

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2018.03.014

欢迎按以下格式引用:田辉.论免费软件经营者的法定和契约义务及其法律规制[J].重庆大学学报(社会科学版),2018(3):152-162.

Citation Format: TIAN Hui. Research on legal obligation, contract obligation and legal regulation of freeware operators[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition),2018(3):00-000.

论免费软件经营者的法定和 契约义务及其法律规制

田 辉

(重庆大学 法学院,重庆 400044)

摘要:随着互联网开放共享精神的发展、计算机软件开发技术的改进,以及软件经营商业模式的变化,免费软件越来越多地呈献给广大互联网用户,随之也带来了更多的知识产权纠纷,侵犯个人隐私以及不正当竞争行为时有发生。软件免费经营如何实现盈利,根据权利义务对等原则,软件免费是否意味着软件经营者就无需承担义务?文章主要阐述了免费软件概念、内涵、盈利途径及法律性质,并通过对免费软件经营者的法定义务、契约义务的分析论证,提出有效的法律规制建议。

关键词:免费软件;法定义务;契约义务;知识产权

中图分类号:D923.4 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2018)03-0152-11

根据 Gartner 公司预测,2017 年全球 IT 支出将达到 3.5 万亿美元,比 2016 年增长 2.9%,其中,中国 2017 年将达到 3 503.16 亿美元^[1]。“云计算”“物联网”、电子商务、移动广告、应用内购物等模式正迅猛增长,这其中有很大一部分是通过“免费软件”这种商务运行模式发展的。太平洋软件、ZOL 软件等几大软件运营平台的软件除了行业软件外大部分都标注着“免费”或“免费版”的字样,各类软件下载排名靠前的也都是“免费软件”,“免费软件”已经成为软件经营者和软件使用者的主流选择。软件免费经营背后隐藏的是软件行业经营模式的转变,其获得“转移支付”和“增值服务”的利润已高于直接售卖软件带来的收益。2016 年中国软件业务收入中直接售卖软件产品带来的收入还不到 1/3^[2]。软件免费是否意味着软件经营者不承担或者少承担义务?基于免费软件带来的种种法律风险和问题,有必要对免费软件发展的历史沿革、经营模式和法律性质进行研究,进一步辨析免费软件经营者的法定义务和契约义务,尤其应深入研究基于其技术特点和商业特点的特殊规范,对其进行有效的法律规制。

修回日期:2018-01-02

作者简介:田辉(1982—),男,黑龙江省七台河人,重庆大学法学院博士研究生,主要从事计算机软件知识产权保护研究。

一、免费软件的法律性质

(一) 免费软件的历史沿革

1983年,查理德 Stallman 等人发起了自由软件(free software)运动,反对商业软件模式,抵制软件专利化和版权化,保护计算机软件开发和使用的自由,甚至认为把软件用知识产权方式保护起来不道德^[3]。1998年,Eric Raymond 等人提出了开放源代码软件(Open source software)的概念,开源软件促进会 OSI(Open Source Initiative 开放源代码促进会,又译作开放原始码组织,是一个旨在推动开源软件发展的非盈利组织)对开源软件有着明确的定义。2007年,Google 发布了主要使用了 Apache 许可证的 Android 平台,这是中国国产手机普遍采用的系统来源。在商业软件与开源软件结合领域,软件经营模式也在发生着变化,从传统的“收取高额软件版权费+赠送免费的服务”,到“收取一定的软件版权费+少量的服务费用”,开源软件也从“不收或者极少的软件版权费+一定的收费服务”发展到“一定的软件版权费+较高的服务费用”模式,随着两者的不断结合发展,逐渐产生了“免费的软件版权+高额服务费”的模式、软件即服务(Software-as-a-Service)的模式,软件费用表现为租用费的方式,进而产生了“免费的软件版权+免费服务+转移支付(拓展费用或者向第三者收费)”的模式,这种模式反而是中国软件产业发展的一种极为重要的模式,腾讯 QQ 软件、360 安全卫士软件等免费软件即采用此种模式。这种不收取软件版权费,或者说软件免费,而收取服务费,或者靠拓展业务或者向第三方收取广告等费用的软件就是本文所讨论的免费软件。

