

论软件作品修改权

——兼评“彩虹显案”等近期案例

王 迁

摘 要 “修改权”并非指作者有权修改自己的作品，而是指作者有权禁止他人未经许可修改作品。《计算机软件保护条例》中的“修改权”在性质上有别于《著作权法》中的“修改权”，后者是人身权利，而前者属于“演绎权”这一经济权利。只有“代码化指令序列”才构成受保护的计算机程序，因此不修改“代码化指令序列”，仅修改被“代码化指令”所调用的数据，并不构成对“修改权”的侵权。用户为改进软件性能和功能而利用“修改工具”在软件“运行过程中”对软件运行结果进行改动，不构成侵权行为。制作并提供“修改工具”者只要未提供修改后的软件，也未教唆或帮助直接侵权，其行为并不直接或间接侵犯“修改权”。

关键词 修改权 代码化指令序列 直接侵权 间接侵权 技术措施

作者王迁，法学博士，华东政法大学教授。

国家版权局于2012年3月31日和7月6日分别公布的《中华人民共和国著作权法（修改草案）》（下称《修改草案》）第一次征求意见稿、第二次征求意见稿均删除了现行《著作权法》规定的人身权利之一——“修改权”。但与此同时，《修改草案》又将《计算机软件保护条例》（下称《软件条例》）中对“修改权”的规定原封不动地纳入其中。如果《修改草案》获得通过，就意味着只有计算机软件著作权人才享有独立的“修改权”。而就在《修改草案》第一次公开征求意见的2个月前，在业界引起广泛关注的“腾讯公司诉虹连网络公司等案”（下称“彩虹显案”）中，法院终审认定：被告开发并提供名为“彩虹显”的软件，使腾讯QQ软件用户可借此实现显示QQ隐身网友和其IP地址的功能，侵犯了原告腾讯公司对QQ软件享有的“修改权”。^① 笔者认为，《软件条例》中的“修改权”与《著作权法》中的“修改权”相去甚远，《修改草案》作出上述调整是正确的。但审理“彩虹显案”的法院似误解了《软件条例》中“修改权”的含义。在未来的《著作权法》单独为软件权利人规定“修改权”的情况下，如果继续以这种方式适用“修改权”，会混淆著作权侵权与不正当竞争之间的关系。本文从分析现行《著作权法》与《软件条例》中“修改权”的

* 本文为作者主持的教育部新世纪优秀人才支持计划课题“技术措施的保护与规制”的初期成果。

① 参见湖北省武汉市江岸区人民法院（2009）岸知民初字第4号民事判决书；湖北省武汉市中级人民法院（2011）武知终字第00006号民事判决书。

区别及“彩虹显案”入手，对适用于计算机软件的“修改权”进行研究。

一、“修改权”是禁止他人修改软件的专有权利

国家版权局两次公开征求意见的《修改草案》均删除了现行《著作权法》规定的“修改权”，这是在正确认识著作权性质方面迈出的重要一步。此前学术界有一种通行的观点，即认为包括著作权在内的知识产权包含“自用权”和“禁止权”两个方面。前者是指知识产权人自己有利用智力成果等受保护客体的权利，而后者则是指知识产权人有权禁止他人未经许可利用受保护的客体。^② 现行《著作权法》对“修改权”的定义，正是这一学术观点的反映。该法第10条第3项规定，修改权是指“修改或者授权他人修改作品的权利”。根据参与立法者的解释，作品的修改之所以必要，“一是因为要更好地反映作者的意志，二是随着客观事物的变化，人的思想、认识也在不断变化，作者也需要对某些作品作出符合实际的修改。作者不但享有作品产生的权益，也对作品产生的社会效果和责任负责。因此作者应有修改权。”^③ 显然，立法者是从“自用权”角度去规定“修改权”的，即认为《著作权法》应当赋予作者修改自己作品的权利。

然而，这一观点是经不起推敲的。例如，在颁布《著作权法》之前，戏剧作品的创作者当然不享有《著作权法》意义上的“复制权”和“表演权”。那么该作者是否有权用复印机“复制”自己创作的戏剧作品，以及自行“表演”戏剧作品呢？答案当然是肯定的。因为复印和表演自己的作品本来就是宪法赋予公民的自由，也即“法无明文禁止即自由”。这与一国是否颁布了《著作权法》，以及该法是否规定了“复制权”和“表演权”没有关系。

因此，《著作权法》中“专有权利”的作用在于使权利人可以禁止他人对作品实施某种行为，而非使权利人自己可以对作品实施某种行为。上例中，戏剧作品作者享有“复制权”和“表演权”的作用仅在于，他人未经许可不得复制和公开表演戏剧作品。可见，“专有权利”只是“排他权”或“禁止权”，而非“自用权”。

只有将“专有权利”解释为“禁止权”而非“自用权”，才能正确地认识《著作权法》对“依法禁止出版、传播的作品”的保护。2010年2月我国修改了《著作权法》，删除了原《著作权法》第4条第1款关于“依法禁止出版传播的作品，不受本法保护”的规定。这一修改的直接起因，是在“美国诉中国知识产权保护与执法措施案”中，世界贸易组织争端解决机构裁决《著作权法》第4条第1款不符合《伯尔尼公约》中有关作品应当自动获得保护的规定。^④ 这一修改意味着，依法禁止出版、传播的作品依然能够受到《著作权法》的保护。

如果将“专有权利”解释为包含“自用权”，那就意味着色情照片的拍摄者可以凭借“发行权”和“信息网络传播权”发行与传播色情照片。那么删除原《著作权法》第4条第1款的行为，岂不

