**目录**

[第一章 总论 4](#_Toc4098)

[一．知识产权的定义 4](#_Toc11041)

[二．知识产权的范围 4](#_Toc12513)

[三． 知识产权的特征与性质 4](#_Toc29365)

[（一）特征 4](#_Toc14393)

[（二） 性质 5](#_Toc5446)

[四．知识产权法的体系 5](#_Toc24518)

[五．知识产权法的历史发展 5](#_Toc23550)

[（一）著作权 5](#_Toc4642)

[（二）专利权 5](#_Toc30081)

[（三）商标制度 5](#_Toc26478)

[（四）与知识产权有关的反不正当竞争制度 5](#_Toc30010)

[第二章 著作权法 6](#_Toc14864)

[一．著作权的概念 6](#_Toc5643)

[二．著作权的客体——作品 6](#_Toc25364)

[（一） 作品的概念 6](#_Toc30656)

[1. 作品必须是人类的智力成果。 6](#_Toc10836)

[2. “作品”必须是能够被他人客观感知的外在表达。 7](#_Toc21762)

[3. 只有具有 “独创性”的外在表达才是“作品”。 7](#_Toc4393)

[4. 补：是指文学、艺术和科学领域内思想的表达？ 7](#_Toc24015)

[（二） “独创性” 8](#_Toc4989)

[1. “独” 8](#_Toc708)

[2. “创” 8](#_Toc6760)

[3. “独”与“创”的关系 8](#_Toc8132)

[（三）独创性与侵权作品的认定 8](#_Toc29892)

[（四）作品的分类 8](#_Toc10428)

[三．著作权的取得和归属 10](#_Toc3420)

[（一）著作权归属的原则——自动取得原则 11](#_Toc20880)

[1. 作者——基于创作行为： 11](#_Toc5031)

[2. 作者的推定： 11](#_Toc12924)

[（二）特别规定——《著作权法》11+其他列举 11](#_Toc13091)

[1. 演绎作品的著作权 11](#_Toc13418)

[2. 合作作品的著作权 12](#_Toc5843)

[3. 汇编作品的著作权 12](#_Toc11532)

[4. 视听作品的著作权 12](#_Toc8561)

[5. 职务作品 13](#_Toc4289)

[6. 委托作品 13](#_Toc18503)

[7. 美术作品原件的展览权 13](#_Toc4226)

[8. 由他人执笔、本人审阅定稿并以本人名义发表的报告、讲话等作品的著作权 13](#_Toc11736)

[9. 当事人合意以特定人物经历为题材完成的自传体作品的著作权 13](#_Toc27765)

[四．著作权的内容 13](#_Toc17079)

[（一）著作人身权 13](#_Toc18387)

[1. 发表权 14](#_Toc9798)

[2. 署名权 14](#_Toc28998)

[3. 修改权 14](#_Toc3630)

[4. 保护作品完整权 14](#_Toc27369)

[（二）著作财产权（《著作权法》第10条） 15](#_Toc29391)

[1. 复制权 15](#_Toc6029)

[2. 发行权 15](#_Toc28664)

[3. 出租权 16](#_Toc24310)

[4. 展览权 16](#_Toc1196)

[5. 表演权 16](#_Toc26922)

[6. 放映权 16](#_Toc29119)

[7. 广播权 16](#_Toc20743)

[8. 信息网络传播权 17](#_Toc13956)

[9. 摄制权 17](#_Toc28861)

[10. 改编权 17](#_Toc25588)

[11. 翻译权 17](#_Toc16092)

[12. 汇编权 18](#_Toc491)

[13. 其他权利 18](#_Toc10521)

[※著作财产权的转让、许可与质押 18](#_Toc24433)

[（三）著作权的保护期限 18](#_Toc503)

[（四）邻接权 19](#_Toc11817)

[1. 表演者权 19](#_Toc245)

[2. 录音录像制作者权 20](#_Toc2652)

[3. 广播组织权 20](#_Toc23612)

[4. 版式设计权 20](#_Toc18149)

[五．著作权的限制 21](#_Toc9294)

[（一）合理使用 21](#_Toc27415)

[1.概念 21](#_Toc5152)

[2.标准——“三步检验法” 21](#_Toc4489)

[3. 类型——24条 21](#_Toc7604)

[（二）法定许可——区别：需要支付费用 22](#_Toc25131)

[1. 概念 22](#_Toc14157)

[2. 类型——25条 22](#_Toc30724)

[3. 数字网络与法定许可使用 22](#_Toc15990)

[（三）强制许可使用——伯尔尼公约附件 22](#_Toc13962)

[六．著作权利用 23](#_Toc31874)

[（一）著作权利用的特殊机制——集体管理制度 23](#_Toc11952)

[1. 概念与适用范围 23](#_Toc8151)

[2.集体管理机构 23](#_Toc14713)

[3. 集体管理制度的法律关系 23](#_Toc22721)

[4. 集体管理制度的监督 23](#_Toc23569)

[（二）著作权许可使用 24](#_Toc32157)

[1. 概念 24](#_Toc27063)

[2. 种类 24](#_Toc31130)

[七．侵害著作权的法律责任 24](#_Toc14855)

[（一）侵权行为类型 24](#_Toc8817)

[（二）网络环境下的侵权行为类型 25](#_Toc15958)

[（三）民事责任 25](#_Toc13485)

[（四）行政责任 26](#_Toc22343)

[（五）刑事责任 26](#_Toc29576)

[第三章 专利法 27](#_Toc5064)

[一．专利法的保护对象 27](#_Toc4203)

[（一）发明 27](#_Toc3339)

[1.发明的概念： 27](#_Toc24451)

[2.发明的特点： 27](#_Toc28477)

[3.发明的分类 27](#_Toc18972)

[（二）实用新型 28](#_Toc32009)

[1.实用新型的概念与特点 28](#_Toc13460)

[2.实用新型与发明的区别与联系 28](#_Toc3117)

[（三） 外观设计 28](#_Toc32038)

[1.外观设计的概念和特点 28](#_Toc11170)

[2.外观设计的法律保护模式 28](#_Toc8675)

[（四）专利法不予保护的对象 29](#_Toc26672)

[1.概述 29](#_Toc20364)

[2.我国规定 29](#_Toc2653)

[二．专利权的取得、归属、变更 30](#_Toc16662)

[（一）专利权取得的实质要件 30](#_Toc18357)

[发明 30](#_Toc1683)

[实用新型 30](#_Toc32185)

[外观设计 30](#_Toc14644)

[（二）专利权取得实质要件的判断标准 30](#_Toc12143)

[ 实用性的判断标准： 30](#_Toc28780)

[ 新颖性的判断标准：抵触申请 30](#_Toc10590)

[ 创造性的判断标准： 31](#_Toc5628)

[（二）专利权的归属 31](#_Toc10291)

[1. 发明人与专利申请人 31](#_Toc19978)

[2. 专利权归属不同情形 31](#_Toc22787)

[（三）专利权的无效 32](#_Toc19665)

[1. 目的 32](#_Toc21675)

[2. 理由： 32](#_Toc28419)

[3. 程序 32](#_Toc14134)

[4. 效力 32](#_Toc21017)

[（四） 专利权的期限和终止 32](#_Toc15217)

[三．专利权的内容和限制 33](#_Toc21525)

[（一）内容概述 33](#_Toc17425)

[（二）具体内容——发明和实用新型 33](#_Toc24211)

[1. 制造权 33](#_Toc18202)

[2. 使用权 33](#_Toc16149)

[3. 销售权 33](#_Toc30050)

[4. 许诺销售权 34](#_Toc7914)

[5. 进口权 34](#_Toc1907)

[（三）具体内容——外观设计 34](#_Toc32553)

[（四）不侵害专利权的行为 34](#_Toc8714)

[1. 专利权穷竭 34](#_Toc395)

[2. 先用权 34](#_Toc6154)

[3. 临时过境 35](#_Toc19767)

[4. 科学研究和实验使用 35](#_Toc15523)

[5. 药品和医疗器械行政审批例外 36](#_Toc5812)

[（五）专利权强制许可 36](#_Toc20464)

[（六）专利的实施许可 37](#_Toc19613)

[（七）专利权的转让 38](#_Toc8550)

[四．侵害专利权的法律责任 38](#_Toc14030)

[（一）专利权的保护范围 38](#_Toc7870)

[（二）侵害专利权行为的构成和认定 40](#_Toc1059)

[1. 侵害专利权的行为 40](#_Toc31563)

[2. 侵害专利权行为的具体形式 40](#_Toc25341)

[3. 侵害专利权行为的认定 40](#_Toc15062)

[（三）侵害专利权行为的抗辩事由 42](#_Toc25389)

[（四）法律责任类型与后果 42](#_Toc1137)

[1. 民事责任 42](#_Toc5109)

[2. 刑事责任 43](#_Toc1259)

[3. 行政责任 43](#_Toc10038)

[第四章 商标权法 44](#_Toc9665)

[一． 商标权的对象 44](#_Toc27407)

[（一） 商标概述 44](#_Toc17604)

[1. 商标的定义：(P/S,B) 44](#_Toc13689)

[2. 商标与其他商业标志的区别 44](#_Toc14799)

[3. 商标的功能 44](#_Toc31132)

[4. 商标的种类 44](#_Toc9020)

[（二） 商标注册条件 45](#_Toc15601)

[1. 合法性 45](#_Toc30464)

[2. 显著性 46](#_Toc4729)

[3. 非功能性 46](#_Toc1422)

[4. 不与他人在先权利和权益相冲突 46](#_Toc13444)

[二． 商标权的取得和消灭 46](#_Toc17650)

[（一） 取得的基本原则 46](#_Toc23012)

[1. 使用取得商标权的原则（如美国） 46](#_Toc11727)

[2. 注册取得商标权的原则（如我国） 46](#_Toc2428)

[（二） 取得程序 47](#_Toc280)

[1. 商标注册申请 47](#_Toc1933)

[2. 商标注册申请的审查 47](#_Toc17596)

[3. 异议——解决信息不完全 47](#_Toc4662)

[4. 复审（“商标评审”） 48](#_Toc30373)

[5. 司法审查 48](#_Toc3824)

[（三） 商标权消灭 49](#_Toc12470)

[1. 注册商标的注销 49](#_Toc6430)

[2. 注册商标的无效 49](#_Toc3500)

[3. 注册商标的撤销 49](#_Toc24075)

[（四）对撤销、无效、注销的保护期 49](#_Toc5083)

[三．商标权的内容和利用 50](#_Toc30085)

[（一）内容 50](#_Toc16747)

[1. 商标专有权 50](#_Toc23671)

[（二）利用 50](#_Toc23238)

[1、转让 50](#_Toc20082)

[2. 许可 50](#_Toc20692)

[【著作权法案例】 51](#_Toc30187)

[1. 指导案例81号：张晓燕诉雷献和、赵琪、山东爱书人音像图书有限公司著作权侵权纠纷案 51](#_Toc29857)

[2. 高小华与重庆陈可之文化艺术传播有限公司著作权纠纷上诉案 52](#_Toc5762)

[3. 广播体操著作权的司法认定：第九套广播体操著作权纠纷案 52](#_Toc24321)

[4. 北京中科恒业中自技术有限公司等与北京中科水景科技有限公司侵害著作权纠纷上诉案 53](#_Toc8844)

[5.何吉与杭州天蚕文化传播有限公司著作权权属、侵权纠纷上诉案 55](#_Toc19078)

[6. 杨某以未经许可使用其合作作品为由诉春风文艺出版社等著作权侵权纠纷案 56](#_Toc23990)

[7. 杨松云诉修建灵塔办公室著作权纠纷案 56](#_Toc6656)

[8. 谢丽君诉网络版主侵权纠纷案 57](#_Toc32255)

[9. 吴冠中诉上海朵云轩、香港永成古玩有限公司出售假冒其署名的美术作品纠纷案 57](#_Toc22557)

[10. 林奕诉中国新闻社侵犯其保护作品完整权及名誉权案 58](#_Toc1379)

[11.国家体育场有限责任公司诉熊猫烟花集团股份有限公司、浏阳市熊猫烟花有限公司等侵害建筑作品著作权纠纷案 58](#_Toc8417)

[12.艾影（上海）商贸有限公司诉浙江玉长城商业管理有限公司等侵害作品复制权、展览权纠纷案 59](#_Toc8676)

[13.陈佩斯、朱时茂诉中国国际电视总公司侵犯著作权纠纷案 59](#_Toc11282)

[14.北影录音录像公司诉北京电影学院侵犯作品专有使用权纠纷案 60](#_Toc3799)

[【专利法案例】 67](#_Toc10185)

[1.阿浦福润特技术有限公司与国家知识产权局专利复审委员会专利复审行政纠纷再审案 67](#_Toc2464)

[【商标权法案例】 67](#_Toc19654)

# 第一章 总论

## 一．知识产权的定义

**知识产权是人们依法对自己的特定智力成果、商誉和其他特定相关客体等享有的权利。**

注意：对知识产权的定义需要广义理解

1. 客体并非有形物，而是智力成果或商誉等非物质性客体（区别于物权）
2. 知识产权≠对知识的财产权。只有符合知识产权法规定的特定形态和特征的知识形态才可能成为知识产权的客体。（公共知识不可能成为任何人的财产）
3. 并非智力活动创造的知识也能够成为知识产权的客体（如经营者可以将自然界客观存在的奇花异石的图案、形状或公共领域的词汇注册为商标加以使用，并享有商标权）

## 二．知识产权的范围

1. 以知识的功能为划分标准，分为著作权和工业产权，工业产权包括专利权与商标权
2. 以知识产权价值的来源为划分标准，分为创造成果权和商业标志权

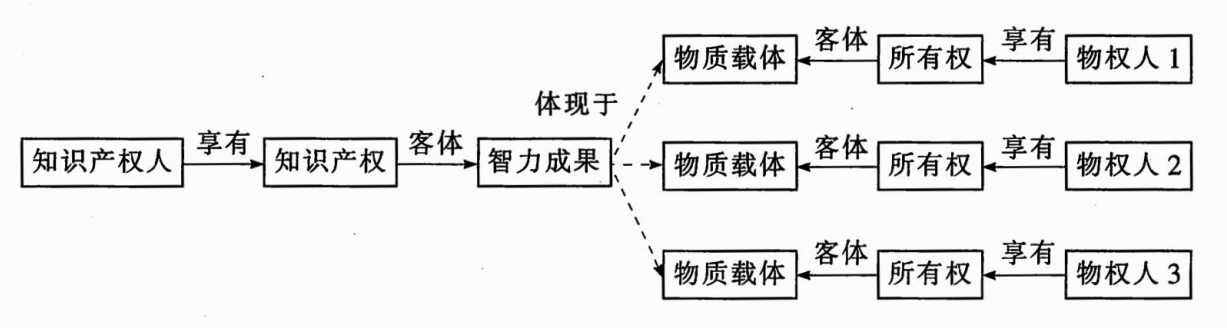
## 知识产权的特征与性质

### （一）特征

1. **客体具有非物质性**

知识产权的客体往往依附于物质载体，是物质载体所“承载”“体现”的非物质成果，而非物质载体本身。

下图以虚线为界：



①享有一边的权利并不等于享有另一边的权利。如享有书本（所有权）不等于享有著作权。

②转让一边的权利并不等于转让另一边的权利。如作者转让稿纸（所有权）不等于转让著作权。

③侵犯一边的权利并不等于侵犯另一边的权利。如偷窃书本（所有权）不等于侵犯著作权。

1. **特定的专有性/排他性**

与物权排他性的不同：①来源不同 ②侵犯形式不同 ③保护方式不同 ④限制程度不同（知识产权限制更大）

1. **地域性**

除非有国际条约、双边或多边协定的特别规定，知识产权的效力只限于本国境内；而所有权的保护一般不受地域性的限制。（根本原因在于知识产权是法定权利，同时也是一国公共政策的产物，必须通过法律的强制规定才能存在，其权利的范围和内容也完全取决于本国法律的规定。而各国有关知识产权的获得和保护的规定各不相同，所以一国的知识产权在他国不能自动获得保护。趋势：国际条约使得知识产权的地域性逐渐淡化）

1. **时间性**

* 总结：知识产权 v. 物权
  1. 客体：知识
  2. 排他效力：弱于物权
  3. 利益实现：需要法律的保障（物权因客体为有形物，占有的属性使其天然具有排他性，维护难度较低；而知识产权客体为非物质性客体，其排他性需要法律的维护）
  4. 与物权冲突时：让位于物权（如行使修改权要收到所有权的限制）
  5. 期限：法定（如著作权，期限届满后即不受法律保护；这里主要与所有权对比）
  6. 价值：源于客体的使用价值（社会必要劳动时间能否衡量知识产权客体的价值？有争议）

### 性质

1. **知识产权**

知识产权是一种民事权利，也即是一种私权。

知识产权法主要调整平等主体之间，围绕智力成果、商业标识和其他非物质成果形成的财产关系，而且这种财产关系是建立在等价有偿、意思自治的私法原则之上的。

私权公授（×） 行政许可（×） 私权公权化趋势（×）

1. **知识产权法**

知识产权法的直接渊源是民法

知识产权法与民法是整体与部分（√）特别法与一般法（×）

要不要在民法典中设立知识产权编？

## 四．知识产权法的体系

（一）著作权法：保护具有审美功能的文学艺术作品

（二）专利法：保护具有审美功能的知识

（三）商标法：保护商业标志财产

（四）反不正当竞争法：保护技术方案和商业标记利益

## 五．知识产权法的历史发展

### （一）著作权

1. 【印刷盛行】特许出版权时期：著作权制度的前奏

——赋予出版商以出版特定书籍的垄断权，而出版商要根据封建政府的要求拒绝出版对政府不利的书籍

——本质上并非真正的著作权，而是一种特权，是公权力的体现；获得特许权的是出版商而非作者，所以与现代著作权制度存在本质区别。

1. 【资产阶级登上舞台】著作财产权时期：《安妮女王法》

——将保护重点从出版商转向作者，作者的权利是可以根据意思自治原则而自由行使和转让的财产权，是典型的私权。

1. 【启蒙运动】作者权时期：大陆法系国家
2. 国际条约的出现：伯尔尼公约
3. 我国：《大清著作权律》； 1990年《著作权法》；已经过三次法律修订

### （二）专利权

1. 起源： 1474 年威尼斯专利法； 1624 年英国《垄断法案》

2. 发展：存废之争；保护水平之争

3. 国际协调：巴黎公约，TRIPs协定

4. 我国：《资政新篇》；《振兴工艺给奖章程》；1984年《专利法》，已经过四次法律修订。

### （三）商标制度

1. 起源：法国1857年《关于以使用原则和不审查原则为内容的制造标记和商标的法律》

2. 发展：保护范围不断扩张

3. 国际协调：巴黎公约；马德里体系； TRIPs协定

4. 我国：《商标注册试办章程》； 1982年 《商标法》；已经过四次法律修订

### （四）与知识产权有关的反不正当竞争制度

1. 起源：德国1896年《反不正当竞争法》

2. 发展：专门立法

3. 我国： 1993年《反不正当竞争法》；已经过两次法律修订

# 第二章 著作权法

## 一．著作权的概念

著作权是民事主体依法对作品及相关客体所享有的专有权利。

“著作权”这一概念有狭义和广义之分：

狭义的著作权仅指民事主体对作品所享有的一系列专有权利。

广义的著作权还包括邻接权，即民事主体对作品之外的客体享有的一系列专有权利。

——邻接权在我国依《著作权法》的规定特指表演者对其表演、录音录像制作者对其制作的录音录像制品、广播组织对其播出的节目信号和出版者对其设计的版式享有的专有权利。

著作权区别于其他知识产权的一个特点是它同时包括人身权利（又称精神权利）和财产权利（又称经济权利）。

“版权”（copyright）：

——源于英美法系，顾名思义为“复制权”，侧重保护单纯的经济权，作品曾长期被视为作者的财产，而与作者的精神、人格关系不大，因此，版权可以像其他有形财产那样自由转让。同时，雇员在受雇期间为了完成雇主交付的任务而创作的作品，也被视为雇主而非雇员的财产，其版权由雇主享有，甚至有的国家就将雇主视为作者。

“著作权”（author’s right）：

——源于大陆法系，将作品更多地视为作者人格的延伸和精神的反映，并非普通的财产。因此，大陆法系的著作权法更为注重保护作者的人身权利，对著作权的转让施加较多限制，对人身权利一般不允许转让和放弃。同理，对于雇员为了完成雇主交付的工作任务而创作的作品，一般情况下雇员仍然能够原始取得著作权，雇主只能通过合同受让或被许可使用其中的著作财产权。

——《伯尔尼公约》以及两大法系之间的相互借鉴和融合，“著作权”和“版权”在概念上的差别也在缩小

我国的《著作权法》同时融合两大法系：

——“本法所称的著作权即版权”

——“法人作品”、在特定条件下视法人或其他组织为“作者”、电影作品的著作权归制片人享有等均借鉴了《美国版权法》

## 二．著作权的客体——作品

注：这里是狭义著作权，不包含邻接权

与其他智力成果的区分？

与其他作品的区分？

是否具有作品的要素？

是作品→受保护范围的区分？（更进一步）

作品定义的问题

### 作品的概念

《著作权法实施条例》第二条：

**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。**

马工程教材：

**作品是文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果。**

#### 作品必须是人类的智力成果。

①——**区别于自然风光等自然物**。（亦即区别于物权法上的物）

②——**人工智能的“创作”是否被保护**，其本质在于是否拥有著作人身权，是否要与人类的成果同等对待。

老师认为：不受保护，亦不成为创作，而是大批量的生产行为。且不具有人格属性，并非是人工智能的思想情感的表达。另外，是否有必要对其进行保护？若要确定一个权利主体：人工智能的开发者和使用者。

③——**动物的创作？**猕猴抢了摄影师的照相机的自拍：不能说版权属于该猕猴。

#### **“作品”必须是能够被他人客观感知的外在表达。**

**①——区别于单纯停留在内心世界的思想感情或者“腹稿”。著作权法不保护抽象的思想。**

——单纯的节目模式、游戏思路与规则、论文观点、技术方案均为思想，不由著作权法保护。

——这是著作权的垄断性质与思想自由的矛盾。思想应当被自由地使用，而不能被人所垄断

**②——思想/表达二分法：**

思想与表达的分界？

A——**“抽象概括法”：**对于文学作品可以进行不同层次的抽象和提炼，形成金字塔结构的分界，个案分析

B——**情节相似与侵权认定**：**——接触+实质性相似**

1. 原告情节是否独创

2. 原告要求保护的情节，包括角色人物及其相互之间的关系，以及具体事件的发生 、发展和先后顺序，是否已具体到一定程度，可以作为 “表达”受到保护

3. 被告对原告作品中独创性情节的使用，是否达到了一定的量，即存在 “实质性相似”。

C——**“混同原则”**：如果一种“思想”实际上只有一种或非常有限的表达，那么就发生思想与表达的混同，这些表达也被视为“思想”而不受保护。

D——**“场景原则”**：在文学作品之中，如果根据历史事实或者人们的经验、观众的期待，在表达某一主题的时候，必须描述某些场景、使用某些场景的安排和设计，那么这些场景即使是由在先作品描述的，在后作品以自己的表达描写相同场景也不构成侵权。（即已经成为了“标准场景”）

**③——操作方法、技术方案和实用功能（上述两原则亦适用）属于思想，不受著作权法保护，应当由专利法保护。**

A——专利法是保护技术方案本身的，一旦技术方案获得专利权，任何人未经专利权人许可不得使用，否则构成侵权。但专利法上的技术方案在著作权法上只是一种“思想”，不受著作权法的保护。因此，如果作者通过著述将这种技术方案公之于众，他人将这种技术付诸实施并不会侵犯作者的著作权。

B——原因：专利权的要求高：必须新颖、能带来技术进步、运用于产业，因此国家才对其进行有期限的保护；而著作权法自作品完成时即自动产生，没经过实质性审查，且保护时间更长，允许作者通过著作权来垄断作品中所描述的技术无疑是不公平的，会阻碍技术的进步和知识传播。

[指导案例81号：张晓燕诉雷献和、赵琪、山东爱书人音像图书有限公司著作权侵权纠纷案](#_指导案例81号：张晓燕诉雷献和、赵琪、山东爱书人音像图书有限公司著作权侵权纠纷案)

[高小华与重庆陈可之文化艺术传播有限公司著作权纠纷上诉案](#_高小华与重庆陈可之文化艺术传播有限公司著作权纠纷上诉案)

#### **只有具有 “独创性”的外在表达才是“作品”。**

《著作权法》第五条　本法不适用于：

　　（一）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；

　　（二）单纯事实消息；

　　（三）历法、通用数表、通用表格和公式。

**①——事实不受著作权保护（如文物调查成果）**

A——如何判断：依照外在客观标准（正常人理性），保护信赖利益

B——古籍点校不具有独创性，不属于作品：“恢复事实”之目的，产生信赖禁止反悔 + 混同原则

C——新闻报道不属于作品：简单表达与被描述事实的混同

**②——对事实无独创性的汇编：如确定额头流汗标准的电话号码簿案。**

——可以通过反不正当竞争法、合同法、数据库保护立法等来加以保护

**③——官方正式文件**

**④——公共领域的作品**

#### 补：是指文学、艺术和科学领域内思想的表达？

①——竞技体育活动：不属于文学、艺术和科学领域，不以展示文学艺术或科学美感为目标，对其进行排他性保护也不利于竞技体育的发展

②——广播体操：[第九套广播体操](#_广播体操著作权的司法认定：第九套广播体操著作权纠纷案)

③——瑜伽动作

④——武术套路

※是否真的如此？这种分类方式是否严谨？

### “独创性”

一件作品的完成应当是作者自己的选择、取舍、安排、设计、综合、描述的结果，既不是依已有形式复制而来，也不是依既定程序或者程式推演而来。

#### “独”

含义：“originate”劳动成果源于劳动者本人，也即劳动成果是由劳动者独立完成的，而非抄袭的结果。

“独”是对表达的要求，也即**能够成为作品的表达必须是独立形成的，而非源自他人。**

**①从无到有的创作：**

——“巧合”亦是独创：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》第15条规定：“由不同作者就同一题材创作的作品，作品的表达系独立完成并且有创作性的，应当认定作者各自享有独立著作权。”

——所有的创作都站在前人的肩膀，所在的社会文化等背景不可能独立，所以“从无到有”是相对的。

**②以已有作品为基础进行再创作：**

——对于在他人作品的基础之上进行创作的，只要由此产生的成果与原作品之间存在着可以被客观识别的、并非太过细微的差异，该差异部分仍然符合“独创性”中“独”的要求。如达利版蒙娜丽莎。

——区分于“复制件”，临摹作品不满足“独”。

——其意旨在于：著作权法的立法宗旨在于鼓励创新，而非鼓励重复。

#### “创”

**※具有一定程度的智力创造性，即能够体现作者独特的智力判断与选择，展示作者的个性并达到一定的创作高度。**

·早期英美法系版权法中判断“独创性”的标准：“额头流汗”标准

——只要付出了劳动，无论是否体现智力创造，都是具有“独创性”的作品。

——虽然“额头流汗”标准在一定程度上防止了劳动成果被他人不公平地加以免费利用，但会不可避免地阻碍他人利用前人劳动成果中的事实和数据进行创作，而这是与著作权法鼓励后人“站在前人肩膀上”创作新作品的基本宗旨相违背的。（原因在于：劳动≠创造）

——“额头流汗”标准并不符合《伯尔尼公约》的要求。《伯尔尼公约》虽然没有直接使用“独创性”一词，却将作者的“智力创造”成果作为保护对象。

·区别于专利法中“创造性”：

——专利法中“创造性”作为发明创造获得专利权的实质性要件，要求的创造高度远超过著作权法中的“独创性”。我国《专利法》第 22 条第 3 款规定：“创造性，是指与现有技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型有实质性特点和进步。”而“独创性”中的“创”并非要求劳动成果比他人现有成果先进或高明，或创作出了他人不能轻易完成的成果，只是要求劳动成果是智力创造的结果。

——但是，著作权法中的“创”也并非不要求创作高度：如“演绎作品”与复制件的区别。

#### “独”与“创”的关系

是否并列？独到底是独立于什么？（独立于其他作品？×）一元说还是二元说？

### （三）独创性与侵权作品的认定

国际上公认的公式：**接触 + 实质性相似 + 不存在合理使用等法定抗辩理由**

——但是，如果被告举证证明该部分并非原告独创，则原告诉请不成立。

——因为公有领域部分不属于保护范围

——但是，并非被告成果具有独创性，利用该成果的行为就不侵权。

**也就是说，原告作品不具独创性可以作为被告之抗辩，但被告作品具有独创性不能作为被告之抗辩。**

**被控侵权成果与原告作品相比是否具有独创性，只影响对侵犯何种权利之判断：**

1. **有独创性：演绎作品→演绎权**
2. **无独创性：复制件→复制权**

问题：临摹是否构成侵权？

### （四）作品的分类

**《著作权法》第三条 + 《条例》第四条 -《著作权法》第五条**

　本法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果，包括：

**（一）文字作品；**——小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品（≠文学作品）

**（二）口述作品；**

——**即兴**的演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品

——但是要拿出证据证明即兴作品的存在→以物质载体加以**固定**是作为实际保护的前提，是举证意义上的问题。但是就口述作品本身而言，并不以**固定**为要件。

——是在活动中即兴创作，如果准备了事先的讲稿，那么宣讲念稿的过程并没有创作新作品，不是作者，只是他人作品的表演者）

——思想与事实的混同、长期重复表达、过于简短……都不是口述作品

**（三）音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；**

——音乐：歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品

——歌词是音乐作品还是文字作品？规定利用音乐作品制作录音制品的法定许可→音乐作品

——伴奏能不能加以保护？保护的究竟是乐谱还是音乐呈现的整体？老师认为是最终表现出来的东西

——戏剧：相声、快书、大鼓、评书等以说唱为主要形式表演的作品

——表演可以包括叙述、对话等表现形式，但是必须有表演的行为

——著作权法意义上的“戏剧作品”指：被上演的作品本身，一般通过对话、旁白、配词等构成的剧本加以体现，不同的演出班子可以在不同的时间地点演出，但戏剧作品只有一部

——杂技艺术：杂技、魔术、马戏等通过形体动作和技巧表现的作品

——除了中国现行《著作权法》之外，几乎没有国家将杂技作为作品加以保护，只是保护表演者，使其与作品的表演者享有一样的表演权

**——魔术？**魔术中“被技巧或装置掩盖的动作”因“无法被观众客观感知”而不能受到著作权法的保护。→保护的是“魔术中呈现给观众的形体动作、姿势的表达”→但这和舞蹈作品的关系？！

**（四）美术、建筑作品；**

——美术：绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品→并不需要特别高度的艺术创作水准，但是仍然需要考虑“审美意义”

——建筑：以建筑物或者构筑物形式表现的有审美意义的作品→因为其具有独立于使用功能的艺术美感

——包括：建筑物本身、建筑设计图、模型

——实际上是：其他人不能再建这样形式的建筑。“复制”建筑作品。

——※实用艺术品受保护的条件：

1. 实用功能与艺术美感必须能够相互独立（不一定要物理上独立，观念上能够独立也可以）
2. 其能够独立存在的艺术设计是独立创作的
3. 应当达到一定的艺术水准（较高艺术水准的应当去申请外观设计专利权！）

**（五）摄影作品；**

——被拍摄的场景或人物是否是摄影师独创性安排的结果？

——不是→无权阻止他人对同意场景或人物进行拍摄

——是→则可以认定为侵权；但不能过于简单，以至于构成一种不受保护的思想

——**“最低限度”的界限：偶然或虽已抓拍到的照片能否因为是拍摄者独特视角的表现而符合“创”的要求？**

——英美法系→实用主义哲学，额头流汗，“创”的要求不高

——大陆法系→对“创”要求高，采取分级保护（比如将其规定为邻接权的客体，享有较短的保护期）

——我国→接近于大陆法系，但并没有规定无独创性的照片可以作为邻接权的客体受到保护。这样，如果一张照片不被认定为摄影作品，在我国就无法受到《著作权法》的保护了。在其他法律也不提供专门保护的情况下，这种独创性程度很低但具有价值的照片在我国实际上将无法受到有效保护。这就导致法院在实践中出现了将未经许可被他人加以商业性利用的照片都作为摄影作品加以保护的倾向，实际上是降低了对摄影作品独创性的要求，而向英美法系靠扰了。→这又不同于对**录像**的保护，说明了我国对“独创性”的理解和规定的协调不足

**（六）视听作品；**

**——指摄制在一定介质上，由一系列有伴奏或无伴奏的画面组成，并且借助适当装置放映或其他方式传播的作品**

——两大法系对其独创性的要求不同：英美法系要求很低，只要不是翻拍就行；而德国等大陆法系则依创作程度将其分为“电影作品”和“活动图像”，前者受著作权保护，后者受邻接权保护，保护期较短。

——我国更接近于大陆法系国家，影视作品与录像是非此即彼的关系。

**（七）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；**

——图形作品：为施工、生产绘制的工程设计图、产品设计图，以及反映地理现象、说明事物原理或者结构的地图、示意图等作品；

——美术作品是艺术领域，而此处图形作品则是科学领域，主要服务于实用。但是：著作权法的基本原则是不保护任何技术方案和实用性功能。→此处保护的并非实用性功能，而是图形本身的美感

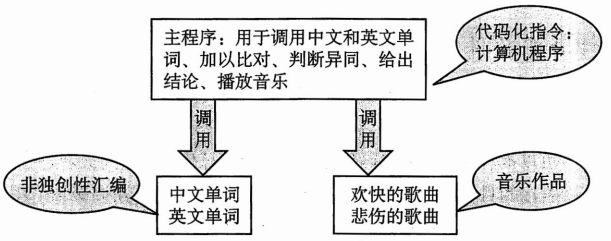
——地图、示意图必须反映客观事实，但：著作法不保护事实→地图还要追求艺术性与可读性，特别是画面的美观和对标注对象与方式的选择和取舍。→那么，应当将地图所反映的事实与艺术价值分离对待，前者不受保护

——模型作品：为展示、试验或者观测等用途，根据物体的形状和结构，按照一定比例制成的立体作品

——《著作权法》规定的“模型作品”来源于《伯尔尼公约》第 2 条第 1 款规定的“与地理、地形、建筑或科学有关的……立体作品”，也就是“科学模型”，如为了向学生展示人体结构和山川构造而制作的人体模型和地形地貌模型等。在制作此类模型时，为了达到教学效果，通常不会精确地按照实物进行等比例缩小，而是在不违反科学性的前提下在造型和色彩等方面进行适度夸张和改变，从而使其具备了独创性。

**（八）计算机软件；**

——注意：保护的应当是“代码化指令序列”



——伯尔尼公约，原先是作为文字作品保护的，我国修法将其独立→是否与伯尔尼公约相符？

**（九）符合作品特征的其他智力成果。（兜底）**

**——此处老师认为：不能仅凭该作品未落入《著作权》法规定的作品范围内，就不对其进行保护。**

——王迁教授保守的观点→避免法官自由裁量权过大，司法适用多样化，不同观点导致同案不同判，不符合平等保护的原则

——是否符合立法原意？在裁判时，仍要具体论证是侵犯了哪一类作品的哪一项著作财产权利，仍然要体系化地适用作品的定义与分类

[——案例：音乐喷泉](#_北京中科恒业中自技术有限公司等与北京中科水景科技有限公司侵害著作权纠纷上诉案)

