

# 云计算时代制约窃取个人信息软件 著作权的法律机制

陈 星

内容提要：计算机软件窃取个人信息危及个人权利乃至国家安全，但是窃取个人信息软件作品享有著作权，具有自然法、制度上和功能上的正当性。虽然窃取个人信息软件作品受著作权法保护，但是其权利行使应当受到限制。借鉴物权法上物的分类理论，将窃取个人信息软件作品归类为禁止传播作品，从流通利用环节对其进行管制。

关键词：云计算 软件作品 著作权 个人信息

**Abstract:** Softwares which stealing personal information threaten individual rights and national security seriously. However, from the perspective of natural law, those softwares are legitimate in legal system and function and should have copyright. The exercise of rights of these softwares should be restricted although they are protected by copyright law. According to the theory of property law, these stealing personal information softwares are dissemination-prohibited works and we can supervise them in circulation.

**Key Words:** cloud computing; software work; copyright; personal information

云计算将成为IT产业继PC、互联网之后的第三次革命浪潮，不仅根本性地变革着信息生产的过程和生态环境，也显著改变着信息传播与利用的基本模式和具体方式<sup>①</sup>，云计算将改变软件企业的商业模式，提高盈利水平。<sup>②</sup>大数据的到来，用户信息成为企业的核心竞争力，个人信息侵权、滥用与贩卖已经形成一条黑色产业链<sup>③</sup>，软件是实现个人信息收集、处理与利用的重要介质与工具，一部分软件开发者专门开发恶意窃取用户个人信息的软件，以提供免费服务为幌子和诱饵，以窃取用户信息和隐私为直接目的，通过恶意软件窃取用户信息从事专门贩卖个人信息的业务，给用户权益带来极大侵害。本文将研究对象限定为以窃取用户个人信息和隐私为目的的恶意

软件，追根溯源，探寻该类软件开发环节中的软件作品著作权及其制约机制。

## 一、大数据背景下窃取个人信息软件带来的挑战与权利冲突

### （一）窃取个人信息软件引发的安全危机

窃取个人信息软件是指以窃取用户个人信息为目的，不经用户许可、同意恶意收集用户个人信息的计算机软件，与之相关的称谓有“流氓软件”、“恶意软件”、“违法软件”等，而这几个概念目前尚无明确的界定，窃取个人信息软件则通常被归为其中的一个类别。窃取个人信息软件引发的安全危机不仅体现在对用户个人权利与

---

作者简介：陈星，重庆大学法学院博士研究生

基金项目：本文系国家社科基金重大项目课题“国家网络空间安全法律保障机制研究”（批准号：13&ZD181）阶段成果。

① 王太平：《云计算环境下的著作权制度：挑战、机遇与未来展望》，载《知识产权》2013年第12期，第18页。

② 王文京：《云计算将改变软件企业的商业模式，提高盈利水平》，[http://www.aozsoft.com/\\_d272966428.htm](http://www.aozsoft.com/_d272966428.htm)，最后访问日期：2013年1月18日。

③ 廖小清、吴亮辉、陈勇：《个人信息泄露形成黑色产业链，几乎人人“裸奔”》，[http://news.jcrb.com/jxsw/201205/t20120510\\_858605.html](http://news.jcrb.com/jxsw/201205/t20120510_858605.html)。

安全的挑战,更是直接危及到国家信息安全,在云计算时代成为亟需解决的重要问题。

### 1. 窃取个人信息软件挑战个人权利与安全

烽火从2010年绵延至2014年,让整个中国互联网硝烟弥漫的“3Q大战”,又被称为“隐私大战”,以腾讯、360为代表的中国主要互联网商纷纷卷入此场战火,而两大阵营互相攻击的核心理由便是对方窃取用户个人信息、窥视用户隐私。<sup>④</sup>大数据时代,实现个人信息收集、处理与利用的重要工具即是软件。随着物联网、移动互联网的运用,软件从传统计算机向智能手机、平板电脑等一切电子终端蔓延,变得“无处不有、无所不在”,与此同时,个人信息的收集与窃取,变得无所不在,对个人权利与安全的挑战亦变得无所不在,用户人格利益沦为互联网上任人宰割的“鱼肉”。

