

论开源软件的著作权风险及相应对策

肖建华 柴芳墨

(北京航空航天大学 法学院 北京 100083)

摘要: 开源软件的运作机理是在承认传统著作权的基础上在不同种类许可证制度下公开程序源代码使公众得以开发和利用,其独特的开发模式一方面激励了开发者的开发热情,使开源软件能够不断被再次开发和更新,击破了传统商业软件著作权树立的壁垒;但另一方面,集市化的开发模式使得在实际复杂开发过程中会出现多种违反开源许可证的行为,原权利人著作权面临危机。承认并保护原权利人著作权是开源软件得以存在和持续的根基,在此基础上应明确开源许可合同之效力、开源著作权纠纷的管辖适用依据、建立开源登记制度,赋予开源社区原告资格,以期构建出合理的开源著作权风险防控机制。

关键词: 开源软件;著作权;侵权;风险;对策

中图分类号: DF523.1 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2017)06-0002-10

On Open Source Software Copyright Risk and Countermeasures

XIAO Jian-hua ,CHAI Fang-mo

(School of Law , Beihang University , Beijing 100083 China)

Abstract: Open source software has gained great success by unique business concept. Its operating mechanism is guaranteeing the access of developing and using source codes by public under different types of licensing system and the recognition of the basis of traditional copyright. On the one hand , open source movement inspired developer's

收稿日期: 2017-01-06 该文已由“中国知网”(www.cnki.net)2017年5月2日数字出版,全球发行
基金项目: 国家242信息安全计划项目阶段性成果(2015R067);教育部人文社会科学重点研究基地重大项目《诉讼真实与民事诉讼立法建构》(2007JJD810172);中国政法大学校级科研项目《金融诉讼法律制度与司法实践研究》

作者简介: 肖建华(1966-)男,河南信阳人,北京航空航天大学教授,博士生导师,研究方向:民商法、民事诉讼法;

柴芳墨(1991-)女,吉林人,北京航空航天大学博士研究生,研究方向:民商法、民事诉讼法。

passion for making open-source software to be developed and updated ,breaking the traditional business software copyright erected barriers. But market-oriented development model can also lead to a variety of acts in violation of open-source license , letting the original copyright holders facing crisis. Recognition and protection of the rights of indigenous people copyright is the foundation of open source software's existing and developing. In order to build a reasonable open source copyright risk control mechanism ,the measures should including four steps: clearing the effectiveness of the open source license contract and open source copyright dispute jurisdiction ,establishing of open registration system ,giving the open source community plaintiff qualifications.

Key words: open source software ; copyright ;infringement; risk; measures

一、开源软件的由来和历史发展

开源软件(open source software) 和公有软件、商业软件、试用软件、共享源代码软件不同 ,开源软件的“开源性”是指向社会公众开放软件源代码 ,使代码获得者可以依据不同许可证的授权方式在源代码基础上进行修改并允许再发布的软件。

人们普遍认为 软件商品化始于 1969 年美国国际商业机器公司(IBM) 实行的计算机软件与硬件“价格分离”政策。软件著作权由此得以发展。天生的具备垄断倾向的软件著作权 阻断了全人类可以开放地对计算机软件程序进行自由研究和开发。为了打破源代码由程序员部分垄断的局面 ,1983 年 ,由理查德·马修·斯托曼(Richard Matthew Stallman) 启动的“GUN”计划提出了自由软件(Free Software) ,打开了开源运动的序幕。他反对软件私有化 ,并主张开发出自由软件供人们查看、拷贝和修改 ,并在法律的框架内来保证其实现。他创立的 GPL 许可证承认原始作者的著作权 ,向公众提供源代码 ,并且允许公众进行复制 ,传播和再发布 ,修改和制作演绎作品 ,但任何基于 GPL 软件开发的衍生产品在发布时必须采用 GPL 许可证方式 ,且必须公开源代码(若一个软件项目中仅有微小部分来自于 GPL 许可证 ,也必须按照 GPL 许可证的要求公开软件所有的源代码 ,即具备所谓的强“传染性”)。以 GPL 许可证为保障的自由软件挽救了在当时处于低迷和颓废状态的黑客圈 ,汇集了一批思想认同者^[1]。但是自由软件的数量非常少 ,导致其发展停滞不前。与此同时 ,人们开始反思自由软件的“强传染性”是否合理。1998 年 ,艾瑞克·雷蒙德(Eric Raymond) 和布鲁·佩伦斯(Bruce Perens) 提出了用开放源代码软件(Open source software) 取代自由软件的提法。开源软件并不再局限于“强传染性”的 GPL 许可证 ,而是在保证软件源代码开放的同时 ,允许权利人自行设计许可证并且由 OSI 组织加以认可^①。各类许可证不必再和 GPL 许可证一样保持高强度“传染性” ,而是可以允许权利人根据软件的性能和开发的要求自行设计。如 A-

