

論應用開放源代碼開發的衍生軟件作品的著作權保護— 以 GPL 協議為例

On the Copyright Protection of Derivative Software Works Developed with Open-source Code-case Study on GPL Agreement

方言清^{1*}
Yan-Qing Fang

摘要

多數開放源代碼採用 GPL 協議，即應用開放源代碼開發的衍生軟件作品須承認軟件作品作者的著作權，同時也要求作者必須允許任何人享有對其作品使用、複製、修改、衍生的自由權利。但是這種限定因為缺乏相關的適用原則和立法依據而不可避免地產生司法上的爭執。文章從衍生軟件作品的性質為出發點，認為其具有演繹作品和合作作品的雙重屬性，繼而分析了相應的著作權歸屬及行使的問題，並具體闡述了司法實踐中如何界定是否構成侵犯著作權的。

關鍵詞：開源軟件、衍生作品、著作權、GPL 協議

Abstract

Most of the open-source code adopts the GPL agreement, that is, derivative software works developed using open-source code must recognize the copyright of the software work author, and at the same time, the author must allow anyone to enjoy the freedom to use, copy, modify, and derive his work. However, this limitation inevitably leads to judicial disputes because of the lack of relevant applicable principles and legislative basis. Starting from the nature of derivative software works, the article believes that it has the dual attributes of deductive works and cooperative works, and then analyzes the corresponding copyright ownership and exercise, and specifically elaborates how to define whether it constitutes copyright infringement in judicial practice.

Keywords: Open-Source Software, Derivative Works, Copyright, GPL Agreement

1. 前言

隨著網絡時代的發展，特別是在搜索引擎日漸發達的今天，程序員“閉門造車”時代已一去不復返，取而代之的是，是開始通過網絡搜索引擎從各種第三方資源那裡找來小部分、片段甚至大量的開放源代碼，以便讓手頭的工作完成的更快。那麼，什麼是開放源代碼？它指的是一種軟件散佈模式。Bruce Perens（開放源代碼的創始人之一）將其定義如下：

第一，自由再散佈（Free Distribution）：允許獲得原始碼的人可自由再將此原始碼散佈。

¹ 廈門大學嘉庚學院英語語言文化學院副教授 247682022@qq.com*通訊作者
250

第二，原始碼（Source Code）：程序的可執行檔在散佈時，必須以隨附完整原始碼或是可讓人方便的事後取得原始碼。

第三，衍生著作（Derived Works）：讓人可依此原始碼修改後，在依照同一授權條款的情形下再散佈。

第四，原創作者程序原始碼的完整性（Integrity of The Author's Source Code）：意即修改後的版本，需以不同的版本號碼以與原始的程序碼做分別，保障原始的程序碼完整性。

第五，不得對任何人或團體有差別待遇（No Discrimination Against Persons or Groups）：開放原始碼軟件不得因性別、團體、國家、族群等設定限制，但若是因為法律規定的情形則為例外（如：美國政府限制高加密軟件的出口）。

第六，對程序在任何領域內的利用不得有差別待遇（No Discrimination Against Fields of Endeavor）：意即不得限制商業使用。

第七，散佈授權條款（Distribution of License）：若軟件再散佈，必須以同一條款散佈之。

第八，授權條款不得專屬□特定產品（License Must Not Be Specific to a Product）：若多個程序組合成一套軟件，則當某一開放原始碼的程序單獨散佈時，也必須符合開放原始碼的條件。

第九，授權條款不得限制其他軟件（License Must Not Restrict Other Software）：當某一開放原始碼軟件與其他非開放原始碼軟件一起散佈時（例如放在同一光碟片），不得限制其他軟件的授權條件也要遵照開放原始碼的授權。

第十，授權條款必須技術中立（License Must Be Technology-Neutral）：意即授權條款不得限制為電子格式才有效，若是紙本的授權條款也應視為有效（楊林村，2004）。

