

# 对计算机程序保护中“同一作品”原则的质疑

——兼评《著作权法（修订草案送审稿）》第5条第15项

刘汉霞

**内容提要：**将计算机程序纳入著作权保护范围是世界通行做法，我国也不例外。计算机程序包含源程序和目标程序，我国《计算机软件保护条例》和《著作权法（修订草案送审稿）》将二者作为“同一作品”进行保护。但源程序为目标程序之“源”，二者虽有较强的技术关联性，在很多方面仍存在较大的差异，“同一作品”保护模式并不能给权利人带来恰当的法律保护。因此，从源程序的特殊属性和我国软件技术发展的现实出发，建议摒弃“同一作品”模式而采分别保护模式，即对目标程序适用著作权保护，对源程序采商业秘密保护为主、著作权保护为辅的模式。

**关键词：**计算机程序 源程序 目标代码 著作权 商业秘密

**Abstract:** It is common practice in the world to include computer program in the scope of copyright. China is no exception for the source program and object program are protected as "a same work" in "Regulation on the Protection of Computer Software" and "Copyright Law (revised draft manuscript)". However, the source program is the origin of the object program and has strong technical association with the latter, but it still differs from the latter greatly in many aspects. The mode of protecting them as a same work cannot protect the privilege of holders appropriately. Therefore, considering the special attributes of source program and the reality of the software technology development in China, it is suggested that source program and object program should be protected differently, the object program should be protected by copyright as well as the source program should be protected by trade secret law mainly and copyright law secondarily.

**Key Words:** computer program; source program; object program; copyright; trade secret

当今世界是一个受软件驱动的世界，计算机程序对信息产业的创新能力和竞争能力的提升具有至关重要的作用。源程序作为计算机程序的核心，凝聚着计算机软件开发者的智力劳动，理应受到法律的保护。我国将计算机软件纳入著作权法保护已有二十余年，但至今对计算机软件的法律定义与保护仍很模糊，现行“同一作品”保护模式忽视了源程序与目标程序的本质差异，实际

上不利于计算机权利人的保护并给司法实践带来困惑。因此，我国有必要正视计算机源程序的本质属性，并进一步加强对源程序的法律保护。

## 一、源程序的含义及特性

计算机程序指“以源程序或者目标程序表现的、用于电子计算机或者其他信息处理装置运行的指令”<sup>①</sup>。源程序，也称源（代）码（source

---

作者简介：刘汉霞，博士，华南理工大学法学院副教授，广州市天河区检察院检察长助理，华南理工大学地方法制研究中心、地方立法研究评估与咨询服务基地研究员

基金项目：本文系作者主持的广东省科技厅软科学项目“专利集中经营趋势下广东科技融资方法的创新——以专利证券化为中期的研究”（x2fxN4140200）的中期研究成果之一。

① 《著作权法（修订草案送审稿）》第5条第2款第15项。

program），即适宜于汇编器、编译器或其他翻译器等输入形式的代码<sup>②</sup>。目标程序（object program）即将源程序经由语言处理程序汇编、编译或解释成机器码以便计算机能够直接运行的程序。

目前，世界上大多数国家将计算机程序（不区分源程序与目标程序）纳入著作权法的保护范围，如我国《著作权法》和《计算机保护条例》均规定作品包括“计算机程序及其有关文档”。但源程序的特殊属性使其既难以简单地纳入一般作品范围，也不能粗略地等同于目标程序。因为：

### （一）源程序具有表达与功能的双重属性

对于计算机而言，源程序就像数学家用的微分方程、音乐家用的五线谱、建筑师用的图纸，被程序员用来作为工作语言表达其设计思想和设计方案，它既具有文字外观，又具备实用性功能，属于特殊的智力劳动成果形式。在形式上，源程序用高级语言编写，表现为由文字、数据、符号等构成的“代码化指令序列”，因此具备著作权法意义上的“作品”外观。但实质上，源程序的表达不是为了给人带来美感而是为了使计算机按指定数学算法进行运算以解决某一实际问题，这种功能性显然不是一般作品都具有的。因此，源程序具有文字外观与功能实质的双重属性。

