

我国创设软件版权侵权“开源抗辩”之质疑

——兼评“未来案”和“亿邦案”

张韬略

内容提要:我国版权法缺乏在软件侵权诉讼中支持开源抗辩的具体法律依据。法院在个案中绕开版权法具体规范,直接引用公平、诚信原则支持开源抗辩的做法无法实现更公平、诚信的结果,且损害我国版权法的安定性和软件版权市场的财产秩序。美国规制版权登记欺诈的不当行为抗辩制度与其版权取得重形式主义的历史传统相关,需要多种配套制度支撑且近年在实践中存在难以克服的弊端,不宜作为我国法律移植的对象。以立法方式单独为软件作品设立开源抗辩在抗辩权定性和抗辩事由的规则设计上也存在难以调和的困境。既有的非法演绎作品保护规则已考虑了价值冲突时的利益衡量,有利于维系版权法的安定性和体系性,且对开源传播的负面影响有限,是更理性的制度选择。

关键词:版权侵权 开源软件 开源抗辩 通用公共许可证 版权登记 演绎作品

张韬略,同济大学法学院副教授。

一 引言——昙花一现的“开源抗辩”?

版权法(著作权法)^[1]是世界各国保护软件知识产权最常见和最有效的手段。^[2]目前各国版权法对各类作品都采取了非常友好且低成本的权利取得制度设计,软件作品同样无需强制登记和审查,完成并固定在特定有形载体上即自动获得版权保护。^[3]软件版权人在发现侵权者后可以向法院要求其承担停止侵权、赔偿损害等民事责任。然而,如

[1] 尽管我国等大陆法系国家更多采用“著作权”而非“版权”的表述,但根据《中华人民共和国著作权法》第62条著作权即版权的规定以及本文的比较和产业视角,本文统一使用版权的表述,除非援引的文献自身使用著作权的表述。

[2] See Peter S. Menel, An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs, 41 *Stanford Law Review* 1045, 1079 (1989).

[3] 参见郑成思著:《版权法》(第2版),中国人民大学出版社1997年版,第83-86页。

果软件版权人在开发软件过程中存在某些不当行为,例如使用了第三方的开源软件代码且违反软件许可协议规定的开源义务,^[4]那么被控侵权人可否借此提起“开源抗辩”,法官是否应拒绝对此类软件提供版权侵权救济呢?

在南京未来公司诉江苏云蜻蜓公司等侵犯软件版权案(下称“未来案”)中,一审法院就作出了支持开源抗辩的裁判。^[5] 该案原告诉称被告侵犯其投标软件主程序的版权,但法院在认定被告软件不当使用了原告主程序的代码后却拒绝提供救济。^[6] 理由是原告软件主程序因包含第三方开源代码而受到“通用公共许可证”(GPL)^[7]的约束,但原告却违反该协议,故意不公开源代码,如果保护其不当行为带来的利益,“不符合公平、诚信原则”,并将导致“虚置 GPL 协议关于源代码持续开源的相关规定,对于通过 GPL 协议让源代码持续开源传播产生不利影响”。法院还特别指出,“原告向中国版权保护中心的登记计算机软件著作权时,提交了一份涉案软件不适用 GPL 协议的声明,原告作为专业的软件开发者,理应对开源协议负有更高的注意义务,通过技术手段解决 GPL 协议过于严格的问题。”^[8] 言下之意,原告在版权登记前应先尽开源合规义务,否则可能存在重大过错或者涉嫌欺诈版权局,而这类行为不应受到鼓励。其实在该案之前,类似抗辩就曾出现在国内软件版权侵权诉讼中,但并没获得法院支持。^[9] 因此未来案是我国首例获得法院支持的开源抗辩案件。^[10]

然而,开源抗辩在我国似乎仅是昙花一现。2023 年 10 月 12 日我国最高人民法院在另一案件“亿邦案”的二审裁判中认为,软件侵权案件被告以原告软件版权人违反开源许可协议为由提起的不侵权抗辩不成立。理由有三点:一是在版权侵权纠纷中,法院不宜主动审查基于开源许可协议的合同纠纷,两者是“相对独立的两个法律问题”,后者应另案处理并承担相应法律责任;二是当源代码权利人是案外人时,难以查明是否存在违反 GPLv2 协议的事实;三是即便涉案软件版权人“违反 GPLv2 协议导致涉案软件存在权利瑕疵,该假定瑕疵亦不影响在本案中针对被诉行为寻求侵权救济”,否则会“不合理剥夺或限制软件开发者基于其独创性贡献依法享有的著作权”。^[11]

众所周知,开源软件已全面渗透到软件行业中,许多软件产品都含有开源软件代码,

[4] 开源软件指软件源代码向用户开放,允许用户自由使用、修改和发布的一类软件,一般根据“开源倡议组织”(OSIA)认证的开源许可证进行发布。

[5] 江苏省南京市中级人民法院(2021)苏 01 民初 3299 号民事判决书。

[6] 应注意的是,法院认定被告非法使用了原告投标软件中的具有独创性的预览程序,就此成立软件版权侵权,并要求被告承担惩罚性赔偿的民事责任。但由于这部分程序不受到“通用公共许可证”的约束,原告对之并无开源义务,被告也无从主张开源抗辩,因此与本文讨论的主题无关。

[7] 通用公共许可证的英文全称为 GNU General Public License,由美国自由软件基金会(FSF)发布,涉案版本是 GPLv2, <https://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>,最近访问时间[2023-11-10]。

[8] 江苏省南京市中级人民法院(2021)苏 01 民初 3299 号民事判决书。

[9] 北京知识产权法院(2015)京知民初字第 631 号民事判决书、北京市高级人民法院(2018)京民终 471 号民事判决书。

[10] 参见中国版权协会:“版权案例 | 全国首起民事生效判决——GPL 抗辩获得法院支持”, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1749300246529330612>,最近访问时间[2023-11-10]。

[11] 最高人民法院(2021)最高法知民终 51 号民事判决书。

在云计算、大数据等新技术领域开源软件更是占据了主流地位。^[12] 我国目前也已成为软件开发大国,参与开源软件开发的人数规模位居全球第二。^[13] 在这种背景下,无论我国法院对开源抗辩持哪种态度,都会对我国软件产业产生重大影响。一方面,如果法院反对开源抗辩,支持违反开源许可协议的软件版权人继续维权,可能有损开源软件运动所秉持的开放和开源的精神,助长软件开发者利用开源代码后违约闭源的不诚信行径。另一方面,如果法院支持开源抗辩,拒绝向违反特定开源许可协议的软件版权人提供救济,则会直接损害众多软件企业核心资产的法律效力,间接迫使整个软件产业采取更加严格的开源合规措施,软件开发成本、诉讼成本乃至司法资源投入也随着提升。

鉴于支持开源抗辩与否对我国版权产业的巨大影响,且司法实践已出现了两种激烈交锋的观点,我国创设开源抗辩制度的合理性和可行性问题,显然已成为学界亟需深入研究的重要法律问题。本文主张我国不宜创设开源抗辩而应回归既有的非法演绎作品保护规则。下文先从法解释论角度分析我国法院在现行法框架内将公平、诚信原则作为开源抗辩法律依据的缺陷,然后从比较法角度探讨我国引入美国版权法不当行为抗辩制度所面临的系统性障碍,接着从立法论视角分析我国设计开源抗辩具体规则所面临的两难困境,最后阐释坚持既有的非法演绎作品保护规则的理由。

二 司法直接适用公平、诚信原则的缺陷

支持开源抗辩的观点认为,遵守软件行业公认的开源许可协议是一种诚实信用的行为,如果对违反开源许可协议的当事人施以救济,“不符合公平、诚信原则”。^[14] 作为统辖民商事法的基本原则,公平原则和诚信原则一直规定在我国民事基本法中。据之,民事活动应“合理确定各方的权利义务”,“秉持诚实,恪守承诺”。^[15] 虽然我国《著作权法》没有明确规定这两项原则,但作为民事特别法,与之相关的活动都应遵守公平和诚信原则。问题在于,在软件版权侵权诉讼中,法官将公平、诚信原则直接作为开源抗辩的法律依据是否妥当? 要回答该问题,必须逐一检讨以下两点:一是作为民法基本原则,公平、诚信原则在版权侵权诉讼的法律适用中应当怎样发挥指导功能;二是未来案直接适用公平、诚信原则支持开源抗辩的做法是否真正维护了基本原则所追求的法价值。

民事基本原则是民法本质特征的集中体现,是高度抽象的一般民事行为规范和价值判断的准则,^[16] 能在个案法律适用中发挥法律解释、漏洞补充乃至评价修正的功能。^[17] 但作为民事基本原则,公平、诚信原则本身并不直接界定民事主体具体的权利和义务,法官通常不能直接援引它们作为裁判依据。在个案中,法官应特别避免如下使用方式:第