② 据此，许多著作将“修改权”首先解释为“作者自己修改作品的权利”。如“从积极方面讲，作者有权修改自己的作品……”，吴汉东主编：《知识产权法》（第4版），法律出版社2011年版，第74页；“在作品发表前，作者修改自己的作品本身是行使修改权的体现”，冯晓青：《著作权法》，法律出版社2010年版，第88页；“修改权包括四个方面的内容：（1）自己修改作品的权利……”，吴汉东主编：《知识产权法学》（第5版），北京大学出版社2011年版，第68页。

③ 胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社2002年版，第44页。

④ 对这一裁决的分析，参见王迁：《WTO“中美知识产权争端”：美国赢得了什么？——评专家组对我国〈著作权法〉第4条的裁决》，《华东政法大学学报》2009年第4期，第23-31页。

成了纵容此类违法行为了？而将“专有权利”解释为“禁止权”，上述问题则可以迎刃而解。“专有权利”的作用仅在于禁止他人未经许可以特定方式利用作品。权利人是否能够以特定方式自行利用作品，与其是否享有“专有权利”并无关系，而只取决于《著作权法》的其他条款或其他法律法规有无禁止性规定。因此，色情照片的拍摄者不能以其享有“发行权”和“信息网络传播权”为由，主张其有发行和传播色情照片的自由。相反，此行为受到行政法规和刑法的禁止。《著作权法》对色情照片（摄影作品）著作权的保护，仅体现在拍摄者可以阻止他人未经许可以发行和网络传播等方式利用色情照片。

根据上述著作权法原理，将《著作权法》中的“修改权”界定为一项“作者修改自己作品的权利”，是毫无意义的。即使我国没有颁布《著作权法》，或《著作权法》没有规定“修改权”，作者也可以自行修改作品。因为这原本就属于宪法所保护的公民权利。如果按照上文所述的著作权法原理，将“修改权”解释为“禁止权”，也即控制他人未经许可修改作品的权利，则又显得多余。这是因为我国现行《著作权法》还规定了“改编权”和“保护作品完整权”。如果他人未经许可对作品进行修改的结果，是在保留原作品基本表达的情况下产生了新作品，则应受“改编权”控制；如果该行为造成了对作品的歪曲、篡改，则该行为侵犯的是“保护作品完整权”。这样一来，“修改权”能够独立控制的行为，只剩下既没有产生新作品，也不构成对原作品歪曲、篡改的修改行为了。这种行为只可能是对作品进行不涉及意思内容的细微变更，实无独立存在的必要。目前各主要国家的著作权立法中，并未单独规定“修改权”，也正是基于这一考虑。^⑤

因此，《修改草案》删除了现行《著作权法》中的“修改权”是符合著作权法原理的，但遗憾的是这一删除并不彻底。《修改草案》给“保护作品完整权”的新定义是：“修改作品以及禁止歪曲、篡改作品的权利”。根据国家版权局颁布的《〈著作权法〉（修改草案）的简要说明》，之所以要做这样的调整，是因为“在征求意见过程中多数意见认为修改权和保护作品完整权属于一个权利的两个方面……为此，草案删去修改权将其纳入保护作品完整权”。^⑥所谓“一个权利的两个方面”应是指“修改权”既指作者有权修改作品，又指作者有权阻止他人以歪曲、篡改的方式修改作品。这实际上还是“著作权包含‘自用权’和‘禁止权’两个方面”观念的反映。如上所述，这一观念是不能成立的。

二、软件权利人的“修改权”是经济权利，而非人身权利

在《修改草案》中，“修改权”已不再是一项能够为所有类型作品的著作权人享有的权利了，而是变成了专门为软件著作权人设定的权利——“修改权，即对计算机程序进行增补、删节，或者改变指令、语句顺序的权利”。显然，《修改草案》在删除现行《著作权法》中“修改权”的同时，纳入了现行《软件条例》中的“修改权”。那么，《修改草案》只为软件著作权人规定“修改权”的做法是否适当呢？

^⑤ 在西班牙等个别国家的著作权法中，“修改权”是为了配合“获取作品权”等其他权利而设置的。这种需要在中国并不存在。同时，也无法将我国现行《著作权法》中的“修改权”解释为“半个收回权”。参见王迁：《我国著作权法中修改权的重构》，《法学》2007年第11期，第39-40页。

^⑥ 国家版权局：《〈中华人民共和国著作权法〉（修改草案）的简要说明》，第15页。

笔者认为,现行《著作权法》与《软件条例》虽然都规定了“修改权”,但其性质不同。《著作权法》规定的“修改权”是一项人身权利,被立法者认为与“保护作品完整权”一起构成“一个权利的两个方面”,可谓“姐妹权利”。但软件本质上是一种实用性工具,难以像文学艺术作品那样体现作者的人格与精神,反映作者的思想与感情,因此,《软件条例》并未规定“保护作品完整权”。在不存在“保护作品完整权”的情况下,《软件条例》中的“修改权”自然也不可能是作为“保护作品完整权”的“姐妹权利”而存在的人身权利。

既然《软件条例》中的“修改权”并非人身权,其性质又是什么呢?欧共体 1991 年的《计算机程序保护指令》(以下简称《指令》)第 4 条第 2 款明确规定,计算机程序权利人享有“翻译、改编、编排或以其他方式改动计算机程序……”(the translation, adaptation, arrangement and any other alteration)的权利。^⑦作为起草《软件条例》的重要参考,《指令》的这一规定为上述问题提供了答案。

