



下

第七届北京市律师协会专业委员会论文集

SHIYE

dijiqie beijingshi
lvshixiehui zhuan yewei yuanhui lunwenji



北京市律师协会 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



下

第七届北京市律师协会专业委员会论文集

北京市律师协会 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

视野:第七届北京市律师协会专业委员会论文集. 下册/北京市律师协会编. —北京:法律出版社, 2009. 3
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9174 - 4

I. 视… II. 北… III. 律师业务—中国—文集 IV.
D926.5 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 017219 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐 晶

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787×960 毫米 1/16

印张/46.5 字数/873 千

版本/2009 年 3 月第 1 版

印次/2009 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9174 - 4

定价:148.00 元(上下册)

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

九、知识产权法

关于网络环境下电影作品著作权保护的若干思考	葛小鹰(803)
论转载者的法律责任	黄 晓(817)
论数字版权产业交易模式法律风险控制	李德成(824)
农业企业的知识产权保护	马东晓(831)
评商标法第十五条“代理人”的概念	马东晓(839)
研读网络域名争议案例的几点体会	马 政(845)
钱立武诉修某、文化音像出版社等四被告音乐著作权侵权案	舒 梅 朱寿全(850)
论美术作品抄袭的认定	
——对故宫博物院院徽著作权纠纷案的思考	孙 斌(854)
新媒体冲击下的报业版权保护策略	王 进(859)
非法目的软件的法律实务分析和治理策略	魏士廩(865)
未注册的“驰名商标”认定问题	
——“长城”商标侵权纠纷案的判决评析	徐家力(871)
中国软件和互联网企业的商业方法专利策略	杨安进(876)
论中国汽车生产企业海外市场销售模式与知识产权保护	杨 娟(889)
“火柴棍小人”形象著作权纠纷案浅析	于再灵(896)
论互联网商业方法专利问题	张万臣 张 韬(901)
从《千手观音》谈舞蹈作品的署名权	周俊武(906)
“馒头”引发的对中国著作权合理使用原则的思考	马 建(914)

十、财 税 法

- 工程总承包适用混合销售纳税规则的探讨 姜 玮 (920)
- 非居民企业所得税问题解析 姜 玮 (928)
- 香港居民个人担任内地企业董事和高层管理职务缴纳个人所得税
法律实务 牛宝辉 (934)
- 律师如何运用会计知识实现诉讼目的 张 鹏 (938)
- 律师从事涉税法律业务的机遇 张贤志 (947)

十一、国际经济法

国际贸易中的提单欺诈

- 对一起国际贸易纠纷案的法律透视 董 箫 (951)
- 我国海事赔偿责任限制基金制度之思考 蒋五四 段 雷 (954)
- 律师在加强企业应对 REACH 能力中的作用 李圣敬 王演兵 (961)
- 我国参与 WTO 争端解决机制的管理机制的完善 李圣敬 王演兵 (966)
- 中国海外投资保证制度的构想 梁永文 (973)
- 国际商事仲裁自裁管辖权原则探析 刘 堃 (980)
- 国际矿业投资的法律与实践 钱学凯 (986)
- 因还款协议引起的纠纷是否适用原合同中的仲裁条款 肖树伟 (993)

十二、环境资源法

关于建设项目环境影响评价法律法规合法性审查的几点思考

- 胡玉来 梁文环 (996)
- 小议风电的开发权制度与核准程序 王卫东 (1001)

十三、劳 动 法

- 浅析国有企业改制中劳动关系的处理 房立棠 (1008)
- 难以敲响的法槌
——对飞行员辞职案件中各方诉求和裁判方困惑的法理
追问 航空法专业委员会 (1014)
- 双重劳动关系探析 何淑光 (1028)

事实劳动关系的确认	金晓莲(1032)
同工同酬原则的理解与适用	苏文蔚(1037)
浅谈用人单位如何应对《劳动合同法》	吴央勤(1043)
补偿还是赔偿	
——李某工作受伤案案例实务分析	徐玉领(1051)

