

# 開源軟件法律的理解<sup>1</sup>

作者： Zunix (凌志聰)

## 開放源碼軟件授權證

每每在朋友之間談及開放源碼軟件，他們都顯得沒有一點概念，唯有說到 Linux 這個系統就為人熟悉，皆因它是中國國家點名採用的作業系統，而且可以免費隨處下載，也許他們聽過開放源碼軟件這回事，知道 Linux 是開放源碼，但實質的意義是甚麼就不知道。還有一個朋友去年在香港買入一個開放源碼辦公室套件，可是推銷員卻要他為每名職員都各買入一套，雖然價格上遠比微軟的便宜，但開放源碼就不等如免費嗎？為甚麼要付錢，而要買入這麼多套，他最近又聽到有一間名叫 SCO 的公司入稟法院起訴 IBM，背後是因為開放源碼軟件的版權問題。這令到他使用開源軟件時有一些心怯。就在 SCO 事件未平定之時，在美國的開源軟件法律專家已聚在一起組成了軟件自由法律中心<sup>2</sup> (Software Freedom Law Center, SFLC)，為來年一切有關軟件專利訴訟籌務經費而作準備。

说到底首個的問題是有關開放源碼這種特別的授權證，既受法律的保護同時將軟件置於公共領域般，讓公眾分享，這與現今軟件工業走完全反方向的路。軟件專利訴訟是美國特有的問題，因為發展成熟的國家，暫時只有美國准許軟件申請專利。不過歐盟最近也想立例容許軟件申請專利，這個問題在歐洲現時爭論得很厲害，如果軟件獲得了專利那就涉及產權的問題，是一個比授權證更深一層的問題<sup>3</sup>。

<sup>1</sup> 本文章的法律原則是採用香港和英國法律，文章中會指出一些其法律上與其他國家的分歧。

<sup>2</sup> Software Freedom Law Center: <http://www.softwarefreedom.org/>

<sup>3</sup> Foundation for a Free Information Infrastructure 專門跟進歐洲軟件專利立法的問題 (<http://www.ffii.org>)



## 自由軟件尚不算自由

首先要知道是自由軟件 (Free Software) 和開放源碼軟件 (Open Source Software) 兩個專有的名詞，在意義上是差不多相同的，只是大家所提倡的價值理念有別。事實上可能說來令你有點吃驚，自由軟件從來沒有「完全自由」，因為它仍然受版權擁有者控制，使用者要先同意授權合約的條款才能合法使用，不過其精神卻是以保障軟件開發者「自由開發、修改及發佈軟件的權利」為目的，所以自由軟件支持者提出了 Copyleft<sup>4</sup> 的版權概念，來說明其與傳統 Copyright 版權有所分別，如果要有完全的自由，那便會成為公共領域的軟件 (Public Domain)<sup>5</sup>，即是軟件的版權沒有擁有人，每一個人皆可以自由任意的使用，反而以開放源碼軟件來定名比較合適。究竟甚麼是開放源碼軟件？一句說話可以清楚的說明：**版權的擁有人以特別的合約方式公開分享軟件**。不過站在程式員的角度來說，開源軟件給予他們的自由度，就值得他們遵守這種合約條款。

## 開放源碼軟件的來由

要使用得安心，認識一點它的歷史是不可避免。開放源碼軟件產生自自由軟件，自由軟件的發源地是美國，約在六十年代開始美國的網路技術開始萌芽，技術在網路或術技學院之間，以公開分享的方法發展，那時代從沒有人想過將技術或軟件專屬擁有。其實當時全球亦未有過法例或法案關於軟件是甚麼，在八十年代，美國才確認電腦軟件是屬於版權一種，英國則在八十年代的後期確認。香港一直的跟隨英國，而最後寫入了香港版權法例成為條文。亦在八十年代開始商人察覺到軟件潛在的巨大利潤，而將本身慣例公開的軟件源碼封閉。其時在美國麻省理工大學的一位程式設計師 Richard Stallman，有感於這種手

<sup>4</sup> Copyleft 一詞是由 Richard Stallman 創作出來的，法律上完全沒有定意。

<sup>5</sup> Public Domain 一詞源於 Donaldson v. Beckett (1774) 一案，該案的判決是一件版權保護期限屆滿的著作，會變為公眾財產。



法會令技術發展窒息，於是成立了自由軟件組織（Free Software Foundation）來抗衡，創造了通用公共授權證（General Public License），為保證軟件的程式碼以公開的條件傳播及自由改寫，而不會被任何人私有化。在Richard Stallman的理想之下，設計通用公共授權證時從未有過考慮金錢的重要性<sup>6</sup>。

通用公共授權證在美國及全球的使用量一直是十分之低，直至在1991年出現了Linux，在2001年，IDC估算全球有超過70萬名的程式員向開放源碼軟件作出貢獻。而開放源碼軟件一詞由一位程式員及作家Eric Raymond創造，他認為自由軟件一詞並不恰當，因為未必每一個開發人員都會認同Richard Stallman的社會運動，而開放源碼軟件較側重於軟件的開發方式是否公開自由，從而令軟件有更佳品質及更多用戶支持，能力被普遍人士接受，最後由於和Richard Stallman意見不合<sup>7</sup>，Eric Raymond成立了Open Source Institute<sup>8</sup>專門研究每一種開放源碼軟件授權證，確定其在法律上的地位，現時該會已經確定了超過50種的開放源碼軟件授權證<sup>9</sup>。所以自由軟件組織以通用公共授權證發行軟件，而Open Source Institute只研究授權證。

## 開源軟件商業化

在八十年代，科技工業巨人可以單純藉封閉軟件而賺錢，可是到了九十年代卻不可以，因為在應用軟件開發平台已經為微軟天下，微軟的稱霸動搖了其他同業的地位，同時亦威脅了它們的生存，所以在找出對策時就選中了Linux為工具，從而發覺了在自己的業務中使用開源軟件的好處，參加了開源軟件行列

