

计算机软件著作权刑事保护视域下 “复制”行为的司法认定

张佳华

(中国政法大学法律硕士学院,北京 100088)

摘要:在涉计算机软件侵犯著作权罪的司法认定中,“复制”行为的认定一直是困扰司法实践的难题。从法教义学分析,涉计算机软件的“复制”意涵理解与界定有其独特性。尽管现行立法没有规定“接触+实质性相似”规则,其却成为认定“复制”行为的普遍遵循。难以取得直接证据予以证明,司法机关对“接触”的判定多适用推定规则,但应区别于民事案件且应当有明确的法律规定。对“实质性相似”的认定缺乏统一裁判标准。“实质性相似”不限于计算机软件的整体比对,相似的比例应否具有刑事追诉门槛存在争议。需要通过司法解释或指导性案例进一步明确“接触+实质性相似”的判定标准,统一“复制”行为司法认定的裁判尺度,加强计算机软件著作权的刑事保护。

关键词:侵犯著作权罪;计算机软件;接触;实质性相似;推定

中图分类号:DF73 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2022)03-0061-11

DOI:10.14134/j.cnki.cn33-1337/c.2022.03.007

一、引言

党的十八大以来,国家大力促进互联网和经济社会融合发展,支持基于互联网的各类创新。“要全面推进产业化、规模化应用,培育具有国际影响力的大型软件企业,重点突破关键软件,推动软件产业做大做强,提升关键软件技术创新和供给能力。”^[1]随着万物互联的“互联网+”新时代的到来,发生在传统现实社会的犯罪行为逐渐向网络虚拟空间蔓延,甚至全面迁徙。传统犯罪在网络虚拟社会的异化不仅表现在危害行为与危害结果所处空间的转变,还重点体现在行为对象的数字化与行为方式的电子化^[2]。近年来,计算机软件侵权行为不断增加,涉计算机软件侵犯著作权罪案件也呈上升趋势,社会关注度越来越高。2021年3月1日《刑法修正案(十一)》正式实施,将《刑法》第三章第七节侵犯知识产权罪的法定刑由“三年以上七年以下有期徒刑”提高至“三年以上十年以下有期徒刑”,显著提高了

收稿日期:2022-01-02

基金项目:国家社会科学基金项目“人工智能生成内容的著作权立法研究”(21BXW042);中国政法大学青年教师学术创新团队支持计划(20CXTD09)

作者简介:张佳华,女,中国政法大学法律硕士学院讲师,法学博士,主要从事刑事诉讼法学、证据法学、司法制度研究。

法定最高刑,加大了对侵犯著作权犯罪的打击力度,积极回应了惩治网络著作权犯罪的迫切需要^[3]。

但由于涉计算机软件侵犯著作权罪案件具有知识产权、计算机技术等跨学科的特点,相关刑事法律规定过于宏观,同时,“随着拷贝技术和传播方式的发展,著作权在网络上传播的范围更加广泛,传统的复制、发行行为演变为信息网络传播行为”^[4]。“作为知识产权重要分支的著作权,本身就是现代复制技术的产物。”^[5]但在司法实践中,这类犯罪的司法适用存在诸多疑难问题,争议最大之处在于对犯罪客观方面的认定,其问题集中体现在对《刑法》第217条第1项“复制”行为的认定。例如,如何运用“接触+实质性相似”判定规则、“实质性相似”的认定标准如何统一、能否运用推定认定“接触”等问题,直接决定被追诉者“罪与非罪”。由于涉计算机软件侵犯著作权罪的司法认定与民事侵权的判定在行为事实认定规则和证明标准等方面存在较大差异,因此有必要对涉计算机软件侵犯著作权罪“复制”行为的司法认定进行深入探讨和厘定。

二、涉计算机软件侵犯著作权罪司法裁判的统计分析

为了客观说明实践中涉计算机软件侵犯著作权罪的现状,以Alpha数据库中所收录的我国2008年1月1日至2021年12月31日的132份涉计算机软件侵犯著作权罪的裁判文书为样本^①进行实证分析,考察此类案件司法认定问题。

(一) 关于“复制”行为类型

在132份裁判文书中,有32份判决书认定犯罪行为人通过原样复制的方式侵犯著作权,占比24.24%;有5份判决是通过制作外挂软件的方式,占比3.79%;有20份判决是通过破解加密软件的方式,占比15.15%;有75份判决是通过修改权利人软件进行修改形成新软件的方式,占比56.82%。

(二) 关于“接触”的方式

在132份裁判文书中,有71份判决书明确表明被侵权软件的获得方式,即“接触”的方式。在这71份判决书中,有14份判决书是通过在被侵权人处任职从而获得权利人软件的方式侵犯著作权,占比19.72%;有25份判决书是通过购买方式获得权利人的软件,占比35.21%;有27份判决书是通过网络下载的方式获得权利人软件,占比38.03%;有5份判决是通过业务往来关系获得权利人软件,占比7.04%。

(三) 关于“实质性相似”^②的认定

在132份裁判文书中,有75份判决书载明犯罪行为人对权利人软件进行了修改,而修改后的软件与权利人软件被认定为“实质性相似”。在“实质性相似”的判决中,有63份判决并未详细写明两个软件之间的具体相似程度,^③仅有12份判决做了具体描述:其中7份判决的相似程度在90%以上;1份相似程度在80%以上90%以下;2份相似程度在70%以上80%以下;2份判决仅描述了相似数据库^④或源代码文件^⑤的数量,并以“完全相同”“高度相似性”或“甚高同一性”“高度同一性”“一般同一性”“实质