十四、民事诉讼法

论 ICC 仲裁院仲裁案件的审理和裁决的承认与执行	陈洪武(1057)
浅析 DAB 机制及在我国的适用	程建平(1078)
医疗纠纷第三方调解机制研究	范 贞(1084)
修改后《民事诉讼法》执行程序若干问题的探讨	高警兵 宋建萍(1091)
仲裁裁决对案外第三人利益侵害及防止	刘会利 周 征(1095)
民事诉讼中的举证期限和证据交换	宋合成(1107)
公证书撤销权的法律解析	孙 健(1115)
民事诉讼如何实现检察监督	
——浅析民事执行程序中的检察抗诉制度	孙兰英(1121)
浅谈国际商事仲裁协议中的当事人意思自治	韦庆岳(1125)
商事仲裁程序中专家证据的适用	韦庆岳(1135)
一起涉外买卖合同纠纷仲裁案的启示	温纪明(1144)
构建民事执行检察监督制度的必要性	吴慧芳(1149)
论民事诉讼当事人及其诉讼代理人的取证权利及其程序保障	徐 灿(1155)
行政处理与民事诉讼的关系	赵保生(1177)

十五、刑事诉讼法

论死刑复核程序的参与主体	常 铮(1180)
刑事诉讼案件的辩护技巧	陈文海(1187)
试论人民法院应当设立程序保障法庭	
——突破刑事司法改革瓶颈的制度设计	韩 冰(1192)
浅论我国刑事诉讼中证人出庭作证存在的问题及对策	胡晓华(1196)
完善刑事诉讼证人出庭制度的思考	霍艳丽(1204)
浅谈刑事诉讼中证人出庭作证立法与实践	吕明标(1213)

论律师审查起诉阶段的辩护职能	魏大忠(1222)
浅议刑事简易程序中的不公正现象	席公民(1226)
论刑事庭审中律师质证的技巧	许兰亭 靳学孔(1230)
新《律师法》对刑事辩护工作的促进作用	杨矿生(1238)
关于撤销缓刑程序的法律思考	于 君 曹鹏志(1244)
论刑事庭审中的审判长	张燕生(1248)

十六、刑 法

浅谈刑事附带民事诉讼法律制度存在的问题	白洪涛(1256)
侵犯人身权利犯罪死刑案件的辩护	陈海航(1261)
巨额财产来源不明罪的推定属性研究 ——兼论《刑法修正案(七)》草案相关内容完善	焦 鹏(1267)
浅析涉黑案件中对犯罪嫌疑人合法财产的保护	李肖霖(1281)
浅议侵犯商业秘密罪	刘文元 张 静(1295)
浅谈干股能否成为受贿标的	陶化安(1302)
论非法占用农用地罪	杨晓虹(1306)
关于“野生动物制品罪”的法律思考	张 华(1311)
论黑社会性质组织的法律界定	张青松(1316)
委托与委派,贪污与职务侵占的关系	张生贵(1321)
论辩护权在刑事简易程序中的实现	赵志宏(1326)
盗窃罪的构成研究	左增信 蔡春雷(1331)

十七、网络与传媒法

网络不正当竞争纠纷案件的法律策略与技巧	李德成(1338)
新媒体广告行业的政策与法律风险控制 ——以手机广告为例	李德成(1367)
浅论“网络虚拟财产”的法律属性	刘 玥(1373)
论外资和其他非公有制资本在我国传媒领域的市场准入条件	庞 标(1387)
浅析即时通讯不正当竞争和互联互通的法律问题 ——腾讯诉掌中无限不正当竞争案件评述	孙 彦(1393)
从《传奇》案看网络游戏作品的版权保护	邹唯宁(1401)

互联网个人隐私保护的法律问题	任鸿雁(1423)
基于互联网环境下的新媒体广告法律实务研究	杨晓晋 纪海琴(1437)
互联网网络虚拟财产法律问题分析	
——从一起网络游戏事件看网络虚拟财产的保护	赵向利(1442)

十八、律 师 公 益

论如何创建中国特色的公益诉讼制度	马 飞(1447)
律师协会与公益法的发展	张文娟(1453)
流动儿童平等权利的法律探讨	张雪梅(1459)
论新《未成年人保护法》的特点与亮点	张雪梅(1463)

十九、律师事务所管理

通过案例看律师事务所风险控制	姜 威(1469)
律师事务所质量与风险管理研究与实践	王忠德 王晓燕(1476)
浅议专职管理合伙人制度	王 隽 王大维(1484)
战略决定律师事务所的成败	王忠德 王晓燕(1491)
律师事务所管理中的律师文化实践	许 涛(1497)
特殊的普通合伙律师事务所解析	徐绪柏(1503)