<sup>6</sup> 在GPL 條款的2b 寫著由於將有衍生成式碼的開源軟件發放至第三者，所以必須將自己新增的衍生成式源碼也公開而不可收取任何費用，條款 3b 進一步寫明可收取用將不會超過執行分派程式源碼所需合理費用。

<sup>7</sup> “Open source is a development methodology; free software is a social movement.”（開放源碼是一種研發方法；自由軟件是一種社會運動），Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman, Chapter 6: Why “Free Software” is Better than “Open Source”

<sup>8</sup> Open Source Institute, <http://www.opensource.org>

<sup>9</sup> 現時 OSI 因為太多的開放源碼授權證會引起公眾混亂，已經將大部份的在網站上授權證收起，這並不代表這些授權證會在市面上消失。(OSI targets licence cull,

<http://news.zdnet.co.uk/software/developer/0,39020387,39188358,00.htm>)



Ling Chi-Chung, Zunix, [zunix@oaka.org](mailto:zunix@oaka.org), Copyright 2005

This article is licensed under Creative Commons License 2.5

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/>.

的國際知名公司先有 IBM、Intel、Corel、Sun Microsystems、Oracle、HP、Dell、Novell、Cisco、Adobe。這些公司中大多以出售硬體為主要業務獲益最大，而軟件公司也因為 Linux 市場發展理想而陸續加入行列，好像 Adobe 公司加盟了業界聯盟 Open Source Development Lab<sup>10</sup>，並出品了新版本的 Linux Acrobat Reader，令 PDF (Portable Document Format) 更加通行於其他的電腦平台。微軟有見於開放源碼軟件的陣營強大，於是以美國的軟件專利法律權力企圖來打散陣營<sup>11</sup>，摧毀開放源碼的基礎，挑戰開放源碼軟件的合法性。現時兩邊陣營都預備作戰，如成立了軟件自由團體，為未來數年一切有關軟件專利訴訟籌務經費而準備<sup>12</sup>，而各公司紛紛提出保證客戶合法使用權。

原則上美國的訴訟和香港本身是沒有直接的關係，但最終結果會影響開放源碼軟件的供應及認受性，值得大家關注。有關使用上的法律分析將在下文討論。現時由開放源碼軟件的理念發展出來的分享版權授權證，已經不再止於科技，連藝術及多媒體創作也有不同的授權證。

## 使用授權證即合約<sup>13</sup>

使用授權證即合約，在確定開放源碼的授權證的大前提下，了解一般如何訂立有效的合約是為重要，為因開放源碼軟件的使用者的權利與義務全在於此處。組成一個有法律效力的合約有以下的五個條件：(1) 訂立合約的共同意願、(2) 提出合約條款的人、(3) 全盤接受合約條款的人、(4) 合約的交換代價<sup>14</sup>及受法律約束的意向。

<sup>10</sup> <http://www.osdl.org>

<sup>11</sup> Public Patent (<http://www.pubpat.org>) 在美國由一班律師組成的團體，義務的專門向法院申請取消無理的軟件專利權，第一個成功的申請是取消了微軟公司的 Fat32 軟件專利權。

<sup>12</sup> Software Freedom Law Center debuts, <http://trends.newsforge.com/print.pl?sid=05/02/03/2022212>

<sup>13</sup> Carsten Schulz 在 Contractual Relationships in Open Source Structures 一文中以德國的合約法討論開放源碼授權證，可以參考各國法律對開放源碼授權證的法律效力的不同之處。

<sup>14</sup> 在法律上使用約因 (Consideration) 來代表一個合約的交換條件或成為有法律約束力的理由，這裏採用代價一詞，只為較為為人理解。而在德國法律並不一定需要考慮 Consideration，祇需要與約人有建立法律約束力的意向。



在第二和第三個條件要留意的是，提出人的條款和接受條款要完全相同，而所謂交換的代價，未必是指金錢，可以用行為，典型的例子是歌手用以出場表演來換取報酬，以物易物也可。最後如果是一些倫常活動，如兩夫妻或父子間的承諾，法庭一般來說會假設是沒有受法律約束意向，因為很難對此當作經濟活動，而且要知道事件的真實狀況極難，且容易隨時庭外和解，法庭也會可能因此而引來大量的鎖碎案件，沒法處理重要的案件。

套在實際的例子來就，假設你一位寫軟件的朋友，將自己的程式給一個非牟利團體使用，他和團體的負責人會面，開出一些使用前需要必須答應遵守的條件，例如是使用期限、方法或費用，而這個位代表人全盤答應了，於是在不違反條款下，團體可以使用該軟件。在開放源碼軟件的情況來說是差不多，但有很大的分別在於交易的方法和使用的條件。

第一是在開源軟件的交易鮮有面對面的會談條件，甚至是沒有特定的交易對象。第二是如何接受使用條款的情況很朦朧，所指的是時間和地點。第三是很難定義甚麼是合約的代價，在商業上慣用金錢來衡量，但在開放源碼授權證中卻沒有，大概可以解說是用行為來代替。第三是合約的二方的關係似乎是變成了共同的版權持有人<sup>15</sup>，這個在法律觀點上未有明確的定義，但可以想像到法律會以公義法的原則制止其他的版權人反口的將源碼封閉。當然純用家很難說得上成為版權共同持有人，這是用戶和寫入新程式碼的人有所方別。