目标程序是源程序通过机器自动生成的一系列二进制的机器指令，供计算机读取并执行。与源程序一样，它不仅具有文字、符号外观，还具有功能性，但正如美国联邦最高法院所言，作品的本质在于独创性，而独创性=独自创作（等同于独自作出或非模仿）+最低程度的创造性，创造性应为作者个性在作品中的表现<sup>③</sup>。从人类智慧的角度来看，目标程序只是人类智慧（即源程序）经过机器转化后的结果，不是人类智慧的直接产物。因此，严格来说，目标程序不具备著作权法意义上的“作品”属性。

### （二）源程序的表达形式有限、独创性较低

因为源程序编写目的主要是为了程序运行，而非诉诸人的视觉阅读和感知，给人带来精神或情感享受，为了维持互换性及提高使用效率，程序员在设计源程序时常受编程规范的制约，只能采用有限的几种表达方式编写程序，导致源程序在表达形式上差异性较小、独创性较低，即使在结构、顺序、组织方面有一定的特色，其独特性也难以达到著作权法上所要求的“独创性”程度。

### （三）源程序的公开程度低、隐秘性较强

源程序以文档形式呈现，可以复制到磁盘、U盘、光盘等有形的数字储存设备上，也可通过邮件或云储存方式进行虚拟存储。随着数字技术的发展，源程序的复制和转发变得更加简单便捷，一经获得即可轻易廉价复制，且很容易从一种高级语言转换为另一种语言。面对易被复制甚至被超越的风险，源程序的权利人一般采取保密的方式保护其劳动成果。在现实中，除了自愿公开的源程序，一般都是保密的，法律也不强制权利人公开源程序，即使进行著作权登记，也只要求部分登记<sup>④</sup>。因此，源程序具有隐秘性强、公开性弱的特性。

总之，源程序虽然有文字外观，但比一般作品多了实用功能，具有技术性特征；源程序虽然与目标程序同为计算机程序，但比目标程序多了“人类智慧”特性，其法律保护之价值不可与目标程序相提并论。因此，简单地将源程序与目标程序纳入“同一作品”进行保护难以实现立法初衷。

## 二、源程序的著作权保护模式及其缺陷

如上所述，源程序与一般作品和目标程序存在如此之大的差异，在法律制度设计上是否应区别对待呢？但实际上，无论是欧盟还是美国，都将源程序与目标程序不加区分地纳入“作品”范围，而我国更进一步予以“同一作品”的整体保

② 参见《中华人民共和国国家标准GB/T5271.7-2008/ISO/IEC 2382-7:2000信息技术词汇第7部分：计算机编程》之07.04.38的规定。

③ 李勇军：《论著作权法的理念》，载《社会科学研究》2015年第2期。

④ 《计算机著作权登记办法》（2002）第12条。

护模式。这种保护模式固然出于加强计算机程序的知识产权保护的目的,但是否真的有利于保护源程序权利人的利益保护呢?

### (一) 源程序的著作权保护模式

在计算机软件尚未市场化之前,计算机的软件是随硬件出售的,对计算机软件的单独保护问题尚未引起重视。后随着计算机的规模化生产并逐渐形成统一规格,硬件创新的空间越来越小,而软件的开发和运用得到空前发展。随着计算机软件市场化程度的提高和市场竞争的加剧,各种侵犯计算机软件的行为层出不穷,计算机软件的法律保护问题开始纳入发达国家的视野。美国最早适用专利法保护计算机软件,后发现软件的独创性较低,并不适合用专利权的保护模式,转而适用著作权保护模式。1964年,美国版权局开始接受计算机软件的注册,将计算机软件视为可以获得著作权法保护的客体。1972年,菲律宾率先将计算机软件纳入著作权法,成为世界上第一个把计算机软件列入著作权保护对象的国家。随后英、德、法、日、韩、新加坡等软件技术比较发达的国家也纷纷开始适用著作权法保护模式。目前,大多数国家都将计算机软件纳入著作权法的保护范围。鉴于各国著作权保护的制度差异和地域局限不利于软件出口市场中的权利人,一些国家和国际组织积极推动计算机软件保护国际条约的达成,先后产生了《保护计算机软件的示范条款》、《欧共体计算机程序法律保护指令》、《世界知识产权组织版权条约》及《与贸易有关的知识产权协议》等国际规则。