二十、其 他

政府信息公开问题探析	何志才(1508)
论行政信息公开	
——从行政执政的新方式角度透视	王 勇(1513)
估价师如何有效防范执业中的法律风险	张 力(1521)
道路交通管制法律问题刍议	郑碧波(1526)
对《中华人民共和国农民专业合作社法》实施中几个问题的思考	左增信(1530)
骄傲与怀想(代后记)	张学兵(1537)

九、知识产权法

关于网络环境下电影作品著作权保护的若干思考

北京市贝朗律师事务所 葛小鹰

国家版权局 2006 年公布的十大网络侵权案件中仅有四件是关于影视作品著作权被侵权,2007 年已上升到七件是关于影视作品著作权被侵权。而 2008 年初至今就已经发生了美国六大电影公司集体诉讼中国迅雷;北京网尚起诉 100 多家侵权网吧;夸克电影起诉土豆网;北京时代影音国际娱乐有限公司诉 PPlive 非法上传电影;北京广电伟业影视文化中心因某部奥运主题电视连续剧网络侵权将优酷网、酷 6 网、六间房视频、我乐网和飞视网等五家国内知名视频网站告上法庭等多起网络环境下电影作品著作权纠纷案件。影视作品著作权的网络侵权正愈演愈烈。

一、电影作品的技术特性和法律特征

1. 电影的技术特性

我国出版的《电影艺术词典》载明:“电影是根据视觉暂留原理,运用照相以及录音手段,把外界事物的影像(包括声音)摄录在胶片上,通过放映以及还音,在银幕上造成活动影像以及声音,以表现一定内容的技术。”即是说,电影本质上是一项科学技术,是根据人类眼睛所具有的“视觉暂时停留”原理,采用照相和录音的方法,把外界事物的影像及声音摄录显示在胶片上,通过放映和声音还原,把银幕上造成活动的影像画面伴以声音而表现一定内容的技术手段。电影的表达和传播方式与科学技术的发展紧密联系在一起。如果说,人类的第一信息载体是语言,第二信息载体是文字,电影则是运用现代物理学、化学、光学、电声学等科学原理与相关技术手段,以第三信息载体电磁波为其艺术媒介,在今天则已发展到以互联网为媒介,以计算机数字化为载体的第四信息载体时代。电影就是借助后两种媒介精确完美的记录和承载功能,构成了视觉、听觉、时间、空间复合的开放性动态系统。

2. 电影作品的作品特性

电影作品并非一般意义上的作品,而是特殊的复合型作品,电影作品不仅表现手段特殊,创作过程也十分复杂。一部电影作品的创作完成,通常以编剧创作的电

影文学剧本为基础,经由导演根据电影镜头语言的需要,创作分镜头剧本,经演员表演,并在美术(含化服道)、灯光、摄影等部门人员相关布景和道具制作、服装和造型设计、照明等工作的配合下拍摄,再由作曲者完成电影音乐的创作,进行配音配乐,直至剪接与合成等程序,融入和集合了诸多创作人员及演职人员的创作活动。可见,电影是摄制完成的完整作品,不是其中的阶段性成果,也不是电影艺术中的某些或部分构成要素,这些只是电影的成分而不是电影。

3. 电影作品的法律特征

(1) 广义概念的电影作品。按照我国著作权法和相关实施细则的表述:“影视作品指电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”、“指摄制在一定介质上,由一系列有伴音或者无伴音的画面组成,并且借助适当装置放映或者以其他方式传播的作品”。

因此,在我国电影作品、电视作品和录像作品以及制作成 VCD/DVD 的音像制品,虽然在内容和形式上有所不同,但都是著作权法意义上的电影作品及以类似摄制电影的方法创作的作品。其类别包括各种题材的故事片、纪录片、科教片、美术动画片和各类电视剧,等等。

(本文下述,将如上所称各类影视、音像作品统称为电影作品,特此说明。)

(2) 电影作品的著作权属于制片人。我国著作权法对电影作品著作权归属做了专门的规定:“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的著作权由制片人享有,但编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权,并有权按照与制片者签订的合同获得报酬。”为何将电影作品的著作权赋予制片人(人),制片人因此对电影作品享有著作权法中的哪些权利?