## 兩類主要的開放源碼授權使用證

<sup>15</sup> 在 Lawrence Rosen 寫的 *Open Source Licensing* 一書上，作者用土地的業權法律術語 “Chain of Title” 來比喻由開源軟件原作者與衍生成碼作者的混合版權，原文是 “The chain of Title becomes important in open source licensing when someone wants to create a collective or derivative work of a precious work that itself are subject to the licenses of previous authors who proceeded them, and each of those contributions may have different license restrictions on it use.” 這是一個大膽而有創意的比喻，可是作者的論點疏忽了一點，那是每一節的版權的權利或年期都會因為不同國家的法律而有很大的差異（如果該開源軟件的授權證沒有訂明司法審判的國家法律），那麼如何是一地權的話，假如這塊地是租借回來，那這塊地的每一呎都會在不同年期的租約期滿。



現在市面上流通的開放源碼軟件使用授權證，有兩種類型。一種是純粹開放源碼而不需回報，而另一種是使用者需要貢獻的。現在市面上流通的 Linux 操作系統即基本由兩者組成。雖說開放源碼使用授權證是一種合約，然而一般公共授權證 (General Public License) 的原創 Free Software Foundation 則說「這是不合約」<sup>16</sup>，但一般的法律界的觀點是如此，如果不是合約，那又如何對使用的人有約束力？就這個問題，去年德國的慕尼黑政府就向法院提出諮詢，法庭的判決一般公共授權證是一種有約束力的合約，俾使法院對這種授權證的存在感到很奇怪，因為它脫離了一般以經濟增長為前提的法律原則。

## 學術開放源碼

學術開放源碼授權使用證，顧名思義，是在學術界中流行，他的用途是鼓勵學術的發揚光大，這種開放源碼很受每一種用定的歡迎，因為在沒有要求使用源碼者需要分享自己的部份，在學術界的最尚最理想，不是將軟件分享，而是使學子能更精研學術，創能更大的成就，因此這種授權證，沒有要求使用了源碼的人分享他的成果。

學術開放源碼使用授權證的代表有加利福尼亞大學的 BSD (Berkeley Software Distribution)，BSD 授權使用證的最大的使用者之一是一些開放源碼的 UNIX 操作系統，而現在流行的 FreeBSD、NetBSD 及 OpenBSD 便是用這種授權證來發放的。

<sup>16</sup> 在很多的講座中 Free Software Foundation 的發言代表都表示他們的授權書 (應該是指 GPL 和 LGPL) 不是一張有法律約束力的合約，而祇是授權證，這令事件變得混淆，授權證不是有條款要人接受嗎？條款的開出與接受及遵守，这不正是建立合約的行為嗎？



BSD 使用授權證與 GPL (General Public License) 最主要的分別在於 BSD 不要求分享，對於崇尚自由軟件運動來說，這可不是最好的授權，因為每每技術不一定會由每個源碼使用使那裡流傳出來。但對一個用戶來說就沒有分別，除非是看中了某種由 BSD 授權證軟件衍生出來的技術，而不能獲知當中的秘密。BSD 授權證的條文很短，嚴格來說祇有三段 -即版權 -必須保留授權證條款<sup>17</sup>和免責條款，那究竟這個 BSD 授權證在法律上如何看待？究竟是否一篇有法律效力的合約？如何成立？那些人受合約法律的限制？違反之合約後果如何，被他人侵犯了你的 BSD 授權證使用那又有甚麼可行動？

## 法律與 BSD 授權證

首先在法律上對於兩方互不關係的人使用書面所訂立的協議，無可置疑的假定是一個有法律保護意向的協議。問題在是否真的訂立了兩方可接受的條款，有甚麼的權利和責任，如果是真有法律效力的合約，那麼在甚麼地方訂立也是很重要的，因為涉及出現問題時使用那一個國家的法律來審理<sup>18</sup>。為了簡單的說明，特別設定三種人的情況，第一種是一般的普通用戶，第二種是使用程式碼的程式員或公司，而最後一種是第一個版權持有人<sup>19</sup>。

在一般用戶來說，他們通常是一般的市民，對於法律條文頗不敏感，祇要該軟件是免費就會毫不考慮的使用，他們很少的注意到有授權證這回事，在一般的商業軟件來說，差不多公式化的在用戶的安裝或首次使用時都會跳出條款細節，用戶必須按下同意條款的按鈕才可以使用或安裝，這確保用戶在法律上確

<sup>17</sup> 必須保留授權證條款的一段是這樣寫的：

無論有否修改，只要遵守下面的條款，再分發和使用程式源碼及兩進制檔案是批准的：

- 再分發的程式源碼必須保留上述的版權告示、這段列舉條款和下面的免責條款。
- 再分發的兩進制檔案必須複製上述的版權告示、這段列舉條款和下面的免責條款於文件檔案之內及/或其他與分發是提供的物料。
- 沒有事先的書面批准，組織的名稱及貢獻者的名字都不可用來嘉許或宣傳以此軟件衍生的產品。

<sup>18</sup> 合約的司法審理權是很重，因為如果沒有在合約中訂明，那就在簽約的國家，不過由於傳播的道徑太多，實際情況變化很大，很難用一般論來克服問題，因為責任一早就應由傳播軟件出去的人負。這不同於文事的侵權，可以同時在多個國際公約的成員國進行訴訟。

<sup>19</sup> 在 Contractual Relationships in Open Source Structures 一文中，Carsten Schulz 對不同身份的開源軟件使用者之間的關係有較詳細的討論。



立了接受合約條款，可是在開源軟件上卻沒有這個程序，這點在法庭來說，比較難有一個明確的證據顯示用戶接受了條款，用戶大可抗辯的說誤以為這個軟件是公眾領域的自由軟件，不過在法庭來說用戶完全不知情是很難接受，誤會之說也需要有合理的解釋，要擺脫條款的束縛似乎有一些難度。不過在 BSD 授權證的條款上有一個缺陷，那是沒有明確的說明用戶「同意」條款，這做就一個法律上的難題，欠缺明確的「同意」兩字就可以出現「不完全同意」的可能性，似乎法庭需要用行為默示接受來推斷，「同意」兩字對這種透過網絡而由互兩相識的人簽訂的合約是非常的重要的。

