



PKU Law School

2013-2014 学年春季学期课堂笔记

# 知识产权法学

Intellectual Property Law

杨明老师 口授

北京大学法学院 10 级

张弛 & 洪浩淼 整理

33 楼 632 宿舍 出品

此为北京大学法学院杨明老师 2013-2014 学年春季学期为 10 级本科生讲授的知识产权法学课程的笔记。这一门的笔记有洪浩淼同学与我一起整理，专利法部分都是水哥整理的。水哥效率比我高多啦，几天前就把专利部分整理好啦，由于我的拖延现在才整理好其余部分……

体系仍旧以老师的 PPT 为依据，PPT 上的内容原则上不引用。

笔记打印的时候直接双面打印即可，无需把封面单拿出来打印。否则会造成奇偶页失调。

这几个学期的笔记整理事业基本上差不多啦，感谢大家的喜爱，大家期末加油哦。

Ranocchia·pkulawzc

# Contents

# 目录

目录	1
前言	1
LECTURE1 知识产权与知识产权法基础	1
一、学习开始前的思考——两个案例	1
1.【“赤壁之战”壁画案】	1
2.【中国第一教案案】	2
二、基本概念	3
1.国际公约的定义	3
2.抽象定义	4
三、作为私权的知识产权	5
四、知识产权的特性	6
1.知识产权客体的非物质属性	6
2.知识产权的专有性	7
3.知识产权的地域性	7
4.知识产权的时间性	9
五、知识产权制度中的公共政策体现	10
1.知识产权客体的公共产品属性	11
2.知识产权具体制度背后的公共政策考量	11
· 关于权利范围	11
· 关于权利限制制度	11

<b>LECTURE2 著作权法基本问题</b>	<b>14</b>
一、一个案例	15
二、著作权法的历史	16
· 参考读物	16
1. “版权”、“作者权”与“著作权”的概念演进	<b>16</b>
· 关于版权	17
· 关于著作权	17
· 关于作者权	17
· 著作权法与意识形态控制	18
2. 著作权制度的缘起与发展	<b>20</b>
3. 西方诸国著作权制度的形成	<b>21</b>
三、中国著作权法的发展	21
1. 我国著作权制度的确立	<b>21</b>
2. 中华人民共和国的著作权法	<b>22</b>
四、思想/表达二分法	24
 <b>LECTURE3 著作权的客体——作品</b>	 <b>28</b>
一、作品的概念	28
· 作品的领域限定	28
· 作品的核心要素	29
· 关于创作	30
· 作品与载体	31
· 几个思考的问题	32
二、作品受保护的要件	33
1. 实质条件——独创性	<b>33</b>
2. 形式要件——可固定性	<b>35</b>
三、作品的类型化分析	36
· 作品类型化分析解决的问题	36
· 对修正案规定的作品类型的解说	37
-文字、口述、音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技作品	37
-美术、实用艺术、建筑作品	37
-摄影作品	37
-视听作品	38
-其他几类作品	38
· 关于权利产生及外国人问题	38
· 类型化分析的意义	38
· 几个应当注意的问题	39
-文字作品与以文字表达的作品	39
-关于口述作品的独创性	39
-关于建筑作品	39
-关于翻拍	40

· 特殊的保护对象	40
-作品的标题	40
-作品角色	41
-实用艺术作品	41
-字体和字库	42
· 案例——关于唱腔的独创性	42
<b>LECTURE4 著作权的主体问题</b>	<b>45</b>
<b>一、著作权的原始主体</b>	<b>45</b>
· 法人成为原始主体的问题	45
<b>二、特殊作品的著作权原始主体</b>	<b>46</b>
<b>1.合作作品的著作权主体</b>	<b>46</b>
· 关于实质性贡献	46
· 合作作品判断的条件	47
· 合作作品是否可分	47
<b>2.职务作品的著作权主体</b>	<b>48</b>
· 职务作品的认定	48
· 职务作品的权利归属	49
· 特殊职务作品	50
· 法人作品与职务作品	50
<b>3.委托作品</b>	<b>50</b>
· 委托作品与职务作品	51
· 委托人的权利	51
· 两个思考	51
<b>4.汇编作品</b>	<b>52</b>
· 汇编作品的含义	52
· 汇编作品的分类与归属	52
· 汇编作品与合作作品	52
<b>5. “影视作品及以类似摄制电影的方法创作的作品”的著作权主体</b>	<b>53</b>
· 影视作品的概念	53
· 影视作品著作权的归属	53
· 影视作品整体的著作权	53
· 影视作品著作人身权能否转让的问题	54
<b>6.演绎作品</b>	<b>54</b>
· 演绎作品的含义	54
· 演绎与复制	54
· 演绎作品的著作权归属	54
· 演绎作品的四种情形	55
-以另一形式表现基础作品的演绎作品	55
-对基础作品进行评论的演绎作品	55
-后续作品	55
-同人作品	55
<b>7.匿名作品</b>	<b>55</b>
· 匿名作品的含义	55
· 《著作权法实施条例》第13条存在的问题	56

8.美术作品	56
· 著作权与所有权相分离	56
· 所有权与展览权	57
· 案例——【“天高几许问真龙”广告语诉讼案】	57
· 案例——【雷锋照片著作权归属】	58
三、著作权的继受主体	58
四、外国人、无国籍人的著作权主体资格	59
五、法人能否成为作者	59
<b>LECTURE5 著作权及邻接权的内容</b>	<b>60</b>
一、著作人身权	60
· 著作人身权的含义与立法	60
1.发表权	60
· 发表权及其含义	60
· 已发表的作品	61
2.署名权	61
· 署名权的含义	61
· 作者同意添加他人署名是否合法	61
3.修改与保护作品完整权	62
1) 修改权	62
2) 保持作品完整权	62
二、著作财产权	62
· 概述	62
1.权利内容	66
1) 复制权	66
-复制的方式	66
-复制的四种表现形式	66
-临时缓存的问题	67
2) 发行权及其衍生的财产权	68
-发行权	68
-出租权	68
-进口权	68
-公共借阅权	68
-追续权	69
3) 传播权	69
三、邻接权	70
· 邻接权的含义	70
1.出版者的权利	71
1) 版式设计权	71
-版式设计与封面设计	71
-出版者的范围	71
2) 专有出版权	72
· 案例——关于版式设计权	72

2.表演者权	72
· 一次表演与二次表演	73
· 表演权与表演者权	73
· 法人表演与职务表演	74
3.录音录像制作者权	75
4.广播者权利	75
<b>LECTURE6 著作权的限制与保护</b>	<b>77</b>
<b>一、合理使用</b>	<b>77</b>
1.基本含义	77
· 合理使用的概念	77
· 合理使用与相关概念的关系	77
-合理使用与许可使用	77
-合理使用与法定许可使用	78
-合理使用与侵权	78
2.适用条件——合理使用的判断及具体情形	78
· 合理使用标准制定的困难	78
· 关于三步检测法	79
1) 使用作品的目的	80
2) 被使用作品的性质	80
-视听作品与印刷作品	80
-未发表作品与已发表作品	81
-虚构作品与纪实作品	81
-为特定对象创作的作品	81
3) 使用作品的程度	81
4) 对被使用作品的影响	82
<b>二、法定许可使用</b>	<b>82</b>
· 法定许可与强制许可	82
· 付费的标准问题	83
· 法定许可使用的特征	83
· 法定许可使用的具体类型	83
-编写教材	83
-法定许可转载或摘编	83
-法定许可录音	84
-法定许可播放	84
<b>三、著作权侵权救济</b>	<b>84</b>
1.定义	84
2.侵权行为的判定	84
1) 实际发生的侵权	85
2) 有侵害之虞	85
3.假处分制度和财产保全制度	86
4.特定主体在侵权诉讼中的举证责任	86
5.损害赔偿数额的计算	86

<b>LECTURE7 专利法概述</b>	<b>89</b>
<b>一、专利制度的发展</b>	<b>89</b>
<b>1.专利制度的起源与发展</b>	<b>89</b>
· 国外的情况	89
· 我国专利制度的产生和发展	91
· 我国专利法的修订	91
-第一次修订	91
-第二次修订	92
-第三次修订	92
<b>2.专利制度的现代化趋势</b>	<b>94</b>
<b>二、专利权客体制度</b>	<b>95</b>
<b>1.发明</b>	<b>96</b>
· 发明的特点	96
<b>2.实用新型</b>	<b>97</b>
· 实用新型与专利	97
<b>3.外观设计</b>	<b>98</b>
<b>4.实用新型和外观设计在专利法保护的利弊</b>	<b>99</b>
<b>5.外观设计双重保护问题</b>	<b>99</b>
<b>6.不予保护的客体</b>	<b>99</b>
· 违背法律和社会公共秩序的发明创造	99
· 科学发现	100
· 智力活动的规则和方法	100
<b>三、专利权的主体</b>	<b>100</b>
<b>1.发明人或设计人</b>	<b>100</b>
<b>2.专利共有</b>	<b>100</b>
<b>3.专利申请人</b>	<b>101</b>
<b>4.职务发明创造的问题</b>	<b>101</b>
<b>5.委托研发情形下的专利权主体问题</b>	<b>101</b>
<b>6.外国人</b>	<b>101</b>
<b>LECTURE8 新颖性、创造性和实用性</b>	<b>102</b>
· 概述	102
<b>一、发明、实用新型专利的实质要件</b>	<b>103</b>
<b>1.新颖性及其判断</b>	<b>103</b>
1) 何谓“现有技术”	103
2) 抵触申请	104
3) 新颖性标准的种类	104
4) 新颖性丧失的例外	105
<b>2.创造性及其判断</b>	<b>105</b>
· 我国的判断步骤	106

· Graham 测试法	107
· TSM 测试法	107
· 美国测试方法后来的变化	108
<b>3.实用性及其判断</b>	<b>108</b>
· 实用性的判断方法	109
<b>二、外观设计专利的实质要件</b>	<b>110</b>
<b>1.新颖性</b>	<b>110</b>
<b>2.创造性</b>	<b>110</b>
· 外观设计创造性的判断	111
<b>3.实用性</b>	<b>111</b>
<b>4.美观性</b>	<b>112</b>
<b>5.合法性要求</b>	<b>112</b>
<b>LECTURE 9 专利制度中的相关程序</b>	<b>113</b>
<b>一、专利申请</b>	<b>113</b>
<b>1.专利申请原则</b>	<b>113</b>
1) 书面原则	113
2) 先申请原则	113
3) 单一性原则	114
4) 优先权原则	114
<b>2.专利申请的流程</b>	<b>115</b>
<b>3.申请文件</b>	<b>116</b>
1) 申请书	116
2) 说明书	116
-说明书的组成部分	116
-说明书的技术方案部分	116
-说明书的有益效果部分	117
-说明书的具体实施方案部分	117
3) 权利要求书	118
-权利要求书的作用	118
-什么是权利要求	118
-权利要求的构成	118
-权利要求应当满足的主要要求	119
-撰写中应注意的两个问题	119
<b>二、专利权的无效宣告程序</b>	<b>120</b>
<b>1.概述</b>	<b>120</b>
<b>2.无效宣告的法理依据</b>	<b>122</b>
<b>3.无效宣告的主体</b>	<b>122</b>
· 专利权人自己申请无效	122
· 作为策略的申请无效	123
<b>4.申请无效宣告的时间和理由</b>	<b>123</b>
· 申请宣告无效的时间	123
· 申请宣告无效的理由	123

5.无效宣告的效力	124
-----------	-----

## LECTURE 10 专利权的内容与限制 125

一、专利权的内容	125
· 使用权	125
· 禁止权	125
· 处分专利的权利	126
· 使用专利号或专利标记的权利	126
二、强制许可	127
· 规定强制许可的目的	127
· 强制许可的含义	127
· 强制许可的法定程序	128
· 强制许可的条件	128
· 费用的协商	128
· 强制许可的登记公示	129
· 案例	130
三、不构成侵权的行为	130
1.权利穷竭	131
2.在先使用权	131
3.临时过境	132
4.合理使用	132
5.博拉例外	132
· 案例——【北京猎日科技有限公司与卓有惟侵犯专利权纠纷】	132
四、专利权穷竭	133
1.概述	133
· 案例——【鞠爱军与山东武城古贝春集团公司外观设计专利侵权纠纷】	133
2.专利权穷竭与知识产权的地域性	133
· 专利产品的平行进口问题	134
五、关于赔偿责任的免除	135
六、政府征用许可	136
· 政府征用许可与强制许可	136

## LECTURE 11 专利侵权 138

一、什么是专利侵权	138
1.概念	138
· 技术特征完整对待原则	140
· 全面技术特征覆盖原则	140
· 等同原则	140
· 禁止反悔原则	141
· 多余指定原则	142
2.专利侵权的表象与实质	142

· 专利侵权的表象	142
· 专利侵权的实质	142
<b>3.假冒专利与冒充专利</b>	<b>142</b>
· 冒充专利	142
· 假冒专利	143
<b>4.间接侵权</b>	<b>143</b>
<b>二、侵权判定</b>	<b>144</b>
· 侵权判定步骤	144
· 侵权的构成	144
· 侵害之虞	144
<b>三、停止侵害</b>	<b>145</b>
· 停止侵害的含义	145
· 停止侵害请求权的例外	146
-专利权滥用	146
-基于公共利益	147
<b>四、损害赔偿</b>	<b>147</b>
· 损害赔偿的含义	147
· 损害赔偿的计算方法	148
-实际损失	148
-违法所得&许可使用费的合理倍数	149
-法定赔偿	150
 <b>LECTURE12 商标法的几个基本问题</b>	 <b>153</b>
<b>一、商标制度的起源与发展</b>	<b>153</b>
<b>1.国外的情况</b>	<b>154</b>
<b>2.我国的情况</b>	<b>155</b>
1) 早期的情况	155
2) 关于第二次修订	156
3) 关于第三次修订	156
<b>二、相关概念的辨析</b>	<b>161</b>
· 商标与商业标记	161
· 商标与注册商标	161
· 商标与商品装潢	162
· 商标与商务标语	162
· 商标与商品名称	162
· 商标与特殊标志	162
<b>三、商标的含义及对其的理解</b>	<b>162</b>
<b>1.商标的含义</b>	<b>162</b>
· 商标是一种联系：商标不是对标识的所有权	162
<b>2.商标的构成元素</b>	<b>163</b>
<b>四、商标的特征、功能、分类</b>	<b>164</b>
<b>1.商标的特征和功能</b>	<b>164</b>

· 识别性上与其他商业标识的区别	164
· 与商号的区别	164
· 未经申请, 不得变更使用	165
2. 商标的分类	<b>165</b>
五、商标权	<b>166</b>
1. 商标专用权	<b>166</b>
· 取得商标专用权的模式	166
2. 商标权的实质	<b>166</b>
· 对标识的垄断?	166
· 对特定联系的垄断?	167
· 商标权与智力成果权的区别	167
六、商标权的主体	<b>168</b>
1. 商标权人、许可使用人	<b>168</b>
2. 商标共有	<b>169</b>
LECTURE13 商标的显著性 商标的取得与终止	<b>170</b>
一、商标的显著性	<b>170</b>
1. 关于商品显著性的一般理解	<b>171</b>
· 独特性和可识别性	171
· 强商标和弱商标	171
· 显著性的判断方法	171
· 法律适用	171
2. 基于显著性的商标分类	<b>172</b>
1) 臆造商标	172
2) 任意商标	172
3) 暗示商标	172
4) 叙述商标	172
3. 固有显著性	<b>173</b>
· 区分不同商标是否具有固有显著性的经济学原因	173
4. 获得显著性	<b>174</b>
· 获得显著性的含义	174
· 各国对获得显著性的标记种类的规定	175
5. 显著性的认定	<b>176</b>
1) 固有显著性的认定	176
-固有显著性可以直接注册的理由	176
2) 获得显著性的认定	176
-认定获得显著性的因素	177
6. 显著性的退化和消失	<b>177</b>
· 显著性退化的原因	178
· 对商标显著性退化的态度	178
· 防止商标显著性退化	178
· 禁用标记问题	179
二、商标权的取得模式	<b>179</b>

1.因使用而取得	180
· “使用”含义的变化	180
· 关于意图使用	180
· 使用注册的弊端	181
2.因注册而取得	181
· 注册制与抢注	181
3.因驰名而取得	182
三、商标注册	182
1.商标注册的含义及其法律属性	182
2.商标注册的原则	183
1) 法定原则	183
2) 自愿注册和强制注册相结合的原则	183
3) 申请在先和使用在先相结合的原则	183
3.商标注册的条件	184
4.商标注册申请	184
5.商标注册申请的审查与核准	184
1) 初步审定与核驳	184
2) 异议	184
3) 核准	184
6.商标评审	185
· 商标评审机构	185
· 评审内容	185
7.续展注册	185
四、商标权的无效与撤销	186
1.概述	186
2.注册商标无效	186
· 含义	186
· 无效的原因	187
-由于注册不当的无效	187
-以不正当手段取得注册	187
-与在先权利冲突的无效	187
· 注册商标无效的程序	189
-申请人	189
-时限	189
-无效申请的裁定及司法审查	189
· 无效宣告的效力	190
3.商标权的撤销	190

## LECTURE14 商标合理使用 商标侵权 191

一、商标合理使用	191
· 一个案例	191
· 国内外的立法状况	192
· 合理使用的类型	193

1.叙述性使用	194
· 叙述性使用的含义	194
· 两个案例	194
· 叙述性合理使用成立的条件	195
2.指示性合理使用	195
· 指示性使用的含义	195
· 指示性使用的案例	195
· 我国的情况	196
· 指示性使用的构成要件	196
· 对指示性使用的理解	196
二、商标侵权	197
1.混淆理论	198
· 混淆理论的含义与问题	198
· 直接混淆与间接混淆	199
· 混淆理论与《商标法》修订	200
· 混淆标准的适用	200
2.淡化理论	201
· 淡化理论的含义	201
· 淡化理论的提出、立法与案例	201
· 淡化理论的核心	202
· 我国的情况	203
3.商标侵权判定的新理论——商标使用标准	203
· 使用标准的理论	203
· 反对使用标准的一些理由	204
4.商标侵权判定的新理论--显著性标准 (产权标准)	204
· 显著性标准的含义	204
5.商标侵权的损害赔偿	205
LECTURE15 驰名商标的保护	206
一、概述	206
· 保护驰名商标的意义	207
二、驰名商标的概念	208
· 概念的要点	208
三、驰名商标保护的立法规定	209
1.国外的情况	209
· 国际保护与相对保护	209
2.我国的情况	210
· 主动认定与被动认定	210
· 基础理论	210
· 法律规定	210
· 保护范围	210
四、驰名商标的认定	210

1.认定标准	211
2.认定方式	211
五、驰名商标的保护	211
· 关于全类保护	211
· 驰名商标侵权判定	211
关于考试	213



# Introduction

## 前言

这学期杨老师讲知识产权法。首先对这学期的课程安排有一个大致的交代。

获取教学资源的地方是在教学网。这门课虽然是必修课，但不指定教材，因为我们学了两年半的法律，知道没有多大的意义。我们列了一些参考书，以中文书为主，英文书更多。学校的图书馆和法学院的图书馆都有很多知识产权英文书，鼓励看原著，当然可以从教材看起。要熟悉一些基本概念、基本制度的英文表达，如果将来出国念书可以比较熟悉一点儿。中文教材也列了几本，作为参考。在一些争论性的问题上可能每个教材观点略有差别，在一些定论性的问题、法律的规定都是一样的。这些教材可以找来看一下，不强制。

同学们很关心的是考试。期末考试，论述+案例分析，占70%，论述题是开放式的，可以本着自己的理解，非常开放地去答，言之成理就可以；案例分析，除了法律规定之外，其他也是开放的。不一定因为这个案子以前有过判决书，就要按照判决书的观点判，如果觉得这个判决书是有道理的，就可以这么判；如果以往的判决明显是错误的，如果还按照已有的判决写恐怕也不一定合理。案例分析重在分析，不是只是写根据著作权法专利法第几条得出某某，这只能给一个基本分，我们强调的是分析，为什么。考试的时候案例分析可能是结合一个什么东西分析，或者说进行对比的分析，或者梳理什么观点进行分析。考试的形式非常简单，都是非常开放的。案例可能是真实的，也可能是编造的。期中考试还在考虑用什么方式，是写一个小的分析的paper，还是对某一种知识产权社会现象发表一些看法，到第八周的时候再决定。

参考书目：

吴汉东：《知识产权基本问题研究》（第2版），中国人民大学出版社2009年版；

王迁：《知识产权法教程》（第3版），中国人民大学出版社2011年版；

刘银良：《知识产权法》，高等教育出版社2009年版；

刘春田主编：《知识产权法案例分析》，高等教育出版社2007年版；

Merges, Menell & Lemley, *Intellectual Property In The New Technological Age* (4th edition), Aspen Publishers, 2007;

除了这些参考书，还推荐一些课外读物，两年前老师读的《影响美国的100个专利》。这是课外的，纯粹是娱乐的。这本书也不是学术性的。这本书让人知道一个专利、一个知识产权在社会现实中是如何发挥作用的，让人感受到美国这个国家为什么会发达，写的非常有意思。杨老师参观美国的知识产权博物馆的时候，美国专利商标局(USPTO)的有一个老的博物馆，从美国的第一个专利都摆在那儿展出，有的是专利申请文件和授权文件，有的有产品模型。里面还有林肯的专利，林肯是唯一一个国家元首有专利；还有一些很有意思的专利，比如捕鼠器。

《美国专利法》1790年颁布后，从1791年有了第一个专利，一步一步走到现代。我们可以感受到专利对人类

的意义，对经济发展发挥的作用。我们一直讲专利，往往没有一个切身的体会。这本书就让人们有这种感受。后来有人追随这本书写了中国的100个专利之类的书，当然这个就两说了。中国好像是靠模仿来推动科学技术进步和经济发展。可以多看看书，未来去做法律工作，无论哪个行业做法律的业务，或多或少总会涉及知识产权法。

按照经验，每一学期是十六次课。十六次课的安排，每一次课的安排都在教学大纲上。知识产权的知识体系很庞大，杨老师的自己教材，由于拖延，已经过去四年了，还没写完。因为写的过程中经常发现有一些新的问题出现。杨老师的教材有个特点，写了很多传统的著作权、专利、商标三大领域里面教材不太写的东西，比如写了知识产权和反垄断、竞争法的问题，知识产权的利用问题。我们在校期间应该可以看到这本教材出版，因为出版社已经下死命令了，否则就把这本书开除掉。已经写了四十多万字了。

关于课堂要求。其实没有要求，愿意来就来，不愿意来就不来，课堂应该是开放的。课堂稍微活跃一点儿，有问题可以举手提出来。课堂上发问希望有人回应。

我们大多数人学过完整的民法。知识产权的学习需要大量的民法作为基础。知识产权很特殊的地方往往只是在于授权的环节，在保护、在知识产权的使用这些环节上，其实就是一个民法的问题。当然有它特殊的地方，但是基本的原理，基本上还是合同的问题。知识产权的保护涉及很多侵权法的东西。所以希望在有了民法的基础之上来思考知识产权很多问题。很多知识是贯通的，比如权利的变动问题，学习物权法一定有学过这个问题，合同的生效和权利的变动是什么关系，什么时候变动，公示是什么意思等。侵权的知识，也讲过侵权的救济等。民法上讲物权请求权和债权请求权，知识产权法上一般不用这个概念，用另外的概念，杨老师称之为知识产权请求权，是一个类似于物权请求权的概念。还有损害赔偿的问题，损害赔偿的计算等。所以如果民法的知识有所遗忘，还需要回顾一下。

# Lecture 1

## 知识产权与知识产权法基础

### 一、学习开始前的思考——两个案例

正式开始讲知识产权法之前先谈两个案例。通过两个案例是来说明，知识产权不像人们想象的那样，是一个很特殊的法律领域。它没有那么特殊，它的特殊只是在传统的民法领域中引发了一些新的问题。这两个案例都是真实的案例。

#### 1. 【“赤壁之战”壁画案】

所有权的概念我们都很了解，这个案例发生在美术作品的所有权问题上。“赤壁之战”这个历史故事被各种各样的艺术家演绎，其中美术作品有很多。湖北的晴川饭店，在长江边上，这个饭店名气大，因为毛主席每次去武汉都住那儿，因为他喜欢游泳，这个饭店靠近江边好游泳。酒店的大厅很高端，需要壁画装饰。湖北省美术院的蔡某，当时是一个教师，现在已经是副院长了，他和几个人创作了这幅壁画，这个壁画很大，54平方米。这个壁画一直放在酒店大厅，后来晴川饭店翻修，把壁画换掉了。

我们看壁画，要是懂艺术的，会觉得这就是一种特殊的瓷砖嘛，装修的时候把旧瓷砖敲掉，换新瓷砖。把壁画拆掉了，也不能拼起来，这个壁画拼起来跟拼图不一样，拼起来就没人要了。作者认为壁画毁损了，于是作者不干了，说不尊重艺术。晴川饭店也觉得委屈，这个画是自己饭店、自己房子里的，要是一个人在家自己买了一幅画，挂在卧室里，一天把它毁掉了，结果事情传出去，作者来告他，我们会觉得这样的事情很荒谬。没学著作权法之前我们觉得这不可能发生，学了著作权法就知道这很可能发生的。对于这种美术作品来讲，怎么行使它的著作权，作者形成什么权利？我们不说人身权，说财产权，拿着自己的画出版发行以获得经济收益，结果画没了。晴川饭店说自己有画的所有权，我们知道所有权的四项权能，包括处分。一个人买一幅画把它毁掉，需要经过作者同意么？作者说你把我的画毁掉我不管，你让我的著作权不能行使了就不行。

这个案件的问题点在哪里？这个案例指向一个问题，就是著作权会和所有权发生冲突，这个时候怎么解决。学了著作权法之后，再回过头想这个问题，我们会发现确实有这样的冲突，而且这样的作品还很多，还有文字作品。比如你辛辛苦苦地在一张皱巴巴的纸上写了一首诗，准备献给心爱的女孩，旁边一个人一看，“呀，写的好酸”，撕掉了，然后你就哭了，再也写不出来了，这个女孩被别人追走了。这个损失大了。这两类作品这样去比，是不是有什么不妥？同样还是这样的作品，有的人记忆力特别好，作品被别人撕了，马上可以再写出来，这又有什么不同？法律要不要针对这两种记忆力不同的人，对记忆力差的人单独保护，就像保护弱势群体一样。这样的话那么所有人会主张自己记忆力不太好。由此可以类推其他类型，比如音乐作品，我们听说过磁带，你自己唱了一首歌，录在磁带里，不幸你的一个朋友体重比较大，一屁股坐坏了，再也没有了。有人说再唱一遍吧，这个可

不可以解决呢。这些都是感性的认识，学了知识产权法之后再回过头来看这个问题。

## 2. 【中国第一教案案】

教案在形式上的要求，一般小学、中学较多，大学对老师一般没有严格要求。小学是必须有严格教案的，学校给发本，老师自己备课，要写在上面，那个时候没有电脑，要自己手写。有的老师水平比较差，三十年前的教案还拿来用。在这个案子中，十余年间，原告高老师有 48 本教案，可见这是一个勤奋的随时更新的老师。这 48 本教案交给学校了，因为学校要检查。后来高老师要写论文，需要用这个教案，学校说其他没有了，只剩下四本了。其他的都被老鼠吃了什么的。作者就很痛苦了，就像我们熬夜赶作业，突然电脑硬盘坏了，我们会突然痛苦，这个高老师更痛苦。所以她就以学校侵权为由起诉学校。她的诉由写的是所有权。有的法律专家说，她起诉错了，她应该起诉学校侵犯她的著作权。对这个案件我们有三问题，供以后思考。

1>原告有没有著作权？

著作权法上有很多概念，这个案子争论很大的一点是，原告创作的教案，是职务作品，还是法人作品。这两个概念有在著作权归属上有很大的区别。

2>学校对这些教案有没有权利，有什么样的权利。

这些教案本从有体物的角度讲，原告当然是享有所有权的。问题是，学校有没有侵犯她的什么权利。如果说学校保管不善，这些教案被老鼠啃了，或者哪个学校领导一天肚子不太舒服，用了。这算不算侵权，算不算侵犯所有权。与著作权相关的问题是，原告认为她有著作权的情况下，说我的著作权没有办法行使了。如果按照法律专家说的按照著作权起诉是否能够成立。这种被毁掉和前面举的几个例子是不是一回事儿。你写了一篇文章，被毁掉了，你又写了一遍，这是几个作品，一个还是两个？有同学认为一个，还是有点儿著作权知识的。你画了一幅画，被别人撕掉了，又画了一幅画，这是几个作品？我们认为是两个。所以这有什么不同，为什么不同？后面再回答这个问题。

这两个案子都是著作权的案子。知识产权的问题还是很有趣的，而且还要用到很多知识，不仅仅是知识产权知识。【“赤壁之战”壁画案】后来一直争论，当时上诉到湖北高院后，湖北高院请示最高院，最高院为此还开会专门讨论。【教案案】也争论很大。没想到生活中习以为常的东西，用知识产权解释，会发现和我们的常识不太一样，大家都在想究竟是怎么一回事儿，是制度设计的问题，还是本来应该就是这样的。我们用这两个案子来提出这个问题。

类似的例子还有很多，比如【漫画作者何平和中央电视台记者胡某起诉教育部国家考试中心侵犯著作权案】。我们知道高考作文有时候出个漫画来写，尤其是八九十年代，这种题特别多。比如有人画了一幅漫画，一个人挖井找水，挖了七八个井，深深浅浅的，有的已经离水已经很近了，但是都没有接着挖。这样的题目很多。后来有个作者何平起诉教育部考试中心侵犯著作权。考试中心很奇怪，就像一些传统的国家机构、垄断企业被诉感到惊讶，倒不是惊讶于自己居然会侵权，而是惊讶居然有人起诉他们。慢慢习惯就好了。原告认为考试中心用了自己的画，不告诉自己，就是侵权。教育部考试中心认为可以用，高考不是商业使用，是合理使用，不侵权。教育部的这个辩称其实是站不住脚的，没有合理使用就可以不署名的说法。教育部的辩称很明显是站不住脚的，法条里写的清清楚楚，不得侵犯著作权人的其他权利，署名应该是一个最基本的权利。高考上留个作者的名字，这又怎么样呢，试卷上用了人家的画，署上作者的名字，并不影响高考。

我们要强调的不是这一点，而是这幅漫画，是教育部可能采取的另一种抗辩的路径，这条路径双方当事人都没有提到。如果被告主张这幅漫画是它自己画的，不是用的原告的漫画，那怎么办呢。有人说画一样的漫画，是抄袭，那么画油画呢。比如我画一幅油画《美丽的未名湖》，另一个同学也画了一幅油画《美丽的未名湖》，未名湖长得一样，坐在一个地方画，水平相当的作者，可能画的就一样了。你画了一幅画，还允不允许别人？如果你画一幅画就不让别人画，就麻烦了。问题出在哪儿呢，漫画是美术作品，油画也是美术作品，二者一样么。当然我们说它是美术作品，是按照艺术的领域划分的。去查美术作品的定义、类型，有一项就包括漫画。但是在著作权法上，漫画和其他的作品是不是一回事儿，这些后面都会讲到。这个案子本身并不复杂，复杂的是著作权不同客体之间的对比，引起我们的思考。

## 二、基本概念

### 1. 国际公约的定义

知识产权法学的第一个问题是知识产权的概念。知识产权没有一个统一的准确的概念。很多人都尝试给知识产权下一个定义，下出来的定义也大同小异，大部分用知识产权的类型来概括知识产权的范围，其实不是知识产权本质的定义。尤其是国际公约，国际公约对于知识产权下的所谓的定义其实不是定义，而是类型的列举。比如说 1967 年《建立世界知识产权组织公约》对知识产权列举为一些种类：

1>作品；

2>与科学技术有关的发明创造；

3>科学发现。这个条约有意思的是包括了发明权和发现权。发现权到底不属于知识产权一度有很多争论，后来形成了一个结论。原来它存在的东西把它发现了，这是发现；原来不存在的东西创造出来，这是发明。但是后来，随着生物技术出现，又再次引起了人们对这两个概念的讨论，用生物技术导致出来的产物是发明还是发现的结果呢。有个笑话解释了发明和发现的区别，说一个小孩问爸爸，老师问发明和发现是什么，我不知道，爸爸说，很简单，我发现了你妈妈，然后发明了你，这就是区别。怎么界定发现，尤其是科学发现，它的范围会不会和发明出现交叉的情况，这是一个问题。1967 年的时代，生物技术还没有这么发达，当时已经有生物技术的使用。

4>外观设计。我国把外观设计放在专利里面，把发明和外观设计一起放在保护范围内，公约里则是分开列的；

5>商业标识。包括商标、商号、企业名称等，其实还可以包括很多，比如说域名，这在 1967 年是没的；还有一类比较特殊的，是商品的包装装潢，显然属于商业标识，但是它能不能产生排他性的权利，产生一种产权，是有争议的，大多数是反不正当竞争法来保护的，也就是下面说的关于禁止不正当竞争的权利；

6>关于禁止不正当竞争的权利。

从以上列举可见，这些国际条约无论是下定义，还是对权利类型的列举，其实是不很严谨的。很多人喜欢用国际公约说事儿，其实大家忽略了一个问题，国际公约在概念使用上是很不严谨的。比如关于制止不正当竞争的权利，这个权利怎么理解。这个权利和所有权的权利是一个概念么，显然不是，在经济学家看来会是天大的笑话。民法上讲 Civil Right，在经济上解释为 Property。如果说关于禁止不正当竞争的权利也是 Property 的话，那在经济上看来是很有问题的。产权一个最基本的本质要求是排他性，产权界限是清晰的，换句话说，产权是没有经得产权人同意，不得使用他人的财产。而这个权利是不清楚的，在实行一定行为之前并不知道会不会侵犯权利。实施以后再来判断这个行为是不是恰当，不恰当的情况下承担什么相应的后果，这是不一样的。总之，不要迷信、迷恋国际公约所说的东西，特别是关于概念性的东西。国际公约制度性的规定当然另当别论，比如贸易相关的知识产权的协定，规定了各成员国要提供一个最低的保护，要求各国建立相关制度，这个自然要遵守；但是从概念上来讲，不需要去迷信它。上述公约并列的几个概念甚至不是排他的，是有交集的。

1992 年国际保护工业产权协会 (AIPPI) 把知识产权归为两类，创造性成果权利和识别性标记权利。国内著名知识产权学者吴汉东教授也是这个观点，把知识产权分为智力成果权和商业标识权。也就是说，不正当竞争实际上不应该放在这个产权的体系里面。创造性成果就是版权，或者叫著作权，比如电路图设计、植物新品种等，甚至包括商业秘密，都应该放在这里。也就是凡是人创造出来的。

识别性的权利，有商标、商号、域名等，这是我们知道的最主要的。现在还有越来越多的一些其他标记，将来都可能成为商业标识，只是现在还没有纳入到知识产权领域讨论。比如大家比较熟悉的 QS 标志，这是质量安全标志，中国的 QS 标识被调侃为“去死”。除此之外，以前还有一个叫免检标志，由于 2008 年三鹿奶粉事件，把这个制度取消掉了。所谓免检，一次是三年，生产商拿到免检 License 以后，产品出去可以直接上市，不需要经过检验，其他的产品还需要专门的质检员检验，很多产品都有质检证明，有免检的就不需要这个证明，有免检的就不需要，只要在产品包装上打上免检标志就可以了。这些都是标志，还有其他很多标志，比如某一个行业协会的标志，作为一个群体成员身份的标志，在商业活动中也具有商业价值，类似于商标里的集体商标。就像以前的学生都会带校徽一个意思，以前大学生出去带校徽，一看是北大的，有名；北京城市学院的，就不这样了。有的不是大学生的人捡一个校徽戴着，这好像是给社会上其他人一个信息，说我是有身份的人，有素质的人，是给

对方一个信任。在北大去问路，看到对方别着北大校徽，就愿意去问；看到对方挽起袖子，左青龙右白虎，就不愿意去问了。商品也是一样，贴一个这样的商品，就被认为是有信誉的、有质量的、好的商品，跟商标功能是差不多的，这样的标志越来越多。

《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS) 应该是知识产权领域中最重要国际条约，它成员国多，要求的是最低的保护标准。这两年炒的比较热的是《反仿冒贸易协定》(Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA)，这是发达国家制定出来的、保护水准高于 TRIPS 的协定，所以遭到了许多人的反对。发达国家一直在游说中国加入。还有两个比较重要的国际公约，《巴黎公约》和《伯尔尼公约》。伯尔尼公约是关于著作权的，巴黎公约是关于工业产权的。TRIPS 与这些公约不同，它是知识产权领域成员国最多的国际条约，它覆盖的面积最广。TRIPS 也划定了知识产权的范围，这其中第一次把商业秘密明确规定在这里。以前，和发明创造有关的商业秘密才属于知识产权，或者叫未公开的专业技术。现在商业秘密的保护范围更大，包括客户名单等，凡是和经营有关的、不愿让别人知道的信息都属于商业秘密，可以类比为企业的隐私，和自然人的隐私有着同等重要的地位。当然自然人隐私被揭露了，还得活着；商业秘密就不一样，商业秘密被揭露了，可能会导致一个企业的倒闭。假如有一天可口可乐的秘方被揭露了，马上就会被中国的众多企业灭掉。21 世纪初的时候有一场揭露可口可乐配方的运动，网上有很多配方，有人配了，喝了感觉不一样，那就可以叫非常可乐嘛。为什么当时那么多人去网上揭露呢，因为当时有科学家说可口可乐含有对人体有害的成分，这里指的不是针对男性的，说的是致癌的。在印度，一个法院要求可口可乐在一定时间之内必须公开它的配方，这当然不能给了，后来这个事情不了了之了。可口可乐这个公司可以说是造就了美国的辉煌，它的影响横跨商业界和军界，有人讲可口可乐为美国两次大战的胜利起了重大的作用，当时都给战场上的美国士兵配可口可乐。这跟知识产权还是有一点儿关系，不是因为它好喝，士兵离不开，喝不了可乐也得打仗。当时可口可乐是玻璃瓶子，可口可乐来到中国的时候就是用的玻璃瓶，这个玻璃瓶的造型，实际上是一个女性的身体，手握的地方正好是腰，所以对美国士兵起到了很大的精神支持作用。所以可口可乐不但是为美国政府交税，而且起到了很多精神上的作用。二次大战以后可口可乐公司成了世界上市场份额最大的公司，美国大兵到哪儿就把可口可乐带到哪儿，中国开放后，可口可乐马上占领中国市场。以前人们是喝汽水，那时候的汽水没有任何标志的，不但是三无，而且是什么都没有，有白色汽水，有的是橙色的，号称橘子味，当时中国青少年就是喝这些。可口可乐进来后，家里条件好的人迅速抛弃了汽水，选择了可口可乐。所以可口可乐的市场影响确实很大，说现在的可口可乐商标价值几千亿美元一点儿都不夸张的。

## 2. 抽象定义

知识产权除了这些列举的定义，还有学者进行种差+属概念的抽象界定的定义。这种抽象式的定义也有很多，很多学者就喜欢下概念。

概念一：知识产权是一种法律观念上的创造物，其与国家授予个人在一定时间内的法定垄断权有关，阻止他人未经授权的利用。

这个概念，把前面四个字抹掉后，可以看出是知识产权么。知识产权有这个特色，但是从这个定义看不出来它是什么。

概念二：知识产权是人们对于自己的智力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。

这个概念基本就是刚才 AIPPI 的概念，添了几个字连起来了。

概念三：知识产权是民事主体所享有的支配创造性智力成果、商业标志以及其他具有商业价值的信息并排斥他人干涉的权利。

支配智力成果，这个说法有些问题。这种说法是从所有权概念出来。所有权的四个权能，第一个是占有，第二个就是支配。口语中说“你支配我的感情”，其实你是支配不了的。一个有体物，才能够支配，能够控制它。一个不动产，即使对它把持不住，抱不起来，也可以用其他方式支配它，比如拿一杆枪站在门口，这就是一种控制。控制这个房子的时候，不可能同时在没有经过其允许的情况下，有第二个人来控制、支配，物权的一物一权原则就是这样。占有也同样，只有所有权人占有，或者经过他许可的人占有，而且往往只有一个人实际占有，否则就会变成观念占有。而无形的东西，或者非物质性的东西怎么办呢。比如一本书是一个作品，抓住这本书有什么用，抓住这本书并不意味着别人就不能用这个作品了。或者规定这本书不能随便去印，实际上我们是经常随便复印的，当然这不等于应然是这样，复制不拿去卖当然也没有问题，要是拿去卖可能就有人来找麻烦了。说明所有知识产权人也没有办法占有或者支配权利的客体，只是一种垄断，支配智力成果是不可能的。即使有专利权，侵权人也照样侵权，so what，只能起诉侵权人侵权，通过法律手段根除侵权的能力。所以知识产权体现的是一种

专有或者垄断。借用民法的概念，可以比喻成观念占有，理念上对这个作品是控制的。

另外有一种定义，所谓的信息论的定义，认为知识产权是对特定符号之组合或信息的专有权。这个定义好像简明扼要，有没有合理性呢。理解这个概念的玄机那是客体能不能够抽象出统一的本质，就是信息。作品是一个信息，专利也是一个信息。发明创造的技术方案也是信息，要侵权不需要掌握有形的东西，可以自己去查，到专利局的公告上去查公开的说明书，看发明创造是怎么回事儿，如果技术条件具备了就可以生产。商业秘密也是一种信息。比较难理解的是商标怎么是一种信息。讲商标权的时候会讲到商标权到底保护什么。比如可口可乐，可口可乐四个字的商标，两个英文单词，商标权是对这个单词的什么权利，还是说其实并不是针对这几个字。或者说图形的商标，商标权是对这个图形的什么权利，或者说商标权是不是体现为权利人对这个图形的某一种权利。如果是这样的话，那么著作权是怎么回事儿。一个人画了一个很精美的图，把它注册为商标，同时拥有著作权和商标权，同时都是这个图，商标权体现为什么，著作权又体现为什么？这里不需要回到这几个问题，我们要强调的是，怎么理解商标权的客体是一个信息。我们先回答一下，讲到商标法的时候再回顾这一块儿。商标并不是针对标识本身的一种专。举个很简单的例子，我们会发现类似的商标出现在不同的上。我们可以去商标局的网站查，比如鳄鱼，合法注册的鳄鱼商标不下十几种，无论是图形的还是文字的；再如啄木鸟，有的带图的，有的不带图的，有的明明是个啄木鸟，文字写着大头鸟，也有十几种。商标权专有的其实不是支配这个图案或者文字，而是对这种图形或者文字的使用方式。比如可口可乐注册在饮料产品上，只有当可口可乐出现在饮料产品之上，建立起这个联系，这个联系只能为商标权人所享有。这是商标权的对象，并不是标识具有排他性。喜欢篮球的同学知道去年林疯狂出现后，很多人注册商标，拿林书豪或者 Jeremy Lin 去注册。这个行为怎么理解，一个人注册林书豪，另一个人注册 Jeremy Lin，都是一个人的名字，彼此之间难道是一个商标权么，显然不是。一个商标注册在这个商品上，和这个商品就会有一个联系。作为普通商标而言，相同的文字可以注册在不同的商品上，这样就可以理解商标为什么不是对文字的专有和排他，其实是允许同样的商标注册在不同的商品上，比如一个在食品上，一个在汽车上。当然如果是驰名商标，问题会更复杂一些，我们这里指的是普通商标。一个符号对应一个领域，是一个商标；对应得多了，就成了驰名商标。一说可口可乐就知道是这种饮料而不是那种饮料，其他的商标就未必如此。这个联系恰恰就可以界定为一种信息。这样，至少专利、商标、著作权这三类客体就可以有共同的本质，它们本质上都是是一种信息。我们可以比较一下这种定义与传统的知识产权定义。

### 三、作为私权的知识产权

知识产品被创造出来之后，作为一项财产，必须在市场中实现它的价值。正因为如此，知识产权创造者享有内在的对产品私有化的需求，这也是为什么知识产权会产生出产权。从创造者，或者说知识产品的生产者角度而言，他们有这样内在的需求。这种需求必须上升为制度的保障。这与所有权是类似的，民法上的所有权经常讲财产权理论，首要会讲到洛克的劳动财产理论。这个理论是说，本来是存在于自然界的资源，经过人类劳动附加之后，为什么会成为私的财产。首先人之所以要把劳动附加到资源上，就是为了将其从公用产品中拿出来，满足私人的需要。这种需要得到满足，必须要有制度的保障，否则人们就不会再去劳动了。一个人打猎，打死了一只野兔，可以满足人的生存需求。这种需求如果没有保障，旁边有人专门等着把打死的野兔拿走。没有制度保障，只能用暴力解决问题，用原始的自力救济，以牙还牙以眼还眼。把劳动附加到自然界的资源之后，这个东西应该是自己的；但是因为没有制度保障，所以别人可以随时侵入。人们的这种私有化的需求用制度保障来肯定，就是所有权。

洛克的劳动财产理论有两个条件，什么样的自然资源产生所有权呢，首先一个条件是经过劳动附加，第二个，很重要也很容易遗忘的条件，是为自然界的其他人留下足够多的资源。这也说明对于稀缺资源，一般是不会私有化的，稀缺资源通常都是由国家保护，由国家开发利用，并且进行分配。如果资源具有唯一性的话，就更不可能私有化了。随着历史的变化发展，什么样的资源满足第二个条件，可能是会有变化的。比如树木，过去树是很丰富的，可以随便砍伐，但是现在不行，按照林业法的规定，不得私自砍伐树木。现在由于人类的发展给自然界造成很大的变化，所以私权制度会有一些的调整。包括过去讲的民法三大理论基础之一的所有权绝对，在近代民法上也得到一些修正。只有通过这种制度保障，保障人们对私有化的需求，才能解决公共产品供应不足的问题。

从知识产权角度来讲，主要归纳为三个方面：

#### 1>社会生产的科学技术化

科学技术的进步、发展，使得社会生产科学技术化，这是最重要的条件。没有科学技术，没有知识产权产生的必要。有一句成语叫汗牛充栋，形容什么书籍很多，那个时候确实需要汗牛。竹简的时代，那么多的书人搬不动的。电视剧上许多人给皇帝抱一桶奏折，其实没几百个，到了清朝的时候可能就一本。那时候有知识的人需要膀大腰圆，举着竹简看书很累的。那个时代没有知识产权、著作权的需要，愿意复制就复制好了。如果那时候要侵犯著作权，一年过去了，复制了一页，到了死的时候，跟儿子说侵权事业由你继承。纸张出现之前，出现过羊皮、绸子等作为书写材料，造价都很昂贵，也无法用来大量复制。所以那个时候有知识的人往往是有钱人，没钱的人衣服都没有穿，不会拿着绸子、竹子去写字，需要是贵族才有可能有文化。人们说那个年代分阶层，歧视底层人民，不让底层人有文化，其实是没办法有文化。后来随着科学技术发展，导致著作权保护的物质条件具备的就是印刷术。在16世纪的欧洲，也出现了印刷技术，是活体印刷，还不能是一页就要刻一版的雕版印刷。有活字印刷才会产生知识产权保护的必要。另外一个重要的发明就是纸的发明，使得作品传播的成本大大下降。再贵的纸也比绸子便宜，它的生产工艺就是这样的。

## 2>知识产品的商品化

当科学技术发展到一定程度后，科学产品能够大规模生产。以前没有活字印刷书的时候，印本书很费劲；只有工业化生产，有了机器生产，让生产单位产品的的时间大大缩减，才可以商品化，进行大规模生产。一个人生产，叫手工作坊，当然手工的东西往往也值钱。这就是工业化生产，使得知识产权的载体可以成为商品，成为书。比如杯子上面可能有专利，生产出来之后成为产品。

## 3>知识财产的私法制度化

私法的制度是最早形成的，这里说的是它延伸到知识产品上。知识财产的私法制度化，用经济学来讲，就是知识产品的外部性不断被克服。知识产品本身是非物质的，是无形的东西。它被生产出来后，往往不受产权人控制地能为他人所利用，他人的利用几乎是无成本的。画了一幅画，别人都看到了。对知识成果、作品的窃取，也是一种偷，只不过不发生身体接触，不需要进入他人的控制范围，只需要用脑子即可。有人讲侵犯所有权的技术含量比侵犯知识产权的技术含量低多了，侵犯知识产权的行为是知识型的。现在讲知识型犯罪、智力型犯罪，知识产权方面就是这样。制度必须给这些产权人的利益范围设立一种制度的栅栏。知识产权的私法制度化为这种产权设立权力边界。不用自己的形式设立边界，就没有办法较好地克服这种外部性。所有权不需要这样，民法典没有说所有权的边界在什么地方。只要说这个动产是我的，我是所有权人就够了，至于权利边界在哪儿，很清楚，因为有体物是有外观的，权利的外观和有体物的外观是重合的。对这个动产有所有权，这个所有权肯定不会及于其他的内容，跟其他人没有任何关系。民法有一个观念，所有权和所有权的客体重合。任何一个有体物上面都会有一个所有权。至于无主物，无非就是两个处理方案，国家所有或者先占先得，所谓的无主是暂时的，不会是永久的，从持续上看，只要有有体物，就知道有所有权。知识产权的边界如果不用制度描述，就存在模糊的地方、不清楚的地方。之所以申请专利的时候要写申请处、权利要求书、说明书，就是这个原因。特别是权利要求书，专利制度规定权利要求书所包含的权利要求就是专利权的保护范围，意味着边界就在这儿了。当然有边界不清晰的问题，这是人类用语言描述边界的时候产生的解释的问题。所以专利法上专利权利要求的解释作为一个理论问题存在，要运用一些不同的解决方法尽可能解决一些模糊的地方。商标也是一样，相同或相似商品上，使用相同或相似商标，够不够成侵权，关键的概念是相同或相似。要么是标识的相同或相似，要么是商品是相同或相似，这就是权利的边界。

# 四、知识产权的特性

## 1. 知识产权客体的非物质属性

知识产权的第一个特性是知识产权客体的非物质属性，通俗地讲就是看不见摸不着。我们会注意到一个问题，权利本来也是看不见摸不着的。非物质形态，强调的不只是有形与无形的问题。有形无形的划分注重的是是否占据一定的空间，而非物质和物质的划分是依据是否客观存在。可能有的东西不占用空间，但是也是物质形态。这个所说的非物质性要从三个方面理解。

### 1>不发生有形控制的占有

你有著作权或专利权，并不真实占有这个东西。举个很简单的例子讲，你对一种杯子产品有专利，并不是指的占有具体的杯子。只要根据专利生产的杯子都受控制，控制的不是某一个，而是所有的。当然你只能控制第一次的销售，第一次卖到市场要经过许可。如果是所有权，只能是对一个东西。

### 2>不发生有形耗损的使用

所有权通常是有耗损的，只不过有耗损时间漫长还是短暂的区别。比如用冰做一座雕塑，微观来看这个雕塑的每时每刻都在变化，一个时刻冰人的鼻子是 5 厘米，过一个小时可能就变成 4.8 厘米了，会发生物理上的变化。但是知识产权不发生这样有形的耗损。专利技术，无论是否受到法律的保护，都要用这项技术生产产品，只不过技术不受法律保护的时候谁都可以用这项技术去生产，不受专利人的控制了。专利的寿命是指专有的寿命，不是指这项技术的寿命。技术可能 19 世纪就有，但是按照《专利法》的规定，寿命是保护的只有 20 年。有的技术说它没有寿命是说的市场价值，有的专利可能过一两年就过时了，但是生产它还是可以的。作品也是一样，我们现在还能阅读到几千年前的作品，当然不是阅读的手稿，但是我们还是可以看到、学习、欣赏、复制。读一些两千年前的作品不觉得稀奇，原件才稀奇，原件的稀奇在于稀缺性。德国的民法教授经常上课的时候推着写在羊皮上的某一部法典向同学们展示，当然估计这些教授有炫耀的成分，跟同学们这个某某法典是什么时候花多少欧元淘来的，但是对于作品来讲，它还是那个作品，只是著作权人的著作权还受不受保护的问题，也就是能不能不经许可免费传播。可见知识产权客体不发生有形的损耗。

