

第三方插件与宿主软件著作权问题探讨

——兼评腾讯与奇虎之争

姚志伟 刘润涛

内容提要：腾讯与奇虎的争端引起了对于第三方插件侵犯宿主软件著作权问题的思考。判断第三方插件是否侵犯宿主软件著作权，需要考虑第三方插件开发者是否得到宿主软件著作权人的授权许可；第三方插件的开发过程中有无复制、修改宿主软件；第三方插件在安装入宿主软件所在计算机后有无修改宿主软件代码以及这种修改能否被认为是用户行使必要修改权的行为；第三方插件有无故意避开或者破坏宿主软件著作权人为保护其软件著作权而采取的技术措施、故意删除或者改变软件权利管理电子信息的行为等情况。

关键词：第三方插件 宿主软件 著作费 侵权

一、问题的提出

去年，一场商业大战在我国互联网上演，争端的一方为腾讯科技（深圳）公司（以下简称腾讯），另一方为北京奇虎科技有限公司（以下简称奇虎）。腾讯旗下的QQ聊天软件（以下简称QQ软件）是一款我国用户数量最多的即时通讯软件，奇虎旗下360安全软件则是一款我国市场上占有率最高的安全软件。两公司明争暗斗，2010年10月27日，奇虎发布一款名为“扣扣保镖”的安全工具，将争端推向高潮。去年11月3日，腾讯发布“致广大QQ用户的一封信”，决定在装有360软件的电脑上停止运行QQ软件，战火波及到普通用户，一时舆论哗然，这次大战也成为影响巨大的公共事件，被戏称为“3Q之争”。在争端中，奇虎指责腾讯侵犯用户隐私，

腾讯则将“扣扣保镖”界定为“外挂”。本文无意判断这场争端谁是谁非，而仅从软件著作权的角度，探讨“扣扣保镖”事件引发的第三方插件侵犯宿主软件著作权问题。

二、第三方插件的概念及法律性质

鉴于腾讯将扣扣保镖界定为“外挂”，因此本文先讨论外挂的概念。我国著作权法上并没有外挂的定义。习惯上，“外挂”这个词在我国主要应用于网络游戏领域，主要指网络游戏外挂。例如有学者认为，外挂是指“故意编制的、以对网络游戏或者包含网络游戏在内的一系列程序产生直接或间接影响的、并非网络游戏客户端的程序。”^①这种常见的定义也体现在政府部门的文件中。^②有学者认为与网络游戏相关的定义过于狭窄，外挂应该有更广义的界定，“凡是附于本

作者简介：姚志伟，广东金融学院法学研究所所长，知识产权研究所成员，讲师。

刘润涛，嘉兴学院文法学院讲师，美国休斯敦大学知识产权项目访问学者。

① 寿步、黄毅峰、朱凌、杨威：《外挂程序的定义特征和分类》，载《电子知识产权》2005年第8期，第15页。

② 见新闻出版总署、信息产业部、国家工商行政管理总局、国家版权局、全国“扫黄”“打非”工作小组办公室关于联合发布《关于开展对“私服”、“外挂”专项治理的通知》（新出联[2003]19号）。

体软件,辅助或扩展本体软件功能的软件都是外挂软件。”^③这个定义与插件的定义是十分相似的,例如有学者认为,插件是指:“一种遵循一定规范的应用程序接口编写出来的程序,主要是用来扩展目标软件功能。”^④事实上,在我国实践中,对于这种“扩充目标软件功能”的软件,“外挂”与“插件”两个概念经常混用,例如在陈寿福因开发“珊瑚虫QQ”与腾讯的纠纷中,对于“珊瑚虫增强包”这一QQ软件的第三方扩展软件,外挂和插件的两种界定都有。在2006年的民事审判中,腾讯主张“珊瑚虫QQ增强包”是一种“外挂”,^⑤而2008年的刑事审判中,南山区法院就认定其性质为“插件”。^⑥学界对此案的评论中,一般也将“珊瑚虫增强包”认定为“插件”。^⑦笔者认为,鉴于外挂在习惯上一般等同于网络游戏外挂,政府文件中也有这种界定,并且认为其非法,所以从技术中立的角度,同时也为避免混淆,使用中性质意义“插件”这一概念表述似乎更为妥当。

