

我国计算机软件著作权侵权判定之 “实质性近似”再审视

——以美国司法判例演变为研究对象

邓 恒

(西南政法大学民商法学院 重庆 401120)

内容提要: 在论及软件著作权侵权之判断标准时,除了证明有“接触”之外,还需要证明有“实质性近似”。对于计算机软件侵权之实质性近似的判断,在美国判例个案认定中逐渐形成了两种判定类型,一种为纯文本侵权,另一种为非纯文本侵权。就计算机软件侵权判定类型而言,我国司法实践中开始采用类似美国非纯文本侵权保护的类型及相应的判定法则。我国计算机软件著作权侵权判定是否采用 SSO 抑或 AFC 标准,还是其他标准,最终取决于我国著作权的立法目的和公共利益实现之要求。

关键词: 计算机软件 著作权 实质性近似 SSO 法则 AFC 评定标准

对于计算机软件著作权的侵权判断标准,目前各国法律还没有明确的规定,很多问题往往需要在司法实践中通过具体个案适用加以解决。二十世纪六七十年代起,新兴的软件产业开始在美国快速发展,相应地许多矛盾冲突也接踵而至。他山之石可以攻玉,以下试就美国有关计算机软件著作权司法探索历程进行整理与分析,在此基础上再与我国目前司法实践进行比较探讨。

一、美国“实质性近似”之司法探索与演变

(一) Apple 公司诉 Franklin 公司案:^① 固化复制目标程序之侵权行为

1982年,Apple公司起诉Franklin公司生产的ACE100电脑侵犯了Apple II的系统计算机软件著作权,称ACE100的ROM和操作系统完全是复制Apple II的操作系统,并且将Apple公司的目标程序固化嵌入在ROM(只读存储器)芯片中。经过该案的审理,美国联邦第三

作者简介: 邓恒(1979-),男,汉族,湖南桂阳人,西南政法大学民商法学院知识产权法学博士研究生。

^① Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., 714 F.2d 1240, 219 U.S.P.Q. (BNA) 113 (3d Cir. 1983): This Court held that: (1) a computer program, whether in object code or source code, is a “literary work” and is protected from unauthorized copying, whether from its object or source code version; (2) a computer program in object code embedded in ROM chip is an appropriate subject of copyright; (3) computer operating system programs are not per se precluded from copyright protection.

巡回法庭认为:嵌入在ROM(只读存储器)芯片中的代码只是改变了代码的存储形式而已,不能改变软件受保护的事实,属于受计算机著作权保护的对象。该案简明扼要地表明了计算机软件中受著作权保护的对象为表达,且不受存储形式改变的影响。

在论及软件著作权侵权之判断标准时,除了证明有“接触”之外,还需要证明有实质性近似(substantial similarity)。^②对于实质性近似的判断,美国的司法实践中,尤其是针对文字著作(literal work),在个案认定中逐渐形成了两种判定类型,一种为纯文本侵权(literal infringement),另一种为非纯文本侵权(non-literal Infringement)。^③对于前者,实质性近似意味着侵权者是以全面、逐字不加任何或者微乎其微的改变方式来复制、重制被侵权作品;而在后者,则意指侵权者非逐字、逐句的拷贝或抄袭,而通过了若干改写、加工或以不同形式的方式再现被侵权作品。^④对于文字作品的著作权保护,在纯文本侵权的类型以外确立非纯文本侵权有其重要的意义,如果不是这样,则侵权者将通过非实质性或者细微的改动就可以轻易地回避著作权人的权利,即通过若干细微处、形式上、非实质性的改写来达到规避著作权之侵权责任的目的。^⑤

由于计算机软件兼具“文字作品”和“实用工具”双重属性,由此在司法实践中,“思想、表达二分法”的具体认定标准一直存有争议。各种形式的计算机程序的编码(code)即文字性(literary)成分都是思想的表达,应受到著作权法的保护;而程序的功能目标,通常认为属于思