### 3>不发生消灭知识产品的事实处分与有形交付的法律处分

所有权有处分权能，处分权能也包括毁损，比如自己做了一个雕塑出来，觉得太丑了，把它推倒了；做了一个冰雕，把它加热毁掉。但是知识产品是消灭不了的。一个人写了一首诗，旁边人看到了，觉得这首诗写的太烂了，把它撕掉了，但是无论怎么撕，这个作品还是可以传播。某种意义上，作品一旦产生了以后，它就不可消亡了。一个人做了一个凳子，好丑啊，劈了烧火了，过了若干年人们可能不知道他做过这样一件丢人的事情。但是作品、专利不一样，只要把它完成了，就存在了。比如说蒸汽机的发明，蒸汽机刚出现的时候，人们觉得这个发明太慢了，比马还慢呢，跟人走路差不多快，放在车上，车跑起来比马还慢。后来人们发现这项技术了不得，第一次工业革命就称为蒸汽机时代，这是一项伟大的变革。在人类有成文的专利法之前就有专利，世界上授权的第一项专利是在 16 世纪，是早于作为成文系统的专利法的。历史上不管哪个国家，都会授权一些很烂的专利，可能是由于对于实用性和创造性的审查把握得比较低，所以给了一些很烂的专利，但是这个专利给了他也没什么关系，没有市场，自然也不会产生多大的影响，但是是它在历史上已经抹不掉了。可以把有形的产品毁掉，但是这个知识产权还存在，不可能被事实上消灭，所以就不存在恢复原装的问题。民法上讲救济，有一种救济方式叫恢复原状，这在知识产权上是不可能的，知识产权不发生修理、变化。一个人的著作被盗版了，起诉的时候不会要求判决把盗版的书还给他，他对这本书没有所有权，不能要求归还。在知识产权用某种方式交易、转让的时候，也不发生有形的交付，口头上说“这篇文章卖给我了”，不需要交给我什么东西。实际上由于人的记忆力的限制或者其他原因，会给一个有形的载体，但是这不是著作权转让的必要条件。有体物的转让，没有交付，所有权是不会发生变动的，当然如果约定合同生效后，所有权发生转移，这也可以，没有约定的情况下必须有交付。著作权不需要，签订一个合同就够了。专利不一样，签了合同，还需要到专利局变更登记。所以没有有形的交付问题。

## 2. 知识产权的专有性

专有性需要和上面讲的支配区别开。举一个例子，帮助了解专有性和支配的区别。取得一项知识产权就是取得一项垄断地位，这个垄断地位的意思就是，可以对某一形式的生产进行排他。比如说专利技术的生产，生产具体的产品；比如作品的复制或者传播，这都是某种形式的生产，这种生产受到知识产权人的控制，这种控制称为专有。对某个有体物拥有所有权，不意味着对它的生产有所有权。对桌子有所有权，不意味着对桌子的生产流水线有所有权；对一辆汽车有所有权不代表着对汽车的生产线有排他性的权利。

## 3. 知识产权的地域性

地域性与知识产权的发展历史是联系在一起的。地域性就是指，知识产权的专有性只在特定地域范围内发生。谁授权，谁保护，知识产权就只在这个范围内生效，一般以国家为范围，也有地区性的，比如香港。地域性是针对权利的产生和权利的当然保护，但是不是在这个地域产生的知识产品，不代表在这个地域内就不受保护。这就是前面谈到的国际公约的作用，如果没有国际公约当然就不保护了。两个国家老死不相往来，也没有成为共同的

国际性的保护知识产权体系的成员,那么对对方的知识产品就会不断侵权。正是因为知识产权贸易的出现和发展,使得知识产权出现了域外保护的需求。

一个有趣的问题是,著作权的域外保护在欧洲与宗教密切联系在一起。宗教的推广需要印刷《圣经》等,如果说《圣经》可以随便印刷,宗教组织的利益就会受到损害。在欧洲那个时代,教义,包括《圣经》在内,其印刷是由宗教组织、教廷来控制的,其他人是不能够印刷的。基督教到其他国家,需要把教义推广出去,就有《圣经》的印刷的问题,就需要这个地方保护自己的排他性的权利,所以就产生了知识产权保护域外的需求。

但是真正的知识产权国际保护是源于贸易。版权贸易有很多,最早的自然是图书。到现代,版权贸易很多了,比如工业上使用的一些图,计算机软件等等。特别是计算机软件,中美知识产权谈判涉及到的重点内容,就是软件和影视作品。1995年中美知识产权谈判的时候主要的两个议题就是这两个,因为这是两个与人们日常生活关系最深入的东西。随着计算机的普及,软件的市场越来越大。现在满眼望去上课的教室有不下100台电脑,放在十年前,这个教室可能一台电脑都没有,二十年前绝对是一台电脑都没有。电脑出现以后,软件就很重要。影视作品则是满足人们的娱乐需求。我们的娱乐需求很大程度上当然是靠盗版了,音乐和电影都是这样。我们也看了很多美国的电影,美国这方面就少挣多少钱,它就很不生气。其实到美国买一张电影的碟,也不便宜的,十几块钱或者二十几块钱都有,也取决于片子本身的内容和质量。过去光碟很贵,因此国内过去有租赁行业,现在租赁行业基本萎缩的没有了。90年代,录像带的租赁很火爆,21世纪初光碟的租赁也很火爆,现在几乎都没有了,直接到网上Down就行了。网络出现让租赁行业受到毁灭性打击。当然租赁行业也是靠侵权起家的,后来出现租赁权以后,稍微有所收敛,卖盗版碟的比以前少多了。上世纪末本世纪初的时候,马路上到处都是卖盗版碟的;现在一方面是对盗版碟的打击力度比较大,另一方面是没有必要了买了,直接从网上下就可以了,当然侵权的性质是一样。这样的贸易的出现就要求保护。

中美开始知识产权谈判的时候中国甚至还不是WTO的成员,当然当时中国是《巴黎公约》《伯尔尼公约》的成员,也正是因为中国要加入《巴黎公约》《伯尔尼公约》,所以才要制定自己的知识产权法。在知识产权法三大法之中,我们最早的是《商标法》,最晚的是《著作权法》。为什么现有《商标法》最后才有《著作权法》呢,因为《商标法》涉及商业活动,任何一个社会都避免不了商品经济,当文革后恢复商品经济,自然就有需求来保护商标;最后出现《著作权法》,因为作品的保护涉及一个很重要的问题就是意识形态。即便在欧洲,还没有出现第一部成文的著作权法即《安娜女王法令》的时候,出版都是由出版商公会控制。国王为什么允许出版商公会控制出版呢,控制出版就是控制意识形态。著作权制度本身就是一个私法问题,是一个民法问题,但是著作权法的发展历史是一个政治问题。中外都是如此。在欧洲,国王的控制逐渐消失后,为什么会形成出版商和作者尖锐的对立,这都有很多很有意思的、值得研究的地方。在中国也有这样的表现,要搞商品经济,不能回避商标;要搞科学技术发展,就有制定专利法的需求,最后才到文化、意识形态。我国《著作权法》出台是晚,但是出版管理方面的行政法规可不晚。欧洲也是这样,只不过比我们早好几百年,关于出版的法令也是早于《安娜女王法令》的。

知识产权有地域性,所以才会出现一个知识产品可能有两个知识产权,只不过分别在不同的国家。比如在中国申请一个专利权,到美国再申请一个,同一个产品、同一个发明创造,就又有有一个专利权,分别在美国和中国受到保护。当然这时候就没有必要说美国专利权在中国保护,因为已经有中国专利权保护了。但是假设美国的专利权人没有在中国注册,这个美国的专利权在中国受不受保护呢,这就需要国际公约的保护了。这是基于国际贸易的知识产权国际保护。所以最稳妥的办法是到各个国家都去获得一个专利。当然口头上这么说很容易,实践中有成本问题,要根据自己的发明创造的价值、生命力,来判断是不是要到其他国家申请专利。商标注册也是如此。著作权稍有不同。著作权是一种需求,第一,著作权是自动产生的;第二,如果要到其他国家占领一定市场,依据国际条约就够了,中国的作品到美国去,没有很大的必要获得一个美国的版权。美国之前实行的是版权不自动产生,要登记以后才产生。每个人出版一个作品,首先作品必须出版,出版以后去登记。具体的形式是,提交两个样本,比如出版了一本书,拿上两本到国会图书馆登记,登记以后著作权受到保护。当然后来美国加入《伯尔尼公约》之后,美国也改为著作权自动产生。美国的这项登记制度对美国的文化、历史的发展都起到了非常积极的作用。所有的人要获得版权保护,都要提交两本书,所以它的国会图书馆非常全,美国出版过的各种书都有,无形中形成一笔财富,所有人在查阅资料、阅读的时候非常方便,而且美国的国会图书馆非常开放,不是说只有美国公民才能进入,只要在美国有合法身份,都可以进入阅读。那里有旅游区、阅读区,阅读区就是那种有一定历史沉淀感的样子,很安静、很空旷、很高,很多人在读书。美国的版权法是1790年颁布的,这些书是这么多年来积累下来的,这得有多少,它已经放不下了,还要开辟其他地方来放书。当然改为著作权自动产生以后,

也有一些人不会再去上交，但是还是会有很多人会去交。杨老师刚开始学知识产权的时候，经常说美国的这个制度有什么缺陷。实际上如果抛开知识产权制度本身，这个制度本身对美国还是做出了非常大的贡献的，留下了巨大的财富，展现了灿烂的文化。

## 4. 知识产权的时间性

这个特点比较好理解。知识产权有公共性，知识产权本质上是一种知识。所以为了公共利益，特别是财产利益，知识产权只能在有限时间内给予保护。超过这个时间，就进入公共领域，就意味着大家可以免费地使用。

商业标识与知识没有太多关联，虽然也放在知识产权里，但是实际上商业标识是没有多少公共性的。消费者利益确实与商标保护有关系，但是商标本身没有多少公共性。所谓公共性就是说这种公共产品的提供是必须的，商标不是这样。有人说商标要保护，否则会损害消费者的利益云云，消费者又不是傻子。我们的商标立法者经常把消费者想象成白痴，动不动就说消费者会受到损害，消费者哪里有这么傻。即使没有商标，消费者也可以用来识别各种商品的元素还是很多，不只是商标可以识别。它跟公共产品不一样，没有这种关联性。所以商标在时间上是可以永久保护的。商标法上有一个制度叫续展，一次保护十年，快到期的时候根据法律规定的时间，可以申请续展，理论上可以不断续展。当然有两种情况不能保护。第一是不缴费、不申请续展，当然就不能继续给予保护；第二是显著性丧失。本来是一个显著性的商标，变成一个共用名称，就不再保护。比如尼龙，实际上原来是商标，现在变成了一种商品的名称。这种情况很复杂，有的已经变成一个名称，但是商标仍然存在，比如吉普 jeep，这是一个商标，也变成了一个名称。我们把某一类车也称为吉普，中国早先军队里那种绿色的车我们叫吉普车，其实吉普是一个商标，这个商标仍然存在，虽然变成共用名称了。阿司匹林也是这样，这个商标还存在。商标在时间上理论上可以达到永久保存。商业秘密没有保护期限，只要秘密状态持续存在，就能够保护，其他的都是有时间的。

时间是长还是短呢？专利法保护的时间是二十年，为什么不是十八年、二十一年，这个问题其实是没有办法解释的。最早的专利法保护只有三年，后来逐渐地延长，我们不能解释为什么是二十年而不是二十一年，但是我们可以解释专利权的期限为什么会延长。这就是一个公共利益的选择问题，为了激励创新。只有给予足够的保护，产权人有足够的时间从市场中获得收益，才会有创新的动力。当然另一方面，如果保护期太长，又会反过来限制创新。所谓不躺在权利上睡觉，如果保护期太长，也没有动力再去创新了。

著作权也是这样。著作权最早的时候保护期限也只有 7 年，后来逐步延长到 14 年、28 年，著作权曾经出现过 56 年的保护期限。现在我们国家著作财产权的保护期限是作者生前和死后 50 年。有一些特殊规定，一般意义上是作者生前和死后五十年。作者 2 岁的时候创造的作品，保护期限就长了，比如他活了 100 岁，保护期限就是 98 年再加上 50 年；有的作品是作者临死前创作的，就只保护 50 年。有的国家，比如美国、德国，保护期限是作者生前加死后 70 年。我们发现这个保护期限为什么总会跟 7 有关系，最开始是 7 年，中间经历过 14 年、28 年，杨老师琢磨这个问题很久，后来琢磨出一个理由，不知道成不成立。这可能与宗教有关，宗教里面 7 为一个周期。比如一个星期是 7 天，上帝创造人就第七天休息。有了宗教我们或许可以这么解释，为什么西方很多东西都是以 7 为单位的，著作权可能就是这样的。在欧洲，版权，至少是出版的发展历史跟宗教是有关系的。宗教要传播，宗教著作就需要到域外获得保护，保护期限可能也与宗教有关。这可能是一个解释。

我们发现一个规律，著作权的保护期限在延长。美国在 1998 年颁布了《版权期限延长法案》，这个法案将版权保护期从死后 50 年延长到 70 年。这个法案出台的背景，是很有名的【米老鼠案】。迪斯尼公司游说国会要延长保护期限，因为上世纪 90 年代末，迪斯尼公司发现它的一些卡通动画形象保护期快到了。这些形象是法人作品，这个时候保护期限快到了。然而版权保护给他们带来的收益是非常巨大的。我们想象一下就可以知道，迪斯尼拥有的这些版权带来的收益会多么庞大，有动画片、玩具等。迪斯尼主题公园，全世界也有好多个，人流量确实非常非常大，里面充满了迪斯尼的有版权的卡通形象，比如纪念徽章、玩具、卡片、服装等等。迪斯尼公园的一个主题思想说人一生要去若干次，集齐几个徽章，以后作为美好的回忆如何如何，中国人不太规矩，一次就都领齐了。迪斯尼的这些东西，包括门票收入，都是跟版权有关的。我们知道有个中国好声音买了版权，世界上这样买版权的节目很多，有英国好声音、美国好声音、澳洲好声音，版权是荷兰的，荷兰也有荷兰好声音。但是迪斯尼的公园都是他自己家的，我们不能自己造一个迪斯尼公园出来。所以迪斯尼就游说国会延长版权保护期限，延长到 70 年。其实很多法律都是利益相关主体游说的产物。德国在 2003 年修改著作权法，也把著作权保护期限延长到 70 年，作为一个对等。美欧为什么经常出现这种对等呢，如果对方的保护期限是 70 年，本国期限是 50 年，按照《伯尔尼公约》，对方的作品在本国也可以保护 70 年，本国的作品在对方只能保护 50 年，这样不

合算，所以一定要延长到 70 年。美国也在建议中国延长，中国的《著作权法》正在修订过程中，没有考虑把它延长到 70 年。有人提出中国的著作权保护也应该延长到 70 年，主流意见还是认为保持现在的年限。一个国家是否延长保护期限还是要考虑其他的问题，要考虑是采用推动这个产业发展的取向，还是采用偏向公众的取向。著作权保护也是一个利益平衡机制，保护时间越长，公众免费使用等待的事件就越长；如果保护期限短，对于版权产业则有不利的影 响。所以这是公共政策选择的问题。专利也是一样，要考虑是注重激励创新还是注重让社会公众能够使用发明创造。商标不存在这个问题，所以它保护期限可以永久。

所以各个国家会根据自己的经济发展的状况，根据自己的文化传统，科技发展的实际水平，来决定如何进行选择，选择保护期限有多长。但是我们可以发现一个现象，单独比较著作权和专利，会发现著作权的保护期限比专利要长。著作权保护的是作品，某种意义上也是一个发明创造，只不过是作品的形式。这种发明创造的保护期限为什么会比科技发明创造更长呢，我们可以考虑这个问题。其实最早的时候差别没这么大。专利权最早的时候保护三年，确实很短；最早的著作权保护也不长，只有七年而已。现在差别的则更大了。

## 五、知识产权制度中的公共政策体现

从以上内容可以看出来，知识产权制度中有很多公共政策问题，甚至我们有这样一个结论，知识产权首先是公共政策问题，其次才是法律问题。知识产权制度的设计就可以用公共政策理论来考虑。这一点与民法上的物权制度就有明显差别。我们民法上说物权理念、财产理念来源于自然法，但是知识产权法不是。这是由知识产权的客体的公共性决定的。比如，为什么知识产权制度会在不同的国家、在不同的时间出现。私权观念在世界各国出现的时间是差不多的。古代欧洲，不管是古希腊还是古罗马时代，以至于中国的私有观念，其实时间上是差不多的。但是知识产权制度的出现在不同国家的差别是很大的。有学者研究，说中国古代也有知识产权保护观念，比如宋朝的时候就有在作品上打上一个标记，叫“已申上司不许覆版”，就是已经上报官家注册了，官家是保护他们的，如果翻版的话就会遭到刑法处罚，轻则打板子，重则坐牢。这不是一种知识产权保护观念呢，杨老师认为不是，中国历史上出现的这种理念、这种制度，无论是出现在宋律这样的律法中，还是只是皇帝敕令，实际上是国家管制意识形态的方式，不是为了保护著作权，不是为了保护出版，更不是保护著作权人。什么样的人才能出版，是国家允许的，或者说出版商都是有数的，根正苗红的人才能出版。随便一个阿三阿四阿猫阿狗就去做出版商，这是不行的。朱元璋修南京城墙的时候用了一个大财主的钱，财主多么有钱啊，可是为啥要巴结朱元璋呢，那时候有钱没用。即使有钱，皇帝一声令下，就可能就成囚犯了。这一点今天我们在重庆也看到了，跟几百年前的朱元璋多像啊。那个时候的这种管制是为了控制意识形态，如果随便可以印刷，就意味着思想控制不住。今天在家琢磨一句话，我们应该三权分立啊，然后就印刷成书了，结果是皇帝就很震惊，然后就被灭九族了。我们记得清朝的文字狱就很典型，不仅要处罚写的人，连出版商也被灭了。比如很有名的文字狱，吕留良的案子，他自己被干掉了，出他的书的出版商也被咔嚓了，只不过灭的族稍微少点儿。比如可能吕留良灭九族，出版商灭三族，出版商也是罪魁祸首。按道理说这种法令如果是保护作者的话，为什么要打击出版商啊，是作者写的触犯皇权的东西。意识形态控制就是无论是作者还是传播者都有罪。

前面讲到知识产权制度产生的三个条件，科学技术是关键，而私法制度化也很关键。私法制度化也是意识形态的问题，不同国家私法制度化的形成是有很大差别的。这种意识形态的差别也会影响科学技术进步。我们知道我们国家明朝的时候科学技术还是很发达的，在世界上是领先的。明朝末年的时候，明军跟后金军打仗的时候，用的武器类似现在的机关枪，是可以连发的火药武器。17 世纪初的时候，明军都可以用枪了，甚至是连发的；但是到了 19 世纪，跟英法联军之类的军队打的时候，我们还用长矛大刀。也就说整体上清朝统治将近三百年，中国的科学技术是退步的。关宁铁骑四万人，而且还有两万人调走了，长期驻扎在边关的两万人，挡住后金军十万，除了靠城墙，还有科学技术上的领先。人们说明朝很腐败，文人当将军如何如何，可是三百年过去以后，跟八国联军打的时候怎么样，都拿人堵子弹，看是人冲得快还是换子弹快。这就是科学技术的差别。国家治理制度的意识形态不同，会影响科学技术发展。我们又用了一百年的时间才赶到今天的状态。所以知识产权制度会在不同的时间在不同的国家出现。为什么美国 18 世纪末才建国就有了今天的成就，我们看到美国 18 世纪末就有了近代意义上的知识产权制度，那时候它建国才多少年。美国《独立宣言》1776 年宣布，1790 年就有了版权法，有了专利法。美国的宪法是 1789 年，仅差一年。我们看到这三个条件，其实是很有意义的。

当然也可能有一些特殊的事件，或者说是现象，或者是偶然因素，会在个别国家知识产权制度的产生上产生关键性的影响。但是其实放在大环境下看，它还是一种大势所趋。如果其他的人都抱有一种意识形态，我们最

后可能也得承认，或许只是一个时间问题。两个制度在角力的时候，看看历史车轮前进的力量更大还是限制它的力量更大。我们现在看到，我们的兄弟国家还在阻挡着，他们是没有什么著作权的，这个对他们来讲没什么意义，金三代就可以解决所有的问题，著作权、专利权没什么用处。

## 1. 知识产权客体的公共产品属性

知识产权客体的公共政策体现在哪些方面？本质上来讲，它的属性是非排他性和非竞争性消费。著作权可以同时许可给不同的人用。而所有权，比如土地，通常来说不能同时许可给许多人。土地许可给一个人进行商业开发，许可给两个人是共有开发。而在著作权、专利权中，可以两个人同时使用，所以是非排他性。这样就会出现有些人搭便车的情况。典型的搭便车，比如灯塔，公共产品属性就指的是这个。灯塔站在那儿，没有交过费的人也可以享受它带来的好处。公路，也是经常举的公共产品的例子。

## 2. 知识产权具体制度背后的公共政策考量

具体制度也展现了很多的公共政策的问题。

### • 关于权利范围

首先是权力扩张问题。知识产权范围一步一步扩展到今天，无论是作品类型，还是发明创造类型，都表现出扩张的趋势。以著作权为例，著作权中的电影作品，随着科学技术发展才会出现，19世纪末的时候才进入著作权保护对象。雕塑作品也是这样，也是在19世纪才进入著作权法中。现在著作权法的范围更宽了。专利也是这样，中国的《专利法》第一部是1984年发布，1985年实施。这部专利法是不保护食品、调味品这些东西的，后来纳入到保护范围。那个年代老百姓的温饱问题还没解决，那时候经常说的还是按需分配什么的，无法把这些东西纳入保护范围。商标的范围也在扩张。我国最早的《商标法》，说所谓的商标、标识的作品元素只能是文字、图形及其组合。现在的元素就很多了，颜色的组合，立体标识，数字的组合，比如39胃泰、7-Eleven什么的。这次中国《商标法》修订还要扩张到音响，音响商标在别的国家商标法早就有了，比较熟悉的比如诺基亚的开机机关机、Windows的开机机关机，这些声音都有商标的。

具体扩张到什么程度，要根据国家的实际的科技发展水平来决定。

### • 关于权利限制制度

知识产权因为是一种鼓励机制，所以在它本身的制度设计上不仅要赋予创造者产权，还要给产权一个限制。按照洛克的话，在赋予私有化的产权的时候，对其他人来讲，在公共领域要留给其足够多的同样的东西。那么对知识产权来讲，在赋予知识产权的时候，同时要对它进行一定限制，使得它公共产品的属性这一面能够得以发挥。所以在知识产权制度上，有合理使用制度、法定许可使用制度、权利重叠制度等等。其实时间性本身就是一个限制，只不过我们把它作为一个知识产权特性，在谈限制的时候不太提它。还有权利穷竭制度，比如你买了一本书，当你把书再卖给别人的时候，著作权人告你侵权么。他无法告你侵权，这是建立在穷竭制度基础之上的，如果没有权利穷竭制度的话，把书卖给别人是侵权，有了权利穷竭制度才不侵权。因为书是作品的载体，把书再卖给别人，这是作品的传播过程，这个传播过程是受著作权控制的。那么权利穷竭意思就是说，一个作品在具体的载体上，它的价值只能实现一次，当这个载体再次流通的时候，不受著作权人控制。这就是来平衡、限制作品传播，不能让著作权人的触角伸得过长。这种制度的存在也是一种权利限制的体现。

对著作权的权利制度的限制、内容在各个国家不一样，有的国家多，有的国家少。比如一些国家针对美术作品著作权规定的追续权，在我们国家现在还没有。不同的国家怎么去选择，这并不是对和错的问题。从发达国家和发展中国家的角度，对发展中国家来说，知识产权保护并不是越多越好。我国刚加入TRIPS的时候，就遇到这个问题。因为TRIPS是WTO下的一个重要的条约，是为了服务于国际贸易的发展，当时就有著作权学者认为TRIPS的保护水平对于当时的中国知识产权保护的水平来讲过高。英国知识产权委员会公布的《整合知识产权与发展政策》报告就有很明显的说法，发展中国家在加入TRIPS以后，或者加入WTO以后，发达国家在引诱它们加入TRIPS时候所做出的美好的承诺、描述都没有实现，一一破灭了；相反，因为TRIPS所带来的一些成本却很现实地出现在它们面前。比如专利保护得越好，这些专利权大多数都是发达国家的，发展中国家本国在这个领域就会受到制约。这是此消彼长的，对于发展中国家来讲，对发达国家知识产权保护的水平越高，自己所

承担的成本就越高，这个成本要自己承担。还有一方面是产业结构的问题，发展中国家保护的越好，发达国家技术领先，这个领域发展中国家被压制得就越厉害。后来在 2001 年多哈回合谈判的时候，很多发展中国家和发展中国家集团就在这方面不断和发达国家抗争，来寻求让发达国家能够向发展中国家放松一些东西，至少减轻一些负担。英国的这个报告讲了很多这方面的内容。

*Part I*

# 著作权法

---

Copyright Law

## Lecture2

# 著作权法基本问题

著作权法是目前这个阶段相对来说最为熟悉的知识产权的内容。因为作品的产生，是因为很多创作行为、方式导致的，而我们现在所处的生活阶段也会创造出各种各样的作品。相对于商标和专利而言，学著作权法与生活更为贴近，相对来说想法会更多，深入思考实践的基础会更多一些。所以学著作权法可能觉得趣味性更强一些。

著作权法我们分为五讲，第一讲主要是对著作权法构建一个基础的概念和了解。我们可以看看平时生活中哪些属于受著作权法的保护对象，实践中哪些发生了一些纠纷，而这些纠纷可能是因为什么愿意导致的，对这些纠纷我们怎么认识。最近我们听说《人在囧途》告了《泰囧》，这就是著作权的内容。《泰囧》的投资方之一光线传媒给杨老师打电话请教，因为3月2日，《人在囧途》的投资方，武汉的华旗影视公司召开新闻发布会，声称《泰囧》构成了对《人在囧途》的抄袭剽窃，当然它还有一个理由是不正当竞争。光线传媒给杨老师打电话的时候，说对方召开了专家论证会，有哪些哪些教授。杨老师说这个没关系的，它就算把中国知识产权法领域所有的教授都聚齐了，也不能说它就赢了。这个案件已经在北京高院起诉，因为标的比较大。说构成抄袭和剽窃，我们第一反应是是否构成抄袭和剽窃。很多人看过《人在囧途》，更多的人看过《泰囧》。一个没有学过著作权法的人直观的反应会是这怎么可能构成抄袭呢，看过就知道这是两个不同的故事。构成剽窃和抄袭一个重要的特征，在认定是否构成抄袭剽窃的一个重要要素是实质相似。就是本质上是相同的，看到这东西马上想到这个作品来源于另外一个。在这两个作品里面，我们看到的是主要演员的重叠。故事是不是一样的呢，稍有印象的人都知道很难说是实质相似的。这个案子反映的一个问题是，当两个作品的人物角色出现重叠的时候，很容易让一些人想到是不是两部作品。其实与其说抄袭，不如说这是著作权法上的另外一个问题，接续作品是否构成对原作品侵权的问题，其实应该从接续的角度考虑去是否构成侵权的问题。文学创作里面，这种接续以及同人作品的情况是非常多的。这种现象比较多的是日本改编中国的传统文学作品，比如《西游记》。日本版本的西游记就有很多版本，其中一个版本好像唐僧是女的，也是师徒四人，但是故事完全不一样。这是同人作品，就是说主要角色的姓名是一样的。另外一种叫接续作品，或者叫后补作品、续写。别人写完了一个作品，你写出来一个某某某之续集。很多续写会出现很大比例的同人的问题，上一部的人物角色下一部还会出现；也有一些完全发生了变化，前一部的主要人物在这一部要么死掉了，或者是观念出现，不再活生生出现在续集里面了。我们看到大量的这样的作品，香港很多这样的电影，某某之什么什么。比如《英雄本色》一二三，《赌神》一二三，很多一二三，人们开玩笑说香港好多三级片。这算不算侵权，其实这是著作权法上的问题。中国也有一部比较有名的接续作品，但是后来被认为是一部作品，就是《红楼梦》。现在比较通说的说法，前八十回是曹先生写的。有的人明明没看过这个作品冒充文艺青年，说曹雪芹女士写的如何如何。后四十回通说认为是高鹗写的。其实这是比较典型的接续作品。有人讲说如果曹雪芹知道高鹗这么写后面四十回，他吓死别人也要从棺材里爬出来跟高鹗讲你不能这么干。后面讲到著作权的权利内容会讲到，接续作品从财产的角度来讲如果不构成侵权的话，那么人身权是否构成侵权呢。一个作品好好的，非要加个尾巴，多可惜。文学水平高超的人可能喜欢很苦的结局、让人意犹未尽的结局，真正的文艺大家往往写出一个开放的结局。假设曹雪芹、高鹗是现代人，是受著作权保护的，曹雪芹的后代子女找高鹗说你这

太不厚道了，我爹写的这么好作品的你狗尾续貂，告你侵犯他的精神权利。按照我们的著作权法，精神权利可以由作者的继承人来保护，不是说后代具有作者的人身权，而是由后代来保护。这确实是著作权法的内容。但是《人在囧途》的例子，原告起诉是以抄袭剽窃为由，还有不正当竞争的问题，说《泰囧》宣传的时候都称“人再囧途之泰囧”。如果拍第三部是不是叫“人又囧途”什么的。这个案子起诉很有意思，我们可以静观其变看看后续会发生什么事情，最近几年总会出一些有意思的知识产权判例。

## 一、一个案例

这个案例其实是训练大家对著作权的直接感觉。要对各种种类的作品敏感。

X 博士是某医学院肾脏研究专家，他正在研究一种只生长在该国北部山区的特殊植物 Uva。Uva 也是一种在该国被经常用于烹饪的香草。X 博士的研究取得了突破性的成果，Uva 的叶子中有一种成分，其可以刺激人类肾脏激素的生长，而该激素则有利于骨髓中的红细胞生长。X 博士成功地分离出这种成分，他把它称为“红细胞生成素”，并利用 DNA 重组技术制成了该成分的纯化形态。X 博士的最终研究成果是制成治疗贫血的药物，尤其是针对肾衰竭。经历 5 年，新药进入临床实验阶段，不断进行该药效率和安全性方面的数据采集和比较。相关数据均由 X 博士妥善保存。

X 博士写了一篇关于其研究的报告，提交给其所在医院。有关部门遂利用之与药品制造商进行谈判、以制造新药。基于此，药品制造商了解了研究报告的内容。与此同时，医院已开始制定新药的市场开发战略，其中包括创设了一个网站。该网站载有新药的照片、药品的成分及功效说明、学术期刊上发表的关于该新药的文章、一段 X 博士在实验室工作的视频；人们访问该网站时，可以听到由 X 博士助手所创作的一小段音乐。在网站上，医院提供了由其开发的软件，人们可以通过这一软件很方便的订购该新药。药品发行人还会提供发行手册，含有发行人跟踪消费者的各项条款和频率。医院也会按照病人名录（医院多年积累形成的病人库）直接向病人推销该药品。

首先一个著作权客体是博士写的研究报告。这里只是找客体，如果说是一个完整的著作权问题，就会想 X 博士写的报告提交给所在的医院，就要看这是一个什么作品，是个人作品，还是职务作品，还是法人作品，这是后续要研究的。

医院开始制定新药的市场开发战略，这个市场开发战略也是一个作品。类似于很多企业做的市场调查报告、市场开发战略、某一新型产品的研发战略等，都可以作为作品。

然后创设了一个网站，这个网站本身就是一个作品。网站上的小段音乐也是一个作品。

接下来，照片是一个作品，药品的成分和功效说明又是一个，学术期刊发表的论文又是一个。X 博士在实验室的视频又是一个，医院提供了由其开发的软件又是一个。药品发行人还会提供发行手册，发行手册也是一个作品。

这里还有一个著作权客体，病人名录。这是一个数据库，也是一个作品。

所以一共有这么多的著作权客体。从这个例子中可以发现，其实作品的范围、类型非常多样化，而且可能跟我们一些传统的想法不同，比如传统上认为的文学艺术与科学领域的才是著作权法领域的作品。实际上现在越来越多的商业领域的一些文字，以文字形态表达出来的完整的产物也是作品。传统上可能认为作品必须是文学艺术或者科学，现在商业的研发报告、市场战略这些东西，也可以称之为作品，传统上对作品所属的领域的限制就被突破了，也就出现了对商业利益保护的多元化的模式，不是仅仅依靠商业秘密保护制度本身，也依靠著作权法来保护。这方面有很多作品，它的权利归属是不一样的。当然这里主要指的是原始主体，原始主体通常指的是作者的判断。实践中会出现一个问题，通常来讲作者是创作作品的人，创作作品是一个事实行为，民法中学过事实行为与法律行为的区别。既然创作行为是事实行为，只有自然人能够实施事实行为，那么怎么解释法人作品呢。法人作品我们想到拟制的概念，法律拟制法人作为作品的原始作者。法人作品上有作者么，法人作品上还有著作权的人身权么？《著作权法》第 10 条所规定的若干项著作权权利内容，前面三项是人身权。当然《著作权法》在进行第三次修订，修正案准备把人身权做出一定的变化来。无论是几项，按照《著作权法》，并没有说法人作品没有这些权利。法人作品如果没有这些权利也会存在问题，法人创作作品出来以后，有人未经法人统一把这作品拿出去发表了，那法人怎么办，能告他侵犯自己的发表权么。当然从损害赔偿角度来说，这个意义并不大，告人家侵犯发表权需要赔偿。但是除了损害赔偿，还有赔礼道歉，赔礼道歉是一个问题，如果法人没有这项权利就不得赔。还有修改的问题，比如公司为了树立自己形象搞了一个雕塑，放在公司门口。有个人一看，雕得好差啊，就把它砸了。砸了怎么办呢，我们假定这是一个法人作品，无论是作品的完整权还是修改权，砸了就毁损了，都

没了，不能用胶粘起来。粘起来作品就不太一样了，其实把作品粘起来的过程是一个再创作的过程，它跟原来的作品已经不一样了。有一个著名的雕塑作品没有双臂，据说原来是有的，后来掰掉了，掰掉以后美多了，确实艺术家跟我们的思维不一样。那么它掰掉之前和之后肯定是两个作品，当然掰掉以后是另外一个作品，就是我们现在看到的，掰掉以前是原来的作品，这个作品由于掰掉了，就没有了。这里就涉及美术作品和文字作品的区别。比如你写了一个文章，哇哇撕成四块，拿胶粘起来，还是原来那个，不能说一首诗变成四首了。这是美术作品和文字作品的差别。

所以著作权的问题很有意思，有很多变化。我们有了一个初步的认识，作品的种类很多，有文字作品，文字作品可能比较多；还有网站、软件、音乐、视频，视频我们称之为影视作品。原来的《著作权法》写的是“以类似摄制电影的方式创作的作品”，其实何必呢，还不如直接说影视作品就完了。所谓电影的方式和类似电影的方式有什么本质的差别呢，比如可能拍片的介质不一样，方法也不太一样，画质质量不太一样，但是实际上没有实质性差别，都是为了记录表演。电影最取胜的还是在它的内容，画面、放映的质量这些会有一些影响，但是本质上还是看内容。有人说音响效果、画面是不是绚丽，会影响对这部作品的评价。其实这两方面的内容是作品内容的组成部分，不是分开的。比如看盗版的质量和看正版的质量不一样，不能说看盗版和正版是不同的作品。但是如果在特技、音响效果等方面做出改变，可能就对作品进行了修改。

通过这些例子了解对作品大致有什么样的类型。这里没有太涉及艺术作品、美术作品，也没有太涉及立体作品，还是最传统的形式。

## 二、著作权法的历史

### · 参考读物

著作权法的历史这一部分，我们看看著作权法是怎么发展的。这里推荐两本书，是讲史讲得不错的两本书。

1>Mark Rose, *Authors and Owners: The Invention of Copyright*, Harvard University Press, 1993.

这个作者很有意思，他不是法学界的人，应该是一个文学工作者。他由于长期做专家证人，经历了很多相关案例，产生了对版权很大的兴趣，就写了这本书。这本书商务印书馆跟杨老师签了合同，让杨老师翻译，一年多前就翻译完了，后来印书馆说最好再写个序，写个类似书评这种，于是到现在还没弄好。这本书很薄，写的也很有趣，可以了解版权历史发展过程中的很多事件，我们学校图书馆就有，还是看原著比较好。但是它有一个问题，这哥们是搞文学的，所以用词是比较难的。别看不是很厚的一本书，老师翻译费了很多力气，里面引用的很多东西确实一般同学可能没法看懂，杨老师也请教了外院的一些教授。里面出现了一些古法语、古英语之类的文学作品的名称，看起来有点儿费劲。但是确实这本书确实值得一读。

2>Sherman and Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 1999.

第二本书相对比较学术性一些，是讲现代知识产权制度的演进。这本书尤其在讲版权和专利两块讲的非常好。这本书有译本，但是还是看原著比较好。杨老师 11 年秋季给研究生开知识产权经典著作选读课程的时候选了这本书，读的过程中让学生自己感受到了中译本和原著的差异，中译本还是有一些缺憾的。这本书讲到了很多很有意思的结论，比如这本书中可以得到一个结论，就是什么情况下私法意义上的版权形成了现代意义上的版权制度。两个概念的形成起到了关键作用，其一是作品的概念，其二是作者的概念，英文叫 Authorship。这两个概念形成后，版权制度才形成了一个封闭的体系。换句话说，版权制度才长好了，长成了。尤其是 Authorship 这个概念很关键。作品概念其实早就有了，创作、写作就会形成作品，关键是 Authorship，它的意思是一种作者的身份，私法意义上承认 Authorship 的地位，我们才能说保护它的制度是私法制度，才是一个 Private Law。在出版商公会时代，对 Copyright 的保护是有的，这种保护还不能称之为私法制度意义上的保护，因为没有 Authorship。这本书也提到了专利，特别讲到了登记制度对于专利制度的形成有什么样的意义，而且这本书会告诉我们登记制度是怎么来的。里面讲到了很多有意思的内容，值得大家去读。这两本书都不厚。

### 1. “版权”、“作者权”与“著作权”的概念演进

讲著作权法的发展历史，就要讲这三个概念的关系。最早都用版权的概念。Copyright 这个概念比大陆法系

讲的 Author' Right 概念要早, Author's Right 是作者的权利。去看外国的文献上都是 Copyright, 但是中国法上会看到两个概念, 一个叫著作权, 一个叫邻接权。当然现在《著作权法》修正案把邻接权称为相关权, 也不理解是谁提出来的, 但是现在好像全国人大有共识, 都认为要把邻接权改成相关权。以前说《著作权法》是调整著作权及邻接权的相关问题, 以后就要说是调整著作权及相关权。杨老师想问问有这种想法的人, 物权与著作权也是相关权啊, 还调整什么啊。但是他们不接受这种意见, 基本上以后是要用相关权的概念。杨老师个人一向非常痛恨法学领域随便用概念, 尤其是知识产权概念。说的不好听一点, 他们概念法学的素养太差了, 怎么高兴怎么用。邻接权是不是也是随便用的呢, 不是, 邻接权是翻译过来的, 是从法文翻译过来的。以前的英文确实没有 Neighbor' s Right 的概念, 是从法文借用过去的。现在美国人、欧洲人好不容易接受了中国的著作权法里有一个邻接权, 以后跟美国人讲 Neighbor's Right, 他们知道说的是什么东西, 将来跟他们交流的时候说什么呢。表演者的权利有一个相关权, 这个相关权又怎么翻译, 翻译好了自认为说的很清楚, 外国人搞不清楚, 不知道说的是什么。这是概念的问题。

这里要比较的三个概念, 版权、作者权和著作权, 在同一位阶上的是版权和著作权。

## 关于版权

严格来讲版权的范围是最大的。要从词语本质上来讲, 版权, Copyright, 就是关于复制的权利。所有基于复制而产生的权利都可以在 Copyright 之下。作者有版权, 作者的传播者也有版权。既然是基于 Copy 而产生的权利, 这就解释了为什么在英美法系长期以来 Copyright 之下没有精神权利, 大陆法系人身权利。当然十几年前它扩张了, 也包括了精神权利。比如在美国的版权法里面也有了发表权、修改权等, 很重要的一项权利叫做禁止作品被扭曲、歪曲、玷污的权利。所以 Copyright 这个概念的范围比较大。

## 关于著作权

那么著作权是什么? 著作权这三个汉字来源于日文。日本人在制定自己的《著作权法》的时候率先使用了这个词, 日本的《著作权法》和中国的《著作权法》是一样的词, 中国制定《大清著作权律》的时候把它搬过来。日本人在翻译德国人的法律的时候用了这样一个概念, 著作权这个词是一个日文词。日本人用这个词指基于作品而产生的权利。我们如果讲原始的权利, 或者叫做基于创作而产生的作者的著作权的话, 作者权和著作权是重合的, 这是从原始归属上讲。但是我们知道, 作品有法人作品、职务作品, 著作权的归属使得作者权和著作权会有一些不同。比如职务作品, 通常著作权归属于作者。但是按照我们国家《著作权法》的规定, 在特殊的职务作品里, 著作权是归单位的。但是创作者还可以署名。那这一署名就有问题了, 谁是作者? 如果说署名的自然人是作者, 这个单位是著作权人, 这是矛盾的。因为我们说的职务作品的权利归属是原始取得, 不是继受取得, 就不能用这种说法。所以这里面一直有这样一个小的小的纠结的地方。我们在跟美国交流的时候就遇到这个问题。我们用两个概念表达, 一个是职务作品, 一个是法人作品。英文里相应的表达, 职务作品用的是 Work Made for Hire。用这个概念, 人家觉得这个作品是基于雇佣关系。作品的实际完成肯定是自然人操作的。那么法人作品难道不是这样么。法人作品我们用的是另外一个概念, Corporation's Work, 这两个概念就比较纠结。法人作品也是基于雇员完成的。所以在给外国人讲中国著作权法的时候, 就很费劲, 外国人总觉得这是玩文字游戏。在美国的著作权法制度之下, 没有职务作品和法人作品的区分, 只有一个法人作品。这在对外交流的时候会遇到很多麻烦。所以我们在著作权的处理上就要解释著作权、作者权和版权之间的关系。《民法通则》里有一句话, 没有特殊说明的情况下, 版权和著作权是同一个概念。我们现有的《民法通则》, 有了版权的概念, 后制定《著作权法》又制定了著作权的概念, 这就人为地制造了区分。但我们知道, 实质上版权和著作权这两个概念是有差别的。

## 关于作者权

作者权, 顾名思义这个概念是原始取得。作者创作完成作品之后, 自然就获得了著作权。作者权强调的是作者的著作权, 而著作权包括了一切情况。如果讲著作权的原始取得, 一般情况下指的就是作者, 只是由于法人和自然人的关系问题, 使得我们多了一个问题, 就是法人能不能成为作者。法人能成为著作权人这是没有问题的, 法人能不能成为作者呢。如果不是作者的话, 作品又是从创造完成之日起, 著作权自动产生的。如果法人不能成为作者的话, 法人作品的著作权就不是原始取得。

版权这个概念最早是英美法系使用的。基本的、最开始的含义就是禁止他人未经授权而复制作品。因为在那个时代, 使用作品的方式就是复制。当然作品到现在的使用方式还是复制, 只是复制的表现形态发生了变化。以

前的复制是最原始、最早的复印设备，复印机、活字印刷技术；后来出现了电子印刷、数字印刷。现在是网络传播，这里面有没有复制的问题，这是存在争议的。在那个时候产生了这个概念，那个时候使用作品的方式是复制，所以叫 Copyright。Copy 本身就是复制的意思。所以这个概念指向的就是经济权利、财产权利。

大陆法系保护作品是为了保护作者的利益。大陆法系这方面的发展要晚于英美法系，尤其是英国。我们知道现代工业文明是起源于英国，就不难理解在那个时代，为什么会在英国首先出现版权法。几乎过了近 100 年，才有了大陆法系的著作权。随着大陆法系国家发生变化，法国革命、《人权宣言》，大陆法系国家认为作品是作者人格的一部分。杨老师一直认为这种说法是一种时代的需要，就是在什么场景说什么话。从康德、黑格尔著作的一些表述也可以看出类似的意思，比如黑格尔说作品是作者人格的外部定在。定在哪儿了呢？黑格尔说的当然很难理解了。作品是精神人格的一部分，可能意思就是说作品是你造出来的、想出来的。脑海就像宇宙一样，里面有很多物质在漂浮，人们都看不到，你用一个方式把一部分拿出来，让别人能看得到。脑海里的东西用骨头包着呢，外面的人看不到，要是看得到就挺吓人的；当你把你想要的东西外部地表现出来，让大家可以看到了，你的人格让别人看到了。这种说法怎么说都有一些夸张的意思在里面。当然在这个时代是有其时代背景和时代意义的。提出天赋人权的《人权宣言》本身也是作品，本身也是有很强烈的时代因素，要从欧洲中世纪脱离出来，它是文艺复兴在意识形态、政治层面的结晶、产物。但是我们说，这种认识确实没有太多的实在意义。比如说天赋人权，我的权利如果要靠天赋，那么天赋予哪些呢，哪些是、哪些不是，于是我们会一个个去挖掘。我们讲言论自由是天赋人权，结社自由是天赋人权，反抗政府也是天赋人权，那哪些不是天赋人权呢。比如说一个人可以娶四个配偶，这算不算天赋人权。你说不让我娶，你凭什么这么说，难道你像洪秀全一样说自己是上帝的儿子，上天派你来告诉我说了一个人只能娶一个配偶么。这不可以解释的，听起来天赋人权很有道理的样子，一个人当然有言论自由，一个人的生命健康必须获得尊重，不能随便剥夺声明，可是为什么一万年没有这个说法，一万年有了这个说法呢。天赋人权从个人角度讲是从出生开始，如果从人类的角度来讲是从什么时候开始的，不知道。老天是什么时候赋予人类以权利的呢？所以其实它是政治的需要，时代的需要。所以作品是作者人格的延伸，听起来很有道理，其实没有多少实际意义。

但是这个东西产生了很重要的影响，就是我们现在看到的还有很大争议的一个问题，即作者人身权或者叫著作人身权可不可以转让的问题。如果说是作者人格的一部分，当然它可以转让了。比如隐私是自然人的人格这毫无疑问，它可以给别人拿去用么？人们说不行，人格是人之所以为人的本质属性，这是不可以让渡、转让的，只能许可使用。其实这里面总是有一些无法解释的悖论在里面的。都说作者人格是不可以转让的，可以许可使用，请问许可使用与转让的本质区别在哪里，我们通常讲的转让是什么意思。杨老师认为，不应该从人格的角度解释，而应该从利益的角度解释。我们通常讲的转让是买绝，比如我的电视机转让给你，交易完成后，这个电视机跟我再没有关系了。隐私呢，把它卖掉，还会有新的隐私出来。而且前面的隐私和后面的隐私是割裂不开。所以其实是这个原因导致的，它卖不绝。包括肖像也是这样，肖像是物理学意义上的不能转让，并不是跟人格有什么关系所以不能转让。它是物理学意义上就不能转让，不能把我的脸割下来贴在你的脸上，你也看起来不像我，别人只会说你身上多出来的这张脸好像是别人的脸。当然肖像不是等于脸皮。还有很多，比如姓名，更不存在转让的问题，你叫李鹏，我也可以叫李鹏，天底下叫李鹏的人多了，不需要转让。当然你叫江泽民就不行了，这会有国家公权力干预，有人给儿子下户口，说我的儿子叫江泽民，什么意思，捣乱吧。这个人就是姓江啊，可就是不行，不行就是不行。那为什么可以叫李鹏呢，解释不了吧。但是我们可以解释一个问题，我想叫什么不需要跟你买。姚明名气大，中国叫姚明的很多；觉得刘翔很帅，崇拜他的女生嫁个姓刘的生个儿子叫刘翔，也完全没问题。可以牵着儿子去看他的比赛，“刘翔好好跑，跑好了妈妈给你水喝”，刘翔听到了也拿你没办法。所以能说姓名权是人格权所以不能转让么，跟这个没关系。所以作者是作者人格的一部分，大家又过度地解释作者人格和自然人的不可分离而说不可以转让。其实著作人格权有什么不可以转让的，转让了会怎样，天也不会塌。很多学者人为地设置一些鸿沟，墨守成规或者人云亦云。都说著作人格权不可以转让，转让了人就不复存在了，起一个很好的名字，有人看中了有人要从我这儿买，那我很高兴，买了还可以叫这个名字，或者起其他名字，名气大了就成了起名字的专业户了，现在还真的有这样的职业。

## · 著作权法与意识形态控制

所以，我们讲的这么多，其实是说作品是作者人格的一部分，它来源于大陆法系对于作者的一种解释、一种解读。但是一定要注意，当时大陆法系强调作者的身份，强调 authorship 这个概念，英国版权法也有 copyright 这个概念，难道它就只是保护 copy 的权利，而不去强调 author 的权利么，不是这样的。在英国，同样是对

authorship 的尊重，才有近代私法意义上的版权法。如果不考虑这一点，再往前推 100 多年，公会时期的版权保护制度早就开始保护 copy 了。我们知道《安娜女王法令》是 1709 年开始实施的，但 17 世纪末期就有一些经典判例出来，那是公会时期的，也在保护 copy 的权利。所以 copyright 成为我们现在讲的版权法里所说的版权，关键的原因还是 authorship 本身得到承认。大陆法系则是从意识形态上强调自然人，强调对人格的尊重。对作者权利的这种宣扬恰恰是符合《人权宣言》的精神的，符合自由表达的精神。为什么《著作权法》在大陆最后才制定，就是因为著作权法跟文化传播、观念传播、自由表达有关，就会影响到意识形态。不要以为这是中国特有的，只不过中国现在还在控制这个东西。在中世纪的欧洲也是一样，为什么公会时期会用出版商公会来垄断这个行业呢，一样是为了控制意识形态。不符合教皇、不符合统治者的这种意识形态，也不让出版。这个在中国宋朝也好、汉朝也好，都是一样的。如果要对比的话，出版商工会时期的 copyright，恰恰可以跟宋朝以来就有的对版权、出版的保护，或者规制的制度对比，我们比它们要早很多年。但是要从私法意义上的版权法的作用来讲，当然是起源于《安娜女王法令》。

我国《大清著作权律》是 1910 年颁布。这部法律不要小看它，当时这部著作权律一共是 15 条，后来被北洋政府的著作权法吸收，再后来就是国民政府的著作权法，以至于现在台湾地区的著作权法，影响是很深远。去查资料，看看《大清著作权律》的 15 条，会发现其实它制定得很现代，基本精神到现在还是一样的。当然它是在日本人的帮助之下完成的，所以跟当时日本的著作权法很接近。日本著作权法是 1899 年制定的，它是为了加入《伯尔尼公约》。我们制定《著作权法》的时候其实也是为了加入《伯尔尼公约》，只不过我们晚了很多年，直到 1990 年才制定。但是如果有人说我国《著作权法》是 1990 年颁布的，这个也没错，但是如果说中国这块土地上出现最早的著作权法应该是《大清著作权律》。这部著作权律没有实施就结束了它的使命，但是作为文本意义上的著作权律的价值还是非常大，借尸还魂，以北洋政府以及后来国民政府的著作权法的面貌实施过。

当时《大清著作权律》的制定有很多背景，一个重要的背景是欧美列强对于域外法权不满足，要求中国也制定相应的版权法来保护作品，给中国施压。我们么知道域外法权这个概念，欧洲列强、殖民者在中国有一些领地、租借，在里面可以行使自己的司法权，但是仍然不足以保护它的作品。尤其是当时西方宗教开始在中国大规模传播。早期西方宗教在中国传播在 18 世纪就开始了。要说更早的时候，比如明朝有没有，也很难说没有，但是一般说来还是在清朝中期就开始了。这种宗教的传播就要控制印刷，印刷出来到非域外法权管辖的范围就得不到保护，所以它希望全中国都有版权保护。借此契机，很多学者论述了在中国制定著作权法的一些意义，积极支持的声音还是很强烈的，一个代表性的人物是严复，专门写过文章呼吁、鼓动制定。当然也有反对的声音，张之洞就反对著作权。他的反对听起来似乎也有一定道理，他认为如果保护著作权的话，中华文化将受到严重阻碍，受到压制。这说的也有道理，中国人一贯以来奉行的是共享文化，大家都看一看。我们仔细想一想，中国人最喜欢说什么东西给我看一下。可能看完后你并不在意，但是就是喜欢看。如果作品要付费才能看一下，就会觉得很不爽。我们今天也是这样，听说有新电影要看，还要付费，真讨厌。除了张之洞之外，还有很多反对的声音，形成了两派。最终还是在内外压力下，当然主要是外部压力下，制定了《大清著作权律》。从此中国有了著作权的概念。

