第八届全国高校出版社优秀畅销书一等奖

上海市精品课程参考用书

总主编 王利明

21世纪民商法学系列教材

知识产权法教程

（第四版）

王 迁 著

中国人民大学出版社

21世纪民商法学系列教材

书　目

物权法教程	梅夏英 高圣平　著
人格权法教程	马特 袁雪石　著
知识产权法教程	王迁　著
劳动与社会保障法教程	黎建飞　著
占有制度原理	刘智慧　著
证据法学概论	陈界融　著
侵权行为法总论	程啸　著
商标法学教程	胡开忠　著
海商法教程	邢海宝　著
合同法教程	苏号朋　著
国家赔偿法教程	周友军 麻锦亮　著
合同法总则	朱广新　著
竞争法教程	吕明瑜　著
知识产权法总论	李扬　著
证券法教程	冯恺 段威　著
网络版权法	王迁　著
担保物权法原理	孙鹏 王勤劳 范雪飞　著

策划编辑/郭虹
责任编辑/易玲波　游丽娜　赵芳
封面设计/徐静

ISBN 978-7-300-18788-4
9 787300 187884 >
定价：49.80元

第八届全国高校出版社优
上海市精

21世纪民商法学系列教材 总主编 王利明

知识产权法教程

（第四版）

王 迁 著

中国人民大学出版社
·北京·

图书在版编目（CIP）数据

知识产权法教程/王迁著．—4版．—北京：中国人民大学出版社，2014.2
21世纪民商法学系列教材
ISBN 978-7-300-18788-4

Ⅰ.①知… Ⅱ.①王… Ⅲ.①知识产权法-中国-高等学校-教材 Ⅳ.①D923.4

中国版本图书馆CIP数据核字（2014）第014396号

21世纪民商法学系列教材
总主编　王利明
第八届全国高校出版社优秀畅销书一等奖
上海市精品课程参考用书
知识产权法教程（第四版）
王　迁　著
Zhishichanquanfa Jiaocheng

出版发行	中国人民大学出版社		
社　　址	北京中关村大街31号	**邮政编码**	100080
电　　话	010-62511242（总编室）		010-62511398（质管部）
	010-82501766（邮购部）		010-62514148（门市部）
	010-62515195（发行公司）		010-62515275（盗版举报）
网　　址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com（人大教研网）		
经　　销	新华书店		
印　　刷	北京鑫丰华彩印有限公司	**版　　次**	2007年9月第1版
规　　格	185 mm×260 mm　16开本		2014年3月第4版
印　　张	33插页2	**印　　次**	2014年3月第1次印刷
字　　数	766 000	**定　　价**	49.80元

版权所有　侵权必究　印装差错　负责调换

“21世纪民商法学系列教材”
学术委员会

总主编 王利明

委　员（按姓氏笔画排序）

马俊驹　马新彦　尹　田　王卫国　王　军
王利明　王学政　王胜明　王家福　田土城
刘士国　刘凯湘　刘保玉　孙华璞　孙宪忠
江　平　余能斌　吴汉东　张广兴　张新宝
李开国　李国光　杨　震　杨立新　陈小君
周贤奇　孟勤国　屈茂辉　姚　红　费安玲
赵万一　赵中孚　唐德华　徐国栋　郭明瑞
钱明星　高在敏　崔建远　梁慧星　黄松有
傅鼎生　温世扬　魏振瀛

作者简介

王迁，华东政法大学教授、博士生导师。任中国知识产权法学研究会常务理事、中国版权协会常务理事、中国文字著作权协会常务理事、中国作家协会著作权纠纷调解委员会委员，多家法院和检察院知识产权咨询专家，《美国版权协会杂志》和《中国版权》编委会成员及上海市仲裁委员会仲裁员。曾任上海2010年世博会知识产权咨询专家。被评为“第四届上海市优秀中青年法学家”、“2012年度全国知识产权保护最具影响力人物”、“2011年度中国版权产业风云人物”。入选教育部“新世纪优秀人才支持计划”和上海市“曙光学者”。获得过“霍英东优秀青年教师奖一等奖”，主讲课程“著作权法”和“知识产权法”均被评为上海市“精品课程”。参与了《信息网络传播权保护条例》的起草工作，是《著作权法》第三次修改专家委员会成员，以及世界知识产权组织2012年“保护音像表演外交会议”和2013年“保护视障者外交会议”起草委员会成员和中国代表团成员。

独著《网络环境中的著作权保护研究》和《论“基因歧视”及其法律对策》，合著《知识产权间接侵权研究》和《中欧网络版权保护比较研究》。在《中国法学》、《法学研究》等学术期刊上发表学术论文和评论九十余篇。主持完成过国家社会科学基金课题和司法部、教育部、文化部和国家版权局的多项课题。

序

众所周知，民商法是市场经济的基本法，它以民事主体制度、物权制度、债与合同制度、知识产权制度以及各项商事特别制度等勾勒出市场交易的基本脉络。这也正是民商法与市场经济体制之间存在密切的内在联系的原因所在。民商法是私法，它调整平等主体之间的财产关系和人身关系，强调意思自治原则的指导地位；民商法是权利法，它以权利为基本的逻辑起点，又通过权利制度确认当事人的行为规则。

我国民商事立法虽然起步较晚，但自改革开放以来却取得了长足的进步，不仅有了起着民商事基本法作用的《民法通则》，而且还制定了大量的单行法、特别法，如《婚姻法》、《继承法》、《合同法》、《著作权法》、《商标法》、《专利法》、《公司法》、《证券法》、《信托法》、《保险法》、《票据法》、《海商法》、《企业破产法》，尤其是经过13年的努力，《物权法》今年已获通过并即将实施。另外，《侵权责任法》、《人格权法》也已纳入立法规划。可以说，有中国特色的社会主义市场经济的民商法律框架已经初步形成，而民法典在未来的出台更将为这一框架奠定坚实的核心。

如同国外的成熟经验一样，立法的每一步进展都离不开理论研究的支撑。二十多年来，我国民商法学研究在不断探索中，逐渐走出了计划经济时代的低迷，市场经济的不断发展和完善为我国民商法学者提供了广阔的历史舞台。如今，大量民商法学者参与国家立法、司法实践，为社会主义法治建设事业作出了重要贡献。更为可喜的是，越来越多的青年才俊投身于民商法事业，新一代的青年民法学者如雨后春笋般涌现出来，他们既有扎实的民商法功底、良好的学术素养，又有较高的外语水平，对国外的经验和最新发展动态比较了解，他们的许多研究成果令人耳目一新。从他们身上，我们看到了我国民商法学未来的希望。

中国法学会民法学研究会自成立之来，一直倡导严谨求实的学风，营造宽松的氛围，提倡百家争鸣的风气，并注重培养新人、提携后进。中国人民大学出版社立足于高等教育，以繁荣学术、服务教学为己任，是我国人文社

会科学教材的出版中心。由此，这两家机构决定合作推出全部由崭露头角的青年学者所撰写的“21世纪民商法学系列教材”。我们坚信，这一合作在推动我国民商法学的发展方面将是一次有益的尝试。

这套教材具有以下特点：第一，选题全面，规模宏大。不仅细分了传统民商法的各个部门，也包括了许多边缘学科，如民法哲学、民法的经济分析等，共计六十余种，可供不同层次、不同需要的读者选用。第二，体例新颖，结构完整。不仅打破传统教材的编写体例，而且还大胆引进英美法教材的编撰模式。每本教材除了体系化地讲授本门课程的基本内容之外，还穿插引用资料、案例或事例加以评析，每章之后还列出推荐学生进一步阅读的著述，并以本章的重点难点为主，采取各种题型考查学生对本章知识的掌握程度。第三，理论与实践相结合。不仅全面反映了最新的理论发展，而且深入讨论了实务中的热点、疑点、难点问题。教材中还特辟“理论研究”与“实务探讨”专栏，选取理论界和实务界的争议问题，列举各派观点，论证自己的主张。

应当注意的是，撰写一部好的教材绝非易事，其难度之大不亚于一部优秀的专著！虽然入选本系列的教材均是相关青年学者的精品之作，但其中的缺点在所难免。我们欢迎广大读者不吝指正，这也有助于这些青年学者的学术思想更趋成熟。

衷心祝愿我们早日完成建设社会主义法治国家的宏伟蓝图！在这一过程中，我们有充分理由期待青年学者们取得的更大成就。

是为序！

2007年9月

第三次修订说明及致谢

2013年8月底，全国人大常委会通过了“商标法修正案”，对《商标法》作出了较大幅度的修改，为了使本书第四版能够反映《商标法》修改后的内容，笔者推迟了修订时间，第四版的预计出版时间也相应地从2013年8月推迟至2014年年初。

此次修订幅度达到了10万余字，除了对商标法部分根据“商标法修正案”进行了修改，增加或替换了许多案例之外，对著作权法和专利法部分也有相当程度的修改。如前两次修订一样，对大量国内外最新或经典案例和其他相关资料的查找、研读和分析以及对新增内容的撰写耗费了大量时间和精力。如读者感到被这些新案例和新内容吸引，能在相对轻松、有趣的阅读中理解相关的法律原理和规则，则笔者的辛劳也就获得了最好的回报。

此次修订，离不开热心读者们的支持。有读者通过邮件指出了第三版中存在的问题，并提出了修订的建议。不少法官向我提供了最新的生效判决书。叶明博在繁忙的工作之余再次承担了校对任务。在此一并表示衷心的感谢！

王　迁

2013年12月于上海

代序
走出认识的误区——知识产权的学习方法

回顾我国近年来各个部门法学的发展状况和它们在社会上的影响，可以发现：知识产权法是发展最为迅速、在社会上影响最大的部门法之一。反映之一就是政府高度重视知识产权，各种媒体上有关知识产权的报道和话题层出不穷。这导致了一个有趣的现象：一个与法律直接打交道不多的普通人可能没听说过“物权”，但一般都听说过“知识产权”。但是，“知识产权”这个名词的普及只能表明全社会已经开始知道有“知识产权”的存在，它并不能说明一般人对这个名词背后的一系列法律规则和制度有多少了解。实际上，整个社会的知识产权意识和对知识产权的认知程度并不高，即使是许多大企业的高级管理人员有时也无法正确地理解知识产权。例如，当代表中国音乐著作权人的中国音乐著作权协会开始向播放背景音乐的经营场所收取音乐作品使用许可费时，不少经营者表现出了强烈的抵触情绪，他们表示无法理解为什么播放合法购买的正版唱片还需要另外支付费用。再如，一些大网站未经许可将他人享有著作权的软件置于服务器上供用户免费下载，并标明“本站软件均从网上收集而来，仅供个人学习使用，请下载后在24小时内删除，本站不承担任何法律责任”，以为凭借此声明就可以不承担任何侵权责任。受此影响，许多学生在学习知识产权时不但感到很困难，而且陷入了认识的误区。为此，下文将列出知识产权的初学者在学习过程中最容易犯的错误，并指出正确的学习方法加以应对。

误区之一：以日常生活中的常识和经验去应对知识产权问题。

试举一例：词曲作者A创作了一首歌曲，歌星B经过A的许可在公开的演唱会上演唱了这首歌曲。唱片公司C同时经过A和B的许可将B的演唱录制下来并制成CD出版。夜总会D购得这张正版CD后未经A、B、C许可，也未向其支付报酬即在营业时间予以播放。请问：D的行为是否构成侵权？如果构成，侵犯了何者的权利？

在教学实践中，能够正确回答此题的学生寥寥无几。许多刚上知识产权课的学生回答不侵权，而本科阶段已经学过知识产权法的研究生往往不假思

索地回答D的行为同时侵犯了A、B、C的权利。他们陷入了一个“以日常生活的常识和经验替代法律分析”的误区。

学习法律的同学可能都会有一个相同的感受：法律规定与日常生活中的常识和经验越接近，就越容易理解和接受，反之，则越难理解和接受。如在学习刑法的过程中，许多同学觉得“直接故意”比较容易理解。即使没有学过法律的人仅凭常识和经验也知道：手上拿着一把刀，一边高喊“我一定要杀死你”，一边冲上前去一刀将对方砍死就是故意杀人，是一定要受到严惩的。但是要理解“间接故意”就会遇到困难，因为日常生活提供的这方面的事例和经验并不多。应当承认：大部分法律规则都是与我们日常生活的经验和常识相接近的，也就是说，与人们自发的道德观和正义感相吻合。我们每个人对是与非、善与恶的看法，对于理解法律一般是有帮助的。但是，知识产权法中的许多规则和制度，恰恰与我们日常生活经验，甚至是我们认为理所应当的常识相去甚远，如果我们习惯性地以经验和常识去应对知识产权问题，就会不可避免地走入误区。

在上例中，刚刚接触知识产权的同学是以日常生活中对“物”的“经验”来考虑问题的，他们想到的是：既然夜总会已经买到了正版的CD，当然可以随意支配和使用了。而曾经学过知识产权法（当然没有学好）的同学应用的则是另一种“经验”，他们认为：劳动成果是应当受到知识产权法保护的。既然这张CD中同时包含了词曲作者、歌星和唱片公司的劳动成果，对CD的使用就应当经过他们的许可并支付报酬。

这种“直觉式”的思维方式是无法应对知识产权问题的。智力成果等无形的东西之所以能够成为法律上的财产，受到知识产权法的保护，是出于推动文艺、技术发展、社会进步和保护重要利益的公共政策需要，因此，无形成果的财产权范围并不是通过社会生活和交易习惯自然而然地形成的，而完全取决于法律的界定，它的变化与扩张也需要得到法律的确认。换言之，知识产权法律制度是一种公共政策的产物，它不是从我们日常生活的经验和常识中提炼出来的。而我国知识产权法律制度建立的时间只有短短三十余年，这三十余年时间远远不足以使我们从日常生活中获得对知识产权法正确的感性认识。因此，在学习的时候，一定不能以所谓的“常识”和“日常生活经验”来取代法律的分析和推理。

对于上例，正确的思考方法应当是：首先分析夜总会播放CD的行为在著作权法上的性质并确定其为“机械表演”，只有“表演权”这一专有权利能够对其加以控制。其次看词曲作者（狭义上的著作权人）、歌星（表演者）和唱片公司（录音制品制作者）是否享有“表演权”。最后确定在这三者之中，只有词曲作者才对自己的作品享有“表演权”，而歌星对自己的演唱（表演活动）和唱片公司对自己录制的CD（录音制品）都不享有“表演权”。因此，夜总会未经许可进行的“机械表演”仅仅侵犯词曲作者的“表演权”。而既然歌星和唱片公司根本没有“表演权”，夜总会的“机械表演”行为当然不会侵犯他们的权利。

误区之二：在没有搞清知识产权法特定规则和制度的情况下对其进行批判。

第二个误区是与第一个误区一脉相承的。许多人不能理解：为什么在日常生活中人人习以为常、被普遍接受的行为在知识产权法学者和法院知识产权庭法官的眼中就成了侵权？这种反应自然导致一种结果，就是对知识产权法中特定规则和制度的批判。

在2005年发生的“《一个馒头引发的血案》事件”中，不少人认为现行的知识产权法妨碍了文艺创作的自由，因此，应当援引效力更高的宪法为该短片的制作者胡戈进行辩护。

在同年发生的“步升音乐公司诉百度案”中，也有人认为百度的败诉将是“互联网产业的败诉，是全体网民的败诉”。

对此需要注意的是：现行知识产权法与其他任何部门法一样，都不可能是尽善尽美的。对于具体法律规则和制度的怀疑、批评甚至批判，都是学习法律、研究法律过程中不可或缺的一部分，也是法治社会向前发展的动力之一。但问题在于：知识产权法本身就是公共政策追求利益平衡的产物，它离我们日常生活的经验和常识本身就有一定距离。如果在没有搞清楚知识产权法规则、制度的内容以及立法历史和原因的情况下，贸然地从自身的经验和常识出发对其进行批评，就会不可避免地陷入误区。

以“《一个馒头引发的血案》事件”为例，著作权法绝不是以压制对文艺作品的自由创作为代价来保护著作权的，实际上现行的著作权法中已经包含了允许他人对作品中的内容进行合理使用，甚至对作品进行讽刺性模仿的规则，这一制度本身就是在鼓励文艺创作与保护著作权之间维持利益平衡的机制。因此，即使完全依靠著作权法本身，而不去借助宪法，也完全可以解决保障文艺创作自由的问题。再如，百度提供搜索引擎，虽然客观上扩大了侵权歌曲的传播范围，但搜索引擎本身无法识别被搜索内容的合法性，不能认定百度设置搜索引擎的主观目的在于帮助其他网站侵权，因此，百度即使败诉，也绝不是因为其搜索引擎能够搜索出侵权歌曲，更不意味着从此搜索引擎都要关门大吉。以“步升音乐公司诉百度案”批判知识产权法的人显然并不真正了解相关的知识产权法律制度和规则。

本书作者曾经读过一篇讨论有关续写作品是否侵权的文章。该文的核心观点是续写作品不构成著作权侵权，否则，会妨碍文学艺术的发展。但是这篇文章并没有搞清楚与其题目相关的两个关键性问题：（1）判断两篇作品构成实质性相似的法律标准是什么？续写作品是否构成与原作品的实质性相似？（2）在续写作品与原作品构成实质性相似的情况下，何种情况下续写作品可以援引“合理使用”进行抗辩？在没有对上述问题进行分析的情况下，笼统地谈著作权法妨碍文艺发展毫无意义，否则，一切侵权行为都有了借口，卖盗版的完全可以说盗版使贫穷的孩子有了学习的机会、提高了人民的生活水平和质量。这完全不是法学的思维和分析方法。

误区之三：将知识产权法中特定术语的含义等同于其日常含义。

传说晚清有一次科举考试的题目是“项羽和拿破仑”。有考生不知“拿破仑”为何人，于是提笔就写道：“项羽乃楚霸王，力拔山兮气盖世，安有破轮而不能拿之乎？”

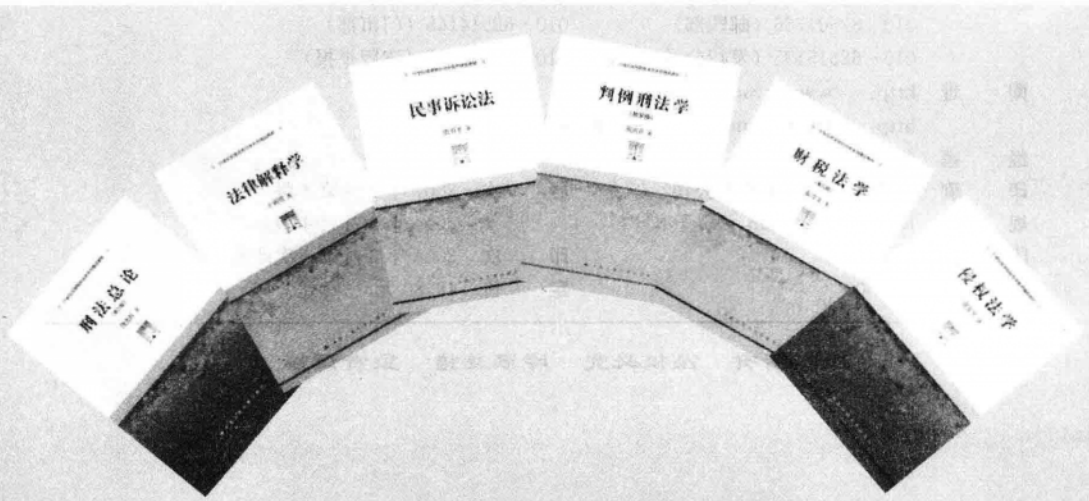
在知识产权法学习中，这种因“望文生义”而产生的“拿破轮现象”是比较突出的。其中的重要原因在于知识产权法基本上属于“舶来品”，其中的术语也基本翻译自外文，而凡是翻译就或多或少地会引起信息丢失和中外差异问题。有的术语在中文中无法找到完全相对的词汇，如上例中提到的“机械表演”就是一个纯粹的外来词，在汉语中原本是不存在的。有的翻译本身有失准确，容易让人产生歧义，如“二次侵权”使人以为是“第二次”发生了侵权行为，而它的英文原文是 secondary infringement，是针对 primary infringement 而言的，它不是指在发生第一次侵权之后的又一次侵权行为，而是指与“直接侵权”相对应的“间接侵权”行为。有的术语在被翻译成中文之后，表面上看似乎就是日常生活中常用的词，但实际上它在知识产权法中有自己特定的含义，如果不注意区分就会走入理解的误区。

本书作者曾经参加2005年度国家司法考试的阅卷工作。当年有多达一半以上的考生对一道专利考题是这样回答的："该公司窃取了对方已经采取了保密措施的专利技术，构成专利侵权。"显然，这些考生将"专利"仅仅按照汉语的字面意思理解为"专有其利"，却并不了解除了国防专利之外，所有已经获得专利的技术都是公开的，根本不存在什么"窃取对方已经采取了保密措施的专利技术"，而英语中patent的原意首先就是"公开"。再如，许多教材提到著作权人对其作品有"使用权"，未经许可使用作品构成著作权侵权。那么，明知是盗版书还前去购买并阅读是否是"未经许可使用作品"并构成侵权呢？许多初学知识产权法的同学也给出了肯定的回答。而实际上，著作权法意义上的"使用"与日常生活中的"使用"范围并不相同。在我国，著作权法意义上的使用仅指对作品的复制、发行、表演等17种方式，而不涉及复制的"阅读"在著作权法中恰恰不构成"使用"。因此，未经许可去阅读作品并不会构成对著作权的侵犯。因此，学好知识产权法的重要条件就是要"正本清源"，搞清术语在知识产权法中的特定含义。

如果在学习知识产权法时能够走出认识误区，则无论是对未来的进一步深造还是实务工作，知识产权法都将提供无穷无尽的机会。与许多法学部门相比，知识产权法学是一门相对年轻的学科，在发达国家也不过三百余年的历史。更为重要的是，知识产权法中相当多的规则和制度是与技术进步紧密联系在一起的，所以它必然随着技术的快速发展而不断变化，表现在立法上，就是这一领域的修法速度很快，在发达国家已经到了三年左右就需要对原有法律进行修订或新制定单行法的程度；表现在学术研究上，就是值得研究的新问题层出不穷，从而带来了更多的研究机会。如果能够掌握学习知识产权法的正确方法，那么呈现在同学们面前的，将是知识产权领域的海阔天空。

21世纪高等院校法学系列精品教材

书名	ISBN	作者	定价
法律解释学	978-7-300-13251-8	王利明 著	32.00
民法总论	978-7-300-10961-9	王利明 著	35.00
人格权法	978-7-300-10990-9	王利明 著	35.00
经济法学(第二版)	978-7-300-16089-4	张守文 著	45.00
财税法学（第三版）	978-7-300-14098-8	张守文 著	46.00
民事诉讼法	978-7-300-13632-5	张卫平 著	39.80
物权法（第二版）	978-7-300-13040-8	崔建远 著	59.00
判例刑法学（教学版）	978-7-300-14059-9	陈兴良 著	39.80
刑法总论（第二版）	978-7-300-14090-2	周光权 著	45.00
刑法各论（第二版）	978-7-300-14202-9	周光权 著	55.00
刑事诉讼法学（第三版）	978-7-300-16432-8	郑 旭 著	45.00
侵权法学	978-7-300-13533-5	周友军 著	49.80
普通公司法	978-7-300-11227-5	邓 峰 著	68.00
网络法学	978-7-300-11004-2	刘品新 著	25.00
中国宪法（第四版）	978-7-300-12301-1	许崇德 主编	29.80
商法学（第三版）	978-7-300-13955-5	徐学鹿 主编	49.80
证据学（第四版）	978-7-300-12740-8	陈一云 主编	32.00
外国法制史（第三版）	978-7-300-16149-5	林榕年 叶秋华 主编	38.00
婚姻家庭法学（第三版）	978-7-300-16894-4	杨大文 龙翼飞 主编	29.00
法社会学新阶	978-7-300-18452-4	付子堂 主编	32.00



《　　》*任课教师调查问卷

为了能更好地为您提供优秀的教材及良好的服务，也为了进一步提高我社法学教材出版的质量，希望您能协助我们完成本次小问卷，完成后您可以在我社网站中选择与您教学相关的1本教材作为今后的备选教材，我们会及时为您邮寄送达！如果您不方便邮寄，也可以申请加入我社的**法学教师QQ群：83961183（申请时请注明法学教师）**，然后下载本问卷填写，并发往我们指定的邮箱（cruplaw@163.com）。

邮寄地址：北京市海淀区中关村大街31号中国人民大学出版社411室收

邮　　编：100080

再次感谢您在百忙中抽出时间为我们填写这份调查问卷，您的举手之劳，将使我们获益匪浅！

基本信息及联系方式：*

姓名：_____ 性别：_____ 课程：_____

任教学校：_____ 院系（所）：_____

邮寄地址：_____ 邮编：_____

电话（办公）：_____ 手机：_____ 电子邮件：_____

调查问卷：*

1. 您认为图书的哪类特性对您使用教材最有影响力？（　　）（可多选，按重要性排序）

A. 各级规划教材、获奖教材　　B. 知名作者教材

C. 完善的配套资源　　D. 自编教材

E. 行政命令

2. 在教材配套资源中，您最需要哪些？（　　）（可多选，按重要性排序）

A. 电子教案　　B. 教学案例

C. 教学视频　　D. 配套习题、模拟试卷

3. 您对于本书的评价如何？（　　）

A. 该书目前仍符合教学要求，表现不错将继续采用。

B. 该书的配套资源需要改进，才会继续使用。

C. 该书需要在内容或实例更新再版后才能满足我的教学，才会继续使用。

D. 该书与同类教材差距很大，不准备继续采用了。

4. 从您的教学出发，谈谈对本书的改进建议：_____

_____

_____

选题征集：如果您有好的选题或出版需求，欢迎您联系我们：

联系人：黄　强　联系电话：010-62515955

索取样书：书名：_____

书号：_____

备注：※ 为必填项。

目　录

第一章　总　论 …… 1
　第一节　知识与财产 …… 1
　第二节　知识产权的概念与范围 …… 3
　第三节　知识产权的特征和性质 …… 5
　第四节　知识产权侵权救济的程序保障 …… 12
第二章　著作权法律制度概述 …… 19
　第一节　著作权的概念 …… 19
　第二节　著作权制度的产生与发展 …… 22
第三章　著作权的客体 …… 25
　第一节　作品的概念 …… 25
　第二节　独创性 …… 27
　第三节　不受著作权法保护的对象 …… 45
　第四节　作品的分类 …… 73
第四章　著作权的内容 …… 111
　第一节　著作人身权 …… 112
　第二节　著作财产权 …… 128
第五章　著作权主体和著作权的归属 …… 165
　第一节　著作权主体概述 …… 165
　第二节　作　者 …… 167
　第三节　特殊作品的著作权归属与行使 …… 172
第六章　邻接权 …… 194
　第一节　邻接权概述 …… 194
　第二节　表演者权 …… 198
　第三节　录音录像制作者权 …… 204
　第四节　广播组织权 …… 209
　第五节　其他邻接权 …… 212

第七章　对著作权的限制 …… 218
第一节　对著作权的限制概述 …… 218
第二节　合理使用 …… 220
第三节　法定许可 …… 237
第八章　著作权侵权及法律责任 …… 244
第一节　直接侵权 …… 244
第二节　间接侵权 …… 246
第三节　对技术措施与权利管理信息的特殊保护 …… 251
第四节　侵犯著作权的法律责任 …… 256
第九章　专利法律制度概述 …… 265
第一节　专利的概念和特征 …… 265
第二节　专利制度的起源与发展 …… 267
第三节　专利制度的作用 …… 268
第十章　专利权的客体 …… 270
第一节　发　明 …… 270
第二节　实用新型 …… 275
第三节　外观设计 …… 276
第四节　不授予专利权的对象 …… 278
第十一章　专利权的主体 …… 290
第一节　发明人或设计人 …… 290
第二节　发明人或设计人的单位 …… 291
第三节　合作发明与委托发明的权利人 …… 294
第四节　外国人 …… 295
第五节　受让人 …… 295
第十二章　专利申请、审查与授权的实质条件 …… 297
第一节　专利申请日 …… 297
第二节　专利申请文件 …… 299
第三节　单一性原则和申请的分案 …… 305
第四节　专利审查 …… 306
第五节　复　审 …… 310
第六节　专利授权的实质条件 …… 310
第七节　专利权的无效宣告 …… 329
第十三章　专利权的内容 …… 333
第一节　专利权内容概述 …… 333
第二节　发明和实用新型专利权的内容 …… 334
第三节　外观设计专利权的内容 …… 338
第十四章　对专利权的限制 …… 340
第一节　不视为侵犯专利权的行为 …… 340

第二节　强制许可 …… 350
第十五章　专利侵权及法律责任 …… 355
第一节　专利保护范围的确定 …… 355
第二节　假冒专利 …… 369
第三节　法律责任 …… 371
第十六章　商标法律制度概述 …… 376
第一节　商标的概念和功能 …… 376
第二节　商标的分类 …… 378
第十七章　商标权的取得 …… 383
第一节　取得商标权的途径 …… 383
第二节　商标注册的对象——符合法律要求的特定标志 …… 388
第三节　商标的申请与注册 …… 431
第十八章　商标权的内容 …… 438
第一节　商标专用权的含义 …… 438
第二节　商标专用权的续展 …… 442
第三节　商标专用权的消灭 …… 443
第四节　商标专用权的转让与许可 …… 449
第十九章　不侵犯商标权的行为 …… 454
第一节　描述商品或服务的特征 …… 455
第二节　说明商品或服务的用途 …… 459
第三节　商标权用尽 …… 464
第四节　基于其他正当目的或理由的使用 …… 468
第二十章　商标侵权及其法律责任 …… 471
第一节　商标侵权行为 …… 471
第二节　商标侵权的法律责任 …… 491
第二十一章　驰名商标的特别保护 …… 494
第一节　驰名商标特别保护概述 …… 494
第二节　我国对驰名商标的特别保护机制 …… 498
第三节　对驰名商标的认定 …… 508

第一章 总 论

本章导读

对知识产权的概念不能仅从字面理解，而必须结合财产权法律制度的发展历史。知识产权作为无形财产权，与有形财产权相比有着鲜明的特征，因此，本章的重点是知识产权的特征。

第一节 知识与财产

从字面来看“知识产权”是指“对知识的产权”，而“产权”是指法律意义上的财产权，因此，“知识产权”表面上可被理解为“对知识的财产权”，换言之，知识是一种法律意义上受保护的财产。然而，以这种方式去理解“知识产权”的结果，就是任何知识都成了法律上的财产。那么，是否任何知识都是法律上的财产，或者有哪些形态的知识才是法律上的财产呢？

回顾财产权法律制度的发展历程可以发现：在人类历史的长河中，法律上的“财产”长期以来是指有形财产。在一般人看来，一幢房子、一辆汽车和一根金条当然是财产。可是为什么它们能够被称为法律上的财产呢？换言之，它们是具有怎样的共同属性之后才成为法律上的财产的呢？

波斯纳等学者认为：法律上的财产必须符合三个方面的条件：一是因稀缺而具有价值。二是能够归属于某一特定主体，该主体能够排除他人的共享和干涉。三是可以以一定价格让渡给他人。显然，根据这三个条件，有体物最容易成为法律上的财产。一种有价值的有体物天然可以被某人占有，而占有不但代表着排他性的控制，而且意味着在符合道德准则和法律规定的条件下，可以通过转移占有进行交易。所以，在人类历史上，有价值的有体物最先成为法律上的财产。

那么，发明创造和文艺作品在古代是不是法律上的财产呢？以我国古代四大发明之一的指南针为例，它显然具有巨大的价值。但指南针在当时能够被称为法律上的财产吗？指

南针的实际发明者今天已经无从考证，但不难想象：他发明指南针一定是付出了许多创造性劳动的。他至少要经常观察磁石，从中领悟磁石与方向的关系；还要动手将磁石磨成磁针，进行反复试验，并制作出能够让磁针自动转动、指明方向的装置。尽管指南针的发明极为艰难，需要天才的创造力，但复制指南针十分容易，一旦有一个指南针流入市场，工匠们只要将这个指南针拆开，很快就能发现其中的原理和技术特征，并如法炮制，迅速制造出千千万万个相同的指南针。而指南针的发明人对此完全无法控制，换言之，指南针的设计方案无法专属于指南针的发明人，他人可以随意地加以利用。这样一来，虽然指南针的发明人可能获得一定声誉，但是由于他的智力创造成果——指南针的设计方案，不能被他排他性地控制，所以这种智力成果并不是法律上的财产。当然，一个一个被制造出来的指南针是法律上的财产，但它们只是制造者的财产，和指南针的发明人毫无关系。因此，在古代社会，由于不能对发明创造成果进行排他性控制，智力成果不具备成为法律上的财产的条件，更谈不上所谓的财产权了。作品在古代也是如此：作品创作完成之后，一旦流传出去就会被广泛传抄，作者对此也是无力控制的。

无论是技术方案还是作品，本质都是一种信息。John Perry Barlow 在其著名的《思想的经济学》（The Economy of Ideas）一文中曾经指出：信息是自由的（Information wants to be free）。信息的本质决定了它天然能够自由流动。信息一旦被传播出去，人们就可以轻易地进行复制和再传播。这就是指南针在古代被无数工匠自由复制的原因。既然信息是“自由”的，那么提供这一信息的人一旦传播了信息，就无法依靠自己的力量对信息进行排他性的控制，由这一信息所表达的智力成果就不可能成为法律意义上信息创造者的财产。

那么，发明创造、文艺作品等由信息构成的成果究竟是如何最终成为法律所承认并保护的财产的呢？法律又是怎样把原本“自由”的信息变成了一种创造者的财产的呢？

著名科学家伽利略曾在 17 世纪发明了一种灌溉机，他向当时的威尼斯国王写了一封信，信中写道：“陛下，我发明了一种只用很简单的方法和很少的费用，而使用又非常方便的扬水灌溉机械，仅用一匹马的力量，即可使二十个管口不断地向外喷水。我费了很大力气，花了很大代价才完成了它。因此像这样的发明，如果变成所有人的共同财产，是不能被容忍的。所以恳求您，除我和我的子孙或从我的后代手中获得这种权利的人以外，在四十年内或在规定的期间内，不允许任何人制造和使用我所发明的新机械，即使是制造了，也不准使用。如果有人违反，希望陛下考虑处以适当的罚金，将罚金的一部分归我所有。如蒙陛下垂恩，为了社会的福利，我将更热心地将力量倾注于新的发明上，为陛下效劳。”①

伽利略写这封信的主要目的是要求威尼斯国王承认他的发明创造，即灌溉机中所体现的技术方案是属于他的财产。那么，威尼斯国王怎样才能使伽利略的设计方案，一种本来可以被人自由使用和传播的信息，成为伽利略在法律上的财产呢？其方法就是强制地使这种设计方案具备法律上的财产应当具备的第二个属性和第三个属性——排他性和可转让性。排他性在此是指：除了伽利略和经他许可的人之外，任何人不得使用这种设计方案制造、销售扬水灌溉机，也不得使用未经许可而制造的扬水灌溉机，否则，就会受到法律的制裁。可转让性在此是指：伽利略可以把这种排他性的权利以一定价格转让给他人。可见，通过

① 转引自［日］吉藤幸朔著，宋永林、魏启学译：《专利法概论》，4 页，北京，专利文献出版社，1990。

赋予发明人对其发明创造成果以排他性使用权和转让权的方式，法律就强制性地使技术方案成为发明人在法律上的财产，创造出了一种前所未有的财产权形式。

而法律之所以要将“自由”的信息转变为属于创造者的财产，是出于实现特定公共政策的需要。在近代欧洲，科学技术在经济发展和社会进步中的极端重要性已经日益显现，同时各国之间人才流动又越来越频繁。如果一国不通过法律强制性地将发明创造成果规定为创造者在法律上的财产，仍然听任其“自由”地被他人仿制、使用，发明人就无法从发明创造成果中获得报酬，等于是将其聪明才智无偿地贡献了出去。这样一来，一方面不会有很多人愿意进行可能具有巨大社会利益和经济价值的发明创造，另一方面可能导致大量人才离开本国。因此，法律需要通过赋予发明人对其发明创造的财产权来换取他们投身于发明创造活动的积极性，在使自己享有财产权的同时造福国家。

作品从自由传播的信息演变为由作者享有的财产同样是法律创设著作权这一新型财产权的结果。作者创作作品往往需要付出极大的心血和创造性劳动，而造纸术和印刷术使得作品的复制和传播极为容易。如果不强制性地将作品界定为作者的法律意义上的财产，使作者能够从作品中获得合理的报酬，就难以繁荣文艺创作。由此著作权法应运而生，创设了一系列由作者享有的专有权利，以控制复制、发行、公开表演等对作品的特定使用行为，以此保障作者能够从其创作中获得经济利益，从而鼓励更多的人投身于文艺创作。而此后复制和传播技术的每一次巨大进步，都会引起著作权法相应的变革，著作权法会规定新的专有权利或扩张原有专有权利的控制范围加以应对。因此，著作权法的发展历史，就是著作权这种特殊的财产权随着复制和传播技术的发展而不断扩张的历史。

可见，发明创造、文艺作品等由信息构成的成果之所以能够成为法律上的财产，是出于推动科技发展、社会进步和保护某些特定利益的公共政策需要。因此，这些成果是否能够被承认为财产以及财产权的范围如何，都取决于法律的界定；它的变化与扩张也需要得到法律的确认。因此，并非所有的“知识”都能够成为法律意义上的财产，产生“知识产权”。

第二节 知识产权的概念与范围

一、知识产权的概念

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。对于知识产权的概念，需要注意以下几点：首先，知识产权的客体不是有形的物质，而是智力成果或商誉等非物质性客体。这是知识产权区别于物权的特征。其次，对“知识产权”不能望文生义地理解为“对知识的财产权”，因为并非任何知识都能产生知识产权这种财产权。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。公有领域中的知识，如历史、地理知识，本身不可能成为任何人的财产，也就没有知识产权可言。再次，“知识产权”这一术语容易使人形成一个印象，那就是只有智力活动创造出的知识才是知识产权的客体。也正因为如此，知识产权曾经长期被称为智力成果权，我国台湾地区则将知识产权称为智慧财产权。而事实上，有一些知识产权的客体与智力创造并

无直接关系，例如，经营者完全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。因此，需要对知识产权进行广义的理解。

理论研究

如何给“知识产权”下定义

对“知识产权”的定义可以采取概括式或列举式的方法。概括式就是通过总结知识产权客体共有的特征对知识产权进行界定，如“知识产权是人们就其智力创造的成果依法享有的专有权利”[①]。列举式则不概括知识产权客体的共性，而只是将知识产权的类型或客体一一列出，如作品、表演、录音录像制品、广播信号、发明创造、外观设计、商标和商号等。如《世界知识产权组织公约》第21条就列举了属于知识产权的8类客体，以此对知识产权进行界定。在我国，概括式定义当然比列举式定义容易被接受，因为这符合大陆法系国家的一般思维方法。但是，通过概括知识产权客体的共有特征而给知识产权下定义是非常困难的，其中的主要原因在于各种知识产权客体之间具有明显的差异。如作品和发明创造可以被归结为“智力创造成果”，但许多商标的文字、图形直接来自于公有领域。再如，传统知识产权的客体——作品、发明创造和商标都是向社会公开的，因此，“公开性”曾被作为知识产权定义中的要素之一。但随着1994年《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称TRIPs协定）明确将商业秘密列为知识产权的客体，“公开性”就无法成为知识产权客体的共性了。

为什么如此纷繁复杂的客体均被统一纳入知识产权的领域，以至于难以通过概括的方法给知识产权下定义呢？主要原因在于知识产权作为一种法定财产权，是公共政策的产物。当公共政策需要鼓励某种特定的非物质成果的产生，或保护与其相关的利益时，就可能通过立法对其加以保护，其方法就是赋予相关主体对这种非物质成果以财产权，而知识产权恰恰是适用于非物质客体的财产权。随着科学技术与社会、经济的不断进步，越来越多的非物质成果根据公共政策的需要被法律列为知识产权的客体，虽然这些客体之间存在不少的差异，但却都具有非物质性。因此，除了非物质性之外，要想概括出知识产权客体的共有特征越来越困难，只能采取列举客体的方式来对知识产权进行定义，如将知识产权定义为“人们对于自己的智力活动创造的成果和经营管理活动中的标记、信誉依法享有的权利”[②]、“基于创造性智力成果和工商业标记依法产生的权利的统称”等。[③] 这实际上也都是以列举式为核心的定义，因为上述定义将知识产权的客体列为“智力创造成果”和“工商业或经营管理标记”两类，实际上也就是承认这两类客体之间不具有除了非物质性之外的共同特征。但实际上，这两类客体仍然不足以包容知识产权的所有客体。例如，录音录像制品因缺乏著作权法意义上的“独创性”，并不是智力创造成果，更不是经营管理标记，但却仍然是知识产权的客体（广义著作权中邻接权的客体）。同样，具有商业价值、能够给经

① 郑成思主编：《知识产权法教程》，1页，北京，法律出版社，1993。
② 吴汉东主编：《知识产权法》，1页，北京，中国政法大学出版社，2004。
③ 参见刘春田主编：《知识产权法》，2版，6页，北京，中国人民大学出版社，2002。

营者带来利益，又受到保密措施保护的客户名单也很难说是智力创造成果或经营管理标记，但同样也是知识产权的客体（商业秘密）。由此看来，以列举客体的方式给知识产权下定义虽然比较烦琐，但却是较为实际可行的方法。

二、知识产权的范围

传统知识产权可大致分为著作权、专利权、商标权，其中著作权自成一体，而专利权和商标权被合称为工业产权。之所以有这种划分，是因为这些权利的应用领域不同。传统上，著作权主要适用于能够给人带来美感和精神享受的文学艺术作品，人们阅读小说或观赏电影的主要目的是从中获得精神的愉悦，而不是利用它们进行生产活动。而专利权保护的是能够在工农业等领域进行实际应用的发明创造和工业品外观设计，商标权保护的则是在商业流通领域使用的商标标识所体现的商誉，虽然外观设计和部分商标也有美感，但专利权和商标权的客体的主要作用是在生产和商业流通中产生实用效果。例如，世界上第一部计算机非常庞大和笨重，其作用并不在于给人带来美感。发明计算机的意义在于它能够应用于工业生产和科学研究，以其超强的计算能力和信息处理能力给人们带来经济利益。商标也是如此："麦当劳"、"IBM"和"可口可乐"等商标身价高达几百亿美元，但其价值并不在于商标的文字和图形本身设计得多么赏心悦目，而在于它代表了一种良好的商业信誉和商品质量。之所以将专利权和商标权统称为"工业产权"，就是因为它们主要应用于工业产品的生产和流通领域。当然，这里所说的"工业"是广义的，不仅指传统意义的工业，而且包括农业、服务业等"产业"。

随着科学技术的发展和社会的进步，不断有新的非物质客体被纳入知识产权的保护范围，新型知识产权应运而生，包括集成电路布图设计权、植物新品种权、地理标志权和商业秘密权等。需要注意的是，在新型知识产权产生的同时，传统知识产权也在不断扩张：如随着复制技术和传播技术的发展，著作权人相应地被赋予了控制新型复制和传播行为的专有权利，如信息网络传播权。再如，有些国家将动物品种和商业方法也列为专利的保护对象。

第三节 知识产权的特征和性质

一、知识产权的特征

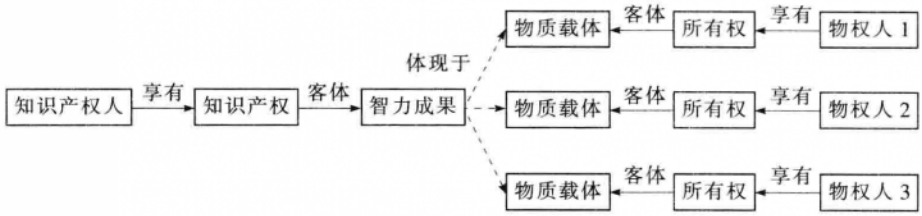
知识产权的特征是指知识产权相对于物权而言所具有的特点。物权和知识产权都是财产权，但两者之间存在重大差别。与物权，特别是其中的所有权相比，知识产权具有以下特征：

（一）客体具有非物质性

知识产权与物权相比最为突出的特征在于客体不同。物权的客体是物，而且主要是有体物，而知识产权的客体是具有非物质性的作品、发明创造、外观设计和商誉等。

下图即是对知识产权客体非物质性的说明（为了方便讲解，图中统一将知识产权的客

体简称为“智力成果”，尽管如上文所述，非智力创造成果也能成为知识产权的客体）。知识产权的客体往往是依附于物质载体的，但这并不意味着知识产权的客体是物质载体本身，知识产权的客体只是物质载体所“承载”或“体现”的非物质成果。



例如，一本 300 页的小说书实际上是由两种客体构成的：首先，300 页纸的整体是有形物质载体，它们是物权的客体。其次，300 页纸上印有文字组成的小说（文字作品），而小说是著作权的客体。对于 300 页纸的物权和小说的著作权完全可能由不同的人享有。作者创作完成小说之后，就对作为文字作品的小说享有著作权。作者授权出版社将小说出版发行之后，印出的 1 000 册小说书为 1 000 名读者所购买。在这种情况下，读者通过购买小说书仅仅取得了 300 页纸的所有权，而没有取得纸张上作品的著作权，因此，读者不得对小说行使复制权、发行权、表演权等归属于小说作者的著作权。而小说作者对 1 000 本已经售出的小说书不享有任何权利，因为其通过创作小说仅仅获得了对作品的著作权，而没有获得对作品物质载体的所有权。尽管小说难以脱离纸张等物质载体而存在，人们一般也只能通过获得小说的物质载体来欣赏作品，但小说作者的著作权的客体并不是纸张，而是纸张上承载的作品。小说在被印成 1 000 册小说书之后，小说就有了 1 000 个物质载体，但这 1 000个物质载体之上只有一部作品。1 000 个物质载体作为 1 000 个物，其所有权可以归属于1 000个人所享有，但其中那一部作品的著作权仍然归属于作者。

对上图所反映的“知识产权客体非物质性”可以从三个方面进行进一步理解：首先，图中涉及的权利以虚线为界，虚线左边为知识产权，右边为物权，享有一边的权利并不等于享有另一边的权利。其中特别需要注意的是：获得了物质载体并不等于享有物质载体所承载的客体的知识产权。画家将自己创作的油画售出之后，仍然享有美术作品的著作权，但却丧失了承载美术作品的画纸的所有权。因此，画家不得仅凭油画著作权人的身份，要求合法购买者返还油画原件。而购得油画的人虽然取得了画纸这一物质载体的所有权，但对画纸之上承载的美术作品不享有著作权。①

其次，转让虚线一边的权利，并不等于同时转让了虚线另一边的权利。作家在自己的稿纸上撰写了一部小说，此时他同时享有对稿纸（物质载体）的所有权和对稿纸之上承载的小说的著作权。假如他日后将该手稿赠送给他人，即转让对稿纸的所有权，并不意味着稿纸之上作品的著作权也发生了转移。同样，如果作家与出版社约定将小说的发行权转让给出版社，也并不意味着他同时需要转让对稿纸的所有权。作家完全可以将手稿的复制件

① 但只要他购得的是油画的原件，就享有了该美术作品著作权中的一项专有权利——展览权，这属于例外情况，本书在“著作权的内容”一章会作讲解。

交给出版社，或者将手稿中的作品输入电脑后以电子邮件形式发给出版社。在后一种情况下，作家无须转让作品的任何有形载体就可以履行向出版社交稿的义务。对于以上两点，《美国版权法》明确规定："享有版权，或任何版权中的排他性权利，有别于享有任何承载作品的物体的所有权。对任何物体的转移，包括对作品首次被固定在其中的复制件或唱片的转移，本身并不导致承载于物体中版权作品中权利的转移，在缺乏协议的情况下，也不导致物体中版权或任何版权中排他性权利的转移。"①

最后，侵犯虚线一边的权利也不等于同时侵犯虚线另一边的权利。例如，小偷偷窃了读者从书店购买的一本小说书，小偷的行为仅仅侵犯了读者对小说书（物）的所有权，而没有侵犯小说的著作权。读者如将小说书借给他人阅读，他人未经许可将小说的内容输入计算机后上传至网站供网友下载，则此人的行为仅侵犯了作者对作品的著作权，并没有侵犯读者对小说书的物权。

正是由于知识产权客体具有非物质性的特征，对知识产权的客体也不可能像物一样进行占有和公示，占有知识产权客体的物质载体只能公示载体的归属，而不可能对知识产权的归属进行公示，例如，对一本《知识产权法》教科书的占有并不能公示这部作品著作权的归属。既然对知识产权的客体无法进行占有，那么当然也不可能通过占有而进行自力保护，这给知识产权的保护和侵权认定带来了相当大的困难。

理论研究

如何理解知识产权客体的"无形"

多数教科书将知识产权客体的非物质性特征总结为"无形性"，但这给知识产权的初学者带来了不小的困难。例如，如何理解雕刻作品的"无形"呢？对于罗丹著名的雕刻作品《上帝之手》而言，如果没有那块看得见、摸得着的石头，人们如何去欣赏作品，甚至如何知晓这一雕刻作品的存在呢？实际上，如果用"知识产权的客体与其载体具有可分离性"来代替"无形性"，就容易理解知识产权客体的非物质性的特点了。以雕刻为例，尽管创作者需要以某种有形的物质载体来承载或体现作品，但创作者著作权的客体并不是那一块承载着作品的石头，而是石头所承载的作品本身。现代技术可以轻而易举地将雕刻进行无限量的复制，可以放大复制，也可以缩小复制；可以在石头上复制，也可以在塑料上复制。但是，无论最初的雕刻被复制了多少份，有多少个质量不同、材料不同的载体，作品始终就是一个。是这一个作品，而不是那许许多多的载体，才是著作权的客体。

（二）专有性（排他性）

专有性又称排他性，是指非经知识产权人许可或法律特别规定，他人不得实施受知识产权专有权利控制的行为。换言之，对于知识产权的客体，只有经过知识产权人许可或在有法律特别规定的情况下，他人才能以特定方式加以利用，否则，构成侵权。

---

① 17 U. S. C. 202.

有同学可能会提出这样的问题：所有权同样具有强烈的“专有性”，他人未经所有权人许可，不得对物进行占有、使用和处分。为什么“专有性”还是知识产权的一个特征呢？

所有权和知识产权在专有性的表现上确实是相同的。也正因为如此，所有权的客体和知识产权的客体才能够被称为法律意义上的财产。但是，所有权的专有性和知识产权的专有性在其他方面仍然是存在区别的。

首先，专有性的来源不同。对物是可以进行占有的，而占有意味着占有人可以天然排除他人的共享。除非采取偷窃或暴力抢夺等手段，否则，他人无法未经占有人许可而获得被占有的物。更重要的是：在物权法出现之前，人们在长期经济交易活动中，根据生活的经验和习惯，在观念上已经自然形成了所有权的观念。物权法在很大程度上是首先确认所有权的观念，承认符合统治阶级意志和伦理观念的所有权。而知识产权则不同：由于作品、发明创造等非物质的东西无法被占有，人们难以自然形成对作品、发明创造的使用应当由创作者或创造者排他性控制的观念。在人类社会漫长的历史中，保护知识产权只是近三百多年的事情，而且直到现在为止，真正形成全民尊重知识产权、具有很强知识产权意识的国家只是极少数，许多人仍然将他人非物质的智力创造成果视为可以随意免费使用的“公共财产”，盗版软件的横行就是一个典型例子：使用盗版的人绝少会去偷窃计算机等硬件设备，因为即使没有物权法等保护有形财产的法律存在，人们通过长期以来形成的道德观念也会尊重有形财产的所有权。但是许多人并不认为作为非物质性智力成果的计算机软件也是应当受到尊重和保护、归属于创作者所享有的财产。在他们看来，使用盗版软件在道德上并不会受到谴责。因此，如果没有法律的强制性规定，创造者对软件等非物质成果的排他性控制就无从谈起。只有通过法律强制性地将非物质成果的特定使用权规定为归属于创造者所专有，他人未经许可使用该成果构成侵权、必须承担法律责任，才能确立创造者对其非物质成果的专有权。

其次，侵犯专有性的表现形式不同，保护专有性的方法不同。对物权专有性的侵犯一般表现为对物的偷窃、抢夺、毁损或以其他方式进行侵占，而对知识产权专有性的侵犯一般与侵占承载智力成果的物质载体无关，而是表现为在未经知识产权人许可或缺乏法律特别规定的情况下，擅自实施受知识产权专有权利控制的行为。例如，小偷去书店偷书，只是侵犯了书店对书的所有权，并没有侵犯著作权人对书中作品的著作权。但是，对于自己合法购买的小说书，如果未经著作权人许可擅自将其上传至网络中供公众阅读或下载，虽然并没有侵犯任何人的所有权，但却侵犯了著作权人的专有权（信息网络传播权），因为这种行为属于“通过有线或无线方式提供作品，使公众得以在自己选定的时间和地点获得作品”的行为，是受“信息网络传播权”这一著作权人享有的专有权利控制的。

再次，物权的专有性可以依靠物权人对物的占有进行保护，而知识产权的专有性只能依靠法律进行保护。例如，买回一串项链之后，可以将它锁在箱子里，或者放在银行的保险柜里加以保护。换言之，占有就是一种对物权进行自力保护的方法，而这种方法对于知识产权的保护是根本不适用的。知识产权人要实现其非物质成果的价值，就必须对非物质成果加以一定程度的公开或使用。如作家创作完成一部小说之后，他必须发表才能获得声誉和相应的经济收入。但是非物质成果一旦公开，公众就可以获得、占有非物质成果的载体，并很容易在未经创造者许可的情况下对其进行利用，而创造者本人对此是无力控制的。

例如，小说书一旦在书店公开出售，购买者就有可能私自翻印或上传到网上传播，而小说作者是无法进行自力保护的。要确保知识产权的专有性得以实现，只能依靠法律的强制力量。

最后，专有性受到的限制不同。同为私权的物权和知识产权都受到一定的限制。如国家按照法律的规定出于公共利益的需要可以征用私人房屋，从而使物权的专有性受到限制。但知识产权受到的限制远多于物权，如《著作权法》就规定了12种“合理使用”和4种“法定许可”，均构成对著作权专有性的限制，此外，还有时间性、地域性的限制等。这是因为作为知识产权客体的非物质智力成果表现为原本可以自由流动的信息，创设知识产权这一财产权是公共政策的产物。公共政策一方面通过创设知识产权来刺激和鼓励人们投身于创作和创造活动之中，另一方面只对其进行有限保护，以使社会公众能够合理地利用。

理论研究

知识产权有“自用权”么

一种观点认为：知识产权既包含了“自用权”，也包含了“禁止权”。前者是指知识产权人自己有利用智力成果等受保护客体的权利，而后者则是指知识产权人有权禁止他人未经许可利用。本书作者认为：知识产权就是“专有权利”/“排他权利”/“禁止权”，也即禁止他人实施某种行为的权利，而与“自用权”无关。知识产权的作用并不在于确认权利人有为某种行为的自由。换言之，在取得知识产权之后，权利人能否对智力成果或其他受保护客体进行利用、能以何种方式进行利用，与知识产权并无关系，而是取决于其他法律、法规的规定，以及是否侵犯他人的知识产权。

例如，在没有《著作权法》的年代，戏剧作品的创作者当然不享有著作权法意义上的“复制权”和“翻译权”，那么该作者是否有权用复印机“复制”自己创作的戏剧作品，以及自行将该作品从中文“翻译”成英文呢？答案当然是肯定的，因为自行复印和翻译作品本来就是宪法赋予公民的自由。同样，只要不违反其他法律、法规的规定，作者也当然可以自行组织剧团公开“表演”该戏剧作品或通过出版社公开发行该戏剧作品。这与有没有《著作权法》以及该法是否规定了“复制权”、“翻译权”、“表演权”和“发行权”毫无关系。享有著作权的意义就在于：他人未经许可不得以特定方式利用作品。如果他人未经许可复制、翻译、表演和发行戏剧作品，只有当《著作权法》规定了相应的“复制权”、“翻译权”、“表演权”和“发行权”时，戏剧作品的作者才能阻止他人实施这些行为。再如，在《著作权法》规定了“发表权”的情况下，为他人拍摄全裸写真的摄影师作为摄影作品著作权人，无权在未经被拍摄者许可的情况下，公开“发表”摄影作品，因为这样做会侵犯他人的隐私权。摄影师享有“发表权”，只意味着可以阻止他人包括被拍摄者本人，以发表等方式利用该摄影作品。

同样，在我国颁布《专利法》之前，发明人是否有权自行制造和销售其发明创造成果呢？只要该成果不涉及法定违禁品，发明人当然有这样的权利。这与《专利法》有什么关系呢？相反，在《专利法》颁布之后，如果发明人就其发明的新型武器获得了发明专利权，

其能根据《专利法》赋予的“制造权”和“销售权”，自行“制造”和“销售”武器么？回答当然是否定的。《专利法》规定“制造权”和“销售权”的作用，绝非确认专利权人自己可以制造和销售，而是使专利权人阻止他人未经许可制造和销售专利产品。

《商标法》规定了“注册商标的专用权”，似乎是确定了商标权人的“自用权”。但事实上，商标注册实行自愿注册原则，经营者当然“有权”在商品上使用自己设计的商标标识，只要这种使用不违反法律的禁止性规定，也不侵犯他人的在先权利。这与经营者是否注册商标、取得商标专有权并无关系。因此，商标权的作用同样不在于使商标注册人自己有权使用商标，而在于使商标注册人可以阻止他人未经许可在相同或类似商品上，以可能导致消费者混淆的方式使用相同或近似商标。

（三）地域性

知识产权的地域性是指：除非有国际条约、双边或多边协定的特别规定，否则，知识产权的效力只限于本国境内。这一点与所有权形成了鲜明对比。举例而言，在1992年中国加入《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（简称《伯尔尼公约》）之前，一名中国人在英国被人抢劫，他完全可以要求英国警方抓住劫匪，找回被抢的财物。这是因为所有权的保护一般不受地域性的限制。但是，如果1992年之前有人在英国未经许可将中国人的作品翻译成英文并出版发行，中国作家在英国是无法获得保护的。因为著作权作为知识产权的一种，具有地域性的特征，在中国未加入《伯尔尼公约》或与英国签订保护知识产权的双边协定之前，中国公民在中国取得的著作权仅在中国境内受到保护，英国并无保护中国公民著作权的义务。

为什么知识产权会具有地域性呢？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。

随着国际经济一体化进程的加速，知识产权的地域性也有被淡化的趋势。在一些地区经济一体化组织中，各成员国在知识产权的某些方面打破了国界的限制。例如，1968年比利时、荷兰和卢森堡制定了《比荷卢统一商标法》，这样，商标申请人就可以申请注册在该3国都受承认和保护的商标。再如20世纪80年代欧共体制定《欧洲专利条约》后，申请人可以申请“欧洲专利”，一旦被授权，在欧共体各成员国都受保护。《伯尔尼公约》则规定了“自动保护原则”，即作品一旦创作完成就自动享有著作权，而无须进行登记或发表。同时，《伯尔尼公约》又要求各缔约国保护其他缔约国国民创作的作品。这意味着一个缔约国国民的作品在其他缔约国是自动受到保护的，从而大大削弱了著作权的地域性。

应当注意的是：国际条约只是在一定程度上削弱了知识产权的地域性，但并没有完全取消地域性。即使是《伯尔尼公约》也规定各缔约国有权依照本国法律对来自其他缔约国的作品进行保护。例如，《德国著作权法》规定了“追续权”，而这并不是《伯尔尼公约》要求各缔约国必须规定的著作人身权。中国《著作权法》并不承认“追续权”，因此，德国公民在德国享有的“追续权”是无法在中国受到保护的。

而对专利权和商标权而言，地域性的特征仍然非常突出。其中的重要原因在于专利权和注册商标权并非自动产生，而是需要经过国家法定机关的授权或注册。而各国专利法和商标法对授权或注册的标准各不相同，因此，在一国获得的专利权和注册商标权只能在本国受到保护。例如，美国授予并保护商业方法专利，但多数国家都不承认商业方法的可专利性，因此，同样的商业方法在美国可以获得专利，但在多数国家是不会获得专利的。再如，澳大利亚等国家的商标法规定气味也可以被注册为商标，而我国《商标法》规定注册商标必须是视觉商标或声音商标。这样，在澳大利亚注册的气味商标在中国就不能获得注册。

特别需要指出的是：虽然在专利权和商标权方面已经有了《保护工业产权巴黎公约》(简称《巴黎公约》)，但《巴黎公约》并没有取消专利权和商标权的地域性，并未创造出所谓的“世界专利”或“世界商标”。例如，中国和美国虽然都是《巴黎公约》的缔约国，但在美国合法获得的专利权和获得注册的商标在中国并不会自动受到保护。美国的权利人只有在被授予中国专利权和获得中国商标注册之后，其发明创造和商标才在中国受到保护。《巴黎公约》只是规定了各缔约国应当对知识产权实行的最低保护水平，以及在申请程序等方面的国民待遇等原则。

(四) 时间性

知识产权的时间性是指有多数种类知识产权的保护期是有限的，一旦超过法律规定的保护期限就不再受保护了。例如，我国《著作权法》对于普通作品规定的保护期限是作者有生之年加 50 年，50 年之后，该作品的著作财产权就不再受《著作权法》保护，出版社可以不经作者继承人的许可而出版该作品，其他作者可以自由地将该作品改编成其他文艺形式。同样，我国《专利法》对发明专利的保护期为 20 年，20 年之后原专利技术就进入了公共领域，可以为任何人所自由地使用。

多数种类知识产权的时间性与所有权的“永续性”形成了鲜明对照。对于所有权而言，只要作为客体的物没有出现被毁损、灭失等情况，对该物的所有权就可以一直存在。那么为什么客体可以与其物质载体相分离的多数种类知识产权不能像所有权那样“永续”呢？其原因仍然在于知识产权完全是法律基于公共政策创造出的财产权，它的创设是为了激励人们从事文艺创作和创造发明，并保护相关的特定利益。但是，知识产权的客体原本毕竟是能够被自由传播和使用的，如果法律规定其创造者永远享有知识产权，社会公众始终需要付费才能使用，反而会妨碍公众根据前人的非物质成果进行新的创作和创造发明，从而形成对知识产权的过度保护。因此，对公开的智力创造成果而言，其知识产权的保护期是受到限制的。

对于商业标记、商业秘密等非智力创造成果或非公开性信息而言，其原本就不是他人进行创作或创造活动的基础，或者原本就不能为公众所获得，上述限制知识产权保护期的政策理由并不存在，因此可以一直进行保护。但对于注册商标而言，需要在法定期限内进行续展才能获得持续的保护。

二、知识产权的性质

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，包

括公民之间、法人（其他组织）之间、公民和法人（其他组织）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。尽管知识产权与其他民事权利相比有其自身的特殊之处，但适用于知识产权的基本法律原则和制度都来自于民法。

需要注意的是：知识产权属于私权并不意味着知识产权的行使完全不受国家公权力的调整和干预。在现代社会，私权普遍在某种程度上受到国家公权力依法进行的调整和干预，而在知识产权领域，公权力的调整和干预相对显得要多一些。例如，对于著作权，我国《著作权法》规定了合理使用和法定许可制度，实际上就是国家通过法律对著作权在特定条件下进行的限制。再如，《专利法》规定了强制许可，在专利权人不愿许可他人使用专利的情况下，代表国家的国家知识产权局可以在法定条件下根据他人申请，许可其使用专利。这也是一种公权力依法调整和干预知识产权行使的典型反映。但是，公权力对知识产权依法进行的调整和干预并没有改变知识产权的私权性质。如果认为只要受到公权力的调整和干预，一种私权就变成了公权，那么世上可能就没有什么私权可言了。例如，所有权也会受到公权力的干预，国家为了公共利益的需要可以依法定程序征用私人房产，但所有权并不因此就变成了公权。

曾经有一种观点认为：专利权是国家授予的，没有专利局代表国家进行授权，专利权就无从产生，因此，专利权带有行政权性质。这一观点是无法成立的：私权的产生是否需要国家机关经过法定程序加以认定与私权的性质并无直接关系。私房买卖需要在国家房地产管理机关进行产权变更登记，这是否就意味着买家对购得的私房享有的所有权也带有行政权的性质呢？同样，结婚也需要经过国家民政部门的登记，只有完成了登记手续、取得了结婚证书之后，婚姻关系才合法成立，夫妻之间才互相享有法律上的权利，如法定继承权等，难道夫妻之间的权利也因为需经过国家民政部门的登记而取得就成了公权吗？因此，在判断知识产权究竟是公权还是私权的时候，其标准仍然是看主体之间的关系究竟是平等的关系还是不平等的关系、权利的行使主要以国家单方面意志为主还是以各方意思自治为主。在知识产权领域，尽管存在着公共权力的调整和干预，但它调整的关系主要是民事主体之间等价有偿的财产关系，权利的行使主要取决于民事主体之间的意思之治，所以知识产权是私权。TRIPs 协定因此开宗明义地指出：知识产权是私权。[①]

第四节　知识产权侵权救济的程序保障

知识产权侵权行为与一般民事侵权相比，具有侵权行为实施较为便捷、成本低廉、侵权行为难以查实和损害后果极易扩大等特点，因此，许多国家的知识产权立法对知识产权侵权诉讼作出了一些特殊规定，以从程序上保障权利人得到及时救济。

---

① 参见 TRIPs 协定前言部分。

一、临时措施

(一) 临时措施概述

临时措施是指法院在对案件的是非曲直作出最终判决之前，先行采取的保护当事人利益的措施。这种措施在许多情况下对于制止正在或即将实施的侵权行为、保存重要证据、防止损害后果进一步扩大和导致无法弥补的损失是至关重要的。例如，当一家公司商业性地使用盗版软件，构成侵犯软件著作权人复制权的行为时，如果无法在起诉之前就由法院进行证据保全，则该公司在接到起诉书后可以通过删除盗版软件轻而易举地销毁证据，使得软件著作权人的诉讼请求无法得到支持。再如：唱片公司发现一家网站正在陆续将其新录制的CD转成MP3格式置于网上供用户下载，如果不能及时制止这一侵权行为，短时间内这些MP3歌曲就可能被反复下载、复制和传播，严重冲击正版CD的销量。等到法院作出最终判决时，唱片公司的损失可能已无法挽回。而且由于无法准确地计算损失，法院判决的赔偿金额可能并不足以对唱片公司加以充分的补偿。对唱片公司而言，保护其利益最有力的手段莫过于法院立即采取禁止这家网站实施侵权行为的临时措施。

英美法系国家中的“临时禁令”（preliminary injunction），即在法院作出最终判决之前临时性地禁止当事人从事某种活动的法院令，就是一种典型的临时措施。以著作权法为例，《美国版权法》第502条（a）款规定：法院可以按其认为合理的条件发出临时禁令，以防止或制止侵犯版权行为的发生。《英国版权法》第96条第2款规定：在版权侵权诉讼中，原告可以要求获得禁令作为救济。在法院下达禁令后，收到禁令的当事人就不能再从事禁令所禁止的行为，否则，将导致藐视法庭等严重后果。

此外，一些国家的知识产权立法还规定，法院在作出最终判决之前，可以根据权利人的申请扣押或没收侵权产品、侵权复制件或用于实施侵权行为的工具，以防止侵权行为人继续实施侵权行为。如《美国版权法》第503条（a）款规定：在版权侵权诉讼过程中，法院可以按照其认为合理的条件，没收被指称侵权或用于侵权的作品复制件、唱片、印版、模具、字模、母盘、磁带、电影底版等。《英国版权法》第99条第1款规定：如果某人在商业过程中占有、控制作品的侵权复制件或某种专门用于制作侵权复制件的工具，版权人可以申请法院将该侵权复制件或工具交付于他。

TRIPs协定第50条也规定：司法机关有权责令采取迅速和有效的临时措施以便防止侵犯知识产权的货物进入商业渠道，以及保存关于被指控侵权的有关证据。

我国《著作权法》、《专利法》和《商标法》在2001年进行修订时，以TRIPs协定第50条为依据，同时借鉴了英美法系“临时禁令”制度，规定了诉前责令停止侵权、诉前证据保全和诉前财产保全三类临时措施。

(二) 诉前责令停止侵权

我国三大知识产权立法均规定了诉前责令停止侵权的措施。《著作权法》第50条、《专利法》第66条和《商标法》第65条规定：著作权人、专利权人或注册商标专用权人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其权利的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向法院申请责令停止有关行为。

根据最高人民法院颁布的相关司法解释，知识产权人或者利害关系人可以在起诉前向

侵权行为地或者被申请人住所地对知识产权侵权案件有管辖权的法院提出申请。“利害关系人”包括知识产权许可使用合同的被许可人和知识产权财产权利的合法继承人。在知识产权许可使用合同的被许可人中，除非另有约定，独占使用许可合同的被许可人可以单独向法院提出申请；排他使用许可合同的被许可人在知识产权人不申请的情况下，可以提出申请；普通使用许可合同的被许可人则不能单独向法院提出申请。

申请应当向侵权行为地或者被申请人住所地有管辖权的法院提出，申请人应当递交或提供：（1）书面申请状，载明当事人的基本情况，申请的具体内容、范围，申请的理由，包括有关行为如不及时制止，将会使申请人的合法利益受到难以弥补的损害的具体说明。（2）有关享有知识产权的证明，如著作权登记证明、专利证书、商标注册证等。如申请人为使用许可合同的被许可人，应提交知识产权许可使用合同等证明材料。排他使用许可合同的被许可人单独提出申请的，应当提交知识产权人放弃申请的证据材料；知识产权财产权利的继承人应当提交已经继承或者正在继承的证据材料。（3）证明被申请人正在实施或者即将实施侵犯知识产权的行为的证据。（4）相应的担保。如未能提供担保，法院将驳回申请。在确定担保的范围时，法院将考虑责令停止有关行为所涉及的活动的收益，以及在涉及商品的情况下，合理的仓储、保管等费用，以及停止有关行为可能造成的损失等因素。在执行停止有关行为的裁定过程中，如果被申请人可能因采取该项措施遭受更大损失的，法院可以责令申请人追加相应的担保，申请人不追加担保的，法院可以解除有关停止措施。由于诉前责令停止侵权的措施毕竟是在法院尚未有机会全面听取当事人双方的意见并审查双方提供的证据之前，依申请人“一面之词”而作出的，存在着申请人提供虚假证据限制被申请人的正常商业行为的风险，为了保障被申请人的合法利益，防止申请人滥用临时措施机制，要求申请人提供相应的担保是完全必要的。TRIPs 协定也规定：成员国的司法机关不但有权要求申请人提供所有可以合理获得的证据，以使司法机关足以确信该申请人为权利人、其权利正在受到侵犯或此种侵权已迫近，而且有权责令申请人提供足以保护被申请人和防止滥用临时措施的保证金或与之相当的担保。

对于申请人提出的责令停止侵权行为的申请，法院经审查后符合法定条件的，应在 48 小时内作出书面裁定，责令被申请人停止侵权行为，而且应当立即开始执行；并在至迟不超过 5 日的时间内及时通知被申请人。对裁定的时间作出严格规定是因为侵权行为往往会给权利人造成难以弥补的损失，因此，法院应尽早对申请是否符合法定条件进行审查并作出裁定，以便于权利人及时制止侵权行为。

当事人对诉前责令停止有关行为的裁定不服的，可以在收到裁定之日起 10 日内申请复议一次，复议期间不停止裁定的执行。法院对复议申请应当从以下几方面进行审查：（1）被申请人正在实施或者即将实施的行为是否侵犯知识产权；（2）不采取有关措施，是否会给申请人的合法权益造成难以弥补的损害；（3）申请人提供担保的情况；（4）责令被申请人停止有关行为是否损害社会公共利益。

值得注意的是，这四个考虑因素非常类似于美国法院长期以来形成的颁布“临时禁令”的若干标准：根据事实，原告胜诉的可能性；在颁布禁令之外是否有其他充分的法律救济手段；不颁布禁令是否会导致无法弥补的损害；不颁布禁令给原告造成的损失是否会超过被告可能因禁令而遭受的损失；颁布禁令是否会危及公共利益。在实践中，如果法院确信

原告具有胜诉的极大可能，均会认定不颁布禁令会对原告造成无法弥补的损失。但法院会仔细考虑后两个因素，因为在一些情况下，即使原告确实有极大的胜诉可能性，颁布禁令也并非最适合的救济方式。例如，被告未经许可在原告作品基础之上创作并出版了受到广泛欢迎的续写作品（演绎作品），颁布禁止该侵权作品继续出售的禁令就会使公众无法欣赏到优秀作品。此时，让被告承担赔偿责任是一种对公共利益更为有利的救济方式。再如，在1984年美国联邦最高法院判决的“索尼案”中，即使是认为私人录制不是“合理使用”、索尼公司出售录像机的行为构成“帮助侵权”的4名大法官，也不赞成颁布禁止索尼公司出售录像机的禁令，因为除了电影作品版权人之外，许多电视节目的版权人并不反对消费者录制他们的节目，禁令会不合理地剥夺大批消费者使用录像机合法录制电视节目的机会。虽然最高人民法院的司法解释并未对“是否会损害社会公共利益”的含义作出更详细的解释，但美国法院的实践可以起到参考作用。同时，在措辞的使用上，“被申请人正在实施或者即将实施的行为是否侵犯知识产权”似不如“被申请人正在实施或者即将实施的行为侵犯知识产权的可能性”更为准确，因为毕竟在法院全面审理之前，凭申请人单方面提供的证据还难以对被申请人的行为是否侵犯知识产权作出认定。

在法院对被申请人采取责令停止有关行为的措施后，申请人应当在15日内对被申请人提起诉讼，否则，法院应当裁定解除所采取的临时措施。这同样是为了保障被申请人的合法利益，防止申请人滥用临时措施机制。由于法院采取的措施是根据申请人单方面的申请作出的，被申请人尚未有充足的时间准备和提交有利于自己的证据、对申请人的请求进行反驳和抗辩。而且停止有关行为的裁定的效力，一般将维持到终审法院文书生效时才终止。因此，如果允许申请人在法院采取责令被申请人停止有关行为的措施之后，无限期拖延起诉时间，使法院迟迟不能对被申请人的行为是否构成知识产权侵权进行全面审理，无疑剥夺了被申请人及时获得公正司法保障的机会。TRIPs协定也规定：如导致根据案件是非曲直作出裁决的程序未在合理期限内启动，则应被申请人请求，司法机关采取的临时措施应予撤销或终止。该合理期限在一成员国法律允许的情况下由责令采取该措施的司法机关确定，如未作出此种确定，则不超过20个工作日或31天，以时间长者为准。

如果申请人不起诉或者申请错误给被申请人造成损失的，被申请人可以向法院起诉，请求申请人赔偿，也可以在申请人提起的侵权诉讼中提出损害赔偿请求。如法院认定申请错误导致被申请人遭受损失，申请人应予以赔偿。

需要注意的是：根据最高人民法院的司法解释，权利人在提起侵权诉讼之后，同样可以请求法院先行裁定被告停止侵权行为。法院可以按照相同的程序作出裁定。

（三）诉前证据保全

《著作权法》第51条、《专利法》第67条、《商标法》第66条规定：为制止侵权行为，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，著作权人或者与著作权有关的权利人可以在起诉前向人民法院申请保全证据。《民事诉讼法》第81条第2款也规定：因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，利害关系人可以在提起诉讼前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。

根据相关司法解释，当事人申请诉前证据保全措施以及法院作出裁定的程序、条件与诉前责令停止侵权基本相同，此处只就其特殊之处作出说明：首先，申请人应当说明申请

诉前证据保全的理由，包括证据可能灭失或者以后难以取得，而且当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的具体说明。其次，如果申请人申请诉前保全证据可能涉及被申请人遭受财产损失的，法院可以责令申请人提供相应的担保。例如，当软件著作权人怀疑一家公司使用其软件的盗版时，可以在诉前申请法院进入该公司对被怀疑安装盗版软件的计算机进行证据保全，而这将使得该公司在法院判决之前无法使用相关软件进行商业活动，有可能导致该公司的财产损失。此时法院就可以要求申请人提供担保。

需要注意的是：诉前证据保全的目的之一是避免被申请人转移或销毁证据，因此，一般只有在不事先通知被申请人的情况下由法院实施才能达到保全证据的效果。虽然法律和司法解释都没有对这一点作出规定，但 TRIPs 协定明确规定：在存在证据被销毁的显而易见的风险时，司法机关有权采取不作预先通知的临时措施。因此，法院应当有权在不事先通知被申请人的情况下采取证据保全措施。同时，相关司法解释在规定当事人对诉前责令停止有关行为的裁定不服的，可以在收到裁定之日起 10 日内申请复议一次时，没有规定当事人对诉前证据保全的裁定不服可以申请复议。但 TRIPs 协定要求成员国的司法机关应当根据被申请人的请求，对临时措施进行审查，包括进行听证，以期在作出关于有关措施的通知后一段合理期限内，决定这些措施是否应进行修改、撤销或确认。鉴于我国已加入世界贸易组织，有履行 TRIPs 协定的义务，法院应当在进行诉前证据保全之后，给被申请人以申请复议的机会。

（四）诉前财产保全

《著作权法》第 50 条、《商标法》第 65 条均规定了诉前财产保全的临时措施。同时《民事诉讼法》也规定了诉前财产保全制度可以适用于知识产权诉讼的诉前财产保全。《民事诉讼法》第 101 条至第 105 条规定：利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请；人民法院接受申请后，必须在 48 小时内作出裁定，裁定采取保全措施的，应当立即开始执行；申请人在人民法院采取保全措施后 30 日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的，人民法院应当解除保全。保全限于请求的范围，或者与本案有关的财物。财产保全采取查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法；人民法院保全财产后，应当立即通知被保全财产的人；财产已被查封、冻结的，不得重复查封、冻结。对于财产纠纷案件，被申请人提供担保的，人民法院应当裁定解除保全；申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。第 108 条规定：当事人对保全的裁定不服的，可以申请复议一次；复议期间不停止裁定的执行。这些规定与三大知识产权法及相关司法解释对诉前责令停止侵权措施的规定基本上是一致的，需要注意的不同之处在于：对于责令停止侵权的措施，除非申请人同意，否则，不因被申请人提供担保而解除。而对于财产保全的措施，被申请人提供担保的，法院应当解除。这是因为这两种临时措施所要达到的目的不同：前者是为了阻止被申请人实施侵权行为，避免造成申请人的损失或进一步扩大损失。在法院对案件进行全面审理并对侵权行为造成的损失作出认定之前，无法确认被申请人的担保是否足以弥补申请人的损失；而且一些侵权行为涉及对著作人身权的侵犯，是必须加以制止的。后者则是为了防止被申请人转移、隐匿财产或因其他原因丧失清偿能力，如果被申请人提

供了与被保全财产相当的担保，财产保全措施的目的就已经达到，无须再继续对被申请人的财产进行保全了。

二、管辖与时效

在对侵权行为提起的民事诉讼中，诉讼管辖对于原告而言是很重要的因素，因为适当的管辖地不但可以节省原告的旅费、住宿等诉讼成本，还可能对日后的执行较为有利。与其他侵权诉讼相比，知识产权侵权诉讼无论在地域管辖还是级别管辖方面都有一些特殊之处。

《民事诉讼法》第28条确定的有关地域管辖的一般原则是：因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》，“侵权行为地”包括侵权行为实施地、侵权结果发生地。而最高人民法院在相关知识产权的司法解释中，又进一步规定：除了被告所在地的法院有管辖权外，对著作权和商标权民事纠纷，由侵权行为的实施地、侵权复制品或侵权商品储藏地或者查封、扣押地的人民法院管辖。这实际上是将“侵权复制品或侵权商品储藏地或者查封、扣押地”解释为“侵权结果发生地”。侵权复制品或侵权商品储藏地，是指大量或者经常性储存、隐匿侵权复制品或侵权商品所在地；查封、扣押地，则是指海关、版权、工商等行政主管机关依法查封、扣押侵权复制品或侵权商品所在地。对于涉及不同侵权行为实施地的多个被告提起共同诉讼的，原告可以选择其中一个被告的侵权行为实施地人民法院管辖；仅对其中某一被告提起诉讼的，该被告侵权行为实施地的人民法院有管辖权。对于专利权民事纠纷，如果以制造者与销售者为共同被告起诉的，销售地人民法院有管辖权。

此外，最高人民法院在《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》中，又针对网络著作权侵权的特殊情况，将“侵权行为地”解释为包括实施被诉侵权行为的网络服务器、计算机终端等设备所在地，以及在难以确定侵权行为地和被告住所地时，可视原告发现侵权内容的计算机终端等设备所在地为侵权行为地。

这样一来，权利人可以充分利用有关侵权行为地域管辖的规则，选择对自己最为有利的管辖法院。例如，权利人在上海，侵权者的住所在天津，但却在北京实施了未经许可印刷、出版权利人作品的侵权行为，被印刷、出版的侵权复制品在全国各地都有出售。此时权利人就可以在上海起诉侵权者，以节省诉讼成本。因为侵权复制品在上海有售，上海就是“侵权结果发生地”，即可视为“侵权行为地”。权利人也可先请求上海著作权行政主管部门先行扣押侵权复制品，这样上海就成为“查封、扣押侵权复制品所在地”，上海法院就具有管辖权。

在级别管辖方面，最高人民法院在相关司法解释中规定：（1）专利权民事纠纷一审案件应当由省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院和最高人民法院指定的中级人民法院管辖。最高人民法院根据实际情况，可以指定基层人民法院管辖第一审专利纠纷案件。（2）著作权和商标权民事纠纷均由中级以上人民法院管辖。对于著作权民事纠纷，各高级人民法院可以确定若干基层人民法院管辖第一审民事纠纷案件。对于商标权民事纠纷，各高级人民法院经最高人民法院批准，可以在较大城市确定1个到2个基层人民法院受理第一审商标民事纠纷案件。

之所以规定原则上由中级人民法院作为知识产权民事纠纷案件的一审法院，而对于专利纠纷一般还需要特定的中级人民法院作为一审法院，是因为审理知识产权民事纠纷需要法官具有较高的专业素质。例如，许多著作权案件涉及互联网、计算机软件等高技术手段，没有受过专门训练、很少使用计算机和网络的法官是很难从容应对的。而专利侵权纠纷往往涉及技术，更需要法官具备较高水准。但是，在一些经济较为发达的地区，基层人民法院已经具备了审理著作权和商标权民事纠纷的能力，当地高级人民法院就可以指定若干基层人民法院作为一审管辖法院。

按照《民法通则》第135条和第137条的规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。这一原则性规定当然适用于知识产权侵权诉讼。但是，许多侵犯知识产权的行为是持续性，如音像店出售盗版音像制品，只要出售行为一直在继续，就构成对音乐作品著作权人、表演者和录音制品制作者权利的持续侵犯。为了加强对知识产权的保护，同时维护公共利益，最高人民法院在相关司法解释中对知识产权侵权诉讼的时效作出了特别规定：侵犯知识产权行为的诉讼时效为2年，自权利人知道或应当知道侵权行为之日起计算。如果权利人超过2年起诉的，只要著作权、专利权和商标权仍在保护期内，法院应当判决责令停止侵权行为，但侵权损害赔偿数额只从权利人向法院起诉之日向前推算2年计算。例如，权利人知道侵权人自2000年2月1日开始实施侵犯其专利权的行为，但直至2005年2月1日才向法院提起诉讼。只要起诉时专利权仍然在保护期内，法院就应责令侵权人停止侵权，但赔偿数额只能从2003年2月1日算起。至于2000年2月1日至2003年1月31日之间权利人的损失，不能计算在赔偿数额之内。

这意味着只要著作权、专利权、商标权尚处于保护期内，而且起诉时侵权行为仍在持续，权利人即使在知道或应当知道侵权行为之日起20年之后再起诉，仍然享有胜诉权，只是侵权损害赔偿数额的计算只能以最后2年为准。而《民法通则》第137条已经明确规定，“从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。”而且最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第169条规定：权利人由于客观的障碍在法定诉讼时效期间不能行使请求权的，属于《民法通则》第137条规定的“特殊情况”。从法律解释学的一般原理来看，不应将著作权和商标权侵权诉讼这一整类都视为“特殊情况”。因此，司法解释有关诉讼时效问题规定的法理依据，仍然是值得商榷的。

【思考题】

1. 在我国发生的多起因将他人的作品、姓名等注册为商标而引发的纠纷中，被控侵权的商标注册人均声称“该商标是依照中国法律申请注册并享有专用权的注册商标，对注册商标的合法使用行为受我国法律保护”，并据此提出侵权抗辩。你认为这种抗辩理由能否成立？

2. 根据《伯尔尼公约》的规定，只要创作成果构成作品，就自动在《伯尔尼公约》成员国受到保护，无须履行登记或其他手续。请问：该公约是否彻底消灭了著作权领域的地域性？

第二章
著作权法律制度概述

本章导读

著作权是知识产权中重要的一部分，向来是学习知识产权的起点。从保护出版者利益开始，到《安娜女王法》的颁布，早期著作权制度经历了两个阶段。著作权的发展与科学技术的进步有密切关系，从印刷术、电子技术到网络技术，每一次巨大的科技进步都会催生出新的著作权客体和专有权利，因此，需要用发展的眼光看待和学习著作权法律制度。作为概论，本章主要论述了著作权的概念、早期著作权制度的情况，以及著作权制度在我国的发展概况。

第一节　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。狭义的著作权仅指作者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，即作者之外的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、录音录像制品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）。

与“著作权”这一术语经常替换使用的是“版权”。“著作权”与“版权”这两个术语从词源来看存在很大差别。“版权”（copyright）是英美法系的概念。从其英文原词可以看出，版权的最初意思就是“复制权”，是为了阻止他人未经许可复制作品、损害作者经济利益而由法律创设的权利。英美法系国家从未将版权看成所谓的“天赋人权”或“自然权利”，而是将它视作鼓励、刺激创作作品的公共政策的产物。与此相适应，版权的侧重点也在于保护作者的经济权利。作品长期以来被单纯视为作者的财产，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。有的英美法系国家甚至规定在这种情况下视雇主为作者。

而“著作权”是大陆法系的概念，其原意为“作者权”（author's right）。与英美法系的版权法相比，大陆法系的著作权法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。有的大陆法系国家甚至不允许著作权转让。同理，对于雇员为了完成雇主交付的工作任务而完成的作品，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。

但是，随着两大法系的主要国家均加入了《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。例如，目前大部分英美法系国家都在其版权立法中规定了作者的人身权利。以前一直不在联邦版权法中明确承认人身权利的美国也在20世纪90年代修法，为视觉艺术品的作者规定了人身权利。而一些大陆法系国家对于计算机软件也承认其著作权可以为雇主所原始取得。不过，版权制度与著作权制度的差异毕竟没有消失。

我国自清末从日本引进“著作权”的概念后，在正式立法中一直使用“著作权”，我国现行立法的名称也是《著作权法》。但这并不意味着我国的《著作权法》体现了典型的大陆法系著作权制度，相反，英美法系版权法中的不少规则和观念也体现在我国《著作权法》之中。例如，《著作权法》规定了“法人作品”、在特定条件下视法人或其他组织为“作者”，这条规定是借鉴自《美国版权法》，而传统大陆法系著作权法是绝不会承认不能动手进行实际创作的法人或其他组织能够成为“作者”的。再如，《著作权法》规定电影作品的著作权归制片人享有，这条规定同样来自英美法系版权法的规定。由于我国《著作权法》同时借鉴了两大法系的制度，该法第57条明确规定“本法所称的著作权即版权”，这使得“著作权”和“版权”在我国立法中成为同义词。

理论研究

对著作权正当性的解释

为什么法律要将作品这种原本自由流动、可为任何人所免费使用的信息变成为信息创造者所垄断的财产？不同的思想流派给出了不同的正当性解释。在英美法系国家，占主导地位的是功利主义的正当性解释，也即认为版权并非一种天赋人权，而是立法者为了鼓励、刺激更多的人投身于特定对社会有益的活动（如创作作品、进行发明创造等）之中，而通过立法创设的。美国联邦宪法第1条第8款规定：“国会将有权……通过保证作者和发明人对其作品和发明享有有限时间的专有权利，以促进科学和实用技术的进步”；世界上第一部版权法——英国的《安娜女王法》也指出：该法的目的是“鼓励有知识的人们创作和写作有益的书籍”。这些目的性极强的条款说明立法者是将版权作为一种政策性工具加以使用的。

与此形成对比的是，大陆法系国家更多地从天赋人权的角度去解释法律创设著作权的

正当性，也即认为著作权是一种自然权利，作者只要创作出了作品，国家就有义务保护其著作权。以法国为例，法国国会早已否定了保护作品是为了刺激文学和艺术活动这一功利主义的观念。[①]《世界人权宣言》第27条第2款规定："人人对由于他所创作的任何科学、文学或美术作品而产生的精神的和物质的利益，有享受保护的权利。"这也正是将版权视为自然权利的结果。

英国哲学家约翰·洛克在其名著《政府论》中关于"劳动财产权"的学说，也经常被用于论证著作权的自然权利属性。洛克认为："土地和一切低等动物为一切人所共有，但是每人对他自己的人身享有一种所有权，除他以外任何人都没有这种权利。他的身体所从事的劳动和他的双手所进行的工作，我们可以说，是正当地属于他的。所以只要他使任何东西脱离自然所提供的和那个东西所处的状态，他就已经渗进他的劳动，在这上面加入他自己所有的某些东西，因而使它成为他的财产。既然是由他来使这件东西脱离自然所安排给它的一般状态，那么在这上面就由他的劳动加上了一些东西，从而排斥了其他人的共同权利。因为，既然劳动是劳动者无可争议的所有物，那么对于这一有所增益的东西，除他以外就没有人能够享有权利，至少在还留有足够的同样好的东西给其他人所共有的情况下，事情就是如此。"[②] 显然，作品是基于作者的劳动而产生的，是"脱离自然状态的"。根据"劳动财产权说"，作者对作品享有财产权也就是天经地义的了。

"自然权利说"对于著作权法中的某些制度而言是具有说服力的。例如，著作人身权（也被称为精神权利）通常被认为是一种与生俱来的权利。在著作权制度产生之前，无论是作者还是一般公众，都认为未参与创作者在作品上署名的行为是极不道德的。然而，"自然权利说"并不能对著作权法提供全面的正当性解释，在著作权法的规则日趋精细的今天更是如此。许多类型的劳动成果并非刚一出现就受到著作权法的保护，而是在经过长期激烈争议之后才最终被纳入了著作权法保护的作品范围，如计算机程序。还有一些类型的劳动成果在一些国家作为作品受到保护，而在另一些国家不被作为作品保护，如独创性程度较低的照片在大陆法系国家不被认为是作品，但在英美法系国家被认为是作品。"自然权利说"很难解释这些现象。

与"自然权利说"密切相关的"劳动财产权说"也有类似问题，它无法解释，为什么许多具有价值的劳动成果不能作为作品受到著作权法的保护。例如，电话号码簿、足球赛程表、具有极高价值的思想观念（如牛顿提出的"万有引力"）和首次被发现的事实等成果无疑是基于人们的辛勤劳动而产生的，是"脱离自然状态的"，但它们并不能受到绝大多数国家著作权法的保护。

本书作者认为：功利主义的正当性解释更符合现代著作权法的现实。当然，"自然权利说"可以成为有益的补充，因为其更适合解释保护精神权利的正当性。

---

① 引自［美］简·金斯伯格：《两种权利的比较：法国时期大革命的著作权与美国的版权》，载《杜兰大学法律评论》，第64卷，991、992页，1990。

② ［英］约翰·洛克著，叶启芳、瞿菊农译：《政府论》（下篇），17～20页，北京，商务印书馆，2005。

第二节 著作权制度的产生与发展

应当说，在人类历史长河中，与其他财产权制度相比，著作权制度的历史是非常短暂的。从发展过程来看，著作权制度的产生经历了两个阶段。

一、特许出版权时期

著作权是一种民事权利，而权利一定代表并且保护着某种利益。法律之所以要创设著作权这种新型民事权利，也是基于某种特定利益需要受到保护的现实。这种利益最初反映为出版商出版文学艺术作品而产生的利益。在封建社会后期，造纸术和印刷术的普及和应用大大降低了书籍出版的成本，导致了出版行业的繁荣。出版商通过大规模地印刷和出版书籍，获得了丰厚的利润。一方面，许多大书商的社会、政治地位越来越高，能够影响到政府的决策；另一方面，印刷成本的降低又使得许多小书商盗印书籍变得极其容易，威胁到了大书商的利益。出于维护自身利益的需要，这些大书商不断要求政府给予他们保护，而当时的封建政府出于书籍审查、言论控制和获得稳定税收的需要，也愿意与这些出版商合作，其手段就是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。这种垄断权就是著作权制度的前身——特许出版权。西方从15世纪开始，威尼斯共和国政府、罗马教皇、法国国王和英国国王都曾向印刷出版商授予专有印刷、出版的特权，以及禁止他人翻印的特许令。在英国，16世纪成立了由出版商组成的印刷公会，英国政府实行书刊出版的特许证制度，由皇室特别授权印刷公会的成员以出版书籍的垄断权。1662年的《许可法案》也规定了这一机制。印刷、出版特权在我国古代也有所反映。在我国宋代的《东都事略》中，已载有“已申上司不许覆版”的文字。[①]“覆版”就是“翻版”，也就是现代语言中的“盗版”。我国香港和台湾地区现在还在使用“翻版”指代“盗版”。宋朝国子监甚至还发布过对盗印者将施以“追板劈毁、断罪施刑”处罚的公告。[②]“追板劈毁”就是把用于印刷盗版书籍的母版劈烂、毁坏，类似于今天查禁盗版光盘生产线，把用于制作盗版的母盘用压路机压毁。明代的书籍中曾出现“陈衙藏版，翻刻必究”的牌记[③]，有点类似于今天的“盗版必究”了。

需要注意的是：特许出版权并不是真正的著作权，它是一种封建政府或君主授予的出版特权，是一种公权力；而且能够获得特许权的只能是出版商，而不是作者。而现代意义上的著作权绝不是出版商的权利，而是作者的权利，出版商只能基于作者的许可而获得复制和发行作品的权利。特许出版权并不保护作品作者的权利，而只是保护当时在封建社会中拥有很大权力的出版商的利益，所以与现代著作权制度存在本质区别。有的著作将上文提到的宋代书籍中的“已申上司不许覆版”描述为“世界上最早的关于著作权的声明”，并

① 参见周林、李明山主编：《中国版权史研究文献》，2～3页，北京，中国方正出版社，1999。

② 参见上书，4页。

③ 参见上书，2～3页。

认为“我国自宋朝对著作权实施保护”[①]，或者以此认为“一味否认中国古代存在真正意义的版权保护制度也是不妥的”[②]，应是不能成立的。

二、现代著作权保护时期

随着西方资产阶级革命的胜利，资产阶级取代封建统治者登上了政治舞台。而能够创作文学艺术作品的知识分子在西方也作为资产阶级的一部分成为统治阶级，政治地位的提高使他们自然努力为自己谋求经济利益。而政府也日渐认识到保障作者的利益才能鼓励和刺激创作活动。在这种背景下，现代意义上的著作权制度开始产生。

英国1688年资产阶级革命之后，规定特许出版权的《许可法案》失效，出版商们也未能说服英国议会重新赋予其出版特权。在这种情况下，出版商们改变策略，转而争取使作者获得法律保护。由于作者往往会将其权利转让给出版商，一旦法律赋予了作者对其作品的权利，出版商也能从中受益。这一策略取得了成功。英国议会于1709年通过了一部以保护作者利益为核心的立法，史称《安娜女王法》（也有译作《安妮法》的）。该法的核心内容是：“鉴于最近印刷商、书商擅自印刷、重印、出版他人书籍或其他著述，而未获得该书籍或著述之著作者许可，对其造成损害，或经常导致其本人破产及家境败落，为防止将来此等行为的发生，同时为了勉励学人撰写著作及写作有益的书籍……（现规定）著作人及其受让人，自该书籍首次发行之日起算，应享有印刷、重印该书籍的专有权14年。”[③]

可见，《安娜女王法》一方面将保护的重点从出版商转向了作者，赋予作者对其作品的印刷、重印权（即现代意义上的复制和发行权），并明确指出立法的目的是鼓励创作；另一方面又规定了14年的保护期，从而确立了以作者为权利主体、以复制发行权为核心，辅之以法定保护期的现代版权制度雏形。

《安娜女王法》赋予作者的专有权利与封建时代的特许出版权有着本质的区别。特许出版权只保护出版商的利益，而《安娜女王法》将作者的利益放到了第一位。同时，特许出版权是由封建统治者特别授予的，是其单方意志的决定，是对出版商的“恩赐”，出版商不能随意转让被授予的印刷、出版特权，因此，特许出版权带有公权性质；而《安娜女王法》为作者规定了法定权利，这种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。正因为如此，《安娜女王法》被公认为人类历史上第一部现代意义的版权法。

从18世纪后期开始，欧洲大陆各国也开始建立著作权制度。但欧洲大陆各国的著作权法更多地接受了欧洲大陆启蒙思想家对作品的独特观念，启蒙思想家们并不将作品视为普通财产，而首先将其看作是作者人格的延伸和精神的反映，与此相适应，欧洲大陆各国著作权制度更为注重保护作者的人身权利，从而走上了与英美法系国家不同的著作权保护道路。

在此之后，科学技术的进步一直推动着著作权制度的发展。随着制图工艺、照片摄影

---

① 吴汉东主编：《知识产权法》，29页，北京，中国政法大学出版社，2004。

② 王兰萍：《近代中国著作权法的成长（1903—1910）》，6页，北京，北京大学出版社，2006。

③ 刘波林译：《安妮法》，载《中国版权》，2005（2）。

技术、电影摄制技术和计算机技术的出现，地图、摄影作品、电影作品和计算机软件也陆续被纳入了著作权的保护对象。而无线和有线广播技术、录音技术、卫星传播技术和网络技术又使得机械表演权、网络传播权等成为著作权人的专有权利。今后科学技术的发展还可能催生新的著作权客体和专有权利。

三、中国著作权法的概况

虽然中国是印刷术的故乡，但由于种种原因，封建王朝对印刷、出版商的特权保护制度始终没有演变成现代著作权制度。直至1910年，清政府才颁布了中国历史上第一部著作权法《大清著作权律》，但并没有来得及真正实施。1915年和1928年北洋政府和国民党政府也曾分别颁布《著作权法》。新中国成立后，中央政府虽然陆续颁布了一些有关稿酬和禁止翻版的文件，但并未形成系统的著作权制度。20世纪70年代末，我国开始了建立著作权制度的进程，当时国家出版局、文化部和广播电视部分别颁布了《书稿稿酬暂行规定》、《图书期刊版权保护试行条例》和《录音录像制品管理暂行规定》，对著作权给予了一定的保护。1986年颁布实施的《民法通则》开始将著作权等知识产权正式纳入法律保护范围。

1990年9月7日，第七届全国人大常委会通过了新中国第一部《著作权法》。该法的通过，标志着我国初步建立了现代著作权制度，具有重大的历史意义。此后，中国又分别于1992年和1993年加入了《伯尔尼公约》和《保护录音制品制作者防止未经授权复制其制品公约》，推动了中国著作权制度与国际接轨。

在1990年《著作权法》颁布后的10年间，我国的经济形势发生了重大变化：中国开始实行市场经济体制。这就要求著作权保护机制与市场经济相适应。同时，中国最终成功加入了世界贸易组织，因此必须承担TRIPs协定所规定的义务。而1990年的《著作权法》与上述要求还存在一定差距。为此，我国于2001年修订了《著作权法》，增加了受保护的作品类型和著作权人的专有权利，调整了“法定许可”的范围，增加了对技术措施和权利管理信息的法律保护，从而全面提高了我国著作权保护水平。2005年和2006年，《著作权集体管理条例》和《信息网络传播权保护条例》的通过又使得著作权集体管理有法可依，并大大加强了网络环境中对著作权的保护力度。2010年全国人大常委会再次对《著作权法》作了修订，删除了原第4条第1款，增设了关于著作权出质的规定。

【问题与思考】

1. 简述著作权的广义与狭义概念。
2. 论述大陆法系著作权制度和英美法系版权制度的差别。
3. 论述著作权发展的两大阶段。
4. 思考：我国古代有真正的著作权保护吗？
5. 论述《安娜女王法》的意义。

第三章
著作权的客体

本章导读

狭义著作权与邻接权的关键区别在于客体不同。只有著作权法意义上的“作品”才能享有狭义著作权，作品的创作者才能被称为著作权法意义上的“作者”。对作品之外的劳动成果只能享有邻接权，该劳动成果的创造者不是著作权法意义上的“作者”。

本章所使用的“著作权”为狭义概念，因此，本章标题“著作权的客体”即指由作者创作，并对其享有狭义著作权的作品。本章学习的重点和难点也在于判断何种劳动成果是著作权法意义上的“作品”。

第一节　作品的概念

无论是普通人还是文学艺术家或自然科学和社会科学研究者，要让他人了解自己的思想情感或科学领域的研究成果，就必须通过一定的文字、艺术等形式，如语言、声音、图像等来加以表达，使他人得以客观地阅读、欣赏和感知。这种将内心世界的思想感情借助语言、艺术和科学符号体系加以表达的过程就是“创作”，由此形成的具有文艺或科学美感和独创性的智力成果就是著作权法意义上的“作品”。

《中华人民共和国著作权法实施条例》（以下简称《著作权法实施条例》）第2条对“作品”所下的定义是：“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。”对“作品”的这一定义，应当从以下三个方面来理解：

首先，“作品”必须是人类的智力成果。纯粹的自然风光和声音虽然可能很优美、具有欣赏价值，以至于可以被称为“大自然的杰作”，但它不是人类智力创作的结果，也就不是著作权法意义上的作品。长江三峡上的神女峰宛若亭亭玉立的少女，无疑是一座自然天成的艺术品，但它并非由人雕刻、创作而成，因此，任何人都不可能享有对神女峰的著作权。如果有摄影师通过对拍摄角度、光线明暗、距离和光圈的选择而拍摄了一幅神女峰的艺术

照片，该艺术照片却是摄影师创作的作品，摄影师作为作者享有著作权。

其次，“作品”必须是能够被他人客观感知的外在表达。单纯停留在内心世界的思想感情或者“腹稿”并不是著作权法意义上的“作品”。作品是沟通作者内心世界和客观外部世界的桥梁，思想感情或“腹稿”如果没有通过一定语言、艺术或科学符号形式表达出来，就无法使社会公众加以阅读、欣赏或感知，也就没有任何社会价值，无法被复制和传播，当然也无法由《著作权法》加以保护。《著作权法实施条例》第2条所说的“能以某种有形形式复制”实际上就是强调“作品”只能是“外在表达”，因为只有“外在表达”才能以某种有形形式加以复制。例如，即使准备画竹子的画家已经在脑海中完成了对绘画每一处细节的构思设计，以至于“胸有成竹”，也不能认为他“胸中的成竹”是“作品”。只有当他将构思用画笔付诸纸张，画出了可供他人欣赏的竹子时，才能说这幅竹子图是作品。

需要注意的是：作品中抽象的思想本身是不受著作权保护的，只有对思想的具体表达才受著作权保护。但如何判断作品中的哪些成分属于不受著作权保护的思想有时比较困难，本章第三节将专门讲述思想与表达的分界问题。

最后，只有具有“独创性”的外在表达才是“作品”。“独创性”是“作品”区别于其他人类劳动成果的关键，但“独创性”的概念以及判断“独创性”的标准比较复杂，本章第二节将对此进行专门讲述。

理论研究

什么是“能以某种有形形式复制”

《著作权法实施条例》对“作品”的定义中，包括了“能以某种有形形式复制”的条件。然而，这一条件让人疑惑：它是指创作的过程可以再现，以产生与原作品完全一致的智力成果，还是指作品能够以任何方式被固定在物质载体上，形成复制件？如果是前者，则许多公认的作品将不再被承认为“作品”。例如，某些精美的艺术作品创作过程极为复杂，连作者本人都可能无法再次创作出相同的成果，难道该艺术作品就不是“作品”了？这显然不符合逻辑。如果是后者，则这一条件显得没有意义。试问：何种能够被感知的外在信息不能通过拍照、录音、录像等方式被固定在物质载体上？

外国著作权立法中并没有将“能以某种有形形式复制”作为构成作品的条件，只是许多立法将“作品被固定在物质载体之上”作为受保护的条件（“固定要件”）。本书作者认为，“能以某种有形形式复制”有可能借鉴了“固定要件”，但两者的含义大不相同：前者被规定为一种智力成果构成“作品”的条件，而后者是作品受到保护的条件。在我国现行立法中，将“能以某种有形形式复制”解释为“能够被客观感知的外在表达”较为合理。

实务探讨

作品的载体必须是民法意义上的“物”么

虽然“能以某种有形形式复制”不能等同于“固定要件”，但在许多情况下，作品的创

作和利用需要借助物质载体。那么，作品的载体是否必须是民法意义上的“物”？

在以人的身体为载体创作作品时，该问题显得非常突出。曾有发型师用模特的长发塑造出“雷峰夕照”、“断桥残雪”等西湖十景的造型。有一种观点认为：这类艺术发型不能构成作品，理由是包括头发在内的人体不是“物”，因此，艺术发型缺乏“物质载体”。

这一观点难以成立：首先，其误将“能以某种有形形式复制”等同于“固定要件”。我国著作权法并不以作品被固定在物质载体上为保护的条件，只是将“能以某种有形形式复制”作为作品的构成条件。艺术发型当然“能以某种有形形式复制”，如用照相机拍摄下来。其次，作品的“物质载体”与民法意义上的“物”也不能画等号。许多国家规定“固定要件”，是为了促使作者将作品固定在物质载体上，便于日后对作品进行复制和传播，同时也避免在发生诉讼时，因作品未曾固定而举证困难。因此，著作权法意义上的“物质载体”是指一切可以固定作品的物质。而民法不承认人的身体为“物”，是出于保护人格尊严、防止对人的身体进行商业交易的政策考虑，并非否认人的身体本身是物质世界的“物”、具有固定作品的功能。例如，许多艺术家在人体模特上所创作的彩绘精美绝伦，在符合独创性的条件下，当然可以作为美术作品受到保护。法院也认为“西湖十景”的艺术发型构成作品。[①]

需要特别指出的是，并非任何在字面上符合《著作权法实施条例》第2条规定的成果均属于著作权法意义上的“作品”。在浩如烟海的人类独创性智力成果之中，只有一部分构成著作权法意义上的作品。例如，爱因斯坦提出的质能方程 $E=mc^2$ 可谓20世纪最为重要的公式之一，爱因斯坦为此无疑付出了大量的创造性智力劳动；同时，该方程也从未被前人提出过，可谓是爱因斯坦的“独创”。但该公式无论在哪个国家，均无法作为“作品”受到著作权法的保护。

因此，在认定一种劳动成果是否构成著作权法意义上的“作品”时，不能仅仅判断其是否为“智力成果”、是否为“独立完成”或“首次完成”的，以及其是否凝聚了作者的智力创造，还要根据著作权法的基本原理，将许多类型的智力成果，如思想、程序、操作方法和数学概念等，排除出去。如果一种智力成果属于不受著作权法保护的客体，则无论其是否为“独创”的，也无论其社会、经济价值如何，都不可能作为“作品”受到著作权法的保护。换言之，《著作权法实施条例》第2条对“作品”所下的定义，只能被理解为构成作品的“必要但非充分条件”，也即，作品必须符合该条的规定，但并非所有字面上符合该条规定的劳动成果都是作品。

第二节　独创性

只有具有“独创性”的外在表达才能成为著作权法意义上的作品。“独创性”这一《著作权法》中的术语译自英语 originality，也可称为“原创性”。英语的 originality 本身就包含

① 参见浙江省杭州市中级人民法院民事判决书（2011）浙杭知终字第54号。

两种含义，而汉字“独创性”可以被分解为“独”与“创”两个方面，并分别与 originality 的两种含义相对应，因此，可以从作为劳动成果的外在表达必须同时具备“独”与“创”两个条件来理解“独创性”。

一、“独创性”中的“独”

（一）“独创性”中“独”的含义

“独创性”中的“独”是指“独立创作、源于本人”。在科学技术领域经常能听到这种说法，“某技术为我国工程技术人员所独创”。这里的“独创”显然意味着这种技术世界上原本没有，是由我国工程技术人员首先发明或设计的。换言之，科技文献中使用的“独创”往往指专利法意义上的“新颖性”，即以前没有相同的技术在国内外被公开发表过，或者公开使用过。但是，著作权法意义上的“独创”并非指“首创”或“独一无二”。英语中“独创性”（originality）的动词形式“独创”（originate）即为“起源”的意思，与介词 from 搭配后即指“起源于”。因此，著作权法意义上“独创性”中的“独”是指劳动成果源自于劳动者本人，也即劳动成果是由劳动者独立完成的，而非抄袭的结果。

（二）具有“独”的两种情况

劳动成果在两种情况下符合“独创性”中“独”的要求：第一，劳动成果是劳动者从无到有独立地创造出来的。第二，以他人已有作品为基础进行再创作，而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。

1. 从无到有进行独立创作

只要是独立努力的结果，劳动成果即使碰巧与他人的劳动成果一模一样，也仍然符合“独创性”中“独”的要求。例如，甲、乙均是摄影师。甲于某风景胜地拍摄风景照片一张。乙从未看到过甲拍摄的照片，但乙在同一风景胜地旅游时，碰巧在同一拍摄地点，以同样型号的照相机、用同样类型的胶卷，以同样的取景、同样的角度、同样的光圈和快门拍摄了一张照片。这张照片与甲拍出的照片几乎一模一样，一般人很难用肉眼辨别出其中存在的微小差异。那么乙所拍摄的照片是否具有“独创性”呢？乙拍摄的照片虽然与甲拍出的照片一模一样，但只要这张照片是乙独立拍摄的结果，仍然是“源自于”乙的，就符合“独创性”中“独”的要求。如果该成果同时符合“创”的要求，则它仍然是受著作权法保护的作品。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 条因此承认：“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。”

当然，由于每个人观察世界的角度、方法有所差异，内心思想与情感世界不尽相同，表达手段也各有特点，独立创作的结果总是不可避免地会打上个性的烙印，出现完全雷同的可能性是很小的。此外，如果相同作品已经公之于众，每个人都有接触这部作品的合理机会，后人要想证明自己基于独立努力创作出了与之一模一样的作品会遇到举证上的困难。但是，只要能够证明相似或相同并非抄袭的结果，而是来源于创作上的巧合，后人的劳动成果仍然可以被认定为他创作的作品。

2. 以他人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。例如，某艺术家根据缺少一只手臂的维纳斯雕塑进行创作，补上了那只缺失的手臂。尽管剩余的部分与原作完全相同，但新增加的手臂就是新雕塑与原有雕塑的差异部分，新雕塑也因此符合“独创性”中“独”的要求。如果这只手臂的造型也符合“独创性”中“创”的要求，则新雕塑为原雕塑的演绎作品。

如果在他人作品基础之上进行劳动的结果与原作品之间过于相似，以至于缺乏能够被客观识别的差异，这种劳动成果就会因为不符合“独”的要求而只能被称为原作品的“复制件”，相关的劳动过程也只能是“复制”行为而非“创作”行为。例如，将他人长篇小说加以抄写并改正其中错别字的行为虽然也具有一定价值，但由此产生的劳动成果与原小说之间的差异过于细微。在抄写过程中改错字的行为仍然只是“复制”而非“创作”行为，改过后的小说并不是符合“独创性”中“独”的要求的新作品。

理论研究

精确临摹是否创作出了作品

假设某人擅长临摹名画，能达到以假乱真的地步，一般人根本无法通过肉眼分辨原作与此人的临摹之作。此人对他人作品所做的这种精确性临摹是否是著作权法意义上的作品呢？郑成思教授认为：临摹原已存在的、享有著作权的绘画作品，不但要具备一定的技巧，而且要在自己的“再现品”中增加自己的创作性劳动，所以这种临摹的结果，实际上是“再创作”出新的美术作品。[①]

对此需要指出的是：只有符合“独创性”要求的劳动成果才是著作权法意义上的作品。而“独”和“创”两方面的要求必须同时得到满足，没有独立完成的成果，就谈不上该成果是否达到了一定的创造高度。正是由于精确临摹之作与原作品相比在视觉上没有可以被客观识别的差异，或者差异过于细微，临摹之作并不符合“独创性”中“独”的要求。虽然对艺术作品进行精确的临摹需要高度技巧、艺术品位与判断力，但精确临摹并没有产生可以被客观识别的、“源自于临摹者”的成果，因此，精确临摹者所运用的仅仅是为进行“精确复制”所需要的技巧、艺术品位与判断力。

当然，精确临摹毕竟是由人而非机器进行的，人的临摹总会融入临摹者个性的因素，涉及高度个性化的选择和判断，如力度大小等。因此，如果有两位艺术大师对同一幅艺术作品进行临摹，从技术上说，无论两位大师多么追求临摹的精确性，他们临摹出来的绘画之间总会存在一定差异，这反过来也说明他们临摹出来的绘画与原艺术作品之间仍然存在一定差异。正如郑成思教授所指出的那样：即使在临摹中可以“无限接近地泯除一切个人特征”，但终究因为临摹者是有精神的人而不是机器，他们只能“接近”而已，却永远不能“到达”；临摹之作中应当有“主体的人格”或“个人的特征”存在，它们包含了掌握这种绘画技巧之

① 参见郑成思：《版权法》（修订本），161页，北京，中国人民大学出版社，1997。

人的“判断”及“选择”[1]。但是，“判断和选择”如果不能形成可以被人们客观加以识别的、不同于被临摹作品的部分，那么在绝大多数观赏者的眼中，临摹者对于临摹之作仍然没有贡献出不同于原作品，从而“源自于”他自己的东西；临摹之作也只是对原作品的重复和翻版。英国版权法学者们指出：在同一介质上对艺术品进行复制（copying）确实需要比对文字作品的单纯复制（mere reproduction）有更高程度的技巧和判断，但仅仅是复制（copying）过程中的技巧、劳动和判断不能产生独创性。[2] 他们还强调：要构成作品，必须在原作品基础上进行某种实质性的改变或润色，而且改变或润色在视觉上对作为一个整体的作品的影响比其技术上的意义更重要。[3] 换言之，如果在他人作品基础之上进行劳动所产生的成果在视觉上与原作品差异很少，无论这种细微的差异是否体现了劳动者具有个性化的选择、判断以及高度的艺术技巧和品位，劳动成果仍然不能达到“独创性”的要求。

如果临摹艺术作品的结果与原作品在视觉上差异明显，而且差异部分达到了“独创性”中“创”的要求，那么临摹的结果就是作品（演绎作品）。不过，此时用“临摹”这个词可能不是很恰当了。正如郑成思教授所举的例子：天安门前所悬挂的那幅毛主席肖像画是依照毛主席生前的照片画的，这幅肖像画当然享有著作权。[4] 但这恰恰是因为对着照片中的人物进行绘画的结果必然与照片本身存在显著视觉差异，这是摄影和绘画两种不同创作手法之间的差异决定的。由于毛主席肖像画与毛主席照片（摄影作品）相比，存在着可以被客观识别的、并非太过细微的差异，前者当然可以构成后者的演绎作品，它与足以以假乱真的精确临摹是缺乏可比性的。

英国版权判例也指出：“对于绘图而言，重要的是视觉价值。对原有绘图进行重新绘制，如果只有很小的视觉差异，则不能构成独创性的艺术作品，无论复制过程需要投入多少劳动和技巧……”[5] “……通过绘画去制作完美的（油画）复制件，或制作放大版的照片都需要极大的技巧、判断和劳动，但是没有人会认为油画的复制件或放大版的照片是‘独创性’艺术作品并能获得版权保护。仅仅存在于复制过程中的技巧、劳动或判断并不足以产生独创性。”[6]

典型案例

《儿童插画库》临摹案

原告临摹了已处于公有领域的一些儿童插画并出版，被告又从原告的书中复制了这些插画，出版了《儿童插画库》。争议的焦点在于原告对其临摹的插画是否享有版权。原告首先提出，其临摹的插画在颜色深浅上与原画有些差异。美国纽约南区联邦地区法院认为：这些微不足道的差异并不是原告刻意为之的，也不能反映原告自己的艺术观点，其临摹的

---

① 郑成思教授因此得出了结论：“判断与选择如果真的体现在作品中，人们就再难否定作品的独创性”［郑成思：《版权法》（修订本），173页，北京，中国人民大学出版社，1997］。

②③ See Walter Arthur Copinger etc., *Copinger and Skone James on Copyright*, Sweet and Maxwell, Ltd. (1999), §3.19.

④ 参见郑成思：《版权法》（修订本），173页，北京，中国人民大学出版社，1997。

⑤ Interlego A. G. v. Tyco Industries Inc., [1988] R. P. C. 343, at 367.

⑥ Ibid., at 371.

插画只不过是原作的复制件而已。原告又提出，其临摹过程异常复杂，需要耗费艺术家大量时间和精力。对此法院指出："原告的贡献仅仅是对原作的复制。"虽然原告无疑需要极大的努力和许多时间对插画进行复制，但"这种努力和时间本身并不足以认定独创性"。最后，原告提出对其临摹之作进行保护符合公共利益的需要：因为原作已极为罕见，很难在图书馆中找到，是原告的临摹才使得这些画作得以为公众所获得。对此，法院认为：虽然公众确实能够从原告的工作中受益，但也不足以使原告的临摹获得版权保护。①

本案是有关精确临摹不构成创作的典型案例。为准确再现原作而付出的努力、时间和技巧如果没有形成可供识别的、源自于本人的贡献，其成果只能是原作品的复制件，而非符合独创性要求的作品。同时，某些精确临摹的确对保存濒临灭失的文化成果具有极高的价值，如我国常书鸿先生对敦煌壁画的临摹就是如此。但著作权法的立法宗旨在于鼓励创新，而非鼓励重复。无论精确临摹采用的技艺有多高，都是在重复已有作品。这种为保存和传播现有文化成果而做的努力，可以受到著作权法之外法律机制的保护，但它不能产生以独创性为前提的"作品"。

二、"独创性"中的"创"

(一) 对"独创性"是否包含"智力创造"要求的不同理解

"独创性"的英文originality本身是一个多义词，除了有"源自于"的意思之外，还有"创造性"的含义。那么著作权法意义上的"独创性"究竟只指第一种含义还是同时包含两种含义？对这个问题的不同回答，将世界各国的著作权法体制分成了两个截然不同的阵营。

在现代版权法的发源地英国，以及早期以英国版权法为立法参考的美国、加拿大、澳大利亚和新西兰等英美法系国家，即使劳动成果中没有体现出任何智力创造成分，只要该劳动成果包含了作者"独立的艰苦劳动"并具有实际价值，就可以满足版权法对"独创性"的要求。英国版权法方面的权威著作《现代版权与外观设计法》指出："独创性只是意味着作者并没有原封不动地抄袭……技巧、知识可以弥补脑力劳动的缺乏。"②

典型案例

演讲速记稿案

在20世纪初发生在英国的Walter v. Lane案中，一名报社记者运用速记法忠实、准确地记录了政治家演讲的内容，另一家报社未经该名记者所在的报社许可而刊登了该名记者所记录的内容，两家报社就该行为是否构成版权侵权发生纠纷。英国当时事实上的最高法院——上议院认为：记者花费劳动和运用准确速记技巧所记录的文字应受版权法的保护。③这实际上是承认不包含智力创造成分，而体现了独立努力、具有实际价值的劳动成果也是

---

① Michael Patrick Hearn v. Susan E. Meyer, 664 F. Supp. 832 at 836, 839 - 840 (SDNY., 1987).

② Hugh Laddie etc., *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd edition), Butterworths (2000), §5.7.

③ Walter v. Lane, 15 [1900] A.C. 539.

版权法意义上的作品。而根据目前多数国家著作权立法中的“独创性”标准，该案中的记者并没有创作出任何新的作品，该名记者的劳动属于通过速记方法对他人作品进行“复制”，由此形成的记录稿应当只是他人作品的复制件。

假设甲公司为了编制当地居民的电话号码簿，派人走家串户收集并逐一核实每一居民的电话号码，花费了大量的时间和人力。在收集了当地全体居民的电话号码之后，甲公司按居民姓名的字母顺序排列了电话号码。乙公司抄袭了甲公司的电话号码簿。乙公司是否侵犯了甲公司的著作权？毫无疑问：甲公司花费了大量人力、物力和财力。但甲公司收集与编排电话号码的工作没有任何智力创造性可言。因为电话号码本身是不受著作权法保护的事实，甲公司收集了本地全体居民的电话号码，在对电话号码的选择上没有体现出智力创造成分。而且按照居民姓名对电话号码进行排序是一种最古老和最为常规的编排方式，也没有智力创造性。但是，根据英美法系国家早期判例，这种走街串巷的跑腿工作和常规性的编排工作就足以使电话号码簿符合“独创性”的要求，成为受版权法保护的作品。如美国早期的判例认为：“对付出了劳动而写成的书获得版权并不取决于……是否在思想或语言方面，或者在辛勤收集材料之外的方面体现了文学技巧或创造性。那个走街串巷记下每一个居民姓名、职业和街牌号码的人就是其所获材料的作者。他通过自己的劳动产生了一种应当获得回报的编排结果，他可以就此获得版权，并由此获得制作其作品复制件的排他性权利。”①

显然，这类电话号码簿之所以能够被视为作品并获得版权，并不是因为它体现了劳动者的智力创造，而是因为它具有价值并凝聚了独立和辛勤的劳动，哪怕是单纯的体力劳动或非常简单的脑力劳动。因此，早期英美法系版权法中判断“独创性”的标准被形象地称为“额头流汗”标准。

根据“额头流汗”规则，对事实的汇编只要付出了劳动，无论选择和编排之中是否体现了汇编者的智力创造，该汇编都是具有“独创性”的作品。这实际上是将著作权法等同于反不正当竞争法，而且容易导致对事实本身的垄断。以电话号码簿为例，只要第一家电话公司通过“额头流汗”取得了第一本电话号码簿的著作权，那么今后任何人想要在不侵犯著作权的情况下出版一本类似的电话号码簿，只能自己再一次走街串巷，进行独立收集和编排。可见，第一家电话公司实际上就获得了对电话号码的垄断。同样，根据 Walter v. Lane 案的判决，即使对于单纯的事实消息，只要第一家报纸进行了报道，另一家报社只能自己派出记者进行实地采访，而不能根据第一家报纸对事实的描述撰写新闻稿。② 对于地图绘制而言，英国法院根据“额头流汗”规则宣布：“对于一本有关道路的书而言，他必须自己计算里程。对于新发现岛屿的地图而言，他必须亲自完成全部测量工作，就像他从未看过以前的地图一样，通常，不经过他自己的独立劳动，他无权从前面出版的信息中使用一个字。”③ 这就意味着第二个出版地图的出版社无权参考前一家出版社出版的地图。

虽然“额头流汗”规则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，

---

① Jeweler's Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co., 281 F. 83, at 88 (2nd Cir., 1922).

② Walter v. Steinkopff, [1892] 3 Ch. 489, at 495.

③ Kelly v. Morris (1865—1866) L. R. 1 Eq. 697, at 701 - 702.

但却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。特别需要指出的是：“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，但却将作者的“智力创造”（intellectual creations）成果作为保护对象。[①] 这就暗示了受保护的作品应当是作者智力活动创造的成果，而非仅仅是体力或“额头流汗”的劳动成果。正因为如此，“额头流汗”规则受到一些学者的强烈批评，认为它是违反《伯尔尼公约》实质精神的。[②]

正因为如此，目前坚守“额头流汗”规则的国家已经很少了。英美法系中的美国与加拿大已明确放弃了这一规则，而英国随着加入欧盟，在版权立法上也要与欧盟颁布的一系列立法指令相吻合。这导致英国也出现了放弃“额头流汗”规则的趋势。

而在大陆法系国家和已经放弃了“额头流汗”规则的美国和加拿大等国，著作权法意义上的 originality 不仅是指“独立创作”，还要求有一定高度的智力创造水准。如《德国著作权法》规定著作权保护的是“个人的智力创作”（personal intellectual creation）[③]，而法国著作权法则保护“智力作品”[④]（work of the mind）。这就清楚地表明作品必须是智力性创造的结果，而不能仅仅来源于“额头流汗”。

（二）“独创性”中“创”的含义

“独创性”中“创”是指一定水准的智力创造高度。对于“独创性”而言，在“独”之外，“创”是另一个要求。劳动成果要成为受著作权保护的作品，首先要“源于自己”，即劳动者要对劳动成果作出独立的贡献。这个“独”实际上是一种“有和无”的判断，即对“量”的判断。对于劳动者本人而言，如果原先世上不存在这种劳动成果，或者别人已经完成了这种劳动成果，而劳动者又独立完成了相同劳动成果，这种劳动成果就符合“独创性”中“独”的要求。同样，如果劳动者在他人劳动成果的基础上进行了新的创作活动，导致新的劳动成果与原劳动成果之间存在可以被客观识别的差异，则差异部分也符合“独”的要求。但除此之外，劳动成果还要具有一定程度的“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创作高度要求。这是一种“高与低”的判断，即对“质”的要求。“独”与“创”两个条件对于构成作品而言缺一不可，一种独立完成的劳动成果也可能因为没有达到最基本的智力创造高度而无法成为作品、受到著作权法的保护。例如，一个孩子心情烦乱，拿起粉笔在黑板上随手涂鸦一番作为发泄。由于这种随手进行的乱涂乱抹缺乏最起码的艺术美感和智力创造成分，虽然是由孩子“独立完成”的，也不能形成著作权法意义上的作品。再如，我国《著作权法》承认尚未被固定在有形载体之上的口头表达也可以成为“口头作品”而受到保护。而要构成口头作品，即兴的口头创作就必须具有最低限度的内容和最低限度的长度，这样才有可能符合“创”的要求。人们在日常生活中随口说的话并非都是口头作品。

---

① 参见《伯尔尼公约》（1971 年巴黎文本）第 2 条第 5 款。

② See Sam Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886—1996*, Kluwer (1987), paras. 6. 15 - 6. 15. 2.

③ Law on Copyright and Neighboring Rights (Copyright Law), Article 2 (2).

④ Law on Intellectual Property Code, Art. I. L. 111. 1.

典型案例

电话号码簿案

上文有关电话号码的实例源于美国联邦最高法院于1991年判决的Feist案。该案是美国版权法历史上具有里程碑意义的重要案例，它使美国彻底告别了“额头流汗”规则，而将“最低限度的智力创造性”作为劳动成果具有“独创性”和享有版权保护的条件。在该案中，原告郊区电话公司拥有得克萨斯州西北部几个社区电话服务的经营权，其出版了一本电话号码簿，其中收录了当地居民的电话号码，并按照居民姓名的字母排序。被告费思特出版公司是一家专营电话号码簿的出版商。该公司出版的电话号码簿的特点在于覆盖了较广的区域，使用户通过查阅一本电话号码簿就可以找到附近许多城镇的电话号码。费思特出版公司由于本身没有电话服务的经营权，无法直接获取居民的电话号码。为了编辑电话号码簿，费思特出版公司愿意出资向包括原告在内的11个电话公司购买其用户的电话号码。但原告拒绝了费思特出版公司的请求。费思特出版公司便在未经原告许可的情况下复制了其电话号码簿中的电话号码，包括原告为了证明他人擅自复制而加入的4个虚构的姓名和电话号码。为此，郊区电话公司起诉费思特出版公司侵犯其对电话号码簿的版权。

由于电话号码本身是客观存在的事实，不能受到版权法的保护（参见下文有关“事实不受著作权法保护”的部分），因而本案的关键问题在于原告对电话号码的收集和编排能否构成受保护的作品。对此，美国联邦最高法院明白无误地指出：版权法意义上的作品是指由作者独创的，而“独创性”的意思是作者独立创作和体现了最低限度的创造性。就对事实的汇编而言，只要包含对事实具有创造性的选择或编排，也能构成受保护的作品。[①]

虽然被告确实未经许可复制了原告汇编的电话号码，但后者并非是符合独创性要求的作品。因为原告作为对当地电话服务享有专营权的电话公司，只要当地居民申请电话服务，原告就会分配给申请者一个电话号码，并将其印在电话号码簿中。这一过程完全是照章办事，不涉及对电话号码任何有创造性的“选择”。同样，按照居民的姓氏字母顺序来排列他们的电话号码也没有任何创造性可言，因为这种排列方式早就存在，一直沿用，以至于已经成为业界的常规。因此，原告对于电话号码无论在选择还是编排方面都没有体现出任何创造性，其电话号码簿并不是版权法意义上的作品。原告因此败诉。

1. 没有留下智力创造空间的活动不可能符合“创”的要求

如果仅仅是按照既定的规则机械式完成一种工作，即使劳动者必须具备某种技能或知识，这种劳动过程也会由于没有给劳动者留下智力创造空间和个性发挥余地而不能被称为“创作”，其劳动成果也不能成为作品。例如，将汉字改成盲文的工作虽然只有懂得盲文的人才能完成，但由于汉字与盲文之间存在着一一对应的关系，任何具有盲文知识的人只要不犯错误，根据汉字改成的盲文都是相同的。因此，这类工作不能形成作品。再如，使用复印机进行复印的结果也不是作品，因为复印者只是机械地按照操作程序指挥机器进行复

① Feist Publications v. Rural Telephone Service, 499 U.S. 340, at 341-344 (1991).

制。无论何人来进行操作，复印的结果均是相同的，不存在任何个性化的判断和选择。相反，将一篇英文小说翻译成中文却是创作活动，翻译的结果是作品。这是因为面对同一个英文词、句或段，不同的翻译者根据自己对原作的理解，在翻译上有很大的选择、判断甚至再创作的余地，翻译的结果必定打上了个性的烙印，是个人智力创造的产物。同样，摄影也可能产生摄影作品，因为即使对于同一场景，不同的摄影师也可以选取不同的拍摄角度、光线明暗、距离、曝光等，这都涉及高度个性化的智力判断和选择。

2. “独创性”中的“创”不同于专利法中的“创造性”

著作权法中的“独创性”（originality）必须与专利法中的“创造性”（creativity 或 inventive step）区分开。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。”如果一项发明或实用新型在本领域的专业技术人员看来是显而易见的，该项技术就缺乏创造性。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。

3. “独创性”中的“创”并不意味着具备高度文学和美学价值，但要求智力创造性不能过于微不足道

文学艺术大师们的经典传世之作当然是作品，在大师眼中显得平庸、乏味的智力创造成果仍然可能符合“独创性”的要求，只要它是创作者智力创造活动的结果，体现了创作者富有个性的判断和选择。美国著名的霍姆斯法官曾经说过：“由那些只受过法律训练的人来判断美术作品的价值是危险的。一方面，有些极具天才的绘画一开始不被人们所欣赏。另一方面，有些在法官看来缺乏美学价值和教育意义的作品却能够被一些民众所接受。不能因为这些民众的口味低就认为这幅绘画不受版权保护。”[①] 梵高等天才画家的绘画在早期都曾被世人当做平庸之作而未受到重视，在当代却成为价值连城的精品。画家在作画时对线条、色彩、手法和具体画面设计的选择和判断都足以使绘画符合“独创性”中“创”的要求。一名儿童虽然并未受过美术训练，但仍然能够观察、感知和理解世界，并通过画笔描绘对美的感受。只要能完成一幅较为完整、能够表达一定感情的绘画，儿童在这一过程中对绘画对象的选择和判断、对色彩的选择、对形状大小的选择和判断无不是高度个性化的，是具有一定智力创造性的。如果儿童的绘画被人未经许可用于商业用途，则更可以印证该绘画具有美感和一定艺术价值，体现了儿童的智力创造。因此，该绘画也符合“独创性”中“创”的要求。换言之，作品不仅是指“阳春白雪”，也包括“下里巴人”。

实务探讨

达利版的“蒙娜丽莎”是作品么

请比较以下两幅绘画，左边是世界名画“蒙娜丽莎”，右边是西班牙画家萨尔瓦多·达

① Bleistein v. Donaldson Lithographing Co. 188 U. S. 239, at 251 (1903).

利在“蒙娜丽莎”基础上根据自己的容貌所作的“蒙娜丽莎”。两幅作品之间在视觉上的差异是明确的，其差异部分（脸庞和手中的钱币）源自于达利自己的创作，符合“独创性”中“独”的要求。

显然，这两幅油画的差异部分反映了达利一系列有个性化的智力选择和判断，如对画中人容貌和神情的选择与线条、色彩的运用等。由此形成的劳动成果不仅符合“独”的要求，也符合“创”的要求，无疑是受著作权法保护的作品。

虽然“创”对智力创造性的要求并不高，但毕竟还是存在一定创造高度的要求。如果劳动成果中体现的智力创造性微不足道，同样不符合“创”的标准。例如，对他人现有作品进行加工之后，如果新的劳动成果与原作品相比的差异部分反映的智力创造性过低，则这样的劳动成果不能被视为原作品的“演绎作品”，而只能是原作品的复制件。

典型案例

“山姆大叔”案

请比较以下两个实用艺术品，右边的“山姆大叔”雕像是在左边雕像基础上制作的。

显然，这两座雕像之间只存在微小的视觉差异，如伞的造型、手臂的位置、裤子的条纹等。右边的雕像与左边的雕像相比，即使勉强可以符合“独创性”中“独”的要求，但由于差异部分所反映的智力创造程度过低，不符合“独创性”中“创”的要求，仍然不能构成作品，而只是左边雕像的复制件。[①]

① 本例及图片来源于美国案例：L. Batlin & Son, Inc. v. Jeffrey Snyder d/b/a/ J. S. N. Y. and Etna Products Co., Inc., 536 F. 2d 486 (2nd Cir., 1976)。

4. 英美法系版权法与大陆法系著作权法对“独创性”中“创”的要求有所不同

虽然英美法系国家的版权法和大陆法系国家的著作权法都规定作品必须具备“独创性”，但对“独创性”的要求不同。即使是不再实行“额头流汗”规则的英美法系国家，如美国、加拿大等，对“独创性”中“创”的要求仍然远低于大陆法系国家。美国联邦最高法院在 Feist 案中指出：“（独创性中）创造性的要求是极端低的，即使是一点点也足够了。”[①] 美国版权法学者 Nimmer 也认为：“即使是由最普通和陈腐的独立努力的结果都可能受到版权保护，只要这种独立努力不是微不足道的。”[②] 以照片为例，由于摄影不可避免地会涉及个性化的选择与判断，英美法系国家普遍认为：只要照片不是完全由机器自动拍摄的，以及不是纯粹翻拍他人的照片，都是符合“独创性”的作品。[③]

与此相反，大陆法系国家普遍对“创”的要求较高。德国著作权法专家雷炳德指出：“创作必须更多地属于在自己的作品类型领域比人们所期待的普通的智力劳动能带来更多的活动”[④]；“那些运用普通人的能力就能做到的东西，那些几乎每个人都可以做成的东西，即使这些东西是新的，也不能作为作品受到保护”[⑤]。同样以照片为例，德国著作权法是区别“摄影作品”（Lichtbilderwerke）与“照片”（Lichtbilder）的，只有表达了摄影师的艺术观点与创造力的照片才会被认为属于摄影作品，而平庸的业余爱好者们所摄制的照片，以及在企业中如应付公事般制作出来的照片由于“创造性”较低，并不能作为摄影作品受到狭

---

① Feist Publications v. Rural Telephone Service, 499 U. S. 340, at 345 (1991).

② Melvile B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc. (2003), § 2. 01.

③ Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U. S. 53 (1884).

④ ［德］M. 雷炳德著，张恩民译：《著作权法》，117 页，北京，法律出版社，2004。

⑤ 同上书，49 页。

义著作权保护，而只能作为作品之外的其他客体受到邻接权保护。[①]

英美法系版权法与大陆法系著作权法对“独创性”中“创”的不同要求，导致在英美法系国家一些被视为作品受到保护的客体，在大陆法系国家无法作为作品受到保护，只能受到邻接权的保护。

三、我国《著作权法》中的“独创性”

我国《著作权法实施条例》虽然规定只有具备“独创性”的劳动成果才能成为著作权法意义上的作品，但对“独创性”中“创”的高度没有作出任何规定。同时，虽然我国法律制度整体上接近大陆法系，但《著作权法》同时借鉴了英美法系版权法和大陆法系著作权法，如“视法人为作者”的规定就是来自英美法系版权法。虽然我国《著作权法》对“著作权”和“邻接权”加以区别的立法来自于大陆法系，使人认为我国的“独创性”标准当然应当与大陆法系国家保持一致，但我国《著作权法》中“邻接权”的种类远少于德国等大陆法系国家，如果认为“创”的标准应当符合德国等大陆法系的标准，则许多含有一定智力创造性的劳动成果在我国将无法受到《著作权法》的保护。由于在立法上始终缺乏对“独创性”标准的界定，导致司法实践中判断尺度也无法统一。[②]

例如，在2004年开始席卷全国的卡拉OK厅播放音乐电视（MV）著作权纠纷诉讼中，MV画面究竟是否构成符合“独创性”要求的作品引起了广泛的争议。根据我国《著作权法》中区分“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”以及“录像制品”的规定，如果MV画面仅仅是对现场演唱会实况的机械录制，则没有达到“独创性”中“创”的高度，是录像制品而非作品；如果MV画面是以类似摄制电影的方法制作的，包含了剧本作者、导演、摄影师和剪辑师等的富有创造性的劳动（如画面能够反映一个完整的故事情节），则该MV显然符合“创”的要求。但处于这两种极端之间的MV画面应当如何定性？有的MV画面虽然并不是对现场表演的机械录制，但却比较简单和粗糙，如对风景或海滩女郎的拍摄。这类MV是否属于作品？在我国《著作权法》和相关行政法规、司法解释中没法找到明确的答案。因此，明确规定我国《著作权法》中“独创性”中“创”的高度，仍然是立法者面临的现实任务。

理论研究

短标题是作品么

2006年国家司法考试第三卷第15题为：“某杂志社的期刊名称设计新颖，具有独特的含义，并且产生了广泛而良好的社会声誉，特咨询某律师其名称可以获得哪些法律保护。就该问题，该律师的下列哪种回答既符合法律规定又能最大限度地保护当事人的利益？”4个备选项分别为：A. 著作权法、商标法、反不正当竞争法；B. 著作权法、商标法；

① 参见［德］M. 雷炳德著，张恩民译：《著作权法》，151、528页，北京，法律出版社，2004。

② 参见姜颖：《作品独创性判定标准的比较研究》，载《知识产权》，2004（3）。

C. 著作权法、反不正当竞争法；D. 商标法、反不正当竞争法。标准答案为A。该题涉及我国在理论上和司法实践中尚有争议的问题，即简短的标题是否为受著作权法保护的作品。著作权法只保护符合独创性要求的劳动成果，因此，任何劳动成果只有同时符合“独立创作”和“具有最低限度创造性”两方面的条件才可能成为著作权法意义上的作品。对于简短的标题而言，在绝大多数情况下并不是独立创作出来的。例如，对于《读者》、《家庭》、《航空知识》和《法学研究》的杂志名称而言，“读者”、“家庭”、“航空知识”和“法学研究”均是早已被前人反复运用的词汇，杂志社只是可能首先将其作为杂志名称使用而已。因此，绝大多数杂志名称根本就不符合“独创性”中“独”的要求。同时，即使在极少数情况下作为杂志名称的词汇确实是杂志社首先创造出来的，它也缺乏最起码的长度和必要的深度，无法充分地表达和反映作者的思想感情或研究成果，以及与此相适应的智力创造性。同时，由于短标题只有寥寥几个字，很容易导致“思想与表达的混合”。因此，无论是大陆法系国家还是英美法系国家，在司法实践中均不承认简短的标题可以成为著作权法保护的作品。例如，德国著作权法专家雷炳德教授指出：“作品的创作要有一定的深度，以便人们可以辨认出它的独创性特征……仅仅是某种将要表达出来的思想、某种思想的片段，某个广告语的关键字或者某个标题都还不是作品……很少情况下会用著作权来保护作品的标题。只有当标题在某种程度上体现了作者个人的独创性智慧时，才会涉及著作权保护的问题。如果这种标题仅仅包含了某种单个的或许属于原创性的思想，就没有满足这一条件。通常情况下，标题自身的正常长度并不能满足这里的必要条件。也就是说，通常情况下标题仅仅是作品的一个象征而已……尽管帝国法院理论上准许对标题进行著作权保护，但是，在具体的案件中却一一予以否定。”①

《意大利著作权法》虽然规定作品的标题可以受到保护，但《意大利著作权法》恰恰是将作品标题作为作品之外的其他客体进行保护的，换言之，作品标题在意大利不是能够享有著作权的作品，而只是享有邻接权的其他客体。② 意大利学者也普遍认为标题并不能像作品那样享有著作权，著作权法的这一条规定也不能被理解为将作品标题作为作品的“创造性成分”加以保护，相反，只有当标题具有识别性时，才享受类似商标那样的保护。③ 同样，尽管《法国知识产权法典》第L112-4条规定，如果作品的标题具有独创性，可以与作品本身一起受到保护，但法国学者们认为对只有几个词或符号构成的标题加以著作权保护是不适当的，且法院也认定对于那些仅仅是描述用的常用词语构成的标题不应给予著作权保护。④ 显然，这是因为这些词语并无独创性可言。

在美国，无论是美国版权局还是法院均清楚无误地认定标题是不能根据《美国版权法》

---

① ［德］M. 雷炳德著，张恩民译：《著作权法》，52、531页，北京，法律出版社，2005。

② 《意大利著作权法》的第一部分是对作品的保护即狭义著作权，第二部分为对作品之外其他客体的保护即邻接权。《意大利著作权法》对作品标题的保护规定在第二部分的第八章。Law No. 633 of April 22, 1941 Protection of Copyright and Rights Related to Its Exercise (as last amended on February 2, 2001), Part II, Chapter VIII.

③ See Alberto Musso, Mario Fabiani, *ITA International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2002), §2[4][a].

④ See Andre Lucasn, Pascal Kaminan, Robert Plaisantn, *FRA International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2002), §2[4][a].

获得版权保护的。美国版权法方面公认的权威著作《Nimmer 论版权》也持同样观点。[①] 在英国，法院判例均认为期刊名称、小说名称、歌曲名称等简短的标题不能作为作品受到版权保护。尽管再简短的标题都可能是创作者绞尽脑汁进行思考的结果，但过于简短的文字根本就称不上是文字作品。[②]

我国法院也曾认定作为书名的“中华老字号”系两个通用名词的简单组合，不符合作品独创性的要求；同时其本身并不包含任何思想内容。如果原告的创作活动赋予其一定的意义，该意义也是来源于该书的内容，而不是来源于该书名本身。[③] 在“郭某诉杭州娃哈哈集团公司著作权侵权案”中，歌曲《娃哈哈》的作者认为“娃哈哈”三字作为歌曲的标题和其中的歌词均享有著作权。法院除指出“作品名称不在著作权法的保护之列”外，还强调“著作权法保护作者的创作成果，保护以一定表现形式反映特定思想内容的作品。为此，在确定著作权法保护对象时，应当首先确定要求保护的作品或作品的一部分是否是作者全部思想或者思想实质部分的独特表现。从语言文字学的角度看，‘娃哈哈’是‘娃娃笑哈哈’的紧缩句式。‘娃哈哈’作为歌曲中的副歌短句、歌词的一个组成部分，其重要性主要是在歌词中起上下句歌词的连接作用，所表现的内涵并不是作者思想的独特表现，也无法认定其反映了作者的全部思想或思想的实质部分。因此，原告以紧缩句‘娃哈哈’一词主张其拥有著作权，与我国著作权法的规定不符”[④]，这非常有力地说明了无论是短标题还是短歌词的“娃哈哈”三字均不符合“最低限度创造性”的要求。

因此，根据《著作权法》有关作品应当符合“独创性”的基本原理和国外立法与司法实践，短标题是不能作为作品受到著作权法保护的。司法考试题答案认为“设计新颖，具有独特的含义”的期刊名称可以受到著作权法保护，显然是错误地将著作权法意义上的“独创性”理解为专利法意义上的“首创性”，应当是不足取的。

典型案例

《舌尖上的中国》案

马某等出版了图书《舌尖上的中国》，其内容系按一定的主题和题目汇编选入了 106 篇名家关于饮食的散文。中央电视台制作了与原告图书同名的纪录片《舌尖上的中国》，且与原告图书同为饮食题材。中央电视台随后编著了《舌尖上的中国》一书并出版。马某等认为中央电视台未经许可擅自出版同名作品侵犯了其著作权。

---

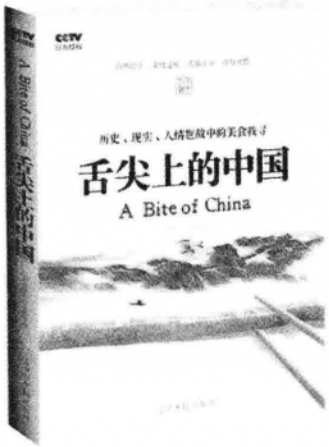
① See Melvile B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc., § 2.16.

② See Hugh Laddie, Peter Prescott, Mary Vitoria, *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd edition), Butterworths (2000), § 2.61.

③ 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2000）一中知字第 172 号。

④ 上海市第二中级人民法院民事判决书（1998）沪二中知初字第 5 号。

原告的图书



被告的图书

法院认为：涉案书名“舌尖上的中国”系两个通用名词的简单组合，且该书名仅有6个字，缺乏相应的长度和必要的深度，无法充分地表达和反映作者的思想感情或研究成果，无法体现作者对此所付出的智力创作，故该书名本身不包含任何思想内容，不符合作品独创性的要求，并不是作者思想的独特表现。“舌尖上的中国”此6个字的组合不是我国著作权法所保护的作品。①

四、独创性与侵权认定

对侵权作品的认定应遵循长久以来国际上公认的公式：“接触＋实质性相似”。如果被控侵权作品的作者曾接触过原告受著作权法保护的作品，同时该被控侵权作品又与原告作品存在内容上的实质性相似，则除非有合理使用等法定抗辩理由，否则即可认定其为侵权作品。至于被告利用侵权作品的行为侵犯何种专有权利，则需要结合被控侵权内容的特征和被告的行为加以具体判断。

独创性与侵权认定具有密切的关系。成果具有独创性是其构成作品、受著作权法保护的前提，任何人只能就自己独创的内容主张著作权保护。在著作权侵权诉讼中，即使被告的成果与原告的作品实质性相似，但若被告能够举证证明该部分并非由原告独创，而是源于第三人，那么原告的诉讼请求也不能成立。

典型案例

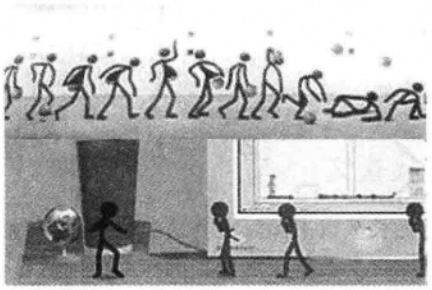
“黑棍小人”案

原告朱某自1989年起就开始以“火柴棍小人”作为主题人物形象创作了《小小特警》

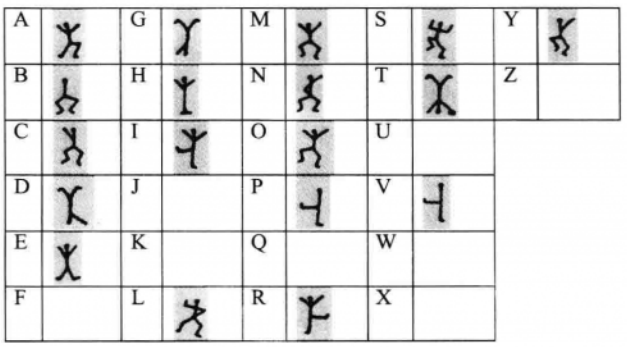
① 参见北京市东城区人民法院民事判决书（2012）东民初字第09636号。

等一系列网络动漫（flash），并对这些动漫进行了著作权登记。2003年，美国耐克公司及其在中国的子公司为了推广新产品，通过网络、电视和地铁发布了其拍摄的宣传广告片，其中含有与“火柴棍小人”相似的“黑棍小人”形象。朱某认为耐克公司侵犯了自己对“火柴棍小人”平面形象的著作权。一审法院判决朱某胜诉。

二审法院审理后指出：根据现有证据，在“火柴棍小人”和“黑棍小人”形象出现之前，即已出现以圆球表示头部、以线条表示躯干和四肢的创作人物形象的方法和人物形象，但是从“火柴棍小人”的创作过程及表达形式看，该形象确实包含朱某的选择、判断，具有他本人的个性，朱某力图通过该形象表达他的思想，因此，“火柴棍小人”形象具有独创性，符合作品的构成条件，应受著作权法保护。由于用“圆形表示人的头部，以直线表示其他部位”方法创作的小人形象已经进入公有领域，任何人均可以此为基础创作小人形象。另外，“火柴棍小人”形象的独创性程度并不高。因此，对“火柴棍小人”形象不能给予过高的保护，同时应将公有领域的部分排除出保护范围。将“火柴棍小人”形象和“黑棍小人”形象进行对比，二者有相同之处，但相同部分主要存在于已进入公有领域、不应得到著作权法保护的部分，其差异部分恰恰体现了各自创作者的独立创作，因此，不能认定“黑棍小人”形象使用了“火柴棍小人”形象的独创性部分，“黑棍小人”形象未侵犯朱某“火柴棍小人”形象的著作权。[①]



耐克的“黑棍小人”（上）与朱某的“火柴棍小人”（下）



《福尔摩斯探案集》中“跳舞的小人”

① 参见北京市高级人民法院民事判决书（2005）高民终字第538号。

“注意行人”交通标志

“紧急出口”标志

“男厕所”标志

在本案中，“火柴棍小人”与“黑棍小人”确实很像。但问题在于：这种相似度来自何方？《福尔摩斯探案集》中“跳舞的小人”、“男厕所”标志、“注意行人”交通标志和“紧急出口”标志等所使用的“小人”图形，均是以实心圆球表示头部，以线条表示躯干和四肢，且时间均远早于朱某的“火柴棍小人”。因此，这一基本形象并不“源自于”朱某。当然，“火柴棍小人”仍然有一些自身的特点，如与“男厕所”标志相比，“火柴棍小人”的头部与躯干是相连的，用于表示躯干和四肢的线条粗细是相同的，而且多了两只“脚”。与“跳舞的小人”相比，“火柴棍小人”的头部（实心圆形）更大些，用于表示躯干和四肢的线条更粗些。正如法院所言：这其中包含了朱某的选择、判断，具有他本人的个性。因此“火柴棍小人”是作品。但该作品应被视为建立在原先各种“小人”形象基础之上的演绎作品。朱某仅能就“源自于其本人”的部分享有权利，对于“小人”的基本形象则不能享有任何权利。而“火柴棍小人”与“黑棍小人”的相似之处，却并非“火柴棍小人”的独创性部分。这是法院判决耐克公司胜诉的根本原因。

目前，有关独创性与侵权认定之间关系的最大误解在于，认为“只要被告的成果具有独创性、构成了作品，被告利用该成果的行为就不侵权”。实际上，独创性只是判断一种劳动成果是否构成作品、是否受著作权法保护的标准，并非认定该成果是否为侵权作品的标准。一种成果具有“独创性”不能在侵权诉讼中成为被告的抗辩理由，其完全可能既构成作品，又侵犯他人的著作权。假设一位漫画家将钱钟书先生的小说《围城》画成了一套漫画，完整地表现了小说《围城》的情节，该套漫画显然是符合独创性要求的作品，但如果未经许可出版这套漫画，则构成对小说《围城》著作权的侵权。同样，根据小说《围城》拍摄的电视剧当然是“以类似摄制电影的方法创作的作品”，其独创性是毋庸置疑的，但如果未经许可拍摄并播放，也当然是侵犯小说《围城》著作权的行为。

因此，在认定侵权作品时，仍然应当遵循“接触＋实质性相似”的公式。在被告曾接触过原告作品，其被控侵权成果又与原告作品存在实质性相似的情况下，除非存在合理使用等法定免责理由，被控侵权成果与原告作品相比是否具有独创性，只影响对侵犯何种具体权利的判断，而不影响对侵权的认定。如果被控侵权成果与原告作品相比，不具有独创性，说明被控侵权成果只是原告作品的“复制件”，此时应认定被告侵犯了原告的“复制权”（参见第四章第二节中的“复制权”）。如果被控侵权成果与原告作品相比，具有独创性，则被控侵权成果可能构成原告作品的“演绎作品”，此时应认定被告侵犯的是原告的“演绎权”（参见第四章第二节中的“演绎权”）。上文所举的未经许可出版漫画版《围城》和拍摄、播放电视剧《围城》的行为，即分别构成对小说《围城》“改编权”和“摄制权”（均为“演绎权”的子权利）的侵犯。

有学者认为“临摹”不构成侵权，理由是2001年我国《著作权法》修改时，不再将“临摹”列为复制行为的一种。实际上，修法时将临摹从复制行为的实例中删除，只能说明立法者认为部分“临摹”并不是复制（如那些企图进行“精确再现”，却画得不像的“临摹”），并不能说明“临摹”就不是侵权。只要这种“临摹”符合“接触＋实质性相似”的要件，同时缺乏合理使用等法定抗辩理由，仍然构成侵权，只不过侵犯的不是“复制权”，而是“演绎权”。美国的判例也指出：如果在画布上作画的艺术家将其作品的版权转让给了他人，则该艺术家重画一幅与原作只有细微差异的画作并出售的行为，将侵犯原作版权受让人的权利。[①]

典型案例

振鼎鸡剪纸案

剪纸艺术家王某于1979年创作并发表了剪纸《一唱雄鸡天下白》，振鼎鸡餐饮公司将与之近似的剪纸作为商标予以注册，并在户外广告、店堂招牌上使用。王某的子女起诉振鼎鸡餐饮公司侵犯著作权。

原告的剪纸

被告使用的剪纸

被告振鼎鸡餐饮公司辩称：其使用的公鸡图案与涉案剪纸作品存在以下差别：（1）被告使用的公鸡形象较为健壮，而原告主张权利的剪纸作品的公鸡形象较为瘦小；（2）两者鸡冠的长度和厚度均不同；（3）两者鸡尾羽毛的数量不相同，被告的要比原告的多；（4）两者公鸡的朝向相反；（5）两者鸡翅膀的波纹不相同，被告的波纹宽广而原告的波纹小；（6）两者的底座形状不相同。因此，两者不构成实质性相似，被告未侵犯涉案剪纸作品的著作权。

法院认为：原、被告的剪纸除在鸡冠、底座及鸡身形上略有差异外，其余极为近似，在涉案剪纸作品较具独创性的鸡眼、鸡翅膀、鸡尾部分以及鸡身的留白处理等方面更为接近，两者在整体上构成实质性相似。被告就两者比对时提出的几点差异虽然存在，但属细微差异，尚不足以影响两者实质性相似的认定。[②] 因此判被告承担侵权责任。

---

① Gross v. Seligman, 212 F. 930, at 931 (2nd Cir., 1914).

② 参见上海市第一中级人民法院民事判决书（2011）沪一中民五（知）初字第127号。

此案中被告的剪纸与原告的剪纸相比，存在一定差异，有一些独创之处，但如上文所述，独创性是认定一种成果构成作品的条件，并非侵权的抗辩理由。由于两者构成实质性相似，且被告有接触原告在先作品的合理机会，因此被告败诉。

第三节　不受著作权法保护的对象

著作权法是用于保护人类劳动成果的，但并非所有人类的劳动成果都能受到著作权法的保护，著作权法只保护其中符合独创性要求的、特定的智力劳动成果，而将其他劳动成果留给其他法律机制如专利法、商业秘密法、反不正当竞争法和合同法等加以保护。从反面而言，不受著作权法保护的客体包括以下几种：

一、思想

(一) 著作权法不保护“思想”

著作权法并不保护抽象的思想、思路、观念、理论、构思、创意、概念、工艺、系统、操作方法、技术方案，而只是保护以文字、音乐、美术等各种有形的方式对思想的具体表达。

TRIPs 协定第 9 条第 2 款规定：版权保护应延及表达，而不延及思想、工艺、操作方法或数学概念之类。《美国版权法》第 102 条第 2 款规定：“在任何情况下，对于作者原创性作品的版权保护，都不延及于思想观念、程序、工艺、系统、操作方法、概念、原则和发现，不论它们在该作品中是以何种形式被描述、解释、说明或体现的。”我国台湾地区“著作权法”第 10 条之一也规定：“依本法取得之著作权，其保护仅及于该著作之表达，而不及于其表达之思想、程序、制程系统、操作方法、概念、原理、发现。”我国《著作权法》第 5 条规定，“历法、通用数表、通用表格和公式”不受保护。其中，历法和公式仅是计算方法和数学原理的简单反映，作为“思想”当然不能受到著作权法的保护。

例如，如果有一个画家在世界上第一次想出要画一幅一条正在听主人留声机中声音的小狗，即使他将这个创意告诉了别人，这个创意也不能作为作品受到保护。而且即使他根据这一创意画出了一幅图，他人仍然可以以其他方式使用“一只小狗在听留声机”这个创意。著作权法保护的只是画家以图形的形式对这一创意的具体表达。例如，画家可以画一个具有特定外观的留声机、房间的特定背景、家具的特定摆设，当然还有一只特定品种的小狗、小狗的姿势和表情。这些画面组合在一起就是对创意的表达，也就是受保护的作品。①

再如，某历史学家用根据对唐代和日本历史文献的大量研究，得出了杨贵妃并非被缢死于马嵬驿，而是辗转东渡，最终病死在日本的结论。他撰写了一篇学术论文，文中推测了杨贵妃侥幸逃脱的原因，以及东渡日本的路线图和杨贵妃在日本的生活状况；并引用大

---

① See Hugh Laddie etc., *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd edition), Butterworths (2000), § 4.44.

量历史文献对自己的观点加以论证。如果一名作家在读过甲的学术论文后受到启发，根据甲在论文中提出的观点创作了历史小说，讲述了杨贵妃自马嵬驿之变后在友人的帮助下东渡日本的故事，则即使该历史小说的剧情完全以历史学家甲在学术论文中提出的观点为基础，其行为仍然不构成著作权侵权。这是因为历史学家甲在有关杨贵妃之死真实原因的推断只是一种不受保护的“思想”，任何人都可以自由地使用这一思想进行文学艺术创作，包括以这一思想为基础撰写历史小说。从另一个角度看，历史学家甲在的结论也是一种“事实”，同样不受著作权法的保护。

典型案例

《红楼春秋》案

我国曾发生多起与研究者的学术研究结论有关的著作权诉讼。1989年“红学”爱好者霍某姐弟合作发表了学术论文《〈红楼梦〉中隐去了何人何事》，其中提出了一个新的观点，即《红楼梦》以隐晦的笔法揭示了雍正皇帝暴死的真实原因。该文认为曹雪芹不但被雍正皇帝抄了家，而且他自幼青梅竹马的相好竺香玉也被选入宫中，成为雍正的皇后。在雍正十三年（1735年），曹雪芹和竺香玉两人设法用丹砂将雍正毒死，事后竺香玉自杀，曹雪芹则写下了《红楼梦》，以极其隐晦的方式记载了这段历史。作者同时刊出“启事”，称任何个人或单位若欲将该作品翻译或改编成电影、电视、录像、戏剧、小说等表现形式者应与作者联系。“红学”爱好者富某在无意中看到这篇论文后受到启发，撰写了一部25万字的章回体小说《红楼春秋》，并由京华出版社发行。《红楼春秋》作为一部纯文学作品，正是围绕着《〈红楼梦〉中隐去了何人何事》一文的核心观点展开故事叙述的。霍某姐弟因此对富某和京华出版社提起著作权侵权诉讼，认为其侵犯了改编权和保护作品完整权。法院认定作家富某的行为并不构成侵权。①

显然，提出《红楼梦》行文背后隐藏的是曹雪芹和竺香玉毒死雍正皇帝的真相，仅仅是一种观点，属于“思想”的范畴。根据这一思想创作的小说如果与红学研究者的学术著作之间的相似之处仅仅在于这一思想本身，则小说作者当然不构成著作权侵权，因为思想本身是不受著作权法保护的。

再如，电影界有所谓“跟风”的做法。一部电影如果在票房上非常成功，可能很快就会有许多类似题材的电影跟进。像《少林寺》这部最早反映少林功夫的电影推出后，电影市场上就出现了一大批以少林武术为题材或背景的电影，如《南北少林》、《少林俗家弟子》和《少林足球》等。《无间道》在香港上映后，又有《黑白森林》等反映黑社会和警察互派“卧底”的电影出现。跟拍的类似题材电影显然借用了第一部电影的思想创意，但仅凭这一点并不能得出“跟风”的电影侵权的结论，原因就在于著作权法只保护表达，而不保护思想。

---

① 但是，法院同时认定小说是论文的“演绎作品”。这一结论是不能成立的，参见后文对“演绎作品”的分析。

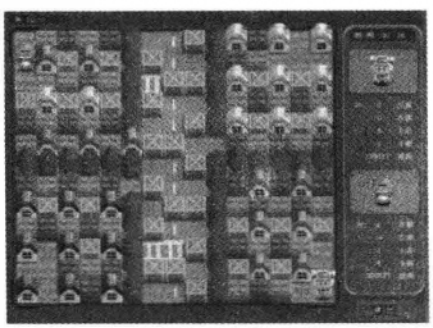
典型案例

“泡泡堂”与“QQ堂”

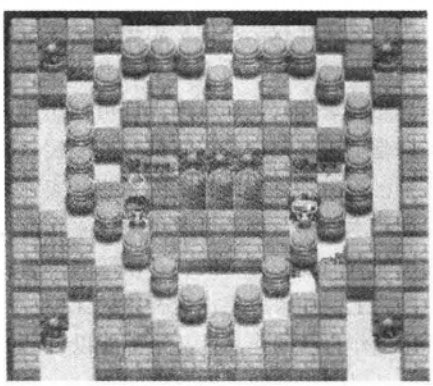
韩国Nexon株式会社开发了休闲游戏“泡泡堂”，玩法是由玩家在各种场地内放置“炸弹”攻击对手，同时防止为对方的“炸弹”所伤。腾讯公司推出了游戏规则类似的“QQ堂”游戏。Nexon株式会社指称“QQ堂”在游戏形式等诸多方面抄袭了“泡泡堂”游戏，构成了包括对其操作方式等多种作品著作权的侵权。

法院认为：这两款游戏在文字部分，虽然若干道具名称具有相似之处，但原告并不能对诸如“太阳帽、天使之环、天使之翼”等名称享有著作权；而在画面部分，整体上并不相似。其中“以笑表示获胜、哭表示失败”属于思想的范畴，只要原、被告双方的表达方式不同，即不视为著作权方面的侵权。法院因此驳回了原告的诉讼请求。①

本案中这两款游戏的源代码由原、被告独立编写，因此不存在计算机软件侵权问题。这两款游戏的画面又并不相似，也不存在美术作品侵权问题。而道具名称等文字也不受著作权法的保护。原告真正希望达到的目的，应是阻止被告运营具有相同游戏规则和操作方式的游戏。但这种游戏规则和操作方式在著作权法上仅属于思想的范畴，不受著作权法保护。



“泡泡堂”游戏截图



“QQ堂”游戏截图

典型案例

《面罩》节目模式案

某传媒公司制作了一档名称为“面罩”的深夜访谈节目，模式为由戴着面罩的嘉宾讲述自己在情感中遇到的问题。某网络公司在其网站上也推出了一档名称为“面罩”的谈话实录节目，形式为嘉宾戴着面罩与主持人互动。该传媒公司起诉该网络公司侵犯其《面罩》节目模式的著作权。

① 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2006）一中民初字第8564号。

原告节目中戴着面罩的嘉宾①

告节目中戴着面罩的嘉宾②

法院认为：原告主张的节目模式实际上是对《面罩》节目的构思、创意。其只有通过语言文字、符号、线条、色彩、声音、造型等客观形式将这种构思、创意表达出来，才能被人们感知，才能以有形形式进行复制。同时，只有当这种表达是独创的且符合法律规定时，才构成著作权法保护的作品。因此，原告对于《面罩》节目的构思、创意本身并不属于我国著作权法规定的作品保护范围。最终法院认定《面罩》节目模式不属于著作权法意义上的作品，驳回了原告的诉讼请求。③

为什么著作权法不保护思想？从深层原因上看，这是与民主社会对思想自由的珍视紧密相连的。著作权实质上是一种相对意义上的垄断权，垄断就意味着未经许可不得使用。如果思想有著作权，那么未经许可使用他人的思想就会构成侵权。这样一来，任何一个老师在课堂上讲解知识产权法都可能是侵权行为，因为在老师讲授的内容中，有相当部分是前人早已提出并且广为接受的思想。实际上，无论是人们日常生活中的语言文字表达还是学术和艺术创作，都不可避免地建立在前人的思想基础之上。即使是世界顶级的学术大师所提出的看似独一无二的、开拓性的思想或理论，实际上也都或多或少地建立在以往思想的基础之上。如果思想也受著作权保护，那就意味着他人不得在未经许可的情况下，用同一思想创作自己的作品，甚至不能以自己的方式去表述和谈论同一思想。这显然是在钳制思想，是民主观念所不能容忍的。

从著作权法所追求的目的和效果来看，法律赋予作者著作权的最终目的不是奖励作者而是鼓励创作，而创作作品不可能是在空中建楼阁、完全脱离前人已有的成果，每一个作者都会自觉不自觉地受到他人的启发。因此，公共政策要求著作权法允许人们自由使用他人作品中所蕴涵的思想，用以创作出在表达上具有原创性的作品。如果思想也有著作权，那么市场上不可能出现多少作品，因为完全不借助他人思想而创作的作品几乎是不存在的，而要求每一个作者都向思想的原始提出者缴纳许可费之后才能使用将会极大地限制创作行为。

需要注意的是："思路、观念、理论、构思、创意、概念"显然属于"思想"的范畴，而"系统、操作方法和技术方案"等则是广义的"思想"（idea）。某人即使提出了一种既新

① 图片来源：http://gb.cri.cn/6851/2004/12/15/602@391893.htm，访问日期：2013-09-30。

② 图片来源：http://women.sohu.com/s2005/mianzhao2.shtml，访问日期：2013-09-30。

③ 参见北京市海淀区人民法院民事判决书（2005）海民初字第15050号。

颖又富有高度创造性和实用性的技术方案，该技术方案本身仍然是不受著作权法保护的思想。只有其对技术方案的具体文字表述才可能作为作品受到著作权法的保护。当然，该技术方案的发明人可以申请获得专利保护。本书将“操作方法、技术方案与实用功能”单独列为不受著作权法保护的客体。

（二）思想与表达的分界

既然著作权法不保护思想，而只保护对思想的表达，那么在涉及著作权侵权的诉讼中，就需要判断被告未经许可使用的究竟是原告作品中的思想还是表达。在许多情况下，思想和表达的分界点并非十分清晰。

典型案例

迪士尼米老鼠案

在1978年发生的Walt Disney Productions v. Air Pirates案中，被告Air Pirates公司使用了迪士尼公司中的米老鼠基本形象，但是用于讲述了不同的故事。在原告的作品中，米老鼠是一个活泼可爱、勇于助人的形象。在被告的作品中，米老鼠成了一个反社会的角色，满嘴脏话，甚至还吸食毒品。[①] 被告并没有直接从原告的漫画中复制一个米老鼠，而是根据人所共知的米老鼠的特征自己画出了一系列的米老鼠。法院判决被告败诉。[②]

在该案中，即使在迪士尼公司拥有版权的无数米老鼠的静态漫画中无法找到一幅和被告的米老鼠一模一样的漫画，被告对原告米老鼠形象的使用，也绝非仅限于“创意”或“思想”部分，而是使用了“表达”。对于漫画作品而言，角色是通过绘画这种艺术手法加以表达的。对角色单独的、静态的绘画本身就是美术作品，是受保护的“表达”。把许多对同一个角色的漫画放在一起来看，该角色必定具备一些共同的特征。以米老鼠为例，无论它是站、是坐、是跑还是摆出任何其他姿势，它身体每一部分的特征都是由漫画家事先予以确定的，如米老鼠长长的鼻子、圆圆的耳朵，这些具体的特征都是具体的“表达”而不是抽象的“思想”。被告所画的米老鼠漫画尽管从单幅来看找不到和原告的漫画一模一样的，但是被告实际上是将原告创作的米老鼠的各个特征进行了一些非常简单的重新安排和组合。只要被告没有改变米老鼠的基本特征，其绘制米老鼠的行为仍然是在使用原告受保护的“表达”而非“思想”。当然，如果被告的漫画体现出了足够的独创性，是可以作为演绎作品受到保护的，但是创作演绎作品也不能侵犯原作作者的权利，因此，被告的行为仍然构成侵权。

对于小说、戏剧等涉及故事的文学作品而言，它们都会有一个主题，该主题当然属于不受著作权法保护的“思想”。同时，小说或戏剧中每一处细节的描写，则构成“表达”。因此，根据前人的小说创作一部主题相似，但内容完全不同的小说（借用“思想”）并不构

① 本案除了涉及“思想与表达”的分界之外，还涉及其文艺创作形式——“模仿讽刺”（parody）能否构成“合理使用”的问题。该问题将在“对著作权的限制”一章加以讨论。

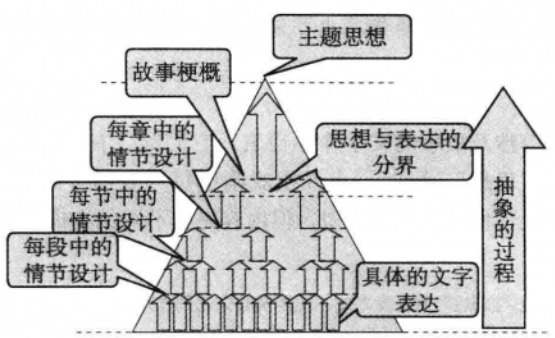
② Walt Disney Productions v. Air Pirates, 581 F. 2d 751 (9th Cir., 1978).

成侵权，而一字不差地抄袭他人小说（盗用“表达”）则无疑会侵犯他人著作权。但是，处于主题和细节这两个极端之间的内容，包括故事的情节、故事的结构、故事中主要的事件、事件之间的顺序、人物的性格、人物之间的关系等，究竟属于“思想”还是“表达”呢？

过去不少著作将“著作权法只保护表达，不保护思想”的原则表述为“著作权法只保护表达形式，不保护思想”，这种说法固然比“著作权法只保护表达”更符合汉语语法习惯，但却容易使人认为著作权法只保护“形式”，而不保护与“形式”相对的“内容”，这意味着任何人都可以自由使用作品的内容，只要不使用相同或相似的语言等表达形式就可以了。按照这种说法，将他人创作的小说或戏剧中的故事用“同义词替换”的方法全部改写一遍并不会侵犯著作权，因为改写之后产生的新作虽然在故事情节、人物、结构、事件发展顺序、人物之间关系等“内容”上与原作相同，但是“形式”，也即具体措辞，完全不同。同样，按照上述说法，如果有漫画家未经许可使用他人小说作品中的全部故事情节和人物等内容绘制出了一套漫画，也不是著作权侵权行为。

这些结论显然是不能成立的，否则，著作权法中的“演绎权”，包括摄制权、改编权和翻译权等，都失去意义了，因为“演绎权”所控制的行为，正是以不同的表达形式表现同一内容的行为。对于改写和翻译而言，虽然新作的遣词造句或所使用的语言文字与原作截然不同，但却表达了相同的内容。使用他人小说绘制漫画和拍摄电影尽管完全没有使用原作的表达形式——书面文字，而是借助了美术与电影画面，但仍然表现了与小说相同的故事。这些行为均是对原作中“表达”的使用。换言之，对于小说和戏剧而言，与“思想”相对应的“表达”不仅仅包括“形式”，也包括“内容”。

实际上，对于一部小说或一部戏剧而言，能归入“思想”范畴的绝不仅仅是这部小说或戏剧的主题思想。从无数具体的细节，到作品的最终主题思想，这是一个由下至上的“金字塔”形的结构（参见下图）。从金字塔底端的每一句话的文字表达，至金字塔顶端的主题思想之间，可以有一个不断地抽象和概括的过程。我们可以首先对处于“金字塔”底层的每一个段落进行抽象和概括，提炼出每一段的主要意思；然后对每一段落的主要意思进行再抽象和概括，提炼出每一小节的主要意思；接着再对每一小节的主要意思进行抽象和概括，这样又可以提炼出每一章的主要意思，由此最终提炼出整部作品的中心思想，也即到达了金字塔的顶端——故事的主题思想。在这一从“金字塔”底层到顶端的渐进过程中，随着抽象和概括程度的不断提高，越来越多具体的因素被排除出去。而在由下至上的



递进关系中，被抽象和概括出的内容相对于下一层次的是“思想”，相对于上一层次却可能是“表达”了。在“金字塔”的底层和顶端之间，总会存在一个分界线，在这条分界线之上就是不受保护的“思想”，而在这条分界线之下就是受保护的“表达”。

如果他人仅仅使用了这条分界线之上的内容，并不会构成对著作权的侵犯，反之，如果他人未经许可使用这条分界线之下的内容，就有可能构成著作权侵权。

典型案例

《爱尔兰之花》案

这种寻找“思想与表达”之间界限的“抽象概括法”是由美国著名的汉德法官在1930年判决的Nichols v. Universal Pictures Corporation案中首先提出的。在该案中原告创作了一部戏剧《爱尔兰之花》(Abie's Irish Rose)，而被告拍摄了一部与之在内容上有相似之处的电影。这两部作品叙述的内容均涉及爱尔兰人的女儿与犹太人的儿子相好。由于宗教的冲突，双方家长起始均不同意，闹出了各种戏剧性的故事，最后经过双方子女一番努力，再加上孩子的出生，两家终于和好。汉德法官指出：就任何（有情节的）作品，尤其是就戏剧作品来说，随着越来越多的情节被剥离出去，就会有一系列越来越具抽象性的模式与之相应，最后一个模式可能就会是该戏剧是有关什么的最一般的陈述，有时可能只包括它的名称。但是，在这一系列的抽象概括中，有一个不再受到保护的临界点，超过了这一临界点作品的内容就不受保护了，否则，剧作家就可能阻止他人使用其“思想”，而剧作家的财产权永远不能延及与表达相对应的思想本身。虽然汉德法官认为两部戏剧如果在情节方面过于相似，后者可以构成对前者的侵权，但在应用“抽象概括法”对涉案的两部作品进行分析之后，汉德法官认为它们在具体的情节设计方面相差很远，相似之处仅为早已处于公有领域的戏剧模式或仅属于“思想”的范畴，因此判定被告不构成侵权。[①]

典型案例

《超人》案

原告华纳兄弟电影公司拍摄了举世闻名的电影《超人》，其主人公是一个身着披风、具有超人能力的英雄。而被告美国广播公司拍摄了同样以“超人”为主角的电视连续剧《最伟大的美国英雄》，但其中“超人”的性格以及具体故事情节与电影《超人》显著不同：电视剧的主角是一位性格懦弱、身陷家庭情感漩涡的中学老师亨克利。一天他在野外开车时偶然遇到了外星人。外星人送了他一套神奇的披风，并且告诉他坏人策划毁灭世界，而他必须承担拯救世界的重负。穿上这套披风后，亨克利就有了超人的能量。但他遗失了披风的使用手册，只记得外星人教他的几句口诀。由于没有使用手册，再加上性格懦弱，所以

① Nichols v. Universal Pictures Co., 45 F. 2d 119, at 121 (2nd Cir., 1930).

刚开始穿上披风的时候，亨克利不但非常胆怯，而且也显得很笨拙，起飞的时候会被吓得大喊大叫，有时候还会一头栽到草丛中去，降落的时候也是跌跌撞撞，几次都被摔得老远。和坏人交火的时候，虽然有披风保护他不受伤害，但他也是畏畏缩缩，胆怯地用手把脸捂得严严实实。①

原告认为：被告电视剧中的主角亨克利与电影《超人》中的超人具有实质上的相似性。被告未经允许复制了电影《超人》的披风和能力。观众在观看被告的电视剧时，总能够想起电影《超人》。法院认为：被告的“超人”与原告的“超人”具有显著的不同。电影中的“超人”在外貌和行为上都像一个勇敢的、自豪的英雄，主动将自己的一生献给了与邪恶势力作斗争的事业。而电视剧中的“超人”无论在外貌和行为上都是一个胆怯的、缩头缩尾的英雄，他极不情愿地接受了与邪恶势力作斗争的使命，其实更愿意过一种普通人的生活。电影中的“超人”对超人能力运用自如，表现出了技巧、魄力和锐气，而电视剧中的“超人”则被披风带给他的超人能力搞得晕头转向，是以一种跌跌撞撞和搞笑的方式来运用这种能力的。法院最终认定：被告的电视剧虽然使用了原告电影中超人的某些因素，但相似之处在于“思想”，而非“表达”。

应当指出：除了被告电视剧与原告电影的情节大相径庭之外，虽然这两部影视作品中都有“超人”，但两位“超人”角色具有显著差异，相似之处仅在于他们具有大致相同的“超人能力”。自从电影《超人》上映之后，公众通常都会认为一个“超人”应当能够自由飞翔，同时力大无比、刀枪不入。这种“超人能力”应当是“思想”，而非“表达”。

典型案例

庄羽诉郭敬明案

作家庄羽创作了长篇小说《圈里圈外》，其指称郭敬明的长篇小说《梦里花落知多少》抄袭了《圈里圈外》中故事的主要线索、大部分情节和主要人物特征等，甚至还照搬了《圈里圈外》的片段以及能够表达作品内容的部分语句。

法院经审理后认定：两部作品中有12个主要情节明显雷同。例如，《圈里圈外》中有这样一个情节：张小北为了给现在的情人张萌萌创造一个做演员的机会，找到过去的女朋友初晓。初晓念及张小北以前对自己的好，同意帮忙，经过努力，但最终没有办成，反被张小北误认为是因为没有给钱而故意拖着不办。初晓因张小北的态度而十分郁闷。而《梦里花落知多少》中有十分类似的情节：顾小北为了让自己现在的女朋友写的小说能够出版，找到过去的女朋友林岚。林岚念及顾小北以前对自己的好，同意帮忙，经过努力，但最终没有办成，反被顾小北误认为是因没给钱而故意拖着不办。林岚因顾小北的态度而十分郁闷。

同时，在庄羽指控侵权的57处“一般侵权情节和语句”中，部分内容明显相似，例如，《圈里圈外》中有“怕什么来什么，怕什么来什么，真的是怕什么来什么”《梦里花落

① Warner Brothers Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc., 720 F. 2d 231, at 243 (2nd Cir., 1980).

知多少》中有“怕什么来什么，怕什么来什么，真是怕什么来什么啊!!”。部分内容比较相似，例如，《圈里圈外》中有“我特了解李穹，她其实是个纸老虎，充其量也就是个塑料的”，《梦里花落知多少》中有“像我和闻婧这种看上去特二五八万的，其实也就嘴上贫，绝对纸老虎，撑死一硬塑料的”[①]。

法院认为：将两部作品整体上进行对比，《梦里花落知多少》中主要人物及情节与《圈里圈外》中的主要人物及情节存在众多雷同之处。从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。从情节和语句来看，如果一个情节或一个语句相似就认为构成剽窃，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作品构成了抄袭。[②]

本案是在没有逐字抄袭的情况下，因情节相似而认定侵权的典型案例。两部作品在具体、细致的情节设计和各种人物之间复杂关系之间的相似之处相当多，其相似部分已经越过了“思想”的范畴，进入了“表达”的领域。在情节相似的同时，还有几十处语句的相似，有的几乎一字不差，有的则类似于做了同义词替换（如将“充其量也就是个塑料的”改为“撑死一硬塑料的”），这更加说明两部小说已经达到了表达相似的程度。

典型案例

《激浊扬清》案

原告的作品

被告的作品

原告叶某为配合农村换届选举创作了题为“激浊扬清”的美术作品，图中扬谷机将“腐败分子”（谷壳）抛出，留下了“人民公仆”（谷粒），寓意选举起到了“激浊扬清”的作用。被告傅某也绘制了相同名称、相同寓意的绘画。“两幅作品素材选择均为风车、一男一女，画面设计均为女左男右、女主男辅，人物着装均为女人头披头巾身系围裙、男人颈背草帽。”[③] 叶某起诉傅某抄袭其美术作品。一种观点认为：就美术作品而言，素材的选择、画面的设计以及人物着装的安排等方面都是作者表达其特定思想的具体表现形式，而这些

① 北京市第一中级人民法院民事判决书（2004）一中民初字第47号。感谢叶明博的整理。
② 参见北京市高级人民法院民事判决书（2005）高民终字第539号。
③ 浙江省义乌市人民法院民事判决书（2011）金义知初字第273号。

表现形式在他人作品中并未集中出现过，应属于叶某作品具有独创性的表达方式。而傅某作品使用了叶某作品中具有独创性的表达方式，两幅作品在整体上构成实质性相似，因此，傅某的行为构成侵权。

该观点恐误解了美术作品中思想与表达的界限。根据《著作权法实施条例》第4条的定义，美术作品是“造型艺术作品”，其表达就在于由线条、色彩等美学因素构成的造型，而对主题和素材的选择本身只是美术作品中的思想。使用与前人美术作品相同的主题和素材描绘出完全不同的艺术造型，并不会构成著作权侵权。因此，在将原告美术作品与被控侵权作品进行比对时，应当看其中的造型是否实质性相似。在本案中，虽然两幅绘画中均出现了风车、一男一女（女左男右、女主男辅），而且人物着装均为女人头披头巾身系围裙、男人颈背草帽，但这些素材的艺术造型在两幅绘画中差异极大，并不构成实质性相似，因此两幅绘画不存在表达相似。法院也认定：两幅作品在具体表达上不构成实质性相似。[①]

即使应用“抽象概括法”，要准确地划定“思想与表达”之间的界限，也需要就个案进行分析。[②] 对于故事情节究竟是“思想”还是“表达”的问题，不能一概而论。目前国际上得到较多认同的结论是：如果故事的情节，包括事件的顺序、角色人物的交互作用和发展足够具体，则属于“表达”的范畴，将受到著作权法的保护。换言之，如果作者创造出了一个被充分描述的结构（sufficiently elaborate structure）时，就有可能作为“表达”受到保护。[③] 但是，在具体的作品中有哪些情节属于“思想”、哪些情节属于“表达”，并没有一个固定的或者放之四海而皆准的标准，还是要根据具体情况进行分析。

但无论如何，“思想与表达”之间的分界线绝不在“金字塔”的最底端，即认为只有每一句话才属于受保护的“表达”，否则，就会得出只要变换措辞重述一部作品，如上文提到的以“同义词替换”的方法对一部小说进行改写，都是在使用“思想”，因而不构成著作权侵权的错误结论。同样，这条分界线也绝不在“金字塔”的最顶端，即认为只有作品最为抽象的主题思想才是不受保护的“思想”，往下的层次均是受保护的“表达”，否则，著作权保护的范围就会过于宽泛，会影响后人对作品进行合理的借鉴。

（三）“混同原则”与“场景原则”

“思想”与“表达”的混同是指在某些情况下，对某种“思想”只有一种或极其有限的表达。例如，任何比赛都有一套规则，指示参赛的选手可以做什么、应当怎样去做、不可以做什么，该规则本身可以被称为一种“思想”。但是，如果要用简洁的语言来陈述这一套规则，如“足球比赛中球被本方球员踢出本方底线，由对方罚角球”，则可供选择的表达方式并不多，不同的人用各自的语言描述这套规则的结果总是大同小异的。其原因在于：在保持语言简洁的前提下，能够用于描述该规则的词汇和方式很有限。在这种情况下，原本

---

① 参见浙江省金华市中级人民法院民事判决书（2012）浙金知民终字第5号。

② 汉德法官在Nichols v. Universal Pictures Corporation案的判决中曾说过一句略显悲观的话：“思想与表达”之间的界限“没人曾经能够找到，也没人能够找得到”。

③ See Hugh Laddie etc., *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd edition), Butterworths (2000), § 3.85.

