

حمایت از نرم افزارها و برنامه های رایانه ای با توسل به نظام اسرار تجاری

سنار زرکلام^۱

تاریخ دریافت: ۹۲/۰۵/۲۲

استادیار گروه حقوق دانشگاه شاهد و عضو هیأت مؤسس پژوهشکده
علوم و فن آوری های نوین اطلاعات و ارتباطات، دانشگاه شاهد
تاریخ تأیید: ۹۲/۰۷/۱۴

چکیده

حمایت از نرم افزارها نه تنها با توسل به نظام حق مؤلف (کپی رایت) و حق اختراع، بلکه در چارچوب اسرار تجاری نیز امکان پذیر است. در حقوق ایران ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی سال ۱۳۸۲ به صراحت اطلاعات مرتبط با نرم افزارها و برنامه های رایانه ای را از مصادیق اسرار تجاری دانسته است. برای حمایت قانونی از اطلاعات نهانی نرم افزارها توسط نظام اسرار تجاری، تحقق عناصر سه گانه آن یعنی، محرمانه بودن اطلاعات، برخورداری این اطلاعات از ارزش اقتصادی و مراقبت معقول از ضرورت دارد. با این حال، نحوه اعمال این عناصر در مورد نرم افزارها دارای ویژگی هایی است که در سایر موضوعات مورد حمایت از طریق اسرار تجاری وجود ندارد. سرانجام ارزش اقتصادی فراوان برخی نرم افزارها، و رقابت فشرده در این بازار، اغلب توسل به شیوه های قراردادی جلوگیری از افشای اطلاعات را نیز ایجاب می کند که خود از اصول ویژه ای تبعیت می کند.

واژگان کلیدی: اسرار تجاری، نرم افزار، برنامه های رایانه ای، ارزش اقتصادی، تدابیر فنی، حمایت قانونی، حمایت قراردادی، حق مؤلف، حق اختراع

مقدمه

بنگاه های تجاری همواره اطلاعات محرمانه ای در اختیار دارند که در سایه تلاش های فکری اشخاص حقیقی ایجاد شده اند. این اطلاعات نه تنها برای حیات بنگاه بلکه برای رقابت در بازار اهمیت فوق العاده ای دارند. در زمینه نرم افزارها یا برنامه های رایانه ای این اطلاعات ممکن است در ایده های اولیه، طراحی مقدماتی نرم افزار، مستندات نرم افزار، تحلیل ها، متن برنامه ها^۲ یا زبان ماشین^۳ وجود داشته باشد. پدیدآورندگان نرم افزارها و برنامه های رایانه ای به ویژه شرکت های نرم افزاری یا اشخاصی که حقوقی نسبت به اطلاعات مرتبط با این برنامه ها

1. Email: sattarzarkalam@gmail.com

2. code source

3. object code

دارند علاقه‌مند هستند این اطلاعات را تا زمان مورد نظر سری نگهدارند. به همین منظور در بیشتر کشورها برای حمایت از اطلاعات محرمانه بنگاه‌های تجاری از جمله اطلاعات مرتبط با برنامه‌های رایانه‌ای مقررات قانونی خاصی وضع شده است. علاوه بر حقوق داخلی کشورها، سازمان‌های بین‌المللی نظیر سازمان تجارت جهانی (WTO)^۱ و سازمان جهانی مالکیت فکری (WIPO)^۲ مقرراتی را برای حمایت از اسرار تجاری وضع کرده‌اند. هر چند حمایت از نرم‌افزارها توسط نظام حق مؤلف و حق اختراع به عنوان مناسب‌ترین ساز و کارهای حمایتی شناخته شده‌اند، ولی در مواردی که شرایط حمایت از برنامه‌های رایانه‌ای یا نرم‌افزارها توسط هیچ‌یک از دو نظام یاد شده فراهم نباشد یا دارنده اطلاعات نهانی تمایل به توسل به آن‌ها نداشته باشد می‌تواند در صورت فراهم بودن شرایط قانونی از امتیازات نظام اسرار تجاری بهره‌مند شود. هر چند نرم‌افزارها به عنوان یکی از مصادیق اسرار تجاری مثل هر موضوع مشمول نظام اسرار تجاری از قواعد مشابهی پیروی می‌کند، ولی نقش فوق‌العاده نرم‌افزارها در حیات اقتصادی و اجتماعی کشورها و ارزش مالی فراوان برخی از نرم‌افزارها و ویژگی‌های خاص برنامه‌های رایانه‌ای به عنوان یک اثر فکری ایجاب می‌کند که چگونگی حمایت از نرم‌افزارها در چارچوب نظام اسرار تجاری مورد مطالعه مستقل قرار گیرد. بدین منظور، در این مقاله ابتدا مفهوم و عناصر اسرار تجاری و نرم‌افزار؛ سپس نحوه احراز عناصر اسرار تجاری در خصوص نرم‌افزارها؛ و سرانجام چگونگی حمایت از نرم‌افزارها با توسل به نظام اسرار تجاری. لازم به ذکر است که در این مقاله حقوق دارنده اسرار تجاری نرم‌افزار و ضمانت اجرای نقض آن مورد مطالعه قرار نگرفته است زیرا به نظر نگارنده نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای از این جهات ویژگی خاصی ندارند که نیاز به پژوهش مستقل داشته باشد و در بخش عمده خود تابع قواعد عام نظام اسرار تجاری هستند.

۱- مفهوم و عناصر نرم‌افزار و اسرار تجاری

برای مطالعه همه جانبه حمایت از نرم‌افزارها از طریق اسرار تجاری پیش از همه درک مفهوم نرم‌افزار و عناصر آن و همچنین آگاهی از مفهوم اسرار تجاری و عناصر یا شرایط حمایت از آن مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

1. World Trade Organization
2. World Intellectual Property Organization

۱-۱- مفهوم و عناصر نرم‌افزار

۱-۱-۱- مفهوم نرم‌افزار

قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای سال ۱۳۷۹ تعریفی از نرم‌افزار ارائه نکرده است. در مقابل، آیین‌نامه اجرایی مواد (۲) و (۱۷) قانون یاد شده که در سال ۱۳۸۳ به تصویب هیأت وزیران رسیده در ماده ۲ خود نرم‌افزار را چنین تعریف کرده است: «نرم‌افزار عبارت است از مجموعه برنامه‌های رایانه‌ای، رویه‌ها، دستورالعمل‌ها و مستندات مربوط به آن‌ها و نیز اطلاعات مربوط به عملیات یک سیستم رایانه‌ای که دارای کاربردی مشخص بوده و بر روی یکی از حامل‌های رایانه‌ای ضبط شده باشد».

در مقررات بین‌المللی نیز تعریفی از نرم‌افزار ارائه نشده است، ولی دستورالعمل اروپایی شماره ۲۰۰۹/۲۴ مورخ ۲۳ آوریل ۲۰۰۹ راجع به حمایت حقوقی از برنامه‌های رایانه‌ای که جایگزین دستورالعمل اروپایی ۱۴ می ۱۹۹۱ در این زمینه شده، به جای تعریف از نرم‌افزار^۱، برنامه‌های رایانه‌ای^۲ را چنین تعریف می‌کند: «اصطلاح برنامه رایانه‌ای شامل برنامه‌ها به هر شکلی که باشد از جمله برنامه‌های منضم به یک سخت‌افزار است. این اصطلاح همچنین شامل سخت‌افزار طراحی مقدماتی که به توسعه یک برنامه منجر شود نیز می‌گردد به شرط اینکه اجرای برنامه را در یک سطح بالاتر ممکن گرداند» (Vivant et autres, 2002).

در حقوق داخلی کشورها، بر اساس رویه قضایی و دکترین حاکم در حقوق فرانسه، نرم‌افزار عبارت از مجموعه دستورها، برنامه‌ها روش‌ها و قواعد و نیز اسنادی است که احتمالاً منضم به آن‌هاست و با کارکرد پردازش اطلاعات مرتبط است.

در حقوق انگلستان، بر اساس پیشینه‌های قضایی در آن کشور، نرم‌افزارهای رایانه‌ای شامل برنامه‌های کامپیوتری، پایگاه داده، فایل‌های کامپیوتری، اسناد طراحی مقدماتی، آثار ذخیره شده دیجیتالی و راهنمایی کاربران می‌شود (David Bainbridge, 2000: 24).

در تفاوت بین نرم‌افزار و برنامه‌های رایانه‌ای می‌توان گفت که نرم‌افزار محصولی نهایی است که یکی از اجزای آن برنامه‌های رایانه‌ای است و اجزای دیگری دارد که از آن جمله می‌توان به دفترچه راهنما، دستورالعمل‌ها و اسناد پیوست نرم‌افزار و قالب فیزیکی آن اشاره کرد.

1. Software
2. Computer program

البته آنچه در این مقاله اهمیت دارد اطلاعات محتوای نرم‌افزار یا برنامه‌های رایانه‌ای است نه خود محصول مادی و فیزیکی نرم‌افزار.

۱-۱-۲- عناصر نرم‌افزار

در خصوص اجزای نرم‌افزار، بند ۱۲ ماده ۲-۱۱۲ قانون مالکیت فکری فرانسه و ماده ۱-۶۹ الف قانون مالکیت فکری آلمان و ماده ۳ اصلاحات بعدی قانون کپی رایت، طرح‌ها و اختراعات انگلیس سال ۱۹۸۸ به تبعیت از دستورالعمل اروپایی سال‌های ۱۹۹۱ و ۲۰۰۹ و راجع به حمایت حقوقی از نرم‌افزارها، از عبارت «اسناد طراحی مقدماتی» نام برده‌اند. این اصطلاح با توجه به عبارت (اسناد) که در آن به کار رفته ممکن است ایجاد ابهام کند. در توضیح این اصطلاح گفته شده است: «اسناد طراحی مقدماتی عبارت از مجموع فعالیت‌های طراحی است که به توسعه یک برنامه بیانجامد، به شرط اینکه اجرای برنامه را در یک سطح بالاتر ممکن گرداند. اسناد تحلیلی و نمای تشریح‌کننده اقداماتی که به منظور استفاده از برنامه باید انجام شود، جزئی از این طراحی مقدماتی محسوب می‌شود، ولی (دفترچه راهنما) را که همانند (سند ضروری برای استفاده از نرم‌افزار) توصیف می‌شود در بر نمی‌گیرد» (قانون مالکیت فکری فرانسه و آلمان، ۱۳۸۴: ۱۰۳-۱۰۴).

لازم به ذکر است که برنامه رایانه‌ای علاوه بر اسناد طراحی مقدماتی دارای عناصر دیگری است که هر کدام از آن‌ها در صورت برخورداری از شرایط محرمانگی، ارزش اقتصادی و تلاش معقول برای حفظ محرمانگی می‌تواند موضوع حمایت از طریق اسرار تجاری قرار گیرد. علاوه بر اسناد طراحی مقدماتی که از آن نام برده شد، سایر عناصر نرم‌افزار عبارتند از: متن برنامه^۱، زبان اجرایی یا زبان ماشین^۲، زبان برنامه‌نویسی، الگوریتم‌ها، فونت‌ها، سبک ارائه و شیوه تعامل^۳، اسناد پیوست از جمله دفترچه راهنما و کارکرد برنامه و ایده‌ها (Hollande & Linant de Bellefonds, 2008: 262-266). در میان عناصر یاد شده برخی از طریق مالکیت فکری مورد حمایت قرار می‌گیرند، مشروط بر اینکه دارای اصالت باشند نظیر متن برنامه یا زبان اجرایی، ولی برخی دیگر مورد حمایت نیستند، خواه به این دلیل که قبلاً در حوزه عمومی^۴ قرار گرفته‌اند مثل زبان‌های برنامه‌نویسی و کارکرد برنامه

1. Source code
2. Object code
3. Look and Feel
4. Public domain

و خواه به این دلیل که اصولاً در چارچوب نظام مالکیت و ادبی مورد حمایت نیستند مثل ایده‌ها. با این حال همان‌طور که در مباحث آتی خواهیم دید این عناصر نیز در صورت داشتن شرایط لازم ممکن است از طریق اسرار تجاری مورد حمایت قرار گیرند.

