

美国《版权法》对于计算机软件的保护

李明德*

一、引言

进入 20 世纪 70 年代以后,微型计算机和个人计算机相继成为市场上的主导产品。与此相应,计算机软件市场也发生了巨大的变化。一方面是软件用户的急剧增加,另一方面是通用软件的大量上市。这虽然为软件厂商提供了新的发展机遇,但也为非法复制品提供了市场空间。在这样一种背景之下,商业秘密法已经很难对计算机软件,尤其是整体的软件产品提供有效的保护。同时,由于对软件的技术特征还缺乏清楚的认识,无论是美国国会还是法院,都不愿意对计算机软件提供专利权的保护。这样,版权方式就成了计算机软件保护的主要方式。

早在 1964 年,美国版权局就开始接受计算机软件的注册,将计算机软件视为可以获得版权法保护的客体。^① 美国国会在制定《1976 年版权法》时,虽然没有明确将计算机软件作为版权保护的客体,但对“文字作品”做出了非常宽泛的界定。根据《版权法》第 101 条的规定,文字作品是指以文字、数字,或其他文字或数字标记或记号而表述的作品,而不论该作品是以书籍、期刊、手稿、唱片、胶片、磁带、磁盘、磁卡的方式体现出来。事实上,这一定义,尤其是其中所提到的以“数字”、“数字标记或记号”表述的作品,已经涵盖了计算机软件。众议院关于《1976 年版权法》的报告也证实了这一点。根据报告,版权法定义中的文字作品,“包括计算机数据库和计算机软件,只要它们体现了编程者对于思想观念的原创性表述。”^②

此外,面对计算机软件对知识产权法律体系的冲击和挑战,美国国会还在 1974 年成立了一个专门委员会,研究如何有效地保护计算机软件。这个委员会的全称是“关于新技术条件下享有版权作品使用的委员会”(the Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, CONTU)。经过广泛的研究、讨论和听取各方面的意见,委员会在 1979 年发布最终报告,建议对计算机软件提供版权保护。报告说:“应当明确将计算机软件规定为版权保护的客体,只要它们体现了作者的独创性表述。委员会的报告还建议对《版权法》进行两个方面的修订:一是规定一个有关计算机软件的定义;二是规定关于软件所有人权利的限制,以保障软件产品的合法购买者可以在一定的范围内正常使用有关的软件。委员会还认为,对计算机软件提供版权保护,是促进计算机软件开发和传播的最好方式。”^③

1980 年,美国国会依据 CONTU 的上述建议,对《版权法》进行了修改。关于计算机软件的定义,《版权法》第 101 条规定:“计算机软件是一系列陈述或指令,可以直接或间接地使用于计算机,以达到某种特定的结果。”关于权利的限制,《版权法》第 117 条规定,计算机软件产品的合法所有人,可以为了备份和兼容的目的而复制有关的软件。应该说,上述对于《版权法》的修订是非常简单的。修正案不过是在《1976 年版权法》的基础之上,增加了一个关于计算机软件的定义,制定了一个限制软件所有人权利的第 117 条。同时,有关修正案的立法报告也非常简单,只是提到该法案是依据 CONTU 的建议而制定的。这样,法院在有关案件的审理中,就不得不查阅 CONTU 的最终报告,引证报告的原文,以求对有关的问题做出尽量清楚的解释。^④

此外,《1976 年版权法》虽然将计算机软件纳入了文字作品的范围,1980 年修正案也从文字作品的角度对计算机软件进行了定义,但计算机软件绝非单纯的文字作品。可以说,任何一个计算机软件都具有一定的技术性特征和功能性特征,都能够达到某种特定的技术效果或结果。这样,对于计算机软件的版权保护就必然涉及《版权法》中的一

* 作者系中国社会科学院知识产权中心研究员、博士生导师, E-mail: mdli@cass.org.cn, 邮编: 100720。

① See Cary, Copyright Registration and Computer Programs, 11 Bull. Copyright Society 362 (1964).

② See House Report No. 94 - 1476, 94th Congress, 2d Session, 54 (1976).

③ See National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, Final Report 1 (1979).

④ 例如,参见 Vault Corporation v. Quind Software Limited, 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988)。

个基本问题,即表述与思想观念的分界。然而,国会在修订《版权法》对计算机软件提供保护时,并没有在表述与思想观念的分界上做出任何说明。这样,如何就计算机软件的保护划出表述与思想观念之间的分界线,就落在了法院的身上。如果将这一界限划得过于宽松,对计算机软件提供了过多的保护,就会赋予软件所有人以过多的权利,甚至让他们将某些技术特征垄断起来,从而不利于其他软件编程者开发新的软件,阻碍计算机软件产业的发展。如果将表述与思想观念的界限划得过于严格,让软件所有人得不到多少保护,又会挫伤编程者的创造性,也不利于计算机软件产业的发展。

此外,《版权法》第 117 条关于计算机软件的权利限制,以及如何将传统的合理使用理论运用于计算机软件的保护,也需要法院在具体案件中加以阐释和界定。

由以上的简略叙述可以看出,美国《版权法》虽然规定了对于计算机软件的保护,但有关的规定非常简单,只有一个关于计算机软件的定义和一个关于权利限制的条文。至于《版权法》如何保护计算机软件,以及在何种程度上保护计算机软件,都只能由法院在具体的判例中,运用《版权法》的一般原理和规则而加以解决。从这个意义上说,美国关于计算机软件版权保护的规定,就主要不是见之于法典之中,而是见之于判例之中。如果仅仅引证法典中的简单规定,就会遗失计算机软件版权保护的许多规则,同时也难以说明软件版权保护的真实情况。

下面,我们将结合有关的典型判例,进一步探讨计算机软件版权保护中的一些具体制度或具体规则。其中所涉及的问题主要有:直接复制、实质性相似、电子游戏、使用者界面、权利的限制与例外,以及合理使用等等。

二、直接复制

1980 年《版权法》修订后出现的第一批有关计算机软件的侵权案件,相对来说比较简单,涉及的都是直接复制他人计算机软件或软件代码的情形。双方争执的焦点大多集中在计算机软件可否获得版权保护。其中最具有代表性的判例,是 1983 年由第三巡回上诉法院判决的“苹果软件”一案。^① 该案不仅讨论了计算机软件版权保护中的一些基本问题,还确立了一系列相关的规则,对计算机软件的版权保护和计算机软件产业的发展产生了重大的影响。

根据案情,苹果公司是计算机行业的龙头企业,不仅大量生产销售自己设计的计算机产品,还大量开发和销售相关的计算机软件。当本案发生之时,苹果公司正在生产和销售“苹果二型”计算机,销售量已达 40 万台以上。与该种计算机相配套,苹果公司还设计和销售相关的计算机软件,包括系统软件和应用软件。本案的被告弗兰克林公司也是计算机硬件产品和软件产品的生产厂商。当时,弗兰克林公司正在生产和销售自己的“ACE100 型”计算机,其设计目的是要与原告的“苹果二型”相兼容。正是由此出发,被告复制了原告的系统软件。于是,苹果公司诉弗兰克林公司侵犯了自己的版权,同时还提起了专利侵权、不正当竞争和盗用自己商业价值的诉讼。然而,无论是地方法院的判决还是第三巡回上诉法院的判决,所讨论的问题都是集中在版权侵权上。

原告在诉讼中主张,被告未经许可复制了自己的 14 件计算机软件,侵犯了自己的版权。应该说,被告的几乎原封不动的复制是毋庸置疑的。例如,被告仅仅删除了原告的商品标记和版权标记。又如,软件编程者埋在一个软件中的自己的名字,以及埋在另一个软件中的“苹果软件”(applesoft)的字样,都原封不动地出现在了被告的软件中。被告并不否认自己复制了原告的软件,但又提出辩解称,为了让自己的计算机与原告的计算机相兼容,不可能在原告的系统软件之外再编写出新的系统软件。这显然是说,原告的系统软件是思想观念与表述的合并,不应当受到《版权法》的保护。当然,原告也提出证据表明,被告完全可以编写自己的系统软件,并且与自己的计算机相兼容。

在地方法院的审理中,原告提出动议,要求法院下达临时性禁令,禁止被告继续侵权。被告则主张原告的版权无效。经过三天的听审,地方法院裁定驳回原告下达临时性禁令的主张。理由之一是,原告没有证明自己有胜诉的可能性,因为本案所涉及的计算机软件是否可受版权保护,还是一个问题。与此相应的另一个理由是,原告未能证明自己有可能遭受不可弥补的损失。针对地方法院的裁决,原告提起了上诉。

第三巡回上诉法院在审理中指出,地方法院的判决似乎认为,以目标代码体现出来的计算机软件,以及体现在 ROM (Read Only Memory) 中的计算机软件,不应当受到《版权法》的保护。上诉法院由此而认为,地方法院对于本案的判决,就在事实上提出了三个应当加以解决的法律问题:以目标代码形式表述的计算机软件可否获得版权保护;体现在 ROM 中的计算机软件可否受到版权保护;以及系统软件可否获得版权保护。随后,上诉法院依次讨论了这三个问题。^②

^① See *Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corporation*, 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983).

^② 事实上,上诉法院还列举了第四个问题,即在版权侵权诉讼中,为了要求临时性禁令,是否应当单独说明不可弥补的损失。上诉法院认为,只要原告说明了版权侵权的存在或者胜诉的可能性很大,就表明原告有可能遭受不可弥补的损失。

关于第一个问题,以目标代码表述的软件可否获得版权保护,法院给予了肯定的回答。法院认为,《1976年版权法》对版权保护的客体有两个主要的要求,即原创性和固定性(原创性的作品固定在一定的物质媒介上)。制定《1976年版权法》之时,国会虽然没有将计算机软件作为受保护客体的一个种类,但却对“文字作品”给予了宽泛的定义,使其包含了计算机软件。这是考虑到 CONTU 正在研究有关的问题,有意做出的规定。到了 1980年,国会又依据 CONTU 的最终报告,修改《版权法》,在第 101条中为计算机软件下了一个定义。这表明,计算机软件应当作为文字作品的一种受到《版权法》的保护。

从这里出发,第三巡回上诉法院引证了该院在 1982年判决的“威廉姆斯”一案。^① 法院指出,“威廉姆斯”一案所涉及的计算机软件,也是以目标代码的形式体现在 ROM之中。那个案子中的被告曾要求法院就源代码和目标代码做出区分,并提出以源代码形式出现的计算机软件可以受到版权保护,而以目标代码形式出现的计算机软件不能受到版权保护。法院在“威廉姆斯”一案的判决中已经否定了被告的看法。诚然,源代码是人类可读的代码,目标代码是机器可读的代码,不能为人类所解读。然而,《1976年版权法》第 102条已经明确规定,原创性的作品应当体现在有形的物质媒介上,从而“可以或直接,或借助机器、设备而被感知、复制或传送。这显然涵盖了目标代码。此外,1980年修改《版权法》所增加的定义说:“计算机软件是一系列陈述或指令,可以直接或间接地用于计算机,以达到某种特定的结果。”显然,只有当源代码转换为目标代码之后,才能“直接”运用于计算机。从这个意义上说,无论是以源代码还是以目标代码表述的计算机软件,都是版权保护的客体。

第三巡回上诉法院还进一步指出,对于今天的文字作品应当有宽泛的理解,不能狭义地理解为海明威的小说等等。按照《版权法》第 101条的规定,“文字作品”(literary work)不仅包括文字表述的作品,也包括数字、记号表述的作品。法院在这个问题上得出结论说:

“所以,无论是以源代码还是以目标代码形式出现的计算机软件,都是应当受到保护的‘文字作品’;无论是目标代码的版本还是源代码的版本,他人未经授权都不得予以复制。”

