

STUDY ON PROTECTION OF
INTELLECTUAL PROPERTY OF
COMPUTER SOFTWARE

计 算 机 软 件

知识产权保护研究

吕彦 ◆ 主编

理论探讨

网络环境下计算机软件的侵权与保护

实务思考

开放源代码软件与GPL合同法律责任研究
论计算机软件保护中电子证据的收集

专题研究

计算机软件的商业秘密保护
论计算机软件最终用户的法律责任

评 析

论计算机软件版权保护模式下的利益平衡
——兼论“反向工程”的合理性及其限制

调研报告

计算机软件知识产权保护中的问题与建议



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

STUDY ON PROTECTION OF
INTELLECTUAL PROPERTY OF
COMPUTER SOFTWARE

计 算 机 软 件

知识产权保护研究

吕彦 ◆ 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

计算机软件知识产权保护研究/吕彦主编.
—北京:法律出版社,2005.9

ISBN 7-5036-5683-2

I. 计… II. 吕… III. 软件—知识产权—保护
—中国—文集 IV. D923.404-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 064200 号

©法律出版社·中国

责任编辑/孙东育 刘 辉

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

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

开本/A5

印张/11.625 字数/297 千

版本/2005 年 9 月第 1 版

印次/2005 年 9 月第 1 次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5683-2/D·5400 定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

理论探讨

计算机软件著作权比较研究 / 陈智伦	3
浅析软件的合法复制品所有人与软件的复制品持有人 ——以权利保护为视角 / 刘亚军	18
软件知识产权保护模式的比较 ——兼论版权与商业秘密对软件的组合保护 / 朱谢群	31
计算机软件专利权的行使与权利利用尽研究 / 杨志敏	51
网络环境下计算机软件的侵权与保护 / 张晓远 郑丽霞 吴玉萍	59
计算机软件知识产权保护方式再探讨 / 刘 莺	72
论职务软件主体缺位与职务软件转换机制构建 / 罗 澍	89
论我国计算机软件的司法与行政保护途径 / 张 蓓 陈利红	95
论开放源代码与计算机软件版权之保护 / 鲁 旭	107

实务思考

计算机软件著作权行政保护探讨 / 四川省版权局	123
计算机软件出资若干法律问题探讨 ——以现行法律规定为中心的展开 / 李 平 李小荣 丁 皓	130

开放源代码软件与 GPL 合同法律责任研究 / 马治国 钟忆华	147
网络计算机软件侵权案件的诉讼管辖问题 / 李志栋	159
论计算机软件保护中电子证据的收集 / 张国轩 谢小剑	167
计算机软件版权保护研究	
——兼谈计算机软件的技术措施保护 / 杨茂琼	184

专题研究

论软件著作权自我保护措施 / 王建平 叶 敏	201
软件反盗版措施的法律思考 / 吕 彦 张异琴	212
计算机软件网络侵权与保护探析 / 颜明聪 雷琳燕	224
计算机软件专利保护与专利客体实用性若干法律	
问题探析 / 李成璞	238
计算机软件的商业秘密保护 / 薛 山 赵学刚	247
计算机软件保护之修改权探讨 / 黄亚菲	256
计算机软件淡化问题研究 / 陈岚君 洪 运	270
论计算机软件的合理使用 / 常 良	277
论计算机软件最终用户的法律责任 / 邓军英	291

评 析

论计算机软件版权保护模式下的利益平衡	
——兼论“反向工程”的合理性及其限制 / 贺 玲	305
从最终用户问题看我国计算机软件知识产权的过度	
保护倾向 / 王有粮 乔萌 毛毓辛	320

调研报告

四川省成都市计算机软件保护现状综述 / 四川大学计算机	
软件知识产权保护项目组	335

成都计算机软件保护现状首次问卷调查报告 / 四川大学

计算机软件知识产权保护项目组..... 344

计算机软件知识产权保护中的问题与建议 / 四川大学知识

产权研究中心 计算机软件知识产权保护项目组..... 352

理论探讨

计算机软件著作权比较研究

陈智伦*

计算机软件是信息社会的基础,计算机软件著作权是一类重要的知识产权。发展信息产业,满足信息社会人们对知识的需求,必须加强对计算机软件的法律保护。加强对计算机软件的法律保护,必须从法学角度对计算机软件有一个比较深刻的认识和理解。本文拟对计算机软件著作权进行比较研究,以便在法律上加深对计算机软件的认识,在司法上加强对计算机软件的保护。

