

约定不明委托作品的“特定目的”和“使用范围”

——“浙江省医院预约诊疗服务系统”软件著作权纠纷案评析

袁 博

一、问题的提出

中国移动通信集团浙江有限公司（以下简称浙江移动公司）、浙江融创信息产业有限公司（以下简称“融创公司”）委托杭州聚合网络科技有限公司（以下简称“聚合公司”）开发一款“浙江省统一医院预约诊疗平台”软件，在聚合公司开发并完成“浙江省医院预约诊疗服务系统”软件后，根据双方约定已安装在试点的7家医院中，浙江移动公司、融创公司予以接收并进行了验收；而“浙江省医院预约挂号系统”上线试运行后，至2011年9月底，聚合公司一直为该系统提供技术支持和维护。2011年9月底，双方因软件合作发生争议，聚合公司关闭了服务器，停止了对试点医院的维护和技术支持，改由融创公司进行维护和服务。其后，浙江移动公司、融创公司使用由融创公司再行开发的软件，该软件使用了聚合公司开发的涉案软件的部分源代码。聚合公司认为浙江移动公司与融创公司未经许可擅自使用其软件源代码开发新软件的行为构成侵权，故将相关单位诉至法院。一审法院认为，虽然原被告之间未签订委托开发软件的书面协议，但客观事实表明涉案软件委托开发合同已实质成立。由于双方未对委托开发的软件著作权归属作出明确的约定，故涉案软件著作权应归受托方聚合公司享有。融创公司作为诉争软件的委托人及合法复制品持有者，其在委托开发的特定目的范围内部分使用诉争软件，不会损害聚合公司的合法权益，因此不支持原告诉请。当事人不服，提起上诉。二审法院认为，双方之间成立委托创作合同关系，但在缺乏明确约定的情况下，并不能推定聚合公司提供源代码即可视为对有关源代码权利的让渡，也不能以此认为融创公司的重新开发行为属于委托创作的特别目的范围内的合理使用行为，根据全案情况，构成侵权，一审的相关认定应予纠正。

本案中，一个核心的焦点问题在于，根据法律和相关司法解释，对于委托合同中没有明确约定著作权归属的情形，著作权归受托人，而委托人可以在委托创作的特定目的范围

作者单位：上海市第二中级人民法院

内免费使用该作品，那么，本案中被告利用委托原告开发的软件源代码重新开发新软件的行为，是否属于“在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品”呢？

二、委托作品与委托创作合同

所谓委托作品，是指受托人根据委托人的委托而创作的作品。例如，新婚夫妇去影楼拍摄结婚纪念照，就是典型的委托摄影师为其创作摄影作品。现行《著作权法》第17条规定，受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定。合同未作明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。本案中，虽然双方并未书面订立委托创作合同，但是审查查明的事实表明，在2010年9月27日涉案软件“浙江省医院预约挂号系统”上线试运行之前，浙江移动公司、融创公司与聚合公司曾就“浙江省统一医院预约诊疗平台”软件的开发、调试等问题多次通过邮件进行沟通，融创公司在邮件中对聚合公司亦提出了多项关于涉案软件开发的工作要求。同时，浙江移动公司与聚合公司于同年7月19日就浙江移动公司委托聚合公司承建“浙江省医院预约诊疗服务系统”等相关事宜召开会议，双方不仅肯定了自2010年1月以来围绕“浙江省医院预约诊疗系统”建设开展的工作（包括项目的参与和策划、制定预约诊疗服务平台需求规范、平台软件的开发等），而且明确了“经过共同努力，基本完成了整个中心系统软件、12580客户端系统软件的开发、调试工作，进入后期的系统稳定性和压力测试阶段，系统开发工作得到了省卫生厅的认可”。因此，可以判定涉案双方事实上已经达成了关于涉案软件的委托创作合同关系。由于双方并未对委托开发的软件著作权归属作出明确的约定，故根据《著作权法》的规定，涉案软件著作权应归受托方聚合公司享有。

