

第一章 软件著作权保护引论

1.1 软件法律保护概述

1.1.1 软件产业的发展

计算机软件是计算机系统运转和发挥功能所不可缺少的部分。软件是相对于硬件而言的。硬件是计算机系统在实际装置的总称,它可以是电子的、电的、磁的、机械的、光的元件或装置或由它们组成的计算机部件或计算机。软件则包括计算机运行所需的各种程序及有关文档。硬件设备完全相同的计算机,如果配以不同的软件,那么计算机的功能、效果也不一样。

计算机程序是一系列指令的集合,指示计算机一步一步地“工作”,去完成某一特定任务,得到某种结果。这里的指令序列既包括代码化的指令序列,也包括可以被自动转化为代码化指令序列的一组符号化指令序列或符号化语句序列。

与程序相关的文档是指软件开发过程中用自然语言或形式化语言所编写的用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的文字资料和图表,如程序设计说明书、用户手册、流程图等。

软件产业的兴起是从 20 世纪 60 年代初开始的。在过去的三十多年中,软件产业的发展速度很快。在 70 年代以前,计算机工业的重点集中在硬件设备上,计算机生产厂家往往把软件连同硬件一起提供给用户使用。60 年代末,随着计算机在社会生产各领域的广泛应用,特别是由于微型计算机问世和计算机网络的普及,使社会对计算机软件的需要越来越强烈,软件的作用和价值逐渐

为社会承认。以 IBM 公司为首的计算机厂家开始执行“价格分离”政策，即把软件与硬件分开计价出售。专门开发计算机软件的各种公司、研究机构应运而生，用于软件开发的投入不断增加。

由于开发软件需要投入大量的资金和人力，而复制软件十分简便，又不需要专门技术，因此，软件的巨大经济价值必然诱使许多人试图跳过研究、开发的过程而直接无偿使用他人的软件成果。这样，软件产业成为世界上惟一的能使每一个用户都成为其产品制造者的产业。如果没有法律对软件予以保护，制止未经授权的复制，并对非法复制者进行重罚，势必导致如下的结果：软件公司因为担心复制而拼命封锁技术，同时因为经济上无利可图而不愿继续投入资金和人力来开发软件。这样，软件产业就不可能发展。

尽管迄今为止法学界还没有找到一个很理想的软件保护形式，但是各发达国家以及越来越多的发展中国家，均根据各自情况在立法、司法和行政管理中给予软件保护。从世界范围来看，如果没有法律保护，软件产业就不会有今天如此惊人的发展。

软件本身具有很高的经济价值，又是智力成果，理应受到法律保护。通过保护软件，一方面可使软件公司尽快公开自己的成果，使之成为社会财富；另一方面，可以从利益上刺激软件公司去开发更多有价值的软件。

1.1.2 软件保护的 legal 形式

软件保护的 legal 形式包括著作权法、专利法、商标法、商业秘密、合同法、反不正当竞争法、专门立法等。软件自身的特点决定了软件保护 legal 形式的多样性。例如，计算机程序作为一种技术作品可以取得著作权保护；计算机程序作为技术合同的标的，可以通过合同法保护；计算机程序作为一种产品的组成部分，可以寻

我国著作权法第五十一条规定，该法所称的“著作权”与“版权”为同义语。本书中也作为同义语使用。

求专利保护。

以下就各种保护形式作简要介绍。

1. 著作权保护

根据著作权保护的基本原则，即创意/表达分离原则，著作权保护创意的表达，却不保护创意本身。如果创意被以某种有形的形式表达，那么这种表达受到著作权保护并且不可复制，但是该创意本身可以由他人自由使用（受商业秘密保护法律的约束）。程序作为一种创意的表达、一种技术作品，用著作权法保护顺理成章。通过著作权途径保护软件，在国际上成为主流。多数国家都承认软件是著作权意义上的作品。

