

对技术措施直接规避行为 构成独立的版权侵权的质疑

董慧娟

内容提要：在WCT和WPPT等国际公约的明确要求下，版权法上对技术措施的反规避保护在许多国家的立法中早已尘埃落定；但对于直接规避技术措施的行为本身能否、应否直接被认定为独立的版权侵权行为这一问题，却鲜有学者深入探讨。我国现行法规定的过于简单很容易导致人们认为：单纯的技术措施直接规避行为即构成一种独立的版权侵权行为或形态。实际上，这种认识是不妥的，不仅在法理上经不起推敲、缺乏缜密论证，在司法实践中也是十分危险且有害的。以域外司法实务为鉴，我国著作权法中的技术措施反规避保护急需重新定位。

关键词：直接规避行为 技术措施 构成要件

Abstract: The protection provided for Technological Measures is confirmed by copyright law in many countries under the requirement of international conventions such as WCT and WPPT. However, there are few researches on whether circumvention of Technological Measures itself should be considered as copyright infringement. According to the provisions of copyright law of China, it seems that the pure circumvention of Technological Measures would be considered as a type of copyright infringement. In fact, this recognition is not only unreasonable in theory of law but also harmful in judicial practice. Therefore, the protection for anti-circumvention of Technological Measures should be relocated in the system of copyright law reasonably based on the learning of foreign legislation.

Key Words: direct circumvention; technological measures; constitutive requirements

在《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)等国际公约的背景下，技术措施的反规避保护^①在许多国家的立法中均有不同程度的体现，只是保护范围和保护程度有所区别。在版权法中，技术措施的保护显得非常独特而与众不同，有学者称之为“超版权”^②。但在司法实践中，一个十分重要、突出但鲜有学者关注的问题在于，直接规避技术措施^③的行为与针对该技

术措施所保护的作品实施的复制等侵权行为是两种不同的侵权行为形态吗？单纯的直接规避行为本身是否足以构成独立的版权侵权形态？在司法实践的认定中，直接规避行为与版权侵权认定之间是零距离，还是需要其他要件加入后的综合体才足够被认定为版权侵权行为呢？对于上述问题的回答，因解释的方法不同，可能会得出不同结论；而且，基于各国不同的国情、立法方式和司法实务等，在具体认定中可能也存在差异。

作者简介：董慧娟，厦门大学知识产权研究院讲师、硕士生导师，法学博士

基金项目：本文为2015年国家社科基金（青年项目）：《消费者保护视角下的技术措施规制研究》的研究成果（立项批准号为：15CFX043）。

① “反规避”一词是由“anti-circumvention”翻译而来。在我国，著作权法对技术措施的保护主要体现在对技术措施规避行为的禁止；因此，在本文中，笔者将法律对技术措施规避行为的禁止性规定称为“反规避保护”，意为“禁止规避”的保护或规定。

② Dan L. Burk, Anticircumvention Misuse, UCLA L. Rev., 2003, Vol.50, p.1095.

③ 在学界，一般将对技术措施的规避分为直接规避行为和间接规避行为两类，前者指对技术措施的直接规避或破坏，后者是指不直接实施规避行为，而仅为直接规避行为提供规避设备或者服务的行为。

一、我国现行法规定及司法实践

(一) 现行法规定

1. 《著作权法》的相关规定

我国现行《著作权法》中涉及“技术措施”的规定主要是第48条^④第6项。从该条文的表述方式以及8项并列式侵权行为形态的列举来看，“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”，即构成“侵权行为”，“法律、行政法规另有规定的除外”。

2. 《信息网络传播权保护条例》的相关规定

2013年1月新修改后的《信息网络传播权保护条例》则进一步、更为详细地规定了针对技术措施的相关违法行为，主要体现在该法第4、12、18、19和26条。《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，浏览、欣赏属于对作品或其他客体进行访问或接触的情形，而“向公众提供”是