如前所述,电影作品实际上是一种综合的作品。首先,电影作品的基础是剧本,即基于一定的文学作品和可供拍摄的脚本(包括分镜头剧本等),此时的著作权属于作者——编剧;对编剧来讲电影作品是对其剧本的演绎,属于演绎作品。其次,就电影作品由脚本、对白、音乐、插曲、美术设计等构成来看,以及由导演、演员、化装服装、道具美工、拍摄等共同创作来看,又是合作作品。在一部电影作品中,直接参与创作的每一个创作者如果独立享有和行使自己的权利,显然不利于电影作品的制作和完成,电影亦无法作为一个完整的商品进入市场。

在西方发达国家,不同的法律体系对电影作品版权(著作权)的归属做出不尽相同的规定。比如,美国版权法就规定电影作品的版权归制片人享有;法国版权法规定电影作品的原始版权属于参加创作的每一个人,例如编剧、音乐作者、美工设计、导演等,但要求作者在行使权利时有一系列的限制,以保证电影作品得以完成和发行;德国版权法,电影作品版权属于参加创作的每一个自然人所有,但要求他们或依据法律规定或依据合同,开始就把经济权利转让给了制片人。

在中国,电影作品著作权归属的确定经历了较为漫长的发展阶段。计划经济

时代,电影的制作发行长期由中央和地方的电影厂和电影发行公司负责,其著作权属于所摄制电影的各电影制片厂。改革开放实行市场经济后,电影作品的制作转为制片人制,其著作权属于制片人,包括各电影厂或其他各种类型的影视制作的出资单位或个人。在此点上,中国法律规定电影作品著作权由制片人享有,这与美国相同;另一方面又与德国相似,即编剧、导演、摄影、作词、作曲等人有权按照与制片人签订的合同获得报酬,并享有署名权。依据中国法律规定,电影作品制片人的著作权主要包括署名、发表、修改和保持作品完整等人身权以及财产权中的如下权利:放映权、发行权、广播权、复制权、出租权以及信息网络传播权等。在对电影作品整体被侵权的情况下,法律规定只有制片人具有主张权利之资格。

(3)参加创作的编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者享有署名权及依约定获得报酬权。在电影作品的创作过程中,电影文学剧本以文字表述为摄制电影提供设计蓝图,其既是电影作品的基础,同时也是一部可供阅读的文学作品;电影音乐也可作为独立的音乐作品;电影拍摄的每一帧胶片,又是一件摄影作品。虽然上述各个要素都可以各自成为著作权的保护对象,但在整个电影作品中如上作者只享有人身权中的署名权,其与电影相关的报酬权亦只能通过与制片者签约获得。

(4)电影作品中的剧本、音乐(词、曲)、摄影等可以单独使用的作品,作者单独享有并不受任何人干涉的权利。也就是说,如上作者有权对其作品行使著作权,单独加以利用以及在权利受到侵害时加以维护。

二、网络环境下电影作品著作权的特点

传统的电影作品制作主要以胶片或录像带为载体进行拍摄,传播方式基本是依靠影院放映或电视台播放,包括20世纪70年代出现的电影音像制品录像带和VCD或DVD的发行,等等。

近十年来,随着科学技术的发展,数字和网络技术的产生在促进影视艺术不断进步的同时,也使电影的制作、传播方式,以及电影作品著作权转让方式(版权贸易)日趋多样化,伴之而来的还有大量对电影作品盗版行为的发生,这一切给电影作品权利人行使其权利以及对自身权利的保护均带来了新的挑战。

1. 电影作品的数字化制作

(1)制作手段的变化并未改变电影作品的基本特性。在网络计算机技术的支持下,电影作品的制作手段的各个环节都发生了很大变化。首先是电影录音由模拟立体声转为数字立体声,随之出现了不用胶片的高清数字摄像机,应用于后期制作的中间片技术,以及放映用的数字放映机等,基本形成了全数字的电影系统,并且日臻成熟。具体到电影的摄制方式,除去传统的仅用胶片拍摄制作的方法以外,当前主要有三种方式:一是虽然仍采用传统的胶片作为载体,但是在影片背景、某些情节场景的设计制作和后期制作等方面则借助计算机技术加以完善,其最终的

成品也可以通过计算机将原作品的文字、数值、图形、图像、声音等信息转化为由“0”和“1”排列的二进制数码排列的数字化表现形式；二是采用高清性能数字摄影机拍摄，其表现形式即为数字形式；三是从前期故事及情节筹划安排、人物动作（形象除外）设计、背景制作到后期制作的所有过程，都完全借助计算机和相关软件（例如：Softimage 3D、Inferno、Combustion 等软件）制作完成，其最终成果直接为数字化形式。