^①在Alpha数据库进行裁判文书样本检索访问的最后时间为2022年2月24日。

^②关于“实质性相似”的认定,132份裁判文书对此的用语表述并不唯一,梳理统计主要有以下用语:“完全相同”“相同”“大量相同”“高度相似性”“甚高同一性”“基本相同”“同一性”“完全同一性”“同源性”“实质相同”“实质性相似”“实质性相同”“高度同一性”“一般同一性”“实质同一性”“同源性”等,还有“完全同一性”“甚高同一性”“高度同一性”“一般同一性”的梯度表达。

^③关于“相似程度”的用语表达并不统一,梳理统计主要有以下用语:“相似性比例”“相同率”“相似度”“相似的比率”“相同数占比”“相似比例”等。

^④参见(2019)粤0305刑初1419号刑事判决书。

^⑤参见(2019)粤0305刑初254号刑事判决书。

同一性”等程度用语来描述相似程度的差异性(详见表1),但没有描述相似比例,也没有描述这些程度用语的界限及区分依据。

表1 刑事裁判对“实质性相似”之相似程度的描述

序号	对“实质性相似”之相似程度的裁判描述
案例1	侵权软件与权利人软件在资源文件、库文件上的相似度为99.73%,在序代码文件上的相似度为97.26%,构成高度的实质性相似
案例2	侵权软件数据库与权利人软件数据库共有58个可比数据库,该58个可比数据库中有16个数据库的结构具有高度相似性,有42个数据库的结构完全相同
案例3	侵权软件与权利人软件服务器端文件结构和应用功能的相同率达到86%;与权利人软件服务器端的内容相同率达到76%;与权利人软件的地图文件相同率达到99%。因此该侵权软件与权利人软件之间存在实质性相似
案例4	侵权软件的后台源代码与权利人软件后台源代码指定对应的82个源代码文件,有49个相似程度达到甚高同一性,12个达到高度同一性,7个达到一般同一性,1个达到实质同一性;侵权软件后台核心代码的功能模块在权利人软件后台代码中都对应存在相似性达到实质同一性或以上的代码文件;两者中代码多处出现相同代码注释,说明其中一方对另一方的代码进行过复制的事实
案例5	侵权软件与权利人软件客户端存在实质性相似,二者相似比例为96.76%
案例6	侵权软件与权利人软件客户端文件一致,二者安装文件相同数占比为98.88%
案例7	侵权软件与权利人软件客户端相似性比例为90.88%,二者存在实质性相似
案例8	将送检光盘中侵权软件源代码(268个文件)和权利人软件的源代码(284个文件)进行比对,两者具有同名的代码文件268个,名称相同的比率为100%;在268个同名的代码文件中具有内容相同、实质相同或相似的文件192个,内容相似的比率为 $192 \div 268 = 72\%$ 。侵权软件与权利人软件实质性相似
案例9	侵权软件与权利人软件之间,两者文件名相同率为90%,两者文件内容相同率为82%,两者之间存在实质性相似
案例10	侵权软件与权利人软件存在1374个相同文件,相同率占权利人Beta2软件的97.86%,执行程序文件有137个名称、大小、内容完全相同。二者署名为同一家公司,两者版本号相同。可以认定侵权软件是在权利人软件上加以修改而来
案例11	侵权软件1、2、3源代码文件与权利人软件源代码文件内容相似度大于等于70%的文件占样本总数的比率分别为94.51%、95.26%、95.01%,可以认定侵权软件与权利人软件构成实质性相似
案例12	私服硬盘一中侵权软件与权利人软件的相同率为96.75%,私服硬盘二中侵权软件与权利人软件的相同率为92.5%,两者实质相似

关于“实质性相似”判定的比对内容,在“实质性相似”的75份判决中,细观相似性比对的软件部位和软件内容并不局限于整体,比对内容多元化。根据判决描述的比对内容进行归类梳理,共整理13组不同比对内容(详见表2)。在同一软件下,有多项内容分别比对相似程度,也有基于“部分复制”的软件部分内容相似程度进行比对。

表2 “实质性相似”判定的比对内容梳理

序号	“实质性相似”判定的比对内容
1	核心程序、目录结构和文件
2	实现产品功能、用途的最重要的源代码、后台源代码、代码注释、核心代码的功能模块的代码文件
3	目标程序、目标代码文件
4	服务端程序、服务端文件结构和应用功能、服务端内容、服务端主目录
5	数据库结构、数据文件
6	主程序构成、运行环境、程序界面
7	资源文件与脚本文件、库文件
8	文件属性、文件结构、文件名、文件内容
9	游戏场景、游戏怪物模型和游戏人物模型
10	界面的视觉、软件运行的电子数据文件
11	系统功能和界面
12	服务组件、后台管理网站目录文件
13	客户端程序、客户端资源

(四) 结论与发现

通过统计分析可以发现,从整体来看,近几年我国的涉计算机软件侵犯著作权罪数量有了明显的增长,反映出我国对此类犯罪进行严厉打击的必要性和迫切性。超过半数的涉计算机软件侵犯著作权罪是以“实质性相似”来判定“复制”行为,可见“接触+实质性相似”规则在侵犯著作权罪司法认定中的广泛运用。“接触”方式具有多样性。涉计算机软件侵犯著作权罪案件中,被侵权软件的获得方式,即“接触”的方式有多种形式,这些获得方式的调查取证有一定难度,也为追诉犯罪带来诸多障碍。尽管“接触+实质性相似”的规则在涉计算机软件侵犯著作权罪司法认定中广泛运用,但对“实质性相似”的判定缺乏标准的统一性,甚至法律用语尚不完全一致。