关于第二个问题,体现在 ROM中的计算机软件可否受到版权保护,法院也给出了肯定的答复。上诉法院说,地方法院将体现在 ROM中的计算机软件与传统形式出现的计算机软件区别开来,是没有意义的。在“威廉姆斯”一案中,被告也提出,将他人的计算机软件装载到 ROM之中,以便控制机器的运行,不属于侵权。因为 ROM是实用物品,是机器的零件。在那个案件中,上诉法院已经裁定,将表述或作品体现在 ROM之中,已经满足了《版权法》的“固定”要求。重要的是要区分受保护的作品如计算机软件,与固定作品的物质媒介,不能将二者混同起来。《版权法》所保护的是体现在 ROM中的计算机软件或信息,而不是保护 ROM本身。ROM仅仅是固定作品的物质媒介。

关于第三个问题,计算机系统软件是否可受版权保护的问题,上诉法院认为没有在“威廉姆斯”一案中进行讨论,因而有必要在本案中加以详细讨论。对于这个问题的讨论,是围绕着被告的两个主要论点进行的。

被告首先认为,计算机系统软件或者是“方法”、“系统”,或者是操作方法,属于《版权法》排除的对象,因而不能获得版权保护。法院则认为,原告并没有寻求以版权的方式保护操作方法,因为操作方法是功能性的,可以指示计算机完成一定的任务。事实上,原告寻求版权保护的是指令本身,而非指令构成的方法。方法只能获得专利法的保护,不能获得版权保护。况且,被告将系统软件定义为方式或方法,也与他的另一个观点,即应用软件可以获得版权保护相矛盾。因为两种软件都可以用来指令计算机达到某种功能,没有任何理由给予应用软件以版权保护,而又对系统软件不给予版权保护。

上诉法院指出,在计算机软件的版权保护上,最重要的是弄清版权保护的是陈述和指令,而非由陈述和指令所产生的方法。法律为计算机软件所下的定义是,适用于计算机并且可以产生某种效果的“一系列陈述或指令”。按照这个定义,不需要在应用软件和系统软件之间做出区分。

被告其次认为,如果对计算机系统软件提供版权保护,就会破坏《版权法》关于思想观念与表述的分界。上诉法院认为,《版权法》第 102条明确规定了“思想观念与表述”的分界。根据有关的立法记载,这一规定只是清楚地表明,软件编程者所采用的“表述”是计算机软件中可受版权保护的要素,而体现在软件中的方式或方法则不在版权保护的范围之内。当然,在一个具体的案子中,将思想观念与表述的分界线划在哪里是非常困难的。

正是由此出发,第三巡回上诉法院提出了一个划分二者界限的初步标准。按照这个标准,就系统软件的保护来说,表述与思想观念界限的划分应当是实用主义的,要考虑竞争与保护之间的平衡。考虑到计算机软件具有表述的特征,又具有思想观念或方法的特征,划分二者界限的焦点就应当是,有关的思想观念是否可以用不同的方式予以

^① See *Williams Electronics, Inc. v. Artic International, Inc.*, 685 F.2d 870 (3d Cir. 1982). “威廉姆斯”一案所涉及的主要是电子游戏的版权保护问题,但同时也涉及了计算机软件的保护问题。非常有意思的是,在地方法院判决了“苹果公司”一案后的第三天,第三巡回上诉法院才发布了“威廉姆斯”一案的判决。所以地方法院在判决“苹果公司”一案时,不可能看到第三巡回上诉法院判决的“威廉姆斯”一案。

表述。如果就同一思想观念或方法可以编写出其他的软件,执行与原告系统软件相同的功能,那么原告的软件就是思想观念的表述,就可以获得版权保护。如果为了达到与原告软件相同的功能,不能就同一思想观念或方法编写出不同的软件,那就表明原告的软件是思想观念与表述的合并,就不能获得版权保护。事实上,这与判定思想观念与其表述是否合并的方法是一样的。

上诉法院最后说:

“总之,被告关于系统软件不能获得版权保护的說法缺乏说服力。其他碰到此类问题的法院已经否定了这样一种区分。无论是 COMTU 的大多数成员还是国会,都没有就系统软件和应用软件做出区分。我们认为,1980年修正案反映了国会对于新技术的接受,反映了国会通过《版权法》鼓励计算机软件业持续创新的愿望。我们认为,地方法院关于临时性禁令的裁定,在很大程度上受到了系统软件不能获得版权保护的错误观念的影响,而且对目标代码和 ROM 表示了没有必要的关注,所以我们必须推翻否定临时性禁令的裁定,发回重审。”

应该说,“苹果软件”在计算机软件的版权保护方面,是第一个具有里程碑意义的典型判例。第三巡回上诉法院在判决中曾经指出,该案的判决对于未来的相关判决将具有重大的意义,同时还将对软件产业产生巨大的影响。事实也确实如此。自“苹果软件”一案判决后,随后的相关案件都遵循了该案所确立的规则,从而规范了软件产业的发展。

三、版权保护:实质性相似

1980年《版权法》修订后出现的第二代计算机软件侵权案件,远比第一代侵权案件复杂得多。如果说第一代侵权案件涉及了简单的直接复制,涉及了软件代码,尤其是系统软件代码能否得到版权保护的问题,那么第二代侵权案件则涉及了计算机软件的“非文字性要素”(non-literal elements),如模数结构、系列和组织等等,能否受到版权保护的问题。或者说,被控侵权的软件与原告的软件之间,是否存在“非文字性要素”方面的实质性相似,是否因为这种实质性相似而构成侵权。其中最典型的,也是全面而深入地阐释了软件侵权判定中的实质性相似问题的案件,是第二巡回上诉法院于1992年判决的“阿尔泰”一案。^⑥

“阿尔泰”一案的基本案情已经在前一章有关商业秘密的保护中有所介绍,这里再简略提示一下与版权保护有关的情节。原告“计算机联合国际公司”开发了一种名为“日程”(schedule)的软件,其中有一个核心部分为“改编者”(adapter),可以让“日程”软件与其他软件相兼容。被告阿尔泰公司在开发“奥斯卡”3.4版本的软件时,复制了“改编者”30%以上的代码。被告承认这侵犯了原告的版权。不过,被告又召集全然不知原告软件代码的编程人员,编写出了“奥斯卡”3.5版本。在此过程中,被告的编程人员没有抄袭原告的任何代码。尽管如此,原告仍然主张被告抄袭了自己软件的非文字性因素,如基本结构和组织等等;被告的软件与自己的软件之间存在着实质性相似,因而侵犯了自己的版权。地方法院经过审理裁定,被告的软件没有侵犯原告的软件,二者之间不存在实质性相似的问题。于是,原告就此问题提起了上诉。

上诉法院指出,计算机软件的文字性要素,如源代码和目标代码,应当受到版权保护,这已经不再是问题。但是,在被告的软件并没有抄袭原告软件的任何代码的时候,是否存在侵权的可能性呢?或者说,软件的一些非文字性要素,如流程图、内在的模数结构、参数和宏指令等等,是否可以受到某种程度的版权保护呢?

按照《版权法》的规定,计算机软件是作为文字作品而受到保护的。如此一来,就有了如下的强有力的三段论:既然文字作品的非文字性的结构性因素可以获得版权保护;既然计算机软件是文字作品;那么计算机软件的非文字性的结构性因素也应当获得版权保护。应当说,这样一个推论是没有问题的。然而,问题并没有到此而结束。因为法院在审理这类案件时,所面临的问题不在于软件的非文字性因素是否应当受到保护,而在于这些非文字性因素究竟在多大的程度上或多大的范围之内,可以获得版权保护。

由此出发,第二巡回上诉法院讨论了计算机软件保护中的思想观念与表述的问题,以及与此密切相关的实质性相似的问题,并且提出了一个判定实质性相似的“三步法”。

先来看思想观念与表述的分界问题。“阿尔泰”一案指出,《版权法》的基本原则之一是,版权保护仅仅延及于思想观念的表述,而不延及于思想观念本身。其中的思想观念,包括程序、方法、系统、操作方法、观念、原则和发现等等。毫无疑问,这一基本原则也适用于计算机软件的版权保护。例如,众议院关于《1976年版权法》的报告就指出,这一规定只是清楚地表明,“软件编程者所采用的表述是计算机软件中可受版权保护的要素,而体现在软件中的方式

^⑥ See Computer Association International, Inc. v. Altai, Inc., 23 USPQ2d 1241 (2d Cir. 1992).

或方法则不在《版权法》的范围之内。⁹⁰

然而,在不受保护的思想观念与受保护的表述之间划出一条界线,即使是在传统的文学和戏剧作品中,也是一个极为困难的事情。正如法官汉德所说,从来没有一个人能在二者之间划出一条清晰的界线,而只能就具体的个案做出一个大致的判定。涉及到计算机软件的版权保护,确定思想观念与表述的界线,显得尤为困难。因为计算机软件具有实用的特征,本身就是原创性表述和技术性方案的混合。如何将表述与思想观念分别开来,尤其是将可受版权保护的表述与不可受版权保护的表述(或从属于基本概念或方法的表述)区分开来,就成了法院必须面对和解决的问题。

正是由此出发,就两件或两件以上的计算机软件,是否存在非文字性因素上的实质性相似,或者非文字性因素在多大程度上可以受到保护的问题,第二巡回上诉法院提出了一个“三步法”的判定方法:

“在依据这个方法确定实质性相似的时候,法院首先必须将被控侵权的计算机软件分解成具体的构成成分。然后,通过审查这些构成成分,找出体现在其中的思想观念,必然附属于思想观念的表述,以及来自于公有领域的因素。这样,法院就可以把不受保护的东​​西过滤出去。通过这样一种过滤和排除过程,剩下的就是原创性表述的一个或者数个内核。法院的最后一步是将这些材料与受控侵权软件的结构进行比较。通过比较就可以确定,软件中可受保护的因素是否在实质上相似,从而做出是否侵权的裁定。”

第二巡回上诉法院指出,这个方法并非新的突破,只是将人们所熟悉的一些版权保护规则,如思想观念与表述的合并、情景理论和公有领域的理论等等,运用于计算机软件的版权保护而已。“三步法”的具体讨论如下。

1. 第一步:抽象层次。上诉法院指出,按照法官汉德所确定的“抽象层次”法,在文学作品和戏剧作品中,从具体的情节到最后主题之间,存在着一系列的抽象层次。在这些抽象层次中,必然有一个不再受到版权保护的临界点,否则作者就会将思想观念保护起来。“抽象层次”法虽然在一开始适用于文学和戏剧作品,但也可以适用于计算机软件。

将抽象层次法适用于计算机软件,法院应当首先将原告的软件(或被侵权软件)分解,将其中的每一个抽象层次分离出来。这个过程应当开始于软件的代码,结束于软件的最终功能,就像从文学作品的具体情节到最后主题一样。通过这种方法,法院就可以以逆向的方式,发现设计者在编程过程中所使用的步骤图。这种做法与反向工程有些相似。这个程序大体可以描述如下:

“在最低级的抽象层次中,一个计算机软件在整体上可以被看做是由一系列指令所构成的模数等级。而在较高级的抽象层次中,存在于底层模数中的指令,可以在观念上为这些模数的功能所取代。在越来越高的抽象层次中,较高层次的模数的功能,在观念上取代了那些较低层次模数和指令的功能。直到最后,剩下的就是该软件的最终功能。在每一个层次上观察计算机软件,该软件都具有一定的结构。在较低的那些抽象层次中,软件的结构可能是非常复杂的,而在最高的抽象层次中则是一般的。”

2 第二步:过滤。当原告软件的抽象层次确定以后,就应当由抽象转向具体,将可受保护的表述与不可受保护的表述分离开来。从事这一过滤工作,应当审查每一抽象层次上的结构性因素,以确定它们在这个层面上是否属于思想观念,以及是否属于由效率的考虑所支配的因素,是否属于由软件的外部要素所决定的因素,是否属于来自于公有领域的因素。大体说来,通过这样一个筛选过程之后,剩下的就是应当获得版权保护的核心表述。或者说,过滤的最终目的就是确定该软件的版权保护范围。

第一,由效率所支配的因素。与《版权法》中的合并理论相一致,由效率考虑所支配的因素,不能受到版权保护。在计算机软件的编写过程中,对于效率或使用者的考虑,会促使编程者采取最简洁的逻辑方式或计算方式。这种基于效率的考虑,与表述和思想观念的“合并理论”密切相关。如果某一特定系列的模数或结构越有效率,也就越有可能与软件设计的思想观念或方法密切联系在一起,因而不能获得版权保护。法院说:

“效率是一个产业性目标。正如我们已经指出的那样,对于任何一个特定的程序任务来说,可能只有数量有限的有效方式。所以,许多独立工作的编程人员,非常有可能在被控侵权的作品中,设计出完全相同的方式。当然,如果真的是这样一种情形,那就没有版权侵权的问题。在很多情况下,如果两个软件含有同样的有效结构,就有可能推导出独立创作的结论,当然也可能推导出一个抄袭了另一个的结论。由于有效结构相似的证据,不能用来证明抄袭,所以在分析实质性相似的过程中应当被忽略。”

第二,由外部要素所支配的因素。这与历史和文学作品中的“情境理论”相关。法院说,作者在撰写某一特定时代的历史作品或文学作品时,必然会使用某些特定的情景或标准的文学要素。因此,这类情景或标准要素不应当被某一个或某些人专有起来。与此相应,在很多情况下,当编程者在编写具有某一特定功能的计算机软件时,也不得不

⁹⁰ See House Report No. 94 - 1476, 94th Congress, 2d Session, 54 (1976).

