

docsriver.com入驻商家巨力法律书



中国律师实训经典

Trial TECHNIQUES

基础实务系列

总主编 徐建 龙翼飞

知识产权业务 律师基础实务

上册

主编 温旭

副主编 朱妙春 林文 刘友华 郝传鑫
董咏宜 黄娟 王广华 申元林



中国律师制度和律师实务的健康发展急需坚实的理论支柱和正规化的长期业务训练。中国人民大学律师学院编写的这套教材为此提供了重要条件，具有开创性。教材内容大都出自富有经验的业界高手，其理论性和实践性的结合自能达到一定佳境。如能系统学习，循序渐进，可更上层楼。

中国著名律师 张思之

法律的生命在于实用，法学的生命在于实践。中国人民大学律师学院组织编著的“中国律师实训经典·基础实务系列”，是我国第一套法律实务教材丛书，开创了我国法律实务教育之先河。本套教材不仅是对改革开放以来律师实践经验的总结，而且是法律研习者全面、系统掌握法律实务技能的重要工具。该套教材的问世，丰富了当代中国法学教育的内容和体系，也为未来法学教育的发展扩展了一个新的视野。

中国人民大学常务副校长 王利明

青年律师的培养是我国律师行业发展面临的重大课题之一。一直以来，我本人十分关心并积极推动青年律师培养工作，也期盼并乐见行业和社会各方面为此作出的各种努力。中国人民大学律师学院组织编写的这套律师实务教材，主要面向青年律师，特别是律师界新人，这是难能可贵的。这套丛书是对我国近三十年律师工作实践的总结和升华，凝聚了我国几代律师的智慧和力量。相信这套丛书的出版，将为提升我国青年律师执业技能和职业素养、促进行业均衡和谐发展添上浓墨重彩的一笔。

中华全国律师协会会长 王俊峰

docsriver.com入驻商家巨力法律书



中国律师实训经典

Trial TECHNIQUES

基础实务系列

总主编 徐建 龙翼飞

知识产权业务 律师基础实务

上册

主 编 温 旭

副主编 朱妙春 林 文 刘友华 郝传鑫
董咏宜 黄 娟 王广华 申元林

编 委 (其他参与撰稿、提供素材和讨论人员)

曾 赟 唐 娇 肖宇扬 刘孟斌 程跃华
戴建波 成明新 高劲松 杜满清 殷红艳
胡少波 杨宇鹏 黄海燕 黄 玲 温凯杰
宁 超 刘 琳 邵毓琴 赵 勇 熊永强
方仁刚 谢珊珊 张艳美 温 乾 温镜满
罗毅玲 张泽思 卢静芬 胡 枫 陈 奇
何兆华 叶新平 沈 红 贾 允 陈 康
陈伟群 林贤武 郑裕涵 颜希文 王章立

负责全书校稿、编排和案例整理人员 杜满清

中国人民大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权业务律师基础实务: 全2册/温旭主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2014. 9

(中国律师实训经典·基础实务系列)

ISBN 978-7-300-19930-6

I. ①知… II. ①温… III. ①知识产权法—律师业务—中国—高等学校—教材 IV. ①D923.4
②D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 205967 号

中国律师实训经典·基础实务系列

总主编 徐建 龙翼飞

知识产权业务律师基础实务 (上下册)

主编 温旭

副主编 朱妙春 林文 刘友华 郝传鑫

董咏宜 黄娟 王广华 申元林

Zhishi Chanquan Yewu Lüshi Jichu Shiwu

出版发行 中国人民大学出版社

社址 北京中关村大街31号

邮政编码 100080

电话 010-62511242 (总编室)

010-62511770 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经销 新华书店

印刷 北京中印联印务有限公司

规格 185mm×260mm 16开本

版次 2014年9月第1版

印张 47插页4

印次 2014年9月第1次印刷

字数 1 008 000

定价 98.00元

中国律师实训经典·基础实务系列编辑委员会

编辑委员会主任 韩玉胜

委 员 (按姓氏笔画排列)

万 春 王 芳 王耀华 刘春田 刘瑞起 吕立秋

任湘清 吴江水 李大进 李争平 李晓斌 陈里程

杨立新 张 林 何 悦 邱贵生 孟 扬 洪道德

姜俊禄 徐永前 徐孟洲 钱列阳 常 韦 龚志忠

黄士林 黄海星 温 旭 韩 健 翟雪梅

总 主 编 徐 建 龙翼飞

执行总主编 薛庆予

主编简介

温旭，广东三环汇华律师所首席合伙人，中国资深知识产权律师，从业三十余年。北京大学知识产权硕士，美国华盛顿大学访问学者，就读过中山医大、中山大学、华南师范大学、中国人民大学等著名学府。国家级有突出贡献的中青年专家、广州人民满意的十佳律师，享受国务院特殊津贴，荣获多项部省级科技成果奖。现任中国高校知识产权研究会副理事长，曾连任三届全国律协知识产权专业委员会副主任，担任过多届广东、广州律协知识产权专业委员会主任。兼任中国人民大学、北京大学、暨南大学等大学客座教授与研究员。著有《捍卫智慧》、《知识产权保护策略与技巧》等十余部有影响的专著，《捍卫智慧——没有硝烟的战场》被评为全国律协十佳知识产权专著。经办过华为、王老吉、微软、诸葛酿、阿迪达斯、罗浮宫、佛陶所、东鹏、康宝、蕉叶、荣华、格兰仕、美的、科龙、康佳、酷派、TCL等有影响的典型案例。康宝消毒柜与佛陶商业秘密案是中美知识产权谈判中，中方着重介绍的两个典型案例，曾有多项经办案件被列为全国十大知识产权经典案例。其授课深入浅出，妙趣横生，深受欢迎，为普及知识产权法律做出了卓越贡献。具有专利代理人、律师、教授等多重职称。我国知识产权界泰斗郑成思教授评价其为国内少有的学者型与技术型律师。

序

中国人民大学律师学院组织编写我国第一套大型律师基础实务教材“中国律师实训经典·基础实务系列”的情况介绍已经收悉，看后甚喜。这套教材，集实用性、基础性和系统性于一体，内容全面翔实，对完善我国的律师制度，强化律师管理、规范律师行为、防范律师的职业风险有着重要作用；对提高律师基础实务技能、使律师积极参与诉讼和仲裁活动有重要的指导意义；对加强律师业务、实务管理和律师职业管理，增强常规业务必备知识和实务操作技能，也是非常有价值的。《中华人民共和国律师法》颁布施行不到20年，我国律师还很年轻，还需要从理论上、实践中不断探索。

我国法律教育一直偏重于理论研究，将法律实践成果总结提升为理论常常显得滞后。中国人民大学律师学院编写的这套教材，是我看到的第一套系统性法律实务教材，从这个角度说，它开创了我国法律实务教育之先河。律师业是法律职业中有条件全面接触各种法律实务工作情况的职业。从律师的客观和主观、实体和程序角度进行法律实践教学，可使法律人比较全面地了解掌握各项法律实务工作技能，特别是对于学生将来从事各类法律工作会有启发和帮助。这套教材不失为各高校法律实务教育的有益参考书目。

肖扬

中国人民大学博士生导师、最高人民法院原院长、首席大法官

2014年3月

序 言

中国正在经历一场深刻的社会变革，变革的方向之一，就是政府越来越多地退出对经济和社会生活的直接管控，而交由市场自行调节和社会自我管理。伴随这一变革进程的，将是对各类社会服务需求的大量增加，向社会提供法律服务的律师业也将迎来又一个发展的黄金时期。可以预期，未来若干年，律师从业人员数量将会呈现高速增长。

大量新人进入律师行业，必将对我国的律师教育提出新的挑战。如何从一个“菜鸟”迅速成长为一名合格的律师，是每个律师界新人或准律师关心的问题，而这正是律师正规化专业教育的目标之一。我国的律师教育目前还处在手工作坊阶段，基本上是以师傅带徒弟的方式培养律师。新人入行后，先跟着老律师做实习律师、律师助理等，慢慢积累经验，逐渐成长。这一方式的局限性是显而易见的。主要问题是，缺乏科学系统的培养计划和考核标准，导致年轻律师的培养随意性较强，且受所跟师傅及所在律师事务所的业务范围、业务水平及责任心等方面的局限，培养质量难以保证，年轻律师成长速度参差不齐，甚至一些人长期难以进入角色，无法成为一名合格律师。这种状况，显然难以适应我国律师业高速发展的需要。

中国人民大学律师学院自成立之初，就把探索构建我国律师正规化专业教育体系作为重要目标，并自2011年起，把律师实务教育引入国民教育体系，在法律硕士教学中开设了律师方向课程，目前已连续招收了三届学生。在三年教学实践的基础上，我们组织编写了这套律师基础实务教材。