在这些国家的著作权立法和相关国际条约中,无一例外地都将计算机程序纳入了著作权法的保护范围,对“计算机程序”做了相应界定。如,《美国版权法》(1980年)第101条规定,“计算机程序是指一序列语句或指令,直接或间接被用于计算机以产生一定结果”。世界知识产权组织(WIPO)在1978年制定的《保护计算机程序的示范条款》中,将计算机程序定义为“送入计算机可读介质后,能够使计算机具有信息处理能力,可以完成某一特定功能、执行某一特定

任务或达到某一特定结果的一组指令”。欧共体《计算机程序法律保护指令》(1991年)规定,计算机程序包含“各种形式的程序,包括那些嵌入于硬件之中的,也包括可以在以后阶段发展成为计算机程序的准备性的设计资料”。1996年的《世界知识产权组织版权条约》(WCT)第4条规定,“计算机程序作为《伯尔尼公约》第2条中的文字作品受保护,无论其形式与表达方式”。

从上述发达国家和国际条约对计算机程序的界定来看,只要计算机程序满足最低的形式标准,即“指令”,即可称为“作品”,源程序的保护似乎不是特殊问题,甚至最早将“源程序”提上法律文本的国际条约都明确规定,“无论源程序或者目标程序,都作为伯尔尼公约下的文字作品受保护”<sup>⑤</sup>。这种注重功能的立法方式反映了立法者对技术进步所持的开放态度,认为法律制度要及时反映并跟上科技进步的步伐,应着重于功能和效果而非手段或方法<sup>⑥</sup>。既然源程序与目标程序都是指令性符号或序列,都具有程序性功能,就应都受著作权法保护。为跟上知识产权保护水平趋高的国际潮流,我国于1990年制定了《著作权法》,也将计算机程序纳入“作品”范围。该法虽经2001年和2010年两次修订,却一直未明确计算机程序的定义和保护范围。直到2013年,我国模仿欧共体的《计算机程序法律保护指令》修订了《计算机软件保护条例》,细化了《著作权法》中有关计算机软件保护的规定,明确将“计算机软件”界定为“计算机程序及其有关文档”<sup>⑦</sup>,并将同一计算机程序的源程序和目标程序列为“同一作品”,为保护源程序著作权提供了重要的法律依据。

### (二) 我国源程序著作权保护模式的缺陷

出于立法前瞻性的考虑,我国赋予目标程序以著作权固然提升了计算机软件的保护水平,但无视源程序与普通作品及目标程序的重大差异采取“同一作品”的保护模式有些过犹不及,该模式不仅不利于计算机程序的充分保护,反而削弱了对源程序的知识产权保护。因为:

