

计算机软件最终用户的法律责任问题研究 PDF转换可能丢失
图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E8_AE_A1_E7_AE_97_E6_9C_BA_E8_c122_484354.htm

一、问题的提出
大家不能不承认这样一种熟视无睹的现实：长期以来，我国计算机软件的盗版现象十分严重。在北京中关村??“中国硅谷”腹地，几乎随处可见可闻“要软件游戏吗”的人们和声音。想想我们自己和周围，或者说可以估计的更大范围的个人群体，大凡使用计算机的，能够使用正版软件特别是经过授权许可的操作系统的确实寥寥无几。以及我国的软件产业，无论是从操作系统软件还是常用的办公系统软件，中文之星几乎完全让位于Windows，金山WPS在莲花Lotus1-2-3和微软Office面前也屡战屡败，更不要提那些专用的系统分析软件了。同我们周边的国家和地区比，我国软件产业远远不及印度，也大大落后于台湾地区。而另外一个形成对比的现象是：微软研究院设到中关村，IBM、CA、INTEL等著名计算机公司中却又不乏杰出的中国人。因此有人说，中国不是缺乏软件技术人才，而是缺乏保护软件知识产权法律环境在内的制度。严重的盗版现象令国内外软件开发商叫苦不迭，要求打击软件盗版的呼声越来越高。[1]与此同时，开发商也在不停地呼吁软件用户能够使用正版软件，甚至要求追究软件最终用户使用盗版的法律责任。[2]有的学者在分析软件盗版特别是制作销售盗版软件的不法之徒屡禁不止的原因时认为：大量用户使用盗版软件而形成的市场成为盗版软件赖以生存的土壤。[3]事实上，软件开发商已经开始和越来越强烈地要求使用盗版的软件用户承担法律责任了。在司法界，追究软

件最终用户法律责任的案件出现了。其中比较典型的相关案例有：1997年广东省高级人民法院判决的要求广州雅芳有限公司因使用“盗版”软件而向香港PacificUnidata Limited和北京京延电子有限公司承担高达1200万美元赔偿金案件；[4]另一个引人注目的案件是微软公司控告亚都公司使用其未经授权软件而要求追究其侵权责任的案件。[5]这两个案件都把最终用户使用盗版软件的法律责任问题切实地通过司法提了出来。对于最终用户使用盗版软件的法律责任问题，近两年在法学界展开了热烈讨论，观点分歧很大。大体说来，有三种观点。第一种观点认为，使用的软件“未经授权”不等于“非法”和“侵权”，现行法律法规框架下，软件最终用户不需要承担侵权责任。[6]第二种观点与第一种观点针锋相对，认为“未经授权”就是“非法”和“侵权”，在中国现行法律法规框架下，软件最终用户应承担侵权责任。[7]第三种观点介于前两种观点之间，认为在中国现实的社会发展条件下，特别是将版权法适用于软件保护中，应该审慎并区分不同情况地确定软件最终用户的法律责任；而且，不同学者的角度和责任偏向也有不同。[8]最后，而且也是最重要的是，我国即将加入WTO，相关立法机关正在修改著作权法以及软件保护条例，最高人民法院也在制订有关的司法解释。综上所述，毫无疑问，进一步深入研究软件最终用户法律责任问题具有重要的理论意义和现实意义。

二、软件最终用户法律责任主体界定及其行为分析

为了讨论问题的方便和突出重点，我们首先界定在讨论软件最终用户法律责任问题时的主体，并对其使用软件的行为进行分析。对软件有不同的分类方法，从软件开发者与使用者对软件的权利形式来分，软件可以

分为公共软件和专有软件。公共软件即指公共领域软件，包括版权人明确放弃版权、允许他人自由使用的软件和因超过保护期等原因而丧失版权保护的软件。毫无疑问，最终用户使用公共软件不需要承担任何的法律 responsibility。专有软件一般包括商业软件、自由软件和共享软件。其中自由软件是指发表了GPL（General Public License）通用公共许可或被幽默地称为享有Copyright版权的软件。共享软件是指具有“先试后买（try-before-you-buy）”特点的商业软件。使用自由软件和共享软件的人多是计算机谜和计算机业余爱好者，更多的是为了交流技术构思等设计思想；现实中存在最终用户侵犯自由软件和共享软件版权的情形，但比较少，不具有普遍性。在现实生活中，我们遇到的最多的是商业软件，即软件开发商享有全部版权，往往具有通用或专用功能、可以用于商业目的，用户应该通过购买或授权许可才能使用的软件。这类软件从商业用途来看，又可以分为三类，一类是具有明显的商业目的、主要以企业为使用对象的软件，如ERP（Enterprise Resource Plan）企业管理软件、企业财务管理软件、工程分析软件等；另一类是商业目的不明显而又主要面向公众、以个人为主要使用对象的软件，如教育软件、游戏软件、办公软件等；第三类主要是指大凡使用计算机都需要的一些软件，如操作系统软件、文字处理软件等。本文讨论软件最终用户法律责任问题的主体限制在商业软件的用户范围，即讨论商业软件的最终用户的法律责任。而谈到法律责任，无法离开主体的行为。为此，需要对最终用户使用软件的行为进行分析。从主体行为分析，作为软件用户，其行为过程包括取得和使用两个相对独立的阶段和行为。首先，对于“取得”行