作者等著作权人行使信息网络传播权以及使用作品的行为。可见，该条例所保护的技术措施包括控制访问的技术措施和控制使用的技术措施两种。

该条例第4条明确列举了三种被禁止的规避技术措施的行为：一是不得故意避开或破坏技术措施；二是不得故意制造、进口或向公众提供主要用于避开或破坏技术措施的装置或部件；三是不得故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务。可见，该条例既禁止直接规避行为，也禁止准备行为（即相关规避设备和规避服务的制造、进口或提供）。该条例第18、19条则分别规定了实施规避行为者的法律责任。其中，第18条^⑤第2项的规定非常明确地将“故意避开或破坏技术措施的”行为单独定性为“侵权行为之一”，这与《著作权法》第48条的规定是一致的。

(二) 我国的司法实践

迄今为止，我国司法实务中发生的与技术措施直接相关的案件并不多。代表性案件主要包括：北京精雕科技有限公司诉上海奈凯公司著作权侵权纠纷案^⑥、武汉适普软件有限公司诉武汉地大空间信息有限公司侵犯计算机软件著作权纠纷案^⑦和

^④ 《著作权法》第48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：（一）未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的，本法另有规定的除外；（二）出版他人享有专有出版权的图书的；（三）未经表演者许可，复制、发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演的，本法另有规定的除外；（四）未经录音录像制作者许可，复制、发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品的，本法另有规定的除外；（五）未经许可，播放或者复制广播、电视的，本法另有规定的除外；（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；（七）未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利管理电子信息的，法律、行政法规另有规定的除外；（八）制作、出售假冒他人署名的作品的。”

^⑤ 《信息网络传播权保护条例》第18条规定：“违反本条例规定，有下列侵权行为之一的，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，非法经营额5万元以上的，可处非法经营额1倍以上5倍以下的罚款；没有非法经营额或者非法经营额5万元以下的，根据情节轻重，可处25万元以下的罚款；情节严重的，著作权行政管理部门可以没收主要用于提供网络服务的计算机等设备；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（一）通过信息网络擅自向公众提供他人的作品、表演、录音录像制品的；（二）故意避开或者破坏技术措施的；……”

^⑥ 具体案情可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，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。在此仅探讨该案中与技术措施有关的部分，不涉及该案中的计算机软件的发表权等其他问题。

^⑦ 主要案情介绍：原告武汉适普公司对自主开发的VirtuoZo NT全数字摄影测量系统相关软件（以下简称NT软件）享有著作权，地大公司向原告购买了7套该软件用于生产。2007年，原告发现被告未经许可而在生产用电脑上擅自安装并使用了至少50套该软件，遂将被告诉至法院，称被告的安装、使用行为侵犯了自己的软件著作权，要求停止侵害、赔偿损失。被告除擅自复制、安装和使用NT软件外，还有规避相关技术措施的行为和嫌疑。因为NT软件的安装和使用，需要使用户将网卡号传给原告，由原告进行加密授权，生成软件许可证由用户复制到指定目录、再运行执行文件从而完成安装过程。一般情况下，这是一种一对一的安装，是原告主动采取了技术措施的结果。而被告在被合法授权的使用之外，明知该软件设置了加密保护措施，仍破解其技术措施，对核心加密文件进行复制并在生产用电脑上安装和使用。因此，法院认为，原告所采取的加密措施在通常情况下能起到阻碍普通人非法使用的预防侵权效果，被告的破解行为构成侵权。详细案情请参见陈嘉欣：《评武汉适普软件有限公司诉武汉地大空间信息有限公司侵犯计算机软件著作权纠纷案——对比北京精雕科技有限公司诉上海奈凯电子科技有限公司著作权侵权纠纷案浅论技术措施的构成要件》，载《中国商界》2010年第7期，第164页。