想领域,是不受著作权法保护的,这两部分的界限非常清晰,随后的难点在于,在编码和功能目标之间存在着一个宽泛的模糊区域,是仅通过编码与功能目标的划分所难以规制的。

(二) Whelan 公司诉 Jaslow 公司案:^⑥“序列、结构与组织”(SSO)判定法则

确立“非纯文本侵权”侵权类型后,随即而来的问题就是此类型下如何判断“实质性近似”。其中尤其重要的问题在于如何区分哪些受著作权保护,哪些又不受保护。在 Whelan 公司诉 Jaslow 公司案件中,Whelan 公司以 EDL 语言设计出一款用于 IBM - Series I 计算机中的牙科实验室(Dental Laboratory)管理软件(Dentalab),Jaslow 公司作为其代理商,对该款软件进行销售。Jaslow 公司在销售该款软件过程中,雇佣曾参与 Whelan 公司该款软件设计的程序设计师,以 BASIC 语言编写出一款用于 IBM PC 机的具有同样功能的同类型管理软件,并且重新命名(Dentcom)进行销售,其后 Whelan 公司以 Jaslow 公司侵犯其软件著作权提起诉讼。

该案中,运行于 IBM PC 的程序 Dentcom 与运行于 IBM - Series I 中的 Dentalab 源代码编写语言不一样,并且两者之间并无完全相同的现象,然而法院以两种程序序列、结构及组织相同为由判定侵权成立。美国联邦第三巡回法庭的上诉判决指出:虽然代码不使用术语“序列”、“组织”或“结构”,很显然从汇编和衍生作品的定义来看,是可以给予他们版权保护的,国会意识到的事实,序列和组织可能受版权保护,即该序列和顺序可以是表达的一部分,而不是思想,

② Walker v. Time Life Films, Inc., 784 F.2d 44 (2d Cir. 1986).

③ Lotus Dev. Corp. v. Borland Int'l, Inc., 49 F3d 807, 814 (1st Cir. 1995); Horgan v. Macmillan, 789 F.2d 157, 162 (2d Cir. 1986); Twentieth Century - Fox Film Corp. v. MCA, Inc., 715 F.2d 1327, 1329 (9th Cir. 1983).

④ Richard Raysman & Peter Brown, Copyright Infringement of Computer Software and the “Altai” Test, New York Law Journal, Vol. 235, No. 89.

⑤ Nichols v. Universal Pictures Corporation, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

⑥ Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc. (3rd Cir. 1986).

是一种“作品”。^⑦ 是否属于版权保护的范畴,关键要看该对象是属于“思想”还是思想的“表达”及怎么来解释哪些是实现作品思想和目的的“表达”?这也是各国司法实践中一直备受关注的事实。美国联邦第三巡回法院在 Whelan 公司诉 Jaslow 公司案中认为软件的序列、结构及组织是程序的一种思想表达,其解释理由在于“对于一项实用作品而言,其创作的目的和作品的功能是该作品的思想概念。而对于目的和功能的实现并非绝对必需的任何东西则都是该思想概念的表现”。^⑧ 法院由此延伸认为超出了程序代码本身的文字复制也受到版权保护,“认为程序的结构、序列和组织都应当受到版权保护,法院进一步延长版权保护的软件,其思想与表达连续明辨测试,广泛的测试,缩小了不受保护的‘思想’,除了那些‘实现程序的目的或功能是唯一的’外,其他的都属于受版权法保护的表达”。^⑨

Whelan 案的判决中“从著作权法的目的是在保护(激励)和信息传播之间取得最有效率、最有生产力的平衡,以促进学习文化和发展”出发,认定软件的保护可以在一定程度上延至程序的结构等要素,并且如果表达与思想合并则不受著作权法保护,这一部分的论证思路及其结论得到了广泛的支持。^⑩ 但是,Whelan 案中法院认为作为实用作品的计算机软件,其“思想”只有一个,“换句话说,实用作品的功能