多數開放源代碼採用通用許可協議：GNU/GPL，這是自由軟件基金會發佈的一個軟件授權許可證。GPL承認軟件作品作者的著作權，同時也要求作者必須允許任何人享有對其作品使用、複製、修改、衍生的自由權利；作為一個限制條件，GPL還要求用戶不能改變軟件的授權協議，要求用戶在對該軟件作品作出的修改或製作衍生作品並進行再發行時，都要一貫遵守GPL規則；如果執行GPL協議的原創軟件是自由軟件，則該自由軟件經過修改或衍生後的軟件也應是自由軟件；自由軟件在作二進制整體運行時，不允許一部分軟件的源碼是開源的，另一部分的源碼是閉源的，即不允許出現混合源碼的現象。

軟件的開發者或者其他權利人，對於軟件作品所享有的各項專有權利，就其性質而言是一種著作權。根據我國《著作權法》第十條規定“著作權包括以下權利：發表權、署名權、修改權、保護作品完整權、複製權、發行權、出租權、展覽權……”著作權人可以許可他人行使上述除了發表權、署名權、修改權、保護作品完整權以外的權利，並依照約定或《著作權法》的有關規定獲得報酬。

2. 案件分析

從定義中我們得出，使用源代碼的人只是有條件地獲得了某些著作權權能的非排他的使用權，著作權利仍然屬於原作者。而從應用開放源代碼開發的衍生軟件的開發模式來看，很可能會出現該作品的著作權問題。例如，甲公司為給本公司所生產的硬件產品研發相關配套軟件，甲公司的研發人員從網上下載了配有某一開放源代碼許可證的開放源代碼，研發人員在此基礎上修改模塊功能或增加了模塊功能。這樣，

該軟件是否享有著作權，享有怎麼樣的著作權？以被告人梅某某、吳某某侵犯著作權案為例：

A公司於2004年4月5日成功開發了甲郵件系統並首次發表，該軟件是基於Linux操作系統開發的新一代高效64位智能反垃圾郵件系統，是一種互聯網絡服務的商業軟件系統，系統使用了部分開放源代碼（其對應的授權條款為GPL協議）。2005年1月10日，該公司將該作品以公司的名義，進行了計算機軟件著作權登記，其著作權的權利範圍包括了全部的權能。被告人梅某某自2003年12月22日至2005年12月13日在A公司任產品總監助理，被告人吳某某2003年1月13日至2006年3月27日在A公司軟件開發部任職，兩人均參與了該智能郵件系統的開發。2005年12月份，被告人梅某某自公司離職，後應李某的邀請欲進入當時尚在籌建的B公司工作。2006年4月間，時分管業務、任B公司副總經理的梅某某認為B公司已存在的郵局系統“不行”，經李某同意，邀請時已離職的吳某某到B公司搭建新的郵局系統。2006年5月，吳某某接受邀請並邀請林某某（也系A公司職員）一起搭建郵局系統。5月8日，兩人成功搭建了“乙企業郵局”並交由B公司開始對外銷售（在搭建“乙郵局系統”的過程中，被告人吳某某亦通過搜索引擎，從網上獲取了相應源代碼搭建了系統的底層）。至2006年10月份，被告人梅某某組織銷售上述“乙企業郵局”所得計人民幣162,480元。期間，吳某某還邀請陳某某（原系B公司職員）對乙企業郵局進行了完善處理。2006年11月14日，廈門市公安局對B公司進行衝擊，抓獲被告人梅某某和吳某某。案發後，經科學技術部知識產權事務中心鑒定，放置於廈門、北京的兩台服務器內的“乙企業郵局”系統程序，存在著與“甲郵件系統”源程序基本相同的技術信息。其後，檢察院以被告單位B公司以及被告人梅某某、吳某某均構成侵犯著作權罪，向法院提請公訴。

控辯雙方的爭議焦點，即單位職工應用開放源代碼自主開發的軟件，是否具有著作權？開放源代碼作為一個作品，依據著作權法的相關規定，開發人員必然會對自己所開發的源代碼部分享有一定的著作權。而一個大型開源項目的開發和發佈過程，需要大量開發人員的參與，因此，當後續的開發人員對之前開發人員發佈開放源代碼進行複製、修改和重新發佈時，就會出現侵犯已發佈源代碼的著作權問題。因為開放源代碼的行為，並不能從法律上構成開發人員對源代碼著作權的放棄，所以，為了避免後續開發人員的侵權，開發人員在初次發佈源代碼的時候，會採用一些法律手段，對其享有的著作權進行一些限定，即所謂的許可證協議。但這種限定因為缺乏相關的適用原則和立法依據，而不可避免地產生司法上的爭執，給審判機關的定罪量刑帶來兩難抉擇。為此，首先必須從著作權法理論和相關立法規定上，尋找解決問題的依據。