文泰刻绘软件著作权案^⑧。这几个案件有两个共同点：第一，原告都以被告规避或破坏自己的技术措施这一直接规避行为（而非间接规避行为）为由主张被告侵权并赔偿相应损失；第二，法院基本都遵循两个步骤来进行审理，首先审查诉讼中所涉及的所谓的“技术措施”是否属于我国著作权法等相关法所规定的适格的“技术措施”^⑨，其次审查被告是否有“规避”或“破坏”该技术措施的行为。在完成以上两个主要步骤后，法院会得出基本结论。

（三）小结

从我国相关立法规定来看，《著作权法》和《信息网络传播保护条例》均明确列举了规避或者破坏技术措施的行为这一“侵权行为”的种类，因此，直接规避技术措施的行为本身似乎就足以单独构成版权侵权行为了。在我国司法实践中，从为数不多的几个相关案例的审理过程和结果来看，法院也基本都是严格依照法律规定进行侵权与否的判断：在确定相关技术措施“适格”后，重点审查被告是否实施了直接规避（或破坏）行为；直接规避行为与侵权认定之间是简单的直接对应关系，无需考虑其他要件。

然而，本文认为，无论是我国立法的上述规定、司法中的上述做法，还是学界的类似认识，均缺乏可认同性，是值得商榷的。在简单地地下结论之前，我们似乎应当认真审视、慎重求证，看其是否符合版权的立法目的，是否合乎法理。

二、直接规避行为规制的域外法考察

鉴于我国与技术措施保护相关的案例屈指可数且不具有典型性和相当的参考价值，我们不妨重点考察其他国家在司法实务中的做法。事实上，有的国家在技术措施保护的相关立法和司法实务中十分强调技术措施与其防止或抑制版权侵

害的目的之间的重要关联，并通过严格的解释方式缩小了版权法所保护的技术措施的范围，如澳大利亚；有的国家虽在立法上并未十分明显地强调技术措施与版权侵害两者之间的关联，但在司法实践中似乎逐渐意识到了割断两者的联系可能造成的危害，从而表现出了强调两者之间的合理相关性的倾向和态度，如美国。

（一）澳大利亚

澳大利亚是上述两类国家中前者的典型，其在版权立法中一向强调技术措施的目的须为“防止或抑制版权侵害”，^⑩且在司法实践中也很强调技术措施与防止版权侵害之间的关联性。在Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment一案中，澳大利亚高等法院认定，Sony公司的电脑游戏主机PlayStation中所含的、防止他人将未经授权制造的游戏片使用于主机内的装置并不属于《版权法》第10条所规定的“技术措施”。^⑪澳大利亚强调两者之间的重要关联，其目的在于缩小禁止社会公众规避的技术措施的范围，从而为社会公众的合理使用保留必要的空间。本文认为，澳大利亚一向非常注重版权法中私人利益与公共利益的平衡，而且是在该方面做得比较好的典型代表。

（二）美国

单纯从立法条文的表述来看，我国与美国的立法风格是基本一致的，美国是认为规避本身即构成独立的版权法上的侵权行为的代表性国家，但从司法实践看，似乎可以得出完全不同的结论。

一方面，在美国的版权立法中，我们几乎看不出技术措施“反规避条款”或“反交易条款”与版权侵害之间需要有何直接关联；甚至有学者直接指出，美国的DMCA是“无关联性立法模式的典型代表，即法律保护的技术措施受到规避并不需要导致版权侵权的发生或危险”。^⑫另一

^⑧ 主要案情介绍：原告北京文泰世纪科技有限公司是文泰刻绘系统软件的著作权人，原告对软件采取了“DISCGUARD”光盘加密验证技术这一技术措施。被告孙晓峰、香港创造国际科技有限公司和瑞精创造科技（深圳）有限公司在购买上述软件后破解了原告的技术措施，还在其网站上提供补丁压缩文件“1234”——一种“文泰解密补丁”软件，该软件能规避原告的技术措施，使用户轻松实现对原告的文泰刻绘软件的使用。为此，原告将三被告告诉至法院，认为被告破解了自己的技术措施，侵犯了软件著作权，要求被告停止侵权、赔偿损失。经深圳市龙岗区人民法院审理，该案以原告胜诉而告终。法院判令被告立即停止规避原告技术措施的行为及提供规避工具的行为，并连带赔偿原告经济损失10万元人民币。详细案情参见深圳市龙岗区人民法院民事判决书（2009）深龙法民初字第4153号。