之后历经了北洋政府、国民政府著作权法，1949 年中国发生了里程碑式的变化。到了 50 年代，废除六法，所有的这些法律都没有了，新中国共产党领导的政府又没有制定相应的著作权法，没有著作权法的局面一下子延续了四十年。当然中间有一些管理出版行业的法规，这些法规都是规制出版的，不是来保护著作权人利益的。规制出版是为了控制在市场中出现的作品，或者说言论。那个时候的出版管制是非常严的。

前一段时间听说一个美籍华人女士（傅苹）说当年她在文革的时候受到什么迫害，当然现在她在美国有些名，号称还曾经是奥巴马政府的智囊。她说文革的时候她是个小孩，被关在监狱里头，文革之后她去了苏州大学，她毕业的那一年写了一篇抨击或者说批评我们国家杀女婴的现象的文章，引起了《人民日报》的报道。然后她被抓起来了，之后把她驱逐出去了。后来方舟子打假打她。就是这么一个人，她就有这些言论。方舟子就质疑，第一，中国一向以来对意识形态的控制是非常严的，确实确实有很多作品中国会去管，类似于清朝的文字狱，但是没有那么严重。文革时期会很严重，当然不会因为写清风不识字何故乱翻书就灭了九族，但是攻击共产党就可能会出问题。比如说张志新，不知现在还有没有人纪念她，她最后因为言论被整死了，死的很惨。那是文革时期。但是这位女士是 1981、1982 年，这个时候共产党会控制言论，但是不至于因为攻击溺婴事件就会把你驱逐出去，还买机票送到美国，想的多好啊，那个年代买火车票都要介绍信的。如果说新华社、《人民日报》能够报道这篇论文的主要观点，就不会把她驱逐出去；如果驱逐出去，一定不会报道。她也太小看共产党的这种能量和手段了，它能量是不大，但是也没小到这种程度。而且这种手段也太低级、太没品了，为了这点事情就花钱送出去，不可

能的，想想就不对。（王丹同志是什么情况下送到美国去啊，王丹惹了多大的事情，共产党才把他驱逐出去，这位女士才写了一篇小小的毕业论文就把她驱逐出去，还买机票送到美国去？）这个例子扯远了，其实想说的就是那时候没有《著作权法》，不代表对作品出版、言论没有控制。

这种情况在 1986 年开始有了变化，已经开始将版权规定在法条里面。那个时候没有《著作权法》，但是实际上已经承认了版权这个概念，认为版权是民事权利体系中的一个重要组成部分，或者说是民事主体可以享受的一项权利。不过具体怎么做，权利怎么产生、怎么许可、怎么保护都没有而已。1990 年著作权法出台，就改变了这种现象，我们就有了《著作权法》。这是中国的情况。

## 2. 著作权制度的缘起与发展

前面提到知识产权制度的产生有三个重要的条件，其中一个物质条件是印刷技术特别是活字印刷技术出现，使得出版能够成为一项行业，也就是说出版物能够成为商品。在此之前，作品只能靠作者自己来保护。最多也就能发表个谴责声明，强烈谴责某某剽窃我的作品，如果对方说接受你的批评但还是要用，那也没办法了。所以罗马诗人马尔蒂·阿利斯（约公元 41-103 年）只能发出这样的无可奈何的声辩：“如果你愿承认它为我所作，我将无偿地把它奉献给你；但如果你想把它称为你的诗作，你最好把它买下来，这样它就不再属于我了”。只要你告诉别人用的是自己的，就爱怎么用怎么用。或许那个时候好一点儿的人会说自己引用了别人的诗，不好的人直接就用了。当然文人会有自己的操守，或者说价值观念。一个群体，认为抄袭别人的作品是人格低劣的表现，会驱逐把这样的人出这个圈子。这样的话会有对许多行为产生约束。可以称之为是一个行业的惯例，或者说行为准则。知识分子最看不起的就是抄袭，其实不在于会承担什么样的法律责任，而是会被看低。知识分子会最看重自己的名誉，不过现在这种情况好像也没有了，现在知识分子也不看重自己的名誉，看重的是能不能拿到资源。那个时候倒是不在乎别人是不是免费使用，而是在乎一定要得到尊重，写出好的东西希望能传世。如果一个好的作品最后发现不是原来认为的作者写的，是抄的另外一个人的，这个人会受到大家集体唾弃，就会遗臭万年。从某种意义上讲这是一个很高的境界。当然，那个时候和经济利益权衡，经济利益可能更弱，甚至弱很多。那个时候想从侵权行为挣钱也是很难，挣到的钱也很少，因为会买书的人很少。侵权、剽窃是为了获得某种声誉，获得声誉是为了获得其他的一些利益，可能也是精神利益。希望能获得很多头衔、赞誉、美誉，这些东西刻在碑上也是很有面子的。而盗版来挣钱，挣不到多少钱。可以用经济学理论供需关系来解释。认字的人就不多，它的市场就这么大，所以经济利益是很弱小的。所以就靠谴责，保护自己的利益。现在不同了，现在商品的出售能够给侵权者带来大量的经济利益，而这经济利益本来是作者可以实现的。当经济利益极大地超过精神利益的时候，用财产法去保护作品，这种需求就会非常明显，具有正当性和紧迫性。

我们说在印刷技术出现之前，侵权的成本也会很高。尤其是想复制这个书，成本很高。复制和剽窃其实是不同的。复制不一定是剽窃。剽窃其实带有假冒的意思在里面，就跟商品假冒差不多的。在印刷技术出现之前，是整个复制的成本比较高，使得没有著作权也没有太大的问题，但是不是说剽窃的成本很高。剽窃是很容易的，比如你跟我讲，兄台，我想了一首诗，你给我敲打敲打。我说这个诗不咋样不咋样，其实心里觉得很好，回去赶快把这首诗记下来然后拿去发表，古代的人喜欢开诗友会，诗友会就是宣布自己的作品，其实就是发表的场合。现代的人会投到杂志社去，其实是一个意思，就是让别人知道这首诗是我写的。剽窃成本不高，但是复制成本很高的。在那个时候，知识分子是一个特殊的群体，就是这个原因，没有钱进不去这个群体，有钱可以进入到这个圈子里，但是也不一定进的去。比如薛蟠，他很有钱，写了首诗，“远看泰山黑得乎，上头细来下头粗。有朝一日倒过来，下头细来上头粗”。我们看《红楼梦》会看到这所谓的诗，但是不得不承认它也真的是一个作品。这也反映出了另外一个问题，作品的独创性要多高才能称为作品，其实只需要最低的独创性就够了，独创性也可以理解为一种原创，原创不一定要达到什么样的高度。所以在印刷技术出现之后，复制成本大大下降，作品的载体能够成为一种商品。在此之前，即便可以成为一种商品，它的成本太高。比如写在丝绸上的，更买不起。当然版权法的出现，离出版物成为商品还经过了很长时间。中间的变化就是 authorship 这个概念得到承认、尊重，得到法律上的保护。而基于出版而获得经济收益，甚至说形成一个产业，这在 16 世纪就有了。

近代私法意义上的著作权法或者说版权法的代表性的立法是《安妮法案》或者叫《安娜女王法令》。它的名字很长，《为鼓励知识创作而授予作者及购买者就其已印刷成册的图书在一定时期内之权利的法》（An Act for the Encouragement of Learning by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies），一般用《安妮法案》代替。我们知道名字中的 vest 是销售。这代表了出版物是一个商品，要销售，而保护它的这种权利。这种权利是通过复制，由作者或者是购买者来享有，这里说的购买

者不是我们这种终极消费者、读者，而是买版权的人，买版权的人再去复制。也就是就是作者和邻接权人。这里说的购买者具有的权利是邻接权，比如从作者处购买版权的出版社的权利。在美国，美国的图书出版与中国不一样，中国出版是对出版社许可，版权还在作者手上；在美国，出版的时候版权是转让给出版社了。所以我们看英文书，经常看到上面写着出版者是谁，所有的权利保留（All rights are reserved）。出版社不是作者，凭什么说这个话呢，表明它是权利人么。《安妮法案》的时代，主要通过印刷的方式制造 copies，进行销售。Authors 放在这个地方，也充分表明了这是一部私法。这是关于第一部版权法案的解读。

### 3. 西方诸国著作权制度的形成

法国是 1791 年有了著作权法。法国和美国的著作权法出台的时间是非常接近的，美国是 1790 年制定的。美国很有意思，立国十多年都没有宪法，没有什么法律。当然各个州有自己的法律，但是没有联邦层面的法律，我们学宪法、法理都了解过这个。但是美国很快制定了著作权法。这也是美国联邦宪法第 1 条第八款规定的表现。

《美利坚合众国宪法》第一条第八款

国会拥有下列权力：

……

保障著作家和发明家对其著作和发明在限定期间内的专利权，以促进科学与实用技艺的发展；

……

把文学作品的创作者、发明创造的创作者应该在一段时间得到垄断性的权利在宪法里直接写明。通过制定联邦著作权法和专利法实现这一点。美国的专利法制定也很早，也是这个时间段，根据宪法美国很快制定了专利法和版权法。所以美国把著作权、专利都放在非常高的地位。那个时候美国联邦层面的财产法、侵权法都还没有呢，由此可见他们对于对人类社会发展进步非常重要的知识产权法的重视。

大陆法系另外的代表性国家日本，制定知识产权法晚很多，晚了 100 年。日本也是 19 世纪末崛起的，它制定了它的著作权法。日本在进行现代法律制度构建的时候，也很快制定了著作权法。当然它是为了加入《伯尔尼公约》。另外德国到了 19 世纪中期才制定自己的著作权法。这是西方一些国家的情形。

所以从西方的著作权制度的发展来看，两大法系发展的速度差不多。英国特殊一点儿，它早很多。但是从两大法系的国家这个角度来看差不多。尤其是在进入到 20 世纪，二战以后，随着国际贸易的发展，两边的制度上的融合比传统私法，比如说合同法、侵权法、物权法，融合的更早。美国是没有物权法的。当然有一些具体制度上的差异。比如美国的版权法原来是登记制度，登记以后才予以保护；专利法，美国过去一直是先发明原则，专利看谁最先完成这项发明创造的，而中国是先申请。不过美国终究还是改成了先申请，在最近的法案中改了过来。所以两大法系的著作权制度的发展相对来讲还是比较平衡的，发展的年代、制度的发展都差不多。

由于著作权制度的发展受到科学技术的影响比较明显，所以著作权的客体不断扩张。英国制定著作权法是比较早，它制定时的著作权法客体和后面几个国家制定的时候著作权法的客体差不多。从 18 世纪末到 19 世纪，版权法制度其实没有太多变化。但是到 19 世纪中叶和 19 世纪末的时候，客体扩张速度比较快。之前基本就是文字作品，后来音乐作品、摄影作品、美术作品、电影作品相继进入版权保护的客体。这都是后来的情况，在著作权法制度出现的前 100 年，客体变化是比较少的。

## 三、中国著作权法的发展

接下来讨论第三个问题，中国著作权法的发展，前面或多或少也涉及到这一部分。

### 1. 我国著作权制度的确立

我们国家著作权制度如果从令状保护角度讲，最早是起源于宋朝。所谓令状保护，就是皇帝敕令的方式，皇帝下个命令，要保护出版。实际上出版行业的保护不是为了保护出版商的经济利益。在一定程度上，当时的出版商用现在的话讲，是国家特许、特许经营。我们现在有很多是特许经营的，烟草、酒、盐都是的，很早前盐的专卖是很厉害的。烟草也是，中国为什么禁烟不利，也是因为利益么。用皇帝敕令的方式保护出版商其实是为了控制言论。作为一个专制或者说帝制的国家，控制言论很重要。（有人总是说当时中国封建社会如何如何，其实中

国封建社会很短的，形成帝制以后，实际上封建社会就没了。秦朝形成帝制，西汉初期有过一段是分封建制的意思，后来又中央集权了。我们总是说封建社会，其实是错误的说法，唐德刚的著作专门有讲这个问题。封建社会这个说法其实就是郭沫若说的。) 帝制时代皇帝最怕的就是人民有文化，最怕的是被统治者有思想。所以有知识的人就很扭曲，懂得越多越扭曲。为什么心理学家自己很扭曲呢，因为懂得很多嘛。我们说文化靠什么、人民群众怎么有文化，靠教育；教育靠什么，靠知识传播；知识传播靠什么，靠复制、印刷、出版。如果没有书，只能口口相传。当爹的教儿子，“这个字念爹”，小孩搞不清楚哪个字。武汉有个地名叫爹(zha, 一声)山，有外地人到武汉去看，以为武汉有个地方叫爹山。所以没有书，教育就要口口相传了。但是口口相传有很大的局限性，所以必须借助外在表现形式，在那个时代就是书。历朝历代对出版的控制都是非常严格的。所以也不难理解为什么明清两代的文字狱特别多。当然不是说宋朝、唐朝没有文字狱，任何一个时代骂一下皇帝都是活得不耐烦了。很多人骂皇帝没有被没九族，因为没有留下证据，信息不对称，有人骂皇帝他也不知道，所以要建东厂西厂，皇帝觉得有人骂自己，找不到证据怎么办，就派特务出去。但要是把骂皇帝的话印成书再试试看。有些文人喜欢用同音、谐音字来讽刺，文人最擅长这样，骂你一句还不知道，还说谢谢，等你明白过来很生气。如果是皇帝被骂了，可能就想把他杀了，李世民据说很开化，也经常愤愤地说魏征“我要杀你老匹夫”，可能也是回去一看才琢磨过来，这老小子在骂自己呢。历朝对于知识分子的防范，是通过控制出版的方式，令状保护。不要以为著作权的问题是文明、科技发展到一定程度才会需要，其实不是这样。

在北宋的时候，为了保护《九经》蓝本，朝廷曾下令禁止一般人擅自刻印。我们发现其实和西方差不多，西方那时候禁止擅自复制、印刷、出版《圣经》等宗教读物，必须经过许可。到了南宋的时候，出版的一本书《东都事略》就有“眉山程舍人宅刊行，已申上司不许覆版”的标记，现在的话讲就叫版权标识。“眉山程舍人宅刊行”，“已申上司不许覆版”，表示已经向官家注册的，不能够随意地翻版。那个时候如果随意翻版怎么办呢，“追板劈毁、断罪施刑”。现在侵犯著作权也会有刑事处罚，有著作权的刑法保护，这在世界各国几乎都一样。侵犯著作权未必是什么所谓的事儿，偶然盗版可能不觉得有什么事儿，当然以这个营生就有麻烦了。有人盗版印刷两万册新东方的培训教材，一本都没卖出去就被查抄了，而后被刑拘、逮捕，这就没办法了，这都是刑法硬性的规定。很多人不觉得是什么事儿，其实以此为营生是要承担刑事责任的。最近有个案例，有个人把司法考试的材料翻印，用网购的方式销售，量比较大，三个主要的行为人每个人的盈利都在100万以上，首犯好像赚了好几百万，在北京买了别墅不敢去住，被查到以后承担刑事责任。刑事责任多少有一点儿对于非法经营、扰乱社会秩序的处罚，而不仅仅单纯针对著作权人的保护。从这个意义上讲，保护社会公共秩序，或者说经营秩序更为重要。而在那个时代，看重的是对出版的控制，说白了就是对意识形态的控制，所以要“追板劈毁”，因为这个版在就可能再印刷。现在来讲，也是对侵权的设备要予以查封、销毁，对原材料进行销毁。所以每年知识产权日的时候搞一些活动，以前特别喜欢集中一批盗版书、盗版光盘点火销毁，其实跟销毁鸦片一个意思，然后写一篇深度报道说“看着这燃烧的火焰，每个人心灵得到升华，盗版的事情不能干”云云。记者当然很厉害，你没有想到的他能帮你想到。这是当时宋朝的情况。

## 2. 中华人民共和国的著作权法

中华人民共和国的《著作权法》是1990年9月7日审议通过的，1991年6月1日儿童节的时候开始实施。2001年第一次修订《著作权法》，这次修订是为了加入WTO和TRIPS。我们一直在努力加入世贸组织，2001年的时候终于成功地入世了。2010年的时候《著作权法》第二次修订，这次修订很细微，只涉及两条，第一条是把原《著作权法》第4条进行了修改。

原《著作权法》第4条规定，“依法禁止出版、传播的作品，不受本法保护。”意思就是，如果作品的内容是违反法律的话，不受《著作权法》保护。于是带来一个问题，如果有人擅自使用这样的作品够不够成侵权，有很多这样的案例或者事件出现。我们知道，所谓的内容违法，有违反意识形态，这个还比较少；比较多见的我们说的色情作品。有一个案子，有一个手机网络运营平台，有人利用这个平台传播淫秽图片。这些淫秽图片的“著作权人”就告它侵权，法官说按照《著作权法》第4条的规定，这些作品没有著作权。有人就把不受《著作权法》保护理解为没有著作权。但是说它没有著作权是不对的，我们的著作权法认为，在文学、艺术、科学领域有独创性的就称之为作品。作品是自动产生的，产生之后才回去判断它是不是违法。这是有一个时间差的。而且民事诉讼是不告不理的，被告都没有引用第4条主张原告没有著作权，法院怎么能主动说因为违反第4条而没有著作权，驳回原告诉讼请求呢，这是有问题的。这是一个处理民事诉讼的民事审判庭，没有行政程序，民事法庭怎么能说这个作品是违法作品呢。这是一个问题。

另一个问题是，我们所处的社会、国家，对于什么是违法的标准，或者说价值取向是有变化的。以前是禁书的东西，现在可能不是禁书了。那么这个时候，它的著作权从什么时候开始算呢。假设《金瓶梅》的著作权还在，一开始因为过多色情行为的描写，认为它是禁书；后来不认为是禁书，这样的作品又可以传播的时候，著作权是从允许传播的时候开始计算么？这与从《著作权法》规定的著作权保护期限的起算是不相符合的。所以这一条规定一直有很大争议，于是这一条就被废了。2010年修订的时候，这一条就改成了“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”。如果作品的内容不得传播。我们国家一直是有出版管理条例的，所以其实没有《著作权法》也不会有问题，可以依据出版的相关规定禁止这一类作品传播。但是这一类作品有著作权，至少应该给著作权人以申请禁令的救济方式。从某种意义上这也是可以保护公共利益的，它是禁书，有人侵犯著作权人的权利，著作权人可以申请禁止传播，这样也可以达到不让这种作品传播的目的。禁书的目的就是不让它传播，有没有著作权其实没有关系，这只是一个传播的问题。之所以设置出版管理条例，就是为了出版的一些要求，为了精神方面的公共利益、为了经营秩序等等，所以对出版行业要设置准入制度，以及对出版内容的规制。这是10年修订的一条。2010年修订的另一条是关于著作权出质的规定。2010年修订只涉及了这两条。

现在正在进行第三次修订，第三次修订修改的内容就非常多了。邻接权的概念就被改了，包括著作权的内容，包括一些具体制度的变化。这次《著作权法》修订什么时候通过还不知道，或者说2013年能不能通过还不知道。这一次修订倒是进行得非常迅速。2011年定下来要修订，迅速成立了三个修订小组，分别是社科院、人大、中南财经政法，这三个地方迅速地拿出了自己的修正案，拿到国务院法制办，汇集成一个稿子征求意见。2012年三月份进行第一次征求意见，七月份是第二次，十月份第三次，现在第三次征求意见的时间结束了，看看后续怎么发展。这次修订很大，不是说对制度进行颠覆性的变化，而是为了适应著作权市场、相关版权产业发展的需要进行修订，也涉及这些年来司法实践中一些问题，进行回应，特别是网络环境下著作权的保护问题等等。去年三月份第一次征求意见的时候，延伸著作权集体管理的问题、法定许可的问题等引起了巨大争议。

法定许可就是作品经过一定的条件就可以随便使用了，不需要征得著作权人同意，当然需要付费。这引起了版权产业界极大的愤慨，一些音乐人，高晓松、汪峰等都出来批判，说创作这些音乐作品呕心沥血如何如何。说音乐从出生也就是发表，到成熟，也就是得到市场认可、开始挣钱，需要很长时间，按照法定许可的规定，经过六个月或者一年的事件，就可以法定许可，付费的之后就可以随便用。问题是付费又不是由著作权人订立标准，不是订立合同一对一的磋商，所以他们认为会极大地影响作品的创作，有人就喊出来说中国音乐创作将死。杨老师的观点是死而不僵。因为中国音乐的发展也是靠模仿抄袭来的。90年代大陆的音乐市场被香港的音乐人打开了，大量的港台音乐进入内地市场。这80年代就开始了，90年代进入顶峰。我们听到很多很好的音乐。可是再后来，我们突然发现这些音乐大多数都来自于日本。港台的很多很有名的歌星的代表作，音乐都是日本人的，原创的没有多少。后来大陆又抄袭香港的。当然那些人会说自己是原创，我们也不用否认。但是音乐创作会死么，未必，如果真的是一个艺术家，就不会在意这一点。就像那个罗马诗人说的，只要告诉别人这个东西是他创作的，用就用吧。杨老师曾经跟苏力教授聊，苏力教授说你们这个法不是个好东西，自己的作品有人用，这是好事儿。杨老师说要是人家引用，注释上苏力，这还好；如果人家把文章弄过去，没说是苏力的，说是自己发表的，说是自己在这个领域里面创建性的观点，那怎么样呢。然后苏力教授就不吱声了。也就是说他看中的是精神上的东西，要求世人承认一个有意思的、有创建的原创性的观点是苏力的，不希望别人偷去。他的意思是自己的作品即使被其他人没有经过同意而使用也没有关系。有一句话说侵你的权是给你面子，是看得起你。这些学者不靠这个作品给他带来的经济利益维生，有这样的观点很正常，学者靠的是声誉，不会说就靠发表作品的版费活着。当然知名学者版费很高，高到可以买房买车。但是他们并不因为有侵权，就因此失去生存依赖的东西的危险。即便还有学者因为这种侵权而起诉。1999年的时候有几个知名学者，包括法学院的一个学者起诉某网站，把他们的书上传到网上去。这里面确实是有经济利益的。而这些音乐产业就靠这个钱活着，这个钱没了当然不甘心了，所以他一定会提出这些主张。这是一种博弈，很正常，也不用觉得他们小肚鸡肠。法定许可不是说没钱，而是说不能进行个案的磋商。这是两个利益集团之间的分歧，有分歧是非常正常的，谁也别说对方好像恶贯满盈一样。音乐界的说法给人感觉就是他们认为《著作权法》的这种修订就是对他们的不尊重、打击他们如何如何。音乐这个东西，没有著作权法，不是还流传下这么多传世的佳作么。中国历史上两千多年积累下来的文学艺术作品多了去了，大多数是在没有著作权法的时代产生的。有了著作权法，还有多少传世之作么，相反没有了，西方也一样。著作权法并不是为了真正意义上来鼓励文学艺术创作，鼓励产生流芳百世的佳作，它并不会起到这个作用。所以很多人讲激励，讲激励理论在著作权法领域的作用。激励的是利益分配，绝对不是纯精神上的作品创作。谁用激励创

作来说事儿，要么是不懂，要么是故意偷换概念。真正能刺激原创的是人的精神。这个观点如果在七八十年代以前讲，就是修正主义、唯心主义的，认为这是纯精神的观点。有人说死都要从事创作，是真心热爱这项事业，不给他保护也不会不创作。当然这个就不是著作权法要管的东西了。我们要承认著作权法并不是真的可以鼓励音乐、文学、艺术创作，鼓励传世佳作的产生，而是为了保护作品传播利益的分配。法律规定了什么样的利益归著作权人，什么情况下可以由社会公众免费使用，什么情况下可以怎么使用，是解决这个问题的。

如果真的要讲鼓励文学艺术创作的话，比如非物质文化遗产的保护，这里面其实早就形成了共识。非物质文化遗产，绝大多数都是文化的东西，世界范围内讨论非物质文化遗产的时候，形成了一个共识，私法意义的产权保护绝对不是非物质文化遗产保护的最好选择，它实际上会减少文化的多样性。为什么是这样，简单讲就是效率。市场上什么样的东西最有效率？运行成本低。整齐划一、标准化，效率就会高，运行成本就会低。比如这个教室里面，每个人的座位都是固定的，不用点名就知道谁来没来。如果强调多样性，随便坐，根本不知道谁没来。所以所谓保护文化多样性和产权保护，一定程度上是有制度上的对立和冲突的。

产权化是现代西方社会带来的工业文明，多样化是原始状态。原生态的就是多样化，自在自为、自由发展。当二者发生接触的时候，由于经济实力上的巨大差异，原生态的东西马上就没有了。标准化的东西大量出现，都跟着它走，多样性的东西自然就会减少。所以在这个问题上，现在一些世界性的、非盈利的组织都意识到这个问题。当然那就不是完全的著作权法问题了。

## 四、思想/表达二分法

思想/表达二分法是著作权法的一个理论基础，或者说理论出发点。我们讲物权法的时候会讲到物权法的三个基本原则，这些基本原则是物权制度的出发点和各个具体制度那里的基础。著作权法也是这样，著作权法的基础也是三个概念。一个是这里讲的思想/表达二分法。另外两个一个是独创性问题，另一个是什么是复制的问题。著作权法是围绕着这三个概念建立起来的。民法也有三个理论基础，物权法也有三个基本原则，都是有出发点的，就像盖房子，不能毫无章法，一定要搭好根基。这里讲的思想/表达二分法就是著作权法的一个重要的出发点，讨论到底保护什么东西。实际上这恰恰是著作权法领域最困难的，一直到现在也还有争议的问题，就是什么是思想，什么是表达。

思想/表达二分法 (Idea-Expression Dichotomy) 来自于西文，不是中文先有的。西文中的 idea 和 expression，怎么划分它们的界限？Expression，比如看到的文章、书，当然是一种 expression。但是什么是 idea？这里的 idea 跟传统的、没学过知识产权法之前所说的 idea 不一样。当然不是说绝对地割裂的。生活中说你这个人好有 idea 啊、很有思想，就是说他有独特的东西、有个性，西方理论也有用 personality 来解释什么是作品的独创性。说你这个人好有思想、idea，说的是独特的东西，我们觉得这怎么能不受保护呢，它不受保护这不对啊。小学学语文，常规要做的事儿就是总结中心思想，这个思想是什么呢，不是课文里面原封不动的表达，而是要把它归纳出来。这个东西讲了什么事儿，宣扬了什么什么，表达了什么什么，从而体现了作者的什么什么。这是它的思想，如果不受保护难道不是乱套了么。一个人看到别人写了一篇文章，内容很好，换了一种方式表达同样的意思，这个很容易做到。这就是我们说的剽窃，不是复制。那么剽窃怎么能不是侵权呢，于是我们就要看思想/表达二分法到底说的是什么。

我们说思想/表达二分法是著作权法的制度基础，但杨老师认为，这纯属学者弄来自娱自乐的东西，把问题复杂化了。本来可以想明白的事情，变成思想/表达二分法这个理论。这个理论不是中国的，所有的人谈著作权法，都会讲思想/表达二分法，讲著作权法，就讲著作权法不保护思想。口语中讲的思想，一个意思说的是作品表达出来的东西的中心思想，另一个意思是脑子里的思想，比如这个同学很有思想，这是泛指了，不具体到哪一点，说他有思想就是他会有自己独特的观点，不会人云亦云。后者不受保护，这种思想没法保护。否则，随便一个人就可以说别人侵权了，说别人的东西自己已经想过了，他侵权速度太快，自己刚想出来，就侵权了。这当然很荒谬，不可能这样。这种东西不受保护不需要归纳为思想/表达二分法就能够理解。其实著作权法有几个概念，作品有独创性的第二个条件是固定性，或者叫可复制性。作品已经以一定的形式表现出来了，或者说客观存在，不能停留在脑子里还在想。想的东西，别人没办法知道是什么。想和说一样，说出来就已经是表达了，已经是以一定的方式客观存在了。有时候说出来的东西没有办法得到保护，这是证据问题，欠别人的钱还可以不还呢，又没有欠条，但是不能否认债务关系的存在。客观上来讲，我从你那里借了钱，但是没有写借条，债务关系同样存在；但是到期以后能不能如数地把钱要回来，就不一定了。如果有证人，说不定能要回来；如果什么证

据都没有，可能就是自然债务了。这里也是一样的道理。脑子里想的东西得不到保护，但是说出来就有可能得到保护，只要有证据能证明已经有一个作品。发表、变成纸质的东西，或者发到网上，或者用录音记录下来等等，这都是记载这个作品已经客观化、已经客观存在的载体，这个载体就是一个证据。当然这个载体还可以作为商品流通，作为商品流通的时候就涉及所有权与著作权的关系问题。所以停留在脑子里的东西不受保护，这是一个应然的东西，不需要总结出一个所谓的思想/表达二分法来说明这个东西。

另外，有人把思想解释为一种公理性的东西。就是这个事情只能有一种表达方式，大家的表达都是一样的。比如太阳的运行轨迹，无论谁来说，都是实质一样的，不能出第二种样子来。这是很显然的。比如让你写一个小论文介绍一下清朝的历史，所有人写出来的清朝历史应该是实质相同的，你不能说清朝开国皇帝的不是努尔哈赤，不能说努尔哈赤死了以后不是皇太极当皇帝，而是多尔衮当皇帝，你不能说末代皇帝不是溥仪。当然文学表达是不一样的，但是背后的脉络是公共的东西，因为只有唯一的表达方式。这是骨头，血肉的东西可以个性化。为什么有的人写历史很不好看，而有人写历史就很新颖，这就是差别，但他写的一定得是历史了，小说就不存在这个问题了。拿清朝历史写个小说，写的不一样，因为这是小说，不是对史的考据，不需要一样。文学创作可以瞎创作，瞎创作没有著作权问题，可能有其他问题，比如误导青少年、起到不好的社会影响什么的，但是跟著作权没关系。

如果是这样的话，把它称为思想其实是没有必要的。属于公共领域的素材不受保护。比如文字，所有人都要用文字来创作，文字就不受保护。比如你自己自创的很多字写了一首诗，发表以后这些开始字进入到人们的视野中，进入到客观存在的世界，慢慢地人们都认可了这些字，别人也用这些字创作，别人侵权了么，不侵权。因为汉字单个的每一个字都属于公共领域。所谓公共领域、公共产品，就是大家都可以非竞争性地使用。但是这个字怎么组合，就不再是公共领域的东西了。一样的道理，树是公共领域的，一个人可以去给树拍照片，另一个人也去给树拍照片。所以思想/表达二分法就是学者弄出来的一个扰乱自己的东西。但是这次《著作权法》修改把这个内容写进去了，保护表达不保护思想，所以什么叫思想/表达二分法，学界是怎么认识的，我们来介绍。很多西文文献也是在讲这些东西。

最早表达这种观念的是 1785 年【Sayre v. Moore】判例。法官说，“作者对其最初的表达的权利，但也鼓励其他的人自由地利用衍生于作品的思想和信息”。所以大家认为这是思想表达二分，所谓二分，就是剥开。很多人拿这个判例说思想和表达要分开，可是这个判决没有说什么是思想、什么是表达。可能在这个个案中，思想和表达可以区分得很清楚，但是一旦上升为一个规则，就要考虑很多一般性的东西。这个社会里有很多规则，这些规则是一般性的。比如规则说男女有别，有一些区分，这是考虑到一般性的问题才做出这种区分。比如说潜艇上不能有女兵，这是一个特殊的规则来区分男女的；但是不能说大街上行走也区分男女，单号女生才能出来，男生不受单双号的限制，这就是其实了。但是潜艇上这不是歧视，潜到水下很长时间不出来，这对女性身体是有伤害的，是有道理的。不是歧视女性，女性身体结构就是这样的。当然科学发展以后或许能解决这个问题，没有解决之前这是保护女性的。炮兵、坦克兵里面是没有女兵的，这不是歧视。所以一定要考虑一般和特殊的问题，这个案子说这句话也许很清楚，哪些东西受到保护，哪些东西没受保护。明确确定思想/表达二分法对应于著作权保护范围的是 1894 年英国一个的案例。这个判例里面说，“……版权不延及思想、方案、原则、方法”。从解释学的角度讲，这几个概念应该是同一位阶的。这所说的思想，应当相当于这里说的方案、原则、方法这些东西。如果学过解释学的相关理论应该明白这个事情。在下定义的时候，说某个东西包括 ABCDE，那么 ABCDE 一定是同一位阶的，并且互相分开，逻辑上不能交叉。所以这里的思想和后面这些是同一位阶的，这里说的思想可能是自然规律、客观的事实等等这些东西。打个比方，这就类似于新闻和新闻报道的关系。新闻不受著作权法保护，它是一个客观的事实描述，比如 2013 年 3 月 5 日，全国人民代表大会召开了，这是一个新闻；新闻报道就不一样了，可能会加入一些撰写者个人的一些东西。有些人会产生错误的印象，觉得新闻不受保护。记者写的新闻报道当然是受保护的，只有客观新闻不受著作权法保护。《新闻联播》播出的新闻是没有著作权的，它就是客观的表示。但是有时候出现一些采访、报道，这就不属于传统上的新闻了。比如播出采访，“你最大的梦想是什么？”这不是传统的新闻。有网民吐槽说中央电视台太无聊了，问人家最大的梦想是什么，人们怎么好意思说真话呢，可能我们最大的梦想就是舒服不如躺着，好吃不如饺子，但是采访的时候不会这么说。这样我们就明白了原来所说的思想和表达的区分指这种公共领域的东西不受保护，这我们可以接受。

这个问题看来好像是解决了，但是著作权发展下来，思想/表达二分法并没有这么简单。因为，后面又有不同的学者、法官来解释什么是思想。思想和表达的区别，如果说是一个属于公共领域的东西，一个属于作者自己的东西，一个不受保护，一个受保护，这个我们可以接受。但是我们又免产生一个疑问：这个还用说么，这岂

不是多此一举。这就好比跟你强调一下 18 岁以上是成年人，这不需要强调的，大家都知道的。这个问题是说清楚了，但是感觉没有必要单独去强调。

Nimmer 教授是美国很有名的知识产权法的教授，他父子俩都很有名，父亲名气更大一点。他说，“为了促进传播、促进自由表达，如果仅仅是思想专属于那些最初产生的人，思想的市场将会完全丧失，民主对话也将受到极大的冲击”。这位老先生一句话，把思想、表达又弄糊涂了。他说思想/表达二分法原来的目的是保护公共利益，对于最初产生思想的人，不能让他专有，要让大家都可以用。这下我们彻底就糊涂了，思想/表达二分法中的思想和表达有什么区别，区别在于哪些思想对公共利益影响大、哪些影响小，看起来是影响大的不能私有，影响小的可以私有。看起来是这个意思，但是这样就不具备一般性，不好判断，或者说判断具有很强的主观性。什么叫做“为了促进自由表达”？比如薛蟠的这首诗，好像跟公共利益没什么关系，所以就可以收到保护；相反一个很有名的民法学者，提出了对一个问题的解释，人们发现很有道理，所有的人茅塞顿开，于是这个思想不能让他专有，大家都可以拿来用，所有人都写到自己的教材里面去了，而且不写注释。可以这样么，从 Nimmer 的意思上就是这样的。比如某个先贤说，每个人都有民主的权利如何如何，人们发现这个话很有道理，原来我们可以这样生活，可以自由表达，原来统治者不让我们自由表达。他说了这句话，所有人都可以用，不能让他专有。我们要告诉所有的人，于是所有的人都复制传播了。不应该是这个意思，但是 Nimmer 的这个话恰恰就是这个意思。本来我们好像搞清楚思想/表达二分法的界限是什么，这样一来这个界限彻底又模糊了。因为他这里说的思想好像也可以是有独创性的东西。

所以要明确思想/表达二分法的含义，首先要搞清楚什么是思想、什么是表达。如何给思想下定义呢？Hand 法官，美国历史上一个非常有名的法官，在【Nichols v. Universal Pictures Corp.】案中介绍了这种困难。“思想与文字作品表现的内容是不同的，思想能够以不同的方式表达出来”，可是问题在于，如果 A 和 B 用了两种不同的表达方式表达同样一个思想，假设 A 在前面，B 在后面，那么 A、B 两个人是各自拥有自己的著作权呢，还是 A 有著作权而 B 是侵权。如果认为思想不受保护，就应该认为 A、B 都有著作权。总觉得这里面存在着矛盾。我们要讲的意思是，我们不要迷信一些东西，不要迷信一些大学者的观点、习以为常的观点，有时候并不是那么回事儿，这里也是。Hand 法官说，“如果著作权的保护仅仅及于作者落在纸面上的文字，那么联邦宪法（第 1 条第 8 款）的预想则不免被缩小了”。Hand 法官跟 Nimmer 教授的观点是不一样的。Hand 法官认为我们要找出文字背后的思想。因为宪法第 1 条第 8 款说的意思就是鼓励创作和发明创作，要给予从事文学创作和发明创造的人一定时期的版权，所以要找出落在纸面上的东西背后的思想，保护著作权其实是为了保护背后的思想，这样才合理。一个人想明白了一个东西，很清楚了，但是还没跟任何人说，这时候要求别人保护他，怎么保护呢。科学技术无法达到安装一个机器就能把人脑子里的东西读出来，读出来跟写出来实质上有什么区别呢，只是外在化的工具、技术手段发生了变化。脑子里的东西是没办法保存的，如果发明了这种仪器，可以把脑子里的东西读出来，实际上就客观化、外在化了。

到底思想受不受保护？从 Hand 法官的观点来看，实际上思想是受保护的，但是受保护的条件是思想已经以某种形式外在化了。这也是杨老师一直主张的，当然保护思想，但是保护的是已经表达出来的思想。所以思想和表达没有必要区分。我们要区分的是哪些东西是公共领域的。比如说牛顿定律，这属于公用领域的东西，当然它最初也是别人弄出来的。假设牛顿最初写了一篇 paper，发表的时候包含了牛顿定律，这个东西在当时应该是受著作权法保护的。现在不保护它是因为什么呢，第一，它成为了一个公理，已经成为物理学里很重要的基础，所有人学物理都会学到；第二，年头已经比较长了，保护它没有什么实际的意义了。现在的科学家发文章，一篇文章里面包含了一个重要的科学发现，用现在的话讲叫科研成果，这个科研成果通过这篇文章发表以后当然受保护，受著作权的保护。至少不能够随便剽窃别人的成果，它也是一个定理或者科学发现的东西。它的界限只是在不是涉及公有领域，比如文字、一些自然现象是公有领域，太阳从东边升起、西边落下，任何人的文章，无论辞藻多么华丽，一定太阳是从东边升起西边落下的，不能够写太阳从西边升起东边落下。人容易迷路，但是可以看太阳来判断方位，因为太阳不随着人的变化而变化。思想，如果说的是从作品中抽象出来的作者的独创、创见，当然是应该受保护的。造成思想/表达二分法适用于文字作品时的困难在于独创性的内容。独创性是作品受保护的基本条件，这一点下一讲会讲到；如果又说思想不受保护，思想是什么也没有界定清楚，大家觉得这是矛盾。

我们对比一些判例。早期【Millar v. Taylor】案是著作权法历史上很有名的一个判例。该案中提到，“印刷一些思想或者思维方式的无体权利，这些思想或者思维方式以语词、句子和各种表达方式来传达。”这里说传达，从这个意义上讲思想和表达实际上是没有差异的。这个判例中著作权既保护表达也保护思想。

在 1845 年的一个判例中，Story 法官，也是美国历史上很有名的一个法官，认为“每个作者都对书中材料的计划、组织、安排以及阐述主题的方式享有版权，只要这本书的内容是新的、原创性的”，还是认为思想是应该受保护的。

【Baker v. Selden】案，也是版权法历史上一个标志性案件。这个判例涉及登记簿，登记簿、会计账目，这样的东西能不能够获得保护、获得著作权呢。这个案子法官说，“一部有关簿记主题的作品，即使只是说明已知的制度，仍可成为著作权的客体”。就是说思想是已知的，比如说一个会计制度，应该怎么记账，这样的东西是已知的；具体怎么制作账簿、登记簿，是作者独创性的体现，创作出来的东西仍然可以成为著作权的客体。

在这个判例里面，开始尝试思想/表达二分法，尝试区分思想和表达。一些已经的、公知的东西就是所谓的思想，而表达就是用一定的方式将其展现出来。到了 19 世纪末期，更是把思想和表达对立起来。这种对立认为，思想是不受保护的，表达才受保护。表达就是看到的作品，思想被认为是属于公共领域的东西。在随后的一个判例里面，法官认为，“版权法授予的权利并不是对某些词使用的权利，因为它们属于人类的共同财产……版权是对词汇组织安排的权利”。怎样把这些材料组织起来的，这种组织方式所展现出来的东西，才是版权要保护的對象。“这种财产权的对象是作者著述中词汇的顺序，不是词汇本身”，词汇本身是不受保护的，词汇所表达的思想也不是财产权的对象，他认为思想是“只存在于心中，不能被专有”。所谓被专有的东西只是客观看到的文字组合。这个观点好像也是过于机械地理解作品。一个作品，如果把这种思想认为是只能存在于心中，不能专有的话，就把作品看成是一个很呆板的东西，一个一成不变死、气沉沉的东西，而不是一个生机勃勃的东西。如果认为这个作品是好的、精彩的，一定是它的思想火花能够打动人们，所以可以感受到它，而不是不能被抓住。这个判例的观点可能是过于机械化地理解这个东西。

在思想/表达二分法发展的过程中，我们会发现法官们对于表达的理解可能差别不大，但是对于思想的理解一直没有统一过。造成了的结果是我们在理解的时候，有时候觉得思想/表达二分法有道理，有时候会觉得法官这样说的话会产生矛盾。当然如果把思想理解成创作素材，比如科学技术、基本原理、基本概念，那当然不受保护，我们就理解思想/表达二分法是一个说得通的规则；但是如果把思想和我们日常中说的思想，“这个人好有思想”“这篇文章有思想”的思想等同起来，我们就觉得思想/表达二分法是不对的。所以法官说版权保护不延及思想，但却又对“何谓思想”不做任何说明。这个问题很严重。在我们国家的情况下，杨老师反对把思想/表达二分法写进《著作权法》，现在的草案里写进去，会造成很大的问题。因为很多法官对于何谓思想/表达二分法还没有一个清楚的认识，当然西方也一样。

如果我们把“思想”和“表达”以“是否客观存在”为标准进行区分的话，那么思想不受保护原因是它不属于传播领域，没有办法去保护。著作权是一个什么样的权利呢，是基于传播而产生的权利。前面讲著作权产生的条件，是因为活字印刷技术的出现，经济形态的角度上是指作品载体能够成为商品。这一切都说明作品在传播，所以就像著作权法的一句俗语说的，“无传播即无权利”，没有传播就没有著作权，当然这里指的是著作财产权。在这种理解中，表达不保护思想就成了废话，是这么回事儿，但是不需要说。

如果将“思想”理解为“抽象概念”“创作素材”的话，这个时候思想/表达二分法同样是没有多大意义的。

如果在最普遍意义上使用“思想”概念，保护表达而不保护思想这样一个论断似乎不能适用于文字作品。而美术作品恰好可以解释得很好。美术作品表达方式很多样，拍摄同一个未名湖，可以有各种拍摄方式；画秋天的落叶，可以由各种画法，艺术家是有发散性思维的，我们经常看不懂他们的作品。一副美术作品如果没有名字的话，100 个人去看就可能有 100 种理解，每个人心目中都有自己的蒙娜丽莎，有人说她微笑很诡异，有人说她微笑很慈祥，有人说她又神经病。

思想和表达的合并问题，如果某一种思想只能存在一种表达方式，这个时候不是说不保护这种思想，而是为了公共利益的需要，把这种思想划到公共领域去。只有一种表达方式的时候，为了这种思想更好地得到传播，让作品的传播处于公共领域，不需要征得著作权人的同意，不需要付费。这是所谓的合并原则。

## Lecture3

# 著作权的客体——作品

整个著作权法是围绕两个问题构建起来的，其一是作者身份，其二是作品。只有这两个概念在私法上建立起来以后，我们才说有近代私法意义上著作权法的建立。著作权客体的问题在著作权法上是一个基础，是非常重要的概念。什么是作品？我们的著作权法保护的是什么东西？简单来讲就是解决这个问题。是不是日常生活中朴素的概念里面认为的作品就是著作权法意义上的作品呢，有没有著作权法上所说的一些作品超出日常生活的意识或者想象呢。

## 一、作品的概念

我国著作权法所称的作品，是指文学、文艺和科学领域内，具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创造成果。

### · 作品的领域限定

按照我们国家《著作权法》的规定，作品必须是处在文学、艺术和科学领域里面的。我们容易忽视这样一个限定，我们的作品有特定的来源。文学或者说艺术领域里面，作为一个作品是非常好理解的；那么科学领域里面是什么样的作品？比如一篇科学文献，究竟是属于哪个领域，它是一种文字表达，这种文字表达属于科学领域的话，它是一种科学作品。科学领域还有很多，比如一个实验，实验的过程能不能成为一个作品呢。实验可以被认为是一种行为，一种操作。如果它是一个作品的话，就会带来一个问题，如果另外一个人重复做这个实验，是不是要限制，别人做这个实验是不是会构成侵权的问题。所以我们说作品处于什么领域跟作品受到著作权法保护的边界有关。著作权法所保护的客体实际上也是在公共领域和私的利益这两个领域之间划定一个界限。有的作品和专利一样，尽管没有专利那么明显，涉及公共利益的话，虽然是作品，也可能不会受到著作权法的保护。文学通常来说不涉及太多的公共利益，即便是不允许传播的作品，仍然是有著作权的。

比较特殊的是商业领域有没有作品的问题。比如从事商业活动中写的商业开发计划、商业活动报告、商业活动策划书等，能不能受到著作权法的保护呢。如果能受到保护，那么它究竟属于文学、艺术、科学领域的哪一块儿，如果它不属于这些领域，是不是就应当不给保护。一个商业策划书如果不给予保护，那么当它被拿去在报纸、刊物上发表了，这又算作什么呢。作品应当属于文学、艺术、科学领域里的，不仅我国《著作权法》有这个规定，TRIPS、其他国家的著作权法都有这个限定。实际上一个商业报告、方案等，作为著作权来保护的时候，实际上是作为文学作品对待的。它是以文字的形式表现。至于它里面包含的商业机密，商业智慧等等，其实是不在著作权法上体现出来的。

这里顺便说一个问题，“点子”怎么保护。实际生活中有很多咨询公司，或者以前称之为点子公司。它有很

多商业点子，它们就考虑怎样保护自己的利益。点子被别人听去了拿去用，可能侵犯他的利益。点子公司可能就把点子写下来，按著作权法保护。写下来以后是可以收到著作权法保护，但问题在于如果有人并不去复制这个作品，而去实施这个方案、点子，这个时候就很难去起诉他侵犯你的著作权。用著作权保护会有一定的作用，但是这个作用的意义并不是太大。

所以这里并没有单列商业领域，商业领域里面的文字表达是作为文学作品来对待。

## · 作品的核心要素

作品这个概念有一个核心问题，就是独创性。判断一个作品是不是著作权法意义上的作品，要考察它的独创性，这是最重要、最核心的要件。此外还有一个要点，能以某种有形形式复制。作品可以以客观形式表达出来，不是仅仅停留在脑袋里。不能说别人抄袭了你脑子里的东西，作品一定是以客观的形式表达出来，无论是语言还是其他的物质形式来表达。如果不能够以有形的形式复制，这样的作品也不能够获得著作权法的保护。

口头说的东西是不是作品呢，各个国家看法不一样。多数国家是认可口述作品的。有的国家加了限定条件，口述作品必须以文字的形式记载下来才予以保护。如果是这样的话，就有点儿多此一举了，既然以文字的形式记载下来，那么以文字的形式保护就可以了。有的国家是不承认的，要么以语音的形式记载下来，或者以文字的形式记载下来，按照文字或者音像作品保护，没有单纯的口述作品。但是在我们国家，口述作品是一个单独的作品形式。老师在这里上课，这就是一个作品，这个作品可能是一个独立的作品，也可能是演绎作品。有的人上课或者讲座，是在讲义的基础之上表达出来的，口头表达出来的作品与讲义的作品是有演绎关系的。如果是脱稿、即兴演讲，这一类作品就是独立的，就是口述作品。即兴演讲是典型的口述作品，如果有录音录制下来，录制下来的称之为录音制品。这两者的保护方法是不一样的，前者是著作权法上的作品，后者又产生了一个新的权利，现在的法律称之为邻接权，《著作权法》修改后就会称为相关权。

所以著作权法的概念有两个核心要素，独创性和有形复制。所以学界把作品获得著作权法保护的三个条件称之为独创性和可固定性，也有学者称之为可复制性。不是所有作品都有可复制性么，其实不然，有一些在日常生活中比较常见的东西可能在是否具有可复制性的问题上就存在很大的争议。比如说放烟火。2008年奥运会开幕式，用烟火放出大脚掌的造型，这个造型是瞬间即逝的。瞬间到什么时候不知道，估计不会超过五秒钟。可能还有比它长一点点，或者更短一点的形式。比如有人用肥皂泡，吹出一串泡泡吹出一个造型，很快它就没有了。不知道现在有没有办法用个设备把泡泡固定住，让它永远在那儿泡泡，如果是这样的话当然可以。还有雕塑，如果是用石头雕塑的，当然固定下来了。石头在物理学上每天都在变化，但是一般来讲我们称之为固定的。但是如果用易逝的，耗损性特别强的材料雕塑，情况就不一样了。比如用冰雕塑，用沙雕塑，用沙雕塑的时候也许一个浪花过来雕塑就没了，或者成另一个作品了。这一类有没有可复制性呢，这存在很大争议，没有定论，各个国家看法都不太一样。这个问题之所以没有在著作权法中作为一个很重要的问题，是它因为在实践中，市场上的反应不大，也就是说这类作品的市场价值不大，所以由此而产生的争议就不大。可能争议比较大的主要有两个，其一是烟火，其二是冰雕。冰雕这个产品的价值大，冰雕是很多艺术家都喜闻乐见的一种艺术形式。在大学里面，法学院同学参加的辩论赛，是法学院学生喜闻乐见的业余活动，新生都喜欢搞辩论赛，好像不辩论一下就不是法学院学生一样。搞雕塑的也是，好像不冰雕一下就不是搞雕塑的一样。但是冰是会消失的，它会变化。当然把它放在特定的设备里就不会消失了，甚至可以看到很多很多年以前的冰雕；但是如果放在在室外，在正常的空气中，自然达到一定温度就消逝了。这个怎么办呢，有人说拍一张照片，就固定下来了。这是我们都想得到的，而且确实是一个思路。那我们就要分析拍出来的照片和原来的冰雕、烟花等是什么关系。一个很显然的问题，我们在这里先提示一下。假设有一座冰雕，在某些不承认冰雕可以获得著作权法保护的国家不受到著作权法保护。有人拍摄了这个冰雕的照片，照片肯定是著作权法上的一类作品，这个照片去发表、进行各种形式的商业化使用，获得很多经济收益。我们就会想到做冰雕的人白搞了，前面的人是雷锋，后面的人是雷锋的摄影师。后者怎么可以把经济利益都拿走了。如果看冰雕的照片，不会去看这个照片尺寸有多大如何如何，而是看这个冰雕到底怎么样。跟人体艺术的照片是一样的，人们不会去看照片照的怎么样，都去看人体了。杨老师一直在思考一个问题，照片给予著作权法保护，究竟是在保护谁。绘画确实需要很多的技艺才能画完；而照片，水平高的和水平低的摄影师的作品确实是有很大的差别，但是对于大多数摄影作品而言，作为欣赏者，是欣赏照片里面反映出来的景色、人物，那么摄影作品应该给什么样的保护才合适。这里就是一个例子。如果说冰雕可以获得著作权法的保护，那么拍照片的人就应当按照著作权法的规定拍摄照片。比如著作权法规定可以对于公开场所展出的艺术作品可以进行拍摄，这种拍摄是合理使用，不需要许可、不需要付费，拍完了怎么用，法律都有相应的规定。如果不是在公