۱-۲- مفهوم و عناصر اسرار تجاری

۱-۲-۱- مفهوم اسرار تجاری

سِرّ یا راز را هر چیز پنهانی تعریف کرده‌اند که مخفی بودن آن برای دارنده یا دارندگان موجب امتیاز باشد (السان، ۱۳۸۴: ۲۱۲-۳۷۳). اطلاعاتی که به دلیل وصف محرمانه‌شان مورد حمایت قانونگذاران کشورهای مختلف قرار گرفته‌اند ممکن است دارای محتوای فنی، تجاری، دولتی، شخصی یا ادبی و هنری باشند (Colston & Galloway, 2010: 235). در حقوق ایران، یکی از مهم‌ترین مقررات قانونی که در آن «اسرار» مورد حمایت قرار گرفته، ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی است؛ به موجب این ماده: «... کلیه کسانی که به مناسبت شغل و حرفه خود محرم اسرار می‌شوند هر گاه در غیر از موارد قانونی، اسرار مردم را افشاء کنند به سه ماه و یک روز تا یکسال حبس و یا به یک میلیون و پانصد هزار تا شش میلیون ریال جزای نقدی محکوم می‌شوند». در تفسیر این ماده گفته شده است که از یک سو، ماده یاد شده قلمرو اسرار را مشخص نکرده و از سوی دیگر، ناظر به اشخاصی است که به مناسبت شغل خود محرم اسرار قرار می‌گیرند و مکلف به رازداری هستند (صادقی، ۱۳۸۶: ۲۸۲). علاوه بر مقرر قانونی یاد شده می‌توان به سه حکم قانونی دیگر یعنی ماده ۲۳۲ قانون مالیات‌های مستقیم سال ۱۳۶۶، ماده ۱۲ قانون راجع به کارشناسان رسمی سال ۱۳۱۷ و بند ۳۲ از ماده ۱ قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران سال ۱۳۸۴ اشاره کرد که اولی ناظر به ممنوعیت افشای اسرار مودیان مالیاتی توسط ممیزان، دومی ناظر به تکلیف کارشناسان به حفظ اسرار تجاری مشتریان خود و سومی به تعریف «اطلاعات نهانی» پرداخته است. سرانجام، قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی مصوب سال ۱۳۸۷ برای نخستین بار به موضوع رویه‌های بازرگانی غیرمنصفانه پرداخته که یکی از مصادیق آن بهره‌برداری غیرمجاز از هر گونه اطلاعات داخلی رقبای تجاری از طریق افشای اسرار تجاری و روش‌های مشابه دیگر است. این مقررات با ماده ۱۰ کنوانسیون پاریس راجع به جلوگیری از رقابت غیرمنصفانه سازگاری دارد (امیری، ۱۳۸۸: ۱۴۱-۱۴۲).

اگر در حقوق ایران عناصر حمایت از اسرار تجاری در محیط واقعی به صراحت مورد حکم قرار نگرفته بالعکس در محیط سایبری به صراحت مورد توجه مقنن قرار گرفته است. ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی اسرار تجاری الکترونیکی را چنین تعریف کرده است: «اسرار تجاری الکترونیکی داده پیامی است که شامل اطلاعات، فرمول‌ها، نرم‌افزارها و برنامه‌ها، ابزارها و تکنیک‌ها و فرآیندها، تألیفات منتشر نشده، روش‌های انجام داد و ستد، فنون، نقشه‌ها و فراگردها، اطلاعات مالی، فهرست مشتریان، طرح‌های تجاری و امثال این‌هاست که به طور مستقل دارای ارزش اقتصادی بوده و در دسترس عمومی قرار ندارد و تلاش‌های معقولانه‌ای برای حفاظت و حراست از آن‌ها انجام شده است». در مورد این تعریف چند نکته حائز اهمیت است: از یک سو، تعریف فقط ناظر بر اسرار تجاری الکترونیکی است و همان‌گونه که برخی متخصصان حقوق سایبری یادآور شده‌اند: «می‌توان مدعی شد که فعالیت تجاری در بستر مبادلات الکترونیکی تا حدی (در قلمرو کشور) مطمئن‌تر از بستر سنتی آن است» (قاجار قیونلو، ۱۳۹۱: ۳۷۵). از سوی دیگر، ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیک به جای ارائه معیارهای شناسایی اسرار تجاری به ذکر مصادیق آن پرداخته و به عبارتی تعریف به مصداق کرده است. در وهله سوم، با توجه به عبارت (و امثال این‌ها) که در ماده مورد بحث به کار رفته معلوم می‌شود موارد شمرده شده، در این ماده جنبه تمثیلی دارند نه حصری. سرانجام حمایت از اطلاعات نامبرده شده مشروط به جمع شرایط سه‌گانه‌ای است که در انتهای ماده گفته شده است. در مقررات بین‌المللی و حقوق خارجی نیز در تعریف اسرار تجاری اغلب به ذکر مصادیق اطلاعاتی که تحت شرایطی مورد حمایت هستند بسنده شده است. با این همه، برخی اسرار تجاری را (رازی که موجب امتیازی بالقوه یا بالفعل برای دارنده آن در امر تجارت است) یا (هر چیزی که دارنده آن با اقدام متعارف آن را به عنوان یک راز تلقی کند) تعریف کرده‌اند. توضیح این تعریف گفته شده است: «راز تجاری مشمول حمایت قانونی الزاماً یک نظریه یا اختراع منحصر به فرد نیست، بلکه می‌تواند ترکیبی از روش‌های مخصوص یا اختراعاتی باشد که هر کدام به تنهایی چندان مورد توجه نیستند» (لی.تی. گسمر، ۱۳۸۲: ۵۹-۶۰).

۱-۲-۲- عناصر اسرار تجاری

موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری مالکیت فکری سازمان تجارت جهانی معروف به معاهده «تریپس»^۱ سال ۱۹۹۴، با استناد به ماده ۱۰ مکرر کنوانسیون پاریس (۱۹۷۶)، ماده ۳۹ خود

1. Trips Agreement

را به حمایت از اطلاعات افشاء نشده اختصاص داده و در چارچوب رویارویی با رقابت ناسالم در قسمت‌های (الف) و (ب) و (ج) بند ۲ خود شرایط چنین حمایتی را بر شمرده است: بر این اساس، اطلاعات مورد بحث زمانی مورد حمایت خواهند بود: «الف- سری باشند به این مفهوم که برای اشخاصی که به طور معمول با چنین اطلاعاتی سر و کار دارند ناشناخته باقیمانده و به آسانی برای آنان قابل دسترسی نباشد؛ ب- از آنجا که این اطلاعات سری هستند باید دارای ارزش تجاری باشند؛ و ج- اقدامات معقول برای حفظ محرمانگی آن‌ها صورت گرفته باشد.

در خصوص تعریف موافقت‌نامه تریپس به شرح یاد شده، ذکر چند نکته ضرورت دارد. نکته اول اینکه، از آنجا که همه کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی این موافقت‌نامه را امضاء کرده‌اند، می‌توان گفت عمده کشورهای دنیا حمایت از اطلاعات افشاء نشده را تحت شرایطی که در ماده ۳۹ فوق‌الذکر گفته شد پذیرفته‌اند. این معیارها بسیار شبیه معیارهایی هستند که در حقوق اتحادیه اروپا برای تشخیص دانش فنی محرمانه به مفهوم وسیع کلمه به کار می‌رود» (Azéma et Galloux, 2006: 554).

نکته دوم اینکه، به دلیل اختلاف بین کشورهای عضو در مصادیق اسرار تجاری موافقت‌نامه عمده‌اً از عبارت کلی‌تر (اطلاعات افشاء نشده) استفاده کرده که می‌تواند هر گونه اطلاعات محرمانه از جمله اسرار تجاری، دانش فنی، اسرار ساخت و نظایر آن را در برگیرد. نکته سوم اینکه، هر چند ایران عضو سازمان تجارت جهانی نیست و موافقت‌نامه تریپس را امضاء نکرده ولی از یک سو ماده ۶۴ قانون تجارت الکترونیکی هدف از جرم‌انگاری تحصیل غیرقانونی اسرار تجاری حمایت از رقابت‌های مشروع و عادلانه دانسته و همانند ماده ۳۹ موافقت‌نامه تریپس، اسرار تجاری را با حقوق رقابت پیوند زده است. بند (ج) ماده ۴۵ قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجرای سیاست‌های کلی اصل چهارم و چهار قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷/۳/۲۵ مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز ترغیب، تحریک و یا وادار ساختن یک یا چند سهامدار، صاحب سرمایه، مدیر یا کارکنان بنگاه و یا شرکت رقیب به ... و افشاء اسرار را در صورتی که منجر به اخلال در رقابت شود ممنوع دانسته است. با جمع بین ماده اخیر و ماده ۶۴ قانون تجارت الکترونیکی می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق ایران نیز همانند موافقت‌نامه تریپس

حمایت از اسرار تجاری با هدف حمایت از رقابت عادلانه و مشروع صورت گرفته است. از سوی دیگر، ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی ایران که متن آن پیش‌تر بیان شد در همسویی با مقررات بین‌المللی سه عنصر یاد شده در موافقت‌نامه تریپس را تقریباً و با عباراتی مشابه برای تحقق اسرار تجاری تکرار کرده است.

۲- نحوه احراز عناصر (شرایط) اسرار تجاری در مورد نرم‌افزارها

با شناخت مفهوم و عناصر اسرار تجاری و نرم‌افزار اکنون باید به این پرسش مهم پاسخ داده شود که در خصوص نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای احراز هر یک از عناصر یا شرایط سه‌گانه اسرار تجاری چگونه باید صورت گیرد؟

۲-۱- جنبه محرمانگی

ماده ۳۹ موافقت‌نامه تریپس (به گونه‌ای که پیش‌تر بیان شد) در قسمت (الف) بند ۲ خود در توصیف این عنصر اضافه کرده است که اطلاعات مورد نظر «برای اشخاصی که به طور معمول با چنین اطلاعاتی سر و کار دارند ناشناخته باقیمانده و به آسانی برای آنان قابل دسترسی نباشد». البته اطلاعاتی که در یک عرصه برای عموم یا اشخاص دست اندر کار معلوم است ممکن است در زمینه دیگری سابقه نداشته باشد که در این صورت نیز به عنوان اسرار تجاری مورد حمایت خواهند بود. برای مثال، اگر نوعی چسب شیمیایی که عموماً در صنایع هواپیماسازی برای ضد آب کردن موتورها به کار می‌رود در ساخت چوب‌های گلف مورد استفاده قرار گیرد از آنجا که در صنعت تولید تجهیزات ورزشی استفاده از این نوع چسب که سبب افزایش کیفیت محصول می‌شود سابقه نداشته و عموم سازندگان چوب‌های گلف از آن مطلع نیستند می‌توان قائل به وجود یک راز تجاری گردید» (رهبری، ۱۳۸۸: ۴۱).