由于用户信息巨大的商业价值,专门收集用户信息的恶意软件开始涌现,并在软件市场中占据较大比例。复旦大学计算机科学技术学院发布的调查报告显示,以获取用户隐私信息为目的的智能手机程序大量涌现。<sup>⑤</sup>2013年央视“3·15”晚会曝光了大量手机应用软件“越权”读取用户信息的信息,引起社会广泛关注。更残酷的现实是,不仅仅是正规软件越权收集、过度收集用户信息,而以专门窃取用户个人信息为目的的恶意软件通过各种虚假的伪装跃居应用软件商店的热门榜单,2013年3月的数据显示,Android应用生态恶意软件此2012年同比增长580%。<sup>⑥</sup>面对大量窃取个人信息、泄露用户隐私的软件,一方面用户无法进行专业识别、有效防范,用户个人信息便在悄无声息中泄露殆尽,另一方面智能手机通常内置应用软件进行捆绑销售,让用户无法卸载,倘若这些内置软件具有窃取用户个人信息的功能,让用户更是束手无策,不仅侵犯用户个人信息、隐私等人格权益,更是剥夺了用户作为消

费者的选择权<sup>⑦</sup>,并将用户的人格利益、信息安全践踏于脚下。

### 2. 窃取个人信息软件威胁国家安全

互联网上,不仅是网络服务提供者、软件开发者对于用户信息具有巨大的商业需求,事实上,美英等发达国家也借助软件收集用户个人信息,实现对网络空间的全面监控,企图借此在网络空间延续其在现实世界的影响,进而推行网络殖民文化和网络霸权主义。

2013年6月,“棱镜门”事件爆发,美国政府利用微软九大顶级互联网公司肆意监控和收集各国政府、政要和网络用户信息的行为大白于天下,一石激起千层浪,遭到了世界各国的纷纷谴责,美国鼓吹“网络自由”的虚伪面具亦被瞬间撕毁。2014年1月27日,英国《卫报》、美国《纽约时报》和新闻网站“为了人民”分别以斯诺登为消息源刊文,警告全球大约10亿智能手机用户,他们在智能手机上使用的地图、游戏和社交软件有可能被美国国家安全局和英国政府通信总部利用,其中包括全球下载超17亿次的游戏应用软件“愤怒的小鸟”。<sup>⑧</sup>持续发酵的监听监控事件,让各国政府和网民均感受到来自网络空间的安全威胁不仅仅针对用户个人,更直接威胁到国家的整体安全。

“棱镜门”事件揭露出来的美英政府监控世界各国、窃取全球用户信息不过是其监控计划的冰山一角,可是该事件却敲响了各国网络信息安全保护的警钟。反观我国网络信息产业,无论是基础设施还是核心技术都已经由外资企业,特别是美国企业所控制。我国的信息产业链条上,路由器、交换机、芯片和软件等基础设备用的是思科、英特尔的;操作系统用的是微软的;Office等应用软件用的是美国的;而国人热衷使用智能手机,三大手机操作系统iOS、Android、Windows都是美国的。<sup>⑨</sup>目前,国外信息产品占

④ 《360与腾讯再起冲突:新推软件称QQ侵犯用户隐私》, <http://it.sohu.com/20100927/n275292055.shtml>, 最后访问日期:2013年3月18日;《金山PK360,互联网用户“隐私大战”爆发》, <http://www.nbd.com.cn/articles/2011-01-05/431500.html>, 最后访问日期:2013年3月18日。

⑤ 《揭秘智能手机安全隐患》, [http://scitech.people.com.cn/n/2012/1127/c1007-19707373.html?\\_A\\_C\\_21=3634](http://scitech.people.com.cn/n/2012/1127/c1007-19707373.html?_A_C_21=3634), 最后访问日期:2013年3月18日。

⑥ 《央视315:手机应用授权泛滥 暴露个人隐私》, <http://mobile.163.com/13/0315/21/8Q1PFBVI0011671M.html>, 最后访问日期:2013年3月18日。

⑦ 《内置第三方应用无法卸载, HTC等手机被指绑架用户》, <http://finance.chinanews.com/it/2012/03-15/3747026.shtml>, 最后访问日期:2013年3月18日。