假定上述的接受條款成立，可是用戶在這合約中付出甚麼的代價？使用行為本身似乎很自圓其說的是支付出的合約責任，我們可以想像我的代價是享受你在合約中付出的代價是多麼的荒唐！唯一可能是用戶同意如果將軟件轉贈他人時，會完整的連原本的授權書一起送出。

如果上述的兩點不成立，很可能這個軟件變成一個由版權人免費發出一個純使用授權證，版權人有權隨時的向用戶收回使用權，這對用戶來說可能是沒有保障，可是很難想像一個這種版權人在法律上如何是有效的發出通知書，因為他根本沒有用戶的記錄資料。

程式員的情況和一普通用戶相似，不過在使用的方式上來說，由於程式員對源碼有更深的了解，因此有提供更强的證據，我們可以合理的推論他們注意到條款，使用源碼即是用行為表示同意條款。轉贈或傳播軟件的情況差不多預期的會發生，合約的代價因此特別的明顯。不過如果在合約條款的協議出現差錯，而引致授權合約流產，他們的情況比普通用戶來說就危險得多了！變為純單方面的一般授權證，改寫、抄襲和傳播都變成犯法的行為，理論上是會惹上官非的。但事實上卻很少出現。用戶經常都很安全。

這種授權證的版權持有人，當然不會介意其他人抄襲改寫自己的作品，開放源碼軟件的本質就是如此，在授權假設有效之下，但如果有人不遵守授權證條款，那他又可以採取甚麼的法律行動？事實上這種授權證在法律的實際執行上，似乎比較有利一般用戶，第一個要決定的事該由那個國家的法律來起訴，照



合約法上來說，可以在其中訂明那一個國家的法律來審理，可是 BSD 授權證就沒有說明，如果沒有訂明，就用訂立合約的國家。以現時的開放源碼軟件的流通方法來說，這種軟件差不多不停的在世界四處存放，無論是用戶或版權人本身有時也很難確定，是由那處存放或下載軟件，雖然在法律上對這種授權證合約的訂立生產的程序沒有出現案例說明，而在一些國家更有一些法例，如美國的 E-Sign 就有嚴格的網上合約格式規訂<sup>20</sup>，無論用戶是否用遙控的方法來安裝軟件，但一般來說，比較說得較合理的理解，似乎還是用戶所安裝軟件的電腦所在國家所妥當。採用那一個國家的法律當然會影響與訟人的條件是否有利，如在中國軟件是沒有保障到展示權。而現使用的費用也會因為跨國而變得非常非常沉重。

除了可以申請到禁制令之外，另一個問題是作者有甚麼的損失？是否收入上有損失需要侵權者賠償？可惜的是這種免費的授權證是沒有收入的，於是所有法律訴訟的收獲，就是一個禁制令和收回法律費用，無怪乎很少的法律訴訟發生在開放源碼軟件授權證之上，沒有直接產生經濟利益，就沒有助力提出訴訟。

上面的 BSD 授權證問題，都流於簡單，實際的檢查授權證中的條文，再配合個別的情況法律理據會變得更加的複雜，但都不宜在這裡草草的解說，如果是有重要的問題出現，最合適的諮詢人當然還是一位執業的律師好了。

## 法律上對 GPL 效力的存疑

GPL 對於 Richard Stallman 來說是一種道德行為的準則多於是一種授權使用合約，當然，如果不是合又如何令法律制道可以保護它？這絕對不是用戶想得到的答案，有法律理據的支持，對用戶和商業開發者都來得安心。在概念上 GPL 和 BSD 的法理依據模式很接近，最大分別在於 BSD 沒有規條需要使用放開源碼的人將自己的源碼公開。這個條件要求公開源碼正是源碼軟件的精華。

<sup>20</sup> Open Source Software Law, Rod Dixon 的一書第五課有關書子合同訂立，對美國電子合同法律如何應用在開源軟件有較深入的推論。



現時一個 Linux 操作系統中約有 60% 是 GPL 及 15% 是 LGPL，而 BSD License 約佔 10%。了解 GPL 無疑對用戶很重要，而軟件開發者也會關注如何使用 GPL 軟件作為自己的商業模式，像如何使用開放源碼軟件的源碼而不會觸犯法律，在何種情況之下要公開自己新加的源碼。

## GPL 的基本結構

GPL 是開放源碼軟件運動的軸心，是以授權合約的形式傳播技術，同時保障技術回流及沒有人可以將成果據為己有。在 GPL 中最重要條款有 2、3 及 4 條。

第 2 條主要是規定如何將 GPL 的條款跟隨軟件一同發放，這個條款的作用是保障所有後期衍生的軟件採用相同的授權證，以達到保障該開放源碼軟件不會被存心不良的人私有化，而第三條規定在何種情況之下使用源碼的人需要公開自己的源碼，使用了解不者可以將源碼或可執行軟件複製或發布，只遵守公開自己的源碼，可以將源碼與軟件附運，或提供下載位置，如果公開源碼在可以任公眾自由進入提取的地方，也算是複製或發布，在言外之意，可以理解到沒有複製或發布就沒有規定是需要公開。

在第 4 條中說明除非你明確按許可證提出的要求去做，所有使用程式的權利將會沒收。這是後置條件終止條款針對不遵守的搞用戶，其中以條障了繼續全面履行條款的第 3 者可使用該軟件的權利。對比一般法律合約的結構上 GPL 可說是非常簡單，可是要構成一個清晰而有國際約的法律效力，GPL 還是存有不少的疑問<sup>21</sup>。

## 合約法上的弱點

**何謂接受條款：** 既然是合約凌駕於一後軟件版權之上，那 GPL 的合約條必需要有確定的雙方全盤同意

<sup>21</sup>關於整條 GPL (GNU 通用公共許可證) 可在 [http://www.huihoo.com/open\\_source/GPL-chinese.html](http://www.huihoo.com/open_source/GPL-chinese.html) 網站查看。