نکته دیگر این است که از حیث عنصر محرمانگی به عنوان یکی از عناصر حمایت از اسرار تجاری یک تفاوت اساسی بین اطلاعات مرتبط با نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای و سایر اطلاعات ناشی از تراوشات فکری وجود دارد. در حالی که در اطلاعات نهانی مرتبط با سایر آثار فکری دستیابی به این اطلاعات از طریق مهندسی معکوس^۱ نقض اسرار تجاری محسوب نمی‌شود (رهبری، ۱۳۸۸: ۲۲۹-۲۳۲). در مورد اطلاعات نرم‌افزاری

1. Reverse engineering

دسترسی به متن برنامه یا سورس کد نرم‌افزارهایی که حق بهره‌برداری از آن‌ها به غیر واگذار شده نه تنها نقض حقوق مالکیت فکری پدید آورنده بلکه در هر صورت نقض محرمانگی محسوب شده و در صورت وجود دو عنصر دیگر یعنی ارزش اقتصادی و اتخاذ تدابیر ضروری برای حفظ محرمانگی، می‌تواند از حمایت نظام اسرار تجاری نیز بهره‌مند شود (Takagi Yo, Allman Larry & A.Sinjela Mapazi, 2008: 308).

برای آگاهی از نحوه احراز محرمانگی در خصوص نرم‌افزارها و ویژگی‌های برنامه‌های رایانه‌ای اشاره به پرونده‌ای که در این خصوص در شعبه اول دادبازی دادرسی ویژه جرائم رایانه‌ای تهران (دادسرای ناحیه ۳۱ تهران) مطرح شده مفید به نظر می‌رسد. در دعوی مطروحه در این دادسرا شرکت شاکی مدعی شده متهم که سابقاً عضو هیأت مدیره شرکت و در عین حال طرف قرارداد با آن بوده و پروژه‌هایی را به نام شرکت برای اشخاص ثالث انجام داده، اطلاعات مرتبط با سیستم‌های نرم‌افزاری آن شرکت را که محرمانه بوده و در اختیار متهم قرار داشته افشاء و در قراردادهایی که توسط شرکت خود با دیگران منعقد کرده مورد استفاده قرار داده است. دادسرا برای احراز وجود عناصر سه‌گانه موضوع ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی به کارشناس دادگستری در زمینه نرم‌افزار ارجاع داده که وجود هر سه عنصر توسط کارشناس مورد تأیید قرار گرفته است. وکیل متهم در اعتراض به نظریه کارشناس استدلال کرده است که اولاً، سیستم مورد ادعای شکات سیستم مدیریت پروژه سازمانی محصول شرکت مایکروسافت است که در تمام دنیا مورد استفاده قرار دارد و شرکت مایکرو سافت به منظور ترویج استفاده از این سیستم مستندات، کتاب‌ها و مقالاتی در این زمینه در دسترس همگان قرار داده به نحوی که هر شخصی با صرف اندکی وقت می‌تواند از طریق منابع اینترنتی به آن‌ها دسترسی پیدا کند. ثانیاً، مطالب منعکس شده در پروپوزال مورد ادعای شکات که در چارچوب قراردادهای منعقد شده مورد استفاده موکل بوده نسخه (ورژن) ۲۰۰۷ این محصولات بوده و پس از جدایی موکل از این شرکت‌ها در سال ۱۳۸۹ (۲۰۱۰ میلادی)، نسخه ۲۰۱۰ این محصول باز هم توسط شرکت مایکروسافت در اختیار عموم قرار گرفته و اساساً اطلاعات نسخه ۲۰۰۷ قابل استفاده در نسخه ۲۰۱۰ این محصول نیست و تمامی مشتریان شرکت موکل از محصولات ۲۰۱۰ مایکرو سافت استفاده می‌کنند که موضوع با تماس با تمامی مشتریانی که این شرکت از ایشان کسب درآمد کرده قابل پیگیری است و دفاتر شرکت نیز همین موضوع را مورد تأیید قرار می‌دهد. ثالثاً، پروپوزال موضوع دعوا حتی از

طریق سایت شرکت شاکی هم قابل دسترسی است^۱. وکیل متهم بر اساس دفاعیاتی که انجام داده تجدید کارشناسی را از دادسرا تقاضا می‌کند. بدیهی است اگر صحت اظهارات وکیل متهم به شرح یاد شده اثبات شود، دادسرا باید با رد دعوای شرکت شاکی، به دلیل محرمانه نبودن اطلاعات موضوع شکایت، قرار منع تعقیب متهم را صادر کند.

در توجیه این نظر باید گفت، اطلاعاتی که هر کس به راحتی می‌تواند به آن‌ها دسترسی داشته باشد نمی‌تواند محرمانه تلقی شده از حمایت قواعد ناظر بر اسرار تجاری بهره‌مند شود. اگر آن چنانکه وکیل متهم مدعی شده است، اطلاعات موضوع شکایت از یک سو متعلق به شرکت مایکروسافت باشد که همگان به آن دسترسی دارند و اصطلاحاً نرم‌افزارهای متن باز^۲ نامیده می‌شود؛ و از سوی دیگر متن فارسی شده آن نیز در سایت شاکی در دسترس عموم باشد، بدیهی است که سیستم موضوع شکایت فاقد هر گونه جنبه محرمانه تلقی خواهد شد. در اینجا باید خاطر نشان کرد که اگر شکایت شاکی این باشد که متهم از نسخه فارسی شده سیستم بدون اجازه او استفاده کرده، در حالی که نسخه آن به زبان خارجی در اختیار همگان قرار دارد، مسلم است که شاکی نمی‌تواند به عنوان اسرار تجاری متهم را تحت تعقیب قرار دهد، بلکه باید با استناد به مقررات مالکیت ادبی و هنری و در خصوص مورد قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای سال ۱۳۷۹ تقاضا کند ضمانت اجرای کیفری مرتبط با نقض حقوق مالکیت فکری نرم افزار در خصوص مورد اعمال شود.

۲-۲- برخورداری از ارزش اقتصادی

به نظر برخی متخصصان حقوق مالکیت فکری زمانی می‌توان از اسرار تجاری سخن گفت که اطلاعات مورد نظر صرف نظر از اینکه به صورت کامل یا ناقص نمود خارجی پیدا کرده باشد واجد ارزش اقتصادی باشد (C. Sun, Jeffery C & Beaz, Benjamin, 2009: 97). به عبارت دیگر، ارزش اقتصادی مهم‌ترین عنصر حمایت از اسرار تجاری را تشکیل می‌دهد. ماده ۳۹ موافقت‌نامه تریپس (به نحوی که در بالا ذکر شد) در قسمت (ب) بند ۲ خود ارزش اقتصادی

۱. از آنجا که این پرونده در زمان تدوین مقاله در مرحله تحقیقات مقدماتی قرار دارد و هنوز هیچ‌یک از سوی دادسرا در خصوص مورد صادر نشده بود، لذا امکان ارائه مشخصات پرونده هر چند به صورت اجمالی وجود ندارد. ذکر این نکته جالب خواهد بود که تعداد دعاوی مرتبط با نقض حقوق اسرار تجاری مرتبط با نرم‌افزارها در حال افزایش است.

را با ماهیت محرمانه و سری اطلاعات پیوند زده و تصریح کرده از آنجا که این اطلاعات سری هستند دارای ارزش تجاری تلقی می‌شوند. این نکته ظریف در پیش‌نویس اولیه قانون تجارت الکترونیکی نیز مورد توجه تهیه‌کنندگان آن بوده به نحوی که به عنوان دومین عنصر اسرار تجاری چنین ذکر شده بود: «در صورت عدم افشای آن دارای ارزش اقتصادی مستقل هستند» (قاجار قیونلو، پیشین: ۳۷۴). در توضیح ضرورت دارا بودن ارزش اقتصادی گفته شده منظور این است که «این اطلاعات به اشخاصی که آن را در اختیار دارند مزیتی رقابتی اعطاء می‌کند» (Azéma et Galloux, 2006: 554). در تأیید این دیدگاه گفته شده است: «اسرار تجاری بمثابة کالای سرمایه‌ای ارزشمندی هستند که نقش مهمی در سوددهی شرکت و بنگاه‌های تجاری ایفاء می‌کنند. اسرار تجاری سبب تولید محصولات یا ارائه خدماتی می‌شود که مشتریان در ازای آن پول پرداخت می‌کنند یا به طریقی دیگر، وجود آن ممکن است باعث کاهش هزینه‌های تولید شود که به هر حال نشان‌دهنده ارزش اقتصادی آن است. لازم نیست که ارزش اقتصادی که اسرار تجاری فراهم می‌آورد عمده و هنگفت باشد، ولی این ارزش نباید جزئی باشد» (رهبری، ۱۳۸۸: ۳۶). در خصوص نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای شباهت برنامه مورد نظر با برنامه‌های موجود در بازار مانع از اعمال حمایت‌های قانونی حقوق اسرار تجاری نیست، مشروط بر آنکه دارنده بتواند طراحی خاص برنامه خود را که از لحاظ اقتصادی ارزشمند است اثبات نماید (رهبری، پیشین: ۶۵).

در پرونده یاد شده در بند الف فوق (پرونده مطروحه در دادیاری شعبه اول دادسرای ویژه جرائم رایانه‌ای) وکیل متهم در خصوص فقدان ارزش اقتصادی نرم‌افزارهای مورد شکایت شرکت شاکی استدلال کرده است: اولاً، تمامی تکنیک‌ها و فرآیندها و روش‌های انجام کار در این سیستم‌ها منبع خارجی دارند و تنها با متقاعد کردن مشتریان به استفاده از این سیستم‌ها و ارائه خدمات دارای ارزش افزوده بر روی این محصولات می‌توان کسب درآمد کرد. ثانیاً، تغییر نسخه سیستم مورد بحث در سال ۲۰۱۰ اتفاق افتاده و تمامی خدمات مورد استفاده می‌باید به روز شوند و خدمات قبلی در نسخه جدید قابل استفاده نیستند. ثالثاً، با توجه به اینکه پروپوزال این محصول حتی بر روی سایت شرکت شاکی و سایر شرکت‌های فعال در این زمینه قابل مشاهده است، بنابراین پروپوزال مورد ادعا به تنهایی هیچ‌گونه ارزش اقتصادی ندارد.