[12] 参见何宝宏等著:《开源法则》,人民邮电出版社 2020 年版,第 3 页。

[13] 参见中国开源软件推进联盟:《2023 中国开源发展蓝皮书》,2023-05-21, <https://copu.gitcode.host/copu/2023/1/>,最近访问时间[2023-11-10]。

[14] 江苏省南京市中级人民法院(2021)苏 01 民初 3299 号民事判决书。

[15] 《中华人民共和国民法典》第 6 条、第 7 条。

[16] 参见王轶:《论民法诸项基本原则及其关系》,《法学研究》2013 年第 3 期,第 92 页。

[17] 参见韩世远:《民法基本原则:体系结构、规范功能与应用发展》,《吉林大学社会科学学报》2017 年第 6 期,第 9 页。

一,“宣示性运用”,也即当案件是非曲直判断明确有法可依时,法官不应对公平、诚信原则进行仅具陪衬性质的运用;^[18]第二,“遁入”一般条款或向之“逃逸”,也即在可能存在具体法律规范的场合,法官不应不加探寻就径直引用公平、诚信原则,导致法律规范落空;^[19]第三,“滥用”公平、诚信原则的法评价或法修正功能,也即在没有充分且正当理由例如具体法律规范的个案适用出现明显违反立法者意图的结果时,法官不应随意推翻立法者在具体法律规范上所明确表达的价值判断。^[20]可见,只有在我国版权立法存在漏洞或具体规则的个案适用与民法基本价值判断相抵触的极端情况下,才允许转而适用公平、诚信原则,发挥其法评价或法修正功能。

在未来案中,被告实质性复制了原告具有独创性的源代码,按照我国《著作权法》第52、53条和《计算机软件保护条例》第24条针对版权侵权行为的具体规定,本应直接认定构成版权侵权,但法官却直接引用公平原则、诚信原则,避开了我国版权法具体规范的适用。这种做法显然带有“遁入”一般条款乃至修正具体法律规范适用结果的动机。法官给出的裁判理由是软件版权人存在行为不当的情节,“如果基于原告的该权利认定其他行为人构成计算机软件侵权,即会保护原告未来公司的不当行为带来的利益,势必赋予其特殊法律地位和特别商事利益,不符合公平、诚信原则”。^[21]虽然笔者认同该案对原告行为不诚信的定性,因为原告没有“以诚实、公开和关照的方式,考量交易或尚未确定交易关系中另一方当事人的利益”。^[22]但上述裁判理由并不是以佐证法官有权在该案中直接引用基本原则对我国版权法侵权行为认定规则的个案适用进行否定性评价及修正。法官偏离具体规则而径直适用公平、诚信原则,其正当性在于依照该具体规则裁判将严重冲击社会公平、诚信的观念,且借助基本原则创设新规则可以实现更为公平、诚信的结果,但未来案并不符合这种极端情况。

首先,直接适用我国版权法的侵权行为认定规则与我国既有的知识产权保护理念和裁判规则基本一致,并没有严重冲击我国社会的公平、诚信观念。开源抗辩的实质是剥夺那些实施了不当行为的版权人的后续维权资格。但对此问题,各国版权法有不同的处理方式。有一些国家认为侵权活动的主体无资格享有版权,但更多国家认为“侵权归侵权,创作归创作”,非法演绎作品仍属于受版权法保护的作品。^[23]相比之下,我国版权法并没有明确规定非法演绎作品或者有瑕疵的“二次创作”的法律地位,我国学界通说倾向于认为未经许可创作的具有独创性的演绎作品也能获得版权,但只能享有消极的、排他的版权保护。^[24]我国司法裁判的主流观点也不支持这种不侵权抗辩。例如,在有的文字作品版

[18] 参见徐国栋著:《民法基本原则解释:诚信原则的历史、实务、法理研究》,北京大学出版社2013年版,第246页。

[19] 参见王泽鉴著:《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社2001年版,第244-245页。

[20] See John F. Manning, The Absurdity Doctrine, 116 *Harvard Law Review* 2387, 2390 (2005).

[21] 江苏省南京市中级人民法院(2021)苏01民初3299号民事判决书。

[22] 欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著:《欧洲私法的原则、定义与示范规则:欧盟示范民法典草案》,第1-3卷,高圣平等译,法律出版社2014年版,第104-105页。

[23] 参见郑成思著:《版权法》(第2版),中国人民大学出版社1997年版,第183-184页。

[24] 参见黄汇:《非法演绎作品保护模式论考》,《法学论坛》2008年第1期,第129页;刁舜:《添附理论视角下的非法演绎作品保护研究》,《电子知识产权》2016年第8期,第24页。

权侵权案中,被告以版权人作品未经许可包含了案外人版权内容为由提起不侵权抗辩,但我国最高人民法院认为该权利瑕疵属于另外的法律关系,不予支持。^[25] 在法律争议点类似的软件侵权案件中,曾有被告根据原告违反开源许可协议的事实主张不侵权抗辩,但法院同样不予支持。法院认为,应区别看待非法演绎作品创作过程中的违法行为和创作过程中的独创性劳动。当非法演绎作品遭遇侵权时,应当允许演绎作品的版权人提起侵权之诉并获取赔偿,以保护版权人的独创性劳动,制止下游侵权行为,实现利益平衡和公平正义。相反,如果因为作者创作过程的违法性而否定独创性,则使版权人难以制裁非法演绎作品的下游侵权行为,以致放纵侵权行为发展。^[26] 这种制度设计与知识产权作为一种消极禁用权(negative right to exclude)的属性是一致的。^[27] 可见,虽然软件版权人没有公开其新增软件源代码的违约行为确实有违诚信价值观,但在“侵权归侵权,创作归创作”的保护模式已经多年扎根我国版权保护司法实践的情况下,我国法院承认其享有版权并提供相应的救济,并不会对我国社会既有的公平、诚信观念产生重大冲击。

其次,借助基本原则对具体法律规范的适用进行修正容易损害法的安定性价值,必须有更为充足的理由。法官在个案中直接引用公平原则、诚信原则支持开源抗辩,实质是借助民法基本原则所承载的精神价值对我国版权法相关规则的个案适用结果的正当性进行否定性评价和修正。尽管从比较法角度看,大陆法系有承认基本原则可以发挥对既存法的修正功能的立法例,^[28] 普通法系法官在发现遵从某一法律规则会产生“荒谬”结果或存在其他法律授权的情形时,可以背离法定文本的通常含义,甚至撤销相关规则或宣布相关规则无效,^[29] 但因事关法安定性的重要价值,我国立法机关和学界对基本原则的法修正功能仍有争议。例如,我国合同法建议草案阶段曾肯定诚信原则具有法修正功能,认为“法院于裁判案件时,如对于该待决案件法律未有规定,或者虽有规定而适用该规定所得结果显然违反社会正义时,可直接适用诚实信用原则”,且“必须报请最高人民法院予以核准”。但我国立法者最终持谨慎态度,没有采纳草案该建议方案。^[30] 如果在我国版权司法领域承认这类法修正行为并推而广之,后果将不限于在个案中剥夺软件开发者就新增软件源代码的版权,而是在我国版权立法之外由司法创设一项全新的版权权利例外规则。这势必损害我国版权法的安定性,进而影响软件版权和其他类型作品版权的稳定性。因为既然软件版权侵权诉讼可以有开源抗辩,那么针对其他类型的非法演绎作品也自然可以创设类似的抗辩。可见,在司法民事裁判中直接引用基本原则修正具体法律规范的

[25] 最高人民法院(2015)民申字第 119 号民事裁定书。另见北京市海淀区人民法院(2007)海民初字第 22050 号民事判决书、广州市越秀区人民法院(2014)穗越法知民初字第 437 号民事判决书。

[26] 参见游云庭:《中国法院为什么保护违反 GPL 软件协议的行为?》, <https://law.wkinfo.com.cn/>, 最近访问时间 [2023-11-10]。

[27] See Janice M. Mueller, *An Introduction to Patent Law*, Aspen Publishers, 2003, p. 14.