开场所，而是在封闭的场所，就应该征得其同意并且付费，才能够使用。烟火也是一样，开幕式的时候，烟火放上去，很多人拍照片，拍完了以后，这些人没有人会为这个造型设计者付费。

烟火和冰雕还有一个更大的不同。烟火不点火，不爆炸，造型出不来。那么这个作品的创作在什么地方体现呢。我们不会制造烟火，我们可以想象一下，烟火放出来，这些火树银花的东西，在制造的时候是怎样把它设计进去的。点燃的时候这个作品才出来，那么作者究竟是造烟花的人还是点火的人。这也可以作为一个很有意思的问题去想。

还有类似的问题。当计算机技术日渐成熟并且进入到生活中后，就有这样的疑问。我们可以用电脑画画，利用计算机画出来的作品，究竟是使用软件、使用电脑的人是作者，还是设计这个电脑、这个软件的人是作者。这个问题确实与计算机有关的创作行为的问题上提出来过。有人设计一个软件，你用这个软件画画，没有这个软件是画不出来的，有了这个软件才能画，但问题上这个构思又是你的，究竟谁是作者。烟花也是这样，你说它创作了，创作的东西在哪儿呢，要点火才会出来。通常来讲作品是一个创作行为的结果，创作行为是一个事实行为，作者通过创作行为来认定。如果烟火是一个作品，那么作者是谁，它的创作行为在哪里呢。雕塑、冰雕比较明显，就是雕刻的人，那么烟火怎么办。还有造工艺品，一个设计非常很有特色的一个工业产品，比如食品、饰品这些，是一个作品的话，作者是谁，这跟计算机软件其实是一个道理。不要小看一个创作，它蕴含的问题是很多的。当然在市场中最常见的、纠纷最多的还是传统的创造行为，只不过有一些数字化的表现。本身传统的情况下就可以获得的作品，在现在的数字技术下，它的生产方式、生产规模、生产效率得到极大提高，比如音响作品、电影作品、图书出版等，主要的纠纷还是围绕在这几类。上面提到的这几种，实践中也出现过。烟火的这个例子，实践中真有，这个案子和解掉了。湖南浏阳是中国最大的烟花基地，它有一款烟火点燃后放出来之后是海南的椰林的造型，不是《为权力而斗争》的耶林。江西的萍乡是中国另外一个烟花基地，那个地方一款与它非常相似的烟花。浏阳的厂家发现后就起诉对方侵犯了它的著作权，法官对它有没有著作权的问题非常头痛。这个案子和后来鸟巢的那个案子不一样，那个案子中鸟巢是烟花本身的造型。一个浏阳的烟花厂家造的烟花外形是鸟巢的造型，鸟巢的所有者，一个公司就把这个厂家起诉了，说侵犯它的著作权。这样案子引发一个很大的问题，立体作品的侵权究竟判断标准是什么。有人说是它是实质相似，有学者说滑天下之稽，拿着这个鸟巢造型的烟花，没有人会认为它和鸟巢实质相似。这里面蕴含的一个问题是，立体作品从立体到立体如何构成复制的问题，这个问题在后面讲侵权的判定的时候会讲到。著作权侵权有几个形式，平面到平面、平面到立体、立体到平面和立体到立体。鸟巢的案子就是立体到立体的问题。而上面那个椰林造型的案例，是放出来的烟火是椰林的造型。大多数的烟火没有造型，就是一束漂亮的闪光，有的放出来是个动物造型，或者大脚掌之类。可能两个厂家生产的烟火，没放之前完全不一样，但是点火之后出现的造型是一样的。当然可能大小不一样，可能看火药多不多吧。这能不能构成侵权，这也是一个问题。

## · 关于创作

《著作权法实施条例》第3条对于什么是创作进行了界定：“著作权法所称创作，是指直接产生文学、艺术和科学作品的智力活动。为他人创作进行组织工作，提供咨询意见、物质条件，或者进行其他辅助工作，均不视为创作。”这个界定解决什么样的人可以认定为作者。智力活动产生的产物叫作品，作品自然就有作者，因为创作行为是个事实行为，是只有自然人才能完成的行为。作者是对创作行为做出了实质性贡献的。如果只是为作品创作提供一些帮助的人，不能视为作者。比如很多学者写书，都会在扉页上写感谢我的太太、先生、子女等。为什么感谢呢，可能写书的时候天天给他扇扇子、打蚊子、做饭，他们为作品的创作付出了血汗，能不能作为作者呢，不行。当然这一条是用来在实践中解决纠纷的，A起诉B称，A也是你这本书的作者，为什么只署B一个人的名字，法官用这一条来判断A应不应该成为作者。但是反过来，如果一个人写了一本书，出版的时候写上了他自己的名字和太太的名字，这没有问题。法官不能说，这位太太只是为其先生打蚊子，没有实际上写，应该把她剔除出去。这就像民法上的意思自治，作者自己愿意，法官不会去管。所以这一条是用在作者人自己发生争议的时候。比如你去书店买了一本书，三个作者署名，你说我有证据认为这两个人只是扇扇子的人，到法院去要求把这两个人剔除出去，作者会说跟你有什么关系么。

如果有两个或两个以上的人都对作品的创作有实质性创作，这些人就是共同作者。实质性贡献不是说这个作品的每一个字都是两个人或两个以上的人写的，这不可能。可能是共同的创作意愿、共同的构思、共同的框架结构的设计等等，然后各自写一部分。一个字不可能两个人来写。再如舞蹈作品，双人舞，这两个人就是舞蹈作品的共同作者，因为这个作品是不可以实质剥离的。这可以与电影作品对比，电影有情节、有音乐，可以把音乐拿

出来，技术上可以实现，也不影响电影作品的实质内容。当然会有一些影响，这里说的是实质影响。如果是音乐电影、舞蹈电影，把音乐、舞蹈拿出来，电影就什么也没有了。这里说的是一般的电影，靠对白、靠行为举止来表现电影主题的作品，它的配乐、片头曲都是可以拿出来，不能说音乐作品的作者和电影作者是合著者。要看彼此之间是不是对这个作品而言是实质的、共同的贡献。

但是有一个问题很有意思，这个问题其实不是著作权法的问题，但是实践中出现了，就是署名的顺序问题。大家发文章都喜欢署名在第一位。在国外发文章，尤其是自然科学的文献，要么是第一作者，要么是通讯作者，这两类是比较算成果的。如果是第二作者，算科研成果的时候一般是不算的。于是很多人就会去争，确实也发生过一个案件。有一个人说自己应该是第二作者，署名成了第三作者，于是他起诉了作品上的第一作者和第二作者。最高院为了这个案子还出了一个解答，认为署名顺序属于署名权的内容。仔细想一想，对这个解答可以提出质疑，究竟什么叫共同创作呢。这些人都对创作有实质性贡献，不是辅助性工作，如果大家都做了实质性贡献，那这个署名顺序怎么解读。可能贡献最重要的放第一，次重要的放第二。自然科学可能作者比较多，四个五个都很常见的，那第五作者算不算作者呢。他署名在这里就是作者了，这当然不否认；那这五个人是什么关系呢，用著作权法只能解释为共同作者。但是第五作者排序到第五位了，没有什么实质性工作了。这是一个循环的悖论。署名，从发表的角度而言，只有两种方式，一种是横向排，一种是纵向排。书比较喜欢纵向排，发表文章比较喜欢横着排。横着排就有先有后了，不能画个圆圈来排。这里面就有这样一个很有意思的问题。

这个问题是怎么来的，杨老师的理解，它其实是非著作权法领域里的问题带来的。比如说，对科研成果的统计有一个统计口径或者叫统计标准，这个标准影响到了著作权。科研成果统计规定第一作者才计数的时候，就带来了著作权人互相之间的争议。A认为自己贡献大应该在第一位，B认为自己贡献大应该在第一位，他们的老板出来说自己才排第一，因为他们的钱都是自己出的。很多人会讲，自己的导师一个人没写，他是第一作者；后面的人是打工的，只能是第二、第三，这是不是符合著作权法原理呢。著作权法共同作者必须是对作品做出实质性贡献的，老板就会说他的实质性贡献大，钱都是他出的，没有钱什么也搞不出来。特别是理工科，理工科通过做实验发现了一个科学发现，写了篇文章，发在 Science 上，这很厉害了。老板说：没有我有实验室么，没有实验室能写出东西来么，我当然应该是做出了实际贡献的。其实在国外，会看到很多老板不停地写 proposal，然后就去申请专利，让他的学生干活，写出来之后去发表，这个是很正常的现象。这里面蕴含的机理，简单来讲就是究竟这个经费对于文章是不是实质性的问题。如果是的话，这样做就没有任何问题，甚至是完全符合著作权法原理的。而署名顺序问题实际上是著作权法之外带来的一个问题，本来著作权法没这个问题，大家是共同作者。如果两个人都是作者，他们对著作权就是共同共有。我们学过民法，知道共同共有的所有人如何去处分他的财产。著作权一个道理，如果两个人都是作者的话，所谓的内部关系、所谓的外部关系怎么处理，原理是一样的。

实践还有一种情况，几个人各写了一本书的一部分，合在一起串成一本书出版，这种作品叫做汇编作品，后面也会讲到。因为对于这个作品整体而言，几个作者不是合作的概念。同样是 A、B、C 三个人完成了一个作品，如果三个人是共同创作的，结果是一个形态；如果是三个人各自写了一部分，最后决定合在一起出成一本书，是著作权法上的另外一种形态。

## · 作品与载体

思想/表达二分法中讲到，思想和表达实际上是很难分开的。如果把思想界定为公有领域的东西，这一类之所以不获得著作权法的保护是基于公共利益的考虑，因为文字、原理、公理、自然现象这些东西，没有过多的表达方式，既可以认为这种思想属于公共领域的东西，也可以认为这种思想、原理、自然现象的表达方法和思想是合一的，这就是所谓的合并原则。它没有别的表达方法，比如说重力加速度的计算公式，或者物理学的任何一种计算公式，或者数学的计算公式、化学的分子表达式，就是固定的，换一点儿就错了，而且全世界都统一，无论母语是哪种语种，牛顿定理的公式都一样的。所以理工科的人看外文文献更好看，不像我们找个请求权，英文里找不着，请求权是德国人发明的概念。除此之外，我们说思想和表达是抽象的主观存在和客观外在表达的关系。我们所谓的保护的思想是通过表达出来的形式来保护，所以才有所谓的实质相似的说法。一个作品的独创性部分，实际上就可以表示为它的思想的部分，所要保护的就是表达出来的思想。

这就产生了作品和作品载体的关系问题。思想其实是作品，思想才是作品本身，只是所它如果不表达出来，我们不知道怎么去保护，不知道它在哪里。思想一定要表达出来，表达出来之后，就有一个客观存在，这个客观存在的东西和作品是什么关系？前面讲到作品的非物质属性，既然是非物质属性，就是看不见、摸不着、闻不到的。把它表达出来以后，就形成了载体。比如口语中说的一篇文章，有时候指的是作品，有时候指的是作品的载

体。但是作品和作品载体是不一样的。作品之上产生著作权，载体之上产生所有权。你说这篇文章是我的，可能是著作权是你的，也可能是你复印出来的这篇文章所有权是你的，如果你不是作者。当然表达出来以后，载体没有转让给别人的时候，作者既是作品的著作权人，也是这个载体的所有权人。作品和作品的载体通过转让的方式，就会在权利上出现分离，就要解决著作权和所有权的之间关系问题。这也是后面要讲到的权利的保护和权利的限制部分要解决的问题。著作权保护作品的传播所产生的利益，载体在通过转让的方式的时候，它是不是一种作品传播的形式？比如 A 买了一本书，卖给了 B，B 又把这本书卖给了 C，C 又卖给了 D，不停地卖，在三十个人之间出现了这种一对一的转让。传播的只是一本书，但是有三十个人阅读了这个作品，换句话说，这个作品在三十个人之间流传。从所有权的角度来讲，这没有问题，这是所有权的转让。但是这就带来了著作权和所有权的关系问题。这种转让要不要受到著作权人的约束？比如你是这三十个人之一，你跟其他人说有一个本书很好，大家取得了共识，于是你们委托其中一个人复印了三十本，每个人人手一本。不学著作权法的人都知道这是侵犯著作权的，这没有疑问。但是如果只是一个人去书店买了一本正版，他看完了以后卖给了第二个人，第二个人看完了之后卖给了第三个人，知道第三十个人，这个侵不侵权？如果不侵权，和第一种情况的根本区别在哪里？区别是因为这个传播行为、传播方式不一样，还是别的什么原因。

这两种情况，第一种情况是侵权无疑。第二种情况，是不侵权。原因不是传播方式不一样，而是由别的原因。传播行为本质上是一样的。别的原因是什么呢，著作权法上有一个制度，规定第二种情况不构成侵权，称之为权利穷竭。意思就是权利到此为止，后面的买卖不构成侵权，这在后面会讲到。

这里要讲的是，作品和作品的载体之上是两个权利，这两个权利有时候会出现交叉，也就是会出现冲突。第一讲的案例【“赤壁之战”壁画案】中提到的美术作品，也同样反映了作品和作品载体之间的冲突。著作权人把作品卖出去了，对于美术作品来讲，他就失去了对这部作品的控制。而所有权人拥有了对著作权人作品的命运的决断，不高兴的时候可以敲碎。试想一下，一个伟大的知名艺术家，年轻的时候做了一个雕塑，卖给了另一个人，若干年后这个艺术家非常出名了，可是他当年的这个作品仅此一件。这个雕塑当然价值很大了。有人讲说如果一个伟大的艺术家画了两幅相同的画，怎么让这幅画增值呢，可以把这两幅画买来，毁掉一个。它成了绝品，价值就非常大了。这反映了著作权和所有权的关系问题。

有人认为文字作品也存在这个问题。文字作品这两者之间的紧张关系没这么强烈，因为文字作品的可复制性、可重复性比美术作品的可能性要高。因为这个作品表现在它的思想上。而美术作品、艺术作品通过事实行为创作而产生，是不具有可重复性的。一个人一生不可能两次踏入同一条的河流。比如我天天画某某，花了多少幅就是多少个作品。这个画和画之间是不同的作品。判断是一个作品还是多个作品，就判断它是一个创作行为还是多个创作行为，每一个创作行为对应一个作品。比如一个人写了一篇文章，天天抄一遍，抄了一辈子，这辈子只写了一篇文章；天天画未名湖，一辈子画了几万张，就是几万个作品，虽然每幅画的价值都不高。所以在所有权中资源的稀缺性会使得价值上升，当稀缺达到一定程度的时候，这个资源应当由国家所有，学民法的时候有类似的理论。这就是为什么洛克的理论中讲，产生私权有一个条件是留给其他人足够多的资源，如果留不了，这个资源就不应该由私人所有，而应该由国家所有。创作行为是写文字作品，如果表达出来的思想或者说独创性部分每次都一样，即是文字上有所不同，也是一个创作行为。判断有几个创作行为的时候，看它的独创性部分，独创性的部分如果一样，就是一个作品。为什么对着同一个景物画几幅画是几个作品呢，因为它的独创性部分是跟画画的事实行为是一样的，每一次画技艺表达是不一样的。就跟唱歌跳舞是一样的，即兴跳舞跳了一段，这是一个作品；第二次重复跳一遍，还是这个作品，因为跳的还是原来那个。创作行为有几个就有几个；这个创作行为怎么看呢，就看独创性的部分，由此来区分作品和作品载体。文字作品抄了很多份，都是同一个作品的载体。

## · 几个思考的问题

了解了这几个概念，我们可以思考以下几个问题：

### 1> “载体” 这个概念在什么情况下有意义？

可以拿文字作品和美术作品对比一下。文字作品的载体有没有意义？比如文字作品写在了纸上或者电脑里，是两种不同的载体，但是这两种反映的著作权是同一个。载体对文字作品意义就不大。

### 2> “原件” 和 “复制件” 这一对概念在什么情况下有意义？

对于文字作品来讲，原件和复制件是一样的。在文字作品上，原件和复制件的区分是没有著作权法上的意义的。其他领域的意义那不一定，有的是有的，比如写了一个东西，上面手签了字，或者盖了章，这个视为原件；

然后复印了很多份。这两个可能有区别，但是这个区别不是著作权法意义上的区别。在著作权法上，文字作品无所谓原件和复制件，可以说每一个载体都是复制件。但是对于美术作品来讲，就有区别了。比如画了一幅画，这幅画是原件；依靠设备把这幅画复印了一下，复印出来的这幅画跟原来那幅就是不一样的。这个区分的意义是所有权意义上的。美术作品的原件和复制件的价值是不一样的，所以它所有权的价值就不一样，但是行使著作权是一样的。所以，【“赤壁之战”壁画案】中，当你要拆除人家的作品的时候，要通知人家来采取一定的措施进行复制，就是这个原因，保证人家还能行使著作权，但是所有权是你的，所以你可以任意处分。

### 3>数字化作品与利用计算机所创作的作品之间的关系

数字化时代的作品，有的是把作品数字化，上传到网络上去；另外一种是利用电脑直接创作的作品。这两者之间是什么关系，可以思考。

## 二、作品受保护的要件

作品受保护的要件就是上面已经提到的两个，独创性和可固定性（可复制性）。重点讨论独创性，可复制性的问题在实践中发生争议的不是很多见。

### 1. 实质条件——独创性

独创性是一个作品是否能够获得著作权法保护的实质的条件，或者说是最起码的要求。达不到独创性的要求，就不能称之为著作权法意义上的作品。独创性，英文叫 originality。什么叫独创，就是独立完成表达一定意义的内容。不能是毫无意义的。比如在地上画了一条线，要对这条线主张著作权，这是没有办法的。用非著作权法的话语来解释，这不是一个意思；用著作权法的话来讲，它所表达的东西跟公共领域的东西是分不开的，用思想/表达二分法的合并原则来解释。所以独创性是一个最低的要求，达到了独创性要求，才能认为作品不是抄袭、剽窃他人的作品。

在日常生活中经常说的一句话是，这个作品跟什么什么作品很相似，很相似指的就是独创性的部分。如果作品跟别人的一模一样，可能是整体一模一样，或者局部一模一样，就是抄袭了。抄袭和剽窃不一样，剽窃是偷人家的思想，长得好像还不太一样，但是实际上是一样的。

所以独创性，首先强调的是独，然后强调的是创。也就是说，不是要达到多么高的要求，作品不一定非要叫人拍案叫绝。让人拍案叫绝的作品，当然是有独创性的。前面讲过的薛蟠的这首诗，这首诗实在是提不起来，或者是某些诗人写的诗，“啊，大海啊”，这些仍然是一个作品。所以我们不强调这个独是独一无二的意义，而是独立完成。创，就是说不是从公用领域里面直接搬过来的，而是用了一定的心思、构思来组织语言文字或者其它素材来创作作品。究竟达到什么样的高度才具有独创性，这是实践中最困难的问题，就是如何判断一个作品有独创性。这是著作权法上的一个难题。著作权法上一共就是两个难题：一，有没有独创性；二，是否构成复制，所有的问题都是围绕着这两个问题来的。当然复制的问题，随着科技变化，复制的情况越来越复杂，越来越多样化。传统下理解的复制，到了新的形势下可能变得更加复杂。传统形式下可能没有这种形式，比如点开一个网页在电脑上看，然后关上了。就在看的过程中，这个资源调到内存上显示出来，在内存上存在的那一会儿、一段儿时间是不是已经构成复制。还有更复杂的，出现云计算技术以后，这种非常非常短的，比如美国一个判例中涉及的 0.1 秒的缓冲够不够成复制。所以这个问题变得很复杂，但是归根到底还在讨论一个问题，是不是构成复制。所以著作权法主要就是这两个难题，今天我们谈的是第一个问题，独创性问题。所有国家的著作权法或者版权法，都将独创性作为作品获得版权保护的基本条件、最重要的条件。但是关于如何判断是否有独创性，判断标准从来没有统一过，因为确实很难避免主观性。知识产权法里面，无论是著作权还是专利、商标，都有很强的主观性，这在后面的学习中会逐渐有所体会。一般来说，独创性要求作者独立完成。至于它有多大价值，无关紧要。当然不能没有丝毫的价值。这个价值可能和我们平时说的这个东西值多少钱的价值没有关系。小时候我们听故事讲达芬奇成名前天天练习画鸡蛋，一天画 100 个，终于成为如何如何，这个故事估计是杜撰的，我们小时候画的比鸡蛋复杂多了还是没有成为画家啊；还有类似的故事，说美国总统华盛顿小时候砍樱桃树如何如何，来说明人要诚实，从此成长为一个正直的人，这也是假的，人成长这也太简单了吧。这些故事都是教育者杜撰出来的，小学语文对我们的毒害太大了，社会上接触的很多事情跟小学学的都不一样，小学是人的性格、人品奠基的阶段，我们小学学的都是假的、虚的。这些故事可能没有价值，但是它没有著作权么，也不是。另外，有的认为是有负价值，比

如色情作品，它有什么价值呢。当然每个人可能有不同的看法，主流价值观认为是有负价值的，世界各国都认为色情作品对于青少年来讲一定是负向价值的。对成年人没讲，因为在国外成年人是可以看的。难道有负价值的作品就没有著作权么，如果没有著作权，意思就是可以随便用了，至少不侵犯著作权，当然用了以后违反了其他的法律，承担相应的法律责任，这是另外一个问题，不过不侵犯著作权。不学著作权法都觉得这不对。而且关于什么是色情作品的标准是随着社会的发展而变化的。比如《色戒》到底是什么作品，按国外的分类是属于二级还是什么级，就有争议。因为定不同的级别，有的可以上市、公开播放，有的就不能够。如果认为这些作品没有著作权，如果将来允许了呢。以前是禁书的书，现在不是禁书了，那么它的著作权从什么时候起算呢，所以不能从价值、用途考虑。用途更不能够作为判断独创性的标准，因为很多作品是没什么用途的。所以独创性只是强调是独立完成，表达一定内容的。我们不说是表达一定思想，可以说是表达一定内容。这个内容不一定要求所有人的认识都是一致的，但至少表达了一定的东西。没有任何表达的，比如线条，或者基本的文字片段，不认为是作品。这在实践中其实还是没有那么客观的。有一个故事，西方两个知名作家，A给B写了一封信，这封信只有一个问号；B回了一封信，只有一个感叹号。他们一来一回就两个符号，它是不是作品呢，在特定语境解释出来是可以作为作品，但是这样的侵权，是没有办法用著作权来解决的，著作权只好不管。它只有特定的语境下才能解释出来。所以作品一定要表达一定的内容，客观上作为旁观者，都能知道这个作品是在表达一定东西。如果只是一个片段，只言片语，就很难说是作品。比如翻开你的日记本，上面就一个字：饿，我也在日记本上也写了一个饿，你告我侵权，这就不好说了。你说你是表达一定意义的，那一时那一刻确实很饥饿，而且这种饥饿还表达了一种对老师还不下课的愤怒之类，但是离开这个语境之后，别人就没有办法知道你到底在表达什么东西。线条、单纯的颜色也一样，比如用黑色的笔画了一个很粗的杠，不知道这是在干什么。

对独创性要求的认识，总的来说，大陆法系高于英美法系。这个在著作权法第一讲就可以感受到。大陆法系讲作者权，是从天赋人权的角度解释的，所以它认为独创性是有一定的思想高度的，要达到一定程度的；英美法系是从copyright发展出来的，是基于作品的传播需要复制，这种复制需要收到作者的控制，所以产生copyright这种概念，所以它对独创性的要求是低于大陆法系的。大陆法系认为作品是作者人格的延伸。人格都延伸了，那一定是很独特的。我们任何两个同学都是个性鲜明的，要有特色；如果在座的一百多个人都是一样的，就要把人吓坏了。有一点把originality上升为personality的意味在里头。而英美法系不强调这个，只要是独立创作完成、付出一定劳动的，就认为具有独创性。所以归结起来，独创性的判断都有一个质和量的要求。

有一些作品相对比较特殊，即事实作品，或者说功能作品。这种作品几乎没有太多的独创性。比如说电话簿，电话簿在著作权历史上是一类对是否应该受到著作权法保护有争议的作品。它实在是没有什么独创，每个电话号码都是客观存在的，都是别人的东西，电话簿把它们汇编在一起。后来给予电话簿以著作权的保护主要是基于别的考虑，主要是基于经济利益的考虑。因为如果不给一个版权保护的话，就没有人愿意干这个事儿了，我们的社会工作会受到影响。电话簿确实确实给每个人的生活带来了便利。现在年轻人感受不到电话簿的重要性，在中国大陆大概九十年代的时候，电话才开始在平常老百姓家里出现。八十年代的时候，谁家有电话，那家一定是一定级别的官员，就跟那个时代的官员才能坐卧铺一样，老百姓没有这个资格，即使有钱也不行，那是身份的象征。后来慢慢普通老百姓都可以装电话了，但是很贵，电话簿就很重要。要给某某打电话，就查一下电话簿，那时候有电话的人不多。现在可能只有承担公共职能、提供公共服务的单位、机构有电话簿可以查阅。那时候电话簿连家庭都可以查到，因为有电话的所有人都在册。为了鼓励这种投资，给它一种保护。

在英美法系，很早就有著作权的保护，比如美国，1790年就有了版权法。但是对于独创性的解读、界定，或者说比较具有司法裁判意义上的界定，一直到到了20世纪初才有。一个重要的案件是【Bleistein案】，这是美国版权历史上是非常有典型意义的案件。这个案件中，法官认为，“只要作品符合法定的可授予版权的作品种类，并且是由权利主张者创作完成的，它就具有创作性”。这等于没说，美国法官经常说一些我们看来等于没说的话。虽然如此，但是我们可以看出一个意思，独创性要求很低。也可以从著作权的分类中看出来，我们国家著作权法归类，就有文字作品、电影作品、艺术作品、其他各种各样的作品等等。

独创性有质和量的要求。质的规定，指的是这个作品反映出来的个性。所谓个性，跟人的个性不一样，这里的个性指的是不同作品之间的区分度。量的规定，就是“某些不可减约的东西”，但是美国的判例者从来没有告诉我们什么是不可减约的东西。我们不妨借用人格的概念。民法上什么是人格呢，人之所以为人的本质属性。就是不可减约的东西，少了这些东西就不是人。人之所以为人不可减约的本质属性，不可以让渡、不得买卖。隐私、名誉、肖像，是人格权保护的主体，是人之所以为人的本质属性。它可以商业化使用，但是不可以让渡。独创性，这个量的规定是什么，是要解决的问题。在一个地方再减就不是作品了，但是这个边界在哪里，没有谁能够把这

个线画出来。我们生活中存在很多这样的问题。

到了 1991 年，出现了另外一个关于独创性判断的代表性案例【Feist 案】。这个案例之所以重要，是因为在这个案例中，美国联邦最高法院似乎要修改独创性的标准。法院提出来，说“独创性不仅意味着这件作品是由作者独立创作的（以区别于从其他作品复制而来），而且意味着它至少具有某种最低程度的创造性。”可以看出这个案子修正了前面的【Bleistein 案】中很低的标准，在原来的标准下只要跟别人不一样，有所区别就可以了，法官的主观性就特别强。比如两首诗，都在表达同样的意境，法官认为毕竟还是不一样的，还是两首诗。【Feist 案】中，法官认为还要达到“某种最低程度的创造性”。这一句话出来，一下子把美国的司法实践弄得非常混乱。什么叫最低程度的创造性，它和专利领域所说的创造性有什么关系？一下子把问题弄复杂了。【Feist 案】似乎把独创性的标准提高了，但是给司法实践造成的混乱更为严重了。判决中说，“……必要的创造性的量是相当低的，因为它们闪烁着某种创造性的火花”，只要闪烁着某种火花就有创造性，这怎么衡量呢；“不在于它们是多么不成熟、层次低或显而易见”，看到这儿我们马上就想到了薛蟠的那首诗，它是多么的不成熟、层次低和显而易见，原来薛蟠预见了多少年后美国法院赞成了他的作品是受著作权保护的。

从美国 1991 年的【Feist 案】中我们可以看到，独创性的判断可以解析为三个方面：创作意图、创作行为和创作结果，通过这三个方面来认定独创性。

创作意图，比如一个人拿着颜料在墙上涂了一笔，涂了一笔我们不知道这一笔有什么意图。可以说这是一个创造行为，也可以说有结果，但是我们认为没有意图，从而认为不构成独创性。再如涂鸦作品，杨老师不太看得出来它有什么创作意图，它有结果结果和创造行为。涂鸦也算是行为艺术么，可能我们看不懂，但是其实有时候涂鸦挺贵的。关于涂鸦，英国伦敦发生过一个事情，最后没有形成诉讼。伦敦地铁站可能是世界上有名的脏乱差的地方，有一年伦敦市的卫生部门要整顿，整顿以后的伦敦地铁站好像好多了。整顿以后，就把一副涂鸦作品刮白了，觉得是乱涂乱画。涂白了，事情就来了，作者来说把他的一个作品毁掉了，当时这个作者的作品的市价是 50 万英镑。不知道这个市价是怎么出来的，但是可能确实有这个价格，这是一个比较有名的涂鸦艺术家。这个涂鸦作品可能送给我们都不要，看不懂，还是 50 万英镑卖给可以欣赏的人吧。伦敦卫生部门听到这个话晕过去了，为公用事业做点儿事情结果还要赔 50 万英镑。当然这个事情最后协调了，这个钱可能最后还要伦敦公共财政支出，公共财政支出用的是纳税人的钱，也不知道怎么处理的，最后没有形成诉讼，不了了之。这是一个很有说明性的问题，虽然我们欣赏不了，但是只要人家能够说出来有创作意图，就可以证明有独创性。法官不能说你这是啥啊，鬼画模糊的，没有著作权不给保护，千万不能带有这种主观的色彩。因为创作行为和创作结果相对来说还是比较客观的。

如果某一作品只是对公有素材的应用和以非独创方式吸收别人作品中的独创性成果，则不具有独创性。如果问我们什么叫剽窃，我们就可以说，所谓剽窃就是以非独创性的方式吸收别人作品的独创性部分。什么是公有素材，就是大家可以任意使用的，是一种公共产品。文字、语言、颜色等各种各样的都是公有素材。

## 2. 形式要件——可固定性

另一个要件是可固定性。可固定性就是说独创性的部分必须要固定下来。英美法系中一个作品有独创性，但是没有办法感知，感知不到独创性，那也不是一个作品。美国的版权法规定，“直接或借助机器或装置感知、复制或其他方式传播该作品”。在英美法系，通常是不保护口述作品、冰雕等短暂存在的作品，而大陆法系通常是保护的。这主要与著作权发展的历史、脉络有关。一个是从 copyright 脉络来的，一个是从作者人格的脉络来的，所以结果当然不一样。国际公约，比如《伯尔尼公约》对这个问题的态度是折中的，说“同盟国得以国内法规定普遍或特定之著作物，除非固定于具体形态，否则不受保护。”我们国家规定的是作品必须以有形的形式复制，即作品能够通过各种各样的方式。只不过说随着科学技术的发展，这种手段越来越丰富。

我们可以用借助一定的方式感知来解释这些短暂存在的作品。而有一些作品比较特殊，比如说舞蹈作品、马戏表演、哑剧等。法国规定，这一类作品必须以文字的方式固定下来才受到保护。这就带来一个问题，这些作品究竟是文字作品，还是什么类型的作品呢。这与可复制性是有点差别的。比如你用语言表达了一遍，我听见了，我可以复述一遍，我能复述一遍就已经成为可复制性了。这里所说的固定性是把它固定下来，让它长久地保存。比如舞蹈作品，究竟是动作的集合，还是可以认定为是一种设计、一种文字作品，这在著作权法上一直没有统一的想法。朴素的观点认为舞蹈作品怎么能是文字作品呢，但是问题在于舞蹈一定是固定的动作设计。哪怕是即兴的表演，把它回忆起来的时候，也是可以还原成一些动作设计的。既然是设计，一定是可以用文字来表达的。再如马戏表演、哑剧，哑剧最典型了。哑剧没有语言，完全靠动作。这些东西，在创作的时候，或者说在准备表演

的时候，一定是以文字来看的，这些怎么去保护呢。

《伯尔尼公约》的规定是各国自行确定。我国口述作品是给予保护的，但是计算机软件必须固定，必须固定在一个盘里。以前是软盘，最开始是很大的，唱片那么大，后来缩小到三四寸了，现在的电脑一般不带软盘驱动器了。后来就出现了光盘。现在的软件基本上没有什么有体的载体了，直接是数字化的。很多时候买软件是买一个密码钥匙，或者是一个验证码，不会再提供什么有形的东西，自己去 down 软件。但是计算机软件必须固定。

所以可固定性也是一个要求，只不过这个要求通常不去讨论它，只是在特殊的问题上会涉及。其实这样的问题有很多。比如舞蹈作品是一个动作的集合，如果不把它反映成一定的文字，在判断侵权的时候就会有困难。我们都看过花样滑冰，比赛的字幕显示的教练团队中，有人专门进行舞蹈编纂。假如你编纂了一段花样滑冰，跳得也很好，后来发现有另外一个人跳得差不多，这时候若是告他侵权，你如果认为舞蹈作品就是一个动作的集合的话，他很容易抗辩。比如他会说你的动作是 98 张，他的动作是 96 张；其中还有几张跟你的不一样，比如你的动作是弯曲 90°，他的只有 80°。因为你说这种舞蹈是动作的集合么，他的动作和你的有明显的区别。但是你说如果说你的作品是用文字记载下来的设计的话，那么这种 80° 和 90° 的区别就不认为是实质差别。这就跟文字是一个道理，如果只说成是动作的话，就很难去区分，究竟是不是实质差别很难判断。即便有意地去学人家的，可能还学得不像呢。模仿是故意的，但是可能模仿不像。比如我模仿一个王菲，别人说这哪儿是王菲啊，明明是张飞，你说我侵权没有呢。我自己主张我是模仿的王菲，王菲会说我模仿得太不像了，她都没有脸起诉我。但是如果变成设计就不一样了。这样的问题还有很多，比如中国独有的一类作品——曲艺作品，表演相声、大鼓、三弦、河北梆子、东北二人转等都属于曲艺，这一类作品是按照文字作品保护呢还是动作的集合呢？它可能不限于动作，还有语言，甚至有的还有神态，比如二人转，二人转的演员一定要有神态，按他们的话讲眼神要“飞起来”，很多南方的人是欣赏不来二人转的。

### 三、作品的类型化分析

#### · 作品类型化分析解决的问题

作品的类型化分析，是为了解决什么问题？现行的《著作权法》第 3 条规定了很多类，《著作权法》修正案里面比这还多。作品究竟可以归为几类，从而在解决独创性的判断、是否构成复制的判断的时候能有一个统一的做法？如果每一类分别去看，会显得很复杂。文字作品、口述作品，这两个是一类，这没有什么争议；音乐是一类、美术是一类、摄影是一类、电影是一类，电影这一类实际上也可以归入到文字作品中去，因为电影作品和文字作品实际上原理是一样的，都是用一定的素材借助一定的外在表现形式来表达一定的思想。文字作品是用文字，而电影作品是用电影创作的方式，表达出来的是一些意义、情节、内容。而音乐作品，是音律的组合，至于在音乐里面解读什么，是不受著作权保护的。比如你创作了一段音乐，解读出来是一种欢快，另外一个人的一段音乐解读出来也是欢快，你不能因此告人家侵权。只要音律的组合不是实质相同的，就不会构成对音乐作品的侵权。文字就不一样了，我写了一篇物权法定主义的文章，你也写了一篇物权法定主义的文章，虽然表述上、结构上略有差别，但是读起来实质是一样的，就可以认为后面这个人是有构成侵权的，除非后面这个人证明他真的是独立完成的。所以，音乐作品、美术作品、摄影作品，是不是可以归为一类？

至于计算机软件这一类，在《著作权法》修订之前，表述为计算机软件。按照《计算机软件保护条例》规定，软件包括程序和文档。文档当然受著作权法的保护，关键是计算机程序的部分。所以在《著作权法》修订草案里面，它把这两个分开了，表述中改成了计算机程序，因为文档不需要再说了。那么这个程序应该怎么归类，怎么去判断有没有独创性，以及在涉及侵权的时候如何判断是否构成实质相似？

所以总的来说，这里讨论的作品类型化的分析，实质上是要解决一个问题。就是围绕着前面讲的两个问题，独创性的判断问题、是否构成复制的判断问题，我们要建立一套相对科学和恰当的方法。这么多类作品，《著作权法》修订以后类型更多，它们能不能归为几类，在这几类之间形成明显的区别。比如美术作品这一类和文字作品这一类我们是不是要把它区分开来。就像我们刚才思考的问题，美术作品就有原件和复制件的区分，美术作品即便是重复创作，每个创作行为都产生一个作品。原因在于它的创作行为其中所包含的独创性是不可以复制的。艺术创作行为，每画一幅画，都是不可以重复的，再画一幅同样的画，产生的都是新作品。而文字作品实质部分是内容、是思想，这个思想多次重复，还是原来一个作品。那么摄影作品呢，摄影作品应该归到哪一类里面去，其实我们应该思考的是这样的问题。比如漫画，虽然在艺术领域里面被归为美术作品的一类。漫画形式上看属于

美术作品，但是保护方法实际上是文字作品。因为漫画的独创性不是在创作行为里面，而是在它所表达的思想或者内涵上，因为漫画是用来表达一定的寓意的。和文字作品一样，文字作品借助的是文字，而漫画作品借助的是线条，还不包括色彩。漫画作品无所谓色彩，也不包括构图。而这些在美术作品都是创作元素。美术作品不仅仅包括画的对象，画的构图、色彩全部是它的独创性的组成部分。书法是一个美术作品，书法里面留白的部分都是独创性的组成部分。一张白纸，字写多大，写几个字，每个字的间距，到边的距离，落款在哪儿，整个的布局，和美术作品一样，都是独创性的组成部分，不是随意的。讨论作品的类型化分析是为了有助于对不同的作品建立关于独创性和是否构成复制侵权的判断方法。

### · 对修正案规定的作品类型的解说

《著作权法》修正草案对作品的分类规定得更多、更复杂。除了已有的分类以外，增加了杂技。杂技在实践中已经出现过了，这一类作品究竟和文字作品有什么关系，是应该按照文字作品来保护呢，还是按照艺术作品，比如美术作品的方式保护呢。

#### - 文字、口述、音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技作品

其实修正案中的第七类杂技艺术作品和修正案中所列的前六类，文字作品、口述作品、音乐作品、戏剧作品、曲艺作品、舞蹈作品，判断独创性的时候都可以归为一类，它无论是借助哪种形式来表达，都是要表达一定的思想、理念、内容，比如说这个是要教育人们都要行善，那个是教育人们从小要诚实，都是表达这样的思想。而杂技艺术作品，包括魔术、滑稽等，可能是表达一种动作的复杂性，复杂到让你产生惊叹、高兴的程度。这些东西都是可以用文字来再现的，只是有能不能做得到的问题。它可以用文字来记载、再现，不代表每个人都能做到。小说也是这样，用文字写了一部小说，不是所有人都可以去演的。比如《西游记》这本小说怎么演，演员不能飞，电视上表现出来的一定是特技。杂技也不是每个人都可以演的，但是一定是可以表达出来的，用文字来记载。魔术就可以用文字解释出来。比如可以用文字写出来这个魔术怎么去做，文字上的表达可能很简单，但是要实际做到可能非常困难，绝大多数人可能一辈子做不到，那是另外一个问题，那是表演的问题。著作权法规定的著作权内容包括表演权，那是表演的问题，不是文字再现、不是著作权是不是产生的问题。

#### - 美术、实用艺术、建筑作品

而美术作品、实用艺术作品、建筑作品，可能可以归为另一类。这种创作行为是与创作者的个人技艺有关的，个体性非常强。它不能用文字来表达。比如画一个《清明上河图》，无法用文字表达。《清明上河图》包含的人物非常多，难道用文字记载说“这个图在离上页 30 公分的地方应该画一个人头，这个人头的脸是一个老人，他比较粗犷”，看完这样的表达我们也不知道这是什么造型。前面一类就不是这样。比如魔术，可以用文字记载这个魔术表演用了一个什么样的障眼法，实际上是什么样的。看到这个文字表达，魔术就揭秘了。而艺术作品告诉你都没有关系。文字作品的特点是，用文字的方式告诉你了，你看到了这个文字表达，你就可以进行复制或者再现。比如告诉你某一个小说应该这么写，你就可以再现出来；而艺术作品即是告诉你，你也再现不出来。因为它和所要表达的东西没有关系。

#### - 摄影作品

接下来的一类，摄影作品，比较特殊。摄影作品和文字作品很大的差别在于，它所表达的内容、思想不是客观的。文字所要表达的东西的客观的，而摄影作品表达的东西可能需要一定的解读，而这种解读每个人可能不一样。这一点非常像美术作品。你画一幅画，表达心情非常愉悦，心情愉悦有很多种表达方法。我们看摄影展，某一幅摄影作品被解释为表达了什么样的意思。比如几幅摄影作品都叫《奔跑》，有人拍出来的可能是一个运动员在奔跑，可能是一个人狂奔，也可能这个摄影作品没有人，而是人奔跑过去地上的树叶被卷起来的刹那。可以用多种方式来表现，但这没有办法客观化。你说你表达的是这个意思，我们也未必看得出来。你去拍黄土高坡，回来起个题目叫贫瘠，或者叫伟大，都可以。这一点与美术作品相似。但是另外一点，在可复制性上，它和文字作品又是一样的。拍一张是这个，再拍一张还是这个。而且它的原件和复制件没有什么区分。洗照片，洗一次，过了几天又洗了一次，哪个是原件哪个是复制件呢，看不出来。所以杨老师认为，摄影作品这一类，跟前面的都不太一样。还好在实践中关于摄影作品的案件并不多，但是一旦发生独创性问题的时候，就很难。

曾经发生过这样一个事例。有一个人个人拍了一个照片，是从一个角度拍过去的，拍到了一座山，山间有一条路，有一个当地的农民。有一个人把这个作品翻拍了一下，用另一个角度拍同样的山、同样的人，拍出来的效

果左右翻转。拿这个照片去参加影展，得了一等奖。之后作者就看到了，发现翻转过来看就是自己的作品，于是就发生了纠纷。

当然如果背景完全一样，可能就不会出现两个角度。有的东西从一个角度可以拍出来，从另一个角度拍不出来。比如拍一个山崖，只能从一个角度拍过去，如果从另一个角度拍，站的地方是悬崖。这个角度是拍不出去的，如果出现一幅这样的作品，就能证明是假的，因为在那个角度是拍不出这样的东西来的。比如我们到北大东门，“北京大学”四个字的牌子挂在东门的一个柱子上；有人拍的照片，这四个字在另外一个柱子上，我们就知道如果不是北大那天临时发疯把牌子搬过去的话，这个照片一定是造假的，是用软件修出来的。

总之摄影作品和美术作品、文字作品都不太一样，和美术作品有共同的地方，和文字作品又有共同的地方。

## - 视听作品

视听作品，实际上就是现行法中讲的电影和以类似摄制电影的方法创作的作品。现在创作这种视听作品的方式非常常见，每个人都可以创作，网上经常有这些小的视频，就是这一类作品。比如我们拍一节室友发奋学习的样子，起个名字叫“寝室文化”，这种视听作品，强调的是一种有伴音或者无伴音的连续画面组成，并且能够借助技术设备被感知的作品。杨老师认为实际上它是要表达一定的内容。这个内容不一定要多么丰富和达到多么高的程度，但是一定是要表达一定的意思。所以它和文字作品在独创性、复制性的问题上认识应该是一致的。

## - 其他几类作品

图形作品，杨老师认为图形作品和摄影作品是相似的。图形作品也是前面讲的功能性作品的一种表现形式。比如施工图、示意图。这一类图有时候有一些功能性的地方，有唯一的表达方式；但是有时候又有独创性的地方。比如施工，要建一个大桥，施工图、工程设计图在一些承重的地方、架梁的地方等等，只能用一种方法设计，否则这个桥就有问题。但是又可以创作一下，比如示意图、产品设计图，有些地方是产品的独特的设计，不是这类产品都是具备的。

立体作品，我们也很常见。很多产品本身也是一个立体作品。立体作品有一定的造型，比如古代有条件的家里门口蹲一个狮子，狮子有大有小，形态各异，基本上都是那个样子，是镇宅的东西。这就是立体的。雕塑都是立体作品。

计算机程序，这涉及上面提到的修改。我们知道计算机程序包括源代码和目标代码。所谓的开源就是把源代码公布出来。

其他文学、艺术和科学作品，就是说上面的分类没有囊括全部，只要是属于这个领域，能够满足独创性的，可以用一定方式复制的，都可以认为是著作权法意义上的作品。

## • 关于权利产生及外国人问题

著作权自作品创作之日起自动产生，无需履行任何手续。

外国人、无国籍人的实用艺术作品，其作者所属国或者经常居住地国对中国作者的实用艺术作品给予保护的，受本法保护。

修正案的这两条是关于权利产生和外国人的问题，这比较简单。

## • 类型化分析的意义

从《著作权法》修正案来看，一共是十六类。现行《著作权法》有九类。修正案把很多东西单列了，比如喜剧、曲艺、舞蹈。单列以后，反而可能有一些对立。如果不进行类型化的分析，就很容易把舞蹈作品和文字作品对立起来。比如说某人即兴跳了一段舞，另一个人把它记录下来，不是用摄像机记录，而是用文字，然后把这个作品拿出来发表，那侵犯不侵犯舞蹈作品的著作权呢。很多人可能会觉得不侵权。反过来讲，你完成了一个舞蹈的设计，在设计中写到应该用什么背景音乐、在哪个音乐节奏上脑袋应该朝这边、在另一个节奏上什么部位做什么动作等等，这些动作你未必都可以做出来，但是可以写出来，完成这个舞蹈作品设计。另外一个人看到这个设计后觉得很好，就拿去参加比赛或者演出，就跳了这舞蹈，那侵权么。很多人就会回答侵权。那么有人先跳了一段舞，你把它写出来拿去发表了，为什么就不侵权呢。可能确实会有杂志发这样的文章，体育类的学校的学报就可能发《现代街舞的发展趋势》什么的。从一个角度过去，我们认为侵权的事情，反过来是否侵权呢？你写了一个小说，有人把这个小说变成了舞台剧，被认为是侵权；有人先表演了一段舞台剧，你后把它写成小说，还被认为是侵权的。那换成舞蹈上，怎么就被认为不侵权了呢。

但是美术作品就不一样了。比如有个人画了一个图叫“北大八风流才子”，你们寝室八个男生觉得你们足够表演这个，就摆了个造型，跟这个图一样，你们当然不侵犯他的权利。但是假设一个作者画了一系列的北大八才子，足已构成小时候看的连环画那种书了，那就不一样了。连环画和漫画是一个道理，是表达一定的故事情节的，所以它是按照文字作品来保护的。所以如果八个小伙子来表演的话，是侵权的。但是如果是静态的油画、山水画画了八个小伙子，你们八个去摆一样的造型，不侵犯这幅画的著作权。

这里面涉及到问题很多。有人会想到，电影也是由若干个画面组成的，无非就是漫画、连环画的帧数多一点，可能几万帧、几十万帧。其中一帧可能会拿出来做商业宣传。电影宣传有时候是专门创作的宣传画，有时候是电影里面的一帧。现在你画了一幅画，跟它的一帧是一样的，这个侵权不侵权呢。这里面其实隐含了很多有意思的问题，我们课堂上无法一一解答。再如金庸的小说《射雕英雄传》有一个场景华山论剑，你看了小说以后画了一个华山论剑，这侵权不侵权，如果不侵权为什么？其实基本原理都一样。

这些都说明了这里所说的类型化分析的重要性。首先要把作品分为几类，比如文字作品，究竟要保护什么东西，美术作品究竟保护什么东西。首先要问自己这一类作品要保护什么，然后再来看被诉的这个行为有没有涉及到要保护的东西。著作权核心的问题当然是独创性，作品类型化分析的重要性就在于，解读不同类型的作品，它所体现独创性的东西是不一样的。美术作品，独创性在技艺，它的独创性体现在独创的技能，能够表达出来。之所以自己画相同的东西都是不同的作品，因为他的技艺画一次，只能是这一次，不可能再现了，人无法两次踏入同一个河流。所以，要了解美术作品的独创性的内容在哪里，然后才能知道什么情况下是侵权的。文字作品的独创性又是什么，才能知道把它画成一幅画是否构成侵权。

一般情况下这不是很复杂，复杂的是一些特殊的问题。刚才说的文字作品里有一个场景，把它画成画是否侵权，这是很好判断的。倒是刚才说的另一个问题，电影作品里的一帧画成画是否构成侵权，相对困难一点。当然另外一个问题会简单一点儿，即把这一帧拿去注册成商标，或者作为商品的包装，或者作为店铺的外观，这种行为是否构成侵权呢。比如你是卖玩具的，把电影《变形金刚》其中的一帧拿出来，把你的店铺装修成这个样子，走进了这个店铺就像走进了那幅图一样。这个问题相对又简单一些，它侵犯的权利不是著作权了，它是另外的问题。这些问题都是因为著作权衍生出来的问题。

讲这些例子是说，现实生活是纷繁复杂的，并不是知道了什么是独创性、什么是复制，就可以解决所有问题。稍微拓展一下就知道，现实生活中问题是很多的。包括前面提到过的同人小说，这一类创作形式也是在实践中发展出来的。这个问题现在基本上有了解决方法和方案。而刚才所提到的这些例子，也有已经发生的。比如把别人电影作品的名字注册为商标的，把别人小说的名字注册为商标的，把别人电影的一帧作为商标、商品包装、装饰装潢的，这些情况在实践中都是出现过的。但是归根到底就是一个问题，如何对不同的作品类型进行划分，来讨论它的独创性问题。我们要研究独创性，只是要回答一个问题，有没有侵犯著作权。要注意别人问的问题是有没有构成侵权还是有侵犯著作权，这是两个不同的问题。我们说的独创性和构成复制解决的只是是否构成著作权侵权。上面说的几种情况应该不构成著作权侵权。这是作品的类型化的基本的思路。

大多数教材是不提作品客体的类型化问题的。如果留意的话，我们已经看到有这样的书、论文，讨论版权客体研究，但是很遗憾的是，没有类型化研究的推进，其实这样的类型化研究的价值是非常大的，特别是对于司法实践中解决这些实践问题。

## · 几个应当注意的问题

对于前面所列举的这些作品类型，我们要注意一些特殊的问题。

### - 文字作品与以文字表达的作品

不是任何以文字表达的作品都是文字作品。比如书法，这个比较好理解，一个字，不是文字作品；即是字再多，也是美术作品。书法也不是中国独有的。据我们所知，在有些国家，比如德国，对于书法是按照字体来保护的。在字体的问题上有类似于著作权的保护，对于有独特造型的字体是给予保护的，当然这个保护是区别于著作权的，而我们是把书法作品放在著作权法里面保护，做法稍有不同。

### - 关于口述作品的独创性

口述作品，例如演说、授课、法庭辩论等，应该有相对的完整性，能说明一定的问题或者抒发某种情感，具有起码的独创性。这个问题前面提到了。

### - 关于建筑作品

建筑作品，要注意的是不是保护建筑物，而是保护造型中的设计。比如鸟巢，这个建筑物就被认为是一个建筑作品。有很多建筑物都可以称为作品。但是普通的住房，比如我们住的宿舍，就不是建筑作品。它基本上是一个功能作品。盖一个这样的立方体的楼，有一些框架结构，都是由功能性决定的。框架结构就只能这么盖，无非是宽一点、高一点的问题。如果没有什么特殊的造型，就是方的。有人说自己的建筑有造型，它没有窗户，有造型，这不算是造型，只是功能不全。有人说自己盖的房子是圆的，那也不能算是一种造型，不就是盖了一个烟囱么，就是粗一点儿细一点儿的问题。当然独创性到什么程度，也有一个判断的问题。要考虑跟别的建筑的区别在哪里，所谓的独特的设计的这一部分不能是功能决定的。