笔者认为,将《指令》第 4 条第 2 款规定的 the right of alteration 译为“演绎权”更为合适。该条款的用语与《伯尔尼公约》第 12 条极为相似。《伯尔尼公约》第 12 条规定:“文学与艺术作品的作者对其作品享有许可改编、编排或以其他方式改动”(adaptations, arrangements and other alterations)的专有权利。^⑧而第 12 条被公认为规定的是“演绎权”,也即创作演绎作品并进行后续利用的权利。^⑨对此,世界知识产权组织编写的《世界知识产权组织管理的版权与相关权条约指南》对其中的“其他改动”专门作出了解释:

“其他改动”……意指对作品的改动并未落入“改编”或“编排”的范围,但仍然具备这样一种性质,即改动的结果是可形成新的演绎作品(derivative works)……^⑩

可见,“以其他方式改动作品”产生的是“演绎作品”。《伯尔尼公约》第 2 条第 3 款对“演绎作品”著作权归属的规定也印证了这一点。该条规定“翻译、改编、乐曲编排以及对文学或艺术作品的其他改动”(Translations, adaptations, arrangements of music and other alterations of a literary or artistic work)“应得到与原作品同等的保护,但不得损害原作品的著作权”。显然,这里的“其他改动”产生的即为“演绎作品”。

参照对《伯尔尼公约》的解释,采用了相同用语的《指令》第 4 条第 2 款规定的也应是“演绎权”。第 4 条第 2 款在规定软件权利人有权许可“翻译、改编、编排或以其他方式改动计算机程序”的同时,还强调这一规定“无损于改动程序者的权利”,也即规定演绎作品作者的权利仍然受保护。如果对程序进行“改动”的结果并非产生演绎作品,谈何“改动程序者的权利”呢?《软件条例》的制订者在规定“修改权”时,一方面参考了《指令》第 4 条第 2 款,一方面将其内容定为“对计算机程序进行增补、删节,或者改变指令、语句顺序的权利”,实际上是试图对“改编、编排或以其他方式改动计算机程序”作出明确规定。^⑪

⑦ See Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs, Article 4 (b).

⑧ 这一条之所以没有提及“翻译”,是因为《伯尔尼公约》第 8 条专门规定了“翻译权”。

⑨ 参见世界知识产权组织:《伯尔尼公约指南》,刘波林译,中国人民大学出版社 2002 年版,第 61 页。

⑩ World Intellectual Property Organization, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO: and Glossary of Copyright and Related Rights and Terms*, [WIPO Publication No. 891 (E) 2993], p. 82.

⑪ “翻译”并未纳入《软件条例》中“修改权”的内容,是因为《软件条例》单独规定了“翻译权”。

从上述分析可以得出三点结论。首先,《指令》第4条第2款规定的“演绎权”是典型的经济权利。而《软件条例》中规定的“修改权”同样也是经济权利。这一点不仅能从其与《指令》中“演绎权”的继承关系推出,也可以从《软件条例》规定专有权利的结构中看出。《软件条例》没有规定“改编权”这项经济权利。那么,对于未经许可根据原软件创作改编版本的行为,用何种经济权利加以控制呢?答案是“修改权”。

其次,《软件条例》中的“修改权”更为恰当的名称应当是“演绎权”或“改编权”。“修改权”的名称,很容易与《著作权法》中作为人身权利的“修改权”发生混淆。如前所述,《修改草案》虽然删除了软件之外其他作品的“修改权”,但将“保护作品完整权”定义为“修改作品以及禁止歪曲、篡改作品的权利”,使得被删除的“修改权”事实上成为“保护作品完整权”的一项子权利。在这种情况下,单独为软件作品规定“修改权”,仍然没有消除混淆的可能性。

第三,《软件条例》中“修改权”的内容没有充分体现出“演绎权”的应有之义。前已述及,《指令》第4条第2款直接借用了《伯尔尼公约》对“演绎权”的规定,由此形成的“翻译、改编、编排或以其他方式改动计算机程序”的用语使人清楚地认识到,该款规定的是“演绎权”。这一规定清晰地划分了“复制权”和“演绎权”的界限。如果只是对软件进行了个别修改后进行后续利用,并未产生新作品,则规制该行为的是第4条第1款规定的“复制权”——以任何方式、在任何媒介上,全部或部分对计算机程序进行永久或临时复制。只有“改动”达到了产生新作品的程度,对新作品的后续利用才受“演绎权”的规制。

而《软件条例》将“修改权”定义为“对计算机程序进行增补、删节,或者改变指令、语句顺序的权利”,表面上将“改编、编排或以其他方式改动计算机程序”的方式具体化了,但并未体现出这一权利的实质——控制创作演绎作品并进行后续利用的行为。如果对于由5000条指令构成的程序,某人仅“增加”、“删节”或“改变”了一条指令,或调整了两条语句的先后顺序,应当适用《软件条例》中的“复制权”还是“修改权”呢?《软件条例》对此无法给出确切的回答。

由此可见,如果未来的《著作权法》将软件权利人的“修改权”入法,就需要廓清“修改权”的内容和适用范围。而“彩虹显案”作为国内为数不多的单独适用《软件条例》“修改权”来认定侵权的案例,极具研究的价值。

三、软件权利人的“修改权”只能针对“代码化指令序列”

“彩虹显案”涉及的是对QQ软件的所谓“动态修改”。QQ软件具有“隐身”功能,也即用户可以选择隐藏自己的在线状态,使其他QQ用户认为该用户当时并不在线。同时,QQ软件并不显示用户的IP地址。而“彩虹显”软件与QQ软件一起运行后,却能够使用户的QQ软件界面显示其他用户在线与否的真实状态和其IP地址。原告腾讯公司据此指称被告虹连公司等侵犯了其对QQ软件享有的“修改权”。审理过程中,双方争议和法院关注的焦点之一在于,“彩虹显”软件是只修改了QQ软件运行时载入用户电脑内存中的数据,还是包括了QQ软件的源程序和目标程序。笔者认为,在涉及软件“修改权”的诉讼中,法院首先考虑这一问题是正确的。