使用某些标准的技术或要素。这是因为,编程者在编写某一计算机软件时,不得不受到以下一些因素的制约:将要使用该程序的计算机的机械特征;该软件与其他软件兼容的要求;计算机设备制造者的设计标准;软件产品使用者的需求;以及计算机产业中广泛接受的编程做法;等等。从这个意义上说,法院在确定实质性相似的问题时,必须审查原告软件的结构内容,将这类有可能受到外部要素支配的内容过滤出去。

第三,来自于公有领域的因素。法院说,来自于公有领域中的材料不受保护,与“情境理论”密切相关。这类材料人人都可以自由使用,不能因为某人在作品中使用之后就将其专有起来。计算机软件中的这类要素也是这样。如果某些编程要素已经进入公有领域,成为人人可以自由使用的东西,就不能因为某人的再次使用而进入专有领域。因此,法院在进行最终的关于实质性相似的分析之前,必须把这类材料从原告的软件中过滤出去。

3. 第三步:比较。就计算机软件的非文字性要素来说,确定两个软件之间是否存在实质性相似的第三个步骤是比较。法院说:

“一旦法院从被侵权的软件中过滤排除了所有如下的要素,如思想观念,由效率和外部要素支配的要素,以及来自于公有领域的材料,剩下的就是一个可以受到保护的表述的核心。就一件作品的版权价值来说,这是其中的黄金成分。在这一点上,法院关于实质性相似的探究焦点,就是被告是否从这一受保护的表述中抄袭了什么,并且评估被抄袭的部分在原告计算机软件中所具有的重要性。”

在阐述了上述的“三步法”之后,第二巡回上诉法院还就原告对“三步法”的看法进行了反驳。原告的主要论点是,如果在判定实质性侵权时使用上述“三步法”,将妨碍计算机软件的研究和开发。或者说,如果编程者不能就自己开发的软件获得较为宽泛的版权保护,将会丧失投入时间、精力和资金的积极性,从而不利于软件产业的发展。这似乎是说,只有对计算机软件提供了较为宽泛的保护,甚至保护了某些功能性的要素之后,才能够鼓励编程者开发软件,促进软件产业的发展。

法院则指出,《版权法》的宗旨不是简单地赋予创作者以垄断权,而是通过鼓励创作来提升公共福祉。其具体方式就是允许人们自由使用和发展不受保护的思想观念或方法,并在此基础上从事创作或编写软件。适用“三步法”,只保护原创性的表述,而不保护由效率支配的因素、由外在要素支配的因素和来自公有领域的因素,不仅不会妨碍计算机软件产业的发展,而且会促进这一产业的发展。

法院还指出,国会的立法已经清楚规定,将计算机软件作为文字作品予以保护。但是,在以版权方式保护计算机软件的同时,绝对不能因为计算机软件的特殊性而破坏《版权法》体系的完整性。原告关于鼓励机制的说法,主张较为宽泛的版权保护,也许从某一个角度来看具有一定的道理,但最终都将侵蚀《版权法》理论的某些基本原则。如果“三步法”真的缩小了软件的版权保护范围,也是由《版权法》的基本原则所决定的。“三步法”并没有扭曲《版权法》的基本原则。

法院最后得出结论说:

“判定计算机软件的非文字性因素之间是否存在实质性相似,我们采纳了上述的三步分析法,其目的是要确保两件事情。第一,编程者就其包含有原创性表述的实用性作品,可以获得适当的版权保护;第二,不能受到保护的技术性表述仍然保留在公有领域,他人可以自由使用,作为构筑自己作品的材料。”

在进行了关于“三步法”的讨论之后,第二巡回上诉法院还就地方法院关于“阿尔泰”一案的判决进行了简略讨论。根据上诉法院,地方法院在本案的审理中,已经在事实上使用了上述的“三步法”。例如,地方法院首先确定了被告的“奥斯卡”3.5版本的抽象层次,从中过滤了不受保护的表述,如由效率支配的因素、由外在要素支配的因素和来自于公有领域中的因素等等。在此基础之上,地方法院又将被告的软件和原告的软件进行了比较,认为二者在非文字性因素方面不存在实质性相似,并得出了被告没有侵犯原告版权的结论。

当然,上诉法院也指出,地方法院在本案的审理中,不是对原告的软件,而是对被告的软件进行了“三步法”的分析。这与上诉法院提出的“三步法”是不一致的。因为上诉法院所提出的“三步法”是对原告的软件进行分析,过滤其中不受保护的要素,并发现其中可以获得保护的表述核心。然后,再将原告软件中受保护的表述核心与被告的软件进行比较,发现二者之间是否存在实质性相似,是否有侵权的问题存在。上诉法院指出,如果把分析的焦点放在被告的软件上,就有可能去分析被告软件中的一些自己创作的表述,浪费不必要的时间和精力。因为,被告软件中的这些特有表述与原告的软件毫无关系。此外,某些被抄袭的因素虽然数量很少,但在原告软件中却具有质量上的重要性。这样,如果将分析的焦点放在被告的软件上,也有可能忽略这类因素在原告软件中的重要性,从而不利于侵权与否的判定。

上诉法院最后指出,地方法院虽然把分析的重点放在了被告的软件上,而没有放在原告的软件上,但得出的没有侵权的结论却是正确的。所以,地方法院关于“奥斯卡”3.5版本没有侵犯原告“改编者”软件版权的结论,应当得到维持。

由第二巡回上诉法院判决的“阿尔泰”一案,将版权保护中的一些基本原则和理论运用到计算机软件的保护中,

成功地解决了计算机软件保护中的一些重大问题,获得了学术界和产业界的普遍好评。该案的判决公布以后,不仅深刻影响了美国国内在此以后的相关判决,而且还影响了加拿大、英国和法国等国法院的一些判决。“阿尔泰”一案,也由此而被公认为是计算机软件版权保护中的一个里程碑式的判例。

四、电子游戏

电子游戏是由计算机软件设定的,可以由游戏者控制的,显示在计算机屏幕上的卡通形象和相应的声音。^①大体说来,一件电子游戏机,包括一个高速电子管、一个声音系统、一个游戏者控制系统和一些集成电路板块。其中的集成电路板块,又含有微处理器和存储设置,可以将计算机软件或其指令和数据存储于其中。而通过微处理器执行计算机软件的相关指令,就可以产生电子游戏的画面和声音。^②

应当说,对电子游戏提供版权保护,不是直接对计算机软件提供保护,而是对计算机软件设定产生的“作品”提供保护。从这个意义上说,电子游戏是作为不同于计算机软件的作品而受到保护的。大体说来,电子游戏可否获得版权保护问题的提出,是在20世纪80年代初期和中期。

20世纪80年代初期,是电子游戏进入市场、大获利润的时候。与此相应,也是电子游戏盗版频繁、争端迭出的时代。在一系列与电子游戏相关的争端案件中,法院深入讨论了电子游戏版权保护中的一些法律问题,如电子游戏的图像和声音是否可以作为作品受到保护,电子游戏是否满足了《版权法》所要求的固定和原创性的要求,以及电子游戏是否可以与相关的计算机软件获得各自独立的版权等等。正是通过这些典型判例,法院理清了电子游戏版权保护中的一些基本问题,并确立了相关的保护规则。这里仅以第二巡回上诉法院的“斯坦恩”一案和第三巡回上诉法院的“威廉姆斯”一案为例,说明有关的问题和保护规则。

先来看第二巡回上诉法院于1981年1月判决的“斯坦恩”一案。^③本案的原告“斯坦恩电子公司”是一家生产和销售电子游戏机的厂商。1980年,一家日本公司开发了一个名为“爬行者”(Scramble)的电子游戏,并在1981年授权原告在北美和南美独占发行“爬行者”电子游戏。日本公司还向美国版权局注册了游戏的版权,并且登记了给予原告的独占许可的文件。随着原告的发行,“爬行者”在美国市场获得了巨大的成功。本案的被告也是一家电子游戏产品的生产和销售厂家,并在原告的“爬行者”风行之后销售了几乎一样的电子游戏。不过,被告并没有复制原告的计算机软件,而是仅仅复制了原告的游戏,这在行业中被称为“剥离”(knock-off)。当原告提起诉讼后,地方法院下达了禁止被告进一步侵权的临时性禁令。被告不服判决而提起上诉。

在“斯坦恩”一案的上诉中,被告并不否认日本公司就相关的计算机软件享有版权。但是被告又主张,对于该软件所产生的电子游戏,如图像和声音等等,日本公司不能享有版权。这样,被告就把计算机软件与软件所产生的电子游戏分离开来,承认前者的版权而否认后者的版权。如果按照被告的说法,那么任何一个竞争者都可以通过“剥离”的方式,制造和销售其图像、声音与“爬行者”完全相同的电子游戏,并且不侵犯原告的任何权利。在实践中,这是非常简单的事情。任何人都可以写出一个新软件,使其与游戏机的硬件成分相作用,产生出图像和声音完全一样的电子游戏来。事实上,正是基于这样的原因,日本公司已经将“爬行者”的图像和声音作为“音像作品”,进行了单独注册,以防止他人“剥离”自己的电子游戏。

被告为什么否认电子游戏可以享有版权呢?先来看《版权法》第101条关于音像作品的定义。根据定义,音像作品是指“包含有一系列相关形象的作品,其内在目的是通过机器或设备,如放映机、观察器、电子设备加以演示,并且伴有配音(如果有的话),而不论作品所体现的材料(诸如胶带或磁带)的性质如何。正是针对《版权法》有关音像作品的定义和其他规定,被告提出日本公司的电子游戏不能获得版权保护,因为“爬行者”的图像和声音既没有固定在一定的物质媒介上,也不具有原创性。

上诉法院指出,被告的上述看法来自于这样一个事实,即随着游戏者每一次游玩行为的不一样,显示在屏幕上的图像也不尽一致。显然,从被告的角度看来,如果有关的图像显示不受游戏者的行为的影响,毫无疑问可以获得版权保护。因为,游戏的显示已经满足了关于“音像作品”原创性的要求,而游戏的存储又满足了关于“复制”的要求,并且形成了作品的“固定”。或者说,有关的音像作品已经永久性地体现在了存储设施中,可以通过游戏机其他零件的帮助而被感觉到。

^① See *Stem Electronics, Inc v Kaufman*, 669 F2d 852 (2d Cir 1982).

