

论版权法对滥用技术措施行为的规制

王 迁

(华东政法大学 法律学院, 上海 200042)

摘 要: 版权法保护技术措施的正当性在于维护权利人在版权法中的正当利益,即从他人对作品的使用中获得合理回报。如果权利人设置技术措施的作用在于阻止他人对作品进行不损害其在版权法中正当利益的使用,那么权利人希望借助版权法对技术措施的保护去禁止他人对该技术措施的规避,就属于对技术措施的滥用。借助技术措施进行捆绑销售和划分销售市场是典型的滥用行为。即使该技术措施兼具防止版权侵权或防止在未付费的情况下使用作品的功能,版权法也不应对其提供保护。因此,我国应当在修订《著作权法》时,将任何与实现权利人在版权法中正当利益无关的技术措施排除出保护范围。

关键词: 技术措施; 接触控制措施; 版权保护措施; 滥用技术措施

中图分类号: DF523 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2018.04.05

一、引言

在数字环境中,“技术措施”成为了版权人阻止他人未经许可利用作品或其他受版权法保护的客体(以下统称“作品”),维护其自身利益的重要手段。有些技术措施的功能在于阻止他人未经许可实施受复制权、信息网络传播权等专有权利控制的行为,也就是预防他人侵害作品的版权,从而实现保护版权的效果。这些技术措施被称为“版权保护措施”。例如,索尼 BMG 音乐娱乐公司曾在其制作

发行的音乐 CD 中采用了被称为“MediaMax”的技术措施,以限制用户在电脑中复制音乐 CD^[179] 89,从而起到了保护复制权的作用。有些技术措施并不直接阻止他人未经许可复制、传播作品,而是阻止他人在未经许可(多为未向权利人付费)的情况下阅读、欣赏作品(也就是“接触”作品内容),因此被称为“接触控制措施”。例如,电子书制作者可采用美国 Adobe 公司开发的一种技术措施,用户下载含有该技术措施的电子书之后,虽然可以复制并发送给他人,但他人将无法在其计算机中阅读该电子书^①。该技术措施就实现了防止未付费用户“接触”作品内容的效果。我国《信息网络传播权保护条例》第 26 条第 2 款规定“技术措施,是指用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录

收稿日期: 2018-02-10

基金项目: 2015 年国家社会科学基金重大项目“互联网领域知识产权重大立法问题研究”(14ZDC020)

作者简介: 王迁(1975),男,上海人,华东政法大学教授,博士生导师,法学博士。

^① 参见: USA v. Elcom and Dmitry Sklyarov, 203 F. Supp. 2d 1111, 1118 (N. D. Cal., 2002).

音录像制品的或者通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件。”其中“用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品的……有效技术、装置或者部件”明显属于“接触控制措施”,而“用于防止、限制未经权利人许可……通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件”则属于“版权保护措施”。

所谓“道高一尺,魔高一丈”,再先进的技术措施都有可能被破解(即被“规避”)。失去了技术措施的保护,作品就容易被未经许可地复制、传播或被无偿使用。鉴于技术措施在保护权利人利益方面的巨大作用以及规避技术措施可能造成的严重后果,《世界知识产权组织版权条约》(以下简称WCT)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(以下简称WPPT)要求缔约方保护技术措施,制止规避技术措施的行为^①。我国《著作权法》和《计算机软件保护条例》均规定了“故意避开或者破坏”技术措施的法律責任^②。《信息网络传播权保护条例》则对技术措施的保护作出了较为详细的规定,不仅禁止出于自己使用作品的目的而避开、破坏技术措施,即实施“直接规避行为”,还禁止向他人提供用于避开、破坏规避技术措施的装置、部件或向他人提供规避服务,即“提供规避手段”^③。

版权法对技术措施的保护,对于权利人预先防止他人未经许可复制、传播作品,或者在未付费的情况下以阅读等方式“接触”作品内容起到了积极的作用。然而,某些技术措施,特别是某些“接触控制措施”的主要功能并不是防止版权侵权或不付费使用作品,而是通过阻止对作品的使用,实现捆绑销售和划分销售区域等与版权法保护利益无关的商业模式。如一些电信运营商将苹果手机与其电信服务相绑定的技术措施。另一些技术措施虽然也能在一定程度上保护作品,但兼具维护权利人商业模式的功能。如后文将讨论的索尼 PlayStation

游戏机中的“控制码”就兼具防止用户运行盗版游戏和对游戏机及游戏光盘划分销售区域的作用。这就给版权法对技术措施的保护带来了复杂的问题。一方面,如果不保护此类技术措施,表面上就与版权法保护技术措施的规定不符;另一方面,如果对此类技术措施提供保护,又可能影响消费者的利益、技术发展和正常的市场竞争秩序。

此类技术措施已经在不少国家和地区引发了诉讼。法院对于是否应根据版权法保护此类技术措施存在不同观点。同时,澳大利亚和新西兰等国家和地区的版权法还针对此类技术措施作出了专门规定。遗憾的是,此类技术措施虽然已在我国被使用,而且权利人还对规避行为实施者提起过诉讼,但《著作权法》《计算机软件保护条例》和《信息网络传播权保护条例》等为技术措施提供保护的立法对此均未作出规定。2014年由国务院法制办公室公开征求意见的《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》(以下简称《著作权法送审稿》)以及今年1月在内部征求意见的《著作权法修订草案》也没有制订新的规则,从而在保护技术措施的立法中形成了空白。鉴于此,本文将结合版权法保护技术措施的正当性理论及其他国家和地区的立法与司法实践,对于我国《著作权法》应如何解决此类技术措施引发的问题进行研究,以期对立法的完善提供参考。

二、版权法保护技术措施的正当性与对滥用技术措施的界定

我国《著作权法》第48条第(六)项将“未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可,故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的

^① 参见:WCT第11条,WPPT第18条。

^② 参见《著作权法》第48条第(七)项和《计算机软件保护条例》第24条第(三)项。

^③ 参见《信息网络传播权保护条例》第4条。

保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施”的行为列为“侵权行为”并规定了法律责任^①。《信息网络传播权保护条例》第4条明确规定“任何组织或者个人不得故意避开或者破坏技术措施,不得故意制造、进口或者向公众提供主要用于避开或者破坏技术措施的装置或者部件,不得故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务。但是,法律、行政法规规定可以避开的除外。”并且该条例针对直接规避技术措施和提供规避手段的行为也分别规定了法律责任^②。这些规定意味着,只要一种技术措施具有保护作品的功能,即“防止、限制未经许可人许可浏览、欣赏”作品或复制、传播作品,除非属于法定的例外情形,他人就不能对其实施直接规避行为或向公众提供规避手段,否则属于违法行为,应承担法律责任。

然而,对法律条文的解释应当与立法精神相符。世界各地的版权法对技术措施提供保护的历史都很短。如英国第一部《版权法》迄今已有300余年,但直至1988年,英国才在修改后的《版权法》中对用于计算机程序的技术措施提供保护。这种强烈的反差说明,对技术措施的保护,并不是版权法保护权利人利益的传统方法。长期以来,版权法的核心是复制权、发行权和表演权等专有权利。“专有权利”亦称“排他权利”(英文均为 exclusive right),其作用是控制特定行为,也就是使权利人排斥、阻止他人未经许可实施复制、发行和表演等利用作品的行为。如果他人在未经许可,或缺乏“合理使用”等侵权阻却理由的情况下,实施了受专有权利控制的行为,该行为则构成对版权的侵害。通过赋予权利人复制权等专有权利,版权法促使他人以复制等方式利用作品之前,寻求权利人的许可并支付报酬,从而使权利人能够从他人对作品的利用中获得收益,进而产生继续创作的动力,也为有兴趣和能力从事创作的人提供了良好的范例。

技术措施本身并不属于专有权利,但“版权保

护措施”是用于保护专有权利的,它可以自动阻止他人未经许可复制、传播作品。权利人无需在版权侵权行为实际发生后再诉诸法律手段维护自身利益,达到了防患于未然的保护效果。因此,版权法对“版权保护措施”的保护,实际上就是对专有权利的间接保护,其正当性是非常充分的。

“接触控制措施”则并不直接保护专有权利并防止版权侵权。这是因为在世界各地的版权法中均无所谓“接触权”,也就是阻止他人未经许可可以阅读、收听或收看等方式“接触”作品的专有权利。假设某人贪图便宜,购买了一本盗版书阅读。此人的行为并不构成版权侵权,因为他并未实施复制、发行或表演等任何一种受专有权利控制的行为。其“未经许可阅读”的行为,并不侵害任何一项专有权利。上文提及,电子书制作者采用 Adobe 公司开发的“接触控制措施”后,购买了电子书的用户虽然可以复制电子书并将其发送给他人,但他人无法在计算机中阅读该电子书,即“接触”书中的内容。可见该“接触控制措施”并不阻止他人未经许可复制或通过网络传播电子书,只是防止未付费用户阅读(即“接触”)电子书的内容。另有部分“接触控制措施”在直接防止未经许可“接触”作品的同时,兼具间接保护专有权利、防止版权侵权的作用。例如,“中国期刊网”的登录用户名和密码是典型的“接触控制措施”,因为未获授权者无法取得用户名和密码,不能进入“中国期刊网”阅读(即“接触”)其中的文章。同时,由于无法进入“中国期刊网”,当然也无法下载(复制)其中的文章,因此用户名和密码间接起到了保护复制权的作用。然而,只有部

^① 严格地说,《著作权法》第48条第(六)项规定的规避技术措施并不是侵害复制权等专有权利的行为,而是一种违反法律特别规定的行为,因此《著作权法》将其列为“侵权行为”并不合适。而《著作权法送审稿》第78条将该行为定性为“违法行为”,这是正确的。

^② 参见《信息网络传播权保护条例》第18条第(二)项、第19条第(一)项。

分“接触控制措施”具有这种间接保护专有权利的功能。上述 Adobe 公司开发的“接触控制措施”就无法起到间接保护专有权利的作用。因此,版权法保护“接触控制措施”的正当性与保护“版权控制措施”的不同,并不在于保护专有权利和防止版权侵权。

那么,为什么版权法要保护不能直接防止版权侵权的“接触控制措施”呢?笔者认为:版权法保护“接触控制措施”的正当性,源于“接触控制措施”所保护利益的正当性。权利人在版权法中的正当利益,在于从他人对作品的使用中获得合理收益。版权法规定的专有权利是保护这种正当利益最为重要的途径,但并非唯一途径。对于许多未经许可对作品价值的利用行为,包括对盗版作品的阅读、收听、收看等欣赏行为(即“接触”行为),版权法并不设置专有权利(如“接触权”)进行控制,因为它可能引起对消费者私人生活的干涉(此类行为多为消费者在私人空间进行的)、过高的法律实施成本和严重的利益失衡。但这仅意味着实施此类行为不构成版权侵权,并不意味着权利人不可以采用某种技术手段加以阻止,以促使他人为利用作品而向自己支付合理的报酬。这正如读者在书店翻阅纸质书时,并不会因“未经许可阅读作品”而侵害版权,但权利人和书店可以用透明的塑料纸将纸质书密封起来,以防止因过多翻阅影响销售^①。正是由于“接触控制措施”能用于保护权利人在版权法中的正当利益——从他人对作品的使用中获得收益,版权法才对其提供保护,这种保护也才具有正当性^②。