一般认为,插件的设计目的往往是扩展宿主软件的功能。笔者认为,用扩展来概括并不能完全涵盖插件的外延,例如有些插件是解决宿主软件与其他软件的兼容性问题;有的插件是限制宿主软件的一些功能,例如扣扣保镖限制QQ的弹出窗口就非常典型;有的插件可能会修改软件的用户界面;还有的插件改变软件的运行状态,例如游戏修改器这类插件可以修改游戏中人物的数值,带给用户不同的游戏体验。所以笔者认为,

用“改变功能、性能”这样一种中性化的词语可能更为恰当,这与《计算机软件保护条例》中对软件修改的相关规定也相吻合。^⑧所以本文将插件界定为一种遵循一定规范的应用程序接口编写出来的程序,主要是用来改变宿主软件的功能和性能。这里的宿主软件是指插件发生作用的对象,即插件依附于其上,发挥功能的目标程序。

插件按照开发者的不同,可以分为软件著作权人开发的插件,软件用户开发并仅限于自行使用的插件以及这两者之外的第三方开发的、提供给开发者之外的人使用的插件。这种第三方开发的插件就是本文要探讨的“第三方插件”,扣扣保镖正是属于这种插件。

第三方插件由于是第三方开发给用户使用,这里就形成了宿主软件著作权人、用户与插件开发者^⑨三个主体之间的复杂关系,也给我们分析第三方插件的法律性质带来了困难。尽管如此,第三方插件的法律性质可以从以下几个方面分析:

第一,第三方插件是软件著作权人和软件最终用户之外的第三方开发的、提供给他人使用的程序,开发者一般并不直接使用这种插件。所以,在用户使用插件对宿主软件进行一定改变后,形成了较为复杂的法律关系,即用户使用第三方插件改变宿主软件形成的用户与软件著作权人之间的关系、第三方插件开发者与软件著作权人之间的关系和用户与第三方插件开发者之间的关系,这三种法律关系交互在一起,相互作用。

③ 张以标:《插件(软件)作品的侵权案法律分析》,载《信息安全》2009年第11期,第17页。

④ 周洪涛、单晓光:《第三方插件与软件著作权保护——以珊瑚虫版QQ案为视角》,载《东方法学》2008年第5期,第110页。

⑤ “腾讯科技(深圳)有限公司诉陈寿福著作权侵权及不正当竞争纠纷案”判决书中载:“腾讯公司诉陈寿福在‘珊瑚虫工作室’上设置外挂程序等行为构成不正当竞争。”见北京市海淀区人民法院(2006)海民初字第25301号民事判决书。

⑥ 深圳市南山区法院在“陈寿福侵害著作权”案中认定:“被告人陈寿福从腾讯科技(深圳)有限公司(以下简称腾讯公司)的网站下载了不同版本的腾讯QQ系列软件后,未经腾讯公司许可,在腾讯QQ软件中加入珊瑚虫插件。”见深圳市中级人民法院(2008)深中法刑二终字第415号刑事判决书。笔者没有找到该案的一审判决书,故只能引用二审判决书中对初审法院判决的记载。

⑦ 例如袁彬:《从珊瑚虫QQ案谈第三方插件的性质及刑法保护》,载《国家检察官学院学报》2008年第4期,第113~118页;周洪涛、单晓光:《第三方插件与软件著作权保护——以珊瑚虫版QQ案为视角》,载《东方法学》2008年第5期,第109~105页。

⑧ 《计算机软件保护条例》第16条第3款规定:“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。”

⑨ 除用户外,一般情况下,第三方插件侵权行为的主体是第三方插件的开发者。当然还会存在第三方插件开发者与著作权人不一致以及第三方插件开发者以外的人将插件提供给用户使用的情况,为了讨论的顺畅性,本文不纠缠于这些细节,默认第三方插件由开发者提供给用户使用。当然,即使侵权主体发生转变,也不影响本文结论的成立。