和目的是该作品的‘思想’,对于该作品目的和功能的实现来说,不是唯一或者必要的那些元素,都是这些思想的表达。”^⑪因此,这些“表达”受到版权法保护,这一观点受到了较多质疑。

(三) CA Int1 公司诉 Altai 公司案 “抽象、过滤和比较”三步(AFC)判断法则

第二巡回上诉法院于 Computer Associates International, Inc. v. Altai 一案中,批判性地审视了第三巡回上诉法院在 Whelan 一案中所创造的 SSO 判定法则,对其进行质疑的同时也做出了一定的调整。换言之,第二巡回上诉法院认为,在 Whelan 案中第三巡回上诉法院所采用的判定标准过于注重形式,而缺乏实证分析。一方面,将纷繁复杂的计算机软件程序内容之“实质性近似”判断化繁为简;另一方面,也缺乏对软件产业中实际情况及利益关系的深入考量,这难免会不当阻碍文化再创新和软件技术领域的发展。

在 CA Int1 公司诉 Altai 公司案中,为判断 Altai 公司的 OSCAR 3.5 与 ADAPTER 软件是否构成实质性近似,第二巡回上诉法院主张 Whelan 案之 SSO 判定法则过于笼统,不予采纳,而主张应采取抽象(Abstraction) — 过滤(Filtration) — 比较(Comparison) 这种三步骤判断法则,又称 AFC 之判断标准,该标准分三步骤进行:

⑦ Although the Code does not use the terms “sequence,” “order,” or “structure,” it is clear from the definition of compilations and derivative works, and the protection afforded them, that Congress was aware of the fact that the sequencing and ordering of materials could be copyrighted, i. e. that the sequence and order could be parts of the expression, not the idea, of a work.

⑧ 应明《计算机软件版权保护》,北京大学出版社1991年版,第151页。

⑨ The Court thereby extended copyright protection beyond literal copying of the program code itself, and included the structure, sequence, and organization of the code. The Court further extended copyright protection for software with its Idea / Expression Continuum Discernment Test, a broad test which limited unprotectable “ideas” to only those “necessary to the program’s purpose or function” and everything else is or could be protectable expression.

⑩ 张吉豫《计算机软件著作权保护对象范围研究——对美国相关司法探索历程的分析与借鉴》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2013年第5期,第190页。

⑪ In other words, the purpose or function of a utilitarian work would be the work’s idea, and everything that is not necessary to that purpose or function would be part of the expression of the idea.

第一步“抽象”。^⑫在“抽象”步骤,法院将程序分解成不同的层次,从很一般到非常具体,例如主要的目的、程序结构、功能模块、算法、数据结构、源代码。换言之,在司法实践中的“抽象”过程是将争议双方的程序进行分解,从源代码层次开始,逐步、逐级往上抽象建构出各个子程序或结构的“思想”,此抽象步骤将直到最上位主程序的总思想。随着层次的上升,会有越来越多的“思想”被剥离开来,剩余的就是可受保护的“表达”。由于“思想”不受保护,因此这些剥离开来的“思想”无论是否相同或者显而易见相似都不构成“实质性近似”。

第二步“过滤”。^⑬在过滤的步骤中,根据上述不同层次,法院分别决定哪些对实现程序功能是绝对必要的,同时过滤掉一切不受版权保护的其他部分。具体个案中,法院应关注:其一,是否有思想与表达混同的情形,争议对象是否属于表达,这种表达是否为思想的仅有的有限的表达方式之一,而成为表达与思想混同之情形。其二,考虑若干外部因素,诸如:该表达为行业普遍规则所决定、由软件安装硬件规格所要求、由于兼容性的需要,或者是行业通行惯例所采用的等。其三,考虑公共领域因素,即表达是否属于公共领域。

第三步“比较”。^⑭在比较步骤中,法院着眼于不属于实现程序目的和功能所绝对必要的“表达”部分,并且对该部分进行相同或者相似性比较。这是“抽象、过滤和比较”三步判断法则的最后一步骤,经过上述两步骤剔除不受保