这里便产生了是否需要对上述三种制作方式和流程的电影作品分门别类加以保护的问题。应该说，技术的进步的确对传统的电影作品拍摄与制作产生了巨大影响，但是就数字化电影作品的本质而言，并没有发生实质变化。在这里相对于传统的电影表现形式，以及电影作品就其将摄影机镜头的立场、距离、角度、速度以及剪辑传递给人们的眼睛（球）的特性而言，其带给人的仍是视觉、听觉（随着高新技术的发展，带有嗅觉享受的电影在美国已经出现）等的综合感观冲击，令人如身临其境。从作为媒介向人们传递信息的方式看，数字化电影作品制作遵循的理念从未改变，不同之处仅在于制作方式以及最终载体的选择等方面。因此，笔者认为用数字化手段参与制作抑或完全使用其制作并表现的电影作品（包括不限于各种类型的电脑电影、动画故事、flash、视频等），应该归类于“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”，而受到著作权法的保护。

（2）数字化制作虽然对相关的法律制度产生了一定的冲击，但并未改变电影作品中不同权利人形成的基本的法律关系以及作品的基本法律特征，因此仍应该适用前述法律法规进行调整。

2. 电影作品网上传播技术的发展带来新挑战

互联网的出现和计算机软件技术的应用为电影作品的传播提供了空前的便捷，使人们可以随时在任何地点接收到自己想要观赏的电影作品，已成为社会大众获取电影作品的最重要的通道之一。遗憾的是，互联网也成为一些不法人士和机构通过网络传播盗版电影牟取不义之财的手段和途径，在人们对盗版电影光盘深恶痛绝而又无法根除之际，比其更具有杀伤力的网络盗版电影又异军突起，数以千万计的观众可以在任意一部与互联网接通的电脑上随心所欲地收看或下载或上传盗版电影作品，使电影投资人的收益大打折扣。

（1）电影作品网上传播的主要方式。在网络环境下，人们可以通过各类 VOD（Video On Demand）视频点播系统获取电影。视频点播摆脱了传统电影作品传播受时空限制的束缚，是计算机、网络、多媒体技术发展的产物，是一项全新的信息化服务。例如，应运而生一种新型的流式视频（Streaming Video）格式。这种方式是先从服务器上下载一部分视频文件，形成视频流缓冲区后实时播放，同时继续下载，为接下来的播放做好准备，或将不同盗版影音转化成统一的数字 FLV 格式。FLV 格式不仅可以轻松地导入 Flash 中，数百帧的影片仅需要几秒钟；同时也可以

通过 rtmp 协议从 Flashcom 服务器上流式播出。这种方式不提供下载地址,但可以通过各种工具进行下载,是现今网络在线播放提供给用户在线观看电影最常用的方法。目前视频共享网站大多开始采用这种方式。

此外,还有互联网上流行的 BT 或 P2P、电驴(eDonkey.com)等各种电影及影像下载工具(专门的计算机软件)。一部电影第一天在影院播放,或者一部电视剧第一天在电视台播放,第二天就能有几十家到上百家网站使网络用户可以在互联网上获得。有资料显示,目前全国至少有数万家网站在实施盗版电影传播的侵权行为。

尤其值得关注的是 P2P(peer-to-peer)技术引发的问题。P2P 是一种计算机技术,简单地说,就是计算机用户无需通过中央服务器而直接到他人的计算机硬盘上交换文件的数据交换技术。P2P 技术在文件搜索和交换方面给网络用户带来了极大的方便,但由于大量用户利用该项技术交换附着制片人的著作权的作品,从而大大影响了权利人的利益。因此,P2P 虽然并不是为盗版而生,但由于其有效地利用了个人电脑里面的海量资源,使其成为盗版传播最便捷的渠道。原来下载一部电影也许需要付费,但是现在用 P2P 找找别人的电脑就可能得到,而且下载的人越多,下载速度越快。由于 P2P 技术在相当程度上绕过了中央服务器,从而导致了司法上真空地带的出现,给著作权保护带来了前所未有的困难。于是在世界各地发生了多起著作权人起诉 P2P 软件开发商乃至 P2P 软件终端用户的案件,过程大多一波三折,结果也不尽相同,因此引发了巨大反响。其中比较有代表性的是美国前几年发生的 Napster 案和 Grokster&Stream Cast(Morpheus)案。这两个案件的审判,奠定了美国 P2P 共同侵权理论基础,并对世界著作权保护产生了广泛的影响。

