

计算机软件相关的知识产权合规问题（下）

作者：贾媛媛 陈耀文 王聪睿子

在《[计算机软件相关的知识产权合规问题（上）](#)》中，我们已经初步总结了关于通用软件的盗版或正版化的问题。下篇我们将主要聚焦定制化软件的“软件开发合同”相关问题，以及因“软件代码抄袭或剽窃”引发的著作权侵权和商业秘密侵权问题，以期为企业提供实操指引与合规思路。

定制化软件的知识产权合规

与上篇中讨论的标准化通用软件有所不同，定制化软件通常是以软件开发项目的方式为用户提供个性化的软件定制解决方案，这种个性化的定制需要技术人员根据企业的具体需求来开发相应软件模块，以便更好地与企业的工作流程、服务需求或特定设备相适应。在软件开发项目中，企业会参与软件的逻辑框架和功能模块的设计，以及源代码的开发和目标代码的编译和运行等。因此，定制化软件通常涉及软件开发阶段的合同纠纷，以及软件代码抄袭或剽窃产生的著作权侵权和商业秘密侵权问题。

1. 软件开发中的知识产权问题

在软件开发项目中，一般需要订立书面的技术合同。因知识产权的特殊性，技术合同的相关法律规定与传统买卖合同有显著差异。很多企业和技术合同的相关法律规定不熟悉，不清楚何为委托开发、合作开发，也不清楚各开发模式下当事人的法定权利义务，对很多重要事项仅凭刻板印象想当然，而未在合同中明确约定，导致重要条款缺失或约定不清，成为引发纠纷的最主要的原因。另外，软件开发周期较长，大型软件的开发可能历经一年甚至更长的时间，在开发过程中，根据客观情况和需求的改变，双方可能会对软件需求、验收标准等内容进行修改，使得最终软件的交付与最初合同约定的交付内容、时间和方式存在显著差异，但企业往往因证据

意识薄弱，未妥善保存软件开发过程中对重要内容作出修改的沟通记录，导致产生纠纷。

下文中，我们首先对软件开发过程中所涉及的两种主要模式，即委托开发和合作开发的相关法律规定进行简要介绍，然后将结合实践经验，对技术合同中的重要事项及条款进行梳理，指出实践中的常见风险和误区，并提供应对建议，以期帮助企业顺利推进软件开发进程并且有效避免纠纷。

（1）关于委托开发和合作开发

定制化软件的开发主要分为委托开发和合作开发两种模式^[1]。在两种模式下，法律均给予了当事人较大的意思自治空间，双方可以就开发过程中各自承担的工作、技术成果的归属和使用等做出约定。如果未做约定或者约定不清楚，则分别按照委托开发和合作开发模式下的法定规则执行。因此，企业有必要了解和掌握委托开发和合作开发的相关法律规定。

• 委托开发

委托开发是指开发方基于委托方的委托进行软件开发，委托方一般仅负责提供开发需求、资金、设备等物质条件或者承担辅助协作事项；而开发方是承担实质性开发工作的一方，负责制定和实施研究开发计划，按期完成开发工作，交付开发成果，提供有关技术资料和必要的技术指导，帮助委托人掌握开发成果。

在委托开发中，如委托合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人^[2]。委托人可在约定的使用范围内享有使用作品的权利，若双方没有约定使用作品的范围，委托人可以在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品。^[3]

在实践中，企业经常会委托软件开发公司开发软件，由企业提供资金和需求，由软件开发公司负责开发工作。按照传统买卖合同的逻辑，企业通常会认为，开发的软件理所应当归企业单独所有，而软件开发公司除收取约定报酬外不再享有其他权利。但是，在知识产权的法律框架下，法律倾向于保护付出智力劳动的一方，而不是提供物质支持的一方。因此，如果企业与软件开发公司未在委托开发合同中明确约定，那么开发的软件将归软件开发公司所有，企业仅可在约定的范围内（例如约