^② See *Williams Electronics, Inc v Artic International, Inc*, 685 F2d 870 (3d Cir 1982).

^③ See *Stem Electronics, Inc v Kaufman*, 669 F2d 852 (2d Cir 1982).

然而在上诉法院看来,即使存在着游戏者的参与,即使存在着游戏者每一次游玩行为的不一样和显示出来的图像不尽一致,有关的电子游戏仍然可以获得版权保护。这可以从固定和原创性两个方面来看。

关于“固定”,上诉法院指出,尽管游戏者在每一次游戏时,由于路径、速度和准确度的不同,显示在屏幕上的图像和声音系列有所不同,但是这些图像和声音系列的许多方面,在每一次游戏中都是一样的。例如飞船的外形、敌机的外形、地面的导弹基地、油库和地形等等。又如,游戏者每次成功消灭敌机、避开敌人导弹后,都有相同的音乐声响起。这表明,该电子游戏的主要图形和声音已经被固定,已经满足了《版权法》关于音像作品的固定要求。

关于“原创性”,被告指出,由于所有的图像和声音的显示都是由计算机软件设定的,因而缺乏原创性。上诉法院则指出,这是没有依据的。因为,音像显示的图形特征和声音特征,本身就具有原创性,无论它们是由计算机软件的设定而产生的,还是通过其他方式产生的,都可以获得版权保护。当然,在计算机软件产生图像和声音的情况下,如果相关的计算机软件具有独立存在的特征,还可以单独获得版权保护。在这种情况下,计算机软件和由其产生的图像和声音(电子游戏),可以分别获得版权保护。

上诉法院还进一步指出,被告关于电子游戏原创性的看法,忽略了作品的创作过程。从创作作品的角度来看,当某人第一次构思出音像显示的图像和声音的时候,就产生了原创性。在此基础之上,构思者可以编写出相关的计算机软件,存储在集成电路板中。当计算机软件与游戏机相互作用时,就产生了相应的图像和声音。这样,最终的图像显示和声音显示就满足了作品的原创性要求。

上诉法院最后说:

“我们没有必要裁定重复出现的图像系列,在什么关键点上仅仅构成整个游戏的微小部分,以至于不能获得版权保护。我们也没有必要裁定在某种程度上与此相关的问题,即某个形象系列可能含有太少的表述形式,以至于仅仅是一个不能获得版权保护的抽象的思想观念。通过评估该游戏的图像和声音所产生的整体效果,我们得出结论认为,它的重复出现的形象可以作为音像作品而受到版权保护。”

以上是关于第二巡回上诉法院判决的“斯坦恩”一案的大体情形。再来看第三巡回上诉法院于1982年8月判决的“威廉姆斯”一案。^①根据案情,原告“威廉姆斯电子公司”是一家电子游戏的生产和销售厂商。自1979年开始开发一种名为“保卫者”的电子游戏,涉及虚拟的人类与外星人的斗争,具有很高的原创性。“保卫者”于1980年开始上市,很快取得了巨大的成功。原告还就“保卫者”注册了三项版权:一项是关于产生游戏图像和声音的计算机软件,一项是关于游戏的“吸引模式”(attract mode,当游戏者尚未投币以前,吸引人们注意的图像和声音),一项是关于游戏的“游戏模式”(play mode,人们在投币之后可以操作的游戏)。本案的被告“阿提克公司”是一家电子游戏机的零件销售商,与原告具有直接的竞争关系。被告所销售的集成电路块虽然是由他人制造的,但其中存储了原告的可以产生“保卫者”游戏的计算机软件。这样,当被告的集成电路块与高速电子管相连接时,就会产生与原告的电子游戏几乎完全一样的图像和声音。在原告所提起的版权侵权诉讼中,地方法院裁定被告侵犯原告的版权,包括侵犯了计算机软件的版权、电子游戏的“吸引模式”和“游戏模式”的版权,并下达了禁令。

被告在上诉中对原告版权的有效性和范围提出了质疑。其中的有些问题,已经在前述“斯坦恩”一案中有所涉及。例如,关于电子游戏的固定问题。被告认为,由于每一次游玩原告电子游戏时都会产生一些新的形象,所以原告电子游戏是瞬息即变的,没有满足《版权法》的固定要求。法院则认为,只要作品可以足够永久或足够稳定地体现在某一物质媒介上,使其可以被复制或传播,就满足了固定的要求。在本案中,“保卫者”游戏的图像和声音反复出现,表明已经“固定”。又如,被告提出游戏者的参与使得“保卫者”不能获得版权保护,因为就屏幕上所显示的东西来说,游戏者是一个“共同作者”。法院则指出,尽管游戏者与游戏机交互作用,造成了音像显示在某些方面的变化,但是游戏图像和声音的主要部分却重复显示,而且在每一次游戏时都保持不变。这表明,“保卫者”已经固定并可以获得版权保护。况且,就游戏的“吸引模式”来说,有关的图像和声音总是重复出现,没有发生任何因为游戏者参与的变化。

与前述“斯坦恩”一案相比,“威廉姆斯”一案的被告也确实提出了一些不同的问题。例如,被告提出,原告不得就ROMs寻求版权保护。被告之所以提出这样的问题,是因为被告所销售的集成电路板,包括存储于其中的计算机软件,都是由他人生产的。然而,上诉法院则明确指出,原告并没有寻求对于ROMs进行版权保护,而是寻求对于存储于ROMs中的计算机软件和由软件所产生的电子游戏进行版权保护。被告的主张是将计算机软件与固定软件的载体混同了起来。《版权法》只保护计算机软件或作品,而不保护ROM一类的实用性物品,这是尽人皆知的事实。

又如,对于产生电子游戏的计算机软件是否应当获得版权保护,被告也提出了质疑。上诉法院认为,此前有关电子游戏版权的案件,都是讨论电子游戏本身的版权保护问题,确实没有讨论过产生电子游戏的软件保护的问题。不

^① See *Williams Electronics, Inc. v. Artic International, Inc.*, 685 F.2d 870 (3d Cir. 1982).

过,被告在这个问题上并没有提出什么新观点。因为计算机软件,无论是可以产生电子游戏的还是其他用途的,只要符合《版权法》关于原创性和固定的要求,都可以获得版权保护。同样,依据《版权法》的有关规定,无论是未经授权而复制他人的计算机软件,还是未经授权而销售他人的计算机软件,都属于侵权。

除了上述两点之外,被告还提出,在计算机软件的保护中,应当区分“源代码”和“目标代码”。只有人类可以解读的“源代码”才可以获得版权保护,而人类不能解读的“目标代码”则不能获得版权保护。法院指出,对于这个问题的最好回答,是《版权法》关于“复制品”的定义,即作品以“任何”已知或将来产生的方式固定在物质媒介上,可以直接或者借助机器而被感知、复制和传达。显然,这里的“复制品”和“固定”,都具有非常广泛的含义,并不局限于“源代码”。如果接受被告的看法,就会在计算机软件的保护上产生出一系列永无止境的漏洞。例如,只有未经授权复制计算机软件的文本才是侵权,而复制固定在半导体芯片中的计算机软件则不算侵权,等等。

应该说,经过“斯坦恩”、“威廉姆斯”等判决,有关电子游戏的版权保护问题,已经基本上得以解决。

五、使用者界面

使用者界面是指显示在计算机屏幕上的,可供使用者操作的菜单、画面或形象,诸如打印、删除、储存之类的操作指令,等等。由于这些菜单、画面或形象也是由计算机软件的设定而产生的,并且又以某种图形的方式显示在计算机屏幕上,所以又与电子游戏(由计算机软件所设定的图像和声音)有着某种关联。

电子游戏和使用者界面是否可以获得版权保护问题的提出,与软件保护中直接复制和实质性相似问题的提出,在时间上大致相同。或者说,先有软件直接复制和电子游戏问题的提出,后有软件实质性相似和使用者界面问题的提出。大体说来,电子游戏可否获得版权保护问题的提出,是在20世纪80年代初期和中期,而使用者界面可否获得版权保护问题的提出,则是在20世纪80年代末和90年代初。

如前所述,法院通过有关电子游戏的判例已经明确裁定,计算机软件和由软件所产生的电子游戏,可以分别获得不同的版权保护。如果将此逻辑再向前推导一步,计算机软件和由软件所产生的使用者界面,也可以分别获得版权保护。或者更具体地说,在电子游戏的判例中,由计算机软件产生的声音和图像是作为“音像作品”来受保护的。那么,在使用者界面的案件中,由计算机软件产生的文字和形象,也应该作为“图形作品”受到版权保护。事实上,早期的一些关于使用者界面的判例,正是这样判决的。例如在1986年由加州地方法院判决的一个案件中,法院就裁定,原告就使用者界面所选择的字体和诸如“选择字体”的文字,可以获得版权保护。因为,这些字体或文字的选择,主要是出于艺术性和美术性的考虑,而非机械性和实用性的考虑,属于计算机显示的图形作品。^①

然而,将版权保护延伸到使用者界面,远非将版权保护延伸到电子游戏那样简单。因为这种延伸,将会与《版权法》的一系列基本理论相冲突,如原创性理论、思想观念与表述的分界理论、思想观念与表述的合并理论和情境理论等等。这样,确定使用者界面是否可以获得版权保护,就成了法院在20世纪80年代末和90年代初所面临的一个重大问题。正是在这样一个过程中,法院通过一系列判例明确裁定,使用者界面属于“操作方法”,不能获得版权保护。其中的典型判例,主要有1994年由第九巡回上诉法院判决的“苹果诉微软”一案,以及1995年由第一巡回上诉法院判决的“莲花诉宝蓝德”一案。

先来看1994年的“苹果诉微软”一案。^②本案的原告苹果公司在其生产销售的电脑上,使用了一种“使用者图形界面”(Graphical User Interface),并通过合同授权微软公司使用相关的图形界面。这种界面是为了方便使用者而设计的,以图形和菜单等方式显示在计算机屏幕的桌面上,使用者可以由此而进行不同的功能性操作。此后,微软上市的“视窗2.03”和“视窗3.0”,都具有类似的“使用者界面”。但是,“微软”并没有获得“苹果”的进一步授权。于是“苹果”诉“微软”侵犯了自己的版权。

在“苹果诉微软”中,版权问题与授权合同问题混杂在一起,增加了讨论的难度。然而,地方法院却将版权问题与合同问题分开,就不同问题做出了几个判决。因为地方法院认为,授权合同不影响使用者界面版权问题的确定。如果不存在版权保护的问题,有关的使用者界面也不会因为双方的合同约定而产生版权。这样,地方法院就把讨论的重点放在了计算机屏幕上显示的图形要素能否获得版权保护,以及可以在多大程度上获得保护的问题上。

地方法院在本案的审理中,采取了分解原告作品的做法。这就是依据原创性理论、情景理论和思想观念与表述

^① See *Broderbund Software, Inc. v. Union World*, 648 F. Supp. 1127 (N. D. Cal. 1986).

^② See *Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.*, 799 F. Supp. 1006 (N. D. Cal. 1992); affirmed in part, remand in part, 35 F.2d 1435 (9th Cir. 1994).