## - 关于翻拍

翻拍出来的东西，无论是翻拍照片还是影印的东西，如文件、书刊等，因不具备独创性，不受著作权法保护。

## • 特殊的保护对象

几个特殊的保护对象，这是一个有意思的问题。

## - 作品的标题

作品的标题是不是著作权保护的对象，要解决的是标题本身有没有著作权的问题。如果有的话，一个作品可能就有两个著作权了。反对作品标题有著作权的声音大一些，它的理由就是一个作品怎么能有二个著作权呢。但是现实中这种侵权的情况也是存在的。这次《人在囧途》告《泰囧》，其中一个理由也是这个。“人在囧途”是有独创性的，而那个作品叫“人再囧途之泰囧”，为什么不直接叫“泰囧”呢，可能是一开始没有信息。如果在原告的立场上想，的确是被告如果和原告的作品没有任何关系，为什么要用这个名字呢。比如你搞了一个艺术类的作品“再戒”，再色戒的意思，人家可能就会找你麻烦，当然是否成立是另外一回事儿。那么“人在囧途”这样的标题有没有自己的著作权呢。

法国很鲜明地规定了这个问题，如果这类作品的标题具有独创性，就一样是可以产生著作权的。杨老师比较支持这个观点，作品标题如果有独创性的话，当然应该可以有著作权。只不过这种作品标题独创性的判断比一般作品独创性的判断更为复杂、困难。是不是从来没有出现过的作品标题就可以认为有独创性呢，显然也没有这么简单。比如我们写毕业论文，都会有一个标题，这个标题通常都是自己想的，会琢磨怎么标新立异，肯定不太会写“论刑法的构成要件”“论物权法定主义”“论民法的基本原则”之类，写这种标题自己都觉得没有独创性，标题就决定这个文章没有独创性。

有一种观点是有一定道理的：作品标题有时候实际上是这个作品独创性的一种展现，如果认为这个作品的标题有独创性，能够具有著作权的话，实际上是这个作品独创性的重复计算。因为有时候，作品标题就是从作品的中心思想中提炼出来，作为作品的标题。如果给作品的标题一个独立的著作权保护的话，作品又有一个著作权，那就重复了，因为它们的独创性是一样的。这种观点的有道理的地方在于意识到了有些作品标题的独创性实际上就是这个作品的独创性。

对于这种情形，其实它们是一个著作权，仅仅使用作品的标题是侵权，仅仅使用作品也是侵权。这并不矛盾，作品的标题如果有独创性的话，可以有著作权，并不和刚才的情况矛盾。如果它有独创性，不代表就一定有两个著作权。也许标题独创性就是这个作品的独创性，要看怎么去使用。

如果承认作品标题具有独创性，要解决就是，别人仅仅把有独创性的标题拿去用，而内容不用，这时候无法起诉的问题。作品标题的独创性之所以困难，因为标题通常是高度提炼的文字表达，它的字数是很有限的，所以判断它有独创性是很困难的。比如作品标题“家”“春”“秋”，这三个字没什么特色，但是放在小说中作为标题，大家就觉得很有意境。再如外文小说《Gone with the Wind》翻译成中文叫“飘”，就是一个字，它有独创性么，不好判断，那就认为只好不认为有独创性。因为如果另外一个人写了一部小说叫“飘”，我们不会认为它侵犯著作权，当然如果飘得里面都一样的话那就不行了。

小说、通俗读物，通常不会用很长的标题，否则别人都记不住，难道搞一些缩写来表示你的标题么。比如有个人写个本小说，名字叫“白日依山尽，黄河入海流，欲穷千里目，更上一层楼”，买这本书的时候太费劲了。但是论文之类的作品标题可以长一点，还可以搞个副标题，比如“论XX：一个实证分析的视角”，或者兼论什么什么。论文的标题通常都是论文观点的提炼，是所谓的点睛之笔。如果这个被人拿去用了，论文的精华可能就被拿去用了。论文有个特点，这个论文的标题，别人可能没想到，如果这个标题被别人看到了，可能豁然开朗。一旦点破了这个东西以后，可能论文结构都是差不多的。所以论文标题应该不会有的问题，只是文学作品、小说

这一类作品上面，对作品标题的独创性保护，独创性判断很困难，实践中也通常不会构成侵权。同人创作都不构成侵权了，何况标题去用一下。当然这里说的只是不构成著作权侵权，这是我们反复强调的。人家拍了一部电影，叫“色戒”，你把“色戒”拿去注册商标，作为商店的商标来用，恐怕也会构成一些侵权，但是不是侵犯著作权。

## - 作品角色

作品角色可能好理解一点儿。赚钱最多的角色就是米老鼠和唐老鸭，赚了几十年的钱了。我们国家什么角色赚钱比较多呢，赚钱年头最长的是孙悟空，1985年动画片《大闹天宫》出现后，孙悟空的形象就出现在大江南北。那时候商业运作的头脑可能比不上现在，现在喜洋洋灰太狼挣了很多钱，估计灰太狼挣的钱比喜洋洋多，当然也不好说。这个作品角色产生的是什么性质的权利，这个很重要。对这种角色给予保护是不难理解的，疑问是究竟属于著作权的保护，还是一种新型的权利。尤其拿作品角色去使用的时候，跟作品内容没有任何关系。比如喜洋洋的动画片里也没有出现过“你会读吗？”，广告里就有。假设这个广告的制作者没有征得著作人的同意，就把灰太狼的形象拿过来用，那会是怎么样的。我们看到这样的广告非常多，比如专门演皇帝的专业演员，做的广告太多了，比如喝酒，“朕就喝这种酒”。那两个皇帝专业户都做过酒的广告。皇帝什么东西都是专供的嘛，他说好，意思就是这个东西好嘛。

其实我们要考虑，这一类的行为究竟和著作权有没有关系。有一些行为可能会涉及到著作权侵权。比如说虚拟的角色，这个角色是画出来的。米老鼠、唐老鸭最早是画出来的，别人也搞同人创作，也搞米老鼠和唐老鸭，如果这个人搞得米老鼠和唐老鸭跟人家的搞的一样的话，是侵权的。人家不说故事情节的著作权，只说这两个“肖像”，也是有著作权的，因为那是美术作品。这种虚拟的角色是画出来的，它本身有一个著作权，是美术作品的著作权；这个故事、这个动画片是另外一个著作权。所以把人家的角色拿过来搞同人创作，就侵权了。但是作品角色如果是没有画出来的，比如《西游记》，吴承恩创作这个小说的时候也没有画出来，那怎么办呢。既然孙悟空是猴变的，我画一个真猴，反正跟吴承恩的有差别，那算不算用了这个角色呢。可能只用了这个角色的名称，但是没用这个角色的形象，或者这个角色原来就没有形象。一个虚拟的角色被拿去使用，比如说做广告，这样的情况太多了。比如孙悟空猴毛多，比较痒，拿着痒痒挠，说“本大圣用的很爽”。这个时候假设吴承恩还在著作权的保护期限内，怎么保护。这个问题，各个国家的情况不太一样。

在美国、在日本，都发展出一个新型的权利。在日本叫角色商品化权，这里的角色包括了真实的人物角色和虚拟的人物角色。美国叫公开权（Right of Publicity），意思就是这个形象进行公开使用的权利归角色所有者。这个角色的所有者可能是这个角色本人，也可能是角色的著作权人。这里的公开权是一个统一的概念，普通的自然人对自己肖像、隐私的使用都属于这个权利，就是说真实的自然人、虚拟的人的形象、商业化使用都被归于公开权之下。日本的角色商品化权也一样，也包括了真人和虚拟的人物。这种权利包括了三层，第一层是虚拟的角色，第二层是虚拟的人物角色，第三层是表演虚拟人物角色的演员。我们知道最有名的扮演孙悟空的人是六小龄童，他用他本人的肖像做过广告，也扮演成孙悟空的角色做过广告，这两种实际上是不同权利的利用。这里面问题是比较复杂的。涉及著作权侵权的只有一个，就是虚拟角色形象的使用。米老鼠、唐老鸭，以及猫和老鼠等等这些，只要用这个形象，就构成著作权侵权，因为这个形象本身是有美术作品著作权的。而虚拟的、不存在形象的角色通常是不涉及著作权的。比如说大学生表演节目，一个男生扮演张无忌，另一个几个女生扮演那些女的，但是故事情节和那个小说是没有关系的，只是用了这个角色的名字，自己策划不同的故事情节，这种情况不涉及著作权侵权。

## - 实用艺术作品

实用艺术作品，包括美术工艺品、装饰品、雕刻。按照修正案的说法，是“有实用功能并具有审美意义”的作品。所谓实用功能就是工业化生产的，比如钥匙扣、路灯，甚至包括汽车，特别是老爷车，很有造型，以至于我们都不敢坐进去。具有审美意义就是不单纯是一个产品。比如一般的电脑，不会觉得它有多么美感，不会觉得是一个艺术品，可能我们会觉得比较漂亮，但是不会觉得它是艺术品。具有一定的审美，才能被称为实用艺术作品，电脑通常不会称之为实用艺术作品。比如一支笔，一般的比不会认为是实用艺术作品，但是有的笔很有造型，以至于看到它以后不知道它是一支笔。实用艺术作品一定要强调它是有实用功能的。

由此产生了一个很早以前就有的概念，叫工业版权。具有审美意义，因而能够获得版权或者著作权，但是由于是在工业上适用，进行工业生产，可以大批量生产，所以被称之为工业版权。修正案之前一直在提这个问题，实用艺术作品究竟有没有著作权保护。按照著作权法的要求，独创性、可复制性，它完全符合，不给著作权保护是不是没有道理。之前有一种观点，认为要把著作权法和专利分开。后面学到专利就会知道，专利法上有一类专

利叫外观设计专利，如果保护这一类著作权，不就重叠了么。现在认为重叠是没有问题的，重叠也不能影响人家获得版权。因为工业外观设计申请专利以后，只能保护 10 年，10 年之后如果有版权，还可以继续按照版权保护。当然要注意，版权保护和专利保护最大的区别在于，版权保护不能排除别人自己创作完成的。如果别人复制你的作品是侵权，但是如果别人是自己创作完成的，就不能告人家侵权。而专利，是保持唯一性，你如果有专利，就会排斥别人相同或相似的外观设计，不用管它是不是自己完成的，都可以不让人家生产。这是二者之间的差别。

《伯尔尼公约》是允许一个实用艺术作品获得两重保护的，既可以申请专利，也可以获得版权。

## - 字体和字库

还有一类特殊的作品叫字体和字库。2009-2011 这几年，字库的案子特别多，方正、e 库等掌握字库的公司纷纷起诉。我们可能对于方正字库的两个案件，【方正诉暴雪案】和【方正诉宝洁案】有所耳闻。宝洁有一款飘柔，以前的“飘柔”两个字是艺术体字，也就是方正字库里面所谓的倩体字，现在超市卖的飘柔，这两个字已经变成比较正的字。宝洁当年用了这个字体的“飘柔”二字，方正就起诉宝洁，认为侵犯其著作权。该案详情请参见（2008）京海民初字第 27047 号民事判决书，有兴趣可以找到，这两个案子网上都可以找到。

这里面涉及几个问题：

1>前提问题：什么是字体，字体是不是著作权的客体；什么是字库。

2>法律问题：究竟是单个的字体有著作权，还是整体的字库有著作权？电子字库与字库软件是什么关系。

这些问题分歧也很大。很多人认为单个的字体是不能产生著作权的，有人问，难道倩体的“一”就可以有独创性么。还有些人认为单个的字体也应该有著作权。认为单个字体不应该有著作权的人认为整体的字库有著作权。可是整体字库有著作权就存在一个问题。中国的汉字有多少呢，常用的字只有几千个，现在已知的汉字好像不超过十万字，常用的不到十分之一，《新华字典》也不到两万字，还有大量的不常用的字。而方正正在设计这个字库的时候，最初只是创作了几千个汉字，理论上也不太可能把所有的字都设计出来，而是先设计几千个，做成字库就可以卖了，然后不断往里补充。这说明所谓的字体，简单来讲就是一个统一的字体的造型、统一的风格，它一定有规律，这个规律总结出来以后，后面的字会陆续加入到这个字库里面。如果按照整体的字库有著作权的话，这个字库是动态的，什么时候这个字库才有著作权呢。而且如果认为整体的字库有著作权，那么如果别人用了一个现有字库里没有的字，这是否侵权呢。字体的风格一看就明白，按照这个字体设计，把一个字库里没有的字设计出来，然后去进行商业化使用，比如注册为商标，这样是否侵权呢。所以单个的字体还是整个的字库进行保护，单个的字体保护是保护造型还是保护什么，对于设计风格统一但是不在现存字库里面的字，在掌握了设计的规律、方案的时候创作了这样的字够不够成侵权，这样的问题都可以延伸思考。

这些问题不直接给出答案，有兴趣可以看看判决书。

在讲了这么多的例子之后我们发现，实践中著作权的客体可能层出不穷。类型化分析的意义就是要学会把这些都归到前面已经掌握过的类型里面去。在方法上相同的时候进行这种归类，就不怕出现新的东西。因为随着科学技术发展，不知道将来还会出现什么。

## · 案例——关于唱腔的独创性

实际上虽然我们的《著作权法》列举了很多著作权保护的客体，最新的《著作权法》修正案里面列举了更多类型的著作权客体，但是实际上在实践中永远会冒出一些以前看起来是否能够纳入到著作权保护范围并不清楚的新的表达形式。还有一些传统的客体，由于实践中没有出现纠纷，所以没有显现出更多的问题。字库和字体就是实践中出现的新的问题而导致的。而这个案例涉及到的唱腔的问题，就是传统的著作权客体问题。它是早已存在的，但是由于没有相关事件，所以这个问题一直没有为人们所关注。这个案子发生以后这就成为一个问题，当然这个问题一直也没有引起学界很多的关注，可能还是因为实践很少。【《天仙配》案】也是杨老师亲身经历的案子。

我们知道中国的传统文化，曲艺，是《著作权法》所明确规定的一类著作权客体。但是唱腔能不能够放到曲艺作品里面去保护呢？曲艺在表现形式上是非常丰富的，戏曲在中国就有很多种，很多地方有自己的戏曲，当然很多戏曲有些有逐渐消亡的趋势。除此之外，中国还有传统的杂技，国外也有杂技，中国的杂技和国外有所不同。其他的曲艺还包括中国特有的相声。相声是按照文字作品的保护方法还是按照其他方法保护呢？国外有脱口秀，它跟我们的相声是不是一种类似的东西？诸如此类的问题很多。至于唱腔，传统戏曲都讲究唱腔，唱腔原来是口口相传的，也有一些文字的记载。文字记载主要是曲牌。中学语文可能会讲到诗和词的区别，词有词牌，曲牌和它是类似的。根据曲牌，有一些传统的剧目流传下来。很多是相同的曲牌，但是具体的词不一样。唱腔和曲牌有

一定关系，但是又不是完全一样的东西。一些国有的曲艺团体编的书里面有关于唱腔的定义，当然这不算是标准化定义。简单来讲，唱腔就是演员对戏曲进行表演的时候，身、形态、气的流转的运用、方法等。唱腔非常复杂，可以分两类，唱腔设计和唱腔表演。

唱腔具体怎么保护，这个问题其实是没有解决的。这个案子的二审法官，是深圳中院的一个法官，号称是曲艺世家，自称很懂这个问题，但是庭审中杨老师和他交锋了以后，发现他不比杨老师懂多少，他也是很朴素的观念。法官也对这个问题是很模糊的。所有人对唱腔可能都有一个认识，觉得唱腔就是那个咿咿啊啊七转八转什么的。人们都有一个概念，最不济的在春晚上都能听到一点儿什么是唱腔。很多学者看到这个问题的第一反应就是如果唱腔受到著作权保护，那么以后别人怎么唱戏、怎么学。其实这是两个问题，一个是要不要保护的问题，一个是如何保护的问题。受不受保护还没有讨论完，就讨论怎么保护，这或许会影响曲艺事业的发展。现在没有保护，曲艺事业也没有发展得很好。这是一个市场的问题，现在不受保护的情况下，尚且学习它的人越来越少，不能说加上保护就会加速它的发展了，这没有必然的联系。关键在于要用著作权获得保护的实质要件来考察唱腔能不能获得保护。

我们会联想到跟它类似的问题，就是唱歌。唱歌也有方法，通俗唱法不说，美声唱法总是有一些气息的运用、发声的方法、口腔的运用等。正常人说话发声的方法，跟唱戏或者唱美声的不一样。一直以来，对于唱歌等，是用表演者来保护的，不再从著作权的角度保护它。后面讲到邻接权也会讲到，邻接权可以起到一个著作权兜底的作用。客体要满足独创性，独创性的判断非常复杂。在这种情况下，如果一个表达形式的独创性很难判断，我们可以用邻接权保护，邻接权就不会去考察独创性，只去考察它是不是对一定的信息的传播。在英文环境下，著作权和邻接权都是 copyright。我们一开始就介绍到，大陆法系和英美法系的区别就是英美法系只有一个 copyright，是不区分著作权和邻接权的，而大陆法系是区分的，所以才会上纠结于这个问题。如果用英美法系的路子来走，可能这就不是一个问题。在现在的《著作权法》的模式下，唱腔能不能给予一个独立地位？唱腔分为唱腔设计和唱腔表演，这是曲艺界的人下的定义。至少对于唱腔设计者，能不能给予相应的保护？这种保护可能会由于曲艺的特殊性给予一些相应的限制。《著作权法》有一些相关的限制，比如合理使用，为了个人的学习欣赏的目的，可以使用他人的作品。现在《著作权法》修正里面，可能对这一条有所修改，我们先不去管它，至少我们是可以用个人学习的目的去使用的。也许可以把曲艺中徒弟的学习作为合理使用，来对著作权进行限制。另外在表演方面，师傅带出来的徒弟将来进行商业演出的时候，同样使用这个唱腔，是不是向师傅付钱？看起来好像没付钱，徒弟出去表演都是任意使用的，但实际上中国传下来的的师徒制已经解决这个问题。比如这场演出，邀请方给了一万块钱，徒弟只能拿到几百块钱或者上千块钱，其他的都师傅拿走了，其实这也是在付费。也许可以从这些事情中提炼出一种这一类型的著作权行使的新的模式。小沈阳火了，很多新闻就说小沈阳每场只能拿一点儿钱，大部分钱都被本山拿走了。人们都抨击本山如何如何，其实从学徒制的角度来考虑，这是合理的。当然徒弟不服，也可以单飞，某相声俱乐部就经常有单飞出来的。至于单飞以后，在这个曲艺界还能不能生存下去，那是徒弟自己的问题。至于保护期限的问题，可以对特殊类型作品的保护期限进行另外独特的设计。这在著作权法上是很常见的，比如计算机软件，它的保护期限就是单独设计的，不是走普通的、一般的著作权保护期限。很多作品类型都有一些特殊的规定。这些问题在制度上好解决，关键在于有没有独创性的问题。

这个案子中，严凤英的儿子就认为有独创性。如果我们对黄梅戏熟悉，对于严凤英的名字应该是不陌生的。尤其是对于安徽的同学，这个名字应该是知道的。有一年给比我们这一届大四五岁的同学上课，问大家知不知道黄梅戏，大家都说不知道；问知不知道《天仙配》，都不知道。那一届同学特别奇怪，后面几届至少还是知道的。

《天仙配》都不知道，还怎么谈恋爱啊。这里面的词都是耳熟能详、家喻户晓的，至于《女驸马》，这个大家不知道还说得过去，它没有《天仙配》那么流行。作为男性都希望上面下来一个七仙女，如果不是老七，老二、老三也可以啊；女同胞不知道是因为不感兴趣啊，仙女没事儿下嫁干什么啊。这是开玩笑。本案中，严凤英对这几个代表性曲目的独特的唱腔是有实质性的贡献的。有专门的人研究严凤英的唱腔，类似于有专门的人研究《红楼梦》。中国有红学会，杨老师一直好奇国家为什么还拨款成立这么一个学会去研究红楼梦，业余时间研究一下就行了嘛，为什么还拿老百姓的钱去研究《红楼梦》呢。很多人以红学专家自居，研究得再好也不过是研究《红楼梦》嘛，能对国家发展做出什么贡献呢。回来说唱腔，有人研究唱腔，主要是从曲艺流传、发展的角度研究，确实发现她很多独特的地方。

此案中，是严凤英的丈夫和儿子作为原告起诉的。他们就是以这些研究为基础，认为唱腔是可以产生独立的著作权的。如果这个命题成立，被告的行为构成侵权就没有问题了。但是被告觉得很冤，长期以来它不觉得这里面有著作权。《天仙配》这个电影是 1955 年拍摄的，被告也是在这个电影的基础上制作了相关的录音录像制品

进行销售。一切的问题都归结于有没有独立的著作权问题。这个问题没有答案，可能每个人看法都不一样。

杨老师认为，从著作权所要求的独特性的角度而言，唱腔能够产生著作权应该是没有理论障碍的。有人提出可固定性、可复制性怎么理解，在唱腔中能不能存在。它的思想和表达是不是不可分的，是不是只有这么一种表达方法。杨老师认为，这种唱腔，包括其他曲艺领域的著作权保护客体都有这个问题，它更像是美术作品那样，是依赖于个人的技艺、技能。每个人都可以画长城、画天安门、画未名湖，但是每个人画出来的即便再像，也是两个作品。徒弟来学徒过程中，模仿老师的唱腔，我们可以从两个角度来讲。一个是付费，我们认为徒弟实际上是付费了；另外一个角度可以认为是老师的许可，老师教徒弟当然要让徒弟模仿自己。如果进行商业使用，当然应该付费。至于制度怎么建构，可以相应设计。我们只是回答有没有独创性的问题，这种独创性其实是有可复制性的，这种可复制性在于，如果掌握了这种气息的使用方法，当然可以重复使用。如果没有可复制性，实际上就没有唱腔这一说了，因为不会形成固定的流派。唱腔就是一种曲艺的表达方式的不断重复，形成一种腔调。就像一个人说话的腔调，是有一种模式在里面的。声音本身就是作品的载体，所以可固定性也是没有问题的。

这个案子的一审法官其实是被杨老师他们说服了，一审法官很想判，但是不敢做第一个吃螃蟹的人。杨老师他们找专家论证，都给他提供了充足的证据，他也比较倾向于认为有独创性，但是不敢判，最后判原告败诉。上诉以后，二审法官倒是反对，认为没有独创性，理由是他是曲艺世家，认为没有这么一说。我们认为《著作权法》不是列举式的，或者说不是完全列举式的，并非不在它列举范围内的就不是著作权客体。当然我们也不能说他的观点毫无道理、胡说八道，只是观点不一致，个人的理解不同。

我们可以研究一下这个案子，它是深圳中院二审判的，拖了很长时间。一审是从2005年年底拖到2007年才判，二审一直拖到2010年才判。因为这个案子，杨老师在一审判决后写过一篇文章《唱腔、戏曲作品与戏曲电影作品的著作权问题》，发表在2007年《知识产权》第1期上的。这个案件中涉及的一些问题可以去思考。

著作权领域里面，这种存在争议的、不同观点都觉得有道理的问题还有很多，因为表达形式实在是太多了。创作形式都有这么多，实践中新的、以前不太注意的作品表达形式，如何给予一种著作权法的定位，如何对它进行著作权法的保护，这样的问题还有很多。已经发生的相关实践与此对比，应该说还是要少很多。理论上出现的东西永远比实践要多。有时候实践比理论发展得快，但是有时候理论可能比实践更丰富。著作权法就是这样。

## Lecture4

# 著作权的主体问题

这一讲讨论权利归属。不同的创作行为所产生的作品，相应的著作权人是谁。我们主要是讲原始取得，继受取得不需要专门地讨论太多，因为它是基于转让、继承发生的，没有太多著作权法上的特殊的问题。著作权法特别要解决的主要是原始解决，这一点没有办法用民法上的其他制度来规定。

## 一、著作权的原始主体

所谓的原始主体，自然就是说著作权产生以后的第一个主体。原始主体通常都是作者。如果法人也可以成为作者的话，可以说原始主体就是作者。

原始主体的这种地位是基于法律规定或者合同约定。之所以这里有合同约定，下面会讲到委托作品的权利归属问题。委托作品可以用合同来约定著作权人的，这种约定是原始主体。但是这里有一个问题，这种约定是不是约定作者身份，也就是 authorship 这个概念，这个问题是著作权法没有解决的。大家都说著作权可以根据合同约定，可以是委托合同约定的。那么假如合同是这么约定的：甲委托乙创作一个作品，约定由甲作为著作权人，那这个作者是谁呢，作者跟原始的著作权人是不是等同的。如果不等同，因为是乙创作完成的，那么认为作者是乙，而著作权的原始主体是甲。这就会有一个问题，既然作者是乙，著作权人是甲，著作权人和作者是分离的情况下，为什么还能认为甲是原始主体。作者是什么，是作品的创作者、完成者。一些似乎已经没有什么疑议的认识实际上还是存在问题的。从理论上推论，甲应该是继受主体。因为著作权是自动产生，所以乙完成作品的一刹那，乙就应该是作者，作者自然就应该有著作权，然后再根据合同的约定，甲成为著作权人。这是一个简单的推理。有的人不这么认为，认为甲是原始主体，乙只是有一种身份，就是署名权。这实际上是矛盾的。

总之我们回到这个概念，原始主体解决的就是谁是最早的、第一个著作权人，而这种地位是由法律规定或者是合同约定的。所谓法律规定，实际上著作权法没有明确的规定，这是法律隐含的意思。完成作品的人是著作权人，完成作品的人是作者，所以如果说有法律规定，那就是说原始主体是作者。

### · 法人成为原始主体的问题

法人作品，法人作品的作者当然是法人，如果法人是原始主体的话，那么法人是不是作者。这是一个问题，这个问题现在看起来争议不大，但是在以前，甚至就是几年以前，大家还在讨论法人能不能成为作者。这个其实和上面提到的委托是有点儿类似的。按照法律规定，符合登记条件的作品的作者应该是法人，法人是原始著作权人，但是实际完成这个作品的自然人可以署名。这是很多人的自然反应。实际上这是错的，如果自然人可以去署名，那一定是职务作品，不是法人作品。法人作品的署名一定是法人。这是很简单的道理。我们去看著作权登记，如果登记的是一个公司，这是法人作品；如果登记的是一个自然人，就可能是一个职务作品，因为也有自然人自

己享有著作权的。既然登记的时候，直接登记某一个作品的作者是法人，显然这个法人作品创作完成之后所产生的第一个著作权人就是这个单位，当然要符合法律规定的条件。

但是职务作品和法人作品的区分是中国特有的。在国外跟国外学者讲职务作品和法人作品的区别，是很难讲的。他们没有这个概念。我们人为区分这两种作品就出现一个问题，要不要让实际完成创作人署名。如果让他署名，怎么再去区分职务作品和法人作品？如果允许实际完成人署名的话，职务作品和法人作品就没法区分了，至少从外观上是区分不了的。所以我们国家的著作权法人为制造出了这种矛盾。杨老师认为保留职务作品就够了，不需要法人作品这个概念。

我们《著作权法》的这次修订没有要改变这个问题，还是保留法人作品概念。倒是在表演者权中增加了职务表演，这在后面还会涉及。一般来说著作权的原始主体是要解决作者的问题。自然人自己创作，作为作者、作为原始著作权人，都没有问题，关键就是法人的问题。后面讲到职务作品、法人作品还会讲到这个问题。

有些国家规定只有自然人能够成为原始主体，没有公司、法人成为原始主体的问题。我们现行《著作权法》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”，最核心的概念就是代表法人的意志。不要认为是由法人出钱或者物质条件，这里最核心的是代表法人意志。我们经常看到法人作品，《人民日报》上经常看到某某社论，或者署名为国务院的文字。它是代表法人意志的。当然我们学习民法、公司法会提到，法人的意志还不是由自然人形成的么，依照一定的机制，有人认为实际上是一种自然人意志的集合。换句话说，实际完成作品的人并不把自己的个人意志加入到该作品中去。换句话说，从创作行为本身来看，这样的作品创作，这个自然人也不应该成为作者，因为不是他的体现，他相当于是一支笔，只把别人的意志写下来。当然这是中国特有的问题，人为区分法人作品和职务作品，就必须这么去解释。试想一下，如果只有职务作品，没有法人作品的概念，就不会有这样的解释的问题了。

关于原始主体的认定，从诉讼的角度来讲，最直观的证据是署名。我国《著作权法》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。”从中我们还可以发现，我们国家《著作权法》早就承认了法人可以成为作者。现实中署名为法人的现象很多，尤其是计算机软件、影视音像作品、图形作品，比如建筑工程设计图、地图等，很多都是法人直接署名的。所以无论是否争论是不是应该存在法人作品，法人成为作者已经成为一个不争的事实了。

## 二、特殊作品的著作权原始主体

### 1. 合作作品的著作权主体

合作作品的著作权主体问题，理论上和实践中差距还是挺大的。因为我们说合作，马上会想到民法上的概念——共有。什么叫合作呢，参加创作的每一个人，肯定不止一个人，都对这个作品做出了实质性贡献。

#### • 关于实质性贡献

合作作品最核心的概念是实质性贡献。作者应该是有实质性贡献的，不能仅仅是提供了某种帮助或者条件。比如夏天创作者很热，给创作者扇扇子、做做饭的人不算是合作作者。很多人写书说“此书献给我的妻子”，估计就是给他做饭；还有人写“献给我的孩子”，估计就是一种情感上的帮助，当然没准孩子也有一定的贡献，比如孩子可以给作者娱乐一下，创作者要劳逸结合，要休息呀，儿子围绕膝前提供精神上的安慰，给创作提供原动力。以上是开玩笑。实质性贡献就是对作品的 idea 有贡献。作品表达什么，需要是大家的智慧，不能是一个人的智慧。如果是一个人的智慧，全部都设计好了，让别人来打工，按照这个框架来写，从理论上讲，不应该成为合作作者，但是实践中，这些人往往都成为了作者。比如一个导师设计好一个框架，让一些人来各写一章，这些人都成了作者了。所以实践中，如果从署名上来看，这些人都是合作作者，因为都署名了，只能说署名的人都是合作作者。但如果从实质上判断什么是合作作者的时候，会发现和事实是不同的，这些人只是完成了别人的创意，或者说第一作者的创意。所以实践和理论是有差异的。从理论上理解什么是合作的时候，特别是用民法上的共有理论来理解的时候，就会发现实际上差异很大。我们讲的共同共有是每一个所有权人都对这个客体可以行使完整的所有权，不能只支配一部分，那就可能变成按份共有了。甚至按份共有在使用的时候也可以及于整体。因为有些客体是按份共有，但是从物质的角度，它无法使用一半。比如约定这个桌子两个人各 50%按份共有，实

实际上只是约定了处分以后收入分配的比例，但是两个人都可以用这个桌子，并不是说只能用一半，非得小学生那样中间画一条线。合作作品更是如此，一半的作品怎么用，没法用。有的是可以用的，比如书，特别是汇编在一起的书，每个人写一章放在一起，每一章又是一个独立的文档，这种就可以拆开用。但是有的是不可以的，比如两个人合作完成一部电影，完成后无法每人各用一半。合作作品更强调对作品创作共同的贡献。所以判定构成合作作品的时候归纳出一些构成合作作品的条件，但是实践中这些条件都被抛之脑后了，只看署名。署一个就是一个人单独的作品，署两个以上的就叫合作作品。但是现实中的很多署名其实是不遵循著作权法的理论、规律的。

## • 合作作品判断的条件

1>有共同的意思联络。对作品的创作，要创作一个什么样的作品，事先应该有沟通。现实中实际上有时候不是这样，有时候是各自完成了以后，事后才合在一起的。比如几个人各写了一篇文章，后来大家觉得可以合在一起出本书，事实上是没有共同创作的意思联络的。他们可能只是共同讨论一个主题，比如四个人各写了一篇关于物权的文章，后来发现合在一起出本书挺合适，对于这本书而言，究竟是什么作品，严格俩讲不应该叫合作作品。

2>合作作者必须都实施了实质的创作行为，至于合作者之间的具体分工则在所不问。共同共有内部关系应该彼此是平等的，合作作者应该也是一样的。但是问题在于事实上有的人写得多点儿，有的人写得少点儿。一本书50万字，一个人写了40万字，另一个人写了10万字，是不是写得少的享有的著作权分量就轻一点儿呢，也不是。只要是每个人都有实质的贡献就可以，当然这在实践中的判断很复杂。如果不出事儿，大家是合作作者没有问题；一旦出现合作作者彼此之间的诉讼的时候，就会很麻烦。比如合作作品中A、B、C三个人署名，C起诉说B不应该是作者，是A把他强行拉进来的。这种情况出现后，能不能把B剔除出去？按照合作作品认定的两个条件，就要看B是不是进行了实质的创作。这个认定在实践中就不是那么容易了，什么是实质创作、他们是不是有共同的意思联络，就不好说。现实中很多合作作品的创作过程都不是说有很多严格的、明确的、事先的意思联络，往往都是后发的。

## • 合作作品是否可分

除了这两个方面外，关于合作作品还有一个值得思考的地方，就是合作作品是不是可以分。后面讲到汇编作品的时候还会涉及这个问题。实践中合作作品和汇编作品其实是很相似的。而且，一个作品上面署名A、B两个人，这个作品究竟是合作作品还是汇编作品？汇编作品之上也有可能是合作的关系。比如看一本书，这本书是由两个作者共同汇编完成的，书里的内容都不是这两个人自己写的，但是是他们两人编在一起的。比如两个人编了一本“2012年民法学中国研究现状”之类的书，里面的内容不是他们两人写的，但是是他们两人按照某一种体例编写的。这两个人是合作关系，这个作品是汇编作品，同时也是合作作品。是合作作品的是这个汇编作品，而不是书的内容，书的内容各自有自己的作者。合作作品和汇编作品有时候会重合，重合就在于是由多个人合作完成汇编工作的情况。一般我们讲合作作品，是多个人合作完成创作工作，这种是比较简单的，比如两个人合作写一本原著。还有一种是两个人合作完成汇编工作，这个作品就既是汇编作品，也是合作作品。这是不一样的，讲到汇编作品的时候还会讲到。

所以严格来讲，合作作品应该是两个人合作创作某一个表达。汇编作品的独创性体现在汇编上，而不是内容上。汇编也是一种表达。实践中，合作的产生其实是很随意的，两个人之中，任意有一个人把另一个人拉过来，一起署名，另一个人就变成一个作者，实际上可能根本没有进行实质的创作，我们只能依据刚才所说的《著作权法》的规定，没有相反规定的情况下，只要在作品上署名，都认定是作者。署了一个名就是一个作者，署了两个、三个、四个名就是合作作者。

所以，最核心的认定作者的方式不是实质的创作行为，而是署名。实践中比较复杂的问题就是没有署名的问题和合作作者彼此之间争议的问题。这时候就看谁进行了实质创作。很多喜欢考据的人，经常写一些文章，新发现什么作品不是我们所熟知的作者写的，是另外一个人写的。如果真的是有证据的，其实就是推翻了署名。署名其实类似于民法上讲的登记、公示制度。著作权是一个绝对权、排他权。学物权法我们知道，这种绝对权是需要公示的，否则权利的排他性就没有正当性来源。署名也是一样。作者的身份可以署名也可以不署名，不署名不代表没有作者身份，但是需要证据去证明。实质上是不是一个作者，这是一个实体性问题；发生争议以后要证明自己的作者身份，这是一个程序法的问题，要拿出证据来。

既然大家都对这个作品做出了实质性的贡献，那可不可以分呢。实践中似乎这不是一个问题，肯定可以分呢。这本书有三章，一人写了一章，各自用自己的一章就可以嘛。合作作品是否可分，这个问题恰恰说明了我们实践

中合作作者和实际创作行为之间的断裂。我们实际上是不去要求对实质性创作行为的判定，而是完全根据署名。完全根据署名的话，作品的分割就不是一个问题，很多时候作品中写得很清楚，哪个作者写了哪一章。

汇编作品当然是可以分割的，但是合作作品理论上讲，从本质上来说应该是不能分的。比如几个合作作者在一起分，哪一块儿是 A 的，哪一块儿是 B 的，哪一块儿是 C 的。这是不能分的，因为每个人都对它进行了实质性贡献，如果可以这么分的话，那应该是一个典型的集合作品了。集合作品的概念的问题就更复杂了。其实大家很熟悉集合作品，我们写论文、作业的时候都喜欢去查期刊杂志，期刊杂志是典型的集合作品。集合作品既有合作作品特点，也有汇编作品特点。期刊的文章彼此之间完全是独立的，内容上都是差别很大的，为什么汇编在一起呢？杂志社要有一定的编辑的，比如说这个栏目放什么文章、那个栏目放什么文章，文章的长度多少，都有编辑在里头。但是这种编辑不能让杂志本身形成一个独创性的东西。很多传统的、典型的汇编作品，虽然内容是已经有的信息，或者是别人的作品，但是汇编在一起要表达一个独创性的意思。比如说，波斯纳的纪念文集，这个作者编出来的波斯纳纪念文集都是波斯纳的文章，要用这个文集来介绍波斯纳的学术思想。而集合作品，比如《中国法学》2013 年第一期，这个杂志表达了什么意思？不表达什么意思。它如果表达一个意思的话那就坏了，《中国法学》创刊到现在这么多期，改变的只是第几年的第几期，每一期没有自己要表达的意思。但是它又有一定的汇编的成分在里面。这是实践中要注意区分的，实际上我们可能会涉及的是三类作品。汇编和合作作品是经常重合的，而集合作品比较典型，一看就知道。

## 2. 职务作品的著作权主体

职务作品有的又被称为雇佣作品，指的是员工在雇佣期间，在他的工作岗位的要求下所必须完成的作品。这就有个问题，一个作品是基于工作要求产生的作品呢，还是业余生活创作的作品。比如大学老师的岗位是教学和科研，很多老师写了很多文章，杨老师跟他们开玩笑说这些作品是职务作品，单位可以优先使用，因为他们的岗位就是科研。这就类似于前面讲的【中国第一教案案】，教案究竟应该怎么处理，利益分配是怎样的，其实是不清楚的。不是法律没有规定，而是大家不认为它是个问题。在 80 年代或者更早的时候，对于教案，学校就是有很大的主动权的。现在对于教案，学校没那么强调了，尤其是大学，学校也不管，不会主张对教案的权利。职务作品其实就有这个问题。

我们讲职务作品最典型的特点是权利归属带来的作品使用问题。单位雇佣你，你在单位雇佣的岗位的要求下要完成一定的作品创作，但是怎么去创作自己决定，就是我们说的作者的意志。换句话说，怎么创作单位不管。职务作品最典型的是记者完成的作品，既然是记者，写稿子是他们的工作，但是稿子写出来肯定是有著作权的，现在问题是著作权是谁。按照我们国家规定，著作权归作者，就是归实际完成作品的人。但是雇佣的单位在其业务范围内，在两年的时间内，有优先使用的权利。

所谓优先使用，什么叫优先，优先的范围有多大？老师写了一篇稿子，假设很不幸被学校知道了，学校看写得不错，让他在学校先发了，这样再投到杂志社，杂志社就不要了。可是发完了以后，这个老师能不能告学校侵权呢。老师认为自己有发表权，怎么能学校拿去发表呢，单位认为自己有优先使用权，在业务范围内可以优先使用，大学是教书育人的，放在主页上让同学们阅读，这是教书育人的范围。我们通常会去关注报纸、期刊，报纸记者写出来的文章优先在本单位发，这是没有问题的。但是记者写了篇稿子放到别的杂志上去，比如《体坛周报》的记者，写了文章放到《足球报》去发，《体坛周报》就把他开了，因为它有优先使用权。可是这个优先使用权包不包括发表、复制，包不包括很多著作权的权利内容，比如信息网络传播，究竟包含多少。这个问题看似很简单，《著作权法》规定得也很清楚，可是实践中很多人没有去想过，真正出现纠纷的时候，大家才发现这确实是个问题。

### • 职务作品的认定

首先职务作品的认定是相对比较容易的：

1>看单位和作者之间有没有雇佣关系，这个雇佣关系可以是长时间的，也可以是临时的，但是一定要有雇佣关系，如果没有雇佣关系，就变成委托了；

2>是不是他的职务所需要的业务范围内。比如《体坛周报》的文字记者拍摄了一组很漂亮的照片，到出版社出版了一个照片集，这个照片不是他的职务作品，因为他的职务并不要求他摄影，只是要求他写文字。签合同都要明确岗位职责，大学老师都是教学、科研，当然现在把科研放在教学前面了，老师的生死取决于科研，不取决于教学。教学教的很差也不一定会死，科研很差肯定会死。很多人就质疑每一个大学都变成中科院、社科院了，

都搞科研、数篇数了，教多少学生不管。所以这就可以决定了这是一个职务作品。

## • 职务作品的权利归属

它的权利归属，按法律规定，由单位优先使用。这是很明确的规定，但是这个规定怎么去用？所有的权利都归作者，包括署名、财产权利，都是作者的，而单位可以优先使用。发表权是一次使用就没有的权利，不能总是发表，不能一篇文章发表了十次，作品只能发表一次，后面的都叫复制。有人说自己的演说发表了十几次，都是同样的内容，后面都是表演再现。发表权是指是否把作品公开的权利，可以是向所有人公开，或者向由作者授权的人公开，以及不公开，这些都属于发表权的内容。而优先使用权实际上和发表权是有冲突的。比如一个记者是专门报道意甲的，每个星期有任务，要报道比赛。稿子写出来，一旦在自己所在的雇佣单位发表以后，这个稿子不可能在其他报纸上发表，除非若干年以后这个记者集合起来一个个人作品集。所以优先使用权和发表权是冲突的。

还有业务范围的问题。业务根据什么确定，是不是根据商事登记来确定呢。学习商法会学到商事登记制度，商事登记会登记经营范围，是不是通过这个来判断业务范围。比如一个报纸，就有一个业务范围。可是现在很多报纸都隶属于出版集团，某一个出版集团下面有一个报纸，那这个业务范围是按照集团来算还是按照报纸自己来算，法人关系怎么处理？比如一个集团，下面有很多子公司，学过公司法就知道，子公司也是有独立的法人地位的，但是集团也要商事登记，也要登记经营范围。这个优先使用权究竟是属于子公司、报社呢，还是归这个集团，这在著作权法上都不清楚。所以作为记者，是有这样的法律风险的，特别是对于那些要跳槽的记者来讲。把这一点弄清楚是很重要的。比如一个记者写了一个很好的稿子，他马上就要跳槽了，他到底给不给原来的单位，突破口就是这一条。如果不属于业务范围内，就没有优先使用权。

另外优先使用权的范围，排他性有多大，这些其实都是不清楚的。这里只是提出这些问题。我们看法条很简单，只是讲职务作品按照两个条件，有没有雇佣关系、是不是范围内认定，职务作品著作权归个人，单位可以优先使用。可是实践中实施起来，并不是很简单的。

我们国家相关的法律还规定，如果作品完成两年之内，单位在其业务范围内不使用，隐含的意思是没有正当理由，比如单位就把这个稿子搁着，对这个记者不满意，或者要整他，根据我国法律的规定，“作者可以要求单位同意由第三人以与单位使用的相同方式使用，单位无正当理由不得拒绝。其许可使用作品所获报酬，由作者与单位按约定的比例分配”。这有一点点类似于强制许可使用，当然我们国家《著作权法》没有强制许可使用，我们讲到专利法再讲强制许可使用。在这个时间内单位不用，作者作为著作权人，由于优先使用权约束，他在这两年很焦虑。作品可能有一些时效性，有些作品过两个月就废掉了，没有什么用。这种情况下可以要求单位同意，第三人以相同的方式的使用。就是说单位享有什么样的优先使用权，第三人就以相同的方式使用，然后有分成。

超过两年以后，单位还可以使用，仍然是在其业务范围内继续，但是没有优先使用权了。这一条规定对于一些影视音乐作品很有意义，对于文字作品一般没有多大意义。因为文字作品特别是一些新闻报道等，时效性比较强，一般就是用一次。但是对于影视作品、音乐等，这一条是很有用的。比如一个音乐公司或者叫音乐工作室，它旗下有一些歌手、写手、作曲的人，它们之间有这种雇佣关系。这些人写了一首歌，这个音乐工作室或公司就使用了，两年之后还可以用，这就是在业务范围内继续使用。

但是这一条面对实践也解决不了全部的问题。两年之后作为作者，能不能许可第三人独占许可使用权？这里解释一下什么叫独占许可使用权。我们理解许可使用，用益物权就是许可别人使用有体物，比如最典型的是土地使用权，商品房的土地使用权很多时候是对这个土地的独占使用权，当然一块土地上的商品房有很多户，这个使用权可能是很多人共有的。许可使用权在知识产权里面也是这样，这个作品、专利、商标，作为权利人，可以许可给别人用。许可就会产生三种方式，这和物权法就不太一样了，因为客体是非物质性的，所以可以自己用，同时别人用。有体物通常是许可别人用，自己就用不了了。我自己骑一辆自行车，借给你用，我自己就不能还用了。如果我自己用，你也用，那就不叫许可别人用了，那是我们俩一起骑，今天我载你，明天你载我。著作权领域里，许可使用就是说别人可以完整地使用这个作品，但是并不影响作者自己也完整使用这个作品。许可使用有三种类型：

①普通许可，你用、我用、他用，大家都用；

②排他的许可，除了许可人和被许可人，其他人都不能用。对于被许可人而言，除了著作权人之外，其他人被禁止许可使用；

③独占许可使用，就是连著作权人自己都不能使用。知识产权领域的独占许可使用很像物权法上的用益物权，

只能一个人用，就是被许可人。

回到原来的问题。作品完成两年后，单位可以在其业务范围内继续使用。但是如果说作者在两年之后许可另一个人独占许可使用如何处理。比如出版，报社的一个记者，他写的作品首先在报社发表了；若干年以后把他几年的作品集合起来出一本书，许可给出版社，独占许可，著作权法中这叫专有出版权。这时候单位出来说自己还可以继续使用，如果自己还可以使用，就不叫专有出版权了，出版社肯定也不干。这一条规定看似清楚，但其实没有解决这个问题。单位可以继续使用，法律上能不能解释为排除其他人进行排他许可或者独占许可的可能性。也就是说对于职务作品著作权人即便是在两年以后，也只能进行普通许可。如果是这个意思的话，职务作品受到的约束太大了，作者还不如把著作权卖给单位算了，单位肯定也不惜得买，反正自己也可以继续使用。所以这一条在这一点上不清楚。

## · 特殊职务作品

以上是职务作品一般性的规定。我国《著作权法》还有一条针对特殊职务作品的规定，这一类职务作品的著作权除署名权之外，归单位所有，实际完成作品的受雇者只能在作品上署名。这种职务作品包括两类：

### 1>主要是利用单位的物质技术条件，由单位来承担责任的作品。

它与法人作品的区别是不体现法人的意志。所谓单位承担责任，就是这个作品如果侵权了，由单位来承担相应的法律后果。这一类型的作品，按照现行《著作权法》的规定，是指工程设计图、产品设计图、计算机软件、地图等，这几种才属于这一类作品。比如写了一本书，即便是职务作品，也不属于这一类。所以它有客体类型的要求，也有创作过程的要求。

### 2>法律、行政法规规定或者合同约定的其他的这种职务作品。

也可以约定，在私法领域约定永远是优先的。

这是一类特殊的职务作品。不能简单地说是职务作品的著作权都是归作者的。

## · 法人作品与职务作品

我们总结出来法人作品和职务作品的区别。首先一个区别是雇佣关系，法人作品并不要求法人和实际完成这个作品的人之间有雇佣关系，但是职务作品一定要求。比如公司找一个人，委托他创作一个什么东西，必须按照公司的意思来。法人作品最核心的是这个作品是法人意志的体现。这也是法人作品和委托作品的区别，其他方面法人作品和职务作品就很难区别了。

有人就会问，国外不区分法人作品和职务作品，在实践中会有什么问题。其实没什么问题。法人作品需要雇佣关系，这个雇佣关系怎么去理解？比如我委托你创作一个作品，体现我的意志，也可以理解为一个临时雇用，一锤子买卖，这个合同结束，我们之间就没什么关系了；第二体现意志的问题，说一个作品体现法人意志是有一些的，但是实践中更多的是创作人自己的意志。比如法人让一个人创作一个北京市地图，这个就够了，北京市地图是非常客观的东西；再如让你写报道，要求突出中国运动员的精神面貌，未必要要求突出某某运动员的精神面貌，记者都会表达出来的。所以很难讲法人的意志是什么，最多规定一个方向，真正在实践中，完全体现法人意志的作品是很少见的，法人只是规定一个方向。比如北大委托一个人设计校徽，大概会告诉包含哪些元素，不会告诉对方必须是圆的，否则对方就没有一个作者的因素了。

现有的立法体系下，既然规定了法人作品和职务作品，就要区分。唯一的线索就是署名。但是总是有问题，规定这一类作品是职务作品，权利都在法人身上，但是作者可以署名，这一类和法人作品又有多少区别呢，除了署名外是不是没有太大的区别了。这些差别是不是太细，是不是可以像美国版权法那样就是基于雇佣关系，这个雇佣关系可以是一时，可以是长期，这个雇佣强调的是有一个雇佣的合同。

## 3. 委托作品

我们学过民法，知道委托是什么法律关系。委托作品，简单说 A 委托 B 创作作品，作为委托人会交代一些构思、想法，受托人根据委托人的意思，具体完成作品的创作。但是受托人不是完全受制于他的意思，委托人只是规定了作品创作的大致方向，至于具体的表达，怎么去完成表达，还是受托人自己完成的。

委托，双方当事人有委托合同存在。按照我们国家《著作权法》规定，委托作品著作权归谁享有，由合同先约定。如果没有约定或者不明，著作权归受托人享有。这个著作权指的是所有的著作权。

## • 委托作品与职务作品

委托合同和雇佣合同在实践中是很像的，尤其是临时雇佣合同：

1>雇佣可以长期雇佣，也可以是临时雇用，临时雇用和委托就很相似；

2>作品创作上，职务作品是基于岗位要求，但实际上岗位要求和委托作品中委托人的意向是很相似的，就像委托你创作个校徽、写个报道，这个岗位就要求有意向性的，作为记者就是要求写某个方向的新闻报道；

3>在归属上，两个有相似的地方，职务作品的著作权，如果是一般职务作品而不是特殊的，也是归实际完成人。

要区别二者，主要还是从合同区别，是委托还是雇佣。通常从外观上、实践中区分二者，是很困难的。一个核心的区分的方法是，委托的合同主要是围绕创作什么东西来签订的，并且有报酬；而职务作品的合同是雇佣合同，在签订雇佣合同的时候并不涉及作品的创作问题。从合同的外观上可以比较客观地区分。如果是委托，这个合同一定是围绕作品来确定的；如果是职务作品，一定是先签雇佣合同，明确岗位，明确之后创作的作品不用再明确著作权归属了。如果涉及作品创作，通常会委托。

当然在职务作品里，往往也会涉及权利归属，但是是一个概括的归属。委托是一锤子买卖，职务作品有时候签雇佣合同也会涉及，在岗位职责中规定在雇佣期间，受雇人所完成的作品的著作权归谁所有。这一条就跟委托作品进行区分，委托作品是就某一个具体的事项产生的归属；职务作品是进行概括性的权利约定。

外观上也许能够区分开来，但是实践永远比法条复杂。实践中只能根据证据，作为律师就朝着自己最有利的方面证明。律师水平高低就这样体现的，明明职务作品对你更有利，把这个案子做成了委托，这就是水平的问题了。

## • 委托人的权利

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》，对委托作品也有一个规定，这个规定是解决什么问题的呢？我委托你，如果合同规定受托人享有著作权；或者没有约定或不明，也是受托人享有，那么委托人呢，可以干什么呢？委托人又不是雷锋，难道他给受托人钱创作作品，著作权归受托人，跟委托人没关系？不可能，委托人肯定要享有些什么。委托人在什么情况下使用作品呢，在约定的事项范围内使用。如果双方没有约定，就在委托创作特定目的范围内免费使用。A 委托 B 创作了一个作品，如果合同明确说这个作品是做什么用的，没有约定权利归属的情况下，A 可以在这种情况下、这个范围内使用，否则 A 就成了资助了。显然 A 不是资助，一定要享有一定的利益。