[28] 例如《德国民法典》第 242 条所规定的诚信原则不仅具有漏洞填补功能,而且还能用于修正既存法,不论其是任意法抑或强行法。参见韩世远:《民法基本原则:体系结构、规范功能与应用发展》,《吉林大学社会科学学报》2017 年第 6 期,第 10 页。

[29] 参见[美]杰弗里·布兰德著:《法治的界限:越法裁判的伦理》,娄曲亢译,中国人民大学出版社 2016 年版,第 42-43 页。

[30] 参见梁慧星著:《民法学说判例与立法研究(二)》,国家行政学院出版社 1999 年版,第 136-137 页。

适用结果时,必须更加小心谨慎,应以能够获取更为合理、公平、诚信的裁判结果为前提,否则会损害既定法律的安定性。^[31]

再次,借助公平、诚信原则创设开源抗辩,并不能确保更加公平、诚信的裁判结果。从公平角度看,虽说允许实施不当行为的软件版权人主张侵权救济有违社会朴素的公平价值观,但剥夺其维权资格同样有悖公平原则,因为会出现“不合理地剥夺或限制软件开发者基于其独创性贡献依法享有的著作权”的现象,^[32]并使下游侵权人获得不当利益,助长盗版行为。从诚信角度看,软件版权人违反开源许可协议的行为固然不诚信,但其行为对象和严重程度仍可根据不同法律关系予以区分,并由不同的法律规则加以调整,无须求助于民事基本原则。就开源许可协议双方而言,软件版权人违反开源义务的行为直接侵害了上游开源者的利益,构成对诚信原则最直接、最严重的违反,但该行为可在另案中直接根据版权法的侵权认定规范进行规制。^[33]就软件版权人与下游用户的法律关系而言,即便承认下游用户(被告)构成开源许可协议的利益第三人,^[34]认为软件版权人封闭源代码的行为损害了被告利用更多开源代码的利益从而构成不诚信行为,同样可以借助合同效力规范对其进行规制,无需假借一般条款。而软件版权人与整个开源社群的法律关系就更远,即便认为前者背叛了开源理念属于不诚信之举,但因缺乏具体法律关系,这种指责更多是道德层面而非法律角度的评价。相比之下,被告窃取他人专有软件源代码(其中可能仅小部分属于开源代码)并用到自己软件中的行为不仅是不诚信行为,而且是我国法律法规明确禁止的不法行为。综上,如果司法机关为维护“源代码持续开源”而创设开源抗辩,极有可能会助长其他不公平不诚信行为,难以确保法律适用的结果更加符合公平、诚信原则。

三 移植美国不当行为抗辩制度的障碍

未来案支持开源抗辩的另一个理由是软件版权人不仅有违反开源软件许可协议的不当行为,而且在版权登记时明确宣称不适用通用公共许可证许可,根据其专业能力和承担的注意义务,可以推论存在重大过错或者涉嫌欺诈版权局和公众。尽管未来案只是将此作为直接适用公平、诚信原则的事实基础,但该裁判思路与美国知识产权法的不当行为抗辩制度的适用思路不谋而合。兼之近年国内学界也不乏引入美国不当行为抗辩制度的呼声,^[35]因此从比较法视角对该制度的法律移植问题进行分析就有了现实意义。笔者毫不

[31] 经常被国内学者援引的典型案例是“泸州遗赠纠纷案”。该案如果严格适用《继承法》的遗赠规定,可能会助长当时有苗头的社会不良现象,因此法官直接引用公序良俗原则认定涉案遗嘱无效。参见石佳友、王焱:《产权保护法治框架中的公平原则》,《苏州大学学报(法学版)》2022年第3期,第3页。

[32] 最高人民法院(2021)最高法知民终51号民事判决书。

[33] 广东省深圳市中级人民法院(2019)粤03民初3928号民事判决书。

[34] 应注意的是,通过开源软件许可协议进行范围不确定的利益第三人设定,是否能产生具有效力的第三人权利,目前在理论上仍有争议。See Andres Guadamuz, *Viral Contracts or Unenforceable Documents? Contractual Validity of Copyleft Licenses*, 26 *European Intellectual Property Review* 331, 331-339, footnote 67, (2004).

[35] 参见徐棣枫:《不正当行为抗辩制度之移植可行性及设计构想——基于〈专利法〉第四次修改中的“诚实信用原则”》,《东方法学》2018年第6期,第28页。

怀疑,面对同样的事实,美国法官大概率会支持被告的不当行为抗辩,剥夺原告强制执行软件版权的资格。然而,美国法的不当行为抗辩是由美国法律生态所孕育的独特制度,与美国普通法、衡平法的具体制度和重形式要件的版权保护传统有着千丝万缕的联系。我国版权法移植该制度面临着系统性障碍。为更好地阐释该问题,下面先梳理美国知识产权法不当行为抗辩制度的历史、内涵和特点,然后再分析为何我国版权法难以进行该法律移植。

(一) 不当行为抗辩在美国的源起和在版权法领域的发展

美国知识产权法的不当行为抗辩发端于 20 世纪 30、40 年代美国专利法司法实践对普通法欺诈制度和衡平法“不洁之手”原则的运用,^[36]具体指“被告在专利侵权诉讼中以原告违反了坦诚义务(duty of candor and good faith)为由所提起的一类辩护”;“被告为成功抗辩,必须证明在专利申请过程中,原告故意向专利审查员隐瞒了重要信息或误导了审查员”。^[37]该抗辩立足于专利申请人、受让人及其代理律师所承担的向美国专利商标局(USPTO)披露重要信息的坦诚义务。简单地说,专利申请人必须向美国专利商标局披露其在专利申请过程中知悉的所有重要信息,如果专利申请人在专利申请过程中故意不提交关键性信息,或作出虚假或误导性陈述,通常就违反了坦诚义务。美国政策制定者认为,坦诚义务必须是强制性的,因为保护专利授权程序的完整性和防止实施欺诈获得专利具有强烈的公共利益色彩。^[38]但在专利申请期间,美国专利商标局并不调查这类不当行为问题。^[39]只有等到专利侵权诉讼,被告主张不当行为抗辩时,法院才会启动不当行为的调查。这时被告必须提供明确且令人信服的证据,证明不当行为的存在。^[40]法院则负责审查证据,确定是否存在衡平法的不当行为。^[41]如果属实,法院将认定相关专利权利要求乃至整个专利无法强制执行,还可以采取“案中案”的方式,让专利申请人及其代理人对其不当行为承担其他法律责任。^[42]

与美国专利法的实践一致,美国《联邦民事诉讼规则》(*Federal Rules of Civil Procedure*)很早就明确承认欺诈可以作为一种肯定式辩护(affirmative defense)。^[43]虽然美国《版权法》(*Copyright Act*)没有明确规定因欺诈版权局获得版权登记的抗辩,但美国法院出于便利的考虑,在实践中的确支撑以欺诈为基础的版权无效抗辩,只不过数量明显少于

[36] See Robert J. Goldman, Evolution of the Inequitable Conduct Defense in Patent Litigation, 7 *Harvard Journal of Law & Technology* 37, 38-51 (1993).

[37] Bryan A. Garner ed., *Black's Law Dictionary*, 10th edition, Thomson Reuters, 2009, p. 510.

[38] 37 C. F. R. § 1.56 (a) (2012); See also Jay Erstling, Patent Law and the Duty of Candor: Rethinking the Limits of Disclosure, 44 *Creighton Law Review* 329, 330 (2011).

[39] 美国专利商标局最初也行使调查权,在专利申请期间调查不当行为问题,但在 20 世纪 80 年代末改变了规则。See Alexandra Gvozdk, The Federal Circuit's Standard for Inequitable Conduct: Out of Step with Supreme Court Precedent, 57 *Duquesne Law Review* 453, 457 (2019).

[40] 美国《联邦民事诉讼规则》第 9 条第(b)款规定,“当事人指称欺诈或错误时,必须具体说明构成欺诈或错误的情况”,Federal Rules of Civil Procedure 9 (b). FED. R. CIV. P. 9 (b)。

[41] 被遗漏信息的关键性和意图属于事实问题,上诉法院依照明确错误标准进行审查。Therasense, Inc. v. Becton, Dickinson & Co., 649 F.3d 1276, 1287 (Fed. Cir. 2011) (en banc)。

[42] 参见李秀娟:《专利不正行为法律规制的思考——专利不正行为抗辩比较为中心》,载国家知识产权局条法司编《专利法研究 2013》,知识产权出版社 2015 年版,第 162-163 页。

[43] Fed. R. Civ. P. 8 (c) (1966)。

专利法领域。^[44] 根据已有判例,当版权登记人未能披露其演绎作品所依赖的在先作品时,法院大多认为由此产生的版权登记是有效的,该版权依然可以强制执行。但是,如果版权登记人不当复制了已公开的在先作品,且版权登记的遗漏是故意且实质性的,也有少数法院作出了例外的判决,支持不当行为抗辩,拒绝强制执行版权。^[45]

