

版权法保护技术措施的正当性

王 迁 *

内容提要：为了实施《世界知识产权组织版权条约》中有关保护技术措施的规定，我国与许多国家的版权法均同时保护旨在防止未经许可观赏艺术作品或运行计算机软件的“接触控制措施”和旨在防止未经许可复制、传播作品等版权侵权行为的“版权保护措施”。但版权法保护“接触控制措施”的正当性存在极大争议。不应以“接触控制措施”能够直接保护“复制权”（防止“临时复制”）和“接触权”以及间接保护版权作为版权法对其加以保护的正当性基础。因为中国版权法不承认“临时复制”为复制行为，也根本不存在所谓的“接触权”，并且只有部分“接触控制措施”能够间接保护版权。版权法保护“接触控制措施”的正当性在于其可保障作者等权利人在版权法中的正当利益，即从他人对作品的利用中获得合理报酬。根据这一正当性理论，如果某种“接触控制措施”无法保障权利人在版权法中的正当利益，版权法就不应对其加以保护。

关键词：技术措施 接触控制措施 版权保护措施 接触权

一、引言

技术措施是版权人在数字时代保护自己利益的技术性手段。例如，在音乐光盘中采用防止复制的技术措施后，用户只能播放光盘中的音乐，而不能将音乐光盘进行翻刻。再如，软件中的“序列号”可以确保只有付费购买了正版的用户才能正常运行软件。然而，从技术措施诞生之时起，各种规避技术措施的工具和行为就相伴而生。例如，网络中充斥着各种用于破解软件“序列号”的程序，那些并不精通专业技术的外行也可以利用这种工具破解“序列号”并运行盗版软件。这使得版权人采用的技术措施形同虚设。

为了抑制规避技术措施的行为，1996年世界知识产权组织主持缔结的《世界知识产权组织版权条约》（WCT）要求缔约国对特定技术措施提供保护。WCT第11条规定：“缔约各方应规定适当的法律保护和有利的法律补救办法，制止规避由作者为行使本条约或《伯尔尼公约》所规定的权利而使用的、对就其作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

* 华东政法大学教授。

本文是国家社科基金项目“版权保护技术规制研究”（项目批准号：10CFX057）的初期成果。

技术措施。”同时通过的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》(WPPT)第18条以相似的措辞,要求缔约国对表演者和录音制品制作者所使用的技术措施加以保护。

此后,包括我国在内的许多国家纷纷修订版权法,以实施世界知识产权组织两个新条约中保护技术措施的规定。在诸多此类版权立法中,受保护的技术措施被分为两类——“接触控制措施”(access control measure)和“版权保护措施”(copyright protection measure)。“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。^[1]“版权保护措施”则是指防止他人未经许可可以复制、传播等方式利用作品,侵犯复制权等版权专有权利的技术措施。^[2]我国于2006年颁布的《信息网络传播权保护条例》第26条将技术措施定义为“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……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”即为保护信息网络传播权的“版权保护措施”。^[3]而“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”即为“接触控制措施”。

但是,版权法保护的客体长期以来就是作品和与作品相关的其他法定客体(表演、录音录像制品和广播信号等,为了叙述方便,下文将“作品与相关客体”简称为“作品”)。保护的方法是赋予作者及相关主体以复制权、发行权、信息网络传播权等一系列专有权利,通过专有权利控制人们利用作品的行为,并规定未经许可实施受专有权利控制的行为即构成版权侵权。将技术措施纳入版权法的保护对象,对绝大多数国家而言只是近几年的事情。^[4]因此,对于版权法保护技术措施的正当性,从一开始就引起了关注。

[1] 例如,美国1998年通过的版权法修正案——《千禧年数字版权法》规定:如果一种技术措施在正常运行过程中,要求经版权人许可应用某种信息、程序或处理过程后,才能接触作品,则这种技术措施能够“有效控制对作品的接触”(即“接触控制措施”(17 USC 1201 (a) (3) (B))。澳大利亚版权法第10条定义的第一种技术措施就是“一种控制接触的技术保护措施”。欧盟《信息社会版权与相关权指令》(以下简称欧盟《版权指令》)第6(3)条一方面将技术措施定义为能够防止或限制未经许可对作品实施特定使用行为的技术、装置或组件,另一方面又规定,当权利人通过应用“接触控制”措施对作品的使用进行控制并达到保护目的时,该技术措施为“有效”技术措施。这实际上是承认了“接触控制措施”为受保护的一类技术措施。

[2] 美国《千禧年数字版权法》规定:如果一种技术措施在正常运行过程中,能防止、制约或者以其他方式限制(他人未经许可)行使版权人依本法所享有的权利,则该技术措施能够“有效保护版权人依本法所享有的权利”(即“版权保护措施”(17 USC 1201 (b) (3) (B))。澳大利亚版权法第10条定义的第二种技术措施是“一种设备、产品、技术或部件(包括计算机程序),其在正常运行过程中,能阻止、抑制或限制版权侵权行为……”,也即“版权保护措施”。欧盟《版权指令》第6(3)条规定:当权利人通过应用“复制控制机制”对作品的使用进行控制并达到保护目的时,该技术措施为“有效”技术措施,即将“版权保护措施”作为受保护的一类技术措施。

[3] 该条仅将“版权保护措施”限定为“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”的技术措施,也即将受技术措施保护的专有权利限定为“信息网络传播权”,是因为《信息网络传播权保护条例》作为授权立法,仅能规定对信息网络传播权的保护,而不能设定对其他专有权利如复制权的保护。

[4] 在1996年世界知识产权组织两个条约缔结之前,只有少数国家的版权法中有保护技术措施的零星规定。例如,英国在其1988年版权、外观设计和专利法(以下简称“英国版权法”)中规定:对于以电子形式存在的作品,版权人有权对那些制造、进口、出售、出租、推销专门用于避开“防复制系统”的人,以及那些公布信息、使他人得以避开“防复制系统”的人提起诉讼,并规定可以没收相关工具或设备。“防复制系统”就是一种典型的“版权保护措施”(见英国版权法第296(2)条)。1991年欧共体《计算机软件保护指令》也要求成员国禁止“为商业目的持有、散发唯一作用在于协助他人未经许可地移除或避开用于保护计算机软件的技术设施”的行为(见欧盟《计算机软件保护指令》第7(3)条)。但该条只能用于保护计算机软件中的技术措施,而非其他类别作品中的技术措施。美国1992年《家庭录音法》在规规定数字录音设备提供者必须采用用于防止数字录音带被连续复制的“系列复制管理系统”之后,紧接着规定“任何人不得进口、制造、散发任何主要功能在于避开、跳过、移去或以其他方式规避该系统的设备或提供具有相同效果的服务”(17 U.S.C. § 1002)。同样,该条的适用范围极为有限,只针对录音制品中“系列复制管理系统”这一“版权保护措施”。

在两类技术措施中,版权法保护“版权保护措施”的正当性并未引起太大争议。这是因为,“版权保护措施”保护的本身就是版权法所明确赋予权利人的专有权利。在作品中加入“版权保护措施”是权利人自力保护专有权利的一种有效手段,版权法对“版权保护措施”的保护实际上是对这一自力保护手段的认可。《信息网络传播权保护条例》的起草者在解释保护技术措施的条款时指出:“在网络环境下,作为预防侵权行为发生的事前措施,技术措施能够……有效地保护权利人的经济权利。”〔5〕这正如房屋的主人既可以对擅自闯入屋中并偷走财产的窃贼追究法律责任,也可以事先在房门上加锁,以防止窃贼的进入,法律此时当然要禁止擅自撬锁的行为。法律对门锁的保护并不仅仅因为门锁本身也是房主的财产,而是门锁起到了保护室内财产的作用,是房屋主人自力保护的手段。由于“版权保护措施”是版权人保护专有权利的正当手段,因此版权法对“版权保护措施”的保护也具有正当性。

但是,版权法对“接触控制措施”的保护却导致了理论上的极大困惑和争论——“接触控制措施”与“版权保护措施”相并列,本身就说明“接触控制措施”并非直接用于保护版权。在未经许可接触作品的行为中,阅读、欣赏盗版文学艺术作品在任何国家都不是版权侵权行为,而运行盗版软件也只在特定情况下构成版权侵权行为。〔6〕版权法保护那些不能直接用于保护版权、防止版权侵权的“接触控制措施”,其正当性何在?对此,本文尝试提出一种解决版权法保护技术措施之正当性问题的理论,并应用该理论划定版权法保护技术措施的界限。

二、保护“接触控制措施”正当性的三种学说辨析

与“版权保护措施”不同,“接触控制措施”的直接作用是防止未经许可接触作品内容,也即防止用户在未经许可或超出许可范围的情况下阅读、欣赏文学艺术作品或运行计算机软件。“接触控制措施”并不直接防止用户未经许可复制或传播作品,也即并不直接防止版权侵权。因此,版权法保护这类技术措施的正当性就不能从保护版权专有权利角度来解释。在越来越多的国家将“接触控制措施”纳入版权法保护范围的情况下,各国立法者、学者和法院力图从各种角度论证版权法保护“接触控制措施”的正当性。其中代表性的学说有三种:其一,“接触控制措施”可保护复制权(防止“临时复制”),笔者称之为“保护复制权说”;其二,“接触控制措施”可保护“接触权”,笔者称之为“保护接触权说”;其三,“接触控制措施”可间接保护版权,笔者称之为“间接保护版权说”。这三种学说均无法成立。

