

云计算SaaS模式下的著作权侵权分析

郭 鹏

内容提要：在云计算SaaS模式下，云服务提供商将软件上传到“云端”并提供给云用户使用但并未提供计算机软件的永久复制件，故此行为不受出租权的规制；在线运行、使用软件属于信息网络传播权定义下的获得作品，云服务提供商向云用户提供软件使用许可的行为受到信息网络传播权的规制。依据《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》第21条规定的字面含义，云用户未经许可商业性地在线使用、运行盗版软件时在计算机内存中形成软件的临时复制就直接侵害了软件著作权人的复制权；在此情形下，如果云服务提供商与云用户有共同侵权的意思联络，则云服务提供商与云用户均是软件复制权的直接侵权人；如不存在共同侵权的意思联络，但云服务提供商明知直接侵权会发生，依然将未经许可的或盗版的软件提供给云用户在线运行使用，则云服务提供商因此构成对复制权的间接侵权。

关键词：云计算SaaS模式 出租权 信息网络传播权 临时复制 间接侵权

Abstract: In the SaaS model of cloud computing, the cloud service provider uploads the software to the “cloud” for customers to use but doesn’t offer the permanent copy of the computer software. Therefore, the behavior is not regulated by the rental right. The online operation and use of the software can be understood as “obtain works” under the definition of “information network transmission right”, and the behavior that the cloud service licenses the software to users is thus regulated by the “information network transmission right”. According to the literal meaning of article 21 of the “Interpretation of the Supreme People’s Court concerning the Application of Laws in the Trial of Civil Disputes over Copyright”, cloud users directly infringe the software copyright owner’s reproduction right when they commercially use and operate the pirated software online without permission and generate temporary copy of the software in computer memory. Under the circumstance, if cloud service providers and cloud users have intentional liaison in the infringement, they are both direct infringers of the reproduction right. Without the intentional liaison, the cloud service provider constitutes indirect infringement of reproduction right if he knows that the direct infringement will occur and still provides the unlicensed or pirated software for cloud users to operate and use online.

Key Words: SaaS mode of cloud computing; rental right; right to network dissemination of information; temporary reproduction; indirect copyright infringement

一、云计算SaaS的技术特征及商业模式

在传统网络环境下，用户在使用软件时，需使用光盘安装或从网络下载软件，从而在用户的计算机硬盘上形成该软件的复制件。但在云计算SaaS（软件即服务，software as a service）模式下，云服务提供商将应用软件安装在“云端”（云服务提供商的远端服务器或

数据中心）并置于其控制之下；云用户无需下载、安装软件，可通过互联网对云服务器发动指令，直接远程调用所需的“云端”软件。

SaaS模式相对于传统软件许可模式的最大不同之处在于，云服务提供商没有向用户提供一个独立的软件复制件，云用户可以通过连接到“云端”的任何浏览器使用软件并获得软件

作者简介：郭鹏，法学博士，暨南大学法学院/知识产权学院教授，广州知识产权法院2018年度双千计划挂职人员

基金项目：本文是国家社科基金一般项目《数字化信息产品交易的WTO法律问题研究》（13BFX153）及中央高校基本科研业务专项资金暨南启明星计划（15JNQM010）的阶段性研究成果。

的功能。在软件使用结束后，云用户的计算机终端中并不永久地存储该软件的复制件。

SaaS 模式下的软件提供来源可分为两类：一类是软件著作权人与云服务提供商是同一主体，即云服务提供商对部署在服务器上的应用软件享有版权；另一类是云服务提供商用于提供服务的应用软件属于其他版权人，云服务提供商在获得软件版权人的授权后再向云用户提供软件许可使用服务。

SaaS模式下的软件传播和许可使用方式在技术特性和商业模式上有了新的发展，在软件著作权人、云服务提供商和云用户三个主体间隐含着著作权侵权的若干可能。

二、SaaS模式下出租权对云服务提供商的适用分析

有一种观点认为，SaaS 模式下的云用户未能获得软件复制件的永久使用，仅获得软件功能的“临时使用”。这与承租人对出租物的“功能性临时使用”的特征相符。同时，《著作权法》第10条仅规定出租权是指临时使用作品的权利，并未强调作品载体或复制件的转移，故通过适当扩张出租权的外延，可适用于SaaS所涉的软件作品传播，则出租权可规制SaaS模式下云服务提供商提供软件服务的行为。