在我国也出现了 P2P 侵权案件。我国现行著作权保护制度尚未对 P2P 侵权行为作出专门规定。但是,2006 年出台的《信息网络传播权保护条例》关于作品网络传播行为的规定有一个显著的特点,就是不再以行为主体,而是以行为性质来判定侵权。据此,除法律另有规定外,任何未经许可通过信息网络传播作品的行为都构成侵权。P2P 模式下的数据交换者毫无争议地侵犯了著作权人的信息网络传播权,但是 P2P 软件的开发者和提供者是否承担共同侵权责任,则并非如此确定。

2006 年底,北京市第二中级人民法院开庭审理上海步升状告北京飞行网为用户提供的 P2P 音乐下载侵犯了其音乐著作权,诉讼理由是后者向互联网用户提供一种叫 Kuro(也称“酷乐”)的软件,借助这种软件,只要每月向后者缴付 20 元人民币,就可无限量下载数十万首网络歌曲。一审判决以飞行网败诉并赔偿 20 万及诉讼合理支出 1 万元而告终。此案目前虽然仅限于音乐作品著作权保护,却也因其里程碑式的意义被称为大陆首例 P2P 下载侵权案而产生重大影响。业界人士分析,飞行网的败诉将会引起针对 P2P 的诉讼大潮。

最新版的 BT(Bit Torrent)软件还新增添了一项功能,下载电影作品不再需要种

子文件网站。此前,流行的下载软件如果关闭种子文件,下载就会中断,不再需要种子文件等于消除了托管种子文件的网站的必要性,而种子文件一直是反盗版部门在确定下载和共享著作权资料的用户时的关键线索资源和凭证。令人不无担忧的是,此一功能的实现必将改变盗版—反盗版斗争的格局,将使盗版行为更加猖獗。

当前,随着计算机、网络和多媒体技术的成熟,手机电影也开始走进了人们的视野。手机电影作为新兴的无线增值业务是通过网络付费无线网传播的方式将影片传输到手机中进行观赏,相信不久的将来手机电影在我国也会有突飞猛进的发展。

(2) 先进传播技术的出现和应用,一方面极大地促进了电影作品的传播,满足了公众的需求;另一方面却也为网络影视传播中的盗版提供了机会和空间,使得某些盗版商出于对高新技术发展的敏锐感应,适时将现有科学技术的特长运用到极致,最大限度地推动盗版电影的传播。由此可见,随着网络和数字技术的日新月异,利用网络的方式和形式在不断变化和发展,网络著作权保护也在不断面临新的问题。

3. 网络影视盗版现象的严重发生

(1) 网络影视盗版的严重情况。当前,网络电影盗版现象泛滥成灾已发展为世界性问题,据 2007 年美国电影协会公布的一份调查报告显示,盗版活动每年使美国电影厂商在国内损失超过 13 亿美元。而欧洲的盗版活动更为猖獗,美国电影厂商每年因此至少损失 20 亿美元。墨西哥的盗版情况也非常严峻,2006 年让美国电影厂商损失了近 5 亿美元。2006 年盗版使好莱坞主要电影厂商损失了 61 亿美元。盗版的主要方式包括非法拷贝,但重点是网络下载等。盗版给电影厂商造成的直接损失主要是电影票房下降以及 DVD 销量下降。

中国目前已成为仅次于美国互联网用户的第二大市场,据官方资料披露,中国目前有大约 84.3 万个中文网站,1.7 亿人经常上网,在各类形形色色的网站中,提供电影电视在线观看、下载的网站不计其数。国家版权局负责人指出,网络上目前流传的电影作品基本都是没有授权的。有关人士抽样调查了 30 家提供此类服务的网站显示,每家网站平均提供下载的电影 1634.7 部,其中提供国产电影下载的为 144.6 部,占总数的 8.84%,而这些影视节目基本上都是没有得到权利人授权和许可。

(2) 如果说,几年前以 LD/VCD 光盘为载体、以批发零售为途径的传统方式是盗版主流,包括盗版者在影院用 DV 录像设备拍下的、音画质量差,但注重时效性的“枪版”以及盗版者通过特殊渠道直接将影片母带或拷贝进行翻录,音画质量良好的“碟版”两种。那么自 2005 年以后,数字技术给电影著作权保护带来了全面的冲击,除 DVD 等数字影像光盘推进了传统盗版传播的市场空间外,更重要的是以网络电子数据载体和网络上传下载为途径的网络盗版方式,将盗版带入了全新的“网络

