

数字时代规避型侵犯著作权罪的司法适用

江海洋

【摘要】为保障公民的预见可能性,对于《刑法》第217条第6种情形规定的“技术措施”的解释,不应突破《著作权法》关于“技术措施”的规定。规避防止未经许可而传播的技术措施的,能够成立侵犯著作权罪;规避防止未经许可而复制的技术措施的,规避防止未经许可而运行计算机程序的技术措施的,制造和向他人提供规避装置或服务(间接规避行为)的,均不构成侵犯著作权罪。刑法规制规避技术措施的正当性根据,不在于著作权人的接触权和收益权,而在于预防侵害著作权专有权利。由此,并根据举重以明轻的解释原理,《刑法》第217条第6种情形规定的技术措施所保护的著作权专有权利,必须仅限于《刑法》第217条第1种至第5种情形规定的著作权专有权利。《刑法》第217条第6种情形规定的“避开或者破坏”的认定,应采用客观的技术标准。刑法保护的“技术措施”应为“有效的技术措施”,并非任何技术措施都具有刑法保护的必要性。除合理使用等违法阻却事由之外,若著作权人设置的技术措施构成著作权滥用,则亦可阻却此种技术措施规避行为的违法性。

【关键词】侵犯著作权罪;著作权法;规避技术措施;接触控制措施;法定犯

【作者简介】江海洋,山东大学法学院助理研究员,山东省“泰山学者”青年专家。

【原文出处】《中国刑事法杂志》(京),2023.6.70~86

【基金项目】本文系山东省“泰山学者工程专项经费资助”(项目编号:tsqn202306038)、山东大学人文社会科学创新团队资助项目“全面依法治国战略实施中的数据运用与数据治理创新团队”的研究成果。

一、问题之提出

在数字经济时代,数字技术的发展对著作权的保护具有两面性。一方面,数字技术滋生了大量侵权行为,任何人都可通过计算机网络对数字化作品进行低成本、高质量、无限次的复制,并将其传送给其他用户或上传至网络。另一方面,数字技术也赋予了著作权人前所未有的控权能力,技术保护措施允许著作权人以著作权法以前没有考虑到的方式和程度来控制作品。然而,存在技术保护措施,就存在各种避开、破坏技术保护措施的行为。为限制此种规避行为,就需要对著作权技术保护措施(以下简称技术措施)增设相应的法律保护。

就技术措施的刑法保护而言,在《刑法修正案(十一)》之前,只有《著作权法》进行了宣示性规定,并

不真正存在对技术措施规避行为的刑法规制。早有观点批评指出,这种现象造成了刑法与著作权法之间存在一定的脱节,在对技术措施的刑事法律保护体系衔接上存在很大的漏洞。^①对此,《刑法修正案(十一)》在《刑法》第217条增设第6项,将故意避开或破坏技术措施的行为纳入刑法规制的范围。^②然而,与其他国家规定不同,我国刑法对技术措施规避行为的规制独具特色,引发了是否过度限缩了可入刑的规避行为的争论。同时,刑法学界对技术措施规避行为入刑的正当性也缺乏深入讨论。因此,有必要基于法秩序统一性原理对这上述问题进行深入分析。

二、技术措施规避行为入刑的范围界定

《世界知识产权组织版权条约》(WCT)与《世界知

识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)设置“关于技术措施的义务”的规定之后,世界多数国家都对技术措施规避行为设置了刑事条款。鉴于数字时代著作权的全球化以及我国也是WCT、WPPT的签约国,因而有必要比较我国刑法对技术措施规避行为的规制与其他主要国家的区别。

(一)德国、美国技术措施规避行为之刑事规定

德国主要是以附属刑法的形式对著作权进行刑法保护。德国《著作权法》第106至第111a条设置了一系列保护著作权及邻接权的罪名。其中,第108b条非法侵犯技术保护措施和权利管理信息罪是规制技术措施规避行为的主要罪名,根据第108b条第1款的规定,出于使自己或第三人能接触或使用受本法保护的作品或其他保护对象的意图,未经权利所有人同意而规避有效技术措施的,应被判处1年以下有期徒刑或罚金;根据第108b条第2款的规定,违反第95a条第3款的规定,为商业目的制造、进口、发行、销售或出租装置、产品及组成部分的,处与第1款相同的刑罚。在WCT、WPPT生效后,美国国会颁布了《数字千年版权法》(DMCA)。DMCA第12章将技术措施规避行为纳入刑事规制,后来此规定被纳入《美国法典》第17篇第1201条各项规定。DMCA禁止的规避行为分为三类:一是规避有效控制接触的技术措施;二是制造或提供能规避有效控制接触的技术措施之设备或服务;三是制造或提供能规避有效保护著作权权利的技术措施之设备或服务。^③为确保社会成员仍可对著作权作品进行合理使用等非侵权利用,美国国会立法时特别于第1201条(d)-(j)中规定了七项免责条款。^④同时,与德国相同,《美国法典》第17编第1202条(a)-(b)项也设置了相关禁止条款以保护著作权权利管理信息的完整性。^⑤

可以发现,德国与美国禁止的规避行为都包含两种形式,一是动手破解相关的技术措施,也被称为“直接规避”;二是制造和向他人提供规避装置或服务,也被称为“间接规避”。同时,两国都将技术措施分为“接触控制措施”和“著作权保护措施”两类。“接

触控制措施”是指防止他人未经许可阅读、欣赏文学艺术作品或运行计算机软件等“接触”作品内容的技术措施。“著作权保护措施”则是指防止他人未经许可可以复制、传播等方式利用作品,侵犯复制权等著作权专有权利的技术措施。^⑥美国DMCA的刑事条款仅仅禁止规避“接触控制措施”,并未规定禁止规避“著作权保护措施”。相反,德国《著作权法》的刑事条款则同时禁止两者。美国之所以选择不禁止规避“著作权保护措施”,主要是为了保障公众继续对著作权作品进行非侵权使用的需要,^⑦这一点在美国版权局向国会发表的声明中非常清楚地体现出来,该声明指出,不禁止规避“著作权保护措施”是为了避免惩罚一些非侵权行为,如合理使用。^⑧同时,美国禁止技术措施规避行为立法的最初发起人科布尔(Coble)议员在给两位同事议员的信中亦表达了此观点,其解释说,没有禁止规避“著作权保护措施”为非侵权使用提供了实质性的保护。^⑨

