



公司及并购法律评述
2019年8月

上海
上海市银城中路68号
时代金融中心16楼和19楼
邮编: 200120
电话: +86 21 3135 8666
传真: +86 21 3135 8600

北京
北京市建国门北大街8号
华润大厦4楼
邮编: 100005
电话: +86 10 8519 2266
传真: +86 10 8519 2929

香港
香港中环皇后大道中5号
衡怡大厦27楼
电话: +852 2592 1978
传真: +852 2868 0883

伦敦
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

www.llinkslaw.com

SHANGHAI
16F/19F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

BEIJING
4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

HONG KONG
27F, Henley Building
5 Queen's Road Central
Central, Hong Kong
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

LONDON
1F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
United Kingdom
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323

master@llinkslaw.com

从案例看计算机软件侵权行为的认定与举证

作者: 杨迅 | 杨坚琪

作为著作权法下作品的一种“异类”，计算机软件虽然在直观形式上也呈现为“文字形式”，但与传统的文学作品、美术作品等具有美感的作品不同，计算机软件的价值主要体现在其功能属性：即编写和使用计算机软件的目的在于执行一定的命令，满足既定的需求，履行设置的功能。因此，虽然在绝大多数情形下，计算机软件还是通过著作权法获得知识产权保护，但计算机软件还可以通过专利、商业秘密等单独或结合的方式进行保护。

相应地，在计算机软件的侵权认定规则上，也与一般著作权不同。近日，北京市高级人民法院就北京合力亿捷科技股份有限公司起诉北京容联七陌科技有限公司及其法定代表人蔡某彬侵犯计算机软件著作权纠纷一案的二审判决，就展现了计算机软件侵权认定和举证的规则。

如您需要了解我们的出版物，
请与下列人员联系：

郭建良: +86 21 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

从案例看计算机软件侵权行为的认定与举证

一. 如何认定计算机软件侵权行为?

著作权的侵权认定,无论是现行的《著作权法》、《计算机软件保护条例》,还是相关的司法解释都未有统一的规定,而仅仅有零散的条文列举了著作权侵权行为。在司法实践中,美国判例法下创造的“实质性相似加接触”基本原则实际上已经被中国法院所接受,并成为其在知识产权纠纷中普遍适用的判断规则。

在蔡质彬等与合力亿捷(北京)信息技术有限公司(“合力信息”)等侵害计算机软件著作权纠纷(“本案”)中,北京市知识产权法院和北京市高级人民法院也适用了“实质性相似加接触”规则,作为判定原审被告蔡质彬和其担任法定代表人的另一被告北京容联七陌科技有限公司(“容联七陌公司”)是否侵犯了原审被告的计算机软件著作权的认定规则。

首先,计算机软件领域的“接触”通常指代的是被告曾有过“使用、研发、销售、修改、复制”原告软件的机会。从举证的要求上来看,“接触”得举证要求采用的是“有接触可能性”的标准,即无需原告提出证据证明被告方实际“接触过软件”的确凿事实,而是只要证明被告接触软件的可能性。在本案中,由于原审被告之一的蔡质彬曾在原审原告之一“合力亿捷科技公司”(“合力科技”)处任职,因此两审法院均认可其“有机会接触”到本案中双方发生纠纷的计算机软件产品-“即整合移动互联网接入的云计算电子商务平台”软件(“权利软件”);此外,由于蔡质彬自合力科技处离职后,创办了容联七陌公司,因此容联七陌公司也有接触到权利软件的可能性。