既然版权法保护技术措施的正当性在于维护权利人在版权法中的正当利益——从他人对作品的使用中获得合理收益,所以不用于保护权利人在版权法中正当利益的技术措施就不应被纳入版权法的保护范围。否则,版权法对技术措施的保护将偏离其立法目的,丧失正当性。如果权利人设置的技术措施用于阻止他人对作品进行不损害其在版

权法中正当利益的使用,那么权利人希望借助版权法对技术措施的保护去禁止他人对该技术措施的规避,就违背了版权法保护技术措施的目的,属于对技术措施的滥用。当他人对该技术措施实施直接规避或提供规避手段后,权利人以此人违反了版权法中保护技术措施的规定为由,要求其停止相关行为或追究其法律责任,则属于对版权法保护技术措施条款的滥用。总结现实中权利人设置技术措施的情况和已经发生的案例,可以发现,目前利用技术措施实现与权利人在版权法中正当利益无关的情形主要有两类,分别为“借技术措施实现捆绑销售”和“借技术措施划分销售区域”。下文将对此进行深入分析。

三、借技术措施实现捆绑销售和划分销售区域

一些权利人设置的技术措施,表面上也控制着对相关作品的利用,特别是对计算机程序的“接触”,但其实质作用在于将作品与其他产品或服务进行捆绑销售,以垄断产品的配件市场、服务市场,或者对产品销售区域进行划分,以便在不同区域以不同的价格销售设备或软件,以实现“价格歧视”。

(一) 技术措施与捆绑销售及对销售区域的划分

用于进行捆绑销售的技术措施往往针对工业产品中的计算机程序。随着工业产品越来越智能化,大多安装了智能控制模板,其中的芯片自然含有计算机程序。用户对产品的操作以及产品功能的实现,都离不开对计算机程序的调用,即对计算

^① 当然,这种做法也可以用保护纸质书本的物权加以解释。但即使不从物权角度,权利人仍然有权以塑封的方式阻止他人对书本内容的翻阅。

^② 对版权法保护“接触控制措施”正当性的进一步讨论,参见:王迁,版权法保护技术措施的正当性[J],法学研究,2011(4):86-103.

机程序的“接触”。因此,计算机程序权利人设置的任何限制调用计算机程序的技术措施,形式上都属于受版权法保护的“接触控制措施”。但这种“接触控制措施”可被用于实现产品与相关配件或服务的捆绑销售。例如,美国苹果公司在推出 iPhone 手机后,与美国 AT&T 公司签订协议:在两年的协议期内 iPhone 只能使用 AT&T 的无线通讯网络。为此,苹果公司在 iPhone 中设置了技术措施,导致用户在合法购买的 iPhone 中插入其他无线通讯公司的通讯卡后,无法使用 iPhone 拨打电话。这一技术措施属于“接触控制措施”,因为手机的通讯功能是通过运行内置的系统程序(操作系统)实现的,只有使用 AT&T 的通讯卡才能正常地调用手机中的系统程序(即“接触”计算机程序)拨打电话。类似的情形在我国同样存在。当年中国联通在我国独家引入 iPhone 后,为了防止用户在从联通购入的附资费套餐的 iPhone 中插入中国移动或电信的通讯卡(即“机卡分离”),联通利用技术措施对 iPhone 与联通的通讯服务加以绑定。一旦用户在 iPhone 中插入了中国移动或电信的通讯卡,该台 iPhone 将自动被锁定^①。联通采用的这种技术措施属于“接触控制措施”。如果有用户对该技术措施实施了直接规避(也就是常说的“刷机”),并在 iPhone 中插入中国移动的通讯卡,使用中国移动的通讯服务,联通就有可能以规避技术措施为由对其提起诉讼。

苹果公司的 iPhone、平板电脑(iPad)和一些品牌的智能电视中还设有另一种技术措施。如果用户正在进行安装或运行的相关应用程序不是下载自“苹果应用程序商店”(AppStore)或其他官方来源,该“接触控制措施”将拒绝调用已在硬件设备中固化的系统程序,导致用户无法安装和运行这些第三方应用程序。此类技术措施也属于“接触控制措施”,因为要在智能设备中安装和运行应用程序,必须先调用“接触”系统程序。该技术措施阻止了用户对系统程序的“接触”,用户如果希望安装和运

行第三方应用程序,就必须规避该技术措施,也就是进行所谓的“越狱”。所以该行为在表面上违反了禁止直接规避技术措施的规定。

如果说用于进行捆绑销售的技术措施通常针对的是工业产品中的计算机程序,而不是针对作为销售主要标的的工业产品本身,那么用于划分销售区域的技术措施则往往针对作为销售主要标的的作品。例如,日本索尼公司与其 PlayStation 游戏机配套的游戏光盘中采用了被称为“控制码”的技术措施,其主要功能之一就是在全世界划分销售区域,它使消费者无法在日本销售的索尼 PlayStation 游戏机上运行在美国销售的正版游戏。美国电影协会各大会员公司出品的电影 DVD 中也均含有用于进行区域划分的“区域码”技术措施,这些公司将全世界划分为 8 个区域,所以在第 6 区的 DVD 播放机上是无法正常播放在第 3 区销售的电影 DVD 的。同时,在不同区域销售的设备或相关软件的价格也有区别,这就是经济学中所说的“价格歧视”^②。划分销售区域和与之相关的价格歧视是跨国公司常见的营销策略,本身并不一定违法^{[2]657-690}。特别是与划分销售区域无关的价格歧视本身,还可能因对市场的细分而给消费者带来一定利益。有学者曾从经济分析角度指出:许多低端消费者在单一定

^① 参见:联通关于限制 iPhone 机卡分离公告[EB/OL]. [2010-12-01]. http://news.xinhuanet.com/digi/2010-11/29/c_12826656.htm; 郭丽君. 联通是否“绑架”了用户[N]. 光明日报, 2010-12-01(05); 王洋. 联通 iPhone4 新政惹争议[N]. 中华工商时报, 2010-12-10(A03).

^② 需要说明的是,“歧视”在汉语中往往具有贬义,如“种族歧视”和“性别歧视”等。但英文中的“discrimination”既可以作贬义词,也可以作中性词。作中性词时意为“区别、辨别”,“以不同方式对待”(treat differently, make distinctions)或“有差别地对待”。(参见:牛津现代高级英汉双解词典[M]. 北京:商务印书馆,1987: 333; 陆谷孙. 英汉大词典[M]. 上海:上海译文出版社,1989: 891.) 欧洲理事会也曾针对“基因歧视”问题特别指出“歧视”一词在法文中常是贬义,而在英文中却并非如此。(参见:Human Genetics Commission. Inside Information: Balancing Interests in the Use of Personal Genetic Data[R]. London, 2002: 44.) 此处的“价格歧视”译自英文的“price discrimination”,是中性词,而非贬义词。

价下可能因定价过高而无法承受,但在价格歧视机制下,却可能因专门为其制定的低价而有能力获取作品^{[2]90}。但是,此类技术措施会导致在一个区域合法获取的作品无法在另一区域购买的设备(如DVD播放机或游戏机)上被正常读取(即“接触”),因此它属于“接触控制措施”。如果设备的购买者希望使用在另一区域购买的正版作品,必须规避该技术措施,表面上该行为也违反了禁止直接规避技术措施的规定。

(二) 各国司法判例中的观点之辩

对于规避用于实现捆绑销售和划分销售区域的技术措施的行为,在一些国家已经引发了诉讼。在现有的案例中,法院对于实现捆绑销售的技术措施采取了否定的态度,即认为不应将其纳入版权法的保护范围。但对用于划分销售区域的技术措施,则出现了截然相反的观点,实需进行考察与分析。

在涉及用于实现捆绑销售的技术措施的案例中,最为著名的是美国的“Chamberlain 诉 Skylink 案”(以下简称“车库门案”)、‘利盟诉 Static Control Components 案’(以下简称“利盟打印机案”)和我国的“北京精雕科技有限公司诉上海奈凯电子科技有限公司案”(以下简称“精雕案”)。审理三案的法院均认定被告规避技术措施的行为并不违反版权法有关保护技术措施的规定,从而达到了规制滥用技术措施的效果。

在“车库门案”中,原告 Chamberlain 公司开发了一套“安全型车库大门开启系统”,该系统由一个遥控器和一个装在车库大门上的开启装置组成。遥控器和开启装置中均包含一套被称为“滚动代码”的计算机程序,它可以不断改变为开启车库大门所需的遥控信号。这样就可以防止窃车贼用记录装置录下遥控信号,并利用该遥控信号开启车库大门。Skylink 公司随后开发出了与该系统相兼容的“39 型遥控器”。该遥控器并不使用 Chamberlain

公司的“滚动代码”程序,却能发出可被车库大门开启装置接收和认可的遥控信号,从而起到了与“安全型车库大门开启系统”相兼容的作用,可以替代 Chamberlain 公司的遥控器。Chamberlain 公司认为“安全型车库大门开启系统”中的遥控器和开启装置中均含有计算机程序,而“滚动代码”程序是一种控制“调用”(access)这些程序的“接触控制措施”。即只有当“滚动代码”程序验证了遥控器发出的信号之后,才会启动其他计算机程序开启车库大门。Skylin 公司的“39 型遥控器”主要是为了规避该“接触控制措施”而设计和制造的,属于规避手段。Skylink 公司销售“39 型遥控器”的行为违反了美国《千禧年数字版权法》(即 1998 年美国《版权法》的修改法案)中有关禁止针对技术措施提供规避手段的规定^①。

在“利盟打印机案”中,原告利盟公司生产激光打印机,其为了防止消费者在硒鼓中的墨粉用尽后不购买原装硒鼓,就在其生产的激光打印机和硒鼓中使用了一种验证技术。其硒鼓的芯片含有一段“墨粉调入程序”,用以向激光打印机中的“打印引擎程序”输出正确的验证数据。如果用户使用了非原装硒鼓,或者向利盟公司的旧硒鼓中充填墨粉,则“墨粉调入程序”输出的验证数据就是错误的,“打印引擎程序”就会拒绝指挥打印机正常工作。被告 Static 公司破解了利盟公司的这种“验证技术”,生产了一种被称为“SMARTEK”的芯片。它可以向利盟打印机输出正确的验证数据,使装有这种芯片的兼容硒鼓能在利盟打印机中正常使用,而且允许硒鼓在充填墨粉后反复使用。利盟公司认为自己使用的“墨粉调入程序”是一种对“打印引擎程序”的“调用”加以控制的“接触控制措施”,而 Static 公司出售的“SMARTEK”芯片属于规避手段,因此