一、计算机软件著作权特性分析

同其他知识产权一样,计算机软件著作权具有专有性、时间性和地域性三大法律特征。但是,计算机软件著作权的这三大法律特征却不同于其他知识产权,表现出其鲜明的个性特征。

知识产权的专有性,是指他人未经权利人同意或法律许可不得享有或使用该项权利,郑成思教授认为这是知识产权最本质的特征。^① 知识产权的专有性不同于有形产权的专有性,具有较强的严密性和绝对性,这是因为知识产权的专有性不仅要排斥其他相同的主体,而且要排斥其他相同的客体。由于一件知识产品只能产生一次,因此,在若干件相同的知识产品中,只有一件知识产品能够产生

* 作者单位:四川省高级人民法院。

① 郑成思著:《知识产权论》,法律出版社 2003 年版,第 63~67 页。

知识产权;在若干个拥有相同知识产品的主体中,只有一个主体能够依法获得和享有知识产权。知识产权专有性的这种严密性和绝对性赋予了知识产权特殊的法律地位,是知识产权能够在法律上获得非占有保护的理论基础。

在知识产权中,著作权是专有性最弱的一类权利,这是因为著作权不排斥他人创作相似的作品,而商标权却要排斥他人在相同和相似的商品上使用与注册商标相似的商标,外观设计专利权也要排斥他人使用与其保护客体相似的外观设计。有学者认为,著作权不排斥他人创作相同的作品。笔者认为,这一说法值得商榷。首先,创作是一种智力活动,作品是创作活动的产物。不同主体的创作活动绝不可能产生没有区别的、相同的作品,只可能产生雷同的、相似的作品。可以说,只要是创作,其所产生的作品就肯定是不相同的,只有剽窃和抄袭才能产生相同的作品。其次,这一说法从根本上抹杀了著作权的专有性,动摇了作品获得法律保护的基础,与知识产权法律制度的内涵和宗旨格格不入,难以让人信服和接受。关于“著作权不排斥他人创作相似的作品”,我国著作权法没有明文规定,但《计算机软件保护条例》(以下简称《条例》)对此却作了明确规定。《条例》第29条规定:“软件开发者的软件,由于可供选用的表达方式有限而与已经存在的软件相似的,不构成对已经存在的软件的著作权的侵犯。”这是计算机软件著作权专有性比较弱的具体体现。

计算机软件著作权的时间性不同于其他知识产权之处,在于其时间性的“两段式”和“不定式”特征。如《条例》第14条所规定,计算机软件著作权的保护期限,自然人由“自然人终生”和“自然人死亡后50年”两个时间段构成,法人或者其他组织由“开发完成之日起首次发表之日”和“发表后的50年”(自开发完成之日起50年内未发表的,不再保护)两个时间段构成。因此,笔者把计算机软件著作权时间性的这一特征叫做“两段式”。从《条例》的规定还不难看出,由于自然人软件开发者的寿命不同,法人或者其他组织开发的软件完成后发表的时间不同,计算机软件著作权的保护期限是一个不定数。

不仅不同的开发者(无论是法人或者其他组织还是自然人)所开发的计算机软件,其著作权的法定保护期限不同,而且对于同一开发者而言,其先后开发的计算机软件,由于自然人开发者在软件开发完成后的“终生”所剩的时间不同,法人或者其他组织“软件首次发表”的时间不同,同一主体所开发的不同的计算机软件,其著作权的法定保护期限也是不相同的。笔者把计算机软件著作权时间性的这一特征叫做“不定式”。计算机软件著作权时间性的这种“两段式”和“不定式”的特征,在商标权和专利权的法律制度中是没有的。