的合并理论,排除了原告“使用者图形界面”中不受版权保护的那些因素。通过这样的分解和排除,剩下的就是原告作品中应当受到保护的要素。地方法院认为,原告作品与被告作品相似的那些内容,除了原告已经授权的部分,其他的部分或者因为缺乏原创性,或者属于思想观念与表述的合并,或者受情景理论的限制,都是不能获得版权保护的。在此基础上,地方法院还运用是否“基本相似”(virtual identity)的标准,就原告的图形界面与被告的图形界面进行了比较,得出了被告没有侵犯版权的结论。

在上诉中,第九巡回上诉法院不仅肯定了地方法院没有侵权的裁定,并且肯定了地方法院所采取的“分解”的方法和“基本相似”的判定标准。关于分解的方法,上诉法院指出,地方法院正确地地区分了思想观念与表述,分解了没有授权的那些要素,以确定这些要素是否缺乏原创性,是否内在地来源于基本的思想观念,或者某一思想观念在特定计算机环境的限制之下,是否只有一种或有限的几种表述方式。上诉法院指出:“尽管使用者界面被视为计算机的视觉和感觉,但对它进行分解并非不正确。因为,版权保护仅仅延及于可受保护的表述因素。”关于“基本相似”的标准,上诉法院指出,经过上述的分解和排除之后,原告使用者界面中的图形,作为一个整体只能获得非常有限的保护。当受保护的要素与未经授权而使用的要素都非常狭窄时,确定非法复制的标准就只能“基本相似”,而非通常使用的“实质性相似”。

在上诉中,第九巡回上诉法院还讨论了“使用者界面”中的思想观念、情景理论和原创性等问题。

关于思想观念,上诉法院指出,将表述与思想观念区分开来本身就很困难,更何况这种区分又是关于一种全新的保护客体。但无论如何,由于使用同一思想观念而产生的相似性,不能获得版权保护。否则,第一个使用者就会将有关的思想观念专有起来。在本案中,地方法院已经在原告的使用者图形界面中发现了五个思想观念,如使用视窗显示多重形象、使用图标存储资料等。显然,这些内在的思想观念不能获得版权保护。不能因为被告的计算机屏幕与原告的一样,具有多重显示的功能,就判定被告侵权。

关于情景理论,上诉法院指出,即使是在电子游戏中,当某些特征属于思想观念的惟一表述时,这些特征就应当被视为思想观念,不能获得版权保护。例如在本案中,重叠显示不同的视窗,就是屏幕显示中的内在思想观念,不能获得版权保护。又如,由计算机软件产生的使用者界面,不同于一般的艺术作品,而是部分艺术性和部分功能性的作品。它们是方便使用者与计算机之间沟通的工具,是功能性的工具。由于使用者界面上的图形设计,受到计算机的容量、速度等等的限制,编程者在相同计算机环境下的选择是非常有限的,因而不能获得版权保护。

关于原创性,上诉法院指出,只有属于作者独创的那些作品要素,包括作者对公有领域中素材的独创性选择和编排,才可以获得《版权法》的保护。原告主张自己的作品在整体上具有原创性,是错误的。因为原告作品中的很多因素来自于公有领域,如施乐公司和 BM 公司发表的图形研究报告。这些因素已经处于公有领域之中,不能因为原告的使用而被专有起来。包括被告在内的他人,也可以自由使用这些处于公有领域之中的东西。

应该说,“苹果诉微软”虽然讨论了使用者界面保护中的一些重要问题,提出了一些分析问题的思路,但对于使用者界面可以在何种程度上获得版权保护,并没有给出一个明确的答复。按照该案的判决,似乎有些可以获得保护,有些不可以获得保护。此外,第九巡回上诉区的“分解”理论和本案中的“基本相似”(而非实质性相似)标准,也与其他巡回区的分析方法有所不同,容易造成误解。

1995年由第一巡回上诉法院判决的“莲花诉宝蓝德”一案,^①是另一个讨论使用者界面可否获得版权保护的典型判例。根据案情,原告莲花公司有一个名为“莲花 1-2-3”的菜单程序,可以让使用者操作计算机而完成相应的功能。例如,使用者在计算机屏幕上选择“复制”、“打印”和“退出”(quit)等指令,或者打出这些命令的第一个字母,就可以完成相应的功能。从总体上说,这个程序共有 469 个指令,分别被安排在 50 多个主菜单和次级菜单中。被告宝蓝德公司花费 3 年时间开发了一个程序软件,于 1987 年公开上市。为了让自己的程序软件具有更高级的功能,被告抄袭了原告的“莲花 1-2-3”,因而具有与“莲花 1-2-3”兼容的功能。此外,已经熟悉“莲花 1-2-3”的使用者,也不必再学新的操作方法就可以使用被告的菜单程序。于是,原告告诉被告的程序软件侵犯了自己菜单的版权。地方法院经过审理后裁定被告侵权,被告不服而提起上诉。

为了讨论的方便,有三点情况需要首先说明。第一,被告抄袭的是原告显示在屏幕上的菜单,而不是原告的产生菜单的软件代码。或者说,被告是自己编写软件,使其显示原告的菜单和自己的菜单。所以在本案中不存在侵犯原告软件的问题。第二,地方法院在审理中裁定,被告没有抄袭“莲花 1-2-3”的其他因素,如屏幕显示等等,原告对此没有异议。第三,被告承认自己确实抄袭了原告的“莲花 1-2-3”,但又主张自己的抄袭是合法的,因为原告的等级式菜单命令属于不受版权保护的“系统、操作方法、方法和程序”。这样,本案上诉中惟一需要讨论的问题就是,原

^① See Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc., 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995).

告的“等级式菜单命令”是否享有版权。

被告在上诉中认为,自己关于原告“等级式菜单指令”不享有版权的看法,与最高法院在100多年前判决的“贝克”一案是一致的。在那个案件中,最高法院裁定,版权保护只延及于原告的作品,而不及于该作品所解释的记账方法。被告宝蓝德公司认为,“贝克”一案与本案的情形基本一样,只不过在那个案件中,原告的“使用者界面”是由笔和纸形成的,而在本案中是由计算机形成的。但上诉法院则认为两个案子有所不同。因为在“贝克”一案中,原告想就计算系统本身享有垄断权,而本案的原告则是想就计算系统的“指令”,而非计算系统本身享有垄断权。

尽管如此,第一巡回上诉法院经过审理后仍然裁定,原告的等级式菜单指令属于不受版权保护的“操作方法”,并且推翻了地方法院在此问题上的裁定。

上诉法院说,原告的等级式菜单指令是控制和操作“莲花1-2-3”的工具。如果使用者想复制、打印或退出,就可以分别使用相应的指令。如果没有这些指令,使用者就无法打开、控制和使用“莲花1-2-3”,并发挥其功能。原告的等级式菜单指令不同于屏幕显示。因为屏幕显示的方式与操作者使用“莲花1-2-3”没有多大关系,操作者不需要使用屏幕显示的“表述方面”去操作“莲花1-2-3”。原告的等级式菜单指令也不同于软件代码。因为代码是软件作品的组成部分,但不是操作方法的必然构成成分。或者说,为了达到与“莲花1-2-3”相同的功能,被告不必抄袭原告的软件代码;但为了让使用者以实质上相同的方式操作自己的软件,被告又必须抄袭原告的等级式菜单指令。由此可见,“莲花1-2-3”是不受版权保护的操作方法。

上诉法院还认为,原告虽然可以以不同的方式设计菜单指令,但与等级式菜单指令是否属于操作方法无关。换句话说,法院首先要追究的问题,不是等级式菜单指令中是否有表述,而是等级式菜单指令本身是否属于操作方法。由于操作者必须使用等级式菜单指令才可以操作“莲花1-2-3”,我们没有必要进一步探究这个操作方法是否可以用不同的方法加以设计。无论以什么样的“表述”命名这些指令,也无论以什么样的方式排列这些指令,都不可能像变魔术一样把不受版权保护的操作方法,改变为可受版权保护的客体。“如果必须使用某些特定的字词操作什么东西,那么这些字词就是某一操作方法的构成部分,其本身也是不受版权保护的。”

上诉法院还把原告的等级式菜单指令比做录像机的操作按钮。法院说,原告的菜单指令在很多方面类似于录像机的操作按钮。使用者为了观看和录制录像带,要使用一系列的按钮,诸如“录像”、“播放”、“倒带”、“快进”、“暂停”和“停止”或“弹出”等等。无论如何表示或如何排列这些按钮,都不会让按钮成为“文字作品”,也不会让按钮成为某一操作方法的“表述”。因为按钮本身就是录像机的操作方法。当“莲花1-2-3”的使用者选择一个指令时,就是在有效地使用一个按钮。正像一个人不能操作没有按钮的录像机一样,他也不能操作没有菜单指令的“莲花1-2-3”。原告的菜单指令,不是相当于录像机上的按钮的名称,而是相当于那些按钮本身。

上诉法院继续论证说,如果考虑到计算机软件的兼容性,原告的等级式菜单属于“操作方法”的特性,就更清楚了。原告曾经主张,使用同一个软件,可以用不同的方式编排指令。如果接受原告的这样一个看法,使用者在操作不同的计算机软件时,就必须为了执行同一个功能而学会使用不同的指令体系。例如,使用者想打印资料,他就必须操作不同的打印方法,而不是某一种打印方法。这是非常荒谬的。又如,使用者本来可以使用某一指令完成一系列的任务。但如果接受原告的看法,使用者就必须在使用这个软件时操作一个指令,而在使用另一个软件时又操作另一个指令。“我们认为,强迫使用者为了完成同样的操作任务而使用不同的方法,忽略了国会在《版权法》第102条第2款中的指示,即操作方法是受版权保护的。”

上诉法院还特别指出,在很多情况下,其他人没有必要在某人的表述之上“建立”新的表述。因为当第一个人用某种表述传达了某一“思想观念”后,他人完全可以用不同的表述传达同一个思想观念,不必借助第一个人的表述。然而在操作方法的情况之下,第二个人如果想在第一个人使用的方法之上做出改进,就必须使用第一个人所使用过的方法。最初的操作方法的创立者,不是惟一的可以在原有方法基础上做出改进的人。任何人都有权利做出这种改进。所以,本案的被告完全可以在原告操作方法的基础之上做出改进,并且在做出这种改进的过程中使用原告的操作方法。

第一巡回上诉法院虽然在上诉审中推翻了地方法院的裁定,判定“莲花1-2-3”为操作方法,但原告又就上诉法院的判决提起了上诉。美国最高法院虽然受理了上诉,但判决的结果却是4比4的僵局。按照美国的司法制度,如果最高法院的判决出现不同意见的平局,则不构成新的具有约束力的判例,并且相当于肯定了下级法院的判决。所以,第一巡回上诉法院关于“莲花”一案的判决,就成了一个有约束力的判决。同时在另一方面,绝大多数的学者则对第一巡回上诉法院的判决持积极肯定的态度,认为判决意见与国会的立法意图一致,很好地解决了人们在这一问题上的争论。^①

^① See Robert Merges, Peter Menell, and Mark Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age*, third edition, 2003, p901.