尽管涉案软件的著作权并不属于被告，但相关的司法解释赋予了被告一定范围内的使用权。《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》（以下简称“解释”）第12条对此进行了补充，规定“按照著作权法第17条规定委托作品的著作权属于受托人的情形，委托人在约定的使用范围内享有使用作品的权利，双方没有约定使用作品的范围的，委托人可以在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品”。那么，本案中被告的行为，是否属于“在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品”呢？

三、委托创作的特定目的与使用范围

《著作权法》第17条的规定明显有利于受托人，这导致约定不明时委托人对作品的使用方面可能失去公平，为了矫正，最高院“解释”第12条赋予了委托人对作品的使用权，同样，为了防止矫枉过正和在权利分配后实现新的平衡，“解释”第12条规定了2个限制条件：（1）使用限于约定的使用范围；（2）未约定使用范围的，使用限于委托创作的特定目的范围内。实践中，由于委托创作双方缺乏应有的法律意识而没有订立书面合同，或者虽然订立书面合同而有所疏漏，“未约定使用范围”的情形更为常见，一旦引起纠纷诉诸法院，何为“委托创作的特定目的”就成为知识产权法官首先面对的一个民法解释问题。

根据现有的法律设计，约定不明时著作权被推定归属于受托人，而为了平衡，又通过

王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社2009年版，第178页。

司法解释的形式赋予委托人在适当范围内可以使用委托作品的权利，实际上是为委托人设定了一种拟制的“合理使用”或者“法定许可”的使用权，但是，这种使用，不能超出必要、合理的范围，换言之，著作权的各项全能应当最大可能被保留在权利人的手中。正如德国版权法学者所言，“在作者著作权的各种合同约定不明的情况下，认为除了实现该使用合同目的所必要的权利外，并不发生其他权利的使用许可”。因此，对于“委托创作的特定目的”应当采取严格解释的司法立场。那么，具体应当如何操作呢？有学者为此提出了“合理范围标准”，即委托人可以在合理范围内使用委托作品。所谓的合理范围是指，双方在委托创作的过程中所能预料到的基于作品的属性和通常的委托创作的目的正常使用范围。试举两例说明。

例一：一方委托另一方为自己设计商标标识，虽然双方并未就创作完成后标志的著作权归属作出明确约定，但应当推定受托人已经同意委托人将该标识注册为商标，或者在其商品、服务上使用；换言之，受托人不得以侵犯自己的著作权为由阻止委托人使用该商标。

例二：一位年轻女士委托照相馆拍摄一组艺术照，但未说明照片用途，双方也未就创作完成后标志的著作权归属作出明确约定，则艺术照的著作权归属于照相馆，而女士可以将照片用于个人欣赏、赠送男友等可以预想的个人用途，但是，当她用于商业用途时（例如用于制作商业广告），却必须征得照相馆的同意并支付合理费用，因为，此时已经超出了普通人能够预料到的委托创作的目的。正因如此，我国国家版权局在《关于对影楼拍摄的照片有无著作权的答复》中提出，在没有协议的情况下，顾客欲营利性地使用照片，应事先取得影楼许可；在没有协议但有理由认为影楼知晓顾客欲营利性使用照片而不提出异议的情况下，顾客有权盈利性使用，但应当向影楼支付报酬。事实上，关于这种情形，国外有具体规定，例如，《意大利著作权法》第98条规定，如无相反规定，委托他人拍摄肖像照片的可以不经摄影师的许可发表、复制或授权他人复制作品，但对肖像照片进行商业性复制时应向摄影师支付合理报酬。

上述两例说明，对“委托创作的特定目的”的解释或者推定，需要法官拟制一个普通人的假想主体，这个主体明晰通常的交易习惯和生活知识，正常而善意。

值得强调的是，如同在影楼一例中所提出的那样，如果在委托创作过程中受托人已经明确知晓委托人委托创作的具体目的并且未提出异议，就应当视为没有超出“委托创作的特定目的”。例如，在上海市第一中级人民法院审理的王敏诉六面体服装贸易（上海）有限公司一案中，法院指出，从涉案照片的拍摄内容看，这些照片的创作意图是为了宣传推广被告经营的服饰商品，而从全案可以明确推知原告在接受委托时知悉这些照片的目的是为了宣传被告的服饰商品，因此被告使用照片用于宣传服饰的使用行为属于在委托的创作的特定目的范围内行使，无需取得原告同意或另行支付费用。