[排除：](#_只有具有 \“独创性\”的外在表达才是\“作品\”。)**[第五条](#_只有具有 \“独创性\”的外在表达才是\“作品\”。)**[本法不适用于：](#_只有具有 \“独创性\”的外在表达才是\“作品\”。)

　　（一）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；

　　（二）单纯事实消息；

　　（三）历法、通用数表、通用表格和公式。

这些已属于公知、公用领域，不是著作权法意义上的作品

[——案例：“西湖十景”](#_5.何吉与杭州天蚕文化传播有限公司著作权权属、侵权纠纷上诉案)

## 三．著作权的取得和归属

|  |  |
| --- | --- |
| **注册取得** | 作品创作完成以后，还必须到著作权管理部门进行登记注册才能取得著作权。 |
| 好处：是确权诉讼的有效手段。 |
| 不足：手续繁杂并与《伯尔尼公约》相违背，而且容易导致思想审查的后果。 |
| **加注标记取得原则** | 要求作品出版时须在每一复制件上加注著作权标记。 （《世界版权公约》采纳这种原则） |
| 好处：简单易行，又是取得著作权的初步证据。 |
| **自动取得原则** | 作品创作完成以后，著作权自动产生，无须履行任何手续。（我国实行√） |
| 好处：自动取得原则保护高，作品一旦完成，不会因为任何人为因素而丧失著作权，能够更好地保护著作权人的利益 |
| 不足：在发生著作权纠纷时，确认著作权归属存在一定技术上的困难 |

### （一）著作权归属的原则——自动取得原则

我国采取著作权自动取得制度，只要经过创作形成了作品，著作权就依法自动产生，并受到法律的保护。

著作权原则上属于作者，但是著作权法另有规定的除外：

#### 作者——基于创作行为：

**《著作权法》第十一条**　著作权属于作者，本法另有规定的除外。

　　（原则）创作作品的自然人是作者。

（符合条件的情况下）由法人或者非法人组织主持，代表法人或者非法人组织意志创作，并由法人或者非法人组织承担责任的作品，法人或者非法人组织视为作者。

**《条例》第三条** 著作权法所称创作，是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。

为他人创作进行组织工作，提供咨询意见、物质条件，或者进行其他辅助工作，均不视为创作。

1. **自然人作者——直接创作作品的自然人**
   1. 是直接具有思维能力的自然人
   2. 必须**实际创作**了作品。创作是设计并完成文学艺术的行为，是从构思到表达完成的过程。

——如提供核心观点论证思路的导师、策划的责任编辑→不是创作行为

——创作作品是典型的事实行为，不是法律行为，所以是否具有行为能力都能成为作者享有著作权

1. **拟制作者——视为作者的法人或非法人组织（“法人作品”）**
   1. 由法人或者其他组织主持创作，即代表法人或非法人组织的人员负责组织该项创作，而不是由该法人或非法人组织的工作人员自发进行。
   2. 创作思想和表达方式代表、体现法人或非法人组织的意志，一般是依法或者按照章程而体现出来。
   3. 由法人或非法人组织承担责任，而不是由执笔人负责。常见的法人作品如政府工作报告、单位工作总结等。

* 由单位享有的出署名权之外的著作权，在作品完成时，即原始取得；
* 通过转让、继承、遗赠被他人取得的是继受取得。继受取得的主体不能享有完整的著作权，因为著作人身权不能转让，其继受取得的是著作财产权。

#### 2. 作者的推定：

**《著作权法》第十二条第1款** 在作品上**署名**的自然人、法人或者非法人组织为作者，且该作品上存在相应权利，但有相反证明的除外。

推定：是否既能够推定为作者、又推定为权利的存在？还是说只能够推定为作者？

### （二）特别规定——《著作权法》11+其他列举

#### 1. 演绎作品的著作权

演绎作品：是指改编、翻译、注释、整理已有作品或者其他材料而产生的新作品，又叫派生作品。

构成演绎作品，并不要求被演绎的对象是著作权保护的作品。

※演绎作品的著作权，归属演绎人。（但不意味着同时享有对原作品的著作权）

如果被演绎的对象享有著作权：

1. 演绎人在利用原作品时，**必须经过被演绎作品的著作权人的许可**
2. 演绎作品的著作权虽然是完整的，但**不是独立**的，它在行使自己的著作权时**不能侵害原作品的著作权**；
3. 他人如果使用演绎作品，那么就必须经过原作品作者和演绎作品之演绎人的**双重授权**。

* 是否受到原作著作权人的影响？——目前《著作权法》优先保护原作著作权人的权利
* “双重授权”是否有问题——增加交易成本，不利于对演绎作品的利用与传播
* 侵权演绎作品是否受保护？→受保护；即使是内容根本违法的作品也能受保护

#### 合作作品的著作权

合作作品，即两人或两人以上合作创作的作品。

认定合作作品的因素：

1. 合作作者之间应有共同创作某一作品的意思表示；
2. 在创作过程中，合作作者之间始终贯彻合作作者的意图，有意识调整各自的创作风格和习惯，以便使他们的合作成果相互照应、衔接、协调和统一，达到整体的和谐；
3. 每个合作作品所完成的文学艺术形式，应当达到著作权法所要求的作品的标准。

——不属于合作作品：高鹗对曹雪芹《红楼梦》的续写；文集的汇编。→复合作品

·合作作品的整体著作权由合作作者共同享有。合作作品的著作权由合作作者通过协商一致行使；不能协商一致，又无正当理由的，任何一方不得阻止他方行使除**转让、许可他人专有使用、出质**以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。——准用民法上的“共同共有”。

——涉及到合作作品的交易时，不仅涉及外部协商，还涉及到合作人之间的内部协商，所以交易成本也比较高

——正当理由？→没有明确的法律规定，仍需要法官自由裁量

——也就是说，转让、许可他人专有使用、出质这三项权利需要协商一致，其他的不一定。

·合作作品可以分割使用的，作者对各自创作的部分可以单独享有著作权，但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。——准用民法上的“按份共有”。

——例如：教材四章分别由四个教授撰写

——[案例：郭敬明《幻城》插图](#_6. 杨某以未经许可使用其合作作品为由诉春风文艺出版社等著作权侵权纠纷案)

#### 汇编作品的著作权

汇编作品：汇编作品是对若干作品、作品的片段、不构成作品的数据或者其他材料，在内容方面进行独创性的选择或者编排而产生的新作品。

汇编作品分为集合作品和事实作品。（按照汇编的客体是否构成作品划分）

**·集合作品**：汇编若干作品、作品片段的作品，如报纸、期刊、百科全书、论文集等；

**·事实作品**：又称数据汇编，是将不受著作权法保护的数据或者事实汇集在一起而形成的作品，如数据库作品。

汇编作品的整体著作权归属汇编人。如果自然人的汇编行为构成了职务行为以致形成了职务作品，其著作权归属就按照职务作品著作权归属的规定处理。

——注意：编排的方法需要“有个性”，但是如果仅仅是思路有个性，通过量化方式进行编排，那么不同的人采用这种方法都能得到唯一性的结果，则无论该汇编方法是否为首创，都将发生思想与表达的混同，该方法和与之对应的结果均不能作为作品受到著作权法的保护。

#### 视听作品的著作权

视听作品：电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、电视剧等，统称视听作品。

**我国著作权法规定，视听作品的作者包括导演、编剧、作词、作曲、摄影等人。**

就视听作品的著作权归属而言，国外存在下列几种立法例：

1. 著作权一律归属制片人；
2. 参加创作的每一个自然人享有作品的原始著作权，后续可通过合同转让；
3. 当作汇编作品来处理；（归汇编人）
4. 著作权归其创作者如导演、编剧等作者所有，制片者为邻接权人，作者们的权利被视为自始已交给制片者行使。

按照我国现行著作权法，视听作品中的电影作品、电视剧作品的著作权由制片者享有，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；其他视听作品的著作权归属由当事人约定；没有约定或者约定不明确的，由制作者享有，但作者享有署名权和获得报酬的权利。

视听作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权。

* 视听作品是特殊的演绎作品——如果将电影作品视为普通的演绎作品，适用“双重权利、双重许可”规则，就意味着在约定不明的情况下，对电影作品的何利用都需要经过原作品著作权人与电影作品著作权人的双重许可→传播障碍//特殊规定：对电影作品的改编需要同时经过原作品著作权人和电影作品著作权人的许可；但利用电影作品自身（也即排除将其改编成其他文艺形式的利用方式）的权利，完全属于制片者。对影视剧的复制、 发行、放映、网络传播或配音、翻译等，只需要经过电影作品制片者许可，而无须经过原作品著作权人的许可。
* 视听作品是特殊的合作作品——普通合作作品著作权归属与行使的规则，对电影作品不再适用

#### 职务作品

职务作品：是指自然人为完成法人或者非法人组织工作任务所创作的作品。

构成职务作品需要具备以下条件：

1. 作者和所在单位之间具有劳动法律关系（广义）→包括正式工、临时工、实习生或试用人员
2. 创作的目的是完成单位的工作任务
3. 对作品的使用应当属于作者所在单位工作任务或者业务范围之内

我国著作权法规定，职务作品的著作权归属分两种情况：

1. 著作权属于事实作者，即自然人享有，单位**在其业务范围内享有优先排他使用权**。作品完成两年内，未经单位同意，作者不得许可第三人以与单位使用的相同方式使用该作品。
2. 职务作品的**作者仅享有署名权**，其他权利由单位享有，单位可以给予作者奖励。

现行著作权法并不排斥当事人约定职务作品著作权的归属。

有下列情形之一的职务作品，作者享有署名权，著作权的其他权利由法人，或者非法人组织享有，法人或者非法人组织可以给予作者奖励：

（一）主要是利用法人或者非法人组织的物质技术条件创作，并由法人或者非法人组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、示意图、计算机软件等职务作品；

（二）报社、期刊社、通讯社、广播电台、电视台的工作人员创作的职务作品；

（三）法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者非法人组织享有的职务作品。

——[案例：灵塔办班禅大师银像](#_7. 杨松云诉修建灵塔办公室著作权纠纷案)

#### 委托作品

委托作品：是指受托人根据委托人的委托而创作的作品。（反映的是**承揽合同**的性质，双方是一种承揽合同关系。）

我国著作权法规定，受委托创作的作品，著作权的归属由委托人和受托人通过**合同约定**。合同没有明确约定或者没有订立合同的，著作权属于**受托人**（作者）。

——注意：人像摄影作品的的特殊性：作者的著作权与被拍摄者的肖像权/隐私权

#### 美术作品原件的展览权

我国《著作权法》第20条规定，作品原件所有权的转移，不改变作品著作权的归属，但美术、摄影作品原件的展览权由原件所有人享有。

作者将未发表的美术、摄影作品的原件所有权转让给他人，受让人展览该原件不构成对作者发表权的侵犯。

#### 由他人执笔、本人审阅定稿并以本人名义发表的报告、讲话等作品的著作权

《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》第13条规定，由他人执笔，本人审阅定稿并以本人名义发表的报告、讲话等作品，在属于法人或者其他组织被视为作者的作品的情况下，著作权由该法人或者其他组织享有，执笔人和本人均不能享有任何著作权；在这类作品不属于法人或者其他组织被视为作者的作品的情况下，著作权**归报告人或者讲话人（本人）享有，执笔人不享有任何著作权**，但根据具体情况，著作权人可以支付执笔人适当的报酬。

#### 当事人合意以特定人物经历为题材完成的自传体作品的著作权

《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》第14条规定：“当事人合意以特定人物经历为题材完成的自传体作品，如果当事人、对著作权的归属有约定的，按照约定确定该作品的著作权归属；没有约定或者约定不明的，该作品的著作权归该**特定人物**享有，**执笔人或者整理人对作品完成付出劳动的**，著作权人可以向其**支付适当的报酬**。”（→但是不享有任何著作权，包括署名权）

——是不是不太合适，特定任务仅是提供了自传体作品的素材？可能存在其他的考量

——老师认为，根据具体的创作过程判断更佳

## 四．著作权的内容

### （一）著作人身权

——著作人身权带有民法上一般人身权的特征，是不可转让、继承或受遗赠的。

——但是著作权具有其特殊性：

①著作权不同于与生俱来的人格权，著作权是基于创作产生的，只有作者才享有著作权。

②不同于基于某种身份而产生的身份权，著作权并非基于自然血缘而产生的身份关系。

#### 1. 发表权

发表权是决定作品是否公之于众的权利，即作者决定作品是否公之于众、何时何地以何种方式公之于众的权利。

发表权有以下几个特点：

（1）发表权是只行使一次的权利。

（2）发表权与著作财产权密切相关，但它本身没有财产内容。

（3）发表权可以由他人代为行使。（《条例》第17条，生前未明确表示不发表的，可以由继承人、遗赠人、原件所有人行使→促进优秀作品传播）

（4）发表权的行使有可能与他人的肖像权、隐私权相冲突。

——公之于众是一种事实状态，不以公众知晓为构成要件，只要作品向不特定的人公开，就处于“公之于众”的状态。未经许可的“公之于众”会侵犯作者的“发表权”

——《伯尔尼公约》和一些大陆法系国家并没有明确规定发表权，原因在于发表作品常常会与复制、发行、展览、表演等利用作品的方式联系在一起。作者在发表作品的同时，往往又在以某种方式利用作品的经济价值。因此，只要对经济权利加以充分的保护，自然保护了发表权。为了避免发表权与经济权利之间发生冲突，在明确承认发表权的国家，也对发表权进行了限制。【其实是国家的法政策，看其价值的保护倾向】

——[案例：网络版主删帖是否侵害发表权](#_谢丽君诉网络版主侵权纠纷案)

#### 2. 署名权

署名权是表明作者身份，在作品上署名的权利。其内容一般认为包括下列几项:

（1）作者有权要求确认其作者身份。

（2）作者有权决定在作品上署名的方式，如署真名、假名或者不署名等。

（3）作者有权禁止他人在自己的作品上署名。

（4）他人在使用作者的作品时，应当署上作者的姓名→对于基于原作品而产生的演绎作品，原作品的作者仍然有署名权。

——我国著作权法规定，在一般情况下，使用他人的作品，应当指明作者姓名、作品名称；但是，当事人另有约定或者由于作品使用方式的特性无法指明的除外。

——冒名作品（假冒他人姓名发表自己的作品）侵犯的是署名权还是姓名权？王迁认为侵犯的是姓名权→署名权是作者的权利，只能针对作者自己的作品。被冒名的人没有创作冒名作品，不是冒名作品的作者就，没有著作权法意义上的署名权。禁止冒名的权利基本只有英美法系国家的版权法，但英美法系国家对作品的观念更倾向于其作为财产的经济价值，所以这种规定只是为了制止利用他人名誉进行不正当竞争。

——[案例：朵云轩、香港拍卖所与吴冠中](#_吴冠中诉上海朵云轩、香港永成古玩有限公司出售假冒其署名的美术作品纠纷案)

#### 3. 修改权

修改权是自己修改或者授权他人修改作品的权利。

修改，是对作品内容作局部的变更以及文字、用语的修正，不同于改编，后者是指在不改变作品基本内容的情况下，改变作品的表达形式或者用途。

修改权是作者的专属权利。修改与否，怎么修改以及是否授权他人修改，都应根据作者的意愿。

作者是自然人的，死亡后，其继承人不能继承行使。视为作者的法人或者其他组织变更、终止后，其权利义务的承受人也不能行使修改权。但是，有些情况下，比如通过合同约定，原作本人无法对作品进行修改，出于社会利益的需要，修改权可以由他人代为行使。

——**改编行为会产生新作品，而修改行为不会。**存在界限问题——与原作品的区别程度，是否构成了新作品

——可能有的当事人对修改很敏感，法院不能根据当事人的主观感受判案

#### 4. 保护作品完整权

保护作品完整权是指保护作品不受歪曲、篡改的权利。保护作品完整权包括两个方面的内容:

其一，作品本身遭受了改动;

其二，作品本身并未改变，但对作品进行了其他使用，从而**损害了作者的名誉与声望**。

（了解）按照我国著作权法和其他国家的惯例，下述情况**不应认为侵害了作者的修改权和保护作品完整权**:

（1）出版者为刊载需要，对作品作文字性修改、删节;

（2）为教学目的不得已对作品的用词、用语所作的改动;

（3）著作权人许可他人将作品摄制成电影作品和以摄制电影的方法创作的作品的，视为已同意对其作品进行必要的改动;

（4）建筑物的所有人或管理人为了改建、修缮、扩建建筑物而进行的必要改动;

（5）为计算机硬件的正常运转或者为版本升级而对计算机软件所作的必要改动;

（6）被许可使用人在未改变主题的情况下，对美术作品、摄影作品载体尺寸、大小进行的改动;

（7）按照作品的性质、使用目的或者按照诚信原则不得已对作品进行的其他改动。

——修改权与保护作品完整权的关系？有的修改行为不构成歪曲篡改

——[案例：林奕与中国新闻社](#_林奕诉中国新闻社侵犯其保护作品完整权及名誉权案)

### （二）著作财产权（《著作权法》第10条）

#### 1. 复制权

即以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍、数字化等方式将作品制作一份或者多份的权利

（※只要在新的物质载体中保留了原作品的基本表达，同时没有通过发展原作品的表达而形成新作品，将该作品或其实质性部分在物质载体上加以固定的行为就应构成复制。符合《伯尔尼公约》的要求，**复制分为“精确复制”和“非精确复制”**。）

——首先，该行为应当**在有形物质载体之上再现作品**。在有形物质载体之上再现作品，是复制行为与其他再现作品行为（如表演、广播和放映等）最根本的区别。如果再现作品的行为并不借助于有形物质载体，则该行为不可能是著作权法意义上的复制。

——其次，该行为应当**使作品被相对稳定和持久地“固定”在有形物质载体之上**，形成作品的**有形复制件**。（如镜中花与镜上花的区别）复制权控制的复制行为必须产生新的复制件，即增加复制件的数量。如果将作品原有的复制件以物理手段附着在新的载体上，没有导致复制件数量的增加，则不构成复制行为。

**复制行为的种类：**

1. 从平面到平面的复制：如印刷、复印、拓印、翻拍等。
2. 从平面到立体的复制：按照美术作品或设计图制作立体艺术品，根据建筑作品的平面设计图建造建筑物。

——核心：在复制的过程中没有改变艺术造型；不具有独创性，没有产生独特美感、产生新的作品

——典型：浮雕制作→已经是一门成熟的技艺；按照建筑作品的设计图去施工建造该建筑物就是著作权法意义上的复制行为。著作权法意义上“从平面到立体”的复制仅仅指按照平面设计图去建筑和生产受著作权法保护的三维艺术品和建筑作品。如果三维的实物不是著作权法意义上的作品和建筑作品，则这种按平面设计图进行的建筑和生产就不是著作权法意义上的复制行为。

——与专利法规定的制造行为区别开。理论界和司法实践观点都不太一样，有观点将其视为两种独立的作品来对待，有观点将其纳入复制行为，也有观点直接对其不保护

（3）从无载体到有载体的复制，如将口述作品进行录音；对演唱会进行录音。

（4）从立体到平面的复制，如对雕塑作品进行拍摄并且该拍摄行为无独创性。

（5）从立体到立体的复制，如完全按照一建筑作品的模型建造另一建筑物，对雕塑进行放大或者缩小。

（6）数字环境中的典型复制行为：将作品以各种技术手段固定在芯片、光盘和硬盘等媒介之上；将作品上传至网络服务器；将作品从网络服务器或他人计算机中下载到本地计算机中（但不包括没有在本地计算机硬盘中产生永久性复制件的在线阅读、浏览或欣赏作品的行为）；通过网络向其他计算机用户发送作品等。

#### 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；

发行权的行使往往与复制权的行使联系在一起。复制是为了发行，发行是复制的必然结果。

在我国，**复制和发行共同构成了出版**。

——我国著作权法规定的发行权主要有以下几个特点：

（1）发行作品的方式为出售、赠与或者其他转让**所有权**的方式；

——将原件和复制件作为物来理解，而不是作为作品来理解

——区别于出租权，出租是有偿临时转移作品的占有

（2）发行的对象为不特定的公众；

（3）发行的对象包括作品的原件和复制件。

——（如果只针对作品原件，一般不属于发行的范畴，只涉及到一个交易，可能是私下赠送或拍卖等，发行需要针对多数群体。）

——与发行权密切相连的是**“发行权穷尽/发行权一次用尽/权利穷竭”**原则。“发行权穷尽”原则又称为**“首次销售”**原则，其基本含义是指著作权人将作品的原件或复制件提供给公众后，著作权人即失去了对这些原件或复制品的控制权，他人可以自由地再次出售，而不构成对著作权人的侵权。德国、美国、奥地利等国著作权法对此都有规定。我国著作权法对此虽没有明文规定，但应作如此解释。

#### 出租权

出租权，是指有偿许可他人临时使用视听作品、计算机软件或者包含作品的录音制品的原件或者复制件的权利。

出租权的对象仅仅是视听作品、计算机软件、包含作品的录音制品，对于其他对象，著作权人不能享有出租权。但是邻接权中的录音录像制品也享有出租权；

计算机软件不是出租的主要标的，软件著作权人不能对其享有出租权。

#### 展览权

* 本质是法律对著作权人对作品使用的控制和再提所有人对载体（有体物）的使用进行的协调。
* 美术作品因为其价值具有特殊性（原件比复制件相差甚远），所以法律基于美术作品原件价值特殊性对其作出特别规定，美术作品原件的展览权由原件所有人享有（保护原件购买人的利益）。

展览权是指公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利，所谓展览，就是公开陈列和展示。

在我国，**展览权的对象限于美术作品和摄影作品**，与德国、日本相同。

**展览权一般由著作权人享有。**

但是，根据我国《著作权法》第18条的规定，**美术作品原件所有权的转移**，虽然不影响著作权人的其他权利，但是**作品原件的展览权却转移给原件的所有人**。（著作权人转移美术作品原件所有权之后，还有复制件，仍然享有对复制件的展览权；著作权人没有经得原件所有权人的同意，不能够展览原件。这一条是对作品原件所有人的保护。）

※我国台湾地区 “著作权法”第 15条规定：著作权人将未公开发表的美术作品或摄影作品的原件或复制件让与他人，受让人

对该作品原件或复制件进行公开展示，应当推定著作权人同意以该方式公开发表其作品。

#### 表演权

表演权是指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。

——“公开表演作品”：

也被称为**活表演**、**现场表演**或者**直接表演**，是指演员直接或者借助技术设备以声音、表情、动作公开再现作品。公开演出包括**公开上演、公开演唱**和**公开演奏**等行为。公开上演指以演技、舞蹈方法向现场公众传达作品的内容，如将剧本在舞台演出、将舞谱在舞台演出等；公开演唱以歌唱方法向现场公众传达作品的内容，如唱歌；公开演奏以弹奏乐器的方法向现场公众传达作品内容，如以钢琴、小提琴、风琴、吉他等乐器弹奏音乐。

——“用各种手段公开播送作品的表演”：

指的是**机械表演**，是指借助**录音机、录像机等技术设备将自然人的表演公开传播**，即以机械方式传播作品的表演（例如购物广场播放背景音乐）。机械表演既不包括广播电台和电视台的无线播放，也不包括电影作品的放映，前者属于作品的广播权，后者属于作品的放映权。

#### 放映权

放映权是指通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、视听作品等的权利。

——关于放映权的适用对象，各个国家规定的不完全一致。我国与德国的规定较为相似，其适用范围包括视听作品、美术和摄影等能够放映的其他作品。但是，很多国家和地区规定，放映权仅适用于视听作品，如英国、美国、意大利、西班牙、日本、我国台湾地区等。

——放映权与表演权不同，表演权是公开表演作品和播送作品的表演的权利。其第二项内容强调的是作品的“表演”。而放映电影等不是表演作品，也不是播送作品的表演，因为电影等本身就是作品，放在表演权中不符合逻辑的要求，所以我国、德国、日本等将其规定为一项独立的权利。

#### 广播权

广播权是指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的作品的权利。广播权又称为播放权，但由于播放主要是通过广播形式的传播，所以一般称之为广播权。

广播权包括几层内容：

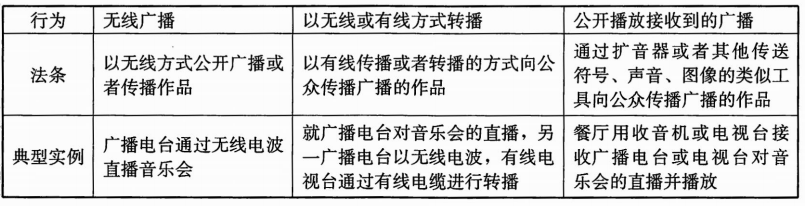
（1）【无线广播】以无线方式公开广播或者传播作品，一般是指通过无线电台、电视台或者其他无线方式传播；

（2）【以无线或有线方式转播】将电台、电视台广播的作品通过有线方式传播或者转播；

**本质是超出预期**

（3）【公开播放接收到的广播】通过扩音器等工具传播电台、电视台广播的作品。

※只有第一种是直接利用作品直接传播，第二三种都是间接传播，都存在中间媒介。所以以有线方式直接传播作品并不包括在著作权的广播权中。



#### 信息网络传播权

信息网络传播权是指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。

——与广播不同：公众可以在自己选定的时间和地点获得作品，这种获得作品的方式被称为交互式传播，以区别于网络直播和转播行为。

——与发行权不同：（1）个人获得作品不再受时间、地点的限制；（2）公众变被动为主动；（3）无须有作品的载体

——构成交互式网络传播的条件：

* 该行为应当通过网络向公众提供作品。→是一种可能性
* **演绎作品与复制件：**改动程度大小，是否具有独创性
* **演绎作品与新作品：**有没有实质性相似？其独创性能否在新作品中被客观地辨别？（新作品的对原作品的使用只属于思想上的使用）
* 这种行为应当使公众能够以“点对点”的方式“按需”“点播”作品

#### 摄制权

摄制权也称为制片权，是指将作品摄制成视听作品的权利。

——原则上，摄制权适用于一切作品，无论是文字作品，还是音乐作品、舞蹈作品。

——一旦作品的作者与制片人签订合同，同意将其作品摄制成视听作品，在视听作品摄制完成后，作者除享有署名和获得报酬的权利外，其他权利归视听作品制片人享有。但是，作者对自己的创作部分，如电影作品的剧本、音乐等，仍享有独立的著作权。

#### 改编权

改编权是指改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利，它属于**演绎权**的范畴。

改编作品一般是指**在不改变原作基本内容的前提下，改变作品的用途和表现形式，创作出新的作品**以满足不同的需要。——改编的特点：（1）以原作为基础；（2）改编须有新意

——**改编权不同于改编者权**，改编权是著作权人对原作进行二度创作的权利。改编者权是改编者经过二度创作后基于新的作品而产生的权利。改编者将作品经再度创作赋予新的形式，改编者对这种新的形式享有新的著作权。

——《德国著作权法》第 23 条对改编权采用了一种较为务实的规定：只有在经过被改编作者同意的情况下，才能对改编作品加以发表或利用。这意味着受改编权控制的并非是单纯的改编行为，而是对改编作品加以后续利用的行为，如发表、发行和公开表演等。而根据我国《著作权法》，虽然改编行为本身就是受改编权控制的行为，但只要未发表改编作品或未对其进行后续利用，该行为完全可以构成为个人学习、研究的合理使用。

#### 翻译权

翻译权是指将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利，如将中文译成外文或者少数民族文字。

——翻译是在原作的基础上进行再创作，但是翻译必须忠实于原作，不得侵犯原作的著作权。翻译权不适用于非自然语言之间的转换。

——翻译尽管是在他人已有作品的基础上进行的，但仍然需要翻译人的创作。无论是对原作的理解与判断，还是在完成新作品过程中的选择、取舍、组合等，都是一种独创性的劳动。因此，法律赋予翻译人对其表现形式以新的与原作同等的著作权。由于翻译毕竟是对已有作品的再创作，新作中凝结的是原作与二度创作的双重劳动，在权利上理应也包含着原作者与翻译者的双重利益。所以在保护翻译作者利益的同时，也要保护原作者的著作权。

#### 汇编权

汇编权是指将作品或者作品的片段或者其他材料通过选择或者编排，汇集成新作品的权利。

——与改编不同，汇编并不改变被汇编作品的表现形式，只是为了某种目的将作品或作品的片段汇集起来。汇编成新作品，是指**在选择或者编排上体现独创性，在整体上成为新作品**，而不是指所编的原作品是新作品。

——基于汇编权，著作权人可以自己汇编，也可以授权他人汇编并获得报酬，任何人未经著作权人许可而汇编其作品或作品的片段的，除法律另有规定以外，均构成侵权。

#### 其他权利

**（一）注释权：**注释权是指作者自己对作品注释或者授权他人注释的权利。只有受著作权法保护的作品才享有注释权。

**（二）整理权：**整理权是指作者自己整理或者授权他人整理作品的权利。

**（三）按照设计图进行施工的权利：**我国著作权法上的复制权的内容是狭义的，不包括从平面到立体的再现。但是，《伯尔尼公约》明文规定，保护建筑物及其建筑设计图。按照公约关于复制权的内容，依照工程设计图、产品设计图进行施工也构成复制权规制的内容。为与公约保持一致，我国著作权法赋予工程设计图、产品设计图作者按照设计图进行施工的权利。

**（四）技术措施的保护：**技术措施是权利人在数字技术与网络环境下采用的，有效控制他人接触和破坏其控制领域的设备、产品或方法。（技术措施作为一种自力救济的措施，受到解码的威胁，最终还是要回到法律保护上。技术措施与作品有关系，但是不是作品，只是与作品有关且需要被著作权法保护的一种客体）

并不是所有的技术措施都可以受到法律的保护。WCT规定，权利人采用的技术措施如果要得到法律保护，必须具备两个条件：第一，这些措施是用来保护著作权和邻接权的；第二，这些措施是有效的。

我国著作权法把规避技术措施的行为确定为侵权行为，但并没有把权利人制止规避技术措施的利益上升为“权利”。

**（五）权利管理信息的保护：**权利管理信息是指标示作品、作品的作者、作品的其他权利人或者关于使用作品期限和条件的信息，以及代表这些信息的代码。（同上，与作品和作品保护有关，不属于作品）

《世界知识产权组织版权条约》第12条规定，破坏权利管理信息的行为主要包括：

a. 删除、改动权利管理信息的行为；

b. 发行、进口、广播、向公众传播权利管理信息已经被擅自删除或者改动的作品或者作品复制件的行为；

c. 提供或者散布虚假权利管理信息的行为。

我国《著作权法》第48条仅规定了上述三种情况的第一种情况，而对第二、三种情况未予规定。我国著作权法把删除、改变权利管理信息的行为确定为侵权行为，但并没有把权利人制止这种行为的利益上升为“权利”。

**（六）追续权：**追续权指的是美术、摄影作品的原件或者文字、音乐作品的手稿首次转让后，作者或者其继承人、受遗赠人对原件或者手稿的所有人通过拍卖方式转售该原件或者手稿享有分享收益的权利。但我国著作权法中并未规定这一权利。

#### ※著作财产权的转让、许可与质押

**【转让】**与转让专利权及注册商标专用权需要进行登记及公告不同，《著作权法》并不要求对著作财产权的转让进行登记及公告。这就导致著作财产权的变动缺乏公示，在权利人就相同的著作财产权订立多重转让合同的情况下，只能参照适用买卖合同的有关规定，在多个转让合同均有效的情况下，成立在先合同的受让人应当取得相应的著作财产权。

**【许可】许可使用合同——专有使用合同与非专有使用合同；**

无论采用哪种许可方式，除合同另有约定外，被许可人许可第三人以相同的方式利用作品，必须取得著作权人的许可。

非专有被许可人取得的仅是债权性质的权利，不具有对世性，而专有被许可人取得的则是物权性质的权利，具有对世性（排他性）。

**【质押】第四百四十条**   债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（五）可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；

著作财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让已出质作品的著作财产权或者许可他人使用已出质的作品所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。以著作财产权出质的，当事人应当订立书面合同，由出质人和质权人向国家版权局办理出质登记，**质权自登记之日起设立**

### （三）著作权的保护期限

我国《著作权法》第20条规定，作者的**署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制**。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **发表权** | 自然人的作品 | **发表权**的保护期为**作者终生+死后50年**，截止于作者死亡后的第50年的12月31日。 |
| 其作者生前未发表的作品，如果作者**未明确表示不发表**，作者死亡后50年内，其发表权可由**继承人**或者**受遗赠人**行使；没有继承人又无受遗赠人的，由作品**原件的合法所有人**行使。 |
| **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**；**电影作品**和**以类似摄制电影的方法创作的作品** | **发表权**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，不再保护。 |
| **财产权** | 自然人的作品  （摄影作品除外） | **著作财产权的保护期**为作者终生及其死后**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**，期间截止于**最后死亡的作者**死亡后第50年的12月31日。 |
| 视听作品和摄影作品  （无论其归属于自然人还是法人） | 其**财产权利**的保护期均采发表起算主义，即保护期截止到作品**首次发表后的第50年**的12月31日。 |
| 作者身份不明的作品 | 截止到作品首次发表后第50年的12月31日。作者身份一旦确定，则适用一般自然人的**著作财产权**期间。 |

### （四）邻接权

某些有价值的非物质劳动成果由于“独创性”不足，无法受到狭义著作权的保护。→要看各个不同国家著作权法对作品性质和“独创性”的规定差异

特指出版者对其出版的图书和期刊的版式设计享有的权利，表演者对其表演享有的权利，录音录像制作者对其制作的录音录像制品享有的权利，广播电台、电视台对其播放的广播、电视节目享有的权利。

（1）含义：表演者、录音录像制作者和广播组织在传播作品中所享有的与著作权相邻、相近或者相关联的权利。

（2）产生：传播技术进步的结果。

——如何保障表演者、录音制作者、广播组织者的劳动？一方面由于独创性不足，不能作为作品加以保护；另一方面这些活动促进了作品的传播，但其劳动成果很容易被未经许可为复制和传播，需要法律的保护

（3）法律保护：国内法保护、国际法保护。

（4）邻接权与著作权的关系：

* 广义的著作权包括邻接权。
* 狭义的著作权：
  + 邻接权的客体与作品存在一定关联，因此“邻接权”也被为“相关权”；但是客体不同：狭义著作权的客体是符合“独创性”要求的作品，而邻接权的客体独创性”不足，是不构成作品的其他劳动成果。
  + 邻接权与狭义著作权在性质上都是专有权利，而且邻接权人享有的许多专有权利不仅与狭义著作权人享有的专有权利名称相同，并且控制相同行为。但是受到的保护程度不同：邻接权人享有的专有权利数量要少于狭义作权人，其受法律保护的时间也短于狭义著作权。