六、权利的限制与例外

与所有的版权所有人一样,软件所有人就某一软件所享有的权利,也应当受到法律的限制。同样,与所有的受保护的作品一样,某一享有版权的计算机软件也可以被他人加以合理使用。就前者来说,美国《版权法》第 117 条明确规定了对于软件权利的限制;就后者来说,即使有关的未经许可的使用不属于第 117 条规定的范围,被告仍然可以依据《版权法》第 107 条的规定,提出合理使用的抗辩。本节先讨论《版权法》第 117 条规定的权利的限制与例外,与第 107 条相关的合理使用的问题则留待下一节讨论。

就计算机软件而言,在理解第 117 条的权利限制时,必须明确计算机软件不同于其他受保护的作品。例如,购买者在使用其他种类的作品时,在绝大多数情况下并不需要复制受保护的作品。而在计算机软件的情况下,使用者为了操作自己购买来的计算机软件(或软件的复制品),必须将计算机软件复制到相关的计算机或者软盘或光盘之中,甚至对计算机软件进行必要的改编,使之与已有的软件相兼容。否则,购买者将无法使用相关的计算机软件。又如,购买者在使用其他种类作品的时候,不太容易因为操作的问题而毁掉或者删除有关的作品。而在计算机软件的情况下,使用者却极有可能因为个人操作的失误或者机械的原因而删除、损毁有关的计算机软件,从而造成个人的损失。因而,为了防止操作失误或机械原因而删除或毁损有关的软件,有必要允许合法的购买者为了存档的目的而复制相关的软件。

应该说,正是基于以上的考虑,美国国会在修订《版权法》时,明确规定对计算机软件提供版权保护的同时,还在第 117 条中规定了对于权利的限制,允许合法的计算机软件复制品的购买者,为了使用或存档的目的而复制或改编相关的软件。根据规定:

“尽管有第 106 条(关于权利内容)的规定,计算机软件的复制品的所有人制作或授权他人制作该软件的另一份复制品或改编该计算机软件,不构成侵权,但其前提条件是:

(1)新的复制品或改编品的制作,系将该计算机软件用于某一机器之必要的的一个步骤,并且没有以其他的方式使用,或者

(2)新的复制品或改编品仅仅是为了存档的目的,而且当不再合法拥有该计算机软件时,全部销毁了存档复制品。

依据本条规定而制作的任何复制品,可以与制作该复制品的原复制品一道,出租、销售或以其他方式转让,并且仅仅作为该出租、销售或以其他方式转让该软件全部权利的一个部分。由此而制作的改编品只有在获得了版权所有人的许可之后才可以转移。”

关于上述规定中的第二种情形,即为了存档的目的而制作复制品,法律的规定比较明确。按照规定,计算机软件的使用者可以为了存档的目的而制作“备份”,但不得为了发行的目的或其他的目的而制作复制品。

关于上述规定中的第一种情形,基本含义应当是使用者为了操作计算机软件的目的,可以将软盘中或光盘中的软件“复制”或装载到计算机的硬盘中。然而,对于什么是使用于某一机器之“必要”复制品,或者说“必要”的含义是什么,则有不同解读发生。其中最典型的就是 1988 年由第五巡回上诉法院判决的“瓦尔特”一案。^①

根据“瓦尔特”一案,原告瓦尔特公司在市场上销售一种软盘,可以防止他人未经授权而复制存储于其中的计算机软件。这种软盘主要由两个部分构成:一是软盘表面上的“指印”(finger print),含有一些独特的识别信息;二是瓦尔特自己的软件,可以与“指印”相互作用。当其他的软件公司购买了原告的软盘后,可以将自己的软件储存在软盘中,然后销售给具体的用户。而当具体的用户使用相关软件时,必须同时使用瓦尔特的软盘,通过瓦尔特的“指印”与瓦尔特软件的相互作用,达到操作具体软件的目的。这样一来,具体的用户虽然可以自行复制相关的软件,但只有在把瓦尔特的软盘同时放置在计算机中的情况下,才可以使用相关的软件。由于这样的原因,原告的软盘很受计算机软件公司的欢迎。

本案的被告“魁德软件公司”开发了一种名为“复制写作”(copywrite)的软件,并且在开发的过程中为了分析的目的而复制了原告的软件。具体的用户在操作其他软件时,如果使用被告的软件,就会产生与原告软盘(“指印”加软件)相同的作用。或者说,在使用被告软件的情况下,具体用户使用其他软件时,就不必同时将原告的防复制软盘放置在计算机之中。这样,原告的防复制软盘不再有存在的必要性,并且丧失了大量的市场份额。于是,原告提起诉讼,主张被告侵犯了自己的权利。主要有两点:一是被告未经授权复制了自己的软件,侵犯了版权;二是被告将其软件卖给消费者,帮助消费者侵犯了他人的版权。地方法院经过审理驳回了原告的主张,上诉法院又肯定了地方法院

^① See *Vault Corp. v. Quaid Software Ltd.*, 847 F.2d 255 (5th Cir. 1988).

的裁定,并讨论了相关的问题。

先来看直接复制。被告为了分析原告软盘中的软件,将原告的软件复制在了自己的软件中。原告认为这是未经授权而直接复制,直接侵犯了自己的版权。地方法院则裁定,被告的行为属于《版权法》第 117 条第 1 款规定的例外,即为了在机器中使用相关的计算机软件而进行必要的复制。或者说,被告将原告的软件装载到计算机的内存中,属于使用原告软件的“必要步骤”。上诉法院也指出,国会做出第 117 条第 1 款的规定,是考虑到软件只有首先复制到计算机的内存之中,然后才可以使用。所以,法律应当允许为了这一目的的复制,被告为此而进行的必要复制没有侵犯原告的版权。

原告在上诉中还指出,《版权法》第 117 条第 1 款有“没有以其他方式使用”的字句,这应该被理解为,只有为了“既定的目的”而使用软件,才可以复制相关的软件。由于被告将自己的软件复制在计算机内存中,是为了设计一个新的软件或措施,破坏自己软件的防护性功能,所以不属于法律允许的范围。就本案中原告的软件而言,所谓为了“既定的目标”的使用,就是只能用于防止他人复制储存于软盘中的软件。除此之外的使用,都不属于为了既定目标的使用。上诉法院则认为,不能以这种方式理解第 117 条第 1 款。即使被告对原告软件的复制,“没有”用来防止他人对储存于软盘中的软件进行复制,而是用来设计其他的措施,破坏原告软件的防护性功能,也属于使用原告软件的“必要步骤”。“第 117 条第 1 款不含有任何语言,表明它所允许的复制仅仅适用于版权所有人既定的使用目的。由于没有明确的指向相反方向的立法指示,我们拒绝以限定性的方式理解这一例外。”上诉法院基于以上理由而裁定,被告没有侵犯原告的复制权。

再来看帮助侵权。原告认为,被告的用户购买了被告的软件后,可以未经授权而复制原告的软件、原告客户储存在软盘中的软件。所以,被告所从事的广告和销售活动,构成了帮助侵权。原告还认为,由于被告的广告和销售行为,原来购买自己软盘的客户急剧下降,对自己造成了损害。上诉法院在讨论这一问题时,先引述了最高法院判决的“索尼”一案。根据“索尼案”,行为人只有在知道或应当知道自己的产品可能被他人用于侵权目的时,才承担帮助侵权的责任;当被控侵权的产品主要用于非侵权目的时,被告不承担帮助侵权的责任。上诉法院认为,本案的被告确实知道自己的产品有可能被他人用于侵权的目的。但是,被告的产品主要是用于非侵权的目的。因为,绝大多数使用被告软件的用户,都是购买了合法软件(包括原告的软件和原告客户的软件)的用户。他们所从事的未经授权的复制,在绝大多数情况下都是为了存档的目的,而这又是《版权法》第 117 条第 2 款所允许的。所以,被告的行为没有构成帮助侵权。

在“瓦尔特”一案中,上诉法院还就第 117 条第 2 款的含义进行了讨论。被告在诉讼中提出,依据《版权法》第 117 条第 2 款,计算机软件的合法购买者可以为了存档的目的而制作备份。自己的软件可以让合法的购买者制作备份,因而属于第 117 条第 2 款的范围,不属于侵权。被告的一个证人还作证说,如果将计算机软件储存在软盘中,可能会由于软盘的物质性损坏或人的错误操作而丢失软件,所以有必要使用被告的软件制作备份。原告则认为,只有在软件有可能因为机械或电子失误而遭受损害的情形下,合法的购买者才可以制作备份。这样,计算机软件储存的物质载体就是至关重要的。有些物质载体容易损坏,可以制作备份;有些物质载体不容易损坏,则不必制作备份。具体到本案,即使储存在原告软盘中的他人的软件和原告自己的软件,因为物质或电子的原因而被损坏,这些软件也可以通过使用另一个复制件而恢复到原来的软盘上,并且具有相同的功能。这样,被告的用户利用被告的软件制作备份就是没有必要的;被告的软件可以让合法的购买者制作备份,也就不属于《版权法》第 117 条第 2 款规定的例外。原告还指出,制作备份的例外,不能理解为未经许可而复制他人的软件。

上诉法院则认为,原告对于第 117 条第 2 款的解释过于狭窄。CONTU 的报告,以及国会的立法意图,都是让软件的合法购买者自由制作备份,以防止各种原因的删除或损坏。从第 117 条第 2 款的规定来看,也是允许软件的合法所有人,就原告的软件和储存于其中的其他软件制作备份,而不论制作备份的原因是什么。法律并没有具体规定在什么情况下可以制作备份,什么情况下不可以制作备份。当然,由此而制作的复制件,仅仅是为了备份的目的,而不得用于其他的目的。

就《版权法》第 117 条所规定的权利的例外来说,还有一个问题值得略作讨论,这就是该条的适用对象究竟是谁。根据第 117 条的第一句,“计算机软件的复制品的所有人制作或授权他人制作该软件的另一份复制品或改编该计算机软件”,该条的适用对象是“软件复制品的所有人”。而 CONTU 的最终报告对该条的建议则是“软件复制品的合法拥有者……”。美国国会在 1980 年修订《版权法》第 117 条时,在基本接受 CONTU 建议的同时,又未加任何解释地将报告中的“软件复制品的合法拥有者”,改为了现在的“软件复制品的所有人”。这样,软件复制品的“所有人”与“合法拥有者”究竟有什么不同,又成了司法中争论的一个问题。

例如,在1995年由第九巡回上诉法院判决的“麦”案中,^①原告是某一软件的版权所有人,在签订了一个带有有限性条件的合同的情况下,向被告转让了一些软件的复制件。当被告未经授权而制作了备份软件之后,原告提起了侵权诉讼。第九巡回上诉法院裁定,在这种情况下,被告仅仅是软件的被许可人,不属于《版权法》第117条所说的“软件复制品的所有人”,所以不能依据该条的规定在未经授权的情形之下制作备份。第九巡回上诉法院的这一裁定引起了许多批评,认为未能正确区分“版权所有权”和“享有版权之软件的复制品的所有权”。因为前者是可以许可的,而后者则是不可以许可的。例如,联邦巡回上诉法院在1999年的一个判决中就指出:“显然,一方当事人在从版权所有人那里购买了软件的复制品以后,一方面是获得了依据版权的许可,另一方面从《版权法》第117条的规定看来,又是享有版权之软件的复制品的所有人。所以,我们不采纳第九巡回上诉法院将被许可人视为非所有人的做法。联邦巡回上诉法院还指出,国会在修改法律时使用“所有人”而非“合法拥有者”,已经表明二者是不同的;只有“所有人”而非“合法拥有者”才可以适用第117条规定的例外。^②

从语义上看,“合法拥有者”的范围显然要大于“所有人”的范围。因为“复制品的所有人”仅指对复制品拥有所有权的人,如购买者或受让者。而“复制品的合法拥有者”,除了“复制品的所有人”,还包括合法“拥有”某一复制品的其他人,如软件的租用者。在软件版权所有人就一件复制品发放多个许可,例如允许使用一件复制品在多台计算机上装载的情况下,“复制品的合法拥有者”还包括虽然不拥有复制品但却获得了使用许可的那些人。

由于“合法拥有者”还包括了计算机软件的被许可人和承租者,如果不允许这部分人为了使用的必要而制作备份,又有可能妨碍他们对于软件的正常使用,甚至损害他们的利益。到了1998年,美国国会制订《数字化时代版权法》,修改《版权法》第117条,规定软件的被许可人或承租者,可以为了维修计算机硬件的目的而复制或授权他人复制相关的软件,不承担任何责任。显然,新修订的《版权法》第117条,虽然没有将软件“复制品的所有人”改为“复制品的合法拥有者”,但软件版权的被许可人或软件的承租者可以为了维修硬件之目的,复制或授权他人复制相关的软件,又超出了软件“复制品的所有人”的范围。当然,《数字化时代版权法》对于第117条的修订仍然是非常有限的。因为,被许可人或承租者的复制,仅仅限于维修计算机硬件之用,不包括维修软件之用;被许可人或承租者的复制,仅仅是为了重新启动机器(硬件),而不是为了其他目的之用。^③