定的地域、期限、用途）免费使用。如果后续出现业务扩张、软件升级、在集团内部的其他关联公司需要同步使用的情况，企业对软件的使用很有可能超出当初约定的范围，此时则需要重新获得软件开发公司的许可，否则可能构成著作权侵权。为避免这种被动局面，企业可以根据自身情况在委托开发合同中约定软件的权属，具体将在下文中详细阐述。

• 合作开发

合作开发是指双方基于共同的创作意愿，均需要分别投入资金、人员或技术，通过技术投资、分工参与、协作配合等方式，共同参与软件的开发过程。[4]

在合作开发中，软件著作权由合作方共同享有。合作作品的著作权由合作作者协商一致行使。如果双方不能协商一致，又无正当理由的情况下，任何一方不得阻止他方行使除转让、许可他人专有使用、出质以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。[5]

在权利共有的情况下，权利人对软件的后续使用会受到其他权利人的限制，尤其涉及到转让、许可他人专有使用的情况，需要征得全部共有人的同意。在实践中，在合作开发的初期，双方的创作意愿、合作、分工相对容易达成一致，但随着各自商业布局的发展，对软件的后续使用方式很难长期保持步调一致，非常容易产生分歧。在笔者处理的一起案件中，A公司与B公司合作开发了一款金融软件，两者为共同权利人，后A公司参与了某政府项目，需要在全国范围内独家运营该金融软件并对其进行升级及维护，虽最终经过谈判B公司同意由A公司独家运营，但A公司也付出了额外的代价。因此，建议企业提前规划好未来的发展和可能遇到的问题，评估共有权利的情况下，是否会限制企业发展以及潜在的业务机会。

（2）软件开发合同中的关键条款

• 权利归属

如上所述，开发成果的权利归属直接决定双方今后对软件享有的权益，对软件后续的使用、许可、转让、二次开发等有重要影响。在委托开发和合作开发两种模式下，法律均给予了当事人较大的意思自治空间，企业应当对软件的权属进行明确约定。

首先，无论是委托开发还是合作开发，对企业最有利的方案是约定软件归企业单独所有，同时可以结合企业自身的业务发展方向，约定允许另一方使用软件的权限及范围。此时，企业对软件的后续使用有较大的自主权，对相关业务的发展限制较小。

其次，如果约定双方共同享有软件著作权时，著作权由共有权利人协商一致行使，软件的后续使用在很大程度上会受到其他权利人的限制。虽然法律规定，如果双方不能协商一致，又无正当理由的情况下，任何一方不得阻止他方行使除转让、许可他人专有使用、出质以外的其他权利，但是对于何种情况为“无正当理由”并无明确规定，在实践中也很难判断何为“正当理由”。因此，建议在合作初期就约定各方行使各项权利的前提条件，并约定如果无法协商一致的情况下的解决机制。

• 软件开发需求及其细化、增加与变更

软件作为开发合同的标的，相应软件需求的清晰与完整程度决定了合同目的是否能够最终实现。在签订合同时，双方应当确定待开发软件的功能需求，对其进行详细说明并将其作为合同附件，例如，软件需要包含哪些功能模块，需要与哪些业务系统进行适配和对接，需要处理的数据量等等。如果合同未约定或约定不明确，双方可能会对软件的具体功能或者开发范围的理解产生争议。在实践中，可先从用户界面的设计入手，通过用户界面，可以初步确定软件的交互方式、实现功能、操作逻辑、运行过程和输出结果等。书面确定用户界面设计之后，受托方再进行具体开发工作，避免双方对软件需求的理解产生分歧。

此外，随着开发的不断推进以及双方沟通的不断深入，最初约定的功能需求会不断细化，有可能产生软件功能的删减、增加或变更的情况，也可能导致开发周期的延长或者开发费用的增加。在实践中，企业往往因证据意识薄弱，未妥善保存软件开发过程中对重要内容做出修改的沟通记录，无法证明需求的变更是由委托方提出的还是由受托方的失误导致的，从而引发纠纷。为此，企业应当明确指定双方的联络人，并将沟通等过程中的聊天记录、邮件、电话、短信等记录妥善保存；当涉及合同重要事项的变更时，建议另行签订补充协议，以书面形式进行确认。