《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS协议）第11条及《世界知识产权组织版权条约》（以下简称WCT）第7条将出租权控制的行为定义为出租作品的原件或复制件而非出租作品本身，即转移作品的有形载体（原件或复制件）的占有才构成著作权法意义的出租。

将作品上传到计算机服务器是复制行为，因为会导致在服务器硬盘中形成作品的永久复制件。云服务提供商将应用软件上传置于“云端”（云服务提供商的远端服务器）之后，服务器的硬盘就成为了计算机软件的有形载体，即计算机软件的复制件。云服务提供商提供软件许可使用服务时，云用户可通过互联网访问并调用服务器上的软件代码，但云用户并不会获得作为软件复制件的服务器硬盘的占有转移；云服务提供商也

并不发送一个数字化的软件复制件给云用户。可见，通过网络传输方式向公众提供软件使用与软件的出租存在概念上的明确区别。

在美国的Warner Bros. Entm't Inc. v. WTV Sys., Inc.案中，被告合法购买了电影DVD后，根据每一个顾客的要求提供电影DVD的互联网在线播放。被告主张其提供的服务是将这些DVD出租给顾客，不需要获得电影作品著作权人的公开表演许可，但美国加利福尼亚中区地区法院判定，被告的服务并非是将DVD出租给顾客，而是美国版权法意义上的规制作品按需传播的公开表演行为。虽然该案所涉作品是电影而不是计算机软件，但在本质上印证了WCT第7条的议定声明：不可能将WCT第7条的出租权适用于在线传播，因为出租权只涵盖将有形物品投入流通的行为。

虽然《著作权法》没有强调出租权涉及作品载体或复制件的转移，但著作权意义上的出租权仅仅是指出租作品的有形载体的行为，出租权是以作品有形复制件的存在为基础。SaaS云服务交易不涉及计算机软件复制件的占有转移，因此不涉及到出租权。SaaS 模式下，云服务提供商如未经软件著作权人的许可而将应用软件上传到“云端”（云服务提供商的远端服务器）并提供给云用户使用，此行为不受软件著作权人的出租权的规制。

三、SaaS模式下信息网络传播权对云服务提供商的适用分析

（一）信息网络传播权的特征

《著作权法》第10条第1款第（十二）项规定，信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。信息网络传播权所控制的行为具有以下特征。

1. 传播者是直接行为主体

直接将作品上传至服务器的传播者是实施信息网络传播行为的主体。^①北京市高级人民法院认为：网络服务提供者的行为构成信息网络传播行为的判断标准，一般是以被传播的作品、表演、录音录像制品是否由网络服务提供者上传或以其他方式置于向公众开放的网络服务器之上。^②

^① 梁志文著：《数字著作权论——以〈信息网络传播权保护条例〉为中心》，知识产权出版社2007年版，第28页。

^② 北京市高级人民法院《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见（一）（试行）》第4条第1款。

2. 通过网络向公众提供作品

向公众提供作品的行为并不必然要求公众中的成员发出了下载指令或实际接收到作品，只是强调使作品处于可访问状态，存在使公众获得作品的可能性。公众中的成员是否实际获得作品对于提供者的行为是否构成信息网络传播行为并无必然联系。^③

3. 是交互式按需传播行为

虽然是传播者将作品上传到服务器上，但传输是由公众中的用户直接触发，只有公众中的用户访问服务器时，作品信息内容从传播者的服务器向特定用户计算机的点对点传输才会启动。公众中的成员以自己确定的时间和地点自主地选择信息内容的获取，而不是被动地接受作品的传播或播放，体现了“按需获得”的交互性特征。^④

从SaaS模式下软件服务提供的特征来看，云服务提供商将应用软件上传到“云端”（云服务提供商的远端服务器），使得到许可的云用户能够在其选定的时间和地点通过互联网访问远端服务器并调用、运行“云端”上的应用软件，符合信息网络传播权所控制行为的特征。

