

陈凯歌与胡戈之争的实质与思考 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/484/2021\\_2022\\_\\_E9\\_99\\_88\\_E5\\_87\\_AF\\_E6\\_AD\\_8C\\_E4\\_c122\\_484629.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E9_99_88_E5_87_AF_E6_AD_8C_E4_c122_484629.htm) 陈凯歌与胡戈之争的实质与思考--一种法律和社会视角的“审计” 一、陈胡之争之概览。著名导演陈凯歌拍摄一部电影《无极》，有报称为2006新年贺岁大片。当时有报还称《无极》将角逐奥斯卡金奖。2006年年初，网上突然流传着作者胡戈制作的《一个馒头引发的血案》短片（以下简称“馒头”短片）。该短片将《无极》电影中的一些镜头与人物串联起来，加上时下流行的广告插播等其他元素，以央视主持人主持的一档虚拟法制节目形式呈现给观众，讲述了由一个馒头引发的一场血案的故事。由于在创作形式上有所创新，充满“搞笑”，令网民感到“好玩”，该短片很快在网上传开，网民们一堵为快。据《法制日报》称：对于这种“篡改”，《无极》的导演陈凯歌愤怒了。2月11日晚，他在柏林接受采访时，直言该短片的作者胡戈“无耻”，声称要将其告上法庭。笔者，在此将其称为陈凯歌与胡戈个人之争。之后，陈凯歌与胡戈个人之争引发网民和社会各界的激烈争论，包括文化界、法律界等，甚至有全国政协委员出来为陈胡之争断案。有人认为，胡戈是“天才青年”；有人认为，陈凯歌“以大欺小”、“小题大做”，很有可能对他“文化导演”的形象产生根本性动摇；有人认为，胡戈的行为肯定对陈凯歌构成侵权；也有人认为，胡戈的行为对陈凯歌不构成侵权；还有作家认为娱乐大众文化界抵不上一只“馒头”，文化界要反思。从笔者所见所闻，大多数同情胡戈，对陈凯歌充满嘲讽和斥责；

但这些只是个人意见，不代表事实和真相。最后，陈凯歌与胡戈个人之争被媒体演化为公众之争。二、陈胡之争之实质。陈胡之争表面上是个人之争，说的具体一点就是著名导演陈凯歌对胡戈“恶搞”影片《无极》的行为，要用法律的武器捍卫自己的权利，但这只是一个纯法律技术问题，不是问题的实质。用网络形式改编他人的作品，这不是第一次。为什么胡戈制作的“馒头”短片能引起如此的轰动？如果“馒头”短片不截取影片《无极》的一些镜头，如果《无极》的导演不是著名导演陈凯歌，该短片能否引起这样激烈的社会争论？是否因为陈凯歌导演的《无极》代表一类电影，代表一类文化价值取向，甚至社会价值观；是否因陈凯歌是著名导演，代表一类人。这些值得我们深思。这里借用“审计风暴”一词。笔者认为，陈胡个人之争只是一个由头，一个把子，实质问题是媒体和大众对《无极》这类电影和著名导演陈凯歌这类人、这种社会现象，进行一次“社会审计”，而且这次审计还应继续。据报道《无极》耗资过亿，它为谁创造价值？是为个人创造了价值、还是为艺术创造了价值亦或是为国家、社会创造了价值。总之，陈胡之争实质上不是个人之争、法律之争，而是社会、公众之争。作为法律人，出于责任，还是有必要对陈胡之争从法律的视角进行一次法律“审计”。当然，这只是一己之见，而且在证据还不充分，事实还没有查明的情况下，就去分清是非，不应该是一个严谨的法律人要做的事。这就象一名医生在没有见到病人时，就给病人开药一样，显然违反程序，违反医规。但是，既然媒体对陈胡之争的法律问题有报道，且争议极大，笔者也就胡戈的行为做一个法律分析。笔者认为，陈胡法律之争的焦