本套教材共14本，大体包括三部分。第一部分为律师执业基础，主要包括律师制度、律师管理、律师执业行为规范、律师执业风险防范等执业律师必须了解的基本知识；第二部分为律师基础实务技能，包括律师参与刑事、行政、民事三大诉讼活动及参与仲裁活动必备的知识 and 基本操作技能，以及律师办理非诉讼业务的基本技能；第三部分为一些最常见的律师业务实务，包括公司、合同、房地产、知识产权、侵权、劳动与社会保障、婚姻家庭、企业法律风险管理等律师常规业务所必备的知识 and 实务操作技能等。这些课程是在参考国外尤其是英国律师教育经验的基础上，结合我国律师业务的具体情况而设置的。我们认为，这14本教材涵盖了最基本的律师业务要求和技能，读者如能全面掌握14本教材的内容，就基本具备了作为一名合格执业律师的业务能力。

将本套教材命名为“中国律师实训经典·基础实务系列”，故教材的编写强调了实用性、基础性和系统性。实用性，即完全根据律师业务的实际情况安排教材内容，对每项具体律师业务的基本要求、处理思路、工作规范及具体操作技能等逐一进行介绍，并适当配

以具体案例演示，力求使读者按照书中介绍的方法去操作，能够独立完成相关的律师业务工作。基础性，即本套教材主要面向律师界的新人，故在内容安排上只涉及最基础、最常见的律师业务，所介绍的也都是最基本的律师业务技能和操作方法，对于高级的、尖端的律师业务门类和技巧并不涉及。系统性，是指本套教材虽为基础实务教材，但每本教材对所涉及律师业务领域的具体工作要求均做系统、全面的介绍，以帮助读者全面掌握处理该项律师业务的基本技能。

本套教材各册的主编，均由国内律师界相关业务领域的顶级专家担任，各位作者也都具有多年的律师执业经历，且在相关领域术业有专攻，经验丰富。其中多数主编及多位作者曾在我院讲授过相关律师专业课程。每册教材都是主编和作者们多年实务工作的结晶以及律师专业教学经验的总结。可以说，本套教材既贴近律师工作实际，又符合一般教育规律，因此，适合作为各高校法学院律师专业课程教材和各地律协律师岗前教育教材，也可作为实习律师、律师助理及有志进入律师行业者的自学教程。

我国律师的正规化专业教育毕竟还处于起步探索阶段，无成熟经验可循，本系列教材作为我院三年律师专业教育成果的总结，必定还存在不足和疏漏，有待于进一步探索、完善。我们希望全国律师及律师教育界多提宝贵意见，帮助我们不断改进、完善本套教材，共同为探索建设符合中国实际的律师正规化教育体系奠定基础。

本套丛书各位作者在繁忙的工作之余承担了本书的编写工作，将自己的经验和智慧奉献于律师教育事业；各册教材的主编在教材的整体设计、内容安排与统筹、全书审稿统稿等方面付出了辛勤劳动，保证了教材的高品质；中国人民大学出版社法律分社领导和各位编辑，在时间紧、稿件多的情况下，为本套丛书的如期出版做了大量细致有效的工作。在此我们特对以上人员表示特别感谢。

徐 建 龙翼飞

2014年3月

前 言

中国加入世界贸易组织（WTO）后，随着中国知识产权制度的健全与发展，国内国际知识产权法律案件数量急剧增加，企业和个人的知识产权法律意识日益加强，尤其是高新技术企业对知识产权服务的需求呈大幅增长趋势。为适应这一变化与新局面，全国各地不少法院都设立了知识产权专业审判庭，专门审理专利、商标、著作权、反不正当竞争等知识产权案件。根据《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，2014年我国将探索试点建立专业性的知识产权法院来审判知识产权案件，这将是知识产权保护史上的一个突破。这一切都预示着我国知识产权的保护进入了一个高速发展期，从原来的初级阶段，逐渐朝着成熟化和国际化的方向发展。

知识产权是一门涉及技术、经济与法律的复合学科，在专利、技术秘密和涉及网络的不正当竞争等方面，创新技术层出不穷，这就要求从事知识产权业务的律师不仅需要掌握一般的民事法律，还要熟悉、精通知识产权方面的专业法律，更需要懂得一些最新的科技知识；同时，还应有较好的外语水平，并了解国外尤其是西方发达国家的知识产权法律制度，这样才能真正胜任知识产权的律师代理工作，做一名合格的知识产权律师。伴随着知识产权事业的蓬勃发展，越来越多的既有理工科教育背景，又有法律学历的专业律师甚至是国外专业律师，都加入知识产权的法律服务行业中，这对维护当事人的正当合法权益，提高知识产权司法水平起到了至关重要的作用，知识产权法律服务已经成为法律服务业中一个蓬勃发展的朝阳产业。

中国人民大学律师学院适应这一发展趋势，适时组织编写《知识产权业务律师基础实务》一书。该书着重从培养律师从事知识产权实务出发，专门教授律师代理知识产权案件所必须掌握的相关知识及基本的代理步骤、策略与方法，并收集大量典型案例进行实例解析，以案说法，特别适合于法学教育研究，以及从事知识产权法律业务的律师学习、借鉴和参考。

本书由十多位具有丰富知识产权专业经验的资深律师及教授合作分工撰写。温旭律师、教授担任主编，负责全书框架的确定、审核、修改和统稿，并参与撰写各篇章的部分内容。朱妙春、林文、刘友华、郝传鑫、董咏宜、黄娟、王广华、申元林为本书副主编，主要参与了本书的撰稿及编写研讨。其中，朱妙春主要参与全书撰写提纲的讨论与确定，并指导相关作者撰写；林文、殷红艳主要负责撰写反不正当竞争律师实务篇；刘友华主要负责撰写其他知识产权律师实务篇；郝传鑫与黄娟主要负责撰写专利律师实务篇；董咏宜与王广华主要负责撰写商标律师实务篇；黄娟、申元林和曾贇负责或参与了著作权律师实务篇的撰写；唐娇、肖宇扬分别参与了反不正当竞争律师实务篇、专利律师实务篇的

撰写。

参与本书撰稿、提供素材和讨论的人员还有：刘孟斌、程跃华、戴建波、成明新、高劲松、杜满清、胡少波、杨宇鹏、黄海燕、黄玲、温凯杰、宁超、刘琳、邵毓琴、赵勇、熊永强、方仁刚、谢珊珊等。杜满清律师负责全书的校稿、编排和案例的整理工作。中国人民大学出版社及中国人民大学律师学院的相关人员为本书的撰写与出版亦付出了辛勤的劳动，在此特别予以感谢。

本书虽有一个统一的撰稿要求，但由于编者各自的经历、风格和知识面有所不同，虽经过主编反复多次修改与统稿，仍有不尽如人意之处，我们会在再版时予以修订和完善。撰写过程中不少学者、法官及律师为本书提供了大量的原始素材。此外，为给读者更多的启发与帮助，本书借鉴、参考和引用了国内外不少作者的学术成果，在此也一并表示衷心的感谢，并欢迎批评指正。

愿智慧之星闪烁，让天才之火燎原！

主编 温旭

2014年5月4日

目 录

第一篇 著作权律师实务

第 1 章	著作权法律保护体系	3
第 2 章	著作权民事纠纷与律师代理	11
第 3 章	著作权刑事案件与律师辩护	48
第 4 章	著作权行政投诉程序与行政保护	63
第 5 章	律师代理版权登记与订立版权合同	72
第 6 章	版权保护的发展前沿与展望	87

第二篇 专利律师实务

第 1 章	专利权的保护及权利限制	109
第 2 章	专利权申请的代理实务	144
第 3 章	专利文献检索与分析	167
第 4 章	在专利无效宣告请求程序中的代理	182
第 5 章	专利纠纷的民事诉讼代理及其他诉讼代理	234
第 6 章	专利的转让、许可与运营	297

第三篇 商标律师实务

第 1 章	商标基本知识和法律制度	337
第 2 章	商标代理业务	360
第 3 章	商标的诉讼及维权业务	405

第4章 商标的其他非诉讼业务	468
----------------------	-----

第四篇 反不正当竞争律师实务

第1章 反不正当竞争法保护体系	499
第2章 反不正当竞争民事保护	506
第3章 反不正当竞争刑事保护	518
第4章 反不正当竞争的行政保护	524
第5章 不正当竞争的民事责任	528
第6章 假冒注册商标	552
第7章 擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢	564
第8章 擅自使用他人的企业名称或者姓名	583
第9章 虚假表示	595
第10章 虚假宣传	609
第11章 侵犯商业秘密	626
第12章 损害商誉行为	667