对于受著作权法保护的传统作品即着重表现个性的作品而言应用创意/表达分离原则比较容易因为“创意”和“表达”恰好代表着人类特定创作活动的两端。而计算机软件的创作开发，由于其本身是一个复合创作过程，具有所谓“创意表达混合性”的特点，因此，给创意/表达分离原则的适用带来困难。

在采用软件工程方法进行软件开发的今天，经过软件生存周期的各个阶段才能够完成软件开发“自顶向下（从高层到低层）”“逐步细化（逐层推进）”的过程。在每个层次都有相应于该层次的创作依据和创作结果即有该层次的“创意”和“表达”。高一层次的创作结果（即“表达”）构成了低一层次的创作依据（即“创意”），因此对于软件开发这样的复合创作过程应当从特定的层次上来讨论何为“创意”、何为“表达”才有意义。

由于著作权保护限于软件作者创意的“表达”，不能延及到软件所蕴含的“创意”所以其他人完全可以自由利用这种“创意”，并可以在此基础上设计出新程序，从而得到著作权保护。

另外，著作权并不排斥其他人独立完成的相同或相似的作品。

虽然著作权保护存在缺陷，但是，它也有其独特的优势，如取得保护方便，花费少，不需要履行手续，而且有相当长的保护期限等。尤其是在软件保护国际化方面，优势更为明显。由于各国普

遍建立起著作权制度，并有众多国家参加了《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)《世界著作权公约》所以一旦软件取得著作权保护，软件的国际保护也容易实现。

2. 专利保护

专利保护正好弥补了著作权保护的不足。与著作权保护相比，专利保护是一种有力的途径，一方面专利有效地保护了程序所体现的设计者的“创意”(即技术方案)另一方面也排斥相同或相似的独立完成的软件设计。尽管专利保护期限不像著作权保护那样长，但是，由于一般软件的生存周期很短，较长的保护期限显得并不重要。与其他保护形式相比(如商业秘密保护)，专利保护可以更有效地维护软件权利人的权益，不会因技术泄密而丧失保护，这样便于进行许可证贸易。作为专利的软件技术必须向社会公开，这也给社会带来了经济和信息上的便利。

当然，一个有关软件的发明要申请专利并不容易。主要的问题是所申请的有关软件的发明是否属于专利法的保护对象。专利法不保护抽象的数学公式、算法和逻辑推理。这意味着专利申请必须有技术内容，而许多有关软件的发明无法满足这项要求。此外，专利申请之后严格的“三性”(新颖性、创造性、实用性)审查也使许多软件不能取得专利保护。另外，申请专利的手续相对于其他法律保护形式更为复杂，并要一定的申请费用。

在美国专利法判例中，关于计算机程序发明的现行规定的核心是：计算机程序发明本身如同数学公式，不属可取得专利权的法定主题而程序发明一旦与某工序(也称为“方法”)的其他部分融为一体，那么作为整体的工序并不因此成了不可取得专利权的主题。

3. 商业秘密保护和合同法保护

尽管著作权保护、专利保护对保护软件意义重大，但是在发达国家的实践中，使用得较多的还是商业秘密与合同法的保护。这种保护的优点在于既能保护体现软件作者创意的“表达”，又能保护软件作者的“创意”(即技术方案)也不需要履行任何手续。

只要软件的创意（技术方案）不为社会所知，这种保护就是有效的。商业秘密保护与合同法的保护是分不开的，商业秘密往往通过合同的方式实现。两者之间的关系是：商业秘密的权利产生于合同约定，只要商业秘密能够得到维持，合同所规定的防止泄露软件技术秘密的条款就具有法律效力。获得商业秘密保护不像专利那样有种种限制，只需要采取适当措施防止泄密即可。一旦软件技术公开，商业秘密保护也就停止。