^⑨ 在审查技术措施的适格性时，一般重点审查该技术措施是否具备有效性、防御性（或正当性）、合法性、相关性等特点或条件。

^⑩ 参见澳大利亚《数字议程法案》第10条第1款对“技术措施”的界定。

^⑪ Stevens v. Kabushiki Kaisha Sony Computer Entertainment, 221 A. L. R. 448, at 47, 143 and 228 (High Court of Australia, 2005).

^⑫ 马利：《版权技术措施的反思与完善——以“使用者权”为研究视角》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2012年第2期，第61页。

方面,在美国司法实践中,对技术措施保护相关条款的违反通常被视为一项不同于一般版权侵害的独立的诉因,或者说,规避技术措施的行为被当成了一种独立的侵权形态。事实上,美国已有部分相关案例开始表明法官在该问题上的另一种倾向或者走向:对技术措施规避行为与版权侵权之间关联的淡化,并不是美国法官的统一做法;有不少法官及法院已经意识到,要求两者之间存在合理的相关性不仅是必要的、而且也是非常重要的。

例如,在2004年的Chamberlain Group, Inc. v. Skylink Technologies, Inc.^⑬一案中,法院分析了DMCA中禁止规避规则与版权的关系,认为“无论从条文的内容结构还是从立法历史上看,均显示DMCA第1201条仅仅适用于与保护版权有合理联系的规避行为上。被告若以提供规避接触控制的技术措施的工具之方式以促进侵权行为,可能要承担第1201条(a)(2)规定的责任;但并非为促进侵权行为而提供规避工具,被告则不应根据第1201条承担责任”。^⑭更关键的是,该法院还认为,要想依据第1201条追究相关“规避工具”提供者的法律责任,就必须证明该“规避工具”的提供与版权侵害的存在或者对版权的严重威胁性的存在之间有联系,^⑮“Chamberlain想让我们得出在接触与版权之间没有必要的联系存在这一结论,但国会不可能有意图对DMCA作如此广义的理解”。

又如,在2005年的Storage Tech. Corp. v. Custom Hardware Eng'g & Consulting, Inc.^⑯案中,美国联邦法院认为,“被告的行为并未达到侵犯版权或者帮助侵犯版权的程度,因此,原告没有依据DMCA进行诉讼的可能”;^⑰该法院还认为,即使规避原告的保护系统这一行为可能违反了原告与消费者之间的合同,该规避行为也不应当是违反了DMCA,因为该合同下的权利不是受版权法的保护。如若不能证明版权法保护的权利与规避技术措施之间有联系,就不应当认定被告有违反DMCA禁止规避条款的行为。^⑱

(三) 德国

巧合的是,德国《著作权法》的相关规定也明确体现了类似的观点。德国《著作权法》第95条a的第1款规定的是对技术措施的“禁止规避”,但该禁止性规定“是以受著作权保护的作品或者受著作权法保护的邻接权为前提的,这一规定还要求规避人有着‘在不征得权利人同意的情况下致力于接触保护客体或者对该客体进行使用的’故意”,“规避故意这一条件要求行为人的规避目的明确或者从当时的情况来看应当明确”^⑲。

(四) 日本

日本《著作权法》为技术措施所提供的保护十分有限。该法所禁止的规避行为仅限于直接规避行为之前的“准备行为”(或谓间接规避行为),即对规避设备或工具的交易以及规避服务

^⑬ 381 F. 3d 1178, 1204 (Fed. Cir. 2004).