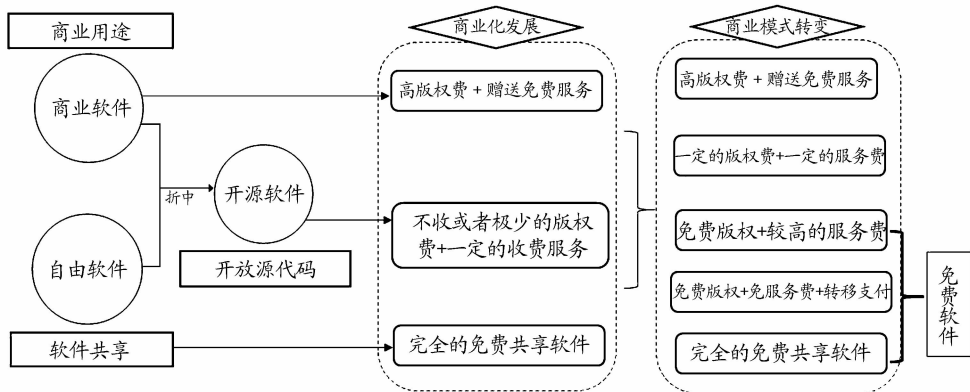


图1 免费软件的发展历程

(二) 免费软件的经营模式

免费软件诞生于“自由、共享”的开源软件开发理念,以及互联网“开放、平等、协作、共享”的精神。在商品经济冲击下,以营利为目的免费软件经营模式逐渐浮出水面,即以“版权免费”的形式出现。有学者认为这是一种破坏性创新的盈利模式,突破传统的直接盈利即商户与客户的二元结构模式,而以互联网广告和互联网增值服务为主的盈利模式^[4]。免费软件主要包括以下几种盈利方式:(1)广告收入。互联网作为技术革新快、影响范围广、传播方式直接便捷的新媒体,广告收入是各类型公司的主营业务收入,免费软件主要通过提高用户占有率、增加传播受众提升广告价值。(2)网站导航、搜索咨询服务。通过导航页面链接客户公司、搜索引擎主页,靠点击量和流量统计赚取佣金。(3)知识产权服务。一种是软件本身只提供知识产权(主要是著作权)买卖的平台;另一种方式是免费软件与著作权人订立知识产权服务协议,通过广告、增值服务其他方式实现企业盈利。(4)排行、认证。基于软件

代理、书籍、音乐等知识产权服务,衍生了排行榜、星级、认证服务等模式,实际上此类排行榜的本质是比较性广告。(5)积累信息财产。在互联网商业竞争中,信息的获取能力尤为重要,在以云计算为代表的技术创新大幕的衬托下,收集和使用数据的能力即是核心竞争力,因此部分学者提出了信息财产的概念^[5]。(6)增值服务。免费软件经营商提供一种个性、特色的延伸服务。综上所述,在软件“免费”面纱的背后是“增值服务”和“转移支付”两种盈利方式,向软件用户延伸的个性、特色服务即为“增值服务”,向第三者以广告、信息财产、知识产权等方式获利的即为“转移支付”。

(三) 免费软件的法律风险

第一,免费软件法律保护较弱、监管有限。免费软件是基于商业竞争行为产生的,具有时效性,技术方面偏于商业方法。《专利审查指南》中列明了可以授予专利的几种软件范围,这个范围非常狭窄无法进行保护,所以有学者提出可以借鉴美国司法判例,尝试将“商业方法”软件纳入专利申请范围^[6]。而著作权保护相对较弱,部分经营者基于成本考虑不进行软件登记,造成法律监管有限。第二,免费软件容易造成知识产权侵权。国内一些免费软件违反许可证协议,抄袭开放源代码软件加以拼接修改,删除原作者信息就直接冠以自主著作权的名义发布,容易侵犯其他类型作品的著作权。第三,免费软件易形成垄断经营和不正当竞争。网络传播是现代信息交换和利润产生的主要媒介,免费软件诞生即将信息网络传播权授予用户,并通过积极宣传推广来扩大市场占有率,软件的免费经营最容易发生的垄断行为就是滥用市场支配地位,而拒绝与限制交易,进行掠夺性定价、搭售等排挤性交易^①。第四,免费软件易对个人信息和隐私权保护造成威胁。个人信息也是一种资源,还承载着个人的人格利益,记录了个人生活的重要部分^[7]。免费软件经营者将个人隐私信息卖给第三方或者进行分析后直接进行盈利经营,既会侵害软件使用者的隐私权,也会使个人财产处于更容易受到侵害的危险中。

(四) 免费软件的法律属性

其一,开源的免费软件许可证是一种版权许可协议。2010年,开源软件历史上的重要案例“Jacobsen 诉 Katzer 案”作出判决,认为“开源协议(许可证)”是一种版权协议,即使该开源协议规定的是放弃著作权的内容,但如果违反这些内容也可以发生著作权侵权^②。软件著作权人有条件地将某些著作权的权能无偿转移给了所有愿意接受许可协议的人,并保留其他权能(如署名权等)和处置这些权利的自由。中国在进行开源软件著作权登记的时候有额外的程序^[8]。