3. 衍生軟件作品的性質

3.1 演繹作品的性質

案例中，甲郵件系統即系應用開放源代碼軟件開發的軟件作品。從構造圖可以看到，該系統的底層包含了三個頁面模塊，而其中的模塊就是利用開放源代碼做成的。當然，並不是說知道開放源代碼就可以做成底層，還需要投入相當的時間和精力去研究代碼間如何組合、如何配製，這個過程也包含了一定的智力創作成果。筆者認為，這樣的作品相似於著作權法意義上的演繹作品，但又區別於傳統意義上的演繹作品。

傳統意義上的演繹作品，是指改編、翻譯、注釋、整理已有作品而產生的作品，演繹作品的獨創性在於它一方面對原作品進行了改編、翻譯、注釋、整理，另一方面又在原作品的基礎上有所創新，對原作品作了形式上的變動（吳漢東，2004）。改編是指在不改變作品基本內容的情況下，將作品由一種類型改變成另一種類型，是產生

演繹作品的一種主要形式，如將小說改編為電影、電視劇本等；翻譯是將作品從一種語言文字轉換成另一種語言文字予以表達；注釋是指對原作品進行注解、釋義和闡明；整理則是對一些散亂的作品或者材料進行刪節、組合、編排，經過加工、梳理使其具有可讀性，例如將他人零亂的手稿給予章節上的編排，使其成為可閱讀的作品。由是，衍生軟件的開發形式都無法簡單地歸類於上述四種類別當中，但其在開發過程中確已改變了已有軟件作品的表現載體，增加了新的獨創性表達，這使得其與已有作品相比，存在著明顯的、可區別的變化，這種變化的最低限度是不能是與已有作品實質性相似的複製品，最高限度是以已有作品為素材創作的作品。衍生軟件的獨創性就在這兩個臨界點的範圍內。因此，筆者認為可以將衍生軟件界定為一種以類似演繹方法創作的作品，這種通過應用已有作品而創作的作品，也具備了著作權法意義上的獨創性。

3.2 合作作品的性質

由於衍生作品必然經歷兩人以上各自創作的過程，那麼，是否可以將這樣的作品界定為合作作品呢？根據我國立法的相關規定，構成合作作品應當具備以下要素：一是合作作者有合作創作的合意；二是合作作者有共同創作的行為（劉春田，2003）。“合意”是指完成作品的作者之間有共同合作創作的意圖，但是否需要合作者事先有意思聯絡以及明確的合約，理論界對此莫衷一是。筆者認為，對於“合意”應作寬泛的界定，即可以在一部分合作者的創作過程中加入進來，也不必要求各自創作部分在同一時間完成，甚至作者完全陌生亦可。其實，從許可證協議中可以看出，開放源代碼的作者，在開放其作品之前，就已具備了與他人共同創作的合意，否則他也不會允許他人使用、複製、修改、衍生自己的作品；而衍生軟件的作者更是具有共同創作的合意，否則，其亦應自行創作源代碼，單獨完成自己的作品。關於“共同創作的行為”，並非要求合作者之間必須做同樣形式的行為，也並非意味著合作者必須在創作上互相類似，在數量或質量上相當，而是指合作作者對作品的完成作出了直接的、實質性的貢獻。每個合作者各自投入的精神勞動，都應當具有相應的質量和數量，是作品必不可少的，與其他合作者投入的精神勞動是互相配合、互相補充、協調一致的。從衍生軟件的構成來看，無論是開放源代碼的作者，還是衍生軟件的作者，都為此付出了共同的創作勞動。綜合以上兩點，筆者認為衍生軟件具備合作作品的性質。