(一)“保护复制权说”之辨

技术措施主要应用于数字化作品和计算机软件。而对以数字化形式出现的文学艺术作品进行阅读、欣赏,以及对计算机软件的运行,需要通过计算机加以实现。在这一过程中,数字化作品和计算机软件的片断会不可避免地进入计算机内存,以供计算机的中央处理器及其他部件调用。这些片断在计算机内存(即“随机存储器”,简称RAM)中仅能被“临时”存储:一旦计算机执行其他指令,内存中先前存储的内容就会被“刷新”;而如果关闭计算机,内存就会被“清空”。正是因为

〔5〕 张建华主编:《信息网络传播权保护条例释义》,中国法制出版社2006年版,第13页。

〔6〕 《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:“计算机软件用户未经许可或者超过许可范围商业使用计算机软件的,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。”这意味着“非商业使用”盗版软件在我国并非侵权行为。同时,在欧美国家,由于运行软件导致的计算机内存中对软件的临时存储被版权法认定为“复制”,运行盗版软件就构成侵犯复制权的行为。在这种情况下,防止计算机软件被未经许可运行的技术措施就成了“版权保护措施”而非“接触控制措施”,对此下文还有讨论。

计算机内存中的存储有别于在传统纸质媒介或光盘、硬盘中对作品的稳定存储，具有临时性质，故被称为“临时复制”。“临时复制”的定性对于版权法保护“接触控制措施”的正当性极为重要：如果认为“临时复制”与复印、打印、刻录光盘或下载一样，属于版权法意义上的复制行为，则通过计算机在线阅读盗版小说、欣赏盗版音乐或电影以及运行盗版软件都将是未经许可复制作品的行为，有可能构成对复制权的侵犯。用于防止此类行为的“接触控制措施”实际上就是专门用于保护复制权这一专有权利的“版权保护措施”。反之，如果不承认“临时复制”是版权法意义上的复制行为，则上述未经许可阅读、欣赏数字化作品和运行计算机软件的行为不可能构成对任何专有权利的侵犯。单纯用于防止此类行为的“接触控制措施”与保护专有权利、防止版权侵权就毫无关系。

目前，美国和欧盟通过判例或立法将“临时复制”定性为版权法意义上的复制行为。在具有代表性的“MAI 诉 Peak 案”中，美国联邦第九巡回上诉法院认为：软件在运行中在内存中形成的“临时复制”完全符合美国版权法对复制的定义。^{〔7〕} 欧盟则在 2001 年通过的《关于协调信息社会版权和相关权的指令》（以下简称《版权指令》）第 2 条规定：“成员国应规定（权利人享有）授权或禁止直接地或间接地、临时地或永久地通过任何方法和以任何形式全部或部分复制的专有权利。”这意味着“临时复制”作为一种复制行为被纳入了复制权的控制范围。

由于“临时复制”在这些国家被认定为版权法意义上的复制行为，而利用计算机阅读、欣赏数字化文学艺术作品和运行计算机软件又不可避免地会导致“临时复制”，因此防止接触本身就是在防止复制，保护“接触控制措施”就成为直接保护复制权的手段。正因为如此，欧盟委员会才极有自信地认为：《版权指令》建立了技术措施与版权行使之间的联系；只有当技术措施限制那些“在专有权利控制范围内的行为”时，该技术措施才能受到《版权指令》的保护。不能将《版权指令》对技术措施的定义理解为，技术措施可以用于限制不受专有权利控制的行为。^{〔8〕}

同样，作为欧盟成员国的英国早已承认“临时复制”为复制行为。^{〔9〕} 因此英国在实施《版权指令》有关保护技术措施的规定时，明确将保护范围限定于“在正常运行过程中，用于保护版权作品的任何技术、设备或部件”。^{〔10〕} 而“保护作品”又被定义为“阻止或限制未经作品版权人授权和受版权限制的行为”。^{〔11〕} 据此，如果一项行为并不受到任何专有权利的限制，则即使权利人不愿许可这项行为并使用技术措施加以限制，该项技术措施也不受保护。

在英国发生的著名的“索尼诉欧文案”和“索尼诉保尔案”印证了“接触控制措施”与复制权之间的关系。两案的事实背景基本相同：索尼公司在英国生产和销售 PlayStation 游戏机和与之相配套的游戏软件。为了防止用户使用盗版并对游戏光盘的销售施加区域控制，索尼公司在游戏机和游戏软件光盘中均设有相互匹配的“控制码”，且在不同国家销售的游戏机和光盘所使用的“控制码”是不同的。例如，如果有人企图将盗版游戏光盘或在澳大利亚购买的正版游戏光盘插入在英国购买的游戏机，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。两案被告则向用户提供一种用于破解“控制码”的特定芯片，用户将该芯片安装到索尼

〔7〕 MAI Systems Co., v. Peak Computer Inc., 991 F.2d 511, 513 (9th Cir, 1993). 美国有学者根据该案认为，“复制”一词已不限于有形复制这一最初含义，而是发展到适用于计算机内存中对信息的临时存储，这是“法律自然的进步”。See Trotter Hardy, *Computer RAM “Copies”: A Hit or a Myth? Historical Perspectives on Caching as a Microcosm of Current Copyright Concerns*, 22 University of Dayton Law Review 423, 455 (1997).

〔8〕 Commission of the European Communities, Commission Staff Working Document, 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, 30.11.2007, SEC (2007) 1556, p. 7.

〔9〕 英国版权法第 17 (2) 条。

〔10〕 英国版权法第 296ZF (1) 条。

〔11〕 英国版权法第 296ZF (3) (a) 条。

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”,游戏都可以正常运行。

在用户使用被告提供的芯片运行盗版游戏软件光盘的全过程中,唯一可能涉及版权侵权的行为就是光盘中的游戏软件会被临时调入游戏机的内存中,形成持续时间极为短暂的“临时复制”。审理两案的英国法院均认为内存中发生的“临时复制”就是版权法意义上的复制行为。在“索尼诉欧文案”中,法院指出,“将游戏软件调入游戏机(内存)中当然是复制行为”。^[12]在“索尼诉保尔案”中,法院同样认为,“当游戏光盘被插入游戏机中时,其中的计算机程序将会从光盘中被读取且被复制到游戏机的内存中,该行为是一个复制行为”。^[13]正因为如此,用户在游戏机中运行盗版游戏光盘就构成了对复制权的侵犯,而用于阻止用户运行盗版光盘的“接触控制措施”——“控制码”也就能够起到防止版权侵权的作用。这样一来,此类“接触控制措施”受到英国版权法的保护也就顺理成章了。

然而,这种将“临时复制”认定为版权法意义上的复制行为,从而以保护复制权为由为保护“接触控制措施”寻求正当性的理论,在包括中国在内的许多国家是不适用的。且不论将“临时复制”界定为复制行为存在理论上的根本缺陷,^[14]该观点也根本未被普遍接受。

1996年,世界知识产权组织为缔结互联网时代的两个新版权条约(WCT和WPPT),在日内瓦召开外交会议。各国代表团讨论的基础是专家委员会起草的《基础提案》(Basic Proposal)。其中WCT草案第7条为“复制权的范围”,其以美国和欧盟主张的观点为基础,规定复制权“应包括许可以任何手段或形式,直接和间接复制其作品,而无论是永久还是临时复制”。^[15]《基础提案》对该条的解释是:“该提案意图澄清被广为接受的理解,即永久和临时性复制都构成《伯尔尼公约》第9(1)条意义上的复制。复制的结果可以是像书本、录音制品或光盘那样的有形的、永久的复制件,也可以是在计算机硬盘中的复制件,或在计算机内存中的复制件。”^[16]

可见,WCT草案第7条的目的就是要确保内存中的“临时复制”受到复制权的控制。由于包括中国在内的许多国家反对,^[17]该条最终没有被纳入新条约。外交会议只通过了用于解释复制权范围的“议定声明”(Agreed Statement),其内容为:“《伯尔尼公约》第9条规定的复制权以及经允许的例外,在数字环境下完全适用,特别是适用于数字形式作品的使用。受保护作品以数字形式在电子介质中存储构成《伯尔尼公约》第9条意义上的复制。”

但该议定声明中的“存储”并没有明确将计算机内存中的“临时复制”包括进去,各缔约国完全可以对“存储”一词的含义作出自己的解释。^[18]同时,本条“议定声明”是以多数票而非

[12] Sony v. Owen, [2002] EWHC 45, para. 8; Sony v. Ball, [2004] All ER (D) 334 (Jul) para. 7.

[13] Sony v. Ball, [2004] All ER (D) 334 (Jul) para. 13.

[14] 参见拙著:《网络环境中的著作权保护研究》,法律出版社2011年版,第45页以下。

[15] WIPO, Doc. CRNR/DC/4, Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be considered by the Diplomatic Conference (1996), Article 7.