اگر صحت آنچه که وکیل متهم در دفاعیات خود در مورد فقدان ارزش اقتصادی نرم‌افزار موضوع دعوا اظهار کرده مورد تأیید کارشناس قرار گیرد، تردیدی نیست که دادسرا

باید قرار منع تعقیب به دلیل عدم کفایت دلایل صادر کند. برای توجیه این نتیجه‌گیری، تحلیل دفاعیات وکیل متهم می‌تواند مفید باشد. در خصوص قسمت اول دفاعیات وکیل باید گفت نرم‌افزاری که حاصل تلاش‌های فکری خود شاکی نیست و افراد دیگر هم می‌توانند به راحتی به آن دسترسی داشته باشند نمی‌تواند خود به خود واجد ارزش اقتصادی باشد. فقط در صورتی که با کار فکری جدید این نرم‌افزار با نیازهای مشتری احتمالی شاکی انطباق پیدا کند، آن وقت می‌توان گفت با توجه به ارزش افزوده‌ای که توسط شاکی ایجاد شده نرم‌افزار می‌تواند دارای ارزش اقتصادی شمرده شود. در مورد استدلال وکیل متهم به شرح قسمت دوم، منظور وکیل متهم این است که آنچه موضوع شکایت است نسخه ۲۰۰۷ سیستم مدیریت پروژه سازمانی محصول شرکت مایکروسافت است، در حالی که موکل وی از نسخه ۲۰۱۰ این سیستم استفاده کرده و خدماتی که در نسخه ۲۰۰۷ سیستم مورد بحث وجود داشته در نسخه ۲۰۱۰ قابل استفاده نیست و در نتیجه نسخه مورد شکایت نمی‌تواند دارای ارزش اقتصادی تلقی شود. در صورتی که اظهارات وکیل متهم توسط کارشناس ثانویه تأیید شود می‌توان نتیجه گرفت که متهم نسخه ۲۰۰۷ سیستم مورد شکایت را افشاء نکرده بلکه نسخه ۲۰۱۰ آن را مورد استفاده قرار داده و در واقع افشاء کرده است که محتوای آن با نسخه مورد شکایت تفاوت‌های اساسی دارد و بدین لحاظ سیستم مورد شکایت خود به خود واجد ارزش اقتصادی نیست. وکیل متهم در قسمت سوم اظهارات خود با رد جنبه محرمانه نرم‌افزارهای مورد استفاده متهم، ارزش اقتصادی مستقل نرم‌افزارهای مورد شکایت را با جنبه محرمانه اطلاعات مرتبط با آن پیوند زده و از قابلیت دسترسی عموم به اطلاعات مورد بحث نتیجه گرفته که این اطلاعات نمی‌توانسته به طور مستقل دارای ارزش اقتصادی باشند. همان‌طور که قبلاً در تحلیل مقررات تریپس گفته شد بند (ب) ماده ۳۹ این مقررات نیز دقیقاً جنبه محرمانه اطلاعات را با ارزش اقتصادی آن دارای ارتباط کامل دانسته و اطلاعات را زمانی دارای ارزش تجاری می‌شناسد که جنبه محرمانه آن‌ها حفظ شده باشد. به عبارت دیگر اطلاعاتی شاکی آن‌ها را محرمانه ندانسته و در خصوص مورد حتی در سایت شاکی نیز قابل دسترسی است نمی‌تواند دارای ارزش مالی و تجاری تلقی شود.

نکته آخر در خصوص عنصر ارزش اقتصادی - که برای حمایت از اطلاعات نهانی از طریق اسرار تجاری اهمیت دارد - نحوه تعیین این ارزش است که در عمل مشکلاتی به همراه دارد. با توجه به اینکه معیار ارزشمندی اطلاعات به لحاظ اقتصادی یک معیار کیفی است نه

کمی، دست دادگاه‌ها در تعیین این ارزشمندی باز بوده و این امر به خودی خود می‌تواند به تشتت آراء در این زمینه منجر شود، به گونه‌ای که سطحی از ارزشمندی ممکن است توسط یک دادگاه پذیرفته شود و توسط دادگاه دیگری مردود اعلام شود (امیر ارجمندی، ۱۳۹۰: ۳۵). به نظر می‌رسد مراجع قضایی و کارشناسانی که تعیین ارزش اقتصادی اطلاعات نهانی مرتبط با برنامه‌های رایانه‌ای به آن‌ها واگذار می‌شود باید برای ارزیابی وجود یا عدم وجود ارزش مالی و تجاری این اطلاعات و میزان آن، به عرف بازار نرم‌افزار مراجعه کنند.

۲-۳- تلاش معقول برای حفاظت و حراست از اطلاعات

سومین معیار برای حمایت از اطلاعات به عنوان اسرار تجاری این است که اطلاعات یاد شده به سادگی قابل دستیابی یا احراز نباشند و تلاش‌های متعارف برای نگهداری و عدم افشای آن‌ها صورت گرفته باشد. این حفاظت باید به گونه‌ای باشد که اشخاص نامحرم، برای تحصیل آن‌ها مجبور به انجام اعمال فریبکارانه یا متقلبانه شوند، یا آن‌ها را با توسل به جاسوسی اقتصادی، کنترل غیرمجاز داده‌های الکترونیکی یا سایر ابزارهای غیرقانونی به دست آورند. به عبارت دیگر اگر سایر اشخاص با ملاحظه و آزمایشی ساده و با صرف اندکی وقت و هزینه بتوانند این اطلاعات را تحصیل کنند، دارنده اطلاعات مورد بحث نمی‌تواند خواستار حمایت‌های قانونی با توسل به اسرار تجاری شود (رهبری، پیشین: ۴۳-۴۴).

در زمینه نرم‌افزارها تلاش معقول برای حفظ محرمانگی اطلاعات مرتبط با نرم‌افزار باید با توجه به ماهیت فنی نرم‌افزار و محیطی که نرم‌افزار در آن قرار می‌گیرد تحلیل شود. بدیهی است در آنچه مربوط به اطلاعات نوشتاری راجع به نرم‌افزار می‌شود یا زمانی که اطلاعات مرتبط با نرم‌افزار (اعم از نوشتاری یا غیرنوشتاری) در قالب‌های الکترونیکی نظیر CD، DVD یا حافظه‌های الکترونیکی دیگر نگهداری می‌شوند، اقدامات لازم برای حفاظت از آن‌ها همانند هر اطلاعات نهانی دیگر است، ولی زمانی که نرم‌افزارها در محیط‌های رایانه‌ای یا فضای مجازی از جمله اینترنت قرار داده می‌شود، روش‌های سنتی برای حفاظت از اطلاعات محرمانه نظیر نگهداری در محل امن، کنترل مداوم این محل‌ها، پیش‌بینی شرط رازداری در قراردادهای منعقد با کارمندان بنگاه و نظایر آن کفایت نمی‌کند (صدقی، ۱۳۸۶: ۷۲-۷۳)؛ بلکه در این زمینه، توسل به (تدابیر فنی) ضرورت خواهد داشت. هر چند این تدابیر مختص نرم‌افزار نیست و در هر موردی که اطلاعات محرمانه‌ای در محیط‌های رایانه‌ای یا در بستر مبادلات الکترونیکی قرار می‌گیرد ضرورت دارد ولی از آنجا که اصولاً نرم‌افزارها اغلب در

چنین محیط‌هایی ذخیره، پردازش، بازیابی و منتقل می‌شوند، استفاده از تدابیر یادشده اجتناب‌ناپذیر خواهد بود.

معاهدات دوگانه وایپو سال ۱۹۹۶ راجع به حق مؤلف^۱ و حقوق مجاور^۲ و معاهده وایپو سال ۲۰۱۲ راجع به اجراهای آثار و اجراهای صوتی - تصویری معروف به معاهده پکن و همچنین در دستورالعمل‌های اروپایی ۱۹۹۱ و ۲۰۰۹ راجع به حمایت حقوقی از برنامه‌های رایانه‌ای، حمایت حقوقی از تدابیر فنی را پیش‌بینی کرده‌اند ولی در هیچ‌یک از این اسناد توصیفی از تدابیر فنی به عمل نیامده است. در مقابل دستورالعمل اروپایی ۲۰۰۷ راجع به هماهنگ‌سازی برخی جنبه‌های حق مؤلف و حقوق مرتبط در جامعه اطلاعاتی در بند ۳ ماده ۶ خود تدابیر فنی را چنین تعریف کرده است: «در چارچوب این دستورالعمل، منظور از تدابیر فنی، هر گونه فن‌آوری، ابزار یا ترکیبی از آنهاست که در محدوده عادی کارکردشان، ممانعت یا محدودیت اعمال غیرمجاز توسط دارنده حق مؤلف یا حقوق مرتبط یا حق مؤلف مقرر در قانون یا حقوق خاص^۳ مقرر در فصل سوم دستورالعمل اروپایی سال ۱۹۹۶^۴ را نسبت به آثار یا سایر موضوعات مورد حمایت هدف قرار داده است». برابر قسمت دوم این بند، تدابیر فنی زمانی مؤثر شناخته می‌شوند که استفاده از یک اثر مورد حمایت یا سایر موضوعات مشمول حمایت توسط صاحبان حقوق و به یاری یک رمز دسترسی یا یک شیوه حمایتی نظیر رمزنگاری یا سایر اشکال انتقال آثار یا موضوعات مورد حمایت یا یک ساز و کار کنترل کپی برای نیل به این هدف کنترل شود (Bitan, 2010: 228-258).

در حقوق ایران، تدابیر فنی حمایت از اطلاعات و داده‌ها در هیچ‌یک از مقررات قانونی پیش‌بینی نشده و طبیعتاً حمایت حقوقی از این تدابیر نیز به عمل نمی‌آید، ولی به نظر می‌رسد دادگاه‌های ایران با توجه به طبیعت نرم‌افزار و عرف موجود برای حفاظت از آنها، باید زمانی اقدامات مرتبط با حفظ محرمانگی اطلاعات مرتبط با نرم‌افزارها در محیط‌های رایانه‌ای یا الکترونیکی را معقول تلقی کنند، که شاکی یا خواهان اثبات کند تدابیر فنی متناسب با اطلاعات محرمانه نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای را برای جلوگیری از افشای این اطلاعات به کار گرفته است.

1. WCT (Wipo Copyright Treaty)

2. WPPT (Wipo Performance and Phonograms Treaty)

3. Sui generis

۴. منظور دستورالعمل اروپایی مورخ ۱۱ مارس ۱۹۹۶ راجع به حمایت حقوقی از پایگاه‌های داده است.

به عبارت دیگر تدابیری که برای حفظ جنبه محرمانه اطلاعات به کار گرفته می‌شود باید با ماهیت اطلاعات نهانی همخوانی و هماهنگی داشته باشد. در واقع، راهکارهایی که برای حفظ محرمانگی اطلاعات در دنیای مادی و فیزیکی به کار می‌رود در اینترنت و محیط‌های رایانه‌ای همواره کارآمد نیستند. به عنوان مثال، ارتش ایالات متحده آمریکا اطلاعات محرمانه را پیش از اینکه روی وب سایتش قرار گیرند سیاه می‌کرد تا قابل رؤیت نباشد. این اقدام که در مورد اطلاعات کاغذی اقدامی بدون نقض محسوب می‌شود در فضای سایبر فاقد هر گونه کارایی است، چون هر کاربری به راحتی می‌تواند، آن را خنثی کرده نوشته‌های مخفی را قابل رؤیت کند (امیر ارجمندی، ۱۳۹۰: ۸۵). نتیجه آنکه اطلاعات محرمانه مرتبط با عناصر مختلف نرم‌افزار باید با توجه به اینکه محیط کاغذی، برون خطی^۱ یا بر خط^۲ باشد از تدابیر فنی هماهنگ با آن برخوردار باشد.

در این خصوص اشاره به دعوی که لزوم تناسب بین اطلاعات و تدابیر حفاظتی را بروشنی بیان می‌کند مفید به نظر می‌رسد. مؤسسه آموزش عالی (آ) با طرح دعوا در دادسرای ویژه جرائم رایانه‌ای ادعا می‌کند شخص ناشناسی با دسترسی غیرمجاز به وب سایت مؤسسه، نسبت به سرقت اطلاعات فنی و اسرار تجاری شاکی اقدام کرده است. موضوع در شعبه اول دادیاری آن دادسرا مورد رسیدگی قرار می‌گیرد و دادسرا علاوه بر انجام تحقیقات لازم، موضوع را به منظور بررسی مستندات شاکی و اطلاعات موجود در سرور سایت شرکت و نیز ملاحظه و ردیابی دیتاهای^۳ موجود و نیز شناسایی افراد مظنون به کارشناس ارجاع می‌دهد. کارشناس ضمن تأیید مالکیت مؤسسه نسبت به اسرار تجاری و فنی و داده‌های مرتبط با اطلاعات دانشجویان و مشتریان مؤسسه، اعلام می‌دارد هر چند اطلاعات سایت شاکی در دسترس افراد عادی نبوده و امنیت دسترسی به طور نسبی رعایت شده ولی از نظر فنی، شرکت مهندسی (ت) که مسئول امنیت سرور شاکی بوده برخی از نکات مهم ایمنی نظیر باز گذاردن پورت SQL^۴ و اتصال از درون پراکسی (عامل دور زدن سرور امنیتی Firewall یا دیوار آتش) را رعایت نکرده است. دادسرا با توجه به نظر کارشناس و با این استدلال که مؤسسه شاکی تدابیر امنیتی لازم و متناسب با اسرار تجاری را رعایت نکرده به استناد ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی قرار منع تعقیب صادر می‌کند.