当然商业秘密保护也存在许多问题。如对善意的第三方使用或销售的行为不能采取任何措施。例如，没有合同关系的第三方通过正当途径（如合法购买、转让）取得软件之后，将软件技术扩散，那么，软件权利人对该第三人不能提出诉讼。显然，对于需要在市场上大量销售、使用的软件，这种保护方式就不太有效。因为一旦了解软件的人增多，保护的可靠性就会降低；而且，其他人如果独立设计出相同或相似的软件并申请专利，原软件权利人就不仅丧失了商业秘密权利，而且在专利法中采取申请在先原则的国家中，原软件权利人的行为还要受专利法的限制。

4. 反不正当竞争法保护

软件权利人利用反不正当竞争法的规定，即使在没有合同的情况下，也可以寻求到一定的保护。许多国家的有关法律中都有这样的规定。例如，如果为了达到获得软件开发技术秘密的目的，而将竞争企业的“人才”挖走，则为反不正当竞争法所禁止。这种保护也是同商业秘密保护连在一起的，但此时产生商业秘密权的根据不是合同而是反不正当竞争法。

5. 商标保护

对于大量投放市场的软件，商标保护也不失为有效的保护手段。正像其他商标一样，软件产品的商标也代表了一种信誉。复制者为了让顾客相信其产品与正宗原件一样好，往往也将其商标一同复制，而且有的商标与程序融为一体，要想抹掉商标在技术上很困难，或会丧失其原有价值。

由于商标制度较普及，因此采用这种方式保护软件具有一定的意义。

6. 专门立法保护

基于前面几种保护方式所存在的问题，不少学者试图寻找一种既能包容诸多法律途径的优点，又可以排除其弊端理想方式，于是专门立法的设想被提了出来。关于专门立法的设想和建议有很多，但从世界范围来看，响应的国家寥寥无几。

1.1.3 国际保护软件概况

通过商业秘密、合同法、反不正当竞争法、商标法保护软件在国际上并未引起大的争议。凡已制定了类似法律的国家可以很自然地将软件纳入相应的法律保护之下。但是，对于通过专利法、著作权法、专门立法保护软件，各国的观点及立法、司法实践则不尽一致。

从国际保护软件的历史来看，软件的法律保护问题，最初在 20 世纪 60 年代由德国学者提出。后来，包括英、美、德等国学者在内的许多国家的学者就此问题提出了多种保护方案。世界知识产权组织也成立了专门的工作小组，于 1978 年发表了《保护计算机软件示范法条》，对各国保护软件提出立法建议。世界知识产权组织还于 1983 年提出了《计算机软件保护条约》草案，以期建立软件的国际保护制度。由于多种原因，这些建议和方案最终都未能成为现实。

在实践中，软件技术先进的发达国家一直在不断寻求具体的保护手段。美国在 60 年代曾试图以软件的实用特性为根据，采用专利法对软件进行保护。但在具体实施过程中，程序本身是否能够成为专利保护对象、审批周期长、审查比较困难等因素，使专利保护无法成为对软件进行普遍保护的途径。此后，美国于 1976 年和 1980 年两次修改著作权法，明确用著作权法保护计算机程序，并结合计算机程序的特点作了一些具体规定。这样，主要是在软件大国美国的影响下，采用著作权法保护软件在世界上成为大势所趋。

在 1994 年 4 月签署的关贸总协定乌拉圭回合谈判《与贸易有关的知识产权协议》(简称《TRIPs 协议》)第 10 条第 1 款中规定：“计算机程序 不论以源码形式或以目标码形式表达 都应作为《伯尔尼公约》(1971 年文本 的文学作品给予保护。”这样 在《伯尔尼公约》当时 1994 年) 尚未明确规定将计算机程序作为著作权保护客体的情况下，关贸总协定先已规定将计算机程序作为文学作品适用《伯尔尼公约》进行著作权保护。这已成为关贸总协定全体会员的义务。截至 1995 年 7 月，取代关贸总协定而成立的世界贸易组织已有 100 个“有投票权的成员(国家和地区)”，22 个“有投票权的国家”。截至 1998 年底，我国加入世界贸易组织的谈判仍未结束。