接受其中的條款，可是在 GPL 最基本的關於同意條款也沒有明確的寫在 GPL 之中，究竟是使用軟件代表接受，抑或採用源碼行為等於接受也沒有明確的說明，不過在一般理解來說，都會傾向以採用源碼行為之接受，而事實上所有的法律訴訟也圍繞在這個位置發生問題，如有人使用了源碼以企圖隱瞞，在 Forntinet UK Ltd 侵犯 GPL 一案中，Forntinet 公司使用了 GPL 的源碼後企圖隱瞞事實，主因是不想將自己的部份的源碼公開。使用了不是自己公司的源碼是明顯的事實，當然 Forntinet 公司可以辨說是一個誤會，理由的它們誤以為這些程式碼是公眾領域的，因為從來沒有明確的接受條款的合約儀式進行過，沒有律師在場，沒有簽名見證人，也沒有火漆封印。不過在舉證方面來說，Forntinet 公司的說法會很難令人信服，因為每一位職只都是專業的人士，他們日常的工作不祇是寫程式，而且也會關注，自己的程式碼是否被其他的公司抄襲，他們真的會不知道所用的程式碼是 GPL 嗎？當然上面的案可以在舉證之上解決了，用行為引證他們接受條款，可是這是太過不明確，引來不了商戶貪圖方便，盜用了 GPL 軟件的程式碼，而不公開自己的程式碼。

**版權的完整性問題：** GPL 不像 BSD 的不需要使用程式源碼的人公開自己的源碼，而每一位使用了程式碼而公開自己程式碼，而該新的程式碼被結合到程式一起傳播的程式員，在法律上會成為軟件版權共同擁有人，一連串的版權人就好像一條鐵鏈的扣在一起。可是，如果其中一個鐵環是無效的又會如何？無效的成因有很多，例如該源碼本身的版權有問題，又或者其中的人表示因為一些對版權的誤會將自己的源碼加入，或者其中些人想收是自己貢獻出來的程式碼。情況會如何？在法律上來說第一二種情形，可以導致版權的完整性破裂，而最後一種也許可以以平衡法來制止<sup>22</sup>。破裂的後為症可以是即時全面禁止使用該軟件，直至修正版權的完整性問題。

**那裡犯法來裡審：** 如果一間公司或人侵犯了 GPL 軟件，究竟那國法庭審理？GPL 本第並無說明，所以跟隨布魯塞爾公約，那裡犯法來裡審，究竟是在那裡犯法的，是跟據合約成立時嗎？合約在那個階段作算

<sup>22</sup> 禁止反悔 (Estoppel 或 Promissory Estoppel) 是平衡法 (Equity) 上對違反承諾的一種救助，所指的承諾是原本的合約上沒有包含的責任，但因為一些特別的情況出現以自願作出的，法律上有三人口個要求；第一是有錯誤或失實的陳述，第二個是有被害人信任陳述，最後是有損失或傷害。在 Licensing of Intellectual Property (Intellectual Property), Jay Dratler, Jr. 一書第三課 “非自願許可” 有非常詳盡的法律解釋。



是訂立了？GPL 的傳播形式與條款都沒有明確的線索，是下載時嗎？是安裝時嗎？抑或是使用源碼時？每一個答案都將可能帶出不同的地方的法律審理。每一個地方的法律都不一樣，雖然有國際協議的最基本法制底線，可是對合約或軟件版都有分歧，不盡一樣，舉一個例子，在國際性的伯爾尼公約（於 1886 簽訂及後修訂的國際版權藝術創作公約）第 8 條至 14 條將軟件納入文字作品，而享有公開表演及播放等經濟利益權利，而中國的計算機軟件保護條例卻沒有這種保護。在歐盟的 Report on Open Source Licensing of software developed by The European Commission (applied to the CIRCA solution) (GPOSS adv-2 CIRCA License - 17/12/04) 中亦特別的在這方中作出探討及關注。司法權是保證一個合約的條款發揮預有的約束效力，可惜在 GPL 中沒有明確列出。

## 國際上對條款的要求

除了在合約效力方面有疑問之外，因為每一個國家也會有不同的法例，有一些國家開始抱怨，GPL 的條款太美國化，沒有顧及國際間的需要，如在澳洲對於所有合約人的免責條款的字句格式有規定，違反規定可導致該合約無效。就這件事，澳洲就早議自己版本的開放源碼軟件，法國及歐盟亦有提出草議自己的放開源碼授權證。不過在國際上大體的法庭都會以假設 GPL 是有效的法律來處理，德國慕尼黑法庭就曾經判決 GPL 為有效的法律文件，慕尼黑法庭對 GPL 有效性的判決 Sitecom 一案中：“法庭首先同意沒有人可以認為 GPL 是一條放棄版權或類似權利，對反的，開發人員使用版權想保障來協助他們的作品發展及傳播...法庭認為它的條款與一般的商業條例及條款一樣...”。除了德國之外，我們都可以估計到其他國家都有同樣的結果。

## 開放模式與保守運作<sup>23</sup>

<sup>23</sup> Kirk Musick BSD 於 80 年代成為 BSD 計劃的的領導人，他透露超過 90% 的外來程式碼是遭到拒絕。另外，MySQL AB 為了對軟件版權的控制，所有外來的程式碼必定自己重寫。