（二）“获得作品”适用的情形

然而，存疑的是，云用户对软件的使用是通过互联网调用并运行，软件使用结束后，用户的计算机终端中不存储被使用软件的永久复制件，即云用户没有永久地复制或占有软件复制件。故需要明确云用户仅仅使用、运行软件而不能永久性复制软件的情形是否满足信息网络传播权控制的提供行为中使公众“获得作品”的要求。有两个相关联的涉及“获得（access）软件”的问题需要明确。

1. “获得（access）作品”是否要求必须可下载复制软件

《著作权法》规定的信息网络传播权的定义源于WCT第8条，“获得作品”的英文原文为

“access the works”。实际上，“access”一词也包括了“接触、访问、浏览”等含义，WCT第8条只是要求公众能以“下载、浏览或者其他方式获得”该作品；^⑤而并非要求必须能够下载作品以获得一个永久的作品复制件。^⑥

在环球唱片有限公司诉上海森蓝电脑网络有限公司案^⑦中，法院确认：信息网络传播权的侵权行为，并不必然要求公众可以下载作品（产生作品的复制件），只要公众中的成员可在其个人选定的时间和地点欣赏、聆听录音制品中的歌曲，即可视为获得录音制品，而不论其是否可以下载歌曲。在陈少华诉中国音乐著作权协会案^⑧中，法院同样确认：使公众可以下载作品并非信息网络传播权的侵权行为的必须要件，公众能够观看、收听或其他类似方式感知到作品亦可。

北京市高级人民法院《关于审理涉及网络环境下著作权纠纷案件若干问题的指导意见（一）（试行）》（2010）第2条第2款也明确了信息网络传播权定义中的获得作品包括下载、浏览等方式，而并非将获得作品仅理解为下载获得复制件。

2. 在线使用、运行软件是否属于“获得（access）作品”

有一种观点认为，由于计算机软件同时具有“作品”属性和“工具”属性，云用户在SaaS模式下使用软件获得的是软件的“功能”，而并非软件的“内容”，云用户获得的仅仅是对作品的利用，不应理解为“获得作品”；^⑨在线浏览、下载非软件作品的行为性质及对著作权人经济利益的影响与下载软件是相近的，但仅使用软件并非“获得”软件，SaaS模式下只有云用户通过下载获得软件的复制件才能认为是“获得作品”。^⑩

计算机软件受著作权法保护是基于其用于表达设计思想的具体指令与代码，但其指令与代码并不能体现传统作品所表达的情感或美

③ Andrew Christie, Eloise Dias: The New Rights of Communication in Australia, Sydney L.Rev., 2005, P.248.

④ [德]约格·莱茵伯特、西尔克·冯·莱温斯基著：《WIPO 因特网条约评注》，万勇、相靖译，中国人民大学出版社2008年版，第136页。

⑤ 王迁：《网络环境中版权直接侵权的认定》，载《东方法学》2009年第2期，第17页。

⑥ 崔国斌著：《著作权法：原理与案例》，北京大学出版社2014年版，第487页。

⑦ 上海市高级人民法院（2005）沪高民三（知）终字第16号民事判决书。

⑧ 湖北省武汉市中级人民法院（2007）武知初字第179号民事判决书。

⑨ 梁志文：《云计算、技术中立与版权责任》，载《法学》2011年第3期，第95页。

⑩ 鲍征焯：《云计算著作权问题探析——以SaaS模式为例》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2013年第4期，第11-12页。

感。计算机软件与其他文字作品存在差异，其主要价值来自于对软件的利用，计算机软件使用者通过运行软件并利用软件的功能实现其特定的目的。^⑪计算机软件用户获得（access）计算机软件的目的并非为了感受程序的指令与代码所体现的美感或表达的思想、情感，而只需要获取软件运行、操作后的输出数据、结果。^⑫在线运行软件与下载软件后再运行软件同样会对著作权人的经济利益产生影响，软件著作权人对在线使用、运行其软件行为的控制同样是为了保护其经济收益。因此，“获得”（access）软件包括消费软件的使用价值的行为，如运行计算机软件。^⑬