——类似于物权法中的“添附”→按照价值大小确定；

——财产权理论中的**“贡献理论”**，典型的如劳动者劳动财产，被雇佣的劳动者不能获得其生产物品的所有权

#### 表演者权

**表演者的概念：**

表演者是指以朗诵、歌唱、演奏以及其他方式表演文学艺术作品或者民间文学艺术的**自然人**。

**表演者权的内容：**

**人身权利**：（1）表明表演者身份 （2）保护表演者形象不受歪曲

**财产权利**：

（1）许可他人**从现场直播和公开传送**其现场表演，并获得报酬；

（2）许可他人**录音录像**，并获得报酬；

（3）许可他人**复制、发行、出租**录有其表演的录音录像制品，并获得报酬；

（4）许可他人通过**信息网络向公众传播**其表演，并获得报酬。

人身权利、财产权利

替身是不是表演者？有没有表演者权？（露背）

**表演者的义务：**

（在表演的作品著作权保护期限内）

尊重著作权人的权利，并支付相应报酬。

* 使用他人作品演出，表演者应当取得著作权人许可，并支付报酬。
* **演出组织者组织演出**，由该**组织者**取得著作权人许可，并支付报酬。
* 演员为完成本演出单位的演出任务进行的表演为职务表演，演员享有表明身份和保护表演形象不受歪曲的权利，其他权利归属由**当事人约定**。当事人没有约定或者约定不明确的，职务表演的权利由**演出单位**享有。
* 职务表演的权利**由演员享有的**，演出单位可以在其业务范围内免费使用该表演。

**禀赋效应**：规则运行结果没有差异，但对当事人心理效应与过程不同；且人们对已经确定的权利心理评价更高。

——没有约定从法定；平等主体，没有预定。

——先法定：已经在规则中预先确定了权利归属主体，约定是权力的转移

#### 录音录像制作者权

**1. 录音录像制作者权的概念**

录音录像制作者权是指录制者对其录音录像制品所享有的权利。

**2. 录音录像制作者权的内容**

（1）复制、发行权

（2）出租权

（3）通过信息网络向公众传播其录音录像制品

（4）录像制品的广播权

**3. 录音录像制作者的义务**

录音录像制作者使用他人作品制作录音录像作品，应当取得著作权人的许可，并支付相应报酬。

* **【录音制品特殊规定】**录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬；著作权人声明不许使用的不得使用。
* **【复制发行、信息网络传播权、出租权】**被许可人**复制、发行、通过信息网络**向公众传播录音录像制品，应当同时取得著作权人、表演者许可，并支付报酬；被许可人**出租**录音录像制品，还应当取得表演者许可，并支付报酬。
* **【广播权】**将录音制品**用于有线或者无线公开传播**，或者**通过传送声音的技术设备向公众公开播送**的，应当向录音制作者支付报酬。

#### 广播组织权

**1. 广播组织权的概念**

广播组织权是指广播组织对其首次播放的载有声音或者图像的信号所享有的权利。播放既包括无线也包括有线播放。

**2. 广播组织权的内容**

广播电台、电视台有权禁止未经其许可的下列行为：（没有出租、复制发行）

1. 将其播放的广播、电视**以有线或者无线方式转播**
2. 将其播放的广播、电视**录制以及复制**;
3. 将其播放的广播、电视**通过信息网络向公众传播**。

**3. 广播组织的义务**

广播电台、电视台播放他人**未发表**的作品，应当取得著作权人许可，并支付报酬。

广播电台、电视台播放他人**已发表**的作品，可以不经著作权人许可，但应当按照规定支付报酬。

**电视台播放他人的视听作品、录像制品**，应当取得视听作品著作权人或者录像制作者许可，并支付报酬；播放他人的**录像制品**，还应当取得著作权人许可，并支付报酬。

——案例：春晚的性质？

类电（要在一定摄影介质之上）、录像制品（春晚是直播）、广播组织（当时没有这个内容）→邻接权（现场表演+技术传播；首先针对是现场表演）

电视、**汇编（中央电视台对上述作品的选择和编排上体现了其独创性，并具有一定的艺术性，故涉案节目性质为汇编作品）**、

#### 版式设计权

**1. 版式设计权及其保护**

版式设计权是指**出版者**对于图书、期刊的**版式设计**享有的**专有权。**

出版者有权禁止或者许可他人使用该版式设计，而**不论出版的作品本身是否享有著作权**。——所以是在作品之外

版式设计保护期：10年，截止适用该版式设计的图书、期刊首次出版后第10年12月31日。

**2. 版式设计权与制版权的比较**

我国大陆地区《著作权法》所规定的版式设计权，不同于我国台湾地区“著作权法”上的制版权。

后者具有以下特点：第一，权利客体仅为公共领域内的文学作品和美术作品；第二，只有首次发行上述作品的出版者享有；第三，以注册为条件。

## 五．著作权的限制

### （一）合理使用

#### 1.概念

著作权人以外的人在法律规定的条件下，不经著作权人许可，不向著作权人支付报酬而使用作品的行为。

（但是要注明著作权人的名称）

学理上，人们对合理使用的性质并未形成一致认识。目前较有影响的观点有：“权利限制说”“侵权阻却说”和“使用者权利说”。

#### 2.标准——“三步检验法”

**“使用只能在特殊情况下作出，与作品的正常使用不相冲突，不能不合理地损害权利人的合法权益。”**

我国新修《著作权法》第24条也有所反映。

规则的问题——太抽象，不好操作

美国联邦法院总结了四项标准，即“四要素检验法”，后被《美国版权法》采纳。

（1）有关**使用行为的目的**，即看**是否为商业目的**使用；

（2）**被使用的作品的性质**，对不同类型作品的著作权，如新闻评论和电影作品，判定是否合理的界限不尽相同；

（3）被使用的部分与整部作品的**比例关系**，如果比例关系失当，则一般不认为是合理使用；

（4）使用行为对被使用作品的**潜在市场的影响**。

#### 3. 类型——24条

（一）为**个人学习、研究**或者**欣赏**，使用他人已经发表的作品；

——限制目的、主体、对象

（二）为**介绍、评论**某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品；

（三）为**报道新闻**，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；

（四）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体**已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章**，但著作权人声明不许刊登、播放的除外；

（五）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放**在公众集会上发表的讲话**，但作者声明不许刊登、播放的除外；

（六）**为学校课堂教学或者科学研究**，**翻译、改编、汇编、播放**或者**少量复制**已经发表的作品，**供教学或者科研人员使用**，但**不得出版发行**；

（七）**国家机关为执行公务**在**合理范围**内使用已经发表的作品；

（八）**图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆、文化馆**等**为陈列或者保存版本的需要**，**复制**本馆收藏的作品；

（九）**免费表演**已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬，**且不以营利为目的**；

——未收取费用、支付报酬，也可能是”打着公益演出的幌子营利，比如打广告宣传。

（十）对**设置或者陈列在公共场所的艺术作品**进行**临摹、绘画、摄影、录像**；

（十一）将中国公民、法人或者非法人组织已经发表的**以国家通用语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品**在国内出版发行；

——我国特殊规定，国际公约中没有，目的是保护少数民族的利益

（十二）以**阅读障碍者能够感知的无障碍方式**向其提供已经发表的作品；

——盲人改成阅读障碍者

（十三）法律、行政法规规定的其他情形。

——新增，立法模式问题；对合理使用的理解是“封闭”还是“开放”？法院以自己的观点来“立法”；但是有可能随着科学技术发展出现新的方式。折中观点：“有限开放模式”。

——似乎不封闭但是又作出了“法律、行政法规规定”的限制，

### （二）法定许可——区别：需要支付费用

#### 1. 概念

法定许可使用是指根据法律的规定，不经著作权人许可而以特定方式使用他人已发表的作品，可以不经著作权人许可，但**应当向其支付报酬并尊重著作权人的其他权利**的制度。

依据我国著作权法，法定许可使用须符合四个条件：

（1）使用的对象必须是已经发表的作品。（同合理使用）

（2）使用的方式必须符合法律规定。著作权法对法定许可使用的适用范围有明确规定，使用人不得超出法律规定的范围对作品进行使用，以免对著作权人的合法权益造成损害。

（3）必须向著作权人支付报酬。

（4）使用人不得损害著作权人的精神权利和其他财产权利。

#### 2. 类型——25条

1. 为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书，在教科书中汇编已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品、图形作品。

2. 报纸、期刊转载或作为文摘资料刊登其他报刊已经登载的作品+除外。

3. 录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品。著作权人享有保留权。行使保留权的方式是在作品被合法录制为录音制品时附加声明+除外。

4. 广播电台、电视台播放他人已发表的作品。该法定许可使用《著作权法》未赋予著作权人以保留权。

~~5. 广播电台、电视台播放已经出版的录音制品。该法定许可使用《著作权法》未赋予著作权人以保留权。~~

#### 3. 数字网络与法定许可使用

我国于2001年修订了《著作权法》，增加了**网络信息传播权**。2006年，国务院颁布了《信息网络传播权保护条例》（以下称《保护条例》）。但是《著作权法》和《保护条例》并未禁止对网络作品的法定许可使用。当然，对于著作权人已经加密的作品，则不能以法定许可为由，故意规避或者破坏技术措施。著作权法对加密技术措施的保护使传统的合理使用制度和法定许可使用制度受到极大的限制。

### （三）强制许可使用——伯尔尼公约附件

强制许可使用是指在法律规定的条件下，由著作权主管机关根据具体情况，将对已发表的作品进行特殊使用的权利授予申请使用此项权利的人的制度。在国际著作权公约中，通常表述为“强制许可证”（Compulsory License）。

根据国外立法和国际公约的规定，强制许可使用主要有以下条件：

（1）只能针对已发表的作品。

（2）作品使用人必须事先以合理的使用费为条件向著作权人申请作品的使用权而未获得许可，或者无法与著作权人商谈作品的许可使用。

（3）使用人必须向著作权主管机关提出强制许可使用的申请。

（4）使用方式主要是翻译、复制。

（5）作品使用人必须向著作权人支付法定报酬。

（6）使用人在使用作品时不得侵犯著作权人的其他合法权益。

我国《著作权法》未规定强制许可使用制度，但是，我国已加入的《伯尔尼公约》和《世界版权公约》等国际公约确立了此项制度。为了与上述国际公约相衔接，我国《著作权法》应该规定强制许可使用制度。

## 六．著作权利用

### （一）著作权利用的特殊机制——集体管理制度

#### 1. 概念与适用范围

著作权集体管理指的是著作权人和邻接权人通过一种组织系统，对某些受著作权和邻接权保护的对象的使用予以许可、收取相应报酬，并向著作权人和邻接权人进行分配的制度。

通过一个统一的、能够代表绝大多数著作权人的组织来统一发放许可和收取许可使用费，并将收到的费用按照一定的标准和比例分配给著作权人（扣除管理费用）。

* 交易成本：很多被管理的著作权会高频率使用、接触；
* 信息成本：信息不对称，著作权人不能及时完全把握与了解其作品被他人利用的信息
* 行使权利的成本：著作权人对其作品被利用的了解成本高，直接交易行使权利的成本高

——针对已经发生了利用，还未取得许可、支付报酬的情况（普遍）

著作权集体管理的适用范围是那些相对人较多、著作权人自己行使起来比较困难的权利，一般包括表演权、放映权、广播权、出租权、信息网络传播权、复制权（机械表演权）等。在学理上，把依照集体管理方式收取费用的财产权利称为**“小权利”**。

著作权人和与著作权有关的权利人（邻接权人）可以授权著作权集体管理组织行使著作权或者与著作权有关的权利。依法设立的著作权集体管理组织是**非营利法人**，被授权后可以**以自己的名义**为著作权人和与著作权有关的权利人主张权利，并可以作为当事人进行涉及著作权或者与著作权有关的权利的诉讼、仲裁、调解活动。

著作权集体管理组织根据授权向使用者**收取使用费**。使用费的收取标准由著作权集体管理组织和使用者代表协商确定，协商不成的，可以向国家著作权主管部门申请裁决，对裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼；当事人也可以直接向人民法院提起诉讼。

著作权集体管理组织应当将使用费的收取和转付、管理费的提取和使用、使用费的未分配部分等总体情况**定期向社会公布**，并应当**建立权利信息查询系统**，供权利人和使用者查询。国家著作权主管部门应当依法对著作权集体管理组织进行监督、管理。

#### 2.集体管理机构

我国于2004年12月22日颁布了《著作权集体管理条例》，按照该《条例》，享有著作权或者邻接权的人都可以发起设立著作权集体管理组织。

对集体管理组织的设立，我国实行**批准主义**，任何人申请设立著作权集体管理组织，必须到有关部门获得批准。到目前为止，我国的著作权集体管理组织包括中国音乐著作权协会、中国音像著作权协会、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。

按照《条例》第2条的规定，著作权集体管理组织活动的范围，包括（1）与使用者订立著作权与邻接权许可使用合同；（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邻接权的诉讼、仲裁。

#### 3. 集体管理制度的法律关系

* 在内部机制上，**会员大会**是著作权集体管理组织的权力机构。
* 在对外关系上，著作权集体管理组织除了履行其基本职责——发放许可和收取许可使用费外，还涉及一系列其他事务，包括**提起维护著作权的诉讼或者仲裁、与境外著作权集体管理组织签订协议，接受政府和社会公众的监督**。

著作权集体管理组织与权利人之间是一种**信托关系**，按照这种关系，著作权人参加著作权集体管理组织之后，著作权集体管理组织即可以自己的名义从事上述活动，无须再获得著作权人的授权。

#### 4. 集体管理制度的监督

通常情况，著作权集体管理组织是**民间组织，具有非官方性质。**有的著作权集体管理组织尽管是在官方的推动和支持下成立的，而且，其活动要受到官方的监督，但这并不影响集体管理组织的非官方性质。

大多数集体管理组织是**社团法人，不具有营利性。**除了在收取的许可费中扣除一定比例（10%～15%）的金额作为管理费外，需将剩余部分分配给著作权人。

著作权集体管理组织存在一定的**垄断性**，为此，世界上出现了两种对集体管理组织进行治理的模式。一种是对集体管理组织的成立不予限制，保障管理组织之间以及著作权人与管理组织之间的竞争自由，利用市场机制限制集体管理组织获取垄断地位，如美国、加拿大、澳大利亚。另一种是依据竞争法对处于垄断地位的集体管理组织的市场行为进行直接的限制，从制度上保证该垄断组织难以滥用市场优势。欧洲大部分国家属于这种类型。从我国《条例》的规定看，我国类似于第二种模式。

**——营利性还是非营利性？垄断性、非垄断性、有限竞争？**

**——延伸性集体管理，不需要著作权人的授权，进一步提高集体管理组织的管理地位**

### （二）著作权许可使用

#### 1. 概念

著作权许可使用指的是财产权的许可使用，指著作权人授权他人以一定的方式、在一定的时期和一定的地域范围内商业性使用其作品的权利。著作权的许可使用应当订立许可使用合同。著作权人利用许可使用合同可以将著作财产中的一项或多项内容许可他人使用，同时，向被许可人收取一定数额的著作权使用费，以保证实现著作财产利益。

#### 种类

（一）独占许可使用：独占许可使用是指著作权人授权在一定期限和地域范围内以特定的方式，将该作品仅许可一个被许可人使用，除被许可人之外，包括著作权人本人在内的其他任何人均不能以该方式在约定的期限和地域范围内使用该作品。

（二）排他许可使用：排他许可使用又叫独家许可使用，是指著作权人授权他人在一定期限和地域范围内以特定方式使用作品，同时，著作权人可以以同样的方式在该期限和地域范围内使用，但不得许可他人进行同样的使用。

（三）普通许可使用是指著作权人授权作品使用者在一定期限和地域范围内以特定方式使用作品，同时，著作权人可以以同样的方式在该时间和地域范围内使用，也可以许可他人进行同样的使用。

1. 许可使用合同的内容

## 七．侵害著作权的法律责任

### （一）侵权行为类型

**第五十二条**　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**：

　　（一）未经著作权人许可，发表其作品的；

　　（二）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；

　　（三）没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的；

　　（四）【保护作品完整权】歪曲、篡改他人作品的；

　　（五）剽窃他人作品的；

　　（六）【展览、摄制、改编、翻译、注释权】未经著作权人许可，以展览、摄制视听作品的方法使用作品，或者以改编、翻译、注释等方式使用作品的，本法另有规定的除外；

（七）【获得报酬权？不符合伯尔尼公约，著作财产权被架空？】使用他人作品，应当支付报酬而未支付的；

——合同规定：违约责任，不属于侵权责任

——法定许可和强制许可：支付报酬，属于侵权责任

　　（八）未经视听作品、计算机软件、录音录像制品的著作权人、表演者或者录音录像制作者许可，出租其作品或者录音录像制品的原件或者复制件的，本法另有规定的除外；

（九）【版式设计权】未经出版者许可，使用其出版的图书、期刊的版式设计的；

　　（十）【表演者权】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；

　　（十一）其他侵犯著作权以及与著作权有关的权利的行为。

**第五十三条**　有下列侵权行为的，应当根据情况，承担本法第五十二条规定的**民事责任**；**（行政责任）**侵权行为同时损害公共利益的，由主管著作权的部门责令停止侵权行为，予以警告，没收违法所得，没收、无害化销毁处理侵权复制品以及主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等，违法经营额五万元以上的，可以并处违法经营额一倍以上五倍以下的罚款；没有违法经营额、违法经营额难以计算或者不足五万元的，可以并处二十五万元以下的罚款；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）【不是著作权内容，是出版合同产生的债权：专有出版权】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、复制或者通过信息网络向公众传播广播、电视的，本法另有规定的除外；

　　（六）【技术措施】未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏技术措施的，故意制造、进口或者向他人提供主要用于避开、破坏技术措施的装置或者部件的，或者故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务的，法律、行政法规另有规定的除外；

——本身不是作品，只是为了管理的必要实施的一种技术手段。权利人等相关主体要保护其权利的法律私人成本相当高昂，所以采取技术措施。对技术措施的保护是法律延伸性的保护。

（七）【权利管理电子信息】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、版式设计、表演、录音录像制品或者广播、电视上的权利管理信息的，知道或者应当知道作品、版式设计、表演、录音录像制品或者广播、电视上的权利管理信息未经许可被删除或者改变，仍然向公众提供的，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。

——应当是侵犯姓名权

※老师的观点：针对一些本身是著作权的就不用再规定了，对于特殊的有必要规定

### （二）网络环境下的侵权行为类型

1. 网络传播行为。

* 是不是作品（独创性问题）
* 被告利用的要素属不属于著作权保护的类型（思想表达二分）
* 被告侵权是否成立（侵权行为判定；被告利用涉案作品的行为方式）
  + 无形式变化：好认定
  + 有形式变化
    - 简单变化
* 接触——是一种可能性
* 实质性相似——需要精细分析
  + - 复杂变化——琼瑶诉于正
* 有无抗辩理由
  + 合理使用（被告须提出抗辩，法院才认定是否满足合理使用）
  + 法定许可、强制许可

2. 网络广播行为。

3. 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。

4. 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，或者通过信息网络向公众提供明知或者应知未经权利人许可被删除或者改变权利管理电子信息的作品、表演、录音录像制品。

5. 网络服务提供者的间接侵权行为。

6. 用户个人使用分散式P2P技术传播作品。

7. P2P 软件提供者的间接侵权行为。

8. 网络环境下的其他侵权行为。

### （三）民事责任

（1）责任形式

* 停止侵害
* 消除影响、赔礼道歉
* 赔偿损失

（2）管辖：原则上由中级以上人民法院管辖。

（3）举证责任： “谁主张、谁举证”， 《著作权法》规定，特定情形下，可实行举证责任倒置原则。

**第五十四条**

**【损害赔偿】**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因此受到的实际损失或者侵权人的违法所得给予赔偿；权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的，可以参照该权利使用费给予赔偿。

【惩罚性赔偿】对故意侵犯著作权或者与著作权有关的权利，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下给予赔偿。

**【法定赔偿】**权利人的实际损失、侵权人的违法所得、权利使用费难以计算的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五百元以上五百万元以下的赔偿。

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。

**【举证妨碍规则】**人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽了必要举证责任，而与侵权行为相关的账簿、资料等主要由侵权人掌握的，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料等；侵权人不提供，或者提供虚假的账簿、资料等的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据确定赔偿数额。（侵权人策略选择：违法所得＞主张赔偿，那就不提供）

**【废弃请求权】**人民法院审理著作权纠纷案件，应权利人请求，对侵权复制品，除特殊情况外，责令销毁；对主要用于制造侵权复制品的材料、工具、设备等，责令销毁，且不予补偿；或者在特殊情况下，责令禁止前述材料、工具、设备等进入商业渠道，且不予补偿。

**第五十九条**

**【合法来源抗辩】**　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视听作品、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。

* 标准的确定问题：

——有没有自己利用/许可他人使用获得收益→被告行为对原告原先利用作品可获得收益造成多少影响

——民法中的损害赔偿往往为实际受到的损失；但违法所得可能＞/＜实际损失

——有学者认为此处违法所得应属于侵权人的不当得利，但在知识产权法中均作为确定损害赔偿的方式加以规定

——对权利人而言其实际损失就是权利使用费（许可费）

——一般都适用了法定赔偿。原告不能举证证明实际损失、侵权人的违法所得、权利使用费，法官的裁量又需要参考举证。不能完全由法院依职权调取证据（是例外处理方式），不能作为一般性做法；侵权行为与侵权损害赔偿之间没有必然联系，法院只是在做不可靠的估测，为避免风险数额一般不会太高→由于现实中举证难的问题，侵害知识产权的损害赔偿往往较低

### （四）行政责任

### （五）刑事责任

# 第三章 专利法

专利法与创新

专利权：是国家根据发明人或设计人的申请，以向社会公开发明创造的内容，以及发明创造对社会具有符合法律规定的利益为前提，根据法定程序在一定期限内授予发明人或设计人的一种排他性权利。

专利权VS著作权：

|  |  |
| --- | --- |
| **排他性更强；** | 其中一人先申请并获得了专利权，则另一人不但不能获得专利权，而且如果在他人申请日之前没有制造相关产品、使用相关技术或者做好制造或使用的准备，则在他人获得专利权之后不能以生产经营为目的实施自己的发明创造。 |
| **以向社会公开技术为条件：** | 【著作权自动产生原则】作者在创作完成之时就自动享有著作权。虽然不将作品公之于众就无法实现作品的价值，但作者选择不发表作品并不会影响其取得著作权。  【专利权产生需履行程序、公开】而发明创造人要想获得专利权，必须向社会公开其技术方案或设计。 |
| **经审查后才能依法定程序授予：** | 著作权是依法律的规定自动产生的。作者一旦创作完成了符合法定要求的智力成果，该智力成果即作为作品受到著作权法的保护，作者无须将作品送交审査或登记即可自动享有著作权。  而专利权不是自动产生的，发明创造只有经过国家专利主管部门的审查，确认其符合法律规定的授权条件之后，发明人或设计人才能被授予专利权。 |
| **地域性等限制更加突出：** | 专利权并非自动产生，而是要经过国家专利主管部门审查之后才能授权。由于各国专利法对授权条件的规定有很大差异，仅在一国获得的专利权在其他国家并不能受到承认和保护。  同时，由于专利大多与技术有关，对发明人的保护要与社会利用技术的重大利益相协调，因此，对专利权的保护期限明显短于著作权。  同样，由于专利技术可能与国家利益和国民经济之间有密切联系，《专利法》中防止滥用专利权的机制远多于《著作权法》，如我国《专利法》中规定了“强制许可”机制，而《著作权法》至今未规定对作品的“强制许可”。 |

专利制度的作用：

1. 鼓励发明创造——排他性权利
2. 促进发明创造投入实际应用——缴纳维持费→一方面自己实施，另一方面推动其尽早进入公有领域；强制许可
3. 通过技术信息和资料——公开发明创造内容是授予专利权前提条件，成为其他人研究发明的条件

## 一．专利法的保护对象

### （一）发明

#### 1.发明的概念：

发明是指人类在利用自然、改造自然的过程中所创造出的具有积极意义并表现为技术形式的新的智力成果。

我国专利法规定，发明是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。

#### 2.发明的特点：

**第一，发明包含创新。**

**第二，发明必须是正确利用自然规律或自然现象。**

——违背自然规律的创造也不是发明。

——自然规律本身也不是发明，也不能被创造。

——发现自然规律不是发明，只是科学发现；还需要正确利用从而提出改造客观世界的技术方案

**第三，发明是具体的技术方案。**

——技术方案必须针对技术问题，利用技术手段，取得技术效果。

**第四，能够被较为稳定地重复实施。**

#### 3.发明的分类

根据不同的分类标准，发明可以有多种类别：

以发明的完成状况为标准，发明可分为已完成发明和未完成发明。

按完成发明的人数来划分，可将发明分为独立发明和合作发明。

按发明人的国籍划分，发明可分为本国发明和外国发明。

——申请专利程序上的不同

按发明间的依赖或制约关系划分，又可将发明分为**基础发明和改良发明**；

——改良发明是在基础发明之上作出进一步实质性改进而获得的发明（类似于演绎作品）。也有将这类发明称作基本发明和从属发明的。

——即使基础发明已经获得专利权，改进发明在符合专利法规定的实质条件的情况下也可以获得一项新的专利权；但如果基础发明专利尚在保护期内，对改进发明的实施就需要获得基础发明专利权人的许可。

**产品发明和方法发明**（专利法上最常见、最重要的一种分类）

——产品发明：是指发明的最终表现形态是一种实物

——用途发明：经过研究发现了一种已知物质的未被人类认识的新的属性或性能，并利用这种属性或性能制成了新物质、应用于新用途

——方法发明：是指发明的最终表现形态为一种实现某种技术效果的程序或步骤，如制造某一产品的化学方法、物理方法、生物学方法和机械方法等。

### （二）实用新型

#### 1.实用新型的概念与特点

所谓实用新型，是指为了解决一般技术问题而对**产品的形状、构造**或者**形状和构造的结合**所提出的新的技术方案。

1. 实用新型只能是关于有固定形状或构造的产品的技术方案。
2. 该形状、构造或组合能够解决技术问题→具有实用性
3. 在保护方式上，现在实用新型不只停留在“模型”上，而是同发明一样，保护一个完整的技术方案。

产品的形状是指产品所具有的、可以从外部观察到的确定的空间形状。

对产品形状所提出的改进可以是对产品的三维形态所提出的改进，例如对凸轮形状、刀具形状作出的改进；也可以是对产品的二维形态所提出的改进例如对型材的断面形状的改进。

无确定形状的产品，例如气态、液态、粉末状、颗粒状的物质或材料，其形状不能作为实用新型产品的形状特征。

#### 2.实用新型与发明的区别与联系

1. 实用新型专利与发明专利的保护范围不同。这首先表现在申请实用新型专利的主题只能是产品；而申请发明专利的主题既可以是产品，也可以是方法。
2. 在我国，实用新型专利产品还必须有确定的形状、固定的构造。
3. 实用新型专利的创造性要求和保护水平较发明专利低。
4. 实用新型专利的审查程序比发明专利简单、快捷。

### 外观设计

#### 1.外观设计的概念和特点

外观设计也被称作工业品外观设计，或者简称为工业设计。

它是指对**产品的形状、图案或者其结合**以及**色彩与形状、图案的结合**所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

法律并不要求外观设计解决任何实际技术问题，只要其能使产品美观，对消费者产生吸引力即可。

外观设计具有以下特点：

1. 外观设计必须以产品为依托，是对工业产品外观的设计。（工业产品→可以通过工业方法重复大量生产）
2. 外观设计以产品的形状、图案和色彩等为构成要素，以视觉美感为目的，而不追求实用功能。
3. 外观设计应当具备美感。

只有对产品的整体设计才能获得外观设计专利权：

在产品中不能分割或者不能单独出售且不能单独使用的“局部设计”，如帽檐、杯把等，不能获得外观设计专利权。同样，对于由多个不同特定形状或图案的构件组成的产品，如果构件本身不能单独出售且不能单独使用，则该构件不能获得外观设计专利权。

#### 2.外观设计的法律保护模式

就世界范围来看，保护外观设计的法律模式有多种。一些国家制定了专门的外观设计法，如日本等国；也有一些国家在著作权法体系中收入外观设计的内容，如英国等；还有一些国家则采用专利法的模式来保护外观设计，如美国、中国等。

外观设计作为一种具有美感的设计，仅就其造型或图案而言，原则上也是可以受到著作权法的保护的。

将他人已经享有外观设计专利权的设计图案或造型申请商标注册，或者将他人注册商标图案或造型申请外观设计，依照现行《商标法》和《专利法》的有关规定，均属与在先权利相冲突，其申请不应当被批准。

在外观设计的保护范围方面，各国均采用以**交存的照片或图片为准**的方式，而不像发明或实用新型采用文字说明方式（权利要求书）。我国《专利法》第59条第2款规定：“外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该产品的外观设计为准，简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计。”

### （四）专利法不予保护的对象

#### 1.概述

各国法律都规定了一系列专利法不予保护的对象，但各国的具体规定不尽相同。这其中包括两个方面：一是明确排除那些不属于发明的对象，比如，科学发现、智力活动规则等。二是基于一国的公共政策将一些属于发明的技术排除在专利法保护范围之外。

由于各国的国情不同，其公共政策自然不同，进而导致专利法上存在差异。首先，各国的文化传统和风俗不同以致对违反法律、公序良俗的理解不同。其次，各国经济发展水平不同，致使各国为了保护本国利益明确规定了一些领域的发明创造不予保护。

#### 2.我国规定

1. 违背法律和社会公共秩序的发明创造
   1. 违反法律、社会公德或妨害公共利益的发明创造
   2. 依赖以违法方式获取或利用的遗传资源完成的发明创造
   3. 向外国申请专利前，未依法报请保密审查的、在中国完成的发明或者实用新型
2. 自然规律、自然现象和抽象的思想
   1. 科学发现
   2. 智力活动的规则和方法。

机器或转换标准”（machine or-transformation test), 其含义为：如果一种商业方法与特定的机器设备相关联，或者其将一种特定的物质加以转换，使之具有不同的状态或成为另一种物质，则该商业方法就可能被授予专利权。“机器或转换标准”实际上是要求可被授予专利权的商业方法能够以一定技术手段实现技术效果，而不能仅涉及人类活动的方法或步骤。

1. 疾病诊断和治疗方法。
2. 动物和植物品种。
3. 用原子核变换方法获得的物质
4. 对平面印刷品的图案、色彩或者二者的绪合作出的主要起标识作用的设计

## 二．专利权的取得、归属、变更

### （一）专利权取得的实质要件

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 发明 | **实用性：**  是指一项发明创造能够在产业上进行制造或者使用，并且能够产生积极的效果。专利法中的实用性条件意味着获得专利的发明创造必须能够在实际中再现且有益。 | **新颖性：**  【发明和实用新型】  《专利法》第22条规定：“新颖性，是指该发明或者实用新型不属于现有技术；//也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中”；【抵触申请】“本法所称现有技术，是指申请日以前在国内外为公众所知的技术”。  【外观设计】  三者新颖性在含义上完全相同（有争议）  《专利法》第23条第1款规定：“授予专利权的外观设计，应当不属于现有设计；也没有任何单位或者个人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公告的专利文件中”，该条第4款规定“本法所称现有设计，是指申请日以前在国内外为公众所知的设计”。  由此可知，我国外观设计专利的新颖性条件采用的是绝对新颖性标准加抵触申请的模式。 | **创造性：**  创造性，在一些国家里也被称作“非显而易见性”“先进性”“进步性”等。我国《专利法》：“创造性，是指与现有技术相比，该发明具有**突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型具有实质性特点和进步**。”  “实质性特点”，是指发明创造与现有技术相比所具有的**本质性区别特征**，并且这种区别特征应当是**技术性**的，通常也就是该发明创造发明点之所在。  “进步”：是指发明创造与现有技术的水平相比必须有所提高，而不能是一种倒退。 |
| 实用新型 |
| 外观设计 | **尊重既有权利：**  我国专利法要求外观设计专利权“**不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突**”。  类似：《商标法》第32条。 | 针对外观设计提出了“与现有设计或者现有设计特征的组合相比，应当具有**明显区别**”的要求。这里，“明显区别”的要求不仅是相对于现有设计而言的，还包括现有设计特征的组合。这一要求已经超越了单独对比新颖性的原则，而是引入了创造性的理念。  外观设计专利的创造性要求虽不能与发明、实用新型专利相比，但显然高于作品的独创性。此外，我国专利法中所称的“明显区别”也不同于商标法中关于商标显著性的含义。 |

### （二）专利权取得实质要件的判断标准

#### 实用性的判断标准：

1. 具备实用性的发明创造应当能够制造或使用，即具备可实施性。

2. 具备实用性的发明创造必须能够带来积极的效果，即具备有益性。

在专利审查程序中，实用性的审查判断相对比较简单。因此，在审查程序上也是最先审查实用性，然后再进行新颖性和创造性的审查。

#### 新颖性的判断标准：**抵触申请**

在专利法上，技术的新颖性**以现有技术为参照系。新颖性判断的实质就是判断一项技术在某一特定时间之前是否已经公开。**专利法中的公开指的是一种已被公之于众的状态,即该项技术已经脱离了秘密状态。

我国专利法上的新颖性，在公开的方式上适用任何公开途径，在时间上以申请日为标准，在公开的地域上适用全球范围。

判定一项技术的公开状态可以从空间和时间两个维度去考虑。

地域标准：地域标准主要有两个，即相对标准和绝对标准。

所谓相对标准，是指把在本国领域内公开的技术作为现有技术。

所谓绝对标准，是指在世界范围内考察技术的公开状态，不论在哪一国家，只要一项技术已经公开，则进入现有技术范围。

时间标准：一种是以发明完成为界限判定现有技术的范围，称发明标准；另一种则是以申请专利的时间为标准来划定现有技术的界限，称申请标准。这两种标准分别与专利法采用先发明制还是先申请制相对应。

抵触申请：“也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。”——说明我国采取申请标准（先申请制）

规定抵触申请目的在于防止重复授权。在外观设计的相关规定中亦有相同规定。根据专利申请程序，一件专利申请通常要在申请日后一定期限才能在专利公报上公开发表。因此，如果已有人在申请日前提出了同样的专利申请，仅从申请日前已发表的国内外出版物上是无法找到的。

新增：

【例外规则：不丧失新颖性】第二十四条　申请专利的发明创造在申请日以前六个月内【以申请日作为时间基准】，有下列情形之一的，不丧失新颖性：

　　（一）在国家出现紧急状态或者非常情况时，为公共利益目的首次公开的；

　　（二）在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的；

具体包括：

1. 判断创造性的**人**应是发明创造**所属专业的普通技术人员**。
2. **开拓性**的发明创造具备创造性。（？逻辑有问题）
3. 若发明**创造的目的和效果具有不可预测性**，则该发明创造具有创造性。
4. 发明构造的**难易程度**也可用作判断其创造性的因素。