需要补充的是,上述132份裁判文书仍然不能完全覆盖涉计算机软件侵犯著作权罪司法实践中的复杂情况。根据调研,涉计算机软件侵犯著作权罪案件刑事“立案难”远比司法裁判难。大量更为复杂的案件因受害方在报案阶段无法提供证据证明“复制”行为的存在,或因很难获取侵权软件的源代码或核心程序,无法提供“实质性相似”的证据证明,这类案件在立案阶段便被拒于刑事诉讼程序之外。之所以在132份刑事裁判中,侵权软件与权利人软件完全相同,或相似程度非常高,是因为这些案件在刑事立案阶段比较容易启动程序,而更多涉计算机软件著作权犯罪案件的复杂、疑难程度更高,却尚在司法的边缘。

三、涉计算机软件侵犯著作权罪中“复制”的法教义学分析

侵犯著作权罪是法定犯,基于法定犯的双重属性^[6],刑法中“复制”的认定需要参酌援引《著作权法》的规定^[7]。著作权法意义上的“复制”不同于一般文义,涉计算机软件的“复制”更有其独特的含义和行为方式,其内涵和外延需要从法教义学进行理解和界定^[8]。

(一) 侵犯著作权罪中“复制”的语义和规范

关于涉计算机软件侵犯著作权罪,我国《刑法》第217条第1项规定,“以营利为目的,有下列侵犯著作权或者与著作权有关的权利的情形之一,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,处三年以下有期徒刑,并处或者单处罚金;违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金:(一)未经著作权人许可,复制发行、通过信息网络向公众传播其文字作品、音乐、美术、视听作品、计算机软件及法律、行政法规规定的其他作品的”。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(二)》(法释[2007]6号)第2条规定,刑法第二十一条七条侵犯著作权罪中的“复制发行”,包括复制、发行或者既复制又发行的行为。“复制”和“发行”是涉计算机软件侵犯著作权罪客观要件的两种行为方式,何谓“发行”,有司法解释予以明确。^①然而,对于“复制”一词的含义,《刑法》及其司法解释没有作出任何规定。

关于“复制”的意涵,英文中的“Copy”(Copying)与“Reproduce”(或Reproduction)不同。尽管这两个词在汉语中可以翻译为“复制”,但只有“Reproduce”相当于中国《著作权法》中的“复制”^[9],即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的行为。“Copy”在含义上则更为广泛,不仅包括复制,还包括抄袭、改编、演绎等^{[10]357}。我国《著作权法》对于“复制”的概念采“狭义”的标准。广义的“复制”包括对作品加以若干改变,即不再是复制与原作之形态完全相同之物,

^①《最高人民法院、最高人民检察院、公安部〈关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见〉的通知》(法发[2011]3号)第12条对“发行”作了进一步规定:“发行”,包括总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动。

如将草图、图样做成美术品与建筑物,将小说改编成剧本、拍成电影等^[11]。

一般而言,复制者对复制品没有付出创造性劳动,并不研究在原作上增添、删除内容或者做其他实质性的改动,只是运用技术手段再现原作品。对于非计算机软件作品而言,大多数国家的版权法均不把增加创作内容而形成新作品的行为称为“复制”。正如根据我国《著作权法》第10条的规定,复制是与改编、翻译、汇编等权利并列的一项独立的权利,因此演绎作品不是复制的产物。但是对于计算机软件而言则有所不同,《计算机软件保护条例》第24条增设了“部分复制”的概念,规定复制或部分复制著作权人的软件的,可以构成侵犯著作权罪。

需要指出的是,在司法认定中,注意区分计算机软件的“复制”与“运行”两种行为。“复制”行为依据行为主体是否分离可分为两种类型:一是终端用户自行安装涉案计算机软件并运行在计算机硬盘中,这是常见的“复制”行为与“运行”行为重合的情况;二是终端用户并没有自行安装,而是由计算机硬件销售者预装,终端用户仅在其计算机硬盘中运行该计算机软件,此时,终端用户并没有复制该计算机软件,只在使用软件时产生了“临时复制”^[12]。但是,我国尚不承认在计算机内存中形成的“临时复制”构成复制行为^[13]。由于我国计算机软件著作权人并不具有“运行权”,因此对于个人购买、持有和使用盗版软件的行为,在复制行为与运行行为分离的前提下,不需要承担民事责任,权利人更关注的是最终用户未经许可并且商业性使用计算机软件的行为^[14]。

(二) 独创性 + “以一定形式予以表现”: 计算机软件作为著作权法保护客体的基础

界定计算机软件作品的保护范围有助于将计算机软件与文字作品、视听作品等相区分,同时也可避免将不应受著作权法保护的思想、公有领域的知识等不当纳入侵犯著作权罪的客体之中。“著作权法通过保护作者的作品来鼓励创作,但同时又不允许他们阻止未来的作者利用这种思想。这样做时,著作权法寻求在基于公共思想的竞争和创作原创作品的激励之间取得平衡。”^[15]