^① 开源软件许可证是指经过开放源代码受创行动组织(OSIA) 批准的软件许可证。目前 ,被 OSIA 批准的开放源代码软件许可证已经达到了 78 种 ,比较常见的许可证有 GPL、LGPL、MPL、BSD 以及阿帕奇协议。参见 <https://opensource.org/licenses/alphabetical> ,最后访问日期 2017 年 1 月 4 日。

pache 许可证允许在利用源代码的同时可以不开放自行开发的代码,这种商业友好性得到了很多商业公司的认可并且广泛使用。巨大的商业潜力使诸多开源软件逐步发展,并且取代了自由软件。越来越多的开源许可证为人们所熟知,如 GPL、LGPL、Apache、BSD、MPL 等,越来越多的开源项目正在逐步走进人们的视野,如 Linux 操作系统、Apache Web 浏览器、Firefox 浏览器、Eclipse 开发平台、MySQL 数据库等。开源项目的快速涌现,不仅繁荣了全球软件产业,也创立了开源项目独有的盈利模式。世界上排名前 500 的超级计算机中有 90% 以上均搭载 Linux 操作系统;全世界有 70% 的互联网服务器软件都是在基于开源基础上发展起来的。开源项目已经覆盖到操作系统、桌面环境、办公处理、数据库等所有软件类型,开源软件已经成为互联网发展、软件发展不可缺少的支柱型产业。

二、开源软件许可证与软件著作权

美国作为世界上早期的软件大国,曾极力推崇将计算机程序作为著作权法上的作品予以保护。1980 年,美国国会通过“96—517 号公法”,1976 年的版权法随之修改,计算机程序被增加为著作权保护的对象之一。而后,美国利用原有的《伯尔尼公约》提供的平台和机制,将软件著作权保护推广到世界大多数国家。在美国的积极推动下,《伯尔尼公约》、《与贸易有关的知识产权协议》^①、《世界知识产权组织版权条约》等国际公约均将计算机软件纳入版权的保护范围,各国立法也将计算机程序纳入著作权法的保护范围。在我国,《中华人民共和国著作权法》^②、《计算机软件保护条例》^③等均规定计算机软件是我国著作权法上的作品,开源软件本质上也是计算机软件,自然受到我国著作权法的保护。

计算机软件著作权由不公开的源代码开发者享有著作权,这意味着他人无法在前人开发的基础上进行修改和再次开发,这无疑与人类共享、进步的理念相违背。如果仍然坚持原有的计算机软件著作权制度,则会导致只有软件的开发者才能在原来的代码上进行改进,阻碍软件的程序的后续开发和革新。为了能够使全人类都能够自由的获取软件的源代码,并在此基础之上进行开发和设计,以一定的软件许可证为保障的开源软件应运而生。它以开放源代码的形式向公众呈现,广大程序员可以在开源社区进行下载、复制并且使用。若开源软件完全变成无权利的自由软件,则会因为缺乏相应的激励,逐渐走向消亡。因此开源软

① 该协议的第 10 条明确规定,以源程序或目标程序编写的计算机程序均应作为《伯尔尼公约》意义下的文学作品予以保护。数据或其他内容的汇编,无论是采用机器可读方式或者其他方式,只要是其内容的选取或编排构成了智力创造,就应对其本身提供保护。这样的保护不应扩展到数据或内容本身,不应影响对数据或内容本身所获得的任何著作权。