由于被告蔡质彬曾在原告之一合力科技处担任研发总监的职务,因此在本案中“接触”要件的判断相对较为简单。我们观察到目前的司法实践中,法院通常会使用两种方式认定“接触”:一类为“直接认定”,即与本案类似,原被告曾有过合作关系(例如工作、代理销售软件);一类为“间接认定”,即原告软件的发表时间早于被告产品发表的时间,如果被告没有提出证据证明其不可能接触到原告软件的,一般都会“推定”被告存在“接触”可能性。北京市高级人民法院在2018年发布的《北京市高级人民法院侵害著作权案件审理指南》(“《著作权审理指南》”)在第10.8条进一步说明,在使用间接认定的方式判断“接触”要件时,“(如果)被诉侵权作品与在先作品的表达相同或者高度相似,足以排除独立创作可能性,且被告未作出合理解释的,可以根据在案证据推定被告接触过在先作品。”这实际上减弱了原告证明被告接触原告软件的举证要求,进一步减轻了原告的举证责任。

第二,除了“接触”之外,“实质性相似”要件的判断长期以来也是计算机软件侵权行为判断的重点与难点。目前中国法下对于计算机软件领域的“实质性相似”规则并无统一的成文解释。与其他作品相同,计算机软件著作权保护也是“计算机软件的表达”,而非“计算机软件的思想”。著作权法虽然没有对“思想-表达”二分法作出明确规定,但《计算机软件保护条例》第六条却明确说明:“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。”可见,准确界定计算机软件的表达是判断“实质性相似”的前提。

从案例看计算机软件侵权行为的认定与举证

美国作为世界上计算机软件产业最为发达的国家，其司法系统在实践中总结了一些计算机软件领域的“思想”与“表达”的区分规则，主要有两种：第一种区分规则为“SSO 标准规则”，即 1985 年美国宾夕法尼亚东部法院在 *Whelan vs. Jaslow* 一案中确立的“结构(structure)、顺序(sequence)和组织(organization)标规则”。在该案中，法院认为如果两种计算机软件的结构、顺序和组织相同，也可以判断被诉一方的侵权行为成立，这实际上将计算机软件的结构、顺序和组织纳入了“表达”的范围。不过由于“SSO 标准规则”明显地扩大了计算机软件“表达”，因此美国法院系统内部也有不少反对的意见。在此背景下，美国法院在 *Computer Associates vs. Altai* 案中，确立了第二种区分规则——即“三步审查法”标准，即判断软件侵权行为必须经过“抽象(Arbitration)、过滤(Filtration)、比较(Comparison)”三个阶段。所谓的“抽象”，即首先将计算机软件的各个层级进行抽象，排除“思想”部分；其次是对剩下的“表达”部分进行适当的排除(例如排除公知技术、有限表达的代码以及标准程序所对应的代码)；最后，再比较两个软件各层次剩余部分的“表达”。

从目前的中国的司法实践来看，法院对于这两种规则的适用似乎并无统一的标准。在《著作权审理指南》中，北京高级人民法院认为，被告拒不提供被诉侵权的计算机软件源程序的情况下，如果二者的目标码不相同或者相近似，若被诉侵权的计算机软件目标程序中存在原告主张权利的计算机软件特有内容，或者在**软件结果(包括软件界面、运行参数、数据库结构等)方面相同或者实质性相似**，可以认定原、被告的软件构成实质性相似。这表明北京高级人民法院认为，在一定程度上“SSO 标准规则”在计算机软件侵权时可以适用。但北京市第一中级人民法院却也曾做出过观点相反的判决，在北京利玛软件信息技术有限公司诉北京机械工业自动化研究所侵犯计算机软件著作权纠纷案¹中，法院认为：“因为著作权法只保护计算机软件的程序和文档，不保护开发软件所用的思想、概念、原理、处理过程和运行方法。**运行参数属于软件编制过程中的构思，界面是程序运行的结果而非程序本身，不同的程序可以完成相同的功能，故不能仅以两个软件的运行参数、界面、功能相同或近似就认定二者实质相同。**”

对于计算机软件的“实质性相似”要件的认定，实践中通常采用以下一种或多种对比方式：(1)软件源代码的对比；(2)软件目标代码的对比；(3)软件特征性缺陷对比；(4)软件存储介质内容、安装过程、安装目录、运行状况的对比。由于每个案件发生的背景、领域、时间和方式都不同，比如被告通常不主动提交源代码以供比对的，因此法院会根据不同的情况采取不同的方式进行判断。