(二)我国入刑的技术措施规避行为的疑问

由于《著作权法》与《刑法》第217条第6项的表述问题,关于我国刑法禁止何种类型的技术措施规避行为,存在以下疑问。

首先,我国《刑法》第217条第6项与《著作权法》第49条第1款都对技术措施的范围有一定的限制,即技术措施必须与保护著作权或著作权有关的权利相关。因此,从字面上看,针对我国技术措施是否仅仅限于“著作权保护措施”,而不包括单纯的“接触控制措施”存在争议。^⑩对于此争议,根据《著作权法》第49条第3款对“技术措施”的定义,可以发现,“接触控制措施”显然属于我国《著作权法》规定的“技术措施”范畴。^⑪然而,新的问题是“接触控制措施”能否涵括“防止、限制运行计算机程序”的技术措施。一般认为,对文字作品的接触是“阅读”,对影视作品的接触是“观看”,对计算机软件作品的接触则是“运行”。^⑫从文义上看,我国《著作权法》将“接触控制措施”的范围限于“用于防止、限制浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品”的技术措施,而未能涵括“防止、

限制运行计算机程序”的技术措施。^③

其次,一般而言,“著作权保护措施”按其保护的著作权权利类型可主要分为防止未经许可复制作品的“著作权保护措施”(以下简称“防复制措施”)和防止未经许可通过网络传播作品的“著作权保护措施”(以下简称“防传播措施”)。^④但是,《著作权法》第49条第3款将“技术措施”的定义为“用于防止、限制未经许可权利人许可……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。”可以看出,该“著作权保护措施”仅限于保护信息网络的传播权的“防传播措施”,而不能涵括保护复制权的“防复制措施”。例如,以传统电影DVD为代表的技术措施就是防复制措施,而非防传播措施。故而,就文义而言,其并不属于《著作权法》所禁止规避的“著作权保护措施”。

最后,从字面意义上看,我国《刑法》第217条第6项并未将“间接规避”纳入本款的规制范围。实际上,就禁止技术措施规避行为而言,我国2010年、2020年《著作权法》都有规定,只不过规定内容存在差异,但《刑法修正案(十一)》采取的表述并非是2020年《著作权法》第53条规定的完整表述,^⑤而是使用了与2010年《著作权法》第48条(2001年《著作权法》第47条)规定相同的表述,^⑥并未在条文中规定禁止“间接规避”。对此,便产生我国《刑法》是否并不禁止“间接规避”的疑问。

(三)我国《刑法》第217条第6项的解释边界

如上所述,《著作权法》对“技术措施”定义并未包含“计算机程序接触控制措施”与“防复制措施”,那么,刑法能否突破《著作权法》对“技术措施”定义,将规避这两类技术措施的行为纳入禁止范围?同时,根据《刑法》第217条第6项之文义,我国并未如德国、美国等国家那样禁止“间接规避”,此种立法到底是立法者的疏漏还是其有意为之?

1. 突破《著作权法》“技术措施”文义限制之否定

就《著作权法》对“技术措施”的定义而言,早在2014年,《著作权法修改草案》就首次对“技术措施”

进行了完整的定义。该草案第68条规定:“本法所称的技术保护措施,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”。2020年《著作权法》未采用2014年《著作权法修改草案》,而是照搬了《信息网络传播权保护条例》对“技术措施”的定义。对此,存在两种不同解释。一种解释认为这是立法者有意为之,有意限缩“技术措施”的范围,另一种解释认为这属于立法者的疏漏。^⑦实际上,根据全国人大法工委对《著作权法》第50条的释义,能够印证当前《著作权法》对“技术措施”的定义属于立法疏忽。^⑧《著作权法》第50条第1款第5项规定了“进行加密研究或者计算机软件反向工程研究”作为规避技术措施的正当化事由。若是立法者有意限缩“技术措施”的范围,本意并不禁止规避“计算机程序接触控制措施”以运行计算机程序的行为,则自然无须规定此种规避行为的正当化事由。

针对《著作权法》的此种疏漏,《刑法》能否突破《著作权法》第49条第3款的文义限制,将规避“计算机程序接触控制措施”“防复制措施”的行为纳入禁止技术措施规避行为的范围内?这其实关涉刑法中的“技术措施”能否作出与《著作权法》不同的解释。对此,学界存在几种观点。其一,概念一致性说认为,《刑法》对著作权而言是单纯的保护之法,而不是赋权之法,^⑨基于法秩序的统一性原理,《刑法》要和《著作权法》保持一致,从而恪守刑法谦抑主义,^⑩侵犯著作权罪的成立范围不应大于著作权法对著作权侵权行为的规制范围。^⑪因此,按照此种观点,刑法不应就“技术措施”作出超出《著作权法》定义的解释。其二,概念相对性说认为,刑法作为其他部门法的保障法,需要参照其他部门法中语词的含义,但这并不意味着两者语词含义必须一致。^⑫就侵犯著作权罪而言,若僵化地固守同一概念必须作统一解释,必将造成处罚漏洞。^⑬因此,按照概念相对性说,若规避“计算机程序接触控制措施”“防复制措施”的行

为实质上侵害了侵犯著作权罪的法益,则可以将此类行为涵摄在《刑法》第217条第6项之内。其三,折中说认为,在符合刑法规范目的以及不超过可能文义的边界且为国民可预测时,可以对刑法用语作出不同于著作权法的解释。^④折中说实质上是一种限缩的概念相对性说。

鉴于侵犯著作权罪法定犯的性质,应坚持概念一致性说。之所以要求对概念作统一解释,除了刑法明确性原则、法秩序统一性原则、罪责原则以及平等原则的抽象要求外,^⑤更根本原因是立基于刑法的行为规范属性以及规范接收者的视角,刑法的适用对规范接收者来说必须是可预见的。著作权并非一种自然权利,而是一种有限的法定垄断权,^⑥著作权人之专有权完全由法律授予,若没有《著作权法》规定复制权、发行权和信息网络传播权等一系列专有权利,就不存在这些权利和与之相关的、应受保护的利益。^⑦侵犯著作权罪作为法定犯,《著作权法》中的相关规定实际上填充并限制了本罪构成要件的解释。作为规范接收者的公民,在判断自己的行为是否构成侵犯著作权罪的最重要判断依据就是《著作权法》与《刑法》的相关规定。故而,对侵犯著作权罪构成要件的解释,必须受到《著作权法》的文义限制,若是超出《著作权法》的文义范畴,则必然导致公民难以预见自己的行为后果。可能会有观点认为,法律外行人可以仅从法律规范的措辞中理解自己是否会因某种行为受到惩罚的想法是虚幻的,几乎没有任何公民会在犯罪之前关心法律的措辞。^⑧但是,即使现代社会中公民获取信息的来源是多种多样的,但法律文本本身仍然是第一个信息来源,亦是最重要的信息来源。^⑨因此,为保障公民的预见可能性,在对《刑法》第217条规定的“技术措施”进行解释时,不能突破《著作权法》对于“技术措施”的文义限制。