护的“思想”和“表达”后,再将剩余的部分互相比较,比较的指标包括争议双方软件程序的近似程度,及相互近似部分占整个受保护部分的重要性程度。此外,法院在个案当中,“抽象、过滤和比较”三步判断法则的具体适用还要考虑与著作权法政策目的是否相符,也就是说这种适用是否会造成过度保护而抑制了后续学术的再创作。

第二巡回上诉法院运用上述“抽象—过滤—对比”测试判断方法,认定 Altai 公司的 OSCAR 3.5 与 CA Int1 公司的 ADAPTER 软件不构成实质性近似,^⑮从而维持了地方法院有利于 Altai 公司的判决。

(四) AFC 法则之后续发展

在 CA Int1 公司诉 Altai 公司案中,第二巡回上诉法院适用 AFC 法则作出判决之后,该法则在其他法院获得了较广泛的影响,不少法院直接采纳了第二巡回上诉法院的观点,例如,第十巡回上诉法院在审理 Gates Rubber Co. v. Bando Chemical Industries, Ltd. 案中,在论述 Bando 公司被控软件是否构成非纯文本侵权 (non-literal infringement) 时就采用了 AFC 的论述方式。^⑯

值得注意的是,出于最佳利益平衡的考虑,更多的法院不但有选择性地继承了 AFC 部分论点,同时在此基础上进行了修正。在第一巡回上诉法院审理 Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc. 案中,除了评述之前的 AFC 观点外,还进一步指出“即使该软件程序

^⑫ Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc. 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992): The Court applied the Abstraction - Filtration - Comparison test. In Abstraction the court breaks up the program into different levels, from very general to very specific. E. g. Main purpose, program structure, modules, algorithms, data structures, source code.

^⑬ In Filtration, the court decides what components are absolutely essential to fulfilling the abstract function of the program at the various levels. Also filter out everything that is dictated by efficiency, external factors, or in the public domain.

^⑭ In Comparison, the court looks at the components of the program which are not absolutely essential to fulfilling the abstract function of the program to see if they are similar.

^⑮ The Court performed the Abstraction - Filtration - Comparison test and found that the copyrightable elements from CA's program were not substantially similar to those elements in Altai's program.

^⑯ Gates Rubber Co. v. Bando Chemical Industries, Ltd. United States Court of Appeals 9 F.3d 823 (10th Cir. 1993).

被认定属于表达而非思想(例如属于软件实现计算机屏幕呈现之接口的部分),假如该表达部分本身属于该软件运作或操作的方法,则依照美国著作权法 § 102 (b) 的规定,该表达应属于操作流程之方法(method of operation),不属于受保护的對象,不应赋予著作权保护”。与此同时,第九巡回上诉法院在 Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Sys., Inc. 一案中所提出的论述,其认定除了程序代码(包含源代码与目标代码)的纯文本侵权外,侵权人若抄袭一计算机程序的结构、排序、组织与用户接口亦可能构成非纯文本侵权,但前提基础是该结构、排序、组织与用户接口本身为著作权保护之标的。^{①⑦}由此可见,其判断方法论似乎介于 Whelan 案 SSO 法则与 Altai 案之 AFC 标准中间。一方面其未采取如 AFC 方法论中先自程序代码开始逐级往上建立抽象化之构成;另外一方面,也没有采取 Whelan 案中确认的常为人批判且过于广泛之 SSO 法则,即只要非与讼争软件终极目的或功能有必要关联之结构、组织或序列即可当然认为受保护之对象,从而将该软件结构、组织或序列之本身是否受著作权保护纳入考虑范畴。此判断方法摒弃了 AFC 法则中的复杂,又没有落入单纯采 SSO 法则所固有的保护范围过于宽泛之窠臼,不失为一理想方案,这体现了既继承先例又同时加以修正的思考方法。