2014年6月6日公布的《著作权法（修订草案送审稿）》第68条规定，技术保护措施，是指权利人为防止、限制其作品、表演、录音制品或者广播电视节目被复制、浏览、欣赏、运行、改编或者通过网络传播而采取的有效技术、装置或者部件。“浏览、欣赏、运行”属于接触、获得作品或其他著作权客体的具体行为，其中的“运行”显然是指针对软件的“获得、接触（access）”。

《德国著作权法》第69之c款第（四）项规定，计算机程序的权利所有人具有排他权利，可控制通过有线或无线公开再现计算机程序的行为，包括使公众中的成员在其选定的地点与时间可以获取的网络传播。此处的“公开再现”是指“公共传播权”，即通过有线或无线而使公众中的成员可在其个人选定的地点与时间获取作品。^⑭可见，《德国著作权法》已明确计算机软件著作权人拥有“公共传播权”，而这种“公共传播权”与《著作权法》规定的“信息网络传播权”的内涵是相同的。^⑮

在Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.案^⑯中，被告向其客户销售的万能遥控器可规避防盗密码从而运行原告的受版权保护的软件系统

并运转原告的车库门开闭装置，故因销售可用于规避原告软件上设置的接触（access）控制技术措施的设备而被诉。美国联邦巡回法院在审理中认定，“接触、获得”（access）计算机软件的含义包括了运行使用软件。

由此可见，公众中的成员在线接触作品的行为，如在线阅读、收听、观看作品或在线运行软件，均构成公众可获得作品；在线运行、使用软件属于信息网络传播权定义下的“获得（access）作品”。^⑰故SaaS模式下云服务提供商将软件上传到“云端”（云服务提供商的远端服务器）并许可云用户可以在其个人选定的地点和时间以使用、运行软件的方式“获得软件”的行为应受到信息网络传播权的控制，如云服务提供商未经软件著作权人的许可而将应用软件上传到“云端”并提供给云用户使用，其行为侵害了软件著作权人的信息网络传播权。

四、SaaS模式下临时复制权对云用户的适用分析

临时复制（temporary reproduction）是计算机随机存取内存（RAM）中或缓存（Cache）处理中出现的读取、临时存储及短暂再现网络信息或作品的技术现象，内存或缓存中的复制内容基于计算机关机、重启或后续信息替代等原因就会消失；与传统复制要求作品长久固定在有形物上不同，这种复制是临时的存储，故被称为临时复制。

云计算SaaS模式下，云用户使用软件并不需要下载或形成软件的永久复制件，但云用户每一次运行、使用云端的软件过程中，软件代码不可避免地会在计算机的自动控制下暂时存储于计算机随机存取内存中，形成软件的临时复制件。^⑱如果云服务提供商将未经版权

⑪ 同注释①。

⑫ 何炼红：《论功能性作品版权保护的理论困惑及解决路径——重估习惯的力量》，载《现代法学》2005年第5期，第107页。

⑬ 刘颖：《版权法上技术措施的范围》，载《法学评论》2017年第3期，第101页。

⑭ 《德国著作权法》，范长军译，知识产权出版社2013年版，第22、77、107页。

⑮ 公共传播权是指将作品通过有线或无线方式提供给公众，而使个人可以在自己选定的时间与地点接触作品的权利。参见[德]M·雷炳德著：《著作权法》，张恩民译，法律出版社2005年版，第243页。

⑯ Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc., 381 F.3d 1186 (Fed. Cir. 2004)。

⑰ 王迁著：《网络环境中的著作权保护研究》，法律出版社2011年版，第135页。

⑱ Stephen B. Popernik, The Creation of an Access Right in the Ninth Circuit's Digital Copyright Jurisprudence, 78 Brooklyn Law Review, 2012, p.706.