⑤ 《与贸易有关的知识产权协议》(1994年)第10条。

⑥ 王运嘉:《软件源代码与目标代码应区别保护》,载《中国知识产权报》2014年3月21日,第10版。

⑦ 《计算机保护条例》(2013年修订)第2条、第3条。

### 1. 著作权保护“表达”而非“思想”，不能兼容源程序的“双重属性”

根据著作权法领域长期秉持的思想/表达二分法标准，著作权法保护的重点在于思想的表达而非思想本身，保护对象只及表述方式，不延及思想、程序、操作方法或数学概念本身<sup>⑧</sup>，因此，“作品”被界定为是指“文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种形式固定的智力表达”<sup>⑨</sup>。思想/表达二分法的基本原则渗透在各国的著作权法规定中，但如何区分思想与表达一直是司法实践中的“阿喀琉斯之踵”。在计算机程序方面，对思想与表达的界分经历了抽象检测法、三步法、两步法，但如何界分源程序中的思想与表达依然不清晰。在SAS案和Navitaire案中，被告通过观察、研究、模仿，研制出与原告软件功能相同的软件。法官认为，计算机功能属于操作方法，对计算机功能的模仿不构成对源程序的侵权。问题是，计算机功能通过目标程序实现，目标程序来源于源程序，二者都具有功能性，为什么对目标程序的模仿归属功能模仿而对源程序的模仿就认定为侵权呢？实际上，源程序的真正价值在于其“思想”，在一个软件的全部源程序中除了开源程序、他人代码外，就是自创的专门代码了，这一部分可能所占比例不大，却是整个软件中最有价值、最能体现程序员创造性劳动的部分，其蕴含的创意价值远远超出了其文本本身。但著作权法强调作品的“独创性”，其前提条件是表达的新颖性，在计算机程序开发中，当抄袭者使用另外的编码语言表达所抄袭的源程序时，著作权对源程序的保护就形同虚设了。一旦源程序被他人掌握，其软件技术思想和设计方案就被泄露，他人可在其基础上对其软件进行改进和二次开发，或研究其软件漏洞，开发出更完善的软件，节省自己在软件开发方面的投入。在这些情形下要证明侵权难上加难。因此，将源程序列入著作权的保护范围固然可以在一定

程度上保护软件开发人的利益，但并没有考虑到源程序特有的思想价值和技术属性。传统的著作权保护理念和内容与源程序的权利需求存在较大的差距，著作权的保护模式其实不利于对源程序知识产权的充分保护，也扭曲了著作权法的精神，以至于有学者断言，“包含计算机程序会导致著作权制度的歪曲”<sup>⑩</sup>。

### 2. 著作权的“自动取得”原则阻碍了源程序开发领域的合理竞争

根据我国《著作权法》的规定，著作权和相关权利的产生适用“自动保护”原则，无需履行任何手续。但是著作权和相关权利作为无形财产权在适用“自动保护”原则的实践中存在两方面不足：一是权利状态不清晰，不利于权利人，尤其是未发表或匿名作品的著作权人行使权利；二是交易相对方很难判断权利状态，不利于市场交易，过大的交易风险和过高的交易成本会抑制交易市场的发展和繁荣<sup>⑪</sup>。为此，我国借鉴国际经验，先后出台了《作品自愿登记试行办法》、《计算机软件保护条例》和《计算机软件著作权登记办法》，明确了著作权和相关权利登记的法律依据、登记文书的法律效力以及收费标准等问题。但是，源程序特有的技术性、功能性和实用性使其易被模仿并被超越，软件计算机开发者不愿公开源程序，即使公开，也只是公开一部分<sup>⑫</sup>。如此一来，未公开的源程序在司法实践中如何证明其权利状态仍然是一个比较棘手的问题。

另外，根据《著作权法》的“自动保护”原则，源程序即使不登记、不公开也享有著作权，某些情况下可能会出现不同的开发者在互不知情的情况下开发出相同软件的情形，此时最先开发软件、编写源程序的开发者因为“自动取得”制度而获得著作权，在后开发的就成了侵犯先开发者著作权的行为，导致“无知”而受罚的窘境，这显然是有失公正的。而且，源程序是用程序语言编写的技术性作品，而软件的编程

⑧ 如《TRIPS协定》第9条第2款规定，版权的保护应该延及表述方式，但不延及思想、程序、操作方法或数学概念本身。

⑨ 《中华人民共和国著作权法（修订草案送审稿）》（2014年）第5条。

⑩ [西班牙]德利娅·利普希克著：《著作权与邻接权》，中国对外翻译出版公司2000年版，第77-78页。

⑪ 国家版权局：《关于中华人民共和国著作权法（修改草案）的简要说明》（2012年3月31日），<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/483/17753.html>，最后访问日期：2016年5月29日。

⑫ 《计算机软件著作权登记办法》（2002年）第12条。

语言在某些情况下只有几种可供开发者选择,如果对源程序采取著作权保护模式,就会导致源程序编码方式的垄断,从而限制了软件开发行业的发展。著作权法制定的目标之一就是促进文学、艺术和科学作品的传播,像计算机软件这样连作品内容都不公开的作品却享受著作权法律规定的种种权利,显然是不符合著作权法律的精神的。因此,适用著作权法保护软件源程序不符合软件行业的实际情况,不利于软件开发领域的合理竞争。