在目前的司法实践中,对于软件著作权保护存在的一大误区,就是将日常口语中所说的“软件”等同于《著作权法》意义上的“软件”。这一误解对软件作品“修改权”等权利的侵权认定会

产生重大影响。它在司法实践中导致的结果,就是认为只要“修改”了软件中的任何内容,包括数据,都会构成对“修改权”的侵犯。

近期发生的多起因提供网络游戏“外挂”引起的著作权民事或刑事案例中,^⑫一种具有代表性的观点认为,“外挂”在运行中“修改”了网络游戏软件中的数据,构成对“修改权”的侵犯。如“外挂”在制作运行过程中侵犯他人修改权的情形主要发生在外挂依附并修改网游的客户端(包括伪造、修改游戏数据封包)……”;^⑬“(外挂)通过对硬盘、内存之中的网络游戏客户端……数据进行修改或者对服务器端与客户端间的网络数据包拦截、修改……,属于对网络游戏的修改,……侵犯的是游戏软件的修改权”。^⑭

然而,这些观点却未能对构成《著作权法》意义上的“软件”与不构成“软件”的数据或其他类型作品进行适当的区分,实际上是将口语中的“软件”与《著作权法》意义上的“软件”混为一谈。在此基础上对“修改权”等专有权利的适用必然会出现问题。

试以笔者曾编写的一款“英语单词拼写测试软件”为例。该软件在运行时,首先会显示一个中文单词,要求使用者输入相对应的英文单词,并将输入的单词与软件中预存的英文单词加以比对。如果使用者输入的英文单词拼写正确,则告知“拼对了”并播放欢快的歌曲;如果拼写错误,则会提示“拼错了”并播放悲伤的歌曲。该软件由三部分组成:主程序、中英文单词库和两段歌曲。如果将该程序刻入光盘中销售,人们在口语中会说这是一张“软件光盘”。但是,在《著作权法》意义上,其中真正能够构成“软件”的只有“主程序”,而不包括中英文单词库和两段歌曲。《软件条例》第2条规定:“本条例所称计算机软件(以下简称软件),是指计算机程序及其有关文档”。而《软件条例》第3条则对“计算机程序”作出了非常清楚、明确的界定:

计算机程序,是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列,或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。

由此可见,《著作权法》意义上的“计算机程序”必须是“代码化指令序列”,而“代码化指令序列”与“代码化数据”并不是一回事。前者能够被计算机所执行,从而指挥计算机完成某一任务;而后者不具备这样的功能,只能被“代码化指令序列”所调用。口语中的“一套软件/程序”在被转化为能够直接为计算机所读取的“机器码”后,所有内容都以0和1的“代码”形式表现,其中不但包含了“代码化指令序列”,往往还有大量被“代码化指令”所调取的、以代码形式表现的其他类型作品(如文字作品、音乐作品、美术作品和摄影作品等),以及不构成作品的数据。由于这些作品和数据本身不是指挥计算机完成某种工作的“指令”,因此,即使其存在于口语上的“一套软件/程序”中,也并非《软件条例》意义上的“计算机程序”。

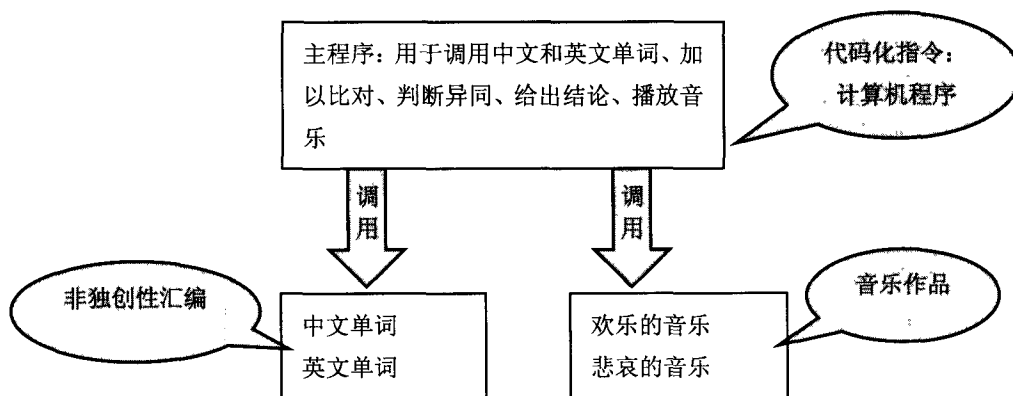
以在“英语单词拼写测试软件”中,其“主程序”才是“代码化指令序列”,它可以指挥计算

^⑫ “外挂”一般是指在电脑运行中,一个程序通过某种事件触发而得以挂接到另外一个程序的空间里(常用的触发事件有键盘触发、鼠标触发、消息触发等),挂接的目的通常是想改变被挂接程序的运行方式。现在的游戏外挂就是将外挂程序嫁接到游戏程序当中,通过截取并修改游戏发送到游戏服务器的数据而实现各种功能的增强,参见百度百科网站<http://baike.baidu.com/view/238.htm>,2012年8月10日访问。