从已有判决来看,影响版权侵权诉讼不当行为抗辩成功与否的因素主要有两点,一是遗漏的意图和实质性,二是被遗漏的在先作品的所有权归属。^[46] 首先,如果原告被证明故意遗漏了实质性信息且被告因原告错误陈述而受到损害,法院更有可能认定存在不当行为。遗漏的实质性是指如果美国版权局知悉了被遗漏的信息将拒绝版权登记。^[47] 遗漏的实质性问题法院的审查重点,但因实质与否问题是一种可能性的主观判断,其判断标准和结果有时难免受到美国版权局登记处的影响。在 Ashton-Tate 案中,原告的专有软件 dBase 演绎自公共领域的软件 JPLDIS,但在 1984 年提交初始登记申请时没有披露该程序的演绎性质。1988 年原告起诉被告侵犯版权,被告成功提起不当行为抗辩,原告遂修改版权登记,称 dBase“受到了 JPLDIS 的启发”并获得了补充登记证书,且在 1990 年再次起诉。地方法院起初仍批准被告的不当行为抗辩,但在听取了版权登记处有关原告行为不构成实质性遗漏的声明之后,撤销了在先意见而没有给出任何理由。^[48] 其次,法院对遗漏实质性的判断还受到在先基础作品的归属的影响。总的看来,如果被遗漏的在先基础作品属于第三人所有,较容易成立不当行为抗辩,如果属于原告或公共领域则相反。在某些非软件版权侵权案件中,当原告在美国版权局登记时没有披露登记作品是演绎作品时,法院以在先作品是原告自己创作的为由,认为除非原告故意隐瞒版权局以不当延长版权保护期限,否则不构成欺诈或不当行为。^[49] 在 Altai 案中,原告将软件登记为演绎作品但没有披露基础作品,被告提起不当行为抗辩,法院在驳回该抗辩时认为,权利人“登记其演绎作品时,不需要同时对每个组件进行单独登记……否则,同一作者在一段时间内开发的复杂程序的完整版权保护将需要数十次(甚至数百次)的登记”。^[50] 在 SAS 案中,原告在登记软件版权时,没有披露该软件基于由政府资助开发的在先公共领域软件的事实,但法院依旧驳回了被告的欺诈抗辩,认为隐瞒的信息并不实质也不损害被告。^[51]

(二)我国缺乏移植美国不当行为抗辩的制度环境

通过观察美国版权法不当行为抗辩的历史与现状,并与我国版权法律制度相比较,笔

[44] See Morton David Goldberg & Richard Dannay, Fraud on the Copyright Office: Its Use and Misuse as a Defense in Copyright Infringement Actions, 44 *NYU Law Review* 540, 542 (1969). 该文作者区分了实质性欺诈和非实质性欺诈,并认为法院在这种案件中很少对欺诈行为进行判决,而选择更容易处理的版权无效抗辩制度。

[45] See Philip Abromats, Nondisclosure of Preexisting Works in Software Copyright Registrations: Inequitable Conduct in Need of a Remedy, 32 *Jurimetrics Journal* 571, 572 (1992).

[46] See Philip Abromats, Nondisclosure of Preexisting Works in Software Copyright Registrations: Inequitable Conduct in Need of a Remedy, 32 *Jurimetrics Journal* 571, 582 (1992).

[47] See Philip Abromats, Nondisclosure of Preexisting Works in Software Copyright Registrations: Inequitable Conduct in Need of a Remedy, 32 *Jurimetrics Journal* 571, 582 (1992).

[48] Ashton-Tate Corp. v. Fox Software, Inc., No. CV 88-6837 TJH (Tx) (C. D. Cal. Apr. 18, 1991).

[49] Iris Arc v. S. S. Sarna, Inc., 621 F. Supp. 916 (E. D. N. Y. 1985).

[50] Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc., 621 F. Supp. 920 (2d Cir. 1995).

[51] SAS Institute, Inc. v. S & H Computer Systems, Inc., 605 F. Supp. 816, 827 (M. D. Tenn. 1985).

者认为我国缺乏移植美国不当行为抗辩的制度环境。

第一,美国不当行为抗辩制度由美国法律体系所衍生,有其制定法、判例法以及法律传统的基础。在制定法方面,尽管美国《版权法》《专利法》没有明确规定不当行为抗辩,但美国《联邦民事诉讼规则》很早就明确承认欺诈辩护,为被告主张该抗辩直接提供了程序法的法律依据。从判例法看,从 20 世纪 30 年代起美国专利法领域就开始出现与不当行为抗辩相关的判例,并在 20 世纪 50、60 年代逐渐扩展到版权法,数量颇丰的判例为法官断案提供了详细的指引。从法律传统看,在美国不当行为抗辩制度诞生之前,作为其法源之一的不洁之手抗辩就已长期适用在英美普通法中,一直约束着主张权利的原告,要求其善良正直,保证自身清白可信,不得欺诈法庭,隐瞒重要事实。^[52] 综上可合理推论,在美国不当行为抗辩制度不断演进和适用的历史过程中,美国版权人和裁判者已经都有遭遇该抗辩的心理预期,产业界也有各自应对的预案。相比之下,我国并不具备类似的法律资源和历史传统,我国软件产业和裁判者也缺乏充分的应对措施。

第二,美国不当行为抗辩制度的实施效果有限,并非理想的法律移植方案。美国不当行为抗辩制度的规制重心是专利申请或版权登记过程的欺诈行为,目的在于通过一定的制裁措施来确保权利登记的可靠性和准确性。但在美国专利法领域,建立在专利申请人现有技术披露义务基础上的不当行为抗辩制度正遭受重大挑战,因为其不仅催生侵权诉讼的案中案现象和高昂的诉讼成本,而且导致申请人过度披露和专利审查效率降低。^[53] 正因如此,美国联邦巡回上诉法院前首席法官雷德(Randall R. Rader)将该抗辩称为美国专利侵权诉讼的“绝对瘟疫”和“原子弹”,^[54] 并在 *Therasense* 案中尝试“收紧意图和实质性的判断标准,以重新引导一个被过度使用而损害公众的原则”。^[55] 我国也有学者注意到,美国设置专利申请人披露义务对专利质量的提升有限,^[56] 且不当行为抗辩的不确定性很强,很容易成为被告滥用的“策略性的诉讼工具”。^[57] 此外,版权法在权利取得方面明显有别于专利法。版权法遵循作品版权自动取得原则,作品版权登记并不需要经过类似专利授权的实质性审查,版权局登记人员不需要像专利审查员那样进行现有技术检索和比对分析,所以也就不那么强调版权登记的信息披露义务。在众多因素叠加之下,目前美国呼吁强化版权法不当行为(欺诈)抗辩的声音并不多。^[58]

[52] 英国大律师理查德·弗朗西斯(Richard Francis)在 1728 年出版的《衡平法格言》(Maxims of Equity)一书中首次清晰地提炼出了“干净双手”原则(the clean hands doctrine)的概念,see T. Leigh Anenson, *Announcing the Clean Hands Doctrine*, 51 *UC Davis Law Review* 1827, 1847 (2018).

[53] See Joy Lynn Bala, *Amicus Briefs: Sounding off on Reforming Inequitable Conduct*, 45 *Loyola of Los Angeles Law Review* 125, 128 (2011).

[54] See Randall R. Rader, *A Review of Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the Federal Circuit: Foreword: Always at the Margin: Inequitable Conduct in Flux*, 59 *American University Law Review* 777, 782 (2010).

[55] *Therasense, Inc. v. Becton, Dickinson & Co.*, 649 F.3d 1276, 1290 (Fed. Cir. 2011).

[56] 参见袁晓东、刘珍兰:《美国专利申请人信息披露制度及其对专利质量的影响》,《情报杂志》2011 年第 6 期,第 14 页。

[57] 崔国斌:《专利申请人现有技术披露义务研究》,《法学家》2017 年第 2 期,第 112 页。

[58] 早期支持强化版权欺诈和不当行为抗辩的文献可参考 Philip Abromats, *Nondisclosure of Preexisting Works in Software Copyright Registrations: Inequitable Conduct in Need of a Remedy*, 32 *Jurimetrics Journal* 571, 572 (1992)。笔者在近年美国法学文献中没看到这点观点的支持者。

第三,美国不当行为抗辩制度主要惩罚权利取得期间的欺诈行为而非权利获得后的行权表现,后者一般由美国权利滥用抗辩制度加以规制,两者前后衔接,构成相对完整的不当行为规制体系。不过,由于这两种抗辩都有着令版权无法强制执行的相同效果,而且前者需要投入更多司法成本审查欺诈行为的存在,因此美国法院在一些应该适用不当行为抗辩的案件里甚至转而依赖版权滥用原则,认定版权无法强制执行。^[59] 例如在 *Qad. Inc.* 案中,原告根据其版权登记起诉被告软件侵权,但之后被发现其登记软件的代码主要源自案外人惠普公司的软件。该案审理法院没有回应被告的欺诈抗辩或不洁之手辩护,而是直接适用版权滥用原则,认定原告版权不可强制执行。法院认为,当原告使用该版权获得初步禁令,禁止被告使用其自身都无权使用的软件时,就发生了版权滥用行为,对被告造成了伤害。^[60] 美国法官转用版权滥用原则的现象既证明了司法适用不当行为抗辩存在较高的成本,也说明美国法院以权利取得或行使不当为由对版权人进行失权惩罚在其法律体系之下具有一定的合理性,至少不会偏离版权人和公众对法律适用的预期。

