**知识产权导论论文**

——一组（最高院）

我们知道，著作权侵权的判定主要由“接触+实质性相似”的原则来进行。在最高院的案件中我们仍可以沿着这个思路来进行。

**一、案件回顾**

**案件名称**：

B科技有限公司、A软件系统有限公司侵害计算机软件著作权纠纷民事二审民事判决书

**案号**：

一审：(2018)京73民初661号

二审：(2021)最高法知民终1269号

**事情经过**：

案外人范某飞于2009年4月入职A公司，从事技术开发相关职务，并于2015年2月从A公司正式离职。《计算机软件著作权登记证书》显示，在范某飞入职期间，A公司对一项权利软件完成了开发，日期为2015年12月。且于2016年9月对相关软件进行了登记，享有著作权。2017年3月1日，范某飞入职B公司。A公司发现B公司生产、销售的产品中使用了A公司享有著作权的权利软件。2018年4月20日，A公司在B公司购买两台被诉侵权产品并进行了保全证据公证。2018年5月4日，A公司在公证处对其公证购得的被诉侵权产品进行拆解、运行，根据拆解运行结果，公证处作出公证书，被诉侵权软件与权利软件共有24处相似点。

A公司以此认为B公司生产、销售的产品内嵌的被诉侵权计算机软件与A公司享有著作权的权利软件构成实质性相似。因此A公司于2018年6月8日将B公司诉至一审法院。

简单地说，就是B公司疑似使用了范某飞在入职B公司前，在A公司开发地软件，A公司认为B公司侵权。

**二、“接触”的判断**

1涉案人员参与了原软件的开发

根据A公司提供的范某飞的工作往来邮件，自2014年7月起，范某飞全面主导、负责权利软件的开发工作，其本人直接负责权利软件核心功能的开发。邮件显示，2014年12月，权利软件的核心功能均已在范某飞的主导下开发完毕，剩余工作仅为维护以及性能和稳定性的提升。范云飞在离职前已升任至A公司西安研发中心的研发总监。可见权利软件是在范某飞的直接主导下完成的，范某飞对于权利软件具有直接、全面的接触可能。

2被告软件的开发周期不明确，权利软件开发周期明确

2017年8月30日， B公司就被诉软件申请了著作权登记。虽然B公司主张其开发完成时间为2017年3月2日，但除其在申请登记时自主声明的开发完成时间之外，并未提供其他证据证明被诉侵权软件在2017年3月2日已经开发完毕。《计算机软件著作权登记证书》显示，在范某飞入职期间，A公司对一项权利软件完成了开发，日期为2015年12月。且于2016年9月对相关软件进行了登记，享有著作权。

3涉案人员入职被告公司的时间

2017年3月1日，范某飞入职B公司。

综上所述，被诉侵权软件B公司与权利软件A公司构成实质性相似且B公司具有接触权利软件的可能性。

**三、实质性相似的判断**

1. 开发过程上的相似

（1）虽然双方当事人主张的开发时间明显不同，但是双方当事人使用的开源软件等开发工具的版本号却存在大量的一致性，相关开源软件在B公司主张的开发时间已非最新版本，相关版本号与权利软件中的旧版本号保持一致，有悖常理；

（2）被诉侵权软件的核心程序结构与权利软件相似度极高，其中产品程序证书的MD5值、授权信息、配置文件结构、数据库配置文件的配置信息完全相同，主目录结构、地理拓扑信息相似度极高。

2. 名称上的相似

（1）被诉侵权软件的进程、工具命名本应为自主命名，与其他软件完全相同的可能性较低，然而被诉侵权软件中出现多处与权利软件相同的命名，此类相同不符常理；

（2）被诉侵权软件还大量出现权利软件的曾用名，可见被诉侵权软件与权利软件的渊源关系；

（3）被诉侵权软件中出现了与权利软件中相同的错误、冗余内容，比如被诉侵权软件中将“双机热备功能”命名为“smarthb”，该命名与权利软件中的命名相同，但该命名属于A公司在开发中的命名错误，并无任何合理理由，被诉侵权软件中出现相同的错误，有悖常理。