### 3. 源程序与目标程序纳入“同一作品”保护降低了源程序的保护水平

从著作权制度设立的初衷来说,著作权保护思想的表达,但对表达的“表达”是否也应纳入著作权保护的范畴要视情况而定。比如,“译作”相对于“原作”而言就是一种表达的“表达”,即译者对原作思想表达的另一种语言表达形式,但翻译过程凝聚着译者的脑力劳动,要翻译一部“信、达、雅”俱全的作品绝非易事。因此,译作应享有著作权的保护。而如果译作只是通过金山译霸类的翻译软件获得,未经任何加工整理,没有凝结人类劳动,是否应受到著作权法的保护?从著作权法鼓励创新的理念出发,作品的独创性是享有著作权的前提条件,即作品必须有作者的创作意图和个人印记,如果创作意图缺失或不足,即使客观上完成了某种艺术成果,也不能认为构成了作品<sup>⑬</sup>。因此,用翻译软件获得的译作、用“代码法”写成的宋词<sup>⑭</sup>、用机器手写成的新闻稿<sup>⑮</sup>等利用特定编辑软件对特定信息加工处理而得出的成果,不是著作权法意义上的“作品”,不应受法律保护。同理,目标程序也是这种通过计算机完成的表达形式,软件开发包自动将源程序汇编、编译或解释成可机读的二进制代码即形成了目标程序。与源程序相比,目标程序不是人类智力劳动的结果而是机器运作的结果,赋予其著作权保护缺乏合理性基础。基于

此,美国版权局在20世纪六七十年代承认源程序享有著作权保护而拒绝将目标程序纳入著作权保护范围<sup>⑯</sup>。但随着知识产权保护力度的提升,美国对《版权法》进行了修改,将“计算机程序”界定为一系列直接或间接用于计算机而产生某种结果的文本或数据<sup>⑰</sup>。据此,目标程序也享受著作权法的保护,但只可与源程序一起,作为源程序的附属作品享受著作权。但我国《计算机软件保护条例》的“同一作品”原则,不仅赋予目标程序与源程序一样的著作权,而且将目标程序与源程序绑在一起,一个有什么样的法律效果另一个就有什么样的法律效果。从立法宗旨来看,赋予目标程序以著作权是为了强化对源程序的保护,因为目标程序虽然是机器运行的结果,但来源于源程序,可看作是源程序的衍生作品,对源程序的保护延伸至目标程序是为了更充分地保护源程序创作者的智慧成果。但该“同一作品”的规定忽视了两程序的根本性差异,实际上不仅不利于源程序的保护,反而削弱了对源程序的保护。因为:第一,根据“同一作品”原则,如果目标程序公开也就意味着源程序的公开,那些未开源程序的软件程序,将因目标程序已公开而丧失了新颖性和秘密性,不仅使那些独创性强的源程序丧失了专利授权的可能性,即使已经获得专利授权也可能受目标程序已公开的牵连而被宣告无效。并且,目标程序的公开也使源程序丧失了秘密性,因为任何作品在公开发表之后即不再适用商业秘密的保护。因此,“同一作品”原则实际上使源程序失去了以专利权或商业秘密作为保护手段的可能性。第二,根据“同一作品”的规定,对目标程序的修改等同于源程序的修改,这与我国现行《计算机软件保护条例》有关软件修改权的规定相抵牾。根据《计算机软件保护条例》的规定,修改权即是“对软件进行增补、删节,或者改变指令、语句顺序的权利”<sup>⑱</sup>。该

⑬ 杨述兴:《作品独创性判断之主观主义标准》,载《电子知识产权》2007年第7期。

⑭ 孟玛:《用“代码法”写成的宋词缘何难受法律保护》,载《中国新闻出版报》2015年5月27日,第8版。

⑮ 郭娟、宋颂:《“机器写手”的著作权问题研究——以机器人代写新闻为例》,载《宁德师范学院学报(哲学社会科学版)》2015年第2期。

⑯ Kevin Coates. Competition Law and Regulation of Technology Markets, Oxford University Press, 2011. P.127.