② 《中华人民共和国著作权法》第 3 条规定,本法所称的作品,包括以下列形式创作的文学、艺术和自然科学、社会科学、工程技术等作品:(八) 计算机软件。

③ 第 2 条规定,本条例所称计算机软件,是指计算机程序及其相关文档。第 3 条第一项规定,计算机程序,是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列,或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品。第 8 条规定,著作权人享有下列人身权利和财产权利:发表权;署名权;修改权;复制权;发行权;出租权;信息网络传播权;翻译权;其他应当由软件著作权人享有的权利;许可他人行使其软件著作权,并获得报酬的权利。

件以许可证的方式承认开发者的著作权,并且对后续的使用行为以许可证模式进行法律约束,即无论通过何种方式利用开源软件的方式均要以严格遵循条约的方式进行。

相较于传统计算机软件著作权,开源软件著作权的特殊性在于,权利人通过许可协议放弃一些权利(例如复制权、修改权),让被许可人无偿的复制、修改。尽管开源软件允许用户自由的使用、复制、修改和再发布,但这种行为并不是毫无限制的,用户必须在遵循许可协议的前提下使用开源软件。开源软件的作者通过许可证的方式,将部分著作权(修改权、复制权等财产性著作权)无偿的授予给愿意接受许可证的人,但开源软件著作权人依然享有著作权法所赋予的其他权利(如署名权等)。大部分开源软件的许可证都规定,他人分发软件时应当尊重原作者的具有人身属性的著作权。比如,保留版权声明、不得擅自使用他人的姓名和商标;在修改源代码软件时,必须注明修改之人、修改之处及修改时间,以避免源代码的混淆及对原作者的不尊重。

开源软件虽然表达了对传统著作权制度的反叛思想,但其仍然以承认著作权为依托,只有在保障原作者著作权的基础上,许可证授权才有法律上的意义。然而,在实践中违反许可证从而导致著作权侵权的行为逐渐增多,通过许可证保障著作权的弊端日益加剧。一方面,开源许可证作为一种默认格式条款,双方无沟通或协商,有些开发者出现故意不遵守许可证藐视开源软件的著作权的行为;另一方面,在实际开发过程中,被许可人利用开源代码的形式复杂多变,如引用代码、修改代码、演绎代码多种不同的利用方式。被许可人可能是引用了一小部分代码,就形成了一个新的作品。也可能是大部分基于原来的代码,自行进行了创新。但这些行为和结果都是至关重要的,因为不同许可证对不同开发模式下的权利让渡规定并不同。例如,被许可人是否形成独立作品并且独立发布,是决定 GPL 许可证是否强制适用的关键因素^[2]。但无论如何使用代码,均需要符合代码附带许可证的规定,否则将面临违约和侵权之诉的双重风险。

三、开源软件面临的著作权风险

开源代码的后续开发者若违反许可证协议,其首先成立违约行为,需承担违约责任。但在违约责任之外,能否追求违约者的著作权侵权责任却是疑问重重。早期司法实践中,开源软件受到著作权保护并非一帆风顺,其原因在于许可证的效力并没有被直接认可。在美国, *Jacobsen v. Katzer* 一案可被视为开源软件依法受到著作权保护的里程碑案件,其重要意义是在于开源代码的原作者可以依照版权法提起侵权之诉,而在此之前的数个违反许可证的判例中并没有以侵权认定类似行为,而仅仅在著作权合同的框架内进行审判。在德国, *Welte 诉 D-Link* 一案^①已经启用了著作权保护的方式保护开源软件^[3]。通过著作权侵权保护开源软件著作权不再是理论上的设想,而是著作权人通过司法渠获取救济的方式之一。在开源软件的运行发展过程中,主要面临以下几种著作权侵权风险:

① *Welte 诉 D-Link* 一案中,德国法兰克福地区法院第六民事审判庭对原告给予版权保护。参见张汉华:《违反开源软件许可证的法律救济——以德国法为视角》,载《法学评论》2015年第3期。