时代”。

4. 网络环境下电影作品被盗版侵权的重要原因

(1) 一般原因。电影作品网络盗版之所以会如此严重,所谓高品质、快捷、廉价只是表层原因,根源还在于大众著作权意识的相对薄弱,突出表现在大众对电影作品欣赏的需求与因物质和文化水平受到限制的矛盾。盗版 VCD、DVD、HDVD 的高清品质、易复制、易携带、易于网络传播和支付成本低廉在相当程度上满足了广大低收入人群欣赏电影的愿望和需求。此外,还有目前国内著作权法律法规的不尽完善和执法方面的不到位,对著作权法律保护水平还不够高等方面的原因,本文对此不作赘述。

(2) 网络环境下的特殊原因,例如:

A. 信息网络提供者错误地认为,网络著作权保护法律制度只管侵权作品上传者,提供链接等服务可以豁免侵权责任。事实上,我国法律规定明知或应知是侵权作品仍提供链接等网络传播服务的须承担相应的侵权责任,行政执法部门和司法机关也将依此对非法上传者定性为侵权予以惩处,而对那些提供非法链接、为非法下载提供便利的网站和行为,构成共同侵权,也要被追究责任。

仅举上海市 2006 年十大知识产权案之一,网络服务提供商侵权传播电影作品《七剑》案就具有典型的意义。《七剑》是北京慈文影视制作有限公司(简称“慈文”)与中国香港地区、韩国的两家制片公司合拍的电影作品(前者享有在中国大陆地区的著作权),于 2005 年 7 月 29 日首次公演。慈文于 2005 年 10 月发现上海多来米网络技术有限公司(简称“多来米”)在其经营的网站上向公众提供该电影作品的在线播放和下载服务,遂将后者诉至浦东新区人民法院。法院经审理后查明,被告多来米于 2005 年 8 月至 12 月底期间以营利为目的,未经授权,通过互联网向公众传播电影作品《七剑》,侵犯了原告慈文对该作品享有的信息网络传播权。被告虽辩称其仅提供链接服务,违法所得仅为 21.4 元,但法院认定被告对《七剑》的传播内容有绝对控制权,须承担侵权责任,并认为赔偿额的计算方法应首先考虑权利人的实际损失,故于 2006 年 4 月 21 日判令被告多来米与提供该电影作品的另一被告共同赔偿原告的经济损失二十万元。

B. 明知是侵权电影作品而在网上不上传还是提供链接服务,只要是实施网络传播行为的(除法律另有规定外)均构成侵权,却有意识地利用《信息网络传播权保护条例》中安全港的规定打时间差,只有在权利人通知的时候才会去考虑移(删)除的问题。几乎在所有能看到的 SP 网站底部都挂有类似声明:“如有来函说明本网站提供内容系其本人或其法人著作权所有,本网站在核实后,有权先行撤除,以保护著作权拥有者的权益。”SP 网站在被告侵权时均会以影视作品是由网友上传的,网上信息浩如烟海,网站无法查实其合法性等为理由进行辩解和开脱。

那么,网站刊登所谓免责声明就可以不用负责任了吗?仍举电影作品《七剑》

为例,在2006年的3、4月份间《七剑》著作权所有方北京慈文影视公司状告了国内多个地方电信分公司和互联星空网站(中国电信的自身网络平台),均获胜诉。其中北京慈文状告贵州省电信有限公司及其铜仁分公司侵权一案,作为SP的北京金互动技术开发有限公司以第三人身份参加诉讼。法院在判决中称:贵州电信铜仁分公司仅凭其自身声明和上级公司与第三人金互动公司的一纸协议,以及没有任何著作权授权或声明的节目列表为据来证明其已尽著作权义务,难以成立。其分别行使了对该电影作品的网络传播权和复制权,应停止侵权并赔偿原告损失。

上述两起案件的判决分别表明,该二案当事人以营利为目的提供影视作品的在线播放和下载服务,尽管传播的作品系由他人上传,抑或自身做出了免责声明,但其对传播的作品仍负有合理的注意义务,否则仍然要承担侵权责任后果。

三、网络环境下电影作品著作权的保护与限制

1. 信息网络传播权是电影作品著作权人在网络环境下的一项重要权利

1996年12月20日,世界知识产权组织(WIPO)通过了《版权条约》以及《表演和录音制品条约》(以下统称“互联网条约”)。此后,美国、欧盟、日本等国纷纷调整本国的国内立法,对网络环境下的著作权以及与著作权有关的权利给予充分保护。我国对网络环境下的著作权保护经历了一个发展过程,从著作权法的重新修订,最高人民法院制定的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》等司法解释的不断完善,到颁布《信息网络传播权保护条例》并得以实施,网络环境下的著作权保护制度的专门法律法规体系初步建立。