其二,免费软件经营者与软件用户之间建立的是软件有偿使用的合同关系。首先,软件免费使用并不是著作权的许可使用或转让,而只在于软件产品经营范畴。《计算机软件保护条例》要求著作权许可需订立合同以明确许可的权利,免费软件的“用户许可协议”只会规定用户安装、使用、运行的权利,并不涉及版权使用及转让的内容,且会明确注明用户无权处理版权信息。其次,免费软件经营者与软件用户之间建立的是需要支付一定非金钱对价的有偿合同。基于前文的分析,免费使用是指软件产品的使用无需承担支付金钱的义务,但需等价交换软件运行信息、用户“流量贡献”,以及信息网络传播等,这些需支付的合同对价一部分会在“用户许可协议”中规定。

其三,软件的免费经营行为是受《消费者权益保护法》《产品质量法》规范的经营行为。《消费者权益

①奇虎公司与腾讯公司垄断纠纷上诉案判决书(中华人民共和国最高人民法院民事判决书民三终字[2013]4号)。

②https://en.wikipedia.org/wiki/Jacobsen_v._Katzer。

益保护法》《产品质量法》中对于经营的定义为“生产、销售或者提供服务产品的行为”。免费软件通过互联网提供免费下载就是一种销售或者提供服务的行为,并不是“施惠行为”,与一般的销售或者提供服务的区别在于利润并不直接从产品使用者获得,而是通过扩大使用者规模增加产品价值或者转移支付的方式实现。因此,免费软件经营者既要承担《合同法》《软件产品管理办法》《消费者权益保护法》等相关法律法规规定的法定义务,又要承担与开源软件著作权人以及软件用户之间的契约义务。

二、免费软件经营者的法定义务构成

《民法通则》《合同法》《产品质量法》《消费者权益保护法》《侵权责任法》等相关法律法规对商品交易行为产生的各种法律关系作了详尽规范,免费软件的经营行为自然也在规范之列。《计算机软件保护条例》《计算机软件著作权登记办法》《软件产品管理办法》《计算机信息系统安全保护条例》等法律法规,根据软件产品的特点、产业发展状况也制定了专门性的规范。大致可以将免费软件经营者的法定义务归纳为以下几种类型。

(一) 广泛的依法经营义务

《合同法》《产品质量法》《消费者权益保护法》等民事生活各领域的法律法规均规定了经营者的活动需符合相关法律、法规的要求,且不能损害公共利益和国家利益。《软件产品管理办法》第4条规定:“软件产品的开发、生产、销售、进出口等活动应当遵守中国有关法律、法规和标准规范。”这其中的有关法律、法规不仅限于软件管理、产品经营、不正当竞争等民商法的相关规定,还包括行政法、刑法的相关内容,其中免费软件经营带来的人格权保护、国家网络空间安全的问题甚至可能涉及宪法的相关规定。免费软件和收费软件在守法义务上是均等的,不能因免费的经营行为而减轻对于软件守法性的要求。这里尤其要注意的是软件还需符合中国技术标准、规范,中华人民共和国工业和信息化部是制定并发布软件产品测试标准和规范的主体,进行软件产品测试的目的是进行登记和备案,但登记和备案并不是强制性规定,进行备案登记只是可以享受“产业政策”规定的有关鼓励政策的前置条件,《软件企业认定标准及管理办法》直接规定可以享受税收优惠政策的软件企业认定标准。软件经营者不得触犯法律、法规的禁止性规定是强制性规定,而达到技术性标准和规范从现有法规看,是一种选择性规范,当软件经营企业申请有关政策支持时才需要达到此类规范和标准。免费软件经营者相对于收费软件经营者,其登记注册的主动性不足,符合技术性标准和规范义务强制性需要进一步加强。

(二) 先合同义务与法定合同义务

先合同义务是在民法诚实信用、公平原则基础上的一项法定义务,具体体现在合同法第42条。免费软件经营者在软件说明中故意隐瞒软件的缺陷,软件功能描述与实际运行功能不符,软件标明“免费”或没有明示需要收费,而在安装过程中收取使用费等,造成合同无法成立的行为都是违反先合同义务的行为,给软件用户造成损失的应当承担损害赔偿责任。法定合同义务是指当事人即使在合同中没有约定,依据法律规定也应承担的义务。合同法第60条第2款规定:“当事人应当遵循诚实信用原则,根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”免费软件经营者与软件用户之间是通过“最终用户许可协议”确定合同关系的,“最终用户许可协议”是软件经营者制定的电子格式合同,免费软件经营者可以利用优势地位,制定减轻或免除己方责任、加重对方责任、限制或剥夺对方权利的格式条款,或者不在“最终用户许可协议”内规定软件产品的质量和服务内容标准,以减轻自己的责任。