为进行分析。在现实生活中最终用户取得并持有软件的方式通常有：通过购买而取得、通过授权许可而取得、通过租借而取得、通过从互联网上下载而取得等四种方式。从客体来源分析，针对软件是否为经过合法授权而进行的复制拷贝，最终用户取得的软件可以分为正版软件和盗版软件两种。从主体的主观方面分析，最终用户在取得软件时可以分为善意和恶意。所谓善意是指不知所取得的软件是没有权利基础的盗版软件而取得，所谓恶意是指用户明知或应知所要取得的软件为没有合法权利基础的盗版软件而仍取得。根据民法学原理，最终用户在取得盗版软件行为时的主观因素对其是否和如何承担法律责任是有关系的；而且，也将涉及到司法诉讼中的举证责任问题。[9]就版权法而言，针对传统的文字作品，版权法所禁止的侵权行为对象是复制品的盗印者和发行业者，而对最终用户的读者即使购买侵权复制品，各国版权法也没有禁止性规定，最多属于不当行为，归入道德领域调整。同样，现行法律将计算机软件纳入到版权法保护的對象之中，对于软件最终用户取得盗版软件的行为，无论出于善意还是恶意，如果这种取得行为中没有未经权利人许可而擅自复制的行为（例如，从互联网上下载是一种复制行为，而购买、租借却不包含这种复制行为），就不违反版权法。也就是说，除了从网上下载软件这种取得软件的行为之外，最终用户的其他取得软件的行为是不违反版权法和软件保护条例的。其次，对于“使用”行为进行分析。用户使用软件必需经过“装机”和“运行”两个步骤。把程序装入计算机的方式有：直接将含有程序的软盘或光盘插入驱动器内，计算机运行时会把程序一部分一部分地调入随机存储器（RAM）中

；将程序复制到硬盘上；从互联网上浏览软件或将软件下载到硬盘上；将装有程序的只读存储器装入计算机内。然后通过运行程序实现软件的功能。由于软件作品的使用与一般文字作品的使用有很大区别，软件兼具作品性和功能性，对于软件用户而言无疑注重的是其功能性。而版权法保护软件关键是对其作品性中复制权的保护，对软件的功能性使用是超出版权法保护范围的。但是，不同于文字作品读者阅读书籍，软件最终用户在实现软件功能性使用目的时无法离开对该程序的复制，即最终用户的使用包含了功能性使用和版权性使用两种性质。例如，将程序装入计算机的前三种方式都涉及到版权法上的复制问题，其中第一种方式涉及的是临时复制。[10]因此，从传统的版权法原理出发，仍然可以找到对未经权利人许可而擅自使用其软件的行为构成侵犯权利人版权的理由。观察现实情况，最终用户使用未经授权软件的情形有：（1）购买一份许可的软件复制安装在另一台或多台计算机上，（2）购买、租用明知盗版软件复制安装到计算机上等情形。其中前一种情形是一份正版软件在未经授权下的多次复制使用，主要发生在企业或单位中，多数用户没有意识到软件使用与获得授权许可之间的关系；大大地影响了软件的主流市场，严重威胁和侵害了软件开发商的利益。后一种情形主要发生在广大的个人用户中，形成非法盗版软件生产销售的土壤，严重威胁了面向个人使用的软件（如教育类、游戏类等）开发商的利益、甚至生存。[11]归纳起来，本节界定了讨论问题的范围是使用未经授权商业软件的最终用户的法律责任；最终用户对软件的“功能性使用”与版权法和软件保护条例中的“使用权”是完全不同的概念，需要注意

这种区别；当用户使用未经授权软件时可能存在未经授权的复制等版权使用活动，并可能违反版权法规定，构成侵犯版权行为。但是，需要补充的是，这样的结论只是从传统版权法原理进行的简单推论，只是充分地考虑了权利人的利益而并没有很好地考虑软件工业版权的特点（“对计算机程序的功能性使用权理所当然地是计算机软件知识产权的核心” [12]）以及不以商业为目的的公众用户的利益。

三、国内外立法中对软件最终用户法律责任界定的比较分析（一）以中国现行法律、法规相关规定为依据。

那么，能否从我国现行的法律规定中确定软件最终用户的法律责任呢？首先，必须清醒，我国同当前大多数国家一样，是采用版权法来保护计算机软件的，《软件保护条例》遵循版权法的基本原理，是版权法之下的特殊法。因此，不宜把应由专利法规范的软件的功能性使用列入保护条例之中。那种不加分析就认为使用未经授权软件的最终用户是与盗版生产和销售者共同侵犯软件版权人权利的观点，以及是否把追究最终用户法律责任看成是软件版权保护水平的高低观点，是把版权法保护的复制权与专利法保护的功能性使用权混淆了。按照版权法原理，版权是无法禁止单纯的功能性使用的。其次，版权法从权利人利益出发设定了专有权利范围，从用户和公众利益出发设定了合理使用以及对专有权例外的规定，软件版权保护也是这样。我国《著作权法》第二十二条第（一）款规定：为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品，可以不经著作权人许可，不支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称。《软件保护条例》第九条规定了软件权利人的的人身权和财产权内容，其中财产权包括“使用权”、“使用许