1. Off line
2. On line
3. datas
4. Structured Query Language (زبان جویب ساختاری)

۳- چگونگی حمایت از نرم‌افزار از طریق اسرار تجاری

حمایت از نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای از طریق اسرار تجاری می‌تواند به صورت قانونی یا قراردادی باشد که در زیر هر یک به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱- حمایت قانونی

ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی داده پیام‌های مرتبط با نرم‌افزارها و برنامه‌های رایانه‌ای را تحت عناصر سه‌گانه‌ای که پیش‌تر توضیح داده شد، مورد حمایت قرار داده و بدین ترتیب حمایت از اسرار تجاری را قانوناً شامل نرم‌افزار نیز دانسته است. با این همه، قانون تجارت الکترونیکی حمایت از اسرار تجاری در محیط‌های بر خط یا فضای سایبر را مورد حکم قرار داده و ضمانت اجراهای کیفری پیش‌بینی شده در ماده ۶۴ این قانون با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات و اصل تفسیر مضیق از احکام کیفری در محیط‌های کاغذی و رایانه‌ای برون خطی از جمله نسبت به اطلاعات مرتبط با نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای که در قالب‌های کاغذی یا رایانه‌ای برون خطی پردازش، ذخیره، بازیابی یا منتقل می‌شوند قابل اعمال نیست.

تردیدی نیست که نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای باید واجد شرایط سه‌گانه مورد نظر ماده ۶۵ باشند تا مشمول حمایت نظام اسرار تجاری قرار گیرد. رأی که در پنجم می ۱۹۸۱ از سوی دادگاهی در نانتر^۱ فرانسه صادر شده، هر چند قدیمی است ولی لزوم اجتماع این عناصر در نرم‌افزار را مورد تأکید قرار می‌دهد. در پرونده مورد بحث کارمند یک شرکت نرم‌افزاری کپی طراحی مقدماتی نرم‌افزار را در اختیار کارمند قدیمی همان شرکت قرار می‌دهد و دادگاه بر اساس شکایت شرکت بزه دیده اظهار نظر می‌کند: «... از آنجا که ماهیت محرمانه نرم‌افزار بدین معناست که، ۱- نرم افزار در دسترس عموم یا کسانی که رمز آن را در اختیار ندارند قرار نگیرد و رمز عبوری واقعی وجود داشته باشد که بدون آن دسترسی ممکن نشود؛ ۲-...۳- ارزش تجاری داشته باشد بدین معنا که قابل تجارت باشد و شرکت بزه‌دیده شرکتی خدماتی است که فعالیتش در زمینه فروش نرم‌افزار به بنگاه‌های صنعتی و تجاری است، لذا به دلایلی که گفته شد نرم‌افزار مشمول «اسرار ساخت»^۲ شناخته می‌شود و افشای اطلاعات آن جرمی است که مشمول ماده ۴۱۸ قانون جزای فرانسه قرار می‌گیرد» (Michel Vivant et autres, 2002: 20).

1. Nanterre

۲. این عبارت معادل اصطلاح فرانسوی *secret de fabrication* است که از اجزای اسرار تجاری محسوب می‌شود.

از آنجا که امکان حمایت قانونی از نرم‌افزارها و برنامه‌های رایانه‌ای در چارچوب هر سه نظام حمایتی حق مؤلف، حق اختراع و اسرار تجاری (حداقل در محیط‌های سایبری) وجود دارد، پاسخ به سه پرسش اساسی ضروری به نظر می‌رسد.

۱- توسل به اسرار تجاری به عنوان مؤثرترین حمایت قانونی: در اینجا پرسش این است که کدامیک از نظام‌های حق مؤلف و حق اختراع از یک سو و اسرار تجاری از سوی دیگر حمایت مؤثرتری از نرم‌افزار یا برنامه‌های رایانه‌ای به عمل می‌آورند؟ پاسخ یگانه‌ای برای این پرسش وجود ندارد، چون با توجه به معیارهای مختلفی که ممکن است برای شخص دارنده اطلاعات اهمیت داشته باشد، وی می‌تواند این یا آن روش حمایتی را برگزیند. این معیارها عبارتند از: هزینه‌های ثبت و نگهداری اختراعات، حفظ ارزش اطلاعات در بازار، رعایت تشریفات، آگاهی احتمالی رقبا از اطلاعات در صورت ثبت آن‌ها به عنوان اختراع، سختی یا سهولت راز پوشی و نحوه تعقیب حقوقی و قضایی و ... (رهبری، پیشین: ۹۶-۹۸). با این همه، در آنچه به حمایت از نرم‌افزارها به ویژه در محیط‌های سایبری مربوط می‌شود، توسعه بیش از پیش اینترنت و گسترش دسترسی عموم به آن از یک سو و توسعه ابزارهای ورود، شنود و دسترسی غیرمجاز به سامانه‌های الکترونیکی از قبیل سایت‌ها، ای‌میل‌ها، حافظه‌های الکترونیکی و تلفن‌های همراه متعلق به دیگران، امکان دسترسی بیش از پیش نامحرم‌ان به اطلاعات نهانی شرکت‌ها و بنگاه‌ها از جمله اطلاعات راجع به برنامه‌های طراحی مقدماتی نرم‌افزار، کدهای موضوع^۱ و متن برنامه‌های^۲ رایانه‌ای را فراهم کرده است. به گونه‌ای که محرمانه نگهداشتن این گونه اطلاعات در محیط‌های سایبری هر روز دشوارتر و پرهزینه‌تر از پیش می‌شود. در چنین شرایطی به نفع پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای خواهد بود که برای حفظ منافع خود آن را مشمول نظام حق مؤلف (کپی رایت) یا حق اختراع قرار دهند. به عنوان مثال، در سال ۲۰۰۴ شرکت مایکروسافت برای مرورگر اینترنتی خود فن‌آوری برنامه‌های متقابل را تهیه کرده بود که به کاربر امکان می‌داد، دستورات و داده‌ها را وارد سیستم کرده، آن‌ها را تحت کنترل اجرا کند و روند اجرای دستور را دنبال نماید. اما پس از مدتی که اطلاعات را به صورت راز نگاهداشت، به منظور حفظ حقوق خود در نهایت ترجیح داد آن را به ثبت برساند (رهبری، پیشین: ۱۲۹). در این میان، حمایت از نرم‌افزار از طریق حق مؤلف و در

1. Object code

2. Source code

عرصه بین‌المللی، به ویژه با این امتیاز بزرگ همراه است که به محض خلق اثر و بدون اینکه نیاز به رعایت تشریفات خاصی داشته باشد، می‌تواند در تمامی کشورها عضو کنوانسیون‌های بین‌المللی در زمینه حق مؤلف از حمایت‌های حداقلی مذکور در این کنوانسیون‌ها بهره‌مند شود، در حالی که در خصوص اسرار تجاری، دارنده اطلاعات تجاری محرمانه برای برخورداری از حمایت از طریق قواعد حاکم بر اسرار تجاری باید شرایط قانونی حمایت از این طریق را در کشوری که حمایت در آن درخواست می‌شود برآورده سازد.

۲- موارد ناگزیر توسل به حمایت از نرم افزار با توسل به اسرار تجاری: پرسش دوم این است که در چه مواردی دارنده اطلاعات مرتبط با نرم‌افزارها و برنامه‌های رایانه‌ای ناگزیر از توسل به نظام اسرار تجاری می‌شود؟ همان‌طور که یکی از حقوقدانان متخصص در این زمینه بیان کرده به لحاظ نظری، در مورد آثار فکری که بالقوه می‌توانند مورد حمایت نظام حق مؤلف یا حق اختراع قرار بگیرند، توسل به نظام اسرار تجاری اصولاً زمانی مورد توجه قرار می‌گیرد که یا دارنده اطلاعات تمایل به استفاده از این نظام به دلیل مزایای آن از جمله فقدان محدودیت زمانی (برای حمایت) داشته باشد؛ یا اثر مورد نظر از شرایط حمایت در چارچوب حق مؤلف یا حق اختراع برخوردار نباشد؛ یا نظام‌های یاد شده حمایت مؤثر از اثر فکری به عمل نیابند (قاجار قیونلو، پیشین: ۳۷۳). به عنوان مثال اگر پدیدآورنده نرم‌افزار قصد اخذ تأییدیه فنی موضوع ماده ۸ قانون حمایت از پدید آورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای ۱۳۷۹ را داشته باشد تا بتواند از امتیازات نظام حق مؤلف بهره‌مند شود این امکان وجود دارد که شورای عالی انفورماتیک به دلیل اصیل نبودن اثر یا به این دلیل که آنچه ارائه شده چیزی جز ایده صرف نیست و هنوز نمود بیرونی پیدا نکرده یا حتی به این دلیل که نرم‌افزار برای اولین بار در ایران تولید و توزیع نشده است (ماده ۱۶ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای سال ۱۳۷۹) از صدور تأییدیه برای نرم‌افزار مورد بحث خودداری کند، در چنین وضعیتی پدیدآورنده چاره‌ای جز حفظ اطلاعات مربوط و امید به بهره‌برداری از حمایت‌های نظام اسرار تجاری نخواهد داشت.

در آنچه به طور مشخص به ایده‌های مرتبط با خلق نرم‌افزار مربوط می‌شود، تبصره ۲ ماده ۲ آیین‌نامه اجرائی قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای سال ۱۳۷۹ تصریح می‌کند که خلق عملیات نرم‌افزاری در ذهن یا بیان مخلوق ذهنی، بدون اینکه برنامه‌های رایانه‌ای و مستندات و دستورالعمل‌های آن تدوین شده باشد، نرم‌افزار محسوب نمی‌شود و برای

خالق آن حقوقی ایجاد نمی‌کند. این اصل تقریباً در تمامی مقررات بین‌المللی مرتبط با حمایت از مالکیت ادبی و هنری نظیر معاهدات وایپو و موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری مالکیت فکری مورد تأکید قرار گرفته است. با این همه، ایده‌ها به شرط دارا بودن عناصر اسرار تجاری می‌تواند به همین عنوان مورد حمایت قرار گیرد. بنابراین در اینکه ایده‌ها بتوانند به عنوان اطلاعات محرمانه از حمایت قانونگذار بهره‌مند شوند تردیدی وجود ندارد، اما بدین منظور برخی حقوقدانان انگلیسی اجتماع سه شرط را ضروری دانسته‌اند: در وهله اول، اطلاعات محتوای ایده‌ها باید باندازه کافی توسعه یافته باشد و به عبارتی از پختگی لازم برخوردار باشد؛ دوم، این اطلاعات باید برخی عناصر اصالت را در خود داشته باشد، به این مفهوم که قبلاً در قلمرو عمومی قرار نگرفته باشد؛ و سوم اینکه از جذابیت تجاری بالقوه برخوردار بوده، قابلیت اجرایی داشته باشد (Colston & Gallowa, Op.cit: 238). در خصوص نرم‌افزارها ایده‌های مرتبط با بخش‌هایی از نرم‌افزار که می‌تواند مستقلاً دارای ارزش اقتصادی باشند نظیر طراحی مقدماتی برنامه رایانه‌ای یا مستندات نرم‌افزار ممکن است واجد خصوصیات یاد شده تلقی شوند.