概然 GPL 有這麼多的朦朧地方，為甚麼至今還沒有出現嚴重的問題，導致版權告擯，令用戶受到傷害呢？GPL 雖然是公開源碼軟件，但公開源碼和要求使用源碼的人公開其源碼，並不代表新的源碼必定成為軟件的一部份繼續傳播，因為差不多所有有規模的國際級開放源碼軟件，都是受特定的組織控制，這些重要的軟件組成現時流行 Linux 操作系統的重要部份，像 Linux 核心、OpenOffice.org、GNOME、Kde 桌面、MySQL、Apache、Samba、PHP、Mozilla/Firefox 等，這些構成 Linux 操作系統之軟件，全部都由嚴緊的組織管理發展，約要將新的源碼加入，必需要有授權的人才可以辦到，當然亦有一些人會以獨立的方法在外間改修軟件，獨立的將軟件再傳播，不過一定不會流入主流的發展之中，亦即不會成為 Linux 系統的一部份發放出去。

事實上，不祇開發組織會監管源碼的流入，而商業組織也會，開發組織會擔心源碼及聲譽因為非法的源碼入侵而分辨源碼的質量和來源，由於祇有少數人有權可以修改源碼，所以版權的紛亂，或作者不名的情況不易出現，就算有新的加入者，也必定經過長時間的觀察及了解對方。至於商業來，合法的源碼是對它們的商譽和收入的最好保證，由於軟件是 GPL 發放的，這些商人如果加入的源碼也必定會送，到開發組織，看看是否有用，或將之加入完來的源碼當中，在現時來說 IBM、Intel、RedHat 和 Sun Microsystems 是最知名的公司全力支持 GPL，同時亦從事一些 GPL 的商業活動。簡單的說，商人及開發組織就如同兩個軍事要塞，合力的保持 GPL 的源碼合法，當然亦有一些不法的商人使用 GPL 軟件之餘，又違反 GPL 條款，不將自己的源碼公開，致令不少訴訟出現。

## 商業保障<sup>24</sup>

在過去的兩年開放源碼的軟件成為大熱，很多公司提供 GPL 軟件為客人的解決方案，而後來在 SCO 對

<sup>24</sup> 在 How to Manage IPR Infringement Risks in Open Source Development 研究報告中有很詳盡的使用開源軟件的風險評估和分析，對業界如何保障開源軟件用戶及開發人員為何免使用免責條款有詳細的探討，對於開放源碼來說不會幫助減低風險，反而會易於被發現任何侵犯其他人的權版行為，而對於軟件專利的問題，開放源碼軟件似乎無法抵抗，軟件保險市場亦不成熟，不過報告發現遇險的機會實際上是很低。



IBM 一案發生之後，不斷的傳出會告 GPL 軟件的用戶，一些商人如 HP 即時向顧客提出保障，如果真的有訴訟，他們會承擔法律問題，他們真的會做到嗎？在法律訴訟的程序上來，這些公司很大情況下，如果顧客被告，他們又一定會被同出起訴，因為軟件他們是軟件的來源，在法律的角度來看，顧客在多數的情況下，也無法逃離被告的機會，問題是如何如 HP 這些公司提出全盤賠償顧客的經濟損失，作為顧客當然較為安心的使用他們的方案。

## 開放源碼軟件用戶

基本上使用開放源碼軟件的用戶大致上只有兩類型，第一類是由網上自己下載軟件使用，另一類是由商業服務供應商提供軟件。用戶使用開放源碼只想知道兩件事情，第一，軟件是否真的可以自由使用，即可以自由安裝，轉贈，而不會突然的被收回使用權，或使用權失效。第二，軟件授權證是否合法，會不會被告侵犯版權。

第一個問題的答案基本上來說，用戶就授權證上的條款是可以擁有上述的一切自由，不過從法律觀點來看，律師可會感到一些困惑，這些條款真的可以給與你享用權嗎？用戶主觀認為使用時同時接受了條款，由於這是一個合約的協定，所以已經擁有上述的自由，可是在法律觀點來是，用戶拿甚麼來交換對方的承諾呢？亦即合約的代價，像價錢或履行一些責任，在法律上來說，代價是一種支出、割讓、犧牲或承受，而絕不是享受，如果享受是一種合約代價，那麼就會有很多的免費午餐了。

## 自由使用權的保障

如果不是一個協議，那對一般用戶來說那是一個純粹使用授權，即版權擁有人可以知會用戶終止使用權，用戶沒有討價還價的權利。這樣說來用戶是沒有任何的保障了嗎？答案是否定的，用戶其實已經獲得兩種的自由使用權保障。第一種是來自後來的開放源碼軟件開發者，由於這個開發者和先前的開發者建立



了一連串的協議，在互相牽制之下，不易達致共同的協議收回使用權。而 BSD 這種純學術授權證可能就沒有這種優點了。

第二種是來自開放源碼軟件商的保證，因為一切由他們供應的軟件，他們有責任保證用戶的使用權，而且遇到法律問題時應該會代表用戶處理糾紛，他們的作用是預防不法的程式碼入侵，保證用戶的使用權不受干擾，及承擔一切可能因為他們的服務而引起的法律問題風險和後果。像 HP 般為用戶保證，而事實上法律是不容許商戶使用一些免責條款逃避他們帶給用戶的法律責任。因此在商業上來說有供應商主持是較自行下載有保障。自己下載的用戶（如果有）當然風險自己承擔，不過要現時一般通行的軟件出現問題並不容易，因為供應商參與發展的程度很大，他們絕對會確定一切妥當。

## 迴避開放源的限制

對軟件開發商來說，開放源碼帶來便利，可是有很多短視的商人，因為不了解開放源碼授權證，將開放源碼的軟件當作自己的源碼，修改後據為己有，再將產品發行，更甚的有將開放源碼軟件直接的當作自己的產品直接銷售，當然問題即時曝光，事件未上法庭，就已經嚴重損害自己的商譽。那麼是否有辦法可以減輕條款的限制，又有甚麼的法律上空隙，可以遵守開放源碼授權如 GPL 的同時，有辦法創造更大的商機。