人授权的或盗版的应用软件提供给云用户使用,那么当云用户使用未经版权人授权的或盗版的软件从而形成软件的临时复制是否会侵犯复制权就是一个值得探讨的问题;如果云服务提供商得到软件著作权人的授权或其本身就是软件著作权人,在其将应用软件上传到云服务器后,云用户未得到云服务提供商的许可而擅自使用软件是否可能承担复制权侵权责任也是一个值得探讨的问题。问题的关键在于:导致数字化作品或其片段被临时存储在计算机内存中的行为是否应被界定为受复制权控制的行为,即临时复制是否构成著作权法意义上的复制,在线阅读、欣赏或运行作品的行为是否应纳入版权人的复制权控制范围。^{①9}

在WCT外交会议上,中国代表团提交的书面建议主张:为避免版权人控制用户或消费者在线使用盗版作品的行为,不应将内存中的临时复制定义为复制行为后再以限制和例外加以免责,而是根本不应将内存中的临时复制视为著作权意义上的复制。^{②0}中国《信息网络传播权保护条例》第21条明确了网络服务提供者对服务器代理缓存行为在一定条件下无须承担侵权责任,但因担心承认临时复制可能导致版权人的利益过度扩张,不符合中国的国际贸易利益,故《信息网络传播权保护条例》没有明确临时复制的法律性质。^{②1}

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》[法释(2002)31号]第21条规定,计算机软件用户未经许可或者超出许可范围商业性使用计算机软件的,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。《计算机软件保护条例》第24条第(一)项规定了未经软件著作人许可复制或部分复制软件的侵权责任,这意

味着商业性使用盗版软件会侵害软件著作权人的复制权。在商业性使用盗版软件时,如先将盗版软件“安装、下载”后再运行软件,则必然侵犯权利人的复制权,因为“安装、下载”会导致在计算机硬盘中形成软件的永久性复制。但在云计算环境下,商业性使用、运行盗版软件并不需要“安装、下载”软件,不会形成永久性的软件复制件,仅会导致在计算机内存中出现软件的临时复制;如在云计算环境下仍将商业性使用盗版软件的行为认定为侵害复制权,则只可能是由于在内存中形成临时复制而对复制权的侵权。^{②2}因而,在未对“使用”的概念进行范围界定的前提下,依照前述[法释(2002)31号]第21条的规定,云用户未经许可或者超出许可范围商业性地在线使用计算机软件的行为会侵害软件著作权人的复制权,即在不需“安装、下载”软件的情况下商业性地使用盗版的或未经授权的软件的行为受复制权的规制,这意味着云用户商业性地在线使用、运行盗版软件或未获授权软件时在计算机内存中形成的软件或软件片段的临时复制应被界定为著作权意义上的复制。这与中国在WCT外交会议上将任何临时复制都排除在复制权的范围之外的立场存在矛盾。^{②3}

将临时复制归属于复制权控制的实质在于遏制盗版作品的网络传播,因为不论是否承认临时复制属于复制,合法使用作品形成临时复制都无须承担责任。^{②4}而用户商业性在线使用、运行盗版软件而在计算机内存中形成软件的临时复制则构成非法复制,应承担侵害复制权的法律责任,这就赋予软件著作人一个新的诉由及侵权救济途径。^{②5}

在云计算SaaS模式下,当得到许可的云用户运行上传至云服务器的合法软件时,虽然云用户在线使用、运行软件会导致形成软件的临时复制,但云用户的临时复制行为无

①9 高富平:《“云计算”的法律问题及其对策》,载《法学杂志》2012年第6期,第7页。

②0 王迁:《网络环境中的著作权保护研究》,法律出版社2011年版,第57页。

②1 崔国斌著:《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第390页。

②2 王迁著:《网络版权法》,中国人民大学出版社2008年版,第32页。

②3 [德]约格·莱茵伯特、西尔克·冯·莱温斯基著:《WIPO因特网条约评注》,万勇、相靖译,中国人民大学出版社2008年版,第56页。

②4 冯晓青、付继存:《著作权法中的复制权研究》,载《法学家》2011年第3期,第109页。

②5 张今著:《版权法中私人复制问题研究——从印刷机到互联网》,中国政法大学出版社2009年版,第78页。

需承担复制权侵权责任。

云服务提供商将未经授权的或盗版的应用软件上传至云服务器并许可云用户使用，云用户在此情形下商业性使用、运行软件必然导致软件进入计算机内存形成临时复制，依照前述[法释(2002)31号]第21条规定内容的字面含义，未经著作权人授权使用软件或使用盗版软件而形成的临时复制被界定为著作权意义上的复制，云用户就直接侵害了软件著作权人的复制权。如某网站未经许可破解了某杀毒软件的序列号，然后将该杀毒软件放置在网站服务器上供用户在线杀毒；用户无需下载该杀毒软件，只需通过互联网调用、运行该杀毒软件即可查杀本地计算机中的病毒。某公司为节省经营成本，频繁在线使用某网站提供的杀毒软件，某公司将会侵犯软件著作权人的复制权。^{②6}

