

论应用开放源代码开发的衍生软件作品的著作权保护— 以 GPL 协议为例

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

多数开放源代码采用GPL协议，即应用开放源代码开发的衍生软件作品须承认软件作品作者的著作权，同时也要求作者必须允许任何人享有对其作品使用、复制、修改、衍生的自由权利。但是这种限定因为缺乏相关的适用原则和立法依据而不可避免地产生司法上的争执。文章从衍生软件作品的性质为出发点，认为其具有演绎作品和合作作品的双重属性，继而分析了相应的著作权归属及行使的问题，并具体阐述了司法实践中如何界定是否构成侵犯著作权的。

关键词：开源软件、衍生作品、著作权、GPL协议

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

随着网络时代的发展，特别是在搜索引擎日渐发达的今天，程序员“闭门造车”时代已一去不复返，取而代之的是，开始通过网络搜索引擎从各种第三方资源那里找来小部分、片段甚至大量的开放源代码，以便让手头的工作完成的更快。那么，什么是开放源代码？它指的是一种软件散布模式。Bruce Perens（开放源代码的创始人之一）将其定义如下：

第一，自由再散布（Free Distribution）：允许获得原始码的人可自由再将此原始码散布。

¹ 厦门大学嘉庚学院英语语言文化学院副教授 247682022@qq.com*通讯作者
250

第二，原始码（Source Code）：程序的可执行档在散布时，必须以随附完整原始码或是可让人方便的事后取得原始码。

第三，衍生著作（Derived Works）：让人可依此原始码修改后，在依照同一授权条款的情形下再散布。

第四，原创作者程序原始码的完整性（Integrity of The Author's Source Code）：意即修改后的版本，需以不同的版本号以与原始的程序码做分别，保障原始的程序码完整性。

第五，不得对任何人或团体有差别待遇（No Discrimination Against Persons or Groups）：开放原始码软件不得因性别、团体、国家、族群等设定限制，但若是因为法律规定的情形则为例外（如：美国政府限制高加密软件的出口）。

第六，对程序在任何领域内的利用不得有差别待遇（No Discrimination Against Fields of Endeavor）：意即不得限制商业使用。

第七，散布授权条款（Distribution of License）：若软件再散布，必须以同一条款散布之。

第八，授权条款不得专属于特定产品（License Must Not Be Specific to a Product）：若多个程序组合成一套软件，则当某一开放原始码的程序单独散布时，也必须符合开放原始码的条件。

第九，授权条款不得限制其他软件（License Must Not Restrict Other Software）：当某一开放原始码软件与其他非开放原始码软件一起散布时（例如放在同一光碟片），不得限制其他软件的授权条件也要遵照开放原始码的授权。

第十，授权条款必须技术中立（License Must Be Technology-Neutral）：意即授权条款不得限制为电子格式才有效，若是纸本的授权条款也应视为有效（杨林村，2004）。

多数开放源代码采用通用许可协议：GNU/GPL，这是自由软件基金会发布的一个软件授权许可证。GPL承认软件作品作者的著作权，同时也要求作者必须允许任何人享有对其作品使用、复制、修改、衍生的自由权利；作为一个限制条件，GPL还要求用户不能改变软件的授权协议，要求用户在对该软件作品作出的修改或制作衍生作品并进行再发行时，都要一贯遵守GPL规则；如果执行GPL协议的原创软件是自由软件，则该自由软件经过修改或衍生后的软件也应是自由软件；自由软件在作二进制整体运行时，不允许一部分软件的源码是开源的，另一部分的源码是闭源的，即不允许出现混合源码的现象。

软件的开发者或者其他权利人，对于软件作品所享有的各项专有权利，就其性质而言是一种著作权。根据我国《著作权法》第十条规定“著作权包括以下权利：发表权、署名权、修改权、保护作品完整权、复制权、发行权、出租权、展览权……”著作权人可以许可他人行使上述除了发表权、署名权、修改权、保护作品完整权以外的权利，并依照约定或《著作权法》的有关规定获得报酬。

2. 案例分析

从定义中我们得出，使用源代码的人只是有条件地获得了某些著作权权能的非排他的使用权，著作权利仍然属于原作者。而从应用开放源代码开发的衍生软件的开发模式来看，很可能会出现该作品的著作权问题。例如，甲公司为给本公司所生产的硬件产品研发相关配套软件，甲公司的研发人员从网上下载了配有某一开放源代码许可证的开放源代码，研发人员在此基础上修改模块功能或增加了模块功能。这样，