在《伯尔尼公约》1971 年文本中，并没有明确规定计算机程序为受著作权保护的客体。1996 年 12 月在日内瓦召开的关于著作权和邻接权若干问题的外交会议上通过的《世界知识产权组织著作权条约》(简称《WIPO 著作权条约》)和《WIPO 表演和唱片条约》，是关于修订该公约的讨论的部分结果。

在 1996 年 12 月通过的《WIPO 著作权条约》中关于计算机程序的第 4 条规定：“计算机程序作为《伯尔尼公约》第 2 条意义下的文学作品受到保护。此种保护适用于计算机程序，无论其表达的方式或形式如何。”

这样，世界知识产权组织就通过《WIPO 著作权条约》的形式，明确规定了计算机程序为受《伯尔尼公约》保护的客体。

1.2 我国对软件的法律保护

1.2.1 我国保护软件的法律规定

1. 著作权保护的规定

著作权保护是我国对软件进行法律保护的主要途径。从 1991 年《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)和《计

算机软件保护条例》(以下简称《软件保护条例》)实施开始 软件的著作权保护成为现实。

我国对计算机软件的著作权保护,最初由《著作权法》明文规定。《著作权法》第三条规定了受保护的作品的类型,计算机软件是其中的一种。《著作权法》第五十三条规定,计算机软件的保护办法由国务院另行规定。此后颁布的《软件保护条例》就是与《著作权法》配套的专门规定计算机软件著作权保护办法的行政法规。这是我国涉及软件著作权保护的一份重要的法规文件。

在我国法律、行政法规、部门规章、司法解释、司法机关文件、行政机关文件以及与外国签订的双边协定等不同层次的法规文件中,与计算机软件的著作权保护有关的文件,主要有:

(1)《中华人民共和国著作权法》(全国人大常委会,1990年9月7日通过);

(2)《中华人民共和国著作权法实施条例》(国家版权局,1991年5月30日发布);

(3)《计算机软件保护条例》(国务院,1991年6月4日颁布);

(4)《中美两国政府关于保护知识产权的谅解备忘录》(1992年1月17日签订);

(5)《计算机软件著作权登记办法》(原机电部,1992年4月6日颁布);

(6)《实施国际著作权条约的规定》(国务院,1992年9月25日颁布);

(7)《关于深入贯彻执行 中华人民共和国著作权法 几个问题的通知》(最高人民法院,1993年12月24日发布);

(8)《对侵犯著作权行为行政处罚的实施办法》(国家版权局,1994年6月23日发布至1997年2月1日失效);《著作权行政处罚实施办法》(国家版权局,1997年1月28日发布,1997年2月1日生效);

(9)《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》(全国人大常委会,

1994年7月5日通过至1997年10月1日失效);《中华人民共和国刑法》(1979年7月1日全国人大五届二次会议通过,1997年3月14日全国人大八届五次会议修订,1997年10月1日起施行);

(10)《关于适用 全国人民代表大会常务委员会关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定 若干问题的解释》(最高人民法院,1995年1月16日发布)

在上述法规文件中,文件(1)明确了软件是著作权保护的對象

文件(2)对文件(1)的原则规定作了细化和补充。

文件(3)是关于软件著作权保护的详细规定。

文件(4)的签署和中国随后加入伯尔尼公约,使得文件(3)中有关软件著作权登记是起诉前提和保护期为25年加25年(需续展)的规定对外国作品不再适用。

文件(5)为文件(3)中规定的软件著作权登记制度制定了具体的办法。

文件(6)是为实施文件(4)和伯尔尼公约、保护外国作品著作权人的权益而颁布的行政法规。由此,中国作品和外国作品在软件著作权登记是否为起诉前提和保护期是25年加25年(需续展)还是一次给足50年这两个方面出现差距。