3. 性能表现上的相似

被诉侵权软件的产品性能测试报告与权利软件公开的产品性能测试报告完全一致，据查，在软件不一致的情况下，产品外部体现的性能指标完全一致的情况几乎不存在，性能相同更印证了被诉侵权软件与权利软件的高度一致性。

1. 源代码上的相似

经技术调查官现场勘验， B公司提交的源代码与A公司主张的被诉侵权软件相似度仅为50%，两者不具有同一性。A公司已在其举证能力范围内提交了相关证据，尽到了初步的举证责任，B公司虽主张公证书存在涉嫌违规之处，其内容可能被更改，未能证明被诉侵权软件与权利软件的实质性差异，应当承担举证不能的不利后果。

**四、判断侵权与搜集证据**

在分析了最高院的案件后，我们应该当明白，如何判定软件著作权的侵权以及如何收集相关证据？

主要的思路还是“接触+实质性相似”，被诉侵权作品与原告主张权利的在先作品的相关内容相同或者实质性相似，被告在创作时接触过原告主张权利的作品或者存在接触的可能，且被告不能举证或者说明被侵权作品合法来源的，可以认定被告侵害了原告著作权。

1. 如何判断“接触”？

判断被告是否接触过在先作品或者存在接触的可能时，一般考虑如下因素：

(1)在先作品是否已经公开发表；

(2)在先作品未发表的，但被诉侵权作品作者或者其关联主体与在先作者之间是否存在投稿、合作洽谈等情况：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。

1. 如何判断“实质性相似”？

这里重点针对计算机软件来谈论，判断作品是否构成实质性相似，一般考虑如下因素：

(1)是否有命名上的相似（包括软件名称，源代码的变量命名等）。

(2)是否有性能上的相似。

(3)是否有开发过程的相似（例如用到了大量的相同的工具）。

(4)此外，还应注意，算法，设计模式等属于思想范畴。

从计算机类专业的角度来看，命名上的相似这一条在大多数情况下是起不到作用的，因为如果涉及到抄袭，抄袭者完全可能已经修改好变量的名称（查找+替换）等。其实，判断实质性相似时，比对源码应分为两种情况：一是程序较小，源码很少。这时认真比对源码是可能找到实质性相似的证据的；二是程序较为庞大，代码可能在十万甚至百万行（例如Linux操作系统），这时，比对源码是一项非常庞大的工程，所以就很难从源码上找到实质性相似的证据。应将目光放到其他方面上。

**五、当软著被侵权如何维权**

1. 与侵权者协商，要求其停止损害行为以及赔偿；

2. 申请版权行政管理机关进行调解；

3. 直接向法院起诉。

**六、如何避免软著被侵权**

1. 及时进行登记软件版权。虽然自开发完成以来，软件著作权已经产生，但开发人员不能在没有注册软件的情况下起诉侵权。

2. 保存所有文件，整体设计文档中的流程图，逻辑图，源代码，目标代码以及软件开发过程中的工作条件，这是软件企业发展至关重要的原始记录。将上述文件相当于掌握几乎所有的软件技术，故应严格控制的核心文件的流出。

3. 建议在程序中设置可识别的特征。开发人员可以在非必要的程序部分插入或增加注释行，或有意识地打上几个“补丁”。

4. 采取商业秘密保护原则。国家颁布了《反不正当竞争法》，该法明确规定：不为公众所知悉的商业秘密的手段，可以给人们带来经济利益，以及权利人信息和技术信息的商业信息采取切实可行的安全措施。我们应充分利用相关法律武器来保护自己的利益。

5. 产品在软件中设置标识的版权，让每一个用户的理解，软件有获得法律保护，未经授权的使用是要承担法律责任的。用户只有通过合法途径购买软件，才能使用。

6. 与用户可以订立社会经济管理合同和技术企业合同，约束对方，以合同内容形式进行确定权利和义务，规定违约责任，受害的方有权要求违约方支付市场经济赔偿责任，同时停止侵权。

7. 时刻关注软件侵权的趋势，发现他人对企业公司的软件侵权行为及时有效地运用诉讼手段，采取财产保全措施，维护我们自身合法权益。