其一,计算机软件可以称为著作权法意义上的作品的前提条件是必须具有“独创性”。我国《著作权法》第3条对著作权客体作了明确定义:作品是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果。其中独创性的首要条件是“独立创作”,如果完成人抄袭了他人的在先作品,自然不具有独创性而不予保护。因此,《著作权法》同等保护因“巧合”而分别由不同作者独立创作完成的相同的两部作品。在刑事司法认定中,对计算机软件是否具有“独创性”的判定,为“排除合理怀疑”证明标准留下了想象空间。另外,独创性要求完成人的作品应当具有“创新性”,《著作权法》中的“创新性”与《专利法》中的“创造性”不同,^①前者要求完成人的作品应当与已经进入公有领域的知识相区别,并且在表达方式上有所不同。

其二,计算机软件作为著作权法意义上的作品的另一条件是必须“以一定形式予以表现”。《计算机软件保护条例》第4条对此做出了特别的规定:“计算机软件必须由开发者独立开发,并已固定在某种有形物体上。”^②“以一定形式予以表现”要求作品应当能够通过声音、文字、图形或者符号等方式予以呈现,而不能虚无缥缈或者无法琢磨。虽然《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》自1967年之后将未以物质形式固定的口述作品确认为可受著作权法保护的客体,但并不要求各成员国必须作出类似的承诺,是否给予保护由各成员国自行确定。^③我国《著作权法》并未要求其所保护的作品必须具有“以某种物质形式固定下来”的特征,正如《著作权法》第3条规定,口述作品是《著作权法》所保护的作品类型。

^①2020年《专利法》第22条规定,授予专利权的发明和实用新型,应当具备新颖性、创造性和实用性。其中,创造性是指与现有技术相比,该发明具有突出的实质性特点和显著的进步,该实用新型具有实质性特点和进步。

^②参见《计算机软件保护条例》第4条。

^③参见《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》第2条第2款规定:“本同盟各成员国可以通过国内立法规定所有作品或任何特定种类的作品如果未以某种物质形式固定下来便不受保护。”

需要特别强调的是,在对计算机软件著作权保护范围进行界定时,尽管计算机软件是以著作权进行保护,但权利人的计算机软件不以著作权登记为要件,只要“在先完成”即取得著作权并获得保护,在涉计算机软件侵犯著作权罪案件的司法裁判中也是如此认定的。例如,(2013)徐刑(知)初字第20号案件记载:“一般而言,软件开发者就软件进行修改升级,该软件的主要功能及整体框架并不会因此而改变,著作权人有权对软件行使修改权并对修改后的软件继续享有著作权,软件著作权不因是否进行著作权登记而取得。根据《计算机软件保护条例》相关规定,只要乌龙公司独立开发了软件并已固定在某种有形物体上,不论是否发表,即享有该软件的著作权。”^①

四、“复制”行为司法认定的经验分析:“接触+实质性相似”规则的运用

“接触+实质性相似”是知识产权领域侵权行为认定的重要规则。自美国判例创设这一规则以来,对其的争议与质疑就没有停止过,但其在侵权行为认定中的核心地位却没有改变。”^[16]可以说,“接触+实质性相似”是一种并非出自立法规范但却在司法判定中广泛应用的经验规则。由于著作权的保护并不排斥“创作巧合”,对于两部作品存在一定差异的情形,特别是在权利人主张保护的计算机软件未被提前发表公之于众的前提下,被告人通常会提出“独立创作”抗辩。此时,对于“复制”行为的认定,除了要考虑作品的比对外,还要综合考虑作品发表时间先后、被追诉者接触权利人作品的可能性、独立创作举证情况等情形进行认定。证明被告“复制”了权利人的作品,可以通过直接的证据证明,例如被告承认自己复制了权利人的作品,或者有人提供证据看到被告“复制”了权利人的作品。但是在版权的侵权诉讼中,这种直接的证据,如果不是绝对没有,也是非常少见的。^②“如果原告能够证明是逐字逐句的抄写,他们的日子会好过得多。然而,没有文字转录的证据,复制就不能被证明。这个证据问题导致法院发展了实质性相似检验。这一检验标准表述如下:由于通过直接证据来证明复制的可能性很小,因此可以通过表明被告能够接触到被指控侵权的版权作品以及被指控侵权的作品与版权作品基本相似来推断证明复制。”^[17]我国《刑法》坚持主客观相统一原则,“要求行为人在客观上必须实施了危害行为,在主观上必须具有罪过,两者相互依存,缺一不可”^[18]。我国《刑事诉讼法》也要求对任何犯罪事实的认定都要达到事实清楚,证据确实、充分的程度,即使被告人作出了有罪供述,法院仍然要结合全案证据来判定被告人的犯罪事实能否得到证明^[19]。

对132份涉计算机软件侵犯著作权罪刑事裁判的分析已经说明,实践中完全复制他人软件的情况相对有限,在过半数的涉计算机软件侵犯著作权罪案件中,行为人会在被侵权软件的基础上稍加修改。对于这种情况,若将《刑法》规定中的“复制”局限于完全复制他人全部内容,势必无法满足打击侵犯软件著作权犯罪活动、更好地维护软件著作权的实际需要。司法实践中,对“复制”行为的认定一般采取“接触+实质性相似”的认定规则。

(一) 关于“接触”的司法认定

“接触”,是指被控侵权行为人接触了享有知识产权的在先作品。尽管“接触”是一种行为事实,但其本质上是对行为人主观过错的考察。不论两部作品之间的相似性如何,相似性本身并不表明“接触”。如果不对合理的“接触”进行说明,仅仅依据两部作品的显著相似就判定被告接触了权利人的作品,从逻辑上说就有可能错误地判定一部独立创作的作品复制了另一部作品。根据《著作权法》的独创