第五篇 其他知识产权律师实务

第1章 集成电路布图设计保护实务	689
第2章 地理标志保护实务	701
第3章 植物新品种保护实务	715

上册目录

第一篇 著作权律师实务

第1章 著作权法律保护体系	3
1.1 作品与著作权	4
1.2 著作权民事保护	6
1.3 著作权刑事保护	7
1.4 著作权行政保护与集体管理	7
第2章 著作权民事纠纷与律师代理	11
2.1 著作权民事纠纷案件类型	12
2.2 律师代理著作权民事纠纷案件	17
第3章 著作权刑事案件与律师辩护	48
3.1 著作权刑事案件分析	49
3.2 著作权刑事案件中律师辩护	55
第4章 著作权行政投诉程序与行政保护	63
4.1 律师代理著作权行政投诉程序	64
4.2 著作权行政保护的几个重点问题	66
第5章 律师代理版权登记与订立版权合同	72
5.1 律师代办版权登记	73
5.2 律师参与版权贸易	77
5.3 律师协助签订其他版权合同	81
5.4 律师办理其他版权事务	84

5.5 版权法律顾问	85
第6章 版权保护的发展前沿与展望	87
6.1 建筑作品的版权保护	88
6.2 计算机字体字库的版权保护	90
6.3 广告语的版权保护	91
6.4 云计算数字出版与版权保护	92
6.5 古籍标点的版权保护	95

第二篇 专利律师实务

第1章 专利权的保护及权利限制	109
1.1 专利权的产生、维持及终止	110
1.2 涉外专利申请	121
1.3 专利权的保护	130
1.4 专利权利的限制	132
1.5 专利制度发展的前沿动态	134
第2章 专利权申请的代理实务	144
2.1 专利律师与发明人的沟通实务	145
2.2 专利的申请文件、合案申请	147
2.3 在申请的初步审查和复审过程中的代理	152
第3章 专利文献检索与分析	167
3.1 专利文献的功用	168
3.2 专利文献检索的工具与使用	172
第4章 在专利无效宣告请求程序中的代理	182
4.1 专利无效程序代理	183
4.2 专利行政诉讼程序代理	199
第5章 专利纠纷的民事诉讼代理及其他诉讼代理	234
5.1 专利诉讼概述	235
5.2 专利侵权诉讼	244
5.3 专利权属诉讼	277
5.4 专利合同诉讼	280
5.5 专利刑事诉讼代理	282
第6章 专利的转让、许可与运营	297
6.1 专利的转让	298
6.2 专利的许可	301
6.3 专利的运营	304
6.4 专利技术许可贸易谈判策略与技巧	306

第一篇 著作权律师实务

本篇简介

著作权通常保护的是作品的表达形式而非作品内容本身，自作品创作完成之时依法自动享有权利，并以自愿登记为原则。一般情况下，作品上署名即为作者，有更强的相反证据时除外。著作权的排他性较之商标、专利而言，相对没那么强，内容相同、表达方式相同或近似但各自完全独立创作而成的相同或相似作品，可分别各自享有著作权。与其他知识产权相比，著作权保护周期较长且具有一定的不确定性，如自然人的著作权是作者死后50年后届满，其保护期限长短与作者的寿命长短有关。著作权的权利垄断性也相对较弱，即为了公众需要的合理使用范围更加宽泛，同时也有利于作品的相互合理借鉴、承继与创新。



著作权法律保护体系

- 1.1 作品与著作权
- 1.2 著作权民事保护
- 1.3 著作权刑事保护
- 1.4 著作权行政保护与集体管理

单元要点

我国法律规定，著作权亦称版权，作品和著作权的定义；作品受到著作权保护的基本条件；我国著作权法保护的作品类型；著作权自动保护的概念；著作权的人身权和财产权的内容；侵犯著作权的行为；侵犯著作权须承担的民事责任；民事诉讼程序中可以有效地保护著作权的司法措施；著作权刑事保护的规定；著作权行政保护的规定；著作权集体管理的规定。

学习目标

1. 理解作品和著作权的概念、联系和区别；
2. 了解作品得到著作权保护的条件；
3. 掌握著作权人身权和财产权的内容；
4. 掌握侵犯著作权的行为类型以及承担的民事责任；
5. 掌握有效保护著作权的司法措施；
6. 了解著作权集体管理的特点和规定。

1.1 作品与著作权

依据《中华人民共和国著作权法》第 57 条规定，本法所称的著作权即版权。因此，著作权亦称版权，两者为等同概念。从国际法领域看，《伯尔尼公约》对这两个概念的定义也是一致的，保护的客体也相同，只是由于人们在实际使用中习惯不同，有时称为“版权局”，有时称为“著作权法”，称呼的不同绝不意味着著作权和版权在我国的法律里面有本质区别。版权一般意义上讲，只保护作品的表达方式，不保护作品的内容本身。内容相同、表达方式不同会产生不同的作品。例如，同是冷暖两用型空调广告语，“横跨冬夏，直抵春秋，古桥空调”与“人间有冷暖，东宝最相知”这两句广告语就属于内容相同，而表达方式不同并各自享有著作权的广告作品。

具体来看，我国著作权法中所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种形式复制的智力成果，是作者或者其他著作权人对上述作品所依法享有的权利。由此看来，作品是著作权的对象，但并非所有的作品都有著作权。例如，有违社会道德和法律的淫秽作品。只有符合一定条件的作品才能被授予著作权，才能受到相关的国家著作权法保护。

一项作品，要想得到著作权法保护，必须至少具有以下几个条件：

1. 具有独创性。

在著作权领域中，所谓独创性并不是要求作品在思想或观点上的创新，而是指作品应由作者独立创作完成。应当注意的是，此处的“独立”并非意味着只能一个人创作，也并

非意味着不可合法借鉴他人的智力成果。

2. 具有有形性。

具有有形性意味着可以有形的形式复制，这是著作权法的必然要求。因为著作权法所要保护的并不是作品想要表达的思想、情感本身，而是思想、情感的表现形式。也只有这样，作品才可以为他人所知，才能更好地传播。所以，作品与创作是有区别的。创作只是一种事实行为，如果创作仅仅停留在头脑中，而不通过口头、书面等形式表达出来，就不能构成作品，得不到著作权保护。当然随着计算机软件、网络等新技术的兴起和发展，并不能以传统的思维机械地理解这种“有形性”。

3. 作品的表现形式属于文学、艺术和科学范畴。

法律是国家意志的体现，著作权法亦不例外。所以，在现实生活中，因为政治意识形态、价值取向、历史传统、宗教信仰、风俗民情、科技发展程度、经济文化水平等因素的影响，即使具备了上述作品的实质要件，也未必是所有的作品都能取得著作权，得到著作权法保护。根据法律规定，以下四类“作品”不受我国著作权法保护：（1）法律、法规，国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件，及其官方正式译文；（2）时事新闻；（3）历法、通用数表、通用表格和公式；（4）依法禁止出版、传播的作品。

我国著作权法以概括和列举的方式，具体规定了以下作品为我国著作权法保护的作品：（1）文字作品；（2）口述作品；（3）音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；（4）美术、建筑作品；（5）摄影作品；（6）电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品；（7）工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；（8）计算机软件；（9）法律、行政法规规定的其他作品。

我国对著作权采取自动保护原则，即一项作品一经创作完成，不论是局部还是整体，只要足以构成著作权法所称的“作品”，即产生著作权，既不要求申请、登记，也不要求是否发表，更不需要加注版权标记。作品的登记与发表，可作为享有权利的一种辅助证据，但并不是权利的必然依据。

我们平时所说的著作权为广义的著作权，其包括狭义的著作权及著作权邻接权（或称“与著作权有关的权利”）。其中，狭义的著作权又分为人身权和财产权。

1. 著作人身权。包括：（1）发表权，即决定作品是否公之于众的权利；（2）署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利；（3）修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利；（4）保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利。

2. 著作财产权。包括：（1）复制权，即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利；（2）发行权，即以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利；（3）出租权，即有偿许可他人临时使用电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件的权利，计算机软件不是出租的主要标的的除外；（4）展览权，即公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利；（5）表演权，即公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利；（6）放映权，即通过

放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利；(7) 广播权，即以无线方式公开广播或者传播作品，以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品，以及通过扩音器或者其他传送符号、声音、图像的类似工具向公众传播广播作品的权利；(8) 信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利；(9) 摄制权，即以摄制电影或者以类似摄制电影的方法将作品固定在载体上的权利；(10) 改编权，即改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利；(11) 翻译权，即将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利；(12) 汇编权，即将作品或者作品的片段通过选择或者编排，汇集成新作品的权利；(13) 应当由著作权人享有的其他权利。

3. 著作权邻接权包括：(1) 出版者权；(2) 表演者权；(3) 录制者权；(4) 广播者权。

综上所述，作品与著作权既有联系又有区别。作品是获得著作权的前提，没有作品就没有著作权，脱离具体作品的著作权是不存在的；但并不是所有作品都能取得著作权，只有符合作品的实质要件并得到法律认可的作品才能授予著作权并依法得到保护。

