

# 数字技术的知识产权保护

---

**【编者按】** 面对数字技术带来的作品复制和传播方式的巨大变革和由此形成的对著作权人利益的严重威胁,著作权保护机制需要不断调整和完善。如在难以追究网络中众多个人侵权者责任的情况下,著作权法中第三人责任(间接责任)制度得以迅速地确立;为防止未经许可复制和传播数字化作品,著作权法又引入了对技术措施的保护。但这两种新制度也引发了人们对于著作权是否过度扩张、是否影响高科技发展和公众获取作品自由的担忧。同时,数字技术也改变了原有的著作权许可方式,新的利益平衡机制正在形成之中。本组论文对这些新问题进行了深入探讨,提出了独到见解。无论读者是否赞同其中的结论,或许都可从中获得有益的启示。

---

## 数字时代的软件版权保护技术:技术双刃剑与另类创新

曹 伟(西南政法大学)

随着数字时代的来临,以软件为代表的数字化作品面临着严峻的盗版侵权挑战。这不仅损害了中国软件开发人员的利益,甚至对国外的软件业也形成了巨大的冲击,国际软件巨头们一再声称其潜在市场受到严重的打击和压缩。在数字技术的帮助下,软件等数字化作品的复制成本极其低廉且简便易行,为此人们开始寻求新的保护路径。在这样的时代背景下,版权保护技术措施进入版权人的视野,嗣后迅速扮演起“作品保护神”的角色,并开始发挥控制作品使用、遏制侵权的职责。国际立法对此多有涉及,而中国的相关立法在这个区域似乎尚处于初级阶段,因而亟待加强。

### 一、版权保护技术的兴起及其在软件作品中的运用

从版权法发展的历史来看,版权的使用制度一直随着传播技术和传播方式的发展而演变,版权保护机制总会在一定程度上对新技术的发展作出响应。不夸张地说,在版权制度的发展过程中,科学技术始终起着推波助澜的作用。复制和传播技术的每一次革新都会给版权法带来巨大的冲击,常常使其原有体系被打破并纳入新的制度。目前,计算机软件的普遍

使用、网络技术的广泛传播为版权法的发展拓展了新的空间和领域,<sup>[1]</sup>也对既有的版权体制造成了巨大的冲击。数字技术使得版权作品的复制和传播变得极为简单和便捷,版权人的权利似乎变得飘乎不定。<sup>[2]</sup>其原因就在于,传播技术的空前发展,在客观上使得侵权变得更加轻而易举。边际成本极大地降低,更是大大地刺激了盗版等侵权现象的蔓延,而网络技术又使得侵权作品得以迅速扩散。而由于数字作品在互联网中的传播可以完全脱离于物质载体,那些用于阻止有形侵权作品传播的传统方法便无法继续发挥其作用。当落后于技术的法律手段不足以震慑侵权行为时,权利人就开始寻求新的途径来弥补已有法律的不足。正所谓解铃还须系铃人,技术进步所带来的挑战最终必须由技术本身来解决。<sup>[3]</sup>由此可见,当传统版权制度无法提供充分的法律护佑时,版权人不得不开始寻求技术领域中的私力救济。<sup>[4]</sup>

最近这些年,版权人逐渐注意并重视利用技术手段本身来保护自身的权利。这种努力和呼声还进一步体现在立法之中:欧美各主要发达国家竞相开始利用不断发展的新技术来保护版权作品,并使得版权保护技术的运用在国际上掀起了一阵阵的浪潮。目前,英美国家的版权人普遍对软件等数字形式的作品设置保护技术以控制对作品的访问、复制和使用,借此禁止未经授权就使用作品,这一类别的技术被称为版权保护技术措施。

一般而言,版权保护技术措施是指,版权人在以数字化形式存在的作品上设置的能够对该版权作品的访问、复制、使用进行有效控制的各种技术手段、设备、产品或方法。使用此类技术措施的目的,往往在于限制他人未经授权而对作品任意复制、传播、发行与修改的行为。实际上,版权保护技术措施的运用较为广泛,并不一定局限于版权作品,在邻接权、数据库的保护领域也有其用武之地。限于题目和篇幅的限制,本文仅在版权作品中集中展开讨论。有的学者将版权保护技术措施分为两类:控制作品访问的技术措施和控制作品使用的技术措施。<sup>[5]</sup>也有学者将其分为预防性技术措施、识别性技术措施和制裁性技术措施等三类。<sup>[6]</sup>还有的学者将其分为访问控制技术措施、使用控制技术措施、安全保护技术措施和使用监督技术措施。<sup>[7]</sup>这几种分类方式立足点各有千秋,笔者在本文的讨论中倾向于前两种分类方式。