前一個問題的答案可能是一個技巧的問題，在 2004 年中美國有一宗案件，Computer Associates International 控告 Quest Software Inc. 侵犯其 Enterprise Database Administrator (EDBA) 軟件版權，問題源於 Computer Associates 使用以 GPL 發行的語法分析程式建構程式 Bison 輸出 EDBA 程式源碼，雖然如此，法官指出自由軟件基金會的 GPL 條款中沒有禁止一些程式的使用方法，例如該以有關軟件程式輸出另一些程式，相反地，他們還明確的批准這個做法，他們只是禁止別人修改程式碼，而在分發之後不公開自己的部份<sup>25</sup>。

<sup>25</sup> United States District Court, Northern District of Illinois, Case No.02 c 4721, date 6/24/2004, Page 13, paragraph 2



如果以這個方法為前提，是否可以先為使用開放源碼的軟件寫出一些像接口的功能，這部份的程式碼是公開的，再將自己的軟件配合接口（API），避免和主軟件整合，那麼便可以避免將自己源碼公開的責任<sup>26</sup>。這只是筆者個人的推論，是否完全可行尚未可知，亦可能需要視乎每一種軟件的特質而有效果上的差異。

後一個問題就更有趣，分發第三者是指一個獨立個體，何為一個個體在法例上很多的定義，如一個人是一個個體，一間 20 人的有限公司是一個個體，一間 20 萬人的有限公司是一個個體，一個政府是一個個體，一間註冊為有限公司的俱樂部與及他的 5000 名會員可視為一個個體，但一間有 2 名股東的無限公間就未必是一個個體了<sup>27</sup>。

可以看到個體的定義和人數可以很大的。再看看澳洲政府顧問如何給予政府用戶有關的意見：

“因為聯邦是一個法律個體（雖然事實上她是代表很多澳洲政府機關），將修改了的開源軟件供應於這些機關之間不屬於再分派，應不會觸及相關開源軟件授權證所須履行的責任…”<sup>28</sup>

由此可以見到個體的定義可以用來避開 GPL 要求公開的規定，這個是商業模式上可做到的。下面的表是澳洲政府顧問列出採用開放源碼授權證之決策模式，有一定的參考價值<sup>29</sup>。

<sup>26</sup> 這個 API (Application Program Interface) 的設計是否可以有效要視乎能否透過他產生輸入功能，而似乎這個方法在法律上避開了衍生的問題，可是在 GPL 中的規定更加嚴格，他們用上了以程式與程式之間的溝通為基礎來演繹 (Communications Based Interpretation) 甚麼是衍生，究竟兩個程式之間的溝通和資源倚靠程度之如。不過法律學者認為這是無效的準則，因為版本法沒有這種要求，這種就說法反而像說專利。

<sup>27</sup> 留意一點是在開發軟體時可能需要顧用外來的專家，由於兩者是獨立的公司團體，這無形中產生了傳播的行為。

<sup>28</sup> 原文 “As the Commonwealth is a single legal entity (despite the fact that it is represented by many Australian Government agencies), make modified version of open source software available to other others within those agencies does not amount to redistribution that may trigger obligations under the terms of the relevant open source license...”, A Guide to Open Source Software for Australian Government Agencies, 第 42 頁

<sup>29</sup> A Guide to Open Source Software for Australian Government Agencies, 第 44 頁



使用開放源碼授權證之決策模式	
將會如何使用開源軟件	可以使用的授權證
採用那種授權證沒有計劃修改程式源碼	所有開放源碼授權證 GPL, BSD, Mozilla Public License, MIT License, LGPL
有計劃修改程式源碼	所有開放源碼授權證 GPL, BSD, Mozilla Public License, MIT License, LGPL
有計劃修改程式源碼並只在澳洲政府內分發	所有開放源碼授權證 GPL, BSD, Mozilla Public License, MIT License, LGPL
有計劃修改程式源碼並不會在澳洲政府以外以開放源碼軟件方式分發	所有開放源碼授權證 GPL, BSD, Mozilla Public License, MIT License, LGPL
有計劃修改碼程源碼並會在澳洲政府以外以專屬軟件分發	不可以採用開放源碼授權證，因為其中有「分享或雷同分享」的條款 強制公開修改了的程式源碼 BSD, MIT License
有計劃將開放源碼產品結合內部開發程式碼並會在澳洲政府以外以專屬軟件分發	不可以採用開放源碼授權證，因為其中有「分享或雷同分享」強制公開修改了的程式源碼 BSD, MIT License



## 混合授權

軟件開發商可能也有另一個問題，想採用 GPL 的程式源碼寫軟件，將加入了自己程式源碼的軟件以兩種不同的授權證發行，如果該商人採用的軟件原本是 BSD 或 MIT 授權證，這是可行的，但 GPL 這種授權證是不可能的，除非該軟件的原作者是你本人，像 Netscape 或 StarOffice (OpenOffice.org) 的採用兩種授權證發行軟件，而我們稱之為雙授權證 (dual license)。知名的採用雙授權證的開源軟件有 MySQL、SleepyCat 及 Trolltech 的 QT。如果商人使用雙授權證吸引用家，首先令用戶市場佔有率擴大，從而對付款的用戶給予無需開放他們修改了的程式碼的權力，即售買授權證書，那麼採用雙授權證的商人必需要保持擁有所有程式碼的版權，因為原本的程式碼混合了第三者的版權，將會失去了全權控制授權證的能力。<sup>30</sup>

## 開放源碼授權證試之將來

現時以美國為主導的 GPL 受到國際間的抱怨甚多，因為 GPL 太過美國化，而事實上 GPL 或很多的開放源碼授權證，只顧及程式員發展軟件，沒有照顧到使用者環境，欠缺了商業社會需要的確定性，可規限性，可預測性，這是高斯 (R.H. Coase) 所指產權不清。因此歐盟在去年 12 月推出 Report on Open Source Licensing of software developed by The European Commission<sup>31</sup> 提倡他們的 CIRCA，而德國的方面由 Ministry of Science and Research 撰寫出 German Free Software License<sup>32</sup>，聽聞印度亦有自己的打算，授權證的問題首先是條款不清楚，也不合商業模式，因此 Sun Microsystems 公司最近推出