⑰ See 17USC101.

⑱ 《计算机软件保护条例》(2013年修订)第3条。



修改权有别于著作权法领域一般作品的“修改权”，不以“保护作品完整性”为目的，而意在“控制创作演绎作品并进行后续利用的行为”。因此，准确地说，《计算机软件保护条例》中的“修改权”更为恰当的名称应当是“演绎权”或“改编权”，它是一种经济权而非人身权。其修改内容在于代码化指令序列而非被“代码化指令”所调用的数据或用户为改进软件性能和功能而利用“修改工具”在软件“运行过程中”对软件运行结果进行改动<sup>①⑨</sup>。简而言之，对源程序而非目标程序的修改才是法律意义上的“修改”。第三，目标程序与源程序并非一一对应的关系。根据计算机专业理论，一项源程序只能生成一种确定功能的目标程序，该目标程序虽有不同形式但其实质相同。但同一项目标程序却不一定只来源于一种源程序<sup>②⑩</sup>，在“同一作品”规则下，目标程序等同于源程序实际上否认了二者的相互独立性，导致以目标程序代替源程序作为判断侵权的依据，出现“反宾为主”情形，降低了对源程序的保护水平，偏离了软件保护的初衷。

#### 4. “实质相似+接触”的侵权判断原则与“同一作品”原则存在逻辑矛盾

“实质相似+接触”原则是认定知识产权侵权行为的重要标准。“实质相似”指创造在后的作品与创造在先的作品在思想表达形式或思想内容方面相同，因而丧失了作品应有的独创性。“接触”指被控侵权的行为人接触了享有知识产权的在先作品或技术，这种接触或者基于在先作品已公开发表的事实，或者来自难以解释的巧合。

在司法实践中，对实质性相似的判断涉及比对内容和相似程度两个方面，作品内容的比对当然应是作品中最具原创性表达的部分，具体到计算机软件领域，最具有原创性的表达体现在源程序部分，比对鉴别两个软件的源程序是否构成“实质性相似”就成为侵权诉讼中的证明要素<sup>②⑪</sup>。但在“同一作品”原则之下，比对的重心发生了转移。例如，在上海天马摄影器材有限公

司与上海多丽影像设备有限公司等计算机软件著作权侵权纠纷案中，源程序因故无法比对，但经过检测发现，原、被告双方提供的目标程序重合率为99.98%，继而推导出两个软件实质相似、被告侵犯了原告著作权的结论<sup>②②</sup>。在该案中比对的对象不是源程序而是目标程序。类似的情形也出现在石鸿林诉泰州华仁电子资讯有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案中，由于被告拒绝提供被控侵权软件的源程序和目标程序，且由于技术上的限制，无法从被控侵权产品中直接读出目标程序，但原、被告软件在设计缺陷和运行特征方面基本相同，因此判定原、被告计算机软件构成实质性相同，由被告承担侵权责任<sup>②③</sup>。两案的逻辑基础都建立在对目标程序与源程序关系的错误认知上，即认为目标程序与源程序是一一对应关系、目标程序等同于源程序，再依据著作权法的“同一作品”原则，自然推导出目标程序相似等于源程序相似、目标程序相似即可认定满足“实质相似”要件的结论。比对重心的偏移直接影响到比对结果的客观性和准确性，在这两个案件中，法官采纳目标程序的比对结果实际上是建立在源程序与目标程序系同一作品的原则之上，而罔顾“实质相似”原则要求对“实质性”内容进行比对的要求。

在讼争作品构成“实质性相似”的情况下，方产生证明和认定被控侵权行为人有“接触”事实之必要<sup>②④</sup>，因此，“相似性”认定比“接触性”认定更重要。随着计算机技术的发展和网络的普及，“接触”已从传统上对信息载体的物理触及扩展到网络世界里对信息内容的虚拟接触，有时仅“接触”到软件表面。例如，在最近英国法院和欧洲法院裁决的SAS Institute, Inc v. World Programming Ltd案中，被告只是通过观察、研究原告的软性运行情况而开发出一款与原告软件功能相同的软件，就构成了“接触”。“接触”证明标准之低加大了公众侵权的风险，在“同一作品”保护模式下，目标程序的公开程度较强，

