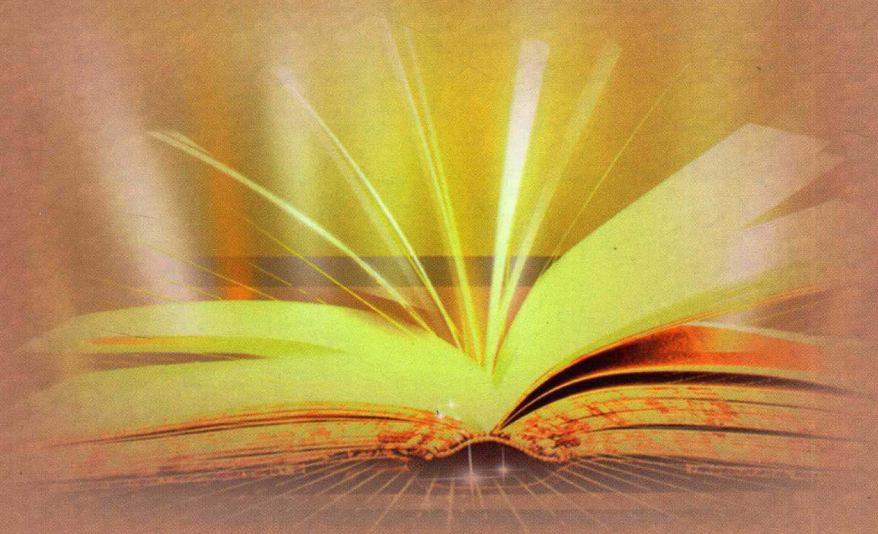


高校知识产权管理、 保护与经营及纠纷处理 操作指南



高等教育出版社

第三卷

因此本文首先运用旧著作权法进行分析，同时也运用新著作权法进行阐述，分析新著作权法对此的改革。

1. 关于著作权人对其数字化形式的作品是否享有著作权问题

作品的数字化转化是指依靠计算机技术把一定形式——如文字、数值（单色的和彩色的）图形、声音等——表达的信息输入计算机系统并转换成二进制数字编码，以运用对数字信息的存储技术对它们进行储存，并在需要时把这些被转换成数字编码形式的信息在还原成文字、数值、图形、图象、声音等形式加以放映的技术。随着数字化技术的成熟，传统的文字、美术、摄影、音响、动画、电影电视等作品都可以通过数字化转换技术转换成二进制数字编码表达的形式。通过数字化转化的作品我们称之为数字化作品。根据国家版权局1999年12月9日颁布的《关于制作数字化制品的著作权规定》的第一条的定义，数字化作品包括激光唱盘（CD）、激光视盘（LD）、数码激光视盘（VCD）、高密度光盘（DVD）、软磁盘（FD）、只读光盘（CD-ROM）、交互式光盘（CD-I）、照片光盘（PHOTO-CD）、高密度只读光盘（DVD-ROM）、集成电路卡（IC-CARD）等。

数字化作品是网络环境下知识传播的新型产物，数字化作品的法律性质应如何认定，作品数字化转化后是否产生新的著作权？

在本案进行判决时，旧著作权法还没有关于数字化作品的法律性质的明确规定，当时对数字化作品的法律性质的认识主要有两种观点。一种观点认为数字化作品是类似于翻译的演绎行为。持这种意见的人认为作品数字化实际上是把人类的自然语言翻译成机器能够识别的二进制代码，和把一件英文作品译为中文作品没有本质区别，只是翻译的承担者不同，前者是由机器完成的，而后者是由人完成的。数字化后的作品与数字化前的作品未必有直接对应关系，甚至如果将其还原，可能还会出现一定量的信息丢失情况，原因是数字作品可以随意组合、增删或移位，而这一点是数字化前的传统作品无法做到的。因此可以认为作品数字化的过程具有独创性，相应的数字作品也就理所当然属于著作权保护的范畴。另一种观点认为数字化作品是著作权法意义上的复制行为。持这种意见的人认为对原作品进行数字化是把作品的原有形态进行了数字转换，并没有产生新的作品，著作权法保护的作品是人的创造，而作品的数字化是由机器完成的，没有任何创造性，这与印刷传播技术发展过程中曾经出现过的技术（如摄影、录音、影印等）处理作品的过程没有本质区别，持这种观点的学者强调，将数字化看作类似翻译的演绎行为，会动摇著作权保护的基础。

当时学界大部分学者认为数字化作品是一种复制行为。其基于的主要理由是：首先，将数字化作品认定为复制行为与国际立法趋势相吻合。世界知识产权组织（WIPO）

提出的伯尔尼公约的实质性条款和美国国家信息基础设施推进工作组发表的《知识产权与国家信息基础设施》白皮书都规定“作品数字化属于复制”。第二，根据我国1991年颁布实施的《著作权法实施条例》第5条（九）的规定“翻译，指将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字；”在实施条例里并没有明确指出“语言文字”是否包含二进制数字编码。1991年WIPO提出的《关于伯尔尼公约议定书的备忘录》第31条的IX明确规定“在公约里，翻译的概念过去和现在都针对实际语言即人类语言”，我国于1992年已经加入《伯尔尼公约》，成为成员国，应遵守《伯尔尼公约》的有关规定。在此将作品解释成为类似于翻译的演绎行为有失妥当。