(一) 开发者多次开发过程中流入瑕疵代码

在开源软件的原始权利人之外,对源代码进行修改和再发布的贡献者数量也非常庞大。如果在开发人员对代码的优化、精减后未能标明出处,则后续开发者无法辨别该段代码是否存在权利瑕疵。这种情况下,对于管理一整套开源项目的企业而言,若在来自世界各地开发者们贡献的代码中被混淆了含有权利瑕疵的代码段,则面临着侵权风险。

2003年,美国著名 Unix 系统开发商 SCO 公司(前身为 Caldera International and Caldera Systems)对 IT 巨人、软件制造商 IBM 提起诉讼标的额高达 50 亿美元的违约之诉^[4]。SCO 向美国联邦法院作出的指控声称:被告 IBM 在未向 SCO 索取授权的情况下,在其开发的 AIX 操作系统及其它开发软件中擅自使用了 UNIX 程序代码,因而 SCO 有权向被告求偿。联邦法官 Brooks Wells 的判决认为:被告 IBM 必须向原告 SCO 公开近 20 亿行的程序代码,同时要求向提供原告一份据此程序代码开发软件的 3000 家软件供货商名单。SCO 主张其拥有对 UNIX 操作系统的知识产权,而 Unix 操作系统的中部分组件恰恰在未经授权的情况下被 IBM 公司发布在替代产品 Linux 操作系统中。IBM 公司被诉的结果是其旗下所有的 Unix 操作系统惨遭“贬值”,这无疑在业界引起了巨大轰动。2006年,法院基本上驳回了 SCO 的大部分证据,SCO 的诉求并没有得到相应的支持。另外 IBM 公司也对 SCO 提起了反诉,并声称 SCO 公司违反协议,盗用和传播了 IBM 在 Linux 软件中提供的部分代码。2004年,SCO 对 Novell 提起过一起类似诉讼,在此诉讼中 Novell 声称它拥有 UNIX 系统的知识产权,SCO 不具有 UNIX 系统知识产权,只有被授权使用的权利。2010年经法院裁决后,Novell 拥有 1995年 12月之前的 UNIX 知识产权,而 SCO 则拥有之后 UNIX 系统后续开发的知识产权。这个裁决实际上使得 SCO 丧失了对 IBM 起诉的资格。

以开源著称的 Android 手机操作系统平台同样不可避免地遭遇了著作权侵权风险。2010年 10月,Oracle 公司以 Android 系统侵犯其 Java 合法著作权为由,向美国加州联邦法院提起针对 Google 公司的知识产权诉讼,并公布了侵权代码的对比结果。在诉讼过程中,Google 公司回应,Android 系统对 Oracle 公司相关知识产权的使用属于著作权的合理使用范畴。此外,即使 Android 系统中包含了受著作权保护的 Oracle 公司的合法权利,其责任也不一定归到 Google 公司身上,因为那很可能是由第三方作者做出的,Google 公司对此并不知情。美国法庭经过初步审理,认定 Google 公司在开发 Android 系统过程中使用了 Oracle 公司 Java 软件的部分代码,该案件最终以法庭判决 Google 公司未侵犯 Oracle 公司著作权而告终,Google 公司的合理使用主张获得了支持,从而避免了巨额赔偿。2014年 5月,案情出现反转,联邦法院判定 Oracle 获胜,上诉法庭的判决意味着两年前下级法院的“不被保护”的裁决是错误的。因此 Oracle 有获胜可能,此案目前仍在审理当中。

在上述案件两则案件中,开源项目负责公司对开源软件是否包含了受著作权保护的權利并不知情。在软件的多次开发行为中,若使用了具有权利瑕疵的代码,也可能是由第三方开发者做出的。而开源项目的广泛传播性又使得诉讼变得极为复杂,例如以涉嫌侵权的 Android 系统为例,除 Google 公司外,全球存在多家从事对 Android 系统进行深度定制或者商业

化利用的企业,对于这些企业而言,而 Google 公司对于 Android 系统的版权是否存在瑕疵以及是否需要 Oracle 公司进行赔偿同样影响着其他相关企业的直接利益,使其面临着较大的版权风险。