法定合同义务要求软件经营者需承担合同履行的通知、协助、方便、减损、保密等义务,包括经营者对软件产品从免费到收费使用的转变、版本更新或停止运行等影响合同履行的重要事项的通知义务,软件安装、运行、卸载的协助和方便义务,发现软件重大漏洞及时通知和修复漏洞的减损义务等。

(三)安全保障义务

中国法学理论界对安全保障义务的性质有不同的看法,有学者认为安全保障义务属于法定义务,是法律中明确规定的义务人对权利人必须承担的一种最起码的义务,是法律对经营者最基本的要求^[9]。也有学者认为安全保障义务是契约义务,甚至是合同法上的保护义务与侵权行为法上的安全保障义务,就其内容而言,在本质上并无差异^[10]。本文认为免费软件经营者的安全保障义务首先是明确的法定义务,《软件产品管理办法》第4条规定:“任何单位和个人不得开发、生产、销售、进出口含有计算机病毒的软件产品、可能危害计算机系统安全的软件产品。”同时《计算机信息系统安全保护条例》《通信网络安全防护管理办法》《信息安全等级保护管理办法》等专门法规都有明确的以安全保障为内容的限制性规定,这部分内容主要体现在计算机系统安全方面。《消费者权益保护法》第18条规定:“经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务,应当向消费者作出真实的说明和明确的警示,并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。”免费软件经营者在安全保障义务承担方面与收费软件没有区别,对于因软件产品缺陷或带有病毒等原因引发的计算机系统安全问题,或者造成软件用户人身或财产损失应当承担相应责任。

(四)知识产权保护义务

《软件产品管理办法》第4条规定:“任何单位和个人不得开发、生产、销售、进出口侵犯他人知识产权的软件产品。”这是一个较为广义的规定,主要包括两层含义:一是该软件本身应该具有合法的知识产权,可以是自行开发也可以是委托开发,或者基于知识产权合同的受让;二是软件经营过程中不得侵犯他人的知识产权。需要注意的是,部分免费软件具有开源软件的特征,须遵守开源软件的许可证管理制度要求。免费软件未遵守许可证内容,表现出的不是普通的侵犯知识产权形式,比如MIT许可证,只要用户在项目副本中包含了版权声明和许可声明,那么基于此许可证的免费软件未在副本中做出相应声明就违反了许可证内容;Creative Commons许可证还规定了必须以相同方式共享软件作品的源代码,违反了这一共享规则就不是传统意义上的侵犯知识产权形式^[11]。可以说,不侵犯他人知识产权既是一项法定义务,也是一项需要通过知识产权协议或者许可证授权的契约义务。

(五)隐私保护义务

《侵权责任法》第2条将隐私权纳入了需保护的民事权益内容。《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第3条规定:“网络服务提供者和其他企业事业单位及其工作人员对在业务活动中收集的公民个人电子信息必须严格保密,不得泄露、篡改、毁损,不得出售或者非法向他人提供。”第4条规定:“网络服务提供者和其他企业事业单位应当采取技术措施和其他必要措施,确保信息安全,防止在业务活动中收集的公民个人电子信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时,应当立即采取补救措施。”软件免费经营的大都是通过提供网络服务完成的,如即时聊天软件、网页浏览软件、下载软件、云存储软件、在线听歌软件等。在免费软件的经营过程中,最容易接触到软件用户的隐私信息,比如用户浏览和下载记录、注册信息、聊天内容等涉及个人隐

私的信息,法律要求免费软件经营者在必要、明示且征得用户同意的前提下才能收集个人信息,在收集到个人信息后必须严格保密,不得泄露、篡改、毁损,不得出售或者非法向他人提供,并须采取必要的技术措施保障信息安全,在软件用户发现个人隐私受到侵害而提出删除有关信息或者采取其他必要措施予以制止的要求时,免费软件经营者有立即删除或者制止的义务。

三、免费软件经营者履行契约义务的重点问题

基于契约关系权利与义务的对等性,在详细论述契约义务前先简单论述一下免费软件经营者的权利。首先免费软件经营者具有基于知识产权的权利,如发表权、署名权、修改权、保护作品完整权、信息网络传播权等,除此之外免费软件经营者应该享有基于实现软件功能所必须的信息收集、网络使用、数据分析等权利,该权利基于“最终用户许可协议”的明确授权,或者由用户自己填写相关信息并提交,不能主动扫描与实现软件功能本身无关的个人信息。免费软件本身的记录功能是用户信息收集的主要来源。免费浏览器、免费交易平台都具有相应的记录功能,可以记录用户的操作次数、访问地址,这些也是网络中隐私保护权的争夺点。免费软件经营者应该享有基于软件功能的记录数据权利,这些权利虽然不是实现软件功能的必须权利,但确是免费软件开发的根本动力,也是免费软件经营者增值服务或者转移支付的资本来源。如果完全限制此项权利,就会限制行业发展,将不利于整个软件产业的技术革新和进步。