第二,第三方插件是按照一定规范的应用程序接口编写出来的,以通过接口实现与宿主软件兼容。第三方插件功能的实现必须依赖于宿主软件运行,如果宿主软件不运行,则第三方插件无法实现其针对宿主软件的功能,所以,第三方插件对宿主软件有很强的依赖性。

第三,正是由于第三方插件需要通过技术手段改变宿主软件的功能、性能,从著作权法角度来看,第三方插件可能主要涉及到侵犯宿主软件的复制权、修改权。^⑩

三、第三方插件侵犯宿主软件著作权的情况^⑪

考虑第三方插件是否有侵犯宿主软件著作权的情况,首先需要考虑的是第三方插件的开发是否得到宿主软件著作权人的许可。如果宿主软件著作权人许可他人使用其作品,开发第三方插件,那么第三方插件开发者在遵守许可协议的情况下,复制、修改宿主软件的行为都不侵犯著作权。这种许可,按照现行法律规定,需要订立许可使用合同。当然,这种许可只要不是专有许可,不要求必须订立书面合同。^⑫许可不侵权,那么在未许可的情况下,开发第三方插件的行为是否一定侵权,需要具体分析。

(一) 第三方插件修改宿主软件代码的情况

这类插件的工作机理是通过修改宿主软件的代码来实现其对宿主软件功能的改变。在这种情况下,第三方插件主要可能涉及到侵犯修改权。

所谓修改权,按照《著作权法》第10条的规定,是指著作权人享有的修改或者授权他人修改作品的权利。具体到计算机软件的修改权,按《计算机软件保护条例》第8条规定,是指对软件进行增补、删节,或者改变指令、语句顺序的权利。这里对软件进行增补、删节应该按照条例对于“软件”概念的界定,指增补、删节代码(包括源代码和目标代码)及相关文档。^⑬按照这个定义,第三方插件在安装后修改了宿主软件的代码,就一定侵犯了修改权吗?其实未必。

《计算机软件保护条例》第16条第3款规定:“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。”这种修改在实务中往往被称为“适用性修改”,^⑭这种权利也被称为“必要修改权”。^⑮按照这种权利,软件合法复制品所有人可以进行必要的“适用性修改”,无需软件著作权人授权,其修改行为当然也不是侵权。那么第三方插件在安装状态下对宿主软件的修改是否可以因为这一条款而不被认为是侵权呢?这是有可能的,但需要满足以下条件:

第一,第三方插件对宿主软件的修改必须是基于用户的自主意志而进行,并受其控制,也就是用户以第三方插件为工具,自主进行修改。按照法律规定,软件的必要修改权仅授予拥有合法复制品所有权的用户,所以只有其修改行为才不被视为侵权。如果第三方插件是违背用户意志强

^⑩ 修改作品除了涉及到修改权外,还涉及到保护作品完整权。但是《计算机软件保护条例》只规定了修改权,而没有规定保护作品完整权。因此,修改软件作品只涉及修改权,而不涉及保护作品完整权,司法实践中也是采用这种做法。“上海微博电脑有限公司诉被告肖剑业、上海颂惠成电子科技有限公司计算机软件著作权侵权纠纷”一案中,判决书中明确指出:“本院认为,《计算机软件保护条例》所规定的软件著作权人的权利包括发表权、署名权、修改权、复制权、发行权、出租权、信息网络出版权、翻译权等,并不包括保护作品完整权,故原告的上述主张缺乏法律依据。”见上海市第一中级人民法院(2004)沪一中民五(知)初字第33号民事判决书。

^⑪ 需要指出的是,“第三方插件侵犯宿主软件著作权”的说法并不严谨,著作权的主体应该是人(包括自然人和法人)而非一个软件,但是为了行文的简便,避免繁琐,采用这种用法,下文同。