در موردی که پدیدآورنده در نظر دارد برنامه رایانه‌ای با رعایت شرایط مقرر در قانون ثبت اختراعات و طرح‌های صنعتی و علامت تجاری سال ۱۳۸۶ و آیین‌نامه اجرائی آن به عنوان اختراع به ثبت برساند، ممکن است کمیته اختراع نرم‌افزار به دلیل فقدان هر یک از شرایط ضروری نظیر خارج بودن از حیطه اختراعات، فقدان تازگی، کاربرد صنعتی جدید یا گام ابتکاری آن را واجد شرایط نرم‌افزارهای اختراعی تشخیص ندهد. در این مورد نیز پدید آورنده (در صورتی که اثر نتواند مشمول حق مؤلف نیز قرار گیرد) ناگزیر از تمسک به نظام حمایتی اسرار تجاری خواهد بود. البته همان‌طور که گفته شد حمایت از طریق اسرار تجاری نیز خود به خودی نیست بلکه وجود هر سه شرط مندرج در ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی باید اثبات شود.

۳- امکان حمایت همزمان از نرم‌افزار با توسل به اسرار تجاری، حق مؤلف و حق اختراع: یکی دیگر از پرسش‌ها این است که آیا امکان حمایت از برنامه‌های رایانه‌ای توسط اسرار تجاری از یک سو و نظام حق مؤلف و حق اختراع از سوی دیگر به طور همزمان وجود دارد یا خیر؟ در حقوق ایران پاسخ صریحی به این پرسش داده نشده است. در عرصه اتحادیه اروپا، حداقل به لحاظ نظری امکان چنین حمایتی در خصوص برنامه‌های رایانه‌ای منتفی نیست. زیرا بند ۱ ماده ۸ دستورالعمل اروپایی شماره ۲۰۰۹/۲۴ مورخ ۲۳ آوریل ۲۰۰۹ راجع به

حمایت حقوقی از برنامه‌های رایانه‌ای که جانشین دستورالعمل اروپایی سال ۱۹۹۱ در این مورد شده مقرر می‌دارد: مقررات این دستورالعمل سایر مقررات قانونی مرتبط با پروانه‌های اختراع، علامت‌های تجاری، رقابت ناسالم، اسرار تجاری، حمایت از نیمه هادی‌ها یا حقوق قراردادها را منتفی نمی‌سازد. با این همه، جمع حمایت از نرم‌افزار با توسل به نظام اسرار تجاری از یک سو و حمایت توسط حق مؤلف یا حق اختراع از سوی دیگر در عمل با موانعی همراه است. در آنچه به حق مؤلف مربوط می‌شود، از آنجا که با عرضه نرم‌افزار خلق شده به عموم (یا اخذ تأییدیه فنی نرم‌افزار به موجب ماده ۸ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم‌افزارهای رایانه‌ای سال ۱۳۷۹ تمامی عناصر آن افشاء می‌شود، در نتیجه چیزی جز متن برنامه یا کد سورس به عنوان راز باقی نمی‌ماند تا مشمول نظام اسرار تجاری قرار گیرد. تعهد عدم دسترسی به کد سورس که به اشخاص دارای حق بهره‌برداری از نرم‌افزار (زرکلام، ۱۳۸۰: ۶۳)، یا تحت شرایطی به مشتری قراردادهای سفارش نرم‌افزار تحمیل می‌شود^۱، در چارچوب این قراردادها قابل توجیه است و صرف نقض این تعهد منجر به مسئولیت قراردادی می‌شود، بدون اینکه نیاز به اثبات عناصر سه‌گانه اسرار تجاری باشد. با این همه، وجود مواردی که بتوان به طور همزمان به حمایت بین حق مؤلف و اسرار تجاری در مورد نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای متوسل شد به کلی منتفی نیست. به عنوان مثال، زمانی که نرم‌افزاری مشمول حق مؤلف قرار دارد، ممکن است کارمندان پدیدآورنده نسبت به عدم افشای کد سورس یا تغییرات و تحولاتی که تحت حمایت در نرم‌افزار مشمول حق مؤلف پدید آمده متعهد باشند. همچنین همان‌طور که گفته شد مشتری نرم‌افزارهای سفارشی هم ممکن است، متعهد به رازداری نسبت به اطلاعاتی شود که در مدت انجام سفارش به آن‌ها دسترسی پیدا می‌کند. در خصوص امکان حمایت همزمان توسط نظام حق اختراع و نظام اسرار تجاری نیز گفته شده است: «مخترعی که قصد ثبت دستاورد خود را دارد می‌تواند تا پیش از تقدیم اظهارنامه دریافت گواهی‌نامه اختراع و پس از تسلیم اظهارنامه و پیش از انتشار آن، اطلاعات مربوط به ابتکار را محرمانه و به مثابه راز تجاری خود تلقی کند و در این دوره زمانی از

۱. بند ۲ ماده ۶ ق.ح.ب.ن.ر. ۱۳۷۹، حقوق مادی نرم‌افزار را متعلق به سفارش‌دهنده می‌داند؛ مگر اینکه بین طرفین به نحو دیگری توافق شده باشد. بنا براین در صورت پیش‌بینی شرط مخالف، پدیدآورنده همچنان مالک نرم‌افزار تلقی می‌شود. از آنجا که لازمه مالکیت نرم‌افزار حفظ حقوق نسبت به کد سورس یا متن برنامه نیز خواهد بود، قرارداد سفارش نرم‌افزار به علاوه ممکن است حاوی شرط رازداری نسبت به متن برنامه یا سایر عناصر نرم‌افزار یا برنامه رایانه‌ای نیز باشد.

حمایت‌های اسرار تجاری برخوردار شود» (رهبری، پیشین: ۹۵). بدیهی است پس از تقاضای ثبت نرم‌افزار به عنوان اختراع، از آنجا که لازمه چنین تقاضایی افشای جزئیات مربوط به نرم‌افزار از جمله سورس کد یا متن برنامه آن خواهد بود، لذا توسل به اسرار تجاری به طور طبیعی منتفی خواهد بود.

۳-۲- حمایت قراردادی

در خصوص حمایت از اسرار تجاری راجع به نرم‌افزارها و برنامه‌های رایانه‌ای موضوع از چهار منظر قابل بررسی است؛ ضرورت حمایت‌های قراردادی، ویژگی‌های این نوع از حمایت، قراردادهای عمده مشمول اسرار تجاری و نمونه‌هایی از توافقات راجع به حمایت از این اسرار.

۱- ضرورت حمایت قراردادی: در قراردادهای نرم‌افزاری به ویژه قراردادهای سفارش یا توسعه نرم‌افزار، حفظ اسرار راجع به هر فرآیند، تکنیک، نقشه‌ها و مطالعاتی که توسط شرکت خدمات نرم‌افزاری در اختیار مشتری قرار می‌گیرد، اعم از اینکه نرم‌افزار اختراع یا دانش فنی محسوب شود یا مشمول نظام حق مؤلف قرار گیرد از اهمیت فراوانی برخوردار است. به علاوه، به طور معمول مشتری نباید نقشه‌ها و اسناد تدوین شده توسط طرف قرارداد خود را دوباره مورد استفاده قرار دهد. برای نیل به اهداف یاد شده، درج شرط رازداری در بسیاری از قراردادهای مرتبط با نرم‌افزار ضرورت خواهد داشت. متقابلاً، شرکت خدمات نرم‌افزاری ممکن است به نوبه خود متعهد به حفظ رازداری راجع به داده‌ها و اطلاعاتی شود که در جریان اجرای قرارداد از آن‌ها آگاه می‌شود و در مالکیت کارفرما یا مشتری قرار دارد (Le Tourneau, 2006: 62).

به طور کلی حمایت از نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای با بهره‌گیری از ساز و کارهای قراردادی و در چارچوب اسرار تجاری در دو مورد می‌تواند مورد توجه دارنده اطلاعات نهانی قرار گیرد؛ اول، زمانی که حقوق داخلی هیچ‌گونه حمایت قانونی از اسرار تجاری به طور کلی و اسرار تجاری مرتبط با اطلاعات نرم‌افزاری به طور خاص به عمل نمی‌آورد و دوم، هنگامی که چنین حمایتی موجود است ولی به نظر دارنده اطلاعات، کافی و مؤثر نیستند. در آنچه به حقوق ایران مربوط می‌شود، همان‌طور که گفته شد در محیط‌های واقعی در برخی موارد می‌توان با توسل به ماده ۶۴۸ قانون مجازات اسلامی اشخاصی را که به مناسبت شغل و حرفه خود محرم اسرار می‌شوند، به دلیل نقض اسرار تجاری مورد تعقیب کیفری قرار داد و خسارات وارد شده در نتیجه نقض این اسرار را در قالب دعوای مدنی به

تبع امر کیفری مطالبه کرد. همچنین در چارچوب سایر مقررات قانونی خاص نظیر مسئولیت مدنی یا حقوق رقابت حمایت از اسرار تجاری را می‌توان از مراجع قضائی تقاضا کرد. ولی این مقررات برای حمایت از اسرار تجاری نرم‌افزار در محیط‌های واقعی به هیچ‌وجه کافی و مؤثر نیستند، بنابراین، توسل به ابزارهای قراردادی برای حمایت از نرم‌افزارها و برنامه‌های رایانه‌ای در محیط‌های واقعی یا خارج از محیط‌های سایبری^۱ اهمیت ویژه‌ای پیدا می‌کند. حتی در محیط‌های سایبری و با وجود ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی نیز تنظیم قرارداد این فایده را در برخواهد داشت که علاوه بر ماهیت هشداردهندگی به اشخاصی که اطلاعات تجاری محرمانه را در اختیار دارند، می‌تواند ضمانت اجراهای مدنی مشخصی را در صورت نقض اسرار تجاری در نظر بگیرد.

۲- ویژگی‌های حمایت قراردادی: حمایت قراردادی از اسرار تجاری نرم‌افزار در مقایسه با حمایت‌های قانونی از ویژگی‌هایی برخوردار است که شناخت آن‌ها ضروری به نظر می‌رسد.

الف- اثر نسبی قرارداد مبتنی بر رازداری: برخلاف حمایت قانونی که از دارنده اطلاعات نهانی در مقابل همگان حمایت می‌کند، مثل هر قرارداد دیگر توافقات راجع به حفظ اسرار تجاری دارای اثر نسبی است. در نتیجه حمایت قراردادی فقط شخص یا اشخاص طرف قرارداد را در حدود توافق طرفین یا تعهد یکجانبه یک طرف قرارداد، مسئول افشای اطلاعات قرار می‌دهد. این اشخاص در شرکت‌های نرم‌افزاری عمدتاً کارمندان، طرف‌های قرارداد شرکت و اشخاص ثالثی هستند که به هر دلیل ممکن است به این اطلاعات دسترسی داشته باشند. به همین دلیل به نظر برخی حقوقدانان متخصص در این زمینه، پیش‌بینی توافقات راجع به رازداری در خصوص اسرار تجاری زمانی اثر بخش و مفید خواهد بود که تعداد طرف‌های قرارداد یا استفاده‌کنندگان از نرم‌افزار محدود باشند (Hollande et Linant de Bellefonds, Op.cit: 274-275).