[16] 同上引文件,第7.05段。

[17] 笔者查阅了外交会议中各代表团提交的关于《基础提案》第7条的书面建议以及各代表团的发言记录,发现许多代表团并不赞同《基础提案》第7条,只是角度与理由各异。如日本代表团认为《基础提案》第7条涉及的问题(主要指临时复制)应当由各国国内法解决。新加坡、澳大利亚等代表团赞成原则上将所有“临时复制”作为复制行为纳入复制权的控制范围,但要求清楚地规定限制与例外,以使特定情形下的“临时复制”(主要指浏览与传输过程中的“临时复制”)享受免责。中国、挪威、丹麦、瑞典、泰国代表团和非洲集团则从根本上反对将特定“临时复制”作为复制行为纳入复制权的控制范围。参见外交会议第一主委员会的会议记录(WIPO Doc. CRNR/DC/102, Summary Minutes, Main Committee I, para. 275, 274, 257, 263, 295)以及非洲集团的书面建议(WIPO Doc. CRNR/DC/56, Amendment to Articles 7, 10, 13 and 14 of Draft Treaty No. 1, pp. 1-2, para. 1)。

[18] 澳大利亚司法部及通讯与艺术部颁布的《版权改革和数字议程报告》对此指出:“应当注意的是:该声明对于一国确定复制权的范围并无帮助。因为其没有明确临时复制是否受复制权控制这一关键问题。”See Attorney-General's Department and the Department of Communications and the Arts of Australia: Copyright Reform and the Digital Agenda, note 3.41 (1997).

全体代表团一致同意的方式通过的。^[19]《维也纳条约法公约》第31条“解释之通则”第2款规定：就解释条约而言，上下文除指连同弁言及附件在内之约文外，并应包括全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定（agreement）。在两条约附带的“议定声明”之中，除了上述关于复制权范围的“议定声明”之外，其他均获得了全体代表团的一致同意，因此可以作为“全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之协定”而具有解释条约的效力。但是，关于复制权范围的“议定声明”并没有得到全体代表团的同意，这就使它的解释效力成为问题。在外交会议上，许多国家的代表团也对非经全体一致同意的“议定声明”是否具有解释条约的效力提出了质疑。^[20]这说明国际上对“临时复制”的定性远未达成共识。^[21]

中国代表团在日内瓦外交会议上反对将“临时复制”定义为复制行为。中国代表团不仅建议将《基础提案》第7条中复制权的定义改为“对其作品直接和间接的永久复制”，^[22]而且对于上述关于复制权范围的“议定声明”第二句投了反对票。^[23]这一立场在《信息网络传播权保护条例》的制定过程中被再次重申。起草《条例》时，对“临时复制”的定性曾是焦点问题之一。《条例》草案曾经将复制权的范围界定为“适用于以任何方法或者形式对作品、表演或者录音录像制品进行的永久或者暂时的、全部或者部分的复制”，^[24]实际上承认了“临时复制”为复制行为，但最终未被采纳。

《条例》通过之后，国务院法制办负责人在答记者问题时指出：“有人提出，条例应当对临时复制作出规定。我们会同国务院有关部门反复研究后认为，禁止临时复制的症结是制止终端用户在线使用作品，而禁止终端用户非营业性使用作品不具有可行性；国际上对禁止临时复制有很大争议，在互联网条约制定过程中，包括我国在内的发展中国家明确反对禁止临时复制，由于各方争执不下，互联网条约没有规定禁止临时复制；而且，作为授权立法，条例也不宜对著作权法未授权的临时复制作出规定。”^[25]可见，那种将“临时复制”界定为复制行为，从而将“接触控制措施”界定为保护复制权手段的观点，在我国现行版权立法和政策中找不到依据。

需要指出的是，即使在欧美国家，从保护版权专有权利角度去论证版权法保护“接触控制措

[19] 当时在外交会议第一主委员会上对该“议定声明”第二句（即“受保护作品以数字形式在电子介质中存储构成《伯尔尼公约》第9条意义上的复制”）投票的情形是：有63个代表团根本不在场，49个代表团投票赞成，13个代表团反对，28个代表团弃权，实在难有“共识”可言。参见外交会议第一主委员会的会议记录（WIPO Doc. CRNR/DC/102, Summary Minutes, Main Committee I, para. 1151）。在随后进行的全体会议中，又对第一主委员会以全体同意的通过的该“议定声明”第一句和以多数票通过的第二句合并后进行了投票。其结果也只有51个代表团投票赞成，5个代表团反对，30个代表团弃权。参见外交会议全体会议记录（WIPO Doc. CRNR/DC/101, Summary Minutes, Plenary, para. 497）。

[20] 例如，巴基斯坦代表在讨论该“议定声明”时指出：没有被全体接受的声明不能被给予与得到外交会议所有代表团一致接受的声明同样的地位。巴西代表同意巴基斯坦代表的上述观点，并指出该“议定声明”不可能在全体同意的基础上获得通过，因为巴西代表团不同意其中的第二句。菲律宾代表也提出，如果该“议定声明”是通过投票表决的方式通过的，则其不能被理解为《维也纳条约法公约》意义上的“协议”，对于解释条约而言价值甚微。参见外交会议第一主委员会的会议记录（WIPO Doc. CRNR/DC/102, Summary Minutes, Main Committee I, para. 1066, 1101, 1097）。

[21] Attorney-General's Department and the Department of Communications and the Arts of Australia: Copyright Reform and the Digital Agenda, note 3.42(1997)；薛虹：《互联网上的版权及有关权保护》，载郑成思主编：《知识产权文丛》第1卷，中国政法大学出版社1999年版，第85页。

[22] 参见中国代表团的提案（WIPO Doc. CRNR/DC/64, Amendments to Partly Consolidated Text of Draft Treaty No. 1 (CRNR/DC/55), p. 2, para. 4）。

[23] 参见外交会议第一主委员会的会议记录（WIPO Doc. CRNR/DC/102, Summary Minutes, Main Committee I, para. 1149）。

[24] 《信息网络传播权保护条例（草案）》（2005年7月15日）。

[25] 前引[5]，张建华主编书，第107页。

施”的正当性，也存在不小的问题。如果认为“接触控制措施”的作用在于直接保护复制权，防止以“临时复制”的方式侵犯复制权，那么欧美版权立法中区分“版权保护措施”与“接触控制措施”不就丧失意义了么？实际上，欧美国家法院从未认定过未经许可在计算机上阅读、欣赏数字化作品是版权侵权行为，只认定过未经许可运行计算机软件是版权侵权行为。因此，承认“临时复制”为复制行为，至多只能解释版权法保护计算机软件中“接触控制措施”的正当性，而完全无法解释保护文学艺术作品中“接触控制措施”的正当性。

（二）“保护接触权说”之辨

以美国版权法学者简·金森伯格教授为代表的一些学者虽然也认为“接触控制措施”可以直接保护版权，但并不认可其保护的是复制权，而认为其直接保护的是一项版权法尚未明确规定的新的专有权利。金森伯格教授提出：在数字化时代，公众对作品的利用发生了从“获取作品有形复制件”到“直接欣赏作品内容”的转变。^[26]换言之，公众可以不用像以前那样购买书本、音像制品和光盘等作品的“有形复制件”，而是可以直接在网络上欣赏作品本身。而美国《千禧年数字版权法》对“接触控制措施”的保护，实际上创设了所谓“控制接触作品权”（the right to control access to works）或“接触权”（access right），也即版权人控制公众对数字化作品以阅读、欣赏等方式进行“接触”的权利。^[27]她认为：虽然版权法并未像规定复制权和发行权等传统专有权利那样明确规定接触权，但接触权本身就是版权必要且内在的组成部分。^[28]

美国国会参议院司法委员会在对《千禧年数字版权法》的报告中，专门提及了对“接触控制措施”的保护，其措辞似乎印证了上述观点：“为了向版权人控制接触其版权作品的权利提供有效的保护和救济，本法第1201条（a）款第（2）项禁止制造和提供用于破解接触控制措施的特定技术、产品或服务”。^[29]美国国会报告使用了“版权人控制接触其版权作品的权利”的用语，使不少人相信《千禧年数字版权法》通过对“接触控制措施”的保护，专门创设了“接触权”这项新权利。^[30]我国也有学者认为：“技术措施与反规避条款的结合，在实质上已经产生了（接触权）这样一个权利。”^[31]显然，如果版权人本身享有接触权，则“接触控制措施”保护的将是一项版权人的专有权利，以版权法来保护“接触控制措施”也就顺理成章了。

将保护“接触控制措施”的正当性建立在接触权的基础上，表面上是合乎逻辑的。问题在于，持这种观点的人无法解释，为什么包括美国在内的世界各国都没有在保护“接触控制措施”的同时明确将接触权列为一项专有权利。如果认为在过去接触权是蕴含在版权概念之中的，那么在数字时代为什么不用明确的法律条款对其予以承认？澳大利亚版权法学者菲茨杰拉德教授在反

[26] Jane C. Ginsburg, *From Having Copies to Experiencing Works: the Development of an Access Right in U. S. Copyright Law*, 50 *Journal of the Copyright Society of the USA* 113, 114-115 (2003).

[27] 同上文，第113页，第118页。

[28] 同上文，第116页，第131页。See also Kamiel J. Koelman, *A Hard Nut to Crack: The Protection of Technological Measures*, 22 *European Intellectual Property Review* 272, 274 (2000); Laura N. Gasaway, *The New Right of Access and Its Impact on Libraries and Library Users*, 10 *Journal of Intellectual Property Law* 269 (2003).

[29] Senate Judiciary Committee Report on the DMCA, 105th Congress 2d Session Senate Report 105-190, p. 28.

