

论软件修改权在 第三方插件侵权中的适用

——兼评《著作权法(修订草案送审稿)》
第 13 条第 3 款第 8 项

徐彦冰*

目次

引言

一、第三方插件的概念、类型和特征

(一) 第三方插件的概念

(二) 不同类型的第三方插件

(三) 第三方插件的特征

二、第三方插件的软件修改权之适用

(一) 对软件修改权的理解

(二) 软件修改权在第三方插件侵权案中的适用

三、纳入“改编权”的软件修改权

(一) 纳入“改编权”的软件修改权之条款评析

(二) 纳入“改编权”的软件修改权在第三方插件侵权中的适用

结论

摘要 珊瑚虫 QQ 案,彩虹显 IP 案,360 与腾讯间的 3Q 之诉,都将第三方插件侵权问题推入了人们的视野,第三方插件是否侵犯宿主软件著作权亦引起学界的广泛讨论。然而,针对不同类型的第三方插件,软件修改权能否适用有着不同的结论。在国务院法制办公室于 2014 年 6 月 6 日公布的《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》中,将软件修改权纳入第 13 条第 3 款第 8 项“改编权”中。如果《送审稿》得以通过,其中的“程序改编权”的部分对于第三方插件侵权问题能否适用、如何适用,是本文

* 上海交通大学凯原法学院讲师、法学博士。本文受 2013 年度司法部项目——国家法治与法学理论研究项目《云计算相关版权问题与对策研究》(批准号:13SFB5028)、2011 年度上海交通大学文理交叉专项基金重点项目《云计算知识产权问题研究》(编号:11JCZ04)、赢创德固赛(中国)投资有限公司设立的赢创知识产权研究基金资助。

要研究的主要问题。

关键词 软件修改权 第三方插件 改编权

引言

第三方插件的侵权问题是随着几起诉讼进入人们视野的,第三方插件是否侵犯宿主软件著作权亦引起了学者们的广泛讨论。然而,随着技术的进步,第三方插件改变宿主软件的方式也在不断变化,其早已从直接修改宿主软件(如珊瑚虫 QQ)演进到只修改宿主软件运行过程中内存中的指令代码(如彩虹显 IP),在不同类型的第三方插件引起的纠纷中,软件修改权^[1]能否适用这一问题有着不同的结论。在国务院法制办公室于2014年6月6日公布的《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》(以下简称《送审稿》)中,删除了现行《著作权法》中关于修改权的规定,同时将软件修改权进行了变动^[2]后,纳入第13条第3款第8项“改编权”中。如果《送审稿》得以通过,其中的“程序改编权”的部分是否能适用第三方插件,也是值得研究的问题。

一、第三方插件的概念、类型和特征

(一) 第三方插件的概念

插件(又译外挂,英文为 Plug-in、addin、add-in、addon 或 add-on 或 app),是一种电脑程序,通过和应用程序(例如网页浏览器、电子邮件服务器)的互动,来替应用程序增加一些所需要的特定的功能。最常见的有游戏、网页浏览器的插件和媒体播放器的插件。^[3] 维基百科虽然将“插件”又译为“外挂”,但在国内学界,“插件”和“外挂”却并不能完全等同。“外挂”在网络游戏领域使用较为常见,如有学者认为“外挂程序是故意编制的、以对网络游戏或者包含网络游戏在内的一系列程序产生直接或间接影响的、并非网络游戏客户端的程序”。^[4] 2003年12月,在新闻出版总署、信息产业部、国家工商行政管理总局、国家版权局和全国“扫黄打非”工作小组办公室联合出台的《关于开展对“私服”“外挂”专项治理的通知》中,也主要针对网络游戏领域使用“外挂”这一用语。“插件”使用的范围似乎更为广泛,并不限定网络游戏领域,如有学者认为插件是指“一种遵循一定规范的应用程序接口编写出来的程序,主要是用来扩展目标软件功能”。^[5] 由于本文要讨论的主题

[1] 《计算机软件保护条例》中并没有“软件修改权”的提法,只在第8条中列举了软件著作权人享有“修改权”,为避免与《著作权法》中的“修改权”混淆,本文将《计算机软件保护条例》中软件著作权人享有的修改权,简称为“软件修改权”。