此后在国家版权局1999年12月9日颁布的《关于制作数字化制品的著作权规定》中明确规定数字化作品是一种复制行为。其第二条规定：“将已有作品制成数字化制品，不论已有作品以何种形式表现和固定，都属于《中华人民共和国著作权法实施条例》第五条（一）所指的复制行为，即《中华人民共和国著作权法》所称的复制行为。”

根据我国著作权法的规定，复制受著作权保护的作品必须征得著作权人同意。旧著作权法在第四十六条第（二）项规定“未经著作权人许可，以营利为目的，复制发行其作品的”是侵权行为。新著作权法在第四十七条第（一）项规定“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”是侵权行为。由此可见，如果未经权利人许可，擅自把权利人的作品进行数字化处理，就象传统的复制一样，都是对著作权人权利的伤害。数字化后形成的作品的著作权仍然属于数字化前的作品的著作权人，也即权利的主体没有变更。本案的就是基于这一理论进行侵权认定的。在当时没有法律明确规定数字化作品法律性质的情况下，法官结合法理和国际立法趋势进行认定是具有前瞻性的。

2. 网络服务商的侵权责任的认定

根据著作权法，除非法律另有规定，未取得著作权人许可及支付报酬的情况下，使用著作权人的作品，均构成侵权。在网上使用他人作品也应遵循这一原则。在网络著作权侵权的纠纷中，根据网络服务商提供的服务的内容不同，可分为提供主机服务内容服务提供者，提供连线服务的网络服务商，直接组织并向公众传输有关信息的服务提供者等。由于不同的性质的服务商在信息提供和传播上所起的作用不同，许多国家在规定的不同的性质的服务商在网络上传输的信息所承担的法律义务和责任也是不同的。

一般而言，网络内容直接由网络服务商提供，或是经由或可由网络服务商控制，应认定网络服务商对在网站上发布的内容负有审查义务。若发布的为侵权内容，则认定网络服务商未尽审查义务，主观上有过错，应承担侵权责任。而提供连线服务的网络服务商不赋有审查义务，一般情况下不承担侵权责任。这也是国外对网络侵权认定采取的一

般做法。如美国《数字千年著作权法》中规定：对单纯提供连线服务的因特网服务提供商，对其用户通过其系统或网络传输侵犯著作权的材料不承担著作权侵权责任，该责任由用户自行承担。因特网服务提供商通过网络参与他人侵犯著作权行为，或者通过网络教唆、帮助他人实施侵犯著作权的行为，因特网服务提供商与其他行为人或者直接实施著作权侵权行为人承担共同侵权责任。因特网内容提供商明知网络用户通过网络实施侵犯他人著作权的行为，或者经过著作权人提出确有证据的警告，仍不采取移除侵权内容等措施以消除侵权后果，该因特网服务提供商与该用户承担共同侵权责任。因特网内容提供商有权利与能力控制其传输内容，当用户在其系统或网络上传输侵犯著作权的材料，在著作权人告知后仍不采取措施阻止侵权进一步扩散的，应承担著作权侵权连带责任。因特网内容提供商对著作权人要求提供侵权行为人在其网络的注册资料以追究行为的侵权责任，无正当理由拒绝提供的，应依《民法通则》的规定承担相应的侵权责任。但是，著作权人发现侵权信息向因特网内容提供商提出警告或者索要侵权行为人的网络注册资料而不能出示身份证明的，视为未提出警告或者未提出索要请求，因特网内容提供商不承担侵权责任。

本案中，对被告世纪互联公司的服务性质的认定是侵权认定的前提条件。而且被告也在诉讼中以主观无过错为由进行辩护，被告在答辩中诉称，我公司网站所刊载的原告作品，是“灵波小组”从已在国际互联网上传播的信息中下载的，而不是我公司首先将原告作品刊载到国际互联网上的，因此不知道在网上刊载原告作品还需征得原告的同意。原告提起诉讼后，我公司已从网站上及时删除了原告的作品。因此我公司刊载原告作品的行为仅属于“使用他人作品未支付报酬”的问题。

从世纪互联公司提供的服务来看应是网络内容提供服务商。“灵波小组”成员从其他网站上下载王蒙、张洁、毕淑敏等三位作家的作品是后存储在计算机系统内，还使用他人以 E-mail 方式提供的张抗抗、刘震云、张承志等三位作家的作品并存储在计算机系统内，然后通过 WWW 服务器在国际互联网上进行传播。这种行为不属于单纯的连线服务，被告世纪互联公司在使用他人作品时负有审查或注意义务，若没有履行审查或注意义务，在主观上存在过错，应承担侵权责任。

法院对世纪互联公司的服务性质的认定和侵权责任的认定是正确的。法院认为世纪互联公司作为网络内容提供服务商（ICP），对其在网站上向社会公众提供的内容是否侵犯他人著作权应负有注意义务，且上诉人从技术上完全有能力控制是否将作品上载到互联网上。因此，上诉人所称的其主观上无过错的主张不能成立。

值得一提的是，2000年11月22日最高人民法院审判委员会第1144次会议通过的《最高人民法院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》弥补了原来的立法空白，明确规定了不同的性质的服务商在网络上传输的信息应承担的法