如果连创作目的都没有约定怎么办呢？有时候签合同很简单，A 委托 B 创作，没有说创作是干什么。这个时候怎么办，A 可不可以用，什么范围用？如果没有约定，只能在委托创作的特定目的范围内使用，这就只能个案看了。比如 A 委托 B 做校徽，A 可以用，而且只能做校徽，不能拿去注册商标。这是委托创作的目的，在实践中判断是一个很重要的问题。换个角度说，这是委托合同的应有之义，我委托你做，我当然就可以用，当然如果约定著作权归我，就跟你没关系了。这个规定主要是著作权归受托人的情况下，委托人还可以用。

## • 两个思考

这里有两个思考：

1>约定由委托人享有著作权的委托作品是否属于著作权的转让？

这是一个学理问题。如果规定委托人享有著作权，是不是也属于著作权的转让，只不过在一个合同解决这个问题？

2>委托与职务相结合的情况

实践中还有一个有意思的问题，就是委托与职务相结合的情况。A 是一个单位，B 是一个单位，C 是一个人，A 和 B 是委托关系。上面说的受托人似乎是一个自然人，实践中也可能是一个单位。B 接受了这个任务，交给他的员工来办，B 和 C 是职务关系。假设 B 和 C 在签订雇佣合同的时候，约定所有的著作权都归 C 所有，A 和 B 签委托合同的时候，签的是著作权归委托人。这种情况是有可能出现的，可能 A 与 B 的合同签订的时候忘了有这么一回事儿了。这种关系有意思的是，如果都不做特别约定，B 和 C 之间归 B，A 和 B 之间归 B，这就没有矛盾了；问题是约定，A 和 B 约定归 A，B 和 C 约定归 C，这就有问题了。如果规定 B 和 C 之间归 B，也没

问题。但是偏偏这种情况就有问题，这个问题其实很有意思。我们国家的法律没有对这个问题作出规定。两部分分别有规定，合在一起就没有规定了。

## 4. 汇编作品

### · 汇编作品的含义

第四个类型是汇编作品。前面讲合作作品已经涉及了汇编作品。汇编作品定义上是汇编若干作品、作品片段或者不构成作品的数据、信息，对这些作品的选择和编排体现独创性的作品。对这些作品的独创性体现在编排上，比如数据库。最早的引起争议的是电话簿，最早的电话号码是公共信息。

汇编作品的内容包含的信息不管本身有没有著作权，汇编作者对内容往往是没有著作权。如果也有的话，作者把自己的作品编成一本书、文集，学者到了一定年岁出版个人文集，是不是汇编作品呢？学者编文集如果出版早了，还会导致学界的人嘲笑，这么健康出什么个人文集啊，不太吉利，个人文集应该是准备入土了。有的人著作等身，出版一本不过瘾，文集太厚了也不好，就三十年代出一本、四十年代出一本、五十年代出一本。这种书是不是汇编作品呢，仍然是汇编作品。对于书而言，一本书是汇编作品，要体现一些选择和编排的独创性，这种独创性的要求是很低的，低到几乎看不见。比如某某教授的个人文集，汇编上有什么独创性呢，要说有一点儿，就是按照时间编，或者是按照某种体例分，分成民法总论编、物权编、债权编……这里没有暗示某个民法教授。

个人文集的特点体现在没有编辑，涂鸦作品艺术体现在没有规律。不知道行为艺术、涂鸦到底艺术在哪里，比如行为艺术，一个人身上涂满了墨，滚了一圈，这就是一个作品。这个东西还真不好再现，线路把握不好，自己都不知道是怎么滚的，滚完了在看着说什么东西，当然有的是自己滚，有的人别人牵着你滚，作者就不同了。这个是有独创性的。有些汇编，真的不知道独创性在哪里，有的就没有。【Baker v. Selden】案中就不知汇编的独创性在哪里。这些会计账户也好，电话簿也好，确实非常简单，内容都很少，就是很单一，没有什么好解读的。一首诗还可以解读，一个小说可以解读，看电话簿、会计账户没什么好解读的。随着社会经济形态发展，数据库也越来越复杂多样。比如电子数据库，可能编排上的独创性就更丰富一些。

### · 汇编作品的分类与归属

汇编作品主要分为两类，一类是内容有著作权的进行汇编，一类是内容没有著作权的进行汇编。我国《著作权法》进行了一些规定，规定汇编人是作者。汇编的独创性的实施者，在汇编的独创性上有贡献，不是对作品内容的独创性有贡献。但是汇编人行使权利的时候不得侵犯原作者的权利。行使著作权的时候必须征得原作者人的同意，否则无法在市场上进行传播，当然自己在家欣赏是没问题的，但是一旦涉及到传播，不管是哪种形式的传播，就构成侵权并且要赔偿了。所以汇编作品可能涉及到两个著作权的关系问题，如果某一个人侵犯他人的权利，没有征得他人同意，把他人的作品剪切汇编为自己的作品，构成侵权，但这不影响他的作品的著作权存在。我把三个人的作品剪贴了一下做成一个作品，这本书的侵权的，但是它本身也是有著作权的，把这本书去翻版一样构成侵权。这和民法不太一样。即便是侵权的，但是基于侵权行为创作的东西仍然是有独创性的，有独创性就是著作权，只不过独创性是在侵犯他人权利情况下产生的，所以只要行使就侵权；如果这个侵权者又被侵权了，后一个侵权者就侵犯两个人的权利。比如你把一个漫画或者什么东西在舞台上表演出来，侵犯了最早的剧本的著作权；有人把这个舞台剧拍下来去卖，就侵犯了两个人的权利。一个侵犯别人权利的作品，不代表它就没有著作权。我们反思原《著作权法》第4条，“依法禁止出版、传播的作品，不受法律保护”，这个规定是有问题的。侵犯权利的著作权依然受保护。所以很多时候我们只用一些例子反推论证，就会发现有些法律规定是存在很大漏洞的。这一条的立法本意是针对设计作品和意识形态有问题的作品。当然即便是这两类，也不能说作者就不享有权利，应该是可以申请禁令。中国有电影审查制度，没有审查不能上映，国外的电影到中国上映也要得到许可证，没有许可证随便传播是侵权，我们直观地也知道这一点；没有经过中国审查的作品，在中国是不能上映的，有人擅自传播，是侵犯权利。但是因为原来这第4条，依据什么要求别人禁止传播作品呢，对方可以说你违反中国审查制度，不受保护。所以各国都对中国的审查制度、对这个第4条意见非常大。中国这么大的市场，进不来。很多例子都可以证明这一条有问题，这一条现在终于改掉了。

### · 汇编作品与合作作品

汇编作品与可以分割使用的合作作品是非常相似的。一本书写了两三个人的名字，怎么判断是汇编作品还是

合作作品呢，尤其是合作作品又是可以分开使用的时候，怎么区分呢。区分的关键因素，是作者对作品的内容有没有实质贡献。如果有实质贡献，一定是合作作品；如果没有实质贡献，就是汇编作品，独创性体现在编排上。说白了，作者和作品的独创性之间一定要有对应关系。汇编作品的独创性和合作作品是不一样的。

## 5. “影视作品及以类似摄制电影的方法创作的作品”的著作权主体

### • 影视作品的概念

《著作权法》修订以后，这一类的称呼又要发生变化了。本来现在的这个说法跟以前的就不一样，以后又要改为视听作品。这一类型仅仅界定为影视可能范围太窄。自己拍一个 Video 是不是电影呢，有人给这种作品起个名字叫微电影，微电影到什么程度叫微呢，跟电影有区别么？当然从欣赏角度是有差别的，从著作权法的角度就没什么差别，也许只是演员多点儿还是少点儿，投资大点儿还是小点儿的差别。有的电影看不懂，但是至少知道在讲一个东西，我们不懂不影响它表达一定的内容。微电影就是用一个很紧凑、很简单的方式来讲述。很多大电影其实也是若干个微电影构成的，也许有贯穿的思想，艺术细胞少的人还是看喜剧好一点儿。

### • 影视作品著作权的归属

这一类作品的著作权归属，是中国和世界各国差别很大的地方。国外讲课的时候会说是中国著作权法一个好的地方，因为简单，归制片人，归一个人。这个人不是自然人，这里说的制片人不是看电影字幕上的制片人。电影字幕里有一栏叫做制片人某某某，我们读中学的时候有个短片《一个馒头引发的血案》，当时有人提出来，这个短片侵犯了陈凯歌的著作权，还有人说侵犯的著作权不归陈凯歌，应该归《无极》制片人陈红。实际上《著作权法》的制片人不是字幕上写的制片人，制片人其实就是投资人。字幕上应该看本片由某某某出品，这个才是制片人。字幕里面的制片人是一个自然人，承担一定的任务，最多跟导演一样的地位。

我们国家的规定简单，就是归制片人，如果多个公司合作就是合作作品。很多国家规定的比我们国家复杂得多。外国人总是说为什么中国就规定为是制片人，导演哪儿去了呢。我们知道对于电影最重要的两个角色，第一当然是出钱的人，没钱的话就拍微电影行了；第二是导演。当然如果制片人很强势的话，导演就很弱势了，制片人不但出钱，还出意志。制片人觉得这个女侠就得飞来飞去的，中三枪还能跑，就这么拍了……但是很多国家导演在影视作品著作权中是有相应地位的。很多国家把影视作品规定为合作作品，合作方至少包括出钱的人、导演、制片人。有的国家把剧本的作者也加入到电影的著作权中。我们国家则是电影和剧本分开的程度非常高，与很多国家的规定不太一样。有本书《欧盟电影版权》，介绍了很多国家，主要是欧盟国家在电影版权方面不同的规定。这些国家的规定都比中国复杂，有很多内部关系、外部关系等很多复杂问题，在民法上共同共有就有无限责任等很多问题。但是中国就很简单，谁出钱谁是老大。简单确实是一个优势，但问题是这种规定把创作行为抛到一边了，完全是出钱的人是老大，不去看创造性。邻接权的保护也是这个思路，不是看独创性，而是看谁出钱。无论是制作录音制品的人，还是出版社，都是有一定的经济实力，能够进行产业化作品传播的运作的。出钱的人能促进作品的传播，所以保护这些人的利益。数据库的保护后来也是这个思路。

### • 影视作品整体的著作权

后来又提出影视作品整体的著作权的概念，有很多内容，剧本、插曲、主题曲、片头片尾，甚至剧本和演员的对白都是不同的作者。服装也可能有自己独立的著作权，设计一个服装是有著作权的而从事美工设计的人，对演员的造型也可能享有版权，就是我们提过的形象权、公开权，与卡通片的米老鼠和唐老鸭是一样的。凡是符合著作权法规定的作品的实质要件的都有自己的权利。我们国家著作权法规定这些权利可以独立行使的就可以行使，但是不得影响电影的整体著作权。比如你是片头曲、主题曲的作者，行使著作权的时候，不能够侵犯电影的著作权。你把主题曲出版成光盘、VCD 都可以，但是不能出版了以后整部电影都能看了。比如一部电影有五六十首歌，歌曲创作者懒得剪辑，干脆把一个电影放上去，这就侵权了。剧本也是这样，可以剧本单独拿去发表出书，但是不能侵犯其他的不属于作者的权利。

这就有一个问题。我们国家的《著作权法》，规定了整体著作权归属，还有分开的独立的著作权，我们国家的《著作权法》在电影的问题上把导演放在一个角落里，电影跟导演没关系，任何权利都没有导演的事儿。剧本、对白、歌曲、美工、造型，如果不是导演亲自做，现实中通常导演也不会亲自去做，这样电影的著作权跟导演就没关系。导演可能亲自出马担当几个任务；单独看导演的身份，著作权跟他没关系。这是让外国人很奇怪的问题。

导演对这个作品的创作，提供了实质性的贡献，这个大家不怀疑，只不过这个实质性贡献必须仔细揣摩才知道，不是直观看到的。电影中的演员很漂亮，大家可以看到，而导演的作用要仔细体会。导演给消费者的感受是间接的，不是直接的，但是对于作品的独创性部分是有实质贡献的，我们国家的《著作权法》却把它抛弃了。未来《著作权法》修订的时候应该改变这个做法，导演至少应该成为合作作者之一，而且他的实质贡献是从头到尾的，值得在著作权法上给予这样一个地位。

### · 影视作品著作人身权能否转让的问题

这里思考的问题主要反映了著作权的归属问题。著作权法规定影视作品的著作权归属于制片者，从著作财产权的角度来看没有任何理论障碍，因为财产权可以自由移转；著作权法第15条没有专门说明著作人身权的问题，由此产生争议。这一条也是用来质疑著作人身权不能转让的依据。制片者不是实际完成作品创作的人，按照第15条又是原始取得，这个意义上说人身权不能转让是不是存在疑问。

## 6. 演绎作品

### · 演绎作品的含义

演绎作品我们经常做，很多作业都是演绎作品。演绎作品概念上是指改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品。换句话说，已经有了一个基础作品，演绎作品是在它的基础上的翻译、改编、注释、整理出来的。搞历史的人经常搞某某点校，这就是一种演绎作品，把很难看懂的让我们看懂，即便是翻译，也是有著作权的。

### · 演绎与复制

翻译有著作权，这让我们想到复制的问题。按照演绎作品的说法，翻译是一种演绎，翻译的产物也有著作权。但是，在讲复制的时候，讲到文字作品的复制不要求是原样的、一模一样的，只要是实质内容的再现，文字作品有一个再现的概念。那么翻译，按照思想/表达二分法好像很好解释，不同的文字是两种表达方法，当然是两个作品；但是它们表达的是同一个意思，如果不是同一个意思，就是翻译错了。既然意思是一样的，这种情况下是复制呢还是演绎，演绎和复制之间是什么关系？提出这个问题的意义很简单，如果是演绎，就有著作权；如果是复制，就没有著作权。当然如果是演绎而没有经过他人许可，当然是侵权，只不过是自己有没有著作权的问题。这个问题还是值得关注的。

如果翻译是演绎，它是对实质内容的使用，如果没有经过许可，是对原作品构成侵害。问题在于翻译出来的作品的表达，独创性在哪里。原文和翻译出来的新的文字，中心思想是一样的；如果要表达的思想是一样的，只是文字不一样，因此而产生两个作品，正好验证了思想/表达二分法。如果是这样的话就有一个问题，我不征得你同意的情况下，把你的作品翻译成另一国文字，假设以前没有人翻译过，这是不是剽窃。世界各国的著作权法都简单地规定演绎的类型包括了翻译，但是好像都没有研究过复制、剽窃、演绎三者之间的关系。

不同的演绎行为，改编和翻译能是一样的么？改编、注释和整理比较类似。有人说翻译是多么伟大的工作，要求信达雅，但是剽窃也是有技术含量的，没有水平也剽窃不好的，不能从质量上评价这个法律问题。翻译与改编不一样，改编总要做出变化，小说改成剧本，肯定是有变化的，可能更好的，可能更差的，更多的是更差的，如果一表演就更差了。可能小说中是一个女神，看电影的时候变成神女了。翻译中既然把信放在第一位，就是要忠于原文，第二位是达，第三位是雅，雅也是自己的语言环境下雅。现代英文，翻译成文言文，这是要有水平的，但是无论如何，表达的都是同一个意思，这算不算一种复制？改变整理出来的产物跟原来的内容上都有一定的区别，但是翻译没有，翻译仅仅在文字表达上不一样。

### · 演绎作品的著作权归属

演绎作品本身没有这么复杂。如果原作品在保护期，需要原作者的同意；如果过了保护期，作者姓名不能改，别的可以随便改。

第三人在使用演绎作品，按照我国《著作权法》规定，侵犯两个权利，基础著作权人的权利和演绎作者的著作权。这是指使用他人演绎的东西，不是使用原著。如果第三人擅自使用原著，跟演绎就没有关系了。以上是演绎的著作权归属问题，其中有一个问题就是翻译。知识产权法领域还有很多传统的、看起来已经有通说的问题，都还有研究的空间。除了制度内容上的研究空间，还有研究方法的空间，还没有深入仔细思考。

## • 演绎作品的四种情形

演绎作品因为涉及到基础作品和演绎作品两个，判定是否侵权的时候有四种情形。

### - 以另一形式表现基础作品的演绎作品

改变、整理，这是我们最常规最认可的演绎，基础作品的著作权当然是最重要的，只要涉及实质内容，肯定涉及侵犯原作者的权利，侵犯两个权利；

### - 对基础作品进行评论的演绎作品

评论我们国家没有一个地位，评论有很多情况，可能对原作品有引用，有的根本没引用。一种评论根本没有涉及对原作品的引用，比如写了文章叫评《无极》，评的是电影作品，不是剧本；或者评一本小说，但是不引用任何内容，当然人物名字是不可避免的，一些故事也是会涉及，但是不会涉及文字的引用。另外一种评论，我们看一些学术文章，评什么什么，就会引用原作品。这是两种评论。有的人认为评论作品是演绎作品，但是对于完全不引用的，怎么认为是演绎作品呢，对于演绎作品的侵权根本不会妨碍到被评论的作品。所以对于以要分情况，看是否涉及引用。

### - 后续作品

对基础作品进行后续创作的演绎作品，即所谓后续作品。后续作品是不是演绎作品是有争议的，有的人认为属于，有的人认为不属于。《著作权法》没有这样的规定，杨老师认为应该不属于演绎。演绎是对原来作品内容的一种改变，或者产生一定变化的再现，不是原封不动，但是也要改变一定的内容。而后续是这些人物继续发展出一些新的情节。也许这个故事讲到这个男主角掉下山崖，结束了，给一个 Open Ending，有的人说不行，要有个 Happy Ending，就接着写。这个人掉下山崖被猩猩接住了，猩猩说好多年没看到人了，我这儿有个什么东西……这个是文学意义的演绎，不是著作权的演绎。所以演绎是指改编、翻译、注释、整理的说法是抽象概念加列举呢，还是完全的列举？如果是后者，那么除了这四种都不是演绎；如果是前者，那演绎的概念是什么？

如果后续作品真的是演绎，应该是在原作基础上进行的，但后续作品不是这样。比如《神雕侠侣》可能偶然用到《射雕英雄传》的情节、人物，有的还一直存在，比如周伯通就一直存在，但是这两个故事没有什么关系，这能说《神雕侠侣》是《射雕英雄传》的后续作品么。《红楼梦》的后四十回如果说是前八十回的后续作品的话，可能老曹都不会同意后四十回是在前八十回基础上进行的。所以后续作品不构成演绎作品。

### - 同人作品

同人作品与后续作品很像，同人作品与原作人物角色很像，人物的角色一样、性格一样，当然如果性格大变，也要交代一个理由。日本频繁改编中国传统的名著，改的比较多的就是《西游记》。他们这个《西游记》和我们的是不是同人作品呢，他们的《西游记》和我们的《西游记》人物性格不一样，甚至性别也不一样，也有自己的妖魔鬼怪的故事，怎么认定为是演绎呢。同人作品可以作为一个文学艺术领域的概念存在，但是著作权法上不要有这个概念。同人作品与原作应该是不同作品，同人作品就是不同的作品，同人只是文学概念。同人作品很常见的，对于一些已经过了保护期了，又名气很大的作品，可能用里面人物的名字进行创作。假如《泰囧》和《人在囧途》的人物名字一样，但是故事内容上完全不同，这时候即便是同人作品，两个作者的著作权之间也没有关联性。

把很多非著作权法的概念纳入著作权领域研究，很多人认为是新的问题，实际上未必如此。可能是著作权法上一个现象，这个现象有一些称呼，但这些说法都不是著作权法的概念。

## 7. 匿名作品

### • 匿名作品的含义

匿名作品顾名思义，不是没有作者，而是不知道作者的身份。著作权法上 Authorship 的概念其实比 Author 的概念更重要。匿名作品就是说，谁是作者不知道，但是肯定有，否则就灵异了。发表权是作者可以发表也可以不发表的权利；作者有署名权，是可以署名也可以不署名，不署名的作品是匿名作品。作品身份不明，这个作品能不能用呢，谁来用呢？有人不署名，但是别人都知道是他的，这个不叫匿名作品。署假名、笔名的，是匿名作

品，但是如果一个笔名都知道是谁，就不叫匿名作品了。比如鲁迅，比如总有人问法学界苏力和朱苏力到底是一个人还是两个人。

### · 《著作权法实施条例》第13条存在的问题

按照我们国家《著作权法》相关规定，匿名作品的作品原件的合法持有人可以行使除署名权以外的著作权。作者身份确定后，由作者或其继承人行使著作权。如果匿名作品是公民所作，作者死亡后，其继承人或者受遗赠人有义务保护其著作人身权。我们需要问的问题是这样的规定有没有意义。这里说作者身份不明的情况下，作品原件的合法持有人，请问作者身份不明的情况下，怎么知道是作品原件的持有人是合法持有人，合法是从哪儿来的？如果不是作者，他持有作品原件是怎么来的呢，要么别人送的，要么是买过来的，总不能是偷过来的。这种情况下怎么会还不知道作者身份呢。不知道写这一条规定的立法者是不是当时睡着了，一方面说身份不明，一方面还是合法持有人。美术作品中油画一般没有落款，中国传统作品一般有落款。如果有人有一幅油画，是捡来的，这个占有并不享有合法的相关权利，无论是占有权，还是占有这个法律事实。这个规定在实践中是没有意义的。试想一下，一个原件的合法持有人，同时作者还不明，怎么行使权利呢，把自己名字添上就可以了。这条规定自相矛盾，而且实践中基本没有用。我们可以调研一下实践中哪个案子用这一条判的。我国《著作权法》规定，在没有相反证据证明的情况下，原件上署名的人就是作者，有这一条，这《著作权法实施条例》第13条的规定就没有用了。有一个作品，不知道作品是谁的，大家又想用，自己加一个署名，就可以用了。

不过我们要反问一下，这种作品为什么一定要用啊。什么情况下可以限制权利人的权利，强行用他的东西？法律上的规定是，为了公共利益才能用。如果不涉及公共利益，为什么一定要用呢，非要用是什么意思呢。持有人可以“行使除署名权以外的著作权”，可以行使所有权的相关的权利，可以行使展览权，能去出版发行、网络传播么？如果按照这一条就可以。如果可以行使的话，收益归谁，这一条没有解决这个问题。获得的收益让这个持有人拿走了，这就不合理。有人说真正的作者跳出来还给他就行了，这不是徒增法律的负担么。美国版权法有合理使用和强制使用。无论匿名不匿名，符合相关条件就可以用。如果不符合限制条件，凭什么要用呢。

这条规定，其一没有必要，其二徒增法律纠纷。一旦用了以后，作者可能就跳出来了，还得回转。作品确实确实可以给作者带来财产上的收益，但是我们在处理著作权法的相关问题的时候，不能为作者是否主张他的权利设立一些假定的行为选择模式。如果主体不明，就应该让它处于不明状态。物权法的精神就和这一条不一样。在物权法上，无主物主要是先占，特殊情况下国家所有，这是为了让财产价值得到尽可能大的发挥。作品是精神产物，是文学艺术领域的产物，在作者不明的情况下有必要一定要让财产利益得到发挥么；另外，作品的载体也是一个物，要发挥一定的价值是可以的，可以行使所有权意义上的行为，只要不影响著作权就行。所以这一条规定是有很大的问题的。

这和我们熟知的权利人不能睡在权利上不一样。著作权一般认为，想睡就睡吧。匿名作品本身也是可以欣赏的，可以展览出来。更何况，如果原件的合法持有人在上面署名了怎么办。现实生活中，你手上有一个匿名作品，不知道作者是谁，如果你在上面署了一个名字，而且技术鉴定鉴定不出来，拿出去发表了，这个时候在著作权法上你就是作者，除非有其他证据可以推翻。

## 8. 美术作品

关于美术作品的权利归属问题，所要讲的不是简单的美术作品著作权归谁的问题，这个很清楚，谁创作归谁；这里讨论的是美术作品著作权的一个有趣的现象，美术作品之上著作权与所有权的关系问题，涉及到著作权法规定的著作权的财产权内容，展览权转移的问题。

### · 著作权与所有权相分离

前面讲到作品原件与复制件区分问题。美术作品之上，作品原件与复制件的区分才是有意义的。美术作品的作者完成了一个作品之后，同时产生著作权和原件的所有权，因此在行使权利过程中，就有可能发生著作权与所有权的分离，对此我们国家《著作权法》做了一个专门的规定，18条规定作者或者是著作权人将作品的原件转让，这个转让行为并不意味着著作权的转移。

不但是美术作品，所有的著作权都有这个特点。某人写了一本书，手写的，或者在电脑上写把稿子打印出来，这是民法上的一个物，把这个物卖给了另外一个人。这个手稿或者打印稿的买卖合同，包含了什么样的转移，什么权利的转移？如果这是一个口头合同，即时履行完毕之后，如何判断双方当事人意思表示；买了书稿的人说买

了书稿之后当然可以出版，这种主张能否成立？这当然是不成立的。

民法讲法律行为包括两个要素，法律行为最核心的是意思表示，意思表示最核心的一个是意思，一个是表示。不要小看这个说法，意思表示分为意思和表示，好像是挺无聊的解析，但是实际上这么区分是有意义的。意思分为目的意思和效果意思。平时生活中有很多意思表示，比如说和一个女同学约好下午六点钟不见不散，这是生活中是意思表示，是法律中的意思表示么，不是民法上的意思表示，因为没有效果意思。再如一个人看到另一个人的这个电脑不错，一千块钱买下来，说好了，君子一言驷马难追；转头对方说不卖给你，民法的实体法上来讲这肯定是违约的，因为这个意思表示已经做出了。前面的这种意思表示就没有效力意思，这个女同学六点钟没去，不能有人追究。

上面说的手稿转让中，这个合同包括了转让著作权的意思没有，显然没有，不仅没有这个目的意思，也没有这个效果意思。买下来以后，愿意怎么看都可以，躺着看也可以，撕开了晾着看也行，但是不能出版。所有的著作权转让都与所有权转让是分离的。如果没有明确的转让著作权的意思表示，是不能发生权利变动的，这与物权转让非常像。

## • 所有权与展览权

第 18 条的规定关键在后半句，“美术品原件的展览权由原件所有人享有”。这就意味着展览权随着原件所有权的转让而转移出去了。

《著作权法》明确规定著作权有一项权利内容叫展览权，当然这个展览权主要是艺术作品。小学有的人字写的很漂亮，有的人字写的很丑，老师就喜欢把这些展出。文字作品通常不讲展览的问题，展览通常指的是艺术作品。有人说手稿不是也有展览的问题么，这个展览究竟属于著作权的权利内容，还是所有权的权利内容？

讨论这个问题，我们就会反应到一个问题，复制件能不能展览？把艺术作品复制了一个，可不可以展览呢。没有什么理由认为复制件不能展览。如果复制件也能展览，这就出现了一个问题，原件的所有权人有一个展览权，复制件的所有权人有一个展览权，换句话说，所有的有形载体的所有人都有一个展览权，那为什么还要把展览权规定在著作权的权利内容里呢。这是这一条规定所产生的问题。如果说展览权是著作权的权利内容的话，为什么还要与原件和复制件挂钩呢。著作权与所有权联动，所有权转让了，展览权就跟着出去了。

所有权四项权能，占有、使用、收益、处分，使用包不包括展览？某人买了一辆法拉利，很得瑟，天天开出去展览；买了一件衣服，衣服也是可以版权的，整天出去整天秀。当然有的人买衣服就是为了展览的，不是为了穿的。时装展览会上，未经允许不得拍照，就是因为有版权。这些有必要规定著作权么。如果不能展览那多么纠结啊，买回去还不能展览，这样其实是会让所有权的权能大打折扣。

把展览权规定在《著作权法》上其实是没有必要的，因为一定要规定进去，才不得不弄出一个 18 条的规定。如果著作权的权利内容不规定展览权，这一条就没有必要存在了，谁有有体物就可以展览。展览与作品的复制、传播是有一定的关联，但是无论怎么展览，复制件是不会增加的。艺术作品正是因为有原件和复制件区分的意义，再多的复制件也不会影响人们对原件的偏好。物以稀为贵，这也是从所有权的意义上讲的。

这次修订对这一条进行了一定的修改，增加了摄影作品，对摄影作品与美术作品进行了相同的规定，摄影作品原件所有权人享有展览权。本身美术作品就没有必要规定，摄影作品也没有必要。摄影作品要展览，还涉及肖像权问题。如果摄影作品是人物，《著作权法》规定可以展览，那么一些民法的权利，例如隐私权、肖像权，都可能涉及。比如给很好的朋友拍了个裸照，当然不是说的陈老师那样的，我们说的是艺术那样的，是自己欣赏的，结果你朋友很不厚道地卖掉了，买的人一看，肌肉很有线条美感，展览一下，当然侵权了。生活中很多这样的例子，比如照婚纱照以后，看到放在橱窗里了，很生气，就是因为有肖像权。《著作权法》对这个内容进行规定，就是心太宽了，什么都想管，其实不是该它管的事儿。

修正案还增加了一款：“作者将未发表的美术作品、摄影作品原件转让给他人，受让人展览该原件不构成对作者发表权的侵犯”。其实是不断解释展览权与所有权关联在一起。著作权为什么非要把展览权关联在一起，有关系么。这就是得到了不觉得多，拿掉会觉得很痛苦。给你十块钱，你觉得没什么用；但是从我兜里拿十块钱走你会很痛苦。人们对损失的感觉远远大于同等价值的收入。老师的工资要增加一千块钱，老师们觉得才一千块钱；但是如果校长说扣一千块钱，马上就不干了。这在行为经济学上叫禀赋效应，也是一个心理学命题，有人专门做过实验。

## • 案例——【“天高几许问真龙”广告语诉讼案】

这个案例其实就是著作权的归属在征集广告中的问题。征集广告是什么性质的民事法律行为？这种征集应该明确是一种要约。有些广告是要约邀请，但这种应该明确是要约。征集来的作品，权利归谁？本案中，真龙广告公司为南宁卷烟厂征集“真龙”香烟的广告用语，很多人去投稿，刘某创作了十二条，有一条就被选中了，“天高几许？问真龙”，也不知道好在哪里，不知道这个有品位么。当然那个时候奖金也不高。然后关键是刘某没有参加颁奖典礼，也没有领取奖品奖金。征集活动结束后，卷烟厂按照与广告公司的协定，把问号去掉了，开始广泛使用。刘某认为两个被告没有按照广告内容支付奖金，且未与其签订著作权使用许可合同或转让合同就修改其作品，大量复制发表其作品，侵犯了其著作权。

问号去掉确实意境上是不一样的。如果做广告，就涉及到广泛传播。由于交涉不了，就起诉了。

这里要探讨的是这个广告用语的著作权归谁。发布要约的人，征集这样一个广告用语，人们投稿，中标的人有相应的奖金奖品，就是说有对价。显然这个征集的广告里，没有说著作权归属的问题。著作权的归属确定了以后，后续的问题就可以解决了。广西高院认为，这个作品是委托作品，认为该作品的人身权由刘某享有，财产权由广告公司享有；被告进行广告宣传过程中没有侵犯原告的人身权利。

首先这是不是一种委托创作，这显然是委托。与委托最相近的是职务作品、雇佣作品，刘某显然是没有这种关系的，委托方也没有说需要以什么创意，作品要包含哪些元素等等，完全是创作者自己来是设计相关内容。这些因素可以看出这是一个委托作品。按《著作权法》规定，著作权没有约定或者约定不明是归受托人的，广西高院的这个判决是很奇怪的。这个案件广西高院是2003年判的，那时候《著作权法》规定得清清楚楚。广西高院的这个判法太有创意了，让人难以理解广西高院居然在判决书中写出这么有创意的判决词。

第二，关于使用。如果著作权归刘某享有，作为委托人的卷烟厂使用广告语的时候是不是涉及对刘某的侵权问题。著作权归刘某没有问题，但是卷烟厂也不构成对他的侵权。这要看卷烟厂对广告语有没有进行实质的修改，如果没有实质的修改，那么卷烟厂的行为显然不构成侵权。委托人可以在委托目的范围内使用作品。征集广告很清楚是征集广告用语，是用来宣传产品，当然会在相应的宣传途径使用，在包装上、电视广告媒体广告使用。广西高院的结果上虽然看起来没有出错，但是理由实在是很奇怪。

## • 案例——【雷锋照片著作权归属】

另外一个小例子，没有形成案例，但是引起过讨论，就是雷锋照片归属问题。一名叫张峻的摄影家将自己拍摄的230幅雷锋照片进行了版权登记，引起了广泛讨论。有人要登记著作权归属，明确自己是著作权人，就引起非议了。有两种相对的观点，一种认为拍摄照片是执行任务，而不是个人行为。当然照照片的时代是没有著作权法的，但是摄影者还活着；第二种观点认为，雷锋是财富，确实也是财富啊。但这与著作权登记并不矛盾，著作权应当由张峻享有，雷锋是财富和照片由谁享有是两码事儿。

判断这个问题，核心的问题是它是一个职务作品，还是一个法人作品。因为前者和后者权利是不一样的。当然如果按照美国版权法，没有法人作品这个概念，只有职务作品的概念，只会归自然人。我们国家因为有两种区分，所以法人作品著作权归法人，职务作品著作权归创作者。而且照片不是属于特殊的职务作品，例如计算机软件、工程设计图等。

如果说是职务作品，就要看有没有雇佣关系；如果有雇佣关系，还要看完成这个创作是不是履行法人的意志，是不是受单位提供物质条件、贯彻单位意志、并且单位承担法律后果。如果符合这三个条件，就是属于法人作品。

这里只是提出思考，具体是怎么回事儿就不清楚了。当年张峻是雷锋的战友，当年照片到底是怎么回事儿呢，这个好像还深究不得，如果深究出来真是法人作品，那么这个雷锋的形象就破坏了啊，就是造星运动么。他出差路上帮老太太让座什么的，坐一路好车干一路好事儿，那时候可不是人们都有手机、照相机的。所以究竟是法人作品还是职务作品，这事儿就没法深究下去。

## 三、著作权的继受主体

继受主体，是通过受让、继承、受赠或法律规定的其他方式取得全部或一部分著作权的人。经法律行为，或法律的相关规定，而发生著作权转移以后，新的著作权人是继受主体。法律行为最主要的形态就是买卖、转让、交易。可以是有偿的，称为交易；也可以是送给的。可以是基于法律规定，典型的比如继承；或者公司破产以后，清算资产，也要转移，新的受让人承接。

有一个有意思的问题，我们可以想一下这个问题怎么办。如果著作权人去世了，假设他是自然人，又没有继

承人，去世还不到五十年。这时候且不说著作权归谁，这个作品谁可以用？怎么用，有没有人可以用，以什么方式去用？作者已经仙去了，但是作品还在保护期，这时候想用，想出版发行，能用么？这一点是很不一样的。我们可以对比民法的规定。某一个财产动产，所有权人去世了，又不幸没有任何继承人，这个财产怎么处理。一个电脑，它的所有人就是孤苦伶仃一个人活着，没有任何直系亲属，有一天不幸挂了，电脑怎么办，归国家啊。著作权法也是一样，归国家。如果是一个动产归国家，好像对其他人没有产生什么影响；如果是作品、著作权归国家，就会带来一个问题。我们要使用这个作品，就得去向国家付钱，那么国家为什么很无耻地要收钱，为什么不能作为公共作品，让任何人都可以免费使用，为什么不规定这个作品可以欣赏、复制，做什么都可以，但是不能因此而获得收益呢。当然国家想收钱也没办法。所以著作权的问题上与动产是一样的，归国家所有。作者去世没有继承人也不能随便用。

原始主体与继受主体的区别比较容易，原始作品一般是基于创作，除了特殊的类型，比如法人作品。

## 四、外国人、无国籍人的著作权主体资格

这方面，我们通常处理的是作者国籍带来的问题。作品和作者国籍相比较而言，首先解决的是作者国籍问题。作者国籍和作品国籍有时候是统一的，有时候不一样。中国人在外国首先发表的作品是外国作品，外国人在中国首先发表的作品是中国作品。所谓的国民待遇，是以作者国籍来对待的。外国人发表的中国作品，中国著作权法当然给予保护，没有问题。如果是作者是外国国籍，可能就有一些对等的问题。当然加入共同国际公约的，也按照国民待遇原则；如果不是，可能就要对等保护了。这都是比较规范性的规定。

## 五、法人能否成为作者

这个问题不是世界各国都是统一的看法。我们国家承认法人能够成为作者，有些国家是否定的，否定的理由无非就是创作行为是一个事实行为而不是法律行为，只有自然人能实施事实行为。法律行为需要意思表示，事实行为不需要。意思表示就涉及到民事主体的行为能力和权利能力区分问题。事实行为任何人都可以做，小孩地上画了只鸟，也是有著作权的，不能随便拿去用。法人是一个组织，不是自然人，不能实施创作行为。

实际上这个问题可以从两个角度、两个方面进行解释。第一，可以让法人能够实施一定的事实行为，从这个角度解释；第二，可以从法人的意志解释法人如何通过自然人贯彻自己的意志，从而解释为什么法人能够进行一种创作。这种创作，当然本质上具体的创作工作是自然人承担的，但是这个时候自然人只是从事一种工具的角色。你无论是使用笔写文章还是使用电脑写文章，都不影响这是同一篇文章。老师上学的时候没有电脑，只能手写。法人作品中，你写、他写是一样的，自然人承担的也是一种工具的角色。而且，在现在这样一个高新技术时代，承认法人可以创作是有一定的现实基础和需要的。现在很多创作是不可能由一个人完成的，一个人的意志也无法构思整个作品，需要一个集合，需要由法人充当相应角色。

法人不仅可以进行创作，也有表演问题。讲到邻接权会讲到法人表演问题。如果只承认个人主义著作权法观的话，会带来很多问题。中国有一个有名的大型歌舞剧叫东方红，这是周恩来亲自主持的，参加过这个大型歌舞剧东方红表演的演员有一万多人，这个表演者权怎么行使呢。如果用法人表演，法人作品对应法人表演，职务作品对应职务表演，就可以解决，署名一个某某歌舞团就完了。这也对应民法的集体肖像权的问题。假设有人要用北京大学2012届全体毕业生的合影，如果作为集体肖像就容易解决，跟一个单位谈就可以了。因为这个方面的考虑，也是有集体肖像的问题。过去出现过姚明的肖像的问题，他的赞助商和国家队的赞助商是不一样的，他的赞助商就告了国家队的赞助商。国家队方面说，他有肖像权，其他运动员也有，这个是征得了国家体育总局之类单位的同意。当然姚明有突出显示问题，可能他个头比较大，在照片上块头比较大，所以可以告。当然这是开玩笑了。总之集体的问题是民事法律里面一个很重要的问题。

## Lecture 5

# 著作权及邻接权的内容

邻接权的问题，这个权利现行法上还叫邻接权，所以还用这个表达。修正草案通过后就叫相关权了，当然杨老师很反对这个说法。《著作权法》立法者脑子不清醒，比民法立法者的概念法学的素养差多了。外国人好不容易接受了邻接权的概念，又改了，人家不知道说的是什么。我们总说国际化交流，但是我们用的法律术语人家都不懂，还交流什么。

## 一、著作人身权

### · 著作人身权的含义与立法

简单讲，著作权分为人身权和财产权。人身权又称为 Moral Rights，英美法系称为精神权利。通常人身权利是作者享有的，我们也讨论国人身权能否转让的问题。事实上的转让是有的，这些转让可能不会发生争议，比如卖稿子为生的人就出卖署名权。与其这样，不如规定著作权不违反公序良俗的情况下可以转让就可以了。著作权的人身权内容和民法的人身权根本不是一个概念，不能套用。

现行《著作权法》第 10 条，前四项规定的是人身权，修正后可能变成三项，主要是发表权、署名权、保持作品完整权。现行法里头还有一个修改权，被去掉了。之所以被去掉，第一是因为与保持作品完整权有一部分交叉，第二是与财产权里面的演绎权也存在着交叉。例如把小说改编成剧本也是一种修改。修改权独立存在的意义不大，所以修正案中被去掉了。

### 1. 发表权

#### · 发表权及其含义

发表权比较好理解。这里说的发表不是口语中的发表。口语中什么是发表？在某个报纸杂志上是发表。著作权法的发表是公之于众，不特定的主体能够接触到就算发表了。某人写了首诗，在 QQ 上给女朋友发过去，这个不算发表，如果因为盗号被别人看见了，不影响人家没有发表，为社会公众能够接触说的是正当的渠道，用技术手段盗号、强行进去看都不属于公之于众。所以不特定的社会公众是一个关键。比如课堂上把文章拿出来跟大家说，不属于发表；但是在校园里某个地方大声念自己的论文，这个就算发表了。当然如果校园是封闭的，不允许非北大的人进来，这就不是发表了。现实中虽然认定不是很明确，但是没有太多的争议。在一个特定的领域公开不算发表，这个争论学理上有，实践中还没有。

发表权有一个特点就是一次性。发表权用过了就再没有发表权了。不能总是有发表权，发表以后已经公之于

众，不可能再次发表。这就像商业秘密，一旦公开就没有了，就没有停止侵害恢复原状，只能是损害赔偿了。

有些特殊的问题，是需要注意的。特殊情况下，法律规定发表权可以由作者以外的人行使。作者身份不明时，作品合法持有人有发表权。讲到匿名作品已经讲到了这一点，这个规定有点儿强词夺理，有点儿无耻。作者身份不明的时候，就不明呗，不发表就不发表呗，干嘛一定发表呢。原件的合法持有人，发表的时候把自己名字署名，又有谁知道呢。既然是作品原件的合法持有人，既然都有证据表明他是合法持有人而不是作者，这种情况下，很可能就能找到作者了。合法所有人，应该知道作品的来源，作品的合法来源，比如是买来的。既然是源，必然另一头是知道的。你拿着一个原件，说自己是合法持有人，怎么证明呢，说是买来的；从谁那儿买来的，从他那儿买来的，这就知道了。实践中，公布不公布是一回事儿，但是我们知道肯定有作者存在。实践中规定这一条是多余的。实践中关于这一条的规定的争议也没有，这一条还有什么意义呢。

生前没有发表的作品，如果没有明确表示，继承人可以发表。也是有人从这一点质疑发表权是不是人身权。如果不是人身权，发表权可以转让，可以由继承人发表，就没有任何问题。法律上都规定继承人可以发表了，为什么一定要死掐着发表不能转让呢。作者可以死前表示自己的作品不允许发表，这个表示其实不是针对人身权的，针对财产权一样可以限定。比如有人留下一个遗产，留下遗嘱说自己的房子永远不得出售，由某一个子女继承，完全可以这样，不一定只是针对人身权才能限定，对财产权也可以。

有一个问题是，作者生前留下遗嘱说不允许发表，然后去世了，继承人发表了，谁来起诉呢。法律上规定的很清楚，著作权由继承人代为保护，现在著作权人留下遗嘱说不能发表，但是继承人发表了，谁来保护，没有人保护了。如果有其他人侵犯，继承人还可以保护；如果继承人自己侵犯，没法保护了，只能著作权人半夜跳出来看看继承人。

## • 已发表的作品

已发表了的作品，就没有发表权的问题。已发表的作品，会带来一个变化。已发表的作品才存在合理使用的问题。这是一个很不起眼的规定，但是是一个有用的东西。实践中往往发生侵权后，被告用合理使用抗辩的时候，针对的都是已发表的作品，几乎所有的案件都是这样；但是如果真有一个是没有发表的作品，作为律师、法律工作者，脑子要清楚，能反应过来。

## 2. 署名权

### • 署名权的含义

有的人认为著作权法是可以不规定署名权的，因为我们有姓名权，姓名权可以深入到这个领域里面来。著作权人当然可以行使姓名权。当然著作权规定一个独立的署名权也没有太大的障碍，作者可以表明身份可以不标明，可以这样表明身份，可以那样表明身份。作者身份是存在的，只是特不特定化是作者决定的。天上掉下一个石头，一砸一个形状，一看是孙悟空，这个是没有作者的；哪怕一个人拿着石头往地上一砸，号称行为艺术，这还是有作者的。有些艺术作品是雷劈出来的，那是没有作者的。

署名权常见的方式是署自己的名字。当然也可以署一个假名，我们一般叫笔名。笔名用多了有的就知道是谁了。当然合作作品就有署名顺序问题，在关于合作作品的问题中已经谈到了。

署名权带来的一个问题是，侵犯署名权的认定问题。简单来讲，别人的一个作品，没有经过同意的情况下，把自己的名字加上去，这是侵犯著作权。你是一个编辑，一个作者投稿，发出来作者多了这个编辑，这是侵犯著作权。但是反过来，你写了一篇文章，然后觉得分量不够，把你老师的名字写上了，比如搞刑法人的把陈兴良的名字签上了，编辑一看陈兴良的文章，发，陈老师一看怎么写了这么臭的文章。这当然不是侵犯署名权。署名权是什么，是由作品而产生的权利，陈兴良老师的名字署上去，跟作品有关系么，没有关系。陈老师告你，说你侵犯著作权，他都没有著作权，哪里来的署名权呢。这里侵犯的就是姓名权。

### • 作者同意添加他人署名是否合法

未经许可的情况下在他人的作品上署自己的名字当然是侵权。有一个问题是，通常来讲署名权是不能转让的。如果作者同意，或者邀请你加进来，这个行为是合理合法的么？按理说，署名权不能转让，但是邀请一个人加入，这个人没有写过一个字，也没有构思，署上他的名字，这个是否可以呢。哪怕是两个人讨论出来，一个人写，最后署名署的是两个人的名字，这是可以的；问题是这个人根本没有写一个字，这种情况难道就是合理合法的么。

民法上没有这个问题。在著作权法上，如果按照现行的规定、理念，都认为著作人身权是不得转让的。按照这个规定，这样的行为至少是不符合著作权法的。这个问题是没有具体条文，但是民法上有基本原则，诚信原则，这个行为可以被认定为无效。

怎么解决这个问题，很简单，著作权法放开，人身权也可以转让就可以了。否则即是作者同意把另一个人的名字加进来，这个行为仍然是无效的，第三人是可以要求把后面这个人的名字拿掉的。因为我们的《著作权法》是这样规定的。

### 3. 修改与保护作品完整权

现行法这是两个权利，修正案中修改权被去掉了，所以这里放在一起讲。

#### 1) 修改权

这里的改动是实质性改动，不是改错别字，不是标点符号。古文字是没有标点符号的，是后人加上去的，不同的方式加上意思可能不同，但是通常非实质性的改变不叫修改，涉及修改的一定是作品的实质内容，有一个表达的变化。这是一个悲剧，改完了成了喜剧，这就是修改了。比如《红楼梦》就是这样的，当然也没办法，老曹在下面，修改的人在上面。高鹗最后来了个大团圆结局，这是违背曹雪芹最终的意志的，高鹗让他们家好歹又缓过来了，除了小贾同志以外，其他人是很好的。但是如果八十回就结束，这是一个 Open Ending，又是一个悲剧。好像文学素养强作品的都是悲剧。

#### 2) 保持作品完整权

作品的完整被破坏了，包括对作品的歪曲、玷污。一幅画，泼了一杯茶，这就是玷污。这个词听起来很严重，但是确实确实是毁掉了一个作品。比如人家是一个油画，泼了酒精在上面，就是融了。憨豆的电影就给油画泼上酒精融了，自己给画上，人家晕过去了。

修改权和保持作品完整权到底有什么区别呢，似乎没有什么区别，还好这次修法进行了合并。

美国版权法明确规定了作品不受歪曲和玷污的权利，没有用保护作品完整权。这是作者精神权利的问题。作者写了一篇很好地文章，有人修改后改得非常恶俗、庸俗、低俗、三俗，本来是高尚的阳春白雪，改成下里巴人了，作者就受到严重的伤害。茱莉亚·罗伯茨这个大嘴姑娘演了一个电影，这个电影主题曲就是《Pretty Woman》，后来有一个乐队，把这首歌改成了嘻哈风格，而且是指向不太好的意思，听了以后就很不严肃，就是下流歌曲。作者就很生气，辛辛苦苦创作的作品被这样玷污，认为是侵犯他的精神权利，作者受到创伤。很多人创作的时候对精神权利的重视远远重于财产权利。朱苏力老师可能不在乎别人复制他的书，当然他钱都收完了，版权拿到手了说不在乎。但是如果人家玷污他的作品，朱老师观点是这样的，人家变成那样的，那他肯定很生气。学者关注的是精神利益，搞艺术的人可能有这样的体会。

## 二、著作财产权

财产权，现行《著作权法》规定的财产权比《修正草案》的内容少，但是绝大多数也都有。我们按照《修正草案》的内容讲，实际上与现行法区别不大。

### · 概述

#### 1>复制权

复制，以是指以印刷、复印、录音、录像、翻录、翻拍等技术手段把作品固定在有形载体上。我们国家这样规定复制权在观念上有一点儿太落后了。特别是在今天的数字化时代。都数字化了，一定要固定在有形载体上么，这其实是不适应科学技术发展的。特别云计算出来，云端储存的东西是有形载体么，也成为一个问题。简单来讲，杨老师认为复制权就是借助特定技术手段再现作品的行为。再现一定是物质的方式，物质的方式不一定是有形载体。民法规定声、光、电都是物质，看不见摸不着，但是是物质。

## 2>发行权

发行，一般是指出售有形载体的行为，也包括赠送等。这个时候可以强调云载体。发行不包括网络上传播，我们花钱买一个软件，厂商付费给一个 code，这样就可以用这个软件，这个不是发行。发行还是传统的概念，需要有一个有形载体，买卖载体。发行是一个典型的所有权与著作权分离的法律概念。

## 3>出租权

出租权，是 2001 年修订《著作权法》的时候新加入的。现在著作权载体的出租行业应该差不多没有了，现在也不怎么用这个概念。但是十几年前，二十年前，出租行业是很火爆的。比如租书，杨老师这一代人，看武侠小说，都是靠着这个行业，那时候一毛钱一天，好多高中同学就把金庸、梁羽生、古龙的小说看了个遍。杨老师看不太下去，杨老师属于三俗系列的，跟郭德纲一个类型的。还有另一个出租行业，出租光盘看电影，那时候叫 VCD，后来是 DVD，DVD 很快取代了 VCD，后来 DVD 也不存在了，现在都 Down 一个去。以前没有网络，用 Windows95，租一个光盘来看，其实还挺便宜的。出租行业让当年的大学生活变得很丰富，当时大学生就通过这种方式看片，杨老师当年温习了 90 年代所有的港片，也比较俗的。女生可能看一些文艺的。

出租确实会对著作权人的利益产生影响。这个道理很简单，如果没有出租，人们要去看这个东西，只能去买，当然是在没有人侵权的情况下。人们要买一个载体，买一本书，买一个光盘。现在有人买了一个，反复出租，就影响著作权人权利了。虽然市场中这个作品的载体就一个，但是实际上满足了十个需求。市场的需求是 10，按道理需要生产 10 个复制件，但是现在只能生产 1 个，显然对著作权人产生影响。由于版权企业游说，各国调整了著作权法，这也是传播手段变化带来的。各国纷纷立法，出租要分给一部分给著作权人，叫做出租权。出租权不是著作权人自己出租，是任何人都可以出租，但是这里面有一部分利益是给著作权人的。著作权人可以从出租行业得到利益。

我们国家规定的可以有出租权的作品是视听作品、计算机程序、包含作品原件或复制件等，不包括书。这一点一直是很奇怪的。如果没有出租，金庸得多赚多少钱。换句话说，出租行业从金庸那里偷来多少钱。老师那时候很多人都非常爱看，一遍一遍地看。举个简单的例子，经营这种出租屋的人，办出租屋之前，穷的全家只有一床被子，杨老师的学校旁边就是农村，是从农村征地办的学校；等杨老师本科毕业的时候，他家盖了一栋三层楼的小洋楼。当然开录像厅的挣得更多，修两栋的都有，多出来的装修一下出租。一个学校把这个村子养的很富有。

## 4>展览权

第四项权利是展览权，修正案的修改就是加了一个摄影作品。展览权比较可笑的地方就是公开陈列原件或者复制件的权利，后面又有一条说随着作品原件或复制件的所有权转移，展览权也转移走了。这条规定实际上很让人无奈，完全是民法没有学好。