按照我国著作权法,电影作品著作权人在网络中的具体行使,同样要涉及发表权、署名权、修改权、保护作品完整权等人身权,以及复制权、发行权、信息网络传播权、改编权等财产权。笔者认为,其中信息网络传播权是电影作品著作权人在网络环境之下比较诸项权利而言的一项更为重要权利。信息网络传播权,即以有线或者无线方式向公众提供作品、表演或者录音录像制品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品、表演或者录音录像制品的权利。有必要指出,信息网络传播权是法律赋予著作权人和邻接权人的一种私权、绝对权,是一种合法的垄断,具有专有性和排他性。同时信息网络传播权作为著作权的法定权利内容的一部分,既要鼓励权利人的创作和传播,也要在保护权利人合法权益的基础上寻求个人与社会公益的平衡;既要保护权利人的合法权益,激励其创作与传播作品的积极性,又要发挥计算机网络交互性、开放性、便捷性的特点,促进公众对社会智力成果的掌握,推动整个社会的文明进步。我国法律对于信息网络传播权的限制也作出了相应的规定,规定了合理使用以及法律免责的相应情形,保证了社会公众在一定程度上对社会智力成果的合法合理获取。

信息网络传播权作为著作权人的一项独立的专有权利,是电影作品著作权人

基本权利在数字环境下的一种延伸和扩张。其赋予了电影作品权利人利用网络传播自己作品的权利和许可他人利用网络传播自己作品并由此获得报酬的权利,以及禁止他人未经许可利用网络传播自己作品的权利。电影作品的权利人通过网络传播其作品并获取相应的报酬,正逐渐成为与原有的影院放映、音像制品发行、电视台播放等传统传播并重的业务方式 and 经济来源,信息网络传播权已经成为电影作品权利人的一项重要财产权利。

2. 链接问题成为电影作品信息网络传播权侵权案件的争议焦点

纵观目前充斥网络市场的对电影作品的盗版侵权,主要是对电影作品权利人信息网络传播权的侵犯,而此类侵权行为的发生与发展又概与网络间的相互的链接有直接的关联。于是链接问题便成为电影作品信息网络传播侵权案件的争议焦点,同时也成为确定网站是否构成侵权的关键。

(1)关于对链接的理解。通俗地解释,链接是对网站与网站之间、网站与网页之间、网页与网页之间相链技术的总称。从技术层面看,链接的功能在于引导访问者的浏览器访问登载被链接的网站或网页,设置链接只是为访问者提供了一种浏览网上既存的内容的便捷手段。我国著作权界通常将链接概略分为以“当浏览者点击链接标志时,浏览器的地址栏上显示的是另一个网站的网址,屏幕上显示的全部是被链接网站”为特征的普通链接和以“绕过被设链网站的主页,直接将用户引到某个分页为特征”的深度链接,此时设链者通过深层链接的技术将被链者的内容与自己的内容融合起来,使得被链的内容看起来就像设链者网页的一部分。应该说,正是这些林林总总的链接构造了国际互联网的基础,没有链接,互联网也就没有了浩瀚的网页信息,就无法实现网站间信息资源共享的目的。

(2)链接并不当然构成电影作品利用的方式。必须看到,链接在多数情况下,只是在为电影作品的传播提供一种通道抑或提供一种选择的机会,链接本身并不当然构成电影作品利用的方式。笔者以为,应该依据链接的不同的种类和方式,根据链接对电影作品的可控程度对其是否侵权作出判断。因为链接方式不同,网站对网络传播电影作品行为的可控性就不同,网站对网络侵权的过错程度当然也就不相同,由此产生的链接各方(网络服务者)的法律责任也就各不相同(可参见本文前述法院对《七剑》侵权案的认定内容,以及国际唱片公司起诉百度侵权一案北京市高级人民法院做出的终审判决。后者判决驳回国际唱片业协会组织的5家唱片公司全部诉求,认定中文搜索引擎百度并没有因发布非法音乐下载网站链接而构成侵权,判定百度不承担任何赔偿责任)。

(3)只有使用链接技术在网络上非法传播他人电影作品的行为,才可能构成侵权。那么构成电影作品网络侵权案件中相关的网站之间的链接主要表现为何种状态或方式呢?

就网上目前存在的链接方式看,至少有如下两大类可供分析: