

计算机软件相关的知识产权合规问题（上）

作者：贾媛媛 陈耀文 王聪睿子

前言

随着计算机与互联网技术的快速发展和广泛应用，计算机软件在商业经营、日常工作和个人生活中的作用愈发重要。从我们所熟知的系统软件、办公软件、娱乐软件，到工业设计软件、管理软件、控制软件等等，软件已逐渐成为智能世界的“中枢神经”，因计算机软件引起的纠纷也越来越多。根据最高院发布的年度报告^[1]，2021年最高院新收计算机软件纠纷案件较上一年增长约30%，计算机软件相关案件的判赔额也在持续突破新高，最高达1505万元。

计算机软件的构成较为复杂和抽象，通常包括计算机程序及其文档，其中计算机程序包括源程序和目标程序，文档包括程序设计说明书、流程图、用户手册等^[2]。对于计算机软件的不同部分，可能涉及多种不同类型的知识产权。例如，软件的源代码和目标代码可以同时通过著作权和商业秘密保护；软件的框架设计、运算逻辑等通常可通过专利进行保护。

在实践中，企业经常遇到的一类问题是“**软件盗版或正版化**”，此类问题主要涉及针对普遍存在的共性需求、以软件包的方式向不同企业或个人提供的标准化软件（以下称“**通用软件**”），例如我们经常使用的系统软件和办公软件，其实质上涉及非授权使用或超授权使用的著作权侵权问题。

此外，除通用软件外，很多企业也需要根据自身工作流程、服务需求或特定设备，以软件开发项目的方式开发个性化的软件（以下称“**定制化软件**”），该类软件所涉及的知识产权问题主要包括“**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。

本文将结合法律规定与实务经验，对通用软件和定制化软件的上述问题进行探讨，以期为企业提供实操指引与合规思路。

通用软件的盗版与正版化问题

通用软件是指针对普遍存在的共性需求，以软件包的方式向不同企业或个人提供的标准化软件。通常，通用软件由软件开发商开发（包括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等）完成后对外出售。用户获取软件包后，在终端上安装并使用，在使用过程中，用户一般只会在软件的用户界面中进行操作，仅关注输出结果以及是否能够实现相关功能，而不会关注底层的逻辑框架和软件代码。因此，通用软件的知识产权问题主要集中在非授权使用或超授权使用的著作权侵权上，即俗称的“盗版”。

近年来，随着我国知识产权制度的不断完善，通用软件的权利人逐渐加强了维权力度，企业对通用软件的正版化需求也不断增强。但是，因为软件本身的复杂性和抽象性，以及软件销售模式的特殊性，导致权利人及企业均在软件正版化道路上仍面临着诸多挑战。本文将从软件正版化所涉及的几个主要阶段，包括权利人对软件使用情况的信息收集、发送与接收警告函、通用软件许可谈判等，介绍企业面临软件盗版或正版化时的关注重点及应对措施。

1. 软件使用情况的常见取证渠道

道

II

通常，权利人可以通过以下途径获取、收集某款软件的使用情况信息，并与权利人内部的许可数据进行核对，如果权利人查明某企业未购买过该款软件或者当前的使用情况超出原购买范围，则软件权利人可能采取进一步行动来推动软件正版化进程。

● 官网信息

企业官网的宣传资料中通常包含相关产品及服务的文字或图片介绍。如果上述资料中包含权利人软件的图标、特定界面，或是权利人软件才能实现的功能和视觉效果，那么权利人据此线索可推断出存在盗版的情况。此时，权利人可能将此类网页作为初步证据。

● 招聘信息

企业在招聘时，可能会对相关岗位的专业技能做出要求，例如要求应聘者能够熟练使用某些特定软件。而如果该企业从未获得该特定软件的授权许可，那么权利人可以据此推断该企业涉嫌侵权。此类招聘信息也可以作为初步证据。

● 后台数据

出于使用、维护以及监控的需要，很多软件在运行过程中会连接软件权利人的服务器。某些情况下，如果企业安装了盗版软件，软件权利人可通过该途径获取部分使用信息，如用户终端信息、软件版本信息、安装时间等。在有些案例中，部分软件权利人甚至能够获知软件使用的地理位置、使用时间、使用人数以及具体的使用人员。随着我国对个人信息和数据保护制度的不断完善，此类证据是否能满足民事诉讼法中“合法性”的要求并作为证据提交法院，尚存在争议。但权利人仍然可以将这些后台数据作为初步线索，来制定维权策略并推动谈判进程。

● Telnet远程取证

Telnet命令是一种常见的计算机命令，其可以与目标服务器端口建立TCP连接，并对目标服务器进行探测，目标服务器会反馈相应端口正在运行的软件信息。通常情况下，权利人可以根据反馈信息判断目标服务器安装、使用相应软件的情况。例如，在(2017)粤民再463号案中^[3]，二审法院最终采纳了权利人以Telnet方式获取的证据。值得注意的是，二审法院在肯定Telnet取证方式在技术上的可靠性的同时，也认为Telnet取证方式存在相应的局限性，即Telnet反馈的信息有限且该等信息可在服务器端被修改和定制，导致Telnet反馈信息与待证事实之间不具有确定性和唯一性。然而，即便考虑这种局限性，法院仍认为该反馈信息可证明待证事实具有高度可能性，权利人完成了初步举证责任，此时举证责任转移至被告。由于被告未能举证，法院最终认定权利人主张的待证事实成立。

● 证据保全

由于计算机软件的不当使用行为通常发生在被告的场所内，侵权行为具有隐蔽性，权利人因自身取证能力所限难以获得证明侵权行为存在的直接证据，向法院申请证据保全是权利人采取的一种常见取证方式。在司法实践中，阻碍证据保全可能承担相应不利后果，法院的证据保全措施也因此具有较强执行力和良好效果。例如，在(2020)最高法知民终155号案中^[4]，被告拒不打开部分电脑、甚至断电、扣留法院相机、阻止法院人员离开，严重妨碍了法院的证据保全，致使法院对其中9台电脑未完成保全。最高法院认为，根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第九十五条规定：“一方当事人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立”，推定未能保全的9台电脑亦安装了涉案软件。最终，最高院对于原告损害赔偿请求予以全额支持，判决被告赔偿原告270万元。

2. 发送与接收警告函的注意事项

II

在权利人收集初步证据后，如果认为某企业未购买过该款软件或者获取到的使用情况超出原购买范围，则可能采取进一步行动来推动软件正版化进程，一般会通过向潜在侵权方发出警告函来正式开始双方之间的沟通与谈判。

警告函在整个过程中的作用至关重要，对于权利人而言，在发函时应当选择合适的方式并采取合适的措辞，否则有可能构成不正当竞争。例如，在（2014）民三终字第7号案^[5]中，专利权人因发函不当构成不正当竞争，最高院判令专利权人赔偿被警告方损失1600万元。对于被警告方而言，若未能针对警告函内容作出适当的回应，也可能产生不良的后果。在下文中，笔者将对发送与接收警告函时的注意事项进行说明。

● 权利人发送警告函的注意事项

警告函的内容应当尽可能清晰、全面、准确，除阐明权利人身份、权利有效性以及对应的权利范围外，还应当写明可能的侵权事实，使被警告者知悉权利人所主张的具体事实。

应当合理确认警告函的发送对象。一般而言，警告函会发送给软件的实际使用方，但某些情况下，为了给被警告人更大压力，也会发给被警告方的商业伙伴，包括相关设备生产商、销售商、进口商、下游客户等，有时也会向监管部门进行投诉。根据发送对象的范围及可能产生的影响，权利人应当承担不同程度的注意义务。例如，向被警告方的销售商或下游客户发送警告函时，通常发送范围较大、接收主体较多，权利人应当承担更高的审慎义务，力求警告函内容的真实、客观和全面，以避免因不实表述给被警告方造成经济或声誉方面的损失。在（2014）民三终字第7号案^[6]中，权利人向被警告方全国范围内的10余家经销商发送警告函，在媒体中大量宣传，并向被警告方住所地的人民政府投诉，最高院认为权利人的行为已超出合理范围，构成不正当竞争。

发送警告函应出于正当维权目的，而非打压竞争对手，否则可能构成不正当竞争而承担相应责任。

● 被警告人接收警告函的应对策略

全面审核权利人身份以及所拥有的权利。在收到警告函时，被警告方首先应当审核权利人的权属证明材料是否齐全，若权利人通过代理人发函，则需要审核代理人是否具有完备的委托手续及合法明确的授权。若上述手续不齐全，被警告方应当谨慎提供权利人要求的信息。在笔者处理的多个案件中，曾出现过发函代理人的委托手续不齐全，并且经多次沟通后仍无法补齐，甚至涉嫌文件造假的情况。这种情况下，该发函的代理人是否有权代表权利人进行维权存在较大不确定性，被警告人应谨慎对待与该代理人的后续沟通。

尽快开展内部核查。对于企业内部而言，被警告方应当尽快展开内部核查并停止使用相关软件。内部核查应当从以下方面展开：

a. 核查软件是否具备合法来源。如被警告人已对相关软件支付过合理对价，则可以收集邮件、合同、票据等，证明软件来源合法；

b. 使用情况核查。企业应当对软件使用人数、使用时间及使用范围进行核查，以判断是否存在未授权或超授权使用的情况。其中，应当重点核查员工是否私自安装盗版软件。在实践中，部分企业试图以侵权行为属员工个人行为为由进行抗辩，但鉴于企业对员工的工作行为负有监督义务，如员工因工作原因使用了盗版软件，员工的行为与企业经营利益一致，企业可能对该员工的行为承担责任。

引入专业团队。在收到警告函后，双方之间的沟通与谈判正式开始，谈判过程中通常涉及专业复杂的法律与技术问题，决定了是否能快速和解还是需要进入诉讼程序。在笔者处理的一些案例中，部分企业在交涉之初就因法律意识不足做出了于己方不利的陈述，导致陷入被动局面。为了避免这种情况，建议企业尽可能在早期引入律师团队，获得专业指导与建议。

3. 通用软件许可中的注意事

项

II

若企业确认需要进行软件正版化，或者因扩大生产规模需要增购正版软件时，则会开始与权利人协商软件购买事宜。虽名为软件“购买”，但不涉及所有权的转让，其本质上是一种软件使用“许可”，需要签订许可合同，明确约定双方的权利和义务。因软件本身的复杂性和抽象性，软件行业的销售模式的特殊性，以及知识产权许可的专业性，企业在正版化过程中仍需全面考虑、谨慎对待。如未能及时甄别和规避风险，可能不但无法解决历史遗留问题，还会产生新的隐患。笔者梳理了以下要点，供企业在正版化过程中参考。

● 确定权利人身份及经销商的权利范围

目前，市场上商用软件的销售模式主要分为两类：权利人自行销售或其指定的经销商代为销售，两种模式下均由权利人或其经销商主导软件购买事宜，其已经有一整套相对成熟的文件和流程，包括格式合同、价格方案、软件安装、运行和维护等。一般情况下，企业不会对权利人和经销商身份做过多关注和审核。但是，在笔者近期处理的几个案件中，导致纠纷的原因都是因为权利人身份和经销商资质的问题，故在此进行简要说明，以供参考。

关于软件权利人直接销售的模式，权利人通常会指定内部员工处理后续签约事宜，此时该内部员工可视为权利人的代理人，其权利范围等同于权利人的权利范围，授权链条与经销商销售模式相比相对简单。但实践中也会出现内部员工抓住监管漏洞、监守自盗的情况。在笔者处理的一个案件中，某知名软件权利人指定其销售经理王某负责某企业的软件采购事宜，王某伪造授权文件和公章，要求企业向其指定的第三方账户支付费用，随后向企业提供软件安装和登录方法，该企业可以正常使用该软件。几年后，权利人在审计过程中发现该企业未经授权使用该软件，向该企业发出警告函并投诉至当地监管部门，经过多轮谈判后，双方才发现该员工王某的不当行为，虽最终达成和解，但已给双方均造成损失。因此，对于权利人来说，应当加强内部管理，及时识别监管漏洞，避免因由单人全权负责而产生的监管漏洞，例如，可指定一监管人员协助、监督该销售人员处理软件销售事宜并定期轮换，或者要求销售人员将往来邮件同时抄送指定的监管邮箱。对于企业来说，也应当注意要求权利人指定的内部员工提供全面信息并对相关文件和信息进行核实，并且在软件使用过程中出现的可疑情况（例如授权文件和公章存在伪造痕迹，以及在软件使用过程中，多次与该销售人员联系软件维护和修复问题，一直无法提供解决方案）及时与权利人的其他负责人进行核实。

关于通过经销商销售的模式，是指经销商首先获得软件著作权权利人的授权，在约定的区域、特定销售渠道、以约定的方式，再将软件销售给企业或个人用户。与上述通过权利人直接销售的模式相比，授权链条相对复杂，相当于知识产权许可中的“分许可”。也就是说，企业从经销商处获取的是“第二手”的权利，其是否合法很大程度上取决于是否在经销商从权利人获得“第一手”权利的范围之内。因此，企业应当核实权利人与经销商之间的授权文件，核实经销商的授权范围，包括地域、时间、数量、价格等，如果经销商超出自身授权范围向企业销售软件，则企业的超范围使用可能构成侵权。此外，有些软件权利人要求企业与经销商签订许可合同后，也需要与权利人再签订许可合同，即，需要签订“双重”许可合同才视为完成完整许可过程。因此，企业应当向经销商核实是否有此项要求，避免因未满足要求而获得有瑕疵的许可。

● 明确需要的软件数量

企业应根据自己的生产经营情况，确定需要的软件数量。尤其，如果近期业务或人员可能显著增长，应当提前规划软件购买数量，不仅考虑当前需求，也需要将未来的增量纳入考虑。

● 明确所购买的软件在集团内部的各关联公司之间的分配情况

对于集团公司来说，不同的关联公司在法律上属于独立的主体，需要分别获得各自的软件许可，某一关联公司获得软件许可后，理论上只能在该关联公司内部使用该软件，无法自动将软件许可延伸到其他关联公司。

在实践中，集团公司可能会指定某一个公司来统一采购软件，然后再在集团内部的各关联公司之间进行分配。此时，应当在与权利人的软件许可协议中明确约定，由该集团的某一公司作为签约主体购买软件后，会将购买的软件在集团内部的特定公司之间进行分配，以避免因签约主体和实际使用的主体不一致而可能导致超范围使用的问题。

● 明确许可期限和付费模式

企业应当明确软件许可是永久性许可还是有期限许可，授权费用是按期续费还是一次性买断的模式，是否包括维护费用等等。

● 一揽子解决方案

很多情况下，企业在过去的使用过程中存在未经授权使用或超范围使用的问题。在与权利人进行软件正版化谈判时，除了考虑未来使用软件的情况，企业也需要考虑是否将历史使用行为一并纳入考虑，提供一揽子解决方案并在许可协议中明确约定，权利人是否放弃针对企业的历史使用行为主张权利，包括法院诉讼、仲裁、向监管部门举报等等。

以上是通用软件盗版或正版化中可能遇到的一些问题，包括权利人对软件使用情况的信息收集、发送与接收警告函、通用软件许可等，以期为企业提供实操指引与合规思路。

未完待续，下篇我们将具体介绍定制化软件的“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，并提供应对建议，敬请期待。

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>



此图片来自微信公众平台
未经允许不可引用

- [1] 《最高人民法院知识产权法庭年度报告（2021）》
- [2] 《计算机软件保护条例(2013修订)》第二条、第三条
- [3] 广东省高级人民法院(2017)粤民再463号
- [4] 最高人民法院 (2020)最高法知民终155号
- [5] 最高人民法院 （2014）民三终字第7号
- [6] 最高人民法院 （2014）民三终字第7号

2022-12-27