与普通作品相比,软件、数据库等以数字化形式存在的作品,和版权保护技术措施的融合显得更加彻底便捷。在网络时代普通作品很容易实现数字化,在数字化后,各种版权保护技术措施就有了施展的空间。而传统的书面表现形式则很难通过版权保护技术加以控制。因此,对于普通作品而言,使用版权保护技术的通常都涉及其表现形式。对于软件而言,它天生就具有技术属性,软件本身就是一段可由计算机识别的编码,在其既有功能的基础上,

[1] 网络技术就其实质就是若干不同功能、不同层次的软件的集合,因此,本文在涉及网络和软件时,往往将两者等同起来加以讨论。

[2] 李扬:《网络知识产权法》,湖南大学出版社2001年版,第62页。

[3] Charles Clark, "The Answer to the Machine is in the Machine", *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer Academic Publishers, 1995.

[4] 吴晓:《论技术措施与合理使用制度之法律冲突》,载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2004年第6期。

[5] 郭禾:《规避技术措施行为的法律属性辨析》,载《电子知识产权》2004年第10期。

[6] 马治国:《网络版权中技术措施的法律保护》,载《科技与法律》2001年第2期。

[7] 刘志刚:《试论版权法中技术措施的规避与利用》,载《情报理论与实践》2005年第5期。

容易添加新的功能来保护版权。因此,相比其他普通作品,软件中使用版权保护技术措施的成本最低,效率最高。

对于软件而言,通过对软件进行加密等技术保护手段可以有效地防止他人对软件的擅自访问、复制、操作、散发及传播,同时也便于控制软件正常的授权使用以及使用后的监督。但是,利用技术保护措施来控制软件这种技术性作品,其与生俱来的一个问题是:无论技术保护措施再怎样精良,毕竟都是人设计的;因此,肯定也可以被人破解或者规避。在软件行业中,加密技术与解密技术基本上是同步发展的。根据对软件行业从开发到使用各环节的统计,一般只有不超过 20% 的人能够破解或者规避版权保护技术措施,或者知晓如何学习和掌握上述破解或者规避的方法。其余 80% 的人无法破解或者规避版权保护技术,或者不愿意花费较大精力去学习和掌握上述破解或者规避的方法。<sup>[8]</sup> 因此,版权保护技术措施本身不具有万无一失的绝对安全性,其有效性也相对的,并非绝对可靠。但是,采取了一定措施毕竟在一定程度上可产生确切的效果。因此,技术上的相对可靠并不会妨碍我们继续讨论施加于软件之上的技术保护措施的必要性和合理性。

功能强大的软件问世以后,在为版权人带来巨大商业利益的同时,也面临盗版日益猖獗的现状,真可谓是“成也技术,败也技术”,在这样一种特殊的背景条件下,技术保护措施开始走上软件版权保护的舞台。从国际立法的经验来看,在各种类型的作品中,关于技术保护措施的立法率先出现在计算机软件的版权保护中,这显然不是偶然现象。

## 二、版权保护技术措施立法比较研究

首先,必须承认的一个事实是立法永远迟滞于现实生活,在技术领域尤为如此。事实上,保护性的技术措施在软件研发领域中的广泛使用早已开始,用户身份鉴别系统、密码控制系统更已成为日常生活的一部分,而相关的立法直至 20 世纪 90 年代方才姗姗来迟。1996 年 12 月,世界知识产权组织(WIPO)缔结了《世界知识产权组织版权条约》(WCT)和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)。这两个国际条约是知识产权领域中最新的国际性的法律文件,其规定集中体现了各国对版权保护技术措施的主流观点和基本共识。《世界知识产权组织版权条约》(WCT)要求各缔约国对作者为保护作品而设置的“有效的技术措施”加以保护,禁止规避用于保护版权作品的技术措施以及篡改版权管理信息的完整性。与此相呼应的是,在《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)中也可以找到相似的规定。<sup>[9]</sup>

### (一) 欧盟的立法

在全球范围之内,首次明确了规制版权技术保护措施的法规是 1991 年欧盟通过的《计算机软件保护指令》,该指令第 7 条第(1)款规定“成员国可以为以下行为提供法律救济:……任何未经授权将规避、破解用于保护电脑软件的技术设备投入商业流通的行为”。自

[8] Michael A. Einhorn, “Media, Technology And Copyright: Integrating Law And Economics”, Edward Elgar Pub., 2005.