1.2 著作权民事保护

侵犯著作权应承担相应的民事责任，根据情况主要承担以下民事责任：

1. 停止侵害。即责令侵权人立即停止正在实施的侵犯他人著作权的行为，以防止侵害的扩大化，及时保护著作权人的合法权益。值得注意的是，这里不考虑侵权行为人在主观上是否有过错，只要其实施了侵权行为，均应停止侵害。

2. 消除影响和赔礼道歉。在侵权行为使著作权人人身权利受到侵害的情形下，主要适用该责任方式。对侵权行为，人民法院可以责令行为人赔礼道歉，也可以以其他方式消除影响。应当注意的是，此种责任方式可单独适用，亦可与其他责任方式一起适用。一般来说，侵权行为造成的影响范围有多大，就应当在多大的范围内消除影响。

3. 赔偿损失。未给著作权人造成经济损失的，不适用该责任方式；造成经济损失的，以侵权行为给权利人造成的实际损失作为承担该责任的前提。

另外，我国著作权法在规定侵犯著作权行为及所应承担的民事责任之外，对侵犯著作权的行为还规定了以下几种司法保护措施：

1. 诉讼前申请停止侵权行为。《著作权法》第50条规定，著作权人或者与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为的措施。

2. 诉前财产保全。《著作权法》第50条同时规定，针对上述情况，著作权人或者与著作权有关的权利人可以在起诉前向人民法院申请财产保全的措施。

3. 诉前证据保全。《著作权法》第51条规定，为制止侵权行为，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，著作权人或者与著作权有关的权利人可以在起诉前向人民法院申请保全证据。

4. 关于侵权人举证责任的规定。复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的，复制品的发行者或者电影作品或者以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。

1.3 著作权刑事保护

因考虑到我国的法治环境和公民的接受能力，1990年颁布的《著作权法》并没有规定侵犯著作权的刑事责任。1994年八届全国人大常委会通过的《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》，是对我国刑法的补充，也是对著作权保护制度的有效完善。1997年修订后的《刑法》在分则第三章设专节规定了“侵犯知识产权罪”，其中涉及著作权的犯罪包括：

1. 侵犯著作权罪。《刑法》第217条规定，以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金：（1）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；（2）出版他人享有专有出版权的图书的；（3）未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；（4）制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

2. 销售侵权复制品罪。以营利为目的，销售明知是《刑法》第217条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

1.4 著作权行政保护与集体管理

我国著作权法对著作权的保护是全方位的，除了可以追究侵权行为人的民事责任、刑事责任外，还可以追究其行政责任。《著作权法》第48条规定，以下几种侵权行为损害公共利益的，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。（1）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；（2）出版他人享有专有出版权的图书的；（3）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；(4) 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；(5) 未经许可，播放或者复制广播、电视的，本法另有规定的除外；(6) 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；(7) 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；(8) 制作、出售假冒他人署名的作品的。

我国国家版权局于 2009 年 5 月颁布的《著作权行政处罚实施办法》进一步对侵犯著作权的行政违法行为进行了规定，并具体规定了详细的行政处罚措施。

1. 侵犯著作权的行政违法行为。包括：(1) 《著作权法》第 48 条的侵权行为，同时损害公共利益的；(2) 《计算机软件保护条例》第 24 条列举的侵权行为，同时损害公共利益的；(3) 《信息网络传播权保护条例》第 18 条列举的侵权行为，同时损害公共利益的；第 19 条、第 25 条列举的侵权行为；(4) 《著作权集体管理条例》第 41 条、第 44 条规定的应予以行政处罚的行为；(5) 其他有关著作权法律、法规、规章规定的应给予行政处罚的违法行为。

2. 行政处罚措施。对上述行政违法行为，著作权行政管理部门可以依法责令停止侵权行为，并给予下列行政处罚：(1) 警告；(2) 罚款；(3) 没收违法所得；(4) 没收侵权制品；(5) 没收安装存储侵权制品的设备；(6) 没收主要用于制作侵权制品的材料、工具、设备等；(7) 法律、法规、规章规定的其他行政处罚。

随着社会技术的发展，复制、传播作品的新方式不断涌现，作品的使用形式更加多样化、国际化。伴随着作品的广泛传播、使用，著作权人获得更多收益的同时，也越来越难以了解、控制自己作品的使用情况。所以，为切实维护著作权人的合法权益，著作权集体管理组织应运而生。所谓著作权集体管理组织，是指为权利人的利益依法设立，根据权利人授权、对权利人的著作权或者与著作权有关的权利进行集体管理的社会团体。在我国，著作权集体管理组织应当依照有关社会团体登记管理的行政法规和《著作权集体管理条例》的规定进行登记并开展活动。到目前为止，我国已成立了中国音乐著作权协会、中国音像著作权集体管理协会、中国文字著作权协会、中国摄影著作权协会、中国电影著作权协会等集体管理组织。

《著作权法》规定的表演权、放映权、广播权、出租权、信息网络传播权、复制权等权利人自己难以有效行使的权利，可以由著作权集体管理组织进行集体管理。根据我国《著作权集体管理条例》第 2 条规定，著作权集体管理组织经权利人授权，可以集中行使权利人的有关权利并以自己的名义进行下列活动：(1) 与使用者订立著作权或者与著作权有关的权利许可使用合同；(2) 向使用者收取使用费；(3) 向权利人转付使用费；(4) 进行涉及著作权或者与著作权有关的权利的诉讼、仲裁等。

实例解析

(美国) 教育考试服务中心 (简称 ETS) 诉北京市海淀区私立新东方学校 (简称新东方学校) 侵犯其著作权及商标权案

[北京市高级人民法院 (2003) 北高民终字第 1393 号民事判决书]

ETS 成立于 1948 年, TOEFL 考试由其主持开发, 1989 年至 1999 年, ETS 将其开发的 53 套 TOEFL 考试题在美国版权局进行了版权登记。新东方学校系民办非企业单位, 主要从事外语类教学服务。1997 年 8 月 17 日 ETS 在中国内地的版权代理人新东方学校签订了“盒式录音带复制许可协议”和“文字作品复制许可协议”, 许可新东方学校以非独占性的方式复制协议附件所列的录音制品和文字作品 (共 20 套试题) 作为内部使用, 但不得对外销售, 协议有效期一年。

2000 年 11 月 9 日, ETS 的委托代理人在新东方学校公证购买了“TOEFL 系列教材”, 包括“TOEFL 系列教材听力分册”、“TOEFL 系列教材语法分册”、“TOEFL 系列教材作文分册”、“TOEFL 系列教材阅读分册”、“最新练习题选编第一册”、“最新练习题选编第二册”、“最新练习题选编第三册”等 8 本图书及 25 盒听力磁带。

2000 年 12 月 25 日, ETS 的委托代理人在新东方学校公证购买了“TOEFL 系列教材”, 包括听力分册、听力文字答案、语法分册、作文分册、阅读分册、最新练习题选编第一册及听力磁带 21 盒。2001 年 1 月 4 日, ETS 向北京市第一中级人民法院提起诉讼, 状告新东方学校侵犯其著作权及商标权。

北京市第一中级人民法院一审判决认定, 中国和美国均是《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》的成员国, 依据该公约, 中国有义务对美国国民的作品在中国给予保护。ETS 作为 TOEFL 考试的主持、开发者, 独立设计、创作完成了 TOEFL 考试题, 并在美国就 53 套 TOEFL 考试题进行了版权登记。从 TOEFL 考试题的内容来看, 其具有独创性, 属于中国著作权法保护的作品范畴。新东方学校应就其侵犯著作权和商标专用权的行为承担停止侵害、赔偿损失、消除影响、向 ETS 赔礼道歉等民事责任。

新东方学校提出了上诉, 其上诉理由之一是: 一审判决认定 ETS 对其 TOEFL 考试题享有著作权, 缺乏事实依据。实际上, 考试题是不能作为作品受到我国法律保护的。

北京市高级人民法院二审判决认定, 中国和美国均是《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》的成员国, 根据《著作权法》第 2 条第 2 款及《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》第 3 条第 1 款 A 项的规定, 我国有义务对美国国民的作品在中国给予保护。《著作权法实施条例》第 2 条规定, 著作权法所称作品, 是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。TOEFL 试题分为听力、语法、阅读和写作四个部分, 由 ETS 主持开发设计。就设计创作过程来看, 每一道考题均需许多人经历多个步骤并且付出创造性劳动才能完成, 具有独创性, 属于我国著作权法意义上的作品, 应受我国法律保护, 由此汇编而成的整套试题也应受到我国法律保护。新东方学校复制并且对外公开销售