[30] Institute for Information Law of Faculty of Law, University of Amsterdam, *Protection of Technological Measures*, 1st ed., University of Amsterdam, 1988, p. 14. 这种观点也使那些不希望保护“接触控制措施”的国家有了新的反对理由。如前文所述，日本著作权法不保护“接触控制措施”。日本文化审议会著作权分科会在讨论不予保护的原因时指出：由于“单纯的视听行为”（也即阅读、欣赏作品的行为）并不是著作权法中专有权利控制的行为，如果著作权法禁止破解控制视听行为的技术措施（也即“接触控制措施”），实质上就创设了一种控制视听行为的新权利。参见日本《文化审议会著作权委员会报告》（2006年），第76页，第256页，http://www.bunka.go.jp/1tyosaku/pdf/singi_houkokusho_1801.pdf，2011年2月20日访问。

[31] 熊琦：《论“接触权”——著作财产权类型化的不足与克服》，《法律科学》2008年第5期。

对用版权法保护不能防止版权侵权的“接触控制措施”时认为：如果澳大利亚版权法保护单纯用于防止接触作品的技术措施，就等同于在版权法中规定了接触权。^[32]但当澳大利亚2006年修订版权法、开始保护“接触控制措施”时，仍然没有在版权专有权利的清单中增加接触权。

美国国会参议院司法委员会在对《千禧年数字版权法》的报告中，虽然提及了“版权人控制接触其版权作品的权利”，但在解释对“接触控制措施”的保护机制时，实际上又否定了接触权是一项隐含在版权法中的专有权利。《千禧年数字版权法》虽然同时保护“接触控制措施”和“版权保护措施”，但在保护机制上有很大差异。对于“版权保护措施”，该法第1201条(b)款仅禁止提供主要用于规避这种技术措施的装置与服务，而不禁止规避行为本身。^[33]但对于“接触控制措施”，该法不仅在第1201条(a)款(2)项禁止提供主要用于规避这种技术措施的装置与服务，^[34]还在1201条(a)款(1)项禁止规避行为本身。^[35]以一个正版音乐网站为例，用户需要付费取得用户名和密码才能进入该网站并在线试听其中的音乐，但无法下载。网站中的用户名和密码就是“接触控制措施”，而阻止下载的技术措施则属于“版权保护措施”。如果一名用户既破解了用户名和密码并进入了网站，又破解了禁止下载的技术措施从而下载了其中的音乐，则其破解“接触控制措施”(用户名和密码)的行为违反了《千禧年数字版权法》，而破解“版权保护措施”的行为并没有违反该法。美国国会参议院司法委员会在对《千禧年数字版权法》的报告中对这种差异化保护的原因进行了解释：“1201条(a)款(1)项禁止规避‘接触控制措施’的规定是必要的，这是因为在本法之前，规避(‘接触控制措施’)行为从未被定为非法……而版权法早已禁止版权侵权行为，所以不需要禁止规避‘版权保护措施’的新规定。”^[36]

从上述解释看，之所以不需要禁止规避“版权保护措施”，是因为“版权保护措施”防止的是未经许可复制作品等版权法早已禁止的侵权行为。规避“版权保护措施”的必然后果就是实施未经许可的复制等行为，从而极易构成版权侵权。这样，对于规避“版权保护措施”的人，可以直接起诉其侵犯复制权等版权专有权利。从这一解释得到的必然推论就是：之所以需要在《千禧年数字版权法》中加入禁止规避“接触控制措施”的规定，是因为版权法从未禁止过由规避“接触控制措施”而导致的未经许可接触作品的行为。换言之，版权人从来都不享有一项能够控制公众未经许可接触作品的专有权利——接触权。

同时，如果接触权真的如金森伯格教授所述，本身就是版权的内在组成部分，是一种应当受版权法保护的专有权利，那么未经许可接触作品就会构成版权侵权行为，“接触控制措施”的作用也成了防止“未经许可接触作品”这一版权侵权行为。这样一来，“接触控制措施”不也成为一种“版权保护措施”了吗？《千禧年数字版权法》将技术措施区分为“接触控制措施”和“版权保护措施”，并采用不同的保护机制，还有什么意义呢？

可见，在没有任何立法规定接触权的情况下，所谓的接触权只是学者们从版权法对“接触控制措施”的保护出发，在逻辑上反推出的一项专有权利。以这种立法没有明确规定的，仅作为逻辑推导结果的接触权去反证保护“接触控制措施”的正当性，无疑会陷入逻辑循环的误区。

笔者认为，各国版权法均没有规定所谓的接触权，绝非各国立法者共同的疏漏，而是因为版权法不可能承认这项权利。版权法中任何一项财产性专有权利的作用都不是赋予权利人自己为某

[32] Brian Fitzgerald, Submission to House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, No. 29.1, p. 5.

[33] 17 USC 1201 (b) (1).

[34] 17 USC 1201 (a) (2).

[35] 17 USC 1201 (a) (1) (A).

[36] 前引 [29], Senate Judiciary Committee 报告, 第12页。

种行为的自由，而是控制他人的特定行为。^{〔37〕}他人如在未经权利人许可又缺乏法定抗辩理由（如合理使用、法定许可）的情况下擅自实施受专有权利控制的行为，就会构成版权侵权。如未经许可复制作品、发行作品和公开表演作品，会分别构成对复制权、发行权和表演权的侵犯。如果版权法规定了接触权，权利人将可以控制他人接触作品的行为。这意味着只要未经权利人许可而接触作品就可能构成版权侵权。从立法价值取向上看，接触权将与传统专有权利存在本质区别——它将主要用于控制消费者单纯“消费”作品的行为，而不是控制向他人提供作品的行为。

纵观版权法中的专有权利，可以发现其共同特点：通过限制以特定方式利用作品的行为，防止未经许可向公众提供作品。版权法中的专有权利可分为四类，以我国著作权法中的专有权利为例：一是复制权，用于控制制作作品复制件的行为；二是发行权和出租权，用于控制以转移作品有形载体所有权或占有的方式向公众提供作品原件或复制件的行为；三是公开传播权，包括表演权、广播权、放映权、信息网络传播权和展览权，用于控制以不转移作品有形载体所有权或占有的方式向公众提供内容的行为；四是演绎权，包括摄制权、改编权、翻译权和汇编权，用于控制利用原作品的基本表达创作新作品的行为。从这四类权利的定义来看，第二、三类权利显然只控制向公众提供作品的行为。如果一种行为没有导致公众获得作品，则不可能构成对第二、三类权利的侵犯。例如，将电影DVD以每天10元的价格租给同班同学，并不属于向“公众”出租作品复制件，因为同班同学属于互相之间有密切联系的朋友圈子，不在版权法定义的“公众”范围之内，^{〔38〕}因此该行为不受出租权控制。

第四类权利表面上看与向公众提供作品的行为无关，但实际上它控制的恰恰是将演绎作品向公众提供的行为。一个人如果在家中对他人的作品进行未经许可的拍摄、翻译、改编或汇编，均属于合理使用，不可能构成对拍摄权、翻译权、改编权或汇编权的侵犯。因此德国著作权法干脆直接规定演绎权控制的是对演绎后的作品予以发表或利用的行为，而不是单纯的演绎行为。^{〔39〕}换言之，演绎权控制的是将演绎后的作品提供给公众的行为，如发行、公开表演和广播等。

第一类权利传统上控制的是为向他人提供作品复制件而复制作品的行为。许多国家的版权法原先并没有发行权，原因在于发行作品复制件的前提是复制作品，有了复制权就可以阻断未经许可发行的源头。^{〔40〕}复制权在传统上并不控制消费者个人复制作品供自己或家庭成员使用的行为，因为个人复制属于合理使用。只是近年来，随着私人复制对权利人利益造成越来越大的影响，如大量从网上下载盗版电影和音乐等，部分发达国家才将某些私人复制列为受复制权控制的行为。^{〔41〕}但无论如何，这只是传统复制权在数字时代延伸的结果，且其也并非专门针对消费者进行私人复制的行为。可见，版权法规定各项专有权利的主要目的，在于控制向公众提供作品的行为。版权法中并不存在一项专门限制消费者私人利用作品的权利。

〔37〕 我国通说强调知识产权有自用权和禁止权两方面。但是，在没有版权法规定复制权等财产性专有权利之前，任何作者都有以复印等方式使用自己作品的自由，这与是否有版权法以及版权法是否规定了复制权等财产性专有权利无关。因此，版权法规定财产性专有权利的意义在于控制他人未经许可的特定行为，这一点在国外知识产权法学界应为通说。

〔38〕 我国著作权法并未规定构成“公众”的标准。从其他国家和地区的立法与司法实践来看，只有家庭成员和经常交往的朋友圈子之外的不特定人才能构成“公众”。如我国台湾著作权法第3条规定：“公众：指不特定人或特定之多数人。但家庭及其正常社交之多数人，不在此限。”

〔39〕 参见德国著作权法第23条。

〔40〕 《伯尔尼公约》并没有规定一项针对所有作品类型的发行权，直至1996年，世界知识产权组织才在两个新条约WCT和WPPT中统一规定了发行权。

〔41〕 个人用户从网上下载侵权作品在美国早已被公认为构成对复制权的直接侵权，而不是合理使用。See A&M Records, Inc. v. Napster, 239 F.3d 1004, 1014-1017 (9th Cir. 2001); In Re: Aimster Copyright Litigation, 252 F. Supp. 2d 634, 648; BMG Music v. Cecilia Gonzalez, 430 F.3d 888 (7th Cir., 2005).