^① 参见: The Chamberlain Group v. Skylink Technologies, 381 F.3d 1178, 1183-1185 (Fed. Cir. 2004)。

销售该芯片的行为违法^①。

显然,无论是“车库门案”中的“滚动代码”程序,还是“利盟打印机案”中的“墨粉调入程序”,虽然它们表面上属于“接触控制措施”,但与保护软件权利人在版权法中的正当利益毫无关系。一方面,该“接触控制措施”并不用于防止消费者或竞争对手未经许可复制或传播内置在车库开启系统或打印机中的计算机程序。另一方面,它也不是为了保证从消费者对这些内置程序的利用中获得合理回报,因为需要更换遥控器或硒鼓的消费者都已付费购买了车库开启系统或打印机,也就是为调用其中的内置程序支付了费用。两案中的原告起诉被告提供用于规避其技术措施的手段,用意只在于利用版权法对技术措施的保护垄断遥控器和硒鼓的配件市场,打击兼容遥控器和硒鼓的生产商,迫使消费者只能购买原装遥控器和硒鼓。该行为构成典型的滥用技术措施的行为。

对此,审理两案的法院均依据版权法保护技术措施的立法目的和精神作出了判决,拒绝支持原告的诉讼请求。两案法院均认为,消费者一旦购买了原告的产品,就不仅获得了硬件的所有权,还获得了“调用”(即“接触”)该产品中计算机程序的法定权利,至少也获得了默示许可。他们使用兼容配件调用程序的行为,虽然表面上绕过了“接触控制措施”,但本质上属于行使消费者权利的行为,因此不能被认定为“未经许可”规避技术措施。两案被告的行为也不能被认定为非法提供规避技术措施手段的行为^②。

更为重要的是,审理两案的法院均指出了原告利用“接触控制措施”实现捆绑销售的实质目的。审理“车库门案”的联邦巡回上诉法院认为:

根据 Chamberlain 公司的解释,任何产品的制造商只要在其产品中增加一句受版权保护的句子或软件片断,并用简单的加密机制加以包装,就可以限制消费者将其产品与其竞争对手的产品配套

使用的权利。换言之,Chamberlain 公司对《千禧年数字版权法》的解释,将允许任何公司尝试将其销售行为转换成售后市场的垄断。而这种垄断通常是反垄断法和版权滥用原则所共同禁止的^③。

审理“利盟打印机案”的联邦第六巡回上诉法院也认为:

如果我们采纳利盟公司对《千禧年数字版权法》的解释,产品制造商就有可能使用与(涉案“打印引擎程序”)相似,但多一点独创性的控制代码以垄断配件市场。例如,汽车制造商可以通过在其汽车中装入控制芯片来控制对其汽车的全部配件市场。国会不会允许《千禧年数字版权法》以这种侵害他人权利的方式被利用。……如果利盟公司希望利用《千禧年数字版权法》保护其版权作品,就不能用该作品去阻止在其打印机中使用与其原装硒鼓相竞争的硒鼓^④。

在我国发生的首例涉及技术措施的诉讼——“精雕案”中,精雕公司开发的数控雕刻系统由两台机器和名为“JDPaint”的计算机程序组成。在第一台机器中生成的数据文件采用经加密的 Eng 格式输出。第二台机器则可以读取以 Eng 格式存储的数据文件,将其变成加工指令并启动雕刻过程。精雕公司的竞争对手奈凯公司开发的名为“Ncstudio”的计算机程序能够读取 Eng 格式的数据文件,并根据相关数据在奈凯公司生产的雕刻机中进行相应的雕刻。精雕公司指称奈凯公司非法破解了其 Eng 格式文件的加密措施,并开发、销售能够读取 Eng 格式数据文件的数控系统,认为该行为是故意避开

① 参见: Lexmark International v. Static Control Components, 387 F.3d 522, 529-531 (6th Cir. 2005)。

② 参见: The Chamberlain Group v. Skylink Technologies, 381 F.3d 1178, 1201-1202 (Fed. Cir. 2004); Lexmark International v. Static Control Components, 387 F.3d 522, 563-564 (6th Cir. 2005)。

③ Chamberlain Group v. Skylink Technologies, 381 F.3d 1178, 1201 (Fed. Cir. 2004)。

④ Lexmark International v. Static Control Components, 387 F.3d 522, 552 (6th Cir. 2005)。

或者破坏其为保护软件著作权而采取的技术措施的行为^①。

精雕公司采用的技术措施显然并非为了防止他人未经许可复制、传播或在未付费的情况下使用“JDPaint”程序,而是用于实现“JDPaint”程序与其产品(数控雕刻机)的捆绑销售。如果他人在购买了精雕公司内置“JDPaint”程序的机器后,没有购买与之配套的数控雕刻机,而是购买了其他公司生产的数控雕刻机,该台数控雕刻机就会因无法读取“JDPaint”软件输出的 Eng 格式文件,不能进行雕刻作业。精雕公司真正担心的是,竞争对手制造的数控雕刻机若能够读取“JDPaint”程序输出的计算结果,其数控雕刻机的销售就会受到影响。该案二审法院指出:

对 JDPaint 输出采用 Eng 格式旨在限定 JD-Paint 软件只能在“精雕 CNC 雕刻系统”中使用,旨在建立和巩固上诉人 JDPaint 软件与其雕刻机床之间的捆绑关系……(该技术措施)已超出我国著作权法对计算机软件的保护范围,不属于“为保护软件著作权”目的设计的技术保护措施。因此,支持上诉人(即精雕公司——笔者注)诉请将不适当地将软件著作权利益的保护扩展到上诉人利用“技术措施”与其软件捆绑在一起的产品上,这不符合著作权法对于软件著作权保护仅限于著作权人基于软件著作权应当享有经济利益的法律精神^②。

从该段论述中可以看出,法院正确地认识到了版权法不能保护那些旨在实现作品与产品捆绑销售的技术措施,否则就会使这种保护丧失正当性。法国最高行政法院(Supreme Administrative Court)也认为:技术措施并不能用于阻止实现不同系统之间的兼容性,而且技术措施的使用者还有义务提供实现兼容性的必要信息^③。这说明法国法院也不赞成用技术措施阻止兼容,进行系统之间的捆绑。欧盟《版权指令》虽然并没有明确将那些单纯用于实现作品与其他产品捆绑销售的技术措施排除出保

护范围,但欧盟委员会向欧洲理事会和欧洲议会呈交的报告完全赞同美国“车库门案”与“利盟打印机案”的判决结果,并明确指出:当技术措施被用于控制硬件的零部件销售时,《版权指令》并不对其提供保护^{[4]7-8}。笔者赞同上述判决和观点,因为用于实现捆绑销售的技术措施并未保护权利人在版权法中的正当利益。无论其捆绑销售的行为在其他法律中的定性如何^④,版权法对技术措施的保护都不应帮助其实现捆绑销售这种与版权法中正当利益无关的其他利益,使其沦为不正当竞争和垄断的工具。

与法院拒绝用版权法保护用于实现捆绑销售的技术措施的态度相比,对于借技术措施划分销售区域的行为,各国法院的观点并不统一,这突出反映在由“直读芯片”(专门用于规避索尼公司的

① 参见:上海市第一中级人民法院民事判决书(2006)沪一中民五(知)初字第134号。

② 上海市高级人民法院民事判决书(2006)沪高民三(知)终字第110号。

③ 参见:Association pour la Promotion et la Recherche en Informatique Libre (APRIL) v. French Government, N° 301843, Council of State, Supreme Administrative Court.

④ 捆绑销售在有些国家可能构成反垄断法所禁止的限制竞争行为。如在美国发生的“柯达诉技术服务公司案”中,美国柯达公司采取了一系列措施阻止第三方维修服务商与其竞争,包括只向柯达复印机的所有者供应配件,以使其能自己修复制印机或使用柯达提供的维修服务,并禁止为柯达生产配件的厂商向第三方维修服务商出售配件。柯达公司由此完全占据了其复印机配件市场,以及复印机维修市场的85%—95%。第三方维修服务商起诉柯达将维修服务与配件销售加以捆绑,并垄断或试图垄断维修服务市场,违反了《谢尔曼法》的规定。(参见:Image Technical Servs., Inc. v. Eastman Kodak Co., 1988 U.S. Dist. LEXIS 17218, 1989-1 Trade Cas. (CCH) P68402 (N.D. Cal. Apr. 18, 1988).) 美国联邦最高法院指出:对于通过知识产权等合法途径获得垄断优势地位的制造商而言,将对一个市场的优势地位拓展至其他市场时,必须要承担(允许竞争的)义务。(参见:Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc., 504 U.S. 451, 486 (1992).) 此案在发回重审后,法院认为柯达公司作为配件中技术的专利权人,只有权获得“一次垄断”(single monopoly),而本案中柯达却通过拒绝向第三方维修服务商提供配件而获得了第二次垄断。柯达的确利用了其对柯达复印机配件的垄断地位去垄断柯达复印机的维修市场,违反了《谢尔曼法》。(参见:Image Tech. Servs. v. Eastman Kodak Co., 125 F.3d 1195 (9th Cir. 1997).)