不受保护的“思想”和原本受到保护的“表达”混在了一起，无法在两者之间划出明确的界限。如果将对规则的语言描述作为“表达”加以著作权保护，会导致“表达”所依附的“思想”本身也被垄断。假设类似“足球比赛中球被本方球员踢出本方底线，由对方罚角球”的表述享有著作权，则除非他人能证明自己从来没有看到过这条规则的表述，而是自己独立提出的，就不能未经许可以复制等方式使用这条规则表述。这显然是一种不合理的垄断。所以，此时在立法政策上只能选择不保护这样的规则表述。因此，如果一种“思想”实际上只有一种或非常有限的表达，那么这些表达也被视为“思想”而不受保护。这就是著作权法中的“混同原则”。

我国《计算机软件保护条例》第29条规定：“软件开发者开发的软件，由于可供选用的表达方式有限而与已经存在的软件相似的，不构成对已经存在的软件的著作权的侵犯。”这也是“混同原则”的反映。

与“混同原则”密切相关的一个原则是“场景原则”（译自法语 Scènes à faire）。上文在讲解“思想与表达的分界”时曾经讲道：故事情节，包括关键事件、故事结构、故事发展顺序等，都有可能被当做“表达”而受到著作权保护。对故事情节更细致的设计和描述，自然也是有可能受保护的成分。而“场景原则”是指在文学作品之中，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。

这种情况在历史作品中特别典型。作者要描述某一历史事件，往往必须描写事件发生地点的情况、风土人情、历史背景，等等，如西方有关吸血鬼的恐怖电影大都带有夜间坟地、棺材、猫头鹰等场景，以纳粹德国为背景的历史小说往往要描写党卫队、啤酒馆和“希特勒万岁”的口号，这些都是所谓的“标准场景”，如果不加使用就无法创作出特定的历史小说或戏剧。如果后一部同题材的作品仅仅借鉴前一部作品中的这些“标准场景”，并不会构成著作权侵权。

二、操作方法、技术方案和实用功能

在英美法系版权法理论中，工艺、系统、操作方法、技术方案和任何实用性功能都属于“思想”的范畴。由于在汉语中这些因素与“思想”并非同义或近义词，本书将其分开讲解，但上文所述的“混合原则”与“场景原则”在此也完全适用。

著作权法只保护具有独创性的表达，任何实用性的因素，包括操作方法、技术方案和实用功能等，都不在著作权法的保护范围之内。如果某人撰写了一本介绍美容技术的书，另一人阅读之后，在美容院使用这一技术为顾客服务，或者用自己的语言将这本书中涉及的美容技术重新加以描述和说明，都不会构成著作权侵权。原因是他仅仅再现了美容技术，而这种技术本身是不受著作权法保护的。①

---

① 参见美国最高法院判例 Lee v. Runge，404 U. S. 887 (1971)。

典型案例

记账方法不受保护

在1879年美国联邦最高法院判决的Baker v. Selden案中，原告撰写的书中解释了一种记账方法，其中附上了空白的用于记账的表格，表格上画有标题和横线，是为配合书中描述的记账方法而设计的。被告的书中也附了一种记账表格，能够达到和原告设计的表格同样的管理效果，但却使用了不同的栏目和标题。原告没有指称被告的书和自己的书实质性相似，甚至也没有指称被告书中所附的表格样式和自己书中的表格样式实质性相似，而是认为自己通过获得作品的版权而取得了使用书中所述记账方法的排他性权利。美国联邦最高法院判决原告败诉，原因是双方作品中的表达并不实质性相似，相似的只是有关记账的"思想"①。

在Baker案中，原告的真实想法是：既然这本书描述了一种新的记账方法，而且这本书享有版权，则任何人未经许可使用这种记账方法就构成版权侵权。原告要求的实质上是对方法专利的保护。但著作权法与专利法的一个重要区别就在于：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。国家有关部门一直在呼吁科研人员要加强专利意识，其原因就是许多科研人员在投入大量时间和精力完成一项研究成果后，没有就其中的技术申请专利，而是写成科研论文发表。一旦发表之后，论文中所描述的技术就被公之于众，成为全人类的共有财富。他人未经许可而实施这项技术并不构成侵权。而作为论文作者的科研人员所享有的仅剩对文字表述的著作权。但在这种情况下科技论文著作权的经济价值与技术本身相比显然是微不足道的。

典型案例

钢琴记谱方法不受保护

谭某独创了一种既不同于简谱也不同于五线谱的钢琴记谱新方法，仅用阿拉伯数字1、2、3、4、5进行标注，使学习钢琴者能够很快识谱并进行钢琴弹奏。谭某将《欢乐颂》等公有领域的歌曲转成了以该方法展示的曲谱形式，某公司未经许可将其在网络上进行了传播。谭某诉该公司侵犯了其改编作品著作权。

法院认为：谭某提交的"改编曲谱"仅仅是一种便于不识简谱、五线谱的人员能够使用钢琴弹奏已经进入公有领域作品的指法及指位标记。谭某未提交以通常的记谱方法（简谱或五线谱）展示的曲谱，无从判断其主张的"改编"是否具有独创性。因此，驳回其诉

① Baker v. Selden, 101 U.S. 99 (1879).

用原告新方法展示的曲谱

讼请求。[①]

如果法院经对比发现，用谭某的新方法展示《欢乐颂》等公有领域歌曲的曲谱之后，其中的旋律、音调等均未发生改变，则说明用原有方法和新方法记谱的音乐作品本身是相同的，发生变化的仅是记谱方法。这正如用一套密码给一部作品加密，加密后的作品展示形式与原有形式产生了区别，但作品本身未变。显然，无论是加密方法还是记谱方法，都不是著作权法意义上的作品，不能受到保护。

为什么对于同一种技术方案，用于专利申请就可能获得对技术方案本身的垄断权，从而使发明人有权阻止他人未经许可使用这种技术，而仅在论文或著作中加以描述就不能阻止他人使用呢？这是因为专利权并不是自发明人完成设计技术方案之时起就自动产生的，只有经过专利局的审查，确认一项技术方案具有新颖性、创造性和实用性之后，才能授予发明人专利权。这种严格的审查程序确保了这项技术必须是新颖的、有重大的技术进步，而且能够运用于产业领域，获得积极的社会效益。国家因此才对它进行有期限的保护。而著作权是自作品完成之时就自动产生的，没有经过任何实质性的审查，根本无从保证作品所描述的技术方案具有新颖性、创造性和实用性，作品所描述的技术可能是别人早已公开使用的或者轻易就能想到的，只是从未付诸文字而已；而且著作权保护的时间远远长于专利权，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。因此，我国《计算机软件保护条例》第 6 条针对计算机软件的著作权保护规定："本条例对软件著作权的保护不延及开发软件所用的思想、处理过程、操作方法或者数学概念等。"

理论研究

适用于分析计算机软件中"思想与表达"的"抽象概括法"

在计算机软件这种具有高度功能性的智力成果被纳入著作权法的保护范围之后，著作

① 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2009）一中知民初字第 9159 号。

权法理论中有关“思想”与“表达”的区分对于计算机软件也是适用的，而且显得更为突出和重要。因为计算机软件与一般文学艺术作品存在着本质不同，它是一种具有实用性的工具，必须能够完成某种工作任务。而著作权法对计算机软件的保护必须严格遵循不保护技术方案和实用性功能的基本原则。在计算机软件市场，具有相同功能的软件之间要相互进行竞争，都必须尽量具备对方软件所能实现的功能。这导致同类软件在功能和操作方法上总是具有较大的相似性，但这并不一定意味着后开发的软件侵犯了在先软件的著作权，因为这完全可能是软件编制者针对某一特定功能进行独立创作的结果。

例如，某一软件公司开发的一种杀毒软件具备查杀“木马程序”的特定功能。另一软件公司通过“反向工程”发现了前一杀毒软件查杀“木马程序”的特定技术方法，但使用不同的代码编写出了使用同一方法、具备同一功能的软件，也不构成著作权侵权。因为任何技术方案和实用功能在软件中不受著作权法的保护。

在后一软件的编写者通过“反向工程”分析出了前一软件的结构和代码的情况下，如果该编程者没有逐行抄袭前一软件的代码，而只是借鉴或模仿了前一软件的设计、结构和部分要素等，就会引发一个复杂的问题：后一软件从前一软件中借鉴的究竟是不受保护的“思想”还是受保护的“表达”？

这一问题与上文讨论的有关小说中故事情节、人物是否属于“思想”或“表达”的问题是相似的，因此也需要对两个软件进行更为细致的比对分析。美国作为计算机软件产业最为发达的国家，其法院在司法实践中逐渐总结出一套较为成熟的划定计算机软件中“思想”与“表达”界限的规则，对世界各国均产生了重大影响。这套规则，正是对上文所述由汉德法官首先提出的“抽象概括法”的发展，即首先对原告的软件进行自下而上的抽象概括，将软件中不受版权保护的“思想”等成分逐步过滤出去，再对剩下的成分与被告的软件进行比较，以保证被比较的只是受版权保护的“表达”而非“思想”。如果比较的结果是两个软件具有实质性的相似，就可认定被告侵权。[①] 根据美国版权法专家 Nimmer 教授的论述，该套规则的实施步骤如下[②]：

1. 将只构成抽象思想的部分排除出去

计算机软件的程序员在编写程序时，通常首先会确定程序应当完成何种特定任务或具备何种特定功能的目标，然后绘制出程序的编制流程图，用于确定程序的框架结构。接着程序员会在大框架中分出几个模块，每一个都用于解决一个特定的具体问题；而且该模块还可以再向下分为更多的子模块。最后，程序员会根据每一个子模块编写出源程序，并使隶属于各模块的程序之间相互协调。

编写程序的这种特定方式使之很适合使用汉德法官提出的“抽象概括法”加以分析。在编写程序的最初阶段，程序员只有一个程序应当具备什么功能、实现什么任务或应当采取何种算法的大致概念，这属于不受保护的思想（它位于上文中所附的金字塔结构的顶端）。而当程序编写完成的时候，每一行具体的代码属于受保护的表达（它位于上文中所附的金

---

① Computer Associates International Inc. v. Altai Inc. 126 F. 3d 365 (2nd Cir., 1998).

② See Melvile B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc. (2003), § 13.03 (F).

字塔结构的最底层)。在这两个极端之间，随着自下向上抽象和概括的程度越来越高，终将跨越思想和表达之间的界限。

2. 将为逻辑和使软件具有效率所必需的代码排除出去

根据“混同原则”，当一种思想只有一种或极其有限的几种表达时，该表达也不受著作权法保护，以免导致思想本身被垄断。在软件著作权侵权的诉讼中“混同原则”显然特别重要。这是因为虽然从理论上看，实施一种特定编程思想如使软件具备特定功能、实现特定任务的途径有许多，但使之效率最大化的最优途径只有非常有限的一两种。这实际上使得程序员只能首选这一两种有限的表达，而排除了使用其他表达的可能性。根据“混同原则”，这几种数量非常有限的以代码形式出现的表达就不能受到著作权法的保护。

Nimmer 教授指出：计算机搜索和分类的算法是计算机程序领域“思想与表达”发生“混同”的典型实例。任何计算机系统都要处理大量的数据，并要花费大量时间用于对海量数据进行查找和分类，使用高速数据查找和分类算法对于提高计算机程序的效能是极为重要的。虽然理论上有许多不同的算法供程序员选择，但其中只有非常有限的几种能够大幅度地降低计算机对数据进行查找和分类的时间，因此，程序员在涉及数据查找和分类的程序中都会选择这几种算法和与之对应的程序。根据“混同原则”，与这几种算法对应的程序就属于为提高效率所必需的，不受著作权法的保护。同时，如果两种程序之间的相似之处仅仅在于这类算法对应的代码相同，则也不能认定后一程序构成对前一程序的侵权。

3. 将“标准程序”所对应的代码排除出去

上文提到“场景原则”同样非常适用于计算机程序。根据“场景原则”，在历史小说中如果某些场景描写属于“标准场景”，即为说明某一特定历史背景或事件所必不可或缺的，则两部历史小说出现同样的场景设计并不能作为后一部作品侵权的证据。

而在计算机程序编写过程中，程序员也必须使用特定的标准编程技术，以使计算机程序能够根据特定的软、硬件环境实现特定功能。这些与标准编程技术所对应的代码也应当在比较软件之间的相似性时被排除在外。以下的软、硬件环境因素决定了许多标准的编程技术。

(1) 硬件标准。

计算机程序只有符合计算机硬件的设计标准才能正常运行，因此，针对相同硬件所编写的程序通常会包含相同的子程序，以实现与硬件的兼容。例如，要通过某一类型的显卡在计算机屏幕上正常显示图形，程序中就必须包含特定的代码，以对显卡进行各种操作。这种由硬件所决定的标准代码就相当于历史小说中的“标准场景”。

(2) 软件标准。

程序的运行除了要依赖计算机硬件之外，还要与其他各种软件，特别是操作系统相互兼容。这种兼容性的要求也注定了程序员必须使用某些标准程序。例如，能够在 Windows 操作系统中运行的程序在将数据存储至硬盘的代码方面往往是相似的，而这可能是因为这些程序要符合 Windows 操作系统所固有的数据存储模式。

(3) 硬件制造商要求的标准。

有时计算机硬件制造商会主动为软件商设定适用于该硬件的某些程序设计标准，如对

程序界面的设计和按键的选择等，以确保用户无论选择使用何种软件都能以基本相同的界面和操作方法对硬件加以利用。虽然这些设计标准并不具有强制性，软件商可以不采用，但如果其他软件商的程序都遵守这一标准，导致用户对根据这一标准设计的程序界面或操作方法已经非常熟悉，不采用这一标准的程序将遇到很大的市场风险。

例如，硬件生产商IBM公司曾经发布过《通用用户使用系统应用结构手册》(Common User SAA Manual)，指示程序员在编程时如何使程序符合IBM硬件的系统应用结构，以确保程序在不同IBM机型之间的兼容性。该手册说明了软件商应当如何设计用户界面，包括如何对特定信息加以编排、以何种方式在屏幕上显示、对于不同的用户消息应当使用怎样的颜色、如何选择快捷键，甚至包括要求将F1键用作“帮助键”。遵循该手册指示的程序在这些方面当然会因此而具有相似性，而这种相似性并不能作为证明后一程序抄袭或复制前一程序的证据。

(4) 通用编程技术、商业惯例和用户习惯。

为计算机软件行业所普遍遵循的通用编程技术本身是不受著作权保护的，如果其对应的程序代码只有有限的表达方式，根据“混同原则”也不受著作权法保护。商业惯例和用户习惯也会影响程序员对程序的设计。例如，使用法律、法规检索软件的用户通常都会要求软件具备根据“关键词”、“颁布部门”和“颁布时间”等方法进行检索的功能，因此，即使市场上第一个出现的法律、法规检索软件首先设计了按这些方法进行检索的功能，也不能阻止后来的软件商设计同样的检索功能。

4. 将从公共领域获得的程序部分排除出去

程序一旦基于超过保护期等原因进入了公共领域，则不能再为任何人所垄断。因此，前一软件中包含的已进入公共领域的程序当然不能受到著作权的保护，后一软件如果也包含相同的程序，并不能成为两个软件实质性相似的证据。

5. 对剩下部分的相似性进行分析

通过上述步骤逐渐排除了不受著作权法保护的各种因素之后，剩下的就应当是受到著作权法保护的部分。这部分应当与被指称侵权的软件进行比较，如果比较的结果是两个程序之间存在着实质性相似，则有可能认定侵权成立。

当然，在进行比较时，不能采取机械的方法。上述被逐步排除的因素虽然本身不受著作权法的保护，但是对其在整体上的选择和安排也是可能符合独创性要求的。正如Nimmer教授以由几何图形构成的平面图形为例指出的那样：构成图形的每一个平面图形，如圆形、正方形、三角形等形状，本身都是处于公有领域中的，不能为任何人所垄断。但如果机械地采用上述方法将这些公有领域中的形状一个个都排除出去，该图形中就没有任何东西是可能享有著作权的，他人复制这一图形也就不会侵犯著作权了。而这样的结论显然是荒谬的，因为虽然构成图形的每一个几何形状都处于公有领域，但绘制者对它们位置的设计以及相互关系的安排可能产生新的美学效果，因此，图形在整体上完全可以作为作品享有著作权。对程序之间相似性的分析也要遵循这一原则，即使排除了不受保护的各要素，也要考虑原告程序对这些要素相互之间逻辑关系的安排是否符合著作权法中独创性的要求，以及被告的程序是否使用了同样的安排。

在Computer Associates International v. Altai. Inc. 案中，原告开发出一种软件CA-

SCHEDULER，其中的一个部分叫 ADAPTER，作用在于使软件在 DOS、VSE、CMS、MVS 这几种操作系统上都能用。被告要开发一种类似的软件 ZEKE，也要解决兼容性问题。原告的一名技术人员到被告处工作，使用了 ADAPTER 的源代码，帮助被告开发了 OSCAR 3.4。原告发现后，被告重新编写了 OSCAR 3.5，将原告软件的代码全部删去。原告认为仍然构成侵权。法院应用上述“抽象概括法”将原告软件中为效率和外部因素所必需的成分以及来自于公共领域的部分过滤掉以后，认为剩下的部分与被告的程序并不实质性相似。①

典型案例

计算机程序菜单不受版权保护

本案的焦点问题在于计算机程序的菜单命令及其结构是否属于版权法保护的对象。莲花公司（Lotus Development Corporation）在其著名的表格处理软件 Lotus 1-2-3 中设计了有层次的菜单命令（如点击菜单中的“文件”会弹出“新建”、“保存”和“另存为”等选项）。而被告波兰德公司开发了一种功能更为强大的表格处理软件，为了让原先 Lotus 1-2-3 的用户能够更好地使用自己的新软件，波兰德公司在自己设计的菜单之外，又加入了 Lotus 1-2-3 的菜单。熟悉 Lotus 1-2-3 软件的用户在使用波兰德公司的软件时，就可以选择和 Lotus 1-2-3 相同的一套菜单。莲花公司起诉波兰德公司对其菜单的复制侵犯了其版权，但波兰德公司并没有复制 Lotus 1-2-3 的程序代码，而仅仅是借用了其菜单结构和用语，因此，本案中的关键问题是复制程序中的菜单层次结构和菜单命令用语是否构成侵权。

在一审中，地区法院认为：Lotus 1-2-3 软件中也存在着“思想”与“表达”的分界。“用有层次的菜单命令操作计算机”是“思想”，而莲花公司对菜单命令的选择和安排，即菜单结构作为一个整体，包括其用语、结构和顺序，应当作为“表达”而受到保护。根据地区法院的观点，“菜单树”可以使用不同命令和结构，通过改变菜单命令，可以产生无数易于操作的“菜单树”，例如，“quit”（意为“退出”）命令可以被“exit”（“quit”与“exit”为同义词）代替，“copy”（意为“复制”）可以被“clone”或“duplicate”（“copy”与“clone”及“duplicate”都有“复制”的意思）代替。据此，地区法院认为莲花公司在“菜单树”中对菜单命令的选择和安排构成了受保护的表达，并判决被告侵权，理由是被告对原告菜单命令和菜单结构的复制程度、被复制的菜单命令和菜单结构包含与其功能相分离的表达因素。

而针对地区法院关于 Lotus 1-2-3 软件中“思想与表达”的论述，上诉法院指出：首要的问题并不是菜单命令层次结构是否包含“表达”，而是菜单命令层次结构是否是一种“操作方法”（method of operation），因为如果是“操作方法”，则根本不属于版权法的保护范围。上诉法院认为：Lotus 1-2-3 的菜单命令和其层次结构就是一种不受版权法保护的“操

---

① See Melvile B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc. (2003), §13.03 (F); Computer Associates International Inc. v. Altai, Inc., 982 F. 2d 693 (2nd Cir., 1992).

作方法”，因为它仅仅为用户提供了控制和操作 Lotus 1-2-3 软件的途径。整个菜单都是运行软件的必需，用户只能通过点击菜单中的命令来告诉计算机该做什么。没有菜单命令和其层次结构，用户将无法利用 Lotus 1-2-3 软件的功能完成任何工作。莲花公司确实进行了“表达性的”选择和安排，但这种“表达”并不受版权法的保护，因为它只是 Lotus 1-2-3 软件操作方法的一部分。当特定的词汇（如“copy”）是为对软件进行操作所必不可少时，它们也是操作方法的一部分，是不可获得版权保护的。Lotus 1-2-3 的菜单就像录像机上的控制按钮一样，按钮也是不受版权法保护的“操作方法”，对按钮的安排也不能被当做“操作录像机方法”这一“思想”的“表达”受到保护。

针对地区法院提出的波兰德公司可以采用不同的菜单命令和结构层次来实现同样功能的观点，上诉法院认为：波兰德公司使用 Lotus 1-2-3 菜单的做法只是为了保持其软件在“操作方法”上与 Lotus 1-2-3 软件的兼容性，使老用户能够适应新软件。法院认为强迫用户用不同方法实现同一操作有违“操作方法不能获得版权保护”的原则。

上诉法院进一步指出：Lotus 1-2-3 的菜单命令和其层次结构是控制和操作软件的途径。波兰德公司虽然可以不复制与 Lotus 1-2-3 中菜单命令和其层次结构相对应的程序代码，但却必须使用 Lotus 1-2-3 的菜单命令和其层次结构本身，以达到使用这一“操作方法”的目的。换言之，波兰德公司用自己独立编写的程序代码制作出与 Lotus 1-2-3 相同的菜单命令和层次结构不构成侵权。

在上诉法院的判决中，Boudin 法官单独撰写了判决理由，他认为 Lotus 1-2-3 菜单中的许多命令在很大程度上已经是标准的程序命令了，如“打印”（“print”）、“退出”（“exit”）等。它们既不是莲花公司首先创造的，也不能为莲花公司所垄断。莲花公司设计的仅仅是标准菜单命令的组合以及分类。但如果给予莲花公司对这种设计的垄断权，那些熟悉 Lotus 1-2-3菜单的用户就只能一直使用 Lotus 1-2-3 软件了，就像熟悉老式键盘布局的人只能使用老式键盘一样。但是如果出现了比 Lotus 1-2-3 更先进的软件，那些已经学会使用并熟悉 Lotus 1-2-3 菜单的用户就难以转向新软件了。

面对这一局面，Boudin 法官认为法院可以有两个选择，要么认为菜单根本就是不受版权法保护的，要么认定波兰德公司对菜单的使用是为版权法所允许的。Boudin 法官倾向于后一选择，因为尽管莲花公司新设计的程序菜单可能是一项具有独创性的作品，但波兰德公司使用 Lotus 1-2-3 的菜单并不是为了代替自己对菜单的设计，而是使 Lotus 1-2-3 的老用户能够用他们自己熟悉的方式使用新软件。①

虽然上诉法院的法官们一致判决波兰德公司胜诉，但细究起来，Boudin 法官和其他法官们的判决理由大相径庭。其他法官认定程序的菜单在本质上与录像机上“播放”、“录制”和“暂停”等按钮一样是“操作方法”，本身不能获得版权法的保护。这等于是认为程序中的菜单属于“思想”而非“表达”，或者是发生了与“思想”相“混同”的“表达”。根据版权法只保护“表达”而非“思想”，或“混同原则”，该程序中的菜单不能受到保护。而 Boudin 法官认为尽管菜单中的许多命令，如“打印”、“退出”等，早已因成为“标准命令”而处于公有领域，但对这些命令的排列和层次关系的设计也可能构成符合独创性要求的作

① Lotus Development Corporation v. Borland International, Inc., 49 F. 3d 807 (1st Cir., 1995).

品。此时只能根据版权法中的其他规则，如“合理使用”，来认定波兰德公司不构成侵权。

三、事实及对事实无独创性的汇编

(一) 事实本身不受著作权法保护

客观事实本身不能受到著作权法的保护。事实是客观存在和发生的事情，它一旦产生，就不可能再受人类思想或创作活动的影响，不可能由作者“创作”出来，因此不可能是具有“独创性”的作品。作者可能是第一个发现、报告或描述客观事实的人，但他并不能对事实享有著作权。例如，对于人口统计工作而言，统计人员并没有“创作”出人口统计数字，他们仅仅是通过大量调查发现或揭示了这个数据，因此，统计数据不可能作为作品获得著作权。与人口统计数据一样，各种客观事实，包括科学事实，历史事实、新闻事实，本身都不可能受著作权法的保护。它们从产生那一刻起就进入了著作权法意义上的公共领域，任何人都可以自由使用。

假设一名历史学家在进行了大量的调查和走访之后，撰写了一部有关历史事件的调查报告，该调查报告基于其具有独创性的文字表达当然是受著作权法保护的作品。但这并不意味着构成作品的每一个要素同时也受到著作权法的保护。由于有关历史事件的调查结果本身可以被视为客观事实，或至少是对什么是客观事实的思想、观点，因此，它可以被后来的作者自由使用，借以创作出其他具有独创性的作品，调查报告的作者对此是无权加以阻止的。换言之，虽然这部调查报告也是作品，但却只享有较弱的著作权保护（thin protection）。他人虽然不能未经许可对其中的文字表述加以抄袭，或加以发表、出版等，但却能够使用被讲述或描述的历史事实。

美国早期的判例曾经以“额头流汗”规则为依据，认为历史学家对于通过辛勤研究而揭示的历史事实享有版权。在一个早期案例中，原告在撰写某位人物的传记时参考了丹麦文著作以及此人的书信，而被告仅在阅读了英文资料以及原告的著作之后就撰写了同一人物的传记。联邦第七巡回法院认为被告是否侵权取决于他是否使用了丹麦文原始资料并进行了独立的研究。由于被告并未使用第一手的丹麦文资料，而是参考了原告的著作，并且用了不到原告著书时间 1/3 的时间就完成了作品，法院判定被告侵权成立。[①] 而在“米勒诉环球城市电影公司案中”，佛罗里达南区联邦地区法院甚至断言：“如果我们期望个人进行独立的劳动，不但有必要对表达事实时涉及的努力和天资予以奖励，还需要对获得事实真相过程中付出的努力和天资予以奖励。”并以此认定调查者通过花费时间和精力而发现的一起绑架案的事实真相可以获得版权保护，从而判决使用该事实真相拍摄电影的公司构成侵权。[②]

这些判例现在均已丧失了约束力。[③] 如果著作权法对于在历史研究过程中为调查、揭示历史事实而付出的努力加以保护，则无异于使得作为研究结果的历史事实本身也受到保护，

---

① Toksvig v. Bruce Publishing Co., 181 F. 2d 664 (7th Cir., 1950).

② Miller v. Universal City Studios, Inc., 460 F. Supp. 984, at 988 (S. D. Fla., 1978).

③ Nash v. CBS, Inc., 899 F. 2d 1537, at 1542 (7th Cir., 1990); Miller v. Universal City Studios, Inc., 650 F. 2d 1365 (5th Cir., 1981).

而这是与作者只能就其具有独创性的作品获得著作权的基本原则相违背的。无论研究者付出了多少辛勤的劳动，历史事实并不“源自于”研究者，而是早就客观存在着，它不可能成为历史研究者的“作品”。用著作权法保护作为研究结果的历史事实还将妨碍其他人合理地借鉴该历史事实进行文艺创作，也为著作权立法的根本宗旨所不容。

典型案例

《谁毁坏了兴登堡号》案

1937年5月6日，当时世界上最大的载人商用飞船——德国的“兴登堡号”在从德国飞往美国时失事，飞船在36秒的时间内就被烧毁殆尽，有36人遇难。事后虽然德国和美国都进行了调查，但始终未能找到飞船失事的确切原因。原告于1962年通过查阅大量历史文献、他人著述和对幸存者的走访调查，撰写了一本《谁毁坏了兴登堡号》的著作，并使用了严肃的客观描述文体。该书揭示的飞船失事原因是：“兴登堡号”的机械师使用了由干电池和闪光灯炮制成的爆炸装置，引起了飞船的失火燃烧。10年之后，一名作家撰写了名为“兴登堡号”的文学作品，尽管与《谁毁坏了兴登堡号》在文体与立意上都不同，但同样采用了机械师破坏“兴登堡号”的情节。出版商将该书的摄制权许可给美国环球城市电影公司之后，电影公司又请另一名作家将其改编成具有全新情节设计的电影剧本，其中也使用了是“兴登堡号”的机械师制造这场灾难的结论。原告诉作家及电影公司侵权。美国联邦第二巡回上诉法院认为：版权保护不能延及历史，包括对历史文献或对历史事件所进行的解释。因为历史是公共财产，每一代人都有权从过去的发现和启示中获益。[①]

实务探讨

如何判断作品描述的是“事实”

对《谁毁坏了兴登堡号》一案需要思考两个问题：（1）如果原告所撰写的并非是严肃的历史调查报告，而是一部历史小说，则他人是否还能随意使用原告作品中的故事情节？（2）如果原告的书虽然以“调查报告”为名，而且使用了这类作品通常运用的严肃文体，但实际上没有反映历史的真实，全部是不折不扣的虚构，则他人是否还能使用其中所谓的“对历史或对历史事件所进行的解释”？

这两个问题实际上都涉及如何认定作品中的“事实”。事实本来是客观存在的，但后人未必能够发现或准确记载历史的真实。也许作者笔下有些确实是实实在在曾经发生过的事件，有些则是虚构的或经过了艺术加工。那么著作权法以何种标准判断作品描述的事件是否为不受保护的“事实”呢？

法律只能以外在的客观标准去判断“事实”。如果作者采用了历史小说或戏剧等文学艺术文体，则根据一般常识，这类作品中反映的并非是客观的历史真实，而是以历史事件为

① A. A. Hoehling v. Universal City Studios, 618 F. 2d 972 (2nd Cir., 1980).

基础，由作者所独创的故事。上文在“思想和表达分界”部分中已经说明：如果对故事情节的设计和描述足够具体和充分，是可以受到著作权法的保护的。当然，如果他人有充分的证据证明：虽然原作是历史小说，但自己使用的原作中的那一部分恰巧是历史事实，则这种使用仍然不会构成侵权。

如果作者凭借其艺术想象力虚构出了一个故事，但却冠以“调查报告”的名称，并以严肃的叙述文体加以撰写，则公众就会认为原作是对客观历史事件的讲述，公众也因而有权基于这种信任而将其中的内容作为“事实”加以使用。此时作者就不能再声称自己所写的并非“历史”而是“小说”，而起诉未经许可使用其中“故事情节”的人侵犯其著作权。这样的法律规则不仅是为保护公众利益和防止欺诈所必需的，也能有效地督促作者尊重历史事实。

我国《著作权法》第5条第2项规定：著作权法不适用于时事新闻。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16条对“时事新闻”的解释是：“通过大众传播媒介传播的单纯事实消息属于著作权法第五条第（二）项规定的时事新闻。”单纯的事实消息之所以不能作为作品受到著作权法保护，其原因在于它仅仅以极为简单的语言描述了事实。尽管用于描述事实的语言本身是“表达”，但简单的语言表达很容易与被描述的事实发生“混同”。正如“思想”与“表达”发生混同时，“表达”不能受到保护一样，当“事实”与“表达”发生混同时，“表达”也不能受到保护。但是，如果新闻报道不是单纯的“单纯事实消息”，而是加入了以文艺手法创作的新闻评论，则其中具有独创性的表达成分仍然是受著作权法保护的。

实务探讨

“古文点校”产生作品么

“古文点校”是指对古文进行断句、加注标点、划分段落和改正错字等工作。当“古文点校”的成果被他人未经许可使用时，就产生了该成果是否能作为“作品”受著作权法保护的问题。

古文本身是没有标点的，而且不同版本之间往往存在差异。对此，点校者无疑需要加以选择与判断，点校结果往往是其智力成果，对此并不存在实质争议。但“古文点校”的目的无疑是还原古文的原意，即在应当停顿之处进行断句，并根据古文作者的语气标出适当的标点，如逗号、句号或感叹号等。如果古文有个别地方字词模糊或多个版本之间存在差异，还要通过研究确定、恢复其原貌。显然，“古文点校”并非为了创作出违背古文原意的新东西，而是要通过艰苦的劳动找到并展现原本就客观存在的历史真实——古文的原貌。因此，点校者的工作就是“恢复”事实。无论发现和还原先前不为人所知的事实需要投入多少时间、精力甚至智力创造，被发现和还原的事实都不能作为“作品”受到保护。

如果“古文点校”的结果与古籍作品的原意一致，则点校者仅是准确地揭示了客观事实，对客观事实的“复原”显然不可能构成受著作权法保护的作品。假设对一本古籍的点

校结果与事后考古新发现的古代文献对该古籍的解读完全吻合，只能证明点校者具有很高的学术水准。点校者不能因为其第一个找到并展示客观事实，就将该客观事实通过著作权法加以垄断。

当然，能够通过考古发现验证“古文点校”的情况，毕竟是极为罕见的，更常见的情况是，“古文点校”的结果与古文原意是否一致是无法被客观证明的。但必须指出，在“古文点校”领域之外，许许多多涉及历史的研究结论也均是无法被客观证明的。然而，即使研究者所揭示的“事实”无法被证明就是客观事实，或者被最终证伪，该“事实”本身仍然不能作为“作品”受到著作权法的保护。这是因为这种研究者认为的“事实”或“假说”至少属于“思想”的范畴，而“思想”当然是不受著作权法保护的。如果将点校结果视为“表达”，它也必然是点校者思想观点——“对自己所理解的古籍含义”的唯一表达方式。当一种思想观点只存在唯一或极为有限的表达方式时，著作权法为了避免在保护“表达”的同时垄断思想观点本身，必然将该“表达”视为与思想观点相混同的部分而不予保护。这就是著作权法中众所周知的“混同原则”。对这样的“表达”提供著作权法保护，显然与“混同原则”背道而驰。

有一种观点认为：“不同点校者所做的点校的结果并不相同”，这是由于不同的点校人员的经验与水平有差异，点校过程体现了点校者的选择与判断。因此，点校的结果应当是作品。①

这一观点是对上述“混同原则”的误解。实际上，只要对一种思想观点存在一种或极为有限的表达方式，就发生了思想与表达的“混同”，该表达就不能受著作权法的保护。至于对某一问题客观上是否只存在一种思想观点还是每个人都可以提出各自独特的思想观点，在所不问。

试举一例：中国古代的契丹族创制的契丹文早已失传。对于考古发现的大量契丹文字，学者们尽力进行“破解”，而不同的学者对同一个契丹文字的理解可能并不相同。试问：可否因为每名学者对每个契丹文字与汉字的对应关系均作出了与其他学者不同的解读，也即“破解”契丹文的结果“有较大差异”，就以“并非仅有非常有限的表达方式”为由，认定这些解读是受著作权法保护的作品？

对此问题的回答是否定的。每名学者对每个契丹文字的“破解”过程，当然会有“不同的判断和选择”，并形成了其独特的思想观点。即使将“破解”的结果称为对其“所理解的契丹文的原意的表达”，这种“表达”——一个契丹文字与一个汉字的对应关系，也是这个契丹文字应当被解释为哪一个汉字这一思想观点的唯一表达，此时发生了思想与表达的“混同”。这与学者们的思想观点（一个契丹文字究竟对应哪个汉字）是否相同，以及学者们可以对这种对应关系提出多少种方案毫无关系。

---

① 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2004）一中民初字第297号，北京市东城区人民法院民事判决书（2008）东民初字第09562号，北京市西城区人民法院民事判决书（2009）西民初字第2978号，北京市海淀区人民法院民事判决书（2011）海民初字第12761号，北京市第一中级人民法院民事判决书（2012）一中民终字第14251号。

典型案例

新闻报道转载案

原告网站上刊发了一篇新闻报道，内容如下："北京5月15日讯　第36届世界期刊大会今天进入第二天，今天进行的主要议题是发展中国家的期刊市场、期刊与搜索引擎：挑战还是机遇、商业媒体的全球化变革、传统期刊的数字化发展战略等，这些议题将在四个分会场同时进行，××网传媒频道全程图文直播。在昨天的开幕式上，国务委员陈至立、新闻出版总署署长柳斌杰、北京市市长王岐山、国际期刊联盟执行主席唐纳德·库墨菲尔德等先后在开幕式上致辞。大会秘书长、新闻出版总署副署长李东东主持开幕式。共有来自全球45个国家和地区的一千多位期刊出版业精英出席了此次大会。"网页底部有"××网版权所有，未经书面授权禁止使用"字样。被告网站未经许可进行了全文转载，但注明了出处和作者姓名。原告认为，自己通过合同已取得了记者职务作品的著作权，被告的行为构成侵权。

法院认为：该文是对第36届世界期刊大会第二天活动的介绍。议题、出席人员、发言人员等都是客观事实的组成部分，在介绍时文中没有明显的思想、情感、修辞、评论成分。基于新闻报道的真实性要求，报道者只能按照时间、地点顺序对客观事实进行叙述，没有作者发挥的余地，也没有个性表达的空间。因此，该文中议题、出席人员、发言人员的部分，属于单纯事实消息，不受著作权法保护，任何人都无权主张著作权。[①]

该文虽然篇幅较长，但其内容是按照新闻报道的客观规律，以平实的语言陈述事实，个性化程度很弱，可被认为是发生了"事实与表达的混合"，因此不受著作权法保护。

（二）对事实无独创性的汇编不受著作权法保护

对事实所进行的选择或编排如果没有体现出任何独创性，汇编的结果并不是著作权法意义上的作品。上文在"独创性"一节对此已进行了较为详细的讲解。Feist案中原告的电话号码簿之所以不是作品，就是因为原告对电话号码的选择（只要有用户申请就分配一个电话号码并载入电话号码簿）以及编排（按居民姓氏字母顺序排列）均没有任何智力创造性可言。

事实无著作权的道理似乎是天经地义的，但是对事实进行无独创性的汇编是否能够作为作品受到保护在早期充满了争议和分歧，原因在于搜集事实或发现事实往往需要付出许多心血、大量的经济投入，以及经过长期艰辛努力。许多人认为如果不用著作权法来保护这种劳动成果，而放任他人自由免费地"搭便车"、从中获得商业利益，实在有违公平、正义原则。这也是"额头流汗"规则得以在英美法系国家长期实行的原因。

对此需要指出的是：首先，著作权和其他类型的知识产权一样，从权利产生的历史和对权利的观念上看都不是一种所谓的"自然法上的权利"，而是一种纯粹的法定权利。换言之，著作权以及关于著作权的观念都不像所有权那样是随着社会、经济的发展自然产生的。

---

① 参见北京市海淀区人民法院民事判决书（2009）海民初字第13593号。

相对于人类几千年文明史而言，真正意义上的著作权是近代法律强制规定的产物。著作权法的终极目标并不是奖励一个人的劳动，而是促进文艺创作的发展。给予作者就其作品享有的排他性权利相对于著作权法所要达到的社会作用而言只是一种手段，这就是为什么对著作权等知识产权的法定限制要远远多于对所有权的限制。为了达到促进文艺创作的目的，著作权法一方面要确保作者对其独创性表达享有排他性的权利，另一方面又要允许并鼓励他人自由地使用作品中的思想和事实，使他人在此基础上创作新的作品。如果著作权法允许作者禁止他人使用作品中的思想和事实，就意味着作者对作品形成了一种绝对性质的垄断，作品不可能成为其他人进行新创作的材料来源，这将严重地阻碍思想和信息的传播以及文艺创作。其次，事实本身以及对事实进行无独创性的搜集或编排并不能形成受著作权法保护的作品，并不意味着这种劳动不能获得任何法律保护。事实上，反不正当竞争法、合同法和在近年来出现的数据库保护立法都可以在某种程度上对在搜集和编排事实方面付出的努力提供一定程度的保护。

四、官方正式文件

法律、法规，政府决议、决定、命令，法院判决等具有立法、行政、司法性质的官方正式文件不受著作权法的保护。这些官方文件完全可能是符合独创性要求的作品，如由商务部翻译并出版的《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPs 协定）的中译本必然是翻译者的智力创造成果。但是，官方文件涉及社会公众和国家整体利益，属于全体社会成员公有的信息资源，国家要鼓励公众尽可能地加以复制和传播。而著作权是一种垄断权，它意味着未经许可他人不得复制、传播或以其他方式利用相关作品，这与官方文件的性质是截然相反的，因此，官方文件不宜成为著作权法的保护对象，因此，不少法学教科书在附录部分附上相关法律、法规的行为并不构成对著作权的侵犯。

我国《著作权法》第 5 条规定：《著作权法》不适用于“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”。据此，如果相关文件是具有立法、行政、司法性质的，则不能受到著作权法的保护。这与起草者是否为国家立法、行政或司法机关的工作人员并无关系，例如，即使某部法律草案或相关的立法报告完全由立法机关委托给某位在大学法学院任教的学者起草，该草案和立法报告在被采纳、通过之后，就成为官方正式文件了。[①] 如果相关文件虽然为政府工作人员所起草和发表，但却并非作为官方正式文件向社会公众提供，则仍然可受到著作权法的保护，例如，参与法律起草的人大常委会委员撰文表达个人对法律的看法，以及撰写对工作人员进行培训的教学材料等。

五、竞技体育活动

传统著作权法保护的不仅是具有独创性的表达，而且是对思想、观念或情感具有一定

① 此时，该文件应当为“视法人或其他组织为作者的作品”。参见“著作权主体和著作权的归属”一章。

美感的表达。竞技体育活动展现的是运动力量和技巧，无论其中的动作组合是否为“独创”的，由于其并非以展示文学艺术或科学美感为目标，不能构成著作权法意义上的作品。同时，对竞技体育技巧或比赛策略的设计也仅是一种方法或思想，不能受到著作权法的保护。当然，在竞技体育活动中观众有时也能获得美的享受，如足球运动员轻盈的盘带和巧妙的过人、篮球运动员泰山压顶般的大力扣篮和跳水运动员的身体在空中翻滚而划出的美妙弧线，但这些“美感”是在展示身体力量和竞技技巧过程中附带产生的，与竞技技巧无法分离，因此，著作权法并不能予以保护。因此，奥运会的口号是“更高、更快、更强”，却没有“更美”。

从另一个角度看，将竞技体育活动作为作品保护，意味着竞技动作的首创者有权阻止竞争者使用实质性相似的动作，这会严重影响竞技体育的发展。例如，由我国著名体操运动员程菲首创的一套高难度跳马动作被命名为“程菲跳”，在2008年北京奥运会上，朝鲜选手洪恩真用“程菲跳”击败了程菲，获得了金牌。难道程菲可以起诉洪恩真侵犯其著作权，或者在比赛之前向法院申请临时禁令，阻止其在比赛中使用“程菲跳”？美国联邦第二巡回上诉法院在著名的“NBA诉摩托罗拉案”中指出：篮球比赛并不属于版权法保护的客体。即使对于最接近创作的活动——花样滑冰、体操而言，如果参赛者设计并作出优美而高难度的特技动作就能获得版权保护，将不可避免地影响未来的比赛竞争。①

某些对思想情感的具有美感的外在表达活动虽然也被纳入了比赛活动，但只要其符合独创性的要求，仍然能作为作品受到著作权法的保护。例如，如果某人独立地设计出了一套舞蹈动作，即使这套舞蹈是在舞蹈比赛中被首次表演的，仍然构成舞蹈作品。

实务探讨

中国足协对足球联赛有“版权”么

在中国足协举办的足球联赛的转播中，经常会出现“中国足协·版权所有”的字样。这是否意味着中国足协对其主办的足球联赛享有“版权”呢？需要注意的是：这里的“版权”并非是指对比赛录像的权利，因为对现场比赛进行录像的是电视台，而不是中国足协。如果回答是肯定的，则根据我国《著作权法》只可能有一种解释，即足球比赛是作品。② 但如果足球比赛是“作品”，其作者又是谁呢？是双方在场的22名球员和替补球员么？包括3名裁判么？（因为如果裁判不公正可能会影响比赛的结果）包括现场成千上万名观众么？（因为观众的呐喊或过激行为可能会影响球员的表现）或者根据《著作权法》第11条第3款的规定，视中国足协这个“法人或非法人团体”为“作者”？

显然，对于足球比赛而言，没有人真正“创作”出了任何“作品”。足球比赛作为一种

---

① National Basketball Association v. Motorola, 105 F. 3d 841, at 846 (2nd Cir., 1997).

② 可能还有人会将足球比赛中的球员视为著作权法意义上的“表演者”。但我国《著作权法》只承认表演“作品”的人或单位是“表演者”，这又回到了足球比赛是“作品”的解释。

竞技体育活动，展现的是足球运动员的身体力量和踢球技巧，并不是著作权法意义上的作品。中国足协对其组织的足球比赛所享有的转播权，也并非是著作权中的一项专有权利。欧盟法院在2011年的判决中明确指出：英国足球超级联赛的组织者对于其组织的足球比赛本身不能主张版权，因为足球比赛并非作品。[①] 正因为如此，2006年中超联赛将“中国足协·版权所有”改成了“未经中国足协许可，不得转播”。这是一种正确的做法。

典型案例

第九套广播体操和瑜伽案

国家体育总局组织创编了第九套广播体操，并将“复制、出版、发行和网络信息传播权独家授予了中国体育报业总社（人民体育出版社）”。某音像公司出版了第九套广播体操的演示教学DVD，包括全套正面演示、分解动作教学演示、全套背面演示等10段影像。中国体育报业总社起诉该音像公司侵犯著作权。

法院认为：广播体操是一种具有健身功能的体育运动，由屈伸、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……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，而不是著作权法保护的作品。[②]

法院的判决体现了对著作权法原理的精确理解。第九套广播体操的动作设计或对已有动作的选择和编排是独立完成的，也是智力劳动的成果。然而，正如本书前文所述，并非所有“独创”的成果都是作品。广播体操与舞蹈不同，舞蹈动作设计的目的在于展示艺术美感和表达思想、情感，健身只是附带的效果。而广播体操动作设计要达到强身健体的实用效果，不是为了展示艺术美感和表达思想、情感，其作为一种健身方法，应被排除出著作权法的保护范围。

在美国也发生了类似的诉讼。印度人Bikram Choudhury自创了由26种姿势组成的瑜伽动作，撰写了《Bikram瑜伽课程入门》等书籍并进行了版权登记，同时开设了瑜伽训练课程。他人教授相同的瑜伽动作，Bikram发现后起诉其侵犯版权。2005年，美国某联邦地区法院认为，如果在设计一套瑜伽动作时，对足够多的瑜伽动作，以有充分创造性的方式进行了编排，则对瑜伽动作序列就可以提供版权保护。[③] 这一观点显然是错误的。在该案判决

---

① Football Association Premier League v. QC Leisure, C-403/08 and C-429/08, para. 96.

② 参见北京市西城区人民法院民事判决书（2012）西民初字第14070号。

③ Open Source Yogan Unity v. Bikram Choudhury, 2005 WL 756558, at 4 (N. D. Cal., 2005).

7年后，美国版权局宣布瑜伽动作设计是“功能性的系统或方法”，不能受到版权保护。[①] 2012年，在我国“广播体操案”判决4天后，美国加利福尼亚州中区联邦地区法院认定一套瑜伽动作不能受到版权法的保护，因为它具有预防和治疗疾病的功能，属于“系统或方法”，是《美国版权法》明文排除出保护范围的对象。[②] 这与我国“广播体操案”的判决可谓不谋而合。

六、公有领域的作品

作品如果因超过保护期等原因进入了公有领域，则成为人皆得而免费用之的公共财产，不能再为任何人所垄断。电视台要将鲁迅先生的《祝福》和《阿Q正传》改编成电影剧本并摄制成电影放映，就无须再经过鲁迅先生后人的许可了，因为鲁迅先生去世已经超过50年，其改编权、摄制权等著作财产权均不再受《著作权法》保护了。

《著作权法》第5条规定：《著作权法》不适用于“历法、通用数表、通用表格和公式”。数表、表格如果在设计上符合独创性的要求，是可能构成受著作权法保护的作品的。但“通用数表”和“通用表格”必然是那些已经流传、使用多年，以至于成为全社会或某一行业所使用的标准数表和表格，它们应当已经进入了公有领域，而不能再为任何人所垄断。

七、违禁作品的著作权保护问题

2010年《著作权法》修改之前，第4条第1款规定：“依法禁止出版、传播的作品，不受本法保护。”这一规定的初衷可能是为了防止非法作品的作者取得受法律保护的“权利”，但这是没有必要的。

如本书第一章所述，知识产权与“自用权”无关。我国《著作权法》所规定的各项专有权利，均为“排他权利”，也即禁止他人实施某种行为的权利，而不是确认作者有为某种行为的自由。换言之，作者创作完成作品之后，能否自行对作品进行复制、发行、表演和网络传播等，与《著作权法》并无关系，而是完全取决于其他法律、法规的规定。因此，即使没有《著作权法》第4条第1款的规定，淫秽小说等内容根本违法的作品也不能合法地出版、传播。

同时，第4条第1款的规定也受到了其他国家的质疑。在“美国诉中国知识产权保护与执法措施案”中，世界贸易组织（WTO）争端解决机构裁决中国《著作权法》第4条第1款不符合《伯尔尼公约》和TRIPs协定有关作品应当自动获得保护的规定。2010年2月，全国人大常委会决定对《著作权法》进行修改，将第4条修改为：“著作权人行使著作权，不得违反宪法和法律，不得损害公共利益。国家对作品的出版、传播依法进行监督管理。”也即删除了《著作权法》原第4条第1款。这就意味着依法禁止出版、传播的违禁作品也依然能够受到著作权法的保护，其作者可以通过司法途径起诉未经许可利用其作品的

① See Copyright Office, Registration of Claims to Copyright, 77 FR 37605-01, at 37607.

② Bikram's Yoga College of India v. Evolation Yoga, 2012 WL 6548505 at 3 (C. D. Cal., 2012).

人侵权。

这一修改不会对我国的著作权保护机制产生消极影响。首先，专有权利的作用就在于制止他人未经许可利用作品的行为。如果一部作品其内容违反宪法或损害公共利益，则根本就不能以任何方式加以发行、传播。如果有人未经作者许可发行、传播了该作品，将构成违法乃至犯罪，不但已经进入流通领域的作品复制件会被依法收缴和销毁，行为人还要承担行政责任乃至刑事责任。在这种情况下，国内作者一般并不希望暴露自己的真实身份，以免受到社会的负面评价或其他不利影响（如在拍摄淫秽照片的情况下）。而以著作权人的身份起诉他人侵权，必须证明自己是作品的权利人。很难想象作者会为了制止他人未经许可复制、传播作品，而主动暴露自己的真实身份。

其次，在他人未经许可出版、传播的行为已经能够受到公权力制止的情况下，赋予作者通过诉讼制止该行为的权利仅有宣示意义，因为它的效果完全可由更为强大、主动和有效的公权力所达到。被禁作品的作者也完全可以以一个普通公民的身份，以他人出版、传播被禁作品违反其他诸多法律、法规为由，向行政机关检举、投诉，而行政机关为了维护社会公共利益，无论是自行发现，还是根据包括作者在内的任何公民、组织的举报查实出版、传播违禁作品的行为后，都会依职权予以查处。

最后，在一部作品的内容违反宪法或损害公共利益，其根本就不能以任何方式加以发行、传播的情况下，即使其作者在法院起诉他人侵权并胜诉，法院也难以判决赔偿金。这是因为对于这部作品，包括作者本人在内的任何人都不得公开利用，作者也当然无从合法地从作品中获得任何经济利益。假设某人拍摄了内容淫秽的照片，将照片上传至自己的网站，并通过出售网站密码从他人对照片的浏览和下载中牟利。即使该照片构成“摄影作品”，此人对其享有“信息网络传播权”，该行为也仍然违法甚至可能构成犯罪，而且该行为所涉及的合同也会因为违反法律、法规的强制性规定或损害社会公共利益而被认定无效，导致此人不能合法地取得收入。同样道理，此人也不能通过许可他人复制或传播淫秽照片而牟利。著作权侵权损害赔偿的基本原则是填补权利人因侵权行为而遭受的损失，既然作者不能从利用淫秽照片中获得收入，当然也无所谓遭受收入上的损失，损害赔偿就无从谈起。

因此，删除原《著作权法》第4条第1款并不会损害公共利益，反而可能对公共利益有所裨益。例如，香港“艳照门”事件中的“艳照”可能因构成“摄影作品”而受著作权法保护，但这绝不意味着“艳照”的“作者”陈某某就可以自行传播这些“艳照”，因为这种行为必然会违反禁止淫秽物品传播的法律。“艳照”有著作权仅仅意味着陈某某可以阻止他人未经许可传播艳照。事实上，陈某某也曾向香港海关（香港知识产权执法机关）报案，称他人未经许可通过网络传播其拍摄的照片，侵犯了其版权。这等于借助著作权这一私权去阻止违法作品的传播。

需要说明的是：此处所说的“违禁作品”，是指内容根本违法，不可能合法出版、传播的作品，如淫秽照片等，而不是指内容本身不违法，但出版、传播方式不符合有关出版行政管理规定的作品。例如，以买卖书号的方式出版图书是受行政法规禁止的，但这并不导致作品成为著作权法意义上的“违禁作品”。再如，根据中美之间的协议，中国目前每年允许34部美国电影进口至中国市场。同时《电影管理条例》第24条第2款规定：未经国务

院广播电影电视行政主管部门的电影审查机构审查通过的电影片，不得发行、放映、进口、出口。而美国各电影公司一年拍摄的电影总量在五百部左右，因此，多数美国电影不能获准进入中国市场。但即使是在《著作权法》第4条第1款被删除之前，未获得进口许可的美国电影只要内容不违法，仍然受我国《著作权法》保护。

实务探讨

对未经行政审批的作品是否适用损害赔偿的救济方式

当一部内容本身合法，但尚未经过行政管理部门审批的作品，被他人未经许可利用时，著作权人除了可以请求法院判决他人停止侵权之外，是否还可以获得损害赔偿呢？这一问题目前在涉外影视剧著作权侵权纠纷中尤为突出。如上文所述，根据《电影管理条例》等法规的规定，国外影视剧只有经过有关部门的审批之后，才能获准进入中国市场进行放映或传播。而在诸多视频网站传播的外国影视剧中，许多尚未通过行政审批。有法院认为：对未经行政审批进口的境外影视作品，权利人对信息网络传播权的行使应当仅限于阻止他人对该作品通过网络进行传播，司法保护只支持停止侵权和赔偿维权合理费用的诉讼请求，不应支持赔偿经济损失的诉讼请求。①

本书作者认为：这一观点是值得商榷的。内容根本违法的作品（如陈某某拍摄的“艳照”），与内容本身不违法，仅是缺少行政审批手续的作品，在受著作权法保护方面存在本质区别。如果陈某某以著作权人的身份许可一家网站传播其艳照，并收取著作权许可使用费，基于艳照作为淫秽物品的性质，该合同将因“损害社会公共利益”而无效，陈某某将不能合法地从中获取许可费。相反，如果国外影视作品权利人许可国内网站通过网络传播该影视剧，只要影视剧内容本身不违法，该许可合同仍然有效，国外权利人可以合法地获取许可费，只是被许可人需要在获得行政审批之后才能通过网络传播该影视剧。他人未经许可传播影视剧会使权利人丧失获取许可费的合理机会，对于由此导致的损害后果，理应视情况予以赔偿。

在涉及韩国电视剧《宫S》的著作权侵权纠纷案中，最高人民法院在再审判决书中明确指出著作权人维护自己的合法权益并不以获得进口行政审批为条件，并判决未经许可传播该电视剧的网站赔偿权利人损失。② 这是值得赞同的做法。

第四节　作品的分类

作品可以按照一定的标准划分为许多类别。在著作权法上，学习作品的分类具有重要意义。不同类别作品的著作权人享有的专有权利可能有所不同，例如，放映权只有影视作

① 参见重庆市高级人民法院民事判决书（2009）渝高法民终字第62号。

② 参见最高人民法院民事判决书（2010）民提字第39号。

品、摄影作品和美术作品这三类作品的著作权人才享有，而出租权也只有计算机软件和影视作品这两类作品的著作权人才能享有。此外，对于不同类别的作品而言，著作权的归属与行使的规则也不同。例如，如果将包含音乐作品的音乐电视（MV）仅视为影视作品，则根据影视作品著作权归属的规则，该音乐电视的著作权只能由其制片人享有，音乐作品著作权人对音乐电视不能再享有任何著作权，卡拉OK厅对于其营业性播放音乐电视的行为，也只需要向制作音乐电视的唱片公司支付许可费。但如果将音乐电视视为“复合作品”而非单纯的影视作品，则音乐作品著作权人和拍摄音乐电视的唱片公司对音乐电视均享有著作权。

在著作权法上，按照作品的表现形式，可将作品划分为以下几类：

一、文字作品

文字作品是指小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品[①]，也即以书面语言作为表达工具的作品。对文字作品需要注意两点：一是文字作品不同于文学作品，文字作品的范围要比文学作品广。没有上升到“文学”水准，但有独创性的文字组合仍然是文字作品，如产品说明书、理工科方面的学术论文等。二是文字作品不仅包括我们平时所熟悉的以文字包括汉字、英文等写成的作品，还包括以数字、符号表示的作品。《著作权法》虽然将计算机软件单独列为一类作品，但在国际上计算机软件也属于文字作品，这是因为计算机软件仍然是以语言为表达工具的，其中源代码是能够为程序员所理解的语言，而目标代码则是能够为计算机所读取的语言。基于同样的原因，盲文也是文字作品。对电话号码等数据的汇编如果在选择或编排方面体现出了独创性，也属于文字作品。

二、口述作品

口述作品亦称口头作品，是指即兴的演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品。[②] 创作口述作品与以口头形式表演作品完全不同。在以演说等口述方式创作作品之前，作品并不存在，而是在演说等活动中才被即兴创作出来的。如果演说、授课和法庭辩论基本上是按照事先准备好的讲稿来宣讲的，则有独创性的讲稿属于文字作品，而按照讲稿进行宣讲只是对文字作品的表演。宣讲者并没有创作出新作品，不是作品的作者，而只是他人作品的表演者；其享有的也不是狭义著作权而只是表演者权。

口述作品在被创作出来之后，如果没有以记录、录音和录像等方式固定在有形物质载体上，许多国家是不对其进行著作权保护的。如《美国版权法》第102条（a）款明确规定：作品受版权法保护的前提条件是它已经被“固定在任何有形媒介上”。这是因为如果口述作品没有被固定在物质载体之上，在发生著作权侵权纠纷时在举证方面会遇到很大的困难。我国《著作权法》虽然保护口述作品，但口述作品的创作者如果没有将其口述作品固定下来，形成作品的复制件，如对即兴演讲的录音或文字记录稿等，一般也不会对他人未经许可使用其口述作品的行为提起诉讼。因此，完全没有被固定的口述作品在我国实际上

① 参见《著作权法实施条例》第4条第1款第1项。

② 参见《著作权法实施条例》第4条第1款第2项。

也很难得到有效的保护。

实务探讨

黄健翔的激情解说是口述作品么

2006年6月27日凌晨，意大利在德国世界杯1/8决赛的最后时刻凭借左后卫格罗索获得的点球机会以1∶0淘汰了澳大利亚队。中央电视台著名的足球解说员黄健翔即兴进行了极富激情的演说："点球！点球！点球！格罗索立功了，格罗索立功了！不要给澳大利亚人任何的机会。伟大的意大利的左后卫！他继承了意大利的光荣的传统。法切蒂、卡布里尼、马尔蒂尼在这一刻灵魂附体！格罗索一个人他代表了意大利足球悠久的历史和传统，在这一刻他不是一个人在战斗，他不是一个人！托蒂，托蒂面对这个点球。他面对的是全世界意大利球迷的目光和期待。施瓦泽曾经在世界杯预选赛的附加赛中扑出过两个点球，托蒂肯定深知这一点，他还能够微笑着面对他面前的这个人吗？10秒钟以后他会是怎样的表情？球进啦！比赛结束了！意大利队获得了胜利，淘汰了澳大利亚队。他们没有再一次倒在希丁克的球队面前，伟大的意大利！伟大的意大利的左后卫！马尔蒂尼今天生日快乐！意大利万岁！这个点球是一个绝对理论上的绝杀。绝对的死角，意大利队进入了八强！胜利属于意大利，属于格罗索，属于卡纳瓦罗，属于赞布罗塔，属于布冯，属于马尔蒂尼，属于所有热爱意大利足球的人！澳大利亚队也许会后悔的，希丁克，他在下半场多一人的情况下他打得太保守、太沉稳了，他失去了自己的勇气，面对意大利悠久的历史和传统，他没有再拿出小组赛那样猛扑猛打的作风，他终于自食其果。他们该回家了，他们不用回遥远的澳大利亚，他们大多数都在欧洲生活，再见！"

这段现场解说的录音很快被许多网络制成手机彩铃供用户下载，也引起了著作权方面的争议。那么，这段解说是否构成我国著作权法上的"口述作品"呢？

著作权法上任何形式的作品都必须符合独创性的要求，即不但必须是独立创作的结果，而且应当有最低限度的智力创造性。同时，如果口述的语言仅仅是对思想或事实的简单陈述，也可能根据"混合原则"而不能受到保护。因此，并非每一个人在日常生活中随口说出的话语都是口述作品。黄健翔的上述解说中确实包含了对客观事实的简单陈述，如宣告"球进啦！比赛结束了！意大利队获得了胜利，淘汰了澳大利亚队"等。任何一个足球解说员依据解说常规都会使用与之相近的语言表达。根据"事实不能受到保护"以及"混同原则"，这类解说词是不能作为口述作品受到著作权法保护的。但是，黄健翔的解说内容远不止于此，还有许多属于黄健翔个人即兴发挥、一般解说员不大会想到或说出的语言，如结合意大利左后卫们的优良传统对点球制造者的称赞和对澳大利亚队教练的批评等，这些与众不同的语言表达无疑是黄健翔个人临场智力创造的结晶，应当被承认为符合独创性要求的口述作品。

典型案例

新东方罗永浩讲课录音案

罗永浩曾是北京新东方学校教师，在该校讲授英语课程，具有较高知名度。某网站上

传了载有罗永浩讲课内容的MP3格式录音文件，登载时注明“新东方老罗语录”等字样，并对文件进行了介绍：“罗永浩，北京新东方的英语教师，以讲课生动活泼且令人爆笑不止闻名，很多经典段子都是课堂上同学们自己录下来的。”罗永浩起诉该网站侵权。

法院认为：教师讲课内容是口述作品的一种，依法受我国著作权法的保护。罗永浩向学生讲授的课程虽是以相关的大纲、教材为基础，但具体的授课内容系罗永浩独立构思并口头创作而成，故其授课内容具有独创性，符合著作权法规定的作品要件，全部内容均可构成口述作品。网站未经许可将罗永浩享有著作权的口述作品上传，供用户浏览或者下载，侵犯了罗永浩对其口述作品享有的信息网络传播权，依法应当承担赔偿损失等民事责任。[①]

三、音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品

（一）音乐作品

音乐作品是指歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或不带词的作品。[②] 音乐作品的核心是旋律、音调等音乐要素的和谐。带词的音乐作品与文字作品有一定的交叉，因为歌词本身就是文字作品，有的音乐作品的歌词干脆就使用现成的文字作品，如电视剧《三国演义》的片头曲就使用了《临江仙·滚滚长江东逝水》一词。歌词究竟应当作为音乐作品还是文字作品受到著作权法的保护呢？我国《著作权法》规定了利用音乐作品制作录音制品的法定许可，因此，无论歌词是特意为配合曲谱而创作的，还是在曲谱产生之前就已经存在的文字作品，录音制品制作者只要符合法定许可的条件，均可以利用包括歌词在内的音乐作品制作录音制品。此时，歌词在著作权法上的地位显然是音乐作品的一部分，而非单纯的文字作品。但在其他情况下，讨论歌词是文字作品还是音乐作品并无意义，因为它无论是作为文字作品还是作为音乐作品，受到的保护都是相同的。

（二）戏剧作品

《著作权法实施条例》对戏剧作品的定义是：戏剧作品，是指话剧、歌剧、地方戏等供舞台演出的作品。[③] 戏剧作品总是要通过演员在舞台上的表演将故事活灵活现地展示在观众面前，因此，美国的霍姆斯法官指出：戏剧是我们看到的活的故事和事件。[④] 对戏剧作品的表演可以包括叙述、对话等表现形式，但不能仅仅有叙述而没有其他任何可以被称为“表演”的行为，因为单纯地叙述文字无异于即兴创作文字作品或对已有的文字作品进行表演，而与表演“活的故事”无关。

实务探讨

什么是“戏剧作品”

对于究竟什么是“戏剧作品”，法律界和艺术界人士有不同的认识。部分法律界人士认

① 参见北京市海淀区人民法院民事判决书（2006）海民初字第9749号。
② 参见《著作权法实施条例》第4条第1款第3项。
③ 参见《著作权法实施条例》第4条第1款第4项。
④ Kalem Co. v. Harper Bros., 222 U. S. 55, at 61 (1911).

为戏剧作品指的是剧本，而文艺界人士认为戏剧是指以舞台的演出形式而存在的综合艺术，即“一整台戏”[①]。对此，首先需要注意的是：文艺理论中的“戏剧作品”与著作权法上的“戏剧作品”是存在一定差距的。在文艺界人士看来，戏剧应当是许多人，如戏剧作家、导演、演员、灯光师、化妆师、舞蹈设计师等，创作或劳动的综合产物。但是，在著作权法上，必须区分不同人、不同性质的劳动来决定哪些劳动成果可以受到保护，以及归入哪一类别加以保护。演员在舞台上的表演虽然非常关键，但演员只能作为戏剧作品的表演者享有表演者权，而非狭义著作权。灯光师和化妆师虽然辛苦，但其付出的是技术性而非智力创造性劳动，不可能符合独创性的要求，因此，其在著作权法上并不能享受任何权利。同样，按剧本的描述或要求对舞台场景加以布置，也并非创作作品的智力劳动，相关人员也不能在著作权法上享有权利。单纯的舞蹈设计如果无法使观众欣赏到“活的故事”，只能作为舞蹈作品而非戏剧受到保护。

因此，著作权法意义上的“戏剧作品”与在舞台上上演的那“一整台戏”是有区别的，只能指被上演的作品本身，它一般是通过对话、旁白、配词等构成的剧本加以体现的。不同的演出班子可以在不同的时间和地点演出这些剧本，但无论演出多少次，被演出的戏剧作品始终只有一部。像曹禺的《雷雨》、老舍的《茶馆》、莎士比亚的《罗密欧与朱丽叶》等都是戏剧作品。但是，戏剧作品并不能与写出来的剧本画等号，因为有些戏剧不需要，甚至不能够通过剧本来加以表现。比如，一个戏剧大师对创作的一部简短戏剧熟记于心，对场景如何布置，故事如何开始、发展、达到高潮和结局，以及演员应当有怎样的表情、动作和对话都心中有数，根本不需要通过文字记载下来。只要他指导表演班子在舞台上表演了这部戏剧，仍然有著作权法意义上的戏剧作品存在。再如，哑剧，主要是通过动作、神态和表情来表现的，较难用文字记载。而哑剧只要得以表演，即使没有写好的剧本，一样是戏剧作品。

戏剧作品和文字作品存在一定交叉。除了哑剧和没有以文字记载的戏剧作品之外，可以说以剧本形式体现的戏剧作品是一类特殊的文字作品。同时，戏剧作品与音乐作品也可能存在交叉，因为许多“音乐剧”中有大量的音乐。在许多国家，分清戏剧中的音乐究竟是戏剧作品还是音乐作品于其受到保护是具有重要意义的，因为这些国家对戏剧作品的保护水平高于对一般文字和音乐作品。例如，《美国版权法》第115条中有关复制作品的法定许可、第116条有关使用自动点唱机播放音乐的法定许可和第118条中有关广播的法定许可均只适用于一般音乐作品（即“非戏剧音乐作品”，non-dramatic music），而不能适用于作为戏剧一部分的音乐。但我国《著作权法》对文字作品与剧本、音乐作品与戏剧中的音乐在保护水平上是相同的，因此，讨论它们的区分在中国并无太大意义。

（三）舞蹈作品

舞蹈作品是指通过人体连续的动作、姿势、表情等表现思想、情感的作品。[②] 换言之，

---

① 郑成思：《版权法》（修订本），93页，北京，中国人民大学出版社，1997；刘春田主编：《知识产权法》，2版，52页，北京，中国人民大学出版社，2002。

② 参见《著作权法实施条例》第4条第1款第6项。

舞蹈作品是通过躯体的具有艺术感染力的活动来表现思想、感情的作品。舞蹈作品同样不是指在舞台上的表演，而是指被表演的舞蹈动作的设计。对舞蹈动作的设计一般是以文字描述、动作标记、绘图示意或录制下的舞蹈画面加以体现的。当然，编舞者也可能将自己设计的动作熟记于心，甚至无须将其以上述任何一种方式记录下来，而是可以直接由自己或指导他人表演出来。此时，事前没有物质载体的舞蹈作品仍然是受著作权法保护的。

舞蹈作品仍然要符合独创性的要求。早已在公有领域流传多年的常规舞步、造型、动作和顺序等因缺乏独创性，不能构成舞蹈作品。同时，舞蹈作品与戏剧作品不同，后者必须演绎一个“活的故事”，而前者即使是根据某个动人故事设计的，但由于受到表现手法的限制，也只能将故事以极其抽象的身体语言向观众传达，往往难以使观众了解具体故事情节。因此，能够表现具体故事的哑剧应当属于戏剧作品而非舞蹈作品。但由于我国《著作权法》对戏剧作品与舞蹈作品的保护水平并无差异，对二者的区分也仅有理论上的价值。

（四）曲艺作品

曲艺作品是指以相声、快书、大鼓、评书等说唱为主要形式表演的作品。[①] 它们均属于我国传统的文艺创作成果。但细究起来，相声、快书、评书等通常需要先以书面方式创作出作品，然后由演员在舞台上进行表演。在这种情况下，关于文字作品的规定就足以保护这类作品的著作权。而相声演员、说书者作为表演者享有表演者权。有时演员可以即兴创作并加以表演，此时《著作权法》关于口述作品的规定也足以对即兴创作者加以保护。而大鼓等由说与唱或对乐器的演奏组成，从作品角度可以分解为文字作品与音乐作品的结合或口述作品与音乐作品的结合，从表演角度看则是对文字作品或口述作品以及音乐作品的表演。既然这类文艺形式中所包括的作品本身就可以作为文字作品、口述作品和音乐作品获得保护，而且将它们单列出来归为“曲艺作品”又没有获得任何特殊的著作权保护，那么除了宣示这些公众喜闻乐见的曲艺表演中包含受《著作权法》保护的作品之外，这种分类的意义和价值就很值得怀疑了。

（五）杂技艺术作品

根据《著作权法实施条例》的解释，杂技艺术作品是指杂技、魔术、马戏等通过形体动作和技巧表现的作品。有学者进一步将杂技解释为“包括蹬技、手技、顶技、踩技、口技、车技、武术、爬杆、走索以及各种民间杂耍等，通常也把戏法、魔术、驯兽包括在内”[②]。

理论研究

杂技、魔术、马戏是“作品”么

我国于2001年修订《著作权法》时，首次明确将“杂技艺术作品”列为保护对象。问题在于：杂技、魔术和马戏是符合著作权法要求的作品么？

---

① 参见《著作权法实施条例》第4条第1款第5项。

② 刘春田主编：《知识产权法》，2版，53页，北京，中国人民大学出版社，2002。

以杂技中的走索为例，1997 年 6 月 22 日，被誉为“中国高空王子”的新疆维吾尔族“达瓦孜”世家的第六代传人阿迪力·吾守尔仅用了 13 分 39 秒就成功地走完了架在三峡瞿塘峡长达 640.75 米的高空钢丝。阿迪力要以如此之短的时间走完架设在高空的钢丝，当然要经过长期的训练、付出极大的努力和具备常人难以企及的勇气。可是，阿迪力在高空走钢丝的行为能够被视为著作权法意义上的“创作”么？该行为是否产生了著作权法意义上的“作品”？前文在讲解“不受著作权法保护的对象”时曾经提出：传统著作权法保护的不仅是具有独创性的表达，而且是对思想、观念或情感具有一定美感的表达。而以展示身体力量和竞技技巧为主要目的和价值的竞技体育活动不涉及表现这种具有美感的创作活动，不是著作权法意义上的作品。这一原理对于杂技等活动也是适用的。走索等杂技活动展示的仅仅是技巧，而非具有美感的艺术表达。当然，如果阿迪力在高空走钢丝时，凭借其高超的身体平衡感又在钢丝上用连续的动作、姿势和表情表演了一段舞蹈，则被表演的舞蹈动作设计只要符合独创性的要求，当然能够作为舞蹈作品受到保护，而阿迪力可以作为表演者享有表演者权。但这并不意味着高空走钢丝本身就是著作权法意义上的作品。也正因为如此，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。①

再如，美国魔术大师大卫·科波菲尔能在众目睽睽之下将一架波音 747 大型飞机“变”得无影无踪，著名的驯兽师泰尔瑞·勒·波特尔可以在观众面前让凶猛的老虎服服帖帖、乖乖地作出各种高难度动作，这些都展现了魔术师和驯兽师的高超技巧，但其本身仍然没有创作出著作权法意义上的作品。

根据全国人大法律委员会关于《著作权法修正案（草案）》修改情况的汇报，《著作权法》之所以将“杂技艺术作品”列为《著作权法》的保护对象，是因为有人提出“我国杂技在世界上享有很高的声誉，杂技造型具有独创性，应明确规定为著作权保护的客体”②。

对此，首先应当指出的是：我国杂技在世界上享有很高声誉并不是用著作权法对其加以保护的理由。著作权法是保护我国传统文化和历史遗产的重要法律手段，但并非唯一法律手段。只有那些符合《著作权法》要求的、具有独创性的作品才能受到《著作权法》的保护。除《著作权法》之外，还有许多其他法律制度能够提供相当程度的保护。例如，景泰蓝等传统手工艺品的制作技术就不能用《著作权法》加以保护，而适宜用有关保护商业秘密的法律机制保护。

其次，著作权法并不保护任何操作方法、技术方案或实用性功能。某些杂技表演中演员的“造型”可能确实很优美，但如果这种造型是为使用某些杂技技巧所必不可少的，如在高空走钢丝时为保证身体平衡而需要摆出的特定姿势，则该造型并不能受到著作权法的保护。

最后，即使优美的“造型”与杂技技巧并无关系，或者可以在观念上予以分离，由一个静止的身体姿势所形成的“造型”也很难受到著作权法的保护。一方面，人类已经有数千年与艺术造型有关的文艺创作和表演历史，很难想象一个单一的静止动作不是来自于公有领域，而是独立创造出来的；另一方面，单一的静止动作很容易与被表现的思想观念或

---

① Lotus Development Corporation v. Borland International, Inc., 49 F. 3d 807, at 820 (1st Cir., 1995).

② 全国人大法律委员会于 2001 年 4 月 18 日作出的《关于中华人民共和国著作权法修正案（草案）修改情况的汇报》。

艺术设计理念发生“混同”。因此，根据独创性的要求和“混同原则”，很难认定一个静止的造型是受保护的“作品”，能禁止他人未经许可予以模仿。

本书作者认为：杂技、魔术和马戏等活动唯一与作品有关的只可能是其中具有美感的艺术活动，如背景音乐和穿插其中的舞蹈等。但是，具有独创性的音乐和舞蹈本身就是受我国《著作权法》保护的作品，再单独设立“杂技艺术作品”不仅是多余的，也极其容易使人误认为单纯表现身体技巧的活动也是受《著作权法》保护的作品。因此，对“杂技艺术作品”的规定实无必要。

需要进一步指出的是：有些国家根据《保护表演者、录音制品制作者和广播组织公约》（简称《罗马公约》）中有关缔约国可以对“表演者”加以扩大解释的规定，将表演作品之外的人也作为表演者加以保护。如法国著作权法就规定：以各种方式表演文学艺术作品的人和表演杂耍、马戏的人和操作木偶的人为表演者。[①] 但这恰恰说明杂耍和马戏本身并不是作品，否则，立法不会将“表演文学艺术作品的人”与“表演杂耍、马戏的人”加以并列。法国只是保护这种非作品的表演者，使其与作品的表演者一样享有表演者权而已。世界知识产权组织编写的《罗马公约指南》也明确指出：《罗马公约》将表演者定义为表演文学或艺术作品的人“意味着公约不保护某些尽管可以被认为是表演者却并未表演著作权意义上的作品的人，例如，各种杂耍和马戏艺人（魔术师、杂技演员和马戏小丑）”；而公约允许缔约国扩大保护范围，也是因为未表演文学、艺术作品的艺人，如杂耍和马戏艺人（魔术师、杂技演员和马戏小丑）的利益需要得到一定保护。[②] 如果我国立法者认为表演杂技、魔术、马戏的人需要得到保护，可以借鉴法国的做法，赋予这些人以表演者的地位，而完全不需要将杂技、魔术和马戏界定为作品。

典型案例

“狼蛛魔术”案

规定“杂技艺术作品”不但在理论上难以成立，而且在司法实务中导致了尴尬局面。2010年5月，我国发生了首起涉及“杂技艺术作品”的诉讼，一名以色列魔术师向北京市第一中级人民法院起诉他人未经许可使用其设计的一种将戒指升至半空的“狼蛛魔术”。原告声称，其设计的魔术使用了其发明的“狼蛛魔术道具”，“通过指法及形体，辅之转移观众注意力等表演技巧，实现魔术艺术效果”；并明确主张其对“狼蛛道具的运用和演示本身已经构成魔术作品”。2012年3月，法院认定：原告“整个魔术在呈现给观众的形体动作、姿势的编排上体现了一定构思”，“整体上属于《著作权法》所保护的魔术作品”[③]。

在此案中，被告并未直接模仿原告表演的魔术，只是未经许可复制、发行了载有原告魔术表演与揭秘过程的DVD，法院以DVD中的内容构成“电影作品”，而被告没有“单独使用”电影作品中的“魔术作品”为由，驳回了原告的诉讼请求，从而将认定“魔术作品”

① See Intellectual Property Code, L. 212-1.

② 参见刘波林译：《罗马公约和录音制品公约指南》，15、33页，北京，中国人民大学出版社，2002。

③ 北京市第一中级人民法院民事判决书（2010）一中民初字第10067号。

所可能导致的影响降到了最低（对影视作品著作权归属的认定，参见本书第五章第三节第六目）。但这仍然在全世界开创了将“魔术”认定为作品的“先例”。

在判决书中，法院认为魔术中“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。这一点无疑是正确的。法院由此将“魔术作品”限定在“魔术中呈现给观众的形体动作、姿势的表达”①。可以说，这一定义已经是在符合著作权法不保护技巧这一原理的前提下，能够为“魔术作品”作出的最佳定义了。但问题在于：《著作权法》已经规定了“舞蹈作品”，而且《著作权法实施条例》将“舞蹈作品”定义为“通过连续的动作、姿势、表情等表现思想情感的作品”②。试问：在排除魔术技巧的情况下，“魔术作品”这一“形体动作、姿势的表达”与“舞蹈作品”的关系如何处理？“魔术作品”中的动作与姿势当然是“连续的”。同时，任何文学、艺术领域的作品都要“表现思想、情感”，“魔术”既然是“作品”，当然也不例外。将“魔术作品”定义为“形体动作、姿势的表达”将使《著作权法》对“舞蹈作品”的规定失去意义，因为任何独创的“形体动作、姿势的表达”即使达不到最低限度的艺术性、不是“舞蹈”，也可以构成“魔术作品”。同时，由于魔术技巧和与之相关的魔术秘密不在著作权法的保护范围之内，这种“形体动作、姿势的表达”是不是在表演魔术也变得无关紧要。换言之，即使魔术师刘谦手中没有任何道具，也没有表演出任何魔术效果，只要他将动作从头至尾做一遍，就可以作为“魔术作品”受保护！首创“杂技艺术作品”这种作品类型，居然使全世界著作权立法公认的作品类型——“舞蹈作品”丧失了存在的意义，可见这一“首创”是失败的。

立法者首创“杂技艺术作品”的目的显然是希望《著作权法》能够具有中国特色，保护“在世界上享有很高声誉”的我国杂技、魔术和马戏艺术家的利益。然而，具有讽刺意味的是，《著作权法》规定“杂技艺术作品”后，在我国发生的第一起“杂技艺术作品”著作权纠纷中，法院认定的“杂技艺术作品”却并非“在世界上享有很高声誉”的我国杂技，而是一名具有以色列国籍和享有美国永久居留权的外国人所设计的魔术，而无论在以色列还是在美国，魔术都不能作为“作品”受保护。对此，法院无奈地指出：“原告是以色列国民，经常居住地为美国，以色列、美国及我国均是《伯尔尼公约》的成员国……根据《伯尔尼公约》第五条有关国民待遇原则的规定，作者在作品起源国以外的本同盟成员国中享有各该国法律现在给予和今后可能给予其国民的权利，享有和行使这些权利不需要履行任何手续，也不论作品起源国是否存在保护。因此，不论魔术作品在以色列、美国是否受到保护，其在我国都可以成为《著作权法》保护的对象。”③

我国保护了外国人的“杂技、魔术、马戏”，但它们根本不受《伯尔尼公约》等国际著作权公约的保护；我国的“杂技、魔术、马戏”到了美国、以色列等其他所有国家和地区，都不受当地著作权法的保护。试问：《著作权法》试图通过规定“杂技艺术作品”保护“在世界上享有很高声誉”的我国杂技的立法目的如何实现？

---

① 北京市第一中级人民法院民事判决书（2010）一中民初字第10067号。

② 《著作权法实施条例》第4条第6项。

③ 北京市第一中级人民法院民事判决书（2010）一中民初字第10067号。

四、美术、建筑作品

（一）美术作品

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。[①] 美术作品不但包括各种形式的平面绘画，如油画、水墨画、木版画、铜版画、素描等，也包括了各种立体形式的雕刻和雕塑，如石雕、木雕和以各种材料塑造出来的形象。

尽管《著作权法实施条例》将具有“审美意义”作为构成美术作品的条件，但这里的“审美意义”并没有严格的标准，因为对美的观念总是因人而异、因时而异，上文“独创性”部分曾引用了美国霍姆斯法官的名言：“由那些只受过法律训练的人来判断美术作品的价值是危险的。一方面，有些极具天才的绘画一开始不被人们所欣赏。另一方面，有些在法官看来缺乏美学价值和教育意义的作品却能够被一些民众所接受。不能因为这些民众的口味低就认为这幅绘画不受版权保护。”[②] 只要创作者将其对美学的独特观点在物质载体之上以可视方式表现出来，符合最低限度创造性的要求，就能形成美术作品。正如美国著名版权法专家 Nimmer 教授指出的那样：对于有相当部分的人群认同的“作品”，无论这些人的品位是高贵的还是低俗的，无论他们是嬉皮士、先锋派还是小资，是成人还是少年，我们都必须承认它是版权法意义上的艺术品。[③]

实务探讨

书法是文字作品还是美术作品

书法在我国是作为文字作品还是美术作品受到保护的呢？例如，毛主席以其特有的“毛体”书写了不少诗句，如果他人抄写了其中一首，究竟是对文字作品的复制还是对美术作品的复制呢？

这个问题取决于此人是以怎样的方式复制的。如果他对字形外观进行了精确临摹，则复制的是美术作品；如果他以正楷或其他字体抄写了诗词内容，则复制的是文字作品。这是因为：只要文字组合形成了具有独创性内容，就属于文字作品，受保护的是作者思想的外在表达，也即作品中的遣词造句和内容。而造型优美的文字外观又是美术作品，受保护的并非由文字组合形成的内容，而是文字外观本身的艺术表达。当然，对于由一两个字构成的书法作品而言，只可能作为美术作品受到保护，因为单独的文字或过于简短的文字组合不可能是具有独创性的文字作品。

---

① 参见《著作权法实施条例》第 4 条第 1 款第 8 项。

② Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U. S. 239, at 251 (1903).

③ See Melvile B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc. (2003), § 2.08 (B) (1).

（二）建筑作品

根据《著作权法实施条例》的解释，建筑作品是指以建筑物或构筑物形式表现的有审美意义的作品。[①] 这与其他一些国家对建筑作品的定义是不同的，如美国是将建筑作品的平面设计图也作为建筑作品加以规定的。我国《著作权法》将“图形作品、模型作品”与“建筑作品”作为两个不同的类别加以规定，因此，我国著作权法意义上的建筑作品并不包括平面建筑设计图和建筑模型，而只能指三维的建筑物或构筑物。

建筑物或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，如上海东方明珠塔、香港中银大厦、悉尼歌剧院等都由于其别具一格的外形而给人以美的享受。缺乏独创性或没有任何艺术美感的建筑物或构筑物并不是建筑作品，例如，根据常规设计建造而成的楼房就缺乏独创性，而建筑工地中为建筑工人临时搭建的工棚一般缺乏最起码的艺术美感。

同时，著作权法不保护技术方案和实用性功能的基本原则于对建筑作品的保护仍然是适用的。例如，某高层建筑物具有独特的优美外形，但该外形设计是为了使该建筑物具有更好的稳定性，能够在台风来袭时保持楼体平衡。在这种情况下，无论该建筑物多么具有艺术观赏性，都不能作为建筑作品受到著作权法的保护。因为在这种情况下建筑物的实用功能与艺术美感是无法分离的，一旦不采用该外形设计，其抵御台风的实用功能也就消失了。用著作权法保护该外形势必也将保护具有功能性的设计，这是违背著作权法基本原则的。

（三）实用艺术品受保护的条件

某些实用品除了有实用功能之外，还具有一定美感，被称为实用艺术品。实用艺术品应符合何种条件才能受到著作权法的保护呢？由于《著作权法》缺乏明确规定，目前在理论上、实务中都存在较大争议。

理论研究

我国《著作权法》保护实用艺术作品么

《伯尔尼公约》第2条第1款将实用艺术品（works of applied art）列为“文学艺术作品”的范围。根据世界知识产权组织编写的《伯尔尼公约指南》，“实用艺术品”涵盖小摆设、首饰、金银首饰、家具、壁纸、装饰品、服装等。《伯尔尼公约》第2条第7款条允许成员国规定适用著作权法保护实用艺术品的范围和条件，同时特别强调：如果实用艺术品的来源国没有对实用艺术品提供专门保护，实用艺术品应作为“艺术作品”（artistic work）受到保护。我国《著作权法》并未明确将“实用艺术品”列为保护客体，与著作权法有关的数个条例和司法解释也均未提及对“实用艺术品”的保护，只有国务院于1992年颁布的《实施国际著作权条约的规定》明确要求对外国实用艺术作品进行为期25年的保护。但这并不意味着实用艺术品不能受到我国《著作权法》的保护。如上文所述：只要实用艺术品中的美感能够与实用功能在物理或观念上分离，从而可以独立存在，就可以作为美术作品

① 参见《著作权法实施条例》第4条第1款第9项。

受到《著作权法》的保护。

例如，TRIPs协定第25条第2款要求成员国对于纺织品设计进行保护，而对于保护的手段，允许成员国选择工业品外观设计法或版权法。2004年，瑞士政府向中国政府询问对TRIPs协定第25条第2款的履行情况时，国家版权局答复："包括纺织品外观设计在内的工业品外观设计，只要符合构成'美术作品'条件的，著作权法就予以保护。也就是说，TRIPs协议第25.2条的要求在我国著作权法中得到了体现。"[①] 该答复清楚地说明：《专利法》对实用艺术品提供的外观设计专利保护，并不影响《著作权法》对实用艺术品中可以在物理或观念上独立存在的美感部分作为美术作品加以保护。在实务中，我国法院曾判决具有艺术造型的玩具积木块[②]、香水瓶[③]、儿童坐便器、浴盆[④]等应受《著作权法》的保护。

"实用艺术品"应当符合三个条件才能作为"美术作品"受到《著作权法》的保护：

第一个条件是："实用艺术品"中的实用功能和艺术美感必须能够相互独立。前文"不受著作权法保护的对象"中曾提及：著作权法不能保护操作方法、技术方案和实用功能。这一原则完全适用于对"实用艺术品"的保护：只有当实用艺术品中的艺术成分能够在物理上或观念上独立于其实用功能而存在时，著作权法才对该艺术成分加以保护。

在一些情况下，实用艺术品中具有功能性的部分和展示美感的部分可以在物理上加以分离。前文引"山姆大叔"案中，争议的对象——带有"山姆大叔"雕像的存钱罐就是一个典型实例："山姆大叔"雕像有一定艺术美感，而雕像脚下的存钱罐具有投币存钱的实用功能。由于"山姆大叔"雕像仅仅是存钱罐的装饰，而且在物理上可以与存钱罐分离而单独存在，所以该雕像尽管是实用艺术品的一部分，也可能作为作品受到著作权法的保护。

在另一些情况下，实用艺术品中的实用性部分与美感相互融为一体，无法在物理上加以分离。此时，只有艺术成分在观念上分离出来，能够独立于实用功能而存在时，该实用艺术品才可能受到著作权法的保护。但是，关于判断"观念上分离"的标准众说纷纭。本书作者认为：如果改动实用艺术品在艺术部分的设计，影响了实用功能的实现，则艺术成分与实用功能就是无法在观念上分离的。但如果改动了实用艺术品在艺术部分的设计，不会影响实用功能的实现，则艺术成分与实用功能可以在观念上分离。

例如，法国设计师Jean Paul Gaultier设计了男性造型香水瓶和女性造型香水瓶，这两种香水瓶的艺术造型（人体造型）与实用功能部分（容器）无法在物理上分离。但即使香水瓶不被设计成人体造型，也不会影响其实用功能——作为容器装香水。因此，香水瓶的艺术美感是能够与其实用功能在观念上进行分离的。同样，意大利欧可宝贝公司设计的儿童用品"小兔坐便器"中的艺术美感（小兔造型）与其实用功能（供儿童坐便时使用）在观念上也是可以分离的。即使不将坐便器（中间镂空的圆形坐垫）加上小兔造型，它仍然可以作为坐便器使用，在功能的实现上不会受到丝毫影响。

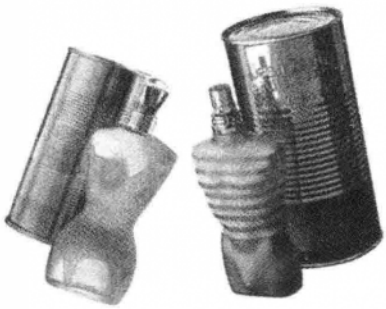
---

① 国家版权局《对瑞士征询我履行TRIPs协议承诺的答复》（权司［2004］23号）。

② 参见北京市高级人民法院民事判决书（2002）高民终字第279号。

③ 参见北京市第二中级人民法院民事判决书（2006）二中民初字第7070号。

④ 参见北京市第二中级人民法院民事判决书（2008）二中民初字第12293号。



男性造型香水瓶和女性造型香水瓶[①]

小兔坐便器

相反，如果一部小汽车的流线型设计能够基于动力学原理降低小汽车在高速行驶时遇到的空气阻力，并保持车身平稳，则无论该设计多么赏心悦目、具有艺术价值，都不能受到著作权法保护。因为在这种情况下，设计所带来的艺术美感是无法与其具有的实用功能分离的，一旦不再采用这种设计，小汽车所具有的行驶平稳、阻力较小的实用功能也就消失了。如果将这种流线型的小汽车作为作品用著作权法加以保护，则其他汽车制造商就不能未经许可生产同种流线型小汽车，否则，将构成著作权侵权。这实际上使著作权法沦为了保护实用技术方案的工具。

假设一把设计新颖的椅子具有一个以某种特定角度弯曲并具有艺术造型的靠背，这把椅子是否能够受到著作权法的保护呢？这将首先取决于椅子靠背的弯曲型设计是否具有实用功能：如果该靠背利用人体工学原理能够有效地降低使用者背部的疲劳感，则这种造型的靠背所具有的艺术美感与实用功能就无法分离。相反，如果该独特形状的靠背除了和其他椅子的靠背一样使人能倚靠之外，没有任何实用性功能，则该靠背的设计并没有给其生产商带来技术上的竞争优势，而仅仅是艺术美感。消费者购买这把椅子也不是为了坐得更加舒服，而是被其美妙的外观吸引。这样，这把椅子中的靠背形状就能够与椅子本身的实用功能相分离。

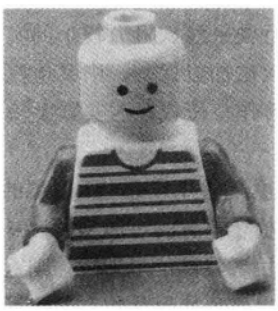
第二个条件是：其能够独立存在的艺术设计具有独创性。前文已详细论述过独创性的含义，此处需要强调的是：仅仅在实用品上再现现有作品，也即单纯改变作品的载体，不符合独创性的要求。

第三个条件是：实用艺术品应当达到较高水准的艺术创作高度。之所以有这样的要求，首先是因为：具有一定美感的实用品还可能获得外观设计专利权保护。获得外观设计专利权需要经过申请程序、支付申请费用，等待较长时间。而著作权保护是自动产生的，无须任何费用。特别是著作权保护的力度和期限远超外观设计专利权：著作权保护期限长达作者有生之年加死后 50 年，同时针对作品本身进行保护，也即无论在何种载体上使用相同作品都应经过许可。而外观设计专利权的期限只有短短的 10 年，保护只针对相同产品，也即如果在其他产品上使用相同造型设计，并不侵犯外观设计专利权。在追求生活品位的现代

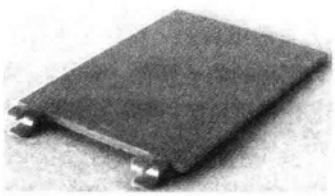
---

① 需要指出的是，法院不仅认为人型香水瓶可以作为实用艺术作品受到保护，而且认为“圆桶状外包装盒虽然线条并不复杂，但作为负有一定美感的和独特设计的立体造型，使该外包装盒也应作为实用艺术作品受著作权法保护”[北京市第二中级人民法院民事判决书（2006）二中民初字第 7070 号]。本书作者不能认同圆桶状外包装盒也能作为实用艺术作品受到著作权法保护。

社会，许多日常实用品都或多或少地有一些美感。可以预见，如果对美感较低的实用品都给予著作权保护，设计者将不再有动力去申请外观设计专利权，导致外观设计专利权的制度设计落空。其次，我国《著作权法》是将符合条件的实用艺术品作为“美术作品”加以保护的。如果不将一定的艺术创作高度作为实用品受著作权保护的条件，所有外形可与实用功能分离的日常实用物品都可受著作权法保护，这就超越了“美术作品”的范畴。也正因为如此，我国多数法院都将实用艺术品达到一定创作高度作为保护条件。如在我国较早发生的涉及实用艺术品的“瑞士英特莱格公司诉乐高（天津）玩具有限公司案”中，法院即指出：“（实用艺术作品的）艺术性则要求该物品具有一定的艺术创作程度，这种创作程度至少应使一般公众足以将其看作艺术品。”[①] 下图所示的两块积木均为乐高公司的产品，但法院只认定第一块积木为作品，原因就在于第二块积木未达到应有的艺术创作高度。在德国，法院也要求受著作权法保护的实用艺术品比其他类别的作品具有更高程度的创造性。[②]



乐高公司的积木一[③]



乐高公司的积木二[④]

典型案例

宜家儿童椅凳案

世界上最大的家具零售公司宜家公司诉称一家公司抄袭了其玛莫特系列儿童椅和儿童凳，并加以销售。宜家公司认为涉案儿童椅凳既具有实用性，又具有较高的艺术性，属于受著作权法保护的实用艺术作品。法院认为：“根据我国著作权法的相关规定，实用艺术作品归属于美术作品范畴而受到著作权法的保护……因此，实用艺术作品的艺术性必须满足美术作品对于作品艺术性的最低要求，才能够获得著作权法的保护……本案中的玛莫特儿童椅和儿童凳的设计要点主要体现在造型线条上，但从整体上看其与普通的儿童椅和儿童凳在外形上的区别不大，属于造型设计较为简单的儿童椅和儿童凳，在艺术性方面没有满

① 北京市高级人民法院民事判决书（2002）高民终字第279号。

② Silke von Lewinski (ed.), *Copyright throughout the World*, Germany, § 16: 9. e.

③ 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2010）一中民初字第16813号。

④ 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2009）一中民初字第05642号。

足构成美术作品的最低要求，因此不属于美术作品范畴中的实用艺术作品，不受我国著作权法保护。”①

本案中的儿童椅凳显然更适合作为工业品外观设计获得专利权保护，其中的艺术创作高度难以使公众将其视为“艺术品”。法院拒绝用著作权法予以保护是正确的。

宜家的玛莫特儿童椅和儿童凳

五、摄影作品

根据《著作权实施条例》的定义，摄影作品是指借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品。② 这里的“感光材料”无疑是指传统的胶卷，而随着技术的进步，胶卷等感光材料以外的“其他介质”也可以记录摄影作品。目前使用胶卷的传统照相机正在逐步被数码相机取代。在数码相机中，记录照片的介质是数字存储器。而当数码照片被拷贝至计算机之后，硬盘或光盘就成为记录照片的介质（物质载体）。

照片尽管是借助照相机这一机械设备拍摄的，但拍摄过程为拍摄者留下了充分展示其个性和智力创造力的空间。首先，不同的摄影师在对同一景物或人物进行拍摄时，可以对拍摄角度、距离、光线和明暗等拍摄因素进行富有个性化的选择，使得照片影像具有独特的效果。其次，摄影师还可以运用自己的判断力，敏感和准确地捕捉到稍纵即逝的场景，使照片影像体现“瞬间的艺术”。右图这张照片就展现了一条鱼飞入熊嘴中的一幕，成为摄影史上的经典之作。再次，摄影师还可以对被拍摄的场景或人物进行独创性的安排，如要求被拍摄者摆出特定的姿势、表现出特定的表情，为被拍摄者选择服装和道具等，使得影像在内容上具有独特的表现力。最后，对拍摄出的照片有时还要使用各种软、硬件工具进行一系列后期处理，以使其产生特殊的影像效果。因此，只要影像内容和效果能够体现摄影师在拍摄过程中具有独创性的选择、安排和处理，就能构成摄影作品。

需要指出的是：如果被拍摄的场景或人物造型并非摄影师进行独创性安排的结果，则摄影师无权阻止他人对同一场景或人物进行拍摄，而只能就其对该场景或人物的独创性表

① 上海市第二中级人民法院民事判决书（2008）沪二中民五（知）初字第187号。

② 参见《著作权法实施条例》第4条第1款第10项。

达——照片影像本身获得保护。如下图所示，第一名摄影师拍摄了婴儿的照片之后，其他摄影师仍然可以自由地用同一名婴儿做模特，独立地拍摄照片。①

Gentieu 968191-001
原告拍摄的照片

Vincent Oliver BB2449-003
被告拍摄的照片

如果被拍摄的场景或人物造型是摄影师进行独创性安排的结果，则摄影作品的独创性除了体现在影像效果上之外，也可体现在影像的内容上。此时若他人以摄影或绘画、雕塑等方式实质性地再现摄影作品的内容，则可能构成侵权行为。如下图所示，第一名摄影师独具匠心地设计了两位老人怀抱一群小狗的场景作为拍摄对象，一名艺术家通过雕塑再现了近似的场景，被法院认定构成侵权。② 当然，如果摄影师对场景或人物的安排过于简单，如上图中摄影师可能使用某种技巧使婴儿微笑，则其仅构成一种不受保护的思想，任何人都可以使用“拍摄一张婴儿微笑的照片”这一思想。

原告拍摄的照片

被告制作的雕塑品

同样道理，下图中被告的油画与原告的摄影作品在内容上存在高度相似，二者在整体构图、场景布局，人物的姿势、神态、服饰特征以及物品摆放等方面均相同。法院认为：在摄影作品发表在先，油画作者有接触该摄影作品合理机会的情况下，被告的行为属于未经许可改编摄影作品，构成侵权。③

---

① Penny Gentieu v. Tony Stone Images/Chicago, Inc., 255 F. Supp. 2d 838, (N. D. Ⅲ., 2003).

② Rogers v. Koons, 960 F. 2d 301 (2nd Cir., 1992).

③ 参见北京市朝阳区人民法院民事判决书（2011）朝民初字第20681号。

原告的摄影作品：《初为人母的美丽》

被告的油画：《卓玛与阿妈》

典型案例

《青春的优雅》案

一名摄影师以一名年轻女性为模特，拍摄了名为“青春的优雅”的照片，并将该照片版权转让给了他人。两年之后，这名摄影师让同一位模特摆出了相同的姿势又拍摄了一张照片，在光线、阴影处理等方面都与第一张照片基本相同。美国联邦第二巡回上诉法院认为：在拍摄第二张照片时，这名摄影师的天分并没有被用于创作新的作品，而是用于复制原有作品。至于摄影师在拍摄内容相同的照片时，是将第一张照片直接摆放在面前以作参照，还是凭借对第一张照片清晰的记忆，都无关紧要。①

本案中摄影师实际上“抄袭”了自己以前的作品。正如“精确临摹”是复制而非创作一样，即使摄影师重新实施了拍摄的全部过程，而非直接用机械手段对原有照片进行翻拍，只要新照片仅仅重复了原有照片的内容，其仍然不符合“独创性”中“独”的要求，不能构成新的摄影作品。

理论研究

两大法系对摄影作品独创性的不同要求

根据著作权法原理，只有符合独创性要求的照片才是摄影作品。照片只要是拍摄者独立拍摄，而不是为了精确再现他人作品而加以翻拍的结果，都是符合“独”的要求的。问题在于：照片如何才能达到“最低限度的智力创造性”？换言之，“最低限度”的界限划在哪里？偶然或随意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？

对这一问题，英美法系国家和大陆法系国家作出了不同的回答。英美法系国家从实用主义哲学出发，基于未经许可被使用的照片都具有价值的考虑，尽可能地对照片进行版权

① Gross v. Seligman, 212 F. 930 (2nd Cir., 1914).

保护。英美法系的版权法理论认为：很小程度的个性表达就足以符合独创性的要求。美国的汉德法官早就指出："任何照片，无论多么简单都不可能不受到拍摄者个性的影响。"① 美国版权法学者也认为：拍"快照"（snapshot）时对拍摄对象、取景和按快门时机的选择都有一些个性因素，法院不会因照片中的艺术价值和艺术手法不足就不给予保护。② 这一观点在美国已经得到了公认。而仍然奉行"额头流汗"规则的英国版权法更是将适用于照片的独创性标准降到了无以复加的程度，认为"偶然对准一个方向按下照相机的快门就足以符合（独创性）要求"③。英国版权法方面的权威著作《现代版权和外观设计法》认为：照片的独创性完全可以表现为某人在恰当的时间、出现在恰当的地点而拍摄出有价值的照片。无论拍摄者是尽力赶赴现场、发现场景，从而拍摄到了值得保存的影像，还是基于运气恰巧在现场、选择了恰当的时机拍摄出了照片，都是版权法所承认的作品。④ 因此，在英美法系的司法实践中，除了为了精确复制他人作品而进行纯粹复制型的翻拍，以及完全由机器自动拍摄的照片之外，照片几乎都被认为是符合独创性要求的作品。

与此相反，大陆法系国家对独创性中"创"的要求远高于英美法系国家，它们要求作品必须是作者独特精神、个性、艺术观念和智力创造的反映。纯粹基于运气抓拍到的照片很难达到这一要求，因此并不能被承认为作品。在德国，著作权法对"摄影作品"（lichtbilderwerke）与普通"照片"（lichtbilder）是加以区别对待的，只有那些通过对题材的选择、灯光阴影的映衬、润色，照片的剪辑或者艺术处理工具的使用，表达了摄影师的艺术观点与创造力的照片才会被认为是"个人智力创作成果"，才能作为摄影作品受到保护。⑤ 但同时，德国著作权法也承认在企业中为例行公事而制作的照片，以及那些平庸的业余爱好者们所摄制的照片等未达到独创性要求的普通照片也具有一定价值，需要法律加以保护，以防止他人未经许可进行使用；并因此将其规定为邻接权的客体，享受较短的保护期。⑥《西班牙知识产权法》第128条也用邻接权保护不具有独创性的普通照片，即当照片未被承认为作品、受到狭义著作权保护时，赋予照片摄制者以复制、发行和公开传播作品的专有权利，但保护期只有25年。⑦《意大利著作权法》则在第2条规定作品类别时，明确将"摄影艺术作品及以类似摄影术的方法表现的作品"与"简单的照片"区分开来，前者受到狭义著作权的保护，后者则受"邻接权"中"照片中的权利"的保护。其中规定：（不构成作品的）照片是指通过摄影术或类似方法拍摄的人像、自然或社会生活中的面貌或事件，包括拍摄美术作品和电影画面而形成的照片。拍摄者对照片享有20年的专有权利，但不适用

---

① Jewelers' Circular Pub. Co. v. Keystone Pub. Co. 274 F. 932, at 934 (1921).

② See Robert A. Gorman, "Copyright Protection for the Collection and Representation of Facts," *Harvard Law Review*, Vol. 76, No. 8 (Jun., 1963), pp. 1569-1605.

③ *Copinger and Skone James on Copyright*, Sweet & Maxwell, Ltd. (1998), § 3-104.

④ See Hugh Laddie etc., *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd edition), Butterworths (2000), § 4.57.

⑤ 参见［德］M. 雷炳德著，张恩民译：《著作权法》，151页，北京，法律出版社，2004。

⑥ 参见上书，528页；*Law on Copyright and Neighboring Rights*, Sec. 72。

⑦ See Consolidated Text of the Law on Intellectual Property, regularizing, clarifying and harmonizing the applicable statutory provisions, Sec. 128.

于有关著作、文献、商业文件、物品、技术图纸以及类似物品的照片。[①] 这说明拍摄纸质文件而形成的照片在意大利被认为过于简单，甚至不能成为邻接权的保护对象。

那么，类似上例中抓拍到的照片以及其他艺术性较低的照片在我国究竟是否构成摄影作品呢？从《著作权法实施条例》将摄影作品定义为“艺术作品”的用语来看，答案似乎是否定的，即我国《著作权法》对摄影作品独创性的要求接近大陆法系而非英美法系。但需要注意的是：我国《著作权法》并没有像德国、西班牙和意大利等大陆法系国家那样，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，而向英美法系靠拢了。下文还将说明录像在我国又是按照完全不同的标准加以保护的。对比照片和录像这两种类似劳动成果在我国《著作权法》和司法实践中受到的不同“待遇”，可以发现我国《著作权法》对独创性的理解和相关的法律规定仍然有不协调之处。

典型案例

“艺术作品的幻灯片”案

原告为一家艺术馆，其出于保存版本与展示的目的，将已进入公有领域的油画拍摄成照片，并制成了幻灯片，而被告则未经许可使用。法院认为，虽然对于照片而言，“极小程度的个性化表达就足以使其满足独创性的要求”，而且事实上绝大多数照片也因为对拍摄对象摆放位置或姿势的选择和对光线、角度的选择等独创性因素构成作品，但为了准确再现油画所进行的纯粹翻拍，尽管需要比用复印机复制更多的技巧和努力，却没有丝毫独创性可言，因为“仅仅存在于复制过程中的技巧、劳动或判断并不足以产生独创性”[②]。

本案是翻拍不能产生摄影作品的典型案例。单纯为了真实再现绘画而进行的拍摄，为摄影师留下的发挥个人选择与判断的余地非常小。换言之，由于要求精确再现绘画本身，拍摄过程难以体现摄影师与众不同的个性。数名摄影高手用同样的相机为此目的拍出来的照片在视觉上的差异极小。翻拍的结果因此不可能达到独创性的要求，即使在英美法系也不可能构成摄影作品。

典型案例

“腹腔镜照片”案

医生朱某为本院病人实施了腹腔镜胆囊切除手术，并在手术中应用了“生物可吸收医

---

① See Law No. 633 of April 22, 1941 Protection of Copyright and Rights Related to its Exercise (as last amended by Legislative Decree No. 95 of February 2, 2001), Sec. 87, 92.

② Bridgeman Art Library v. Corel Corporation, 36 F. Supp. 2d 191, at 197, 198 (SDNY., 1999). 引号中的陈述引自英国枢密院对“Interlego AG v. Tyco Industries, Inc.”案的判决。

用膜”。在手术过程中，朱某利用手术设备自带的探头外接了录像机，对手术全过程进行了同步录像。此后，朱某将手术录像带刻制成光盘，并运用电脑中的抓图软件截取了6个手术中运用“生物可吸收医用膜”的关键画面，刊载于产品宣传资料中。被告为一家生产“生物可吸收医用膜”的医用品有限公司，其未经许可使用了朱某截取的手术画面。①

朱某诉该公司侵犯其对摄影作品的著作权。被告认为：腹腔镜技术本身就是一项影像技术，画面是自动生成且必然生成的。这种技术下生成的画面既不具有独创性，又不具有艺术性，故不构成著作权法中的摄影作品，不享有著作权。

法院经审理后认为：朱某截取的6个关键手术画面构成摄影作品。理由为：首先，虽然《著作权法实施条例》中将摄影作品定义为借助器械在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品，但就“艺术”的理解，在考量是否构成摄影作品时，不应将医学等科学领域所拍摄照片的“艺术性”程度要求与普通艺术领域照片的“艺术性”程度要求相等同。其次，朱某结合自身的临床经验，从自己实施的手术录像中截取了临床应用医用膜的关键画面，在上述过程中，朱某确实付出了一定程度的智力性劳动，该智力劳动所体现的独创性达到了著作权法要求的最低限度，因此应获得著作权法的保护。被告未经许可，擅自使用朱某享有著作权的6幅作品，构成对著作权的侵权。②

此案是反映我国著作权法对摄影作品独创性要求的典型案例。本案中朱某在观看录像时，根据自己的选择和判断进行截图，确实体现了一定的独创性。但问题在于：除了机器自动拍摄和纯粹翻拍之外，什么样的拍摄不需要依据拍摄者的选择和判断（哪怕是刹那间的）呢？承认这种程度的“创”就足以构成摄影作品，意味着我国著作权法在摄影作品的独创性标准上，采用的是英美法系的标准，而非大陆法系的标准。这与本书上文对我国独创性标准讨论的结论是相同的。

六、影视作品

根据《著作权法实施条例》的定义，电影作品及以类似摄制电影的方式创作的作品（本书简称为影视作品）是指摄制在一定介质之上，由一系列有伴音或无伴音的画面组成，并借助适当装置放映或者以其他方式传播的作品。

电影是由上下相关的一系列画面构成的，在通过机器设备进行播放时，能够给观众以画面中的人或事物在运动的感觉。也正因为如此，电影也被称为“活动图片”（motion pictures）。一套幻灯片虽然也能被连续放映，而且上下两张之间也有一定关联，但只要在放映时无法给人以运动的感觉，仍然不能构成影视作品。《著作权法实施条例》对影视作品的定义中并未要求有“运动的感觉”，似遗漏了构成影视作品的关键要素。

与摄影作品相仿，影视作品虽然也是借助机器设备拍摄和制作的，但它具备了著作权法意义上的独创性，是个人美学观点和智力创造的结晶。导演对剧本的改编和重新设计、对场景的安排，对演员从神情、动作到语言的指导；摄像师根据导演的要求对拍摄角度、

① 参见上海市第二中级人民法院民事判决书（2005）沪二中民五（知）初字第171号。

② 参见上海市高级人民法院民事判决书（2006）沪高民三（知）终字第35号。

距离的选择和对光线明暗的把握；后期制作中使用软、硬件工具对录影的剪辑、编排和加入蒙太奇等特技效果等，都反映了参与创作者独特的视角和极富个性化的选择与判断，因此，即使使用同一电影剧本和同一批演员，不同导演们拍摄和制作出的电影也会有很大差异。这正说明由此拍摄和制作的电影是智力创造成果，符合独创性的要求。

典型案例

肯尼迪遇刺录影案

一部故事片或电视连续剧无疑是影视作品，但普通人在日常生活中拍摄的录影是影视作品么？一个人纯粹出于运气对某一事件抢拍到的录影是影视作品么？与上文对摄影作品的分析相类似，对这一问题的回答取决于不同国家的立法。

英美法系国家对录影采取了与照片相同的做法，即认为任何由人拍摄的录影，只要不是为了精确复制而翻拍他人的，都是具有独创性的作品。1963 年 11 月 22 日，美国达拉斯市一名叫 Abraham Zapruder 的服装商得知美国总统肯尼迪为进行竞选活动而巡游的车队将经过某一地点，于是他事先在对地形进行了一番考察之后，选定了一个特定地点并将自己的 8 毫米彩色家用摄像机架在一个离地 4 英尺的基座上。等到当天肯尼迪的车队开近时，他选用了广角镜头并打开摄像机进行拍摄。令他始料不及的是，他由此碰巧将震惊世界的肯尼迪被刺的画面拍摄了下来。事后原告《时代》杂志买下了 Zapruder 的这盘录像带和全部相关权利，而被告未经许可从中截取了一些画面发表。原告以侵犯版权提起了诉讼。

法院借用了适用于照片的独创性标准，认为由人拍摄出来的录影不可能不受到个性的影响。针对此案的案情，法院认定：Zapruder 的录影涉及许多“创造性的因素”，如对摄像机的选择（选择了摄像机而不是照相机）、对录像带的选择（选择彩色的而非黑白的）、对镜头的选择（选择了远距广角镜头而非近距镜头），以及对拍摄区域、时机的选择等，因此，该录影是符合独创性要求的作品。①

理论研究

MV 的背景画面是作品么

从 2004 年开始，一些音像公司在全国各地发起了针对卡拉 OK 厅的法律行动，要求其为营业性播放音乐电视（MV）的行为支付报酬，引起了广泛的社会关注和争议。在我国现行法律框架下，问题的关键就在于：MV 的背景画面是否构成著作权法意义上“以类似摄制电影的方式创作的作品”？如果回答是肯定的，则卡拉 OK 厅就应当支付报酬，这是因为影视作品的制作者享有“放映权”，卡拉 OK 厅向消费者提供点播 MV 的服务属于受“放映权”控制的放映行为，应当向作为 MV 拍摄、制作者的音像公司支付报酬。相反，如果回答是否定的，则 MV 仅仅是“录像制品”，拍摄、制作 MV 的音像公司作为“录像

① Time Incorporated v. Bernard Geis Associates，293 F. Supp. 130，at 143（SDNY.，1968）.

制品制作者”对其MV仅享有复制权、发行权、出租权和信息网络传播权这4项专有权利，而不享有“放映权”，卡拉OK厅自然也就无须向音像公司为其播放MV的行为支付报酬。

判断MV背景画面是否为作品的关键，又在于其是否符合独创性的要求。但问题在于：《著作权法实施条例》虽然将具有独创性规定为构成作品的前提，但却没有对独创性的含义进行任何解释。而当今世界两大法系对独创性有不同的理解，大陆法系对独创性中“创”的要求远高于英美法系。在这种情况下，我国法院唯一可资用于推断我国《著作权法》中独创性含义的依据，就是我国《著作权法》对于录影采用了大陆法系的二分法，即独创性高的录影归于“电影作品及以类似摄制电影的方式创作的作品”，而将独创性低的录影归于“录像制品”。这至少说明对于判断录影的独创性标准，法院不能像判断照片的独创性标准那样借鉴英美法系的立法与判例（如上文所述，由于我国对照片没有采用大陆法系的二分法，即没有将照片分为受狭义著作权保护的摄影作品和受邻接权保护的普通照片，法院在实践中有根据英美法系独创性的标准将照片认定为摄影作品的倾向）。这样，法院就不得不面对判断录影创造性高低的复杂法律问题。

有些制作精良的MV投资甚至达到上百万人民币，已经不亚于一部小制作的电影。更为重要的是，观众可以从这些MV的背景画面中看到一出活的故事，其中有人物、有情节、有高潮和结局，反映了导演和其他创作人员独特的艺术视角和表现手法。这些MV无疑应当是符合独创性要求的“以类似摄制电影的方式创作的作品”。

但是，卡拉OK厅中播放的MV中，还有相当一部分的背景画面十分简单，有的是歌星演唱会的现场录像，有的是大海、沙滩、丛林等自然风景。这些画面的拍摄者尽管也要付出一定的与个性和智力创造有关的劳动，如选择被拍摄的人物或风景等，但毕竟创造性程度很低。例如，对于录制歌星演唱会的工作而言，无论是哪一家电视台或音像公司，都会将摄像机对准歌星。虽然摄制者也可能在其中插入对歌星面部的特写或台下观众的画面，但仍然主要遵循常规摄制方法。这样拍摄而成的画面并未达到大陆法系对独创性的要求。

而处于这两个极端之间的MV背景画面究竟是否构成作品，就要进行更为复杂的个案分析了。

需要指出的是：在大陆法系国家，上述对录影究竟是否为有独创性作品的分析其实并无意义。其原因是大陆法系国家对无独创性的录像制品给予较高程度的邻接权保护。无论录影是有独创性的作品还是无独创性的制品，摄制者都有权从他人的商业性播放行为中获得相应的报酬。例如，《德国著作权法》将录影区分为“电影作品”和“活动图像”两类，分别以狭义著作权（第88条至第94条）和邻接权（第95条）加以保护，但权利内容中都包含了放映权。[①] 如果上述诉讼发生在德国、西班牙和意大利等大陆法系国家，则卡拉OK厅无疑都要向拍摄、制作MV的音像公司支付报酬，而分清它们究竟是为“作品”付酬还是为“制品”付酬仅有理论上的价值，不会影响诉讼结果。

---

① 参见［德］M. 雷炳德著，张恩民译：《著作权法》，530页，北京，法律出版社，2004。

典型案例

卡拉 OK 音乐电视著作权侵权案

华纳唱片公司诉北京唐人街餐饮娱乐公司案，是我国第一起涉及 MV 著作权问题的诉讼。原告华纳唱片公司拍摄、制作了由郭富城演唱的《爱的呼唤》、《有效日期》、《听风的歌》3 首 MV，而唐人街餐饮娱乐公司经营的一家卡拉 OK 厅，未经华纳唱片公司许可即向公众播放这 3 首 MV。华纳唱片公司起诉唐人街餐饮娱乐公司侵犯其著作权。

北京市第二中级人民法院认为本案的焦点问题是涉案 MV 是以类似摄制电影的方法创作的作品，还是录音录像制品；并认为要制作 MV 这种“声、画合一的电视艺术体裁”，需要“充分运用光、色、构图、运动等各种造型因素，利用电子编辑、三维动画和数码编剪系统等后期技术制作手段，将电视画面造型语言的诸多元素从传统的制作规范中解脱出来，利用分解的、变形的、多层画面的拼叠组合等形式构建一个多维时空形态”。虽然法院并未对我国《著作权法》中独创性的标准进行分析，但从行文中可以看出法院认为上述 MV 制作方法已足以使其符合独创性的要求，因此，“涉案 MV 属于我国著作权法所规定的以类似摄制电影的方法创作的作品，是受到我国著作权法保护的一种作品形式”①。但这一分析笼统地将 MV 一概作为有独创性的作品对待，忽视了未达到独创性要求的 MV。在二审中，北京市高级人民法院指出：“作为邻接权对象的录像制品是对表演或其他景象、形象、声音进行简单、机械的录制产生的，它只是忠实地录制现存的音像，并不具有创作的成分。而涉案 3 首 MV 是以类似摄制电影的方法制作，凝聚了导演、演员、摄影、剪辑、服装、灯光、特技、合成等创造性劳动，包含了制作者大量的创作，是视听结合的一种艺术形式，因此符合作品的构成要件。”② 该判决遵循了大陆法系对录影进行的二分法。但我国著作权法中独创性标准究竟如何把握，仍然需要进一步细化。

而在正东唱片公司诉上海麒麟大厦文化娱乐公司案中，我国法院首次认定一部由现场演唱会录像构成的 MV 不是作品。

原告正东唱片公司制作了《光年》、《回情》和《情人说》3 部 MV。被告在其经营的“麒麟音乐城”中未经许可即提供这 3 部 MV 的点播，被诉侵犯著作权。

上海市第二中级人民法院指出：判断 MV 是否为以类似摄制电影的方法创作的作品，关键是看 MV 是否具备独创性，即是否是作者独立完成的文学、艺术领域内的智力劳动成果。“以特定音乐作品为题材，通过摄影、录音、剪辑、合成等创作活动，在一定介质上制成一系列有伴音的相关画面，并能够借助适当装置连续播放的音乐电视作品，应认定为以类似摄制电影的方法创作的作品”，而“根据现场表演等机械录制形成的不具有独创性的影像不属于以类似摄制电影的方法创作的作品”③。

对于 3 部涉案 MV，法院认为：“陈慧琳演唱的《情人说》和《回情》两首 MV 的画面内容与音乐主题互相配合，进一步演绎了音乐作品的思想内涵。上述两首 MV 系制作者使

---

① 北京市第二中级人民法院民事判决书（2003）二中民初字第 08846 号。

② 北京市高级人民法院民事判决书（2004）高民终字第 156 号。

③ 上海市第二中级人民法院民事判决书（2004）沪二中民五（知）初字第 12 号。

用类似摄制电影的方法，拍摄的一系列有伴音的电视画面，凝聚了导演、摄影、录音、剪辑、合成等工作人员的创造性劳动，因此属于以类似摄制电影的方法创作的作品。陈慧琳演唱的《光年》MV不具有独创性，不属于以类似摄制电影的方法创作的作品”，主要理由是《光年》MV的画面为舞台剧现场表演的机械录制，而原告正东唱片公司也自认《光年》MV的画面为舞台剧的现场表演。

本案中法院运用的独创性标准显然是正确的。《光年》MV的全部画面由陈慧琳和许志安两名歌手在舞台上对唱的现场录像构成。摄影师只需要将镜头对准舞台上的两名歌手，即可以形成对现场演唱的影像和声音的忠实、客观记录。这一过程给摄影师留下的智力创作空间很小。例如，当轮到陈慧琳演唱时，专业的摄影师总是会将镜头对准陈慧琳而非许志安，而两人共同演唱时，镜头也一般会同时将两人都纳入。虽然某些细节也涉及某些摄影师个人的选择，如何时将镜头拉远或拉近，以及何时对演唱者的面部进行特写等，但这样的选择非常简单，无法达到大陆法系对“独创性”中智力创作的高度要求。同时，由现场演唱会录像构成的MV几乎没有什么后期制作和剪辑，“独创性”无法得以体现。另两部涉案MV则并非现场演唱会的简单画面，而是使用蒙太奇等手法进行了大量后期制作，有独特的视觉效果和美感，是智力创造的成果，符合“独创性”的要求。

七、图形作品和模型作品

我国《著作权法》第3条规定了“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”（本书简称图形作品和模型作品）。

（一）图形作品

根据《著作权法实施条例》的定义，图形作品是指“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”。

美术作品虽然也是以图形为表现形式的，但却与工程设计图等图形作品不在一类。这是因为前者处于艺术领域，主要用途在于给人以艺术上美的享受；而后者处于科学领域，虽然也有一定美感，却主要服务于实用性功能，如工程设计图和产品设计图用于建造具有实用性的工程或产品，而地图和示意图供公众了解地理现象或事实原理及结构。

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，那么将工程设计图与产品设计图列为受著作权法保护的作品是否违背了这一基本原则呢？对此需要指出的是：著作权法保护这类设计图是因为图形本身所具有的美感，而绝非其中的实用性功能。假设有两位产品设计人各自完成了对一种电子产品的设计图。第一位设计人员创造性地设计了一种全新的技术方案，不但使该电子产品轻巧、灵便，而且能够大大降低耗电率。而另一位设计人员的设计有致命的缺陷，按照其设计图制造的电子产品不仅庞大、笨重，而且很容易因漏电导致使用者死亡。那么，第二位设计人员绘制的产品设计图是否为受著作权法保护的作品呢？对此正确的回答是：无论工程设计图和产品设计图中体现的技术方案是先进还是落后，其对应的工程和产品是优质还是拙劣，都不会影响设计图本身作为作品的法律地位。而设计图之所以能够成为作品，也与其设计方案以及与其对相应的工程和产品的技术实用性毫无关系，而是因为工程和产品设计图是由点、线、面和各种几何图形组成的，包

含着设计者眼中严谨、精确、简洁、和谐与对称的科学之美。这也是设计图符合独创性标准的方面。换言之，著作权法将设计图作为作品加以保护仅仅是因为图形设计“看上去美”，而不是因为它变成工程或实物之后的美感或实用功能。如果他人未经许可按照工程设计图或产品设计图建造或制造出了工程或产品，是否构成著作权侵权则完全取决于该工程或产品的艺术美感与其实用功能是否能够分离。对此本书在“复制权”一节还将有深入讲解。

典型案例

玩具产品设计图案

原告为了生产玩具而绘制了产品设计图，此后又对该产品进行技术上的重大改进，但在图形上只与原图存在细微差异。本案的关键在于：在原产品设计图已不受版权法保护的情况下，新产品设计图能否因为并不显著的构图差异体现了重大技术进步，而构成新的受版权法保护的作品？此案经过当时的我国香港地区法院、上诉法院和英国枢密院的审理，最终认定新产品设计图并不构成区别于原产品设计图的新作品，而只是原作品的非精确复制件。英国枢密院指出：产品设计图能够作为作品受到版权保护的唯一原因在于它们是图形，而不在于其中体现的技术特征。[①] 如果新图与旧图之间仅存在细微视觉差异，无论其中体现了多么重要的技术变化，都不足以使新图成为独创性的作品。[②]

事实不受保护也是著作权法的基本原则，而地图和示意图必须反映客观存在的地理现象、说明事物原理或者结构。例如，北京大学位于中关村大街，北京市地图的绘制者就不可能将北京大学标到天安门广场上去。同样，人体解剖图也必须力求真实地再现人体结构，不能为了好看而随意改动骨骼和器官的位置。鲁迅先生的名作《藤野先生》曾经记载了这样一件事：医学教授藤野先生将当时是医学院学生的鲁迅叫到研究室去，翻出鲁迅绘制的人体下臂的血管图并告诉鲁迅：“你看，你将这条血管移了一点位置了——自然，这样一移，的确比较的好看些，然而解剖图不是美术，实物是那么样的，我们没法改换它。现在我给你改好了，以后你要全照着黑板上那样的画。”这正说明示意图应当准确地反映客观存在的事实。

那么，反映客观事实的地图和示意图为什么还能成为受著作权法保护的作品呢？这是否违背了著作权法不保护事实的基本原则呢？如果我们仔细观察日常生活中接触到的各类地图就能发现：地图不仅要反映客观地理现象，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。

首先，不同地图绘制者选择的对象可能有不少差异，地图上往往要标出某条道路上有何文化古迹、历史景点、购物中心、机关单位和大中小学校。标出哪一家、不标出哪一家，完全是地图绘制者自己的选择，这种选择反映了一定的个性与智力创造性。

---

① Interlego A. G. v. Tyco Industries Inc., [1988] R. P. C. 343, at 365.

② Ibid., at 367.

其次，不同的地图绘制者也会使用不同的标注和绘制方式。有的绘制者会为每一类对象设计出独特的艺术性标志、图例或插图。例如，对于北京大学和清华大学，有的北京地图简单地使用“北京大学”和“清华大学”的文字加以标注，但有的北京地图则分别用北京大学和清华大学标志性的建筑——北大西门和清华西门加以标注，这种对标注的方式的设计就有了艺术性和美感。再如，对于街道、河流、各类建筑等标注对象，地图绘制者可以选择不同的色彩，这就使地图在整体上反映出绘制者个人对图形色彩搭配与和谐的美学观念。

最后，即使是对客观的地理位置，地图的绘制者也可能进行取舍和艺术处理。地图上往往有一句声明：“图形经过变形处理，不作实际测量用”。这说明地图绘制者为了方便读者使用，往往不按实际的比例尺来绘制地图。例如，市区在城市中的地位比较重要，而且需要标出的各种机构很多，所以它在城市地图中的大小比例可能就是经过放大的，而郊区在地图画面中所占比例就可能被大大压缩。再如，上海市许多街道都是弯弯曲曲的，如果将其中每一个弯曲点都如实在地图上标出就显得不美观，因此，上海地图仅仅是绘出其大致走向，而不会与现实中一条街道的每一处客观位置进行一一对应。这种对形状和大小的取舍也完全可能符合独创性的要求。

但是，地图因其在整体上符合独创性而成为受著作权法保护的作品，绝不意味着其中每一个要素都受到保护。任何处于公共领域内的要素以及无独创性的选择、编排和处理都将被排除在著作权法保护范围之外。例如，我国的版图形状早已为世人所熟知，本身不可能再被“创作”出来，因此，仅仅把公知的我国版图形状再绘制出来，而没有进行其他艺术加工或处理，不能构成受保护的作品。同样，如果这张版图中标出了我国的直辖市和省会城市的名称，其整体也不能作为作品受到保护，因为在我国版图中标注这些重要的城市是最为常规的方法，对被标注城市的“选择”毫无智力创造性可言。

地图中反映客观事实的成分也不能受到保护，地图绘制者只能阻止他人未经许可使用地图中的艺术性成分，而不能禁止他人借鉴其中反映的事实。如果一张地图中准确地列出了城市中所有街道的名称，即使地图的绘制者第一次在该市地图中列出了这些街道名称，也不能基于著作权而阻止其他地图绘制者使用相同的街道名称。美国早期的判例曾经根据“额头流汗”规则提出了保护地图版权的所谓“直接观察原则”，即认为只有绘图者直接观察地理状况、收集相关信息，将其反映在地图上，才能符合独创性的要求。如果地图绘制者只是收集来源于其他地图中反映的客观地理状况，而没有亲自去察看，由此绘制而成的地图就没有独创性。[①] 但这一规则不合理地剥夺了绘图者使用事实的权利，因此已被后来的判例推翻。

典型案例

地图中的事实不受保护

刘某绘制了内蒙古达茂旗的《行政区划图》，其认为当地政府编制发行的《旅游交通

① Amsterdam v. Triangle Publications, Inc., 93 F. Supp. 79 (E. D. Pa., 1950).

图》侵犯了其对地图享有的著作权。经比对，两幅图中关于达茂旗及各乡镇的整体轮廓相同，边界线的画法均为深浅两种粉色，几处边墙遗址和河流水库的画法相同，数个图例相同；另两幅图背景颜色不同，比例尺不同，角度不同，标注的道路有所不同。法院认为：《行政区划图》系刘某独立创作完成，在整体构图、客观地理要素的选择及表现形式上具有独创性，构成著作权法意义上的作品。但《旅游交通图》利用《行政区划图》的部分主要是达茂旗及各乡镇的整体轮廓和结构，而达茂旗的整体形状、位置以及各乡镇的形状和位置是客观存在的，其表达方式非常有限，不应受到垄断。《旅游交通图》对于《行政区划图》中有独创性的部分仅有少量使用，如边界线的颜色、边墙遗址的画法等，从整体来看，不构成对《行政区划图》著作权的侵犯。①

示意图之所以能够成为作品，也是因为它包含了绘制者富有个性的选择、取舍和艺术处理。仍然以人体解剖图为例：医学院的教授和学生们固然不能随意改动骨骼和器官的位置，但在色彩、线条和标注方法上仍然有选择和处理的余地，不同的绘制者可以用不同的颜色标注某一器官，可以将美术创作手法应用于描述某一器官的形状——因为示意图中的物体形状与地图中街道的走向一样，并不需要和实物进行严格的一一对应，只要绘出其读者都能理解的大致形状就可以了。

理论研究

建筑工程设计图和建筑作品是何种关系

我国著作权法将“工程设计图”和“建筑作品”分列为两种类型的作品，似乎说明立法者认为“建筑工程设计图”与“建筑作品”（以建筑物形式表现）是完全不同的两种作品，而未将“建筑作品”视为“建筑工程设计图”的立体复制品。这一立法意图可以从与美术作品的对比中看出。假如某人先创作了“功夫熊猫”的漫画，又根据漫画制成了立体的“功夫熊猫”玩具，则该玩具只是“功夫熊猫”漫画的立体复制品，而不是新的作品。换言之，此人仅完成了一幅美术作品的创作，只就该美术作品享有著作权。但假如某建筑公司先绘制了一幅上海金茂大厦的“建筑工程设计图”，又根据该图施工、建造了金茂大厦，则根据著作权法的规定，该建筑公司就应被视为先后创作出了“建筑工程设计图”和“建筑作品”这两个作品，可以分别对其享有独立的著作权。

这一结论初看起来是不合逻辑的：同样是根据图形来造相应的物体，为什么根据美术图形来制造玩具的结果是形成美术作品的立体复制件，而根据建筑工程设计图来造楼形成的就是建筑作品，而不是工程设计图的立体复制件呢？

本书作者认为：问题的关键在于正确地认识“建筑工程设计图”是何种作品。上文在“书法是文字作品还是美术作品”中已经指出：毛主席以“毛体”书写的诗歌可以体现为不同作品：诗歌的内容（遣词造句）为文字作品，而造型优美的文字外观又是美术作品。同

① 参见最高人民法院民事裁定书（2008）民申字第47－1号。

样道理："建筑工程设计图"同时包含了对建筑物外观和内部结构的设计，从不同角度观察"建筑工程设计图"，就可以发现其体现了不同作品。

"建筑工程设计图"中必然包含各种用于描绘建筑物内部空间位置、相互关系和线路设计的图形，如房间的大小、电梯的位置、排水管道的走向等。它体现的是实用技术性的设计，该设计本身作为"技术方案和实用功能"不能受到著作权法的保护（参见下文"复制权"中的"典型案例：迪比特诉摩托罗拉"）。但设计图体现了科学美感，因此，设计图能够构成作品。只是由于实用性和功能性的设计不能受到著作权法的保护，因此，按照设计图去建造建筑物内在的实用功能部分，并不构成著作权法意义上"从平面到立体"的复制。

与此同时，"建筑工程设计图"还能够体现建筑物的外在美感，也即建筑物的优美外形。一幢建筑物如果构成建筑作品，与其内部构造和设计毫无关系，而仅在于其外形能够给人以美的享受。因此，从"建筑工程设计图"体现建筑物优美外形的角度看，它应当是建筑作品的平面表现形式。

这一区分在实用艺术品中也存在，仍然以"功夫熊猫"漫画为例：假如作者意图制作一个带闹钟的"功夫熊猫"玩具，因此在作画时，不但画出了"功夫熊猫"的外形，还在外形的轮廓中画出了闹钟的构造。从绘画可以用于制造闹钟的角度，该绘画是"产品设计图"。但该绘画又有完全独立于闹钟设计的艺术美感，因此也是"美术作品"。根据该绘画制作一个带闹钟的"功夫熊猫"玩具，构成对"美术作品""从平面到立体"的复制，而不是对"产品设计图"从"从平面到立体"的复制。

从以上分析还可以看出：我国著作权法将"建筑作品"限定为"以建筑物或构筑物形式表现"是有缺陷的。绝大多数国家和地区的著作权立法仅将建筑物作为"建筑作品"的表现形式之一，而非唯一的表现形式，原因就在于勾画出建筑物优美外形的设计图也可以表现"建筑作品"。如美国版权法将"建筑作品"定义为："对建筑物的设计，该设计可在任何有形介质上体现，包括建筑物、建筑设计图和绘画（architectural plans，or drawings)"。因此，我国著作权法对"建筑作品"的定义应修改为"以建筑物、构筑物或其设计图形式表现的有审美意义的作品"。这样一来，表现"建筑作品"（仅指优美的外形）的设计图与表现内部实用性和功能性构造的设计图可以分属于不同类别的作品，在逻辑上就可被理顺了。

（二）模型作品

根据《著作权法实施条例》的定义，模型作品是指为展示、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，如地理沙盘模型、动植物模型和产品模型等。对于模型作品，著作权法有关不保护事实和实用功能的基本原则仍然适用。只有具有艺术成分、符合独创性要求的模型才能作为作品受到著作权法的保护。

理论研究

什么是"模型作品"

根据我国《著作权法实施条例》对"模型作品"的定义，"模型作品"必须"根据物体

的形状和结构，按照一定比例制成”。而根据实物制作模型无非有两种情况：

第一种情况是严格地按照一定比例对实物进行放大、缩小或按原尺寸制成，但这样制成的“模型”无法构成符合独创性要求的“作品”。这是因为独创性要求劳动者独立贡献出源自于本人、能够被客观识别的东西，而不能仅仅重复前人的智力成果。任何物体都是由点、线、面和几何结构等诸多要素构成的，制作精确放大版、缩小版或原尺寸模型的劳动者并没有贡献出源自其本人的、任何新的点、线、面和几何结构，而是按照比例关系准确地再现了它们。需要指出的是：有些模型完全是工业化流程的产物，另一些模型则需要纯手工制作，需要艺人高超的技巧。但即使是后者，由于最终形成的模型与原物相比，除了尺寸严格按比例缩放之外，并没有产生可以被客观识别的、“源自于制作者”的成果，制作者所运用的仅仅是为进行“精确复制”所需要的技巧，因而由此形成的也只是大尺寸、小尺寸或原尺寸的复制件而已。换言之，如果原物本身就体现了造型艺术作品，则这种制作过程产生的仅仅是“作品的模型（复制件）”而不是“模型作品”。

第二种情况是模型的制作者在根据实物进行缩小、放大或按原尺寸制作的过程中，没有严格地遵循各构成要素的比例关系，而是人为地改变了点、线、面或几何结构，导致最终形成的物品在内容上与原作品存在显著差异。例如，在对人像雕塑进行缩小的过程中，刻意改变人像的表情或面部特征，导致缩小版的人像雕塑具有嘲讽的视觉效果。再如，以波音飞机为原型，制作供儿童玩耍的玩具，该玩具并非飞机的精确缩小版，而是适应儿童的审美心理，对飞机各部分的形状进行了重新塑造和艺术加工。在这种情况下，制作者的确在保留原作品基本艺术表达的情况下，通过增加新的艺术表达贡献了源自于本人的成果，由此创作出了新作品，也即原作品的演绎作品。

但是，这样一种作品难以符合《著作权法实施条例》对“模型作品”的定义。首先，《著作权法实施条例》对“模型作品”的定义中有“目的要件”，即要求该模型必须“为展示、试验或者观测等用途”而制作，“试验或者观测”显然要求模型精确地再现原物，否则，无法实现这类用途。例如，在研发飞机的过程中，需要“将飞机做成几何相似的小尺度模型”，利用相对性原理和相似性原理，将其置于风洞中进行试验。我国国防科研人员在研发“歼十”战机的过程中，对模型在风洞中进行了一万多次的试验，为飞机研制提供了大量科学、准确的气动试验数据。可以想象，用于试验和观测的歼十战机模型，只要在造型和结构上与真机有丝毫的差异，研发工作就会前功尽弃。而“展示”的对象显然是原“物体”，也即制作模型是为了让观看者从中了解原“物体”。如果模型与原“物体”在内容上相去甚远，就达不到“展示”的目的了。例如，2010 年中央电视台春节联欢晚会展示了我国新近研制的飞行器“天宫一号”的模型。为了让全国观众了解“天宫一号”的全貌，该模型必须是实物的精确缩小版，否则，中央电视台的“展示”不是愚弄观众么？当然，现实中确实有一些无良的房地产开发商，其制作的楼盘模型名为向购房者“展示”真实的楼盘，实际上模型中的楼盘远较真实的楼盘美观。在这种情况下，楼盘模型与真实的楼盘（建筑作品）相比，倒是具有独创性，可以构成作品。但这毕竟是例外，而非立法者规定“展示”目的的原意。

其次，“模型作品”的定义中还有“制作方法要件”，即“根据物体的形状和结构，按照一定比例制成”。“按比例制成”当然是对原“物体”按统一的比例缩小、放大或按 1∶1

的比例原样制作，从而在模型中保持原“物体”的“形状和结构”，而不可能是对其中一部分按10∶1的比例，对另一部分又按20∶1的比例进行制作。因此，上文提及的可具有独创性的制作实例——在对人像雕塑进行缩小的过程中，刻意改变人像的表情或面部特征，不符合立法对“模型作品”的定义。

由此可见，《著作权法实施条例》对“模型作品”的定义是自相矛盾的。“模型作品”必须符合独创性的要求，但对“模型作品”的定义恰恰排斥了有独创性的制作过程。问题出在哪里呢？本书作者认为，导致这一尴尬局面的原因有两个：

第一个原因是《著作权法实施条例》简单照搬了《现代汉语词典》对“模型”的第一个释义——“依照实物的形状和结构按比例制成的物品，多用来展览或实验”①。“模型”与“模型作品”绝非同义语。在风洞中进行试验的歼十战机模型是符合《现代汉语词典》定义的“模型”，却并非著作权法意义上的“模型作品”。

第二个原因则是立法者未能弄清《伯尔尼公约》中“models”一词的含义。《伯尔尼公约》第2条第7款规定：应由本联盟成员国自行决定其立法适用于实用艺术作品、工业设计（industrial designs）和“models”的范围，以及保护的条件。其中“models”一词长期被直译成“模型”，这一译法误导了立法者的思维。

世界知识产权组织编写的《著作权与邻接权法律术语汇编》对“model”的解释是：在物质载体上，对艺术作品或商品的外观作出的立体造型设计，它提供了制作艺术作品或制造工业产品的样式。从该释义可清楚地看出，“model”的意思与汉语中的“模型”差异极大，甚至可以说是南辕北辙。汉语中的“模型”，正如《现代汉语词典》所定义的那样，是先有实物，再根据该实物的形状和结构按比例制作的物品。而在著作权法中，则是先有“model”，再根据“model”的样式，制作立体艺术作品或工业产品。《英国版权法》第4条中的用语是“为建造建筑物所制作的‘model’”。1909年《美国版权法》第5条将“艺术作品，以及为艺术作品所作的‘model’或设计”列为一类法定作品，该法第1条更是清楚地规定：当受保护的作品是对艺术作品的“model”或设计时，版权人享有实现、完成它（complete，execute，and finish it）的专有权利。② 这些立法中的“model”都特指为最终完成立体作品而做的造型设计。

对于这一点，可供参考的是对《巴黎公约》中“utility model”的翻译，对该术语的正确中文翻译就是专利法中的“实用新型”，而不是“实用模型”。根据我国《专利法》第2条的规定，“实用新型”是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。作为一种“技术方案”，“实用新型”是制造最终产品的基础。从过程上看，是先有“实用新型”这一技术方案，后有根据该方案制造的产品。从专利授权的角度看，要获得实用新型专利权，只需要提交技术方案，并不需要提交最终产品。

郑成思教授也早已指出：“在《保护文学艺术作品伯尔尼公约》第2条（7）款（中文译本）里，可以见到专门把‘模型’列为可受保护的客体之一。但这不过是翻译技术问题，或可以说是翻译上的一种失误……该款所指的实际是‘立体外观设计’，以与‘平面外观设

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，5版，961页，北京，商务印书馆，2005。

② See Sec. 1, 1909 Copyright Act.

计'（design）相对应。"[①]

因此，著作权法意义上的"model"并不是汉语意义上"物体的模型"，而是"对作品或物品的立体造型设计"。如果使用更为简洁、通俗的译法，可以采用"原型"，即以"原型"体现的造型设计。《著作权法实施条例》对"模型作品"的定义之所以自相矛盾，是因为其用汉语中"模型"的通常含义代替了"model"在著作权法中的应有之义。

八、计算机软件

根据我国《计算机软件保护条例》，计算机软件是指计算机程序及其有关文档。其中计算机程序是指为了得到某种结果而可以由计算机等具有信息处理能力的装置执行的代码化指令序列，或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列。计算机程序有源程序和目标程序两种表现形式。源程序是程序员用高级语言编写的，能够为其他程序员所理解的程序，而目标程序由高级语言转化而来，只能为计算机所读取，而无法为人所理解。文档则指用来描述程序的内容、组成、设计、功能规格、开发情况、测试结果及使用方法的文字资料和图表等，如程序设计说明书、流程图、用户手册等。[②]

从这个定义来看，计算机软件中的文档与文字作品存在一定交叉，因为说明书和用户手册等本身主要由文字组成，只是由于它与软件有关才作为文档成为计算机软件中的一部分。

需要注意的是，著作权法意义上的"计算机程序"与日常口语中所说的"计算机程序"往往不是一回事。著作权法意义上的计算机程序仅指"代码化指令序列，或者可以被自动转换成代码化指令序列的符号化指令序列或者符号化语句序列"（简称"代码化指令序列"），它并不包括被代码化指令序列所调用的数据或其他类型的作品。口语中的"一套软件/程序"在被转化为能够直接为计算机所读取的"机器码"之后，所有内容都以 0 和 1 的"代码"形式表现，其中不但包含了"代码化指令序列"，往往还有大量被"代码化指令"调取的、以代码形式表现的其他类型作品（如文字作品、音乐作品、美术作品和摄影作品等），以及不构成作品的数据。这些作品和数据本身不是指挥计算机完成某种工作的"指令"，因此，即使其存在于口语上的"一套软件/程序"之中，也并不是著作权法意义上的"计算机程序"。

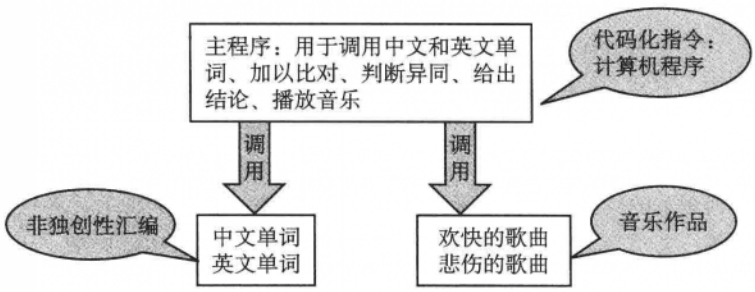
试以本书作者曾编写的一款"英语单词拼写测试软件"为例。该软件在运行时，首先会显示一个中文单词，要求使用者输入相对应的英文单词，并将输入的单词与软件中预存的英文单词加以比对。如果使用者输入的英文单词拼写正确，则告知"拼对了"并播放欢快的歌曲。如果拼写错误，则会提示"拼错了"并播放悲伤的歌曲。该软件由三部分组成：主程序、中英文单词库和两段歌曲。如果将该程序刻入光盘中销售，人们在口语中会说这是一张"软件光盘"。但是，在著作权法意义上，其中真正能够构成"软件"的只有"主程序"，而不包括中英文单词库和两段歌曲。因为"主程序"才是"代码化指令序列"，它可

---

① 郑成思：《知识产权法》，2 版，302 页，注释 1，北京，法律出版社，2003。但郑成思教授将"model"限于建筑作品的"model"。

② 参见《计算机软件保护条例》第 2、3 条。

以指挥计算机调取和显示词库中的中文单词，允许用户输入英文单词，将输入的英文单词与词库中预存的英文单词进行比对，显示比对结果并播放相应的歌曲。而中英文单词库是严格根据英语课本中列出的单词构建的，没有编写者独创性的选择与编排，因此仅仅属于无独创性的汇编，其中的内容不能受到著作权法的保护。两首歌曲则只能作为“音乐作品”受到著作权法的保护。因此，中英文单词库与两首歌曲虽然被编入了这套“英语单词拼写测试软件”，却并不构成“计算机程序”，也不能作为“计算机程序”的一部分受到保护。以上关系可用下图表示：



需要指出的是，以代码形式出现的数据与其他类型作品在著作权法中的地位是有差别的。虽然后者不是“代码化指令序列”，不能作为“计算机程序”受到著作权法的保护，但仍然可以作为其他类型作品受到保护。例如，游戏软件在运行过程中，会显示图片、动画，播放音乐，甚至还会有故事情节，这些内容可能分别构成“美术作品”、“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”、“音乐作品”和“文字作品”。在英国法院审理的 Nova 诉 Mazooma 案中，原告指称被告的游戏软件与自己在先的游戏软件在界面和效果上实质性相似，构成侵权。但被告并未获得原告软件的源代码，因此，无论是原、被告双方还是法院，均将重点放在游戏软件中体现的以下几类作品上：（1）以图像形式显示的“美术作品”；（2）以游戏设计说明表现的“文字作品”；（3）游戏本身体现的“戏剧作品”，和（4）以移动图像表现的“电影作品”[①]。如果未经许可将游戏中的这些作品单独提出后使用，仍然构成著作权侵权。但是，对于软件中单纯的数据而言，如代表游戏中人物生命力、能量级别等的参数、数值，其既非“计算机程序”，也不可能作为任何作品类型受到著作权法的保护，因为单纯的数据只是“事实”，并非独创性的表达，不可能构成著作权法上的“作品”。这与产生该数据的过程或机制是否具有智力创造性毫无关系。对数据本身进行复制和修改，不可能构成对计算机程序著作权的侵权。

在近期发生的多起因提供网络游戏“外挂”引起的著作权民事或刑事案例中[②]，一种具有代表性的观点认为：“外挂”在运行中“修改”了网络游戏软件中的数据，构成对软件“修改权”的侵犯。这一观点未能正确地认识著作权法意义上的“计算机程序”。实际上，

① Nova Productions Ltd. v. Mazooma Games Ltd. , [2007] EWCA Civ. 219, para. 2.

② 根据“百度百科”的解释，“外挂”一般是指在电脑运行中，一个程序通过某种事件触发而得以挂接到另外一个程序的空间里（常用的触发事件有键盘触发、鼠标触发、消息触发等），挂接的目的通常是改变被挂接程序的运行方式。现在的游戏“外挂”就是将“外挂”程序嫁接到游戏程序当中，通过截取并修改游戏发送到游戏服务器的数据而实现各种功能的增强。http：//baike. baidu. com/view/238. htm，访问日期：2012－08－10。

如果“外挂”修改的仅仅是游戏软件运行过程中产生的数据（如人物的生命力数值、武器的攻击力数值等），则其并没有改变代码化指令序列，不可能构成对软件修改权的侵犯。

理论研究

计算机程序为什么成了著作权法上的作品

如果仔细比较计算机程序与传统上著作权法所保护的客体，会发现两者之间存在着较大差别，后者主要是文学、艺术和科学领域内在内容或形式上具有美感的智力创造成果。虽然这些传统客体之间在美感程度和角度方面存在差异，如工程设计图与产品设计图等具有的只是科学设计上的严谨之美、精确之美，简洁之美、和谐之美与对称之美，不同于一幅国画或油画所具有的艺术之美；一份产品说明书在文字表述上的清晰、准确与简练之美也不同于一部长篇小说通过故事情节表现的文学之美，但至少在外观上或内容上看都具有图形或文字所共有的美感。而计算机程序是由一系列指令与代码构成的，用于指挥计算机完成特定的任务。由于著作权法不保护任何设计思想和实用性功能，因而计算机程序能够受到著作权法保护之处主要就在于具体的指令与代码，也即对设计思想的表达，而指令与代码很难被解释为具有传统著作权法所承认的美感。

正因为如此，在究竟应当以何种法律机制保护计算机程序的问题上，各国曾经发生过激烈的争论，多数国家并不赞成用著作权法去保护不具有内在美感的计算机程序，有的国家提出，至多用著作权法中的邻接权对计算机程序加以保护，换言之，计算机程序不应作为著作权法意义上的作品，而只能作为其他有价值的劳动成果受到邻接权的保护。但美国作为世界上软件业最为发达的国家，极为主张应当将计算机程序视为作品加以保护，其中的主要原因在于：世界上大多数国家已经加入了《伯尔尼公约》这个世界性的著作权保护条约，一旦计算机程序被承认为作品，根据《伯尔尼公约》规定的自动保护原则，美国人开发完成的计算机程序将自动在全体《伯尔尼公约》成员国与其他文学、艺术作品一样受到高水平的保护，而这对于在全世界范围内保护美国的软件产业是极为有利的。在美国强大的政治与经济压力下，各国逐步接受了计算机程序应当作为作品受到保护的要求。例如，日本原先并未决定将计算机程序纳入著作权法保护的对象，但在美国的压力下，只得修改其《著作权法》，将计算机程序作为保护客体。[①] 随着 1994 年 TRIPs 协定明确规定计算机程序应作为文字作品受到保护，计算机程序成为著作权法保护的客体已无疑义。但是，由于计算机程序中最具价值的设计思想和实用性功能无法受到著作权法的保护，美国等国正在发展用专利法保护计算机程序的法律机制。同时，由于未经许可使用计算机程序并不涉及传统著作权法意义上的“复制”，美国等发达国家为了控制使用盗版程序的行为，又将在计算机内存中发生的“临时复制”作为著作权法意义上的复制行为纳入了“复制权”的控制范围，从而引发了一系列复杂的法律问题。对此本书将在下文“复制权”一节进行深入

① 参见［日］小野昌延著，李可亮、马庆田译，王栋全校：《知识产权 100 点》，20 页，北京，专利文献出版社，1992。

讲解。但正如美国 Boudin 法官所言："将版权法适用于计算机程序就像是在拼接一个其各部分之间无法相互适应的七巧板。"[①]（applying copyright law to computer programs is like assembling a jigsaw puzzle whose pieces do not quite fit.）

实务探讨

计算机软件中的"字库"属于"软件作品"么

运行计算机软件的结果，可以使人感知到其他作品，如屏幕上显示的图形（美术作品）、动画（以类似摄制电影的方法创作的作品）或扬声器中播放的音乐（音乐作品），但这些作品并不属于"软件作品"。这是因为"计算机软件"被明确地定义为可以被计算机执行的"代码化指令序列"，也就是其必须能够指挥计算机完成某种工作。人们能够在运行计算机软件（特别是游戏软件）时看到图形、动画或听到音乐，是因为程序员将已经创作完成的美术或音乐等作品转换成了数字形式，其作为独立的数据库，在软件运行过程中能够被"代码化指令"调用。因此，一张游戏光盘中，不但包含"计算机软件"（"代码化指令序列"及有关文档），还包含美术作品、以类似摄制电影的方法创作的作品和音乐作品等。不能因为后几类作品能够被计算机程序调用并通过计算机屏幕加以显示或通过扬声器予以播放，就认为它们也成了"计算机软件"。欧盟法院在 2010 年判决的"图形用户界面案"中也指出：《欧盟计算机程序指令》所说的"以任何形式表现的程序"，必须能够使计算机执行任务，而"图形用户界面"（graphic user interface）并不具有这一特征，因此，不能受到《欧盟计算机程序指令》的保护，只能在其符合独创性要求的情况下作为其他类型作品受保护。[②]

同样道理，人们之所以能够在屏幕上看到特定的字体，如"华文新魏"、"微软雅黑"等，是因为这些字体被制作成了供计算机程序调用的数据库。不能因为字体被内置在软件光盘中、能够与计算机程序一起被安装到硬盘上，就认为这些字体也是"软件作品"。字体是否构成作品，仍然取决于其独创性。假如某种字体并非长期流传、已成为国家标准的形状，而是由软件公司聘请书法家逐一撰写，体现了书法家个人的艺术视角和具有个性化的艺术美感，与前人的字体存在可以被客观识别的差异，则这些字体构成美术作品。这种字体在被进行数字化处理、制成字库并内置于软件之中后，其美术作品的性质不会发生改变。如果其他软件公司未经许可将该字库复制到其软件中，供用户安装、使用，将构成对美术作品的侵权，而不是对软件作品的侵权。

【问题与思考】

1. 思考：作品区别于其他劳动成果的特征是什么？作品独创性的含义是什么？
2. 论述"额头流汗"规则的含义以及其在各国的运用。
3. 思考：我国著作权法应该怎样确定独创性的标准？

---

① Lotus Development Corporation v. Borland International, Inc., 49 F. 3d 807, at 820 (1st Cir., 1995).

② Bezpenostn softwarov asociace-Svaz softwarov ochrany v. Ministerstvo kultury, Court of Justice, Case C-393/09, paras. 38, 42, 46.

4. 用“事实无版权”以及作品独创性的原理分析 Feist 案。

5. 论述 MTV 的法律属性。

6. 思考：计算机软件作为作品如何受著作权法的保护？

7. 下图为著名的雕刻家罗丹的不朽之作“上帝之手”。美国纽约一家艺术馆对其进行了按比例缩小的复制。由于技术人员技艺高超，复制品除了体积比原作要小之外，与原作几乎没有差别。请思考：这一缩小的复制件是否构成“作品”？美国联邦法院在 1959 年作出的判决认为其是作品。请阅读该判决的理由后进行评论，同时请思考：1991 年之后美国联邦法院是否还会作出相同的判决？为什么？

罗丹的“上帝之手”是有史以来最复杂的雕塑品之一。数不清的平面、线条以及几何结构在这个多维艺术品中相互依赖，在缩小的过程中，它们必须被极其精确地变成更小的尺寸……（精确缩小）需要一个技术精湛的雕刻家在原作前花上许多的时间，缩小的过程中，任何部分只要有哪怕极小的差异，整体的外观就会被改变……这个缩小的工作所需要的工作量远远超过一篇文学名著的缩写本。它需要为了生产一个按比例精确缩小的伟大艺术品而具备的非常伟大的技术和创意。①

8. 在 2003 年的“赵某诉曲靖卷烟厂案”中，电影剧本《五朵金花》的作者之一赵某发现曲靖卷烟厂将“五朵金花”作为香烟商标使用，认为该行为侵犯了其著作权。该案的核心问题在于作品的短标题是否能够受到著作权法保护。法院得出了否定的结论，其中理由之一如下。阅读后请思考：（1）法院判决的结果正确么？（2）法院的这一理由成立么？为什么？

如果把是否具有独创性作为判断作品名称是否享有著作权的唯一标准，势必造成作品名称有独立于作品的著作权。即如果该作品名称具有独创性即可享有著作权，则会形成作品名称有一个独立的著作权、正文又有一个著作权，那么基于同一部作品，相同的作者可以享有两个或两个以上的著作权，这既不符合法律逻辑，也不符合法律规定。②

9.《与星共舞》（Dancing with Stars）是英国广播电台（BBC）原创的电视节目秀，其基本模式是：训练明星们跳舞，然后每名明星与一名专业舞者搭档，在舞台上表演，并与其他明星和专业舞者的配对进行竞争。裁判们当场亮分并作评论，观众们也可在家中投票，以选出胜者。该档节目在美国赢得了很高的收视率。上海东方卫视则推出了电视节目秀《舞林大会》，其节目模式与《与星共舞》

---

① Alva Studios v. Robert Winninger, 177 F. Supp. 265 (SDNY., 1959).

② 参见云南省高级人民法院民事判决书（2003）云高民三终字第 16 号。

非常相似，但节目完全由东方卫视制作。此前，BBC已许可某国内传媒公司成为《与星共舞》在中国境内的独家被许可人。该传媒公司认为《舞林大会》未经许可使用了《与星共舞》的节目模式，构成版权侵权。请分析：该传媒公司的观点能否成立？

10. 本章引述的“《青春的优雅》案”实际情况更复杂一些。法院承认：在艺术家或鉴赏家看来，两张照片之间存在一些差异：背景并非完全相同（只是相像）；第一张照片中的模特表情平静，而第二张中的模特面带微笑；而且由于两张照片相隔两年，模特的体型稍有变化。你认为这是否足以使第二张照片成为新的作品？如果你认为第二张照片是新的作品，在第一张照片的版权已经转让的情况下，摄影师对第二张照片进行商业化使用是否会构成侵权？

11. 任某创作了以猴子形状撰写“寿”字的书法作品，将之命名为“猴寿”。李某则书写了与之造型接近的“太极猴寿”并进行经营活动。任某起诉李某侵犯其著作权。

任某的“猴寿”

李某的“太极猴寿”

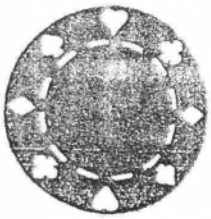
一审法院认定：“太极猴寿”虽然融入了个人思想、感情和选择，但与原告的“猴寿”比较，并未脱离原作的形式，本质上仍然属于对原作的复制行为，其改变的复制方式只是由机械复制变更为人工复制，因此“太极猴寿”最终不能成为著作权法意义上的具有独创性的作品，依法不应享有著作权。李某在完成“太极猴寿”之前有机会接触任某的作品，同时李某的“太极猴寿”实质上采用了任某的“猴寿”作品相同的表现形式，与任某作品的主要特征构成实质性相似，符合剽窃行为的构成要件。一审法院据此判定李某侵权。[①] 而二审法院认为：李某的“太极猴寿”是否侵犯了任某的“猴寿”，关键是看李某的作品是否具有独创性。而李某的作品显然不是对任某作品的简单复制，二者的作品在造型、姿态、可视性、视觉美感性等表现形式上存在着不同之处。李某的作品表现形式已经发生了著作权意义上的独创性，李某的作品具有一定的智力成果和特有的表现手法，应当认定李某的“太极猴寿”具有独创性，未侵犯任某创作的“猴寿”作品的著作权。[②] 二审法院撤销一审判决，驳回任某的诉讼请求。你认为哪个观点是正确的？为什么？

12. 游某将一些筹码的图形进行了著作权登记，其起诉一家礼品玩具公司在其制造和销售的筹码上使用了这些图形。被告举证证明在原告进行著作权登记之前，早已存在类似的筹码图形。

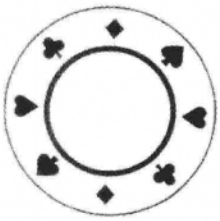
---

① 参见陕西省西安市中级人民法院民事判决书（2007）西民四初字第213号。

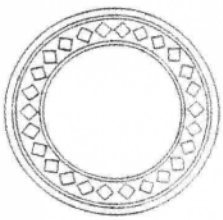
② 参见陕西省高级人民法院民事判决书（2008）陕民三终字第16号。



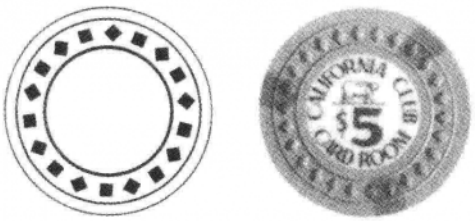
原告的筹码图形



先前就存在的筹码图形

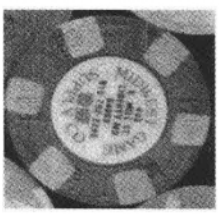


原告的筹码图形



先前就存在的筹码图形

原告的筹码图形



先前就存在的筹码图形

一审法院认为：原告的3个涉案作品智力创造性微不足道。筹码……通常设计成类似硬币般的圆形饼。除特殊图腾、图案外，最普遍的设计为在圆的中心嵌置数字、金钱代号，在圆形的外缘（两个同心圆的中间）画上扑克牌之梅花、红心、方块、黑桃或骰子、几何图形等图案。（原告的）图案在日常生活中非常常见，原告将此移植于筹码中，没有经过创造性劳动，不符合著作权的最低限度创造性要求。其次，原告主张其享有著作权的图案……已见诸相关的公开文件。从原告主张其享有著作权的3个图案与公有领域作品的比对看，剔除相同部分后，差别微乎其微，对作品的整体美感影响不大。法院认定原告的筹码图形不构成作品，驳回了原告的诉讼请求。①

二审法院则认为：著作权法所保护的作品的独创性体现于作品之中的创造性劳动，该创造性劳动既不以新颖性为前提，亦不具有排他性限制。作品的创造性要求作者的智力成果与已有作品相比在表现形式上存有差异即可，而不以其内容是否为已有知识再现为除斥条件。游某创作的图系主要运用于娱乐场所的筹码产品图案，此类筹码产品图案多以圆形、方形为主，且因受产品特性所限，设计筹码图案的基本元素相对固定。游某的涉案游戏筹码图案与前述公开出版物中的筹码图案相比，在图案设计的基本元素构成上虽有一定的相似，但游某对这些基本元素又进行了新的排列、组合以及变换，两者呈现出一定的差异，而这些差异部分也正体现了游某对涉案游戏筹码图案的智力创造及其个

① 参见浙江省台州市中级人民法院民事判决书（2009）浙台知初字第91号。

性特征，具有独创性，符合作品的构成条件，应受到著作权法的保护。因此支持了原告的诉讼请求。①

你认为一、二审法院的判决哪个是正确的？为什么？

13. 某图片公司为演艺明星毛宁、乐基儿两张肖像照片的信息网络传播权的专有被许可人，其起诉某网站未经其许可通过网络传播这两张照片。但该图片公司以营利为目的对外发放许可时，未取得该肖像权人的同意。法院认为：该图片公司未经两张照片中肖像权人的同意，以营利为目的使用两张肖像图片的行为，违反了《民法通则》的规定，也即：公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。所以图片公司虽然享有该图片的信息网络传播权，但不能行使该信息网络传播行为。故此，该图片公司亦不能以其该信息网络传播权获得利益及行使请求他人进行侵权赔偿的诉讼权利，故对该图片公司的该项诉讼请求，法院不予支持。②

如果对此案适用2010年修改后的《著作权法》（删除了原第4条第1款），你认为应当如何判决？请参考第五章第三节中的“《死了都不卖》歌曲改编案”。

14. 本章第三节中引述的“新闻报道转载案”中，还涉及对新闻照片的转载。法院认为：“照片也是对第36届世界期刊大会发言席现场的描述，是以图片形式表达发言人的身份、形象、现场等客观事实，该幅照片与上述文字一起，共同表现世界期刊大会的活动进程和现场。因此，该幅照片也是时事新闻的有机组成部分，属于以图片形式表现的时事新闻。上述内容都属于著作权法上的时事新闻，不受著作权法保护，任何人都无权主张著作权。”③ 但在另一起涉及转载新闻报道中的照片的诉讼中，法院认为：“就摄影作品而言，即使其内容系反映时事，通常亦体现了拍摄者对于拍摄时机、角度、构图等的选择，具有作品的独创性，而且使用照片亦非传播时事性消息或相关事实所必需。”因此，涉案的照片不属于时事新闻，应受到《著作权法》的保护。④ 你认同哪一种观点？

15. 相某创作并发表了《追击品牌泡沫》一文，其中有企业知名度和美誉度的四个不等式及其说明——“（1）知名度＞美誉度＞0 名过其实　此时，企业应减少过度宣传，脚踏实地，搞好经营管理、产品开发和企业文化建设，挖潜力，练内功，挤掉品牌中的泡沫。（2）知名度＞美誉度；美誉度＝0 名不符实　这是一个绝对的品牌泡沫，破了就一无所有。企业必须充实美誉度。（3）知名度＞美誉度，美誉度＜0 臭名昭著　这样的品牌毫无生命力，死不足惜。（4）知名度＝美誉度＞0　名副其实　这是一种最佳状态，企业应不断努力，使美誉度和知名度协同成长，使品牌得以维护和增值。”

成某创作了《水煮三国》一书。该书第二十二章“管理是一种文化活动”中《丑闻烧红了电视机的屏壁，故名赤壁》一文使用了上述关于知名度和美誉度的四个不等式，对顺序进行了调整，使用顺序为（4）、（1）、（2）、（3），并对每个不等式的说明进行了个别文字的增删。

法院认为：如果仅就企业知名度、美誉度及二者关系而言，确被有关文章提及，且＞、＜、＝、≠系通用的数学符号，但是，相某在《追击品牌泡沫》一文中以数学符号来表示知名度和美誉度的关系，该文字表达达到了作品具有独创性的要求，成某亦不能证明在此之前曾经有他人以数学符号来表示知名度和美誉度的关系。因此，涉案四个不等式及其说明文字是相某独创的表达。⑤

如果成某仅列出了四个不等式，没有相关的文字说明，你认为这四个不等式是否能够作为作品受到著作权法的保护？

---

① 参见浙江省高级人民法院民事判决书（2012）浙知终字第33号。

② 参见天津市第一中级人民法院民事判决书（2011）一中民五终字第15号。

③ 北京市海淀区人民法院民事判决书（2009）海民初字第13593号。

④ 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2010）一中民终字第10328号。

⑤ 参见北京市朝阳区人民法院民事判决书（2006）朝民初字第579号，北京市第二中级人民法院民事判决书（2006）二中民终字第8194号。

第四章
著作权的内容

本章导读

著作权的内容即指著作权人享有的专有权利的总和，是著作权法中最为核心的部分。因为专有权利是用于控制特定行为的，享有一项专有权利就意味着能够控制他人利用作品的特定行为。例如，“发行权”作为一项专有权利，控制的是以转移作品有形载体所有权的方式向公众提供作品的行为。他人未经专有权利享有者（著作权人）许可，在缺乏法定免责事由如“合理使用”和“法定许可”的情况下，是不能擅自实施受专有权利控制的行为的，否则，将构成对著作权的“直接侵权”。例如，作家创作完成一部小说之后，即作为著作权人享有“发表权”、“复制权”和“发行权”等一系列专有权利。出版社即使通过其他途径拿到了小说手稿，未经作家许可，也不得擅自将小说出版。这是因为出版行为涉及印刷作品（复制行为）、以出售书本的方式向公众提供作品复制件（发行行为），以及首次将作品公之于众（发表行为），这3项行为分别受到“复制权”、“发行权”和“发表权”的控制。出版社擅自实施这些行为即为“直接侵权”。同时，如果一家书店从该出版社购进了这批未经许可而出版的小说书，并上架销售，也是未经许可实施对作品的发行行为。由于发行行为受到“发行权”的控制，书店销售这批小说书的行为同样构成“直接侵权”①。因此，“享有著作权”实际上就是指权利人享有特定专有权利，能够控制对作品加以利用的特定行为。

因此，学习著作权的内容，实际上就是学习《著作权法》中规定的各项专有权利的含义以及控制的行为。本章的重点和难点也就在于判断一种利用作品的行为是否受著作权专有权利的控制，以及受到何种专有权利的控制，以为最终认定该行为是否构成著作权侵权打下基础。

① 关于“直接侵权”的构成要件，以及“直接侵权”与“间接侵权”之间的区别，本书将在“著作权侵权及法律责任”一章详细讲解。

第一节 著作人身权

著作人身权，又称精神权利，是与著作财产权或经济权利相对的一个概念。作品不但具有经济价值，还体现了作者独特的人格、思想、意识、情感等精神状态。作者对作品中体现出的人格和精神享有的权利就是著作人身权。

日常生活经验告诉我们：对于同一个主题，人们可以用各种不同的表现方式予以表达。例如，要庆祝我国“神舟”五号飞船成功发射并顺利返回，不同的人可能会选择小说、诗歌、绘画、摄影甚至舞台剧等各种表现方式来进行庆贺和纪念。即使是用同一种表现方式，如诗歌，不同的人写出的诗歌一般情况下也绝少会雷同。对同一个主题，不同的人会选择不同的表现方式、表达手法，并产生内容各异的作品，正是说明每一个对主题的理解、所要表达的思想/感情、对表现方式的选择都是高度个性化的。这种“高度个性化”又反映了每个作者独特的气质、思维方式、生活经验和感情世界。这些特点，要么是与生俱来的，要么是由个人独特的后天教育和经历所造就的，总之，是与众不同的，因为没有两个人的内心世界会完全相同。因此，世界上很难找到真的一模一样的作品。

按照大陆法系的著作权法理论，著作权法首先要保护的就是这种蕴涵在作品中的作者独特的人格利益。大陆法系国家的思想家将作品首先视为作者人格的延伸和精神的体现，而绝不仅仅是一般的财产。而作者创作作品的过程，就是一个表现作者独特的思想、感情、意志和人格的过程。从某种意义上说，作品是精神和人格的产物，作品就像是作者的儿子，作者就像是作品的父亲。[①] 也正因为如此，传统大陆法系著作权理论认为著作权是一种天赋人权，它并不是国家法律所创造的权利，而是作者因创作行为自然而然享有的权利，法律只是承认和保护这种人权而已。例如，法国著作权法规定，对于外国人的作品，无论该外国人的所在国是否对法国的作品提供互惠保护，均保护作品中的完整权和署名权。[②] 这即是将著作权视为天赋人权的表现。正是基于这种理论，大陆法系著作权法保护的首先是作者的人身权利，其次才是作者的财产权利。法国著作权法在其第一章“著作权的性质”中明确宣示：作者的权利“包括具有智力精神性质特征的内容，以及具有财产性质的内容”[③]。显然是将精神权利放在了第一位。

著作人身权带有民法上一般人身权的特征，是不可转让或继承的。我国《著作权法》对此虽然没有明确规定，但仍然可以从《民法通则》对人身权的一般规定中推出这一结果。我国台湾地区“著作权法”第21条则明确规定，“著作人格权专属于著作人本身，不得让与或继承”。而在高度重视著作人身权的德国，甚至不允许经济权利的转让，因此，在德国对著作权只能“许可”而不能“转让”。据此，德国大学校园中一些学生从网上购买论文的行为是不能受到法律保护的，因为购买论文的实质是一个著作权转让合同，论文作者将其对作品包括署名权在内的全部著作权转让给了购买者。该合同违反了人身权不得转让的法

---

① 德国著作权法专家迪茨为此将作品称为作者“心智的孩子”（intellectual child）。Adolf Dietzn, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), Germany, § 7 (1) (b)。

② 参见《法国知识产权法典》第L111-4条。

③ (French) Intellectual Property Code, L. 111-1.

律规定，应当是无效的。但是，作品毕竟是具有利用价值的文化产品，立法政策鼓励作品尽可能地被公开和传播，因此，著作人身权在不少情况下要受到著作财产权的限制，本书在后文会有具体讲解。

理论研究

著作人身权与一般人身权之间的关系

有一种观点认为，著作人身权就是一种普通的人身权利，因此，民法上有关人身权利的规定对著作人身权都适用。这种观点确有可取之处，因为著作人身权的大部分特征都符合一般人身权利的特征，如人身权不可转让，只能归属于本人，而著作人身权也是一样，著作权人可以许可他人行使或转让复制权、发行权这些经济权利，但却不能转让自己的著作人身权，如署名权。《日本著作权法》也采用了这种观点。日本的著作权法有一点与众不同：一般国家的著作权法总是把著作人身权和著作财产权并列，共同作为著作权中的两大类权利。《日本著作权法》则将“著作人格权”与“著作权”并列。日本学者认为：作者对于作品所享有的人格权与一般的人格权并无本质差异，与姓名权、肖像权、名誉权等权利一样，在与一般人格权的关系上，作者人格权也是一种具体的人格权。《著作权法》虽然对作者人格权特别作了规定，但其权利性质并未因此发生变化。这样，作者的人格权就可以直接受到民法的保护。①

但是，著作人身权又与民法上的人身权利存在不少差别，直接套用民法上人身权的理论去理解和解释有关著作人身权是有一定困难的。

首先，著作人身权并非民法意义上的一般人格权。民法上的人身权一般可以分为人格权和身份权，其中人格权是指自然人与生俱来的权利，如生命权、健康权等。虽然大陆法系国家（地区）认为“作品是作者人格的延伸”，而《日本著作权法》和我国台湾地区“著作权法”也使用了“著作人格权”的术语，但民法意义上的一般人格权毕竟是自然人与生俱来的权利，而作者的著作人身权是基于创作作品产生的，并非与生俱来。因此，任何人都有人格权，但只有作者才能基于对作品的创作享有著作人身权。正因为如此，法国著作权法专家 Lucasn 指出：著作人身权（moral rights）与人格权（right of personality）之间的相似关系并不能被夸大：著作人身权只属于作者，不是任何人都能享有的，而且只能在与作品有关的情形下行使。②

其次，著作人身权与民法意义上的身份权也有所区别。民法意义上的身份权是指自然人基于某种身份而产生的权利，如亲属权、配偶权等。大陆法系的著作权理论认为作品如同作者的儿子，作者如同作品的父亲，可这毕竟是一种比喻，与基于自然血缘关系产生的身份关系还是不同的。例如，“修改权”是无法用父子关系来作比喻的。因此，著作人身权只能是一种特殊的人身权。虽然在多数情况下民法对于一般人身权的原则可以适用于著作

---

① 参见［日］半田正夫、纹谷畅男编，魏启学译：《著作权法 50 讲》，54 页，北京，法律出版社，1990。

② See Andre Lucasn, Pascal Kaminan, Robert Plaisantn, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), France, § 7.

人身权，但在另一些情况下著作人身权的行使有自己特定的规则。

一、发表权

发表权是指作者享有的决定是否将其作品公之于众，于何时、何处公之于众，以及以何种形式公之于众的权利。所谓公之于众，是指以出版发行、广播、上映、口述、演出、展示和网络传播等方式披露作品并使作品处于为公众所知的状态。至于公众是否实际知悉或关注被发表的作品，无关紧要。例如，作家将新撰写的小说通过网络上传到个人博客上去。即使无人实际登录过该博客阅读这篇小说，由于博客本身是向公众开放的，小说一旦上传至此，任何人都可以通过搜索引擎找到小说的位置并登录该博客进行阅读，故小说已经处于为公众所知的状态，作家的上传行为就是对小说的发表。

需要指出的是：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9条的规定："公之于众"，是指著作权人自行或者经著作权人许可将作品向不特定的人公开，但不以公众知晓为构成要件。这一解释将著作权人同意发表的意志作为"发表"的构成要件，似有不妥。根据这一解释，任何"未经著作权人许可"而首次向公众披露作品的行为都因不构成"公之于众"而不是"发表"行为。那么，世界上还有哪一种行为会构成对"发表权"的侵权呢？"未经著作权人许可"而首次向公众披露作品的行为又会侵犯何种权利呢？实际上，"公之于众"应当是一种事实状态，与著作权人的主观意志并无关系。无论著作权人许可与否，只要作品向不特定的人公开，就处于"公之于众"的状态，从而构成了"发表"。未经许可的"公之于众"仍然是"发表"，只是会侵犯作者的"发表权"而已。

另外需要指出的是：我国《著作权法》对"发表权"的定义范围小于其他国家。《著作权法》将"发表权"限定为"决定作品是否公之于众的权利"，但没有明确赋予作者决定何时、何地，以何种方式公之于众的权利。这样只能通过扩大解释来使作者享有完整的发表权。

作品是作者的思想、观念、情感、理想、主张、价值观的反映，是否发表应当由作者自己决定。有时作者完成作品的创作之后，基于某些原因暂时不想发表，或希望在某一特定时刻、在特定场合、通过某种特定方式发表。作者的这种意愿必须获得充分尊重，任何人不得违背作者意愿擅自发表作品。例如，作者在给朋友的书信中写了一首诗，收信人虽然享有信纸的所有权，但却不能擅自将书信发表，即使该封书信不涉及任何私人隐私也是如此，因为该行为将侵犯作者对诗歌的发表权。

理论研究

发表权与著作财产权之间的关系

可以说，发表权是作者首要的著作权。因为如果不发表作品，使社会公众了解作品、体现作品的价值，那么与作品有关的一切权利都无从行使。但是，《伯尔尼公约》没有规定

发表权，而且一些大陆法系国家也没有明确规定发表权。这是什么原因呢？

不明确规定发表权的原因在于：作者在发表作品的同时，往往又在以某种方式行使经济权利。因此，只要对经济权利加以充分的保护，自然保护了发表权。发表作品，常常会与复制、发行、展览、表演等等利用作品的方式联系在一起，不涉及任何经济权利的发表是很罕见的。例如，在报刊上发表他人小说必然涉及对小说的复制和发行，向公众朗诵诗歌则是对诗歌的公开表演，将剧本拍摄成电影公开放映又是放映行为。因此，发表权是一种具有经济权利性质的著作人身权。

正是因为发表权与经济权利紧密相连，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。《日本著作权法》第18条第2款规定：在以下三种情况下，作者被推定同意发表作品：一是作者已将未发表的作品的著作权转让（当然，这种情况下“著作权”是指经济权利）；二是已将未发表的美术作品或摄影作品的有形载体转让；三是作者已同意将作品用于拍摄电影。在这三种情况下，尽管理论上受让人只享有全部或部分经济权利，作者仍然保留作为著作人身权的发表权，但如果不限制作者的发表权，就会导致转让经济权利的行为毫无意义。例如，作者已经许可出版商出版作品之后，又以没在合同中许可出版商发表作品为由，阻止出版商通过出版的方式发表作品，显然会不合理地损害出版商的利益。

我国《著作权法》第18条规定：美术等作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移，但美术作品原件的展览权由原件所有人享有。从中应当可以推出：如果这幅美术作品从未以任何方式发表过，则其原件转移之后，作者不得以享有发表权为由阻止他人第一次向公众展示这幅作品。《德国著作权法》第44条对此有明确规定：美术或摄影作品即使从未发表过，其原件所有人也有权公开展览。除非著作权人在让与著作原件时明确表示禁止公开展览。

但是，在极端重视著作人身权的法国，在作为著作人身权的发表权与经济权利发生冲突时，法律优先保护前者。在著名的Whistler案中，一名美国画家在巴黎受托为英国人Eden画像。画像创作完成后，该画家许可将该画像向公众进行短暂展出。但画家在收取了报酬并同意交付画像后，却又反悔，拒绝交付画像进行展览。法国最高法院认定“只有作者自己才有权披露作品”。法国学者也指出：作者将作品公之于众的意图必须被清楚地表明。作者在转让了未发表作品的复制权或表演权之后，仍然可以援引《法国知识产权法典》第L121-2条规定的发表权来阻止受让人向公众发表作品。因为如果认为作者仅仅因为已经转让了复制权或表演权就无权控制作品的发表无异于迫使他自动放弃发表权。而这种放弃是被禁止的。[①] 例如，作者出售一幅绘画并不意味着作者同意发表作品。这就意味着购买了绘画的人无权公开展览该幅绘画，因为公开展览势必导致绘画被发表。不过，这一对发表权较为极端的保护并未被多数国家接受。

与其他著作人身权相比，发表权有以下两个特点：

---

① See Andre Lucasn, Pascal Kaminan, Robert Plaisantn, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), France, §7 (1) (a).