　　（三）在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的；

　　（四）他人未经申请人同意而泄露其内容的。

#### 创造性的判断标准：

从总体上讲可以分为主体标准和客体标准。其中：

主体标准就是指判断创造性的人的标准。

客体标准则是指发明创造本身所应当具备的创造性因素。

### （二）专利权的归属

#### 1. 发明人与专利申请人

* **发明人**： **直接完成发明创造的人**。

——第一，直接参加发明创造活动；

——第二，对发明创造的实质性特点有创造性贡献。

* **专利权人**：**享有专利权的人**。

专利权人≠专利申请人

#### 2. 专利权归属不同情形

|  |  |
| --- | --- |
| **类型** | **专利权归属** |
| * **非职务发明**：   也称**自由发明**，是指发明人**完全独立地依靠自己的智力劳动（内部要素）、**以**及设备、资金等外部条件（外部要素）**所完成的发明创造。 | * 发明创造的完成人，即**发明人**   ——对发明人或者设计人的非职务发明创造专利申请，任何单位或者个人不得压制。 |
| * **职务发明**：   职工在履行职务中所完成的新发明、新设计，或者是在执行所在单位的指令中所完成的发明创造。（劳动关系）   * 两种类型： * 执行本单位任务所完成的发明创造；——包括:   1、在本职工作中作出的发明创造;  2、履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造;  3、退职、退休或调动工作后一年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或分配的任务有关的发明创造。   * 主要利用本单位物质条件所完成的发明创造。   本单位物质条件指本单位的资金、设备、零部件、原材料或不向外公开的技术资料等。 | * **单位**。 * 该单位可以**依法处置**其职务发明创造申请专利的权利和专利权，促进相关发明创造的实施和运用。 * 发明质量和实施问题？ * 对专利权归属采取法定模式 * 利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人订有合同，对申请专利的权利和专利权的归属作出约定的，从其约定。 * 约定模式→主要针对“非主要利用”，因为职务发明为主要利用，而主要利用是法定模式。问题：没有约定怎么办？老师认为就不应该视为主要发明 * 现实问题：如何区分“主要”和“非主要”？ * 对职务发明的激励 * 被授予专利权的单位应当对职务发明创造的发明人或者设计人给予奖励；发明创造专利实施后，根据其推广应用的范围和取得的经济效益，对发明人或者设计人给子合理的报酬。 * 国家鼓励被授予专利权的单位实行产权激励，采取股权、期权、分红等方式，使发明人或者设计人合理分享创新收益。 * 权益外部化→收益内部化，减少道德风险 |
| * **委托发明：** 以合同方式委托他人完成的发明创造。（委托合同关系→承揽合同） | * 合同优先；合同约定不明或合同未对权利归属予以约定时，权利归完成发明创造的一方。 |
| * **合作发明：** 也叫共同发明，是指两人以上共同完成的发明创造。 | * 共同发明人共有。 |
| 同样的发明创造只能授予一项专利权。但是：   * **同一申请人/同日/对同样的发明创造**既申请实用新型专利又申请发明专利，先获得的实用新型专利权尚未终止，且申请人声明放弃该实用新型专利权的，可以授予发明专利权。 * **两个以上**的申请人/**分别就同样的**发明创造申请专利的，专利权授予最先申请的人 | |

### （三）专利权的无效

#### 1. 目的

防止授权不当、保护公共利益。

#### 2. 理由：

被授予专利的方案不属于可专利主题、申请违反了专利法规定的保密程序、发明创造不具有专利的积极条件（专利三性）、申请文件公开不充分、申请文件修改超范围、独立权利要求未能保护全部必要技术特征进而整体反映技术方案、申请专利的方案超越了产生优先权的原方案范围等。

#### 3. 程序

老法：向专利复审委员会提出； 对专利复审委员会决定不服的可以提起行政诉讼。

新法：向国务院专利行政部门（国家知识产权局，复审部）提出，对其决定不服的可以提起行政诉讼

现实问题：循环诉讼

——表现：成为诉讼手段，只要被诉侵权，就要提涉案专利权无效，又要进入行政诉讼，周期长

——产生原因：行政诉讼案件中，法院不能直接判定专利的有效性。→是否允许法院判定专利有效性？可以减少诉讼成本；但现行方案是加强行政保护（部门利益？是扩张行政权力来保护？还是站在公平效率基础上？）

#### 效力

* 原则：效力自始即不存在。
* 例外：对在宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的专利侵权的判决、调解书，已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处理决定，以及已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，不具有追溯力。
* 例外之例外：但是因专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。
* 依照前款规定不返还专利侵权赔偿金、专利使用费、专利权转让费，明显违反公平原则的，应当全部或者部分返还。

### 专利权的期限和终止

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **期限** | **终止事由** |
| **发明** | 20年，自**申请日**起计算。 | * 没有按照规定缴纳年费的；（默示终止）   + 又叫专利维持费，一般会逐年增加→促使其放弃“无价值”专利 * 专利权人以书面声明放弃其专利权的。（明示终止）   在期限届满前终止的，由国务院专利行政部门登记和公告。 |
| **实用新型**  **外观设计** | 10年，自**申请日**起计算。 |
| 问题：以申请日而非公开日作为起算点，实际上缩短了保护的期限。 | | |
| **期限补偿：**   * **【不合理延迟】**自发明**专利申请日起满四年**，且自**实质审查请求之日起满三年后**授予发明专利权的，国务院专利行政部门应专利权人的请求，就发明专利在授权过程中的**不合理延迟**给予专利权期限补偿，但由申请人引起的不合理延迟除外。 * **【针对药品专利】**为**补偿新药上市审评审批**占用的时间，对在中国获得上市许可的新药相关发明专利，国务院专利行政部应专利权人的请求给予专利权期限补偿。**补偿期限不超过五年**，新药批准上市后**总有效专利权期限不超过十四年**。 | | |

## 三．专利权的内容和限制

### （一）内容概述

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 发明 | 发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得**实施**其专利，即不得：  **【专利产品】**（**发明**和**实用新型**）：专利人**为生产经营目的**制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，  **【专利方法】**（**发明**专利权人）：专利人**为生产经营目的**使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。 | * 发明和实用新型是技术方案，而外观设计不是，所以在规制时存在不同。 * 权利内容一般包括：   + 对象本身（权利客体）   + 行为规范（权项） * 同时对保护对象范围内容也同上。 * 发明专利可以分为产品专利和方法专利，前者保护产品，后者保护方法。 * 而实用新型专利只能是产品专利，用于保护实用新型产品。 * 是禁止权，而非自用权 |
| 实用新型 |
| 外观设计 | 外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得**实施**其专利，即不得**为生产经营目的**制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。 |

### （二）具体内容——发明和实用新型

#### 1. 制造权

* 专利法上的制造，是指**以生产经营为目的而生产出具有实用功能的产品的行为**。
* 在专利法上，只要生产出相同的产品即构成制造，而不论其数量多少。同时，无论该产品是独立在市场上销售，还是作为其他产品的组成部分或零部件，都属于制造。
* 修理与制造的区别：考量因素有：产品经过修理后是否更换了元件、被更换元件的数量占产品元件数量的大小、修理行为是否不符合市场的通常实践或者公众的通常看法。

#### 2. 使用权

作为专利权内容的“使用权”包括对**专利产品的使用权**和对**专利方法的使用权**。

* 专利产品的使用：【相似度+使用目的】
  + 专利法中的产品首先应当是与专利产品相同的产品；对于类似产品，构成使用的条件同前面关于“制造”的条件相同。
  + 其次，使用产品的目的一般应当同专利产品所声称的目的相同。
    - 对于使用目的的判断以行为人的主观过错为前提，换言之，认定使用并不取决于实施人的主观心理状态。即便实施人并非刻意追求专利本身的目的，但只要在客观上产生了专利技术所希望达到的目的，则仍然属于专利法上的使用。（也就是说，无论是否知晓该产品是否未经专利权人许可而制造的，都构成对专利产品使用权的侵犯）
    - 需要指出的是，使用者往往是在不知情的情况下以正常价格购买了侵权产品，此时使用者虽然因无过错而不承担赔偿责任，但要求其承担停止侵权的法律责任仍能给许多使用者带来较沉重的负担。基于这种考虑，最高人民法院在司法解释中规定，用不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，且能举证证明该产品合法源以及已支付该产品的合理对价的，使用者不承担停止使用的责任。
* 专利方法的使用：依照专利方法直接获得的产品的使用。此时，使用的概念同前述专利产品的使用并无区别。只是使用行为所针对的对象是依照专利方法直接获得的产品，即该产品是使用专利方法的结果。

#### 3. 销售权

* 销售行为所针对的对象是**产品**。
* 一般而言，**销售是指专利产品的所有权从一方当事人有偿转移到另一方当事人的行为**。在专利法上，销售并不区分批发或者零售，只要满足前述定义即构成销售。
* 值得注意的是，我国专利法上仅仅规定了销售，而没有规定其他可能导致专利产品归属状态发生变动的情形。例如，赠与可能导致专利产品所有权的转移，租赁或者出借也可能导致产品占有权的变化。未经许可持有专利产品在特定条件下也可能构成专利权禁止的状态。例如，持有专利产品的目的是为了销售或出租等。这些行为在我国专利法中尚未予以明确。
* 与使用权相类似的是，专利权人自己销售或授权他人销售专利产品之后， 购买者就可以不经专利权人许可对购得的专利产品进行转售。但如果专利产品是未经许可制造的，则首次销售该专利产品者是侵权者，且无论购买者是否知晓该专利产品是未经许可而制造的，其再行转#的行为都构成专利侵权。根据司法解释，将发明或者实用新型专利产品作为零部件，制造另一产品的，属于使用行为；销售该另一产品的，则属于销售行为

#### 4. 许诺销售权

专利法上的许诺销售，是指**明确表示愿意销售专利产品的意思表示**。 ——相当于要约邀请

当有人未经专利权人许可对外宣称销售专利产品时，如果这些产品并非专利权人自己制造或者许可他人制造的，则专利权人可以凭借许诺销售权禁止其行为。从专利权的各项内容看，许诺销售应当是销售行为的准备。权利人如果能够禁止许诺销售行为，即可避免后续的侵权行为给自己造成损失。

#### 进口权

* 所谓进口，是指**将专利产品从专利权效力范围之外的领域输入专利权有效地域的行为。**该进**口行为不一定跨越国境，只需跨越不同的法域即可，即跨越不同法律制度所统辖的地域**。
* **平行进口问题**：是指权利人分别在不同的法域对同样技术拥有专利，在与专利权人没有任何协议的情况下，将专利权人在一个法域生产或制造的合法产品进口到另一个法域的行为。由于两项专利分别由同一人在不同的法域申请，故在现行制度层面上无法简单地认定平行进口是或者不是侵害专利权的行为。（《专利法》第69条第1项）
  + 我国《专利法》第69条规定，有下列情形之一的，不视为侵犯专利权：（一）专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后，使用、许诺销售、销售、进口该产品的；

### （三）具体内容——外观设计

* 外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。
* 根据这一规定，外观设计专利权的内容包括**制造权、许诺销售权、销售权和进口权**。值得注意的是：外观设计专利权的内容并**不包括使用权**。这是因为外观设计并不是技术方案，法律对于外观设计的保护，只是保护产品的外观造型或图案，并不保护产品的实用功能，所以，对外观设计产品的功能性使用并不受外观设计专利权人的控制。

### （四）不侵害专利权的行为

**第七十五条**　有下列情形之一的，不视为侵犯专利权：

（一）专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后，使用、许诺销售、销售、进口该产品的；

（二）在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的；

（三）临时通过中国领陆、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的；

（四）专为科学研究和实验而使用有关专利的；

（五）为提供行政审批所需要的信息，制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的，以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的。

#### 1. 专利权穷竭

* “专利权人制造、进口或者**经专利权人许可**而制造、进口的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品售出后，使用、许诺销售或者销售该产品的”，**不视为侵害专利权的行为**。
* 分析：根据该规定，2000年《专利法》所采用的专利权穷竭范围是国内穷竭，因为该规定不允许平行进口，只有合法进口之后专利权才穷竭。2008年《专利法》对此规定进行了修改，规定，“专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后，使用、许诺销售、销售、进口该产品的”，不视为侵害专利权的行为。根据该规定，2008年《专利法》允许平行进口，其专利权穷竭范围是全球穷竭。
* 著作权法上发行权穷竭

#### 2. 先用权

* “在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续**制造、使用**”，不视为侵害专利权。这种情况即是通常所说的先用权。
* 根据我国专利法的规定，享有先用权必须具备以下几个条件：
  + **（1）在他人申请专利之日以前做好了制造、使用的必要准备。**、是指已经完成实施发明创造所必需的主要技术图纸或者工艺文件，或者已经制造或者购买实施发明创造所必需的主要设备或者原材料。必须是在他人的专利申请日以前完成的。
  + **（2）仅在原有范围内继续制造、使用。**“原有范围”包括：专利申请日前已有的生产规模以及利用已有的生产设备或者根据已有的生产准备可以达到的生产规模。超出原有范围的制造、使用行为，构成侵害专利权。需要注意的是，这里的所谓的原有范围并非先用权人的实际生产规模，而是其生产能力，不管这种生产能力是否已经充分运用。
  + **（3）在先制造产品或者在先使用的方法或设计，应是先用权人自己独立研究完成或者以合法手段从专利权人或其他独立研究完成者处取得的**，而不是在专利申请日前抄袭、窃取或者以其他不正当手段获取的。被诉侵权人以非法获得的技术或者设计主张先用权抗辩的，不应予以支持。
  + **（4）先用权人的制造或使用行为没有破坏专利技术的新颖性。**因为如果先用权人的制造或者使用行为已经构成了专利法上对申请专利的技术的公开，则申请专利的技术就将属于现有技术的范围，于是申请专利的技术就将因缺乏新颖性而不能取得专利权。而先用权人显然也不必要以先用权来抗辩，因为在不能取得专利权的情况下其享有的权利要比先用权范围大得多。
  + **（5）先用权人对于自己在先实施的技术不能转让，除非连同所属企业一并转让。**即先用权人在专利申请日后将其已经实施或作好实施必要准备的技术或设计转让或者许可他人实施，如果作为被诉侵权人，主张该实施行为属于在原有范围内继续实施的，法院不应予以支持，但该技术或设计与原有企业一并转让或者承继的除外。
* 注意：能否销售？不能销售限制了本条的适用空间，可能导致本条预期达到的目的不能实现
* 分析：专利法创设先用权规则，主要是基于两点考虑：
  + 一是**对先用权人的公平**。先用权人是在先完成发明创造的人，专利法的先申请原则对先用权人本就不公平。先用权适当考虑先用权人的利益，体现公平原则。
  + 二是**避免浪费**。通过适用先用权规则，先用权人已经投入的人力、物力、财力不至于浪费。通过严格的条件限制，先用权规则既公平对待了先用权人，又避免了浪费，还不至于对专利法的先申请原则产生过大的冲击。

#### 3. 临时过境

《专利法》第69条第3项规定，“临时通过中国领土、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的”，不视为侵害专利权。

分析：对专利权的这一限制的目的是维护运输自由的公共利益，《巴黎公约》第5条之3对此作了明确的规定，这种限制的效力是，暂时通过该国领土、领水、领空的外国运输工具的所有人不需要为了避免对该国有效专利的侵权而取得该项专利的使用许可。

适用临时过境规则必须符合以下几个条件：

（1）这种专利的使用是为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用的。这种需要可能是各种各样的，因为不同的交通工具可能有不同需要，但无论如何以运输工具自身需要为限。

（2）根据我国专利法的规定，临时过境规则仅适用于与中国签订有协议或者共同参加的国际条约或者具有互惠关系的国家的运输工具，其他国家的运输工具不适用该规则，我国的交通工具也不适用该规则。

（3）临时过境规则只适用于临时通过我国国境的运输工具，不能适用于长期滞留在我国境内的外国运输工具。“临时”在《巴黎公约》中的用语是“暂时或者偶然地进入”，其中“暂时进入”包括定期进入，“偶然进入”可能包括因迷航或者船舶失事所致，而在这种情况下，即使船舶非暂时停留在中国，也不侵害专利权。

#### 4. 科学研究和实验使用

《专利法》第69条第4项规定，“专为科学研究和实验而使用有关专利的”，不视为侵害专利权。

分析：北京市高级人民法院发布的《专利侵权判定指南》认为，专为科学研究和实验，是指专门针对专利技术方案本身进行的科学研究和实验。因此，应当区别对专利技术方案本身进行科学研究、实验和在科学研究、实验中使用专利技术方案：对专利技术方案本身进行科学研究实验，其目的是研究、验证、改进他人专利技术，在已有专利技术的基础上产生新的技术成果。在科学研究、实验过程中使用专利技术方案，其目的不是为研究、改进他人专利技术，而是利用专利技术方案作为手段进行其他技术的研究实验，或者是研究实施专利技术方案的商业前景等，其结果与专利技术没有直接关系的行为，该种行为构成侵害专利权。科学研究和实验使用例外是为了促进科学研究与实验而规定的，不限制专利权对科学研究和实验使用的效力，就会妨碍科学研究的进行。

#### 5. 药品和医疗器械行政审批例外

专利药品和医疗器械的行政审批例外原则：即为提供行政审批所需要的信息，制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的，以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的，不视为侵害专利权。

这一条款被称为中国的“Bolar条款”。

Bolar条款：美国联邦巡回上诉法院的Roche诉Bolar案。由于要完成美国食品药品管理局所要求的实验及审查需要2年时间，此案中的被告Bolar公司在原告Roche公司的专利尚未到期的情况下，就使用该专利技术进行仿制试验，以收集美国食品药品管理局上市批准所要求的数据，希望能提早该药品的上市时间，最终被判侵害了Roche公司的专利权。尽管此案Bolar公司败诉，但最终却导致美国在《药品价格竞争和专利期补偿法》和《专利法》增加了类似于我国《专利法》第69条第（5）项规定的内容。Bolar条款的目的是克服药品和医疗器械上市许可审批制度在专利权保护期限届满之后对仿制药品和医疗器械上市带来的迟延。这是药品和医疗器械上市许可审批制度造成的。

根据药品和医疗器械上市审批制度，不管是新药或医疗器械还是仿制药或医疗器械，其上市经过必要的审批程序，而这种审批程序中不仅不可避免地要使用专利药品或医疗器械，而且一般时间还相当长。如果不允许在药品或者医疗器械专利到期之前为了提供行政审批所需信息而使用专利药品或医疗器械，而直到专利到期之后才允许，事实上就相当于变相地延长了专利药品或医疗器械的保护期。不仅过度保护了专利权人，而且大大推迟了仿制药品和医疗器械的上市时间，危害公共健康。

|  |  |
| --- | --- |
| **行为目的** | 行为的目的应该以“为提供行政审批所需要的信息”为唯一目的，既不能是仅仅“包含”这一目的的行为，也不能是与这一目的毫不相干的行为。行政审批所需要的信息，是指《药品管理法》《药品管理法实施条例》以及《药品注册管理办法》等相关药品管理法律法规、部门规章等规定的实验资料、研究报告、科技文献等相关材料。 |
| **行为类型** | 行为的类型仅限于“制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的，以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械”，而不包括其他应当被认定为侵害专利权的行为，比如许诺销售、销售等行为。 |

### （五）专利权强制许可

**【不经许可+许可费+发明或实用新型（不包括外观设计）】**专利权强制许可是指国家专利主管机关，根据法律的规定或者具备实施条件的单位或者个人的申请，**可以不经专利权人的许可，直接授权他人支付许可费而实施**专利权人的**发明或实用新型专利**的一种法律制度。

目的：防止专利权人滥用专利权。同时，有些专利对社会公共利益意义重大，为了国家和社会利益，也有必要对专利权人的专利强制许可。

* 专利权强制许可的种类

**（一）因未实施、未充分实施而引发的强制许可**

**（二）因已被认定为垄断行为引发的强制许可**

**（三）因国家紧急状态或非常情况或为了公共利益目的引发的强制许可**

**（四）因公共健康而引发的强制许可**

**（五）因依存专利实施而引发的强制许可**

**——第五十六条**　一项取得专利权的发明或者实用新型比前已经取得专利权的发明或者实用新型具有显著经济意义的重大技术进步，其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的，国务院专利行政部门根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一发明或者实用新型的强制许可。

　 　在依照前款规定给予实施强制许可的情形下，国务院专利行政部门根据前一专利权人的申请，也可以给予实施后一发明或者实用新型的强制许可。

* 强制许可的取得程序

 大体来说，获得强制许可的程序包括：

（1）请求强制许可的单位或者个人的申请或者国务院有关主管部门的建议。

（2）国家知识产权局的审查和决定。国务院专利行政部门作出的给予实施强制许可的决定，应当及时通知专利权人，并予以登记和公告。给予实施强制许可的决定，应当根据强制许可的理由规定实施的范围和时间。

* 专利权强制许可的效力

取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，并且无权允许他人实施。

取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费，或者依照中华人民共和国参加的有关国际条约的规定处理使用费问题。付给使用费的，其数额由双方协商；双方不能达成协议的，由国务院专利行政部门裁决。

### （六）专利的实施许可

* 专利实施许可是指：**专利权人在约定的地域、期限和方式的范围内许可他人实施其专利技术并收取或者不收取使用费的专利权实现方式**。专利实施许可和专利权的转让不同，专利实施许可**仅授予专利技术的使用权**，**许可方仍拥有专利的所有权**，被许可方只获得了专利技术实施的权利，并未拥有专利的所有权。在授予使用权的意义上，专利实施许可类似于民法上的租赁。但因权利对象的不同，专利实施许可又不同于租赁，专利实施许可可以分期限、地域和方式进行。
* 专利实施许可方式

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **根据被许可人所获得的许可权的范围** | **独占实施许可** | * 专利权人在约定的地域、期限和方式的范围内，许可他人实施自己的专利技术，**此后许可人不仅不得再向第三方许可实施该专利技术，自己也不得再实施该专利技术。** * 采用这种许可方式的专利权人往往是不具备实施能力的纯科研单位、小企业或者个人，由于其本身不具备实施专利技术的条件，实施许可是实现专利利益的基本手段。同时由于专利权人本身没有实施专利技术的条件，并不需要实施专利技术，因此往往能够将专利独占实施许可给他人以获取最大收益。 |
| **排他实施许可** | * 专利权人在约定的地域、期限及方式的范围内，**许可他人实施自己的专利技术，自己也可在此范围内实施该专利技术，但不得再许可第三方实施该专利技术。** * 采用这种许可方式的专利权人往往是自己具备一定的实施专利技术的能力，但因其规模相对比较小，并不能充分实施其专利技术，因此他除了自己实施自己的专利技术之外，还充分利用许可的方式许可他人实施其专利技术，以充分获取收益。 |
| **普通实施许可** | * 专利权人在约定地域、期限及方式的范围内许可他人实施自己的专利技术，且**自己仍可在此范围内实施该专利技术，同时也有权继续在此范围内许可第三方实施该专利技术**。 * 当专利技术的市场规模比较大时，专利权人可以采用这种实施许可方式以更充分地获取收益。 |
| **根据被许可的权利的来源** | **基本许可** | * 独占、排他、普通专利实施许可就是基本许可。 |
| **分许可** | * 基本许可中的被许可方许可他人在一定的范围内实施被许可的专利技术的专利实施许可就是分许可。分许可的前提条件是被许可方有权进一步许可第三方实施该被许可专利技术。 * 《专利法》第12条后半段规定，“被许可人无权允许合同规定以外的任何单位或者个人实施该专利”，这意味着**分许可的许可人通常是没有分许可权的**，因此，专利实施许可中的**被许可人要获得分许可的权利，必须经许可人的明确授权。** * 鉴于分许可相对于基本许可的从属地位，分许可显然只能在基本许可的基础上进行，在许可实施专利技术的地域、期限、方式等范围方面显然是不能超过基本许可的。 |
| **根据许可方与被许可方双方的权利义务状况** | **单方许可** | * 专利实施许可双方中**仅仅许可方向被许可方许可专利技术实施**的许可方式。 |
| **交叉许可** | * 专利实施**许可双方当事人约定将各自拥有的专利技术相互许可对方实施**，实现交叉或者交互许可的许可方式。（类似于物物交换） * 单方许可通常都是有偿的，而交叉许可通常至少有一方是不需要支付许可费的。 |
| **特别许可** | **政府制定许可** | * 国有企业事业单位的发明专利，对国家利益或者公共利益具有重大意义的，国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府报经国务院批准，可以决定在批准的范围内推广应用，允许指定的单位实施，由实施单位按照国家规定向专利权人支付使用费。 |
| **开放许可** | * 专利权人自愿以书面方式向国务院专利行政部门声明愿意许可任何单位或者个人实施其专利，并明确许可使用费支付方式、标准的，由国务院专利行政部门予以公告，实行开放许可。就实用新型、外观设计专利提出开放许可声明的，应当提供专利权评价报告。 * 专利权人撤回开放许可声明的，应当以书面方式提出，并由国务院专利行政部门予以公告。开放许可声明被公告撤回的，不影响在先给予的开放许可的效力。 * 任何单位或者个人有意愿实施开放许可的专利的，以书面方式通知专利权人，并依照公告的许可使用费支付方式、标准支付许可使用费后，即获得专利实施许可。   　　开放许可实施期间，对专利权人缴纳专利年费相应给予减免。  　　实行开放许可的专利权人可以与被许可人就许可使用费进行协商后给予普通许可，但不得就该专利给予独占或者排他许可。   * 当事人就实施开放许可发生纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，可以请求国务院专利行政部门进行调解，也可以向人民法院起诉。 |

### （七）专利权的转让

* 转让条件

|  |  |
| --- | --- |
| 实体条件 | 《专利法》第10条第1款规定，专利申请权和专利权可以转让。当然，这里的专利申请权必须是转让人合法享有的，专利权必须是有效的。我国专利法对专利权转让的转让人和受让人没有特别限定，只要符合民法所规定的具有权利能力和行为能力的民事主体均可以作为转让人和受让人。 |
| 形式条件 | 《专利法》第10条第3款规定，转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同。这意味着专利权转让合同属于要式合同。根据《合同法》第11条条规定，书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子 数据交换和电子邮件）等可以有形表现所载内容的形式。 |

* 转让程序

《专利法》第10条第3款规定， 转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。**专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。——登记要件主义**

另外，《专利法》第10条第2款中国单位或者个人向外国人、外国企业或者外国其他组织转让专利申请权或者专利权的，应当依照有关法律、行政法规的规定办理手续。需要注意的是，在中国设立的中外合资企业、中外合作企业和外商独资企业不属于外国企业或其他组织。

## 四．侵害专利权的法律责任

### （一）专利权的保护范围

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **发明或实用新型** | **1. 确定保护范围的基本依据——第六十四条** | * **发明或者实用新型专利权**的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。 * **专利申请文件与专利文件**：可能是同一份文件，但是时间阶段不同，对其称谓不同。法院一般依据权利要求书来确定发明专利与实用新型专利的保护范围。（专利侵权不是两个产品来对比，而是先依据权利要求书来确定保护范围，） |
| **2. 专利权利要求解释的基本原则** | **1. 周边限定原则（更严格）**  权利要求书的文字记载是专利权保护的**最大范围**，专利权的保护范围**仅限于权利要求中纯文字描述的对象。**权利要求书的文字记载已经详细地将专利权保护范围的边界描述清楚，法院只能将该边界范围之内的内容作为专利权的保护范围，而不能超出文字记载的范围来保护专利权。  周边限定原则解释下的专利权的**保护范围比较窄**，其优点在于专利权的界限比较清楚明确，有利于社会公众对专利权保护范围的认知和预测，有利于专利制度的有序运转。但这种解释原则对专利权保护范围进行过于严格的限制，专利权很容易被规避，专利权保护容易落空，严重损害专利权人的利益，最终使得专利制度无法正常运转。  **——等同侵权原则：** |
| **2. 中心限定原则（更宽松）**  权利要求书的文字记载是专利权的保护范围的**中心**，以权利要求的文字记载为中心，全面考虑发明的目的、性质及说明书和附图的内容，将权利要求文字记载一定范围内的技术特征均包括在专利权的保护范围之内。  中心限定原则解释下的专利权的保护范围比较宽，其优点在于可以给专利权人提供充分的保护，有利于对专利权人的充分激励。但这种解释原则所确定的专利权保护范围早已超过了权利要求书的文字记载，社会公众往往无法事先察知专利权的保护范围，导致专利权的保护范围的不确定性，容易损害社会公众利益，同样不利于专利制度的有序运转 |
| **3. 折中原则（我国采用）**  专利权的保护范围**基本上根据权利要求书记载的内容确定**，而说明书和附图可以用来解释权利要求，在专利权保护范围的确定上起着**辅助作用**。  显然，从理论上说，折中原则解释下的专利权的保护范围介于周边限定原则和中心限定原则之间，其优缺点也是周边限定原则和中心限定原则之间的折中。  我国规定：发明专利权和实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用以解释权利要求。当权利要求书上的权利要求表述产生歧义和含混时，详细阐明权利要求的背景和技术方案的说明书及其附图便可以为其提供明晰的方案和明确的界定，但说明书及附图的内容不能引入权利要求。 |
| **3. 我国司法实践对保护范围的解释** | **1. 以其权利要求的内容为准**  **第一，专利权的保护范围不限于权利要求的字面含义。**发明或者实用新型专利权保护范围应当以权利要求书记载的技术特征所确定的内容为准，也包括与所记载的技术特征相等同的技术特征所确定的内容。  **第二，权利要求是当事人主张的权利要求。**确定专利权保护范围时，应当对专利权人所主张的作为权利依据的相关权利要求进行解释。  **第三，以专利行政部门最终确定的权利要求为准**。确定专利权保护范围时，应当以国务院专利行政部门公告授权的专利文本或者已经发生法律效力的专利复审请求审查决定、无效宣告请求审查决定及相关的授权、确权行政判决所确定的权利要求为准。权利要求存在多个文本的，以最终有效的文本为准。  **第四，以本领域普通技术人员的标准来解释权利要求。**在侵害专利权纠纷中，人民法院应当根据权利要求的记载，结合本领域普通技术人员阅读说明书及附图后对权利要求的理解，确定权利要求的内容。  **第五，权利要求是确定专利权保护范围的基本依据。**对于仅在说明书或者附图中描述而在权利要求中未记载的技术方案，不得纳入专利权保护范围。 |
| **2. 说明书及附图可以用以解释权利要求**  在侵害专利权纠纷中，人民法院对于权利要求，可以运用说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案以及生效法律文书所记载的内容进行解释。说明书对权利要求用语有特别界定的，从其特别界定。以上述方法仍不能明确权利要求含义的，可以结合工具书、教科书等公知文献以及本领域普通技术人员的通常理解进行解释。对于权利要求中以功能或者效果表述的功能性技术特征，应当结合说明书和附图描述的该功能或者效果的具体实施方式及其等同的实施方式，确定该技术特征的内容。这里所谓的功能性技术特征，是指权利要求中对产品的部件或部件之间的配合关系或者对方法的步骤，采用其在发明创造中所起的作用、功能或者产生的效果来限定的技术特征。说明书对技术术语的解释与该技术术语通用含义不同的，以说明书的解释为准。同一技术术语在权利要求书和说明书中所表达的含义应当一致，不一致时应以权利要求书为准。 |
| **外观设计** | * **外观设计**专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该产品的外观设计为准，简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计。 | |
| * 由于外观设计具有较为清楚明确的外形，因此外观设计专利权的保护范围比较容易确定。 * 根据《专利法》第64条第2款的规定，**外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该产品的外观设计为准，简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计**。这是我国专利法规定的外观设计专利权保护范围确定的基本依据和解释原则。 * 在具体确定外观设计专利权保护范围时，除了上述基本依据和解释原则之外，专利权人**在无效程序及其诉讼程序中的意见陈述、应国务院专利行政部门的要求在专利申请程序中提交的样品或者模型**等，也可以用于解释外观设计专利权保护范围。 * 在外观设计专利侵权诉讼中，外观设计专利权人在侵权诉讼中，应当提交其外观设计的**“设计要点图”，说明其外观设计保护的独创部位及内容**。请求保护**色彩**的，权利人应当出具**由中国专利主管机关认可的相关证据，用以确定外观设计的保护范围**。外观设计专利权的**保护范围不得延及该外观设计专利申请日或者优先权日之前已有的公知设计内容，应当排除仅起功能、效果作用而消费者在正常使用中看不见或者不对产品产生美感作用的设计内容**。 * 相似外观设计专利权的保护范围由**各个独立的外观设计分别确定**。基本设计与其它相似设计均可以作为确定外观设计专利权保护范围的依据。成套产品的整体外观设计与组成该成套产品的每一件外观设计均已显示在该外观设计专利文件的图片或者照片中的，其权利保护范围由组成该成套产品的每一件产品的外观设计或者该成套产品的整体外观设计确定。 | |

### （二）侵害专利权行为的构成和认定

\*不是专门针对对象来认定（著作权是先确定作品），而是依据**权利要求**（对发明创造本身的简要文字描述）来认定。

#### 侵害专利权的行为

\*结合一般侵权来看：行为+过错+损害+因果关系（在过错和因果关系上都和一般侵权一致，最特殊的是侵权行为）

著作权：侵权行为的存在——接触+实质性相似

专利权：侵权行为的存在——

侵害专利权的行为，是指**在专利权有效期限内，行为人未经专利权人许可，也无法律依据，以营利为目的实施他人专利**的行为。构成侵害专利权行为必须符合以下条件：

1. **必须有被侵害的有效的专利权存在（存在且在有效期限内）**

——对于授予专利权以前的发明创造、专利权被撤销或者被宣告无效的技术、专利权已经终止或者专利权期限届 满的技术，第三人的实施行为均不构成侵权。即使在发明专利申请公开后至专利授权前专利申请人享有获得合理费用的“临时保护”，第三人的实施行为也不构成侵害专利权的行为，尽管其有义务支付合理费用。

1. **未经专利权人许可或没有合法依据实施了他人专利**

——前者如签订了专利实施许可合同、符合默示许可条件等，后者如专利主管机关颁发了强制许可证等。

1. **以生产经营（营利）为目的**

——供自己个人需要不构成侵权行为

1. **有法定的实施行为**

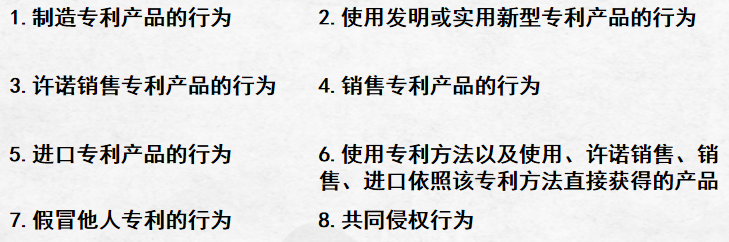
——即《专利法》规定的制造、使用、许诺销售、销售、进口专利产品，或者使用专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品或者制造、许诺销售、销售、进口外观设计专利产品等行为和第63条规定的假冒专利行为

\*\*过错：过失和故意。有的只能由故意构成（如使用和销售专利产品的行为），过失不构成侵权；而有的过失也可以构成（如制造、进口他人的专利产品）。对于侵害专利权行为的归责原则，学界存在着相当争议。但总体上，侵害专利权行为的归责原则有日益严格的趋势，日益采用推定的方法确定过错。

#### 侵害专利权行为的具体形式

假冒他人专利的行为：

行为人在自己的非专利产品或者其包装上标明专利权人的专利标记或专利号，以达到欺骗消费者，获取非法利益的行为。这种行为既侵害了专利权人的合法权益，又欺骗了广大的消费者，还扰乱了国家正常的专利管理秩序。