## 5>表演权

第五是表演权。关于表演权始终要记住，要跟表演者权的区分。这个表演是各种方式公开表演作品。“以演唱、演奏、舞蹈、朗诵等方式公开表演作品”是一次表演；“通过技术设备向公众传播作品或者作品的表演”是二次表演。一次表演就是活体表演，人在表演；二次表演，就是听录音、看录像。简单讲，逛商场，商场里放着一首曲子，如果播放的这个曲子没有征得著作权人同意，侵犯的就是曲子作者的表演权。播放曲子也没有一个人唱，音响作品播放就是二次表演。

表演，就是用一定的形式再现作品的内容。有些表演比较好理解，比如舞蹈，著作权法对于作品类型的规定有舞蹈作品。杨老师认为舞蹈作品应该理解为舞蹈设计，对于这个设计的再现就是表演，就是口语中的舞蹈。舞蹈的范围很多，不仅仅是日常理解的舞蹈，一些体育项目也有舞蹈。有人探讨过跳水的动作算不算舞蹈，这个动作设计人是不是应该收费。如果奥运会可以收费，世锦赛可以收费，世界杯也可以收费，就可以赚很多了。艺术体操可以算舞蹈没有问题，其他的体操怎么算呢。很多体操动作都有名字的，一些高难度的动作，与跳水一样，有一些设计在里面。比如马术比赛里面盛装舞步，也是舞蹈作品。比赛过程中就是一个表演，一次表演。

## 6>播放权

播放权，是无线或者有线方式公开播放作品或者转播该作品的播放，以及通过技术设备向公众传播该作品的播放的权利。第一次播放录下来，再次播放这个制品也属于播放权的内容。这也是我们国家《著作权法》修订的时候，把邻接权的录音录像制作者权录像去掉，收归著作权人的原因。播放作品，第一次播、首播，是播放权内容；不是首播，是转播，同样也是播放权。

“通过技术设备向公众传播该作品的播放”，随着科学技术发展，技术设备会越来越多，越来越复杂。关于播放权，我们可以用首播和转播来记，播放权包括首播和转播。以前有音著协向卡拉 OK、向商场收费的问题。一般有两个人，一个作曲、一个作词。点播率高的曲子，一天可能点播几十次；有的曲子可能十年没有人点播。所以解决的时候就是一揽子的。

美国版权法原来没有这个问题，现在也遇到这个问题了。亚洲人移民过去太多了，就开了这些卡拉 OK。美国本来是没有卡拉 OK 这种活动的。卡拉 OK 本来是日本人发明的，后来到了中国更加火爆，中日韩三国都喜欢唱卡拉 OK。人们觉得凭什么唱你的歌，提高你的社会知名度，还要收钱呢，就是要收钱。这跟写书是一个道理。网络上也是一样，某一个网站有很多音乐，每一次上去听一遍，都属于播放权的内容。

## 7>网络传播权

马上我们就会有一个疑问，就是关于网络传播权。我们国家有专门的《信息网络传播权保护条例》。原来著作权法规定信息网络传播权，修订去掉了信息两个字。这个没什么区别。

网络传播权指的是以无线或者有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，以及通过技术设备向公众传播以前述方式提供的作品的权利。其他国家的版权法，包括世界知识产权组织的条约，都没有规定所谓的网络传播权。网络传播权是我们国家的独创，仅仅是概念上的独创，不是内容上的独创。我国立法有一个问题，头痛医头脚痛医脚，出了这个问题就要立个法，好像以前法律就保护不了似的。美国版权法也把它放在播放权中保护。这是我们立法的问题，这次立法还是坚持保留网络传播权，其实用播放权完全可以涵盖。

可能注意到唯一的一个区别在，“使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”。从这句话可以看出来，网络传播权的内容、范围比播放权小。这个区别是什么造成的呢，如果对网络很熟，知道有网络直播。所谓以个人选定的时间和地点获得作品，就是上网，作品就在那儿，想什么时候去看就什么时候去看。这是传统的上网的表现形式。网络直播出现后，不能想什么时候看就什么时候，而是像看电视一样，电脑就像一个电视机，只不过不是传统的信号，而是通过网络信号。这就不是个人选定的时间和地点了。

制定信息网络传播权的时候，就用能不能在个人选定的时间和地点获得作品来区分。其实这完全是我们国家翻译其他国家规定的时候翻译上出现的错误。这句话的表达，“使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品”，时间和地点是两个必须都满足的条件，不是或，而是要都满足的。其他国家规定的原文是 Including，有它就可以，没有它也不是不可以。Including 的意思是公众在选定的时间是一种表现形式，但不是唯一的表现形式。翻译过程中无形中缩小了这个范围。网络直播出现后，就不能包括在网络传播权中了。所以修订后的草案把网络直播放在播放权中了，于是播放权与网络传播权就差在这个地方了。如果把网络传播权去掉，其实播放权已经把网络传播权涵盖进去了。所以规定网络传播权有点儿多余，网络传播权的存在就是为了配合 2006 年的《信息网络传播权保护条例》。

简单来讲什么叫播放权？任何以无线或者有线方式公开他人作品，这个公开包括直播，包括转播。直播和转播都不是可以选定时间的，都是人家什么时候播就什么时候播。公开播放和转播都只能是播放者来决定播放时间；后面这句话，“通过技术设备向公众传播”，这是可以由公众决定的。现在有的电视有个回看功能，想什么时候看就什么时候看。过去转播是播放者定时间，一场足球赛直播之后转播，转播也是电视台定时间。电视走向数字电视，出现回看功能后，电视转播和网络传播更为重叠了。通过数字电视就有点儿像一个网络，可以随时更新，像上网一样，与网络上的电影网站，迅雷看看等同步。现在数字电视可能还达不到很多网站的电影的储备量，区别仅此而已。

未来可能出现三网合一，三网合一以后，无论是手机网络、电视网络、电脑网络，都是一张网，更没有必要区分这两个概念了，它们都是一样的。这是历史的产物。刚进入 21 世纪的时候，网络在中国刚刚兴起，其实网络进入我们生活也就十几年时间。九十年代末人们发现网络出现很多侵犯著作权的问题，于是后来规定一个信息网络传播权，解决这个问题，殊不知随着技术发展，这个规定与现行法的广播权越来越接近，以至于没有区分的必要。但是这次《修正案》没有彻底解决这个问题，只不过把广播权改为播放权，信息网络传播权把信息两个字去掉，但实际上字面意思上也可以看出来二者是有融合的。中国立法者就喜欢头痛医头脚痛医脚，法律是这样，行政法规更是这样。网络上《一个馒头引发的血案》出现后争议很大，于是出台了《信息网络传播权保护条例》，此后人们不能随便上传小电影，这也纳入到出版发行之中。这个条例遭到了学者猛烈批判，杨老师也曾在期刊上发表文章讽刺他们。后来还是通过了条例，很可悲这个条例几乎没用过，同志们该传的还是传，就像实名制一样的，有多少网吧执行实名制呢，一开始像模像样实行了一会儿，后来未成年人还在网吧里。去年全国人大又通过了关于互联网安全的一个决定，级别很高，就是要执行实名制。在清华开论证会讨论，学界一顿猛批，批评得全

国人大法工委坐不住了，说学界对他们有很深的误会。

### 8>改编权

改编是不改变作品的本意，但是表达形式有很大变化。比如原来是小说，现在是剧本，发展成电影，三个作品是有关联性的，但是又是独立的作品，各自有著作权，而基础作品是小说。从小说发展出电影后，谁侵犯电影著作权，就倒霉了，要赔所有人。比较好的是拍电影的人把前面的著作权都买了，著作权就在一个人身上。经历的渠道越多，再侵权就得兜着前面了。这就像一些东西擦起来，把最下面的击碎了，上面的损失都要承担。

### 9>翻译权

翻译为什么不与改编权合在一起呢，可能是为了法律适用方便，否则人们又要解释了，翻译是不是一种改编呢。人们觉得翻译不能是演绎，翻译信达雅，首先一条是信，只是改编表达形式，意思不能改，于是干脆叫翻译权吧。只要是一种文字变化成另外一种文字都是翻译。这是一种独立的权利。翻译权实践中的使用非常明确，只要涉及翻译工作就会涉及。

法律规定上看应该是指文字作品，一种语言文字转换成另外一个语言文字。如果是电影，是中文的，到美国上映，配了英文，算不算翻译权呢。没征得著作权人同意，把电影变成英文，算不算侵犯翻译权呢。翻译是把一种语言文字转换成另外一种语言文字。电影作品对白确实是一种语言，但是又不是代表整个电影。换句话说，有的电影对白不一定那么多，是不是也涉及翻译权，这是一个问题。如果到法官哪里，一定直接用翻译权判了，认为电影对白肯定是电影的一部分，没有经过允许翻译。但是杨老师认为这个应该不叫翻译，那叫配音，原始的音隐去，换上新的，不应该叫翻译，翻译应该是语言文字的变化。

### 10>其他权利

还有其他的权利，立法一般都会有一个开放性规定，享有的其他权利。其他包括哪些呢。杨老师认为，著作权是一个绝对权，应该像物权法定主义一样，不能规定这样一个开放的权利。所有权没有规定开放的，物权法定，物权种类要法定，物权内容也要法定，不能让双方规定物权有哪些权能。为什么物权法定呢，因为物权是绝对权，是一种排他性的权利，必须把权利内容很清楚地公示，非公示没有排他性。我们回顾一下民法的知识，物权法定主义，与物权公示是联系在一起的。知识产权也一样，既然是排他性的权利，就有公示的必要。动不动就说其他权利，什么是其他权利呢。上面提到了网络直播的问题，当网络直播出现的时候，发生了一个案子，按照现行《著作权法》，网络直播既不能解释为广播权，又不能解释为网络传播权，就解释为其他权利处理了，说显然是侵犯了权利。杨老师觉得这太有创意了，这样让人防不胜防。知识产权应该跟与刑法的法无明文规定不为罪一个道理。法官这个创意虽然很好，但是是违背基本法理，相当于一定要保护著作权人，想方设法找理由。

修正案增加了追叙权的规定：“美术、摄影作品的原件或者文字、音乐作品的手稿首次转让后，作者或者其继承人、受遗赠人对原件或者手稿的所有人通过拍卖方式转售该原件或者手稿所获得的增值部分，享有分享收益的权利”。什么意思呢，比如作者或者作者的继承人 A 第一次把手稿卖给了 B 以后，获得一个价格 1。如果这个人再一次转让，这次转让规定了转让方式，只能是拍卖，卖给了 C，有一个价格 2。如果价格 2 比价格 1 高，就有一个增值部分，增值部分要分给 A 一部分，这就叫追叙权。

这个追叙权起源于法国，起源于欧洲。这是为了保护特定的作者，不是保护所有作者。我们看限定就知道，这条规定说了是美术作品、摄影作品的原件或文字作品、音乐作品的手稿。我们不知道为什么把文字作品也加进来，其他国家保护的只是美术作品、摄影作品，有的国家只保护美术作品。外国的这种规定就是为了保护艺术家。有个说法，追叙权是为了保护那些当年穷困潦倒的时候低价卖掉作品的艺术家。追叙权是为了保护艺术家，不是艺术作品。所以享有的只是作者，我们国家扩大到了继承人，这是不应该的。

追叙权是著作权保护比较程度高的国家，也是在艺术传统比较好的国家出现的。法国、意大利出艺术家，追叙权最早就是从美术作品出来的。这些艺术家年轻的时候很穷，卖画很便宜，后来成名了，便宜了第一手买的买家。所以搞艺术品眼光得好。达芬奇、毕加索在世的时候没有那么大的名气的，死了以后才出名。这些增值的部分要分一部分给艺术家，实际上说这个价值是来源于他的创作。

我们国家规定成这个样子，杨老师觉得很愤怒，这是完全不懂追叙权的由来。我们一般写论文怎么写呢，第一个问题是怎么来的，第二为什么是一个问题，第三这个问题是怎么回事儿，第四怎么解决这个问题。这是一个解决问题的论文，学术论文一定要遵循的思路。很多论文并没有这么个过程。中国的追叙权规定成这个样子，实在是不敢恭维。摄影作品也能够称之为艺术家么？这在西方会是很滑稽的事情。西方认为，音乐、美术才叫艺

术家，写文字的也变成艺术家了啊，很荒谬的。的确有的作者年轻的时候买的便宜，后来成名了。即使是我们写了个东西，往下传，传了 100 代也会很值钱。明代的东西到了现在不一定是艺术家的东西才值钱，经常夜壶也很值钱。这些人自以为看过点儿书就规定这么个东西。我们提出一些建议，提出一个理论，一定要追根溯源，要看这个东西是怎么来的。任何一个制度的发展都有特定的土壤，不是随便搬的。如果这个制度规定之后明显打破了著作权人和非著作权人的利益平衡，这个制度就有问题。把文字作品规定进去，就会出现这个情况。有些作者就会人为制造出手稿出来，本来没有手稿，他们制造出手稿出来。（韩寒的手稿就是制造出来的吧，哼哼）当然这条规定限定了拍卖，不限定拍卖更要命。国外的规定根本没有限定拍卖，只需要卖的比别人价格高。这是说看涨不看跌，第一次卖掉不会再亏了。

《著作权法》规定成这样的话，就有一个怎么分配的问题。这里只是规定享有分配的权利，至于是三七开还是四六开，没说，这不是制造矛盾么。

## 1. 权利内容

权利内容只选择重要的讲。

### 1) 复制权

复制权很重要，是著作权人财产权利实现的基础。

#### - 复制的方式

现行规定了印刷、复印、录音、录像、翻录、翻拍这么多的形式，曾经《实施条例》还规定有临摹。临摹不是复制，分歧非常大。杨老师认为临摹不构成复制。临摹是一个特定的概念，不是说什么都有的临摹的，只是在艺术领域，美术作品创作才有临摹的概念。既然是这样，不能称其为再现，因为艺术创作行为是不能再现的。原件和复制件是有区别的。一个是人的记忆的体现，一个是机械的复制。临摹不是机械的复制，临摹也要有技术，没有技术临摹不了。如果让杨老师临摹《清明上河图》，就算是拿着枪顶着脑袋也临摹不出来，威胁用压路机压平也临摹不出来。但是如果让复印一个，到复印店复印，有专业复印机就可以。专业复印机连地图都可以复印。现在还有的数字扫描复印，全部数字化了。现在的复印手段很多，但是临摹不是靠机械设备。这是一个本质的区别，也是文字作品和美术作品的区别。文字作品的复制、再现是不考虑技术手段的，可以靠手，可以靠设备，但是美术作品不是，没有人家的技术没法临摹。就像扣篮怎么临摹，一般人蹦不上去啊。

所以复制一定是再现作品，文字作品不是保护原封不动的文字，而是保护文字背后的内容，所以不需要原封不动才构成复制。

#### - 复制的四种表现形式

复制看起来很简单，但是，实际上有不同的表现形式，使得问题没有那么简单。最常规的理解复制就是平面到平面，到复印店复印笔记，复印书，都是复印。《著作权法》的复制有四种表现形式，平面到平面，平面到立体，立体到平面，立体到立体。第二种和第三种不是一回事儿。比如一个人画了一幅画，另一个人按照这幅画做成模型，这是平面到立体；看到一个建筑物，画了一幅画，这是立体到平面。立体到立体，有一个产生了一定影响的案子【“鸟巢”诉熊猫烟花侵犯著作权案】。

我们知道鸟巢，鸟巢长什么样子我们也知道。这个案子，简单讲一个生产烟花爆竹的企业，造了一种鸟巢造型的烟花。其实烟花爆竹我们不用去买，买带来的乐趣就是点火那一下，后面的和不买是一样的，买的人多一个乐趣就是去点，点完了就平等了。所以买烟花爆竹就是买这一个乐趣，但是这个乐趣还可能带来你被灼伤了，或者更危险的后果。旁边看就不会有这个乐趣。这个烟花造型是鸟巢，当然不是真的鸟巢，是鸟巢的造型。争议的是这个烟花的造型是不是真的侵犯了鸟巢这个立体作品的著作权。

关于这个问题，法官和学者分歧很大。这涉及到复制、再现的概念。如果说构成侵权，一定是构成复制了。法官一看，这不是照着鸟巢做的么，所以是复制了，这是法官的理解。背后还有一个因素，鸟巢的所有者很生气。当然鸟巢的所有者和著作权人是一体的，或者说一个鼻孔出气的。为什么生气呢，他们认为不能先斩后奏，应该先与他们去谈要用这个造型，付费，就像奥运会的很多造型一样。比如奥运会的福娃，我们说这个国家太黑了，一次弄出五个来，一次要付费五个，不能卖三个，一买买一套。更狠的是中国传统文化，水泊梁山，108 个，一买就买 108 个。中国还是手下留情，只是用了五个。这一类特许产品很多，杯子上印一个鸟巢图片，做一个鸟巢玩具，有很多这样的特许经营商品。而这个案子中被告没经过同意就弄出烟花爆竹了。

被告认为，鸟巢是有著作权的，但是这是公共场所，自己是照一张图片回去做的。按照我们国家规定，在公共场所展出的作品，可以录像、临摹、拍照，然后去做的。这个思路可以走通的，当然因为官方的因素，这个被告是败诉了。实际上被告的抗辩是可以成立的，按照现行《著作权法》22条规定，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，可以不经许可，不付报酬。建筑作品当然只能在室外。既然可以拍照，可以临摹，对于拍照临摹产生的新作品，可不可以使用呢，是否包括商业使用呢，最高院2004年有一个解答，在不影响原著作权人利益，不产生替代作用的情况下可以。这里强调不影响，不产生替代作用。复制件之所以一定要打击，是因为卖出复制件就不会有人买正版了，就是影响著作权人利益、产生替代作用。

从复制的概念出发，也可以走通。这个案子开研讨会的时候，争论的很厉害，学界认为不应该构成复制，没有形成再现。消费者看来不会产生替代效应，谁都知道这两个作品差别太大了。建筑作品保护的是造型，而鸟巢的造型和这个差别太大了，而且不会产生市场的混淆和替代。消费者买这个烟花，不会影响鸟巢的收益。当然一旦涉及官方很多就不好说了。

举这个例子是说明，立体到立体的复制，怎么认定是复制，很关键是再现，产生市场上的替代。比如这里有个鸟巢，另外有个地方也有个鸟巢，这是毫无疑问的侵权。但是如果钥匙扣上有个鸟巢，难道也让别人认为传说中的鸟巢是这个东西么。难道有了鸟巢的著作权，就垄断了所有的使用么，这是一种垄断思维。就像我们说的，别人拍一张鸟巢照片，还不能用了么，这没有道理。更何况，烟花爆竹只是周围这一圈看起来像，里面根本没有再现的问题。

从立体到平面，案例中已经涉及到这个问题了。被告的抗辩称，自己把鸟巢拍照回去适用。这就包含了立体到平面再到立体的过程，立体到平面就是前面那部分。立体到平面实际上就是用的录制、绘画、摄影的方式来把立体作品，包括雕塑、建筑物等变到平面。立体到立体强调复制，立体到平面怎么也不可能是再现。再现指的是所要保护的东西，立体到立体强调再现是指结构、设计，并不是所有的立体到平面都会构成复制，所以还是要考察如何判断这个具体的行为是一种再现，把所要保护的元素都再现出来。不保护的元素再现出来是没有关系的。

《著作权法》22条的规定所涉及的是合理使用的问题。如果构成合理使用，是不侵权的；之所以这是一种著作权的限制，就是因为它本质上是一种复制。为了平衡著作权人和非权利人的利益，把这一部分本来是用著作权人的权利内容划给非权利人。合理使用都构成复制的，反推回来，这里说的立体到平面也有可能构成复制。

复制中，平面到平面相对是最容易判断的，就是一个对比问题，拿着两幅图来比，是不是相似；比较复杂的平面到立体和立体到立体。比如某人设计了一个图案，蓝精灵，一个厂家按照这个生产了一个玩具，这个图案和这个玩具是什么关系呢，这个造型完全按照这个造型来的，这才叫复制。

## - 临时缓存的问题

复制除了这四种类型以外，还有一个问题，网络带来的临时缓存问题。缓存的存在是非常短暂的事件，是临时的，很短暂的，很快就会消失。临时缓存究竟构成不构成复制，这是第一节课就讲到的知识产权公共政策问题。如果认为构成复制，就会给予著作权人很高的权利；如果不认为构成复制，就更倾向于非权利人。

率先认为构成复制的是美国，是欧盟，认为即便是临时缓存，也构成复制。但是这个临时，毕竟还有一个时间长短问题。云计算出现后，时间变得更短。新近的一个案例【Cartoon Network LP, LLLP v. CSC Holdings, Inc】就涉及这个问题，可以去研究一下。

简单来讲，有一个网络系统，每一个人都在一个网络终端，想看一些节目、电影，比如电视节目，放这个节目的时候又不在家，就指令这个系统录制这个节目。如果没有任何一个录制的指令，这个信号就会从系统里流过去，如果有指令就会留下来。不知道这个仪器叫什么名字，只知道这个信号流从仪器过的时间只有一秒钟。于是法官讨论，这个一秒钟构不构成复制。如果承认这构成复制，0.1秒呢，0.01秒呢？这都是技术出现产生的问题。原来有人家里有录像机，想看什么东西录下来，这其实是侵权的。怎么没人追究呢，当然没拿到市场上出售就不会有人起诉。知识产权是市场中产生、存在，非市场行为可以不追究了。但是它有侵害之虞，制作了复制件就有可能进入市场来，还是可以制止的。国外制造复制件就构成侵权。

临时缓存，这个信息流在设备里面仅仅存在了短短一秒钟，是不是构成临时复制？复制无论是用再现解释，还是用可复制性解释，都会产生时间长短的问题。类似于前面提到的冰雕、烟花作品，是不是著作权法上的作品的问题。有的国家连冰雕都不承认，物理学上冰雕作品每时每刻都在变化，在缩小融化，其实是一个道理。美国、欧盟也有倾向认为要保护临时缓存，就是要利于著作权人的利益。但是即便如此，关于复制权的定论也是没有的，包括美国的这个案子是2009年的，已经很新了，也存在争议。美国理论界实务界有人认为不构成复制。

WCT规定，版权人的复制权包括“以任何方式或形式，不论永久或暂时，直接或间接复制其作品”。著作权

法上复制留存的时间段可能很短。短到什么时候构成复制，是不是复制，这是主要的问题，至于是临时的还是永久的没有太多问题。临时也规定为复制，这个保护是很高的。永久不是说不眠不休，而是说形成固定的放着，除非人为删除，否则不会删除的。

## 2) 发行权及其衍生的财产权

### - 发行权

发行权有两个要素：

1>有复制件；

2>面向公众不特定人。

有了这两个要素才构成了复制，这是很清楚的；实际上很多行为究竟是不是属于发行存在一些争议，但是又认为肯定构成对著作权利益的影响。其实这些是发行中衍生出来的，在法律行为上与发行权有点儿不同，但是都是通过对社会公众不特定的人传播复制件的行为。

### - 出租权

由财产权衍生出一些权力，比如出租权，这个权利是 1994 年的时候出现的，至今不过 20 年时间。此外 1994 年也提出了对计算机程序和电影作品的规定。我们国家把这些规定也学过来了。

### - 进口权

进口的问题是知识产权法非常难的问题。这里简单讲一个概念。既然是进口，就涉及两个国家。进口的问题不仅著作权存在，商标、专利也有，这里只讲著作权问题。A 国对某本书有著作权，在这个国家发行这些书要经过著作权人同意，假设著作权人许可给 B 国的人在 B 国出版发行，这时候有一个人从 B 国向 A 国进口书，著作权人能不能禁止进口？如果可以禁止，说明有进口权；如果不能禁止，说明没有进口权。所以我们认为进口权是发行权衍生出来的，发行权需要有作品复制件，有出售复制件的问题。

进口涉及国界的问题。进口其实更加复杂，有很多种进口，有权利的出口再进口，有商品的出口再进口。

进口权与后面提到的权利穷竭概念有关。我们试想一下，先不管权利穷竭的概念，假设你买了一本书，然后把这本书卖给或者借给 A，这个人又卖给 B，B 又卖给 C。这个传播侵权不侵权，为什么不侵权呢？我们看发行权，是出售作品复制件的权利，怎么敢说不侵权呢。在没有任何权利穷竭概念的情况下，这种行为是侵权的。这里说的发行权，首先发行复制件，这个发行其实是有了发行权之后出售，以及转售。转售受谁的控制？受著作权人控制，这就是侵权的。这种行为影响复制件的销售数量。

如果是这样，问题就来了。这样是不是著作权就和所有权的冲突很严重。我花钱买的书，还不能卖了，这绝对不对。于是，就有了权利穷竭的原则，英文叫 First Sell，著作权人只能在出售作品复制件这个 First Sell 上赚钱，以后的 Sell 不受控制。第一次作品复制件第一次买，这个 First Sell 是指版权在这个载体上，不是在所有的载体上。所以买来这本书，付钱了，这本书就不再受著作权人控制，可以随意转售，但是不能随意地复制。这叫权利穷竭。简单讲，当一个作品复制件销售出去后，著作权就在这一个复制件上穷竭了。

这样如果坚持著作权在全球穷竭的话，这个进口就应该不受控制，不管在这个国家还是那个国家，只要作品出售一次，再次出售就不侵权了。换句话说，没有进口权；如果一个国家规定，著作权人有进口权，说明这个载体销售一次后，只在自己的国家穷竭，不在全球穷竭。这个载体只在 B 国穷竭，当再次卖到 A 国的时候，不穷竭。因为这个载体是第一次进入 A 国，所以不穷竭。权利穷竭如果采取全球穷竭标准，在这个地球上不管是什么地方，版权就不再控制转售；如果采取的是一国穷竭，作者就可以禁止不允许再次进口，说明有进口权。

知识产权不是一个很简单的法律，其实很复杂的，一点儿不亚于物权无因性之类艰涩的理论。这是最简单的进口问题，还有复杂的。我们国家规定进口权，说明我们国家采取一国穷竭。如果规定没有进口权，就是全球穷竭。

### - 公共借阅权

公共借阅权是针对一种作品传播的方式产生的，这种方式就是通过图书馆借阅方式传播。我们对图书馆都是非常熟悉的。图书馆借阅对于著作权人的财产利益会有一定的影响，尤其是对于学术性的书，本身市场就相对比较有限，再加上公共图书馆都有学术性的书借阅，很大程度上就会影响作者的经济利益。当然如果作者本身名气比较大，授权出版社的时候就可以把财产利益实现，这个时候公共利益影响就主要是出版社。现在网络也是一样，

网站通过付费的方式获得了作品的授权，可以在网络上提供作品。在图书馆，某种意义上也会影响一部分利益。当然这是相互的，网络的出现也会影响图书馆的借阅。

图书馆的借阅对于作品的使用者来讲，影响不是特别大。这里之所以强调公共，因为图书馆对于作品使用者来讲是免费的，损害最大的还是出版商。

公共借阅权的出现某种意义上是对著作权人的一个补偿。作品传播是受到图书馆借阅的影响，因为借阅本身就是一种作品传播的方式，对于其他方式显然会影响。规定这个权利的目的就是一部分利益的返还给著作权人。这个权利不是读者的权利，是著作权人的权利。图书馆向社会公众出借著作权人的图书，应该给予著作权人一定比例、数量的补偿。付费的并不是读者，读者几乎是免费的，办卡可能会有一定的成本，或者交年费，但是对于借阅来说是免费的。付的费用是图书馆维持经营的需要。最终承担这笔费用的实际上是国家。

公共借阅权指的是公共图书馆，私人图书馆是不存在这个的。私人图书馆从事这种借阅某种意义上是侵权的。权利穷竭原则是针对发行权的，是针对经营行为。所谓 First Sell, Sell 显然是对发行权进行限制的，指的是发行权一次用尽。书是作品的载体，第一次出售的时候受到著作权人的控制，但是转售无论多少次都不再受著作权人的控制。那么办私人图书馆借阅给消费者不是可以不受限制么，不是，借阅不是转售，相当于用同一个作品的载体多次重复地进行传播。这个行为如果没有经过著作权人同意是侵权的。这与出租是同样的道理，它对著作权人经济利益的影响是实实在在的。出租和借阅的区别对于读者来讲一个是免费一个是收费，但是对于著作权人来讲是一样的。私人图书馆如果没有经过同意，是侵权的。

总之这里的借阅权是公共图书馆。北京大学图书馆肯定是公共的。私人图书馆在我们国家非常少，当然由于长期没有著作权法的意识，估计开了也不会有人管。如果某个律师发现有个私人图书馆然后去起诉，这种行为可能遭到鄙视。据说律师是死后要下地狱的，活着的时候做一些被鄙视的事儿也没关系。

关于公共借阅权，要记住的是，首先这个权利是针对著作权人的，第二它针对的是公共图书馆，第三读者是不付费的，最终成本的承担者是国家。

## - 追续权

追续权起源于法国、意大利这些艺术比较发达的国家。《伯尔尼公约》也规定了这个义务。追续权，看到这个概念就顾名思义，追着你要钱呗。它也是对首次销售原则 First Sell 的突破，根据首次销售原则，第一次出售后，后面的出卖跟著作权人没有关系。有了追续权，一些行为就不能说是没关系了，赚钱要分脏。

这个制度首先的目的是保护艺术家。所以显然能够享有追续权的作品只能是艺术作品。艺术广义上包括美术、音乐。有的国家限定美术，有的国家把音乐放进去了。转售、卖的是什么东西呢，指的是手稿。因为复制件其实卖不出价格来，没有多大的意义。除非原件没有了，只有一个复制件了。但是追续权多数都是针对原件、手稿。用这种方式给著作权人补偿，当年他没有出名的时候，手稿出售还没有这么值钱，后来名气变大的时候转售价格上升，应该把价格转给艺术家。

这个行为在经济学家看来，绝对是受到鄙视的，这么没有效率的事情还做。因为这样增加很多交易成本，也无法解决信息不对称的问题。立法者不会考虑这些。立法者的问题是没有考虑到执行这个制度的成本问题。实践中除非名气特别大的艺术家，比如毕加索，其他的艺术家都不容易实现。这个制度成本是非常高的，而且信息不对称。这个制度初衷是保护艺术家，但是在我们国家这个制度等于流于形式。这个制度产生于艺术比较发达的国家，世界上规定追续权的国家并不是那么多，只有一二十个。规定公共借阅权也好，追续权也好，都是知识产权法水平比较高的国家。我们国家不知出于什么考虑，把这两个也规定下去，不知道中国有多少艺术家值得这么保护。因为这个权利会与所有权打架。拍卖手稿，卖的是所有权。追续权等于是在个别领域里头延长了著作权的保护，因为要赔偿给作者。

这个制度只有不断地完善，才能在实践中得到很好的实施，与其这样还不如不规定，制度成本太高。即便是在著作权保护期限内，作者去世以后，因为使用作品要付费，成本已经很高了；如果把追续权规定进来，就更高了，会出现很多不必要的麻烦。法国、意大利这些国家规定，它们自己也麻烦。可以做实证研究，看看这些国家有多少因为分脏不均出现这种问题。我们国家这样规定，只会增加很多诉讼。而且我们国家把追续权范围扩大得很大，把文学作品的手稿也界定进去了。打油诗算不算文学作品？如果算的话，这个手稿也在追续权范围内。现在创作音乐作品，很少有用手稿的，都用电脑。手稿都没有了，还保护什么？追续权说白了，还是保护画，科技再发达，艺术家画画也是用手画。

## 3] 传播权

传播权的概念我们觉得很好理解，作者控制作品传播的权利。作品传播的方式，随着科学技术发展，会有很大的变化。我们国家现行《著作权法》涉及传播的权利有两个，播放权和信息网络传播权，修改后是播放权和网络传播权。我们国家是唯一规定网络传播权的，前面也提到播放权和网络传播权有很多重复的地方。以前传播权涵盖的是电视台和广播台这两种传播主体，随着科学技术发展，它们与计算机网络的差异，从技术特点上来看越来越小。尤其是三网合一之后，这两个权利更难区分开了。三网合一只是一个时间问题。我们不太理解现行的立法者，让他删掉一个东西好像很容易，但是让他删掉一个该删的东西却就是不删，不能理解是什么心态，可能是夹带私货吧。我们国家很多立法都是这样。

杨老师认为，传播权要保持它的开放性，无论用什么样的技术手段，只要是客观上形成作品的传播，就是这里所说的传播。以后科学技术发展到什么程度很难预料。如果发行权等权利还需要解释的话，传播权就不需要解释。传播就是通过一定的技术手段使作品为不特定多数人所获知，这就够了，不用管是有线还是无线，不用管借助不借助物质设备，我们不知道未来技术会怎么发展。

技术真的是无法想象。我们回想一下 20 年前，杨老师读高中的时候，无法想象今天的情况。二十年前想二十年后会发生什么状态，有些可能可以想到，但是传播、媒体是绝对无法想到的。杨老师的学生说他现在已经和社会有些脱节了。现在很多贪官的秘密是怎么泄露出来的，就是因为他不懂技术。有个官员在网络上跟婚外的对象在微博上调情，所有人都看到了，你以为他愿意么，他以为这是 QQ 呢。科技是第一生产力，无论是正生产力还是负能量。有人玩多媒体玩不好，在看一些不太好的片子的时候，全校都看到了。二十年前不要说想象不到二十年后用手机看电视，二十年前连现在有这么多电话都想象不到，那个时候高级干部才有电话呢。那个时候坐飞机是身份的象征，现在坐飞机说明你要赶时间。所以概念要保持开放。现在我们把它限定死，就像 2001 年《著作权法》规定信息网络传播权。限定死了以后，网络传播出现后，就出现问题了，这个概念套不进去。因为信息网络传播权是自己选择时间和地点，网络传播选择不了。Windows95 的时代人们都想象不到网络还能看电视。

传播权的问题，美国版权法上就没有这么复杂，没有规定广播权、信息网络传播权，它只规定一个，向公众传播的权利，国际公约也是这样确定的。

为什么著作权要控制作品传播呢，因为经济利益。既然这是一项财产权，就要控制作品传播。著作权，以及知识产权，是产生于市场，而且在市场中实现的。著作权如何在市场中实现财产利益呢，就要作品传播。作品写完了存在自己脑袋里，别人偷不走，但是也获得不了经济利益。

WIPO1996 年的公约中规定公众传播权的时候，说的是“包括”公众自己选择时间和地点的方式，英文原文是 Including。我们 2001 年修订《著作权法》，翻译这一条的时候把包括两个字去掉了。把这两个字一去掉，等于这两个是都要具备的条件。如果是包括，就是 such as 的意思，也包括不能选时间地点的。

## 三、邻接权

### · 邻接权的含义

现行法上这个权利叫邻接权，国外已经接受这个概念了，修正案中又准备改为相关权，不伦不类的。所谓邻接，就是著作权的隔壁。那边是作者的权利，这边是作品传播者的权利。所以简单讲，邻接权就是作品传播者的权利。

邻接权也是一个排他性的权利。著作权人自己传播，是作品传播，但不是邻接权。邻接权针对特定的作品传播，这个作品传播是第一次传播。后面无论是出版者，还是表演者，还是录音制品制作者，还是广播组织者，都是传播者。第一次传播才享有邻接权，如果把别人的翻录再翻录的话，是不享有邻接权的。对它的侵权，不侵犯制作者的权利，而侵犯原作者和第一次翻录者的权利。

我们国家规定的四种邻接权，都是这个意义上的。表演者权必须是一次表演、活体表演，表演者权不是在二次表演基础上产生的。出版商也是这样，录音制品也是这样。

这样为什么要鼓励、给予邻接权呢，因为这些都是进行了一定的投资，表演者稍微例外一点儿，不是因为他投资，而是他把自己的技艺能力作为一种投入，投入到作品传播中，使得更容易被传播，更容易被理解接受。比如有人写了一本小说，把它表演出来，受众会更大。总之都进行了一定的投入，可能是金钱上的投入，也可能是一定的智力脑力的投入，使得作品传播更为容易、更为宽泛。所以是对作品传播者的一种鼓励、激励。

如果用英美法上讲，邻接权还是 Copy Right，跟著作权人是没有区别的。这是因为，英美法系对独创性要

求非常低的。独创性要求高的是大陆法系，要求作品的是人格的延伸，二者融合达成现在的状态。如果对独创性要求低到一定程度，实际上邻接权和著作权的界限就没有了。所以邻接权也被理解是对作品独创性判断不清楚的时候的一个兜底保护。有没有著作权的判断很困难，就不用著作权来保护，而用邻接权保护。比如表演，表演的是他人的作品，但是多少是融入了自己的一些东西，表演是一种技能。表演别人作品是不是有著作权，未经允许表演别人的作品侵权了是另一个问题，这个表演有没有独创性，有没有著作权呢。如果独创性判断很困难，就不去考虑它，用邻接权保护。著作权客体有一种叫舞蹈作品。如果表演者表演这个作品很明确，就是一个舞蹈作品。如果判断没有独创性，或者独创性判断很困难，就用邻接权保护。一个人表演舞蹈，如果有独创性，就有表演权和表演者权，表演者的邻接权；如果是别人的作品，就不享有著作权了，用邻接权保护，这是一种兜底保护。

这种情况尤其表现在后面三种邻接权，表演者、录音制品制作者、广播组织者。出版商不存在这个问题，和许可使用是没有什么区别的。出版商的专有出版权完全没有必要规定在邻接权里面。许可使用两者之间的关系问题就能解决出版商的问题，不需要专门规定一个出版商的权利。真正需要规定为邻接权的是后面三种，传播者确实确实有自己的劳动付出、智力融入。录音制品也是一样，你录制了一段音乐，有没有著作权呢。录音音乐作为一个作品很难成立，但是产生邻接权是可以的。

我们国家如果把邻接权的概念修改为相关权，这个兜底的功能就弱化了。外国人看到相关权不知道什么意思。这个邻居 Neighbor 是相对于作者而言的。如果出来一个相关权，凭什么用它作为兜底呢，难道是因为有相关性？那也可以所有权来兜底啊。如果著作权跟所有权没有相关性，还用权利限制原则有什么用呢。所以这些人研究问题的时候太过单线性。我们搞知识产权研究这么多年，看到立法是这么低水平，还是很心痛的。当然被他们听见了，又要炮轰了，杨老师也不怕炮轰，只是没有机会去炮轰他们。

## 1. 出版者的权利

我们国家出版者权利包括了两个，版式设计权和专有出版权。这两个都没有必要规定。

### 1) 版式设计权

版式设计是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，是出版者在编辑加工作品时完成的劳动成果。我们看一看，这不就是一个作品么。版式设计，不一定用在某一个固定的作品上，可以应用于所有的作品上，而且是个立体作品。一家出版社出版的一套书可能是统一的式样，这就是版式。把那些文字因素忽略掉，看书的长相，就是版式设计。

#### - 版式设计与封面设计

要区分版式设计和封面设计。更早的著作权法规定的是封面设计，那是不对的。封面设计首先是平面的，第二它是作品是毫无疑问的。封面作品如果构成一个平面，当然是作品。我们国家《著作权法》规定版式设计权是出版者享有的，规定在邻接权里的。杨老师解释为为了法律适用的方便。自己完成的劳动成果怎么能够是邻接权呢，应该是著作权才是啊。十多年来下来没有人能理解为什么版式设计权在邻接权里面。

一个重要问题在于，出版者的范围多大。书的出版者毫无疑问，期刊也没有问题。报纸有没有？报纸好像是个平面的东西，那厚报纸呢？那得多厚啊。还有其他的类型，比如公司推广业务的宣传册，它的主体是不是符合出版者。著作权法规定的是出版者，这些公司不是出版者。出版者是有特定的市场准入的，经过准入才可以自称出版者。一个公司出版宣传册，不是出版者，只能尽量去寻求著作权的保护。这个范围到底多大，实践中还是出现过一些案例有分歧。

#### - 出版者的范围

分歧最大的就是电子出版物出现后，出版者的范围是不是要扩大，电子出版物的制作者对于电子出版物有没有版式设计的问题。电子出版物，从电脑上看应该是平面的东西。效果上可能可以做成 3D 的，看起来立体的，可是摸起来还是平面的。这里面怎么解释版式设计权呢？有些人主张，设计电子出版物的时候，所有要素都具备了，唯一不具备的就是立体。现在很多人倾向于电子出版物也具有版式设计权。

我党我政府最关心出版商的问题。政府为什么对网络又爱又恨呢，就是因为控制不住言论自由了。原来有《出版管理条例》，后来为电子出版物出台了《电子出版物出版管理规定》，现在有了网络后，又有《互联网出版管理暂行规定》。要限制主体，才能进行市场准入。如果对市场准入进行限制的话，对明确什么样的人出版者，才能够明确出版者权所能涵盖的范围。这是第一位的问题。第二位的问题才是解决比如网络出版物有没有版式设

计的问题，这个问题相对好解决。第一位的问题更加重要。如果对网络出版、电子出版进行很严格的限制的话，现在网络上传播的很多东西就是非法出版物、非法传播的作品。但是怎么进行限制呢，如果限制，不仅言论自由限制，而且会把网络商业打死。比如如果说微博是非法出版物，腾讯公司就不干了。如果不做限制，完全开放，出版行业会受到极大的冲击，甚至是毁灭性打击。所以这个权利其实受到传播技术影响是很大的，当然和意识形态、价值取向也有很密切的关系。

## 2] 专有出版权

出版者享有的第二个权利是专有出版权。它本身就是基于作者和出版者的合同产生的。是否具有专有出版权由双方当事人约定，比如合同中明确约定享有专有出版权，出版商才具有专有出版权，否则应当认为是普通许可。当然 1990 年《著作权法》直接规定为专有出版权，2001 年修法的时候修改为由作者和出版者的合同规定专有出版权。本身知识产权与知识产权许可使用权的关系就类似于所有权和用益物权的关系。土地使用权不就是一个独占使用权么，和专有出版权在性质上是一样的。既然有知识产权许可使用的制度，就没有必要规定专有出版权作为邻接权了。专有出版权和其他的邻接权是不一样的，比如表演者权，并不妨碍其他的表演者再去表演，再去享有他们自己表演的权利。这些人都不是垄断的，当然可以用合同的方式，签个合同，作品只能交给我表演，音乐界经常这样。但这与专有出版权根本上是不一样的。因此专有出版权没有必要在邻接权规定。

专有出版权既然是独占许可使用权，就有很强的排他性。学了物权法就知道排他性的权利必须有公示，那么专有出版权有没有公示呢。在知识产权领域，权利公示问题一直被忽视。这几年会好一些。如果是排他性权利，就需要一定的公示，《著作权法》里一直没有规定这个问题。这次《著作权法》修正案规定，进行转让或者许可使用的时候，应当到相关部门登记，当然就是版权部门进行登记，进行许可使用授权登记。《著作权法草案》几易其稿，有的说对许可使用合同进行登记，有的说对许可使用登记，但是未登记合同不能对抗第三人。合同本来就不对抗第三人。我们学过民法，什么时候说合同对抗第三人了呢。合同是债权，具有相对性，我们需要合同对抗第三人么，即是需要它对抗第三人，也使用侵权法解决的，涉及《侵权责任法》第二条怎么理解，包括不包括债权的问题。所以就不理解这些搞知识产权法的人，居然写出这么业余的表达方法，合同不得对抗第三人，让人不理解。难怪十几年前，郑成思和梁慧星论战的时候，梁慧星最后说知识产权的人民法思想太差。杨老师刚听到的时候还不服气，慢慢感到不服气还不行。忽视公示原则是非常要命的，很多事情都是依据公示产生的。

专有出版权同样也有不同的出版物的问题。过去说传统出版物有书、期刊、报纸，其他都是非法出版物。现在不一样，不能说人家商业宣传册是非法出版物，人家自己印刷的，自己宣传材料。北大自己招生也要印宣传材料。

### · 案例——关于版式设计权

中青社诉称，2002 年 1 月，该社出版了由王斌（笔名一直）所著的《藏地牛皮书》。该书的版式设计综合运用了多种设计元素，与书的内容紧密结合，成为该书特色性标志。2003 年 6 月，该社在书店发现万夏设计封面、宋丹设计装帧、紫图公司策划并制作、陕西师范大学出版社出版的《中国徒步穿越》一书，该书设计风格与《藏地牛皮书》极为雷同，在内、外封、内文版式、具体设计元素的运用等方面对《藏地牛皮书》进行了大量而直接的抄袭。中青社遂将紫图公司、陕西师范大学出版社诉至法院，认为被告侵犯其对《藏地牛皮书》所享有的版式设计权。

近几年来关于版式设计权也没有太多诉讼，这个案例是比较典型的。原告按照著作权起诉，其实是版式设计问题。侵犯版式设计权，最大的原因是，想把你的书做得和他的书很相似。就像商标法说的商品假冒一样。杨老师曾经进过一个店买零售商品，以为是 7-ELEVEN，后来知道不是。这肯定是有问题的，这就是一种假冒。卖书的也一样。因为 7-ELEVEN 很有名，消费者自己愿意选择麦当劳、7-ELEVEN 去买东西，书也是这样。如果自己单独弄一个版式设计，别人觉得很不起眼；故意用一套很有名的书的版式设计，消费者还以为有什么关系，是一套丛书，就一起买了。咱们买书可能不会出现这些问题，社会上有些人买书就比较粗心。这是一个社会现象，假冒确实会影响消费者的选购，一不小心就选错了。

## 2. 表演者权

首先需要注意的是，表演者权，是表演者基于其表演享有的一项权利。表演实际上是作品的传播。作品如果是自己的，表演者权就和著作权重叠了；如果是别人的，就分开了，表演者权是表演者享有的，著作权是另外的

人享有的。

## • 一次表演与二次表演

表演者享有这项权利的基础是活体表演。比如杨老师在这儿表演一个节目，如果没有允许任何人拍摄，谁拍摄，至少侵犯表演者权。哪怕是表演的别人的作品。很多时候生活中这种侵权是大量存在的。比如前段时间风靡全球的鸟叔，谁都想来那么两下，这时候可能侵犯他的著作权。如果这个骑马舞是他独创的，谁都来表演在电视上表演一段，这可能侵权的；很多电视台动不动就播一段，如果没经过授权，可能就侵犯邻接权；如果是表演，侵犯的就是著作权。邻接权是跟活体表演有关的，把活体表演录制下来是需要经过表演者同意的。机械表演不产生表演者权，比如看电视，拿一个录制设备录下来了，录这个行为是不需要经过表演者同意的，只需要征得著作权人同意。

机械表演和活体表演什么区别呢，比如你唱一首歌，这是一个表演；有人把它录下来了，这是对表演的第一次录。反复播放，这就是机械表演。活体表演是一次表演，录制下来之后反复播放，叫二次表演。二次表演受著作权人控制，一次表演既受著作权人控制，也受表演者的控制。很多商店关门的时候反复播《回家》，这个受著作权人控制，因为是机械表演。

什么样的人称为表演者，自己表演才是。播放磁带不算是表演。当然表演者可以对表演进行控制，对表演进行控制不影响著作权人对表演者的控制。当然如果自己是著作权人就没有问题了。如果你表演别人作品，没有征得其他人同意，是侵权；别人不征得你同意仍然不能录制，否则侵犯两个人的同意。

所以邻接权加进来，就把著作权分为几个不同的层次。如果在这个层次侵权，对前面都要赔，就像打扑克包三家一样。这里需要注意，基于侵权产生的作品，它的著作权或者邻接权，仍然是受保护的。这个观念很多人并没有。一个很有名的知识产权协会的人讲，这怎么可能有著作权呢，侵权了、违法了怎么可能有著作权呢，这么有名的人居然还说出这个话。一个作品有没有著作权是一个事实问题，不是一个法律问题。这个事实只取决于一个要素，有没有独创性。这是一个决定性要素。其实是基于权利可否产生的要求。所以核心的就是有独创性，这与侵权不侵权是两回事儿。就像有人犯罪，但是我们不能打死他，罪犯也有人权。到了知识产权领域怎么就不理解了。他侵权，他承担相应后果，他的权利还要保护。表演者的权利也是一样。

活体表演、一次表演，是用一定的动作、肢体组合来再现。未必是表达什么东西，可能一个表演下来，每个人的解读是不一样的，不能说他要表达什么意思，只能说肢体动作、语言、服装等共同体组成表演。很多东西都可以产生表演者权，但是也有争议。比如体育比赛，体育比赛不能一概而论，这是共识。艺术体操是体育比赛，它们在奥运会上，事先转播签了协议，现在你参加比赛，不能不让人家录像，这作为报名的条件事先设定。这样的体育比赛很多，马术的盛装舞步，花样滑冰，花样游泳，反正有花样的就有花样。通常认为竞技性体育比赛不产生表演者权。但是有些项目也有模糊的地方。比如跳水，人们就争论过这个问题。跳水有独创性是没有太大的问题的，很多动作是琢磨出来的。当然有人类极限的问题，十米台翻转五六圈，肯定是翻不完的，但是在人类可以做到的过程中有一些美感，当然要看慢动作了，也就入水的时候可以看看水花很小。艺术体操等有著作权是没有问题的，音乐编曲、动作设计有时候会署名，这就表明有著作权。但是因为体育比赛，使用上会有一些不同，这当然是基于双方的同意。

表演者享有哪些具体的人身权和财产权呢，表演者权是唯一有人身权利内容的。就是表演形象权，表演不能被歪曲。这个好理解，表演者的表演必须由人来行为，出版、广播、录制都可以是法人行为，只有表演是自然人的行为。当然也有是一个自然人还是一堆自然人的问题，就有法人表演、职务表演的问题。表演被歪曲使用，对表演者是不尊重。这与保护著作完整权是一个道理，所以赋予这个权利，不受歪曲。做一个视频剪辑，对人家的表演做讽刺的使用，起到喜剧的效果，这种都属于侵犯权利

其他的权利内容是财产权，播送、录制、复制，基本的含义与著作财产权是差不多的。这里说的录制，一定是针对活体表演，翻录是不受表演权控制的。复制当然好理解，是录制以后再复制。

这里我们稍微解释了一下表演者权控制的表演是一次表演、活体表演。二次表演，用机械的方式或者特定设备的表演，是受著作权控制的。

## • 表演权与表演者权

表演权和表演者权一字之差，是两个不同性质的权利。利用设备的再现，日常生活中再熟悉不过了。电脑里听一首歌，这是二次表演。一次表演是一次性的，再也不能同样的了。所以对于二次表演的利用，表演者权是不

能够主张权利的。我们可能听说过去年所谓《北京条约》，即关于表演者权录音制品制作者权的《视听表演北京条约》，这个公约在北京修订。

现在人们在考虑对表演的二次表演的控制。现在的表演者权只是控制一次表演，是不是要对二次表演进行控制，要考虑。华东政法大学王迁老师在《法学研究》和《知识产权》上发了一些文章，都是讨论《北京条约》的。杨老师觉得在这个讨论过程中，表演者权和表演权多少有点儿混乱。如果真的把一次表演和二次表演的区别完全打破，表演者权就不再是一个邻接权了。这里有语境的问题，英美国家是没有邻接权的概念的，他们讲的表演者权跟我们讲的表演者权可能不在一个层面上。

著作权里面的表演权，本身就没有一次表演和二次表演的界限问题。现在人们面对的是二次表演产生不产生邻接权的问题。如果二次表演也产生邻接权，那就麻烦了。反过来讲，二次表演肯定是受一定的控制，不能随心所欲。商店里每天播放《回家》，也没有付过费啊。至少在 2001 年《著作权法》修订前从来没有人为这个付费。以前谈的卡拉 OK 要向著作权人付费就是这个问题，每次虽然是自己唱，有的唱得好听一点，有的唱得难听一点，但是都是在表演别人的作品，都应该付费。所以卡拉 OK 应该向著作权人付费，这都是著作权人控制的。现在的问题是，如果在表演者权的问题上也打开，那还要表演权做什么，没必要再要这个权利了。也就是说我们只需要在著作权的客体再增加一项表演作品就可以了。表演作品自然就是著作权，不管是一次表演还是二次表演，都能控制作品传播的方式。如果表演成为著作权的客体，我们就要建立一个理念，如果是表演别人有著作权的作品的话，要征得人家同意，否则没有经过同意表演别人的作品，你仍然还有著作权，但是你不能行使，只要行使就侵权。有没有权利和侵权与否是两个问题。专利也是一样，把别人的专利在人家的基础上又开发出一个更好的技术，申请一个专利，当然也给一个专利权，但是一行使就侵权。因为基础技术还在专利保护期限内。所以这个《北京条约》，似乎把一个简单的问题弄得很复杂。如果看它的英文本，英文再好也会头晕的。还有学者觉得这个《北京条约》不再是一百多年前的《北京条约》啦，这个学者真是心情比较好，能联想到那里去。