[9] WPPT 第 18 条规定,“缔约各方应规定适当的法律保护和有效的法律补救办法,制止规避由表演者或录音制品制作者为行使本条约所规定的权利而使用的、对其表演或录音制品进行未经该有关作者许可或未由法律准许的行为加以约束的有效技术措施”。

《计算机软件保护指令》开始,欧盟成员国开始对于以商业目的破解或去除计算机软件中的技术装置的行为予以制裁。此后,欧盟又陆续制定指令,将技术措施的法律适用空间扩展到了各个版权作品种类。

在WCT和WPPT制定后,欧盟随即围绕上述两个条约开始制定具体实施的指令。1997年12月10日,欧盟委员会向欧盟议会和欧盟理事会提出了《关于协调信息社会中版权与相关权某些方面的指令建议》。在此期间,欧盟还发布了《信息社会中版权及其邻接权的绿皮书》。欧盟在该绿皮书中强调,当信息社会无法自动有效地保护版权人的权利免遭侵害时,发展用于保护和识别的技术系统具有现实的必要性。欧盟认为,尽管版权的技术保护措施并非强制性的,但法律应当保障这些技术措施的有效运行,任何破解、规避、控制这些系统的行为都应当被法律所严格禁止,并对规避行为科以相应的民事、行政或刑事责任。

此后,欧盟在绿皮书的基础上制定了《欧盟关于协调信息社会中版权和相关权某些方面的指令》的草案。而欧盟议会在详细审议了该指令草案后,又进一步提出了一系列的修改意见。欧盟委员会在此基础上,于1999年5月21日提出了一个修改稿。2000年9月25日,欧盟理事会通过了一个关于该指令的共同意见。2001年4月9日,欧盟议会在对上述共同意见进行修改之后,终于通过了《欧盟关于协调信息社会中版权和相关权某些方面的指令》(以下简称《指令》)。2001年5月21日,该《指令》的最后文本形成,并于2001年6月22日公布于《欧共体公报》上。按照该《指令》的有关规定,指令自公布之日起生效,欧盟成员国则必须在2002年12月22日以前在国内法中贯彻实施指令,并将有关情况通报欧盟委员会。<sup>[10]</sup>

该《指令》第6条第2款规定,“成员国应当提供适当的法律保护,禁止制造、进口、发行、销售、出租、做广告以销售或出租、或以商业性目的拥有设备、产品或零件,或提供服务,只要它们是为了规避有效的技术措施而被促销、做广告或上市;除了规避有效的技术措施,它们只有有限的商业意义或用途;其设计、生产、改装和操作的主要目的是用于规避有效的技术措施”。

同时,该《指令》第7条规定,“在不影响第4、5、6条的情况下,成员国应在国内法中规定适当的措施来制裁下列行为:……第三,传播或为营利目的占有专用于擅自破坏或回避计算机程序加密机制的设备者。另外,成员国得规定对任何未经许可的程序复制件的扣押措施,以及对上述解密设备的扣押措施”。

这一指令的上述规定明确了技术保护措施有关的定义,并对禁止规避的范围和性质、破解的方式和过程、使用者的权利、侵权者的责任范围和可能承担的法律責任等作出了统一的界定。因此,这一指令实际上已经成为欧洲关于版权保护技术措施立法的纲领性文件。

## (二)美国的立法

美国是一个软件大国,更是一个软件强国。软件行业在其国民经济中占据的地位已具备赶超传统行业的实力。在其资本市场中,纳斯达克等板块聚集的财富很大一部分都投入了类似微软(Microsoft)、甲骨文(Sun)、Sap等软件企业。无疑,软件行业已成为美国的重大经济利益所在。因此,不难发现,美国立法对软件等数字技术作品给予最强大的保护。