同理，如果云服务提供商得到软件著作权人的授权或其本身就是软件著作权人，在其将软件上传到云服务器后，云用户未得到云服务提供商的许可，通过规避接触控制技术措施或其他黑客行为使用、运行软件而在计算机内存中形成临时复制，依照上述[法释(2002)31号]第21条的规定，云用户也直接侵害了软件著作权人的复制权。^{②7}

云计算环境下，云用户通过计算机网络“获得、接触”作品而并不进行永久复制，对作品的利用需依赖于临时复制，如果不赋予权利人控制临时复制的权利，云用户未经著作权人或云服务提供商的许可使用作品，就会对著作权人或云服务提供商的利益产生损害，不利于云计算产业的发展及网络信息资源的创造。^{②8}

五、SaaS模式下云服务提供商的软件复制权直接侵权与间接侵权分析

SaaS模式下，云服务提供商如未经软件著作权人的许可而将应用软件上传到“云端”（云服务提供商的远端服务器），会导致在远端服务器的硬盘中形成软件的永久复制件，其行为就直接侵害了软件著作权人的复制权。^{②9}

如上文所述，如云服务提供商未经软件著作权人的许可而将软件上传到“云端”提供给云用户在线使用，云用户因运行盗版软件而形成临时复制就构成对软件著作权人复制权的直接侵权。在此情形下，依照《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》[法释(2012)20号]第4条的规定，^{③0}如果能够证明云服务提供商与云用户有共同侵权的意思联络，事先存在分工合作的合意，由云服务提供商将未得到著作权人许可的软件上传到“云端”而由云用户运行使用，则云服务提供商与云用户将构成共同侵权行为，均是复制权的直接侵权行为人，二者需承担连带责任。^{③1}

如果云服务提供商与云用户并不存在共同侵权的意思联络，云服务提供商未经软件著作权人的许可而将应用软件上传到“云端”提供给云用户使用，云用户运行盗版软件会在云服务提供商的服务器内存中产生临时复制；此时临时复制发生在云服务提供商的服务器上，就出现了云服务提供商对于因云用户运行软件而在云服务器内存中产生的临时复制是否需承担复制权直接侵权责任的疑问。^{③2}在Religious Technology Center v. Netcom on-line Communication Service Inc.案^{③3}中，美国加利福尼亚北区地区法院认

^{②6} 王迁著：《网络版权法》，中国人民大学出版社2008年版，第30、32页。

^{②7} 在此情况下，云用户还要承担规避云服务提供商的接触控制技术措施的违法责任。

^{②8} 美国、英国、德国、加拿大、澳大利亚及欧盟等国家或地区的立法已承认临时复制属于版权人的复制权控制范围，但对版权人的临时复制专有权利进行了限制，规定了作品合理使用的除外责任；但临时复制的限制和例外必须基于“使作品或其他客体的合法使用成为可能”；由权利人授权的使用或不为法律所禁止的使用被认为是合法的使用。

^{②9} 王迁著：《网络环境中的著作权保护研究》，法律出版社2011年版，第140-143页。

^{③0} 有证据证明网络服务提供者与他人以分工合作等方式共同提供作品构成共同侵权行为的，人民法院应当判令其承担连带责任。

^{③1} 祝建军著：《数字时代著作权裁判逻辑》，法律出版社2014年版，第198页。

^{③2} 郑重著：《数字版权法视野下的个人使用问题研究》，中国法制出版社2014年版，第233页。

^{③3} Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Service, Inc. 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995).