[2] 《计算机软件保护条例》第8条对于软件修改权的规定如下:“软件著作权人享有下列各项权利:……(三)修改权,即对软件进行增补、删节,或者改变指令、语句顺序的权利;……”而在《送审稿》中关于改编权的表述如下:“著作权包括人身权和财产权……(八)改编权,即将作品改变成其他体裁和种类的新作品,或者将文字、音乐、戏剧等作品制作成视听作品,以及对计算机程序进行增补、删节,改变指令、语句顺序或者其他变动的权利;……”

[3] 维基百科“插件”词条(<http://zh.wikipedia.org/wiki/插件>,最后访问时间 2014-09-09)。

[4] 寿步、陈跃华:《网络游戏法律政策研究》,上海交通大学出版社2005年版,第60页。

[5] 周洪涛、单晓光:《第三方插件与软件著作权保护——以珊瑚虫版QQ案为视角》,载《东方法学》2008年第5期。

并非限定于网络游戏领域,故此处选用“插件”这一表述。

第三方插件是指插件的开发者是独立于宿主软件的著作权人和用户的第三方。它是“由第三方根据原软件的结构特征、功能和接口规范等开发而成,主要用于在该原软件的基础上调整、增加或删除相关功能,以使加载插件后的原软件更适合原软件的使用者”。〔6〕 本文主要讨论第三方插件的原因在于:若插件是由宿主软件的著作权人开发,则是著作权人在行使修改权或改编权,并不存在侵权问题;若插件是由宿主软件的用户开发,只要其不再向其他不特定的公众提供,则往往可以基于合理使用而免责。

(二) 不同类型的第三方插件

在已经发生的诉讼中,主要有两类第三方插件。其中,直接修改型的第三方插件通过直接修改宿主软件代码来实现改变软件功能的作用,并会在修改后形成一个功能增强版的新软件;而另一类插件仅通过修改宿主软件在运行过程中,于内存中产生的动态指令代码,来实现改变软件功能的作用,它们并不直接修改宿主软件,也不产生修改后的新软件。这两类插件虽然从用户使用的角度考察,并没有太大的区别,但在软件修改权的适用上将产生完全不同的结果。

(三) 第三方插件的特征

由于涉及宿主软件的著作权人、插件开发者和用户三方主体,第三方插件可能会带来复杂的法律问题,而了解第三方插件的特征,将为解决这些法律问题提供些许思路。

特征一:由独立于宿主软件的著作权人和用户的第三方开发。正是因为其由第三方开发,开发者本身又往往并不使用这些插件,而是提供给用户使用,才带来三方主体之间的法律关系互相交织、互相作用的复杂情形。

特征二:脱离宿主软件无法运行,或者运行没有意义。由于第三方插件是针对某一或某类特定的宿主软件开发,因此其功能必须依赖宿主软件才得以实现。

特征三:能影响宿主软件的运行,或改变宿主软件的功能。无论是何种第三方插件,采用何种修改方式,其都实现了影响宿主软件运行或改变宿主软件功能的作用。正是如此,才产生了第三方插件是否涉及宿主软件著作权侵权的讨论。

二、第三方插件的软件修改权之适用

(一) 对软件修改权的理解

1. 软件修改权的立法规定

《计算机软件保护条例》(以下简称《软件条例》)第8条规定:“修改权:即对软件进行增补、删节,或者改变指令、语句顺序的权利。”根据这一规定,软件修改权针对“对软件而为的修改行为”,即“对计算机程序及其有关文档〔7〕进行的增补、删减,或者改变指令、语句顺序的行为”。具体而言:

首先,软件修改权是针对特定作品——计算机软件而言的。而对于构成计算机程序的程序和文档,《软件条例》有严格的定义。〔8〕 如果修改行为针对的并非计算机程序或其相关的用来描述程

〔6〕 见前注〔5〕,周洪涛、单晓光文。

〔7〕 《软件条例》第2条对“软件”的解释是“指计算机程序及其有关文档”。

〔8〕 《软件条例》第3条第1项对“计算机程序”给出了如下解释:“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。”同条第2项对“文档”给出的解释是“用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的文字资料和图表等,如程序设计说明书、流程图、用户手册等”。