TOEFL 试题的行为已侵犯了 ETS 的著作权，理应承担相应的法律责任。

解析：这是一个有关著作权保护标准的案例。考试题目是否可以给予著作权保护，即是否可享有著作权，是一直以来存在争议的著作权法问题。按照享有著作权保护的几个要求：独创性、有形性和属于文学、艺术和科学范畴等来看，有形性和属于文学、艺术和科学范畴这两点争议不大，关键是是否具备独创性。我们来具体分析一下：TOEFL 试题分为听力、语法、阅读和写作四个部分，这其中每一道考题均需多人经历多个步骤并且付出创造性劳动才能完成，体现了 ETS 主持开发 TOEFL 考题的设计思想，并在考题的设计、创作和整体安排中表达出来，这应该说是满足了独创性的要求。但是，如果一个非常简单的、不需要创造性劳动的考题则未必具有独创性。例如，中华人民共和国成立于 1949 年 10 月 1 日的考题，应该是很难得到著作权保护的。因为这个不需要创造性的劳动或者说创造性非常低。由此可见，独创性既要求独立创作完成，又要求有一定的创造性劳动。从本案来看，是由于每道 TOEFL 考题都体现了 ETS 的创造性劳动，才得出了符合著作权保护标准的结论，而不仅仅是独立完成就可以满足独创性要求的。所以独创性具有双重含义，独立完成并具有一定创造性。^①

练习与测试

1. 侵犯著作权需要承担哪些民事责任？
2. 著作权行政保护的处罚措施有哪些？
3. 著作权集体管理组织如何行使管理权？

单元总结

本单元介绍了作品和著作权的概念和相互关系、著作权保护所必备的条件、作品的类型、著作权及邻接权的内容、著作权保护的民事、刑事和行政途径以及集体管理的规定等基本内容，属于全景式和概括式的介绍，为后面几个单元的学习奠定一个良好的基础。

^① 参见斯伟江、詹毅、袁洋、吴鹏彬：《知识产权保护在中国》，北京，法律出版社，2010。



著作权民事纠纷与律师代理

- 2.1 著作权民事纠纷案件类型
- 2.2 律师代理著作权民事纠纷案件

单元要点

学习著作权民事纠纷律师代理流程；掌握著作权民事纠纷案件的类型及人民法院受理范围、法院管辖的原则及例外，著作权的保护期及诉讼时效，著作权案件的审判原则；著作权民事纠纷案件的证据、侵权行为的种类和特征；网络著作权侵权的特征；著作权案件的赔偿数额计算原则。

学习目标

掌握著作权各项权利、著作权侵权行为的种类和特征。律师能够逐步掌握从事著作权民事纠纷代理业务。

2.1 著作权民事纠纷案件类型

2.1.1 著作权民事纠纷案件类型及人民法院受理范围

一、著作权民事纠纷案件主要包括以下四种类型^①

1. 著作权及与著作权有关权益权属案件，主要包括：（1）著作权权属纠纷；（2）邻接权权属纠纷；（3）计算机软件著作权权属纠纷。

2. 著作权及与著作权有关侵权案件，主要包括：（1）侵犯著作人身权纠纷；（2）侵犯著作财产权纠纷；（3）侵犯出版者权纠纷；（4）侵犯表演者权纠纷；（5）侵犯录音录像制作者权纠纷；（6）侵犯广播组织权纠纷；（7）侵犯计算机软件著作权纠纷。

3. 著作权合同纠纷案件，主要包括：（1）委托创作合同纠纷；（2）合作创作合同纠纷；（3）著作权转让合同纠纷；（4）著作权许可使用合同纠纷；（5）邻接权转让合同纠纷；（6）邻接权许可使用合同纠纷；（7）计算机软件开发合同纠纷；（8）计算机软件著作权转让合同纠纷；（9）计算机软件著作权许可使用合同纠纷。

4. 其他著作权、与著作权有关权益纠纷案件。

二、著作权民事纠纷案件的受理范围

依据最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定，下列著作权民事纠纷案件符合人民法院受理范围：（1）著作权及与著作权有关的权益权属、侵权、合同纠纷案件；（2）申请诉讼前停止侵犯著作权、与著作权有关权益行为，申请诉前财产保全、诉前证据保全案件；（3）其他著作权、与著作权有关权益纠纷案件。

^① 参见董世连：《著作权案件类型及管辖》，见 http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=11199，访问日期：2013年4月17日。

另外，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》还规定，下列两种情形，人民法院也应当受理诉讼请求人的诉讼：（1）对著作权行政管理部门查处的侵犯著作权行为，当事人向人民法院提起诉讼追究该行为民事责任的，人民法院应当受理；（2）依法成立的著作权集体管理组织，根据著作权人的书面授权，以自己的名义提起诉讼的，人民法院应当受理。

2.1.2 著作权民事纠纷案件管辖

一、地域管辖

1. 著作权权属案件。著作权权属纠纷案件主要由被告住所地人民法院管辖。

2. 著作权侵权案件。《民事诉讼法》第28条规定：“因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。”根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第28条规定，《民事诉讼法》第28条规定的“侵权行为地，包括侵权行为实施地、侵权结果发生地”。对于因侵犯著作权行为提起的民事诉讼，一般由侵权行为的实施地、侵权复制品储藏地或者查封扣押地、被告住所地的人民法院管辖。侵权复制品储藏地，是指大量或者经营性储存、隐匿侵权复制品所在地；查封扣押地，是指海关、版权、工商等行政机关依法查封、扣押侵权复制品所在地。

对涉及不同侵权行为实施地的多个被告提起的共同诉讼，原告可以选择其中一个被告的侵权行为实施地人民法院管辖；仅对其中某一被告提起的诉讼，该被告侵权行为实施地的人民法院有管辖权。

3. 著作权合同纠纷案件。对于著作权合同纠纷案件，合同有约定的，由合同约定地人民法院管辖；合同没有约定的，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。合同约定管辖，主要是指合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但是约定不得违反级别管辖和专属管辖的规定。

二、级别管辖

著作权民事纠纷案件，原则上由中级以上人民法院管辖。但随着知识产权案件数量的增加，根据最高人民法院的有关规定和精神，各高级人民法院根据本辖区的实际情况，可以确定若干基层人民法院管辖第一审著作权民事纠纷案件。

三、网络著作权侵权案件管辖^①

互联网的繁荣产生了大量的互联网侵权案件。最高人民法院颁布的《关于审理涉及计

^① 参见《网络著作权纠纷的法律理解和适用》，见 <http://www.5law.cn/html/20129/20129289544736.shtml>，访问日期：2013年4月27日。

《最高人民法院关于审理计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第1条规定：“网络著作权侵权纠纷案件由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。侵权行为地包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地。对难以确定侵权行为地和被告住所地的，原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地可以视为侵权行为地。”这一解释确定了网络著作权侵权案件以被告住所地、侵权行为实施地为主，侵权结果发生地为补充的管辖原则，即当著作权人发现有人在网上抄袭他的文章时，著作权人应当首先向该抄袭人的住所地或者该抄袭行为所运用计算机的所在地法院起诉，如果难以确定，则可向发现该抄袭行为的计算机终端设备所在地法院起诉。例如，可通过公证某台电脑下载抄袭文章或歌曲等的过程，并就在公证下载的电脑所在地法院起诉。

2.1.3 著作权的保护期及诉讼时效

著作权保护期是指著作权受法律保护的时间限制，或者说是著作权的有效期限。在著作权保护期内，作品的著作权受法律的相应保护，除了法律另有规定之外，使用作品均需要征得著作权人的同意，并向其支付报酬。著作权保护期满之后，作品即进入“公有领域”，不再受法律的保护，任何人都可以在无须征得原著作权人同意、并无须向原著作权人支付报酬的情况下使用该作品。

但是作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制。公民的作品，其发表权等著作权的其他权利保护期为作者终生及其死亡后50年，截止于作者死亡后第50年的12月31日；如果是合作作品，截止于最后死亡的作者死亡后第50年的12月31日。法人或者其他组织的作品，著作权（署名权除外）由法人或者其他组织享有的职务作品，其发表权等著作权的其他权利的保护期为50年，截止于作品首次发表后第50年的12月31日，但作品自创作完成后50年内未发表的，其著作权不再受保护。

著作权的诉讼时效是指在法律规定的时效内，著作权人及其合法授权人提出请求保护，人民法院强制义务人履行的法定期间。我国民事诉讼的一般诉讼时效为两年，侵犯著作权的诉讼时效也是两年，自著作权人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。权利人超过两年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在该著作权保护期内，人民法院应当判决被告停止侵权行为；侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算两年计算。

《著作权法》第21条规定，公民的作品，其发表权、使用权和获得报酬权的保护期为截止于作者死亡后第50年的12月31日。例如，齐白石于1957年9月16日去世，其作品的著作权保护期截止时间为2007年12月31日。如果齐白石后人在2008年1月1日至2009年12月31日发现了齐白石著作权保护期终止前相对应的两年的侵权行为（即2006年1月1日至2007年12月31日），这还是在诉讼时效内的，但由于他们主张权利的这段时间是在2007年12月31日以后，不在著作权保护期限内，不能延长诉讼时效。另外，他们所能够要求的赔偿数额也是不同的。例如，2009年1月1日发现侵权行为，他们所要