ب- استقلال شرط یا تعهد رازداری نسبت به قرارداد اصلی: یکی دیگر از ویژگی‌های قراردادهای نرم‌افزاری این است که شرط مرتبط با رازداری از قرارداد پایه مستقل است. به عبارت دیگر، در این قراردادها تصریح می‌شود که در صورت فسخ یا کان لم یکن شدن قرارداد یا کشف بطلان آن از ابتدا، ماده مربوط به حفظ اسرار فنی و تجاری

1. Offline

همچنان معتبر باقی خواهد ماند و بدین ترتیب دو توافق در قالب یک قرارداد منعقد می‌شود (صادقی نشاط، ۱۳۸۹: ۲۶۱). هر چند با توجه به قواعد عمومی حاکم بر قراردادها در حقوق ایران، گفته شده است: «در صورتی که عقد مشروط یکی از شرایط صحت خود را دارا نباشد عقد باطل است و شرط نیز به تبع آن باطل خواهد بود. زیرا شرط متکی به وجود عقد است و ممکن نیست اصل وجود حقوقی نداشته باشد ولی فرع آن دارای هستی حقوقی باشد» (شهیدی، ۱۳۸۷: ۲۳)، ولی قانونگذار ایرانی بنا به ضرورت‌های تجاری و بین‌المللی گاه اصل استقلال شرط نسبت به عقد را پذیرفته است که از آن جمله می‌توان به استقلال شرط داوری از قرارداد اصلی موضوع بند ۱ ماده ۱۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران سال ۱۳۷۶ اشاره کرد. در مورد شرط مرتبط با اسرار تجاری نیز استقلال شرط از قرارداد پایه با توجه به ملاحظات تجاری و اقتصادی اجتناب‌ناپذیر به نظر می‌رسد؛ زیرا بطلان قرارداد، ماهیت اطلاعات کسب شده را تغییر نمی‌دهد و امکان سوءاستفاده از آن همواره وجود دارد. از سوی دیگر، اسراری که شخص ثالث در مدت انجام قرارداد پایه از آن آگاه می‌شود می‌تواند الزاماً ارتباطی با قرارداد پایه نداشته باشد. به عنوان مثال کارمند یک شرکت نرم‌افزاری ممکن است در مدت فعالیت خود در شرکت، نه تنها از اطلاعات نرم‌افزارهایی که برای پدید آوردن آن استخدام شده، بلکه از اطلاعات نهانی سایر نرم‌افزارهایی هم که به طور همزمان در این شرکت در حال توسعه است مطلع شود. سرانجام، اغلب شروط رازداری مندرج در قراردادها، شخص را متعهد به رازداری یک یا حتی چند سال پس از اتمام قرارداد به هر دلیلی (فسخ، انفساخ، اقاله و ...) می‌کنند یعنی زمانی که روابط قراردادی دیگر حیات حقوقی ندارد، امری که خود به تنهایی لزوم استقلال تعهد رازداری از قرارداد پایه را به خوبی نشان می‌دهد.

ج- اصل پیروی قراردادهای مبتنی بر رازداری از شرایط حمایت از اسرار تجاری: در صورتی که تعهد به رازداری نسبت به اسرار تجاری به طور کلی (بدون ذکر مواردی که سری تلقی می‌شوند) صورت گیرد^۱، اعم از اینکه این تعهد در نتیجه شرط رازداری یا توافق راجع به رازداری باشد، برای اثر بخشی باید عناصر سه‌گانه حمایت از اسرار تجاری به شرح ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی را در خود داشته باشد. بنابراین اگر افشای اسرار تجاری توسط خود

۱. به عنوان مثال در شرط رازداری ذکر شود: کارمند در طول مدت قرارداد و دو سال پس از آن، متعهد به رازداری نسبت به تمامی اطلاعاتی است که در طول فعالیت خود در شرکت تحصیل کرده است.

ذی‌نفع اسرار تجاری صورت گیرد، همچنین اگر اطلاعات موضوع رازداری در نتیجه رقابت یا به دلایل دیگر ارزش اقتصادی خود را از دست بدهد و سرانجام تدابیر حفاظتی از این اسرار توسط دارنده آن‌ها نادیده گرفته شود، به گونه‌ای که اشخاص ثالث بدون اینکه تلاش ویژه‌ای به کار ببرند بتوانند به این اطلاعات دسترسی پیدا کنند، مسئولیت قراردادی شخصی که متعهد به رازداری شده منتفی خواهد شد. این نتیجه‌گیری در مورد قراردادهایی نیز که تعهد عدم افشای اسرار تجاری به طور غیرمستقیم از آن استنباط می‌شود نیز قابل تسری است. دادگاه‌های آمریکا، افشای اسرار تجاری را در مورد مشاور مالی یک شرکت که اطلاعات محرمانه آن را برای شرکت رقیب افشاء کرده بود پذیرفته است در حالی که هیچ‌گونه توافق محدودکننده بین طرفین وجود نداشت (رهبری، پیشین: ۲۱۳).

به نظر می‌رسد حکم یاد شده در بالا در دو مورد استثناء بپذیرد. مورد اول زمانی است که اطلاعات به عنوان امانت در اختیار شخصی قرار گیرد و قرار بر استرداد یا استفاده از آن در مورد مشخصی باشد. در واقع، استنباط از ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی این است که اگر اطلاعات حاوی اسرار تجاری به عنوان امانت یا اجاره، رهن یا وکالت توسط دارنده اطلاعات در اختیار شخص دیگری اعم از کارمند، طرف قرارداد یا ... قرار گرفته و بنابر استرداد یا رساندن آن‌ها به مصرف معینی باشد، اثبات عناصر سه‌گانه اسرار تجاری موضوع ماده ۶۵ قانون تجارت الکترونیکی ضرورت نخواهد داشت. به ویژه زمانی که اطلاعات محرمانه به صورت نوشته باشند، نظیر بخش‌های نوشته برنامه‌های رایانه‌ای، در صورت اجتماع سایر شرایط مورد نظر ماده ۶۷۴ قانون مجازات اسلامی، تردیدی در مسئولیت کیفری و مدنی شخصی که اطلاعات به سپرده شده بوده نباید کرد.

با این همه، ممکن است قرارداد طوری تنظیم شود که اشخاص ثالث علاوه بر تعهد رازداری به عنوان امین نیز مسئول شناخته شوند. مثال بارز در این زمینه قراردادهای لیسانس یا واگذاری حق بهره‌برداری از نرم‌افزارها است. در مواردی که برنامه رایانه‌ای به لحاظ مالی و تجاری از ارزش زیادی برخوردار است، معمولاً کپی کد سورس (متن برنامه) اصلی نرم‌افزار موضوع لیسانس نزد شخص حقیقی یا شخص حقوقی که «Escrow Agent» نامیده می‌شود به عنوان امانت سپرده می‌شود تا بهره‌بردار در قالب قرارداد سه‌جانبه موسوم به «Escrow Agreement» و با رعایت شرایطی که در قرارداد لیسانس آمده بتواند به آن دسترسی داشته باشد (Reed & Angel, 2007: 33). در سطح اتحادیه اروپا این حق تحت عنوان «دی کامپایل کردن» برای دارنده حق استفاده به

رسمیت شناخته شده است^۱. در این قراردادها چگونگی سپردن نرم‌افزار به شکل متن برنامه یا سورس کد و شرایط استفاده بهره‌بردار از آن و مسئولیت‌های قراردادی امین پیش‌بینی می‌شود. این گونه قراردادها معمولاً امین را متعهد به رازداری نسبت به نرم‌افزار می‌کنند (Michel Vivant et autres, 2002 Guide, solutions et applications... pp.108&92): در نتیجه امین ممکن است به دلیل نقض تعهد رازداری مسئول شناخته شود. این شخص همچنین ممکن است بدون اینکه تعهد رازداری را نقض کرده باشد به دلیل خیانت در امانت نسبت به متن برنامه دارای ماهیت محرمانه نیز مسئولیت کیفری و مدنی پیدا کند که در این صورت اثبات عناصر اسرار تجاری ضروری نخواهد بود و اثبات عناصر خیانت در امانت برای مسئول دانستن امین کفایت خواهد کرد.

استثنای دوم از اصل مذکور در فوق (تبعیت تعهد رازداری از شرایط حاکم بر اسرار تجاری) زمانی است که موضوع تعهد رازداری به طور مشخص و معین در آن ذکر شده باشد. به عنوان مثال، زمانی که تعهد رازداری کارمند یک شرکت نرم‌افزاری به طور مشخص نسبت به نرم‌افزارهای در حال توسعه (با قید نام یا کارکرد آن‌ها)، طراحی اولیه یا سورس کد آن‌ها یا قراردادهایی باشد که شرکت با اشخاص ثالث منعقد کرده است. در این صورت، افشای موضوعاتی که با توافق طرفین محرمانه تلقی شده‌اند نقض عهد محسوب و مسئولیت قراردادی کارمند را به دنبال خواهد داشت، بدون اینکه اثبات عناصر اسرار تجاری قانونی به شرحی که گفته شد، ضرورت داشته باشد.

چهارم، امکان تصریح به ضمانت اجراهای مدنی مشخص و معین: هر چند قراردادهای ناظر به حفظ اسرار تجاری یا عدم افشای آن‌ها به دلیل اثر نسبی قراردادها فقط اشخاص

۱. بند ۱ ماده ۶ دستورالعمل اروپایی ۲۰۰۹ راجع به حمایت حقوقی از نرم‌افزارهای رایانه‌ای تحت عنوان دی کامپایل کردن مقرر می‌دارد: «در مواردی که تکثیر برنامه مبدأ (code source) یا ترجمه شکل این برنامه به مفهوم قسمت‌های الف و ب بند ۱ ماده ۴ برای دسترسی به اطلاعات ضروری برای همکنشی یک برنامه ایجاد شده به طور مستقل یا سایر برنامه‌ها ضرورت داشته باشد، به شرط اجتماع شرایط زیر نیاز به اجازه صاحب حق ندارد: الف- این اعمال توسط انتقال‌گیرنده حق بهره‌برداری (licensee) یا توسط هر شخص دیگری که حق استفاده از کپی برنامه را دارد، یا توسط شخصی که به حساب آن‌ها عمل می‌کند انجام گیرد؛ ب- اطلاعات ضروری برای همکنشی برای اشخاص یاد شده در بند الف به سادگی و به سرعت قابل دسترسی نباشد؛ ج- این اعمال محدود به بخش‌هایی از برنامه اصلی که برای همکنشی ضروری است، محدود شود (ترجمه از مؤلف مقاله).

متعهد به موجب قرارداد را مسئول نقض آن‌ها قرار می‌دهد و شامل اشخاص خارج از قرارداد نمی‌شود ولی از این حسن بزرگ برخوردار است که می‌تواند برای نقض اطلاعات تجاری محرمانه موضوع قرارداد ضمانت اجراهای مشخصی در نظر بگیرد. تفاوت چنین ضمانت اجراهایی با ضمانت اجراهای نقض ناشی از نقض قانونی اسرار تجاری این است که در مورد اخیر دارنده اسرار تجاری باید علاوه بر اثبات عناصر حمایت از رازهای تجاری، میزان خسارات وارد به خود را نیز اثبات کند در حالی که میزان خسارت در صورت نقض اسرار تجاری از پیش قابل تعیین است.^۱

۳- قراردادهای رایانه‌ای عمده مشمول اسرار تجاری: تعهدات مرتبط با رازداری و حفظ اسرار برنامه‌های رایانه‌ای باید به طور روشمند در انواع متعدد قراردادهای نرم‌افزاری قید شود. به عنوان مثال به چگونگی درج این تعهد در قراردادهای واگذاری حق بهره‌برداری از نرم‌افزار (قراردادهای لیسانس) و قراردادهای رایانه‌ای برخط اشاره می‌کنیم.