#### 侵害专利权行为的认定

**对发明、实用新型：**

1. **侵权认定的比较对象与方法**

——**【全面覆盖原则】**在认定被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围时，应当审查权利人主张的权利要求所记载的**全部技术特征**，并以权利要求中记载的全部技术特征与被诉侵权技术方案所对应的**全部技术特征**逐一进行比较，而不是仅仅比较权利要求中的区别特征。

——在被诉侵权技术方案包含与权利要求记载的全部技术特征**相同【包含】或者等同【替换】**的技术特征时，应当认定其落入专利权保护范围。

——在被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求记载的全部技术特征相比，**缺少权利要求记载的一个或多个技术特征**，或者**有一个或一个以上技术特征不相同也不等同**时，应当认定其没有落入专利权保护范围。

——进行侵权认定时，不应以专利产品与被诉侵权技术方案直接进行比对，但专利产品可以用以帮助理解有关技术特征与技术方案。

1. **相同侵权【新颖性】**

——相同侵权，又称为**文字含义上的侵权**，是指被诉侵权技术方案包含了与权利要求记载的全部技术特征相同的对应技术特征。只要被诉侵权技术方案包含了权利要求中的全部技术特征，不管其是否增加了新的技术特征，一般均认为构成相同侵权。相同侵权可以借用**新颖性**概念来认定，即将被控侵权的产品或者方法看成是一份对比文献来判断新颖性，如果判断的结论是具备新颖性，则相同侵权不成立；如果判断的结果是不具备新颖性，则构成相同侵权。

——相同侵权中需要注意的特殊情况有：**当权利要求中记载的技术特征采用上位概念特征，而被诉侵权技术方案的相应技术特征采用下位概念特征时，则被诉侵权技术方案落入专利权保护范围；**对于组合物的封闭式权利要求，被诉侵权技术方案在包含权利要求中的全部技术特征的基础上，又增加了新的技术特征的，则不落入专利权保护范围。但是，被诉侵权技术方案中新增加的技术特征对组合物的性质和技术效果未产生实质性影响或该特征属于不可避免的常规数量杂质的情况除外；对于包含功能性特征的权利要求，如果被诉侵权技术方案不但实现了与该特征相同的功能，而且实现该功能的结构、步骤与专利说明书中记载的具体实施方式所确定的结构、步骤相同的，则被诉侵权技术方案落入专利权保护范围；在后获得专利权的发明或实用新型是对在先发明或实用新型专利的改进，在后专利的某项权利要求记载了在先专利某项权利要求中记载的全部技术特征，又增加了另外的技术特征的，在后专利属于从属专利。实施从属专利落入在先专利的保护范围。

——注意：本质是文字层面上的操作行为，有些国家将其称为**“字面侵权”；问题：容易被规避，专利权被架空**

1. **等同侵权【创造性】**

——在专利侵权认定中，在相同侵权不成立的情况下，应当判断是否构成等同侵权。所谓等同侵权，是指被诉侵权技术方案有一个或者一个以上技术特征与权利要求中的相应技术特征从字面上看不相同，但是属于等同特征，应当认定被诉侵权技术方案落入专利权保护范围（只是做了简单的变换）。其中，等同特征是指与权利要求所记载的技术特征以基本相同的手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，并且所属技术领域的普通技术人员无需经过创造性劳动就能够想到（无实质性差异）的技术特征。

——等同侵权是为了弥补因相同侵权容易规避而产生的专利保护不足而出现的，是在相同侵权的基础上适度扩大专利权的保护范围，在性质上类似于专利的创造性，即将那些对所属技术领域的普通技术人员而言，与显而易见地替换权利要求对应的技术特征的被诉侵权技术方案中的替换手段纳入专利权的保护范围。

——风险：使得专利权保护的权利范围不局限于权利要求，使得专利权的权利界限不清晰。在著作权中也存在这样的问题：两法更为注重创造者（作者）与使用者/实施者之间的利益冲突问题，但是少有关注到创作者（作者）内部的关系。著作权中采取原作者优先的原则（比如对改编作品的规定），专利法中，如果对专利权作者的权利保护范围进行扩张，会影响到后续创作者的利益。为了避免侵权，对于后续的创作研发实际上是提出了更高的研发要求【利益冲突角度】

1. **禁止反悔原则**

——是指在专利审批、撤销或无效程序中，专利权人为确定其专利具备新颖性和创造性，通过书面声明或者修改专利文件的方式，对专利权利要求的保护范围作了限制承诺或者部分地放弃了保护，并因此获得了专利权，而在专利侵权诉讼中，法院适用等同原则确定专利权的保护范围时，应当禁止专利权人将已被限制、排除或者已经放弃的内容重新纳入专利权保护范围。

——【目的是为了限制等同侵权的适用】条件：

* **第一，等同侵权。**由于专利法坚持“专利权的保护范围以其权利要求的内容为准”的基本原则，**在相同侵权认定时无适用禁止反悔原则的余地。**
* 第二，专利申请人或专利权人限制或者部分放弃的保护范围，应当是基于克服缺乏新颖性或创造性、缺少必要技术特征和权利要求得不到说明书的支持以及说明书未充分公开等不能获得授权的实质性缺陷的需要。
* 第三，专利权人对权利要求保护范围所作的部分放弃必须是明示的，而且已经被记录在书面陈述、专利审查档案、生效的法律文书中。
* 第四，禁止反悔的适用以被诉侵权人提出请求为前提，并由**被诉侵权人**提供专利申请人或专利权人反悔的相应证据。

**侵害外观设计专利权行为的构成标准（对象层面）：**

1. **构成标准**

——根据专利法的规定，在与外观设计专利产品相同或者相近种类产品上，采用与授权外观设计相同或者近似的外观设计的，构成侵害外观设计专利权的行为。与侵害商标权行为不同的是，外观设计的相同或近似**不考虑一般消费者的混淆、误认**。

1. **产品相同或类似的认定**

——在外观设计专利侵权认定时，应当首先审查**被控侵权产品与专利产品是否属于同类产品，只有属于同类或者类似产品的，才可能构成侵权**，不属于同类或者类似产品的，不构成侵害外观设计专利权。认定产品相同或者类似**应当根据外观设计产品的用途进行**。

1. **外观设计相同或近似的认定**

——判断外观设计是否相同或者近似，应当以外观设计专利产品的**一般消费者的知识水平和认知能力**为标准，而不应当以该外观设计专利所属领域的专业技术人员的观察能力为标准。进行外观设计侵权认定，应当通过**一般消费者的视觉进行直接观察对比**，一般不应通过放大镜、显微镜等其他工具进行比较。判断外观设计是否构成相同或相近似时**以整体观察、综合判断为原则**，即应当对授权外观设计、被诉侵权设计可视部分的**全部设计特征**进行观察、对能够影响产品外观设计整体视觉效果的所有因素进行综合考虑后作出判断。

### （三）侵害专利权行为的抗辩事由

1. **不侵权抗辩**
   1. 不构成侵害专利权的抗辩

——当被控侵权产品并未落入原告的专利权利要求的范围时，不构成侵害专利权。主要包括：被控侵权物（产品或方法）缺少原告的发明或者实用新型专利权利要求中记载的必要技术特征；被控侵权物（产品或方法）的技术特征与原告专利权利要求中对应必要技术特征相比，有一项或者一项以上的技术特征有了本质区别。另外，根据专利法所规定的侵害专利权行为的构成要件，非生产经营目的的制造、使用行为，不构成侵害专利权。

* 1. 专利法明确规定不视为侵害专利权行为的抗辩

——专利权用尽、先用权、临时过境、科学研究与实验性使用、为提供行政审批所需要的信息，制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械等属于不视为侵害专利权的行为

——**“合法来源”抗辩**：为生产经营目的，使用或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品，或者依照专利方法直接获得的产品的行为，虽属于侵害专利权行为，但使用者或者销售者能证明其产品合法来源的，**不承担赔偿责任**（还涉及到其他类型，比如停止侵害、赔礼道歉等）。

* 1. 现有技术抗辩

——被控侵权人有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计的，不构成侵害专利权。（现有技术：现有技术是指申请日以前在国内外为公众所知的技术，也即公众应当在申请日以前想要知道就能够获得的，包含有实质性技术知识的内容。）→可以节约司法成本，就不用再提专利权无效的诉讼了

* 1. 许可抗辩

——是指专利侵权诉讼的被告，以其实施的专利技术是**通过技术许可合同**经专利权人许可或者因专利权人的某种行为而**默示许可**为理由进行侵权抗辩。（这种许可，可以是明示的许可合同，也可以是通过默许、行为、禁反言等进行的默示许可。）

1. **无效专利抗辩**

* 专利权无效的事由主要包括专利权已经超过保护期、已经被权利人放弃、被生效法律文书宣告无效等
* 在侵害专利权诉讼中，被诉侵权人以专利权不符合专利授权条件、应当被宣告无效进行抗辩的，其无效宣告请求应当向专利复审委员会提出。

1. **滥用专利权抗辩**

* 当专利权人恶意取得专利权，并滥用专利权进行侵权诉讼的，被控侵权人可以进行抗辩。
* 恶意取得专利权，是指将明知不应当获得专利保护的发明创造，故意采取规避法律或者不正当手段获得了专利权，其目的在于获得不正当利益或制止他人的正当实施行为。
* 其中可以被认定为恶意的情形包括：将申请日前已有的国家标准、行业标准等技术标准申请专利并取得专利权的；将明知为某一地区广为制造或使用的产品申请专利并取得专利权的。

### （四）法律责任类型与后果

#### 1. 民事责任

1. **停止侵权**

责令侵害专利权的行为人立即停止正在实施的侵权行为。

目的在于防止侵权人继续进行侵权活动，避免给权利人造成更大的损失。

1. **赔偿损失**

赔偿损失是指侵权人在造成专利权人经济损失后，责令其赔偿的一种方式。

赔偿数额的计算方法：

* **一是按照权利人因被侵权所受到的损失确定。**权利人因被侵权所受到的损失可以根据专利权人的专利产品因侵权所造成销售量减少的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积计算。权利人销售量减少的总数难以确定的，侵权产品在市场上销售的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积，可以视为权利人因被侵权所受到的损失。（问题在于因果关系如何说明？）
* **二是按照侵权人侵害专利权所获得的利益确定。**侵权人因侵权所获得的利益可以根据该侵权产品在市场上销售的总数乘以每件侵权产品的合理利润所得之积计算。侵权人因侵权所获得的利益，一般按照侵权人的营业利润计算，对于完全以侵权为业的侵权人，可以按照销售利润计算。
* **三是被侵权人的损失或侵权人获得利益难以确定时，参照该专利许可使用费的１至3倍合理确定赔偿数额**；没有专利许可使用费可以参照或者专利许可使用费明显不合理的，人民法院可以根据专利权的类别、侵权人侵权的性质和情节等因素，在**人民币1元以上100万元以下**确定赔偿数额。
* **四是法定赔偿。**即权利人的损失、侵权人获得利益和专利许可使用费均难以确定的，可以根据根据专利权的类别、侵权人侵权的性质和情节等因素，确定给予**3万元以上500万元**以下的赔偿。
* **五是惩罚性赔偿。**即对故意侵犯专利权，情节严重的，可以按照上述方法确定数额的**1倍以上5倍以下**确定的赔偿数额。
* 无论是以上述何种方式确定赔偿损失数额，**该赔偿额都还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支**。
* **诉前禁令**：（相当于诉前财产保全）即专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯专利权的行为，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。申请人提出申请时，应当提供担保；不提供担保的，驳回申请。人民法院应当自接受申请之时起四十八小时内作出裁定；有特殊情况需要延长的，可以延长四十八小时。裁定责令停止有关行为的，应当立即执行。当事人对裁定不服的，可以申请复议一次；复议期间不停止裁定的执行。申请人自人民法院采取责令停止有关行为的措施之日起十五日内不起诉的，人民法院应当解除该措施。申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因停止有关行为所遭受的损失。

#### 2. 刑事责任

* 《刑法》第216条规定，假冒他人专利，情节严重的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。
* **假冒专利罪**，是指违反国家专利管理法规，假冒他人专利，情节严重的行为。本罪的客体是复杂客体，即国家的专利管理制度和他人的专利权。本罪的客观方面表现为未经专利权人许可，假冒他人专利情节严重的行为。本罪的主体是一般主体，自然人和单位都可以构成本罪。本罪的主观方面只能是故意，即明知未经他人许可，而有意假冒他人专利。

#### 3. 行政责任

* 假冒专利的，除依法承担民事责任外，由管理专利工作的部门责令改正并予公告，没收违法所得，可以并处违法所得4倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处20万元以下的罚款。

# 商标权法

## 商标权的对象

### 商标概述

#### 商标的定义：(P/S,B)

商标俗称牌子，是经营者为了使自己的商品或服务与他人的商品或服务相区别而使用的识别标记。

（一般是同类商品或服务）（认知成本也属于交易成本范畴）

商标由以下三项要素构成：

其一，使用商标的主体，即**经营者**，指从事商业活动的人，包括自然人、法人和其他组织。

其二，**商标标志**，如文字、图形、声音等；

其三，**使用商标标识的商品或服务**。

#### 商标与其他商业标志的区别

使用于商品和服务上的商业标志，除商标外，还有企业名称、商号、包装、装潢等。这些标志也有一定的识别作用。它们与商标的区别在于：

* 企业名称表彰的是企业，一个企业只能有一个名称，可以使用于其所有的商品和服务；商标表彰的是商品和服务，一个企业可以有多个商标，分别使用于不同的商品和服务上。商号是企业名称中最具有显著性和识别性的部分，是企业信誉的重要载体，其与商标的关系和企业名称与商标的关系相同。
* 商品的包装、装潢是反不正当竞争法使用的概念。包装属于装潢的一种，不应与装潢并列。装潢是使用于商品外表或其包装上，用于美化商品，吸引消费者购买的平面或立体造型。符合条件的装潢可受著作权保护或申请外观设计专利。装潢与商标的主要区别在于，注册商标不能直接宣传商品或服务的内容、质量、主要原材料等特点，而装潢没有这样的禁忌。【包装、装潢原本是美化作用，但是后来消费者能够通过包装、装潢识别商品，那么可以转化成商标（未注册商标）】

#### 3. 商标的功能

* **基本功能：来源识别功能【显著性】**。

——来源识别功能是商标的基本功能，商标的其他功能都是在来源识别功能的基础上派生出来的。商标的识别功能决定了申请注册的商标必须具备**显著性**，缺乏显著性的商标不能注册；决定了损害商标的**显著性**是侵害商标权行为的本质特征和判定标准。

——是针对于消费者而言的。生产产品不是为了自己使用，而是为了市场销售获得利润。

* **派生功能：广告宣传，质量担保**

#### 4. 商标的种类

1. **商品商标和服务商标**
2. 商品商标是使用于商品上，用于识别经营者提供的商品的商标。
3. 服务商标是经营者为将自己提供的服务与他人的服务相区别而使用的商标。服务商标的使用方式包括：
   1. 直接使用于服务，如使用于服务介绍手册、服务场所的招牌、店堂装饰、工作人员服饰、招贴、与服务相关的配套用具等。
   2. 将商标使用在广告中。
4. **集体商标、证明商标和普通商标**
5. 集体商标：以团体、协会或其他组织的名义注册，供本组织成员在商事活动中使用，用以表明使用者在该组织中的成员资格的商标。需要加入相关的组织。

——如“沙县小吃”“丹阳眼镜”

——问题：组织有没有向商品收取费用的权利？能否将收取会费作为强制性要求？滥用权力如何规制？

1. 证明商标：用以证明使用该商标的商品或服务的原产地、原材料、制作方法、质量或其他特定品质的商标。有另外的机构（认定证明商标是否满足要求的机构）存在

——如“西湖龙井”“普洱茶”

1. 普通商标：由法人、自然人和其他组织申请注册供自己使用的商标。

* **地理标志**：指标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志。我国商标法规定，**地理标志可以作为集体商标或者证明商标申请注册**。

——如“潼关肉夹馍”

* 三者主要区别在于：普通商标可以自由转让和许可他人使用，集体商标和证明商标的转让有主体资格的限制。集体商标和证明商标的使用者是多数人，本身不具有普通商标的“区别功能”。因此，为了能够更加精确地区分商品，除了集体商标和证明商标外，可能还会加上其他商标。

1. **联合商标和防御商标**
2. 联合商标：是指同一民事主体在**同一种或类似**商品上注册的一组近似商标，首先或者主要使用的商标为主商标，其他商标为联合商标。

——目的是防止其他企业通过注册近似商标答辩称

——例如：“娃哈哈”驰名商标，为防止他人仿冒，又注册了“哇哈哈”“哈娃哈”“娃娃哈”“Wahaha”等商标。

1. 防御商标：是指同一民事主体在**不同类别**的若干商品上注册的相同的商标。原先注册的商标是主商标，其他商标是防御商标。

——例如，海尔集团不仅在洗衣机、冰箱等家电产品上注册了“海尔”商标，还在其他类别的商品上也注册了“海尔”商标。

1. **视觉商标和非视觉商标**
2. 视觉商标：是指商标标识是由**可视性标识**，如文字、图形、颜色、三维标志等组成的商标。又可分为平面商标、立体商标和动态商标。
3. 非视觉商标主要有**声音商标、味觉商标和触觉商标**。我国2013年修法时增加声音作为商标构成要素，同时删除了对商标标识“可视性”的要求。但是，我国目前尚未准许味觉商标、触觉商标和动态商标注册。
4. **注册商标和未注册商标**
5. 注册商标：是依法经核准注册的商标。注册商标享有专用权，受法律保护。《商标法》第56条规定，注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。注册人要在超出注册核定的商品或服务上取得商标权，需要另行申请注册。
6. 未注册商标：是经营者在经营活动中使用的未经商标局核准注册的商标。未注册商标不享有商标专用权，但是可以使用，并可基于使用所产生的影响和信誉，受商标法和反不正当竞争法提供的相应保护，但是，未注册商标不享有商标权，不能对他人提起侵权之诉，除未注册驰名商标外，商标被他人抢先注册满5年后，未注册商标使用人不能再申请宣告注册无效。

——已经初步具备了区别功能；若他人违背公平原则抢注商标，也是受到商标法的规制的。

——商标法是防止他人抢注（程序上保护）；若仿冒商标，则需要适用《反不正当竞争法》（实体上保护）。但《反不正当竞争法》对未注册商标的保护有一定要求，即享有一定的影响力（知名度）

### 商标注册条件

#### 合法性

1. **【正面概括规定】商标标识的构成要素应当符合法律的规定**。

《商标法》第8条规定：“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品**与他人的商品区别开的标志**，包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。”申请注册的商标标识如果不符合该条规定，则不予受理。

——注意：此处“等”应为等内等，比如气味商标，是不能作为商标注册的。

1. **【反面列举排除】作为商标使用的标志不能是法律规定不能作为商标的标志。**

例如，《商标法》第10条规定，下列标志不能作为商标使用：

（1）同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、国歌、军旗、军徽、军歌、勋章等相同或者近似的，以及同中央国家机关的名称、标志、所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的；

（2）同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗等相同或者近似的，但经该国政府同意的除外；

（3）同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记等相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外；

（4）与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外；

（5）同“红十字”“红新月”的名称、标志相同或者近似的；

（6）带有民族歧视性的；——破坏民族团结和社会和谐

（7）带有欺骗性，容易使公众对商品的质量等特点或者产地产生误认的；——基于消费者利益保护

（8）**有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响**的。县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。但是，地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。

——“有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的”标准？“可能性标准”是否过于宽松？

#### 显著性

* **显著性定义**：《商标法》第9条：商标的显著性是指**商标标识具有显著特征，能够将使用人的商品或服务与他人的商品或服务区别开来**。
* 《商标法》第11条：显著性要求是由商标的基本功能决定的。商标的基本功能是识别商品或服务的来源，不能识别商品或服务的来源的标志不能作商标。
* 商标显著性分为**固有显著性**和**获得显著性**。
* 固有显著性是指：一个标志使用在特定的商品或服务上，具有识别来源的作用。
* 获得显著性是指：一个标志使用于特定的商品或服务上，本来不能起到识别来源的作用，不具有显著性，但经过使用，产生了识别作用，获得了显著性。获得显著性通常是指缺乏显著性的描述性标志通过使用获得的显著性。
* 也就是说，商标的显著性需要**将商品/服务与标志结合起来判断**是否具有区分功能（“两面针”牙膏）
* 老师认为：“显著性”是一种“可能性”的判断标准，有的国家只承认对“使用商标”的显著性认可，因为经过使用已经具有了使商品被区分的可能性；而注册商标在注册时对于是否存在区别功能，是对该商标在未来经过使用后能否具备区分功能的预测——是否可能建立起商标的区别功能

#### 非功能性

* **非功能性**要求是指**具有功能性的标志不能注册为商标。**我国商标法明确禁止功能性三维标志注册为商标。
* 《商标法》第12条规定，仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，不得注册。

#### 不与他人在先权利和权益相冲突

* **商标权是具有排他效力的绝对权**，当发生冲突时，**保护在先权利**是原则。当申请注册的商标与他人在先权利相冲突，或者与他人在先的其他标识利益相冲突时，该商标不能注册。
* 在先权利包括《商标法》规定的在先权利和《民法通则》、其他法律规定的在先权利，如他人的姓名权、肖像权、著作权、外观设计专利权、商号权等。
* **商标法特别规定的在先权利指注册商标专用权**。
  + 商标法规定，申请注册的商标，凡不符合本法有关规定或者同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的或者初步审定的商标相同或者近似的，由商标局驳回申请，不予公告。已经初步审定公告的，在先权利人和其他标识利益所有人及其利害关系人可以在规定期限内提出异议，已经注册的，可以在注册之日起5年内申请宣告注册无效。（联想专利法“抵触申请”）
* 在先权利是姓名权的情况下——抢注b站Up主“敬汉卿”？

## 商标权的取得和消灭

### 取得的基本原则

#### 使用取得商标权的原则（如美国）

使用取得商标权的原则是指：商标在商业活动中的真实使用是取得商标权的根据，注册仅是享有商标权的初步证据。

比如美国，1988年之前，美国商标法规定未实际使用的商标注册申请不被接受。1988年修法以后，未实际使用的商标只要**声明使用意图**也可以接受申请，但申请人必须**在规定的期限内提交实际使用的证据**，专利商标局才进行审查，超过期限没有提交实际使用证据的，申请失效。注册申请构成对该商标的推定使用，授予其在申请注册的商品或服务上全国有效的优先权。

#### 注册取得商标权的原则（如我国）

* 注册取得商标权的原则是指，**注册机关的核准注册是取得商标权的根据，未注册的商标，即使是驰名商标，也不能取得商标权。**
* 采注册取得原则的立法，对于相同或近似申请：
  + 有的采**先申请原则**，核准先申请的商标注册；
  + 有的采**先使用原则**，核准先使用的商标注册。
* 注册取得原则将商标权的取得系于注册，特别是如果再采取先申请原则，**极易诱发抢注他人在先使用的商标的问题。——产生个案中的不公**
* 尽管注册取得原则存在以上固有缺陷，但是，在贸易全球化的当今世界，注册取得原则相对于使用取得原则，在安全和效率方面具有比较优势，且管理成本较低，所以目前世界上绝大多数国家采取注册取得原则。我国商标法属于这一类型。
* 采注册取得原则的立法，都采取各种制度性措施，努力克服注册取得原则的这一固有缺陷。其主要思路是，一方面强化对注册商标的使用要求，另一方面加强对未注册商标的保护。

### 取得程序

#### 商标注册申请

我国采取商标权**注册取得原则和自愿申请原则，强制注册是例外**。（例外：烟草制品必须使用注册商标）

最好在使用时就对商标进行注册，以免被抢注

1. **申请主体**

《商标法》第4条规定，①自然人、法人或者其他组织在②生产经营活动中，对其商品或者服务需要取得商标专用权的，应当向商标局申请商标注册。

（1）注册商标的申请人是自然人、法人或者其他组织。其他组织指依法能够取得权利、承担责任的组织，如合伙。

（2）申请人从事生产经营活动

P.s.原先限定自然人不能申请，现在自然人也可以→问题：全民抢注？并非自己使用，而是为了投机。不符合立法原旨，增加了成本，以及符号资源的浪费。→解决：下发文件，限定要从事生产经营活动（如个体工商户、个人合伙）→是否通过限定范围的方式修改了法律的规定？是否合乎法律程序？

1. **申请文件（申请客体→审查对象）**

申请文件是商标局审查的对象。申请文件的质量不仅影响申请是否能够得到批准以及批准的速度，而且会影响商标权的**效力范围**。

（1）商标注册申请书。

（2）申请人主体资格证明文件复印件1份。

（3）委托代理组织申请的，应提交《商标代理委托书》1份。直接办理的，应提交经办人员身份证明的复印件1份。

#### 商标注册申请的审查

1. **审查原则**

目前世界上有两种商标审查制度：

1. **不审查原则**，**形式审查+绝对事由**：即商标局只进行形式审查和对拒绝注册的绝对事由的审查，不主动审查申请注册的商标是否与在先权利相冲突（相对事由），与在先权利冲突的问题通过异议程序处理。
2. **全面审查原则**，**形式审查+绝对事由+相对事由**：即对于申请注册的商标标识是否属于法律规定不能作为商标注册的标志，包括绝对不能作为商标注册的和因为与在先权利相冲突（拒绝注册的相对事由）而不能注册的，都由商标局主动进行审查，并作出是否核准注册的决定。在全面审查原则之下，**我国对商标注册申请的审查分为形式审查和实质审查**：
3. **形式审查。**形式审查的事项包括：申请人是否具备申请商标注册的主体资格；申请文件的填写是否符合要求；申请手续是否齐备；是否已经缴纳申请费。申请手续齐备并按照规定填写申请文件，且缴纳了申请费的，商标局予以受理，给予申请日。
4. **实质审查。**实质审查是对申请注册的商标是否符合商标法规定的注册条件的审查。分为以下两种情形：
5. 对拒绝注册的**绝对事由**的审查。
6. 对拒绝注册的**相对事由**的审查。

#### 异议——解决信息不完全

异议：向在先权利或权益人和公众提供的对商标局初步审定公告的商标注册申请提出反对意见，以保护自己的在先权利或权益和公共利益的程序。

各国商标法都有异议程序，主要的区别在于，有的国家**先异议后注册**，有的国家**先注册后异议**。我国属于**前者**。

1. **异议理由**

根据商标法的规定，提出异议的理由分为两类：

1. **【相对事由】申请注册的商标损害他人的在先权利或权益**，违反《商标法》第13条第2款和第3款、第15条、第16条第1款、第30、31、32条规定的，基于上述理由的异议，只能由在先权利人或者利害关系人提起申请；
2. **【绝对事由】申请注册的商标标识是《商标法》第10条规定的不得作为商标使用的标志**，和第11条、第12条规定的缺乏显著性，不得作为商标注册的标志。这类商标注册申请，事关公共利益，任何人都可以提出异议。

* **主体范围不同：**
  + **相对事由应当由在先权利人、利害关系人提起异议**
  + **绝对事由因为违反了公共利益，所有人都可以提起异议**

1. **异议程序**

2013年《商标法》对异议制度引进了改革：按照新规定，只有**在先权利人、利害关系人**才可以以初步审定公告的商标损害自己的在先权利或权益为由，自公告之日起3个月内，向商标局提出异议申请。任何单位和个人认为初步审定公告的商标违反《商标法》第10—12条规定的，可以向商标局提出异议。提出异议的期限为自公告之日起3个月内。异议人应向商标局提交商标异议申请书、异议人身份证明和作为在先权利人、利害关系人的证明，并缴纳异议费。异议申请书应有明确的请求和事实依据，并附送有关证据。商标局应将异议材料副本及时送被异议人，限其自收到异议材料之日起30日内答辩。被异议人不答辩的，不影响商标局作出决定。

对于异议申请，**商标局应自公告期满之日起12个月内作出是否准予注册的决定**，有特殊情况需要延长的，经工商行政管理部门批准，可以延长6个月。商标局经审查认为异议成立，即应驳回注册申请，不予公告，并通知异议人。注册申请人不服的，可以自收到通知之日起15日内向商评委申请复审。商标局认为异议不成立的，即作出准予注册决定，发给注册证，并公告。异议人不服的，不能向商评委申请复审，只能在商标注册后申请宣告注册无效。

初步审定公告期满无异议的，予以核准注册，发给商标注册证，并予公告。

#### 复审（“商标评审”）

1. **复审的受案范围**

（1）注册申请人对商标局在注册审查阶段作出的驳回注册申请的决定不服的，简称为**驳回申请复审**。

（2）被异议人（注册申请人）对商标局在异议程序中作出的不予注册决定不服的，简称为**不予注册决定复审**。

（3）当事人对商标局依职权作出的商标注册无效决定不服的，简称为**无效决定复审**。

（4）当事人对商标局在商标管理过程中作出的撤销或不撤销注册商标决定不服的，简称为**撤销决定复审**。

作为商标注册程序的复审，仅指（1）（2）两种。

复审是向注册申请人、异议人提供的一种**救济程序**，是由商评委根据当事人的申请，对商标局的相关决定进行审查，纠正商标局关于商标注册、异议决定中的失误的程序，对于提高商标注册质量、保护当事人和相关公众的利益，具有重要的意义。

1. **复审程序**

* 当事人向商评委申请复审的时限是自收到相关通知之日起15日。
* 商评委收到申请书后，经审查符合受理条件的，予以受理；不符合受理条件的，不予受理，书面通知申请人并说明理由；需要补正的，通知申请人自收到通知之日起30日内补正。期满未补正的，视为撤回申请，并书面通知申请人。经补正仍不符合规定的，不予受理，书面通知申请人并说明理由。
* 商评委受理申请后，应及时将申请书副本送对方当事人，限其自收到申请书副本之日起30日内答辩，期满未答辩的，不影响商评委的评审。审理不服商标局不予注册决定的复审案件，应当通知原异议人参加并提出意见。原异议人不参加或不提出意见的，不影响案件的审理。
* 商评委根据当事人的请求或者实际需要，可以决定对评审申请进行口头审理。
* 决定进行口头审理的，应当在口头审理15日前书面通知当事人，当事人应当在通知书指定的期限内作出答复。
* 申请人在商评委作出决定、裁定前，可以书面要求撤回申请并说明理由，商评委认为可以撤回的，评审程序终止。
* 商评委对商标评审申请已经作出裁定或者决定的，任何人不得以相同的事实和理由再次提出评审申请。
* 商评委应当在规定的时限内作出评审决定。对驳回注册申请不服的复审申请，评审时限是自收到申请之日起9个月，有特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准可以延长3个月。对不予注册决定不服提出的复审申请，评审时限是自收到申请之日起12个月，有特殊情况需要延长的，经批准可以延长6个月。

#### 司法审查

2001年修订的《商标法》取消了商评委终局决定、裁定的权力，赋予当事人向人民法院起诉的权利。当事人对商评委**驳回注册申请复审裁定**和**不予注册决定复审裁定**不服的（即商标注册程序的复审2种），可以**自接到通知之日起30日内向北京知识产权法院起诉**。

问题：我国的商标注册审查程序过于复杂冗长，导致注册周期过长，不能适应市场经济发展的需要，需要改革简化。

### 商标权消灭

#### 注册商标的注销

1. **注册商标的有效期和续展注册**

* **有效期：**注册商标的有效期为**10年**，**自核准注册之日起计算**。
* **续展注册：**注册商标有效期满，需要继续使用的，应当在**期满前12个月内**按照规定办理续展手续；在此期间未能办理的，可以给予**6个月的宽展期**。宽展期满仍未办理的，注销其注册商标。每次续展注册的有效期为10年，续展次数不受限制。

1. **注册商标的注销**

注销是指商标局基于法定原因行使职权而使注册商标专用权归于消灭的行为。

商标局注销注册商标两种情况：

（1）【依申请注销】商标注册人可以申请注销其注册商标。商标注册人可能基于某些原因不愿再维持其商标的注册。

（2）【依职权注销】未及时办理续展手续会导致注册商标被注销。注册商标的有效期为10年。如果商标注册人未在注册商标有效期满前12个月内及6个月的宽展期办理续展手续，注册商标将会被商标局注销。

#### 注册商标的无效

注册商标的无效是指：商标在注册时就存在拒绝注册的绝对理由或相对理由，本来不应获得注册，依具体事由在商标局主动发现或经他人申请之后，由商标局或商标评审委员会宣告该注册商标无效，使商标专用权归于无效。

1. **无效事由**

**1. 存在拒绝注册的绝对理由：**商标局可以依职权随时宣告该注册商标无效，没有时间限制。

**2. 存在拒绝注册的相对理由：**在先权利人或利害关系人可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。除了恶意注册他人驰名商标的情形，在先权利人或利害关系人**只能自商标注册之日起5年内**请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。

1. **无效的效力**

* 注册商标被宣告无效后，该注册商标专用权**视为自始即不存在**。有关宣告注册商标无效的决定或者裁定，对于宣告无效前人民法院作出并已执行的商标侵权案件的判决、裁定、调解书和工商行政管理部门作出并已执行的商标侵权案件的处理决定，以及已经履行的商标转让或者使用许可合同**不具有追溯力**。【考虑法的安定性】
* 两种例外情形：
  + 一是因商标注册人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。
  + 二是如果不返还商标侵权赔偿金、商标转让费、商标使用费，明显违反公平原则的，应当全部或者部分返还。

#### 注册商标的撤销

商标在获得注册之后，如果无正当理由连续3年不使用，或显著性退化，或注册人擅自改变注册商标或注册事项，该注册商标可以被撤销。

“宣告无效”与“撤销”针对的情形不同。对前者而言，商标在申请注册时就存在拒绝注册的绝对理由或相对理由，本来就不应当获得注册。而对后者而言，商标注册是没有问题的，但在使用注册商标的过程中，发生了可导致撤销的法定情形。

（一）因连续3年不使用而撤销——任何单位或者个人可以向商标局申请撤销

（二）因商标成为通用名称而撤销——任何单位或者个人可以向商标局申请撤销 “jeep车”

（三）擅自改变注册商标或注册事项——商标局撤销

自行改变注册商标的，自行改变注册商标的注册人名义、地址或者其他注册事项的，由地方工商行政管理部门责令限期改正，期满不改正的，由商标局撤销其注册商标。

### （四）对撤销、无效、注销的保护期

注册商标**被撤销、被宣告无效**或者**期满不再续展**的，自撤销、宣告无效或者注销之日起**1年内**，商标局对与该商标相同或者近似的商标注册申请，不予核准。

## 三．商标权的内容和利用

### （一）内容

#### 1. 商标专有权

* 定义：
  + 是指**注册人对其注册商标在核定使用的商品或服务上享有的专有权，即在一定范围内排斥他人使用的权利**。
* 理解：
  + **专有权范围：**“核定使用的商品或服务上”：是指注册时核准使用的指定商品类别中的具体商品或服务。
  + **专有权效果：**“核定使用的商品或服务上”，商标注册人得以专有地使用核准注册的商标，使注册商标与其商品或服务的特定来源之间建立起固定的、唯一的联系。
* 商标专有权的排他效力有两个层次：
  + 排斥他人在**同一种商品**上使用与注册商标**相同**的商标。
  + 排斥他人在**同一种商品**上使用与注册商标**近似**的商标，或者在**类似商品**上使用与注册商标**相同或近似**的商标。
* 总结：**同种商品相同或近似；类似商品上相同或近似——排除范围大于其适用范围**