^⑭ REICHMAN, JEROME H., DINWOODIE, GRAEME B. & SAMUELSON, PAMELA. A Reverse Notice and Takedown Regime to Enable Public Interest Uses of Technically Protected Copyrighted Works[EB/OL]. Berkeley Technology Law Journal, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1007817>, 38.

^⑮ 在该案中,联邦巡回上诉法院认为,美国DMCA第1201条a项第2款的违反,仅限于所提供的规避工具可使他人实施与版权有关的规避行为。原告(顾客)在买入电子车库门锁后,对于电子车库门锁有使用,即包括利用万能门锁开启器开启电子车库门锁的权利,因此,顾客在规避防接触措施而开锁的行为。

^⑯ 421 F. 3d 1307(Fed. Cir. 2005). 基本案情:原告生产了一种被称为“自动磁带盒图书馆”的大数据存储产品,该产品售出后,消费者仅被允许通过其中的代码设置来使用该产品,但不能对其进行维护。被告是以维护该产品为服务内容的商家,为实现维护产品的目的,被告开发了一种能规避原告的保护系统的密码的程序,从而能为原告为消费者诊断并修复上述产品。原告认为被告违反了DMCA的禁止规避条款,侵犯了其权利。

^⑰ Storage Tech. Corp. v. Custom Hardware Eng'g & Consulting, Inc., 421 F. 3d 1307(Fed. Cir. 2005).

^⑱ See Storage Tech. Corp. v. Custom Hardware Eng'g & Consulting, Inc., 421 F. 3d 1307(Fed. Cir. 2005).

^⑲ 可参见德国《著作权法》第95a条第1款的规定:“1.只要行为人明知,或者根据情况应知,规避为保护本法保护的著作,或者本法保护的其他客体的有效技术措施将导致访问该著作或者保护客体,或者导致其利用,不经权利人许可,不得规避该技术措施。”参见[德]M·雷炳德:《著作权法》(2004年第13版),张恩民译,法律出版社2005年版,第575-576页。

的提供,而不包括直接规避行为本身;^{②0}其次,即使是在《著作权法》关于禁止规避技术措施的几个有限的条款中,所指称的“技术措施”均仅限于保护权利的技术措施,而不包括控制接触的技术措施;而且,在对准备行为予以禁止时,仅以“主要功能是用于规避技术措施的设备或者计算机程序”为禁止对象。^{②1}另外,在日本的立法中,无论是控制接触的技术措施还是保护权利的技术措施,法律仅禁止商业性的和公开性的提供规避设备或者规避服务的行为;为私人目的而私下进行的相关行为则不在打击范围之内。值得注意的是,日本法并未将对技术措施的破坏行为本身定性为违法。

(五) 小结

从上述分析不难发现,从司法实践来看,美国与澳大利亚虽然具体做法不同,但却殊途同归,总体思路和趋势是不谋而合的。与美国和澳大利亚相比,德国对“禁止规避”技术措施的适用条件的规定更为严格,不仅强调要以保护版权或邻接权为前提、强调技术措施保护与防止版权侵害之间的关联性,而且须有规避的“故意”。从立法来看,日本是较为保守的,其保护力度是较为适中和合理的,不乏我国可借鉴之处。

本文认为,总的来说,以上若干国家的做法并非巧合,而是已经充分意识到技术措施反规避保护制度的扩大适用可能存在的潜在危险,特别是将对广大社会公众的利益造成的不可弥补的伤害,比如科技进步、残障人士对作品和信息的可及性、网络安全、消费者自由、隐私保护、言论自由、信息交流、合理使用的空间和范围,等等。

三、直接规避行为本身不宜被认定为独立的版权侵权

以上的域外法司法经验已经证明了一个事实或趋势:不少法官或法院已经认识到,强调技术措施直接规避行为与版权侵害之间的关联,是版权法中技术措施反规避保护的应有之义。本文也认为,规避技术措施的直接行为本身不适宜、也不足以构成一种独立的著作权侵权行为。主要原因在于,将规避行为本身视为版权侵权行为的认识无法实现在法理等层面的自圆其说,至少存在以下几个方面的缺陷。

(一) 不符合法律逻辑以及传统的法学理论

从应然的角度,结合我国刑法学及传统版权法相关法学理论而言,本文认为,如若行为人出于侵犯版权的目的而规避技术措施,并在规避后实施了传统版权法规定的侵犯版权的行为,如非法复制、篡改等,此时的规避行为是手段,侵犯版权是目的。如前所述,两个前后相继的行为相结合而构成了对版权的侵犯,不能强行分开、作为两种不同的侵犯版权的行为来看待。若规避行为与复制行为是不同主体所为,则构成共同侵权。倘若作相反解释,在逻辑上和法理上似乎显得过于牵强。^{②2}

(二) 在司法实务中易导致版权人权利无限扩大之危险

换一个角度再看,在我国司法实践中,倘若彻底抛开所有其他的潜在要件——尤其是规避者侵犯版权的非法目的、技术措施的有效性、技术措施的防御性等要件——而直接将单纯的规避行

^{②0} 根据日本《著作权法》第120条之二的规定,除了对规避设备或计算机程序等规避工具的交易等行为予以禁止外,对其他规避行为的禁止仅限于“以应公众的要求而为规避行为为经营”的情形,其实质是对提供规避服务的禁止。因此,一般认为,日本《著作权法》对直接规避行为并不予以禁止。可参见陈锦全:《日本著作权法关于技术保护措施之修正(下)》,载《智慧财产权杂志》2000年卷,第27页。

^{②1} 部分我国台湾地区学者也持类似观点,如:章忠信:《著作权法制中“科技保护措施”与“权利管理资讯”之探讨(上)》,载《万国法律》2000年总第113卷,第45页;许富雄:《数位时代合理使用之再探讨——以反规避条款为中心》,台湾中原大学2004年硕士论文,第177-185页。

^{②2} 学者李琛也不赞同将破坏技术措施的行为视为侵犯著作权的行为。她认为,“侵害著作权行为的逻辑特征是非常明显的,只能是非法利用作品的行为。郭禾教授通过细致的形而上学的分析,得出的结论是:‘有关国际条约和相关国内法中所禁止规避或破解技术措施的行为不是直接侵犯著作权的行为,更不是一种侵犯著作权财产权的行为。技术措施权利人在这里所享有的权利自然也不是著作权。’但是,如此细致的理论分析为数甚少,所谓的‘技术措施权’的概念借助国际条约的影响,会塑造一批国内法,反过来成为理论的‘依据’。”见李琛著:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第96页。

为本身全部认定为版权侵权行为，将产生极大的危害，社会公众也是无法接受的。因此，本文认为，我国《著作权法》第48条第6款在适用时必须结合其他的侵权构成要件。我们不能也不应当将该条款的规定理解为“单纯的规避技术措施行为本身即足以构成独立的侵权形态”；倘若作此理解，许多本应属于合理使用的合法行为可能都会面临着被视为侵权的风险或危险；换句话说，在此种情况下，我们需要无限地、不断地扩充若干项侵权的例外情形，这种立法方法是不可取的。与其如此，我们倒不如将相关条文做狭义解释，补充其他的侵权构成要件，以矫正有可能导致的侵权行为范围泛化或无限扩张的不良状况。

（三）从民事救济手段可以反推出其不合逻辑性

虽然WCT要求缔约国针对技术措施的保护应提供有效的法律救济，但并未明确须提供什么样的法律救济措施。一般而言，大多数国家是直接套用传统版权保护手段，即将版权法上关于版权侵权救济的相关手段及法律责任直接适用于技术措施的反规避保护之上。撇开刑事责任和行政责任不谈，我们仅审视其民事救济方式。就民事救济而言，传统意义上版权受侵害的损害赔偿，一般的重点在于考察版权遭侵害所造成的市场替代状况；^②若法院支持损害赔偿额的给付，须根据权利人的损失或者侵权人的获利来计算，仅在这两个方面均无法举证、不甚明朗的情况下，法官才可能转而适用法定赔偿条款。