开源软件的优势在于可以利用其他开发者已经开放的源代码进行利用和再次开发,因此多次开发过程中流入瑕疵代码的情形十分常见。有些匿名开发者将侵权代码在开源社区予以发布,其他开发者并不知情其为“瑕疵代码”,从而二次利用。对于在开发过程中流入的侵权代码,项目责任者在主观上没有侵权的故意。因此,对于开源软件代码进行修改或者使用的行为,应区分其为主观意图是否恶意。若恶意对开源软件代码进行修改或者使用的,应承担相应的侵权赔偿责任;若非恶意行为,如使用瑕疵代码,匿名代码或者修改代码而侵权的行为,应在停止其行为,或者支付适当的赔偿或者向权利人支付相应的使用费用。

(二) 发布软件或发布修改的软件时没有标注版权信息

开源软件的大多数许可证均要求对软件进行原始发布或再发布的时候,以显著的方式标注版权人信息。若发布或再次发布修改或演绎作品时,被许可人未遵守许可证条款,没有保留原始版权信息,则不仅属于违反许可证的行为,同时也构成对开发者著作权中著作权人署名权的侵犯,这时候出现了侵权责任与违约责任竞合,有可能会受到著作权人的依法追究。

因没有标注版权信息而被判定侵权在美国已有案例可循。2006年, Jacobsen(“Java 模范铁路操作接口(Java Model Railroad Interface, JMRI)”的项目负责人)作为原告起诉 Katzer 的软件没有遵守开源协议,亦没有示明其使用的开源源代码的出处和作者,要求法院认定 Katzer 侵犯其著作权^[5]。名为“Java 模范铁路操作接口(Java Model Railroad Interface, JM-RI)”的计算机软件开发小组自我研发了一套“DecoderPro”的软件程序,爱好赏玩模型火车的人士能够直接运用这套软件程序操纵其模型火车之中的内建译码器芯片(decoder chip),可以让整个模型火车在其操控下完成不同的运转轨迹。这个程序是以 Artistic 开源许可证(Artistic License)的方式展示在一个名为 SourceForge 的网站向其他使用者提供无偿下载。这一套程序虽然可以提供给大众自由下载,但其程序版本中包含了关于开发者信息的著作权说明文字,并且在用户下载的字段中加以明确标识即使用者必须遵守该程序附载的许可证后方可进行下载或者散布等。

被告 Katze 则是开发了一套与原告软件程序存有竞争关系的、名为“Decoder Commander”的软件程序。原告声称被告的一名雇员或者软件工程师在开发“Decoder Commander”软件的过程中,下载并使用了原告一方的软件套件后,将其中的定义档(definition file)和其他部分程序纳入到了“Decoder Commander”的软件之中。原告主张被告对原告的定义档的使用违反了 Artistic 开源许可证(Artistic License)的要求,从而构成对原告的著作权侵权。结果是旧金山联邦地区法认为被告行为仅成立“违反使用权转让协议”,而非成立“侵犯著作权”,驳回了原告请求。Jacobsen 不服判决,继而上诉。2009年8月美国联邦上诉法院推翻了原有判决而首次承认开源协议是一种著作权协议,并作出裁定认为被告违反开源协

议就是侵权行为，Jacobsen 的著作权权利受到保护。

因没有标注版权信息从而侵犯开放源代码软件著作权的纠纷并不少见，因此进入中国公众视野的“绿坝”软件涉嫌抄袭案就是一例。“绿坝”软件是一款保护未成年人安全健康上网，净化网络环境的计算机终端过滤软件。事件起源于于月在美国密歇根大学官方网站上发布的一份有关“绿坝”软件的检测报告，这项检测证明“绿坝”用于不良图像过滤的核心文件 `cximage.dll`、`CImage.dll`、`xcv.dll` 和 `Xcv.dll` 均来自 SolidOak 公司的开源软件 OpenCV，“绿坝”的开发者涉嫌抄袭 OpenCV 的源代码却署上自己的名字，这无疑违反 BSD 开源协议的侵权行为。SolidOak 公司创办人 Brian Milburn 也在这一时期申明，“绿坝”确实抄取了一部分由他们享有著作权的开源软件代码作为其核心代码，并将源文件中附带的许可证信息删除。绿坝是否软件抄袭事实和违反开源协议有待主管部门跟进调查，但可以看出，开源软件由于其免费的便利和易于修改的特质，使得著作权侵权现象屡见不止，后续开发者随意抄袭开放源代码加以拼接修改，直接删除原作者信息、许可证信息并冠以自主知识产权的名义对外发售，以此牟取暴利。