求的赔偿数额只能是发生在2007年1月1日至2007年12月31日的损失，而2007年12月31日以后因为超过保护期，作品进入公众领域，不再受法律保护，也就没有损失可言。如果在2008年4月30日发现的侵权行为，则要求赔偿数额的期间为2006年5月1日至2007年12月31日。

现在齐白石的后人在齐白石著作权保护期限内提起诉讼，其所能指控的侵权行为，就不只是提起诉讼前两年的侵权行为，即使超过两年的时间，只要侵权行为在起诉时仍在持续，在该著作权保护期内，人民法院应当判决被告停止侵权行为。这时他们所要求的赔偿数额自起诉之日起向前推算两年的侵权损害赔偿，这其中的两年因为都在保护期内是可以得到完全赔偿的，但也不会因为诉讼时效的延长，使损害赔偿的范围扩大到两年前的侵权损害。^①

2.1.4 著作权案件审判原则^②

一、保护作者和传播者创作及传播作品合法权益原则

我国著作权法将维护著作权的权益放在突出和首要的地位，整部著作权法自始至终贯彻这一立法精神。一部著作权法可以说就是一部著作权及邻接权益保护法。该项原则既是立法原则，也是人民法院审判著作权案件的审判原则。首先，是由于当法律赋予民事主体某项民事权利以后，如果这种权利受到不法行为人侵犯，或者就此权利与他人发生了争议，该民事主体只能通过法定程序向人民法院提起诉讼才能够获得司法救济，法律赋予他的权利才能实际予以兑现。而对于作者和其他著作权人合法权益的切实保护，才能调动他们的创作积极性，才能繁荣文化创作，促进科学文化事业的发展。其次，对于一般作者和使用他们作品的单位来说，大多处于弱者的地位。在有些情况下，不少作者明知他们的著作权受到侵犯或不公正对待，往往出于多种原因，而忍辱负重。如果在他们需要法律救济时，仍得不到司法审判上的全方位保护，就有可能大大挫伤他们的创作积极性，就有害于科技文化和两个文明建设的发展。再次，著作权及邻接权像其他知识产权一样，较物权等有形财产权更易于受到侵害，受到的损失也更大。因此，在著作权案件审判中，应当认真贯彻保护作者和传播者创作及传播作品合法权益原则，使著作权法的实施落到实处。对待著作权法未明确规定的问题，应当本着保护作者和传播者合法权益的原则正确处理。

二、鼓励有益于两个文明建设的作品创作、传播和公平竞争原则

著作权或邻接权的纠纷案件，大多涉及作品或作品的传播使用。鼓励和促进什么样的

^① 参见孙博：《著作权保护期限与其诉讼时效》，见 <http://china.findlaw.cn/falvchangshi/zhuzuoquan/zhuzuoquanbaohu/zzbhqx/2010/0701/17633.html>，访问日期：2013年6月20日。

^② 参见蒋志培：《著作权与邻接权诉讼》，见 <http://www.chinaiprlaw.cn/file/200002202291.html>，访问日期：2013年4月10日。

作品创作和传播，著作权法和著作权司法审判都应具有鲜明的观点和立场。根据《著作权法》第1条的规定，应当“鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的创作和传播”。这也就是说我国作为社会主义国家，必须坚持文学、艺术和科学事业为人民服务、为社会主义服务的方向。对于违反宪法、法律，违背社会主义道德和善良风俗的坏作品，应当禁止出版传播。这些作品不但不能得到保护，而且其作者要受到法律的相应制裁。同时，也是更为重要的，在审判中，要以著作权法等法律法规为武器，体现出对有益于两个文明建设的好作品的鼓励和保护，在这一点上要旗帜鲜明。还应当看到随着社会主义文化市场的形成和繁荣，作品的著作权也成为文化商品进入市场竞争的行列。只有读者欢迎、市场需要的好作品，其对社会才大有益处，也才具有生命力。因此，在著作权、邻接权纠纷的审判中，应该注意要认真创造有益于作品公平竞争的法制环境，对著作权、邻接权领域中不正当竞争行为予以制裁、打击。只有这样才能促使好的作品不断涌现。

三、依法调整作品创作、使用中的权利义务关系原则

作者和其他著作权人在作品创作和行使作品著作权的活动中，会与其他民事主体发生许多复杂的著作权法律关系以及其他民事关系。作为著作权人及其他人都应当按照法律规定设定各种关系，也应按照法律的规定享有、行使自己的权利，履行承担自己的义务和责任。当著作权主体因为著作权等民事关系发生纠纷向人民法院提起诉讼时，人民法院应当认真查明案件事实，严格依照著作权等法律，依法调整当事人之间在作品创作、使用中的权利义务关系，从而使著作权人的权利得到保护，其应尽的义务也能适当履行。任何违反法律，脱离著作权法基本理论的做法，都会破坏法律的尊严，侵犯当事人的合法权利。

四、适用我国参加的国际条约原则

1990年以来，我国先后参加和签订了《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》、《世界版权公约》、《保护录音制作者防止未经许可复制其录音制品公约》以及与一些国家签订的有关著作权的双边协定。根据《民法通则》第142条第2款的规定，“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外”。这就是说人民法院审判涉外著作权、邻接权纠纷案件，应当适用我国的《著作权法》、《著作权法实施条例》等法律法规，如这些法律法规与国际公约等规定不一致，应当优先适用国际公约、条约的有关规定，公约、条约中我国声明保留的条款除外。国内法与国际条约都没有规定，可以根据案件的具体情况，按对等原则并参照国际惯例进行审理。这是处理涉外著作权纠纷的一条原则。实际上，我国参加、签订的国际公约、条约已成为国内法的一部分，并具有优先适用的法律效力。

2.2 律师代理著作权民事纠纷案件

2.2.1 著作权民事纠纷案件的证据

依据最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》规定，下列事物可作为著作权民事纠纷案件的证据使用：

1. 当事人提供的原作品的底稿；
2. 当事人提供的作品原件；
3. 当事人提供的合法出版物；
4. 当事人提供的著作权登记证书；
5. 当事人提供的认证机构出具的证明；
6. 当事人提供的取得权利的合同等；
7. 当事人自行或者委托他人以订购侵权复制品的合同、实物、发票；
8. 当事人自行或者委托他人以现场交易等方式购买侵权复制品所取得的实物、发票；
9. 公证人员按规定如实取得的证据和出具的公证书；

10. 在作品上或者在制品上署名的自然人、法人或者其他组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人（即署名作品可作为权利归属的证据）。

2.2.2 著作权各项权利、著作权侵权行为的种类和特征

一、著作权的各项权利

如果未经著作权人许可而行使下列权利，并且没有法定的免责事由，就会构成对著作权的直接侵权。

（一）精神权利

作者对作品享有的精神权利（人身权利）不可转让，亦不可放弃。

1. 发表权

作者有权决定是否发表作品，何时、何地、何种方式发表作品。发表指公之于众，并非一定要很多人已经看了，公之于众只是说大众可能看到这种状态。

作品是作者人格的延伸，精神的反映。作者有权决定是否将作品展现。

（1）发表权是一次性权利，使用一次就用尽了。

（2）发表权往往要受到经济权利的制约。如：甲买乙之画，甲拥有经济权利，无精神权利，但甲可展出该画。各国认为当转让所有经济权利给他人时，推定他人可以发表，因为不允许他人发表，他人无法利用作品从而实现经济权利。

(3) 发表权往往要受到其他民事权利的限制，如裸体模特照片需经其同意后才可发表。

2. 署名权

作者有权选择署名的方式，有人建议在网上发言需署真名，这个建议是有问题的，因为作者有权选择署名的方式，如化名、笔名、艺名等。

作者有权禁止他人自己的作品上署名。

署名权是基于作品而产生的，先有作品（真品），后有署名。

如果有人画幅作品，并署上名家的名字，不是侵犯署名权，而是侵犯民法上的姓名权。

3. 修改权

只有作者才有修改权，杂志社可对文字及一般的编排进行修改，但实质内容及较大改动，需经作者同意。

4. 保护作品完整权

他人即使得到授权修改，也不能歪曲作品本来要表达的思想感情，以至于损害作者的名誉。

(二) 经济权利

著作权的经济权利，即为著作权人的报酬请求权，是著作权人的精神权利的物质化，是权利人依据法律规定可以许可他人使用并获得报酬的权利。著作权人行使经济权利可以全部或者部分许可，经济权利是财产权利的一部分，著作权人的财产权利详见图 1 所示。^①