由上述分析可见,目前美国司法实践中对于计算机软件著作权有关“非纯文本侵权”之“实质性近似”判断,各上诉巡回法院在具体个案处理中都持有不同观点,有倾向权利人的,亦

有严格限制权利范围的。美国有关计算机软件著作权保护对象范围的界定及侵权判定标准并非自始就清晰存在,而是在实践中不断探索、权衡和论证后得到的结果。^{①⑧}

二、我国“实质性近似”判断之司法实践

根据《计算机软件保护条例》规定,^{①⑨}计算机软件著作权保护对象,一般认为就是“源程序”和“目标程序”及相应的文档,这些都是文字作品意义上的保护范围。然而,对于用户接口或其他非文字的结构关系、序列及组织是否也受著作权保护,似乎还存有争议。近些年,司法实践中一些对于计算机软件著作权保护范围及侵权判断标准方面的案例、意见及论述,颇具研究意义。

(一) 软件著作实质性近似之“非纯文本侵权”保护

1997年由深圳市中级人民法院审理的“曾小坚、曹荣贵诉连樟文、刘九发、深圳市帝慧科技实业有限公司计算机软件著作权纠纷一案”,^{②⑩}是我国较早适用“实质性近似”判断是否构成侵权的软件著作权案件之一。该案二审法院就案件所涉及的鉴定结论进行了评述“原、被告软件进行比对,两系统的数据库、屏幕显示及其有关的基本数据库、数据结构、参数选用,以及数据之间的关系都是相同的,而且多处出现设计中的特征相同(包括其中的差错及失当之处)。这些现象,独立设计的软件中是不可能出现的。尽管它们所用的开发工具不同,但两系统的软件仍存在实质相似性。而连樟文、刘九发向专家组提供的软件程序是临时修改出来

^{①⑦} Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Sys., Inc., 886 F.2d 1173, 1175-76 (9th Cir. 1989).

^{①⑧} 张吉豫《计算机软件著作权保护对象范围研究——对美国相关司法探索历程的分析与借鉴》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2013年第5期,第188-189页。

^{①⑨} 《计算机软件保护条例》(2002年)第2条:本条例所称计算机软件(以下简称软件),是指计算机程序及其有关文档。

^{②⑩} 广东省深圳市中级人民法院(1997)深中法知产初字第007号。该案中,原告开发了“公安基层业务管理系统”电脑软件,被告曾向原告购买该软件未果;随后被告自行制作了“安全文明小区通用电脑管理系统”软件,且以深圳市帝慧科技实业有限公司名义销售;原告起诉后,经过鉴定表明:原告、被告软件具有实质相似性。

的、不真实的;鉴定结论是双方的软件具有实质相似性,故应认定被指控软件是抄袭之作”。由此可见,即使是侵权人采用了不同的开发工具、汇编语言,只要是没有独创性^①地重现了被侵权作品,就应当属于“侵权者非逐字、逐句的拷贝或抄袭,而通过了若干改写、加工或以不同形式的方式再现被侵权作品”^②之非纯文本侵权之情形。广东省高院在该案中,体现了将“非纯文本侵权”判断方法纳入到考量争议双方软件著作是否构成“实质性近似”之视野范围。

该案件后由最高院裁定^③发回重审,并附函指出“《鉴定报告》并未对原被告软件的源程序或目标程序代码进行实际比较,而是通过比较程序的运行参数(变量)、界面和数据库结构,就得出了两个软件实质相似的结论。运行参数属于软件编制过程中的构思而非表达;界面是程序运行的结果,非程序本身,且相同的界面可以通过不同的程序得到;数据库结构不属于计算机软件,也构不成数据库作品,且本案原告的数据库结构实际上就是公安派出所的通用表格,不具有独创性。因此,《鉴定报告》所称的两个软件存在实质相似性,并非著作权法意义上的实质相似性。”^④并认为原鉴定原、被告的开发工具、生成环境不同,因此两者程序代码不具有可比性,该鉴定也没有就两者的代码和文档进行比对,所以依据鉴定结论难以确定侵权