^①参见(2013)徐刑(知)初字第20号刑事判决书。

^②参见美国第二巡回上诉法院在“盖斯特”一案中所说:“由于复制者几乎不可能被当场抓获,复制在传统上就一直是通过接触和实质性相似的证据而得以证明。”Gaste v. Kaiserman, 863 F. 2d 1061 (2d Cir. 1988)。

性原则,独立创作的作品即使与他人的作品相同或者相似,仍然可以获得《著作权法》保护^{[10]361}。比如两人在同一时间、同一地点对同一物体进行拍照形成的摄影作品可能完全相同,但由于均有独创性而应当分别获得《著作权法》的保护。

司法认定中对“接触”的判定存在两大问题尚需深入探讨。其一,“接触”系实际接触还是接触可能性存在争议。在民事诉讼中,只要存在“接触之可能”即可认定侵权成立,而刑事诉讼证明标准远高于民事诉讼,在刑事诉讼中以“接触可能性”认定侵犯著作权罪成立是否符合法律规定,有待商榷。其二,如何证明“接触”,能否运用“推定”规则认定。在民事诉讼中,一般适用推定规则判定“接触”,在推定规则之下,除非被告人提出未接触的抗辩并举证加以证明,否则推定为存在“接触”。但这样推定“接触”的规则能否当然适用于对侵犯著作权罪的判断,值得深思。刑事推定规则必须具备严格的启动条件,在基础事实得到充分证明的前提下才能运用逻辑和日常经验法则,这是基于证据裁判原则的“推定有罪”,而不是凭空猜测或主观臆想的“有罪推定”^[20]。刑事诉讼对推定规则的运用是有限的,或者在个罪中有明文法律规定适用推定,或者是在明知要素和犯罪目的要素的证明中适用推定。无罪推定原则、“不被强迫自证其罪”原则是刑事诉讼的基本原则,被告人不负有证明自己无罪的义务,并且不应因自己的举证不能而承担对自己不利的后果。在侵犯著作权罪中没有明文规定适用推定,对“接触”的判断属于对犯罪客观要件的认定,不属于明知要素或犯罪目的要素。但从司法实践来看,刑事案件的裁判者并未意识到关于“接触”的认定应区别于民事案件。无论运用什么证明规则,“接触”都是要有证据证明的一种行为事实,不能做无事实和证据依据的推定。

1. “接触”的推定基础。在诉讼中,待证事实难以用直接证据证明,或用直接证据证明将会不当增加诉讼成本。依通常事物的关联性法则,由已知或已经证明的基础事实,基于逻辑法则、伦理法则、经验法则,用推理方法来推断其存在或者不存在的这一过程,即为推定^[21]。在漫长的中世纪,人类借助的是长期积累的司法经验,由经验形成规律性认识,如宋慈的《洗冤录》和欧陆中世纪盛行的法定证据制度,就是借助于经验使司法得以改观的典型表现^[22]。“证据学中的推定(Presumption)是一种假定,指依靠案件中某种基础事实推导出案件事实。”^[23]无论是采取逐句对照法,还是“抽象—过滤—比对”三步检验法,都只能将被控侵权作品与权利人的计算机软件进行比对,进而得出“是否构成实质性相似”的结论,但在《著作权法》所保护作品要求“独创性”的前提下,需要判断造成“实质性相似”的因果关系是什么,是独立创作的“巧合”还是“抄袭”?对相似性原因的判断主要通过是否存在“接触”进行推定,进而间接推定是否存在法律所规定的“复制”行为。

最高人民法院通过司法解释的形式在“明知”或者“以非法占有为目的”等主观要件方面确立了大量的推定规则,但是对于“侵犯著作权罪”中的“接触”行为要件并未做出推定规则的特殊规定。在涉计算机软件侵犯著作权罪中,“接触”很难取得直接的证据予以证明,因为计算机软件大多是通过商业秘密的方式由权利人予以保护,一般很少公开发表而被公众所“接触”,并且从“接触”本身的含义出发,“接触”的方式很广泛,侦查机关几乎无法对“接触”进行现场取证。

2. 推定实践:“接触”的判定方法评析。“刑法理论必须顾及方法论的合理性,必须考虑司法逻辑,必须有助于解决某些司法难题。”^[24]尽管现行立法并未对涉计算机软件侵犯著作权罪中的“复制”行为要件规定适用推定规则,但“接触”的推定却在司法实践中成为惯常的操作方法。当前司法实践中,对“接触”的推定方法主要有“镜像比对法”“特征比对法”“离职员工重合证明法”。

(1)“镜像比对法”,是指被控侵权软件与权利人的计算机软件几乎完全相似,对权利人的作品构成“镜像重合”。在权利人主张保护的计算机软件未被提前发表或者具有“隐蔽性”的前提下,大部分被告人均会以“独立创作”为由进行抗辩,但是两部作品存在完全镜像重合的可能性微乎其微,除非“接触”。如果这个时候再要求检察机关提供证据证明被告人在犯罪行为实施时的“接触”状态,几乎没有必要。计算机软件是由一系列代码化指令序列、符号化指令序列或者符号化语句序列等程序以及

文档组成的,虽然存在“巧合”的可能性,但一般而言能够推定被控侵权软件来源于权利人的计算机软件可以做出存在“复制”的事实推定。虽然通过“镜像比对法”认定“复制”较有说服力,但在个案中,相似性为100%的案件占少数,“镜像比对法”的运用机会也有限。