在本案中，被告容联七陌公司为了增加其呼叫中心软件(“**侵权软件**”)的开放性，而对外提供了“开发者工具”，并在其中披露了侵权软件的**前端源代码**。原告利用该等披露的源代码向有关部门申请了司法鉴定，并得到“侵权软件与权利软件在前端代码上有 19 个代码文件具有相同代码”的结论。而一审法院北京知识产权法院则在依申请调取证据的情况下，组织了权利软件与侵权软件**后端源代码**的对比，并认为“根据本院比对的结果，权利软件的后端代码与本院调取代码相比，**相同或实质相同的代码行数亦占有一定的比例，且二者在开发者及开发时间、注释内容、文件命名、目录结构等**

从案例看计算机软件侵权行为的认定与举证

个性化信息存在完全相同或基本相同的情况，已经超出了巧合的范畴。”因此，权利软件与侵权软件满足“实质性相似”的要件。可见，在本案中，法院也采取了“源代码对比”和“安装目录对比”结合的方式进行判断。

二. 计算机软件纠纷中的证据规则

在计算机软件侵权纠纷中，“取证”通常是原告的主要难点之一。由于被控侵权软件往往处于被告的直接控制之下，因此如何获得或接触到“原始的”被控软件，和如何证明其与原告方的权利软件有“实质性相似”的情况存在，则成为处理计算机软件著作权纠纷的重点与难点。

(一) 调取证据与证据保全

一般而言，对于一起计算机软件纠纷而言，如何“固定”（即获得）被告的侵权软件至关重要。甚至可以说很多案件是否能胜诉的关键就在于是否能够获得侵权软件。但不同于一般的产品，软件产品由于具有源代码与目标代码的双重属性，因此在条件可行的情况下，尽量以能够获得侵权软件的源代码为宜。

本案中，由于被告自行在官方网站公开披露了侵权软件的前端代码，因此原告可以轻而易举的获得前端代码的代码文件；而由于侵权软件的后端代码由被告自行控制，原告无法轻易获得，在此情况下只能向法院申请调查取证，从而“固定”被告使用的“云”服务器中复制侵权软件的后端代码，以便双方核查。根据《民事诉讼法》第六十四条的规定，在当事人却因客观原因不能自行收集证据的情况下，可以向人民法院申请调查取证。因此，如果原告知道被告证据的相关线索，那么在无法自行收集证据的情况下，向法院申请调查收集证据不失为一种适合的“固定”证据的选择：一如在本案中，原告很可能已经知道被告购买了“云服务”，但是由于第三方机构无权利也无义务向原告提供有关被告的任何证据，在这样的情况下，原告可以向法院申请调查证据，以“固定”侵权行为的存在。在互联网时代，越来越多的中小型互联网企业愿意采购“云服务”，这对于原告而言不失为一种利好消息：因为侵权行为往往可以在提供“云服务”的第三方机构的服务器中得以固定，大大减轻了原告的取证压力。

但在更多的案件中，被告的软件产品不仅踪迹难觅，更可能有随时被被告删除的风险。在这样的情况下，证据保全则显然是一种更好地选择。在实践中，由于证据保全具有强烈地“时效性”要求，因此为了防止法院在进行证据保全时被告恶意拖延时间进而在保全过程中删除相关的侵权软件，申请人应当预先熟悉背景情况，准备保全方案以及操作步骤，并和法院的相关工作人员进一步沟通，以保证证据保全的顺利执行。