序的文档,则不属于软件修改权规制的范畴。而著作权法中的修改权作为一项著作人身权,其应适用于任何类型作品。

其次,软件修改权控制特定的行为——对程序或文档的增补、删减,或者改变指令、语句顺序的行为。除此之外,对软件所做的改动,不应是软件修改权所控制的“修改”行为。

2. “修改”行为针对的客体

《软件条例》第2条对“软件”的解释是“指计算机程序及其有关文档”。

(1) 计算机程序

有学者认为,《著作权法》意义上的“计算机程序”必须是能够被计算机所执行,从而指挥计算机完成某一任务的“代码化指令序列”,而不是只能被“代码化指令序列”调用的“代码化数据”。〔9〕笔者同意这一观点,而从各国立法的考察亦可得出相同结论。

我国《软件条例》第3条第1项对“计算机程序”的规定与世界知识产权组织(WIPO)于1978年公布的《保护计算机软件的示范条款》(以下简称《示范条款》)中对“计算机程序”的定义基本一致。该《示范条款》认为计算机程序是指送入计算机可读介质后,能够使计算机具有信息处理能力,可以完成某一特定功能、执行某一特定任务或达到某一特定结果的一组指令。〔10〕

《美国版权法》第101条规定计算机程序是指一系列语句或指令,直接或间接被用于计算机以产生一定结果。〔11〕《澳大利亚版权法》第10条对于计算机程序的规定与《美国版权法》完全相同。〔12〕《日本著作权法》第2条(十之二)对计算机程序给出的定义是“为了让计算机发挥功能以获得一定运算结果的一系列指令的集合表达”。

从这些规定中可以看出,计算机程序应是“可以由计算机执行”“用于计算机”“让计算机发挥功能”的,WIPO的《示范条款》中也强调计算机程序是“送入计算机可读介质后”,指挥计算机完成一定任务的。它仅指“代码化指令序列”,而不包括“代码化指令序列”调用的“代码化数据”。〔13〕

(2) 文档

我国《软件条例》对文档的解释是“用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的文字资料和图表等,如程序设计说明书、流程图、用户手册等”。

由于文档一般可以作为文字作品、图形作品等受到著作权法的保护,因此许多国家用“计算机程序”取代“计算机软件”作为一个具有特殊意义的法律术语。〔14〕如美国、澳大利亚版权法使用的均为 computer program,日本著作权法使用的也是“计算机程序”,并且在第10条第3款中,将“计算机语言、规则、算法”从受保护的“计算机程序”中排除出去,〔15〕其中根据该条的解释,计算机程序

〔9〕 王迁:《论软件作品修改权——兼评“彩虹显案”等近期案例》,载《法学家》2013年第1期。

〔10〕 WIPO Model Provisions on the Protection of Computer Software, Geneva 1978 Art. 1 “computer program” as “a set of instruction capable, when incorporated in a machine-readable medium, of causing a machine having information-processing capabilities to indicate, perform or achieve a particular result”.

〔11〕 United States Copyright Act 1976, § 101 A “computer program” is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result.

〔12〕 Australia's Copyright Act 1968 (consolidated as of 30 July 2002) Art. 10(1) computer program means a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result.

〔13〕 《十二国著作权法》,《十二国著作权法》翻译组译,清华大学出版社2011年版,第363页。

〔14〕 张佳佳:《论软件修改权》,华东政法大学硕士学位论文,2013年4月,第12页。

〔15〕 前注〔13〕,《十二国著作权法》,第369页。

语言是指“作为表现计算机程序手段的文字或者其他记号及其系统”,规则是指“有关如何使用特定计算机程序中的计算机程序语言的特定规则”^[16],由此可见,日本著作权法中的“计算机程序语言”和“规则”是我国《软件条例》所称的“有关文档”。

由于《软件条例》将“软件”定义为“计算机程序及其有关文档”,因此,在我国,对文档的修改显然构成对计算机软件的修改。这一规定与《示范条款》中的规定基本一致,该示范条款认为计算机软件包括了三部分,即计算机程序、程序描述和用户手册。^[17]其中,程序描述和用户手册应属于我国《软件条例》中“文档”的范畴。