可权和获得报酬权”和“转让权”；第三十条第（五）款至第（八）款是对侵犯权利人财产权法律责任的规定，其中第（五）款和第（六）款规定未经权利人同意复制、部分复制其软件和向公众发行、展示其软件复制品构成侵权；第二十一条是对软件合法持有者权利例外的规定；第二十二条是对合理使用的规定；第十三条是对强制使用的规定；第三十二条是对盗版软件的非恶意用户和销售商的免责规定，强调侵权软件提供者的法律责任。这些规定共同构成了软件最终用户的权利义务规范。比较分析这些法律规范，可以概括为几个问题：（1）无论如何，取得并持有侵权软件行为本身绝对不构成侵犯软件版权，只有在功能性使用中伴随了版权性复制行为时才可能构成侵犯软件版权。即需要区分版权权利内容意义的使用与最终用户的功能性使用，绝对不能试图将版权法直接适用到软件的功能性使用上。（2）从制订软件保护条例当时的历史条件和立法者回忆来看，最终用户使用软件侵犯版权的界限为：未经软件权利人或者其合法受让者的同意而复制、修改其软件作品的，在排除合法持有者的例外权利以及合理使用规定的情况外，属于侵权行为。而并没有因此确定了非善意的持有使用未经授权软件是侵犯软件权利人版权的规定。[13]（3）《著作权法》第二十二条与《软件保护条例》第二十二条都是关于合理使用的规定，但是对个人使用文字作品和软件作品的规定不同，即软件最终用户是否可以享有《著作权法》规定的“为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品”的合理使用权利？[14]（4）《软件保护条例》第三十二条规定的软件善意持有人销毁侵权软件的义务，是对民法善意第三人民事责任即“善意取得”制

度的修正还是错误适用？[15]从现行法律制度来看，在确定软件版权保护上立法者的倾向是：在合理使用方面较传统文字作品对个人学习、研究的权利例外要少，同时又倾向于通过版权法对复制权的保护来确认最终用户对软件功能性使用的侵权。从法理上分析，既然知识产权是民事权利中的一个权项，而且采用版权法保护软件，为了平衡软件权利人和社会公共利益，既应该保护交易安全，维护善意第三人的合法权益，也应该全面适用合理使用的制度原则。当然了，从特别法优于一般法的原理，可以认定软件保护条例的规定对软件最终用户法律责任更具有针对性。同时，还应该充分考虑软件权利人开发软件的投资及其回收，特别是应该考虑最终用户使用未经授权软件情形是否已经或可能给软件权利人的利益带来严重的影响。正确理解和解决这种矛盾的关键仍在于对软件权利人和社会公共利益之间的平衡尺度，而这又建立在对社会现实的深刻洞察和发展预见的基础上。（二）国外几种软件最终用户法律责任的立法例研究 在讨论我国软件保护问题时，不能不参考其他国家的做法。因为不但我国的软件保护立法进程是在中美知识产权多次谈判中某种程度地被动建立起来的，[16]而且，以美国为代表的一些发达国家在软件产业发展以及法律保护方面确实走在我们的前面。在中国即将加入WTO和修订版权法的背景下，比较研究其他国家的相关规定是有必要的。针对软件最终用户的法律责任问题，有几种具有代表性的立法例，有的学者将其称为不同的保护水平。一种情况是软件侵权的最终界限不延伸到全部的最终用户。TRIPS协议第10条、第11条规定计算机程序是版权保护客体以及作者享有租赁权，WIPO的《版权条约》同样

规定将计算机程序作为《伯尔尼公约》的文学作品予以保护，同时规定了计算机程序的作者“应享有授权通过销售或其他所有权转让形式向公众提供其作品原件和复制品的专有权”和“应享有授权将其作品的原件或复制品向公众进行商业性出租的专有权”，即享有发行权和出租权。[17]而《伯尔尼公约》第九条在规规定作者享有作品复制专有权的同时，规定了“成员国的法律有权允许在某些特殊情况下复制上述作品，只要这种复制不致损害作品的正常使用也不致无故危害作者的合法权益”，即规定了作品的合理使用原则。从以上这些作为国际条约的软件保护标准来看[18]，没有明确规定软件最终用户的法律责任。同样，《欧洲共同体关于计算机程序法律保护的指令》在第七条保护的具体措施第1款的(a)(b)两项规定中，也仅仅规定追究这样情形的侵权责任，即知道或有理由知道一个计算机程序的复制件是侵权复制件而发行或者仍出于商业目的而持有该复制件。美国版权法第117条在肯定106条“有版权作品的专有权利”基础上，对计算机程序的专有权利作出了限制性规定，即经过授权许可而持有使用软件的人为了使用或存档目的可以进行复制或改编，“这样制作的改编件只有经版权所有人授权方可转移”。同样没有明确规定使用未经许可授权软件最终用户的法律责任。在107条“专有权利限制：合理使用”中列出了确定是否为合理使用的四个因素：(1)使用的性质和目的，包括这种使用是具有商业性质或者是为了非营利的教育目的；(2)有版权作品的性质；(3)同整个有版权作品相比所使用的部分的数量和内容的实质性；(4)这种使用对有版权作品的潜在市场或价值所产生的影响。综合以上有关立法例，我们可以认为：