文件(7)的作用是使文件(3)中有关软件著作权登记是起诉前提的规定实际上也不适用于中国作品,从而使这项规定在司法实践中彻底失效。

文件(8)规定了对著作权侵权行为的行政处罚办法,当然适用于软件著作权侵权行为。

文件(9)《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》为惩治侵权规定了刑事责任,弥补了文件(1)的不足。它已被1997年10月1日起施行的《中华人民共和国刑法》所取代。

文件(10)是关于适用《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》的司法解释。

2. 专利保护的規定

《著作权法》保护作者创意之表达，而不保护创意本身。就软件而言，有些情况下，作者可能不仅谋求通过著作权法实现对程序之“表达”的保护，而且谋求对程序之“创意”（即原理、算法、处理过程和运行方法）的保护，这时，就可能通过专利法来实现。

当然，中国专利法对单纯的程序尚不保护。所谓计算机程序的专利保护指的是对含有计算机程序的发明专利申请中所含的计算机程序的专利保护。

1993年，中国专利局对含有程序的发明专利申请的“审查指南”作了较大的修改。修改前的“审查指南”对含有程序的发明专利申请的可授予专利保护的條件规定得相当苛刻。原“审查指南”规定，只有能使计算机的结构或电子数据处理设备产生变化，即能够使机器硬件技术发生相应的变革，并引起机器设备在技术上有新的创造性的改进的程序和能够使计算机系统或机器设备以全新的具有创造性的方式运行的程序发明，才可以授予专利权。实际上，通常在工艺实践中实用的绝大部分含有程序的发明专利申请很难达到上述要求。

修改后的“审查指南”则根据当今计算机（软件）技术的发展现状，提出了比较宽松的可授予专利权的条件，因而有利于专利申请人，也有利于软件技术发展。

按照修改后的“审查指南”，如果一件含有程序的发明专利申请的主题能够产生技术效果，构成一个完整的技术方案，就不应仅仅因为该发明专利申请含有程序而不授予专利权。当一件含有程序的发明专利申请的主题能够产生技术效果并构成一完整的技术方案时，表明该申请具备可授予专利权的条件，但该发明是否能授予专利权则要看该发明是否还具备《专利法》所要求的新颖性、创造性和实用性。

中国专利局1993年修改后的“审查指南”向国际公认的对含有程序的发明专利申请可予以专利保护的標準进一步靠拢。

3. 商业秘密保护的规定

中国关于软件的法律保护，除了在著作权保护方面有一系列法规文件加以规定和在专利保护方面有中国专利局“审查指南”的有关规定之外，在商业秘密保护方面也有专门的规定。

这就是最高人民检察院和国家科委 1994 年 6 月 17 日发布的《关于办理科技活动中的经济犯罪案件的意见》。该文件第五条中明确指出：“对非法窃取技术秘密 情节严重的 以盗窃罪追究刑事责任。”上述技术秘密 是指不为公众所知悉 具有实用性、能为拥有者带来经济利益或竞争优势，并为拥有者采取保密措施的技术信息、计算机软件和其他非专利技术成果。”根据这一规定 计算机软件也可构成技术秘密。

1.2.2 我国对外国软件的著作权保护

我国《著作权法》自 1991 年 6 月 1 日起施行。《著作权法实施条例》自 1991 年 6 月 1 日起施行。《软件保护条例》自 1991 年 10 月 1 日起施行。《中美两国政府关于保护知识产权的谅解备忘录》于 1992 年 3 月 17 日起生效。《计算机软件著作权登记办法》自 1992 年 4 月 6 日起实施。《实施国际著作权条约的规定》于 1992 年 9 月 30 日起施行。《伯尔尼公约》于 1992 年 10 月 15 日起在中国生效。《世界著作权公约》于 1992 年 10 月 30 日起在中国生效。以上这些都是与外国计算机软件在中国的法律保护有关的具有法律意义的日子。