倘若允许技术措施的反规避保护完全抛开对作品的利用或者相关潜在危险的构成要件而单独成立版权侵权行为，将不存在所谓的损失或者获利问题；特别是当单纯的规避行为、规避工具或服务被提供，但无相关的版权侵害行为，也未造成实际损失或潜在威胁时，根据“无损害即无救济”的侵权法基本原理，此时的民事救济是完全没有必要的。另一个相关问题在于，倘若在规避行为之后又有传统的版权侵权行为（如对作品的商业利用），那么，这两个前后相继的行为是否将被认定为两个各自独立的侵权行为呢？这两个行为所导致的损害赔偿是应当一起主张、还是分别主张呢？若构成单独的、不同的诉因，

那么各自的损害认定规则又如何？就司法实践的操作而言，若规避行为本身即构成侵权行为，其所产生的民事损害是难以衡量或评估的。由于规避（或破坏）的是技术措施本身，即使部分技术措施本身的价值评估是可行的，将对技术措施本身的赔偿作为侵权的民事救济既不符合版权法保护技术措施的宗旨，也不符合法律逻辑；毕竟，版权法并非为了保护技术措施本身而保护技术措施，在此种版权侵权行为中，是版权而非技术措施本身遭受了侵害。

（四）直接规避行为本身的复杂性排斥简单的侵权认定

现实生活中存在林林总总的规避技术措施的行为，其性质并不能一概而论，而要视其目的、方式及其结果；既有可能构成侵权行为，也可能属于合法行为，如私力救济、合理使用等。在此背景下，完全不考虑其他因素，仅仅规避行为本身即被视为版权法上侵权行为，显然是违反立法本意的，尤其是在法律本身已列举出若干侵权例外情形的背景之下。因此，本文认为，规避行为被认定为版权侵权行为，应在给予充分的谨慎审查并结合其他构成要件的情况下进行认定，不应草率。而且，一般的规避行为都应属于不构成侵权的范围，而不是现在我们的立法所呈现出来的：一般未经许可的规避行为都构成侵权，不构成侵权的是例外情形。

（五）超出相关国际公约要求的保护范围和水平

虽然西方发达国家及其版权产业界积极推动技术措施反规避保护的立法的目的旨在为技术措施谋求绝对的法律保护，但从世界知识产权组织（WIPO）的谨慎心态尤其是最终形成的WCT、WPPT相关条款相对保守的内容来看，WIPO的真正目的在于：将规避技术措施这一普遍、典型的侵权手段予以突出强调，以引起各国重视从而提供相关救济。因此，从相关国际公约强调对技术措施予以反规避保护的本来目的来看，其本质是为版权提供保护，规避技术措施不能完全抛开对版权的保护这一目的而单独构成某种纯粹的、独立的版权侵权行为或形态。否则，将根本改变版权法提供此种保护的初衷，也高于

^② 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：以检讨我国 著作权法 第80条之2为中心》，载《台大法学论丛》2009年第2期，第320页。

WCT、WPPT所明确要求提供的保护水平，可能导致赋予版权人某种垄断权以及某种超预期的意外利益或者收获。

四、技术措施保护在版权法中的重新定位

对于我国著作权法对技术措施规避行为的相关规定，有学者曾鲜明地提出批评意见。有人指出：“将规避技术措施的行为作为一种与侵犯著作权行为相关的行为，规定在《著作权法》中，并非完全不可；只是对这一行为的性质应当有一个相对清楚的认识”，“从我国法律的条文上看，并不能直接得出规避技术措施的行为定性为侵犯著作权的行为”。^{②④}还有学者评论道：“我国《著作权法》将‘规避或破解技术保护措施’等行为定性为著作权侵权行为，但这种定性值得检讨。”^{②⑤}