PlayStation 游戏机和游戏光盘中技术措施的计算机芯片)引起的系列诉讼中。索尼公司在 PlayStation 游戏机和与之相配套的游戏软件光盘中均设有相互匹配的“控制码”,且在不同国家和地区销售的游戏机和光盘中所使用的“控制码”是不同的。如果有人企图运行盗版游戏光盘或将在一个区域购买的正版游戏光盘插入在另一个区域购买的游戏机运行,都会因为游戏机无法从光盘中读出与之相匹配的“控制码”而无法运行游戏。一些计算机高手则制作了用于破解“控制码”的特定芯片,被称为“直读芯片”。用户将该芯片安装到索尼公司的游戏机上之后,无论放入的游戏光盘是否含有正确的“控制码”,游戏机都会误认为游戏光盘含有正确的“控制码”,从而使游戏都可以正常运行^①。

在澳大利亚发生的“索尼诉史蒂文斯”案中,索尼公司指称史蒂文斯销售“直读芯片”的行为违反了澳大利亚《版权法》禁止对技术措施提供规避手段的规定^②。澳大利亚高等法院拒绝保护“控制码”这一技术措施,其理由之一在于:“控制码”具有进行划分销售区域的功能^③。法院认为:进行区域限制的用意明显是降低全球市场的竞争,约束澳大利亚财产(指正版游戏光盘)所有者通常应获得的依其视为合适的方式对其财产进行使用和为其利益加以改装的权利。而这与版权侵权行为毫无关系^④。法院指出:

索尼公司的观点将……允许其实现有别于版权法通常保护的利益之外的、一种额外的经济目的。……索尼公司对版权法的解释将允许其通过技术措施,有效地实现其所希望的对全球市场的划分。它将导致在这些不同的市场中采用,或至少是可能采用不同的定价。简言之,这会给予索尼公司在其自行分割的市场中对其产品制定价格的广泛权利,这超越了澳大利亚《版权法》通常允许的范围^⑤。

法院继而指出:如果对这类技术措施加以保

护,将明显损害游戏光盘和游戏机所有者原本拥有的法定权利,即为特定目的复制光盘和出于合理理由使用或改装游戏机,这正是动产所有者所享有的通常权利^⑥。当在日本或美国购买索尼游戏光盘的人到了澳大利亚后,发现自己不能在澳大利亚购买的游戏机上玩游戏时,在版权法中找不到一项理由说明为什么购买者没有权利复制光盘并改装游戏机,以不受限制地享用其合法获得的财产。但是,根据索尼公司对版权法中技术措施保护条款的解释,索尼就可以通过原本只应当用于防止版权侵权的技术措施来划分其全球市场^⑦。为了避免权利人利用版权法对技术措施的保护“剥夺财产所有权人附属于通常法律权利的其他权利”^⑧,最终,高等法院认为索尼公司的技术措施(“控制码”)不应受到

① 参见: Sony v. Owen, [2002] EWHC45, para. 5-6; Sony v. Ball, [2004] All ER (D) 334 (Jul) para. 7.

② 澳大利亚当时的《版权法》保护技术措施的条款(现已替换)是根据2000年的《数字议程法案》制订的。其内容为:未经版权人或其独家许可人授权,出售、提供、出租、推销、制造和进口能够用于规避或协助规避技术措施的“规避设备”将构成违法行为。也就是禁止针对技术措施“版权保护措施”和能起到间接保护版权作用的“接触控制措施”)提供规避手段,但并不禁止实施直接规避行为。(参见: Australia Copyright Act (revised in 2001), Section 116 (A).)

③ 澳大利亚高等法院拒绝保护“控制码”的另一个原因是,澳大利亚当时的《版权法》只对能够直接或间接保护版权,防止版权侵权的技术措施提供保护。同时,当时该法并不承认因作品片段被调入计算机内存形成的所谓“临时复制”构成版权法意义上的复制行为。这样一来,用户运行盗版游戏,虽然导致计算机程序的片段未经许可地调入游戏机内存形成“临时复制”,但并不构成对复制权的侵害。因此,“控制码”不能起到保护复制权的作用,因此不受澳大利亚当时的《版权法》保护。(参见: Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others, [2005] HCA 58, para 71, 76.)

④ 参见: Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others, [2005] HCA 58: 175.

⑤ 参见: Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others, [2005] HCA 58: 214.

⑥ 参见: Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others, [2005] HCA 58: 213.

⑦ 参见: Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others, [2005] HCA 58: 214.

⑧ 参见: Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others, [2005] HCA 58: 215.

《版权法》的保护。

然而,在事实背景与“索尼诉史蒂文斯案”几乎完全相同的“索尼诉欧文案”与“索尼诉保尔案”中,英国高等法院作出了与澳大利亚高等法院完全不同的判决。这两起诉讼涉及的同样是索尼公司的 PlayStation 游戏机和游戏光盘,被告欧文和保尔同样销售用于规避游戏机中“控制码”的“直读芯片”(该芯片在两案中分别被称为 Messiah 和 Messiah2 芯片)。索尼公司起诉欧文和保尔违反英国《版权法》中关于禁止提供规避手段的规定^①。

在“索尼诉欧文案”中,被告抗辩称: Messiah 芯片可被消费者用于合法地运行从海外购买的正版 PlayStation 光盘中的游戏^②。法院则认为问题的关键在于:消费者在海外购买了正版游戏光盘后,是否有权在英国运行该游戏,而这取决于使用该游戏光盘的许可协议。以索尼公司在日本出售的 PlayStation 游戏光盘为例,上面印有“仅限于在日本使用”,因此法院认为索尼公司并未许可在日本以外的地方使用该游戏光盘。法院还认为:版权在本质上是具有地域性的,消费者如果需要在几个地域使用受版权法保护的作品,应当在每一个地域都获得许可,否则就是侵权^③。法院据此判定被告的抗辩不能成立。这实际上是认为“区域码”起到了防止用户侵权(即在英国运行在外国销售的正版游戏)的作用。在“索尼诉保尔案”中,英国高等法院也以类似的理由判决被告败诉^④。

英国高等法院对“索尼诉欧文案”与“索尼诉保尔案”的判决,反映了一些对用于划分销售区域的“控制码”与权利人在版权法中正当利益之间关系的不当认识。笔者认为,在面对几乎完全相同的案情时,英国高等法院与澳大利亚高等法院作出不同判决的原因之一可能在于,澳大利亚《版权法》允许平行进口,而英国《版权法》并不允许平行进口。因此,将正版游戏光盘从美国未经许可进口至澳大利

亚是合法的,而未经许可进口至英国则是非法行为。但是,英国高等法院对与平行进口有关的“地域性”的解释是缺乏说服力的。因为根据英国《版权法》的规定,只有未经许可将作品复制件“进口”至英国的行为才可能构成侵权^⑤,仅仅利用该复制件中的作品,本身并不是侵权行为。许多用户仅是在英国购买了从国外进口的游戏光盘和“直读芯片”,并没有直接实施“进口”行为,谈何“侵权”呢?同时,即使该用户是自己在国外购买了游戏光盘且带入英国,即实施了“进口”行为,但根据英国《版权法》的规定,只要是“为其私人和家庭的使用”,该行为也不构成侵权^⑥。因此这些用户的行为也不会因禁止“平行进口”的规定而构成侵权。至于以用户违反“仅限于在日本使用”的协议而认为用户侵权或无权运行正版游戏的观点,就更无法成立了。即使不讨论该限制用户主要权利的格式条款是否有效,该观点也意味着只要微软在盒装 Windows 的外包装上标有“仅限于美国使用”,那么英国人将在美国购买的 Windows 软件安装到笔记本电脑之后,也就不能将笔记本电脑带回英国使用,这显然是不合情理和逻辑的。

还有一种观点以电影 DVD 为例,认为“区域码”作为一种“接触控制措施”是保护版权的重要手段,甚至认为“接触控制”与“版权保护”是同义语。“澳大利亚反盗版联盟”就提出“阻止未经许可地接触作品是保护版权的根本前提条件。用于阻止接触作品的技术措施(如 DVD 中的‘区域码’)也能保护版权,因为任何破解‘区域码’以未经许可接触

① 参见: Sony v. Owen, [2002] EWHC45, para. 5-6; Sony v. Ball, [2004] All ER (D) 334 (Jul) para. 7.

② 参见: Sony v. Owen, [2002] EWHC45, para. 15-16.

③ 参见: Sony v. Owen, [2002] EWHC45, para. 19.

④ 参见: Sony v. Ball, [2004] All ER (D) 334 (Jul) para. 32-33.

⑤ 参见: Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 22.

⑥ 参见: Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 22.

作品的行为一般也会侵犯电影的版权。”^①

这种观点是不能成立的。DVD 中的“区域码”如果不与防止复制的技术措施相结合,其主要作用就在于防止用户跨区域观赏 DVD,并非在于防止版权侵权。而跨区域观赏 DVD,即用户未经所在区域的 DVD 发行商许可观赏,并不构成版权侵权行为。因为如上文所述,版权法中并无所谓“接触权”,权利人并不能控制他人未经许可观看电影(即“接触”电影内容)的行为。如果 DVD 中的“区域码”与防止复制技术措施可以相互独立存在,则单独破解“区域码”的行为与版权侵权之间并无任何联系。澳大利亚议会众议院“法律与宪法事务常务委员会”也认为:那种认为用于控制对内容所有使用行为的技术措施都能起到保护版权作用的观点,是不能被接受的。因为它没有考虑到澳大利亚《版权法》所允许的使用行为^{[5]40}。

另有一种观点认为,“区域码”可以帮助识别和打击盗版,并将其称为“一种对警察和海关官员而言,简单和有效地识别和扣押试图进入本国或在本国销售的侵权电影复制品的机制”^②。这种观点也无法成立。在允许平行进口的国家,将其他区域销售的正版电影 DVD 或游戏光盘进口至本国并非版权侵权行为,此时“区域码”无法起到识别盗版的作用。再说海关官员识别盗版光盘主要依靠外包装等可明显识别的标志,不大可能去一一查验“区域码”。而且一国的盗版光盘基本都是本国制造的,进口并非盗版光盘的主要来源^{[5]39}。特别需要指出的是:电影 DVD 中的“区域码”与另一种技术措施——“内容扰乱系统”(用于打乱视频内容并防止将视频复制到计算机硬盘中)并无关系,完全可以相互独立。在 2006 年美国版权局考虑是否应允许规避“区域码”时,美国电影协会(MPA)和“DVD 复制控制联盟”均承认,“‘区域码’并非‘内容扰乱系统’或 DVD 格式所必备的,‘区域码’事实上是与‘内容扰乱系统’技术相互独立的”^③。“对于电影公

司而言,使用‘区域码’是出于市场原因”^④。

“区域码”之类的用于实现划分销售区域的技术措施还可能损害消费者的利益。例如,美国和澳大利亚同为以英语为官方语言的国家,澳大利亚人在美国旅游时购买了正版 DVD,该名消费者本应享有在任何区域欣赏 DVD 的权利。但其将 DVD 带回澳大利亚之后,会因为美国与澳大利亚被划分为不同的区域,而无法在澳大利亚的 DVD 机中播放这张正版 DVD。这样一来,消费者的正当权利就受到了这种技术措施的伤害。对此,主张对“区域码”这种技术措施加以保护的人认为这种损害不足为道。因为一方面,DVD 播放机一般可以转换 5 次区域,如果偶然从国外购买一张正版 DVD,就可以利用 DVD 播放机的区域转换功能对其加以播放。其次,如果经常要播放从国外购买的正版 DVD,还可以购置多台能够播放其他区域 DVD 的 DVD 机^⑤。笔者认为这种说法并无道理。消费者没有购买额外的 DVD 机播放来自其他区域正版光盘的义务,也没有只在“5 次”限度内播放来自不同区域的正版光盘的义务。

① 参见: Australian Federation Against Copyright Theft. Submission to House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, No. 39, p. 6, in House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Review of technological protection measures exceptions [R]. Canberra, 2006: 39-40.

② 参见: Australian Visual Software Distributors Association Ltd. Submission to House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. No. 25: 3-4, in House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Review of technological protection measures exceptions [R]. Canberra, 2006: 38.