4. 衍生軟件作品的著作權的歸屬

由於衍生軟件作品在原有開放源代碼的基礎上有所創新，對原作品作了形式上的變動，筆者認為，此類作品也應是獨立的受保護的作品，其作者可以憑藉他在該作品創作過程中所付出的大量的創造性勞動，而對該作品享有獨立的著作權。

首先，根據我國《著作權法》第十二條的規定，演繹作品的著作權由演繹作品的作者享有，但演繹作品的作者在行使著作權時，不能侵犯原作者的著作權。筆者認為，由於開源軟件是一種以類似演繹的方法創作的作品，其著作權的行使也應遵守《著作權法》中關於演繹作品的相關規定。前面已經談到開放源代碼的定義，即衍生著作須在依照同一授權條款的情形下再散佈；也就是說，使用了開放源代碼的作品，必須遵守其授權條款，否則意味著侵權。但是GPL協議規定，你必須使你發佈或出版的作品，允許第三方作為整體按許可證條款使用，而且當你重新發佈程序或任何基於程序的作品時，接受者自動從原始許可證發佈者那裡接受這些條款的約束，可以複製、發佈或修改程序。這樣一來當後續開發人員重新發佈經修改的衍生作品時，除了

可以在衍生作品上署上自己的姓名外，實際上他已經喪失了對衍生作品的任何權利。從這個意義上來說，除了原始許可證發佈者，任何後續開發人員都不是該開源軟件的著作權所有者，此時衍生作品的開發人員的權利就得不到有效和充分的保障。因此，筆者不傾向依據《著作權法》第十二條對衍生軟件的著作權進行保護。

其次，根據我國《著作權法》第十三條的規定，兩人以上合作創作的作品，著作權由合作作者共同享有。對於可以分割的合作作品，作者對各自創作的部分可以單獨享有著作權，但行使著作權時不得侵犯合作作品整體的著作權。開放源代碼本身就具備了獨立的著作權，因此不合適將衍生軟件認定為不可分割的合作作品；但是，依據該規定，各作者在行使著作權時不得侵犯合作作品整體的著作權，而許可證協議的內容恰恰又與衍生軟件的著作權是相悖的，這時，依據《著作權法》第十三條對衍生軟件的著作權進行保護，便又產生了如何平衡合作作者之間著作權的行使的問題。

5. 衍生軟件作品著作權的行使

正如美國《憲法》所言，知識產權法律制定的目的中，一個比較重要的目的就是“通過確保作者和發明者在有限時間內，對他們各自的創作物和發明的專有權，促進科學和有用藝術的進步（馮曉青，2004）。”具體到著作權，也首先必須尋求對智力作品創造者的激勵。為了鼓勵作品的生產，制度的設置必須保障作者的權利，這裡即包括精神權利也包括經濟權利。如果按照有關開源許可證的條款，對即使具有獨創性的修改部分排除在著作權對象之外，勢必降低人們對於創作的積極性；從這個意義上說，給予具有獨創性的衍生作品以著作權保護，能增強作者的積極性，對於促進社會進步也大有裨益。

權利既有法定性，又有天然性，而法定的權利又往往和其天然性存在千絲萬的聯繫。開源軟件的後續開發者的權利，來源於其創造性的勞動，這點無論從法理論還是現行法律制度，都能發現其正當性的根源。然而世界的本原是物質，勞動只有與勞動對象結合才能產生權利，因而勞動對象的性質也對權利的產生起關鍵的，有時甚至是決定性的作用；若後續開發者沒有得到原軟件權利人合法有效的授權，其勞動就沒有正當對象，權利就不會憑空產生，因而，修改者也必須尊重開源許可證條款的限制，以獲得合法有效的授權。然而，許可證的權利也不是沒有邊界的，它也應當接受法學理論和現行法律制度的指導和限定。