本文赞同上述学者的观点。从上述论证可见，无论是从法学理论和法律逻辑的角度分析，还是从近几年美国、澳大利亚、德国等国在司法实践中的态度和趋势来看，加上对社会公众的心理认同、心理承受能力等的考虑，不难得出同一个结论：技术措施直接规避行为都不能也不宜被认定为一种独立的版权侵权形态，至少必须强调其与防止或抑制版权侵害这一目的之间的紧密关联性。这一点不言而喻。

对我国来说，承认对技术措施的反规避保护，本来是迫于相关国际公约规定不得已而为之。考虑到技术措施本身与社会公众、竞争者等群体的利益攸关，我国实有必要严格对技术措施的保护条件、限缩对技术措施的保护范围。本文认为，我们应当为回归立法本意而改变现行法律规定的表述方式，将技术措施规避行为与传统的版权侵权行为建立起必要关联，将这两个行为一并作为版权侵权行为的典型方式之一予以列举或强调。

目前正值我国著作权法最新修订的重要阶段，在本次修订之时，我国或许可以考虑，在规避技术措施的行为构成版权侵权行为的构成要件

中，明确增加一个要件——规避行为之后须有传统的版权侵害行为或规避行为本身对版权侵害具有现实威胁性——以明确显示规避技术措施与版权侵害行为之间的关联性。唯有如此，才不致造成不必要的误会，导致法律适用或者法律解释上的困难甚至混乱。这一问题，即使是在2014年6月6日向社会公布并征求意见的《中华人民共和国著作权法》（修订草案送审稿）中，仍未得到根本性解决。^{②⑥}

从根本上讲，本文并不赞同将单纯的技术措施直接规避行为在立法中定性为一种侵权或者违法行为。因为，从日本等对技术措施反规避保护持保守和保留态度的国家的立法可以看出，直接规避行为与间接规避行为两者毕竟是截然不同的，在性质、危害性、影响、主体等方面均存在重大区别，立法对这两者理应采取不同的态度和评价。直接规避行为应当享受一般性豁免待遇，而间接规避行为则应予以一般性禁止。退一步说，就算我国在立法上有必要严格规制直接规避行为，仅有规避或破坏技术措施的行为也不宜单独被认定为构成版权侵权行为，而须结合规避的故意，对作品或其他对象的复制、使用等传统的侵权行为（造成实际损害或威胁），才能共同被认定为版权侵权。

可能有学者会提出，若不将单纯的技术措施直接规避行为认定为版权侵权行为，那么，立法中将技术措施反规避条款单独列出有何必要或实益呢？在版权法中，我们在对技术措施直接规避行为予以重新定位时，一个可供参考或斟酌的解决方案是：当技术措施直接规避行为和版权侵权行为（或危险）由同一主体实施时，规避行为的性质可被视为版权侵权行为过程中的一个组成部分，或谓辅助性行为；^{②⑦}当上述两个行为由不同主体分别实施时，在某些情况下则构成共同侵权行为。如此一来，技术措施反规避保护条款的独特价值，无疑也得到了较好的印证和突显，尤其是在后面一种情形下。这才是技术措施反规避保护这一“超版权”条款更为理想的归宿和发展方向。■

^{②④} 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，第17页。

^{②⑤} 祝建军：《对我国技术保护措施立法的反思——以文泰刻绘软件著作权案一审判决为例》，载《电子知识产权》2010年第6期，第73页。

^{②⑥} 这是因为，该“送审稿”中关于技术措施反规避保护的规定和内容根本上看仍是延续了我国现行著作权法的规定和精神。详见《中华人民共和国著作权法》（修订草案送审稿）第68、69、71和78条。

^{②⑦} 在此，可考虑借用刑法中的“手段行为”或“准备行为”等术语。