第四,美国法使用不当行为抗辩制度对版权登记欺诈行为进行特殊规制,部分原因还在于作品登记形式要件在美国版权保护制度中的历史地位和现实影响。早期美国版权法对作品版权保护一直有较高的形式要求,包括作品的发表、声明、存放和登记。如果权利人没有履行其中某些要求,权利会被剥夺,作品将落入公有领域。这些形式要件也是长期阻止美国加入《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》(*Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works*, 下称“《伯尔尼公约》”)的实际障碍。^[61] 虽然 1988 年美国国会通过《〈伯尔尼公约〉执行法》(*Berne Convention Implementation Act*) 废除了这些形式要件,但版权登记等形式要件依然在顽强且有效地影响着美国版权市场。首先,在该法实施之前所创作和发表的作品依然遵循旧法,如果不符合这些形式要件仍有可能导致版权被剥夺。^[62] 其次,新法虽明确新作品的版权可以自动产生,但依然将作品登记作为部分作品向法院主张救济的强制性要件。原告在提起版权侵权诉讼前需要进行作品登记,否则法院无权受理案件。^[63] 再次,胜诉原告对登记前发生的侵权行为亦无权主张法定赔偿金或律师费。此外,只要在作品首次出版后五年内登记版权,登记证书可以成为版权有效性的初步证据。^[64] 很显然,美国立法者希望以拒绝救济的严苛方式,激励作者在作品创作完成后尽快登记作品,从而在某种程度上减弱美国加入《伯尔尼公约》对其版权保护传统和版权市场秩序的冲击。出于对版权登记法律效力的维护,美国法自然更加看重版权人登记时的诚信披露义务,因而对与之相关的遗漏和欺瞒行为进行严厉规制。相比之下,作品登记等形式要件并不影响我国版权取得和维权。我国《著作权法》在起草阶

[59] See Sean Michael Aylward, Copyright Law: The Fourth Circuit's Extension of the Misuse Doctrine to the Area of Copyright: A Misuse of the Misuse Doctrine, 17 *University of Dayton Law Review* 661, 662 (1992).

[60] *Qad. Inc. v. ALV Associates, Inc.*, 770 F. Supp. 1261, at 1265-67 (N. D. I.M. 1991).

[61] See Alfred C. Yen & Joseph P. Liu, *Copyright Law: Essential Cases and Materials*, Thomson Reuters, 2011, pp. 179-181.

[62] See Alfred C. Yen & Joseph P. Liu, *Copyright Law: Essential Cases and Materials*, Thomson Reuters, 2011, pp. 179-182.

[63] 1989年3月1日之后,起源国为《伯尔尼公约》缔约国的作品不再需要将注册作为提起侵权诉讼的先决条件。17 U.S.C. § 101, 104 (b).

[64] 17 U.S.C. § 411 (a) (c), 412 (1988).

段就主动与《伯尔尼公约》要求的自动保护原则、自愿登记原则以及其他重要条款保持一致。^[65] 我国版权局在审查软件版权登记时虽然也要求登记人提交诸如权利归属、修改他人软件的授权书等一系列证明文件,^[66] 但这类声明更多是宣示性的。我国《著作权法》和配套规范从未规定与版权登记相关的遗漏和欺瞒行为会产生怎样的负面法律后果,更未规定此类行为可能导致整个演绎作品丧失版权。在我国实施《著作权法》的三十多年间,这些法律原则和行业做法已成为我国版权市场的基本共识和游戏规则。如果我国贸然引入不当行为抗辩制度,势必直接冲击我国版权登记制度并引发连锁反应。因为对那些创作时大量涉及在先作品元素的软件和其他作品类型来说,确保作品完全合规、不存在任何法律瑕疵的成本是极高的,企业一般只能在合规成本和法律风险之间进行权衡。^[67] 在这种情况下,如果因版权登记存在遗漏或欺瞒的瑕疵就会导致整个作品的版权无法得到救济,这些作品的创作者必然会在利弊权衡之后放弃作品版权登记,我国版权登记制度的公示功能必然会受到重创。

四 立法创设开源抗辩制度的困境

前文从解释论和比较法角度阐释了我国不宜创设开源抗辩制度的理由。下文进一步从立法技术层面探讨创设该制度所面临的困境,同时评议亿邦案判决特别提到的另案法律关系和事实查明的障碍。

(一) 确定开源抗辩权性质的两难境地

从法技术层面看,若立法者坚持为软件侵权诉讼的被告提供开源抗辩权,则必须明确其性质是诉讼上的权利障碍抗辩,抑或实体法上的抗辩权。若属于前者,由于请求权根本不发生或虽曾一度发生但已归于消灭,在诉讼中即便被告不提起开源抗辩,法官也必须依职权主动审查事实,并在认为存在抗辩事由时作出对被告有利的裁决。相反,若属于实体法的抗辩权,用以对抗类似已罹于诉讼时效的请求权,则被告放弃主张开源抗辩时,法院不得主动审查。^[68]

若我国以维护版权登记过程诚信披露的价值观为出发点,将版权登记欺诈等诸多不当行为明确规定为权利失效事由,则开源抗辩权更符合诉讼上的权利障碍抗辩的定性,因其对抗的侵权损害请求权违反了强制性的权利失效规定,根本不应存在。考察抗辩权制度的历史源流似乎可以得出同样的结论。罗马法时期的诚信之诉(*iudicia bonae fidei*)就包含了“恶意抗辩”(exceptio doli)的制度设计,即便在起诉程序没有附加抗辩内容的情况下,案件承审员(*iudex*)仍可径直予以考虑。^[69] 这种立足于诚信价值观的制度设计符合

[65] 参见宋木文著:《一个“出版官”的自述:出版是我一生的事业》,中国书籍出版社 2015 年版,第 362-363 页。

[66] 参见中国版权保护中心:《计算机软件登记指南》,“申请须知”,<https://www.ccopyright.com.cn/index.php?optionid=1033>,最近访问时间[2023-11-10]。

[67] See Ibrahim Haddad, *Open Source Compliance in the Enterprise*, 2018, 2nd edition, The Linux Foundation, pp. 18, 29, 179-180.

[68] 参见王泽鉴著:《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 172-173 页。

[69] 参见[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2000 年版,第 82 页。

立法创设开源抗辩的初衷,但并不能保证好的实施效果。在目前复杂的软件开发模式之下,如果秉持这种思路,法院在所有软件版权侵权案件中都不得不依职权审查是否存在导致权利失效的事由,包括权利人是否有版权登记欺诈行为,是否有隐瞒来源于自己、公有领域或第三方的基础软件代码的行为。我国法院将被迫引入美国判例法有关欺诈意图和实质性判断的一整套复杂规则,并可能同样陷入案中案和高额司法成本的困境。

另一种思路是不以规制版权登记欺诈等失信行为作为开源抗辩制度的出发点,仅向被告提供一种实体法上的抗辩权,只有被告在诉讼中主张时,法院才有审查的义务。这种回避诚信价值观的制度设计思路并非没有先例。我国专利法就为专利侵权诉讼的被告提供了无需卷入漫长专利无效程序的现有技术抗辩。据之,专利侵权诉讼的被控侵权人在有证据证明其实施的技术属于现有技术时,法院应认定不构成侵犯专利权,而专利权人在申请专利时是否存在失信行为,在所不问。^[70]然而,这种放弃诚信价值观的制度设计又显然背离了立法创设开源抗辩以倡导行业诚信行为的初衷。

(二) 确定抗辩事由范围的两难境地

抗辩事由范围大小的选择同样困难重重。支持开源抗辩的观点明确提到违反开源许可协议和版权登记欺诈两种情况。鉴于版权登记欺诈认定的困难,可能有观点认为,只要我国将开源抗辩的事由限缩于违反开源软件协议的不诚信行为,不效仿美国法模式,就可以避免制度设计的系统性障碍和高昂实施成本。但即便抛开版权登记欺诈,单独审视违反开源许可协议这一事项,仍存在诸多不确定性,因为开源许可协议数量众多,所设置的义务并不简单限于开放源代码。立法者必须逐一检讨这些性质不同的合同义务,明确是否将各种违反行为纳入抗辩事由。

开源许可协议是计算机软件研发人员和用户之间就计算机软件代码的使用目的、方式、义务等内容达成的许可协议。^[71]目前经国际认证的开源许可协议已超过 110 多种。^[72]为便于讨论,本文将这些许可协议分为“宽松型”和“传染型”两种类型,并将其设置的义务归纳为以下五类。一是开源义务,即根据传染型开源许可协议(也称通用公共许可证协议),被许可人无论发布来自上游的通用公共许可证代码还是其演绎代码,都必须公开源代码并允许他人自由使用、修改和传播。^[73]二是版权和许可信息的声明义务,即被许可人在后续发布开源代码时,对其附带的开源许可证信息或版权信息,负有以合理形式进行声明和告示的义务。宽松型和传染型开源许可协议都规定了信息声明义务。三是源代码修改说明义务,即被许可人在后续发布开源代码时,如果曾修过开源代码的,必须附加修改说明。传染型开源许可证一般都有这类要求,^[74]但某些非传染型许可证同样

[70] 《中华人民共和国专利法》第 67 条。

[71] See David McGowan, Legal Implications of Open-source Software, 2001 *University of Illinois Law Review* 241, 241-242 (2021).