从案例看计算机软件侵权行为的认定与举证

(二) 司法鉴定

在“固定”完毕证据后，如何判断原被告双方之间的计算机软件确实存在“实质性相似”，也是原告维护自身权益的一个难点。通常，“司法鉴定”会成为法院审理时，判断双方软件是否构成“实质性相似”的主要依据之一。现实中，法院往往倾向于直接根据司法鉴定的结果(尤其是相同源代码比例)，作为判断诉讼两造的涉案软件是否存在“实质性相似”结论的依据，这一实践在业界颇受指责。根据《北京市高级人民法院关于知识产权司法鉴定若干问题的规定(试行)》的规定，知识产权领域的“司法鉴定”指的“是在知识产权诉讼过程中，为查明**案件事实**，鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的有关**知识产权问题**进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动”。因此，实际上“司法鉴定”主要判断的“**技术事实**”的客观认定，而非是“**法律事实**”的判断，这意味着法官在进行个案审理时，“司法鉴定”作用仅仅应当是帮助法官判断事实，法官仍然需要结合权属问题、计算机软件侵权问题的具体产生方式等进行综合判断。正如英特尔公司诉深圳市东进通讯公司著作权纠纷案中，双方对于调用头文件是否属于侵权行为的争论一样：从计算机领域的技术角度来看，英特尔公司要求保护的其某款程序下的“头文件(head filer)”，当然属于源代码文件，受到著作权法的保护；但是东进公司利用动态调用的形式(即“兼容”模式)使用“头文件”是否侵犯了英特尔公司的著作权，则完全是一个法律判断的问题，无法也不得以“司法鉴定”下的“技术事实”的判断取代。

这也意味着当“技术事实”的判断能够以其他方式进行论证时，法院并不必然一定需要选择“司法鉴定”的方式。例如，在本案中，北京市知识产权法院就没有采用“司法鉴定”的方式认定事实，而是在技术调查官的组织下进行了现场勘验，对权利软件和侵权软件后端的源代码进行了分组对比。在双方当事人分别对于对比结果发表意见后，对源代码相同比例、注释相同情况、数据库名称相同以及文件夹设置相同情况进行了总结，认为“权利软件的后端代码与本院调取代码相比，相同或实质相同的代码行数亦占有一定的比例，且二者在开发者及开发时间、注释内容、文件命名、目录结构等个性化信息存在完全相同或基本相同的情况，已经超出了巧合的范畴”，因而构成“实质性相似”。

(三) 埋雷

在计算机软件案件中，还有一种比较特殊的固定证据的方式，相关领域的人士称其为“埋雷”。埋雷，实际上就是前文所述的“特征性缺陷”，即一套软件本身所特有的、不存在普遍意义的缺陷。原先该类缺陷往往是设计人员在设计时的疏忽导致的，但现在却成为开发人员为了证明其“原创性”而故意留下的一道“痕迹”。实际上，这种偶然性极强的缺陷重复出现的几率非常小，因此当两款软件的代码(或结构、功用或者结果)存在相同的特征性缺陷(即“雷”)时，原告方的主张得到支持的几率会大大增加。例如，在石鸿林诉泰州华仁电子咨询有限公司侵害计算机软件著作权纠纷²一案中，在被告方始终不肯提供源代码的情况下，原告申请的司法鉴定显示原告

从案例看计算机软件侵权行为的认定与举证

软件与被告侵权软件存在两点完全相同的缺陷性特征，从而最终帮助原告的诉请得到了支持。在本案中，虽然没有明显的“缺陷性特征”，但是原告的权利软件仍然具有很多个性化特征，例如“代码的注释内容、文件命名、目录结构等个性化信息”，同样也能够在被告的软件代码中得以发现，北京知识产权法院也因此得以认定双方的后端代码满足“实质性相似”的要件。

(四) 被告方的自认

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第八条的规定，自认指的是当事人在诉讼过程中对另一方当事人陈述的案件事实的承认。在不违背其他法律的情况下，普通的民事案件中，一方当事人的“自认”往往可以免除对方当事人对于某一待证事实的举证责任。但是在知识产权案件中，“自认”的效力会因对象不同而产生不同的效果。