### （二）利用

#### 1. 转让

* 转让注册商标的，转让人和受让人应当签订转让协议，并**共同**向商标局提出申请。受让人应当**保证使用该注册商标的商品质量**（质量担保→但是保证的内容不清楚）。
* 转让人要将其在同一种或类似商品上注册的相同或近似的商标**一同转让**。
  + 联合商标
* 对**容易导致混淆**或者**有其他不良影响**的转让，商标局不予核准，书面通知申请人并说明理由。
  + 不单纯是一种登记要件主义，还有实质性的审核
  + 权利人没有权利决定是否能转让商标，要受到“区别功能”“社会后果”等因素的限制
* 转让注册商标经核准后，予以公告。受让人自公告之日起享有商标专用权。

#### 2. 许可

* 我国对商标许可采取**登记对抗主义**，即商标使用许可合同未经备案的，不影响合同许可的效力，但不得对抗善意第三人。
  + 备案：程序
* 注册商标使用许可：——**※诉权法定**
  + **独占使用许可：**被许可人在约定的时间范围和地域范围内垄断使用商标；独占许可的被许可人可以**单独起诉**或采取诉前措施。
  + **排他性使用许可：**在约定的时间范围和地域范围内可以使用商标；只能和商标注册人**共同起诉**或申请诉前措施，或在注册商标人不起诉或进行申请的情况下，自行起诉或提出申请。
  + **普通使用许可**：独占优势不如前面两类；且只有在商标注册人明确授权的情况下，才能起诉或采取措施。

## 四．侵害商标权的行为与法律责任

### （一）侵害商标权的行为——判断标准：混淆

* **混淆类型：直接混淆&间接混淆**
* **直接混淆（产源混淆）**：是指使用特定商标的某商品或服务实际上来源于经营者乙，而消费者误以为其来源于经营者甲，也即消费者未能通过商标将来源于不同的经营者的商品或服务相区分。
* **间接混淆（关联混淆）**：是指使用特定商标的某商品或服务由经营者乙提供，与经营者甲并无任何关系，而消费者误以为经营者甲与经营者乙之间存在控制、许可或赞助等关联关系。
* 混淆——利用了他人商标的区别功能
* 从间接混淆到直接混淆，实质上是扩大了商标权的保护范围，因为间接混淆已经不侵害商标权的区别功能。
* **商标权侵权的本质在于混淆可能性的判断**
* **双相同：**未经许可，在**同一种商品**上使用与其注册商标**相同**的商标的【假冒】
* **非双相同：**未经许可，在**同**一种商品上使用与其注册商标**近似**的商标，或者在**类似商品**上使用与其注册商标**相同或者近似**的商标，容易导致混淆的
* **近似商标的界定**
  + **近似商标概念：**两个商标在文字、读音、含义或图形的构图及颜色，或其各要素组合后的整体结构相似，或其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众产生误认
  + 首先，**隔离观察**比较：分别观察后凭借印象进行比较（现实模拟、消费者角度）
  + 其次，**显著部分**比较：隔离观察前提下，比较两个商标的最显著的部分
  + 最后，**整体观察**比较：判断商标整体给人留下的印象
* **类似商品的界定**
  + **类似商品概念：**在**功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象**等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系，容易造成混淆的商品。
  + 《商标注册商品和服务国际分类表》《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似商品或服务的参考，但不是最终依据。

### （二）侵权行为类型

1. 【使用】在相同或类似商品或服务上使用与注册商标相同或近似的商标
2. 【销售】销售侵犯注册商标权的商品销售行为
3. **【反向假冒】擅自更换他人商品上的商标，并将该更换的商品又投入市场**

——俗称反向假冒：行为恰恰是不使用商标

——并没有使用期商标，且是正当买来的；同时还涉及到权利用尽的问题

——减少其他消费者选择被撕掉商标的商品的机会，可能减损其声誉、市场价值等

1. 【搭便车】将与他人注册商标相同或相近似的文字作为企业的字号在相同或类似商品上突出使用

（5）【域名】将他人注商标相同或近似的文字注册为域名，并且过该域名进行相关商品交易的电子商务

（6）【伪造、擅自制造】伪造、擅自制造他人注册商标标识或销售伪造、擅自制造的注册上标识

（7）【帮助侵权】故意为侵犯他人商标专有权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专有权的行为

### （三）侵犯商标权行为的例外

#### 1. 【目的：描述特征】描述商品或服务的特征

虽然利用了商标中的文字或图形，但并非用其指示商品或服务的特定来源，而是对商品或服务的特征本身进行描述

#### **2. 【目的：说明用途】说明商品或服务的用途**

利用他人文字或图形，是为了指示自己提供的商品或服务的用途，服务对象和真实来源，而非为了让消费者产生混淆。

#### 3. 【商品权用尽】用尽政策跟一国的贸易政策相关（对销售的限制）

他人在购买之后无须经商标权人许可，就可将有商标的商品再次售出以其他方式提供给公众。

“权利用尽”往往是针对于相应的权项（如著作权的发行权，专利权的使用、销售、许诺销售、进口）

#### 【先用权】基于其他正当目的或理由的使用——先用权情形

商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或近似并有一定影响商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用该商标，但可以要求其附加适当区别标识。

**· 商标保护不能影响言论自由（比如在歌词中使用商标文字）**

### （四）法律责任：

#### 1、民事责任

**（1）停止侵害**

**（2）损害赔偿**

* 如果行为人有主观过错，即明知或应知从事侵害他人商标的行为，还应当承担赔偿责任
* 如果商标在注册后并未使用，那么不涉及不正当利用商誉和给商标权人造就经济损失
* **计算方式**

1. 按照权利人因被侵权所受到的损失确定。
2. 实际损失难以确定，按照侵权人侵害专利权所获得的利益确定。
3. 被侵权人的损失或侵权人获得利益难以确定时，如有商标许可使用费可以参照的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定赔偿数额。
4. **【法定赔偿】**权利人的损失、侵权人获得的利益和注册商标许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据侵权行为的情节等因素判决给予**五百万元以下（上限）**的赔偿。
5. 在确定赔偿数额时，应当考虑侵权行为的性质、期间、后果、商标声誉、商标使用许可费的数额、商标使用许可的种类、时间、范围及制止侵权行为的合理开支等因素**综合确定**。
6. **【恶意侵权的惩罚性赔偿】**恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。法院确定的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。

#### 刑事责任

1. 假冒注册商标罪
2. 销售假冒注册商标的商品罪
3. 非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪

#### 行政责任

## 五．驰名商标

### （一）对驰名商标的特殊保护

#### 对未注册驰名商标——禁止“同类混淆”

#### 对已注册驰名商标——禁止“跨类混淆”；防止淡化

#### 对恶意注册行为——请求宣告无效不受期限控制

**《商标法》第十三条**

　为相关公众所熟知的商标【驰名商标】，持有人认为其权利受到侵害时，可以依照本法规定请求驰名商标保护。

　　【未注册驰名商标禁止同类混淆】就**相同或者类似商品**申请注册的商标是**复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标**，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。

　　【已注册驰名商标禁止跨类混淆；防止淡化】就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

* **商标淡化理论：**
  + 专门针对驰名商标保护。驰名商标保护的理论基础。起源于德国判例、后被美国学者所继承。
  + 该理论目的在于：消除特有的显著标识的公众识别性被淡化的危险，防止他人减损商标的区别性、独有性和所获得的良好评价。
* **区分——商标混淆理论：**
  + 不损害和淡化商标区别性、独特性，恰恰是**利用**独特性和区别性，误导消费者认知从而获得商业利益。
* **商标淡化的方式**

1. **弱化——**冲淡消费者与产品之间基于商标发生的认知上的联系，造成商标知名度的下降（独特性↓）。比如可口可乐用于鞋子品牌。
2. **丑化——**指将驰名商标用于各种有损著名商标形象的商品，特别是在不文明和有伤风化的背景之下使用驰名商标，从而对驰名商标进行污化，贬损原权利人的商誉。比如香水产品使用商标，被告运粪车上使用了香水的商标。
3. **退化——**商标彻底丧失识别性，不再具有区别功能，这意味着原权利人对其商标的巨大投入已化为乌有。比如，用商标指代商品名称，商标不再具有显著性。JEEP原先是商标，但后面用来指代车的类型。虽干涉社会公众自由，但可以诉诸于公共权利来阻碍他人对退化商标的使用。

### （二）对驰名商标认定、途径和效力

* 生产、经营者不得将“驰名商标”字样用于商品、商品包装或者容器上，或者用于广告宣传、展览以及其他商业活动中。
* 驰名商标是一个会发生变化的市场事实，而不是一个法律概念。如果将“中国驰名商标”作为宣传竞争的手段，不符合驰名商标的本质内涵。——驰名商标的异化

#### 认定驰名商标考量因素

《商标法》第14条规定，认定驰名商标应考虑下列因素：

（1）相关公众对该商标的知晓程度；

（2）该商标使用的持续时间；

（3）该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围；

（4）该商标作为驰名商标受保护的记录；

（5）该商标驰名的其他因素。

#### 驰名商标的认定采取“双轨制”

* **“被动认定”**：**商标局和法院**在个案纠纷中基于当事人请求进行认定
* **“个别认定”**：只能在个案认定某商标是否属于驰名商标，不能做出一般性认定。

#### 区别比较

* “主动认定”：在并不存在实际权利纠纷的情况下，有关部门出于预防将来可能发生权利纠纷的目的，应商标所有人的请求，对商标是否驰名进行认定。
* “被动认定”：存在实际权利纠纷的情况下，应商标所有人的请求，有关部门对其商标是否驰名，能否给予扩大范围的保护进行认定。（扩大范围：跨类保护）

\* 从前行政机关长期主动批量认定驰名商标，但问题在于行政机关介入市场不合适（**驰名商标异化**）：驰名是市场现象，而非由行政判定；驰名状态并不稳定，会发生变化；。法律保护的方式，我国实践变成了行政评价，暗含“寻租”问题。

五、地理标志保护

1、地理标志的概念

是指标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然因素或者人文因素所决定的标志（《商标法》第16条第2款）。

地理标志一般由该产地的地理名称加产品的名称组成：地理名称+产品名称

一般是农产品、食品加工品

如果不加限制性地保护，放任市场主体使用，会误导消费者，随之地理标志的价值会缩减，原产品所具有的价值也就消失或淡化了，因此不能将其作为公共财产来对待（“公地悲剧”）。也并非特定个体、单位享有，而是特定地区采用相近技法工艺生产出的具有相近风味、特征的产品。即不作为个体财产保护，而作为集体财产基于商标法保护。

2、**法律保护方式：**集体、证明商标——保护地理方式的两种方式

当地生产产品企业成立行业协会，以协会名义申请集体商标，组织成员可以使用地理标志；证明商标，为独立组织，具有检验资质，检验是否具有相应特征属性。

3、**保护模式**：

各国不同：反不正当竞争法模式、专门法模式、商标法模式。

我国采“商标保护模式+单行法规体系”。

## 【著作权法案例】

### 指导案例81号：张晓燕诉雷献和、赵琪、山东爱书人音像图书有限公司著作权侵权纠纷案

法院生效裁判认为：本案的争议焦点是“雷剧”的剧本及电视剧是否侵害“张剧”的剧本及电视剧的著作权。

　　判断作品是否构成侵权，应当从①被诉侵权作品的作者是否“接触”过要求保护的权利人作品、②被诉侵权作品与权利人的作品之间是否构成“实质相似”两个方面进行判断。本案各方当事人对雷献和接触“张剧”剧本及电视剧并无争议，本案的核心问题在于两部作品是否构成实质相似。

　　我国著作权法所保护的是作品中作者具有独创性的表达，即思想或情感的表现形式，不包括作品中所反映的思想或情感本身。这里指的思想，包括对物质存在、客观事实、人类情感、思维方法的认识，是被描述、被表现的对象，属于主观范畴。（对思想/表达二分法中“思想”的界定；双层关系：1.认识是对什么的认识 2.认识本身需要被客观化→但是是否不太准确？只是将其理解为主观层面的事物，会过于狭隘而无用，即法律本身就不保护主观范畴之思想，只保护表达出来的东西。→当我们谈到思想/表达二分法，我们谈论的应当只是一个层面，即在可受到法律保护的事物范围内，对思想与表达予以进一步区分，涉及到价值取向的问题：在法律保护的范围内，哪些应当受到保护？如果我们试图将思想与表达清晰二分，那我们就高估了人类的认识能力了。）思想者借助物质媒介，将构思诉诸形式表现出来，将意象转化为形象、将抽象转化为具体、将主观转化为客观、将无形转化为有形，为他人感知的过程即为创作，创作形成的有独创性的表达属于受著作权法保护的作品。著作权法保护的表达不仅指文字、色彩、线条等符号的最终形式，当作品的内容（问题：内容与表达的关系是什么）被用于体现作者的思想、情感时，内容也属于受著作权法保护的表达，但创意、素材或公有领域的信息（可能超出了法律保护的期限，如唐诗宋词）、创作形式、必要场景或表达唯一或有限则被排除在著作权法的保护范围之外。必要场景，指选择某一类主题进行创作时，不可避免而必须采取某些事件、角色、布局、场景，这种表现特定主题不可或缺的表达方式不受著作权法保护；表达唯一或有限，指一种思想只有唯一一种或有限的表达形式，这些表达视为思想，也不给予著作权保护。（场景原则）在判断“雷剧”与“张剧”是否构成实质相似时，应比较两部作品中对于思想和情感的表达，将两部作品表达中作者的取舍、选择、安排、设计是否相同或相似（抽象概括），而不是离开表达看思想、情感、创意、对象等其他方面。结合张晓燕的主张，从以下几个方面进行分析判断：

　　关于张晓燕提出“雷剧”与“张剧”题材主线相同的主张，因“雷剧”与《骑马挎枪走天涯》都通过紧扣“英雄末路、骑兵绝唱”这一主题和情境描述了“最后的骑兵”在撤编前后发生的故事，可以认定“雷剧”题材主线及整体线索脉络来自《骑马挎枪走天涯》。“张剧”“雷剧”以及《骑马挎枪走天涯》《天苍茫》4部作品均系以二十世纪八十年代中期精简整编中骑兵部队撤（缩）编为主线展开的军旅历史题材作品，是社会的共同财富，不能为个别人所垄断，故4部作品的作者都有权以自己的方式对此类题材加以利用并创作作品。因此，即便“雷剧”与“张剧”题材主线存在一定的相似性，因题材主线不受著作权法保护，且“雷剧”的题材主线系来自最早发表的《骑马挎枪走天涯》（不存在独创性？），不能认定“雷剧”抄袭自“张剧”。

　　关于张晓燕提出“雷剧”与“张剧”人物设置与人物关系相同、相似的主张，鉴于前述4部作品均系以特定历史时期骑兵部队撤（缩）编为主线展开的军旅题材作品，除了《骑马挎枪走天涯》受短篇小说篇幅的限制，没有三角恋爱关系或军民关系外，其他3部作品中都包含三角恋爱关系、官兵上下关系、军民关系等人物设置和人物关系，这样的表现方式属于军旅题材作品不可避免地采取的必要场景，因表达方式有限，不受著作权法保护。

　　关于张晓燕提出“雷剧”与“张剧”语言表达及故事情节相同、相似的主张，从语言表达看，如“雷剧”中“做个自由的‘牧马人’”与“张剧”中“做个牧马人”语言表达基本相同，但该语言表达属于特定语境下的惯常用语，非独创性表达（“非独创性表达”就涉及到价值取向判断的问题。作品分为思想与表达，表达又分为独创性表达和非独创性表达，那么表达的独创性与否与作品的独创性与否的含义与标准是否一致？是否产生概念结构的混淆？在此处用“非独创性表达”是否画蛇添足？）。从故事情节看，用于体现作者的思想与情感的故事情节属于表达的范畴，具有独创性的故事情节应受著作权法保护，但是，故事情节中仅部分元素相同、相似并不能当然得出故事情节相同、相似的结论。前述4部作品相同、相似的部分多属于公有领域素材或缺乏独创性的素材，有的仅为故事情节中的部分元素相同，但情节所展开的具体内容和表达的意义并不相同。二审法院认定“雷剧”与“张剧”6处相同、相似的故事情节，其中老部下关系、临时指定马匹等在《天苍茫》中也有相似的情节内容，其他部分虽在情节设计方面存在相同、相似之处，但有的仅为情节表达中部分元素的相同、相似，情节内容相同、相似的部分少且微不足道。

　　整体而言，“雷剧”与“张剧”具体情节展开不同、描写的侧重点不同、主人公性格不同、结尾不同，二者相同、相似的故事情节在“雷剧”中所占比例极低，且在整个故事情节中处于次要位置，不构成“雷剧”中的主要部分，不会导致读者和观众对两部作品产生相同、相似的欣赏体验，不能得出两部作品实质相似的结论。（——也就是说“实质性相似”需要达到一定的量）根据《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》第十五条“由不同作者就同一题材创作的作品，作品的表达系独立完成并且有创作性的，应当认定作者各自享有独立著作权”的规定，“雷剧”与“张剧”属于由不同作者就同一题材创作的作品，两剧都有独创性，各自享有独立著作权。

### 高小华与重庆陈可之文化艺术传播有限公司著作权纠纷上诉案

二审法院认为：

第一，取景角度是否属于著作权法保护的具有独创性的表达形式。（为啥都爱用“独创性表达”？这个独创性表达是在“是否构成作品”的层面去判断，还是在“已经构成作品而表达本身是否有独创性”的层面？老师认为没有必要，就是要看法律是否需要对其进行保护，也就是说从思想/表达二分法上解决！在司法实务与学术研究中，常常会出现直接形而上地去论证哪些是思想，哪些是表达，这就意味着需要在思想与表达之间划出清晰的界线。但是真正需要论证的是：哪些值得保护？哪些不值得保护？值得保护的放入表达，不值得保护的放入思想；而不是因其是表达而保护，因其是思想而不保护。这体现了逻辑上的混乱。）上诉人在选择作品的取景角度时付出了劳动和判断是应当得到肯定的，但著作权法保护的是作品中具有原创性的表达形式，而对于客观历史事实或自然地理地貌则不予保护。通过一些反映重庆渝中区面貌的资料照片可以看出，……其周边的地理外观与两幅油画中的形状均大致吻合。……实际上反映的是重庆的自然地貌，是渝中半岛客观存在的地理特征。自然地貌属于公有领域，不受著作权法的保护，上诉人可从这个角度进行绘画创作，被上诉人也有权利从这个角度进行绘画创作，上诉人不能把公有领域的地形地貌划入其作品的专有保护领域。因此，此案中，取景角度不宜认定为著作权法保护的具有独创性的表达形式。

第二，两幅作品在具体表现手法上是否相同或相似。“重庆大轰炸”半景画油画作品是命题做画，投标者均须对重庆被日本飞机轰炸的历史进行表现，而要表现轰炸场面，飞机、死亡、逃亡、伤员救护、清理废墟残垣、救火、抵抗等场景是画面必不可少的要素，上诉人作品与被上诉人作品均对上述场面进行表现是完全正常的，但是两幅作品在场景和内容的具体表现手法上却有较大差别。如……因此，两幅作品在具体表现手法上不相同也不相似。

第三，两幅作品在对细节的处理上是否相同或相似。两幅作品虽然都是以纵向和从背后看渝中区，但是上诉人作品倾向于平视，被上诉人作品以俯瞰为主。虽然都为两江环抱，但是在对地平线、两岸景致及两江的角度和流向的处理上不同。……因此，两幅作品在对细节的处理上是不相同也不相似的。

综上，虽然认定被上诉人接触过上诉人的作品，不排除其有借鉴上诉人作品创意的行为，但是由于本案中取景角度不宜作为著作权法保护的具有独创性的表达形式，两幅作品在具体的表现手法上和对细节的处理上不相同也不相似，被上诉人第二轮作品没有复制上诉人第一轮作品中具有独创性的表达形式，被上诉人第二轮作品不构成对上诉人第一轮作品的剽窃侵权，上诉人的上诉理由不能成立。因被上诉人不构成侵权，对上诉人关于赔礼道歉、消除影响的请求不予支持。

### 广播体操著作权的司法认定：第九套广播体操著作权纠纷案

对于体操、瑜伽等功能性肢体动作是否受著作权法保护的问题，无论在大陆法系还是英美法系，一直众说纷纭。德国著作权学术界有观点认为，“体育上的或者杂技演员的表演活动，比如花样滑冰通常情况下不受著作权法的保护，因为它们并不表达任何智力成果（美学内容）”。{1}2005年，美国法院在Open Source Yoga Unity v.Bikram Choudhury一案中，对于瑜伽动作的可版权性问题未给予正面回应。[1]直到2012年6月，美国版权局才在一份政策声明中指出，具有功能性的肢体动作如瑜伽、社交舞步或简单的舞蹈动作均不受版权法保护。{2}本案判决对于这一问题进行了有益的探索，并因此入选“2012年中国法院知识产权司法保护十大创新性案件”。{3}而就在本案宣判三天之后（2012年12月14日），美国洛杉矶法院对于Birkam Choudhury、 Birkam"s Yoga College of India L.P.二原告诉Evolation Yoga LLC等被告案做出简易判决，认定瑜珈动作编排不受版权法保护。[2]

　　著作权法意义上作品应当具备以下条件：其一，必须属于文学、艺术和科学技术领域内的智力成果；其二，必须是具有一定有形方式的表达而非单纯的思想；其三，必须具有独创性。因此，广播体操的动作是否属于著作权法意义上的作品，取决于其是否具备上述条件。《伯尔尼公约》、《世界版权公约》等国际公约以及世界上大多数国家的法律都规定著作权法的保护范围限于文学、艺术和科学作品。作为上述公约的缔约国，我国著作权法第一条即开宗明义地指出，著作权法的立法目的是为了保护文学、艺术和科学作品作者的著作权。《中华人民共和国著作权法实施条例》第2条进一步规定，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有形形式复制的智力成果。由此可见，只有文学、艺术和科学领域内的智力成果才可能成为受著作权法保护的作品。而无论是文学、艺术还是科学作品，其本质都是通过某种特定的媒介符号如文字、音乐、舞蹈、图形对人的思想、情感、知识进行交流与表达，从而展现文学艺术的感性之美和科学技术的理性之美。因此，不涉及人的思想感情和知识，不具有文学、艺术、科学审美意义的创作，无论其独创性有多高，都不属于文学、艺术和科学领域内的成果。广播体操是一种具有健身功能的体育活动，由曲伸、举振、转体、平衡、跳跃等一系列简单肢体动作组成，但与同样包含肢体动作的舞蹈作品不同，其并非通过动作表达思想感情，而是以肢体动作产生的运动刺激来提高机体各关节的灵敏性，增强大肌肉群的力量，促进循环系统、呼吸系统和精神传导系统功能的改善。简而言之，广播体操的动作有强身健体之功用，而无思想情感之表达，既不展现文学艺术之美亦不展现科学之美，故不属于文学、艺术和科学领域内的智力成果。

　　著作权保护表达，而不保护思想，这既是《与贸易有关的知识产权协议》、《世界知识产权组织版权条约》等国际条约的明确规定，也是目前世界各国普遍接受的版权法基本原则。根据该规则，著作权保护不延及同属思想范畴的原理、方法、概念、程序、技术方案和实用功能等。举个例子，某人独创了一道菜肴的烹饪方法，并编写了讲解说明该方法的菜谱，其有权禁止他人复制、发行此菜谱，但却不能禁止他人使用该方法烹制这道菜肴，也无权阻止他人编写以自己的方式描述说明该方法的菜谱或录制演示如何烹制该菜肴的节目，其原因就在于烹饪方法属于思想范畴，不受著作权法保护，但作者以自己特定的方式解释说明该方法而编写的菜谱却是受著作权法保护的表达。广播体操是一种具有特定功能的身体练习活动，包含一系列连续的肢体动作，当这一系列动作按照规定的方式施行时，将产生既定的健身效果。因此，广播体操本质上属于一种健身方法、步骤或程序，而方法、步骤和程序均属于著作权法不保护的思想观念范畴。基于以上分析，由于广播体操的动作不符合构成作品法定条件中的二个，故不属于著作权法意义上的作品。

　　对于广播体操动作可版权性问题，还可以通过另一个角度进行分析，也就是作品的法定类型。一般而言，受著作权法保护的作品应当属于某一种法定类型。著作权法第3条规定作品的法定类型包括：“（一）文字作品；（二）口述作品；（三）音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品；（四）美术、建筑作品；（五）摄影作品；（六）电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品；（七）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；（八）计算机软件；（九）法律、行政法规规定的其他作品”。显而易见，广播体操的动作不属于上述任何一种。但是，著作权法第十四条还规定了汇编作品，即汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品。组成广播体操的各个动作，如曲伸、转体、跳跃等，均不构成作品，但对这些简单肢体动作进行独创性的选择和编排，创编而成的全套动作作为一个整体是否属于汇编作品呢？笔者认为答案是否定的，理由如下：首先必须明确，汇编作品亦是作品。汇编成果要成为汇编作品，其首先必须是著作权法意义上的作品，必须具备作为著作权法意义上作品的三个法定条件，即必须属于文学、艺术和科学技术领域内的智力成果，必须是具有一定有形方式的表达而非单纯的思想以及必须具有独创性，三者缺一不可。对内容的选择、编排体现独创性仅仅满足了三个法定条件之一即对独创性的要求，能否构成作品还取决于另外两个条件是否同时满足。易言之，对于内容的选择或者编排体现独创性的汇编成果，如果其本身不符合构成作品的其他条件，不属于著作权法意义上的作品，就不可能成为汇编作品。收集色彩斑斓、形状各异的石头也可能在选择上体现独创性，但无论把这些石头装进盒子还是放进箱子都不可能产生汇编作品，原因就在于这些选择和编排的结果既不属于文学、艺术和科学领域内的智力成果，也不是对思想之表达，本身就不是著作权法意义上的作品，更不可能成为汇编作品。同理，对于广播体操而言，虽然对于动作的选择和编排均体现了独创性，但基于前文已阐明的理由，作为汇编结果的整套动作不是文学、艺术和科学领域内的智力成果，且本质上属于思想而非表达，不符合构成作品的另外两个法定条件，故不属于著作权法意义上的作品，自然更不可能构成汇编作品。

综上可见，广播体操等具有功能性的肢体动作不是文学、艺术和科学领域内的智力成果，且本质上属于思想而非表达，不具备作为作品的法定条件。再者，其亦不属于任何一种法定作品形式或类型，因此不是著作权法意义上的作品，不受著作权法保护。但是，对于相关动作的文字说明、图解作为文字作品和美术、摄影作品均受著作权法保护。鉴于此，单纯示范、讲解或演示动作以及录制、发行相关教学示范录像制品的行为并不构成著作权侵权，故本案中被告的相关行为法院并未认定侵权。但是，如果对于上述说明、图解实施了复制、发行等行为，则当然构成对著作权人复制权、发行权等权利的侵犯。

### 北京中科恒业中自技术有限公司等与北京中科水景科技有限公司侵害著作权纠纷上诉案

原告（被上诉人）北京中科水景科技有限公司诉称：原告于2013年完成青岛世界园艺博览会天水喷泉项目的设计及喷泉编曲工作，主张其是青岛世博会音乐喷泉中的《风居住的地方》《倾国倾城》两首音乐喷泉作品的著作权人。杭州西湖音乐喷泉选用的音乐曲目《倾国倾城》《风居住的街道》所编排出的音乐喷泉表演效果，与原告天水喷泉项目所创作的《倾城倾国》《风居住的街道》音乐喷泉喷射效果完全一致，西湖音乐喷泉的水膜点阵布局及气动水膜装置也与原告为天水喷泉所设计的方案完全相同。请求法院：（1）二被告立即停止使用《倾国倾城》《风居住的街道》音乐喷泉作品；（2）二被告于曾就侵权成果进行宣传的媒体进行公开道歉；（3）二被告赔偿原告经济损失20万元；（4）二被告赔偿原告合理支出8万元。

法院经审理查明：中科水景公司提供的著作权登记证书、推荐函、证人证言等证据，能够初步证明其对涉案作品享有著作权，中科水景公司对涉案作品享有著作权，有权提起本案诉讼。将优酷网站视频中的西湖音乐喷泉作品《风居住的地方》《倾国倾城》与青岛世博会音乐喷泉的《风居住的地方》《倾国倾城》音乐喷泉作品的效果进行比对，可见二者对于喷泉水流、水型、水柱跑动方向的编排，气爆、水膜、灯光的变化等具体细节，及音乐韵律变化与喷泉动态造型的具体配合及以上喷射效果、意象的整体效果等方面存在较大的相似性，二者之间构成实质性相似。

**三、关于涉案音乐喷泉喷射效果的呈现是否构成作品的认定**

在兜底条款的适用存在障碍的情况下，判断不属于典型类型作品的客体是否构成作品时，法官应当遵循法律解释的逻辑进行法律的解释，作为法律适用的前提。针对涉案音乐喷泉喷射效果的呈现是否构成作品、属于何种法定作品类型，本院具体分析如下：

首先，涉案音乐喷泉喷射效果的呈现是设计师借助声光电等科技因素精心设计的成果，展现出一种艺术上的美感，属于“文学、艺术和科学领域内的智力成果”范畴；设计师通过对喷泉水型、灯光及色彩的变化与音乐情感结合的独特取舍、选择、安排，在音乐高亢时呈现出艳丽的色彩与高喷的水柱，在音乐舒缓时呈现出柔和的光点与缓和的摆动，柔美与高亢交相呼应，使观赏者能够感受到完全不同于简单的喷泉喷射效果的表达，具有显著的独创性；通过水型、照明、激光、投影、音响、监控等相应喷泉设备和控制系统的施工布局及点位关联，由设计师在音乐喷泉控制系统上编程制作并在相应软件操控下可实现同样喷射效果的完全再现，满足作品的“可复制性”要求。因此，涉案音乐喷泉喷射效果的呈现符合《实施条例》第二条规定的作品的一般构成要件，属于《著作权法》保护的作品的范畴。

其次，在《著作权法》第三条规定的法定作品类型中，从字面含义即可知，涉案音乐喷泉喷射效果的呈现显然与文字作品、口述作品、音乐作品、戏剧作品、曲艺作品、舞蹈作品、杂技艺术作品、建筑作品、摄影作品以及工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品相去甚远，根据一般的生活常识即可判断其与上述法定作品类型不相关，故不再一一赘述。

由于涉案音乐喷泉喷射效果的呈现是动态的，其可能与电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品相关。但是，《实施条例》第四条第（十一）项规定：“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，是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。”涉案音乐喷泉喷射效果的呈现虽然表现为连续活动的画面，但此种画面不符合“摄制在一定介质上”的摄制手段和固定方式。鉴于“摄制在一定介质上”是《实施条例》明确限定的电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的构成要件，在非必要情况下，司法保持谦恭而不进行突破扩张也是法律解释应当遵循的规则。

由于涉案音乐喷泉喷射效果的呈现需要借助计算机软件的编辑，可能会与计算机软件这一作品类型相关。但是，根据《计算机软件保护条例》第二条的规定，计算机软件是指计算机程序及其有关文档。而在实现涉案音乐喷泉喷射效果的呈现时，编辑环节涉及的计算机软件作为一个工具软件，与本案无关。但借助工具软件形成的计算机程序是与涉案音乐喷泉喷射效果的呈现密切相关的。但是，该程序与水型、照明、激光、投影、音响、监控等相应喷泉设备和控制系统的配合所实现的涉案音乐喷泉喷射效果的反复呈现，既非计算机程序本身亦非有关文档。至于借助工具软件形成的程序是否构成一个独立于涉案音乐喷泉喷射效果的呈现之外的作品，不在本案审理范围之内。

**四、涉案音乐喷泉喷射效果的呈现具有属于美术作品的解释余地**

《实施条例》第四条第（八）项规定：“美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。”涉案音乐喷泉喷射效果的呈现具有属于美术作品的解释余地。

法律的适用离不开法律的解释，没有正确的法律解释，就没有正确的法律适用。随着科学技术的不断发展，著作权客体的类型也会发生变化，立法当初不能预测的作品类型也是成文法天生的局限性所在。但是，成文法规定的概括性和抽象性也为法律适用提供了解释的空间。

从文义解释的角度看，《实施条例》有关“美术作品”的规定虽然由绘画、书法、雕塑列示其保护范畴，但“等”字意味着其并非是封闭的。根据“美术作品”的含义解析其构成要件，包括如下几个方面：第一，美术作品是“造型艺术作品”，通过造型来进行思想的表达；第二，美术作品的构成要素可以是线条、色彩这些典型要素，但不排除其他方式；第三，美术作品具有审美意义，是一种具有美感的艺术性表达；第四，美术作品既可以是平面的呈现，也并不排除立体的形式。由此可见，《实施条例》有关“美术作品”的规定并未限制其表现形态和存续时间。虽然司法实践中出现的典型美术作品如绘画、书法、雕塑一般都是静态的、持久固定的表达。但是，法律规定的要件中并未有意排除动态的、存续时间较短的造型表达。涉案音乐喷泉喷射效果的呈现虽然不像传统的绘画、书法或者雕塑一样呈现静态的造型，其所展现的水型三维立体形态及投射在水柱上的灯光色彩变化等效果也并非持久地固定在喷泉水流上。但是，涉案音乐喷泉喷射效果的呈现是一种由优美的音乐、绚烂的灯光、瑰丽的色彩、美艳的水型等包含线条、色彩在内的多种要素共同构成的动态立体造型表达，这种美轮美奂的喷射效果呈现显然具有审美意义。在动静形态、存续时间长短均不是美术作品构成要件有意排除范围的情况下，认定涉案音乐喷泉喷射效果的呈现属于美术作品的保护范畴，并不违反法律解释的规则。

从法律解释的价值追求而言，进行法律解释时应当顺应《著作权法》的立法目的。《著作权法》通过对具有独创性的表达给予保护，鼓励文学、艺术和科学领域创作的积极性，促使更多高质量的作品得以产生和传播，丰富人民群众的精神文化生活。伴随着科学技术的发展，人们进行思想表达的载体随之扩展，创作的丰富性和多样性进而得到提升。在文学、艺术和科学领域，美的表达和呈现方式更是殊态异姿、各极其妍，甚至完全超乎以往形成的固有思维认知和概念体系。以前无法想象的素材选择、创作形式、表现样态等运用在美的创作中拓展出了前所未有的作品表现力和感染力。在这样一种文化大繁荣大发展的背景下，如果机械地拘泥于法律条文和惯常认知，不仅会囿于法律局限固步自封，而与立法原意相背离，而且将挫伤权利人积极投入和努力创造的动力，导致抄袭模仿盛行，最终影响的是广大公众从中受益。因此，法律的解释要顺应科技的发展、跟上时代的步伐。虽然喷泉的产生和发展历史悠久，但像涉案音乐喷泉喷射效果的呈现这样集声、光、色、形俱美的艺术造型表达，在我国却是近几年随着人民精神生活的丰富才发展起来的。用袅袅动听的音乐寄托美、用婀娜多姿的水舞展现美、用绚丽斑斓的灯光衬托美、用灿烂缤纷的色彩描绘美，涉案音乐喷泉喷射效果的呈现将音乐的情感、灯光色彩的绮丽与水型的变换交织在一起，造就了美轮美奂的动态艺术造型表达。因此，突破一般认知下静态的、持久固定的造型艺术作为美术作品的概念束缚，将涉案音乐喷泉喷射效果的呈现认定为美术作品的保护范畴，有利于鼓励对美的表达形式的创新发展，防止因剽窃抄袭产生的单调雷同表达，有助于促进喷泉行业的繁荣发展和与喷泉相关作品的创作革新。