2. 技术措施规避行为类型包括“间接规避”之否定

有观点认为,作为2001年、2010年《著作权法》的下位授权立法《信息网络传播权保护条例》不仅禁

止“直接规避”,而且禁止“间接规避”,故而可反向推定2001年《著作权法》既禁止“直接规避”也禁止“间接规避”。^⑩而《刑法修正案(十一)》所新增的禁止规避技术措施条款采用的是2001年、2010年《著作权法》的表述,因此,《刑法》第217条第6项实际上也是禁止“间接规避”的。然而,上述逻辑推定并不合理。首先,能否从下位授权立法同时禁止“直接规避”与“间接规避”,便推定出上位法的禁止范围亦是如此,存在疑问。这是因为下位授权法的正当性以及规制范围是由上位法授予并受上位法限制的,若是认为下位授权法能够反向推定上位法的规制范围,就会出现下位授权法永远不会超出上位法授权范围的荒谬结论。其次,从《刑法》第217条第6项的文义出发,难以将“故意制造、进口或者向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件的,或者故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务”涵摄到“故意避开或者破坏……技术措施”之中。最后,从立法时间线出发,在《刑法修正案(十一)》通过之前,《著作权法》早已经被通过,很难认为立法者会忽视《著作权法》关于禁止技术措施规避行为的表述的改变。^⑪实际上,早在2020年4月30日,《著作权法修正案(草案)》就被公布,并且在其中就已经对禁止技术措施规避行为的表述进行了调整。因此,根据此时间线,可以推定《刑法修正案(十一)》未禁止“间接规避”并非出于疏忽,而是一种有意而为。

事实上,在《刑法修正案(十一)》颁布之前,对“间接规避”是否应纳入刑法规制就存在争议。否定说认为,作为规避准备行为的“间接规避”对著作权产生的危害只具有一种抽象的可能性;而且,禁止“间接规避”将使著作权人的排他性垄断权触角延伸到作品范围之外的制造接触手段的技术和产业中,并使著作权人实际上能够间接控制他人的行为自由;故而,禁止“间接规避”是不妥当的极端的预防路径。^⑫肯定说则认为,规避装置可以被反复使用或提供,使得数目庞大的普通消费者有能力实施技术规避行为,导致著作权人面临的被侵权风险成几何级

数增加;《刑法》缺失对“间接规避”的规定,技术措施规避行为入刑的规定就几乎丧失了发挥作用的机会,也与国际立法潮流背道而驰。^③然而,肯定说的理由并不成立。一方面,WCT和WPPT在保护技术措施方面留给成员国很大的自由度,各国可自由选择将技术措施放在不同类型的立法中处理,如刑法或竞争法。另一方面,WCT第11条亦没有限定需要禁止的技术措施规避行为类型,成员国既可以选择禁止“直接规避”,也可以选择禁止“间接规避”,或者选择同时禁止。^④英国知识产权委员会早年就指出,发展中国家或其他发达国家不应一味效仿DMCA中禁止规避技术措施的规定,DMCA将天平过分偏向著作权人,而牺牲了用户的历史权利,DMCA的立法模式对发展中国家而言不利于其获取其发展所需的信息和知识。^⑤

就刑法而言,能否将“间接规避”纳入侵犯著作权罪的犯罪圈,还是应立基于刑法自身的属性以及本罪法益。第一,与其他法律不同,刑法应保持谦抑性,其介入应遵循最后手段原则。刑法干预时点的过度前置化不仅容易导致刑法的滥用,其积极一般预防效果也无法得到证实。^⑥在《刑法》第217条第1项至第5项也仅仅是对几种特定的著作权专有权进行保护的基础上,使用刑法打击“直接规避”本身已属于预备犯范畴,此时,若是再将“间接规避”此种预备之预备行为纳入刑法的规制范围,不免会危及著作权法保障公众对作品合理使用的立法目的,亦有可能因创设抽象危险犯型侵犯著作权罪而颠覆传统著作权法利益平衡及权利制衡之观念。^⑦第二,更为重要的是,在刑法中,“装置”本身很少被直接禁止。除了毒品和攻击性武器之外,犯罪活动中使用的大多数“装置”工具最多只是被管制而非被禁止,如炸药可以在限制条件下购买。虽然我们承认这些“装置”工具可能会造成一定社会危险,但其产生的社会效益使其附带的社会风险合理化,故除非其没有任何实质性的有益用途,否则刑法并不会绝对禁止这些“装置”。^⑧因此,绝对禁止制造、生产、提供规避技

术措施的“装置”并不符合刑法的一贯原则。第三,主张将“间接规避”纳入《刑法》第217条第6项,实际上就是主张“帮助行为正犯化”。此种“帮助行为正犯化”只能通过立法的方式进行。但是,若将“间接规避”正犯化,不免又会产生“装置”用途目的认定的难题。^⑨而且,完全可以按照共犯理论解决“间接规避”可能存在的刑法归责困境。至于有观点认为的“间接规避”的侵害性远远高于“直接规避”,将之认定为共犯是否会导致处罚失衡的担忧,在我国《刑法》采分工分类与作用分类的双层区分制共犯模式的背景下,处罚失衡的担忧完全可以在共犯的作用分类中得到解决,也即将此种帮助行为认定为主犯。

综上所述,为保障公民的预见可能性,对《刑法》第217条第6项的解释不能突破《著作权法》对“技术措施”的定义限制。至于可能存在的处罚漏洞,只能留待立法机关解决。同时,基于立法时间线以及刑事政策的一贯性,可以推定《刑法》未规定禁止“间接规避”,并非立法者的疏忽,而是一种有意行为。

三、技术措施规避行为入刑的正当性根据

鉴于“著作权保护措施”保护的本身就是《著作权法》所明确赋予著作权人的专有权利,刑法将“著作权保护措施”规避行为纳入侵犯著作权罪的犯罪圈,其正当性并不存在太大的争议。此种刑法立法模式属于典型危险犯立法模式,存在的争议是规避“著作权保护措施”到底是属于抽象危险犯还是具体危险犯。刑法对“著作权保护措施”的保护,实际上就是对著作权专有权利的间接保护。同时,因为对著作权专有权直接保护也不是绝对的,存在诸如合理使用等违法阻却事由,所以规避“著作权保护措施”型侵犯著作权罪应为具体危险犯。值得注意的是,鉴于《著作权法》对“技术措施”的封闭定义,刑法上禁止的“著作权保护措施”规避行为实际上仅限于“防传播措施”规避行为,也即对著作权专有权利的间接保护对象仅限于信息网络传播权。与“著作权保护措施”不同,“接触控制措施”并不是为了阻止他人未经许可实施信息网络传播等受专有权利控制

