

試論開放源代碼軟件的專利風險

—張高祥—

引言

關於“綠壩”軟件的各種爭論近一段時間充斥在國內外各種媒體上,其中有一則新聞值得引起人們的注意,一家外國軟件開發商質疑“綠壩”軟件不當使用了其所開發的開放源代碼軟件¹。

在此姑且不論該質疑的最終真實性,假如“綠壩”軟件真的使用了開放源代碼軟件,並且它符合最爲流行的開放源代碼軟件許可證 GPL2.0²,那麼工信部就有可能追回它付給“綠壩”軟件開發商的四千萬許可費,因爲該軟件開發商有可能在不知不覺中按照 GPL2.0 許可證的要求已經給了全世界每一個使用者對它所聲稱擁有的自主知識產權(包括版權和其所擁有的三項專利)一個免費許可。那麼,是什麼樣的力量在撬動如此巨大的利益?

這一切都源於表面上看起來是免費午餐的開放源代碼軟件。衆所周知,天下沒有免費的午餐,由於開放源代碼軟件與生俱來的“草根”特性(免費和源代碼共享)和其最初的願景所附有的有一定程度的“反知識產權性”(Copyleft),使得開放源代碼軟件的開發、使用和發佈具有不同於傳統商業軟件的法律風險。

開放源代碼軟件

開放源代碼軟件是一個對各種源代碼可自由和免費獲得的軟件的總稱,它的許可特性允許每一個人免費來擴展或改進該軟件以及發佈該軟件。比較有名的開放源代碼軟件有:Linux 操作系統(國產紅旗 Linux)和 OpenOffice 辦公軟件等。

傳統商業軟件開發商擁有軟件源代碼的專有權,而其他不能自由獲得該軟件源代碼。而開放源代碼軟件的作者放棄自己的一些知識產權(包括版權和專利權)的權利,具體說是向公

衆開放源代碼,而且鼓勵用戶之間互相拷貝和自由發佈,讓別人修正和改進源代碼,並按開放源代碼軟件運作規則再重新發佈。

開放源代碼軟件的第三方專利風險

關於開放源代碼軟件的一個誤解是,開放源代碼軟件是一個僅與版權有關的事宜。但事實上並非如此。

開放源代碼軟件的“開源性”要求開放源代碼軟件的使用人(包括再發佈人)有義務向所有人提供相關的開放源代碼軟件的源代碼,這就使得第三方專利擁有人很容易地通過對軟件源代碼的功能模塊進行分析來舉證該軟件的侵權特性。另外,開放源代碼軟件的“免費性”使得其發佈人明確表示不提供侵權免責保護,開放源代碼軟件的使用人在發生專利侵權糾紛時只能靠自己。

近年來,隨着國內對開放源代碼軟件研究的深入,對這方面的風險已逐漸見諸討論。如在中國軟件行業協會所發佈的《有關開放源代碼軟件與商業軟件知識產權的研究報告》中就提到,“當一個不受 GPL 約束的第三人擁有某項軟件專利,而開源軟件的原始開發者或後續修改者在程序或其衍生作品上一旦使用了這項技術,將不可避免地面臨專利侵權的風險”³。

又如以英文“open source software 開放源代碼軟件”和“patent infringement 專利侵權”在 Google 做一個關鍵字搜索,可得到約 292,000 個搜索結果,由此可見該問題的普遍性和現實性。

關於開放源代碼軟件的另一個誤解是開放源代碼軟件是一個僅與軟件開發商有關的事宜,而與硬件生產商無關。但事實上亦非如此。比如:2009 年 2 月,微軟公司在美國訴 TomTom 公司,聲稱 TomTom 的汽車導航儀所使用的 Linux 核侵犯其 3 項美國專利,而 TomTom 是一家汽車導航儀生產商,並不是一家

軟件公司。

開放源代碼軟件對於中國企業（特別是出口型企業）的潛在風險是：國外的專利權人往往非常善於運用知識產權的遊戲規則，一個常用的策略是“放水養魚”，等到中國企業的市場份額達到一個特定的水平，他們才站出來主張中國企業的產品侵犯了他們的專利權。“綠壩”事件僅是冰山的一角。

開放源代碼軟件對自有專利的威脅

關於開放源代碼軟件的另一個誤解是開放源代碼軟件僅要求開放該軟件的源代碼與他人共享，與該軟件作者所擁有的專利無關。但事實上許多開放源代碼軟件的許可證的要求遠遠不止於此。比如：Apple Public Source License 第三條就明確要求，“你必須”對“任何你所擁有的覆蓋你對該開放源代碼軟件所做修改的任何專利”給與任何第三方一個免費的不可撤銷的許可⁴。

再以最為流行的 GPL 2.0 為例，該許可證第二條(b)款規定，“您必須就您所發佈或發行的著作，無論是包含本程序全部或部分著作，或者是自本程序或其任何部份所衍生的著作，整體授權所有第三人依本授權規定使用，且不得因此項授權行為而收取任何費用”⁵。例如，一家公司從網上下載一個符合 GPL 2.0 的軟件開發工具，並在此基礎上作一些修改，然後將修改後的軟件隨着其產品一起投放市場。根據該第二條(b)款的要求，任何第三方（包括該公司的競爭對手）只要願意依從 GPL 2.0 授權規定，就可以免費使用修改後的軟件中該公司的自有知識產權（包括版權和專利權），用於自己修改並發佈的軟件中，從而使得該公司根據其自有知識產權（特別是專利權）所獲得的競爭優勢被極大地削弱。