^⑬ 于志刚、陈强:《关于网络游戏中“外挂”行为的刑法思考》,《山东警察学院学报》2009年第1期,第47-48页。

^⑭ 罗鹏飞:《擅自制作网游外挂出售牟利的法律适用》,《人民司法》2008年第12期,第59页。

机调取和显示词库中的中文单词，允许用户输入英文单词，将输入的英文单词与词库中预存的英文单词进行比对，显示比对结果并播放相应的歌曲。而中英文单词库是严格根据英语课本中列出的单词构建的，没有编写者独创性的选择与编排，因此仅仅属于无独创性的汇编，其中的内容不能受到《著作权法》的保护。两首歌曲则只能作为“音乐作品”受到《著作权法》的保护。因此，中英文单词库与两首歌曲虽然被编入了这套“英语单词拼写测试软件”，却并不构成“计算机程序”，也不能作为“计算机程序”的一部分受到保护。以上关系可用下图表示：



有一种观点认为，对我国《软件条例》第3条定义的“计算机程序”的范围不应作狭义的理解，而应作广义的理解。“就网游程序而言，程序附带的各种数据（包括以静态方式存贮于硬盘上的数据和根据指令在内存中动态存贮的数据和动态生成的网络数据包）也应视为计算机程序的组成部分”。^⑤这一观点缺乏法律依据，一旦付诸司法实践，会导致不同类型作品之间的界限荡然无存，以及权利归属的混乱。

仍然以“英语单词拼写测试软件”进行说明，如果他人未经许可修改了编写者辛苦输入的“中英文单词库”，是否就认定其修改了“视为计算机程序组成部分的”“以静态方式存贮于硬盘上的数据”，而侵犯了“计算机程序”的“修改权”呢？实际上，软件编写者只不过将英语课本中的单词汇集到了一起，既无对单词的“选择”（因为是全部收录），也无对单词的“编排”（因为仅按照在课本中出现的前后顺序收录），无任何独创性可言。该“中英文单词库”不但不能构成“代码化指令序列”，而且其作为无独创性的汇编，也不可能作为任何类型的作品受到《著作权法》的保护。为何只要被放入了软件，就“应视为计算机程序的组成部分”受到《著作权法》的保护呢？

同样，按照上述观点，如果他人未经许可仅修改了该软件中的两首歌曲，就应认定其修改了“视为计算机程序组成部分的”“以静态方式存贮于硬盘上的数据”，从而侵犯了“计算机程序”编写者的“修改权”。但问题在于，这两首歌曲虽然是“音乐作品”，却并非“计算机程序”编写者创作的，而是来源于他人。难道他人创作的“音乐作品”被放入软件中就变成了软件著作权人享有权利的“计算机程序组成部分”了么？事实上，将他人创作的歌曲编入软件，仅构成《著作权法》意义上的“复制”行为。该行为不可能产生新作品或将歌曲转换为“计算机程序”，更不可能改变其权利归属。上述“程序附带的各种数据应视为计算机程序的组成部分”、受到《软件条例》保护的

^⑤ 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67页。

观点显然是不能成立的。

《软件条例》对“计算机程序”的定义也与各主要国家的立法相同。美国《版权法》第101条将“计算机程序”定义为“一套在计算机中被用于直接或间接产生特定结果的语句或指令”，其中包含了源代码和目标代码。^⑮ 澳大利亚《版权法》第10条对“计算机程序”的定义与美国《版权法》完全相同。日本《著作权法》第2条对“计算机程序”的定义也是类似的，即为了让计算机运行以获得特定结果，而向计算机发出的一系列指令。

欧共体在其通过的《计算机程序保护指令》中，虽然因担心技术发展太快而没有对“计算机程序”作出定义，但在此前，欧洲委员会仍然明确指出：“‘程序’一词应被理解为包含以任何形式、语言、符号或代码表达的一套指令，其作用在于使计算机去执行特定工作或功能”。^⑯

对此，联合国教科文组织编写的《版权法导论》(The ABC of Copyright)明确指出，计算机程序是指在信息处理系统中直接或间接使用的一系列指令。^⑰ 世界知识产权组织在其《著作权与邻接权法律术语汇编》中，也将“计算机程序”定义为“一组能够使具有信息处理能力的机器执行或实现特定功能、任务或结果的指令”。^⑱

“数据”本身不可能被计算机所直接或间接执行，以完成特定工作、产生特定结果，因此并不构成“计算机程序”。需要指出的是，以代码形式出现的“数据”与其他类型作品在《著作权法》中的地位是有差别的。后者虽然不是“代码化指令序列”，不能作为“计算机程序”受到《著作权法》的保护，但仍然可以作为其他类型作品受到保护。例如，游戏软件在运行过程中，会显示图片、动画，播放音乐，甚至还会有故事情节。这些内容可能分别构成“美术作品”、“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”、“音乐作品”和“文字作品”。在英国法院审理的“Nova诉Mazooma案”中，原告指称被告的游戏软件与自己在先的游戏软件在界面和效果上实质性相似，构成侵权行为。但由于被告并未获得过原告软件的源代码，因此无论是原、被告双方还是法院，均将重点放在游戏软件中体现的以下几类作品上：(1)以图像形式显示的“美术作品”；(2)以游戏设计说明体现的“文字作品”；(3)游戏本身体现的“戏剧作品”和(4)以移动图像表现的“电影作品”。^⑲ 如果未经许可将游戏中的这些作品单独提出后使用，仍然构成著作权侵权行为。当然，如果游戏软件权利人并未取得这些作品的著作权或专有使用权，即使他人未经许可从其游戏中单独提取这些作品加以使用，软件权利人也无权起诉他人侵权。

但是，对于软件中单纯的数据，如代表游戏中人物生命力、能量级别等的参数、数值而言，其既非“计算机程序”，也不可能作为任何作品类型受到《著作权法》的保护。因为单纯的数据只是“事实”，并非独创性的表达，不可能构成《著作权法》上的“作品”。这与产生该数据的过程或机制是否具有智力创造性毫无关系。对数据本身进行复制和修改，不可能构成侵犯计算机程序“复制权”和“修改权”的行为。

在迄今为止国外最著名的涉及“外挂”程序的侵权诉讼——“MDY公司诉暴雪公司案”中，

^⑮ See Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, § 2.04 [C], Matthew Bender & Company, Inc. (2009).