显然，用于控制消费者单纯在私人空间利用作品行为的接触权，与传统专有权利的立法价值取向格格不入。接触权针对的群体是作品的最终使用者，而不是作品的发行者和传播者。正如金森伯格教授在解释接触权时所称：“‘接触权’意为控制公众欣赏作品方式的权力。它有别于复制或向公众传播作品……，而是指使用者不能‘打开’作品欣赏作品的内容（如收听或观看），除非其获得了利用作品的‘钥匙’。”〔42〕

如果版权法规定了接触权，则一旦消费者未经许可接触作品，就会构成对接触权的直接侵犯。例如，一个人溜进电影院看电影就不仅仅是民法上的一般侵权行为（擅自闯入他人不动产），而且也构成版权侵权行为，因为他未经许可“接触”了电影。同样道理，人们购买盗版电影DVD光盘在家中放映，或购买了收费频道的“解码器”而在未向电视台付费的情况下收看收费频道播放的电影，也会因为未经许可“接触”电影而构成侵权行为。权利人甚至可以将接触权解读为：凡是没有付费的接触，都是未经许可的接触，构成对接触权的直接侵犯。这样一来，人们在书店随意拿起一本书翻阅，也就构成未经许可接触作品。

如果版权人拥有接触权，那么这类长期以来人们习以为常的行为今后都要获得版权人的许可，否则便是侵权。版权侵权的阴影将时刻笼罩在最终消费者身上。权利人可以在有形盗版市场监控前来购买盗版的消费者，同时在网络中对消费者的上网行为加以监控，看有谁访问过提供盗版音乐、电影和书籍在线欣赏的网站。这种方式将构成对消费者私人生活的严重干涉，其后果令人不寒而栗，也没有哪个国家的立法者乐于看到这种结果。正因为如此，当有学者批评欧盟《版权指令》对于“接触控制措施”的保护会导致《版权指令》将专有权利拓展到接触权时，欧盟委员会坚决否认《版权指令》对此类技术措施的保护是以接触权为基础的。〔43〕

由此可见，版权法不可能去创设一项专门用于限制公众阅读、欣赏数字化作品的专有权利——接触权，一些学者所主张的接触权纯属子虚乌有。正如德国学者托马斯·霍伦指出的那样：“版权法中不存在接触权这样的东西。就这一点而言，无需进一步的讨论。”〔44〕美国也有法院在分析“接触控制措施”的性质时指出：“国会并没有选择创造出新的财产权。”〔45〕这里被否定的财产权无疑是指接触权。

同时，从版权法对“接触控制措施”的保护反推版权法中有接触权，也会遇到无法解释的现实问题。如果版权法中真的有接触权，则播放盗版DVD电影光盘或盗版CD音乐光盘就属于未经许可接触电影或音乐作品的行为。那么为什么没有一个国家敢于宣称该行为构成对接触权的侵权呢？可能有人认为：即使版权法中有接触权，未经许可接触作品也并不一定是侵权行为，因为版权法还有对专有权利的限制与例外。但这一观点无法成立。一旦将接触权作为一项专有权利归入版权法的体系，对其规定限制与例外就必须符合《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS）等国际条约规定的“三步检验标准”，即对专有权利的限制与例外只能在特殊情况下作出，与作品的正常利用不相冲突以及没有无理损害权利人的合法利益。〔46〕在“欧共同体诉美国案”中，WTO争端解决机制专家组明确指出：“三步检验标准”中第一个标准的含义是“应对对专有权利的限制或例外局限于‘特定的特殊情况’。”其中“特殊”是指“适用范围或目的是有限的、是个别

〔42〕 前引〔26〕，Jane C. Ginsburg文，第120页。

〔43〕 前引〔8〕，Commission of the European Communities文件，第7页。

〔44〕 Thomas Hoeren, *Copyright Dilema: Access Right as a Postmodern Symbol of Copyright Deconstruction?*, in Edderhard Becker, Willms Buhse, Dirk Gunnewig, Niels Rump (eds.), *Digital Rights Management: Technological, Legal and Political Aspects*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2003, p. 580.

〔45〕 *The Chamberlain Group v. Skylink Technologies*, 381 F.3d 1178, 1203 (Fed. Cir. 2004).

〔46〕 参见《伯尔尼公约》第9条、TRIPS第13条和WCT第10条。

性的”，“在质上和量上的界限都是狭窄的”。换言之，限制或例外不能变成“常态或通常情况”。〔47〕如果版权法一方面将接触权作为一项版权专有权利加以保护，一方面又将所有未经许可接触作品的行为规定为合理使用，就会使得对接触权的限制或例外变成“常态或通常情况”，从而明显违背“三步检验标准”。

从上述分析也可以看出，主张版权法中包含接触权的学者，实际上无意去追究消费者未经许可接触作品的侵权责任，而只是要为版权法对“接触控制措施”的保护寻求正当性基础。这一论证方法纯属逻辑循环，显然是不足取的。

（三）“间接保护版权说”之辨

有一种观点认为，版权法之所以保护“接触控制措施”，是因为其本身可以成为保护版权的重要手段，这种观点甚至将“接触控制”与“版权保护”视为同义语。〔48〕这实际上是认为，“接触控制措施”能够通过防止未经许可接触作品而间接保护版权，版权法保护“接触控制措施”的正当性也就在于间接保护版权。

2000年，澳大利亚通过了《版权法修订（数字议程）法案》。新法增加了对“技术保护措施”（即前文所称“技术措施”）的定义以及对其加以保护的规定。在立法过程中，如何界定技术措施成为焦点问题。作品使用者群体认为，如果将单纯控制接触的技术措施纳入受保护对象，就不再是保护版权了，而是在拓展版权法的范围。〔49〕这一观点得到了立法者的支持。〔50〕澳大利亚国会法律与宪法事务常设委员会认为：“技术保护措施”应当仅指“版权保护措施”。〔51〕在该法案的第一稿中，“技术保护措施”也被定义为“用于制止或抑制对作品版权进行侵害的一种设施或产品”，根本没有提及“接触控制措施”。〔52〕这样一来，任何“接触控制措施”都不能受到保护。〔53〕尽管该法案最终将“接触控制措施”纳入保护范围，但却施加了一个严格的前提，即它必须能够用于防止版权侵权。该法案对“技术保护措施”的定义为：“一种设备或产品，或某一方法中的组成部分，其被设计用于在通常运行过程中通过以下方法制止或抑制版权侵权行为：（1）使用接触密码或方法（包括解密、还原被扰乱的内容或其他转换作品或其他客体的方式）确保只有经过版权人或其他被许可人的授权才能接触作品；（2）控制复制的机制。”〔54〕该定义清楚地表明：只有那些在直接控制接触作品的同时，还能间接保护专有权利、防止版权侵权的“接触控制措施”才能受到版权法的保护。而那些完全无法制止或抑制版权侵权行为的“接触控制措施”则不能受到保护。

对此，在澳大利亚发生的“索尼诉史蒂文斯案”作了最好的阐释。该案的事实背景与上文提及的英国“索尼诉欧文案”和“索尼诉保尔案”几乎完全相同：被告史蒂文斯向索尼 PlayStation

〔47〕 WTO, Report of the Panel, United States—Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R (15 June 2000), Para 6.109.

〔48〕 Australian Federation Against Copyright Theft, Submission to House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, No. 39, p. 6.

〔49〕 参见澳大利亚国会法律与宪法事务常设委员会对《1999 版权法修订（数字议程）法案》的咨询报告（House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Advisory Report on Copyright Amendment (Digital Agenda) Bill 1999, p. 60, para 4.13）。

〔50〕 同上引文件，第 60 页，第 4.14 段。

〔51〕 原文的用语是“copy control measure”，但委员会专门指出，这个术语有些令人误解，它实际上是指可以控制任何专有权利针对的行为的技术措施，而不仅是用于保护复制权的技术措施。同上引文件，第 62 页，第 4.19 段，第 59 页，脚注 6。

〔52〕 The Parliament of the Commonwealth of Australia, Copyright Amendment (Digital Agenda) Bill 1999 (Exposure Draft of the Bill), Schedule 1, item 14.

〔53〕 David J Brennan, *Technological Measures in the New Copyright Law*, 11 Australian Intellectual Property Journal 87 (May 2000).

〔54〕 Australia Copyright Act (2001), 10 (1), “technological protection measure”.