律义务和责任。《解释》的第四、五、六、七、八条规定：“网络服务提供者通过网络参与他人侵犯著作权行为，或者通过网络教唆、帮助他人实施侵犯著作权行为的，人民法院应当根据民法通则第一百三十条的规定，追究其与其他行为人或者直接实施侵权行为人的共同侵权责任。提供内容服务的网络服务提供者，明知网络用户通过网络实施侵犯他人著作权的行为，或者经著作权人提出确有证据的警告，但仍不采取移除侵权内容等措施以消除侵权后果的，人民法院应当根据民法通则第一百三十条的规定，追究其与该网络用户的共同侵权责任。提供内容服务的网络服务提供者，对著作权人要求其提供侵权行为人在其网络的注册资料以追究行为人的侵权责任，无正当理由拒绝提供的，人民法院应当根据民法通则一百零六条的规定，追究其相应的侵权责任。著作权人发现侵权信息向网络服务提供者提出警告或者索要侵权行为人网络注册资料时，不能出示身份证明、著作权权属证明及侵权情况证明的，视为未提出警告或者未提出索要请求。著作权人出示上述证明后网络服务提供者仍不采取措施的，可以在提起诉讼时申请人民法院先行裁定停止侵害、排除妨碍、消除影响，人民法院应予准许。网络服务提供者经著作权人提出确有证据的警告而采取移除被控侵权内容等措施，被控侵权人要求网络服务提供者承担违约责任的，人民法院不予支持。著作权人指控侵权不实，被控侵权人因网络服务提供者采取措施遭受损失而请求赔偿的，人民法院应当判令由提出警告的人承担赔偿责任。”《最高人民法院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》的出台是我国著作权法对数字技术环境下保护著作权的新突破。

3. 网络侵权精神赔偿问题

著作权法规定，未经著作权人许可复制其作品的要承担赔偿责任的民事责任。赔偿损失应包括财产损失和精神损失。这也与著作权法规定的著作权包括经济权利和人身权利是相一致的。实践中一般认为著作权侵权案件中适用精神赔偿中应严格局限在对著作人身权的侵犯上，特别是歪曲篡改作品和侵犯作者署名权的行为。

本案中被告网站上所刊载的六位作家作品均有原作者的署名，作品内容完整。并没有侵害原告在其作品中依法享有的著作人身权，没有降低、贬损原告在社会公众心目中的人格地位，因此法院驳回原告要求被告赔偿其精神损失的诉讼请求，仅仅支持原告的经济损失赔偿请求。这种做法也是合理的。但在数字技术和互联网环境下，每个人都可以轻而易举地改变他人的作品，可以不留痕迹地改变网络上作品的颜色、形状、排列、署名，并向全球迅速传播，给作者的精神权利造成极大的损害。因此，必须对网络环境中作者的精神权利保护予以足够的重视，否则会影响网络信息产业的健康发展。

二、二十世纪福克斯电影公司诉北京市文化艺术出版社音像大世界侵犯著作权纠纷案

(一) 案情简介

原告：二十世纪福克斯电影公司

被告：北京市文化艺术出版社音像大世界法定代表人：潘洪业总经理

案由：著作权侵权纠纷

1. 原告二十世纪福克斯电影公司（以下简称福克斯公司）是在美国注册的一家电影公司。福克斯公司于1985年、1990年分别对其制作的电影作品《独闯龙潭》（COMMANDO）、《虎胆龙威2》（DIE HARD 2）在美国版权局进行了版权登记，获得了版权登记证书，拥有上述电影作品的著作权。

被告北京市文化艺术出版社音像大世界（以下简称音像大世界）因出售深圳市激光节目出版发行公司出版发行的未取得原告二十世纪福克斯电影公司许可发行的激光视盘《独闯龙潭》、《虎胆龙威2》与原告福克斯公司发生侵犯著作权纠纷，原告二十世纪福克斯电影公司向北京市第一中级人民法院提起诉讼。要求被告音像大世界停止侵权，赔偿损失。

2. 一审双方诉辩理由及证据

原告诉称：原告是电影作品《独闯龙潭》（COMMANDO）、《虎胆龙威1、2》（DIE HARD 1、2）著作权的合法拥有者。根据中国政府与美国政府1992年1月17日签订的《关于保护知识产权谅解备忘录》以及1992年10月15日对中国生效的《伯尔尼公约》的规定，原告所拥有的电影作品的著作权应当受到《中华人民共和国著作权法》的保护。原告在提起本诉讼之前从未授权被告发行销售原告的电影作品，也未授权任何第三人许可被告进行同样的行为。原告发现近一个时期以来，被告未经授权而发行、销售原告拥有著作权的电影作品的激光视盘。被告未经原告许可，以录像、发行等方式使用作品，是对原告著作权的严重侵犯，应当承担侵权的法律责任。故请求人民法院：1. 责令被告提供侵权制品的销售数量和库存数量；2. 查封并没收被告未售出的全部侵权制品；3. 责令被告向原告作出书面保证，今后不再发生侵犯原告著作权的行为；4. 判令被告向原告支付不低于5万元人民币的赔偿金；5. 判令被告承担原告为追究被告侵权责任所付出的费用。

1994年6月6日，原告的律师在被告音像大世界购得深圳市激光节目出版发行公司出版发行的激光视盘《独闯龙潭》、《虎胆龙威2》。原告的上述购买行为经北京市公证处进行了证据保全公证。被告对指控其销售和北京市公证处的公证无异议。