首先，作者只要将作品公之于众，即完成了对作品的发表。作品被公之于众这一状态是不可逆转的，因此，作者首次将作品公之于众之后，再次公开利用作品的行为，并不构成对作品的发表，也即作者不可能两次发表同一部作品。同样道理，对发表权的侵权也只能发生一次，也即未经许可首次将作品公之于众。例如，作家将作品首先上传至向公众开放的博客之后，有出版社未经许可将该作品下载，并收入文集中出版。此时作者只能以出版社侵犯其复制权、发行权和汇编权为由起诉，而不能以侵犯发表权起诉，因为作家的上传行为已经将作品公之于众，出版社的行为并非对该作品的“发表”，不应被认定为侵犯发表权。换言之，作者只有一次行使发表权的机会，即起诉未经许可首次将作品公之于众的人。

其次，如果作者已转让著作财产权或许可他人以特定方式行使著作财产权，通常可以视情况推定作者许可发表作品。例如，词曲作者在许可唱片公司使用其未发表的音乐作品举办演唱会或制作、发行唱片之后，不能以在合同中没有明确许可唱片公司发表该音乐作品为由，阻止唱片公司举办演唱会或制作、发行唱片。再如，小说作者在许可电影公司将其未发表小说改编成剧本并拍摄成电影后，不能因为没有明确许可电影公司发表其小说，就认为电影公司不能公开放映拍摄完成的电影，否则，将会导致电影公司取得“摄制权”并支付报酬的合同完全丧失意义。

二、署名权

署名权是著作人身权的核心：作者与作品的关系通常被比喻成父亲与儿子的关系。署名即是在昭示作者与作品之间一种自然的、类似于父子血缘关系的密切联系。法国著作权法理论甚至将这一权利称为“父权”（right of paternity）[①]。作者享有署名权，意味着他人必须尊重作者关于是否在自己创作的作品上署名，以及以何种方式署名（署真名或假名）的决定。《西班牙知识产权法》第14条即规定：作者有决定是否以其真名、假名、匿名或以其他方式发表作品的权利。需要指出的是：作者在最初发表作品时选择暂不署名，并不意味着作者放弃了署名权，相反，作者可以日后在作品上署名。《意大利著作权法》第21条对此明确规定：匿名或署笔名作品的作者随时有权披露其身份。他人擅自删除作者的署名、增加未参与创作者的署名，以及擅自改变作者署名方式的行为，即构成对署名权的侵权。例如，作者向杂志社投稿时署了笔名，编辑就不能擅自标出作者的真名，更不能不署作者的笔名。如果未参与创作者利用权势强行在他人的作品上署名，也构成对作者署名权的侵犯。因此，抄袭他人作品不但侵犯了著作财产权中的复制权，也侵犯了著作人身权中的署名权，因为抄袭实际上是在他人作品之上署上自己的名字。

需要注意的是：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。例如，电影公司根据鲁迅先生小说拍摄了同名电影之后，应当注明“根据鲁迅同名小说改编”。当然，作者的署名权应当与商业习惯相协调。例如，对于作者众多的百科全书而言，出版社可以在扉页中集中地说明哪一位作者撰写了哪一章节的条目，而不一定要在封面将

---

① Andre Lucasn, Pascal Kaminan, Robert Plaisantn, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), France, §7 (1) (b).

全部作者一一列出。再如，在公共场所播放录音制品中的音乐作品，是不可能将音乐作品的词曲作者一一报出的。《日本著作权法》第19条第3款为此明确规定：按照使用著作物的目的和状况，在不会损害作者对署名权诉求的情况下，可根据公平、合理的惯例省略著作人姓名。我国《著作权法实施条例》第19条也规定：使用他人作品的，应当指明作者姓名。但是，由于作品使用方式的特性无法指明的除外。

典型案例

安顺地戏案

在由张艺谋担任编剧和导演的电影《千里走单骑》中，出现了安顺地区8位演员表演的“安顺地戏”剧目剪辑。但该电影并没有将之正确地称为“安顺地戏”，而是张冠李戴地以画外音的形式称为“云南面具戏”。安顺市文化局认为，电影将特殊地域性、表现唯一性的“安顺地戏”误导成“云南面具戏”，构成对其“署名权”的侵犯，因此提起著作权侵权之诉。

本案的关键问题在于：被告“张冠李戴”的行为是否构成著作权法意义上的“署名”？本书作者认为，原告混淆了两个不同的概念——著作权法意义上的“署名”和戏种的起源地标志。著作权法意义上作者的“署名”只能针对特定的“作品”，我国《著作权法》对“署名权”的定义清楚地揭示了这一点——“在作品上署名的权利”。而“安顺地戏”本身并不是一部作品，甚至也不是多部作品的汇编或集合，而只是戏种的名称，其中“安顺”为地名，指示了这一戏种的起源地（有时也可指发展繁荣地）。按照“安顺地戏”的特征所创作的每一部剧本都是作品（戏剧作品），作者当然享有对作品的“署名权”。演员按照“安顺地戏”的表演风格，对该剧本以特定的道具、服饰和唱腔进行的演出，构成了著作权法所保护的“表演”，演员作为著作权法意义上的“表演者”享有“表明表演者身份”的权利，可被称为表演者的“署名权”。上述两种“署名权”指向的是特定的作品或表演，均受著作权法保护。但“安顺地戏”只是具体作品和表演的上位概念。电影《千里走单骑》将相关剧目称为“云南面具戏”，并非在为作品或表演“署名”，也即并非表明作者或表演者的身份，而是在昭示相关剧目的起源地或发展繁荣地。既然这一行为并非著作权法意义上的“署名”，又谈何对“署名权”的侵犯呢？

类似地，对于越剧中的著名剧目《梁山伯与祝英台》，从剧本和曲调角度来看，存在戏剧作品和音乐作品；从舞台演出角度来看，存在对作品的表演。剧本和音乐的作者以及演员，均可分别对作品及表演享有“署名权”。而“越剧”作为一个上位概念，不可能对其适用著作权法意义上的“署名权”，其中的“越”字表明这一戏种起源（或发展繁荣）于江浙一带。假如有人“张冠李戴”，将越剧剧目《梁山伯与祝英台》称为“秦腔”，除了贻笑大方之外，还会有什么侵犯著作权法意义上“署名权”的问题呢？

因此，“署名”解决的问题是：谁为作品的作者？而“安顺地戏”这样的戏种起源地标志解决的问题则是：该戏种来源（或发展繁荣）于哪里？这样的区分在地方戏之外的领域同样存在。称张三“画了一幅金山农民画”，其中的“张三”是“署名”，而“金山”则是

画种的起源地，并非著作权法意义上的“署名”。标错了戏种的来源地与标错了有形物的产地并没有实质区别。如果将原产于黄山的毛峰茶称为“福建铁观音”，或将原产于太湖的大闸蟹标为“阳澄湖大闸蟹”，均只有侵犯注册商标权（证明商标）和违反原产地管理规定的问题，与著作权法意义上的“署名”相去甚远。

二审法院在判决中认为：“‘安顺地戏’作为一个剧种，其仅是具有特定特征的戏剧剧目的总称，是对戏剧类别的划分……任何人均不能对‘安顺地戏’这一剧种享有署名权。”[①]该判决正确地对“戏种”和其中的具体作品作出了区分，值得赞许。

理论研究

制作冒名作品侵犯了著作权中的署名权么

假冒他人的姓名发表自己的作品（冒名）是否属于对著作权中署名权的侵犯？对此问题存在不同观点。一种观点认为：假冒名作家之名发表低劣作品，会给该作家声誉造成损害，是典型的侵犯精神权利。如果版权法连这种行为都不加控制，那么对精神权利的保护就显得太不完整了。何况冒名可能影响被冒者本应取得的收入。因此，冒他人之名发表非他人的作品是与版权中的精神权利及经济权利都密切相关的，应当列入版权法管辖范围。[②]另一种观点认为：著作权是就具体的作品而产生的，没有作品就没有著作权。冒名行为已超出著作权法的署名权问题，属于假冒姓名、侵犯他人姓名权的行为。[③]

我国的立法和以往的司法实践基本采纳了第一种观点。我国《著作权法》第48条列举的一项侵权行为是“制作、出售假冒他人署名的作品”，似只能归于对作者署名权的侵犯。在曾经引起较大争议的“吴冠中诉上海朵云轩、香港永成古玩拍卖有限公司著作权案”中，香港永成古玩拍卖有限公司与上海朵云轩联合拍卖了署名为著名画家吴冠中的《毛泽东肖像》，右上角竖体草字为“炮打司令部，我的一张大字报，毛泽东”，左下角落款竖体草字为“吴冠中画于工艺美院1962年”。吴冠中以两公司拍卖假冒其署名的伪作侵犯其著作权为由提起诉讼。法院通过委托鉴定确认《毛泽东肖像》为假冒吴冠中署名的伪作之后，判定两被告侵犯了吴冠中的著作权。[④]

本书作者支持第二种观点。既然署名权是作者的权利，当然只能针对作者自己的作品。被冒名的人既然没有创作冒名作品，不是冒名作品的作者，又谈何著作权法意义上的署名权呢？《伯尔尼公约指南》的确提出作者凭借其“确认作者身份权”，可以制止将他的名字用在他人的作品上，因此，任何人都不能将他人的名字加在他人未曾创作的作品上。[⑤]但各国立法中明确禁止冒名的基本上只是英美法系国家的版权法。《英国版权法》第84条规定

---

① 北京市第一中级人民法院民事判决书（2011）一中民终字第13010号。

② 参见郑成思：《版权法》（修订本），142页，北京，中国人民大学出版社，1997。

③ 参见刘春田主编：《知识产权法》，2版，68～69页，北京，中国人民大学出版社，2002。

④ 参见上海市中级人民法院判决书（1994）沪中民（知）初字第109号，上海市高级人民法院判决书（1995）沪高民终（知）字第48号。

⑤ 参见刘波林译：《保护文学和艺术作品伯尔尼公约（1971年巴黎文本）指南》，35页，北京，中国人民大学出版社，2002。

了禁止冒名的权利（right against false attribution），《澳大利亚版权法》第195AC条和《新西兰版权法》第102条也规定了相似的“作者禁止冒名权”（author's right not to have authorship falsely attributed）。美国1990年通过的《视觉艺术家权利法》为视觉艺术作品作者规定的人身权中，也包括“阻止将其姓名标明为其未创作作品的作者”的权利。[①] 但必须指出的是：英美法系国家对作品的观念本来就是有别于大陆法系国家的，它们更为注重作品作为财产的经济价值。冒名的实质是利用名家的声誉去牟取不当经济利益，会在损害著名作者声誉的同时影响其今后作品的销售，因此，英美法系国家规定的“禁止冒名权”实际上是为了制止利用名家的名誉进行不正当竞争。还需要指出的是：这些英美法系国家的版权法规定的“禁止冒名权”是与“署名权”相并列的一项独立权利。换言之，他人制作冒名作品侵犯的并非是署名权，而是署名权之外的“禁止冒名权”。因此，“禁止冒名权”并非大陆法系国家传统著作权法中的署名权。

法国著名学者Lucas强调：在作者并未创作特定作品的情况下，署名权无法提供对作者的保护。学者Strömholm也指出，“冒名行为有别于侵犯精神权利的行为”[②]。德国著名学者迪茨等也认为：署名权并不能禁止冒名，因此，《德国著作权法》中的署名权有别于《英国版权法》中的“禁止冒名权”[③]。我国立法者要仿效英美法系国家的这一做法当然无可厚非，但在立法没有明确规定“禁止冒名权”的情况下规定“制作、出售假冒他人署名的作品”构成侵权就成无源之水、无本之木了。而且，既然我国在著作人身权这一部分继受了大陆法系国家的立法传统，从保持理论体系的和谐这一角度出发，更不宜认为冒名为侵犯署名权的行为，而应当认定为不正当竞争行为或侵犯民法中姓名权的行为。

实务探讨

“© by”是否构成署名

在目前的司法实践中，有法院在涉及美国摄影作品的著作权侵权纠纷中认定，如果作品上有“© by”标志，就应当适用《著作权法》第11条第4款的规定——“如无相反证明，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者”，将“© by”后标明的主体视为“作者”。

这一做法是值得商榷的。“© by”是《世界版权公约》第3条提及的为取得版权保护而需标明的版权标记。[④] 而《世界版权公约》该条规定的内容是“标有©标记加版权人的姓名”（bear the symbol © accompanied by the name of the copyright proprietor）。显然，在“© by”之后的是“版权人”（copyright proprietor）的姓名，而不是“作者”（author）的姓名。

“版权人”与“作者”是两个不同的概念。“作者”是原始版权人，但“版权人”并非

---

① See 17 U. S. C. 106A (a) (1) (B).

② Elizabeth Adeney, *The Moral Rights of Authors and Performers, An International and Comparative Analysis*, Oxford University Press (2006), p. 181.

③ Ibid., p. 238.

④ 参见郑成思：《版权法》（修订本），435页，北京，中国人民大学出版社，1997。

都是“作者”。当作者将财产权转让给他人之后，受让人可成为“版权人”，但却不能成为“作者”。同样，根据我国《著作权法》第16条第2款的规定，对于“特殊职务作品”，“作者享有署名权，著作权的其他权利由法人或者其他组织享有”。也即法人或者其他组织是“版权人”，但不是“作者”，因此才不享有“署名权”。

而对于来源于美国的摄影作品，在讨论“© by”与“署名权”之间的关系时，应当注意《美国版权法》对“署名权”的规定。《美国版权法》长期以来都没有规定对包括“署名权”在内的人身权利［在美国等英美法系国家称为“精神权利”（moral rights）］的保护。这一局面直至1990年美国国会通过作为《版权法》修正案的《视觉艺术家权利法》（Visual Artists Rights Act）才得到改变。《视觉艺术家权利法》虽然针对“视觉艺术品”规定了包括署名权在内的精神权利，但其清楚地规定，作者（author）有权阻止在并非“他或她”（he or she）创作的视觉艺术品上将“他或她”（he or she）的姓名作为作者姓名使用。[①] 显然，在《美国版权法》中，视觉艺术品的“作者”，仅指自然人的“他”或“她”，而不可能是一个非自然人的主体（it）。由此可见，能够对视觉艺术品享有署名权等精神权利的，只有自然人作者，而非作为雇主的任何组织。因此，虽然《美国版权法》第201条（b）款有视雇主为职务作品（work made for hire）作者的规定，但雇主并不能对视觉艺术品享有署名权等精神权利。《美国版权法》第101条有关“视觉艺术品”范围的规定更是清楚地印证了这一点：“视觉艺术品”不包括任何职务作品。因此，如果来源于美国的摄影作品上标明了“© by某公司”，只能将其理解为该公司为摄影作品的“版权人”，但该公司并不能被视为摄影作品的“作者”。

三、修改权

根据《著作权法》的规定，修改权是指修改或者授权他人修改作品的权利。根据有关解释，修改是对作品内容作局部的变更以及文字、用语的修正。[②] 修改权与著作财产权中的改编权不同，受改编权控制的改编行为是根据原作品的基本表达，创作出新的作品。因此，对作品进行修改的结果一旦产生了新作品，就不再是修改行为，而是改编行为了。

理论研究

我国《著作权法》有必要单独创设“修改权”么

修改权极少作为一项独立的著作人身权出现在其他国家的著作权立法之中。有的国家虽然规定了“修改与回收作品权”，或者规定“回收作品权”的同时规定“修改权”，但其中的“修改权”[③] 只能与回收权一起行使，并不是我国《著作权法》意义上的“修改权”。根据参与立法者的解释，作品的修改之所以必要，一是因为要更好地反映作者的意志，二

① See 17 U. S. C. 106A (a) (1) (B).

② 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，43页，北京，法律出版社，2002。

③ 《法国知识产权法典》第L121-4条。

是随着客观事物的变化，人的思想、认识也在不断变化，作者也需要对某些作品作出符合实际的修改。作者不但享有作品产生的权益，也对作品产生的社会效果和责任负责。因此，作者应有修改权。①

本书作者认为：有必要修改作品并不等于就应当设立修改权。诚如上述解释所言，当作者的思想、认识发生变化之后，就产生了修改作品的必要。问题在于：在作品尚未发表之前，作者当然可以自行修改作品，根本无须额外赋予作者“修改权”。已故的郑成思教授撰写《版权法》耗费了整整10年时间，可谓十年磨“一剑”②。这期间郑成思教授不知对其作品进行了多少次修改。然而《版权法》的第一版是在1989年，即《著作权法》颁布之前出版的。那时郑成思教授作为作者还不享有“修改权”，难道他就没有修改自己作品的权利了么？在作品发表之后，作者自然也可以继续对作品进行修改，在修改完成之后可以将新修改后的作品公之于众。如郑成思教授在《版权法》第一版出版7年之后，又将经过修改的第二版交付出版社出版。这同样无须规定“修改权”。同时，仅规定“修改权”而不规定“回收权”也不可能使作者在作品已经固定在有形物质载体之上且该载体已由他人合法享有时，对作品进行修改。例如，建筑作品的设计者在建筑物业已完工的情况下即使认为应对建设作品进行修改，也不能要求在已建成的建筑物上随意修改，甚至将建筑物推倒重建。再如，当小说作品已经在作者许可的情况下印刷出版时，作者不能因为想修改小说就要求出版社将已经售出的小说书全部收回。有一种观点认为：赋予作者修改权，可以使作者在作品再版之前对作品进行修改，即使这种修改对出版社并不一定有利。因此，修改权可以算作“半个收回作品权”③。本书作者认为：这种观点也是难以成立的。如前所述，修改作品是作者原本就有的自由，根本无须《著作权法》加以规定。作者在原作品再次印刷、出版之前在一般情况下当然可以自行修改作品，而不需要出版社的同意。但如果作者已经与出版社就原作品再版的条件签订了合同，出版社已经做好了印刷、出版的准备，作者临时提出修改作品会影响出版社的出版计划，则作者因要求修改而拒绝交稿构成违约行为，并不能因为修改权的存在而免除其违约责任。如果出版社严格按照合同约定将原作品付梓，也不会因此而侵犯作者的修改权。

需要特别指出的是：正如本书第一章所述，著作权法规定专有权利的根本目的并不是确认作者本人有积极从事某种行为的权利，而在于使作者得以控制他人的特定行为。因此，对于是否应当设立“修改权”的问题，也不应从作者是否需要对作品进行修改的角度来考虑，而应当判断作者是否需要禁止他人未经许可修改作品。正如在2001年《著作权法》修订时设立“信息网络传播权”也不是因为作者自己需要通过信息网络向公众传播作品，而是出于作者需要禁止他人未经许可通过信息网络向公众传播作品的考虑。因此，有学者认为，“狭义的修改权与保护作品完整权具有相同的含义，不过是一项权利的两个方面，也就是说，从正面讲，作者有权修改自己的作品，可以授权他人修改自己的作品。从反面讲，作者有权禁止他人篡改、歪曲、割裂自己的作品”④。如果立法者的确希望使修改权仅仅成

---

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，44页，北京，法律出版社，2002。

② 郑成思：《版权法》（修订本），前言，1页，北京，中国人民大学出版社，1997。

③ 李明德、许超：《著作权法》，80页，北京，法律出版社，2003。

④ 同上书，79页。

为“一项权利的正面”，则根据上述分析，修改权的创设是完全不必要的。以此目的在《著作权法》中去设立修改权正如去设立一项“作者有权创作作品”的“创作权”一样，是没有任何意义的。

的确，作者确实有禁止他人未经许可修改作品的需要，但问题在于：《著作权法》已经规定了保护作品完整权这一著作人身权和改编权这一著作财产权。如果他人修改作品的结果是产生了新的作品，而且新作品保留了原作品中的基本表达，则此项行为由改编权加以控制。如果作品经过他人修改之后，其原意被歪曲和篡改，可能导致作者声誉受损，则这种修改行为构成对保护作品完整权的侵犯。有一种观点认为：保护作品完整权与修改权是互相联系的，侵犯修改权往往也侵犯了作者的保护作品完整权。[①] 这等于是说修改权的控制范围与保护作品完整权相同，或者是在保护作品完整权的控制范围之内。这一解释将使修改权的存在变成多余，那又何必在保护作品完整权之外另行规定修改权呢？

为了在逻辑上划清修改权、改编权与保护作品完整权之间的界限，修改权能够控制的行为就只剩下他人对“作品内容作局部的变更以及文字、用语的修正”[②]，而且该修改的结果既不是对作品的歪曲和篡改，也没有导致新作品的产生。在现实中，对作品进行这种类型修改的人主要是报刊社和出版社的编辑人员，而且既然没有以任何方式歪曲、篡改作品，也很难对作者造成任何精神上的损害。同时，对来稿作品进行局部变更及文字、用语的修改是任何报刊社、出版社的日常工作，我国《著作权法》也明确予以肯定。在这种情况下，修改权几乎没有赋予作者任何新的控制他人修改作品的禁止权。这可能也是除中国之外世界各国都没有设立“修改权”的原因。本书作者认为：既然我国《著作权法》已经明确规定了保护作品完整权和改编权，同时报刊社和出版社又有对来稿作品进行适当文字性修改的权利，那么创设修改权没有现实意义，应当是不必要的。建议在下次修订《著作权法》时予以删除。

四、保护作品完整权

保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利。歪曲是指故意改变事物的真相或内容；篡改则是用作伪的手段对作品进行改动或曲解。需要注意的是：多数国家还将“可能对作者的声誉造成损害”作为侵犯保护作品完整权的要件，这是为了防止作者在其作品仅被轻微改动、尚不足以影响其声誉时过多地提起诉讼。[③] 我国虽然没有规定这一要件，但完全可以用此来解释“歪曲”和“篡改”，即如果对作品的修改实质性地改变了作者在作品中原本要表达的思想、感情，导致作者声誉受到损害，即是对保护作品完整权的侵犯。假设对于重庆“史上最牛的钉子户”事件，某评论家撰文同时对住户和开发商进行批评，而报社在刊登时完全删除了批评开发商的段落。报社的行为改变了评论家在作品中表达的原意，会使读者误认为评论家完全站在开发商的立场上，由此会对评论家的声誉造成损害，

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，44页，北京，法律出版社，2002。

② 同上书，43页。

③ See Adolf Dietzn, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), Germany, §7 (1) (c).

即为典型的侵犯保护作品完整权的行为。

在极端重视著作人身权的法国，对作品完整权的保护已经达到了无以复加的程度。作者在法国以保护作品完整权受到侵害而起诉时，甚至不需要证明他人对作品的使用行为已经或者可能损害其声誉或名誉，也不需要说明他拒绝容忍这种行为的理由。因为法国著作权法对于侵犯保护作品完整权采用主观标准，由作者自行判断这项权利何时受到了侵犯。换言之，在某种使用作品的行为是否侵犯保护作品完整权的问题上，不允许用使用者、公众甚至法院的判断代替作者自己的判断。[①]《等待戈多》的作者——著名戏剧作家贝克特就成功地借助保护作品完整权阻止了《等待戈多》的导演使用女演员，因为贝克特事先已经明确表示不能在其戏剧表演中使用女演员。同样，广告商也不能将为宗教目的而创作的音乐作品用于商业广告之中。未经许可为早期的无声电影配音也被判定侵犯了保护作品完整权。一名设计了雷诺总部纪念碑的艺术家甚至赢得了要求雷诺公司必须完成建造该纪念碑的诉讼。基于对作品完整权的尊重，法国甚至对电视台在播放作品过程中插播广告的行为进行了限制。[②]

基于合理利用作品的需要，保护作品完整权也要受到必要的限制。例如，建筑设计者创作了建筑作品之后，建筑者可以根据实际需要进行必要的改动，并不构成对保护作品完整权的侵犯。如《意大利著作权法》第 20 条规定：对于建筑作品而言，作者不能反对为完成建筑而对其进行必要的改动，也不能阻止对已建造完成的建筑作品的必要改动。如果国家相关机构认为该建筑作品具有重要的艺术价值，则这种改动应当委托建筑作品的作者进行研究和实施改动。

同样，对于电影的摄制而言，必然涉及对小说或剧本的重大修改，只要这种修改没有从根本上改变作者的原意和其思想感情，就不构成对保护作品完整权的侵犯。如《德国著作权法》第 93 条为此规定：被电影使用的作品的作者只能凭借保护作品完整权禁止制片人对其作品的粗暴歪曲或割裂行为。《意大利著作权法》第 47 条规定：制片人有权对电影作品中使用的作品进行必要的修改。如果作者与制片人之间没有约定，则有关这种修改是否必要的问题由文化部部长根据相关条例指定专家小组裁决。我国《著作权法实施条例》第 10 条也规定：著作权人许可他人将其作品摄制成电影作品和以类似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，但是这种改动不得歪曲、篡改原作品。

典型案例

《上海人在东京》案

作家樊祥达创作了小说《上海人在东京》。上海电视台与之签订协议，有偿取得了小说的电视剧改编权和摄制权。在同名电视剧拍摄、播放之后，樊祥达认为原作《上海人在东京》的主题思想是：一个东京客、一页悲惨史、一掬辛酸泣、一本血泪作。而被告上

---

① See Andre Lucasn, Pascal Kaminan, Robert Plaisantn, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), France, § 7 (1) (c) (i).

② Ibid., § 7 (1) (c) (ii).

海电视台将电视剧的主题思想改为：一群海外的游子、一个曲折的故事、一段缠绵的恋情、一页拼搏的历史。剧中情节竭力美化日本人、丑化中国人，严重歪曲和篡改了原著，且损害了作者的声誉，如电视剧《上海人在东京》第16集“情人旅馆”将小说中的女主人公“白洁”改写为一个以自己的贞操换取“保人”的低贱女人，是任意篡改原告小说的行为。原告据此认为上海电视台及其两位编剧的行为侵犯了原告对原著《上海人在东京》所享有的保护作品完整权。

法院经审理后认为：原告未能举证证明被告对小说的改编已达到了歪曲、篡改的程度，故原告诉称被告歪曲、篡改其作品依据尚不充分。而且在被告拍摄电视剧之前以及拍摄期间，原告应当知道被告对小说作了重大改变，而在长达半年之久的时间内未提出异议，直至被告投入大量资金完成电视剧拍摄及公开播映之后才提出异议。因此，根据公平原则，结合电视台创作过程的具体情况，对原告提出的异议不予支持。[①] 本案二审以调解结案。

对于本案，如果法院主要依据原告在得知被告对其原作小说进行重大改动而在合理时间内未提出异议，视为已同意这种改动，自然是正确的，但如果主要以原告未能举证证明被告对小说的改编已达到歪曲、篡改的程度而判决原告败诉，其理由就值得商榷了。歪曲和篡改本身就是高度主观性的判断，作者举证本身就非常困难。此时只能结合作者的创作动机、原作所表达的思想感情以及原告许可被告改编的范围进行认定。本书作者认为：原告举出的将小说中的女主人公“白洁”改写为一个以自己的贞操换取“保人”的低贱女人的改动情节及类似情节，就足以说明对原作内容的歪曲和篡改。因为对关键人物及关键情节的改动，已经改变了原作所要表达的思想、感情，特别是改变了原作批评的对象，有可能导致作者的声誉因此受到损害。前述法国法院将判断作品是否受到歪曲和篡改的权利完全交给作者行使的做法虽然有些极端，但其合理部分仍然值得我国借鉴。它要求他人在改动作品之时，应当及时与作者沟通并取得作者许可，不能仅仅因为取得了改编权和摄制权就随意对作品进行改动。

实务探讨

艺术雕刻品的所有权人有权移除雕刻么

雕刻家将艺术雕刻品售出或许可他人建造之后，他人就合法获得了艺术雕刻品的所有权。艺术雕刻品既是物权法上的物，又是著作权法上的作品，所有权人仍然要尊重雕刻家的保护作品完整权。因此，如果公然毁损艺术雕像的重要部分，导致雕刻品残缺不全，必然会扭曲艺术家原本要表达的思想、感情，并可能损害艺术家的声誉，是对保护作品完整权的侵犯。但移除艺术雕刻品是否构成侵权呢？对于一般艺术雕刻品而言，移除与部分毁损不同：后者会保留雕刻品的一部分，公众会因看到残留的雕刻品而想到雕刻家，从而可能形成对雕刻家的负面评价。而艺术雕刻品被移除之后，可能不会出现如此后果。同时，移除雕刻品往往是出于某些现实需要，如原址另有用途等，而部分毁损很难基于合理的理

① 参见上海市第二中级人民法院民事判决书（1996）沪二中民初（知）字第28号。

由，因此，有可能出现全部移除不侵权而部分毁损构成侵权的结果。①

但是，对于那些已在公众心目中留下深刻印象的著名雕刻品而言，对其进行移除同样可能影响雕刻家的声誉。此时协调物权人和雕刻家的利益就非常重要。在这方面，美国1990年通过的《视觉艺术家权利法》进行了较为合理的规定②：如果视觉艺术品已融入建筑物或已成为建筑物的一部分，而该建筑物的所有人希望移除该视觉艺术品，可以在知道该艺术品的作者的联系方式时发出通知，或者在不知道联系方式时尽力且善意地进行联系，如果无法联系到作者或作者在收到通知后90天没有自行移除，则建筑物的所有人有权移除。而作者在收到通知后，可以自己承担费用将艺术品移除并由此获得艺术品的所有权。这样既维护了建筑物所有人行使物权的自由，又不至于因移除艺术品而影响艺术家的声誉。③

五、特殊权利

在一些国家的著作权法赋予作者的权利中，还有一些“特殊权利”。之所以“特殊”，是因为其作用不同于传统的专有权利，也即其作用并不是可以控制他人实施某种行为，而是确认作者可以实施某种影响他人利益的行为，且他人在合理条件下不能拒绝。如果将传统专有权利称为“消极权利”（其意义在于著作权人有权禁止他人实施某种行为），与之相反的上述权利就可以称为“积极权利”，他人有容忍和配合著作权人行使“积极权利”的义务。大陆法系著作权法中的“收回作品权”和“接触作品权”是这类“积极权利”的典型。

（一）收回作品权

法国、德国、西班牙等对著作人身权加以高水平保护的大陆法系国家规定了收回作品权，其基本含义是：即使作者已经转让了经济权利或许可他人行使，如因其表达思想、感情发生了变化而希望修改作品或者不希望原作品继续流传，可以收回已转让或许可的权利。但是，收回作品权的行使必然会影响先前合法获得权利者的利益，因此，作者在行使此项权利时必须进行合理补偿。收回作品权实际上是“收回（曾经转让或许可出去的）权利”而不是作品或其有形载体本身，只是收回权利的实际效果是使作品不再以有形或无形方式进一步在市场上流通。

例如，在规定了收回作品权的德国，一名作家在纳粹统治时期撰写了一本为希特勒歌功颂德的作品。第二次世界大战结束后这名作家认识到了纳粹的暴行，对希特勒的态度发生了根本性的转变。即使他与出版社的专有出版合同仍然有效，他也可以行使收回作品权，在给予出版社合理补偿的条件下收回曾经许可给出版社的复制发行权。④

---

① See Adolf Dietzn, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), Germany, §7 (1) (c).

② 根据该法，只有油画、素描、绘画、雕刻、照片等视觉艺术品才能受到保护，而且前提是这些艺术品只有至多不超过200份的复制件，每一份都有作者的签名和编号。See 17 U. S. C. 101.

③ See 17 U. S. C. 113 (d) (2).

④ 当然，这种作品在第二次世界大战之后的德国本身就是禁止出版、流通的，本例只是为了说明发行权，并未考虑法律强制性规定这一要素。

理论研究

大陆法系国家对收回作品权的规定

《德国著作权法》第42条规定：如果作品不再能够反映作者的观点，作者可以收回利用作品的经济权利。作者必须赔偿作品经济权利享有人的损失。赔偿至少等于在其发出行使收回权通知时经济权利享有人为利用作品而付出的成本，但为已经完成的使用行为而支出的成本则不应计算在内。作者只有在补偿了上述成本或提供担保之后才能有效行使收回权。经济权利享有人应在作者发出行使收回权通知后3个月内将成本数额告知作者，否则，在3个月届满后对收回权的行使即生效。如果作者在行使收回权之后又希望恢复对作品的利用，则应当以合理的条件将与先前相同类型的经济权利许可给先前该经济权利的享有者。《法国知识产权法典》第L121-4条规定：作者虽然让与了其经济权利，即使在作品出版之后，对受让人仍然有权修改或收回作品。但如作者没有对因其修改或收回作品而可能遭受损失的受让人进行补偿，则不得行使此项权利。作者在行使了修改或收回权之后，如果又决定出版其作品，应当首先向原来的受让人按照原先的条件出让经济权利，并按照原先的条件让与。《西班牙知识产权法》第14条第6款有相似规定。

《意大利著作权法》则在“使用权转移”一章中专设一节“作品的收回”，对作者行使收回权和相对人的利益保护作出了更加细致的规定。该节规定：作者因思想、感情方面的重大理由有权从市场上收回作品，但应当对已经被授权复制、传播、表演和销售作品的人进行赔偿。作者要行使收回权应当先通知权利受让人和文化部部长办公室，由部长办公室根据实施条例予以公告。自通知或公告之日起1年之内，有关当事人有权向司法机关申请阻止作者行使收回权，或申请裁决违约赔偿及损害赔偿。在1年届满之前，司法机关可以根据作者的请求审查是否存在收回作品的急迫理由，如该理由存在，则可在要求作者提供必要担保之后临时禁止作品的传播。如果作者在司法机关指定的期限内未付赔偿金，则禁止自动失效。如果可向司法机关提出异议或赔偿申请的1年期限届满或在司法机关发布作品贸易的禁令之后，有关当事人继续复制、传播、表演或销售作品的，应当受到侵犯著作权的民事和刑事制裁。①

收回作品权是作者基于思想、感情的变化而行使的，因此具有强烈的人身性质。凡是规定了收回作品权的国家均不允许该权利被提前放弃，或在合同中约定禁止作者行使。② 多数国家规定继承人不得行使。《德国著作权法》则规定只有继承人能够证明在作者死亡之前就应当行使收回作品权却因某种原因而受到阻碍，或者作者已在遗嘱中作出行使收回作品权的声明后，才能行使此项权利。③

收回作品权对于保障作者通过作品正确地反映其思想感情具有重要价值，但作者行使这项权利的成本也是很高的，因为他必须补偿原先的权利受让人或被许可人为此而蒙受的

---

① 参见《意大利著作权法》第142～143条。

② See Alberto Musson, Mario Fabianin, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), Italy, §7 (1) (d).

③ 参见《德国著作权法》第42条。

经济损失。因此在规定了收回作品权的国家，作者真正行使过这项权利的也是极少数。

（二）接触作品权

部分大陆法系国家还规定了接触作品权，其含义是即使作品原件或复制件已为他人所合法取得，作者为了有效行使其著作权，仍然有权接触该作品原件或复制件，但作者对作品原件或复制件的接触应当尽量避免对合法占有人造成不便。如《德国著作权法》第25条规定：作者可以要求作品原件或复制件的所有者允许其接触该原件或复制件，只要这种接触是为对作品进行复制或改编而必需的，而且不与原件或复制件的所有者的任何合法利益相抵触；但所有者不应被要求将该原件或复制件交给作者。《西班牙知识产权法》第14条则规定：如果作品唯一或稀有的复制件为他人所占有，作者为了行使发表权或其他相关权利，有权接触该复制件。但接触作品权并不能使作者要求转移作品复制件，而且对作品的接触应当以对占有者造成最少不便的场所和方式进行。如果占有者因此而遭受损失，应当获得合理补偿。

接触作品权的意义在于调和作者行使著作权的需要和对物权的尊重。例如，画家在创作完成一幅油画之后，即将它赠与一位友人。此时美术原件的所有权已经合法转移，画家本无权再加以干涉。但如果友人此后一直不公开展出该幅油画，又不让画家或他人进入其住宅对油画进行复制，则画家除非能够凭借记忆重新作画，否则，既无法发表美术作品，也无法通过利用美术作品获得经济利益。为了防止此种情形的发生，保证作者能够在不对物权人的利益造成不合理损害的情况下合理地利用作品，德国等国的著作权法规定了这项接触作品权。但既然作品原件或复制件已为他人所合法获得，作者在行使此项权利时仍然应当尊重他人物权，因此，作者既不能要求取得该作品原件或复制件的所有权或占有，也不能对物权人造成其他不合理的不便。如果作品可以通过其他渠道较为方便地为作者接触，作者就没有必要去影响作品原件或复制件所有人，因此，《西班牙知识产权法》才将行使接触作品权的条件限定为只能针对唯一或稀有的作品复制件。同时，作品原件或复制件所有人或占有者除了容忍作者接触作品之外，并无其他义务，作者应自行前往物权人存在作品的场所或指定场所，自备工具，以给物权人造成最小影响的方式接触作品。

（三）追续权

欧盟国家还规定了追续权，它是指视觉艺术作品的作者在其作品被转卖时，有权从中分得一定比例的份额。规定追续权是基于视觉艺术品市场中常见的现象：艺术家的作品最初问世时，其艺术价值并不为世人所欣赏，导致作品售价很低。但随着时间的流逝其价值逐渐被人们认识，价格也随之高涨，但艺术家如果早年已经以低价售出，却无法从中再得到经济回报。应当承认：作品升值的现象在文艺界普遍存在，但其他种类文艺作品的作者基本都能从升值中受益。如对音乐作品而言，即使起初不为人所知，词曲作者获得的许可费极低，但由于任何人使用该音乐作品制作录音制品、电影音乐、举办演唱会，或者在公开场所予以播放，都必须直接或通过集体管理组织向作者支付报酬，所以该音乐在流行之后，作者就能获得可观的收入。文字作品也是如此，如厦门大学易中天教授因在中央电视台“百家讲坛”栏目讲解三国人物而一举成名，他以前创作的历史题材作品也随着《品三国》的热销而销量大增，易中天教授仍然能够从出版社重印出版其早期作品中分享收益。

而对于绘画等视觉艺术品而言，虽然作者也能从对作品的复制中获得一定报酬，但艺术品的增值主要体现在原件的售价上。艺术家最初以较低价格将原件售出之后，根据“发行权一次用尽”原则，对此后该原件的再次出售不能进行任何控制，因而也不能分享原件增值所带来的利益。梵高的经历最为典型：他的绘画生前无人问津，使他一生穷困潦倒，而他死后每一幅作品都价值连城。追续权正是为了针对这种不公平现象而规定的。

欧盟2001年通过的《追续权指令》规定：欧盟成员国应当为绘画、拼贴画、油画、素描、雕版画、版画、石版画、雕刻、编织画、照片以及陶瓷、玻璃造型等原创视觉艺术品的作者规定追续权，使之能够在其首次销售作品之后，按转售价金的法定比例收取版税。但适用对象仅限于由作者亲手制作的原件或由作者编号、签名的有限数量的复制件。该权利不可转让和放弃。所有视觉艺术品的转售者都应直接或通过集体管理组织向作者支付版税，唯一的例外是销售者是直接从作者手中购入作品，时间不足3年，而且转售价格低于1万欧元。各成员国可以自行规定转售价达到多少金额之后作者才可行使追续权，但这一标准不得高于3万欧元。换言之，在任何欧盟成员国，只要对符合条件的视觉艺术品以超过3万欧元的价格进行转售，作者就有权从中分得法定比例的版税。①

《追续权指令》还规定了作者从转售中收取版税的比例：转售价低于5万欧元的，为4%；在5万欧元至20万欧元之间的，为3%；在20万欧元至35万欧元的，为1%；在35万欧元至50万欧元的，为0.5%；在50万欧元以上的，为0.25%。但版税总额最高为12 500欧元。②

需要注意的是：追续权同时带有著作人身权和财产权的特征。追续权的行使可以直接给作者带来经济利益，从这一点上看接近于著作财产权。但追续权不得转让和放弃，而且只能针对原件或符合条件的特定复制件，又具有强烈的人身性，因此，总体来看更接近于著作人身权。

第二节　著作财产权

著作财产权又被称为著作权中的“经济权利”，是指那些作者和其他著作权人享有的以特定方式利用作品并获得经济利益的专有权利。所谓“以特定方式利用作品”，在我国即指复制、发行、出租、展览、表演等13种法定方式。与此相对应，著作权人也享有13种著作财产权。

著作权法的根本立法目标是促进优秀作品的创作与传播，而使创作者从对作品的利用中获得相应的经济回报是实现这一目标最为重要的手段。只有赋予著作权人一系列控制作品利用方式的财产性权利，使著作权人能够在他人以特定方式利用作品时获得合理的许可费，才能鼓励和刺激更多的人积极投身于创作活动之中。从更为宏观的角度看，不但著作

① See Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the Resale Right for the Benefit of the Author of an Original Work of Art, Articles 1, 2, 3.

② Ibid., Article 14.

权人经济利益的实现取决于法律对著作财产权的有效保护，一个与国民经济和国家综合实力密切相关的产业——版权产业的生存、发展和壮大，也高度依赖于本国乃至其他国家对著作财产权的保护。

立法背景

著作财产权利与版权产业

根据美国国际知识产权联盟的报告，版权产业被划分为4类。[①] 第一类被称为“核心”版权产业，是指以创造和传播作品作为其主要目标的产业，包括图书出版业、音乐产业、报刊出版业、电影产业、广播电视产业、计算机软件业（包括商业软件和娱乐软件）等。第二类是“部分”版权产业，其产品中仅有部分属于享有版权的材料，较典型的是纺织品、玩具制造、建筑等。“发行业”是第三类，它们面向商店和消费者发行版权物品，如有关的运输服务、批发与零售业等。第四类是“版权关联”产业，其所生产和发行的产品完全或主要是与版权作品配合使用，如计算机、收音机、电视机。

由这4类构成的版权产业在现代经济中所占的比重越来越大。无论在发达国家还是在发展中国家，GDP中版权产业所占份额为3%～6%。根据美国国际知识产权联盟2011年度的报告，在美国，核心版权产业产值占GDP的6.4%左右，总体版权产业产值已占GDP的11.10%；从就业来看，核心版权产业人数占4%左右，总体版权产业人数占8.4%左右。可见，版权产业已经成为美国经济增长的主要动因和驱动力。同时，版权产业的对外销售出口额已经超过汽车业、农业和收音机制造业，成为美国出口份额最大的经济部类。

了解了版权产业在一个国家，特别是在发达国家中的重要地位，才能认识版权经济权利在版权法中的核心地位，也才能够理解为什么发达国家在保护版权方面显得那么积极。

各国著作权法对著作财产权的划分有所不同。如《美国版权法》只规定了5种财产权，而我国《著作权法》规定了13种。但这并不意味着我国著作权人享有的著作财产权利远多于美国，而是我国《著作权法》将《美国版权法》中的一项权利拆成了好几项权利。例如：根据《美国版权法》，无论是对作品的公开现场表演、机械表演还是公开放映和广播，都属于公开表演作品的行为，都只受“表演权”的控制。而我国将《美国版权法》意义上的“表演权”拆分成了“表演权”、“放映权”、“广播权”3项互相独立的权利。这样，我国《著作权法》中“表演权”的控制范围就较《美国版权法》中的“表演权”狭窄。但这并不影响著作权人享受的保护水平。下文将根据国际上获得较多认同的著作财产权分类方法讲解各类著作财产权。

各国著作权法定义著作财产权的方法，是对受专有权利控制的行为加以界定。美国、加拿大和澳大利亚等英美法系国家的《版权法》首先在“定义”条款中对各种特定行为加

① “国际知识产权联盟”（International Intellectual Property Alliance）每两年颁布一份题为“美国经济中的版权产业”（Copyright Industries in the U. S. Economy）的报告。

以界定，然后再在“专有权利”条款中从正面规定版权人享有实施某种特定行为的“专有权利”，或从反面规定何种特定行为受到“专有权利”的控制。以“表演权”为例，这3个国家的《版权法》均首先在“定义”或“释义”条款中对“（公开）表演行为”作出界定，然后又在“专有权利”条款中规定：版权人有公开表演作品的专有权利。[①] 其他没有在著作权法中单独设立“定义”条款的国家，都在规定各“专有权利”时明确地划定受控制的特定行为，许多大陆法系国家以及我国就是如此。因此，学习各财产性专有权利，实际上就是在学习这些专有权利控制的行为范围。

一、复制权

复制权是著作财产权中最为核心的权利。在著作权法律制度的产生之初，著作权人享有的主要就是复制权和表演权。时至今日，最常见、对著作权人的经济利益损害最大的行为也多与未经许可复制作品有关。可以说，只要能够有效地保护复制权，就能基本维护著作权人的经济利益，甚至在网络环境中也是如此。

复制权就是著作权人享有的复制作品的专有权利。根据上文所述的“根据受控行为界定专有权利”的基本原理，要理解复制权就必须搞清哪些行为是受复制权控制的复制行为。我国《著作权法》将复制权定义为“以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利”[②]，但其中对受控行为并未进行穷尽式列举。因此，必须总结出著作权法意义上复制行为的共同特征。

（一）“复制行为”的构成

如果仅仅将“复制行为”理解为“再现”作品的行为，则表演、广播、放映作品，甚至翻译和改编作品的行为都可以被称为对作品的“复制”。但根据绝大多数国家的著作权法，并非所有“再现”作品的行为都是受“复制权”控制的“复制行为”，只有以特定方式对作品“再现”才是著作权法意义上的“复制行为”。

总结各国著作权立法例和相关学说，本书作者认为：要构成著作权法上的“复制行为”，应当满足以下两个要件：

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。如仅将他人的诗歌记住并以朗诵的方式加以再现的行为就不是著作权法意义上的复制，原因是无论记忆还是朗诵都没有导致在有形物质载体上再现作品。特别需要注意的是：记忆是一种精神方面的活动，并非在有形物质载体上再现作品的行为。当然，人的身体在某些情况下是可以充当物质载体的。同样，现在有不少年轻人喜欢“文身”，即将美术图案刻在身体上。只要图案本身是作品，“文身”也是复制行为。

---

① 以“表演权”为例，这3个国家的《版权法》均首先在“定义”或“释义”条款中对“（公开）表演行为”作出界定，然后又在“专有权利”条款中规定：版权人有公开表演作品的专有权利。See (US) Copyright Act, Sec. 101, 106 (4); (Canadian) Copyright Act, Sec. 2, 3 (1); (Australian) Copyright Act, Sec. 27 (1), 31 (1) (a) (iii).

② 《著作权法》第10条第1款第5项。

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。著作权法意义上的复制行为应当是能够导致产生作品复制件的行为，即我国《著作权法》对“复制权”的定义中的“将作品制作一份或者多份”。而要产生作品复制件，就必须将作品相对稳定、持久地固定在有形物质载体之上。例如，印刷厂印刷书籍的行为就是典型的复制行为，因为印刷将使作品被固定在有形物质载体——纸张之上，形成作品有形复制件——书本；而且这种“固定”是相当稳定和持久的，只要人们不去有意识地破坏载体或消除载体上的作品，如用“消字灵”把书本上的文字涂掉，作品都将长期保存在载体之上。相反，如果作品没有被相对稳定和持久地固定在有形物质载体之上，则不能认为发生了复制行为。

例如，在一幅画前面摆放一面镜子以让镜面映出这幅画的全貌，并不是对美术作品的“复制”，因为镜子实际上只是暂时照出了这幅画，而没有真正地把这幅画“固定”在镜子之上，一旦将这幅画拿开，“镜中花”也就消失了。但是，如果一名工匠把这幅画刻在了镜面上，则这面镜子就“固定”了作品，镜面就成了作品的有形物质载体，镜子也就是画的复制件了，该名工匠的雕刻行为就是著作权法意义上的复制行为。同样，电视台对演唱会的现场直播虽然也使音乐作品和歌手的声音通过电视机得以再现，但同样不是著作权法意义上的复制行为。虽然表面上电视机是作品得以再现的物质载体，但实际上被演唱的音乐作品只是通过电视机扬声器被即时地播放，并没有被“固定”在电视机中。因为只要歌星在现场停止演唱，电视机中也不会有音乐作品传出了。同样道理，对油画展览的现场进行直播尽管会导致美术作品出现在电视机屏幕上，但该电视直播行为仍然不是对美术作品的复制。曾经有学者认为：“在无线电广播技术发展起来后，对于无载体的表演实况还可以采用无载体的形式复制，这就是不加录制的现场转播。”[①] 对此需要指出的是：“采用无载体的形式复制”并不是著作权法意义的复制行为。《美国版权法》确实认定未经许可对广播节目的转播可能是侵犯复制权的，但前提正是作品在被播送的瞬间被固定在了有形物质载体之上。[②]

（二）复制行为的分类

根据复制行为涉及的载体类型，大致可将复制行为分为以下几类：

1.“从平面到平面”的复制

所谓“从平面到平面”的复制，是指作品在被复制之时是被固定在平面载体之上的，而被复制之后，仍然被固定在同一或另一种平面载体之上，如静电复印、油印、胶印、铅印、打印、照相翻拍、录音带翻录、录像带翻录、刻录CD、扫描、上传和下载等。这是最为常见和人们最熟悉的一类复制行为。

2.“从平面到立体”的复制

所谓从“平面到立体”的复制，是指作品在被复制之时是被固定在平面载体之上的，而被复制之后，被固定在三维载体之上。在著作权法之中，“从平面到立体”的复制主要指

---

① 郑成思：《版权法》（修订本），166页，北京，中国人民大学出版社，1997。

② 参见美国国会对1976年《版权法》报告中对“固定”的解释，以及Paul Goldstein, *Copyright* (2nd edition), Aspen Law & Business (2002), §2.4。

按照美术作品或设计图制作立体艺术品，以及根据建筑设计图建造建筑作品的行为。

例如，画家用画笔绘制的2008年北京奥运会吉祥物“福娃”是平面美术作品，将其制作成立体的“福娃”玩具，即是一个典型的“从平面到立体”的复制行为。对此世界各国的著作权立法都是高度一致的，如《英国版权法》第17条明确规定：对艺术作品而言，复制包括对平面作品所进行的立体复制。①

同样，根据建筑作品的设计图建造立体的建筑物也是从“平面到立体”的复制。三维的建筑物如果能够给人以美感，是符合独创性要求的作品，则该建筑物本身就受到著作权法的保护。在这种情况下，绘制建筑物的设计图是完成建筑作品的一个关键步骤，因为建筑物具有独创性的设计全都包含在建筑设计图之中了。而他人如果要复制一幢具有美感的建筑物，绝大多数情况下需要拿到建筑物的设计图纸。如果不制止未经许可按照平面建筑设计图来建造三维建筑作品的行为，那么对建筑作品的著作权保护就无法实现。因此，各国（地区）著作权立法都选择用复制权来控制这种行为。如《法国知识产权法典》第L122-3条就明确规定：“复制指以一切方法将作品固定在物质上……建筑作品的复制也指重复进行按图纸或标准方案施工。”我国台湾地区“著作权法”第3条也规定：依建筑设计图或建筑模型建造建筑物者，亦属“重制”（即“复制”）。《日本著作权法》在“复制”的定义条款中规定：对于建筑作品而言，复制包括根据其建筑图纸建造建筑作品的行为。② 我国《著作权法》没有类似的明确规定，以至于有人认为我国《著作权法》对复制采用的是狭义概念，不包括“从平面到立体”的复制。③ 这一观点是不能成立的。如果按照平面美术作品和建筑作品的平面设计图制造和建造与之相对应的三维艺术品和建筑作品的行为不是复制，则未经许可实施也就不是侵犯著作权的行为。如此，则我国对美术作品的保护力度将大大削弱，对建筑作品的保护几乎完全成了一句空话。这不但不符合著作权法基本原理，也是与我国所承担的国际义务相违背的。

典型案例

腾讯诉康福尔

深圳腾讯计算机公司享有对“腾讯QQ企鹅”的著作权。佛山市康福尔电器公司制造并销售一种以企鹅为外形的“氧吧过滤加湿器”，腾讯计算机公司诉康福尔电器公司侵犯其著作权。法院认为：腾讯计算机公司对QQ企鹅美术作品享有的著作权，包括“从平面到立体”的复制制作产品造型。而康福尔电器公司生产的涉案加湿器的外观造型是对腾讯计算机公司享有著作权的QQ企鹅美术作品的使用。这种使用，通过对QQ企鹅美术作品结构、布局、拟人化造型特征的手段上的使用，达到了“从平面到立体”的再现复制。法院因此判决康福尔电器公司停止生产该“氧吧过滤加湿器”并赔偿损失。④

---

① See Copyright, Designs and Patents Act 1988, Sec. 17 (3).

② See Copyright Law, Article 2 (1) (xv) (b).

③ 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，46页，北京，法律出版社，2002。

④ 参见北京市朝阳区人民法院民事判决书（2007）朝民初字第17052号。

腾讯的企鹅

康福尔的企鹅

需要注意的是：我国《著作权法》将工程设计图和产品设计图也列为受保护的作品。那么根据工程设计图和产品设计图去建设工程和制造产品是否构成“从平面到立体”的复制呢？例如，某市为老式楼房安装内置于楼房之中的自动简易灭火装置，这就需要先绘制有关管线铺设的工程图纸。再如，要制造一把多用老虎钳，也需要一张设计图。那么根据这种图纸进行工程的施工建设和产品制造，是否侵犯了工程设计图和产品设计图的著作权呢？

我国1990年《著作权法》第52条第2款规定“按照工程设计、产品设计图纸及其说明进行施工、生产工业品，不属于本法所称的复制”，但在2001年修订《著作权法》时删除了这一条。有人据此认为：根据2001年修订后的《著作权法》，按照工程设计图和产品设计图进行施工和生产工业品的行为属于受复制权控制的复制行为。

这种观点是错误的。不保护操作方法、技术方案和实用性功能是著作权法的基本原则。本书在第一章“著作权的客体”中有关“图形作品”的部分曾经提到：工程设计图、产品设计图之所以能够成为作品，与其设计方案以及与其相对应的工程和产品的实用性毫无关系，而是因为工程、产品设计图是由点、线、面和各种几何图形组成的，包含着设计者眼中严谨、精确、简洁、和谐与对称的科学之美。同样，立体的工程或产品如果只有功能性而无艺术美感，则不能作为作品受到著作权法的保护。该工程或产品即使具有一定艺术美感，但只要该艺术美感无法与其实用性功能在物理或概念上分离，也不能受到著作权法的保护。这是世界各国著作权立法所普遍遵循的原则。例如，《意大利著作权法》在2001年之前规定：艺术作品如果应用于工业产品之上，只有其艺术价值能够与产品的工业实用性分离的才受到保护。[①] 2001年修法时单独列出一类“工业设计作品”，意指“具有创造性，同时本身具有美感”的作品。[②] 根据意大利学者的解释，它同样意味着工业设计中只有纯粹的艺术美感才能受到著作权的保护。[③] 建筑物也是如此：如果建筑物缺乏必要的美感，则不能被称为建筑作品，也不能受到著作权法的保护。

例如，自动简易灭火系统只有实用功能而无艺术美感，本身并不是作品。而尽管一把多用老虎钳在某些人看来具有某些美妙的弯曲和弧线，但只要这些弯曲和弧线的设计是为了使用起来更为省力或提高效率，该老虎钳就不能受到著作权法的保护。同样，一个遵循

---

① See Law No. 633 of April 22, 1941 Protection of Copyright and Rights Related to its Exercise (as last amended on July 29, 1982), Article 2 (4).

② Ibid., Article 2 (10).

③ See Alberto Musson, Mario Fabianin, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company Inc. (2006), Italy, § 2 (4) (c) (i).

古老的常规设计、缺乏美感的简易工棚，也不能作为建筑作品受到保护。对于这种本身不受著作权法保护的立体工程建筑、产品和建筑物，按照其设计图进行施工或建造就不是著作权法意义上“从平面到立体”的复制，他人即使未经许可实施了这样的行为，也不可能构成对复制权或其他著作权专有权利的侵犯。如果认为按照设计图建造和生产本身不受著作权法保护的工程和产品是著作权法意义上的复制行为，未经许可这样做构成对复制权的侵犯，必然会导致以著作权法保护实用功能的结果，这是违背著作权法基本原则的，因此，为世界各国的著作权立法和司法实践所一致拒绝。

那么为什么《著作权法》在2001年修订时要删除1990年《著作权法》有关按照工程设计图、产品设计图进行施工和生产不构成复制的条款呢？这是因为《著作权法》在2001年修订时明确将“建筑作品”列为受《著作权法》保护的作品，这样，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了，因此需要删除1990年《著作权法》的概括式规定。但这绝不意味着修法之后，按照工程设计图和产品设计图去建造和生产不受著作权法保护的工程和产品被承认为著作权法意义上的复制行为。

因此，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。

理论研究

按设计图建造实物是著作权法意义上的复制么

有学者虽然承认我国《著作权法》并不将按照平面设计图建筑和生产立体工程和实用品的行为视为复制行为，但却表示反对，认为“工业设计的使用价值既不在于复制工业设计图形，也不在于制作工程或者产品的模型，而在于完成工程建设和批量生产工业产品，这种行为恰恰是对有独创性的工业设计作品的利用。如果对这种行为不加以控制，那么著作权法规定的对工程设计、产品设计的保护，就会成为一句空话。尽管我国现行著作权法将工程设计、产品设计列为保护对象，但保护范围仅限于‘图纸’而未延及工程和产品本身，所以，实际上没有起到保护工业设计的作用。”[①] 对此需要指出的是：著作权法并不保护任何技术方案和实用功能，而只保护图形中所蕴涵的美感。这就是为什么《著作权法》第3条列出的客体是“工程设计图”和“产品设计图”，而不是“工程设计”和“产品设计”。仅体现了实用功能和技术方案的“工程设计”和“产品设计”本身就不是著作权法保护的对象。当然，与工程、产品设计有关的技术方案可以依法申请专利权，在获得授权之后，他人未经许可使用该项技术的行为，包括以建造工程和生产产品的方式进行使用，都将构成对专利权的侵犯。而该项技术之所以能够被授予专利权，使发明人得以阻止他人未经许可的使用，是因为它经过专利局的审查，符合新颖性、创造性和实用性的要求。而著作权法对作品实行自动保护原则，用著作权法去保护不构成作品的“工程设计”和“产品

① 刘春田主编：《知识产权法》，2版，58页，北京，中国人民大学出版社，2002。

设计”，将意味着在没有审查其新颖性、创造性和实用性，无法保证社会从这些设计中获得充分利益的情况下对其加以保护，这也是为公共政策所不允许的。在这一方面，即使是长期实行“额头流汗”规则的英国版权法，都不承认按照平面设计图建造和生产不受著作权法保护的立体工程和实用品的行为会侵犯复制权。《英国版权法》第51条明确规定：按照对某一物品除表面装饰之外任何内部或外部形状或构造的设计去制造该物品，并不侵犯对设计文件（包括对设计的绘图）的版权（但对艺术品和字体的设计文件除外）。[①] 英国版权法方面的权威著作《现代版权与外观设计法》也指出：根据现行《版权法》，如果有人绘制了废气管的设计图，他人按照该设计图制造了废气管并加以使用并不构成版权侵权。[②]

本书作者同时认为：如果立法者希望在不违背著作权法“不保护实用功能”这一基本原则的前提下，限制他人根据工程设计图或产品设计图建造或制造不具有艺术美感，或者艺术美感与实用功能无法分离的工程或产品，可以考虑学习《意大利著作权法》的模式，在《著作权法》中专门赋予工程设计图和产品设计图设计者一项“邻接权”。这是因为“邻接权”与狭义“著作权”不同，其保护的对象本身就不是“作品”，而是“作品”之外的其他客体。用“邻接权”去保护无法与艺术美感相分离的实用功能并不违背著作权法“不保护实用功能”的基本原则。《意大利著作权法》第99条规定：工程设计图和其他创造性地解决技术问题的方案设计者，除了享有复制图纸的专有权利之外，对于未经许可以营利为目的而实施设计方案的人，有权要求获得合理报酬。但作者必须在图纸上声明保留这一权利，并向文化部交存图纸之后，才能行使这一获得报酬权。该权利的保护期限为交存图纸之日起20年。显然，这一条中提及的“复制图纸的专有权利”是指“从平面到平面”的复制，是狭义著作权对图形作品所提供的保护。而从他人实施图纸中的技术方案即根据图形建设工程或制造产品的行为中获得报酬的权利，根本不属于狭义著作权所控制的“从平面到立体”的复制，而是狭义著作权之外的邻接权对实用功能所提供的特殊保护。

典型案例

迪比特诉摩托罗拉

上海迪比特实业有限公司完成了T189手机的印刷线路板布图设计，而摩托罗拉公司生产的C289手机中复制了T189手机印刷线路板的布图设计。迪比特公司认为：T189手机的印刷线路板布图设计是具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创作成果，是受著作权法保护的工程技术作品和图形作品，原告依法享有著作权；摩托罗拉公司未经许可在C289手机中擅自复制该布图设计的行为构成对其著作权的侵害。

上海市第二中级人民法院认为：印刷线路板是表面制有网状导电图形的绝缘板，其作用是通过它把多个电子元器件（集成电路、电阻、电容等）组合安装并向这些电子元器件提供它们之间需要的电路连接。印刷线路板属于一种具有实用功能的工业产品，不属于文

---

① See Copyright, Designs and Patents Act 1988, Sec. 51 (1) (3).

② See Hugh Laddie etc., *The Modern Law of Copyright and Designs* (3rd edition), Butterworths (2000), § 14.16.

学、艺术和科学作品的范围，不是著作权法保护的客体。但印刷线路板设计图属于图形作品，应受著作权法保护，他人未经著作权人许可，不得复制、发行印刷线路板设计图。同时，著作权法意义上对工程设计图、产品设计图的复制，仅指以印刷、复印、翻拍等复制形式使用图纸，而不包括按照工程设计图、产品设计图进行施工、生产工业产品。因此，被告摩托罗拉公司按照印刷线路板设计图生产印刷线路板的行为，是生产工业产品的行为，而不属于著作权法意义上的复制行为。因此，法院驳回了原告的诉讼请求。①

该案是有关“平面到立体”的复制的典型案例。印刷线路板即使也包含了一定科学美感，但其本身具有技术功能，而且该技术功能与其科学美感无法分离，因此不能受到著作权法的保护。印刷线路板的设计图体现了严谨、精确、简洁、和谐与对称的科学之美，能够作为产品设计图受到著作权法的保护。但按照印刷线路板设计图制造本身不受著作权保护的印刷线路板不是侵犯复制权的行为，否则，必然导致用著作权法保护技术功能的后果，这是与著作权法的基本原则相违背的。

3.“从立体到平面”的复制

“从平面到立体”复制的反方向就是“从立体到平面”的复制，它是指作品在被复制之时是被固定在三维载体之上的，而复制之后体现在二维载体之上。例如，为了制作档案资料而对雕刻作品和建筑作品进行拍摄就是典型的从立体到平面的复制。因为拍摄的结果是使作品由平面载体加以体现和反映，所以在一些立体艺术品的展览会上，组织者是不允许参观者拍摄的，如果未经许可拍摄，就可能构成对复制权的侵犯。但是，雕刻、雕塑和建筑作品等三维作品往往存在于公共场所，如果一概限制公众对这些作品进行“从立体到平面”的复制即拍摄或临摹，对公众而言是不大公平的。因此，许多国家都对这类位于公众场所的立体艺术作品和建筑物的复制权加以一定的限制。如《美国版权法》就明确规定：如果体现作品的建筑处于一般公众可以看到的位置，版权人不得阻止制作、发行或向公众展示建筑作品的照片、图片或其他图形。我国《著作权法》第22条第1款第10项也规定：“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”可以不经著作权人许可。

4.“从立体到立体”的复制

一般情况下，复制他人的三维作品，如雕塑艺术品等，都需要经历“从立体到平面”和“从平面到立体”两个步骤，即先根据立体造型绘出平面设计图，再根据平面设计图复原立体艺术品。但有些技艺高超的艺术家可以直接根据立体艺术品，制作出同样大小或按比例缩放的立体艺术品。本书第一章“著作权的客体”“独创性”一节曾举过美国“上帝之手”案的例子，在该案中，艺术家即直接对照着罗丹的著作雕塑“上帝之手”，制作出了一个缩小版的“上帝之手”雕塑。这就是典型的“从立体到立体”的复制。

5.“从无载体到有载体”的复制

“从无载体到有载体”的复制是指作品在被复制之时，是没有物质载体的，而在复制之后，被固定在了物质载体之上，形成了作品的有形复制件。

例如，某人即兴发表演讲，也即创作口述作品。在此人通过口述创作作品的时候，作

① 参见上海市第二中级人民法院判决书（2002）沪二中民五（知）初字第132号。

品是没有物质载体的（注意此时人体并非物质载体）。但如果有他人通过速记或录音将演讲录制下来，则口述作品就被固定在了物质载体之上，纸张或录音带等就成了作品的复制件。再如，在歌星演唱会上对歌星演唱的录制也是典型的“从无载体到有载体”的录制，无论是被演唱的音乐作品还是歌星的声音，都通过录音被固定在了物质载体之上，形成了音乐作品和表演的复制件。

（三）数字环境中的复制行为

随着技术的发展，不断有新的行为可以符合著作权法对复制行为的要求，成为著作权法意义上的复制行为。例如，历史上最早的复制行为仅仅是手抄、拓印和临摹等以纯手工方式进行的复制，后来随着印刷机、复印机、照相机、摄像机和双卡录音机等机器设备的出现，印刷、复印、录音、录像、翻录、翻拍等新的复制方式也相继出现。而数字技术更是能够使作品以数字化的形式高质量地被固定在新型物质载体之上，形成作品的数字化复制件，从而产生了诸多新型复制行为。

具体而言，数字环境中的典型复制行为包括以下几种：

（1）将作品以各种技术手段固定在芯片、光盘、硬盘和软件磁盘等媒介之上，如将歌曲“固化”在家用 DVD 机中的芯片中，将作品刻录成光盘，将软件“安装”（如通过运行 setup 或 install 程序）或以其他方式“拷贝”到计算机硬盘中，以及用扫描仪将作品扫描成数字化格式保存在计算机中等。1994 年，国家版权局在《关于以 IC 和 CD-ROM 等方式使用音乐作品制作电脑卡拉 OK 付酬问题的通知》中指出：将音乐作品用技术手段存储进 IC 和 CD-ROM 等载体，并通过电脑等技术设备合成再现音乐作品，制作电脑卡拉 OK 的行为是对音乐作品的一种录音。而 1999 年国家版权局颁布的《关于制作数字化制品的著作权规定》更是明确规定：将已有作品制成数字化制品，即以数字代码形式固定的有形载体，不论已有作品以何种形式表现和固定，都属于《著作权法》意义上的复制行为。[①] 2004 年，深圳康佳通信科技公司未经许可将中国音乐著作权协会管理的音乐作品《渴望》固化在电话机 IC 卡上，内置为来电提示的铃音。北京市第二中级人民法院认定：被告将音乐作品固化在电话机 IC 卡上的行为构成复制行为。[②]

（2）将作品上传至网络服务器。在 BBS、个人空间、博客空间等张贴作品都将导致作品以数字化格式在网络服务器硬盘中形成永久性复制件，是典型的复制行为。早在《著作权法》修订之前的 2000 年，北京市第二中级人民法院就已在我国第一起因未经许可上传作品的著作权纠纷——“《大学生》杂志社诉京讯公司、李翔案”中认定，“将他人作品上载的行为亦属于对他人作品的复制”[③]。

（3）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）。从网络服务器或他人计算机的“共享区”下载将导致作品被永久性地保存在本地计算机硬盘，也完全符合复制行为的构成要件。

---

① 该规定已经废止，但本条的规定是正确的。

② 参见北京市第二中级人民法院民事判决书（2004）二中民初字第 11835 号。

③ 北京市第二中级人民法院民事判决书（2000）二中知初字第 18 号。

（4）通过网络向其他计算机用户发送作品。例如，将数字化作品作为电子邮件的“附件”发送给其他用户，也会导致在用户邮件服务器的硬盘上形成作品的永久性复制件。同样，以手机短消息的方式将一首诗发送给他人，也是著作权法意义上的复制行为。

二、发行权与出租权

我国《著作权法》是将发行权与出租权分成两项专有权利加以规定的，但许多国家将这两项专有权利作为一项广义的发行权加以规定。如《美国版权法》第106条第3款规定版权人有以通过销售或其他转移所有权的方式，或以出租、出借方式发行作品复制件或唱片的排他性权利。[①] 这是因为在著作权专有权利体系中，只有发行行为和出租行为涉及作品有形载体在物理空间上的转移，只是前者引起作品有形物质载体所有权的转移，而后者仅引起有形物质载体占有的临时变动。

在著作权专有权利体系中，复制权是财产权利的核心，在各种国际著作权公约和各国的著作权立法中都得到了明确的承认和规定。而与复制权相比，发行权在20世纪70年代之前在许多国家并不是一项独立的权利。这其中的原因可能是：对作品的发行大多要涉及对作品的复制，不复制就不可能发行作品。例如，对于出版书籍而言，在印刷厂以印刷的方式复制作品是前提条件。同样，在电影发行公司发行电影之前，首先要制作电影的拷贝，也就是制作电影作品的复制件。因此，许多国家的立法者认为：只要规定了复制权就足以控制发行行为，而无须单独去规定发行权了。

但是，在20世纪70年代末80年代初，音像制品和计算机软件市场得到了突飞猛进的发展。作品的复制者和作品复制件的提供者往往并不是同一个人或组织，只规定复制权就难以直接阻止那些没有进行非法复制，但却向公众出售或出租非法复制的音像制品和软件的行为。而且随着技术的进步，复制音像制品和计算机软件的成本非常低，复制者往往不仅没有固定的生产场所，也缺乏经济赔偿能力，著作权人仅依靠复制权有时无法通过找到复制者和追究复制者的侵权责任获得充分的法律救济。唯有赋予著作权人以控制销售和出租非法复制件的专有权利，使著作权人能够直接起诉销售和出租非法复制件的人，才能使著作权人的利益得到保障。

与此同时，许多国家的音像出租市场也异常火爆，出租的收入额甚至超过了销售音像制品的收入。许多消费者花较少的钱租回音乐磁带后，立即用双卡录音机予以转录，在还回磁带后，也就不会再购买原版音乐磁带了，这就给唱片公司的利益带来了严重影响。基于这两个原因，发行权与出租权在20世纪70、80年代逐渐得到了承认，许多国家的著作权立法也予以明确规定。1996年《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》作为《伯尔尼公约》在数字化时代的延伸，都明确规定了发行权和出租权。

（一）发行权

根据我国《著作权法》的规定，发行权是指著作权人享有的以出售或者赠与方式向公

---

① 在《美国版权法》中，“复制件”（copy）与“唱片”（或译为“录音制品”，phonerecord）是两个不同的词，这是因为《美国版权法》对作为版权客体的录音有一些特殊规定。

众提供作品的原件或者复制件的权利。[①] 当然，向公众提供作品原件的情况是极为罕见的，因为毕竟原件只有1份，所以发行权主要是用于控制向社会公众提供作品复制件的行为。根据“以受控行为定义专有权利”的基本原理，要理解发行权，同样需要首先搞清什么是著作权法意义上的发行行为。

1. 发行行为的构成

日常口语中所说的“出版发行”与著作权法意义上的发行行为是有一定差异的。“出版发行”一般只是指出版社将作品印刷成册，或制作完成音像制品后，再向社会公开销售。而著作权法意义上的发行行为的主体并不仅限于出版社，同时行为的方式也不限于销售。因此，口语中的“出版发行”仅仅是发行行为的一种而已。

要构成著作权法意义上的发行行为，应当符合以下几个条件：

首先，该行为应当面向“公众”提供作品的原件或复制件。

著作权法意义上的发行又被称为“公开发行”，它仅指面向不特定的公众提供作品的原件或复制件的行为。例如，出版社公开出版一部美术画册，书店出售小说书，以及拍卖行公开拍卖艺术大师的国画原件等，均属于公开发行行为。相反，非公开性地提供作品原件或复制件不构成发行行为，如作者将手稿复印3份分别送给3个朋友。

正因为通过销售或赠与向公众提供作品原件或复制件的行为构成发行，所以即使获得了作品的原件或合法制作的复制件，如果著作权人尚未许可将该原件或复制件向公众销售或赠与，也不能向公众进行销售或赠与。

其次，该行为应当以转移作品有形物质载体所有权的方式提供作品的原件或复制件。

在传统著作权法理论中，只有导致公众获得或得以获得作品原件或复制件的行为才能构成发行行为。《著作权法》将发行权定义为“向公众提供作品原件或者复制件的权利”，该定义已经暗示了这一意思。这是因为“原件”就是作品首次被固定在有形物质载体之上形成的，而“复制件”是指通过复制行为，作品被固定在其他物质载体之上。换言之，无论是“原件”还是“复制件”，均指“作品”＋“有形物质载体”，因此，“提供作品原件或者复制件”就是指提供固定着作品的有形物质载体，也即转移有形物质载体的行为。这也是“发行”行为区别于“表演”、“广播”和“展览”等行为的关键所在。公开朗诵诗歌、演唱歌曲，展览油画，或通过无线、有线系统向公众传送作品虽然也能使公众欣赏到作品的内容，但却不能使公众获得作品的原件或有形复制件，因此，这些行为并非发行行为。与此相对应，“发行权”的意义也就在于：公众如欲长期、反复欣赏、阅读任何形式的作品，必须首先获得作品的复制件，或在个别情况下获得原件。因此，著作权人可以通过行使“发行权”自行或许可他人向公众提供作品复制件，并从公众支付的价款中获得经济回报。

在网络出现之前，能够使公众得以获得作品原件或复制件的行为只能是在市场中出售、出租或出借作品的有形载体，即作品的原件或有形复制件。因此，典型的广义“发行”行为是书店销售书籍，音像店销售、出租唱片或录像带等，而出售、出租或出借均会导致作品有形载体所有权或占有的转移。在此基础上，有些国家还将“出租”行为从“发行”行

① 参见《著作权法》第10条第1款第6项。

为中区分出来，即将转移作品有形载体所有权的行为界定为“发行”（狭义的“发行”），而将有偿临时转移作品有形载体占有的行为定为“出租”[①]。正是由于“发行”的方式是固定的，有些国家和地区的著作权法直接规定：“发行”只能以转移作品有形载体所有权或占有的方式进行，如我国台湾地区“著作权法”规定，著作人享有以移转所有权之方式散布其作品的专有权利[②]；《英国版权法》规定，“发行”系指“将先前未投放流通领域的复制件投入流通领域”[③]；《德国著作权法》规定，“发行”是向公众提供作品的原件或复制件，或将之投入流通领域的行为。[④] 而“流通领域”是指可使作品原件或复制件所有权或占有得以转移的有形市场。

理论研究

通过网络传播向公众提供作品是发行行为么

网络给著作权带来的新问题之一在于，它改变了作品的传播方式，公众无须通过转移有形载体就可以获得作品复制件。当网络经营者或网络用户将作品以数字化文件的方式上传至向公众开放的网络服务器时，其他用户就可以通过网络将该数字化文件下载至自己的计算机中，从而获得作品的复制件。这一过程与传统发行行为的最大不同，在于其不会导致作品有形载体在物理上的转移。销售、出租和出借等传统发行方式均会使作品的有形载体，如纸质书籍、录音磁带和录像带等，从原持有者转移至新持有者手中，交易或流通的结果是作品的有形载体发生了占有者的变更和物理空间的转移。而通过网络传播作品的结果不是原有的数字化文件及其有形载体——硬盘、光盘等脱离网络服务器转移至收件人，而是在网络服务器保有原文件及其载体的情况下，由网络服务器自动制作一份复制件并将其传送至下载者的计算机中。因此，网上传播的结果并非作品有形载体物理空间的变更，而是在新的有形载体上产生了作品复制件，导致复制件在数量上的绝对增加。

显然，从各国著作权法对发行行为的定义来看，由于网络传播不能导致作品有形载体所有权或占有的转移，通过网络向公众传播作品的行为并不能构成“发行”，当然也不受发行权的控制。但是，网络传播能够导致公众获得作品的有形复制件，其客观结果与传统的发行行为并无二致。那么，是否应当对发行行为的定义进行调整，不再将“有形载体所有权或占有的转移”作为构成发行行为的必要条件，使通过网络向公众传播作品的行为也能成为受发行权控制的“发行行为”呢？

迄今为止，除美国和我国香港地区之外，其他各国和地区都对上述问题作出了否定的

---

① 如我国《著作权法》就将“发行权”与“出租权”规定为两项不同的专有权利，分别控制“发行”和“出租”行为。这样，与许多其他国家著作权法中的“发行”相比，我国《著作权法》中的“发行”就是狭义意义上的“发行”，因为它不包括“出租”。

② 参见我国台湾地区“著作权法”第28条之一。

③ (UK) Copyright, Design and Patent Act 1988, Sec. 18. 该条第1款规定，“issue to the public of copies of a work”（向公众散发作品复制件）是“受版权控制的行为”。虽然该款使用的术语是“issue”并非“distribute”，但两者是同一意思。

④ See German Copyright Act, Sec. 17 (1).

回答。[①] 1996年《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》规定，“发行权”是指作者、表演者和录音制品制作者享有的授权通过销售或其他所有权转让形式向公众提供其作品、录制的表演和录音制品原件或复制件的专有权利；同时又在“议定声明”中指出：受“发行权”控制的“原件和复制件仅指可投入流通的有形物品”[②]。由于将数字化文件置于网络服务器之后，服务器的硬盘才是作品的有形载体，载有数字化文件的硬盘才是作品、表演或录音制品的“复制件”，而通过网络传输方式向公众提供数字化作品的复制件并不借助于硬盘这种有形载体所有权的转移，所以，“网络传播”不可能构成“发行”。相反，《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》是通过“向公众提供权”（即我国著作权法中的“信息网络传播权”）控制“网络传播”行为的。

目前，在我国有关“发行权”的最大误解就是认为通过网络传输方式向公众传播作品会构成著作权法意义上的“发行”。实际上，在著作权法中，“发行”与“网络传播”之间的区别是非常清楚的：“发行权”是“向公众提供作品原件或者复制件的权利”，而“信息网络传播权”是“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”。“提供作品的原件或者复制件”意味着转移作品的有形物质载体，而“提供作品”并不涉及有形物质载体的转移。“通过网络向公众传播作品”与“发行”之间在法理上存在着一条不可逾越的界限：凡是通过网络向公众传播作品的行为就绝不可能是我国著作权法意义上的“发行”行为。最高人民法院、最高人民检察院于2004年联合发布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第11条第3款规定：通过信息网络向公众传播他人作品的行为，应当视为《刑法》第217条规定的“复制发行”。而我国《刑法》第217条则规定：以营利为目的，未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品，且违法所得数额较大或者有其他严重情节的，构成刑事犯罪。该司法解释虽然使以营利为目的通过网络大量传播作品的行为得以受到刑事追究，但根据上文的分析，“网络传播”毕竟是与“发行”在构成上截然不同的行为[③]，按照罪刑法定的基本原则，仅仅适用于“复制发行”行为的《刑法》第217条根本就不可能被“具体应用”于“网络传播”行为。而是否应当修改《刑法》，将严重侵犯“网络传播权”的行为也定为刑事犯罪，则应当由全国人大或其常委会在广泛征求意见的基础上作出决定。在我国《刑法》已经废除了“类推”制度的情况下，最高人民法院对《刑法》

---

① 关于美国和我国香港地区的立法和司法实践，请参见王迁：《网络版权法》，第一章第二节，北京，中国人民大学出版社，2008。

② 《世界知识产权组织版权条约》第6条，《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第8条、第12条。其中“议定声明”的原文是：As used in these Articles, the expressions ‘copies’ and ‘original and copies’, being subject to the right of distribution... under the said Articles, refer exclusively to fixed copies that can be put into circulation as tangible objects。

③ 虽然该司法解释第11条第3款将通过信息网络向公众传播他人作品的行为视为“复制发行”，而不是仅视为“发行”，但这仅仅是为了与《刑法》第217条的用语相对应。事实上，如果单纯地复制作品，而不向公众提供作品的复制件，在效果上不可能等同于“通过信息网络向公众传播他人作品”。所以该条司法解释的真实意图是将“通过信息网络向公众传播他人作品的行为”视为“发行”或至少是“复制”与“发行”的结合，而非单纯的“复制”。

第217条的适用范围所作的司法解释，似有超权之嫌，在法理上是应当受到质疑的。

典型案例

《终结者3》案

北京市朝阳区人民法院于2004年对“华夏电影发行公司诉华网汇通技术服务公司和湖南在线网络传播公司侵犯电影发行权案”的判决就是建立在正确区分“发行”与“网络传播”行为基础之上的。在该案中，华夏电影发行公司依法取得了美国电影《终结者3》在中国内地的“独家发行权”。而华网汇通技术服务公司和湖南在线网络传播公司未经许可即将《终结者3》上传至网站上供用户有偿下载。华夏电影发行公司即以该两家公司侵犯其“独家发行权”为由提起诉讼。法院经审理后认为：华夏电影发行公司对影片《终结者3》仅享有影院独家发行权，仅能就侵犯该权利的行为提出主张，而“通过网络擅自上载并传播该影片的行为，并未落入其对该影片所享有的影院独家发行权范畴”。据此法院驳回了华夏电影发行公司的诉讼请求。[①] 显然，既然原告对该部电影只享有“发行权”而不享有“信息网络传播权”，对他人的“网络传播”行为以侵犯“发行权”提起诉讼，属于选择诉因方面的重大错误。它使得诉讼请求成为无源之水、无本之木，理应被法院驳回。[②]

理论研究

应当如何理解《刑法》第217条规定的“复制发行”

我国《刑法》第217条规定：以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金：（1）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的……（3）未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的……

由于第217条“复制发行”之间没有标点符号，引发了一个法律解释方面的问题：这里的“复制发行”是指“复制或发行”还是“既复制又发行”？

2007年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》第2条对此问题的回答是：《刑法》第217条侵犯著作权罪中的“复制发行”，包括复制、发行或者既复制又发行的行为。

本书作者对此持保留意见。根据《刑法》第217条与第218条之间的逻辑关系，本书作者认为《刑法》第217条所说的“复制发行”应当是“既复制又发行”。

《刑法》第218条规定：以营利为目的，销售明知是本法第217条规定的侵权复制品，

---

① 参见北京市朝阳区人民法院民事判决书（2004）朝民初字第1151号。

② 同理，即使原告获得的不仅是“影院独家发行权”，而且是“独家发行权”，仍然不能因被告未经许可将电影置于网上传播而胜诉。

违法所得数额巨大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

根据《著作权法》第10条对“发行”的定义，向公众出售或赠与作品的原件或复制件即为著作权法意义上的“发行”。如果发行的对象是侵权复制品，则该行为构成对“发行权”的侵犯。《刑法》本身既然对“发行”没有进行任何界定，则《刑法》意义上“发行”的含义应当与《著作权法》第10条对“发行”的定义是一致的。根据《刑法》第218条，在明知的主观心理状态下销售侵权复制品，违法所得数额巨大的，构成犯罪，而销售侵权复制品正是最典型的侵犯“发行权”的行为。同时需要指出的是：只有“销售”和“赠与”才能构成“发行”，而“赠与”是不会有“违法所得”的，因此，《刑法》第218条就等于规定：侵犯“发行权”，违法所得数额巨大的，构成犯罪。

如果可以将《刑法》第217条中的“复制发行”解释为“包括复制、发行”，那么没有未经许可复制作品，而仅仅是在明知的心理状态下销售侵权复制品，违法所得数额巨大的，究竟应当根据《刑法》第217条还是第218条定罪呢？根据上述司法解释这个问题是无法得到准确回答的，因为销售侵权复制品是典型的“发行”行为，既然《刑法》第217条中的“复制发行”可以被理解为包括单纯的“发行”，则对于该行为同时可以根据《刑法》第217条和第218条定罪。那么《刑法》第218条的意义何在呢？完全可以从《刑法》中删除了！

只有将《刑法》第217条的“复制发行”解释为“既复制又发行”，第218条才有存在的必要。因为这样一来，单纯侵犯发行权的行为只能根据第218条定罪，而同时侵犯复制权和发行权的行为才能根据第217条定罪。这样的解释才符合《刑法》条文的内在逻辑。

2. 发行权一次用尽

“首次销售原则”（the first sale doctrine），又称“权利穷竭原则”或“发行权一次用尽原则”，是著作权法中一条限制版权人专有权利的重要原则。[①] 它的含义是：虽然著作权人享有以所有权转移方式向公众提供作品原件或复制件的发行权，但作品原件和经授权合法制作的作品复制件经著作权人许可，首次向公众销售或赠与之后，著作权人就无权控制该特定原件或复制件的再次流转了。合法获得该作品原件或复制件所有权的人可以不经著作权人许可将其再次出售或赠与。换言之，著作权人对特定作品原件或复制件的发行权在该特定原件或复制件首次被合法向公众销售或赠与后即“穷竭”或“用尽”了。一些国家在著作权立法中对这一原则作了明确规定，如：《美国版权法》第109条a款规定：“根据本法合法制作的复制件或唱片的所有人，或任何经该所有人授权的人都有权不经版权人许可而销售或以其他方式处分对复制件或唱片的占有。”《德国著作权法》第17条第2款规定：“如作品的原件或复制件经发行权人同意已经通过销售在欧盟境内投放市场，则许可其继续流转。”《英国版权法》第18条第2款规定：发行权不适用于首次销售之后散发、销售或出租作品复制件的行为。《日本著作权法》第26条（b）款第2项规定：如作品原件或复制件的所有权经发行权人或其授权的人许可已向公众转让，则发行权不再适用于该原件或复制件。正是由于“发行权一次用尽”原则的存在，书店可以将从批发商那里购进的正版书籍

① “首次销售原则”是美国等英美法系国家的提法，“权利穷竭”是欧洲大陆法系国家的提法。

予以公开销售，个人也可将其用过的正版书籍和唱片在二手市场出售，而无须经过著作权人的许可。

“发行权一次用尽”的基础在于前网络时代作品和其有形载体的不可分性。对于作为作品原件或复制件的书籍或唱片等而言，它们具有双重属性：首先，它们有长、宽、高，占据一定物理空间，能够为人力所控制和支配，是物权法意义上的“有体物”，是物权的客体，购得书籍或唱片者对其享有物权法上的“所有权”。其次，它们又承载着作为智力创造成果的作品，而使用作品的特定行为受到著作权专有权利的控制。这样，对书籍或唱片的使用，就会同时涉及所有权与著作权。在许多情况下，这两类权利并不发生冲突，例如，阅读书籍或在自家播放唱片，既属于对“物”的使用，又没有侵犯著作权人对其作品的任何一项专有权利。然而，当书籍或唱片的所有权人意欲在公开市场上出售该书籍或唱片时，就可能导致所有权和发行权的冲突，因为出售合法购得的作品原件或复制件属于对所有权的行使，而该行为又构成对作品的发行行为，受发行权的控制。

考虑到著作权法创设发行权的主要目的在于防止他人出售作品的非法复制件，在作品原件或复制件已经经过著作权人授权在市场公开流通的情况下，如果允许著作权人限制买受人转售其购得的作品原件或复制件，就偏离了发行权的立法目的，而演变为授权著作权人对他人所有权和有形财产的合法流通加以干涉了，这将严重损害允许合法商品自由流转这一市场经济赖以存在的基本规则。因此，对于已经经过著作权人许可向公众发行的作品原件和合法复制件而言，著作权人的发行权已经“一次用尽”或“穷竭”，著作权人无权阻止该特定原件或复制件的所有权人向公众出售或赠与。

“发行权一次用尽”原则对于保证商品自由流通具有重要意义。例如，在美国发生的 Burke & Van Heusen, Inc. v. Arrow Drug, Inc. 案中，原告是音乐作品的版权人，授权第三方销售音乐唱片，但在协议中规定唱片必须与一种洗发水一起销售。第三方将唱片与洗发水一起卖给了被告，而被告又将唱片单独转卖，版权人起诉其侵犯版权。美国法院判决：即使被告知道版权人与第三方关于唱片必须与洗发水一起销售的限制，被告基于“首次销售原则”单独转售唱片的行为也不构成侵权。[①] 美国联邦第五巡回上诉法院在后来的案例中也指出：“对于首次销售原则的法律是清楚的……即使版权人对于首次销售中的购买者施加了限制，购买者无视这一限制并不使购买者或二手市场中的购买者构成版权侵权。”[②] 这样，在合同相对性原则和“发行权一次用尽”原则的共同作用下，购买了经著作权人授权出售的作品原件或复制件的人就可以自由地行使自己对“物”（作品原件或复制件）的所有权。无论著作权人在授权向公众出售该作品原件或复制件时，向销售者施加了怎样的限制条件，都不能阻止合法买受者再出售该作品原件或复制件。

“发行权一次用尽”原则的适用有两个条件：首先，作品复制件必须经著作权人授权或根据法律规定合法制作。对于非法制作的作品复制件，如盗版电影光盘等，由于其在市场上的销售不可能经过著作权人许可，所以没有“发行权一次用尽”的适用余地，盗版电影光盘无论辗转落入何人之手，也无论买受人在购买时是否知道该电影光盘是非法复制件，

---

① Burke & Van Heusen, Inc. v. Arrow Drug, Inc., 233 F. Supp. 881 (E. D. Pa., 1964).

② American Int'l Pictures, Inc. v. Foreman, 576 F. 2d 661, at 663 - 664 (5th Cir., 1978).

持有人公开销售盗版电影光盘的行为都是侵犯电影著作权人的发行权的。再如，小说作者与出版社签订合同，授权出版社限量印刷出版 1 000 本，出版社销售这 1 000 本之后，购得此书的书店或消费者再次公开销售此书适用“发行权一次用尽”原则，并不构成对发行权的侵犯。但如出版社在该 1 000 本售罄之后，未经作者再次授权就自行加印了 3 000 本，则出版社销售这 3 000 本的行为侵犯了作者的发行权，如一家书店购入这 3 000 本之后再向消费者出售，并不能适用“发行权一次用尽”原则，因为这 3 000 本是未经著作权人许可非法制作的复制件。其次，作品原件或合法制作的作品复制件已经经过著作权人许可或根据法律规定向公众销售或赠与。换言之，对于特定的原件或合法复制件，著作权人已经许可过“一次”发行了。即使对于作品原件或合法制作的复制件，如果著作权人和法律并未授权以出售或赠与的方式向公众提供，他人擅自向公众提供，以及购买者或受赠者再次向公众出售或赠与，均构成对发行权的侵犯。

典型案例

对赠品适用“发行权用尽原则”么

美国环球唱片公司向许多音乐评论人和广播电台制作者寄送了用于试听的赠品 CD，其在 CD 上声明：该 CD 是唱片公司的财产，只许可收件人进行个人使用。接受本 CD 就表明同意遵守许可条款。不得转售或转让 CD，否则，可能根据联邦或州法承担责任。有一家公司并没有收到环球唱片公司寄送的 CD，但其设法从其他收件人手中弄到了这种 CD，并通过 eBay 网站出售。环球唱片公司起诉其侵犯发行权。本案的关键问题在于：对于该赠品是否适用“首次销售原则”？法院认为：虽然唱片公司在 CD 上作了声明，但美国《未经订购商品法》明确规定：对于未经订购而主动寄送的商品，接收人有权持有、使用、丢弃或以任何方式处置，而不会导致对寄送者的责任。CD 上的声明因明显与该规定相抵触而无效。因此，环球唱片公司主动寄送 CD 的行为导致了 CD 所有权的转移。根据“首次销售原则”，接收者可以不经环球唱片公司许可而销售该 CD。[①]

（二）出租权

根据我国《著作权法》的规定，出租权是“有偿许可他人临时使用电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件的权利，计算机软件不是出租的主要标的的除外”[②]。需要注意的是：这一对出租权的定义与 TRIPs 协定、《世界知识产权组织版权条约》及世界各主要国家和地区对出租权的定义不同，后者均将出租权定义为出租作品“原件或复制件”，而非出租“作品”的权利。如 TRIPs 协定第 11 条规定：“至少就计算机程序和电影作品而言，成员国应给予作者及其合法继承人准许或禁止向公众商业性出租其有版权作品的原件或复制件的权利。”《世界知识产权组织版权条约》第 7 条规定：“计算机程序、电

① UMG Reocrdings v. Tory Augusto, 628 F. 3d 1175 (9th Cir., 2011), at 1180 - 1181.

② 《著作权法》第 10 条第 1 款第 7 项。

影作品……的作者，应享有授权将其作品的原件或复制件向公众进行商业性出租的专有权。”将出租定义为提供“作品”与定义为提供“作品的原件或复制件”不同，后者意味着只有转移作品有形载体（原件或复制件）占有的行为才构成出租。例如，2011年年初，许多视频网站提供电影《让子弹飞》的“限时观看”服务，即用户支付5元后，就可以在48小时内在线观看这部电影。根据TRIPs协定等国际条约和其他国家立法的规定，这种行为由于没有提供“作品的原件或复制件”，即未转移作品有形载体的占有，不可能构成“出租”行为。实际上，发行权和出租权之所以被认为属于一类权利，就在于其所控制的行为具有共同特征——涉及对作品有形载体的转移，只不过发行转移的是有形载体的所有权，而出租转移的是有形载体的占有。美国等国至今仍然采用广义发行权的概念，将出租视为发行的一种形式，只不过作出了对出租不适用“发行权用尽”的特殊规定。因此，我国《著作权法》对出租权的定义，有待于修改、完善。

我国《著作权法》只将有关作品的出租权赋予了影视作品和计算机软件这两类作品的权利人。这意味着向公众出租影视作品和计算机软件是需要经过著作权人许可的行为。但对于计算机软件而言，如果软件并非出租的主要标的，而是作为被出租物中的一个次要附属，则该出租行为无须获得著作权人许可。例如，某人向公众出租全自动洗衣机，而全自动洗衣机必然装有固化了计算机软件的电脑芯片而该软件并非出租的主要标的，因此，未经软件著作权人许可出租固化了软件的全自动洗衣机并非侵犯出租权的行为。

虽然我国《著作权法》规定了出租权，但由于目前我国影视作品和软件作品的盗版率较高且盗版售价很低，购买盗版远较租赁合算，再加上近年来从网络中下载影视剧和软件较为便捷，音像出租店在城市中已难觅踪影，而软件出租店几乎从未出现过。既然出租行为都不再存在，以控制出租行为为己任的出租权还有何价值呢？因此，《著作权法》规定出租权，宣示意义大于实际意义。

三、公开传播权

在著作权财产权体系中，有一类权利被称为“公开传播权”，它控制的是以不转移作品有形载体所有权或占有的方式向公众传播作品，使公众得以欣赏或使用作品内容的行为，如对作品公开进行的表演、播放、广播和展览等。发行权和出租权虽然也使公众获得了作品，但却是以转移作品有形载体所有权或占有方式进行的，因此，发行权和出租权并不属于“公开传播权”。

“公开传播权”作为一大类权利，又可被拆分为数项权利。各国著作权法中的拆分方法并不同。如《美国版权法》将“公开传播权”拆分为表演权和展示权两项权利，表演权不仅用于控制舞台表演和机械表演，还控制广播、放映和网络传播等行为。而多数国家则拆分得比较细，如《日本著作权法》将“公开传播权”拆分为表演权、广播权和朗诵权。《英国版权法》则拆分成了表演权、放映权、播放权和广播权4种权利。《德国著作权法》则拆分得更细：表演权、朗诵权、放映权、广播权、电台传播权。[①] 而我国《著作权法》中属于

① 在网络出现之后，通过网络传播作品的行为也属于“向公众传播”。对此多数国家采用了扩大现有专有权利的方法对其加以控制，也有的国家为此新增一项权利。本书将在下文“信息网络传播权”部分将进行讲解。

“公开传播权”的专有权利包括表演权、放映权、广播权、信息网络传播权和展览权5项权利。

“公开传播权”控制的当然是“公开”传播作品的行为，也就是向公众传播作品的权利。如果传播是在私人家庭之中进行的，则不构成公开传播行为，如在家中播放音乐和电影等。而在那些人群聚集的公开场所如广场、公园、影剧院、超市和餐厅等传播作品则构成公开传播行为。但是，在其他情况下如何判断一种传播作品的行为是否是“公开”进行的呢？

我国《著作权法》并未规定构成“公开”的标准。从其他国家和地区的立法与司法实践来看，只要使家庭成员和经常交往的朋友圈子之外的不特定人能够阅读、欣赏或以其他方式使用作品，就构成了公开传播行为。如我国台湾地区“著作权法”第3条规定：“公众：指不特定人或特定之多数人。但家庭及其正常社交之多数人，不在此限。”因此，在以下情况下对作品传播也是公开传播：（1）受众在地理上是分散的，但同一时刻不特定的公众能够欣赏作品。例如，某旅馆通过内部的闭路电视系统向各房间播送电视，虽然旅馆中的客人并未集中在一起观赏，但能够在各自的房间内观赏，则该旅馆的行为构成对电影的公开传播。（2）受众在欣赏作品的时间上是分散的，但日积月累的效果是使大量不特定公众能够欣赏作品。例如，餐厅播放音乐的某个时间点，进餐的客人可能并不多，但只要音乐持续在播放，就能使众多不特定的客人欣赏音乐，故餐厅播放音乐的行为同样构成向公众传播。（3）在半公开的场合如大中院校、机关和工厂等传播作品。

当然，要构成对作品的“公开传播”，行为人必须出于使构成“公众”的预定受众欣赏作品的目的，对其实施传播行为。如果“公众”欣赏作品的结果，仅是偶发和意外现象，则不存在“公开传播”行为。[①] 例如，在家中播放音乐时音量过大，导致过路人也能听到。虽然过路人是“公众”，但该播放行为并不构成“公开传播”。

“公开传播权”之中的各类子权利可以根据受众所处的场所分为两类。第一类权利控制在现场向公众传播的行为，这类权利包括表演权、放映权和展览权。第二类权利控制向不在传播最初发生地的公众传播的行为，这类权利包括广播权和信息网络传播权。因此，未经许可在娱乐场所播放背景音乐的行为只构成对表演权的侵犯，而不可能构成对广播权的侵犯。[②] 同样，电视台未经许可播放电影，也只构成对广播权的侵犯，而不可能构成对放映权的侵犯。

典型案例

小放映厅播放电影案

被告经营一家电影放映厅，该放映厅分成一个一个小房间，大部分房间只能容纳2人，一小部分房间可容纳4人。这些房间中安装有电影放映装置，顾客付费后可选择电影欣赏。

---

① Società Consortile Fonografici (SCF) v. Marco Del Corso, Court of Justice, Case C-135/10, paras. 82, 91.

② Circul Globus Bucuresti (Circ. & Variete Globus Bucuresti) v. Uniunea Compozitorilor si Muzicologilor din România-Asociatia pentru Drepturi de Autor (UCMR-ADA), Court of Justice, Case C-283/10, paras. 35-41.

原告是部分电影的制片人，起诉被告未经许可公开放映其享有版权的电影。

本案争议的焦点之一是被告在只能容纳2人～4人的小房间播放电影的行为是否构成公开放映。法院认为：每一个小房间都是对公众开放的。虽然在一个房间内同时观赏电影的观众人数有限，但电影是被反复播放的，经过一段时间之后会导致无数观众对电影的观赏。因此，被告的行为构成对电影的公开播放。①

（一）表演权

根据我国《著作权法》的规定，表演权是“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”②。据此，我国表演权控制的是两种类型的行为——由演员对作品现场进行的公开表演（现场表演），以及将对作品的表演以各种手段进行公开播送，其中最为典型的是将对作品的表演录制下来之后使用机器设备进行公开播放（机械表演）。

1. 现场表演

根据我国《著作权法》，由人对文字作品、戏剧作品、音乐作品和舞蹈作品所进行的公开现场表演都是著作权法意义上的表演，如在公开场合对诗歌的朗诵、对音乐的演奏、对歌曲的演唱、表演舞蹈和上演戏剧等。当然，即使是未经著作权人许可的公开表演，如果属于《著作权法》第22条规定的“免费表演”，也不构成著作权侵权。因此，举办演唱会时，如果被演唱的歌曲是尚在著作权保护期之内的作品，主办方应直接向著作权人或向代表音乐著作权人的集体管理组织取得授权，而不能“想唱就唱”。例如，“旭日阳刚”组合在2011年春节联欢晚会上因演唱由汪峰创作的歌曲《春天里》而红遍全国，但汪峰随后要求“旭日阳刚”组合停止未经授权在商业演出活动中翻唱该歌曲，引起了公众热议。从著作权法角度看，在商业演出活动中演唱歌曲应获得著作权人的授权，否则，即构成对表演权的侵权。《著作权法》第37条第1款对此明确规定：使用他人作品演出，表演者（演员、演出单位）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。

典型案例

邓丽君经典歌曲演唱会案

2009年5月，被告在北京展览馆主办了名为“何日君再来”的邓丽君经典歌曲2009全球巡回演唱会北京站的演出，在演唱会中未经许可公开表演了《月亮代表我的心》、《甜蜜蜜》、《恰似你的温柔》、《海韵》以及《独上西楼》5首歌曲，但并未征得著作权人及中国音乐著作权协会（以下简称音著协）的许可，也未交纳著作权使用费。这5首歌曲的词曲作者已将其著作权授权给我国台湾地区著作权协会行使，该协会又与音著协签订了“相互代表合同”，由音著协在大陆行使这5首歌曲的著作权。针对上述事由，音著协起诉被告侵犯

① Columbia Pictures Industries, Inc. v. Reed Horne Inc., 568 F Supp. 494 (W. D. Pa., 1983).

② 《著作权法》第10条第1款第9项。

该5首歌曲的表演权。

法院认为：演出组织者组织演出，使用他人作品的，应取得著作权人的许可，并支付报酬。但被告在其组织的演唱会中使用音著协管理的涉案5首歌曲，并未征得许可，亦未支付报酬，故侵犯了相关著作权人的表演权。①

2. 机械表演

“机械表演”的概念根据各国对表演权控制范围的规定不同而有所差别。如根据《美国版权法》，放映电影和广播作品的行为都受表演权的控制，因此是《美国版权法》意义上的机械表演行为。而我国是将表演权与放映权、广播权分开规定的，机械表演在我国就仅指将对作品的表演使用机器设备予以公开播放的行为，而不包括公开放映电影和通过广播传播作品的行为。

例如，在夜总会、歌舞厅、商场、超市、宾馆、酒店、餐馆、飞机、火车等场所播放背景音乐的行为就是典型的机械表演。在这些经营场所播放背景音乐带有营利性质，应当向音乐著作权人支付报酬，否则，将构成对著作权的侵犯。目前，代表音乐著作权人管理音乐作品的集体管理组织——音著协已经制定了适用于各类经营场播放背景音乐的收费标准，经营场所在支付了许可费之后，就可以合法地公开播放由音著协管理的音乐作品了。

典型案例

购物广场播放背景音乐案

被告在其经营的“人人乐购物广场”播放了由音著协管理的背景音乐《拯救》，但未向音著协支付使用费。法院认为：被告在其经营场所将涉案音乐作品作为背景音乐播放的行为虽然不能直接获利，但可以起到营造氛围、提高消费者在购物过程中的愉悦程度，进而促进商家销售的作用，是一种间接获利的商业性使用行为。因此，被告在营业性场所播放背景音乐的行为，侵犯了著作权人的表演权。②

（二）放映权

《著作权法》规定，放映权是“通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影和以类似摄制电影的方法创作的作品等的权利”。公开放映行为在许多国家的著作权法中都被定为机械表演的一种，但也有一些国家单独设立放映权控制公开播放美术作品、摄影作品和电影作品等的行为，如《德国著作权法》第19条第4款。我国《著作权法》采取的是后一种立法模式。

放映权意味着公开播放电影等作品的行为应当经过著作权人的许可并支付报酬。在我国现实生活中，宾馆、餐厅等公开场所和学校、工厂、机关等半公开场所播放电影实际上

① 参见北京市朝阳区人民法院民事判决书（2010）朝民初字第20969号。

② 参见四川省成都市中级人民法院民事判决书（2009）成民初字第568号。

并未向电影著作权人支付许可费。这一问题的解决除了有待于全民知识产权意识的提高之外，更重要的是电影作品著作权集体管理组织要开展对放映权的集体管理，以统一发放放映电影的许可并收取许可费。

（三）广播权

我国《著作权法》规定，广播权是“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”[①]。这一定义基本来自于《伯尔尼公约》第11条对广播权的规定。广播权控制3种对作品的广播行为，分别为：无线广播、以无线或有线方式转播和公开播放接收到的广播。

1. 无线广播

无线广播是指把构成作品的文字、声音或图像转化成电磁波，通过无线信号发射装置传送到远端去，由远端的接收装置还原成文字、声音或图像予以播放。广播电台、电视台和广播卫星的广播都属于无线广播。

电视台播放电影属于著作权法意义上的放映行为还是广播行为呢？表面上看该行为同时符合放映行为和广播行为的特征，但在同时规定了放映权和广播权的国家中，该行为应当属于广播行为，因为电视台播放的效果不在于使现场的观众能够观赏电影，而是将电影转化成电磁波通过无线信号发射装置传送到远端去，由远端的接收装置还原成电影声音和图像予以播放。

我国1990年《著作权法》第43条规定：广播电台、电视台非营业性播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人、表演者、录音制作者许可，不向其支付报酬。对此，首先需要注意的是：该条中有关“播放录音制品”可以不经“表演者和录音制作者许可”的规定完全没有必要，因为《著作权法》根本没有赋予作为邻接权人的表演者和录音制品制作者以广播权，广播电台、电视台播放录音制品当然无须经过表演者和录音制品制作者许可。本书在第六章还将对此进行讲解。其次，该条规定广播电台、电视台非营业性播放录音制品无须经过被固定在录音制品中作品的著作权人许可、不向其支付报酬，等于完全剥夺了著作权人享有的广播权，是与《伯尔尼公约》直接冲突的。特别是从各国音乐作品集体管理组织的实践来看，从广播电台、电视台收取的播放音乐作品的许可费占了集体管理组织所收全部许可费的大多数，规定广播电台、电视台播放音乐作品可以不支付报酬将极大地损害音乐著作权人的利益。

因此，在2001年修订《著作权法》时，第43条（2010年第44条）被修改为：“广播电台、电视台播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人许可，但应当支付报酬。当事人另有约定的除外。具体办法由国务院规定。”

需要注意的是：这里所说的广播电台、电视台播放已经出版的录音制品应当付酬，是指向被录制为录音制品的音乐作品著作权人付酬，而不是向录音制品制作者（唱片公司）付酬。这是因为广播电台、电视台的播放行为属于《著作权法》规定的广播行为，而《著作权法》只赋予作品的著作权人以广播权，没有赋予录音制品制作者以广播权。由于付酬

① 《著作权法》第10条第1款第11项。

“具体办法”的制定曾长期搁置，广播电台、电视台也一直没有向音乐作品著作权人支付报酬，严重损害了音乐作品著作权人的利益。2009 年 11 月，国务院终于颁布了《广播电台电视台播放录音制品支付报酬暂行办法》，规定了广播电台、电视台向音乐作品著作权人付酬的具体方式和标准。至此，音乐作品著作权人无法从广播电台、电视台获得合法报酬的时代终于结束，标志着我国著作权保护制度的进步。

2. 以无线或有线方式转播

以无线或有线方式转播，是指将接受到的无线广播信号通过无线电波或有线电缆等方式加以同步传播，以使原本无法接受或无法清晰地接受无线广播信号的受众也能收听或收看到被广播的作品。例如，电影著作权人授权甲电视台通过无线信号播放电影，乙电视台收到甲电视台传送的广播信号之后，通过自己的信号发射装置对该广播信号进行实时地传送，或者通过自己经营的有线电缆系统将该广播信号实时地传送到订户家中，就属于受广播权控制的转播行为。

为什么广播权要控制转播呢？这是因为著作权人在授权广播电台、电视台播放作品时，只预料到在该广播电台和电视台信号覆盖的范围之内的私人家庭会通过收音机或电视机欣赏作品。可以想象：著作权人授权一个小县城的电视台播放其作品与授权一个大城市的电视台播放其作品收取的许可费是不同的，后者必然高于前者。这是因为两者信号覆盖的范围不同，受众的人数就会有很大差异。而转播会扩大受众的范围，而且往往给转播者带来了经济利益。

需要注意的是，《著作权法》的用语——“以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品”很容易被理解为“以有线方式”进行的“传播或转播”，也即广播权只控制以有线方式进行的转播，而不控制以无线方式进行的转播。这一理解是不能成立的。《著作权法》对广播权的规定直接来源于《伯尔尼公约》对“广播和相关权”的规定。《伯尔尼公约》的原文是“any communication to the public by wire or by rebroadcasting of the broadcast of the work...”，《著作权法》与之相应的条文中“转播”一词显然译自“rebroadcasting”。而 rebroadcasting 一词在国际条约中特指“以无线方式进行的同步传播”。这一点从该条的句式结构中也可以得到印证。该条中的“by wire”与“by rebroadcasting”之间是“或”（“or”）。“或”之前与之后的行为方式显然是并列关系，而与“有线”并列的当然是“无线”。因此，《伯尔尼公约》既控制以有线方式进行的转播，也控制以无线方式进行的转播。对于我国《著作权法》对广播权的规定也应作相同的解释。

需要注意的是：今天有线电视的作用与 30 年之前相比已经发生了巨大变化。大部分有线电视台已经不是单纯地将接收到的无线广播节目通过有线系统加以转播，而是直接播送作品。那么，这种并非“有线转播”，而是直接进行“有线广播”的行为是否受到我国《著作权法》中广播权的控制呢？

从广播权定义条款来看，答案是否定的。因为该条款将第二种受控制的广播行为限定在“以有线传播或者转播的方式向公众传播广播的作品”，换言之，只有对已经被广播的作品进行再传播才是受广播权控制的行为，直接通过有线系统播放作品则不是。

但是，这并不意味着这种有线广播行为就无须经过著作权人许可和支付报酬。它不属于受广播权控制的行为只是因为《著作权法》对广播权的规定来自于《伯尔尼公约》规定的“广播和相关权”，而《伯尔尼公约》中的“广播（broadcasting）”仅指以无线方式传送信号的行为。因此，《伯尔尼公约》第 11 条之二规定的“广播和相关权”，仅控制以无线方

式传送作品的信号，以及对该无线信号以无线或有线方式进行转播或播放的行为。对于直接通过有线系统传送作品的行为，《伯尔尼公约》是在其他条款中加以规制的。从法理上看，通过有线系统公开广播作品的行为与通过无线信号公开广播作品的行为除了在受众人数上有所差异之外（能欣赏有线广播节目的受众人数较少，因为欣赏的前提是与有线电视台签订合同、安装有线系统），在将作品向公众传播这方面并没有本质差别，因此，这种有线广播行为仍然应当受到著作权人的控制。我国《著作权法》第10条第1款第17项规定的“应当由著作权人享有的其他权利”应当包含著作权人实施这种有线广播行为的专有权利。①

3. 公开播放接收到的广播

公开播放接收到的广播，是指在接收到包含作品的广播节目之后，通过扩音器、电视机等设备或手段将其向公众播放。例如，商场和超市等通过连接收音机的扩音器或通过大屏幕电视机，使公众能够欣赏到广播电台、电视台正在播出的作品，即为典型的第三种广播行为，因此，应当向被广播作品的著作权人支付报酬。

有人可能会认为：这些经营场所接收并播放广播电台、电视台正在播出的广播节目是对广播的正常利用，应当已经得到了被广播作品著作权人的默示许可，无须再支付报酬。这种观点是不能成立的：首先，《伯尔尼公约》和我国《著作权法》明确规定公开播放接收到的广播是受广播权控制的行为。如果法律认定著作权人在许可广播电台、电视台对其作品进行无线广播时，就已经许可接收者在公开场所打开收音机、电视机等装置向公众播放被广播的作品，则在立法上根本没有必要规定这种公开播放广播的行为受广播权控制。其次，与以无线或有线方式转播受广播权控制的理由相似，著作权人在授权广播电台和电视台广播其作品时，是以只有在该广播电台和电视台信号覆盖的范围之内的私人家庭会通过收音机或电视机欣赏作品为前提的。而经营场所通过音像装置公开播放接收到的广播，不但会扩大无线广播受众的范围、超出了著作权人授权无线广播时对受众群体的预期，而且实际上是使用被广播的作品谋取利益。因此，著作权人对这种营利性公开播放广播的行为有权加以控制。

由于面对的是难以计数且在地理上分散的经营场所，著作权人只能通过集体管理组织向这些场所发放许可和收取许可费。但是，集体管理组织向广播电台和电视台针对其无线广播行为收取作品使用许可费的工作才刚刚开始，要实现向播放广播的经营场所收取许可费的目标，可能还需要等待相当长的一段时间。

典型案例

旅馆播放电视节目案

一家西班牙旅馆在每个房间中安装了电视机，入住旅馆的客人可以打开电视机欣赏音乐节目。集体管理组织“西班牙作者和出版商协会”（简称SGAE）对该旅馆提起诉讼，要求其就公开广播音乐作品的行为支付报酬。《西班牙知识产权法》对公开传播权的规定是根据欧盟《版权指令》修改的，而《版权指令》又与《伯尔尼公约》和《世界知识产权组织版权条约》

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，63～64页，北京，法律出版社，2002。

的规定一致。巴塞罗那地区法院认为：在旅馆房间中使用电视的行为并不涉及向公众传播作品。此案上诉到巴塞罗那上诉法院之后，法院请求欧盟法院对相关法律问题进行解释。

欧盟法院指出，本案中，“公众”是指经电视传播的作品的不特定潜在受众，不仅包括当时在旅馆房间中的客人，也包括其他可能入住并在房间中收看电视节目的人。特别是考虑到旅馆的退房和入住很频繁，会有相对大量的人群能够进入旅馆房间，这些人构成了公众。

根据《伯尔尼公约》第11条的规定（也即上文所述的对“有线转播”的规定），本案中旅馆的行为属于对已被广播的作品的传播，属于广播权的控制范围。同时，《世界知识产权组织版权条约》规定，只要传播行为使公众“能够”获得作品，就应当受到公开传播权的控制。因此，入住宾馆的客人是否实际打开了电视机无关紧要，因为其已经“能够”通过电视机欣赏被广播的作品。虽然是否以营利为目的并不能影响对公开传播行为的认定，但旅馆提供电视机会影响房间定价，为旅馆带来收入。[①] 因此，旅馆应当获取权利人的授权。

（四）信息网络传播权

《著作权法》规定：信息网络传播权是“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”[②]。

信息网络传播权是2001年修订《著作权法》时为了应对互联网对著作权保护带来的挑战而新规定的。在网络出现之前，传统的传播行为是一种由传播者“单向”提供作品内容，供公众欣赏的行为。公众只是被动的接受者，只能在作品传播者指定的时间或者在传播者指定的地点欣赏作品。例如，一位画家要在上海美术馆举办个人画展，中国芭蕾舞团要在中国大剧院演出“天鹅湖”，人们只能在画展和演出组织者指定的时间、在其指定的地点去欣赏作品。同样，中央电视台预告在下午3点至4点播出“流行金曲”节目，希望欣赏的观众虽然可以自己选择一个收看的地点，如自己家中、朋友家中或办公室中，但却只能在当天下午3点至4点这个时间段收看。因此，无论是现场表演、机械表演、广播电台和电视台的广播还是展览，这些传统的传播作品的行为都是一种由受众被动接受的“单向传播”。

而通过网络传播作品带来了传播模式上革命性的变化，它是一种双向作用的“交互式传播”。如果一部电影被人进行“数字化”后上传至向公众开放的网络服务器上，只要电影本身没有被删除以及网络服务器保持开机和联网状态，任何用户即可在任何一台联网的计算机（自己选定的地点）、在任一时刻（自己选定的时间）点击下载电影文件或在线收看。网络服务器何时开始播放这部电影，以及向哪一部联网的计算机传送，主动权都掌握在用户手中（用计算机领域的术语说，就是由用户向服务器发出播放作品的指令），从而实现“交互式传播”，也即“点对点式的按需点播”。

虽然《伯尔尼公约》自1925年之后就赋予了作者“公开传播权”，但它只包括传统意义上的“表演权”、“朗诵权”、“放映权”和“广播和相关权”4项权利。[③] 而“表演”、“无线广播”、“有线广播”和“传播”等用语在《伯尔尼公约》时代具有特定的技术背景，都

---

① Sociedad General de Autores y Editores de Espana (SGAE) v. Rafael Hoteles, Case C-306/05, paras. 37-44.

② 《著作权法》第10条第1款第12项。

③ See Berne Convention, Article 11, 11bis, 11ter; Article 14.

是指使观众或听众在指定的时间或地点被动地接受作品传播的“单向”行为。而“交互式”的传播作品的方式，难以被《伯尔尼公约》中传统的“广播和相关权”包容。为此，世界知识产权组织于1996年在日内瓦召开外交会议，主持缔结了两个在网络时代保护著作权和邻接权的新国际条约，分别为《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》。《世界知识产权组织版权条约》第8条规定：作者享有“向公众传播的权利”，“以授权将其作品以有线或无线方式向公众传播，包括将其作品向公众提供，使公众中的成员在其个人选定的地点和时间可获得这些作品”。《世界知识产权组织表演和录音制品条约》也以相近的措辞赋予了表演者和录音制品制作者以交互式传播的专有权利。这样，通过网络传播作品的“交互式传播”行为就被纳入了著作权人专有权利的控制范围。为了能够最终加入这两个国际条约，同时也为了加强在网络环境中对著作权的保护，我国不但在2001年修订《著作权法》时根据《世界知识产权组织版权条约》第8条的措辞规定了信息网络传播权，还于2006年通过了《信息网络传播权保护条例》。

根据《著作权法》对信息网络传播权的定义，受该权利控制的行为是“通过网络传播作品的行为”或简称“网络传播行为”，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行为”。要构成著作权法意义上的网络传播行为，应当具备以下条件：

首先，该行为应当通过网络向公众提供作品。所谓“提供作品”，仅仅是指使公众获得作品的可能性，而不要求实际将作品发送至公众手中。《著作权法》对信息网络传播权的定义中“提供”一词译自《世界知识产权组织版权条约》第8条中的“making available”，意思是“使……可获得”，即一种使他人获得作品的“可能性”，而并非他人已经获得作品的状态。只要将作品“上传”至或放置在网络服务器中供网络用户下载或浏览就构成对作品的“提供”，而无论是否有人实际进行过下载或浏览。

其次，该行为应当是“交互式传播”行为。“交互式传播”是指并非由传播者指定受众获得作品的时间和地点，而是能够“使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”的传播行为。换言之，这种行为应当使公众能够以“点对点”的方式“按需”“点播”作品。这是“网络传播行为”区别于传统传播行为的本质特征。

如果传播行为并未采用“交互式”手段，则即使通过网络向公众传播作品，也不构成“网络传播行为”。例如，目前一些互联网站提供“网络广播”服务，如果这种“网络广播”只是像普通无线广播一样，用户在登录后只能在线收听或收看到网络广播电台按照预定节目表在这一时刻正在播出的节目，而无法自行选择节目，则网站的“网络广播”并不是我国《著作权法》意义上的“网络传播行为”，因为这种行为仍然只能使公众在传播者“指定的时间”获得作品，而无法使其在“其个人选定的时间获得作品”。但如果该网站将以往的节目录制下来，置于网站中供用户“点播”，则构成典型的“网络传播行为”。

根据上文对“网络传播行为”构成要件的分析，目前网络环境中最为典型的网络传播行为有三种：第一种是网站经营者直接将数字化作品置于开放的网络服务器上供用户在线欣赏或下载。第二种是用户将数字化作品上传到开放的网络服务器上供用户在线欣赏或下载，如用户将MP3音乐上传到服务器，将文字作品传到BBS或“个人空间”、“博客空间”等。第三种是用户将数字化作品置于P2P软件划定的“共享区”，供同类P2P软件的用户搜索和下载。

需要注意的是，随着技术的发展，除了互联网之外，传播者也可以通过其他有线或无线网络进行“交互式传播”。例如，我国有些地区已经开通了数字电视服务。观众在家中通过遥控器就可以自行“点播”电影等节目，并根据点播的节目单独付费。这同样实现了使公众在个人“选定的时间和地点获得作品”。因此，数字电视经营商提供的这种服务也是“网络传播行为”。

实务探讨

在网吧的局域网中提供作品点播可能侵犯信息网络传播权么

未经许可将作品上传至互联网服务器中，供公众随意选择时间和地点欣赏或下载的行为，已经被公认为对“信息网络传播权”的侵权。但是，如果仅将作品上传至开放范围有限的局域网服务器，导致只有那些进入局域网范围内的用户才能点击欣赏或下载作品的行为是否同样构成对“信息网络传播权”的侵权呢？

在近年来发生的大量涉及网吧的著作权侵权纠纷中，这一问题被反复提出。许多网吧在内部搭建了一个局域网，同时未经许可在服务器上提供电影，供进入网吧的用户在终端计算机上点播、欣赏。当电影作品权利人起诉网吧侵犯其“信息网络传播权”时，网吧经营者通常的抗辩理由即为：公众只能在经营者单方指定的地点——“网吧内”欣赏电影，而不能随意选定地点，如自己家中。因此，该服务不能“使公众在其个人选定的地点获得作品”，不构成对“信息网络传播权”的侵权。一些权利人也因为担心侵犯“信息网络传播权”的诉讼请求无法得到支持，转而以网吧侵犯“复制权”和“放映权”起诉，有些法院也认定网吧侵犯了“复制权”或“放映权”[①]。

该问题的关键在于：如何正确理解“信息网络传播权”定义中“使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”的含义。本书作者认为：“信息网络传播权”的实质在于控制“交互式”网络传播行为，而“使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”的用语只是为了描述“交互式”传播的特征而已。我国《著作权法》中“信息网络传播权”的定义来源于1996年《世界知识产权组织版权条约》第8条的后半句，而作为缔结条约过程中重要文件的《基础提案》(Basic Proposal)的解释是：后半句的主要目的之一是澄清交互式的按需传播(interactive on-demand acts of communication)是在该条控制范围之内的。“个人选择”的要件暗示了以交互式手段获取作品的性质。[②]

因此，任何“交互式”网络传播行为都应当受到“信息网络传播权”的控制，而不能将“个人选定的时间和地点”绝对地理解为个人可以随意选择24小时内任一时刻和世界上任何一个角落。以公众不能随意选定地点获得作品为由，否认经营者在网吧等局域网内提

---

① 北京市朝阳区人民法院民事判决书（2008）朝民初字第07065号（认定网吧侵犯“复制权”），北京市东城区人民法院民事判决书（2008）东民初字第1503号（认定网吧侵犯“复制权”和“放映权”）。

② See Basic Proposal for the Substantive Provisions of the Treaty on Certain Questions Concerning the Protection of Literary and Artistic Works to be Considered by the Diplomatic Conference, WIPO, CRNR/DC/4, p. 44 (1996).

供作品“点播”的行为构成“信息网络传播行为”，是无法成立的。按照相同的逻辑，假如一个视频网站在上传电影至其服务器的同时，通过技术手段将服务范围限定在除索马里之外的世界各国家和地区，法院也应当鉴于公众不能在随意选定的地点（索马里）获得作品，而认定视频网站经营者的该行为不侵犯“信息网络传播权”。以此类推，只要公众不能随意选择时间登录服务器获得作品，未经许可上传作品者就不可能构成对“信息网络传播权”的侵权。这意味着只要一个视频网站每天关闭服务器10分钟，无论该网站经营者未经许可上传过多少部电影，都不可能侵犯“信息网络传播权”，因为公众不能随意选择服务器被关闭的那10分钟去获取作品。这样一来，只有那些永远不关闭服务器或向全世界所有国家或地区开放服务的网络服务提供者才有可能侵犯“信息网络传播权”。这样的结论显然是荒谬的。

因此，在传播者限定的时间和地域范围内，只要公众可以通过网络自行选择时间和地点去“点播”，这一传播仍然是“交互式”网络传播，仍然是“信息网络传播权”所针对的行为。实际上，《信息网络传播权保护条例》第7条已经暗示了上述意思，该条规定：图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等可以不经著作权人许可，通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制的作品，不向其支付报酬。这一条是对“信息网络传播权”的限制和例外，而“限制和例外”的对象，必然是“信息网络传播权”所针对的“信息网络传播行为”。如果一种行为根本不受任何专有权利的控制，著作权立法就根本没有必要在“限制和例外”条款中规定可以不经权利人许可实施该行为。例如，《著作权法》不可能规定“在家中可以不经著作权人许可播放音乐作品”，因为这种行为根本不是“公开表演”，不受“表演权”的控制，当然不会构成侵权。因此，《信息网络传播权保护条例》规定图书馆等可以不经著作权人许可，通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供作品，本身就意味着图书馆等在本馆馆舍内向读者提供作品，可以构成受“信息网络传播权”所控制的“信息网络传播行为”。虽然读者不能随意选择图书馆馆舍外的地点登录图书馆的网络获取作品，但其在图书馆的馆舍之内，在图书馆对外开放期间，仍然可以自己选择一个时间点和一台局域网中的计算机终端，来欣赏图书馆提供的数字化作品。图书馆在自行划定的地域范围（馆舍之内的局域网）和时间范围（如周一至周五上午9点至下午5点）内，以“交互式”手段提供作品，使公众得以在上述地域和时间范围内，自行选择时间和地点获得作品，仍然构成“信息网络传播行为”。

（五）展览权

《著作权法》规定，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”[①]。根据定义，只有美术作品和摄影作品这两类作品的著作权人才享有展览作品的专有权利。因此，未经小说著作权人许可将其已发表过的小说手稿予以公开展览，并不侵犯小说著作权人的“展览权”。但是，有一些国家的“展览权”的范围远远比我国规定的要广。《美国版权法》规定的“展示权”就是如此：它不仅适用于美术作品和摄影作品，还适用于文字作品、音乐作品、舞蹈作品以及电影或其他视听作品中的单个画面。无论是直接展示还是以电视、幻灯机或其他设备来放映作品的单个画面，都构成对作品的“展示”，都是

① 《著作权法》第10条第1款第8项。

“展示权”能够控制的行为。

需要注意的是：《著作权法》对“展览权”规定了一个重要的例外。《著作权法》第18条规定：“美术等作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移，但美术作品原件的展览权由原件所有人享有。”作品的有形物质载体具有双重意义，它既是可以流通的有体物，又是作品得以体现和表现的载体。在一般情况下，著作权人和所有权人分别行使对作品的著作权和对载体的所有权并不发生冲突，因此，作品载体的转移并不影响著作权人对载体所体现的作品的权利。例如，某人购买了曹禺创作的《雷雨》剧本，印有剧本的纸张（一本书）的所有权归购买者所有。但是这并不意味着购买者有权去组织一个表演班子来公开表演这个剧本。但是，在某些情况下，著作权人的著作权，却妨碍所有权人或者社会公众享受载体作为物的效用。此时，法律就需要对著作权人对作品使用的控制与载体所有权人对载体这种物的使用进行协调。如建筑作品的版权人无权禁止人们对存在于公共场所的建筑物进行拍照；著作权人授权作品发行之后，特定载体的发行权也就一次用尽，著作权人不能再控制这些作品特定载体的流通，其原因就在于此。

按照著作权法的基本原理，展览权既然是著作权人的一项专有权利，自然应当由著作权人享有，而无论作品的载体辗转落入何人的手中。就正如记录歌曲的纸张所有权无论落入何人之手，公开演唱这首歌曲的权利仍然归作词、作曲者所享有一样。但是，美术作品原件与普通作品的载体具有不同意义和价值。对于其他许多类型的作品而言，原件和复制件的区别意义不大。如对于一本小说而言，在作家使用计算机打字的情况下，数字化的原件和复制件没有任何区别。但是美术的作品原件与复制件在价值上往往相去甚远。毕加索等著名画家的作品原件动辄达到上百万美元，而复制件与之相比十分廉价。他人购买美术作品原件的目的，往往不仅仅在于满足个人的欣赏愿望，而是希望能够向世人展示自己的艺术收藏，或者在适当时机出售。如果美术作品作者仍然控制原件的展览权，能够阻止原件所有人展出作品或为了出售而首先展出作品，势必严重影响原件购买者的利益。在这种情况下，各国著作权法均对展览权作出限制。我国规定美术作品原件的展览权由原件所有人享有，这是基于美术作品原件价值特殊性的一种特别规定。而有些国家和地区对展览权的限制更多一些，如我国台湾地区“著作权法”第27条规定：著作权人只对于未发行的美术作品或摄影作品享有“公开展示权”。这意味着美术作品和摄影作品一旦公开出版、发行，著作权人就不能再控制作品的公开展览了，而无论被公开展览的是作品的原件还是复制件。而《德国著作权法》第18条规定：著作权人只有对未发表的美术作品和摄影作品才享有展览权。换言之，作品即使尚未被出版、发行，但只要已经发表，著作权人无论对其原件和复制件均不再享有展览权了。

需要注意的是：我国《著作权法》仅规定美术作品原件的所有人有展览权，却未对摄影作品的展览权作出类似的例外规定。这与多数国家的立法并不相同。

理论研究

美术作品原件所有人展览未发表作品会侵犯发表权么

但是，即使规定美术作品原件的展览权由原件所有人享有，在著作权法上仍然可能遇

到一个问题：如果该美术作品尚未发表过，美术作品原件所有人一旦公开展览美术作品原件，势必会导致美术作品的发表，因为这将使公众得以欣赏美术作品。那么，该公开展览行为是否会侵犯著作权人的发表权呢？对此，我国《著作权法》并没有作出明确规定，但许多国家和地区的立法均针对这种情况对发表权进行了限制。

《德国著作权法》第44条第2款规定：即使美术作品或者摄影作品尚未发表，其原件所有权人也有权对该作品进行公开展览，除非作者在出售原件时明确禁止对其进行公开展览。《日本著作权法》第18条第2款规定：在未发表的美术作品或摄影作品的原件被转让的情况下，应推定作者已经许可通过展览该原件的方式发表作品。我国台湾地区“著作权法”第15条也规定：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。

上述国家和地区的规定不仅是对展览权的限制，也是对发表权的限制。这仍然是考虑到了作品原件的特殊价值，以及作品原件甚至复制件所有权人展示自己艺术收藏的需要。在著作权人许可转让未发表的美术作品和摄影作品原件时，推定其许可受让者以展览的方式予以发表。当然，既然是“推定”，就可以被推翻。如果著作权人在转让作品时明确禁止受让人以包括公开展览的方式发表，则受让人不能擅自公开展览。

四、演绎权

与“公开传播权”一样，“演绎权”这个术语并不是指一项具体的专有权利，而是一类专有权利的总称。演绎权控制的是在保留原有作品基本表达的情况下，在原作品基础之上创作新作品并加以后续利用的行为。演绎行为包括翻译、改编、摄制电影和汇编等，由此形成的新作品被称为“演绎作品”。

对于原作的演绎只有符合独创性的要求才能形成演绎作品，即演绎者必须在原作品的基础上进行独立的创作，而且创作结果应当符合最低限度的创造性要求。

在前文“独创性”部分中，曾讲解过符合“独”的第二种情形，即对于在他人作品的基础之上进行的劳动，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；如果该差异部分又符合“创”的要求，则由此形成的劳动成果就是原作品的演绎作品。例如，有人对杜牧的诗《清明》进行了重新断句，将“清明时节雨纷纷，路上行人欲断魂。借问酒家何处有，牧童遥指杏花村”改成了一首词：“清明时节雨，纷纷路上行人，欲断魂，借问酒家何处，有牧童，遥指杏花村”。尽管改过之后与原作品一字不差，但是由于断句发生了变化（符合“独”的要求），使原作品具有一种新的表现形式和意境，体现了改编者巧妙的构思（符合“创”的要求），同样形成了新的演绎作品。

再如，将英文小说翻译成中文，通常都会形成演绎作品。一方面，虽然中文版是以英文版为基础的，叙述的是相同的故事，但中文的遣词造句显然与英文不同，其源于翻译者本人，因此符合“独”的要求。另一方面，翻译并不是机械地根据字典找出一一对应的词句。面对同样的原文，不同的翻译者可以根据自己对原文的不同理解，使用不同的术语和方式加以直译或意译，有很大的选择、判断甚至再创作的余地。翻译的结果也很少是雷同

的，它打上了个性的烙印，是个人智力创造的产物，因此也符合“创”的要求。如对于驰名世界的美国小说“Gone with the Wind”，有人翻译成《飘》，有人则翻译成《乱世佳人》，各有妙处。对于澳大利亚电影“Piano”，有的译成《钢琴课》，较为古板；有的译成《钢琴师和她的情人》，略显低俗；而译成《钢琴别恋》既揭示主题，又不失风雅。因此，翻译是高度个性化的创作，译文相对于原作而言就是演绎作品。

但是，如果只对原作进行了很少的改变，改变的结果与原作品之间不存在可以被客观识别的显著差异，或者该差异不符合“创”的要求，则改变的成果只能被视为原作品的一种复制件，这种改变行为也只不过是复制而已。例如，对小说手稿进行校对，改正了其中的一些错别字，并调整了几个句子之间的顺序。尽管有“改”、有“编”，但校对后的稿件与原手稿相比，不存在可以被客观识别的显著变化，并未形成新的作品。因此，校对行为并非演绎行为，校对稿在著作权法意义上仍然只是原作品的复制件，而非原作品的演绎作品。

需要注意的是：只有新作品与原作品在表达上相似，新作品才能被称为原作品的演绎作品。因此，演绎作品的特点就在于它既包含演绎者的独创性劳动成果，又保留了原作品的基本表达。例如，对于翻译作品而言，无论原作品被翻译成了何种语言文字，原作品的基本含义不会发生改变；同时，翻译又必然涉及翻译者对原作品的内容与众不同的理解以及在翻译的遣词造句方面高度个性化的选择与判断，因此，翻译的成果不仅是作品，而且是原作品的演绎作品。再如，将小说改编成电影剧本时，虽然会为拍摄电影的需要而删去大量细节和心理描写，同时增加许多场景安排和人物动作、表情设计等描写，但小说的基本故事情节仍然清晰可辨。同样，如果有人将钱钟书先生的小说《围城》绘制成了一整套漫画，尽管原作品与新作品的表现手法发生了根本变化——从文字到绘画，但小说《围城》中的基本情节仍然得到了体现。由于具体的故事情节属于“思想与表达”中的“表达”，用漫画将同一具体故事情节加以再现属于对小说中表达的使用，漫画与小说之间就存在实质性的表达相似。因此，漫画版《围城》就是小说《围城》的演绎作品。

如果新作品与原作品在表达上已无实质性相似之处，只有思想、观念和创意上的相似，则新作品并非原作品的演绎作品。换言之，如果原作品具有独创性的表达在新作品中已经无法被客观地辨别了，那么新作品对原作品的使用就只属于对思想的使用。例如，如果有人根据杜牧的诗歌《清明》的意境创作了一幅画，绘出了清明节的阴雨蒙蒙、行人祭奠先人之后的悲痛，以及行人向牧童问路，牧童手指远方杏花村酒家的场景；或者有人根据《清明上河图》而创作了一首诗，将画中的主要场景用诗的语言描述了出来，则都没有使用原作品的基本表达。在前文所举的“《红楼春秋》案”中，法院一方面认定小说《红楼春秋》使用的仅是学术论文《〈红楼梦〉中隐去了何人何事》的思想，另一方面又认为前者构成后者的“演绎作品”，这是自相矛盾的：“改编作品”意味着新作品与原作品之间必然存在表达上的相似。如果未经原作品著作权人许可而创作并利用来改编作品，会侵犯原作品著作权人的改编权，则案中原告就应胜诉了；而认定两部作品之间只有思想相似就说明两者之间表达必不相似，则新作品不可能是原作品的演绎作品。

我国《著作权法》将演绎权这一类权利分解为 4 种，分别为摄制权、改编权、翻译权和汇编权。这意味着将作品摄制成影视作品、改编成新作品、翻译成另一种文字以及将其与其他作品进行有独创性汇编的行为是受到演绎权控制的行为。

（一）摄制权

《著作权法》规定：摄制权是指“以摄制电影或者以类似摄制电影的方法将作品固定在载体上的权利”[①]。根据摄制权，将他人的小说、戏剧等作品拍摄成电影、电视剧等影视作品应当经过许可，否则，构成侵权行为。

摄制权在《伯尔尼公约》中有明确体现。《伯尔尼公约》第14条规定：文学或艺术作品的作者有权许可他人以摄制电影的方式对作品进行改编和复制，以及发行由改编和复制而形成的新作品。这意味着如果没有得到文艺作品著作权人的许可，为了摄制影视作品而对其作品进行复制、改编并拍摄完成影视作品，以及发行该影视作品都是侵权行为。《伯尔尼公约》中所说的“以摄制电影的方式对作品进行改编和复制”包含了拍摄电影所涉及的一系列利用作品的行为，如将小说改编为电影剧本，根据该电影剧本进行拍摄，以及将美术作品或摄影作品拍摄进电影之中等。我国《著作权法》对“摄制权”的定义并没有像《伯尔尼公约》那样提及为拍摄电影而专门进行的改编和复制，这可能是因为《著作权法》中已经有单独的改编权和复制权去控制这两种行为。

（二）改编权

《著作权法》规定，改编权是“改变作品，创作出具有独创性的新作品的权利”[②]。该定义并未涉及原作品与新作品之间的关系，但根据上文对演绎权的分析，仅仅根据原作品的思想创作出新作品并非受改编权控制的行为，只有在保留原作品基本表达的情况下通过改变原作品创作出新作品，才是著作权法意义上的改编行为。例如，将长篇小说改编成一套漫画，将抒情歌曲改编为摇滚乐，将戏剧改编成电影剧本等，都是改编。

根据“专有权利控制行为”的基本原理，我国《著作权法》对改编权的规定实际上是赋予了作者控制改编行为的权利。但是，在发表改编作品或对改编作品以其他方式加以利用之前，著作权人是无法阻止他人出于个人兴趣对作品加以改编的，如画家在自己家中将小说绘制成连环画。因此，《德国著作权法》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。

（三）翻译权

我国《著作权法》规定：翻译权是“将作品从一种语言文字转换成另一种语言文字的权利”[③]。在世界经济一体化进程加速的今天，翻译权是国际著作权保护中最重要的权利之一，它往往能够使作品的著作权人在他国因对其作品的翻译和后续利用而获得新的经济利益。例如，将汉语写成的小说译成英语、德语、西班牙语或者我国少数民族语言都是受翻译权控制的行为，未经许可进行翻译构成侵权。

但需要注意的是，并非所有的转换作品表达方式的行为都是著作权法意义上的翻译行

① 《著作权法》第10条第1款第13项。
② 《著作权法》第10条第1款第14项。
③ 《著作权法》第10条第1款第15项。

为。例如，将汉语写成的小说改成盲文供盲人阅读就并非翻译行为，这是因为汉语文字与盲文符号之间存在着严格的一一对应关系，任何懂汉语和盲文的人只要按照规则正确地进行转换，都会得到相同的结果。在这种情况下，个人的智力创造没有发挥的余地，转换行为缺乏起码的智力创造性，不符合独创性的要求。因此，这种转换只是复制行为，而非翻译行为。

（四）汇编权

《著作权法》规定：汇编权是“将作品或者作品的片段通过选择或者编排，汇集成新作品的权利”①。

我国《著作权法》规定的汇编权仅控制将作品或其片段汇集成汇编作品的权利。这意味着如果汇编的结果并非符合独创性要求的作品，则该将作品汇集成册的行为并非受汇编权控制的行为。而要构成汇编作品，必须在选择或者编排作品方面体现出独创性。例如，某出版社精选出鲁迅先生的50篇杂文，编成《鲁迅杂文精选》。该书即为汇编作品，因为出版社至少在选择被汇编的杂文方面体现出了智力创造性——该选择涉及编辑们与众不同的对杂文的理解和判断。但是，如果该出版社将鲁迅先生的全部杂文按发表时间顺序编成《鲁迅杂文全集》，则无论在选择还是编排方面都没有独创性。因为既然鲁迅先生的全部杂文都被收录，就不涉及有智力创造性的选择过程；同时，按照发表时间排序又是一种最为常规和传统的方法，也没有体现出智力创造性。故该《鲁迅杂文全集》就不是汇编作品。即使鲁迅先生的作品在今天尚未过保护期，他人未经许可编辑并出版这本《鲁迅杂文全集》也不是侵犯汇编权的行为。

理论研究

《著作权法》有必要规定“汇编权”么

在《著作权法》已经规定了“复制权”的情况下，另行规定“汇编权”去控制独创性的汇编行为还有意义吗？将作品或其片段编入文集，并没有导致作品或其片段的内容或表现形式发生任何变化。这种汇编的结果无论是否产生了新的汇编作品，都会使原作品或其片段被固定在新的有形物质载体之上，形成复制件。这一行为应当属于对作品或其片段的复制，无疑应受到“复制权”的控制。如果将文集印刷成册、制成光盘或制成录音录像制品进行公开销售，属于“以出售方式向公众提供作品的复制件”，为典型的发行行为，又受到“发行权”的控制。如果将文集上传至网站供公众在线欣赏或下载，则属于“信息网络传播行为”，受到“信息网络传播权”的控制。换言之，即使《著作权法》中没有“汇编权”的规定，未经许可将作品或其片段编入文集，只要不构成“合理使用”（如为介绍、评论目的而适当引用作品片段），仍然是侵权行为。除了必然侵犯“复制权”之外，还可能构成对“发行权”、“信息网络传播权”等其他专有权利的侵犯。

根据参与立法者的解释，虽然《伯尔尼公约》“没有一般性地规定汇编权”，但根据其第2条之二的规定，“推理可知，作者对于其完全享有著作权的作品自然有汇编权”②。本书

① 《著作权法》第10条第1款第16项。

② 胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，60页，北京，法律出版社，2002。

作者认为：参与立法者对《伯尔尼公约》的理解是不能成立的，《伯尔尼公约》根本没有赋予作者以“复制权”之外的“汇编权”。

《伯尔尼公约》中提及所谓“汇编权”的只有一条，即第2条之二，其规定共有3款：(1) 本联盟成员国有权通过立法自行决定是否将政治演讲和司法诉讼过程中发表的言论全部或部分排除在上条提供的保护之外。(2) 本联盟成员国同样有权通过立法自行决定在何种条件下，对讲演、发言或其他在公共场所发表的同类性质作品可由报刊媒体加以复制、向公众进行无线广播或有线传播，以及通过第11条之二第1款规定的方式进行公开传播，只要上述使用是出于提供信息的正当目的。(3) 但是，作者享有将上两款所述作品收编成汇集本的专有权利。

这一条的结构清楚地显示，《伯尔尼公约》仅是在允许缔约国对“政治演讲、司法诉讼过程中发表的言论”、在公共场所进行的“讲演、发言”的著作权进行限制的前提下，要求缔约国为作者保留将这些作品收编成汇集本的专有权利。例如，缔约国的著作权法可以规定对于公众集会上的政治演讲，为了使公众及时知晓，任何媒体都可以自由刊登，无须经过演讲者许可，也无须向其支付报酬。但某出版社如果收集了此名演讲者在各种公众集会上的所有政治演讲，并希望汇集成册出版发行，则应当获得演讲者（作者）的许可，否则，是侵权行为。

从《伯尔尼公约》的上述规定中可以得出两个结论：首先，所谓“作者享有将作品收编成汇集本的专有权利”并不是在“复制权”之外新增加一项专有权利，而只是“复制权”的另一种表现形式。这一结论可以从两方面得以印证：一方面，如果《伯尔尼公约》意图在“复制权”之外新创设一项“汇编权”，就绝不会仅仅针对“政治演讲、司法诉讼过程中发表的言论”、在公共场所进行的“讲演或发言”的作者规定“汇编权”，而应当赋予所有类别作品的作者以“汇编权”，因为发言或演讲一旦固定在有形载体之上就是文字作品，没有任何理由单独为这类文字作品的作者新增加一项专有权利。另一方面，对于报刊媒体刊登这类公开演讲或发言的行为，《伯尔尼公约》第2条之二第2款的用语是“复制”（reproduction），这说明将作品收入报刊媒体加以刊登涉及的是“复制权”。《伯尔尼公约》允许各缔约国通过立法，限制这类作品的作者对即时刊登其演讲类作品的报刊媒体行使“复制权”，但却要求保留作者的一种特定类型的“复制权”——控制对其作品的汇集。换言之，《伯尔尼公约》第2条之二的第1款和第2款涉及对特定类型作品“复制权”的例外，而第3款是对第1款和第2款规定的“例外”设定的“例外”。假设某期刊将某人在公共集会上发表的演讲及时予以刊登，那么该行为根据《伯尔尼公约》第2条之二第2款毫无疑问构成复制，但缔约国可以规定该行为不构成对“复制权”的侵犯。如果日后该期刊将此人以往的数篇演讲汇集起来，一同刊登，则当然也是“复制”，如果未经许可，侵犯的应当是“复制权”。因此，根据《伯尔尼公约》，“将作品收编成汇集本”只能被视为一种特定的复制行为，作者仍然要凭借“复制权”去控制这种行为。

同时，通过《伯尔尼公约》的英文文本可以看出，“作者享有将上两款所述作品收编成汇集本的专有权利”，是特指将作者本人的许多公开演讲类作品收编成汇集本，而不是指将作者的一篇作品，与其他众多作者的许多作品编在一起，形成汇集本。英文文本中“作者享有将上两款所述作品……”中的“作品”用的是works（复数）而非work（单数），意指

本人以往发表的作品群。[①] 世界各国和地区在实施《伯尔尼公约》时也都清楚地表明：这一权利针对的是“同一作者”的演讲类作品。例如，《德国著作权法》第48条第1款规定了对公开演讲类作品著作权的限制，第2款接着规定：但不允许将主要内容为同一作者演讲的汇编进行复制和发行。《日本著作权法》第40条第1款规定：对于公开进行的政治演讲和司法诉讼过程中发表的言论，可以以任何方式加以使用，但将同一作者的作品进行汇编除外。我国台湾地区“著作权法”第62条规定：“政治或宗教上之公开演说、裁判程序及‘中央’或地方机关之公开陈述，任何人得利用之。但专就特定人之演说或陈述，编辑成著作者，应经著作财产权人之同意。”

既然“作者享有将上两款所述作品收编成汇集本的专有权利”针对的是将同一作者的公开演讲类作品“收编成汇集本”的行为，那么这种行为形成“汇编作品”的情形是极为罕见的。因为同一作者进行公开演讲的数量一般很有限，他人在收集时也总是力求全面、完整，很少会刻意进行“选择”；而且对公开演讲的编排方法极其有限，无非是按照演讲主题、时间或地点加以编排，因此，无论在选择还是编排方面要体现出独创性都很困难。

例如，某政治家一生在公众集会上共发表了30次公开政治演讲。如果某出版社将这30篇演讲全部编入《某政治家演讲文集》，并且按照演讲的时间顺序予以排序，则该文集因无论在选择还是编排上均无智力上的独创性而不构成“汇编作品”。但根据《伯尔尼公约》第2条之二第3款，出版社要汇编并出版这部文集需要经过这名政治家授权。换言之，将《伯尔尼公约》第2条之二第1款和第2款列明的作品收集后编入文集，无论是否形成了“汇编作品”，均需要经过作者许可。

由此可见，我国《著作权法》中的“汇编权”并无独立存在的价值，因此，需要对其进行重构。本书作者认为：重构的方法是根据《伯尔尼公约》的规定，还“汇编权”的本来面目。既然《伯尔尼公约》第2条之二第3款规定的“将作品收编成汇集本的专有权利”是专门针对“政治演讲、司法诉讼过程中发表的言论、在公共场所进行的讲演或发言”，我国《著作权法》就应当作出与其一致的规定，而不应当另行创设一项一般性的“汇编权”。具体而言，我国《著作权法》第22条第1款第5项规定：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，可以不经著作权人许可，不向其支付报酬。这实际上是在实施《伯尔尼公约》第2条之二中第1款和第2款有关限制公开演讲类作品著作权的规定。但仅从这一项规定，还无法判断媒体是只能在讲话发表后即时刊登，还是可以将以往的讲话汇集起来刊登。为了明晰起见，《著作权法》完全可以在此项之后根据《伯尔尼公约》第2条之二中第3款的要求，增加一项“但书”——“但是，将讲话进行汇集，应当经过著作权人的许可，并支付报酬”。这一“但书”应当被解释为著作权人可以通过“复制权”阻止他人未经许可将其在公众集会上发表的讲话汇集后发行或传播。之所以建议使用“汇集”而非“汇编”一词，是因为“汇编作品”中的“汇编”特指通过体现独

---

① 本款原文是：“Nevertheless, the author shall enjoy the exclusive right of making a collection of his works mentioned in the preceding paragraphs.”[Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (Paris Act), Article 2 bis (3)]

创性的选择或编排对作品或其他材料加以汇编。而根据《伯尔尼公约》第2条之二第3款的精神和各国立法例，将同一作者的公开演讲类作品收集在一起使用，无论是否涉及有独创性的选择或编排，均应经过作者的许可。为了避免歧义，使用“汇集”较好。在增加这一“但书”的同时，应当删除《著作权法》第10条第1款第16项对“汇编权”的规定。

【问题与思考】

1. 论述两大法系对作者精神权利保护的差异。
2. 论述发表权的含义和特点以及其与其他民事权利的关系。
3. 用署名权的基本原理分析假冒吴冠中署名案。
4. 论述复制行为的分类，分析迪比特诉摩托罗拉案。
5. 论述数字环境下的复制行为，并分析临时复制行为的性质。
6. 比较网络传播权和发行权，分析我国的相关规定。
7. 思考：网络技术的发展对著作权保护带来了哪些影响？

第五章
著作权主体和著作权的归属

本章导读

著作权主体是指享有著作权的人，著作权的归属是指作品著作权应当由谁所享有。创作作品的作者在通常情况下原始取得著作权，但对此还存在一些例外情形，如法人作品、特殊职务作品和影视作品的著作权并不归属于创作者，而委托作品的著作权归属可以通过合同约定。本章主要讲解哪些人可以在何种情况下享有著作权，以及特定作品的著作权由谁享有和行使。

第一节　著作权主体概述

著作权主体即著作权人，是指对作品享有著作权的人。自然人、法人和国家都可以成为著作权主体。外国人在符合法定条件的情况下也能在中国成为著作权主体。对于著作权的主体可以作以下分类：

一、作者作为著作权主体和非作者作为著作权主体

除了后文要讲解的特殊情形之外，著作权是基于创作行为而产生的，创作作品的自然人是作者，享有对作品的完整著作权。但“作者”并不能与“著作权主体”或“著作权人”这两个概念画等号，作者之外的其他人根据合同或法律的直接规定也可以成为著作权人。

首先，作者可以将著作权中的财产权转让给他人。在这种情况下，作者仍然享有人身权，但财产权由他人享有，作者和受让著作财产权的人均可以被称为“著作权人”，均是著作权主体。例如，在许多英美法系国家，音乐作品的词曲作者会将音乐作品的全部财产权利转让给唱片公司。因此，如果出现他人未经许可使用音乐作品的事件，一般都是由唱片公司以版权人的身份向侵权人主张权利的。

其次，在特定情况下，作者并不享有著作权或只享有有限的著作权。我国《著作权法》第 11 条第 3 款明确规定，在一定条件下，视“法人或其他单位”为作者；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，著作权归报告人或者讲话人享有。著作权人可以支付执笔人适当的报酬。"这意味着在这两种情况下，真正动手从事创作的作者不享有任何著作权，甚至没有署名权。再如，根据《著作权法》的规定，对于主要是利用单位的物质技术条件创作，并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品，作者只享有署名权，其他著作权由单位享有。

二、著作权的原始主体和继受主体

著作权的原始主体是指在作品创作完成后，直接根据法律规定或合同约定享有著作权的人。直接创作作品的作者当然可以成为著作权的原始主体，而作者之外的其他人根据法律的特别规定或合同约定也可以成为著作权的原始主体。例如，对于主要是利用单位的物质技术条件创作，并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品，我国《著作权法》规定由单位享有除署名权之外的著作权。此时单位就是除署名权之外的著作权的原始主体。再如，如果在委托创作作品的合同中委托人和受托人约定作品的著作权归委托人，则作品创作完成之后，其著作权原始归属于委托人享有。

著作权的继受主体是指通过受让、继承、受赠和其他法定方式从著作权的原始主体手中取得著作权的人。著作权中的财产权利可以像普通财产那样通过转让、继承或遗赠而被他人取得。例如，音乐作品的词曲作者将著作财产权转让给唱片公司之后，唱片公司就成为该音乐作品著作财产权的继受主体。如果著作权人是法人或其他组织，法人或者其他组织变更、终止之后，著作权中的财产权利就由承受其权利、义务的法人或者其他组织享有。如果公民死亡后无人继承又无人受遗赠，或法人、其他组织变更、终止后无其他单位承受其权利、义务的，著作财产权归国家所有。

需要注意的是：根据我国《著作权法》的规定，著作权的继受主体不能享有完整的著作权。其原因在于著作人身权是不能转让的，著作权的受让人和受赠人只能受让和受赠著作财产权。继承人对于已逝著作权人的著作人身权也只能加以保护，而不能继承。但是，对于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受遗赠人行使；没有继承人又无人受遗赠的，由作品原件的合法所有人行使。这是因为发表权与其他著作人身权相比，有强烈的著作财产权性质。但不能据此认为发表权可由继承人或受遗赠人享有，因为《著作权法》明确规定：如果作者生前明确表示不得发表，则在该作品的保护期内不得发表。这说明发表权并没有转移到继承人或受遗赠人手中，否则，继承人或受遗赠人应当可以根据自己的意志而非作者生前的意思决定是否发表作品。

三、著作权国内主体与著作权外国主体

中国公民或法人、非法人组织依法可以享有著作权，成为国内主体，而外国人或无国籍人（以下统称外国人）也能根据国际条约和我国《著作权法》的规定在我国享有著作权，成为外国主体。

外国人的作品只要符合以下三项条件之一就可在我国获得著作权保护：（1）外国人的

作品首先在中国出版，或者在中国境外首先出版后，30 天内在中国境内出版；（2）其所属国或者经常居住国与中国签订了相互保护著作权的协议或共同参加了保护著作权的国际条约，包括《伯尔尼公约》、《世界知识产权组织版权条约》和 TRIPs 协定；（3）外国人的作品首次在上述中国参加的国际条约的缔约国首先出版，或者在非缔约国首先出版之后，30 天内在缔约国出版。例如，韩国是《伯尔尼公约》的成员国，韩国国民所创作的作品在我国自动受到我国《著作权法》的保护。再如，伊朗尚未加入《伯尔尼公约》，因此，伊朗国民创作的作品在我国不能自动受到保护，但只要该作品首先在我国出版，或者首先在其他《伯尔尼公约》成员国出版，或者在伊朗首先出版之后，在 30 天之内在我国或其他《伯尔尼公约》成员国出版，就能受到我国《著作权法》的保护。

第二节　作　者

一、自然人作者

我国《著作权法》第 11 条规定：创作作品的公民是作者。除了法律特别规定或合同特别约定的情形，创作作品的自然人就是作品的著作权人。

（一）著作权自动取得制度

《伯尔尼公约》规定：作者自作品创作完成之时就自动取得著作权，而无须履行加注版权标记和登记手续。而美国等国的早期立法以作者履行法定手续作为保护其版权的前提。随着美国于 1989 年最终加入《伯尔尼公约》，世界上绝大多数国家的著作权法都采用了著作权自动取得制度，我国也是如此。但《美国版权法》仍然规定：美国公民如果没有将其作品在美国版权局进行版权登记，则无法在其版权受到侵害之时获得损害赔偿。这就使得版权自动取得制度的实际效力大打折扣。

目前，我国《著作权法》在实行著作权自动取得制度的同时，还以著作权自愿登记为补充。作者经过登记之后取得的登记证书可以作为证明其作者身份的初步证明，但登记并非是作者获得著作权的前提。同时，发表也并非取得著作权的条件，作品完成之后，即使作者一直将其藏在家中而不公之于众，作者仍然能够获得著作权。

需要注意的是：不能将“作品完成”简单地理解为作品的最终完成。即使作品没有最终完成，只要已完成部分达到了独创性的要求，该部分仍然能够作为作品受到著作权法的保护。例如，作家创作小说往往需要在初稿完成之后反复修改，作为创作过程中一个阶段性成果的初稿仍然是作品，作家仍然可以就其获得著作权。再如，著名作家金庸的武侠小说经常是边写边连载，而每次连载的小说章节尽管长度只有整部作品的几十分之一，但它也必然包含了一定的人物、情节、对话等实质性内容，已经具有独创性，因此，它们本身也受到著作权法保护。

（二）自然人作者是实际创作者

只有那些实际从事了创作的自然人才是作者，没有实际进行创作，而仅仅组织他人创作、提供物质条件，或者承担资料收集和其他辅助工作的人都不是作者。实践中曾经有某

丛书的项目策划和责任编辑试图以作者的身份主张著作权，但法院正确地指出："书的项目策划和责任编辑均系劳务性工作，基于此种工作并不能成为图书的作者、译者、著作权人或出版者，也并不因其策划或责编行为另外产生新的作品"①。同样，基于"思想无版权"的基本原理，思想和创意无论多么有价值都不受著作权法的保护，提供思想和创意的人也不是作者。例如，研究生导师在研究生撰写学位论文的过程中，往往会为研究生确定研究方向、论文题目和篇章结构，提供核心观点和论证思路，并在写作方法上进行指导，对学位论文的最终完成起到了十分重要的作用。但从著作权法角度看，导师对学位论文的贡献主要是不受著作权法保护的思想和方法，而不是具体的文字表述，因此，导师并不是学位论文的作者。

还需要注意的是：创作作品的行为是典型的事实行为，而不是法律行为，因此，创作者无论是否具有行为能力都可以作为作者享有著作权。例如，只要一名6岁孩子绘制的图画具有独创性，这名孩子就能成为该图的作者，对自己创作的美术作品享有著作权。

典型案例

《歌乐山烈士群雕》案

20世纪80年代初，重庆市有关部门聘请叶某设计《歌乐山烈士群雕》（以下简称《群雕》）。叶某完成并展示了《群雕》初稿之后，重庆市歌乐山烈士陵园管理处美工刘某根据领导指示，为说明《群雕》所处位置而制作了烈士墓模型。随后叶某与刘某指导木工制作了《群雕》放大稿骨架。这时，刘某作为《群雕》工程办公室的工作人员，在叶某的指导下，参加了《群雕》泥塑放大制作和其他一些工作。泥塑放大制作过程中，叶某经常到现场进行指导和刻画、修改，并对有关方面提出的合理化建议予以采纳。对刘某提出的一些建议，叶某认为符合自己创作意图和表现手法的，亦予采纳，刘某遂认为自己是《群雕》的作者之一。重庆市中级人民法院认为：原告刘某在《群雕》制作过程中提过一些建议，按叶某的创作稿做过一些具体工作，不能因此认定其为《群雕》的共同创作人。四川省高级人民法院进一步认为：叶某独立创作了《群雕》初稿，该作品著作权应为叶某享有。《群雕》放大稿是在叶某亲自参加和指导下完成的，刘某参与了放大制作，做了一些工作，通过口头或实际刻画制作提过建议，但最终是否采纳、认可，取决于叶某。《群雕》放大稿与初稿相比较，在主题思想、整体结构、基本形态、表现手法等方面是一致的，没有实质的改变；出现的一些变化也是在叶某的指导、参加和认可下完成的，是在初稿基础上的修改、完善。因此，刘某认为实际参与制作的放大稿较初稿有变化，从而其应享有著作权的主张不能成立，不能认定其为《群雕》的共同创作人。②

---

① 北京市第二中级人民法院民事判决书（2004）二中民初字第12600号。

② 参见四川省高级人民法院民事判决书（1990）川法民上字第7号。

二、视为作者的法人或其他组织

我国《著作权法》不但规定了自然人作者，还承认本身不能进行思考和创作的法人或其他组织可以成为“作者”。我国《著作权法》第11条第3款规定：“由法人或者其他组织主持，代表法人或者其他组织意志创作，并由法人或者其他组织承担责任的作品，法人或者其他组织视为作者。”以这种方式创作的作品被称为“法人作品”。法人既然被视为作者，当然享有作品的一切著作权。真正创作完成作品的自然人对作品没有任何著作权法意义上的权利，包括署名权。

理论研究

质疑我国《著作权法》对“法人作品”和“特殊职务作品”的区分

从我国《著作权法》对“法人作品”和“特殊职务作品”的定义来看，二者无论在构成要件还是著作权归属方面都有很大差别。“法人作品”的构成要件有三个：(1) 由法人或者其他组织主持；(2) 代表法人或者其他组织的意志创作；(3) 由法人或者其他组织承担责任。而“职务作品”的构成要件也有三个：(1) 自然人与作为单位的法人或其他组织之间存在劳动工作关系，作品是为完成单位工作任务而创作的；(2) 作品主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作的；(3) 由法人或者其他组织承担责任，包括工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等。同时，对于法人作品而言，由于法人被视为“作者”，著作权完全由法人享有，真正动手从事创作的自然人甚至没有署名权。而对于特殊职务作品而言，法人享有的是除署名权之外的著作权，自然人还享有署名权。

但是，要真正区分“法人作品”和“特殊职务作品”绝非易事。试举一例：某计算机软件公司组织其程序员开发了一套计算机软件，该软件究竟属于法人作品还是特殊职务作品呢？一方面，该软件当然是由软件公司这个法人主持开发的，也代表了软件公司的意志。因为：程序员必须根据软件公司管理人员的要求设计程序；如果软件上市后出现问题，责任自然也是由软件公司承担，而并非由程序员直接承担。该软件似乎完全符合法人作品的定义。[①] 另外，软件是由软件公司的程序员编写的，程序员编写软件时往往离不开公司提供的高性能计算机、特定资料、技术与同事的经验等，也即单位的物质技术条件；软件的责任也自然由软件公司承担。该软件也完全符合特殊职务作品的构成要件。而且《著作权法》在界定特殊职务作品时还专门将计算机软件作为实例列出。那么软件公司程序员在公司的组织之下，为了完成公司交付的任务所编写完成的软件究竟是法人作品还是特殊职务作品呢？

本书作者认为：根据现行《著作权法》，对于上述问题是无法给出令人信服的答案的。而之所以出现一种作品既可以被归入法人作品，又可以被归入特殊职务作品的现

① 由全国人大常务委员会法律工作委员会组织编写的《中华人民共和国著作权法释义》即将“某计算机公司研制的程序软件”视作“法人作品”。参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，70页，北京，法律出版社，2002。

象，根源在于《著作权法》在借鉴不同立法例时，没有弄清各国（地区）立法之间的差别。

首先需要指出的是：只有英美版权法才可能视法人为作者，传统大陆法系国家（地区）的著作权法是不会将法人视为“作者”的。这是因为大陆法系著作权法普遍将作品视为作者人格的延伸和精神的反映，因此，只有具有人格和精神的自然人才能够成为作者。除了个别例外情况之外，法人只可能因受让著作权中的财产权利而成为继受著作权人，当然更不可能成为作者。而英美法系将作品视为纯粹的财产，投资和组织创作作品的法人也可以成为原始版权人，甚至作者。

对于“视法人为作者”最为典型的规定是《美国版权法》第201条（b）款，该款规定：对于受雇完成的作品（work made for hire），除非双方有相反的书面约定，视雇主为作者，享有作品的所有版权。同时，雇主和雇员虽然可以约定由雇员享有作品的版权，但雇主仍然是作品的作者。显然，在《美国版权法》中，“职务作品”和“法人作品”实际上是一回事。对于职务作品而言，只要雇主和雇员没有以书面形式作出相反约定，均视雇主为作者，雇主原始取得作品的版权。因此，上述软件公司组织程序员编写的软件究竟是“职务作品”还是“法人作品”的争论在美国毫无意义，也根本不可能出现。

《日本著作权法》在这一问题上完全采用了美国的立法例。其第15条的标题即为“职务著作物的著作人”，其规定：按照法人或其他雇主（以下在本条中称为“法人等”）的提议，从事该法人等的业务的人在履行职责时做成的著作物（程序著作物除外），该法人等以自己的名义发表这种著作物时，只要在其做成时的合同、工作规章中无另外规定，则该法人等视为著作人。[①] 同样，根据这一条的规定，“职务作品”也就是“法人作品”而已。

相反，大陆法系国家（地区）的著作权法不承认法人能够成为作品的“作者”。《西班牙知识产权法》第5条规定：创作文学、艺术和科学作品的自然人应被视为作者，但在本法有明确规定的情况下，法律实体可以享有本法给予作者的保护。西班牙学者对此的解释是：著作权通常只授予有血有肉的作者，而当有法定例外情形或法律规定或合同规定权利让与给法人时，法人才享有著作权。[②] 这说明法人在特定情况下可以受到著作权法的保护，但却不能成为“作者”。《意大利著作权法》第11条规定：以国家、州或市政当局名义创作并发表，并由其承担成本的作品，其著作权归属于国家、州或市政当局；非营利性私法人、学术团体和其他公共文化组织对于经其汇编的记录和出版物，在与已发表作品的作者没有相反约定的情况下，也对作品享有相同的权利。可以看出，法人即使根据第11条取得了著作权，也并不是“作者”。意大利学者也指出：在这些情况下，作者保留着人身权利。[③] 而德国和法国的著作权法更是将著作权原始归属于作者的原则发挥到了极致，不承认政府或任何非自然人能够原始取得著作权，规定“作者”当然

---

① 《日本著作权法》和我国台湾地区“著作权法”中的“著作权人”即为“作者”。

② See Alberto Bercovitzn, German Bercovitzn, Milagros del Corraln, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), Spain, § 4 (1).

③ See Alberto Musson, Mario Fabianin, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), Italy, § 4 (1) (b) (ii).

必须为实际创作作品的自然人。[①] 法国学者指出：根据支配法国著作权法的基本原则，只有创作作品的自然人才能被视为作者。而那种承认法人不但能够获得原始著作权，还能获得作者身份的职务作品著作权归属规则在法国著作权法中是不存在的。[②]《法国知识产权法典》第 L111-1 条明确规定：作品作者对作品享有专有的、对抗所有人的无形财产权的唯一事实依据是对作品的创作。存在或签订雇佣或服务合同对作者享有的权利不产生任何消极影响。这意味着即使是为了完成雇主所交付的任务而创作的作品，原始著作权人仍然是创作作品的雇员。雇主能够根据法律规定或合同约定行使或受让著作财产权，但绝不可能被视为作品的“作者”。

因此，大陆法系国家（地区）只有“职务作品”或政府作品著作权归属于法人或政府的规定，而无“法人被视为作者”的规定。上述软件公司组织程序员编写的软件，作者究竟是程序员还是软件公司的争论在大陆法系国家（地区）也是不存在的。

我国台湾地区“著作权法”则对两大法系的规定进行了折中，其第 11 条规定：受雇人因职务行为完成的作品，以受雇人为著作人。但合同可以约定以雇主为著作人。这同样不会产生计算机程序的作者究竟是程序员还是软件公司的问题。

而我国在借鉴两大法系立法时，不但仿照英美版权法规定了视法人为作者的情形（这种情形是大陆法系所没有的），还规定了不视法人为作者，而仅将法人视为原始著作权人的情形。这种将英美法系版权法和大陆法系著作权法中两种互不相容的机制同时写入我国《著作权法》的做法所导致的直接后果就是，无法在“特殊职务作品”和“法人作品”之间划出一道清晰的界线。

本书作者认为：《著作权法》同时规定“法人作品”和“特殊职务作品”不但会造成作品定性上的困难，而且实无必要。因为立法者通过规定“法人作品”想要解决的问题完全可以通过完善“职务作品”的规定加以解决。

根据立法者的有关解释，之所以要规定“法人作品”，是因为“有的作品是在法人或者其他组织的主持下创作的，体现了法人或者其他组织的意志，并不是执笔者的个人意志，并由该法人或者组织承担作品的责任，如某机关的年终工作总结报告等”；“特别是有些作品的创作，需要投入大量人力、物力和财力，个人一般不能完成这项任务”[③]。抛开法人是否具有独立于其高级管理人员和其他工作人员的独立意志这一颇具争议的问题不谈，规定“法人作品”的根本目的在于使法人对特定作品享有原始著作权。而要实现这一目的根本无须将“法人视为作者”，《著作权法》完全可以效仿大陆法系国家（地区）的相关立法，调整有关“职务作品”著作权归属的规定，使这类作品的著作财产权可由法人原始取得，或者在一定期限内行使。

---

① See Adolf Dietz, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), Germany, § 4 (1).

② See Andre Lucasn, Pascal Kaminan, Robert Plaisantn, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), France, § 4 (1) (b).

③ 胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，70 页，北京，法律出版社，2002。

典型案例

班禅大师灵塔案

十世班禅大师去世之后，西藏日喀则地区成立了一个“修建灵塔办公室”，专门负责为班禅大师修建灵塔的各项事宜。在灵塔之内准备放一个班禅大师的头像。有一个民间泥塑艺人听说之后主动要求承担这项任务。但此人从未见过班禅大师，“修建灵塔办公室”就提供了班禅大师的照片，由这位民间艺人根据照片和“修建灵塔办公室”对塑像草稿的修改意见，完成了班禅大师的头像。双方在合同中虽然约定了酬金，但并没有约定班禅大师头像（雕塑作品）著作权的归属。该名民间艺人于是向法院提起诉讼，要求确认著作权归他所有。法院认定塑像为法人作品，民间艺人不享有任何著作权。理由是塑造班禅大师的头像始终是“修建灵塔办公室”代表国家及地方政府主持，体现了国家意志，由“修建灵塔办公室”承担全部责任。①

第三节　特殊作品的著作权归属与行使

一、职务作品

我国《著作权法》第16条规定：公民为完成法人或者其他组织工作任务所创作的作品是职务作品。这条规定说明要构成“职务作品”，必须符合两个条件：第一，创作作品的自然人必须是法人或者其他组织（以下简称单位）的工作人员，与单位有实质意义上的劳动或雇佣关系，包括固定工作人员、临时招聘的工作人员、正式工作人员、临时工、实习生或试用人员。第二，作品必须因履行职务行为的需要而创作，也即为了完成单位的工作任务而产生。“工作任务”是指工作人员在该单位中应当履行的职责。例如，对于游戏软件公司技术部中的程序员而言，他在日常工作中的职责就是编写和维护游戏软件。该程序员为了履行这一职责所编写的软件作品就是职务作品。如果作品的创作与工作人员应当履行的职责无关，则即使该作品的创作利用了单位的物质技术条件或是在上班时间创作的，也不属于职务作品。例如，游戏软件公司技术部的程序员在上班时利用闲暇时间为自己的儿子编写了一套学习软件，该软件就不属于职务作品。再如，某医院的老护士利用自己几十年的护理工作经验，撰写了一本《护理知识大全》。而护士的工作职责是照顾病人而非撰写与护理有关的著作，因此，该作品并非职务作品。

对于自然人在受雇期间为了完成雇主交付的任务而创作的作品，许多国家的著作权法都规定雇主可享有一定的著作财产权，或是允许雇主通过与作者签订合同而取得全部或部分财产权。即使是极端重视作者利益的大陆法系国家也是如此。而部分英美法系国家更是规定雇主可以被视为作者。如《美国版权法》和仿效美国立法的《日本著作权法》规定：

① 参见西藏自治区高级人民法院民事判决书（1998）藏法民终字第2号。

对职务作品，视雇主为作者。这意味着雇主是职务作品的原始版权人，享有全部版权。《英国版权法》第 11 条第 2 款规定：如果文字、戏剧、音乐和艺术作品是由雇员在受雇期间创作的，则除非合同中有相反约定，否则，雇员的雇主为该作品的原始版权人。《澳大利亚版权法》第 35 条规定：对于受报刊社雇用的记者在 1998 年 7 月 30 日之后创作的作品，记者享有为将其作品收入书籍而进行复制，以及从纸质报刊中将其作品复印出来之后，再进行复制的专有权利，其他版权专有权利则归属于报刊社享有。其他作者根据雇佣合同在受雇期间创作的文字、戏剧、艺术作品和音乐作品的版权归属于雇主。《西班牙知识产权法》第 51 条规定：在没有书面协议时，对于根据雇佣关系创作的作品而言，在交付作品时雇主从事其常规业务活动必需的范围内，推定利用该作品的权利已排他性地转让给雇主。这是因为职务作品毕竟是由工作人员为了完成雇主交付的任务而创作的，雇主为此提供了物质技术条件并支付了工资，也期望利用工作人员由此创作的作品获得经济利益。因此，著作权法需要对雇主的投资和经济利益予以一定程度的保护。

对于计算机软件这种需要利用雇主提供大量物质技术条件才能完成的作品，各国著作权立法对雇主给予了更多的保护。1991 年欧共体《计算机软件保护指令》第 2 条第 3 款规定：如计算机软件是由雇员为履行其职责或遵循雇主指令而创作的，除非合同有相反规定，雇主有权排他性地行使软件中的所有财产性权利。此后欧共体各成员国都为执行该指令修改了著作权立法。这样，即使是在极端重视作者权利的大陆法系国家，作为职务作品的计算机软件的著作财产权至少可以根据法律规定由雇主继受取得或排他性地行使。例如，《法国知识产权法典》第 L113-9 条规定：除非法律另有相反约定，对于由雇员根据雇主指示或在履行职责的过程中创作的计算机软件及其文件，其著作财产权归属于雇主，雇主可以单独行使其著作财产权。

我国《著作权法》将职务作品分为两种情况，分别规定了其著作权归属。

首先，对于主要是利用单位的物质技术条件创作，并由单位承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品，以及法律、行政法规规定或者合同约定著作权由单位享有的职务作品，创作作品的自然人只享有署名权，著作权的其他权利由单位享有。

这类职务作品通常很难依靠自然人本人的力量单独完成，而必须借助于单位专门提供的资金、设备和资料等。以计算机软件为例：对于许多大型软件，或者具有特定用途的软件，程序员往往需要使用单位提供的高性能计算机，用单位的资金购买相关的资料，特别是要和单位的其他程序员交流，利用他们在编程方面的专门技术和经验；有时候还需要使用单位才可能获得的专有技术和技术秘密。例如，目前国内许多软件公司都在组织程序员编写网络游戏软件，但网络游戏软件中被称为“游戏引擎”的核心部分往往是进口的，需要软件公司花费巨资从国外引进，并聘请外国专家进行技术指导。正是因为单位对于这类作品的创作提供了不可或缺的“物质技术条件”，为了鼓励单位对作品的创作进行投资，保护它们对于投资的合理利益，法律才规定这类作品除署名权之外的著作权其他权利归属于单位。

其次，对于其他职务作品，著作权由作者享有，但单位有权在其业务范围内优先使用。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。这类职务作品虽然也是为了履行工作职责而创作的，但并不需要单位提供特定的物质技术条件。例如，中学教师为备课所撰写的教案，虽然也属于为了完成学校交付的授课任务而创作的作品，但教师准备教案并不需要学校为此进行特定投资。因此，在这种情况下著作权法对单位利益的保护水平较低，单位只享有作品完成两年之内的优先使用权。当然，在职务作品完成两年之内，只要经单位同意，作者也可许可第三人以与单位使用的相同方式使用作品，但所获报酬，应由作者与单位按约定的比例分配。①

二、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。如新婚夫妇赴影楼拍摄结婚纪念照，实际上就是委托摄影师为其创作摄影作品。再如，大型体育比赛组织者请音乐家为赛事撰写会歌，也是委托词曲作者为其创作音乐作品。

对于委托作品的著作权归属，各国（地区）同样有不同规定。《美国版权法》第201条（b）款规定：对于某些通过定购或委托，为特定目的而创作的作品，包括作为集合作品组成部分的作品、作为电影作品或其他视听作品组成部分的作品、翻译作品、（对教材等原作品的）增补作品、编辑作品，说明书，试卷、试卷的答案或地图作品，如果双方当事人以书面合同的方式明确约定属于这9类范围之内的作品为职务作品，则该作品应当被视为职务作品，视雇主为作者，由雇主享有作品的版权。《澳大利亚版权法》规定：除了照片、画像和雕刻之外，除非委托合同有相反约定，否则，创作作品的受托人享有委托作品的版权。② 法国著作权法虽然没有对委托作品的著作权归属作出具体规定，但根据有关创作作品的自然人才能被视为作者并原始取得著作权的基本原则，委托作品的著作权仍然归属于受托人，委托人只能根据委托合同的约定行使或受让著作财产权。③ 德国和西班牙的著作权法也是如此。我国台湾地区“著作权法”对委托作品与职务作品一样，也采取了调和两大法系不同规定的做法，其第12条规定：出资聘请他人完成的作品，以该受聘人为著作人。但双方可以通过合同约定以出资人为著作人。如果以受聘人为著作人，可以通过合同约定其著作财产权的归属。如果没有约定，其著作财产权归受聘人享有。

我国《著作权法》第17条规定：“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。合同未明确约定或者没有订立合同的，著作权属于受托人。”根据相关司法解释，如果委托作品的著作权归属于受托人，则委托人在约定的使用范围内享有使用作品的权利；双方没有约定使用作品范围的，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。④ 例如，某公司委托画家创作一幅体现公司形象和经营理念的宣传画。如果双方没有对该宣传画的著作权归属和使用作品的范围作出约定，则著作权属于画家，但公司可以为了对外宣传的目的而展示、悬挂这幅宣传画，或将它印刷在公司的

---

① 参见《著作权法实施条例》第12条。

② See Brad Shermann, James Lahoren, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), Australia, §4 (1) (b) (i) (C).

③ See Andre Lucasn, Pascal Kaminan, Robert Plaisantn, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), France, §4 (1) (b) (iii).

④ 参见最高人民法院《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。

宣传册上，无须再经过画家许可，也无须支付额外报酬。

无论双方是否约定委托作品的著作权归属，受托人仍然是委托作品的作者。那么委托人能否在合同约定其享有委托作品著作权的情况下取得著作人身权呢？从我国《著作权法》第16条有关“特殊职务作品”的作者享有署名权、著作权的其他权利由单位享有的规定来看，第17条“著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定”中的“著作权”似乎应当包括人身权和财产权，即委托人和受托人可以通过合同使委托人原始取得包括人身权在内的全部著作权。但这种解释将实际上使委托人取得作品署名权，与署名权应由作者享有的基本原则不符；而且，这种解释会导致学生出资雇用他人为“枪手”为自己撰写毕业论文等行为合法化，应当是不足取的。

理论研究

人像摄影作品的著作权的归属和行使

根据《著作权法》第17条的规定，在照相馆拍摄的照片实际上是被拍摄者委托摄影师为其创作的摄影作品，如果双方没有约定著作权的归属，则著作权应当由作为受托人的摄影师享有。被拍摄者并不享有照片的著作权，只能在委托创作的特定目的范围内免费使用该照片。如果被拍摄者在没有合同约定的情况下，超出委托创作的特定目的范围使用照片，将构成对摄影师的著作权的侵犯。但同时，摄影作品又体现了被拍摄者的肖像，如果是人体艺术照，还可能涉及被拍摄者的隐私，因此，在缺乏合同约定的情况下，不但被拍摄者不能随意使用照片，作为著作权人的摄影师也不能对照片进行商业性使用，否则，可能构成对被拍摄者的肖像权甚至隐私权的侵犯。

需要指出的是：人像摄影有其自身的特殊性，不仅是摄影师智力创作的结果，也是被拍摄者肖像的体现，与一般委托作品有很大不同。正因为如此，许多国家的立法对人像摄影作品的著作权归属或行使作出了特殊规定。例如，《澳大利亚版权法》第35条第5款规定：当照片、人像或雕刻是为了私人和家庭目的而委托他人拍摄、绘制或制作的，如“全家福”照片、婚纱照和小孩的百日照等，则版权由委托人享有。《意大利著作权法》将人像摄影作为不构成摄影作品的普通照片以邻接权加以保护，其第98条规定：如无相反约定，委托他人拍摄肖像照片的人可以不经摄影师的许可发表、复制或授权他人复制作品，但对肖像照片进行商业性复制时应向摄影师支付合理报酬。如果肖像照片上载有摄影师的姓名，则在发表和复制时也应载明摄影师的姓名。这些立法充分考虑了被拍摄者与摄影师之间的利益平衡，可为我国立法所借鉴。

三、合作作品

合作作品是指两个以上的作者经过共同创作所形成的作品。要构成合作作品，合作作者们必须有共同的创作愿望。两个以上作者在创作时应当意识到自己是在与他人共同创作一部作品。如果有分工、协作，则每个参与创作者都应当知道分工创作的最终目的是将各

自创作的部分整合为一个整体。《美国版权法》第101条即明确将“两个以上的作者意图使其创作的部分被吸收到整体作品之中，成为整体作品中一个不可分割的部分或者与其他部分相互依存的部分”作为构成合作作品的要件。例如，由一人主编并统稿，由几人分章写作的教科书即为典型的合作作品。但《红楼梦》并不是曹雪芹和高鹗的合作作品，因为通说认为高鹗是在曹雪芹去世之后，在《红楼梦》前80回的基础之上续写后40回的，两人并无共同创作《红楼梦》的合意。再如，某出版社经过众多学者同意之后，将这些学者已发表的相同主题的学术论文汇编成一部文集，则该文集也并非这些学者的合作作品。如果一个人创作完成后，另一个人又加以补充创作，形成了新的演绎作品，则该演绎作品是否构成合作作品取决于第一位作者在进行创作时，是否知道其作品将通过其他创作者的演绎行为而被吸收进新的作品之中。例如，某作曲家应邀为某部电影创作主题歌中的乐曲部分，即使该名作曲家在创作时并不知道将由谁来填写歌词，只要其清楚地知晓自己创作的乐曲会被配上歌词，则由此形成的一首完整的电影主题歌仍然是合作作品。但如果某诗人创作了一首短诗，发表之后电影公司在经过诗人许可之后，为短诗配上乐曲，制作成电影的主题歌，则该电影主题歌并非合作作品，因为诗人在创作短诗时并没有将其与乐曲结合起来的意图。

许多国家的著作权立法还要求合作作者各自的贡献在整体合作作品之中无法被单独辨认或相互加以区分，以此作为合作作品的构成要件。如《意大利著作权法》第10条将合作作品定义为“两个或两个以上的人创作的作品，其中各自的贡献无法区分或分割”。《澳大利亚版权法》第10条也规定：合作作品是指两个或两个以上的作者合作创作的作品，其中一个作者的贡献无法与其他作者的贡献加以区分。《日本著作权法》第2条、《英国版权法》第10条和《德国著作权法》第8条也作出了相似的规定，据此，在一人作曲、一人填词的情况下，虽然两人有共同创作音乐作品的合意，但因为两个人创作的部分是可以清楚地分开的，该音乐作品并非合作作品。我国《著作权法》并未对合作作品进行这种限制，上例中的音乐作品在我国无疑构成合作作品，词、曲作者都是合作作者。

需要注意的是：只有那些实际参与创作活动，对最终的作品作出了独创性贡献的人才能成为合作作者，仅仅为创作提供咨询意见、物质条件、素材或其他辅助劳动的人并非合作作者。当然，“参与创作”的形式可能是多种多样的，并不一定意味着亲自动手。例如，作家可以边构思小说内容边进行口述，由其助手将口述内容记载下来，作家并不因此丧失作者身份。再如，一名资深摄影师带领其学生进行拍摄，资深摄影师在拍摄对象、角度、焦距、明暗等方面给予具体指示，而学生完全根据这些指示摆放和调整照相机并按下快门，则学生只是资深摄影师进行创作的消极工具，由此形成的摄影作品应当由资深摄影师独享著作权。但如果学生在拍摄过程中还加入自己的选择和判断，则资深摄影师和学生均为合作作者。相反，如果拍摄是由学生独立进行的，资深摄影师只是将自己多年积累的拍摄经验传授给学生，或只是告诉学生何处场景值得拍摄、采用何种拍摄手法效果较好，则资深摄影师并未实际参与创作，不能成为合作作者，由此形成的摄影作品的著作权应当归属于学生本人。

同时，是否参与创作活动也并非判断合作作者身份的唯一标准，创作参与者是否有以合作作者身份共享著作权的主观意图也是重要的因素。例如，论文作者向法学期刊投稿后，

编辑发现论文篇幅过长，对部分内容进行了缩写，并在得到了作者的认可后予以刊登。由编辑缩写的内容有可能达到了独创性的要求，而且作者与编辑也有共同修改作品的合意，但编辑并不能取得合作作者的身份，因为编辑的本职工作之一就是修改稿件，并无成为合作作者、共享稿件著作权的意图。同样，在访谈活动中，嘉宾对记者所提问题的口头回答有可能构成口述作品。如果记者在其所撰写的访谈文章中纳入了嘉宾的回答，嘉宾能否与记者（或记者所在的单位）共享该文章的著作权呢？回答应当是否定的。嘉宾同意接受采访，只表明其许可将其口述内容纳入文章并发表，并没有以文章的合作作者身份共享著作权的意思表示，因此，日后他人要利用该文章，只需要经过记者（或记者所在的单位）许可，而无须再经过嘉宾许可。

典型案例

穆罕默德案

美国华纳电影公司聘用导演斯派克·李拍摄伊斯兰教教士、美国黑人民权运动领袖马尔科姆的传记电影，由丹泽尔·华盛顿主演。电影公司请求熟悉马尔科姆和伊斯兰教的杰夫里·穆罕默德提供协助。穆罕默德对剧本的修改提出了建议，以确保宗教和历史描述的真实性。他指导丹泽尔·华盛顿如何演得像穆斯林，将一些阿拉伯语译成英语作字幕，为角色选择正确的礼拜方式，与埃及掌管清真寺的人交谈，并设计了两幕与朝圣有关的场景。但穆罕默德在电影中仅被列为“伊斯兰技术顾问”。其向法院起诉，要求确认其为电影的合作作者。

美国联邦第九巡回上诉法院认为，以下事实尚不足以认定合作作者：(1) 创作者贡献出了独创性表达（即创作出了受保护作品）；(2) 创作者们具有将各自的表达融入一部作品的意图。法院同时指出，认定合作作者时应考虑下列因素：(1) 创作者是否能够通过行使控制权而监督作品的创作，是“创造性或起主导作用的灵魂人物”；(2) 创作者是否以合同约定等客观的方式表达了承认作品为合作作品，以及成为合作作者、共享作品版权的意图；(3) 整部作品对受众的吸引是否来自共同的贡献，且各自的贡献对于作品的价值难以被受众区分。综合考虑这些因素后，法院驳回了穆罕默德的诉讼请求。

法院指出：如果作者一旦咨询他人并采纳有用的建议后，就丧失了独享版权的法律地位，则无法实现《宪法》促进文艺创作的立法目的。如果将认定作者的标准定得过于宽松，会迫使作者们将自己封闭起来，而不采用他人本可以作出的贡献。对“作者”作太过宽泛的解释，还会使合作作者的范围延及过多的人，使作者仅因他人提供的某种形式的帮助而丧失单一作者的地位。[①]

既然合作作品是两人以上合作创作的，其著作权就应当由各合作作者共同享有。我国《著作权法》第 13 条第 1 款中规定：“两人以上合作创作的作品，著作权由合作作者共同享

① Aalmuhammed v. Lee, 202 F. 3d 1227 (9th Cir., 2000).