是否存在问题？排除了音乐作品。——可以提一句，将其作为整体效果来看，将音乐排除出去。

作品的类别：因为不属于法定类别就不保护

作品的定义：找个最相近的来保护

### 5.何吉与杭州天蚕文化传播有限公司著作权权属、侵权纠纷上诉案

对于第一个焦点问题，本院认为，依据《著作权法实施条例》第二条的规定：“《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。”何某主张权利的西湖十景形象造型，主要以发型形式展示西湖十景，带有艺术表演性质，具有审美意义，属于艺术领域的智力成果；何某与叶先根在创造该造型时，以其对“西湖十景”具化为形象造型的思考，对发型、头饰等具体的搭配、布局等作出了个性化的选择和判断，由此形成的智力成果具有独创性。该造型已经以有形的表达方式呈现，而不再仅仅停留于创意阶段，可以通过拍照、摄录等有形形式进行复制，具有可复制性。因此，何某与叶先根创作的西湖十景形象造型，属艺术领域内的智力成果，且具有独创性、可复制性，构成《著作权法》意义上的作品。其作品类型为立体美术作品。

　　但是，何某借以主张权利的“西湖十景”立体美术作品，其最初的表现形式为固定在模特头上的发型及相应的服饰，后因该作品的载体较为特殊，无法长期保存于最初的载体上，因此，何某以刊登于2009年4月23日《青年时报》A8版的模特发型及相应服饰的照片作为其权利的载体，用以与被控侵权的造型进行比对。正如一审法院所作的认定，由于何某主张权利的造型为立体美术作品，但提供的证据为平面设计素描图和十幅从某一个角度拍摄的照片，并没有原始的立体美术作品；同时，这些平面素描图片和照片不能清晰地反映立体作品各个立面的具体细节、局部形态等特征，给侵权比对造成了一定的困难。因此，何某应就此承担举证不能的不利法律后果。

　　对于第二个焦点问题，本院认为，首先，根据现有证据，何某主张权利的作品能与被控作品一一对应的，仅为四幅，即“断桥残雪”、“曲院风荷”、“雷峰夕照”、“柳浪闻莺”。就该四幅进行比对，可以看出，两幅“断桥残雪”相比，杭州某某文化传播有限公司的造型缺少中间的桥洞；何某用的是少量的白花、模特身穿白裙，杭州某某文化传播有限公司的模特以红梅缠身、并在白裙上以国画形式描绘了“断桥残雪”这一景致。两幅“曲院风荷”相比，何某在模特头上斜插一朵深色荷花、花的大小未超出发髻；而杭州某某文化传播有限公司的模特头部正插两朵大的白色荷花，其大小远超出发型，且胸前、腰部等处均缝制有大朵的荷花。两幅“雷峰夕照”相比，何某的发型正中是雷峰塔，旁边有太阳的光芒；而杭州某某文化传播有限公司的造型仅使用了太阳的光芒。两幅“柳浪闻莺”相比，均有树枝、鸟巢和花朵，但由于何某的造型体现在照片上是右侧面，而杭州某某文化传播有限公司的造型体现在照片上是正面，两个造型具体有哪些异同无法比对。因此，比对双方的四幅照片可以看出，两者所呈现出的作品的表达形式不相同。

　　其次，如何看待双方的造型即作品的表达中，均具有某些特定元素的问题。对此，本院认为，“西湖十景”所对应的特定景物，古已有之。因此，以“西湖十景”为表现主体，使用发型等作为表达方式，其作品的表达，必然受到“西湖十景”所对应特定景物的限制，如：“断桥残雪”，发型上必定有桥和残雪；“南屏晚钟”，发型必定呈钟状；“柳浪闻莺”，发型上也必不可少小鸟和柳枝。“西湖十景”所对应景物的特定性，限制了作品的表达，即作品在表达时呈现出局限性的表达形式。因此，不能以杭州某某文化传播有限公司的造型与何某的造型在表达形式上共有某些特定的元素即判定为侵权成立。

　　再次，由于“西湖十景”的公有性，这些进入公有领域的元素被利用形成作品时，判断是否构成相同或相近似，应全面考察两者的具体形象造型，考察公有领域的元素在具体布局、形态等方面运用的异同。既要考察整体的、立体的视觉效果，也要考察局部的细微的异同点。并且，对利用公有领域的元素进行创作而获得的作品，对其著作权人的权益也不能实施过于宽泛的保护，否则，会损害他人的合法权益，也会损害社会公众的整体利益，违背著作权法的立法宗旨。

### 6. 杨某以未经许可使用其合作作品为由诉春风文艺出版社等著作权侵权纠纷案

法院经审理认为，被告春风文艺出版社出版的《幻城》图书中所使用的插图是经合作作者之一郭敬明授权使用的，对此双方当事人并无争议。本案双方当事人的争议焦点在于，郭敬明对春风文艺出版社的授权是否属于合法授权。从原、被告的诉辩意见分析，双方的主要分歧源自于对系争插图的作品性质的不同认识：原告认为系争插图为合作作品，应当依照合作作品使用的规定先经合作作者协商；两被告则认为系争插图是受委托创作的作品，委托人有权在合理的范围内使用该作品。从本案系争插图的性质分析，一方面，从系争13幅插图的最终形式看，它们体现了原告、郭敬明和吴亮三人的共同创作行为，是三人不同创作行为的最终统一结果，从这个意义上说，该作品系合作作品。而另一方面，尽管郭敬明并未与原告签订过任何合同，但是从这些插图的创作过程分析，能够看出原告的创作行为是接受郭敬明的委托而完成的，其创作的墨线稿具有受委托创作的作品性质。首先，原告开始进行系争插图创作并非起意于自己的创作意图，而是经他人介绍结识郭敬明后应邀为其小说《幻城》创作插图的墨线稿；其次，对原告创作的墨线稿，郭敬明在画风等方面是提出要求的，即原告并非完全按照自己的意志进行创作活动，其创作思维是要受到郭敬明的思想和要求所约束的；再次，郭敬明在邀请原告创作时与其商讨了作品报酬，在小说出版后亦向其支付了一定的报酬；最后，原告创作的墨线稿只有被郭敬明所接受，才能作为郭敬明、吴亮进一步创作的基础，最终形成符合要求的插图。因此，原告系接受郭敬明的委托参与了系争插图的创作，绘制了墨线稿。（先接受郭敬明的委托，创作了作品；再在此基础上，郭敬明与吴亮进行进一步创作的基础→法院还得阐述，最终该合作作品的使用，郭敬明是否可以不再考虑原告作为合作作品作者的角度的利益保护的问题）根据《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》第12条的规定，委托人在约定的范围内享有使用作品的权利，该范围未作约定的，委托人可以在委托创作的特定目的范围内免费使用该作品。虽然郭敬明与原告之间未就委托创作事宜订立合同，但当时原告明知其参与创作的美术作品的用途是作为郭敬明的小说《幻城》的插图，因此，郭敬明完全有权将合作完成的插图用于其出版的图书《幻城》之中。

综上所述，原告虽然是系争插图的合作作者之一，但其系接受另一合作作者郭敬明的委托而参与创作，故郭敬明作为委托人无须同原告协商即可按照委托创作的特定目的，将系争插图作为《幻城》中的插图交付出版社，并授权该出版社以图书形式出版发行。被告春风文艺出版社在其出版的图书《幻城》中使用原告参与创作的插图系经合法授权，原告认为其侵犯原告著作权的诉讼请求缺乏事实和法律依据，不能予以支持。

### 7. 杨松云诉修建灵塔办公室著作权纠纷案

被上诉人灵塔办组织修建的第十世班禅灵塔内，需铸一尊班禅大师的银头像。上诉人杨松云从灵塔办驾驶员处得知该信息后，来到灵塔办要求承担此项任务。因杨松云从未见过班禅大师生前容貌，故双方口头约定，先让杨松云依照班禅大师的照片试塑大师的泥头像。在杨松云试塑过程中，灵塔办给其提供了班禅大师的照片５张和物质上的帮助，并依班禅大师的五官特征先后多次提出修改意见。双方在当初的口头约定中，未提到塑像作品的著作权归属及费用支付问题。杨松云试塑大师头像成功后，灵塔办准备与杨松云协商签订铸造银头像的合同时，杨松云提出要支付２６万元的使用费，因其要价过高未能达成协议。后经双方多次协商，于１９９３年１月１５日签订了《研制班禅大师塑像合同》。合同约定：（１）杨松云在已塑出的大师头像的基础上，按从头顶到腮骨高２７公分复制第二个泥头像，技术效果不低于现已塑出来的头像。（２）塑好第二个泥头像后制作铸造银头像的内外模型，并参与铸造工作。以上两项工程总造价为７０００元，验收合格后付奖金３０００元。双方对此约定无争议，并且已全部履行。其后，杨松云为著作权的归属和追索使用费起诉到法院。

第十世班禅大师生前是我国著名的宗教领袖，国家领导人之一。为第十世班禅大师塑造银头像，是国家意志的体现。这项工作由被上诉人灵塔办受国家的指定承办，全部责任应由灵塔办承担。为第十世班禅大师塑像，不仅是为特定的人身塑像，而且此塑像还具有特殊的宗教意义，参加塑像的人不可能也无权利凭自己的想象去创作、发挥，只能按灵塔办的意志创作。他们与灵塔办之间，是雇佣劳务关系【→按照职务作品处理。问题：事实上二者之间并没有劳动关系的存在？】。故第十世班禅大师塑像的著作权，应当由灵塔办享有。杨松云根据著作权法第十一条第二款的规定主张著作权，并据此提出给付作品使用费和赔偿经济损失的上诉请求，理由不能成立。

上诉人杨松云在为第十世班禅大师塑像过程中，付出了艰苦劳动，被上诉人灵塔办按照与杨松云签订的《研制班禅大师塑像合同》中的约定，已经给付了杨松云劳动报酬和一定的奖励。鉴于杨松云在此次劳务中所发挥的积极作用，灵塔办还应当给予杨松云一次性经济补偿，具体数额由法院酌定。

### 谢丽君诉网络版主侵权纠纷案

原告谢丽君在被告所开设的慈溪论坛注册用户“美好”并多次发贴。由于所发的贴子经常被删除甚至被禁言，原告于是重新注册，用户名也从“美好”变更注册为“美好”后加5个“1”。原告注册“美好11111”后，所发贴子又被删除。2007年8月3日，关注慈溪版版主发出标题为“只要我当版主，所有美好贴一律删除，不给予任何理由”的贴子，用户名“美好11111”也被禁言。原告遂向法院提起诉讼。

另查明，用户注册慈溪论坛时须同意论坛协议中的发贴规则，进入论坛后的每个版面也有各自的分规则。根据关注慈溪版的分规则的规定，该版突出主题的本地性，讨论慈溪现状、发展，该版不欢迎与本版主题无关的贴子，会做转移或删除处理。

浙江省慈溪市人民法院认为：要判断本案被告的行为是否侵害原告的发表权和信息网络传播权，首先须界定法律对作品发表权、信息网络传播权的保护范围。

根据著作权法第十条第一款第（一）项的规定，所谓发表权是指，决定作品是否公之于众的权利。按照法学理论将权利归为支配权、请求权、形成权和抗辩权的分类方式，知识产权是一种支配权，即权利人可直接支配其客体，并具有排他性的权利，只是知识产权的客体并非物权客体那样的有形物，而是无形的精神产品。据此，著作权中的发表权就是权利人对作品的支配权。支配权的效力包括积极效力和排他效力两个层面，积极效力是直接对权利客体采取积极行为的权利，排他效力是指对于权利客体可排斥他人行为的消极性权利。发表权作为一种支配权同样具有这两方面的效力，权利人既有权决定作品发表与否，发表于何时、何处，以及以何种方式发表，也有权排斥他人擅自发表其作品。而权利人虽然有权决定作品发表与否，但不能由此推出权利人有权要求他人发表自己的作品。因为就支配权的积极效力而言，支配权人固然可以不经他人协助直接行使对物的权利，但这种积极效力涉及的仅是人与物的关系，并不能改变人与人之间的法律关系。详言之，权利人支配的客体是外部世界中的有形物或无形物，故支配行为本身并不能改变权利人与他人之间的法律关系。即使法律关系发生了变动，也一定不是基于支配权人的单方意思，而是其与他人之间的协议。就支配权的消极效力而言，支配权人有权排斥他人对物的使用、处分等行为，但无权要求他人协助自己实现对物的支配意图，比如强迫他人购买自己的货物，否则，支配权人无异于可以强加自己的意思于他人，这显然违背了民法通则第三条和第四条关于当事人在民事活动中的地位平等，以及民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。所以，就发表权的权利范围而言，应限于支配作品和排除他人利用作品的权利，而不包括要求他人为作品的发表积极作为的权利。在本案中，被告针对原告的删贴和禁言行为，实质上是拒绝为原告提供网络信息存储空间的行为。原告虽然对自己的作品享有发表权，但这种权利是原告对自身作品享有的权利，无权要求他人为作品的发表积极作为。换言之，被告不负有向原告提供网络信息存储空间的法定义务，而且，被告删贴和禁言的原因是原告的贴子不符版块主题且重复发贴，其行为不违反论坛的相关规则。由于要求他人提供网络空间不属于发表权的权利范围，故被告对原告进行删贴和禁言的行为并未侵犯原告的发表权。

对于被告是否侵犯原告信息网络传播权的问题，根据[著作权法](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(37087))第[十条](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(37087,10))第[一款](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(37087,10,1))第[（十二）项](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(37087,10,1,12))的规定，“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”。但作者通过互联网首次公开其作品的权利应属于发表权的范围，因为根据一般的法学理论，发表权具有人身权的性质，信息网络传播权则是财产权，而作品的首次公开涉及的正是作者的人身利益。据此，首次发表作品于互联网的权利是发表权，而非信息网络传播权。信息网络传播权与发表权一样，也是一种支配权，同理，要求他人提供网络空间不属于信息网络传播权的权利范围，故本案被告并未侵犯原告的信息网络传播权。

### 吴冠中诉上海朵云轩、香港永成古玩有限公司出售假冒其署名的美术作品纠纷案

被告上海朵云轩和被告拍卖有限公司选择拍卖署名为吴冠中的《毛泽东画像》。原告吴冠中获悉上述情况后认为，自己从未画过《毛泽东肖像》，创作日期落款为一九六二年更是荒唐可笑。于是，吴冠中委托他人向有关部门反映，设法制止对该画的拍卖。上海市文化管理处以沪文社字（９３）第９５号文通知上海朵云轩：《毛泽东肖像》“如确系伪作，须迅速撤下，停止拍卖；如有其他伪作，也须照此办理，并请将核查情况上报我处。”……上海朵云轩多次电告其在港观摩拍卖的考察组，向拍卖有限公司转达了有关部门的通知及吴冠中的意见，同时也对该画进行了鉴定。拍卖有限公司接到上海朵云轩转告的通知意见后，当即请香港有关专家对此作品进行了鉴定，从创造特点等方面进行了分析，认为吴冠中称假的理由不能成立，同时确认此作品创造于一九六六年而非一九六二年；……

公安部根据吴冠中所在单位－－中央工艺美术学院的要求，对《图录》中《毛泽东肖像》的署名是否吴冠中亲笔书写作出鉴定。……结论为拍卖的署名为吴冠中的《毛泽东肖像》画上书写‘吴冠中画于工艺美院一九六六（重复字）年’字迹，不是吴冠中亲笔所写。”吴冠中以上海朵云轩、拍卖有限公司侵害其著作权为由向法院提起诉讼。

一审法院审理认为：本案讼争的画《毛泽东肖像》，落款非原告吴冠中署名，是一幅假冒吴冠中署名的美术作品。被告上海朵云轩和被告拍卖……共同主持整个拍卖活动，表明对该画的拍卖为两被告的共同行为。两被告拍卖书画的行为是一种包括征集书画、刊印发行《图录》，以及实际竞拍清帐的一系列行为。拍卖是一种特殊形式的买卖，拍卖书画是一种出售美术作品的行为。两被告在获知原告对该画提出异议，且无确凿证据证明该作品系原告所作，落款非原告本人署名的情况下，仍将该画投入竞拍出售，获取利益，违反了《[中华人民共和国著作权法](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(4812))》第[四十六条](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(4812,46))第[（七）项](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(4812,46,1,7))的规定，属于出售假冒他人署名美术作品的侵犯著作权行为。吴冠中诉称两被告出售假冒其署名的美术作品，侵犯其著作权，有事实依据和法律依据，应予支持。

二审法院审理认为：公民在其作品上的署名权受法律保护，同时，法律禁止制作、出售假冒他人署名的美术作品。本案讼争作品《毛泽东肖像》，落款非吴冠中署名，是一幅假冒吴冠中署名的美术作品。……上诉人上海朵云轩与原审被告拍卖有限公司在依协议联合主办的拍卖活动中公开拍卖了假冒吴冠中亲笔署名的美术作品，共同构成了对吴冠中著作权的侵害。

署名权？姓名权？

### 林奕诉中国新闻社侵犯其保护作品完整权及名誉权案

林奕诉称：中国新闻社未经其准许，连续擅自盗用、歪曲、篡改我的摄影作品，并以营利为目的，将前述21号总封套作为首幅，复制成征订广告宣传品广为散发。中国新闻社实施前述行为后，我受到了社会各界人士、单位领导、同事的严厉指责，他们认为我是故意投稿，恶意损毁海关形象，由此对我造成的影响至今不能消除，我的工作、生活、精神受到巨大损害。中国新闻社的行为侵犯了我的著作权，也侵犯了我的名誉权。

林奕作为该摄影作品的作者，其依法享有彩色摄影作品《跳帮》的著作权。中国新闻社未经林奕许可，在其编辑出版的刊物封面上，擅自使用林奕的摄影作品，未给作者林奕署名；在明知作品的主题反映的是海关人员的英勇无畏精神的情况下，为达到自己的使用目的，却在刊物封面上配印与作品主题相反的图案和文字，突出了海关腐败的内容，这种使用严重歪曲、篡改了林奕的创作本意，而且，该刊物封面多次在其刊物广告页上刊登。中国新闻社的行为侵犯了林奕对作品所享有的署名权、保护作品完整权、使用权以及获得报酬的权利。

中国新闻社关于林奕的作品已刊登过，故其转载该作品无须经过林奕的同意，因而侵权后果及情节轻微的上诉理由，本院认为：我国著作权法关于作品刊登后，除著作权人声明不得转载、摘编外，其他报刊可以转载或作为文摘、资料摘编的规定，仅适用于报刊、杂志，且仅限于转载或作为文摘、资料进行摘编。本案争议的摄影作品来源于《走向二十一世纪的中国海关》画册，而不是报刊、杂志；而且中国新闻社是以歪曲、篡改的方式使用的，其对该作品的使用并非著作权法规定的转载、摘编。故中国新闻社的上诉理由于法无据，本院不予支持。

### 11.国家体育场有限责任公司诉熊猫烟花集团股份有限公司、浏阳市熊猫烟花有限公司等侵害建筑作品著作权纠纷案

原告发现，市场上开始出现由第一被告监制，第二被告生产，第三被告销售的“盛放鸟巢”烟花产品。上述烟花产品模仿了“鸟巢”的独特艺术特征，剽窃了原告的创作智慧，违反了2001年10月27日修正的《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）第46条第（5）项和第（6）项、第47条第（1）项的规定，已构成对原告著作权的严重侵害，被告亦因此获得巨大不正当利益。

1．原告是否享有国家体育场建筑作品著作权

建筑物或者构筑物能够作为作品受到保护，是因为它们具有独立于其实用功能的艺术美感，反映了建筑设计师独特的建筑美学观点与创造力，缺乏独创性或者没有任何艺术美感的建筑物或者构筑物并不是建筑作品。本案中，原告主张其对北京2008年奥林匹克运动会主会场国家体育场享有建筑作品的著作权。从形式上看，国家体育场属于《著作权法实施条例》所指的建筑物，与此同时，其所采用的钢桁架交织围绕碗状建筑外观形象，空间结构科学简洁，建筑和结构完整统一，设计新颖，结构独特，具备了独立于该建筑物实用功能之外的艺术美感，体现出相当水准的独创性，因此，可以认定国家体育场属于《著作权法实施条例》所指称的建筑作品。根据《国家体育场设计服务合同书》的约定，原告已经取得了国家体育场建筑作品的著作财产权，其所享有的上述权利应依法得到保护。

2.“盛放鸟巢”烟花产品的制造和销售行为是否属于侵犯原告所享有的建筑作品著作权的行为

对建筑作品著作权的保护，主要是对建筑作品所体现出的独立于其实用功能之外的艺术美感的保护，因此，在没有合理使用等合法依据的情况下，未经建筑作品著作权人许可，以剽窃、复制、发行等方式对建筑作品所体现出的艺术美感加以不当使用、损害著作权人合法权益的行为，构成对建筑作品著作权的侵犯。“盛放鸟巢”烟花产品外形呈椭圆形，中部镂空，且在整体造型、长宽比例、钢架结构、色调线条搭配、火炬等方面采用了与国家体育场外观相同或者近似的设计，较为全面地体现出国家体育场建筑作品所采用的钢桁架交织围绕碗状结构的独创性特征，构成了对国家体育场建筑作品的高度模仿，系对国家体育场建筑作品独创性智力成果的再现，与国家体育场构成实质性相似。对“盛放鸟巢”烟花产品的制造和销售，构成对国家体育场建筑作品的复制和发行。如上所述，对建筑作品著作权的保护，主要是对建筑作品所体现出的独立于其实用功能之外的艺术美感的保护，只要未经权利人许可，对建筑作品所体现出的艺术美感加以不当使用，即构成对建筑作品著作权的侵犯，而不论此种使用是使用在著作权法意义上的作品中，还是工业产品中，亦即不受所使用载体的限制。因此，被告浏阳熊猫公司辩称“盛放鸟巢”烟花产品是工业产品，不是著作权法意义上的作品，不存在对国家体育场建筑作品的剽窃或复制的抗辩主张缺乏法律依据，不能成立。被告浏阳熊猫公司主张，《著作权法》第22条第1款第（10）项规定，“对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像”，属于对作品的合理使用，“盛放鸟巢”烟花产品是对国家体育场建筑作品的合理使用，不构成侵权。对此，法院认为：首先，《著作权法》第22条第1款第（10）项规定了合理使用的一种特定情形，该项规定明确将这种合理使用限定在“临摹、绘画、摄影、录像”四种方式内，而不包括这四种方式之外的其他使用方式，本案被告对于国家体育场设计的使用明显不属于上述使用方式。其次，合理使用制度的目的主要是保护公共利益，被告将原告建筑作品应用于烟花产品上，纯粹是基于商业目的，若将该行为视为合理使用亦不符合合理使用的立法目的。再次，在判断是否构成合理使用时，需要考虑该使用方式是否会影响到作品的价值或者潜在市场，亦即是否会影响权利人对该作品的正常使用。作品的正常使用，是指在一般情况下人们可能合理地预期到的作者利用其作品的各种方式，包括作者所预期的现实存在的作品使用方式和未来可能出现的作品使用方式。将建筑设计应用到其他产品上属于可以预见的使用方式，被告的行为直接影响到原告对其作品的二次商业化利用，会不合理地损害原告的利益。因此，本案被告对国家体育场建筑作品的使用行为，不属于《著作权法》第22条第1款第（10）项规定的合理使用的情形，被告浏阳熊猫公司的该项辩解主张不能成立。综上，在没有证据证明征得了原告许可的情况下，“盛放鸟巢”烟花产品的制造和销售侵犯了原告对国家体育场建筑作品享有的复制权、发行权。

### 12.艾影（上海）商贸有限公司诉浙江玉长城商业管理有限公司等侵害作品复制权、展览权纠纷案

本院认为，根据《中华人民共和国著作权法》（以下简称《著作权法》）的规定，中国与日本均为《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》的成员国，日本公民的作品受我国著作权法保护。在被告未提供相反证据的情况下，《珍藏版超长篇哆啦A梦4大雄在海底鬼岩城堡》、《藤子·F·不二雄大全集》上署名的藤子·F·不二雄即为上述两本漫画书籍的作者。藤子·F·不二雄首次以线条勾勒出憨态可掬的“哆啦A梦”的猫型机器人，体现了作者的匠心独运与绘画技巧，其通过手工绘制而形成的视觉图像，结合线条、轮廓以及阴影的运用形成特定化、固定化的卡通形象造型，已不再停留于抽象的概念或者思想，具有艺术性、独创性和可复制性，符合我国著作权法规定的作品的构成要件，属于美术作品，应当受到我国著作权法的保护。至于电视剧《哆啦A梦》中“哆啦A梦”卡通形象造型，因其与漫画中的造型并无二致，仅从造型的颜色上由黑白变化为彩色，故不构成新的作品，可归结为同一美术作品。该卡通形象造型通过漫画书籍的热卖以及电视剧的热播为人们广为知晓并受到喜爱，具有较高的知名度及商业价值。需要指出的是，本案中所指的“哆啦A梦”模型，并非《中华人民共和国著作权法实施条例》中定义的根据物体的形状和结构按照一定比例制成的模型作品，而是将“哆啦A梦”卡通形象造型的美术作品从平面到立体进行复制而成的立体复制件。

玉长城公司未经原告许可，以推广其商场活动为目的，在富阳市春秋北路XXX号富阳玉长城商业广场公开陈列哆啦A梦卡通模型道具60个及其他模型6个，供公众观赏、合影，其中的哆啦A梦模型道具所使用的卡通形象造型与原告主张保护的卡通形象造型构成实质性相似，侵害了“哆啦A梦”卡通形象造型美术作品的展览权。根据双方签订的租赁合同可知，升美公司对其出租的涉案模型道具会被用于公开展示亦是明知的，但其仍向玉长城公司提供涉案模型道具，构成帮助侵权，应对玉长城公司展览涉案模型道具造成的损害后果承担连带赔偿责任。

### 13.陈佩斯、朱时茂诉中国国际电视总公司侵犯著作权纠纷案

（一）对本案所涉的八个小品，原告是否享有著作权和表演者权？  
　　从涉案的八个小品的创作、首次发表和表演情况以及对原告公证购买实物的勘验和庭审情况看，当事人对于原告作为八个小品的作者和表演者的身份均无异议。原告创作的这八个小品，具有戏剧作品的性质，是[著作权法](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(37087))规定的作品形式之一。它包含有原告对小品剧本的创作，也包含了原告在舞台上通过形体和语言对剧本进行演绎化的表演创作，这两种创造性的劳动（→老师指出“创造”和“劳动”两个概念的不同，刘春田教授观点）都应受到法律保护。因此两原告作为作者和表演者，是本案所涉八个小品的著作权人和表演权权利人，对八个小品依法享有著作权和表演者权。

（二）被告出版发行涉及原告创作和表演的八个小品的音像制品，其行为是否有合法依据？是否构成对原告著作权和表演者权的侵犯？

这里首先要明确被告使用的中央电视台制作的春节晚会节目的作品性质。本院认为，虽然中央电视台准许电视总公司使用其节目制作音像制品，但是由于电视作品形式的多样化，导致电视总公司在使用中央电视台的节目时并不仅仅涉及中央电视台的著作权，还有可能涉及在节目中包含的他人作品的著作权或表演者权。就本案而言，春节联欢晚会实际上包括了对他人作品的使用，根据著作权法有关规定，中央电视台组织、制作的春节联欢晚会从整体上应认定属于电视作品，但是中央电视台对春节联欢晚会这一综艺节目整体享有的权利，并不能得出原告在该节目中丧失其对所涉小品享有的著作权和表演者权的结论，除非双方对此有明确约定，即原告将上述小品在春节联欢晚会上使用形成的节目的所有权利让渡给中央电视台。因此；被告出版、发行的小品虽系本案原告在历届春节联欢晚会上表演的小品节目，且原告许可中央电视台录制播放，但并不意味着原告将小品的著作权、表演者权处分或转让给了中央电视台；中央电视台也不因其组织、导演、摄制了原告表演的小品就当然拥有了这些小品的著作权及表演者权，而要看小品作者和表演者与中央电视台之间就有关小品的使用的具体约定。但在本案中，原告陈佩斯、朱时茂与中央电视台并未就所涉及的八个小品的使用和表演签订任何协议，因此被告仅凭中央电视台的授权书不能推定其已获得了原告陈佩斯、朱时茂的使用许可。

在中央电视台对春节联欢晚会整台节目享有著作权、原告对创作、表演的小品享有著作权、表演者权的情况下，被告将春节联欢晚会上原告表演的小品制作专辑，不仅要征得中央电视台的许可，而且还应当取得原告的同意，否则即构成侵权。这也符合著作权法第15条第2款关于电视作品中剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者有权单独行使其著作权的规定的精神。因为本案不是中央电视台直接使用其电视作品，而是由第三方电视总公司专门从春节联欢晚会电视作品中选出原告的小品制作专辑，这就涉及第三方对原告享有著作权和表演者权的小品的使用问题。第三方在出版发行原告小品专辑时应当取得原告的许可。因此在本案中被告仅有中央电视台的许可而未经原告许可，出版、发行多个版本的含有原告享有著作权及表演者权利的小品的ＶＣＤ光盘，明显构成侵权，损害了原告的合法权益，被告理应承担相应的法律责任，包括赔礼道歉、公开消除影响、赔偿损失。

### 14.北影录音录像公司诉北京电影学院侵犯作品专有使用权纠纷案

原告北影录音录像公司通过合同，依法取得的以摄制电视剧、电影方式改编小说《受戒》的专有使用权受法律保护。未经该专有使用权人的许可，其他任何人均不得以同样的方式改编、使用该作品，否则即构成对该专有使用权的侵犯。《[中华人民共和国著作权法](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(4812))》第[二十二条](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(127326,22))第[一款](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(127326,22,1))[（六）项](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(127326,22,1,6))规定，“为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行。”（改编剧本、摄制电影≠翻译或者少量复制）上述行为，“可以不经著作权人许可，不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利”。被告北京电影学院从教学实际需要出发，挑选在校学生吴琼的课堂练习作品，即根据汪曾祺的同名小学《受戒》改编的电影剧本组织应届毕业生摄制毕业电影作品，用于评定学生学习成果。虽然该电影剧本的改编与电影的摄制未取得小说《受戒》的专有使用权人－－原告北影录音录像公司的许可，但该作品摄制完成后，在国内使用方式仅限于在北京电影学院内进行教学观摩和教学评定，作品未进入社会公知的领域发行放映。因此，在此阶段，北京电影学院摄制该部电影的行为，应属合理使用他人作品，不构成对北影录音录像公司依法取得的小说《受戒》的专有使用权的侵犯。（分阶段）但是，１９９４年１１月，北京电影学院将电影《受戒》送往法国参加朗格鲁瓦国际学生电影节，电影节放映该片时，观众除特定的学生、教师外，还有当地公民，且组委会还出售了少量门票，这已超出在本校内课堂教学使用的范畴，违反了[著作权法](https://www.pkulaw.com/pfnl/javascript:SLC(4812))的规定，构成了对北影录音录像公司依法取得的小说《受戒》专有使用权的侵犯。北京电影学院对其侵权行为应向北影录音录像公司赔礼道歉。北京电影学院的侵权行为虽然对北影录音录像公司以后将以同样方式使用同名作品可能造成潜在的市场影响（美国标准的借鉴），但侵权情节轻微，应酌情予以赔偿。

对于郭敬明创作的小说《梦》是否抄袭了庄羽的作品《圈》，首先要结合庄羽的指控对涉案两部作品的部分内容进行对比。

　　关于“主要情节侵权事实”部分，庄羽对两部作品的相应内容进行的概括个别内容不完全准确……但从整体而言，附表1中所列的12个主要情节的概括与原作中的描写基本相符。参考附表1 的内容，将涉案两部作品中的相应情节进行对比后可以认定，上述12个主要情节明显雷同。……本院对郭敬明关于上述情节没有独创性，且情节的表达形式完全不同的主张不予支持。

关于庄羽二审诉讼中坚持指控的57处“一般情节侵权和语句”中，部分内容明显相似，……；部分内容比较相似，……郭敬明虽然辩称上述情节、语句是一般文学作品中的常见描写，但未提供充分证据予以证明，本院对其主张不予支持。

　　小说是典型的叙事性文学体裁，长篇小说又是小说中叙事性最强、叙事最复杂的一种类型。同时，文学创作是一种独立的智力创造过程，更离不开作者独特的生命体验。因此，即使以同一时代为背景，甚至以相同的题材、事件为创作对象，尽管两部作品中也可能出现个别情节和一些语句上的巧合，不同的作者创作的作品也不可能雷同。本案中，涉案两部作品都是以现实生活中青年人的感情纠葛为题材的长篇小说，【实质性相似】从以上本院认定的构成相似的主要情节和一般情节、语句的数量来看，已经远远超出了可以用“巧合”来解释的程度，【接触】结合郭敬明在创作《梦》之前已经接触过《圈》的事实，应当可以推定《梦》中的这些情节和语句并非郭敬明独立创作的结果，其来源于庄羽的作品《圈》。

同时，对被控侵权的上述情节和语句是否构成抄袭，应进行整体认定和综合判断。对于一些不是明显相似或者来源于生活中的一些素材，如果分别独立进行对比很难直接得出准确结论，但将这些情节和语句作为整体进行对比就会发现，具体情节和语句的相同或近似是整体抄袭的体现，具体情节和语句的抄袭可以相互之间得到印证。……。显然，如果单独对这一情节和语句进行对比就认为构成剽窃，对被控侵权人是不公平的。但如果在两部作品中相似的情节和语句普遍存在，则应当可以认定被控侵权的情节构成了抄袭。故本院认定《梦》中多处主要情节和数十处一般情节、语句系郭敬明抄袭庄羽《圈》中的相应内容。

在小说创作中，人物需要通过叙事来刻画，叙事又要以人物为中心。无论是人物的特征，还是人物关系，都是通过相关联的故事情节塑造和体现的。单纯的人物特征，如人物的相貌、个性、品质等，或者单纯的人物关系，如恋人关系、母女关系等，都属于公有领域的素材，不属于著作权法保护的对象。但是一部具有独创性的作品，以其相应的故事情节及语句，赋予了这些“人物”以独特的内涵，则这些人物与故事情节和语句一起成为了著作权法保护的对象。因此，所谓的人物特征、人物关系，以及与之相应的故事情节都不能简单割裂开来，人物和叙事应为有机融合的整体，在判断抄袭时亦应综合进行考虑。本案中，庄羽在《圈》中塑造了初晓、高源、张小北等众多人物形象，围绕这些人物描写了一个个具体的故事情节，通过这些故事情节表现出了人物的特征和人物关系。例如，在《圈》中……而在《梦》中，在男女主人公之间也有几乎相同的情节，只是结果稍有不同。将两本作品整体上进行对比，《梦》中主要人物及其情节与《圈》中的主要人物及情节存在众多雷同之处，这进一步证明了郭敬明创作的《梦》对庄羽的作品《圈》进行了抄袭。故本院对郭敬明和春风出版社关于《梦》系郭敬明完全独立创作的作品的主张，不予支持。