随着信息技术高速发展带来的著作权侵权成本下降和侵权行为的快捷，尤其是著作权人对作品通过互联网转播的控制能力下降，使得多数软件的软件都在网络上完成，匿名发布软件的情形易造成软件权利人难以确定，因此侵权问题变得日益突出和严峻^[6]。为了避免此种情况发生，应该在开源许可证中增加对署名权进行显著提示的信息，如规定最初源代码的发布者应该有明确的署名；规定源代码的修改者在其作品中标明软件的原作者身份等。通过对署名权显著提示可以明确在软件开发各个阶段的权利人和责任人，有利于责任的划分和认定，同时也能减少侵权的发生。署名权是开源软件中的重要权利，企业在利用开源软件基础上再次开发时，应遵循相应的许可证协议，做到尊重原始开发者的署名权。对于存在多个不同开发者共同开发的软件，每个开发者应就自己创作、修改的部分根据所遵循的许可证享有相应的著作权，后续开发者应按照许可证协议的约定保留原权利人的相关信息。

开源软件起源于对著作权的对抗，但开源软件的延续和发展同样需要著作权法的保护，因为没有著作权法的存在，开源许可证授权也就无从谈起。从绝大多数开源软件许可证来看，均提出了对原作者署名权的保护，即衍生代码的作者也必须署名且要说明作者对哪一部分进行了修改，其结果是后续程序开发者通过继续修改时，即便出现问题也不至影响上游开发者的声誉。开源软件的精神是让每一位参加作者的署名权得到保护，同时也保证开源软件有继续向下延伸和传递的可能性。开源软件的开发者多是“义务劳动”，他们的参与动机更多的是爱好和精神追求，这种人身意义“著作权”对他们而言有非常大的创新动力^[7]。如今开源软件和商业化的成功也证明了开源运动激励机制的有效性。若开发者没有自觉遵守原权利人的著作权和许可证协议，没有明确地标注权利人的版权信息，这些行为都会使开源运动难以为继。

(三) 开源软件与商业软件结合的版权区分问题

实践中对开源软件的开发和利用的情况非常复杂，尤其在区别开源软件和商业软件版

权时易产生著作权纠纷。以开发手机操作系统平台为例,其过程十分繁琐,虽然开发者们可以在一定程度上使用开放的源代码,但是发布手机操作系统时却应注意在操作系统各个层次(内核层、中间层、应用层)是否具有权利瑕疵^[8]。例如国内企业对谷歌公司开发的 Android 原生系统进行再度开发时,存在谷歌公司自行开发的并享有著作权的软件。开发商在自主定制手机系统时,对这些应用的再发布必须取得谷歌公司的授权。开源软件并不是单独存在供程序者研究开发使用,大多数情形下,开源软件需同商业软件结合从而形成完整的整体,因此开发开源软件更应注意是否存在侵犯商业软件著作权的可能性。目前手机操作系统开发过程中仍然存在一些著作权侵权问题,其原因是开发者们没有自觉遵守原权利人的著作权,没有在得到相应的授权后就予以使用或者修改、发布,同时也存在着一些匿名侵权的现象。为避免出现不必要的著作权纠纷,企业根据许可证自行开发操作系统后,可以对已经取得著作权的部分予以声明,说明有无著作权的让渡情形,是否允许后续开发者进行散布、演绎、修改等等;在自主定制手机操作系统的过程中,若使用或者修改其他著作权人的相关图片、图标、应用等,应注意是否得到了著作权人对软件的许可。开源项目的运行机制是在合理使用的基礎上尊重他人的著作权,对他人权利作品的使用必须得到他人有效的授权。

(四) 可能发布职务作品导致权属不明

根据我国《著作权法》第 16 条的相关规定,公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品,应是职务作品。对于一般职务作品,作者只享有署名权,著作权的其他权利由法人或者其他组织享有,法人或者其他组织可以给予作者奖励^①。在开源社区中的程序开发者一般因爱好或者个人兴趣参与编写程序,这种类型的作品不构成职务作品,但在特殊情况下,开源软件若是为完成单位工作而产生,也可能成为职务作品。