成立。最高人民法院的上述意见为如何区分软件程序中哪些受保护与哪些不受保护提供了一定指导意义,这与运用“非纯文本侵权”判断类型来分析软件著作是否构成“实质性近似”并不冲突。前者为软件著作权提供了划分思想与表达的界限与范围,即明确软件著作权的保护对象;后者为判断著作权保护对象是否“实质性近似”提供了“非纯文本侵权”的判定方式与思路。

(二) 软件程序非文字结构可能受著作权保护

在司法实践中,判定争议双方软件是否构成“实质性近似”,首先要确定权利人受著作权保护的范畴,只有在明确权利人的保护范围后才能判定被控侵权人软件是否存在与权利人软件“实质性近似”的内容。根据我国《计算机软件保护条例》规定,^⑤代码或者符号化指令序列就是软件程序的“思想表达”。这些“代码或者符号化指令序列”都可以纳入文字作品范畴进行保护,这似乎没有其他不同意见;那么一些介入思想与表达之间的非文字结构、序列及组织、菜单指令结构、次级菜单或辅助描述、宏指令、用户接口、外观及感觉是否受著作权保护,似乎一直存有争议。英特尔公司诉深圳东进公司一案^⑥曾在我国引发关于头文件软件兼容性与版

^① 注:此处没有独创性应包括:沿用体现被侵权作品特征的部分内容、呈现的界面相同、出现同样的错误、套用了同样的参数及参数之间的特有关系等。

^② Richard Raysman & Peter Brown, Copyright Infringement of Computer Software and the “Altai” Test, New York Law Journal, Vol. 235, No. 89.

^③ 最高人民法院民事裁定书(1999)知监字第18号。2003年10月,广东省高级人民法院对此案再次作出终审判决((2003)号高法审监民再字第59号):认为一审法院依据的软件侵权鉴定“程序合法,其所出具的鉴定报告具有证据效力”,《咨询意见》是“单方委托,其送检的软件未经双方质证,故鉴定程序不符合法律规定,该咨询意见不具有证据效力,维持本院(1997)号知终字第55号民事判决”。

^④ 最高人民法院《关于深圳市帝慧科技实业有限公司与连樟文等计算机软件著作权侵权纠纷案的函》([1999]知监字第18号函)。

^⑤ 《计算机软件保护条例》第3条规定。

^⑥ 广东省深圳市中级人民法院(2005)深中法民三初字第328号。2004年12月,英特尔公司起诉指控深圳东进公司研发的DN系列语音卡侵犯了其产品SR5.1.1软件中的“Intel头文件”的知识产权,并诉其帮助和教唆用户非法取得或违反该文件的许可协议,也对双方产品存在的兼容性问题提出了质疑。

权保护的讨论,但因该案和解而未能有进一步的司法意见。一些案例中,被告会以相似之处是不受著作权法保护的部分为理由进行抗辩,法官很少接受此类抗辩,而且对不采信理由也往往缺少适当说明。^{②7}对于软件程序的保护范围界定,多数还是局限于最高人民法院(1999)知监字第18号函的解释,例如北京惠斯特科技开发中心诉北京斯惠特科技有限公司一案判决指出“斯惠特公司另辩称新建项目V5.0软件和中小项目V4.0软件与评价系统V2.0软件的相似之处仅限于参数、变量、界面等并不受到著作权法保护的部分,但菜单定义、数据表对应关系显已超出参数、变量、界面之范围,故本院对斯惠特公司此项辩称亦不予采信。”^{②8}但是对于菜单定义、数据表与不受保护的参数、变量、界面是否存有差异及这种差异是否为“思想与表达”的差异等,没有展开论述。