有。”对于合作作品著作权的行使方式，《著作权法》又根据合作作品是否可以被分割使用，分两种情况加以规定。首先，对于可以分割使用的合作作品，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。“可以分割使用”是指一部合作作品中由某一合作作者创作的部分可以在篇章结构上相对独立，具有独立的价值，并可以单独加以使用。例如，某《知识产权法》教材共有4章，分为“总论”、“著作权”、“专利权”和“商标权”，由4名知识产权学者各自撰写。由于该4章中的每一章都是相对独立于其他章节并且可以被单独使用的，各章的著作权都由撰写者所单独享有并行使。如果某一章的作者想出版一部文集，将自己撰写的一章纳入其中，并不需要经过其他章节作者的许可。但各合作作者不能超越自己的权利界限行使属于他人的权利，例如，合作作者不能未经其他合作作者的许可擅自发表整部合作作品。

其次，对于不可分割使用的合作作品，其著作权由各合作作者共同享有，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权以外的其他权利，但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。例如，两位作曲家共同谱写一部乐谱，由于经过双方反复讨论和修改，在最后定稿的乐谱中已经无法清楚地分辨哪一小节为哪一位所创作。在这种情况下，不但该合作作品的著作权由各合作作者共同享有，而且对该合作作品的使用也应当由各合作作者协商一致。但是，作品毕竟具有公共文化的属性，立法政策要求作品能够尽可能地被公之于众和得以利用。同时，当各合作作者无法对合作作品的使用达成一致意见时，如果绝对禁止对作品加以使用，也会使要求使用合作作品的合作作者的利益受到损害。因此，即使是极端重视作者权的《德国著作权法》也规定：合作作者不能在没有合理理由的情况下拒绝对合作作品的发表、利用和改动。[①] 我国《著作权法》作了相似的规定。例如，两人合作创作了一首乐曲，乐曲之中已无法清楚地区分两人各自的创作，后来两人交恶，一人想授权某唱片公司使用该乐曲录制录音制品，另一人出于阻止对方获得声誉的目的而拒绝许可唱片公司。在这种情况下对方就可以在协商未果时单方许可唱片公司使用该乐曲，但应当将由此获得的报酬分配给拒绝许可一方。有些国家的立法规定：在某一合作作者违反诚实信用原则拒绝给予使用合作作品的许可时，其他合作作者只能通过诉讼由法院给予许可。[②] 但我国《著作权法》目前并无这样的要求。

需要注意的是，《著作权法实施条例》第14条规定：合作作者之一死亡后，其对合作作品享有的财产权利无人继承又无人受遗赠的，由其他合作作者享有。这是《著作权法实施条例》作出的不同于《继承法》一般原则的特殊规定。《继承法》规定：无人继承又无人受遗赠的遗产，归国家所有。据此，合作作者之一死亡后，如果既没有继承人又没有受遗赠人的，则对作品享有的财产权利只能归国家所有。但这样一来，其他在世的合作作者就与国家共同享有对作品的财产权利，在行使财产权利的过程中会遇到很多麻烦。例如，在将对作品的财产权利转让给他人时，在世的合作作者还必须经过国家的同意。而规定无人继承又无人受遗赠的著作财产权归其他合作作者享有，便于其他合作作者有效和便捷地行

① 参见《德国著作权法》第8条。

② 参见 Adolf Dietzn, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), Germany, § 4 (1)；《意大利著作权法》第10条第3款。

使著作财产权。

另外，合作作品的保护期与普通作品也有所不同，为最后死亡的作者有生之年加50年。

理论研究

自传作品的著作权由谁享有

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，当事人对著作权归属有约定的，依其约定；没有约定的，著作权归该特定人物享有。执笔人或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。根据这一条的规定，如果某特定人物向传记作家提供素材，由传记作家为其撰写自传，但没有约定自传的著作权归属，则著作权应由该特定人物享有。传记作者除了能够获得适当报酬之外，对自传不享有任何著作权，包括署名权。

该条解释应属于对“《我的前半生》案”判决的总结。《我的前半生》一书原来是由末代皇帝爱新觉罗·溥仪在抚顺战犯管理所关押期间口述，他的弟弟溥杰执笔完成的。后来，群众出版社指派当时在该社工作的干部李文达与溥仪一起对《我的前半生》进行修改。李文达亲自到溥仪过去生活过的地方进行调查，澄清了原书中许多讹误的史实。而且有关领导决定由李文达在确立的新主题思想下重新构思，重新组织材料和结构。溥仪和李文达在新的主题思想指导下重新撰写，并最终完成了修改稿。在20世纪80年代，李文达以合作作者的身份对外宣传《我的前半生》，溥仪的遗孀李淑贤认为这本书的著作权仅属于溥仪一人所有，因此，对李文达提起了诉讼。经过北京市中级人民法院、高级人民法院的审理和最高人民法院批复，最终认定自传体作品《我的前半生》的著作权应归特定人物溥仪享有。

读者可思考：该案和相应的司法解释是否符合著作权法原理？

四、演绎作品

演绎作品，又称派生作品，是指在保持原有作品基本表达的基础上，增加符合独创性要求的新表达而形成的作品。对作品进行改编和翻译是最为典型的演绎方式。例如，将俄文版的《战争与和平》翻译成中文、将金庸的小说《天龙八部》改编成电视剧本、将《红楼梦》改编成越剧，以及将文学名著缩写后编成配图本供儿童阅读等，均能产生新的演绎作品。对于演绎作品的概述，本书第四章中“演绎权”部分已进行了讲解，此处不再赘述。

对于演绎作品著作权的归属与行使，我国《著作权法》第12条规定：“改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，其著作权由改编、翻译、注释、整理人享有，但行使著作权时不得侵犯原作品的著作权。”演绎者在以他人作品为基础进行创作时投入了创造性智力劳动，对作为智力劳动成果的演绎作品享有著作权。但是，根据他人作品创作演绎作品并行使演绎作品著作权应首先要得到原作品著作权人的许可，这是因为原作品著作权人享有改编权、翻译权等演绎权，未经许可演绎他人作品并加以利用会构成对演绎权的侵犯。

当然，超过著作权保护期的原作品是已经进入公有领域的共同财富，使用该作品创作演绎作品不再需要经过任何人同意，如将《三国演义》改编成连环画等。

演绎者对演绎作品享有著作权并不意味着同时享有对原作品的著作权，演绎者也不能因为创作了演绎作品，就可以代替原作品作者行使著作权。例如，漫画家将他人创作的小说改编成漫画，漫画即是小说的演绎作品，漫画家对该漫画享有著作权，但未经小说著作权人许可，漫画家不得出版该漫画，否则，就会侵犯小说作者的著作权。同样道理，翻译家对翻译外文小说而形成的翻译作品享有著作权，但未经外国小说著作权人的许可，翻译家不得出版小说的中文版，否则，构成著作权侵权。原因是作为演绎作品的中文版作品同时包含了原作品作者和翻译者的智力成果。出版社要合法地出版发行中文版必须同时经过原作品著作权人和翻译者的许可。当然，在实务中原作品著作权人在授权他人翻译时，一般也同时授权他人出版、发行翻译作品，这样翻译者就可以在翻译完成之后单独许可出版社出版、发行其翻译作品了。但如果电影公司希望将中文版作品拍摄成电影，则仍然需要同时经过原作品著作权人和翻译者的许可。

理论研究

侵权演绎作品受保护么

著作权人享有演绎权，这意味着未经许可利用原作品演绎而成新作品是侵权行为。那么，这样的“侵权演绎作品”还能受到著作权法的保护么？有一种观点认为：不能允许侵权者从侵权行为中受益，因此，侵权演绎作品不能受著作权法保护。本书作者认为：这一观点是不能成立的。正如本书第三章中“违禁作品的著作权保护问题”部分所述，著作权专有权利的作用并不在于确认权利人有为某种行为的自由，而在于阻止他人未经许可利用作品。给予未经许可演绎者以著作权保护，绝不意味着该演绎者可以随意使用该演绎作品，因为这势必侵犯原作品著作权人的演绎权。正如翻译家在未经许可将英国作者的小说翻译成中文后，无权单独授权出版社出版中文版，而应当由翻译家或出版社获得英国作者的许可。给予未经许可演绎者以著作权保护，仅意味着他人不能随意使用该演绎作品，否则，构成对演绎者的侵权。上例中未经许可将英文小说翻译成中文的译者，虽然无权单独授权出版社出版中文版，但如果出版社未经其授权出版中文版，仍然构成对其著作权的侵权。此时如果法院判决出版社赔偿译者，赔偿额也只能以译者自己的独创性贡献即在翻译中付出的智力劳动为计算基础，而不能将原作者创作小说的智力劳动也算进去。

国际上，只有美国等少数国家对“侵权演绎作品”的保护有所限制。《美国版权法》第103条规定：“版权保护的客体包括汇编和演绎作品，但如果一作品使用了受版权保护的原有作品，对其的保护不延及原有作品被非法使用的部分。”这意味着如果未经许可创作的演绎作品完全是以他人作品为基础的，则该演绎作品不能受到版权保护。[①] 而多数国家的著作

---

① See Eric J. Schwartzn, David Nimmer, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), United States, § 2 [3] [a].

权立法对“侵权演绎作品”进行保护。如1973年《巴西著作权法》第6条曾将演绎作品的创作者获得原作品权利人授权作为演绎作品获得保护的条件，但1998年的新法不再规定这一条件。这意味着即使演绎作品的利用侵犯了在先作品的著作权其也仍然可以受到保护。英国、德国、西班牙、加拿大等国均采取了这一原则。

我国《著作权法》第12条规定：“改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，其著作权由改编、翻译、注释、整理人享有，但行使著作权时不得侵犯原作品的著作权。”该条没有像《美国版权法》第103条那样否认“侵权演绎作品”受保护的资格，其应当被解释为：未经许可创作的演绎作品仍然受到保护，只是对演绎作品的利用应当经过原作品权利人和演绎作品权利人的双重许可。

典型案例

《死了都不卖》歌曲改编案

2007年，歌曲填词爱好者龚某有感于自己的炒股经历和当时火爆的股市，根据信乐团歌手阿信演唱的歌曲《死了都要爱》的曲调重新填写了歌词，命名为“死了都不卖”，曾在网上流行一时。被告又将《死了都不卖》的歌词修改后未经许可使用。

《死了都要爱》	龚某版《死了都不卖》	被告版《死了都不卖》
把每天当成是末日来相爱	把股票当成是投资才买来	把股票为了是赚钱才买来
一分一秒都美到泪水掉下来	一涨一跌都不必害怕掉下来	一涨一跌都不用害怕掉下来
不理会别人是看好或看坏	不理会大盘是看好或看坏	不理会大盘是看好或看坏
只要你勇敢跟我来	只要你翻倍我才卖	只要你翻倍我才卖
爱不用刻意安排	我不听别人安排	我不听别人安排
凭感觉去亲吻相拥就会很愉快	凭感觉就买入赚钱就会很愉快	凭感觉就买入赚钱我会很愉快
享受现在别一开怀就怕受伤害	享受现在别一套牢就怕受失败	可是现在有人套牢就怕受失败
许多奇迹我们相信才会存在	许多奇迹中国股市永远存在	许多奇迹中国股市永远存在
死了都要爱	死了都不卖	死了都不卖
不淋漓尽致不痛快	不给我翻倍不痛快	不给我翻倍不痛快
感情多深只有这样才足够表白	我们散户只有这样才不被打败	我们散户只有这样才不被打败
死了都要爱	死了都不卖	死了都不卖
不哭到微笑不痛快	不涨到心慌不痛快	不涨到心慌不痛快
宇宙毁灭心还在	投资中国心永在	股市牛市一直在
穷途末路都要爱	就算深套也不卖	就算深套也不卖
不极度浪漫不痛快	不等到暴涨不痛快	不等到暴涨不痛快
发会雪白土会掩埋	你会明白卖会责怪	你会明白操作不好
思念不腐坏	心态会变坏	心态会变坏
到绝路都要爱	到顶部都不卖	到顶部我才卖
不天荒地老不痛快	做股民就要不摇摆	做股民就要不摇摆
不怕热爱变火海	不怕套牢或摘牌	不怕套牢或洗牌
爱到沸腾才精彩	股票终究有未来	股票终究有未来

被告认为：龚某版《死了都不卖》的歌词抄袭了《死了都要爱》，两者句式结构相同，

字数也相等，只是将内容由爱情改为股票。因此，原告龚某的歌曲属于侵权作品，不具有著作权，依法不应受保护。

法院认为：独创既可以是从无到有地、独立地创作一个作品，也可以在他人作品的基础上创作，但发挥了智力创造性，使之与原作品之间存在客观上容易识别的差异，构成新的作品。原告根据其自己的炒股经历和对股票市场的认识而作的《死了都不卖》歌词，与《死了都要爱》歌词相比，主题、内容都不同，文字表达上存在较大的差异，客观上足以识别为一个新的文字作品。该文字作品符合我国《著作权法》所保护的作品应达到的独创性要求，故原告对此享有著作权，应受到我国著作权法的保护。被告以龚某版《死了都不卖》抄袭《死了都要爱》歌词和使用《死了都要爱》曲调为由抗辩原告的权利，但原告的歌词对《死了都要爱》的歌词是否构成侵权，不是本案审理的范围。即使原告的歌词与《死了都要爱》的歌词之间存在侵权嫌疑，也是原告与《死了都要爱》歌词作者之间的关系，且这只可能影响到原告利用作品，并不影响原告在自己的作品被侵权时向他人主张权利。原告填写歌词，使用了《死了都要爱》一歌的乐曲，原告应处理好与《死了都要爱》曲作者之间的关系，未经曲作者许可，不得利用改填词后的歌曲。但这同样不影响原告就其创作的文字作品在被他人侵权时主张保护的权利。法院据此认定被告构成侵权。①

本案中龚某的歌词《死了都不卖》明显改编自《死了都要爱》，但因具有独创性，构成改编作品。本书第三章中“违禁作品的著作权保护问题”部分提及：《著作权法》原第4条第1款“依法禁止出版、传播的作品，不受本法保护”已被删除。即使是内容根本违法的作品也能受到著作权法的保护，更何况“侵权演绎作品”呢？

五、汇编作品

汇编作品，是指汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的资料或者其他材料，对其内容的选择或者编排体现独创性的作品。汇编作品是一种以体系化的方式呈现的作品、数据或其他信息的集合。对于《著作权法》第3条规定的9类作品而言，汇编作品具有“兜底”的作用。如果对创作素材作独创性的选择或编排形成的是能够独立表现思想或文学艺术美感的内容，则选择或编排仅仅是创作《著作权法》第3条中各类作品的手段，并不产生第3条规定的9类作品之外的汇编作品。例如，以文字形式表现的作品无非是从数千个汉字中“选择”一部分，以特定方式加以排列、组合之后形成的。这种独创性“选择”和“编排”形成的显然是“文字作品”，而不是“汇编作品”。再如，著名历史学家黄仁宇先生创作的《汴京残梦》一书描述了《清明上河图》的创作过程：先由国画院的画师们在汴京城中四处写生，再由张择端从中选择、组合，最后在衔接处作画，增添过渡场景。② 如果该描述属实，则张择端显然对他人的作品进行了选择和编排。但由此形成的画作有其自身独立的艺术美感，已能够成为一部独立存在的完整作品，本身就可以作为美术作品受到

① 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书（2007）浦民三（知）初字第120号。

② 参见［美］黄仁宇：《汴京残梦》，63页，北京，新星出版社，2005。此书是小说，但其中描述的绘画方法是否产生汇编作品，仍然值得思考。

著作权法的保护，不应再被归入“汇编作品”。

虽然独创性汇编的结果并不产生新的文字内容、艺术造型、音乐旋律等传统文学艺术作品的表现形态，但也能表达汇编者的观点。将作品、数据或其他信息的集合体系化地加以呈现，其作用在于以汇编者认为的合理呈现方式，提供汇编者眼中有价值的作品、数据或其他信息。换言之，汇编者通过对信息的独特选择或特殊编排，表达其对信息价值或呈现方式的观点。这样一来，使用者接受的就是打上了汇编者个性化烙印的信息集合。汇编作品可以分为两类：对作品进行汇编而形成的作品，对事实、资料等材料进行汇编而形成的汇编作品。

第一类汇编作品是汇编若干作品或作品片段而形成的新作品，即被汇编的材料本身就是作品。各类法学期刊、报纸和小说选集等就属于第一类汇编作品。汇编已有的作品之所以能够成为有别于被汇编作品的新作品，不是因为它是由作品集合而成，而是因为在选择或编排作品方面体现出了独创性。例如，法学期刊上的每一篇论文无疑都是作品，但法学期刊是汇编作品并不是因为上面登载的论文都是作品，而是因为期刊编辑部的编辑对于论文的选择和编排付出了创造性劳动。首先，编辑们要阅读大量来稿，从中选择出学术质量较高的文章；其次，编辑还要根据文章的内容和本期关注的重点问题，设置特定的栏目并按一定的方式对文章进行编排。正是由于这种选择和编排是一种智力创作劳动，符合独创性的要求，法学期刊才构成汇编作品。

再如，为儿童编写《古典音乐欣赏》时，编者依照个人喜好挑选音乐作品，并根据自己对儿童的兴趣点和接受能力的判断进行排序，由此形成的汇编成果就体现了选择与编排上的独创性，属于汇编作品。①

第一类汇编作品不同于合作作品。要构成合作作品，作者之间必须有共同创作的合意。而汇编作品并不需要被汇编作品的作者们有这种创作合意，而是要求对各作品的选择或编排体现出了独创性。

根据《著作权法》第 14 条规定，汇编作品的著作权由汇编人享有，但行使著作权时，不得侵犯原作品的著作权。这说明第一类汇编作品的著作权归属和行使规则非常类似于演绎作品。首先，汇编者在经过各作品作者许可，通过独创性的选择或编排将各作品汇编成册之后，对该汇编作品享有著作权。但汇编者对汇编作品的著作权仅限于具有独创性的选择或编排，而不能及于被汇编的作品本身。例如，某出版社出版了一本《鲁迅作品精选》，收集了 100 篇鲁迅先生的作品，并按照编辑们认为的精彩程度予以排序。该精选就是典型的汇编作品，因为编辑们在选择和编排作品方面体现出了智力创造性。如果其他出版社未经许可也选择了同样的 100 篇鲁迅先生的作品出版，则侵犯了对汇编作品的著作权。但是，《鲁迅作品精选》的汇编者无权阻止其他出版社选择不同的鲁迅作品汇编成册，因为鲁迅先生的作品已超过著作权保护期，任何人都可以自由使用。汇编者虽然对作为汇编作品的《鲁迅作品精选》享有著作权，却不能因为汇编行为而对被汇编的鲁迅作品本身享有著作权。

其次，汇编者行使汇编作品的著作权时，不能侵犯原作品著作权人的权利。例如，出

---

① 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2011）一中民终字第 05186 号。

版社编辑人员在大量电影剧本中，根据自己的判断选择了10部最优秀的剧本，并在经过作者许可之后汇编成《电影剧本精选》。该《电影剧本精选》因体现了出版社具有创造性的选择而成为汇编作品，但出版社未经过各电影剧本作者的同意，无权自行许可电影公司将这10部剧本拍摄成电影，否则，构成侵权，因为各剧本的摄制电影权仍然掌握在作者手中。同样，如果一家数字图书馆希望将该《电影剧本精选》制成数字格式，置于网络之中供用户在线阅读或下载，则必须同时经过这10部剧本的作者和出版社的许可。除非这10部剧本的作者已经将各剧本的信息网络传播权另行许可给出版社，否则，仅作为汇编者的出版社无权单方授权数字图书馆这样做。

如果被汇编的作品仍在著作权保护期内，他人未经许可使用作为一个整体的汇编作品就会同时侵犯汇编作品的著作权和被汇编的作品的著作权。在上例中，如果数字图书馆未经许可将《电影剧本精选》置于网络中传播，则构成对出版社和这10部剧本的作者的信息网络传播权的侵犯。

第二类汇编作品是将原本就不受著作权保护的事实、数据等材料通过具有独创性的选择和编排汇集在一起。例如，出版社通过自己的判断，在上海众多餐馆中选择了最味美、实惠的50家并进行排序，同时附上地址和电话号码，编成《最佳餐馆50家》。虽然餐馆名称、地址和电话号码本身都不是作品，但对众多餐馆进行选择和排序是需要付出具有个性化的智力劳动的，由此形成的《最佳餐馆50家》就是汇编作品。

无论被汇编的材料是否是作品，如果在选择或编排方面没有体现出独创性，则不能构成汇编作品。如果一种选择或编排过程只要按照既定规则或规律去做，结果就都是相同的，没有给人留下发挥聪明才智的空间，则这种汇编结果不可能具有独创性，当然也不会构成作品。例如，出版社将鲁迅先生的全部作品按照文体及发表时间编成《鲁迅全集》，则该《鲁迅全集》并非汇编作品。因为收录鲁迅的全部作品不涉及“选择”，而且根据文体及发表时间安排作品顺序是最为常规的方法，均没有任何智力创造性可言。本书在“著作权的客体”一章中曾经讲解过美国联邦最高法院判决的Feist案，在该案中，被告原样抄袭原告出版的电话号码簿之所以不构成版权侵权，一方面是因为电话号码本身不是作品，原告对电话号码无版权可言；另一方面是因为原告将全部订户的号码均编入电话号码簿，而且按订户姓名字母顺序排列，无论在选择还是编排方面均没有体现出最低限度的智力创造性。

在我国发生的“族谱案”中，原告辛苦收集了某一家族族人的姓名，并编成了族谱。法院认为，“族谱资料虽然记载了在若干自然村屯上曾经生息繁衍的祖先及其后代的名字，并对这些名字按辈分大小进行编排，但这种编排不具有独创性”[①]。该案与Feist案异曲同工：对收集齐全的姓名按照辈分大小这一常规方法排列，无论是在选择方面还是在编排方面都无独创性可言，由此形成的族谱并非汇编作品。

再如，某杂志社编辑、出版了《高考招生录取专刊》，将各高校在各省市的录取人数、分数，以及各文、理科专业的录取人数、最高分、最低分、平均分等数据加以收集、汇总。显然，要使该录取专刊对考生有吸引力，其中的录取信息必须齐全，对其分类应当与考生的期待相一致。不同的人要提供有价值的招生信息，都会将全部招生信息按照专业、文理

① 广西壮族自治区河池市中级人民法院民事判决书（2004）桂民三终字第3号。

科、录取人数、最高分、最低分、平均分等进行分类列举。这就排除了与众不同的个性化选择与编排，其形成的结果并非汇编作品。①

同样道理，《中国期刊全文数据库》和《中国优秀博硕士学位论文全文数据库》如果对全国各期刊刊登的文章或各大学的学位论文照单全收，并没有根据论文质量进行评判、甄别，就不存在独创性的选择。如果是收录核心期刊刊登的文章和“211 工程”大学的学位论文，也不存在选择上的独创性，因为源自核心期刊的文章或“211 工程”大学的学位论文是业界常规的选择范围。同时，对论文根据学科的专业门类进行编排，也是常规的编排方式，难有独创性可言。

由于汇编作品是以体系化的方式呈现的信息集合，而不是其中孤立存在的信息，所以汇编作品的独创性就只能体现在对既有信息的选择或编排方面，而不能体现在该信息的产生或来源方面。因此，在认定汇编作品的过程中，区分“为取得被汇编的信息所付出的独创性劳动”与“对取得的信息进行独创性的选择与编排”极为重要。因为前者仅是一个产生、发现、确认信息的过程，不能直接形成以体系化方式呈现的信息集合，无论需要多少智力投入，其结果都不能受著作权法保护。

例如，一家出版社经过大量走访调查和分析研究，首次发现了鲁迅先生以前不为人所知的作品，并将这些作品与其他鲁迅先生的作品一起按照作品类型和发表时间顺序编入了《鲁迅全集》。再如，出版社想方设法（这种方法很可能有创造性）劝说用户告知其电话号码，从而第一次收集到了某地所有居民的电话号码，并按照居民姓名的拼音顺序编制了电话号码簿。对上述鲁迅作品和电话号码的取得并非简单的“额头流汗”，而是需要一定智力投入的。然而，这一过程仅仅是发现和确认了客观存在的作品和数据本身，其所涉及的智力投入与汇编作品毫无关系。只有对这些作品和数据所进行的独创性选择或者编排，才是构成汇编作品所需要的智力创造。

特别需要注意的是，著作权法保护的是有独创性的表达，而不是有创造性的方法以及与之混同的表达。如果汇编者对信息的选择或编排，并非基于个性化的主观判断，而是应用某种操作方法或计算方法的必然结果，则此时发生思想与表达的混同。无论该操作方法或计算方法本身是否为汇编者智力创造的产物，该汇编的结果都不能作为汇编作品受到保护，否则，就等于保护了这种操作方法或计算方法，这是从根本上违反著作权法的基本原理的。

如果汇编者首创并说明了其选择或编排的方法，或者他人通过分析汇编结果总结出了其首创的选择或编排方法，而且对相同范围的信息使用该选择或编排方法能够获得基本相同的汇编结果，就说明这种选择或编排方法是一种可以被量化的操作方法或计算方法，对其运用并不存在智力方面的个体差异，也即任何人对相同范围的信息运用该方法，只要不犯错误，结果都一样。在这种情况下，无论该选择或编排方法本身是不是独创的，都属于思想的范畴，由其产生的汇编结果是与该思想混同的唯一表达，不能受到保护。

假设出版社在编辑年度《法学优秀论文集》时，首次采用了一种可以量化的方法选出

---

① 因此，对于认定此类汇编为“汇编作品”的判决，本书作者不能认同。参见北京市海淀区人民法院民事判决书（2006）海民初字第 20439 号。

100篇优秀法学论文并加以排序，如根据被转载的次数、被引用的次数、读者在网站上的评价次数和分数，并在公式中加以计算，则该方法本身属于思想，不能受到著作权法的保护。同时，运用该方法获得的选择和编排结果具有唯一性，也即任何出版社使用该方法，都能选出相同的100篇论文，并以相同的顺序排列。因此，运用该方法的过程没有给汇编者留下聪明才智发挥的空间，汇编者与众不同的个性无从发挥，该《法学优秀论文集》并不构成汇编作品。此时无论汇编方法是否为首创，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。

相反，如果对于汇编者自述或他人总结出的选择或编排方法，不同的人对相同范围的信息使用该方法无法获得基本相同的汇编结果，就说明这一方法不能被量化，对其运用存在个体差异。不同的人在运用该方法时，必须还要加入自己个性化的主观判断，得到不同的汇编结果。这就说明汇编结果并没有与汇编方法发生混同，仍然可能作为汇编作品受到保护。

以上文提及的供儿童使用的《古典音乐欣赏》为例，如果汇编者自述或他人从中总结出的选择方法是：旋律优美而简单，易于吸引儿童注意力，激发其兴趣；编排方法是：按照简单程度和为儿童所接受的程度排序。可以想象，不同的人在面对成千上万首古典音乐，用该选择或编排方法进行汇编时，其结果仍然是千差万别的。因为对于什么是旋律优美而简单、能够吸引儿童并激发其注意力，以及在特定曲目之间进行简单程度和儿童接受度的比较，每个人的判断都会有所不同，由此产生的结果并不发生思想与表达的混同。

从上文的分析中还可以得出一个结论：用于对信息加以“分类”的目录本身并不能作为汇编作品受到保护。这是因为任何编排方法本身都属于思想的范畴，而对信息加以分类的目录正是客观反映编排方法，使他人得以对相同范围的信息加以无差别应用的最佳途径。

当然，在相同的一级或多级目录分类设置之下，具体信息的编排结果能否受到保护，仍然取决于是否发生了思想与表达的混同。例如，《古典音乐欣赏》中的一级或多级曲目分类无论如何设置（如古琴、古筝、琵琶……或激昂、婉约、浪漫……），汇编者依然要根据自己对曲目简单程度和儿童接受度的个性化判断，在每一分类（如琵琶）中对具体曲目进行排序，由此最终形成的《古典音乐欣赏》可以构成汇编作品，他人可以使用其中的一级或多级曲目分类设置，却不能使用最终形成的曲目汇编结果。与之形成对比的是，在上文提及的《法学优秀论文集》中，论文的排序是根据被转载的次数、被引用的次数、读者在网站上的评价次数和分数，用特定公式计算后产生的，无论如何进行目录分类设置，在每一类别中论文的先后顺序都是应用特定操作方法和计算方法的唯一结果，此时《法学优秀论文集》不能构成汇编作品，他人使用其中的一级或多级论文分类设置或最终形成的论文汇编结果，均不可能侵犯著作权。

通常情况下一级或多级目录分类设置，都可以被他人用于处理同类信息，获得同质化的分类结果，因此，其本身应当被作为思想排除出保护范围。曾有学者指出：“脱离具体数据、纯粹的数据库结构是不应当受版权保护的。”[①] 在“数据库结构”与目录分类设置同义的情况下，本书作者赞同这一观点。

---

① 张柳坚：《对数据库结构能否享有版权问题的讨论》，载《电子知识产权》，1997（12），18页。

典型案例

英超赛程表案

在“英国超级联赛联盟诉英国雅虎案”中，英超联盟认为：雅虎网站公布其编制的英超赛程表的行为侵犯了其汇编作品的版权。欧盟法院发现，与编制电话号码簿不同，设计足球赛程表并非一个纯粹机械的或仅适用严格标准的过程，它需要相当程度的劳动和技巧，以满足各队之间相互冲突的要求，其间需要进行选择和判断。[①] 然而，欧盟法院明确指出：产生数据所需要的智力投入和技巧，与判断包含这些数据的数据库能否受到版权保护无关。[②] 在编制英超赛程表的过程中，为确定英超球队的比赛日期、时间和对阵序列进行的智力投入仅与数据的创建有关，在任何时候都不能作为判断数据库能否获得版权保护的依据。[③] 这即是正确区分上文所述“为取得被汇编的信息所付出的智力劳动”与“对取得的信息进行独创性的选择与编排”的典型实例。

六、电影作品和以类似摄制电影的方式创作的作品

电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品（以下简称电影作品）的著作权归属与行使是一个特别复杂的问题。这一方面是因为电影作品往往属于特殊的演绎作品，如故事片通常是根据他人的小说拍摄的，但如果将电影作品视为普通的演绎作品，就意味着在约定不明的情况下，对电影的任何利用都需要经过原作品作者与电影作品作者的双重许可；另一方面是因为电影作品凝结了编剧者、导演、摄影师、剪接师和作词、作曲者等诸多人员的创造性劳动，从某种意义上说是最为复杂的合作作品，但如果按照合作作品的著作权归属和行使的规则，电影作品的著作权由对电影作品的创作付出了独创性劳动的所有人共同享有，对电影的利用需要经过全体合作作者的共同许可，这势必带来电影作品在利用方面的诸多纷争和极大不便。

针对电影作品的特殊性，《伯尔尼公约》专门对电影作品的著作权归属和行使规则作出了特别规定，以期在保护诸多作者利益和便利电影的利用与传播之间达到平衡。《伯尔尼公约》第14条之二第2款（b）项规定，除非存在相反约定或特殊规定，一旦作者同意将其成果纳入电影作品之中，就不能再反对将电影作品加以复制、发行、公开放映、有线传播、无线广播或以其他方式向公众传播，以及为电影作品配上字幕或配音。但同时，《伯尔尼公约》第14条之二第3款又针对上述规定作出了限制：除非国内法有相反规定，否则，上述规定不应适用于编剧、为电影作品而创作的音乐作品的作者以及电影作品的主要导演。这就为各国立法留下了充分的空间。

据此，世界各国著作权立法都以自己的方式对电影作品著作权的归属和行使进行了特别规定。

---

① Football Dataco v. Yahoo! UK, Case C-604/10, para. 19.

② Ibid., para. 33.

③ Ibid., para. 36.

首先，一旦原作品作者已经许可他人将其作品拍摄成电影，就不能再阻止对电影作品的正常利用。德国等国认为原作品作者并不能成为电影作品的作者[①]，电影作品只是原作品的演绎作品。如果作者已经许可他人将其作品拍摄成电影，就应被认为已许可他人为拍摄电影作品而使用原作品和其改编版作品，以及许可对电影进行复制、发行、公开放映和在电视台播放。[②] 法国、意大利和西班牙的著作权法认为原作品作者也应成为电影作品的作者之一，但在授权拍摄电影之后，同样不能阻止对电影作品的正常使用。

其次，电影作品的整体著作权应由制片人行使，而不是由参与电影作品创作的人分别行使。大陆法系国家的著作权法注重保护作者权利，一般不承认通常以法人形式存在的制片人可以成为作者或者原始取得著作权，因此，在将电影作品视为合作作品的前提下，认定各合作作者已经将其著作财产权转让给电影制片人或许可其行使。同时，为了保护制片人的投资，有些大陆法系国家还另外赋予制片人对电影作品的邻接权。如《德国著作权法》第 89 条规定：参与电影创作的人取得电影作品著作权的，应被视为已排他性地许可电影制片人以已知的方式使用电影作品、电影作品的翻译和改编版本。第 94 条则规定，制片人对于录有电影的音像制品，享有复制、发行、公开上映和通过电台播送，以及禁止歪曲和裁减的邻接权。《法国知识产权法典》第 L113-7 条规定：剧本作者、改编本作者、对话的作者、专门创作的音乐作品的作者和导演为视听作品（法国著作权法中视听作品的范围大于电影作品）的共同作者。如果视听作品来源于仍受保护的原有作品或剧本，原作品作者应被视为视听作品的作者。第 L132-24 条规定：除视听作品中音乐作品的作者之外，其他视听作品作者与制片人签订合同意味着这些作者将对视听作品的专有使用权转让给了制片人。《西班牙知识产权法》第 87 条规定：导演、原作品作者、改编者、剧情和对话设计者、专为电影创作的带词或不带词的音乐作品的作者在为制作视听作品而签订的合同中，应被推定将复制、发行和向公众传播作品的权利转让给了制片人。《意大利著作权法》第 44 条规定：原作品作者、编剧者、作曲者和艺术导演应被视为电影作品的共同作者。第 45 条规定：电影作品中的经济权利的行使权应当属于组织制作电影作品的人，但他不能擅自对电影作品进行改编或翻译并放映经改编或翻译之后的电影。

而英美法系国家通常将电影的版权直接赋予制片人。如《澳大利亚版权法》第 98 条规定：制片人享有电影的版权。《英国版权法》第 9 条第 2 款和第 10 条第 1A 款规定：电影作品作为合作作品，制片人和主要导演为合作作者，共同享有版权。如果电影是由雇员在受雇期间制作的，则适用职务作品版权归属的一般原则，即在没有相反约定的情况下，版权由雇主原始取得。第 93A 条和第 191F 条规定：电影的出租权和放映权已被推定转移给了制片人。仿效英美立法的《日本著作权法》第 16 条规定：在电影著作物中，除小说、剧情、音乐等的著作人之外，担任制作、导演、摄影、美工等对电影著作物的整体创作作出了贡献的人均为电影著作物的著作人。第 29 条规定：著作人已和电影制片人商定参加该电影著作物的制作时，该电影著作物的著作权归属于制片人。

最后，对电影作品的制作作出创造性贡献的人有权获得报酬，并在不损害电影作品整

---

① 参见［德］M. 雷炳德著，张恩民译：《著作权法》，177 页，北京，法律出版社，2004。

② 参见《德国著作权法》第 88 条。

体著作权的情况下对自己创作的部分进行单独利用。

《法国知识产权法典》第 L113-25 条规定：视听作品的作者（剧本作者、改编本作者、对话的作者、专门创作的音乐作品的作者和导演）应当从对视听作品的每一种使用方式中获得报酬。当公众为欣赏视听作品而付费时，视听作品的作者应当按照一定比例获得报酬。第 L132-29 条规定：除另有约定之外，视听作品的每一个作者均可以自由支配其在视听作品中个人创作的部分。《西班牙知识产权法》第 87 条规定：电影作品的作者可以单独利用自己创作的部分，只要不损害对电影作品的正常利用。《意大利著作权法》第 46 条规定：电影中音乐作品的词曲作者有权直接向公开放映电影者收取单独的报酬。电影作品的原作品作者、编剧和艺术导演如果没有从电影公映的收入中按比例获得报酬，则在没有相反约定的情况下，有权在公映收入达到与制片人约定的某一数额时获得额外报酬；如果他们已将电影作品的传播权转让给制片人，则每一次通过无线电视广播、有线电视或卫星电视向公众放映电影作品时，他们都有权从中获得合理报酬。《英国版权法》规定：作者和演员都对电影的利用享有不可转让的获得报酬权。①

我国《著作权法》根据上述电影著作权归属和行使的基本原则，规定“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的著作权由制片者享有，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。电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品中的剧本、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”②。这意味着我国《著作权法》在电影作品的著作权归属方面采用了英美法系的做法，即将电影作品的整体著作权直接赋予制片人。也就是说，当电影作品作为一个整体被使用时，只能由电影作品的著作权人——制片人去行使权利，参与电影创作的人在这种情况下是无权行使权利的。需要注意的是：通常情况下“制片人”并非电影字幕中打出的作为自然人的“制片”，而是组织拍摄电影的组织，如电影公司。同时，《著作权法》又借鉴大陆法系的做法，承认编剧、导演、摄影和词曲作者等是电影作品的合作作者，可以对电影作品享有署名权，而且编剧和词曲作者可以单独对各自创作的部分行使著作权。例如，当出版社希望出版电影剧本，唱片公司希望将电影插曲由其聘用的歌星演唱、制成录音制品发行时，应当经过编剧和词曲作者的许可，而非经过电影制片人许可，因为这属于对电影剧本和电影音乐的单独利用，并非对电影作品整体的利用。考虑到我国的国情，《著作权法》并未规定电影的合作作者可以从对电影作品的每一次商业利用中获得法定报酬。需要指出的是：《著作权法》第 15 条并没有明确规定小说、戏剧等原始作品与根据这些作品拍摄而成的电影作品之间的关系，这在实践中造成了不少问题。

典型案例

《世纪人生》案

富有传奇色彩的上海某饭店创始人董某君撰写了一部自传作品《我的一个世纪》，并于

---

① See Lionel Bently, William Cornish, *International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), United Kingdom, § 4 (1) (a) (ii).

② 《著作权法》第 15 条。

1997年将作品的“电视连续剧拍摄权”独家转让给上海谢晋中路影视有限公司，该影视公司在根据《我的一个世纪》改编的电视连续剧《世纪人生》拍摄完成之后，又许可他人将《世纪人生》制成VCD光盘发行，但没有向董某君就VCD发行额外支付报酬。董某君的继承人董某认为：董某君仅许可影视公司使用《我的一个世纪》拍摄电视连续剧，影视公司对《世纪人生》电视连续剧的发行方式仅限于作为电视节目在电视台播映，并不包括制作成VCD销售及其他发行方式。而影视公司将改编、摄制而成的电视连续剧《世纪人生》交由他人以VCD光盘方式出版、发行，超越了原作品作者许可使用的方式和范围，构成侵权，应当承担相应的法律责任。

对此一、二审法院均认为：经《我的一个世纪》作者许可后改编并摄制而成的电视连续剧《世纪人生》已成为一个独立的作品，即以类似摄制电影的方法创作的作品，该作品的著作权由摄制该电视连续剧的制片人所享有。虽然合同书所涉及的拍摄权是针对电视连续剧的，但并不意味着拍摄而成的电视连续剧只能作为“电视节目”在电视台播映，将其制作成VCD销售也是电视连续剧作品著作权人实现其著作财产权的一种方式。在原合同并未限制改编、拍摄的电视连续剧的发行方式的情况下，《我的一个世纪》文字作品的著作权人或者与该著作权有关的权利人，除了可以对署名权及相关合同约定之报酬主张权利外，无权再限制电视连续剧作品的具体使用方式，故以VCD方式出版、发行电视连续剧《世纪人生》并不存在超越与原著作者所签合同的许可方式和范围问题。①

本案的关键在于：作者在授权影视公司将其作品拍摄成电影作品之后，影视公司将摄制而成的电影制作成VCD并出版发行是否还需要经过原作品作者的许可。根据我国《著作权法》第15条的规定，原作品作者并非电影作品的合作作者，而且电影作品的整体著作权归属于制片人。这暗示了制片人在经过作者许可将其作品拍摄成电影之后，对电影的使用无须再经过作者许可。即使在承认原作品作者为电影作品合作作者的法国、西班牙和意大利等国，其著作权法也规定推定原作品作者已将对电影作品的财产权转让或许可给制片人，因此，原作品作者也无权在合同约定不明的情况下，阻止电影作品制片人以VCD方式发行电影作品。当然，在意大利等国，原作品作者有权从电影公司对电影的商业性利用中获得报酬。换言之，原作品作者在许可将其作品拍摄成电影之后，对于电影作品的利用虽然没有“禁止权”但却有“获酬权”。但我国《著作权法》并未赋予原作品作者以这项“获酬权”。

理论研究

电影作品著作权与原作品著作权之间的关系

拍摄电影往往需要先将小说或戏剧改编成电影剧本，再根据电影剧本拍摄电影，因此，电影作品实际上是小说或戏剧的“演绎作品”。但是，电影作品作为众多智力成果融合的结晶，毕竟有自身的特殊之处。对于由小说或戏剧改编而成的电影，在与原小说或戏剧的关

① 参见上海市高级人民法院民事判决书（2004）沪高民三（知）终字第137号。

系上，能否适用演绎作品的一般规则，我国著作权法没有明文规定。仔细对比我国《著作权法》第12条和第15条就会发现，该法似乎并没有将电影作品作为一般的演绎作品对待。我国《著作权法》第12条在规定“改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，其著作权由改编、翻译、注释、整理人享有”的同时，明确指出“行使著作权时不得侵犯原作品的著作权”。这实际上意味着演绎作品之上存在着双重权利，即原作品作者的著作权和演绎者的著作权。而《著作权法》第15条中只是将“编剧、导演、摄影、作词、作曲等”界定为电影作品的合作作者，规定其对作为一个整体的电影作品享有署名权和获得报酬权，对于其各自创作的部分可以单独行使著作权，而完全没有提及原作品（小说、戏剧等）作者对于作为一个整体的电影作品的权利，或电影作品与原作品之间的法律关系。

同时，我国《著作权法》第15条在规定“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品的著作权由制片者享有”之时，并没有像其第12条那样规定“行使著作权时不得侵犯原作品的著作权”，也没有规定他人对电影作品的利用需要同时取得制片者和原作品著作权人许可。换言之，从该法第15条的用语来看，电影作品之上并不存在“双重权利”，其整体著作权不受限制地归属于制片者。

我国《著作权法》第15条的规定带来了两个后果：

首先，如果原作品（如小说、戏剧等）的作者已经许可将其作品改编成电影剧本并拍摄电影，则一旦电影拍摄完成，电影作品的整体著作权就完全归属于制片者，而不再受原作品著作权的制约。无论制片者以何种手段利用电影作品，都不再需要经过原作品著作权人许可，即使原作品作者并未在合同中许可制片者以放映之外的其他方式使用电影作品。上述“《世纪人生》案”就体现了这一规则。

但这一后果与《伯尔尼公约》的规定相左。《伯尔尼公约》第14条之一第1款专门对“原作品作者的摄制电影权”（The cinematographic rights of authors of pre-existing works）进行了规定。根据该款的规定，文学或艺术作品的作者对其作品享有两项专有权利：(1) 对该作品以拍摄电影方式加以改编和复制，以及发行由此改编或复制而成的作品；(2) 以有线方式公开播放和向公众传播由此改编或复制而成的作品。所谓“由此改编或复制而成的作品”就是指根据原作品（小说、戏剧等）拍摄成的电影作品。从中可以看出，《伯尔尼公约》仍然是将电影作品作为演绎作品对待的，原作品著作权人不仅可以授权将其作品拍摄成电影（拍摄过程也是改编和复制其作品的过程），还可以授权对电影作品加以发行和通过有线方式加以公开播放和传播。而我国《著作权法》第15条没有用任何方式体现这一点，甚至没有规定这两项权利已经法定地从原作品作者手中转让或许可给了电影制片者。

其次，根据我国《著作权法》第15条的规定，电影作品的全部著作权归属于制片者，且制片者的著作权并不受到原作品著作权的制约。这样，至少从逻辑上看，电影作品制片者有权自行对电影作品加以改编，并对改编而成的作品加以利用，无须再经过原作品著作权人的许可。同样，他人如果希望改编电影作品并利用通过改编形成的新作品（如将电影改编成漫画出版），也只需要经过制片者许可，而无须经过原作品著作权人的许可。

这一结果是明显违背《伯尔尼公约》的。《伯尔尼公约》第14条之一第2款明确规定：要将由文学或艺术作品派生而来的电影作品改编为其他任何艺术形式，除了要经过电影作品作者的许可之外，还要经过原作品作者的许可。该条说明《伯尔尼公约》认为根据小说、

戏剧等原作品拍摄而成的电影之上是存在“双重权利”的，因此，对电影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。我国《著作权法》第15条的规定与《伯尔尼公约》在这一点上是有差距的。

为了明确原作品与电影作品之间的法律关系，避免发生类似“《世纪人生》案”的纠纷，并消除《著作权法》与《伯尔尼公约》之间的差异，有必要对我国《著作权法》第15条进行修改。本书作者建议在第15条中增加1款规定：“著作权人许可制片者使用作品制作成电影和以类似摄制电影的方法创作的作品的，制片者可以以各种方式使用电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，当事人有相反约定的除外。将电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品改编为其他类型作品的，应取得原作品的著作权人许可。”

典型案例

黄梅戏电影《天仙配》案

著名黄梅戏艺术家严凤英作为主演和主唱参与了黄梅戏电影《天仙配》的摄制，其继承人发现某音像出版社发行了《天仙配》VCD，但未经其许可并支付报酬，因此，起诉该音像出版社和销售商侵犯了严凤英对唱腔曲调的著作权。①

法院认为：由上海电影制片厂拍摄的《天仙配》属于电影作品。即使严凤英在该片中的唱腔设计因具有独创性而形成了新的作品，但由于电影作品的整体著作权属于制片人，当发生电影作品著作权被侵犯的情形时，也只能由制片人作为著作权人对外主张权利，电影作品的作者和表演者无权向该侵权人主张权利。本案中被告出版发行黄梅戏电影《天仙配》VCD的行为，是对电影作品整体的使用，因此，本案原告无权向其主张权利。②

七、作者身份不明的作品

《著作权法实施条例》第13条规定：作者身份不明的作品，由作品原件的所有人行使除署名权以外的著作权。作者身份确定后，由作者或者其继承人行使著作权。

作品具有个人智力成果和文化产品的双重属性，著作权法在立法政策上鼓励作品尽可能地被社会利用，因此，对于作者身份不明的作品，规定由作品原件的所有人行使除署名权以外的著作权。需要注意的是：作者身份不明的作品仅指世人无法确定作者身份的作品。那些虽然未署名或未署真名，但仍然能够通过其他途径确定作者身份的作品并不是作者身份不明的作品。例如，“鲁迅”只是“周树人”的笔名，最初许多人也并不知道“鲁迅”就是“周树人”，但通过“鲁迅”这一笔名，作品的出版者和其他使用者仍然能够获取许可和支付报酬。在这种情况下作者的身份实际上是确定的。

---

① 本案原告还起诉被告侵犯了严凤英的表演者权。参见本书第六章第二节。

② 参见广东省深圳市南山区人民法院民事判决书（2006）深南法知初字第10号，广东省深圳市中级人民法院民事判决书（2009）深中法民三终字第86号。

【问题与思考】

1. 思考：根据我国《著作权法》的规定，著作权的主体有哪些？

2. 思考：我国《著作权法》关于“法人作品”和“特殊职务作品”的规定是否存在冲突？应当如何解决？

3. 思考：我国有关人像摄影作品的著作权的归属的规定是否合理？应当如何完善？

4. 论述合作作品的使用方式。

5. 论述电影作品与其他演绎作品在著作权归属方面的差异。

6. 比较汇编作品和合作作品。

第六章 邻接权

本章导读

邻接权是指作品的传播者和作品之外劳动成果的创作者对其劳动成果享有的专有权利的总和。随着传播手段的日益多样化和科技的进步，对作品的传播者和非作品的创作者加以保护具有越来越重要的意义。同时，由于著作权法对邻接权和狭义著作权的保护程度有所差异，著作权人和邻接权人所享有的专有权利数量也有所不同，这就使得邻接权成为知识产权法中较难掌握的部分。

第一节 邻接权概述

一、邻接权产生的原因

邻接权产生的主要原因，是某些有价值的非物质劳动成果由于不具备“独创性”而无法受到狭义著作权的保护。因此，要理解邻接权，必须先了解不同国家著作权法或版权法对作品性质和“独创性”规定方面的差异。

大陆法系著作权法理论认为：只有那些能够反映作者个性、打上了作者个性智力烙印、体现较高智力创造水准的成果才算具有“独创性”，才能受到著作权法的保护。如德国著作权专家雷炳德就指出：“作品必须把带有独一无二天资与能力的个人智慧体现在创作活动中并把它的光辉展现出来”，“那些建立在普通人能力基础上的成果并不受到保护”[①]。因此，大陆法系著作权法对“独创性”的要求比较高，那些未能体现创作者个性或创造性程度不够的劳动成果均不被承认为著作权法意义上的作品。本书“著作权的客体”一章中曾指出：大陆法系国家著作权法对“摄影作品”和普通照片是加以区分的，只有表达了摄影师独特艺术观点与创造力的照片才能作为“摄影作品”受到保护。至于游人随意按一下快门抓拍

① ［德］M. 雷炳德著，张恩民译：《著作权法》，112～117页，北京，法律出版社，2004。

出来的照片，大部分大陆法系国家的著作权法不认为其构成作品，原因就在于这种照片不能够体现作者个性，没有达到应有的创作高度。

对“独创性”的高要求在19世纪末20世纪初遇到了挑战。当时，录音技术、电影摄制技术和无线广播技术得到了初步发展，由此产生了一系列需要法律作出明确回答的问题：如何保护表演者的劳动？如何保护录音录像制品制作者的劳动？如何保护广播组织的劳动？这些问题产生的原因在于：一方面，表演活动、录制活动和广播活动的创造性都比较低，难以达到多数国家的著作权法中“独创性”的标准，无法产生受到著作权法保护的“作品”；另一方面，这些活动所形成的劳动成果又面临着容易被未经许可而复制和传播的风险，急需法律加以保护。

对于表演活动而言，一个技巧高超的表演艺术家对作品的表演总是蕴涵了再创作的成分，可能具有很高的艺术价值。例如，对于同一首钢琴曲，不同的人即使都是严格按照曲谱来弹奏，其效果和艺术感染力也不可能是相同的。杰出的钢琴家能够准确地理解曲谱中所蕴涵的作曲家所要表达的情感，调动自己的艺术激情，通过按键强弱和节奏的变化来充分表达曲谱中的艺术价值。这其中必然包含了钢琴家对曲谱与众不同的理解和判断，应当说是一种非常有价值的艺术再创作。再如，对于同样的舞蹈动作设计，在观众看来领舞者总是跳得比伴舞者好，就是因为技艺高超的领舞者对舞蹈作品的理解和再创作的程度以及形体的表现能力要高人一筹。

然而，这种表演者在表演活动中的再创作无法达到多数国家对于“独创性”的要求，因为表演者所做的毕竟只是最大限度地展示被表演作品中的美感，换言之，从观众的角度来看，表演者都必须忠实于作品的内容。表演者在表演过程中所进行的艺术性发挥和创作，相对于作者对作品的创作而言，独创性程度是很低的。德国著作权法专家雷炳德就指出：“他们（表演者）所再现的仅仅是原作者在作品中已经设想好了的东西”，“他们只是把作品中作者的精神、作者的感受、作者的声音、作者的思想带给了我们”[①]。因此，表演者的表演在大多数国家并不能被承认为具有“独创性”的作品。

对已有作品进行表演，虽然并不产生新作品，但它对作品的传播至关重要。对于由曲谱和歌词构成的音乐作品以及由舞蹈动作设计构成的舞蹈作品而言，如果没有歌手的演唱和舞者的舞蹈，几乎无法被公众欣赏。因为仅仅阅读曲谱、歌词和舞蹈动作设计图，是难以完整地领略其中的艺术美感的。而对于由文字构成的戏剧剧本和电影剧本而言，虽然公众直接阅读就能知晓其中内容，但演员的表演能够淋漓尽致地展现剧本中的故事情节，使公众对作品获得更佳的理解和体验。同时，不用法律保护表演者会产生严重的不利后果：在录音、录像技术以及广播技术发明和广泛应用之前，社会公众如果希望聆听或观看表演，就必须购票，亲临现场，而表演者就可以从门票收入中获得报酬。但是，在录音、录像技术和广播技术得到普遍应用之后，现场的表演就有可能被现场直播，或者被录制下来并通过唱片、录音带、录像带的出售，使社会公众足不出户就可在家中欣赏表演。如果表演者无法限制他人对表演的直播和录制，愿意购票亲临现场观赏表演的人数就会减少，表演者的收入就可能锐减。

---

① ［德］M. 雷炳德著，张恩民译：《著作权法》，55页，北京，法律出版社，2004。

录音录像制品的制作者也面临着类似情形。要欣赏对作品的表演，除了亲临表演现场、收听广播和收看电视节目，购买录音录像制品是主要途径，因此，录音录像制品对于作品的传播同样至关重要。但是，录音录像本身往往并不符合“独创性”的要求。如唱片公司组织专业人员录制唱片时，录制人员的主要任务是在技术上提供一个最佳演唱环境，如搭建专业化的录音棚，使歌手能够最大限度地发挥其歌唱才能、进行最佳效果的演唱，同时利用专业设备进行忠实的录制，并在对录音进行过滤、剪辑之后灌制成唱片。录制人员的工作主要是技术性的而非智力性、创造性的，无论由何人来进行录音和后期制作，只要他们使用同一套设备并遵循相同的专业方法，录制的效果是大同小异的。尽管录音内容也需要一定的后期制作，但这种工作在当时的条件下毕竟只是对录音的小幅调整，由此制成的录音制品很难符合大多数国家对“独创性”的要求。对自然风光、场景和事件进行忠实录制虽然也需要对拍摄对象进行选择，但由此形成的录像与录音一样，难以构成达到“独创性”标准的电影作品。

对于唱片公司而言，要合法地录制歌手演唱的歌曲并制成唱片出版、发行，必须与词曲作者（音乐著作权人）以及歌手签约，获得他们的许可并支付报酬。同时，这个唱片公司必须组织自己的专业录制小组，搭建专业录音棚，并使用昂贵的录音设备，对现场演唱进行高质量的录音。录制完成后又必须投入人力进行后期的剪辑和制作。唱片公司在向词曲作者和歌手付出报酬，同时又对录制和制作这张唱片耗费了人力与财力之后，如果其他唱片公司未经许可就擅自复制这张唱片，自行在市场上发行，自然会严重损害唱片公司的经济利益。此时，如果法律不保护唱片公司在制作唱片过程中投入的劳动，唱片公司就无权制止擅自复制和发行其唱片的行为。当然，由于唱片中包含了音乐作品，词曲作者可以以音乐作品著作权人的身份对这种侵犯其复制权和发行权的行为提起诉讼。但是这与唱片公司并无关系，唱片公司的利益仍然无法得到保护。

显然，在一个复制和传播技术日益发达的时代，如果不对表演者和录制者等作品的传播者加以保护，不仅会导致极为不公平的结果，而且实际上还会促使人们放弃投身于艺术表演活动以及对唱片产业进行投资，从而影响对作品的传播。但是，表演和录制活动的“独创性”程度不高，无法达到大陆法系国家著作权法对作品的基本要求，因此，大陆法系传统的著作权法不能用于保护这种劳动。虽然英美法系国家整体上对“独创性”要求并不高，但多数国家也认为表演和机械的录音、录像等不能构成作品，无法对其予以传统版权法保护。

既然著作权法对“独创性”要求较高，导致表演活动和录音录像制品无法作为作品受到保护，那么应当如何对表演和录音录像加以法律保护呢？一种解决方案是将表演和录音录像均视为符合“独创性”要求的作品，但是这会严重破坏著作权的传统理论。另一种解决方案是在著作权法之外另行制定特别法，但这样的立法成本显然过高。因此，多数国家的选择是在传统著作权法中新设一种与传统著作权并列的新型权利类型，专门用于保护那些“独创性”程度不高但又与作品有一定联系的劳动成果，这种新型权利就是邻接权。

在邻接权保护方面有四个重要国际公约。第一个是1961年在意大利罗马缔结的《保护表演者、录音制品制作者和广播组织公约》，简称《罗马公约》。第二个是1970年在日内瓦缔结的《保护录音制品制作者防止未经授权复制其录音制品的公约》，简称《日内瓦公约》。

第三个是1996年在日内瓦缔结的《世界知识产权组织表演和录音制品条约》，简称WPPT。第四个是2012年在北京缔结的《视听表演北京条约》。中国已经加入了《日内瓦公约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》，并即将加入《视听表演北京条约》，但没有加入《罗马公约》。

二、邻接权的概念及与狭义著作权的关系

根据邻接权产生的原因，可以将邻接权定义为：不构成作品的特定文化产品的创造者对该文化产品所享有的排他性权利。在我国《著作权法》中，邻接权特指表演者对其表演活动、录音录像制作者对其制作的录音录像、广播组织对其播出的广播信号以及出版者对其版式设计所享有的专有权利。

早期的几类邻接权与狭义著作权均有较为密切的联系，这也正是立法者选择在著作权法中创设邻接权的原因：首先，邻接权的客体与作品存在一定关联。例如，绝大多数国家的著作权法所保护的表演活动是指对作品的表演；录音制品大多是对音乐作品演唱的录制，而广播电台、电视台所播出的节目信号多数也与音乐、电影、电视剧等作品有关。其次，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。例如，我国《著作权法》规定录音制品制作者享有复制权、发行权、信息网络传播权和出租权，而电影作品、计算机软件的著作权人也享有这些权利，控制着同种性质的行为。

但是，邻接权与狭义著作权毕竟是两类不同的权利，它们之间的差异也是很明显的：第一，两者客体不同。狭义著作权的客体是符合“独创性”要求的作品，而邻接权的客体是未达到“独创性”标准、不构成作品的其他劳动成果。第二，邻接权客体的创造性程度低于作品，其享受的法律保护水平相应地也较低。因此，邻接权人享有的专有权利数量要少于狭义著作权人，其受法律保护的时间也短于狭义著作权。例如，我国《著作权法》并未赋予表演者和录音制品制作者以机械表演权或对商业性机械表演的获得报酬权。这意味着舞厅等经营性场所播放唱片只需要经过音乐著作权人许可并向其支付报酬，而无须经过表演者和录音制品制作者许可并向其支付报酬。

理论研究

邻接权等于作品传播者权么

对邻接权的传统观点是邻接权就是作品传播者权。这一观点在邻接权制度的产生初期是正确的，因为当时邻接权的客体在绝大多数情况下都与作品有关，而邻接权的主体均为作品的传播者，如表演者向公众表演作品，录音制品制作者将表演活动固定在有形载体之上向公众提供，而广播电台、电视台将作品通过广播电视信号发送到千家万户。

但是，现代邻接权的种类较邻接权制度产生初期已大为丰富，一些邻接权的客体与作品并无任何联系，其权利主体也并非作品的传播者。例如，许多大陆法系国家将达不到“独创性”标准、不能构成作品的普通照片作为邻接权客体加以保护，这些照片多数并非对

作品的拍摄，因此与作品无关。再如，德国等欧盟国家为了实施欧盟的《数据库保护指令》，用邻接权保护无“独创性”的数据库，这些数据库大多是不构成作品的数据的汇编，数据库的投资者和编制者也并非作品传播者。

随着科技的发展，今后可能还会有不构成作品，但又需要用财产权加以保护的无形劳动成果被纳入邻接权的范围，也不一定与作品的传播有关。因此，邻接权就是作品传播权者权的观念正在被打破。

实务探讨

著作权和邻接权的分界

假设一家音像出版社根据与电影公司签订的专有许可合同，将电影公司拍摄的电影制作成DVD发行，该DVD被人未经许可复制、销售。音像出版社提起侵权之诉。该纠纷属于狭义的著作权纠纷还是邻接权纠纷？有法院认为这属于邻接权纠纷，因为起诉者是音像出版社而非电影制片者。这一观点是不能成立的。狭义著作权与邻接权之间的区别在于客体，著作权法只将对作品之外的其他客体（subject matters other than works）享有的权利定为邻接权。在该假想例中，音像出版社只是经电影著作权人许可，将电影作品复制到DVD这一有形物质载体上并向公众销售，实际上是被许可行使属于著作权人的、以电影作品为客体的复制权和发行权。该纠纷当然属于著作权纠纷，而非邻接权纠纷。

第二节　表演者权

一、表演者权的主体

表演者权是指表演者对其表演活动所享有的专有权利。根据《罗马公约》第3条的规定，表演者特指演员、歌唱家、音乐家、舞蹈家和表演、歌唱、演说、朗诵、演奏或以别的方式表演文学或艺术作品的其他人员。我国《著作权法实施条例》则规定：“表演者，是指演员、演出单位或者其他表演文学、艺术作品的人。”①

显然，只有表演作品的人才能成为著作权法意义上的表演者，才能享有作为邻接权之一的表演者权。需要特别注意的是：首先，对作品进行表演的人就是表演者。至于作品是否过了著作权保护期，甚至作品是否曾经受到著作权法的保护，都在所不论。例如，我国的古曲《春江花月夜》、《高山流水》和《十面埋伏》等都是早在著作权法出现之前就创作完成的作品，从来就没有受到过著作权法的保护，其创作者当然也谈不上享有著作权。但是，今天演奏这些古曲的艺术家仍然是著作权法意义上的表演者，对其表演活动享有表演者权。再如，鲁迅先生的小说《阿Q正传》已经超过了著作权保护期，这意味着鲁迅先生

① 《著作权法实施条例》第5条第6项。

的后人不再对其享有演绎权和表演权，因此，任何人都可以将《阿Q正传》改写成戏剧加以表演，但演出《阿Q正传》的演员们仍然是著作权法意义上的表演者，享有表演者权。

其次，如果被“表演”的不是著作权法意义上作品，则从事“表演”活动的人并不是著作权法意义上的“表演者”，当然不能享有表演者权。例如，在足球“表演赛”中，足球运动员更多的是在“表演”他们的球技，而不是在争夺比赛的胜利。在这种情况下足球运动员并不是著作权法意义上的表演者，因为足球比赛活动本身并非作品。需要注意的是：《罗马公约》允许各缔约国对表演者作出广义的界定，有些国家据此在著作权法中将某些对非作品进行表演的人也作为表演者加以保护。如《日本著作权法》第2条第3项定义“表演”包括不包含对作品的表演但却具有公开娱乐性质的表演行为，法国著作权法则将表演艺术作品之外的杂耍演员、马戏演员和表演木偶的人也界定为表演者。[①] 但我国《著作权法》严格地将“表演者”限定为表演文学、艺术作品的人，因此，非作品的表演者在我国不可能享有表演者权。

实务探讨

演出单位是“表演者”么

我国《著作权法实施条例》规定：“表演者，是指演员、演出单位或者其他表演文学、艺术作品的人。”据此，演出单位也是“表演者”。本书作者认为：这一界定值得商榷。首先，将“演出单位”定为“表演者”在语义上就有问题。因为“表演者”只能指实际进行了表演的个人，“演出单位”充其量只是一个表演的组织者。根据《罗马公约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》对“表演者”的定义，表演者也只能是自然人。其次，它与《著作权法》对表演者权内容的规定在逻辑上难以衔接。因为表演者权中有人身权利，包括防止歪曲表演者形象的权利。这种人身权利与人身密不可分，只能适用于自然人，不能适用于演出单位。表演者权中的经济权利可以通过合同等方式由演出单位享有或者行使，但单位本身无法享有人身权利。如果为了突出对表演活动组织者的保护，《著作权法》完全可以单独规定一项与表演者权并列的邻接权。《德国著作权法》第81条规定：如果艺术表演者是由一家企业举办的，对表演活动的利用除须得到艺术表演者的许可外，还须得到企业所有人的许可，也即各项经济权利不但归表演者，也归该企业享有。但该法仍未规定企业是“表演者”。

二、表演者权的客体

表演者权的客体是表演活动，也就是“表演者通过自己对作品的理解和阐释，以声音、动作、表情等将作品的内容传达出来，或者借助一定的工具如乐器、道具等将作品的内容传达出来”。如果表演者多次进行了表演，则无论每次表演的内容是否相同，表演者对每一

① See (France) Intellectual Property Code, L. 212-1.

次表演都享有表演者权。假如某舞蹈艺术家在北京表演了一场舞蹈之后，又在上海进行了相同内容的演出，则该舞蹈家对这两次表演分别享有表演者权。即使在北京演出时该舞蹈家授权某电视台进行现场直播，也不意味着该电视台可以于该舞蹈家在上海演出时未经授权进行现场直播。

三、表演者权的内容

表演者权的内容在邻接权各类权利中是非常特殊的：是唯一由人身权利和经济权利构成的邻接权。这其中的主要原因在于，表演活动与表演者个人对艺术的独特理解和表达紧密相连，在某种程度上可以认为表演也是表演者人格的延伸。其他的邻接权人如录音录像制作者与录音录像制品之间关系的密切程度，不可能达到表演者与表演之间的联系水平。

（一）表明表演者身份权

表演者享有的两项人身权利之一是表明表演者身份的权利，类似于作者的署名权。当然，传播表演活动的方式不同，表明表演者身份的方式也各异。剧院可以把表演者的姓名印在海报和节目单上，或在电子屏幕上加以显示；电视台转播表演时可以在字幕中列出表演者的姓名；而载有表演的录音录像制品的发行者可以将表演者的姓名印在制品的包装上。此外，对于表演者表明身份权的尊重还要与商业习惯和便利的需要相协调，如在表演者众多的情况下可只列举其中主要表演者。

（二）保护表演形象不受歪曲权

保护表演形象不受歪曲权是指表演者有权禁止他人对自己在表演中的形象加以歪曲和篡改，防止对表演者的声誉和声望的损害。例如，未经许可将他人演唱的录音通过电子手段加以特殊处理，使其完全丧失原有的艺术表现风格，而产生滑稽、可笑的效果，就是侵犯表演者形象的典型表现。

（三）现场直播权

根据《著作权法》第38条的规定，表演者对其表演享有“许可他人从现场直播和公开传送其现场表演，并获得报酬”的权利。本书将其称为“现场直播权”。根据《世界知识产权组织表演和录音制品条约》对“现场直播权”的定义和有关解释[①]，《著作权法》第38条中“直播”应当是指“无线广播”，即广播电台、电视台以无线方式传送表演活动的信号，使远端的公众能接收并欣赏表演活动中的声音或图像；而“公开传送”是指通过除广播以外的任何媒体向公众播送表演的声音或图像，如在歌厅之外竖立带有扬声器的大屏幕，使不在歌厅现场的观众也能同步欣赏到歌星的演唱。

现场直播权是表演者享有的重要财产权利。如果表演者无法阻止他人对其表演活动进行现场直播，势必会导致大量观众或听众选择在表演场所之外的地方收看或收听现场直播，而表演者无法得到任何补偿，从而严重损害表演者的经济利益。从权利内容上看，表演者的现场直播权类似于狭义著作权中的广播权，但现场直播权仅能控制对“现场”的表演进行同步直播的广播行为。如果表演者已经许可他人对现场表演加以录制，根据我国《著作

① 参见《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第2条（f）、（g）款与第6条；胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，159页，北京，法律出版社，2002。

权法》的规定，广播电台或电视台播放由此制成的录音录像制品时无须经过表演者的许可，也无须向表演者支付报酬。因此，可以将表演者的现场直播权视为“半个广播权”。

（四）首次固定权

我国《著作权法》规定：表演者有权许可他人对其表演录音、录像并获得报酬。这项表演者的专有权利在国际上被称为“首次固定权”，因为在对表演活动进行录音或录像之前，表演活动是没有物质载体的，而对现场表演进行录音或录像之后，表演活动就被首次固定在了有形物质载体之上，形成了表演活动的复制件。对表演活动加以录音、录像，实际上是对表演活动从无载体到有载体的复制行为，是日后进一步以播放等方式利用表演活动的前提，对表演者的利益有重大影响，因此，《著作权法》规定表演者有权对其加以控制。

（五）复制、发行权

我国《著作权法》规定：表演者有权许可他人复制、发行录有其表演的录音录像制品并获得报酬。对现场表演加以录音或录像之后，表演活动已经被固定在了有形载体之上，形成了录有表演活动的录音、录像制品，对该制品的复制实际上是对表演活动从平面到平面的复制，而向公众提供该制品是对表演活动的发行。复制、发行录有表演活动的录音录像制品能够使大量公众在表演现场之外的场所欣赏表演活动，也会影响表演者的经济利益，因此，《著作权法》赋予表演者对其加以控制的专有权利。

（六）信息网络传播权

与作品的著作权人一样，表演者对其表演活动也享有信息网络传播权，因此，未经表演者许可，将录有表演活动的录音录像制品上传到网络中，供公众在其个人选定的时间和地点欣赏的行为构成对表演者权的侵犯。需要注意的是：表演者与作品著作权人享有的信息网络传播权控制的行为是相同的，都是“交互式”的网络传播行为。如果仅仅通过网络对现场表演进行同步的直播，由于这种传播表演的方式无法使公众在其个人选定的时间欣赏表演，不属于“交互式”传播，并不侵犯表演者的信息网络传播权。

根据《著作权法》第39条的规定，表演者权中的表明表演者身份权和保护表演形象不受歪曲权因具有人身性，其保护期不受限制；而其他4项权利为财产权，受保护期为50年，截止于该表演发生后第50年的12月31日。

典型案例

黄梅戏电影《天仙配》案

著名黄梅戏艺术家严凤英曾于20世纪50年代作为主演和主唱参与了黄梅戏电影《天仙配》的摄制。严凤英的继承人指称某音像出版社未经许可出版了黄梅戏电影《天仙配》VCD，并认为此举侵犯了严凤英的表演者权。[①]

法院认为：严凤英专为拍摄电影作品而进行了表演，电影演员对为完成电影拍摄所进

① 本案中原告还起诉被告侵犯了严凤英作为“唱腔作品”设计者的著作权，对此前文已经进行讨论，此处不再重复。

行的表演除享有获得报酬的权利以外不再享有其他经济权利。法院因此驳回了原告的诉讼请求。①

需要讨论的是：严凤英作为表演者依法享有表演者权，其继承人为何不能阻止未经许可复制、发行含有其表演的电影VCD呢？一方面，《著作权法》第38条规定：表演者享有许可他人复制、发行录有其表演的录音录像制品并获得报酬的权利。而“录像”有别于“电影作品”：两者虽然都是由有伴音或无伴音的连续影像构成，但前者独创性低，是邻接权的客体；后者独创性高，是著作权的客体。因此，《著作权法》本身就没有为表演者规定针对含有其表演的电影作品的复制权和发行权。另一方面，《著作权法》第15条规定：电影作品的著作权由制片者享有，编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者仅享有署名权和按照与制片者签订的合同获得报酬的权利，除此之外不再对电影作品享有复制权、发行权等专有权利。这意味着如果他人未经许可复制、发行电影作品，编剧、导演等作者无权起诉侵权者。在区分著作权与邻接权的立法中，保护的重心应当是著作权，对邻接权提供的保护不可能超越著作权。根据“举重以明轻”的法律解释方法，既然电影作品的作者都不能对电影作品行使复制权、发行权等专有权利，表演者当然也不可能行使这些权利。

立法背景

《视听表演北京条约》

涉及表演者邻接权保护的三大国际条约《罗马公约》、TRIPs协定和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》均对以音频形式利用表演的行为和以视频形式（因绝大多数视频有伴音，因此也称为“视听”形式）利用表演的行为区别对待。对于以复制、发行等方式利用录制在CD等“录音制品”中的表演的行为，三大条约均要求获得表演者的许可，但对于利用已录制在DVD、录像带等“视听录制品”中的表演，三大条约则均不要求获得表演者的许可。

《罗马公约》第19条明确规定，“一旦表演者同意将其表演纳入视觉或视听录制品中，第7条（赋予表演者禁止他人未经许可录制其现场表演，复制其表演的录制品的权利）即不再适用”。这里的“视觉或视听录制品”（简称“视听录制品”）是指一切用摄录设备进行视频拍摄的结果，无论其是否构成作品。据此，一位歌手只要许可他人在演唱会现场对表演摄像，则另一缔约方对于他人未经许可复制录像带的行为，没有义务向该歌手提供法律救济；但如果有人经过许可用录音机录下了歌声并制作成录音制品，则另一缔约方对于他人未经许可的复制，必须向这名歌手提供法律救济。

《罗马公约》缔结于20世纪60年代，当时摄像机尚未普及，能够对表演活动以视频方式进行录制的主要是影视公司。而《罗马公约》第7条赋予了表演者广泛权利，即使表演者已经许可录制其表演，仍然有权禁止为其他目的对由此形成的录制品进行再复制。这就意味着即使演员已经许可出于播放影视剧的需要而录制其表演，影视公司仍然不能擅自制

① 参见广东省深圳市南山区人民法院民事判决书（2006）深南法知初字第10号。

作和销售影视剧的录像带。为了维护影视产业的利益，《罗马公约》规定“视听录制品”中的表演不受保护，从而产生了歧视“视听表演”的问题。

随着摄录设备的普及，对表演的摄录变得极为简单易行，影视产业之外也产生了大量的“视听录制品”，而这些作品中表演者的利益未能受到合理保护。同时，许多国家建立了表演者权集体管理组织，使得给予表演者全面保护而不损害影视产业成为现实可能。世界知识产权组织自20世纪90年代以来一直试图组织缔结新的国际条约，以对表演者提供全面保护。

2000年，世界知识产权组织在日内瓦召开外交会议，目标是缔结《视听表演保护条约》。美国为了防止好莱坞电影集团的利益受到新条约影响，要求条约确保表演者对视听录制品的权利转让给制作者。该立场遭到了欧共体的反对，导致外交会议未能成功缔结新条约。直至2011年，美欧双方才就表演者权利转让条款达成妥协，也即应允许各缔约方国内法自行规定表演者权利的归属。2012年6月，世界知识产权组织在北京召开外交会议，顺利缔结了《视听表演北京条约》。这是第一个以我国城市命名的国际知识产权条约。

《视听表演北京条约》规定：表演者对于载有其表演的视听录制品，享有复制权、发行权和信息网络传播权，缔约方还可视情况决定是否规定出租权、广播权和向公众传播权。[①]这就使得表演者对载有其表演的录音制品和视听录制品享有同样的专有权利。《视听表演北京条约》还规定：缔约方可以在国内法中规定，表演者一旦同意将其表演录制于视听录制品中，其各种专有权利就应归该视听录制品的制作者所有，或应由其行使，或应向其转让，但表演者和制作者可以作出相反约定。[②]

我国现行《著作权法》在规定表演者的权利时，并没有区分以音频形式利用表演的行为和以视频形式利用表演的行为，而是规定表演者对载有其表演的录音制品和录像制品均享有复制权、发行权和信息网络传播权。这与《视听表演北京条约》的规定是一致的。

典型案例

郭德纲诉飞乐影视公司

相声表演者郭德纲和王玥波曾接受某电视台的邀请，参加了《幽默、相声小段》的录制，供电视台作为电视节目播出。电视台授权飞乐影视公司将该节目录像制成《非著名相声演员郭德纲》DVD和VCD出版。郭德纲和王玥波起诉飞乐影视公司侵犯其表演者权。

法院经审理后认为：郭德纲、王玥波作为涉案相声的表演者，享有许可他人复制、发行录有其表演的音像制品，并获得报酬的权利。由于根据现有证据不能认定郭德纲、王玥波许可电视台使用其表演的涉案相声出版音像制品，电视台也就无权授权飞乐影视公司使用涉案相声出版音像制品。飞乐影视公司虽然与电视台签订了协议书，但其并不能通过该协议书取得使用涉案相声的合法授权。因此，法院判决飞乐影视公司承担侵犯表演者权的

① 参见《视听表演北京条约》第7条至第11条。

② 参见《视听表演北京条约》第7条至第12条。

法律责任。[①]

本案中，郭德纲和王玥波作为表演者，已经许可电视台对其表演进行录像，也即录制在“视听录制品”中，但郭德纲和王玥波并不因此就丧失了表演者权。他人要对录有其表演的录像制品进行复制、发行，仍然需要经过郭德纲和王玥波的许可。因此，我国《著作权法》对“视听表演”已经提供了保护，符合《视听表演北京条约》的要求。

四、表演者与著作权人的关系

著作权人对其音乐、戏剧等作品享有表演权，因此，表演者如欲公开表演他人作品，除了属于“合理使用”的免费表演之外，应当经过著作权人的许可。例如，演唱会的主办者在组织歌星对享有著作权的歌曲进行公开演唱之前，就应当取得音乐作品著作权人的许可。同时，表演者只能行使属于自己的表演者权，而不能将属于著作权人的专有权利许可他人行使。例如，广播电台、电视台对表演者的表演活动进行现场直播，既属于对被表演作品的“广播”，也属于对表演活动的“广播”，应当同时取得作品著作权人和表演者的许可。如果著作权人事先仅许可表演者对其作品进行公开表演，而没有许可对表演活动的现场直播，则表演者无权单方许可广播电台、电视台对其表演活动进行现场直播。同样，将表演活动录制下来并制成录音或录像制品出售，既是对被表演作品的“复制”和“发行”，也是对表演活动的“首次固定”和对载有表演活动的录音或录像制品的“发行”，也应同时获得著作权人和表演者的许可。如果著作权人事先仅许可表演者对其作品进行公开表演，而没有许可将表演活动录制后出版、发行，则表演者也无权单方许可唱片公司等录制其表演活动并制成录音、录像制品出售。

第三节　录音录像制作者权

一、录音录像制作者权的主体与客体

录音录像制作者权，简称录制者权，是指录音、录像制品的制作者对其制作的录音、录像制品享有的专有权利。录制者权的主体即录音、录像制品的制作者，是指首次制作录音、录像制品的人；录制者权的客体是录音制品和录像制品中的录音和录像。

我国《著作权法实施条例》将录音制品界定为“任何对表演的声音和其他声音的录制品”，将录像制品界定为“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品以外的任何有伴音或者无伴音的连续相关形象、图像的录制品”。录音、录像制品均可分为两类：第一类是对表演者表演活动的录制，第二类是对表演活动之外其他事件进行的录制，其中又分为两种情况：一是对人类生活中声音和画面的录制，如对他人谈话、生活场景和比赛实况的录制；二是对纯粹自然界声音和画面的录制，如对动物的鸣叫、雷电和潮汐的录制。

---

① 参见北京市朝阳区人民法院民事判决书（2006）朝民初字第18477号。

需要注意的是：多数录音、录像制品都包含了录制者对录制对象、时机和角度富有个性化的选择，因此，即使两名摄影师被要求对同一活动进行录制，录制的结果也很少是完全一样的。同时，现实生活中大多数录音、录像制品都不是经过一次机械录制之后形成的，而是包含了录制者后期的剪辑和制作。但是，由于大陆法系国家对“独创性”的要求较高，上述个性化选择和后期制作中某些创造性劳动并未达到应有的“独创性”高度，仍然不能构成“作品”，只能作为与“作品”相对应的“制品”受到保护，相关的录制者也只能享有邻接权而非狭义意义上的著作权。上述《著作权法实施条例》对录像制品的定义实际上是将所有的录影分为两种：独创性程度高的属于“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”，其他的则属于“录像制品”。

二、录音录像制作者权的内容

（一）复制权

对录音、录像制品的复制是指将原有制品中所包含的声音和画面固定在另一载体之上，属于从平面到平面的复制。通常所说的对录音、录像制品的盗版，即指未经许可将包含录音、录像的磁带、光盘等进行翻录和翻刻的行为。

（二）发行权

对录音、录像制品的发行是指以出售或者赠与方式向公众提供录音、录像制品的行为。音像店出售包含演唱者歌声录音的磁带、光盘即为典型的发行录音制品的行为。因此，销售盗版唱片是侵犯录音制品制作者发行权的行为。

（三）信息网络传播权

录音、录像制品制作者也享有信息网络传播权，因此，未经录制者许可，将录音录像制品中录音、录像的内容上传到网络中，供公众在其个人选定的时间和地点在线点播欣赏或下载的行为构成对录制者权的侵犯。需要注意的是：录制者与作品著作权人、表演者享有的信息网络传播权控制的行为是相同的，都是“交互式”的网络传播行为。一些“网络广播电台、电视台”按照预定的时间表定时传播录音或录像的行为，并不能使公众在其个人选定的时间欣赏录音或录像，不属于“交互式”传播，并不侵犯录制者的信息网络传播权。

（四）出租权

录音、录像制品制作者享有出租权，这意味着有偿许可他人临时使用录音、录像制品需要经过录音、录像制作者的许可，否则，是侵权行为。但是，正如前文讲解作者的出租权时所述，由于目前我国录音录像制品盗版率较高且盗版售价很低，购买盗版远较租赁合算，再加上近年来从网络中下载录音录像较为便捷，音像出租店在城市中已难觅踪影。既然出租行为都不再存在，以控制出租行为为己任的出租权还有何价值呢？因此，《著作权法》为录制者规定出租权，宣示意义大于实际意义。

（五）录像制作者还享有许可电视台播放权

《著作权法》除了在第42条规定录音录像制作者对其制作的录音录像制品，享有复制权、发行权、出租权和信息网络传播权之外，还在第46条规定：电视台播放录像制品应当取得录像制作者许可。这说明录像制作者还享有许可电视台播放的权利。但录音制作者并

无此项权利。

根据《著作权法》第42条的规定，上述录制者权的保护期为50年，截止于录音、录像制品首次制作完成后第50年的12月31日。

理论研究

播放录音、录像制品需要经过表演者和录制者许可或向其支付报酬么

本书在第四章“著作权的内容”“表演权”部分中曾经讲解过：歌舞厅、超市等场所播放由音乐作品录制而成的录音制品属于“机械表演”行为，而音乐作品著作权人享有表演权，能够控制机械表演行为，因此，播放背景音乐应当经过音乐著作权人的许可并支付报酬。在“广播权”部分中则讲解过：广播电台、电视台播放已出版的由音乐作品录制而成的录音制品属于广播行为，虽然根据“法定许可”无须经过音乐作品著作权人许可，但应当向其支付报酬。这是因为音乐作品著作权人享有广播权。

问题在于：音乐作品一般需要经过表演者的表演，如使用乐器演奏或歌唱，并被录制在载体上，制成录音、录像制品之后才在经营性场所播放或在广播电台、电视台播出的。那么，经营性场所播放载有表演的录音、录像制品除了经过被表演的音乐作品著作权人许可并支付报酬之外，是否还需要经过表演者以及录音、录像制品制作者的许可并向其支付报酬呢？广播电台、电视台播出载有表演的录音、录像制品除了要向音乐作品著作权人支付报酬之外，是否还需要经过表演者以及录音、录像制品制作者的许可并向其支付报酬呢？

对上述问题的回答，取决于《著作权法》是否赋予了表演者和录制者控制对其表演与录音、录像进行机械表演和广播的专有权利。在《著作权法》为表演者规定的6项专有权利中，并不包括“表演权”。这意味着表演者无权控制他人公开播放载有表演的录音或录像制品的行为。同时，6项专有权利中除了“现场直播权”之外，也没有“广播权”。这意味着如果广播电台、电视台不是对表演活动进行现场直播，而是播出载有表演的录音或录像制品，则表演者也无权加以控制。《著作权法》也没有为录制者规定“表演权”，因此，录制者无法控制他人公开播放录音、录像制品的行为。同时，我国《著作权法》只是为录像制品制作者规定了许可电视台播放的专有权利（广播权）和相应的获酬权，却并未为录音制品制作者规定相同的权利。这意味着广播电台、电视台播放录像制品是需要经过录制者许可并支付报酬的，但广播电台、电视台播放录音制品就无须经过录制者许可，也无须向其支付报酬了。

因此，歌舞厅、超市等营业性场所播放录音、录像制品既不需要经过表演者或录音、录像制品制作者许可，也无须向其支付报酬。在这些场所未经许可播放音乐CD或现场演唱会的录像，虽然侵犯了音乐作品著作权人的表演权，但不会侵犯表演者权或录制者权。同样道理：广播电台、电视台播放录音制品，既不需要经过表演者或录制者的许可，也无须向其支付报酬。广播电台、电视台未经许可播出已出版的音乐CD既没有侵犯音乐作品著作权人的广播权（因为有“法定许可”），也没有侵犯表演者权和录制者权。但电视台播放录像制品，虽然不需要经过表演者的许可或向其支付报酬，但需要经过音乐作品著

作权人和录制者的许可，并向其支付报酬。由此可见，《著作权法》对表演者和录制者的保护水平，显著低于对作者的保护水平。立法者可能认为：表演者和录制者虽然也付出了劳动或进行了投资，但其投入的智力创造性较低，因此，其获得的法律保护水平也较低。

需要特别指出的是：1990年的《著作权法》第43条规定：广播电台、电视台非营业性播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人、表演者、录音制作者许可，不向其支付报酬。而2001年的《著作权法》第43条规定：广播电台、电视台播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人许可，但应当支付报酬。表面看来，旧法允许广播电台、电视台不经表演者和录音制品制作者许可播放录音制品，而新法不允许，但实际上在比较新法与旧法时不能望文生义地作这种理解。1990年的《著作权法》第43条有关广播电台、电视台可以不经表演者和录音制品制作者许可而播放录音制品的规定是多余的，因为表演者和录音制品制作者根本就没有“广播权”可言。2001年的修法只是将这一多余的规定删除而已。

多数国家的著作权法与我国《著作权法》一样，都没有赋予表演者控制播放和广播载有其表演的录音录像制品的权利，即表演者并不享有机械表演权和除现场直播权之外的广播权。这是因为表演者在表演活动中虽然也付出了劳动，但这种劳动的创造性与作品作者的创作相比仍然是比较低的，因此，所获得的法律保护水平也较低。

需要注意的是：许多发达国家和地区的著作权立法虽然没有赋予表演者和录音制品制作者以控制机械表演和广播的专有权利，但却为他们规定了从机械表演和广播中获得合理报酬的权利。换言之，经营性场所播放或广播电台、电视台播出录音制品虽然无须经过表演者和录制者的许可，但应当向表演者和录制者支付合理报酬。

《罗马公约》第12条规定：“如果某种为商业目的发行的录音制品或此类唱片的复制品直接用于广播或任何向公众的传播，使用者则应当付一笔总的合理的报酬给表演者，或录音制品制作者，或给二者。如有关各方之间没有协议，国内法律可以提出分享这些报酬的条件。”许多发达国家和地区在著作权立法中明确规定了表演者和录音制品制作者在载有其表演的录音制品被用于播放或广播时享有获得合理报酬的权利。例如，《德国著作权法》第87条明确规定：如果录制表演活动而成的录音制品被用于公开传播，则录音制品的制作者与表演者同样享有获得合理报酬的权利。

我国已于2006年年底批准加入了《世界知识产权组织表演和录音制品条约》，该条约规定：对于将为商业目的发行的录音制品直接或间接地用于广播或用于对公众的任何传播，表演者和录音制品制作者应享有获得一次性合理报酬的权利。[①] 但我国在加入时，声明对该规定进行保留。这就意味着我国没有义务赋予表演者和录制者对于商业性传播其录音制品的获得报酬权。

三、录制者与著作权人和表演者的关系

表演者表演他人作品时，录制者如果要对现场表演加以录制，以及发行由此形成的录音、录像制品，或将该录音、录像制成数字格式置于网络中供公众点播或下载，必须同时

① 参见《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第15条。

获得被表演作品的著作权人和表演者许可。原因是录制为典型的复制行为，而录制表演活动既是对表演活动本身的复制，也是对被表演作品的复制，由此形成的录音、录像制品既载有表演活动，也载有被表演的作品。换言之，该录音、录像制品既是表演活动的复制件，也是作品的复制件。向公众出售该录音、录像制品即为向公众发行载有表演和作品的有形复制件，构成对表演活动和作品的发行。而将该录音、录像制成数字格式置于网络中供公众点播或下载，既是通过网络传播表演活动，也是通过网络传播作品。而著作权人对自己的作品享有复制权、发行权和信息网络传播权，表演者则对其表演活动享有首次固定权，复制、发行权和信息网络传播权。录制者的上述活动均受到著作权人和表演者专有权利的控制，除了有“合理使用”与“法定许可”的情形之外，均应同时获得他们的许可。

同时，录制者只能行使属于自己的录制者权，而不能将属于著作权人和表演者的专有权利许可他人行使。例如，将对表演活动的录音、录像置于网络中供用户点播或下载，同时构成对被表演作品、表演活动和录音、录像的网络传播行为，同时受到著作权人、表演者和录制者所享有的信息网络传播权的控制。因此，如果著作权人和表演者事先仅许可录制者对表演活动进行录制，而没有许可录制者将录音、录像置于网络中传播，则录制者无权单方许可网站传播该录音、录像。

理论研究

表演者和录制者享有的“通过信息网络传播的权利”范围大于作者享有的“信息网络传播权”吗

《著作权法》第10条第1款第12项在赋予作者“信息网络传播权”的同时，还对该项权利进行了定义——“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”。本书在“信息网络传播权”部分已经指出，该项权利的定义清楚地说明其只能控制“交互式”传播行为。

而《著作权法》第38条和第42条在规定表演者和录制者的专有权利时，均只规定二者享有“通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利”，并未将“通过信息网络传播”的方式明确限定为“使公众可以在其个人选定的时间和地点获得”。有一种观点据此认为：表演者和录制者享有的“通过信息网络传播的权利”在范围上大于作者享有的“信息网络传播权”，因为其既可以控制“交互式”传播，也能控制非“交互式”传播。

本书作者认为：这一观点是不能成立的，理由如下：

首先，从著作权法原理来看，作品涉及的智力创造高度远高于表演和录制品，因此，著作权法对作品的保护力度相应地高于表演和录制品。这就是为什么作者所享有的专有权利在数量上要远多于表演者和录制者。因此，著作权法不可能在同样赋予作者和表演者、录制者一项专有权利的情况下，规定表演者和录制者享有的这项专有权利在范围上更大。

其次，《世界知识产权组织版权条约》第8条规定：文学和艺术作品的作者应享有专有权，以授权将其作品以有线或无线方式向公众传播，包括将其作品向公众提供，使公众中的成员在其个人选定的地点和时间可获得这些作品。而《世界知识产权组织表演和录音制

品条约》第10条和第14条仅规定：表演者和录音制品制作者应享有专有权，以授权通过有线或无线的方式向公众提供其录音制品，使该表演和该录音制品可为公众中的成员在其个人选定的地点和时间获得。两相对比，可以清楚地发现：条约只要求缔约国赋予表演者和录制者以“交互式”手段提供其表演和录音制品的权利，但要求缔约国赋予作者以一项广义的“向公众传播权”，其中包括以“交互式”手段提供作品的权利。考虑到我国著作权法对作者、表演者和录制者网络传播权的规定皆是借鉴自这两个互联网条约[①]，著作权法不可能超越这两条约的要求，将表演者和录制者享有的网络传播权的范围规定得比作者享有的相同权利还广。

最后，《信息网络传播权保护条例》第26条规定：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、表演或者录音录像制品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品、表演或者录音录像制品的权利。这一条规定清楚地表明：表演者和录制者享有的“通过信息网络传播”的权利就是“信息网络传播权”，只涉及“交互式”传播，在范围上与作者享有的“信息网络传播权”没有任何区别。

第四节　广播组织权

一、广播组织权的主体与客体

所谓广播组织，不仅指广播电台，还包括电视台。根据《罗马公约》的定义，“广播组织”仅指通过无线方式传播信号的组织，即“无线广播组织”（broadcasting organization）。根据这一定义，直接通过有线电缆传播信号的“有线广播组织”（cablecasting organization），以及所谓的“网络广播电台”、“网络电视台”即通过互联网根据预定的时间表播放节目的“网播组织”（webcasting organization），均不能作为“广播组织”受到《罗马公约》的保护。[②] 在我国，虽然《著作权法》及相关法规和司法解释没有对“广播电台、电视台”进行定义，但《广播电视管理条例》第8条第2款规定：“本条例所称广播电台、电视台是指采编、制作并通过有线或者无线的方式播放广播电视节目的机构。”参考这一定义，结合我国《著作权法》保护广播组织权的立法背景和各国的立法例，可以认为，在我国能够享有“广播组织权”的广播组织为“无线广播组织”和“有线广播组织”，但不包括“网播组织”。广播组织权是指广播组织就自己播放的节目信号享有的专有权利。

广播组织权的客体是广播组织播放的节目信号。需要注意的是：广播组织权的客体不能等同于广播组织制作的广播、电视节目。因为广播组织制作的节目完全可以通过其他途径获得保护。例如，许多广播组织制作的节目是满足独创性要求的电影作品或者以类似摄

---

① 参与立法者清楚地指出：我国《著作权法》第41条是参照《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第14条，为录制者规定“通过信息网络传播的权利”的。

② 从中也可以看出，汉语中的“广播”是广义的，“无线广播”、“有线广播”和“网播”都属于“广播”。但在国际条约中，broadcasting仅指“无线广播”，而不包括“有线广播”（cablecasting）和“网播”（webcasting）。

制电影的方法创作的作品。如中央电视台拍摄的《红楼梦》、《西游记》和《围城》等电视连续剧就是以类似摄制电影的方法创作的作品，此时中央电视台以制片人的身份享有著作权。再如，中央电视台记者采访他人形成的录音或录像是录音、录像制品，中央电视台可以以录制者的身份享有录制者权。在这种情况下，法律也无须通过广播组织权对这些节目进行保护。

1990年《著作权法》将广播组织权的客体规定为“广播电台、电视台制作的广播电视节目”。这样的规定混淆了广播组织作为著作权人和作为邻接权人的不同法律地位。如上所述，电视台对于其拍摄的电视剧，应当是作为以类似摄制电影的方法创作的作品的制片人享有著作权。但是按照1990年《著作权法》的规定，广播组织对于自己“制作”的电视节目享有邻接权。这样就会导致一个问题：广播组织究竟能不能作为著作权人对自己“制作”的、符合独创性要求的节目如电视剧等享有著作权？这个问题在2001年修订《著作权法》时得到了澄清：广播组织对于自己“播放”的广播、电影享有广播组织权，而对于自己制作的符合独创性要求的节目，当然可以作为制片人享有狭义著作权。

因此，广播组织获得广播组织权的依据并非是“制作节目”，而是“播放节目”。无论该节目是否为广播组织自己制作，只要是广播组织合法播放的，广播组织对节目信号都享有广播组织权。例如，国外不少电视节目中有“家庭开心录像”栏目。观众个人可以将家庭中发生的趣事用摄像机拍摄下来，寄送到电视台去播放。该录像显然并非电视台制作的，但只要电视台播放了它，就对它享有广播组织权。再如，中央电视台转播国外重大赛事如奥运会、世界杯时，是需要向赛事的主办方支付高额费用购买转播权的。但在直播比赛的时候，比赛画面往往并不是中央电视台的工作人员在比赛现场拍摄、编辑和制作的，而是直接使用赛事主办者提供的画面信号，因此，这些现场直播的比赛节目也不是中央电视台自己制作的，但中央电视台作为广播组织在我国境内对其现场直播的比赛信号均享有专有权利。当然，如果广播组织播出的是自己制作的节目，则可能同时享有几类权利。例如，中央电视台播放自己拍摄的电视剧时，既作为电视剧的制片人享有著作权，又作为广播组织对播出的节目信号享有广播组织权。

二、广播组织权的内容

（一）转播权

我国《著作权法》第45条规定：广播电台、电视台有权禁止未经其许可将其播放的广播、电视转播的行为。所谓“转播”，根据《罗马公约》的定义，是指一个广播组织同时播放另一广播组织的广播、电视节目。一个广播组织将另一广播组织的广播、电视节目录制下来之后再进行播放并不是“转播”，因为这种播放并非“同时”进行的。

未经许可转播可能会严重损害广播组织的经济利益。例如，中央电视台对奥运会、世界杯等重大赛事的现场直播都是以付费为前提的，如果允许其他电视台随意转播中央电视台的现场直播信号，必然导致中央电视台的观众数量减少和广告收入降低，这对中央电视台是很不公平的。同样，中央电视台播放他人摄制的电影、电视剧等都是需要付费的，如果其他电视台未经许可加以转播，不但会侵犯电影、电视剧制片人的著作权，还会导致中

央电视台观众的流失，从而损害中央电视台的利益。因此，《罗马公约》和各国著作权法都将转播权作为广播组织最为重要的一项权利加以规定。

需要注意的是：《罗马公约》和 TRIPs 协定赋予广播组织的“转播权”，都只能控制以无线方式进行转播，而不能控制以有线方式和通过互联网进行转播。根据 2001 年全国人大法律委员会对修订《著作权法》报告的说明，《著作权法》中广播组织的“转播权”可以控制以有线和无线方式进行的转播，但尚不能控制通过互联网进行的转播。①

（二）录制、复制权

我国《著作权法》第 45 条还规定：广播电台、电视台有权禁止未经其许可将其播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体。录制是指将广播组织播出的节目通过录制而固定在有形物质载体之上，形成节目的有形复制件。复制则是指对该复制件进行再次复制。例如，未经许可将中央电视台对世界杯足球比赛的现场直播录制下来，并制成 DVD 光盘出售即是侵犯中央电视台广播组织权的行为。

根据《著作权法》第 45 条的规定，上述广播组织权的保护期为 50 年，截止于该广播、电视首次播放后第 50 年的 12 月 31 日。

三、广播组织与著作权人、表演者与录制者的关系

著作权人对其作品享有广播权，表演者对其表演活动享有现场直播权，而录像制品制作者享有许可广播组织播放其录像制品的权利。因此，广播组织在进行现场直播或播放载有表演活动的录像制品时，应当尊重著作权人、表演者和录像制品制作者的上述权利。表演者表演他人作品时，广播组织如果要对现场表演加以现场直播，必须同时获得被表演作品的著作权人和表演者许可，原因是现场直播即是对表演活动的直播，也是对被表演作品的广播。如果广播组织播放的录像制品是对表演活动的录像，则广播组织应当同时经过录像制品制作者和被表演作品著作权人的许可。当然，广播组织此时无须经过表演者许可，因为表演者对经过其许可已经固定在载体上的表演活动并无广播权。

同时，广播组织只能行使属于自己的广播组织权，而不能将属于著作权人和录像制品制作者的专有权利许可他人行使。例如，电影著作权人或录像制品制作者许可电视台播放其电影或录像后，电视台未经该著作权人或制作者许可，不能再许可其他电视台对该电影或录像进行转播。

理论研究

网络时代广播组织权的发展

随着网络的发展和普及，对广播组织的保护也面临着新的问题。第一，传统的广播电台、电视台都是通过无线赫兹波或有线电缆来播放节目的［其播放行为分别被称为“广播”（broadcasting）和“有线广播”（cablecasting）］，而现在出现了专门通过互联网传播自己制

① 参见全国人大法律委员会前主任王维澄 2001 年 10 月 27 日所作的关于修改著作权法的决定的报告。

作的节目的组织［其播放行为被称为“网络广播”（webcasting）］。那么“网络广播组织”能否和传统的“无线广播组织”和“有线广播组织”一样，作为“广播组织”受到邻接权的保护？第二，广播组织权中最重要的一项权利是“转播权”，《罗马公约》和 TRIPs 协定均将“转播权”限定为控制以无线方式进行同步转播的权利。而在网络时代对广播组织的最大威胁，莫过于未经许可把通过无线或有线系统传播的广播电视信号转化成数字形式在网上转播。如一些网站截取电视台对重大体育赛事节目的现场直播信号，并通过网络加以同步转播。那么通过互联网或其他新技术手段进行的“转播”能否为“转播权”所控制？第三，《世界知识产权组织表演和录音制品条约》仅为表演者和录音制品制作者规定了通过网络向公众传播的权利，但却没有为广播组织规定相同的权利。许多国家的立法也是如此。这就是为什么我国著作权法也没有规定“广播组织有权许可或禁止通过信息网络向公众传播其播出的节目”。这对于在网络环境中对广播组织的保护是不利的。第四，一些人向公众出售解密装置，使公众得以“免费”收看通过卫星播出的付费广播电视节目，而无论是《世界知识产权组织表演和录音制品条约》还是我国《著作权法》或《信息网络传播权保护条例》，都未将其列为非法行为，广播组织的利益也因此受到了损害。

在这种情况下，世界知识产权组织正在努力制定一部能够在网络时代有效保护广播组织的国际公约。“世界知识产权组织关于保护广播组织的条约”的最新草案规定广播组织应当享有控制“以任何手段同步或迟延传播其广播信号”的专有权利。这就意味着未经许可通过互联网转播无线或有线广播将构成侵权行为。[①] 同时条约草案还禁止破解对广播信号的加密措施，以及制造、进口、出售或提供解密手段。[②] 这大大提高了对广播组织的保护水平。但是，各国广播组织的发展并不均衡，发达国家与发展中国家之间以及发展中国家之间就应当如何保护广播组织的问题并未形成一致意见。世界知识产权组织主持条约的谈判已有十余年，仍然未取得实质性进展；而且条约草案对广播组织的保护水平一再降低，“网播组织”被排除出了保护范围，“信息网络传播权”也被从条约中删去。条约最终能否被缔结还不得而知。

第五节　其他邻接权

表演者权、录制者权和广播组织权是传统的邻接权，《罗马条约》等国际条约已经为其规定了最低保护标准，因此，多数国家对其都予以保护。但是，这并不意味着邻接权仅包括这三类权利。各国立法往往根据本国国情，将其他一些具有价值、需要保护，但又未达到“独创性”标准的劳动成果纳入邻接权的保护范围。目前，我国《著作权法》在这三种传统的邻接权之外，还创设了另一种邻接权——版式设计权。

---

① See Draft Non-paper on the WIPO Treaty on the Protection of Broadcasting Organizations, Draft 1.0. (March 8, 2007), Article 8.

② Ibid., Article 10.

一、版式设计权

《著作权法》第36条规定：出版者有权许可或者禁止他人使用其出版的图书、期刊的版式设计。前款规定的权利的保护期为10年，截止于使用该版式设计的图书、期刊首次出版后第十年的12月31日。该权利即为出版者享有的版式设计权。

版式设计是指对印刷品的版面格式的设计，包括对版心、排式、用字、行距、标点等版面布局因素的安排。[①] 不同的出版社出版的同一部作品，如《红楼梦》、《莎士比亚四大悲剧》等，在版面格式上往往有不小的区别，这体现了出版社的劳动和设计成果。尤其是在出版音乐作品的曲谱时，出版社经常会根据同一音乐作品的不同使用目的，如独奏、合奏等，对其格式进行不同的安排。[②] 虽然出版社的版式设计难以达到“独创性”的要求，无法作为作品受到狭义著作权的保护，但如果放任其他出版社在出版相同作品特别是已过保护期的作品时随意地使用版式设计，对于设计者而言显然是不公平的。故《著作权法》特设版式设计权以对出版社的这种劳动成果予以保护。但版式毕竟是有限的，出版界常用的版式本身是可以穷尽的，如果对版式设计的保护过于宽泛，将会影响出版业的发展，因此，只能将版式设计权理解为对同一本出版物，出版者有权禁止他人进行完全或基本相同的复制。例如，甲出版社出版了古典小说《水浒传》之后，乙出版社不得以相同的版式出版《水浒传》。

需要注意的是：1991年《著作权法实施条例》第38条曾经规定“出版者对其出版的图书、报纸、杂志的版式、装帧设计，享有专有使用权”。装帧设计是指对出版物外观的装饰设计，如封面的色彩、图形等。但许多装帧设计可以作为美术作品受到保护，如果出版物因销量较大而变得知名，其装帧设计还可以作为知名商品特有的装潢受到《反不正当竞争法》的保护，并无必要另设一项邻接权对其加以保护。因此，2001年《著作权法》修订时，只规定了出版者对版式设计的专有权，而没有规定其对装帧设计的专有权。

典型案例

封面装帧设计不能作为版式设计受保护

外语教学与研究出版社（简称外研社）于2002年2月出版发行《牛津英汉双解小词典（新版）》，于2003年12月出版发行《牛津现代英汉双解词典（新版）》，于2004年9月出版发行《牛津英汉汉英小词典（新版）》，并对这三本词典采用了基本相同的封面、书脊设计，具备自己独特的风格。因词典广受欢迎及大量销售，其封面也为读者所熟识。外文出版社（简称外文社）于2005年出版发行的《现代新英汉双解词典》（简称《新英汉词典》），使用了与外研社上述三本词典极为近似的封面，只是个别颜色略有变化。外研社认为外文社的上述行为构成对其版式设计权的侵犯。法院经审理后认为：出版者对其出版的图书、期刊

① 参见胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，148页，北京，法律出版社，2002。

② 参见上书，149页。

的版式设计享有专有使用权。版式设计是对印刷品的版面格式的设计，包括版心、排式、用字、行距、标点等版面布局因素的安排。但书的封面、书脊等属于印刷物的装帧设计，并非版式设计，不属于我国著作权法所保护的版式设计范畴。因此，外研社提出其对《牛津英汉双解小词典（新版）》、《牛津英汉汉英小词典（新版）》、《牛津现代英汉双解词典（新版）》这三本词典的封面和书脊享有版式设计专有使用权的主张不能成立。最后，法院认定外研社的上述词典系知名商品，其封面设计均有别于其他图书，系上述系列词典特有的装潢，而外文社的使用会导致相关消费者在购买时容易产生混淆和误认，其行为构成不正当竞争。①

二、对特定版本的邻接权

许多国家都规定了对特定版本的邻接权。《西班牙知识产权法》第129条规定：已不再受保护的作品的出版者享有许可复制、发行和向公众传播该版本作品的专有权利，条件是该版本可以通过字体设计、排版或其他编辑上的特征得以识别。保护期为从出版之后下一年起算的25年。《德国著作权法》第70条规定：不享有著作权的作品或文本的版本如果是科学分析成果的体现，而且与先前公知版本显著不同，则该版本的编辑者可受到保护。该权利的保护期为自该版本出版之时起25年。例如，莎士比亚的戏剧可能有不同版本流传，而编辑者在比较各版本的基础上经过分析，出版了他认为最为准确的一个版本，则该版本即能够受到第70条的保护。第71条则赋予了出版者一项邻接权：对于先前从未出版，而且已经超过著作权保护期的作品，出版者第一次合法地出版或向公众传播之后，享有利用该作品的专有权利。该权利的保护期为首次出版或传播之日起算25年。《意大利著作权法》第85条也规定：对于已超过著作权保护期的作品，第一次合法出版或向公众传播的出版者享有25年的专有权利。同时，公有领域作品的评论或科学分析版本的出版者对该评论或科学分析版本享有20年专有权利。当然，这是针对评论或分析尚未达到独创性要求的情况而言的。如果评论或分析已经具有独创性，就构成了对原有作品的演绎作品，此时评论或分析人就可作为演绎作品的作者享有狭义著作权了。② 英国1996年《版权与相关权条例》第16条规定：在未出版的文字、戏剧、音乐或艺术作品及电影版权保护期届满之后，以发行、出租、出借作品复制件，电子传输、公开表演、展览和广播方式首次出版该作品的人享有25年的专有权利。

上述国家规定的对版本的邻接权与我国《著作权法》规定的版式设计权都是基于保护出版者或编辑者劳动的相同考虑，但在法律规则上仍然有很大区别：上述对版本的邻接权只能基于出版或编辑已超过保护期的作品而产生，而我国的版式设计权无此项限制。

三、对照片的邻接权

在德国、意大利和西班牙等大陆法系国家，那些在日常生活中抓拍拍摄的照片多数被

---

① 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2006）一中民初字第6648号。

② See Alberto Musson, Mario Fabianin, *International Copyright Law and Practice*, Italy, §9 (1) (a) (vii).

认为难以反映拍摄者独特的精神、个性、艺术观念和智力创造，因此无法达到“独创性”标准、作为摄影作品受到保护。但考虑到许多照片仍然具有价值，特别是在它们被用于商业使用时，如果拍摄者不能受到保护是有失公平的，因此，这些国家用邻接权对其加以保护。《德国著作权法》第 72 条规定：对（不构成作品的）照片也按照适用于摄影作品的规定加以保护，但保护期只有 50 年，从照片发表之日起算。如果照片 50 年内未被出版，则保护期为自制作完成之日起 50 年。这显著低于摄影作品的保护期——作者有生之年加死后 70 年。《意大利著作权法》第 87 条规定：（不构成作品的）照片是指通过摄影术或类似方法拍摄的人像，自然或社会生活中的面貌或事件，包括拍摄美术作品和电影画面而形成的照片，拍摄者对照片享有 20 年的专有权利。同时，如果照片上没有说明拍摄者的姓名或委托人的姓名、拍摄年份和被拍摄的平面艺术作品的作者姓名，则除非拍摄者能够证明复制者具有恶意，否则，未经许可地复制该照片并不违法，也无须向拍摄者支付报酬。[①]《西班牙知识产权法》第 128 条规定：对于不能作为摄影作品受到狭义著作权保护的普通照片，照片摄制者享有复制、发行和公开传播作品的专有权利，保护期为 25 年。

四、对无独创性数据库的邻接权

本书在前文曾经说明：对材料的选择或编排体现出独创性的，无论被选择或编排的材料本身是否享有著作权，由此形成的数据库都可以作为汇编作品受到保护。但是，如果对材料的选择和编排均无任何独创性，则无论收集和编排材料的过程多么艰苦、投资多么巨大，由此形成的数据库也不能作为作品受到保护。例如，在美国联邦最高法院判决的 Feist 案中，一本收集了当地全部电话用户的电话号码并按照姓名字母顺序予以编排的电话号码簿被认定不构成作品，其原因是选择全体电话用户的号码并无独创性可言，且按照用户姓名字母顺序编排是最为古老和常用的方法。

但是，电话号码簿、法律法规数据库和各种名录等许多无独创性的数据库在信息社会中发挥着重要作用，如果不对无独创性的数据库加以一定保护，不但有失公平，也会挫伤人们投资制作数据库的积极性。1996 年，欧盟通过了《数据库指令》，规定：无论数据库是否具有独创性，只要其从数据数量或质量上反映了在获取、校验或展示数据内容方面的巨大投资，投资者有权禁止对数据库进行复制、发行、出租和传播。该项权利的保护期为 15 年。对此，德国、意大利等一些欧洲国家选择通过在《著作权法》中创设一项邻接权的方法来加以实施，这就使得对无独创性数据库的权利在这些国家成为著作权法意义上的邻接权。

例如，《德国著作权法》在第二编“邻接权”中新增第六章“对数据库制作者的保护”，其中第 87 条 a 项将“数据库”定义为：对各自独立的作品、数据或其他材料以特定方法进行系统编排之后的集合，对其中材料可以通过电子或其他方式加以单独获取，而且对其中材料的获取、校验或展示需要较大的投资。“数据库制作者”被定义为对数据库进行投资的人。第 87 条 b 项规定：数据库制作者享有复制发行和传播数据库内容或其中大量或重要内容的专有权利。

---

① See Protection of Copyright and Rights Related to its Exercise, Article 90.

五、其他类型的邻接权

除了上述几种常见的邻接权之外，有些国家还将另一些需要保护的劳动成果也纳入邻接权的保护体系，如《意大利著作权法》第二编规定了丰富的邻接权种类，如对非独创性的舞台布景设计的权利、有关工程设计图和用于解决技术问题的设计图从“平面到立体”加以实施的权利[①]，有关作品名称、标题、新闻报道的权利等。

立法建议

增加我国《著作权法》中邻接权的种类

我国现行的《著作权法》之中只有4类邻接权，即表演者权、录制者权、广播组织权和版式设计权，其数量较发达国家的要少得多。邻接权数量过少会给司法实践和著作权体系的协调性带来严重问题：某些独创性程度很低甚至并无独创性的劳动成果一方面无法作为邻接权客体受到保护，另一方面又难以根据《反不正当竞争法》或其他法律机制受到保护，而完全不予保护又确实有失公平，法院只能借助我国《著作权法》缺乏独创性具体标准的现状，将其作为“作品”加以保护，其后果必然会导致独创性标准在不同的案例中时高时低，以致产生混乱。例如，《著作权法》根据大陆法系的独创性标准将录影划分为电影作品以及以摄制电影的方法创作的作品与录像制品。对自然风景、社会事件和表演活动进行机械录制的结果只能被认定为“制品”而非“作品”。如果依据相同的标准，日常生活中对相同自然风景、社会事件和表演活动进行随意抓拍而形成的照片也不应构成“作品”，但是，由于《著作权法》并没有对无独创性的照片规定一项邻接权，如果不将这类照片作为“作品”加以保护，它们实际上将无法受到任何法律保护。因此，一旦有未经许可使用普通照片的纠纷发生，法院只能将这类照片认定为“摄影作品”进行保护，实际上又采取了英美法系的独创性标准。这样，对不同类别的劳动成果在独创性标准上就出现了巨大差异。同样，由于我国缺乏保护无独创性数据库的邻接权或其他法律机制，一旦诸如“法律数据库”和“期刊论文数据库”等独创性极低的数据库被他人擅自进行商业性利用，法院为了维系社会公平，只能从数据库制作者收集和编排方式中尽力寻找一点点“独创性”并加以认定，以使数据库能够作为汇编作品受到保护，而这实际上将使《著作权法》对汇编作品的独创性要求形同虚设。

对此，较为理想的解决方案就是在《著作权法》中增加邻接权的种类，如对无独创性照片和数据库的邻接权，这样不仅可以使相关无独创性的劳动成果名正言顺地受到保护，更可以维系独创性标准的统一性，避免法院为了保护独创性程度低的劳动成果而在司法实践中降低独创性标准。

【问题与思考】

1. 论述邻接权产生的原因。

---

① 本书在“复制权”部分已对此进行了较为详细的介绍。

2. 简述大陆法系国家邻接权的种类。

3. 论述录音、录像制品与影视作品之间的区分。

4. 论述广播组织权与录制者权、著作权和表演者权之间的关系。

5. 阅读“世界知识产权组织广播组织权条约”（草案），分析我国应当对广播组织权的扩张采取何种立场。

6. 思考：对非独创性数据库应当如何进行保护？

7. 请思考下列问题：某音乐家创作了一首歌曲，某歌星经过音乐家许可后在公开的演唱会上演唱了这首歌曲，某唱片公司经过音乐家和歌星许可之后将歌星在演唱会上的演唱录制下来，制作成CD出售。请思考下列问题：

（1）如有夜总会在营业时间未经许可播放正版CD，是否侵权？侵犯了谁的什么权利？

（2）如有广播电台未经许可播放正版CD，是否侵权？侵犯了谁的什么权利？

（3）如有另一家唱片公司未经许可复制该CD并出售，是否侵权？侵犯了谁的什么权利？

（4）如有人未经许可将该CD转换成MP3，放在网上供他人下载，是否侵权？侵犯了谁的什么权利？

（5）如有某人购进一批CD后未经许可出租，是否侵权？侵犯了谁的什么权利？

如将上述问题中的CD换成VCD，答案是否有所不同？

第七章 对著作权的限制

本章导读

我国著作权法中规定了著作权人的13项法定财产权利，这些权利专属于著作权人所有，因而被称为“专有权利”。为了鼓励和促进人们的创作积极性，保护这些权利具有重要的意义。但是出于社会政策的考虑，在赋予著作权人有限垄断权的同时，也要满足社会对知识和信息的需要，在一定条件下应该允许他人不经许可使用，甚至可以无偿使用作品。我国著作权法规定了对著作权的两类限制：法定许可和合理使用。两者的区别在于根据法定许可使用作品者无须经过著作权人许可，但应当支付报酬；而根据合理使用规定对作品进行使用既不需要经过著作权人许可，也不需要支付报酬。但判断一种使用是否构成合理使用，不仅要看它是否属于《著作权法》所规定的情形，还要看它是否符合“三步检验标准”。

第一节 对著作权的限制概述

“著作权”是一系列“专有权利”的统称。我国《著作权法》第10条所列举的4项精神权利和13项财产权利，即为著作权人所享有的“专有权利”。这些权利之所以被称为“专有权利”，是因为一般情况下，只有经著作权人许可的人才能实施受这些权利控制和限制的行为。如果未经权利人许可，也缺乏法律的特殊规定，他人擅自实施受这些权利控制和限制的行为，即构成对著作权的直接侵犯。例如，公开放映电影作品的行为是受“放映权”控制的，而一家电影院在未经电影作品著作权人许可的情况下擅自向公众放映电影就是侵犯“放映权”的行为。

在作品的创作、传播和利用过程中，都会涉及一系列受著作权“专有权利”控制的行为，例如，文艺评论家对他人的诗歌进行评析时，往往需要首先引用诗歌本身，这是一种受复制权控制的复制行为；在“文艺下乡”活动中，由志愿者组成的歌舞乐团会在农村公开演唱或表演他人创作的音乐作品或舞蹈作品，这是一种受表演权控制的公开表演行为；

当广播电台、电视台对这一表演活动进行新闻报道时，不免会将现场的演唱片段通过无线电波传送出去，这又是受广播权控制的广播行为。如果不对著作权人的“专有权利”在一定程度上加以限制，作出合理的例外规定，则上述三种行为在未得到著作权人许可的情况下，都将构成对著作权的侵犯。

著作权法规定“专有权利”的目的并不是使创作者对作品的传播和使用进行绝对垄断，也不是单纯地对创作者加以奖励，而是通过赋予创作者有限的垄断权，保障其从作品中获得合理的经济收入，以鼓励和刺激更多的人投身于原创性劳动之中，促使更多高质量的作品得以产生和传播。[①] 正是由于著作权必须最终服务于更为重要的社会利益，《伯尔尼公约》第9条第2款规定：成员国法律有权允许在某些特殊情况下（不经作者许可）复制作品，只要这种复制不致损害作品的正常使用，也不致无故危害作者的合法利益。尽管这一规定仅允许各成员国对复制权规定例外，但仍然为各国规定对“专有权利”的限制提供了依据。TRIPs协定和《世界知识产权组织版权条约》更是以基本相同的措辞规定，成员国可以在特殊情况下对“专有权利”作出限制或例外。

虽然各国均规定了对“专有权利”的限制和例外，但在名称和立法体例上有很大区别。《美国版权法》将既不需要经过版权人许可，也不需要向其支付报酬的使用作品行为称为“合理使用”（fair use）[②]，但并没有详尽地一一列举构成“合理使用”的具体情形，只是规定了法官在判断实施一种受“专有权利”控制的行为是否构成“合理使用”时4个可供考虑的因素：（1）使用的目的和性质，即使用是否为商业目的；（2）被使用作品的性质，即作品是具有高度原创性的还是包含大量公有领域的材料的；（3）被使用部分的数量和质量，即被使用的部分占原作的比例及重要程度；（4）对作品市场的潜在影响，即使用是否会影响原作及演绎作品的市场销路。[③] 同时，《美国版权法》还规定了一系列无须经版权人许可，但需要向其支付报酬的情形，称为“法定许可”（statutory license）。

欧洲大陆法系国家的著作权立法中并没有“合理使用”和“法定许可”的称谓，而是将所有不需要经过著作权人许可的使用作品行为归入“权利的例外和限制”条款，这些条款总是对各种例外情形作出非常具体、全面的列举，但往往缺乏一项判定特定行为是否属于“例外和限制”的一般原则，这样，法官就难以运用自由裁量权在著作权法规定的情形之外认定受“专有权利”控制的行为不构成侵权。[④] 此外，大陆法系的立法也没有用单独的条款对“法定许可”另行加以规定，只是在“权利的例外和限制”条款中规定某些行为虽然无须著作权人许可，但应当向著作权人支付报酬。

英国、加拿大等其他英美法系国家的版权法在这方面接近大陆法系国家的模式，只是将“限制和例外”称为“公平交易”（fair dealing），同时又以判例法确定的原则作为法官在

---

① 美国联邦最高法院对此指出：“创造性作品是要受到鼓励和奖励的，但私人动机必须最终服务于促进公众广泛获得文学、音乐和其他艺术（作品）的（目标）。”（Twentieth Century Music Corp. v. Aiken, 422 U. S. 151, at 156.）

② 从字义上看，fair use应被译为“公平使用”，但“合理使用”已是通行译法。

③ See 17 U. S. C. 107.

④ See Andre Lucasn, Pascal Kaminan, Robert Plaisantn, *FRA International Copyright Law and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2005), § 11 [1].

个案审理时的补充。

我国《著作权法》限制“专利权利”的立法模式是接近大陆法系国家的，因为《著作权法》并未规定一项判定特定行为是否属于“例外和限制”的一般原则。因此，虽然学界习惯于将《著作权法》第22条规定的12项“权利的限制”称为“合理使用”，但实际上并不十分合适（本书为了论述的方便，下文仍然沿用“合理使用”的说法）。但我国的立法模式与大陆法系也并非完全相同，因为《著作权法》对“法定许可”是加以单独规定的。这样，我国《著作权法》对“专有权利”的限制就分为两类：一类是“合理使用”，一类是“法定许可”。

第二节 合理使用

《伯尔尼公约》、TRIPs协定和《世界知识产权组织版权条约》虽然均允许成员国对“专有权利”规定限制和例外，但均以该规定只能在特殊情况下作出、与作品的正常利用不相冲突，以及没有无理损害权利人合法权益这三个条件为前提。这就是“三步检验法”或“三步检验标准”（three-step test）。根据“三步检验标准”，各成员国不仅只能针对特定情形规定对“专有权利”的限制和例外，而且对相应条款的制定和解释应当适当、合理，不能导致影响作品正常利用和严重损害权利人合法权益的后果。换言之，一种本应受到“专有权利”控制的行为是否无须经过权利人许可或不向其支付报酬，最终判断标准并不是它是否被列举在成员国立法所规定的“权利限制”条款之中（包括称为“合理使用”、“权利的限制和例外”的条款），而是它是否能够通过“三步检验标准”的检验。我国已经加入了《伯尔尼公约》、TRIPs协定和《世界知识产权组织版权条约》，应履行遵守“三步检验标准”的国际义务。同时，《著作权法实施条例》第21条也明确规定：“依照著作权法有关规定，使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品的，不得影响该作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法利益。”这样，“三步检验标准”就已经被转换为我国国内立法，成为法院在作出相关判断时必须依据的最终标准。

当然，由于“与作品的正常利用不相冲突”、“不能无理损害权利人合法权益”都是十分抽象的用语，各成员国可能会有不同的理解和判断标准。例如，《美国版权法》第107条专门指出：即使作品尚未发表，对作品未经许可的使用仍然可能构成“合理使用”。这与我国《著作权法》的规定是截然相反的。但是，某些明显损害著作权人其他合法权益的使用，如在引用他人著作时不注明出处等，在各国都是不被允许的。

我国《著作权法》第22条列出了12种可构成“合理使用”的情形，同时，《信息网络传播权保护条例》第6条也在此范围内规定了8种数字环境中“合理使用”的情形，但前提均是只能针对已发表作品，同时必须“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”。下文对这12种情形加以逐一讲解：

一、个人使用

我国《著作权法》第22条规定的第一种“合理使用”情形是：为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品。这种“合理使用”情形仅限于纯粹为个人目的而进行的

使用，如学者或学生在图书馆复印一部作品的片段或期刊中的一篇文章等。如果使用具有直接商业动机，或者将复制件向公众散发，则不能构成“合理使用”。例如，在日本发生的著名判例 Sansei YusCki K. K. v. TChC Stage K. K. 案中，被告复制了原告为投标韩国的国家大剧院而制作的计划图。被告认为自己的行为是私人复制，可构成“合理使用”。但法院拒绝了这一理由，指出：“合理使用”只允许在家庭或有限范围内为个人使用而进行复制，在公司中为商业目的进行的复制不是个人使用，需要获得原告的许可。但是，大部分国家都承认公司中科研人员为进行研究而使用他人作品的行为只具有间接商业目的，仍然可能构成“合理使用”。

需要指出的是：不能认为只要是“为个人学习、研究或者欣赏”而进行的复制，不问被复制作品的来源、复制的方式和数量等，都构成“合理使用”，“三步检验法”仍然是最终的判断标准。例如，为了个人欣赏而复制整部书籍、大量翻录整盘音乐磁带或光盘，以及大量从网上下载盗版音乐或电影，在大多数国家都因其会对权利人的经济利益造成不合理的损害而构成侵权行为。

典型案例

个人用户下载盗版案

被告是个人用户塞西莉亚，她使用 P2P 软件在几周时间内下载并保存了超过 1 370 首由原告 BMG 等唱片公司享有版权的歌曲，而这些歌曲均是没有经过许可而被他人置于硬盘“共享区”之中传播的。塞西莉亚首先认为：她下载的目的是试听，以便挑出喜欢的歌曲后再去购买正版。这种行为属于“改变（收听）时间”（time-shifting），就像“索尼录像机案”中录像机的使用者“改变（收看）时间”（time-shifting）那样，构成“合理使用”。

法院指出：“索尼录像机案”中录像机使用者在看过录像带之后就将之删除，这才是“改变（收看）时间”。而塞西莉亚一直将下载的音乐保存在了自己的电脑中，并不构成“改变（收听）时间”。“索尼录像机案”中用户使用录像机录制电视台播出的电影构成“合理使用”的前提是电影公司已经许可电视台播放电影，而塞西莉亚下载的歌曲均是未经许可而被上传的。

塞西莉亚还认为：下载试听对于歌曲版权人能够起到很好的广告宣传的效应，提高歌曲的销量。但法院认为：免费从网上下载歌曲会对正版歌曲产生市场替代效应，导致正版唱片销量下降。同时，即使是那些能够刺激作品销量的作品使用行为，也是需要经过版权人许可的。如广播电台、电视台播放歌曲都是需要支付许可费的。塞西莉亚本来可以通过合法途径对歌曲进行试听，或通过在网上免费收听歌曲片段而决定是否购买。塞西莉亚的观点等同于说一个小偷顺手牵羊拿走了 30 盘唱片，打算先拿回去听，再购买她喜欢的歌曲，显然是不合法的。最终法院判定塞西莉亚为个人欣赏而进行的下载行为不是“合理使用”，而是版权侵权。[①]

---

① BMG Music v. Cecilia Gonzalez, 430 F. 3d 888 (7th Cir., 2005).

典型案例

歌曲片段试听案

加拿大某网络服务商提供30秒～90秒的歌曲在线免费“试听”服务，集体管理组织“加拿大作曲家、作者和音乐出版商协会”（简称SOCAN）要求就该项服务收取许可费，但网络服务商认为其行为构成《加拿大版权法》中的“合理使用”（fair dealing，直译应为“公平交易”，为了理解的方便，本书仍然称其为“合理使用”）。

加拿大最高法院认为：提供试听的目的是让用户判断其是否喜欢该音乐，从而作出购买与否的决定。同时，用户只能在线试听音乐的部分片段，无法下载，音质也较差，因此，无法代替对音乐的购买（付费下载）。而且除了试听之外，很难有其他途径能够让用户便捷、有效地了解音乐的内容，并同时保护版权人的利益。因此，提供试听是“公平”的使用行为，并不构成侵权。①

二、适当引用

第二种“合理使用”情形为：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，包括在通过信息网络提供他人作品中适当引用已经发表的作品。这种“合理使用”是为创作作品特别是评论或学术著作所必需的，因为在对他人的作品进行评论或论证观点、说明问题时，经常需要对他人作品中的具体表述加以引用，即所谓“旁征博引”。例如，一名学者要对另一名学者某篇论文中的某种学术观点进行批评，就需要引用后者的一部分原文，以使读者明了批评的对象。有时甚至需要全文引用，如对他人发表的短诗进行鉴赏的文章。此时当然会发生“复制”行为，“合理使用”正是豁免了这种“复制”所可能导致的侵权责任。

“适当引用”意味着应当在自己的创作过程中引用合理长度的作品片段，而不允许完全或主要以他人作品代替自己的创作。因此，将他人作品中的内容加以拼接的行为并不是创作中的适当引用。“引用”的目的应当限于“介绍、评论和说明”，而不是单纯地向读者展现被引用的作品本身，导致新作品与原作品在市场上形成竞争。例如，为了对他人油画中使用的技巧进行评论和说明，可以在文中复制这幅画。但如果仅仅将他人油画用作自己作品的装饰，以增加作品的吸引力，则不构成“合理使用”，而应当取得作者许可。

理论研究

“转换性使用”、“模仿讽刺”与“合理使用”

在判断引用是否为“适当引用”时，应特别注意对原作品的使用是否构成“转换性使用”，以及“转换性”的程度。所谓“转换性使用”，是指对原作品的使用并非为了单纯地

① Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, 2012, SCC 36.

再现原作品本身的文学、艺术价值或者实现其内在功能或目的，而是通过增加新的美学内容、新的视角、新的理念或通过其他方式，使原作品在被使用过程中具有新的价值、功能或性质。

例如，文学评论家为了评论一首20字的古体短诗而在1 000字的论文中引用了短诗全文。虽然这种引用构成对短诗的“复制”，但原作——短诗在新作品——评论文章中的作用发生了一种富有建设性的转换。新作品不是为了单纯地展示这首短诗的艺术价值和魅力，让读者仅仅欣赏短诗本身，而是将短诗作为引子，使读者更好地理解文章对短诗的评价。评论文章的主要价值和功能，不在于它所引用的短诗本身，而在于对短诗的评论部分。如果评论文章获得了良好的社会评论并为作者带来了利益，并不是因为文中引用了短诗，而是因为对短诗的评论在创作上是成功的。

相反，对作品进行的一般性“改编”，如将一部长篇小说改成长篇漫画，通常并不是“转换性使用”。尽管漫画家投入的大量创造性劳动是漫画作品价值的来源之一，但这种“改编”毕竟只是以漫画的形式讲述了小说中的故事，小说中的主要内容——人物、人物之间的关系、故事情节等，均在漫画中得以完整地体现，并且是漫画作品价值和功能的组成部分。换言之，原作品的艺术价值和功能在新作品中并没有发生建设性的转换，而是以另一种表现手法被展示和实现。新作品的艺术价值和功能同时来源于小说作者和漫画作者的创造性劳动。如果漫画作品在市场上获得了成功，并不仅仅是因为漫画本身画得引人入胜，还因为它描绘的是小说中的故事。

对原作品的使用越是具有“转换性”，越有可能构成“合理使用”，甚至商业性地使用原作品也可因此而构成“合理使用”。这是因为“转换性使用”推进了著作权立法促进文艺发展的终极目标。在高度“转换性使用”形成的新作品中，原作品对于新作品在价值和功能上的贡献并不大，要求新作品作者获得许可和支付报酬并不合理，反而影响对作品的创作。相反，如果原作品并未被新作品加以“转换性”地使用，或“转换性”程度不大，则新作品的价值和功能很大程度上直接来源于原作品，此时要求新作品作者获得许可和支付报酬就是公平的。因此，将以“评论”为目的适当引用认定为“合理使用”的重要法理基础就在于：这种适当引用是对原作品的“转换性使用”。例如，文艺创作中有一种形式被称为Parody（“讽刺性模仿”），它是指为了对原作品进行讽刺或批判，而对原作品进行“改造”（也是一种“转换性使用”），形成新作品，并使新作品反映模仿者与原作品作者相对立的观点、立场或思想感情。这将导致原作品的内容成为讽刺、批判原作品本身的工具，即所谓“以其人之道，还治其人之身”。

例如，以战国时代赵国刺客刺杀秦王为背景的电影《英雄》中有一段台词，刺客说：“中原地区连年战乱，百姓受苦，唯有秦国才能停止战乱。赵王一个人的痛苦，与天下人相比，便不再是痛苦。秦国与赵国的仇恨，放到天下，也不再是仇恨。”秦王说：“我孤独一人，忍受多少责难、多少暗算，无人能懂我心，与我心意相通……没想到最了解我的，竟然是一个刺客！”

有人对《英雄》所要表达的思想不以为然，便创作了讽刺性模仿作品——《布什总统看了〈英雄〉之后》。布什说：“海湾地区连年战乱，百姓受苦，唯有美国才能停止战乱。萨达姆一个人的痛苦，与天下人相比便不再是痛苦。伊拉克与美国的仇恨，放到天下，也

不再是仇恨……我布什孤独一人，忍受多少责难、多少暗算，无人能懂我心，与我心意相通……没想到最了解我的竟然是中国的张艺谋！”①

比较两段文字可以发现：除了将“秦王”替换为“布什”，将“秦国”和“赵国”替换为“美国”和“伊拉克”之外，其文字基本相同。但是，新作品对电影《英雄》台词的使用，绝非单纯为了再现台词本身的美感，而是通过将其巧妙地嫁接到伊拉克战争的背景中，并通过布什之口说出来，体现出对原作品强烈的讽刺，使读者在笑声中认识到原作品对待兼并战争的观点和逻辑是荒谬的。这是一种典型的“转换性使用”。只要对原作品的“模仿”没有超出对原作品进行批判和讽刺的需要，这种使用就可以构成合理使用。

典型案例

《杨家埠年画之旅》案

被告出版了《杨家埠年画之旅》一书，其中未经许可使用了山东潍坊杨家埠木板年画传人杨某的16幅年画，杨某诉其侵权。被告认为：《杨家埠年画之旅》引用涉案作品，属于“为介绍、评论”以及宣传、推广杨某作品而“适当引用”，依法“可以不经著作权人许可，不向其支付报酬”。法院认为：《杨家埠年画之旅》一书只有极少篇幅涉及了对杨某年画作品的简单介绍，与涉案年画的关联性不强，而且使用年画的数量也超出了简单介绍的幅度。对涉案年画的使用增强了该书的欣赏性、收藏性，同时客观上阻碍了年画作品作者独立行使复制权并获得报酬的权利。法院因此认定被告的行为不构成合理使用，而是侵权。②

如果被告是在用文字介绍或评论杨某的某一年画作品时配以该年画，则该行为可以构成合理使用，因为此时复制年画的目的不是简单地再现年画的美感，而是让读者理解介绍和评论的内容。这属于上文介绍的“转换性使用”。而本案中被告对16幅年画的使用超过了介绍和评论的需要，演变为通过单纯再现年画自身美感以吸引读者购买的行为，由此与作者对年画的销售形成了竞争。这种行为不能构成合理使用。

典型案例

《环球时报》配图案

《环球时报》英文版刊登了一篇文章《〈大众电影〉不确定的未来》，介绍了《大众电影》杂志的辉煌历史、衰落过程以及该杂志可能面临的改革和不确定的未来。该文的配图使用了6本《大众电影》杂志的完整封面或封底，但有的封面或封底的部分内容被其他封面或封底遮挡。其中有3本杂志的封面或封底为摄影师周某拍摄的演员姜黎黎、刘德华和巩俐的人物摄影。周某认为《环球时报》杂志社未经许可使用其摄影作品，且未为其署名，因此提起诉讼。

---

① http://bbs.bjmzdx.org/thread-1770-1-1.html.

② 参见山东省高级人民法院民事判决书（2007）鲁民三终字第94号。

法院认为：《环球时报》在该文章中配以《大众电影》杂志的封面和封底，是出于介绍、评论《大众电影》以及说明文章主旨的需要。而该杂志的封面和封底均是人物照片，因此，《环球时报》在使用该杂志封面、封底时会不可避免地再现杂志封面、封底上的人物照片，也即不可避免地再现了周某的3张照片。但该种再现不会影响周某对这3张照片的正常使用，也不会影响其利用照片正常获取经济利益。鉴于这种在评论文章中对《大众电影》杂志封面、封底的使用的特殊性，《环球时报》杂志社也无法为周某署名。[①] 法院因此驳回了原告的诉讼请求。

涉案《大众电影》封面之一

本案中，《环球时报》文章的配图显然不是为了单纯地再现由摄影作品构成的杂志封面或封底的美感，而是为了让读者对《大众电影》杂志有一个直观的了解。同时，文章的配图会对杂志封面或封底的尺寸进行大幅度缩小，其展示的美感与原尺寸杂志是无法相比的，因此也很难形成市场替代作用并影响对摄影作品的正常使用和损害作者的经济利益。此外，《著作权法实施条例》第19条规定："使用他人作品的，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。"《环球时报》文章中的配图是《大众电影》杂志的封面或封底，这种使用方式的特性决定了《环球时报》难以为封面或封底照片的摄影师另行署名，其行为并不构成对署名权的侵犯。

三、时事新闻报道中的使用

第三种"合理使用"情形是：为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中，以及在通过网络向公众提供的作品中不可避免地再现或者引用已发表的作品。

这一"合理使用"是为了保障公民对时事新闻的知情权，而允许在进行新闻报道时附带性地复制或广播作品。例如，电视台要制作并播出某演唱会的新闻，就需要对现场情况有选择地加以录制、剪辑和播出，其中不可避免地会将歌手演唱的实况片段纳入新闻节目中播出，这必然涉及对音乐作品的复制和广播。只要这种行为没有超出报道时事新闻的必要限度，就可以构成"合理使用"。但是，如果电视台未经许可而将演唱会中歌手对一首歌曲的演唱完整地录制下来并播出，就不再是"合理使用"，而是构成侵权行为了。

例如，在2008年美国总统大选之前，美国《纽约人》杂志封面刊登了一幅漫画，将当时参加总统竞选的奥巴马和其夫人米歇尔描绘成了恐怖分子形象，在当时引起了极大争议。许多媒体在新闻报道中为了让读者知晓这幅漫画，都再现了这幅漫画。尽管这种再现可以构成对漫画（美术作品）的复制或展示，但这是报道时事新闻所必需的，不将这幅漫画进行原样再现，公众就无法知晓为什么这幅漫画会引起如此大的争议。

---

① 参见北京市第二中级人民法院民事判决书（2012）二中民终字第16700号。

四、对时事性文章的使用

第四种“合理使用”情形是：刊登或播放已发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，以及向公众通过网络提供已经在网络上发表的关于政治、经济问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外。

了解国家目前的政治、经济状况，不仅是每个公民的权利，也是公民参加国家政治生活、参与民主政治进程的前提条件，因此，各国都允许在作者没有作出保留声明的情况下，由报刊或广播组织刊登或播放已经发表的时事性文章。在网络时代，有的时事性文章可能会首先在网络中发表，为了保障公民的知情权，其他网站就可以对其进行转载。只是有些著作权保护水平更高的发达国家并未将这种情况列入“合理使用”，而是归于“法定许可”，即这种使用虽然无须经过许可，却应当向作者支付报酬。

五、对公众集会上讲话的使用

第五种“合理使用”情形是：刊登、播放或通过网络传播在公众集会上的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外。这种情形的立法理由和上一种基本相同，都是为了让公众了解当前政治生活中的事件和观点，为公民的参与创造条件。

例如，某一政府官员在公开会议上作当前政治、经济形势的报告。该报告虽然也可能符合作品的构成要件，但它更为重要的意义是向公众传达公共政策信息。再如，人民代表在各级人民代表大会上的发言，不仅可能构成口述作品，还传达了民意以及代表个人的政治理念。在这种情况下，只要讲话者没有作出保留声明，公众对政治生活的知情权应当优先于讲话者个人的著作权。

需要注意的是：从字面上看，我国《著作权法》规定的这一“合理使用”情况范围远较其他国家宽泛。只要是“刊登或播放在公众集会上的讲话”，在没有保留声明的情况下都允许不经许可和付酬就予以刊登或播放。而根据多数国家的著作权法，只有刊登或播放在公众集会上发表的有关时事性的演说或辩论才可构成“合理使用”。与时事无关的内容，如学术性讲座、诗歌朗诵、科学报告等，都被排除在外。基于这种“合理使用”的立法原意，应当对我国《著作权法》此条规定进行缩小解释，将其范围限定在关于政治、经济和宗教方面时事性讲话的范围内。此外，这种“合理使用”只允许“刊登和播放”，也就是即时地向公众进行传播。如果希望将他人在公众集会上的多次演讲集结成册出版，则超出了保障公众在第一时间“知情”的需要，应当获得演讲者的许可。

六、在课堂教学和科研中使用

第六种“合理使用”情形是：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，以及通过网络向少数教学、科研人员提供少量已经发表的作品。

这种“合理使用”情形允许教学或科研人员为课堂教学或科研目的进行少量复制或翻译，以及通过网络向少数教学、科研人员提供少量已经发表的作品。例如，教授可将图书馆中外文藏书的一小部分予以复印，用作教学时的参考；也可将这部分翻译成中文，供本

教研室其他教师参考。这种使用在教学和科研活动中是大量存在的，在符合“三步检验标准”的条件下，并不会对著作权人的利益造成严重损害。再如，大学中某一院系可以通过内部网络向本院系的教师提供某一课题的最新科研成果片段，供教师们在研究和教学时参考。只要通过限定 IP 地址或设置密码等方式确保只有本院系老师可以使用，并且只选择作品片段或少量作品，这种对作品的网络传播也是“合理使用”。

需要指出的是：如果翻译、复制和网络传播超出了必要的限度，导致了“市场替代”效果，使得学校和科研机构不再购买正版作品，而是经常性地使用未经许可的翻译件和复制件作为替代，从而实质性地损害了著作权人的合法利益，则不应被视为“合理使用”。例如，如果某机构将自己订购的国外期刊经常性地予以复印并分发给其他大学或科研机构，或者将期刊扫描之后置于教学网上供大量教师下载，即使没有从中赢利，也没有公开出版、发行，仍然不能构成“合理使用”。

《著作权法》仅将为课堂教学进行“合理使用”的主体限定于教学人员。从字面上看，似不允许教学人员将作品少量翻译或复制后发给学生，也不允许以复制、翻译和网络传播之外的其他方式使用作品，如教美术的教师展示美术作品、教音乐的老师播放音乐片段。但许多国家的著作权法并未作如此狭窄的限定，而是允许在符合“三步检验标准”的前提下向学生散发作品片段或以其他方式使用作品。例如，将他人撰写的教材按学生人数全书复印后发给学生，即使只收复印成本也不能构成“合理使用”。但若将该教材中某一页复印后发给学生，用作课堂讨论的材料，则应当构成“合理使用”。在我国，开展文字作品著作权集体管理的时间并不长，按照复印数量向著作权人支付许可费在现实中尚不可能，更是应当承认合理范围内向学生散发作品片段并以其他方式为教学目的的使用是“合理使用”。

典型案例

《冲出亚马逊》案

国家广播电影电视总局电影卫星频道节目制作中心与八一电影制片厂共同拍摄了电影《冲出亚马逊》，并根据合同享有该片的国内外电视播映权。电影讲述了我国两名特种兵在亚马逊旁的国际特种兵训练中心接受残酷特种军事训练的故事。两名中国军人凭借超出常人想象的非凡意志和勇气，顺利完成训练并为祖国争得了荣誉。该电影后被列入“百部优秀爱国主义教育影视片”名单。中国教育电视台在附有广告的“周末影院”栏目中未经许可播放了《冲出亚马逊》。节目制作中心据此诉中国教育电视台侵犯其著作权。中国教育电视台认为其播放爱国主义影片属于教育教学节目的一部分，是当前进行思想道德教育的课堂教育不可缺少的组成部分，是进行爱国主义教育的公益行为，属于合理使用。

法院认为：虽然《冲出亚马逊》确实属于有关部门推荐的爱国主义教育影片，但并不表示任何播放该片的行为均是出于公益目的。中国教育电视台在播放该片过程中插播了多处广告内容，显然与公众利益无关，因此，其播放行为带有一定的商业目的。同时，认定合理使用的前提条件之一是该行为不能损害权利人的经济利益，既包括不能造成权利人实际的经济损失，还包括不能影响权利人在潜在的市场获得的经济利益。中国教育电视台作

为一家面向全国的公共电视台，其观众群体中除了广大中小学生外，还包括社会各个阶层，其播放《冲出亚马逊》并附带播放广告的行为，显然降低了电影权利人利用该部电影获取经营收入的可能，给其经济利益造成了影响。[①] 更何况著作权法将为教学目的的合理使用明确限定为“为学校课堂教学”而“翻译或者少量复制已经发表的作品”以“供教学人员使用”。中国教育电视台在其“周末影院”栏目中播放电影并不属于课堂教学范围。[②] 因此，法院认定被告的行为不构成合理使用。

典型案例

《新概念英语》网络教学案

路易·亚历山大是英语教材《新概念英语》的作者之一，教材1～3册中课文均由其创作。某学校提供“新概念英语”的网络教学课程，在其课件中，老师的讲解方式有三种：一是对每篇课文进行朗读，页面显示全部或部分课文中的句子；二是对单词和短语进行讲解，页面显示全部或部分单词和短语；三是页面显示老师扩充讲解的部分内容。亚历山大的继承人朱莉亚·亚历山大起诉该学校未经许可使用《新概念英语》的行为构成侵权。

法院认为：对于第一种情况，老师对课文的朗读以及在页面上对作品内容的显示，是对涉案作品在网络上进行的公开传播。该传播行为，未经著作权人许可，使公众可以通过互联网在个人选定的时间和地点获得涉案作品，已经构成对朱莉亚·亚历山大享有的信息网络传播权的侵犯。至于第二种情况，是对单词和短语的显示和讲解，因这些单词和短语并非作品，且其选择、排序也不具有独创性，故对朱莉亚·亚历山大相关主张不予支持。关于第三种情况，是老师对作品的扩充讲解，并非对涉案作品的使用，显然不构成对朱莉亚·亚历山大著作权的侵犯。[③]

需要指出的是：对于教学性合理使用，《著作权法》和《信息网络传播权保护条例》仅允许“为学校课堂教学”而翻译或少量复制已发表作品供教学人员使用，或“为学校课堂教学”通过信息网络向少数教学人员提供少量已发表作品。如果法院审理时以该规定为唯一依据，则该案非常简单：被告通过网络提供涉案教材的全文朗读，显然不是“供教学人员使用”，不符合教学性合理使用的构成条件。但如上文所述，《著作权法》作出如此限制性规定本身就缺乏合理性。因此，本案法院实际上参考了《美国版权法》第107条规定的判断“合理使用”的4个考虑因素进行分析。法院指出：判断是否构成合理使用一般参考以下标准，即：是否基于商业目的而使用；所使用作品的性质；使用的数量和比例；使用行为对作品的潜在市场价值是否有较大的不利影响。本案中，被告作为营利性教学机构使用《新概念英语》的行为，显然不属于非商业使用；其对《新概念英语》绝大部分英文内容进行了使用，而非少量使用；学员通过涉案网络教学中的朗读和显示，完全可以不再购

① 参见北京市海淀区人民法院民事判决书（2006）海民初字第8877号。
② 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2006）一中民终字第13332号。
③ 参见北京市高级人民法院民事判决书（2008）高民终字第185号。

买《新概念英语》而进行学习，这对《新概念英语》潜在的市场价值也具有较大的不利影响。[①] 这种司法裁决的方法在一定程度上弥补了立法的缺陷。

七、国家机关公务性使用

第七种“合理使用”情形是：国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品，包括在合理范围内通过网络向公众提供已经发表的作品。

国家机关出于执行公务目的经常需要以合理的方式对作品进行使用。例如，公安机关张贴或在网络中分发的通缉令中往往要使用犯罪嫌疑人的照片或画像。即使该照片或画像是受著作权保护的作品，由于公安机关并非出于展示照片或画像艺术价值的目的，而是为了向公众宣告犯罪嫌疑人长相，该公务性使用仍然可构成“合理使用”。再如，法院在审理案件过程中，法官可复印一部著作的片段用作参考资料。

但是，为执行公务而使用仍然要符合“三步检验标准”。例如，政府机关不能以“执行公务”为借口使用盗版软件，因为这种使用与公务之间实际并无必然联系，并且会导致对软件著作权人不合理的损害。同样，政府机关也不能仅仅因为经费紧张就不去订购报刊资料，而经常性地加以复印。

典型案例

高考试卷使用他人作品案

由教育部考试中心组织出题的2007年全国高考语文试卷中，命题作文《摔了一跤》所使用的漫画与何某创作的漫画《摔了一跤》非常相似。教育部考试中心是教育部指定的负责全国高考命题及试卷、成绩统计分析与评价工作等的直属事业单位。何某认为教育部考试中心此举侵犯了其著作权。

何某创作的漫画

摔了一跤

高考语文作文试题

① 参见北京市高级人民法院民事判决书（2008）高民终字第185号。

法院首先认为：比较两幅漫画，二者在构图、故事设计、人物形态等方面存在较大的相似性，可见一种紧密联系、发展演变的过程。教育部考试中心亦认可曾事先接触过原告的漫画。但两幅漫画在具体人物选择、所配文字，特别是寓意上有很大不同。因此，教育部考试中心在高考作文中使用的漫画，是以何某漫画的主要特征为基础，增加新的创作要素和构思完成的，已经形成了由何某漫画演绎而来的新作品。

本案的焦点还有两个：第一个是教育部考试中心在全国高考试卷中将他人作品用作试题是否属于“国家机关为执行公务在合理范围内使用已发表作品”。何某否认教育部考试中心为国家机关。对此法院认为：国家机关执行公务存在两种形式：一种是国家机关自行执行公务，另一种是国家机关授权或委托其他单位执行公务。教育部考试中心虽然不属于国家机关，但它是教育部根据《教育法》指定的执行高考试卷命题等公务的机关，其组织高考出题的行为属于后一种执行公务的情形，因此，教育部考试中心在组织高考试卷出题过程中使用原告作品的行为应属于国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品。

本案的第二个焦点是，教育部考试中心在高考试卷中使用演绎作品时未指明原作者姓名和作品名称，是否还能构成合理使用。法院认为：在公共利益较著作权人利益明显重要时，应有条件地限制著作权人的相关权利。本案中，因高考保密的严格要求，事先获得相关作者的改编许可变得不具有可行性，为确保通过高考选拔出高素质人才的公共利益得以实现，高考出题者考虑高考试题的难度要求、篇幅要求和背景要求等特点，可对作品进行一定的改编，以适应出题角度和技巧的要求。因此，考试中心的行为并不构成对原告改编权的侵犯。同样，考试中心对涉案漫画不署名的做法有其合理性：（1）高考过程中，考试时间对考生而言是非常紧张和宝贵的，考生的注意力亦极为有限，如对试题的来源均进行署名会增加考生对信息量的阅读量，浪费考生的宝贵时间。（2）看图作文的漫画署名给考生提供的是无用信息，出题者出于避免考生浪费不必要的时间注意无用信息等考虑，采取不署名的方式亦是适当的。因此，教育部考试中心未在高考试题中为原告署名，不构成侵权。法院最后驳回了原告的诉讼请求。[①]

需要说明的是：此案判决后，北京市海淀区人民法院向教育部考试中心发出司法建议函，建议教育部考试中心在高考结束后，以发函或致电形式对作者进行相应的告知和感谢。此举得到了教育部考试中心的积极回应。教育部考试中心已决定在高考结束后，以适当方式公开试题中使用相关材料的情况，并以教育部考试中心和广大考生的名义对相关权利人表示感谢。这不失为一种《著作权法》框架下巧妙维系著作权人与公众利益平衡的方法。

八、图书馆等对馆藏作品的特定复制和传播

第八种“合理使用”适用于图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等。《著作权法》第22条规定：这些机构为了陈列或者保存版本的需要，可以在不经过著作权人许可并支付报酬的情况下复制本馆收藏的作品，包括以数字化形式复制本馆收藏的作品。

图书馆等收藏的作品经过长期使用后会自然磨损。出于继续向公众提供借阅或展览的

① 参见北京市海淀区人民法院民事判决书（2007）海民初字第26273号。

需要，需要以复制方式保存版本。这在作品已经绝版的情况下特别有用。这种复制并不会严重损害著作权人的经济利益，可以构成“合理使用”。但是，如果图书馆等不是出于保存本馆藏品的需要，而是出于节省开支的考虑以廉价的复印件代替市场上出售的原版作品，显然不是“合理使用”。

鉴于数字复制的廉价和迅捷可能会对著作权人的利益造成不利影响，《信息网络传播权保护条例》第7条对图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为了陈列或者保存版本的需要而以数字化形式复制本馆收藏的作品作出了特别限定：这些作品应当是已经损毁或者濒临损毁、丢失或者失窃，或者其存储格式已经过时，并且在市场上无法购买或者只能以明显高于标定的价格购买的作品。例如，图书馆所藏的热门书籍失窃之后，只要市场上仍然有相同书籍出售，图书馆就应当出资购买，而不能为了节省经费自行以数字化手段加以复制。再如，图书馆原来藏有以录像带形式保存的电影作品，即使录像带因时间久远濒临损坏，而且该录像使用的也是已经过时的VHS或Betamax存储格式，但只要电影作品在市场上仍然以VCD或DVD光盘为存储介质销售，图书馆就不能自行将录像带转录成VCD或DVD格式加以保存，而应当在市场上购买，否则，仍然会构成对著作权人复制权的侵犯。再如，早期的音乐作品是以老式唱片、磁带等模拟格式存储的，随着技术的进步，使用这些存储介质播放音乐的机器设备已经越来越罕见，但如果市场中存在以数字格式存储的相同音乐作品，如音乐CD、音乐MP3等，则图书馆仍然应当购买使用数字格式的介质以替代原有唱片和磁带，而不能自行将老式唱片和磁带中的音乐进行数字化，录制至新型介质之中加以保存。

图书馆等同时具有“资料保存”与“信息提供”这两种不同功能，上述适用于图书馆的“合理使用”应是针对前一种功能而言的。

传统图书馆所具有的“信息提供”功能主要体现在对作品的出借上。由于我国《著作权法》并未规定“公共借阅权”或其他能够控制出借行为的专有权利，图书馆出借作品本身并不构成侵权，因此，无所谓“合理使用”。随着技术的进步，图书馆的“信息提供”方式也日益多样化，除了出借纸质书等作品有形复制件之外，图书馆还可以在视听阅览室中播放音乐或电影，以及将数字化作品置于网上传播。这些行为不但可能涉及对作品的复制，而且还是对作品的机械表演、放映或网络传播，如果不当实施就可能不合理地损害权利人的利益。因此，这类行为只有在符合严格法定条件的情况下才能构成“合理使用”。例如，有的图书馆的视听阅览室是在向读者收费之后才允许读者点播欣赏电影的。这等同于使用电影作品牟利，与一般的影视厅并没有什么不同，如果未经电影作品著作权人许可必然会构成对放映权的侵犯。即使视听阅览室是免费提供电影作品点播的，但如果其放映的是正在影院热播的新电影，就可能影响票房，造成不利影响，也很难构成“合理使用”。图书馆通过网络传播作品对著作权人的影响更大，如果读者足不出户就可以登录图书馆的网站全文阅读或下载作品，必然会影响作品在有形市场上的销量。

对此，我国《著作权法》仅对图书馆的“信息保存”功能规定了上文所述的“合理使用”。对于“信息提供”功能，《信息网络传播权保护条例》第7条规定：图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等可以不经著作权人许可，通过信息网络向本馆馆舍内服务对象提供本馆收藏的合法出版的数字作品和依法为陈列或者保存版本的需要以数字化形式复制

的作品，不向其支付报酬，但不得直接或者间接获得经济利益；当事人另有约定的除外。同时，该条例第10条还要求图书馆等采取技术措施，防止服务对象以外的其他人获得著作权人的作品，并防止服务对象的复制行为对著作权人的利益造成实质性损害。

这条“合理使用”规定为图书馆等限定了通过网络提供数字化作品的场所、对象和方式。首先，图书馆等只能通过网络在馆舍之内向读者提供数字化作品，而不能通过网络向馆舍之外的读者提供数字化作品，如将作品置于网络之上，使读者在馆外也可以在联网的计算机上登录阅读。其次，图书馆等能够通过网络在馆舍之内合法提供的作品被严格限定为两种情况：一是图书馆等在合法收藏时就是以数字格式存在的，如光盘版《中国大百科全书》。二是在馆藏作品已经损毁或者濒临损毁、丢失或者失窃，或者其存储格式已经过时，并且在市场上无法购买或者只能以明显高于标定的价格购买时，图书馆等为了陈列或保存版本的需要而制作的数字化复制件。这意味着图书馆不得为了通过网络向馆舍内的读者提供作品而超出上述范围擅自将馆藏作品进行数字化。最后，图书馆等必须在通过网络向馆舍内的读者提供数字化作品时采用加密、身份验证等技术性措施，只允许读者在线阅读，而不允许读者将数字化作品复制到自带的移动硬盘等存储设备之中，以防止该数字化作品被带到馆舍之外后又被复制和传播，影响著作权人的利益。

需要指出的是：《信息网络传播权保护条例》第7条并未对图书馆等通过网络向馆舍内读者提供作品的类型进行限定。因此从字面上看，图书馆等可以将合法购入的最新DVD电影置于本馆的网络之中供馆舍内的读者点击欣赏。但如上文所述，这种行为可能会严重损害电影著作权人的利益，恐难以构成符合“三步检验标准”的“合理使用”。

九、免费表演

第九种“合理使用”情形是：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。

《著作权法》第10条第1款第9项规定，表演权是“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”。这说明著作权法意义上的“表演”不仅指由表演者现场进行的朗诵、演唱、演奏、跳舞等表演活动，也包括播放载有上述表演活动的录音、录像，即“机械表演”。第九种“合理使用”的规定并没有明确说明“免费表演”是仅指“现场表演”还是同时指“机械表演”，但从“未向表演者支付报酬”推断，应当仅指“现场表演”，而不包括“机械表演”在内。

构成这种“合理使用”有严格的条件限制：既不能向公众收取费用，也不能向表演者支付报酬。这里的“费用”和“报酬”包括以任何名义收取或支付的，与欣赏或表演作品有关的直接或间接的费用和报酬，如向表演者支付的车马费、出场费或实物对价，以及向观众收取的餐饮费、场地费、会员费等。如果一家餐馆有偿聘用一名歌手在席间弹唱享有著作权的歌曲，当然应当获得著作权人的许可并支付报酬。即使餐馆并未向歌手支付任何费用，也没有向前来就餐者直接收取餐费之外的额外费用，该表演也不属于“免费表演”。原因是这种营利性场所的表演是一种招揽顾客的手段，而且顾客所支付的餐费或服务费中已经隐含了欣赏音乐的费用。

十、对室外艺术品的复制

第十种“合理使用”情形是：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。

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18条指出：“室外公共场所的艺术作品”，是指设置或者陈列在室外社会公众活动处所的雕塑、绘画、书法等艺术作品。对于绘画、书法等平面艺术作品进行临摹、绘画、摄影和录像，是一种典型的以无接触方式实施的“从平面到平面”的复制行为；而对于雕塑等三维艺术作品的临摹、绘画、摄影和录像，则是以无接触方式实施的“从立体到平面”的复制行为。虽然这两类复制行为都受艺术作品著作权人“复制权”的控制，但设置或陈列在室外公共场所的艺术作品已经成为公共文化生活的一部分，应当给予公众以较多的使用自由。同时，在这种情况下要求公众在临摹、绘画、摄影和录像之前征得著作权人许可并支付报酬也是不现实的。这样，对于室外公共场所的雕刻、雕像、书法、绘画等进行复制，就不是侵犯著作权的行为。

实务探讨

对室外艺术品复制后，能对复制件进行商业性利用吗

但是，以临摹、绘画、摄影和录像方式将公共场所的艺术作品复制到平面载体上之后，能否再以其他受“专有权利”控制的方式加以使用呢？上述最高人民法院的司法解释规定：公共场所艺术作品的临摹、绘画、摄影、录像人，可以对其成果以合理的方式和范围再行使用，不构成侵权。那么，何种使用方式和范围才属于“合理的”呢？首先，如果对公共场所的平面美术作品，如绘画和书法等，进行“从平面到平面”的拍摄或临摹之后，再将由此形成的平面复制件进行商业性利用的行为，如制作明信片或挂历等，应构成侵权行为。这是因为著作权人正常使用平面美术作品的方式比较单一，就是授权他人复制作品之后再加以商业性利用。例如，美术作品作者可以授权电信部门在其发行的各类电信卡上再现其美术作品，或授权网站在其网页上使用其美术作品作为装饰等。如果认为只要一幅平面美术作品被置于公共场所，他人就可以在拍摄或临摹之后随意进行商业性使用，势必会严重影响美术作品著作权人对他人发放授权，并威胁到其收入来源，因此会构成与美术作品正常使用方式的冲突和影响著作权人的合法利益。

其次，对于室外公共场所的雕刻、雕塑和建筑作品等三维艺术作品进行“从立体到平面”的拍摄或临摹之后，还可能以两种方式对其进行“从平面到立体”的利用。第一种方式是根据平面照片或绘画，重新制作或建造完全相同或相似的三维艺术作品。这种利用方式显然已经超出了“合理”的范围，不符合“三步检验标准”。这是因为制作或建造相同或相似的三维艺术作品是权利人利用三维艺术作品的正常方式，也是权利人获得经济利益的主要来源。如创作建筑作品的主要目的就是去建造建筑物，如果将根据平面的建筑作品照片去建造相同或相似建筑物的行为视为“合理使用”，则任何人都可以据此在不经过许可和

支付报酬的情况下随意模仿世界上著名的建筑作品（如上海的金茂大厦、香港的中银大厦、台北的101大楼、悉尼歌剧院等），对建筑作品的著作权保护就成了一句空话。因此，这种行为应被认定为侵权。《日本著作权法》第46条对此规定：对于公共场所艺术作品的拍摄，不能以在公共场所永久矗立该作品的复制件为目的。在“保时捷案”中，法院也明确指出：未经建筑作品著作权人许可复制其作品的，是侵犯著作权的行为，应当承担相应的民事责任。被告泰赫雅特公司的泰赫雅特中心建筑与北京保时捷中心建筑作品类似，侵犯了原告保时捷公司对建筑作品的著作权。[①] 第二种方式是根据平面照片或绘画，制作模型纪念品等复制件并向公众销售。这种现象在现实中比较常见，如上海“东方明珠塔”附近有许多小贩会向游客兜售“东方明珠塔”的模型。对于这种行为是否构成侵权，我国《著作权法》和相关司法解释并未作出明确规定。部分国家已在著作权立法中明确禁止这种行为，如《日本著作权法》第46条对此规定：对于公共场所的雕塑作品和建筑作品，不能进行复制、仿制并向公众出售。这里的“出售”应当包括出售模型复制件的行为。《德国著作权法》第59条第2款也规定：对公共场所的建筑作品，不得制作复制件。《瑞典著作权法》第24条规定：对于建筑物，可以以图片形式复制并向公众提供。该条并未允许以模型等三维形式向公众提供建筑作品的复制件。

本书作者认为：三维的模型复制件虽然不能完全展示原三维雕刻、雕塑和建筑作品的美感和艺术价值，但毕竟可以在一定程度上被视为原作品在艺术上的替代欣赏品，与原作品在艺术上是存在一定竞争和替代关系的。因此，未经许可制作和出售公共场所三维艺术作品的模型复制件可能会与对这些作品的“正常使用”产生冲突。当然，对于这一点，还需要通过立法或司法解释加以明确。

最后，对于室外公共场所的雕刻、雕塑和建筑作品等三维艺术作品进行“从立体到平面”的拍摄或临摹之后，可对由此形成的照片、绘画等平面复制件进行商业利用，如制作并出售明信片或挂历。本书作者认为：这种行为并不会与对这类艺术作品的正常使用相冲突，或不合理地损害作者的经济利益。这是因为这类艺术作品原本是以三维形式存在的，对其“正常的使用方式”也是使用其三维复制件，如展出雕刻、雕塑，或在其他场所重新制造并矗立三维的雕刻、雕塑，或在其他场所重新建筑相同的建筑作品。作者获得经济利益的主要方式，也是来源于对其作品以三维形式的使用。这类三维艺术作品的二维复制件（照片、绘画）并不能全面体现三维作品的美感和价值，因此，二维复制件与三维作品之间并不存在市场替代或竞争关系，例如，上海“东方明珠塔”的明信片并不会与“东方明珠塔”本身产生竞争关系，因此，不能认为对二维复制件的使用会与对三维作品的正常使用相冲突，同时也很难认定对三维作品的二维复制件进行使用会损害作者的经济利益。

正因为如此，一些国家的立法对于拍摄或临摹自公共场所三维艺术品的平面成果，允许其被商业性利用。如《美国建筑作品版权保护法》规定：对那些矗立在公众场所，或者是在公共场所视力可及范围内的建筑物，建筑作品的版权不应被解释为版权人有权阻止他人对建筑物制作照片、绘画或其他图片并加以散发或公开展示。[②]

---

① 参见北京市高级人民法院民事判决书（2008）高民终字第325号。

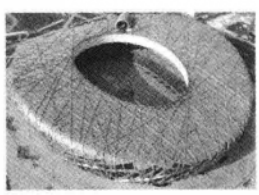
② See 17 U. S. C. 120 (a).

在我国司法实践中，也多次发生过因对拍摄室外雕刻或建筑作品而形成的平面复制件进行商业性再利用而引发的纠纷。例如，在2003年发生的“五月的风”案中，原告山东天笠广告有限责任公司接受他人委托，创作了雕塑作品“五月的风”，该作品矗立在青岛市五四广场，成为青岛市的标志性雕塑。被告青岛海信通信有限公司未经许可，将“五月的风”拍摄成照片后，将照片作为“壁纸”设置在其所生产的海信C2101型手机显示屏中。原告起诉被告侵害了其著作权。在此案审理过程中，山东省高级人民法院向最高人民法院进行请示，最高人民法院回复指出：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18条已经规定：“对（《著作权法》第22条第10款中）艺术作品的临摹、绘画、摄影、录像人，可以对其成果以合理的方式和范围再行使用，不构成侵权。”而“合理的方式和范围”，应包括以营利为目的的“再行使用”。这是制定该司法解释的本意。司法解释的这一规定既符合《伯尔尼公约》规定的合理使用的基本精神，也与世界大多数国家的立法例相吻合。[①] 据此，法院驳回了原告的诉讼请求。[②]

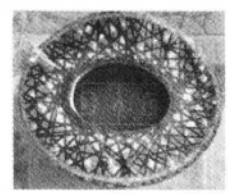
典型案例

鸟巢型烟花侵权案

某烟花公司制造并销售的一款名为“盛放鸟巢”的烟花产品与国家体育场（常被称为“鸟巢”）的造型非常相似，对国家体育场建筑作品享有著作权的国家体育场公司起诉该烟花厂侵犯建筑作品著作权。



国家体育场



“盛放鸟巢”烟花产品

法院经审理后认为：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。法院因此判决被告败诉。[③]

---

① 参见最高人民法院《关于对山东省高级人民法院〈关于山东天笠广告有限责任公司与青岛海信通信有限公司侵犯著作权纠纷一案的请示报告〉的复函》[（2004）民三他字第5号]。

② 参见山东省青岛市中级人民法院民事判决书（2003）青民三初字第964号。

③ 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2009）一中民初字第4476号。

十一、制作少数民族语言文字版本

第十一种“合理使用”情形是：将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉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，以及通过网络向中国境内少数民族提供。

这种“合理使用”是为了增加少数民族获得信息和受教育的机会，以促进少数民族社会、经济的发展。这一公共政策显然比保障著作权人的利益更为优先。但是，各国民族构成不同，对少数民族的政策也有所区别。要求外国著作权人也放弃许可和获得报酬的权利，为我国的少数民族服务并不合适，也缺乏条约依据。因此，本条“合理使用”将使用范围限定于将中国公民或组织的汉文作品翻译成少数民族语言文字在中国境内出版发行以及通过网络向中国境内少数民族提供。这意味着要想将外国人的作品翻译成少数民族语言文字作品并出版发行，或通过网络向中国境内少数民族提供，仍然应当经过许可并支付报酬。

十二、制作盲文版本

第十二种“合理使用”情形是：将已经发表的作品改成盲文出版，以及通过网络以盲人能够感知的独特方式向盲人提供已经发表的文字作品，但不得以营利为目的。

此种“合理使用”与上一种目的相似，是为了增进盲人的福利，使盲人能像一般人一样获得信息和阅读作品。需要注意是，本条并没有将被改成盲文的作品限定为中国公民或组织以汉语发表的作品。联合国《残疾人权利公约》第 30 条第 3 款规定：“缔约国应当采取一切适当步骤，依照国际法的规定，确保保护知识产权的法律不构成不合理或歧视性障碍，阻碍残疾人获得文化材料。”因此，保障盲人与视力正常者平等利用作品的权利，是国际社会的共识。

2013 年 6 月，世界知识产权组织在摩洛哥的马拉喀什召开外交会议，成功缔结了世界上第一部以对版权的限制与例外为内容的国际条约——《关于为盲人、视力障碍者或其他印刷品阅读障碍者获得已出版作品提供便利的马拉喀什条约》，简称《马拉喀什条约》，其中为盲人等规定了一系列限制与例外。我国在批准加入该条约之后，势必也将对《著作权法》的相关内容作出修改。

理论研究

完善我国的“合理使用”制度

《著作权法》第 22 条虽然根据《伯尔尼公约》规定了 12 种“专有权利”的例外和限制，但仍然显得较为粗糙。试举一例：假设一家电视机专卖店为了向消费者展示其电视机的质量，在营业时间将电视机打开，接收并播放电视台正在播出的一部电影。如果这部电影尚在著作权保护期内，该专卖店的行为是否侵犯了电影著作权人的著作权？

绝大多数人看到这个例子的第一反应必定是专卖店不侵权，而且会觉得这个问题本身就很荒谬。然而，从《著作权法》对“广播权”的规定来看，结论并非如此简单。《著作权

法》第10条第1款第11项明确规定："广播权，即……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。"电视机当然是一种"传送符号、声音、图像的类似工具"，将电视机打开，接收正在被播出（也即正在被广播）的电影节目并向不特定消费者播放，当然是在"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"的行为。如果《著作权法》不对"广播权"规定限制或例外，专卖店的行为在没有得到电影作品著作权人许可的情况下，将依法构成侵犯电影作品著作权人"广播权"的行为。可是，无论是《著作权法》第二章第四节还是其他任何条款，均没有对"广播权"规定这种限制或例外。这样至少在法律逻辑上将导致一种令人难以接受的奇怪结果：只要专卖店在对外营业时间打开电视机，同时只要被电视机接收的电视节目是享有著作权的作品，专卖店的行为就构成对"广播权"的侵犯。

这一假想例充分反映了我国《著作权法》在权利限制方面存在的不足。首先，《著作权法》没有像《美国版权法》那样规定一条判定特定行为是否构成"合理使用"的一般原则，这使得法官只能依据《著作权法》明确列举出的权利限制情形作出判断。其次，《著作权法》无论在"对权利的限制"还是"法定许可"方面列举的情形都远远少于大陆法系国家著作权立法，许多本应规定的限制和例外情形并没有被纳入，"广播权"即为典型的一例。《伯尔尼公约》第11条在规定了"广播权"之后明确允许各成员国"规定行使广播权的条件"，也即成员国可以作出例外规定。美国1998年通过的《音乐公平许可法》（Fairness in Music Licensing Act）即规定对一定营业面积之下的娱乐场所适用对音乐作品"广播权"的例外，也即这些娱乐场所无须经过许可就可以打开收音机或电视机接收、播放被广播电台、电视台播出的音乐作品。《日本著作权法》则干脆规定，只要没有向听众或观众收费，商场就可以这样做。由此可见，我国《著作权法》在这方面的规定过于简单，今后在修订中确有加以完善的必要。

第三节　法定许可

"法定许可"是指法律明确规定实施某种原本受"专有权利"控制的行为无须经过著作权人许可，却应向著作权人支付报酬。换言之，在符合法定条件的情况下，法律代替著作权人自动向行为人"发放"了使用作品的许可。我国《著作权法》一共规定了5种"法定许可"，《信息网络传播权保护条例》又增加了一种"法定许可"和一种"准法定许可"。

一、报刊转载法定许可[①]

第一种是《著作权法》第33条第2款规定的"报刊转载法定许可"。该款规定："作品刊登后，除著作权人声明不得转载、摘编的外，其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登，但应当按照规定向著作权人支付报酬。"该条"法定许可"是对文字作品"复制权"的

① 也可将第三、四种视为一种，这样，我国《著作权法》中就只有4种"法定许可"了。

限制，意在使著作权人获得合理报酬的情况下，为通过报刊转载促进优秀作品的传播提供便利。也正是因为有了这条“报刊转载法定许可”，《报刊文摘》、《文摘报》和《文摘周报》等文摘类报纸，以及《中国人民大学复印报刊资料》、《中国社会科学文摘》和《高校文科学术文摘》等学术文摘期刊才能够合法地存在。

但是，这条法定许可只适用于报刊之间的相互转载，并不适用于书籍之间，以及书籍与报刊之间的相互转载。同时，进行转载、摘编的报刊也不能侵犯著作权人的其他合法权益，特别是应当尊重作者的“署名权”、保持作品的完整性。例如，为了进行摘要转载而概括原文观点时，不能以偏概全、断章取义，从而歪曲、篡改和割裂作者的观点，对作者的声誉造成损害。

除了《著作权法》第33条第2款的规定外，最高人民法院于2001年颁布并于2004年修订的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条规定：“已在报刊上刊登或者网络上传播的作品，除著作权人声明或者报社、期刊社、网络服务提供者受著作权人委托声明不得转载、摘编的以外，在网络进行转载、摘编并按有关规定支付报酬、注明出处的，不构成侵权。”这实际上是将“报刊转载法定许可”拓展到了网络环境中，允许各种形式的网络媒体，如网页、BBS论坛等，在不经著作权人许可的情况下转载、摘编报刊和其他网络媒体刊登或传播的作品。但在现实中，网络转载比比皆是，而真正向作者付费的，少之又少，作者并没有从这项“法定许可”中获得经济利益。同时，国外相关立法也很少规定网站可以不经作者许可而转载其作品。因此，2006年出台的《信息网络传播权保护条例》最终没有规定这项“法定许可”。最高人民法院也在随后删除了司法解释中的这一条。[①] 这就意味着除构成“合理使用”的少数情形之外，网络未经许可转载已发表作品均构成侵权。

需要注意的是：“法定许可”只是免除了使用者寻求著作权人许可的义务，并没有免除其支付报酬的义务。2002年修订的《著作权法实施条例》规定，根据“法定许可”而使用他人作品的，应当自使用该作品之日起2个月内向著作权人支付报酬。国家版权局1999年颁布了《出版文字作品报酬规定》，规定报刊转载、摘编其他报刊已发表的作品，应按每千字50元付酬；社会科学、自然科学纯理论学术性专业报刊，经国家版权局特别批准可适当下调付酬标准。由于长期以来缺乏文字作品的集体管理组织，法定许可费只能依靠报刊自觉向由国家版权局指定的收转机构交纳，而现实中，报刊在转载后主动支付报酬的还不足1/10，作者获得法定许可报酬的权利并未落实。2008年10月，中国文字著作权协会成立。该协会是我国负责文字作品著作权集体管理的组织。国家版权局于2009年下文，明确了中国文字著作权协会承担报刊转载法定许可使用费转付的职能。随着文字著作权集体管理活动的逐步开展，报刊转载法定许可费的收取与转付有望全面实现。

二、制作录音制品法定许可

第二种“法定许可”为“制作录音制品的法定许可”。《著作权法》第40条第3款规

① 2013年1月1日，最高人民法院《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》开始施行，上述司法解释已被废止。新规定仍然没有规定网络转载的法定许可。

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。

在国际上，“制作录音制品的法定许可”起源于20世纪初，其立法目的是防止出现唱片公司对音乐的垄断。[①] 那时大唱片公司往往要求词、曲作者（即音乐著作权人）与之签订独家许可协议，以成为唯一有权使用其音乐作品制作录音制品的唱片公司。在当时的技术条件下，唱片很难像书籍、报刊那样被复制，同时唱片出租市场也尚未形成，购买唱片是公众得以欣赏音乐作品的主要渠道，因此，获得独家授权的大唱片公司有可能借助市场垄断地位提高唱片价格，获得不合理的高额利润。为了使唱片公司之间能够形成合理的竞争，使唱片价格维持在较合理的水平，美国等国家规定，只要音乐作品已经被合法制作为录音制品，其他唱片公司就可以不经音乐著作权人许可，将其音乐作品录制在唱片上销售，但需要支付法定报酬。

需要注意的是：“制作录音制品的法定许可”只适用于已经被合法录制为录音制品的音乐作品。如果音乐作品尚未被合法录制为录音制品，如仅在网络中传播，就不能未经音乐作品著作权人许可而制作录音制品。同时，如果音乐作品作为配乐被电影作品使用，对这部电影的制作和出版不能视为“已经将音乐作品合法录制为录音制品”，因为电影中的配乐只是电影作品的一部分，电影录像带、VCD、DVD等也不是“录音制品”。

更重要的是：该“法定许可”也只是对音乐作品著作权人“机械复制权”的许可，并不包括对表演者和录音制品制作者享有的“复制权”和“发行权”的许可。如果直接翻录他人制作的录音制品，或在翻录的基础上以技术手段进行加工和编辑，制成新的制品出版，将同时构成对表演者和前一录音制品制作者“复制权”和“发行权”的侵犯。因此，“制作录音制品的法定许可”实际上只允许使用词曲本身。根据法定许可制作录音制品者，必须自己聘用乐队、与歌手（表演者）签约，并将歌手的演唱录制下来制成录音制品。

需要注意的是：从《著作权法》第40条第3款的用语来看，“制作录音制品的法定许可”只允许“制作”录音制品，而不允许在未经著作权人许可的情况下，发行由此制作完成的录音制品。但对法条的这一解释是不符合立法原意的。如果该法定许可只允许“制作”而不允许“发行”，那么“制作”又有什么意义呢？音乐著作权人完全可以通过拒绝许可“发行”根据法定许可制作的录音制品，达到垄断唱片市场的目的，这与本条法定许可的精神是格格不入的。因此，应将“制作录音制品的法定许可”解释为：在符合法定条件的情况下允许制作并发行录音制品。[②]

由于代表音乐著作权人管理音乐著作权的集体管理组织——音著协已依法成立，根据“法定许可”使用他人音乐作品制作录音制品的制作者应在使用之日起2个月内向该协会支付报酬，由协会转交给会员。根据音著协目前公布的付酬标准，制作录音制品的法定许可费按照录音制品批发价的3.5%与制作数量之乘积计算，但每首作品著作权费不低于200元；音乐作品的长度超过5分钟的，每增加5分钟按增加一首音乐作品计算法定许可费。

---

① See Melvile B. Nimmer & David Nimmer, *Nimmer on Copyright*, Matthew Bender & Company, Inc. (2003), Chapter 8.04 [A] [2] [a].