(2)“特征比对法”,是指将被控侵权软件与权利人的计算机软件进行比较,如果能够发现两者在某些特殊标记部分存在重合的,可以推定为存在“接触”。比如编程人员在编写源代码的过程中会故意标记某些设计缺陷、联系方式、权利管理信息、冗余设计或者其他特有信息,如果两者存在重合,这种“巧合”的可能性抗辩很难站得住脚。冗余设计或者设计缺陷,是指计算机软件所特有的、不具有普遍意义的缺陷。这种缺陷通常是因软件设计时的疏漏而造成的,表现形式是软件运行时会发生不属于计算机软件开发人员设计初衷的特殊状态。这种缺陷带有很强的偶然性,不同软件之间产生相同特征性缺陷的概率极低。如果存在相同的缺陷性特征,而无法说明原因的,则可以推定被控侵权软件与权利人的计算机软件存在“接触”。“特征比对法”对“接触”的推定也非常有说服力,但该方法无法普遍适用于每个案件,只有当权利人的计算机软件存在上述特殊符号,且侵权者在“复制”时未对这些特殊符号进行删除或处理时,才能依“特征比对法”推定“接触”进而认定存在“复制”行为。

(3)“离职员工重合证明法”,是指当被控侵权软件设计人员与权利人离职的设计人员存在重合时,可推定证明“接触”的存在。这种“重合”表现为多种形式,例如权利人软件的设计者可能就是侵权软件的设计者,这种情况在案件中较为常见。大型企业的研发团队基于职务为企业进行软件设计开发后离职,进入新的企业使用其所设计的原软件或者在原软件基础上进行迭代升级形成新的软件进行营利活动,符合“离职员工重合证明法”。除此之外,如果权利人能够证明其曾经为了寻求合作将其计算机软件发送给被告人,那么也可以推定为“接触”,进而认定存在“复制”行为。“离职员工重合证明法”在涉及离职员工的涉计算机软件侵犯著作权罪案件中比较常用,但该推定方法可能与“独创性”保护发生冲突,因为离职员工的身份并不必然排除独立创作的“巧合”。

上述三种关于“接触”的推定方法并非绝对,也并非仅有的推定方法。对“接触”的推定在司法实践中是客观存在的,每个案件的事实和证据都各有不同,大多数案件依赖裁判者的内心确信和自由裁量。当然,更重要的是推定规则在涉计算机软件侵犯著作权罪中的运用需要在规范层面明文规定,较为可行的是通过相关司法解释或指导性案例加以明确。

(二)“实质性相似”在司法认定中的运用

1.“实质性相似”的判断方法。在进行计算机软件“实质性相似”的对比时,应当将权利人的计算机软件源程序与被诉侵权的计算机软件源程序进行对比;由于考虑到同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品,也可以将权利人的计算机软件源程序与被诉侵权的计算机软件目标程序进行对比。在案证据能够证明权利人的计算机软件源程序、文档等文件与被诉侵权的计算机软件相同或者相近似的,可以认定二者构成“实质性相似”。被告的计算机软件存在多个版本的,可以选择最相近似的计算机软件版本与权利人的计算机软件进行比对。

“实质性相似”判定方法主要有逐句对照法和“抽象—过滤—比对”三步检验法。(1)逐句对照法。逐句对照法是判定两部计算机软件是否构成“实质性相似”的最传统比对方法,即将软件作品进行逐字逐句的对照,包括两段源程序对比、源程序与目标程序对比、两段目标程序对比。逐句对照法经常适用于两部计算机软件无差别的比对,如果被诉侵权软件仅仅是部分复制权利人作品的,对于非专业人士较难做出判断。(2)“抽象—过滤—比对”三步检验法。1992年,美国第二巡回上诉法院在 Computer Associates International 公司诉 Altai 公司案(或称“阿尔泰”案)中否定了 SSO 法则,确立了“抽象—过滤—比对”(Abstraction-Filtration-Comparison)“三步检验法”^[25]。所谓“抽象—过滤—比对”三步检验法,即首先对计算机程序进行抽象,将权利人的程序分解为各级构成层次,从代码、子模块、模块直到最高

层次的功能设计,对程序分层次逐级抽象;“过滤”即应当审查每一抽象层次上的结构性因素,以确定它们在这个层面上是否属于思想观念,是否属于思想表达合并原则所涵盖的内容,是否属于由软件的外部因素所决定的因素(如强制性标准所限定的内容),以及是否属于来自公有领域的因素^{[7]914};“比对”步骤主要是指将权利人的计算机软件作品中的思想、有限表达、公有领域内容排除之后的表达与被诉侵权作品进行比较,进而得出是否构成“实质性相似”的结论。那些非文字部分一般来说都不属于软件的表达部分,而属于软件的思想,不应纳入著作权保护的范围^[26]。“抽象—过滤—比对”三步检验法在国际上基本被公认为判断两部计算机软件是否构成“实质性相似”的基本方法,在民事侵权诉讼中广泛适用,但是能否应用于涉计算机软件著作权刑事犯罪案件中还没有定论。

2. “实质性相似”在刑事司法认定中的问题解析。在涉计算机软件侵犯著作权犯罪的司法认定中,对“实质性相似”的判定成为最困难的问题。据统计,92%以上的涉计算机软件侵犯著作权罪案件以司法鉴定来认定相似性问题。但由于司法鉴定标准不统一,“实质性相似”的比例应否存在门槛缺乏明确的法律规定,计算机软件核心模块的相似性比对是否会对“实质性相似”的判断产生影响,软件版本迭代问题如何考量等,都需要在法律层面予以确认。