第一种情形是指程序开发人员将自身享有署名权的作品擅自发布于开源社区,从而导致具有著作权其他权利的法人或者其他组织的权利受到侵害^[9]。闭源代码对企业的意义至关重要,如果擅自将职务作品的代码公布于开源社区,很有可能损害了企业的商业利益。此种情况下,一般由发布者对法人或者其他组织承担相应的违约责任。另一种情形是指在开发时间紧迫、功能需求复杂的情况下,程序员很有可能在开源社区直接获取源代码,以便获得开发程序的便利。在此种情况下,这样的源代码流入职务作品,开源软件权利归属可能会面临冲突:以最广泛应用的 GPL 许可证为例,该作品在 GPL 许可证规定下,演绎作品必须以 GPL 许可证发布。程序员若将作品源代码发布至开源社区,则违反了著作权法关于权利由法人或者其他组织享有的规则,反之若将软件源代码做闭源处理则违反了开源软件许可证的规定,势必会引发侵权或违约风险。因此无论是职务作品流入开源社区,还是开源社区代

① 对于职务作品,在不同的情形下权利的归属不同。对于一般的职务作品,单位只享有优先使用权。但对于主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件(物质技术条件是指该法人或者该组织为公民完成创作专门提供的资金、设备或者资料)创作,并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品,或者法律、行政法规规定或合同约定著作权人由法人或者其他组织享有的职务作品。

码流入职务作品,都存在着侵权风险和代码开源冲突。

四、开源软件著作权保护之对策

(一) 明确开源软件许可证合同关系受法律保护

开源软件则是依据普遍应用于开源软件的许可证制度得以生存至今,因此在立法上应明确开源软件所依据的许可证合同关系受到法律保护。正如前文所述,在许可证制度之下,原作者的人身权和财产权均发生了一定程序的让渡,与传统的著作权法上规定的著作权的权利属性存在冲突。在传统著作权模式下,作者可以通过许可使用和转让合同进行让渡,这通常是作者和被许可使用者和被转让者的合意。而许可证制度是一种严格地格式法律契约,没有协商和修改的余地。只有完全遵守许可证的要求,才能对开源软件进行相应的利用。如今,开源许可证已经成为国际行业内共同认可和遵守的法律文本,明确开源软件许可证合同受到法律保护已是世界性趋势,对于违反开源许可证的侵权人,应明确权利人追求其责任的权利。只有严格地遵循许可证制度,才能使开源社区规范、长久的发展。

(二) 明确开源软件著作权侵权纠纷的管辖和法律适用问题

在实际开发过程中,由于开发人员众多,开源社区人员的居住地和国籍都可能在世界各个地区,开发人员所在的计算机终端所在地也很可能分散在世界各地。如果在开源软件中有开发者违背了许可证制度或者实施了侵权行为,则需要承担违约责任或侵权责任。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第25条规定:“信息网络侵权行为实施地包括实施被诉侵权行为的计算机等信息设备所在地,侵权结果发生地包括被侵权人住所地。”因此发生在中国境内的著作权侵权行为,被侵权人,有权在自己的住所地提起相应的侵权诉讼。而在侵权人处于不同国家之下的侵权行为的诉讼,则需要依据我国网络涉外侵权的管辖适用条款。因知识产权实体权益存在地域性,对于一国法院有关网络知识产权案件管辖权的确定,相比较于其他案件而言,更容易引发管辖权冲突及其判决承认与执行的困难,因此应制定相应的统一实体公约和程序规则予以协调。