(一) 电子格式合同的法律规范

免费软件经营者与软件用户之间主要通过电子格式合同的方式确定法律关系,电子格式合同可以降低缔约成本,提高交易效率,在一定程度上也可以起到预先分化风险的作用;但是,免费软件经营者作为合同制定者往往凭借单方优势造成权利失衡,构成了对软件用户契约自由的限制,也会限制软件用户的权利,转移举证责任并限制法律救济的方式,还存在软件经营者随时修改电子格式合同的风险。免费软件格式合同关于著作权的限制性规定已经超过了《著作权法》《计算机软件保护条例》赋予著作权人的权利内容,与著作权法鼓励智力成果的创作和传播精神相抵触。《合同法》第39条规定:“采用格式条款订立合同的,提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务,并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款,按照对方的要求,对该条款予以说明。”而电子格式合同往往都是采取一次性点击的方式,需提醒注意的条款隐藏在“最终用户许可协议中”,软件使用者一次点击就视为全盘接受了合同全部条款,限制了合同一方的选择权,也有违契约公平原则。《合同法》第40、41条对格式条款解释和救济作了向接受格式合同方的规定,但在实践中两项条款规定得过于原则性,可操作性不强。《消费者权益保护法》第26条也对格式合同制订方应承担的提醒和说明义务作了规定,但也存在对电子格式合同无法有效适用的问题。因此有必要制定对电子格式合同专门规范的法律,或者在《合同法》中增列专门条款,对电子格式合同的范围、订立程序、必要性内容、责任分担等作出明确规定。

(二) 软件名称和软件说明的法律性质

免费软件经营者作为电子格式合同制订者,为了规避风险和利益最大化,一般不会将软件产品的规格标准、功能特点、评测信息等规定在“最终用户许可协议”中,关于软件费用的信息也不会列明,一般会在软件名称中写明“免费版”,或者不提及软件费用。根据《合同法》第13条,合同当事人订立合

同采取要约和承诺的方式,要约作为意思表示要有确定的内容。免费软件经营者将软件上载到下载平台,即是发出要约的行为,软件的说明文档和其他相关上载的信息应该作为要约的具体内容,用户下载软件,点击确认“最终用户许可协议”进行安装是对要约的承诺,而“最终用户许可协议”缺失了对合同标的的规定;因此,软件的说明应该作为合同的一部分进行认定,软件用户可以基于软件说明提出对合同标的履行的要求。《合同法》第62条第2款规定“价款或者报酬不明确的,按照订立合同时履行地的市场价格履行”。但根据软件行业的实际特点,收费软件应在发出要约时就注明价格,或者在用户安装使用前提示收费,未明示软件价格用户可以直接安装和运行的应视为免费软件。软件名称标明“免费版”而在安装过程中提示收费的,视为对要约的变更,软件运行后提示收费的,应视为对合同内容的变更。

(三)告知义务的主要内容

《合同法》《消费者权益保护法》均对经营者开展经营活动和当事人履行合同规定了告知义务,结合免费软件的特点,软件经营者应主要告知以下内容。

第一,软件基本技术信息及隐患。包括软件的支持平台、位数、版本信息、兼容性、后台调用情况等,对于技术性较强的应用软件,应该明确告知软件的数据格式、采样位率、色彩标准、音频制式等信息。关于技术隐患内容往往会在免责声明中加以概述,但是该部分内容往往会以较为含糊的词语,且归纳为不可抗力或者互联网意外事件等加以规避责任。笔者认为技术隐患应该类似于药品管理一样,经费者应将可能引发的种种情况明确地告知使用者,以便使用者提前做出应对策略,而不是只从经营者角度进行免责。免费软件尤其需要对隐患作出说明,对于突发的技术性问题也需及时告知。

第二,知识产权声明。内容涵盖软件的著作权、商标权等知识产权情况,软件的登记注册情况,许可用户免费使用知识产权的权能内容,还包括对软件涉及的第三方知识产权权能情况,对于有限期的免费使用软件,要明确告知截止日期等信息。对于使用免费软件过程中产生的知识产权权属情况,或者版权声明的注意等,比如使用免费音乐制作软件制作的音乐,著作权人为使用者,但是软件许可协议可以规定以适当方式表示该音乐使用的软件信息,并应告知使用者。开源软件的许可证管理制度更多的是知识产权协议,协议的全部内容都是关于知识产权处理的方式方法,免费软件经营者应遵守许可证的相关内容,履行相关的契约义务。