被告辩称：（1）本案涉及的电影作品出版物商品，是深圳市激光节目出版发行公司

出版、发行的。这一事实在该商品上已经明确标注。原告所诉与事实不符。(2) 我国著作权法规定,只有以摄制录像的方式使用电影作品才是侵权。著作权法没有规定经销、代销不能明确辨认为侵权出版物商品的应负侵权责任;更没有规定经销、代销出版物商品须取得著作权人许可。著作权法第46条第2项规定:“未经著作权人许可,以营利为目的,复制发行其作品的”是侵权行为。因此,只有为特定目的、未经授权提供作品复制件的,才是非法的发行行为。发行人可以通过自己的出售、出租行为将作品复制件直接提供给公众而实现其发行目的,也可以通过出售、出租等营销环节间接向公众提供作品复制件来实现发行目的。出版物的营销者,不一定是出版或发行人。原告指控被告“以录像方式使用作品”,是对法律的曲解。原告没有法律依据向非出版和发行人的被告主张权利。(3) 被告仅是本案涉及的出版物的一家代销商,无法向法庭陈述该出版物的全部销售情况。原告对该出版物的出版发行及营销情况应当清楚,并应当向未经授权的著作使用人主张权利。原告仅因音像大世界是北京市内最具规模、最具影响的录音录像商品营销企业,就以音像大世界为惟一被告,任意扩大权利主张内容。其诉讼动机不良,不应予以支持。

被告提交的深圳市激光节目出版发行公司出具的证明表明,《虎胆龙威》是经文化部(1989)第118号、《独闯龙潭》是经文化部(1990)第200号文件批准出版。被告还提交了海外文艺音像制品进口出版许可证,其内容不涉及本案电影作品。

(二) 法院判决

北京市第一中级人民法院审理认为:被告音像大世界销售了根据原告福克斯公司享有著作权的电影作品《独闯龙潭》、《虎胆龙威2》制作的激光视盘。该激光视盘的复制,系他人未经著作权人许可所为,故音像大世界销售的上述激光视盘属侵权制品。这是本案的主要事实。双方当事人争议的焦点是:音像大世界的销售行为是否构成对福克斯公司著作权的侵犯?对此,应根据著作权法和国际著作权条约的规定来认定:

从主观方面看,被告音像大世界销售侵权激光视盘是有过错的。被告认为其行为不构成侵权的主要理由,是其没有审查经销的激光视盘版权合法性的义务。国家版权局国权〔1993〕28号文件《关于为特定目的使用外国作品特定复制本的通知》规定,国际著作权条约在我国生效前,中国公民或者法人为特定目的拥有和使用的外国作品的特定复制本,在1993年10月15日后均应取得原著作权人的授权才能销售,否则,按侵权处理。音像制品的销售商不仅要遵守行业管理规定,而且要注意销售的音像制品是否可能侵犯他人的知识产权。中国加入有关国际著作权公约、条约后,对于受我国法律保护的外国作品,销售商在经营中更应该加以注意。被告作为音像制品的专业销售商,没有注意销售的激光视盘是否属于侵权商品,没有取得原著作权人的授权就继续销售,主观上

有过错。其以销售的激光视盘属于第三方提供的正式出版物，要求免责的理由不能成立。从客观方面看，由于中美两国签订了《关于保护知识产权谅解备忘录》和中国加入了《伯尔尼公约》，原告福克斯公司对电影作品《独闯龙潭》、《虎胆龙威2》在美国取得的著作权，也应当受到中国法律的保护。《中华人民共和国著作权法实施条例》第五条（五）项规定：“发行，指为满足公众的合理需求，通过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品复制件”。因此，销售也是著作权法规定的发行行为。《中华人民共和国著作权法》第四十五条第（五）项规定：“未经著作权人许可，以表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的”，是侵权行为。被告在北京销售他人出版的侵权激光视盘，其行为侵害了原告的合法权益，应当承担相应的法律责任。当然，销售商在承担责任后，可以根据合同向出版者追偿。

被告音像大世界销售的激光视盘，虽然有文化行政部门的批准号，但是该批准号均是在《关于保护知识产权谅解备忘录》和《伯尔尼公约》在我国生效前作出的，当时该部门并不审查版权许可问题。被告没有提供销售激光视盘已经经过了版权许可的证据，故不能免责。音像大世界提交的海外文艺音像制品进口出版许可证，不涉及本案的电影作品，故与本案无关，不能作为抗辩证据。被告所述其与出版者深圳市激光节目出版发行公司之间是代销法律关系，不仅因没有相应证据不能采信，而且根据法律规定，无论双方是代销还是购销关系，均不影响对第三方承担侵权的法律责任。

考虑侵权损害的赔偿，应当顾及被告音像大世界实施侵权行为的时间，销售侵权商品的数量，销售侵权商品的损害后果以及侵权所造成的社会影响。原告提出的关于销售侵权商品的利润中不应扣除经营费用的意见，具有合理性，应予采纳。因此原告的损失，可以按每张视盘原告应获的合理利润和被告销售侵权商品的数量来计算。原告为保护自己的合法权益而寻求司法救济时支出的合理费用7514.56元，也应当由被告承担。

原告的诉讼请求中不属于民事判决应当解决的责令被告书面保证不侵权等内容，法院不予支持。

据此，北京市第一中级人民法院于1996年11月26日判决：一、被告北京市文化艺术出版社音像大世界立即停止销售侵犯原告二十世纪福克斯电影公司著作权的激光视盘。二、被告北京市文化艺术出版社音像大世界自本判决生效之日起，30日内向原告二十世纪福克斯电影公司支付赔偿金20114.56元人民币。三、驳回原告二十世纪福克斯电影公司其他诉讼请求。本案受理费2010元，审计费1万元，其他诉讼费用125元，均由被告北京市文化艺术出版社音像大世界负担。