اول، قراردادهای واگذاری حق بهره‌برداری از نرم‌افزار: در صورتی که قرارداد مرتبط با بسته نرم‌افزاری^۲ باشد بهره‌بردار یا کاربر^۳ باید به حفظ اسرار انتقال دهنده^۴ تن در دهد (زرکلام، ۱۳۸۸: ۳۰۰). هر چند ماهیت بسته‌های نرم‌افزاری استفاده از آن توسط تعداد قابل توجهی از افراد را تداعی می‌کند ولی طراح نرم‌افزار می‌تواند متوقع باشد برخی عناصر آن محرمانه بماند:

۱. نمونه‌ای از شرط رازداری مندرج در اغلب قراردادهای نرم‌افزاری: «طرفین متعهد می‌شوند نهایت رازداری را در خصوص آنچه ممکن است در جریان اجرای قرارداد حاضر و در طول مدت قرارداد و ظرف دو سال پس از انقضای آن فرا می‌گیرند، به عمل آورند و کارکنان خود را ملزم به رعایت آن کنند. هر گونه تبادل اطلاعات سری باید کتبی بوده، توسط متعهد به رازداری امضاء شود. اگر اختراع نرم‌افزار جنبه عمومی پیدا کند و خارج از قلمرو دخالت شخص متعهد قرار گیرد، تعهد رازداری از بین خواهد رفت. هر دو طرف توافق می‌کنند موجودیت این قرارداد را علنی کنند ولی متعهد می‌شوند که مفاد آن را جز حسب موافقت کتبی طرف دیگر افشاء نکند. «این شرط می‌تواند با پیش‌بینی ساز و کارهایی که برای تضمین سری ماندن اطلاعات به کار می‌روند تکمیل شوند. این ساز و کارها عبارتند از: - اعاده مدارک در صورت فسخ قرارداد؛ - امضای تعهد رازداری توسط افراد ذی‌نفع؛ - انجام پیش‌بینی‌های امنیتی یا تدابیر خنثی‌کننده افشای اطلاعات سری (زرکلام، ۱۳۸۰: ۴۲-۴۳).

2. Package (به فرانسه) Progiel; (به انگلیسی) Package

3. Licensee

4. Licensor

در مورد بسته‌های نرم‌افزاری مهم که حق استفاده از آن‌ها به اشخاص معینی انتقال می‌یابد، شروط مرتبط با متعهد ساختن مشتری در قبال حفظ اسرار تجاری مرتبط با نرم‌افزار قابل درج خواهد بود؛

در خصوص بسته‌های نرم‌افزاری قابل استفاده در ریز - رایانه‌ها^۱ ممنوعیت تکثیر برنامه به جز برای حفظ نسخه پشتیبان^۲ از جمله شرایط عمومی فروش نرم‌افزار تلقی می‌شود. این شرایط بر روی کاغذ داخل بسته‌بندی قالب مادی نرم‌افزاری (CD-ROM یا DVD) یا حافظه‌های رایانه‌ای دیگر درج می‌شود و فرض این است که خریدار با خرید بسته نرم‌افزاری از شرایط بهره‌برداری از آن آگاه شده است^۳ (Reed & Angel, 2007: 44-46).

در صورتی که خلق نرم‌افزار در نتیجه سفارش مطرح باشد، حفظ اسرار تجاری برای استفاده کننده (سفارش دهنده) که در صدد حفظ حقوق انحصاری خود راجع به نرم‌افزار است دارای اهمیت خواهد بود (Hollande & Linant de Bellefonds, Op.cit: 275).

دوم، قراردادهای نرم‌افزاری در فضای سایبر: زمانی که با توجه به نیاز مرتبط با عملیات اصلی انتقال نرم‌افزار از سوی دارنده حقوق راجع به نرم‌افزار به مشتری در محیط‌های سایبری ضرورت پیدا کند برنامه‌های انتقالی متضمن تعهد کلی رازداری خواهند بود. این تعهد نه تنها شامل برنامه‌ها بلکه شامل عناصر اطلاعاتی خواهد بود که معادل آن‌ها داده یا فایل وجود دارد (Hollande & Linant de Bellefonds, Ibid).

نتیجه‌گیری

هر چند حمایت از نرم‌افزارها در چارچوب نظام اسرار تجاری از قواعد حاکم بر این نظام پیروی می‌کند ولی چگونگی تطبیق این قواعد در خصوص نرم‌افزار اهمیت دارد. قبل از همه ویژگی منحصر به فرد حقوق ایران، وجود حمایت قانونی صریح از اسرار تجاری در محیط الکترونیکی و فقدان حمایت از آن در محیط‌های واقعی (کاغذی و رایانه‌ای برون خطی) است. در خصوص شرایط حمایت از اسرار تجاری نرم‌افزارها یا برنامه‌های رایانه‌ای توجه به ویژگی‌های نرم‌افزارها به عنوان یک اثر فنی که می‌تواند مشمول هر دو نظام حمایتی حق مؤلف و حق اختراع هم قرار گیرد ضروری به نظر می‌رسد. قبل از همه در صورتی که نرم‌افزار

1. Micro-computer
2. Back-Up
3. Shrink-wrap licensing

در اختیار همگان قرار گیرد از جمله توسط ابزارهای الکترونیکی یا در قالب‌های کاغذی افشاء شده باشد امکان حمایت از آن وجود نخواهد داشت. ارزش اقتصادی اطلاعات افشاء در پیوند تنگاتنگ با جنبه محرمانه اطلاعات مرتبط با نرم‌افزار قرار دارد به گونه‌ای که معمولاً عناصری از برنامه رایانه‌ای محرمانه نگداشته می‌شوند که دارای ارزش اقتصادی مستقل هستند. در آنچه به شرط رازداری اطلاعات راجع به برنامه‌های رایانه‌ای مربوط می‌شود این شرط زمانی قابل استناد است که اقدامات متناسب با ماهیت اطلاعات راجع به برنامه‌های رایانه‌ای یا نرم‌افزار برای عدم افشای آن در نظر گرفته شده باشد. این اقدامات به ویژه در محیط‌های سایبری می‌تواند مشابه تدابیر فنی باشد که در مورد آثار فکری و در چارچوب حق مؤلف اتخاذ می‌شود. با توجه به عدم حمایت صریح از برنامه‌های نرم‌افزاری در محیط‌های واقعی، مراقبت از اسرار تجاری عناصر ارزشمند آن باید با توسل به قراردادهای رازداری صورت گیرد. در انعقاد این قراردادها نیز توجه به مقتضیات فنی و تجاری اطلاعات محرمانه برنامه‌های رایانه‌ای از یک سو و تفاوت‌های بین حمایت‌های قانونی و قراردادی از نرم‌افزارها ضرورت خواهد داشت. سرانجام، یادآوری این نکته ضرورت دارد که عناصری از نرم‌افزار که از طریق مالکیت ادبی و هنری و حقوق اختراعات مورد حمایت نیستند می‌توانند در صورت دارا بودن شرایط قانونی از حمایت اسرار تجاری برخوردار شوند. نمونه بارز این عناصر، ایده‌های مرتبط با خلق نرم‌افزار است.

منابع

الف - فارسی

۱. امیر ارجمندی، انیسه؛ «اسرار تجاری در اینترنت»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق مالکیت فکری دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، (تحت راهنمایی دکتر میرقاسم جعفرزاده)، ۱۳۹۰.
۲. امیری، حسین علی؛ *اجرای حقوق مالکیت صنعتی در مقررات سازمان جهانی تجارت و حقوق ایران*، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، ۱۳۸۸.
۳. السان، مصطفی؛ «حقوق اسرار تجاری در عصر فن‌آوری اطلاعات»، مجله حقوقی دادگستری، ۱۳۸۴، شماره ۵۰ و ۵۱.
۴. رهبری، ابراهیم؛ *حقوق اسرار تجاری*، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۸۸.

حمایت از نرم‌افزارها و برنامه‌های رایانه‌ای با توسل به نظام اسرار تجاری ۱۴۵

۵. ویوان، میشل و دیگران؛ *قراردادهای انفورماتیک را چگونه مذاکره و منعقد کنیم*، ترجمه ستار زرکلام، دبیرخانه شورای عالی انفورماتیک، چاپ اول، ۱۳۸۰، شماره ۱.
۶. زرکلام، ستار؛ *حقوق مالکیت ادبی و هنری*، انتشارات سمت، چاپ دوم، ۱۳۸۸.
۷. شهیدی، مهدی؛ *حقوق مدنی، شروط ضمن عقد*، جلد ۴، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ دوم، ۱۳۸۷.
۸. صادقی، محسن؛ *حمایت از حقوق مالکیت فکری در محیط اینترنتی*، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، چاپ اول، ۱۳۸۶.
۹. صادقی نشاط، امیر؛ *حقوق پدیدآورندگان نرم‌افزارهای کامپیوتری*، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۱۰. صدقی، زهرا؛ «مالکیت فکری و حمایت حقوقی از اطلاعات افشاء نشده»، پایان‌نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شهید بهشتی (تحت راهنمایی دکتر پرویز ساورانی)، ۱۳۸۶.
۱۱. قاجار قیونلو، سیامک؛ *مقدمه حقوق سایبر (درآمدی بر جامعه‌شناسی حقوق توسعه و پیش‌نیازهای قانون‌نویسی در فضای سایبر)*، بنیاد حقوقی میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۱۲. *قانون مالکیت فکری فرانسه و آلمان، آثار ادبی و هنری*، ترجمه ستار زرکلام، انتشارات سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی، چاپ اول، ۱۳۸۴.
۱۳. لی.تی. گسمر؛ *حمایت از اسرار تجاری در صنعت رایانه*، ترجمه مصطفی‌السان، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، ۱۳۸۲، شماره ۴۸.

ب- لاتین

14. Azéma, Jacque & Galloux, Jean-Christophe; 2006, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 3^{ème} éd.
15. Bainbridge, David; 2000, *Introduction to Computer Law*, Longman, Fourth edition.
16. Bitan, Hubert; 2010, *Droit des créations immatérielles*, Lamy Axe Droit, 1^{ère}éd.
17. C. Sun, Jeffery C & Beaz, Benjamin; 2009, *Intellectual Property in the Information Age*, Ashe Higher Education Report, Volum 34, First edition, , number 4.
18. Colston, Catherine & Galloway, Jonathan; 2010, *Modern intellectual property law*, Routledge, second edition.
19. Holland, Alain & Linant de Bellefonds, Xavier; 2008, *Pratique du droit de l'informatique et de l'internet*, Delmas, 6^{ème} éd.

20. Le Tourneau, Philippe; 2006, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 4^{ème} édition.
21. Reed, Chris & John, Angel; 2007, *Computer Law, The law and regulation of information technology*, Oxford, sixth edition.
22. Takagi Yo, Allman Larry & A.Sinjela Mapazi; 2008, *Teaching of Intellectual Property, Principles and Method*, Cambridge university press & Wipo Academy, Second edition.
23. Vivant, Michel et autres; 2002, *Lamy droit de l'information et des réseaux*, éd. Lamy.
24. Vivant, Michel et autres; 2002, *Lamy droit de l'information et des réseaux*, Guide, solutions et applications pratique contractuelle, éd. Lamy.