(二) 软件修改权在第三方插件侵权案中的适用

1. 直接修改型第三方插件

直接修改型的第三方插件是否能适用软件修改权进行规制并不存在太大的争论,这一问题随着2008年陈寿福珊瑚虫QQ案引起关注的。2005年底至2007年1月,被告人陈寿福从腾讯科技(深圳)有限公司(以下简称“腾讯公司”)的网站下载了不同版本的腾讯QQ系列软件后,未经腾讯公司许可,在腾讯QQ软件中加入珊瑚虫插件,并重新制作成安装包,命名为“珊瑚虫QQ”后放到“珊瑚虫工作室”网站上(www.coralqq.com/www soff.net)供用户下载。陈寿福的改动包括:去除了腾讯公司的广告和SoSo搜索条并增加了显示IP的功能后命名为珊瑚虫QQ,在珊瑚虫QQ系列软件中加入智通公司、265北京公司以及Google中国公司的商业插件为上述三公司的产品进行推广,智通公司以及265北京公司向被告人陈寿福支付广告费。后广东省深圳市南山区人民检察院以“珊瑚虫工作室”负责人陈寿福涉嫌侵犯著作权罪向广东省深圳市南山区人民法院提起公诉。2008年底,法院做出终审判决,最终认定被告人陈寿福侵犯著作权罪,判决书中明确指出被告实施了“包括擅自修改、非法复制发行他人享有著作权的软件等多种侵权行为”^[18]。

本文不讨论珊瑚虫QQ是否构成对复制权、发行权、信息网络传播权的侵权,仅讨论软件修改权能否适用。

软件修改权要求“对软件进行增补、删节,或者改变指令、语句顺序”,本案中主要涉及对“计算机程序”本身的修改。根据前文对“计算机程序”的讨论,这种修改必须是切实针对“代码化指令序列”而为之的改动。直接修改型第三方插件一般都直接修改了宿主程序的代码,或者删除、增加了源程序或目标程序,即可适用软件修改权规制。以本案为例:(1)被告修改了宿主软件;(2)被告的修改行为至少包括了增补和删节;(3)被告将修改后的版本上传至网络供不特定的公众下载,因此不能援引《软件条例》第16条有关“必要修改权”的例外。^[19]故此种修改可以适用《软件条例》中的“修改权”规制。

2. 仅修改内存中的指令代码的第三方插件

随着技术的进步,第三方插件不再限于直接修改宿主软件的类型,而是可以通过修改内存中

[16] 《日本著作权法》第10条第3款之(一)、(二)。见前注[13],《十二国著作权法》,第369页。

[17] WIPO Model provisions on the protection of computer software, Geneva 1978, “computer software” refers to: computer program, program description and program user instruction.

[18] 《广东省深圳市中级人民法院刑事裁定书》(2008)深中法刑二终字第415号。

[19] 《计算机软件保护条例》第16条第3款:“为了把该软件用于实际的计算机应用环境或者改进其功能、性能而进行必要的修改;但是,除合同另有约定外,未经该软件著作权人许可,不得向任何第三方提供修改后的软件。”这一条款被认为是软件用户享有的“必要修改权”,而该案中,由于修改后的目标软件版本已向不特定公众提供,因此不符合“不得向任何第三方提供修改后的软件”的前提。

的指令代码来达到改变宿主软件的功能,影响宿主软件运行的作用。在引起广泛讨论的“腾讯科技(深圳)有限公司诉上海虹连网络科技有限公司等侵犯计算机软件著作权纠纷案”(以下简称“彩虹显 IP 案”)中的“彩虹显 IP 软件”即是一个典型的仅修改内存中指令代码的第三方插件。