根据我国《著作权法》第二条第三款和《软件保护条例》第六条第三款的规定，外国人在中国境外发表的软件，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有著作权，并受中国法律保护。

因此 对于外国人在中国境外发表的软件（下称外国软件）在中国与该外国达成双边著作权协议或参加共同的国际条约之前，除非有具体的双边安排，中国人都可以自由使用。这种情况到

1992年3月17日截止。在此之前，我国与外国没有达成任何双边著作权协议，或者是虽已达成但尚未生效（指中国与美国）；我国也没有参加任何国际著作权公约；也没有另外的与外国的具体双边安排。

外国软件要得到中国的法律保护，必须属于下列两种情况之一：

第一种情况，该外国与中国签订有双边协议，其中规定了相互保护包括计算机软件（程序）在内的作品的著作权。

1992年1月17日在华盛顿签署的《中美两国政府关于保护知识产权的谅解备忘录》就属于这样的双边协议。

根据该备忘录的规定，从1992年3月17日起美国国民的作品受中国《著作权法》及有关规定的保护。受保护的美国作品包括计算机程序和录音制品。“美国作品”的范围，只限于美国国民的作品，包括美国国民在美国本土和美国本土以外的地区发表的作品，以及著作权人之一为美国国民的合作作品。美国国民在中国所享著作权的内容及其受到的法律限制，与中国国民相同。美国国民的作品凡未超过中国《著作权法》规定的保护期限的给予保护。

根据该备忘录的规定，对在1992年3月17日之前发生的对美国的原始作品或作品复制本的商业规模的使用，将不追究责任。对在1992年3月17日之后发生的这种使用，中国法律和条例的条款将充分适用。法人或自然人在1992年3月17日之前为特定目的而拥有和使用一个作品的特定复制本，该法人和自然人可以继续使用该作品的复制本而不承担责任，条件是该复制本不以任何不合理地损害该作品著作权所有者合法利益的方式复制和使用。中国根据该备忘录对美国作品的保护，到中国加入《伯尔尼公约》后该公约在中国开始生效时（即1992年10月15日）自行停止。

第二种情况，该外国和中国共同参加了著作权保护国际公约。

《伯尔尼公约》和《世界著作权公约》分别于1992年10月15日和1992年10月30日在中国正式生效。截至1995年10月参

加《伯尔尼公约》的国家有 117 个,截至 1995 年初参加《世界著作权公约》的国家有 95 个。只参加《伯尔尼公约》而没有参加《世界著作权公约》的国家有 38 个;只参加《世界著作权公约》而没有参加《伯尔尼公约》的国家有 16 个;同时参加这两项公约的国家有 79 个。加入这两个公约,使我国与两公约的 133 个成员国建立了保护著作权的关系,使我国的著作权保护并入国际著作权保护体系。

在这两项公约中,《伯尔尼公约》是历史最悠久、影响最广泛的多边国际著作权条约,是目前协调国家间著作权关系的基础文件。

《世界著作权公约》的保护水平低于《伯尔尼公约》其大部分内容已被《伯尔尼公约》所覆盖。我国著作权法的保护水平已经超过了《世界著作权公约》的要求,但我国著作权法有一些规定与《伯尔尼公约》不尽一致,与中美保护知识产权谅解备忘录也有差异。

为了保证顺利执行《伯尔尼公约》和落实《中美知识产权谅解备忘录》,1992 年 9 月 25 日第 105 号国务院令发布了《实施国际著作权条约的规定》(以下简称《规定》)指出了我国著作权法同国际著作权条约有不同规定或规定不明确的主要问题,对保护外国作品著作权人依照国际著作权条约享有的权利作出了具体规定。

美国既是《伯尔尼公约》和《世界著作权公约》成员国,又与中国签订有保护知识产权谅解备忘录这样一个涉及著作权的双边协定,因此 1992 年 10 月 15 日《伯尔尼公约》在中国生效后,中国对美国作品(包括计算机程序)的保护将依照《伯尔尼公约》和上述《规定》来实施。