一般来讲版权法并不把个人并非出于商业目的使用侵权的软件复制件（盗版软件）认定为侵犯软件版权；而从版权法合理使用的规定原则来分析，出于个人的学习、研究目的而使用未经授权软件应属于合理使用范围。另一种情况是，软件侵权的最终界限延伸到全部的最终用户。比较有代表性的是1985年之后修改的日本著作权法第10条把程序著作物列入版权保护，第113条第二款规定：“在业务性电子计算机上使用侵权程序著作物的复制品的行为，只要在取得使用上述复制品的权源时知道实情，即视为是侵犯该著作权的行为”，而且“上述复制品”包括程序著作物的复制品所有者为使用目的而进行的必要复制或改编的著作物、进口了在国内构成侵权的程序著作物及其复制品。德国著作权法第八节是关于计算机程序的特殊规定，其中第69条f规定软件权利人得要求软件非法复制件的所有人销毁其复制件。从文本上看，好似日本和德国都对软件最终用户使用未经授权软件认定为侵权；然而，日本学者中山信弘的研究表明，日本著作权法113条第二款规定“在业务上用于计算机的行为”的表述，在该法草案中是“作为营业目的在计算机上的使用行为”，因此所谓“在业务上”只当作单纯的反复继续是不够的，还有必要把它作为某种业务的一环而使用才行。[19]也就是说，“在业务上”是相对于私人使用而言的，与“为营业或营利目的使用”的含义相近。[20]同样，在德国法学界也仍然不认为占有盗版本身已经构成著作权的侵权。[21]综合以上国内外立法方面的比较分析，笔者认为：应该根据主体性质和使用目的的不同而确定软件最终用户不同的法律责任；但是，无论如何，应该认定个人出于学习或研究目的而使用未经授权

许可软件的行为是合理使用。四、软件最终用户法律责任界定的利益平衡思考 知识产权法律制度的宗旨在于既能够鼓励人们进行创造性的智力成果生产，又能够有利于这种智力成果的传播和广泛使用，从而推动社会经济文化和人类文明的发展。因此，知识产权虽然具有私权的性质，但作为一种法定权利，其内容、范围、期限、例外等界限都是由立法确定的。首先应该赋予智力成果创造者对其智力成果在使用上的一定限度的垄断权，使其能够从中获得回报；其次，还必须考虑知识产权的公共财富性质，即任何一项智力成果都是在前人的成果基础上产生的，而所有的智力成果都应该得到最广泛的传播和应用，这就必须对成果创造者的垄断权进行限制，并对公众对成果的使用需要进行必要的保护。这样，在智力成果的开发、传播和使用过程中，相关的不同社会群体利益必然会发生冲突。从国际环境来看，表现为不同发展水平和价值体系的国家之间的利益冲突，从国内来看，表现为相关不同利益主体之间的冲突。利益平衡是保护知识产权的一个基本原则。在确定平衡点时，必须首先站在我们国家和民族的立场上，但这绝对不意味着可以闭门造车、不顾国际上的潮流和趋势，而是指更好地适应数字网络环境下全球经济日益一体化的现实，确定既与国际趋势接轨又能够最大限度保护我国利益的立场，而所谓我国利益主要指有利于我国相关产业的发展。1994年六月国务院发布的《中国知识产权保护状况》阐明了中国保护知识产权的基本立场、态度和保护现状。知识产权保护制度日益成为各国保护智力成果所有者权益，促进科学技术和社会经济发展，进行国际竞争的有力的法律措施。中国实行改革开放后，为了更快地发展社会

生产力和推动社会全面进步，适应社会主义市场经济发展的需要，促进与世界经济的接轨，中国加快了知识产权保护制度建设的步伐。“中国政府认为，知识产权保护制度对于促进科学技术进步、文化繁荣和经济发展具有重要意义和作用，它既是保证社会主义市场经济正常运行的重要制度，又是开展国际间科学技术、经济、文化交流与合作的基本环境和条件之一”。中国把保护知识产权作为改革开放政策和社会主义法制建设的重要组成部分，从七十年代末即着手制定有关法律、法规，同时积极参加相关国际组织的活动，加强与世界各国在知识产权领域的交往与合作。“中国知识产权的保护范围和保护水平逐步同国际惯例接轨，已对知识产权实行高水平的法律保护”。在2000年中国政府白皮书之《中国知识产权保护现状》中重申：“1978年以来，中国政府为加快经济、科技、文化事业的发展，把知识产权保护工作列入了重要的议事日程，在科技、经济、文化商品的创造、开发、生产和经营方面建立了公平、公开、公正的法律保障体系，在法律实施方面也取得了较大进展”。“为了使中国知识产权制度与国际接轨，近年来，中国修改了相应的法律”。其次，需要根据不同的历史时期和社会状况来确定国内各相关利益群体的利益平衡。90年代初，制定版权法和软件保护条例时立法者更多是基于当时的国际环境和中国社会发展现实，当时民族软件产业刚刚起步，处于以仿制、经销外国软件为主的“形成和发展”阶段，[22]同时使用计算机的社会公众人数也是很少的。而今，我国的软件产业已经有相当的规模，使用计算机的人数非常之多，[23]以及数字网络环境下对软件的使用也发生了重大的影响。在修订我国