⑧ 《美英疑借“愤怒的小鸟”搜集用户个人信息》, [http://news.xinhuanet.com/world/2014-01/29/c\\_126076000.html](http://news.xinhuanet.com/world/2014-01/29/c_126076000.html), 最后访问日期:2014年2月2日。

⑨ 《网络战时代 加强对外国企业设备安全审查》, <http://www.ccidcom.com/html/xinwenfenlei/xinxihua/anquan/201210/29-188093.html>, 最后访问日期:2012年10月29日。

据了我国主流市场,操作系统核心技术被国外掌握,应用软件缺乏安全审查机制<sup>⑩</sup>,网络空间的国家安全已经面临空前严峻的挑战。

## (二) 窃取个人信息软件作品引发的权利冲突

### 1. 个人信息权已成为信息社会重要的人格权

个人信息权,是指本人依法对其个人信息所享有的支配、控制并排除他人侵害的权利。<sup>⑪</sup>个人信息权的主体是个人信息本人,亦即个人信息权人。关于个人信息权的法律属性,国内有人格权说与财产权说之争,王利明教授提出,个人信息权就其主要内容和特征而言,在民事权利体系中,应当属于人格权的范畴。<sup>⑫</sup>齐爱民教授认为,个人信息的收集、处理和利用直接关系到个人信息本人的人格尊严,个人信息所体现的利益是公民的人格尊严的一部分,具体说就是本人对个人信息所享有的全部利益。<sup>⑬</sup>刘德良教授则基于个人信息具有商业价值,提出对个人信息给予财产权保护,个人信息财产权是主体对其个人信息的商业价值进行支配的一种新型财产权。<sup>⑭</sup>人格权说目前已经成为主流学说被广泛接受并为大陆法系个人信息保护立法所确认。

个人信息权之所以能够发展成为一项独立的具体人格权,并在人格权法中占有重要地位,就是因为个人信息权构建了信息社会中的人格权保护制度,有助于维护信息社会中的社会秩序和捍卫信息社会中的正义。换句话说,个人信息权是适应信息社会而产生的一种新型具体人格权。

### 2. 窃取个人信息软件作品冲击用户个人信息——财产权与人格权的冲突与取舍

窃取个人信息软件作品以恶意收集用户个人信息为直接目的,粗暴地侵犯了用户个人信息权,这是对信息社会用户人格利益的践踏。那么,窃取个人信息软件之上又存在什么权利呢?追根溯源,软件作品之上最为重要和核心的权利无非是“著作权”。

计算机软件作为一种作品,是创作者思想的表达,但是以窃取用户个人信息为目的的恶意软件是否能够取得著作权呢?如果此类软件的创作者享有著作权,著作权作为知识产权的一种,包括了著作人身权和著作财产权,但是就其本质而言,著作权属于财产权,如此则会造成软件著作权人的财产权与用户基于个人信息的人格权之间的冲突。传统法学理论认为,财产权对于人格权的索取,必须在适当的限度内,在达到一定的临界点时,必须立即禁止一切索取行为,进行避让,甚至应采取适当修复措施;对于有些权利,不仅进取和索取的空间有限,相反,在两权相遇时,财产权要主动退让,自我牺牲。<sup>⑮</sup>

窃取个人信息软件作品创作者的著作权与广大用户的个人信息权发生了冲突,作为财产权,该著作权对于用户的人格权必须主动进行退让。可是,窃取个人信息软件的著作权应当如何退让于用户的个人信息权呢?法律制度上到底如何设计才能使这个退让既符合传统法学理论,又能与现有法律体系相融合呢?是以立法形式彻底否定窃取个人信息软件的著作权,牺牲财产权来维护用户的个人信息权和隐私权等人格利益,还是能够寻求到一种既能保障创作者的著作权,又能保护用户的个人信息权,从而实现二者利益平衡的理论与法律机制,则需要进一步探讨与厘清。

## 二、违法软件著作权的理性思辨

### (一) 违法软件是否享有著作权——回到著作权的本源

违法作品,也称为“违禁作品”,其含义一直并无明确的界定,在中国通常意义上是指2010年《著作权法》修改之前第4条第1款所规定的“依法禁止出版、传播的作品”。其实“违法作品”和“依法禁止出版、传播的作品”并不完全等同,前者更为广泛地涵盖了违反法律法规的各种作品,后者更多地从公法的角度强调审查的结

