

安杰视点 | 软件类知识产权侵权案中开源抗辩（出罪）体系的建构——国内开源软件无罪抗辩第一案之辩护手记

作者：沈浩

案情简介

本案所涉软件源代码是所在行业著名的系统软件，本案以该软件源代码为技术秘密，指控某科技有限公司、总经理 A 和研发工程师 B 涉嫌构成侵犯商业秘密的共同犯罪。A 早在 03 年就独立完成该种类的系统软件并享有软件著作权，该老代码为设置了 GPL2.0 开源协议声明的开源软件。案涉软件源代码是根据老代码改进，部分程序源文件甚至是原封不动来自老代码。在该涉嫌侵犯软件源代码的商业秘密犯罪案件中，辩护人沈浩、王小君律师以案涉软件源代码是开源软件（不是技术秘密）为核心辩护，向检察院提交了《辩护意见书》及相应证据体系。最终在 2021 年等来了全案、全部三位嫌疑人（含嫌疑单位）均无罪的检察院不起诉决定书。

本案跨度三年，是由市一级公安局侦查（省公安厅督办）的涉嫌软件源代码技术秘密的技术疑难复杂知识产权刑事案件。沈浩、王小君律师作为辩护人、以及张明静、陈洁律师组成辩护工作团队，参与了该涉嫌侵犯商业秘密犯罪案的全程辩护，以案涉软件源代码是 GPL2.0 开源软件（不是技术秘密）进行无罪抗辩。即便在全球范围内刑事司法中基于开源软件无罪抗辩也极为罕见，而且 GPL2.0 开源软件又属于开源软件类型中的“自由软件”——对用户开放度最高、开发者掌控度最小、代码传染性最大。本案是国内开源软件无罪抗辩第一案，也是包括运用开源抗辩知产民事侵权案在内的首例开源抗辩成功案件。

本案涉及到当司法过程中遇到科技新事物时，如何进行事实认定与法律适用问题，如何展开论证与说服工作、直至实现有效的法律辩护体系。概言之，在本案中要实现的工作是——将一个舶来的科技新事物成功地实现为一个本土化的开源软件抗辩出罪体系。根据本案的辩护经历，至少包括三个必要的目标工作：**1、关于 GPL 开源软件的背景技术事实——认真对待司法认知的举证和呈现工作。2、（关于 GPL 开源软件）司法惯例和司法可接受性的案例史挖掘。3、开源软件无罪抗辩的出罪点——扎根于我国法律的本土化落地。**

一、关于 GPL 开源软件的背景技术事实——认真对待司法认知的举证和呈现工作

目标工作之一，要协助法官形成对于 GPL 开源协议和开源软件的具体司法认知。通常来讲，司法认知是法官对于案件所涉背景事实和相关常识的必要认知。但涉及到 GPL 开源协议和开源软件这样的司法中的新事物、科技新现象时，此等情形下对法官的必要知悉、必要认知也不可苛求。律师务必做到不仅自己吃透 GPL 开源协议等关联背景技术事实和法律现象，而且有必要、有责任向法官以全面、准确和易懂的方式进行举证与说明。

例如在本开源无罪抗辩案中，为协助法官在短时间内对 GPL2.0 开源协议与开源软件形成认知和理解，辩护团队不仅提交了 GPL2.0 开源协议的英文和中译本，还提交了 GNU 官网权威 Q&A，并结合 GPL2.0 协议进行书面说明。另外，还提交了国内关于开源的核心法学论文，关于中国跨国公司如华为、阿里等企业的开源实施状况等。

二、（关于 GPL 开源软件）司法惯例和司法可接受性的案例史挖掘

目标工作之二，要通过我国案件史的梳理（以及必要时对世界有影响案件史的梳理），并结合我国政府、相关开源产业协会的规范文件，向法官呈现我国认可开源软件之司法惯例，以及开源软件抗辩已经具备司法可接受性。

简单例证如：

在柚子（北京）移动技术有限公司等与数字天堂（北京）网络技术有限公司侵犯计算机软件著作权纠纷中，北京高院认为“需要判断的是该三个插件是否是受 GPL 协议限制。……在其所处文件夹中并无 GPL 开源协议文件，而 HBuilder 软件的根目录下亦不存在 GPL 开源协议文件的情况下，尽管 HBuilder 软件其他文件夹中包含 GPL 开源协议文件，但该协议对于涉案三个插件并无拘束力，据此，涉案三个插件并不属于该协议中所指应被开源的衍生产品或修订版本，柚子科技公司、柚子移动公司认为数字天堂公司软件为开源软件的相关抗辩理由不能成立。”

2020 年，《最高人民法院知识产权法庭裁判要旨（2019）》在上诉人北京闪亮时尚信息技术有限公司与被上诉人不乱买电子商务（北京）有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案中，最高人民法院指出“网站前端代码与后端代码在展示方式、所用技术、功能分工等方面均存在明显不同，属于既相互独立又互相联合的独立程序，即便前端代码使用了 GPL 协议项下的开源代码，后端代码也不受 GPL 协议约束，未经许可复制后端代码仍构成侵害软件著作权。”该判决书在裁判文书网公开的裁判要点表明本案虽然没有采纳构成开源代码的抗辩，但 GPL 等开源协议是我国司法所接受的——“GPL 协议的‘传染性’是指 GPL 协议的许可客体不仅限于受保护程序本身，还包括受保护程序的衍生程序或修订版本，但不包括与其联合的其他独立程序。虽然软件前端代码中使用了 GPL 协议下的开源代码，但权利人主张保护其后端代码的，因后端代码是独立于前端代码的程序，并不受 GPL 协议的约束，无需强制开源。”