第三,信息政策。需告知对可能直接收集的信息(如姓名、电子邮件地址、电话号码、照片或银行卡号等)、向第三方提供的共享信息、分析信息(如GPS或者WIFI等方式收集的地理位置信息、程序编程编号、IP地址信息、日志信息、Cookie和匿名标识符等)的处理方式;对信息的存储方式(如存储到经营者服务器或者本地存储等)进行告知,以便使用者及时删除或者转移;还需告知如何使用信息,包括为了提升服务而使用信息,对整个用户数据库进行分析并对用户数据库进行商业上的利用信息,是否需要软件使用者授权,告知访问、修改、删除个人信息的方式和方法,对于未成年人信息的采集和使用要有特别的告知。

第四,版本更新、终止运行的提前告知。负有此项义务的免费软件主要指具有网络服务功能的软件。免费软件用户不具有要求免费软件持续更新和永久运行的权利,原因在于软件用户许可协议一般不会规定软件永久更新和运行。对于付费软件会有关于使用权有效期的约定,当软件经营者未达到约定的服务期限,使用者有权获得赔偿。免费软件停止服务的行为、开始收费的行为往往具有突然性,为

了减少软件用户因软件停止更新或终止运行所带来的损失,免费软件经营者应提前通知,或者做到及时通知。

(四)保留选择权按键

免费软件的免费使用和服务过程实际上是一个不断形成合意的过程,针对其每一项功能都应有双方意思表示一致的要求。应该留有供用户操作的表现选择性权利的按键,这是软件所独有的为缔约过程提供技术服务的义务。选择权主要包括两个方面内容:一是软件本身功能或安装内容的选择权,比如安装位置、插件选择、完全卸载等功能;二是针对收费服务或涉及第三方服务的选择权,比如升级为VIP服务等。选择权按键保留引申的另一层含义为,软件本身的功能和服务都需要用户的逐项合意,软件当然不能通过技术手段影响用户对于其他软件的选择权,比如通过兼容性来限制其他软件的安装,从而达到垄断经营或限制竞争的目的,或者捆绑其他软件强制使用。选择权按键不仅限于软件的功能和服务,还应该在用户许可协议中体现选择权的适用,基于用户的不同选择而构建不同的权利和义务关系,对于较为重要的协议内容,应该分用户权利、知识产权政策、隐私保护策略等多个部分由用户选择确认。

(五)责任承担

无论免费软件或其他软件都会在用户许可协议的免责条款中对使用软件的非直接损失拒绝承担赔偿责任,如云算盘软件许可使用协议中描述:“在适用法律允许的最大范围内,我们在任何情况下不就因使用或不能使用本‘软件’产品及所发生的特殊的、意外的、非直接或间接的损失承担赔偿责任,即使用户已事先向我们告知该损害发生的可能性。”^③笔者认为免费软件相对于意外或者间接损失做到告知和注意义务即可以免责,即免费软件经营者已将使用或者卸载该软件可能发生的情况予以告知,并已尽到足够的注意义务,最大限度地通过技术手段避免该种情况发生,但仍因为软件的问题直接造成了使用者的损失时,可以根据告知行为和谨慎避免行为减轻赔偿责任。对于个人隐私、个人财产和商业秘密,软件许可协议一般也不应有关于此类信息的授权内容,除非该类软件是直接涉及该类信息的管理(如财经软件、加密软件),即便如此也要在显明的位置作出详细的规定,且不能依据单方免责声明而免除对财产和商业秘密损失的责任,即免费软件如果直接涉及个人财产和商业秘密就负有完全的安全保障义务,因保障不利造成的损失,免费软件经营者当负赔偿责任,而故意获取个人隐私、商业秘密等信息进行犯罪的要承担刑事责任。

四、免费软件经营的法律规制

(一)法的价值选择

免费软件基于商业模式转变产生,并结合互联网、计算机技术的发展特征而迅速发展,免费软件与现代社会知识产权法保护体系不相容而导致出现知识产权法精神与软件的发展创新之间的矛盾,解决矛盾的路径就是准确把握立法的价值选择。

基于计算机技术和互联网网络技术的特点,涉及软件的法律规范和法律适用应该体现以下几个特点:(1)普适。世界上任何地方只要有互联网络节点,计算机就可以成为网络环境的主体,成为软件产