北京市第一中级人民法院还依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百三十四条第三款的规定，另行制作民事制裁决定书，决定对被告北京市文化艺术出版社音像大世界库存的侵权激光视盘予以收缴。

第一审宣判后，双方当事人均未提出上诉。

（三）法理评析

本案涉及到对外国人著作权保护的问题。外国人的作品在中国境内受不受法律保护，如何保护，依据那些法律文件进行保护，是本案要解决的问题。

1. 关于外国人知识产权保护的问题

根据传统著作权法的理论，一个国家或地区制订的法律只能在本国或本地区发生法律效力，在该国以外不具有法律效力。这也是所谓的地域性原则或称属地原则。但随着世界经济的一体化的发展，各国逐渐认识到能产生巨大经济效益的知识产权仅仅依靠国内保护显然是不够的，因此许多国家，特别是经济发达国家，通过签订一系列国际条约或制定国际公约来加强知识产权的国际保护。著作权法作为知识产权法的重要组成部分，不可避免的要走国际化保护的道路上。根据我国签署的《伯尔尼公约》、《世界版权公约》、《关贸总协定与贸易有关的知识产权协议》等国际条约，我国将对外国人给予著作权的保护。特别是我国加入 WTO 之后，著作权保护融入国际知识产权保护的步伐将更快，根据对等原则，对外国人著作权的保护范围将进一步扩大。

我国 1991 年颁布的《著作权法》的第二条的第二款、第三款规定：“外国人的作品首先在中国境内发表的，依照本法享有著作权。外国人在中国境外发表的作品，根据其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。”通过立法来看，对外国人首先在中国境外发表的作品要在我国取得知识产权的保护，必须是基于我国与外国订立的协议或共同参加的国际条约。我国和美国都是《伯尔尼公约》的成员国，而且中美元于 1992 年签订了《中美知识产权谅解备忘录》，根据这些条约的规定，在美国取得著作权的作品在中国也受到法律保护。

本案中福克斯公司于 1985 年、1990 年分别对其制作的电影作品《独闯龙潭》(COMMANDO)、《虎胆龙威 2》(DIE HARD 2) 在美国版权局进行了版权登记，获得了版权登记证书，拥有上述电影作品的著作权。根据中国跟美国签订的条约，这些作品在我国也受到法律保护，福克斯公司有权在我国提起著作权侵权诉讼。

本案提起诉讼时，适用的是 1991 年颁布的《著作权法》。这里需要补充一点的是，2001 年全国人大常委会对《著作权法》进行了修改，新修订的著作权法加强了对外国作品的保护力度。其第二条的第二款、第三款、第四款规定：“外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依照本法享有著作权。未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版的，受

本法保护。”可见我国新修改的著作权法在保护对象上一方面将受保护主体扩展到无国籍人，另一方面扩展到未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品的保护。只要这些作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版的就可以受到我国的著作权法的保护。

2. 外国人进行著作权诉讼的法律适用问题

根据我国的立法精神，对外国人知识产权的保护首先是基于我国签订的国际条约进行保护。在适用国际条约的基础上，对具体法律的裁判适用国内法的有关规定。由于国内立法与国际条约有不尽一致的地方，会发生国内法与国际条约冲突的问题。根据我国解决国内法和国际条约冲突的一贯原则，我国签订的国际条约的法律效力仅低于宪法，高于普通法，同时依照“条约信守”原则。当著作权法与我国签订的国际条约冲突时，首先适用国际条约。

由于国际条约毕竟不同于国内立法，每个国家在适用国际条约时，不可避免要转化为国内法，进行具体案件的审理，一方面是通过转化赋予国际条约以法律效力，另一方面是由于国际条约的规定一般都很抽象，在国际条约没有具体规定的地方，要适用国内法的进行审判。

在具体案件审理中，一般采用国民待遇原则对外国作品进行保护。根据1992年10月15日在我国生效的《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》第三条第二款的规定“非同盟任何成员国的国民但其惯常所在一个成员国国内的作者，为实施本公约享有该成员国国民的待遇。”国民待遇是指一国家在一定范围内给予在其领土内的外国人以本国国民所享受的同等的待遇。但我国1991年颁布实施的《著作权法》对著作权的保护低于我国签署的国际条约的规定，在具体实践中对外国人著作权的保护常常产生超国民待遇的情况。所谓超国民待遇指的是一国在同等情况下给予外国人高于本国国民的待遇。这种尴尬局面在2001年重新修订《著作权法》后基本消失，但对著作权的保护依然有待进一步加强。

本案主要是适用我国加入的国际条约和我国的著作权法进行审理。

3. 对本案中销售行为的认定

本案中对原告指控的被告音像大世界销售未经原告许可的音像制品的事实，被告没有异议，根据民事诉讼证据采用的一般规则，在对方没有提出异议的情况下，法院可以直接采用该证据。法院判决时引用了我国1991年《著作权法》第45条第（五）项的规定，“未经著作权人许可，以表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的，本法另有规定的除外；”是一种侵权行为的规定认定音像大世界的销售行为是一种侵权行为。笔者认为除了这一条规定外，引用第

