大地挫伤了前期投入昂贵研发费用的正规软件研发厂商的积极性。在中国,盗版问题不仅严重地伤害了国际先进企业的利益,也严重压制了刚刚成长起来的民族软件产业的进一步发展。尽快建立一套适当的软件保护体系,对维护软件研发者的智力劳动成果,保障软件行业的持续健康发展具有重要的现实意义。

近十多年来,中国的信息产业取得了有目共睹的长足发展,并初步建立了符合国际通行标准、门类较为齐全的计算机软件产业体系。但是,与世界发达国家先进的软件技术水平相比,中国软件产业的总体水平还比较落后,距离领先国家还存在相当大的差距。面对发达国家软件巨头占有先发优势的严峻挑战,增强中国软件企业的自主创新能力,大幅度提升中国软件产业的核心竞争力已经成为摆在我们面前的一项刻不容缓的重大使命。加快软件事业发展、缩小与发达国家的差距,需要较长时期的艰苦努力。这其中,既需要产业界苦练内功奋发图强,也需要法学界深入研究探索为其创造有利的外部环境。围绕软件产业体系,中国已经初步建立了一系列具有鲜明特色的知识产权工作体系和协调机制。中国政府还大规模开展了软件专项保护行动,切实加强了对社会大众保护软件知识产权意识的宣传和教育。此外,在国际层面上,为软

件提供知识产权保护已经成为国际通行的一项基本规则。在世界知识产权组织(WIPO)和世界贸易组织(WTO)等国际机构的大力推动下,国际保护框架已经基本形成。作为国际组织的重要成员之一,中国政府受国际多边机制氛围的综合影响,并在中美、中欧等双边谈判的强力推动下,高起点、高水平地履行了国际承诺,经过二十余年的持续改进,中国现已建立了一套全面衔接 TRIPs 的软件保护机制。

但是,中国软件保护的现状与软件产业的发展需求极不适应,这种落差主要表现为:首先,受历史、文化、法律、经济等多种因素的影响,社会公众对软件知识产权保护的意识还比较薄弱,对软件保护制度的误解甚至疑虑在一定范围内普遍存在,群体性侵权、恶性侵权事件时有发生,软件保护形势非常严峻。其次,软件法律体系还不够健全,部分基础性的法律制度仍然付之阙如,仅靠现有知识产权体系为软件产业保驾护航还比较吃力。再次,软件知识产权理论研究还不深入,缺乏对基础问题的严肃思考,不利于未来法律框架的构建。最后,对国际规则运用得还不够充分,某些超越国际条约最低要求的保护措施需要重新审视。总之,在市场体制初建的转型期,受利益格局调整的影响,构建良好的法律软环境对于中国软件产业的发展具有至关重要的意义,而中国的软件立法和司法都还需要花大力气加以改进。根据中国的现实国情,研究国际规则变化的趋势、处理突发性侵权事件并应对国际争端,为软件产业的健康发展量身打造一套完备的法律体系是亟待解决的一个问题。

正是基于上述独特的时代背景,笔者选择了软件知识产权保护这个题目,试图对目前的制度进行一次深入的梳理和探析,并提出改进的建议。笔者发现,近几十年来,各国乃至世界知识产权组织等国际机构都一直致力于为软件构建一个完善的知识产权保护体系。这些努力已经有了阶段性的成果,各国目前已经达成共识要为软件提供版权法意义上的保护。但这种版权法的保护仅从软件的表达形式上限制未经授权的复制,实际上未能从根本上解决问题。软件的根本价值在于其内在的功能性,而其他作品主要用于阅读或者欣赏,两者明显存在较大差异;从这

种不同出发,应当采用不同的保护方法。

在为计算机软件提供版权保护的基础之上,软件知识产权的其他保护方法在不同国家和地区有着不同的法律路径选择。在美国,软件的保护历经了单纯版权保护,到逐渐放开专利保护,再到目前全面展开软件专利保护这样一个过程。软件的可专利化问题,已经成为目前国际上讨论最多的一个话题。在欧盟,软件的可专利化问题显得更加复杂,欧盟《计算机软件可专利性指令》一度已经完成,但却在 2005 年 7 月被欧洲议会以压倒多数的投票结果否决,这引起了各国学者的广泛关注,也值得中国学界同仁深思。

中国学者在软件知识产权领域中的研究目前主要集中在两个方面:一是探讨版权法的不足,二是介绍其他保护模式。在第一个方面,很多学者撰文对现行《软件保护条例》中的不足进行了分析和总结,话题主要聚焦在权利限制制度的不完善和侵权责任规定超越中国国情等问题上。在第二个方面,部分学者开始关注并研究美欧等国家地区的软件可专利化学说,并进一步讨论了在中国实行软件专利保护的可能性和途径。但总的说来,国内学者目前在这一领域中的探讨,更多是立足于整理、介绍国外立法的最新进展,深入的分析难得一见。

应该说,软件的知识产权保护既是个热点,也是个难点;学术界观点众多,资料浩繁。笔者在写作过程中没有简单地重复此前的学说观点,在对软件知识产权保护的全貌进行了系统的反思与回顾后,本文的研究范围选择了在软件版权保护技术、软件反向工程、软件版权保护期限等此前探讨较少但实践性又比较强的问题上着力。同时,与很多学者有所不同的是,笔者在分析软件版权保护的先天不足后并不主张放弃版权保护,而是提出要在坚持中改进,并在改进中坚持。作为探索,笔者还对软件的其他保护路径进行了研究分析。在笔者看来,软件应当实现可专利化,但专利保护本身也许并非最佳选择,却不失为现阶段的一个次优选择。专利保护如果成为中国现阶段的立法选择,其构建方式和原则必须慎之又慎,授权门槛、保护期限等机制都需要进一步的调整。本书以适

时启动软件专门立法的猜想作为结语,这虽然还只是期望,但这种期望离我们似乎并不遥远,集成电路的保护已经提供了现实的范本。

简言之,人类正在经历工业时代向知识时代、工业经济向知识经济、工业社会向知识社会的转变。笔者希望在这一进程中,通过此文为中国软件产业的发展和软件知识产权保护的完善奉献上一份微薄之力。