[10] 李明德:《欧盟“版权指令”述评》,载《环球法律评论》2002年第4期。

1998年10月28日,时任美国总统的克林顿签署了《千禧年数字版权法》(DMCA)。这一法案号称新世纪版权法的样板,因此,该法案特意以世纪之交的千禧年命名。美国通过这一法案郑重的以成文法的形式将世界知识产权组织(WIPO)框架下的WCT及WPPT两个条约在其国内法中加以明示并付诸实践。此外,该法案还对在不断发展中的数字网络环境中的版权的各涉及事项作出了开拓性的规定,相当部分内容极具前瞻性。《千禧年数字版权法》分为五个章节:(1)第一章,即《1998年〈世界知识产权组织版权条约〉及〈世界知识产权组织表演和录音制品条约〉实施法案》,主要规定如何实施世界知识产权组织(WIPO)制定的这两项条约;(2)第二章,即《网上版权侵权责任限制法案》,对网络服务商侵犯版权的行为如何承担责任作出了限制性规定;(3)第三章,即《计算机维护或者修理过程中对版权的豁免法案》,对在维修电脑时制作电脑程序的备份作了免责性规定;(4)第四章,包括六个相对独立的部分,其内容涉及版权局的职能、远程教育中的版权问题、图书馆和临时录音在《版权法》项下的免责、录音制品的网上广播问题、电影传输者在集体交易协议项下所应承担的责任;(5)第五章,即《船体设计保护法案》,为船体(Vessel Hull)的设计开创了一种新的保护模式。

DMCA首先将技术措施分成两类:(1)对未经授权使用版权作品的限制措施;(2)对复制版权作品的限制措施。<sup>[11]</sup> DMCA在《美国法典》(United States Code,以下简称USC)第十七编中专门增设了一章,作为该编的第十二章。其中,第1201条b款(1)项规定,任何人都不得制造、进口、向公众出售、供应或以其他方式买卖下列情况的任何技术、产品、服务、设备、部件或其中的零件:(A)主要是为规避有效保护本编规定的版权人对作品或其中一部分享有的权利的技术措施提供的保护而设计或生产的;(B)除规避有效保护本篇规定的版权人对作品或其中一部分享有的权利的技术措施提供的保护外,仅包含有限的商业性目的或用途的;(C)由该行为人销售,或在该行为人明知的情况下,通过与该行为人相配合的另一行为销售,用于规避有效保护本篇规定的版权所有者对作品或其中一部分享有的权利的技术措施提供的保护。

根据DMCA,任何因软件破解行为而遭受损失的人均可向联邦法庭提起民事诉讼。DMCA第1203条使得受理此类案件的法庭有权判令赔偿经济损失或者处以法定赔偿金,这样的处罚与依据美国《版权法》作出的处罚类似。当然,如果此类违法者能够证明其无过错,则法庭有权根据1203条(c)款(5a)项减轻或者免除其责任。同时,根据1203条(c)款(5b),对非盈利性图书馆、档案馆、教育机构予以特殊的保护,使其在有过错的情况下仍然可以完全免责。此外,主观上故意以及出于营利性目的而破解软件加密等访问控制措施的行为还被当作是一种犯罪行为。依据DMCA的第1204条,初犯者可能会被处以多达50万美元的罚金或者5年有期徒刑;累犯者则可能被处以多达100万美元的罚金或者10年有期徒刑,但此条款亦有例外情形。<sup>[12]</sup>

[11] DMCA所称“复制”是指,作者在行使美国《版权法》项下的排它性权利时所进行的简短使用。因此,限制未经授权而擅自发行或者公开表演受美国《版权法》保护的作品的技术就属于第1201条规定的第二种技术措施。

[12] DMCA第1204条(b)款规定,非盈利性图书馆、档案馆、教育机构的相关行为不构成刑事犯罪,无需承担刑事责任。

### 三、版权保护技术措施立法的若干解析

#### (一)当前国际“先进”立法的检讨

综上所述,WCT作为一个国际条约,关于版权保护技术措施的条文显得比较抽象和概括,因此,更多的是一种象征意义,表达了一种姿态,或者说是一种国际上的共同呼声和要求。而欧盟制定《关于协调信息社会中版权和相关权某些方面的指令》以来,欧洲各成员国已经为作者在作品之上设置的版权保护技术措施提供了保护,规避和破坏这些技术措施遭到禁止。最急切的还是美国,DMCA从美国迫切要求加强数字时代版权保护的切身利益出发,不遗余力地严格打击破除或者规避版权保护技术的行为。规避和破解行为不仅需承担民事责任,还会被视为一项严重的联邦重罪而被判入狱。<sup>[13]</sup>但是,美国和欧盟在此问题存在一个微妙的差别。