<sup>⑩</sup> 《智能手机系统已被国外产品垄断,信息泄露隐患大》, <http://www.022net.com/2012/8-30/474936402971617.html>, 最后访问日期: 2012年10月29日。

<sup>⑪</sup> 齐爱民:《论个人信息的法律保护》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2005年第2期,第35页。

<sup>⑫</sup> 王利明:《论个人信息在人格权法中的地位》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2012年第6期,第70页。

<sup>⑬</sup> 齐爱民:《论个人信息的法律属性与构成要素》,载《情报理论与实践》2009年第10期,第28页。

<sup>⑭</sup> 刘德良:《个人信息的财产权保护》,载《法学研究》2007年第3期,第86页。

<sup>⑮</sup> 石春玲:《财产权对人格权的积极索取与主动避让》,载《河北法学》2010年第9期,第132页。

果,是指经过审查以后其内容违反有关禁止性规定的作品<sup>16</sup>。这些禁止性规定如1955年全国人大常委会《关于处理违法的图书杂志的决定》中规定图书杂志不得含有六大内容<sup>17</sup>,后来的《出版管理条例》、《音像制品管理条例》、《电影管理条例》、《电信条例》等也有类似规定。本文探讨的违法作品,主要是指虽具有独创性但是作品内容违反法律法规规定的作品,包括作品内容宣扬色情、封建迷信、反动言论等<sup>18</sup>违反公法规定的作品,以及作品内容侵犯他人民事权利等私法权利的作品。窃取个人信息软件作品即属于内容侵犯他人民事权利的违法作品。

关于违法作品是否享有著作权的问题,学界一直争议不断,并形成“否定说”和“肯定说”两大阵营。“否定说”认为,著作权与其他民事权利一样是一种法定权利,不要误解著作权依法产生,该权利就可以解释为自然权利,对那些社会危害较大的言论被法律所禁止,乃是任何国家都会行使的国家主权<sup>19</sup>。“肯定说”认为,作品是否违禁很难判断,否定违禁作品的著作权会增加著作权法实施过程中的操作困难;创作作品是事实行为而不是法律行为,因此创作违禁作品的行为并不必然是无效民事法律行为<sup>20</sup>。欲厘清违法作品是否享有著作权,必须回到著作权的本源去探寻。

首先,违法作品系创作者付出劳动创造而成,获得著作权,具有自然法上的正当性。罗马政治学家和思想家西塞罗告诫人们,人定法应该遵循自然法和自然理性,人类的立法只能依从这个理性而不能用来抵消它。<sup>21</sup>因此要厘清违法作品是否具有著作权这个问题,我们必须回到自然法的理论来探究。英国哲学家洛克的“劳动论”

被称作“知识产权自然法理论”<sup>22</sup>。洛克在《政府论》中将财产权产生的起点归结于人对自身身体所有权这一“天赋人权”,即“每人对他自己的人身享有一种所有权,除他以外任何人都没有这种权利”<sup>23</sup>,这种权利是人基于出生取得的,是神圣不可侵犯的自然权利。根据洛克的理论,上帝将世界给予人类共有,人通过自己身体的劳动使自然东西脱离原本的共同状态,变为己有,这种权利便是财产权。劳动论是财产权的普遍证成理论,有学者据此推理了该理论适用于无形财产和知识产权的正当性:第一,洛克使用了“身体”的概念,据此每一个人对于自己的身体享有财产,而这很明显地包含了思想与智慧;第二,在一个没有被他人占有的物体上施加了自己的劳动使得自己对于整个物创制了财产权,这种混合性的劳动应当包含了智力劳动,因为人的劳动不是纯粹体力的。<sup>24</sup>根据劳动论的基本证成,违法软件作品是作者付出创造性脑力劳动取得的成果,这种劳动甚至可能包含较高的科学水平和技术含量,那么这种高质量劳动成果的作者为什么就不能取得财产权呢?至于是否违法,不过是特定历史时期立法者的主观判断,正如硬币具有一体两面,正如鸦片可以是毒品也可以是药品,那么违法软件在特定环境或许也有其正面价值,人们不应当凭借自己的主观臆断就否定违法软件的财产权。因此,“著作权,就其整体而言,是无法剥夺的,因为著作权是著作权法对作者创作作品这一客观事实的法律认定”<sup>25</sup>,这一法律认定符合自然法则,具有正当性。