^⑫ 见《著作权法》第24条、《计算机软件保护条例》第18条、第19条。

^⑬ 见《计算机软件保护条例》第3条。

^⑭ 见高静:《软件“适用性修改”及相关权利的限制——深圳伊泰克公司计算机软件纠纷案评析》,载《科技与法律》2009年第2期,第57~60页。

^⑮ 见黄亚非:《计算机软件保护之修改权探讨》,载吕彦主编:《计算机软件知识产权保护研究》,法律出版社2005年版,第256~269页。

制安装运行,修改宿主软件代码,那么其修改行为应该被视为第三方插件的开发者作出,而非用户作出,这种修改行为当然也就不能因必要修改权而免于侵权嫌疑。当然,如果第三方插件在没有明示用户的情况下对宿主软件的进行修改,也就是说用户是被蒙蔽的,那么其修改行为也不能被视为用户所作出。简而论之,第三方插件的修改行为必须对用户明示,让用户了解其操作可能导致的结果,这样,修改行为才能被认为是用户作出,受用户控制,也就不被视为侵权。

第二,作出修改的用户必须是合法复制品所有人。现行保护条例规定必要修改权的主体为“合法复制品所有人”。按此规定,合法复制品的被许可人、租赁人和非法复制品(如盗版软件)的所有人、持有人都被排除在必要修改权的主体之外。

第三,修改目的必须是“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”,也就是“适用性修改”。具体而言,“适用性修改”又包括“兼容性修改”和“改进性修改”。所谓“兼容性修改”主要是解决软件的兼容性问题,因为软件的运行依赖于一定的计算机应用环境。在有些环境下,软件与软件之间、软件与系统之间会出现不兼容的问题,这种情况下法律赋予合法复制品所有者以修改权,使软件能够适应一定的计算机应用环境,解决兼容的问题。至于改进性修改,按照条文的表达是“改进功能、性能”。

第四,这种修改应该是“必要的”。至于何为“必要”,并无相关法律法规进行解释。

如果同时满足以上四个条件,那么第三方插件修改宿主软件代码的行为则可以被视作为用户行使必要修改权的行为,不构成侵权。否则就侵犯了宿主软件的修改权。

如果第三方插件的修改行为满足第一个条件,即是基于用户的自主意识作出的,用户以第

三方插件为工具修改宿主软件,则用户与第三方插件的开发者承担共同侵权责任,用户承担直接侵权责任,而第三方插件开发者承担帮助侵权责任。

如果第三方插件的修改行为没有满足第一个条件,不是由用户基于自主意志作出,而是由第三方插件采用技术手段欺骗或强制用户作出,那么用户一般情况下应该不需要负侵权责任,而第三方插件开发者则应承担直接侵权责任。

(二) 第三方插件不修改宿主软件代码的情况

不修改宿主软件代码的插件主要是通过改变插件与宿主软件之间的调用条件,通过插件向本地发出适当的数据参数信息,从而实现绕过、阻止、增加或改变宿主软件功能的目的。^{①⑥}

由于没有修改宿主软件的代码,那么第三方插件对宿主软件的修改主要是功能、用户界面的修改。那么对功能、用户界面的修改是不是侵犯宿主软件的著作权呢?这取决于软件的功能、用户界面是否受著作权法的保护。

“作为能够以某种有形形式复制的智力创作成果,作品是其作者一定构思的表达。版权法规只保护作者一定构思的独创性表达,这种保护不能延及构思本身。这是划分版权保护范围的一项基本原则。”^{①⑦}这就是所谓的“思想表达二分法”(idea/expression dichotomy)原则。^{①⑧}这一原则同样适用于计算机软件作品,我国《计算机软件保护条例》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”。第3条规定:“(一)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

^{①⑥} 该概念参考《网络插件的运行方式和商业模式对法律责任的影响分析》一文中对网络插件运行方式的描述,网络插件属于插件的一种,其运行模式与一般插件相同。见魏士廩:《网络插件的运行方式和商业模式对法律责任的影响分析》, http://blog.sina.com.cn/s/blog_5a81db850100b87i.html, 2010年11月11日访问。

^{①⑦} Raymond T. Nimmer: *The Law of Computer Technology*. Warren, Gorham, & Lamont. 1985. Chap. 1, part. A, & 1.02.

^{①⑧} Baker v. Selden, 101 U. S. 99 (1879).