①⑨ 王迁：《论软件作品修改权——兼评“彩虹显案”等近期案例》，载《法学家》2013年第1期。

②⑩ 李雪宇著：《著作权诉讼证据实务操作指引》，知识产权出版社2010年版，第15页。

②⑪ 吴汉东：《试论“实质性相似+接触”的侵权认定规则》，载《法学》2015年第8期。

②⑫ 上海市第一中级人民法院民事判决书（2005）沪高民三（知）终字第9号。

②⑬ 江苏省高级人民法院民事判决书（2007）苏民三终字第0018号。

②⑭ 吴汉东：《试论“实质性相似+接触”的侵权认定规则》，载《法学》2015年第8期。

被接触的可能性大,容易导致没有接触软件核心(源程序)的人因为接触了目标程序而受到嫌疑。而目标程序,诚如前言,既非人类智力劳动的直接成果,也非软件程序的核心价值所在,掌握目标程序并非当然就能掌握源程序。因此,由接触目标程序推及接触源程序,难免造成保护范围过宽、保护力度过大的尴尬<sup>②5</sup>,不利于公众利益的保护。

### 三、源程序宜采商业秘密保护模式

如上所述,源程序所特有的技术属性使其与传统作品有很大的差别,不能通过著作权法获得充分、适当的保护。而现实中,源程序权利人常采保密方式以维护源程序带来的经济利益,因此,采用商业秘密保护模式更符合权利人的需求。实践中,美国在推动计算机程序版权保护模式的同时,也在积极推进计算机程序的商业秘密保护模式。如1996年美国制定《经济间谍法》(the Economic Espionage Act),将商业秘密规定为:“各种形式和类型的财务、商业、科学、技术、经济或工程信息,包括……程序、编码或代码,不论有形或无形,也不论其以实物的、电子的、图解的、照片的或者文字的形式存放、组织或存储,……”2012年和2013年又先后出台《商业秘密盗窃澄清法》和《外国经济间谍惩罚加重法》两项法案,加强了对侵犯商业秘密行为的刑法规制。我国1997年出台的《关于加强科技人员流动中技术秘密管理的若干意见》中,也将计算机程序纳入“技术秘密”之内。

虽然世界上大多数国家将商业秘密纳入知识产权法律体系,但对于商业秘密的构成要件至今仍存争议。比如,我国《反不正当竞争法》规定,“商业秘密指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”。因此,秘密性、价值性和管理性是我国法律规定的“商业秘密”的三大要件,但英美国家普遍认为,商业秘密还应当具有“新颖性”要件,德、日认为,商业秘密应满足“正当性”要件,《TRIPS协定》强调商业秘密应具有“合法性”要件<sup>②6</sup>等。从逻辑上

来说,构成要件越多则限定条件越多,概念的内涵则越小,过小的内涵难以全面反映概念之旨意。“商业秘密”从其产生之始就以保护权利人现实或潜在的经济利益或竞争优势为己任,体现着对市场公平竞争秩序的维护,因而此秘密不同于国家秘密和个人隐私,具有商业价值;商业秘密不是来自于法律的授权而是来自于权利人的保密措施,其“自然”属性使之区别于著作权、专利权、商标权等法律拟制的知识产权,“法律对它的全部要求就是保密”,无权利期限之限制,也不具备排他性的专有权,因此不能禁止他人进行独立多重发明和反向工程。总之,从本质上说,商业秘密不是权利,而是一种未上升为权利的法益,商业秘密不属于知识产权而属于反不正当竞争的范畴<sup>②7</sup>。鉴于此,商业秘密的限定条件不宜过多,“新颖性”之于专利至关重要,但对于商业秘密则要求过高;“合法性”与“正当性”之于专利、著作权尚无必要,强求商业秘密不尽合理。本文认为,我国法律要求商业秘密具备秘密性、价值性和管理性三个要件是比较恰当的,而源程序完全符合商业秘密的这些要件和特征,应当定性为商业秘密。