对于计算机软件著作权的地域性,在理论界有不同的看法。有人认为,由于计算机互联网的开通,而互联网是跨国界、没有地域限制的,所以,计算机软件的使用也是没有地域界限的,计算机软件著作权没有地域性。还有人认为,计算机软件所使用和存在的空间是一个无限广阔的虚拟空间,在这样一个空间里所使用和存在的计算机软件著作权没有地域性。还有人认为,计算机软件著作权依法自动产生,无需国家机关审批和授权,因此,同一件计算机软件在中国享有著作权,在其他计算机软件依法自动产生著作权的国家也同样享有著作权,它没有地域性。笔者不赞同上述观点,计算机软件著作权具有地域性特征,这是肯定的。第一种观点讲的是计算机软件的使用没有地域性,但计算机软件使用没有地域性并不等于其著作权没有地域性。第二种观点讲的是一个计算机软件的技术问题,但关于计算机软件的法律规定并不是以这一技术问题为前提和必要条件的,法律规定与计算机软件的这一技术背景没有必然联系。第三种观点是一个较难回答的问题。诚然,著作权是自动产生的,但不要忘记,它是依法自动产生的,即是法律规定它自动产生,而且,法律在規定它自动产生的同时,还规定了它的主体、客体、权利和保护等一系列内容,而后面这些内容在不同的国家,其法律规定有很多地方是不相同的。因此,计算机软件著作权即便是自动产生,在一个国家享有著作权的计算机软件,在另一个国家,它不一定能够享有著作权或者不一定能够享有同等保护的著作权。所以,计算机软件著作权的地

域性特征,也是毋庸置疑的。

二、计算机软件著作权的特别法律问题

在著作权法所保护的作品中,计算机软件是最特殊的一类客体。同其他作品的著作权相比,计算机软件的著作权具有许多特别之处,《条例》有许多特别规定。加深对这些特别规定的理解和认识,有助于我们加强对计算机软件著作权的法律保护。

1. 主体突出

《条例》第5条第1、2款规定:“中国公民、法人或者其他组织对其所开发的软件,不论是否发表,依照本条例享有著作权。外国人、无国籍人的软件首先在中国境内发行的,依照本条例享有著作权。”第9条第1款规定:“软件著作权属于软件开发者,本条例另有规定的除外。”依据《条例》规定,计算机软件著作权的国内主体只有两类,一是公民,二是法人或者其他组织。对于计算机软件著作权的第二类主体,《条例》没有像著作权法那样,明文规定“法人或者其他组织视为作者”。众所周知,关于“法人或者其他组织能不能自行直接创作作品,成为著作权的主体”这个问题,传统上有两种观点。大陆法系的国家重视人的创作行为,强调只有自然人才有思维和意识,才能创作作品,才能成为作者和著作权的主体;而英美法系国家则承认作品的权利可以归雇主所有,在法人或者其他组织成为作者的雇主时,法人或者其他组织可以成为著作权的主体。笔者认为,我国著作权法采用了一种折中的观点,即既不否认法人或者其他组织能够成为著作权的主体,也不肯定法人或者其他组织能够创作作品,成为作者。《著作权法》第11条第3款规定:“由法人或者其他组织主持,代表法人或者其他组织意志创作,并由法人或者其他组织承担责任的作品,法人或者其他组织视为作者。”即在同时满足条文中所规定的三个条件的情况下,法人或者其他组织“视为”作者,这儿的“视为”用得恰如其分,既不是“是”,也不是“不是”,“视为”是“是”和“不是”的折中。笔者认为,著作权法的这一规定适用于计算机软件。

《条例》第13条对职务计算机软件的著作权归属作了规定:自然人在法人或者其他组织中任职期间,对于针对本职工作中明确指定的开发目标所开发的软件、开发的软件是从事本职工作活动所预见的结果或者自然的结果、主要使用了法人或者其他组织的资金、专用设备、未公开的专门信息等物质技术条件所开发并由法人或者其他组织承担责任的软件,其著作权由法人或者其他组织享有。在职务计算机软件著作权的法律制度中,法人或者其他组织在同时满足上述三个条件时即成为计算机软件著作权的完全主体。而在著作权法第16条所规定的职务作品中,其著作权归属则分为两种情况:一是完全归作者享有,作者是完全的著作权主体,法人或者其他组织仅享有两年的优先使用权;二是在满足法人或者其他组织提供物质技术条件和承担责任两个条件下,作者享有署名权,著作权的其他权利归法人或者其他组织享有,著作权由作者和法人或者其他组织分享,在此,作者和法人或者其他组织均不是著作权的完全主体,而是非完全主体。可见,《条例》对职务计算机软件著作权主体的规定比著作权法更为集中、单一、具体、明确,因而,更加突出。