七、合理使用

如果说《版权法》第117条关于复制或改编的限制是法律明文规定的权利限制,那么《版权法》第107条有关“合理使用”的辩解,则是依据衡平原则对软件版权的更为广泛的限制。或者说,在有关计算机软件的侵权诉讼中,即使被控侵权的行为不属于第117条规定的例外情形,被告也可以提出“合理使用”的抗辩。

《版权法》第107条规定了一些合理使用的情形和判定合理使用的指导性规则。然而,即使是在传统的作品之下,如何判定合理使用,或者某些特定的行为是否属于合理使用,仍然是一件非常困难的事情,要由法院依据具体案情做出具体裁定。由于计算机软件具有一些不同于传统作品的特征,如何将判定合理使用的指导性规则适用于具体的案情,就是一件更为困难的事情。下面仅举两个典型判例予以说明。

在1992年由第九巡回上诉法院判决的“任天堂”案中,^④原告“任天堂美国公司”是一家销售家用游戏机和游戏软件的公司。其中的游戏软件可以作为软件作品受到保护,其中的游戏则可以作为“音像作品”受到保护。本案的被告“格鲁博公司”生产了一种名为“游戏神”(Game Genie)的软件产品,可以让游戏者在玩原告的游戏时,改变三个以上的特征。如增加游戏中的人物的寿命次数,加快其行进速度,以及让人物飞起来超越障碍,等等。于是,原告提起了针对被告的诉讼,认为由被告软件而产生的游戏,属于在自己作品基础上产生的演绎作品;未经许可而创作此类演绎作品属于侵权。地方法院经过审理后裁定,被告的“游戏神”软件及由此而产生的作品,没有侵犯原告的版权;被告上市和销售“游戏神”软件的行为不构成帮助侵权。原告不服判决而提起了上诉。

在“任天堂”一案的上诉中,第九巡回上诉法院详细讨论了软件保护中的合理使用问题。法院根据以往的判例指出,合理使用的理论,就是让其他人可以在未经版权所有人许可的情况下,以合理的方式使用享有版权的作品或材料。合理使用,既是一个事实问题,又是一个法律问题。如果地方法院依据相关的事实裁定合理使用成立,则上诉法

^① See MAI System Corp. v. Peak Computer, Inc., 991 F.2d 511 (9th Cir. 1995).

^② See DSC Communications Corp. v. Pulse Communications, Inc., 170 F.3d 1354 (Fed. Cir. 1999).

^③ See Digital Millennium Copyright Act, Public Law 105-304, Oct. 28, 1998 (<http://thomas.loc.gov>).

^④ See Lewis Galoob Toys, Inc. v. Nintendo of America, Inc., 964 F.2d 965 (9th Cir. 1992).

院就应当仅就法律问题作出裁定。上诉法院还指出,由判例法发展而来的合理使用的理论,已经由《版权法》第 107 条作了法典化的规定。根据规定,法院在判定某一行为是否属于合理使用时,可以遵循四条指导性规则:(1)如使用的目的与特点;(2)作品的性质;(3)使用的数量与质量;(4)对享有版权作品潜在市场价值的影响。正是由此出发,上诉法院讨论了本案中被告的行为是否属于合理使用的问题。

1. 关于使用的目的与特点。由于被告只是开发和销售有关的游戏软件,并没有直接使用该软件改变原告的游戏,所以原告没有主张被告直接侵犯了自己的版权。但是原告主张,被告就“游戏神”所从事的广告和销售活动,已经或者即将构成帮助侵权。因为,“游戏神”的购买者在使用该软件时,通过改变原告的游戏作品而创作了侵权的演绎作品。原告还认为,被告授权“游戏神”软件的使用者侵犯了自己的版权,因而应当承担帮助侵权的责任。在这个问题上,地方法院和上诉法院都认为,构成第三人帮助侵权的前提是,第三人确实实施了侵权行为,并由此而造成了对于权利人的损害。如果第二人的行为不构成侵权,则不存在第三人的帮助侵权。具体到本案,被告游戏软件的购买者是通过家用游戏机而使用“游戏神”软件,是以非商业的和非赢利的目的而使用。即使使用者由此而未经许可创作了“演绎作品”,也属于私人范围内的合理使用,不构成侵权。既然没有第三人直接侵权的存在,则被告的行为也不构成帮助侵权。

2. 关于原告作品的性质。地方法院已经指出,原告已经出版了自己的游戏作品。这一性质表明,他人为了个人使用的目的而创作演绎作品,属于合理使用。原告曾经主张,自己尚未出版由“游戏神”所产生的演绎作品,所以由“游戏神”产生的演绎作品侵犯了自己的权利。显然,被告在作品是否发表的问题上,没有把焦点放在已经发表的作品上,而是放在了自已有可能创作的演绎作品上。上诉法院指出,原告的这一主张是非常荒谬的。如果原告的主张成立,那么所有的演绎作品,无论是为了个人使用而创作,还是为了商业性使用而创作,都是侵权,都与合理使用无关。而且,如果原告的主张成立,甚至是为了批评、评论、新闻报道、教学和学术研究而引用他人的作品,也会成为未经授权而创作演绎作品。因为被引用的部分,可能构成尚未发表的演绎作品中的一个部分,从而侵犯了原作的演绎权。显然,这绝对不是法律的原意。

3. 关于使用的数量和质量。地方法院已经裁定,就原告的享有版权的作品来说,被告所使用的部分显然属于合理使用。在“索尼”一案中,家用录像机可以让使用者录制整个享有版权的作品。最高法院在“索尼”一案中裁定,在电视观众受到邀请免费观看享有版权作品的情况下,家用录像机不过是让他们可以在其他时间观看有关的作品。在这种情况下,将整个作品复制下来,并不影响合理使用的成立。在本案中,消费者并未受到邀请而免费观看“任天堂”的游戏。然而,在消费者支付了有关费用以后,他们就可以观看有关的游戏。在这种情况下,他们使用“游戏神”而创作演绎作品,将原告的作品几乎完整地显示出来,也不影响合理使用的成立。

4. 关于对原告作品潜在市场价值的影响。地方法院已经裁定,就其享有版权的游戏来说,原告任天堂并没有证明自己遭受了任何现实的或潜在的市场损害。但是原告在上诉中提出,对于市场价值影响的评估,还应当包括对于演绎作品潜在市场价值的评估。上诉法院说,从《版权法》的角度来说,原告的主张有一定的道理。因为,即使权利人自己没有创作或者还不打算创作某种形式的演绎作品,他人也不得未经授权而创作该类演绎作品。以往的判例中已经有类似的裁定。不过,即使以往的判例有类似的裁定,原告也应当证明存在着对未来市场影响的可能性。根据地方法院的判决,原告从来没有发布过,而且也没有打算发布过这类演绎作品;原告甚至不能证明自己有发布这类演绎作品的可能性。有关证据显示,原告的游戏已经吸引了绝大多数的消费者;如果原告发布现有游戏的改进版本,也不会吸引多少消费者。地方法院的判决还指出,原告说自己打算发布类似的改进版本,也与原告在其他诉讼中的说法相矛盾。例如,在一系列有关反垄断的诉讼中,任天堂说游戏市场变幻无常,任何人都不能永久性地控制市场。具体到本案,如果在没有任何证据的情况下,要求法院就不知是否可能的演绎作品发布禁令,恰好是想永久性地垄断市场。上诉法院最后得出结论说,这种潜在市场的可能性是不存在的,有关合理使用的第四个要素,也是最重要的一个要素,显然有利于本案的被告。

任天堂在上诉中还提出,由于自己游戏中的音像显示具有较高的创造性,可以不受合理使用辩解的限制。最高法院确实说过,合理使用的裁定,更多地见于事实性作品而非虚构性作品。然而,这并不表明人们不能合理使用虚构性作品。上诉法院指出,合理使用是一个基于平衡原则的规则,应当适用于任何作品。至于某一个具体的行为是否合理使用了某一具体的作品,应当由法院依据具体的情形做出判定。就本案来说,地方法院已经正确地裁定,“游戏神”的使用者是在合理使用任天堂的游戏作品。

如果说“任天堂”一案涉及了有关演绎作品的合理使用问题,下面所要讨论的 1992 年的“赛格”一案,则涉及了反向工程是否属于合理使用的问题。

根据最高法院于 1974 年判决的“凯文尼石油公司”一案,反向工程“是从已知的产品出发,以回溯操作的方式,

推测产品开发或制造的方法。⁹不过,计算机软件的反向工程则要复杂得多。就绝大多数功能性作品来说,人们通过肉眼就可以观察到体现在其中的思想观念,并且由此而加以利用。而计算机软件则不同,通常是以只有机器可以阅读的目标代码的形式提供给社会公众。反向工程者只有分解目标代码,才能获取体现在其中的思想观念或功能性概念。而为了完成这一任务,反向工程者又必须全面复制他人的软件,并在此基础上分解目标代码。大体说来,计算机软件的反向工程通常有两个步骤:一是拆卸或分解只有机器可以阅读的软件,创作出人类可以阅读的源代码;二是在分析源代码的基础上,利用有关的思想观念而编写出自己的软件。

在以《版权法》保护计算机软件的情况下,合法的购买者是否可以通过反向工程,发现体现在计算机软件中的思想观念,并在此基础上编写出自己的程序,曾经是一个有争论的问题。由第九巡回上诉法院于1992年判决的“赛格”一案,¹⁰则对此做出了肯定地回答。

本案的原告“赛格”是一家游戏公司,生产和销售“创世纪”游戏机和游戏卡,并许可一系列游戏软件开发商使用其软件代码和商标。获得许可的游戏软件商,可以开发和销售与“创世纪”游戏机相匹配的游戏软件。本案的被告“艾克雷德”也是一家游戏软件开发商,生产和销售与“创世纪”游戏机相匹配的游戏软件,以及与其他计算机相匹配的游戏软件。在本案中,“艾克雷德”通过分解“赛格”的软件,开发和销售了可以与“创世纪”游戏机相匹配的游戏软件。根据被告的工程技术人员解释,被告没有抄袭原告软件中的任何代码,只是在反向工程的基础上编写了自己的软件。于是,“赛格”诉“艾克雷德”侵犯版权。

在本案的上诉中,被告为了证明自己拆卸和分解原告软件的行为没有侵权,提出了合理使用的辩解。事实上,第九巡回上诉法院在“赛格”一案中重点讨论的问题之一,就是以反向工程获取他人软件所体现的思想观念,是否属于合理使用。在有关这个问题的讨论中,法院先是否定了原告有关计算机软件合理使用的两个观点,然后按照《版权法》第107条规定的四个要素,逐一分析了被告的行为是否属于合理使用。

先来看原告提出的两个观点。原告的第一个观点是,《版权法》第117条关于软件权利限制的规定,不仅没有允许他人分解目标软件,而且也排除了第107条关于合理使用的辩解。在原告看来,国会制定《版权法》第117条,授权合法的软件复制品的所有人为了使用或存档的目的而复制或改编软件,表明了一种立法意图,即除此之外的对于软件的复制都不属于第107条规定的“合理使用”。上诉法院则指出,《版权法》第106条所规定的权利内容,从属于第107条到120条所规定的权利限制。无论是第117条的规定,还是该条的立法纪录和CONTU的报告,都没有排除第107条所规定的合理使用的含义。而且,国会也没有修改第107条,将计算机软件排除在该条的范围之外。上诉法院还指出,《版权法》第117条与第107条的作用各不相同。前者仅仅规定了一个狭义的合法复制的范围,而后者则对其他的侵权指控提供了一个广泛的辩解。按照第107条的规定,某些特定的侵权性复制,可能因为合理使用的辩解而成为合法行为。