^③《云算盘软件许可使用协议》(<http://www.vsupa.com/homepage/xieyi/rjksxyx.htm>)。

品关系的主体。随着技术的发展计算机用户、网络用户逐年增加,调整这一关系的法律更应体现普适性的特点。(2)共享。互联网络含有大量免费资源,计算机信息技术发展体现出共享的特点。这种免费共享具有相对性,更多体现的是资源交换、信息交换,因此相关立法更应尊重互联网的基本特征,保障资源、信息共享的畅通,同时能够合理调节资源、信息的交换关系。(3)迅捷。计算机技术、互联网络反应迅速,信息的产生、传播,以及价值变化快,软件互联网法律要有应急性,具备有效的能动机制,不能只描述当时的法律现象,而不解决法律问题。(4)平衡。既要保护软件开发、技术革新、经营维护的积极性,又要保障免费软件使用者的基本权利,避免掌握优势地位的软件经营者滥用话语权,滥用软件功能不正当竞争从而损害软件用户以及竞争对手的利益。(5)专业。软件、互联网的立法应更体现专业性和技术性,如制订《电子商务法》或者《电子格式合同管理办法》等对专门领域进行规制的法律法规。(6)创新。在保护信息网络知识产权中经常使用的“避风港”原则逐渐被应用在搜索引擎、网络存储、在线图书馆等方面,在面对免费软件的知识产权风险时,可以尝试设立“基本回报原则”“信息网络传播权用尽”等规则。(7)放权。给予行政机构、自律性组织、社会团体更多的权限,通过组织行为的能动性,迅速对新技术、新现象的法律问题作出应对,提高处理权限、提升反映能力。(8)国际化。免费软件商业模式背后的商品经济是国际性的,软件开发理念、技术革新也是国际性的,立法层面也应该参考国际性的标准和模式,比如开源软件的许可证保护模式,通过国际性的知识产权规则有效保护国内企业和用户,鼓励软件产品的艺术创作和创新。

(二) 主管部门的技术性监管

《软件产品管理办法》第23条规定“工业和信息化部会同国家有关部门对全国软件产品的开发、生产、销售、进出口等活动进行监督检查。各级软件产业主管部门会同当地有关主管部门对本行政区域内软件产品的开发、生产、销售、进出口等活动进行监督检查”。第7条规定“软件产品实行登记和备案制度。符合本办法规定并经登记和备案的国产软件产品,可以享受《产业政策》规定的有关鼓励政策”。该规定的等级备案制度目的是享受免税等优惠政策,而不是为了软件行业的有序运行。

软件行业等涉及计算机、互联网络技术的其他行业都可以将技术监管引入进来,我们可以通过技术进步来监管技术。监管部门委托具备一定技术能力的单位或者第三方,通过技术手段测评该软件有无附带恶意插件,有无可能侵犯用户隐私权的代码段,该单位可以在授权下定期公布软件开发、发行规则,从而规范软件的发展。搜索隐私信息、强制安装、恶意处理系统资源的代码特征可以被定义,可以通过技术性手段探测。监管部门应该提前或者定期采集流行性软件进行分析,发现不合规的软件及时采取相应监管措施,保障用户权利。《软件产品管理办法》第5条规定了中华人民共和国工业和信息化部负有制定并发布软件产品测试标准和规范的职责。目前中国软件检测、测评实验室主要依据 GB/T 25000.51-2010《软件工程软件产品质量要求与评价(SQuaRE)商业现货(COTS)软件产品的质量要求和测试细则》以及 GB/T 16260-2006《软件工程产品质量》系列标准对软件产品进行测评,测试标准和规范范围较多但仍需完善^④。软件评测是软件经营者为了获得优惠政策的自发行为。为了产业的健康发展,主管部门应该定期组织力量对市面上运行的主流免费软件作出测评并对其进行监管。

^④软件产品质量要求和测试国家标准 GB/T 25000.51-2016 (<http://mp.weixin.qq.com/s/G3He7Nn5y0ZWtUjLCED6A>)。

(三) 行业协会的自律和保护

软件行业协会应切实发挥好协调、监督职能,以及公正职能、统计职能,制定并执行行规行约和各类标准,协调本行业企业之间的经营行为;对本行业产品和服务质量、竞争手段、经营作风进行严格监督,维护行业信誉,鼓励公平竞争,打击违法、违规行为;对本行业的基本情况进行统计、分析、并发布结果,公正给出软件质量排行,正向促进软件产业的健康发展。中国软件行业协会2001年公布了《中国软件行业基本公约》,但是公约出台至今所发挥的作用极其有限,因为行业协会不具有政府职能,不具有执法权力,所以不受软件经营者重视。在高新科技企业生老病死十分迅速的产业背景下,行业协会的作用更受到质疑,该公约出台之初便受到了企业和媒体的质疑^[11]。实践中,由于软件产品抢占性特点,一个软件产品很可能成为所在功能领域的一方独大,占有统治地位,而其他软件经营者会迅速成为战略同盟,行业协会的作用就更不能发挥。较为成功的行业协会往往都有公权力的介入,或者获得很大的授权,让行业的会员不能为所欲为,又不得不遵守行业规则。放权性立法能给行业协会、自律性组织更多的自主权、处分权。这样才能充分发挥社会监督的作用。