② 最高人民法院的判例也采用了相同的解释。参见最高人民法院民事判决书（2008）民提字第51号。

我国《著作权法》在规定“制作录音制品的法定许可”时，增加了一条但书——“著作权人声明不许使用的不得使用”。这与大多数国家的规定不同。如上文所述，西方国家规定这种“法定许可”的目的在于防止唱片公司通过与音乐著作权人签订独家许可协议而垄断唱片市场、提高唱片价格。而允许音乐著作权人作出保留声明无异于使这一“法定许可”从根本上失去了作用，因为那些希望垄断市场的唱片公司必然会在与音乐著作权人签订独家许可协议时要求其作出保留声明，以排斥竞争对手根据“法定许可”使用同样的音乐作品制作录音制品。这样，防止市场垄断的立法目的就难以实现了。

三、播放作品的法定许可和播放录音制品的法定许可

第三种和第四种“法定许可”分别为“播放作品的法定许可”和“播放录音制品的法定许可”。《著作权法》第43条第2款规定，“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，但应当支付报酬”；第44条规定，“广播电台、电视台播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人许可，但应当支付报酬。当事人另有约定的除外”。这两种“法定许可”均是对“广播权”的限制，只是分别适用于已经发表的作品和已出版的、作品的录音制品。从立法政策上看，这种“法定许可”是为了在不影响作者“发表权”和其经济利益的情况下，促进作品通过广播在更大范围的传播。

需要指出的是：“播放作品的法定许可”不适用于电视台播放电影作品。因为《著作权法》第46条明确规定：电视台播放他人的电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品，应当取得制片者许可。同时，它也不适用于播放已经录制为录音制品的音乐作品，以及电视台播放已经录制为录像制品的其他作品，因为对于前者应适用第44条关于“播放录音制品的法定许可”的特别规定，对于后者则适用第46条的特别规定——电视台播放他人的录像制品，应当取得著作权人许可，并支付报酬。因此，如果一位诗人已发表了他创作的10首诗歌，电视台可以不经这位诗人的许可，就在“诗词鉴赏”栏目让播音员朗诵这些诗歌并播出。但是，如果这位诗人对这10首诗歌的朗诵被一家音像公司制成了VCD（录像制品）发行，购买了这张VCD的电视台就不能未经诗人许可而播出该VCD。[①]

“播放录音制品的法定许可”允许广播电台、电视台不经音乐著作权人的许可而播放已经出版的、作品的录音制品。需要注意的是：广播电台、电视台播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人许可，是指不经录音制品中作品的著作权人许可。由于《著作权法》没有给表演者和录音制品制作者规定针对已录制的表演和录音制品的“广播权”，广播电台、电视台播放录音制品，本来就不需要经过表演者和录制者许可。

四、编写出版教科书法定许可

第五种“法定许可”是“编写出版教科书法定许可”。《著作权法》第23条第1款规定：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，除作者事先声明不许使用的外，可以不经著作权人许可，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，但应当按照规定支付报酬，指明作者姓名、作

① 同时，电视台也不能未经VCD制作者许可而播出该VCD。

品名称，并且不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利；第2款规定：前款规定适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利的限制。

“编写出版教科书法定许可”是2001年修改《著作权法》时新加入的，主要目的在于在不损害作者“发表权”和其经济利益的前提下，促进九年制义务教育和国家教育规划的实施。该“法定许可”适用范围较广，不仅限制文字作品、音乐作品、美术作品和摄影作品著作权人的汇编权、复制权和发行权，还限制出版者的专有出版权，广播电台、电视台对其所播出节目的复制权，以及表演者、录音录像制作者对其表演和制品的复制权、发行权。与其他几类“法定许可”一样，使用者必须尊重作者的署名权、注明出处并支付报酬。此外，“编写出版教科书法定许可”对使用作品的目的和数量作了严格限制，只有“为实施九年制义务教育和国家教育规划”而编写教科书才能援引这一“法定许可”。这就意味着为其他教育目的，如国家教育规划之外的职业教育而编写教科书，或编写教科书之外的辅导材料等，均不属于“法定许可”的范围。这里的“九年制义务教育教科书和国家教育规划”教科书，必须是根据国务院教育行政主管部门或者省级人民政府教育行政主管部门制定的课程方案、专业教学指导方案而编写出版的教科书；同时，编写者只限于使用作品“片段”、“短小”的文字作品、音乐作品或“单幅”的美术作品、摄影作品。根据国家版权局和国家发展和改革委员颁布的《教科书法定许可使用作品支付报酬办法》：“作品片段或者短小的文字作品”，对于九年制义务教育教科书而言，是指其中使用的单篇不超过2 000字的文字作品；对于国家教育规划（不含九年制义务教育）教科书而言，是指其中使用的单篇不超过3 000字的文字作品。“短小的音乐作品”，是指九年制义务教育和国家教育规划教科书中使用的单篇不超过5页面或时长不超过5分钟的单声部音乐作品，或者乘以相应倍数的多声部音乐作品。

根据《教科书法定许可使用作品支付报酬办法》，教科书汇编者支付法定许可报酬的标准为：文字作品：每千字300元，不足千字的按千字计算；音乐作品：每首300元；美术作品、摄影作品：每幅200元，用于封面或者封底的，每幅400元；在与音乐教科书配套的录音制品教科书中使用的已有录音制品：每首50元。目前，编写出版教科书法定许可费的收取和转付，由中国文字著作权协会这一文字著作权集体管理组织负责。

五、制作和提供课件法定许可

“制作课件法定许可”是2006年通过的《信息网络传播权保护条例》新增加的。该条例第8条规定：为通过信息网络实施九年制义务教育或者国家教育规划，可以不经著作权人许可，使用其已经发表作品的片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品制作课件，由制作课件或者依法取得课件的远程教育机构通过信息网络向注册学生提供，但应当向著作权人支付报酬。该条“法定许可”的立法目的与“编写出版教科书法定许可”相同，都是为了促进九年制义务教育和国家教育规划的实施，实际上是将“编写出版教科书法定许可”延伸到了网络环境。随着网络技术的发展，许多教育机构开设了远程网络教育课程，需要使用作品片段制作多媒体课件供学生通过网络在远端加以使用。只要该课件用于实施九年制义务教育或者国家教育规划，就可以在制作该课件时使用已经发表作品的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。但是，

根据《信息网络传播权保护条例》第8条的规定：在网络远程教育中使用该课件的教学机构应当采取技术措施，“防止服务对象以外的其他人获得著作权人的作品”。这意味着这些教学机构应当采用身份验证或地址控制等技术手段，仅允许九年制义务教育或者国家教育规划项目中符合条件的特定学生群体使用。

六、通过网络向农村提供特定作品的准法定许可

《信息网络传播权保护条例》新增加了一种类似法定许可，但又不是严格意义上法定许可的权利限制。其第9条规定：为扶助贫困，通过信息网络向农村地区的公众免费提供中国公民、法人或者其他组织已经发表的种植养殖、防病治病、防灾减灾等与扶助贫困有关的作品和适应基本文化需求的作品，网络服务提供者应当在提供前公告拟提供的作品及其作者、拟支付报酬的标准。自公告之日起30日内，著作权人不同意提供的，网络服务提供者不得提供其作品；自公告之日起满30日，著作权人没有异议的，网络服务提供者可以提供其作品，并按照公告的标准向著作权人支付报酬。网络服务提供者提供著作权人的作品后，著作权人不同意提供的，网络服务提供者应当立即删除著作权人的作品，并按照公告的标准向著作权人支付提供作品期间的报酬。依照前款规定提供作品的，不得直接或者间接获得经济利益。

农村地区的书店、图书馆较少，但农村地区同样需要获得满足基本文化需要的作品，特别是有关种植养殖、防病治病、防灾减灾等与扶助贫困有关的作品。目前，国家正在投资加快在农村地区进行基础网络建设，以使得农村地区居民能够利用现代化网络以更低的成本和更快的速度获得丰富信息。但是，将农村地区需要的作品置于网上向农村地区提供仍然属于受信息网络传播权控制的行为，如果未经许可，将构成侵权。为了调和农村地区对特定作品的需求和保护著作权的需要，《信息网络传播权保护条例》规定了这条权利限制，但也设置了严格的条件限制：

首先，作品的作者范围被限定在中国公民、法人或者其他组织。将主体限定为中国人是因为本条规定的受益者是中国农村地区的居民，而权利人的利益会受到一定影响，如报酬是法定的，一般情况下会低于双方自由协商的报酬标准。在缺乏条约依据的情况下，不能强制要求外国著作权人牺牲自己的利益帮助我国农村地区的居民。

其次，作品的范围被限定在已经发表的种植养殖、防病治病、防灾减灾等与扶助贫困有关的作品和适应基本文化需求的作品。这是因为本条权利限制的立法目的就是满足农村地区不同于城市的特殊需要，即保障农村居民能够享受基本的物质与文化生活。如果对作品类别不加任何限制，导致所有类别作品的著作权人都基本丧失了控制向数亿农村居民通过网络传播作品的权利，势必无法通过“三步检验标准”的第一步“只能将例外限制在特定情形”的检验。

再次，网络服务提供者必须依法定程序进行公告，给予著作权人提出异议的权利。在这一点上，本条权利限制与传统的“法定许可”是有所区别的。“法定许可”允许著作权人事先作出不得使用的保留声明，但在著作权人没有作出保留声明的情况下，符合条件的使用者即可径行以法定方式使用作品，此时著作权人是不能再提出异议，阻止他人根据“法定许可”进行使用的。例如，出版社在编写九年制义务教育用的教科书时使用了已发表的

文字作品片段，如果作者事先没有声明不得使用，在发现出版社使用之后作者是不能要求出版社停止使用的。但本条规定：著作权人不但可以在公告之日起 30 日内提出异议，从而阻止提供其作品，而且可以在公告届满、网络服务提供者开始提供作品之后提出异议。而网络服务提供者不但应当立即删除作品，而且要支付使用期间的报酬。因此，本书将本条权利限制称为“准法定许可”。

最后，不得直接或者间接获得经济利益。本条权利限制属于对农村居民的帮助，是为了保障其基本的物质和文化权利。而其成本的一部分实际是由著作权人承担的，因为其获得的报酬一般低于许可商业性使用时获得的报酬。如果网络服务提供者营利性地向农村地区提供作品，无异于在没有给著作人充分补偿的情况下使用其作品牟利，因此，是不能允许的。至于通过网络向农村地区提供作品所带来的必要成本，虽然可以向农村使用者收取，但基于本条权利限制的立法目的，由国家予以承担才是较为合适的。

【问题与思考】

1. 论述“三步检验标准”的含义，并以此分析个人未经许可从网上大量下载作品行为的性质。

2. 论述“模仿讽刺”与“合理使用”之间的关系。

3. 论述我国《著作权法》规定的各类法定许可情形。

4. 思考：我国《著作权法》第 22 条存在哪些问题？应当如何完善？

5. 思考：我国是否应该引进复制设备和媒介的补偿金制度。

6. 本章引述的“高考试卷使用他人作品案”中，法院认为：高考语文试卷使用的漫画并非直接复制自原告的漫画，而是根据原告漫画创作的改编作品，因此，即使署名也不能署原告的名。你是否同意该观点？

7. 在另一起涉及高考试卷使用他人作品的著作权诉讼中，原告主张：纯粹的行政行为应是国家全额拨款且不收取费用的，而参与高考的考生均要交纳报名费，因此，高考出题行为并非单纯的政府公务行为，具有商业行为的性质。你是否同意该观点？

8. 请结合本书第五章第三节有关电影作品著作权归属的内容，以及本章对《视听表演北京条约》的介绍和“《天仙配》案”，思考《著作权法》的规定是否合理、是否符合国际条约的规定。请参考《加拿大版权法》第 17 条第 1 款：当表演者许可将其表演纳入电影作品之中，表演者对于被纳入该电影作品之中的表演，不能再行使第 15 条第 1 款规定的表演者权。同时请自行查找并阅读该法第 17 条第 2 款至第 4 款的补充规定。

9. 如果在“《新概念英语》网络教学案”中，被告举证证明：其提供的《新概念英语》网络教学，不但没有替代《新概念英语》的销售，反而促进了该教材的销售，因为几乎每一名参加该网络课程学习的学员都购买了正版教材。你觉得该案的判决结果是否会不同？

10. 请阅读《马拉喀什条约》，思考我国《著作权法》与该条约的要求还存在哪些差距？应当如何修改？

第八章 著作权侵权及法律责任

本章导读

如果他人在未经过著作权人的许可和缺乏法律依据的情况下实施受著作权专有权利控制的行为，即构成对著作权的“直接侵权”。而教唆、引诱他人实施著作权侵权行为，或在知晓他人侵权行为的情况下，对该侵权行为提供实质性帮助，则构成对著作权的“间接侵权”。侵犯著作权的认定是一个非常复杂的问题，本章应重点掌握“直接侵权”和“间接侵权”的不同构成要件。随着数字技术的发展，近年来“间接侵权”问题日益突出，因此，理解“间接侵权”的概念和认定规则十分重要。

第一节 直接侵权

一、直接侵权的概念和构成要件

直接侵犯著作权的概念是与构成著作权权利内容的一系列专有权利密切相关的，每一项专有权利都控制着一类特定行为，如复制权控制复制行为、发行权控制发行行为、表演权控制表演行为，等等，如果未经著作权人许可，又缺乏“合理使用”、“法定许可”等抗辩理由，而实施受专有权利控制的行为，即构成“直接侵权”。换言之，专有权利划定了一个只有著作权人或经其授权的人才有权享有的特定领域，未经著作权人或法律的许可而擅自闯入这一领域即构成“直接侵权”。这非常类似于侵犯他人土地所有权的概念——在法律没有特别许可的情况下，未经权利人同意，擅自闯入他人的土地即构成对他人土地所有权的侵犯。

因此，一项特定行为是否构成直接侵犯著作权的行为，关键在于这项行为是否受到专有权利的控制，以及是否存在特定的法定免责事由。例如，一个公司的程序员明知市场上出售的一本《计算机软件手册》是盗版书，却故意前去购买、阅读，用以为公司提供商业

服务，是否构成“直接侵权”行为？如果这名程序员明知市场上出售的一份软件是盗版的，却故意前去购买并在公司的计算机上使用，以提供商业服务，是否构成“直接侵权”行为？这两项貌似类似的行为其实在著作权法上有完全不同的法律性质。在《著作权法》明确赋予著作权人的16项专有权利中，没有一项能够控制购买和阅读盗版书籍的行为。购买和阅读盗版书籍，并不构成对文字作品的复制、发行、表演等受专有权利控制的行为，因此，故意购买和阅读盗版书籍的行为并不构成对著作权的“直接侵权”。但是，在使用计算机软件之前，却必须“安装”软件，而“安装”是一个将软件从其他有形载体（典型的如光盘）“复制”到计算机硬盘中的过程，且“安装”的最终结果，是在硬盘这一有形载体之上形成软件的永久性复制件，因此，“安装”是一个典型的复制行为，受到复制权的控制。安装盗版软件当然是未经软件著作权人许可的复制行为，同时商业性地复制也不属于“合理使用”范围，因此，商业性使用盗版软件构成对软件著作权的“直接侵权”。2002年最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《著作权司法解释》）第21条据此明确规定：“计算机软件用户未经许可或者超过许可范围商业使用计算机软件的，依据著作权法第四十七条第（一）项、《计算机软件保护条例》第二十四条第（一）项的规定承担民事责任。”而《著作权法》第47条（2010年修订时改为第48条）第1项和《计算机软件保护条例》第24条第1款第1项均为未经许可复制作品而应承担侵权责任的规定。需要指出的是：即使最高人民法院对此没有作出司法解释，法院也依然可以从专有权利的性质中推出同样的结论。

从这个角度看，《著作权法》第47条和第48条的规定在很大程度上是不必要的，因为这两条所列出的侵权行为绝大多数都是“直接侵权”，而所有的“直接侵权”都可以从第10条规定的“专有权利”中推出。例如，出现在第47条中的“未经著作权人许可，发表其作品”，是对“发表权”的“直接侵权”；“没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名”，和“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作品发表”，是对“署名权”或“发表权”的“直接侵权”；“歪曲、篡改他人作品”是对“保护作品完整权”的“直接侵权”等，完全不需要用单独的条款将这些“直接侵权”行为列出。

因此，今后在修改《著作权法》时，可以考虑对第47条和第48条进行调整，删除所有对“直接侵权”行为的列举，而增加下文所述的“间接侵权”行为和其他违法行为的规定。

二、直接侵权的构成与主观过错

需要着重强调的是：对包括著作权在内的知识产权的侵权，与普通民事侵权不同。前者的英文为infringement（在不加特别说明的情况下，infringement就是指direct infringement，即直接侵权），后者的英文为tort。在英美法系以及内容受英美法系影响的TRIPs协定中，infringement的构成无须主观过错，但赔偿责任的承担往往需要主观过错。如TRIPs协定第45条第2款规定：在适当的情况下，即使侵权人（infringer）并不知道，也没有合理理由知道自己从事了侵权行为（infringing activity），各成员国仍可授权司法机关责令其返还利润和/或支付法定赔偿金。该条中使用的“侵权人（infringer）”和“侵权行为”（infringing activity）显然与主观过错无关。

因此，TRIPs协定中使用的“侵权”（infringement）一词，并非民法中的“侵权”（tort）。从民事侵权的角度看，如果行为人不知道，也没有合理理由知道自己的行为侵害了他人的权利，其行为并不构成民事侵权（tort）。但基于物权等绝对权的效力，权利人可以请求行为人停止相关行为。但是，如果包括《著作权法》在内的我国知识产权立法均从普通民事侵权的角度对侵犯著作权等知识产权的行为进行规定，就会出现与国际条约在制度和用语方面的差异。因此，包括《著作权法》在内的我国知识产权立法中的“侵权”，实际上均为infringement，而不是tort。因此，只要未经著作权人许可，也没有法律规定的免责理由，擅自实施受专有权利控制的行为即构成“直接侵权”。至于行为人的心理状态如何、是否具有主观过错，只影响损害赔偿数额或救济方法，并不影响对行为构成“直接侵权”的认定。

例如，某作家甲创作了一部小说，其友乙将书稿借去阅读，却在甲不知情的情况下，在书稿上署上自己的名字，并送至出版社。出版社虽然尽到了符合出版业常规的审查义务，仍然没有发现事实真相。那么，出版社将小说予以出版并署上乙的姓名是否构成侵犯甲著作权的行为？

显然，出版社已经尽到了合理审查义务，并无故意或过失的主观过错。但是，出版社在未经著作权人甲许可的情况下，将其未发表的作品予以出版的行为受到3项专有权利的控制：首先，将未发表的作品予以出版构成对作品的发表行为，受到“发表权”的控制；其次，出版的前提是将作品印刷在纸张上，印刷是一个典型的复制行为，受到“复制权”的控制；最后，出版意味着向公众出售已印刷、装订成册的书籍，即作品的复制件，这又是一个受“发行权”控制的发行行为。上述未经许可而实施的受专有权利控制的3种行为，根据《著作权法》的规定，均不属于“合理使用”或“法定许可”的范围。因此，尽管出版社没有主观过错，其行为仍然构成对甲的“发表权”、“复制权”和“发行权”的“直接侵权”，仍然应当承担相应的法律责任。

当然，如果直接侵权者确无主观过错，其承担法律责任的方式与有过错的侵权者有所不同：无须承担损害赔偿责任。2002年《著作权司法解释》第20条第1、2、3款明确指出：出版物侵犯他人著作权的，出版者应当根据其过错、侵权程度及损害后果等承担民事赔偿责任。出版者对其出版行为的授权、稿件来源和署名、所编辑出版物的内容等未尽到合理注意义务的，依据《著作权法》第48条的规定，承担赔偿责任。出版者尽了合理注意义务，著作权人也无证据证明出版者应当知道其出版涉及侵权的，依据《民法通则》第117条第1款的规定，出版者承担停止侵权、返还其侵权所得利润的民事责任。这说明即使出版社无任何主观过错，其行为仍然构成“直接侵权”，应当承担停止侵权、返还其侵权所得利润的民事责任，但却无须承担赔偿损失的民事责任。

第二节　间接侵权

一、间接侵权的概念和发展

在著作权法理论中，“间接侵权”是相对于“直接侵权”而言的，它是指即使行为人并

未直接实施受专有权利控制的行为，如果其行为与他人的“直接侵权”行为之间存在特定关系，也可基于公共政策原因而被法律定为侵权行为。这类行为构成侵权的原因，并非是其直接侵犯了著作权人的专有权利，因此被称为“间接侵权”。

在著作权制度发展的早期，“间接侵权”并未受到重视。在当时的技术条件下，只有那些具备一定财力、有固定经营场所的经济实体才有可能实施严重损害著作权人利益的“直接侵权”行为。要查实这种侵权行为是相当容易的，通过追究直接侵权者的责任，往往足以使著作权人获得充分的救济。例如，如果一家印刷厂未经许可印刷他人著作，一家书店出售盗版书籍，著作权人容易借助司法的力量查实印刷厂和书店的侵权行为，也能通过处置其财产获得损害赔偿。因此，各国早期著作权立法和执法的重点都在于制止那些直接侵犯著作权人专有权利的行为。

但是，“直接侵权”行为并不是孤立进行的，它经常需要借助第三人的帮助、参与和支持，同时也存在着准备和实施的不同阶段。在一个复制和传播技术十分发达的时代，个人侵权能力已经大大增加，其侵权损害后果也十分严重。著作权人要追究个人侵权者的责任不但费时费力，而且很难得到充分补偿。如果“直接侵权者”不在法院管辖范围内，著作权人甚至无法起诉。同时，如果等到“直接侵权”行为发生之后再追究侵权者的责任，其造成的损害可能无法弥补；如果某些扩大他人侵权损害后果的行为不被及时制止，著作权人会继续蒙受损失。出于保护著作权人的需要，各国在司法实践中普遍将某些不构成“直接侵权”的行为在特定条件下认定为侵权行为即“间接侵权”，有的国家还在著作权立法中具体列举了各类“间接侵权”行为。近年来，基于网络技术严重威胁著作权人利益的现实，各国更是纷纷对于在何种情况下网络服务提供者的行为构成“间接侵权”加以明确规定。

鉴于著作权侵权的特殊性，区分“直接侵权”与“间接侵权”具有特别重要的意义。各国著作权立法都承认：基于著作权专有权利的绝对权性质，除非法律有例外规定，只要未经许可实施受专有权利控制的行为即构成“直接侵权”，主观过错并不是构成“直接侵权”的必要条件，只影响赔偿责任的承担。[①] 而构成“间接侵权”的各种行为都不在著作权专有权利的控制范围内，将其界定为对著作权的侵犯是出于适当扩大著作权保护范围的政策考量以及这些行为的可责备性，因此，必须以行为人具有主观过错为构成要件。这意味着在诉讼中，如果著作权人指称被告“直接侵权”，只需证明其实施了受专有权利控制的行为；如果被告确实实施了相关行为；只能通过证明自己无主观过错或过错程度较小，来免除或减轻赔偿责任。而如果著作权人指称被告“间接侵权”，则应当举证被告是在具有主观过错的情况下实施了引诱、教唆或帮助等间接侵权行为。

二、间接侵权的类型

（一）教唆和引诱他人侵权及故意帮助他人侵权

教唆、引诱他人进行侵权，或明知他人的行为构成侵权，但仍然给予实质性帮助的，

---

① 有些国家的立法对此作出了非常清楚的规定，如“任何人未经版权人许可即进行了根据本法规定只有版权人有权进行的行为，构成版权侵权”[（Canada）Copyright Act，Sec. 27（1）]。

应当对侵权后果承担责任。[①] 这是各国侵权行为法所普遍承认的规则。我国《侵权责任法》第9条规定：教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第148条也指出：教唆、帮助他人实施侵权行为的人，为共同侵权人，应当承担连带民事责任。在这种情况下，行为人主观上的过错是明显的，而且其教唆、引诱和帮助行为与损害结果之间存在因果关系，将该行为界定为侵权并要求行为人承担责任是合理的。侵权行为法的规则当然可以适用于著作权侵权，因此，即使我国《著作权法》没有对“间接侵权”作出明确规定，教唆、引诱和帮助他人实施“直接侵权”的行为也构成“间接侵权”行为。

有些国家还在著作权立法中明确地对这类“间接侵权”行为作出了规定。《英国版权法》是这种立法的典型，该法第24条规定：未经版权人许可，在知晓或有理由认为某一专为制作作品复制件而设计或改装的工具将被用于制作侵权复制件的情况下，在商业过程中出售、出租、发出销售要约、为出售或出租而展示，即构成版权侵权。该法第25条、第26条规定：在公共娱乐场所发生侵权表演时，允许侵权表演者使用公共娱乐场所者除非有合理依据相信表演不构成侵权，否则，应对侵权行为负责；因公开表演作品或使用播放、放映设备和电子信号接收设备播放作品而侵权时，设备提供者在提供该设备时以及场所所有人在允许该设备进入其场所时，如知晓或有理由认为设备可能被用于侵权，均应对侵权行为负责。向他人提供唱片或电影拷贝者如在提供时知晓或有合理依据认为该唱片或电影拷贝可能被用于侵权行为，也应对侵权行为负责。在上述情形中，侵权工具提供者、公共娱乐场所的所有人、播放设备的所有人以及唱片或电影拷贝的提供者均知晓或有理由知晓他人的“直接侵权”行为，但仍然通过向他人提供侵权工具，允许他人使用娱乐场所，提供播放设备或唱片、电影拷贝等行为实质性地帮助他人实施“直接侵权”的，构成“间接侵权”。

（二）“直接侵权”的预备行为和扩大侵权后果的行为

某些行为并未直接侵犯著作权人的专有权利，也不属于教唆、引诱或故意帮助他人侵权，但却极有可能导致“直接侵权”或扩大该侵权行为的损害后果。一些国家出于防止“直接侵权”和避免其损害后果扩大的政策考虑，也将这类行为规定为“间接侵权”。

例如，《英国版权法》第24条规定：未经版权人许可，在知晓或有理由认为某一专为制作作品复制件而设计或改装的工具将被用于制作侵权复制件的情况下，制作该工具、将其输入英国和在商业过程中持有，即构成版权侵权。显然，制作、进口和持有侵权工具的行为本身并没有侵犯专有权利。同时，在尚未向他人提供这一侵权工具之前，也不构成对他人“直接侵权”的帮助。但是，制作、进口和持有侵权工具的后续行为往往就是自己实施“直接侵权”，如制作作品的侵权复制件（侵犯“复制权”）、出售侵权复制件（侵犯“发行权”）等，或通过向他人提供侵权工具而帮助其实施“直接侵权”。因此，将这种行为规定为“间接侵权”，便于“防患未然”，防止侵权行为的发生。

---

① See Restatement of the Law, Second, Torts, §876; Fowler Harper, Fleming James & Oscar Gray, *The Law of Torts* (2nd edition), Little, Brown and Co. (1986), §10.1; [德] 克雷斯蒂安·冯·巴尔著，张新宝译：《欧洲比较侵权行为法》，81页，北京，法律出版社，2003。

三、网络环境中的间接侵权

本书在“著作权的内容”一章中曾经讲解过“信息网络传播权”。将作品以数字化格式上传到网络服务器中供用户在线浏览或下载是受信息网络传播权控制的交互式传播行为，如未经著作权人许可而上传就会构成对信息网络传播权的“直接侵权”，上传者应承担侵权责任。从技术角度看，任何在网络环境中发生的“直接侵权”行为都不可能离开网络服务提供商的硬件设施和软件系统。网络服务提供商为他人提供的服务大致可为三类：第一类是“网络接入服务”，即通过自己的硬件设施向用户提供以电话线、光缆或微波方式接入因特网的服务。客户接入因特网之后，网络服务提供商的硬件设施仅仅成为信息的“传输通道”，网络服务提供商并不控制信息的内容。在我国，中国电信、中国网通和有线电视公司提供的拨号上网、ADSL 宽带上网和有线电视宽带上网业务均属于“网络接入服务”。网络接入服务中还会发生“缓存”现象：对于被许多用户经常访问的网络信息，接入服务提供商的服务器会将其自动作为临时文件存入服务器之中，这样下次用户要访问相同信息时，就可以直接从接入服务提供商的服务器中读取信息了，从而大大提高了访问速度。第二类是“信息存储服务”，即以自己的服务器为网络用户提供存储空间，允许其上传信息，以供其他网络用户浏览或下载。BBS 服务、视频分享服务、“个人主页”、“MSN 空间”和“个人博客空间”等服务均属于“信息存储服务”。第三类是“信息定位服务”，即根据网络用户输入的关键词查找包含该关键词的网站和信息，如 Google、Yahoo 和“百度”提供的搜索服务。

如果网络服务提供商之外的第三人使用网络服务提供商所提供的上述服务进行侵权活动，如未经许可地将他人享有著作权的音乐和小说上传到“博客空间”中供他人浏览和下载，为此人的“博客空间”提供线路接入和存储服务的网络服务提供商是否应当作为“间接侵权人”与此人承担连带责任呢？由于网络服务提供商所提供的网络接入服务和信息存储服务客观上是侵权行为得以进行、侵权后果得以发生的条件，必然是“对他人直接侵权行为提供实质性帮助”。但如果网络服务提供商对此并没有主观过错，也即不知晓他人侵权行为的存在，则其行为并不构成“间接侵权”。但是，“知晓”毕竟只是一种主观心理状态，法律必须确立一系列从外部的行为和相关事实推断行为人是否“知晓”的具体规则。目前，世界各国在网络服务提供商主观过错的认定方面已经基本形成了比较一致的规则。

首先，网络服务提供商没有监控网络活动的义务。在早期的网络侵权诉讼中，国外一些法院认为网络服务提供商如果没有发现并制止存储在网络中的侵权内容，至少存在过失。在美国一个早期案例中，被告 Frena 公司经营一个 BBS，一个用户上传了 170 张高清晰度的《花花公子》杂志享有版权的照片。虽然 Frena 公司发现后立即删除了它们，但法院仍然判决被告的行为构成侵权。[①] 德国法院早期的判决也认为网络服务提供商有义务确保任何侵犯著作权的行为不会在其服务器中发生，因此，网络服务提供商应对在其服务器中存放的任

① Playboy Enterprises, Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552 (M. D. Fla., 1993).

何非法内容承担责任。[①] 该法院实际上是在进行“过错推定”，即只要网络服务提供商提供的服务客观上成为侵权行为的工具，就推定其没有尽到合理注意义务，具有主观过错。同时网络服务提供商实际上又无法证明自己已尽到注意义务，因此必然会被法院认定为构成“间接侵权”。这种做法显然会极大地影响网络服务业的发展，而且是极其不公平的。如果要求网络服务提供商对任何用户上传的信息都要进行严格审查以确保其不含有侵权内容，则必然迫使网络服务提供商动用大量人力审查信息内容，从而大大增加其经营费用，并进而导致用户所缴网络服务费的上涨。这不但会影响网络服务的发展和普及，还将严重妨碍信息的自由交流，大大降低信息的传播速度。这与发展网络技术的基本目标和价值取向——便利信息的交流与传播是背道而驰的。

对此，美国于1998年通过的《千禧年数字版权法》（以下简称DMCA）第512条（m）款明确规定：网络服务提供商没有监视网络、寻找侵权活动的义务。《欧盟电子商务指令》第15条也宣布：成员国不得规定网络服务提供商负有监视其传输或存储的信息的义务，以及积极发现相关侵权事实的义务。这意味着如果网络服务提供商没有主动监控网络活动，并不能推定其没有尽到合理的注意义务而具有过失；即使网络服务提供商主动采取监控措施，如果没有证据证明其本能够发现侵权信息，也不能因其确实没有发现侵权信息而认定其具有过失。换言之，网络服务提供商的过错不能仅仅从网络服务提供商没有监控网络、没有发现和制止侵权行为这一事实中推出。

其次，网络服务提供商不知晓或没有合理的理由知晓侵权行为，以及知晓后采取措施制止侵权行为的，即没有主观过错。对于纯粹的网络接入服务，包括在传递信息过程中的临时性存储和中转信息的服务而言，服务提供商提供的网络接入服务就像电话公司提供的线路服务那样，仅仅是信息传输的“管道”而已。接入服务提供商如果不采取监控网络活动的措施，根本无从知晓网络中流动的信息内容。即使主动采取了监控措施，由于网络信息量的无限庞大，加上信息流动的即时性，服务提供商也很难从中发现侵权信息。这样，服务提供商就因对用户利用网络传播侵权信息的事实缺乏主观过错而对损害后果不负责任。

至于信息存储服务和信息定位服务，如果网络服务提供商发现网络系统中存储有用户上传的侵权内容或是链接指向的内容侵权，以及在收到著作权人发出的符合法定要求的书面通知后，立即移除了侵权内容或断开了对侵权内容的链接，就不对损害后果承担侵权责任。[②] 这就是为美国DMCA所首创，并被包括我国在内的世界许多国家所采用的“通知与移除规则”。由于网络服务提供商并没有监视网络活动的义务，不能仅因为用户上传了侵权内容或指向侵权内容的链接而认定网络服务提供商构成“间接侵权”。但如果网络服务提供商在获悉自己的服务器上存储有侵权内容或指向侵权内容的链接之后，仍然拒绝采取措施防止损害后果的扩大，就明显具有主观过错，其行为构成“间接侵权”。“通知和移除规则”一方面可以推动权利人积极地寻找和发现侵权信息以保护自己的利益，另一方面也促使网

---

① 参见［德］马库斯·斯特凡布勒默：《因特网服务提供商在德国和欧洲法中违反版权的责任》，载《版权公报》，2001（2）。

② See 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (A) (iii); E-Commerce Directive, Article 14.1 (b).

络服务提供商及时地制止侵权行为，防止侵权后果的蔓延，确实非常经济和有效。①

第三节　对技术措施与权利管理信息的特殊保护

一、“技术措施”的概念

数字化技术的迅猛发展对著作权保护带来了前所未有的挑战。对于以数字化形式存储的电影、音乐等作品，任何人都可以通过极为简单的操作实现对数字化作品高质量、无次数限制的复制。而网络使得作品的传播完全脱离了传统上作品赖以存在的载体，任何网络用户都可以轻而易举地将计算机中存储的数字化作品通过因特网传送给其他用户或上传至网络站点供人自由下载。由于数字化作品的复制和传播极其容易，数字化作品著作权人的利益也受到了前所未有的威胁。对数字化作品的侵权行为较为隐蔽，而后果却十分严重，著作权人往往难以在事后通过法律手段加以补救。如只要有一份计算机软件的盗版被售出，购买者通过在计算机上进行大批量拷贝，该软件在短期内就可以形成成千上万份的盗版复制件。而如果有人将其放到了网络上供人们下载，那么世界各国的网络用户都可以对其进行反复传播和使用，到时一切法律救济手段都可能无济于事。因此，在网络时代，仅仅依靠传统的“直接责任”和“间接责任”规则已经很难充分保护著作权人的利益了。

随着针对数字化作品的侵权行为日趋严重，许多著作权人也开始在数字化作品中和网络上使用各种技术手段保护自己的权利。例如，在软件中加入特殊指令以防止软件被非法拷贝或利用，经过防拷贝技术处理的计算机软件用一般复制手段无法进行复制或复制出的软件无法正常运行；而在软件中使用口令加密技术、限制使用期限和使用次数加密技术后，在未从软件著作权人处得到口令或试图超期限、超次数使用软件的情况下，软件都将自动中止运行。再如，网络数据库和卫星广播电视节目中一般也设有加密措施，没有购买使用口令和解密装置的用户就无法登录数据库或收看电视节目。这些技术手段被统称为“技术措施”（technological measure）或“技术保护措施”（technological protection measure）。

“技术措施”的优越性在于：它们是一种“防患于未然”的事前预防措施，从根本上切断了未经许可使用、复制和传播作品的途径，因此，在保护效果上较在侵犯著作权行为发生后再寻求法律救济的方法理想得多。但是，任何技术手段都是可以被突破的，各种破坏数字化作品中“技术措施”的行为和工具几乎与“技术措施”相伴而生，盗版软件的大量滋生，就是某些“行家”破解软件中“技术措施”的直接后果。而针对网络中的著作权保护系统，近年来非法入侵者——“黑客”的横行已引起了全世界的广泛关注。“技术措施”破解者的心态各异，有的是为了制作盗版、牟取暴利，有的是为了显示自己的“高超技能”，但其共同的结果是使作品失去了“保护层”，从而使其极易被非法复制

---

① 需要注意的是：网络环境中的“间接侵权”问题十分复杂。本书作者已出版了《网络版权法》（中国人民大学出版社 2008 年版）以及《网络环境中的著作权保护研究》（法律出版社 2011 年版），对相关理论与实务问题及国内外案例进行了较详尽的讲解。为了避免重复，本书再版时删除了第一版中的相关内容。

和传播，给著作权人造成严重经济损失。对“技术措施”的破坏甚至引发了道德危机，正如有的学者指出的那样：一个盗贼在扒门撬锁时，他不会对自己行为的违法性产生一丝一毫的怀疑，但“技术措施”不但没有培养起人们对作品的尊重，反而诱发了黑客们展示“才智”的欲望。[①] 更为严重的是，有些人已不满足于自己破解，甚至还设计、制造及向社会提供专门用于破解“技术措施”的软、硬件工具。例如，在网上存在着许多被称为“口令入侵者”的解口令程序，用户可以下载，用以猜出网络数据库的口令；有些网站专门收集、公布各种软件的“序列号”。这样连不大精通专业技术的“外行”也可以利用这些工具破解“技术措施”，从而对著作权人的权利造成了更加广泛的侵害。因此，在数字时代，如果不对用于保护著作权的“技术措施”加以法律保护，就不可能真正维护著作权人的合法权益。

二、对技术措施的法律保护

早在1988年，英国在其《版权、外观设计和专利法》中就规定，对于以电子形式存在的作品，版权人有权对那些制造、进口、出售、出租、推销专门用于避开“防止复制系统”的人，以及那些公布信息，使他人得以避开“防止复制系统”的人提起诉讼；并规定可以没收相关工具或设备。[②] 1991年，欧共体在其通过的《计算机软件法律保护指令》中，也要求成员国对“为商业目的持有、散发唯一作用在于协助他人未经许可地移除或避开用于保护计算机软件的技术设施”的行为提供法律救济。[③] 上文提及的美国1992年《家庭录音法》在规定数字录音设备提供者必须采用“系列复制管理系统”之后，紧接着规定“任何人不得进口、制造、散发任何主要功能在于避开、跳过、移去或以其他方式规避该系统的设备或提供具有相同效果的服务”[④]。

但是，对“技术措施”的法律保护成为世界各国（地区）的著作权立法潮流，却是在1996年《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》通过之后。《世界知识产权组织版权条约》第11条“关于技术措施的义务”规定：“缔约各方应规定适当的法律保护和有效的法律救济办法，制止规避由作者在与行使本条约或《伯尔尼公约》所规定的权利有关的活动过程中使用的，对就其作品进行未经该有关作者许可或未由法律准许的行为加以约束的有效技术措施。”《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第18条以相同的措辞规定：“缔约各方应规定适当的法律保护和有效的法律救济办法，制止规避由表演者或录音制品制作者在与行使本条约所规定的权利有关的活动中而使用的，对就其表演或录音制品进行未经该有关表演者或录音制品制作者许可或未由法律准许的行为加以约束的有效技术措施。”

此后，美国、澳大利亚、日本、欧盟等纷纷通过立法实施世界知识产权组织这两个新条约的规定。虽然由于发达国家与发展中国家对保护“技术措施”的程度存在观点分歧，

---

① See Jessic Litman, “The Exclusive Right to Read”, 13 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 29 (1994).

② See (UK) Copyright, Design and Patents Act 1988, Article 296.

③ See Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs, Article 7 (1) (c).

④ 17 U.S.C. 1002 (c).

这两条约只要求缔约国对于破解“技术措施”的行为提供法律救济，但各国（地区）均意识到能够对著作权人的利益形成严重威胁的不仅是破解行为本身，还有提供用于规避和破解“技术措施”的软、硬件工具。因为只有计算机专家才有能力运用技术手段破解“技术措施”，而一旦向公众提供用于破解“技术措施”的工具，任何人都可以实施破解行为。为此，美国、欧盟、澳大利亚等国（地区）普遍禁止制造、进口、销售用于规避或破解“技术措施”的软、硬件工具和提供规避服务。

例如，美国1998年通过的《千禧年数字版权法》规定：任何人不得制造、进口、向公众提供或非法买卖任何可构成下列三种情形之一的技术、产品、服务、设施、部件或零件，这三种情形是：（1）主要的设计或制造目的是规避用于有效保护版权人权利，或用于有效防止未经许可获得作品的技术措施[①]；（2）除了以上目的或用途外，仅具有有限的商业效用或用途；（3）明知其将被用于规避技术措施，仍然单独销售或与他人协同销售。其中“规避技术措施”的含义是：对作品进行解码、解密或用其他方法避开、越过、移去、取消或损害技术措施；“有效保护版权人权利”的技术措施是指：在正常的操作过程中，阻止、限制或限定行使版权人权利的技术措施；“有效防止未经许可获得作品”的技术措施是指：在正常操作过程中，要求在版权人的授权下应用信息或处理过程以获得作品内容的技术措施。以计算机软件为例，软件中防止用户拷贝软件的加密手段属于“有效保护版权人权利”的技术措施，因为它保护的是“复制权”这一专有权利；而口令和序列号属于“有效防止未经许可获得作品”的技术措施，因为用户不输入正确的口令或序列号，就无法正常运行软件。

但是，各国（地区）立法对于是否禁止，以及应当禁止何种破解“技术措施”的行为有不同的做法，大致上分为三种模式。第一种以美国《千禧年数字版权法》为代表，将“技术措施”区分为“保护版权专有权利的技术措施”和“防止未经许可获得作品的技术措施”。如防拷贝措施是典型的前一类“技术措施”，用于保护“复制权”，而各类电子数据中的口令属于后一类“技术措施”，因为口令本身并不是用于防止作品被未经许可复制或传播的，而是用于防止他人未经许可进入数据库，获取和使用其中作品的。美国的立法只一般性地禁止破解第二类“技术措施”的行为，而不禁止破解第一类“技术措施”的行为。美国版权局对此的解释是：《版权法》对“复制权”等专有权利规定了“合理使用”例外，破解“保护专有权利”的“技术措施”可能是出于“合理使用”的需要，因此，不能一般性地加以禁止。而防止他人未经许可获得作品却是保护版权人的前提，不存在“合理使用”的例外，正如版权人将作品锁在房屋中时，他人不能破门而入获得作品一样。[②] 第二种立法模式以欧盟2001年颁布的《信息社会版权指令》和实施该指令的欧盟成员国立法为代表，不对“技术措施”的类型加以区分，而是一般性地禁止破解“技术措施”的行为。这意味着擅自破解软件中的防复制机制，在美国不构成违法，而在欧盟成员国是违法行为。第三种立法模式以修改之前的《澳大利亚版权法》和《新西兰版权法》为代表，并不一般性地

---

① “获得”对应的英文原文是“access”，其还可以被翻译为“接触、访问”等。对作品的“获得”（“接触”、“访问”）指阅读、收听、观赏文学艺术作品或运行计算机软件。

② See Copyright Office of United States, The Digital Millennium Copyright Act of 1998 (1998).

禁止破解“技术措施”的行为。原因是立法者认为许多破解“技术措施”的行为都为了对作品进行“合理使用”或出于其他符合公共利益的目的，因此，不应予以一般性地禁止。[①] 这些不同的立法模式，反映了各国在著作权保护水平上的差异。

我国《著作权法》于2001年修订时，在第47条增加了保护“技术措施”的原则性规定：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，构成侵权行为；法律、行政法规另有规定的除外。但是，与外国的立法相比，这一条的规定仍显粗糙；而且将故意避开或破坏“技术措施”的行为界定为“侵权行为”也是较为独特的，因为这种行为并不受著作权人任何一项专有权利的控制，并不能构成“直接侵权”。同时，在他人并未实施直接侵权的情况下，故意避开或破坏“技术措施”也不构成“间接侵权”。国外立法普遍将故意避开或破坏“技术措施”定为“违法”而非“侵权”，应当是更为准确的。

《信息网络传播权保护条例》对技术措施的保护作出了较为详细的规定。其中第26条将“技术措施”界定为“用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品的或者通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品的有效技术、装置或者部件”，其中“用于防止、限制未经权利人许可通过信息网络向公众提供作品、表演、录音录像制品”的“技术措施”即为“保护著作权专有权利的技术措施”，而“用于防止、限制未经权利人许可浏览、欣赏作品、表演、录音录像制品”即为“防止未经许可获得作品的技术措施”。第4条规定：为了保护信息网络传播权，权利人可以采取技术措施；任何组织或者个人不得故意避开或者破坏技术措施，不得故意制造、进口或者向公众提供主要用于避开或者破坏技术措施的装置或者部件，不得故意为他人避开或者破坏技术措施提供技术服务；但是，法律、行政法规规定可以避开的除外。从中可以看出，我国对“保护著作权专有权利的技术措施”和“防止未经许可获得作品的技术措施”同时给予保护，其保护水平超过了现行《美国版权法》，而与欧盟持平。

典型案例

CSS码解密案

该案的背景是：为了保护DVD电影的版权，从1997年开始，原告环球电影公司在DVD中使用了一种被称为“内容打乱加密系统”（Content Scramble System，简称CSS）的技术，只有与之兼容的DVD机或计算机中的DVD光驱才能进行解码和播放，但仍然不能对DVD电影进行复制。但仅在2年之后，一名15岁的挪威少年就通过研究找到了CSS加密算法和密钥，并随后编写了一种被称为DeCSS的解密码。该解密码不但允许DVD在非兼容DVD机和DVD光驱上播放，还能使用户将DVD中的电影复制到硬盘上。这名挪威少年将解密码张贴到了网上。而被告是一家网站，转贴了该解密码。

---

① 但是，在美国的压力下，澳大利亚于2004年与美国签订了《美澳自由贸易协定》，其中的“知识产权”部分要求澳大利亚修改《版权法》，像美国《千禧年数字版权法》一样，将规避“技术措施”的行为也规定为违法行为。

法院认为：CSS是一种能够防止他人未经许可获得DVD中电影内容的“技术措施”。因为如果不在与之兼容的机器上播放DVD，就无法正常观赏，也即无法获得电影内容，而DeCSS解密码除了用于破解CSS之外没有其他有意义的目的。根据《千禧年数字版权法》的规定，向公众提供这种破解手段是违法的。因此，法院下达禁令，要求被告不得继续在其网站上公布DeCSS解密码。①

三、“权利管理信息”的概念和对“权利管理信息”的法律保护

“权利管理信息”也是随着数字技术和网络的发展而出现的新事物，它是在作品、表演或制品中加入的用于识别作品或制品、作者、表演者、录音录像制品制作者的信息及有关作品、表演或制品使用的条款和条件的信息，这些信息随附于作品的复制件，或在作品向公众进行传播时出现。例如，许多DVD电影的片头即是有关电影制片人的信息，以及电影不得未经许可在公众场所放映的版权警告；许多软件在安装时也会自动弹出“最终用户许可协议”，这些都属于附属于作品的“权利管理信息”。

“权利管理信息”不但能够使作品的使用者了解作者和相关权利人的姓名、名称，从而成为作者和其他权利人昭示自己身份的方式之一，还可以构成使用作品之前必须接受的合同条款，促使作品的使用者尊重著作权。而故意删除或改变“权利管理信息”，会显著削弱著作权人对使用者的合理约束，同时还可能导致使用者无从知晓作品作者和相关权利人的身份，使作者和相关权利人无法获得与之付出的努力相称的声誉和尊敬。

由于在数字环境下删除和改变“权利管理信息”并不困难，所以对“权利管理信息”也需要进行法律保护。《世界知识产权组织版权条约》第12条和《世界知识产权组织表演和录音制品条约》第19条专门规定了“关于权利管理信息的义务”，要求缔约各方应规定适当和有效的法律救济办法，如任何人在明知或有合理根据应知其下列行为会诱使、促成、便利或掩盖对该条约或《伯尔尼公约》所规定的任何权利的侵权，故意从事这些行为时，应予以制止：(1) 未经许可去除或改变任何权利管理的电子信息；(2) 未经许可发行、为发行目的进口、广播或向公众传播明知已被未经许可去除或改变权利管理电子信息的作品或作品的复制品、表演或录音制品。

从上述两条约的用语来看，对“权利管理信息”的保护力度较“技术措施”要大。上述两条约不仅禁止擅自删除或改变“权利管理信息”的行为，还禁止进口或传播其中的“权利管理信息”已被未经许可地删除或改变的作品、表演和制品。这说明各国在保护“权利管理信息”问题上存在较少分歧，一致同意对“权利管理信息”加以较强的保护。

我国《著作权法》于2001年修订时，也在第47条增加了保护“权利管理电子信息”的原则性规定：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，构成侵权；法律、行政法规另有规定的除外。

《信息网络传播权条例》第26条将权利管理电子信息界定为“说明作品及其作者、表演及其表演者、录音录像制品及其制作者的信息，作品、表演、录音录像制品权利人的信

① Universal City Studios v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 294 (SDNY., 2000).

息和使用条件的信息，以及表示上述信息的数字或者代码”。第5条规定：未经权利人许可，任何组织或者个人不得进行下列行为：(1) 故意删除或者改变通过信息网络向公众提供的作品、表演、录音录像制品的权利管理电子信息，但由于技术上的原因无法避免删除或者改变的除外；(2) 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。这就使得我国对权利管理电子信息的保护与前述两条约和其他国家普遍的立法相一致。

第四节　侵犯著作权的法律责任

侵犯著作权的侵权人依法应承担法律责任。一般情况下侵权人应承担停止侵权、赔礼道歉或支付损害赔偿金等民事责任，但如果侵权行为同时损害了公共利益，还可能承担行政责任，而严重损害公共利益的侵权行为还可能导致刑事责任。

一、民事责任

针对著作权侵权行为，法院对侵权者施加的民事责任应当达到三个基本目标：一是使侵权者停止侵权行为，防止损害后果的进一步扩大；二是使著作权人所蒙受的损失获得充分的补偿；三是防止侵权者今后继续从事侵权行为。围绕这三个目标，各国（地区）著作权法规定了基本相似的民事救济措施。

（一）停止侵害

如果在法院下达判决时侵权行为仍在继续，那么停止侵权将是法院要求侵权人首先应当承担的民事责任。如上文所述，著作权是由一系列专有权利构成的，在未经得著作权人许可或缺乏法律依据的情况下擅自进行受专有权利控制的行为，就如同闯入了他人控制的土地，即构成对著作权的直接侵权。此时无论侵权者的主观状态如何，都应承担立即停止侵权行为的民事责任。如一网站未经许可将他人享有著作权的MP3歌曲置于网上供网友在线点击收听或下载，只要在法院判决时，这些MP3歌曲仍然没有被删除，不特定的公众就仍然可以在网上获得这些歌曲，侵犯“信息网络传播权”的行为就仍然处于持续状态。此时法院应当判令该网站承担停止侵权的民事责任，也就是立即删除这些MP3歌曲。

（二）消除影响、赔礼道歉

著作权人享有的专有权利中包含了人身权利。当侵权行为侵犯了著作权人的人身权利，导致其声誉受到损害时，就无法单纯通过经济赔偿挽回对著作权人造成的损害，法院就应当判令侵权人通过完成某些必要的行为来消除对著作权人的声誉造成的不良影响或者向著作权人赔礼道歉。例如，报刊登载他人作品时因疏忽大意未能正确署名的，应当通过在显著位置登载声明而加以更正。而篡改、歪曲他人作品者的，则应当根据作者的声誉受损的程度和范围，以适当的方式向作者赔礼道歉。《著作权司法解释》中也针对转载者的责任指出：转载未注明被转载作品的作者和最初登载的报刊出处的，应当承担消除影响、赔礼道歉等民事责任。

如果侵权行为只侵犯了著作权人的财产权利，而没有侵犯人身权利，侵权人是否应当承担赔礼道歉的民事责任？一般认为：纯粹侵犯财产权利的行为只会造成著作权人经济上的损失，通过判决侵权人承担支付相应损害赔偿金的责任就可以使著作权人获得充分救济，因此，不宜要求侵权人承担赔礼道歉的民事责任。但需要注意的是，有些侵权行为表面上只侵犯了财产权利，但实际上也构成对人身权利的侵犯，此时要求侵权人同时承担赔偿损失和赔礼道歉的民事责任就是适当的。例如，将纯属抄袭的作品出版，固然侵犯了原作品著作权人的复制权和发行权，但实际上也侵犯了该著作权人的署名权，因为抄袭而来的作品实际上是原作品作者创作的作品，在该作品上署上抄袭者的姓名而非原作品作者的姓名，构成对原作品作者署名权的侵犯，抄袭者除了应当赔偿原作品作者的经济损失之外，还应向其赔礼道歉。

西方国家（地区）的著作权法中鲜有“赔礼道歉”的民事责任，但仍然有一些救济措施类似于我国《著作权法》规定的“消除影响”。例如，在高度重视人身权利的法国，法院曾要求施工单位完成一名艺术家设计的雕像，以避免未完成的雕像损害艺术家声誉。再如，欧盟于2004年通过的《知识产权执法指令》第15条规定：成员国应当确保在知识产权侵权诉讼中，司法机关可以公布判决结果，包括全文或摘要刊登判决书，而费用由侵权人承担。权利人也可以申请司法机关进行公布。《德国著作权法》第103条也有类似规定。对著作权人胜诉判决书的公布，使公众得以了解侵权事实和判决结果，也是一种“消除影响”的方式。

（三）赔偿损失

赔偿损失是指当具有过错的侵权人侵犯了著作权，导致著作权人蒙受损失时，侵权人应承担的民事责任。需要指出的是：侵权人具有过错并非构成侵权行为的要件，但具有过错却是承担赔偿损失这一民事责任的前提。没有过错的侵权人虽然也会给著作权人造成损害，但这种侵权行为毕竟缺乏道德上的可责备性，规定侵权人承担全部赔偿责任显得不公。因此，许多国家（地区）的法律或国际公约只要求有过错的侵权人赔偿著作权人的损失。例如，TRIPs协定第45条规定：对于故意或有理由知道自己从事了侵权行为的侵权人，司法机关有权要求侵权者向受侵害的权利人支付充分的损害赔偿金，以赔偿权利人因侵权行为而受到的损失。欧盟《知识产权执法指令》第13条规定：成员国应确保司法机关根据受侵害一方的请求，要求故意或有合理理由知道自己从事了侵权行为的侵权人，向权利人支付与侵权行为导致的实际损害相适应的损害赔偿金。《英国版权、外观设计与专利法》第97条规定：如果侵权人能够证明在侵权行为发生时他不知道，或者没有理由相信作品享有版权，原告就不能要求获得损害赔偿。《德国著作权法》第97条规定：在侵权人的侵权行为基于故意或过失的情况下，被侵权人可以要求损害赔偿。我国台湾地区“著作权法”第88条也规定：因故意或过失不法侵害他人之著作权者，负损害赔偿责任。

也有少数国家（地区）要求无过错的侵权人支付一定数额的法定赔偿金，因为在权利人和侵权人均无过错的情况下，要求侵权人适当承担由法律事先规定的法定赔偿金，不但符合民法的公平原则，还可起到督促公众尽到合理注意义务，避免从事侵权行为的作用。如《美国版权法》第504条（c）（2）款规定：如果法院判定版权侵权者不知道，也没有理由认为其行为构成对版权的侵犯，法院可酌情决定将法定损害赔偿金减少到不少于200美

元的数额。TRIPs协定和欧盟《知识产权执法指令》也都承认成员国有权在侵权人无过错的情况下，要求其支付适当的法定赔偿金。

虽然我国《著作权法》没有明确将侵权人的过错即故意或过失规定为侵权人承担赔偿损失民事责任的前提条件，但是，《著作权司法解释》第19条规定："出版者、制作者应当对其出版、制作有合法授权承担举证责任，发行者、出租者应当对其发行或者出租的复制品有合法来源承担举证责任。举证不能的，依据著作权法第四十六条、第四十七条（现行《著作权法》第47、48条）的相应规定承担法律责任"。这里的"法律责任"显然不是指停止侵害、消除影响等民事责任，而是专指赔偿损失的民事责任。《著作权司法解释》第20条第2款更是明确规定："出版者对其出版行为的授权、稿件来源和署名、所编辑出版物的内容等未尽到合理注意义务的，依据著作权法第四十八条（现行《著作权法》第49条）的规定，承担赔偿责任。"这说明我国仍然是将具有过错作为侵权人承担赔偿损失责任的前提条件的。

需要指出的是：无过错的侵权人虽然无须承担赔偿责任，但如果从侵权行为中获得了利润，仍然应当承担将利润返还给著作权人的责任，否则，无过错的侵权人就会从侵权行为中牟取利益，却使得受到损失的著作权人得不到任何补偿，这是与民法的公平原则和著作权法的利益平衡理念相违背的。TRIPs协定第45条第2款因此规定：各成员国可授权司法机关责令侵权人退还利润和/或支付法定的赔偿，即使侵权人并不知道或没有合理理由知道自己从事了侵权行为。欧盟《知识产权执法指令》第13条第2款也有类似规定。我国《著作权司法解释》第20条第3款也针对出版者的侵权行为规定："出版者尽了合理注意义务，著作权人也无证据证明出版者应当知道其出版涉及侵权的，依据民法通则第117条第一款的规定，出版者承担停止侵权、返还其侵权所得利润的民事责任。"

侵权者如果被认定有过错，则应当承担赔偿损失的民事责任。传统的损害赔偿制度仅具有弥补权利人实际损失的功能，即使权利人的状况恢复到侵权行为发生之前。但是，由于著作权侵权行为较为便捷和隐蔽，侵权人又很容易销毁有关证据材料，致使侵犯著作权所导致的损失往往难以计算。因此，许多国家（地区）的著作权立法一方面规定侵权人应当支付足以弥补权利人损失的赔偿金，另一方面又详细列举了法院在计算赔偿数额时应当予以考虑的因素，这就为法院留下了较大的自由裁量空间。同时，许多国家（地区）还规定了一定金额范围之内的"法定赔偿金"，以使法院在无法确定著作权人的损失时，酌情判令侵权人支付法定赔偿金。

例如，欧盟《知识产权执法指令》第13条第1款（a）和（b）项要求成员国的司法机关在计算损害赔偿金数额时，应考虑所有适当的因素，如对权利受侵害一方造成的负面经济影响包括利润损失，侵权者获得的利润，以及在适当情况下经济因素之外的因素，如侵权行为对权利人造成的精神伤害等；或者还可以以正常情况下的许可费为基础进行计算。《英国版权法》第92条第2款规定：法院应在特别考虑侵权行为在性质上的恶劣程度和侵权人从侵权行为中获得的利益之后，根据个案公平原则决定是否额外增加赔偿金。《美国版权法》第504条规定：侵犯版权者应当赔偿版权人的实际损失和侵权人额外获得的利润，或者法定赔偿额。在侵权人具有过错的情况下，版权人有权要求侵权人支付每部作品不低于750美元，但不超过3万美元的法定赔偿金，由法院酌情判定。如果侵权人故意侵权，

法定赔偿金可增至15万美元。我国台湾地区“著作权法”第88条规定：被侵权人可以要求赔偿其遭受的实际损失，或者侵权人因侵权行为所获得的利益。但当被侵权人难以证明实际损失时，可以请求法院根据侵权情节，在新台币1万元以上、100万元以下酌情判定赔偿额。如侵权行为为故意而且情节重大，赔偿额可增加至新台币500万元。

我国《著作权法》第49条吸收了国外立法的经验，规定了3种计算赔偿数额的方式。第一种方式是按照权利人的实际损失计算。《著作权法》第49条第1款前半句规定：侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿。根据《著作权司法解释》，“实际损失”可以根据权利人因侵权所造成复制品发行减少量或者侵权复制品销售量与权利人发行该复制品单位利润乘积计算；发行减少量难以确定的，按照侵权复制品市场销售量确定。在司法实践中，法院还可以根据上述基本规则，针对侵权行为的具体情况来计算权利人的实际损失。例如，未经许可在报刊、图书中使用著作权人的作品而构成侵权的，可以参照国家稿酬标准计算著作权人的损失。同时，在考虑了作品的知名度、市场影响力、作者的知名度、作品的创作难度和创作成本等因素后，可以按照国家稿酬标准的2倍至5倍认定实际损失。将文字、美术、摄影作品用于广告、商品包装装潢、商品图案等商业性产品的，除了考虑上诉因素之外，还可以根据作品的知名度、在产品中的显著性、侵权者的经营规模、广告制作费和广告费等综合因素认定实际损失。当侵权行为导致作品的使用价值降低，或使得著作权人与他人签订的许可协议无法履行或难以履行时，著作权人由此遭受的预期利润损失可以作为其实际损失。著作权人通常收取的作品许可使用费也可作为计算依据。

第二种方式是按照侵权人的违法所得计算。《著作权法》第49条第1款后半句规定：实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。虽然《著作权法》并没有对“违法所得”的概念作出规定，但一般认为它应当是侵权人因侵权行为而获得的利润。在会计制度上，利润可以分为产品销售利润、营业利润和净利润三种。产品销售利润为产品销售收入减去相应的销售成本、产品销售税金及附加后的利润；营业利润为产品销售利润减去管理费用、财务费用后的利润；净利润为营业利润减去所得税后的利润。这三种利润的数额依次递减，因此，法院以哪一种利润来计算赔偿金额对权利人的利益有重大影响。实践中一般以侵权人的营业利润作为赔偿数额。但如果侵权情节严重，如以造假、贩假为业，则可以依产品销售利润计算赔偿数额。相反，如果侵权情节轻微，则可以以净利润作为赔偿数额。

根据《著作权法》第49条第1款第二句的规定，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。这意味着无论按照权利人的实际损失还是侵权人的违法所得计算赔偿数额，都应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。这一规定与国际上的通行做法是一致的。侵犯著作权的行为实施起来相对容易，成本也不高，但权利人为追究侵权行为所支出的费用可能极为高昂。因此，许多国家的著作权法都规定侵权人应当支付著作权人为追究侵权行为而支出的合理开支。如《美国版权法》第505条规定：法院可裁定将合理的律师费判给胜诉方。这一点得到了TRIPs协定的确认，该协定第45条第2款规定：司法机关还有权责令侵权人向权利持有人支付有关费用，其中可包括有关的律师费用。

根据《著作权司法解释》第26条，“合理开支”包括权利人或者委托代理人对侵权行

为进行调查、取证的合理费用。同时，法院根据当事人的诉讼请求和具体案情，可以将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内。在实践中，权利人为进行调查取证而支出的公证费、审计费、交通住宿费、诉讼材料印制费等，只要在合理和必要的范围内，法院一般都将其纳入“合理开支”之中。

第三种方式是适用法定赔偿金。《著作权法》第49条第2款规定：“权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。”根据《著作权司法解释》，法院在确定赔偿数额时，应当考虑作品类型、合理的使用费、侵权行为性质、后果等情节综合确定。

对于侵犯著作权人身权的行为，侵权人是否应当赔偿由此给权利人造成的精神损害？对此问题以往曾长期存在争议，但现在学术界和司法界已普遍认同赔偿金是抚慰权利人精神损害的重要方法。因此，对于侵犯作者人身权和表演者人身权的行为，如《著作权法》第47条和第48条列举的“未经著作权人许可，发表其作品”，“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”，“没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名”，“歪曲、篡改他人作品”，“剽窃他人作品”，“制作、出售假冒他人署名的作品”，以及歪曲表演者形象等行为，如果导致了较大负面社会影响，而且无法通过适用停止侵权、消除影响和赔礼道歉的方法抚慰权利人的，法院可以判令侵权人支付精神损害抚慰金。

（四）随附责任

在侵权行为被发现和制止后，如果放任侵权人继续持有侵权复制品、违法所得和用于实施侵权行为的财物，势必为侵权人日后再次实施侵权行为留下了隐患。为此，一些国家的著作权法允许法院对侵权复制品等予以没收和销毁。如《美国版权法》第503条（b）款规定：在判决书中，法院可以判令对被认定侵权或用于侵权的作品复制件、唱片、印版、模具、字模、母盘、磁带、电影底版等加以销毁或以其他合理的方式加以处置。TRIPs协定第46条也规定：为有效制止侵权，司法机关有权在不给予任何补偿的情况下，责令将已被发现侵权的货物，或主要用于制造侵权货物的材料和工具清除出商业渠道，以避免对权利人造成任何损害，并将产生进一步侵权的风险减少到最低限度，或下令将其销毁。据此，我国《著作权法》第52条也规定：法院审理案件，对于侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，可以没收违法所得、侵权复制品以及进行违法活动的财物。

但需要注意的是：没收侵权复制品是一种较严厉的法律责任，不能轻易适用。例如，出版社由于疏忽而在出版的作品封面上将作者的名字写错，此举侵犯了作者的署名权，该出版物也可被视为“侵权复制品”。但此时要求没收所有复制品并不合适。《意大利著作权法》第169条为此明确规定：在有关作者主张署名权的诉讼中，只有在无法通过在作品中增加声明或公告方式进行救济时才可禁止侵权物流通或予以销毁。

二、行政责任

当侵权人的特定侵权行为同时损害公共利益时，侵权人除了要根据权利人的诉讼请求和法院判决，向权利人承担民事责任之外，还可能要承担行政责任，即由著作权行政管理部门对侵权人予以行政处罚。需要注意的是：世界上绝大多数国家对著作权侵权只规定了

民事责任和刑事责任，而没有规定行政责任。其原因主要是知识产权是私权，动用以全体纳税人的税金支撑的国家行政力量维护权利人的私利似有失社会公平。只有当知识产权侵权严重威胁到了社会公共利益，以致达到了构成刑事犯罪的程度，才需要国家动用司法力量加以干预。但鉴于我国知识产权侵权现象较为普遍和严重，加上我国有依靠行政力量解决社会问题的传统，现阶段保留行政责任的规定也是需要的。

我国《著作权法》是按照侵权行为的性质，以第 47 条和第 48 条分别列举了两类侵权行为，只有第 48 条列举的 8 类侵权行为同时损害公共利益的，才能适用行政责任。这 8 类侵权行为是：（1）未经著作权人许可，复制、发行、表演、放映、广播、汇编、通过信息网络向公众传播其作品的；（2）出版他人享有专有出版权的图书的；（3）未经表演者许可，复制、发行录有其表演的录音录像制品，或者通过信息网络向公众传播其表演的；（4）未经录音录像制作者许可，复制、发行、通过信息网络向公众传播其制作的录音录像制品的，本法另有规定的除外；（5）未经许可，播放或者复制广播、电视的，本法另有规定的除外；（6）未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的；（7）未经著作权人或者与著作权有关的权利人许可，故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利管理电子信息的；（8）制作、出售假冒他人署名的作品的。同样，《计算机软件保护条例》也是按照侵权行为的性质，以第 23 条和第 24 条分别列举了两类侵权行为，只有第 24 条列举的 5 类侵权行为同时损害社会公共利益的，才可以适用行政责任。这 5 类侵权行为是：（1）复制或者部分复制著作权人的软件的；（2）向公众发行、出租、通过信息网络传播著作权人的软件的；（3）故意避开或者破坏著作权人为保护其软件著作权而采取的技术措施的；（4）故意删除或者改变软件权利管理电子信息的；（5）转让或者许可他人行使著作权人的软件著作权的。此外，根据《著作权行政处罚实施办法》，对于其他法律、法规、规章规定的应予行政处罚的著作权违法行为，也可适用行政责任。

根据《著作权行政处罚实施办法》第 4 条的规定，对于上述侵权行为，著作权行政管理部门可以依法责令停止侵权行为，并给予下列行政处罚：（1）警告；（2）罚款；（3）没收违法所得；（4）没收侵权制品；（5）没收安装存储侵权制品的设备；（6）没收主要用于制作侵权制品的材料、工具、设备等；（7）法律、法规、规章规定的其他行政处罚。

著作权行政管理部门实施行政处罚，应当适用《行政处罚法》规定的一般程序。除此之外，《著作权行政处罚实施办法》还从立案、调查取证、作出处理决定、进行处罚等几个方面对处罚程序作出了较详细的规定，如，对于个人处以 2 万元以上、对单位处以 10 万元以上的罚款，当事人有要求听证的权利；当事人对地方著作权行政管理部门的行政处罚不服的，可以向该部门的本级人民政府或者其上一级著作权行政管理部门申请行政复议；如对国家版权局的行政处罚不服的，可以向国家版权局申请行政复议；当事人对行政处罚或者行政复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。

三、刑事责任

著作权是一种私权，侵犯著作权的行为在多数情况下应当只导致民事责任。但是，某些严重侵犯著作权的行为，如大量制作、贩卖盗版书籍、计算机软件、音像制品等，不仅

会影响著作权人自身的利益，还会扰乱市场经营秩序，助长藐视著作权的不良心理，导致对社会公共利益的严重损害。对此，多数国家都在民事责任之外规定了刑事责任，以对这种严重的侵权行为加以严厉制裁。例如，《美国版权法》第506条（a）款规定：任何为了商业利益或私人牟利，故意以复制和发行方式侵权版权，只要在180天内复制件的零售价值超过1 000美元，即应根据刑法典受到刑事制裁。同时，数字技术、网络技术等高科技的发展使著作权侵权导致的社会危害日益严重，加强刑事制裁正在成为国际社会的趋势。例如，美国近年来不断对版权法和刑法中的版权犯罪条款加以补充和修订，增加规定了数种构成刑事犯罪的行为，如分别将未经许可在表演现场和电影院使用，甚至试图使用摄录设备录制表演和电影的行为规定为刑事犯罪，初犯即可最高判决3年监禁；针对在新电影上映之初就被盗版的现象，规定故意散发新上映电影的盗版，即使不是出于营利目的，也可判决3年监禁。

我国1990年制定的《著作权法》和当时的《刑法》并未规定侵犯著作权的刑事责任。直至1994年，为了有效打击严重侵权行为，全国人大常委会通过了《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》，规定了数种构成刑事犯罪的著作权侵权行为。1997年《刑法》修订时，在《刑法》分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中增加了“侵犯知识产权罪”，作为第七节，其中第217条“侵犯著作权罪”和第218条“销售侵权复制品罪”是专门针对著作权犯罪的。

《刑法》第217条规定：以营利为目的，有下列侵犯著作权情形之一，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金：（1）未经著作权人许可，复制发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的；（2）出版他人享有专有出版权的图书的；（3）未经录音录像制作者许可，复制发行其制作的录音录像的；（4）制作、出售假冒他人署名的美术作品的。不过需要注意的是：“录像作品”是1990年《著作权法》曾使用过的术语。随着《著作权法》于2001年的修订，有独创性的录像被并入“电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品”，没有独创性的录像则被归为“录像制品”。“录像作品”一词在《著作权法》中已不复存在了。因此，《刑法》中的这一用语也应在下次修订时予以删除。

《刑法》第218条规定：以营利为目的，销售明知是本法第217条规定的侵权复制品，违法所得数额巨大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

《刑法》第217条和第218条的规定来源于1994年全国人大常委会通过的《关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》。最高人民法院曾经在1995年针对该决定对“违法所得数额较大”、“有其他严重情节”、“违法所得数额巨大”和“有其他特别严重情节”等一系列用语的含义作出了司法解释。1997年《刑法》通过后很长一段时间内，由于最高人民法院没有出台新的司法解释，法院实际上仍然在适用1995年的司法解释。2004年11月和2007年4月，为了适应加强知识产权保护的现实需要，最高人民法院和最高人民检察院先后两次联合颁布了《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（下文分别简称“第一次《刑事司法解释》”和“第二次《刑事司法解释》”），其主要目的之一是通过对《刑法》第217条和第218条中涉及“数额”和“情节”的解释降低刑事处罚的门槛。

根据两次《刑事司法解释》，实施《刑法》第217条所列侵犯著作权行为之一，违法所得数额在3万元以上的，属于“违法所得数额较大”；非法经营数额在5万元以上的，或者未经著作权人许可，复制、发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品，复制品数量合计在500张（份）以上的，属于“有其他严重情节”；违法所得数额在15万元以上的，属于“违法所得数额巨大”；非法经营数额在25万元以上的，或者未经著作权人许可，复制、发行其文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品，复制品数量合计在2 500张（份）以上的，属于“有其他特别严重情节”。

实施《刑法》第218条规定的行为，违法所得数额在10万元以上的，属于“违法所得数额巨大”。而“非法经营数额”是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中，制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值，按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值，按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格的，按照被侵权产品的市场中间价格计算。

第一次《刑事司法解释》还针对通过网络传播盗版的行为作出了解释：通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为，应当视为《刑法》第217条规定的“复制发行”；而以刊登收费广告等方式直接或者间接收取费用的情形，属于《刑法》第217条规定的“以营利为目的”。这意味着未经许可免费将享有著作权的电影、音乐作品等以数字化形式置于刊登收费广告的网络中，供公众在线欣赏或下载的网站经营者的行为也可能构成刑事犯罪，只要该网站刊登收费广告，而且作品的点击数量达到500次以上。这对于目前横行一时的通过网络非法提供盗版行为将起到遏制作用。但正如本书“著作权的内容”一章所指出的：“网络传播行为”与“发行行为”存在着本质区别，将“网络传播行为”解释为“发行行为”，并将本来只能构成对“信息网络传播权”民事侵权的行为解释为“刑事犯罪”，有违反罪刑法定原则之嫌。

实务探讨

两次《刑事司法解释》与《著作权法》之间的矛盾

需要指出的是：《刑法》和两次《刑事司法解释》与《著作权法》的规定尚存在不协调之处。根据《著作权法》，“发行”只能是指作品有形复制件通过所有权转移方式进行流通，不包括通过网络传播作品，因为后者只能构成《著作权法》意义上的“信息网络传播”行为。但第一次《刑事司法解释》将“通过信息网络向公众传播他人文字作品、音乐、电影、电视、录像作品、计算机软件及其他作品的行为”视为《刑法》第217条规定的“复制发行”，又等于将通过网络传播作品的行为认定为“发行”行为，显然是与《著作权法》的规定相矛盾的。

第二次《刑事司法解释》还将《刑法》第217条中的“复制发行”解释为“包括复制、发行或者既复制又发行的行为”，这一解释将导致《刑法》第218条完全丧失其存在

意义，因此，不符合《刑法》条文之间的内在逻辑。对此本书在“著作权的内容”一章“发行权”中的“理论研究：应当如何理解《刑法》第217条规定的‘复制发行’”已作了详细讲解。

【问题与思考】

1. 简述“直接侵权”与“间接侵权”的不同构成要件。
2. 分析如何认定网络服务提供商的主观过错。
3. 分析“间接责任”和“间接侵权”的区别。
4. 思考：对“技术措施”的保护是否会与“合理使用”产生冲突？应当如何解决？

第九章
专利法律制度概述

本章导读

专利权是知识产权体系的重要组成部分。与通常的理解不同，“专利”包括“公开”和“授予特权”双重含义。基于此，专利权具有与著作权等其他类型知识产权不同的鲜明特征。专利制度起源于12、13世纪的西欧诸国，其产生的根本原因在于国家需要以专利刺激和鼓励人们投身于发明创造活动。我国的专利制度虽然起步较晚，但为了顺应建设创新型国家的要求，正处于不断的修改和完善中。本章主要论述专利的概念和特征、专利制度的起源以及在中国的发展，最后分析了专利制度的作用和为实现这些作用而采取的手段。

第一节　专利的概念和特征

一、专利的概念

“专利”一词译自英语patent。从汉语“专”和“利”这两个字的意思来看，很容易将“专利”理解为“专有其利”，也就是利益只能专属于某一个人所有，其他人无法享受这种利益。因此，汉语“专利”与“垄断”的意思非常相近。但是，仅仅将“专利”理解为“专有其利”或“垄断”是不准确的。实际上，汉语中并没有一个单词能够准确地揭示英语patent的含义。Patent实际上是letter patent的简写，意为“公开的信件”，因此，patent的首要含义就是“公开”。对于专利制度而言，除了个别例外情形，申请人只有将其发明创造或设计向社会公开，才能获得专利权。其次，英语patent还有“授予特权”的意思。这意味着专利权是一种需要由国家经过法定程序专门授予的特权，而非像著作权那样是依法自然产生的权利。而汉语“专利”一词并没有反映出“公开”和“需要特别授权”这两个意思。

“专利”一词有多种含义，既可以指“专利权”，也可以指一国的“专利制度”。结合英

语 patent 的原意和各国专利法律制度，可以将“专利权”作如下定义：专利权是国家根据发明创造人或设计人的申请，以向社会公开发明创造或设计的内容，以及发明创造或设计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创造人或设计人的一种排他性权利。

二、专利权的特征

虽然与著作权同属于知识产权，但与著作权相比专利权也有自己鲜明的特征：

（一）独占性更强

专利权与著作权作为知识产权都具有独占性或排他性，但与著作权相比专利权的独占性更加强烈。例如，二人出于巧合先后各自独立创作出相同的作品，则二人都享有独立的著作权；但如二人出于巧合先后独立完成了相同的发明创造，而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营利为目的使用自己的发明创造。

（二）以向社会公开技术为条件

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利用作品的价值，但作者选择不发表作品并不会影响其取得著作权。而发明创造人或设计人要想获得专利权，必须向社会公开其技术方案或设计。我国《专利法》目前对发明专利还实行“早期公开、迟延审查”制度：申请获得发明专利的技术方案自申请起满 18 个月即向社会公开，而此后该申请完全有可能因技术方案不符合新颖性、创造性或实用性的要求而被驳回，导致申请人既无法将该技术方案作为商业秘密保护，也无法再次就相同的技术方案申请专利权。这样近乎苛刻的公开要求是与专利权近乎绝对的垄断性质相适应的，因为一旦授予一个发明创造人对某项技术方案的专利权，除了个别例外情形，他人未经许可均不得使用这项技术。为了促进技术的进步与发展，法律要求发明创造人以向社会公开其技术方案来换取专利权。这样，其他人虽然不能未经许可实施受到专利保护的技术，但却可以从公开的技术方案中获得技术信息和启示。通过将公开技术方案作为授予专利的前提，专利法在保护发明创造人的同时，也有力地促进了研究和创造活动。

（三）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“独创性”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查或登记即可自动享有著作权。而专利权不是自动产生的，发明创造或设计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，发明创造人或设计人才能被授予专利权。这一特征同样是与专利权近乎绝对的垄断性相适应的。以发明专利为例，只有国家专利主管部门经过审查，确认一项技术方案符合新颖性、创造性和实用性，能够给社会带来充分的利益之后，才会授予申请人以发明专利权，阻止他人未经许可实施该技术。如果专利权也像著作权那样在发明创造完成之时就自动产生，在无法确认技术方案能够对社会产生重大利益的情况下就使发明创造人获得近乎绝对的垄断权，无疑对他人和社会是不公平的。

（四）地域性等限制更加突出

多数知识产权都要受到地域性和时间性等限制，但专利权在地域性和时间性等方面受到的限制较著作权更为突出。在绝大多数国家加入《伯尔尼公约》之后，著作权的地域性受到很大削弱，这是因为《伯尔尼公约》要求缔约国实行自动保护制度，同时在著作权保护方面实行国民待遇。这意味着中国作者一旦创作完成一部作品，其著作权不但自动产生，而且同时在所有《伯尔尼公约》缔约国都受到承认，并按当地法律受到保护。如果某人在英国未经许可将中国作者创作的小说拍摄成电影放映，中国作者就可以在英国起诉此人侵权并根据《英国版权法》获得救济。与之形成鲜明对比的是，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。《巴黎公约》也并未创造出一项所谓的“世界专利权”，它仅要求各缔约国在专利申请方面对来自其他缔约国的申请人实行国民待遇，并未要求各缔约国保护在其他缔约国获得的专利权。因此，中国公民在中国合法获得的发明专利权在英国是无法直接受到保护的。如果该中国公民未在英国申请并获得专利权，他人在英国实施他的发明创造并不侵犯其任何权利。同时，由于专利大多与技术有关，对发明创造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。发明专利权的保护期为 20 年，实用新型和外观设计的保护期只有 10 年。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”。

第二节　专利制度的起源与发展

一般认为，专利制度起源于 12、13 世纪的西欧国家。[①] 1474 年威尼斯颁布了世界上第一部专利法，规定，对于首先在威尼斯制造的新机械装置，只要精巧且能够使用和操作，经过登记之后，在 10 年之内他人不得制造相同的装置，否则，应进行赔偿，其装置也应被销毁。英国也于 1623 年颁布了垄断法，对于新产品的先发明人授予 14 年实施或制造该产品的排他性特权。此后，美国和欧洲大陆国家也陆续颁布了专利法。

专利制度产生的根本原因在于国家需要以专利刺激和鼓励人们投身于发明创造活动。德国发明家威尔那芬·基勉斯曾于 1876 年向当时的宰相俾斯麦上书，陈述制定专利法的必要性，指出，“当前德国工业面临全面崩溃的危机，摆脱此危机的唯一出路，就是发挥从事工业的人的精神智慧能力，除此别无他法。但是，目前技术人员既无任何社会名誉，对发明也欠保护，这一切大大妨碍了研究投资，导致发明人才大量地流向国外，很多有本领的德国技术人员逐渐离开德国，而跑向英国、美国和其他工业国，其结果，大大减弱了我国对外竞争能力”[②]。可见，专利制度在吸引技术人才和推动经济发展方面具有极端重要性。

---

① 参见汤宗舜：《专利法教程》，3 版，7 页，北京，法律出版社，2003。

② 转引自［日］吉藤幸朔著，宋永林、魏启学译：《专利法概论》，4 页，北京，专利文献出版社，1990。

我国古代将技术视为“奇技淫巧”，技术人员一直未得到应有的重视。古代社会难以提供专利制度产生的土壤。在近代的太平天国运动中，洪仁玕在《资政新篇》中曾经提出对“首创至巧者，赏自以专其利，限满准他人仿做”的主张。[①] 但由于太平天国运动的失败，这一思想并未付诸实施。1898年，清朝光绪皇帝在“戊戌变法”中颁布了《振兴工艺给奖章程》，其中有对新方法授权专利的规定。但随着“戊戌变法”的失败，该法并未得到实施。1912年辛亥革命成功后政府颁布了《奖励工艺品暂行章程》并经过多次修订。1944年当时的国民政府颁布了《专利法》。

1984年，《中华人民共和国专利法》获得通过。此后根据中美两国知识产权谈判达成的协议，《专利法》于1992年修订，将药品、食品、饮料和调味品及用化学方法获得的物质也纳入了专利保护范围，同时延长了专利的保护期限，加强了对专利的保护。2001年为了顺应加入世界贸易组织和遵守TRIPs协定的需要，我国对《专利法》再次进行了修订。2008年，为了适应提高自主创新能力、建设创新型国家的战略目标，我国对《专利法》进行了第三次修订。

第三节　专利制度的作用

与著作权制度鼓励创作和作品传播的作用相似，专利制度的作用在于鼓励发明创造和技术的推广应用，但为此目的专利制度采取较著作权制度更为多样的手段。

一、鼓励发明创造

专利制度的重要作用在于鼓励人们投身于创造发明活动，以产生有益于社会进步的新技术。通过赋予发明创造者在一定期间内实施技术的排他性权利，专利制度保证了发明创造者能够从有价值的技术中获得经济回报，以利益刺激更多的人进行有利于社会的发明创造活动，正如美国前总统林肯所言：专利制度为天才之火浇上利益之油。

二、促进发明创造投入实际应用

发明创造人在获得专利权之后，一般情况下总会竭力自己实施或许可他人实施相关技术，以从中尽可能多地获得经济利益。但是，某些专利权人可能出于某些市场竞争方面的考虑，既不自己实施，也不许可他人实施，使专利置于闲置状态。显然，如果发明创造成果不能投入实际应用，就无法给社会带来实际利益，赋予发明创造人专有权利的目的也就不能实现。为此，专利制度中有一系列机制来推动发明创造的实际应用。首先，专利权人每年都要缴纳维持费，而且逐年提高。如果技术成果无法通过专利权人自己实施或许可他人实施而创造经济价值，专利权人将处于“亏本”状态。如果此时专利权人认为该专利技术已经过时，可能会为了减少损失而放弃专利。这样，维持年费的机制一方面会促使专利权人尽可能实施专利，另一方面也会推动专利权人放弃过时的专利，使原本处于垄断之下

① 转引自汤宗舜：《专利法教程》，3版，17页，北京，法律出版社，2003。

的技术尽早进入公有领域。其次，专利制度中还有“强制许可”制度，当专利权人自己不实施，又拒绝他人以合理的条件实施时，如果可能导致社会公共利益受到损失，国家专利主管部门可以许可他人实施专利。这就使得具有重要社会利益的特定技术能够及时投入应用。

三、提供技术信息和资料

任何科学技术上的进步和创新都不是在空中建楼阁，而是需要建立在前人研究的基础之上，技术人员在缺乏充足的技术资料和文献的情况下是很难作出创新的。专利制度以公开技术方案作为授予专利权的前提条件，这样，就会有大量原本被保密的技术资料得以公开，成为其他人进行研究和发明的原始材料。借助专利数据库，技术人员可以迅速获得大量有价值的技术资料，并可根据现有技术进一步开展研究并避免重复劳动。这对于促进科学研究和技术创新是十分重要的。

【问题与思考】

1. 论述专利权的基本特征。

2. 思考：美国对软件也进行专利权的保护，但是不要求权利人公开软件的源代码。请问：这是否违背了专利权制度的精神？请谈谈你对这一问题的看法。

3. 简述一项技术方案采取专利保护的优势和劣势。是否所有的技术均应采取专利保护？为什么？

4. 通过查阅“中国 DVD 专利门”相关新闻，谈谈你对专利作用的认识。

5. 思考：随着国际技术贸易和全球一体化的加速，知识产权的地域性越来越受到挑战，其弊端也日益显现，甚至有人主张要消除其地域性。谈谈你对这种观点的看法。请分析知识产权地域性的产生的原因、其利弊是什么、消除地域性后的利弊又是什么。

第十章 专利权的客体

本章导读

专利权的客体也即专利法的保护对象。《巴黎公约》第1条第2款要求缔约国将专利、实用新型和外观设计纳入工业产权的保护对象，同时允许缔约国自行对“专利”进行定义。多数国家的专利法只保护发明，而对实用新型和外观设计通过单独立法加以保护。我国《专利法》同时将发明、实用新型和外观设计列为保护对象。这意味着在我国存在发明专利、实用新型专利和外观设计专利。发明包括产品发明和方法发明两类，对现有发明的改进称为改进发明。与发明相比，实用新型的创造性较低，同时只针对产品而不涉及方法。外观设计则与发明和实用新型存在实质性区别，它并非一项用于解决技术问题的技术方案，而只是具有美感并能在产品上应用的设计。对于一些不能授予专利的客体，包括违反国家法律的发明创造，《专利法》都作出特别规定予以排除。本章论述了发明的概念、特征及种类，实用新型和外观设计的概念、特征，以及不能授予专利权的对象。

第一节 发 明

一、发明的概念

专利法意义上的“发明”与日常用语中的“发明”含义有所不同，它是指为解决较为重大的技术问题而对产品、方法和改进提出的新的技术方案。只有符合以下条件的智力成果才是专利法意义上的“发明”：

（一）必须是正确利用自然规律的结果

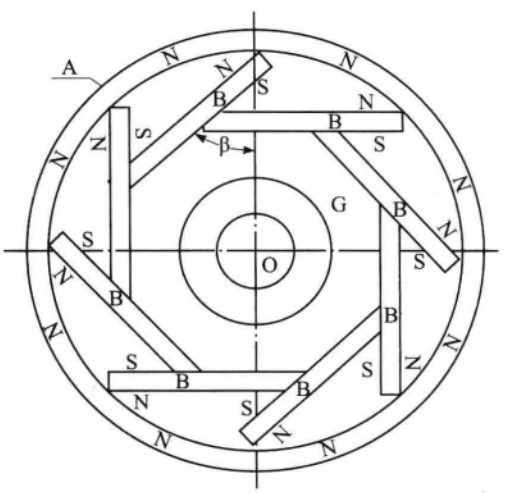
自然规律是指自然界客观存在的并且被人们认识的规律，像水有浮力、地球有引力等就属于自然规律。狭义的自然规律仅仅是相对于精神世界的物质世界的规律，以及人的身体之外的规律。而广义的自然规律包括了有关人的身体和精神世界的规律。虽然现代专利

法在个别情况下将自然规律的领域拓宽到了广义的自然规律，但传统专利法所说的“自然规律”是指狭义的自然规律，如物理和化学规律等，它们在人类出现之前就存在于客观物质世界之中，人类可以发现和利用自然规律，却不可能创造新的自然规律。

无论是人类进行社会活动的规律还是纯粹人为制订的规则或提出的理论，都不是“自然规律”。例如，由马克思发现的剩余价值规律虽然在资本主义经济生活中普遍存在，但它并不是纯自然世界的规律。再如，九九乘法表等用于数学计算的公式和规则虽然能够帮助人类认识和利用自然，但数学本身并非存在于客观自然世界之中，也不属于自然规律。同样道理，经济学、哲学和心理学原理、比赛规则和数字公式等均不是自然规律。因此，立法的技术、讲课的技术、演讲的技术、与人交往的技术、下棋的技术和推销的技术等，虽然也被称为“技术”，但由于仅仅利用了人类的心理规律，而非自然规律，所以不是专利法意义上的“发明”。

仅仅发现了自然规律本身还不能构成发明，而只能是科学发现。例如，伽利略通过在比萨斜塔上同时扔下重量不同的物体，发现物体下落的速度与其重量无关，伽利略由此总结出的物质规律并不是“发明”。“发明”应当是在正确利用自然规律基础上提出的改造客观世界的技术方案。如果有人利用伽利略发现的物质落体定律而设计出了一种能够节省人力的机械装置，该机械装置就可以构成专利法上的“发明”。

发明必须建立在正确利用自然规律的基础上。历史上曾经多次有人就“永动机”的设计方案申请发明专利权，而事实上，“永动机”违反了能量守恒这一基本自然规律，是不可能实现的，因此，“永动机”并不是专利法意义上的“发明”。例如，有人就一种“不需要任何能量或燃料输入的动机机械”（磁永动机）申请发明专利权。该机械试图依靠磁体之间同极相斥的原理，“达到磁永动机不断旋转做功的目的”[①]。该技术方案显然未正确利用自然规避，不能被授予专利权。



“磁永动机”

① 申请号为201210024621.4的发明专利申请说明书。

典型案例

永动机不能获得专利权

1989年马某向中国专利局提交了一件名为“船舶的水动力装置”的发明专利申请。说明书描述：这套机械装置的构成是将水轮发电机组装在船舶上，利用船舶前进时在尾部所造成的水头来推动水轮发电机组发电，再通过由此产生的电力带动推进器推进船体运动。专利局经过审查认为，这一发明违背了能量守恒的自然法则，因而驳回了申请。专利复审委员会和一审法院、二审法院均支持了这一决定。①

该设计是希望用发电机产生的电力推动船舶前进，而发电机发电所需要获得的电能又来自于船舶前进过程中产生的水头。实际上这一设计是要将船舶前进时产生的能量转化为电能来推动船舶不断前进。根据设计，只要船舶一开动起来，不需要再从外界输入任何能量，船舶就可以一直行进下去。归根结底，这一设计是让船舶自己推动自己不断前进，实际上是一个“永动机”。它从根本上违反了能量守恒定律，未能正确应用自然规律，不是专利法意义上的“发明”，是不可能获得专利权的。

（二）必须是一种技术方案

专利法意义上的“发明”是一种“技术方案”。“技术方案”是对要解决的技术问题所采用的利用了自然规律的技术手段的集合，其能够解决技术问题，获得符合自然规律的技术效果。② 如果一种方案没有针对技术问题，没有利用自然规律，也没有取得符合自然规律的技术效果，就不是专利法意义上的“技术方案”，自然不能获得专利权。例如，一位老教师提出的帮助年轻教师克服初上讲台时紧张心理的新方法，针对的不是技术领域的问题，利用的并非自然规律而是人的心理，也不可能产生符合自然规律的技术效果因此，该方法不是技术方案，不能获得专利权。需要注意的是：“技术方案”与“技术”是有区别的：“技术”比“技术方案”更加具体，能够直接用于解决某一现实问题。而“技术方案”是各种技术手段的集合，相对较为概括，是一种构思。例如，对于指南针而言，只要利用磁石能够指明方向这一自然规律，构思出一种由磁石薄片和其支架组成的用于指明方向的机械装置，并将其付诸文字或图形加以说明，就完成了指南针的设计方案，也即完成了“发明”。至于如何磨制磁石，支架要使用何种材料，就是具体的技术问题了。

虽然“技术方案”与“技术”相比仍然是一种较为概括的构思，但也应当具体到能够被转换为技术并投入产业应用。换言之，“技术方案”必须具有被作为技术实施的可靠性。仍以指南针为例：仅提出要制造一种机械装置来指明方向还不能算“发明”，只有发现了磁石薄片能够指明南北的自然规律，并利用该自然规律构思出了用支架支撑磁石薄片、由薄片转动指明方向这一比较具体的方案，才能算做“发明”。如果对技术的构思只是一种空洞的愿望和渺茫的方案，则不能构成“发明”。例如，美国著名的物理学家福立曼·达依逊曾

① 参见北京市高级人民法院行政判决书（1993）高经终字第51号。

② 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》（2010年版，曾于2013年经过小幅修改）第二部分第一章第2节。

经提出了一个“地球能源供应计划”。他的基本设想是：在太阳和地球之间建造一个巨大的球体，它可将太阳的能量通过反射来供应地球。该球体所需要的材料和木星相等，因此可将木星破坏掉来做此球。但是，对于如何破坏木星、如何建造一个与木星大小相当的球体、如何进行能量的聚集和反射等一系列问题，都没有提出相应的解决方案，实际上这些问题也并非现代科技力所能及的。因此，该设想只能被归结为空洞的愿望，最多也只是含糊、缺乏具体性的方案。①

典型案例

交通行车规则不能获得专利权

孙某提出了一项名称为“可以提高安全性和效率的交通管制系统”的发明专利申请，其独立权利要求为：“一种可以提高安全性和效率的交通管制系统由信号转换程序和相应的设施、交通规则组成，其特征是：该产品采用了新的灯信号转换程序软件以及相应的灯信号产生和转换控制装置，并有改进后的相关规定和新增加的交通标志与其配套”。该系统包含信号转换程序和相应的设施、交通规则、交通标志、灯信号转换程序软件、灯信号产生和转换装置、相关规定、新增加的交通标志、三色四种灯以及三色多种灯等内容。专利局、专利复审委员会和法院均认为申请人要求保护的方案不属于专利法所规定的技术方案，理由为：(1) 该方案虽然涉及灯信号产生和转换控制装置、交通标志等多个设备，但其仅利用了上述设备的公知性能，并未给这些公知设备本身的性能带来任何改进，也没有给它们的构成和功能带来任何技术上的改变。(2) 该方案所要解决的问题是如何通过人为制定平面交叉路口行车规则来利用现有的设备提高交叉路口放行能力，其本身不构成技术问题。(3) 该方案所采用的手段为利用人为规定的行车规则，其并未利用自然规律，不属于技术手段。(4) 该方案所获得的效果是实现了对于车辆在平面交叉路口中行车的管理，所获得的效果不受自然规律的约束，不属于技术效果。②

本案中，申请人要求保护的系统尽管包含了各种设施、装备和计算机软件，但该系统的实质是设定一种新的交通行车规则。显然，该规则涉及的是人类进行社会活动的规律，没有针对技术问题、利用自然规律并取得符合自然规律的技术效果，因此，不属于专利法意义上的技术方案，不能获得专利权。

典型案例

“台湾海峡半岛工程”专利申请

董某提出了一项名称为“台湾海峡半岛工程”的发明专利申请，其独立权利要求为：“一项台湾海峡半岛工程，其特征在于该工程是在台湾海峡大陆这边实施，半岛上建设有飞

① 参见［日］吉藤幸朔著，宋永林、魏启学译：《专利法概论》，77页，北京，专利文献出版社，1990。

② 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2012）一中知行初字第3623号。

机场、海港、高速公路、地下铁路和其他用途的土地”。其说明书提出：该发明的目的“是通过建造该半岛，可靠地拉近台湾和大陆的地理距离，使台湾得以和平回归以及创建一块优质的陆地”。具体实施方式为：“首先是海峡，然后确定该工程位置，福建则做好比较长远的科学规划，将合适位置的山削掉去填海。初步规划的海峡半岛为一百公里长，留下约三十公里宽的海峡仍然是很好的航海通道。该半岛约三十公里宽，这样可以为国家创建约三千平方公里面积的新领土，此外可以平整上述面积约两倍的优质土地供福建省为建设‘海峡西岸优势经济区’而充分利用”①。

该申请人提出的显然不是专利法意义上的技术方案。祖国的统一大业当然意义非凡，但并不构成技术问题。申请人设想在福建和台湾岛之间通过填海来建设一个半岛，使大陆与台湾岛的距离拉近。但是，对于填海的具体地点、如何把山头削掉、如何从山上运输大量土石（如果能把山头削掉）以及如何填海等具体技术问题，都没有提出解决方案。因此，其与上文所述福立曼的“地球能源供应计划”一样，属于空洞的愿望，不能获得专利权。

（三）能够被较为稳定地重复实施

作为“发明”的技术方案应当能够被较为稳定地重复实施，这样才能够给社会带来确定的利益，对其也才有加以保护的必要。一般而言，高度依赖于个人心理条件的技术方案不能被稳定地重复实施，不能构成“发明”。例如，我国著名的肝胆外科专家吴孟超教授能够凭借对肝脏构成的熟悉，徒手摘除肝脏肿瘤，挽救了许多患者的生命。但他虽然努力向学生传授这项技术，却鲜有学生能够掌握。这说明这套“技术”的实施与吴教授个人独特的经验和能力有关，其效果无法被其他人稳定地再现，因此，并不是专利法意义上的“发明”。

二、发明的种类

发明根据最终表现形态可以分为产品发明和方法发明，同时，对现有的产品发明和方法发明进行改进而获得的新成果可以形成改进发明。

1. 产品发明

产品发明是指发明的最终表现形态是一种实物，包括制造品、零件、化合物、组合物、材料、各种机器设备、装置和工具等。如电灯、电话机、混凝土、化学物质、药品就都属于产品发明。仅仅找到了自然界存在的物质只是“发现”而不是“发明”，发现者也不能对其发现的物质获得专利权。例如，某人在深山野林中首次找到一种未知的毒蛇，此人并不能就这种毒蛇获得专利权。但如果此人经过研究，利用这种毒蛇体内的特殊物质制成了一种治疗癌症的特效药，则可能就该药品获得产品专利权。可见，此人仅仅“发现”了毒蛇，但却“发明”了新药。

需要注意的是，如果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，则该新物质被称为“用途发明”，可能获得专利权。例如，一名化学家经过科学实验发现了已知物质 DDT 具有杀虫效果，并利用这种属性合成出具有杀虫效果的物质，该物质就属于产品发明。但仅仅发现已知物质的

① 申请号为 200610002951.8 的发明专利申请说明书。

新用途，仍然属于“发现”而非“发明”。

2. 方法发明

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。原先乙肝疫苗价格高昂，后来因发明了使用基因工程技术制造疫苗的方法，大大降低了疫苗的价格。这种利用新的基因工程技术制造疫苗的方法就属于方法发明。

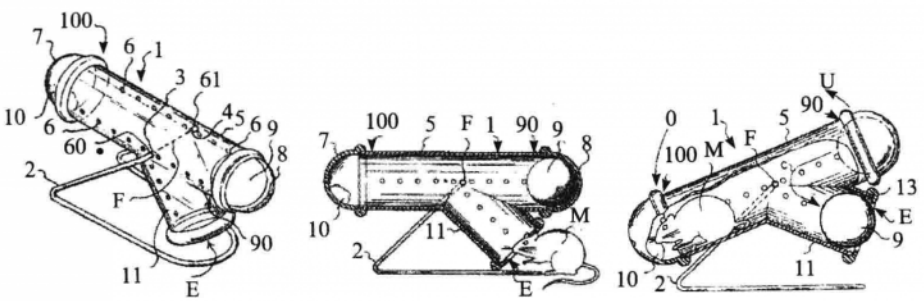
发明还可以分为原始发明与改进发明：改进发明是指对现有产品发明或方法发明作出实质性革新的技术方案。许多对人类生活具有重大影响的发明都经过多次改进，其中有些改进虽然是在先前发明基础上进行的，但却对最终产品或方法的形成作出了新的创新性贡献。如爱迪生在对前人发明的电灯进行了多项重大改进之后，发明了以碳丝为灯芯的灯泡，大大提高了灯泡的寿命。即使基础发明已经获得专利权，改进发明在符合专利法规定的实质条件的情况下也可以获得一项新的专利权；但如果基础发明专利尚在保护期内，对改进发明的实施就需要获得基础发明专利权人的许可。

第二节　实用新型

一、实用新型的概念

实用新型是指为了解决一般实用技术问题而对产品的形状、构造或其结合所提出的新的技术方案。例如，一般铅笔都是圆柱形的，在桌子上容易滚动而摔落到地上。而将铅笔设计成三棱柱形或六棱柱形，就能有效防止铅笔的滚动。这种对铅笔形状的设计能防止铅笔滚动，就是一个典型的实用新型。

例如，下图所示即为一个实用新型，它通过对捕鼠夹的形状和构造结合的设计，解决了捕捉老鼠的技术问题。这个可转动、Y 型的捕鼠夹前端可放置食物，引诱老鼠从下端的通道爬入。老鼠进入之后，改变了捕鼠夹的重力平衡，后端的小球会向前滚，并在碰到老鼠后被弹入下端通道，从而堵死老鼠的出口，以达到捕鼠的效果。①



① 该捕鼠夹为美国专利，专利号为 5502918。需要说明是：《美国专利法》并未区分“发明”和“实用新型”，因此，该专利在美国自然也不是“实用新型”专利，但如在我国，则可作为“实用新型”专利受到保护。

二、实用新型的特征

实用新型虽然也是一种技术方案，但它与发明存在很大区别。首先，实用新型在技术的创造性上低于发明，只适用于解决一般实用技术问题。因此，实用新型又被称为“小发明”。其次，实用新型只是通过产品的形状和构造来解决技术问题的，因此，实用新型不涉及新方法。具体而言，实用新型具有以下特征：

（一）是具有一定的形状或构造的产品

根据实用新型的定义，实用新型只可能是产品，而产品应当是经过产业方法制造的，有确定形状、构造且占据一定空间的实体。方法和在自然界存在的物品都不可能是实用新型。“产品的形状”是指产品具有的，可以从外部观察到的确定的空间外形。申请实用新型专利的产品应当具有确定的、由人设计的形状，任何无确定形状的产品，如气态、液态物质，或自然存在的形状，如假山状态，以及非确定的形状，如将物体堆积而成的形状，都不符合实用新型的要求。[①]“产品的构造”是指产品的各个组成部分的安排、组织和相互关系，包括机械构造和线路构造等，如自行车各个零件之间的组合以及收音机各个器件的组合。

（二）该形状、构造或组合能够解决技术问题

实用新型与发明的相同之处是它也是一种技术方案，即能够正确利用自然规律解决技术问题，如将铅笔设计成棱柱形能够防止铅笔滑动，将雨伞设计成折叠状就能减少雨伞的体积，在茶杯口上增加一个网状隔离层能够防止茶叶随着茶水被喝入口中。这是实用新型与外观设计之间的根本区别。如果产品的形状仅能给人美感，却无法解决任何技术问题，则对该产品的设计属于外观设计，而非实用新型。

第三节　外观设计

一、外观设计的概念

外观设计是指对产品的形状、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。

二、外观设计的特征

外观设计、发明与实用新型有着本质上的区别：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。具体而言，外观设计具有以下特征：

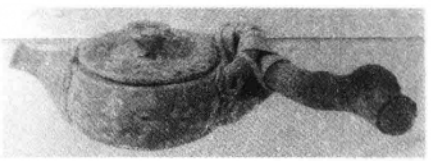
（一）是对工业产品外观的设计

只有用在工业产品上的形状、图案或形状、图案与色彩的结合才可能是专利法意义上的外观设计。脱离工业产品而进行的形状、图案或其与色彩结合的设计可能构成著作法意

---

① 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》（2010年版）第一部分第二章第6.2.1。

义上的平面或立体的美术作品，而不是外观设计。例如，在一张白纸上绘制的图案只能是美术作品，但是将该图案印制在用于贴墙的壁纸上，则成为外观设计。这里的“工业产品”必须是可以通过工业生产方法重复制造的，因此，取决于特定地理条件、不能重复再现的建筑物、桥梁的形状，以及无法稳定再现的纯手工艺品、农畜产品等并不能构成外观设计。例如，根雕艺术家将一块形状奇特的树根雕刻成一件艺术品，因该艺术品的形状与树根独特的自然形状以及艺术家个人的手艺密不可分，他人无法在普通树根上雕出外形相同的根雕，故该艺术品并不是专利法意义上的外观设计。再例如，下图中的茶壶使用了天然形成的树枝做壶柄，因天然树枝形状各异，无法进行批量化生产，故该茶壶不能获得外观设计专利权。



同时，构成外观设计的“图案”，应当是固定、可见的，而不是时有时无或者需要在特定的条件下才能看见的。[①] 例如，计算机软件在运行时所显示的界面，或者手机显示屏上显示的图案，并不是产品自身在外观上固定、可见的图案，不能构成专利法上的外观设计。

需要注意的是：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。例如，对于一组由不同形状的插接块组成的拼图玩具，只有将所有插接块共同作为一项外观设计申请时，才可能获得外观设计专利权。[②]

（二）是对产品形状、图案和色彩的设计

产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合，均可构成外观设计，如造型优美的香水瓶和汽车、印有美丽图案的地毯等。但色彩不能单独构成外观设计，这是因为色彩本身是有限的，允许单纯的色彩获得外观设计专利权会导致有限的色彩在短期内被全部垄断，对后来者造成不公平的后果。

（三）富有美感

外观设计是为了使产品增加对潜在买主的吸引力，因此，设计应当博得潜在消费者的喜爱，使其看过之后有赏心悦目的感觉，激发他们购买的欲望。但是，对美的感受和评价是因人而异的，只要应用在产品上的设计有一定特色，被一部分消费者认为美观，该设计就符合具有美感的要求。

典型案例

既构成技术方案又富有美感的设计可获得外观设计专利权

罗某就一种建材的设计获得了外观设计专利权，广东F铝业有限公司向专利复审委员

① 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》（2010年版）第一部分第三章7.2。

② 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》（2010年版）第一部分第三章7.4。

会申请宣告该专利无效，理由之一是该设计不具有美感上的特色，其外观结构都是出于实用技术上的需要而设计的。

专利复审委员会和法院均认为：外观设计产品应当具有一定的美感，但这种美感的标准不同于美术作品或者艺术品中所体现出的美感。只要设计者在设计的过程中对设计方案进行了一定的选择并使这种选择体现在了产品的外观设计之中，就可以认为这种设计已经体现了一定的美感上的特色。同时，不能认为外观设计产品需要满足一定的技术要求，就将设计人通过自己的选择而使产品体现出的美感特色予以否定。①

本案涉及实用新型与外观设计的区分。实用新型必须是能够解决实际技术问题的技术方案，而法律对外观设计无这种要求。但是并不能因此认为凡是外观设计就不能解决技术问题。如果一种对产品形状的设计既富有美感，又是一种技术方案，设计人可以选择申请实用新型或外观设计专利。

第四节　不授予专利权的对象

凡是不符合法律对发明、实用新型和外观设计定义的客体是不能获得专利权、受到专利法保护的。同时，我国《专利法》第5条和第25条还特别规定了不能获得专利权的客体，这些客体中有的根本不是专利法意义上的发明、实用新型或外观设计，有的虽然符合专利法对客体的定义，但却基于一定原因被列为专利保护的排除对象。

一、完成方式、内容或专利申请方式损害国家利益或公共秩序的发明创造

如果发明创造的完成方式、内容或专利申请方式损害国家利益或公共秩序，根据《专利法》第4条和第20条的规定，对该发明创造不应授予专利权。具体情形包括：以违反法律、行政法规规定的方式获取或者利用遗传资源，并依赖该遗传资源完成发明创造；发明创造的内容违反法律、社会公德或者妨害公共利益；以及未经保密审查，就将在中国完成的发明或者实用新型向外国申请专利。

（一）违反法律、社会公德或妨害公共利益的发明创造

违反法律是指违反由全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会制定和颁布的法律。对违反国家法律的发明创造可以作两种解释：一是发明创造本身就直接违反法律；二是相关产品或方法既有合法用途，也有非法用途。如果发明创造本身就直接违反法律，则不受专利法的保护。如发明一种假币机，能够使制造出的假币非常逼真、难以辨别。该假币机虽然符合发明的定义，而且可能包含了重大技术创新，但其发明的根本目的是违反法律，因此不能获得专利权。同样，用于赌博、吸毒的设备、机器或工具等均不受专利法保护。

但是，那些既有合法用途又有非法用途的发明创造，也即其某种实施方式受到法律禁

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2005）一中行初字第442号。

止的发明创造仍然可以被授予专利权。《巴黎公约》第4条之四明确规定：不应以专利产品的销售或依专利方法制造的产品的销售受到本国法律的限制或限定为理由，而拒绝授予专利或使专利无效。例如，以国防为目的的各种武器的生产、销售及使用虽然受到国家法律的限制，但这些武器本身及其制造方法仍然属于专利法保护的客体。再如，自动麻将机虽然可以被用于赌博，但也可以被用于合法的消遣、娱乐，因此，可以获得专利权。

需要注意的是：获得专利权并不等于专利权人就可以自行实施专利，更不意味着专利权人可以以违法的方式实施专利。例如，医药公司获得新药专利权之后，还要获得药监部门的许可才能销售该新药，擅自销售是违法行为。再如，就麻醉品获得专利权后，专利权人只能向医院等法定机构供应，而不能随意向社会公开销售。

社会公德是指公众普遍认为正当并被广泛接受的伦理道德观念和行为准则，违反社会公德的发明创造不能被授予专利权，如带有暴力凶杀或淫秽内容的图片或者照片的外观设计。再如，从人类胚胎中提取干细胞进行生物或医疗研究会导致胚胎死亡，包括我国在内的许多国家都认为这一过程有悖于社会公德，因此，提取人类胚胎干细胞本身和提取方法均不能获得专利权。[①]

妨害公共利益是指发明创造的实施或使用会给公众或社会造成危害，或者会使国家和社会的正常秩序受到影响，如那些实施或使用将导致严重污染环境、破坏生态平衡的发明创造，以及其中文字或者图案涉及国家重大政治事件或宗教信仰、伤害人民感情或民族感情或者宣传封建迷信的外观设计等。如某人发明了一种安装在大门之后的防盗装置，当大门被强行撬开时会向进入者发射强光，导致其双目失明。该装置不但可能误伤好人，也可能对小偷造成不当人身伤害，因此，不能被授予专利权。再如，希特勒的头像作为外观设计有宣扬纳粹主义的效果，也不能受专利法保护。

本书第三章第三节曾讲解过：基于著作权是禁止权而非自用权的原理，违禁作品同样受到《著作权法》的保护，而且我国《著作权法》在2010年修订时，也删除了“依法禁止出版传播的作品，不受本法保护”的内容，那么，为什么我国《专利法》第5条还要规定“对违反法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造，不授予专利权”呢？实际上，同样的问题也适用于后文将讲解的《商标法》第10条，该条详细规定了因标志内容违法而不得注册的情形。

本书作者认为，这种差异源于著作权与包括专利权和商标权在内的工业产权的产生途径不同：著作权为自动产生，无须经过国家相关机关的审查与授权。但专利权和商标权需要经过专利局和商标局的审查并进行授权或注册，这一过程反映了国家对相关发明创造和商标的态度。如果内容违法的发明创造或商标能够被授予专利权或被注册为商标，尽管根据知识产权只有禁止权而无自用权的基本原理，专利权人或商标权人只能禁止他人使用专利或注册商标，而不能自行使用，但这种授权或注册会使公众认为国家认可该发明创造或商标的内容，从而造成是非观的混乱。对于专利权而言，除国防专利之外的专利必须公开，如果发明创造的内容违反法律、社会公德或者妨害公共利益，这种公开还可能导致不良的社会后果。如上文提及的假币机制造技术，一旦公开，可能导致假币泛滥，从而严重损害

---

① 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》（2010年版）第二部分第十章9.1.1.1。

金融秩序。因此，与违禁作品可受著作权保护不同，对于违反法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造，不能授予专利权。

（二）依赖以违法方式获取或利用的遗传资源完成的发明创造

《专利法》第5条第2款规定：对于违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源，并依赖该遗传资源完成的发明创造，不授予专利权。遗传资源是指来自人类、动植物或微生物的具有遗传功能单位的材料。随着现代生物技术的发展，遗传资源的经济价值日益显现。例如，人类的许多疾病都与基因有关，而每个民族都有某些特定的基因。如果能够分离出与一个民族的特定疾病有关的基因，弄清其致病机理和功能，就可以获得基因专利，而在此基础之上研发的治疗特定基因疾病的药品，又可以获得专利权。20世纪90年代，某国外著名大学的研究机构就曾在我国一些农村地区在未向当地农民披露研究目的的情况下，采集血样进行某些疾病的基因研究。如果该研究机构根据其研究成果从当地农民身上获取并分离出的基因在我国获得了专利权，则我国再要利用该基因生产基因药品反而要向外国专利权人付费了。如果该外国研究机构又根据该基因研发了基因药品并在我国获得了针对中国人特定疾病的药品的专利，则中国人势必将以高昂的价格使用专利药品。这对于贡献了基因材料的中国人而言显然是不公平的。为此，《生物多样性公约》明确规定：是否允许（外国人）取得遗传资源的决定权属于各国政府。遗传资源的取得需经提供这种资源的缔约国事先知情、同意。我国《人类遗传资源管理暂行办法》也明确规定：对于重要遗传家系和特定地区遗传资源，未经许可，任何单位和个人不得擅自采集、收集、买卖、出口、出境或以其他形式对外提供。对于我国境内的人类遗传资源信息，包括重要遗传家系和特定地区遗传资源及其数据、资料、样本等，我国研究开发机构享有专属持有权，未经许可，不得向其他单位转让。重要人类遗传资源严格控制出口、出境和对外提供。[①] 目前，《人类遗传资源管理条例》也正在制定之中，那些违反我国法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源，并依赖该遗传资源完成的发明创造，将不能在我国被授予专利权。

（三）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

发明或实用新型都涉及技术，在国内外进行专利申请一般均会导致技术的公开。有些技术可能涉及国家安全或其他重大利益，应当根据《保守国家秘密法》予以保密，不应通过专利申请而公开。《专利法》第4条为此规定：申请专利的发明创造涉及国家安全或者重大利益需要保密的，按照国家有关规定办理。第20条规定：任何单位或者个人将在中国完成的发明或者实用新型向外国申请专利的，应当事先报经国务院专利行政主管部门进行保密审查。如果在没有事先报经国务院专利行政主管部门进行保密审查的情况下，就将在中国完成的发明或者实用新型向外国申请专利，则日后就同一发明或实用新型在中国申请专利时，不能授予专利权。

二、自然规律、自然现象和抽象的思想

本书第三章第三节曾讲解过，著作权法并不保护思想和事实，只保护对思想和事实的具体表达。这一基本原理于专利法同样适用。从公共政策角度看，专利制度的根本目的是

① 参见《人类遗传资源管理暂行办法》第4条、第14条和第17条。

鼓励创新，其一方面通过赋予发明创造人专有权利而提供创新的动力，另一方面又要防止对信息的不当垄断而阻碍后续创新。实现这一平衡的基本方法就是将自然规律、自然现象和抽象的思想留在公共领域，即使经过艰苦的努力首次发现或提出也是如此。任何人都可以其为起点，通过增加新的技术方案而将其转化为能够解决技术问题的产品或方法，并就该产品或方法获得专利权。但自然规律、自然现象和抽象的思想本身不能被垄断，以供他人后续创新所用。从专利法规定的授权条件角度看，自然规律和自然现象是客观存在的，不可能被“发明”出来；而抽象的思想并不是技术方案。例如，在没有灯泡的时代，有人提出“人类需要一种能够借助电子照明的装置”的思想，这当然是有益的，但如果没有据此设计出能够实现这一思想的灯泡，相关的技术问题仍然没有获得解决。因此，抽象的思想并不符合发明或实用新型的定义，不能被授予专利权。我国《专利法》规定对“科学发现”以及“智力活动的规则和方法”不授予专利权，正反映了这一专利法的基本原理。

（一）科学发现

科学发现有别于发明，是对自然界中客观存在的现象、变化过程及其特性和规律的揭示。科学发现没有提出用于解决技术问题的技术方案，因此，不是专利法意义上的发明或实用新型，不能获得专利权。从广义来说，科学理论也属于科学发现，因为它是将人类对自然界的认识进行总结和系统化的结果。被科学理论认识的物质、现象、过程、特性和规律不同于改造客观世界的技术方案，不是专利法意义上的发明创造，因此，不能被授予专利权。

但是，基于科学发现成果形成的能够解决实际问题的技术方案可以被授予专利权。例如，爱因斯坦最先提出的质能方程式 $E=mc^2$ 是对自然规律的总结，不能被授予专利权，但基于该方程式制造的新机器就可能获得授权。同样道理，仅仅发现一种自然界存在的罕见的矿藏或植物并不足以获得专利权，但从中提取化学成分后首次制成的治疗某种疾病的药物就可能获得专利权。

理论研究

发现的界限在哪里

专利法保护根据发现而提出的技术方案，但却不保护发现本身。因此，正确地划定发现与发明之间的界限十分重要。根据常识，找到自然界客观存在的物质就是发现，而创造出自然界原本不存在的东西才叫发明。但是，发现与发明之间的界限在现代专利法中已经变得不那么清晰了。我国《专利审查指南》指出：人们从自然界找到以天然形态存在的物质，仅仅是一种发现，不能授予专利权。但是，如果是首次从自然界分离或提取出来的物质，其结构、形态或者其他物理、化学参数是现有技术中不曾认识的，并能被确切地表征，且在产业上有利用价值，则该物质本身以及取得该物质的方法均可依法被授予专利权。①

事实上，物质即使没有被从自然界分离或提取出来，也是客观存在的。同样，物质的

① 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》（2010 年版）第二部分第十章 2.1。

结构、形态或者其他物理、化学参数和应用价值在没有被人类认识之前，也始终存在。人类只是用科学的方法和技术分离、提取了这种物质，或者分析出了其结构、形态或其他物理、化学参数，并找到了它的产业价值。应当说，这也是一个发现的过程。但如果将该物质仅仅定义为专利法意义上的发现，则为了实现这一发现而进行的投资就无法通过获得专利权受到保护。为了促进在生物和化学领域分离、提取和认识具有实用价值的物质，《专利审查指南》缩小了科学发现的范围，将原本属于发现的结果也界定为发明。

这一对发明和发现之间界限的重新划分在化学和生物领域具有重要影响。如现代生物技术的研究前沿在于基因技术。在每一个人体细胞的细胞核中，都包含着23对主要由DNA（中文全称为“脱氧核糖核酸”）组成的染色体，而基因正是DNA双螺旋结构中由4种碱基按照特定顺序组成的一段序列。人体中3万多个基因构成了人的“基因组”[①]，它决定了人体的一切生理特征：人与人之间在相貌、身高等生理特征方面的差异，都是与之相关的基因在碱基排列顺序上的不同所致。同时，人体的许多疾病，都与构成基因的碱基排列顺序在复杂的因素作用下出现混乱、产生“变异”，导致基因功能失常有关。如基因缺陷可以引起心血管疾病、糖尿病、哮喘、癫痫和多种癌症。可以想象，如果科学家能够完全掌握每一种基因起作用的机理，以及其与生理特征和疾病之间的关系，就可以为提高人类体质、治疗和预防疾病打下坚实的基础。但人体的DNA有30亿个碱基序列，其中构成基因的只有极少数，而要确切地知道哪些碱基序列构成基因，以及每一种基因的作用，就需要大量的投资和研究。为了鼓励这一对人类有重大利益的行为，目前包括我国在内的一些国家已承认：对于首次从自然界分离或提取出来的基因或DNA片段，如果其碱基序列之前不为人们所知，而且找到了其功能和利用价值，则该基因或DNA片段本身及其得到方法均属于可给予专利保护的客体。[②] 然而，这种做法虽然能够起到鼓励人们投资化学和生物领域研究的积极作用，但毕竟改变了专利法区分发明与发现的内在逻辑，因此，在法理上受到了质疑。下文引述的美国联邦最高法院审理的“分子病理学协会诉Myriad基因技术公司案”就是这方面的典型案例。

典型案例

首次从自然状态分离出的基因序列不能获得专利权

乳腺癌和卵巢癌与基因有关，但此前科学家并不知道何种基因容易导致这两种癌症。美国Myriad基因技术公司（以下简称Myriad公司）首次发现：BRAC1和BRAC2基因的变异会显著增加患乳腺癌和卵巢癌的风险。该公司首次准确地找到了这两种基因在DNA中的位置并首次将其分离出来。根据这一研究成果，Myriad公司开发出了基因检测手段，以检测妇女是否存在BRAC1和BRAC2基因的变异，使其可以尽早采取预防措施。[③] Myriad

① “人类基因组计划”主页（http://www.ornl.gov/TechResources/Human_Genome/project/about.html）。

② 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》（2010年版）第二部分第十章9.1.2.2。

③ 2013年5月，美国好莱坞女星安吉丽娜·朱莉表示，为了降低罹患乳腺癌和卵巢癌的风险，已接受预防性双乳切除术。原因正是其接受了基因检测，发现体内存在BRAC1和BRAC2基因的变异。

公司就 BRAC1 和 BRAC2 的基因序列申请并获得了专利权。这意味着只有 Myriad 公司才能进行 BRAC1 和 BRAC2 基因的检测。美国分子病理学协会等起诉，请求宣告该专利权无效。

美国联邦最高法院认为：自然规律、自然现象和抽象的思想都不能被授予专利权，因为它们是进行科技研究的基本工具。如果对它们进行保护，就会阻碍以其为基础的创新活动，这与专利法促进创新的根本目的是相违背的。本案中，Myriad 公司没有创造出 BRAC1 和 BRAC2 基因中的任何基因信息，也没有对其进行改变。而这两种基因的核苷酸位置和顺序在 Myriad 公司发现之前就已在自然界存在。Myriad 公司的主要贡献在于找到了这两种基因在第 17 条和第 13 条染色体中的准确位置和基因序列。而突破性的甚至堪称辉煌的发现本身，并不能满足专利授权条件。虽然 Myriad 公司首次将这两种基因从人类基因组中分离出来，但这一行为并未创造出任何自然界不存在的新东西。因此，有关 BRAC1 和 BRAC2 的基因序列专利被宣告无效。①

需要指出的是，在此案的二审中，美国联邦巡回上诉法院认为 BRAC1 和 BRAC2 的基因序列专利有效，其主要理由在于：完整的 DNA 分子是由化学键连接在一起的，而要将 DNA 的片段分离出来，必须切断两头的化学键。这一技术过程创造了新的、非原始状态的化学合成物。② 这正是美国专利商标局授予基因专利时依据的观点，也是我国《专利审查指南》借鉴并吸收的观点，但其被美国联邦最高法院推翻。可以预见，美国专利商标局的专利授权政策将会因此而改变，除非国会制定内容相左的立法。在这种情况下，我国是否还应维持现行《专利审查指南》中有关基因专利的授权规则，值得认真考虑。

（二）智力活动的规则和方法

智力活动的规则和方法是指导人们对信息进行思维、识别、判断和记忆的规则和方法。它没有在正确利用自然规律的基础上提出技术方案，并不是专利法意义上的发明或实用新型，因此不能被授予专利权。例如，管理方法、比赛规则、记忆方法、推理方法、检索方法、分类方法、语言的语法、计算方法、游戏方法、体育锻炼方法等，均不能被授予专利权。

典型案例

笔算方法不能获得专利权

李某就一种名为“混数进制、进位行数字工程方法的笔算工程技术方案”申请发明专利权。该笔算方法采用 Q 进制数，以 Q 进制运算；Q 为自然数，其特征在于：采用“混数进制”数，以“混数进制、进位行方法”运算。专利复审委员会和法院均认为，按照某种规定的进制执行运算以及运算过程中的进位、退位等都是一种数字进位运算法则。而申请人请求保护的仅仅是这样一种利用笔算执行的计算方法，其本质是按照特定步骤求解数学

---

① Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics, 133 S. Ct. 2107, at 2116 - 2119 (U. S., 2013). 原告同时请求宣告一项 cDNA 专利无效，但美国联邦最高法院认为：cDNA 是经过人为改变的，有别于其原始自然状态，属于专利授权的客体，其有效性得以维持。

② Association for Molecular Pathology v. United States PTO, 689 F. 3d 1303, at 1328 - 1330 (Fed. Cir., 2012).

问题的一种数学算法，是指导人们进行数学计算活动的规则和方法，属于《专利法》规定的“智力活动的规则和方法”，不应被授予专利权。①

实务探讨

涉及计算机程序的专利申请能否获得授权

涉及计算机程序的专利申请能否获得授权？对此问题是有争议的，其中主要原因在于计算机程序大多涉及数学上的算法，而算法作为智力活动的方法和规则是不受专利法保护的。但是，随着计算机程序在现代技术发展中的作用日渐突出，美国等国家对涉及计算机程序的专利申请的态度也发生了改变。美国法院在判例中认为：即使申请涉及的系统包含了计算机程序，只要该程序通过一系列数学计算产生了实用和有形的技术效果，仍然可被授予专利权。② 不能仅仅因为申请涉及数字的输入、计算、存储和输出就使其丧失获得专利权的可能性。③

我国《专利审查指南》目前对涉及计算机程序的专利申请区分两种情况加以处理：

如果仅利用计算机程序这一手段实现了某种数学计算方法和规则，则该程序实际上是智力活动的规则和方法的一种表现形式，是不能被授予专利权的。例如，某人编写了一套翻译程序，输入一种语言文字之后，程序将指挥计算机按照预先设定的规则和词汇及语句之间的对应关系输出另一种语言文字。该程序本质上仅体现了不同语言文字之间的转换规则，只是一种智力活动的规则和方法，因此不构成方法发明。

但是，如果计算机程序的执行是一种正确利用自然规律的技术手段，并且能够解决具体技术问题，则该计算机程序就属于技术方案或其组成部分，是可以获得专利权的。我国《专利审查指南》指出：利用计算机程序实现工业过程、测量或测试过程控制；利用计算机程序对外部技术数据进行技术处理；按照自然规律完成对该技术数据实施的一系列技术处理，以及为了改善计算机系统内部性能，通过计算机执行一种系统内部性能改进程序，而对该计算机系统各组成部分实施的一系列设置或调整，均属于可以获得专利权的技术方案。例如，某人针对便携式计算机、手机等移动设备存储容量较小的技术问题，设计了一种利用虚拟设备文件系统来扩充移动设备的存储容量的方法，使移动设备能够将服务器上的大容量存储空间用于存储本地数据。该设计方案通过执行计算机程序来实现改进移动设备存储容量的方法，是利用自然规律的技术方案，属于专利法保护的客体。

实务探讨

涉及商业方法的专利申请能否获得授权

与涉及计算机程序的专利申请能否获得授权的问题类似，对于能否授予商业方法专利

---

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2010）一中知行初字第2142号。

② Arrhythmia Research Technology Inc. v. Corazonix Corp., 958 F. 2d 1053 (Fed. Cir., 1992); In re Alappat, 33 F. 3d 1526 (Fed. Cir., 1994).

③ State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, 149 F. 3d 1368 (Fed. Cir., 1998).

权以及按照何种标准判断能否授权的问题，也存在很大争议。原因是：传统的商业方法并不涉及利用自然规律提出技术方案并解决技术问题，因此往往被归于“智力活动的规则和方法”。但随着技术的发展，不少商业方法与机器设备融为一体，能够解决技术问题，在整体上可以构成技术方案，因此，美国等国家已承认商业方法在一定条件下可以被授予专利权，但判断标准尚未统一。

在美国，目前主流的判断标准是“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。

在美国联邦最高法院2010年判决的Bilski案中，Bilski等就一种商业方法申请专利权。该申请涉及一种在能源市场中进行套期保值的方法，以达到规避风险的目的。其权利要求记载了进行套期保值的一系列步骤、计算公式，以及其在能源市场的应用。美国联邦巡回上诉法院以该商业方法不符合“机器或转换标准”为由，认定其不能获得授权。美国联邦最高法院也认为该商业方法不能获得专利权，但理由是权利要求只是解释了套期保值的基本概念及相关的数学公式，属于不能获得专利权的“抽象概念”[①]。美国联邦最高法院强调：不能认为美国《专利法》完全排斥对商业方法的保护，且“机器或转换标准”也并非判断商业方法是否可获得专利保护的唯一标准。[②] 但美国联邦最高法院并没有提出新的判断标准。因此，对商业方法可专利性的判断标准，仍然是个悬而未决的问题。

三、疾病的诊断和治疗方法

疾病的诊断和治疗方法是指以有生命的人或者动物为直接实施对象，进行识别、确定或者消除病因或疾病的过程。有一种观点认为：将诊断方法和治疗方法排除出专利法的保护对象，是出于人道主义的考虑和社会伦理的原因，即医生在诊断和治疗过程中应当有选择各种医疗方法的自由，不应当受到限制。[③] 但这一观点无法解释为什么同样对于人道主义治疗和救助有重大作用的药品可以被授予专利权。实际上，传统诊断和治疗方法的实施和效果高度取决于实施者本人的生理和心理状态，不能被稳定地重复再现，我国《专利法》的立法者不将其视为发明创造。然而，随着医疗技术的进步，许多诊断和治疗方法都可以借助医疗设备和药物，取得稳定的诊断和治疗效果，能够符合《专利法》对发明的要求。这样一来，将疾病的诊断和治疗方法完全排除出专利授权对象，就是纯粹出于适当缩小专利保护范围的政策考虑了。由于TRIPs第27条第3款允许成员国拒绝对“人类或动物的诊断、治疗和外科手术方法”授予专利权，我国《专利法》的上述规定并不违反国际条约的要求。在我国的医疗技术与发达国家尚有相当差距的情况下，暂不对疾病的诊断和治疗方法授予专利权是基于我国国情而作出的政策选择。因此，诊脉法、X光诊断法、超声诊断法、胃肠造影诊断法、内窥镜诊断法等诊断方法，以及外科手术方法、药物治疗方法、心理疗法，以治疗为目的的针灸、麻醉、推拿、按摩、刮痧和护理方法、人工呼吸方法和输氧方法等，均不能获得专利

① Bernard L. Bilski v. David J. Kappos, 130 S. Ct. 3218, at 3226 - 3231 (2010).

② Ibid., at 3226 (2010).

③ 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》(2010年版）第二部分第一章4.3。

权。为预防疾病而实施的各种免疫方法也被认为是治疗方法而不受专利法的保护。

典型案例

“人体局部放射疗法”不能获得专利权

胡某要求就“一种用放射源治疗诸如肺、食道、脑、前列腺等病人身体一部分的方法”申请发明专利权，其权利要求记载：“该方法是将刚性或柔韧的导管引入治疗部位，然后将盛装在一个屏蔽块放射性物质用设在所述屏蔽块后面的驱动机构从与所述导管连通的所述屏蔽块通过所述导管移送到治疗部位，该方法的特征在于，将放射性物质移送到目标部位之前，先将一个模拟物移送到所述治疗部位，用例如X光图像增强器检查模拟物的位置”。专利复审委员会和法院均认为：该方法是以有生命的人体为直接实施对象，使其恢复健康而进行的缓解或消除病灶的过程，属于疾病的诊断和治疗方法，不应被授予专利权。①

典型案例

仅描述自然规律的诊断方法不能获得专利权

原告美国“普罗米修斯实验室”是一项与治疗方法有关的专利的专有被许可人（《美国专利法》并未将“疾病的治疗方法”排除出授权范围），该专利要解决的是以下问题：治疗溃疡性结肠炎等免疫缺陷疾病的药物被患者服用后，由于不同患者的身体对此类药物的代谢水平不同，同样的剂量对不同患者的效果也不同，对有的患者而言剂量过大，容易产生副作用；而对另一些患者而言剂量过低，药效不足。此前研究者虽然已经发现患者血液中特定代谢物的水平值能够反映药物剂量是否合适，但并不知道准确的水平值指标。一项研究表明，如果血液中红细胞中单位代谢量的浓度高于400微微摩尔，说明剂量过大；如果浓度低于230微微摩尔，则说明剂量过低。涉案专利就是基于该研究成果作出的，其权利要求是：一种提高对肠胃免疫缺陷疾病治疗效果的优化方法，包括（1）让具有上述疾病的患者服用嘌呤抗代谢类药物；（2）按以下方法判断具有上述疾病的患者应服用的嘌呤抗代谢类药物的剂量：如果红细胞中该水平值低于230微微摩尔，说明应对该患者增加药物剂量；如果红细胞中该水平值高于400微微摩尔，说明应对该患者减少药物剂量。

被告准备使用类似的方法确定给患者用药的剂量，原告起诉其侵犯专利权。美国联邦最高法院认为：血液中特定代谢物的浓度与反映药物剂量适合度之间的对应关系原本就存在，是人体对药物进行代谢之后的结果，是一种纯自然的规律。涉案专利只不过告诉医生在治疗时要遵循这种自然规律，并要求医生自行测量患者身体中药物代谢量的水平值。而测量药物代谢量是临床中常规的检验方法，早已为医生们广泛掌握。换言之，该专利仅描述了自然规律，只能使医生用常规方法去运用特定自然规律，而无论自然规律本身还是对自然规律的描述，都不能获得专利权。因此，涉案专利是无效的。②

---

① 参见北京市高级人民法院行政判决书（1998）高知终字第20号。

② Mayo Collaborative Services v. Prometheus Laboratories, 132 S. Ct. 1289, at 1296－1299. (U. S., 2012).

《美国专利法》并未像我国《专利法》那样规定“对疾病的诊断和治疗方法不授予专利权”，但本案对我国仍然有借鉴意义。涉案的专利本质上仅描述了一项科学发现，并未根据该科学发现提出新的技术方案，如发明快速测定患者应服用药物剂量的机器等，因此，根据专利法的原理，涉案专利是无效的。

四、动物和植物品种

千百年来，生命都被认为是自然现象，是按照自然规律出生和生长的，不是人类发明创造的产物，因此，对一种生命形式授予专利权是不可想象的。假如我国的“蛟龙号”在创下载人潜水器下潜的最高纪录时，发现了一种新的深海生物，也不能就该生物获得专利权。但是，生物技术特别是转基因技术的发展改变了这一点。通过基因重组，科学家可以改变生命体的特征，甚至人为创造出前所未有的生命形式，如“哈佛鼠”就是哈佛大学通过转基因技术培育出的老鼠新品种，其生命特征在于很容易得癌症，从而为抗癌药物的实验提供了便利。在这种技术条件下，能否对作为发明创造成果的生命体授予专利权就成为极具争议的问题，它涉及人们对待生命的伦理观念和一国的公共政策。对诸如“哈佛鼠”的动物品种授予专利权不仅会引发动物保护主义者对将动物工具化的担忧，还可能因“专利动物”价格的提高而对农业和科学研究产生影响。因此，一些国家对此持十分慎重的态度。TRIPs 协定第 27 条第 3 款允许成员国拒绝对植物和动物（微生物除外）以及生产植物和动物的生物方法（非生物方法和微生物方法除外）授予专利权，但是要求成员国通过专利或其他特殊制度保护植物品种。

我国《专利法》据此将动植物品种，包括通过基因工程制造的转基因动物和植物，排除出授权范围[①]，但由《植物新品种保护条例》对植物品种提供类似于专利的保护。同时，根据《专利审查指南》，细菌、真菌和病毒等微生物既不属于动物的范畴，也不属于植物的范畴，人为培养或分离出的微生物如果具有特定的产业用途，可以被授予专利权。国际条约和我国《专利法》之所以对动物与植物、微生物区分对待，是因为与动物相比，植物与微生物较少涉及伦理方面的问题。例如，许多人会觉得为了进行抗癌新药实验而培育一种老鼠品种，让其终身忍受实验的折磨是不人道的，但对于用植物或微生物进行实验在感情上就容易接受。同时，我国《专利法》规定对动物品种不能授予专利权，也与我国在生物技术领域的发展水平有关。在我国生物技术尚落后于美国等发达国家的情况下，对“哈佛鼠”等动物品种授予专利权，恐将导致发达国家在我国获得大量动物品种专利，从而对我国生物技术的发展造成阻碍。

典型案例

Charkrabarty 诉 Diamond

微生物学家 Charkrabarty 就自己合成的一种转基因细菌申请发明专利权，这种新细菌

① 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》(2010 年版) 第二部分第十章 9.1.2.4。

能够分解原油中的多种物质，对于炼油业有重大意义。美国专利商标局驳回了对细菌本身的发明专利申请，理由是微生物是大自然的产物，而且生物并不是《美国专利法》保护的客体，既不是“制造物”（manufacture），也不是“合成物”（composition of matters）。Charkrabarty 向美国专利上诉委员会要求复审，但专利申请依然被驳回。此案最终上诉到美国联邦最高法院。美国联邦最高法院多数法官认为：《专利法》的保护客体极其广泛，包括了“任何太阳之下由人制造的东西”。Charkrabarty 要求获得专利权的微生物并不是天然存在的，而是人类研究和创造的产物，属于非自然的制造物或合成物。虽然国会在制定《专利法》时并没有预见到转基因技术的出现，但不保护立法者没有预见的发明就会与《专利法》鼓励发明创造的目的相冲突。电报、电话、电灯、飞机、晶体管、核反应器和激光都是立法者没有预见的，但都被授予了专利权。国会使用“制造物”、“合成物”这样含义广泛的用语就是因为发明创造是难以预见的。美国联邦最高法院最终认定：人为培养的转基因细菌可以作为制造物或合成物获得专利权。①

本案是美国专利法历史上的重要判例，它在保护生物技术发明方面迈出了非常关键的一步，对世界许多国家的专利法也产生了重大影响。此案判决之后，美国专利商标局即宣布非在自然状态下存在的多细胞生物组织（但不包括人体细胞组织），包括动物，都属于可被授予专利权的制造物或合成物。1988 年，由哈佛大学运用转基因技术培育成功的转基因老鼠“哈佛鼠”即被授予专利权。

五、原子核变换方法和用该方法获得的物质

原子核变换方法是指使一个或几个原子核经分裂或者聚合，形成一个或几个新原子核的过程，如实现核裂变的各种类型反应堆的方法。用原子核变换方法所获得的物质，主要是指用加速器、反应堆等核反应装置生产、制造的各种放射性同位素。原子核变换方法以及用该方法所获得的物质关系到国家的经济、国防、科研和公共生活的重大利益，为了防止私人特别是外国人对此项技术的垄断，我国《专利法》规定对其不能授予专利权。

六、对平面印刷品的图案、色彩或者二者的结合作出的主要起标识作用的设计

“平面印刷品”主要是指平面包装袋、瓶贴、标贴等用于装入商品或附着在产品上的印刷品。这些印刷品的图案、色彩或者二者的结合如果主要起到识别商品来源的作用，可以作为商标注册，受到《商标法》的保护；即使未注册为商标，只要通过使用能够起到识别商品来源的作用，在他人未经许可使用，导致消费者混淆可能的前提下，还能受到《反不正当竞争法》的保护。如果一种设计的主要作用不在于增强商品对消费者的吸引力，而在于识别来源，则不应受到《专利法》的保护。在 2008 年修订《专利法》之前，没有明确将主要起标识作用的设计排除出专利保护的范围，导致大量针对此类设计的外观设计申请被授权，不但对于提高我国产品外观的设计创新水平毫无益处，也增加了与其他法律保护机制之

① Diamond v. Charkrabarty, 447 U. S. 303 (1980).

间的重叠与冲突。因此，修订后的《专利法》不再提供对此类设计的保护。

例如，以下瓶贴、平面包装袋和标贴的外观设计属于主要起标识作用的平面印刷品设计，在2008年修法之后不能获得外观设计专利权。①

【问题与思考】

1. 简述方法发明和产品发明的区别，并对我国专利法对产品专利和方法专利的保护范围作一比较。

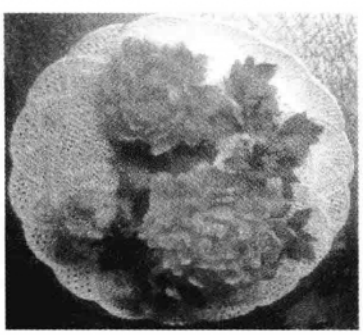
2. 思考：具有功能性的外观设计能否获得外观设计专利授权？为什么？

3. 论述专利法中发明与发现之间的界限在近年来的变化。

4. 思考：计算机程序能否成为专利权的客体？

5. 思考：美国对商业方法授予专利权是否会导致对某种商业模式的不合理垄断？

6. 某工艺美术大师善于制作工艺瓷器，其手工制作的“牡丹花瓷”巧夺天工、十分精美（见下图）。某人擅自将该大师制作的一件“牡丹花瓷”申请外观设计专利，并在获得授权后向该大师发出警告函，禁止其制作和销售“牡丹花瓷”。如果你是该大师的法律顾问，请问能向其提出的最佳法律建议是什么？



① 这三个平面印刷品的设计在2008年修法之前都获得了外观设计专利权，但后两个因其他原因被宣告无效。参见专利复审委员会无效宣告请求审查决定第6773号、第12621号和第8399号。

第十一章 专利权的主体

本章导读

专利权的主体即专利权人。取得专利权的方式分为原始取得和继受取得，原始取得必须经过申请和授权程序，继受取得也必须经过登记和公告才能生效。专利权人包括发明人、设计人本人或者其所在的单位。即便是单位享有专利权，发明人和设计人也享有一定的法定权利。合作开发的专利权属于合作开发人共有，委托发明的专利权在没有约定的情况下归于受托人。此外，根据相关国际条约，外国人也能在我国申请专利。本章讲解了专利权主体的类别，包括发明人、设计人和二者的所在单位，合作发明和委托发明的权利人以及外国人；最后介绍了我国《专利法》对专利转让的相关规定。

第一节 发明人或设计人

发明人或设计人是指对发明创造或外观设计的实质性特点作出创造性贡献的人。发明人专指专利法上发明或者实用新型的完成人，设计人专指外观设计的完成人。需要注意的是，《专利法》并没有像《著作权法》“视法人为作者”那样，承认自然人之外的法人或其他组织可以成为发明人或设计人。在完成发明创造过程中，只负责组织工作的人、为物质技术条件的利用提供方便的人或者从事其他辅助工作的人，不能成为发明人或者设计人。

与著作权法中的创作相似，发明创造以及设计活动也是一种事实行为，并非法律行为，因此，自然人无论是否具有行为能力，都可以进行发明创造或设计活动。如果一名不满 10 岁的儿童完成了符合专利法要求的发明创造或设计，那么这名 10 岁儿童就成为发明人或设计人。

发明创造分为职务发明创造和非职务发明创造，相关的发明人或设计人也就相应地分为职务发明创造的发明人或设计人，以及非职务发明创造的发明人或设计人。对于非职务发明创造，申请专利的权利归属于实际完成了发明创造或设计的自然人，申请被批准后，

该自然人就为专利权人。但即使对于申请专利权归属于单位的职务发明创造，实际完成发明创造或设计的自然人仍然有在专利申请文件或专利文献中写明自己是发明人或者设计人的权利。

第二节　发明人或设计人的单位

随着现代科技日益复杂，个人想凭一己之力完成较为重要的发明创造变得越来越困难，往往需要借助单位的物质技术条件、内部资料并与其他同事进行协作，因此，各国的专利立法比著作权立法更为重视保护单位的投资。我国《专利法》第6条第1款规定：执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，该单位为专利权人。

根据《专利法》的规定和《专利法实施细则》的解释，职务发明创造可以分为两类：第一类是执行本单位的任务所完成的发明创造，其中又包括三种情况：（1）在本职工作中作出的发明创造。例如，某通讯公司技术部技术人员的本职工作是进行研究开发，他们在日常工作中完成的发明创造就是职务发明创造。（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。例如，某通讯公司维修人员的本职工作是维修通讯线路，但公司在遇到某线路的设计问题时，要求他凭借丰富的维修经验提出合理化设计方案。如果该维修人员在执行这项任务的过程中完成了发明创造，则该发明创造也属于职务发明创造。但如果该名维修人员是在发现实际问题之后，出于个人兴趣进行研究并完成了发明创造，而且没有主要利用单位的物质技术条件，则该发明创造是非职务发明创造。（3）退职、退休或者调动工作后1年内作出的、与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造。将第三种情况纳入原单位职务发明创造的范围主要是考虑到目前存在不少不正当竞争行为，有的技术人员在完成具有重大经济价值的发明创造之后，以此作为谈判砝码跳槽到其他单位，使原单位的合法利益受到损害。对于执行本单位的任务所完成的发明创造，专利申请权法定归属于单位，个人不能通过与单位签订合同而获得专利申请权或在申请被批准后获得专利权。

第二类是主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造。“本单位的物质技术条件”是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等。“主要利用”是指在发明创造成果的研究、开发过程中，全部或者大部分利用了本单位的资金、设备、器材或者原材料等物质条件，并且这些物质条件对于形成该技术成果具有实质性的影响。如果发明创造成果的实质性内容是在本单位尚未公开的技术成果、阶段性技术成果基础上完成的，也属于“主要利用了本单位的物质技术条件”[①]。例如，某生物技术研究所的研究人员完成的发明创造虽然不是执行本单位任务的结果，但却主要利用了该生物技术研究所购买的价值高昂的进口仪器设备、生物材料和长年积累下来的内部资料，故该发明创造也属于职务发明创造。但是，如果发明创造人在利用本单位提供的物质技术条件时，已

① 最高人民法院《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第4条。

与本单位约定返还资金或者交纳使用费的，以及在发明创造成果完成后利用本单位的物质技术条件对技术方案进行验证、测试的，则发明创造成果不属于职务发明。

职务发明创造被授予专利权之后，发明人或者设计人有在专利文件中写明自己是发明人或者设计人的权利，即在专利文件中署名的权利。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予合理的报酬。对于给职务发明创造的发明人或设计人奖励和报酬的具体方式，《专利法实施细则》作出了详细规定：被授予专利权的单位可以与发明人、设计人约定或者在其依法制定的规章制度中规定奖励、报酬的方式和数额。如果单位未与发明人或设计人约定，也未在其制定的规章制度中规定奖励的方式和数额，应当自专利权公告之日起3个月内发给发明人或者设计人奖金。一项发明专利的奖金最低不少于3 000元；一项实用新型专利或者外观设计专利的奖金最低不少于1 000元。除此之外，如果单位未与发明人、设计人约定，也未在其依法制定的规章制度中规定报酬的方式和数额，在专利权有效期限内，实施发明创造专利后，单位每年还应从实施该项发明或者实用新型专利的营业利润中提取不低于2%或者从实施该项外观设计专利的营业利润中提取不低于0.2%，作为报酬给予发明人或者设计人，或者参照上述比例，给予发明人或者设计人一次性报酬；被授予专利权的单位许可其他单位或者个人实施其专利的，应当从收取的使用费中提取不低于10%，作为报酬给予发明人或者设计人。

典型案例

与单位交付的任务以及其提供的物质技术条件无关的发明不是职务发明

陶某在任北京市城市建设总公司构件厂厂长时，根据自己在基建工程兵部队多年从事地基工程施工的经验积累，设计了“钻孔压浆成桩法”。与此同时，构件厂从国外引进了一种用于地基打桩的“小桩技术”。北京市城市建设总公司还将“小桩技术的试验及应用”编入总公司科研、技术革新计划，下达给下属的构件厂，并拨给相应科研的补助费。此后，陶某被请去解决某大楼地基工程地基施工问题，在应用“小桩技术”失败的情况下，他运用自己的“钻孔压浆成桩法”，成功地解决了地基打桩问题。此后，陶某将“钻孔压浆成桩法”作为非职务发明申请并获得了专利权，而陶某的单位认为该发明应为职务发明。双方发生争议，陶某向人民法院提起诉讼。

一审法院认为：原告陶某因长期从事地基施工方面的工作，虽然对“钻孔压浆成桩法”的构思并完成专利技术内容起了决定性作用，但在该项专利技术的试验过程中，使用了被告专门为此购买的设备。据此，一审判决“钻孔压浆成桩法”的发明专利权属陶某和其单位共有。二审法院则认为该发明并非职务发明，理由有三：首先，陶某作为构件厂厂长，其职责范围应当是领导和管理建筑构件的生产经营活动，地基施工方面的研究和发明不应认为是构件厂厂长的本职工作。其次，“钻孔压浆成桩法”这一技术方案是陶某在其多年从事地基工程方面的工作经验积累的基础上研究出来的，不属于单位交付的任务。城市建设总公司下达给设计院和构件厂的具体科研任务是“小桩技术的试验及应用”，它是将国际

上已有的“小桩技术”在国内推广应用，而不是在“小桩技术”的基础上研究新的成桩方法课题。“钻孔压浆成桩法”与已有的“小桩技术”之间有本质区别。最后，陶某在完成发明过程中，主要依靠自己几十年从事地基工程施工的经验积累，并非主要利用本单位的物质条件，只是在实施其发明时使用了本单位的机器设备，而这与技术方案的完成并无关系。

本案的关键问题在于：“钻孔压浆成桩法”的完成是否是陶某从事本职工作、履行单位交付的任务或主要利用单位物质技术条件的结果？从法院认定的事实来看，答案应当是否定的。一审判决的问题在于，误将单位为实施发明而提供的物质条件当作为完成发明所利用的物质条件，而这两种情况是完全不同的。如果发明不是主要利用单位的物质技术条件完成的，则无论在实施过程中单位提供了如何重要的物质技术条件，都不会使发明成为职务发明。

典型案例

返聘后执行本单位的任务完成的发明为职务发明

高某原为某石化公司的高级工程师，退休后被返聘。在返聘期间，其对一项原有专利技术进行了改造，形成了新发明。对于该项发明是否属于职务发明，高某与石化公司产生了纠纷。高某认为，根据《专利法实施细则》（2001年）第11条的规定，退职、退休或者调动工作后1年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造属于职务发明。而涉案发明是退休1年后作出的，因此不属于职务发明。法院认为：职务发明是立足于单位任务作出的。高某退休时，立即由原告返聘，从事原工作，因此，高某的退休并没有造成他离开原有工作岗位的结果。其在返聘期间为执行本单位任务作出的发明创造仍然属于职务发明。本案中，高某是石化公司的技术负责人，返聘期间的职责所在就是进行技术改造，由此形成的发明与其本职工作密切相关。因此，法院认定该发明为职务发明。①

本案的关键在于如何解释有关退休1年后作出的发明不再属于职务发明的规定。一般情况下退休后职工会离开原工作岗位，即使其又在其他单位，或出于兴趣自行从事类似工作，该工作与原单位工作任务的联系也会逐渐减弱。正如法院所指出的那样，为了平衡各方利益，《专利法实施细则》（2001年）第11条作了一个时间上的切割，即以1年为限，在1年以内的相关发明创造更多地考虑技术任务在事实上的延续性，将发明创造的权利赋予原单位；超过1年的，更注重鼓励发明人的创造热情，将相关创造的权利赋予发明人。但在本案中，高某虽然已退休，但由于其立即被返聘，并未离开原工作岗位，而是一直从事原工作，继续履行原有工作职责。这种情况下，1年的期限是不适用的。

---

① 参见上海市第一中级人民法院民事判决书（2009）沪一中民五（知）重字第1号，上海市高级人民法院民事判决书（2008）沪高民三（知）终字第129号。

第三节 合作发明与委托发明的权利人

如果两个以上单位或者个人都对发明创造作出了实质性贡献，则该发明创造为合作发明创造。根据《合同法》第340条的规定，对于合作发明创造的专利申请权，除当事人另有约定的以外，属于合作开发的当事人共有；申请被批准之后，专利权也应由合作开发人共有。根据财产共有的一般民法原则，对专利申请权的转让，以及在获得专利权之后对专利权的转让、放弃或出质，应当经过全体合作开发人的同意；当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受让的权利；合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或者由其他各方共同申请；申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施该专利。《专利法》第15条还明确规定：专利申请权或者专利权的共有人对权利的行使有约定的，从其约定。没有约定的，共有人可以单独实施或者以普通许可方式许可他人实施该专利；许可他人实施该专利的，收取的使用费应当在共有人之间分配。除前款规定的情形外，行使共有的专利申请权或者专利权应当取得全体共有人的同意。

需要注意的是，合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。这与合作作者无正当理由不能阻止他人行使除转让权之外的著作权的规则不同。这是因为专利申请是有法律风险的。我国对发明专利申请实行“早期公开、迟延审查”制度，发明专利申请案自申请之日满18个月就会向社会公开，如果此后专利申请被驳回，申请人不但没有获得专利权，还会因技术方案已向社会公开而无法将其作为技术秘密进行保护，这实际上会导致技术进入公共领域。因此，如果合作发明创造的一方合作者不愿承担专利申请带来的法律风险，其他合作者应予以尊重。

委托发明创造是指一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造。根据《合同法》第339条的规定，对于委托发明创造的专利申请权，除当事人另有约定的以外，属于完成发明创造的单位或者个人，即受托人享有；受托人取得专利权的，委托人可以免费实施该专利；受托人转让专利申请权的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。

需要注意的是，国家资助单位或个人完成科研项目实际上是在国家与单位或个人之间形成了委托关系，在没有约定的情况下，由此完成的发明创造的专利申请权应当属于个人。以往受计划经济思维的影响，国家科研项目的管理机构一般在其科研项目任务书中强调科研成果归国家所有。这一做法在实践中影响了科研项目承担者的积极性和主动性，也不利于科研成果的转化。2004年，科技部和财政部借鉴美国《杜拜法案》的成功经验，规定除涉及国家安全、国家利益和重大社会公共利益的科研计划项目成果以外，项目承担单位可以独立享有研究成果的知识产权，依法自主决定研究成果知识产权的实施、许可、转让以及作价入股等事项，并获得相应的收益。这意味着对于在国家资助的科研项目中完成的科研成果，承担者可以享有专利申请权，并在申请获得批准之后成为专利权人。

第四节　外国人

中国已经加入了《巴黎公约》，该公约第 2 条规定：缔约国国民在其他缔约国应当享有该国法律授予其国民的一切利益，享有和国民同样的工业产权。缔约国不得以其他缔约国国民在该缔约国有住所或营业所为其享有工业产权的条件。同时，非缔约国国民只要在任一缔约国内有住所或真实有效的营业所，就能享有与该缔约国国民同样的待遇。据此，《巴黎公约》缔约国国民在我国申请专利权时，享有和我国国民相同的待遇。

《巴黎公约》第 2 条同时允许缔约国在司法和行政程序、管辖权以及指定送达地址和委派代理人方面对外国人有特别要求。据此，我国《专利法》第 19 条规定：在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利和办理其他专利事务的，应当委托依法设立的专利代理机构办理。

需要注意的是，专利权有强烈的地域性，而且只有经过国家专利行政机关的审查后才能授予。因此，即使发明创造人已经在《巴黎公约》某一缔约国获得了专利权，该发明创造在《巴黎公约》其他缔约国也不能自动受到保护，只有直接在该缔约国提出专利申请或根据《专利合作条约》提出国际专利申请并指定该缔约国，并且在该缔约国获得专利权之后，该发明创造才能在这一国家受到保护。

第五节　受让人

发明创造完成之后，无论是申请专利的权利，还是在提出专利申请之后获得专利权的权利，以及在申请被批准之后的专利权，都是具有价值的财产性权利，可以被转让、遗赠或继承，因此，获得这些权利的人就是受让人。

《专利法》第 10 条第 2 款规定："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"。这里的"有关法律、行政法规"特指《对外贸易法》和《技术进出口管理条例》。《对外贸易法》和《技术进出口管理条例》对不同类型的技术出口规定了不同的手续：属于禁止出口的技术不得出口；属于限制出口的技术实行许可证管理，未经许可不得出口；属于自由出口的技术，实行合同登记管理，无须经过政府部门批准。据此，外观设计由于不涉及技术，可以向外方自由转让外观设计申请权或专利权。对于向外方转让发明或实用新型专利申请权或者专利权的，要视所涉及的技术类型办理相关手续。

《专利法》第 10 条第 3 款还规定：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主管部门登记，由国务院专利行政主管部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效。对此需要注意的是，"申请专利的权利"与"专利申请权"不同：后者是指在提出专利申请之后，作为专利申请人享有的权利，也包括在专利获得批准之后成为专利权人的权利；前者则是指完成发明创造或设计之后，向国家

专利行政部门提出专利申请的权利。发明人或设计人在提出专利申请之前，可以将其申请专利的权利予以转让，受让人可以以自己的名义提出专利申请。转让专利申请权之所以需要经过登记，是因为最初申请人的姓名会被记录在申请文件中，如果自行转让专利申请权，会导致专利申请文件以及日后授权后专利文件中，实际权利人与记载不一致的现象，可能会误导公众并使他人利益受损。为了保护交易安全，《专利法》规定专利申请权和专利权的转让需要经过登记和公告才能生效。与此相反，转让申请专利的权利无须向专利行政主管部门登记即可生效。这是因为只有在提出专利申请之后，申请人的姓名才会被记载在申请文件之上。在此之前的转让不会影响公众日后查询正确的登记信息。

【问题与思考】

1. 评价我国的职务发明制度。我国的职务发明制度是否既有效保护了企业的投资，又促进了职工的研发积极性？你认为是否有必要以及如何对现有的职务发明制度进行改革？

2. 合作发明和委托发明的区别是什么？

3. 思考：如果你是一个企业的技术总管，你如何利用我国的专利法的相关规定，既能够保护好企业的利益，又能促进技术人员的积极性？

4. 思考：专利权转让过程中，需要注意哪些问题？

5. 思考：专利申请权转让和专利权转让的区别是什么？受让专利申请权要特别注意什么？

第十二章
专利申请、审查与授权的实质条件

本章导读

与著作权自作品完成之时自动产生不同，专利权只有经过国家专利行政主管部门的审查之后才能产生。由于我国采用先申请原则，因此专利申请日的确定，包括优先权日的确定了十分重要。申请人应当提交符合专利法要求的专利申请文件。发明和实用新型专利的申请文件包括请求书、说明书及摘要以及权利要求书。外观设计专利的申请文件包括请求书和照片或图片。专利申请应当遵循“一项发明创造或设计提交一份申请”的单一性原则，但也有例外情形。我国对发明专利申请实行“早期公开、迟延审查”的审查机制，对于实用新型和外观设计专利申请只进行形式审查。对于专利行政主管部门的决定，当事人可以要求复审和司法审查。一项专利申请要获得专利授权，必须具备法定的实质条件。各国专利法对不同类型的发明创造规定了不同的实质条件，对相同实质条件要求的标准也往往有所不同，但各国均要求发明专利具备新颖性、创造性和实用性这三项实质条件。新颖性是与现有技术相比较的要求，所以也被称为客观性实质条件；创造性是从普通技术人员角度提出的要求，所以也被称为主观性实质条；实用性条件则反映了推广应用发明创造这一专利制度的宗旨。本章主要讲解专利申请日的确定、专利申请文件、单一性原则和专利审查程序，并阐述了专利授权所需三项实质条件的概念，同时结合我国《专利法》的有关规定，分析了这三项实质条件各自的判断标准及新颖性要求的法定特殊情况。

第一节　专利申请日

一、先申请原则与专利申请日

专利申请日在我国《专利法》中具有重要作用。这是因为我国《专利法》采取“先申

请原则”，即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。需要注意的是，“最先申请”要以“申请日”而非“申请时”来判断。如果两个以上的申请人分别就同样的发明创造在同一天申请专利的，即使其中一个人在当天的申请时刻早于另一个，也只能视为两人同时申请。此时两人应当在收到国务院专利行政主管部门的通知后自行协商确定申请人；如果协商不成，两人的申请均将被驳回。这一机制看似残酷，实际上却能促使两个以上申请人达成协议，如一人放弃申请，而由另一人申请，可要求另一人给予适当补偿，或将实施专利所获得的收益按比例分成。因为如果无法达成协议，各方申请都将被驳回，这一结果是各方都不愿意接受的。

《专利法实施细则》规定：当面递交专利申请文件的，以递交日为申请日。以邮寄方式申请的，以寄出的邮戳日为递交日；邮戳日不清晰的，除当事人能够提出证明外，以国务院专利行政主管部门收到日为申请日。

二、优先权与申请日

（一）外国优先权的概念

由于专利权具有强烈的地域性，发明创造人在本国申请专利之后，如果希望自己的发明创造在其他国家也受到保护，必须再到其他国家申请专利权。而在其他国家申请专利是需要时间进行一系列准备工作的，如按该国专利法的要求准备材料和翻译资料等，而在此期间，可能已经有他人在该国就同样的发明创造提出了专利申请。根据先申请原则，所有在后的相同申请都无法获得授权。显然，这对于希望进行跨国申请的发明创造人而言是不利的。

为了对专利的国际申请提供方便，《巴黎公约》规定了专利申请的国际优先权，即一个缔约国国民在第一个缔约国第一次就发明、实用新型提出专利申请后 12 个月内，或就外观设计第一次提出专利申请后 6 个月内，又在第二个缔约国就同样的发明、实用新型或外观设计提出专利申请的，以其在第一个缔约国的申请日作为申请日。我国《专利法》第 29 条根据《巴黎公约》的要求规定：申请人自发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起 12 个月内，或者自外观设计在外国第一次提出专利申请之日起 6 个月内，又在中国就相同主题提出专利申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照相互承认优先权的原则，可以享有优先权。例如，中国和美国都是《巴黎公约》的缔约国，美国人甲于 2006 年 2 月 1 日就一项发明创造首次向美国专利商标局申请发明专利权，然后于 2007 年 1 月 30 日向中国国家知识产权局就相同的发明创造申请专利权并声明要求优先权。在此前的 2006 年 12 月 1 日，中国人乙向中国国家知识产权局就独立完成的相同发明申请专利权。虽然对于中国国家知识产权局而言，乙的实际申请日早于甲的，但根据《巴黎公约》和我国《专利法》对优先权的规定，应当以甲在美国专利商标局申请专利的日期（2006 年 2 月 1 日）作为甲在中国的申请日。这样，甲在中国的申请日就早于乙的申请日（2006 年 12 月 1 日）。根据先申请原则，甲就有可能获得专利权。

（二）享有外国优先权的条件

境外申请人要在中国申请专利时享有优先权，必须符合一系列条件：首先，申请人必须是前述有资格在我国申请专利权的人。同时，该申请人提出的第一个申请，即作为优先

权基础的在先外国申请，必须是在《巴黎公约》或 TRIPs 的缔约国提出的。

其次，作为优先权基础的在先外国申请必须是正规申请。正规申请是指在有关国家中足以确定申请提交日期的任何申请。只要该国专利行政主管部门已经就该申请确定了申请日，即使日后该申请被撤回、放弃或驳回，申请人也依然可以在我国享有优先权。

最后，作为优先权基础的在先外国申请必须是申请人就同一主题提出的第一个申请。例如，申请人于 2006 年 2 月 1 日首先在美国提出了发明专利申请，然后又在 2006 年 7 月 1 日在英国就相同主题提出了发明专利申请，则该申请人在我国享有优先权的期限只能是从 2006 年 2 月 1 日起算的 12 个月，而不能自 2006 年 7 月 1 日起算。

（三）外国优先权的效力

优先权与宽限期的效力是完全不同的。发生不丧失新颖性的三种情形的那一天并不是申请日，而享有外国优先权意味着在外国的首次申请日，即优先权日被视为在中国的申请日。这样，判断该申请在中国的新颖性和创造性都只能以外国优先权日为准。从外国的首次申请日到在中国提交申请之日这段时间内，即使有他人将相同的发明创造或外观设计通过出版物、使用或其他方式公开，也不能使该申请丧失新颖性或影响其创造性。

（四）本国优先权

《巴黎公约》有关国际优先权的规定固然便利了国际申请，但它可能使一国国民向本国申请专利时，在申请日上处于不利地位，因为即使本国人在本国提交专利申请的日期早于外国人的实际申请日期，外国人也可能因为享有外国优先权而在申请日上优先于本国人。为此，包括我国在内的许多国家在建立外国优先权制度的同时，也规定了本国优先权制度，以便利本国人的专利申请。我国《专利法》第 29 条第 2 款规定：申请人自发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起 12 个月内，又向国务院专利行政主管部门就相同主题提出专利申请的，可以享有优先权。需要注意的是，只有发明和实用新型专利的在先正规申请能够获得优先权。外观设计专利的申请不能产生本国优先权。

无论要求获得外国优先权还是本国优先权，申请人都应当在申请的时候提出书面声明，并且在 3 个月内提交第一次提出的专利申请文件的副本；未提出书面声明或者逾期未提交专利申请文件副本的，视为未要求优先权。

第二节　专利申请文件

一、书面原则

书面原则是指申请人必须以书面形式提出专利申请并办理各种手续。《专利法实施细则》第 2 条明确规定：《专利法》和本细则规定的各种手续，应当以书面形式或者国务院专利行政主管部门规定的其他形式办理。书面原则是为了将相关资料保存下来，为日后检索提供资料，并在发生纠纷时有据可查。随着信息技术的发展，“书面”的范围也在扩大，电子信息也开始被视做书面形式。目前我国国家知识产权局已经接受电

子化的专利申请了。

二、申请发明或者实用新型专利应当提交的文件

（一）请求书

请求书是申请人向专利行政主管部门表示请求授予专利权的愿望的申请文件。只要填写了国家知识产权局印制的《发明专利请求书》或《实用新型专利请求书》表格，就认为表示了请求授予专利权的愿望。请求书中应当说明发明创造的名称、发明创造人、申请人、联系人、专利代理机构、专利代理人和联系地址等。

（二）说明书及其摘要

说明书是最重要的专利申请文件。对于发明专利申请而言，说明书不仅用以解释权利要求书，是国家专利行政主管部门进行实质审查的基础，而且在经过法定期间后还要向社会公开。技术人员可以从公开的说明书中了解最新技术的发展，从而获得有益的技术启示。专利制度提供技术资料的作用由此体现。

说明书由以下几部分内容组成：（1）发明或实用新型的名称；（2）要求保护的技术方案所属的技术领域；（3）对发明或者实用新型的理解、检索、审查有用的背景技术；（4）发明或者实用新型的内容，即发明或者实用新型所要解决的技术问题、所采用的技术方案以及有益效果；（5）具体实施方式，即实现发明或者实用新型的优选方式。此外，说明书还可有附图说明。

为了发挥通过专利制度公开技术资料这一作用，说明书必须充分公开发明创造的内容。《专利法》第26条第3款中规定，说明书应当对发明或者实用新型作出清楚、完整的说明，以所属技术领域的技术人员能够实现为准。这意味着所属技术领域的技术人员根据说明书公开的内容，应用其应当具有的专业知识，在不需要作出创造性劳动的情况下就能够实施说明书中记载的发明创造，并且能够达到说明书描述的预期技术效果。因此，凡是所属技术领域的技术人员不能从现有技术中直接、唯一地得出的有关内容，均应当在说明书中描述。

我国对发明专利申请实行“早期公开、迟延审查”制度，自发明专利申请日起满18个月，国家知识产权局就会向社会公布包括说明书在内的专利申请文件。此时，发明创造的技术内容就能够为公众所获得了。但日后如果国家知识产权局经过实质审查后发现发明创造不符合授权条件并驳回申请，则申请人不但没有获得专利权，而且由于技术内容已经公开，也无法将发明创造作为商业秘密加以保护。在这种情况下，该项发明创造实质上已经无偿奉献给了社会。那么，申请人能否为了避免这种结局，而故意用含糊不清或模棱两可的语言描述发明创造的内容，或故意遗漏关键数据，导致所属领域的技术人员无法按照说明书实施发明创造呢？回答是否定的，因为：“充分公开”是《专利法》对说明书的法定要求，也是专利制度实现其自身作用的重要途径。如果说明书未能充分公开发明创造的内容，是无法通过专利审查的，专利申请会因此被驳回。即使这样的说明书侥幸蒙混过关，在取得授权之后，他人也可以说明书不符合“充分公开”标准为由，申请宣告该专利权无效。

说明书摘要是说明书记载内容的概述，它仅是为了便于公众进行专利检索，初步了解专利的内容。说明书摘要应当写明发明或者实用新型的名称和所属技术领域，并清楚地反

映所要解决的技术问题、解决该问题的技术方案的要点以及主要用途。

（三）权利要求书

权利要求书是重要的专利申请文件，因为它直接划定了专利保护的范围。申请人取得专利权后，权利要求书就成为判断他人使用相关技术的行为是否构成专利侵权的根据。《专利法》第26条第4款规定：权利要求书应当以说明书为依据，清楚、简要地限定要求专利保护的范围。

权利要求书的主要内容是说明发明或者实用新型的技术特征，以此表述请求保护的范围。权利要求书中必须包含该发明或实用新型的必要技术特征，即发明或者实用新型为解决其技术问题所不可缺少的、使之区别于其他技术方案的技术特征。例如，我国古代四大发明之一指南针的必要技术特征就是能够自由转动的磁针，缺少这一技术特征，一项装置就因无法指明南北方向而不能被称为指南针了。必要技术特征反映在权利要求上，就是独立权利要求。换言之，独立权利要求应当从整体上反映发明或者实用新型的技术方案，记载解决技术问题的必要技术特征。

独立权利要求由“前序部分”和“特征部分”共同组成。“前序部分”写明要求保护的发明或者实用新型技术方案的主题名称，以及该发明或者实用新型主题与最接近的现有技术共有的必要技术特征。“特征部分”一般使用“其特征是……”或者类似用语，写明发明或者实用新型区别于最接近的现有技术的技术特征。假如指南针刚被发明出来，发明人在申请专利时，就可以在权利要求书中提出如下的独立权利要求：一种指示方向的装置，其特征是一片磁针连接在一个支架上，可自由转动指示南北。在该独立权利要求中，“一种指示方向的装置”为“前序部分”，说明指南针与最接近的现有技术的共同必要技术特征在于能够指示方向。“其特征是一片磁针连接在一个支架上，可自由转动指示南北”是“特征部分”，用于说明指南针有别于其他指示方向的装置的技术特征在于通过磁针转动来指示南北。

需要注意的是，独立权利要求是通过在“前序部分”和“特征部分”列举必要技术特征来划定请求保护范围的，在取得授权后，如果他人未经许可使用的技术具有独立权利要求中列举的全部技术特征，则构成专利侵权，反之，则不构成侵权。这被称为“全面覆盖原则”。例如，独立权利要求记载了A、B、C三项必要技术特征，而被指控侵权的技术只具有技术特征A和B，或A和C，或B和C，或单独的A、B、C，均不构成侵权。但如果被指控侵权的技术具有技术特征A、B、C和D，则构成侵权。可见，独立权利要求的“特征部分”描述的特征越少，可能获得的保护范围就越大；而描述的特征越多，可能获得的保护范围就越小。因此，申请人在撰写权利要求书时，应当避免将于发明或实用新型非必要的技术特征写进去。在上述以指南针为申请主题的假想例中，如果将指南针的技术特征描述为“其特征是一片磁针连接在一个支架上，可自由转动指示南北，并且支架和磁针装在一个壳子中”，即使日后授予专利权，其专利的保护范围会大大缩小。原因是该独立权利要求多描述了一个不必要的技术特征“支架和磁针装在一个壳子中”，这样，如果他人制造了一个没有壳子的指南针，就不构成专利侵权了。

同样道理，在描述技术特征时，所使用的术语越是具有概述性，可能获得的保护范围就越大；而术语越是具体，可能获得的保护范围就越小。例如，某人发明了一种传动器械，

并用“动力传动装置”这一术语来描述其必要技术特征，就可以将各种动力传动方式都包括进去，他人制造的相似装置无论是使用齿轮传动还是使用皮带传动，都符合这一技术特征。但如果使用“齿轮传动装置”这一术语，日后专利权对该机器的保护范围就仅限于齿轮传动，他人只要使用皮带传动方式，即使其他技术特征与专利机器都相同，也不构成侵权。因此，申请人在撰写权利要求书时，还应当尽可能地使用较为概括的术语来描述技术特征。当然，对技术特征的列举和描述都要考虑到现有技术的范围。如果技术特征过少、术语过于概括，就可能将现有技术也包括了进去，导致新颖性或创造性受到影响。

典型案例

未全部覆盖权利要求记载的全部必要技术特征，不构成侵权产品

德国某公司“带托板容器”发明专利的独立权利要求为：“一种用于盛放液体的带托板容器……内容器的底部设置成带有一个居中的浅排流槽的排流底部，该排流槽带有一个轻微的坡度从内容器后壁伸展到装在内容器前壁上的排放接头……”该公司指称上海某包装容器公司生产、销售的集装桶侵犯了其发明专利权。经查，被控侵权产品的内容器底部虽然具有浅排流槽结构，但该排流槽并不带有轻微坡度。德国公司认为：“轻微”可以被解释为“忽略不计”。

法院查明：根据涉案专利说明书的陈述，现有技术的缺陷之一是容器中剩余液体的排空很费事，“必须将与内容器的排放开口对置的一侧抬起”才能排空残液。而说明书陈述的发明目的之一就在于：内容器的底部和托板底部作为排流底部，应能自动地排空带托板容器中的剩余量。该说明书陈述该发明的优点之一，也是该内容器设置了一个倾斜的排流底部来排空带托板容器的剩余量。因此，权利要求书中的“轻微”一词并非可有可无或忽略不计。“轻微”必须达到能够使容器中的残液被即时排空的程度。由于被控侵权产品的排流槽并不具有坡度，因此该产品没有全面覆盖权利要求书中记载的全部必要技术特征，与专利产品并不相同，不构成侵权。[①]

本案中，结合专利说明书的陈述，权利要求书记载的“轻微的坡度”一词具有实质性的意义，即能够解决即时排空容器中残液的技术问题，构成了涉案专利的必要技术特征，而被控侵权产品并不包含该技术特征，因此在技术上并不相同。该产品并非专利产品，制造、销售该产品不构成侵权。读者可在阅读后文“等同侵权”后思考：本案是否存在“等同侵权”的情况？

权利要求书除了应当具有记载发明创造全部必要技术特征的独立权利要求之外，还可以有从属权利要求。从属权利要求记载了附加技术特征，用于对独立权利要求作进一步限定。例如，对于指南针这一发明而言，磁针在支架上自由转动指明南北方向是必要技术特

① 参见上海市高级人民法院民事判决书（2004）沪高民三（知）终字第90号；张晓都：《专利侵权判定理论探讨与审判实践》，6～8页，北京，法律出版社，2008。

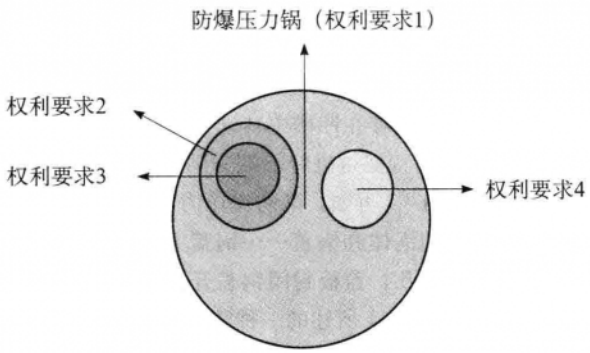
征，但磁针与支架的连接方式可以多种多样，只要能够保证磁针的转动即可。如果发明人设计了一种磁针与支架的特定连接方式，如将磁针下端磨成圆球状，在支架上端做一个凹槽，使磁针能够在凹槽中转动，则这种连接方式就是附加技术特征。如果发明人担心他人之前已经公开过指南针的技术方案，就可以对其设计的磁针与支架的连接方式提出从属权利要求，以对独立权利要求进行限定。

从属权利要求由“引用部分”和“限定部分”组成。“引用部分”写明引用的独立权利要求的编号及主题名称，“限定部分”写明发明或者实用新型附加的技术特征。在上述以指南针为申请主题的假想例中，权利要求书中的第一项权利要求为独立权利要求：“一种指示方向的装置，其特征是一片磁针连接在一个支架上，可自由转动指示南北”。第二项权利要求就可为从属权利要求：“根据权利要求 1 所述的指示方向的装置，其特征是磁针下端为圆球状，支架上端有一个凹槽，磁针能够在凹槽中转动”。其中，“据权利要求 1 所述的指示方向的装置”为“引用部分”，“其特征是磁针下端为圆球状，支架上端有一个凹槽，磁针能够在凹槽中转动”为“限定部分”。再如，某防爆压力锅实用新型的权利要求 1 为：“一种防爆压力锅，包括：相互配合的锅体和锅盖……锅盖上设有安全阀，其特征在于：所述的安全阀包括：锅盖上设有锅盖开孔，盖板封闭锅盖开孔……盖板与盖板罩间设有弹性件……”权利要求 2 为：“根据权利要求 1 所述的一种防爆压力锅，其特征在于：所述的弹性件是簧片”；权利要求 3 为：“根据权利要求 2 所述的一种防爆压力锅，其特征在于：所述的弹性件是由黄铜制成的簧片”；权利要求 4 为：“根据权利要求 1 所述的一种防爆压力锅，其特征在于：所述的盖板与锅盖开孔间设有密封圈”。其中，权利要求 1 为独立权利要求，权利要求 2、3 和 4 为权利要求 1 的从属权利要求。①

由于从属权利要求是对独立权利要求的进一步限定，它划定的保护范围小于独立权利要求。一旦独立权利要求因缺乏新颖性或创造性等问题而不能被授予专利权或者在专利权无效程序中被宣告无效，如果从属权利要求具有新颖性和创造性并满足其他授权要求，则从属权利要求就可以代替独立权利要求划定专利保护范围。在上述以指南针为申请主题的假想例中，如果审查员发现已有通过磁针在支架上自由转动指明方向的类似装置在申请日之前公开使用过，则指南针独立权利要求记载的必要技术特征就没有新颖性了。如果没有从属权利要求，申请人是无法获得专利权的。但如果审查员发现之前的类似装置从未采用从属权利要求记载的附加技术特征，也即都是以其他方式连接磁针与支架的，则该附加技术特征具有新颖性，在符合创造性等其他授权条件的情况下，申请人可以就该附加技术特征获得专利权。这样，专利权人虽然不能禁止他人制造指南针，但却有权禁止他人制造以附加技术特征记载的特定方式连接磁针和支架的指南针。同样道理：如果上述防爆压力锅实用新型专利权人起诉他人侵权，被告请求专利复审委员会宣告该实用新型专利无效。专利复审委员会经审查发现，在该专利申请日之前，包含权利要求 1 所述全部特征的防爆压力锅已经公开，但盖板与盖板罩之间的弹性件并非簧片，则权利要求 1 因缺乏新颖性被宣告无效，而保留其余权利要求时，权利要求 2 成为划定专利保护范围的依据。若被告制造的防爆压力锅完全包含权利要求 2 的技术特征，则其实施行为构成侵权。若在该专利申请

① 本假想例参考了专利号为 ZL 200720109534.3 的实用新型申请文件。

日之前，包含“盖板与盖板罩间设有弹性件，且其弹性件为簧片”特征的类似防爆压力锅也已经公开，但该簧片并非由黄铜制成，则权利要求1、2因缺乏新颖性被宣告无效，而保留其余权利要求时，权利要求3成为划定专利保护范围的依据。若在该专利申请日之前，公开销售的类似防爆压力锅还包含“盖板与盖板罩间设有由黄铜制成的簧片”的技术特征，但其盖板与锅盖开孔间并无密封圈，则权利要求1～3因缺乏新颖性被宣告无效，而保留其余权利要求时，权利要求4就成为划定专利保护范围的依据。权利要求1～4保护范围之间的关系见下图。



从这个意义上说，从属权利要求是“第二道防线”。

（四）对遗传资源来源的说明

如果一项发明创造是依赖遗传资源完成的，则申请人应当在专利申请文件中说明该遗传资源的直接来源和原始来源，申请人无法说明原始来源的，应当陈述理由。这一要求是与《专利法》有关“对违反法律、行政法规的规定获取或者利用遗传资源，并依赖该遗传资源完成的发明创造，不授予专利权”的规定相适应的。如果申请人无正当理由无法说明其发明创造所依赖的遗传资源来源于何处，则只能推定该申请人没有按照法定程序获取或利用遗传资源，该发明创造是不能被授予专利权的。

三、申请外观设计专利应当提交的文件

外观设计并不是用于解决技术问题的发明创造，而是对工业品外观的设计，因此，申请外观设计专利应当提交的文件与申请发明和实用新型应当提交的文件有所不同。

（一）请求书

申请人应当填写《外观设计专利请求书》表格，表示请求授予专利的愿望。请求书中应当说明使用外观设计的产品名称、产品所属类别或所属领域、设计人、申请人、联系人、专利代理机构、专利代理人和联系地址等。需要注意的是，请求书中说明的产品所属类别十分重要，因为外观设计专利的保护范围仅及于相同或相近种类的产品。《专利法》第59条规定：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。这与对注册商标的保护限于相同或类似产品（已注册的驰名商标除外）相似，而与对美术作品的保护不区分物质载体的情况完全不同。如果仅在毛巾上就一种设计获得了外观设计专利权，他人未经许可在地毯上使用相同设计，并不构成侵权。

（二）外观设计图片或者照片

外观设计不是技术方案，仅用文字表述很难让人了解，因此，外观设计专利申请无须提交权利要求书，但需要提交图片或照片，以清楚、全面地反映外观设计的特点。

（三）简要说明

《专利法》规定：申请人提交的有关图片或者照片应当清楚地显示要求专利保护的产品的外观设计。但除了图片或者照片之外，相关产品的名称、用途、类别，以及外观设计的要点、是否要求保护色彩等，也与外观设计专利保护范围的划定有关。因此，《专利法》同时要求申请人提交对该外观设计的简要说明。在授权之后，外观设计专利权的保护范围就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。

第三节　单一性原则和申请的分案

一、单一性原则的概念

单一性原则又被称为“申请主题单一性原则”，是指一件专利申请应当限于一项发明创造或设计。如果希望就两个或两个以上的发明创造或外观设计获得专利权，申请人必须提出相应数量的申请，而不能在一件专利申请中提出。规定单一性原则首先是为了便于专利局对申请进行分类审查和对专利文献进行分类检索，其次也是为了避免申请人少缴申请费、审查费和授权后的维持年费。

二、单一性原则的例外

单一性原则也有例外：如果两个以上的发明创造之间密切相关，以至于将其放在一个专利申请中更便于审查和检索时，《专利法》允许将这些发明创造放在一个专利申请中提出。《专利法》第 31 条第 1 款规定：一件发明或者实用新型专利申请应当限于一项发明或者实用新型。属于一个总的发明构思的两项以上的发明或者实用新型，可以作为一件申请提出。

什么是两项以上的发明或实用新型“属于一个总的发明构思”呢？如果其中每一项能够单独获得专利权的发明或实用新型都包含一个相同的技术特征或者彼此对应的技术特征，则这些发明或实用新型就属于一个总的发明构思。例如，某人发明了一种新的化合物，又发明了一种制备这种新化合物的新方法，于是提出了如下的权利要求：“权利要求 1：一种化合物 X；权利要求 2：一种制备化合物 X 的方法”。化合物 X 是两项权利要求共有的技术特征，因此，这两项权利要求各自对应的发明就属于一个总的发明构思，具有单一性。再如，某人同时发明了一种新型插座和与该插座相配套的新型插头，并提出了两个权利要求：“权利要求 1：一种插头，其特征为 A；权利要求 2：一种插座，其特征与 A 相应”。这两个权利要求包含的技术特征是彼此对应的，插头和插座必须配套使用，因此，这两项发明也属于一个总的发明构思，具有单一性，可以作为一件申请提出。

外观设计专利申请的单一性原则也有例外。《专利法》第31条第2款中规定：一件外观设计专利申请应当限于一项外观设计。同一产品两项以上的相似外观设计，或者用于同一类别并且成套出售或者使用的产品的两项以上的外观设计，可以作为一件申请提出。例如，茶杯和茶壶是各自具有独立使用价值的产品，对茶杯和茶壶各自作出风格类似的外观设计实际上是完成了两项外观设计，本应提出两件申请，但因茶杯和茶壶属于同一类别，而且通过成套出售组合在一起使用，因此，对茶杯和茶壶的外观设计可以作为一件申请提出。再如，申请人对某一产品完成了一项基本设计的同时，又对同一产品以基本设计为基础，完成了相似的设计，申请人就可以将对同一产品的两项以上的外观设计合案，作为一项外观设计专利申请提出。

三、申请的分案

申请的分案是指在专利申请中含有两项以上的发明、实用新型或者外观设计，而申请人将其中一部分发明、实用新型或者外观设计从原先的申请中分割出来，另行提出申请。分案大多是因为一个申请中包含的两项以上发明、实用新型或者外观设计不符合单一性的要求，为了获得专利权而必须分案申请。申请人也可以主动进行分案。分案之后的申请是独立于原申请之外的另一个申请。因此，即使原申请被撤回、放弃、驳回或者被宣告无效，对分案申请也不会产生任何影响。但分案申请可以享有原申请的申请日，如果原申请享有优先权的，对分案申请可以保留优先权日。

第四节　专利审查

一、专利审查概述

专利是一种由国家经过特定程序授予的权利。在专利制度发展的早期，世界上存在着两种专利授予制度：形式审查制与实质审查制。

形式审查制是指对专利申请只进行形式上的审查，即只审查申请是否履行了法定手续、申请文件是否齐全以及主题是否属于专利法的保护对象等，而对新颖性、创造性和实用性等实质条件不进行审查，只是在发生专利无效纠纷时才由法院进行实质审查。形式审查的好处在于专利能够迅速得到授权，缺点在于由于没有经过实质审查，可能会出现大量不符合实质条件的申请获得授权的现象。因此，目前完全实行形式审查制的国家已经非常少了。

实质审查制要对申请是否符合专利实质条件进行审查。实质审查制的优点在于能够保障专利的质量，但缺点是专利局需要大量时间进行审查，因此，授权速度较慢。实质审查制又分为两种基本形式：第一种是保密审查制，即专利局在授予专利权之前并不会将申请文件予以公布。保密审查制对于申请人是有好处的：因为专利申请文件一直处于保密状态，如果专利申请不成功，申请人还可以将技术作为商业秘密予以保护。但由于专利局往往需要几年甚至更长的时间进行实质审查，而在授权前不公开申请文件就无法使公众及时了解申请案的技术内容，很容易导致对技术的重复投资和重复研究，有悖于专利制度及时提供

技术资料的目的。同时，由于公众无法在审查期间提出异议，专利局只能独立承担全部审查工作，会带来较大的工作负担。因此，目前采用保密审查制的只有美国和加拿大等少数国家。第二种是公开审查制，即专利局在审查过程中，在决定授权之前就将申请文件向社会公布；许多国家还规定公众在此期间可以提出异议。为了避免申请案的大量积压，适当减轻专利局的审查压力，在公开审查制的基础上还发展出了“早期公开、迟延审查制”，即专利局先对专利申请进行形式审查，经审查合格者自申请日起满 18 个月即向社会公布，但直至申请人提出请求后才进行实质审查。这一制度的好处在于使申请人能够有几年时间仔细对其申请专利的技术的经济价值和商业前景进行评估，以便决定是否需要对其申请进行实质审查。因为申请人可能在申请之时对技术的实际价值并未考虑成熟，或者当时预计发明创造能够产生较大经济利益，但申请之后发现随着新技术的出现，自己的发明创造已失去原有价值。此时申请人就可以选择不要求进行实质性审查，从而放弃专利申请。这样，一方面申请人可以节省实质审查的费用，另一方面也减轻了专利局的负担，同时，公众也能从早期公开的专利申请文件中及时获得最新技术资料。

目前，我国对发明专利申请实行的是“早期公开、迟延审查制”，而对实用新型和外观设计专利申请实行形式审查制。

二、发明专利的审查程序

（一）初步审查

国家知识产权局一旦接受了发明专利申请并给予申请号之后，就会对其进行初步审查。初步审查主要是审查专利申请文件是否齐备、格式和撰写内容是否符合要求、申请人是否有申请资格，申请的主题是否明显不属于保护对象、是否明显不是专利法意义上的发明、是否明显不具有单一性，以及申请人是否已经缴纳申请费等。对于其中存在的缺陷，申请人可以进行补正或陈述意见，但经过补正或陈述意见之后仍然不符合要求的，申请将被驳回。

（二）早期公开与临时保护

根据《专利法》第 34 条的规定，国家知识产权局对发明专利申请经过初步审查认为符合要求的，自申请日起满 18 个月即行公布；申请人也可以请求早日公布其申请。

发明专利申请文件一旦公布，任何人都可以通过阅读说明书了解其记载的技术内容并加以实施。此时申请尚未获得批准，申请人还没取得专利权；而且未来经过实质审查之后，会有相当数量的申请被驳回，因此，他人未经许可根据说明书实施发明的行为并不侵犯专利权，申请人既不能要求其停止实施，也不能提起侵权诉讼并要求损害赔偿。但是为了对申请人的利益加以公平保护，《专利法》规定了对发明专利申请人加以临时保护的机制，于《专利法》第 13 条规定：发明专利申请公布后，申请人可以要求实施其发明的单位或者个人支付适当的费用。需要注意的是，由于此时申请人是否能够获得专利权尚不确定，因此实施人在实践中一般会拒绝支付适当费用。对此，申请人只有等到授权之后，才能通过法律途径要求他人对于在专利申请文件公布至授权日期间实施其发明的行为支付适当费用。但如果申请被驳回，申请人是无权要求他人就实施行为付费的。在申请人获得专利权之后，他人未经许可实施其发明的行为，除了法定例外情形之外，均

构成专利侵权。

《专利法》还对专利权人要求他人支付在发明专利申请公布后至专利权授予前使用该发明未支付适当使用费的诉讼时效作出了规定：专利权人要求支付使用费的诉讼时效为2年，自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起计算。但是，专利权人于专利权授予之日前即已得知或者应当得知的，自专利权授予之日起计算。例如，发明专利申请于2001年2月1日公布，申请人于2003年2月1日获得授权，他人在此期间使用了此项发明。如果专利权人在2003年2月1日之前就知道他人使用这项发明的情况，则要求其支付适当使用费的诉讼时效为2003年2月1日起的2年，而不是从他知道之日起的2年。

典型案例

把专利申请权称为专利权并声称他人侵权，构成不正当竞争

某外资公司委托律师事务所向上海某公司（其竞争对手）的客户发出了律师函，称其是“充气式保护性包装的唯一合法专利权人”，“是就相关专利技术享有专利权和相关权益的唯一主体，上述技术已根据各国和地区的法律规定受到全球性的保护”。律师函还声明其在浙江的子公司“是充气式保护性包装材料在中国大陆的唯一合法生产商”，而这家上海公司未经其许可或同意，使用该专利技术生产和销售充气式保护性包装材料；并要求客户立即停止从这家上海公司或其他侵权者处购买充气式保护性包装材料。该上海公司起诉该外资公司捏造、散布虚假事实，进行不正当竞争。

法院查明：在被告委托律师事务所发出律师函之前，相关技术正在专利申请过程之中，尚未被授权。法院认为：根据《专利法》的规定，只有在专利申请获得授权、专利申请人成为专利权人之后，才能就他人在发明专利申请公布至授权这段“临时保护”期间使用技术的行为，要求支付使用费。而律师函仅笼统地指出该公司是相关专利权和权益的唯一权利人、相关技术已经享有全球性的保护，并要求函件的接收人停止从侵权者处购买系争产品以避免法律风险。这样的表述对于非法律专业的人员来说，很容易产生错误认识，也即被告委托制作的律师函中所作的法律评价并未以真实的专利授权状态作为事实基础，而是偷换了概念，把专利申请权等同于专利权，从而得出对方侵权的结论，导致原告的客户接到这封律师函时，很容易认为原告是专利侵权人，而相关产品是侵权产品，从而决定停止与原告的业务往来。法院因此认定：被告在发表法律评价时不以事实为依据，擅自为竞争对手贴上侵权者的标签，并向其客户散布这种言论。该行为显然违背了诚实信用原则和公认的商业道德，而且在事实上造成了对原告商业信誉的不利影响，构成不正当竞争，理应承担停止侵害、消除影响和损害赔偿的民事责任。①

（三）实质审查

我国对发明专利申请实行“早期公开、迟延审查”机制。根据《专利法》第35条的规

① 参见上海市第一中级人民法院民事判决书（2008）沪一中民五（知）初字第67号，上海市高级人民法院民事判决书（2009）沪高民三（知）终字第109号。

定，发明专利申请自申请日起3年内，国家知识产权局可以根据申请人随时提出的请求，对其申请进行实质审查；申请人无正当理由逾期不请求实质审查的，该申请即被视为撤回。当发明对国家有重要价值，国家需要及时决定是否予以实施的，国家知识产权局可以自行对发明专利申请进行实质审查。

实质审查要对申请的技术是否构成专利法意义上的发明，是否属于不受保护的对象，是否符合单一性的规定，是否具备新颖性、创造性和实用性，以及说明书是否实现了充分公开、权利要求书是否符合要求等进行审查。对于审查中发现的问题，申请人可以进行修改或陈述意见。

（四）授权

根据《专利法》第39条的规定，发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政主管部门作出授予发明专利权的决定，发给发明专利证书，同时予以登记和公告。发明专利权自公告之日起生效。发明专利权的期限为20年，自申请日起计算。

三、实用新型和外观设计专利的审查程序

实用新型和外观设计对国民经济或技术进步的作用远较发明要小，因此，多数国家对实用新型和外观设计并不进行实质审查。我国也是如此。根据《专利法》第40条的规定，实用新型和外观设计专利申请经初步审查没有发现驳回理由的，由国家知识产权局作出授予实用新型专利权或者外观设计专利权的决定，发给相应的专利证书，同时予以登记和公告；实用新型专利权和外观设计专利权自公告之日起生效。初步审查主要是审查专利申请文件是否齐备，格式和撰写内容是否符合要求，申请人是否有申请资格，申请的主题是否明显不属于保护对象、是否明显不是专利法意义上的实用新型或外观设计、是否明显不具有单一性，是否明显不具备新颖性，以及申请人是否已经缴纳申请费等。对于其中存在的缺陷，申请人可以进行补正或陈述意见，但如果经过补正或陈述意见之后仍然不符合要求的，申请将被驳回。实用新型和外观设计专利权的期限为10年，均自申请日起算。

对实用新型和外观设计的申请不进行实质审查，因此，出现了相当多的重复授权，导致实用新型和外观设计专利权的法律稳定性较差，换言之，现实中存在不少原本不具备授权条件的实用新型和外观设计专利权。为了避免他人受到这类权利的影响，《专利法》第61条第2款规定：专利侵权纠纷涉及实用新型专利或者外观设计专利的，人民法院或者管理专利工作的部门可以要求专利权人或者利害关系人出具由国务院专利行政主管部门对相关实用新型或者外观设计进行检索、分析和评价后作出的专利权评价报告，作为审理、处理专利侵权纠纷的证据。“专利权评价报告”实质上是在专利侵权纠纷发生之后，由国家知识产权局对相关实用新型和外观设计进行的实质性审查，该报告具有证据的效力。如果该报告的结论是相关专利不符合法定授权条件，同时被控侵权人又在答辩期内提出了宣告该专利无效的请求，则该专利极有可能被专利复审委员会宣告无效。此时法院或专利行政主管部门应当中止诉讼或对侵权纠纷的处理，等待专利无效宣告程序的结果。如果该专利被最终宣告为无效，那么侵权指控自然不能成立。但如果评价报告的结论是未发现不符合法定授权条件的情形，则即使被控侵权人在答辩期内提出了宣告该专利无效的请求，该专利被专利复审委员会宣告无效的可能性也较小。此时法院或专利行政主管部门可以酌情不中止

诉讼或对侵权纠纷的处理。

第五节 复 审

对于在初步审查或实质审查后驳回申请的决定，申请人应当获得救济的机会。根据《专利法》第41条的规定，国家知识产权局设立专利复审委员会。专利申请人对国家知识产权局驳回申请的决定不服的，可以自收到通知之日起3个月内，向专利复审委员会请求复审。需要指出的是，对于驳回申请的决定，有些国家规定可以直接向法院起诉，而我国将申请专利复审委员会复审作为向法院起诉的前置条件。这样，一方面给了国家知识产权局自己发现和改正失误的机会，另一方面也可以适当减轻法院负担。对专利复审委员会的决定不服的，专利申请人可以自收到通知之日起3个月内向人民法院起诉。

第六节 专利授权的实质条件

申请人提出的专利申请必须同时符合法定的形式要件和实质要件才能被批准。形式要件是指申请要符合专利法规定的程序和文书要求，如递交符合格式要求的申请书、缴纳申请费等。而实质条件是对发明创造或设计本身的要求。对于不同的客体，专利法规定了不同的实质条件，发明和实用新型应当具备新颖性、创造性和实用性，但专利法对发明和实用新型的创造性要求又有所不同。外观设计不但要符合新颖性，还要具备区别于在先设计的特征，而且不能与在先权利相冲突。

一、发明和实用新型专利授权的实质条件

（一）新颖性

1. 新颖性与现有技术的概念

对于发明和实用新型而言，新颖性是指发明创造是“新”的，而不是“旧”的。已经为人们所知的现有技术是不能被任何人拿去申请并获得专利权的，例如，对于已经流传了千百年的我国“四大发明”，在今天是不可能获得专利权的。专利制度的主要作用在于通过赋予发明创造人专利权这一垄断性权利保障其获得经济回报，以换取发明创造人将新技术公之于众，并鼓励更多的人投身于创造发明活动。如果一项技术方案早已为人们所知，根本就不需要通过给予任何人垄断权来换取其公开。而拿已经被人们利用的技术去申请并获得专利，则意味着在没有对社会贡献任何新技术的情况下，将已处在公有领域的技术纳入自己的垄断范围。这不但无法起到鼓励和促进发明创造的积极作用，还会导致对公共利益的严重损害。

发明创造的“新”是相对于发明创造在申请专利之前的现有技术而言的。如果一项发明创造与专利申请日之前的现有技术相同，则该发明创造就没有新颖性。专利法上的“现有技术”是指在专利申请日之前在国内外为公众所知并且实施的技术方案。需要注意的是，

专利申请日之前已经存在的技术并非都是“现有技术”，那些处于保密状态的技术由于不能为公众所获知，不构成“现有技术”。该项技术的发明创造人在经过一段时间的保密之后决定申请专利权，或者他人通过独立努力发明了同样的技术并申请专利，都是符合新颖性要求的。在这种情况下，专利制度仍然通过赋予发明创造人专利权来换取其公开原本处于保密状态的技术，使社会公众获得了技术资料，同样取得了鼓励创新和提供技术资料的作用。

在专利法上，有三种行为会导致技术被公开，成为可以为公众所获得的现有技术。

（1）书面公开

如果在申请日以前有同样的技术方案在国内外以书面方式公开发表过，这项发明或者实用新型专利申请就被认为已经公开，成为现有技术了。

对于书面公开，《专利法》采取了“世界标准”。即使同样的发明或实用新型是在国外以书面方式公开，也会使国内在后的申请丧失新颖性。这是因为现代交通和通讯非常发达，国外的技术信息和资料是很容易在国内检索到的。因此，如果允许国内的申请人在查到国外的一项技术后，没有付出任何劳动就将其照搬过来，在国内申请并获得专利，就无法起到鼓励发明创造的作用。同时，规定世界新颖性标准，有利于刺激本国的发明创造人与其他国家的发明创造人相竞争，从而研发出世界领先的技术，这对于一国的经济发展是十分有利的。

只有通过公开的书面方式发表相关技术，才会导致该项技术成为现有技术。“书面”的范围非常广，包括书籍、杂志、报纸、宣传册、专利文献、影片和光盘等；通过互联网发表也算是书面公开。但是，书面公开的文章必须充分说明技术方案的具体内容，能够使本领域的技术人员实施，否则，不能构成现有技术。描述技术的文章一旦公开发表，就已经处于能够为公众所自由获知并利用的状态。至于出版发行量有多少、是否有人阅读过以及申请人是否知道，都无关紧要。例如，美国法院曾认定：仅在一个由 50 人至 100 人参加的会议上报告论文，并在不施加限制条件的情况下应感兴趣者的要求向其提供论文，虽然只有 6 个人要求获得论文，也构成书面公开。[①] 再如，在专业会议的张贴板上张贴技术资料，两天半的会议期间内，参会的许多本领域技术人员都可看到该份资料并进行复制。虽然无法证明有多少人实际进行过复制，但该资料仍然已被公开。[②] 需要注意是，专利制度的应有之义就是“以公开换取权利”，因此，各国已授予专利权的技术都是公开的，公众可以通过专利文献进行查询。显然，在申请日之前，所有国家公开的专利文献中记载的技术都是现有技术。例如，一项刚刚在美国申请专利权的技术如果与一项已在意大利被授予专利权的技术相同，则因其不具备新颖性，不能在美国被授予专利权。[③]

典型案例

将博士论文保存在公共图书馆中导致公开

专利申请的对比文件（指记载现有技术的文件）是一本德国大学的博士学位论文，

① Massachusetts Institute of Technology v. Ab Fortia, 774 F. 2d 1104, at 1109 (Fed. Cir., 1985).

② In re Klopfenstein, 380 F. 3d 1345 (Fed. Cir., 2004).

③ Hakim v. Cannon Avent Group, 479 F. 3d 1313, at 1319 (Fed. Cir., 2007).

其并未通过出版等常规途径发表，但已在被编目后保存在该大学的图书馆中，该校师生及公众均可在图书馆中免费查阅。美国专利申请人认为：对比文件仅保存在一所外国大学的图书馆中，不足以构成书面公开。美国联邦巡回上诉法院认为：公众是否能够获取对比文件，是判断该对比文件是否已经以书面形式公开的关键。而该博士论文被编目和保存后，任何感兴趣的人都可以去图书馆查阅，因此其充分描述的技术已公开。①

（2）使用公开

如果同样的技术方案在国内外公开使用过，则这项发明或者实用新型专利申请会被认为构成现有技术，在后申请就不具有新颖性了。

对技术的使用只有能够导致公众从中得知技术方案的实质性技术内容才是专利法意义上的“公开使用”。例如，某人发明了一种清洁、高效的汽车发动机，并在展览会上向公众演示装有这种新型发动机的小汽车。参观者仅仅观看汽车外部是无法了解其中发动机的技术特征的，因此，这种对新型发动机的展示并不属于对技术的公开使用。但是，如果参观者中有人向发明人询问该发动机的工作原理，而发明人在没有要求听众承担保密义务的情况下，将发动机的全部技术特征和盘托出，则导致对技术的公开。

使用公开的方式包括可以使公众从中得知其技术内容的制造、使用、销售、进口、交换、馈赠、演示和展出等方式。需要注意的是，将使用了相关技术的产品售出后，发明人就失去了对产品使用方式的控制。如果购买者可以通过对产品进行观察、测量、化验，或拆卸产品，分析其结构、材料和功能等手段获得其中的技术特征，则即使没有人真的去这样做，出售该产品的行为也属于公开使用行为。例如，发明人在申请日之前将其发明的一种机器销售给了某单位，而且没有要求该单位承担保密义务。在这种情况下，除非该机器的技术特征受当时技术水平的限制无法通过拆卸机器和进行分析研究而获得，否则，这一销售行为就构成了使用公开。

典型案例

试用结束后未收回产品导致技术公开

某人发明了一种可用于消防呼吸器的多功能减压器，交给消防局由消防员佩戴试用并获得了试用报告。但在试用结束后，他并未收回减压器，而是留在消防局由其继续使用。此后发明人提交了发明专利申请。专利局和专利复审委员会认为，无论是在出具试用报告之前的佩戴试用，还是在此之后的在消防救火中的实际使用，使用者在使用过程中即可完成对所使用的产品的结构及相关技术内容的知晓，即成为相关技术的获知者。但是，在试用阶段，试用者与委托人之间是合作关系，试用者对委托人负有保密义务，试用行为尚不能使技术处于公众能够得知的状态，因此，不是专利法意义上的使用公开。而在试用结束

① In re Hall, 781 F. 2d 897, at 899 (Fed. Cir., 1986).

之后，委托方并没有收回试用产品，同时也没有要求试用方继续保密，因此，试用方已不再有保密义务，试用方的继续使用也不再具有测试产品性能的性质。因此，消防局在没有保密义务的情况下对保留产品的使用构成了使用公开，在后的申请即丧失了新颖性。①

此案的关键在于在试用结束之后，发明人既没有收回相关产品，也没有要求试用者继续承担保密义务。这样，试用者不但可以通过“反向工程”分析其中的技术内容，还可以自由地加以披露。即使试用者没有实际实施这种行为，相关技术也已经处于可以为公众所获得的状态，因此构成了公开。

（3）其他方式的公开

除了书面公开和使用公开之外，口头交谈、讲演、报告、发言、授课等公开方式如果能够使公众得知技术内容，也会使技术成为现有技术。例如，某教授在大学的公开课上将自己研制的化学物质的结构予以详细讲解，使该领域的技术人员听后能够合成相同的化学物质，则可以认为这名教授通过授课公开了自己的技术。相反，教授如果只就自己的科研成果与几个研究生进行讨论，并且要求研究生们保密，则并不构成口头公开。

需要注意的是，“公开”并不意味着“人数众多”，也不意味着必须有大量相关产品对外销售。专利法上意义的“公开”与实际人数和产品数量并无关系，它仅仅是指技术方案脱离了秘密状态，公众有获知的可能性。一方面，即使发明人只将技术内容告诉了一个人，只要此人并不负有保密义务，技术就已经被公开了。例如，某人发明了带有钢丝的妇女胸衣，并将两件这样的胸衣送给一位女性朋友使用了两年。由于发明人并未要求其朋友承担保密义务，该发明因公开使用而丧失了新颖性。② 另一方面，即使有许多人都已经知道技术内容，但却都负有保密义务，则技术内容仍然处于秘密状态之中，没有被公开。

2. 判断新颖性的标准

如果发明或实用新型专利的申请人并未在申请日之前以任何方式公开过其技术方案，使之为公众所知，则在判断该发明或实用新型专利申请是否具有新颖性时，就必须将其与申请日之前的现有技术进行对比。如果两者在技术领域、所解决的技术问题、技术方案和预期效果实质上相同③，则该发明或实用新型专利申请属于现有技术，没有新颖性，反之，则具有新颖性。

公开了现有技术的文件被称为“对比文件”。引用对比文件判断发明或实用新型专利申请的新颖性时，应当以对比文件公开的技术内容为准。该技术内容不仅包括明确记载在对比文件中的内容，而且包括对于所属技术领域的技术人员来说，隐含的且可直接地、毫无疑义地确定的技术内容。④ 在进行对比时，应遵循“单独对比”的原则，也即只能用一份对比文件中记载的一项现有技术与发明或实用新型专利申请的技术方案进行对比，而不能将一份或多份对比文件记载的多项现有技术的组合作为对比的基础。这是因为将不同的现有技术进行组合，有可能形成新的发明创造，从而获得专利权。当然，这种组合的结果能否

---

① 参见专利复审委员会无效宣告请求审查决定第2563号。

② Egbert v. Lippmann，104 U. S. 333 (1881)。

③ 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》(2010年版）第二部分第三章3.1。

④ 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》(2010年版）第二部分第三章2.3。

获得授权，取决于其是否具有创造性。

如果申请发明或实用新型专利的权利要求所记载的所有技术特征，都在一份对比文件记载的一项现有技术中出现了，则该发明或实用新型专利申请就属于现有技术，没有新颖性。这与认定专利侵权时遵循的“全面覆盖原则”是相同的。例如，对比文件记载的一项现有技术的特征为A+B+C+D，而申请发明或实用新型专利的权利要求记载的技术特征为A+B+C，则由于该权利要求中记载的技术特征已被现有技术全面覆盖，该发明或实用新型专利申请没有新颖性。反之，如果对比文件记载的一项现有技术的特征为A+B+C，而申请发明或实用新型专利的权利要求记载的技术特征为A+B+C+D，则由于该权利要求中记载的技术特征未被现有技术全面覆盖，该发明或实用新型专利申请具有新颖性。

如果要求保护的发明或实用新型与对比文件的差异只在于采用上位概念和下位概念的区别，则该发明或实用新型专利申请是否具有新颖性取决于其权利要求使用的是上位概念还是下位概念。如果权利要求用上位概念限定某一技术特征（如“80至100摄氏度”），而对比文件采用下位概念限定该技术特征（如“90摄氏度”），则该发明或实用新型专利申请没有新颖性。这是因为“80至100摄氏度”包括了“90摄氏度”，如果认为权利要求中这一上位概念符合新颖性的要求，则一旦授权，他人就无法使用“90摄氏度”这一现有技术了，这显然是不公平的。相反，如果权利要求用下位概念限定某一技术特征（如“90摄氏度”），而对比文件采用上位概念限定该技术特征（如“80至100摄氏度”），则该发明或实用新型专利申请具有新颖性。当然，“90摄氏度”限定的技术方案是否具有创造性还需另行审查。

3. 抵触申请

抵触申请是指在申请日之前，已经有单位或者个人就同样的发明或者实用新型向专利局提出申请并且记载在申请日以后公布的专利申请文件中。例如，甲于2006年1月向专利局提交了一项发明专利申请，乙出于巧合完成了和甲的发明相同的发明，并于2007年1月向专利局提交了发明专利申请。甲的申请文件于2007年3月由专利局公布。对于乙的申请而言，甲的申请构成抵触申请。由于甲的申请文件直至2007年3月才向社会公布，因此，在乙的申请日之前，甲申请专利的技术仍处于保密状态，并不构成现有技术。严格地说，乙的技术在其申请日与现有技术相比仍然是“新”的。但是，对于一项发明创造只能授予一项专利权，为避免对同样的发明或者实用新型专利申请重复授权，《专利法》将抵触申请规定为使在后申请丧失新颖性的特殊情况。因此，在上例中，乙无法获得专利权。

4. 不丧失新颖性的公开

技术一旦以某种方式公开，就构成了现有技术，不再具有新颖性。但为了鼓励申请人在国际与国内进行技术交流，以及防止因他人的失约或欺诈而给申请人造成损害，《专利法》第24条规定，在发明与实用新型申请日之前6个月内有以下导致被申请的技术公开的情形之一的，该技术不丧失新颖性：（1）在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的。中国政府主办的国际展览会，包括国务院、各部委主办或者国务院批准由其他机关或者地方政府举办的国际展览会。中国政府承认的国际展览会，是指《国际展览会公约》规定的由国际展览局注册或者认可的国际展览会，如2010年在我国上海举办的“世博会”。所谓国际展览会，是指展出的展品除了举办国的产品以外，还应当有来自外国的展品。

(2) 在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的。规定的学术会议或者技术会议是指国务院有关主管部门或者全国性学术团体组织召开的学术会议或者技术会议。(3) 他人未经申请人同意而泄露其内容的，包括他人未遵守明示的或者默示的保密约定或合同而将发明创造的内容对外公开，也包括他人用威胁、欺诈或者间谍活动等手段从发明人或者申请人那里得知发明创造的内容后造成的公开。[①] 只要在发生这三种情形后的 6 个月内申请专利，这三种情形均不会导致该申请丧失新颖性。但是，例外的时间是有限的，如果发生上述三种情形 6 个月之后再去就相同的技术申请发明或实用新型专利，就会因技术丧失新颖性而无法获得授权。

需要特别注意的是，上述三种情形仅是新颖性规则的例外，6 个月的时间被称为“宽限期”。它意味着申请人只要在发生三种情形之一的那一天起 6 个月内申请专利权，这三种导致技术被公开的情形本身并不会影响申请的新颖性。但发生三种情形之一的那一天并不是申请日。因此，在这三种情形发生之后，如果以其他方式公开了技术方案，或有人就独立研发的相同技术提出专利申请，仍然会使技术丧失新颖性。例如，发明人甲于 2007 年 2 月 1 日在中国政府主办的国际展览会上首次公开展出了自己的发明，又于 2007 年 6 月 1 日就相同的发明申请专利权。根据《专利法》对“宽限期”的规定，甲的发明并不因其于 2 月 1 日的公开展出而丧失新颖性，但其申请日仍然是 2007 年 6 月 1 日，而非 2 月 1 日。如果另一发明人乙在 2007 年 2 月 1 日至 6 月 1 日期间就相同的发明创造申请专利权，并且能够证明自己是独立完成该发明创造的，则根据先申请原则，甲的发明就不能获得专利权了。当然，由于该发明已于 2 月 1 日由甲公开，乙的发明也会因丧失新颖性而无法获得专利权。同时，如果在 2 月 1 日至 6 月 1 日之间，甲将自己的发明在论文中详细加以描述并在科技期刊上公开发表，或在大学课堂上予以公开讲授，则其 6 月 1 日的申请也会因丧失新颖性而不能被批准。

(二) 创造性

1. 创造性的概念

创造性的概念对于发明和实用新型是不同的。对于发明而言，创造性是指发明与现有技术相比具有突出的实质性特点和显著的进步。对于实用新型而言，创造性是指实用新型与现有技术相比具有实质性特点和进步。

为什么一项发明创造要达到“创造性”的高度才能获得专利权呢？难道“新”的东西不是被“创造”的么？实际上，仅仅要求发明创造具有“新颖性”是无法实现专利法鼓励技术创新的目的的。“新颖性”关注的是申请专利的技术与一项现有技术是否相同，因此，在判断申请专利的技术是否有“新颖性”时，只能以一份对比文件中记载的一项现有技术作为对比的基础。“创造性”关注的则是：在申请专利的技术具有“新颖性”，也即不同于任何一份对比文件中记载的任何一项现有技术时，该申请专利的技术与相关现有技术之间存在的差异。如果一项技术虽然是新的，但却是这个领域的技术人员都能很轻松地想到的，那么提出这项技术方案就不需要投入太多创造性劳动。因为技术人员可以很容易地将不同的现有技术拼接起来，形成一项新技术。对这样的技术方案加以保护，不但不能起到鼓励

---

① 参见国家知识产权局颁布的《专利审查指南》(2010 年版) 第一部分第一章 6.3.1、6.3.2、6.3.3。

创造的作用，反而会制造过多、过滥的垄断，束缚和妨碍技术的发展，不利于鼓励人们从事更高水平的技术创造。因此，能够获得专利权的技术除了要“新”之外，还必须要凝集了较多的创造性劳动，不能是为本领域的技术人员所显而易见的。如果将新颖性的要求简单地概括为“新”，则创造性的要求可以被归结为“难”。换言之，只有那些本领域普通技术人员不容易想到的发明创造才能获得专利权。专利法以新颖性的要求刺激新技术的产生，而以创造性的要求促进技术飞速发展。

2. 判断创造性的标准

对于申请获得发明专利的技术而言，《专利法》要求其具有突出的实质性特点和显著的进步。为了判断发明创造是否具有突出的实质性特点，《专利法》假设在本技术领域中存在这样一个人：他知晓申请日之前本技术领域所有的普通技术知识，能够获知该领域中所有的现有技术，包括阅读过在申请日之前已公布的所有专利文献和国内外的技术杂志。在此基础上，他还具有应用申请日之前常规实验的手段和能力，同时能够在掌握这些技术的基础上发挥普通创造能力，但他不具有较高程度的创造能力。如果所要解决的技术问题促使此人在其他技术领域寻找技术手段，他也只具有从该其他技术领域中获知该申请日之前的相关现有技术、普通技术知识和常规实验手段的能力。如果发明是这个假设的人在现有技术的基础上通过逻辑分析、推理或者有限的试验可以得到的，则该发明是显而易见的，也就不具备突出的实质性特点。发明有显著的进步，则是指发明与最接近的现有技术相比能够产生有益的技术效果，如改善质量、提高产量、节约能源、防治环境污染，或者为解决某一技术问题提供了一种不同构思的技术方案，或者代表某种新的技术发展趋势。

在进行创造性的判断时，先要确定最接近的现有技术，再确定发明或实用新型的区别特征和其实际解决的技术问题，最后从最接近的技术和发明或实用新型实际解决的技术问题出发，判断要求保护的发明或实用新型对本领域的技术人员而言是否显而易见。这就需要将申请专利的技术和与之最接近的现有技术进行对比，但对比的原则与判断新颖性的原则不同。上文讲解过，为判断新颖性进行技术对比时，应遵循“单独对比”的原则，也即只能用一份对比文件中记载的一项现有技术与发明或实用新型专利申请的技术方案进行对比。与此相反，为判断创造性进行技术比对时，应将相同或相近领域中一份或多份对比文件中记载的多项现有技术的组合作为对比的基础。例如，某发明的权利要求中有 A＋B＋C 三项技术特征，而这三项技术特征在三份对比文件中分别出现过，本领域的普通技术人员应当掌握。此时就必须判断：对于本领域普通技术人员而言，由 A＋B＋C 构成的发明是不是显而易见的？这种判断原则的差异，源于新颖性和创造性作用的不同：新颖性的作用是判断一项技术是否为“新”技术。显然，A＋B＋C 的技术组合既不同于 A 技术，也不同于 B 技术，又不同于 C 技术，因此，A＋B＋C 的技术组合相对于在不同对比文件中被单独记载的 A 技术、B 技术和 C 技术而言是“新”技术。但创造性的作用是判断一项技术的形成是否需要创造性劳动，也即是否对本领域的普通技术人员而言是显而易见的。将多项现有技术以通常方式加以组合，如果其产生的效果仅仅是原各自技术效果可预期的叠加，则很有可能是普通技术人员轻而易举想到的技术方案。因此，在判断创造性时，不能将用于对比的现有技术局限于一份对比文件记载的一项现有技术。例如，在一起专利诉讼中，现有技术是用铺路机一段一段地铺设沥青路面，用辐射加热器加热、软化路面边缘后，用打夯

机整合路面边缘的形状；一项技术方案的特征则是在铺路机上安装辐射加热器。这种组合两种机器的方法产生的效果，与先后单独使用各机器的效果并无不同。因此，虽然该组合带来了一些使用上的便利，但其对本领域的普通技术人员而言是显而易见的。①

典型案例

“红外传输出租汽车计价器”发明专利无效案

马某发明的“红外传输出租汽车计价器”获得了发明专利，北京林阳智能研究中心向专利复审委员会申请宣告该发明专利无效，并提交了一个英国专利公开的技术方案和香港八通公司计价器说明书。此案上诉至二审法院后，法院认定：英国专利所公开的是通过有线连接计算机对计价器进行数据传输管理的一种技术，同时公开了最好采用光波控制方式改进这种有线传输方式的信息。而香港八通公司计价器说明书所公开的是一种利用红外信号传输进行管理的出租车计价器。红外光是光波中的一种，本领域普通技术人员不经创造性劳动就会采用香港八通公司计价器所明示的红外信号传输装置转换英国专利公开的技术方案中的输入、输出装置，而红外信号传输装置是公知技术，是由红外接收、发射装置构成的。用红外信号代替英国专利公开的技术方案中的输入、输出技术也是公知技术。本领域普通技术人员根据公知技术很容易设计红外传输出租车计价器。英国专利和香港八通公司计价器已构成公知技术，本领域普通技术人员不经过创造性劳动即可得出被申请宣告无效的发明专利的技术方案，因此，该发明不具有专利法意义上的创造性。②

本案中，马某的发明实际上是将英国专利所公开的技术和香港八通公司计价器说明书公开的技术组合在了一起。而这种组合方式对于本领域的技术人员是显而易见的，不需要投入大量创造性劳动，因此，不具有突出的实质性特点，没有创造性。

典型案例

KSR 案

在进行创造性的判断时，要求以一个假设的本领域普通技术人员的眼光为准。但是，审查员都是在阅读过申请文件、了解了发明内容之后，才会对创造性作出判断。这就容易产生“事后诸葛亮”的问题，即看过技术方案之后，觉得这是显而易见的，但实际上事先未必能轻易想到该技术方案。这一问题对于将几种现有技术加以组合形成的发明更为突出。为了避免“事后诸葛亮”的问题，美国联邦巡回上诉法院一直适用名为“教导、启示或动机”的检验标准（“teaching，suggestion or motivation” test，简称 TSM 标准），其含义为：只有根据对比文件、需要解决的技术问题的性质或者本领域普通技术人员的知识，存在将现有技术中解决相关问题的方案（称为“技术教导”）结合在一起的启示或动机，将现有技

① Anderson's-Black Rock，Inc. v. Pavement Salvage Co.，396 U. S. 57，at 58－61 (1969)．

② 参见北京市高级人民法院行政判决书（1998）高知终字第 29 号。

术加以组合形成的发明才是显而易见的。然而，在美国联邦最高法院判决的 Teleflex v. KSR 案中，联邦巡回上诉法院对该标准的适用被认定是不正确的。

有人就一种“带有电子阀门控制器的可调节踏板装置”获得了美国专利。在该项专利申请日之前，已经存在两类专利，各自可解决一类技术问题。首先，早期汽车的油门踏板位置是无法调节的，驾驶员只能通过调节座椅的位置来适应脚踩油门的需要。有人设计出了位置可调的油门踏板，能够在踏板支点不变的情况下调节踏板位置，同时保持脚踩油门形成的压力不变。其次，早期汽车的阀门是由油门踏板进行机械控制的，脚踩油门所形成的压力通过电缆或其他机械连接装置撬动杠杆，杠杆在支点上转动后打开汽化器的阀门。20 世纪 90 年代出现了用计算机控制阀门开关的技术（数控阀门技术），方法是装上电子踏板传感器，将脚踩油门形成的压力置换成电子信号，再传送给计算机，由其对阀门进行相应的控制。围绕电子踏板传感器也存在在先专利：有的专利技术特征为将传感器装在踏板的固定支点上，而不是装在踏板下的踏板脚垫之中，以避免传感器线路的磨损。有的专利是与踏板相互独立的传感器，可以被拆卸下来，装到老式的机械踏板上，并配合数控阀门发挥作用。除此之外，还存在将位置可调的油门踏板与电子踏板传感器结合起来的发明。相关专利的技术特征是：在位置可调的油门踏板之下的踏板脚垫中安装电子传感器。但该发明的缺陷在于传感器线路容易磨损。

涉案专利“带有电子阀门控制器的可调节踏板装置”的技术特征是在位置可调的油门踏板的固定支点中装入电子传感器。Teleflex 公司是该专利的专有被许可人。KSR 公司是通用汽车公司的油门踏板系统供应商，通用汽车公司制造的雪佛兰轿车发动机中采用了数控阀门技术，KSR 公司为了使其自行研发的位置可调的油门踏板与之相兼容，就在油门踏板的固定支点中增加了电子传感器。Teleflex 公司起诉其侵犯专利权。

一审法院认为涉案专利是无效的，因为其内容对于本领域的普通技术人员而言，仅是现有技术“位置可调的油门踏板”与“电子踏板传感器”显而易见的组合。美国联邦巡回上诉法院在二审中则认为，作为对比文件，有关“位置可调的油门踏板”的专利和“电子踏板传感器”的专利都没给出将两者相结合的启示或动机，而唯一将两者结合起来的专利存在传感器线路容易磨损的缺陷，且没有给出解决方案。根据“教导、启示或动机”检验标准，涉案专利中的技术并不显而易见。

美国联邦最高法院对此持相反观点，指出：“教导、启示或动机”检验标准有一定的合理性，即不能仅因发明是由现有技术组成的就认定该发明显而易见。搞清是什么促使普通技术人员以专利申请要求保护的特定方式将现有技术组合起来至关重要。因为多数发明都是基于现有技术作出的，往往需要对现有技术中的要素进行组合。但是，在适用该标准时，将注意力过于集中在对比文件中的字面内容是不可取的，这是因为在许多技术领域，很少会有文献去讨论对现有技术的组合。推动该领域发展、创造的动力往往是市场需求。[①]

美国联邦最高法院进而认为：在判断发明是否显而易见时，发明人的特定动机或其声称的目的是无关紧要的，重要的在于本领域普通技术人员是否已经意识到了相关技术问题，而且已经有了显而易见的解决方案。联邦巡回上诉法院判决中的问题在于，其认为本领域

① KSR International, Co. v. Teleflex, Inc., 550 U. S. 398, at 418 - 419 (2007).

普通技术人员在面对一项待解决的技术问题时，只会去看现有技术是否对完全相同的技术问题提供了解决方案。本案中，现有技术包括位置可调的油门踏板专利，其中的可调节踏板安装在固定踏板支点之上，其要解决的首要技术问题是，无论踏板位置如何调节，都要保持脚踩油门形成的压力不变。联邦巡回上诉法院就认为：该项现有技术要解决的问题与涉案专利要解决的技术问题——使位置可调的油门踏板具有电子传感功能无关，因此不会产生将电子传感器安装在位置可调的油门踏板上这一启示。而事实是，一种技术除了能够解决一项技术问题之外，往往还明显可用于解决其他技术问题。普通技术人员不是死板的机器人，而是具有普通创造力的人，其能够像做拼字游戏一样，将数项在先专利中的技术进行整合，以解决相关技术问题。而当存在着解决一项技术问题的市场需求，同时也预期存在有限且确定的解决方案时，普通技术人员当然有理由尽力在已知的各种选项中尝试各种解决方案。如果这样就能获得预期的效果，往往说明该解决方案是显而易见的。①

当数控阀门技术成为常规时，油门踏板设计者就面对着将已有可调节的机械油门踏板改装成电子传感油门踏板的市场需求，此时的问题就是：将电子传感器安装在可调节油门踏板上是不是显而易见的解决方案？由于对比文件中已有在油门踏板的固定支点上安装传感器的专利，因此在可调节油门踏板的固定支点上安装传感器对于普通技术人员就是显而易见的。② 涉案专利最终因显而易见而被宣告无效。

由于以本领域假想的普通技术人员为视角进行的判断具有较强的主观性，在对一项发明的创造性进行审查时，往往还需要综合考虑一些其他因素：（1）解决了长期渴望解决但未能解决的技术问题。能够解决这种技术问题的发明创造当然并非显而易见。（2）克服了技术偏见。如果发明创造克服了本领域技术人员普遍存在的技术偏见，采用因技术偏见而被弃用的手段解决了技术问题，则具有创造性。如通常认为接触面越光滑对电流的损耗越小，一项发明反其道而行之，刻意在接触面上抽出一定粗糙度的细纹，结果电流损耗更小。这即是典型的克服了技术偏见的发明。（3）取得了预料不到的技术效果。（4）商业上的成功。在专利授权后，如果他人以相关发明缺乏创造性为由要求宣告该专利权无效，专利权人可以提出其专利产品在市场上取得成功的证据，因为它往往可以说明这一发明并非显而易见，否则，其他人早就捷足先登了。但需要注意的是，影响专利产品取得商业成功的因素很多，如市场营销策略、广告宣传、产品质量、价格和产品的品牌等，因此，只有当商业成功与发明创造区别于现有技术的技术特征存在必然的因果联系时，才能将商业成功作为判断发明创造性的因素。③ 最高人民法院指出：在判断是否取得商业成功时，应当由该发明或者实用新型所代表的技术或产品相比其他类似的技术或产品在同行业所占的市场份额来决定，单纯的产品销售并不能代表已经取得商业上的成功。在一起涉及实用新型创造性的诉讼中，最高人民法院认为：3个省共采购116台实用新型产品的证据，尚不足以证明该

---

① KSR International, Co. v. Teleflex, Inc., 550 U. S. 398., at 419 - 421 (2007).

② Ibid., at 424 - 425 (2007).

③ 参见 Alan L. Durham, *Patent Law Essentials*, Praeger Publishers (2009), p. 119;《专利审查指南》(2010年版) 第二部分第四章 5.4。

实用新型产品达到了商业上成功的标准。[①]

（三）实用性

1. 实用性的概念

实用性是指发明或实用新型能够在产业上制造或者使用，并能产生积极效果。如果技术方案根本不能被投入实际应用并解决实际问题，对它进行保护就没有任何实际意义。因此，在新颖性、创造性和实用性中，审查员首先会对实用性进行审查。如果申请的主题不具备实用性，就无须再审查新颖性和创造性了。

2. 判断实用性的标准

一项发明或实用新型是否具有实用性，应当看其能否在产业上制造或使用并解决技术问题，以及能否达到积极和有益的效果。所谓“在产业上制造或使用”是指发明或实用新型能够通过产业中的标准化模式被稳定地再现，换言之，发明或实用新型所属领域的技术人员能够根据说明书描述的技术内容，稳定地重复实施技术方案并达到相同的实施结果。那些违背自然规律的技术方案是根本不可能被技术人员用以解决技术问题的，如对“永动机”的设计，无论表面上看来多么精巧，技术人员也不可能制造出不借助任何外在能量而一直运转下去的“永动机”。而那些高度借助独一无二的自然或个人条件才能实现的技术方案也是不可能被稳定再现的，例如，外科手术要实现治疗效果，与医生独特的经验、技巧和心理素质以及病人的独特体质都有关系，其他医生仅凭外科手术方法说明是无法稳定、重复再现手术效果的。这些“技术方案”都是不具备实用性的。

二、外观设计授权的实质条件

（一）新颖性

对于外观设计而言，新颖性同样是指对产品的外观设计与申请日之前在国内外为公众所知的设计相比是“新”的设计，也即不属于现有设计。所谓“不属于现有设计”是指在现有设计中，没有与之相同或实质相同的外观设计。

《专利法》第23条第4款明确规定：现有设计，是指申请日以前在国内外为公众所知的设计。这意味着与申请日之前已经在国内外公开使用过的外观设计相同或实质相同的设计是不具有新颖性的。

如前文第二节所述，在申请外观设计时应在请求书中说明外观设计的产品名称和产品所属类别，这是因为外观设计专利的保护范围仅及于相同或相近种类的产品。与此相适应，在判断一项外观设计的新颖性时，只能将对比的范围限于相同或相近种类的产品。所谓“相近种类的产品”是指用途相近的产品，如玩具和小摆设。如果在申请日之前，他人在既不相同也不相近种类的产品上公开过相同的外观设计，并不影响其新颖性。

判断一项外观设计的新颖性时，需要将其与现有设计进行对比，看其与之是否相同或实质相同。判断应当基于外观设计产品的一般消费者的知识水平和认知能力。[②] 这与以本领域普通技术人员作为判断发明或实用新型新颖性主体的规定是不同的。这是因为发明或实用新

① 参见最高人民法院行政判决书（2012）行提字第8号。

② 参见《专利审查指南》（2010年版）第四部分第五章4。

型是技术方案，对其的审查应当基于技术人员的判断。而外观设计是对产品作出的富有美感的设计，并不是技术方案，其主要作用在于对消费者产生视觉上的吸引力，因此，应当以消费者作为判断的主体。在进行新颖性判断时，“一般消费者”被假定为对外观设计专利申请日之前相同种类或者相近种类产品的外观设计及其常用设计手法具有常识性的了解，同时对外观设计产品之间在形状、图案以及色彩上的区别具有一定的分辨力，但不会注意到微小变化。①

在判断外观设计的新颖性时，同样应当遵循“单独对比”原则，即应当将该项外观设计与一项对比设计进行单独对比，而不能将两项或两项以上对比设计结合起来作为对比的基础。这和判断发明与实用新型新颖性的对比原则是一样的。当然，如果一项外观设计与现有设计或者现有设计特征的组合相比不具有明显区别，同样不应当获得专利权，但其理由并非没有新颖性，而是《专利法》第 23 条第 2 款的特别规定。

如果一项外观设计的全部设计要素，包括形状、图案以及色彩，与现有设计的相应设计要素相同，则两者相同。如果一项外观设计与现有设计的区别在于一般消费者施以一般注意力不能察觉到的局部细微差异，或在使用时看不到或不容易看到的部分，则两者实质相同。② 由于对外观设计新颖性的判断应当基于该外观设计产品的一般消费者的知识水平和认知能力，那些不被一般消费者关注的产品部位，不会对产品在一般消费者看来的整体视觉效果产生影响，因此，如果一项外观设计与对比设计的区别仅在于那些不被一般消费者关注的产品部位，则该区别不应被纳入考虑范围，也即应当认为该区别不会对产品的整体视觉效果产生影响，该外观设计不具备新颖性。同时，一般消费者是将产品作为一个整体来看待的，因此，在进行对比时，应当对一项外观设计与现有设计的区别进行整体观察，以综合判断这种区别是否对产品的整体视觉效果产生了影响，而不应从该项外观设计的局部出发得出结论。如果产生了这种影响，就说明该外观设计与对比设计并不相同或实质相同，具有新颖性，反之，则没有新颖性。

设计空间的限制也是考虑一项外观设计与对比设计的区别是否会对该外观设计的整体视觉效果产生影响的因素。设计空间是指设计者在设计特定产品的外观时的自由度。设计者在特定产品领域中的设计自由度通常要受到现有设计、技术、法律以及观念等多种因素的制约和影响。对于设计空间极大的产品领域而言，由于设计者的创作自由度较高，该产品领域内的外观设计必然形式多样、风格迥异、异彩纷呈，该外观设计产品的一般消费者相对难以注意到比较细小的设计差别。相反，在设计空间受到很大限制的领域，由于创作自由度较小，该产品领域内的外观设计必然存在较多的相同或者相似之处，该外观设计产品的一般消费者通常会注意到不同设计之间的较小区别。③

典型案例

摩托车车轮外观设计案

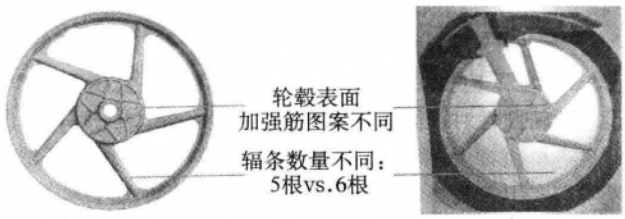
涉案外观设计是摩托车车轮，其与对比设计的区别在于：(1) 该外观设计有 5 根辐条，而

① 参见《专利审查指南》(2010 年版) 第四部分第五章 4。

② 参见《专利审查指南》(2010 年版) 第四部分第五章 5.1.2。

③ 参见最高人民法院行政判决书 (2010) 行提字第 5 号。

对比设计为6根辐条；(2) 该外观设计辐条一面为平滑，另一面表面有凹槽，而对比设计辐条表面为平滑和凹槽交替轮换；(3) 该外观设计与对比设计轮毂表面的加强筋图案不同。



涉案外观设计　　对比设计

一审法院认为：对于形成最终日常产品的中间产品，关注其外观设计的是该类产品的采购者和使用者，应以采购、使用该类产品的人员为一般消费者。本案中，摩托车车轮属于摩托车这一最终日常产品的中间产品，摩托车消费者一般不会直接购买摩托车车轮进行组装、使用，因此，该类产品的采购者和使用者应为摩托车组装商或维修商，应以其作为判断主体。而这些主体往往具有一定的摩托车零部件专业知识，对于两摩托车车轮外观设计的差异应有较普通公众更高的分辨能力。由于对类似摩托车车轮等外观变化空间较小的产品而言，其设计差异更易对整体视觉效果产生显著的影响，涉案外观设计与对比设计的三点区别已经对整体视觉效果产生了显著的影响，因此，应当获得外观设计专利权。

二审法院及最高人民法院均认为：由于摩托车车轮是摩托车主要的外部可视部件，在确定其一般消费者时，不仅要包括摩托车的组装商和维修商，也应包括摩托车的一般购买者和使用者。因此，不能将作为判断主体的“一般消费者”的范围局限为具有一定的摩托车零部件专业知识的摩托车组装商或维修商。

最高人民法院进一步指出：虽然摩托车车轮均由轮辋、辐条和轮毂组成，受到设定功能的限制，但辐条的设计只要符合受力平衡的要求，仍可以有各种各样的形状，存在较大的设计空间。涉案外观设计与对比设计虽然存在三点区别，但均属于微小差异，一般消费者通常不会注意到这些细微变化，其对整体视觉效果不具有显著的影响。因此，涉案外观设计不应获得授权。[①]

处理本案的关键有二：一是判断涉案外观设计与对比设计是否实质相同的主体仅限于摩托车组装商或维修商，还是包括摩托车的最终消费者。如果是前者，基于其专业知识，更容易辨别两者之间的差异；如果是后者，则不易辨别两者之间的差异。由于摩托车车轮能够为最终消费者所见，是吸引消费者购买摩托车的因素之一，更何况车轮磨损后，最终消费者还有单独选购的需要。因此，作为判断主体的“一般消费者”应当包括最终消费者。二是在相对有限的设计空间下，在一般消费者看来，涉案外观设计与对比设计是否实质相同。正如法院所指出的那样，在保持辐条支撑功能不变的情况下，仍然可对其形状作出各种设计（可以想想，宝马轿车的辐条吸引了多少目光!）。在这种情况下，涉案外观设计与对比设计的差异不易为一般消费者所注意（本书作者在对比了两个设计之后，并未立即发现涉案外观设计的辐条少1根），因此，涉案外观设计不应被授予专利权。

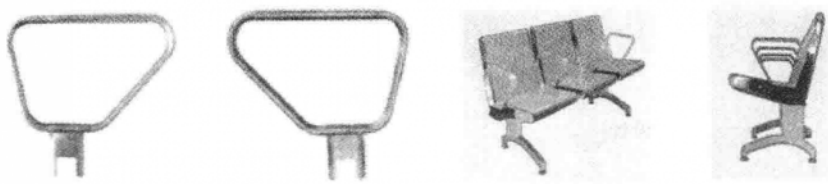
---

① 参见最高人民法院行政判决书（2010）行提字第5号。

典型案例

椅子扶手外观设计案

涉案外观设计是椅子扶手。在申请日之前，他人已就一种椅子的外观设计获得了专利权，但椅子扶手和椅子的分类号不同。专利复审委员会认为：外观设计的分类号在确定两外观设计是否属于相同或相近似种类产品时候，只是起一定的参考作用。最终判断两个外观设计是否属于相同或者相近似种类的产品，应该看它们的用途是否相同或者相近似。在先设计包括了对扶手的外观设计，而且在在先设计中，扶手已经装配到座椅上。涉案外观设计中，椅子扶手最终用途是装配到椅子上供一般消费者握持使用，而该用途与在先设计中扶手的功能是一致的，因此，涉案外观设计中的扶手与在先设计中的扶手属于相同种类产品，可以将在先设计作为对比设计使用。①



主视图　后视图　立体图　右视图

涉案外观设计　　**对比设计**

涉案外观设计与对比设计相比，椅子扶手的整体延伸弯折形状相似，其不同之处仅在于：(1) 涉案外观设计的扶手上端面左端直接向右下方弯折、延伸，对比设计中的扶手上端面左端先向左下方延伸，呈斜面过渡，再向右下方弯折、延伸；(2) 涉案外观设计的扶手显示有支撑架部分，而对比设计中的扶手没有显示支撑架部分。

专利复审委员会和法院均认为：对于第一点差异，由于涉案外观设计的扶手上端面左端和对比设计中扶手上端面左端最终均是向右下方弯折、延伸，这种差异仅为延伸、弯折形状的局部细微改变，尤其当一般消费者在观察时间上、空间上有一定间隔的情况下进行对比时，这种改变难以引起一般消费者视觉上的注意，不能使二者在整体视觉效果上产生明显的差异。对于第二点差异，即扶手有无支撑架的差异，由于扶手在安装到椅子上后处于使用状态时，扶手的支撑架部分属于一般消费者不容易注意到的部位，这种部位的设计变化不会引起一般消费者的关注，对整体视觉效果不具有显著影响。因此，涉案外观设计不符合授权条件。②

典型案例

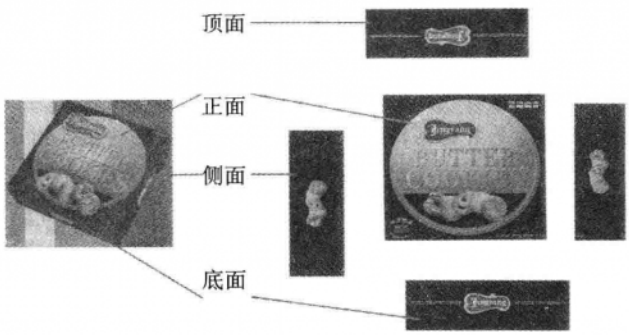
曲奇包装盒外观设计案

涉案外观设计是曲奇的包装盒，申请文件中包含包装盒 6 个面的图片。对比设计是一

① 参见专利复审委员会无效宣告请求审查决定第 14784 号。

② 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2010）一中知行初字第 2866 号。

种丹麦蓝罐曲奇的外包装盒的外观设计，该对比设计只显示了曲奇包装盒的正面和一个侧面。涉案外观设计包装盒正面与对比设计包装盒的正面设计相比，5块饼干的具体排列顺序以及圆形图案左上角不规则图案的形状和位置有差异；同时，涉案外观设计包装盒正面的左、右下角有小的文字和图案设计，对比设计包装盒正面的左、右下角没有设计内容。



对比设计　　涉案外观设计

专利复审委员会认为：虽然对比设计未显示其盒顶面和另一侧的内容，但上述位置属于一般消费者在使用时不易关注的部位，其变化通常不会对整体视觉效果产生显著影响。同时，对于包装盒而言，其顶面和底面的图案设计通常相同或类似。两侧面的图案设计也通常会相同或类似。鉴于对比设计底面和一侧面的设计内容与涉案外观设计基本相同，其顶面和另一侧面的图案设计不会带来独特的视觉效果。虽然涉案外观设计的包装盒与对比设计的包装盒正面5块饼干的具体排列顺序有差异，但在正面整体造型基本相同的情况下不易引起关注，属于局部细微的变化。包装盒正面左、右下角的小尺寸文字和图案设计相对于正面的主体图案而言，属于局部细节设计，其差异也不易引起关注。[①] 因此，该外观设计不应被授予专利权。

典型案例

电吹风外观设计案

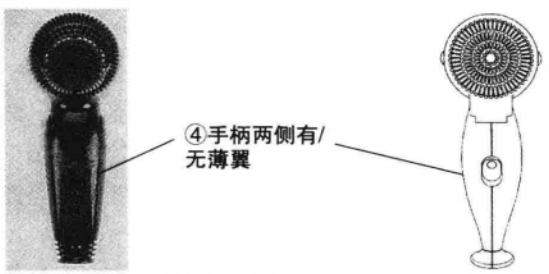
某公司就电吹风的外观设计获得专利权后，他人向专利复审委员会申请宣告该专利权无效。专利复审委员会对比申请日之前已经公开的设计之后，认为已获得授权的电吹风外观设计与之近似。因此宣告该专利权无效。该公司不服，向法院提起行政诉讼。法院对比其外观设计与现有设计之后认为：二者均包括吹风筒和手柄两部分，且两部分的整体形状及其比例关系基本相同。二者的主要不同之处在于：（1）涉案专利中棒状手柄弧度略小，而对比文件中棒状手柄弧度略大；（2）涉案专利中的手柄底座为梯形台阶状，而对比文件

① 参见专利复审委员会无效宣告请求审查决定第18582号。

中的手柄底座为梯形；（3）涉案专利中的开关按钮设于手柄内侧的上部，而对比文件中的开关按钮设于手柄外侧的中部；（4）涉案专利的手柄两侧各有一薄翼，一直延续到手柄下端，而对比文件没有此设计。

涉案专利：①手柄弧度略小
②手柄底座为梯形台阶状
③开关按钮设于手柄内侧的上部

对比设计：①手柄弧度略大
②手柄底座为梯形
③开关按钮设于手柄外侧的中部



涉案专利：④手柄两侧各有一延续到手柄下端的薄翼

对比设计：④手柄两侧没有薄翼

法院认为：这些区别均属于局部的细微差别，不足以使二者在整体上产生明显的视觉差异，亦不足以引起一般消费者的注意。根据整体观察、综合判断的原则，涉案专利的外观设计与对比文件的外观设计属于相近似的外观设计，不应被授予专利权。[①]

外观设计同样存在抵触申请问题。如果已有同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政主管部门提出申请，并记载在申请日以后公告的专利文件中，则外观设计会被认为没有新颖性，不应被授予专利权。

（二）区别性

2008年修订《专利法》时，第23条第2款为外观设计的授权增加了一项新的实质条件，即外观设计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。

修订之前的《专利法》只要求外观设计与现有设计不相同或不相近似，同时，在判断相同或相近似时，还只能使用一项现有设计与申请专利权的外观设计进行比对。这样的判断标准显然是较低的，容易导致不少人将几项现有设计的特征进行简单组合后提出申请。而许多国家和地区对外观设计的授权标准都远高于此。例如，欧盟《外观设计保护指令》

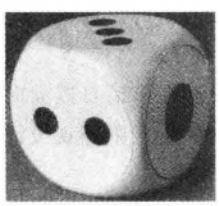
① 参见北京市高级人民法院行政判决书（2005）高行终字第149号。

将外观设计受保护的首要条件设定为具备“新颖性”和“独特特征”（individual character），只有外观设计对于掌握充分信息的用户而言，在给人的整体印象上区别于在申请日之前已公开的任何设计，该外观设计才被认为具有“独特特征”[①]。

修订后的《专利法》借鉴了国外立法，要求授予专利权的外观设计与现有设计或者现有设计特征的组合相比，应当有明显区别。根据《专利审查指南》的规定，这不但意味着外观设计应与相同或者相近种类产品的现有设计有明显区别，还意味着由现有设计“转用”，或由现有设计或其设计特征“组合”得到的外观设计，应与现有设计或其设计特征具有明显区别。[②] 可见，虽然外观设计并非技术方案，《专利法》对其没有技术意义上“创造性”的要求，但仍然要求其具备独有的特征。

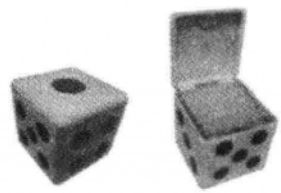
在对产品的外观进行设计时，“转用”是一种常见手法。所谓“转用”，是指将一种产品的外观设计应用于其他种类的产品，或者在产品的外观上模仿自然物、自然景象以及应用无产品载体的单纯形状、图案、色彩或其结合。有些转用手法极为常见，如单纯采用基本几何形状或对其仅作细微变化得到的外观设计（如将现有设计中圆形的杯子改为方形）；单纯模仿自然物、自然景象的原有形态，著名建筑物、著名作品的全部或部分形状、图案、色彩得到的外观设计，以及由其他种类产品的外观设计转用得到的玩具、装饰品、食品类产品的外观设计。[③] 这些外观设计与现有设计相比，不具有明显区别。还有一些对其他种类产品外观设计的转用虽然不是司空见惯，但如果相同或相近种类产品已经提供了转用的设计启示，则这种外观设计与现有设计相比，也不具有明显区别。

例如，涉案外观设计产品是CD盒，其显然是将骰子的形态转用到CD盒的设计上。而现有设计已有骰子形态的收纳盒。收纳盒与CD盒是相近种类产品，已经提供了转用骰子形态的设计启示，因此，骰子形态的CD盒与现有设计没有明显区别，不能获得授权。[④]



涉案外观设计骰子

普通骰子



骰子形态的收纳盒

另一种常见的设计手法是“组合”，包括对现有设计及其特征的组合，也即将两项或两项以上现有设计或其中部分设计要素（现有设计中的形状、图案、色彩或其结合）、现有设计中组成部分（如整体外观设计产品中零部件的设计）进行拼合或替换，也包括在产品的

① Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the Legal Protection of Designs, Article 5.

② 参见《专利审查指南》（2010年版）第四部分第五章6。

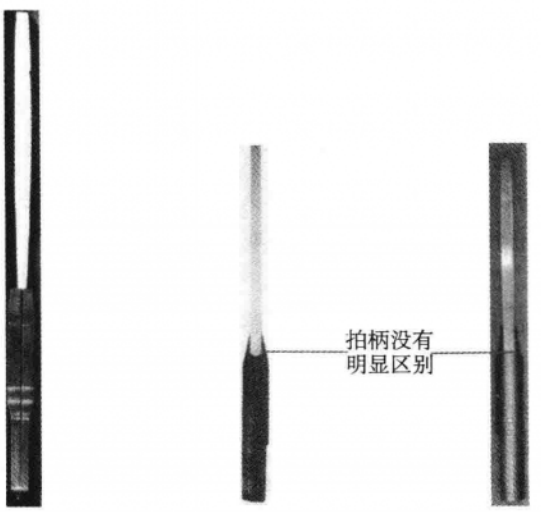
③ 参见《专利审查指南》（2010年版）第四部分第五章6.2.2。

④ 参见专利复审委员会无效宣告请求审查决定第9671号。

外观上用自然物、自然景象以及无产品载体的单纯形状、图案、色彩或其结合进行拼合或替换。[①] 有些组合手法极为常见，如将相同或相近种类产品的多项现有设计原样或作细微变化后进行直接拼合，或将产品外观设计的特征用另一项相同或相近种类产品的设计特征原样或作细微变化后进行替换。[②] 如现有设计中既有对台灯灯罩形状的设计，又有对台灯灯座形状的设计，直接将这两个设计进行拼合得到的台灯外观设计，与现有设计的组合相比就没有明显区别。[③]

在下列实例中，涉案的外观设计是电蚊拍，其明显是由两个对电蚊拍的在先设计组合而成，因此，不符合外观设计专利的授权条件。

在先设计一主视图　　涉案设计主视图　　在先设计二主视图



在先设计一右视图　　涉案设计右视图　　在先设计二右视图

① 参见《专利审查指南》(2010 年版) 第四部分第五章 6，6.2.3。
② 参见《专利审查指南》(2010 年版) 第四部分第五章 6.2.3。
③ 参见专利复审委员会无效宣告请求审查决定第 15548 号。

将产品现有的形状设计直接拼合现有图案、色彩或其结合，或者将现有设计中的图案、色彩替换成其他现有设计的图案、色彩或其结合得到的外观设计，与现有设计或其特征的组合相比，一般也没有明显区别。需要注意的是：即使用于组合或替换的图案、色彩或其结合源于不同外观设计产品，上述结论也不会发生改变。也即在这种情况下，图案、色彩或其结合可以脱离具体产品而独立存在，或被应用于任何种类的产品之上，因此，即使其原先出现在与申请专利的外观设计产品不相同或不相近种类的产品上，使用其进行组合或替换，同样可使由此形成的外观设计不具备区别于现有设计或现有设计特征组合的特征。例如，在现有设计中，既有印有漫画 A 的台灯，又有印有漫画 B 的桌子，虽然台灯与桌子并非相同或相近种类的产品，但在两项在先设计的基础上，设计出印有漫画 B 的相同形状台灯是非常容易的。该外观设计不能被授予专利权。

如果一种外观设计与现有设计的区别在于产品的形状，但该形状是由产品的功能限定的，则该区别通常对整体视觉效果不具有显著影响，也即不能认为该外观设计与现有设计相比具有明显区别。这是因为外观设计专利权保护的不是技术方案，而是有美感的产品外观。如果在产品形状由功能决定的情况下，该产品形状还能受到外观设计专利权的保护，就意味着用外观设计专利权保护了技术方案，这显然是不合理的。如果对产品形状的设计使产品具有技术功能，也即能够解决技术问题，在符合其他授权条件的情况下可以获得发明或实用新型专利权。

例如，下图中的外观设计“枪筒清洁工具”区别于现有设计的特征在于刷毛的长度不同，但用于清洁枪筒的刷毛长度要受枪管内径的严格限定，因此，该产品的外观特征由其功能所决定，不能获得外观设计专利权。①

（三）不与他人在先合法权利相冲突

对于发明和实用新型而言，如果是在他人的现有技术基础之上进行改进而获得的成果，即使他人的现有技术仍然在专利保护期之内，该改进成果只要符合新颖性、创造性和实用性的标准，仍然可以获得专利权，只是在实施时需要获得前一专利权人许可。但外观设计是对产品形状和图案等富有美感的设计，申请人可以很容易地将他人在先的美术作品或图形商标附着于产品，并提出外观设计专利申请。如果对这样的外观设计授予专利权，势必使他人在先的著作权或商标权受到影响，而且也会助长抄袭之风，使专利法鼓励创新的立法目的无法实现。为此，《专利法》第 23 条第 3 款规定：授予专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。例如，某保健品包装盒上的外观设计未经许可使用了画家戴某《嫁妹》图中的主要内容，该外观设计不符合授权条件。②

---

① 参见专利复审委员会无效宣告请求审查决定第 13723 号；北京市第一中级人民法院行政判决书（2009）一中知行初字第 2451 号。

② 参见专利复审委员会无效宣告请求审查决定第 2599 号。

包装盒主视图

戴某作品《嫁妹》

第七节　专利权的无效宣告

一项专利申请只有符合专利法所规定的各项条件才能被授予专利权，但在专利审查过程中，出现错误是难以避免的。例如，《专利法》于2008年第三次修订后，对“使用公开”采取国际标准，在申请日以前，只要在世界上任何一个地方有相同技术的公开使用行为，申请获得专利的技术就会丧失新颖性。但审查员只能对现有的技术文献进行检索。对于在申请日以前公开使用，但尚未被载入文献的技术，审查员是难以发现的。这就可能导致因为审查员未能发现相同技术已在申请日之前被公开使用，而错误地对不具备新颖性的技术授予专利权。因此，即使在专利授权之后，还应当给予他人以申请宣告专利权无效的合理机会，以弥补审查中的错误。

根据《专利法》第45条和第46条的规定，自公告授予专利权之日起，任何单位或者个人认为该专利权的授予不符合专利法有关规定的，可以请求专利复审委员会宣告该专利权无效；专利复审委员会对宣告专利权无效的请求应进行审查并作出决定。如果专利复审委员会作出了宣告专利权无效的决定，应当由国家知识产权局登记和公告。如果专利权人对于专利复审委员会宣告专利权无效的决定不服，或者申请人对于专利复审委员会维持专利权的决定不服，可以自收到通知之日起3个月内向北京市第一中级人民法院起诉，法院应当通知无效宣告请求程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。对于北京市第一中级人民法院的判决，当事人不服的，还可以上诉至北京市高级人民法院。北京市高级人民法院的二审判决为终审判决。被宣告无效的专利权视为自始即不存在。

由于《专利法》允许任何单位或个人在专利授权之后的任何时间请求宣告该专利权无效，在专利权被宣告无效之前，专利实施许可合同或专利转让合同可能早已履行完毕；认定专利侵权成立并判决赔偿损失的判决，或认定专利侵权成立并进行行政处罚的决定也可

能早已执行完毕。即使在专利权人起诉他人侵犯其专利权时，被告向专利复审委员会申请宣告该专利权无效，法院也可以根据具体情况，不中止侵权诉讼，从而可能导致法院认定专利侵权成立并判决侵权人赔偿损失，而该专利又在日后被宣告无效的情形。在这些情况下，如果宣告专利权无效的决定对于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具有追溯力，则原来被法院或行政机关认定的侵权人就有权要求返还损害赔偿金或罚款以及赔偿其他经济损失，而原来的专利权受让人或被许可人也会要求返还转让费、许可费，这会在一定程度上影响社会经济关系的稳定，并加重法院和行政机关的负担。同时还应当看到：在许多专利权被宣告无效的情形中，专利权人本人并无过错，而是审查员未能发现相关申请不符合专利法的规定。如前文提及：相同技术可能已经在申请日以前在其他国家被公开使用，不但审查员无法发现，申请人自己也不知道。只是在专利授权之后，由知晓这一情况的他人向专利复审委员会申请专利权无效，才使专利复审委员会根据新发现的事实宣告专利权无效。另外，在专利实施许可合同或专利权转让合同业已履行完毕的情况下，被许可人或受让人往往已经获得了相应的利益；而在专利侵权诉讼和行政机关查处专利侵权行为的过程中，被控侵权人如果未能及时申请宣告专利权无效，或未能尽到举证责任，对于败诉的后果也应承担一定责任。时过境迁，再允许他们追偿许可费、转让费或损害赔偿金等，也未见得符合公平原则；同时还可能使人们在签订专利实施许可合同或专利权转让合同时，怠于对专利权的合法性进行审慎调查（如要求实用新型和外观设计专利权人提供国家知识产权局出具的检索报告，以证明其实用新型和外观设计的新颖性），以及在被控侵犯专利权时，怠于进行积极抗辩。

因此，《专利法》第47条第2款中规定：宣告专利权无效的决定，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。

需要注意的是："无追溯力"原则的前提是原专利权人没有过错，以及专利实施许可合同或专利权转让合同的被许可人或受让人已经从原专利中获得了利益，或者对被控侵权人并无明显不公。如果这两个前提并不存在，则"无追溯力"原则就失去了适用的基础。为此，《专利法》第47条也对"无追溯力"原则规定了两个例外情形：首先，因原专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。"恶意"是指原专利权人在申请专利时，就知道自己无权获得专利权。例如，此人故意抄袭他人已经在其他国家公开使用的技术或者文献上已经记载的技术，就属于具有恶意。其次，即使原专利权人没有恶意，但如果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，也应当全部或者部分返还。例如，他人刚根据专利实施许可合同或专利权转让合同支付了全部许可费或转让费，但还没有来得及实施专利，该专利就被宣告无效，导致相关技术可以为任何人所免费使用。此时被许可人或受让人尚未从相关技术中获得任何利益，不允许他们要求返还许可费或转让费是明显不公平的。再如，被控侵权人在专利侵权诉讼中及时申请宣告涉案专利权无效，但法院并未中止诉讼，并在认定侵权成立后判决其支付高额的损害赔偿金，二审法院对此也予以维持。但在被控侵权人支付了高额损害赔偿金之后不久，专利权被专利复审委员会宣告无效，而且在原专利权人提起的行政诉讼中，专利复审委员会的决定也最终被法院维

持。在这种情况下，原专利权人应当向被控侵权人返还损害赔偿金，否则，对被控侵权人是明显不公平的。

需要注意的是：第三次修改后的《专利法》第47条并未规定宣告专利权无效的决定对于在宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的“裁定”不具有追溯力。这是因为专利权人在起诉之前，往往会申请法院采取责令停止侵权、财产保全或证据保全的临时措施，并同时提供担保。如果在诉讼过程中专利权被宣告无效，这些临时措施就失去了存在的基础。如果临时措施给被控侵权人造成了损失，如因无法销售被控侵权产品而遭受的损失，理应由原专利权人进行赔偿。其向法院提供担保的作用也在于此。因此，宣告专利权无效的决定，对于法院作出并已执行的裁定是有追溯力的。法院因根据原专利权人的申请裁定采取临时措施给被控侵权人造成损失的，应当由原专利权人赔偿。

典型案例

宣告专利权无效的决定对尚未执行完毕的判决具有追溯力

某农机公司起诉某农业科技公司侵犯其实用新型专利权，一、二审法院均判决被告败诉，并于2011年3月16日完成了执行行为。但被告在答辩期内向专利复审委员会请求宣告涉案专利权无效。专利复审委员会于2011年3月15日作出无效宣告请求审查决定，宣告涉案专利权无效。农机公司不服，向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼，但法院判决维持该决定。由于农机公司未在法定期限内提出上诉，该判决已发生法律效力。

最高人民法院认为：《专利法》第47条第2款的立法目的在于实现公平与秩序的协调和平衡。一方面，赋予专利无效宣告请求审查决定对于专利权被宣告无效后尚未执行或者履行完毕的专利侵权判决、调解书、专利侵权纠纷处理决定、专利实施许可合同、专利权转让合同等以追溯力，保障被指控的专利侵权人、专利被许可人以及被转让人的正当利益，防止专利权人借无效专利获得不当利益。另一方面，对于已经执行或者履行完毕的专利侵权判决、调解书、专利侵权纠纷处理决定、专利实施许可合同、专利权转让合同，专利无效宣告请求审查决定没有追溯力，维持已经形成并稳定化的社会秩序。本案中专利权被宣告无效的时间应为2011年3月15日。在该日之前，人民法院作出的专利侵权判决并未执行完毕，故本案不属于《专利法》第47条第2款规定的不具有追溯力的情形。[①] 因此，原告应向被告返还被执行的财产。

【问题与思考】

1. 简述专利申请日的确定方法。
2. 简述外国优先权的含义及法律效力。
3. 简述权利要求书的作用和撰写权利要求书应遵循的基本原则。
4. 论述独立权利要求和从属权利要求的含义、二者之间的关系，以及从属权利要求的作用。
5. 思考：如何利用单一性原则的例外节省专利申请的费用？

---

① 参见最高人民法院民事判决书（2012）民提字第110号。

6. 思考：网上公开的技术信息是否构成现有技术？

7. 思考：如何看待构成现有技术的条件宽松与否对一国科技政策和产业政策带来的影响？

8. 比较享有宽限期与享有优先权所产生的不同法律效果。

9. 比较《专利法》对发明和实用新型规定的创造性要求。

10. 思考：将“使用公开”标准改为国际标准有何利弊？

11. 思考：创造性的判断不可避免地会有主观因素，请思考还可以借助哪些辅助性判断基准来尽量限制主观因素的影响？

12. 思考：在上文所述某农机公司起诉某农业科技公司侵犯其专利权的案例中，如果无效宣告请求审查决定是于 2011 年 3 月 17 日生效的，而法院于 2011 年 3 月 16 日已执行完毕，那么该案原告是否还应向被告返还赔偿金？

第十三章
专利权的内容

本章导读

专利权的本质是国家授予专利权人的一种垄断权，即排除他人实施其专利技术的权利。专利权作为排他性权利实质上是一种消极权利，因为专利权并不是直接地授予权利人为某种行为的积极权利，而且一项专利本身可能被先前的某项专利涵盖，在后专利权人需要获得在先专利权人的许可才能实施自己的专利技术。对于发明专利而言，产品专利的权利人享有5项专有权利，而方法专利的权利人除了享有使用权之外，其专利方法还受到延伸保护。外观设计专利的权利人只享有4项专有权利。本章主要讲解我国《专利法》中所规定的专利权内容，即受专利权控制的各种实施专利技术的行为，并讨论了平行进口问题。

第一节　专利权内容概述

专利权的内容即专利法为专利权人规定的各项专有权利。与著作权相似，这些专有权利是禁止权而不是自用权。享有专利权并不意味着专利权人就能自由地实施专利。例如，新型炸药只要符合专利授权条件就可以获得专利权，但专利权人并不能仅凭借专利权就自行制造和销售炸药。同样，新药的发明者即使获得了专利权，也不能自行销售新药，而必须完成一系列实验和报批手续，获得销售许可。享有专利权，仅意味着专利权人有权阻止他人未经许可实施专利。美国联邦最高法院早在1917年就指出："专利唯一的效果就是限制他人制造、使用或出售被发明的东西"①。

根据我国《专利法》第11条的规定，专利权人仅有权限制他人以"生产经营目的"使用其专利的行为。这意味着仅为私人目的使用专利的行为并不构成专利侵权。例如，技术人员买回专利产品之后，出于兴趣在家中仿造并使用，并不会侵犯专利权人享有的

① Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co., 243 U.S. 502 (1917).

“制造权”和“使用权”。但需要注意的是：“生产经营目的”并不等同于“以营利为目的”或“商业经营目的”。“生产经营”包括工农业生产，以及对商业、服务业和其他事业如公用事业、教育事业等的经营，并非必然包含营利目的。例如，某大学实验室为了节约开支，未经专利权人许可就自行制造并使用已获得专利权的化学试剂。虽然这种对专利产品的使用是为了进行科学实验，而不是为了研制商业产品并加以销售，但仍然属于“生产经营目的”。

第二节　发明和实用新型专利权的内容

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。我国《专利法》第11条规定：发明和实用新型专利权被授予后，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、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品。这意味着对于产品专利，发明和实用新型专利权人对于专利产品享有制造权、使用权、许诺销售权、销售权和进口权5项专有权利。

所谓“专利产品”，是指包含了权利要求书中独立权利要求记载的全部技术特征的产品，并不一定是与专利权人制造的产品相同的产品。例如，对于某发明专利，其权利要求书中独立权利要求记载的技术特征为A与B。如果一种产品包含了A、B、C三项技术特征，则该产品就是专利产品。同样，包括了A、B、C、D或其他更多技术特征的产品也是专利产品。

一、产品专利的权利内容

（一）制造权

以生产经营为目的制造是一个受到专利权控制的独立行为。只要专利产品是未经许可为生产经营目的而制造的，即使该产品没有被销售，制造行为也构成直接侵权。例如，某人在专利权保护期届满之前擅自制造了一批专利产品，但却等到该专利权届满后再进行销售。虽然销售行为并不侵权，因为该行为实施时专利权已不再受保护，但在专利保护期内的制造行为仍然构成侵权。

（二）使用权

专利权人有为生产经营目的使用专利产品的专有权利，未经许可以生产经营目的使用专利产品构成专利侵权。一般情况下，专利权人自己销售或授权他人销售专利产品，即意味着其已经许可购买者使用专利产品。但是，如果有人擅自制造专利产品或销售该专利产品，购买者即使并不知道该专利产品是未经许可制造的，也不能以生产经营为目的使用专利产品，否则，将构成对使用权的侵犯。这是因为对专利权的直接侵权与对版权的直接侵权一样，并不以主观过错为前提，只要未经许可实施了受专有权利控制的行为，就构成直接侵权；过错只影响侵权责任的承担，而不影响对侵权行为的认定。例如，某空调厂擅自生产他人享有专利权的新型节能空调并加以销售，某公司从空调厂购入该

空调后即安装使用，无论该公司是否知晓该空调是未经专利权人许可而制造的，使用该空调的行为仍然构成对专利产品使用权的侵犯。再如，计算机制造商在不知情的情况下购入了一批未经专利权人许可而生产的芯片，用于计算机生产线的自动控制，该行为也是专利侵权。

（三）销售权

专利权人有为经营目的销售专利产品的专有权利，未经许可以经营目的销售专利产品构成专利侵权。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，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而制造的，则不但首次销售该专利产品者是侵权者，而且无论购买者是否知晓该专利产品是未经许可而制造的，其再行转售的行为都构成专利侵权。

需要注意的是：我国《专利法》另行规定了许诺销售权，因此，如果仅仅未经许可将专利产品摆放在货架上，或者以广告等方式加以推销，但尚未有人购买，则该行为侵犯的是许诺销售权，而不是销售权。《专利法》意义上的销售应当根据《合同法》对买卖的规定进行理解，只有实际发生了销售，也即购买者已经支付了价金、专利产品已经交付，该行为才可能构成对销售权的侵犯。

（四）许诺销售权

许诺销售权是2001年修订《专利法》时，根据TRIPs协定的规定新增加的一项专有权利。根据最高人民法院的解释，许诺销售，是指以做广告、在商店橱窗中陈列或者在展销会上展出等方式作出销售商品的意思表示。[①] 据此，即使没有实际进行销售行为，而仅是为了销售专利产品进行广告宣传或产品展示，仍然构成对专利权的侵犯。需要注意的是：该行为并非间接侵权，而是直接侵权，因为它直接受到许诺销售权这一专有权利的控制。

典型案例

仅实施了许诺销售行为，不承担赔偿责任

沈某是名称为“汽车地桩锁”的实用新型专利权人。某公司在其网站上及产品宣传册中许诺销售的三角形锁产品落入了涉案专利权利要求的保护范围。法院判决被告停止侵权。但由于被告仅实施了许诺销售行为，未从中获得直接经济利益，也未给专利权人造成直接经济损失，法院对于原告主张的赔偿经济损失的诉讼请求未予支持。[②]

（五）进口权

专利权人享有为生产经营目的进口专利产品的专有权利，未经许可以生产经营为目的进口专利产品构成专利侵权。从表面上看，规定进口权似乎是不必要的，因为只要进口的专利产品在境内的销售没有经过专利权人的明示或默示许可，该销售行为即构成专利权侵

① 参见最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第24条。

② 参见北京市高级人民法院民事判决书（2009）高民终字第4011号。

权。但实际上，如果专利权人不享有进口权，无法在海关将专利产品拒之于国门之外，一旦从国外进口的专利产品进入国内商业流通并分销至各地，专利权人就很难再对侵权销售行为一一加以追究。而有了进口权，他人未经许可将专利产品输入国内的行为本身即构成直接侵权，而无论其在进口之后是否有销售或许诺销售行为。这就使得专利权人能够借助海关的执法力量阻止专利产品被输入国境，从而最大限度地保护自己的利益。2008年修订《专利法》时第69条第1项明确规定：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，进口产品的，不视为侵犯专利权。这等于承认了“平行进口”的合法性。

理论研究

进口权能阻止“平行进口”么

所谓“平行进口”是指专利权人只许可专利产品在某一国家或地区的市场进行销售，而有人将该专利产品进口至另一国家或地区进行销售。产生“平行进口”的主要原因在于同样的专利产品在不同国家或地区销售价格有所差异，而这又源于各国和地区不同的经济发展水平、劳动力价格和政府管理措施。例如，同样的专利药品在不同国家的价格就有相当大的差异。在不承认药品可以获得专利权的国家，对药品的仿制是完全合法的，因此，专利权人自己制造和出售药品时为了进行市场竞争，必然售价较低。类似地，在较容易取得专利药品强制许可的国家，专利权人无法完全垄断市场，而是要和强制许可的获得者在同一市场竞争，也只能降低专利药品的售价。而在那些药品专利得到强有力法律保护且对强制许可加以严格控制的国家，由于专利权人在市场上处于绝对垄断地位，专利药品的价格就会比较高。这样一来，将专利药品从售价低的国家运至售价高的国家出售就会有利可图。

那么，专利权人能否根据“进口权”阻止专利药品的进口呢？如果专利药品在输出国是未经专利权人许可而制造的，对上述问题的答案是肯定的：一旦该专利药品越过国境进入对该药品进行专利保护的进口国，该药品就成为侵权物品，专利权人可以凭借进口权，申请海关予以扣押。但是，如果专利权人已经许可专利药品在其他国家销售，从该国将专利药品输入进口国，也即“平行进口”，问题就较为复杂了。一些国家认为：既然专利权人已经许可专利产品的销售，并从中获得了相应的报酬，就无权再阻止商品在各国间的自由流动。而另一些国家持相反观点，认为许多国家对专利权的保护并不充分，允许从这些国家进口专利产品会损害专利权人的利益。由于各国的观点和立法难以协调，TRIPs协定在规定进口权等专有权利时，明确说明“本协议的任何规定均不得用于处理知识产权的权利用尽问题”，换言之，从专利权人享有进口权这一法律状态并不能推出应当允许或禁止“平行进口”的结论，而各缔约国有权自行作出规定。

二、方法专利的权利内容

（一）使用权

专利方法与专利产品不同，是一种实现某种目的的方法，因此，对于方法专利而言，

专利权人的首要权利就是使用该方法的专有权利，他人未经许可为生产经营目的使用专利方法即构成侵权。例如，某人就其发明的一种以低廉的成本合成化学物质的方法获得了专利权，如果某化工厂为了进行销售而未经许可用该方法制造相同的化学物质，就构成对方法专利的侵犯。但需要注意的是：方法专利的对象是方法而非产品，因此，在上例中如果方法专利权人同时发明了新的化学物质和合成方法，但仅就合成方法获得了发明专利，而没有就新化学物质申请专利权，则他人用不同的方法合成相同的化学物质并非专利侵权行为。

（二）对方法专利的延伸保护

在上例中，如果化工厂未经许可使用专利方法合成化学物质并加以销售，该化工厂显然侵犯了方法专利权。但购买者为生产经营目的使用、销售或许诺销售该化学物质的行为是否构成侵权呢？如果该化工厂未经许可以专利方法合成化学物质的行为发生在境外，那么进口该化学物质的行为是否构成侵权呢？

如果对上述问题的回答是否定的，则对方法专利的保护在很大程度上就没有意义了。专利方法的对象虽然是方法，但使用专利方法的结果往往是形成某种特定产品。如果方法专利权人只能阻止擅自使用方法的行为，而无法阻止由此形成的产品的使用、进口和流通，则擅自使用方法制造产品者一旦将该产品投放市场，他人就可以自由地使用并出售，而方法专利权人无法从中获得任何补偿。如果擅自使用者破产或逃之夭夭，则方法专利权人的损失就完全无法获得弥补。这对于方法专利的保护是极其不利的。

因此，对方法专利需要加以“延伸保护”：方法专利权人不但享有使用专利方法的专有权利，对于由该专利方法直接获得的产品，还享有使用权、销售权、许诺销售权和进口权。《专利法》第11条规定：对于方法专利，任何单位或者个人未经专利权人许可不得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。“依照专利方法直接获得的产品”是指使用专利方法获得的原始产品。[①] 例如，某人就以一种生物工程技术制造乙肝疫苗的方法获得了方法专利权，他人不但不得未经许可以生产经营为目的使用同样的方法制造乙肝疫苗，也不得未经许可为生产经营目的使用、许诺销售、销售和进口由该方法制造的乙肝疫苗。

（三）对方法专利诉讼中举证责任的特殊规定

民事诉讼中举证责任的基本原则是“谁主张、谁举证”，涉及专利的民事诉讼也不例外。在一般情况下，如果专利权人指称他人侵犯了自己的专利权，必须举证加以证明。例如，起诉他人侵犯其对专利产品的销售权的，应当提供从销售者手中购买的侵权产品以及发票，以证明被控侵权者实施了销售专利产品的行为。但是，对于方法专利侵权诉讼而言，方法专利权人要举证证明他人未经许可使用专利方法是相当困难的，因为对专利方法的使用往往是在使用者自己的场所进行的，方法专利权人用常规手段很难进入使用者的现场加以取证。对此，《专利法》第61条对于涉及方法专利侵权纠纷中的举证责任作出了特殊规定：专利侵权纠纷涉及新产品制造方法的发明专利的，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法不同于专利方法的证明。这意味着如果专利方法是用于制造一

① 参见最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第13条。

种新产品的，而他人制造了相同的新产品，则可以推定他人是使用专利方法制造该新产品的，除非其可以举证证明自己使用了不同方法。这种“举证责任倒置”的特殊规定大大增强了对方法专利的保护。

需要注意的是：这一特殊规定仅适用于涉及“新产品”制造方法的发明专利。这是为了维系方法专利权人与产品制造者之间的利益平衡。如果获得发明专利的方法仅能用于制造“旧产品”，而“旧产品”原本就可以用“旧方法”制造，而且很可能有许多不同的制造者，那么要求“旧产品”的所有制造者都举证证明自己没有用专利方法制造，会使方法专利权人的诉讼成本大为降低，有可能引发滥诉。而当专利方法是用来制造“新产品”时，由于这种产品原本并不存在，他人提供的“新产品”就很有可能源于未经许可使用的专利方法，此时适用“举证责任倒置”才较为合理。根据最高人民法院的司法解释，产品或者制造产品的技术方案在专利申请日以前为国内外公众所知的，该产品不属于《专利法》第61条规定的“新产品”[①]。

典型案例

对于制作传统调味品的新方法，不适用举证责任倒置

张某就“一种豆豉调味品制作方法”获得了发明专利权，其发明专利说明书摘要记载：“本发明摒弃传统工艺……制取面豉……通过采取分开发酵的工艺，保证制得的调味品都能体现小麦、大豆单独发酵的风味”。张某认为某食品厂生产的面豉酱瓜侵犯其发明专利权。法院对被告的生产现场进行证据保全后，认为被告面豉酱瓜生产方法的技术特征没有全面覆盖原告专利的技术特征，遂驳回了原告的诉讼请求。[②] 原告在上诉中认为，应当要求由被告承担举证责任。但在本案中，原告的专利方法是用于制造“豆豉调味品”这种传统食品的。早在原告申请专利之前，就存在众多制造这种传统食品的各种方法。因此，对此类并非用于制造“新产品”的专利方法，在侵权诉讼中不适用“举证责任倒置”。

第三节　外观设计专利权的内容

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。这意味着未经许可，他人不得制造外观设计产品，或对外观设计产品进行销售或许诺销售；也不得进口外观设计产品。需要注意的是：外观设计专利权的内容不包括使用权。这意味着以生产经营为目的，使用未经许可制造、销售或进口的外观设计专利产品不构成侵权。例如，某人设计了新颖而富有美感的印花地毯，并获得了外观设计专利权。他人未经许可伪造并销售，

① 最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第17条。

② 参见福建省泉州市中级人民法院民事判决书（2009）泉民初字第565号。

某公司购入后放置在大厅中，该行为并不侵犯设计者的外观设计专利权。这是因为外观设计不是技术方案，对外观设计产品不能像对发明、实用新型产品那样进行“功能性使用”。因此，《专利法》并未赋予外观设计专利权人以使用权。

【问题与思考】

1. 思考：对合法出售的专利产品进行修理的行为是否属于受制造权控制的制造行为？

2. 思考：如果他人作出要销售专利产品的意思表示，但明确表示在专利权届满之后或明确表示在中国之外才能获得该产品，是否还属于受控制的许诺销售行为？

3. 思考：如果专利产品的一项使用方式并没有写入权利要求书，那么这种方式的使用行为是否受专利权的控制？

4. 思考：针对我国《专利法》规定的对方法专利的延伸保护，如何理解“依照该专利方法直接获得的产品”中“直接”的含义？

5. 思考：试比较方法专利延伸保护的产品与产品专利所保护的产品在法律保护方面有何不同？

第十四章 对专利权的限制

本章导读

专利权是一种法定的垄断权，法律创设这种垄断权是为了实现保护和鼓励发明创造，刺激技术创新的目的。但专利法的目的不仅在于此，我国《专利法》第1条明确规定，专利法的立法宗旨还包括“推动发明创造的应用，提高创新能力，促进科学技术进步和经济社会发展”，因而完善的专利制度必须兼顾专利权人、专利技术使用者和社会公众的利益，设计一种合理的运作方式，将公众付出的代价控制在合理限度之内，也就是适当控制专利权人行使专利权的行为，防止专利权滥用，这样才能使专利制度发挥出最佳的社会效益。本章重点介绍了两类限制专利权的法律规定，一类是不视为侵犯专利权的情形，另一类是强制许可的情形；并进一步结合我国《专利法》的条文详细分析了这两类情形中的具体分类。

第一节 不视为侵犯专利权的行为

《专利法》第69条规定了“不视为侵犯专利权”的5种情形。这5种情形在表面看来，都是未经许可实施专利的行为。但基于特定的立法政策，《专利法》规定这些行为并不构成对专利权的侵犯，从而形成了对专利权的限制。

一、专利权用尽后的特定实施行为

专利权用尽，又称专利权穷竭，是指对于经专利权人许可或以其他方式合法投放市场的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，他人在购买之后无须经过专利权人许可，就可以使用、许诺销售、销售、进口。

“专利权用尽”与著作权法中“发行权用尽”的原理是相同的：专利产品本身是普通的有体物，合法购得产品者对其享有物权法上的所有权，有权加以使用或以销售或许诺销售的方式对其加以处分。但以生产经营为目的销售专利产品的行为受到专利权人销售权的控

制。如果专利产品是发明专利或实用新型专利产品，使用和许诺销售行为还受到专利权人使用权和许诺销售权的控制，需要获得专利权人的许可。因此，对购得的专利产品进行使用、销售或许诺销售在表面上就会引起所有权人和专利权人权利的冲突。

专利法赋予专利权人使用权、销售权和许诺销售权是为了使专利权人能从他人对专利产品的使用和销售中获得应有的报酬。如果专利产品本身就是经过专利权人许可或通过其他合法途径而在市场上流通的，则专利权人一般已经从许可制造和销售专利产品中获得了报酬。此时如果再允许专利权人限制买受人使用或转售其购得的专利产品，就偏离了专利法的立法目的，而演变为允许专利权人对他人的所有权和有形财产的合法流通加以干涉了。这有悖于允许合法商品自由流转这一市场经济赖以存在的基本原则。因此，对于已经经过专利权人许可而向公众提供的专利产品，其使用权、销售权和许诺销售权应当被视为用尽或“穷竭”，专利权人不能阻止该专利产品所有权人向公众再次出售或提供。《专利法》第69条第1项规定，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，不视为侵犯专利权。例如，专利权人自行制造并售出一批专利产品后，他人购得后用于生产经营或者进行转售都无须再经过专利权人的许可，也不会构成对专利权人的使用权、销售权或许诺销售权的侵犯。

需要注意的是：有两种情形可以导致专利权“用尽”。首先是专利权人许可将专利产品投放市场，包括专利权人自行或许可他人制造或进口的专利产品被售出，以及专利权人自行或许可他人使用专利方法直接获得的产品被售出。其次是专利权人虽然没直接许可制造和出售专利产品，但他人对专利产品的制造和出售是依法进行的。这包括本书下文要讲解的先用权人制造和出售专利产品，以及获得强制许可的人制造和出售专利产品等。

需要注意的是：在《专利法》第三次修订之前，关于“专利权用尽”是指“国内用尽”还是“国际用尽”是存在争议的。[①] 假如发明人同时在印度和中国获得了专利权，其在印度仅许可在印度境内销售专利产品。由于该专利产品在印度的售价较在中国的售价便宜，有人从印度购买了经专利权人许可制造和销售的专利产品后，又将其进口至中国销售。此人的行为是否侵犯了专利权人在中国享有的进口权和销售权呢？如果承认专利权在世界范围内用尽，则即使专利权人在所有国家都申请并获得了专利权，只要其在一国已经许可销售其专利产品，就无法阻止购买者将其进口至其他国家转售。如果认为专利权只在销售国用尽，则将专利产品从销售国进口至同样保护该专利权的国家销售，将在进口国构成专利侵权。2008年修订《专利法》时，考虑到我国的产业发展在相当程度上仍然依赖于国外技术和产品及其零部件的引进，明确规定专利产品或者依照专利方法直接获得的产品经合法售出后，进口该产品不视为侵犯专利权，这就等于承认了“专利权用尽”的范围应当是“国际用尽”。

二、先用权人的特定实施行为

所谓先用权人，是指在他人申请产品或方法专利之日以前，就已经制造了相同的产品、使用了相同的方法，或已经做好了制造或使用的必要准备的人。有时两个以上的人出于巧

---

① 请参见本书前文“理论研究：进口权能阻止‘平行进口’么”。

合完成了相同的发明创造或设计，其中一人出于某种考虑并未申请专利，而是直接开始制造产品、使用方法或进行投资，准备加以制造或使用；而另一人选择申请专利权，此人获得授权之后，即享有对专利产品的制造权和对专利方法的使用权。如果先前选择开始制造产品或使用方法的发明创造人因此无法继续进行制造和使用，显得有失公平，特别是当其已经为制造或使用而进行了大量投资如建造厂房、购买机器设备以及招聘和培训人员之后，因他人专利申请获得授权而要求不得按原计划进行制造或使用，将会导致较大的经济损失和资源浪费。为此，《专利法》第69条第2项规定：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做好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的，不视为侵犯专利权。

需要注意的是："先用"是指以非公开方式进行的使用。例如，甲和乙各自独立发明了相同的新型汽车发动机。甲不但制造了发动机，还将其安装在汽车上公开销售。而乙是在甲公开销售装有新型发动机的汽车之后才申请专利权的。对乙而言，因在其申请日之前已有相同的技术通过使用向社会公开，其申请会因不具备新颖性而无法获得专利权，甲自然可以不受限制地制造自己发明的发动机了。只有不公开地"先用"，在后的申请才有可能获得专利权，《专利法》第69条中先用权人在原有范围内继续制造专利产品或使用专利方法不构成专利侵权的规定才有意义；同时，先用权人必须在他人专利申请日之前已经实际制造了日后他人取得专利权的产品或使用了日后他人取得专利权的方法，或者已经做好了必要准备。根据最高人民法院的司法解释，先用权人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，就属于"已经做好制造、使用的必要准备"[①]。如果在他人申请日之后才开始制造产品、使用方法或做好准备，则不能取得先用权。所谓"原有范围"，是指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。

典型案例

申请日前制造相同产品享有先用权

某外资公司起诉山东某电器公司侵犯其冷柜的外观设计专利权。法院查明：在原告申请外观设计专利权之前，原、被告就已签订协议，由被告向原告销售与涉案冷柜相同的产品。该产品由被告设计、生产，由原告在意大利销售，被告也曾在国内进行过销售和展出。法院据此认为：被告在原告专利申请日之前已经制造和销售了涉案产品。被告在原有范围内的生产、销售行为并未侵犯原告的专利权。[②]

本案中被告选择了以先用权进行抗辩，但被告还可以采取其他策略：第一，采用"现有设计抗辩"（参见下一章"专利侵权及法律责任"中的"现有技术和设计抗辩"），即主张

① 最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第15条第2款。

② 参见山东省青岛市中级人民法院民事判决书（2009）青民三初字第119号。

在原告申请外观设计专利之前，被告已在国内公开销售过相同的外观设计产品，该外观设计成为“现有设计”[①]，使用“现有设计”并不侵权。第二，向专利复审委员会请求宣告该外观设计专利权无效。由于被告在原告专利申请日之前，已经公开销售过相同的外观设计产品，该外观设计专利已被公开，成为“现有设计”，被告的外观设计专利因不符合新颖性的要求，应被宣告为无效。

典型案例

申请日前已做好制造相同产品必要准备，享有先用权

原告就一种中药组合物及其制备方法和用途获取了专利权，其起诉被告制造和销售“强力定眩胶囊”的行为侵犯其专利权。经查，被告胶囊的处方、制备方法和用途均落入了原告专利权的保护范围。但被告提出了先用权抗辩，提交了某省食品药品监督管理局于涉案专利申请日前向其出具的“强力定眩胶囊”药品注册申请受理通知书，以及申请药品注册时所报送的资料。该资料记载了“强力定眩胶囊”的处方、制备方法和用途。同时，被告还提交了某省药检所《药品注册检验报告表》附件，显示被告于涉案专利申请日前就生产了3批“强力定眩胶囊”药品供申请注册检验使用。被告获得的《药品生产许可证》也表明其在申请注册“强力定眩胶囊”时就已具有“胶囊剂”生产线。最高人民法院认为：这些证据证明被告在涉案专利的申请日之前，就已准备了生产“强力定眩胶囊”的工艺文件和设备，为实施涉案专利做好了制造和使用的必要准备。[②]

需要指出的是，本案的一、二审法院认为：虽然被告是在涉案专利申请日之前申请注册被诉侵权药品的，但能否获得批准有待审查，而且被告是在涉案专利申请日之后才取得药品注册批件，因此不符合先用权抗辩的条件。这实际上是以药品监管行政机关是否完成了行政审批为标准，判断被控侵权人是否做好了制造、使用的必要准备。这一做法与《专利法》的规定不符。专利权获取并不依赖于行政审批的完成（如申请并获得药品专利权，并不以药品监管行政机关发放药品生产批件为前提），先用权抗辩自然也不需要以行政机关批准制造、使用相关产品或方法为前提。

理论研究

取得先用权的条件

如果两人出于巧合，各自独立完成了发明创造，则未选择申请专利而是直接制造产品或使用方法的发明人可以享有先用权。对这一点是没有疑问的。但是否只要在他人专利申请日之前制造了相同产品、使用相同方法或者已经做好制造、使用的必要准备，无论所需

---

① 在2008年修订的《专利法》生效之后，原告在意大利公开销售相同外观设计产品的行为，也将使该设计成为“现有设计”。

② 参见最高人民法院民事裁定书（2011）民申字第1490号。

的技术来源于何处，均可以享有先用权呢？试举两例：

例一：发明人甲的朋友违反保密义务向乙泄露了甲发明的新产品的技术内容。乙在明知的情况下立即开始制造相同产品，而甲又在发生泄密事件6个月之内申请专利权并最终获得授权。那么，在甲获得专利权之后，乙是否还能继续在原有范围之内制造相同产品呢？

例二：发明人甲首先在中国政府举办的国际博览会上展出其发明的新产品，随后又在6个月之内申请专利权并最终获得授权。而乙通过参加该国际博览会知晓了该项发明的技术特征，并在甲的专利申请日之前制造了相同产品。那么，在甲获得专利权之后，乙是否还能继续在原有范围之内制造相同产品呢？

上述问题在2008年《专利法》第69条中无法找到明确的解答。从立法政策来看，对于第一个问题而言，答案应当是否定的。因为在这种情况下，发明内容的公开是基于他人的违法行为，发明人对此无法控制，也不是出于自愿。如果承认通过非法途径获得的技术可以成为先用权的基础，势必会助长使用商业间谍等非法手段获取他人技术秘密的风气，因此并不足取，各国立法对此的规定也是一致的。最高人民法院在司法解释中也明确规定：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，人民法院不予支持。在司法实践中，法院也指出：提出先用权抗辩的必要前提条件是抗辩人通过合法手段在专利申请日前已掌握与涉案专利技术方案相同的技术并实际制造、使用或已做好制造、使用的必要准备。如果被控侵权人通过非法手段掌握了专利权人在专利申请日前作为商业秘密予以保护的技术方案，就不能以享有先用权为由进行抗辩。①

对于第二个问题，回答则应有所不同。发明人将发明创造在国际博览会上展出或在规定的技术会议上公开完全是自愿的，而他人并不知晓发明人日后是否会申请专利。既然此时技术已经合法公开，就应当允许通过这种合法途径获得技术的人实施技术并享有先用权。国家知识产权局于2006年年底提出的《专利法修订草案》建议将享有先用权的条件定为“在专利申请日前，他人基于其自行开发或者合法取得的技术或者设计，已经制造相同产品、使用相同方法或者已经做好制造、使用的必要准备”，就体现了这一立法政策上的考虑。虽然2008年修订《专利法》时这一建议未能被采纳，但在解释先用权范围时仍然可以作为参考。

实务探讨

先用权人在他人获得专利权之后不能使用、销售自己制造的相同产品么

根据《专利法》第69条的规定，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做好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的，不视为侵犯专利权。但是，如果先用权人不但在原有范围内继续制造相同产品，还使用、销售或许诺销售该产品，或者不但在原有范围内继续使用相同方法，还对由该方法直接获得的产品加以使用、销售或许诺销售，是否构成专利侵权呢？从第69条的用语来看，答案似乎是肯定的。但是这样一来，先用权例外几乎就没有意义了，因为单纯制造产品而不使用或加以销

① 参见江苏省高级人民法院民事判决书（2010）苏知民终字第0107号。

售，制造行为就无法使制造人获得任何利益。同样，如果专利方法是一种用于制造产品的方法，则使用这种方法就是为了制造产品并进行使用或销售。将《专利法》第69条解释为只允许制造产品或使用方法而不允许对产品进行使用、销售或许诺销售在逻辑上是无法成立的。当然，这也反映出立法用语的严谨度尚待提高。

三、临时过境的外国运输工具对专利的使用

运输工具以生产经营目的使用专利产品或方法的行为受到专利权人使用权的控制。例如，某人对一种新型汽车发动机享有专利权，运输公司购买的汽车中如果安装了未经专利权人许可而制造的发动机，则运输公司使用该汽车从事经营性旅客运物或货物运输的行为构成专利侵权。据此，外国运输公司使用的汽车只要安装了未经专利权人许可制造的发动机，一旦为运输经营目的驶入中国境内即理应构成侵权。无论其是往返于本国与中国之间，还是仅仅通过中国境内将旅客或货物运至其他国家，在中国境内的营运均是侵权行为。但是，为了便利跨国交通运输，《巴黎公约》第5条之三规定，对于缔约国的船舶、飞机或车辆暂时或偶然进入其他缔约国境内时，在这些运输工具的特定装置上使用专利不构成侵权。我国《专利法》第69条第3项据此规定：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，不视为侵犯专利权。事实上，我国并未同其他国家签订这方面的协议，但只要运输工具的所属国是《巴黎公约》或TRIPs的缔约国，均可享受临时过境的例外。

享受临时过境的例外必须具备两个条件：首先是外国运输工具临时通过中国领陆、领水或领空。《专利法》中的“临时通过”容易被理解为狭义的“临时过境”，即外国运输工具穿越中国领陆、领水或领空到其他国家，而不包括在某一外国和中国之间往返的情形。但根据《巴黎公约》的规定和权威解释，对专利权的这种限制应当适用于暂时或偶然入境的外国运输工具，而“暂时进入”包括定期进入，“偶然进入”则包括因迷航或船舶失事等意外原因而入境。[①] 由此看来，在定期往返于外国与中国之间的外国交通工具上使用中国专利并不构成侵权行为。

其次，必须是为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利产品或方法。《巴黎公约》规定“临时通过”例外是为了便利跨国交通运输，因此，为了运输工具自身需要而对专利的使用并不构成侵权，如在汽车发动机、飞机起落架或轮船航海仪器上对专利的使用。但超出该范围的使用就不能享受例外规定了，如使用运输工具将在国外未经国内专利权人许可制造的专利产品运进国内。

例如，中国发明人就一种新型起落架在中国申请并获得了专利权，但并未在美国申请专利权。美国公司在美国制造该新型起落架，并销售装有该新型起落架的飞机并不侵犯中国专利权。美国的航空公司将装有该新型起落架的飞机用于中美定期航班上进入中国领空

---

① 参见［奥］博登浩森著，汤宗舜、段瑞林译：《保护工业产权巴黎公约指南》，54页，北京，中国人民大学出版社，2003。

的行为，虽然构成对中国专利在中国境内的使用，但根据《专利法》规定的临时通过例外，不视为侵犯中国专利权。

典型案例

全美钢铁机车公司诉加拿大太平洋铁路公司案

原告美国钢铁机车公司拥有一项有关火车车厢的专利。被告加拿大太平洋铁路公司运营美国至加拿大的铁路运输，将木材运至美国后空车返回。美国钢铁机车公司认为加拿大太平洋铁路公司使用的车厢侵犯其专利权。《美国专利法》第272条根据《巴黎公约》规定了“临时通过”例外，内容与我国《专利法》第69条相近，因此，被告以“临时通过”作为抗辩。

宾夕法尼亚东区联邦地区法院一审认为，被告的行为不能根据“临时通过”例外免责，理由是：(1) 火车的车厢不是“运输工具”，火车的车头才是；(2) 被告的车厢不是“临时”进入美国，因为其在大部分时间内都是在美国境内运输木材；(3)“专为运输工具的自身需要使用专利”是指帮助运输工具的发动、定位和其他使之运转的需要而使用专利。涉案专利只涉及车厢的结构，并不为火车提供动力。联邦巡回上诉法院推翻了一审判决，其认为：(1) 根据词典对“运输工具”的解释，火车车厢也属于“运输工具”；(2)“临时通过”是指为了进行国际商业活动而进入美国境内，并在一段期间后离开。这与运输工具在其使用限期内是否大部分时间待在美国并无关系；(3)《巴黎公约》规定的“临时通过”例外明确包括“在飞机或陆地车辆的构造中……使用专利”。《美国专利法》第272条就是为了实施《巴黎公约》有关“临时通过”的规定而制定的，因此，“专为运输工具的自身需要”既包括使运输工具正常运转的需要，也包括使运输工具具有特定构造的需要。[①] 加拿大太平洋铁路公司最终胜诉。

四、将专利作为科学研究和实验对象使用

根据《专利法》第69条第4项的规定，专为科学研究和实验而使用有关专利的，不视为侵犯专利权。应当指出的是：对本条的用语需要进行正确的理解。所谓“专为科学研究和实验而使用有关专利”，仅仅是指将专利产品或方法作为科学研究和实验对象加以使用，如测试专利产品的性能、评价专利方法的实施效果，以及研究如何改进现有专利产品或方法等，其中的“使用”可以包括制造。例如，有人就一种制造玻璃球的机器获得了专利权。他人未经许可就为测试目的使用这种机器制造了一批玻璃球，但测试效果不佳，该批玻璃球也未被出售，法院认定这种使用属于为实验目的的使用，不构成侵权。[②] 但是，将专利产品或方法作为科学研究和实验的工具或手段使用并不属于能够享受例外的范围。例如，对

① National Steel Car, Ltd. v. Canadian Pacific Ry, 357 F. 3d 1319, at 1328 - 1333 (Fed. Cir., 2004).

② Akro Agate Co. v. Master Marble Co., 18 F. Supp. 305 (N. D. W. Va., 1937).

于已经获得专利权的化学试剂，大学实验室或化学制品公司设立的研究机构可以为了将该试剂与其他试剂进行比较，而自行制造一些试剂并加以分析，不构成侵权。但是，如果该实验室或研究机构制造和使用该试剂的目的是用它去合成其他化学物质，或在其日常实验或研究中作为实验材料使用，则仍然需要经过直接专利权人许可或者购买经过其授权制造和销售的该化学试剂，而不能自行制造并使用，否则，构成侵权。可以想见，如果作出相反解释，也即认为将专利产品或方法作为科学研究和实验的工具或手段使用，不视为侵犯专利权，则对于作为专用于科学研究和实验的工具或手段的产品或方法而言，其获得专利权的意义就会大打折扣。例如，许多实验室中的精密测量和分析仪器都是受专利权保护的发明创造，根据上述相反解释，任何人在实验室中使用这些仪器都不构成侵权行为。可能有人会提出：本条中的“使用”应严格限于“使用权”意义上的“使用”，专利权人的“制造权”、“销售权”、“许诺销售权”和“进口权”仍可用于阻止他人未经许可制造、销售、许诺销售和进口专利仪器。但在该专利仪器只能被用于“科学研究和实验”情况下，任何制造、销售、许诺销售和进口行为都是为了实现这一合法目的，其能否被认定为侵权就大成问题。下文将讲解的“Bolar 例外”中，不仅在法定条件下使用专利药品或医疗器械不构成侵权，制造、进口专利药品以及专门为其制造、进口专利药品或医疗器械也不构成侵权，就印证了这一点。这样一来，上述专用于实验室的测量和分析仪器的专利权就丧失了意义。

典型案例

马迪诉杜克大学

马迪是美国著名激光学科学家，是几项激光技术的专利权人，并曾任杜克大学“自由电子激光器”实验室主任。在离开杜克大学后，马迪起诉杜克大学在该实验室中未经许可继续使用其专利设备。一审法院认为，杜克大学仅是为非营利性的实验目的使用专利设备，并不构成侵权。二审法院则认为：由判例创设的“实验性使用例外”的适用范围极为狭窄，只限于为娱乐、满足好奇心和纯粹理论探究这几种情形。而为了实现合法的经营目的使用专利，并不能根据“实验性使用例外”免责，无论这种使用是否具有商业目的。包括杜克大学在内的研究型大学通常都会批准和资助研究项目，这无疑会实现大学的合法经营目的，包括使参与研究项目的学生和教师受益，还会提高大学的地位，吸引更多的研究资助、学生和教师。[①] 因此，大学实验室中未经许可利用专利进行实验的行为仍然是侵权行为。[②]

《美国专利法》虽然未明确规定“科学研究和实验例外”，但其判例确立了与我国《专利法》第 69 条类似的例外，因此，本案的判决对我国仍有借鉴意义。需要指出的是，本案也印证了专利法上的“为生产经营目的”与“以营利为目的”或“商业目的”并非同一概念。法院指出：杜克大学在实验室中使用专利设备的行为也许与商业目的无关，但能够实现大学的合法经营目的。

---

① Madey v. Duke University, 307 F. 3d 1351, at 1362 (Fed. Cir., 2004).

② 由于实验室中的涉案设备由第三方所有并掌握，法院认为侵权人并非杜克大学。

读者可思考：如果杜克大学是在市场上购买了经专利权人许可而合法制造和出售的专利设备，其在实验室中使用该专利设备的行为是否构成侵权？

典型案例

什么是为科学研究和实验而使用

陆某就一种垃圾筛碎机获得了实用新型专利权。某环境卫生工程实验厂承担了国家城乡建设环境保护部有关“城市生活垃圾无害化处理技术的开发研究”的研究任务后，委托上海某工程公司对筛分破碎机进行设计、制造、安装、调试的成套技术服务，并在该工程公司交付筛分破碎机后，对其进行使用。陆某起诉某环境卫生工程实验厂侵权。一审法院认为，为完成国家城乡建设环境保护部下达的科研任务，委托工程公司对筛分破碎机进行研制，属于专为科学研究和实验而使用有关专利，不视为对专利权的侵害。[①] 但二审法院认为：“专为科学研究和实验而使用有关专利”，是指在实验室条件下，为了在已有专利技术的基础上探索、研究新的发明创造，演示性地利用有关专利，或者考察、验证有关专利的技术经济效果。而本案中，工程公司根据协议，为完成筛分破碎机的设计、制造、安装和调试任务，直接利用了陆某已取得专利权的专利技术设计、制造机械设备，然后销售给某环境卫生工程实验厂使用。该行为不是专为科学研究和实验而使用专利的合法行为。某环境卫生工程实验厂不仅自己成套使用工程公司制造、销售的侵权产品处理垃圾，而且对外销售，属于以生产经营为目的的使用行为，亦不符合“专为科学研究和实验而使用有关专利”的条件，应认定为侵权。

五、为提供行政审批信息使用或提供专利药品或医疗器械（Bolar 例外）

《专利法》第 69 条第 5 项规定：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，不视为侵犯专利权。药品专利权和医疗器械专利权过保护期之后，任何人都可以自由地仿造相同的药品和医疗器械，而且由于不再需要支付专利许可费，仿造药品和医疗器械的价格会比较低廉。但法律对这两种产品的上市有严格的条件限制：其必须经过一系列实验（如对药品的动物实验、一期和二期人体实验等），向主管部门提交相关信息，待主管部门批准其上市后，才可以销售。如果等到专利权保护期届满后才能利用药品和医疗器械进行实验，由于实验和审批都需要较长时间，公众将无法在专利过期之后立即享受到廉价且同质的替代产品，实际上是变相延长了专利保护期。但如果提前制造专利药品或医疗器械以做实验之用，又会构成专利侵权。为了解决这一问题，2008 年修订《专利法》时，明确规定：为提供行政审批信息而使用或提供专利药品或医疗器械的行为，不构成专利

① 参见上海市中级人民法院民事判决书（91）沪中经字第 8 号。

侵权。

立法背景

“Bolar 例外”的起源

这种例外情形通常被称为“Bolar 例外”，这是因为其源于美国 1984 年的 Roche Products Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co. 案。在该案中，原告罗氏公司对镇静药中的一种有效物质享有专利权。被告 Bolar 公司为了在罗氏公司的专利权过期后制造相同药品，就未经许可使用该物质进行实验，以检测其仿造药品能否实现与罗氏公司药品相同的效果，因为其只有提供了相关信息，才可能得到美国食品药品管理局（FDA）对其仿造药的上市许可。在诉讼中，法院认为 Bolar 公司未经许可使用专利的行为并不属于为科学研究和实验的例外，因为其最终目的是商业性生产仿造药品，与原告竞争。同时，Bolar 公司提出：FDA 的审批是需要时间的，如果等到原告专利保护期届满再进行实验，并向 FDA 提供信息，会使仿造药品的上市时间大大延长，而公共政策允许廉价的仿造药品在专利过期之后立即向市场供应。但法院认为该公共政策与当时专利法的明文规定相冲突，而对法律的修改只能由国会进行，而非法院来进行，因此，法院判决 Bolar 公司败诉。[①] 随后，美国国会通过了《药品价格竞争与专利保护期恢复法案》（又称 Hatch-Waxman 法案），该法案建立了 FDA 对仿造过期专利药品的审批机制，允许为了向 FDA 提供仿造药品的信息，以得到 FDA 的上市许可，而使用尚在保护期之内的专利。虽然这一规则并不是“Bolar 案”创设的，但与该案直接有关，“Bolar 例外”由此得名。

典型案例

为满足药监局药品注册要求进行的临床试验不侵犯专利权

原告美国伊莱利得公司 2003 年在中国获得了“含有胰岛素类似物的药物制剂的制备方法”的发明专利。被告甘李药业公司向食品药品监督管理局提交了一份药品注册申请，并在取得临床研究批件后进行了药品的临床试验，而这种药品中含有使用依照原告专利方法直接获得的产品。一、二审法院经审理后均认为：虽然甘李药业公司实施了临床试验，以检验该产品的安全性和有效性，但其直接目的是满足有关法律、法规和药监局关于药品注册的要求，而不是在本专利有效期内进行销售，不属于专利法所规定的为生产经营目的实施他人专利的行为。因此，法院驳回了原告的诉讼请求。[②]

本案的判决结果体现了“Bolar 例外”的精神。但需要注意的是：此案发生时《专利法》尚未规定“Bolar 例外”，因此，法院是以被告的临床试验“不属于专利法所规定的为

---

① Roche Products Inc. v. Bolar Pharmaceutical Co., 733 F. 2d 858 (Fed. Cir., 1984).

② 参见北京市第二中级人民法院民事判决书（2005）二中民初字第 06026 号，北京市高级人民法院民事判决书（2007）高民终字第 1598 号。

生产经营目的实施他人专利的行为”为由判决被告胜诉的。但在《专利法》规定“Bolar例外”之后，这样的理由是无法成立的。因为如果本案中被告为提供行政审批所需信息而实施专利的行为不属于“为生产经营目的实施专利的行为”，则该行为根本不受专利权的控制，《专利法》完全没有必要明确规定“Bolar例外”。这正如《著作权法》根本没有必要在“权利的限制”一节中规定“未经许可阅读作品不属于著作权侵权行为”，因为阅读作品的行为根本不受任何著作权专有权利控制。《专利法》规定“Bolar例外”的前提，正是承认为提供行政审批所需信息而实施专利的行为属于“为生产经营目的实施专利的行为”。

该案中，被告并未提出“科学研究与实验例外”抗辩，从中也可以看出“科学研究与实验例外”与“Bolar例外”的区别：前者应当限于为纯科学探索和研究目的而实施专利，不能直接服务于营利目的。而对后者无此限制。“Bolar例外”的诞生，也与在“Bolar案”中被告提出的“科学研究与实验例外”抗辩未获得法院支持直接相关。

第二节　强制许可

强制许可是《著作权法》和《商标法》中所没有的，强制许可是指为了防止专利权人滥用专利权阻碍技术进步和损害公共利益，国家专利行政主管部门可以根据申请而颁布实施专利的许可。强制许可与《著作权法》中的法定许可不同：法定许可是根据《著作权法》的规定而直接给予符合条件者的许可，无须经过国家行政主管部门的审查和批准。而强制许可应由符合条件者提出申请，经国家专利行政主管部门审查、批准之后才能给予。我国《专利法》规定了下列强制许可：

一、防止滥用的强制许可

根据《专利法》第48条的规定，在两种情形下，国务院专利行政主管部门根据具备实施条件的单位或者个人的申请，可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可：(1) 专利权人自专利权被授予之日起满3年，且自提出专利申请之日起满4年，无正当理由未实施或者未充分实施其专利的；(2) 专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为，为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响的。

国家授予发明创造人专利权，一方面是为了激励更多的发明创造，另一方面也是因为专利的实施能够给社会带来利益。如果专利权人一直不自己实施专利，也不许可他人实施专利，则社会无法从该项专利中直接受益。例如，药品专利权人在一国不但自己不生产专利药品，也不授权他人生产或从国外进口专利药品，则该国人民就丧失了使用专利药品治疗疾病的机会。专利权人的这种行为被认为构成了对专利权的滥用。因此，《巴黎公约》第5条A款允许成员国采取立法规定给予强制许可的条件，以防止以不实施等方式对专利权的滥用。

具备实施条件的单位或者个人在申请强制许可时，应当提供证据，证明其以合理的条

件请求专利权人许可其实施专利，但未能在合理的时间内获得许可。“合理的条件”是指该行业通常的惯例及合理的实施条款和条件，其中主要指专利许可费。如果专利权人在法定期间内一直拒绝按照合理条件给予具备实施条件的单位或者个人以实施许可，导致专利产品无法充分地供应我国市场，阻碍了我国产业的发展，则具备实施条件的单位或者个人就可以申请强制许可。

虽然专利权本质上是一种垄断权，专利权人可以阻止他人未经许可利用受专利权保护的技术，但如果专利权人滥用权利限制竞争，就可能损害社会公共利益。例如，如果一项专利技术被纳入技术标准，就意味着市场经营者为了提供符合技术标准的产品必须使用这项专利技术。此时如果专利权人拒绝授权或索要远高于市场标准的许可费，就会剥夺其他经营者遵守技术标准，与专利权人进行竞争的机会。我国《反垄断法》规定：“经营者滥用知识产权、排除、限制竞争的行为，适用本法”。TRIPs 第 40 条第 2 款也明确规定：各成员在其立法中可以明确规定在特定情况下可构成对知识产权的滥用并对相关市场中的竞争产生不利影响的许可活动或条件，并可按照该成员国的有关法律、法规，采取适当的措施以防止或控制此类活动。如果专利权人利用专利权进行垄断，国务院专利行政主管部门就可以通过颁发强制许可提供救济。

二、根据公共利益需要的强制许可

《专利法》第 49 条规定：在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，国务院专利行政主管部门可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可。当国家出现了外敌入侵、恐怖袭击或内乱等严重危及国家安全和社会安定的紧急状态，或重大自然灾害、瘟疫流行等严重影响人民生活的非常情况时，国家和社会的利益显然要优于专利权人的私利。例如，专利权人享有一种先进武器的专利权，却不愿许可国家兵工厂实施，或者享有能有效抑制重大疾病疫情的药品专利而不愿在国内自己制造或许可他人制造药品，显然将损害公共利益。在这种情况下，国务院有关主管部门就可以请求获得实施相关专利的强制许可。

需要注意的是：根据《专利法》第 52 条的规定，强制许可涉及的发明创造为半导体技术的，其实施限于公共利益的目的和为消除或者减少该专利权人的垄断行为对竞争产生的不利影响。这就意味着半导体技术专利权人在法定期限内无正当理由未实施或者未充分实施其专利的，并不构成给予强制许可的理由。

三、制造并出口专利药品的强制许可

《专利法》第 50 条规定：为了公共健康目的，对取得专利权的药品，国务院专利行政主管部门可以给予制造并将其出口到符合中华人民共和国参加的有关国际条约规定的国家或者地区的强制许可。假如非洲的某一最不发达国家（least developed country）暴发了艾滋病疫情，但由于该国没有能力自行生产能够抑制艾滋病的专利药品，其通过外交渠道希望从我国进口这种专利药品，国务院卫生部门可以请求国家知识产权局给予强制许可，允许被许可人制造这种专利药品并出口到该非洲国家。

立法背景

公共健康与专利权保护

公共健康与专利权保护之间的紧张关系已成为近年来发展中国家共同关注的重大问题。一方面，新药的研制需要大量投资，并有极大的失败风险。而新药上市之后通过对其进行“反向工程”，分析其化学结构和有效成分却相对容易。如果不对药品进行专利保护，听任花费巨资研制的新药被他人以低廉的成本加以仿制，必然会打击制药公司研发新药的积极性，对于保障人民健康是不利的。另一方面，对药品进行专利保护对发展中国家却有负面影响。许多发展中国家，特别是非洲等地的最不发达国家，受到艾滋病、结核病和疟疾等严重威胁人民健康甚至社会稳定的传染病的困扰，急需价格低廉的药品。而治疗这些传染病最有效的药品却一般都由发达国家的制药公司研发，并且已在发达国家获得了专利权。药品受专利权保护意味着专利权人在市场上取得了垄断地位，其必然会以较为高昂的价格出售药品以收回研发投资并赚取利润。虽然发达国家的制药公司在最不发达国家申请专利权的并不多，理论上这些最不发达国家自行生产药品是完全合法的。但由于最不发达国家制药业普遍比较落后，很少具备仿制能力，只能依赖从国外进口。而这些药品在那些有能力生产的国家却一般都受专利保护，其价格超出了最不发达国家承受的限度。同时，根据TRIPs第31条（f）款，发放强制许可的主要目的应是供应国内市场，因此，即使有能力生产的国家发放了制造这些药品的强制许可，使药品的价格较为低廉，这些药品也不能用于出口到最不发达国家。

在2001年世界贸易组织的多哈部长级会议上，经过发展中国家的努力争取，通过了《与贸易有关的知识产权协定和公众健康宣言》，简称《多哈宣言》。《多哈宣言》明确指出包括由艾滋病、结核病和疟疾等传染病引发的公共健康危机属于“国家紧急状态”，TRIPs协定成员国有权据此颁布药品的强制许可。TRIPs协定理事会为了落实《多哈宣言》，又于2003年通过决议，指出那些没有药品生产能力或生产能力不足的国家，可以从其他国家进口根据强制许可而制造的药品。

据此，国家知识产权局于2005年颁布了《涉及公共健康问题的专利实施强制许可办法》，明确规定：传染病在我国的出现、流行导致公共健康危机的，属于《专利法》第49条所述的“国家紧急状态”。如果治疗某种传染病的药品在我国被授予专利权，且我国具有该药品的生产能力，国务院有关主管部门可以依据《专利法》第49条的规定，请求国家知识产权局授予实施该专利的强制许可。如果我国不具有生产该药品的能力或者生产能力不足的，国务院有关主管部门可以请求国家知识产权局授予强制许可，允许被许可人进口世界贸易组织成员利用上述理事会决议确定的制度为我国解决公共健康问题而制造的该种药品。假设在我国暴发了某种严重传染病疫情，而已有制药公司就治疗这种传染病的特效药在我国获得了专利，但我国暂时不具备制造这种药物的能力。在这种情况下，其他国家的制药公司如果根据TRIPs协定理事会确立的机制获得了制造该药品的许可，从而制造出了这种药品，我国有关主管部门就可以请求国家知识产权局授予强制许可，从该国的制药公司手中进口此种药品。如果治疗某种传染病的药品在我国被授予专利权，而这种药品在其

他国家或地区已经由专利权人自行制造或许可他人制造并售出，我国任何单位或个人在该国家或地区将其购入后进口到我国就无须经过强制许可了。换言之，对于治疗传染病药品的平行进口在我国是合法的。如果世界贸易组织成员按照总理事会决议确定的机制通报世界贸易组织 TRIPs 理事会，希望进口治疗某种传染病的药品，或者非世界贸易组织成员的最不发达国家通过外交渠道通知我国政府，希望从我国进口治疗某种传染病的药品，则国务院有关主管部门可以请求国家知识产权局授予强制许可，允许被许可人利用总理事会决议确定的制度制造该种药品并将其出口到上述成员或者国家。《专利法》第三次修订将为公共健康目的出口专利药品的强制许可上升为法律。

四、为实施从属专利需要的强制许可

许多取得专利权的发明创造属于“改进发明”，即在原有发明创造的基础之上进行改进，从而获得的新的发明创造成果。如果原有发明创造本身也获得了专利权并仍然在专利保护期之内，改进发明创造获得专利之后，其实施就有赖于原有发明创造专利权人的许可，该专利被称为“从属专利”。顾名思义，该专利与原专利之间存在从属关系，如果从属专利权人未经许可实施其专利，会构成对原专利权人的侵权。例如，甲发明了电灯泡并获得了发明专利权，其权利要求书中指明的技术特征是以钨做灯丝。乙提出了将现有电灯泡中钨灯丝直径缩短 1 倍的技术方案，大大延长了灯泡的寿命。乙发明的新型灯泡属于改进发明，与原有电灯泡相比，取得了具有显著经济意义的重大技术进步。如果乙就这项技术获得了专利权，就是甲专利的从属专利。但是，原有电灯泡尚在专利保护期内，而新型灯泡仍然包含了“以钨做灯丝”的技术特征，因此，乙未经甲许可擅自制造或出售新型电灯泡就会侵犯甲的专利权，这样，乙的发明的实施就有赖于甲的许可。显然，如果甲希望阻止竞争对手乙销售其新产品，就会拒绝许可乙使用自己的专利。这样，不但乙无法制造和销售技术上更为先进的灯泡，而且公众也被剥夺了享受技术进步带来的利益的权利。

对此，TRIPs 协定第 31 条第 1 项规定了对从属专利权的强制许可机制。我国《专利法》第 51 条也规定：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，国务院专利行政主管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。在依照这一规定给予实施强制许可的情形下，国务院专利行政主管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。在上例中，乙发明的改进型灯泡比甲的灯泡先进许多，但实施又有赖于甲许可乙实施甲的专利。在这种情况下，乙就可以向国家知识产权局申请实施甲的专利的强制许可。如果乙获得了这一强制许可，则甲可以申请获得实施乙的专利的强制许可。这是因为乙的发明创造毕竟是在甲原有的发明创造基础上作出的，如果乙已有权实施甲的专利，应当允许甲实施乙的专利，以示公平。根据《专利法》第 54 条的规定，从属专利的权利人在申请此项强制许可时，应当提供证据，证明其以合理的条件请求在先专利的权利人许可其实施专利，但未能在合理的时间内获得许可。

需要注意的是：除了为公共健康目的而出口专利药品的强制许可，以及为消除或减少

垄断行为的强制许可之外，强制许可的实施应当主要为了供应国内市场。这是 TRIPs 协定对强制许可的明确限制。另外，无论是上述哪一种强制许可，都是有偿许可，因此，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，其数额由双方协商；双方不能达成协议的，由国务院专利行政主管部门裁决。而且强制许可还是非独占许可，取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，也无权允许他人实施。国务院专利行政主管部门在给予强制许可时，应当根据强制许可的理由规定实施的范围和时间。强制许可的理由消除并不再发生时，国务院专利行政主管部门应当根据专利权人的请求，经审查后作出终止实施强制许可的决定。

如果专利权人对国务院专利行政主管部门关于实施强制许可的决定不服的，专利权人和取得实施强制许可的单位或者个人对国家专利行政主管部门关于实施强制许可的使用费的裁决不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。

【问题与思考】

1. 思考：根据专利权用尽原则，在平行进口问题上应适用国际用尽还是国内用尽？
2. 思考：先用权是否可以转让和继承？
3. 思考：应当如何理解临时过境的外国运输工具对专利的“使用”？
4. 试比较专利法中不视为专利侵权的行为和著作权法中合理使用行为的异同及各自特点。
5. 试分析在从属专利强制许可和不实施时强制许可中当事人之间的举证责任应该如何分配。

第十五章
专利侵权及法律责任

本章导读

专利权人享有一系列专有权利，他人未经许可实施专利的行为，即擅自实施受专有权利控制的行为，除非有法定免责事由，构成对专利权的直接侵权。如对于发明专利而言，未经许可为生产经营目的制造、使用、销售、许诺销售和进口专利产品即分别构成对制造权、使用权、销售权、许诺销售权和进口权的直接侵权。但是，构成专利侵权的前提是未经许可实施专利，即对专利产品或专利方法以特定方式加以利用。因此，判断何种产品或方法属于专利产品或专利方法，就成为认定专利侵权的前提。而不同的判断方法直接关系到一种行为是否构成专利侵权，也就决定了专利的保护范围。本章讲解了我国《专利法》中有关专利侵权及法律责任的法律规范，包括确定专利保护范围的三种方法和相关原则，以及专利侵权和假冒专利这两种违法行为的不同本质及各自的救济措施。

第一节　专利保护范围的确定

一、确定专利保护范围的方法

本书上文已经讲解过：对于发明和实用新型专利而言，专利权的保护范围由权利要求书确定。如果一种产品或方法包含了他人专利权利要求书中权利要求的全部特征，就构成了专利产品或方法，也即落入了专利权的保护范围。例如，权利要求书中独立权利要求记载的产品的技术特征为A+B+C，而一种产品的技术特征为A+B+C+D，则该产品为专利产品，对其擅自加以制造和销售就可能构成侵权。而如果一种产品的技术特征为A+C+D，则不属于专利产品，他人的制造和销售就不构成专利侵权。

但是，权利要求书中的技术特征总是通过语言文字加以表述的，而对于任何语言文字的含义都存在一个如何进行解释的问题，不同的解释方法就会导致不同的专利保护范围。

在各国专利法中曾经出现三种解释权利要求书的方法：

第一种是“周边限定法”。这种方法忠于权利要求书中的文字表述，使得权利要求书确确实实成为专利权保护范围不可逾越的边界。其好处在于使专利保护范围对公众而言一目了然，但对权利要求书的撰写提出了极高的要求，专利申请人在撰写时稍有疏忽，如将技术特征多写了一个，或用语过于具体，就将导致其日后授权后专利保护范围大为减少。

第二种是“中心限定法”。这种方法将权利要求书中通过字面含义划定的保护范围作为专利保护范围的“中心区域”，同时根据发明的目的、性质和说明书的说明，将“中心区域”之外的一定范围也纳入专利保护范围。“中心限定法”实际上在一定程度上扩大了专利保护范围，使专利权人可以获得较为充分的保护。但由于对权利要求的解释并不严格遵循权利要求书中的文字表述，导致专利权的保护范围对社会公众而言显得并不确定。

作为上述两种方法的折中，出现了第三种方法，即以权利要求书的内容为准，但不死板地拘泥于权利要求书的文字或措辞，而是结合说明书和附图划定专利权的保护范围。根据这种方法，本领域的普通技术人员在阅读了权利要求书并参考说明书及附图之后，仍然不能确定的技术，就不属于专利权的保护范围。我国《专利法》也采用了这一方法，于第59条第1款规定：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。最高人民法院2009年颁布的《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第2条规定：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。

在具体解释权利要求的含义时，法院可以应用“内部证据”和“外部证据”。“内部证据”是指专利文献本身，包括说明书及附图以及专利审查档案。“外部证据”是指专利文献之外的资料，包括通用辞典、专业辞典和技术文献等。上述司法解释第3条对此规定：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。

需要注意的是，该条司法解释对于法院应用“内部证据”和“外部证据”的顺序是有要求的，即先应用“内部证据”，再应用“外部证据”。这是因为专利申请人可以成为“自己辞典的编纂者”（his own lexicographer）[①]，也即其可以自己创设词汇或定义词汇，以对其发明创造进行描述。[②] 因此，即使专利申请人使用了一个日常术语或某一技术领域的常用语，也仍然可以在说明书中赋予其不同于通常含义的新含义。因此，当说明书对某一术语的界定不同于其通常含义时，应当采用说明书界定的含义。

---

① Phillips v. AWH，415 F. 3d 1303，at 1319（Fed. Cir.，2005）.

② 参见最高人民法院民事判决书（2012）民提字第3号。

典型案例

说明书可用于更正权利要求中的明显错误

美国某公司获得了“可移动的折叠台”发明专利，其中国的子公司获得了专有实施权。该公司起诉某中国公司制造和使用的“活动舞台”侵犯其专利权。将权利要求中记载的技术特征与“活动舞台”进行比对，唯一的区别在于，权利要求中记载的一项特征是其中一个连杆“基本上呈矩形”结构，而“活动舞台”中的该连杆是U型结构，大致呈凹型。一审法院认为：根据《辞海》的解释，矩形通称为长方形，是平面上每个内角都是直角的四边形。站在该领域普通技术人员的立场，难以得出“基本上呈矩形”的含义能够包容U形几何特征的结论。因此，判决被告的“活动舞台”缺少原告权利要求中记载的必要技术特征，没有落入涉案专利权保护范围。

二审法院则作出了不同的判断，二审法院指出：权利要求是以说明书为依据的，权利要求书的每一项权利要求所保护的技术方案应当是从说明书中公开的内容得到或者概括出的技术方案，因此，说明书及附图必然可以用于解释权利要求。根据专利说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案等证据更正权利要求中的明显错误，是根据专利说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案等证据解释权利要求的应有之义。如果所属技术领域普通技术人员在阅读说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案后，能明确无误地确认权利要求的撰写存在错误，且所属技术领域普通技术人员在阅读说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案后，还能明显无疑地知道相应错误的更正答案，则应当以该更正后的权利要求来确定权利要求的保护范围。这种对权利要求中明显错误的更正并不影响权利要求保护边界的确定性，从而也不会影响权利要求的公示性与稳定性。因为权利要求的保护范围是所属领域普通技术人员所理解的保护范围，所属领域普通技术人员在阅读说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案后，如果能明确无误地确认权利要求的撰写存在错误，且存在明显无疑的更正答案，其必然会自行予以更正，更正后的权利要求所确定的保护范围才是权利要求的应有保护范围，才是所属领域普通技术人员所理解的保护范围，也才是权利要求向社会公示的保护范围。①

本案中，原告的专利说明书及实施例将涉案连杆描述为“基本上呈U形”和“大致为马蹄形”，所属领域的普通技术人员从涉案说明书及附图中不能得到或者概括出相应的连杆为“基本上呈矩形”的结论，而只能理解为该连杆“基本上呈U形”。同时，对权利要求的解释应当使其能够解决相应的技术问题：说明书“背景技术”部分记载的现有技术的缺陷之一是“当该台被折叠到一基本垂直的位置时，台盖板的端部彼此接触，这样就有夹伤使用者的手或手指的危险”，这是涉案专利的发明目的，亦即涉案专利所要解决的技术问题之

① 参见上海市高级人民法院民事判决书（2012）沪高民三（知）终字第44号。

一。如果该连杆“基本上呈矩形”，就不可能解决涉案专利所要解决的技术问题，连杆“基本上呈U形”才能解决相应的技术问题。再加之该专利是通过PCT申请获得授权的，而PCT申请英文及中文公开文件中记载的相应权利要求均为“基本上呈U形”，法院最终得出了“活动舞台”落入涉案专利权保护范围的结论。

显然，二审法院没有直接根据辞典等“外部证据”解释权利要求，而是根据说明书及其实施例和专利审查档案对权利要求进行解释。这是合理的，也符合上述司法解释的规定。最高人民法院也指出：如果本领域普通技术人员阅读说明书及附图后可以立即获知权利要求中特定用语的表述存在明显错误，并能够根据说明书和附图的相应记载明确、直接、毫无疑义地修正权利要求中该特定用语的含义，则可以根据说明书或附图修正权利要求用语的明显错误。[①]

典型案例

说明书用于解释权利要求的内容

一种复合板实用新型专利的权利要求记载的特征为“镁质胶凝、竹、木、植物纤维复合层至少有两层……”。被告被诉侵权的复合板有镁质胶凝材料与植物纤维材料复合层，不含竹、木材料。原、被告就如何解释权利要求产生了争议。原告认为权利要求中的“镁质胶凝、竹、木、植物纤维”三种材料之间是“或”的关系，也即包含其中任何一种材料即可。而被告认为这三种材料之间是“和”的关系，也即需要同时包含这三种材料。最高人民法院在再审中认为：如果对权利要求的表述内容产生不同理解，导致对权利要求保护范围产生争议，说明书及其附图可以用于解释权利要求。仅从涉案权利要求对“竹、木、植物纤维”三者关系的文字表述看，很难判断三者是“和”的关系还是“或”的关系，应当结合说明书记载的相关内容进行解释。而专利说明书在描述实施例时称：“镁质胶凝植物纤维层是由氯化镁、氧化镁和竹纤维或木糠或植物纤维制成的混合物。”由此可见，权利要求中的“竹、木、植物纤维”三者之间应是选择关系，即具备三者其中之一即可，而非竹、木及植物纤维三者必须同时具备。[②]

需要注意的是：说明书和附图本身并不能起到确定专利权保护范围的作用，那些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，不能用于限制专利权的保护范围。

例如，某产品专利的权利要求中记载的技术特征为A+B+C，而在说明书及附图中，为了清楚、完整地描述专利技术方案，使本领域技术人员能够理解和实施该专利，附上了一个具体实施例，从中可看出该产品的技术特征为A+B+C+D。由于说明书及附图中的

① 参见最高人民法院民事判决书（2012）民提字第3号。

② 参见最高人民法院民事裁定书（2010）民申字第871号。

实施例只具有解释权利要求的作用，不能用于限制专利权的保护范围[①]，所以该专利的保护范围仍然由权利要求的内容——技术特征 A+B+C 确定。

对于外观设计专利而言，其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。需要注意的是：虽然外观设计具有一定美感，有时也可能构成美术作品，但专利法对外观设计的保护与著作权法对美术作品的保护并不相同。对于美术作品而言，只要他人未经许可复制，无论其载体是否与作品的原始载体相同，都可能构成著作权侵权。如在本书前文提及的“QQ 加湿器案”中，腾讯公司享有著作权的美术作品——企鹅绘画的原始载体是纸张，腾讯公司最经常将其用于即时通讯软件中，即以计算机硬盘为载体；他人未经许可在另一种载体——加湿器上使用实质性相似的企鹅绘画仍然构成著作权侵权。

与此形成鲜明对比的是：对于外观设计而言，专利法的保护限于相同或相近种类的产品，这是因为外观设计专利权针对的是特定工业产品。这就是为什么外观设计专利申请应当遵循“单一性原则”，即一件外观设计专利申请应当限于一项外观设计。换言之，除了法定例外情形，如果对同一种类中的两种产品（如碗和盘子）或两种完全不同种类的产品作出了相同的外观设计，必须提交两件外观设计专利申请。与此相适应，外观设计专利权也只能禁止他人未经许可，在与外观设计专利产品相同或者相近种类的产品上，采用与授权外观设计相同或者近似的外观设计。假设腾讯公司设计了企鹅形状的加湿器，并就该加湿器获得了外观设计专利权，而他人未经许可制造、销售企鹅形状的垃圾筒，即使这两种产品的形状一模一样，他人也不构成对腾讯公司外观设计专利权的侵权。

根据最高人民法院的司法解释，对“产品种类相同或者相近”的认定，应当以外观设计产品的用途为依据，而对产品用途的判断，可以参考外观设计的简要说明、国际外观设计分类表、产品的功能以及产品销售、实际使用的情况等因素；对“外观设计相同或者近似”的认定，应当根据授权外观设计、被诉侵权设计的设计特征，以外观设计的整体视觉效果进行综合判断。[②]

典型案例

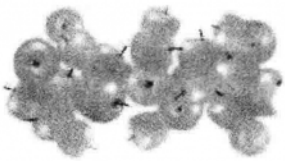
“餐具类贴纸”与“餐具”不是相同或相近种类的产品

法国某公司获得了一种名称为“餐具用贴纸”的外观设计专利，专利主视图显示：由多个无规则摆放的苹果组成，苹果的颜色呈淡黄绿色。某玻璃工艺品厂生产并销售印有相同图案的玻璃杯，只是其中苹果的颜色为绿色，玻璃杯上的图案系油墨印刷而成。法国公司起诉该玻璃工艺品厂侵犯其外观设计专利权。最高人民法院指出：确定被诉侵权产品与涉案外观设计专利产品是否属于相同或者相近的种类是判断被诉侵权设计是否落入外观设计专利权保护范围的前提。涉案专利产品是“餐具用贴纸”，其用途是美化和装饰餐具，具

① 参见最高人民法院民事判决书（2011）民提字第 64 号。

② 参见最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第 9、10、11 条。

有独立存在的产品形态，可以作为产品单独销售。被诉侵权产品是杯子，其用途是存放饮料或食物等，虽然被诉侵权产品上印刷有与涉案外观设计相同的图案，但该图案为油墨印刷而成，不能脱离杯子单独存在，不具有独立的产品形态，亦不能作为产品单独销售。被诉侵权产品和涉案专利产品用途不同，不属于相同种类产品，也不属于相近种类产品。因此，被诉侵权设计未落入涉案外观设计专利权保护范围。①



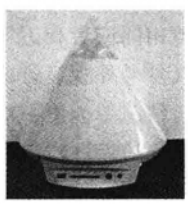
涉案外观设计

典型案例

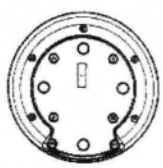
MP3 音箱外观设计专利侵权案

原告北京华旗公司与重庆江源公司对名为“MP3 播放器”的外观设计享有专利权，被告制造、销售的 MP3 音箱与该外观设计近似。法院认为：被控侵权产品与涉案专利不仅在整体上均为相同的圆锥形设计，在接孔等细节设计上亦基本相同。虽然被控侵权产品在顶部是透明设计，而涉案专利的视图中无法看出该特征，但该差异并不会给消费者带来显著的视觉影响。据此，被控侵权产品与涉案专利构成相近似的外观设计。在被控侵权产品与涉案专利为相近似外观设计且两被告并无证据证明其已获得原告许可的情况下，被告制造及销售被控侵权产品的行为构成对涉案专利权的侵犯。②

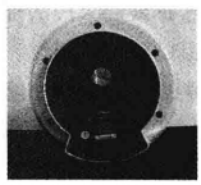
涉案专利的后视图



被控侵权产品后视图



涉案专利的仰视图



被控侵权产品仰视图

二、相同侵权与等同侵权

在发明和实用新型专利侵权的判定中有“相同侵权”与“等同侵权”之分。所谓“相同侵权”，是指一种产品或方法具有他人专利产品或专利方法权利要求书中的全部技术特征。需要注意的是：不能将“相同侵权”中的“相同”理解为被控侵权的产品或方法与专利权人在说明书中举出的实施例或专利权人实际制造的产品或使用的方法相同，也不是指其具有的技术特征与权利要求书独立权利要求中记载的技术特征在数量上“相同”，而是看其是否具有他人权利要求书中的全部技术特征。只要被控侵权的技术方案包含了专利权利要求书中记载的全部技术特征，即使其增加了新的技术特征，仍属侵权。这就是“全面覆

① 参见最高人民法院民事裁定书（2012）民申字第 54 号。

② 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2008）一中民初字第 7084 号。

盖原则”。最高人民法院2009年颁布的《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第7条对此明确规定：人民法院判定被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围，应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征。假如对灯泡这一产品的权利要求书记载的技术特征为“以碳丝为灯芯”，而专利权人自己制造的灯泡灯芯直径较粗，导致灯泡发光时间较短，则他人即使对碳丝进行了改进，以直径较细的灯芯代替直径较粗的灯芯，使得灯泡发光时间大大延长，由于改进后的灯泡仍然具有“以碳丝为灯芯”的技术特征，因此，未经许可制造或销售仍然构成专利侵权，而且属于“相同侵权”。再如，他人在灯泡表面涂抹了一层防爆涂料，可以有效地防止灯泡在长时间工作后爆裂。这等于是在原有发明的技术特征之外新增加了一项技术特征，显然已经与专利权人自己制造的灯泡有所不同。但这一改进型灯泡并没有摆脱“以碳丝为灯芯”的技术特征，因此，仍然构成专利产品，未经许可的制造和销售也构成“相同侵权”。

在现实中，为了规避对他人专利权的明显侵犯，专利技术的模仿者总是力图避免原封不动地照抄他人专利产品或方法中的技术特征，而是加以某些改动。例如，权利要求书中可能将两个部件以A方式加以连接记载为一项技术特征，而实际上这两个部件如果以B方式加以连接可以达到完全相同的技术效果，而且本领域的一般技术人员都能知道B方式是A方式的常用替换方式。在这种情况下，如果模仿者实际采用了B方式，则其并不构成相同侵权。如果允许他人随意以这种方法规避专利权，则对于专利的充分保护是不利的。特别是有许多类似上例中的替代方法是在发明创造完成之后才出现的，专利权人在撰写权利要求书时是无法预料的。美国法院曾经指出：“语言描述通常是为了满足专利法的要求而在事后书写的。将机器转换成文字可导致意想不到而又难以填补的漏洞。通常发明是新颖的，但却没有能够描述它的文字。字典通常不能跟上发明家的步伐，它也无法跟上。物品不是为了文字而创造的，而文字却是为了（描述）物品而产生的。为了克服这种滞后性，专利法允许发明家成为他自己的词典编纂者。”① “如果可以在不复制文字描述的每一技术细节的情况下模仿已获专利的发明创造，则专利保护就会变得空洞无用。这实际会鼓励那些厚颜无耻的仿造者对专利进行无关紧要和非实质性的改变和替换，因为这足以使仿造之物处于专利权利要求的范围之外，从而处于法律追究的范围之外……完全和直接的模仿是蠢人才做的事情，是非常罕见的侵权类型。”②

“等同原则”就是为了解决上述问题而产生的，它的含义是：如果一种技术特征与权利要求中记载的技术特征相比，在本领域的普通技术人员看来，能够以实质上相同的方式，实现实质上相同的功能，并产生实质上相同的效果，则该技术特征就是权利要求书中技术特征的“等同特征”。一种产品具有“等同特征”就如同具有相同特征，未经许可制造或销售该产品就构成“等同侵权”。最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第7条第2款规定：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或者等同的技术特征的，人民法院应当认定其落入专利权的保护范围。等同特征是指与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

---

① Autogiro Co. of America v. United States, 384 F. 2d 391, at 397 (1967).

② Graver Tank & Mfg. Co. v. Linde Air Products, 339 U. S. 605, at 607 (1950).

且本领域的普通技术人员无须经过创造性劳动就能够联想到的特征。

虽然司法解释没有明确规定对“等同”的判断应在专利申请或授权时进行还是在被控侵权行为发生时进行，但从“等同原则”产生的原因看，应当是后者，换言之，在被控侵权行为发生时，本领域的普通技术人员无须经过创造性劳动就能联想到的技术特征就是“等同特征”。这是因为“等同原则”要解决的主要问题之一就是，在申请专利时申请人没有预料到技术的发展会带来对技术特征的一种常规替换手段，因此，无法将其写入权利要求之中。例如，申请人在撰写权利要求时，将技术特征定为“使用电子管”，但授权之后出现了比电子管先进的晶体管，可以替换电子管以实质上相同的方式实现实质上相同的功能并产生实质上相同的效果，而此时本领域的普通技术人员都知道晶体管是电子管的常规替换手段。在这种情况下就可能认定等同侵权。

典型案例

是等同侵权还是相同侵权

原告王某就一种“全密封自动多功能电烹锅”获得了发明专利权。被告某电器公司承认其制造的类似产品具备原告专利独立权利要求所记载的5个技术特征，但认为其产品不具备另外2个技术特征。

对于被告有异议的第一个技术特征，原告的技术方案采用“桶式结构”将锅盖及密封圈压紧在锅体上，实现压紧密封；而被控侵权产品采用“扣牙结构”将锅盖及密封圈压紧在锅体上，实现压紧密封。法院经审理认为：《专利法》规定，说明书可以用于解释权利要求的内容。原告发明专利说明书中已经明确指出：为了适应锅体和锅盖从上方取出的使用习惯，可采用桶式结构并沿用现有压力锅的锅盖和锅体的刚性合开盖连接方式。而被控侵权产品采用的是通用的扣压紧压技术。原、被告的技术均为利用弹性元件实现压紧密封，并无实质性区别，应属等同的技术特征。

对于被告有异议的第二个技术特征，原告的技术方案是：由锅内压力使弹性臂产生向下位移，并通过位移传递件带动闪动开关；而被控侵权产品也是通过锅内压力作用，使电热板与外锅底之间的弹簧组件压扁，带动与加热板固联的触杆，驱动闪动开关。法院经审理认为：后者是前者在技术手段上的一种具体实施方式，属于前者的下位概念，二者应属于相同的技术特征。

法院据此认定：原告发明专利独立权利要求所保护的技术方案与被控侵权产品所采用的技术方案相等同，被控侵权产品落入了原告发明专利的保护范围，被告的行为构成侵权。[①]

在本案中，“桶式结构”与“扣牙结构”并不是相同的技术特征，但却是本领域的技术人员无须创造性劳动就可以相互替换的，因此，二者是“等同”的。而“弹簧组件”只是“弹性臂”的一种，前者能够为后者所包含，“（向下方）压扁”也只是“向下位移”的另一

① 参见北京市高级人民法院民事判决书（2004）年高民终字第00061号。

种表述而已，因此，这两种技术是“相同”的。

需要指出的是，承认“等同原则”虽然能够防止对技术特征文字描述中缺陷的恶意利用，但也增加了专利保护范围的不确定性，因为它意味着公众无法完全根据权利要求确定专利的保护范围。竞争者可能因信赖权利要求划定的保护范围而设计、制造具有不同技术特征的产品，最后却因等同原则被判侵权，由此导致遏制创新、损害公平竞争的后果。对专利上诉案件具有专属管辖权的美国联邦巡回上诉法院曾因担心这一现象而将对“等同原则”的适用称为“例外而非常态”①。然而在美国的诉讼实务中，专利权人在起诉他人侵权时，要求适用“等同原则”却成为常态。如果对于被控侵权的行为是否构成相同侵权存疑，专利权人的律师几乎都会指称对方的行为是等同侵权。如果律师没有提出等同侵权的诉讼请求，甚至还会被认为失职②，以至于有美国法官和学者悲观地认为：“专利权的保护范围由权利要求确定”正在成为乌托邦式的幻想。③

为了避免“等同原则”的滥用，在将专利技术与被控侵权的技术进行对比时，应当坚持“全面覆盖原则”，也即被控侵权的产品或方法必须完全包含与权利要求书中记载的所有技术特征相同或等同的技术特征。换言之，如果被控侵权的产品或方法与专利产品或方法在整体上是相似的，但专利权利要求书中记载的一项技术特征没有以相同或等同的形式在被控侵权的产品或方法中出现，则不能认定等同侵权。

例如，涉案专利是一种根据颜色和重量分拣水果的机器，权利要求书中记载的一项技术特征是其有“一种位置指示装置”，用于追踪水果经过分拣机时所在的位置。被控侵权产品是一种能实现相同效果的分拣设备，但它并没有任何追踪水果位置的装置。由于权利要求书中记载的一项技术特征没有以任何形式在被控侵权产品中出现，即使被控侵权产品与专利产品在整体上相似，也不能认定等同侵权。④

只有坚持“全面覆盖原则”，才能避免利用“等同原则”规避权利要求对保护范围的限定。如前文所述，权利要求记载的技术特征划定了专利权的保护范围，技术特征的数量越少，保护范围越大。在认定相同侵权时，要求被控侵权的产品或方法包含专利权利要求书中记载的所有技术特征。如果在认定等同侵权时不要求被控侵权的产品或方法以相同或等同的形式包含专利权利要求书中记载的所有技术特征，而是在其完全不具有一项或多项权利要求书中记载的技术特征时就认定等同侵权，无异于极大地扩大了专利权的保护范围，使专利权利要求书对许多技术特征的记载变得毫无意义。这样一来，专利法的基本原则——“专利权的保护范围由权利要求确定”可能真的会沦为一种幻想了。

除了“全面覆盖原则”之外，下文所述的“捐献原则”和“禁止反悔原则”都可用于防止滥用“等同原则”，不适当地扩大专利权的保护范围。

---

① Laitram v. Cambridge Wire Cloth, 863 F. 2d 855, at 856 - 857 (Fed. Cir., 1988).

② Alan L. Durham, *Patent Law Essentials*, Praeger Publishers (2009), p. 154.

③ Paper Converting Machine Co. v. Magna-Graphics Co., 745 F. 2d 11, at 19 (Fed. Cir., 1984); Alan L. Durham, *Patent Law Essentials*, Praeger Publishers (2009), p. 154.

④ Pennwalt Corp. v. Durand-Wayland, 833 F. 2d 931, at 935, 939 (Fed. Cir., 1987).

三、捐献原则

“捐献原则”是美国联邦巡回上诉法院为了防止“等同原则”的滥用而通过判例确立的，其含义是：如果专利权人仅在说明书及其实施例中描述了一项技术方案，但权利要求书并未记载，则在他人使用该项技术方案时，不能适用“等同原则”认定该项技术方案与在权利要求书中记载的一项技术方案等同，从而认定他人侵权。换言之，这项技术方案被视为由专利权人自愿捐献给了公众。

在“强生案”中，专利权人强生公司在权利要求中记载的技术特征是使用铝片，但说明书的描述是：最好使用铝片，也可以用不锈钢片替换。而被告使用的正是不锈钢片。强生公司认为，铝片和不锈钢片是等同的技术方案。但法院认为，强生公司一方面在说明书中公开了使用不锈钢片这一替代方案，另一方面却没有在权利要求中记载，这一替代方案就被捐献给了公众。①

“捐献原则”的合理性在于：创设“等同原则”是为了解决文字无法准确地记载技术方案，以及在申请专利时无法预料对技术方案的常规替换手段的问题。而专利权人在申请专利时，既然已经在说明书及其实施例中描述了与在权利要求中记载的技术方案等同的另一技术方案，就说明对该另一技术方案既不缺乏描述的文字，也不是在申请时无法预料，此时没有理由再适用“等同原则”。最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第5条规定：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，权利人在侵犯专利权纠纷中将其纳入专利权保护范围的，人民法院不予支持。这实际上就是承认了“捐献原则”。

当然，“捐献原则”也有副作用，它会促使申请人尽量不在说明书及其实施例中提供有关实施技术方案的更多信息。在上述“强生案”中，如果强生公司没有在说明书中指出可以用不锈钢片替换铝片，则其就有可能通过证明“不锈钢片是铝片的常规替换方式”成功地适用“等同原则”，从而赢得诉讼。然而，综合考虑“捐献原则”的利弊，其防止“等同原则”滥用的作用更为突出，因此，为我国司法解释所采用。

典型案例

南孚电池包装案

某公司获得了“电池包装装置”实用新型专利的独占实施权，该专利的独立权利要求为：“一种电池包装装置，包括衬板、包覆电池的薄膜，其特征在于所述衬板上设置有镂空的开口。”其说明书的描述包括以下内容：“本实用新型电池包装装置的衬板上开设一镂空的开口，在电池包装完毕后可以任意对电池进行旋转，以便于调整电池露出透明薄膜的表面，同样也便于购买者观察……所述薄膜上也可以设置一镂空开口，从而使用者可以从薄膜上的开口对电池的放置位置或者角度进行调整。”该公司认为南孚电池的包装落入了其权

① Johnson & Johnson Assocs v. RE Serv. Co., 285 F. 3d 1046, at 1055 (Fed. Cir., 2002).

利要求确定的保护范围。

法院经审理后认为："在薄膜上设置有镂空的开口"这一技术方案仅在涉案专利说明书中进行了描述，未记载在权利要求中，不能被纳入本案专利权的保护范围。[①] 南孚电池的包装盒虽然能将电池包覆，并有一镂空的开口，但该包装盒并非"衬板"，即使认为该包装盒与权利要求中记载的"包覆电池的薄膜"在功能上等同，由于"在薄膜上设置有镂空的开口"仅由说明书加以描述，未被记载在权利要求中，根据"捐献原则"，其不能成为适用"等同原则"的基础。因此，本案原告败诉。

四、禁止反悔原则

在发明和实用新型专利申请过程中，审查员往往会对权利要求的内容提出质疑，认为其权利要求的范围过大，以至于不具备新颖性或创造性。而申请人有机会针对审查员的观点进行意见陈述，或对申请文件进行修改。在多数情况下，申请人为了能够获得专利权，会缩小其原先要求的权利保护范围。例如，申请人原先提出的权利要求为A、B和C，但在审查过程中为了克服审查员指出的缺陷而将权利要求修改为A－、B－和C－，即缩小了要求保护的范围。如果申请人最终获得了专利权，而A与A－、B与B－和C与C－之间的部分就不在专利权保护范围之内了。即使专利权人能够证明本领域的普通技术人员无须通过创造性劳动就能想到以A替换A－、以B替换B－和以C替换C－，但仍然不能根据"等同原则"将专利权扩张到由A、B和C划定的较大的权利范围。原因是专利权人在申请专利时，为了获得专利权已经自愿缩小了权利保护范围，在其获得专利权之后就不能反悔，将已经放弃的内容又重新纳入保护范围之中。"禁止反悔原则"对于专利权人在专利无效宣告程序中放弃或删除权利要求的情况也适用。最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第6条规定：专利申请人、专利权人在专利授权或者无效宣告程序中，通过对权利要求、说明书的修改或者意见陈述而放弃的技术方案，权利人在侵犯专利权纠纷案件中又将其纳入专利权保护范围的，人民法院不予支持。

例如，在一项有关信件编码和分拣的专利申请中，权利要求最初的用语是：在信件上使用一种"已编码"（coded）的物质材料，但后来改成了使用"可编码"（codable）的物质材料。显然，"已编码"与"可编码"是有区别的：前者指物质材料上已预先存储了信息，后者指可以根据需要在空白的物质材料中存储信息。申请人当时向审查员解释，"可编码"的用语更准确，因为在将磁条等贴在信件上时，其中还没有存储信息。当被审查员问及该项技术与现有技术的区别时，申请人强调，磁条等"可编码"物质材料中的信息，可以在事后被清空，并重新存储新的信息。专利授权后，他人采用了一种信件编码和分拣的技术，方法是用喷墨打印机直接在信件上打印条形码，也即唯一附加于信件之上的物质材料就是墨水，而墨水是不可编码的。而且墨水是以预先确定的形式有序出现在信件上的，事后也不能被更改或消除。由于专利的申请过程说明申请人已将其要求的保护范围限于"可编码"

① 参见北京市第二中级人民法院民事判决书（2012）二中民初字第907号。

的物质材料，因此，他人使用的技术与专利并不构成等同。①

“禁止反悔原则”对于遏制申请人的不诚信行为，实现专利审查制度的目的和维护公平竞争均有重要作用。首先，如果没有“禁止反悔原则”，申请人就可能在申请专利时，为了获得授权而不断通过修改权利要求或向审查员对相关用语作限制性解释，放弃许多最初要求保护的技术方案。而获得授权后，在起诉他人侵犯专利权时，又要求通过适用“等同原则”将已经放弃的技术方案重新纳入保护范围。这种行为显然是不诚信的。其次，专利审查制度的目的之一，就是确保授权的范围要适当，审查员要求申请人修改申请文件、缩小保护范围就是实现这一目的的主要手段。如果专利权人可以通过“等同原则”保护在专利申请过程中已经放弃的技术方案，专利审查制度的目的就无从实现。最后，专利权人的竞争者可以通过查阅专利申请阶段的文件来了解专利权人当时放弃了哪些技术方案，并据此在设计自己的产品时避免侵犯专利权。“禁止反悔原则”通过确保专利权人不会破坏竞争者基于专利申请文件形成的合理预期，维护了公平的竞争秩序。

典型案例

专利权人自愿增加技术特征后，不能就放弃的权利保护范围再要求受保护

上海豪登集团公司获得了一项“热交换器”发明专利权，其中独立权利要求包含了数项技术特征，有一项为“第二扇形板是由一块大致平整的板材所制成”；从属权利要求对该项技术特征进一步限定为“扇形板的表面被制成凸形的，从而使它与由任何热变形造成的转子凹形相互补偿”。上海科盛电力科技公司就该专利向专利复审委员会提出无效宣告请求。在无效宣告请求审查程序中，豪登集团公司对专利权利要求进行了修改，将原从属权利要求的内容加入独立权利要求中。因科盛电力科技公司在火电站改造项目中使用了相似的热交换器，豪登集团公司起诉其侵犯专利权。

经过鉴定，科盛电力科技公司被控侵权的产品具有豪登集团公司专利产品的大部分技术特征，只有一项技术特征不同，即科盛电力科技公司的产品使用的扇形板是“一块平整的板材，且在转子上焊接密封片”，而该技术特征与豪登集团公司“热交换器”中的技术特征“第二扇形板是由一块大致平整的板材所制成”是否相同或等同就成为判定科盛电力科技公司的产品是否侵权的关键。

在一审中，法院委托的鉴定专家组通过分析、研究原告的专利说明书及附图，认为：其独立权利要求中技术特征中所述的“大致平整的板材”是指第二扇形板的表面制成凸形，以与由任何热变形造成的转子冷端的凹形相互补偿，从而缩小转子径向封接的缝隙，有效减少了泄漏问题。而被控侵权产品是由一块平整的扇形板，通过在转子上安装密封片达到密封作用，降低漏风率。两者相比，被控侵权产品的技术特征采取的降低漏风率的密封手段与原告专利的技术特征所采取的技术手段不同，且该技术手段的不同并非是显而易见的，需要本领域普通技术人员经过一定的创造性劳动。因此，鉴定专家组认为，豪登集团公司

① Brenner v. United States, 773 F. 2d 306, at 307 - 308 (Fed. Cir., 2004).

专利产品中有关扇形板的技术特征与科盛电力科技公司被控侵权的产品中扇形板的技术特征并不相同或等同。

但是，专家组的这一结论违背了解释权利要求书的基本原则，特别是独立权利要求与从属权利要求之间的关系。二审法院正确地指出：发明或者实用新型的权利要求书应当有独立权利要求，也可以有从属权利要求。从属权利要求是对其引用的在前权利要求的进一步的限定，从属权利要求记载的技术特征加上其所引用在前权利要求的所有技术特征共同限定从属权利要求所要保护的技术方案。当专利权利要求书既有独立权利要求，又有从属权利要求时，应当认定独立权利要求与各从属权利要求所限定的保护范围各不相同，独立权利要求的保护范围要大于从属权利要求的保护范围，在前从属权利要求的保护范围要大于引用该在前从属权利要求的在后从属权利要求的保护范围，否则，从属权利要求或者在后的从属权利要求就成为多余。

在本案中，在豪登集团公司修改其权利要求之前，其独立权利要求中记载的一项技术特征是“第二扇形板是由一块大致平整的板材所制成”，而从属权利要求对此的限定是“扇形板的表面被制成凸形的，从而使它与由任何热变形造成的转子凹形相互补偿”。根据独立权利要求的保护范围大于从属权利要求的基本原理，独立权利要求中记载的扇形板的技术特征不能被解释为“表面被制成凸形的”，否则，将使得独立权利要求与从属权利要求的保护范围完全相同，导致从属权利要求完全丧失意义，成为多余。据此，专利产品独立权利要求中有关扇形板的技术特征只能是“由一块大致平整的板材所制成”，而这一特征与被控侵权产品中扇形板的技术特征——“使用一块平整的板材”是相同或等同的。这样，被控侵权产品就很有可能落入专利权利要求的保护范围，从而构成专利侵权。

但是，豪登集团公司在专利无效请求审查程序中修改了权利要求，将原本记载在从属权利要求中的技术特征——“扇形板的表面被制成凸形的”写入了独立权利要求，使得独立权利要求中有关扇形板的技术特征成为“第二扇形板由一块大致平整的板材所制成、该扇形板的表面被制成凸形的”。这等于是在独立权利要求中增加了一项技术特征，从而缩小了独立权利要求的保护范围。而被控侵权产品相对应的技术特征——“使用一块平整的板材”与“被制成凸形的扇形板”并不相同。同时，根据“禁止反悔原则”，既然豪登集团公司通过修改其权利要求自愿在独立权利要求中增加了一项技术特征，放弃了一部分保护范围（即在修改之前保护范围是“大致平整”的扇形板，而修改后的保护范围缩至“被制成凸形”的扇形板，仅仅“平整”但不“凸形”的扇形板不再属于保护范围），就不能在侵权诉讼中反悔，要求将仅仅“平整”但非“凸形”解释为“大致平整”的等同技术特征。据此，法院驳回了原告的诉讼请求。①

五、现有技术和设计抗辩

专利法的根本目的在于鼓励创新，因此，任何在申请日之前在国内外为公众所知的技术和设计，也即现有技术和现有设计，都不能被授予专利权。但是，在对发明专利进行实

① 参见上海市高级人民法院民事判决书（2005）沪高民三（知）终字第63号。

质审查的过程中，由于可供审查员检索的文献在数量上总是少于申请日之前世界上的所有公开文献，审查员不可能穷尽地检索到所有现有技术。同时，对于仅仅通过公开使用方式为公众所知的技术，审查员更是难以知晓。因此在现实中，总会有一部分发明专利因属于申请日之前的现有技术而不符合授权条件。而实用新型专利申请和外观设计专利申请不需要经过实质审查，因此，现有技术和现有设计被错误授权的可能性更大。

在专利权人就他人未经许可使用其专利的行为向法院起诉或要求专利行政主管部门处理的情况下，被控侵权人自然可以在答辩期内向专利复审委员会申请宣告该专利权无效。法院和专利行政主管部门可以酌情中止诉讼或对侵权纠纷的处理，等待无效程序的结果。而对于专利复审委员会作出的决定，当事人如不服还可以提起行政诉讼，并在不服一审判决的情况下上诉，因此，无效程序可能持续较长时间，这对于被控侵权人是不利的。

为此，《专利法》第62条规定：在专利侵权纠纷中，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，不构成侵犯专利权。也即允许被控侵权人在专利侵权纠纷中以其实施的技术或设计属于现有技术或现有设计作为抗辩。根据最高人民法院的司法解释，被诉落入专利权保护范围的全部技术特征，与一项现有技术方案中的相应技术特征相同或者无实质性差异的，属于现有技术；被诉侵权设计与一个现有设计相同或者无实质性差异的，属于现有设计。[①] 这意味着如果被控侵权人有证据证明其实施的技术或设计在相关专利的申请日之前，已经是在国内外为公众所知的技术或设计，或者是与之无实质性差异的技术或设计，则其可以直接以此作为侵权的抗辩，而不必选择申请宣告相关专利无效。法院或专利行政主管部门一旦采信被控侵权人提供的证据，即被控侵权人实施的是现有技术或现有设计，就可以直接认定侵权不成立，从而大大节约解决纠纷的时间。

典型案例

使用与现有技术等同的技术不构成侵权

朱某是“全密封式地漏排水器”实用新型专利的专利权人。北京润德鸿图公司也制造地漏产品，并由北京居然之家家居建材超市销售。朱某起诉两公司擅自制造、销售其专利产品，两被告提出了现有技术抗辩。[②] 其提交的证据表明：在原告申请日之前，已有公开文献记载了这样一种技术，将两块磁铁设置为N极相对，依靠两块磁铁极性的排斥和水的压力使滑杆在滑杆套内上下移动，并带动密封盖上下移动，以解决密封和排水的效果；且该技术已经进入了公有领域。法院经审理后发现：被告的地漏产品采用的技术与之基本相同，唯一区别仅在于两块磁铁极性的改变，即现有技术中两块磁铁是N极相对，通过两块磁铁磁场相互排斥的作用实现密封、排水的效果，而被控侵权产品则采用N—S极相对的方法，通过两块磁铁磁场相互吸引的作用实现密封、排水的效果。法院认为：众所周知，磁场按其极性分为N极和S极，当两块磁铁的相同磁极相对时，产生相互排斥的效果，而当两块

① 参见最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第14条。

② 当时《专利法》尚未明确规定“现有技术抗辩”，但最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》是承认这一抗辩理由的。

磁铁的相异磁极相对时，产生相互吸引的效果。而对磁铁的磁场进行改变，使之排斥或吸引是公知常识，根据上述公知常识，本领域普通技术人员根据现有技术无须进行创造性的劳动即可实现被控侵权产品的技术方案。至于该进入公有领域的技术方案中其他结构与被控侵权产品的差异，仅是等同替换。法院据此认定被告关于公知技术抗辩的理由成立，判决驳回了原告的诉讼请求。①

本案是“现有技术抗辩”的典型案例。本案中被控侵权的产品与原告申请日之前为公众所知的技术基本相同，唯一有区别的特征又可以通过无须创造性的劳动进行等同替换。因此，被控侵权产品使用的实际上是与现有技术相等同的技术，现有技术抗辩是可以成立的。

需要注意的是：被控侵权人既可以提出现有技术或设计抗辩，也可以申请宣告原告的专利权无效，但这两种手段在运用方法及效果上存在很大区别。

首先，如果被控侵权人提出了现有技术或设计抗辩，其只能举证证明其实施的技术或设计是涉案专利申请日之前在国内外为公众所知的技术或设计，而不能以其他理由进行抗辩，如“发明或实用新型专利不符合创造性要求”或“说明书未能对发明或者实用新型作出清楚、完整的说明，不能使所属技术领域的技术人员能够实现”，因为这些理由均为能够导致专利权被宣告无效的其他法定理由，其是否成立，需要对专利权涉及的技术本身及申请文件进行仔细分析。而“现有技术和设计抗辩”只关注被控侵权人实施的是否为现有技术或设计，并不关注涉案的专利权是否应当被宣告无效。而在无效宣告请求程序中，申请人只要能证明专利权在其中一个方面不符合法定授权条件，该专利权就应当被宣告无效。

其次，如果经过无效宣告请求程序，专利权被最终宣告无效，则专利权被视为自始不存在，原专利权人当然无法再去起诉他人未经许可实施相关技术或设计。而“现有技术和设计抗辩”以及法院或专利行政主管部门认定侵权不成立的结论只具有个案效力，在个案支持“现有技术和设计抗辩”、认定侵权不成立的情况下，涉案专利权并不因此而无效，专利权人仍然可以起诉他人未经许可实施其专利技术或设计。

第二节　假冒专利

《专利法》中同时出现了专利侵权和假冒专利这两个概念，它们之间是有区别的。《专利法》中的专利侵权仅指直接侵权，即未经许可，也缺乏法定免责理由，而以生产经营目的实施受专有权利控制的行为。如果未经产品专利权人许可，也没有“专利权用尽”和“先用权”等法定免责理由，制造、使用、销售、许诺销售和进口专利产品，即构成对专利权的直接侵权。

假冒专利包括两种情形。第一种情况是：未经许可使用他人真实、有效的专利号、证书或文件，使人误认为使用者是该专利的专利权人，相关的产品或方法是他人的专利产品或专利方法。其中又有以下常见表现形式：（1）未经许可在产品或者产品包装上标注他人

① 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2006）一中民初字第1518号。

的专利号，以及销售该产品的行为；（2）在广告或者其他宣传材料中，未经许可使用他人的专利号，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是他人的专利技术或者专利设计；（3）伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件。上述“他人的专利号”或“他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件”均是指真实、有效的专利号码或证书、文件，也即他人确实已经就产品或方法获得了专利权、取得了专利证书以及相应的专利号，而假冒人擅自使用他人这一真实、有效的专利号，使人误以为假冒人就是专利号所对应的专利的专利权人，以及假冒人的产品或方法是他人的专利产品或专利方法。

需要注意的是：未经许可制造或者销售、许诺销售他人的专利产品，首先构成专利侵权。如果制造者或销售者同时又在其制造或者销售的产品、产品的包装上标注他人的专利号，则又构成假冒专利行为。

由此可见，在上述行为中，除了假冒人擅自使用他人专利号标注的产品确实是专利产品之外，其他行为均不涉及专利产品或专利方法，因此，并非专利侵权行为。但假冒专利行为一方面会让公众误认为假冒人推销的产品或方法是专利产品或专利方法，并出于对专利的信任而与之交易，从而上当受骗；另一方面也会导致真正的专利权人声誉受到损害或使公众丧失对真正专利产品或专利方法的信任，因此，该行为是应当受到禁止的违法行为，假冒专利者应当承担相应的法律责任。

假冒专利的第二种情形是：捏造出一个根本不存在或不再受保护的专利，然后声称自己的产品或方法是专利产品或专利方法。其中又有以下常见表现形式：（1）在未被授予专利权的产品或者其包装上标注专利标记，专利权被宣告无效后或者终止后继续在产品或者其包装上标注专利标记，以及销售该产品的行为；（2）在广告或者其他宣传材料中，将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，将专利申请称为专利；（3）伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件。

这两种假冒专利情形的区别在于：被“冒”的对象不同，后者为从未存在过的专利或过期专利，而前者为他人真实、有效的专利。因此，上述表现形式中的“专利标记”、“专利技术”、“专利证书”、“专利文件”或“专利申请文件”第二种情形中均非真实、有效的标记、技术、证书或文件。在《专利法》第三次修订之前，后者被称为“冒充专利”，只有前者才被称为“假冒（他人）专利”。二者的危害也被认为是不同的：冒充专利并未导致任何专利权人的利益受损，但会使公众误以为相关的产品或方法为专利产品或专利方法，并出于对专利的信任而与之交易，从而上当受骗；而假冒他人专利会同时损害专利权人和社会公众的利益。因此，在《专利法》第三次修订之前，两者导致的法律责任也不一样。

但是，由于我国专利申请量和授权量巨大，即使行为人按照专利编号的规则随便杜撰一个专利号，也有可能与实际存在的某个专利号相同。因此，一项行为究竟是构成“假冒（他人）专利”还是“冒充专利”，有时与行为人的主观意愿无关，完全由偶然因素决定。[①] 因此，2008年修订《专利法》时，不再区分“假冒（他人）专利”和“冒充专利”，而是将其统称为“假冒专利”。

---

① 参见国家知识产权局《对〈专利法〉第三次修改逐条说明》第63条。

第三节　法律责任

侵犯专利权的侵权人依法应承担民事法律责任。对于假冒专利的行为，还应承担行政法律责任，甚至刑事法律责任。

一、专利侵权的法律责任

专利权本质上是一种私权，即民事权利，因此，侵犯专利权将首先导致民事责任。由于专利权为纯粹的财产权，侵权人应当承担停止侵权和赔偿损失的民事责任。

如果在法院作出判决时侵权行为仍在继续，那么停止侵权将是法院要求侵权人首先应当承担的民事责任。与对著作权“直接侵权”的原理相同，专利权也是由一系列专有权利构成的，在未经专利权人许可或缺乏法律依据的情况下擅自实施受专有权利控制的行为，就如同闯入了他人控制的土地，即构成对专利权的直接侵权。此时，无论侵权者的主观状态如何，其都应承担立即停止侵权行为的民事责任。如某家电经销商在不知情的情况下购进了一批侵犯他人专利权的空调。该家电经销商出售这批空调的行为构成对专利权的直接侵权。因为专利权人对其专利产品享有“销售权”，而家电经销商以营利为目的未经许可销售专利产品就是未经许可实施受“销售权”控制的销售行为，同时又无法定免责事由，构成直接侵权。TRIPs 协定第 45 条第 2 款规定：在适当的情况下，即使侵权者不知道，也没有合理的理由知道自己从事了侵权行为，成员国也可以授权司法机关要求其返还利润或支付法定赔偿金。该条用语清楚地说明主观过错并非直接侵权的构成要件。我国《专利法》第 70 条明确规定：为生产经营目的使用、许诺销售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侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。从该款用语可以推出：缺乏主观过错而直接侵权者不承担赔偿责任，但仍然应当承担停止侵权的法律责任。

实务探讨

侵权者必须承担停止侵权责任么

专利权人在起诉他人侵犯专利权时，一般都会请求法院判令侵权人停止侵权。《专利法》规定：为生产经营目的使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，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。其中并未提到可以不承担停止侵权的责任。那么，这是否意味着只要法院认定侵权成立，就一定要判决侵权者停止侵权呢？

美国专利法中的“永久禁令”（permanent injunction）与我国专利法中的“停止侵权”有类似之处，因此，美国法院在“永久禁令”问题上的实践是可以为我国所借鉴的。

根据美国判例法确立的规则，法院是否发布永久禁令应当考虑四个因素：（1）原告是否受到了无法弥补的损害；（2）法律提供的其他救济方式如损害赔偿是否不足以补偿该损

害；(3) 权衡原告与被告各自面临的困境，颁布禁令这种衡平法上的救济方式是否适当；(4) 颁布永久禁令是否会损害公共利益。这就是著名的“四要素标准”。据此，是否给予永久禁令的救济应当根据个案的具体情况进行判断。但是，自 20 世纪 80 年代以来，美国的专利侵权判例逐渐倾向于“自动”颁布永久禁令，即只要认定原告的有效专利权受到了侵犯，法院均会给予永久禁令的救济，只有在极个别情况下才会出现例外。

2006 年美国联邦最高法院对 MercExchange 诉 eBay 案的判决彻底改变了这一做法。在该案中，MercExchange 公司获得了几项可用于网络中电子商务交易的商业方法专利，但该公司从未实际实施过这些专利。当 MercExchange 公司发现 eBay 使用与其专利方法相同的商业方法时，首先试图将自己的专利许可给 eBay，在谈判失败后即起诉 eBay 侵犯其专利权。该案一直上诉到美国联邦最高法院。美国联邦最高法院在判决中强调：正如最高法院在版权侵权诉讼中一直以来都拒绝将传统的“四要素标准”替换为“只要认定版权侵权，就自动颁布永久禁令”规则一样，在专利侵权诉讼中也不应偏离“四要素标准”要求的个案认定原则，轻易地给予永久禁令救济。①

eBay 案对美国专利司法保护产生了深远影响。美国联邦最高法院意识到：“自动给予永久禁令救济”的做法越来越不利于公共利益。现实中存在着严重的“专利钓鱼”（patent troll）现象，即某些享有专利权的公司（包括某些专门以低价收购专利权的公司）无意于自己实施或通过正常商业途径许可他人实施专利，而是专门寻找未经许可使用其专利的公司，向其索取远超出市场价值的专利实施许可费。由于一旦被认定侵权就将面临永久禁令，可能致使被诉公司的商业活动受到严重影响，再加上还要支付自己及原告的巨额律师费，不少被诉公司只得“花钱消灾”，听任专利权人榨取高额专利许可费，成为被钓上钩的“鱼”。美国联邦最高法院大法官 Kennedy 等在 eBay 案中也针对“专利钓鱼”现象指出：当受专利保护的发明创造只是被控侵权产品中的一小部分，而原告要求获得永久禁令的真实目的在于对专利许可费的谈判施加不正当影响时，损害赔偿就应足以补偿侵权带来的损失，而颁布永久禁令反而是不利于公共利益的。②

事实上，我国法院在美国 eBay 案之前，也已考虑到了“停止侵权”这一救济方式可能对公共利益产生的影响。在 2005 年由深圳市中级人民法院判决的某玻璃工程公司诉深圳市机场股份公司案中，原告拥有一种名称为“幕墙活动连接装置”的实用新型专利，而由被告经营的深圳宝安国际机场候机楼的玻璃幕墙工程使用的技术落入了该专利的保护范围。原告要求被告“停止侵权”。法院一方面认定机场以经营为目的使用专利产品构成侵权，另一方面又提出“考虑深圳机场的特殊性，停止使用不符合实际”。因此，法院并没有判决机场停止使用侵权的玻璃幕墙，而是责令其向原告支付合理的使用费。③ 如果法院判决机场“停止侵权”，则机场只能将候机楼的全部玻璃幕墙都拆掉、重建，将导致工期内候机楼无法使用，造成的经济损失可想而知。因此，此案的判决是正确理解和适用法律的结果，在国际上也是有可比性的。

---

① eBay v. MercExchange, 547 U. S. 388, at 392 - 394 (2006).

② Ibid., at 396 - 397.

③ 参见广东省深圳市中级人民法院民事判决书（2004）深中法民三初字第 587 号。

如果侵权者有主观过错，即知道或应当知道自己从事了侵权行为，则其还应当承担赔偿责任。《专利法》规定：侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。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。最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第20条和第21条又进一步规定：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。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。被侵权人的损失或者侵权人获得的利益难以确定，有专利许可使用费可以参照的，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，专利许可使用费的数额，该专利许可的性质、范围、时间等因素，参照该专利许可使用费的1倍至3倍合理确定赔偿数额。如果权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，根据《专利法》的规定，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予1万元以上、100万元以下的赔偿。

《专利法》规定：对于专利侵权行为，专利权人或者利害关系人可以请求管理专利工作的部门处理。管理专利工作的部门处理时，认定侵权行为成立的，可以责令侵权人立即停止侵权行为。当事人不服的，可以自收到处理通知之日起15日内依照《行政诉讼法》向人民法院起诉；侵权人期满不起诉又不停止侵权行为的，管理专利工作的部门可以申请人民法院强制执行。管理专利工作的部门根据已经取得的证据，对涉嫌假冒专利行为进行查处时，可以询问有关当事人，调查与涉嫌违法行为有关的情况；对当事人涉嫌违法行为的场所实施现场检查；查阅、复制与涉嫌违法行为有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料；检查与涉嫌违法行为有关的产品，对有证据证明是假冒专利的产品，可以查封或者扣押。2010年《专利行政执法办法》第41条据此规定：专利管理部门可采取下列制止侵权行为的措施：(1) 侵权人制造专利产品的，责令其立即停止制造行为，销毁制造侵权产品的专用设备、模具，并且不得销售、使用尚未售出的侵权产品或者以任何其他形式将其投放市场；侵权产品难以保存的，责令侵权人销毁该产品。(2) 侵权人使用专利方法的，责令其立即停止使用行为，销毁实施专利方法的专用设备、模具，并且不得销售、使用尚未售出的依照专利方法所直接获得的产品或者以任何其他形式将其投放市场；侵权产品难以保存的，责令侵权人销毁该产品。(3) 侵权人销售专利产品或者依照专利方法直接获得产品的，责令其立即停止销售行为，并且不得使用尚未售出的侵权产品或者以任何其他形式将其投放市场；尚未售出的侵权产品难以保存的，责令侵权人销毁该产品。(4) 侵权人许诺销售专利产品或者依照专利方法直接获得产品的，责令其立即停止许诺销售行为，消除影响，并且不得进行任何实际销售行为。(5) 侵权人进口专利产品或者依照专利方法直接获得产品的，责令侵权人立即停止进口行为；侵权产品已经入境的，不得销售、使用该侵权产品或者以任何其他形式将其投放市场；侵权产品难以保存的，责令侵权人销毁该产品；侵权产

品尚未入境的，可以将处理决定通知有关海关。（6）停止侵权行为的其他必要措施。

理论研究

为什么对专利侵权未规定刑事责任

我国《刑法》对于严重侵犯著作权和商标权的行为规定了刑事责任，但却没有为严重侵犯专利权的行为规定刑事责任。本书作者认为：这并非立法的疏漏，而与专利权的特征有关。实践证明：由于受到检索技术等诸多条件的限制，相当一部分缺乏新颖性或创造性的专利申请会被错误地授予专利权。例如，根据《专利法》对新颖性的规定，只要在申请日之前有相同的技术被公开使用过，在后的相同技术就丧失了新颖性。但审查员是很难凭借文献检索而发现在申请之前曾经被公开使用的相同技术的。在现有的专利审查机制之下，必然有大量专利事后会被证明缺乏新颖性或创造性而被宣告无效。在专利侵权的民事诉讼中，被告一般也会尽力寻找专利缺乏新颖性或创造性的证据并提出无效宣告申请。而申请人对于专利复审委员驳回其申请人申请的决定又可以提起行政诉讼，如果一审判决维持了专利复审委员会的决定，申请人还可以上诉至上一级人民法院，从而导致法院审理时间变得相当冗长。如果将严重侵犯专利权的行为定为刑事犯罪，则在诉讼程序上必须允许犯罪嫌疑人对专利提出无效宣告申请。而出于公平和保护人权的考虑，法院应当等待有关无效宣告申请的最终决定作出之后再恢复对刑事案件的审理。如果在此期间犯罪嫌疑人被羁押，而专利复审委员会或法院最终认定专利无效，则犯罪嫌疑人的自由就可能受到不公正的限制。因此，基于现实中有大量专利不符合授权实质条件，为了充分保护人权，同时节约司法资源，暂不规定专利侵权的刑事责任是明智的。

二、假冒专利的法律责任

假冒专利行为构成对公众的欺诈，其中假冒他人专利的行为还可能贬损专利权人的声誉，影响其专利产品或方法的市场。虽然《专利法》仅仅在原则上规定假冒他人专利应当承担民事责任，而没有具体规定承担民事责任的方式，但根据假冒专利的特点，专利权人可以要求其承担停止侵权、消除影响和赔偿损失的民事责任。

《专利法》第63条还规定了假冒专利的行政责任：对于假冒专利行为，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。

《专利法》第63条同时规定：假冒专利构成犯罪的，依法追究刑事责任。《刑法》第216条规定了“假冒专利罪”：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。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，假冒他人专利，具有下列情形之一的，属于“情节严重”：（1）非法经营数额在20万元以上或者违法所得数额在10万元以上的；（2）给专利权人造成直接经济损失50万元以上的；（3）假冒两项以上他人专利，非法经营数额在10万

元以上或者违法所得数额在5万元以上的。

同时，由于专利证书和专利文件是国家专利行政主管机关颁发的正式文件，伪造或者变造他人的专利证书、专利文件的行为还可能构成《刑法》第280条规定的“伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪”。该条规定：伪造、变造、买卖或者盗窃、抢夺、毁灭国家机关的公文、证件、印章的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利；情节严重的，处3年以上、10年以下有期徒刑。

【问题与思考】

1. 思考：在侵权判断中，是否要求被控侵权的技术方案所要达到的目的和说明书中记载的发明目的相同，才能认定构成专利侵权？

2. 思考：判断是否“等同”时无须经过创造性劳动就能够联想到的要求与判断是否具备创造性时的非显而易见性要求是否相同？

3. 思考：“等同原则”适用的时间基准是授予专利权时还是发生纠纷时？

4. 简述何种对权利要求的修改会导致“禁止反悔原则”的适用。

5. 思考：为什么刑法中规定了“假冒专利罪”，而没有规定“侵犯专利权罪”？谈谈你的认识。

第十六章 商标法律制度概述

本章导读

商标是区分商品或服务来源的标志。只有具备了特定条件的标志才能被依法注册为商标。本章主要讲解商标的概念、功能以及商标的分类，并讨论了商标权的财产权利的属性。

第一节 商标的概念和功能

一、商标的概念

商标是商品或服务的提供者为了将自己的商品或服务与他人提供的同种或类似商品或服务相区别而使用的标记。商标与商品或服务名称、商品装潢和广告用语等其他用于说明或推销商品或服务的用语不同：商标能够起到将某一商家提供的商品与服务和其他商家提供的相同或类似的商品与服务区别开来的作用，而其他用语的首要作用并不是对商品或服务的来源加以区别。例如，许多冰淇淋的外包装上都有五颜六色的图案作为装饰，也都印有“冰淇淋”三个字。但如果孩子要求父亲购买“冰淇淋”或“好看的冰淇淋”，则父亲是很难作出选择的，因为“冰淇淋”不过是一类商品的通用名称，而凡是外包装有亮丽装饰的都可以是“好看的冰淇淋”。但如果孩子告诉父亲要买“哈根达斯”或“蒙牛”冰淇淋，则父亲很快就能买到符合孩子要求的冰淇淋，因为“哈根达斯”和“蒙牛”均是冰淇淋的商标，厂商通过在自己的冰淇淋上使用商标，就能使消费者将其提供的冰淇淋与其他厂商生产的冰淇淋区分开来。

二、传统商标的功能

（一）识别功能

商标的首要功能是区分商品或服务来源，也即使消费者通过商标将相同或类似商品或

服务的提供者区分开来。商标的这一功能被称为识别功能。不具有识别功能的标志是不能被称为商标的，更不能被注册为商标，从而得到商标法的保护。而凡是具有识别功能的标志都是商标，无论其是否被注册。例如，过去由于厂商的商标意识不强，许多已使用多年，甚至家喻户晓的商标都未被注册，如上海的“美加净”商标。但并不能以此认为这些标志就不是商标。相反，如果标记由于某种原因不再具有识别功能，即使其过去因为具有识别功能而被注册为商标，也不能再作为商标受到法律保护。例如，“优盘”曾经是朗科公司的注册商标，但随着“优盘”逐渐成为“闪存”的通用名称，“优盘”已经不能起到将朗科公司生产的“闪存”与其他公司生产的“闪存”加以区别的作用，因此，朗科对“优盘”的商标注册很难得到维系。

与商标的识别功能相适应，传统商标法的首要目标也在于确保商标的识别功能得以正常实现，保证消费者能够通过商标识别商品或服务的来源，为自己希望购买的商品或使用的服务而付费，从而以此降低消费者识别商品或服务来源所需要的信息成本，并促进经营者对质量的保障和展开公平竞争。而假冒他人商标的行为会对他人商标的识别功能造成严重破坏。例如，将与他人商标相同的标志贴在相同的商品上，会使消费者误以为该商品是由他人制造或授权制造的。这样一来，商标原本所具有的将不同厂商提供的相同商品加以区分的识别功能就会荡然无存。正因为如此，假冒商标这种干扰商标识别功能的侵权行为是商标法首先要预防和打击的。

（二）质量保障功能

商标的质量保障功能是指商标向消费者传递了这样一种信息：使用相同商标的商品或服务具有相同的质量。这一功能在商品制造者和最终提供者相分离的情况下显得特别重要。随着全球经济一体化步伐的加快，越来越多知名品牌的所有者为了降低生产成本，选择在人力资源丰富、工资水平较低的国家和地区投资设厂，或干脆与当地企业签订合同，由当地企业按照其要求制造商品，再贴上商标，在世界各国进行销售。这在国际贸易中被称为“定牌生产”。在这种情况下，商品的真正制造者与商标所有者已发生了分离，消费者凭借商标往往只能识别商品的最终提供者，也即商标所有者，而非商品的真正制造者。即便如此，只要消费者信赖商标所有者的信誉，认定使用相同商标的商品具有相同的质量，自己能够享受到相同的售后服务保障，也依然愿意购买使用其商标的商品，而无论该商品是否由商标所有者自己制造。这就是商标质量保障功能的体现。

例如，“耐克”是一家美国厂商在体育用品上注册的商标，而“耐克”跑鞋目前几乎均是在美国以外的国家和地区制造的。消费者购买“耐克”跑鞋时并不关心它的真正产地和制造者，而是它的质量、声誉和售后服务保障。

商标的质量保障功能对于商标所有者而言是一把“双刃剑”：一方面，商标所有者在保证商品或服务质量的前提下，可以广泛地许可他人使用自己的商标，以最大限度地实现商标所蕴涵的价值。另一方面，商标所有者必须注意保持商品或服务的质量，因为即使是一小部分商品或服务的质量出现问题，也会使消费者怀疑所有使用相同商标的商品或服务的质量，从而使商标所有者的商业信誉受到沉重打击。例如，2006 年部分日本 SK－II 化妆品在我国被检测出含有重金属成分之后，各种 SK－II 化妆品的销量均大为降低。因此，商标

的质量保障功能能够促使商标持有人始终保持其商品或服务的质量。

（三）广告宣传功能

商标具有识别功能的特性使商标所有者很容易利用商标进行广告宣传。商标所有者往往在广告中突出商标的地位，使人们对商标产生强烈的印象，从而通过商标选择其提供的商品或服务。例如，“恒源祥”商标的广告词只有“恒源祥，羊羊羊”六个字，但通过反复宣传，不但使消费者熟知“恒源祥”商标，也使得消费者一看到“恒源祥”商标，就将它与质量上乘的羊毛制品联系起来。这样，“恒源祥”实际上起到了宣传其所指代的羊毛制品的广告作用。商标的广告宣传功能在驰名商标上体现得特别明显，一些商场为了吸引消费者，在显著位置展示其所售商品的商标，就是在利用这些驰名商标突出的广告宣传功能。

第二节　商标的分类

一、可视性商标和非可视性商标

可视性商标是指可以通过视觉感知的商标，人们所熟知的绝大多数商标都是可视性商标。但事实上，仅能通过听觉或嗅觉感知的标志也能起到区分商品或服务来源的作用。例如，美国米高梅公司拍摄的电影片头中总有一段狮子吼声，即使电视机前的观众闭着眼睛，听见这段狮子吼也知道正在放映的是米高梅公司的电影。这样，狮子吼就能将米高梅公司的电影和其他电影公司的电影区别开来，具有商标所要求的识别功能。

米高梅电影公司的“狮子吼”

同样，商品上特殊的气味如果与商品本身特征并无关系，经过长期使用后，人们一闻到这种气味就知道这是某特定商家提供的特定商品，这种气味就能起到商标所具有的识别作用。一些发达国家已经在其商标立法中明确规定：非可视性标志可作为商标获得注册并受到保护。如澳大利亚 1995 年修订的《商标法》明确规定：可作为商标的标志可以包括声音和气味。再如，英国 1994 年修订的《商标法》也允许注册气味和声音商标。一段由狗吠构成的声音已被注册为油漆的商标，而一种特殊的花香也被注册为一种纺线的商标。[①] 我国

① See Ethan Horwitz, *World Trademark Law and Practice*, Matthew Bender & Company (2005), United Kingdom, § 3.01.

《商标法》在2013年修订后，不仅规定可视性标志可以作为商标注册，也允许声音商标的注册。《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。"

二、平面商标和立体商标

根据商标的二维形态和三维形态，可以将可视性商标分为平面商标和立体商标，平面商标又可按照其构成要素分为文字商标、图形商标和组合商标三种。

文字商标是指由纯文字符号构成的商标。与著作权法文字作品中"文字"的概念相似，文字商标中的"文字"可以包括语言文字、字母和数字，如"TCL"是由字母组成的文字商标，"3721"是由数字组成的文字商标。

图形商标是指由图形构成的商标，如提供QQ即时通讯服务的腾讯公司注册的企鹅图形商标，以及中国工商银行注册的钱币形商标等。

腾讯公司的图形商标

中国工商银行的图形商标

组合商标是指由文字和图形共同构成的商标。如中国电信和中国东方航空公司注册的商标均包含了文字和图形的组合。

中国电信的组合商标

中国东方航空的组合商标

立体商标是指占据一定立体空间的三维商标。根据立体商标与其所代表的商品之间的关系，立体商标可分为三类：第一类是游离于商品之外，与商品可以完全分离的立体标志。典型的如麦当劳和肯德基快餐店门口的"麦当劳小丑"和"桑得斯上校"，以及劳斯莱斯车头上竖立的"小飞人"，消费者即使不看麦当劳、肯德基的招牌和劳斯莱斯轿车上的文字，仅凭上述立体标志就能识别出这些餐饮店和轿车。第二类是有识别性的商品的外包装，如可口可乐富有特色的曲线型瓶子，以及我国"酒鬼"酒特殊形状的酒瓶。第三类是商品自身的形状，如美国好时巧克力的螺旋外形和瑞士Toblerone巧克力的三角外形。但是，如果这种形状是一类商品所通常具有的形状，则该形状并不能起到区分商品来源的作用，因此，不能作为商标注册。

劳斯莱斯车头的“小飞人”

“酒鬼”酒的酒瓶

Toblerone 巧克力的三角形包装盒

好时巧克力的外形

三、商品商标和服务商标

根据商标识别对象的不同，还可将可视性商标分为商品商标和服务商标。商品商标用于识别商品提供者，而服务商标用于识别服务提供者。例如，“空中客车”（Air Bus）是商品商标，用于识别民用航空器的制造者；而“中国东方航空”是服务商标，不是用于识别飞机的制造者，而是用于识别民用航空运输服务的提供者。根据注册和使用的对象不同，同一商标既可以是商品商标，也可以是服务商标。例如，“北京大学”用于北大纪念品之上时，是商品商标，而用在北京大学提供的各类教育服务上时，则是服务商标。

商品商标还可进一步分为制造商标和销售商标。制造商标用于区分商品的制造者，而销售商标用于识别商品的销售者。日常生活中人们所见的多数商品商标为制造商标，如计算机上使用的“IBM”、“联想”和“戴尔”等，均用于识别计算机的制造商。以往销售者很少使用商标来将自己销售的商品与他人销售的同类商品加以区分，但随着市场竞争的日趋激烈，许多销售者也开始使用销售商标来宣传自己的商业信誉。例如，在英国最大的“马莎”超市（Marks & Spencer），许多小商品，如鞋子、袜子、牛仔裤和玩具等，均印上了“马莎”商标，显然，这些商品并不是“马莎”超市自己制造的，而是由制造商供货，由“马莎”超市进行销售。此时，这些商品上的“马莎”就是销售商标。

英国“马莎”超市

四、普通商标和集体商标、证明商标

根据商标注册人的身份和商标所起到的作用，可视性商标又可分为普通商标与集体商标、证明商标。普通商标是指普通经营者可以自行注册的商标。集体商标是指以团体、协会或者其他组织的名义注册，供该组织成员在商事活动中使用，以表明使用者在该组织中的成员资格的商标。例如，中国电子音响工业协会在音箱和功放产品上注册了由两个音符图形构成的集体商标，该协会的成员就可以在销售相关产品时使用该集体商标，以表明自己是该协会的会员。证明商标是指由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所注册并控制，而由该组织以外的单位或者个人使用于其商品或者服务，用以证明该商品或者服务的原产地、原料、制造方法、质量或者其他特定品质的标志。例如，纯羊毛标志就是由国际羊毛局注册并管理的证明商标，符合国际羊毛局颁布的有关羊毛制品品质标准的厂商就可以要求国际羊毛局允许其使用纯羊毛标志，以表明自己羊毛制品的品质。再如，绿色食品商标是农业部中国绿色食品发展中心注册的证明商标，凡具备绿色食品生产、经营条件的企业和个人，向中国绿色食品发展中心申请，经审查符合绿色食品标准之后，就可使用绿色食品证明商标标志。我国在 2001 年修订《商标法》时对集体商标和证明商标作出了明确规定，国家工商行政管理总局也颁布了《集体商标、证明商标注册和管理办法》。

中国电子音响工业协会
注册的集体商标

沙县小吃同业公会
注册的集体商标

重庆市火锅协会
注册的集体商标

国际羊毛局注册的证明商标

中国绿色食品发展中心注册的证明商标

理论研究

商标权是知识产权么

商标权是知识产权中最为特殊的一类权利。其一，顾名思义，“知识产权”意味着将一定的智力成果作为法律上的财产来保护。尽管许多商标的文字、图形或者其组合确实别具一格，既新颖又美观，是智力创造的结果，但要获得商标权，商标本身不需要智力上的创

造性，而只需要有显著的识别性。例如，某人在野外偶然发现了一块形状奇特的石头，虽然该石头并不是发现者的智力劳动成果，但他完全可以用该石头的形状为图案获得商标注册。再如，一个人的姓名只要具有显著性，也完全可以作为商标注册，如“王守义”牌调料。因此，商标实际上并不一定是智力活动的成果。

其二，著作权法的立法目的在于促进作品的创作，专利法的立法目的在于鼓励发明创造，而商标法的立法目的与鼓励创作或创造毫无关系，作为商标的标志完全可以是一种早已为公众所周知的文字或图案。商标法也并不要求经营者自己去创造、绘制一个与众不同的商标。假设某面包店的经营者智商不高，其制作面包时没有使用任何有智力含量的配方，而是仍然使用广为人知的普通配方。他也没有采取任何广告营销策略。但他为人本分、老实，一贯使用真材实料，从不弄虚作假，久而久之，大家都知道这家面包店出售的面包货真价实，从而使得以经营者名字命名的文字商标获得了极高的声誉，变得远近驰名。在这种情况下，经营者商标权的取得和商标声誉的提升与“智力成果”并无关系。商标法的立法目的首先是确保消费者能够根据商标的识别功能选择商品或服务，保护消费者免受商业欺诈；其次是保护经营者因投资提高产品和服务质量而获得的良好商业信誉，防止经营者付出的努力因他人的假冒和仿冒行为而无法获得经济回报，以此维持正常的商业竞争秩序，鼓励经营者努力改进产品质量和提高服务水平。商标法与著作权法、专利法在立法目的上的差异在美国知识产权立法的宪法来源上体现得特别明显。美国版权和专利立法的宪法依据被认为是《美国宪法》第8条，即“国会有权制定法律，通过在有限期间内赋予作者和发明者对其作品和发明的专有权利来促进科学和实用技术的进步”。而美国商标立法的宪法依据不是第8条，而是授权管制州际与国际贸易的条款。美国时任众议院司法委员会主席F. James Sensenbrenner在2005年修订《美国联邦反商标淡化法》的报告中清楚地指出：“商标法并不涉及典型的知识产权”，“传统商标法的首要政策动因并不是保护财产权，而是保护消费者免受欺诈和产生误认”①。

既然商标法的目的并不在于促进智力成果的创作或创造，那么为什么商标权还被认为是“知识产权”？为什么商标法还被普遍认为是知识产权法的组成部分呢？应当承认：“知识产权”和“知识产权法”这两个名称都是18世纪提出来的，它已经不能准确地反映时代的要求和变化。商标权被认为是与著作权、专利权相并列的知识产权，并不是因为商标与作品和发明创造一样，是智力活动的成果，而是因为商标权也是一种排他性的无形财产权利。从这个角度来看，“无形财产权”是比“知识产权”更加适合的术语。

【问题与思考】

1. 思考：如何理解商标的概念？
2. 思考：商标的基本功能是什么？商标在现代社会有什么意义？
3. 思考：什么是集体商标和证明商标？二者的区别何在？
4. 思考：如何理解商标权是一种知识产权？

---

① House Report 109-23, Trademark Dilution Revision Act of 2005, p. 25.

第十七章
商标权的取得

本章导读

商标权的取得是指商标所有人就商标在特定商品或服务上的使用取得专用权的条件与方法。在我国，取得商标权的基本途径是商标注册。标志被注册为商标需要具备一系列条件，其中最为重要的是标志应当具有显著性，即能够起到区别商品或服务来源的作用。标志的显著性既可以是固有的，也可以通过长期使用而取得。但对商标的不当使用也可能导致商标显著性的退化。与著作权法不保护实用功能的基本原则相类似，商标法也不允许具有实用功能的形状被注册为商标。本章主要讲解商标权的取得途径、可注册商标的法律要件，以及申请商标注册的程序性事项。本章的重点是商标显著性的概念、显著性的取得和丧失，以及商标法不保护功能性标志的原则。

第一节　取得商标权的途径

取得商标权就意味着商标所有人能够依法排斥他人在相同或类似商品上以导致消费者混淆的方式使用相同或近似商标，因此，可通过何种途径取得商标权对于经营者而言具有重要意义。

一、通过使用取得商标权

通过使用取得商标权，是指即使商标尚未经过注册，只要其已经在商业活动中用于识别某种商品或服务，商标使用者也能取得商标权。商标的本质功能在于识别商品或服务的来源，只有商标实际被用于商品或服务，使消费者能够通过商标识别特定的商品或服务提供者，商标的经济价值才能得以实现。同时，商标只有经过一段时间的使用，具有一定知名度之后，才会出现他人假冒或仿冒该商标，借此将自己的商品或服务假冒为商标所有者的商品或服务进行推销的现象，此时才需要法律的介入，防止这种同时损害商标所有者信

誉和消费者利益的行为。如果经营者在选定了一个商标之后没有进行任何使用，一方面，该商标无法实现其识别商品或服务出处的功能，消费者无法将该商标与其代表的特定商品或服务的出处联系起来；另一方面，经营者也无从利用商标建立起自己的商业信誉。在这种情形下，赋予该经营者以商标权并加以法律保护并没有实际意义。

英美法系国家的商标法是从普通法上的“假冒之诉”（passing off action）发展起来的。而商标在先使用是被假冒的前提，因此，英美法系国家早期的商标保护一般以使用为基础，并按照使用先后确定商标权的归属：先使用的受保护，后使用的不受保护。美国的先使用制度一直沿用至今。1946 年美国制定的《兰哈姆法》规定：只有先前已经使用的商标才能获得联邦商标注册。而经营者即使没有在美国专利商标局进行联邦商标注册，只要其对商标使用在先，仍然能够在当地继续使用商标，并对抗他人对相同商标的使用。美国在加入《马德里国际商标注册协定》之后，对《兰哈姆法》进行了修改，使用商标已经不再是进行联邦商标注册的前提了，但注册申请人必须证明其在注册之后 2 年时间内准备使用商标。其他英美法系国家在实行商标注册制时，也仍然要求注册人有使用商标的意图。例如，《英国商标法》第 32 条第 3 款规定：商标注册申请人应当证明：欲获得注册的商标正由其自己使用，或经其同意正在被使用，或其有使用该商标的真实意图。《加拿大商标法》规定，已经在加拿大使用商标，使商标为人所知，或准备在加拿大使用该商标者，或者已经在其他国家注册的同时使用该商标者，可以申请注册商标。[①] 如果仅是准备使用该商标，则必须在申请时加以声明。

在商品经济发展的早期，生产和交换都以本地市场为主，是否在市场上首先使用比较容易证实，经营者也有可能采取手段避免同在先使用的商标发生冲突。但随着生产、流通的范围日益扩大，以使用为基础赋予商标权的负面影响逐渐显现出来：由于使用在先的事实无法以书面形式公之于众并供他人查询，经营者越来越难以发现相同商标的在先使用人。而且，在使用相同商标的人就商标权的归属发生争议时，当事人必须承担证明自己的使用先于对方的举证责任，这也带来了较高的诉讼成本。因此，目前多数国家都不再单纯采取通过使用取得商标权的制度。

需要指出的是：根据《巴黎公约》第 6 条之二的规定，缔约国应当依职权或依有关当事人的请求，对于受公约保护的权利人所有的驰名商标，如果他人的商标是对该驰名商标的复制、模仿或翻译，用于相同或类似商品，易于产生混淆的，拒绝或取消注册，并禁止使用。即使是实行商标注册制的国家，只要加入了《巴黎公约》，也均通过立法实施这条规定。因驰名而获得商标权是通过使用而获得商标权的特殊情形，因为只有经过长期使用之后，商标才可能变得驰名。

二、通过注册取得商标权

在建立了商标注册制度的国家，允许通过商标注册使注册人取得特定权利。商标注册制度的最大优点在于它建立了商标的公示制度，使商标的权利归属一目了然，其他人可以查询自己准备使用或注册的商标是否会同别人的商标权发生冲突。如果他人未经许可，在

---

① See (Canada) Trademark Act, Sec. 2, 5, 16 (1) (3).

相同或类似商品或服务上使用了相同商标，基于商标注册的公示效力，即可以推定此人没有尽到注意义务，从而构成疏忽。商标注册的价值还体现在商标权转让、许可使用或设定质押时的公示作用。即使在采用先使用原则的美国，一旦已经使用的商标获得了联邦注册，也能获得更强的法律保护，例如，注册后商标所有者就将在全国范围内，而不仅在先前使用的地区获得商标权。

但是，如果单纯地规定商标注册是取得商标权的唯一依据，则很有可能导致“商标抢注”现象的发生，即一些人注册商标并不是为了在经营中使用，以使消费者通过商标识别自己提供的产品或服务，从而建立商业信誉，而是为了抢在商标的在先使用者之前注册商标，再以高价将注册商标转让给真正在先使用者或意图使用者。我国 2001 年修订之前的《商标法》将商标注册规定为取得商标权的唯一途径，在实践中引发了诸多“商标抢注”事件。对此，较早实行商标注册制的大陆法系国家都在商标立法中采取了一些预防措施。例如，《法国商标法》虽然并未将“意图使用”作为商标注册的前提条件，但恶意抢注往往会被法院判定为无效，例如，法国两个公司合并之后，某人预测到新公司可能会用原先两个公司的缩写字母申请商标注册，并抢先注册了这一商标，但最终被法院认定为注册无效。[①] 而《德国商标法》第 4 条将注册和使用均规定为取得商标保护资格的途径。我国《商标法》在 2001 年修订时，在第 31 条增加了有关“申请商标注册不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”的规定。但如何认定他人在先使用的商标“已有一定影响”，以及何种注册属于“以不正当手段抢先注册”，仍然只能依靠商标注册机构和法院的自由裁量。

理论研究

商标注册、使用与商誉

商标只有在实际使用中才能发挥识别作用并积累商誉。即使在商标注册制度下，商标法保护的真正对象仍然是商誉，而非单纯的标志本身，这就是美国联邦最高法院近百年前所断言的“对特定商标的权利来源于对它的使用”[②]。如果一个注册商标从未投入使用，就不可能凝集商誉，他人也不会为了利用商誉而进行未经许可的使用，作为广义反不正当竞争法一部分的商标法对其进行保护，也就失去了正当性。因此，不能认为一旦商标获得注册，注册人就享有了排斥他人使用的绝对权利。如果注册人不使用注册商标，不仅在达到法定期限后该注册商标可被撤销，而且对注册商标的保护强度也应与其使用情况相关联。《欧共体商标条例》第 43 条规定：对于注册时间超过 5 年的欧共体商标，如注册人要对他人的注册申请提出异议，应当提供其商标已在其所注册的商品或服务上进行过真实使用的证据。如果无法提供这样的证据，则异议应当被驳回。如果只在部分商品或服务上进行过使用，则在异议程序中，视为其只在该部分商品或服务上进行了注册。这就意味着：没有

---

① See Ethan Horwitz, *World Trademark Law and Practice*, Matthew Bender & Company (2005), France, § 1.02.

② United Drug Co. v. Rectanus Co., 248 U.S. 90, at 97 (1918).

真实使用过注册商标的注册人，无法阻止他人在相同或类似商品或服务上注册相同或近似商标。这种未经真实使用的注册商标，即使不被撤销，也将形同虚设。《德国商标法》第25条规定：在注册商标权人提起商标侵权之诉时，必须证明注册商标在起诉之前5年已经进行了使用。而传统上将使用作为商标权来源的美国，虽然已经允许尚未使用的商标获得注册，但只将注册视为商标有效的初步证据，商标权的真正来源仍然是使用，而非注册本身。

我国《商标法》虽然没有类似规定，但最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条明确指出：判断商标是否近似，应当考虑请求保护注册商标的知名度。“知名度”当然是随着使用而产生的。该条司法解释实际上将注册商标的使用情况与其受保护的程度联系了起来。在最高人民法院2009年判决的“红河红”案中，原告虽然在起诉前5年就取得了“红河”商标的专有权，但未能提交其持续使用“红河”商标生产、销售商品的证据及能够证明该商标信誉的证据。法院强调：由于原告的商标尚未实际发挥识别作用，消费者不会将被告的“红河红”啤酒与原告相联系；并以此作为认定被告使用“红河红”商标不构成侵权的主要理由之一。[①] 这充分说明：商标法保护的主要对象，是商标经过使用之后凝集的商誉。

当然，就从未使用过的商标进行注册并非没有意义。通过商标注册，注册人获得了在核准使用的商品或服务上排他性地使用商标，以积累商誉的权利。同时，商标在获得注册之后，就有了公示的效力，经营者在选择商标开展经营活动之前，就有义务查询他人是否已经在相关商品或服务中注册过相同或近似商标，以免使用与之相冲突的商标。但是，在注册商标没有实际投入使用之前，他人未经许可在相同或类似商品上使用相同或近似商标，损害的也并非商誉，而是商标注册人使用注册商标获取商誉的机会。注册人因此获得的主要救济，应是禁止他人继续使用，以重获通过排他性地使用注册商标积累商誉的权利，而非损害赔偿。在上文提及的“红河红”案中，最高人民法院虽然认为被告在广告挂旗上使用“红河啤酒”字样构成侵权行为，但只判决被告停止侵权和补偿原告为制止侵权行为所支出的合理费用。这是符合商标注册制度下保护商誉的原理的。

2013年《商标法》修订时，吸收了司法实践中这一合理做法，于第64条规定：注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前3年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前3年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

典型案例

“名爵”汽车案

林某于2003年在第12类商品（小型机动车等）上注册了“名爵”商标，并于2007年10月转让给徐某。该注册商标于2008年1月因连续3年停止使用而被撤销。南京汽车集团

① 参见最高人民法院民事判决书（2008）民提字第52号。

公司在其生产、销售的轿车上使用了“名爵”商标。徐某认为南京汽车集团公司自2007年10月至2008年1月期间，未经许可使用“名爵”商标的行为构成侵权，要求其承担侵权责任。

林某注册并转让给徐某的注册商标

南京汽车集团公司使用的商标

法院经审理后认为：被告的行为属于在类似商品上使用近似商标。但商标的生命在于实际使用而非注册。商标功能的实现以将注册商标投入实际使用，并与商品真正结合为前提。未在市场上实际使用的商标，不能发挥市场识别作用。[①] 涉案注册商标并未在核定使用的小型机动车商品上实际使用，又因连续3年停止使用而被撤销，因此，其在有效期内客观上未能发挥市场识别作用，被告使用“名爵”也不会导致消费者的混淆。[②] 法院因此未认定被告侵权。

本案发生之时，《商标法》尚未将“容易导致混淆”作为在类似商品上使用近似商标构成侵权的前提，但法院根据商标法保护商誉，而商誉必须通过实际使用产生的基本原理，认定被告在类似商品上使用近似商标的行为不构成侵权。这是值得赞许的。

典型案例

“齐鲁证券”案

某公司在第36类服务项目（证券交易行情、金融信息等）上注册了“齐鲁”文字商标，并将该商标许可齐鲁众合公司独占使用。齐鲁众合公司起诉齐鲁证券有限公司南京太平南路营业部在商业活动中突出使用“齐鲁证券”的行为侵犯其商标权。

齐鲁众合公司独占使用的注册商标

齐鲁证券有限公司使用的标志

法院认定被告的行为并不侵权，其中重要的一条理由在于：注册商标权人及其被许可使用人齐鲁众合公司的经营范围与齐鲁证券有限公司及其南京太平南路营业部的经营范围

① 参见江苏省南京市中级人民法院民事判决书（2008）宁民三初字第227号。

② 参见江苏省高级人民法院民事判决书（2012）苏知民终字第0183号。

不同。鉴于国家对证券行业实行严格的市场准入制度，未取得《中华人民共和国经营证券业务许可证》的企业，不得从事特许证券业务。由于商标注册人及齐鲁众合公司不具备从事特许证券业务的资格，且二者也没有实际从事特许证券业务，故在该行业不存在知名度的问题，进而也就不可能使公众对齐鲁众合公司与南京太平南路营业部在经营主体及经营范围上产生混淆、误认。① 由此可见，法院将注册人是否能够将注册商标投入使用并产生商誉，作为其能否受到保护的重要依据。

第二节　商标注册的对象——符合法律要求的特定标志

我国是实行商标注册制的国家，即除了驰名商标之外，一般情况下只有通过注册才能获得商标权。而标志要获得商标注册就应当符合《商标法》规定的条件，包括标志必须具有显著性、非功能性，而且标志必须合法，不得误导性使用地理标志，其注册不能侵犯他人的在先权利。

一、标志具有显著性

标志的“显著性”又被称为“区别性”或者“识别性”，是指用于特定商品或服务的标志具有的，能够将这种商品或服务的提供者与其他同种或类似商品或服务的提供者加以区分的特性。不具有显著性的标志不能被称为商标，更不能获得商标注册。

（一）固有显著性

标志在何种情况下才具有显著性呢？如果相关公众一看到商品或服务上使用的一个标志，马上就能意识到该标志是用于指示商品或服务提供者，从而区分商品或服务来源的，则该标志就具有显著性。标志的显著性首先取决于标志与其指代的商品或服务之间的关系：一个标志与它所指代的商品或服务之间联系越密切，则显著性越弱；反之，则显著性越强。这意味着某些标志在用于特定商品或服务时，从一开始就具有显著性（固有显著性）；而同样的标志用于另一些商品或服务时，在最初却没有显著性。例如，对于下列标志而言，在脱离使用它的商品或服务的情况下讨论其显著性是没有意义的，因为它在用于不同商品或服务时，显著性也不同。对于“航空旅行服务、订票服务”等，该标志显著性很弱，因为其中文字含义是“廉价航空”，图形为一架飞机，均直接描述了服务的特点。但对于“汽车租赁”、“天气预报”和“宾馆预订”服务而言，该标志就具有为商标注册所需要的显著性，因为该标志的文字和图形与这几类服务之间并无直接联系。②

Cheapflights

① 参见最高人民法院民事裁定书（2011）民申字第222号。

② Cheap Flights International v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), General Court, Case T-460/09, paras. 42-43.

按照标志与它所指代的商品或服务之间联系的密切程度，可以将标志大致分为5类[①]：

第一类是“通用标志”，包括一类事物的一般称呼或图形，如作为词汇的“钢笔”、“计算机”、“苹果”，以及它们的图形等。通用标志与它所指代的商品或服务之间联系最为密切，完全无法起到识别商品或服务来源的作用；其显著性最差，不能被注册为商标。假如一个种植苹果的农场在其出产的苹果上印上“苹果”两个汉字作为标记，“苹果”这个文字标志对苹果这类商品而言就完全没有显著性，因为这个标记不能说明这个农场出产的苹果与其他农场出产的苹果有什么区别，也就无法将不同的苹果种植商区别开来。如果消费者看到苹果上印有“苹果”两个字，也只会认为这两个字在告诉自己所售商品是苹果，而不会想到它指明这批苹果是由特定农场出产的。同样道理，类似蜂窝状的图形容易使相关公众认为是进风装置的部件形状，在进风装置等商品上缺乏显著性。美国法院曾经认定“hotel.com”和“lawyer.com”不能作为商标注册，因为它们分别是“宾馆”和“律师”网站的通用名称。[②] 欧盟法院也曾认定，由糖果通常包装形式和色彩搭配构成的图形对糖果没有任何显著性可言[③]，也即其属于带包装糖果的通用图形。

第二类是“描述性标志”，它对商品或服务的质量、原料、功能、用途、重量、数量等特点进行了直接描述，如用于安全型烟花的“安全喷火”、用于纯净水的“纯净”、用于羊毛衫的“温暖”等。描述性标志与其所代表的商标或服务之间的联系也过于密切，在最初使用时也无法起到识别商品或服务来源的作用。如果某羊毛衫厂在自己生产的羊毛衫上印上“温暖”两字，消费者只会认为这两个字是在说明羊毛衫能够保暖，而无法将它与羊毛衫的特定厂家联系起来。同样，印有“American Standard”（美国标准）的厨卫用具刚进入中国市场时，许多人以为这些厨卫用具是按照美国的标准制造的，而没有想到它来源于一家特定的厨卫用具制造商。其原因就在于“American Standard”仅仅描述了该厨卫用具自身的一项特征——符合美国的标准，从而无法使消费者一开始就将它与产品的特定出处联系起来。再如，一个销售老虎钳的工具店在门前竖立一把立体造型的老虎钳，该立体标志也属于描述性标志，因为它直接描绘了老虎钳的形状，消费者第一眼看到这个立体标志只会想到这个工具店有老虎钳出售，而不会将这个标志与这个工具店销售的老虎钳联系起来。“描述性标志”也没有固有显著性，在一开始也不能被注册为商标，有公司曾经在电动车辆和小型机动车上申请注册“自发电”商标，但由于这类车辆的运行必

---

① 这种分类是美国法官 Timbers Friendly 于1976年判决的 Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc. 案中提出的，现在已得到了广泛的认同。Abercrombie & Fitch Co. v. Hunting World, Inc., 537 F. 2d 4, at 9 (2nd Cir., 1976).

② See In re Hotels.com, 573 F. 3d 1300 (Fed. Cir., 2009); In Re Reed Elsevier Properties, 482 F. 3d 1376 (Fed. Cir., 2007).

③ See August Storck KG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), Court of Justice, Case C-25/05 P., paras. 56-57.

须依赖电力，而“自发电”本身是一项工艺，在这些交通工具上注册使用“自发电”商标，直接描述了商品的能量来源即技术特征或主要功能[①]，因此，该商标注册被驳回。同样，在葡萄酒、黄酒等酒类产品上标有“手酿”，易使消费者认为该商品是手工酿造而成，直接表示了商品的制作和加工方式，而不易起到区分商品来源的作用。因此，在酒类产品上注册“手酿”商标的申请被驳回。[②]

美国眼力健公司曾申请注册“ADVANCED MEDICAL OPTICS”商标，指定使用于第10类商品，包括：白内障手术过程中用的白内障超声乳化手术器械及部件；人工眼球晶体移植物；嵌入人工眼球晶体移植物所用装置等。但“ADVANCED MEDICAL OPTICS”的意思是“先进的医疗光学仪器”，其直接描述了所指代产品的用途（医疗、光学）和质量（先进的），是一个典型的描述性标志，不具有显著性，无法起到区分不同厂家制造的光学仪器的作用，该注册申请被驳回。[③]

以下商标因在其申请注册的商品或服务上具有描述性，未获得注册：

红木宝

申请注册在家具用抛光剂、家具用增亮剂、家具用蜡上[④]

BESTITOOL

申请注册在地质勘探、采矿选矿用机器设备、钻头等工具上[⑤]

第三类是“暗示性标志”，它对产品的特征并不直接加以描述，而是以某种方式加以暗示，消费者只有根据这种暗示发挥想象力，才能将这种标志与它所指代的特定商品或服务的来源联系在一起。如“Think Pad”的字面意思为“会思考的小本子”，消费者很难在瞬间想到它指代的是笔记本电脑。细想之后才能发现：笔记本电脑可以被比喻为智能型的本子。暗示性标志与所指代的特定商品或服务之间只有较为疏远的间接联系，因此具有固有显著性，可以被注册为商标。

第四类是“任意性标志”，它们虽然属于现有词汇，但与其所指代的商品或服务之间没有任何关系，如用于电脑和牛仔裤的“苹果”标志。这类标志的显著性介于“暗示性标志”和“臆造性标志”之间，可以被注册为商标。

第五类是“臆造性标志”，它们是由经营者为指代商品或服务而臆造的，不属于现有词汇，如用于胶卷的“Kodak”（柯达）和用于石油的“Exxon”（美孚）。臆造词汇对于消费者而言是全新的词汇，本身除了指代特定商品或服务的来源之外没有任何先天含义，因此

---

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2009）一中知行初字第2365号。
② 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2011）一中知行初字第1830号。
③ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2006）一中行初字第199号。
④ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2012）一中知行初字第118号。
⑤ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2012）一中知行初字第2522号。

具有极强的显著性，消费者一看即知它代表着特定商品或服务的出处。

为什么标志具有显著性是标志被注册为商标的前提条件呢？原因在于：一方面，显著性是商标的本质属性，商标就是能够区分商品或服务来源的标志。如果消费者无法通过一种标志将相同或类似商品或服务的不同提供者区分开来，则这种标志无法代表特定商品或服务提供者的商誉，根本不能成为商标，法律也没有加以保护的必要。例如，“TS 92”标识由简单字母加数字组合而成，作为一个整体没有任何含义，将其用于拉门、旋转门、机械装置、气动装置及液压装置时，极易使消费者认为其是表示商品型号的，无法起到区分商品来源的作用。因此，在这类商品上，“TS 92”缺乏显著性，不应作为商标注册。[①] 同样，由普通表现形式的字母“A”和数字组成的“A3”、“A6”、“A8”过于简单，不具备指示商品来源的作用。由于汽车厂商普遍使用单纯字母或字母数字的组合作为汽车车型名称，如“CRV”、“X5”等，相关公众容易认为“A3”、“A6”、“A8”是车型名称，而非商标，因此不能被注册在汽车上。[②] 汽车制造商奥迪公司曾经申请在汽车上注册“TDI”商标，但 TDI 是“涡轮柴油直喷发动机”（turbo diesel/direct injection）的缩写，直接描述了汽车所用发动机的特征，消费者看到汽车上的 TDI，会认为该汽车采用了涡轮柴油直喷发动机，而不会将其视为区分汽车制造商的标志，因此，该注册申请被驳回。[③]

另一方面，商标是经营者展开市场竞争的手段，而市场竞争必须是一种建立在机会平等基础上的竞争。机会平等意味着反对垄断，竞争者不能通过注册商标剥夺他人合理的竞争机会，商标注册不能成为欺诈、误导和垄断的手段。假如允许一家钢笔制造商将通用名称“钢笔”注册为文字商标，不但消费者无从借此区分钢笔的不同制造商，而且注册了“钢笔”的制造商就有权阻止竞争者在钢笔上或其他任何与商业活动有关的文书和广告上使用“钢笔”这一文字标志，其他制造钢笔的厂商只好以“装有墨水的书写工具”等其他方式来描述自己的产品。显然，将文字“钢笔”注册为钢笔的商标，剥夺了其他钢笔制造商正常使用“钢笔”的权利，有违公平竞争原则。同样，允许将“描述性标志”注册为商标会导致注册者垄断用于描述商品或服务的特定用语，使其他同类商品或服务的提供者在竞争中处于不利地位，这也是有违商标法立法目的的。例如，将用于描述安全型烟花的“安全喷火”注册为某一烟花生产厂的商标，将导致其他同样生产安全型烟花的厂家不能使用这 4 个字向消费者说明烟花的安全特征。正因为如此，缺乏显著性的通用名称和描述性标志一开始都不能被注册为商标。我国《商标法》第 11 条第 1 款明确规定：下列标志不得作为商标注册：（1）仅有本商品的通用名称、图形、型号的；（2）仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；（3）其他缺乏显著特征的。其中所列标志均为通用名称或描述性名称。

---

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2008）一中行初字第 1311 号。

② 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2010）一中知行初字第 1188 号、1189 号和 1190 号。

③ Audi AG v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), General Court, Case T-318/09, para. 18.

典型案例

“蓝牙”能被注册为计算机通讯设备的商标么

著名手机生产商爱立信公司申请在计算机通讯设备等商品上注册“Bluetooth”（蓝牙）商标。商标局和商标评审委员会认为：“Bluetooth”即“蓝牙”，作为一种技术术语，是无线数据与语音通信的一种开放性全球规范用语，已发展成为一种近距离无线通讯技术名称。“Bluetooth”作为商标指定使用在计算机通讯设备等商品上，直接表示了上述商品的技术特点，缺乏商标应有的显著特征，不能起到区别不同产品来源的作用。申请人不服，向法院提起行政诉讼。法院经审理后认为：“Bluetooth”虽然在使用之初并无含义，但经过申请人在短距离无线通讯网络技术上多年使用之后，“Bluetooth”通常被作为该技术规范的代用名称；特别是随着该技术进入中国市场并迅速普及，因其译音“蓝牙”便于记忆，使中国消费者通过“蓝牙”对“Bluetooth”技术形成认识并广泛接受，从而使中国消费者对“Bluetooth”——“蓝牙”——短距离无线网络技术形成了一种约定俗成认识的客观情形。因此，“Bluetooth”作为商标用在计算机通讯设备等商品上缺乏显著性。①

对于本案需要注意的是：根据申请人提供的材料，“Bluetooth”一词源于一位丹麦国王名字的英译文，在任何一本字典中都找不到，因此本身无特定含义，是由申请人独创并首先使用在无线通讯领域中的。这说明该词在产生初期，属于典型的臆造性标志，无论在何种商品或服务上使用都有极强的显著性，是可以被注册为商标的。但问题在于：至少在中国，经过申请人的使用，相关公众已经普遍将“Bluetooth”及其中文译名“蓝牙”视为“短距离无线网络技术”的代名词。在日常生活中，经常可以听到朋友之间相互询问对方的手机或笔记本电脑是否“有蓝牙”或“有蓝牙功能”。这样，“Bluetooth”及“蓝牙”已经成为一种技术的通用名称，不具备指示特定商品来源的功能，当然不能被注册为商标。

在认定标志是否具有固有显著性时，除了需要首先考察标志与其代表的商品或服务之间关系的密切程度之外，还应当将标志作为一个整体来进行判断，同时还要结合相关公众的认知程度。

有时构成标志的一个或数个要素本身并不具有固有显著性，但这些要素结合在一起后具有固有显著性，即作为一个整体能够识别商品或服务的出处。此时该标志应当被认为具有显著性，而不能因为标志中包含不具备显著性的要素而认为标志不能被注册。例如，“韩泰轮胎”图形商标中包含了两个轮胎的图形，轮胎图形本身是轮胎这种商品的通用图形，没有任何显著性可言，任何人不能将轮胎图形注册为轮胎的商标。但“韩泰轮胎”的商标图形不仅包括了两个轮胎的图形，还有英文字母。作为一个整体，该标志就能够起到区分轮胎来源的作用。当然，经过注册而产生的商标权仅及于作为一个整体的商标，而不能及于单独的轮胎图形。再如，用于巧克力的“吉百利”商标图形是两杯牛奶倒出了英文“吉百利”的字形。虽然牛奶是巧克力的主要成分，任何人都不能将词汇“牛奶”或“牛奶巧克力”及

① 参见北京市高级人民法院行政判决书（2004）高行终字第416号。

其通常的图形注册为巧克力的商标，但“吉百利”的商标图形设计精巧，没有采取牛奶的常规图形，在整体上显然具有显著性。我国1982年的《商标法》第7条规定，商标不得使用没有显著性的文字、图形。据此，构成标志的文字和图形中只要有一项没有显著性，标志就不得注册。对此，2001年《商标法》在修订时改为，“仅有本商品的通用名称、图形、型号的”以及“仅仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的”不能注册。这等同于认可了应当将标志作为一个整体来判断其显著性的原则。

相关公众对标志的认识对于判断标志是否具有显著性也有重要意义。相关公众是指与标志指代的商品或服务有关的消费者或经营者。许多商品或服务的对象并非全体公众，而是特定人群。例如，精密实验仪器的使用者不可能是普通公众，而只是大学和科研院所中的研究者，在这类商品或服务上的标志是否能够起到区别来源的作用，只能以这些特定人群的认识为依据。而另一些商品或服务是面向一般公众的，此时就不能以某一特定人群的认知作为判断标志是否具有显著性的依据。

典型案例

图文商标“BEST BUY”能被注册在“推销”类服务上么

佳选公司申请在第35类推销（替他人）、进出口代理等服务项目上注册“BEST BUY”图文商标，申请商标由英文单词“BEST”、“BUY”以及一方框图形构成，其中两个英文单词上下排列，方框图形的底色为黄色。

商标局和商标评审委员会均认为，申请商标中“BEST”含义为最好的、最优秀的、最有利的等，“BUY”含义为买、买卖、交易等，“BEST BUY”可以翻译为“最好的交易”或者“最好的买卖”，使用在指定服务项目上，仅仅直接表示了服务的品质和特点，缺乏作为商标应有的显著特征。佳选公司提起行政诉讼后，一、二审法院均维持了商标评审委员会的决定。

最高人民法院再审后认为：应当根据诉争商标指定使用商品的相关公众的通常认识，从整体上对商标是否具有显著特征进行审查判断。标志中含有的描述性要素不影响商标整体上具有显著特征，相关公众能够以其识别商品来源的，应当认定其具有显著特征。本案中，申请商标由英文单词“BEST”、“BUY”以及黄色的标签方框构成，虽然其中的“BEST”和“BUY”对于指定使用的服务具有一定描述性，但是加上标签图形和鲜艳的颜色，整体上具有显著特征，便于识别。同时，申请商标在国际上有较高知名度，且申请商

标在我国已经实际使用，经过使用也具有一定的知名度。综合上述因素，申请商标能够起到识别服务来源的功能，相关公众能够以其识别服务来源。

本案是对商标显著性进行整体评估，并考虑相关公众认知的典型案例。“BEST BUY”文字虽然是描述性的，但申请人要注册的并不仅是这两个单词，而是将两个单词置于黄底标签之中后形成的一个整体。加之其在中国市场使用后，与两个单词对应的中文商标名称“百思买”已有较高知名度，“BEST BUY”与黄底标签的整体已经能够被相关公众视为指示服务来源的标志，因此，其至少也已通过使用获得了显著性。

我国《商标法》已经允许将三维标志注册为商标，而三维标志被注册为商标的前提条件之一仍然是其具有显著性。对于一种商品的形状而言，如果消费者看到之后只能想到一种商品本身，而不认为其能够指示商品的来源，则这种形状就不具有显著性，不能被注册为立体商标。

需要注意的是：普通消费者在看到商品或包装上与商品自身特征无关的文字或图形时，很容易将其视为区别商品来源的标识。但消费者在刚接触到商品或其包装的三维形状时，习惯于将其视为商品自身的特征，而很少将其视为一种区别商品来源的标识，因此，只有在该商品或其包装的三维形状经过长期使用获得“第二含义”时，才可能具有显著性。例如，下图中，瓶子与一般的饮料瓶在形状上并无实质区别，尽管瓶口插着一片柠檬，但消费者仅会将其视为一种装饰瓶子的方式而已。因此，该三维形状不能作为立体商标被注册

在啤酒、汽水和果汁饮料上。[①] 手电筒采用的是圆柱体形状，而这正是手电筒最常用的形状，其在设计上虽然有一些独特之处，但仍然只能使消费者将其看做一种手电筒，而不是将其作为识别来源的标志，因此，该三维形状不能被注册为手电筒的立体商标。[②] 香肠或其肠衣的螺旋造型虽然因角度划一而显得有些特色，但由于许多肉类熟食都经常使用螺

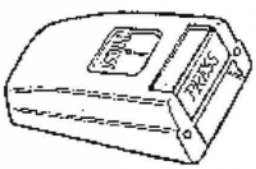
① Eurocermex SA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), Court of Justice, Case C-286/04 P., paras. 29-30.

② Mag Instrument Inc. v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), Court of Justice, Case C-136/02 P., para. 32.

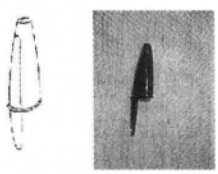
旋造型，其无法起到区别香肠或肠衣不同来源的作用，因此也不能被注册在香肠或肠衣上。①

我国《商标法》除了在第11条规定缺乏显著特征的标志不得作为商标注册之外，还在第12条针对三维标志的注册专门规定：以三维标志申请注册商标的，仅由商品自身的性质产生的形状，不得注册。“仅由商品自身的性质产生的形状”是显著性的一种特定情形，是指为实现商品固有的功能和用途所必须采用的或者通常采用的形状。它无法起到识别商品来源的作用，而且允许其注册为商标会剥夺其他经营者公平竞争的机会。例如，普通灯泡的形状就是一个带有弧度的椭圆形，如果允许将一个立体灯泡标志注册为一家灯泡制造商的商标，则意味着其他灯泡制造商不得在商业活动中使用灯泡的通常立体外形来说明自己经营的产品，这显然是不公平的。

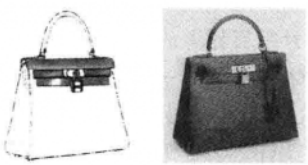
以下列三维标志注册商标是缺乏显著性的：



安全带按钮：仅由商品自身的性质产生的形状



申请商标的图形和实物图（指定使用于笔帽商品）②



申请商标的图形和实物图（指定使用于包类商品）③

典型案例

“千层雪”冰淇淋的形状能被注册为立体商标么

联合利华公司申请将其“千层雪”冰淇淋的形状注册为立体商标。该冰淇淋为长方体形状，侧面和顶面具有波浪形图案。申请人认为：该形状是具有显著特征和独创设计的形状，是具备艺术美感的形状。而商标局、商标评审委员会和法院均认为：由于普通消费者易将该形状识别为冰淇淋的常用形状，因此该形状不能起到标识、区分商品来源的作用。在联合利华公司未能提供充分证据证明该形状在指定商品上通过使用已具有显著性的情况下，不能将其注册为立体商标。④

① Wim De Waele v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), Court of First Instance, Case T-15/05, paras. 38-41.

② 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2008）一中行初字第326号。

③ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2008）一中行初字第00323号。

④ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2007）一中行初字第01348号。

实务探讨

《商标法》第12条是判断三维标志可注册性的唯一依据么

“千层雪”冰淇淋立体商标注册案中涉及一个重要的法律解释问题：《商标法》第12条规定：“以三维标志申请注册商标的，仅由商品自身的性质产生的形状……不得注册”。仅由商品自身的性质产生的三维形状不具有显著性，但问题在于，三维标志不具有显著性的情况并非“仅由商品自身的性质产生的形状”这一种。

在“千层雪”冰淇淋立体商标注册案中，申请人提起行政诉讼的理由之一是商标评审委员会适用法律错误。商标评审委员会是以《商标法》第11条第1款（“仅有本商品的通用名称、图形、型号的”标志不得注册为商标）和第11条第3款（“其他缺乏显著特征的”标志不得注册为商标）为依据，维持商标局不予注册的决定的。申请人认为：第11条是专门针对平面标志的，其第1款对“本商品的通用图形”的商标注册限制只能适用于平面商标，不能适用于立体商标。对于立体标志，只能根据《商标法》第12条判断能否注册。由于“一个由波浪图案所装潢的长方体”不是“由商品自身的性质所产生的形状”，因此应当予以注册。

申请人的观点是不能成立的。如上文所述，《商标法》第12条专门规定了功能性的三维标志不能获得商标注册，但这并不意味着《商标法》第11条有关各种缺乏显著性的标志不得注册为商标的规定只能适用于平面标志，而不能适用于三维标志。各国商标法均要求立体商标应当符合显著性的一般标准。如《欧共体商标条例》不但在第7条第1款(e)项专门针对三维标志的注册规定，仅由商品自身的性质产生的形状构成的标识不能被注册为商标，还在第7条第1款（b）项针对所有标志的注册规定，缺乏显著性的标志不能被注册为商标；此外，在第4条清楚地指出，欧共体商标可以由商品形状构成，但条件是该形状能够将一个企业提供的商品或服务与另一个企业提供的商品或服务区分开。在欧盟法院拒绝将手电筒的三维形状注册为立体商标的案例中，不予注册的依据正是《欧共体商标条例》第7条第1款（b）项。法院还专门指出：该条对不同类别的标志在适用上没有区别。[①] 本案中法院也正确地指出：《商标法》第11条是针对不具有显著性特征的商标不能作为商标注册的原则性规定，其中第1款第1项规定，仅指定使用商品的通用图形的标志不得作为商标注册。该规定中所指“图形”应作广义理解，并不仅限于平面图形。申请商标虽为立体商标，但对其显著性的判断首先应适用《商标法》第11条中有关原则性的规定。[②]

（二）获得显著性

综观日常生活中许多知名的注册商标，不难发现其中有许多实际上是“描述性标

---

① Mag Instrument Inc. v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), Court of Justice, Case C-136/02 P., para. 32.

② 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2007）一中行初字第01348号。

志”，如用于厨卫用具的“American Standard”（美国标准）无非是在描述其产品符合美国的标准，而用于牙膏的“两面针”则是这种牙膏中一种起主要作用的中草药名称。那么，这些本身不具备显著性的标志为什么获得注册了呢？其原因在于：这些描述性标志在商品或服务上经过长期使用和广告宣传之后，消费者已经逐渐意识到它们是在指示特定商品或服务的出处，而不仅是在对商品或服务进行描述。例如，现在消费者看到或听到“两面针”时，第一反应已经不再是一种有治疗作用的中草药，而是一种特定厂商制造的牙膏。也就是说，虽然“两面针”这个词汇的第一种含义是一种中草药，但在长期用于特定的牙膏之后，产生了第二种含义，即指代特定厂商制造的牙膏。“美国标准”也是如此：在经过多年市场销售和广告宣传之后，消费者一般不再将印有以特定字体书写的“American Standard”的厨卫用具仅视为“符合美国标准”的厨卫用具，而普遍能意识到它是一家特定的厨卫用具制造商生产的产品。“描述性标志”在经过长期使用，获得“第二含义”之后，就具有指示特定商品或服务出处的功能。这样，先天没有“固有显著性”的“描述性标志”就在后天获得了显著性，能够被注册为商标了。再如，美国吉列公司出品的“金霸王”电池长期使用黄铜色和黑色组合，以至于消费者一看到这种颜色组合，就能想起“金霸王”电池。这就使原本很平常的两种颜色组合具有区别产品出处的作用，因此也获得了商标注册。《商标法》在2001年修订之后，在第11条第2款也明确规定：第11条第1款所列的缺乏显著性的标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。

但需要注意的是：根据这一款的字面意思，《商标法》第11条第1款所列的所有缺乏固有显著性的标志都可以通过使用取得显著性并作为商标注册。这就意味着，至少在理论上，通用名称也能够在获得显著性之后被注册为商标。这与世界上大多数国家的立法并不相同。如《美国商标法》在明确规定描述性标志能够通过获得“第二含义”而进行注册的同时，未对通用标志进行类似的规定。[①] 日本也是如此，《日本商标法》在列出了6种因缺乏固有显著性而不能被注册的标志之后，仅规定其中的5种可以在获得显著性之后获得注册，被排除在外的情况恰恰是“仅仅以通常方式指明商品或服务通用名称的标志”和“常规用于商品或服务的标志”[②]。这是因为立法政策要求将通用名称保留给公众自由使用，不允许在任何情况下为一家企业所垄断。当然，我国《商标法》中的这一问题在实践中并不突出，因为通用名称几乎是不可能通过使用而产生“第二含义”，从而获得显著性的。

① See 15 U. S. C. 1052 (e) (f); Two Pesos, Inc. v. Taco Cabana, Inc. 505 U. S. 763, at 768 (1992).

② 《日本商标法》第3条。

典型案例

牙膏的主要原料“两面针”能被注册在牙膏上么

广西柳州牙膏厂在牙膏上使用“两面针”标志多年后，申请在牙膏上注册“两面针”商标。商标局初步核准公告后，另一家牙膏厂提出异议，认为“两面针”为药物牙膏的主要原料，起主要治疗作用，将“两面针”作为商标注册，不利于市场竞争。商标局和商标复审委员会均认为：“两面针”在牙膏中虽是一种辅助性添加材料，加入量仅为0.5%，但作为中草药牙膏，在治疗口疾方面的确起了主要作用。因此不能否认其是该种牙膏中起主要作用的原料。但“两面针”牙膏问世之后，柳州牙膏厂经过长年经营和市场开拓，已使该产品在消费者中享有很高声誉，成为最受消费者欢迎的牙膏产品之一。其销售额在国内牙膏行业中名列前茅，且历年来在国内多次获奖。由于“两面针”牙膏在广大消费者中的广泛影响，一提起“两面针”牙膏消费者就自然想起柳州牙膏厂，因此，“两面针”已起到了区别柳州牙膏厂同其他厂家产品的标志作用，具备了商标的显著特征。《商标法》之所以禁止以商品的主要原料作为商品的商标，是因为这类商标无法起到区别商品出处的作用，缺乏商标应有的显著性。而“两面针”通过实践已证明完全能达到区别商品出处的作用，则不在《商标法》禁用条款的限制范围之内。

典型案例

雀巢方形瓶能被注册为立体商标么

瑞士雀巢公司于2005年在“食用调味品”商品上注册了方形瓶三维标志。味士达公司以该三维标志缺乏显著性为由，向商标评审委员会申请撤销该注册商标。

争议商标　　雀巢方形瓶　　味士达方形瓶

法院认为：就三维标志而言，无论其是否经过独特的设计，要作为商标加以注册，就应当具有区分商品和服务来源的作用。独特的设计虽然会加深相关公众对三维标志的印象，但其只是该三维标志具备区分商品和服务来源作用的必要而非充分条件。虽然涉案的三维

标志经过了一定的设计，有区别于常见瓶形的特点，但相关公众容易将其作为商品容器加以识别，该三维标志本身无法起到区分商品来源的作用，因此缺乏固有显著性。

法院进而指出：注册申请人如果认为缺乏固有显著性的标志通过长期使用获得了显著性，应举证证明。同时还要考虑整个市场上其他经营者的实际使用情况。如果在申请人使用的同时，市场上其他主体也在长期大量地使用该标志，甚至早于或者广于申请人的使用，则该标志并未与单一主体之间建立起唯一的、稳定的联系，相关公众无法通过该标志对商品来源加以识别。而本案证据表明，至迟于1983年开始，中国大陆的调味品生产厂商就已经开始使用近似的方形瓶作为酱油产品的外包装。这种使用主体众多、使用数量庞大且持续不断的实际使用行为，已使与争议商标标志近似的三维标志成为中国大陆酱油等调味品的常见容器和外包装。在此情形下，相关公众难以将争议商标标志或与其近似的三维标志作为区分商品来源的标志加以识别，即使雀巢公司在争议商标注册前后对争议商标进行了实际使用，也难以通过该使用行为使争议商标获得商标注册所需具备的显著特征。①

（三）显著性的退化

先天没有显著性的标志在经过长期使用之后可以逐渐获得显著性，而先天具有显著性的商标在经过长期使用之后也可能逐渐丧失显著性。这往往是因为某种商标指代的商品在市场上过于成功，或者商标所有者对商标的使用或管理不当，导致人们习惯于用商标名称来代替商品名称，最终导致商标沦为一类商品的通用名称，丧失了在这类商品中区分来源的作用。这种现象被称为“显著性的退化”。例如，目前，人们已经普遍认为“阿司匹林”（Aspirin）就是感冒药，而实际上“阿司匹林”最早是感冒药的商标，由于“阿司匹林”牌感冒药十分畅销，消费者开始将“阿司匹林”作为感冒药的代名词使用，最后导致“阿司匹林”退化为感冒药的通用名称，不再具有指示特定感冒药来源的功能。类似的实例还有英文中的Escalator、Thermos和Cellphone，它们也曾经是电梯、保温瓶和手机的商标，今天却已经成为这些商品的通用名称。

商标的显著性一旦退化，就会失去指示商品或服务来源的功能，本质上已无法起到商标的作用。一些国家和地区的商标立法还规定：如果商标显著性退化是由商标所有者的过错引起的，则该注册商标可以被撤销。欧共体《有关协调各成员国商标立法的一号指令》（简称《欧共体商标一号指令》）和《欧共体商标条例》均规定：如果由于商标权人的行为或不作为，商标对于其注册的商品或服务而言变成通用名称，该注册商标可以被撤销。②《欧共体商标条例》还规定：如果将一个欧共体商标收入字典、百科全书或类似的工具书之后，给人造成了该商标对于其注册的商品或服务是通用名称的印象，则商标权人可以要求出版商在下次

---

① 参见北京市高级人民法院行政判决书（2012）高行终字第1750号。

② See First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, Article 12 (2) (a); Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark, Article 50 (1) (a).

修订时附加说明该名词是已注册的商标。[①] 为了避免注册商标显著性退化，导致商标被撤销，一些注册商标权人尽力向公众宣传自己的注册商标并不是其指代的商品的通用名称。如Xerox是美国施乐公司复印机的注册商标，但经常被人作为复印机（名词）或复印（动词）使用。对此，施乐公司提出：Don't Xerox an Xerox on Xerox（不要在复印机上乱用施乐商标）。

即使商标显著性的退化并非是由商标权人使用和管理不当造成的，如果同类商品的提供者已经普遍使用该商标指代一类商品，而消费者也已经习惯将该商标作为一类商品的通用名称，则保留该商标的实际价值并不大。因此，《商标法》第49条第2款明确规定，注册商标成为其核定使用的商品的通用名称的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。

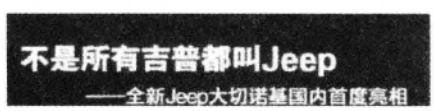
实务探讨

“吉普车”和“氟利昂”不是商品名称么

我国有关部门曾经在20世纪80年代向全国发文，要求使用“越野车”和“氟制冷剂”作为商品的规范名称，而不要使用“吉普车”和“氟利昂”，其理由是“吉普”（JEEP）和“氟利昂”（FREON）是两个商标。

本书认为：即使“吉普”和“氟利昂”在其他国家仍然是商标，但在中国经过长期使用之后，已经成为家喻户晓的商品通用名称，人们普遍习惯于用“吉普车”指代“越野车”、用“氟利昂”指代“氟制冷剂”。在这种情况下，“吉普”和“氟利昂”的显著性早已退化殆尽，无法起到区别商品出处的作用。因此，即使不撤销这两个商标的注册，商标权也已经“名存实亡”。因为进行商标注册的根本目的就在于取得受法律保护的商标权，阻止竞争对手在相同或类似商品上使用相同或近似商标，以防止消费者对商品来源产生混淆。而在“吉普”和“氟利昂”已经成为商品通用名称的情况下，竞争对手使用“吉普车”指代“越野车”、用“氟利昂”指代“氟制冷剂”并无不当之处，消费者也不会因此对越野车或制冷剂的来源产生混淆。有关部门发文要求不要使用“吉普车”和“氟利昂”，而使用“越野车”和“氟制冷剂”作为商品的规范名称，显然是为了阻止“吉普”和“氟利昂”这两个商标显著性的退化。但人们的认知和对语言文字的使用习惯又岂是“发文”能够改变的呢？这一做法不但是不必要的，而且没有任何效果，它根本无力阻止“吉普”和“氟利昂”彻底丧失显著性。在市场经济成为主导的今天，试图以行政命令手段阻止商标显著性退化恐怕是难以奏效的。

有意思的是，通用公司的广告语为“不是所有吉普都叫Jeep”。这说明通用公司的策略只是力争“Jeep”不退化为越野车的通用英文名称，而承认了“吉普”已经沦为越野车的通用中文名称。

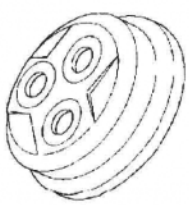


① See Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark, Article 10.

二、三维标志不具有实用功能性和美学功能性

我国《商标法》第12条规定，以三维标志申请注册商标的，为获得技术效果而需有的商品形状不得注册。这反映了商标法不保护实用功能的原理。本书在著作权部分曾讲解过：著作权法与专利法的保护对象有着严格的区别，任何实用功能均不能成为著作权法的保护对象，因此，如果艺术美感与实用功能无法分离，则该艺术美感不能受到著作权法的保护。该原理在商标法中也完全适用：商标法保护的是可以识别商品或服务来源，从而能够承载商誉的标志，而不是技术方案。如果三维形状是“为获得技术效果而需有的商品形状”，也即为使商品具备特定的功能或者使商品固有的功能更容易地实现所必须使用的形状，则其不能作为商标注册。例如，对于一个三剃头的电动剃须机外形而言，如果三剃头比常见的二剃头刮胡子更干净，则三剃头的外形就是实现技术效果所需要的，发明人只能申请专利，而不能通过商标注册对这一技术加以垄断，因此，该三剃头立体形状不应获得商标注册。再如，笔记本电脑都是可折叠的，在使用时才将显示屏展开，这种形状是为了减少笔记本电脑的体积，具有技术效果，因此不可被注册为立体商标。

吉他中的定弦装置：为获得技术效果而需有的商品形状



密封端纽（机器部件）的设计：为获得技术效果而需有的商品形状[①]

典型案例

三头剃须刀能被注册为立体商标么

飞利浦电子公司于1966年推出了一种由3个呈等边三角形排列的旋转刀头组成的剃须刀，并获得了专利保护。在其保护期届满之前，飞利浦公司于1985年在英国就该三头剃须刀的外形获得了商标注册。1995年，雷明顿公司开始在英国大量生产和销售自己的DT55型三头剃须刀。飞利浦公司起诉雷明顿公司侵犯了其注册商标权，而雷明顿公司申请撤销飞利浦公司的该项商标权。英国高等法院支持雷明顿公司的观点，认为应当撤销飞利浦公司的三头剃须刀商标权，理由是构成该商标的形状对于获得技术性效果而言是必需的，而且这一形状赋予了该剃须刀实质性价值。飞利浦公司提起上诉，认为剃须刀可以被设计成其他形状以达到同样的技术效果，因此，其三头剃须刀的形状可以获得商标注册。上诉法

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2009）一中行初字第71号。

院将该案件递交到欧共体法院听取意见。

欧共体法院的总法务官指出：《欧共体商标一号指令》第3条第1款（e）项规定：纯粹基于商品自身性质产生的形状、为了获得技术效果或者赋予产品实质性价值的形状不能被注册为商标。这一规定并不仅仅是基于标志可能缺乏显著性的考虑，而是反映了阻止利用商标注册扩展技术垄断的公共政策。禁止将那些仅具有功能性的形状或者那些赋予商品实质性价值的形状注册为商标，是为了防止用注册商标权这种独占和持久的权利去扩展专利权的期限。如果没有该指令第3条第1款（e）项的存在，通过赋予专利权而合理奖励创新和通过对专利权设定保护期限而鼓励产业发展的公共利益平衡就很容易被打破。同时，只要外形的本质特征在于实现技术效果，即使这一外形还包含了其他美学设计，或者可以通过其他外形实现相同的技术效果，也不能被注册为商标。[①] 据此，欧共体法院判定：只要商品的外形是实现某种技术效果或使商品具有实质价值所必需的，就不能注册为商标。本案中雷明顿公司最终胜诉，飞利浦公司的商标注册被撤销。

本案是有关功能性三维标志不能被注册为商标的典型案例。技术功能是专利法的保护对象，但对任何技术的保护都是有时间限制的，我国《专利法》对发明的保护期限为20年、对实用新型和外观设计的保护期限只有10年，在保护期结束之后，任何人都可以自由地使用曾经获得专利权的技术。而商标经过续展可以享受无限期的保护，如果允许将能够实现一定技术效果的形状注册为商标，就意味着技术发明人可以通过商标对技术实现无期限的永久保护，这是根本违背知识产权法利益平衡的原则的，因此为世界各国商标法所不容。

典型案例

吸尘器中的灰尘收容器能被注册为商标么

英国Dyson公司自1993年起制造和销售真空吸尘器，该吸尘器带有透明的塑料灰尘收容器，这种设计可以让消费者清楚地看到其中积攒了多少灰尘。该公司申请将该透明容器作为商标。英国高等法院请求欧共体法院就何种条件下可认定该容器具有显著性发表意见。欧共体法院指出：Dyson公司实际上并不是想就透明容器的一种或几种特定形状获得注册，而是想将产品的一种特征即吸尘器上的容器本身作为商标进行注册。欧共体法院认为：只有一种标识（sign）才可能构成商标，而Dyson公司提出的申请只涉及一个抽象的概念，即“为真空吸尘器设计的透明容器”，人无法通过视觉、听觉、嗅觉、味觉和触觉这五种感官去感知它，只能去想象它。《欧共体商标一号指令》第3条第1款（e）项的目的在于防止商标保护沦为垄断技术解决方案或产品功能特征的手段。因此，不允许将某一特定功能性特征所可能具有的所有形状都注册为商标，否则，将导致包含所有实体表现形式的概念被注册为商标，注册人将可以阻止其竞争对手在真空吸尘器上使用任何种类和形状的透明容

① Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd., Court of Justice, Case C-299/99, Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer's, paras. 16, 28, 30, 31, 35.

器，从而使注册人获得不公平的竞争优势。[①]

Dyson 公司的吸尘器，中间透明部分即为灰尘容器

对瓷器的设计：使商品具有实质性价值的形状

我国《商标法》第 12 条还规定，以三维标志申请注册商标的，使商品具有实质性价值的形状，不得注册。此处的“形状”是指为使商品的外观和造型影响商品的价值所使用的形状，消费者一般也认为其价值在于使产品具有吸引力，而不在于指明商品的来源。由于这种具有美感的形状与产品的价值无法分离，也被称为具有美学功能性（aesthetic functionality）的形状。例如，传统上的鸡心项链都要悬挂一个立体的心形挂坠，挂坠的这种心形形状能使其具有市场价值。因此，不允许任何一家珠宝首饰经营者将挂坠的心形立体造型注册为挂坠的立体商标。

此外，多数使商品具有实质性价值的形状都可以构成立体美术作品或外观设计。而著作权法对作品的保护，以及专利法对外观设计的保护都是有时间限制的，以便在保护期届满之后使相关形状进入公有领域，为任何人所自由使用。如果这些形状可以被注册为商标，则意味着其可以一直受到商标法保护，竞争者就不能在相同或类似商品上使用相同的形状，使商品具有同样的实质性价值，以吸引消费者购买。这就架空了著作权法和专利法对保护期的规定，是不能被允许的。

例如，某公司设计了“倒立铅笔”造型的音箱，并以该立体形状申请注册商标。欧盟普通法院（General Court）[②] 认为：该形状非常独特，极大增加了音箱对消费者的吸引力，是重要的卖点，因此，该形状使音箱商品产生了实质性价值，不能被注册为音箱类产品的商标。[③]

---

① Dyson Ltd. v. Registrar of Trade Marks, Court of Justice, Case C-321/03, paras. 19, 29, 38, 39.

② 欧盟成立后，原欧共体初审法院（Court of First Instance）改名为欧盟普通法院（General Court）。对于欧盟内部市场协调局（OHIM）作出的有关商标注册的决定不服的，可以向该法院起诉。对欧盟普通法院的判决不服的，可以向欧盟法院（Court of Justice of the European Union）上诉。欧盟法院原名为欧共体法院（Court of Justice of the European Community）。本书在引用该法院的案例时，视判决作出的时间将该法院称为“欧共体法院”或“欧盟法院”。

③ Bang &-Olufsen v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), General Court, Case T-508/08, paras. 74-76.

申请商标的图形和实物

实务探讨

制售无标志的假毛绒海宝玩具侵犯商标权么

“海宝”是2010年上海世博会的吉祥物，上海世博局将平面海宝形象注册在第28类玩具商品上。有人未经上海世博局许可便制造和出售毛绒海宝玩具，但该玩具上没有任何文字或图形标识。

对于此种行为究竟侵犯何种知识产权，在实务中产生了分歧，有观点认为：既然上海世博局已经在玩具上注册了“海宝”商标，擅自制造和出售海宝玩具，就是在相同商品上使用同一商标，构成商标侵权，严重的还构成假冒商标罪。

这种观点是不能成立的。首先，获得注册的是平面海宝形象，与立体的毛绒海宝玩具不可能构成“同一商标”。其次，消费者之所以愿意购买毛绒海宝玩具，是因为海宝形象本身可爱。换言之，是毛绒海宝形象本身使商品具有实质性价值。很难想象消费者会将毛绒海宝玩具本身视为区别该玩具来源的标志。如果上海世博局申请将立体的海宝形状注册在玩具上，也会因立体海宝具有“美学功能性”而无法获得注册。这就意味着制售不带其他标志的假海宝并不存在侵犯商标权的问题。再次，退一步讲，即使允许上海世博局将立体的海宝形状注册在玩具上，擅自制造和出售海宝玩具也不能构成商标侵权。这是因为，商标在一类商品上获得注册，并不意味着该商标对此类中任何一个具体的商品都具有显著性。如果上海世博局将立体海宝注册为玩具的商标后，授权玩具商出售带着一个小海宝挂链的毛绒大熊猫玩具，消费者可能会意识到挂在玩具上的小海宝是

商标，用于标识大熊猫玩具的出处。但当消费者面对一只毛绒海宝玩具时，无法想到立体海宝形象自身就是指示毛绒海宝玩具出处的标识，当然也无所谓对来源的混淆。换言之，立体海宝对立体海宝玩具之外的其他立体玩具才有显著性，才能发挥识别玩具来源的作用，而对于立体海宝玩具本身不具有显著性，他人制造、销售的假毛绒海宝玩具本身不可能起到识别玩具来源的作用，不会导致消费者混淆，因此，不存在商标侵权问题。

本书作者认为："海宝"图形是一个美术作品，上海世博局已通过合同取得了作品著作权。制造假毛绒海宝玩具，实际上是未经许可对美术作品进行了复制。如果是照着平面绘画制作，属于从平面到立体的复制；如果是照着正版毛绒海宝玩具制作，则属于从立体到立体的复制。销售假毛绒海宝玩具属于未经许可以销售方式向公众提供作品复制件的行为，上述两种行为分别构成对美术作品复制权和发行权的侵权。[①] 因此，制售假毛绒海宝玩具涉及的是著作权侵权，而非商标侵权。

理论研究

为什么不允许特定三维标志在获得显著性之后注册为商标

仔细对比《商标法》第11条和第12条会发现，两者存在一个重大区别：第11条在第1款在列举了各种缺乏显著性的平面标志之后，在第2款紧接着规定：上述缺乏显著性的标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。但第12条没有类似第11条第2款的但书规定。这就意味着，第12条列举的不能注册的三种立体标志即使经过长期使用，具有"第二含义"、获得了显著性之后，仍然不能被注册为商标。这种差别的原因是什么呢？

在前述"飞利浦诉雷明顿案"中，飞利浦公司在长达20年的时间内一直独家生产和销售三头剃须刀，导致消费者一看到三头剃须刀立即会想到飞利浦公司，因此，三头剃须刀的外形已经在长期使用中产生了"第二含义"。即使其在一开始没有显著性，也已经获得了显著性，应当维持其商标注册。欧共体法院也承认，无论是长期的商业使用还是事实上的垄断地位，都可能使一种为达到技术效果或使商品具有实质性价值所必需的形状产生"第二含义"并获得显著性。此时，这种形状的确能够起到区别商品来源的作用，也即具有商标的功能。[②]

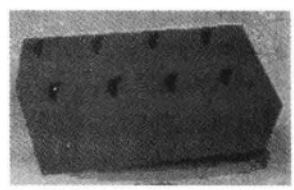
但问题在于：并非所有具有显著性的标志都能够被注册为商标。例如，"黑鬼"等带有种族歧视性的标志是不能被注册为商标的。这反映了立法者在为商标注册规定条件时的政策取向。对于那些为获得技术效果而需有的商品形状和使商品具有实质性价值的形状而言，由于在立法政策上不允许通过商标注册来获得对技术特征和美感造型

---

① 参见上海市黄浦区人民法院刑事判决书（2011）黄刑初字第86号。

② Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd., Court of Justice, Case C-299/99, paras. 61－65.

的无限期保护，防止架空著作权法和专利法对作品、技术特征和外观设计保护期的规定，所以无论这些形状是否已经通过长期使用而产生“第二含义”并获得了显著性，均不能获得注册，换言之，这类形状绝对不可以被注册为商标，即使相关公众已经将其视为商标。[①]而仅由商品自身的性质产生的形状是不大可能通过长期使用获得显著性的。为此，《欧共体商标一号指令》第3条第1款列出了7种不能被注册的标志之后，第3款只允许“缺乏显著性的标志”、“描述性标志”和“语言或行业中的惯用语”在获得显著性之后获得注册，而不允许“由商品自身性质产生的形状”、“为获得技术效果所必需的商品形状”和“使商品具有实质性价值的形状”获得商标注册。因此，无论飞利浦公司的三头剃须刀的形状多么具有显著性，由于其是为了获得将胡子剃得更干净这一技术效果所必需的，或是使剃须刀具有能将胡子剃得更干净这一实质性价值的形状，因此不应获得商标注册。同样，乐高的一款积木板（见右图）经过多年使用后已经获得了显著性[②]，但积木上的凹槽是为了取得技术效果——拼接其他积木板所需，即使相关公众可以将该积木板的造型视为区别玩具来源的标志，但由于该形状具有实用功能性，为了防止通过商标注册而垄断技术，该积木板不能被注册为立体商标。



我国《商标法》第12条没有类似于第11条第2款的但书规定并不是立法者的疏忽，而是立法政策的体现，同时也与世界其他国家的商标立法相一致。[③]

三、标志内容不违反法律禁止性规定

欲作为商标使用或注册的标志在文字、图形等内容上不能违反法律的禁止性规定，否则，不得注册。如果审查时未能发现，日后一旦发现，商标局或商标评审委员会可以随时予以撤销，任何人也可以申请撤销，而且不受时效限制。在欧盟等地区，标志内容违法被称为“撤销商标注册的绝对理由”。

（一）不得与特定官方标志相同或近似

我国《商标法》第10条规定，下列特定官方标志不得作为商标使用，包括：（1）同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、国歌、军旗、军徽、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，但该国政府同意

---

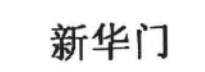
① Benetton Group SpA v. G-Star International, Court of Justice, Case C-371/06, paras. 25 - 28.

② Lego Juris A/S v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), Court of Justice, Case C - 48/09 P., para. 8.

③ 欧共体法院曾经认定：“使商品具有实质性价值的形状”即使通过大量的广告宣传，在申请商标注册之前已经具有吸引消费者的特征，也不能根据《欧共体商标一号指令》第3条第3款有关“获得显著性”的规定而获得注册。Benetton Group SpA v. G-Star International BV, Court of Justice, Case C - 371/06 (2007), para. 28.

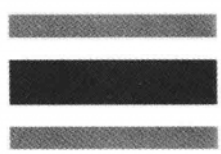
的除外；（3）同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记等相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外；（4）与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外；（5）同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的。

中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、国歌、军旗、军徽、勋章是国家或军队的象征，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，如天安门、中南海、新华门、人民大会堂、人民英雄纪念碑等，也具有特定的庄严意义。为了维护其应有的尊严和在人民心目中的神圣地位，不应允许将与之相同或近似的标志用于商业经营。同样，也不应允许与外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或近似的标志作为商标使用和注册。这一方面是为了保持外国官方标志的尊严，另一方面也是为了防止产生欺骗公众的效果。因为商品上一旦使用外国官方标志，消费者很容易认为该商品来源于外国或是经过外国官方批准而生产或销售的。如果事实并非如此，则这种对外国官方标志的使用便具有欺骗性。表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记是为了证明产品的制造或销售经过国家授权或质量已得到验证，如贵重金属上的印记，以及有些国家在肉制品、奶酪和黄油上的印记，未经许可将与这些标志、印记相同或近似的标志作为商标使用显然会误导消费者，导致其误信该产品是经过官方许可或检验的。“红十字”和“红新月”是医疗机构的标志，在战争期间带有这些标志的医疗机构可根据《日内瓦公约》享受特定保护，因此不得随意将其用做商标，以防损害其表明医疗机构地位的价值。如下列标志等均是不能被注册为商标的：



再如，下列商标因与外国的国旗或国徽相似而不能获得注册。

四川某超市的商标，与泰国国旗的颜色、排列顺序近似[①]



泰国国旗

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2013）一中知行初字第439号。

德国人申请注册的欧共体商标与英国国徽近似[①]

英国国徽

（二）不得进行民族歧视、欺骗公众和损害道德风尚

根据我国《商标法》第10条的规定，有违公共秩序和善良风俗的标志不得作为商标使用，这些标志包括带有民族歧视性的标志，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标志，以及有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的标志。

例如，将“印第安人”标志注册在卫生洁具上，可能使消费者对印第安人产生不雅的联想。再如，Darkie是英语“黑鬼”的意思，是对黑人的蔑称。这些标志具有民族歧视性，不应允许其使用和注册。

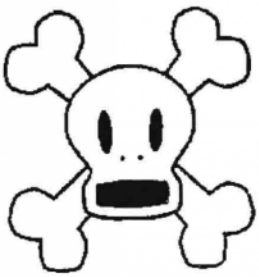
商标本身具有一定广告宣传的效果，因此，一般性地吹嘘商品或服务的质量并不违法。如对于“永生”牌钢笔和“永久”牌自行车，消费者自然会理解钢笔和自行车都不可能“永生”或“永久”，这两个商标只是说明产品质量上乘、经久耐用。同样，对于用于化妆品的“美加净”商标，消费者也明白它只是一种广告宣传，未必真的就有如此神奇的效果。因此，这些商标并不会产生欺骗效果。但在仿金制品上使用“24K”，会使消费者误认为产品为24K纯金而购买，其欺骗后果明显。

泸州老窖公司申请注册的商标未获注册[②]

① Ernst August Prinz von Hannover Herzog zuBraunschweig und Lüneburg v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), General Court, Case T-397/09.

② 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2009）一中行初字第1663号。

至于“有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响”，则是一个宽泛的概念，应当根据具体情况进行判断，需要考虑该标志或者其构成要素是否可能对我国政治、经济、文化、宗教、民族等社会公共利益和公共秩序产生消极、负面影响。[①] 显然，那些宣扬封建迷信、鼓吹危害国家安全与统一、误导消费者、损害消费者身心健康和其他违背善良风俗与公认的道德风尚的标志均不能作为商标使用和注册。例如，某公司曾经注册了“福尔摩莎”商标，而16世纪葡萄牙殖民者称我国台湾岛为Formosa，音译即为“福尔摩萨”，有强烈的殖民色彩；而且近年来一些“台独”分子也用该词称呼我国台湾地区。显然，用发音与Formosa相似的“福尔摩莎”作为商标是极不严肃的，该商标也最终被依法撤销。再如，用第二次世界大战中给世界人民带来巨大灾难的战争罪犯希特勒，以及国际恐怖主义头目本·拉登的姓名作为商标使用都是不能被允许的。某些在特定类别上申请注册的商标会产生误导作用，使消费者对产品的来源、质量和信誉等方面产生错误的认知，即使这样的注册不会影响特定商品或服务提供者的在先权利，或者不为《商标法》的其他规定所禁止，且达不到“有害于社会主义道德风尚”的程度，但也可因其误导性后果而被认为“有其他不良影响”而不予注册。同样，将已故名人的姓名作为某些商品的商标注册，是对逝者的不尊重，也会使公众在情感上难以接受，可被划在产生“其他不良影响”之列。



图形含有不健康因素[③]

CAMBRIDGESOFT

剑桥软件公司申请在软件产品上注册，
易使消费者误认为其与剑桥大学存在关联[②]

“梵净山”为佛教名山名称，申请注册在夜总会服务上，
有害于佛教信徒的宗教信仰和宗教感情，有违公序良俗[④]

① 参见最高人民法院《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》第3条。

② 参见北京市高级人民法院行政判决书（2010）高行终字第973号。

③ 法院认为：两根十字交叉的骨头及其上设置的骷髅头通常作为死亡、危险或恐怖的象征符号。据此，申请商标图形具有不健康因素，作为商标使用会给社会造成不良影响。参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2009）一中行初字第435号。

④ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2010）一中知行初字第430号。

易使消费者误认为
产品与“日本”有联系①

易使消费者误认为
产品与“巴黎”有联系②

典型案例

“冰心”能作为商标注册么

杨某申请将“冰心”注册在白酒、黄酒和葡萄酒上。商标局、商标评审委员会和法院均认为不应予以注册。法院认为：“冰心”是我国著名作家谢婉莹的笔名。冰心先生是我国第一代儿童文学作家，是著名的中国现代小说家、散文家、诗人、翻译家，为我国创造出了宝贵的精神财富，并在海内外读者中享有极高的威望。冰心先生及其成就已成为全中国人民的骄傲。出于对我国文化传统、社会公共利益的维护及对冰心先生的尊重，不宜将“冰心”一词作为商标注册、使用，特别是注册在白酒、黄酒之类的商品上，否则，易产生不良影响。③

典型案例

“博鳌”能被个人注册为商标么

2001年，海南省博鳌镇被确定为“亚洲论坛”的永久会址。此后，“博鳌亚洲论坛”为亚洲国家政府、工商界及学术界就经济、社会、环境等重要事务提供高层次对话平台，对

---

① 法院认为：申请商标主要识别部分为文字“日木”。“日木”与“日本”非常近似，使用在指定商品上易造成相关公众对商品来源的误认，从而产生不良影响。参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2009）一中行初字第2063号。

② 法院认为：申请商标文字部分中的“吧黎”与法国首都“巴黎”读音相同，字形十分近似；而且申请商标中的铁塔图形易使消费者联想到作为巴黎标志性景观之一的埃菲尔铁塔，使消费者对申请商标与巴黎之间产生的联想进一步加强。因此，申请商标“小吧黎及图”作为商标使用易造成不良影响。参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2009）一中行初字第1910号。

③ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2009）一中行初字第2048号。

于整合亚洲地区区域经济发展和推动国家发展目标的实现发挥了重要作用和影响力。王某于2003年在第11类路灯等商品上注册了“博鳌”商标。海南博鳌投资控股有限公司针对该商标提出撤销注册申请。商标评审委员会认为，“博鳌”作为镇名并不为中外相关公众熟知，但随着亚洲论坛的筹备和成立，“博鳌”作为海南旅游观光景点之一及“亚洲论坛”永久会址在相关公众中声誉日渐提高。王某注册的“博鳌”商标易使相关公众误认为该商标与“博鳌亚洲论坛”存在某种特定联系，从而误导相关公众，扰乱市场秩序，产生不良社会影响。因此裁定撤销该争议商标。该裁定也得到了法院的支持。①

本案中，“博鳌”并非县级以上地名，因此不能以“县级以上行政区划的地名”不得作为商标注册（《商标法》第10条第2款）为由撤销注册。同时，本案第三人海南博鳌投资控股有限公司没有在第11类商品上注册“博鳌”商标，也没有提交有关其曾在该类商品上在先使用“博鳌”商标，并取得一定知名度或驰名的证据。这样，就不能因该争议商标“同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的商标相同或者近似”为由撤销，也不能根据申请注册商标“不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”或禁止“相同或者类似商品申请注册……他人未在中国注册的驰名商标”的规定加以撤销。但王某对“博鳌”商标的使用，会使消费者误认为“博鳌亚洲论坛”与相关商品存在特许生产等方面的联系，从而基于这种错误的信赖去购买相关商品。这是一种商标法意义上的“不良影响”。

实务探讨

“Not Made in China”能被注册为商标么

据报道，外国某公司于2006年提出了将“Not Made in China”（非中国制造）作为欧洲商标申请，在国内引起强烈反响。本书作者认为，该商标申请人可能希望利用欧洲国家制造商和消费者对中国商品的一些错误认识获得商标注册并牟取商业利益。近年来，大量物美价廉的中国商品进入欧洲市场之后，导致欧洲国家一些本国产品竞争力下降、市场份额萎缩。一些制造商和当地从业人员将此归罪于中国商品。“Not Made in China”成了排斥中国商品的手段。但是，根据《巴黎公约》有关禁止注册缺乏显著性标志以及违反道德或公共秩序标志的规定，该商标不应被注册。

首先，如果该标志意图使用的商品确实并非中国制造，而“Not Made in China”标志直接说明了商品的产地情况，是典型的描述性标志，无法将中国之外众多其他国家不同厂商制造的产品区分开来，缺乏固有显著性。《巴黎公约》第6条之五B款第2项也规定：完全是由商业中用于表示商品的原产地的符号或标记组成的标志不应获得注册。

其次，根据“Not Made in China”标志产生的背景，该标志还具有强烈的地域歧视色彩，即暗示消费者不要购买来自中国的商品，从而将由中国制造的商品作为一个整体加以排斥。它违背了公平竞争和自由贸易的基本精神，应当被认定为违反公共秩序的标志。而

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2010）一中知行初字第2873号。

《巴黎公约》第6条之五B（3）规定：商标违反道德或公共秩序不应获得注册。

（三）不得使用特定的中国和外国地名

根据我国《商标法》第10条第2款的规定，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。这是为了防止用地名做商标可能导致的两种不良后果：首先，允许一家企业在商品上，特别是本地区出产的某种特产上，以本地地名注册商标，会剥夺本地区其他企业使用本地地名描述自己商品产地的合理机会，导致不公平的垄断。我国以前没有禁止将特定地名作为商标注册，导致“金华”商标被金华之外的一家企业注册在火腿上。这使得金华本市的火腿生产厂商不能出售“金华”（牌）火腿，也引起了金华市的火腿生产企业与“金华”商标所有者之间长时间的纠纷。同时，如果注册商标指定的商品确实来自该地区，由于该地区地名直接说明了商品的产地，该标志也缺乏固有显著性。其次，如果注册商标指定的商品并非出于该地方，地名商标还会具有欺骗性。如果一家北京企业在香水上注册“巴黎”商标，则很可能使消费者误认为该香水是在法国巴黎生产的，或使用了巴黎香水配方。

但是，当地名具有其他含义，不会引起上述不良后果时，应当允许以该地名作为商标使用和注册。例如，“长安”既是一个县名，也有“长治久安”或“长久平安”的意思，将其注册在汽车上并不会剥夺竞争对手合理的竞争机会或具有欺骗效果。

含有地名的证明商标

同时，集体商标和证明商标本身就是由团体、协会或具有监督能力的组织所注册的，只要注册者为符合条件的当地组织，能够公平地向当地企业发放使用含地名的集体商标或证明商标的许可，就可以保障含地名商标的注册和使用不会妨碍公平竞争或欺骗公众。因此，我国《商标法》第10条第2款也规定，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，可以进行注册。

典型案例

县级行政区划地名“红河”能被注册为商标么

某公司在啤酒、饮料制剂上注册了“红河”商标。云南红河公司向商标评审委员会提出申请撤销该商标，主要理由是“红河”是中国云南省红河县的地名，同时还是云南省哈尼族彝族自治州的行政区划地名，而且“红河”并不具有其他含义，因此不得注册为商标。商标评审委员会认为根据《辞海》、《世界地图册》和《中国地图册》，“红河”是一条源自中国云南省西部，经河口进入越南的河流，因此作出了维持商标的裁定。云南红河公司不服，对商标评审委员会提起了行政诉讼。法院经审理后认为：“地名具有其他含义”应当结合地名一般不得作为商标注册使用的原因来理解，地名的主要功能在于标识产品或服务的地理来源，而不能起到商标的区别不同生产者和经营者的作用。如果将地名作为商标为一家企业或个人所独占，则会妨碍他人将该地名作为地理标志使用，或使商标具有地理欺骗性。因此，“地名具有其他含义”应理解为：该地名具有明显有别于地名的、明确的、易于

为公众所接受的含义，从而足以使该地名起到商标所应具有的标志性作用。而我国公开出版物记载“红河”还是越南境内一条河流的名称，因此，“红河”具有地名以外的明确、公知的含义。同时在中文里“红河”还具有“红色的河流”的常见含义，更易于为公众所接受。“红河”具有有别于地名的其他含义，能够起到商标的标志性作用，具有商标法所要求的县级以上行政区划地名以外的其他含义。①

本案的关键在于“红河”除了是县级地名之外，还是一条河流的名称，同时还有“红色河流”的意思，而且这些含义是很容易为公众所理解或接受的，它们就像“第二含义”一样，能够起到区分商品或服务提供者的作用。当然，将“红河”注册为商标之后，同样存在着如何维护红河县当地同类商品提供者正当使用“红河”这一地名标识商品产地的问题。商标法中的“合理使用”制度可以提供完善的解决方案，本书后文将对此进行讲解。

（四）不得采用欺骗和不正当手段进行注册

以欺骗和不正当手段进行注册是指以虚构、隐瞒事实真相或者伪造营业执照等有关文件等手段欺骗、蒙蔽商标局。这些行为既违背了民法上的诚实信用原则，也直接违反了法律。申请人不应从其欺骗行为中获得利益，当然不能获得商标注册。

四、不得误导性使用地理标志

根据我国《商标法》第16条的规定，地理标志，是指标识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。地理标志与一般的地名标志有所不同，它不仅指示了商品的产地，更重要的是该商品的特定质量、信誉或者其他特征与该产地密切相关，这种相关性既可能是由于土壤、水流、气候、地貌等自然条件造成的，也可能是人文历史因素决定的。例如，新疆吐鲁番的特定地理环境使其能够出产高质量的葡萄，而法国特有的浪漫氛围和传统工艺使其香水闻名天下。

如果将地理标志作为商标使用，而商品又并非来源于地理标志所标识的地区，往往会产生误导公众的效果。例如，江苏阳澄湖的大闸蟹远近闻名，价格也比来自其他地区的大闸蟹高出不少。如果允许一家上海的水产公司在大闸蟹上使用或注册“阳澄湖”商标，而其出售的大闸蟹又并非来自阳澄湖，则这种商标的使用和注册显然就会有欺骗效果。因此，我国《商标法》第16条规定，“商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的，不予注册并禁止使用”。

同时，允许个人或企业将地理标志注册为商标，会引起与将地名作为商标注册相同的问题，即不但不符合商标应当具有显著性的要求，还会排斥同样来自于该地理区域的商品提供者使用该地理标志的正当权利。因此，地理标志只能由符合法定条件的团体、协会或具有监督能力的组织作为集体商标或证明商标予以注册，并根据公平、合理的条件允许所有来自该特定地理区域的商品提供者使用。

如果将地理标志注册为集体商标，则应当由来自该地理区域的经营者的组织进行注册。同时，该组织应当接纳所有其商品符合使用该地理标志条件的经营者作为会员。这样，这

---

① 参见北京市高级人民法院行政判决书（2003）高行终字第65号。

些成员就有权以集体商标注册者会员的身份，在经营活动中使用含有地理标志的集体商标，以表明自己来自于该特定地理区域。但是，如果来自该地理区域的经营者不愿意加入注册了集体商标的组织，是否还能使用该集体商标呢？集体商标的注册本身就是为了保障所有来自该地理区域的经营者使用地理标志的权利，而不是为了垄断本身就应为该区域所有经营者所共享的资源，因此，《商标法实施条例》第6条规定："……不要求参加以该地理标志作为集体商标注册的团体、协会或者其他组织的，也可以正当使用该地理标志，该团体、协会或者其他组织无权禁止。"如果将地理标志注册为证明商标，则该证明商标将起到证明商品原产地以及其他特定品质的作用，应由对商品具有监督能力的组织进行注册，同时允许所有其商品符合使用该地理标志条件的经营者使用。《商标法实施条例》规定，以地理标志作为集体商标、证明商标注册的，应当在申请文书中说明该地理标志所标示的商品的特定质量、信誉或者其他特征；该商品的特定质量、信誉或者其他特征与该地理标志所标示的地区的自然因素和人文因素的关系；以及该地理标志所标示的地区的范围。

典型案例

"舟山带鱼"证明商标案

舟山水产协会在第29类带鱼、带鱼片商品上注册了"舟山带鱼"证明商标。某食品公司未经许可，销售外包装上印有"舟山精选带鱼段"字样的带鱼段。舟山水产协会起诉其侵犯注册商标权。

"舟山带鱼"证明商标

法院经审理后认为：涉案的"舟山带鱼"商标系作为证明商标注册的地理标志，即系证明商品原产地为浙江舟山海域，且商品的特定品质主要由浙江舟山海域的自然因素所决定的标志，用以证明使用该商标的带鱼商品具有舟山水产协会颁布的《"舟山带鱼"证明商标使用管理规则》中所规定的特定品质。舟山水产协会作为该商标的注册人，有权禁止他

人在非产于浙江舟山海域的带鱼商品上标注该证明商标。但是，如果他人虽然没有向其提出使用该证明商标的要求，但其带鱼商品确实产于浙江舟山海域，则舟山水产协会不能剥夺其正当使用该证明商标中地名的权利。由于本案中被告未能充分举证证明其销售的带鱼产于浙江舟山海域，法院判决被告败诉。①

可以想见，如果本案被告用充分的证据证明了其销售的带鱼商品产于浙江舟山海域，则其使用“舟山精选带鱼段”就是在正当描述其商品的产地。此时“舟山带鱼”证明商标注册人无权阻止。

五、标志的注册不损害他人的在先权益

商标经过注册之后，注册人就可以获得专用权。除非他人进行正当使用或在先使用，否则不能在相同或类似商品上使用相同或近似的商标。但他人可能早已在相同或类似的商品上就相同或近似的商标、企业名称或其他标识享有受法律保护的权益，如他人已在相同或类似的商品上注册过相同或近似的商标，或者因长期使用自己的非注册商标使商标具有一定影响。此时如果允许在后商标的注册，就会影响他人合法利用自己的商标或其他标识，从而损害在先权益。同时，商标可由文字、图形、立体形状和声音等标识构成，而他人可能早已就相同或近似的标识享有著作权、外观设计专利权或姓名权等民事权利。商标在注册之后，一般都会投入商业使用，这种使用就可能侵犯他人的在先权利。因此，《商标法》明确禁止数种以损害他人在先权益的方式进行的商标注册。

（一）以不正当手段抢注他人已有一定影响的未注册商标

2001年修订之前的《商标法》以注册作为取得商标权的唯一依据，导致了不少抢注他人已在先使用多年、具有一定影响的未注册商标的事件。而被抢注者只得高价购回被抢注商标。这种抢注行为具有明显的恶意，不仅违反了诚实信用原则，也破坏了公平竞争的市场秩序，应当被法律制止。因此，2001年修订后的《商标法》规定：申请商标注册不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。

需要注意的是：我国实行依注册取得商标权的制度，因此，注册仍然是获得商标权的主要途径。对商标的在先使用如果尚未在社会中形成一定影响，即积累起一定的商业信誉，是不足以阻止他人对相同商标进行注册的。从另一个角度看，虽然已经在先使用，但尚未产生一定影响的商标本身在商业上的价值也并不大，他人也很难有“抢注”的动机。同时，即使他人后来注册了同样的商标，由于在先使用的商标并不广为消费者所知晓，消费者也不会因此对商品或服务的来源产生混淆。因此，《商标法》所禁止的抢注对象只能是“他人已经使用并有一定影响的商标”。所谓“一定影响”是指在一定地域范围内被相关公众知晓。通常带有商标的商品或服务大量投入市场，以及进行广泛的广告宣传都可使商标产生充分的影响。

《商标法》所称的“以不正当手段抢注”是指明知或应知已有一定影响的在先商标，而予以抢注，强调的是“恶意”抢注。在商标尚未进行注册的情况下，他人是难以通过查阅

① 参见北京市高级人民法院民事判决书（2012）高民终字第58号。

商标登记簿来获知商标注册情况的。因此，善意注册的行为并不为法律所禁止。例如，他人已经在先使用某一商标，但尚未产生一定影响。某企业并不知晓这一情况，而是出于巧合注册了相同商标。这种商标注册行为缺乏道德上的可责难性，是合法、有效的。但是，在知晓某一商标已为他人在先使用，并已具有一定影响的情况下，为了日后向其兜售而将该商标进行注册，则具有恶意，属于“以不正当手段抢注”。

典型案例

“阿里巴巴 alibaba”商标属于谁

北京正普公司于2001年注册了“阿里巴巴 alibaba及图”商标，指定使用在第39类服务项目上。阿里巴巴网络公司认为正普公司是以不正当手段抢先注册了其已经使用并有一定影响的商标，并向商标评审委员会申请撤销争议商标。商标评审委员会和法院均认定：1998年“alibaba阿里巴巴”网站就已开通。经过一段时间的使用和宣传，以“alibaba阿里巴巴”为名称的网站在计算机网络使用者等相关用户中具有一定知名度，消费者能将“alibaba阿里巴巴”作为该网站所提供服务的标识，使“alibaba阿里巴巴”客观上起到了区分不同网站提供的互联网服务的作用，成为有一定影响的未注册服务商标。而北京正普公司注册的“阿里巴巴 alibaba及图”与之近似，而且其注册的服务与阿里巴巴网络公司提供的与网络有关的服务在性质和对象等方面相近，容易使相关公众对其服务来源产生混淆误认。而在北京正普公司注册商标之前，“alibaba阿里巴巴”网站已经在相关公众中具有一定知名度，作为同一行业经营者的北京正普公司应当知晓“alibaba阿里巴巴”系他人的计算机网络服务标识。北京正普公司将阿里巴巴网络公司在先的域名主要部分或网络名称“阿里巴巴”及“alibaba”在相同或类似服务上注册为商标具有恶意，导致相关公众对不同的计算机网络服务来源产生混淆和误认，损害了阿里巴巴网络公司的在先权益，其主观上具有恶意。因此，北京正普公司的行为已经构成《商标法》所禁止的“以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”，被异议商标不予核准注册。[①]

本案的关键在于：在北京正普公司注册“阿里巴巴 alibaba”，及图商标之前，阿里巴巴网络公司已经通过同名网站向公众提供相同服务，并且已经具有相当的知名度。而北京正普公司与阿里巴巴网络公司为同一商业领域的经营者，是不可能不知道“阿里巴巴 alibaba”已经被他人作为商标使用且具有影响力的。北京正普公司在这种情况下提出的商标注册显然具有恶意。

（二）代表人、代理人抢注被代表人、被代理人的商标

委托他人作为代理人进行商标注册是常见的现象。在有些情况下，商标注册必须通过代理人进行。我国《商标法》第18条规定，在中国没有经常居所或者营业所的外国人或者外国企业在中国申请商标注册的，应当委托依法设立的商标代理机构办理。商标代理机构或其他代理人应当根据合同以被代理人的名义提出商标注册。但是，有的代理人违背诚实

① 参见北京市高级人民法院行政判决书（2006）高行终字第393号。

信用原则，将被代理人的商标作为自己的商标进行注册，严重损害被代理人的利益。对此，在《巴黎公约》第6条之七作出了针对性的规定：如果一个国家的商标所有人的代理人或代表人未经该所有人授权而以自己的名义向一个或一个以上的国家申请该项商标的注册，该所有人有权反对所申请的注册或要求取消注册。我国《商标法》第15条据此规定：未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册，被代理人或者被代表人提出异议的，不予注册并禁止使用。

2013年修订《商标法》时，又在第15条增加了第2款："就同一种商品或者类似商品申请注册的商标与他人在先使用的未注册商标相同或者近似，申请人与该他人具有前款规定以外的合同、业务往来关系或者其他关系而明知该他人商标存在，该他人提出异议的，不予注册。"这一规定，扩大了禁止违反诚信原则进行抢注的范围。有些人并不属于严格民法意义上在先使用者的代理人或代表人，而是与在先使用者有其他业务关系或往来。如果其通过这种关系或往来明知在先使用人的未注册商标并予以抢先注册，显然是一种违反诚实信用原则的行为，应当予以制止。

典型案例

头包西灵商标注册案

重庆正通动物药业公司（以下简称正通公司）将"注射用复方青霉素钾"的兽药产品命名为"头孢西林粉针"，并获得了销售许可证。此后，正通公司与四川华蜀动物药业公司（以下简称华蜀公司）签订了"专销协议书"，约定正通公司授权华蜀公司在全国区域内专销"头孢西林"粉针产品。在双方合作结束后，华蜀公司申请注册"头包西灵 Toubaoxilin"商标并获得了核准。正通公司向商标评审委员会申请撤销该商标。商标评审委员会支持该请求，撤销了争议商标，其法律依据之一是《商标法》第15条（此案发生时，《商标法》第15条只有第1款，没有第2款），即"未经授权，代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册，被代理人或者被代表人提出异议的，不予注册并禁止使用"。华蜀公司不服，提起行政诉讼。一审法院和二审法院在如何划定《商标法》第15条中"代理人和代表人"范围的问题上发生了分歧。二审法院以传统民法意义上的"代理人和代表人"来解释《商标法》第15条，认为该条款中的代理人即为商标代理人，即指接受商标注册申请人或者商标注册人的委托，在委托权限范围内，代理其委托人办理商标注册申请、请求查处侵权案件或者办理其他商标事宜的人。代表人即为商标代表人，即指代表本企业办理商标注册和从事其他商标事宜的人。本案华蜀公司与正通公司基于"专销协议书"而形成的是生产销售合作关系，不是代理人与被代理人之间的关系。[①] 一审法院则主张广义地解释《商标法》第15条中的"代理"，认为其包含销售代理。[②] 最高人民法院在再审中支持一审法院的观点，认为《商标法》第15条规定的代理人应当作广义的理解，不限于接受商标注册申请人或者商

① 参见北京市高级人民法院行政判决书（2006）高行终字第93号。

② 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2005）一中行初字第437号。

标注册人委托，在委托权限范围内代理商标注册等事宜的商标代理人，还包括总经销（独家经销）、总代理（独家代理）等特殊销售代理关系意义上的代理人。[①] 据此，商标评审委员会撤销该商标的裁定得到了维持。

我国《商标法》第15条直接来源于《巴黎公约》第6条之七，而《巴黎公约》的用语也是“代理人或代表人”。《巴黎公约指南》对此指出：考虑到本条的立法目的，对上述用语（“代理人或代表人”）也许不能从狭义的法律意义上加以解释，因此，使用该商标的商品的分销商如以自己的名义去申请注册，本条也应予以适用。[②] 因此，法院对《商标法》第15条作出了与《巴黎公约指南》相同的解释，阻止了经销商抢注他人商标的行为。

2013年修订《商标法》，增加了第2款之后，解决类似的抢注问题就有了明确的法律依据。即使注册人不是严格意义上的代理人或代表人，只要其基于其他合同、业务往来等关系而明知他人在先使用的未注册商标，其抢注行为仍然应当受到禁止。

（三）与他人在相同或类似商品或服务上已注册的或初步审定的商标相同或近似

一旦商标合法注册，注册人就享有商标专用权，同时可以排斥他人在相同或类似的商品或服务上以导致消费者混淆的方式使用相同或近似的标志。而他人自然也不能再在相同或类似商品或服务上注册相同或相似的商标，否则，会产生两个相互冲突的商标权，导致消费者的混淆。

根据最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》，商标是否相同、近似，以及商品或服务是否相同或类似，都要以相关公众的一般注意力为标准。“相关公众”是指与商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者和与这些商品或者服务的营销有密切关系的其他经营者，例如，对于实验室使用的精密仪器而言，这些仪器的经销者和使用者，如大学和科研院所的研究员、实验员和采购员构成“相关公众”。他们对申请注册商标与已注册商标是否相同或近似，以及所指定的商品或服务是否相同或类似的判断具有关键性意义。

“商标相同”是指申请商标与注册商标（被称为“引证商标”）相比较，两者的文字、图形或其组合在视觉上基本无差别。

申请商标

申请商标

引证商标

引证商标

“商标近似”则是申请商标与引证商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的

---

① 参见最高人民法院行政判决书（2007）民三行提字第2号。

② See G. H. C Bodenhausen, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, *United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property* (1968), Article 6 septies (b).

构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与引证商标的商品有特定的联系。例如，文字商标“太亨”与“大亨”虽然并不完全相同，但都包含一个“亨”字，同时，“大”与“太”在视觉上只有细微差异，一般消费者在商场凭借商标文字往往难以区分，因此，如果注册在同类商品或服务上很容易使消费者对来源产生混淆。类似的还有“飘柔”和“瓢柔”、“康师傅”与“康帅博”、“沙宣”与“沙宜”等。如果某一外文标识及其中文译名为相关公众所知晓，则该外文标识与该中文译名之间也构成近似，如“SONY”与“索尼”、“Amazon”与“亚马孙”等。[①] 再如，文字商标“星夜”与“星液”在视觉上具有差异，但在读音上完全相同，当经营者通过广告宣传这两个商标，或经营场所服务者向消费者通过商标介绍商品时，也很容易使消费者误以为来源相同。下例中的“美尔美”与“美而美”在发音上相同、意思相近，“建航”与“建舫”无论在字形还是发音上都近似，均构成近似商标。“Raptor”（意为“猛禽”）与“Toronto Raptors”（NBA篮球队“多伦多猛龙队”的注册商标）虽然在字体和图形构成上有区别，但在“Raptor”为纯文字商标的情况下，相关公众会较多地通过呼叫文字发音来识别商品。而“Raptor”与多伦多猛龙队注册商标中最突出的文字部分在含义与发音上是基本相同的，容易导致消费者的混淆。[②]

申请商标

申请商标

申请商标

引证商标

引证商标

引证商标

在判断商标之间是否近似时，首先应以相关公众的一般注意力为标准。某些人购物经验丰富，而且在选购商品时会特别仔细、谨慎，对商品从各个角度进行反复观察之后才会决定购买，而另一些人特别粗心大意，看个大概就将商品放入购物车。只有介于这两种极高或极低的注意力之间的才是“一般注意力”，即具有普通知识与经验的一般购物人，在购物时运用的普通注意力。

其次，对申请商标与引证商标应进行“隔离观察比较”，即不能将两个商标摆放在一起进行比较，而应分别观察后凭借记忆印象进行比较。这是因为消费者在购物时一般不可能带着上次购买的商品，并将其与欲选购的商品进行比较，而只会依赖脑海中对商标并不精确的大致印象。因此，尽管两个商标存在差异，但在经过隔离观察后给人留下了近似印象的，就应当被认定为近似商标。

再次，对申请商标与引证商标还应进行“显著部分比较”，即在“隔离观察”的前提下，比较两个商标之间最显著、给人留下最深印象的部分是否相同。商标可能由数个要素

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2007）一中行初字第611号。

② 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2008）一中行初字第1166号。

构成，而消费者往往只记住了其中最为突出和重要的部分，如果这部分也出现在另一商标中，就容易认定两个商标近似。下面两组实例中的两对商标放在一起观察在视觉上均有不小的差距，但“隔离观察”时，奇特的螺旋形状和骑师骑马的图形均是最为显著的部分，易使消费者认为两商标近似。再如，文字标识“秋林”与“伊雅秋林”相比，考虑到文字的呼叫功能在商品流通中的重要作用，“秋林”为显著部分，该部分对消费者而言起到了主要认知作用，两标识应被认定为近似。[①]

申请商标

引证商标

申请商标

引证商标

最后，还要进行“整体观察比较”，即在“隔离观察”的前提下，判断申请商标与引证商标是否在整体上给人留下了非常接近的印象，而不能仅对两个商标中相对应部位进行分别比较。有时两个商标均由数个要素构成，有些相对应的要素之间本身并不相似，但由于采用了相同的结构，致使两个商标在整体上接近，此时也构成商标相似。例如，一种瓶装饮料上使用了“雪珺”标志，与美国可口可乐公司的注册商标“雪碧”相比，虽然在第二个字上有差异，但“碧”与“珺”均含有“王”字偏旁，且“碧”字下部的“石”与“珺”右下方的“口”相似；而且，“雪碧”与“雪珺”采用了相同的字体和颜色。在“隔离观察”时这两个标志显然在整体上是近似的，会导致消费者误将“雪珺”认为是“雪碧”。

典型案例

橄榄油商标图形案

西班牙某公司申请在橄榄油上注册欧共体商标，另一西班牙公司提出异议，认为该申请商标与自己已在橄榄油上注册的在先商标近似，容易导致消费者的混淆。

欧盟法院认为：申请商标中的“La Española”（意为“西班牙的”）是用于描述产地的，显著性很差，因此，该商标中起主导作用的是图形而非文字。而申请商标的图形再现了引证商标所传递的信息和给消费者带来的视觉印象——穿着传统服装的妇女以特定姿势坐着，旁边是橄榄树枝，远处有橄榄树林为背景；两个商标图形对空间、颜色、文字位置和风格的编排十分接近。因此，两个商标在整体上给消费者造成的视觉印象十分近似。法院同时指出：橄榄油在西班牙是非常普通的日常消费品，通常摆放在超市的货架上。消费者是根

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2008）一中行初字第681号。

据对商标的视觉印象进行选购的，通常将商标作为一个整体记忆，而不会去考察其中的细节，这就进一步增加了混淆的可能。[①] 因此，申请商标未能获得注册。

申请商标

引证商标

同时，在应用上述原则进行比对时，还要考虑到引证商标的显著性和知名度。因为引证商标的显著性越强、知名度越大，给普通消费者留下的印象就越深刻，混淆就越有可能发生。[②] 反之，引证商标的显著性越弱、知名度越小，即使在后申请的商标与之在客观上的相似程度较大，引起消费者混淆的可能性也就越小。

典型案例

与 Polo 衫商标图形近似的图形

一家西班牙公司申请在服装上注册含有打马球图形的欧共体商标，而美国拉尔夫·劳伦（Ralph·Lauren）公司（著名的 Polo 衬衫的制造商）此前已经在服装上注册了内容为打马球的图形商标，因此提出异议。

美国公司的注册商标
（引证商标）

西班牙公司申请
注册的商标

① Aceitesdel Sur-Coosur v. Koipe, Court of Justice, Case C-498/07, paras. 21-22, 75-76.

② 但需要注意的是：如果特定商标的知名度达到极高的程度之后，发生混淆的可能性反而会降低。因为相关公众太熟悉该商标了，很容易辨别出哪怕是微小的改动。此时，仅根据混淆理论就难以保护商标权人的利益了，需要借助淡化理论。参见本书后文“驰名商标的特别保护”一章。

根据《欧共体商标一号指令》和《欧共体商标条例》，该商标能否在相同商品（服装）上注册，取决于其与在先注册商标的近似程度是否可能引起相关公众的混淆。欧盟普通法院（General Court）认为：具有平均注意力的服装消费者对相关商标的感知，对于全面评判混淆可能性具有决定性的作用。消费者通常都会从整体上感知商标，而不会仔细分析其细节。因此，在评估商标之间的近似程度时，应当将每一商标作为一个整体来对待。但是，由几个部分构成的一个商标传递给消费者的整体印象有时是由其中的一个部分决定的，如果该组成部分自身就可以主导消费者对该商标的印象，其他组成部分就是可以忽略不计的。①

本案中，两个商标从视觉上看，都描绘了一名骑手骑着奔跑的马，手持球棍打马球的情形。虽然视角以及骑手与奔马的位置不同，但这种差异并不重要。由“骑马打马球”图形构成的引证商标具有很强的显著性，相关消费者就是凭借对“骑马打马球”图形的记忆来识别服装来源的。而在申请商标中，“骑马打马球”的图形是主要部分，主导了消费者对商标的印象，而申请商标中不同于引证商标的文字“santamaria”不是起主导作用的部分。同时，申请商标中有两根交叉的球棍、一个马蹄造型，还有 Polo 文字（Polo 有“马球”的意思，也是拉尔夫·劳伦公司在服装上注册的文字商标），更强化了消费者对“骑马打马球”图形的回忆。因此，两个商标向消费者传递的“骑马打马球”的概念非常接近。从两个商标的文字发音来看，引证商标被称为“Polo”，而申请商标也含有“Polo”，十分近似，容易引起消费者的混淆。② 因此，欧盟普通法院判决维持不予注册的决定。

本案法院综合运用了判断商标近似的各种方法。如果将两个商标放在一起观察，二者之间的区别是明显的，但消费者只可能凭借对商标的模糊记忆进行购物，因此必须进行“隔离观察”。而在“隔离观察”的状态下，引证商标最为突出，给消费者留下最深印象的部分，就是“骑马打马球”的形象。该形象也在申请商标中出现，而且是其最为突出的内容。虽然申请商标的构图与引证商标存在差别，但两者给消费者传递的整体理念、形成的总体印象大致相当。同时，引证商标中的图形本身是独创的，且与服装毫无关系，具有很强的显著性，这进一步加大了混淆的可能性。因此，在进行“隔离观察”，显著部分比较，整体观察比较，并考虑引证商标的显著性之后，应当得出申请商标与引证商标相近似，容易导致消费者混淆的结论。

典型案例

PICARO 与 PICASSO 近似么

法国“毕加索产业”公司（Picasso）在商品和服务分类表中第 12 类中的机动车、大客车、卡车、篷车、拖车等商品上注册了欧共体商标 PICASSO。戴姆勒·克莱斯勒公司申请

① Glenton España v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), General Courtl Case T - 376/09, paras. 24 - 25.

② Ibid., paras. 29 - 50.

在第12类中的车辆及配件上注册欧共体商标PICARO。PICASSO商标权人提出异议，理由是PICARO与PICASSO相近似，同时又用于相同或类似商品。欧共体内部市场协调办公室（OHIM）、OHIM上诉委员会、初审法院和欧共体法院均认为异议不成立。其原因在于：对于标识之间在视觉、听觉和含义上的相似性，即是否存在混淆可能性的问题，必须以标识使人产生的印象为基础进行整体评估，特别要考虑其具有显著性和占主导地位的成分。[①] 虽然PICARO与PICASSO在视觉和听觉上均有相似之处，但PICASSO作为著名画家帕布洛·毕加索的名字，相关公众是十分熟悉的。而PICARO的含义可能只有讲西班牙语的人才明白，其只是西班牙文学中的一个人物，对于相关公众中大多数不讲西班牙语的人而言，PICARO并无任何意义。由此，两个标识从含义角度看并不相似。由于PICASSO对于相关公众而言具有清楚和明确的含义，公众看到后能够立刻将它理解为西班牙著名画家毕加索的名字，这就抵消了两个标识在视觉和听觉上的相似性。[②]

同时，在对混淆可能性进行整体评估时，必须考虑到一般消费者的注意程度是随着商品或服务种类的变化而变化的。考虑到本案中相关商品（汽车）的性质，特别是其价格高昂及高科技特性，相关公众在购买汽车时的注意程度是相当高的，一般消费者会在经过特别仔细的检查之后才会购买。这就降低了消费者在作出购买决定的关键时刻，在不同商标之间发生混淆的可能性。[③]

本案是运用“整体观察比较”方法的典型案例。虽然PICARO与PICASSO在视觉和听觉上都有相似之处，但一方面由于PICASSO是著名画家毕加索的名字，名气大到消费者不容易将它与相近的词汇（特别是在相关公众心目中毫无意义的词汇）弄混；另一方面由于注册的商品是价格高昂的汽车，消费者会施加高度注意，更不太可能发生混淆，因此，都注册在汽车上的PICARO与PICASSO之间并不存在混淆的可能性。

PICARO

① Claude Ruiz-Picasso and Others v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), Court of Justice, Case C-361/04, para. 19.

② Claude Ruiz-Picasso and Others v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), Court of First Instance, Case T-185/02, paras. 55 - 56.

③ Ibid., para. 40.

下列几组商标被法院认定为近似商标：

申请商标

引证商标①

申请商标

引证商标②

争议商标

引证商标③

争议商标

引证商标④

申请商标

引证商标一

引证商标二⑤

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2008）一中行初字第1053号。

② Mast-Jägermeister v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), Court of Justice, Case C-82/03.

③ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2008）一中行初字第1178号。

④ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2007）一中知行初字第920号。

⑤ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2012）一中知行初字第1459号。

申请商标

引证商标[①]

所谓“类似商品”，则是指在功能、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。需要注意的是：《商标注册用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者服务的参考，但却不是最终依据。换言之，不能仅仅以商品或服务是否被列于同一类似群来判断它们是否是类似商品或服务，列在不同类别下的商品或服务也可能是类似的。例如，加奶的可可饮料（以可可为主）属于分类表中的第30类，而加可可的牛奶（以牛奶为主）属于第29类，但这两种饮料在用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面均相同，而且一般公众也会认为它们相同或相似，因此，这两种饮料应当属于类似商品。再如，“保健、理疗”服务与“按摩、推拿”服务虽然在《类似商品和服务区分表》中处于不同类似群组，但是二者的服务目的均为恢复或改善服务对象的身体健康状况，服务内容均为通过人工或仪器作用于服务对象的身体，达到保健的目的。生活实践中也存在“保健、理疗”的服务提供者同时提供“按摩、推拿”服务的现象，相关公众一般会认为二者存在特定联系，因此，二者属于类似服务。[②] 同样，“通讯伺服器、网络集线器、网络集讯器、网络路径器”等与“天线”也处于不同类似群组，但二者均为发送、接收、传输信号的通讯设备，在生产部门、消费对象方面也基本相同，构成类似商品。[③] 同时需要注意的是：对商品类似或服务类似的判断也会随着技术的发展、市场情况和人们认知的变化而发生改变。例如，“电视播放”和“计算机信息图像传输”不但分属于不同的类似群组，而且原本在服务目的、内容、方式和对象等方面也存在明显差异，但随着电视网、互联网和电信网的“三网融合”和网络电视服务的日益发展，相关公众既可以通过计算机或手机收看电视，也可以通过电视机接收网络信息和图像，“电视播放”和“计算机信息图像传输”服务之间的界限已经逐渐模糊，构成类似服务。[④]

再如，第30类酱油等调味品和第29类芝麻油商品虽然在原料、生产工艺等方面存在不同，但二者在用途、销售渠道、消费群体等方面存在一定关联。特别是芝麻香油是芝麻油面向普通消费者的主要产品形态，用作调味品时，其产品包装规格更类似于酱油、醋这样的调味品，即一般为小瓶包装。在以家庭烹饪用品的消费者作为相关公众的情况下，其普遍的认知应该是芝麻油是调味品的一种，若将近似商标使用在芝麻油商品上，相关公众容易产生混淆。加之在第30类商品上注册的引证商标在被异议商标申请日之前已经广泛使用并且在相关公众中具有一定的知名度，法院认定被异议商标指定使用的“芝麻油”与引

---

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2008）一中行初字第1307号。
② 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2008）一中行初字第1178号。
③ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2008）一中行初字第1053号。
④ 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2007）一中行初字第611号。

证商标核定使用的“酱油”商品构成类似商品。[①]

3个引证商标均注册在第30类酱油、醋、调味品、酱菜（调味品）、佐料（调味品）、味精、蚝油商品上

加 加

JIAJIA

争议商标申请注册在第29类芝麻油商品上

典型案例

服装和鞋子是类似商品么

某公司在第25类中的鞋、靴商品上注册了“啄木鸟”图形商标。而此前七好公司已在第25类中的服装商品上注册了图形与之近似的“啄木鸟”商标。

七好公司在服装上注册的商标（引证商标）

在鞋、靴上注册的争议商标

七好公司认为，该商标注册违反了《商标法》有关“同他人在同一种商品或者类似商品上已经注册的商标相同或者近似的，由商标局驳回申请”的规定。商标评审委员会认为，争议商标指定使用的鞋、靴商品与引证商标核定使用的服装商品所属的范围和领域不同，消费者获取上述商品的渠道有所区别，在《类似商品和服务区分表》中亦不属同一类似群

① 参见北京市高级人民法院行政判决书（2010）高行终字第980号，最高人民法院行政裁定书（2011）知行字第7号。

组，故不属于类似商品。一、二审法院对此存在观点上的分歧。最高人民法院则指出：商标的主要功能在于标识商品或者服务的来源，因此，避免来源混淆是判断商品类似关系时要坚持的一项基本原则。进行商标法意义上相关商品是否类似的判断，并非作相关商品物理属性的比较，而是应当考虑商品的功能、用途、生产部门、销售渠道、消费群体等是否相同或者具有较大的关联性，两个商标共存是否容易使相关公众认为商品或者服务是同一主体提供的，或者其提供者之间存在特定联系。

法院据此认为：本案争议商标指定使用的商品为鞋和靴，引证商标核定使用的商品是服装。虽然两者在具体的原料、用途等方面具有一些差别，但是两者的消费对象是相同的，而且在目前的商业环境下，一个厂商同时生产服装和鞋类产品，服装和鞋通过同一渠道如同一专卖店、专柜销售的情形较为多见。同时，争议商标与引证商标中的“鸟图形”虽然在细部上略有差异，但两者基本形态相似，且根据查明的事实，引证商标通过使用具有较高的知名度。在这种情况下，如果两商标在服装和鞋类商品上共存，容易使相关公众认为两商品是同一主体提供的，或者其提供者之间存在特定联系。因此，争议商标与引证商标构成类似商品上的近似商标。①

本案的关键，在于如何认定“类似商品”。商标评审委员会实际上是以《类似商品和服务区分表》作为判断的唯一依据。但是，商标法要起到保护消费者和鼓励公平竞争的作用，就必须防止混淆的可能。在现实中，引证商标的显著性、知名度，引证商标与争议商标指定使用的商品之间的关联程度，消费者群体的接近程度等都会对混淆的可能性造成影响。因此，虽然商标注册要以《类似商品和服务区分表》为基础进行类似商品的划分，以提高注册的效率，但在发生商标异议和争议时，必须根据个案情况对类似商品进行判断。

（四）注册与他人驰名商标相同或近似的标志

根据驰名商标的特殊性质，我国《商标法》第13条对驰名商标进行了有别于普通商标的高水平保护。对于未注册的驰名商标，如果他人在相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译该驰名商标而来的，而且容易导致混淆的，不予注册。对于已经注册的驰名商标，如果他人在不相同或者不相类似的商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译该驰名商标的，而且误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册。本书将在“驰名商标”一节对此进行讲解。

（五）侵犯他人的其他在先权利

他人的其他在先权利是指在商标注册申请人提出商标注册申请之前，他人已经取得的著作权、外观设计专利权和企业名称等权利。如果擅自将他人的美术作品或已授权的外观设计作为商标图案或形状，或将他人具有一定影响的企业名称作为商标文字，那么该商标一经使用即可能侵犯他人的在先权利，因此不应获得注册。

---

① 参见最高人民法院驳回再审申请通知书（2011）知行字第36号。

典型案例

与“英超”标志相似的“狮子”商标被撤销

江苏徐州祥狮庆典礼仪公司（以下简称祥狮公司）于2000年在组织体育比赛等服务上注册了“祥狮”商标，商标图案为一只狮子，与英国足球协会总联盟使用的英国足球超级联赛的标志图形相似。同年，英足协总联盟公司也向中国商标局申请在组织体育比赛等服务上注册自己的狮子图形商标，但中国商标局以祥狮公司对相似商标在相同服务类别上注册在先为由驳回了其申请。英足协总联盟公司转而以该注册商标与自己的狮子形象极其近似，侵犯自己的在先权利为由，向商标评审委员会提出撤销该商标注册的申请。

商标评审委员会认为：虽然狮子是自然界存在的普通动物，但英足协总联盟公司的狮子造型很有特点，无论是头戴王冠还是右脚抬起的姿势，都很特别，是一个具有审美意义且带有一定独创性的平面艺术造型，属于我国著作权法保护的美术作品，而且在电视台播放的英超比赛中会出现。而祥狮公司商标中的狮子与英足协总联盟公司的狮子造型几乎相同，不能排除祥狮公司在申请商标注册时已知道英足协总联盟公司的狮子图形的可能，其注册的商标损害了英足协总联盟公司对狮子图形的在先著作权。商标评审委员会因此裁定撤销祥狮公司的狮子商标[①]，祥狮公司随后提起行政诉讼。

法院经审理认为：英超狮子头戴王冠、右脚抬起踏球、尾巴扬起呈S形等表现形式，既非自然界中存在的客观形式，也无有效证据证明属于公知的表现形式，具有审美意义且带有一定独创性，属于我国《著作权法》保护的美术作品。英足协总联盟公司是该狮子图形的著作权人，应当受到我国《著作权法》的保护。而祥狮图形中除右脚下无足球、头背部的毛发层次不很清晰之外，其余各部位及整体轮廓与英超狮子图形几乎相同，二者已构成实质性相似，祥狮注册商标损害了英足协总联盟公司对英超狮子图形的在先著作权。因此，法院驳回了祥狮公司的诉讼请求。[②]

本案中商标评审委员会采用了判断著作权侵权的公式，即“接触＋实质性相似”。作为英超标志的狮子图形是符合“独创性”要求的美术作品，根据《伯尔尼公约》直接受到我国《著作权法》的保护。而我国许多电视台都转播英超赛事，其中反复出现该狮子的图形，因此，祥狮公司有合理的机会获知该作品的存在。如果其无法证明其注册的狮子图形为独立创作，则等同于未经许可将他人的美术作品注册为商标，一旦在商业活动中使用便会构成对美术作品复制权等专有权利的侵犯。因此，商标评审委员会认定该商标注册侵犯了他人在先的著作权。

祥狮公司的注册商标

英超联盟的狮子图形

① 参见商评字［2005］第3584号裁定。

② 参见北京市高级人民法院行政判决书（2007）高行终字第331号。

典型案例

“易建联”商标被撤销

福建某体育用品公司2003年申请在服装、柔道服和足球鞋等第25类商品上注册“易建联 Yi JianLian”商标并获核准。易建联于2006年向商标评审委员会申请撤销该注册商标。商标评审委员会以该注册商标侵犯了易建联的姓名权为由，裁定撤销该商标。在行政诉讼中，法院认为：《民法通则》第99条规定的姓名权应属于“在先权利”的一种。未经许可，将他人的姓名申请注册商标，给他人姓名权造成或者可能造成损害的，该商标不予核准注册或者予以撤销。易建联在争议商标申请日前，已经在相关公众中具有一定的知名度。而体育用品公司未经许可，在服装等商品上注册与易建联姓名完全相同的争议商标，使相关公众在争议商标与易建联之间建立起了对应关系，容易使相关公众认为上述商品来源于易建联或者与易建联具有一定的联系，从而损害了易建联基于其知名度可能获得的相关利益。因此，该商标的注册侵害了易建联的姓名权，违反了《商标法》第31条的规定，应予撤销。①

需要注意的是：“标志不具有显著性”、“立体标志具有实用功能性或美学功能性”以及“标志内容违反法律的禁止性规定”属于拒绝商标注册的“绝对理由”，因为这种商标注册损害了公共利益，即使错误地进行了注册，商标局也可以依职权随时主动宣告该注册商标无效（在《商标法》2013年修订之前被称为“撤销注册商标”），任何人也均可以随时请求商标评审委员会宣告该注册商标无效，不受时间限制。换言之，这些标志绝对不可以被注册。而商标“含有误导公众的地理标志”和“损害他人的在先权益”，则属于拒绝商标注册的“相对理由”。之所以称为“相对”，是因为它涉及他人的民事权益。换言之，这些标志并非绝对不可以注册，只要权益受到影响的人表示容忍即可。如果这类标志获得了商标注册，在先权利人或利害关系人可以在商标注册之日起5年内请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。只有在他人恶意注册驰名商标的情况下，驰名商标权利人请求宣告该注册商标无效才不受5年的时间限制。

理论研究

恶意注册及其后果

2013年《商标法》修订时，在第7条增加了1款规定：“申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则。”其目的之一是遏制恶意抢注现象。商标法是市场经济中最为重要的法律之一，应当起到维护公平竞争，构建诚信机制的作用。而各种恶意注册行为却严重损害了公平竞争秩序，破坏了诚信原则。例如，将其他企业长期使用、早已具备知名度的未注册商标作为自己的商标申请注册，以期在注册之后向该企业兜售，或向该企业索赔。为此，许多国家的商标法普遍禁止恶意注册，并将申请时有恶意作为宣告注册商标无效的理由。

---

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2010）一中知行初字第708号。

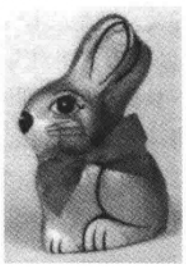
《欧共体商标条例》第52条第1款明确规定：申请注册欧共体商标时有恶意，是宣告该欧共体注册商标无效的绝对理由。[①]《欧共体商标一号指令》第3条第2款允许成员国规定：对于具有恶意的商标申请，不予进行商标注册，或在恶意范围内宣告注册无效。《英国商标法》第3条第6款规定：申请人如具有恶意，商标不应获得注册；《德国商标法》第50条第1款明确规定：如在申请商标时具有恶意，该商标注册无效，应当被撤销。该两国均将“恶意”作为拒绝注册或宣告无效的绝对理由。

《英国商标法》第48条还规定：在先注册商标权利人或其他在先权利人请求宣告在后注册商标无效或要求禁止使用在后注册商标时，对于恶意申请，不受争议期限限制。显然，立法者认为：对于侵犯某一在先权利的恶意注册，虽然直接损害的是在先权利，但它也严重破坏了公平竞争的社会秩序，因此被归于宣告无效的绝对理由。这就给了在先权利人抵御恶意注册的强大保护。

根据欧共体法院的解释，“恶意”与注册申请人的主观动机有关，是不诚实的意图或其他“险恶目的”，基于恶意实施的行为背离了公认的道德规范或者诚实的商业做法。对于“恶意”应当根据个案中的客观事实进行评估。[②]

例如，“复活节兔”是复活节的象征之一，在复活节时常作为礼物送出。兔形巧克力自1930年起，就在德国和奥地利销售。而且随着制作工艺的机械化，不同的巧克力制造商销售的兔形巧克力外形日趋相同。著名的巧克力制造商瑞士莲公司（Lindt）也制作兔形巧克力，其于2000年将兔子造型注册为立体商标之前，只起诉与其产品形状完全一样的巧克力制造商，但在获得商标注册之后，便开始起诉与其产品形状近似的巧克力制造商。

瑞士莲公司注册的立体商标



被告制作和销售的巧克力

被告认为：瑞士莲公司申请注册兔子形状的立体商标是出于恶意，应根据《欧共体商标条例》宣告其注册商标无效。奥地利最高法院将此案提交欧共体法院，请求其对“恶意”作出解释。欧共体法院指出，在此案中应考虑以下因素：（1）注册人申请注册时，是否知道第三人正在相同或类似商品上使用相同或近似标志；（2）申请注册商标的意图，是不是为了阻止第三人继续使用该标志；（3）申请注册的商标和第三人使用的标志各自受到的法律保护情况。如果申请人无意在注册后自己使用商标，而仅是为了阻止第三人进入市场，

① 在该条例于2009年修改之前，该条为第51条第1款。

② Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli v. Franz Hauswirth GmbH, Opinion of Advocate General Sharpston, Court of Justice, Case C-529/07, para. 60.

则存在明显的恶意，因为这将使商标的识别功能无从发挥。同样，第三人长期在相同或类似商品上使用相同或近似标志，而且已经受到了一定程度的法律保护，则申请人注册的唯一目的就是利用即将产生的注册商标专用权，与长期使用该标志的第三人进行不公平竞争，也属于具有恶意。但是，如果一个未注册商标的使用人发现新进入市场的竞争者正在模仿其未注册商标，则其申请商标注册，以阻止该竞争者使用商标的行为就是出于正当目的。同样，如果提出注册申请时该商标已通过申请人的使用具有知名度，其希望通过商标注册获得更强法律保护，则这一动机是有正当性的。①

此外，对于未在欧共体成员国使用或具有知名度的外国商标，如果申请人恶意申请注册，《欧共体商标一号指令》第4条第4款明确规定：只要在申请日该商标仍然在外国使用，不应注册，已经注册的，应被宣告无效。② 这有效地防止了一国境内的注册申请人将仍在外国使用的商标进行恶意注册。

我国《商标法》虽然规定“申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则”，但这仅是原则性规定，在遏制恶意注册的法律规则方面，仍然有所缺失，这体现在：(1) 除了“恶意注册驰名商标”之外，《商标法》并没有直接将“恶意”规定为拒绝注册以及宣告无效的具体理由。(2)《商标法》虽然将“以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册”作为宣告注册商标无效的绝对理由，但在司法实践中，该规定并不适用于通过恶意注册侵犯他人在先权利的情形。③ (3) 对于“以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标”这一明显的恶意行为，《商标法》也仅是将其作为宣告注册商标无效的相对理由。(4) 对于未在我国注册、使用或具有知名度的外国商标，缺乏制止恶意注册的规定。《商标法》虽然规定了对未注册驰名商标的特殊保护，禁止抢注，但以该未注册驰名商标在中国具有知名度为前提条件。因此，要真正落实《商标法》有关“申请注册商标应当遵循诚实信用原则”的规定，尚待出台实施细则或司法解释。

第三节　商标的申请与注册

一、商标申请的主体

商标申请的主体即商标注册申请人。我国《商标法》在经过修订之后扩大了拥有申请商标注册资格的主体范围。其第4条规定：自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中，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。

符合条件的外国人同样有资格在中国申请商标注册。《商标法》第17条规定：“外国人或者外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国和中华人民共和国签订的协议或者

---

① Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli v. Franz Hauswirth GmbH, Court of Justice, Case C-529/07, paras. 38-52.

② Malaysia Dairy Industries Pte. v. Ankenavnet for Patenter og Varemarker, C-320/12.

③ 参见最高人民法院驳回再审申请通知书（2006）行监字第118-1号。

共同参加的国际条约办理，或者按对等原则办理。”这里的“共同参加的国际条约”主要指《巴黎公约》。《巴黎公约》第3条规定：在其他缔约国之一的领土内有住所或有真实、有效的工商营业所的，应享有与本缔约国国民同样的待遇。据此，只要外国人能够证明其在《巴黎公约》任何一个缔约国内有住所或有真实、有效的工商营业所，就应当允许其在中国申请注册商标，并享受国民待遇。需要注意的是：正如《巴黎公约》没有创造出一项“世界专利”一样，《巴黎公约》也没有创造出一项“世界商标”。在《巴黎公约》缔约国获得商标注册，并不意味着该商标就在其他缔约国受到保护。《巴黎公约》第3条规定的国民待遇，只是就商标申请的资格和程序而言的。

《商标法》第18条规定：“外国人或者外国企业在中国申请商标注册和办理其他商标事宜的，应当委托依法设立的商标代理机构办理。”根据《商标法实施条例》第7条的解释，如果外国人或企业在中国有经常居所或营业所，就无须通过商标代理机构进行商标申请或办理商标变更、转让、续展以及提出商标异议或争议等其他事宜。只有那些在中国没有经常居所或者营业所的外国人或者外国企业，才必须委托依法设立的商标代理机构申请商标注册或办理其他商标事宜。这一强制性规定主要是为了消除文件送达障碍，是为《巴黎公约》所允许的。世界上其他许多国家也有类似规定。

二、商标申请与注册的原则

（一）先申请原则

先申请原则是指当两个或两个以上申请人在相同或类似商品或服务上申请注册相同或近似商标时，先提出申请的申请人才有可能获得商标注册。先申请原则是通过注册取得商标权制度的必然结果。在注册制下，申请在时间上的先后就成为判断谁可获得商标注册的依据。

《商标法》第31条规定：“两个或者两个以上的商标注册申请人，在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，初步审定并公告申请在先的商标；同一天申请的，初步审定并公告使用在先的商标，驳回其他人的申请，不予公告。”这即是先申请原则的体现。需要注意的是：申请的先后在我国是以“申请日”而非“申请时”来判断的，如果两个申请人在同一天先后提出申请，则视为同时申请。如果是通过邮寄进行申请的，申请日以商标局收到申请文件的日期为准，而不是以邮戳标明的寄出日为准。这与《专利法》确定专利申请日的规则有所不同。

根据《商标法实施条例》第19条的规定，如果两个申请人同一天在同一种商品或者类似商品上，以相同或者近似的商标申请注册的，则不存在先申请人，各申请人应当自收到商标局通知之日起30日内提交其申请注册前在先使用该商标的证据。在先使用者就有可能获得商标注册。这是使用在先原则对先申请原则的必要补充。如果各申请人在同日使用或者均未使用的，各申请人可以自收到商标局通知之日起30日内自行协商，并将书面协议报送商标局；不愿协商或者协商不成的，商标局通知各申请人以抽签的方式确定一个申请人，驳回其他人的注册申请。

（二）优先权原则

为了便于在其他国家进行商标申请，《巴黎公约》规定了申请商标注册的优先权。《商

标法》第25条和第26条分别规定了两种可享有优先权的情形。

首先，在特定的外国首次申请可产生优先权。

《商标法》第25条规定："商标注册申请人自其商标在外国第一次提出商标注册申请之日起六个月内，又在中国就相同商品以同一商标提出商标注册申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者按照相互承认优先权的原则，可以享有优先权。"这里的"共同参加的国际条约"就是指《巴黎公约》和《商标国际注册马德里协定》。这两个国际条约缔约国的国民或在缔约国有营业所或惯常居所的人均可在商标申请时享有优先权。例如，美国公民甲于2006年6月1日向美国专利商标局提出了一项商标注册申请，而中国公司乙于2006年7月1日向中国商标局在相同商品上以同一商标提出了商标注册申请。甲又于2006年11月30日向中国商标局提出了相同的商标注册申请并声明要求获得优先权。由于美国是《巴黎公约》的成员国，甲可依法享有优先权，其在中国的申请日应被视为2006年6月1日，早于乙在中国的申请日。因此，甲可根据优先权而在中国获得商标注册。

其次，在特定的国际展览会上首次使用可产生优先权。

《商标法》第26条规定："商标在中国政府主办的或者承认的国际展览会展出的商品上首次使用的，自该商品展出之日起六个月内，该商标的注册申请人可以享有优先权。"需要特别注意的是：《专利法》规定发明、实用新型和外观设计在申请日以前6个月内，在中国政府主办的或者承认的国际展览会上首次展出的，不丧失新颖性，却没有规定享有优先权。这意味着申请人在首次展出后6个月内申请的，申请日仍然是实际申请的那一天，而不是展出日。这一点与《商标法》第26条的规定是完全不同的。例如，美国公民甲于2006年6月1日在中国政府主办的国际展览会上展出了其生产的商品，并在该商品上首次使用了特定商标，而中国公司乙于2006年7月1日向中国商标局在相同商品上以同一商标提出了商标注册申请。甲又于2006年11月30日向中国商标局提出了相同的商标注册申请并声明要求获得优先权。由于美国是《巴黎公约》的成员国，甲可依法享有优先权，其在中国的申请日应被视为2006年6月1日，早于乙在中国的申请日。因此，甲可根据优先权而在中国获得商标注册。

需要注意的是：申请人必须遵循法律规定的文书要求才能实际享有优先权。首次在外国提出申请而要求获得优先权的，应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明，并且在3个月内提交第一次提出的商标注册申请文件的副本。首次在国际展览会上使用商标而要求获得优先权的，应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明，并且在3个月内提交展出其商品的展览会名称、在展出商品上使用该商标的证据、展出日期等证明文件。如果未按要求提出书面声明或者逾期未提交商标注册申请文件副本或证明文件的，视为未要求优先权。

（三）自愿注册原则

商标主要是经营者建立自己的商业信誉、进行市场竞争的手段，因此，商标权也是一种私权。由于商标注册和日后的维持需要一定成本，经营者会在权衡成本与收益之后自行决定是否申请商标注册，一般情况下国家不应进行强制干预。同时，有些标志缺乏固有显著性，需要经过一定时间的使用，在产生"第二含义"、获得显著性之后才能注册。只有经

营者自己才能判断申请商标注册的时机是否成熟。因此，目前各国对商标注册普遍采用自愿注册制度，即除了违反法律禁止性规定的情形之外，商标即使不注册也可使用。只是在规定商标权通过注册才能取得的国家，商标注册之后才会受到较强的法律保护。

原苏联曾经采取商标强制注册制度，即商标只有经过注册之后才能使用。这等同于将商标作为单纯的行政管理手段，不符合市场经济的要求和商标权的私权属性。我国《商标法》以自愿注册为原则，强制注册仅是例外。《商标法》第6条规定："法律、行政法规规定必须使用注册商标的商品，必须申请商标注册，未经核准注册的，不得在市场销售。"目前必须使用注册商标的商品只有烟草制品。

（四）分类申请原则

分类申请原则是指申请商标注册时，必须按照商品和服务分类表填报使用商标的商品或服务类别，以及商品或服务名称。商标可以使用在成千上万种商品和服务上，实行商标注册制的国家为了确保注册能够产生商标专有权，均规定在同种或类似的商品或服务上，不得注册相同的商标。只有按照既定的商品和服务分类表进行注册，商标局才能按照类别进行检索和审查，防止在同类商品或服务上出现两个相同的注册商标。目前，包括我国在内的多数国家都已加入了《商标注册用商品和服务国际分类尼斯协定》，该分类表现在为第九版，主要根据商品性能、用途、原料、生产工艺、服务性质等将商品和服务分为45类，其中商品34类、服务11类。申请注册人必须在了解商品和服务分类表的基础上填报商标注册申请。

《商标法》于2013年修订之后，允许申请人通过一份申请就多个类别的商品申请注册同一商标。例如，申请在第32类"啤酒、矿泉水和汽水"和第33类"除啤酒外含酒精的饮料"上注册同一商标时，以往必须按照两个商品类别提出两件申请，现在则可以通过一份申请同时在第32类和第33类商品上申请注册同一商标，从而简化了商标注册的手续。

三、商标注册文件

申请人应当按照商品和服务分类表进行申请，每一件商标注册申请应当向商标局提交《商标注册申请书》1份、商标图样5份。以三维标志申请注册商标的，应当在申请书中予以声明，并提交能够确定三维形状的图样。以颜色组合申请注册商标的，应当在申请书中予以声明，并提交文字说明。申请注册集体商标、证明商标的，应当在申请书中予以声明，并提交主体资格证明文件和使用管理规则。商标为外文或者包含外文的，应当说明含义。

同时，申请人还应提交证明其身份的有效证件和相关的证明文件。例如，申请集体商标注册的，应当附送主体资格证明文件，并应当详细说明该集体组织成员的名称和地址；申请证明商标注册的，应当附送主体资格证明文件，并应当详细说明其所具有的或者其委托的机构具有的专业技术人员、专业检测设备等情况，以表明其具有监督该证明商标所证明的特定商品品质的能力。

四、商标注册申请的审查

（一）形式审查

商标局在收到商标注册申请之后要进行审查，审查包括形式审查和实质审查。所谓形

式审查是对商标注册申请的文件和手续是否齐备、是否符合法定要求进行审查，并确定申请日。形式审查内容主要涉及申请人是否具备申请资格、申请书和图样是否符合要求、是否符合分类申请原则，以及是否缴纳了申请费等。如果商标局在审查中发现了形式问题，会通知当事人在规定的期限内加以补正。

（二）实质审查

商标局经过形式审查未发现问题的，即会决定受理，并发给《受理通知书》，同时进入实质审查阶段。实质审查内容包括是否存在拒绝注册的绝对理由和相对理由。

拒绝注册的绝对理由是指标志自身的构成和内容不符合法律的规定，如进行注册将会损害公共利益，包括标志不具有显著性、立体标志具有实用功能性、美学功能性、标志的内容违反法律的禁止性规定。对此商标局可以进行全面审查。拒绝注册的相对理由是指标志的注册侵犯他人的权益，包括误导性地使用地理标志，以不正当手段抢注他人已有一定影响的未注册商标，代表人或代理人注册被代表人或被代理人的商标，与他人在相同或类似商品或服务上已注册的或初步审定的商标相同或近似，注册与他人驰名商标相同或近似的标志或侵犯他人著作权、姓名权等其他在先权利等。由于相对理由涉及他人的权利，在他人未提出异议之前，商标局只可能对于是否与他人在相同或类似商品或服务上已注册的或初步审定的商标相同或近似进行审查。

（三）初步审定、公告、异议和复审

商标局经过实质审查，认为符合《商标法》规定的，即予以初步审定并公告。商标局会在其官方刊物《商标公告》上公布商标、使用的商品或者类别、申请人名义、申请人地址、商标代理人名称、申请日期和初步审定号等信息。但初步审定并公告并不等同于对商标进行核准注册，申请人也并不因此而取得商标权。对于初步审定的商标，自公告之日起 3 个月内，任何人认为商标注册损害了公共利益，存在拒绝注册的绝对理由，也即认为商标注册违反了《商标法》第 10 条（禁止特定内容违法的商标注册）、第 11 条（禁止缺乏显著性的商标注册）和第 12 条（禁止特定三维标志注册），都可以向商标局提出异议。在先权利人和利害关系人认为商标注册损害了自己的民事权利，存在拒绝注册的相对理由，也即认为商标注册违反了《商标法》第 13 条（禁止抢注驰名商标）、第 15 条（禁止代理人和代表人抢注）、第 16 条（禁止注册误导公众的地理标志）、第 30 条（禁止在相同或类似商品上注册与他人已注册商标或已初步审定的商标相同或近似的商标）、第 31 条（先申请原则）和第 32 条（禁止商标注册损害其他在先权利，禁止抢注特定未注册商标），也可以向商标局提出异议。

商标局在收到“商标异议书”后，会将副本送交商标申请人，也即被异议人，要求其在规定期限内答辩。在对双方所陈述的事实和理由进行调查、核实之后，商标局应在公告期满之日起 12 个月内作出是否准予注册的决定。如果商标局作出了不予注册的决定，被异议人（商标申请人）不服的，可以自收到通知之日起 15 日内向商标评审委员会申请复审。商标评审委员会应当自收到申请之日起 12 个月内作出复审决定。如果商标评审委员会作出了不予注册的复审决定，被异议人（商标申请人）仍然不服的，可以自收到通知之日起 30 日内向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼。在行政诉讼中，商标评审委员会为被告，异议人为第三人。如果被异议人（商标申请人）在法定期限内对商标局作出的决定不申请复审或者对商标评审委员会作出的复审决定不向法院起诉的，上述决定就发生法律效力。

如果商标局作出了准予注册的决定，就会发给商标注册证，并予公告。异议人不服的，可以向商标评审委员会请求宣告该注册商标无效。对此参见本书第十八章第三节。

（四）核准注册

对于初步审定的商标，如果公告期届满而无人提出异议的，商标局即予以核准注册，发给商标注册证，并在《商标公告》上进行公告。如果有人在公告期内提出异议，而商标局经审查，认为异议不成立，就会作出准予注册的决定，发给商标注册证，并予以公告。需要注意的是：在2013年修订《商标法》之前，商标局认定异议不成立的，异议人可以向商标评审委员会申请复审。对商标评审委员会的裁定不服的，还可以以商标评审委员会为被告，向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼。对于一审判决不服的，还可以提起上诉。这就导致商标注册程序耗时过长。因此，2013年《商标法》修订后，商标局认为异议不成立的，即会作出准予注册的决定，异议人不能向商标评审委员会申请复审，由此缩短了商标注册的程序。该商标被准予注册后，异议人不服的，可以向商标评审委员会请求宣告该注册商标无效（见本书第十八章第三节）。

一旦有人对初步审定公告的商标在3个月的异议期内提出异议，商标局必须进行调查、核实，自公告期满之日起12个月内作出是否准予注册的决定。遇到特殊情况需要延长的，经国务院工商行政管理部门批准，还可以延长6个月，也即商标局最长需要18个月才能作出是否准予注册的决定。为了防止有人利用异议程序故意拖延竞争对手商标注册的时间，《商标法》第36条第2款规定：经审查异议不能成立而准予注册的商标，商标注册申请人取得商标专用权的时间自初步审定公告3个月期满之日起计算。需要注意的是：对于经过异议程序而由商标局决定准予注册的商标而言，自该商标3个月异议期满之日起至商标局决定准予注册之日止的这段时间，虽然注册人享有商标专用权，但因商标尚未在《商标公告》上进行公告，他人无从得知注册人享有商标专用权。因此，在这段时间内他人在同一种或者类似商品上使用与该商标相同或者近似的标志的行为并不构成侵权，也即注册商标专用权对这段时间内的上述行为不具有追溯力。但是，因该使用人的恶意给商标注册人造成损失的，应当给予赔偿。

【问题与思考】

1. 思考：长期使用，但尚未注册的商标在我国能否受到法律保护？应受到何种法律保护？
2. 论述我国《商标法》规定的商标注册应符合的各项条件。
3. 论述商标显著性的含义及判断显著性的法律标准。
4. 思考：是否具有显著性的标志就一定能够被注册为商标？
5. 思考企业应如何维护注册商标的显著性，防止商标退化。
6. 某公司申请在咖啡、饮料等商品上注册以下3个商标：

申请商标一

申请商标二

申请商标三

雀巢公司提出异议，认为这三个申请商标均与自己在咖啡、饮料等商品上注册的图形商标近似，容易导致消费者的混淆。①

引证商标

请分析这三个申请商标是否应被允许注册。可思考以下问题：(1) 引证商标注册在咖啡、饮料上的显著性如何？会对混淆可能性的判定产生何种影响？(2) 这三个申请商标除了含有放在咖啡豆之上的咖啡杯图形外，还有其他图形或以大字体呈现的单词，这对于混淆可能性的判定产生何种影响？

7. 在“理论研究：恶意注册及其后果”中，瑞士莲公司将兔子造型注册为巧克力商品的立体商标。你认为该立体商标注册能否因其具有美学功能性而被宣告无效？

① Société des produits Nestlé v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), General Court, Joint Cases T-5/08 to T-7/08.

第十八章 商标权的内容

本章导读

本章的讲解主要围绕商标权的内容展开，具体包括商标专用权的概念、内容、续展和消灭，以及商标专用权的转让和许可。对于注册商标而言，商标权人享有商标专用权，即在核定使用的商品或服务上使用核准注册的商标的专有权利。但商标的生命在于使用，连续3年不使用注册商标的，该注册商标可被撤销。本章只讲解商标专用权，包括商标专用权的含义、消灭、转让和许可。他人未经许可，在相同商品上使用近似商标，在类似商品上使用相同商标，或在类似商品上使用近似商标，在可能导致消费者混淆的情况下也可构成侵权。因此，“商标侵权”并非“商标专用权”的反面，而是具有更广的范围。对于商标侵权行为，本书将在“商标侵权”一章予以讲解。

第一节 商标专用权的含义

商标专用权是指商标权人对其注册商标在核定使用的商品或服务上进行专有使用的权利。专用权即排他权，商标专用权意味着他人未经商标权人许可不得在特定范围内使用注册商标。根据《商标法》第56条的规定，注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品或服务为限。“核准注册的商标”是指登载在商标注册簿上的商标，即商标局注册在案的组成商标的文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合，以及上述要素的组合。“核定使用的商品或服务”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。

“核准注册的商标”与“核定使用的商品或服务”共同限定了商标专用权的范围，在这一范围之内，商标注册人得以独占性地使用注册商标，使注册商标与其指定的商品或服务之间建立起固定的、唯一的联系，以便消费者实现“认牌购物”，避免对商品或服务来源产生混淆。如果他人未经许可在相同商品上使用与注册商标相同的商标，一般情况下会导致

消费者误将该商品认为来源于商标注册人，因此构成商标侵权。而在这一范围之外，商标注册人使用商标就不享有独占权了。对于他人在相同商品上使用不同的商标，或在不同的商品上使用相同的商标的行为，只要不会导致消费者对来源的混淆，商标注册人是无权加以阻止的。与将商标专用权严格限定于核准注册的商标和核定使用的商品或服务的规定相配合，《商标法》还规定了商标的另行申请与重新申请制度。《商标法》第23条规定：注册商标需要在核定使用范围之外的商品上取得商标专用权的，应当另行提出注册申请。例如，第25类包含服装、鞋子和帽子三种商品，如果商标注册人仅在服装上注册了商标，后来又希望在鞋子和帽子上取得商标专用权，就应当另行提出注册申请。第24条规定：注册商标需要改变其标志的，应当重新提出注册申请。如果商标注册人自行改变其标志，可能导致其注册商标被撤销的后果。

理论研究

注册了商标就有权使用商标么

我国《商标法》为商标注册人规定了“商标专用权”，许多人据此认为，只要注册了商标，且该注册商标未被撤销或宣告无效，注册人就有权在核定使用的商品或服务上，使用经核准注册的商标。当在先权利人认为商标注册侵犯了著作权、姓名权等在先权利，要求商标注册人停止使用时，商标注册人往往回应称：对于依法申请注册并享有专用权的注册商标，当然有权进行使用。如果在先权利人没有向商标评审委员会申请宣告该注册商标无效，而是直接向法院起诉，要求法院认定商标注册人使用注册商标的行为侵犯自己的民事权利，并判决商标注册人停止使用注册商标和赔偿损失的，法院以往一般拒绝受理，并要求在先权利人先申请撤销该注册商标。

这实际上就是“知识产权包含自用权”这一观点的体现，是无法成立的。本书第一章“总论”部分的第三节“知识产权的特征和性质”已经说明，知识产权没有所谓“自用权”，只有“禁止权”。这一原理同样适用于商标权。正如陈冠希虽然对其拍摄的艳照享有发行权、信息网络传播权等著作权专有权利，但却不能自行发行和通过网络传播艳照一样，注册人通过商标注册获得了“商标专用权”，并不意味着其就取得了自行使用商标的绝对权利。相反，“商标专用权”只能控制他人未经许可在相同或类似商品上使用相同或近似商标的行为。至于注册人自己能否使用，取决于其使用行为是否侵犯他人权利或以其他方式违反法律规定，与有无取得“商标专用权”毫无关系。一个人即使没有对某商标进行注册，只要其使用的商标在内容上不违反法律规定，且使用行为不侵犯他人权利，就可以在烟草之外的商品上使用该未注册商标。这就是“法无明文禁止即自由”的体现，也是宪法赋予每一名公民人身自由权的体现，与是否注册了商标并无关系。

2008年，最高人民法院颁布了《关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》，其中第1条明确规定：原告以他人注册商标使用的文字、图形等侵犯其著作权、外观设计专利权、企业名称权等在先权利为由提起诉讼，符合民事诉讼法第一百零八条规定的，人民法院应当受理。该条规定具有十分重要的意义。据此，即使

将文字或图形注册为商标，也不意味着注册人就“有权”使用该注册商标。如果使用注册商标的行为侵犯了他人在先权利，他人仍然可以提起民事诉讼，而无须首先通过商标争议程序撤销该注册商标。这就从根本上否定了“商标权包含自用权”的观点。

典型案例

“蜡笔小新案”与“精科”案

“蜡笔小新”是知名的日本漫画，某中国公司将“蜡笔小新”漫画形象在第25类商品（服装等商品）上注册为图形商标，并在童鞋等商品上使用该注册商标。日方权利人在法院就该行为提起民事诉讼，指称在童鞋等商品上使用该注册商标的行为侵犯了其著作权。被告抗辩称：其使用注册商标“系正当行使商标专用权”；在注册商标未被撤销之前，“商标专用权人使用商标的行为就是合法行为”。

被告注册的图形商标

审理本案的一、二审法院均认为本案属于涉及注册商标授权争议的知识产权权利冲突案件，原告应该按照商标法规定的有关注册商标争议等救济程序予以解决，法院对此类纠纷不作为民事案件受理。而最高人民法院再审认定：此案为民事权益争议，属于法院的受案范围。[①] 最高人民法院再审后认为：被告“在行使其商标许可实施权过程中擅自实施了在先著作权人专有控制的行为，仍构成著作权侵权，应当承担相应的侵权责任”[②]。这就彻底否定了被告提出的观点——只要注册商标未被撤销，“商标专用权人使用商标的行为就是合法行为”。

在与之类似的“精科案”中，原告上海精密科学仪器有限公司长期将“上海精科”和“精科”作为企业名称的简称使用，在分析仪器行业具有知名度和较大影响。被告是同行业经营者，而且很早就成为原告的经销商，知晓原告对“上海精科”和“精科”的使用情况，但仍然在第9类商品（仪器等商品）上注册了“精科”商标，并在分析仪器上使用。原告

① 参见最高人民法院民事裁定书（2007）民三监字第141号。

② 上海市第一中级人民法院民事判决书（2009）沪一中民五（知）再初字第1号。

在被告的注册商标尚未被撤销的情况下，向法院提起民事诉讼。

法院认为："上海精科"和"精科"应视为原告的企业名称予以保护。而被告将"精科"在同类商品上注册为商标使用的行为，主观上具有攀附原告企业知名度的故意，客观上会造成相关公众对原、被告商品来源的误认，构成对原告企业名称权的侵犯，属不正当竞争行为。[①] 法院特别强调：被告虽然取得了"精科"注册商标专用权，并依此取得禁用权，但是其使用"精科"商标仍不得与他人的在先权利相冲突。[②] 这就明确了商标专用权仅是禁用权，而非自用权。

典型案例

世界犬业联盟诉世界纯种犬联盟

原告世界犬业联盟注册了欧共体商标，被告世界纯种犬联盟在后注册了与之近似的欧共体商标。原告在西班牙起诉被告使用在后注册商标的行为侵犯其在先的注册商标权。西班牙法院向欧盟法院提交了下列问题：《欧共体商标条例》第9条第1款赋予欧共体商标的权利人以阻止"所有第三方"未经许可在相同或类似商品上使用相同或近似商标的权利。其中"第三方"是否包括在后注册欧共体商标，且该商标注册尚未被宣告无效的注册人？[③] 换言之，在民事诉讼中，在后商标注册人使用其注册商标的行为，能否被认定为侵犯了他人在先的注册商标权？

原告的注册商标

被告的注册商标

欧盟法院认为：《欧共体商标条例》第9条第1款在规定商标注册人的禁止权时，并没有区分被禁止使用注册商标的"第三方"是否为另一商标的注册人。因此，除非在先注册人对于他人使用在后注册商标的行为，5年内没有申请宣告该注册商标无效或反对其使用，否则，在先注册人既可以申请宣告在后注册商标无效，也可以通过民事诉讼要求禁止使用该在后注册商标。欧盟法院特别强调：被告所称的"商标注册的所有人享有使用该注册商

① 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书（2010）浦民三（知）初字第769号。

② 参见上海市第一中级人民法院民事判决书（2011）沪一中民五（知）终字第232号。

③ Fédération Cynologique Internationale v. Federación Canina Internacional de Perros de PuraRaza, Court of Justice, Case C-561/11, para. 22.

标的权利”是不能成立的。①

本案是彻底否认商标权是“自用权”的典型案例，其认定在后注册的商标不能对抗在先注册的商标，在先注册人可以直接在民事诉讼中请求禁止在后注册人使用在后注册的商标。需要注意的是，根据最高人民法院《关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第1条第2款，原告以他人使用在核定商品上的注册商标与其在先的注册商标相同或者近似为由提起诉讼的，人民法院应当告知原告向有关行政主管机关申请解决，也即对此类纠纷不予受理。这是因为最高人民法院考虑到《商标法》对在先注册人已经设置了较为完善的商标争议程序，但并不意味着商标权就有了“自用权”。根据该司法解释，原告以他人注册商标使用的文字、图形等侵犯其著作权、外观设计专利权、企业名称权等在先权利为由起诉，要求其停止使用注册商标的，法院都应当受理。

第二节　商标专用权的续展

商标专用权与著作权和专利权的一项重大区别在于后两者的保护期是有限的，而商标专用权可以通过对商标注册的续展而一直获得保护。这其中的差异是因为《著作权法》和《专利法》均旨在通过在有限时间内赋予创作者和创造者以专有权利，一方面鼓励与刺激创作和创造活动，另一方面使公众在保护期届满之后免费使用作品和发明创造，以达到利益平衡。而《商标法》的立法目的是保护经营者的商业信誉，以及防止消费者受到欺诈，只要经营活动在继续，相应的商业信誉就能通过商标得以体现，而避免消费者上当受骗的需要始终存在。这就要求对仍在使用的注册商标进行持续的保护。假如《商标法》也像《著作权法》和《专利法》一样，硬性规定注册商标的保护期限，则一旦保护期届满，昨天还是商标注册人享有专用权的商标，今天就可以被任何人随意使用在相同商品或服务上，这必然导致消费者对商品或服务来源产生混淆，同时引起市场的混乱，而这是《商标法》的立法政策所不能容忍的。为此，TRIPs协定第18条明确规定：商标的注册可以无限续展。

我国《商标法》第39条和第40条规定：注册商标的有效期为10年，自核准注册之日起计算。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。续展只是使已经取得的权利继续有效，而不是获得新的商标专用权。同时，续展的程序也较注册申请简单，商标注册人只要在规定的期限内提出申请并缴纳费用，就可以获准续展注册，商标局不会再进行实质审查。

需要注意的问题是：如果商标注册人未能在注册商标的有效期届满前12个月内申请续展注册，而是在宽展期内提出申请的，在未获得核准之前，他人未经许可在相同或类似商品上使用相同或近似商标，导致消费者混淆的，是否构成侵权行为呢？对此，最高人民法

① Fédération Cynologique Internationale v. Federación Canina Internacional de Perros de PuraRaza, Court of Justice, Case C-561/11, paras. 33-41.

院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第5条明确规定：在此阶段，商标注册人或利害关系人以他人侵犯其注册商标专用权提起诉讼的，人民法院应当受理。这是因为商标局并不对续展申请进行实质审查，续展申请基本上都会被核准。因此，一旦商标注册人在宽展期内提出了续展申请，就可以预期其又可以享有10年的商标专用权。当然，如果商标注册人未提出续展申请，或者提出续展申请但未被核准的，该商标专用权自有效期届满后就不再受法律保护了。

第三节　商标专用权的消灭

商标专用权的消灭是指某种法定原因导致商标权人不再享有商标专用权。商标专用权消灭的原因有以下几种：

一、注销

注册商标的注销是指商标局基于法定原因行使职权而使商标专用权归于消灭的行为。在下列情况下，商标局可以注销注册商标：

（一）申请注销

商标注册人可能基于某些原因不愿再维持其商标的注册。由于商标专用权本质上是私权，法律是允许权利人自行放弃的，商标注册人可以向商标局申请注销其注册商标，或者注销其商标在部分指定商品上的注册。根据《商标法实施条例》第46条第2款的规定，商标局在收到注销申请的当日，该注册商标专用权或者该注册商标专用权在该部分指定商品上的效力即告终止。

（二）到期不续展

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。

（三）主体消亡

商标专用权作为一种私权，可以像其他财产权一样被继承或遗赠。如果作为商标注册人的自然人死亡之后，其继承人或受遗赠人及时办理了商标专用权的移转手续，或者作为商标注册人的法人或其他组织终止之后，继受其权利的法人或其他组织及时办理了商标专用权的移转手续，则商标专用权仍然会得以维持。但是，如果在商标注册人死亡或者终止之日起1年之内，该注册商标专用权没有办理移转手续，就会出现社会公众和商标局无从知晓商标专用权归属的情况。为了避免这种现象的持续存在，《商标法实施条例》第47条规定，此时任何人均可以向商标局提交有关该商标注册人死亡或者终止的证据，申请注销该注册商标。注册商标因商标注册人死亡或者终止而被注销的，该注册商标专用权自商标注册人死亡或者终止之日起终止。

二、因不符合注册条件而被宣告无效

商标专用权无效，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，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。

（一）存在拒绝注册的绝对理由

如果注册商标在注册时，就存在拒绝注册的绝对理由，也即违反《商标法》第10条（禁止特定内容违法的商标注册）、第11条（禁止缺乏显著性的商标注册）和第12条（禁止特定三维标志注册），或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，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。商标局作出宣告注册商标无效的决定后，当事人对决定不服的，可以自收到通知之日起15日内向商标评审委员会申请复审，商标评审委员会应当自收到申请之日起9个月内作出决定。除商标局主动宣告注册商标无效之外，其他任何人均可随时请求商标评审委员会宣告该注册商标无效，没有时间限制。商标评审委员会应当自收到申请之日起9个月内作出维持商标注册或者宣告注册商标无效的裁定。当事人对商标评审委员会的决定或裁定不服的，可以自收到通知之日起30日内向北京市第一中级人民法院以商标评审委员会为被告提起行政诉讼。

（二）存在拒绝注册的相对理由

在先权利人或利害关系人如果认为注册商标在注册时就存在拒绝注册的相对理由，损害了自己的民事权利，也即认为商标注册违反了《商标法》第13条（禁止抢注驰名商标）、第15条（禁止代理人和代表人抢注）、第16条（禁止注册误导公众的地理标志）、第30条（禁止在相同或类似商品上注册与他人已注册商标或已初步审定的商标相同或近似的商标）、第31条（先申请原则）和第32条（禁止商标注册损害其他在先权利，禁止抢注特定未注册商标），可以请求商标评审委员会宣告该注册商标无效。由于在先权利人或利害关系人请求宣告注册商标无效是基于拒绝注册的相对理由，也即其与商标注册人之间存在民事争议，一般不涉及公共利益，故不能由商标局主动宣告无效。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。商标评审委员会应当自收到申请之日起12个月内作出维持注册商标或者宣告注册商标无效的裁定，并书面通知当事人。当事人不服的，可以在30日内向北京市第一中级人民法院以商标评审委员会为被告提起行政诉讼。

之所以设置5年的时间限制，是因为商标在注册时已通过《商标公告》向社会公开，该公告具有推定在先权利人或利害关系人知晓商标已获得注册的效力。同时，在接下来的5年内，商标通过使用也能使在先权利人或利害关系人有机会知晓。如果在先权利人或利害关系人未能及时请求宣告该注册商标无效，则可推定其已经默许该商标的注册，在先权利人或利害关系人由此丧失了在今后请求宣告该注册商标无效的权利。当然，“推定知晓”未必等于“实际知晓”。一些国家规定，只要商标注册是出于违反他人在先权利的恶意，在先权利人请求宣告该注册商标无效便不受5年的限制，以此防止恶意注册人侥幸获得商标专用权。[①] 但包括我国在内的一些国家为了维持商标注册的相对稳定，仅规定在恶意注册驰名商标的情形下，驰名商标所有人请求宣告该商标注册无效不受5年争议期限的限制。

《商标法》第47条规定了注册商标被宣告无效的效力，注册商标被宣告无效后，该注

① 参见《英国商标法》第48条第1款。

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。之所以作出这样的规定，一是为了保持社会关系的相对稳定，避免在注册商标被宣告无效之后，将之前一切已执行的各种法律文件全盘推翻，导致司法、行政资源的过度消耗；二是因为在注册商标被宣告无效之前，未经许可使用人之所以向注册人支付了赔偿金、转让费或许可费，与其自身过错也有一定关系，例如：未经许可使用人在被控侵权时，本应尽力利用法律提供的救济途径。如认为该商标在注册时就存在拒绝注册的绝对理由，或者认为该商标的注册损害了自己的在先权利，也即存在拒绝注册的相对理由，完全可以向商标评审委员会请求宣告该注册商标无效。此人怠于利用法律规定的救济途径，应当对由此引起的不利后果承担一定责任。

但是，《商标法》第 47 条也规定了两种例外情形：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。例如，注册人明知自己的注册是违法的，却仍然申请注册，并在注册后起诉他人侵权并获得赔偿。这就属于注册人恶意给他人造成损失。再如，商标被许可人刚向商标注册人全额支付了商标许可费，尚未开始使用商标，该注册商标就被宣告无效。此时不向被许可人返还许可费就是明显违反公平原则的。

三、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而成为其核定使用商品的通用名称，就会失去识别来源的作用。但他人无法在相同或类似商品上注册和使用相同或近似的商标，从而造成了资源的浪费。此时商标法允许任何人向商标局申请撤销该注册商标。同时，我国为了维护商标管理秩序，还规定注册人在使用注册商标的过程中，自行改变注册商标、注册人名义、地址或者其他注册事项的，经地方工商行政管理部门责令限期改正而在期满后不改正的，由商标局撤销其注册商标。对于商标局撤销注册商标的决定，注册人不服的，可以自收到通知之日起 15 日内向商标评审委员会申请复审。商标评审委员会应在收到申请之日起 9 个月内作出决定。注册人对商标评审委员会的决定仍然不服的，可以自收到通知之日起 30 日内向北京市第一中级人民法院起诉。

需要注意的是："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，发生了违反商标法规定或显著性退化的情况。

（一）连续 3 年不使用

虽然我国实行通过注册取得商标专用权的制度，但商标注册之后如果不使用，就不可能在商标与其指定的商品或服务之间建立联系，商标识别商品或服务来源的功能就无从实现，对这种商标的专用权加以保护没有任何意义；同时，他人也无法在相同或类似的商品或服务上注册相同或近似的商标，造成了资源的浪费。因此，TRIPs 允许在缺乏正当理由连续 3 年不使用商标的情况下，撤销对商标的注册。《美国商标法》甚至认为商标注册人连

续不使用等同于放弃了注册商标，并规定连续2年不使用就是放弃商标的初步证据。[①] 我国《商标法》第49条第2款也规定：没有正当理由连续3年不使用的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。

实务探讨

什么是对商标的“使用”

根据《商标法》第48条的规定，对商标的“使用”应进行广义理解，不仅将商标用于商品本身、商品的包装或容器上的行为列为“使用”，在商品交易文书上印刷商标、在广告宣传中出现商标以及在展览或其他商业活动中标注商标都构成对商标的“使用”。因此，他人未经许可在相同或类似商品或服务上以上述方式使用相同或近似商标，导致消费者产生混淆可能，即构成商标侵权。但是，《商标法》规定连续3年不使用就可撤销商标注册，这是为确保商标通过使用发挥其识别商品或服务来源的功能。因此，为了维持商标注册而需要对商标进行的“使用”，与构成商标侵权的“使用”在范围上是有区别的。为维持商标注册所需要的“使用”应当是真实的、善意的和具有一定商业规模的使用，仅仅为了应付使用的义务而进行的象征性使用不能满足法律的要求。欧盟法院曾经指出：在判断是否进行“真实”使用时，应当着重考虑对商标的使用是否为了创设或维持相关商品或服务的市场份额。[②] 例如，没有向公众销售带有注册商标的饮料，而仅仅将该饮料作为衣服的赠品免费提供给购衣者，以促进对衣服的销售时，不存在对注册商标的“真实”使用。因为在赠品饮料上使用商标，并非为了开拓饮料市场。[③] 同时，为维持商标注册所需要的“使用”还必须能够发挥识别来源的作用。例如，在德国的ZAPPA案中，美国已故作曲家Frank Zappa（弗兰克·扎帕）的遗孀在录音制品、印刷品等商品上注册了欧共体商标ZAPPA，并开设了以www.zappa.com为域名的网站。德国最高法院认为：www.zappa.com的域名并非对ZAPPA商标的真实使用，因为Zappa是人名，相关公众会认为该域名仅描述了网站的内容——提供音乐家Frank Zappa的信息，因此，该域名并不具有指示来源的作用。[④] 同样，德国最高法院在Lamod案中认定：仅在与关联公司的交易中使用商标并不构成真实的使用，因为“只有与其他公司的产品进行竞争时，商标才能发挥在商业交易中识别特定来源的作用。因此，如果仅限于公司内部使用商标，不构成商标法上的使用”[⑤]。需要注意的是：德国、法国和英国等许多国家的判例均认为仅仅在报纸杂志、广播电视或互联网上做广告而没有实际销售商品的，一般不构成“使用”[⑥]。这对我国是具有借鉴意义的，因为这样可以有效地防止商标注册人仅通过在报纸、网络上做低成本的广告来应付“使用”义务。最

---

① 参见美国《兰哈姆法》第14条第3款、第45条。

② Ansul BV v. Ajax Brandbeveiliging BV, Court of Justice, Case C-40/01 (2003), para. 21.