• 软件的交付

软件开发项目的交付范围包括软件程序本身（源程序和目标程序）、与程序配套的程序设计说明书、流程图、用户手册等文件，以及用户界面的设计等。需要说明的是，如果企业计划对开发的软件进行功能调整、后续升级或二次开发，则需要在合同中明确约定交付范围也包括源程序，以避免在是否需要交付源代码的问题上产生争议。

此外，关于软件交付的方式，通常开发方会在自己的服务器上进行开发，软件交付方式可以包括通过交付软件安装包以及相关文档方式，或者提供链接地址、用户名及密码等方式、由委托方自行下载。在实践中，当约定的交付期限结束后，开发方可能会将相关文件从服务器中删除、断开相关链接或者更改用户名和密码，或者由于服务器故障等技术原因，使得委托方无法再获取相关文件，这种情况下可能会产生是否实际完成软件交付的争议。对此，双方应当对开发方提供的交付内容进行核对，并且对委托方收到的交付内容和收到时间进行书面记录。

• 软件的验收

验收标准是判断合同目的是否实现的重要依据，合同双方据此对软件需求和交付成果的质量进行审核。出于计算机软件自身特性，最终交付成果难以避免地存在技术瑕疵或漏洞，不同的瑕疵或漏洞对于软件正常运行的影响差异很大。明确完善的验收标准有助于在双方对成果产生争议时提供统一明确的参考。

为避免对验收标准产生争议，双方可以共同委托具有资质的第三方机构进行验收，或者参考国家或行业标准进行验收，例如GB/T17544和GB/T16260，该标准是推荐性标准，并无强制性效力。

2. 软件代码抄袭或剽窃的知识产权问

题

II

在定制化软件的开发或者后续运行过程中，如果企业或者开发方未能采取合理的保密措施，可能会导致软件代码被抄袭或剽窃。常见的情形包括企业内部员工为获得不当利益将软件代码出售或披露给第三方，核心技术人员离职后带走代码、披露给新单位并允许新单位使用，开发方违反保密义务将代码披露给第三方或允许第三方使用代码等。

软件代码抄袭或剽窃除可能引发著作权侵权之外，若涉案软件/代码及相关文档满足商业秘密的构成要件，也同时构成商业秘密侵权，权利人可以择一主张。例如，在(2012)京刑终字第5321号案^[6]中，被告一非法获取他人的游戏引擎程序，将该软件的源代码程序披露给其他被告。其他被告复制并抄袭从被告一处获得的源代码，在私自架设的服务器上运行，获取巨额利润。最终，法院认定被告一的行为构成侵犯商业秘密罪，其他被告构成侵犯著作权罪。

著作权侵权和商业秘密侵权的判定均需要对软件代码进行同一性比对，即比较权利人的代码与被告侵权人掌握的代码的相似程度，这是侵权认定过程中最为复杂困难的部分，一般需要引入专业鉴定机构。比如，在著作权侵权案件中，在比对之前，一般需要首先排除以下部分内容：（1）构成抽象思想的部分；（2）逻辑和使软件具有效率所必须的代码，例如与数据分类和查找功能的代码；（3）“标准程序”所对应的代码，例如硬件标准、软件标准、制造商标准等；（4）通用编程技术、商业惯例和用户习惯；（5）从公共领域获得的程序部分。在排除上述内容后，对剩余的软件代码进行比对。

鉴于传统的同一性对比方式成本较高，近年来法院也在不断探索其他侵权认定思路，以期以较低的审判成本达到与代码比对同样的效果。根据笔者的经验，以下因素也可以作为判断软件侵权的考量因素：