2008年初,虹连公司和我要公司针对 QQ 软件,共同开发了彩虹显 IP 软件。根据《中南财经政法大学知识产权司法鉴定所司法鉴定意见书》及相关分析意见:在未安装 QQ 软件的情况下,彩虹显 IP 软件无法独立运行,它必须要“依附”于腾讯 QQ 软件运行,只有安装了腾讯 QQ 软件,彩虹显 IP 软件才能在其基础上运行。彩虹显 IP 软件利用 QQ 软件运行时需调用微软的“msimg32.dll(4.5K)”的运行机理,将彩虹显 IP 软件下的文件以同名命之并置于 QQ 软件安装目录下,在 QQ 软件需要调用微软的 msimg32.dll(4.5K)文件时,调用了彩虹显 IP 软件精心安插的同名、但不同内容的 msimg32.dll(44K)文件。当 msimg32.dll(44K)文件进入 QQ 地址空间后,导入彩虹显 IP 软件主功能文件 CaiHong.dll,被导入的 CaiHong.dll 在 QQ 进程中删除 QQ 部分指令语句,补充彩虹软件的指令语句,改变 QQ 软件目标程序固有流程、结构、顺序、组织、原有函数的应用等,致 QQ 软件 19 处目标程序发生改变,从而实现了其与 QQ 软件建立链接、形成依附、改变 QQ 原有的隐 IP、隐身为显 IP、显好友隐身功能以及可选择关闭 QQ 原有的侧边按钮显示功能等目的。法院认为,彩虹显 IP 软件所改变的,正是 QQ 软件目标程序中必备的相关代码、指令及其顺序,因此构成对 QQ 软件修改权的侵权。^[20]

法院虽然做出了彩虹显 IP 软件侵权的判决,然而学者们进行了诸多学理上的评判,有不少学者认为彩虹显 IP 软件并不构成软件修改权的侵权。笔者赞同这一结论,认为仅修改内存中暂存的程序指令,而并未直接修改宿主软件的第三方插件很难适用软件修改权判定为侵权。这从该类插件与直接修改宿主软件的插件的区别分析即可得出结论。表现在本案中彩虹显 IP 软件与珊瑚虫 QQ 软件的区别在于:

(1) 通过调用系统动态链接数据库对运行中的软件^[21]进行修改

这种动态修改的实质是对软件运行时暂存于内存中的指令代码进行了修改,其表现为:首先,宿主软件运行前并未被修改;其次,宿主软件运行过程中在内存中暂存的程序指令被修改或替换;最后,运行完成后宿主软件回到初始未被修改的状态。^[22]也即,当用户运行电脑中安装的 QQ 软件,同时运行彩虹显 IP 软件,则 QQ 软件在运行过程中暂存于内存的程序指令被修改,从而使得 QQ 软件的功能得以改变,而当用户关闭 QQ 后,其又恢复到未被修改的状态,如果下次用户单独打开 QQ 软件(并不同时运行彩虹显 IP 软件),其并不会具备任何彩虹显 IP 软件附加给它的功能。法院根据鉴定结论,认为内存中的程序指令构成目标程序,因此对其修改构成对目标程序的修改,故此判定侵权。

根据前文对“计算机程序”立法定义的考察,“计算机程序”,无论是构成“源程序”还是“目标程序”的“代码化指令序列”都要求“可以由计算机执行”,而本案中彩虹显 IP 软件修改的内存中的指令代码,其实是计算机在执行程序的过程中产生的,是“执行中”的指令代码,而非“被执行”的程序。因此严格来说,与我国《软件条例》中对“计算机程序”的定义并不完全一致。另外,根据目标

[20] 《武汉市中级人民法院民事判决书》(2011)武知终字第 00006 号。

[21] 在一审判决书中有“制作、发布的彩虹显 IP 软件在运行过程中修改 QQ 客户端软件”的表述,二审判决书中也有“在 QQ 进程中删除 QQ 部分指令语句”的表述。参见《湖北省武汉市江岸区人民法院民事判决书》(2009)岸知民初字第 4 号、《武汉市中级人民法院民事判决书》(2011)武知终字第 00006 号。

[22] 寿步、王晓燕主编:《云计算知识产权问题研究》,上海交通大学出版社 2014 年版,第 81 页。

程序的定义“为源程序经编译可直接被计算机运行的机器码集合”^[23],也不能将运行于内存中的程序代码认为是目标程序。

(2) 并未直接修改宿主软件

与珊瑚虫 QQ 软件最后会得到一个“功能加强版”的 QQ 提供给不特定公众下载不同,彩虹显 IP 软件的开发者并未提供一个修改过的 QQ 软件,而仅仅提供了一个供用户修改 QQ 软件的工具。有学者认为“仅提供修改工具”与“直接修改软件”显然有着本质区别,因此彩虹显 IP 软件不构成软件修改权的“直接侵权”^[24]。前文已经分析,仅修改内存中的指令代码似难以认定为构成对目标程序的修改,但即使假设彩虹显 IP 软件修改的就是 QQ 软件的目标程序,其开发者也难以成立“间接侵权”,因为此时,直接为修改行为的是用户,而用户得以《软件条例》第 16 条的“必要修改权”成立合理使用。既然用户不存在直接侵权行为,则彩虹显 IP 软件的开发者当然亦不成立间接侵权。