2. 客体专业

《条例》第2条规定,计算机软件是指计算机程序及其有关文档。第3条对计算机程序和文档的内涵分别作了规定。计算机程序一般由代码化指令序列、符号化指令序列或符号化语言序列构成。计算机程序的基本元素是代码、符号或是由计算机语言构成的语句等,这些都是计算机程序的文字部分。《条例》规定,同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品。源程序是使用计算机程序设计语言构成的语言序列和指令序列的集合。和一般作品相比,源程序所表现的不是作者的思想感情和认识理念,而是为用计算机解决某个问题而设计的数据或指令处理的逻辑步骤,追求严密、高效、简洁的过程结构,具有主动地控制计算机系统运行、实现某一过程、获得某种结果的功能。有学者认为,在著作权法律制度中,计算机源程序具有作品和工具的双重性质,是一种特殊的作品。计算机目标程序能否成

为著作权的客体,在国际计算机领域和法学界曾有较大争议。目标程序是在计算机和编译/汇编程序的配合运用的过程中建立起来的由“0”和“1”二进制数字构成的数码序列。目标程序主要反映其功能性能,用于驱动计算机工作。目标程序是源程序的一种表现形式,是按照特定的规则编排出来的二进制数字的序列组合。无论是源程序还是目标程序,它们都是科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果,它们不具有文学性和艺术性,但却具有十分强烈的科学性和专业性。计算机软件的开发一般包括制定开发计划、设计功能性能规格、确定算法模型、撰写设计说明、绘制流程图、编制源程序、测试性能和功能、上机调试、修改更新等过程,十分繁杂。^②因此,计算机软件的开发远比一般作品的创作要复杂得多、所花时间长得多、所用成本要高得多。

著作权保护作品的表达形式,不保护作品所包含的思想。《条例》第6条规定:“本条例对软件著作权的保护不延及开发软件所用的思想、处理过程、操作方法或者数学概念等。”这种规定与著作权法的宗旨是一致的,但这里所说的“思想”与著作权不保护的一般作品所包含的思想却有较大区别。我们所说的一般作品所包含的思想内容要素主要包括题材、主题、概念、事实和情节等。根据一些学者的理解,作品的题材是指作品中所描绘的能够表现主题思想的具体社会现象。主题是指作品所描述的社会生活或客观现象所显示出来的贯穿全篇的中心思想,它是作品所要显示的总的思想意义。概念统指作品所要传授给全社会的作者的想法和对事物的评价。事实是指作者所要告诉读者某一事物的发展过程和规律,它和概念一起构成了作者所要传播的知识。情节是指展示事物、人物性格,表现人物相互关系的一系列生活事件的发展过程,事实情节就是事物的发展过程本身。而计算机软件所包含的思想概念则主要包含构思、设想、算法、发现、功能、定义、原理等。就算法而言,它不仅包括对各种运算

^② 蒋坡著:《计算机法律保护通论》,上海大学出版社1998年版,第144页。

的操作方法和过程,而且包括对数据进行搜索、分类、排序、替换、合并、递归、同步通讯等非数值运算操作的全部方法和过程。^③ 根据《条例》的规定,这些内容是不能获得软件著作权保护的。在作品的表现形式上,计算机软件也与一般作品不同。一般作品表现形式的构成要素主要包括符号、结构、体裁、韵律和情节发展序列等。根据一些学者的理解,符号是指在不同类型的作品中有着各自表现特征的记号,例如语言、线条、色彩、旋律等。结构是指作者对作品总体的组织和安排,例如组织、安排、处理、布局、配器等。体裁是作品的形式和风格。韵律是音乐作品的节奏和规律。对于计算机软件而言,其内容的表现形式则是能够以某种形式固定下来的程序的编码、结构、顺序、组织、程序用户接口中的菜单、屏幕显示数据输入/输出形式等。根据著作权法的基本原理,计算机软件的这些形式才是软件著作权保护的真正客体。过去,计算机软件的程序文本是通过纸张进行固定的,随着存储技术的发展,现在已可以将其固定在磁盘、磁带、半导体存储器和激光存储器等各种媒介上,能够直接或借助于某种工具被读出和被感知。计算机程序编制的过程就是对思想概念以某种形式表达或描述的过程。程序开发者正是使用不同的计算机程序设计语言通过其智力劳动,针对选择的算法,描述和表达同一的或不同的思想和概念,以实现其设计思想,达到预定的功能和性能。在对计算机软件实施的法律保护中,对于计算机软件的专业知识的运用比对一般作品的法律保护要充分得多、复杂得多。

3. 权利特殊

《著作权法实施条例》第6条规定:“著作权自作品创作完成之日起产生。”《条例》第14条规定:“软件著作权自软件开发完成之日起产生。”二者的区别在于“创作”和“开发”,作品是“创作”,软件是“开发”。计算机软件的开发过程是一个非常复杂的过程。源程序的开发是开发人员根据开发计划和设计要求,运用选定的程序设计语言