的行为,其主要所要阻止是未经许可可以阅读、欣赏等方式“接触”著作作品。刑法禁止“接触控制措施”规避行为的正当性须进一步探讨。

(一)“接触控制措施”规避行为入刑正当性根据之争论

对于刑法禁止“接触控制措施”规避行为的正当性根据采取不同观点,自然会影响到刑法对技术措施规避行为划定的犯罪圈范围。关于刑法禁止规避“接触控制措施”的正当性,主要存在三种不同的观点。

接触权说。该说认为,禁止“接触控制措施”规避行为的正当性在于接触权。之所以赋予著作权人接触权,是因为在今天的数字世界中,实体复制只起次要作用;相反,对作品的利用正在从拥有副本转向直接“体验”这些作品。^⑩换言之,赋予著作权人“接触权”是对网络环境下作品利用模式从间接占有到直接体验的适应。^⑪在数字时代,网络上著作权作品可被视为房间内的物品,而技术措施犹如门锁。规避、破坏技术措施,如同入室盗窃而破坏门锁。倘若规避技术措施以获取作品的内容,情节严重的,理应受到刑法的制裁。^⑫

著作权人获得收益权说。该说认为,法律保护“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。著作权法若要实现“鼓励创作”的立法目的,就必须保证著作权人能够在他人对其作品的利用的过程中获得收益。虽然著作权法并没有规定接触权,但这并不代表用户不该为阅读、欣赏作品等行为支付一定的报酬,更不代表著作权人不可以为了维护自身正当收益而采取自助手段去阻止未经许可的“接触”。^⑬

预防侵害著作权专有权利说。该说认为,技术措施是指那些不限制用户以某种方式接触作品,但限制公众以侵权方式使用受保护作品或其他客体的技术措施。^⑭此种观点仍是将“接触控制措施”的正当性根据定位在著作权法赋予著作权人的专有权利之上,即技术措施的相关保护规定主要是希望凭借

设置技术措施以此来预防侵害著作权专有权利,在无著作权专有权利侵害的情形下,技术措施亦不应享有与著作权专有权利受侵害时同等的保护强度。在 Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs, Inc. 案中,美国联邦巡回上诉法院即持有此种观点,其认为,DMCA 的反规避条款是为了平衡著作权人和用户之间的利益冲突,进而创设的一种与著作权侵权有关的新的诉由,而非创设了一种新的独立于著作权侵权的禁止规避权(接触权),故而,原告必须证明技术措施规避行为侵害或者帮助侵害了其著作权(“侵权关联要求”)^⑮。

(二)利益平衡视角下刑法禁止规避“接触控制措施”的正当性

与“预防侵害著作权专有权利说”相比,“接触权”“著作权人获得收益权说”对著作权人的保护更为靠前。其中,“接触权说”是上述几种学说中对著作权人保护最为有力的一种,与之相对,该说之下犯罪圈的范围也最广。即使是支持“接触权说”的学者也承认,授予著作权人接触权很可能会损害所有的非侵权使用。^⑯在 Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs, Inc. 案中,美国法院就指出,若是采用“接触权说”,则很容易出现以下几种负面影响。第一,著作权人可以利用接触权禁止没有侵权风险的合理使用。第二,著作权人可以利用接触权作为杠杆垄断配件市场。第三,可能会引发一些荒谬或灾难性的后果,比如破坏防盗报警装置进入装有著作权材料的房间会引发 DMCA 责任。第四,有违美国宪法著作权条款。美国宪法著作权条款为了使得公众能够合理接触作者的作品,要求国会对著作权人只授予有限垄断权,但接触权显然与此冲突。^⑰事实上,随着技术的进步,著作权人现在不仅能够使用技术措施来控制对其作品的所有接触(以及随后的使用),^⑱而且,借助技术措施,著作权人还可以将超过保护期限的作品以及本身不受著作权法保护的内容加以控制。可以发现,技术措施的广泛使用造成了著作权人和一般用户之间的利益失衡,利益的天平逐渐向

著作权人倾斜。故而,有必要对著作权人与一般用户的利益进行重新调整平衡。

著作权法通常的比喻是一个天平,需兼顾公益与私益以及平衡著作权人权益保护与社会大众对著作接近使用的机会。^⑩著作权法的目标从来就不是也不应该是授予对作者作品的“控制”。根据我国《著作权法》第1条的规定,之所以“保护作者的著作权,以及与著作权有关的权益”,其目的是在于实现“鼓励作品的创作和传播,促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣”的终极政策目标。将“鼓励作品的创作和传播,促进文化科学的发展和繁荣”此种宏观层面的目标落实到具体的文化生活中,其中最重要的是让所有潜在的一般用户能有机会合法利用著作权作品。换言之,著作权法赋予著作权人权利的真正目的,其实是为了实现由一般用户权益所组合而成的公共利益。^⑪就知识产权发展的历史而言,全世界第一部著作权法《安妮法案》及美国《宪法》中的知识产权条款之最初立法目的均为“鼓励学习”,这亦可看出著作权法最初的立法目的其实是以公众的学习为本位的。^⑫对此,有美国学者甚至提出,著作权法应该是一部关于著作权用户权利的法律,而非著作权人权利之法律,所有著作权法条文的设计,其目的都应是为了终局地鼓励或促进用户对于著作的利用,否则任何对著作权人的保护都不具意义。^⑬

现代社会中,我们的世界早已被著作权作品淹没,每个公民在日常工作学习中都会一直“接触”受著作权保护的材料,但不能因其没有对此种“接触”提供补偿,就简单将之称为“小偷”或“盗版者”。^⑭著作权并不提供对思想的垄断,而只是在有具体规定的情况下对这些思想的表达提供有时限的保护。虽然著作权人有从其作品中赚取利润的利益,但公众也有从这些作品中学习和发展的利益。若是著作权的控制权完全交给作品的创作者或出版商,那就意味着从公众那里夺走了浏览、阅读、学习、教学以及参与社会的自由。^⑮特别是在数字互联网等技术支撑的大众创作、传播时代,作品的创作、传播与使用

以及各主体之间的界限越来越模糊,各主体的角色易发生交叉或转换,公众作为作品的消费者、再创作者或信息提供者,在作品的获得、使用、再创作和传播等各环节,皆属不可或缺的角色,^⑯公众不仅支撑着著作权产业,也是实现著作权法基本目标的基础力量,因此,著作权法也需赋予公众使用权。^⑰因此,若是过度维护技术措施赋予著作权人对作品的接触控制权,则很可能会破坏著作权法所寻求的著作权人权益保护与公众对著作接近使用之间平衡。