第一,寻求司法鉴定是认定“实质性相似”的一般方法,但“实质性相似”在司法实践中的判定标准并不统一。2014年3月,司法部司法鉴定管理局发布了《软件相似性鉴定实施规范》(SF/ZJD0403001-2014),对软件相似性检验的技术方法、检验步骤、相关术语、鉴定程序、鉴定注意事项等做出了详细的规定,但《软件相似性鉴定实施规范》并未对两部计算机软件是否构成“实质性相似”给出判定标准,而是仅给出了操作步骤。司法鉴定机构在将两部作品进行比对过程中,采用的比对方法可能不同,有的适用“逐句对照法”,有的适用“抽象—过滤—比对”三步检验法。一般地,在采用不同的比对方法时,“实质性相似”的结论应该基本相同,但不排除存在结论并不相同的可能。例如,在(2020)苏刑终19号案件^①中,不同的鉴定机构采用不同的比对方法则得出不同的相似性比例。

第二,“实质性相似”的比例应否存在刑事追诉门槛也是困扰司法认定的难题之一。在计算机软件著作权人进行刑事报案后,侦查机关通常会将被告侵权作品与权利人的计算机软件进行“实质性相似”的比对,如果构成完全相同自不必说;但司法实践中经常会遇到两部计算机软件的整体相似比例并不是100%的情况。有学者认为,如果行为人发行的作品与权利人的作品仅有5%的相似性,则通常难以被认定为侵犯著作权罪中的“复制”^[27]。对于相似比达到多少可认定为“实质性相似”,目前仍没有法律明文规定或指导性案例的裁判指引。

第三,“实质性相似”的比对并非只能对侵权软件与权利人软件进行整体比对且相似性高才能认定犯罪成立。有的案件采用两部软件核心模块的比对而非整体比对来认定构成“实质性相似”。例如,在(2019)苏01刑终251号案件中记载:010号鉴定意见书虽然只针对后缀为JAVA的文件进行了对比,但此部分源程序是涉案软件的核心功能部分,而后缀为JSP的文件在软件中虽然也占有一定比例,但此部分不是软件的核心功能部分,不影响两份检材达到实质性相同的认定。^②如果两部软件整体相似性比例较低,权利人经常主张或者要求法院对被控侵权软件的核心功能模块与权利人软件的相应部

^①参见(2020)苏刑终19号裁判文书。东方鉴定所沪东方IT司鉴所[2015]鉴字第54号《关于〈千炮捕鱼〉源代码的鉴定》证明:两者具有同名的代码文件268个,名称相同的比率为100%;在268个同名的代码文件中具有内容相同、实质相同或相似的文件192个,内容相似的比率为 $192/268 = 72\%$ 。直接得出结论:“侵权游戏”与“千炮捕鱼”游戏实质性相似。而信诺鉴定所京信[2019]司鉴字第1116号《鉴定意见书》证明:使用“基于规则的比较”方法进行比对,两部计算机软件文件名相同的比率为 $251/251 = 100\%$,内容相似的比率为 $167/251 = 66.53\%$,代码行数相似的比率为 $47049/61020 = 77.10\%$ 。

^②参见(2019)苏01刑终251号裁判文书。

分进行比对。然而,核心功能模块的认定在计算机软件类著作权案件中也存在巨大的争议,谁有权利来认定“核心功能模块”、如何进行认定以及认定结论对于“实质性相似”的影响等问题一直困扰着权利人和司法裁判者。

第四,司法机关面临多个被控侵权软件版本迭代问题应当如何处理的局面。当涉案的计算机软件存在不同版本时,权利人对迭代版本的软件也享有著作权,对于权利人来说,如何指认被告人的侵权软件版本非常重要,对计算机软件的哪些版本进行比对直接影响“实质性相似”的结论。此外,在一些案件中侵权软件也存在迭代升级的情况,尽管迭代软件与权利人的计算机软件相似度不高,仅第一代侵权软件与权利人的计算机软件构成“实质性相似”,但基于迭代软件版本与第一代侵权软件存在关联性而认定迭代软件一并作为犯罪评价,迭代软件的盈利金额也纳入犯罪金额。然而,也有司法裁判者认为,迭代软件因其改编而不再具有相似性则不应再作为侵权软件评价。

通过以上分析,对“接触+实质性相似”规则的适用和对其基础事实的判定目前还没有具体法律规定,在加大知识产权保护的大背景下,有必要通过司法解释或指导性案例明确“接触+实质性相似”的判定标准。

五、余 论

知识产权作为国家发展战略性资源和国际竞争力核心要素的作用日益凸显,全面提升知识产权创造、运用、保护、管理和服务水平,是知识产权强国建设的重要任务,建设和完善知识产权法律保护体系是其重要内容。在刑事领域,完善知识产权犯罪相关立法和规范相关刑事司法需提上日程。在2021年9月22日中共中央、国务院印发的《知识产权强国建设纲要(2021—2035年)》中提到“加大刑事打击力度,完善知识产权犯罪侦查工作制度。修改完善知识产权相关司法解释,配套制定侵犯知识产权犯罪案件立案追诉标准。加强知识产权案件检察监督机制建设……”^①也对完善知识产权相关司法解释和相关刑事诉讼程序提出要求。为了健全知识产权专业化审判体系,全国法院推进知识产权民事、行政、刑事审判“三合一”改革,对司法裁判者提出了新的挑战。“随着信息网络的发达,著作权法赖以存在的生态环境已经发生剧烈改变。”^[28]涉计算机软件侵犯著作权罪相对于文字作品、音乐、美术等作品具有更强的技术特点,对涉计算机软件侵犯著作权罪的司法认定需要有法可依,需要统一司法裁判尺度和证据的审查、判断、认定规则,诸多问题尚需进一步深入研究。