^③ 罗胜华:“网络临时复制问题法律研究”,载《知识产权》2004年第4期,第24页。

的语言元素和语法规则,对预定功能性能以及具体实现这些功能性能的算法模型予以描述的过程。实践中,我们不能用“创作”作品的要求来判断软件著作权的产生。

我国著作权法未对著作权登记作出明确规定,但计算机软件的登记制度却是计算机软件著作权保护的一项重要内容。《条例》第7条规定:“软件著作权人可以向国务院著作权行政管理部门认定的软件登记机构办理登记。软件登记机构发放的登记证明文件是登记事项的初步证明。”国家版权局发布的《计算机软件著作权登记办法》对登记作了详细规定。登记公示本是物权法的一项重要原则,是物权享有与变动的可取信于公众的外部表现形式,目的在于维护物的占有秩序和交易安全,保护善意第三人的利益。但计算机软件著作权的登记与物权的登记公示却有着本质的区别。计算机软件著作权的登记不是其著作权产生的必备条件,它只能产生“初步证明”的作用。不过,由于计算机软件著作权登记的内容十分详尽,在司法实践中,其证明文件仍然不失为一类证明力较强的证据,其登记规定仍然是其著作权保护的重要内容。值得注意的是,国务院《实施国际著作权条约的规定》第7条规定:“外国计算机程序作为文学作品保护,可以不履行登记手续。”从而,免除了外国人的计算机软件著作权的登记程序。

计算机软件著作权主要包括发表权、署名权、修改权、复制权、发行权、出租权、信息网络传播权、翻译权。其特点在于,一是在其人身权中没有保护作品完整权;二是其财产权利项目较少。在计算机软件的复制中,计算机程序在计算机内部存储器(RAM)中的临时存储是一个特殊问题。美国《版权法》第101条规定:复制是指以现在已知或未来发展出来的任何方法,将著作固着于录音制品以外的实体,使该著作的内容可以供直接或借助机械或设备帮助而被感知、复制或其他传播。因此,RAM的临时存储无疑属于“复制”的范围。尽管RAM对计算机程序的临时复制在网络传输中具有技术不可避免性、多样性和复杂性,但世界知识产权组织(WIPO)肯定了临时复制

属于著作权人的权利,这一观点被多数国家所接受和采纳(日本和澳大利亚除外)。一般认为,我国著作权法规定的复制包括了临时复制,我国著作权覆盖了临时复制行为;但有学者认为,短暂的、过渡的、技术性的、不具有独立经济价值的临时复制应当规定为合理使用而被允许。^④

著作权法第12条规定了作品的演绎,演绎有改编、翻译、注释、整理和汇编五种形式。《条例》没有对软件的演绎作出规定。有学者认为,计算机软件著作权人具有完全的演绎权,即著作权人拥有对计算机软件的改编权、翻译权、注释权、整理权和汇编权。^⑤ 笔者认为,计算机软件著作权人最多只能说拥有对软件的不完全的演绎权,而不是拥有对软件的完全的演绎权。《条例》第8条明确规定了软件著作权人的翻译权,这里的翻译权与著作权法中规定的翻译权无异,都是指“从一种自然语言文字转换成另一种自然语言文字的权利”,这一规定,算是软件著作权中的一种明确的演绎权。除此,《条例》中别无软件著作权的其他演绎权的规定。实际上,对计算机软件的翻译更主要指的是对计算机软件文档的翻译。换句话说,计算机软件著作权中所包含的翻译权更多的是指对计算机文档的翻译,对软件程序中文字成分的翻译不多。计算机软件著作权人是否拥有其他的演绎权,特别是改编权、注释权和整理权,即计算机软件能否被改编、注释和整理,存在争议。有学者认为,“计算机程序的演绎文本通常是指对该程序进行翻译、改编、注释等活动而形成的程序。”对程序的演绎主要包括:“把原来的程序以一种编程语言改用另一种编程语言编写出来的文本;对原始文本增加、删减某些功能后所取得的文本;对原始文本中的某些处理步骤稍加改变或者更换变量名形成的文本;在原始文本中插入注释语言后形成的文本;经过对原始文本的改造,将其移植到能在另一种机器环境中运行的文本;对原始文本进行类

④ 蒋坡:前揭2,第218页。

⑤ 蒋坡:前揭2,第218页。