[72] 其中大部分由美国开源组织发布,也有个别来自欧盟、中国等国家和地区,例如欧盟公共许可证和中国的木兰宽松许可证,参见 <https://opensource.org/licenses/>, 最近访问时间[2023-11-10]。

[73] GPLv3, Article 4-6, <https://opensource.org/licenses/gpl-3-0/>, 最近访问时间[2023-11-10]。

[74] GPLv3, Article 5, <https://opensource.org/licenses/gpl-3-0/>, 最近访问时间[2023-11-10]。

有这类要求。^[75] 四是禁止搭便车推广的义务。有的许可协议要求,被许可人未经事前书面许可,不得使用原作者和机构以及原产品的名字进行衍生产品的推广。^[76] 五是放弃专利诉讼的义务,即被许可人获得该开源软件版权许可时虽豁免了因使用该软件而侵犯被许可人专利的责任,但对等的也不得对许可人提起任何专利诉讼。^[77] 上述义务的违反一般都会导致开源许可即刻终止,进而出现软件版权侵权。应指出的是,随着新型开源许可协议的出现,仍可能出现新的义务类型。法官必须根据个案事实确定存在哪些义务。

由此看来,抗辩事由的范围可以有“宽”和“窄”两种不同的设计方案,对开源行为的激励力度和对软件产业的合规要求也不同。

宽的方案立足于严格维护诚信原则,将所有义务违反行为都纳入抗辩事由,敦促软件开发者全面信守开源许可协议。按照这种思路,如果软件版权人在开发和利用软件时没有投入足够的合规成本进行软件代码检测,梳理出各类开源软件代码的性质、相应的版权声明、许可信息和修改信息,并以正确的方式进行利用,都可能遭遇开源抗辩而被剥夺权利。鉴于软件开发工程的复杂程度和成本投入,这种惩罚力度对软件版权人明显过重,不符合公平原则和比例原则。从产业视角看,这种方案不仅会给整个软件产业带来巨大的合规成本,抑制软件产业的创新和投资,而且不利于维系开源生态的良性发展。

窄的方案的诚信要求较低,仅将抗辩事由限制在违反开源义务上,强调市场主体应依约释放源代码,违反其他义务不会触发抗辩权。这种思路可能更贴近未来案裁判的出发点,但同样存在缺陷。首先,如果按照该案的裁判逻辑,坚持“遵守协议文本规定也是信守诚实信用原则的体现”,^[78]那么不将其他违反协议行为纳入抗辩事由在逻辑上是难以自洽的。其次,尽管目前国内纠纷都仅与违反开源义务有关,但国外已出现针对违反版权信息声明义务的诉讼,^[79]主张这类义务违反也可能很快成为我国版权侵权抗辩策略之一。最后,即便仅以开源义务违反作为抗辩事由,同样无法回避在个案中可能出现不公平、不合乎比例的裁判结果:占比很小的开源代码,就足以导致投资巨大的整个软件产品无法得到版权侵权救济。

(三) 抗辩事由的事实查明并不存在难以逾越的障碍

有意思的是,亿邦案在驳回开源抗辩时提到了两个障碍:一是在原被告的软件侵权之诉中,不应审查原告与案外人的开源许可协议及违约、侵权责任问题;二是在设置开源义务的案外人缺席时,难以查明用以判断原告是否违反开源义务的技术事实和行业惯例。但这两点反而并非难以逾越的障碍。

解决上述第一个问题的思路是由法院借助法解释技术将开源许可协议认定为第三人

[75] Artistic License v1, Article 3, <https://opensource.org/licenses/artistic-license-1.0>,最近访问时间[2023-11-10]。

[76] BSD 3-Clause, Article 3, <https://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause>,最近访问时间[2023-11-10]。

[77] GPLv3, Article 11, <https://opensource.org/licenses/gpl-3-0/>,最近访问时间[2023-11-10]。

[78] 江苏省南京市中级人民法院(2021)苏01民初3229号民事判决书。

[79] 2021年12月13日威尼斯地方法院支持了开源软件权利人的侵权诉讼,理由是用户没有遵守作品来源的声明义务,Ovation S. r. l., Groundbreaking Acknowledgment of Free Software in Italy - From the law court of Venice comes the first order in Italy that protects the license GPL, 2021-12-17, <https://www.dynamic.ooo/press/groundbreaking-acknowledgment-of-free-software-in-italy/>,最近访问时间[2023-11-10]。

利益合同。据此,当许可协议在上游开源软件发布者与原告之间产生效力时,原告软件的下游用户(被告)就构成该协议的利益第三人,可以直接向该协议的被许可人(原告)要求履行披露源代码的给付义务,法院因此获得审查开源许可协议违约、侵权责任问题的权限。国外开源维权实践近年也的确出现开源维权机构代表广大消费者提起违约诉讼的情况。^[80] 该思路的问题在于,根据我国《民法典》第 522 条第 2 款规定,利益第三人(被告)获得针对被许可人(原告)请求权的重要前提之一是“法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务”,而从目前我国现行法律和开源许可协议的相关条款来看,并无这类授权。尽管目前我国以立法方式进行这类授权存在明显障碍,但将来某些开源社区完全可能发布新的开源许可证,将开源软件的下游用户设置为开源协议的利益第三人,从而为法院的介入提供法解释论的依据。

针对上述第二个问题,法院在事实查明方面不应存在无法逾越的障碍。开源代码虽然在法律属性上不是落入公有领域的软件代码,^[81]但在技术层面上完全属于现有技术。在代码技术已为相关公众知悉的情况下,即便开源软件权利人不在场,诉讼两造作为相关技术领域的开发者和再利用者,理应能够就软件的整体架构、开源代码和专有软件之间的“技术隔离手段、通信方式、通信内容”和“软件领域对 GPLv2 协议传导性的通常理解与行业惯例等因素”^[82]进行举证和辩论。而为避害趋利,被告也有积极性提供原告违反开源义务的事实以及相关行业惯例供法官参考。实际上,未来案裁判者就根据双方的举证和质证,对开源代码与专有代码之间的隔离方式和通信方式进行了有效的事实调查,^[83]说明开源软件权利人的缺席完全不影响该案事实的查明。由此可见,亿邦案驳回开源抗辩的第二个理由也值得商榷。

(四)违反开源义务的判断标准属于软件侵权判断的范畴

如果创设以违反开源义务为抗辩事由的开源抗辩制度,司法适用的最大难点反而是如何把握违反开源义务的法律判断标准,特别是判定通用公共许可证的传染性是否有效影响到专有代码。但这其实是法院在审理普通开源软件侵权纠纷时经常碰到的困扰开源社群多年的“老大难”问题。实际上,从通用公共许可证诞生后,设置开源义务的通用公共许可证条款是否有效以及如何判断该条款被触发的问题就引发了众多关注。^[84] 虽然

[80] 非营利组织“自由软件管理委员会”(SFC)在 2021 年 10 月 19 日以消费者的身份起诉电视机制造商 Vizio,认为后者在提供流媒体产品和服务时没有遵守 GPL v2 和 LGPL,导致下游软件用户无法获得开源许可协议所保障的权利。See Software Freedom Conservancy, Software Freedom Conservancy Files Right-to-Repair Lawsuit against California TV Manufacturer Vizio Inc. for Alleged GPL Violations, <https://sfconservancy.org/copyleft-compliance/vizio.html>, 最近访问时间[2023-11-10]。

[81] 参见张平、马晓著:《共享智慧——开源软件知识产权问题解析》,北京大学出版社 2005 年版,第 4 页。

[82] 最高人民法院(2021)最高法知民终 51 号民事判决书。

[83] 该案原告采取了一系列隔离措施,包括在专有主程序和开源组件之间建构隔离文件,并将其与开源组件一同编译为动态链接库,主程序在运行时才通过函数调用方式与该动态链接库建立关联。但法院认为该隔离措施仍不能阻断通用公共许可证代码的传染性,因为主程序与开源代码存在函数调用关系,且该开源代码实现的压缩功能正是主程序不可或缺的功能,因此主程序与开源代码结合为更大的演绎作品,整体受通用公共许可证协议约束。江苏省南京市中级人民法院(2021)苏 01 民初 3229 号民事判决书。

[84] See Michael F. Morgan, The Cathedral and the Bizarre: An Examination of the Viral Aspects of the GPL, 27 *John Marshall Journal of Computer & Information Law* 349, 350-353 (2010).