開放源代碼軟件對於中國企業（特別是出口型企業）的直接現實風險是：一些中國企業（特別是出口型企業）由於使用了不恰當的開放源代碼軟件，已經將或正在將自己辛辛苦苦所申請的專利免費許可給他人（包括其國外競爭對手）而渾然不知。等到將來在市場上發生利益衝突企業需要藉助專利權的力量時，對方就會主張，根據開放源代碼軟件的許可條件，他們早已獲得了中國企業的一個免費的專利許可。

開放源代碼軟件的風險管理

上述開放源代碼軟件的專利風險是否意味着中國公司應拒絕使用開放源代碼軟件？答案顯然是否定的。

開放源代碼軟件的天生優勢——低成本（免費許可）、高質量（因為錯誤會被很快改正）、日新月異的新的改進、沒有必要從頭開始（從而可以站在別人的肩膀上）和隨時可以得到源代碼等非常適合我國發展中國家的國情，決定了開放源代碼軟件一定能在我國的現代化進程中起到應有的作用。所需要做的是對開放源代碼軟件的使用進行風險管理，以便在適當的產品中使用適當的開放源代碼軟件。

中國的大中型企業（包括非軟件企業，特別是有較強專利庫的企業）應根據需要建立一套流程來管理開放源代碼軟件的使用。中小企業（特別是一些生產特色產品的中小企業）應充分瞭解“天下沒有免費的午餐”這個道理，在使用開放源代碼軟件時積極尋求外部專業人員的幫助，以免在享用“免費的午餐”時將自有知識產權（特別是專利權）“免費”許可給競爭對手。

一般的開放源代碼軟件的風險管理流程可包括以下幾個步驟：

步驟一：審查該開放源代碼軟件的使用結果是否會被發佈到公司外部。如果不會，則無須進一步審查。如用開放源代碼軟件來開發一個僅供內部使用的演示產品或 IT 平台。

步驟二：如果該開放源代碼軟件的使用結果會被發佈到公司外部，就需要研究該開放源代碼軟件的許可條件。如果該開放源代碼軟件許可證允許使用人保留自己的產權（如 MIT 許可證），則該類軟件一般可以使用；但如果該開放源代碼軟件許可有可能強制使用人（再發佈人）免費許可自己的知識產權（包括專利權）（如 GPL 許可證），則開放源代碼軟件管理人員應對該開放源代碼軟件的許可條件進行仔細的研究。

步驟三：如果經過對開放源代碼軟件的許可條件的研究發現其有可能對產品中的自有專利帶來損害時，則應進一步結合產品的功能特徵和企業的自有專利庫的情況來確定是否可以使用以及如何使用該開放源代碼軟件。

如果該企業在產品的某個功能特徵上擁有專利，則應儘量避免這個功能特徵用開放源代碼軟件來實現，特別是不要採用

有可能對產品中的自有專利有損害的開放源代碼軟件。

在此需要強調的是，產品的差異化功能特徵是該產品相對於競爭對手的同類產品的顯著不同點，是產品的競爭優勢之所在，當然也是競爭對手試圖移植到自己產品中的功能特徵。產品的差異化功能特徵一般是在產品開發的過程中逐步形成的，其間還未以該產品申請專利，從而在本步驟的風險分析中容易被忽視。對於產品的差異化功能特徵，應嚴格避免用開放源代碼軟件來實現；同時，開放源代碼軟件管理人員應與產品開發人員和專利工程師一起及時識別和確認產品中的差異化功能特徵，在必要時及時申請專利對其進行保護。

步驟四：經過上述分析後，如果傾向於使用某種開放源代碼軟件來開發產品或其部分功能特徵，則可進一步對該開放源代碼軟件進行第三方專利風險分析。由於開放源代碼軟件的“開源性”，使用開放源代碼軟件可能帶來的第三方專利風險許多已是公開信息，在互聯網上即可進行初步檢索。同時，還可以有針對性地將該開放源代碼軟件的功能模塊與已知第三方專利（特別是競爭對手的相關專利）進行對比分析，以確認其侵權風險。

步驟五：在權衡了使用開放源代碼軟件可能帶來的競爭優勢以及侵權風險後，如果確定在某個產品中使用開放源代碼軟件，則在該產品投放市場時，應嚴格按照該開放源代碼軟件的許可條件所要求的形式公開該產品中開放源代碼軟件的使用狀況，比如：隨產品附上一份該許可條件，並以一定方式使該開放源代碼軟件的源代碼能為公眾所獲得。

結語

總之，中國企業在充分享受開放源代碼軟件所帶來的好處的同時，亦應注意開放源代碼軟件可能帶來的風險，特別是可能損害自有知識產權（包括專利權）的風險。在我國大力發展自有知識產權的今天，在大力開拓國際市場的同時，應充分研究和掌握開放源代碼軟件這一“舶來品”的遊戲規則，才能做到既站在巨人的肩膀上，又不會被摔下來，不至於將自有專利權所建立的競爭優勢拱手他人。■

作者：中國人民大學民商法法學碩士研究生（2007）

¹ 參見 http://www.stnn.cc/fin/200906/t20090618_1049092.html。

² 全稱為 GNU 通用公共許可證，參見 <http://wiki.lupaworld.com/index.php/GPL2.0>。

³ 中國軟件行業協會：《有關開放源代碼軟件與商業軟件知識產權的研究報告》，2005 年。

⁴ 參見 Apple Computer, Inc.: APPLE PUBLIC SOURCE LICENSE Version 2.0。

⁵ Free Software Foundation, Inc.:《GNU 通用公共授權 GPL2.0(簡體中文翻譯版)》。