(三) 建立开源软件登记制度

计算机软件著作权登记制度实际在我国历经了一个从有到无的发展演变的过程。根据2002年我国出台的《计算机软件著作权登记办法》,计算机软件著作权只能通过登记机关进行著作权登记后才能得到确权和保护。但与《伯尔尼公约》中著作权自动产生原则协调一致,我国取消了这一制度而改为自愿登记^[10]。但计算机软件的著作权登记的重要性不应被忽视,因其是作者充分行使并保护软件著作权的前提条件和有力保障。一旦发生软件著作权争议,作者可以凭借《软件著作权登记证书》对版权加以证明。由于软件作品的特殊属性,若不登记,著作权人在说明作品主体与完成的时间时会存在一定的困难。软件著作权登记制度一定程度上可以明确软件作品的权属,便利了软件版权交易。开源协议,本质上也是一种著作权让渡协议,开源软件的作者虽然让渡了一部分人身权和财产权,但仍受著作权法保护。因此,开源软件的使用者、开发者,在利用已有的开源软件开发新的软件时,也可以进行前期留证,以确认自己的著作权。在开源软件著作权进行登记时,区分好各软件的界限,做

好记录,对开源软件所涉及的所有开源协议、以及对有著作权的软件进行的改编都进行详细的记录。

(四) 加强开源社区的作用,赋予其原告资格

开源运动采用“集市化”的软件开发模式,参与开发者众多,开发平台虚拟化,因此作为开源软件的著作权人难以有效维护原始作者的著作权,应加强开源社区的领导能力,建立著作权集体管理制度应对开源软件著作权侵权困境^[11]。集体管理组织可以根据权利人的授权,集中的对开源软件作品进行维护和管理,例如进行涉及著作权或者与著作权有关权利的诉讼、仲裁。在美国,面对开源软件著作权侵权案件,集体管理组织如FSF(free software foundation)、SFLC(software freedom law center)、SFC(software freedom conservancy)、gpl-violations.org、Moglen Ravicher LLC等组织均可以作为原告参加诉讼^[12]。集体管理组织作为原告参加诉讼可以弥补个人应对纠纷能力不足的缺陷,提高效率,降低管理成本,并且积极应诉。在美国,开源组织作为原告起诉起到了举足轻重的作用。例如SFLC代表两个原告提起的针对BYSY BOX的诉讼,GPL-violations.org先后在德国针对sitecom,fortinent等提起的诉讼,都说明了集体管理组织在开源维权中的巨大作用。虽然我国的开源社区众多,还没有形成统一的集体管理组织足以应对开源诉讼,应在未来逐步加强对开源组织的管理,赋予其代表权利人行使权利、参加诉讼的资格。

参考文献:

- [1] 范小青. 开放源代码运动: 起源、发展与核心关注点[J]. 全球传媒学刊, 2015, (4): 115-130.
- [2] 张平, 马骁. 共享智慧——开源软件知识产权问题解析[M]. 北京: 北京大学出版社, 2005.
- [3] 张汉华. 违反开源软件许可证的法律救济——以德国法为视角[J]. 法学评论, 2015 (3): 83-88.
- [4] Goettsch K D. SCO Group v. IBM: The future of open-source software. [J]. Journal Of Law , Technology & Policy. 2003(2): 581-588.
- [5] Jacobsen v. Katzer , 2009 U.S. Dist. LEXIS 115204 (N.D. Cal. Dec. 10 , 2009) [EB/OL]. [2016-9-10]. <http://origin-www.lexisnexis.com/ap/academic>.
- [6] 徐铭勋. 论数字环境下著作权行政保护与刑事保护的强化 [J]. 河北法学, 2013 (1): 170-175.
- [7] 程文婷. 开源软件开发者激励机制研究[J]. 网络法律评论, 2011 (1): 89-102.
- [8] 王希贝. Android 开源手机与知识产权保护浅析[J]. 中国发明与专利, 2010 (11): 68-69.
- [9] 知识产权部工业和信息化部. 开源软件涉及的相关知识产权问题分析[J]. 中国集成电路, 2010, (10): 77-89.
- [10] 齐爱民, 彭振. 我国计算机软件著作权登记机制的反思与完善[J]. 河北法学, 2013 (5): 10-14.
- [11] 马治国, 张小号. 以著作权集体管理制度应对知识产权共享运动中的著作权保护与管理困境[J]. 科技与法律, 2011 (5): 15-19.
- [12] Meeker H J. Open source and the age of enforcement [J]. Hastings Science & Technology Law Journal. 2012 (4): 268-290.

(全文共 14,486 字)