著作权法和软件保护条例时，确实需要对我国软件产业的现实和发展以及与软件开发、传播、使用相关的各个主体的利益有深刻的洞察。确定软件相关主体利益平衡关系时，必须充分考虑软件所具有的特点及其这些特点给不同利益主体带来的影响。概括说来，软件具有三个突出的特性。从软件作为知识产权保护客体本身的法律特性分析，软件具有作品性和功能性双重属性，而且对于软件的各个相关主体而言，软件只是以作品的形式实现了功能性目的，即软件的功能性是更本质的。从软件的版权性和程序的技术性特点出发，软件在传播、使用中具有极易复制性的特点。由于软件的极易复制性，给软件权利人带来双重影响。首先，软件变成著作权意义上的制品及其复制件，可以通过生产流水线以极低的成本大量地生产出来，并采用现代的营销手段倾销给消费者。

“经营者往往有一种走向垄断，支配产业，凌驾于大众消费者之上的倾向和能力。相对于他们而言，个人消费者是微不足道的弱小者”。其次，也使得软件盗版变得十分容易??成本低，质量与正版几乎无异，更加有利可图。盗版的生产者和销售者是侵犯软件版权人利益的元凶，却是最终用户为此盗版提供了生存土壤和市场。再次，用户自己也能够轻易地完成复制，而他们之间大量存在的复制行为也严重地危害权利人的利益。[24]这两个特性讨论得比较充分，大家也是认同的。从经济学角度，软件还具有第三个特性，而且这个特性对相关主体利益起决定性作用。那就是软件具有“高固定成本”、“低边际成本”和“网络效应”的特性。众所周知，软件的开发需要投入大量的人力和物力，生产第一份软件的成本非常高；但是，生产复制此后的产品的成本却非常之

低，甚至可以忽略不计。这就如同耗资上亿美元的好莱坞大片只需几美分就可以拷贝到录象带上一样，微软耗巨资开发的Windows操作系统软件可以不费吹灰之力地拷贝安装到计算机硬盘上。如果仅仅认识到软件这种信息产品具有高生产成本、低复制成本特性，那只会给开发商确定定价带来影响??例如，根据用户价值而不是生产成本，景象版本划分的方法利用延迟来进行差别定价，谋取最大利润。实际上，软件产品还同时具有“网络效应(network effects)”即“网络外部性(network externalities)” [25]的经济特性。“对许多信息技术来说，使用普及的格式或系统对消费者有好处。当一种产品对一名用户的价值取决于该产品别的用户的数量时，经济学家说这种产品显示出网络外部性，或网络效应”。“受强烈的网络效应影响的技术一般会有一个长的引入期，紧接着是爆炸性的增长。这种模式是由正反馈引起的：随着用户安装基础的增加，越来越多的用户发现使用该产品是值得的。最后，产品达到了临界容量，占领了市场”。[26]我们也许因此可以更好地分析微软的IE浏览器替代网景的Navigator 浏览器，以及“中文之星”被微软的中文Windows替代、金山的WPS让位于Office了。因此，在我们分析最终用户使用未经许可软件给权利人带来负效应的同时，还必须看到这背后的另一个方面，即给权利人带来的正效应。不可否认，最终用户使用盗版不但使该软件经营者实际占领了更大的市场份额，也促进了更多想要使用正版软件的需求。用比尔·盖茨的说法就是“让他们先上瘾”，而方兴东指出的就是“先放水养鱼”。盗版绝对不是单方面地仅仅使权利人受到损害。在分析民族软件产业被国外击跨与软件法律保护不力有关的同时

，不能忽略其他也许更为关键的原因。[27] 在版权保护软件的制度条件下，确定最终用户法律责任时应符合版权法原理要求，避免版权法保护软件中向工业产权靠拢的错误倾向。采用版权法保护计算机软件，已经是国际确定的趋势，并在相关国际条约和多数国家立法中体现出来，我国也不可能走其他的路。从版权制度出发，最终用户对软件的功能性使用与版权法上的“使用”是存在本质差别的，而将这种功能性使用自然地认为是软件版权人的专有权利并因此确定使用未经许可软件的最终用户的侵权责任，是有违版权法基本原理的。功能性使用是工业产权保护的权利，不能在版权法及其下位法软件保护条例中规定为软件权利人的专有权利。[28] 最后，也许是最重要的一点，在我们通过版权法禁止未经许可的复制使用来分析最终用户的功能性使用，并进而确定最终用户绝大部分使用未经许可软件时构成侵犯版权时，存在一个预设的前提??只有软件合法持有者才享有软件版权人的一些权利例外，例如，为了使用目的而进行的复制、备份和必要修改；[29]而未经授权许可软件的用户（类似于非法持有者）则不享有这些权利。但是，众所周知，所谓的这些权利例外是软件使用必不可少的，如影随形一样不可分离。因此我们有理由怀疑这个预设前提的正确性，即伴随功能性使用而发生的版权性复制是否为软件权利人的专有权利？其错误在于不顾软件的功能性使用特性，硬是简单地将版权法保护文学作品的复制权应用到软件的所有有关复制上。换一个角度来看，这种伴随功能性使用而发生的版权性复制是软件最终用户必然发生的，而最终用户通常是公共利益的主要体现者，每一次技术进步带动版权法变革都或多或少地将版权