该软件是否享有著作权，享有怎么样的著作权？以被告人梅某某、吴某某侵犯著作权案为例：

A公司于2004年4月5日成功开发了甲邮件系统并首次发表，该软件是基于Linux操作系统开发的新一代高效64位智能反垃圾邮件系统，是一种互联网络服务的商业软件系统，系统使用了部分开放源代码（其对应的授权条款为GPL协议）。2005年1月10日，该公司将该作品以公司的名义，进行了计算机软件著作权登记，其著作权的权利范围包括了全部的权能。被告人梅某某自2003年12月22日至2005年12月13日在A公司任产品总监助理，被告人吴某某2003年1月13日至2006年3月27日在A公司软件开发部任职，两人均参与了该智能邮件系统的开发。2005年12月份，被告人梅某某自公司离职，后应李某的邀请欲进入当时尚在筹建的B公司工作。2006年4月间，时分管业务、任B公司副总经理的梅某某认为B公司已存在的邮局系统“不行”，经李某同意，邀请时已离职的吴某某到B公司搭建新的邮局系统。2006年5月，吴某某接受邀请并邀请林某某（也系A公司职员）一起搭建邮局系统。5月8日，两人成功搭建了“乙企业邮局”并交由B公司开始对外销售（在搭建“乙邮局系统”的过程中，被告人吴某某亦通过搜索引擎，从网上获取了相应源代码搭建了系统的底层）。至2006年10月份，被告人梅某某组织销售上述“乙企业邮局”所得计人民币162,480元。期间，吴某某还邀请陈某某（原系B公司职员）对乙企业邮局进行了完善处理。2006年11月14日，厦门市公安局对B公司进行冲击，抓获被告人梅某某和吴某某。案发后，经科学技术部知识产权事务中心鉴定，放置于厦门、北京的两台服务器内的“乙企业邮局”系统程序，存在着与“甲邮件系统”源程序基本相同的技术信息。其后，检察院以被告单位B公司以及被告人梅某某、吴某某均构成侵犯著作权罪，向法院提请公诉。

控辩双方的争议焦点，即单位职工应用开放源代码自主开发的软件，是否具有著作权？开放源代码作为一个作品，依据著作权法的相关规定，开发人员必然会对自己所开发的源代码部分享有一定的著作权。而一个大型开源项目的开发和发布过程，需要大量开发人员的参与，因此，当后续的开发人员对之前开发人员发布开放源代码进行复制、修改和重新发布时，就会出现侵犯已发布源代码的著作权问题。因为开放源代码的行为，并不能从法律上构成开发人员对源代码著作权的放弃，所以，为了避免后续开发人员的侵权，开发人员在初次发布源代码的时候，会采用一些法律手段，对其享有的著作权进行一些限定，即所谓的许可证协议。但这种限定因为缺乏相关的适用原则和立法依据，而不可避免地产生司法上的争执，给审判机关的定罪量刑带来两难抉择。为此，首先必须从著作权法理论和相关立法规定上，寻找解决问题的依据。

3. 衍生软件作品的性质

3.1 演绎作品的性质

案例中，甲邮件系统即系应用开放源代码软件开发的软件作品。从构造图可以看到，该系统的底层包含了三个页面模块，而其中的模块就是利用开放源代码做成的。当然，并不是说知道开放源代码就可以做成底层，还需要投入相当的时间和精力去研究代码间如何组合、如何配制，这个过程也包含了一定的智力创作成果。笔者认为，这样的作品相似于著作权法意义上的演绎作品，但又区别于传统意义上的演绎作品。

传统意义上的演绎作品，是指改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，演绎作品的独创性在于它一方面对原作品进行了改编、翻译、注释、整理，另一方面又在原作品的基础上有所创新，对原作品作了形式上的变动（吴汉东，2004）。改编是指在不改变作品基本内容的前提下，将作品由一种类型改变成另一种类型，是产生

演绎作品的一种主要形式，如将小说改编为电影、电视剧本等；翻译是将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字予以表达；注释是指对原作品进行注解、释义和阐明；整理则是对一些散乱的作品或者材料进行删节、组合、编排，经过加工、梳理使其具有可读性，例如将他人零乱的手稿给予章节上的编排，使其成为可阅读的作品。由是，衍生软件的开发形式都无法简单地归类于上述四种类别当中，但其在开发过程中确已改变了已有软件作品的表现载体，增加了新的独创性表达，这使得其与已有作品相比，存在着明显的、可区别的变化，这种变化的最低限度是不能是与已有作品实质性相似的复制品，最高限度是以已有作品为素材创作的新作品。衍生软件的独创性就在这两个临界点的范围内。因此，笔者认为可以将衍生软件界定为一种以类似演绎方法创作的作品，这种通过应用已有作品而创作的作品，也具备了著作权法意义上的独创性。