其次,从世界上主流著作权取得制度来看,著作权是因“创作”而产生,因此,违法作品的作者因为“创作”自动获得著作权,具有制度上

<sup>16</sup> 丛立先:《违禁作品著作权问题辨析——兼评我国著作权法第4条的修改》,载《法学》2011年第2期,第93页。

<sup>17</sup> 这六大类包括:1.反对人民民主政权,违反政府现行政策和法律、法令的;2.煽动对民族和种族的歧视和压迫,破坏国内各民族团结的;3.妨碍邦交,反对世界和平,宣传帝国主义侵略战争的;4.泄露国家机密的;5.宣扬盗窃、淫秽、凶杀、纵火及其他犯罪行为,危害人民身体健康,败坏社会公德,破坏公共秩序的;6.其他违反宪法和法律法令的。

<sup>18</sup> 杨延超:《违法作品之著作权探究——兼论我国 著作权法 第4条之修改》,载《法学论坛》2010年第3期,第141页。

<sup>19</sup> 刘春田:《知识产权法》,中国人民大学2000年第1版,第48~49页。

<sup>20</sup> 杨延超:《违法作品之著作权探究——兼论我国 著作权法 第4条之修改》,载《法学论坛》2010年第3期,第138页。

<sup>21</sup> 齐爱民:《知识产权法总论》,北京大学出版社2010年第1版,第225页。

<sup>22</sup> 饶明辉:《当代西方知识产权理论的哲学反思》,科学出版社2008年版,第51页。

<sup>23</sup> [英]洛克、叶启芬、翟菊译:《政府论(下篇)》,商务印书馆1964年版,第19页。

<sup>24</sup> Horacio M. Spector, An Outline of a Theory Justifying Intellectual Property Rights, 8 European Intellectual Property Review(EIPR) 270(1989),转引自冯晓青:《劳动理论视野中的若干知识产权理论初探》,载《安徽大学法律评论》2004年第2期,第36页。

<sup>25</sup> 董炳和:《对 著作权法 关于违禁作品规定的思考》,载《法律科学》1994年第4期,第55页。

的正当性。著作权的取得制度主要有两种：一种是自动取得制度，理论上又称为“创作主义”，即著作权因作品创作完成、形成作品这一法律事实的存在而自然取得，不再需要履行任何手续<sup>②6</sup>；另一种是登记取得制度，又称注册取得，即作品创作完成或者出版后还须向有关登记管理机构办理登记注册才能取得著作权。<sup>②7</sup>目前除了个别国家仍采取登记取得制度，绝大多数国家均采用自动取得制度。正如郑成思先生所说，无论是大陆法系国家还是英美法系国家，版权保护都应当说是发端于自动保护。<sup>②8</sup>自动取得作为一项通行的制度，业已被著作权法国际公约所采纳。《伯尔尼公约》第3条第1款规定：“作者为本同盟任何成员国的国民者，其作品无论是否已经出版，都应受到保护。”该公约第5条第2款还进一步明确规定，“享有和行使这些权利不需要履行任何手续，也不论作品起源国是否存在保护”。1992年10月15日，我国正式成为该公约成员国，我国著作权法亦采用自动取得制度保护作品。我国《计算机软件保护条例》第5条规定，“中国公民、法人或者其他组织对其所开发的软件，不论是否发表，依照本条例享有著作权”。因此，违法软件的作者在作品创作完成时，根据国际公约和中国法律，应当自动取得著作权，而不论作品内容为何。

再次，创作者对违法作品享有著作权可以禁止他人对该作品的出版、传播，事实上阻止了违法作品的扩散，具有功能上的正当性。德国学者认为，“那些含有不道德内容的作品，只要刑法禁止它们使用，在这些作品上就不产生各种积极权利，而只产生消极的著作权权利……针对第三人的权利（比如针对剽窃行为有权请求法律保护）却依然存在。”<sup>②9</sup>我国亦有学者认为，“著作权是一种禁止权，而非实施权”，“享有著作权并不意味着有权去实施某种行为，而只意味