参考文献:

- [1] 习近平. 不断做强做优做大我国数字经济[J]. 求是, 2022(2): 4-8.
- [2] 陆一敏. 网络时代刑法客观解释路径[J]. 国家检察官学院学报, 2022(2): 104-120.
- [3] 李芳芳. 网络著作权犯罪刑罚威慑效能实证研究——以《刑法修正案(十一)》对侵犯著作权罪的修改为背景[J]. 山东大学学报(哲学社会科学版), 2021(3): 64-71.
- [4] 付晓雅. 数字时代知识产权刑法保护的挑战与回应[J]. 当代法学, 2020(2): 67-74.
- [5] 李雨峰. 知识产权制度设计的省思——以保护对象的属性和利用方式为逻辑起点[J]. 当代法学, 2020(5): 60-71.
- [6] 陈兴良. 法定犯的性质和界定[J]. 中外法学, 2020(6): 1464-1488.
- [7] 王迁. 论著作权保护刑民衔接的正当性[J]. 法学, 2021(8): 3-19.
- [8] 贾学胜. 著作权刑法保护视阈下“复制发行”的法教义学解读[J]. 知识产权, 2019(6): 25-34.
- [9] 张鹏. 《刑法》第217条“复制发行”概念的解释与适用[J]. 知识产权, 2018(4): 58-71.

^①参见2021年9月22日中共中央、国务院印发的《知识产权强国建设纲要(2021—2035年)》。

- [10]李明德. 美国知识产权法[M]. 北京:法律出版社,2014.
- [11]胡康生. 中华人民共和国著作权法释义[M]. 北京:法律出版社,2002:46.
- [12]刘鹏. 商业使用软件著作权问题分析——兼评“微软诉大众保险案”[J]. 山东审判,2012(6):58-62.
- [13]王迁. 论出售软件序列号和破解程序的行为定性[J]. 法学,2019(5):119-129.
- [14]杨柏勇. 著作权法原理解读与审判实务[M]. 北京:法律出版社,2021:416.
- [15]DARYL L. Substantial Similarity's Silent Death[J]. Pepperdine Law Review,2021,48(3):713-784.
- [16]吴汉东. 试论“实质性相似+接触”的侵权认定规则[J]. 法学,2015(8):63-72.
- [17]EFFREY D C. Computers, Copyright and Substantial Similarity: The Test Reconsidered[J]. Journal of Computer & Information Law,1995,14(1):47-72.
- [18]郭泽强. 我国刑法中主观主义地位的界定——兼与张明楷教授、周光权博士商榷[J]. 法学,2005(5):91-96.
- [19]陈瑞华. 刑事证据法[M]. 北京:北京大学出版社,2018:523.
- [20]杜邈. 刑事推定规则的特征、类型与司法适用[J]. 法律适用,2022(2):56-67.
- [21]陈届融. 证据法:证明负担原理与法则研究[M]. 北京:中国人民大学出版社,2004:146.
- [22]张建伟. 司法的科技应用:两个维度的观察与分析[J]. 浙江工商大学学报,2021(5):43-55.
- [23]龙宗智. 刑事证明中经验法则运用的若干问题[J]. 中国刑事法杂志,2021(5):55-70.
- [24]周光权. 客观归责论与实务上的规范判断[J]. 国家检察官学院学报,2020(1):3-18.
- [25]孙海龙,曹文泽. 计算机软件法律保护的理论与实践[M]. 北京:北京航空航天大学出版社,2003:109.
- [26]张晓津. 计算机软件著作权侵权判断问题研究[J]. 知识产权,2006(1):19-26.
- [27]喻海松. 网络外挂罪名适用的困境与转向——兼谈《刑法修正案(十一)》关于侵犯著作权罪修改的启示[J]. 政治与法律,2021(8):57-70.
- [28]吕炳斌. 著作权法的理论前提:从“经济人假设”到“社会人假设”[J]. 当代法学,2020(6):109-119.

Judicial Determination of “Reproduction” Behavior from the Perspective of Criminal Protection of Computer Software Copyright

ZHANG Jiahua

(School of Juris Master, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: In the judicial determination of the crime of copyright infringement involving computer software, the determination of “reproduction” behavior has always been a difficult problem perplexing judicial practice. From the perspective of legal doctrine, the understanding and definition of the meaning of “reproduction” involving computer software has its own uniqueness. Although the current legislation does not provide for the rule of “contact + substantial similarity”, it has become a common practice to identify the behavior of “reproduction”. Since it is difficult to obtain direct evidences to prove, the judicial organs mostly apply the presumption rule to confirm the “contact”, but it should be different from civil cases and there should be clear legal provisions. There is a lack of unified judgment criteria for the identification of “substantial similarity”. “Substantial similarity” is not limited to the overall comparison of computer software. Whether the similar proportion has the threshold of criminal prosecution is controversial. It is necessary to further clarify the judgment criteria of “contact + substantial similarity” through judicial interpretation or guiding cases, unify the judgment scale of judicial determination of “reproduction” behavior, and strengthen the criminal protection of computer software copyright.

Key words: crime of copyright infringement; computer software; contact; substantial similarity; presumption



(责任编辑 张 伟 郑英龙)