3.2 合作作品的性质

由于衍生作品必然经历两人以上各自创作的过程，那么，是否可以将这样的作品界定为合作作品呢？根据我国立法的相关规定，构成合作作品应当具备以下要素：一是合作作者有合作创作的合意；二是合作作者有共同创作的行为（刘春田，2003）。“合意”是指完成作品的作者之间有共同合作创作的意图，但是否需要合作者事先有意思联络以及明确的合约，理论界对此莫衷一是。笔者认为，对于“合意”应作宽泛的界定，即可以在一部分合作者的创作过程中加入进来，也不必要求各自创作部分在同一时间完成，甚至作者完全陌生亦可。其实，从许可证协议中可以看出，开放源代码的作者开放其作品之前，就已具备了与他人共同创作的合意，否则他也不会允许他人使用、复制、修改、衍生自己的作品；而衍生软件的作者更是具有共同创作的合意，否则，其亦应自行创作源代码，独立完成自己的作品。关于“共同创作的行为”，并非要求合作者之间必须做同样形式的行为，也并非意味着合作者必须在创作上互相类似，在数量或质量上相当，而是指合作作者对作品的完成作出了直接的、实质性的贡献。每个合作者各自投入的精神劳动，都应当具有相应的质量和数量，是作品必不可少的，与其他合作者投入的精神劳动是互相配合、互相补充、协调一致的。从衍生软件的构成来看，无论是开放源代码的作者，还是衍生软件的作者，都为此付出了共同的创作劳动。综合以上两点，笔者认为衍生软件具备合作作品的性质。

4. 衍生软件作品的著作权的归属

由于衍生软件作品在原有开放源代码的基础上有所创新，对原作品作了形式上的变动，笔者认为，此类作品也应是独立的受保护的作品，其作者可以凭借他在该作品创作过程中所付出的大量的创造性劳动，而对该作品享有独立的著作权。

首先，根据我国《著作权法》第十二条的规定，演绎作品的著作权由演绎作品的作者享有，但演绎作品的作者在行使著作权时，不能侵犯原作者的著作权。笔者认为，由于开源软件是一种以类似演绎的方法创作的作品，其著作权的行使也应遵守《著作权法》中关于演绎作品的相关规定。前面已经谈到开放源代码的定义，即衍生著作须在依照同一授权条款的情形下再散布；也就是说，使用了开放源代码的作品，必须遵守其授权条款，否则意味着侵权。但是GPL协议规定，你必须使你发布或出版的作品，允许第三方作为整体按许可证条款使用，而且当你重新发布程序或任何基于程序的作品时，接受者自动从原始许可证发布者那里接受这些条款的约束，可以复制、发布或修改程序。这样一来当后续开发人员重新发布经修改的衍生作品时，除了

可以在衍生作品上署上自己的姓名外，实际上他已经丧失了对衍生作品的任何权利。从这个意义上来说，除了原始许可证发布者，任何后续开发人员都不是该开源软件的著作权所有者，此时衍生作品的开发人员的权利就得不到有效和充分的保障。因此，笔者不倾向依据《著作权法》第十二条对衍生软件的著作权进行保护。

其次，根据我国《著作权法》第十三条的规定，两人以上合作创作的作品，著作权由合作作者共同享有。对于可以分割的合作作品，作者对各自创作的部分可以单独享有著作权，但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。开放源代码本身就具备了独立的著作权，因此不合适将衍生软件认定为不可分割的合作作品；但是，依据该规定，各作者在行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权，而许可证协议的内容恰恰又与衍生软件的著作权是相悖的，这时，依据《著作权法》第十三条对衍生软件的著作权进行保护，便又产生了如何平衡合作作者之间著作权的行使的问题。

5. 衍生软件作品著作权的行使

正如美国《宪法》所言，知识产权法律制定的目的中，一个比较重要的目的就是“通过确保作者和发明者在有限时间内，对他们各自的创作物和发明的专有权，促进科学和有用艺术的进步（冯晓青，2004）。”具体到著作权，也首先必须寻求对智力作品创造者的激励。为了鼓励作品的生产，制度的设置必须保障作者的权利，这里即包括精神权利也包括经济权利。如果按照有关开源许可证的条款，对即使具有独创性的修改部分排除在著作权对象之外，势必降低人们对于创作的积极性；从这个意义上说，给予具有独创性的衍生作品以著作权保护，能增强作者的积极性，对于促进社会进步也大有裨益。