虽然是否应赋予一般用户以著作权法上的权利存在争议,但是,在数字时代,伴随着技术措施对著作权人控制作品能力的加强,以及用户在作品的创作、传播与使用过程中角色的转变,对用户利益的强调与重视已是理论共识。侵犯著作权罪作为法定犯,不可避免带有从属前置法规定的特征,规范目的不免会受制于著作权法所预设的范围与目的。再考虑到刑法的最后手段原则,侵犯著作权罪不论在规范目的还是构成要件的解释上都必须更加限缩。在解释刑法为何将“接触控制措施”规避行为纳入犯罪圈时,必须立足于刑法条文,同时兼顾数字时代著作权法所追求的平衡。故而,“接触控制措施”规避行为入刑的正当性根据采“预防侵害著作权专有权利说”更为合适。

第一,从文义解释看,《刑法》第217条第6项特别强调了行为人故意规避的技术措施必须与“保护著作权或者与著作权有关的权利”相关联。在我国《著作权法》第10条以及第33条、第39条、第42条、第47条明确规定了“著作权或者与著作权有关的权利”的前提下,显然接触权、著作权人获得收益权都不属于《著作权法》明确规定的“著作权或者与著作权有关的权利”。故而,鉴于文义对刑法解释的边界限制,接触权、著作权人获得收益权自然无法成为刑法禁止“接触控制措施”规避行为的正当性根据。因此,根据《刑法》第217条第6项之文义,禁止规避“接触控制措施”行为的正当性根据必须限定在防止他人侵害著作权专有权利的范围内。

第二,从体系解释看,《刑法》第217条第6项所禁止的技术措施规避行为的法益侵害程度必须与《刑法》第217条第1项至第5项禁止的行为法益侵害程度同质。有鉴于此,在《刑法》第217条第1项至第5项的规范目的都在于保护《著作权法》中明文规定的几种特定著作权或邻接权的情形下,禁止技术措施规避行为的法益侵害程度若要与《刑法》第217条第1项至第5项同质,则必须与著作权专有权利侵权相关联。而无论“接触权说”还是“著作权人获得收益权说”,都会因为过于前置刑法的干涉时点,导致与《刑法》第217条第1项至第5项禁止的行为法益侵害程度难以相当。

第三,从目的解释看,著作权法的目标旨在为公众利益激励、促进新作品的创作,而在大众创作、传播的数字时代,数字技术改变了创作、分享和体验文化作品的方式,在新作品创作过程中的活动,用户参与了其中的相当一部分,其并非是从作者正当报酬中不公正地获益的“寄生虫”。从维护用户权利(权益)与著作权人权利的平衡角度出发,禁止“接触控制措施”规避行为的正当性根据也不应是接触权或著作权人获得收益权,否则会极大地挤压用户的合理使用范围,进而损害我国《著作权法》“鼓励作品的创作和传播,促进文化科学的发展和繁荣”的终极立法目的。

综上所述,在数字时代,公众在创造文化方面的作用不断提升,其需要更多的自由来获取知识和参与文化进程,但为维护著作权人利益而设置的技术措施却限制着公众知识的获取与公民自由。面对这两者之间的冲突,立足于数字时代背景以及《著作权法》的立法目的,刑法禁止技术措施规避行为的正当性必须立足于预防侵害著作权专有权利,如此方可实现著作权人权益与公众对著作接近使用利益之间的平衡。

四、刑法禁止技术措施规避行为的司法展开

(一)技术措施“设置目的”之限定

禁止技术措施规避行为的正当性根据应是预防

侵害著作权专有权利,这就使得刑法禁止规避的技术措施,其设置目的必须与确保著作权专有权利直接相关,即能够防止他人侵害著作权专有权利。如此方能维护传统著作权法体系所建立的利益平衡,不致使著作权人享有超额利益,过分压缩一般用户合理使用的空间。实际上,从各国实践来看,各国都不同程度对禁止规避的技术措施的设置目的进行了一定限缩。美国DMCA不禁止“著作权保护措施”规避行为,就明显展现出对其受技术措施保护作品非侵权使用的宽容态度。在欧盟,在规定了禁止“接触控制措施”与“著作权保护措施”规避行为的同时,其仍有部分成员国家对这两类禁止的规避行为进行限缩解释,令其必须与防止著作权专有权利侵害相关。^⑤还有一些国家实质地排除了非侵权技术措施规避行为的禁止规定,如澳大利亚。^⑥

正如上述,与《刑法》第217条第1项至第5项禁止的行为法益侵害程度相比,《刑法》第217条第6项所禁止的技术措施规避行为的法益侵害程度必须与之同质。这就导致《刑法》第217条第6项禁止规避的技术措施所保护的著作权专有权利必须仅限于《刑法》第217条第1项至第5项特别挑选的几种。对于《刑法》第217条第1项至第5项不包含的广播权、表演权等专有权利,即使著作权人设置技术措施予以保护,行为人规避此种技术措施的行为也不属于《刑法》第217条第6项规制的范围。例如,若是行为人为侵犯广播权而实施技术措施规避行为,则该规避行为并不符合《刑法》第217条第6项之规定。这是因为根据举重以明轻的解释原则,在《刑法》第217条对行为人直接侵犯广播权都不予以规制的情况下,那么,自然没有必要禁止规避为保护广播权设置的技术措施的行为。

(二)技术措施“规避”之判定

“规避”,一般是指未经著作权人的授权,对加扰的作品进行解扰、对加密的作品进行解密或者以其他方法回避、绕过、移除、停用或破坏技术措施。我国《刑法》将“规避”分解表达为“避开”与“破坏”。有

观点认为,应从功能的角度来认定对技术措施的“规避”,即只要是使得这种技术措施失去控制他人接触或使用作品的功能的,都属于“规避”。根据该观点,以非法手段获取了加密系统的密码从而接触到作品的,不构成侵犯著作权罪。^⑤相反,也有观点认为,输入非法获取的密码会使限制访问的技术措施“失灵”,^⑥此时应构成“规避”。两种观点的实质分歧在于对“规避”的判定是偏重于客观的技术标准还是偏重于主观的授权标准。偏重于主观的授权标准实际上是著作权人是否授权作为“规避”的判断标准,若著作权人未授权或超越其授权,则即使是使用正确密码通过技术措施的验证,也构成“规避”。例如,在视频平台禁止用户转借会员账号密码的前提下,用户使用转借的会员账号密码观看视频的行为,则因未得到视频平台的授权,也属于技术措施“规避”行为。此种偏重于主观的授权标准实质上是“规避”的判断取决于著作权人的主观利益,进而实际上由著作权人制定的格式条款来决定用户的行为是否属于“规避”技术措施,故并不合理。鉴于刑法对规范接收者预见可能性的强调,显然偏重于客观的技术标准更为合适。因此,“规避”要求有在正常操作范围之外的活动,即为避免技术措施的正常操作过程而采取的一定额外行动,仅仅缺乏使用该程序的授权还不足以构成“规避”,因为这种行为并没有避开或绕过技术措施,它恰恰是以设计密钥的预设方式适当地使用了密钥。^⑦