因此，一审判决认定郭敬明未经许可，在其作品《梦》中剽窃了庄羽作品《圈》中具有独创性的人物关系的内容及部分情节和语句，造成《梦》文与《圈》文整体上构成实质性相似，侵犯了庄羽的著作权，应当承担停止侵害、赔礼道歉、赔偿损失的民事责任是正确的。春风出版社作为专业的出版机构，应当对其出版的作品是否侵犯他人著作权进行严格审查，但其并未尽到应有的注意义务，导致侵权作品《梦》得以出版，与郭敬明共同造成了对庄羽著作权侵害结果的发生，因此，春风出版社不仅应当承担相应的民事责任，还应当与郭敬明承担连带赔偿责任。（图书大厦公司销售的侵权图书是从正规的图书批发市场购进的，进货渠道合法，不存在过错，不应当承担赔偿责任，但应承担停止销售侵权图书的责任。）春风出版社的上诉请求和理由无事实和法律依据，本院不予支持。

关于赔偿数额，由于庄羽未提交其经济损失的证据，一审法院综合考虑郭敬明、春风出版社的过错、郭敬明所获稿酬及春风出版社因侵权可能获得的利润等因素酌情确定20万元的赔偿数额于法有据、并无不当。庄羽关于应当赔偿50万元的上诉请求不能成立。庄羽请求赔偿律师代理费2万元，但并未提交任何支付律师费的相关证据，故对其上诉请求不予支持。侵犯著作人身权情节严重，适用停止侵权、消除影响、赔礼道歉仍不足以抚慰权利人所受精神损害的，还应当判令侵权人支付著作权人相应的精神损害抚慰金。抄袭是一种既侵犯著作财产权，又侵犯著作人身权的侵权行为。本案中，郭敬明创作的《梦》在整体上对庄羽创作的《圈》构成了抄袭，其侵权主观过错、侵权情节及其后果均比较严重，因此需要通过判令支付精神损害抚慰金对庄羽所受精神损害予以弥补，同时，亦是对郭敬明抄袭行为的一种惩戒。故本院对庄羽有关判令精神损害抚慰金的上诉请求予以支持。精神损害抚慰金的具体数额则根据侵权行为的严重程度予以酌定。

陈喆在本案中还主张小说《梅花烙》的著作权。根据小说《梅花烙》的署名，陈喆为该小说的作者，在无相反证据的情况下，其对该作品享有著作权。小说《梅花烙》由剧本《梅花烙》改编而来，两者在内容上高度关联、相似，但由于从剧本到小说发生了文学艺术形式的变化，小说《梅花烙》是在剧本《梅花烙》基础上创作出来的具有独创性的新作品，其独创性即体现在文学艺术形式的转换之中。由于原作品的著作权人即为陈喆，改编作品的著作权人也是陈喆，因此，陈喆对于小说《梅花烙》亦可主张权利。

改编权即改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利。根据上述规定，改编权所直接控制的行为是改编行为，即改变作品，创作出具有独创性的新作品的行为，新作品应当保留原作品的基本表达，否则仅仅根据原作品的思想创作出来的新作品不受改编权的控制。除法律另有规定外，未经许可利用他人的原作品实施改编行为，构成对原作品著作权人改编权的侵犯。判断被诉行为是否侵犯权利人的改编权，通常需要满足接触和实质性相似两个要件。

接触是指被诉侵权人有机会接触到、了解到或者感受到权利人享有著作权的作品。接触可以是一种推定。权利人的作品通过刊登、展览、广播、表演、放映等方式公开，也可以视为将作品公之于众进行了发表，被诉侵权人依据社会通常情况具有获知权利人作品的机会和可能，可以被推定为接触。

本案中，根据剧本《梅花烙》拍摄的电视剧《梅花烙》早已在中国大陆地区公开播放，电视剧《梅花烙》是对剧本《梅花烙》内容的视听化。比对陈喆提供的剧本《梅花烙》打印文本所载内容与电视剧《梅花烙》内容，两者高度一致，相关公众通过观看电视剧《梅花烙》即可获知剧本《梅花烙》的内容，尤其是结合陈喆在本院诉讼中提交的证据，余征微博中的表述清楚地表明其观看过电视剧《梅花烙》，由此更可以印证余征已经知悉电视剧《梅花烙》的内容。因此，电视剧《梅花烙》的公开播放可以视为剧本《梅花烙》的发表，并可据此推定余征、湖南经视公司、东阳欢娱公司、万达公司、东阳星瑞公司接触了剧本《梅花烙》。

著作权的客体是作品，但并非作品中的任何要素都受到著作权法的保护，思想与表达二分法是区分作品中受保护的要素和不受保护的要素的基本原则，其内涵是著作权法保护思想的表达而不保护思想本身。若被诉侵权作品与权利人的作品构成实质性相似，应当是表达构成实质性相似。表达不仅指文字、色彩、线条等符号的最终形式，当作品的内容被用于体现作者的思想、情感时，内容也属于受著作权法保护的表达，但创意、素材或公有领域的信息、创作形式、必要场景和唯一或有限表达则被排除在著作权法的保护范围之外。判断是否构成实质性相似时，需首先判断权利人主张的作品要素是否属于著作权法保护的表达。

剧本和小说均属于文学作品，文学作品中思想与表达界限的划分较为复杂。文学作品的表达既不能仅仅局限为对白台词、修辞造句，也不能将文学作品中的主题、题材、普通人物关系认定为著作权法保护的表达。文学作品的表达，不仅表现为文字性的表达，也包括文字所表述的故事内容，但人物设置及其相互的关系，以及由具体事件的发生、发展和先后顺序等构成的情节，只有具体到一定程度，即文学作品的情节选择、结构安排、情节推进设计反映出作者独特的选择、判断、取舍，才能成为著作权法保护的表达。确定文学作品保护的表达是不断抽象过滤的过程。

原审法院针对陈喆主张的剧本21个情节（小说主张17个情节），认定其中3个情节属于公知素材，即3个情节不构成著作权法保护的表达，而是属于公知素材被过滤；9个情节不构成实质性相似，即9个情节属于著作权法保护的表达，但是剧本《宫锁连城》的表达与其不构成实质性相似；9个情节构成实质性相似。余征在本院诉讼中将情节1抽象为5个层级，并认为两者的相似度仅在第2个层级上，而第2个层级的内容属于公知素材和通用场景（具体图示见本判决附表）。

对某一情节，进行不断的抽象概括寻找思想和表达的分界线的方法无疑是正确的，如果该情节概括到了“偷龙转凤”这一标题时，显然已经属于思想；如果该情节概括到了“福晋无子，侧房施压，为保住地位偷龙转凤”，这仍然是文学作品中属于思想的部分；但对于原审判决所认定的包含时间、地点、人物、事件起因、经过、结果等细节的情节，则可以成为著作权法保护的表达，且不属于唯一或有限表达以及公知领域的素材。虽然与余征抽象概括的第4、5层级相比，原审判决中对于情节的认定未概括某些细节，如如眉挑衅映月、将军亲临佛堂施压等，但并未影响该情节属于表达的判断。

陈喆对于情节1中的设计足够具体，可以认定为著作权法保护的表达，具体是……上述细节的设计已经体现了独创性的选择、安排。虽然与余征抽象概括的第4、5层级相比，原审判决中对于情节的认定未概括某些细节，如如眉挑衅映月、将军亲临佛堂施压等，但并未影响该情节属于表达的判断。剧本《宫锁连城》的相应情节与其构成实质性相似。

对于人物关系和人物设置，应对人物与情节的相互结合互动形成的表达进行比对。如果事件次序和人物互动均来源于在先权利作品，则构成实质性相似。以两部作品中的男女主人公为例，下列要素在两部作品中均存在：……经比对，剧本《宫锁连城》中对于男女主人公的角色设置与情节互动、情节推进，包含了剧本《梅花烙》的上述要素，故二者构成实质性相似。

原审法院对于人物设置和人物关系的相关认定，均系结合人物与情节的互动及情节的推进来进行比对的，并进而在构成表达的层面对两部作品进行比对。虽然不可否认，剧本《宫锁连城》中的人物设置更为丰富，故事线索更为复杂，但由于其包含了剧本《梅花烙》的主要人物设置和人物关系，故原审法院认定剧本《宫锁连城》的人物设置和人物关系是在涉案作品的基础上进行改编及再创作，并无不当。

文学作品中，情节的前后衔接、逻辑顺序将全部情节紧密贯穿为完整的个性化表达，这种足够具体的人物设置、情节结构、内在逻辑关系的有机结合体可以成为著作权法保护的表达。如果被诉侵权作品中包含足够具体的表达，且这种紧密贯穿的情节设置在被诉侵权作品中达到一定数量、比例，可以认定为构成实质性相似；或者被诉侵权作品中包含的紧密贯穿的情节设置已经占到了权利作品足够的比例，即使其在被诉侵权作品中所占比例不大，也足以使受众感知到来源于特定作品时，可以认定为构成实质性相似。

此外，需要明确的是，即使作品中的部分具体情节属于公共领域或者有限、唯一的表达，但是并不代表上述具体情节与其他情节的有机联合整体不具有独创性，不构成著作权法保护的表达。部分情节不构成实质性相似，并不代表整体不构成实质性相似。

陈喆主张的剧本《梅花烙》的21个情节（小说《梅花烙》的17个情节），前后串联构建起整个故事的情节推演，虽然小说和剧本在部分情节上有细微差别，但是并不影响剧本和小说两部作品在整体内容上的一致性，陈喆主张的上述情节在前后衔接、逻辑顺序上已经紧密贯穿为完整的个性化表达。剧本《宫锁连城》虽然在故事线索上更为复杂，但是陈喆主张的上述情节的前后衔接、逻辑顺序均可映射在剧本《宫锁连城》的情节推演中，即使存在部分情节的细微差别，但是并不影响剧本《宫锁连城》与涉案作品在情节内在逻辑推演上的一致性。陈喆主张的上述情节，如果以剧本《宫锁连城》中的所有情节来计算，所占比例不高，但是由于其基本包含了涉案作品故事内容架构，也就是说其包含的情节设置已经占到了涉案作品的足够充分的比例，以致于受众足以感知到来源于涉案作品，且上述情节是《梅花烙》的绝大部分内容。因此，剧本《宫锁连城》与涉案作品在整体上仍然构成实质性相似。

当然，诚如原审判决认为，作品中出现的不寻常的细节设计同一性也应纳入作品相似性比对的考量。如：双方作品均提及福晋此前连生三女，但后续并未对该三女的命运做出后续安排和交代。原审法院的观点并无不当，但是其举例略有不当，剧本《梅花烙》中对于福晋所生的三个女儿，虽然未交待其命运发展，但是在后续中情节场景中仍有出现。

原审判决另认为，受众对于前后两作品之间的相似性感知及欣赏体验也是侵权认定的重要考量因素，并且结合陈喆提供的相应网络调查结果，推定受众在观赏感受上已经产生了较高的具有相对共识的相似体验。原审法院将受众的感知和体验作为考量因素的观点并无不当，但是由于在事实查明部分并未对陈喆提供的关于网络调查的相关证据所证明的事实予以认证，而直接在本院认为部分予以分析采纳，确系不当。本院补充查明的该部分事实，对于判定剧本《宫锁连城》与涉案作品是否整体上构成实质性相似，仅仅是一个参考因素，由于上述调查结果系部分网站对网络用户进行的简单调查，且大多数网络用户是对电视剧《梅花烙》和电视剧《宫锁连城》对比后的感知判断，与本案中主张的文字作品的改编并不完全相同，因此，本院仍然是将剧本、小说和剧本之间进行比对后得出最后的结论。

北京市海淀区人民法院认为，方正公司自行研制的倩体计算机字体及对应的字库软件是具有一定独创性的文字数字化表现形式的集合，这种字库综合了具有独创性的汉字风格和笔形特点等因素，通过设计字稿、扫描、数字化拟合、人工修字、整合成库、对设计的字稿设定坐标数据和指令程序等处理方式和步骤，形成了由统一风格和笔形规范构成的具有一定独创性的整体内容。方正公司对此投入了智力创作，使具有审美意义的字体集合具有一定的独创性，属于我国著作权法规定的美术作品的特征，受著作权法保护。

但对于字库中的单字，其具有工业产品的属性，是执行既定设计规则的结果。对于字库字体而言，受到约束的使用方式应当是整体性的使用和相同的数据描述，其中的单字无法上升到美术作品的高度。从社会对于汉字使用的效果来讲，如果认定字库中的每一个单字构成美术作品，使用的单字与某个稍有特点的字库中的单字相近，就可能因为实质性相似构成侵权，必然影响汉字作为语言符号的功能性，使社会公众无从选择，难以判断和承受自己行为的后果，也对汉字这一文化符号的正常使用和发展构成障碍，不符合著作权法保护作品独创性的初衷。因此，判决宝洁公司使用“飘柔”倩体字的行为没有侵害方正公司的著作权。

方正公司不服一审判决，提起上诉。二审法院经审理认为，被控侵权产品上使用的“飘柔”二字系由宝洁公司委托NICE公司采用正版的方正倩体字库产品设计而成。因依据本案事实可以认定NICE公司有权使用倩体字库产品中的具体单字进行广告设计，并将其设计成果许可客户进行后续的复制、发行，而被上诉人宝洁公司及家乐福公司的行为均系对该设计成果进行后续复制、发行的行为，故两被上诉人实施的被控侵权行为应被视为经过上诉人许可的行为。因此，根据汉字字库产品这类知识产权载体的特性以及交易习惯等，应当认为宝洁公司的行为获得了方正公司的默示许可。二审法院据此判决驳回上诉，维持原判。

【评析】

本案主要涉及以下几个问题：第一，计算机字库的属性如何？其可否得到保护？第二，从计算机字库中衍生出来的单字是否享有著作权？第三，商业性使用单字的行为是否构成侵权？

一、计算机字库的法律属性

现有中文字库的制作，基本包括下列步骤：1.由专业设计师设计风格统一的字稿。2.扫描输入电脑，经过计算形成高精度点阵字库，给出字库编码。3.进行数字化拟合，按照一定的数学算法，自动将扫描后的点阵图形抽成接近原稿的数字化曲线轮廓信息，通过参数调整轮廓点、线、角度和位置。4.人工修字，提高单字质量，体现原字稿的特点和韵味；利用造字工具可提高效率，保证质量；强大的拼字、补字功能可有效索引，以造出与字稿风格统一的字。5.质检，使字形轮廓光滑，结构合理，配合技术规范，提高存储效率和还原速度。6.整合成库，配上相应的符号、数字和外文，转换成不同编码和不同格式。7.整体测试。8.商品化。对经历这些过程而形成的字库，其法律属性如何，司法实践中存在不同的认识。有的判决认为，计算机字库属于计算机软件，“由各个文字的坐标数据和指令构成的字库可以被计算机执行，属于计算机软件保护条例规定的计算机软件”；有的判决认为，计算机字库应当作为美术作品受到保护。由于计算机软件与传统的作品保护模式差异较大，虽然认可计算机字库可以受到著作权法的保护，但是仍有必要对其法律属性进行分析。

（一）字库是否属于传统的美术作品

将字库归为美术作品的观点，认为字库与美术作品中的书法作品非常接近。但书法界人士对此持不同的看法。有学者指出，“传统书法追求的是人的精彩，以及人与书写深刻的交融，其他一切均依附于此；而现代展览不顾一切追求的是形式的新颖与冲击力，实际上降低了对人性深度、对作品精微变化的要求。书法艺术与进入电脑的汉字有着不同的目的追求，书法艺术求异，书法作品中的同一个字，乃至不同字的同一笔画，都尽量追求变化。因为书法艺术有自己的章法，在书法作品中对于字的大小、笔画的轻重、疏密的处理都要自由些，它并不在意文字的排列均匀，而追求整体的呼应协调，书法艺术的韵味与美感正是在这些成分的不一致中才得以体现出来。但这种电脑字体则应努力避免这些因素，任何一种风格的书法进入电脑，同一个字只有一个字样，汉字笔画中的‘意’‘态’‘势’等艺术性的成分相应地要弱化。”这一认识使我们发现，传统书法更多强调的是美感，是书法家的个人，而字库显然不具有此特点。字库是为了使计算机等具有信息处理能力的装置显示、打印字符而收集并按照一定规则组织存放在存储设备中的坐标数据和函数算法等信息的集合。字库更类似一种工具，如字帖、铅字等一样。为了便于应用，计算机字库首先要保证的就是字体的固定性，字库整体风格的统一性，无法有如创造书法作品那样挥洒自如。从整体上讲，书法是表现文字本身的艺术性，常见的是用毛笔字书写汉字的艺术。从微观讲，书法应讲究字的线条、结构与整幅作品的章法和情感，难以想象借助数字技术通过计算机显示的字库或者说信息集合能够归类为书法作品。在表现形式上，计算机字库是机读语言，它的功能是实现人机对话，而书法作品是可以直接用肉眼欣赏的，它的功能是欣赏者与书法家之间的交流；在利用方式上，计算机字库是实用性的工具，而书法作品是精神上的享受；在创作要求上，计算机字库的创作以实用性为最高创作目标，而书法作品则是以美学价值为最高追求。计算机字库与传统的书法作品在表现形式上、利用方式上、创作要求上都相去甚远，将其归入书法作品无疑会颠覆公众的常识。因此，计算机字库不属于书法作品，也不属于美术作品。

（二）计算机字库是否属于实用艺术品

计算机字库与传统书法作品之间的不同还在于，书法作品可以理解为纯粹的艺术，其创作更加注重作品的美学价值，美学价值的有无与高低决定了书法作品的价值。而计算机字库，其实用性才是企业进行投资开发的终极目标，即使最终形成的字型具有美学价值，其美学价值也仅仅是附带性的，是服务于字库的实用价值的；在这里实用性才是决定字库价值的关键。从这个角度观察，计算机字库似乎应归入实用艺术品的范畴。但是著作权法只保护实用品的艺术方面，而不保护实用品的实用方面。而且实用艺术品的保护要求受保护对象满足可分离性标准（可分离性是指受保护的艺术性能够与物品的使用性分离开来，能够独立于物品的使用性而存在）。字库因其艺术性无法与使用性相分离而无法满足实用艺术品保护的要求。事实上传统意义上的实用艺术品皆为有体物，如带有图案的茶杯、具有艺术造型的灯具等；字库所具有的数字化和程序化的特点使其难以纳入到实用艺术品范畴。

（三）计算机字库的法律属性

“字库是为了使计算机等具有信息处理能力的装置显示、打印字符而收集并按照一定规则组织存在存储设备中的坐标数据和函数算法等信息的集合。字库中的坐标数据和函数算法是对笔形字画所进行的客观描述；在运行时，通过特定软件的调用、解释，这些坐标数据和函数算法被还原为可以识别的字型。”据此可以认为，计算机字库包括数据库和程序两个部分。

数据库是指由数字符号、图案或者其他信息有机构成的能借助计算机进行查阅的集合体。在计算机字库的制作过程中，首先应当将字体文稿进行扫描输入和数字化拟合。在将字体文稿信息化为机读语言时，可以采取不同的字符组合。但是，中文字库的制作还必须满足人们基本交流的需要。因此，它必须遵照一定的规则和程序。“设计制作一款可以在中国大陆地区实用的中文字库产品，必须符合《国家标准》，GB2312标准共收录6763个汉字，其中一级汉字3755个，二级汉字3008个；GB2312－80标准定义了6763个汉字及符号的基本字形与可以通过计算机传输的编码之间的对应关系。它所收录的汉字已经覆盖99.75%的使用频率。”这意味着，在将倩体字数字化为机读字符时，不允许发挥想象空间，这种字符的组合不允许脱离国家标准和人们的阅读习惯。因此，计算机字库的数据库，并没有独创性，但它的确花费了人们的投资和劳动。他人若未经许可擅自复制此部分字符并进行商业性利用，权利人仅能依赖反不正当竞争法来保护。

而对于计算机字库制作中的对字稿设定坐标数据和指令程序等处理方式和步骤部分，其作为计算机软件保护应无疑问。如此，计算机字库的法律属性应当分别定性。对于其中的程序部分，应当作为计算机软件受著作权法的保护；对于其中的数据库部分，如竞争对手未有投资擅自复制并做商业性利用，权利人可通过反不正当竞争法获得保护。

二、字体是否享有著作权

由字库享有权利的事实，并不能够得出其组成部分（也是运行结果）受保护的结论。就如书法家对其书法作品享有著作权，但是并不意味着书法家对于作品中的横折弯钩都分别享有著作权一样。

字体是指文字的风格样式，它按照一定规律、风格设计来书写。只有当足够数量的汉字都能够统一地表现出某种特点时，我们才能够说这些汉字具有特定的风格，属于特定的字体。在华夏民族的交流符号中，汉字是基本的交流形式，汉字的基本载体表现为行书、楷书、草书等。每种字体有其固定的特征，尽管不同的人按照某种字体书写时会呈现出多样性，如不同的撰写楷体字的人会表现出不同的特点，只要没有突出其规定性，都应当属于该种字体。倩体字在设计的过程中，也存在一些固定的规则和程序。尽管在对诸如“沐浴”两字的设计中，“沐”中的“シ”和“浴”中的“シ”因要考虑其在整个字中的大小、比例而采用的数据存有不同，但这种不同显然是微小的，并没有打破其中的规则。一致性是其重要特点。倩体字的形成过程更多体现的是标准和规则，一旦设计完成，就呈现出程式化、规则性，而非个性。因此，字体并不是具有独创性的作品。在这个意义上，字体和书体不同，字体讲究的是一致性、不变性，而书体讲究的是个性，是书法家在书写文字中的个人风格，其体现是书法作品，个性是其重要特点。正是在这个意义上，有学者指出，字体是汉字的本形，不可私有，属于质料，是规定汉字之规定性的核心，是个历史的范畴，社会性是其重要的特点。字体不同于书体。“书法作品的独创性建立在字体共享基础之上的独创。”

倩体字由设计师齐立在现有汉字的基础上设计而成，在解释其基本笔形和部件时，有如下一段话：“确定了字体的结构、粗细后，要对字体的基本笔形、部件进行规范，倩体的笔形设计以扁平硬笔（马克笔）的书写轨迹为基础，使字体有横细竖粗的效果，让视觉对比强烈，清晰醒目。并且，在撇捺、点、钩、折等笔型塑造上，融入了柔和的弧线，使笔划柔润舒展。同时，运用对称等表现手法，使字体图形化，抽象展现花儿、舞裙以及垂柳的丰姿。这也是这款字体设计的核心之一。通过这些笔形、部件的设计赋予字体柔美的感觉。”倩体字的上述这些特征，与已有的行书、楷书等尽管存在不同，但行书、楷书等在设计时仍然考虑了这些要素。也就是说，倩体字具有上述特征并不是它应受保护的理由。

由于字体是汉字的载体，是人们交流的基本工具，它具有很强的公共品格，因此，即使新设计的字体具有一定的美感，也不应当将其划归私有。否则，就会导致人们交流的困难。更重要的是，本案中，如果赋予方正公司字库中生成的单个汉字组合以专有权，必然会产生垄断的后果。现有的兰亭字库中拥有倩体字六千多个，如果采取二字、三字、四字等等的排列组合方式，将会产生难以计量的倩体字组合。如果所有的企业使用兰亭字库中的任何字的组合都要向方正公司支付报酬，方正公司岂不是成了坐收渔利？再有，如果其他公司又设计了另外一种字体，情况不是更遭？如此，就窒息了使用者的使用空间，不可避免地产生控制信息传播和限制言论自由的客观后果，必然损害公共利益。

三、使用字体是否构成侵权

退一步说，即使“飘柔”倩体字构成作品，宝洁公司也没有在著作权的意义上对其进行使用。“飘柔”二字本身属于常用汉字，宝洁公司之所以将其作为商标使用，是因为其具备识别功能，消费者购买宝洁公司的洗发液等并不因为“飘柔”二字的倩体字形，而是因为飘柔背后所隐藏的宝洁公司的商誉。他们在购买“飘柔”产品时，所能接收到的是汉字本身的含义而非其艺术美感，换言之，“飘柔”对于消费者而言仅仅是具备识别功能的商标而非具有美学价值的作品。从这个意义上讲，“飘柔”是否构成作品并不影响其作为商标的适格性。

不给予字体以保护，原因还在于，字库的权利人已经获得了相应的报酬。本案中，宝洁公司所使用的“飘柔”系NICE公司利用正版方正字库设计的结果。NICE公司已经向方正公司支付过一次费用。他人若未经方正公司许可擅自商业性使用字库中的软件，方正公司当然可以通过著作权法获得救济。若他人避开了字库中的软件，只是使用了转换字体形成的字符数据库，则方正公司可通过反不正当竞争法获得救济。也就是说，不对字体给予保护，并不会挫伤企业开发字库的积极性。字库是一种实用的设计工具，是实现人机对话的工具。对消费者而言，其追求的是字库的人机对话功能而不是设计功能；而对购买字库的NICE公司而言，其只是追求字库的设计功能而非人机对话功能。从字库的实际销售和使用情况观察，字库的购买者多为市场的经营主体而非消费者，因为消费者完全可以通过免费的字库实现人机对话功能。因此，本案中，方正公司应当预见到购买者会将其软件用于商业用途，它不能对NICE公司合法运行字库产生的结果再加以控制。也就是说，方正公司已经默示许可NICE公司使用倩体字库产品中的具体单字进行广告设计，并将其设计成果许可客户进行后续的复制、发行。理由如下：第一，当知识产权载体的购买者有权以合理期待的方式行使该载体上承载的知识产权时，上述使用行为应视为经过权利人的默示许可。第二，就汉字字库产品而言，基于其具有的本质使用功能，调用其中具体单字在电脑屏幕中显示的行为属于购买者合理期待的使用行为。第三，对于汉字字库产品这类知识产权载体，在产品权利人无明确、合理且有效限制的情况下，购买者对屏幕上显示的具体单字进行后续使用的行为属于购买者合理期待的使用行为。第四，NICE公司调用该产品中具体单字进行广告设计，并许可其客户对设计成果进行后续复制、发行的行为，属于合理期待的使用行为。

## 【专利法案例】

### 1.阿浦福润特技术有限公司与国家知识产权局专利复审委员会专利复审行政纠纷再审案

阿浦福润特公司申请再审称：名称为“产生收入用的游戏服务器系统和方法”的发明专利申请。

本院认为，本案的争议焦点在于权利要求1和20是否属于专利法保护的客体。本申请权利要求1利用现有公知计算机或者网络技术设备，所采用的手段并未对现有的网络或计算机系统等内部性能带来改进，亦未对其构成或功能带来任何技术上的改变，而是通过人为制定的交互规则进行信息传送，并未构成技术手段，而且所获得的效果也仅是借助互联网服务供应商或无线网络供应商，从游戏系统中产生收入的一种商业经营管理和控制效果，并非是一种技术效果。根据专利法第二条第二款的规定，发明是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。因此，如果一项发明申请没有采用技术手段或者利用自然规律，也没有解决技术问题和产生技术效果，则其请求保护的范围不构成技术方案。本院认为，本申请权利要求1请求保护的方案是通过公知设备，对信息数据进行交互传送实现解决游戏提供商在提供网络游戏过程中产生收入的发明目的，其并未解决技术问题，亦未采用技术手段，所达到的游戏供应商从游戏系统的用户处产生收入的效果亦不是技术效果，因此，权利要求1的方案不属于专利法第二条第二款规定的技术方案和受专利保护的客体。

## 【商标权法案例】

“中国劲酒”——能否将“中国”作为注册商标的使用元素？

乔丹 QIAODAN——在先权利，姓名权？中文名、拼音与外文名，是否一定对应？

【裁判要旨】提供在线网络游戏的服务商经核准注册的商标，含有相关公众约定俗称的一类游戏名称的，如果他人不是将该游戏名称作为区分商品或者服务来源的商标使用，只是在网络游戏服务中以介绍游戏内容、特点的方式使用该游戏名称，不会造成相关公众对网络游戏服务提供者的混淆，属于对注册商标的正当使用，不构成对注册商标专用权的侵犯。

上诉人大宇公司在中国大陆申请注册之商标“大富翁”的核定使用服务类别为第41类即“（在计算机网络上）提供在线游戏”，任何人未经大宇公司许可，在与注册商标“大富翁”核定使用的同一种服务上或者类似服务上使用与该商标相同或者近似标识的，均构成对大宇公司商标专用权的侵害。但是，如果他人正当使用“大富翁”文字用以概括或说明游戏的对战目的、规则、特点和内容时，则不应被认定为是侵犯商标权行为。

本案中，被上诉人盛大公司使用“盛大富翁”有两种方式，一种是在游戏文字介绍中作为游戏名称使用；另一种是在相关网页左上角显示含有“盛大富翁”四字的图形一或者在游戏画面右上角显示含有“盛大富翁”四字的图形二等。对于上述使用行为是否构成侵犯商标权的判定，应当从“大富翁”文字的含义、被控侵权标识的使用方式、目的及效果等方面进行综合考量。现有证据表明，大宇公司在第41类服务上申请注册“大富翁”商标之前，“大富翁”作为一种在计算机上按骰子点数走棋的模拟现实经商之道的游戏已经广为人知，对于相关公众而言，“大富翁”与这种商业冒险类游戏已建立起紧密的对应关系。因此，“大富翁”文字虽然被大宇公司注册为“提供在线游戏”服务的商标，但是其仍然具有指代前述商业冒险类游戏的含义，大宇公司并不能禁止他人对这种含义的正当使用。纵观被上诉人盛大公司使用被控侵权标识的方式和目的，盛大公司并未将被控侵权标识使用于其网站的所有在线游戏服务上，而仅在其所提供的与“掷骰子前进，目的是通过买地盖房等商业活动在经济上击败对手并成为大富翁”这一款游戏相关的在线游戏服务中使用了被控侵权标识，这说明被上诉人使用被控侵权标识含有“盛大富翁”四字的图形一或图形二意在以其中所含“大富翁”文字描述性地表明其在线提供的这款游戏的内容和对战目标。再从被控侵权使用行为是否会使相关公众对服务来源产生混淆和误认来分析，游戏玩家只有进入盛大公司的网站才能进行该款游戏的对战，在网站“游戏介绍”中又清楚地写明“《盛大富翁》是由盛大网络自主研发的一款休闲网络游戏”，加之“盛大”字号具有相当的知名度，相关公众一般不会将盛大公司的“大富翁”游戏误认为是大宇公司的“大富翁”游戏，也不会将两者的服务来源相混淆。由此可见，盛大公司的被控侵权行为属于叙述服务所对应游戏品种的正当使用，作为服务商标“大富翁”的商标专用权人大宇公司无权加以禁止。二审法院遂判决驳回上诉，维持原判。

一、商标显著性的判断

第一种观点认为，“大富翁”游戏是通过类似于商业运作的方式如买地、经营、资金操纵等方式想方设法让别人破产，而使自身成为唯一成功人士的游戏，“大富翁”的字义理解与游戏内容具有较大的相关性，故其商标固有显著性较低，具有表征游戏内容的含义。再则，大宇公司将“大富翁”作为游戏名称来使用、推广的行为也降低了其商标显著性，且市场上也存在其他销售“大富翁”游戏的生产者，也证明了“大富翁”已成为一类游戏的通用名称。即使尚不能认定通用名称，也在一定程度上表征了游戏的内容，其显著性较弱。

第二种观点认为，“大富翁”文字不具有较强的固有显著性，然而大宇公司首先将“大富翁”文字用于其推出的单机版该类商业冒险类游戏上，且投入了大量的时间、金钱，经过了多年的宣传、推广，大宇公司已与“大富翁”游戏建立了唯一的对应关系。即使市场上存在其他“大富翁”游戏生产者，仍不否认相关公众对于该种唯一对应关系的联想，即“大富翁”经大宇公司的使用获得了第二含义的显著性，且具有较高的知名度。

第三种观点认为，“大富翁”对于一种游戏来讲，确实是通用名称，但是大宇公司注册商标核定使用的类别属于服务类，和服务所对应的游戏是有区别的，即“大富翁”不是在游戏（商品）上注册，而是在在线游戏（服务）上注册，在这个核定使用的服务上还是具有一定显著性的。大宇公司还可以在注册后通过提供网游服务时长期使用该商标增强其显著性，事实上商标评审委员会最终也维持大宇公司“大富翁”商标有效，认为现有证据不足以证明该商标在提供在线游戏服务上缺乏显著性。

二审法院审理后认为，本案的实际情况是权利人大宇公司在计算机单机游戏上积累了“大富翁”作为一种游戏名称的知名度，再将“大富翁”于提供在线游戏服务上申请注册了商标。尽管大宇公司在注册前可能并未在服务类上使用过该商标，但应当允许其在所注册的服务类别上发展该商标。实际上采纳了第三种观点。基于此，本案不宜从涉案商标是否具有可注册性角度来处理。

二、合理使用的判定

商标法实施条例第四十九条规定：“注册商标中含有的本商品的通用名称、图形、型号，或者直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点，或者含有地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。”根据该条款的规定，若经对相关事实或情形进行分析后可以认定被控侵权者使用的是商标对应之词汇所具有的某种含义，而非在商标意义上使用该词汇时，则不应予以禁止。因此，虽然涉案商标“大富翁”在提供在线游戏服务上并不缺乏显著性，但是由于“大富翁”这一词汇同时还具有表征游戏玩法、规则的含义，故而不能禁止他人在此含义上的使用。商标合理使用应当综合多方面因素予以判断，其中包括被控侵权者的使用目的、具体使用方式以及混淆的可能性等。

就本案而言，前文中已阐述了盛大公司使用“盛大富翁”图文标识的具体方式和目的，但就相关公众混淆可能性的判断曾存在分歧。一种观点认为，混淆仅是针对服务来源、服务提供者的混淆，可能相关公众看到“大富翁”会联想到大宇公司，该种联想是由于大宇公司较早在计算机载体上推出该类游戏，具有较高的市场占有率，但该种联想并非商标法意义上所保护的混淆。另一种观点认为，混淆不仅指服务提供者的混淆，也指在服务提供者之间是否存在关联或赞助性关系的混淆。大宇公司首先将“大富翁”文字用于其推出的单机版该类商业冒险类游戏上，且投入了大量的时间、金钱，经过了多年的宣传、推广，大宇公司已与“大富翁”游戏建立了唯一的对应关系。在该种唯一对应关系上，很难区分“大富翁”究竟指代产品还是指代来源，或者两者兼而有之，在此情况下，相关公众可能产生的关联或赞助性混淆都是商标法意义上的混淆。二审法院认为，1.大宇公司主张保护的是在服务类上申请注册的商标，主要应考虑服务来源的混淆问题；2.“盛大”字号具有相当的知名度，且在盛大公司网站“游戏介绍”中清楚地载有“《盛大富翁》是由盛大网络自主研发的一款休闲网络游戏”；3.“大富翁”作为游戏名称已经广为人知，相关公众根据盛大公司的使用方式只会将被控侵权图文标识中的“大富翁”识别为游戏名称，而不是商标，故可以排除关联或赞助性的混淆可能。