46条第五项更加合适，第46条第五项明确规定了“未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；”是一种侵权行为。这一条对著作权侵权主体的规定更具体，针对性更强。本案中，被告销售原告的音像制品，虽然没有直接出版发行，但被告的销售行为根据我国的法律规定被视为发行行为。《中华人民共和国著作权法实施条例》第五条第（五）项规定“发行，指为满足公众的合理需求，通过出售、出租等方式向公众提供一定数量的作品复制件；”通过这一法条我们可以看到，对发行的理解不仅局限于出版才是发行，也包括了销售、出租的行为。销售行为也构成独立的侵权行为。被告“以摄制录象的方式使用电影作品才是侵权”的辩护，是对著作权法中发行含义的错误理解，因此本案中音像大世界的销售行为是一种侵权行为。

本案被告在抗辩中诉称“其没有审查经销的激光视盘合法性的义务”，被告的这一辩解理由是否成立呢？这涉及到对著作权的侵权的归责原则。我国民事诉讼中主要实行两种归责原则，一种是过错责任，是指以行为人的故意和过失为侵权成立之要件，即只有在行为人的主观有过错或过失的情况下，才能认定的侵权，若行为人主观无过错则不能认定侵权。另一种是无过错责任原则，是指损害发生不以行为人的主观过错为责任要件。不论行为人主观，是否有过错，只要在客观上造成损害，都要承担侵权责任。

《民法通则》规定一般侵权行为适用过错责任，特殊侵权行为适用无过错责任。在民法列举规定的特殊侵权行为中并没有包括著作权侵权。而我国新、旧两部著作权法在民事责任的承担形式上，都没有规定特殊的归责原则。如旧著作权法第四十五条规定“有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任”；第四十六条规定“有下列侵权行为的，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任，并可以由著作权行政管理部门给予没收违法所得、罚款等行政处罚”；新著作权法第四十六条规定“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”；第四十七条规定“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”。因此在著作权侵权中适用过错责任原则。

本案中音像大世界在主观上是否有过错呢？从本案的情况来分析，被告作为音像制品的专业销售商，根据国家版权局文件《关于为特定目的使用外国作品特定复制本的通知》的规定，国际著作权条约在我国生效前，中国公民或者法人为特定拥有和使用的外国作品的特定复制本，在1993年10月15日后均应取得原著作权人的授权才能销售，否则，按侵权处理。因此尽管被告销售的激光视盘属第三方提供的正式出版物，但被告

接到国家版权局文件的有关文件后，应认真审查所销售的激光视盘是否取得了著作权人的授权。我国加入有关著作权国际公约、条约后，对于已受我国法律保护的外国作品，销售商更应施以注意责任。但音像大世界作为音像制品的专业销售商仅认为自己销售的是正式出版的激光视盘而未加认真审查，在主观上存在过失。因此应认定被告的销售行为是侵权行为。

4. 发行权用尽原则在本案中的运用

本案中法院在判定被告侵权的时候，除了运用一般侵权构成的四要件的原理进行认定外，还特意指出该激光视盘是他人侵犯原告著作权的侵权制品。法院为什么要作如此认定呢？这涉及到发行权穷竭规则。

发行权穷竭规则是指著作权人行使一次即告用尽了发行权，不能再次行使。这一规则意味着作品的原件或复印件一旦经著作权人同意而进入市场后，该作品作为商品的进一步销售发行，著作权人再无权控制。

发行权穷竭规则是对著作权的一种限制。目前我国法律没有明文规定发行权穷竭规则，但在实际和理论中均有运用。国外有的国家的著作权法具体规定了这一规则。我们也可以借鉴适用。如《德国著作权法》第十七条第二款规定：如果作品原件或复制件经在本法适用范围内传播的权利人的同意以让与的方式进入流通领域的，其继续发行是允许的。《英国著作权法》第十八条规定：公开发行人复制件是著作权所禁止的行为，但是任何其后对此种复制中的批发、销售、出租或进口，均属专有权利行使的例外。由于发行权用尽问题处于保护个人利益和社会利益的交叉带上，比较复杂。也有学者反对这一规则。从我国已经加入的世界贸易组织的《与贸易有关的知识产权协议》的规定来看，对此采取了回避态度，在其第六条规定：“依照本协议来解决争端时，不得采用本协议的任何条款来涉及知识产权的权利用尽问题。”

由于本案已涉及到这个问题，笔者认为有必要谈谈发行权穷竭规则的适用问题。根据各国有关发行权穷竭规则的理论，结合我国法学界对这方面的研究，发行权穷竭规则一般包括以下两个要件：第一，作品的原件或者复制件是以让与方式付诸流通的。这里包括权利人以销售转让等方式将作品置于流通领域。第二，上列行为是经过权利人同意的。这里的权利人，可以是著作权人，也可以是权利的继受人或被许可人。在这里，还应将“权利人同意将有关的作品投入市场”与“有关作品被合法地投入市场”相区别，因为有些作品投入市场有时是“合法”的，但并没有得到权利人的同意。例如，西方国家普遍认为在批准强制许可的情况下不产生“权利用尽”的问题。是否获利不能作为影响权利是否用尽的判断标准。

发行权穷竭规则中还包含发行权用尽规则的效力问题。在权利人同意的情况下，发

行权仅在其同意的范围内用尽。例如在美国的发行权用尽了，并不等于说同一作品在中国的发行权用尽，除非其依法已满足用尽的要件。这与著作权的“版权独立原则”是一致的。在《伯尔尼公约》与《世界版权公约》中，都提出了“版权独立性”原则。就是说，成员国的版权人在甲国享有的版权，不影响他在乙国就同一件作品享有的版权，这项原则是由版权地域性特点决定的。