着有权阻止他人未经许可而实施某种行为”<sup>③0</sup>，“所谓作者享有著作权，只有当他人未经其许可而实施有关行为（如出版、发行）才有意义”，“不享有著作权，只意味着作者不能禁止他人出版、发行其作品，他人出版发行其作品也不侵犯作者的权利”<sup>③1</sup>。无论如何，作者享有内容违法作品的著作权，对于遏止该作品的传播具有积极的作用。

因此，无论是从自然法来看、从世界主流著作权取得制度来看，还是从著作权的功能来看，违法作品的创作者享有著作权具有正当性与合理性。窃取个人信息的软件，自其作品完成时，软件开发取得该软件的著作权。

## （二）违法软件著作权是否受法律保护——从知识产权法的制度价值谈起

### 1. 违法软件著作权应当受到法律保护

关于违法作品是否受到著作权法的保护，除了上述“无权说”认为违法作品根本不享有著作权，就更谈不上受到知识产权法保护了，而“有权说”中还有一种观点认为，违法作品享有著作权，但是不受著作权法保护，被称为“虚化的权利”<sup>③2</sup>。要确定违法软件的著作权是否应当受到知识产权法的保护，我们首先从知识产权法的制度价值谈起。

吴汉东教授认为，知识产权立法目的在于保护智力创造者的权利，维系社会正义；促进知识广泛传播，有效配置智力资源。这即是正义与效益的双重价值目标。<sup>③3</sup>冯晓青教授认为，知识产权法的目的无非是保护知识创造者的直接目标以及保障知识产品的传播和利用、保障知识和信息的扩散，从而促进经济发展和科学文化繁荣的社会公共利益目的两个主要方面。<sup>③4</sup>齐爱民教授认为，知识产权法的直接目标就是保护财产，是保护知识财产的专门法。<sup>③5</sup>根据上述劳动论的证成，违法软件作品是软件开发者基于创造性脑力

<sup>②6</sup> 吴汉东：《知识产权法学》，北京大学出版社2000年版，第103～04页。

<sup>②7</sup> 张革新：《现代著作权法》，中国法制出版社2006年版，第131页。

<sup>②8</sup> 郑成思：《版权法》，中国人民大学出版社1997年版，第77页。

<sup>②9</sup> [德] M·雷炳德、张恩民译：《著作权法》，法律出版社2005年版，第44页。

<sup>③0</sup> 董炳和：《对 著作权法 关于违禁作品规定的思考》，载《法律科学》1994年第4期，第57页。

<sup>③1</sup> 同注释<sup>③0</sup>。

<sup>③2</sup> 费安玲：《作品的概述》，参见《中华人民共和国著作权法讲析》，中国国际广播出版社1991年版，第167页。

<sup>③3</sup> 吴汉东：《知识产权本质的多维度解读》，载《中国法学》2006年第5期，第97页。

<sup>③4</sup> 冯晓青：《知识产权法的价值构造：知识产权法利益平衡机制研究》，载《中国法学》2007年第1期，第68页。

<sup>③5</sup> 齐爱民：《知识产权法总论》，北京大学出版社2010年版，第57页。

劳动取得的成果，是软件开发者的知识财产，软件开发者对于知识财产的权利是一种绝对权和对世权，对于该财产及其权利的保护正是知识产权法最为直接的目的。

持“享有著作权而不受著作权法保护”观点者，不论在逻辑上还是法理上都是错误的。<sup>③⑥</sup>传统法学理论认为，“权利者，法律之制造物也，无法律即无权利”<sup>③⑦</sup>，“所谓权利，就是受法律保护的状态，不受保护就谈不上权利”<sup>③⑧</sup>。由此可知，“著作权的存在必须以其受法律保护为前提，不存在不受法律保护的著作权。不受著作权法保护，就是不享有著作权。”<sup>③⑨</sup>

再者，我国原《著作权法》第4条第1款“依法禁止出版、传播的作品，不受著作权法保护”引发了WTO“中美知识产权争端”，WTO专家组最后裁决中国著作权法违反了《伯尔尼公约》以及《TRIPS协定》的规定，专家组报告还认为“在被拒绝著作权保护之后的著作权，似乎只是一种幽灵权利，其存在是无法显现出来的”<sup>④①</sup>。最终，我国于2010年修正著作权法时对该条进行了修改。