游戏机用户提供了用于破解“控制码”的“直读芯片”，使用户可以在游戏机上玩盗版游戏光盘。澳大利亚2000年修订的版权法第116A(1)条规定：如果作品或其他客体是受“技术保护措施”保护的，未经许可制造和出售能够用于规避“技术保护措施”的“规避设备”构成违法行为。^[55]索尼公司即以史蒂文斯出售的“直读芯片”是用于规避其“技术保护措施”的“规避设备”为由对其提起诉讼。在庭审中，原、被告双方争议的焦点在于索尼公司在其游戏机和游戏光盘中设置的“控制码”是否构成法律意义上的“技术保护措施”。

根据澳大利亚版权法对“技术保护措施”的上述定义，只有能够制止或抑制版权侵权行为的“接触控制措施”才能受到版权法的保护。而用户在使用史蒂文斯提供的“直读芯片”运行盗版游戏软件的全过程中，唯一可能涉及版权侵权的就是光盘中的游戏软件会被临时调入游戏机的内存中，形成持续时间极为短暂的“临时复制”。当时澳大利亚版权法并不像英国版权法那样承认“临时复制”是版权法上的复制行为。^[56]澳大利亚高等法院也认为：内存中的“临时复制”在澳大利亚并不是受复制权控制的复制行为。^[57]因此，用户在运行盗版游戏软件过程中，游戏软件的片断进入游戏机内存所形成的“临时复制”并不会构成侵犯复制权的行为。

这样一来，索尼公司在游戏机和游戏光盘中加入的“控制码”虽然能够起到防止用户运行盗版游戏软件或进口的正版软件的作用，但却不能制止或抑制版权侵权行为，因此并不能被认定为版权法意义上的“技术保护措施”。用于绕过“控制码”使用户可以在索尼游戏机上玩盗版软件的“直读芯片”也不能构成针对“技术保护措施”的“规避设备”，史蒂文斯提供“直读芯片”的行为就自然不是违法行为了。索尼公司最终败诉。

该案的判决结果一方面是因为澳大利亚当时的版权法不承认“临时复制”是版权法意义上的复制行为，另一方面则是由于澳大利亚版权法要求“接触控制措施”必须起到间接防止版权侵权的作用。这导致一切单纯防止他人接触作品，而完全不能防止未经许可复制、传播作品等版权侵权行为的“接触控制措施”不能受到澳大利亚版权法的保护。

美国部分法院也支持这一观点。在“Chamberlain 诉 Skylink 案”中，法院认为：《千禧年数字版权法》保护“接触控制措施”的规定，只不过是在未经许可接触作品导致对复制权、发行权等专有权利的侵犯时，为权利人创设了一种新的诉因。因此，只有在规避“接触控制措施”的行为与版权侵权之间存在“合理的联系”，也即会协助版权侵权时，才能导致法律责任。^[58]同样，在“存储科技公司诉客户硬件工程公司案”中，法院也强调：“只有在接触行为与版权法保护的专有权利之间发生关系时”，法院才可能保护相应的“接触控制措施”。为此，“法院必须在每一个案中审查未经许可规避（接触控制措施）的行为所带来的威胁，以判断其与版权法保护的专有权利是否有联系”。^[59]这显然是将保护“接触控制措施”的前提设定为其可以间接保护版权，也即规避这种技术措施将导致版权侵权。

[55] Australia Copyright Act (2001), Sec. 116(A).

[56] 当时澳大利亚版权法对“复制权”的规定是：版权人有“在物质形式”（material form）上复制作品的专有权利（Australia Copyright Act (2001), Sec. 31(1)(a)(i)）。同时，对于“物质形式”，版权法的解释是：对于作品而言，物质形式包括作品或其实质性部分能够从中被复制的任何存储形式（Australia Copyright Act (2001), 10(1)）。这种定义实际上是把内存中的“临时复制”排除出了“复制权”的保护范围，因为不存在一种将内存中临时存储的内容复制出来的技术。该案中，索尼公司的技术人员也承认，除非开发出新的硬件，否则根本无法从游戏机内存中提取并复制内容。See *Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others v. Stevens*, (2002) 200 ALR 55, 90.

[57] *Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment and Others*, [2005] HCA 58, para 71, 76.

[58] *The Chamberlain Group v. Skylink Technologies*, 381 F.3d 1178, 1202-1203, 1195 (Fed. Cir. 2004).

[59] *Storage Technology Corporation v. Custom Hardware Engineering & Consulting*, 421 F.3d 1307, 1319 (Fed. Cir. 2005).

我国《信息网络传播权保护条例》的起草者在解释《条例》中保护技术措施的条款时也指出：“技术措施能够通过防止、限制使用者非法访问、使用权利人的作品、录音录像制品，有效地保护权利人的经济权利。”〔60〕可见，《条例》的起草者认为，“接触控制措施”之所以应由版权法加以保护，是因为其可以通过“防止、限制使用者非法访问”（“访问”是“接触”的另一种译法，其英文均为 access）以及“在客观上截断侵权人接触作品的途径”，起到保护权利人经济权利和精神权利的作用。

显然，立法者认为，规避这类“接触控制措施”不仅使人可以未经许可阅读、欣赏文学艺术作品和运行计算机软件，而且还可以使人对作品进行未经许可的复制、传播等行为，从而构成版权侵权。因此，保护这类“接触控制措施”的客观效果之一，就是保护版权专有权利，防止版权侵权。版权法对其加以保护，与对“版权保护措施”加以保护一样，具有正当性。

然而，这种观点无法全面解释版权法保护“接触控制措施”的正当性。在“接触控制措施”中，确有一类能够在直接防止未经许可接触作品的同时，间接地保护版权专有权利，防止版权侵权。“中国期刊网”等网络数据库设置的“用户名+密码”的技术措施就非常典型。它的首要作用是确保只有付费用户才能“进入”网络数据库以“阅读”其中的作品（也即接触作品）。付费用户进入数据库后，既可以选择在线阅读，也可以选择下载（复制）作品。该技术措施通过防止未付费用户进入数据库，同时防止了未付费用户下载作品和随后传播作品，因此它在防止用户接触作品的同时，也起到了间接保护复制权和信息网络传播权的作用。

问题在于，大量的“接触控制措施”都不具有间接保护版权专有权利、防止版权侵权的作用，上文索尼公司在游戏中设置的“控制码”就是典型实例。再如，有些“电子书”的发行商设置了“接触控制措施”，用户可以免费下载电子书，但在付费之前，技术措施会限制用户可以阅读的页数，只有付费用户才能阅读全部内容。这种技术措施仅具有防止未付费用户阅读作品（也即接触作品）的功能，它并不限制用户复制该电子书或将其在网络中传播。同样，许多计算机软件的版权人为了推广其软件，往往会推出软件的免费试用版本。用户可以在有限的时间内免费使用软件，但在超过时限后，必须向版权人付费购买“序列号”才能正常使用软件。这种“序列号”只能控制用户对软件的运行（也即接触软件内容），但无法控制用户对软件的复制和传播。最为常见的情况是，影视作品的权利人对于付费观赏的电影同时设置“接触控制措施”和“版权保护措施”，前者表现为用户名和密码，以确保只有付费用户才能在线欣赏；后者则禁止用户下载电影。显然，该“接触控制措施”的唯一作用在于防止用户未经许可在线欣赏电影。即使有人破解了该“接触控制措施”，也只能导致未经许可在线欣赏电影，而不会引发未经许可下载及随后传播电影的侵权行为。显然，版权法保护这类“接触控制措施”的正当性，无法从间接保护版权专有权利、防止版权侵权的角度进行解释。

日本对修改著作权法的政策讨论也印证了这一点。日本1999年修改后的著作权法将“技术措施”定义为：用电磁方式来防止或抑止侵害著作权行为的手段。〔61〕也即只有能够防止或抑止著作权侵权的技术措施才受保护，这一点与澳大利亚《版权法修订（数字议程）法案》相同。与之不同的是，“接触控制措施”在日本著作权法中完全不受保护，因为它甚至没有被列为防止或抑止著作权侵权的手段。〔62〕此后，日本文部科学省下设的“文化审议会著作权委员会”便一直

〔60〕 前引〔5〕，张建华主编书，第13页。

〔61〕 日本著作权法第2条第20款。官方英译本见世界知识产权组织官方网站 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=128360。

〔62〕 Takao Koshida, *On the Law to Partially Amend the Copyright Law*, http://www.cric.or.jp/cric_e/cuj/cuj99/cuj99_5.html, 2010年11月1日访问。

在讨论是否要将“接触控制措施”也纳入保护范围。在其专门设立的“技术措施保护工作组”在2010年底发布的报告中，认为有的“接触控制措施”可以发挥复制控制的功能，而有的仅仅具有接触控制功能。对于前者，报告认为可以受到著作权法的保护；但对于后者，报告提出：是否用著作权法加以保护，核心问题在于是否应当扩张著作权的权利，使之可以控制原本不受专有权利控制的行为，而这涉及到对整体著作权制度的影响，不能急于作出结论。^[63]这实际上是指出，用著作权法保护无法防止侵权的“接触控制措施”，在正当性上是成问题的。

即使“接触控制措施”能够间接保护版权专有权利，其首要目的和直接效果也仍然是防止未经许可接触作品。同时，在版权法将规避“接触控制措施”单独规定为违法行为的情况下，对规避者的法律制裁将仅以规避行为本身为基础，并不考虑规避之后对作品的侵权行为。我国《信息网络传播权保护条例》一方面将“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”这种“接触控制措施”纳入“技术措施”的范围（第26条），另一方面又规定“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”（第4条），从条文的逻辑关系上，无法看出“接触控制措施”受保护的法理基础在于其可以间接防止版权侵权行为。