本案中被告是否可以以发行权穷竭规则进行抗辩？通过以上分析，显然不行，本案所涉及的激光视盘是本案当事人之外的第三人深圳市激光节目出版发行的，但深圳市激光节目出版发行公司出版发行的激光视盘《独闯龙潭》、《虎胆龙威2》未取得原告二十世纪福克斯电影公司许可发行的，实际上制作的是侵权制品，即第三人深圳市激光节目出版发行公司未经权利人同意将激光视盘付诸流通了，因此确定了发行权穷竭的条件不具备，权利未穷竭。

5. 赔偿数额的计算方法

我国1991年颁布实施的著作权法对著作权侵权赔偿数额的计算方法没有加以规定，这在实践中造成很大混乱。一般来看，实践中主要存在四种赔偿方法，1. 是以权利人的损失计算；2. 是以侵权人的侵权获利计算；3. 以正常许可费为参照计算；4. 适用最高人民法院吴县会议纪要的定额赔偿标准。对这些赔偿方法究竟适用哪一种，权利人有没有选择适用一种计算方法的权利，由于法律没有规定，实践中一直比较混乱。

本案中北京市第一中级人民法院以权利人的损失计算赔偿数额是可行的。既将每张视盘原告应获的合理利润和被告销售侵权商品的数量来计算。同时法院也判定，原告为保护自己的合法权益而寻求司法救济时支出的合理费用7514.56元，也应当由被告承担。这一判定应该说是先进的。符合知识产权国际保护要求。如《关贸总协定与贸易有关的知识产权协议》第45条的规定：“1. 对已知或有充分理由应知自己从事之活动系侵权的侵权人，司法当局应有权责令其向权利人支付足以弥补因侵犯知识产权而给权利人造成之损失的损害赔偿费。2. 司法当局还应有权责令侵权人向权利持有人支付其开支，其中包括适当的律师费用。在适当场合即使侵权人不知、或无充分理由应知自己从事之活动系侵权，成员仍可以授权司法当局责令返还所得利润或令其支付法定赔偿额，或二者并处。”

2001年新修订的著作权法弥补了这一缺陷，已经明确规定了赔偿数额的计算方法。第四十八条规定：“侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的

赔偿。”从这一条可以看出，法律不仅规定了计算赔偿数额的方法，而且规定了不同计算方法的适用条件，即后一种计算方法只有在前一种方法难以计算时才能适用。同时还明确规定“权利人为制止侵权行为所支付的合理开支”一并计入赔偿额。新著作权法的立法较旧著作权法的立法水平已经取得了很大的进步，并已缩短了与国际知识产权保护的差距。

三、钱钟书、人民文学出版社诉胥智芬、四川文艺出版社著作权纠纷案

(一) 案情简介

原告：钱钟书，男，86岁，中国社会科学院干部。

原告：人民文学出版社。

被告：胥智芬，女，40岁，上海《劳动报》社干部。

被告：四川文艺出版社。

原告钱钟书、人民文学出版社因与被告胥智芬、四川文艺出版社发生著作权纠纷，向上海市中级人民法院提起诉讼。

原告钱钟书诉称：本人是《围城》一书的著作权人。两被告未经原告同意，对《围城》进行汇校并予以出版，侵害了原告对《围城》一书的演绎权和出版使用权。为此，要求两被告停止侵权，在全国性报纸上公开向原告赔礼道歉，并按侵权出版物总码洋的12%赔偿损失人民币88320元。

原告人民文学出版社诉称：本社自1980年至现在，一直享有《围城》一书的专有出版权。这包括同种文字的原版和其后的各种修订版及缩编本。未经许可翻印或改头换面出版其中任何一种版本，即构成对原告专有出版权的侵害。被告胥智芬在《围城》的著作权和专有出版权都受法律保护的期限内，未经钱钟书同意对《围城》进行汇校，并且擅自授权四川文艺出版社出版《围城》汇校本，是侵害原告对原作享有的专有出版权。被告四川文艺出版社明知胥智芬未向钱钟书取得《围城》的汇校权，将侵权作品一再重印和销售，并将该书封面上的“汇校本”三字去掉，在向全国各地发出的图书征订单中，以《围城》为书名进行征订，也侵害了原告的专有出版权。要求两被告停止侵权，在全国性报纸上公开向原告赔礼道歉，并按侵权出版物总码洋的15%计算赔偿损失人民币220400元。

被告胥智芬、四川文艺出版社辩称：由被告汇校、出版的《围城》汇校本一书客观上造成了侵害原告钱钟书的作品使用权，愿意向钱钟书公开赔礼道歉并赔偿由此而造成的损失。《围城》首次发表于杂志，《围城》汇校本使用的底本是载于《文艺复兴》杂志上的连载小说。《围城》汇校本体现了作者的创造性劳动，具有文献价值和学术价值，

是与原作品《围城》不同类型的演绎作品。由于汇校是对原作品的一种演绎使用方式，汇校本作为演绎作品，没有使用原告人民文学出版社出版的作品原版本；况且人民文学出版社获得专有出版权的日期，应自与钱钟书在1992年3月18日签订出版合同之日起算，被告在此之前对该作品的使用，人民文学出版社无权主张权利。故被告并不侵害人民文学出版社的专有出版权。

上海市中级人民法院经公开审理查明：原告钱钟书历时两年创作的长篇小说《围城》，1946年2月起首次发表于上海大型文艺月刊《文艺复兴》，至1947年1月止，共分10期连载。1947年5月，上海晨光出版公司出版《围城》单行本，1948年9月再版，1949年3月第3次再版。1980年11月，由人民文学出版社重排出版。期间，钱钟书曾多次对作品作过文字增删和润色，使作品更为完善。自1980年至1996年7月为止，人民文学出版社已印刷和发行《围城》共计25印次，计134万余册。