通用公共许可证条款的效力目前已获得许多国家司法机关的承认,^[85]成为“国际软件行业内公认的有效契约文本”,^[86]但如何判断被许可人违反开源义务而触发通用公共许可证条款的问题,至今都没有非常清晰的裁判规则。^[87]以亿邦案所纠结的软件领域的“通常理解与行业惯例”为例,美国开源社群对软件程序的链接和组合会否产生演绎作品就有宽窄不同的判断标准。美国自由软件基金会为借助通用公共许可证条款扩张开源代码,支持对链接、演绎作品等概念做尽可能宽的解读。^[88]国内部分软件开发者所持的动态链接到开源软件相对安全的想法,在美国自由软件基金会创始人理查德·斯托曼(Richard Stallman)看来应当是错误的,因为根据他的看法,动态链接到通用公共许可证代码的大部分甚至所有软件模块都构成被链接的通用公共许可证软件的演绎作品。^[89]虽然美国自由软件基金会的官方问答承认程序之间独立与否是“一个法律命题,最终由法官决定”,但又特意提出了“聚合版”和“修改版”的概念以及认定构成修改和演绎作品的若干标准,例如两个软件模块是否包含在同一个可执行文件里,是否采取了“非常密切的通信语义”,交换了“复杂的内部数据结构”等等。^[90]而著名开源系统 Linux 的内核发明人林纳斯·托瓦兹(Linus Torvalds)所提议的功能性关联的判断标准就更为激进。他认为,只要专有软件是针对开源软件(例如 Linux)开发的,帮助或拓展实现了开源代码的功能,则不论两种性质的代码采取何种技术方式和结构加以组合,理论上都可认定两者组合成一个受到通用公共许可证协议约束的演绎作品。^[91]很显然,未来案在认定原告违反开源义务时,就兼采了美国自由软件基金会的结构关系判断标准和托瓦兹的功能关联判断标准。

笔者认为,开源许可证发布者的官方问答、开源社群权威技术专家的观点固然对我国司法裁判具有非常重要的参考价值,但其旗帜鲜明扩张开源代码的倾向性决定了这些观点并非是绝对客观和完全利益中立的考量,因此不宜成为唯一的判断标准,更不应当简单地将其与整个软件行业惯例画上等号。我国裁判者和利益各方必须清晰认识到,开源代码传染性的判断标准与专有代码是否被修改、演绎的侵权判断标准,本质是同一硬币的两面,其宽严把握实际是个双刃剑。一方面,过宽解释通用公共许可证开源代码的传染性,例如仅以功能关联为判断标准,虽然表面上可以迫使被传染的专有软件释放源代码,壮大开源代码的规模,但这种过于严苛的做法也会把众多软件开发者推向专有软件的阵营,减

[85] 德国、法国、比利时、意大利、荷兰和西班牙在 2016 年前都有了支持开源许可证效力的司法裁判, see Axel Metzger ed., *Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models. A Comparative Analysis*, Springer International Publishing, 2016, p. 185.

[86] 江苏省南京市中级人民法院(2021)苏 01 民初 3299 号民事判决书。

[87] See Theresa Gue, *Triggering Infection: Distribution and Derivative Works under the GNU General Public License*, 2012 *University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy* 95, 97-98 (2012).

[88] 美国自由软件基金会认为,私有程序只要与自由软件链接,就必须采取遵循通用公共许可证条款的要求。See FSF, *GPLv2 FAQs*, section titled “Combining work with code released under the GPL”, available at <http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/nl-2.0-faq.html>, 最近访问时间[2023-11-10]。

[89] See Mitchell L. Stoltz, *The Penguin Paradox: How the Scope of Derivative Works in Copyright Affects the Effectiveness of the GNU GPL*, 85 *Boston University Law Review* 1439, 1452 (2005).

[90] See FSF, *GPL Aggregation FAQ*, <http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html#MereAggregation>.

[91] See Alessandro Rubini, *An Interview with Linus Torvalds*, 32 *Linux Gazette*, Sept. 1998, <https://linuxgazette.net/issue32/rubini.html>, 最近访问时间[2023-11-10]。

少与开源代码相关的开发活动,这反过来会抑制开源软件生态的健康发展。另一方面,我们在放宽通用公共许可证开源代码传染性判断标准的同时,必然也降低了专有软件演绎侵权认定的门槛,这意味着专有软件将可以控制与之有组合关系的更大范围的源代码。很显然,这两种意料不到的后果都与开源软件运动的初衷相悖。^[92]

五 坚持我国既有非法演绎作品保护规则

前文从不同角度分析了我国司法或立法创设开源抗辩的弊端或障碍。尚未充分论证的问题是,如果不创设开源抗辩而遵循我国版权法既有的非法演绎作品保护规则,是否是更佳方案。笔者认为答案是肯定的。

(一) 既有规则所包含的价值判断和利益衡量

非法演绎作品凝结了原作品作者、非法演绎者和社会公众等多方主体之利益,在其保护或不保护规则的设计上,需要考虑如何兼顾原作品作者的权利、非法演绎者创造性贡献的法律评价以及公众演绎自由权的合理配置等问题。从这个角度看,既有的“侵权归侵权,创作归创作”非法演绎作品保护规则已经蕴含了政策制定者对价值冲突时的利益衡量与选择判断。这里仅以被我国等众多国家所效仿的德国法为例进行说明。德国法从版权为消极禁止权的本质入手,支持非法演绎作品的作者可以取得版权且可以寻求救济。根据德国《著作权法》(*Urheberrechtsgesetz*)第23条的规定及相关判例,演绎者“演绎著作权”的产生既“不依赖被使用作品的保护情况”也“不依赖原作品作者的准许”,且该权利“可以对抗任何人对演绎作品的利用,包括原作者”,“即便演绎作品的利用必须经原作者的许可,演绎者依然可以自行禁止演绎作品的利用”。^[93]另一方面,演绎著作权的排他范围仅限于演绎者所做出的具有独创性的修改,也即仅仅体现在演绎行为上。可见,既有规则在授予(非法)演绎者独立权利的同时,也对其边界进行了合理限缩,以此平衡了原作者、非法演绎者和后续利用者之间的关系。

(二) 维护版权法的安定性和体系性

遵循我国版权法既有的非法演绎作品保护规则有助于维护版权法现有秩序的安定性,因为大量软件资产的稳定性不会受到质疑,^[94]软件开发和检测成本不会因过高的开源合规要求而大幅提升,现有版权登记秩序也不会因担忧版权登记瑕疵导致失权而遭受冲击。其次,遵循既有模式而不单独为软件作品创设开源抗辩制度有助于维护版权法的体系性。版权法调整的法律关系涉及众多个性迥异的作品类型,但通常都适用相同的权利保护和限制规则。针对特殊类型作品创设特殊规则必须具有必要性,且应由立法程序予以正当化。这种统一立法模式既是法学体系化思维的表现,^[95]也是立法经

[92] See Mitchell L. Stoltz, *The Penguin Paradox: How the Scope of Derivative Works in Copyright Affects the Effectiveness of the GNU GPL*, 85 *Boston University Law Review* 1439, 1477 (2005).