权利人的权利让与一部分给最终用户，立法者往往通过确认或赋予最终用户某些权益，来维持版权人和社会公益之间的平衡。[30]而今天，使用计算机已经成为生活学习的必需，使用软件是使用计算机的必需，进行版权性使用软件是实现软件功能性使用的必需；这种伴随软件功能性使用的版权性使用不应该成为软件版权人的专有权利。总之，通过以上软件版权保护的利益平衡原则和版权法原理适用于软件的分析来看，笔者认为：不应确定为个人学习、研究目的而使用未经许可许可软件的最终用户构成侵犯版权。

五、对我国修订版权法和软件保护条例确定软件最终用户法律责任的建议

软件最终用户法律责任的争论实质上仍是软件具有作品性和功能性双重属性以及采用版权法保护软件带来矛盾的反映而已。版权法是比较难于延及到功能性使用这种专利法保护的范畴的。[31]但是，为了更好地回应中国软件产业现实和发展的需要，在修订版权法和软件保护条例确定软件最终用户法律责任时，应该考虑国际竞争与合作的需要、我国的社会经济发展水平以及法律文化传统，注意克服法律道德主义倾向，区分不同主体、不同性质使用而确定不同的法律责任。首先，“必须认识到，对发达国家而言，在全球推行知识产权保护制度的意义早就超出知识产权保护本身而转化成为一种经济竞争的手段”。回顾中美知识产权的多次谈判与中国知识产权制度立法和司法进程，可以明显感到我国软件版权保护立法中美国施加影响的痕迹。自1989年至今，中美之间一直就中国在知识产权立法与司法方面的水平进行谈判。1989年中美知识产权谈判中，中国承诺在制定著作权法时考虑计算机软件的保护，并与1991年10月实施《软件条例》；1991年

开始第二轮中美知识产权谈判于1992年1月达成谅解备忘录，并于1992年9月发布了《实施国际著作权条约的规定》，规定“外国计算机程序作为文学作品保护，可以不履行登记手续，保护期为自该程序首次发表之年年底起50年”，使外国软件开发商享受超国民待遇；1994年中美进行的新一轮知识产权谈判重点是中国的知识产权执法方面，并于1995年3月以双方换函的形式结束，国务院制定了《有效保护及实施知识产权的行动计划》，规定“任何使用计算机软件的公共、私人、非营利机构应提供充足的资源购买合法的软件”，国家版权局于1995年8月发布了《关于不得使用非法复制的计算机软件的通知》，规定“任何单位在其计算机系统中不得使用未经授权的计算机软件”；之后，中国为加入世界贸易组织一直同美国进行谈判，1999年2月国务院又转发了1995年国家版权局发布的通知，要求“认真贯彻执行”。从中国软件产业发展来看，我国软件产业从1991年到1999年销售额由4.6亿增长到176亿元人民币，特别是近年年增长率在20%以上。而根据美国“国际知识产权联盟”发布的《美国经济中的版权产业：1998年度报告》数据，1996年美国的核心版权产业创造了约2784亿美元的产值，占美国国民生产总值的3.65%，比上年增长3.5%；从1977年至1996年的20年中，美国核心版权产业的年增长率为5.5%，而整个美国经济的年增长率仅为2.6%；1996年美国核心版权产业的出口和对外销售达601.8亿美元，第一次超过农业、汽车业和飞机制造业，成为出口份额最大的部类。因此，促使美国热衷于条约的制定与实施以及与中国进行无休止的知识产权谈判的最终原因还是为了保护美国作品和版权从而保护美国的版权贸易。[32]同时，还需要

指出的，正如部分学者批评的那样，“在中国的立法、行政、司法和学术研究领域，想方设法提高中国知识产权保护水平，现在已经成为一种普遍的、时髦的倾向”。[33]修订我国的软件保护条例，在考虑国际竞争与合作的同时，必须立足我国的社会经济发展现实，不能忽视我国自身的法律文化传统和道德习惯??有利于中国软件产业的发展，具备可操作性，使其“具备中国的个性”。[34]其次，在确定软件最终用户法律责任时应该注意克服法律道德主义倾向。这里讨论的问题是：作为软件最终用户的个人为了使用计算机目的而使用未经授权许可软件应否和如何承担法律责任的问题。对此至少有三种观点，一种认为，个人使用盗版软件属于道德领域范畴，法律不宜明文规定责任，而应注重倡导。理由是：现实中普遍存在个人使用未经授权许可软件的现象，而且绝大多数不为商业目的，而是出于应用计算机进行学习需要，具有较强的文化消费色彩；而中国仍然具有“窃书不算偷”的消费文化观念；更为主要的是，即使确定个人使用盗版软件的法律责任，客观上也无法操作和实际执行，到头来还是“规定不如不规定”，反倒破坏了法律本身的权威性。第二种观点，个人使用盗版软件属于版权法的合理使用范围。理由是：个人用户往往是公众利益的代表者，伴随功能性使用的版权性使用是软件的自身特性决定的、不可避免的，根本不构成侵犯版权；而且，为了个人的学习、研究目的而使用未经授权许可作品是各国版权法的普遍原则，软件也不能例外；在日趋庞大和垄断的现代企业面前，必须对相对很弱的个人消费给予特殊保护；法律应该加大打击盗版生产者和销售者的力度，但不能延及到个人用户。第三种观点是，