原告的第二个观点是,根据1984年《半导体芯片保护法》第906条的规定,他人为了反向工程的目的可以复制“光罩作品”。这表明,国会禁止其他形式的对于软件的复制,分解目标代码也不属于合理使用。上诉法院则指出,《半导体芯片保护法》是一部不同于《版权法》的法律。国会之所以制定单独的《半导体芯片保护法》,是考虑到半导体芯片主要是实用性的客体,不能依据《版权法》加以保护。所以,国会在《半导体芯片法》中加入一个反向工程的例外,这与《版权法》意义上的分解软件的合法性毫无关系。本案所要讨论的问题,不是有关的行为是否违反了《半导体芯片保护法》的规定,而是是否违反了《版权法》的规定。更何况,国会已经在有关的立法说明中指出,《半导体芯片保护法》不会限制、扩大或影响版权保护的范围、期间和权利,包括计算机软件、数据库和体现在半导体芯片产品中的所有作品。

再来看上诉法院对合理使用的四个要素的逐一分析。关于第一个要素,即使用的性质和特征,初步看来对被告不利。因为,被告是以商业性的目的而使用原告的软件。然而,被告对于原告软件的使用是“中间”复制,是为了开发自己的软件产品而复制原告的软件。或者说,被告复制原告的软件是为了获得体现在其中的思想观念,让自己的软件能与原告的游戏机相兼容。被告并没有在最终阶段使用原告的软件,被告已经为使用原告的软件支付了购买的费用,被告最终开发的软件也具有独创性,没有侵犯原告的权利。况且,由计算机软件的特性所决定,被告为了获得原告软件中所体现的思想观念,必须复制和分解原告的软件。由此可以得出结论说,被告是为了合法的和基本上不使用的目的而复制原告的软件,其中所具有的商业性意义很小。

在讨论第一个要素的过程中,第九巡回上诉法院还考虑了公共利益的问题。法院指出,如果某一特定的使用有利于公共利益,即使该使用是商业性的,也有可能被判定为合理使用。在本案中,被告通过复制和分解原告的软件,

⁹ See *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U. S. 470, 181 U. S. P. Q. 673 (1974).

¹⁰ See *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

创作出了更多的可以与原告游戏机兼容的电子游戏,使得社会公众获得了更多的作品,因而符合《版权法》鼓励创作和传播作品的目的。由此看来,被告使用原告的作品有利于社会公众,属于合理使用的范围。

在“赛格”一案中,第九巡回上诉法院在讨论了合理使用的第一个要素后,并没有按照顺序讨论第二个要素,而是先讨论了第四个要素。这是因为,第四个要素中“有关使用对作品潜在市场价值的影响”,与第一个要素中“使用的性质与特征密切相关,也要求就以下两者做出区别,即为了独立创作的复制和简单利用他人作品的复制。根据第四个要素,如果被告的作品可以取代原告的作品,那就影响了原告作品的市场价值。但如果有关的使用仅仅使得复制者可以开发出同类作品,则不会影响原告作品的市场价值。例如,在“哈勃”一案中,被告抢先发表了福特总统回忆录中的关键片断,占据了市场。而在本案中,被告并没有试图抢先发表原稿的任何游戏,只是想在游戏软件方面成为一个合法的竞争者。甚至在被告所提供的游戏软件中,也没有复制原告软件的任何要素。况且,在原告和被告同时提供不同的,而又可以与原告的游戏机兼容的游戏软件的情况下,购买者在很多情况下都会同时购买原告和被告的软件。被告为了开发新产品而使用原告的软件,并没有影响原告游戏软件的市场。如果原告试图以防止他人竞争的方式来垄断市场,就会与《版权法》促进创作繁荣的目的相违背。

上诉法院在讨论合理使用的第二个要素时指出,考虑作品的性质,表明并非所有的享有版权的作品都可以得到同等程度的保护。因为,根据表述与思想观念的分界,功能性作品和事实性作品所受到的保护程度就要低于虚构性作品。在功能性作品和事实性作品中,当某些表述因素与基本的思想观念或事实密切相连时,或者说当他人为了表述基本的思想观念或事实而不得不使用某些表述要素时,则他人对这类表述要素的抄袭或复制就不构成侵权。从这个意义上说,功能性作品或事实性作品所受到的保护就是一种“弱保护”。

就思想观念与表述的分界来说,计算机软件又提出了独特的问题。一方面,计算机软件是对于思想观念的表述。就完成某一特定任务或满足某一市场需求来说,编程者可以采取许多不同的表述方式,并由此而产生具有独创性的软件。另一方面,计算机软件在本质上又是实用性作品,可以完成某种特定的任务。在很多情况下,软件的具体指令可能是功能性的,不能获得版权保护。事实上,计算机软件是由一系列的子程序、次级子程序所构成,而每一个子程序或次级子程序都具有本身的思想观念或功能性要素。按照这样一种分解方法,计算机软件中的许多方面都不能获得版权保护,《版权法》对计算机软件所提供的保护是一种“弱保护”。

本案的原告提出,即使游戏软件的许多方面不能获得版权保护,被告在全面复制自己软件的时候,仍然复制了可以获得版权保护的要素。上诉法院则指出,对于这个问题的讨论,还必须考虑计算机软件所具有的特殊性质。就绝大多数功能性作品来说,通过人的眼睛很容易观察到其中所体现得不受保护的方面,不必复制受保护的表述方面。例如账簿所描述的计算系统、建筑设计所反映出来的结构性观念,等等。而计算机软件则不同,通常是以目标代码的形式提供给社会公众的。人们只有在分解目标代码的前提下才可以获得体现在其中的思想观念或功能性概念。而为了达到这一目标,反向工程者又必须复制相关的目标代码。事实上,分解目标代码是获取思想观念的惟一途径。上诉法院在经过了一系列分析后说:

“总之,有关的记载清楚地说明,为了理解与创世纪游戏机兼容的功能性要求,分解赛格游戏卡中的目标代码是必要的。创世纪游戏机的界面程序,仅仅是以目标代码的形式提供给公众使用的,使用者在操作游戏软件的过程中是看不见的。由于目标代码不能为人类所阅读,只能通过手工或机器加以分解。分解目标代码必然伴随着复制。这些事实支配着我们关于合理使用的第二个法定要素的分析。假如分解享有版权的目标代码属于不合理使用,那么版权所有人就会在事实上垄断作品中的功能性方面。而国会已经明确表示,这类功能性要素不能获得版权保护。就某一作品中所体现的思想观念或功能性要素来说,如果作品的创作者试图享有合法的垄断,则必须满足更为严格的《专利法》的标准。赛格就创世纪游戏机的界面,并不拥有专利权。”

关于合理使用的第三个要素,使用的数量和质量,也不利于被告。因为,被告全盘复制了原告的软件。但即使如此,也不妨碍法院做出合理使用的裁定。事实上,当被告对于原告软件的使用是间接使用,而且最终的使用也是非常有限的情况下,第三个要素并不具有多大的意义。

这样,上诉法院在分析了上述的要素之后,就得出了被告分解原告的软件,包括为了分解而进行的复制,属于合理使用的结论:

“如果分解享有版权的计算机软件,是获得体现于其中的思想观念和功能性要素的惟一方式,并且分解者有合法的理由去获得有关的思想观念和功能性要素,那么从法律上说,分解就是对于享有版权作品的合理使用。”

由于“赛格”一案所涉及的是计算机软件的合理使用,法院是将合理使用的基本原则适用于这一新的保护客体。所以,第九巡回上诉法院在讨论了合理使用的四个要素以后,又对本案所涉及的软件的合理使用做了进一步的论证。法院说,本案的判决也许与传统的理论有所不同。毕竟,被告为了分解的目的而全盘复制了原告的软件。(下转第13页)

已发现计算机运行 Windows98 出现自动定期收集信息的现象。^①

三、国家主权在互联网环境下的强化

任何事物都是具有双面性,互联网在冲击国家主权的同时也在一定程度上强化了国家主权。有学者指出,相对于对国家主权的破坏,互联网潜在地加强了国际和国内统治,并因此加强了国家主权:就国内统治而言,互联网有利于促进法治;就全球而言,互联网有助于在以下几个方面促进国际合作:(1)加强国际法;(2)加强经济相互依赖;(3)授予并且改进非政府组织推动致力于全球问题的国际体系发展的能力;(4)支持国际安全机制。^②

1. 互联网对国家主权的侵蚀激发国家强化主权的意识和行动。国家主权具有被动性,“多数国家对国家主权的强调更是一种本能的,被动的防止措施”。^③ 当国家感觉到其主权、经济或者价值可能受到互联网侵蚀后,国家必然采取适当的措施来防范、化解、消除这种侵蚀的可能性。例如,国家颁布法律规范互联网上淫秽信息的传播,国家颁布法律限制青少年连接某些网站,国家颁布法律禁止互联网威胁活动,国家根据属地原则对其境内的有关网络通讯的软件和硬件设施进行管制,甚至国家可以采取极端的方法取消互联网服务提供商。如美国制定了《正当通讯法》,德国制定《多媒体通讯法》,我国也制定《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》及其《实施办法》、《计算机信息系统安全保护条例》、《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》等。国家有权采取各种措施规范互联网,这正是国家主权的体现,而且,国家所采取的这些措施反过来又强化了国家主权。

2. 互联网有利于形成全球化的监督体系,有利于形成国际安全机制,从而为国家发展提供一个相对安全的国际环境。互联网传递信息的及时性,可以把一国国内发生的任何重大事件在极短时间内传递到世界各地,从而引起国际社会的关注,进而形成国际性压力。互联网的出现使政府行为几乎置于全球的监管当中,政府受到的牵制和约束增强,这对国家单方面的违反国际法的行为起到了相当的约束。另一方面,互联网加强国家之间的相互依赖,也促进了国家之间的相互合作,有利于国际社会对危及国际社会共同安全的行为更快地作出反应,并联合采取行动。因此,互联网通过约束国家行为和促进国际合作,有利于为主权国家的发展提供一个相对安全的国际环境。

3. 互联网有利于促进政府和公众之间的相互沟通,维护国家对内的最高权。互联网作为一种新的信息技术也提供了维护国家主权甚至强化国家主权的潜在机会。首先,互联网使得个人可以通过互联网发表意见、评论、宣泄不满情绪,从而减少了个人采取反抗行动的可能性,有利于国家和社会的稳定。其次,一国政府可以通过互联网广泛地了解公众的意见,有效提收集公众意见,及时化解可能出现的社会危机,从而加强政府的执政能力。再次,国家也可以利用互联网作为政务公开的工具,通过互联网向公众提供关于政府运作和法律法规的信息,并通过互联网宣传政府的立场。互联网通过促进国家及其国民的良好沟通和良性互动,稳定国家的统治,从而维护了国家主权。

(上接第 51 页)

然而,法院在本案中所面对的是计算机软件,是一个正在探索中的版权保护领域,不能僵硬地套用原有的理论和规则。在判定某一特定的使用是否合理时,法院应当首先牢记《版权法》的基本宗旨,即保护作者权利的最终目的是增进社会公众的利益。当技术发展使得《版权法》的某些方面模糊不清的时候,或者对于《版权法》某些规定的适用模糊不清的时候,法院必须以这一基本宗旨来诠释《版权法》的规定。例如在本案中,如果不允许被告为了获取相关的思想观念和技术特征而分解原告的软件,不允许为了此种目的的不可避免的复制,就会让原告将有关的思想观念和技术特征垄断起来,不利于更多的同类作品的产生。显然,从《版权法》的基本宗旨来看,被告完全可以为了此种目的而合理使用原告的软件,原告也没有任何理由加以阻止。

① 参见张银福:“关于我国武器装备信息化建设中的几点思考”,载《国防科技参考》1999年第2期。

② Henry H. Perritt, Jr., *The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance*, 5 Ind. J. Global Legal Stud., 1998, p. 424.

③ 参见余民才(主编):《国际法专论》,中信出版社2003年第1版,第27页。