1992 年 9 月 30 日起施行的上述《规定》第二条指出:对外国作品的保护适用中国著作权法及其实施条例、《软件保护条例》和本规定。前三个法律文件给予外国作品的作者以国民待遇,该《规定》则保证了外国作者享有《伯尔尼公约》最低保护。

该《规定》第四条指出:本规定所称外国作品包括:

(1) 作者或者作者之一,其他著作权人或者著作权人之一是国际著作权条约成员国的国民或者在该条约的成员国有经常居所

的居民的的作品；

(2) 作者不是国际著作权条约成员国的国民或者在该条约的成员国有经常居所的居民，但是在该条约的成员国内首次或者同时发表的作品；

(3) 中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业按照合同约定是著作权人或者著作权人之一的，其委托他人创作的作品。

这一条款是把外国人为著作权人之一的作品，按外国作品看待，上述外国人包括“三资企业”中的外国人。把“三资企业”按照合同约定委托他人创作的作品作为外国作品看待，其出发点无疑是为了鼓励创办开发计算机程序的含有外资的企业。

《规定》第七条将外国计算机程序作为文学作品保护，可以不履行登记手续，保护期为自程序首次发表之年年底起 50 年。与此规定不同，我国《著作权法》认为计算机软件是单独一类作品，并以《软件保护条例》这一专门法规保护之。《规定》第七条导致我国软件著作权登记制度只适用于上述“外国作品”定义范围之外的、中国公民和单位的软件，而且，一次给足的 50 年保护期与先给 25 年、续展后再给 25 年的保护期也有差异。

《规定》第八条涉及数据库的保护。我国《著作权法》保护编辑作品（即汇编作品），但编辑作品（即汇编作品）的组成部分应当是作品，而数据库则常常是由不够作品资格的材料所组成。《规定》第八条指出：外国作品是由不受保护的材料编辑而成，但是在材料的选取或者编排上有独创性的，依照《著作权法》第十四条的规定予以保护。此种保护不排斥他人利用同样的材料进行编辑。

《规定》第十四条指出：外国作品的著作权人在授权他人发行其作品的复制品后，可以授权或者禁止出租其作品的复制品。这一规定看来与计算机软件的出租有关，因为该条实际上是在强调作品著作权人的独占发行权包括出租权，即通过出租提供复制品的权利；而且出租权在著作权人行使销售权、首次销售复制品后仍然存在。

《规定》第十五条是关于进口权的条文。该条规定：外国作品的著作权人有权禁止进口其作品的下列复制品：1) 侵权复制品；2) 来自对其作品不予保护的国家的复制品。这一规定为外国作品的著作权人在中国领域内与侵权者作斗争提供了更为有效的手段，与软件保护也有直接关系。

《规定》第十七条指出 对外国作品原则上实行追溯保护 条约生效前的复制本可以继续使用，但不得以任何不合理地损害著作权人的合法权益的方式复制和使用；具体的追溯保护办法仍需按照双边协定的规定实施。

该条第三款规定：“中国公民或者法人在国际著作权条约在中国生效之日前为特定目的而拥有和使用外国作品的特定复制本的 可以继续使用该作品的复制本而不承担责任 但是 该复制本不得以任何不合理地损害该作品著作权人合法权益的方式复制和使用。”

该条第四款规定：“前三款规定依照中国同有关国家签订的有关著作权的双边协定的规定实施。”可以认为 这里首先指的是 中国公民或法人拥有的外国计算机程序的复制本的使用问题。

1.2.3 我国软件保护现状

20 世纪 70 年代初期微型计算机的出现为计算机广泛应用于人类社会生活的各个领域创造了条件。在中国，随着 70 年代以来微型计算机的引进和使用，计算机在中国得到了空前的应用。