③ Silberquelle GmbH v. Maselli-Strickmode GmbH, Court of Justice, Case C-495/07 (2009), para. 22.

④ Case I ZR 135/10 - Zappa, May 31, 2012.

⑤ *World Trademark Law and Practice*, Matthew Bender & Company Inc. (2005), Germany, § 6.05.

⑥ *World Trademark Law and Practice*, Matthew Bender & Company Inc. (2005), Germany, France, United Kingdom, § 6.05.

高人民法院《关于审理商标授权确权行政案件若干问题的意见》也指出：没有实际使用注册商标，仅有转让或许可行为，或者仅有商标注册信息的公布或者对其注册商标享有专用权的声明等的，不宜认定为商标使用。

典型案例

在袜子上注册的“保时捷”因3年不使用而被撤销

我国某袜业公司1992年在袜子上注册了“保时捷”商标，后转让给陈某。德国保时捷股份公司以该注册商标连续3年停止使用为由向商标局提出撤销申请。陈某提交的用以证明该商标使用情况的证据有：两家印刷公司为袜业公司印刷“保时捷”包装品的发票和委托印刷合同书、与其他公司签订的“保时捷”品牌袜子代理合同书、标有“保时捷”商标的产品标签，以及商标转让合同及转让证明。

商标评审委员会和法院均认为：本案的争议焦点为陈某提交的证据能否证明“保时捷”商标在争议期间在第25类袜商品上公开、真实、合法地进行了商业使用。袜业公司委托印刷公司印制“保时捷”产品外包装的证据并不能证明标有“保时捷”商标的外包装已被实际使用于袜类商品上，并在争议期间真实地进入了商业流通领域。同样，没有证据证明“保时捷”品牌袜子代理合同书已实际履行。而袜业公司将“保时捷”商标许可并随后转让给陈某的行为，本身并不意味着商标被实际使用。[①] 因此，“保时捷”商标在第25类袜商品上的注册因3年不使用而被撤销。

商标只有在公开使用过程中，才能起到识别来源的作用。委托他人制造带有商标标识的产品包装，仅涉及委托合同双方当事人之间的关系，并不是面对不特定的公众“使用”商标。同时，仅凭一纸品牌代理合同，而没有被许可人实际履行合同的证据，不足以证明商标确已被公开使用；而且这样的合同很容易在事后被“制造”出来。

读者可以阅读后文“驰名商标的特别保护”之后思考：德国保时捷股份公司可否以该商标注册违反《商标法》第13条为由，申请撤销该商标的注册？

（二）商标成为商品的通用名称

显著性是一个标志构成商标的基本条件。如果一个标志对某一类商品最初具有显著性并被注册为了此类商品的商标，但经过使用逐渐成为了此类商品的通用名称，就会丧失识别来源的功能，也即发生显著性的退化。对此本书第十七章第二节已举例进行了讨论。既然此时该注册商标已无法发挥商标的识别功能，就没有必要再维持注册商标专用权了，否则，会影响他人对商品通用名称的正当使用。《商标法》第49条第2款对此规定：注册商标成为其核定使用的商品的通用名称的，任何单位或者个人可以向商标局申请撤销该注册商标。

（三）以其他违反法律的方式使用

《商标法》第49条规定：自行改变注册商标的，自行改变注册商标的注册人名义、地

① 参见北京市高级人民法院行政判决书（2011）高行终字第239号。

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。

首先，自行改变注册商标可能导致注册商标被撤销。根据《商标法》第56条的规定，注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品或服务为限。一旦改变注册商标的文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合以及上述要素的组合，等同于改变了经核准注册的商标本身，因此，应当重新提出商标注册申请。在实务中，将商标文字从手写体改为印刷体或从楷体改为黑体等细微改变，并不被认为是“自行改变注册商标”。

其次，自行改变商标注册人名义、地址或者其他注册事项也可能导致注册商标被撤销。根据《商标法》第41条的规定，注册商标需要变更注册人的名义、地址或者其他注册事项的，应当提出变更申请，自行改变将可能导致商标被撤销。

理论研究

自行改变注册商标就应撤销么

根据《商标法》第49条的规定，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，商标局可撤销其注册商标。本书作者认为：这实际上是将商标作为行政管理的工具，有违商标权作为私权的基本属性。

如果商标注册人在商业活动中使用的商标与经核准注册的商标在文字和图形等方面有所差别，则：首先需要肯定的是，只要注册人使用的新商标具有显著性，并且不违反法律的其他规定，注册人是有权使用的。其次，如果新商标与经核准注册的商标存在较大差异，而商标注册人在注册后3年内始终只使用新商标，则经核准注册的商标很可能因连续不使用而被撤销。同时，新商标由于没有经过核准注册，不产生商标专用权。这一机制足以促使商标注册人尽力在商标活动中使用与经核准注册的商标相同的商标。如果商标注册人出于某种原因不愿使用经核准注册的商标，而甘愿面临因3年不使用导致注册商标被撤销的风险，法律应当予以尊重。再次，法律应当尊重商业现实。经营者需要根据消费者的需要、偏好以及时尚的变化而对商标进行细微调整，以充分发挥商标的广告效应。如果新商标与经核准注册的商标并无实质性的不同，撤销注册商标的规定就显得过于严厉了。《巴黎公约》第5条C款第2项明确规定：商标权人使用的商标如果在形式上与经注册的商标的形态只有构成部分上的不同，而并未改变其显著性的，不应导致注册无效，也不应减少对该商标所给予的保护。《欧共体商标一号指令》第10条第2款（a）项也规定：使用的商标与经注册商标在某些要素上不同的，只要没有改变注册商标的显著特性，仍然构成对注册商标的使用。言下之意就是，在这种情况下，不能以注册商标未被使用为由而撤销注册商标。因此，《商标法》规定“自行改变注册商标的，可撤销注册商标”显得并无必要。世界上其他国家也没有类似的立法例。

需要注意的是，《商标法》第50条规定：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。注册商标被撤销、被宣告无效或者期满不再续展的，原商标注册人对其已不再享有商标专用权，其他人本来是可以用相同的商标申请注册的。但在实践中，当注册商标被撤销、被宣告无效或者期满不再续展时，市场上可能仍然有载有注册商标的商品或服务在向公众提供。即使市场上已无注册商标在使用，如果该注册商标以往的影响力较大，相关公众仍然会对其留有较深印象。只有注册商标连续不再使用一定时间之后，其对相关公众的影响才会逐渐消失。因此，如果在注册商标被注销的同时，立刻核准其他人注册与之相同或者近似的商标，就有可能导致市场上同时出现载有相同或近似注册商标，但来源不同的商品或服务，或使消费者无从区分印象中原商标注册人的商品和新注册人新进入市场的商品，从而造成误认和误购。为了维持市场秩序，防止消费者对商品或服务的来源产生混淆。《商标法》规定了1年的过渡期。只有在过渡期过后，商标局才可能核准相同或者近似商标的注册申请。

第四节　商标专用权的转让与许可

商标专用权作为一种私权，可以被转让和许可。但由于商标法既要保护经营者凝集在商标中的商誉，又要保护消费者的利益，因此，对商标专用权的转让和许可有一些特殊规定。

一、转让

我国《商标法》第42条规定：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……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。

根据此条规定，注册商标转让只有经过商标局核准并公告之后才能生效，仅仅签订商标转让合同还不能产生商标专用权转让的法律效力。

商标的基本功能是识别来源。使用同一商标的商品或服务应当出自同一经营者，否则，就会导致消费者的误认和误购，也使商标无法实现识别功能。因此，如果注册人在相同或类似商品上注册了相同或近似的数个商标，应当一并进行转让。假如某饮料厂同时在第30类的冰茶饮料和第32类的果汁饮料上注册了同一商标，就不能仅转让注册在冰茶上的商标而不转让注册在果汁上的商标。虽然冰茶和果汁在商品和服务分类表上并不属于同一类别，但消费者很可能认为它们之间有密切关联，从而构成类似商品。如果两个饮料厂分别同时销售带有相同商标的冰茶饮料和果汁饮料，消费者就会误认为冰茶饮料和果汁饮料来自同一个厂商。对此《商标法》第42条规定：转让注册商标的，商标注册人对其在同一种商品上注册的近似的商标，或者在类似商品上注册的相同或者近似的商标，应当一并转让。《商标法实施条例》第25条规定：应当一并转让而未一并转让的，由商标局通知其限期改正；期满不改正的，视为放弃转让该注册商标的申请，商标局应当书面通知申请人。

理论研究

商标专用权可以单独转让么

商标专用权是一种具有财产性质的私权，本应可以根据商标注册人的意思自由转让。但商标具有识别商品或服务来源的特殊功能。经营者凭借商标将自己的商品或服务与他人提供的同类商品或服务加以区分，并由此建立自己的商业信誉。消费者也根据商标确定商品或服务的来源，并加以选择。因此，如果单纯地转让商标，会使商标与其原先识别的商品或服务，以及商标注册人的商业信誉发生分离，在短期内可能导致消费者误以为商标所标识的商品或服务仍然来源于商标注册人。因此，一些国家的商标立法规定商标不能脱离商标注册人的商业信誉而单独转让。例如，美国《兰哈姆法》第10条规定，商标注册人只能将商标和与其相关的商誉一起转让。在一起案例中，债务人将其商标质押给了债权人，当债务人无力偿债时，就将商标转给了债权人。美国法院认定该转让无效，原因是债权人并没有同时获取债务人的有形财产，也无法在指定的商品上使用该商标。①

但是，如果商品或服务品质卓越，具有良好的信誉，其注册商标的实际价值就会较高，商标转让价格也会较为昂贵。受让人出资购买商标之后，一般也会尽力提供高质量的商品或服务，以防商标贬值。同时，消费者通过商标选择商品或服务的真正目的，也并非识别商品或服务的提供者，而是信赖使用声誉较高商标的商品或服务质量优良。换言之，只要商标转让后，使用该商标的商品或服务具有同样的品质，并不会损害商标的识别功能或消费者的利益。这就是现代商标所具有的品质保障功能，即保障使用同一商标的商品或服务具有相同的品质。因此，多数国家的商标立法已经允许单独转让注册商标了，以前不允许单独转让的国家和地区态度也发生了转变，例如，德国、意大利和我国台湾地区均已经从不允许单独转让注册商标转向允许单独转让了。② TRIPs协定第21条也明确规定：商标注册人有权将商标与该商标所属业务同时或不同时转让。

二、许可

表面看来，既然商标专用权是一种财产性私权，权利人当然可以许可他人行使，正如著作权人和专利权人可以许可他人使用作品和发明创造及外观设计一样。但商标的首要功能在于识别来源，如果允许商标注册人许可他人使用商标，就会形成使用相同商标的商品或服务来源不一致的情况。因此，早期有些国家是不允许商标许可的。但消费者更为关心的并非商品或服务的真正提供者，而是使用相同商标的商品或服务是否具有相同的品质。因此，只要来源不同的商品或服务品质相同，商标使用于这些商品或服务仍然能够起到保障商誉和保护消费者利益的作用。目前，各国均允许商标注册人许可他人使用商标，这正是商标的品质保障功能得到承认的体现。

《商标法》第43条规定：商标注册人可以通过签订商标使用许可合同，许可他人使用

① Universal City Studios Inc. v. Nintendo Co., 746 F. 2nd 112 (2nd Cir., 1984).

② 参见《德国商标法》第27条，我国台湾地区“商标法”第28条，《意大利商标法》第15条。

其注册商标。商标使用许可合同应当报商标局备案，并由商标局公告。可见，我国对商标许可采取的是登记对抗主义，即商标使用许可合同未经备案的，不影响该许可合同的效力，但不得对抗善意第三人。

与专利许可相似，商标许可也分为三类：第一类是独占使用许可，它是指商标注册人在约定的时间和地域范围内，仅许可一个被许可人以特定方式使用注册商标，同时商标注册人自己承诺不使用该注册商标。第二类是排他使用许可，它是指商标注册人在约定的时间和地域范围内，仅许可一个被许可人以特定方式使用注册商标，但商标注册人自己可以使用该注册商标。第三类是普通使用许可，它是指商标注册人在约定的时间和地域范围内，许可他人以特定方式使用注册商标，商标注册人自己可以使用该注册商标，也可以再许可他人在同样的范围内使用注册商标。

显然，独占许可使被许可人获得在约定的时间和地域范围内使用商标的垄断优势，因为在此范围内无人可以合法地以同样方式使用被许可的商标，与被许可人展开竞争；同时，如果他人在同一范围内以相同的方式使用商标，独占许可的被许可人可以单独起诉或申请法院采取诉前措施。排他许可的被许可人的竞争优势不如独占许可的被许可人，因为在约定的时间和地域范围内，商标注册人和被许可人都可以使用商标，互相之间存在竞争；如果其他人在同一范围内以相同的方式使用商标，排他许可的被许可人只能和商标注册人共同起诉或申请法院采取诉前措施，或在商标注册人不起诉或进行申请的情况下，自行起诉或提出申请。普通许可的被许可人在同一市场上则需要面对较多的竞争，因为商标注册人不但自己可以使用，还能许可其他人使用注册商标；如果其他人未经商标注册人许可，在同一范围内以相同的方式使用商标，普通许可的被许可人只有在有商标注册人明确授权的情况下才能起诉或申请法院采取诉前措施。

理论研究

许可人对被许可人商品质量的监督义务与商标的识别功能

《商标法》第43条规定：许可人应当监督被许可人使用其注册商标的商品质量。被许可人应当保证使用该注册商标的商品质量。经许可使用他人注册商标的，必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。本书作者认为：要求许可人对被许可使用注册商标的商品质量进行监督是对商标的品质保障功能和识别功能的强化。在商标被许可他人使用的情况下，使用同一商标的商品或服务会有不同的来源。如果源自不同经营者的商品或服务具有相同质量，消费者的利益并不会受到损害。但如果被许可人提供的商品质量低劣，而消费者因为对原先从商标注册人处购买的商品具有良好印象，而购买了被许可人贴有相同商标的商品，就等于因商标许可而受骗上当。为了防止这种情况的发生，《商标法》一方面要求被许可人必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地，以使消费者知晓该商品并非由商标注册人提供；另一方面要求商标注册人监督被许可人使用其注册商标的商品质量，以防被许可人的商品质量低劣，导致商标无法发挥其质量保障功能，并损害消费者的利益。同时，商标注册人对被许可人的商品质量加以监督，意

味着要对被许可人施加一系列质量管理与控制，这就使商标注册人与被许可人之间在生产经营方面具有更加密切的联系。在这种情况下，被许可人提供的商品与商标注册人直接提供的商品就没有多大的差别了。商标注册人与被许可人可以基本被视为同一个经营者，这就使得商标所固有的识别功能仍然可以发挥作用。换言之，只要商标注册人对被许可人的商品质量加以有效监督，被许可人对商标的使用就可以被视为商标注册人自己的使用，即对消费者而言，即使其完全不知道使用注册商标的商品并非由商标注册人直接提供，也不存在受骗上当的问题。

在商标注册人对被许可人使用其注册商标的商品质量加以监督的情况下，即使商标注册人在3年内自己完全没有使用商标，也不会因此而被撤销商标注册。这同样是因为在这种情况下，法律将被许可人的使用视为商标注册人自己的使用。①

由此可见，商标注册人的监督义务在强化商标品质保障功能的同时，也是在确保商标的识别功能得以实现。在特别强调商标识别功能的美国，如果商标注册人没有对被许可使用其注册商标的商品或服务的质量进行监督与控制，商标注册人可能面临着被认为放弃注册商标的危险②，因为注册商标在这种情况下被认为丧失了指示商品或服务来源的功能。③ 美国法院在判例中指出：只要许可人进行了质量控制，许可他人使用商标就不意味着许可人放弃了商标，但在没有质量控制下的许可（naked licensing）构成对商标的放弃。④ 仅仅在许可合同中约定许可人有监督的权利是不够的，许可人必须实际实施了充分的质量控制。⑤

在英国，如果商标注册人未能对被许可人使用其注册商标的商品或服务的质量进行控制，而被许可人对商标的使用达到了在商品或服务的性质、质量或地理来源上误导公众的程度，《商标法》规定可以撤销注册商标。⑥ 当商标注册人实际控制着被许可人的经营，或者商标注册人为被许可使用注册商标的商品规定了质量标准，或者被许可使用注册商标的商品是根据同时作为专利权人的商标注册人的专利许可合同制造的，可以认定商标注册人进行了质量控制。⑦

但是，在另一些国家和地区，如法国、西班牙和我国台湾地区等，商标注册人并没有义务去监督被许可人使用其注册商标的商品或服务的质量。这意味着立法者相信市场规律可以自然促使许可人和被许可人保障使用注册商标的商品或服务的质量。如果被许可人提供的商品或服务质量低劣，导致消费者将注册商标视为品质不佳的标志，则不但被许可人在商业上不可能取得成功，而且会危及商标注册人的声誉和商业前景。这种市场压力自然会促使被许可人自觉地保证商品或服务的质量，同时也会促使商标注册人在被许可人出现问题时进行干预，而无须在法律中强制要求商标注册人对被许可人使用其注册商标的商品或服务的质量加以控制。

---

① See *World Trademark Law and Practice*, Matthew Bender & Company Inc. (2005), Australia, § 8.01.

② 参见美国《兰哈姆法》第45条。

③ See *World Trademark Law and Practice*, Matthew Bender & Company Inc. (2005), United States, § 8.01.

④ Dawn Donut Co. Inc. v. Hart's Food Stores, Inc., 267 F. 2d 358, at 436 (2nd Cir., 1959).

⑤ Alligator Co. v. Robert Bruce Inc., 122 U. S. P. Q. 276, at 277 - 278 (E. D. Pa., 1959).

⑥ 参见《英国商标法》第46条第1款（d）项。

⑦ See David Kitchin, David Llewelyn etc., *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, Sweet & Maxwell, § 13-30 (2005).

【问题与思考】

1. 论述商标专用权的内容。
2. 思考：哪些行为属于“对商标的使用”？
3. 思考：哪些情形可以导致商标专用权的消灭？
4. 思考：商标专用权能否单独转让？
5. 思考：商标的许可使用中应注意哪些方面的问题？

第十九章 不侵犯商标权的行为

本章导读

商标法对注册商标的保护并不是绝对的。商标并非语言或图形的禁区，商标权人并不能绝对地限制他人使用与注册商标相同或近似的文字或图形。在特定情况下，他人对与商标相同标志的使用并不构成商标侵权，如描述商品或服务的特征、说明商品或服务的用途和商标权用尽后的使用。

本书在著作权法和专利法部分，分别讲解了对著作权的限制和对专利权的限制。如果著作权或专利权中的专有权利受到了法律的限制，在该限制的适用范围内，他人未经许可实施受该专有权利控制的行为就不构成侵权行为。而商标法中虽然也规定了不构成侵犯商标权的行为，但许多此类行为不构成侵权的原因，并非是商标法对商标权进行了限制，而是这些行为并不属于商标法意义上的使用行为，原本就不受商标权的控制。《商标法》第48条规定："本法所称商标的使用，是指将商标……用于识别商品来源的行为。"这就意味着如果他人未将与商标相同或近似的内容用于识别商品来源，就不属于对商标的使用，自然不可能受商标权控制。例如，当直接用于描述商品特征的词汇因经过长期使用获得显著性而被注册为商标（如"两面针"注册商标）后，他人善意使用相同词汇对商品的特征进行客观描述（如"本牙膏含有两面针成分"），并不是商标法意义的使用行为。此时商标权原本就不能控制这种行为。这类似于读者阅读盗版书不构成侵权的原因，并非是著作权法规定了对著作权专有权利的限制，而是著作权法中没有所谓"阅读权"，著作权人原本就不能控制他人未经许可阅读作品的行为。但在，商标在获得注册之后，社会上大量存在着他人不能在相同或类似商品上以一切方式使用相同或类似文字或图形的误解，商标法需要明确列举不构成商标侵权的行为，这些行为被统称为"正当使用"（美国等一些国家的商标立法称为"合理使用"），其中就包括了原本就不属于商标权控制范围之内的行为。因此，在本章所讲解的不侵犯商标权的行为之中，如果其原本就不属于商标法意义上对商标的使用，就与对商标权的限制无关。

第一节　描述商品或服务的特征

这类描述商品或服务的特征的使用通常被称为“描述性使用”。它是指虽然使用了商标中的文字或图形，但却并非用其指示商品或服务的特定来源，而是对商品或服务本身进行描述。

本书在“商标权的取得”一章曾经讲解过，描述性标志对商品或服务的质量、原料、功能、用途、重量、数量等特点进行了直接描述，缺乏固有显著性，只有经过长期使用取得“第二含义”、获得了显著性之后，才能被注册为商标。但即使如此，商标权人也不能阻止他人使用商标中的描述性文字或图形善意地说明其商品或服务的特征，因为这些文字或图形毕竟不是商标权人臆造出来的，它们本来就处在公有领域之中，只不过通过商标权人长期将其与特定商品或服务联系在一起使用，使其被赋予了第二种含义。商标法对描述性标志的保护，也局限于这种由商标权人的商誉所带来的“第二含义”，而该标志的“第一含义”仍然保留在公共领域，供公众自由使用；而且他人只要善意地使用标志的“第一含义”，也不会引起消费者对商品或服务来源的混淆。例如，某旅行社在“旅游”服务项目上注册了“长江三峡”商标，随后就试图阻止其他旅行社在提供长江三峡旅行服务时使用“长江三峡”字样。显然，其他旅行社使用“长江三峡”是为了说明自己能够向旅客提供长江三峡的旅行服务，即善意地说明服务的内容。旅客看到“长江三峡”的字样也只会认为旅行社能够提供三峡旅游的服务，而不会认定这是某家特定的旅行社提供的服务。换言之，其他旅行社使用的“长江三峡”并不是用于指示来源的商标，而只是描述服务内容，并不构成对“长江三峡”商标权的侵犯。再如，国内某电视机制造商曾在电视机上注册了“CHDTV”商标。但在国家技术监督局发布的设备名称术语规范中，“HDTV”是“高清晰度电视（high definition television）”的意思。商标注册人无权禁止其他电视机制造商将“HDTV”作为直接标识商品特点的技术术语的英语缩写加以使用。[①]

有些标志虽然原本不属于描述性标志，但利用和标志相同或近似的文字或图形善意地说明商品或服务的特征，仍然可能在商标法的允许范围内。例如，北京著名的“中国国际贸易中心”被约定俗成地简称“国贸中心”或“国贸”，附近的地铁站和立交桥也被命名为“国贸站”和“国贸桥”。“国贸中心”的开发商在不动产服务上注册了“国贸”商标。而某一房地产开发公司将其在“国贸中心”附近开发的楼盘命名为“世桥国贸公寓”。虽然这一名称中含有注册商标“国贸”，但由于“国贸”在长期使用中具有地理名称的含义，将“国贸”两字放入“国贸中心”附近的楼盘名称中，是描述楼盘位置的一种手段。开发商只要在宣传和推销楼盘时使用自己的商标或其他方法避免相关公众对楼盘来源的混淆，其对“国贸”的使用就不构成侵权。[②]《欧共体商标一号指令》为此明确规定：商标权人无权禁止第三方在贸易中指明商品种类、质量、数量、用途、价值、地理来源、生产日期或者服务

---

① 参见上海市高级人民法院民事判决书（2004）沪高民三（知）终字第87号。

② 参见北京市第二中级人民法院民事判决书（2005）二中民终字第11995号。

的其他特征，只要这种使用不违背工商业领域的诚信惯例。①

典型案例

“雪花粉”侵犯了“雪花”商标权么

某面粉厂于20世纪80年代中期注册了雪花牌商标，核定使用的商品为第42类面粉。内蒙古某食品公司受让了该商标后，即起诉北京某粮油公司擅自将其销售的面粉称为“雪花粉”，即将其注册商标“雪花”作为产品名称使用。

法院经审理后认定：自20世纪80年代后期以来，部分面粉企业开始生产档次比国家标准规定更高的面粉。因这种面粉比国家标准规定的最高等级特制一等粉还要白，像雪花一样，这些企业也约定俗成地称之为雪花粉。雪花粉作为一种与特定品质相联系的面粉，众多企业已生产、销售多年，获得了全行业和消费者的认可，应当成为一种面粉的通用名称。被告在其产品上使用雪花粉字样的行为，系表明其产品的品质，这种使用方式并不会与原告的雪花牌商标产生混淆，并导致消费者误认的后果，应认定为正当使用。原告的注册商标中虽然有雪花的文字，但原告作为“雪花”商标的注册人，无权禁止他人正当使用。因此，被告在其产品上使用“雪花粉”字样的行为不构成对原告商标专用权的侵犯。②

国家工商行政管理局早在1999年就在《关于商标行政执法中若干问题的意见》中规定：下列使用与注册商标相同或者近似的文字、图形的行为，不属于商标侵权行为：（1）善意地使用自己的名称或者地址；（2）善意说明商品或者服务的特征或者属性，尤其是说明商品或者服务的质量、用途、地理来源、种类、价值及提供日期。该意见虽然已经失去效力，但仍有一定参考价值。《商标法》第59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，或者含有的地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用。近年来，法院也在许多案例中认定：使用与注册商标相同的文字合理地描述自己产品的特征并不构成侵权。例如，有人在纸巾上注册了“薰衣草”文字商标。但在制造纸巾过程中可以加入各种不同香料，使其具有不同的香味。在纸巾上标注“薰衣草”，是为了描述纸巾的香型，供消费者在购物时加以取舍，这属于对纸巾本身特点的合理描述，不会带给消费者任何该纸巾来源的区别信息。法院认定这种使用不构成侵权。③ 再如，某公司在制冷设备、冷冻设备上注册了“BIOFRESH”商标，其指控西门子公司未经许可在其生产的冰箱上使用了“Bio fresh”，构成商标侵权。但“Bio”作为词根，有“生物”之义，而“fresh”有“新鲜”之义，因此，“Bio fresh”有“生物保鲜”之义。西门子公司用“Bio fresh”的意图明显是指该商品所具

---

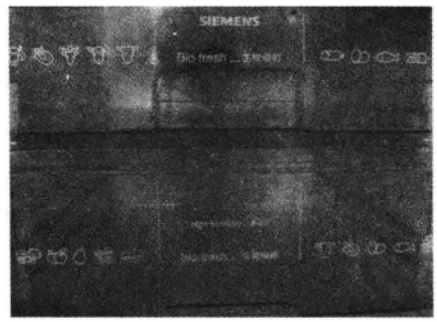
① See First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, Article 6 (1) (b).

② 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2003）一中民初字第1004号。

③ 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2006）一中民初字第15269号，北京市高级人民法院民事判决书（2007）高民终字第968号。

备的生物保鲜功能，属于正当使用，不构成商标侵权。①

纸巾上的“薰衣草”



冰箱上的“Bio fresh”

理论研究

描述性使用是对商标的“合理使用”还是对商标的“非商标性使用”

不构成侵权的描述性使用经常被称为“对商标的合理使用”。本书作者认为：“合理使用”这一称呼可能会引人误解，因为它会给人以“合理地使用他人商标”的感觉。但实际上，描述性使用只是对描述性标志“第一含义”的使用，即对商品或服务的质量、原料、功能、用途、重量、数量等特点进行直接描述，并不是为了指示商品或服务的特定来源，即没有将该标志作为商标来使用。这种使用根本不能被称为“对商标的使用”，更谈不上“对商标的合理使用”了。例如，“灯影牛肉”是四川省达县的著名特产，因成品片薄如纸、可透灯影而得名。它原本是这一类产品的通用名称，由于历史原因，“灯影”于20世纪80年代初期被四川某食品公司注册为牛肉食品的商标。但“灯影”的商标注册人不能阻止他人在牛肉食品包装上使用“灯影牛肉”这4个字来说明牛肉食品的特征。②“灯影牛肉”中虽然含有构成他人注册商标的文字“灯影”，但其他厂商使用这4个字并非为了指示牛肉食品的特定生产者，而是向消费者说明牛肉食品本身的特征。在“灯影牛肉”中对“灯影”的使用，并非商标法意义上对商标“灯影”的使用，而是对描述性词汇“灯影”（第一含义）的使用。将其归为“非商标意义的使用”，可能比“对商标的合理使用”更适当一些。

典型案例

美国教育考试服务中心诉新东方学校

美国教育考试服务中心（ETS）是TOEFL和GRE考试的主持、开发者，在中国注册

① 参见上海市第一中级人民法院民事判决书（2007）沪一中民五（知）初字第295号。

② 参见四川省工商行政管理局《关于灯影是否为牛肉商品土特产专用名称的请示》[川工商（2003）1号]，以及国家工商行政管理总局商标局《关于灯影是否为牛肉商品土特产专用名称的批复》[商标审（2003）27号]。

了 TOEFL 和 GRE 商标，核定使用的范围包括盒式录音带、考试服务和出版物等。北京新东方学校在其出版的“GRE 听力磁带”和“GRE 系列教材”的封面及包装上均突出使用了“GRE”字样。ETS 认为新东方学校未经许可在相同商品和服务上使用其注册商标，构成商标侵权。一审法院支持了该诉讼请求，但二审法院认为：虽然 ETS 在出版物、录音磁带上合法注册了 GRE 商标，新东方学校在“GRE 系列教材”、“GRE 听力磁带”上突出使用了“GRE”字样，但新东方学校对“GRE”是在进行描述性或者叙述性的使用。其目的是说明和强调出版物的内容与 GRE 考试有关，便于读者知道出版物的内容，而不是为了表明出版物的来源，并不会造成读者对商品来源的误认和混淆。①

典型案例

“盛大富翁”侵犯“大富翁”的商标权么

台湾大宇资讯股份有限公司（以下简称大宇公司）在第 41 类服务项目（其中包括“在计算机网络上提供在线游戏”）上注册了“大富翁”文字商标。上海盛大网络公司（以下简称盛大公司）推出了网络在线游戏“盛大富翁”。大宇公司起诉盛大公司侵犯其注册商标权。一审法院根据词典释义等各种证据认定：“大富翁”是一类“按骰子点数走棋的模拟现实经商之道的游戏”的通用名称，原告不能禁止他人对“大富翁”在表示一类“按骰子点数走棋的模拟现实经商之道的游戏”的名称时的正当使用。②

上诉时，原告提供了一项证据：盛大公司曾以“大富翁”是经济类游戏的通用名称针对大宇公司注册的“大富翁”商标提出撤销注册申请。但商标评审委员会认为盛大公司提供的证据不足以证明“大富翁”是国家标准或行业标准规定的或者约定俗成的名称；亦不足以证明“大富翁”指定使用在“在计算机网络上提供在线游戏”等服务上，从而直接表示服务的主要特点；也不足以证明使用“大富翁”商标有其他相关公众难以识别服务来源，缺乏显著特征的情形，故裁定争议商标予以维持。

盛大公司被控侵权的标识

本案的关键问题之一即在于如何看待在“在计算机网络上提供在线游戏”服务上注册的“大富翁”。本书作者认为：商标在一类商品或服务上的注册被维持，并不意味着该商标对此类中任何一个具体的商品或服务都具有显著性。可以想象，如果原告开设一个提供“坦克大战”游戏服务的网站，并在网站上使用“大富翁”标识，相关公众很容易意识到

① 参见北京市高级人民法院民事判决书（2003）高民终字第 1392 号。

② 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书（2006）浦民三（知）初字第 125 号。

“大富翁”是“坦克大战”游戏网的商标，也即“大富翁”对于“坦克大战”在线游戏服务是具有显著性的。但如果一个网站在提供“按骰子点数走棋的模拟现实经商之道的游戏”时使用“大富翁”，则相关公众只会认为这是游戏名称。因此，商标评审委员会的裁定只表明“大富翁”不是“在计算机网络上提供在线游戏”这一大类服务的通用名称，而并未否定“大富翁”是一类“按骰子点数走棋的模拟现实经商之道的游戏”的通用名称。

二审法院也认为：“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“按骰子点数走棋的模拟现实经商之道的游戏”这一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。综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，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。因此，盛大公司使用“盛大富翁”，是为了叙述服务所对应的游戏品种，属于正当使用。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。①

第二节　说明商品或服务的用途

如果使用他人商标中的文字或图形，是为了说明自己提供的商品或服务能够与使用该商标的商品或服务配套，或是为了传递商品或服务来源于商标权人这一真实信息，也即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，则这种使用不构成商标侵权。

法律对商标的保护是为了防止对消费者的欺骗和维护商标权人的商誉，并不是为了让商标权人垄断相关的商品或服务，因此，商标权人虽然可以阻止他人以令消费者混淆的方式在相同或类似的商品或服务上使用相同或近似的标志，但却无权禁止他人提供与自己的商品或服务相配套的商品或服务，也不能阻止他人使用该商标说明自己的商品或服务与商标权人的商品或服务配套或者说明商品与服务的真实来源。北京市高级人民法院《关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》第27条规定，正当使用商标标识的行为包括在销售商品时，为说明来源、指示用途等在必要范围内使用他人注册商标标识。例如，对于喷墨打印机所使用的原装墨盒，制造商均宣称该墨盒只能一次性使用，其中墨水用尽之后必须重新购买。但墨盒价格高昂，其中的墨水却比较便宜。一些厂商开发出了专门用于这些墨盒的“补充墨水”，即在原装墨盒中的墨水用尽后，可以将补充墨水注入墨盒之中。由于市场上原装墨盒型号众多，补充墨水生产厂商必须在墨水上注明适用于特定厂商的墨盒，这样就不可避免地会用到原装墨盒生产商的注册商标，如“本墨水适用于惠普墨盒”等。只要不是对商标加以突出使用并模仿原装墨盒中的文字、图形或产品包装风格，消费者看到

① 参见上海市第一中级人民法院民事判决书（2007）沪一中民五（知）终字第23号。

之后一般就不会误认为该墨水由原装墨盒厂商生产，而只会认为该墨水能够被用于该原装墨盒。这种对墨盒商标中文字的使用并不会构成商标侵权。

再如，在淘宝网上开设出售油漆的商铺，展示立邦、多乐士等知名品牌的文字和图形，只要其出售的是正品而非假货，且其使用油漆注册商标的方式不在于误导消费者相信该商铺是商标权人自己或经许可开设的专卖店，则这种未经许可使用注册商标文字和图形的行为就是在指示商品的真实来源[①]，不构成侵权。

典型案例

未经授权称自己“专修宝马车”侵权么

驰名世界的宝马（BMW）汽车公司在荷兰的子公司通过一个完善的经营网络销售宝马汽车，只有符合条件的经销商才能加入该网络并使用 BMW 商标。一位名叫 Deenik 的商人并未加入该销售网络，但却专门经销二手宝马汽车，提供宝马汽车的维修服务，并在广告中称自己“提供 BMW 的维修”、“专门从事 BMW 维修”，以及自己是“BMW 专家”。宝马汽车公司指称 Deenik 在广告中未经许可使用 BMW 商标构成侵权。此案经过荷兰地方法院、上诉法院和最高法院审理之后，被提交到欧共体法院。

欧共体法院认为：使用他人商标向公众说明自己从事对使用该商标商品的销售、维修，自己专门从事该商品的维修以及自己是这方面的专家，构成《欧共体商标一号指令》意义上的对商标的使用。如果广告对商标的使用方式会导致公众误认为商标权人与广告主之间存在特定商业关系，则构成商标侵权。但如果公众不会因广告中使用了该商标而产生这样的误认，就不会给商标权人造成商标法所承认的损害，既不会导致混淆，也不会削弱其商标的显著性和声誉。而不在广告中使用商标权人的商标，就无法向公众说明所销售的二手商品，以及维修服务或维修者的性质。因此，只要 BMW 汽车已经经过商标权人同意而投放市场，BMW 商标权人就无权阻止他人使用 BMW 商标向公众诚实地说明其从事 BMW 汽车的维修、其专门维修 BMW 汽车，以及其是 BMW 汽车的专家，除非其使用 BMW 商标的方式会引起消费者对其与 BMW 汽车公司之间关系的误认。[②]

本案的关键在于，某种品牌商品的维修服务提供者是否有权使用该商标来推销自己的服务。显然，如果不允许维修服务提供者善意地使用商标，就无法准确、简洁地向公众传达有关服务对象、内容和性质的信息。这不但将极大地拓宽商标权人垄断权的范围，剥夺相关服务提供者公平展开竞争的机会，也使消费者难以便捷地获得相关信息。因此，只要不采取导致消费者对服务来源产生混淆的方式，维修服务提供者是有权使用商标善意地描述自己的服务的。

---

① 参见上海市徐汇区人民法院民事判决书（2011）徐民三（知）初字第 138 号，上海市第一中级人民法院民事判决书（2012）沪一中民五（知）终字第 64 号。

② BayerischeMotorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v. Ronald Karel Deenik, Bayerische Motorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v. Ronald Karel Deenik, Court of Justice, Case C-63/97, paras. 42, 54.

典型案例

未经授权称自己的“刀片适用于吉列剃须刀”侵权么

对于本节所述的“为说明商品或服务的用途”而使用他人商标的情形，《欧共体商标一号指令》第6条第1款（c）项有明确规定：在商标注册人之外的第三人有必要使用注册商标说明商品或服务的用途，特别是一些附件或零部件的用途时，只要不违反工商业领域的诚实信用习惯，商标注册人无权加以阻止。2005年由欧共体法院判决的吉列公司诉LA-Laboratories公司案对此作了最好的注脚。

吉列公司在芬兰注册了“吉列”（Gillette）商标，指定商品包括剃须刀。LA-Laboratories公司（以下简称LA公司）也在芬兰出售剃须刀，并注册了“Parason Flexor”商标；该剃须刀中的刀片与吉列公司的剃须刀刀片是相似的。在LA公司生产和销售的剃须刀刀片包装上印有“本刀片适用于所有Parason Flexor和吉列的剃须刀”。吉列公司认为LA公司未经许可在其刀片上使用“吉列”商标，构成商标侵权。

欧共体法院指出：《欧共体商标一号指令》第6条是对商标权的限制，其目的是使在商标保护与推动商品自由流通和自由提供服务这两者之间达到协调。[①] 根据该条的规定，首先应当考察第三方使用他人注册商标对于说明自己的商品或服务用途是否是“有必要的”。欧共体法院认为：如果第三方不使用他人注册商标实际上就无法以易于理解的方式向公众传递有关商品或服务用途的完整信息，则对他人注册商标的使用就是“有必要的”[②]。同时，还应考察第三方对他人注册商标的使用是否符合工商业领域的诚实信用习惯。如果这种使用会导致消费者产生第三方与商标注册人之间有商业联系的印象，或者通过不当利用他人注册商标的显著性或声誉而影响了注册商标的价值，或者丑化、贬低了注册商标，以及仿制他人注册商标所指定的商品并在该商品上使用注册商标，都不属于“符合工商业领域的诚实信用习惯”的使用。[③]

根据欧共体法院的上述观点，显然在本案中LA公司对“吉列”商标的使用并不构成商标侵权。LA公司的刀片是可以用于替换“吉列”牌剃须刀中的刀片的。对于这一用途，LA公司写明该刀片“可用于吉列”，是一种最容易让消费者知晓该刀片用途的方式。如果禁止LA公司在产品包装或说明上使用“吉列”一词，则消费者实际上就无法了解这种刀片是可以替换吉列剃须刀刀片的。商标法的立法目的在于防止消费者对商品或服务来源产生混淆以及保护商标权人的声誉，而不在于让商标权人通过商标来垄断产品的配件或服务市场。只要LA公司在刀片上说明该刀片能够用于吉列剃须刀的方式，不会让消费者误认为该刀片由吉列公司生产或由吉列公司授权LA公司生产，或以其他方式引起对“吉列”商标的淡化或丑化，吉列公司是不能阻止LA公司使用“吉列”一词来描述其刀片的用途的。

---

① Gillette Co., Gillette Finland Co. OY v. LA-Laboratories Ltd. OY, Court of Justice, Case C-228/03 (2005), para. 29.

② Ibid., para. 29.

③ Ibid., paras. 41-45.

当然，这种使用必须善意、合理并符合商业惯例，不能传达导致消费者产生混淆的信息。如BMW汽车维修提供者未经许可在广告中使用“BMW特许专修”的文字，则会使消费者误以为该修理服务提供者得到过BMW汽车原厂的授权，其修理质量有保障。这样的使用就可能构成商标侵权了。商标局曾经在1995年发出《关于禁止汽车零部件销售商店、汽车维修站点擅自使用他人注册商标的通知》，指出汽车零部件销售商店和汽车维修站，为了说明本店经营汽车零部件品种及提供服务的范围，应直接使用叙述性的文字，如“本店销售某某汽车零部件”、“本店维修某某汽车”等字样，其字体应一致，不得突出其中的文字商标部分，也不得使用他人的图形商标或者单独使用他人的文字商标[①]，即是为了防止对商标的使用造成混淆。1996年商标局再次发出《关于禁止擅自将他人注册商标用作专卖店（专修店）企业名称及营业招牌的通知》指出，未经商标注册人允许，擅自使用“某某专卖”、“某某专营”、“某某专修”等字样，会使消费者认为该店与商标注册人存在紧密的联系，从而使消费者对商品或服务来源产生误认。因此，商品销售网点和提供某种服务的站点，在需要说明本店经营商品及提供服务的业务范围时，可使用“本店修理某某产品”、“本店销售某某西服”等叙述性文字，且其字体应一致，不得突出其中商标部分。[②] 但是，上述两通知一律禁止“突出其中的文字商标部分”、“使用他人的图形商标”和“突出其中商标部分”值得商榷，因为这种使用是否会导致消费者混淆应取决于具体的使用方式，突出使用文字商标或使用图形商标以提示消费者自己销售特定品牌汽车配件或提供维修服务并不一定会造成消费者的混淆。

理论研究

可能导致混淆的使用就一定不是正当使用么

构成正当使用的前提是否为对注册商标中文字或图形的使用不会导致消费者对来源发生混淆的可能？对此问题存在不同观点。北京市高级人民法院在2004年颁布的《关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》中，曾将“使用不会造成相关公众的混淆、误认”作为商标正当使用应当具备的构成要件。但近年来欧美法院的司法实践表明，在善意使用的情况下，即使会发生混淆的可能，也不能就此认定这种使用不构成正当使用。

在美国联邦最高法院2004年判决的案例中：KP公司从1990年至1991年就开始在一种用于掩盖伤痕的化妆品上使用“micro color”字样。Lasting公司于1992年在化妆品上注册了“Micro Colors”图文组合商标。当Lasting公司要求KP公司停止使用“micro color”时，KP公司提起了确认不侵权之诉。美国联邦地区法院认为，KP公司使用“micro color”只是为了描述其商品（即说明其颜色不重，较为自然），同时其使用行为公平、合理且出于善意，因此认定KP公司胜诉。但美国联邦第九巡回上诉法院认为：地区法院没有就消费者是否会对化妆品来源产生混淆的问题进行分析是错误的，因为在一种使用行为可能导致

① 参见国家工商行政管理局《关于禁止汽车零部件销售商店、汽车维修站点擅自使用他人注册商标的通知》[工商标字（1995）第195号]，该通知现已被废止。

② 参见国家工商行政管理局《关于禁止擅自将他人注册商标用作专卖店（专修店）企业名称及营业招牌的通知》[工商标字（1996）第157号]。

消费者发生混淆的情况下，不可能构成合理使用（美国法院将描述性使用称为“合理使用”）。美国联邦最高法院则指出：《兰哈姆法》只是规定，以合理方式善意地描述商品、服务或产地，不构成侵权，并未要求被控侵权人证明其使用行为不可能导致消费者的混淆。因此，美国联邦最高法院认为：消费者的一些混淆可能与合理使用是可以并存的，在注册商标本身就有一定描述性的情况下更是如此。①

欧共体法院也得出了相同的结论：一家德国公司在矿泉水上注册了“GERRI”商标。另一家德国公司在其销售的饮料上注有“KERRY Spring”字样（“spring”是“泉水”的意思），因为其饮料是一家爱尔兰公司用一种名为“Kerry Spring”的泉水，在爱尔兰 Kerry 郡制造的。但此举遭到“GERRI”商标注册人的起诉。德国最高法院认为，被告对“KERRY Spring”事实上是作为商标加以使用的，鉴于消费者在购买时，经常以“KERRY”代替“KERRY Spring”，而且“KERRY”和“GERRI”发音相似，会导致混淆的可能。但同时《欧共体商标一号指令》第 6 条第 1 款（b）项规定，商标权人无权禁止第三方在商业活动中使用表明……地理来源或其他有关产品或服务特征的标识。德国最高法院因此请求欧盟法院对《欧共体商标一号指令》该条的适用作出解释。欧盟法院回顾《欧共体商标一号指令》的起草历史，指出该条的草稿曾规定，（不构成侵权的）前提是“没有将（相关标识）作为商标使用”，但最后改成了：（不构成侵权的）前提是根据诚信的产业或商业惯例对（相关标识）加以使用。因此，重要的不是对相关标识的使用类型，而是这种使用是否为了描述商品或服务的特征，如地理来源，以及是否符合诚信的产业或商业惯例。虽然一个表明商品在地理上来源于某一成员国的标识，因与在另一成员国注册的商标在发音上相似而可能导致混淆，但这并不足以得出这种使用不符合诚信惯例的结论。②

在这两起诉讼中，原告注册商标中的文字有描述性成分或与地名近似。这种情况下，当被告使用与之近似的文字表明商品自身的特征或地理来源时，即使客观上会导致消费者产生混淆的可能，也不能一概加以禁止，否则，不但剥夺了他人善意描述其商品或服务的权利，也会鼓励注册低显著性标志的行为，对于维持公平的市场竞争秩序并无好处。因此，当他人的使用不可能导致混淆时，当然不构成商标侵权，但即使他人为描述商品或服务的特征或者指示其用途而进行的使用可能导致混淆，也应当以这种使用是否合理，也即“是否符合诚信的产业或商业惯例”为判断其是否构成正当使用的最终标准。北京市高级人民法院在 2006 年重新颁布的《关于审理商标民事纠纷案件若干问题的解答》中，也不再把“使用不会造成相关公众的混淆、误认”作为“正当使用商标标识行为的构成要件”。

在我国发生的“百家湖”案中，原、被告分别为物业发展公司和房地产开发公司。原告在不动产服务上注册了“百家湖”商标，并在南京刊登了“百家湖花园”的售房广告。而被告将其距南京百家湖不远的楼盘命名为“百家湖·枫情国度”，并在宣传广告、售楼书和样板房上使用了该名称。由于原告与被告的服务类似，同时原告在先使用了“百家湖”

---

① KP Permanet Make-up, Inc., v. Lasting Impresstion Inc., 543 U. S. 111 (2004), at 118 - 119, 121 - 122.

② Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. v. Putsch GmbH, Court of Justice, Case C - 100/02 (2004), paras. 14, 15, 19, 20, 22 - 25.

商标，而被告对“百家湖”有突出使用之嫌，其是否可能导致消费者产生混淆，确实难以判断。一、二审法院对此问题的看法也大相径庭。[①] 考虑到原告的注册商标中含有地名，以被告对地名的使用是否正当为判断依据更为合适。事实上，再审法院也强调：被告的楼盘距百家湖湖面很近，完全有权如实注明商品房的地理位置。其将楼盘冠名为“百家湖·枫情国度”并在广告中使用，是为了告知消费者该楼盘位于百家湖地区；而且这种使用地名的方式，是将“百家湖”作为地理位置叙述使用，符合普通公众惯常理解的表示地理位置的方式，属于对地名的正当使用。[②] 这一思路是正确的。

第三节 商标权用尽

“商标权一次用尽”，又称“商标权穷竭”，是指对于经商标权人许可或以其他方式合法投放市场的商品，他人在购买之后无须经过商标权人许可，就可将该带有商标的商品再次售出或以其他方式提供给公众，包括在为此目的进行的广告宣传中使用商标。

“商标权一次用尽”与著作权法中“发行权一次用尽”的原理是相同的。商标在绝大多数情况下会附着于商品之上，商品本身是普通的有体物，合法购得商品者对其享有物权法上的所有权，有权以销售的方式对其加以处分。但销售带有商标的商品同时又是商标法意义上对商标的使用行为，需要得到商标权人的许可。因此，转卖带有商标的商品在表面上就会引起所有权人和商标权人权利的冲突。

商标法将销售带有商标的商品规定为对商标的“使用”，是为了阻止冒牌商品的出售，防止消费者对商品来源产生混淆，并保护商标权人的利益。在带有商标的商品已经商标权人许可在市场公开流通的情况下，如果允许商标权人限制买受人转售其购得的带有商标的商品，就偏离了商标法的立法目的，而演变为允许商标权人对他人的所有权和有形财产的合法流通加以干涉了。这将严重损害允许合法商品自由流转这一市场经济赖以存在的基本原则。因此，对于经过商标权人许可向公众提供的商品，该商品上的商标被视为“用尽”或“穷竭”，商标权人不能阻止该商品的所有权人向公众再次出售或提供。例如，零售商在向批发商购入正牌商品后，无须再经过商标权人许可即可销售这批商品。同样道理，从零售商处购得商品的消费者也有权自行转卖，而不会构成商标侵权。需要注意的是：实务中一些商标权人与其经销商约定，或在商品上声明，该商品只能在特定地域范围内销售。但该协议或声明并不具有限制从经销商处购买商品者转售该商品的效力。只要带有商标的商品一经商标权人许可在市场中售出，商标权就已用尽，买受者无须再获得商标权人许可就可以转售该商品。[③]

但是，商标权人在将带有商标的商品投放市场之后，也并非绝对失去了对该商品的控制。同时，如果带有商标的商品经商标权人许可售出后状况发生了变化，如已经损坏、变

---

① 参见江苏省南京市中级人民法院民事判决书（2001）宁知初字第196号，江苏省高级人民法院（2002）民事判决书苏民三终字第056号。

② 参见江苏省高级人民法院民事判决书（2004）苏民三再终字第001号。

③ Peak Holding AB v. Axolin-Elinor AB, Court of Justice, Case C-16/03 (2004), para. 56.

质，继续销售将可能使消费者误认为商标权人的商品原本就质量低劣，从而损害商标权人的声誉。为此，《欧共体商标一号指令》第7条第2款明确规定：如果商标权人有合法理由阻止将其已售出的商品再次销售，如商品在被投放市场之后状态已经发生了改变或商品受到了损害，则商标权用尽原则不再适用。

典型案例

德国缺陷餐具案

德国Tchibo公司是“Tchibo”商标的注册人，其与一家不锈钢生产商签订定牌加工合同，定制在外包装上印有“Tchibo”商标的餐具。由于发现定制的餐具存在质量问题，Tchibo公司拒绝接收，但允许生产商在移除印有“Tchibo”商标的外包装后自行销售。生产商却在没有移除外包装的情况下销售了这批餐具。Tchibo公司起诉生产商侵犯商标权。德国杜塞尔多夫地区法院和上诉法院就能否对此案适用“商标权用尽”产生了意见分歧。

德国最高法院认为：本案中并不存在商标权用尽，因为商标权人本不同意印有“Tchibo”商标的这批餐具投放市场。如果商标权人仅同意销售不带有商标的商品，则不发生商标权用尽。[①]

本案是有关商标权用尽条件的典型案例。本案中，商标权人明确禁止生产商销售带有“Tchibo”商标的缺陷餐具。可以想见，不带有“Tchibo”商标的餐具售价会低于带有“Tchibo”商标的餐具售价，而差价部分正是商标所体现的商誉具有的价值。商标权人宁愿放弃从许可他人使用商标中获得收益，也体现了商标的品质保障功能，即商标权人要力保所有带有“Tchibo”商标的商品都具有同样的品质。在商标权人根本没有许可销售带有商标的商品，没有从对商标的使用中获得收益的情况下，自然不可能发生商标权的用尽。

典型案例

未经授权销售二手迪奥香水侵权么

克丽丝汀·迪奥（Christian Dior，简称CD）是世界驰名的法国高档香水品牌。法国克丽丝汀·迪奥在荷兰的子公司通过一个销售网络销售CD品牌香水，只有经过认证、符合条件的销售商才能加入该网络。Evora公司并未加入CD香水在荷兰的销售网络，但却在购入进口至荷兰的CD香水后加以销售。在1993年圣诞节时，Evora公司在广告宣传册中推销CD香水。克丽丝汀·迪奥公司认为Evora公司未经许可在广告中使用其CD商标侵犯其商标权。此案经过地区法院和上诉法院的审理，最终被提交至荷兰最高法院，最高法院则决定首先听取欧共体法院的意见。

欧共体法院认为：既然根据商标权用尽原则，对于经过商标权人许可已经被置于市场上销售的商品，购买者可以加以转卖，也可以在广告中推销该商品。如果商标权人能够阻

---

① See Federal Court of Justice, Decision of 3 February 2011, I ZR 26/10.

止他人在广告中使用其商标推销标有该商标的商品，则转卖者自由转卖二手商品的权利就变得没有任何意义了，这是对商标权用尽原则的践踏。①

欧共体法院同时指出：如果转卖二手商品的方式会导致对商标权人声誉的损害，则商标权用尽原则不再适用。有损于商标权人声誉的广告也是如此。消费者选择高档香水是因为它们具有奢侈品的高贵气质。如果将高档香水与低价厕所手纸和牙刷在一个广告中加以推销，即使高档香水是通过平行进口获得的真品，商标权人也有正当理由阻止。再如，一个位于红灯区的门面破旧的小店也可能出售或在广告中推销真品高档香水，但这种销售或广告很难避免对香水的声誉和形象造成损害。② 因此，关键是判断被告在广告中推销原告香水的方式是否存在损害原告声誉的实质可能性。

理论研究

真品的平行进口是商标侵权行为么

所谓“真品平行进口”（简称“平行进口”）是指商标权人只许可将带有其商标的商品投放某一国家或地区市场进行销售，而有人将该商品进口至另一国家或地区进行销售。进口国对该进口商品的销售市场也被称为“灰色市场”。“平行进口”的产生与各国（地区）经济发展水平不一和市场情况不同有关，同样的商品在不同国家和地区的销售价格往往是有差异的。当相同商品在甲国的售价低于在乙国的售价时，乙国的商人就愿意从甲国进口相同商品在乙国销售，以获取更大的利润。乙国商人在乙国销售带有商标商品的行为虽然没有经过商标权人许可，但该商品是真品而非冒牌货。因此，“平行进口”与进口及销售假冒商品是完全不同的。

商标权人对“平行进口”往往持反对态度，因为这将干扰其在世界各国实行不同的价格销售战略。而是否将“平行进口”定为商标侵权行为，关键在于是否承认商标权用尽原则适用于跨国的商品流通。换言之，如果某一商标已在世界各国都获得了注册，在商标权人许可带有商标的商品进入一国市场之后，对于该商品之上的商标权而言，是仅在该国市场上“用尽”，还是在全世界都已“用尽”？如果答案是前者，则未经许可在另一国家或地区销售带有商标的商品仍然是在相同商品上“使用”相同商标，构成商标侵权。如果答案是后者，则根据商标权用尽原则不构成侵权。

对于此问题，存在不同的观点和理论，各国的态度也不尽相同。有学者认为：“商标权用尽”只能适用于“垂直销售”，在此情况下可视为商标权人已经默示许可对商品的转卖，但这种默示许可不能延及“平行进口”③。

《欧共体商标一号指令》第7条规定了欧共体内的“商标权用尽原则”，即带有商标的商品一旦经过商标权人许可进入任何一个欧共体国家流通，商标权人就不能再阻止他人将该商品转卖到其他欧共体国家。这是因为《欧共体商标一号指令》要促进欧洲统一大市场

---

① Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v. Evora BV, Court of Justice, Case C-337/951 (1997), para. 31.

② Ibid., para. 51.

③ 曾陈明汝：《商标法原理》，81页，北京，中国人民大学出版社，2003。

的建立，规定欧共体内的“商标权用尽”对于商品在欧共体内自由流通是有利的。但《欧共体商标一号指令》并没涉及在欧共体之外合法投放市场的商品是否可不经商标权人许可在欧共体内部市场销售。欧共体法院在1998年对Silhouette诉Hartlauer案的判决中，认定《欧共体商标一号指令》并不允许除欧共体内部市场之外的“商标权国际用尽”①。这意味着某一商标在俄罗斯和欧盟都获得注册的情况下，将商标权人许可在俄罗斯售出的商品进口到奥地利销售构成商标侵权。

在美国，法院通过NEC电子公司诉Circuit Abco等一系列案例，对商品“平行进口”逐渐确认了这样的原则：对于不会导致消费者对商品来源产生混淆的“平行进口”应当允许。② 但如果“平行进口”的商品与商标权人在美国市场上销售的商品之间存在实质性差异，或者“平行进口”会导致消费者的混淆，则除非“平行进口”商采取合理措施防止对商标权人声誉的损害，否则构成侵权。例如，在其他国家销售的品牌商品主要是为适应当地的特殊需要而设计的，与在美国销售的同样品牌商品存在实质性差异，此时“平行进口”商必须在标签上说明该商品并非美国商标权人许可进口的，而且与商标权人在美国销售的商品存在差异。③ 再如，当同一商标在其他国家与美国的商标权人并非同一人，也不存在母子公司关系或其他关联、控制关系时，销售“平行进口”的商品可能导致消费者误认为该商品来源于美国商标权人，因此不能被允许。④

本书作者认为：真品“平行进口”同时涉及消费者的权利与商标权人的全球战略，还涉及一国对国际贸易的调控政策，其合法性的确不能一概而论。如果对“平行进口”商品的销售方式会导致消费者对商品来源发生混淆或由于商品质量不同等原因影响进口国商标权人的声誉，则销售“平行进口”的商品构成商标侵权，这与商标权用尽的例外情形是一样的。但如果商品质量和其他状况在出口国和进口国完全相同，只是价格不同；同时“平行进口”的商品在销售时也标明了其真实来源，则并不会导致消费者混淆或损害商标权人的声誉。受到影响的只有进口国的商标权人，特别是独家被许可人，因为以较为高昂的许可费换取在一国的独家被许可的地位，就是为了获得在该国使用商标的垄断权，从而获得较为丰厚的利润。而在“平行进口”存在的情况下，这种垄断地位便受到了挑战，独家被许可人为了保持和提高商标声誉而付出的努力就有可能难以获得相应的回报。在这种情况下，是否允许真品的“平行进口”已不再是一个单纯的法律问题，而取决于立法者的政策取向，即是偏重于保护本国消费者的利益还是保护商标权人的利益。

典型案例

力士香皂“平行进口”案

1999年，佛山海关发现原产地为泰国的“LUX”香皂正准备进口至中国，而“LUX力

① Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, Court of Justice, Case C-355/96, 1998, ECR I-4799.

② NEC Electronics v. Cal Circuit Abco, 810 F. 2d 1506 (9th Cir., 1987).

③ Lever Brothers Co. v. United States of America, 981 F. 2d 1330 (D. C. Cir., 1993).

④ Bourjois & Co. v. Katzel, 260 U. S. 689 (1923).

士”是英国联合利华公司在中国的注册商标。海关怀疑该批香皂为侵权商品并予以扣留。随后，联合利华公司起诉进口商未经许可进口销售泰国产的“LUX”香皂，侵犯了其商标专用权。而被告认为进口的“LUX”香皂是经“LUX”商标权人授权在泰国销售的，因此，来源合法。法院经审理后认为：未经商标权人许可而在相同商品上使用相同商标构成侵权行为。

在20世纪90年代后期以前，“平行进口”问题在中国很少发生，这是因为中国劳动力等各种生产要素成本低廉，商品价格一般比国外低。国外生产的同样品牌的相同商品通过海关征税后在中国的销售价格往往高于在中国生产的商品，因此，在中国进行“平行进口”对于进口商而言是不合算的。但在“亚洲金融危机”之后，东南亚国家的货币大幅贬值，导致在这些国家销售的商品在被进口到中国销售之后，价格低于同样品牌的中国生产的商品。[①] 力士香皂“平行进口”案就是在这样的背景下发生的。今后随着人民币升值和中国劳动力价格的提高，“平行进口”问题可能会日渐突出，需要立法加以明确规定。

第四节　基于其他正当目的或理由的使用

从保护商标权人的角度看，商标法是广义反不正当竞争法的一部分，其保护的主要对象是注册商标经过使用之后凝集的商誉，保护的目的之一是防止他人“搭便车”——无偿利用注册商标所体现的商誉牟取不当利益，以实现公平的商业竞争。如果在一个商标获得注册之前，他人就已经善意地在相同或类似商品上使用了与注册商标相同或近似的商标，自然谈不上对注册商标中商誉的不当利用，与“搭便车”无关。虽然在该注册商标投入使用，实际发挥了识别功能并产生商誉之后，他人在原有范围内的继续使用确有可能导致消费者发生混淆，但对这种使用，商标法应当予以容忍，否则，就会剥夺在先使用人通过诚实经营所积累的商誉，对于在先使用人是不公平的，也有违商标法的立法目的。TRIPs第16条第1款也明确规定：上述（商标权人的专有权利）不得损害任何既存的在先权利，也不得影响成员国规定以使用为基础的权利的可能性。

《商标法》于2013年修订后，于第59条第3款规定，“商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，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”。这就明确承认了“在先使用”可以作为抗辩事由。

典型案例

“花样年华”商标侵权案

2000年，梁朝伟、张曼玉主演的电影《花样年华》上映，被告在电影公映期间推出了

① 参见黄晖：《商标法》，178页，北京，法律出版社，2004。

“花样年华”特别瓶装葡萄酒，并聘请梁朝伟和张曼玉代言其广告。2002年，原告在酒类商品上注册了“花样年华”文字商标。被告在此后继续将“花样年华”作为其葡萄酒的名称使用。法院认为，虽然司法解释规定：在同一种或者类似商品上，将与他人注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用，误导公众的，属于侵犯注册商标专用权的行为，但在本案中，被告在葡萄酒上对“花样年华”的使用在先且在先时间较长，对“花样年华”作为商品名称享有一定的在先权利，不构成对原告的商标权的侵权。①

本案中，被告使用的“花样年华”显然是源于电影《花样年华》。在当时尚未有“花样年华”商标在葡萄酒上注册的情况下，被告将自己的葡萄酒命名为“花样年华”并请主要演员代言，属于正当经营行为。由此取得的在先权利理应受到保护，不应随着他人对商标的注册而被彻底否定。

当然，商标注册具有公示效力。在先使用人在改变使用方式、拓展使用范围和领域之前，应当查询是否存在可能与之冲突的注册商标。如果其没有尽到这一合理注意义务，或者在注册商标获得知名度后，为了“搭便车”而改变使用方式或拓展使用范围和领域，由此产生混淆可能的，商标法没有必要加以容忍。即使在传统上高度重视商标在先使用的美国，虽然当他人在某一地域在先使用商标时，在后的商标注册人无权阻止②，但在先使用人超出原有地域范围使用则构成侵权。③ 我国法院亦在判例中承认，当在相同服务上，在先使用的字号与他人在后注册的商标文字相同时，在先权利人“只能在原有范围内继续使用其使用在先的字号”④。《日本商标法》第32条更是明确规定：在他人申请商标注册之前，在相同或类似商品上使用相同或近似商标的，只要不是出于不正当竞争的目的，同时，该商标已被消费者熟知为能指示其商品或服务来源，且此人持续使用该商标，则此人就有权在该商品或服务上使用该商标，但注册商标权人可以要求此人使用适当标记，以防止消费者对此人与自己提供的商品或服务来源发生混淆。

《商标法》第59条第3款也规定，注册商标专用权人虽然无权禁止在先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。这一要求是合理的。

除此之外，利用商标的图形或文字进行客观的新闻报道、新闻评论，对商家进行批评或讽刺性模仿等行为，并非出于与商标权人进行不正当竞争的动机，而是对宪法赋予的公民权利的行使，这种行为，往往并未利用商标的识别功能，不属于商标法意义上对商标的使用，也不构成商标侵权行为。例如，美国《联邦反商标淡化法》在对驰名商标提供反丑化保护的同时，也规定对商标进行讽刺性模仿、评价或批评不构成侵权。⑤

---

① 参见北京市海淀区人民法院民事判决书（2008）海民初字第8283号。本案中，原告明确认可没有销售过“花样年华”葡萄酒。因此，被告销售“花样年华”葡萄酒亦不会导致相关公众误认为其葡萄酒来自原告。这也是法院认定被告不侵权的重要理由。

② Peaches Entertainment Corp. v. Entertainment Repertoire Associates Inc., 62 F. 3d 690 (5th Cir., 1995).

③ See 15 U. S. C. 1115 (b) (5).

④ 上海市浦东新区人民法院民事判决书（2008）浦民三（知）初字第489号。

⑤ See 22 U. S. C. 1125 (c) (3).

【问题与思考】

1. 思考："商标合理使用"这一术语在何种情况下是准确的、在何种情况下是不准确的？

2. 思考：使用与注册商标相同或近似的文字或图形描述商品或服务的特征是否均不构成商标侵权行为？

3. 哪些在相同或类似商品或服务上使用相同或近似商标的行为，虽然导致消费者对商品或服务的来源发生混淆，也不构成商标侵权行为？

4. 论述适用商标权用尽规则的条件。

第二十章
商标侵权及其法律责任

本章导读

商标侵权及其法律责任是整个商标法律制度的核心。传统商标法的立法目的重点在于确保消费者能够将注册商标与其所指示的商品或服务来源正确地联系在一起，防止消费者对商品或服务来源产生混淆，以此维护社会公共利益并保护商标权人的投资。因此，传统商标法的核心是混淆理论。本章的讲解主要围绕商标侵权的构成要件及侵权的法律责任展开，重点是混淆理论的内容、分类，判断混淆的参考要素及商标直接侵权的类型和法律责任。通过本章的学习，要深入理解和掌握混淆理论在商标侵权判断中的重要意义，并对商标侵权的行政责任和刑事责任有所了解。

第一节　商标侵权行为

在著作权法和专利法中，专有权利与直接侵权之间的逻辑关系非常清楚——权利人享有专有权利，就意味着其有权阻止他人未经许可实施受专有权利控制的行为，他人擅自实施受控行为构成直接侵权。基于此，多数国家的著作权立法和专利立法并不一一列举构成直接侵权的行为，只是笼统地规定：除了有法定例外情形，未经许可实施受专有权利控制的行为即构成直接侵权。[①] 例如，著作权立法只要规定了著作权人享有“表演权”，根本无须再列出侵犯“表演权”的行为，因为任何人都可以依据专有权利与直接侵权之间的逻辑关系推出：他人在缺乏法律依据的情况下擅自公开表演作品就构成直接侵权。

相比之下，《商标法》虽然规定商标权人有权“在核定使用的商品上使用核准注册的商

① 如《美国版权法》的规定，see 17 U. S. C. 106。这种立法例显得清晰而简洁，同时揭示了“专有权利”与“直接侵权”之间的关系。相比之下，我国《著作权法》第47、48条列举侵权行为的方法不仅多余，而且并未完全穷尽“直接侵权”的情形，显得事倍功半。

标”，享有“商标专用权”，但并非只有未经许可在与核定使用商品相同的商品上，使用与核准注册的商标相同的商标才构成直接侵权。为了防止对消费者的欺骗和对商标权人商业利益与信誉的损害，各国商标法均规定商标权人有权禁止他人以可能导致混淆的方式，在相同商品上使用近似商标、在类似商品上使用相同商标和在类似商品上使用近似商标。这样，“商标专用权”与“直接侵权”之间就不存在一一对应的逻辑关系了。除了能够从“商标专用权”中推出未经许可“在核定使用的商品上使用核准注册的商标”可构成“直接侵权”之外，其他哪些行为构成对商标权的“直接侵权”，完全取决于各国商标法的具体规定。①

一、混淆理论与混淆的种类

与著作权法和专利法有所不同，商标法不仅要维护商标权人凝集在商标中的商誉，还要保护消费者的利益。为此，商标法要保证商标权人能够排他性地使用商标标识自己商品或服务的出处，以及消费者能够通过商标将商品或服务与其提供者正确地联系在一起，以充分实现商标的识别功能和品质保障功能。如果在同一市场上，使用同一或近似商标的相同或类似商品或服务来源于完全没有联系的两个经营者，导致消费者对商品或服务的来源产生了混淆，则商标就失去了其应有的作用。因此，传统商标立法的核心就是要防止消费者对商品或服务的来源发生混淆：一切未经许可直接使用他人商标，导致消费者可能产生混淆的行为即构成对他人商标权的直接侵权；相反，即使在相同商品或服务上使用了与他人商标相同的标志，只要不会导致消费者的混淆，就不构成对商标权的侵权。假设某面巾纸生产商为自己生产的新型面巾纸盒注册了商标“雅利洁”。另一家生产商专门制造能够适用于该纸盒的面巾纸，以便消费者在将纸盒中的面巾纸用完之后，不必再去买带纸盒的面巾纸，而是直接将价格相对低廉的面巾纸装入纸盒之中。如果这家生产商不但在面巾纸的显著位置标明了自己的商标，还以同样大小的字体印有“本品可放入雅利洁纸盒”，同时没有以任何方式导致消费者误认为该面巾纸是由“雅利洁”商标注册人制造或许可制造的，则不属于商标侵权。相反，如果该生产商在回收消费者丢弃的空纸盒之后，重新装入自己的面巾纸后加以销售，则会构成商标侵权，因为消费者无从知晓其中的面巾纸并非“雅利洁”商标注册人制造的，对其来源产生了混淆。

由此可见，可能导致消费者对商品或服务来源产生混淆，是构成商标侵权的必要条件，也是商标法所要防范和制止的行为。不可能导致混淆的行为对于商标权人不会造成商标法所承认的损害。正因为如此，绝大多数国家的商标立法都规定：在同种商品上使用近似商标、在类似商品上使用相同商标和在类似商品上使用近似商标都必须以“导致混淆的可能”作为构成直接侵犯商标权的条件。例如，《欧共体商标一号指令》及《欧共体商标条例》均将“可能导致公众混淆”作为在同类商品上使用近似商标、在类似商品上使用相同商标和

---

① 也正因为如此，多数国家在商标法中一一列出了侵犯商标权的行为，这与多数国家在著作权法和专利法中只规定“专有权利”而不列出直接侵权行为的做法形成了鲜明对比。典型的如英国立法：《英国版权法》第二章“版权人的权利”从第16条到第21条是对各类作品版权人“专有权利”的规定（See Copyright, Designs and Patents Act 1988, Sec. 16 - 21），除此之外再未另行列举直接侵权行为。而《英国商标法》在第9条规定了商标权人的“专用权”之后，又在第10条列举了各种直接侵权行为（See Trade Marks Act 1994, Sec. 9, 10）。

在类似商品上使用近似商标构成商标侵权的必要条件。[①] 对于在相同商品上使用相同商标的行为，有的国家仍然将“可能导致混淆”明确规定为构成商标侵权的前提条件。如美国《兰哈姆法》规定：在商业活动中，任何未经许可将复制、伪造、抄袭或仿冒的他人注册商标标识用于对商品或服务进行销售、推销或广告宣传的行为，只有可能导致混淆、误认或欺骗，才可构成对注册商标权的“直接侵权”。美国法院甚至强调：即使被告使用的商标与原告的商标完全相同，也有可能不构成侵权，法院必须在综合考虑所有与商标侵权有关的要素之后才能作出判断。[②] 如原、被告双方产品的销售渠道显著不同，以至于公众不太可能将被告的产品误认为是原告的产品。[③]

有些国家的商标法并没有将“导致混淆的可能”作为“在同种商品上使用相同商标”构成商标直接侵权的前提，但这只是因为立法者认为这种行为应当会导致消费者的混淆，这一默认的结论是无须商标权人再加以证明的。TRIPs 第 16 条非常明确地规定：“导致混淆的可能性”是商标注册人阻止他人未经许可，在贸易过程中对于与已注册商标的货物或服务相同或类似的货物或服务使用相同或近似标志的前提。需要说明的是，在对相同货物或服务使用相同标志的情况下，也只能“推定”存在混淆的可能性。换言之，即使他人未经许可在注册商标指定的商品或服务上使用该注册商标，也只能“推定”有导致混淆的可能性，而非“必然”导致混淆；而且既然是“推定”，就是可以用证据推翻的。

我国于 2013 修订《商标法》时，参照国际条约和各国的普遍做法，终于在侵权认定中纳入了“导致混淆”的条件。《商标法》第 57 条规定：有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：（1）未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的；（2）未经商标注册人的许可，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。这就使混淆理论在立法中得到了明确体现。需要指出的是，虽然我国《商标法》与《欧共体商标一号指令》及《欧共体商标条例》一样，对于“在同一种商品上使用与注册商标相同的商标”的行为（一些国家将其称为“双重相同”），没有将“容易导致混淆”作为构成侵权的条件，但这是由于在“双重相同”的情况下，混淆一般自然会发生，立法者觉得无须再规定“导致混淆”的条件。但在某些特殊情况下，“双重相同”并不会导致混淆，此时仍然应当坚持混淆理论，不能认定侵权。下文介绍的 OPEL 车模案就是典型实例。

需要强调的是，只要对商标的使用足以导致消费者“可能”对商品或服务来源产生混淆，就可构成直接侵权，商标权人并不需要证明有消费者实际发生了混淆。但“实际混淆”的证据能够在商标侵权诉讼中为商标权人胜诉提供有力的帮助。

---

① “使用”被定义为：“将与商标相同或近似的标志附着于商品或包装之上”；“提供带有该标志的商品，将之投放市场，或为提供或投放目的而持有该商品，提供带有该标志的服务”；“进口或出口带有该标志的商品”和“在商业文件或广告中使用该标志”［First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, Article 5. 1; Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark, Article 9. 1］。

② What A Burger of Virginia, Inc. v. Whataburger, Inc. , 357 F. 3d 441, 449 (4th Cir. , 2004)

③ Soltex Polymer Corp. v. Fortex Ind. , Inc. , 832 F. 2d 1325 (2nd Cir. , 1987)

典型案例

OPEL 车模案

本书作者认为：即使第三方是在相同商品或服务上使用了与注册商标完全相同的标志，只要这种使用不可能导致消费者对商品或服务的来源发生混淆，也不应当依据《商标法》第52条认定侵权。欧共体法院判决的 Adam Opel v. Autec AG 案为上述结论作了最好的注脚。

德国 Adam Opel 公司是“Opel”商标的所有者，并在1990年在玩具上注册了“Opel”商标。2004年，Adam Opel 公司发现 Autec 公司生产、销售一款以1∶24比例缩小的 Opels V8 遥控模型小汽车，而且模型车像原型车一样在散热格上有“Opel”标志。虽然模型车上标有 Autec 公司自己的“Cartronic”商标，Opel 公司仍然认为 Autec 公司在其模型车上对“Opel”商标的使用构成侵权，因为一般公众会认为带有“Opel”商标的模型车的生产商是在 Opel 公司的授权许可下生产、销售该模型车的。

而《欧共体商标一号指令》第5条第1款（a）项规定：注册商标权人有权阻止任何第三方未经许可在贸易中在相同商品或服务上使用相同标志。而第5条第1款（b）项规定：第三人在相同商品或服务上使用近似标志、在类似商品或服务上使用相同标志或近似标志，如存在导致公众混淆的可能性，则注册商标权人有权阻止其使用。两相对比，容易使人得出“只要在相同商品上使用了相同标志，即使不存在混淆的可能性，也是商标侵权”的印象。而《欧共体商标一号指令》的序言部分更是宣称：商标最重要的功能是指示商品或者服务的来源，在第三方在相同商品或者服务上使用相同商标的情况下，对该注册商标的保护是“绝对”的。①

在 Opel 案中，Opel 公司已在玩具这类商品类别上注册了“Opel”商标，而 Autec 公司是在相同商品上使用了相同的商标。依照《欧共体商标一号指令》第5条第1款（b）项的规定，Autec 公司的行为似乎明显侵权。但欧共体法院的法务官（Advocate General）指出：这并不意味着无论这种使用是否存在导致混淆的可能性都构成侵权。《欧共体商标一号指令》应当被理解为：如果第三方在相同商品上使用了相同商标，就应推定混淆的可能性，而这种推定是可以被推翻的。② 欧共体法院在最终的判决中支持这一结论，并强调：商标的基本功能是向最终购买者确保商品或服务的来源，使消费者能够正确区分来自于其他来源的商品或者服务，避免发生混淆的可能。第三方对商标的使用只有在可能影响商标上述功能，从而影响了商标权人的利益时才能被禁止。③ 因此，对于第三方将与注册在玩具上的商标相同的标志用于模型车上的行为，除非有可能影响商标上述功能的发挥，否则不能依据《欧共体商标一号指令》第5条第1款（b）项加以禁止。这等于明白无误地承认，第三方在相同商品上使用相同商标的行为，只要不会引起消费者的混淆，即不会影响商标实现其

---

① See First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks.

② Adam Opel AG. v. Autec AG., opinion of Mr. Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer, Court of Justice, Case C-48/05, para. 24.

③ Ibid., paras. 21, 22.

指示来源的功能，就不构成《欧共体商标一号指令》第5条第1款（b）项规定的侵权行为。

欧共体法院的法务官进一步认为：第三方对于与商标相同的标志的使用是否侵权，取决于这种使用是否会给消费者造成第三方的商品与商标权人之间存在联系的印象。而向欧共体法院提交此案的德国法院认为：忠实地按照原型车制造模型车在德国已有一百多年的历史，具有普通认知度的玩具产品消费者早已习惯接受以实物车为原型的缩微模型。而德国的汽车产业只是近年来才开始将玩具汽车用做广告去赢得消费者的忠诚。Opel公司直到1990年才将Opel商标注册在玩具上。因此，消费者很难自然地把真车生产企业与模型车上该企业的商标联系起来。[①] 相反，消费者会认为出现在Autec公司产品上的Opel标志只说明该产品是Opel汽车的按比例缩小的复制品，而不会认为这是Opel公司或者与其有商业联系的企业制造的模型车。欧共体法院认为：在这种情况下，Autec公司在模型车上对Opel标志的使用并不影响Opel作为注册商标的本质功能。[②] 因此，Autec公司的行为并未被认定为侵权。[③]

（一）直接混淆与间接混淆

商标法意义上的混淆，特指消费者对商品或服务来源的误认。根据混淆对象的不同，混淆可分为直接混淆和间接混淆。直接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，即消费者未能通过商标正确地将来源于不同经营者的商品或服务区分开。大多数未经许可使用商标的行为都会导致消费者产生直接混淆的可能。而多数经营者未经许可使用他人商标都是为了搭商标权人的“便车”，导致消费者误将自己提供的商品或服务认为是商标权人的商品或服务而加以购买。

间接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着控制、许可或赞助等关联关系。美国《反不正当竞争法重述（第三次）》第二十节就将导致消费者误认为被告的企业与商标权人的企业之间有任何联系，或被告的商品或服务是由商标权人赞助、检验或许可的行为界定为商标侵权。例如，当消费者同时看到“宝马汽车特约维修”和宝马汽车的图形商标时，并不会认为汽车维修服务是宝马汽车制造商自己提供的，但可能以为是宝马汽车制造商授权提供的，从而对其维修服务的品质产生信赖并前去维修宝马汽车。如果该维修服务提供者与宝马汽车商标的权利人实际上并无关系，其未经许可使用商标的行为就容易导致消费者产生间接混淆。

（二）售中混淆、售前混淆与售后混淆

按照混淆发生的时间，可分为售中混淆、售前混淆与售后混淆。混淆中最为常见的是售中混淆，即消费者在作出购买决定时对商品或服务来源产生的混淆，但混淆发生的时间点可能在此之前或之后。

---

① Adam Opel AG. v. Autec AG., opinion of Mr. Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer, Court of Justice, Case C-48/05, para. 40.

② Ibid., paras. 23, 24.

③ Adam Opel AG v. Autec AG., Court of Justice, Case C-48/05, para. 45.

售前混淆，又称“最初兴趣混淆”（initial interest confusion），是指消费者最初对商品或服务的来源产生了混淆，但在实际作出购买决定时没有发生混淆。例如，使用与他人商标相似的标志作为商店的名称会将不少消费者吸引过来。即使在商店之内经营者使用另一些标志使消费者能够意识到这并非是出售商标权人商品的商店或与之有关联的商店，但许多消费者会产生“既然来了，就买点东西”的心理。这种做法实际上是利用了商标权人的商业信誉为自己牟取利益。商标权人不仅因此可能失去一部分客源，而且如果标有该商标的商品质量低劣，还可能由此损害商标权人的商业信誉。因为消费者虽然能够意识到这并非商标权人的过错，但毕竟自己是基于对商标的信赖才误入商店的，因此可能或多或少地迁怒于商标权人。

典型案例

店名使用“Video Buster”导致与“Blockbuster Video”商标售前混淆

Blockbuster娱乐集团在美国从事电影录像出租服务并享有极高的知名度，其会员已超过4 000万人。该集团在美国注册了“Blockbuster”和“Blockbuster Video”两个商标。而另一家电影出租店使用“Video Buster”的店名。Blockbuster集团为此起诉其侵犯商标权。被告提出的抗辩理由之一就是即使消费者在看到其店名时，会误认为这是“Blockbuster Video”的店，但在其进入“Video Buster”店之后，会立即发现这不是“Blockbuster Video”，这是因为两家出租店在内部装饰、摆设，以及出租的电影内容上有很大差别。美国密歇根州东区法院认为：《兰哈姆法》对商标的保护并不限于避免消费者在购买之时对来源产生混淆，而是同样防止潜在消费者发生混淆并保护商标权人在公众中的信誉。使用与注册商标“Blockbuster Video”相似的“Video Buster”店名会将本想去“Blockbuster Video”的消费者吸引过来。这说明“Video Buster”与“Blockbuster Video”的相似程度已经足以使潜在的消费者产生混淆。至于这些消费者在进入出租店之后是否会立即意识到这不是他们原本想去的店，则是无关紧要的。

本案的关键在于，被告使用了与原告的知名商标相似的文字作为出租店的名称，使消费者在看到店名时会误以为被告的出租店是原告经营的，或与原告之间存在特定联系。虽然这种对服务来源的混淆在消费者被误导进入被告的出租店之后就不复存在了，但这些消费者仍有可能就在被告的出租店租赁电影录像。被告由此依靠原告的商标中凝集的商誉而获得了利益。美国法院一直以来均认为：《兰哈姆法》禁止经营者使用在一开始使消费者误以为自己的商品是其他经营者商品的方法，将消费者从其他经营者那里引开，即使消费者在实际购买时已经不再混淆了。[①] 这种行为将会对消费者的购买意向产生不良影响，并使竞争对手丧失应有的客户，因此构成侵权行为。

售后混淆是指实际作出购买决定的消费者并没有对商品的来源产生混淆，但此名消费者在此后使用商品的过程中使其他人产生了混淆。售后混淆往往发生在使用知名商标的商品上。

① Dorr-Oliver v. Fluid-Quip, 94 F. 3d 376, at 382 (7th Cir., 1996).

例如，某些小商品市场出售假名牌早已是众人皆知的事实，假冒的“劳力士”手表仅售几百元，为真货的几十分之一。消费者前往购物时对此也心知肚明，只希望以低廉的价格购回貌似真品的假“劳力士”表。因此，消费者在购物时并没有对所购假货的来源产生任何混淆。但是，在他们实际使用这些假“劳力士”表的过程中，使他人对表的来源产生了混淆，误以为这是真品。这种混淆对商标权人产生的损害也不容小视。不难想象，如果仿冒某一知名品牌的假货满天飞，那些花大价钱购得真品的人便无法通过对真品品牌的使用和展示获得其原本期望的尊重和喝彩，知名商标所特有的彰显使用者身份和地位的功能便无法得以实现。这将导致原先愿意出高价购买这一知名品牌商品的消费者放弃购买。

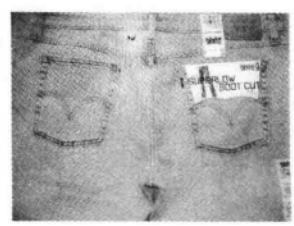
典型案例

在牛仔裤上使用 Levi 的缝合线形商标构成售后混淆

Levi Strauss 公司是世界知名的服装厂商，其 Levi 牌牛仔裤是其著名产品。Levi 牌牛仔裤后袋上的曲线缝合线形状已被注册为商标。经过多年的使用和广告宣传，该商标已在美国获得了极高的声誉和认同度，一般消费者能够将该缝合线与 Levi 品牌的牛仔裤联系起来。Lois 体育用品公司从西班牙进口并销售的牛仔裤后袋上有同样形状的缝合线，消费者无法将其与 Levi 牌牛仔裤的缝合线加以区别。Levi 公司起诉 Lois 公司侵犯其商标权，而 Lois 公司认为，其销售的牛仔裤上有吊牌，上面清楚地说明了生产厂家和商标，消费者在购买时完全能够凭借吊牌将其与 Levi 品牌的牛仔裤加以区别，因此不存在发生混淆的可能性。

美国纽约南区联邦法院和联邦第二巡回上诉法院均认为：被告牛仔裤上的吊牌也许能够在销售地点防止消费者误认为这是 Levi 品牌的牛仔裤。但是，消费者一旦购买并穿上之后，吊牌就被丢弃了。而此时看到这些牛仔裤的其他消费者就会误以为这是 Levi 品牌的牛仔裤，或者是经过 Levi 公司授权制造的。因此，被告使用的吊牌无法防止在销售之后消费者的混淆，其抗辩是不成立的。①

本案的关键在于，被告使用了标明厂商名称的吊牌，也许可以防止那些细心的消费者在购买时对牛仔裤的来源产生混淆。但这仅仅是防止了部分消费者的“售中混淆”，而不能避免“售后混淆”。美国法院早已指出：在购买之时发生的混淆并非构成商标侵权的必要条件，售后混淆也是可诉的。② 美国《兰哈姆法》第 32 条原先规定，构成商标侵权的条件是“可能使购买者对于商品或服务的来源或出处造成混淆、误认，或者造成对其的欺骗”；而在 1962 年时不再以“购买者”发生混淆、误认，及造成对“购买者”的欺骗为侵权构成要件。这意味着即使对商标的使用没有使直接购买者在作出购买决定时产生混淆，而是导致其他潜在消费者在看到使用相同商标的商品或服务后产生混淆，也可构



Levi 牛仔裤上的 V 型缝线

① Lois Sportswear, U. S. A., Inc. v. Levi Strauss & Co., 799 F. 2d 867 (2nd Cir., 1986).

② Grotrian, Helfferich, Schulz, Th. Steinweg Nachf. v. Steinway & Sons, 523 F. 2d 1331, at 1342 (2nd Cir., 1975).

成商标侵权。

二、混淆的判断标准

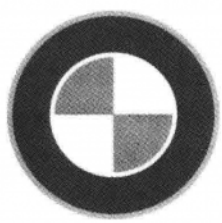
本书在“商标权的取得”一章中曾经讲解过，商标局对于在相同或类似商品或服务上注册同一或近似商标的申请，将会予以驳回。这是因为如果这样的商标申请被批准，就会造成在相同或类似商品或服务上出现两个同一或近似注册商标的局面，可能导致消费者的混淆。该章详细讲解了判断商标是否相同或近似以及商品或服务是否相同或类似的原则，即应以普通消费者的“一般注意力”为标准，综合运用“隔离观察比较”、“显著部分观察比较”和“整体观察比较”的方法，同时考虑已注册商标的显著性和知名度。这些原则在商标侵权诉讼中对于判断被告对特定标志的使用是否可能导致消费者的混淆同样是适用的。

例如，原告的注册商标“SHISEIDO”与被告使用的商标“SHIDOAS”相比，如果仅从构词上看有不小的差异。但“SHISEIDO”中的两个“S”设计独特，呈抽象的曲线形，是给消费者留下最深印象的部分。而被控侵权的商标“SHIDOAS”中的第一个“S”的形状与“SHISEIDO”中“S”的形状完全相同；最后一个“S”的形状呈与“SHISEIDO”中的“S”形状的对称形。加之两个商标中有5个字母相同（SHIDO），字体颜色相同，呈现出整体上的相似。在“隔离观察”的情况下，很容易使消费者发生混淆。因此，法院认定被告的行为构成侵权。[①]

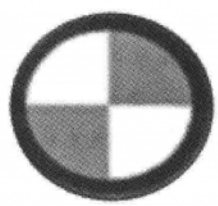
原告的注册商标

被告使用的商标

再如，原告德国宝马公司在服装类商品上注册的图形商标中的蓝白颜色为“左上右下”，而被告使用的商标中的蓝白颜色为“右上左下”，消费者极易对商品的来源产生误认或者认为其来源与宝马公司有特定的联系，也即发生混淆。[②]



原告的注册商标



被告使用的商标

同样，“NIVEA”（妮维雅）注册商标与被控侵权商标“NIYEA”相比，仅有一个英文字母的差异，即“Y”与“V”，而“Y”与“V”外形上极为相似。此外，两者在构图上都

① 参见上海市第二中级人民法院民事判决书（2008）沪二中民五（知）初字第110号。

② 参见北京市高级人民法院民事判决书（2012）高民终字第918号。

采用了外加方框，颜色都是银白色外框、蓝色底色、白色字体的组合。从整体上看，尽管存在一些细微的差别，但不施以特别的观察根本无法注意，故在整体结构上两者构成近似，容易导致消费者的混淆。①

原告的注册商标

被告使用的商标

实务探讨

判断混淆可能时应考虑的因素

我国2013年修订后的《商标法》第57条规定：未经商标注册人的许可，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，构成侵犯注册商标专用权的行为。最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第9条将“易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系”作为判断“商标近似”的标准，第11条又将对于商标权人的商品与被告的商品，“相关公众一般认为其存在特定联系，容易造成混淆”作为判断“商品类似”的标准之一。本书作者认为，将《商标法》和司法解释结合起来考虑，可以得出一个结论：在侵权诉讼中，对于商品之间是否类似以及商标之间是否近似的问题，实际上不应作出“是”或“否”的绝对回答，而是一个对程度的判断过程，也即应当考虑商品之间的类似程度以及商标之间的近似程度是否已经足以使相关公众产生混淆的可能。

《欧共体商标一号指令》中的商标侵权行为，以及《欧共体商标条例》中拒绝欧共体商标注册的相对理由，都包括所使用的被控侵权商标或申请注册的争议商标与他人在同种或类似商品上已注册的商标相同或近似，存在混淆的可能。这正是我国2013年修订《商标法》时的重要参考。而欧共体法院在判例中明确指出：对于是否存在混淆可能的问题，必须进行综合判断，考虑所有相关因素。② 这就意味着被考虑的因素之间存在相互依赖性。商品之间越类似，商标之间越近似，在先商标的显著性越强，越有可能存在混淆的可能。③ 如果商标之间的近似度很高，即使商品之间的类似度较低，也有存在混淆的可能；反之，如

① 参见上海市第二中级人民法院民事判决书（2010）沪二中民五（知）初字第119号。

② SABEL v. Puma, Court of Justice, Case C-251/95, para. 22.

③ Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v. Klijsen Handel, Court of Justice, Case C-342/97, para. 28.

果商标之间的近似度较低，但商品之间的类似度很高，且在先商标的显著性很强，则混淆同样可能存在。[①] 换言之，在欧盟商标法中，商标之间是否近似、商品之间是否类似，并非一个简单的肯定与否定的判断，而是近似与类似程度的问题。

那么，应当如何判断被告对标志的使用有导致“混淆的可能”呢？上述司法解释第10条规定，人民法院依据《商标法》第52条第1项的规定，认定商标相同或者近似按照以下原则进行：(1) 以相关公众的一般注意力为标准；(2) 既要进行对商标的整体比对，又要进行对商标主要部分的比对，比对应当在比对对象隔离的状态下分别进行；(3) 判断商标是否近似，应当考虑请求保护的注册商标的显著性和知名度。本书在“商标权的取得”一章中已对其含义进行了讲解，但这些原则仍然是比较抽象的。美国在长期的司法实践中，通过判例法发展起了一整套判断混淆的标准，对许多国家的商标司法产生了影响，对我国也具有实际借鉴价值。

美国联邦第二巡回法院在1961年判决的Polaroid公司诉Polarad电子公司案中，提出了判断混淆可能性的6项要素，产生了较大影响。这6项要素是：(1) 在先使用者商标的强度，也就是在先商标的显著性程度；(2) 双方商标的近似程度；(3) 双方商品的接近程度；(4) 在先使用商标者拓展业务至在后使用者领域的可能性；(5) 是否有实际混淆的发生；以及 (6) 被告在使用商标时是否有恶意、被告产品的质量和消费者的专业水平这三者之间的关系。[②] 根据Polaroid标准，在先使用者的商标越是知名，被告的商标与该商标越是相近，所使用的商品或服务越是类似，就越有可能构成商标侵权。同时，虽然在先使用者与被告使用商标的商品或服务并不类似，但在先使用者原本准备将业务拓展至被告使用该商标或服务的领域的，被告抢先在这一领域的使用也可能构成商标侵权。另外，如果被告在类似商品或服务上使用与原告近似的商标时有恶意，同时提供的产品或服务质量较差，而该产品或服务的消费群体的辨别能力又比较差，不仅混淆的可能性较强，同时还可能对原告的商标造成声誉上的损害的，较易认定商标侵权。

1973年美国当时的专利与上诉法院判决的DuPont案更是详细列出了13个法院应考虑的因素[③]，除包含Polarad标准中的几个因素之外，还增加了以下几个重要因素：双方业已建立的、仍将继续利用的销售渠道之间的相同或不同点；原、被告作为商标所有人之间的市场区分；在先商标的声誉（要考虑销售、广告、使用期限的长短等情况）；交易的条件和购买者的情况，即交易是由一时冲动的购买者还是由仔细、老练的购买者进行的等。这些因素可供法院针对具体案情综合考虑并应用，起到了良好的效果。

典型案例

“香榭丽花园”侵犯“香榭里”商标权么

深圳某房地产公司在深圳开发了名为“香榭里花园”的楼盘，并在与不动产服务有关的

---

① Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v. Klijsen Handel, Court of Justice, Case C-342/97, paras. 19, 21; Waterford Wedgwood v. Assembled Investments, Court of Justice, Case C-398/07P., para. 31.

② Polaroid Corp. v. Polarad Electronics Corp., 287 F. 2d 492, at 495 (2nd Cir., 1961).

③ In re E. I. du Pont de Nemours & Co., 476 F. 2d 1357 (CCPA, 1973).

第36类上注册了“香榭里Champs Elysees”商标。上海某房地产公司则在上海开发了“香榭丽花园”住宅小区，并在小区大门口、每栋楼的楼身、入口处及售楼广告上标明了“Champs Elysees香榭丽花园”的图文标识。深圳公司认为上海公司侵犯了其注册商标专用权。

法院认为：楼盘（商品房）作为不动产的自然属性决定了围绕它的服务一般都是在楼盘所在地提供的，如楼盘的出售、出租、代理、中介、管理等。本案中，原告提供的证据只能证明其开发的“香榭里花园”地处深圳市，其为出售“香榭里花园”所提供的服务行为，如广告宣传等，也主要发生在深圳市。原告并未举证证明其提供的与建立或提升其商标知名度有关的服务发生在上海市和在被告开发“香榭丽花园”之前。同时，楼盘（商品房）作为不动产，与普通商品不同，由于售价、使用期限等因素，消费者在选择的时候会施以较高的注意力，其关注的要素有楼盘的品质、周边的环境、开发商的信誉和实力等多方面。而且，商品房的销售必须签订书面合同，购房者在与开发商订立合同的过程中，首先会明确签约的主体即合同的相对方。此时，开发商出售楼盘（商品房）的服务是直接提供的，通常情况下，消费者不会对服务的来源产生混淆。因此，消费者不会轻易误认为是原告在提供出售楼盘的服务。法院最终驳回了深圳公司的诉讼请求。①

本案是一个在相同商品或服务上使用同一商标并不构成侵权的典型案例。美国法院提出的Polaroid标准和DuPont标准也都能在此案中得到应用。首先，原告商标中的英文“Champs Elysees”是闻名于世的法国巴黎主要街道——香榭丽舍大街的英文名称，而“香榭里”与“香榭丽舍”相近，国人也常用它来称呼这条街道。由于原告的商标实际上是由国人所熟悉的国外街道名称构成，其显著性在注册之初并不强，也即Polaroid标准中所谓的“商标强度”并不高。这样，原告阻止他人使用“香榭里”和“Champs Elysees”名称的能力也要受到影响。其次，原告的“香榭里花园”与被告的“香榭丽花园”在相距数千里的两个城市销售，而消费者同时在这两个城市买房的几率毕竟是很小的。换言之，原、被告提供的商品与服务分处于两个相对隔离的市场，降低了产生混淆的可能性。这就是DuPont标准中要求法院考虑的“双方之间的市场区分”因素。最后，正如法院指出的那样，由于房屋价值巨大，消费者一般总是在经过仔细考察和比较之后才会作出购买决定。在这一过程中，特别是签订房屋买卖合同之时，消费者对于开发商的情况应当有充分的了解。DuPont标准中“交易的条件和购买者的情况，即交易是由一时冲动的购买者还是由仔细、老练的购买者进行的”这一因素，对于被告也是有利的。综合上述因素，虽然被告在相同商品或服务上使用了与原告的注册商标几乎完全一样的标志，但由于不大可能导致消费者的混淆，所以并不构成商标侵权。

典型案例

Koda数码相片打印纸是KODAK生产的么

珠海汇科电脑公司出售“Koda”喷墨打印机通用墨盒及“Koda-photo”A4数码相片喷墨打印纸。“柯达/KODAK”商标的注册人美国伊士曼柯达公司认为该行为侵犯其商标

① 参见上海市第一中级人民法院民事判决书（2003）沪一中民五（知）初字第170号。

专用权。法院查明，美国伊士曼柯达公司已将“KODAK”商标注册在感光胶卷、感光纸、摄影化学品、自动着色纸、印刷品、照片、摄影图片、（摄影）复印设备和机器等商品上，核定使用的服务包括图片、底片冲印服务和印刷照片服务，但并不直接覆盖喷墨打印机墨盒与打印纸。

法院经审理认为：美国伊士曼柯达公司的注册商标核定使用的商品均涉及感光、定影、成像等功能或者实现该功能的载体、工具，其使用价值均是使图片、照片等资料得以还原和再现。被控侵权的“Koda”墨盒和“Koda-Photo”打印纸均是通过打印机打印照片的工具和载体，实现的是输出、还原图片和色彩的功能，与原告上述商标对应的商品具有功能上的相似性。从消费人群来看，原告的商标所覆盖的商品的消费群体是摄影器材的使用者，照片、图片的爱好者、欣赏者及一般接触者。被控侵权的喷墨打印机通用墨盒和数码相片喷墨打印纸的消费人群是数码照片、图片的打印者，两者存在使用目的的相似性和人群的重合性。从实际使用情况来看，很多照片打印服务提供者同时提供照片冲印服务，二者存在特定的联系。据此，法院认定被控侵权的喷墨打印机通用墨盒和数码相片喷墨打印纸与美国伊士曼柯达公司的注册商标所核定使用的商品或服务构成类似。①

同时，法院还认为，从字形和读音来看，“Koda”与“KODAK”前4个字母相同，区别仅在于大小写。由于文字商标的识别性体现在文字本身的构成上，在隔离比对的状态下，大小写区别并不影响相关公众对该文字商标的读取和理解，故两者不构成实质性不同。而且，“KODAK”的英文读音中最后的“k”只发轻声，其中文读音被特定化为“柯达”，与“Koda”读音近似，可能使相关公众在两者之间产生混淆或认为两者之间存在特定联系。②因此，被告的行为被认定为商标侵权。

在本案中，虽然原、被告的商品并不在《类似商品和服务区分表》的同一“类似群组”之中，但法院根据原、被告的商品在用途、功能、消费渠道和消费对象等方面均相同或接近，认定其构成类似商品。同样，原、被告使用的商标虽然有一定差别，但读音相同、外观近似。因此，法院认定被告的使用极易造成混淆。

典型案例

“THOMSON LIFE”侵犯“LIFE”的商标权么

德国Medion公司在消费类电子设备上注册了LIFE商标。德国Thomson公司是世界上最大的消费类电子设备制造商，其在一些电子设备上使用了THOMSON LIFE商标。Medion公司起诉Thomson公司侵犯其商标权。根据德国最高法院通过案例确立的“印象理论”，如果两个商标含有共同的元素，应当考虑两个商标各自给消费者传递的整体印象，并判断该共同元素对于在先商标是否起到了主导作用，以至于其他要素对于商标传递的整体印象而言仅是从属性的。如果该共同元素对于在先商标传递的整体印象并不起主导作用，则即使该元素出现于在后商标之

① 参见湖南省长沙市中级人民法院民事判决书（2007）长中民三初字第0029号。

② 参见湖南省长沙市中级人民法院民事判决书（2007）长中民三初字第0029号。

中，而且具有识别功能，在后商标的使用也不会构成对在先商标的侵权。德国杜塞尔多夫地区高等法院请求欧共体法院对于该理论是否符合《欧共体商标一号指令》提供意见。

欧共体法院指出：在为认定是否存在混淆的可能而进行商标之间近似度的判断时，应当进行整体比对，考虑两个商标传递的整体印象是否近似。通常情况下，普通消费者会将商标视为一个整体；同时，商标中的一个或几个元素可以对传递的整体印象起到主导性的作用。然而，在特定情况下，构成在先商标的元素被纳入在后商标之后，该元素即使对于在后商标传递的整体印象起不到主导性作用，仍然能够独立发挥识别功能。此时，在后商标传递的整体印象，会导致消费者认为该商标使用的商品来自于与在先商标有关系的企业，由此导致了混淆的可能。

欧共体法院强调：上述结论能够保障在先商标权利人保护其商标识别功能。当一个企业将他人并不出名的在先商标和自己的知名商标或商号一起使用时，起主导作用的是该企业的知名商标或商号。但只要在先商标此时仍然能够独立发挥识别功能，就应当认定存在混淆的可能。[①] 否则，知名企业就可以任意将他人的在先注册商标与自己的商标或商号一起使用，而不用承担任何侵权责任，从而在先注册商标的识别功能就会逐渐丧失。

典型案例

“百度”牌MP3播放器是“百度”搜索引擎生产的么

百度在线网络技术公司（即著名的搜索引擎服务提供者，以下简称百度公司）在“以计算机信息网络方式提供计算机信息”等服务上注册了“百度”文字商标。某公司在其生产和销售的MP3播放器上突出使用“百度”二字，百度公司起诉该公司侵犯其商标权。法院认为：经过百度公司在其网站上的经营，“百度”商标已在搜索引擎服务上具有较高知名度。在这种情况下，被告的行为容易导致相关公众对MP3播放器提供者与互联网搜索引擎服务提供者发生混淆，或者认为二者之间存在特殊的关系，从而损害“百度”注册商标人的利益，因此构成侵犯注册商标专用权的行为。[②]

由于百度搜索引擎本身就提供MP3搜索服务，相关公众很可能误认为“百度”牌MP3播放器是百度公司提供的配套产品，从而导致来源混淆。由于网络搜索服务和MP3播放器并不属于同一类别，法院必须根据司法解释有关“商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆的，可以认定商品与服务类似”的规定，先认定网络搜索服务和MP3播放器类似，再认定被告的行为属于“在类似商品上使用同一商标”，从而构成侵权。

典型案例

“红河红”商标侵权案

原告济南某公司取得在啤酒、饮料制剂上注册的“红河”商标权后，并未实际使用。

---

① Medion v. Thomson Multimedia Sales, Court of Justice, Case C-120/04, paras. 12, 28-36.

② 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2010）一中民初字第8381号，北京市高级人民法院民事判决书（2011）高民终字第30号。

而被告云南红河公司生产和销售“红河红”啤酒，一、二审法院均认为被告使用“红河红”商标，属于在同一种商品上使用与注册商标近似的商标，侵犯了“红河”注册商标的商标专用权，并判决被告支付损害赔偿金1 000万元。①

最高人民法院则认为：涉案注册商标“红河”是县级以上行政区划名称（云南省红河哈尼族彝族自治州）和知名度较高的河流名称，不是臆造词语，作为商标其固有的显著性不强，而且也没有证据证明该商标因实际使用取得了较强的显著性。而“红河红”商标经过云南红河公司较大规模的持续性使用，已经具有一定的市场知名度，已形成识别商品的显著含义，应当认为已与“红河”商标产生整体性区别。依一般消费者的注意力标准判断，容易辨别“红河红”啤酒的来源，应认为不足以产生混淆或误认，而且，由于“红河”商标尚未实际发挥识别作用，消费者也不会将“红河红”啤酒与“红河”商标的注册人相联系。此外，由于云南红河公司的住所地在云南省红河州，在其使用的商标中含有“红河”文字有一定的合理性。法院据此认定云南红河公司使用“红河红”商标的行为未侵犯“红河”注册商标专用权。②

本案是一个非常重要的判例，从中不仅可以看出“商标法保护的是商誉，而非标志本身”的商标法原理，而且对于侵权判定的标准也作出了合理解释。注册商标自身的显著性、知名度和被控侵权人使用商标的依据均为认定商标是否侵权时应考虑的因素。

三、商标直接侵权的类型

商标直接侵权有诸多类型，此处只讲解对普通商标的侵权行为。法律对于驰名商标有更高水平的保护，如果他人未经许可对驰名商标实施下列行为无疑可以构成侵权，但对于驰名商标还存在其他特殊的侵权行为，本书将在“驰名商标”一章予以讲解。

第一类商标侵权行为是未经许可在同种或者类似商品或服务上使用与注册商标相同或者近似的商标，用以指示商品或服务的来源，导致消费者产生混淆可能的行为。其中，在相同商品或服务上未经许可使用同一注册商标，导致消费者混淆的，构成假冒商标行为，是最为严重的商标侵权行为，并可能导致刑事犯罪。

根据《商标法》第48条的规定，对商标的“使用”包括将商标用于商品、商品包装或者容器以及商品交易文书上，或者将商标用于广告宣传、展览以及其他商业活动中，用于识别商品来源的行为。例如，某汽车维修厂竖立了带有大众汽车Ⓥ图形的“大众汽车特约维修”的标牌，而事实上与大众汽车公司之间并无特约维修协议。这种行为就属于在广告宣传中未经许可使用注册商标，会使消费者误认为该维修厂提供的汽车维修服务得到了大众汽车的授权，并基于对其质量的信赖而使用其服务，构成商标侵权行为。

需要注意的是，《商标法》第57条将“销售侵犯注册商标专用权的商品”的行为与“未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标的，未经商标注册人的许可，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

---

① 参见广东省佛山市中级人民法院民事判决书（2004）佛中法民三初字第98号，广东省高级人民法院民事判决书（2006）粤高法民三终字第121号。

② 参见最高人民法院民事判决书（2008）民提字第52号。

册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的”行为并列为独立类型的商标侵权行为，因此，第一类商标侵权行为中的“使用”并不包括销售带有侵权商标的商品，而只是指未经许可，将与他人注册商标相同或近似的标志附着在产品、包装、容器、交易文书和广告之上，作为商标使用，可能导致消费者混淆的行为。但这一行为的实施者应当是准备向公众提供带有该商标的商品或服务的经营者。如果是广告商、印刷商等受托而将商标附着在相关文书之上，则只可能在有主观过错的情况下构成“间接侵权”。

第二类商标侵权行为是在同种或者类似商品上，将与注册商标相同或者近似的标志作为商品名称或者商品装潢使用，误导公众的行为。

第二类商标侵权行为与第一类商标侵权行为的区别在于：前者表面上并没有直接将他人的商标用作商标，而是作为商品名称、商品装潢来使用，同时，使用者往往还会使用自己的商标。但是，普通消费者往往不能正确地区分商标、商品名称、商品装潢，只要在相关商品或服务上看到自己熟悉的商标文字或图形，就不大去细究它们究竟是否被用作商标，而是直接以此来判断商品或服务的来源。因此，即使将商标作为商品名称、商品装潢使用，只要使消费者产生了混淆的可能，均构成商标侵权行为。

例如，某茶叶公司注册了“得雨”商标，在取得一定知名度后，另一家茶叶公司在自己销售的茶叶盒上印上了“得雨生茶”，尽管在盒子上还印有这家公司自己的注册商标，但其字体显著小于“得雨生茶”。这家公司实际上是将“得雨”商标用作茶叶的名称，同样会使消费者误认为这是“得雨”牌生茶，从而构成商标侵权。[①] 需要注意的是，实务中一种常见的行为是，将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认。例如，日本三洋电机株式会社注册了“三洋”商标，核定使用的商品包括电梯。而与日本三洋电机完全无关的“三洋电梯（无锡）有限公司”在其产品宣传册、员工名片、商业用信封、商业合同及网站上多处使用“三洋电梯”字样，且称自己“是日本株式会社三洋电梯公司经过详细的市场调研，于 2001 年选择无锡电梯厂作为合作伙伴，合资成立的”，容易使相关公众误以为其电梯为日本三洋电机株式会社所生产。最高人民法院 2002 年颁布的《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》将这种行为规定为给他人注册商标专用权造成其他损害的侵权行为。在上述案例中，法院即据此认定被告将“三洋”作为企业名称中的字号使用的行为构成商标侵权。[②]

2013 年修订的《商标法》第 58 条规定：“将他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号使用，误导公众，构成不正当竞争行为的，依照《中华人民共和国反不正当竞争法》处理。”这就意味着：将与他人注册商标相同或者相近似的文字作为企业的字号在相同或者类似商品上“突出使用”，容易使相关公众产生误认的，是商标侵权行为；没有“突出使用”的，即使误导了相关公众，也即使相关公众产生了误认，也不是商标侵权行为，而是不正当竞争行为。本书作者认为：由于普通消费者往往无从分辨商标和字号，而且如果字号能起到识别来源的作用，对该字号的使用也就相当于对商标的使用。将未“突出使用”的行为从商标侵权行为中分离出来，用《反不正当竞争法》加以规制，缺乏必要

① 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（2003）一中民初字第 12199 号。

② 参见江苏省无锡市中级人民法院民事判决书（2007）锡民三初字第 0072 号。

性；在我国《反不正当竞争法》并未明确将这种行为规定为不正当竞争行为的情况下，更是如此。

第三类商标侵权行为是销售侵犯注册商标专用权的商品，可能导致消费者产生混淆的行为。销售侵权商品是最为常见，也是最严重的商标侵权行为。销售明知是假冒注册商标的商品，还可能构成刑事犯罪。

还需要注意的是，销售构成侵权的前提是其损害了商标的功能，也即使消费者通过商标将商品与其提供者建立了错误的联系。如果销售行为与商标的功能无关，则不可能导致混淆并被认定为侵权。

典型案例

餐饮店在菜肴中添加假冒商标的白胡椒粉侵犯商标权么

某食品公司在第30类商品（调味品）上注册了“维加”图文组合商标，并被认定为中国著名商标。某餐饮公司将其购入的假冒“维加”商标的白胡椒粉作为调味品加入菜肴，并向就餐的客人提供。食品公司认为餐饮公司的行为属于“销售侵犯注册商标专用权的商品”。

法院经审理后认为：商标法要保障的是商标在市场上所具有的识别商品来源的功能。假冒“维加”商标的白胡椒粉的确是侵犯原告注册商标专用权的商品，但当被告仅将其置于厨房，并将包装袋中的白胡椒粉取出作为调味品使用于菜肴并出售菜肴时，行为的性质就发生了变化。对于最终的菜肴消费者而言，其关心的只是菜肴的提供者为何人，其并不知晓添加在菜肴中的白胡椒粉为何品牌、来源于何生产者，因此，也就不会对菜肴中添加的白胡椒粉是否来源于原告存在误解、混淆的可能。而原告的商标专用权以商标为限，而不及于与商标分离的商品本身，因此，被告的行为不属于销售侵犯注册商标专用权的商品。①

第四类商标侵权行为是擅自更换他人商品上的注册商标，并将该更换商标的商品又投入市场。这种行为又被称为“反向假冒”。一般对商标的假冒是那些不知名的厂商为了推销自己的产品，未经许可在商品上使用与他人的知名商标相同或近似的商标，使消费者误以为其商品为知名商标所有人的商品，即所谓的“傍名牌”。而“反向假冒”相反，往往是知名商标的所有人将他人商品上的不知名商标撕下，贴上自己的知名商标出售，使消费者误认为该商品出自知名商标所有人。这种行为一方面导致消费者对商品来源发生混淆，使消费者误认为该商品来自于知名商标所有人；另一方面也会损害被撕去的商标所有人的利益，因为知名商标所有人之所以要在购买商品之后更换上自己的商标，往往是因为他人的商品质量上乘，而价格相对低廉。这种行为使被撕去的商标的所有人提供的优质商品无法为其

① 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书（2012）浦民三（知）初字第220号，上海市第一中级人民法院民事判决书（2012）沪一中民五（知）终字第313号。

带来应有的商业信誉，反而“为他人作嫁衣裳”，成为知名商标所有人积累商业利益的工具。有学者指出：某些外国公司在发现中国产品质高价廉时，可能会加以购进并撕去中国商标，换上他们自己的商标，用中国的产品为他们去“闯牌子”，导致中国企业的“名牌战略”无法得以实施。①

曾经有人认为：根据商标权用尽原则，既然商标权人已经将商品投放市场，其商标权在该商品上已经消灭，行为人在不改变商品的前提下以任何方式将商品继续投入流通均不构成商标侵权。这一观点是不能成立的。商标权用尽原则是为了平衡商标权人控制对商标的使用与商品自由流通的需要，而不是损害商标权人的商业信誉和其他利益的工具。《欧共体商标一号指令》第7条第1款在规定了商标权用尽原则之后，又在第7条第2款规定：如果商标权人有合法理由阻止将其已售出的商品进行再次销售，如商品在被投放市场之后状态已经发生了改变或商品已被损坏，则商标权用尽原则不再适用。据此，如果零售商从批发商处购买品牌商品之后又将其以正常状态出售，根据商标权用尽原则，商标权人是不能阻止的；但如果这批商品已经变质，商标权人仍然有权禁止其加以出售，以防止商标中凝集的商誉受到损害。同样道理，在市场上购买他人商品之后更换商标出售，将使原商标的权利人丧失通过提供高质量商品而提高商标价值的机会。在这种情况下商标权人当然“有合法理由阻止将其已售出的商品进行再次销售”。

典型案例

“枫叶”诉“鳄鱼”

新加坡鳄鱼公司授权同益公司在北京出售“卡帝乐”牌服装。同益公司工作人员购买了北京服装一厂生产的“枫叶”牌西裤之后，将西裤上的“枫叶”商标更换为“卡帝乐”商标进行销售。北京服装一厂认为同益公司侵犯其商业信誉并构成不正当竞争。法院经审理后认为：同益公司是利用原告的优质产品为其牟取暴利，无偿地占有了原告为创立其商业信誉和通过正当竞争占有市场而付出的劳动。其行为违反了诚实信用、公平竞争的基本原则，妨碍原告商业信誉、品牌的建立，使原告的商业信誉受到一定程度的损害、正当竞争的权利受到一定程度的影响。因此，同益公司的行为构成侵权，应承担相应的法律责任。②

本案是我国第一起涉及商标“反向假冒”的诉讼，在当时产生了较大影响，也引发了对于“反向假冒”是否构成商标侵权的争论。由于原告选择的诉因并非商标侵权，而是侵犯其商业信誉和不正当竞争，因此，法院并未直接对“反向假冒”是否为商标侵权行为作出认定。我国《商标法》在2001年修订时最终选择将“反向假冒”界定为商标侵权行为。

第五类商标侵权行为是将与他人注册商标相同或者相似的文字注册为域名，并且通过该域名进行相关商品交易的电子商务，容易使相关公众产生误认的行为。

---

① 参见郑成思：《知识产权论》，3版，335页，北京，法律出版社，2003。

② 参见北京市第一中级人民法院判决书（1994）中经知初字第566号。

将注册商标中的文字作为域名注册是商标权人在网络时代常见的经营策略，因为商标中的文字一般短小、精悍，便于消费者记忆和在网络中搜寻。如 IBM 公司的域名 http：//www. ibm. com，海尔集团的域名 http：//www. haier. com，均是以其注册商标作为域名的。如果未经许可将他人的注册商标用作域名并进行相关商品交易的电子商务，很容易使相关公众误认为这是商标注册人的网站，并在该网站进行电子商务交易，从而受骗上当。即使消费者在进入网站之后最终发现这并非商标注册人的网站，也可能会产生“既然来了就买点东西”的想法。这正是典型的“最初兴趣混淆”。

典型案例

施华洛世奇域名侵犯案

“SWAROVSKI”（施华洛世奇）是驰名世界的水晶饰品商标。某公司注册了 chinaswarovski. com、chinaswarovski. cn、swarovski-shop. cn 和 swarovski8. cn 4 个域名，并在相应的网站上销售自称为施华洛世奇品牌的商品。法院认为：该公司在注册域名时应当知晓施华洛世奇有限公司的注册商标具有较高的市场知名度，但仍为商业目的使用上述域名，建立相应的网站从事网上经营活动，其意在于利用施华洛世奇有限公司注册商标的知名度，引起相关消费者的混淆和误认，构成对施华洛世奇有限公司注册商标专用权的侵犯。①

理论研究

擅自制造商标标识并销售是直接侵权么

《商标法》第 57 条第 4 项规定，伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的属于侵犯商标专用权的行为。由于这种侵权行为是与其他几种直接侵权行为相并列的，很容易给人一种感觉——这是一种直接侵权行为，只要擅自制造了他人的商标标识或对其加以销售，就构成商标侵权。但这一理解并不能成立。这一款实际上并非针对擅自制造他人注册商标之后，再用于自己的商品或服务并向社会公众提供的行为，否则，这种行为足以被《商标法》第 57 条规定的前两种商标侵权行为涵盖。它针对的应当是接受委托印刷商标标识并向委托方提供的行为。

如果委托人并不是商标注册人，也没有获得商标注册人的许可，却委托对商标标识进行印刷，很可能是为其实施商标侵权行为进行准备。但委托者总会声称自己就是商标权人或被许可人，许多受托人也相信委托人是有权使用相关商标的，因此，这些受托人并没有直接利用他人商标牟取利益的意图。同时，受托人只是向委托人提供印制好的商标标识、贴上商标的产品包装或广告，除此之外并不向任何经营者或消费者提供。可见，受托人的行为不但不会直接引起任何混淆，而且只要信赖委托人为商标权人，受托人也不会预期最

① 参见上海市黄浦区人民法院民事判决书（2009）黄民三（知）初字第 283 号，上海市第二中级人民法院民事判决书（2011）沪二中民五（知）终字第 4 号。

终消费者会产生混淆。此外，受托人并非是商标权人的商业竞争者，他们就其行为所获得的利益也并非利用他人商标中所含商誉的结果。即使委托人最终利用受托人提供的服务实施了直接侵权行为，受托人的服务也只起到次要和辅助的作用。因此，此类行为不应被界定为直接侵权，而只能在行为人有过错的情况下构成“间接侵权”。《美国商标法》和《英国商标法》均将这类行为规定为或解释为“间接侵权”。美国于1998年修订的《商标法》还特别规定：如果“仅从事印刷标志业务的侵权者或违法者”或“仅从事在报纸、杂志或其他类似媒体及电子媒体中从事广告业务的侵权者或违法者”为“无辜侵权者或无辜违法者”（innocent infringer or innocent violator），商标权人仅能获得禁止其在今后从事类似印刷他人商标或在广告中使用他人商标的禁止救济。[①] 英国法院也认为：同样是将商标附着于产品外包装的行为，如果在附着商标时商品本身已经被包装好了，该行为构成“直接侵权”；但如果当时外包装中还没有商品，在包装上贴商标的人仅是提供外包装本身的，则只可能在特定条件下构成“间接侵权”[②]。

判断受托人的行为是否构成此种类型“间接侵权”的关键仍然在于如何从外部事实认定受托人的“知晓”。美国法院长期以来的判例认为：受托人对于委托人是否有权使用相关商标负有合理的注意义务；如果受托人在提供印刷、广告等服务时，明知委托人意图借助委托服务实施侵权，或者作为一个“理性人”本来应当知道，却因不负责任、对委托事务的合法性漠不关心（reckless disregard）而未能发现事实真相，就具有主观过错，构成“间接侵权”[③]。而被使用商标的知名程度、委托人提供的证明的可信度、受托人以往接受合法委托的经历等都可以作为推断受托人主观意图的因素。在Polo Fashions v. Ontario Printers案中，法院指出：“商人们不能那么单纯，像鸵鸟一样将脑袋埋入沙子里而忽视对一个理性的商人而言轻易就能发现的明显事实。是否存在侵权意图应当根据客观的、理性商人的标准，而不是根据主观的心理状态进行判断……当某人要求制造商或印刷商为某著名厂商制造产品时，受托人有判断委托人合法性的积极义务，受托人必须进行合理调查……一个商人不能仅仅接受订单而不去（对订单的合法性）进行调查，否则他将承担被判定为商标侵权，从而承担责任的风险。”[④]

我国工商行政管理总局颁布的《商标印制管理办法》（2004年修订）规定：对于印刷、制作商标标识的“商标印制”行为，商标印制委托人应当出示营业执照副本或者合法的营业证明或者身份证明以及《商标注册证》。商标使用许可合同的被许可人作为

---

① See 15 U. S. C. 1114 (2) (A) (B). “无辜侵权者”的用语很容易使人认为这类印刷者和广告服务提供者的行为是“直接侵权”，因为根据《美国版权法》，未经许可并在不知情的情况下实施受5大“专有权利”控制的行为仍然构成“直接侵权”，侵权人也被称为“无辜侵权者”。但如上文所述，商标权与版权毕竟有所不同，而且《不正当竞争法重述（第三版）》、美国学者和法院均将印刷者和广告提供者的这种侵权行为称为“帮助侵权”而非“直接侵权”[Restatement of the Law, Third, Unfair Competition, § 26 (1995); Jerome Gilson, *Trademark Protection and Practice*, § 11.02 (i) (C) (III), Matthew Bender & Company, Inc. (2006); Century 21 Real Estate Corporation of Northern Illinois v. R. M. POST, Inc., 8 U. S. P. Q. 2d 1614, at 4 (N. D. Ill., 1998)]。

② Beautimatic v. Mitchell [2000] F. S. R. 267; Duncan Mckenzie Kerly, *Kerly on Trademarks and Tradenames from Sweet and Maxwell*, Sweet & Maxwell, Ltd. (2005), 14-36.

③ World Wrestling Federation, Inc. v. Posters, Inc., 58 U. S. P. Q. 2D 1783, 1784 (N. D. Ill., 2000).

④ Polo Fashions, Inc. v. Ontario Printers Inc., 601 F. Supp. 402, at 403-404 (N. D. Ohio, 1984).

委托人的，还应出示商标使用许可合同文本。商标印制单位应当对商标印制委托人提供的证明文件和商标图样进行核查。如果商标印制委托人没有提供上述证明文件，商标印制单位不得承接印制，否则构成《商标法实施条例》第50条第2项所述的侵权行为。而《商标法实施条例》第50条第2项规定，故意为侵犯他人注册商标专用权行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的，构成商标侵权行为。这是一项典型的“间接侵权”规定。这说明该管理办法也是将擅自印刷商标标识的行为视为“间接侵权”的。

《商标法》在2013年修订时，已明确将“故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为”列为一种侵权行为。这显然是对间接侵权的规定，可以涵盖擅自制造或销售商标标识的行为。在这种情况下，将擅自制造或销售商标标识单独列为侵权行为已无必要。

四、商标间接侵权

商标侵权行为往往不是孤立进行的，它经常需要借助第三人的帮助、参与和支持。在一个科技与商业十分发达的时代，知识产权侵权的成本不断降低，导致侵权行为出现了从集中化、专业化向分散化、业余化发展的趋势。权利人追究直接侵权者的责任有时不但费时费力，而且很难得到充分的补偿。如果直接侵权者不在法院管辖范围内，权利人甚至无法起诉。例如，租用经营场所的小摊贩在销售了假冒商品之后可能会溜之大吉，如果商标权人不能追究故意为侵权活动提供场所者的责任，其损失就无法得到补偿。为了加强对商标权的保护，许多国家的商标法规定：引诱他人实施直接侵权行为，或在知晓他人准备或正在实施直接侵权行为时提供实质性帮助，构成间接侵权。显然，在知道特定行为构成侵权的情况下对这种行为进行引诱或予以帮助，行为人主观上的过错是明显的，而且其行为与损害结果之间存在因果关系，要求行为人承担责任是合理的。2013年修订的《商标法》明确规定了间接侵权行为，其第57条列举的第六种侵权行为即为：故意为侵犯他人商标专用权行为提供便利条件，帮助他人实施侵犯商标专用权行为。例如，经营场所提供者明知其中的商户有出售假冒商品的侵权行为，但却置若罔闻，不采取合理措施加以制止，仍然继续向其提供场所和其他辅助服务。这无异于在纵容和帮助商户实施商标侵权行为，应当作为间接侵权者承担法律责任。

典型案例

Fonovisa案和秀水街案

在美国发生的Fonovisa v. Cheery Auction案中，一家二手货市场中有一些摊位大量出售假冒他人商标的唱片，商标权人曾经向场所提供者发出警告函，告知其市场中发生的侵权行为，而场所提供者未能采取措施。法院发现场所提供者在明知部分摊位从事侵权行为的情况下，还通过继续提供摊位、设施、停车位、广告、水管维修和顾客等方式对其进行实质性帮助。法院因此认定“一个无视其中贩卖者肆无忌惮的商标侵权行为的二手市场是

不能不受惩罚的”，并判决该二手市场的管理者构成“间接侵权”[①]。

我国发生的路易威登诉北京市秀水豪森服装市场有限公司等案与 Fonovisa 案类似。原告路易威登的商标权人在被告管理的秀水街商厦内，从某摊位上买到了侵犯其商标权的商品。原告随即致函被告，告知其市场内存在销售侵权商品的行为，并列出了销售者的摊位号，包括其买到侵权商品的摊位。而在半个月之后，原告又在相同的摊位第二次买到了侵权商品，于是诉诸法院。一审法院认为：被告作为场所提供者在收到原告的致函之后，没有对出售侵权商品的摊位经营者采取任何防治措施制止其侵权行为的继续，使得其能够在一段时间内继续实施销售侵权商品的行为。故可以认定被告为其商户的侵权行为提供了便利条件。[②] 二审法院也认为：被告在收到原告的函件后，即应当知道其市场内有侵犯原告商标权的情形，但却未采取任何有效措施制止销售侵权商品的行为，导致特定侵权商户仍能在此后一段时间内继续实施侵权行为，属于主观上存在故意，客观上为其特定商户的侵权行为提供便利。[③] 二审法院据此维持了原判。

需要指出的是，发出警告函并不是证明场所提供者知晓商户侵权行为的唯一方法。经营场所提供者应当尽到自己合理的注意义务，阻止那些明显的侵权行为。例如，如果某商户以极低的价格长期公开兜售某一贴有知名商标的商品，其行为已经达到了经营场所提供者不可能不知道的程度，该场所提供者就应根据租赁合同中有关禁止出售违法商品的条款，阻止该商户的售假行为。如果场所提供者采取“鸵鸟政策”，像一只鸵鸟那样将头深深地埋入沙子之中，对于一个在身处相同境遇下的“理性人”看来不可能不发现的侵权事实视而不见，则场所提供者就可以被认定为“应当知晓”商户的侵权行为。例如，上海原“襄阳路市场”中有大量商户出售假冒 LV 等知名品牌的廉价箱包，这一事实几乎到了妇孺皆知的程度。在这种情况下场所提供者就不能声称自己“不知道”商户们的商标侵权行为。这恐怕也是上海市政府最终决定关闭“襄阳路市场”的原因。

第二节　商标侵权的法律责任

一方面商标侵权行为损害了商标权人的利益，导致其商品和服务的竞争力下降，因此，侵权人应当承担民事责任。另一方面，商标侵权导致消费者对商品或服务的来源产生混淆，从而上当受骗，因此也损害了公共利益，故侵权者应当承担行政责任，严重的还要承担刑事责任。

一、民事责任

如果在法院下达判决时侵权行为仍在继续，那么停止侵权将是法院要求侵权人首先应当承担的民事责任。与对著作权和专利权“直接侵权”的原理相同，直接侵权不以主观过错为构成要件，无论侵权人的主观状态如何，都应承担立即停止侵权行为的民事责任。如某

---

① Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F. 3d 259, at 264 - 265 (9th Cir., 1996).

② 参见北京市第二中级人民法院民事判决书（2006）二中民初字第 13594 号

③ 参见北京市高级人民法院民事判决书（2006）高民终字第 335 号

商场在不知情的情况下购进了一批侵犯他人商标权的服装，商场出售这批服装的行为仍然构成对商标权的直接侵犯。《商标法》第64条第2款规定：销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得的并说明提供者的，不承担赔偿责任。从该款用语可以推出：缺乏主观过错而直接侵权者不承担赔偿责任，但仍然应当承担停止侵权的法律责任。

其次，如果侵权人有主观过错，即知道或应当知道自己从事了侵权行为，利用了商标权人使用注册商标所产生的商誉，则还应当承担赔偿责任。《商标法》第63条规定：侵犯商标专用权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对于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1倍以上、3倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予300万元以下的赔偿。

商标只有在实际使用中才能发挥识别作用并积累商誉。如果商标在注册后并未进行实际使用，则他人未经许可使用注册商标的行为就不可能导致消费者的混淆，也不涉及不正当地利用商誉和给商标权人造成经济损失。因此，《商标法》第64条第1款规定：注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前3年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前3年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

需要注意的是：《商标法》第64条规定的民事责任是针对侵犯注册商标专用权而言的。对于未在中国注册的驰名商标而言，尽管《商标法》第13条提供了特殊保护，但保护力度相对于注册商标而言仍然较低。根据最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第2条，复制、摹仿、翻译他人未在中国注册的驰名商标或其主要部分，在相同或者类似商品上作为商标使用，容易导致混淆的，应当承担停止侵害的民事法律责任。这就意味着使用者并不需要承担赔偿损失的法律责任。

二、行政责任

商标侵权同时会使消费者受骗上当，损害了公共利益，因此，侵权人除了向商标权人承担民事责任之外，还应承担行政责任。《商标法》第60条规定：对于侵犯注册商标专用权的行为，商标注册人或者利害关系人可以请求工商行政管理部门处理。工商行政管理部门处理时，认定侵权行为成立的，责令立即停止侵权行为，没收、销毁侵权商品和主要用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具，违法经营额5万元以上的，可以处违法经营额5倍以下的罚款，没有违法经营额或者违法经营额不足5万元的，可以处25万元以下的罚款。对5年内实施两次以上商标侵权行为或者有其他严重情节的，应当从重处罚。销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，由

工商行政管理部门责令停止销售。

三、刑事责任

《刑法》第213条、第214条和第215条分别规定了“假冒注册商标罪”、“销售假冒注册商标的商品罪”和“非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪”。第213条规定：未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，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；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。最高人民法院和最高人民检察院2004年颁布的《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《刑事司法解释》）第1条将以下两种情形规定为“情节严重”：（1）非法经营数额在5万元以上或者违法所得数额在3万元以上的；（2）假冒两种以上注册商标，非法经营数额在3万元以上或者违法所得数额在2万元以上的。同时，该《刑事司法解释》将以下两种情形解释为“情节特别严重”：（1）非法经营数额在25万元以上或者违法所得数额在15万元以上的；（2）假冒两种以上注册商标，非法经营数额在15万元以上或者违法所得数额在10万元以上的。其中“非法经营数额”，是指行为人在实施侵犯商标权行为过程中，制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值，按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值，按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查清其实际销售价格的，按照被侵权产品的市场中间价格计算。

《刑法》第214条规定：销售明知是假冒注册商标的商品，销售金额数额较大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；销售金额数额巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。根据《刑事司法解释》，“销售金额”是指销售假冒注册商标的商品后所得和应得的全部违法收入。销售金额在5万元以上的，属于“数额较大”；销售金额在25万元以上的，属于“数额巨大”。而具有下列情形之一的，就可以认定销售者“明知”被销售的是假冒注册商标的商品：（1）知道自己销售的商品上的注册商标被涂改、调换或者覆盖的；（2）因销售假冒注册商标的商品受到过行政处罚或者承担过民事责任，又销售同一种假冒注册商标的商品的；（3）伪造、涂改商标注册人授权文件或者知道该文件被伪造、涂改的。

《刑法》第215条规定：伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，情节严重的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

【问题与思考】

1. 论述混淆理论的主要内容。

2. 论述混淆理论在商标侵权判断中的作用。

3. 思考：有一种观点认为，我国《商标法》第57条并未将“混淆的可能”规定为商标侵权的条件，因此，只要未经商标注册人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标就构成侵权，而无论是否存在混淆的可能。请对该观点进行评价。

4. 论述各类商标直接侵权行为。

5. 论述商标侵权的法律责任。

第二十一章 驰名商标的特别保护

本章导读

驰名商标凝集了良好的商业信誉，是商品或服务的生产经营者或提供者长期努力的结果。驰名商标不仅发挥着商标识别出处的基本功能，而且具有表彰消费者身份和品位的功能。如果仅仅根据混淆理论把对驰名商标的保护限定在相同或类似商品或服务，不仅无法防止他人恶意利用驰名商标商誉的“搭便车”行为，而且不利于鼓励商品或服务提供者通过持续的努力提高和保证产品或服务的品质。因为即使他人未经许可对驰名商标的使用不会使消费者对商品或服务的来源产生混淆，也可能因弱化驰名商标的显著性或丑化其形象而严重损害驰名商标权人的利益，因此，需要法律对其加以特殊保护。本章主要讲解驰名商标的概念、淡化理论和对驰名商标的特殊保护机制。

第一节 驰名商标特别保护概述

一、对驰名商标进行特别保护的依据

驰名商标是指经过长期使用或大量商业推广与宣传，在市场上享有很高知名度并为相关公众所熟知的商标。与普通商标相比，驰名商标具有以下几个特点：

首先，驰名商标在相关公众中具有很高的知名度。相关公众看到与驰名商标相近似的标志时，很容易就联想到驰名商标。在世界各国经济联系越来越密切的时代，一些驰名商标的知名度早已越过国界。即使在有的国家从来没有销售过带有该驰名商标的商品，该国家的相关公众也可能从报刊、网络或其他渠道熟知该商标。一些未注册的商标在市场上经过长期使用之后，也能在相关公众中产生很高的知名度。

其次，驰名商标中凝集的商誉较高。商标的驰名可能来源于大量广告宣传，但更主要的是因为其指代的商品或服务质量优良、稳定或品味高尚，久而久之商标就成为了质量或品味的化身。这使得驰名商标代表了很高的商誉，具有突出的广告宣传功能。它不但能够

帮助商标权人推销相关商品或服务，在商标转让或许可时也能给商标权人带来丰厚的回报。

最后，某些驰名商标还具有表现和彰显使用者身份与地位的功能，这与普通商标所具有的识别商品或服务来源的功能已经有所不同。现代生产力的不断发展使商品的数量和种类得到了极大扩张。随着机械化生产的普及，有形商品之间本身价值的差异在减小。同时，由于富裕程度的提高，消费者购物时越来越从满足生理和生活物质需要转到满足心理与精神需要。例如，在30年前，人们购买某一品牌的钢笔主要是因为该品牌的钢笔质量好、经久耐用，此时商标起到的是识别功能和附带的质量保障功能。但今天有许多人愿意以上千元的价钱购买名牌钢笔。其实上千元的名牌钢笔与一支几十元的一般品牌钢笔的质量可能完全相同，甚至可能是由生产一般品牌钢笔的厂家贴牌生产的。那为什么人们愿意出十余倍的价钱购买名牌钢笔呢？其原因在于在生活条件较好的现代社会，许多人追求的已经不仅仅是用到一支质量较好的钢笔了，而是还要追求品味。使用钢笔时不仅要让自己用得满意，还希望他人借此得知自己的高贵身份和高雅的生活方式。而名牌，也就是某些凝集了极高商誉的驰名商标，就能够起到这种特殊的作用。这些驰名商标已经不仅仅具备识别功能，还有表现和彰显使用者身份与地位的功能。

基于驰名商标的上述特征，仅用传统商标法对其保护可能会导致不公平的结果。第一，在实行注册制的国家，商标获得商标法保护的前提是进行注册。即使商标经过长期使用已经驰名，但只要没有进行注册，驰名商标所有者就无权通过商标法阻止他人在相同或类似商品或服务上使用自己的商标。如果他人抢先将驰名商标予以注册，则投入大量资金和劳动使商标驰名的人反而无法继续使用自己的驰名商标，而抢注者就可以无偿地将凝集在驰名商标中的商誉据为己有。我国在20世纪90年代曾经发生多起他人恶意抢注未注册驰名商标，并以高价向原所有者兜售的事件。在这种情况下，如果一味坚持商标注册是商标受到保护的唯一途径，则无疑会助长违背诚实信用的恶意抢注行为，有损于市场秩序。

第二，与其他知识产权一样，商标权也具有地域性。在一国通过注册或在先使用取得的商标权不能当然地在其他国家受到承认和保护。商标即使在其他国家的相关公众中已经非常驰名，但只要其没有在该国进行使用或注册，就无法受到该国商标法的保护，这就可能导致在该国发生对未注册和使用的外国驰名商标进行擅自使用和抢注的情况。

第三，与普通商标所具有的识别功能相适应，商标法的立法目的主要在于防止消费者因他人假冒商标而对商品或服务的来源产生混淆，保证消费者能够根据商标购买到货真价实的商品，避免上当受骗。据此，他人未经许可使用商标的行为如果不能导致消费者的混淆，并不构成商标侵权。在其他种类的商品上使用相同或近似商标一般不会引起消费者混淆，因而不是商标侵权行为。例如，熊猫电器厂为其电子产品注册了“熊猫”商标之后，他人未经许可在葡萄酒上使用“熊猫”商标，并不会使消费者误认为“熊猫”葡萄酒是由熊猫电器厂酿造的，自然也不产生侵权问题。

对于有些驰名商标而言，其知名度已经超越了其核准注册的商品或服务类别，因此，即使在其他种类的商品或服务上使用相同或近似的商标，也会引起消费者的混淆，使消费者误认为这种商品或服务来源于驰名商标权人，或与之有特定的联系。例如，“梦特娇”是服装类商品上的注册商标，当有人在干洗服务上使用相同的商标时，消费者可能误认为“梦特娇”的商标权人拓展了其经营业务，不仅销售服装，还自己或授权他人提供服装干洗

这一相关服务。[①] 如果商标法只规定在相同或类似商品或服务上使用相同或近似商标是侵权，就无法制止这种基于“跨类混淆”的行为。而对于另一些驰名商标而言，许多未经许可对其加以使用的方式并不会使消费者对商品或服务的来源产生混淆。例如，一般人都知道“劳斯莱斯”是汽车的商标，如果有人出售“劳斯莱斯”牌牛仔裤、铅笔和三轮车，消费者不大可能误认为这是“劳斯莱斯”轿车制造商提供或许可提供的商品，因为汽车与牛仔裤、铅笔和三轮车是截然不同的类别。同样，如果消费者看到克丽丝汀·迪奥（Christian Dior）牌厕所强力除臭剂，也不可能相信它是由驰名世界的香水品牌克丽丝汀·迪奥的权利人制造或授权制造的。因此，这种行为很难构成传统意义上的商标侵权。

但是，驰名商标之所以凝集了比普通商标更高的商誉，一些驰名商标还具有表现和彰显使用者身份和地位的功能，重要原因在于这些驰名商标与商品或服务的特定来源之间建立起了独一无二的联系，消费者一看到相关的驰名商标，只会想到一个特定的来源。在这种情况下，驰名商标的显著性已经不仅表现在相关公众看到驰名商标时，能够认识到它是一个用来识别商品或服务来源的商标（如知道“劳斯莱斯”是一个商标），还在于相关公众能够立即与商品或服务的特定来源联系起来（如一看到“劳斯莱斯”，就知道相关商品出自高级轿车制造商）。一些驰名商标的价值还往往来源于权利人长期专注于提供有限种类的特定商品或服务的努力，使该驰名商标成为一种身份、品味或生活方式的代名词。如果放任他人将驰名商标随意用于识别与原先类别商品或服务完全不相干的商品或服务，即使消费者不会产生混淆的可能，也会损害驰名商标识别商品或服务唯一来源的能力，从而使驰名商标丧失其原先可能具有的表现与彰显使用者身份和地位的功能。

当某人宣称自己拥有“劳斯莱斯”时，不少人会向其投去羡慕与钦佩的目光。这是因为“劳斯莱斯”与特定高级轿车制造商之间存在唯一联系，他人会立刻想到此人拥有一辆价格高昂的“劳斯莱斯”牌高级轿车，而“劳斯莱斯”牌高级轿车是高贵身份的象征。但是，如果放任将“劳斯莱斯”广泛用于牛仔裤、铅笔和三轮车等多种商品，即使这些商品上以更大的字体清楚地声明自己与“劳斯莱斯”轿车的制造商并无关系，消费者不会认为这些商品来源于“劳斯莱斯”轿车制造商，但经过一段时间之后，“劳斯莱斯”与特定高级轿车制造商之间联系的唯一性就消失了。“劳斯莱斯”成了在识别特定高级轿车制造商之外，可以同时识别许多其他与之完全无关的商品或服务提供者的商标。此时如再有人宣称自己拥有“劳斯莱斯”，他人可能就会怀疑地询问：你拥有的是什么“劳斯莱斯”？是“劳斯莱斯”轿车还是乱七八糟的企业制造的“劳斯莱斯”牛仔裤、铅笔和三轮车？显然，即使人们不会相信“劳斯莱斯”轿车制造商会将经营范围拓展至牛仔裤、铅笔和三轮车，因此不会发生对商品来源或许可、赞助等关系的混淆，但由于“劳斯莱斯”原来所具有的专门指示高级轿车制造商的能力受到损害，制造商因长期生产、销售高品质轿车而使“劳斯莱斯”商标所代表的极高声誉和高贵形象势必受到破坏。这就是所谓的“商标弱化”行为——由于将驰名商标用于识别其他类别商品或服务的来源，即使不会使

① 法院在相关诉讼中指出：虽然原告经营的服装类商品与被告经营的洗衣类服务分属不同类别，但两者存在一定的关联性，足以误导相关公众，认为被告与原告有某种联系。参见上海市第二中级人民法院民事判决书（2007）沪二中民五（知）初字第290号。

消费者产生混淆的可能，也将导致驰名商标清楚地识别商品或服务唯一来源的能力受到削弱。

同样，如果法律允许他人销售克丽丝汀·迪奥牌厕所强力除臭剂，虽然消费者不会相信它来源于克丽丝汀·迪奥香水制造商，但经过一段时间的使用之后，消费者再看到克丽丝汀·迪奥这个品牌，可能首先想到的就不是清新的香味和高雅的生活方式，而是厕所中的异味了。这不但会破坏该品牌与香水来源之间独一无二的联系，还会给该品牌的声誉带来严重的负面影响，从而损害其原有的价值。这种将商标用于明显低于原指定商品或服务档次的商品或服务，甚至是不雅或有伤风化的商品或服务，导致对商标声誉造成负面影响的行为，被称为“商标丑化”。“商标弱化”和“商标丑化”被统称为“商标淡化”①。

对于未注册的驰名商标跨国界、跨类别产生混淆的问题，尚可以通过拓展传统混淆理论的适用范围加以解决，也就是承认：即使该驰名商标尚未注册，或注册在其他类别的商品或服务上，只要未经许可使用驰名商标导致消费者发生了混淆的可能，就构成侵权行为。至于完全不会导致消费者产生混淆可能的商标淡化和丑化行为，是以防止混淆为核心的传统商标法所难以解释的问题。因此，现代商标法为了公平、合理地保护驰名商标，除了扩大混淆理论的适用范围之外，还引入了对驰名商标进行特别保护的淡化理论。

二、淡化理论与现代商标法作用的变化

传统商标法对商标的保护主要依据混淆理论，即商标法的主要任务在于防止消费者对商品或服务来源产生混淆，避免商标成为欺骗消费者的工具。而判断商标直接侵权的主要依据也是对商标的使用是否会导致消费者的混淆。但随着驰名商标的特征和功能发生了上文所述的变化，仅仅依据混淆理论已经无法对驰名商标提供充分的保护了。这是因为他人在不类似商品或服务上使用与驰名商标相同或近似的标志，可能并不能使消费者误认为该商品或服务来源于驰名商标持有人。为此，一些国家在混淆理论之外，开始采取淡化理论作为补充。

本书作者将淡化理论归纳为：相关公众在看到一个商标时，立即会联想到之前就熟悉的一个驰名商标。即使相关公众能够清楚地意识到该商标并非由驰名商标所有权人使用或授权使用，但只要这种联想的长期后果会损害驰名商标与其指代的商品或服务的特定来源之间独一无二的联系，或者贬损驰名商标所代表的品味与声誉，导致驰名商标对相关公众吸引力降低或价值受到损害，他人使用该商标的行为也应当被制止。

与淡化理论相适应，现代商标法的作用与传统商标法相比也发生了变化。一般认为：以混淆理论为基础的传统商标法具有双重作用，一方面防止消费者因对商品或服务来源产生混淆而上当受骗；另一方面保护厂商的商誉，使厂商能够通过商标进行公平竞争。但淡化理论要解决的问题并非消费者的混淆，而是对驰名商标价值本身的损害。因此，现代商标法对驰名商标的保护重点在于维护驰名商标中所凝集的商业声誉。换言之，对驰名商标的保护而言，现代商标法注重的是保护驰名商标所有者的私人利益，而非防止混淆的公共

① House Report 109－23, Trademark Dilution Revision Act of 2005, p. 4.

利益。[①] 这样，无论他人未经许可使用驰名商标的行为是否发生在相同或类似商品上，只要能够导致相关公众的联想，并进而损害驰名商标与其指代的特定来源的商品或服务之间的唯一联系或贬损驰名商标的价值与声誉，都是现代商标法所要制止的侵权行为。

美国《联邦反商标淡化法》即是这一现代商标立法的典型代表。该法规定：驰名商标所有者有权通过获得禁令救济，制止他人在商业活动中以弱化或丑化的手段实施可能导致驰名商标被淡化的行为，而无论以下情况是否存在：（1）存在混淆的可能性，（2）驰名商标所有者与他人之间存在竞争关系，（3）对驰名商标所有者造成了实际经济损失。这就意味着与驰名商标所有者并不存在竞争关系的其他人将驰名商标用于非类似商品或服务上，即使不可能导致消费者的混淆，只要可能削弱驰名商标识别特定类别中特定商品或服务来源的能力，或可能贬损驰名商标的声誉，也在法律禁止之列。

第二节　我国对驰名商标的特别保护机制

一、对未注册的驰名商标禁止“同类混淆”

我国《商标法》第13条第2款规定：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。这意味着未在中国注册的商标只要已经在中国驰名，而他人对该驰名商标进行复制、摹仿或者翻译，并在相同或类似商品或服务上进行使用，可能导致消费者对商品来源产生混淆的，也能受到商标法的保护，即该驰名商标所有者有权阻止他人使用，商标局对他人在相同或类似商品或服务上的注册申请不予核准。这一特殊规定使得“驰名”成为商标除注册之外获得保护的第二条途径，可以有效地防止恶意利用未注册驰名商标的声誉牟利并欺骗消费者的行为。例如，在苏富比案中，法院认为：原告英国苏富比拍卖行虽然当时尚未在中国注册“苏富比”中文商标，但经过其对“苏富比”的持续宣传，“苏富比”在中国已经具有较高的知名度，构成拍卖服务的未注册驰名商标。而被告四川苏富比公司在其拍卖活动、宣传材料、网站和名片中使用“苏富比”等商标标识，显然具有借助原告的商誉，使相关公众对原告和被告二者的服务发生混淆和误认的主观故意，客观上也会造成相关公众的混淆或者误认为被告与原告存在某种联系。因此，法院认定被告的行为侵犯了原告的未注册商标权。[②]

二、对已注册的驰名商标禁止“跨类混淆”

《商标法》第13条第3款规定：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。这样，已注册驰名商标权利人就可以阻止他人在

---

① See Jerome Gilson, *Trademark Protection and Practice*, Matthew Bender & Company, Inc. (2006), §5A.01 (1).

② 参见北京市第二中级人民法院民事判决书（2007）二中民初字第11593号。

不相同或不相类似商品上使用相同或近似的驰名商标，以免导致消费者发生混淆的可能，也即避免“跨类混淆”。

如上文所述，有些驰名商标的知名度已经超越了其核准注册的商品或服务类别，未经许可将该驰名商标用于不同类商品时，只要两类商品的消费者群体有所重合，就可能导致消费者发生混淆。因此，需要对这种跨类使用驰名商标，导致消费者混淆可能的行为加以制止。例如，英国联合利华公司在香皂上注册了“力士”商标，有百货公司未经许可销售印有“力士”标志的香皂盒。由于香皂与香皂盒的消费群体高度重合，而“力士”又是驰名商标，其知名度自然会延及香皂盒。即使不认为香皂与香皂盒是类似商品，在香皂盒上使用“力士”也会导致跨类混淆，即误认为该香皂盒是联合利华公司生产或许可生产的，属于对驰名商标的侵权。[①] 再如，在欧共体法院判决的“TDK”商标注册案中，一家公司申请将“TDK”注册在服装上，日本著名的电子产品制造商 TDK 公司对此提出异议，认为对该商标的注册会损害其对驰名商标“TDK”（见下图）的利益。欧共体法院认为：虽然日本 TDK 公司的“TDK”商标注册在电子产品上，与注册申请人试图注册的服装产品不同，但由于日本 TDK 公司长期赞助体育赛事，“TDK”商标也被印在比赛服装上，申请人在服装上使用文字构成完全相同的“TDK”，会使相关公众误认为该服装是经日本 TDK 公司许可而制造的，属于利用驰名商标“TDK”的声誉来销售服装。因此，该申请被驳回。[②]

日本 TDK 公司的注册商标

三、对已注册的驰名商标防止淡化

最高人民法院在 2009 年颁布的《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第 9 条第 2 款规定：足以使相关公众认为被诉商标与驰名商标具有相当程度的联系，而减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉，或者不正当利用驰名商标的市场声誉的，属于《商标法》第 13 条第 2 款规定的“误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害”。这一司法解释扩大了“误导公众”的字面含义，从而使不可能导致相关公众混淆和误认的“弱化”（减弱驰名商标的显著性）和“丑化”（贬损驰名商标的市场声誉）也被纳入“误导公众”的范围。这项规定实际上是以司法解释的方式引入了用于保护驰名商标的淡化理论。

需要指出的是：“淡化”多数情况下发生在“跨类”使用驰名商标的情况下，因为在同类商品或服务上使用与驰名商标相同或近似的商标，往往会导致混淆的可能，此时传统的

---

① 参见国家工商行政管理局商标局 1988 年 8 月 5 日致上海市工商行政管理局《关于保护 LUX、力士注册商标的函》。

② See Aktieselskabetaf 21 November 2001 v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), Court of Justice, Case C-197/07 P., paras. 62, 67.

混淆理论完全可以解决这一未经许可使用驰名商标的问题。但是，某些驰名商标经过长期宣传和使用，其文字或图形的细节已为相关公众所熟知，此时未经许可在同类商品或服务上使用与该驰名商标在客观上近似的商标，不可能使消费者发生混淆。但是，这种行为会削弱驰名商标指示其商品或服务来源的能力，或不正当地利用驰名商标的市场声誉，因此，仍然属于受禁止的范围。

理论研究

能在同类商品上对驰名商标进行反淡化保护么

最高人民法院关于驰名商标的司法解释引入了反淡化规则，然而，该解释是针对2001年《商标法》第13条第2款的，而该条款为驰名商标提供的特别保护是以在“不相同或者不类似商品”上使用驰名商标为前提的。这就产生了一个问题：他人在相同商品上使用与驰名商标近似的商标，或者在类似商品上使用与驰名商标相同或近似的商标，如果没有导致混淆的可能，能否根据该司法解释认定侵权？

最高人民法院关于驰名商标的司法解释很大程度上借鉴了《欧共体商标一号指令》，且上述问题在适用该指令的司法实践中也遇到过，因此，欧共体法院的做法对我国具有很强的参考价值。

在Davidoff诉Gofkid案中，瑞士Davidoff公司在烟草等商品上注册的商标Davidoff享有很高知名度，而香港Gofkid公司在同类商品上使用Durffee商标。Davidoff公司认为：被告的商标会导致混淆的可能。同时，被告的商标利用了Davidoff商标的价值，且有损于其良好的声誉，因为公众并不会认为中国与高质量的产品有任何联系。①

原告的注册商标

被告使用的商标

德国法院在一、二审中均认为不存在混淆的可能。② 由于原告的注册商标与被告使用的商标是在相同类别的商品上使用的，而且原告的商标享有很高的知名度，诉讼中的焦点问题就是：能否在同类商品上适用对驰名商标的特别保护？这就涉及对《欧共体商标一号指令》第5条的解释。

该条有两款，其第1款规定：商标注册人应享有专有权利，有权阻止所有第三方未经

① 当然，本书作者坚决反对这一说法。

② 欧共体法院的判决书没有陈述德国法院否认混淆可能的原因。本书作者认为：原、被告的商标图形是近似的，应可导致混淆。但原告的商标有可能因极为知名，相关公众非常熟悉，反而可以一眼看出带有被告商标的商品并非来自原告。

其同意在贸易过程中：(a) 在相同商品或服务上使用与注册商标相同的标志；(b) 在相同或类似商品上，使用与注册商标相同或近似的标志，以至于存在公众混淆的可能性，包括使公众在注册商标与该标志之间产生联系的可能性。其第 2 款规定：任何成员国还可以规定，如注册商标在该成员国内享有声誉，商标注册人应有权阻止所有第三方未经其同意在贸易过程中，在不类似的商品或服务上使用与注册商标相同或近似的标志，只要对该标志的使用在无合理理由的情况下，会导致不正当地利用或有损于注册商标的显著性或声誉。

显然，第 5 条第 2 款是对驰名商标的特殊保护，而且从字面上看，只有他人在不相同或不类似的商品上使用驰名商标，才能对驰名商标提供特殊保护。德国法院将该案提交欧共体法院，要求其对《欧共体商标一号指令》第 5 条第 2 款能否适用于在同类商品上使用驰名商标的情形进行解释。

欧共体法院指出，对第 5 条第 2 款不能仅根据字面意思进行解释，而要考虑到保护驰名商标的总体机制和目标。该条款不能被解释为：当被控侵权的标志用于相同或类似商品时，驰名商标受到的保护比被控侵权标志用于不相同或不类似商品时受到的保护还要少。在这种情况下，驰名商标受到的保护至少不能比被控侵权标志被用于不相同或不类似的商品时受到的保护还要弱。因此，当与驰名商标相同或近似的标志被用于相同或类似商品时，同样可以适用第 5 条第 2 款。①

欧共体法院通过此案确立了可以在同类商品上对驰名商标进行特别保护的规则。这一解释是合理的，《欧共体商标一号指令》第 5 条第 1 款提供的保护仅限于他人在相同或类似商品上使用被控侵权商标导致混淆可能的情形。如果将第 5 条第 2 款为驰名商标提供的保护限于他人在不相同或不类似商品上使用被控侵权商标，导致淡化（包括弱化和丑化）和不正当利用驰名商标显著性或声誉的情形，则对于在相同或类似商品上使用被控侵权商标，淡化和不正当利用驰名商标显著性或声誉的行为，商标法就无法向驰名商标权人提供救济了，这显然是不合理的。从法律解释方法的角度看，在不相同或不类似商品上淡化和不正当利用驰名商标显著性或声誉所造成的损害，尚不如在相同或类似商品上淡化和不正当利用驰名商标显著性或声誉所造成的损害，如果商标法对较轻的损害都要加以制止，怎么可能对较重的损害加以放任呢？

在我国的司法实践中，也出现了类似的案例。某公司将其在网站上销售的戒指描述为“铂金钻石戒指卡地亚经典款式”，但同时标明了其自己的品牌、生产厂家和产地。卡地亚公司起诉该公司侵犯其注册商标权。法院认为：被告的行为不易使相关公众对涉案商品的来源与原告的商品产生混淆或者误认。但是，由于原告的“卡地亚”文字属于臆造词，具有较强的显著性，且原告的商标具有较高知名度、较好市场商誉，双方的商品又系同一种商品，故被告的行为在客观上减弱了原告商标的显著性，降低了原告商标的标志作用，损害了原告的合法权益，属于我国商标法规定的“给他人的注册商标专用权造成其他损害的”行为，已经构成对原告注册商标专用权的侵害。② 这实际上是承认在相同或类似商品上使用与驰名商标相同或近似的商标是可以构成淡化的。

---

① Davidoff & Cie and Zino Davidoff v. Gofkid, Court of Justice, Case C - 292/00, paras. 22 - 30.

② 参见上海市浦东新区人民法院民事判决书（2012）浦民三（知）初字第 330 号。

典型案例

KODAK电梯与美国柯达公司有关么

苏州科达液压电梯有限公司（以下简称科达电梯公司）成立于2001年，其在其电梯产品、公司门牌、员工名片、产品介绍和企业宣传资料上，均以独立标识或与其“科达”上下并列的方式突出标注“KODAK”文字。“柯达/KODAK”商标的注册人美国伊士曼柯达公司发现后，起诉科达电梯公司侵犯其“KODAK”商标权。

法院认为：科达电梯公司以商品商标的形式突出使用“KODAK”商业标识，明显复制、摹仿了伊士曼柯达公司的“柯达/KODAK”驰名商标，并通过依傍“KODAK”驰名商标的良好声誉形象取得不正当商业利益。从保护驰名商标专有性角度出发，科达电梯公司使用“KODAK”标识必然会降低伊士曼柯达公司“KODAK”驰名商标的显著性，损害其商誉价值，对“KODAK”驰名商标的专有性及长期商业标识形象利益造成实质性损害。因此，科达电梯公司的行为构成侵权。①

值得注意的是，法院引用了最高人民法院的司法解释作为法律依据——“复制、摹仿、翻译他人注册的驰名商标或其主要部分在不相同或者不相类似商品上作为商标使用，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的”，构成侵权行为。② 但法院在判决中并未对“KODAK电梯”是否“误导公众”作出任何认定。实际上，相关公众在看到“KODAK电梯”时，不太可能认为该电梯是由生产照相机和胶卷的美国伊士曼柯达公司生产或授权生产的。如果法院认为根据现有证据无法证明相关公众会产生混淆（被“误导”），则该判决实际上已经超越了当时司法解释的规定而适用了“淡化理论”，即以“KODAK电梯”会降低驰名商标KODAK的显著性（弱化）为由认定被告侵权。

典型案例

可以在卫生洁具上注册“伊利”么

尤某申请注册“YiLi+伊利”的商标，指定使用的商品为：水龙头、卫生间用手干燥器、冲水装置和管道（卫生间设备部件）等卫生设备。内蒙古伊利实业集团股份有限公司在异议期内向商标局提出异议，但先后被商标局和商标评审委员会驳回。于是伊利公司提起行政诉讼。

法院认为：伊利公司在奶制品上对“伊利”的使用已产生并具有唯一对应于伊利公司产品的标识性效果。而且“伊利”商标具有极高的知名度，当他人将“伊利”作为商标注册使用在其他领域的商品上时，难免使人将其与伊利公司的“伊利”商标发生联系。尤某

---

① 参见江苏省苏州市中级人民法院民事判决书（2005）苏中民三初字第0213号。

② 参见最高人民法院《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第1条。请注意，该司法解释并没有将《商标法》第13条中的“误导公众”解释为包括对驰名商标的弱化和丑化。只有2009年出台的最高人民法院《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》才作出了这样的解释。

注册申请的商品类别尽管在生产、销售等方面与伊利公司没有关联之处，但可以认定其使用行为客观上带来了减弱“伊利”作为驰名商标显著性的损害后果；其使用在卫生器械和设备上，易使消费者将其与不洁物发生联想，这种使用会造成贬损“伊利”商标声誉的损害后果。法院据此撤销了商标评审委员会的裁定。①

伊利公司的商标　　异议商标

本案涉及对驰名商标的“弱化”和“丑化”。消费者虽然不可能认为生产“伊利”牌奶制品的伊利公司会去制造或许可制造“伊利”牌水龙头和马桶，但在这些商品上使用“伊利”，会切断“伊利”商标与伊利公司之间的唯一联系，削弱其指示原先商品来源的能力。而看多了“伊利”牌马桶，难免会影响喝“伊利”奶的胃口，对伊利公司的利益损害是不言而喻的。

但此案中商标局、商标评审委员会与法院之间的观点差异也凸显了一个问题：我国《商标法》第13条对于已注册的驰名商标，只提供禁止跨类混淆的保护，而不提供反淡化保护。最高人民法院虽然在2009年通过《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》引入了反淡化保护，但只有法院才能适用，商标局和商标评审委员会不能适用，这就必然导致商标行政主管机关和法院的适用标准出现差异。本案中，商标局认为：“伊利”虽然属于驰名商标，但其赖以知名的商品与“水龙头”差异较大，在“水龙头”等商品上使用“伊利”商标，不会引起消费者混淆。② 商标评审委员会也认为，被异议商标“伊利”指定使用的商品为水龙头等，与伊利公司的引证商标指定使用的牛奶等商品分属于完全不同的两个行业，不易使消费者将其标识的商品误以为源自伊利公司，从而误导公众，损害伊利公司与消费者的利益。③ 应当指出，这是完全符合《商标法》第13条第2款（2013年修订为第3款）立法原意的，因为这一条款只解决“跨类混淆”问题，而上述最高人民法院的司法解释解决的却是“淡化”问题。因此，要实现商标行政主管机关和法院的适用标准的统一，还有待于修改《商标法》，规定对驰名商标的反“淡化”保护。

四、对恶意注册驰名商标的行为请求撤销不受争议期限限制

根据《商标法》第41条的规定，驰名商标所有人对于他人恶意注册自己驰名商标的行为请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标，不受5年争议期限限制。这条规定承认了驰

① 参见北京市第一中级人民法院行政判决书（2009）一中行初字第1589号。
② 参见商标局（2005）商标异字第00023号裁定。
③ 参见商评字〔2009〕第11679号关于第1634078号“伊利 YiLi”商标异议复审裁定。

名商标因凝集了较高的商誉，应当受到比普通商标更强的保护。而恶意抢注人是无法依靠争议期限的限制将他人驰名商标据为己有的。

理论研究

我国《商标法》第13条能够被用于禁止商标淡化么

一般认为，我国《商标法》第13条提供了对驰名商标的特殊保护。这种保护的特殊性体现在两个方面：一是对未注册的驰名商标提供保护，二是对已注册的驰名商标提供跨类保护。但是，第13条是否能够被解释为包含了类似于美国《联邦反商标淡化法》提供的反商标淡化保护呢？本书作者认为，从第13条的措辞来看，还不能得出这样的结论。

首先，对于未注册的驰名商标，第13条提供保护的前提是他人在相同或类似商品或服务上的注册或使用“容易导致混淆”。如果不能导致混淆，则未注册驰名商标所有者无权阻止他人注册或使用。其次，对于已注册的驰名商标，第13条提供跨类保护的条件是跨类注册或使用会“误导公众”。虽然立法没有对何为“误导公众”作出解释，但很难想象如果公众没有对商品或服务的来源产生混淆，包括直接混淆（误认为他人提供的不类似的商品或服务来源于驰名商标所有者）和间接混淆（误认为不类似商品或服务的提供者与驰名商标所有者之间存在特定关系），公众如何会被“误导”。因此，本书作者认为“误导”实际上也只是“混淆”的另一种说法而已。这就意味着我国对未注册驰名商标的保护仍然严格地以混淆理论为依据。而商标评审委员会和法院在实务中，也一直将“误导公众”理解为“混淆”。例如，在美国宝洁公司与山东博世公司就Boss商标注册的争议中，商标评审委员会指出：“《商标法》对驰名商标给予跨类保护，正是因为跨类时也有与驰名商标混淆的事实发生，因此保护的前提均应包括是否有混淆、误认事实的发生。”而法院在强调对驰名商标的跨类保护必须以“误导公众”为前提的情况下，根据案件事实认定被异议的商标与引证商标“在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面不同，相关公众一般不会认为存在特定联系、造成混淆”[①]。这显然是将“误导公众”作为“混淆”的同义语对待。而美国《联邦反商标淡化法》的立法目的就是弥补混淆理论的不足，即使对驰名商标进行未经许可的使用不可能导致消费者混淆、误认或受欺骗，也可能因对驰名商标识别能力的削弱或损害驰名商标的声誉而予以禁止。因此，《商标法》第13条第3款对已注册驰名商标提供的跨类保护，实际上是在防止跨类混淆，而不是淡化。它与淡化理论和反淡化保护存在着不小的差距。

需要注意的是，最高人民法院在2009年颁布的《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第9条第2款规定：足以使相关公众认为被诉商标与驰名商标具有相当程度的联系，而减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉，或者不正当利用驰名商标的市场声誉的，属于《商标法》第13条第2款（2013年修订为第3款）规定的“误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害”。该条实际上引入了

① 北京市第一中级人民法院行政判决书（2006）一中行初字第851号。

淡化理论，方法是将“减弱驰名商标的显著性”（弱化）和“贬损驰名商标的市场声誉”（丑化）也认定为构成“误导公众”。本书作者认为：这一司法解释克服了《商标法》未规定“淡化理论”的缺陷，对于加强对驰名商标的保护非常有益。但问题在于：将“误导公众”解释为可以包括“淡化”比较勉强，因为“淡化理论”就是为了保护驰名商标权利人的利益，只有“混淆理论”才强调通过防止混淆来保护公众利益，避免公众上当受骗，并同时间接保护商标权人的利益。在驰名商标被淡化（包括弱化和丑化）的情况下，公众并没有因被误导而产生混淆的可能，否则，“混淆理论”足以保护公众利益，美国等根本无须再引入“淡化理论”来加强对驰名商标权利人利益的保护了。如在本书上文提到的公众看到“劳斯莱斯”牌铅笔和“克丽丝汀·迪奥”牌厕所除臭剂时，不大可能认为铅笔和厕所除臭剂来源于出品高级轿车和香水的商标注册人，也即不可能被“误导”。在这种弱化和丑化驰名商标的情况下，受害者并非公众，而是驰名商标权利人。因此，以修改《商标法》的方法引入“淡化理论”，比将“误导公众”解释为可以包括“淡化”更为合适。

理论研究

商标弱化的判断标准

我国《商标法》第13条尚未明确承认商标淡化是侵权或违法行为，最高人民法院虽然在《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》中，通过扩大对“误导公众”的解释引入了淡化理论，但也尚未提出全面、系统的认定“淡化”中“弱化”和“丑化”的标准。相比之下，美国《联邦反商标淡化法》已实施十余年，因此，了解美国立法认定商标淡化的判断标准对于我国未来对《商标法》的修订是有相当帮助的。

美国2006年修订的《联邦反商标淡化法》明确列举了判断他人的行为是否构成对驰名商标的弱化的6项因素，分别为：第一，驰名商标与他人标志之间的相似程度；第二，驰名商标的固有显著性程度或获得显著性程度；第三，驰名商标持有人对驰名商标进行排他性使用的程度；第四，驰名商标获得承认的程度；第五，他人使用标志是不是为了建立与驰名商标之间的联系；第六，驰名商标与他人标志之间是否（使消费者）实际发生了联系。[①]

需要指出的是：在该法修订之前，美国不同法院对于“混淆”是否为“弱化”的一种形式存在不同观点。[②] 如在著名的Nabisco案中，法院将消费者是否发生混淆作为判断弱化的一个考虑因素。[③] 有的甚至认为“只要发生了混淆，就必然发生了淡化”[④]。

但是淡化理论要解决的问题是在未导致消费者发生混淆可能的情况下，如何防止他人的不当行为削弱驰名商标指示相关商品或服务唯一来源的能力。正如美国著名的商标法学

---

① See 15 U. S. C. 1125 (c) (2) (B).

② See Eli Lilly & Co. v. Natural Answers, Inc., 233 F. 3d 456, at 469 (7th Cir., 2000); Gilson & LaLonde, "The Lanham Act: Time for a Face-Lift?", 92 *T. M. R.* 1013 (2002).

③ Nabisco v. PF Brand, 191 F. 3d 208, at 219 (2nd Cir., 1993).

④ James Burrough Ltd. v. Sign of Beefeater, Inc., 540 F. 2d 266, n. 16 (7th Cir., 1976).

者 McCarthy 教授所指出的那样："弱化和混淆并不是一条铁轨上不同的站点，它们是指向完全不同方向的两条路线。"[①] 美国 2006 年修订的《联邦反商标淡化法》完全摒弃了判断混淆的因素，这就使得"混淆"不再是"弱化"的一种形式。同时，由于 2006 年修订的《联邦反商标淡化法》将驰名商标定义为"被一般消费者所广泛认识的商标"，所以只在部分消费者之中知名的商标已不再可能被认定为驰名商标，判断驰名商标所用商品与他人商标所用商品是否具有相同的消费群体也就没有意义了。新标准强调的是驰名商标是否具有高度显著性，以及在他人使用相似商标没有引起混淆的情况下，消费者是否会产生与驰名商标的联系。这样，美国商标法对驰名商标的特别保护就完全脱离了传统的混淆理论。

典型案例

INTELMARK 淡化了 INTEL 么

美国英特尔公司在英国注册了 INTEL 商标，指定的商品和服务都与计算机有关。英国 CPM 公司在"营销及电话营销"服务上注册了 INTELMARK 商标。《欧共体商标一号指令》第 4 条第 4 款（a）项规定：如果在后标志与在先商标相同或近似，希望注册在或已经注册在了不类似的商品或服务上，只要在先商标已经在成员国享有声誉，同时，在后标志的使用在缺乏正当理由的情况下会不公平地利用或有损于在先商标的声誉，则该成员国可以规定对在后标志不予注册或宣告注册无效。《英国商标法》第 5 条第 3 款据此作出了相同的规定。英特尔公司认为 INTELMARK 商标不正当利用了或有损于其驰名商标 INTEL 的显著性和声誉，要求宣告 INTELMARK 商标的注册无效。此案由英国法院提交欧共体法院后，欧共体法院对于驰名商标的保护规则作出了以下解释："损害在先商标的显著性"即"弱化"，是指商标识别其注册的商品或服务的能力以及用于指示源于商标权人的能力受到削弱，也即被淡化的商标无法再使消费者立即将其与其注册的商品或服务联系起来。而"弱化"结果的产生，缘于相关公众认为两个商标之间存在联系（即使不存在混淆的可能）。因此，首先需要判断公众是否会认为这种联系的存在。商标之间的相似程度、相关商品的性质和商品之间的类似程度、在先商标声誉的高低、在先商标的显著性，以及是否存在导致相关公众发生混淆的可能，都是在进行判断时需要综合考虑的因素。在先商标的声誉范围越广、显著性越强、商标之间越相似、相关商品越是类似、其消费者群体越是接近，越有可能使消费者认为商标之间存在联系。如果对于具有合理的充分信息、注意和谨慎程度的一般消费者而言，在后商标能够使其想起在先商标，则在先商标与在后商标之间存在这种联系。[②] 但仅凭这种联系的存在，还不足以认定"弱化"，在先的驰名商标权利人还必须举证证明"弱化"的损害正在实际发生，或未来发生的

---

① J. Thomas McCarthy, *McCarthy on Trademarks and Unfair Competition* (fourth edition), West Publication (2011), § 24: 72.

② Intel Corporation Inc. v. CPM United Kingdom Ltd., Court of Justice, Case C-252/07, paras. 29, 30, 42-60.

可能性很大。其方法是证明：对于在先商标所注册的商品或服务的一般消费者而言，在后商标的使用将导致其经济行为的改变，或具有将来会发生这种改变的很大可能。一般而言，在先驰名商标越“独特”（如构成商标的文字从未被任何人用于其他商品或服务上），在后使用的商标越是能够使相关公众迅速和强烈地联想起在先的驰名商标，在后商标不正当地利用或损害在先商标显著性或声誉的可能性越大。①

本案是英国发生的首起涉及驰名商标淡化的诉讼，而欧共体法院的判决对我国也有参考价值，因为最高人民法院《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第9条第2款有关“足以使相关公众认为被诉商标与驰名商标具有相当程度的联系，而减弱驰名商标的显著性、贬损驰名商标的市场声誉，或者不正当利用驰名商标的市场声誉的，属于商标法第十三条第二款规定的‘误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害’”的规定，实际上借鉴了《欧共体商标一号指令》第4条第4款（a）项保护驰名商标的规定。从欧共体法院的判决来看，“足以使相关公众认为被诉商标与驰名商标具有相当程度的联系”与“减弱驰名商标的显著性”之间存在递进关系，即必须首先认定商标之间存在联系，再由在先驰名商标权人举证证明这种联系会进一步导致对驰名商标的“弱化”。而欧共体法院判决中所列举的各种考虑因素可作为我国法院审理相关案件时的参考。

典型案例

nasdaq 能被注册在体育用品上么

一家名为 Antarctica 的意大利公司申请在体育用品上注册图文混合商标 nasdaq。美国纳斯达克（Nasdaq）公司此前已经在证券金融服务及相关计算机设备上注册了商标“NASDAQ”，其对上述注册申请提出异议。欧共体法院认为：“NASDAQ”是一个臆造词，具有很强的固有显著性，而且在媒体上无处不在。因此，其声誉不仅存在于活跃在金融市场的专业人士之中，也存在于正在或准备在未来进行投资的一般公众之中。而 Antarctica 公司刻意选择的商标与“NASDAQ”极为近似，公众一看到就会立即想起“NASDAQ”。即使由于两个商标使用的商品或服务类别相距甚远，消费者不会发生混淆，这种注册和使用也会不正当地利用“NASDAQ”的声誉并损害其显著性。②

Antarctica 公司申请注册的商标

① Intel Corporation Inc. v. CPM United Kingdom Ltd., Court of Justice, Case C-252/07, paras. 67, 71, 74, 77.

② AntarticaSrl v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs), Court of Justice, Case C-320/07 P. (2009), paras. 17-20.

第三节　对驰名商标的认定

要享受法律对驰名商标的特别保护，一个商标必须首先被认定为驰名商标。因此，认定驰名商标时相关部门所要考虑的标准和认定驰名商标的程序是非常重要的。

一、认定驰名商标的标准

我国《驰名商标认定和保护规定》指出：驰名商标是指在中国为相关公众广为知晓并享有较高声誉的商标。根据这一规定，仅在国外驰名但在中国尚不驰名的商标无法享受商标法对驰名商标的特别保护。如果该商标也没有在中国注册或使用，则实际上无法受到任何商标法意义上的保护。这是因为在中国尚不驰名的商标在中国相关公众中知晓者并不多，也无多少商业声誉可言，他人在中国使用这一商标既不会引起混淆，也不可能影响该商标所有者在中国的商业信誉。当然，仅保护在中国驰名的商标仍然有可能导致一种不公平的结果，如有人可能将在某一国家享有高度声誉，但在国内知者寥寥的商标抢先在中国使用或注册，而当该商标在国外的所有者想进入中国市场时才发现他人已经使用或注册该商标了。我国一些知名商标近年来在海外频遭抢注，也与这些国家只保护在本国在先使用、注册的商标或在本国驰名的未注册商标，而中国的商标尚未在这些国家使用、注册或驰名有关。由于《巴黎公约》目前只要求成员国保护已在本国驰名的商标，上述问题暂时还无法获得圆满解决。

《驰名商标认定和保护规定》对驰名商标的认定采取了较低的标准。在我国早期有关驰名商标的案例中，一些法院并不承认那些只在部分公众中知名的商标为驰名商标。如在微软诉某公司注册“hotmail. com. cn”域名侵犯其 hotmail 商标权一案中，法院认为以“hotmail”为标识的服务除互联网络上的免费电子邮件外，并未在中国普通公众中产生影响，故“hotmail”尚不构成驰名商标。[①] 而将驰名的范围限定于“中国普通公众”将会导致只有极少数商标被认定为驰名商标、享受《商标法》的特别保护。而 TRIPs 第 16 条只要求成员国在判断商标是否驰名时，考虑相关公众对商标的认知程度。为此，《驰名商标认定和保护规定》现已明确规定驰名商标的标准是在中国相关公众中驰名，相关公众包括与使用商标所标识的某类商品或者服务有关的消费者、生产前述商品或者提供服务的其他经营者以及经销渠道中所涉及的销售者和相关人员等，而相关公众的范围完全可能只是占全国人口比例很小的一部分公众。例如，“联想”和“海尔”等电子产品的商标，在国内的城市中可谓家喻户晓；但对于用于西方法律数据库的商标 Lexis，却只在法学院的老师、学生和涉外律师中享有很高的知名度。当然，如果商标仅在某一领域的消费者之中驰名，其声誉也仅在这一领域内受到特别保护。如果他人在不类似商品或服务上使用相同商标，而该商品或服务的消费者与驰名商标所在领域的消费者完全不同，以至于新领域的消费者并不知晓驰名商标，则他人的使用既不会导致消费者混淆，也不会弱化

① 参见北京市第一中级人民法院民事判决书（1999）一中知初字第 182 号。

驰名商标的显著性，不能被认定为构成商标侵权。而在美国等少数国家，驰名商标被定义为“被一般消费者所广泛认知的商标”[①]，这样，仅有少数驰名商标能够受到商标法的特别保护。

《商标法》第14条规定，认定驰名商标应当考虑下列因素：（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。《驰名商标认定和保护规定》第3条进一步规定：以下材料可以作为证明商标驰名的证据材料：（1）证明相关公众对该商标知晓程度的有关材料；（2）证明该商标使用持续时间的有关材料，包括该商标使用、注册的历史和范围的有关材料；（3）证明该商标的任何宣传工作的持续时间、程度和地理范围的有关材料，包括广告宣传和促销活动的方式、地域范围、宣传媒体的种类以及广告投放量等有关材料；（4）证明该商标作为驰名商标受保护记录的有关材料，包括该商标曾在中国或者其他国家和地区作为驰名商标受保护的有关材料；（5）证明该商标驰名的其他证据材料，包括使用该商标的主要商品近三年的产量、销售量、销售收入、利税、销售区域等有关材料。

二、认定驰名商标的途径和效力

目前，我国对驰名商标的认定采取“双轨制”，以及“被动认定”和“个案认定”的原则，即商标局或商标评审委员会在商标注册、商标评审或者查处商标违法案件过程中，可以根据当事人的请求对所涉商标是否为驰名商标进行认定。同时，人民法院在审理商标纠纷案件中，可以根据当事人的请求对所涉商标是否为驰名商标进行认定。但商标局、商标评审委员会和法院不能在当事人没有提出请求的情况下，主动依职权去认定驰名商标。《商标法》第14条明确规定：“驰名商标应当根据当事人的请求，作为处理涉及商标案件需要认定的事实进行认定。”如果在诉讼中当事人对于已认定的驰名商标不持异议，法院不再审查该商标是否为驰名商标，但如果当事人提出异议的，法院应当对该商标是否为驰名商标进行审查。所谓“个案认定”是指对驰名商标的认定效力应仅限于个案，即认定驰名商标的目的是判断在具体案件中他人的使用是否构成侵权。如果在日后商标权人又对他人在不相同或不类似商品或服务上使用商标的行为提起诉讼，以前法院或商标局对驰名商标的认定没有当然效力。只要对方当事人提出异议，商标局或法院就应当重新根据商标权人提出的证据对商标是否驰名进行认定。

既然认定驰名商标的效力仅限于个案，就不能将在个案中被认定的驰名商标作为宣传手段。《商标法》第53条对此明确规定：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。违反上述规定的，由地方工商行政管理部门责令改正，处10万元罚款。该规定保障了驰名商标的“个案认定”效力。

【问题与思考】

1. 思考：为什么要对驰名商标进行不同于普通商标的特殊保护？

---

① 15 U.S.C. 1125 (c) (2).

2. 思考：对驰名商标进行特殊保护的理论基础是什么？
3. 简述商标弱化和商标丑化的含义。
4. 思考：我国《商标法》第 13 条是否建立了反商标淡化的法律机制？
5. 思考：目前对驰名商标认定存在哪些问题？你认为应当如何克服？