指令序列或者符号化语句序列。同一计算机程序的源程序和目标程序为同一作品。(二)文档,是指用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的文字资料和图表等,如程序设计说明书、流程图、用户手册等”。第6条规定:“本条例对著作权的保护不延及开发软件所用的思想、处理过程、操作方法或者数学概念等”。按照这个定义,软件的功能被排除在计算机软件之外,不受著作权保护,也符合国际通行的做法。^①所以,不能认定第三方插件修改宿主软件功能的行为是侵犯著作权的行为。

至于用户界面,一般被认为是一种操作方法,从而不属于计算机软件的范畴。但是,如果其具备独创性并能以某种形式被复制,则“可以将其归纳为我国著作权法规定的相应作品,给予著作权法的一般保护。”^②按照这个原则,如果第三方插件修改的用户界面具备独创性并且能够以某种形式被复制,成为著作权法意义上的一般“作品”而非“软件作品”,则第三方插件涉及到侵犯著作权法上的修改权而非软件修改权;如果用户界面不具备独创性或不能以某种形式被复制,则第三方插件修改宿主软件用户界面的行为不侵犯修改权。

当然,某些第三方插件还会修改宿主软件运行过程中所产生的数据,这在网络游戏软件上比较普遍。那么修改数据的行为是否侵犯到修改权呢?这也取决于软件运行过程中所产生的数据是否属于软件的一部分。答案应该是不属于。因为软件运行过程中产生的数据并不属于软件代码和相关文档。我国的司法实践也否认数据可以受计算机软件著作权保护。在“北京精雕科技有限公

司诉上海奈凯电子科技有限公司计算机软件著作权侵权纠纷案”中,法院判定原告拥有著作权软件输出的数据文件“本身不是代码化指令序列或者符号化指令序列或者符号化语句序列,也无法通过计算机运行和执行”,因而不属于计算机软件著作权的保护范围。^③在“王一辉、金珂、汤明职务侵占案”中,被告三人修改了原告拥有著作权的网络游戏“热血传奇”服务器上的数据,导致游戏中人物的武器和装备被修改,被告通过出售这些修改后的武器、装备牟利,因而被检察院控以“侵犯著作权罪”。法院在审理后认为:“本案中三被告人实施的行为是修改游戏软件数据库中的数据的行为,并没有修改软件。”^④此判决同样否认了数据是软件的一部分。既然数据并不受计算机软件著作权的保护,那么第三方插件修改宿主软件运行所产生数据的行为,并不侵犯宿主软件著作权人的修改权。

(三) 其它侵犯宿主软件著作权的行为

需要指出的是,以上两点分析针对的都是第三方插件已装入宿主软件所在计算机的情况。如果第三方插件尚未安装进入宿主软件所在的计算机,也有可能侵犯宿主软件著作权,主要是看第三方插件开发过程中有没有复制或修改宿主软件的计算机程序及其有关文档。如果有,则是侵权,第三方插件的开发者应该承担直接侵权责任。这种侵权与一般软件之间的著作权侵权基本相同。

此外,第三方插件的一些特定行为也会侵犯到宿主软件的著作权。按照相关法律规定,^⑤第三方插件故意避开或者破坏宿主软件著作权人为保护其软件著作权而采取的技术措施、故意删除或者改变软件权利管理电子信息,也会可能侵犯宿主软件著作权。如果第三方插件的这些行为

^① Craig Joyce, Marshall Leaffer, Peter Jaszi, Tyler Ochoa, Copyright Law (8th ed.), LexisNexis, 2010, P158~159.

^② 何渊:《计算机软件界面是否构成“作品”——析原告北京久其软件股份有限公司与被告上海天巨计算机软件著作权侵权纠纷案》,载《电子知识产权》2005年第10期,第50页。

^③ 见上海市第一中级人民法院(2006)沪一中民五(知)初字第134号民事判决书。该案二审维持原判,见上海市高级人民法院(2006)沪高民三(知)终字第110号民事判决书,且该判决书载于《中华人民共和国最高人民法院公报》2007年第12期。

^④ 见上海市浦东新区人民法院(2006)浦刑初字第929号民事判决书。

^⑤ 《著作权法》第48条第6项、第7项;《计算机软件保护条例》第24条第3项、第4项。

是基于用户意志作出的,则用户承担直接侵权责任,第三方插件开发者承担帮助侵权责任;如果这些行为是第三方插件采用技术手段欺骗或强制用户作出的,则由第三方插件开发者承担直接侵权责任。