三、纳入“改编权”的软件修改权

国务院法制办公室于 2014 年 6 月 6 日公布的《送审稿》中,将《软件条例》中的“修改权”纳入了第 13 条第 3 款第 8 项“改编权”中。该项规定如下:“(八)改编权,即将作品改变成其他体裁和种类的新作品,或者将文字、音乐、戏剧等作品制作成视听作品,以及对计算机程序进行增补、删节,改变指令、语句顺序或者其他变动的权利。”这一变动符合软件修改权的法律性质,然而在条款的设计上,仍存可完善之处。相应的,立法的不明确亦会带来适用上的问题。

(一) 纳入“改编权”的软件修改权之条款评析

1. 用“程序修改权”替代了“软件修改权”

现行《软件条例》第 8 条明确规定“修改权”是“软件著作权人”享有的权利,而“软件”是指计算机程序和有关文档,因此对程序或文档的修改都受软件修改权的规制。而在《送审稿》中却只将对计算机程序的修改纳入改编权,事实上用“程序修改权”替代了“软件修改权”。笔者认为这一改动具有合理性,理由如下:

(1) 由于文档可以作为文字作品、图形作品或美术作品单独受到著作权法的保护,对文档的修改完全可以适用文字作品、图形作品、美术作品的改编、保护作品完整权等权利来实现,再将其归入软件修改权中意义不大。这一做法也与美国、日本等国家版权法的规定一致。

(2) 从该权利控制的行为来看,“增补、删节,改变指令、语句顺序”等,亦主要是针对计算机程序而非文档所为。

(3) 从目前实践中发生的案例来看,也主要是针对计算机程序进行的修改,很少发生改动相关文档的情形。

2. “修改”计算机程序应产生新作品

软件修改权纳入改编权后,就需要对软件的增补、删节、改变指令、语句顺序等修改行为达到改编要求的产生具有独创性新作品的程度。然而从《送审稿》第 13 条对改编权的规定来看,“改编权,即将作品改变成其他体裁和种类的新作品”,之后使用了连接词“或者”,“将文字、音乐、戏剧等

^[23] 百度百科“目标程序”条目(<http://baike.baidu.com/view/1182933.htm?fr=aladdin>,最后访问时间 2014-09-09)。

^[24] 见前注[9],王迁文。

作品制作成视听作品,以及对计算机程序进行增补、删节,改变指令、语句顺序或者其他变动的权利”。“或者”意指两者具备其一即可,从字面理解,计算机程序的修改只需满足进行了“增补、删节,改变指令、语句顺序或者其他变动”即可,并非一定要求修改后的计算机程序与修改前的计算机程序相比是一个新作品。

而无论按现行著作权法的立法解释,还是按著作权的基本法理,改编行为成立的一大要件是需在结果上通过改变作品创作出具有独创性的新作品。《送审稿》第13条第3款第8项中的其他表述“改编权,即将作品改变成其他体裁和种类的新作品”,“将文字、音乐、戏剧等作品制作成视听作品”,^[25]也说明了改编行为应产生新作品。而对计算机程序的修改也不应例外。该款的具体措辞仍需调整,应为程序修改行为添加“产生新作品”的条件限定。

3. 软件修改权的例外

由于软件是一种实用工具,用户可能会基于使用的需要对软件进行一定的修改。因此美国版权法第117条、^[26]日本著作权法第47条之三的第1款^[27]等法律均赋予软件用户在特定的情况下可以修改作品的权利。我国《软件条例》第16条第3款“为了把该软件用于实际的计算机应用环境或者改进其功能、性能而进行必要的修改;但是,除合同另有约定外,未经该软件著作权人许可,不得向任何第三方提供修改后的软件”的规定,也赋予了用户在必要的情况下可以修改软件的权利,但只能自己使用,未经权利人同意,无权向他人提供。

《送审稿》将软件修改权纳入改编权体系后,对改编权的权利限制对软件修改权同样适用,但考虑到软件作品的特殊性,“用户的必要修改权”的限制应作保留。而目前的《送审稿》中并未对“用户的必要修改权”做出规定。