^⑯ Proposal for a Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs, COM/88/816, Final/Revised Version, Part Two, Chapter I, Article 1, Para. 1.1.

^⑰ 参见联合国教科文组织：《版权法导论》(汉英对照)，张雨泽译、郭寿康审校，知识产权出版社2009年版，第26页。

^⑱ 世界知识产权组织：《著作权与邻接权法律术语汇编》(中英法对照)，刘波林译，北京大学出版社2007年版，第53页。

^⑲ See Nova Productions Ltd v. Mazooma Games Ltd, [2007] EWCA Civ 219, Para 2.

美国第九巡回上诉法院清楚地指出：使用针对“魔兽世界”的外挂程序“Gilder”并不会侵犯暴雪公司的任何专有权利，因为其不涉及对“魔兽世界”游戏软件的“修改或复制”。^②

四、提供软件修改工具并不构成“直接侵权”

在确定了《软件条例》规定的“修改权”仅针对“代码化指令序列”而非针对数据或其他类型作品后，要正确地适用“修改权”，仍然需要根据著作权侵权的类型，正确地区分“直接侵权”和“间接侵权”。“直接侵权”是指未经许可，直接实施受专有权利控制的行为；“间接侵权”则是指引诱他人直接侵权，或者在明知或应知他人侵权行为的情况下，提供实质性的帮助。

在“彩虹显案”中，针对被告的抗辩——“彩虹显软件修改的只是QQ软件运行时载入用户电脑内存中的数据，并非QQ软件的源程序和目标程序”，法院明确认定被“修改”的是“代码化指令”。

笔者认为，法院将审理的重点从判断“数据”是否被修改，转向“代码化指令”是否被修改是正确的。但问题在于，即使“彩虹显”软件在运行中确实改变了QQ软件的“代码化指令”，该行为的实施者就是“彩虹显”软件的制作者与提供者么？

本案原告腾讯公司指称被告的侵权行为是：

（两被告）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，侵犯了原告对QQ客户端软件的著作权项下的修改权。^③（着重号为笔者所加）

一审判决书详细描述了“彩虹显”软件“修改”QQ软件的过程，并指出用户安装“彩虹显”软件后可以起到如下效果：

在QQ进程中删除QQ部分指令语句、补充彩虹显软件的指令语句、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。^④（着重号为笔者所加）

从判决书的描述来看，QQ软件是在“进程中”，也即“运行过程”中被“修改”的。如果QQ软件在运行过程中发生的功能变化能够被视为《软件条例》意义上的“修改”，则这种“修改”开始于QQ软件被运行之时，终止于QQ软件被关闭那一刻。那么，是什么行为直接导致了这种“修改”呢？

一审判决认为：

两被告未经许可，擅自在互联网上传播该软件（即“彩虹显”软件——笔者注），致腾讯QQ软件19处目标程序被修改……。因此，上述两被告对腾讯QQ软件目标程序的修改行为，侵犯了腾讯QQ软件作品著作权的修改权。^⑤

^② See MDY Industries, LLC v. Blizzard Entertainment, 629 F.3d 928, at 941 (9th Cir, 2011).

^③ 湖北省武汉市江岸区人民法院（2009）岸知民初字第4号民事判决书。

^④ 同注^③。

^⑤ 同注^④。

二审判决认为：

（两被告）针对 QQ 软件进行开发彩虹显 IP 软件的行为，依照《计算机软件保护条例》第 8 条第 1 款第（三）项的规定，构成对 QQ 软件目标程序的修改，侵犯了 QQ 软件著作权人腾讯科技公司对其软件作品的修改权。^⑤

按照判决书的字面意思，“开发彩虹显软件的行为”（二审判决）或“在互联网上传播彩虹显软件的行为”（一审判决）就“构成对 QQ 软件目标程序的修改”。然而，一个仅仅被开发出来，孤零零地挂在网上供人下载的“彩虹显”软件是不会“主动”去“修改”QQ 软件的。特别需要指出的是，“彩虹显”软件不是一个计算机病毒，也并非隐藏在正常程序中，待不知情的用户下载并安装后，悄悄地自动修改硬盘中存储的 QQ 软件的。它需要用户基于改变 QQ 软件功能的主观目的（也即希望显示网友的 IP 地址和在线与否的真实状态），主动选择下载、安装和运行。这些由用户主动实施的行为，才是一审判决中所述的“致腾讯 QQ 软件 19 处目标程序被（动态）修改”的直接原因。

由此可见，如果将在 QQ 软件“运行过程中”改变其功能的行为视为“修改”，则“彩虹显”软件仅仅是一种“修改工具”。是那些主观上希望改变 QQ 软件功能的用户，主动选择下载、安装和运行了这一“修改工具”，实现了在 QQ 运行过程中对其的“修改”。

这与美国发生的“RealNetworks 诉 DVD 复制控制联盟案”类似。RealNetworks 公司向用户提供的 RealDVD 软件，可以规避电影 DVD 中禁止将电影复制到硬盘中的技术措施。用户将电影 DVD 插入光驱并运行该软件后，屏幕上会出现“保存 DVD”的选项，用户可以点击选择，从而将电影从 DVD 中复制到硬盘上。^⑥究竟是谁对电影作品实施了“复制”行为呢？显然，是使用 RealDVD 软件的用户，而非 RealDVD 软件的提供者。因此，该案中电影权利人并未起诉 RealDVD 的提供者未经许可“复制”其电影，而是起诉其提供用于规避技术措施的工具。