1. 复制权

即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或多份的权利。

复制需要具备三个条件：(1) 必须在有形的载体上再现他人作品；(2) 必须固定在物质载体上；(3) 必须是相对稳定长久的固定，不能稍纵即逝。

著作权中复制行为包括：

(1) 从平面到平面，如利用复印机复印资料。

(2) 从平面到立体，如建筑图到建筑物。前者是图形作品，后者是建筑作品。需注意的是两者都是著作权法客体才行。商品设计图是图形作品，如果商品不是著作权法客体，那么商品设计图到商品不是复制。

(3) 从立体到平面。

(4) 从无载体到有载体，例如对歌声录音，是对声音的复制及对歌曲作品的复制。

2. 发行权

广义上发行权与出租权都是转移作品有形载体的方式。即以出售或赠与的方式向公众

^① 本图表著作权人为华东政法大学教授王迁。

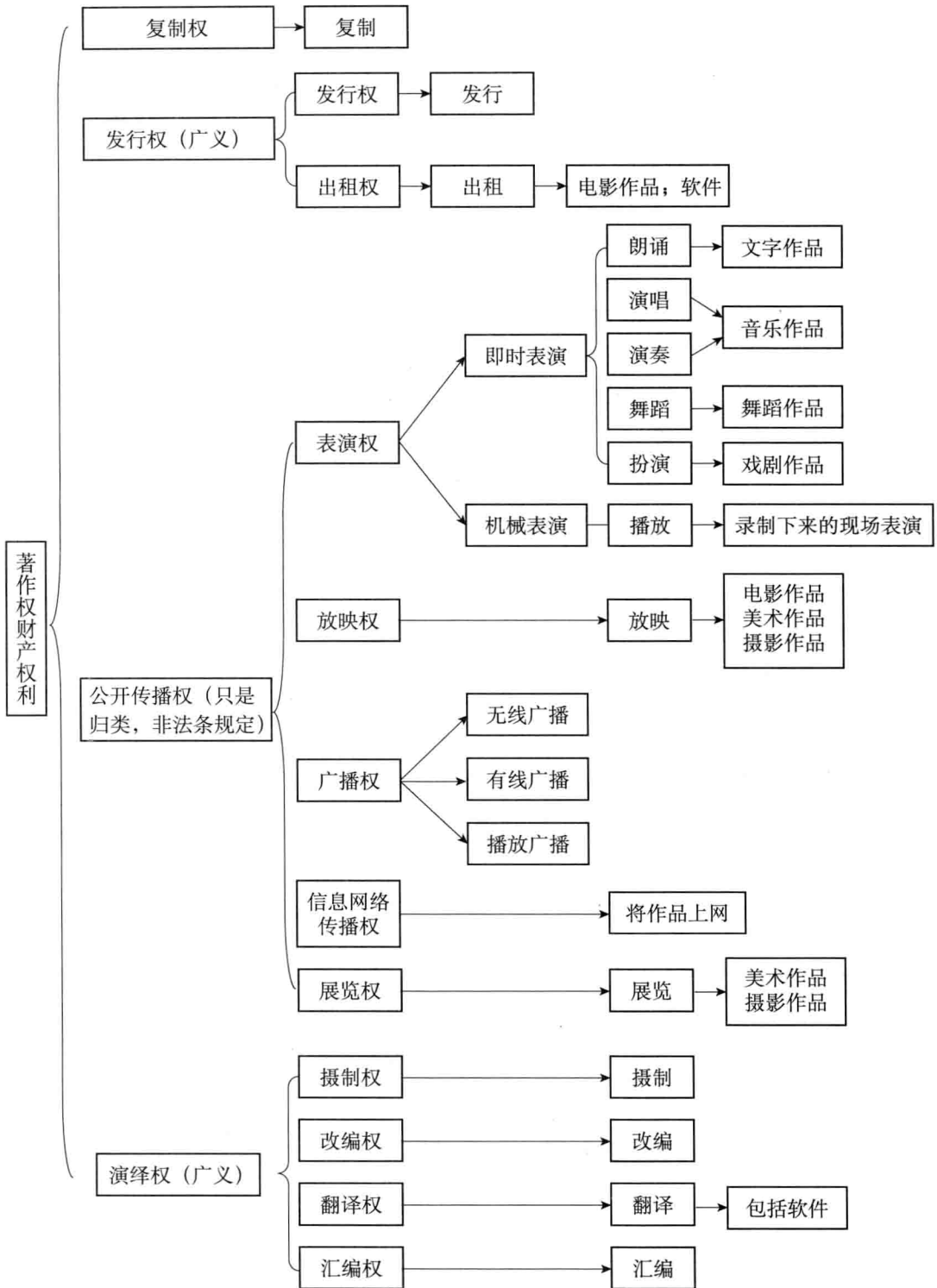


图 1

提供作品原件或复制件的权利。

“出版”是复制与发行两项行为的叠加。

发行权一次用尽原则：对于合法制作的作品复制件，经著作权人许可发行后，该复制件的合法所有者再次出售或赠与就无须著作权人的授权。

但对于非法制作的复制件，不能行使发行权一次用尽原则。

出租权仅仅适用于电影作品和软件，文字作品著作权人无出租权。

3. 公开传播权（不转移载体所有权）

某些国家的法律对“公开传播权”中“公开”定义为向家庭朋友圈子之外的人传播都是公开传播，具体的：①观众在地理上是分散的；②时间上是分散的；③封闭半公开场合也算公开场合传播。

各国法律对“公开”的定义也会略有差异，如美国法律认为教授上课是公开传播，而德国法律认为不是公开传播。

(1) 即时表演：朗诵、演唱、演奏、舞蹈、扮演。（免费表演属于合理使用）

机械表演：播放（与播放的是盗版还是正版碟无关，因为获得作品的有形载体并不获得著作权）。

(2) 放映权：只针对电影、美术、摄影三类作品。如 KTV 中背景是作品，作品著作权人有著作权，若未经许可 KTV 放映则是侵犯放映权。

(3) 广播权：控制无线广播、有线广播、播放广播。

无论电台还是电视台传播节目都是广播。

播放广播指通过扩音器或其他传送符号、声音、图像类似工具向公众传播的权利。

(4) 信息网络传播权：以有线或无线的方式使公众在其个人选定的时间和地点获得作品的权利，是一种交互式传播，这里仅指将“作品”传上网的权利，而不是提供链接的行为。

(5) 展览权：仅针对美术作品和摄影作品的公开展览。

4. 演绎权（广义）

演绎权是指后一作品是在前一作品基础上创作出来的，如蔡志忠将《家春秋》绘成漫画，漫画就是演绎作品。要构成演绎作品，需具备两个条件：①必须符合作品的要求；②原作与新作必须在表达上（情节、人物、性格等）是相似的，若仅仅在思想上是相似的，则不构成演绎作品。

二、著作权侵权行为的种类

我国《著作权法》第 47 条和第 48 条对侵犯著作权的行为分别作了规定，其中，第 47 条规定了下列侵犯著作权的行为：(1) 未经著作权人许可，发表其作品的。(2) 未经合作作者许可，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表的。(3) 没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的。(4) 歪曲、篡改他人作品的。(5) 剽窃他人作品的。(6) 未经著作权人许可，以展览、摄制电影和以类似摄制电影的方法使用作品，

或者以改编、翻译、注释等方式使用作品，著作权法另有规定的除外。(7) 使用他人作品，应当支付报酬而未支付的。(8) 未经电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的著作权人或者与著作权有关的权利人许可，出租其作品或者录音录像制品的，著作权法另有规定的除外。(9) 未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计的。(10) 未经表演者许可，从现场直播或者公开传送其现场表演，或者录制其表演的。(11) 其他侵犯著作权以及著作权有关的权益的行为。

《著作权法》第48条规定了下列侵犯著作权的行为：(1) 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，著作权法另有规定的除外。(2) 出版他人享有出版权的图书的。(3) 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，著作权法另有规定的除外。(4) 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，著作权法另有规定的除外。(5) 未经许可，播放或者复制广播、电视的，著作权法另有规定的除外。(6) 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、法规另有规定的除外。(7) 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。(8) 制作、出售假冒他人署名的作品的。

三、著作权侵权行为的特征

(一) 侵权对象的多重性^①

著作权包含著作财产权和著作人身权，权利具有多重性，其中的著作财产权包含复制权、表演权等十多项权利。这些权利可以单独行使，也可以结合起来行使，因此，著作权侵权行为的侵害对象也会表现出多重性的特点：一是财产权与人身权同时被侵害；二是多项财产权与人身权同时被侵害。此外，著作权侵权行为的侵害对象还可包括如专有出版合同的债权。

(二) 侵权形式的多样性

一般的民事侵权行为有一人单独实施的侵权行为和两人或两人以上因共同过错实施的共同侵权行为两种形式。在著作权侵权行为中，除这两种形式外，还存在第三种状态，即由数个行为人分别对同一权利人或与著作权有着直接或间接特定关系的主体（包括通过继承、委托、转让等关系而获得著作权的权利人）实施的侵权行为。