因此，无论从理论层面还是立法实践，窃取个人信息软件不仅享有著作权，而且应当受到著作权法的保护。

## 2. 违法软件的著作权同时应当受到法律的制约

正义是法最为根本的价值追求，法律是正义的捍卫者。亚里士多德认为，要使事物合于正义（公平），须有毫不偏私的权衡；法律恰恰是这样—一个中道的权衡<sup>④②</sup>。罗马法学家继承古希腊自然法的思想，认为法律是从永恒的普遍的神法——自然法则中产生出来的。西塞罗将法律的作用解释为“法律是根据最古老的、一切事物的始源自然表述的对正义和非正义的区分，人类法律受自然法指导，惩罚邪恶者，保障和维护高

尚者”。<sup>④③</sup>塞尔苏斯说：“法是善良和公正的艺术。”<sup>④④</sup>知识产权法作为法律的一种，正义应当而且必须是其核心价值。知识产权法除了保护知识财产这一直接目的外，还具有鼓励有益于社会知识传播的目的，知识产权法的重要宗旨在于构建创造者利益与社会公共利益之间的平衡，这种平衡不仅体现在社会公众对智力成果的合理利用，还体现在创造者不得借由其所创造的智力成果侵犯他人或社会公众的合法权利与利益。

综上所述，知识产权法的制度价值在于一方面保护创造者的知识财产，另一方面在于保障知识的传播，促进有益社会与经济知识的发展。违法软件作品显然不属于有益社会的知识，如果鼓励其传播则有违知识产权法的宗旨，也有违知识产权法作为法律应当秉持的正义价值。本文认为，违法窃取用户个人信息的软件作品，其作者应当享有著作权并受到知识产权法的保护，但是知识产权法并不应当鼓励该类作品的传播，该类作品的著作权应当受到一定程度的限制。那么限制该类作品著作权的理论基础何在，又应当如何对给类作品进行限制呢？

## 三、制约窃取个人信息软件著作权的法律机制

窃取个人信息软件享有著作权，但是其著作权应当受到限制，到底如何限制该类作品的著作权呢，不妨从同为财产法体系的物权法相关理论与实践寻求借鉴。

### （一）从权利行使角度限制窃取个人信息软件的著作权

关于违法软件著作权限制的学说主要有“权利内容限制说”和“权利行使限制说”。“权利内容限制说”将著作权的具体权项区分为消极权利和积极权利，对违禁作品作者的消极权利应予

③⑥ 董炳和：《对 著作权法 关于违禁作品规定的思考》，载《法律科学》1994年第4期，第52页。

③⑦ 朱贞白：《最新法学通论》，上海法政学社1935年版，第51页。

③⑧ 刘春田：《著作权保护的原则》，载江平、沈仁干等：《中华人民共和国著作权法讲析》，中国国际广播出版社1991年版，第110页。

③⑨ 董炳和：《对 著作权法 关于违禁作品规定的思考》，载《法律科学》1994年第4期，第53页。

④① 金海军：《解析“中国WTO知识产权争端第一案”专家组报告》，<http://ip.people.com.cn/GB/8871936.html>，最后访问日期：2013年12月19日。

④② [古希腊]亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1995年版，第148页。

④③ [古罗马]西塞罗、王焕生译：《论共和国·论法律》，中国政法大学出版社1997年版，第219～220页。

④④ 徐爱国、王振东主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社2003年版，第66页。

保护,对积极权利则不保护。<sup>④</sup>“权利行使限制说”主张,作者可以消极行使权利,禁止积极行使权利,即作者不能通过自己的行为积极地行使版权,但如果他人未经许可使用了作品,则作者享有禁止权。<sup>⑤</sup>“权利内容限制说”本质上是否认违法软件著作权的完整性,前已论及违法软件应当享有著作权,这个著作权就应当是一个完整的权利,而非部分。“权利行使限制说”符合知识产权法的传统理论,因为知识产权的限制就是“指对知识产权人的专有权利行使的限制”<sup>⑥</sup>。