③ 参见: Mr Bruce Turnbull. Evidence to Rulemaking hearing, Copyright Office: 113, 116 [EB/OL]. (2003-05-02) [2010-03-12]. www.copyright.gov./1201/2003/hearings/transcript-may2.pdf.

④ 参见: Mr Fritz Attaway. Evidence to Rulemaking hearing, USCO: 82 [EB/OL]. (2003-05-02) [2010-03-12]. www.copyright.gov./1201/2003/hearings/transcript-may2.pdf.

⑤ 参见: Adrienne Pecotic. Transcript of Evidence (2005-11-14): 49, in House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Review of technological protection measures exceptions [R]. Canberra, 2006: 44.

还有一种观点认为:只有少数消费者会在 DVD 机上播放来自其他区域的正版光盘,因此真正受 DVD 中“区域码”影响的只有经常到国外旅游并从国外购买正版 DVD 的消费者。美国版权局也曾拒绝将规避 DVD 中“区域码”的行为列入保护“接触控制措施”的例外情形,理由是“区域码”对于非侵权行为造成的影响太小^①。德国慕尼黑地方法院也认为应对索尼 PlayStation 游戏机和游戏光盘中的“区域码”提供保护,并强调“基本上没有用户会为了运行进口的正版游戏或自制游戏而购买直读芯片。进口正版游戏的行为并不经常发生,而且本国游戏和进口游戏之间的价格差异很小,不值得为了运行进口正版游戏就去购买和安装价值 70-80 欧元的直读芯片”^②。但是,即使受“区域码”影响的消费者人数确实较少,版权法中也必须存在对这类消费者的救济,否则会使其财产权受到不合理的影响。同时,除了消费者之外,需要使用合法购买的电影或游戏光盘的机构也有很多。澳大利亚议会众议院“法律与宪法事务常务委员会”指出:除了普通消费者之外,教育机构、文化机构、议会和公共广播电台都提出其受到了“区域码”的影响。如澳大利亚广播公司(ABC)和澳大利亚特殊广播服务公司(SBS)都遇到了无法播放从境外购得的 DVD 的情况,澳大利亚广播公司甚至已经使用规避工具来播放这种 DVD,并因此需要《版权法》将其规避行为列入例外情形^{[5]45-46}。因此,“区域码”这种“接触控制措施”对消费者及其他正版 DVD 购买者利益的损害是毋庸置疑的。

特别需要指出的是:在一个版权法承认平行进口合法的国家中,用版权法去保护“区域码”等用于实现划分销售区域的技术措施,会导致权利人使用技术措施限制平行进口,这将与允许平行进口的规定发生冲突。在“索尼诉史蒂文斯案”中,索尼公司在 PlayStation 游戏机和游戏光盘中加入的“控制码”导致在美国购买的正版游戏光盘无法在澳大利

亚生产的游戏机上使用,实际上是迫使澳大利亚用户只购买在澳大利亚出售的游戏光盘,而不购买从美国等其他区域平行进口的游戏光盘,这等于架空了澳大利亚《版权法》允许平行进口的规定^{[2]664}^③。

更为重要的是,诸如“区域码”的“接触控制措施”是权利人保障其商业营销策略得以有效实施的手段。但正如在“RealNetworks 诉 DVD 复制控制联盟案”中美国法院所指出的那样“版权法的目的,……并不是保护任何特定的商业模式。”^④前文已经指出,权利人在版权法上的正当利益应是其从对作品的利用中获得的收益,只有那些能够保障这种正当利益的技术措施才应当受到版权法的保护。单纯用于划分销售区域的“区域码”保护的仅仅是权利人的商业模式,而非其在版权法中的正当利益。欧盟委员会在向欧洲理事会和欧洲议会提交的报告中,也不赞成用《版权指令》保护那些用于划分销售区域的技术措施^⑤。对于此类“接触控制措施”,版权法对其进行保护无正当性可言。

(三) 对具有双重功能的技术措施的法律定性

为什么对于用以划分销售区域的技术措施,各国法院的态度大相径庭,但对于用于捆绑销售的技术措施,则没有出现太大的意见分歧呢?笔者认为,这可能是由于用于进行捆绑销售的技术措施通

① 参见: Recommendation of the Register of Copyrights on Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies (2000), 65 FR 64556-01: 64569-64570.

② 参见: Christopher Heath. San Marino: Industrial Property Code. Art. 86 - “Sony PlayStation” [J]. International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2011, 42(5): 616-624.

③ 澳大利亚于 20 世纪 80 年代修改《版权法》,不再将作品的平行进口定义为侵权行为。

④ 参见: RealNetworks v. DVD Copy Control Association, 641 F. Supp. 2d 913, 943 (N.D. Cal. 2009).

⑤ 参见: Commission of the European Communities. Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society [R]. Brussels, 2007: 8.

常并不针对作为销售主要标的的工业产品本身,而是工业产品中的计算机程序。同时对该程序的调用又是为正常使用产品所必需的,极少有人会脱离产品单独利用该程序。因此此类技术措施除了用于进行捆绑销售之外,很少兼具保护计算机程序的版权或防止未付费者使用该程序的功能。换言之,此类技术措施保护的只有权利人在版权法之外的利益,并不保护权利人在版权法中的利益。与之形成对比的是,“控制码”和“区域码”等可用于实现划分销售区域的技术措施,往往还兼具防止他人未经许可复制、传播作品或在未付费的情况下使用作品的功能。如 PlayStation 游戏机和游戏光盘中的“控制码”不仅能够进行“区域控制”,还能防止消费者运行盗版游戏。换言之,此类技术措施同时保护了权利人在版权法之中的利益和在版权法之外的利益。那么此类技术措施能否受到版权法的保护呢?

有一种观点认为:能够同时实现上述两种功能的技术措施仍然应当受到版权法的保护。欧盟委员会在向欧洲理事会和欧洲议会提交的报告中,尽管并不赞成用《版权指令》保护那些用于划分销售区域的技术措施,却为英国的“索尼诉保尔案”辩护。欧盟委员会一方面提出“那些单纯用于实现区域划分的技术措施,如‘区域码’,只有在其能够阻止对复制权、提供权(相当于我国《著作权法》中的‘信息网络传播权’)和发行权的侵害时,才能受到保护。”^①另一方面却认为“在‘索尼诉保尔案’中,法院认定即使该案中涉及的技术措施能够使索尼公司将全球划分为3个区域并阻止平行进口,其也能同时阻止复制受版权保护的作品,因此该技术措施针对的是版权侵权行为。”^②在澳大利亚的“索尼诉史蒂文斯案”中,一审法院也认为:如果一种技术措施被设计成具有多种用途,只要其中有一种用途是制止或抑止版权侵权,就不能将这种技术措施排除出受保护范围^③。显然,欧盟委员会和审理“索尼诉史蒂文斯案”的一审法院均认为,即使一种技

术措施具有实现区域划分的功能,但只要其也能同时阻止版权侵权,就仍然能够受到版权法的保护。

这一观点是不能成立的,它等同于鼓励版权人将旨在划分销售区域的技术措施和旨在防止使用盗版的技术措施合为一体,以便使前者也能受到版权法的保护。权利人在知悉立法者和法院的这一观点后,不会愚蠢到只在数字化内容中加入一种“单纯用于划分销售区域”而不能“用于阻止版权侵权或未付费而接触作品”的技术措施。这样一来,一切主要用于划分销售区域的技术措施就会因此而受到保护。欧盟委员会所称的“单纯用于实现区域划分的技术措施在其不能制止版权侵权时不受保护”的观点也将被架空。笔者认为:为了防止权利人借版权法对技术措施的保护实现捆绑销售、划分销售区域等与维护权利人在版权法中正当利益无关的目标,应当借鉴版权法保护实用艺术品的标准来明确版权法保护技术措施的范围。

在版权法对作品的分类中,某些物品既具有实用功能又具有艺术美感,被称为“实用艺术品”。版权法中有关实用艺术品的规则严格遵循技术方案和实用功能不受保护的原则,只有当实用艺术品中的艺术成分能够在物理上或观念上独立于其实用

① 参见: Commission of the European Communities. Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society [R]. Brussels, 2007: 8.

② 参见: Commission of the European Communities. Report to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society [R]. Brussels, 2007: 8. 需要说明的是,英国《版权法》承认在计算机程序运行过程中临时调入计算机内存的“临时复制”属于复制行为。(参见: Copyright, Designs and Patents Act 1988, Section 17.) 因此在“索尼诉保尔案”中,英国高等法院认为用户利用直读芯片在索尼游戏机上运行盗版索尼游戏的行为构成对复制权的侵害。(参见: Sony v. Ball, [2004] All ER (D) 334 (Jul), para. 329-330.)

③ 参见: Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others v. Stevens, 2002, 200 ALR 55: 78 [104].

功能而存在时,版权法才对该艺术成分加以保护^①。例如,有人使用优美的人体造型作为香水瓶装香水,虽然该香水瓶具有装香水的实用功能,但即使香水瓶未被设计成人体造型,也不会影响其装香水的功能。在这种情况下,香水瓶的艺术美感是能够与其实用功能在观念上分离的,因此应受到版权法的保护^②。

相反,我国自主研发的“歼十”战斗机尽管在许多军事爱好者眼中造型十分美观,令人赏心悦目,但不能作为作品受到保护。因为战斗机的流线型外观是基于动力学原理,为了降低空气阻力、保持机身平稳和提高性能而设计的,其功能性无法与美感相分离^③。一旦改变了外观设计,战斗机的飞行功能也会受到影响。如果将该造型的战斗机作为作品保护,将使版权法沦为保护实用技术的工具。

同样道理,如果权利人使用的技术措施既具有捆绑销售或划分销售区域的功能,也能够通过防止版权侵权或“接触控制”起到维护权利人在版权法中正当利益的作用,那么这种技术措施能否受到版权法的保护应当取决于这两种功能能否分离。换言之,如果该技术措施所具有的上述两种功能在技术上能独立存在,都可以从该技术措施中被剥离,且规避技术措施中实现捆绑销售或划分销售区域的那部分技术,不会影响技术措施发挥保护权利人在版权法中正当利益的功能,则两种功能可以分离,否则就无法分离。在可以分离的情况下,该技术措施才能受到版权法的保护,但规避技术措施中实现捆绑销售或划分销售区域的那部分技术不应被认定为违法行为。如果两种功能无法分离,则该技术措施作为一个整体不能受到版权法的保护。

在两种功能无法分离的情况下,如果像欧盟委员会建议的那样,对该技术措施进行保护,势必导致技术措施所具有的实现捆绑销售和划分销售区域功能也可以受到版权法的保护。这样一来,版权

法就会沦为权利人垄断配件市场,划分市场以及实现价格歧视的工具。此时,牺牲版权法对技术措施的保护是必需的。这正如当实用艺术品中的艺术成分与实用功能无法分离时,版权法不对该实用艺术品提供保护,以牺牲对艺术成分的保护为代价确保版权法不至沦为保护实用功能的工具。