三、开源软件无罪抗辩的出罪点——扎根于我国法律的本土化落地

目标工作之三，必须锁定并证实开源软件无罪抗辩的具体出罪点，实现扎根于我国法律的本土化落地。原因在于，即便司法机关认可开源软件的法律效力，司法机关还是严格地受到刑法的形式要件的拘束。《刑法》第 219 条侵犯商业秘密罪没有规定成立开源软件即不成立商业秘密，是否构成商业秘密须依照中国法的形式特征来判断。构成开源软件⇒不构成商业秘密之观点，无法在本土法上说服司法机关，特别是严守刑法形式要件的刑事司法机关。

例如在本开源无罪抗辩案中，同样要在构成要件不该当出罪、违法性出罪、有责性出罪、基于法益的实质出罪和程序正当性出罪等中实现准确的出罪论证。

基于开源软件无罪抗辩的构成要件要素的出罪事由主要包括如下：

1、非公知性不构成出罪

关于非公知性，法条规定的“不为公众所知悉”在司法解释上的规定为“不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获取”（旧反法司法解释第十条、新商业秘密司法解释第三条）。这意味着“不为公众所知悉”应当同时具备“不为普遍知悉”和“并非容易获得”两个具体条件。以 GPL2.0 协议开源软件抗辩出罪为例，GPL2.0 协议规定的开源软件的源代码的本质属性是“容易获得”。即便权利人违反 GPL2.0 协议不开源（甚至以商业秘密方式保密），并不能否定软件源代码“容易获得”的本质属性。所有的源代码持有人均可以在软件商业发布后自由获得、自由修改、自由复用、自由分发表代码。

2、商业价值性不构成出罪

以 GPL2.0 协议开源软件抗辩出罪为例，作为 GPL2.0 的开源软件的源代码不能为权利人带来竞争优势，原因是此种开源软件的源代码是自由获得、自由修改、自由复用、自由分发。反不正当竞争法上的竞争优势，是权益人基于知识产权优势获得的合法垄断壁垒。开源软件就是拆除技术垄断壁垒，促进社会的技术交流与发展。倘若权利人的开源软件是前手开源软件的衍生作品，权利人就是开源协议的技术受益者，然后再寻求垄断壁垒，这存在着违反诚信原则等合法性问题。

3、“造成重大损失”构成要素不成立的出罪

以 GPL2.0 协议开源软件抗辩出罪为例，GPL2.0 开源软件的用户或源代码持有人可另行自由修改、自由使用、自由分发，权利人无权收取费用。由此，“造成重大损失”要件就不成立。

GPL2.0 协议第六条的规定了禁止对 GPL 开源软件的再发布进行任何进一步的限制：“每当你再发布本程式（或本程式的任何派生作品），接收者自动从原始权利人获得本许可，以复制、分发和修改本程式。你不可以对他们获得的权利加以进一步的限制，你也没有要求第三方遵守该协议的义务。”GNU 官网解答也表明，GPL 开源软件在分发时是完全自由的，无需经过权利人的获知或同意的，也无须向权利人付费。

4、不损害法益的实质出罪

以 GPL2.0 协议开源软件抗辩出罪为例，主张 GPL2.0 协议软件源代码是商业秘密，这是不法利益的诉求，不属于侵犯商业秘密罪的刑法法益。个体利益层面：权利人寻求的是不法利益——向他人开源、提供转发、修改和使用源代码，是权利人的开源义务。市场竞争法律秩序层面应当更多地关注是否存在对市场公平交易、竞争秩序的破坏。权利人应当根据开源协议履行开源义务，这是保护市场竞争法律秩序的基本要求。权利人倘若将 GPL2.0 协议软件源代码主张是商业秘密寻求司法保护，这反倒是对市场竞争法律秩序的损害。

余论

诉讼中遇到新事物特别是科技新事物时，比如 GPL2.0 开源软件，这种涉及新事物的司法上攻击防御方法之建构，较之常规诉讼显然更为艰难。工作框架至少应包括三个板块：**认真对待司法认知的举证和呈现工作——》司法惯例和司法可接受性的案例史挖掘——》扎根于我国法律的本土化落地**。本土法的适用是更重要了，不是不重要了，其具体法律适用之展开仍在于结合新技术事实的对本土法的审慎解释。



合伙人：王小君

业务领域：知识产权 | 涉外业务 | 公司治理与合规 | 反垄断与反不正当竞争

邮箱：wangxiaojun@anjielaw.com



合伙人：沈浩 法学博士

业务领域：知识产权 | 商业秘密与反不正当竞争 | 诉讼与仲裁 | 公司治理与合规

邮箱：shenhao@anjielaw.com



律师：张明静

业务领域：公司治理与合规 | 反垄断与反不正当竞争

邮箱：zhangmingjing@anjielaw.com



律师：陈洁

业务领域：诉讼与仲裁

邮箱：chenjie@anjielaw.com