从权利行使角度限制违法作品的著作权,主要是限制违法作品作者积极行使著作财产权,如出版、传播等权利,亦即“保护违禁作品作者的著作人身权,而对著作财产权的保护应限制在消极意义上的禁止权”<sup>⑦</sup>。窃取个人信息软件,其著作权人不得积极利用、传播该软件,同时也意味着其他人也不得利用、传播该软件,否则,不仅可能违反公法上的禁止性规定,也在私法层面侵犯了著作权人的著作权,著作权人有权禁止他人未经许可出版、传播,虽然并不能因此主张损害赔偿。

## (二) 从传播环节划分知识财产类别分类管理

物权法上,以物能否流通、在何种范围流通为标准,可以将物分为流通物、限制流通物和禁止流通物。流通物是指法律允许在民事主体之间自由流通的物。限制流通物是指法律对流通范围和程度都有一定限制的物,如外币、黄金、公民收藏的文物和运动枪支等。禁止流通物是指法律明令禁止流通的物,如土地、矿藏、淫秽书刊等。<sup>⑧</sup>

借鉴物的分类,根据知识财产是否可以被利用传播以及在何种程度上利用传播,可以将知识财产分为可传播知识财产、限制传播知识财产和禁止传播知识财产。具体到著作权法上,根据作

品能否出版、传播为标准,将作品分为可传播作品、限制传播作品和禁止传播作品。窃取个人信息软件作品,由于在信息技术高度发达的时代,其所窃取泄露的个人信息具有不可逆性,极可能造成严重的社会危害,因此,可以将其归类为禁止传播作品,任何人不得擅自利用和传播该作品,否则将承担行政责任乃至刑事责任。

## (三) 以行政法限制窃取个人信息软件的利用与传播

《伯尔尼公约》第17条规定,任何本联盟成员国的主管当局认为必要时,本公约的规定不能以任何方式影响成员国政府通过法律或条例行使权力,以批准、控制或禁止任何作品或制品的流通、表演或展览。“如果说著作权等相关法律是从源头上赋予了法律对权利滥用行为的监督管理,那么形式方面的约束则是从流通环节上阻断恶意软件等行为的传播和危害的重要手段”<sup>⑨</sup>。

对作品的创作、出版和传播活动,是鼓励还是禁止,是国家行使对社会进行管理的权力的一种表现,是政府的行政行为,与著作权法所规范的因作品的创作、出版和传播而产生的民事权利义务关系问题在性质上是根本不同的。因此,什么样的作品不能创作,什么样的作品可以或者不可以出版、传播,应由国家行政法来规定。<sup>⑩</sup>

## 结 语

个人信息作为一种基本人格利益,其经济价值和商业价值在云计算时代更加凸显,而云计算时代计算机软件的广泛运用则给个人信息安全带来更大的危机与挑战。计算机软件作品享有著作权并受到法律保护,但是该类作品应当归类为禁止传播作品,并通过行政立法对其传播、流通进行严格限制,同时完善个人信息保护法律制度,建立计算机软件个人信息安全认证机制,发挥行业自律的作用,实现对计算机软件作品流通的全面监管,防止此类软件作品进入生产、流通领域成为软件产品而造成更大危害。■

<sup>④</sup> 陈雪平、于文阁:《对我国 著作权法 第四条的再认识及修改建议》,载《大庆高等专科学校学报》2003年第1期,第37~38页。

<sup>⑤</sup> 梁志文:《TRIPS争端解决机制下违禁作品的版权保护——以我国 版权法 第4条为中心》,载《法治研究》2010年第3期,第60页。

<sup>⑥</sup> 冯晓青:《论知识产权的若干限制》,载《中国人民大学学报》2004年第1期,第87页。

<sup>⑦</sup> 苏如飞:《WTO裁决与我国 著作权法 的修改》,载《中南林业科技大学学报(社会科学版)》2010年第1期,第67页。

<sup>⑧</sup> 《流通物、限制流通物、禁止流通物》, <http://www.chinalawedu.com/new/201304/fangqianru2013042411434111364710.shtml>, 最后访问日期:2013年10月29日。

<sup>⑨</sup> 李阳:《从恶意软件问题透视著作权制约机制的缺失》,载《中美法律评论》2007年第9期,第31页。

<sup>⑩</sup> 董炳和:《对 著作权法 关于违禁作品规定的思考》,载《法律科学》1994年第4期,第54页。