#### (一) 源程序是技术信息

根据我国《反不正当竞争法》及《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》(国家工商行政管理局令第86号)的规定,商业秘密所保护的對象是“技术信息和经营信息”,强调的是“信息”本身而非信息的载体,因此,只能将某种信息认定为商业秘密,而不能将承载该信息的载体认定为商业秘密。如可口可乐的配方是商业秘密,但可口可乐却是世人皆知的饮料。源程序与此类似,一方面,源程序有一定的表达形式,也是软件创意的载体,具有作品属性;但另一方面,源程序的核心价值是其中蕴藏的设计思想和创意,而非表达源程序的文字、符号、数据所组成的文本。因此,源程序是“作品”但又不仅仅是作品,它只是披着作品外衣的技术信息。

#### (二) 源程序具有价值性

在软件驱动的世界,计算机程序犹如电能成为人类社会和经济发展不可或缺的主要元素,

<sup>②5</sup> 江苏省高级人民法院民事判决书(2007)苏民三终字第0018号,引用了《计算机软件保护条例》第3条第1款的规定。

<sup>②6</sup> 《TRIPS协定》第39条第2款规定,商业秘密应当是“合法控制的”信息。

<sup>②7</sup> 孙山:《反思中前进:商业秘密保护理论基础的剖解与展望》,载《知识产权》2011年第8期。

但技术进步也使得软件的开发成本越来越高，一个成功的软件程序往往需要投入不菲的人力和物力，其商业价值即使未及实现也不能被否认。现实中，受侵犯的软件程序往往是那些市场反应好或市场前景广阔的软件，作为软件核心的源程序，其价值之重要自不待言。

### （三）源程序具有隐秘性

源程序是软件的精华所在，但因为计算机程序以解决实际问题为目的，受“实用性”所限，其创新程度难以达到专利所要求的“前所未有”的程度，难以获得专利授权。同时，源程序具有文本格式的外在形式，可以储存在任何数字载体上，还可以通过虚拟盘，如云储存、电子邮箱等神不知鬼不觉地复制和转移，为此，权利人倾向于采保密方式来维护自己的劳动成果，源程序也是侵权人不易获取的部分，这使得源程序具有隐秘性特征。

因此，源程序的真正价值在于其设计思想，一旦获知，其价值优势即刻丧失，侵权人完全可通过修改表达形式逃避侵权嫌疑，现实中出现的高端私服行为甚至能够在他人的源程序基础上编写出完全不同的源程序，因此，对源程序的侵权实际上是以不正当手段掠夺他人的竞争优势，侵犯著作权是表象，损害权利人的竞争优势、破坏

市场竞争秩序是其实质。将源程序纳入商业秘密保护范围才能充分反映源程序的本质属性，给予其恰当的法律保护。

随着经济全球化发展和市场竞争的加剧，商业秘密成为企业获取经济效益和竞争优势的制胜法宝，对小公司尤其重要。与英美等软件大国相比，我国计算机软件产业还不够强大，软件保护的法律制度还不够完善，大量的中小企业必须依靠维持保密状态才能获得软件开发带来的经济利益。目前的计算机程序保护格局都是在以美国为首的西方软件强国的推动下形成的，我国将计算机程序纳入著作权法保护范围是顺应世界潮流之举，但将源程序与目标程序作为“同一作品”保护则脱离实际，也高于西方标准，不仅导致著作权法的不当扩张、给司法实践带来困惑，也限制了其他法律制度的适用，使商业秘密保护制度形同虚设，实际上使得保护软件权利人的立法初衷难以落实。因此，本文建议删除《著作权法（修订草案送审稿）》第5条第2款第15项“计算机程序的源程序和目标程序为同一作品”之规定，但保留计算机程序的作品地位，并尽快出台《商业秘密保护法》，明确规定源程序的保护范围及保护手段，形成商业秘密保护为主、著作权保护模式为辅的源程序法律保护框架。■