这种局限在长沙青果园科技发展有限公司诉长沙诚光科技发展有限公司等著作权侵权纠纷一案中似乎有所突破。该案中法院认为:“通常,软件的表达形式具有多样性,既能以源代码表达,还可以目标代码和微码等形式来表达。如果程序的思想概念和表现形式不具有同一性,即如果为了达到一个预期目的存在多种方法,而且所选用的方法对于实现该目的是并非必须的,那么这些方法就属于表现,而不是思想概念。这时,计算机程序的‘结构、顺序与组织’就被认为是程序的表现,受著作权法保护”。^{②9}这与美国Whelan公司诉Jaslow公司案^{③0}所确立的“序列、结构与组织”(SSO)判定法则

具有高度的相似性,同时又考虑了思想与表达混同之情形,与美国在CA Int'l公司诉Altai公司案^{③1}中适用的“抽象、过滤和比较”三步(AFC)判断法则之“过滤”方式也有一些不谋而合之处。

从上述案例判决论述来看,就计算机软件的保护范围而言,我国法院开始采用类似美国非纯文本侵权与纯文本侵权的区分保护类型,认为除了源代码的逐字抄袭外,程序代码以外之序列、结构、组织以及接口等方面也可能属计算机程序著作保护之范围,所以法院对于该部分是否属保护对象、争议双方是否有实质性近似均需予以认定。然而,我国《计算机软件保护条例》将计算机程序定义为“代码化指令序列,或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列”,在此定义下,组织、菜单指令结构、用户接口等是否可界定在此范围内,实有疑问之处。笔者认为,对于计算机软件若承认“非纯文本侵权”,则保护之范围可以不再局限于该定义之窠臼,可以基于计算机程序作为一种非文字的结构受到保护。当然,此种保护应据具体个案而定,同时在司法实践中还是要考虑是否属于《计算机软件保护条例》第6条之规定,^{③2}从而排除不受著作权保护的对象。

三、评论代结论

(一)“实质性近似”判断应兼采SSO与AFC

笔者认为,SSO判断法则与AFC评定标准

^{②7} 张吉豫《计算机软件著作权保护对象范围研究——对美国相关司法探索历程的分析与借鉴》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2013年第5期,第188页。

^{②8} 北京市海淀区人民法院(2007)海民初字第16977号。

^{②9} 长沙市中级人民法院(2005)长中民三初字第147号。

^{③0} Whelan Assocs., Inc. v. Jaslow Dental Laboratory, Inc. (3rd Cir. 1986) .

^{③1} Computer Associates Int'l, Inc. v. Altai, Inc. 982 F.2d 693 (2d Cir. 1992) .

^{③2} 《计算机软件保护条例》第3条。

^{③3} 《计算机软件保护条例》第6条。

孰优孰劣,尚难有定论;SSO法则与AFC标准各有可采之处,在具体个案中可以相互借鉴。具体而言,SSO法则的思想与表达区分法认为一个软件程序的目的或功能唯一的,并且就是该程序的思想,而其他与该目的或功能没有必然联系的均可以被认为属于受保护的该思想之表达。如果存有多种可以实现该目的或者功能的其他方式,并且该具体方式对于实现该思想是非必须的,那么该具体方式就属于受保护的表达而不是思想,就可以把SSO思想与表达区分法纳入到AFC标准之“抽象”构成中。在AFC标准具体适用中,需将软件程序区分成数个不同层次,再由不同层次抽象出对应的思想与表达,逐次上升直到总的目的和功能,即总的思想。但是在具体实践中,抽象出思想与表达难以操作,且过于繁琐、复杂。因此,在抽象的构成中可以借鉴SSO法则的思想与表达区分法,并以此来检验哪些是真正的思想,那些属于受保护的表达。除此外,SSO法则在判断思想与表达的方法中蕴含了AFC标准的“过滤”构成中应当考量的内容,也就是均把思想与表达混同之情形纳入考虑范畴。由此可见,软件著作权之“实质性近似”判断,兼采SSO与AFC乃一不二之选择。

(二)“实质性近似”判断理应综合考量

我国《计算机软件保护条例》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。”如果计算机程序本身体现的思想或概念的表达方式是有限的,或其表达本身就是操作方法[例如用户接口(Interface)],即有可能属于本条例第6条所规定的处理过程、操作方法,理应不属于著作权保护的范围。当然,不受著作权保护不意味不受知识产权保护,例如可以通过专利形式进行保护。此时,适当保护之知识产权或许是专利权,而非著作权。由此可见,在具体个案处理中,判断争议双方“实质性近