审理“索尼诉史蒂文斯案”的澳大利亚高等法院也认为:如果技术措施仅具有制止和抑制版权侵权的用途,就应受到保护;如果技术措施仅具有与版权保护无关的用途,就不应受到保护;如果技术措施同时具有这两种用途,就必须在保护与不保护之间作出选择。当技术措施具有在全球市场中实施价格区分这种与版权保护无关的附加用途时,在作出保护与否的选择时,应使选择的结果遵循版权

^① 美国《版权法》明文规定,实用艺术品中的艺术成分和实用功能必须分离,该实用艺术品才能受《版权法》保护。(参见:17 USC 101, Pictorial, graphic, and sculptural works; Star Athletica, L. C. v. Varsity Brands, Inc., 137 S. Ct. 1002, 1010–1013 (2017).) 我国《著作权法》虽然没有明确规定“分离原则”,但在司法实践中法院普遍认同该原则。例如,在北京市高级人民法院审理的“歼十战斗机模型案”中,法院指出“实用艺术品作为美术作品获得著作权的保护,……至少还应满足该实用艺术品中的‘实用’方面与‘艺术’方面可以相互独立(的要求),原因在于若二者不能相互独立,对‘艺术’方面提供著作权的保护实质上同时亦对其中的‘实用’方面进行了著作权的保护,而与上述著作权法基本规则不符。二者的相互独立,包括二者物理上可以相互分离,……以及二者观念上可以相互分离。”(参见:北京市高级人民法院民事判决书(2014)高民(知)终字第3451号。)

^② 参见:北京市第二中级人民法院民事判决书(2006)二中民初字第7070号。

^③ 在“歼十战斗机模型案”中,一审法院指出“在飞机,尤其是战斗机的研发、制造过程中,性能参数的更为设计者或制造者所主要追求的目标。在设计、研发过程中,科研人员需要进行风洞试验等不同的科学测试并根据测试结果不断地做出相应的实质性改进,以实现飞机性能的最优。飞机设计完成后所产生的‘艺术’方面仅为其设计过程中的附带产物,且其必然体现了相应的实用功能,而该‘艺术’方面的改变亦必然影响相应实用功能的实现,即在‘歼十飞机(单座)’中其‘艺术’方面与‘实用’方面并非相互独立。”(参见:北京市第一中级人民法院民事判决书(2013)一中民初字第7号。)二审法院也指出“飞机研发设计所产生的特殊飞机造型,主要是由飞机的性能即实用功能决定的,该造型成分与飞机的功能融为一体,物理上、观念上均无法分离。”(参见:北京市高级人民法院民事判决书(2014)高民(知)终字第3451号。)

法中固有的利益平衡^①。澳大利亚高等法院最终选择不保护此类技术措施。在后文引述的澳大利亚现行《版权法》中,能够实现捆绑销售或划分销售区域的技术措施完全被排除在保护范围之外。该条款并没有将该技术措施不具有防止版权侵权或“接触控制”的功能作为排除保护的条件的。这就意味着具有上述双重功能的技术措施不能受到版权法的保护。该做法值得我国借鉴。

因此,版权法对技术措施的保护范围,应当严格以上文论述的“权利人在版权法上的正当利益”为限。那些具有实现捆绑销售和划分销售区域的技术措施不能受到版权法的保护。即使该技术措施也兼具通过防止版权侵权或“接触控制”起到维护权利人在版权法中正当利益的功能,但只要这两种功能无法分离,就不能受到版权法的保护。

四、不同立法对策的选择

对用于实现捆绑销售和划分销售区域的技术措施,在权利人就他人实施的直接规避行为或提供规避手段的行为提起诉讼时,法院当然可以根据版权法保护技术措施的目的和精神,将其排除出受保护的范。前文引述的美国法院判决的“车库门案”“利盟打印机案”,我国法院判决的“精雕案”和澳大利亚法院判决的“索尼诉史蒂文斯案”都是这方面的典型。然而,不同法院对于立法目的和精神的理。解难免存在差异,在缺乏法律明确规定的情况下,就可能出。现判决结果的差异。同为针对索尼游戏机提供“直读芯片”引发的诉讼,澳大利亚法院和英国法院作出的不同判决就在相当程度上反映了这一点。因此,通过立法明确将用于实现捆绑销售和划分销售区域的技术措施排除在保护范围之外,是更加可取的选择。但是,在具体模式上,各个国家和地区又出现了两种做法:一是以澳大利亚为代表,直接在版权立法中作出规定;二是美国的做法,

在定期颁布并更新的例外情形中作出规定。

(一) 在立法中规定不予保护的技术措施

澳大利亚在2000年通过《数字议程法案》并修改《版权法》时,对于不能间接防止版权侵权的“接触控制措施”并不提供保护^②。对于能间接防止版权侵权的“接触控制措施”,也只禁止提供规避手段,并不禁止实施直接规避行为^③。因此对于实现捆绑销售的技术措施,无论其是否同时具有间接防止版权侵权的作用,对其实施直接规避行为都不违法。但是,美国于2004年与澳大利亚签订的《美澳自由贸易协定》要求澳大利亚立法禁止直接规避“接触控制措施”,即使该技术措施不能直接或间接防止版权侵权,而仅是防止对作品未经许可的“接触”^④。在澳大利亚为实施该协定而修改《版权法》的过程中,许多人和立法者都充分认识到:权利人有可能利用版权法对“接触控制措施”的保护,借助技术措施进行捆绑销售或划分销售区域,从而抑制公平竞争,损害跨境消费者的利益。澳大利亚参议院在对《美澳自由贸易协定》知识产权部分的报告中指出:“对技术措施的规避可能出于合法的、非侵权的目的,而非为了盗版。禁止规避技术措施,虽然可能有助于抑制盗版,但也可能会阻止许多出于合法目的的使用行为。这将严重影响消费者使用其合法购买的财产。”^⑤澳大利亚教育、科学与培训部为此提出:(受保护的)技术措施的概念不应被

① 参见:Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment [2005] HCA 58, para 212.

② 参见:Australia Copyright Act (2001), Section 10, “technological protection measure”.

③ 参见:Australia Copyright Act (2001), Section 10, “technological protection measure”, Section 10 (1), “technological protection measure”.

④ 参见:The U. S. - Australia Free Trade Agreement (FTA), Article 17.4.

⑤ 参见:Senate Select Committee on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America. Final Report on the Free Trade Agreement between Australia and the United States of America[R]. Canberra, 2004: 90.

允许拓展到包括那些实现其他目的的技术措施,如
对播放内容的区域控制、对计算机配件市场的控
制,以及其他阻止竞争的目的。”^①澳大利亚律师和
其他法律职业人士组成的团体——“澳大利亚法律
委员会”也建议:“(版权法规定的)规避技术措施
的法律责任,不应为在非版权产品和服务市场使用
‘接触控制措施’限制竞争提供刺激。”^②澳大利
亚议会“条约常务委员会”也建议“在保护技术措施
的同时,对于所有合法购买或购得的音像制品和软
件,无论获取地在何方,政府都应确保,在装置及硬
盘设备上合法地使用和运行这些音像制品和软件
的行为能够享受例外规定。”^③负责提出修法建议的
议会众议院“法律与宪法事务常务委员会”则指出,
“应当确保‘接触控制措施’与版权保护有关,而不
是用于在非版权产品和服务市场中限制竞争”^{[5]31},
并直截了当地建议,“应专门将‘区域码’技术措施
从‘有效技术措施’的定义中排除出去”^{[5]48}。据此,
2006年澳大利亚修改《版权法》时,将那些用于实现
捆绑销售和划分销售区域的“接触控制措施”明确
排除出了保护范围。修改后的澳大利亚《版权法》
在界定“接触控制措施”时规定:

……(接触控制措施)不包括一种设备、产品、
技术或组件,如果:

……

(c) (受接触控制措施保护的) 作品或其他客
体是电影或计算机程序(包括计算机游戏) (该设
备、产品、技术或组件) 阻止在澳大利亚播放(运行)
从澳大利亚之外获得的作品或其他客体的非侵权
复制件,从而实现了地理市场划分控制。

(d) (受接触控制措施保护的) 作品是机器或
设备之中的计算机程序 (该设备、产品、技术或组
件) 限制了与该机器或设备相关的商品或服务
的使用^④。

该规定意味着,如果一种技术措施限制对正
版作品的跨区域使用(即“划分销售区域”)或者起到

了将机器或设备与其他产品或服务加以绑定(即
“捆绑销售”)的作用,则该技术措施不属于澳大利
亚现行《版权法》所保护的“接触控制措施”。据
此,前文提及的苹果公司在 iPhone 中设置的“接
触控制措施”就不能受到保护。因为其作用正是
“限制了与该机器(iPhone)相关的服务(AT&T
之外的其他公司提供的无线通讯服务)的使用”,
从而实现了 iPhone 与 AT&T 无线通讯服务之
间的绑定。同样,如果一种技术措施的作用是划
分销售区域,即阻止在澳大利亚播放从国外获得
的正版电影,或者阻止在澳大利亚运行从国外获
得的正版计算机程序,包括正版计算机游戏,则
这种技术措施也不属于受保护的“接触控制措施”。
这样一来,澳大利亚就通过修改立法实现了对滥
用技术措施行为的规制。

新西兰 2008 年《版权法》在定义“技术措施”
时也有类似规定:

为避免疑义(技术措施)不包括任何方法、
处理过程、机制、设备或系统,其在正常运行过
程中仅控制为非侵权目的而接触作品的行为(例
如,不包括一种方法、处理过程、机制、设备或
系统,其在正常运行过程中,通过阻止在新西兰播
放作品的非侵权复制件而控制对市场地域的划分)
^⑤。

① 参见: Department of Education, Science and Training. Submission to House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, No. 48: 17, in House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Review of technological protection measures exceptions [R]. Canberra, 2006: 25.

② 参见: Intellectual Property Committee, Business Law Section, Law Council of Australia. Submission to House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs No. 15: 6 [EB/OL]. [2010-03-02]. https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Committees/House_of_Representatives_Committees?url=laca/protection/subs/sub015.pdf.

③ 参见: The Joint Standing Committee on Treaties (JSCOT). Report 61: The Australia - United States Free Trade Agreement [R]. Canberra, 2004: 241.

④ Australia Copyright Act (revised in 2007), Section 10(1), “access control technological protection measure”.

⑤ New Zealand Copyright Act, Section 226.