美国DMCA虽然禁止破解和规避版权保护技术措施,但设定了相当数量的例外情形,如下文将会介绍的反向工程、加密研究、安全测试等六种例外。并且,从美国对DMCA的立法效果进行评估的结果来看,美国的主流观点是将这些技术措施看作版权法赋予版权人的排它性权利的技术体现,并认为此类技术限制措施为软件以及网上作品等版权客体的安全而高效地使用提供有效的法律保障。<sup>[14]</sup>欧盟的《关于协调信息社会中版权和相关权某些方面的指令》在这方面的例外规定则薄弱得多,引发了许多质疑的声音,很多学者批评欧盟的上述《指令》对版权保护技术提供的保护超越了合理的程度,使得一些原本合法的规避行为,包括制造和销售可以被用于合法目的的设备,也统统被禁止。

在笔者看来,版权保护技术措施对于作者利用新的传播技术抑制对作品的侵权使用方面有合理性。但是,如果认为其合理性毋庸置疑,则未免太过简单。正如上文所述,版权保护技术措施包括两个类别:一种是控制访问作品的技术措施,另一种是控制使用作品的技术措施。在美国的DMCA中,后一个类别被具体明确控制复制的技术,看来美国人将版权作品的使用和复制在这里划了等号。实际上,笔者认为版权人采用保护技术措施的首要作用在于区分合法用户和非法用户,因此,访问控制乃是其试图实现的首要效果。其次,在有权访问作品的前提下,对作品的使用进行控制,这是采取技术保护措施的第二目的。

那么这两个目的是否都有依据呢?美国人的做法对我们似乎不无启示。从DMCA第1201条的规定来看,美国设定了比较严格的保护条件,他人不得规避版权人为了保护其作品而使用的技术措施,甚至,针对技术措施部分内容的破解也被视为违法行为。值得一提的是,DMCA第1201条的规定仅禁止规避第一种技术措施,而非第二种技术措施。这种区别的意图在于确保公众能够继续合理使用受版权保护的作品。由于复制一个作品在某些情况下可能构成合理使用,因此,DMCA第1201条并未禁止规避限制作品复制的技术措施。与之相对应,由于合理使用并不能成为未经授权而擅自使用他人作品的借口,规避未经授权使用版权作品的限制措施仍受到严格禁止。

[13] 刘波林:《美国法典第十七篇第十二章版权保护和管理系统》,载《著作权》2001年第4期。

[14] 曹伟:《1998年〈千禧年数字版权法〉评述》,载张玉敏主编:《知识产权理论与实务》,法律出版社2003年版,第267页。

耐人寻味的是,上述限制通常仅限于作品的访问上,对于具体产品的防伪技术并未作出强制性要求。第1201条(c)款(3)项专门就此进行了澄清,限制规避技术措施的禁止性规定并不要求所有消费类电子产品、通讯产品、或者计算机产品的生产厂商在生产产品时增加能够响应特定技术措施的设计。但第1201条(k)款则明确要求在DMCA实施的18个月内,所有模拟制式的录像机都必须加入特定的锁定技术。该技术通常被称为“硬件防复制技术”,一般用于防止对录像带或者某些模拟视频信号的盗版。这一规定禁止他人使用规避技术,以促进电视媒体行业、窄带以及宽带网络广播业的健康发展。

DMCA的这种规定在法律逻辑上颇具说服力,其论证分为两个层次。首先,其论证的起点在于,合法的用户(包括在构成合理使用条件下的社会公众)有权访问作品,而无需规避版权人设置的技术保护措施,非法的用户的规避和破解行为则受到禁止。其次,在合法访问作品的基础上,如果用户需要对作品进行合理使用,那么在满足法定条件下有权规避或者破解版权作品上设置的技术保护措施,以此来维护合理使用制度的有效性。然而,这种逻辑面临着以下几个方面的问题:(1)这种立法逻辑是否对各种类型的作品都适用?(2)合法用户如何正常地访问作品?