为, 被告作为网络服务提供者仅仅提供了一个可让第三方用于生成复制件的系统, 其行为缺少意志要素和因果联系, 不构成复制权直接侵权。在 *CoStar Group Inc. v. LoopNet Inc.* 案^{③④}中, 美国第四巡回上诉法院认为, 对于被他人用于制作非法复制件的设备的所有权人, 只有其行为存在与非法复制具有充分紧密的及因果关系的联结时, 才能认为其直接侵害了复制权。在 *Cartoon Network v. Cablevision Systems Corporation* 案^{③⑤}中, 被告的客户录制的节目复制件被固定在被告的设备系统的远程中心服务器上, 美国第二巡回上诉法院认为, 确定是谁制作了节目的复制件并直接侵犯了版权人的复制权的关键在于导致复制产生的意志行为 (volitional conduct) 由谁做出, 应由导致事件发生的最关键且最重要的行为做出者承担法律责任; 复制件是在用户的指令下自动完成的, 具备了意志要素的是按下录制键的用户; 故用户才是复制行为的主体, 拥有设备的被告没有制作节目的复制件, 没有直接侵犯版权人的复制权; 法院认为被告的设备系统对于复制的帮助功能以及该系统与其用户的持续关联更符合间接侵权的情况, 仅能认为被告负有间接侵权责任。^{③⑥}据此推论, 虽然盗版软件的临时复制是在云服务提供商的服务器中形成的, 但云用户运行使用盗版软件的行为是导致临时复制发生的意志行为, 故云服务提供商并不会因临时复制发生于其服务器上而必然直接侵害软件著作权人的复制权。

行为人冒充著作权人或超出自己的权利范围对外许可并导致第三方直接侵权, 则可能构

成间接侵权。^{③⑦}美国的著作权帮助侵权行为包括不享有版权的人擅自许可他人行使版权, 这种间接侵权类型被称为许可侵权; 《英国版权法》第16条明确规定, 未经版权人同意, 许可 (authorize) 他人实施受版权专有权利限制的行为者构成侵权, 由于许可他人侵权者自己并没有直接实施侵犯专有权利的行为, 因此许可侵权被视为一种间接侵权; 《加拿大版权法》及《澳大利亚版权法》也有同样的规定。^{③⑧}因而, 如云服务提供商未经软件著作权人的授权而将应用软件上传到“云端”提供给云用户使用, 云用户因使用盗版软件而形成临时复制就构成对软件著作权人复制权的直接侵权; 如果云服务提供商与云用户并不存在共同侵权的意思联络, 则云服务提供商与云用户不构成共同侵权行为, 不是软件复制权的直接侵权行为人; 但在此情形下, 云服务提供商虽然没有实施受复制权控制的行为, 但明知云用户运行盗版软件将会形成临时复制进而构成复制权直接侵权, 主观上依然故意将未经授权的或盗版的软件提供给云用户使用, 客观上引诱、教唆且实质性帮助云用户实施了复制权直接侵权行为, 根据《侵权责任法》第9条^{③⑨}及参照前述 [法释 (2012) 20号] 第7条^{④⑩}的规定, 在此情形下云服务提供商构成复制权的间接侵权。

我国《信息网络传播权保护条例》第14条至17条规定的“通知—删除规则”^{④①}以及第20条至23条规定的免责条款是“避风港规则”的体现。^{④②}参照前述 [法释 (2012) 20号] 第6条的规定, 原告有初步证据证明网络服务提供者提

^{③④} *CoStar Group Inc. v. LoopNet Inc.* 373 F. 3d 544, 550 (4th Cir. 2004) .

^{③⑤} *Cartoon Network LP. v. Cablevision Systems Corporation Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121, 131-33 (2d Cir. 2008) .

^{③⑥} Fernando M. Pinguelo, Bradford W. Muller: *Avoid the Rainy Day: Survey of U.S. Cloud Computing Case law*, *Intellectual Property & Technology Forum at Boston College Law School*, 2011, P.3.