由此可见,新西兰《版权法》只保护能直接防止版权侵权的“版权保护措施”和能起到间接防止版权侵权作用的“接触控制措施”,并不保护不能起到间接防止版权侵权作用的“接触控制措施”。这就意味着用于实现捆绑销售的技术措施并不能受到保护,因此在上文所述的各案例中,用户使用兼容设备调用(即“接触”)产品中的计算机程序都不可能是出于侵害该程序版权的目的,而且由于用户已经购买了产品,也就是为调用其中的计算机程序支付了报酬,该行为也不属于“未经许可”使用程序。因此此类技术措施“仅控制为非侵权目的而接触作品的行为”。同时,新西兰《版权法》还明确将用于划分销售区域的技术措施排除出了保护范围。

在之前的修法过程中,新西兰政府经济发展部的“经济发展委员会”在《数字技术与1994年版权法:政策建议》中,对于为什么不应当保护这种技术措施做出了明确阐述:

在其他法域(如英国和美国),像索尼这样的公司已经借助版权立法中的技术措施保护条款,阻止了对带有区域控制码技术措施设备的规避。这些技术措施阻止的是播放或运行来源于其他地区的、不存在版权侵权问题的合法DVD或计算机游戏复制件。这种结果与政府对平行进口的政策不相符^①。

可见,新西兰立法者也认识到了用于划分销售区域的技术措施不仅与保护权利人在版权法中的正当利益无关,还会干扰《版权法》中允许平行进口的规定,因此不予保护。

我国香港特别行政区则在2007年修订后的《版权条例》中明确规定:如果技术措施包含了“区域码”或其他任何为了以地域为基础实现市场划分,而具有防止或限制接触作品作用的技术、设备、部件或方法,则只要作品的复制件并非侵权复制件,仅为了破除该技术措施中的“区域码”、技术、设备、部件或方法的行为就无需承担责任^②。新加坡

虽然与澳大利亚一样,与美国签订了《美新自由贸易协定》,并根据协定的要求对其《版权法》进行了修改,提高了对技术措施的保护水平,但新加坡政府以“附函”(side letter)的形式向美国政府澄清:“对于唯一作用在于控制电影合法复制件的市场区域划分的技术措施,如果一种设备能使该技术措施失效,本协定并未要求新加坡限制对这种设备的进口或其在国内的销售。”^③美国政府代表则回复确认,“美国政府认同该解释,且其构成《美新自由贸易协定》的内在组成部分”^④。换言之,新加坡是以对法律进行解释的方法,澄清了用于划分销售区域的技术措施并不受《版权法》的保护。我国香港特别行政区和新加坡将用于划分销售区域的技术措施排除出版权法的保护范围,值得赞许。但遗憾的是没有提及用于实现捆绑销售的技术措施,因此在规制滥用技术措施的范围上不及澳大利亚和新西兰的《版权法》。

(二) 定期颁布禁止规避技术措施的例外情形

美国则采取了另一种立法策略。作为最早对技术措施提供全面保护的立法,美国的《千禧年数字版权法》并没有与上述澳大利亚和新西兰《版权法》类似的一般性规定。但是,立法者考虑到了禁止“接触控制措施”可能造成的负面后果,因此在该

^① 参见: Cabinet Economic Development Committee. Digital Technology and the Copyright Act 1994: Policy Recommendations [S]. 2002: 5.

^② 参见: Copyright Ordinance (CAP. 58) Section 273D (7) .

^③ 新加坡贸易与工业部(Minister for Trade and Industry Singapore) 部长杨荣文(George Yeo) 致美国贸易代表(United States Trade Representative) 佐利克(Robert B. Zoellick) 的函。(参见: Letter from George Yeo to Robert B. Zoellick: 4 [EB/OL]. (2003-05-06) [2010-03-18]. [http://www.worldtradelaw.net/fta/agreements/USSing_SL_IP\(OpticalDisks\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/fta/agreements/USSing_SL_IP(OpticalDisks).pdf).)

^④ 美国贸易代表(United States Trade Representative) 佐利克(Robert B. Zoellick) 致新加坡贸易与工业部(Minister for Trade and Industry Singapore) 部长杨荣文(George Yeo) 的复函。(参见: Letter from Robert B. Zoellick to George Yeo: 4 [EB/OL]. (2003-05-06) [2010-03-18]. [http://www.worldtradelaw.net/fta/agreements/US-Sing_SL_IP\(OpticalDisks\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/fta/agreements/US-Sing_SL_IP(OpticalDisks).pdf).)

法中设置了一个“安全保障机制”,即在该法通过后 2 年之内,以及以后每 3 年,美国版权局局长应在征询相关部门的意见后,就“特定类别的作品”的使用者是否可能因版权法禁止规避“接触控制措施”的规定而受到不利影响的情况,发布报告和评论,并向美国国会图书馆提出颁布例外情形的建议^①。美国国会图书馆馆长应当根据该建议,颁布有效期为 3 年的例外情形。指明那些因禁止规避技术措施的规定而导致其使用者利益受到不利影响的作品类别,并规定禁止规避技术措施的条款不适用于这些类别作品使用者的例外情形^②。在随后的 2000 年至 2015 年的 15 年时间里,美国国会图书馆根据美国版权局的建议,已先后 6 次公布了针对禁止规避技术措施的例外情形。

由于国会图书馆颁布的“例外情形”必须针对“特定类别的作品”(a class of works),因此它没有像澳大利亚《版权法》那样,一般性地将任何用于捆绑销售和划分销售区域的“接触控制措施”都排除出受保护的技术措施范围。即使如此,国会图书馆也多次在美国版权局的建议下,将用于捆绑销售的几种“接触控制措施”排除在禁止实施规避行为的范围之外。具体而言,美国国会图书馆在 2006 年、2010 年、2012 年和 2015 年颁布的例外情形均允许在特定条件下“刷机”,也就是允许手机或其他移动设备的用户规避将设备与特定运营商加以绑定的“接触控制措施”(也就是允许“刷机”),以使用户转换运营商^③。在此过程中,还发生了颇具戏剧性的事件。在 2010 年之后,苹果手机的销售策略发生了变化。此前,市场上只有绑定了运营商的合约手机出售,而 2010 年之后也有所谓的“裸机”,也就是不绑定运营商的手机出售。同时,运营商自己也开始提供有条件的“解锁”服务。在这种情况下,美国版权局认为,如果市场上存在着可供消费者选择的多种方案,以使他们获得“解锁版”的手机,就没

有必要对新手机再适用“刷机”例外了^④。因此,在 2012 年颁布的例外中,国会图书馆将允许“刷机”的条件设定得更为严格,规定只有对该次例外颁布之前以及颁布之后 90 天内购买的手机才可进行“刷机”^⑤。这意味着在该例外颁布 90 天后任何“刷机”行为都将违反《千禧年数字版权法》有关禁止规避“接触控制措施”的规定,这引起了消费者的普遍不满。2013 年 1 月,一名消费者在白宫网站上发起了要求使“刷机”合法的请愿,希望“白宫要求国会图书馆撤销此项决定,如果未能撤销,则应支持一项使解锁永久合法的法案”^⑥。该请愿征集到了超过 11 万消费者的签名。对此,白宫作出了积极的回应,称“白宫同意你们的观点”,“我们认为相同的原则应当也适用于越来越与智能手机相似的平板电脑。如果你们已经为移动设备付费,而且不受服务协议或其他义务的约束,你们就应当可以使用另一(电信)网络。这是保护消费者选择权的关键常识,对于确保我们继续拥有一个充满活力的、竞争性的无线网络市场十分重要,使之能提供创新产品和满

① 美国国会图书馆隶属于美国国会,有颁布行政法规的法定权力。美国版权局作为作品登记机关,隶属于美国国会图书馆。

② 参见:17 USC 1201(a)(1)(D)。

③ 参见:Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2006: 71 FR 68472-01, at 68476; Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2010: 75 FR 43825, at 43830; Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2015: 80 FR 65944, at 65952; 37 CFR part 201 § 201.40(b)(3)。

④ 参见:Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2012: 77 FR 65260-1, at 65265。

⑤ 参见:Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2006: 71 FR 68472-01, at 68476; Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2010: 75 FR 43825, at 43830。

⑥ 参见:消费者白宫请愿网址[EB/OL]。[2014-07-04]。https://petitions.whitehouse.gov/petition/make-unlocking-cell-phones-legal/1g9KhZG7。

足消费者需要的服务”^①。2014年3月,美国联邦通讯委员会主席也就“刷机”发表了一项声明,称联邦通讯委员会正在研究是否应当采取行动以保留消费者解锁其手机的能力,并敦促国会考虑一项立法解决方案^②。

在各方的呼吁下,美国国会采取了立法行动,于2014年8月1日通过了《释放消费者的选择权及无线(设备)竞争法案》,该法案废止了国会图书馆2012年颁布的手机“刷机”例外,要求国会图书馆今后颁布例外时,不仅应针对手机,还应考虑“任何其他类别的无线设备”,这实际上是要求扩大例外情形的适用范围,将平板电脑(如iPad)等无线设备也纳入其中^③。同时,被允许实施直接规避行为的主体也由无线设备的所有者拓展到经所有者请求的其他人,包括商业性移动服务或数据的提供者^④。也就是允许其他无线通讯服务商为用户提供“刷机”服务。随后,国会图书馆根据该法案修改了之前颁布的“刷机”例外,针对“能够使已使用的无线手提电话连接到无线电话通讯网络的计算机程序”,允许由程序复制件的所有者为了合法连接到无线通讯网络,规避用于限制无线电话连接到无线通讯网络的技术措施。换言之,2012年颁布的例外中,90天等限制条件不再适用。同时,修改后的例外还允许无线电话或其他设备的所有者以及经所有者请求的其他人,包括商业性移动服务或数据的提供者,为使所有者或其家庭成员连接无线通讯网络而规避技术措施^⑤。换言之,此项例外的适用范围拓展到了手机之外的其他无线设备,被允许实施规避行为的主体也增加了。

据此,2015年国会图书馆颁布的“刷机”例外在范围上得到了拓展,它针对的是能使下列类型的无线设备连接到无线通讯网络的计算机程序:(1)无线手提电话;(2)通用平板电脑;(3)便携式移动连接设备,如移动热点、可拆卸宽带路由器和类似的设备;(4)可穿戴的无线设备,如智能手表或健康

设备。当规避的目的仅是为了连接到无线通讯网络,以及该连接经过该网络运营商授权时,可以进行规避。条件是该设备之前已经被合法获取且已在某一运营商的无线通讯网络中被激活^⑥,以防止从由运营商补贴资费的全新手机(从未连接到无线通讯网络)的交易中牟利^⑦。

同时,美国国会图书馆在2010年、2012年和2015年颁布的例外情形还允许在特定条件下“越狱”^⑧,也就是允许规避限定手机或其他通用移动计算设备安装和运行特定来源的应用程序的“接触控制措施”,以“使合法获得的应用程序与智能手机或上述设备中的该程序相兼容,或从该智能手机或该设备中移除软件”^⑨。2015年颁布的例外还允许对“智能电视”进行“越狱”,也就是为了在智能电视中

① 参见:白宫回复[EB/OL]. [2014-07-04]. <https://petitions.whitehouse.gov/petition/make-unlocking-cell-phones-legal>.