点问题是胡戈制作的“馒头”短片是否侵权、侵犯了谁的权、侵犯了什么权。搞清这几个法律问题，无非从实体和程序两个方面切入。实体方面。从实体看，无非是宪法和民法、著作权法两个角度。由于现阶段，我国宪法不具有司法性，在此笔者不探讨宪法层面。至于将来能解决宪法司法化问题，那是将来的事。根据现有媒体报道的内容，如果说胡戈的行为构成侵权（这里侵权对象只谈影片《无极》和导演陈凯歌），也只可能涉及侵犯影片《无极》的著作权和著名导演陈凯歌的名誉权。著作权法第十条规定，著作权包括发表权、署名权、修改权、保护作品完整权和使用获得报酬权。其中，使用和获得报酬权就是著作权法第十条第一款第（五）至（十七）项内容。根据画面，“馒头”短片用了影片《无极》中的一些镜头和人物，有侵犯《无极》的保护作品完整权、信息网络传播权和获得报酬权之嫌。另外，还有人认为胡戈的行为侵犯了陈凯歌的名誉权。如果胡戈的行为构成对陈凯歌名誉权的侵犯，那则必须符合侵犯名誉权的法定要件即受害人确有名誉被损害的事实、行为人行为违法、违法行为与损害后果之间有因果关系、行为人主观上有过错，这四个缺一不可（参见《最高人民法院关于审理名誉权案件若干问题的解答》第七问）。程序方面。从程序上看，陈凯歌不是侵犯著作权案件的适格原告；因为陈凯歌只是电影《无极》的导演，不是制片者，影视作品的整体著作权属于制片者。陈凯歌作为原告以侵犯著作权为案由，起诉胡戈在程序上就存在障碍。如果制片者起诉胡戈，胡戈可能的法定抗辩理由有：法定许可和合理使用。胡戈截取《无极》的镜头创作“馒头”短片未经法定许可，不存在法定许可这一抗辩理由

。那么，本案是否存在合理使用呢？根据著作权法第二十二条第一款规定的12项对著作权的限制，其最可能符合的抗辩理由是第（一）项：为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品。当然，从程序上看，如果以侵犯名誉权为案由，陈凯歌可以起诉胡戈，但胡戈的行为是否构成侵犯名誉权还待法院判决。总之，在没有查明事实的情况下，也没有经过法庭审理，就给陈胡法律之争开出一剂包治的法律药方，是不严肃的。即使胡戈的行为客观上构成侵权，但是，由于原告缺乏诉讼技巧，没能很好地举证、质证，原告也可能面临败诉。就是说，胡戈行为是否构成侵权暂时还不宜提前“判决”，如果有人起诉只能等待法院裁判。笔者还要特别强调的一点是，如果只从法律视角，而不用社会视角去看陈胡之争那是浅薄；如果只从社会视角，而不用法律视角去看陈胡之争那是对法律的不尊重。

### 三、陈胡之争之解决。

谈到陈胡之争，有知觉的高级动物，不能不谈对著名导演陈凯歌其人和其作品《无极》的看法。中国电影走过百年，现有跌入低谷之势，陈能艰守已属不宜，尤其是陈这一代饱经风霜，经历了所有的社会变故上山下乡、十年文革、文化体制改革等，现在还能保持活力令人赞许。人们之所以一面倒，除了同情弱者胡戈及欣赏其“才气”之外，还是希望陈能出好作品、大作品。就象几年前闹得沸沸扬扬的“刘涌被叛死刑案”。当时，有多名法学家一起出“专家意见书”认为刘涌不应判死刑，其中包括青年刑法学家北大教授陈兴良。学生罢他课、网上声讨他，为什么这么多专家只对他一人过于苛刻？我个人认为，无非是人们对他寄予厚望。今天导演陈凯歌面临同样的问题。至于《无极》，看后觉得形式大于内