[93] [德]M. 雷炳德著:《著作权法》(第13版),张恩民译,法律出版社2005年版,第159、162-164页。

[94] 参见王丽丽:《这份判决给软件开发者吃了定心丸》,《人民法院报》2024年2月18日第1版。

[95] 参见黄茂荣著:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第458-459页。

济和产业现实相互妥协的必然结果。^[96] 与软件作品相比,其他类型作品在登记和维权时,同样可能存在隐瞒在先作品的不诚信情况,结果也会损害在先作品的传播利益,其行为表现和损害后果并无本质不同,单独为软件作品创设开源抗辩势必破坏我国版权法的体系性。

(三) 法律道义论的影响渐微

已有研究指出,迈入现代社会之后英美法的不洁之手或大陆法系的“侵权行为不产生合法权利”的法律道义论在私法领域影响渐弱,表现在非法演绎作品保护的问题上是许多国家(例如瑞士、希腊和英国等)转向了法律解释的方法,不采纳非法演绎作品不能获得任何保护的立场。^[97] 作为法律道义论的典型立法例,《美国版权法》规定,演绎作品虽享有自己的版权保护,但这种保护“并不适用于那些以非法方式使用享有版权的原有材料而创作出的演绎作品”。^[98] 但笔者认为,美国法也有转向的空间和迹象。首先,《美国版权法》第 103 条(a)款的确切表述是“第 102 条所规定的版权客体包括汇编和演绎作品,但对使用在先版权材料的该作品的保护,不适用于非法使用该材料的作品的任何部分(any part of the work in which such material has been used unlawfully)”。^[99] 从字面看,取决于 in which 从句所限定的不同对象,该规定可以有两种不同解释:第一,如果从句限定“该作品”,则非法演绎作品的整体都不受保护,至于作品哪部分是演绎独创,在所不问;第二,如果从句限定的是“(该作品的)任何部分”,则仅指该作品中非法使用在先版权材料的部分不能获得保护,至于其他可隔离部分若不包含在先版权材料且有独创性的,不排除获得版权保护的可能。^[100] 对通常以模块化方式开发的软件产品而言,第二种解释路径显然为众多可以隔离开的源代码提供了更为灵活的区分保护的可能性。

其次,美国判例对非法演绎作品的禁令制裁一直持谨慎态度,特别是对那些有较高独创性的演绎作品,从而在严苛立法之外为其提供适当保护。例如,在著名的 *Abend v. Stewart* 案中,二审法院在认定涉案电影侵犯了在先短篇小说的演绎权之后,拒绝了小说作者的禁令请求。法院认为,“被告投入了大量资金、精力和才智创作《后窗》影片。显然,这部影片在最初和重新上映时取得的巨大成功在很大程度上归功于……两位明星的出色表演以及希区柯克的出色导演”,在该情况下“禁令是不恰当的救济方式,对电影所有者是不公正的,将阻止其就其贡献给演绎作品的新客体获取利益”。^[101] 这种在救济环节重视非法演绎作品独创性的做法,实质是在价值冲突中引入合乎比例的利益平衡。有学者在考察美国版权法演绎权的历史演进后也指出,早期美国法院在判定演绎侵权与否时会特别考虑被告演绎作品增加了多少新的独创内容,为服务版权法的政策即最大限度激励所有潜在作者创作新作品并与公众分享,法院在下达禁令前应充分考虑演绎作品的

[96] 版权法之外其他知识产权法也采取这种立法模式,例如专利法同样在原则上不区分创新活动迥异的产业,但同时医药等产业提供经过详细论证的例外规则。See Dan L. Burk & Mark A. Lemley, *The Patent Crisis and How the Courts Can Solve it*, the University of Chicago Press, 2009, pp. 49-50.

[97] 参见黄汇:《非法演绎作品保护模式论考》,《法学论坛》2008 年第 1 期,第 129-130 页。

[98] 郑成思著:《版权法》(第 2 版),中国人民大学出版社 1997 年版,第 183-184 页。

[99] 17 U. S. C. § 103 (a) (2006).

[100] See Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law*, 6th edition, LexisNexis, 2014, p. 71.

[101] Paula Lindsey Wilson, *Rejection of the New Property Right Theory as Viewed through the Rear Window: Stewart v. Abend*, 24 *Creighton Law Review* 155, 161-162 (1990).

公共价值、新增独创内容与实质复制内容相比的程度等因素,并在禁令会使在先作品对随后的演绎作品产生不合理的垄断时,优先采取损害赔偿救济。^[102] 近年美国判例不再支持版权侵权者以原告作品存在淫秽、不道德或欺诈等理由提起的不洁之手抗辩,也反映了同样的政策取向。^[103]

最后还应指出,《美国版权法》第 103 条(a)款也无法给开源抗辩提供直接的法律依据。如果非法演绎作品的版权人提起版权侵权诉讼,被告只能依赖不当行为抗辩主张版权不可执行,而如前所述,该抗辩的核心理由是当事人存在版权登记欺诈等不当行为,演绎行为的非法性并不足以成立该抗辩。就此而言,即便我国引入美国法有关非法演绎作品的规定,仍不足以支撑开源抗辩。

(四)对开源持续传播的负面影响有限

尽管坚持既有保护规则在激励企业诚信开源的力度上不如创设开源抗辩,但我们既不能夸大前者的负面影响,也不应夸大后者的正面效应。一方面,坚持既有保护规则并不会抹杀被告指认原告不诚信的动机和意愿。被告通过努力发现并举证原告违反开源协议,仍能够有效限缩原告版权的保护范围,避免原告就其软件非法包含的开源代码获取不当利益,从而为自己争取较好的谈判地位,达成和解或减少损害赔偿责任。而且,被告通过指认原告违反开源协议,同样可以引来开源社区特别是上游开源软件版权人的关注,促进开源维权,助力开源传播。另一方面,虽然创设开源抗辩的初衷是鼓励诚信开源并促进源代码的释放和持续传播,但仔细研究通用公共许可证的责任机制和维权实践可见其效果有限:在以往违反通用公共许可证协议的案件中,因执行成本、利益衡量等因素的限制,从未出现法院裁判强制履行协议迫使违约方开源的情况,许多案件都以损害赔偿的方式结案,或者是违约方基于行业或市场压力而于案外开放源代码。^[104] 也即涉诉企业最终开源的主因往往是市场和技术因素而非法律威慑,这意味着开源抗辩制度在给企业增加开源合规成本压力并诱发诉讼策略行为的同时,可能难以高效地促进源代码的真正释放。

六 结语

当前我国司法机关内部对是否创设开源抗辩依然存在分歧。亿邦案之后,国内仍有法院以软件版权人“行为本身有违诚信原则,具有不正当性”为由,支持此类抗辩,拒绝对整个软件作品提供任何救济。^[105] 笔者不支持这种裁判思路,并建议法院在查明源代码和专有代码的组合、演绎关系之后,回归我国既有的非法演绎作品保护规则,向有独创性的专有代码提供符合比例原则的救济。本文抛砖引玉,尝试系统论证上述观点,并期待方家斧正。

[102] See Kindra Deneau, The Historical Development and Misplaced Justification for the Derivative Work Right, 19 *Boston University Journal of Science & Technology Law* 68, 102-105 (2013).

[103] See Marshall A. Leaffer, *Understanding Copyright Law*, 6th edition, LexisNexis, 2014, p. 98.

[104] 参见张韬略:《请求停止侵权还是披露代码?——违反自由软件“版佐”许可条款的责任承担方式》,《电子知识产权》2022年第8期,第4页。

[105] 据报道,江苏省无锡中院2024年2月19日判决的“卓卓案”仍采取该裁判思路,参见卫Sir:“被GPL传染却要授权费,法院不认可!”,<https://zhuanlan.zhihu.com/p/686661529>,最近访问时间[2024-03-14]。

The Infeasibility of Creating an Open Source Defense in Software Copyright Infringement Litigations in China - Also a Commentary on Weilai Case and Yibang Case

[**Abstract**] Open source defense (OSD) means that if a software copyright owner violates an open source license, it loses the right to enforce its copyright in software infringement proceedings based on proprietary code infected by open source code. Different courts in China have adopted very different attitudes toward the question of whether to uphold this defense in their decisions. This article argues that China should not create OSD because China lacks a specific legal basis to support OSD in software infringement litigation. By bypassing the application of specific provisions in the Copyright Law and the Regulations on Computer Software Protection and directly applying the general principles of fairness and good faith to support OSD and determine copyright infringement in individual cases, judicial authorities in China will not achieve the goal of upholding the principles of fairness and good faith but rather undermine the stability of copyright law and property order of software copyright market in the country. From a comparative law perspective, the U. S. inequitable conduct defense system, which originates from the U. S. patent law system and aims at regulating fraud in copyright registration, needs to be supported by various ancillary systems, such as fraud defense in the Federal Rules of Civil Procedure, unclean hands doctrine in common law, and case law involving fraud determination, and is closely related to the formalistic historical tradition that places importance on copyright registration. Since China lacks corresponding systems and legal traditions and the shortcomings of the inequitable conduct defense system have been proved in the U. S. in recent years, it is not appropriate to transplant this system into China. In creating an OSD by legislation for software works alone, China will also face insurmountable difficulties in the design of specific rules. This is because if legislators adhere strictly to the value of good faith, they must create a litigation defense of obstacles to rights and include all types of contractual violations in the scope of excuses as far as possible, thereby inevitably dragging copyright infringement lawsuits into the investigation of misconducts, leading to a “case within a case” dilemma, and greatly increasing judicial burden and the cost of open source compliance for the software industry. As a result, it would lead to an outcome inconsistent with the principles of fairness and proportionality. China should stick to its present rule on the protection of infringing derivative work, which takes into account the weighing of various interests and serves to maintain the stability and systematicness of Chinese copyright law. It has limited negative influence on the continuous dissemination of open source code and, therefore, is a better solution to the problem.

(责任编辑:余佳楠)