一方面 在 70 年代，软件技术先进国家如美国等对于采用何种法律保护软件开发者的权益尚处于探索研究阶段，有关国际组织如世界知识产权组织等刚刚开始探讨采用何种国际保护制度来保护软件；另一方面，中国从 70 年代末期开始改革开放，直到 80 年代中期和 90 年代初期才先后建立了专利制度和著作权制度。因此，在相当长的时期内，对外来软件的无偿的大规模商业性的使用（包括直接使用外文软件和对外文软件进行“汉化”后再

使用)在中国极为普遍。这种局面既导致了国外先进软件技术无法通过正常渠道引进中国,又导致中国自己的软件产业长期不能形成。

因此,建立中国的软件法律保护制度成为形势发展的迫切要求。1991年《著作权法》和《软件保护条例》的实施确立了中国的软件著作权保护制度;1992年中美两国政府关于保护知识产权的谅解备忘录的签署、中国《实施国际著作权条约的规定》的颁布和中国加入《伯尔尼公约》,使中国的软件著作权保护水平与国际水平一致;1993年中国专利局对含有计算机程序的发明专利申请的“审查指南”的修改,使在这一领域中国专利保护的水平与国际标准进一步靠拢。

制度虽已建立,问题依然存在。对软件的无偿使用、非法复制和销售现象依然大量存在。

对此,首先应当加强有关法律法规的宣传,增强人们的知识产权保护意识,使人们了解——“中国公民或者法人在国际著作权条约在中国生效之日前为特定目的而拥有和使用外国作品的特定复制本的,可以继续使用该作品的复制本而不承担责任”(这是权利)同时“;该复制本不得以任何不合理地损害该作品著作权人合法权益的方式复制和使用(这是义务)以上的权利义务规定适用于国际著作权条约在中国生效之日前发生的对外国作品(包括软件)的使用。至于国际著作权条约在中国生效之日后要使用外国作品(包括软件)则充分适用中国法律、法规和中国参加的国际公约的规定。

其次,应在法律的实施方面加大力度,通过对软件侵权行为的惩治,减少侵权行为的发生,树立我国在保护知识产权方面应有的形象,促进我国软件产业的健康发展。

最后,应当探索总结适合中国国情的保护软件知识产权的战略、方法。以软件的销售来说,其价格应符合中国的消费水平。

1.3 著作权理论的原则

1.3.1 创意 / 表达分离原则

著作权法保护什么、不保护什么，是著作权理论的基本问题。

在建立著作权制度的国家，通常强调“著作权只保护创意的表达而不保护创意本身”这就是所谓的“创意 / 表达分离原则”也称为“创意 / 表达两分法原则”。

这一原则在 1991 年的我国《软件保护条例》，1994 年、1996 年、1976 年的美国著作权法和 1991 年欧洲共同体关于计算机程序法律保护理事会指令中都有表述。

我国《软件保护条例》第七条规定：“本条例对软件的保护不能扩大到开发软件所用的思想、概念、发现、原理、算法、处理过程和运行方法。”

《TRIPs 协议》第 9 条第 2 款和《WIPO 著作权条约》第 2 条指出：“著作权保护应延及表达而不延及创意、过程、操作方法或数学概念本身。”

美国著作权法第 102 条 (b) 款指出：“在任何情况下对作者的原创作品的著作权保护，都不扩大到任何创意、过程、方法、体系、操作方法、概念、原理或发现，不论这些在作品中被描述、解释、图示或体现的形式如何。”

欧洲共同体关于计算机程序法律保护的理事会指令第 1 条第 2 款指出：“依本指令进行的保护应适用于计算机程序的任何形式的表达。构成计算机程序的任何组成部分的基础的创意和原理，包含构成程序的接口的基础的创意和原理，都不受本指令的著作权保护。”

我们可以用下面三段话来表述“创意 / 表达分离原则”：

(1) 在谈到著作权法保护什么，不保护什么这一问题时，回答应当是：著作权法并不保护创意，但却保护创意的表达。当然，并