容，抽象多于具体。当然，我们现在看不懂，不代表它就不是一个好作品。陈凯歌导演有权用他本人喜欢的方式表达自己，就象我们有权评价《无极》一样。我们评价他及《无极》要有理性。特别是媒体不能太疯狂，应有社会良知。著名演员刘晓庆差点倒在“口诛笔伐”之下。这里也必须谈一下胡戈及网络作品。胡戈缺乏对他人作品和劳动的应有尊重。至于网络语言无论你喜欢与否，是必然要来的，就象白话文取代文言文一样。不同时代有不同语言，商代有甲骨文，唐代有唐诗，宋代有宋词，网络时代必有网络语言，而且是一种综合语言，不是现在的单纯汉字。我们不能拒绝、扼杀。说到此，陈胡之争如何解决呢？作为法律人，我们当然不能拒绝他们用法律手段解决纠纷，他们是相信法律。但是真正懂得法律的人，知道法律不是随便消费的：漫长的诉讼、消耗体力、消耗精力、消耗财力、消耗感情、消耗他人包括法官。具体到本案，即使陈凯歌导演赢了官司，也不一定赢了人，不一定赢得实惠，要估计一下胡戈是否有能力赔偿，否则判决一纸空文。既然是笔墨官司，还是用笔墨应对。陈凯歌导演赢得陈胡之争最好的办法还是多出好作品。笔者认为，如果说医生医治的是人的身心疾病；那么，法律人就是社会医生，医治的是社会的病??准确把握社会常态，正确解决社会纠纷，及时平息社会矛盾，将违法对社会造成的扭曲和创伤及时恢复为常态，同时更要促进经济社会全面发展，做经济和社会的减震仪、平衡器和助推器。在此，笔者建议你们还是和谐为上，各尽其能，各得其所。四、陈胡之争之思考。作为本文的落脚点，我们必须对陈胡之争进行深度思考，有点建议。笔者思考有二，建议有二。思考一，法律思考

。面对网络时代的到来，类似陈胡之争的法律问题还会有。因此，对网络时代下的侵权，立法上要做进一步细化。这是其一。其二，中国要有宪政时代，必须要宪法司法化。具体到本案，若胡戈说言论自由是宪法赋予公民的基本权利，他是用网络语言评论《无极》，并以此作为侵权的抗辩理由，我们又该如何说。毕竟言论自由相对于侵犯著作权是上位权利。

思考二，社会思考。现在社会尽管经济发展较快，但是文化和社会发展相对滞后。突出表现是价值观的错乱、方向的迷失、道德的沦丧和人文精神的丢失，社会有一种戾气。中华民族已发展到伟大复兴的关键时期。任何人、任何团体都必须有历史使命感和时代担当，不能成为历史的罪人，尤其是文化界。

建议一：发起一场“社会审计风暴”。不久前，胡锦涛总书记在全国政协会议上提出“八荣八耻”的社会荣辱观和社会价值观，可谓正当时，具有极强的现实性、针对性、实践性和前瞻性。既然陈胡之争已发展为社会之争、公众之争，著名导演陈凯歌在这次陈胡之争中也说，人不能无耻到这种地步，建议结合胡锦涛总书记“八荣八耻”的社会价值观，将陈胡之争推上一个新的高度，引到正确的道路，彻底进行一次“社会审计风暴”，荡除一切社会戾气。希望这次“社会审计风暴”能向上世纪70年代末真理标准讨论那样热烈，进而推动全社会全面大进步。

建议二：进行一次法律人，尤其是法学家社会担当和历史使命的讨论。追忆整个改革开放进程：哲学界发动过“真理标准”大讨论；政治理论界有社会主义初级阶段、邓小平理论、三个代表重要思想、科学发展观、和谐社会、建设社会主义新农村等理论成果；经济界与时代发展相互呼应，先后提出有计划的市场经

济、市场为主计划为辅、社会主义市场经济等经济理论。反观我们的法律界（广义含立法、司法、行政执法、法学学界和理论界等），我们做了什么？中国古代的士大夫就有“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”的情怀，我们的法学家社会担当和历史使命是什么？在社会变革时期我们做了什么？应该做什么？我们必须对此作出回答！100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)