美国《千禧年数字版权法》则更是对“接触控制措施”和“版权保护措施”分别规定了保护机制。在美国所有涉及“接触控制措施”的案例中，除了上文提及的“Chamberlain 诉 Skylink 案”和“存储科技公司诉客户硬件工程公司案”之外，其他案例均没有将“接触技术措施”能间接防止版权侵权作为对其加以保护的前提。例如，美国第九巡回上诉法院在2010年底判决的“MDY 诉暴雪案”中，明确反对“Chamberlain 诉 Skylink 案”提出的上述观点，并拒绝将“规避接触控制措施与侵权之间有联系”作为保护“接触控制措施”的前提。^[64]该法院清楚地指出：对已加密作品进行解密（即破解“接触控制措施”）仅能使用户未经许可观赏或收听作品，这种行为并不构成对版权专有权利的侵权。换言之，解密并不一定导致他人复制、发行、公开表演、公开展示或演绎原作品。^[65]

从另一个角度看，如果将版权法保护“接触控制措施”的正当性建立在“接触控制措施”能够间接保护版权的基础之上，就必然意味着对于无法实现间接保护版权功能的“接触控制措施”，版权法加以保护是缺乏正当性的。

在澳大利亚于2004年为实施《美澳自由贸易协定》而修改版权法的过程中，澳大利亚一些立法者和学者强烈反对将版权法对技术措施的保护范围延及那些完全不能防止版权侵权的技术措施。澳大利亚法律委员会提出：“如果被‘接触控制措施’所阻止的使用行为与版权法中的专有权利无关，则这种‘接触控制措施’将不被该（技术措施保护）机制所承认或保护。”^[66]澳大利亚版权法学者菲茨杰拉德教授则指出：“当澳大利亚的消费者合法地购买了版权产品时，就有权对其进行使用，只应受到用于限制或阻止版权侵权（的机制）的控制。是否用于防止版权侵权，应当是判断技术措施是否受版权法保护的标准。如果要以其他理由去保护技术措施，则应当在其他立法中加以保护，无论这种立法是有关消费者的立法还是关于内容管理的立法，但不是版权法中去保

[63] 参见《文化审议会著作权委员会法制问题小委员会技术保护措施工作组报告书》第9—10页，http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_11/pdf/shiryo_1_2_ver2.pdf，2011年2月20日访问。

[64] MDY Industries v. Blizzard Entertainment, 2010 U. S. App. LEXIS 25424, at 15—17.

[65] 同上引案例，第32页。

[66] Intellectual Property Committee, Business Law Section, Law Council of Australia Submission to House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, No. 15, p. 6.

护。”〔67〕这实际上是认为：完全不能起到保护版权专有权利、制止版权侵权作用的“接触控制措施”不应受到版权法的保护。

对此，笔者认为：澳大利亚原版权法只保护用于间接防止版权侵权的技术措施，在逻辑上当然是合理的，但会导致对“接触控制措施”的保护范围过于狭窄。它相当于宣告，在不承认内存中的“临时复制”为复制行为的国家，所有试用版软件中的“序列号”都是不受版权法保护的“接触控制措施”，因为“序列号”只能防止用户在试用期后继续运行软件。这种“运行”仅会导致在计算机内存中对软件的“临时复制”，不能构成复制行为和对复制权的侵权。这样，“序列号”就会因为不能防止版权侵权而无法成为受保护的技术措施，破解“序列号”或出售破解工具的行为也无法根据版权法受到禁止，这对版权人而言当然是极不公平的。

菲茨杰拉德教授在反对用版权法保护不能直接防止版权侵权的“接触控制措施”时，实际上是以“消费者已经合法购买版权产品”为前提的。但现实中让版权人利益受损的，却正是大量消费者在未付费的情况下接触作品（如在线阅读、欣赏作品或运行计算机软件）的行为，也即这些消费者并未“合法购买版权产品”。此类技术措施恰恰可以起到防止消费者未经许可接触作品，从而保障版权人利益的作用，不保护这类技术措施是有失公允的。

三、保护“接触控制措施”的正当性

笔者认为，“接触控制措施”是版权人除行使版权专有权利之外，维护自己在版权法中正当利益的手段，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。

版权法的立法目的之一，在于通过使版权人从对作品的利用中获得收益，刺激和鼓励更多的人投身于创作活动。这种收益就是版权人在版权法中的正当利益。版权法实现这一立法目的的传统手段就是赋予版权人以专有权利，用于控制他人以特定方式利用作品的行为。他人如果希望实施受专有权利控制的特定行为，就必须获得版权人的许可并支付报酬，由此使版权人从对作品的利用中获得收益。

在版权人享有某种专有权利，能够控制某种行为的情况下，版权人当然可以设置技术措施防止他人未经许可实施这种行为，以保护自己在版权法上的正当利益。如以特殊的技术手段将软件刻录在光盘中，导致他人用常规方法无法复制软件，从而直接防止他人未经许可对软件实施复制行为。但是，即使版权法没有赋予版权人一种控制他人以特定方式利用作品的专有权利，也只意味着他人未经许可实施这种行为不构成对版权的直接侵权，但并不意味着他人就有权实施这种行为以及版权人不能通过自力救济手段阻止这种行为。

显然，由于版权法没有赋予版权人以接触作品的专有权利，版权法中不会存在针对电影作品的“观看权”、针对音乐作品的“收听权”或针对文字作品的“阅读权”等“接触权”。因此消费者未经许可观看盗版电影、收听盗版音乐或阅读盗版小说并不构成对版权的直接侵权。但这并不意味着消费者就“有权”实施这种行为，因为一方的“权利”对应着另一方的“义务”，否则将会得出“电影权利人有容忍消费者观看盗版电影的义务”这一奇怪的结论。因此，电影权利人对于那些购买盗版 DVD 电影并通过 DVD 播放机观赏的消费者，不能基于版权法起诉其侵犯版权，但却可以采取不为法律所禁止的其他方法降低消费者观看盗版 DVD 电影的可能性，以从消费者为正版 DVD 电影支付的对价中获得收益。这种收益正是版权法所承认的正当利益。

有澳大利亚学者将设置“接触控制措施”与在公共道路上设置路障相比拟，指出：所有权人

〔67〕 The Senate Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, Copyright Amendment Bill 2006 [Provisions], November 2006, p. 36.

对房屋可以行使完整的权利，但房屋之外是公共通道。如果在通道上设置了无法穿越的路障，妨碍了其他居民使用通道的权利，则必须将路障移除。^[68]笔者认为这个比拟无法成立。使用公共通道当然是每一个人的“权利”，任何人都不能依靠设置路障等私力方式加以阻止。但对作品的阅读、欣赏和对计算机软件的运行（即对作品的接触）却并非一项可无条件行使的“权利”。作品权利人以他人支付报酬作为他人阅读、欣赏文学艺术作品和运行计算机软件的条件，与在公共通道上设置路障性质完全不同。例如，美术作品权利人在办画展时，向意欲欣赏者收取费用，只允许缴费者欣赏其画作（也即接触美术作品）。此时不愿意付费的观众绝不能主张美术作品权利人的收费行为就如同在公共通道上设置路障，干涉了自己“接触美术作品的权利”。虽然美术作品权利人并不享有一项用于阻止他人未经许可欣赏其作品的专有权利——“欣赏权”，却可以向欣赏者收取费用。虽然未经许可欣赏美术作品（如趁人不注意溜进展馆欣赏）并不构成对美术作品著作权的侵犯，但此人却不能主张自己“有权”这么做。

由此可见，权利人行使版权法赋予的专有权利，是从对作品的利用中获得收益，实现自己在版权法上正当利益的主要途径，但并非唯一途径。虽然权利人不享有所谓接触权，不能对未经许可接触作品的人提起版权侵权之诉，但并不意味着消费者就享有接触作品的积极权利，更意味着权利人不能采用自力保护手段来维护自己的正当利益。只要不与版权法和其他法律的禁止性规定相抵触，权利人就可以采用行使专有权利之外的其他手段确保只有付费用户才能欣赏文学艺术作品或运行计算机软件，以使自己从作品中获得收益，“接触控制措施”即属于这种手段。如在我国，用户非商业使用盗版软件并非侵权行为，软件版权人无法追究未经许可非商业使用软件者的责任，但这并不意味着版权人不能在软件中设置“序列号”这一“接触控制措施”，以确保只有付费用户才能运行软件。由于“接触控制措施”保护的是权利人在版权法中的正当利益，因此版权法对其加以保护也具有正当性。破解“序列号”并将其出售的行为将导致版权人无法通过“序列号”达到让用户付费使用软件，从而获得合理收益的目的。版权法对“序列号”这一“接触控制措施”的保护，确保了版权人可以实现自己在版权法上的正当利益。^[69]

美国第九巡回上诉法院在2010年底判决的“MDY诉暴雪案”中，在反驳保护“接触控制措施”是为了防止版权侵权的观点时提出：“（如果要求以防止版权侵权作为保护‘接触控制措施’的前提），我们就会剥夺国会赋予版权人的一种重要工具，其确保版权人能从有价值的，对作品的非侵权性接触中获得补偿。例如，版权人可在通过网络提供电影或音乐时使用‘接触控制措施’，以换取（欣赏电影或音乐的用户）直接或间接支付的报酬。”^[70]这实际上也是承认，版权法保护“接触控制措施”的目的在于保障版权人能够从公众对作品的欣赏中获得收益。版权法保护“接触控制措施”的正当性也正在于此。

对版权法保护“接触控制措施”正当性的这一解释，不仅可为现行版权法保护“接触控制措施”的规定提供正当性依据，更为重要的是，它可以为防止版权人滥用“接触控制措施”提供法理依据。如果版权人使用特定“接触控制措施”是为了实现对作品和其他产品或服务的捆绑销售，对产品销售加以区域控制和价格歧视等与版权法上正当利益无关的目的，版权法保护该特定“接触控制措施”就缺乏正当性。这一点对于我国而言尤其具有现实意义。因为《信息网络传播权保护条例》在保护“接触控制措施”的同时，仅规定了四种例外情形，远不能适应现实的需

[68] Evan Arthur, *Transcript of Evidence*, 5 December 2005, p. 13. In House of Representatives Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Review of technological protection measures exceptions* (2006) p. 13.