如果按照“彩虹显案”一、二审判决书的逻辑，RealNetworks 公司“开发”或者“在互联网上传播”RealDVD 软件的行为，岂不就是“致电影公司的 DVD 电影被复制”或“构成对 DVD 电影的复制”，“侵犯了电影著作权人对其电影作品的复制权”了么？此案恐怕也就不会成为涉及技术措施保护的著名案例了。同时需要指出的是，RealNetworks 公司在此案中被判承担责任的依据，也不是其“规避”了技术措施，而是提供了用于规避技术措施的工具。^⑦原因仍然在于实施“规避”行为的是使用 RealDVD 软件的用户。

同样道理，在“彩虹显案”中，既然原告指称的侵权行为是“彩虹显”软件“在运行过程中修改 QQ 客户端软件”。“修改”行为的实施者，当然也只能是主动下载、安装了“彩虹显”软件并运行 QQ 软件的用户。“彩虹显”软件的制作者与提供者，是不可能去“修改”成千上万名用户“在运行过程中”的 QQ 软件的。

还需要指出的是，“彩虹显案”的事实背景与涉及软件“修改权”的著名案例“番茄花园刑事案”和“迅雷诉蔡旋案”均存在实质差别。在“番茄花园刑事案”中，被告“未经微软公司的许

⑤ 湖北省武汉市中级人民法院（2011）武知终字第 00006 号民事判决书。

⑥ See RealNetworks, Inc. v. DVD Copy Control Association, Inc., 641 F. Supp. 2d 913, at 924 (2009).

⑦ 参见注⑥，at 931.

可，复制微软 Windows XP 计算机软件后制作多款“番茄花园”版软件”，并提供给公众下载。^② 该软件实际上是 Windows XP 软件的精简版，也即修改软件后形成的复制件。换言之，对 Windows XP 软件的修改行为是由该案被告实施的。而下载了“番茄花园”版的用户只是运行经修改的软件而已。如果微软公司对该案被告提起侵犯“修改权”的民事诉讼，是可以胜诉的。同样，在“迅雷诉蔡旋案”中，被告制作了“迅雷兔子优化版”，将原版迅雷软件进行了优化处理后提供给公众下载。该修改行为是由被告实施的，因此法院判决被告侵犯了“修改权”。^③ 如果迅雷公司直接起诉“迅雷兔子优化版”的用户侵犯“修改权”，是不应得到法院支持的，因为用户并没有动手“修改”软件。

与上述两案的事实相反，“彩虹显案”的被告并没有向公众提供经过修改的 QQ 软件，其提供的仅仅是一个供用户运行的功能修改工具。对此，法院的判决书清楚地指出：

彩虹显 IP 软件是一个不能独立运行，只有在安装了腾讯 QQ 软件的基础上才能运行的软件。^④

既然“彩虹显”软件的制作者与提供者并未实施“修改”QQ 软件的行为，其行为就不可能构成对“修改权”的“直接侵权”。

五、提供修改工具并不构成“间接侵权”

“彩虹显”软件等“修改工具”的提供者虽然未直接修改作品，不可能构成对“修改权”的直接侵权，但如果其引诱他人利用该工具实施侵权，或通过该工具帮助他人实施侵权，则其行为将分别构成“引诱侵权”和“帮助侵权”，也即“间接侵权”。

但是，“间接侵权”的成立是以引诱他人或帮助他人实施“直接侵权”为前提的。^⑤ 因此，要在类似“彩虹显案”的诉讼中认定提供“彩虹显”等修改工具的行为构成“间接侵权”，必须首先认定用户使用“彩虹显”等修改工具的行为构成“直接侵权”。那么，用户同时运行软件和修改工具，导致软件的功能发生改变的行为构成“直接侵权”么？

对此问题的回答，取决于对《软件条例》第 16 条的理解。该条规定：

软件的合法复制品所有人享有下列权利：……（三）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。

笔者认为，无论根据该条自身的内容，还是结合司法解释的规定，都可以对上述问题给出否定的回答。

^② 参见江苏省苏州市虎丘区人民法院（2009）虎知刑初字第 0001 号刑事判决书。

^③ 参见广东省广州市天河区人民法院（2008）天法知民初字第 96 号民事判决书；广东省广州市中级人民法院（2009）穗中法民三终字第 2 号民事判决书。

^④ 同注②。

^⑤ See Metro-Goldwyn-Mayer Studios v Grokster, 545 U.S. 913 at 930 (2005).

首先,即使将对软件的“修改”理解为包括“动态修改”,则“彩虹显案”中的用户运行“彩虹显”软件也符合该条的规定。既然QQ软件是供用户免费下载的,那些下载并安装了QQ软件的用户就属于“软件的合法复制品所有人”。原版QQ软件不能显示网友的IP地址和在线与否的真实状态,通过运行“彩虹显”软件对QQ软件进行“动态修改”,就可以使QQ软件具有这一功能,这当然属于为了满足用户对QQ功能的要求,“改进其功能、性能而进行必要的修改”。

即使“QQ软件许可协议”禁止用户使用“彩虹显”之类的修改工具,用户使用修改工具的行为也并非侵权。这是因为《软件条例》第16条规定的是用户修改软件的“法定权利”,当事人不得通过合同取消这一“法定权利”。