(二) 纳入“改编权”的软件修改权在第三方插件侵权中的适用

1. 修改的客体

如前文所述,《送审稿》用“程序修改权”替代了“软件修改权”,故若《送审稿》得以通过,则第三方插件若仅对“相关文档”进行了修改,则不成立侵权,而现行立法框架下,对计算机程序和相关文档的修改均构成软件修改权侵权。

2. “修改”的程度

对计算机程序的修改在实践中存在复杂的情形,需要具体分析。

一方面,若对计算机程序进行了增补、删节、改变指令、语句顺序等修改行为,但修改后的程序与之前的程序相比并非一个新的作品。此时是否仍能成立作为“改编权”的软件修改权的侵权呢?据前文分析,按《送审稿》第13条第3款第8项的字面理解,无需产生新作品亦可成立侵权,然而从著作权法法理和立法原意考察,纳入“改编权”框架下的计算机程序的修改也需满足产生新作品方可成立侵权。

另一方面,在第三方插件的情况下,若并未修改计算机程序,而只是对内存中暂存的指令代码进行了修改,但事实上修改了计算机程序的功能,用户感受到的是一个新的作品,如前文列举的彩虹显IP案,这种修改是否能适用作为“改编权”的软件修改权规制呢?虽然此时第三方插件并非直

[25] 视听作品相比文字、音乐、戏剧等作品应是新作品。

[26] *United States Copyright Act 1976*, § 117. Limitations on exclusive rights: Computer programs.

[27] 该条规定,计算机程序复制品的所有权人,为了自己在电子计算机上使用该作品,可以在必要的限度内复制或者改编该作品(包括依照复制或改编的作品创作的二次作品的复制)。见前注[13],《十二国著作权法》,第384页。

接修改计算机程序,但其每次运行都会对宿主软件的功能产生影响,对用户而言,与直接使用修改过的计算机程序并无不同。而在美国亦发生过将修改软件功能认为是一种改编行为的案例。^[28]然而,按《送审稿》第13条第3款第8项规定的字面含义,没有对构成计算机程序的代码化指令序列进行修改,显然不构成作为“改编权”的软件修改权的侵权,著作权专有权利是用来控制行为的,如果一个行为并非著作权专有权利控制的行为,显然不侵权,此时不能因为“对于用户而言达到了产生新作品的同等效果”就判定为改编权侵权。

结 语

笔者仅就第三方插件是否构成软件修改权侵权进行讨论,希望通过本文,在一定程度上还原软件修改权适用的原貌,以期对理论研究和实践操作有所裨益。

综合全文,可得出以下结论:

首先,软件修改权的客体是软件,即计算机程序及其相关文档。其中计算机程序应指“可执行的代码化指令序列”,不包括被其调用的“代码化数据”。而软件运行过程中,暂存于内存中的“指令代码”,由于不可被计算机执行,不宜被认定为计算机程序(包括源程序和目标程序),因此,对暂存于内存中的指令代码进行修改不构成软件修改权侵权。

其次,针对不同类型的第三方插件是否构成软件修改权侵权,有不同的结论。(1)若该第三方插件修改了构成“计算机程序”的“代码化指令序列”,又不满足用户必要修改权的要件时,则构成软件修改权侵权;(2)若该第三方插件仅修改了内存中的指令代码,而内存中的指令代码不宜被认定为“计算机程序”,则其虽然实现了对宿主软件的功能、界面等的改变,亦不构成软件修改权侵权。

再次,《送审稿》第13条第3款第8项的具体规定具有合理性,但应为对计算机程序的修改行为添加“产生新作品”的条件限定,并保留“用户的必要修改权”的限制。

最后,若《送审稿》得以通过,软件修改权纳入“改编权”体系,则(1)仅当第三方插件对计算机程序进行了修改才成立侵权,即仅对“相关文档”进行的修改,不侵权;(2)第三方插件需同时满足为了“增补、删节,改变指令、语句顺序或者其他变动”的修改行为和产生出一个不同于宿主软件的新作品,才成立侵权。

(责任编辑:万 勇)

^[28] *Midway Manufacturing Co. v. Artic International, Inc.*, 704F.2d 1009 (7th Cir. 1983).