^{③⑦} 崔国斌著:《著作权法:原理与案例》, 北京大学出版社 2014 年版, 第 744 页。

^{③⑧} 转引自王迁、王凌红著:《知识产权间接侵权研究》, 中国人民大学出版社 2008 年版, 第 9-11 页。

^{③⑨} 教唆、帮助他人实施侵权行为的, 应当与行为人承担连带责任。

^{④⑩} 网络服务提供者明知或应知网络用户直接侵害著作权, 依然提供帮助, 构成著作权间接侵权的帮助侵权; 网络服务提供者故意或有意地以言语、推介技术支持、奖励积分等方式诱导、鼓励网络用户直接侵害著作权的, 构成著作权间接侵权的教唆、引诱侵权。

^{④①} 根据《侵权责任法》第 36 条第 2 款关于“通知—删除”规则的一般规定, 如果著作权人认为第三方正通过网络服务提供者提供的网络服务侵害其著作权, 著作权人有权向网络服务提供者发送书面的侵权通知, 告知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施; 网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的, 对损害扩大部分与该网络用户承担责任。

^{④②} “避风港规则”是指网络服务提供者在保持技术中立的客观环境下, 没有理由知道侵权行为的发生, 在权利人通知侵权之后, 有能力移除且及时删除了侵权信息的, 得以免除损害赔偿责任的制度规则。

供了相关作品、表演、录音录像制品，但网络服务提供者能够证明其仅提供网络服务，且无过错的，人民法院不应认定为构成侵权。因而，网络服务提供者要想进入“避风港”，必须在主观上无过错，也就是没有理由知道侵权事实的存在。^④对于那些自行上传内容或介入到内容的形成之中的网络服务提供者，“避风港规则”及“通知—删除规则”并不适用。因而，如果SaaS云服务提供者将未经版权人授权的或盗版的应用软件提供给云用户使用，SaaS云服务提供者不能获得“避风港”规则的保护。

如果云用户未得到云服务提供者的许可而通过规避技术措施等手段擅自使用软件，云用户未经许可使用软件而形成临时复制就构成对软件著作权人复制权的直接侵权；但此时云服务提供者不存在明知或应知云用户因临时复制而构成软件复制权直接侵权的主观过错，云服务提供者有可能获得“避风港规则”的保护，不因云用户的直接侵权行为而构成复制权的间接侵权。

结 语

转移作品的有形载体的占有才构成著作权法意义的出租。在SaaS模式下，云服务提供者将应用软件上传到“云端”（云服务提供者的远端服务器）并提供给云用户使用，云用户并

未得到计算机软件的永久复制件，因此，此行为并不受软件著作权人的出租权的规制。在线运行、使用软件属于信息网络传播权定义下的获得（access）作品，SaaS模式下云服务提供者向云用户提供软件使用许可的行为受到软件著作权人的信息网络传播权的规制。

依照前述〔法释（2002）31号〕第21条规定的字面含义，云用户未经许可或者超出许可范围商业性使用计算机软件的行为会侵害软件著作权人的复制权，即云用户商业性地在线使用、运行盗版软件或未经许可使用、运行软件时在计算机内存中形成的软件或其片段的临时复制应被界定为著作权意义上的复制。因而，云用户未得到软件著作权人或云服务提供者的许可而在线使用、运行盗版软件时在计算机内存中形成软件的临时复制就直接侵害了软件著作权人的复制权。在此情形下，如果云服务提供者与云用户有共同侵权的意思联络，事先存在分工合作的合意，则云服务提供者与云用户均是软件复制权的直接侵权行为人；如果云服务提供者与云用户并不存在共同侵权的意思联络，但明知云用户运行盗版软件将会形成临时复制进而构成复制权直接侵权，主观上依然故意将未经许可的或盗版的软件提供给云用户在线运行使用，则云服务提供者因此构成对复制权的间接侵权。■

^④ 梅术文著：《网络知识产权法：制度体系与原理规范》，知识产权出版社2016年版，第376页。

更 正

《知识产权》2018年第10期（总第212期）中，《从“金庸诉江南”案看反不正当竞争法与知识产权法的关系》一文的标题应为《从“金庸诉江南”案看反不正当竞争法与知识产权法的关系》，特此更正。给广大读者造成不便，深表歉意。

《知识产权》编辑部