• 软件界面

在权利人客观上无法获得对方代码和软件版本等信息的情况下，软件界面可以作为认定同一性的初步证据，使举证责任转移至被告，由被告针对软件近似提供合理说明或相反证据。但值得注意的是，如果权利人有机会或有能力获得对方代码和版本信息而未获取，仅通过主张单独的软件界面相同或相似，尚不足以完成初步举证责任并使举证责任转移至被告。例如，在(2019)最高法知民终816号案中^[7]，原告在一审过程中仅提交了双方的软件界面，认为相同，但未提交双方的软件程序，一审法院认为原告有机会获取对方的软件程序但未获取，未完成原告的初步举证责任。虽然原告在二审中提交了双方软件的相关文档，但二审法院认为原告的软件为android版本，而被告的软件为iOS版本，双方使用的开发软件不同，不可能存在相同或近似的源程序，进而无法认定为相同或实质相似的软件。

• 软件名称、目录结构、错误信息

根据计算机软件设计的惯例，软件名称、目录结构、错误信息等均是开发者进行软件编译设计后的独特表现形式。不同编译方式和逻辑下，目录结构等信息具有很多选择性。因此，从技术角度，两套独立编译的软件在名称、目录、文件名、错误信息方面完全相同的可能性极小。如权利人已经举证双方软件名称、目录、文件名，甚至错误信息等方面完全相同，此时被告如不能对此进行合理说明、以证明软件具有合法来源，则人民法院可以认定双方软件构成实质性相似。例如，在（2020）最高法知民终1164号^[8]中，一审法院在保全过程中通过输入探查命令来查询被告电脑中涉案软件的客观状态，获得了软件名称、文件名称、目录结构、错误信息等信

息，但由于被告认为其电脑中存在保密信息而拒绝了拷贝硬盘的要求，而使法院未获得涉案软件的源代码。最高院认为被告电脑中存在与原告涉案计算机软件的名

称、目录结构、错误信息等方面均相同的软件信息，显示被告存在侵犯原告计算机

软件著作权的可能，但被告未能就上述保全过程中发现的信息提供合理解释，也未能提交其实际安装使用其他软件的确凿证据，对于被告的侵权行为已无进行源代码

比对的必要，最终认定被告侵权成立。

• 多个界面、配置文件、注册表保留了原告的标识和痕迹

如果被告的软件程序界面、配置文件、注册表等文件中包含了原告的标识，而无法进行合理说明或提供相反证据，则人民法院可以认定双方软件构成实质性近似。在（2020）最高法知民终319号案中^[9]，被告软件的多个界面、配置文件、注册表等信息与原告相应信息的相似比例极高，且被告软件中含有原告标识。在被告无法进行合理说明且没有提供相反证据的情况下，人民法院认为没有进行代码比对的必要，认定被告侵权成立。

结语 II

在互联网时代，计算机软件俨然已经成为国民经济的重要引擎。面对软件纠纷数量的急剧增加、新类型知识产权纠纷的不断涌现，国家立法和各地司法层面都在不断进行调整以回应如何更好保护软件相关的知识产权这一难题。计算机软件的知识产权合规涉及到多种知识产权类型，不仅需要对计算机技术的深入了解和法律实践经验，也需要丰富的行业经验，而业内许多企业尚未建立完善的合规制度，为企业的正常生产经营留下了隐患。本文结合司法审判要点和处理计算机软件知识产权纠纷的实践经验，以期为企业合规提供方向和建议。同时，也欢迎各位读者扫码观看本

文作者贾媛媛律师在知享课堂录制的相关课程。



《计算机软件相关的知识产权》视频 课程

或点击链接跳转播放地址：<https://aglc.cn/v-XUKWI>

[1] 《中华人民共和国民法典》第八百五十一条

[2] 《中华人民共和国著作权法》第十九条

[3] 《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第十二条

[4] 《中华人民共和国民法典》第八百五十五条

[5] 《中华人民共和国著作权法》第十四条

[6] 北京市第一中级人民法院 (2012)京刑终字第5321号

[7] 最高人民法院(2019)最高法知民终816号

[8] 最高人民法院(2020)最高法知民终1164号

[9] 最高人民法院(2020)最高法知民终319号

2022-12-29