從民事法律的角度來看，GPL協議是一個典型的格式條款，是許可方的單方意思表示，衍生軟件的作者唯有接受此條款方可使用開放源代碼，這樣的格式條款即已構成了對自由、平等與公平的相對限制。從合同法角度看，格式條款主要是規模經濟的產物，無論是法律上的壟斷還是事實上的壟斷，在締結合同時，表現為締約能力的不平等或締約環境的不公正，具體表現為具有優勢地位的一方，往往通過格式條款將自己的意思強加給對方，從而使協商一致的合同基礎發生動搖，損害對方的利益。其實，我國的《合同法》對於格式條款早已有著全面的規制，《合同法》第四十條就有規定：提供格式條款一方免除其責任、加重對方責任、排除對方主要權利的，該條款無效。第四十一條同時規定：對格式條款的理解發生爭議的，應當按照通常理解予以解釋。對格式條款有兩種以上解釋的，應當作出不利於提供格式條款一方的解釋。由是，筆者認為，對於衍生作品的著作權行使的爭議問題，應從平衡前後作者利益的層面出發，賦予開放源代碼作者及衍生軟件作者共同的完整的著作權，而不是受許可證協議限制的著作權；與之同時，對於衍生軟件作品是否再行開放的問題，規定雙方作

者通過協商一致行使，不能協商一致的，可以通過給予一方適當的經濟補償的方式促使其讓渡自己的權利。

6. 侵犯衍生軟件著作權行為的認定

回到案例中，此時我們對於衍生軟件是否具有著作權的問題，已經有了一個相對明確的答案，但能否據此就認定B公司侵犯了A公司的著作權呢？筆者認為還應結合案件的具體的情況做進一步分析。根據刑法第二百一十七條的規定，侵犯著作權罪以行為人“未經著作權人許可，複製發行其作品”等為客觀方面的構成要件；因而，行為人的作品是否“複製”他人的作品，是判定罪與非罪的前提。何謂“複製”？《中華人民共和國著作權法》第十條第一款第（五）項在提及著作權的含義時規定到“複製權，即以印刷、複印、拓印、錄音、錄像、翻錄、翻拍等方式，將作品製作一份或者多份的權利”；《中華人民共和國國務院計算機軟件保護條例》第八條也有類似規定：“複製權，即將軟件製作一份或者多份的權利”；同時，該條例第二十四條規定，複製或者部分複製著作權人的軟件、觸犯刑律的，依照刑法關於侵犯著作權罪、銷售侵權複製品罪的規定，依法追究刑事責任。可見，複製的當然之義是對原作品的拷貝，作為侵犯著作權罪構成要件意義上的複製，也可以包含“部分複製”。回觀該案，由於兩個郵局系統均應用了開放源代碼，A公司並不具有該開放源代碼的著作權，也就無權阻止B公司對同一作品進行應用。剝離開放源代碼之後，兩個系統之間存在的基本相同的技術信息比例有多少？這些基本相同的技術信息對軟件的整體運行所起的作用，是否是關鍵部分或核心部分？此外，認定是否屬□複製行為，不能僅以原件與複製件在形式上、表現上是否完全相同作為判斷依據，還應當看其實質，如行為人是否對該軟件投入了實質的創作與改進。當然，如果僅依靠一定的設備、技術，機械性地再現原作品，則屬□複製行為。

7. 結語

作為網絡高速發展的產物，開源軟件打破了傳統專有軟件的知識產權保護的模式，形成了一種新權利人之間的利益平衡問題，給網絡時代的發展以及整個知識產權制度都帶來了深遠的影響；而我國的開源軟件產業起步較晚，相關的立法還存在一定的滯後性，無論是許可證協議的效力方面，適用法律方面以及法律規範衝突調整方面都相對落後。在這樣的情況下，如果能完善相應的法律制度，為開源軟件活動建立糾紛預防機制，將對開源軟件以及整個網絡產業的發展帶來巨大的益處。

參考文獻

1. 楊林村（2004）。開放源碼軟件及許可證法律問題和對策研究。知識產權出版社，1，341。
2. 吳漢東（2004）。知識產權法。中國政法大學出版社，3，60-60。
3. 劉春田（2003）。知識產權法。高等教育出版社、北京大學出版，2，65-65。
4. 馮曉青（2004）。試論構建著作權法理論基礎的激勵論。司法警官職業學院學報，2，66-67+71。

收稿日期：2021-03-05
責任編輯、校對：楊雅芬、張穎