四、结 语

第三方插件的本质是利用技术手段改变宿主软件的功能、性能,在没有得到宿主软件著作权人许可使用其著作权、开发第三方插件的情况下,这种对宿主软件功能、性能的改变可能会侵犯宿主软件著作权人的著作权:首先,在第三方插件未安装进入宿主软件所在计算机的状态下,如果第三方插件在开发过程中复制、修改宿主软件,则侵犯了宿主软件的复制权和修改权。其次,在第三方插件已安装进入宿主软件所在计算机的状态下,如果第三方插件修改了宿主软件的代码,则可能会侵犯宿主软件的修改权,但这时需要考虑到用户的必要修改权问题。如果修改行为满足用户行使必要修改权的四个条件,则这种修改不是侵权。如果第三方插件没有修改宿主软件的代码,仅仅修改了宿主软件的功能、用户界面、运行产生的数据,按照现行法律规定,也不构成侵犯软件的修改权。最后,如果第三方插件故意避开或者破坏宿主软件著作权人为保护其软件著作权而采取的技术措施、故意删除或者改变软件权利管理电子信息,也会侵犯宿主软件著作权。

具体到扣扣保镖,在法院没有认定相关事实以前,笔者无法对双方说词的真实性进行判断,所以只能进行假设性的研讨。

第一,奇虎开发扣扣保镖前有没有得到腾讯对于QQ软件之复制、修改等权利的授权许可,如果有,只要奇虎遵守许可协议,那么扣扣保镖对QQ软件程序的复制、修改行为都会因为授权许可而不被视为侵权;反之,则可能侵权。第二(从第二点开始,为未授权情况下的讨论),扣扣保镖在开发过程中有没有复制、修改QQ软件程序,如果有,那奇虎涉嫌到侵权,而且是

涉嫌直接侵权。第三,扣扣保镖在安装进入用户装有QQ软件的计算机后是否修改了QQ软件代码,如果有,则也涉嫌侵犯QQ软件的修改权。因为根据现行QQ软件与用户的《软件许可及服务协议》,用户只是QQ软件的被许可人,因此不享有必要修改权,并且该协议还规定:“不可以对该软件或者该软件运行过程中释放到任何计算机终端内存中的数据及该软件运行过程中客户端与服务器端的交互数据进行复制、更改、修改、挂接运行或创作任何衍生作品,形式包括但不限于使用插件、外挂或非经授权的第三方工具/服务接入本‘软件’和相关系统。”^④因此,根据双方协议,用户也没有修改QQ软件的权利。这种情况下,如果是基于用户意志,用户利用扣扣保镖进行修改,则用户和奇虎涉嫌共同侵权,用户涉嫌直接侵权,奇虎涉嫌帮助侵权。如果不是基于用户意志进行修改,而是扣扣保镖采用技术手段欺骗或强制用户作出修改,则用户不侵权,奇虎涉嫌直接侵权。第四,如果扣扣保镖没有修改QQ软件的代码,而仅仅只是修改QQ的功能和用户界面,如拦截弹出广告、阻止升级,按照现行法律规定不被认为是侵犯软件著作权。第五,如果扣扣保镖故意避开或者破坏腾讯为保护QQ软件著作权而采取的技术措施、故意删除或者改变QQ软件权利管理电子信息,则也涉嫌侵权。

本文仅针对第三方插件可能涉及的侵犯著作权情况进行了分析,而没有涉及第三方插件可能的其它违法情形。即使第三方插件没有侵犯著作权,也还可能侵犯权利人的其它权利,例如商标权。并且在某些情况下,还可能会涉嫌不正当竞争,当然这些并非本文讨论的范围。此次腾讯与奇虎之间围绕扣扣保镖事件的争端,看似两个公司之间的市场争夺,实质是整个互联网产业蓬勃发展表象下掩盖的矛盾的一次激化,也对中国互联网法制建设提出了新的挑战。■

^④ 腾讯公司《软件许可及服务协议》, <http://freeqqm.qq.com/agreement.html>, 2010年11月16日访问。