我国《著作权法》第49条第3款对“技术措施”定义时,明确规定只有“有效”的技术措施才受保护。换言之,只有那些能够“有效”防止他人侵权的技术措施才能受到著作权法的保护。那么,“有效”的判定标准为何?有观点认为,应从一般预防的视角来判断“有效”的标准,即如果规避技术措施的成本通常高于购买它所保护的著作权产品的成本,那么技术措施就是“有效”的。^⑧此种通过成本衡量的方法来判断技术措施“有效”与否,虽然摆脱了技术措施是否“有效”近乎无解的技术纠缠。但是,此种成本

衡量法的麻烦之处在于对于“成本”的计算往往需要一个统一的标准,而这一般很难实现。另有观点认为,对“有效”的判断应当立足于一名普通计算机用户的视角,即对于一种技术措施,如果这名假想的普通计算机用户能够规避,则说明该技术措施缺乏有效性。^⑨此种观点也得到了司法机关的赞同,北京市高级人民法院于2010年下发的《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33条明确规定:“技术措施是否有效,应以一般用户掌握的通常方法是否能够避开或者破解为标准。技术专家能够通过某种方式避开或者破解技术措施的,不影响技术措施的有效性。”可以发现,一般用户标准是立足于技术措施对一般用户的实际限制效果。但有观点认为,这种推理产生了一个相当奇怪的悖论:如果技术措施对一般用户是有效的,那么,其就会得到法律充分的保护,但实际上其好像并不需要这种法律保护;如果技术措施对一般用户是无效的,其实际上需要法律充分的保护,但法律却不会给予其保护。^⑩

无论是一般用户标准还是成本衡量标准,在真正适用过程中都不可避免存在一定的不确定性,但这两种标准实际上也达成一个共识,即并非每种技术措施都“有效”并受到法律保护。某种程度上,这两种标准并无实质不同,只不过是存在立基的视角差异。对于那些一般人轻而易举就能规避的技术措施,往往不被法律所保护,之所以如此,某种程度上就是为了维护用户对作品的利用权益与著作权人权利之间的平衡。毕竟只有规避那些著作权人花费了一定成本且具有阻止一般用户接触或使用作品的技术措施,才会真正增加侵害著作权专有权利的风险。如果是一个本就无效的技术措施,规避它也就并不意味着侵犯著作权的风险增加,对这一缺乏实际意义的行为适用刑法就毫无意义。当然,无论是一般用户标准还是成本衡量标准,在数字时代绝大多数的情形下,由于著作权人与一般用户之间经济、技术实力巨大的差距,技术措施“有效”要求都基本

上可以满足。

(三)禁止技术措施规避行为之出罪事由

《刑法》之所以禁止规避技术措施,就是因为数字时代著作权人面临非法侵害危险远高于过往,有必要给予著作权人一种特别的前置化保护。但是,正如前述,此种禁止技术措施规避行为之规范目的必须与《刑法》第217条第1项至第5项之规范目的相同,即都是为了防止他人侵害著作权之专有权利。一般而言,非属侵害著作权专有权利的行为既包括非著作权侵害之行为,也包括虽为著作权侵害行为,但事先取得著作权人之授权或其为法律上所准许。因此,在判定技术措施规避行为是否属于侵害著作权之行为时,有必要参照禁止技术措施规避行为的例外规定。我国《著作权法》第50条明确规定了5种可以规避技术措施的例外情形,基于法秩序统一性原理,若是技术措施规避行为是基于此5种情形,自然可以阻却违法。当然,与美国等国家几十种例外规定相比,我国《著作权法》第50条规定的5种情形明显不足,故为平衡用户与著作权人之间的利益,刑法适用时有必要注意《著作权法》中存在的其他正当化事由。例如,若是行为人基于合理使用的目的而规避技术措施,鉴于合理使用在《著作权法》中的合法性,则不能认定此行为构成《刑法》第217条第6项。

值得注意的是,若是著作权人设置技术措施构成著作权滥用,例如为了进行捆绑销售和划分销售市场,则即使该技术措施具有防止著作权专有权利侵权的功能,《著作权法》也不应对其提供保护。至于何种情况构成著作权滥用,有国外学者立基于著作权的专有属性,认为只要著作权人通过合同,以违反公共利益的方式,试图扩大著作权法所保障的范围,尤其试图规避美国《著作权法》第107条至第122条之规定,或想要将保护范围扩张至不受著作权法保障之对象,即构成著作权滥用。^⑥亦有国外学者立基于思想与表达之区分以及合理使用之规定,认为著作权人任何尝试扩张其权利的范围,想控制一个

思想或者阻碍他人主张合理使用,都应构成著作权滥用。^⑥我国学者则尝试对著作权滥用进行类型化区分,即按照可能导致的法律后果的不同,将著作权滥用分为公法规制的权利滥用和私法规制的权利滥用,前者即指违反竞争法的权利滥用,后者即与《民法典》中的禁止权利滥用条款相协调,指著作权行使超越其正当边界的权利滥用。^⑥可以发现,虽然不同学者对“著作权滥用”的界定略有差异,但这并不影响“著作权滥用”这个概念已基本得到了学界的承认。因此,就刑法而言,若是著作权人设置技术措施构成著作权滥用,此时亦可阻却规避此种技术措施的违法性,如此方能确保不会造成公共利益受到影响以及信息流通阻滞。

综上所述,《刑法修正案(十一)》顺应世界著作权保护潮流,将规避技术措施的行为纳入犯罪圈。但是,此种使得著作权保护前置化的规定并非毫无限制,其亦要求具有侵害著作权法益之急迫、重大危险,其正当性根据与《刑法》第217条第1项至第5项也并无不同。因此,对于那些并非出于侵害特定著作权专有权利而规避技术措施的行为,应排除在《刑法》第217条第6项之外。