似”部分是否构成侵权时,并且被控侵权人以该部分不受著作权保护为理由进行抗辩时,应当根据《计算机软件保护条例》第6条作出判断。当然,具体在“实质性近似”判断规则适用时还应当兼顾国家产业及司法政策,是否采用SSO抑或AFC标准,还是其他标准,最终取决于怎么实现著作权的立法目的和最佳利益平衡点之要求。

总而言之,“思想”固然不受保护,但也不是所有的思想“表达”部分都可受著作权保护,思想与表达二分法需要再审视。其次,这部分表达是否受保护,表象为取决于具体个案处理,实为取决于著作权法的立法目的和利益平衡原则的适用,往往个案是根据其需要,再从著作权法律制度中寻找合理的依据或者解释,这种思考方式具有明显的目的性和利益性。毋庸讳言,包括著作权法在内的我国知识产权制度的本质皆在于促进国内技术、文化产业发展,只有认清我国著作权法的立法目的和公共利益的目标,才能把握“实质性近似”判断标准之精髓。

西南政法大学知识产权研究中心主任、博士生导师张玉敏点评:

思想与表达的关系可以说是你中有我,我中有你,难以简单地二分。思想与表达二分法不过是版权法学界创造的一个神话,早就广受诟病。正如博伊尔所说,作为私有领域与公有领域界限的独创性标准,本身乃是版权政治学的发明物,是各种不同力量权力的角逐点,它既不能客观地划清私有领域与公有领域的界限,也不能客观地保障版权对表达自由的促进作用。

作者的这篇《我国计算机软件著作权侵权判定之“实质性近似”再审视——以美国司法判例演变为研究对象》以实证分析的研究路径,通过对美国法院和我国法院判例的分析研究指

出,介入思想与表达之间还存在一些“表达”,因为受到社会公共利益、表达与思想混同、若干外部因素的影响而不受著作权保护;再以横向的视角,分析了软件产业的特点,透过纷繁复杂的表象,揭示出判决背后的决定因素——著作权法的立法目的和法官的利益衡量,并指出思想与表达二分法需要再审视。简言之,版权保护必须考虑其在传递知识和增进社会福祉中所

应负的责任,为人类提供作品再创作激励、预设条件乃版权法之立法目的。最后作者提出:“思想”固然不受保护,但也不是所有的思想“表达”都可受著作权保护,是否受保护最终还是取决于著作权法的立法目的和利益平衡原则的适用。这一富有新颖及创建性的观点,无疑给司法审判及软件产业的发展提供了一定的理论参考,同时引人思考并值得做更深入的研究。

Re-examination the “Substantial Similarity” of China’s Judicial Practice of Computer Software Copyright Infringement: The evolution of the Judicial Precedent in the United States as the Object of Study

Deng Heng

Abstract: In regard to the judgment standard of software copyright infringement, besides proved the existence of “access”, also need to be proved the existence of “substantial similarity”. With the development of America case, about the “substantial similarity” judgment of the computer software infringement, there gradually formed two kinds of judgment: one kind for literal infringement; another kind for non-literal infringement. In our country judicature practice, in terms of the judgment type of the computer software infringement, it starts to use that is similar the American non-literal infringement, and corresponding determination principle. Through the analysis of the USA case on the SSO rule and AFC standard, at the same time, we have inspected the American practice to their establishment reason, viewpoint reconsidering, again arrives the revision the exploration course. Our view: In our country, the computer software copyright infringement determines whether uses the SSO or the AFC standard, or some other standard, are finally decided by the legislative purpose of our country’s copyright law and the realization of public interests.

Keywords: computer software copyright substantial similarity SSO rule AFC standard

(责任编辑:刘宇琼)