必须追究使用盗版软件个人用户的法律责任。理由是：广大的使用盗版软件的个人用户是盗版生产者、销售者赖以存在的土壤，是我国软件产业发展面临的最大的障碍，对面向个人消费的计算机软件产业生存已经构成实质性威胁；国外软件市场面向世界，国内盗版对其负面影响有限，而国内软件的用户面向华人社区，个人使用盗版软件对国内软件厂商损害最大，受损失的是民族软件；因此国内软件产业界要求禁止最终用户使用未经授权许可软件的呼声很高；而且，从版权法来看，功能性使用中往往伴随着版权性使用，构成侵犯版权。[35] 综合本文的分析，笔者认为，在确定最终用户法律责任时应该区分不同使用主体和使用性质予以分别规定一些原则。首先，个人购买、持有和使用未经授权许可软件不属于侵害软件版权的行为，而应该属于合理使用。其次，各政府部门和以营利为目的的单位使用未经授权许可软件应承担侵权责任。再次，图书馆等公益单位在业务范围内少量使用未经授权许可软件不构成侵权。[36] 最后，需要补充的是，技术发展一日千里，法律远远被抛在后面。立法者以为依据今天的情形可以明确规定最终用户法律责任而大功告成的试图只会落空。因此，修订软件保护条例时，最佳的方法是采用因素主义的立法模式??根据不同情况规定一些认定侵权的原则或因素，而对于具体个案是否构成侵权，则交由司法裁量。【注释】 [1] 自80年代中期以来，特别是至90年代初期间，即制订软件保护条例前，中国更是一个国外软件盗版的分销市场，本土软件寥寥无几，更谈不上盗版。这也是当时软件保护条例第32条规定善意持有者免责的社会历史条件。而今，值得注意的是中国本土软件的盗版已经占有很大

市场，打击盗版的呼声更多的是本土软件开发商提出的。参考2000年12月23日“第七届北京大学知识产权论坛??软件最终用户法律责任”上应明、邹怵的发言。[2]例如，在教育软件开发销售方面比较有影响的翰林汇软件产业有限公司在2000年举办了“软件环保”活动，在倡议使用正版软件的同时，还不记名地回收盗版软件并免费更换正版软件。[3]邹怵，《试论最终用户的使用盗版软件的问题》，《电子知识产权》，1999年第5期。[4]参见：广东省高级人民法院民事判决书（1997）粤知初字第1号，以及郭良在1999年2月26日《南方周末》上文章《中国知识产权第一案》。该案于1999年经最高人民法院二审后被发回重审。[5]该案件因原告证据瑕疵而导致诉讼主体的问题，于1999年12月19日由北京第一中级人民法院驳回了微软公司的起诉。[6]寿步，《试论软件最终用户的责任》，载《知识产权文丛》第三卷，中国政法大学出版社，2000年1月。[7]李朝应，《也谈软件侵权的界定??与寿步先生商榷》，载于《电子知识产权》，1999年第12期。[8]参见：应明，《对计算机程序著作权的不少侵权行为发生在最终用户中??计算机程序著作权保护工作中值得注意的特点之一》，载于《著作权》，1998年第4期；应明，《从计算机软件保护条例的起草看最终用户》，载于《电子知识产权》，1999年第12期；邹怵，《试论最终用户的使用盗版软件的问题》，《电子知识产权》，1999年第5期；韦之，《著作权产品最终用户法律责任探讨》，载于北大法律信息网<http://www.chinalawinfo.com>。[9]在民法物权理论中，出于法律因果关系和交易安全的考虑，实际取得物权的第三人如果在取得过程中是善意的、有偿的，即没有主观上的过错，