例如知识产权权属的事实，就不能以当事人的“自认”作为判断依据。在一起知识产权案件的审理过程中，法官通常会问被告人是否对于“原告享有涉案作品的著作权”持有异议，即使被告人“自认”原告享有涉案作品的著作权，但是法官仍然会进行法庭调查，以核实原告是否享有相应的权属(并进而审查原告是否持有相应的起诉资格):这是因为，知识产权不仅仅涉及到两造双方的利益，还涉及到公共利益的问题，而法院作为司法部门，其对于原告的权属问题的判断不仅仅会影响本案的问题，也会影响到其他与该著作权相关的法律关系。所以在被告人既无认知能力、也无认知权利的情况下，其对于知识产权权属的自认应当是无效的。

但是对于被告是否实施了侵权行为的“自认”，则应当属于有效的“自认”，可以免除原告方的举证责任。这是因为被告是否实施了被控侵权行为，属于技术层面的事实判断，对于这种类型的“自认”，即未超出其认知能力，也不会影响或者损害第三人利益，因此这种类型的“自认”是有效的。

在本案中，容联七陌公司、蔡质彬辩称“被诉软件是参照原先工作的软件制作的而成的”，这样的“自认”实际上不存在任何的法律效果，仅仅是对于一个事实状态的描述，因此北京知识产权法院也未对该等陈述开展进一步的调查。

三. 计算机软件侵权与竞业禁止义务

作为“智力密集型”行业之一，计算机软件产业一直以来都是资本和人才的竞争高地，因此该领域的诉讼也往往和竞争关系相结合。以本案为例，由于原被告双方之间还签署了竞业限制协议，因此被告曾以“本案争议的实质并非侵害计算机软件著作权纠纷，而是竞业限制纠纷”为由提起管辖权异议。虽然该请求最终被北京市高级人民法院驳回，但是这体现了实际上本案是一起知识产权法与劳动法领域交叉的纠纷。

从案例看计算机软件侵权行为的认定与举证

本案的争议焦点之一，权利软件是否属于《竞业禁止协议书》中说明的“企业通信业务类全部知识产权”，实际上也是知识产权法与劳动法交叉领域法律问题耦合的直观体现。由于合力亿捷科技公司与蔡质彬签订的《竞业禁止协议书》未能明确界定“企业通信业务”的范围，因此原告与被告在二审程序中均通过不同的方式向法院论证“企业通信业务”是否包含了“呼叫中心业务”。如果说将“企业通信业务”解释为“呼叫中心业务”的上位概念，那么本案中被告蔡质彬就有权对权利软件进行使用和二次开发，在这样的情况下法院很可能不会支持原告的诉讼请求。

本案给予企业的启示是，在人员流动频繁的计算机软件行业(以及其他智力密集型行业)，一旦核心研发人员产生劳动问题，其离职时签订的竞业禁止协议就不仅仅需要从劳动法方面进行审核，还需要从知识产权领域综合评估离职人员的风险，以尽量全面地缩小离职人员未来可能从事竞争行业事业而带来的商业风险。

从案例看计算机软件侵权行为的认定与举证

如需进一步信息，请联系：

作者	
杨 迅 电话: +86 21 3135 8799 xun.yang@llinkslaw.com	
上 海	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: +86 21 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com
余 铭 电话: +86 21 3135 8770 selena.she@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: +86 21 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com
钱大立 电话: +86 21 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com	孔焕志 电话: +86 21 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com
吴 炜 电话: +86 21 6043 3711 david.wu@llinkslaw.com	潘永建 电话: +86 21 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com
姜 琳 电话: +86 21 6043 3710 elyn.jiang@llinkslaw.com	
北 京	
俞卫锋 电话: +86 10 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: +86 10 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com
杨玉华 电话: +86 10 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com	
香 港(与方緯谷律师事务所联营)	
俞卫锋 电话: +86 21 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: +86 21 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com
伦 敦	
杨玉华 电话: +44 (0)20 3283 4337 yuhua.yang@llinkslaw.com	

© 本篇文章首次发表于中国法律透视电子版第 106 期(总第 141 期)。

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

从案例看计算机软件侵权行为的认定与举证

¹ (2003)一中民初字第 5259 号案件

² 2007 苏民三终字第 0018 号民事判决书