除了上述的区分标准外，笔者认为，还可以结合考虑使用方式是否构成对作品权利人

许辉猛：《委托作品使用权研究》，《河南商业高等专科学校学报》2010年第1期。

[德]M·雷炳德：《著作权法》，张恩民译，法律出版社2005年版，第375页。

梁作民、曹波：《对委托作品著作权的分析——评一起广告宣传品的著作权纠纷案》，《知识产权》2002年第2期。

李明德、管育鹰、唐广良：《<著作权法>专家建议稿说明》，法律出版社2012年版，第238页。

国权办[1997]12号。参见梅术文：《著作权法：原理、规范和实例》，知识产权出版社2014年版，第147页。

王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社2009年版，第180页。

的“竞争性使用”作为辅助判断方法，如果构成，可以认为超越了“委托创作的特定目的”。所谓“竞争性使用”，就是指除明显合理的使用外，其他使用是否产生了商业竞争意义上的“替代作用”。换言之，如果使用委托作品的结果是替代了原作品，就不是符合“特定目的”的使用。所谓“替代作用”是指因为使用委托作品，导致和受托人的作品形成市场竞争，最终导致受托人作品的市场销售量下降和利润减少，造成作品实际价值的不合理地减损。

本案中，由于软件作品有其特殊性，既包括经源代码编译而来的可执行程序所包含的使用功能，也包括源代码所蕴含的技术成果。根据软件行业的交易习惯及相关法律规定，通常在软件委托开发合同未作明确约定的情况下，受托人负责开发符合委托人要求的软件，并向委托人提供可正常使用的可执行程序，委托人有权通过软件客户端正常使用软件作品的各项功能，受托人享有软件作品的著作权。委托人仅可出于把该软件用于实际的计算机应用环境或者改进其功能、性能的目的，而进行必要的修改，且限于在软件作品委托创作的原有目的范围内继续使用，但并不包括对受托人享有著作权的软件作品作为技术成果加以利用，而且也没有证据表明受托人知晓委托人的这一超出软件行业交易习惯的使用目的。

另外，因著作权人的权利应依法给予全面而妥善的保护，源代码作为计算机软件作品的核心组成，若在软件委托开发合同中，在软件著作权归属于受托人的情形下，允许委托人未经受托人许可即可对程序源代码随意修改使用或作重新开发利用，会使受托人享有的软件著作权形同虚设，实质上构成了对该软件的“竞争性使用”，此类行为显然侵入了著作权人专属权利范围，侵害了著作权人的利益，具有可责性。如果受托人向委托人提供可执行程序的同时，提供完整的源代码，并许可委托人可自行利用源代码进行后续的修改开发，这种合作模式包含有权利的重大让渡，需要双方有明确的约定，与本案所涉委托开发形式存有显著差异。本案中，根据查明的案情，对涉案软件“在委托创作的特定目的范围内免费使用”的权利应限于将涉案软件提交给“全省二级以上公立医院”使用，向广大患者提供预约挂号服务，并不包括利用受托人的源代码进行后续开发。因此，融创公司作为预约挂号平台建设者浙江移动公司的全资子公司，受浙江移动公司指派，擅自利用聚合公司所开发软件的部分源代码开发新软件，显然不属于“免费使用”的合法范畴，而是不当利用了聚合公司的涉案软件作品所包含的技术成果，侵害了聚合公司就涉案软件所享有的著作权，应承担相应的侵权责任；浙江移动公司作为涉案预约挂号软件项目的承建单位及指令融创公司实施具体软件开发项目的组织者，与融创公司的涉案被诉侵权行为具有密不可分的关联，应作为共同行为人与融创公司共同承担相应的侵权责任。

（责任编辑：王建民）