#### (二) 软件阅读价值的弱化与功能价值的张扬

大部分作品的存在价值在于其可供阅读性,读者通过阅读间接地实现其价值。然而本文分析的软件,其阅读价值有限,而通过使用实现其功能的价值更为重要。从表现形式上来分析,软件的源代码文本的确具有一定的阅读价值,可供编程人员学习和借鉴。但是,这种阅读过程往往只能由少数专业人士完成,其他人根本无从进行,因此,其阅读价值适用的范围极其有限。

此外,除了源代码文本以外,软件还有若干种中间状态,比如经过编译后的目标程序等。这些中间状态下的软件,可以说毫无阅读价值,它们只是最终可执行程序的准备状态,其存在形式如果非要转化为文本形式的话,也可分解为一系列的二进制字符,但这些字符一旦出了计算机,其他人恐怕无从理解。因此,软件的中间形态不具有阅读价值。最后,软件的最终形态,即其可执行代码,往往是一些可由用户控制的操作一定计算机动作的程序,这种程序在自然语言文字层面同样不具备可读性。

从上述分析,我们不难发现,在软件的编写、研发、使用过程中,其阅读功能仅限于源代码层面,而且还因能够阅读的人员的有限而受到极大的限制。所以,笔者认为,传统版权法意义上的阅读功能对软件而言较为薄弱。

大部分作品仅具有阅读价值,供人们阅读是其实现其价值的主要方式。而软件这类作品比较特殊,本文在此前的部分已经介绍了将其放在版权法中加以保护的历史背景,虽说可以从文本意义上找到软件作为《伯尔尼公约》认可的作品的条件,但毕竟软件的存在形式和普通作品有不一致的地方,其存在价值更是和普通作品截然不同。因此,各国版权法处理软件这一类别的新型作品都比较棘手。首先,软件的存在形式不具有唯一性,正如本文指出的那样,软件从研发到使用,其存在形式有若干次变化,这与普通作品固定的表达形式形成了鲜明的对比。其次,软件的存在价值并非是供人去阅读,更多的在于它具有的功能性。软件能够在计算机等设备中运行、实施,指示计算机等硬件设施完成相应的动作。因此,软件的功能性才是其本质特性。无怪乎有学者将软件和集成电路、外观设计归置到一起,称其为功

能作品。<sup>[15]</sup>

客观上讲,软件这一类型的作品的确是版权法中的非主流部分,在其中已经体现出本属于专利法视野的技术保护特征。因此,不难发现软件等客体虽已被放进版权法的势力范围,但这些功能性作品的位置恰好处在版权法和专利法交叉的过渡地带,因此,更多地体现为兼具版权和专利的双重特征。

回到 DMCA 面临的问题上来,软件这类作品和普通作品表现出较大的差异,DMCA 鼓励版权人采用保护性的技术措施控制对作品的访问,这一做法在软件中能否奏效?我们发现,控制作品访问的技术措施与软件在先天上具有融合性,此类控制技术和软件既有功能的对接,基本是无缝的。一旦采用,必然导致接触软件受到严格的控制。目前,市面上的大多数软件都采用了合法用户身份识别等各种控制性技术。

从以上意义来分析,打击盗版之类的要求完全就是一个伪命题。在技术上,完全可以实现,只是各软件公司或出于用户使用的方便,或迫于舆论的压力,而没有采用最严格的版权保护技术措施。

#### 四、中国软件保护技术措施立法及改进

##### (一) 中国现行软件保护技术措施立法

在中国《著作权法》的第五章“法律责任和执法措施”中,破除和规避版权人设置的版权保护技术被认定为构成版权侵权的一种具体方式。《著作权法》第 47 条规定,“有下列侵权行为的,应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任;同时损害公共利益的,可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为,没收违法所得,没收、销毁侵权复制品,并可处以罚款;情节严重的,著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等;构成犯罪的,依法追究刑事责任:……(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,法律、行政法规另有规定的除外”。在现行《计算机软件保护条例》中也有类似规定,其中第 24 条规定,“除《中华人民共和国著作权法》、本条例或者其他法律、行政法规另有规定外,未经软件著作权人许可,有下列侵权行为的,应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任;同时损害社会公共利益的,由著作权行政管理部门责令停止侵权行为,没收违法所得,没收、销毁侵权复制品,可以并处罚款;情节严重的,著作权行政管理部门并可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等;触犯刑律的,依照刑法关于侵犯著作权罪、销售侵权复制品罪的规定,依法追究刑事责任:……(三) 故意避开或者破坏著作权人为保护其软件著作权而采取的技术措施的。”