[69] 美国法院和我国法院均认定破解软件“序列号”的行为违反了版权法。美国的案例见 *Microsoft Corp. v. Silver Star Micro, Inc.*, 2008 U. S. Dist. LEXIS 1526; 我国的案例见“上海地创网络技术有限公司诉北京万户名媒科技有限公司上海分公司案”，上海市浦东新区人民法院民事判决书（2008）浦民三（知）初字第453号。

[70] *MDY Industries v. Blizzard Entertainment*, 2010 U. S. App. LEXIS 25424, at 48.

要。^[71]引入上述版权法保护“接触控制措施”的正当性理论，可以合理地限制版权法对“接触控制措施”的保护范围，以维护版权人与公众之间的利益平衡。

例如，中国联通在中国大陆独家引入了苹果 iPhone 4 手机。为了防止用户从联通购入附有资费套餐的 iPhone 4 手机之后，插入中国移动或电信的 SIM 卡（也即通常所说的“机卡分离”），联通利用技术措施对 iPhone 4 手机与联通服务加以绑定。一旦用户在 iPhone 4 手机中插入了中国移动或电信的 SIM 卡，iPhone 4 手机将自动被锁定。^[72]联通采用的这种技术措施属于“接触控制措施”，因为手机是通过内置的操作系统（软件）进行操作的，该技术措施起到了防止用户未经许可运行手机中的操作系统的作用，也即防止非联通用户“接触”手机中的软件作品。如果有用户破解了该技术措施，并在 iPhone 4 手机中插入中国移动的 SIM 卡，使用中国移动的服务，联通有可能以其破解技术措施为由对其提起诉讼。这种情况下，可以根据上述版权法保护“接触控制措施”的正当性理论，判断联通的这种技术措施是否应当受到版权法的保护。

显然，联通采用“接触控制措施”的意图，并不在于防止用户在不付费的情况下运行 iPhone 4 手机中的操作系统。事实上，凡是需要破解该技术措施的用户都已向联通付费购买了 iPhone 4 手机，从而取得了为正常使用手机而调用其中操作系统的权利。该技术措施的作用在于迫使购买了 iPhone 4 手机的用户只使用联通的通信服务。由于这种“接触控制措施”并非用于保护联通对操作系统（软件作品）在版权法中的正当利益，版权法不应对其加以保护。^[73]

特别需要指出的是，之所以强调“版权人在版权法中的正当利益”，是因为版权人在版权法之外的法律领域也可能存在正当利益。但这种正当利益既然与版权法无关，用于保护这种利益的“接触控制措施”就不应成为版权法的保护对象，而可留待其他法律机制保护。如联通采用技术措施限制用户“机卡分离”的做法，可能存在合同法上的正当依据。因为签约用户之所以能够享受联通针对 iPhone 4 手机提供的优惠套餐，是以其承诺使用联通的服务为前提的。但是，联通要求用户使用联通服务而获得的正当利益，并非版权法中的正当利益。因此，对于用户破解技术措施并使用其他无线通讯公司服务的行为，联通可以要求用户承担违约责任，但却不能寻求版权法的保护。

再如，还有一些“接触控制措施”的作用是实现产品销售上的区域控制和价格歧视，上文中“索尼诉史蒂文斯案”涉及的“控制码”的另一个作用即在于此。由于世界各国经济发展水平不

[71] 《信息网络传播权保护条例》第 12 条规定的可以避开技术措施的四种例外情形是：（一）为学校课堂教学或者科学研究，通过信息网络向少数教学、科研人员提供已经发表的作品、表演、录音录像制品，而该作品、表演、录音录像制品只能通过信息网络获取；（二）不以营利为目的，通过信息网络以盲人能够感知的独特方式向盲人提供已经发表的文字作品，而该作品只能通过信息网络获取；（三）国家机关依照行政、司法程序执行公务；（四）在信息网络上对计算机及其系统或者网络的安全性能进行测试。

[72] 参见《联通关于限制 iPhone 机卡分离公告》，http://news.xinhuanet.com/digi/2010-11/29/c_12826656.htm，2010 年 12 月 1 日访问。

[73] 类似的“接触控制措施”在美国同样存在。根据苹果公司与美国 AT&T 公司的协议，在两年的协议期内 iPhone 手机只能使用 AT&T 的手机网络。为此 iPhone 手机中设置了技术措施，导致用户在合法购买的 iPhone 手机中插入其他无线通讯公司的 SIM 卡后，无法使用 iPhone 手机。对此，美国国会图书馆（美国国会图书馆是一个行政机关，美国版权局即隶属于美国国会图书馆）于 2006 年颁布了允许规避技术措施的情形，规定如果“单纯为了合法地联接到无线通讯网络”，可以对固化在手机中的，使手机联接到无线通讯网络的计算机程序（即用于绑定 iPhone 手机和 AT&T 网络的“接触控制措施”）进行规避。这实际上就是允许破解 iPhone 手机中的技术措施（对这一破解行为，国内俗称“刷机”），使用户能够在 iPhone 手机上使用其他通讯网络（See Library of Congress, Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies, 71 FR 68472-01, at 68476 (2006)）。需要说明的是，美国国会图书馆之所以可以颁布这一例外情形，是因为《千禧年数字版权法》在保护“接触控制措施”的同时，还规定在该法颁布后的两年，以及此后每三年，应由美国国会图书馆通过行政规则制定程序，颁布例外情形，也即允许规避“接触控制措施”的情形（See 17 USC 1201(a)(1)(C)）。据此，美国国会图书馆已经分别于 2000 年、2003 年、2006 年和 2010 年四次颁布了例外情形。在我国缺乏这种机制的情况下，根据版权法保护“接触控制措施”的正当性理论合理限制版权法保护“接触控制措施”的范围，就显得特别重要。

同, 消费水平不一, 索尼公司将全球的销售区域进行了划分, 如相同的索尼 PS2 游戏机在日本与美国的售价就不同。为了防止消费者从低价区购买游戏机使用, 索尼公司在不同区域销售的 PS2 游戏机和游戏光盘中设置的“控制码”是不同的, 这导致消费者无法在日本销售的索尼 PS2 游戏机上运行在美国销售的正版游戏光盘。当然, 区域划分和价格歧视是跨国公司常见的营销策略, 本身并不一定违法。^[74]但借助“接触控制措施”实现产品销售的区域划分和价格歧视与权利人在版权法上的正当利益并无关系, 版权法对其加以保护并无正当性可言。^[75]

Abstract: To implement WIPO Copyright Treaty, China and many other countries have amended the copyright law to protect both the “access control measures” which restrict unauthorized access to literal, artistic works or computer programs, and the “copyright protection measures” which prevent unauthorized reproduction, transmission or other infringing activities. The protection of the “copyright protection measures” by the copyright law is easy to be justified since this type of technological measure is a means to protect copyrights. However, unauthorized access to copyrighted works, including reading or watching pirated novels or movies, does not infringe the copyright, so the effect of the “access control measures” is not to protect copyrights. Therefore, the justification for protecting the “access control measures” by the copyright law becomes a highly controversial issue.

One explanation bases the justification on the view that the “access control measures” can directly protect the exclusive right of reproduction by restricting temporary copying and the so-called exclusive “right of access” by restricting unauthorized access to works. This explanation is not well grounded since the “access control measures” cannot protect the right of reproduction in a country such as China where the temporary copying is not covered by the right of reproduction, and the hypothetical “right of access” does not actually exist in the copyright law. Another argument is that the “access control measures” have the effect of indirectly preventing copyright infringement by restricting access to works. But the fact is that only very limited number of “access control measures” can protect copyrights indirectly.

This paper proposes that the justification for the copyright law to protect the “access control measures” arises from the fact that the measures can safeguard copyright owners’ legitimate interests recognized by the copyright law, i. e. , to receive financial benefit from others’ exploitation of the works. In accordance with this theory, if an “access control measure” does not safeguard such legitimate interests, it should not be protected by copyright law.

Key Words: technological measure, access control measure, copyright protection measure, right of access

[74] Dale Clapperton, Stephen Coronos, *Locking in Customers, Locking Out Competitors: Anti-Circumvention Laws in Australia and their Potential Effect on Competition in High Technology Markets*, 30 Melbourne University Law Review 657, 690 (2006).

[75] 2006年澳大利亚修改版权法时, 明确限定了保护“接触控制措施”的条件, 其中规定: 如果“接触控制措施”用于电影或计算机软件(包括计算机游戏)时, 能够阻止在澳大利亚播放(运行)从澳大利亚之外获得的非侵权复制件, 借此实现对区域划分控制, 则该“接触控制措施”不受保护。See Australia Copyright Act (revised in 2007), 10(1), Access control technological protection measure (c). 同样, 我国立法中尚不存在这样的明确限制, 这就凸显了承认上述版权法保护“接触控制措施”正当性理论的重要性。