权利既有法定性，又有天然性，而法定的权利又往往和其天然性存在千丝万缕的联系。开源软件的后续开发者的权利，来源于其创造性的劳动，这点无论从法理论还是现行法律制度，都能发现其正当性的根源。然而世界的本原是物质，劳动只有与劳动对象结合才能产生权利，因而劳动对象的性质也对权利的产生起关键的，有时甚至是决定性的作用；若后续开发者没有得到原软件权利人合法有效的授权，其劳动就没有正当对象，权利就不会凭空产生，因而，修改者也必须尊重开源许可证条款的限制，以获得合法有效的授权。然而，许可证的权利也不是没有边界的，它也应当接受法学理论和现行法律制度的指导和限定。

从民事法律的角度来看，GPL协议是一个典型的格式条款，是许可方的单方意思表示，衍生软件的作者唯有接受此条款方可使用开放源代码，这样的格式条款即已构成了对自由、平等与公平的相对限制。从合同法角度看，格式条款主要是规模经济的产物，无论是法律上的垄断还是事实上的垄断，在缔结合同时，表现为缔约能力的不平等或缔约环境的不公正，具体表现为具有优势地位的一方，往往通过格式条款将自己的意思强加给对方，从而使协商一致的合同基础发生动摇，损害对方的利益。其实，我国的《合同法》对于格式条款早已有着全面的规制，《合同法》第四十条就有规定：提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。第四十一条同时规定：对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。由是，笔者认为，对于衍生作品的著作权行使的争议问题，应从平衡前后作者利益的层面出发，赋予开放源代码作者及衍生软件作者共同的完整的著作权，而不是受许可证协议限制的著作权；与之同时，对于衍生软件作品是否再行开放的问题，规定双方作

者通过协商一致行使，不能协商一致的，可以通过给予一方适当的经济补偿的方式促使其让渡自己的权利。

6. 侵犯衍生软件著作权行为的认定

回到案例中，此时我们对于衍生软件是否具有著作权的问题，已经有了一个相对明确的答案，但能否据此就认定B公司侵犯了A公司的著作权呢？笔者认为还应结合案件的具体情况做进一步分析。根据刑法第二百一十七条的规定，侵犯著作权罪以行为人“未经著作权人许可，复制发行其作品”等为客观方面的构成要件；因而，行为人的作品是否“复制”他人的作品，是判定罪与非罪的前提。何谓“复制”？《中华人民共和国著作权法》第十条第一款第（五）项在提及著作权的含义时规定到“复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式，将作品制作一份或者多份的权利”；《中华人民共和国国务院计算机软件保护条例》第八条也有类似规定：“复制权，即将软件制作一份或者多份的权利”；同时，该条例第二十四条规定，复制或“部分复制”著作权人的软件、触犯刑律的，依照刑法关于侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪的规定，依法追究刑事责任。可见，复制的当然之义是对原作品的拷贝，作为侵犯著作权罪构成要件意义上的复制，也可以包含“部分复制”。回观该案，由于两个邮局系统均应用了开放源代码，A公司并不具有该开放源代码的著作权，也就无权阻止B公司对同一作品进行应用。剥离开源代码之后，两个系统之间存在的基本相同的技术信息比例有多少？这些基本相同的技术信息对软件的整体运行所起的作用，是否是关键部分或核心部分？此外，认定是否属于复制行为，不能仅以原件与复制件在形式上、表现上是否完全相同作为判断依据，还应当看其实质，如行为人是否对该软件投入了实质的创作与改进。当然，如果仅依靠一定的设备、技术，机械性地再现原作品，则属于复制行为。

7. 结语

作为网络高速发展的产物，开源软件打破了传统专有软件的知识产权保护的模式，形成了一种新权利人之间的利益平衡问题，给网络时代的发展以及整个知识产权制度都带来了深远的影响；而我国的开源软件产业起步较晚，相关的立法还存在一定的滞后性，无论是许可证协议的效力方面，适用法律方面以及法律规范冲突调整方面都相对落后。在这样的情况下，如果能完善相应的法律制度，为开源软件活动建立纠纷预防机制，将对开源软件以及整个网络产业的发展带来巨大的益处。

参考文献

1. 杨林村(2004)。开放源码软件及许可证法律问题和对策研究。知识产权出版社，1，341。
2. 吴汉东(2004)。知识产权法。中国政法大学出版社，3，60-60。
3. 刘春田(2003)。知识产权法。高等教育出版社、北京大学出版，2，65-65。
4. 冯晓青(2004)。试论构建著作权法理论基础的激励论。司法警官职业学院学报，2，66-67+71。

收稿日期：2021-03-05
责任编辑、校对：杨雅芬、张颖