^① 参见《著作权侵权行为的特点包括哪些》，见 <http://www.110.com/falv/zhuzuoquanfa/zzqinquan/zzqzhishi/2010/0708/61453.html>，访问日期：2013年4月20日。

2.2.3 网络著作权侵权

一、网络著作权侵权行为的类型^①

根据《著作权法》的规定，凡未经著作权人许可，且不符合法律规定的条件，擅自利用受著作权法保护的作品的行为，即为侵犯著作权的行为。构成侵犯著作权的行为需要具备两个条件：第一，使用的作品是受著作权保护的作品；其二，使用行为违法。现实中，侵犯著作权的行为既包括直接侵权行为，也包括帮助、促成、唆使他人侵权、或使他人直接侵权的后果得以延伸或扩大的间接侵权行为。网络上的著作权侵权，是指未经著作权人许可，又无法律根据，擅自上传、下载、在网络之间转载或在网络上以其他不正当的方式行使专有著作权人享有的权利的行为。任何专有著作权人享有的权利若是经过著作权人许可或者他的行使属于法律规定以外的情况，则不属于著作权侵权。

结合以上概念，网络著作权侵权可以分为以下类型：

1. 将网上作品擅自下载并发表在传统媒体上。这种行为具体指未经网络作品权利人许可，将网络作品下载并于传统媒体上传播的行为。网络作品具体可以分为两种，一种是通过扫描等方式，将存在于纸、磁带等传统媒体上的作品转化为计算机能识别的数字编码，然后经由计算机的组织、加工、储存，并在需要时把这些数字化了的信息重新以文字图像声音等形式表现出来，这种网络作品称为数字化作品；另一种则是从其被创作之时起就直接以数字的形式存在于计算机并在网络上传输，之前没有在传统的载体上存在过，这种网络作品称为数字式作品。

2. 未经作者许可，擅自将传统媒体上发表的作品在网站上传播。即未经原文学艺术等非数字化作品的著作权人许可，将其作品数字化，登载于网络上向一切网络用户公开的行为。将该种行为确定为侵权行为，是因为将原来非数字化的文学艺术作品数字化，无论其采用何种手段数字化都不是创作，不具有独创性，只是原作品的存在形式和传播方式发生了变化，并不影响原作品的著作权人对该作品享有的权利。

另外由于网络技术的特点，出现了几种特殊的侵权形式：

1. 链接行为。关于链接行为是否是一种网络上的著作权侵权行为，目前在学术界存在争议。从理论上讲，链接是指使用超文本标记语言 HTML 编辑包含标记指令的文本文件，在两个不同的文档或同一文档的不同部分之间建立联系，从而使得访问者可以通过一个网站访问不同网站的文件或通过一个特定的栏目访问同一站点上的其他栏目，它被视为互联网得以运行的基础性特征。网络的优势就来源于链接网上的任何文件，不论其地位或物理位置如何。不可否认，从技术的角度来讲链接确实为网络用户实现网络资源共享提供了方便。对于一个需要多方面信息的网络用户来说，牢记多个网址并逐个搜索无疑是烦琐

^① 参见《网络著作权侵权问题》，见 <http://news.9ask.cn/wfl/zjft/201007/825601.shtml>，访问日期：2013年6月20日。

的，而通过网上链接，网络用户无须记忆并输入一长串的IP地址，而只需用鼠标点击链接处，即可以从所在主页跳转到同一文件中的其他位置，或者跳到其他主页或网页内容上面，并准确地找到所需要的信息。“谢德兰时报案”（Shetland Times Case）是最早的一起因链接引发的著作权侵权案件。

在此案中，被告谢德兰新闻将原告谢德兰时报网页上的标题刊登在自己的网页上并设置了通向文章内容的链接，使得被告的用户顺着链接可以直接访问原告网站上登载的内容，而不必经过原告网站的主页。这种行为产生的效果是使读者在阅读中仍然认为是在被告的网站中。审理此案的法院在诉讼中认定，原告的文章标题构成文字作品，受著作权法保护，而被告非法将其用作链接标志，因而构成侵权行为。

2. 网页作品的著作权侵权。网页设计的好坏对于各大商业网站来说至关重要，一个制作精良的网页会迅速提升网站的访问率，进而提升网站的知名度，带来更多的广告收益。但是，设计一个好的网页需要投入大量的时间、金钱和精力，而复制、剽窃一个网页却极为容易。所以，抄袭他人网页的行为时有发生。如被称为“中国网络主页侵权第一案”的“瑞得诉东方案”，被告四川东方信息有限公司就因为抄袭原告北京瑞得（集团）公司的主页，侵犯了原告主页的著作权，而必须承担赔偿责任和赔礼道歉的责任。

二、网络著作权侵权行为的认定

侵权行为的认定标准即通常所说的构成要件，指构成具体侵权行为的各种作为必要条件的因素。行为人的某一行为只有具备了法律规定的相关要件，才构成侵权行为。反之，缺乏任何一个构成要件则不构成侵权行为。

网络著作权侵权的构成要件包括以下三个方面：

1. 须有侵犯网络著作权的不法行为。我国《著作权法》第47条和第48条规定了各种不同的侵犯著作权的使用行为。网络作品是数字式或数字化作品，它尽管脱离有形载体，但并不影响其独创性，并且任何网络作品都必须以数字化形式固定在计算机的硬盘内，能够被他人使用联网主机阅读、下载或用软盘拷贝或直接的打印，因此符合能以某种有形形式复制的要求。因此，网络作品符合著作权法及其实施条例中有关著作权及作品规定，理应受到法律保护。

2. 须有损害事实。著作权人的利益是与网络传播对传统媒体发行率的影响相关的。如果网络传播异常发达，导致报刊、杂志无人购买，我们可以认定作品一旦上载到网络上，著作权人就存在损害事实。

3. 须有主观的过错责任。关于网络著作权侵权的归责原则，对网上侵犯著作权的行为应采过错推定责任为宜，将举证责任给侵权行为人或责任人，这样既保证被告有充分的辩解机会，又适当地减轻了著作权人的举证责任。因为，一般人应当知道凡作品必有其著作权人，凡转载、摘编或利用他人作品，均须征得著作权人的同意。这是有正常注意能力者之应尽义务，而凡是尽到了正常注意义务的人，都能在取得著作权人授权之后，或者以不违反法律规定的方式使用他人作品，只有当每个人在使用他人作品之前都能尽到正常注

义务之时，著作权的保护才有广泛的社会基础和思想基础，而过错推定原则能对此起到有力的推动作用。

2.2.4 著作权侵权行为的证据

一、网络著作权侵权行为的证据保全^①

根据修正后的《民事诉讼法》第63条的规定，电子数据作为独立的证据形式，该证据形式是以电子介质存储的信息为特征，凡具备这一特征的证据材料，无论其输出形式为打印文件或者视听资料等，均归属于电子数据，依电子数据的规则进行审查判断。

权利人在网络环境下属于举证困难的弱势群体，因此，电子证据原件的保全十分重要。电子证据的保全主要包括三个方面的内容：一是当事人申请法院对涉讼的电子证据进行保全；二是通过公证机关对涉案的电子证据进行保全；三是当事人通过网络服务提供者提供信息自行保全证据。

（一）诉讼保全

《民事诉讼法》规定的证据保全，即：“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以在诉讼过程中向法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。”网络上的电子证据因为随时都可以上传、下载或删除，是极有可能灭失的；而电子证据又具有极强的技术性和精密性，这又导致了权利人难以取得。因此，从某种意义上说，相对于普通的著作权侵权案件，网络著作权侵权证据的诉前保全对网络侵权诉讼的意义更为重大。

权利人向法院提出证据保全应当提交书面文件。依照《信息网络传播权保护条例》第14条规定，对提供信息存储空间或者提供搜索、链接服务的网络服务提供者，权利人认为其服务所涉及的作品、表演、录音录像制品，侵犯自己的信息网络传播权或者被删除、改变了自己的权利管理电子信息的，可以向该网络服务提供者提交书面通知，要求网络服务提供者删除该作品、表演、录音录像制品，或者断开与该作品、表演、录音录像制品的链接。通知书应当包含下列内容：权利人的姓名（名称）、联系方式和地址；要求删除或者断开链接的侵权作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址；构成侵权的初步证明材料。权利人应当对通知书的真实性负责。

向法院提交保全申请也应该包括上述内容。法院对于当事人提交的申请，需要审查所要保全的证据与待证事实在形式上是否具有关联性。

（二）公证保全

公证保全是指公证机关或公证人根据当事人的申请并依据法律的规定，对法律行为或

^① 参见刘春霖、冯志强、刘义春：《网络著作权侵权证据研究》，载《河北科技大学学报（社会科学版）》，2007（2）。