五、结语

在对技术措施规避行为进行刑法规制时,需要注意技术措施背后隐藏的不同主体之间的利益平衡,并关注国家对著作权保护的政策目标。就传统著作权保护中的利益平衡而言,其基本立足点在于如何激励创作;就现代著作权而言,如何激励商业发展和科技创新又成为其重要关注点。保护著作权的重要意图是鼓励创造和创新,但对于著作权的过分保护则又会走向它的反面,即限制创造和创新。^⑧一个平衡的著作权政策,除了须考虑对著作权人提供创造、创新的激励及保障外,亦须妥当考虑社会公众的利益。如果将著作利用行为理解为公众与著作的互动过程,则技术措施将使该互动过程所涉及的权益分配与治理方式变得更加复杂。数字技术使公众在文化作品创造的过程中,扮演的角色越来越重要,

但附随而来的技术措施却使得公众对作品的利用行为受到前所未有的严密控制。在此背景下,将公众的角色以及其利用著作行为的社会价值植入著作权相关制度分析及政策决定中,实有其必要。

在现在的网络环境下,法律所面临的问题并不是如何实现著作权保护,而是现有的保护是不是过强了。^①就刑法而言,尤其需要反思其介入著作权保护的边界与尺度。著作权法真正的立法目的应为促进国家文化发展之公共利益,而赋予著作权人著作权只是为了实现该目的的手段。若错把手段当成目的,则不但原来立法目的无法达成,且可能会造成限制竞争以及不利文化发展的不良后果。因此,在数字时代公众角色的转变以及著作权人对作品控制力量迅速膨胀的背景下,平衡公众与著作权人之间的利益,更好地实现著作权法的政策目标,刑法作为社会治理最后手段之角色定位,都时刻提醒着立法者与司法者对著作权刑法保护时点的前置需要保持谨慎态度。

注释:

①参见王燕玲:《论规避技术保护措施之刑事制裁》,载《知识产权》2013年第5期,第72页。

②我国《刑法》第217条第6项规定:“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保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施”。

③根据《美国法典》第1201条(a)(1)的规定,任何人不得规避有效控制接触受著作法保护作品的技术措施。See 17 U.S. Code §1201(a)(1); 17 U.S. Code §1201(a)(2); 17 U.S. Code §1201(b)(1)。

④根据《美国法典》第1201条(d)-(j)的规定,免责条款主要有非营利性图书馆、档案馆和教育机构的豁免,逆向工程免责,执法与情报以及其他政府活动免责,加密研究之免责,保护未成年人之免责,个人信息隐私权保护免责,系统安全性测试之免责。See 17 U.S. Code §1201(d)-(f)。

⑤See 17 U.S. Code §1202(a)-(b)。

⑥参见王迁:《版权法保护技术措施的正当性》,载《法学

研究》2011年第4期,第87页。

⑦See David Nimmer, *Appreciating Legislative History: The Sweet and Sour Spots of the DMCA's Commentary*, 23 *Cardozo Law Review* 984-985(2002)。

⑧See Library of Congress Copyright Office, *Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies*, 65 *Federal Register* 64556(2000)。

⑨See R. Anthony Reese, *Will Merging Access Controls and Rights Controls Undermine the Structure of Anticircumvention Law?*, 18 *Berkeley Technology Law Journal* 649(2003)。

⑩参见崔国斌:《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第845-846页。

⑪《著作权法》第49条第3款规定:“本法所称的技术措施,是指用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品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。”

⑫参见刘颖:《版权法上技术措施的范围》,载《法学评论》2017年第3期,第101页。

⑬这是因为破解计算机程序中“序列号”和相应的验证机制为代表的“接触控制措施”的行为,其目的在于“运行”计算机程序,无法被解释成“浏览、欣赏”计算机程序。

⑭参见王迁:《版权法保护技术措施的正当性》,载《法学研究》2011年第4期,第87页。

⑮2020年《著作权法》第53条规定:“有下列侵权行为的……(六)未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可,故意避开或者破坏技术措施的,故意制造、进口或者向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件的,或者故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务的……”

⑯2010年《著作权法》第48条(2001年《著作权法》第47条)规定:“有下列侵权行为的……(六)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保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的……”

⑰参见王迁:《网络著作权专有权利研究》,中国人民大学出版社2022年版,第164页。

⑱参见黄薇、王雷鸣主编:《中华人民共和国著作权法导读与释义》,中国民主法制出版社2021年版,第252页。

⑲参见王迁:《论著作权保护刑民衔接的正当性》,载《法学》2021年第8期,第13页。

⑳参见刘艳红:《人工智能时代网络游戏外挂的刑法规制》,载《华东政法大学学报》2022年第1期,第67页。

㉑参见张鹏:《〈刑法〉第217条“复制发行”概念的解释与适用》,载《知识产权》2018年第4期,第59-60页。

㉒参见贾学胜:《著作权刑法保护视阈下“复制发行”的法学教义学解读》,载《知识产权》2019年第6期,第27页。

㉓参见李兰英等:《知识产权刑法保护的理论与实践》,法律出版社2018年版,第328页。

㉔参见张绍谦:《试论行政犯中行政法规与刑事法规的关系——从著作权犯罪的“复制发行”说起》,载《政治与法律》2011年第8期,第43页。

㉕Vgl. Jan Bela Hermann, Begriffsrelativität im Strafrecht und das Grundgesetz, Springer Fachmedien Wiesbaden, 2015, S.55-66.

㉖参见王迁:《知识产权法教程》,中国人民大学出版社2021年版,第283页。

㉗参见王迁:《论著作权保护刑民衔接的正当性》,载《法学》2021年第8期,第11-12页。

㉘Vgl. Lemmel Hans-Peter, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, Duncker & Humblot, 1970, S.101.

㉙Vgl. Timur Lutfullin, Das Strafrechtliche Bestimmtheitsgebot und Mengenbegriffe, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 2018, S. 76.

㉚参见王迁:《立法修改视角下的技术措施保护范围》,载《中外法学》2022年第3期,第659页。

㉛《著作权法》于2020年11月11日表决通过,《刑法修正案(十一)》于2020年12月26日表决通过,从通过时间看,前者早于后者。

㉜参见贺志军:《论我国技术措施规避行为之刑法规制》,载《法学论坛》2009年第3期,第111页。

㉝参见王迁:《立法修改视角下的技术措施保护范围》,载《中外法学》2022年第3期,第659页;罗莉:《作为社会规范的技术与法律的协调——中国反技术规避规则检讨》,载《中国社会科学》2006年第1期,第79页。

㉞See Ian R. Kerr, Alana Maurushat & Christian S. Tacit, Technical Protection Measures: Tilting at Copyright's Windmill, 34 Ottawa Law Review 36-37(2002).