<sup>30</sup> Dual Licensing in Open Source Software Industry, Mikko Välimäki,  
[http://www.valimaki.com/org/dual\\_licensing.pdf](http://www.valimaki.com/org/dual_licensing.pdf)

<sup>31</sup> Report on Open Source Licensing of software developed by The European Commission (16 December 2005), <http://europa.eu.int/idabc/servlets/Doc?id=19296>

<sup>32</sup> German Free Software License 是一個新的 GPL 範例 (<http://www.dipp.nrw.de/d-fs1/>)，是新一代的開放源碼授權證，有著明確的條款，避開了一些法律陷阱，如第三者責任，免責條款和司法權等。



Common Development and Distribution License (CDDL)<sup>33</sup>，更說 GPL 的歷史任務已經圓滿，似乎現時說圓滿也實在太早，因為就一個 Linux 系統中有 55% 是 GPL 及 15% 是 LGPL。GPL 的影響力及問題是不容忽視。GPL 亦不合藝術創作方面的分享，因此又有 Creative Commons License<sup>34</sup>。

一方面 GPL 不合用於任何環境，而另一方面大家又發覺現時的開放源授權證種類太多。所以最近 Open Source Institute 開始減少在網站上列出的授權證，不過這些授權證還是存在的。事實上所有的合約都是度身訂做的，皆因沒有一個商業行為的環境和條件完全相同，授權證亦然，問題不是太多，而是甚麼才是標準，誰人可定立這個標準。能像國際智識產權協會 (WIPO) 般或能像涉外知識產權 (TRIPS) 管理國際開放源碼事務嗎？這個組織可以成立嗎？現時縱觀世界開放源碼的陣形有：亞洲有中日韓的 North-East Asia Open Source Forum；美國的則以 Free Software Foundation 和 Open Source Institute；而歐洲則由歐盟及德國為主導。三方面現時還未有可能坐在一起談話，因為在歐洲和亞洲方面尚未成形。看來開放源碼的短期未來還是要靠案例或地方的立法來確立基礎。到適當的時候，國際上開放源碼的法律典範自然會出現。

現時掌管全球商事的合約法，是由克里多佛、哥倫布 (Christopher Columbus Langdall) 學者在他的「契約案例」一書中無意中發現了一般原理，有誰會知道只有短短的 100 多年的發展，比知識產權法的歷史還短。

## 後記

最後作為個人的聲明，這篇開放源碼探討文章，絕對不可代替法律專業人士的意見，就史丹福大學法律

<sup>33</sup> Common Development and Distribution License (CDDL)，<http://www.sun.com/cddl/>

<sup>34</sup> Creative Commons 的網站 <http://www.creativecommons.org> 及介紹短片

<http://www.lessig.org/blog/archives/ccau.mov>



Ling Chi-Chung, Zunix, [zunix@oaka.org](mailto:zunix@oaka.org), Copyright 2005

This article is licensed under Creative Commons License 2.5

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.5/>.

教授 Lawrence Lessig, 在他的著作 Code and Other Law of Cyberspace<sup>35</sup> 中也不能避免的發出個人意見, 他說如果對網路法律作出個人結論是不洽當的, 那是因為事件並未完全明確, 應該留給公眾討論。但迴避不說, 又給人膽怯的誤會。在我個人來說, 自 1997 年以來已經接觸開放源碼法的法律問題, 在當時來說, 這個問題太敏感, 也不是一個成熟的時間討論, 雖然, 在今天來說, 開放源碼的法律根據, 仍不清晰, 不過在個人來說, 也是公開地論說的時候, 當然在短短的萬多字是無法作出完全透徹的探討。

## 參考書目錄

1. A Guide to Open Source Software for Australian Government Agencies, Development and Executing and ICT Sourcing Strategy, Australian Government Information Management Office, April 2005.
2. Contractual Relationships in Open Source Structures, Carsten Schulz.
3. Dual Licensing in Open Source Software Industry, Mikko Välimäki.
4. Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman.
5. GNU General Public License and the Distribution of Derivative Works, Mikko Välimäki.
6. How to Manage IPR Infringement Risks in Open Source Development, Mikko Välimäki and Ville Oksanen.
7. Legal Issues Relating to Free and Open Source Software, Editors: Professor Brian

---

<sup>35</sup> Code and Other Law of Cyberspace, <http://www.code-is-law.org/>, Lawrence 曾在芝加哥大學、哈佛大學、斯坦福大學法學院當教授, 多年鑽研 cyberspace law, 是美國此領域最負盛名的專家。Creative Commons License 也是他提出發起的。此書被一些學者稱為「網路空間法律的聖經」。



Fitzgerald, Queensland University of Technology School of Law

8. Licensing of Intellectual Property (Intellectual Property), Jay Dratler, Jr.
9. Open Source Licensing, Software Freedom and Intellectual Property Law, author:  
Lawrence Rosen, publisher: Prentice Hall
10. Open Source Software Licenses: Perspectives of the End User and the Software  
Developer (White Paper), authors: Paul H. Arne, Morris, Manning & Martin, L.L.P.
11. Open Source Software Law, author: Rod Dixon, Publisher: Artech Home Publishers
12. Open Sources, Voices from the Open Source Revolution, Publisher: Orielly
13. Protecting The Virtual Commons, Author: R.van Wendel de Joode, J.A. de Bruijin &  
M.J.G. van Eeten, Publisher: T.M.C. Asser Press
14. Report on Open Source Licensing of Software Developed by The European Commission
15. Understanding Open Source and Free Software Licensing, Author: Andrew M. St.  
Laurent, Publisher: Orielly