其次,从“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”的用语来看,该条针对的是制作“修改版”软件的行为。换言之,修改者不是像“彩虹显案”中的用户那样,在“软件运行过程中”对软件进行修改,而是像“番茄花园刑事案”和“迅雷诉蔡旋案”中的被告那样,制作了“番茄花园版”和“迅雷兔子优化版”软件。因为只有制作了一个稳定的、可被反复运行的“修改版”,才谈得上向“第三方提供修改后的软件”。

需要指出的是,这一规定也暗示了《软件条例》中“修改权”控制的行为,实际上并非“修改”行为本身。如果对经授权的计算机程序进行修改后,仅供修改者本人使用,没有以任何方式提供给他人,很难想象这种修改行为会对权利人的利益造成什么损害。即使《软件条例》并未规定“软件合法复制品的所有人”有修改软件的“法定权利”,“合理使用”的一般原则也可使该行为免责。因此“修改权”真正要控制的行为,应当是“向任何第三方提供修改后的软件”。

据此,如果“番茄花园刑事案”和“迅雷诉蔡旋案”的被告是为了改进Windows和迅雷软件的功能与性能制作了“番茄花园版”和“迅雷兔子优化版”,并仅限于修改者本人使用,没有以任何方式向他人提供,则《软件条例》第16条对其完全适用,该行为并不构成侵权。

根据“举重以明轻”这一基本的法律解释方法,如果法律已经明确规定一种性质较严重的行为不构成侵权,则性质较轻的行为当然也不构成侵权,无需法律再作出明文规定。从“修改”的性质来看,制作“修改版”软件,当然比仅仅“在运行过程中”借助工具改变软件的功能要严重得多。如果前者都不构成侵权,后者当然也不构成侵权。

第三,《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《司法解释》)第21条明确规定:

计算机软件用户未经许可或者超过许可范围商业使用计算机软件的,依据《著作权法》第47条第(一)项、《计算机软件保护条例》第24条第(一)项的规定承担民事责任。

比较《著作权法》第47条第(一)项和《软件条例》第24条第(一)项可以发现,^②两者唯一重合的就是侵犯“复制权”的责任,并不涉及侵犯“修改权”的责任。

显然,上述司法解释所要解决的问题,是用户商业性使用盗版软件是否构成对“复制权”的侵

^② 2010年修改《著作权法》之后,该《司法解释》提及的《著作权法》第47条第(一)项已变成现行《著作权法》第48条第(一)项。

犯并承担责任。^③ 我国法院在判决此类用户承担侵权责任时, 是以该条司法解释作为法律依据的。^④ 在均不涉及向他人提供软件的情况下, 用户使用盗版软件的行为与用户修改正版软件的行为相比, 显然是前者性质较为严重。同样根据“举重以明轻”的法律解释原理, 如果前者都不构成侵权, 后者当然也不构成侵权。

上述司法解释将使用盗版软件承担侵权责任的前提定为“商业使用计算机软件”, 这意味着非商业使用盗版软件都不会被认定为侵权。“彩虹显案”涉及的均是普通用户运行正版软件的行为。显然, 根据上述司法解释的精神, 用户在运行 QQ 等正版软件的过程中, 调用“彩虹显”等修改工具“动态修改”QQ 等软件的行为, 不可能构成侵权。在用户使用修改工具“动态修改”软件的行为不构成直接侵权的情况下, 制作和向用户提供这一修改工具的行为自然也不可能构成间接侵权。

综上所述, 只有动手修改“代码化指令序列”、制作“修改版”软件的行为才可能构成对“修改权”的“直接侵权”。制作并提供能使用户在软件“运行过程中”对软件进行“动态修改”的“修改工具”, 并不构成对“修改权”的“直接侵权”。如果这一行为仅是为了使正版软件用户能够在软件运行过程中改进其功能或性能, 则并不构成帮助或教唆侵权的行为, 也即不构成“间接侵权”。当然, 制作并提供“修改工具”如果违反了诚实信用原则或公认的商业道德, 有可能构成对软件开发商的不正当竞争, 但这与《著作权法》中的“修改权”并无关系。

为此, 应当将《修改草案》中专为软件权利人规定的“修改权”改称为“演绎权”或“改编权”, 并明确该权利的内容是控制以原软件作品为基础, 创作出新的软件作品, 并进行后续利用的行为。只有这样, 才能厘清“修改权”与其他专有权利的界限, 并避免对“修改权”的错误理解和适用。

【主要参考文献】

1. 世界知识产权组织:《伯尔尼公约指南》, 刘波林译, 中国人民大学出版社 2002 年版。
2. 世界知识产权组织:《著作权与邻接权法律术语汇编》(中英法对照), 刘波林译, 北京大学出版社 2007 年版。
3. 应明、孙彦:《计算机软件的知识产权保护》, 知识产权出版社 2009 年版。
4. 联合国教科文组织:《版权法导论》(汉英对照), 张雨泽译、郭寿康审校, 知识产权出版社 2009 年版。
5. 胡康生主编:《中华人民共和国著作权法释义》, 法律出版社 2011 年版。
6. 姚红主编:《中华人民共和国著作权法释解》, 群众出版社 2011 年版。
7. Hugh Laddie, Peter Prescott, Mary Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs* (2nd Edition), Butterworths, London (1995).
8. Melville B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company (2003).

(责任编辑: 肖建国)

^③ 参见应明、孙彦:《计算机软件的知识产权保护》, 知识产权出版社 2009 年版, 第 402 页。

^④ 参见“微软公司诉被告大众保险股份有限公司侵犯计算机软件著作权案”, 上海市浦东新区人民法院 (2009) 浦民三 (知) 初字第 126 号民事判决书。