此外,对于普通作品而言,版权保护技术措施基本都是在作品之外额外附加一定的技术措施。这些保护性的技术措施的存在往往是独立的,和作品本身是可以分离的。因此,破解和规避这些技术措施,不会伤及作品本身。换言之,破解和规避版权保护技术措施不构成对作品的修改。而软件和其他普通作品在与版权保护技术措施的结合方面存在极大的反差,

[15] 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。

软件和这些技术措施的结合往往浑然一体不可分离。对软件中的版权保护技术措施进行破解和规避,这一行为通常涉及对既有软件功能的修改。因此,我们完全可以认为,关于作品修改权的那部分规定也涵盖了软件版权保护技术措施这一领域。对软件而言,广义上的禁止修改也属于对此部分内容的规定。《著作权法》中规定的修改只针对普通作品而言,构成修改的两种形式(歪曲和篡改)在软件中都无法直接对应。但是,在《计算机软件保护条例》却可以找到对接的条文。该《条例》第23条规定,“除《中华人民共和国著作权法》或者本条例另有规定外,有下列侵权行为的,应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任:……(五)未经软件著作权人许可,修改、翻译其软件的”。这里规定的“修改”,应当作扩大化的解释,并将其理解为禁止以包括破解或者规避保护技术的方式在内的各种方式来修改软件作品。

值得深思的是,截至目前,中国的立法对于破解和规避软件版权保护技术措施的例外情况尚未做出明确的界定。

## (二) 中国现行立法的改进

对于中国的立法改进,笔者认为应该从以下几个要点加以把握。

1. 出于商业性目的,破解或规避软件附加的版权保护技术的全部或者部分构成侵权。这里首先明确的是,出于商业性用途的规避和破解肯定构成侵权,对比基本没有争议。那么非商业性的破解和规避是否构成侵权呢?考虑到合理使用制度中,非商业性的破解和规避行为往往是接触软件的前提和起点,并进而可能构成对软件的合理使用。因此,对非商业性的破解和规避不应当加以限制。此外,商业性的规避和破解,无论其程度如何都应当受到严格的限制。因此,即使是对软件上加载的版权保护技术措施的一部分内容进行破解或规避,同样构成侵权,此时不应当有程度之分。

2. 软件版权保护期限届满时,版权人必须承担主动提供破解和规避方法的义务。在探讨破解规避技术的时候,容易被人忽视的一个问题是,当作品的版权保护期限届满时,为了使得公众能够对作品加以自由使用,作者是否有义务主动解除作品的版权保护技术?笔者认为,鉴于作品载体的存量较大,且传播范围又分布广泛,因此,要求作者或者版权的享有者全面解除保护作品的技术措施实际上是不可能的。

但是,作为享受版权保护对应的一种义务,作者或者版权的享有者应当在版权保护期限届满后,主动提供破除或者规避原有控制技术的方法。具体的做法可以考虑对于采取了保护技术措施的作品,要求版权人在保护届满后向主管部门提交破解方法,以此便于公众破除原有技术;同时,在保护届满后,若版权人未主动提供破解方法,对于其他社会公众自行破解或者提供破解方法的行为不再加以限制。

3. 应当规定比较具体的例外和免责条款。除了此前谈到的非商业性使用以外,至少应当有以下几种情形的责任豁免:(1)非商业性使用的例外;(2)图书馆、档案馆、教育科研机构的例外;(3)反向工程的例外;(4)研究加密、解密技术的例外;(5)安全测试的例外;(6)其他必要的例外情形。其中,第(1)项更多地体现了一种原则性的导向,而第(6)项则为此后的技术发展留下了伸缩的空间。中国作为一个正在大力发展软件行业的国家,为软件研发企业拓展适当的空间,借鉴最先进的技术成果,最终开发具有自主知识产权的新技术,对规避和破解的例外和免责条款应当也必将发挥更积极的作用。