1980年，原告人民文学出版社征得原告钱钟书同意出版《围城》一书，按照文化部《图书、期刊版权保护试行条例》的有关规定，人民文学出版社对《围城》一书的专有出版权行使到1990年。1991年2月4日，钱钟书书面授权将《围城》继续交由人民文学出版社出版，并言明待《著作权法》实施时，再按国家有关规定签订正式出版合同。1992年3月18日，钱钟书与人民文学出版社签订《图书出版合同》，授予人民文学出版社以图书形式继续出版《围城》中文本的专有使用权。

1990年，被告四川文艺出版社向被告胥智芬约稿，对《围城》一书进行汇校。胥智芬汇校时所依据的《围城》底本，分别为1946年2月至1947年1月连载于《文艺复兴》月刊上的版本、1947年5月上海晨光出版公司初版本和1980年10月人民文学出版社重印本。《围城》汇校本出版时，把《文艺复兴》月刊上以连载小说形式发表的《围城》一书全文排印发表，每页上附有胥智芬所作的汇校内容。四川文艺出版社从1991年5月至1992年7月，共出版发行《围城》汇校本一书总计12万册，其中精装本1万册，定价为人民币8.20元，复膜本11万册，定价为人民币5.40元和6.20元。在12万册《围城》汇校本一书中，封面印有“汇校本”字样的为3万册，无“汇校本”字样的为9万册。四川文艺出版社在第五届全国书市看样订货会四川省店订货目录、92年春新华书店图书看样订货会四川省店订货目录上所列的《围城》一书，均无汇校本字样。

1991年6月，被告四川文艺出版社的一名编辑寄一本《围城》汇校本给原告钱钟书，希望钱钟书支持出版此书。7月23日，原告人民文学出版社并代表钱钟书致函四川省新闻出版局版权处，要求查处四川文艺出版社侵害著作权和专有出版权的行为。同年8月8日，四川文艺出版社在给四川省新闻出版局版权处、人民文学出版社总编室的信函中均承认未取得钱钟书同意出版编辑此书，侵害了作者权益；在不了解钱钟书先生将《围城》一书的专有出版权授予人民文学出版社的情况下，事先没有征得人民文学出

版社同意即出版汇校本，构成侵权行为。四川文艺出版社还表示愿意赔礼道歉、赔偿损失，保证今后不发生类似事件。1991年8月以后，四川文艺出版社又继续出版发行了《围城》汇校本一书，总数达8万册，所有书的封面均无“汇校本”字样。12月，四川文艺出版社汇给钱钟书稿费9800元。1992年3月，钱钟书通过中国工商银行北京分行退回上述稿费。在此期间，人民文学出版社与四川文艺出版社为《围城》汇校本进行过多次交涉。

以上事实，有钱钟书与人民文学出版社签订的《图书出版合同》、原告与被告之间往来书信及当事人陈述等在案证实。

（二）判决要旨

上海市中级人民法院认为，原告钱钟书对其创作的小说《围城》享有著作权。被告胥智芬未经著作权人同意，对《围城》进行汇校，被告四川文艺出版社出版《围城》汇校本，其行为违反了《中华人民共和国民法通则》第九十四条、第一百一十八条的规定，共同构成了侵害钱钟书著作权，应当依照民法通则第134条第一款的规定，承担停止侵害，赔偿损失，赔礼道歉的民事责任。根据1980年两原告的约定及有关规定，1991年2月4日钱钟书的出版授权书及1992年3月18日的出版合同，人民文学出版社依法享有《围城》一书自1980年至2002年3月的专有出版权。在此期间，四川文艺出版社将最初刊载于《文艺复兴》杂志上的《围城》版本连同胥智芬的汇校文稿一起，以“汇校本”名义出版的《围城》，是不适当地大量复制发行《围城》一书的行为，违背了民法通则第四条规定的诚实信用原则，不利于出版界正常的出版秩序，侵害了已经由人民文学出版社享有的对《围城》原著的专有出版权。据此，上海市中级人民法院于1994年12月9日判决如下：一、被告胥智芬和四川文艺出版社应当承担侵害原告钱钟书著作权的责任，停止侵害，并在《光明日报》上公开向原告钱钟书赔礼道歉（该书面赔礼道歉内容需经本院审核）二、被告胥智芬和四川文艺出版社共同赔偿原告钱钟书人民币88320元。三、被告胥智芬和四川文艺出版社应当承担侵害原告人民文学出版社的专有出版权的责任，停止侵害，在《光明日报》上公开向原告人民文学出版社赔礼道歉（该书面赔礼道歉内容需经本院审核）。四、被告胥智芬和四川文艺出版社共同赔偿原告人民文学出版社人民币11.04万元。案件受理费人民币5140元由两被告承担。

一审判决后，被告胥智芬、四川文艺出版社均不服，向上海市高级人民法院提起上诉。主要理由是：（一）原判认定的重大事实不清。四川文艺出版社向钱钟书支付稿酬的数额和时间，以及钱钟书拒收该稿酬的时间不清；由两原告提交给法院的1992年3月18日签订的出版合同依据不足，难以认定是钱钟书的真实意思表示；原判对《围城》汇校本一书印刷出版数量的认定事实不清。（二）定性不当。原审判决混淆了初刊本与