㉟See Commission on Intellectual Property Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy: Report of the Commission on Intellectual Property Rights, 2002,p.110.

㊱参见王强军:《刑法干预前置化的理性反思》,载《中国法学》2021年第3期,第229页。

㊲参见萧宏宜:《以刑法保护著作权?》,载《月旦法学杂志》2007年第4期,第67页;沈宗伦:《论科技保护措施之保护于著作权法下之定性及其合理解释适用》,载《台大法学论丛》2009年第2期,第295页。

㊳See Jason M. Schulz, Taking a Bite Out of Circumvention: Analyzing 17 U.S.C. 1201 As a Criminal Law, 6 Michigan Telecommunications and Technology Law Review 7(2000).

㊴一些被禁止的“装置”工具会存在合法有益的功能,比如软件就有多重用途。这就导致禁止制造、提供规避装置可能阻碍资本流向创新技术,从而妨碍著作权法确保和鼓励创新的目标实现。因此,即使是禁止“间接规避”,也要对“装置”的用途目的进行限定。WCT将之限定为“主要目的或作用”是用于规避。但是,这种限定除了标准模糊的问题,也存在“唯一目的或作用”标准等其他标准的反对。参见[澳]山姆·里基森、[美]简·金斯伯格:《国际版权与邻接权——伯尔尼公约及公约以外的新发展》,郭寿康等译,中国人民大学出版社2016年版,第866页。

㊵See Jane C. Ginsburg, Essay: From Having Copies to Experiencing Works: The Development of an Access Right in US Copyright Law, 50 Journal Copyright Society of the USA, 113, 116 (2003).

㊶参见熊琦:《论“接触权”》,载《法律科学》2008年第5期,第88页。

㊷参见王燕玲:《论规避技术保护措施之刑事制裁》,载《知识产权》2013年第5期,第71页。

㊸参见王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社2023年版,第562页。

㊹参见崔国斌:《著作权法:原理与案例》,北京大学出版社2014年版,第844页。

㊺See Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Techs., Inc., 381 F.3d 1178, 1203(2004).

㊻See Jane C. Ginsburg, The Pros and Cons of Strengthening Intellectual Property Protection: Technological Protection Measures and Section 1201 of the United States Copyright Act, 16

Information & Communications Technology Law 195(2007).

④7 See Zohar Efroni, A Momentary Lapse of Reason: Digital Copyright, the DMCA and a Dose of Common Sense, 28 Columbia Journal of Law & the Arts 249(2005).

④8 See Zohar Efroni, A Momentary Lapse of Reason: Digital Copyright, the DMCA and a Dose of Common Sense, 28 Columbia Journal of Law & the Arts 300(2005).

④9 See Kristin Brown, Digital Rights Management: Trafficking in Technology That Can Be Used to Circumvent the Intellectual Property Clause, 40 Houston Law Review 808(2003).

⑤0 See Joseph P. Liu, Copyright Law's Theory of the Consumer, 44 Boston College Law Review 397-398(2003).

⑤1 See Michael J. Madison, Some Optimism About Fair Use and Copyright Law, 57 Journal Copyright Society of the USA 351, 354(2010); L. Ray Patterson & Craig Joyce, Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders' View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 8, Clause 8 of the U. S. Constitution, 52 Emory Law Journal 909, 938(2003).

⑤2 See L. Ray Patterson & Stanley E. Birch, Jr., A Unified Theory of Copyright, 46 Houston Law Review 215, 313(2009); Jessica Litman, Readers' Copyright, 58 Journal Copyright Society of the USA 329-330(2011).

⑤3 See Zohar Efroni, A Momentary Lapse of Reason: Digital Copyright, the DMCA and a Dose of Common Sense, 28 Columbia Journal of Law & the Arts 296(2005).

⑤4 See Ian R. Kerr, Alana Maurushat & Christian S. Tacit, Technical Protection Measures: Tilting at Copyright's Windmill, 34 Ottawa Law Review 39-40(2002).

⑤5 参见刘银良:《著作权法中的公众使用权》,载《中国社会科学》2020年第10期,第188页。

⑤6 参见刘银良:《著作权法中的公众使用权》,载《中国社会科学》2020年第10期,第202页。

⑤7 一些成员国,如奥地利、丹麦和德国,将技术措施的范围限制在那些旨在客观地保护作品免受著作权侵权的装置。参见沈宗伦:《论科技保护措施之保护于著作权法下之定性及其合理解释适用》,载《台大法学论丛》2009年第2期,第306页。

⑤8 在《澳美自由贸易协定》实施后,经修正的澳大利亚《著作权法》中“技术措施”的定义在文本上虽已不再特别强调与“防止著作权侵害”之间的关联。但是,澳大利亚通过设置一系列例外,实质上仍保持了“技术措施”与“防止著作权侵害”之间的关联。参见沈宗伦:《论科技保护措施之保护于著作权法下之定性及其合理解释适用》,载《台大法学论丛》2009年第2期,第307页。

⑤9 参见张燕龙:《非法规避版权保护技术措施类行为的刑法应对:以美国法为对象的比较研究》,载《电子知识产权》2019年第3期,第45页。

⑥0 See Jane C. Ginsburg, The Pros and Cons of Strengthening Intellectual Property Protection: Technological Protection Measures and Section 1201 of the United States Copyright Act, 16 Information & Communications Technology Law 195-196(2007).

⑥1 See Adam L. Rucker, Circumventing Authority: Loopholes in the DMCA's Access Controls, 8 Duke Law & Technology Review 12(2010).

⑥2 See Ian R. Kerr, Alana Maurushat & Christian S. Tacit, Technical Protection Measures: Tilting at Copyright's Windmill, 34 Ottawa Law Review 35(2002).

⑥3 参见王迁:《著作权法》,中国人民大学出版社2023年版,第556页。

⑥4 See Ian R. Kerr, Alana Maurushat & Christian S. Tacit, Technical Protection Measures: Tilting at Copyright's Windmill, 34 Ottawa Law Review 34(2002).

⑥5 See Lydia Pallas Loren, Slaying the Leather-Winged Demons in the Night: Reforming Copyright Owner Contracting with Clickwrap Misuse, 30 Ohio Northern University Law Review 495-501(2004).

⑥6 See Kathryn Judge, Rethinking Copyright Misuse, 57 Stanford Law Review 905(2004).

⑥7 参见吴汉东:《无形财产权基本问题研究》,中国人民大学出版社2020年版,第92-93页。

⑥8 孔祥俊:《论网络著作权保护中利益平衡的新机制》,载《人民司法》2011年第17期,第53页。

⑥9 参见[美]劳伦斯·莱斯格:《代码2.0 网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2018年版,第190页。