② 参见:Statement from FCC Chairman Julius Genachowski on the Copyright Office of the Library of Congress. Position on DMCA and Unlocking New Cell phones [EB/OL]. [2014-07-04]. https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-319250A1.pdf.

③ 参见:The Unlocking Consumer Choice and Wireless Competition Act, Public Law 113-144, 128 Stat. 1751 2014: Section 2(a).

④ 参见:The Unlocking Consumer Choice and Wireless Competition Act, Public Law 113-144, 128 Stat. 1751 2014: Section 2(a). 2(c).

⑤ 参见:37 CFR part 201 § 201.40(b)(3), (c).

⑥ 参见:Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2015: 80 FR 65944, at 65952; 37 CFR part 201 § 201.40(b)(3).

⑦ 参见:Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2015: 80 FR 65944, at 65952; 37 CFR part 201 § 201.40(b)(3).

⑧ 参见:Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2010, 75 FR 43825, at 43828; Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2012: 77 FR 65260-1, at 65264.

⑨ 参见:Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2015: 80 FR 65944, at 65953; 37 CFR part 201 § 201.40(b)(4).

安装合法获取的第三方应用程序,可以规避只允许智能电视安装和运行特定来源的应用程序的“接触控制措施”^①。这实际上也是针对将作品(系统软件或其他计算机程序)与特定产品(应用程序)进行捆绑的“接触控制措施”提供的法律对策。

与澳大利亚《版权法》规制滥用技术措施的规定相比,美国定期颁布例外的做法效果十分有限。澳大利亚《版权法》将用于实现捆绑销售和划分销售区域的技术措施排除出受保护的范畴,这就意味着无论是对该技术措施实施直接规避行为,还是提供规避手段,都不会违反《版权法》。与之相比,美国国会图书馆颁布的是“例外”。换言之,符合条件的“刷机”和“越狱”(对用于捆绑销售的“接触控制措施”的直接规避行为)不再受禁止,从而使行为人豁免了法律责任。但“例外”并不能使此类技术措施完全被排除出美国《版权法》的保护范围。多数情况下对此类技术措施提供规避手段仍然属于违法行为。同时,“例外”只针对极为有限的特定情形,它考虑的只是与技术措施有关的特定类型作品(如设备中以固件形式存在的计算机程序),而不是相关技术措施保护的利益是否为权利人在版权法中的正当利益。因此,在国会图书馆颁布的历次例外中,并不存在允许规避用于划分销售区域的技术措施的例外。对于用于实现捆绑销售的技术措施,也只涉及手机等具备无线通讯功能的设备及需要安装程序的智能电视等设备,且每次颁布的例外仅有三年的有效期。这就意味着,如果再发生前文提及的“车库门案”和“利盟打印机案”,法院无法在国会图书馆颁布的例外中找到使被控侵权人免责的依据,仍然只能根据《版权法》保护技术措施的立法目的和精神进行判决。

更为重要的是,定期颁布例外情形的机制设计存在偏向版权人的倾向,所以要将一种规避技术措施的行为设定为例外着实不易。首先,例外情形的

建议者要承担很高的举证责任。国会众议院商业委员会对《千禧年数字版权法》的报告明确提出,在制定例外情形的程序中,考虑的焦点在于,禁止规避“接触控制措施”的规定对特定类型作品的非侵权性使用产生了“明确的、可验证的和可衡量的不利影响,而不是很小的影响”。如果有关这种不利影响的证据不足,则禁止规避技术措施的规定仍然应当适用于此种类型的作品^②。美国版权局据此认为,法律解释的一般原则是“例外”必须被严格解释。与此相适应,建议颁布某种例外情形的人,应当负有证明其必要性的举证责任,即证明禁止规避“接触控制措施”的规定对此类特定作品的非侵权性使用存在“实质性”的不利影响^③。显然,这种“明确的、可验证的和可衡量的不利影响”在事实上是很难被证明的。

其次,即使人们已经“预料”到,禁止规避“接触控制措施”的规定会对某些非侵权性使用造成不利影响,只要这种不利后果仍处于一种“预期”,尚未实际发生并有证据证明,就基本不可能根据这种“预期”而颁布例外情形。美国国会众议院司法委员会在对《千禧年数字版权法》的解释中强调:

只有在极其非同寻常的情况下,(公布例外情形的)决定才能以预期产生的不利影响,而非已经实际产生的不利影响作为基础。有关在未来一段时间内极有可能产生不利影响的证据必须是高度明确的、强有力的和具有说服力的。如不作此要求,禁止(规避“接触控制措施”的)规定就会不适当

① 参见: Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2015, 80 FR 65944, at 65953; 37 CFR part 201 § 201.40 (b) (5).

② 参见: 105th Congress, 2nd Session. House Report 105 - 551, Part 2 [R]. 1998: 37 - 38.

③ 参见: Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 65 FR 64556 - 01, at 64558 (2000).

地被削弱^①。

这就意味着,使用者们基本上只能坐等对“接触控制措施”的保护已经“实际产生”了“明确的、可验证的和可衡量”的“实质性”不利影响,以至于可以用已经发生的事例充分证明之后,才能要求颁布例外情形。对于权利人所采用的“接触控制措施”,即使一开始就能预测到禁止规避该技术措施将会导致的不利影响,也因很难达到“高度明确的、强有力的和具有说服力”的举证要求,而无法促使国会图书馆颁布例外情形。美国版权局也多次拒绝根据“预期”向国会图书馆建议颁布例外情形^②。这在很大程度上使得颁布例外情形的机制成为“马后炮”,难有及时性可言。

再者,该机制还要求在作出是否颁布例外情形的决定时,考虑一种“接触控制措施”所具有的“积极影响”。美国国会众议院司法委员会在对《千禧年数字版权法》的解释中要求:

在评估采用技术措施的影响及禁止规避该技术措施的影响时,在制定(确定例外情形)规则的程序中,应当同时考虑这些技术对于版权内容可获得性的积极影响和消极影响^③。

据此,即使对一种“接触控制措施”的保护已经导致了对某种非侵权性使用的实质性不利影响,只要该“接触控制措施”同时还具有“积极影响”,就很难颁布例外情形。这应当就是规避“区域码”等用于划分销售区域的技术措施未被纳入例外情形的主要原因,因为此类技术措施往往兼具防止用户“接触”盗版的功能。这样一来,例外情形就只能针对那些不大可能对防止盗版和新型商业模式具有“积极影响”的“接触控制措施”,但完全没有“积极影响”的“接触控制措施”并不多见。这进一步增加了颁布例外情形的难度。

由此可见,在规避滥用技术措施方面,美国定期颁布例外情形的做法存在诸多问题,不及澳大利亚《版权法》那样明确、清晰和具有包容性。

五、我国应采取的规制滥用技术措施的方式

如前文所述,我国现行版权立法中并无规制滥用技术措施的规定,但现实中已经出现了“精雕案”这样的利用技术措施实现捆绑销售的行为和相关诉讼。对此,正在修订的《著作权法》应当有所回应。否则,法院在遇到相关诉讼时,只能如审理“精雕案”的法院那样,以“(利用技术措施实现捆绑销售)不符合著作权法对于软件著作权保护仅限于著作权人基于软件著作权应当享有经济利益的法律精神”^④为由作出判决。相较之下,澳大利亚在《版权法》中将实现捆绑销售和划分销售区域的技术措施排除出保护范围,较美国定期颁布例外情形的做法更值得我国借鉴。当然,随着技术的发展和商业模式创新,今后滥用技术措施的表现可能并不止于借助技术措施实现捆绑销售和划分销售区域。为此,我国《著作权法》不仅应当借鉴澳大利亚《版权法》,明确将实现捆绑销售和划分销售区域的技术措施排除出保护范围,还应当用具有包容性的用语,将任何与实现权利人在版权法中正当利益无关的技术措施排除出保护范围。这样才能使立法具有前瞻性和充分的弹性,实现版权法保护技术措施的目的。■

^① Committee on the Judiciary, House of Representatives. 105th Congress 2d Session, Committee Print Serial No. 6, Section - by - Section Analysis of H. R. 2281 as Passed by the United States House of Representatives [R]. 1988: 6.

^② 美国版权局在拒绝建议某项例外情形时的常用语是:“(主张颁布例外的人)主要是根据预期,而没有提出具体和有说服力的证据以支持颁布例外。”(参见: Library of Congress. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies [S]. 2012: 77 FR 65260 - 1, at 65274.)

^③ Committee on the Judiciary, House of Representatives. 105th Congress 2d Session, Committee Print Serial No. 6, Section - by - Section Analysis of H. R. 2281 as Passed by the United States House of Representatives [R]. 1988: 6.

^④ 参见:上海市高级人民法院民事判决书(2006)沪高民三(知)终字第110号。

参考文献:

[1] Megan M. LaBelle. The “Rootkit Debacle”: The Latest Chapter in The Story of the Recording Industry and the War on Music Piracy [J]. *Denver University Law Review* , 2006 ,84: 79 – 134.

[2] Dale Clapperton ,Stephen Corones. Locking in Customers ,Locking Out Competitors: Anti – Circumvention Laws in Australia and Their Potential Effect on Competition in High Technology Markets [J]. *Melbourne University Law Review* , 2006 ,30: 657 – 714.

[3] Michael A. Einhorn. *Digital Rights Management*

and Access Protection: An Economic Analysis in International Literary and Artistic Association (ALAI) Congress. *Adjuncts and Alternatives to Copyright* [M]. New York: ALAI – USA , 2001: 90 – 110.

[4] Commission of the European Communities. Report to the Council , the European Parliament and the Economic and Social Committee on the application of Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society [R]. Brussels ,2007.

[5] House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. Review of technological protection measures exceptions [R]. Canberra ,2006.

On the Copyright Law’s Regulation of the Abuse of Technological Measures

WANG Qian

(Law School , East China University of Political Science and Law , Shanghai 200042 , China)

Abstract: The justification for the copyright law to protect technological measures is to safeguard copyright owners’ legitimate interests recognized by the copyright law , i. e. , to receive financial benefit from others’ exploitation of the works. When the technological measures employed by the copyright owner is to prevent others from using the work in a way that does not impair the legitimate interests recognized by the copyright law , the copyright owner’s act to prohibit others from circumventing that technological measure is the abuse of the technological measure. The typical abuse acts include restricting the use of goods or services in relation to the machine or device and controlling geographic market segmentation by technological measure. Such a technological measure should not be protected by the copyright law even if it is also able to prevent copyright infringement or unauthorized access of the work without proper payment. China Copyright Law should be revised to exclude those technological measures from the protection that are not designed to protect copyright owners’ legitimate interests recognized by the copyright law.

Key Words: technological measures; access control measure; copyright protection measure; abuse of technological measure

本文责任编辑: 黄 汇