行业协会的另一个重要功能就是著作权的集体保护,前文论述免费软件更趋向于选择著作权保护,但是著作权保护能力较弱,中小企业缺少著作权保护的主动性和意识,充分发挥行业协会在著作权集体保护的能动性作用,将促进软件产业的发展。中国著作权集体管理制度起步晚、基础差,各集体管理组织在建立健全过程中,面临的问题和困难还很多。

(四) 国家产业的指导

软件产业是现代信息技术的前沿阵地,软件产业的自主创新能力决定了国家前沿技术的创新能力,与国家经济和科研创新的重要规划和发展策略直接相关。从2000年开始国务院便印发了《关于鼓励软件产业和集成电路产业发展的若干政策》,拓宽软件行业的融资渠道,鼓励对软件产业的风险投资,并在税收方面提供诸多优惠政策。《国家中长期科学与技术发展规划纲要(2006—2020年)》中强调要突破制约信息产业发展的核心技术,开发支撑和带动现代服务业发展的技术和关键产品,促进传统产业的改造和技术升级,并以发展高可信网络为重点,开发网络信息安全技术及相关产品,建立信息安全技术保障体系,具备防范各种信息安全突发事件的技术能力。《国务院关于促进信息消费扩大内需的若干意见》(国发〔2013〕32号)明确提出加强信息安全等关键软件的开发应用,加强工业控制系统软件开发的安全应用,推进企业信息化。《关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》(国发〔2015〕40号)提出强化互联网对传统行业的升级改造,大力发展云计算、大数据,以及大力开发工控系统、人机交互等软硬件基础产品,实施国家信息安全专项。免费软件作为软件产业一种新兴商业模式正逐步扩大影响范围,并有望成为主要软件经营模式。在云计算领域,软件服务(Software-as-a-Service)模式是主流经营模式,用户不必再投资任何服务器或是在自己的设备上安装任何软件,而是直接购买服务,这是一种软件免费、服务收费的经营模式,软件经营者义不容辞地要遵循国家产业发展的导向,向前沿技术和重点领域进取,占领国际信息技术产业的高地。

综上所述,免费软件的产生和发展以及技术进步与商业发展密不可分,软件免费经营是一种新兴的经营模式,需要仔细分析、梳理、调整和规制。免费软件带来了很多社会影响,这些影响有积极的也有消极的,用户享受了更多免费版权的作品,更加注重自身权利的保护,政府更加重视保护互

联网、个人信息安全和规范经营的立法。对免费软件的法律性质、法定义务和契约义务深入研究,并针对性地进行法律规制,对于发挥免费软件的积极效应,抑制或消除其负面影响,促进软件行业的健康发展具有重要的理论和现实意义。

参考文献:

- [1]全球IT支出将在2017年达到3.5万亿美元[EB/OL]. [2016-11-15]. <http://www.cnii.com.cn/industry>.
- [2]2016年中国软件业务收入同比增14.9% 出口增速回升[EB/OL]. [2017-01-23]. <http://finance.chinanews.com/cj/2017/01-23/8133579.shtml>.
- [3]BRIAN W C. Share and share alike: Understanding and enforcing open source and free software licenses [J]. Berkeley Technology Law Journal, 2005,20:451.
- [4]郭萍,徐飞. 免费软件的盈利模式与破坏性创新[J]. 中国科技论坛,2015(9):154-160.
- [5]梁慧星. 民法总论[M]. 北京:法律出版社,2007.
- [6]张玉敏,谢渊. 美国商业方法专利审查的去标准化及对我国的启示[J]. 工业产权,2014(6):74-84.
- [7]齐爱民. 个人信息保护法研究[J]. 河北法学,2008(4):15-33.
- [8]倪光南:遵守开源许可证的开源软件真实合法[EB/OL]. [2017-09-25]. http://www.sohu.com/a/194353086_99943891.
- [9]李昌麒,许明月. 消费者保护法[M]. 北京:法律出版社,1997:100.
- [10]侯国跃. 契约附随义务研究[M]. 北京:法律出版社,2007:207.
- [11]张里.《中国软件行业基本公约》一纸空文乎?[J]. 程序员,2002(8):18-20.

Research on legal obligation, contract obligation and legal regulation of freeware operators

TIAN Hui

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: More and more freewares are showing to internet users with the development of the opening and sharing spirit of internet and the improvement of technology and business model. It also brings more intellectual property disputes, privacy violations and unfair competitions. How can freeware operators achieve profitability? Shouldn't freeware operators assume obligations according to the principle of rights and obligations reciprocity? This paper systematically expounded the concept, connotation, way of profit and attribute of freeware, and discussed the legal obligation, contract obligation and legal regulation of freeware operators.

Key words: freeware; legal obligation; contract obligation; intellectual property rights

(责任编辑 胡志平)