则该第三人无需对该物权的原始权利人承担任何责任。在最高人民法院关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见第40条、89条中对此进行了规定。[10]这种临时复制是否属于版权权利人的专有权利还是专有权利的例外，特别是在数字网络环境下，法学界的观点并不一致。[11]信息产业部电子知识产权咨询服务中心在《关于软件产业社会环境的调查报告》中认为：“‘最终用户盗版’是对软件产业危害最大的盗版形式”。载《知识产权审判研究》，北京高级人民法院知识产权庭编，第16期，2000年11月18日。[12]应明，《从计算机软件保护条例的起草看最终用户使用未经授权软件的法律责任》，《电子知识产权》，1999年第12期。[13]参见应明，《最终用户使用未经授权软件的法律责任》，《著作权》，2000年第二期；以及寿步，《试论软件最终用户的责任》，《知识产权文丛》第三卷，第396页，中国政法大学出版社。[14]在这一点上，应明教授与邹怵老师的观点明显不同，应明教授认为当然可以直接引用著作权法的有关规定。参考2000年12月23日“第七届北京大学知识产权论坛??软件最终用户法律责任”。[15]李朝应认为：传统民法上针对有形财产的“善意取得”制度在软件保护条例中通过第32条作出了修正，即对于软件，即使是善意取得（不知道或者没有合理依据知道），仍应承担停止侵权或/和销毁侵权软件的责任。见《也谈软件侵权的界定??与寿步先生商榷》，载于《电子知识产权》，1999年第12期。[16]参见寿步，《试论软件最终用户的责任》，《知识产权文丛》第三卷，第377?383页，中国政法大学出版社。同时，作者并不完全同意寿步的观点。实际上，中国知识产权法律制度的形成除了外因之外，也

是中国社会生活发展的需要和反映。 [17] 参见世界知识产权组织《版权条约》第4、6、7条。 [18] 需要指出的是，WIPO的《版权条约》需要30个国家批准或加入后才生效，目前尚未生效。 [19] 参见中山信弘，《软件的法律保护》，第69页，大连理工大学出版社，1988年9月第1版。 [20] 参见寿步，《论软件侵权的最终界限问题》，载《知识产权审判研究》，第47页，北京市高级人民法院知识产权庭编，2000年11月18日。 [21] 参见韦之，《著作权产品最终用户的法律责任探讨》，《著作权》，2000年第四期。 [22] 应明在《关于计算机软件保护条例（草案）的说明》指出：“我们所制定的条例应该能够促进我国软件产业的形成和发展。一方面要充分保护我国软件开发者的合法权益，另一方面，又不能使这种保护影响软件技术的对外交流和借鉴。”转引自寿步，《试论软件最终用户的责任》，《知识产权文丛》第三卷，第396页，中国政法大学出版社，2000年1月。 [23] 据信息产业部电子知识产权咨询服务中心在《中国软件产业发展之路??关于软件产业社会环境的调研报告》数据：从1991年到1999年，中国软件销售额从4.6亿元增长到176亿元，近年的增长速度平均在20%以上；软件从业人员约15万人，还有30多万人从事各种与软件应用、科研与教学有关的工作。转引自北京市高级人民法院知识产权庭编《知识产权审判研究》第16期，2000年11月18日。 [24] 参见韦之，《著作权产品最终用户的法律责任探讨》，《著作权》，2000年第四期。 [25] Kenneth Nichols, *Inventing Software, The Rise of “ Computer-Related ” Patents*, P5, QuorumBooks, Westport, Connecticut?London [26] [美]卡尔夏皮罗 哈尔?瓦里安著，《信息规则??网络经济的策略

指导》，第11页，中国人民大学出版社，2000年6月。[27]因此，信息产业部电子知识产权咨询服务中心在《中国软件产业发展之路??关于软件产业社会环境的调研报告》认为“中国软件产业发展面临的最大障碍是软件盗版”是颇值得怀疑的。参见北京市高级人民法院知识产权庭编《知识产权审判研究》第16期第6页，2000年11月18日。[28]同样的观点认为：“版权法所保护的是对于文学艺术作品的权利而不是对于实用物品的权利。智力成果的功能性使用历来是受工业产权法（例如专利法）保护的内容”。参见，应明，《最终用户使用未经许可软件的法律责任》，《著作权》，2000年第二期。[29]参见我国《软件保护条例》第二十一条规定，《欧洲共同体关于计算机软件法律保护的指令》第五条第1款、第2款规定。[30]同样的观点认为：使用中发生复制行为是毫无疑问的，规定为合法持有者权利是没有实际意义的；而且反推非法持有者不享有上述权利就更勉强了。参见韦之，《著作权产品最终用户的法律责任探讨》，《著作权》，2000年第四期。[31]我国著名知识产权学者郑成思早就提出用工业版权保护计算机软件的思想。参见郑成思，《计算机、软件与数据的法律保护》，第181?193页，法律出版社，1987年12月；以及《版权法（修订本）》，第69页，中国人民大学出版社，1990年3月第1版，1997年8月第2版。[32]转引自徐洁玲，《国际互联网环境下有关版权问题的探讨》，《知识产权文丛》第三卷，第356页，中国政法大学出版社，2000年1月。[33]详见，寿步，《试论软件最终用户的责任》，《知识产权文丛》第三卷，第377?385页，中国政法大学出版社，2000年1月。[34]参见韦之，《著作权产品最终用户的法律

责任探讨》，《著作权》，2000年第四期。 [35] 参考2000年12月23日“北京大学第七届知识产权论坛??软件最终用户法律责任研讨会”与会专家学者的发言。 [36] 笔者对此与韦之博士的观点是一致的，详细论述请参见韦之，《著作权产品最终用户的法律责任探讨》，《著作权》，2000年第四期。

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com