关于表演权与表演者权的关系，举一个例子容易理解。A 即兴表演一段舞蹈，有表演权，也有表演者权。B 看了，也跟着模仿跳了一段，B 侵犯 A 的权利，侵犯他的著作权。B 只侵犯了著作权，没有侵犯表演者权。如果 B 现场看 A 跳舞，录下来了，这个时候 B 既侵犯 A 的著作权，也侵犯 A 的表演者权。在行使权力上是没有什么区别，在赔偿的时候会体现这个区别。用这个例子就可以理解表演者权，特别是录制 A 的舞蹈，会侵犯 A 的两个权利。

## • 法人表演与职务表演

表演者权还有一个问题就是法人表演和职务表演的问题。学习表演者权的时候通常只会关注个体的表演，实际上实际生活中可能出现群体表演，比如大型的歌舞剧，表演者可能不止一个。要录下来会涉及到很多人。比如歌剧《卡门》。我们国家一个有名的现代歌舞剧《东方红》，前前后后表演的人达一万人，整个四个多小时呢。《东方红》是从新民主主义革命的时代一直到建国后，表演那么多人，是否允许他人录制表演，按道理要征得每个演员的同意，这样非常不具有可操作性。且不说有的人出国了，有的人死了，有的人故意躲猫猫。实践中需要有这样的制度使得这样的表演可以被使用。这里也有肖像权的问题，使用他人肖像需要征得他人的同意。但是这个照片上有一万人，毕业照也是这样。民法理论上应该找每一个人，但是问题太没有效率。不知道民法上现在对于团体肖像是什么观点。知识产权的法人表演就是解决这个问题。无论是传统艺术还是现代艺术，群体性都是艺术是很多的，京剧也好，黄梅戏、梆子也好，都是这样。这种表演就需要征得很多人的同意。法人表演就简单了，征得法人同意就可以了。这种表演是建立在法人的意志上而不是某个演员的意志，也是法人提供物质条件，另外法人也要承担法律后果。所以生活中这种表演署名的时候，最多的是主演是谁。这种署名不是著作权法意义上的作者的署名，而是表演者的署名，不是权利归属，而是说他们是主要演员。

与此相关的还有职务表演。表演是基于工作需要，世界各国都有这样的情况存在，比如国外有芭蕾舞团、歌剧院，皇家歌剧院等等。这算不算职务表演，如果是职务表演，表演者权归谁所有？如果是职务作品，著作权归作者，单位可以优先使用。回到表演的问题上，单位可以在其业务范围内优先使用，当然就有权许可他人进行录制，等等。只不过表演者权归属有所不同。

《著作权法修订草案》对表演者权的规定有一些变化，比如 36 条规定“制片者聘用表演者制作视听作品，应当签订书面合同并支付报酬。视听作品中的表演者根据第三十三条第（五）项和第（六）项规定的权利由制片者享有，但主要表演者享有署名权。”这里《著作权法》排斥次要演员的署名，这条规定是很蠢的，《著作权法》为什么要规定主要表演者享有署名权，是不是就是次要演员就可以删掉呢。如果不规定，行规是全部都要列进去，

宋兵甲、宋兵乙都要写进去。现在规定主要演员，什么叫主要演员，男一二三号是主要演员，四五六号算不算？比如讲特警队的电视剧，有很多队员，哪些是主要演员哪些不是呢。这样无端造出一些麻烦来，无事生非。

这一条还规定“主要表演者有权就他人使用该视听作品获得合理报酬”。就是说表演者权归制片者，表演者可以获得合理报酬。那次要演员就没有这个权利了么。这个规定究竟是在干什么？其实《著作权法》只需要解决，这里所有的表演形成一个整体，就是这个影视作品，这个权利由谁来控制的问题就可以了。至于细到这个程度，主要演员可以取得报酬，这些都是合同法可以解决的问题。有人说没有约定怎么办，没有约定不给钱呗。演员跟音乐、插曲、片头片尾曲的不一样，那些是可以独立使用的，电影演员的表演是无法独立使用的，使用就是对电影作品的整体使用或者部分使用。即便是可以独立使用，也是非常特殊的情况。比如一个动作片，两个人对打，如果非要把自己的表演独立使用，难道隔空打么。《著作权法》把本来已经解决的问题又弄复杂了。

真正的问题是，我们对电影作品的著作权归属规定的太简单，就是规定属于制片者，这个太简单了。其他国家一般都是合作作品，包括制片者、导演，有的甚至包括服装、剧本创作者，这个剧本说的不是原著。因为导演是根据剧本拍的。很核心的一点，我们的电影作品著作权将导演完全排除在外，在国外的无法理解的。其他国家的著作权法都有规定导演至少是著作权人之一。现实生活中导演对于一个电影的重要性无可争议，男生一想到导演就想到一些福利，这里说的是作威作福的福利，不要想得太复杂了。我们经常看到的是导演往椅子上一躺，别人给他扇扇子，他说用谁就用谁，说不用谁就不用谁，他说电影怎么拍就怎么拍。我们知道是这个情况，然而著作权人居然没有导演，这跟现实是脱节的。所以需要规定的是这个问题，结果它规定成这另一个问题，实践中根本用不着。实践中演员合同签的是，演员获得报酬，其他所有权利归制片方。当然如果演员很强势，除了给片酬，可能还有其他权利。这些用合同就解决了。这一条不是规定错了，而是根本没必要规定。合同如果不约定，不享有这个权利就可以了，没有必要弄得这么复杂。

我们国家没有规定法人表演，但是规定了职务表演。《修正草案》规定的职务表演跟职务作品不一样。这里职务表演的归属由当事人约定，约定不明的情况下才由表演者所有。一般的职务作品就是直接归创作者享有了，这一点不太一样。

### 3. 录音录像制作者权

录音录像制作者权在修正案中有一个很大的变化，修正案中只有录音制作者权，录像制作者权规定到了视听作品，作为著作权规定了。也就是说，录像作品不再享有邻接权了。要么满足独创性，直接具有著作权，要么就没有。

录制者的权利是什么意思呢？把著作权人的音乐作品录音下来，录制者对录制品所享有的权利才叫录音制作者权。其他人如果要翻录这个录制品，是要征得录制者同意的。如果这个人翻录录制品的时候没有征得录制者的同意，就侵犯了两个权利。如果一个人许可很多人录制他的歌，每个录制者都有录制者权，彼此不干预。如果给了一个人独占录制者权，又偷偷给了其他人录制者权，那些其他的录制者仍然享有录制者权，被欺骗的人只能去找著作权人，可以向他主张违约责任，也可以向他主张侵权责任。当然了，现实中，你授权我独占许可，我可以要求登记公示。一旦经过公示，再许可他人使用，就构成对独占许可使用人的侵权了。因为经过公示就有排他性了。如果只是签订了一个独占许可合同，但是没有公示，其他被许可人是不侵权的，因为他们可以说不知道。这实际上是合同法的问题。

这个录制者权的客体是制品，按照现行法是录音制品和录像制品，将来修订后只剩下录音制品。录制品应当是独立完成的，对它的翻录，没有录制者权；如果是分别独立地录制，各自都有录制者权。录制的对象，可以有任意的声音或形象，录音制品当然是有声音没有形象。如果你录一个体育比赛，就只能是邻接权人；将来修正案通过后，这个录制的节目也可以称之为视听作品而产生著作权。当然也可以录一个自然现象，比如录未名湖，录了24小时，没有任何演员，同样是有邻接权的。当然如果按照修正案，就是视听作品的著作权人了。

### 4. 广播者权利

广播不仅仅是日常生活中的广播，还包括电视台。广播电台和电视台作为邻接权人，是说它们播放的节目是别人创作完成的。如果这个广播电台、电视台自己创作完成的节目，是著作权。电台播放一个节目，比如张国荣金曲之类，这个节目作为广播电台来说是邻接权，因为这些作品都是有著作权的。但是有些电台播放的节目是有自己的著作权的，而且这种很多。比如一个娱乐节目，如果是电视台原创的，就是有著作权的。比如春节联欢晚

会，整个是有一个著作权的，当然各个节目也有自己的著作权。

按照现行的《著作权法》规定，广播者享有的权利主要包括转播权、录制权，以前自己家用录像带录电视节目，那都属于侵权的。

广播者的权利的保护期，作为邻接权，其保护期跟著作权是不太一样的。保护期是节目首次播放后的 50 年。不是要点对点地计算哪一年的哪一天，都是到某一年的 12 月 31 日，截止是按照整年的最后一天计算的。

## Lecture 6

# 著作权的限制与保护

著作权法的最后一个内容是著作权的限制与保护。前面讲到了著作权的发展、客体、权利归属、权利内容，接下来的问题是权利的限制和保护。限制就是说本来属于著作权的权利范围，为了平衡作品使用者和权利人的关系，而对著作权人进行的限制。保护是基于侵权给予的相应的救济。

## 一、合理使用

### 1. 基本含义

#### · 合理使用的概念

著作权的限制中最重要的制度就是合理使用。合理使用，从这个概念的名字看似很好理解，这个使用是合理的，不应当被认定为侵权。这里面有一个潜台词，这种使用如果没有合理使用制度的话，就是侵权。本身是一个侵权行为，由于法律的规定，把它规定成不侵权。要注意它不是免除责任的问题，而是不侵权。民法上有一个概念叫侵权违法阻却事由，合理使用就是这个意思。

法律上合理使用下个定义，是指在特定情况下可以不经著作权人许可、不向其支付报酬而使用作品的制度，但使用人应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人依法享有的其他权利。

合理使用有几个特征，不需要征得著作权人同意，也不需要付费，但是能使用的只是已发表的作品，但同时还得尊重其他权利。这个限制只是指的是财产权。有学者认为还包括人身权，这个理解不敢苟同。这个观点的人多数是国家版权局或者行政机关的人，这些人的想象力还是挺好的。

#### · 合理使用与相关概念的关系

合理使用和相关概念之间是什么关系，是理解合理使用需要注意的。

#### - 合理使用与许可使用

首先是合理使用和许可使用的关系，许可使用是基于合同而获得的可以利用作品的权利。根据合同的不同约定，表现为排他性的强弱，甚至没有排他性。基于合同、著作权人授权，所以就不需要是已发表的作品，未发表的作品也可以许可使用。合同法上就是许可，至于付不付报酬合同约定的。合理使用则不需要磋商，合理使用是法律规定的行为。至于判断问题，什么样的行为构成合理使用，只有符合合理使用本质要求，才能构成合理使用，才能不付费、不征得许可，此外都是侵权的。

## - 合理使用与法定许可使用

法定许可使用是另外一种许可，也是对著作权的限制。合理使用与其最大的差别是是否需要付酬的问题。法定许可使用这种情形的发生是基于法律规定的情形，合理使用也是法律规定的。法定许可使用规定了作品的类型，哪些作品可以进行这种许可，而且规定了使用的方式，可以用来干什么。合理使用只是规定了这种行为的本质要求，至于用来干什么，通常约束没这么大，比如基于欣赏学习的目的，至于怎么欣赏、怎么学习，也没有一个限制。

比如编写义务教育的教材，可以对他人的作品进行使用，但是要付费的。我们国家好像大多数人都不付费。而且这里有一个规定，就是是义务教育，大学教材不是法定许可，这个经常被人忘记。合理使用与法定许可使用共同的需要是已发表作品，没有发表的不能进行。

## - 合理使用与侵权

合理使用与侵权，从行为的外观上看没有什么区别，区别在于法律规定，这些行为是合理使用，不构成侵权。侵权行为中，法律切了一刀，切出一块叫合理使用，剩下的才叫侵权。它们没有本质上的差别。现行《著作权法》规定了这么多合理使用表现形式，如果把它剔除掉，这些就成了侵权。

## 2. 适用条件——合理使用的判断及具体情形

合理使用最重要的问题当然是合理使用的判断。合理使用的判断很早就在著作权法中产生了。著作权法刚诞生的时候当然没有合理使用的问题，但是很快这个问题就产生了。对著作权的保护如果对公共利益产生了过大的影响，或者影响作品的传播，就需要限制了。《大清著作权律》制定的时候，就有相当多的人反对著作权法，理由就是这一条，如果大清制定著作权的法律，将会造成知识传播的障碍。主张和支持著作权法的，严复这些人是赞成的，包括梁启超他们是赞成的，张之洞是反对的代表人物。反对不是基于私利，而是担忧有了著作权法，文化传播、知识传播就会受到阻碍。当然他们考虑的主要是我中华文化的传播。他们担心一些人捂着不给钱不给看，我们当然能够理解他们的想法。现在作品要是想看，除非不发表，捂着是捂不住的，看看也不犯法。著作权法都是公共政策问题，现在网络这么发达，看一下恐怕也有问题了。为什么大家觉得 Down 电影下来看不是问题，我们就自己看嘛，也不传播，有的可能也传播，一个宿舍都看了。本来你们都是潜在消费者，现在都不用付费了。这些都是著作权怎么去定位，利益平衡的点怎么选择的问题。所以合理使用实际上是基于这种考虑的。合理使用其实是鼓励作品的传播，使得特定情况下作品的传播是合理使用而不是侵权。

这就有个界限的判断问题了。同样是作品传播，可能行为的性质也一样，在什么样的状态下会由量变引起质变，由不侵权变成侵权？一直以来，如何判断一个行为是构成合理使用还是不构成，都是著作权法上的一个重要问题。著作权法里，有三个很核心的问题，独创性、复制，以及合理使用，这是三个难题。这三个难题没有一个能根本性解决的。有人学知识产权学完了很颓废，觉得太多不确定性了，还是民法好。知识产权的不确定性其实是源于人们对于知识、技术的认知的有限性。信息是无形的，可塑性、外部性很强，很难划定边界，所以造成这些问题，正好说明了我们的专业性，高门槛性。

关于合理使用的判断，是不是合理使用，就不得不提美国的版权法，它的历史发展对于合理使用的判断是有重要贡献的，就是所谓的合理使用四要件。这是 1976 年美国版权法确定下来的。

### • 合理使用标准制定的困难

对于这个四要件有不同认识。Joseph Story 法官就认为没有一个固定的学说。美国版权法是确定了这四要件，但是不影响其他的一些学说认为有超过或者不到四要件的要素。

有的学者展开了一些要素，例如利用作品的形式、利用作品的性质、对原作品的影响、数量等等。还有其他的一些要素。应该说，合理使用这种四要件并不是一蹴而就，关于四要件的各种讨论仍然是版权法上的难题。

#### 1>对于合理使用规则概括的困难

所谓的规则，是行为规则，市场主体对自己的行为进行选择的时候有一个参照、依据，这种规则很难概括出来；

#### 2>立法者对合理使用规则界定的缺憾

比如学习欣赏的目的，创作出来的新作品，出去旅游带着相机，看到漂亮的建筑物、艺术品，就拍照了。拍

完了怎么办呢，可以去用么。如果对照肖像权会发现这一点跟民法完全不一样的。如果在路上看见美女就拍照，人家肯定说你侵权；但是著作权法是不是同样的处理方式呢，不是，著作权法设定了一个界限，比如说对于公开场所展出的艺术作品，进行照相、素描、录像，规定为合理使用。既然是公开场所，就是让别人欣赏。别人欣赏激动之余，进行了一些记载行为，这个应该是允许的。但是问题就来了，拍了一张照片，按照著作权法，这就是一个作品，作品出现后就要解决权利人如何行使权利的问题。如果把照片拿去发表，按照民法的肖像权，肯定不能发表没有经过人家允许拍摄的照片。在公开场所给一些艺术品拍照，当然没有人告你，可是如果把这个照片拿去发表，原来艺术品作者可能就不干了。这样的案子出现过不止一起。湖北有一个案例，湖北孝感立了一个雕塑，天仙配七仙女和董永的雕塑。孝感产麻糖，麻糖的厂商拍了雕塑，拿着这个照片注册商标，就带来了问题。这个雕塑的作者，觉得照就照么，还去出版，实在是太不厚道了。按照我们国家《著作权法》规定，这样拍摄的照片是合理使用。我国 2002 年的司法解释规定，对于合理使用的产物可以以合理的目的去使用。合理的目的，不包括商业性使用呢，前面提到的全是商业性使用，出版、发行、注册商标，都是这样的。这个问题争议非常大。这是立法者对于合理使用规则界定的一个缺陷。

针对这一系列案子，2004 年最高人民法院针对个案做了一个批复，认为包括商品性使用，但是不得侵犯原著作权人的合法权益。这样出版发行应该就没有问题了，但是注册商标还是有问题。这个问题就比较复杂了，简单来讲，由于原作品是艺术作品，后面的作品是基于合理使用创作出来的作品，它们的作品的主体所反映的内容是一样的，这个主体以商业标志的方式使用的权利只能由一个人来享有。美国法上有公开权、形象权，日本法上有一个叫商品化权的概念。注册为商标，做商品的包装装潢，都是这一类。这种情况，由于商业标志的使用是具有排他性的，只能由最先创作完成的人享有。其他的，摄影作品的作者，发表出版，由于不是保护唯一性的，所以情况有所不同。

### 3>法官对合理使用规则认识的分歧

这个分歧可能主要体现在合理性方面，比如对潜在市场的影响。被使用的作者的市场受到什么影响；以及使用的性质。再如所谓少量复制，什么叫少量。复制一份是少量，十份是少量么，这是量变引起质变的问题。这种认识分歧很大，这个量变怎么认定、怎么控制，或者说制定一个什么标准。《著作权法修订草案》说为了学习和欣赏的目的使用他人已发表作品的片段属于合理使用，那么片段怎么理解？你的作品是一本书，为了学习欣赏的目的从头到尾引用了一遍，当然是侵权的；很完整地用了其中一章，怎么认定呢。其实为了学习欣赏目的没有必要完整使用。这一点国外就很好理解，国外不会给整本复印一本书的。有的中国人就比较勤劳，去三次，每次印三分之一，凑成一本。后来美国很多大学图书馆就不给复印了。也可以自己复印，如果自己足够努力的话，图书馆有自己去复印的复印机，自己在复印机前花几个小时复印出来也可以，当然不能让别人看见。目的和行为之间的关系怎么挂钩，怎么理解，怎么界定，都是存在一些分歧的。以前中国著作权法只是说学习欣赏，没有控制完整使用，现在加了片段，这个限定其实没有意义。

### 4>作品使用新方式的出现

合理使用也受到科学技术发展的影响。美国 2009 年基于云计算产生的官司，判断这种方式是侵权的还是不侵权，是不是构成合理使用，就是这个问题。

### 5>宪法原则对合理使用规则的干预与指导

这个问题来源于美国，美国宪法是有明确关于知识产权的条款。美国的宪法所说的意思，就是为了激励创新和知识的传播，国会会有必要有义务保护这种创造，为创造的成果提供排他性地位。说得很清楚，为了知识传播和技术进步。美国宪法宣示的是为了这个目的，合理使用规则也要配合这个目的。即便美国版权法有了这个四要件，仍然无法彻底解决这个问题。

## • 关于三步检测法

另外一个很重要的影响来自于《伯尔尼公约》所确定的三步检测法。指的是以下三个内容：

1>合理使用只能是特殊情况下的使用，是一个个案性的不是一般性的判断。有的学者认为合理使用定性的时候是一种权利，使用者的权利，这就是把合理使用上升为一般性，这应该是不对的。合理使用应该是特殊情况下的使用，是特殊的使用，是阻却事由，不能上升为一般的使用的权利。合理使用是说出现了一个行为，被著作权人指责为侵权，法官通过这种条件方法判断是不是侵权；

2>不能与正常使用相冲突，不能产生市场替代效应。

3>不得损害著作权人的合法权益。任何的著作权人的合法权益都不能够受到影响。

所以对于一个被告的行为是否构成合理使用，要从这三个方面检测。当然这种检测和四要件没有什么本质的差别，只是说三步检测法更抽象一些。比如后面这两个标准，不得与正当利益相冲突，无非是考量原告是什么作品。举个例子，比如文学作品，读者合理使用空间就大一些；电影作品，合理使用空间就很小。哪一个使用不是为了欣赏的目的呢，不是为了欣赏叫艺术么。总不能说这些市场上的消费者看电影是为了学习和批判。之所以说作品的性质对于合理使用很重要，就是这个原因。一个艺术作品，美术作品，一幅画，合理使用空间很大。计算机软件如果说合理使用的话，怎么才能合理使用呢；如果是电影，合理使用空间更窄。不得与正常使用相冲突，还与被告行为的表现方式有关，比如要看是手抄的，还是在网络上传播的。如果上网，就没有太多合理使用的空间了，网络传播就无法控制传播范围以及载体。如果是手抄的，在有限范围内派送，影响就小很多。

## 1) 使用作品的目的

三步检测和四要件其实没有什么本质上的差别，四要件第一个是使用作品的目的，使用别人作品是为了商业目的还是非商业目的。

这里要注意一点，商业目的使用和以盈利为目的的使用是两个不同概念。对公共场所雕塑拍照片，发表了，这不是一个商业行为？是一个商业行为，不要理解为做生意才是商业行为。只要这个行为处于市场中，就是商业行为。而以盈利为目的只是想用这个作品挣钱。合理使用行为人一定不能是以盈利为目的的使用，但是可以包括商业性使用。

有学者认为合理使用必须是非商业使用。如果强调必须是非商业行为，不是市场中的行为，那规定它是合理使用做什么呢。我们一直在讲合理使用是侵权违法阻却事由，不规定它就是侵权行为。如果被告行为不在市场中，就不涉及著作权人的利益。知识产权是市场中产生，也只能在市场中存在和实现，中国的知识产权教材很少强调这一点，国外的教材都会有这样一个概念、表达，就是知识产权产生于市场，或者是产生，或者是来源，它会强调 Market 这个概念，没有市场谈知识产权是很荒谬的。比如在图书馆借了一本书，复制了一本，然后锁起来了。这个行为是不是侵权呢，很多人认为是侵权。就这个行为个体来说，不应该认为是侵权，而且也不可能被追诉。这种行为原告能发现的么。原告发现侵权行为是市场中发现的。如果把它规定为侵权行为，谁来告，怎么告，怎么举证？那从网上 Down 一个可不可以呢，网络本身就是一个市场，你说你 Down 下来自己看不传播，但是也是从市场中拿来的。

判断是不是一个市场行为，经济学上早就有很成熟的、相对来讲很明确的方法和标准，这根本不是一个法律适用的问题。关键是是不是要把触角伸到一些非商业性行为。如果还不理解，可以举个例子，可以学商标法之后再回来对照。商标中的合理使用有两个，一个叫指示性使用，一个叫叙述性使用。这两种都是商业使用。什么叫指示性使用呢，使用这个商标是为了告知的目的。这个目的显然是市场中的行为，就是一个商业行为。这种行为不构成侵权。

合理使用的行为很明确就是商业行为，然后由于法律规定不是侵权行为。商标法中有没有非市场行为呢，当然有，比如没事儿干把人家的商标画下来了，这不侵权；把人家的商标画下来放到网上去，不侵权，当然说的是不侵犯商标权，可能侵犯著作权。

如果把不是市场中的行为也规定进合理使用，就混淆了不构成侵权和合理使用。专利法中这两个是清清楚楚区别开来的。著作权里这个问题被人们人为混淆了。我们的学者们把不构成著作权侵权的行为和著作权利限制行为混在一起了，都称之为著作权利限制，这是一个很要命的问题。

## 2) 被使用作品的性质

合理性判断的第二个标准，被使用作品的性质。被使用的这个作品，换句话说受到侵害的这个作品，它的性质与合理使用的判断是有密切关系的，合理使用本质上讲是对著作权人利益进行一定的限制，平衡著作权人与社会公众的利益平衡，不一定是让著作权人遭受什么损失，或者作品使用者得到什么利益。这也印证了知识产权很多具体制度都是涉及公共政策判断，或者说是公共政策选择的结果。对某一种价值取向比较倾向，制度设计就会有所反应。作品性质恰恰就是表现。

### - 视听作品与印刷作品

举例来说，视听作品和印刷作品的合理使用的空间是不一样的。我们强调合理使用是对著作权的限制，是为了促进作品传播、利益平衡，文字作品承担这种作用更多一点儿，接受知识除了人的讲授，最重要的是阅读，无

论是文本的还是电子的，都是一种文字作品。文字作品承担的教育、传播信息的重要作用，没有人从小到大受教育是看电影。电影承担的职能更多的是为著作权人带来收益的职能，如果过多合理使用，靠什么挣钱呢。在中国这么庞大的盗版市场下，《泰囧》之类的片都有那么多的票房，据说《西游降魔篇》跟《泰囧》差不多。这么大的盗版市场，还能收获十几亿的票房，可想而知版权人能够获得多大的收益。如果允许合理使用，这就麻烦了。

区分不同作品的性质，目的是搞清楚这些作品承载什么功能。不能所有作品都承担一样的功能。艺术作品，本来就是给人欣赏的，所以我们国家和一些国家的著作权法都把在公共场所展出的艺术作品临摹、照相规定为许可的，展出就是为了欣赏的，拍下来回去一样欣赏。我们说这些艺术作品有没有传播内容，或者承担某种公共职能，最重要的就是文化多样性。如果一方面展出在公共场所，另一方面不允许这些手段，是对著作权过多的保护。本质上人都是用脚投票的，如果失去的大于所得，就选择离开了。书本这个东西人们离不开。教育形式变化确实影响了一代人，不同的人的文化表现形式有很大差别。21 世纪的高考作文和上世纪 80 年代的高考作文，文风、背景知识有很大的差别。在那个年代，实在写不出作文就写个打油诗，现在很多网上的零分作文还挺好玩的。确实对不同的作品所影响，通过这种潜移默化的教育方式影响到一代又一代人的知识积累，背景知识结构。所以被使用作品的形式对于是否允许合理使用以及什么样的使用程度构成合理使用是有直接关系的。

### - 未发表作品与已发表作品

在合理使用方面还要强调的是未发表作品与已发表作品。这也是价值选择的问题。我们国家要求能够合理使用的是已发表作品，有些国家规定未发表作品也允许合理使用。这样对著作权的保护就非常大了。但是是不是有绝对的对和错，也不是，只是立法者价值衡量的时候是倾向社会公众多一点还是著作权人多一点。

### - 虚构作品与纪实作品

虚构作品为了学习和欣赏目的进行合理使用，合理使用的空间是小很多，虚构的东西有什么合理使用的呢。真正承载着人类的知识传递，应该是史实性、知识性的。有教育担心担心穿越剧太多了对青少年不好。现在青少年的文学性确实比老师那时候强，但是考证、历史真实性那方面确实弱很多。很多小孩子认识的历史跟电视剧里一样的。我们大多数时候觉得专家比较不可靠，但是有时候他们担忧的这些事情确实实是值得反思的。现在电视、小说这方面对我们一代又一代的解构是太强了，包括前一段时间热炒的抗日剧，不知道日本人看到以后是什么心态，日本这个样子，中国还打了八年还有脸说么，让这一帮人搞了十几年。一个剧里面一个女的拿着箭就干掉了好几个，那义和团也太差了么，当年八国联军杀人杀得不好意思了，但是不杀不行啊。很多小说里是把有些人物编的太离谱，这种教育确实是负面的。当然这种作品也就没有什么合理使用空间了。什么作品对公共承担的多一些，合理使用空间就大一些。似乎国家应该投资鼓励这类作品创作，合理使用空间大一些，权利人受到的限制多一些，确实应该用别的方面，用激励奖励制度来鼓励。

### - 为特定对象创作的作品

特定对象创作的作品，一般是不允许合理使用的。合理使用的话特定对象就空了。比如奥运会的一些作品，无论是吉祥物、标志还是音乐作品，都是这样的。奥运会的时候几乎一年的时间，天天在电视里面轰炸奥运歌曲，名气最大的好像就是《北京欢迎你》，大概比《我和你》还要广为人知一些。这一类作品是不允许合理使用的，而且这些作品受到双重保护，一重是著作权法保护，另一重是奥林匹克知识产权保护，这方面有专门的保护条例。这是双重的保护，所以合理使用的空间是没有的。

## 3) 使用作品的程度

合理使用要看行为的性质，是不是用得太过分了。比如你复印了一本书上课需要，可以理解；但是一看宿舍里复印了 100 多本，这就没有办法理解了。那究哪个数字是界限呢，是一本还是两本呢，不能单独看静态的这个标准，判断的时候是综合性的判断，比如第四个标准，对作者、著作权人市场的影响。所以使用作品的程度是量变引起质变的。酸碱度，有一个中间值，比它低的是酸，高的是碱，但是还有所谓弱酸性、弱碱性。这种量变引起质变的例子还是随处可见。司法考试也是有一个分数的，找工作，两个人选一个，你考过他没考过，这一分质变就很大。考试里比较简单，划定一个标准，没达到就不符合要求，达到了就是达到了。著作权法里面，这个值的界限其实是不清楚的。越远离这个边界，越清晰；往中间靠，就不好说了。性别有两种，看起来比较清晰，但是也有生物学家说人有很多性别，不仅仅有两种。所以在不同的社会科学领域，有不同的认识。

在使用作品的程度方面，如果程度明显过于高，其他的就不需要看了。比如为了欣赏目的买了 100 张盗版

光盘，这个不用考虑其他的了。

质和量的问题在著作权法是一个很复杂的问题，除了考虑质和量的问题，还要考虑这个标准与其他三个标准的关系问题。比如替代性，如果形成替代效应，就不用考虑量的问题了，就已经不再是合理使用了。原作品的内容在这种使用下已经再现了。

比较新作和原作，是对原被告双方作品的比较。这里说的新作当然是有著作权的，如果基本上就是照抄，合理使用者所完成的不能称为有独创性的，就没有这种比较了。引用别人的文章，一看别人的作品都引进来了，加了个开头结尾，显然不是合理使用。有的同学毕业论文，这一页全是引用的，不知道他引用了多少。这肯定不能说是合理使用，而是侵权的。

在美国的著名判例【《福特回忆录》纠纷】中，有关于质和量的关系的问题。这个案例可以帮助我们理解，但是不要去恪守这里面的细节的规定，不要只记住这里面的 1/20，只是通过这个案例熟悉这种思维过程。其实在核心上，完全可以从独创性角度判断。

#### 4) 对被使用作品的影响

对潜在市场的影响，这是一个利益分配问题，合理使用不能产生市场替代效应，不能把别人踢出局，自己卖。电影作品很容易出现这种问题。看电影的时候经常能发现一些熟悉的奉为经典的桥段，网络上有人写影评，能说出这是从哪儿来的桥段。现实生活中这种情况看非常多，有没有形成替代要具体对待。包括这次《泰囧》和《人在囧途》的诉讼，原被告的律师杨老师倒是都认识，也涉及这个问题。假设《泰囧》引用过一些《人在囧途》的桥段，判断是不是合理使用就要看有没有这种替代效应。

但是电影作品中一般替代效应是不明显的，即便是有替代效应，也不影响各自获得市场收益。这与消费者有关。判断的时候法官要是懂一点儿心理学知识的话，裁判会有更多的说服力。对市场的影响很大程度上取决于消费者，消费者的这种消费习惯、消费心理有时候不是理性的。如果所有人都是理性的，就不需要心理医生了。当然心理医生也经常有问题。有的消费心理会使得人基于比较的需要去看，这与书不太一样。书如果产生替代效应，就不会去看另一本。除非成瘾，有特别的爱好，是书的粉丝，看了书就开心。这种消费心理在对于合理使用的判断上，要不要考虑；如果考虑的话，当然主观性比较强，因为是消费者决定的。总之这个标准也不是孤立的。

这四个标准好像很科学，仔细一看，还是法官说了算。简单来讲合理使用的主动性是非常强的。不仅制度确定上体现公共政策选择，具体运用到个案上，法官的判断，法官个人的价值判断也融入到选择中了，要么把公共政策选择推进一步，要么拉回来一点儿。比如反垄断法，一个公司的市场份额超过 50%，达到 90%，能不能用反垄断法制裁？以前哈佛的结构主义反垄断学派认为就是要制裁，不同的法官看法都不太一样。现在芝加哥学派出现了行为性反垄断，改变了制度的走向。制度规范上也从来没有说市场份额超过多少就可以适用反垄断法，一定还有其他因素一起判断。

知识产权相对以前学的民法，不确定性、法官的裁量空间确实要大很多，这也是为什么知识产权经典判例层出不穷，很多时候都需要法官自由裁量。

所以对于合理使用的判断，既要知道这四个不同的考察方面，按照 TRIPS 是三步检测，要知道每一个标准是如何思考的，另一方面还要有一个整体的观念，整体把握。到实务中去，要求对证据有一种很强的能力进行梳理，有一个整体的把握，能不能形成综合的四个要件，形成一个结论。如果有这样的能力，再去看现在的很多案子，也不是很难。疑难案件是有，但是不是那么多。

## 二、法定许可使用

法定许可和合理使用的根本差别是法定许可也要付钱的。从法教义学上讲，法定许可应该是包括合理使用的。合理使用也是法定的。按照绝对权法定主义，权利的类型、权利的产生、权利的内容、权利的保护，包括权利的限制都是法定的。没有法律规定，不能做出这样的推断。不能说按照立法宗旨应该做出一定的限制之类。

法定许可在这个意义上，实际上是狭义的，专门指根据法律的直接规定，以特定的方式使用已发表的作品，可以不经著作权人的许可，但应向著作权人支付使用费，并尊重著作权人其他权利的制度。

### · 法定许可与强制许可

我们国家规定的法定许可没有规定强制许可，美国版权法规定的是强制许可，没有法定许可。国内有的学者把美国版权法的强制许可 Compulsory License 理解为法定许可，这是错误的。这种思路先假定中国的这个规定与各国都一样，看美国的不一样，就说这是法定许可，其实不是这样的。很多时候规定法定许可这种使用方式是基于解决文化传播、知识传播的目的，这种目的当然和强制许可使用其实是一样的，都是为了一定的公共利益。

专利法上我们国家规定的是强制许可。

强制许可和法定许可结果上看好像一样，都使用别人的东西，都付了费，但是构成有区别。法定许可是直接使用，不需要征得专利权人同意，直接用就行；强制许可必须先向权利人寻求获得许可，在合理的情况下，就是权利人没有正当理由拒绝的情况下，可以申请强制许可使用，获得批准后可以使用的。强制许可使用看起来更接近合理使用，只是要付费；但是法定许可使用的范围，可以进行合理使用的情形，要比合理使用小很多。

## • 付费的标准问题

因为要付费，标准由国家版权局会同国家价格主管部门制定。这一点恰恰符合强制许可的特点。强制许可使用为什么有这种特点呢，因为强制许可是先已经请求人家许可了，人家不同意，但是基于正当的理由要用，国家主管部门同意了，对于使用费当然就要有一个裁断。法定许可应该说不存在这样一个问题，用人家的东西，还不想去付钱么；不征得人家同意，已经是对人家的很大的限制了。有人问版权人漫天要价怎么办，漫天要价不给就算了，打官司通过诉讼再给。后面还要讲到一个问题，著作权集体管理制度，可以用集体管理制度来实现这个问题。很多音乐作品、美术作品由集体管理机构代为管理，这些机构通常都会有相应的付费标准，所以法定许可的时候，价格问题根本不需要谈判，有一个标准。当然觉得不合理也可以发生诉讼。所以法定许可使用在实践中表现为，我先用，等有人找我的时候再说，有人找了就说法定许可，付你钱；对方说付的钱太少了，我说法定许可付那么多钱做什么，然后就打官司了。一般是这样的过程，但是总的来说不能直接就国家来定。这样实际上会过于损害版权人的利益。

在我们现行的《著作权法》中，是允许权利人通过申明保留来排除法定许可的。这一点也是与强制许可区别的，强制许可本来就是国家批的，不存在保留问题；法定许可则可以申明排除。现行法规定的只有法定许可播放是不允许排除的。如果属于可以法定许可使用的作品，播放了以后，即便申明也没有用，著作权法不允许排除。排除的情况生活中是常见的，尤其是期刊上、报纸上，报纸一般不太在意这个东西，日报、晚报也不太在意，也不指望谁会买前天的晚报、日报。它的时效性很强，不像期刊，未必非要买新出的。报纸就得看热的，凉的没意思。现在网络发达，报纸越发强调时效性。

## • 法定许可使用的特征

根据我国现行《著作权法》规定，法定许可有这些特征：

- 1>是法律直接授权使用人使用作品的一种方式；
- 2>要求付费，不是免费的，只有合理使用是免费的；
- 3>通常是已发表作品，否则是转载；
- 4>针对的是营利性使用。合理使用的问题还在争议，法定许可没什么争议的，就是营利性使用。

## • 法定许可使用的具体类型

### - 编写教材

我们国家规定的是编写九年制义务教育的教材。编的大学教材，没付钱，可能就有人告了。长期以来人们以为编教材用别人的东西天经地义，这是不对的。九年制义务教育没有什么歧义，给幼儿园的科普读物那是学前教育。

### - 法定许可转载或摘编

转载摘编是经常的情况，摘完付费的好像比较少。杨老师文章被一个刊物转载，转载之后问是当会员还是要钱，杨老师说要钱，后来就钱都不给了。他们的理念是给你转很看得起你了。其实他说的也不是没有道理。

关于法定许可使用转载或摘编要记住几点：

- 1>一个是报刊才能使用有关作品。实务中一般不会这个打诉讼，钱已经给了么，教育批评一下就可以了；
- 2>即使是报刊，也只能在报刊范围内使用。如果报刊编辑将自己报刊的作品集结出版，这就不行。也不能把

人家的书转载过来。

### - 法定许可录音

《著作权法修订草案》针对这一条的修改引起了很大的争议。现行法规定是，对于已经录制成录音制品的，可以使用，但是要付费，录制者和著作权人都可以声明不允许使用。《草案》把法定许可录音进行了一定改变，首先把权利人可以申明不允许使用这一条删掉了；另外，录制成录音制品的作品发表后三个月就可以随便复制了，但是要付费。法定录音许可还是存在，但是条件改了。这就引起很大的争议，很多音乐人出来说一首歌要想市场上挣钱往往一年以上，这才三个月就随便录制了，对版权人造成很大冲击，给录音制品邻接权人也造成很大的冲击。立法者修订的说给你钱啊，不是可以随使用，是随便翻录，但是给钱。这些人说给的钱少啊。这是两个利益集团博弈冲突，一个是庞大的音像出版社集团，另一个集团是音乐作品出品公司。

音乐市场竞争很激烈的，一首好歌如果独享，可以挣很多钱。比如我们熟悉的一些歌星，他们的经典歌曲还有很多人喜欢听。比如说邓丽君死了 18 年了，她的很多乐曲大家还是非常爱听，付费去买。更早的歌手，比如周璇，是三十年代上海的歌手，她的地位非常高，就跟八十年代邓丽君一样，她的唱片还有人听。所以这个行业竞争很激烈。有些歌曲录了一遍就没人买了，就没有翻录价值了。冲突就是是否经过这一段时间就可以自由翻录了。立法者的意图是破除音响市场上的垄断，如果这个法通过，小的音像公司可以很快发展。现在很多影院推出学生票或者特定的时间段的票很便宜，还是挽救了一些电影市场的。当然也是著作权保护力度提高的结果。

### - 法定许可播放

法定许可播放是电视台、广播电台的一项“权利”，可以这么做，但是必须付费。而且作品应当是影视作品以外的。影视作品以外的作品比如念稿子，现在人们听收音机不多了，以前听收音机，广播电台会念一首诗什么的。电视台播电影也有过，但是这是要付费的。如果没付费，一定是侵权。以前管不这么多，播放了就播了。电视台还经常制作一些节目，使用到电影片段。比如《第十放映室》，会有大量的电影片段。《第十放映室》是以它的角度，把不同的电影串起来，无论什么方式串，一定得付钱。当然中央电视台不知道付不付钱。中央电视台现在还是比较重视知识产权的，有专门的知识产权部门，据说目前为止编导的知识产权水平才有所建立。他们内部培训的时候，就发现这些做节目的编导，知识产权意识实在是太薄弱了，存在着大量的侵权。

## 三、著作权侵权救济

### 1. 定义

侵权是权利受到妨碍的状态，救济就是使得权利恢复到未受侵害的状态。当然即便是在私法领域，救济也超过了填平原则，带有惩罚性，侵权法也在讲惩罚性赔偿。一些部门法，比如食品安全、劳动保障、环境保护、产品质量，都涉及惩罚性赔偿。《食品安全法》有罚 10 倍的规定，比如买一个牙膏，质量有问题，这个牙膏 1.8 元，要赔偿 18 元。当然这个 18 元是对质量问题的赔偿，如果给人身造成损害，还要赔偿损失。如果改为在民事损害赔偿的基础上再 10 倍，那就厉害了。

著作权是一个排除性的权利。如果受到侵害，有损失，能够成立债的关系，就还有损害赔偿的问题。救济有两个方面，第一是恢复权利的绝对性和排他性，第二是填补损失。

我国对于著作权侵权做了一些列举性规定，有很长的两条。问题在于，判断著作权侵权，除了依据 46、47 条之外，还应当依据《民法通则》《侵权责任法》来确认是不是侵权。因为这两条只是列举，在判断的时候不一定用这个列举。这两条只是对于司法实践中出现的典型性的比较常见的侵权行为的列举。

### 2. 侵权行为的判定

对于著作权救济而言，首要的是判断侵权行为是否产生，是否构成侵权行为。分为实际发生的侵权和有侵害之虞。知识产权法比较重视所谓的侵害之虞。在民法中不怎么提它，一个人迎面走来，举手好像要打你，这时候你要判断他是不是真的要打你，打到你了可以找他算账，这是一种救济；另外一种救济是阻止这个侵权发生，把他手抓住。但是如果阻止晚了，就打在身上了，如果早了，人家会说不是要打你，是要打你后面的人。在知识产权里面也有这个问题，侵害之虞究竟在什么时候才叫做侵害之虞，可以给予救济？总之侵害之虞是一个比较麻烦

的问题。

## 1) 实际发生的侵权

首先看实际侵权，就是侵害行为发生。我们知道侵害行为无非是四个构成要件，当然这是《民法通则》的规定。实际上，侵权行为的构成主要有两个，一是有侵害事实，二是有侵害行为。而过错是损害赔偿的范围的问题。是《民法通则》的规定造成的这个问题，规定侵权行为是基于过错，过错是一般的构成要件。构成侵权和侵权责任这是两回事儿，侵权责任包括救济权利的绝对性，以及损害赔偿。损害赔偿指的是损害赔偿之债，是过错责任；如果是无过错责任，比如美国法上严格责任，不需要过错，就要承担赔偿责任。

损害已经发生了，判断实际侵权一个核心的问题就是原告即著作权人作品的独创性、实质部分是不是被告在使用。被告通常会有两个方面的抗辩，第一个是抗辩没有使用原告的作品，这种抗辩通常是被告举证自己的作品有自己的独创性，没有使用原告的；第二是合理使用。这两种抗辩一般是使用一个。所以我们看到大量的是用合理使用抗辩。

如果原告用对方使用了自己作品的实质性部分来攻击，被告用合理使用来抗辩，那么什么叫做使用了原告作品的实质性部分呢，通常来讲就是剽窃。如果对原作品原封不动，那是盗版书，以及盗版光盘、盗版录像带、盗版影视作品、盗版计算机软件等等。这一类型的侵权在构成方面比较简单，经常是争议赔偿多少钱。

比较复杂的问题是够不够成侵权用的是剽窃的方式。比如一个案件中原告起诉被告剽窃作品，被告称这两个作品都是用了一个共同的传说，被告的书也是跟这个有关，这个就是比较复杂的案子。实践中侵权判定简单的案子往往标的大，判定困难的案子往往标的小。

是不是构成侵权说起来很简单，就是一条，实质相似。说两个人长得像，是不是实质相似呢，生物学上肯定不是，但是物理学上可能是极其相似的。比较作品也是一样，比较来比较去，就涉及到什么是独创性。被告有没有使用原告的实质部分，这个问题可以分解为原告作品的独创性在哪里，被告作品的独创性在哪里。如果一上来就直接对比，就比较困难。当然这也还是纸上谈兵。

电影作品也是一样。我们看两部电影，经常感觉似曾相识，够不够成实质相似呢，是全部的实质相似，还有部分的实质相似呢。比如一本书，一本小说，有前面的章节和后面的章节；一个电影有前面一个小时和后面的一个小时。同学们抄作业，都尽量不实质相似地抄，都变换表述方式、文字。他写这个校园真漂亮，你改一个这个大学很美丽，机械比较肯定比不一样，但是实质是一样的。

实践中这些问题的判断会涉及很多方法，比如先进行作品分割，找出属于原告的部分。现在很少有完全原创的作品，大家都在引用、改头换面，有的时候打官司打着打着原告就撤了，把自己著作权都快打没了。所以我们一直反复强调著作权法的几个核心问题，其中有独创性，有复制，有合理使用，这三个概念是最核心的。学完著作权法后，我们会发现这三条是判断是不是著作权侵权的一个链条。

## 2) 有侵害之虞

有侵害之虞是指有侵害危险。虞不是说有可能性，而是说这个可能性非常大。英文中的表述可以看出这种区别，汉语中好像都差不多。按照著作权法的说法，这个虞是指如果不给救济，就一定会发生。但是毕竟没有真的发生，还是有可能性，只不过可能性非常高。司法上就要建立一套标准判断是不是构成之虞，是不是该给予救济了。

一个标准是高度盖然性。用高度盖然性解释之虞，意思就是虽然没有实际发生，但是即将发生。之虞解释为高度盖然性，也还是一种可能性，只不过这个可能性比较大。比如我活过六十岁的可能性是高度盖然性，但是这绝对不是确定的。所以高度盖然性还是并不是真正能够解决问题的。

在一些国家，特别是日本，对于高度盖然性的判断在学说和判例上都做出了很多的努力，在主观和客观两方面给出进一步解释。客观方面是说侵害发生客观上是不是非常明显，主观方面是说这时候救济已经不能说为时过早。不能说为时过早，就是说是时候了。就像有人告诉你你是时候结婚了，不要做剩男剩女，成剩斗士就不好了，成黄金剩斗士就更不好了。这是一种现象，有很多女性高级知识分子都有成为黄金剩斗士之虞。部分也是因为高级男性知识分子比较少。知识产权专业面试的时候，五个老师除了张平教授是女老师，剩下四个老师都是男的；而下面面试的，常常五个都是女生，或者只有一个男生。知识产权专业都快成为女性专业了。当然仍旧热烈欢迎女生报考和申请保研知识产权专业。

客观上有一个标准，时间上的紧迫性。看起来发生是很急迫了，就像赶火车经常有这种感觉，赶不上了，有

可能是真的赶不上了。

### 3. 假处分制度和财产保全制度

假处分制度，来源于英美法系的临时禁令。德国、日本都有这样的制度。德国把这样的制度规定在民事诉讼法里面，德国民法典里并没有。假处分就是临时的，给予著作权人临时的、胜诉的法律地位，就像胜诉一般。发生侵权后由于诉讼还在进行过程中，原告可以申请禁令，禁止被告继续实施这个行为，查封涉及侵权的原材料、设备等。这叫假处分制度，是说它是临时的。假处分三个字来自于日文，不是真正的，诉讼还没有完成，有的审判还没有开始。

申请是需要一定的判断，不是申请就给，判断一个核心的观点是侵权看起来是否很可能成立。说白了就是虽然还没有成立，但是一看表面材料基本可以判断是有一个侵权；或者原告提供的证据表明被告有要逃跑或者转移财产的迹象，这时候就禁止了。

财产保全制度与假处分制度是相配合的。财产保全根本上是要保障将来的裁判是能够得到执行的，财产保全在诉讼中可以，一审结束后执行之前也可以，也可以在起诉的时候就申请，比较灵活，目的是保证判决能够执行。它和假处分不太一样，假处分是为了尽快将侵权行为制止，而财产保全是为了执行判决。

知识产权审判是需要时间的，而这个时间往往比一般的民事诉讼时间要长。举一个例子就知道。2001年的时候，福建高院一审受理了【晶源公司 v. 富士化水、华阳公司专利侵权案】，武汉晶源公司起诉几个被告，包括日本的一个株式会社。这个案子，看它的判决书，案号是2001闽高字初某某号，判决书结尾，是2008年。这个案子后来上诉到最高人民法院，终审判决是2010年判的，从开始到结束经历了十个年头。这个案子起诉标的也没多大，两三千万元的案子。一般的民事诉讼不会超过七年，离婚案子可能长一点儿，可能过两年多还没判。一般民事的财产侵权、房屋纠纷、合同纠纷没有这么长，我们学过民诉，知道一审六个月，知识产权则一般很长。现在北京法院规定了一年任务量，一到年底就猛写判决书。海淀法院应该是区级法院审理知识产权案件最多的，知识产权庭一年平均受理的案件超过了400个。全西藏知识产权案件，一年加起来不到80件。开庭开到疯狂的时候一天开四个庭，上午两个，下午两个。

### 4. 特定主体在侵权诉讼中的举证责任

就是说构成侵权，并且按照损害赔偿之债的判断也构成的情况下，还有一个例外，就是如果根据著作权法，根据司法解释规定，出版、销售的这些，对其出租、销售的制品能够证明有合法来源的，不承担赔偿责任；不能证明就要承担赔偿责任。比如到某一正规的图书大厦进货，自己经营一个小书店，摆在书架上卖，突然扫黄打非办冲进来说这是盗版，非法出版物，承担侵权责任。按照著作权法，说这儿有发票，经过证明，说明买来的作品载体是合法的，如果没有发票，或者发票丢了，那是证据问题。排除你和盗版者共谋。明知道盗版书买过来，进行了销售，没有经过同意销售复制件当然是侵权的。所谓举证责任就是证明自己的制品是有合法来源的。中国一般这个证据是销售合同或者发票，当然发票为主了，零售商有进货专门的发票，法官经常就说“别说了听明白了”。

### 5. 损害赔偿数额的计算

损害赔偿的计算是非常复杂的实践问题，但是理论上讲很简单。我们国家现行《著作权法》的规定就是，实际损失赔偿实际损失，无法计算的侵权人的违法所得交付给著作权人赔偿。如果实际损失和违法所得都无法计算，给予50万元以下赔偿。

本次《著作权法》修订进行了修改，实际损失还是一样的，违法所得也是一样，增加了一条是如果二者都无法计算，可以参照许可使用费。在都不能确定的情况下，法域可以根据侵权行为的情节，判决100万元以下的赔偿。

《中华人民共和国著作权法》(修订草案)

第七十二条 侵犯著作权或者相关权的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以确定的，参照通常的权利交易费用的合理倍数确定。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。

权利人的实际损失、侵权人的违法所得和通常的权利交易费用均难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予一百万元以下的赔偿。

对于两次以上故意侵犯著作权或者相关权的，应当根据前两款计算的赔偿数额的二至三倍确定赔偿数额。

我们姑且知道修正草案中的这种方法。现行法是先找实际损失，找不着的情况下找违法所得，都找不着判一个赔偿。有一项不完全的研究，抽取了 300 个多样本，其中适用法定赔偿，就是按照 50 万元以下赔偿的，比例有多高，这个比例超过了 83%，非常高。另外有人做了专利领域的研究，按照法定赔偿的超过 90%。当然这里面有样本的问题，但是无论是哪个领域，法定赔偿都是绝大多数，这个结论是可以做出的。

法定赔偿有多少呢，2008 年以后的实际赔偿数额平均值在 3 万元差一点点。我们经常会看到起诉赔几十万、上百万，赔了六万、两万。所以理论上这个问题简单，但是司法适用上争议非常大，也非常困难。困难在哪儿呢，比如实际损失，什么叫实际损失？民法不讲实际损失，民法讲直接损失和间接损失，不讲实际损失和违法所得。因为违法所得在民法看来根本就不是损失，看起来好像是不当得利，不当得利在民法上和损害赔偿是两个债的关系，两个债的发生依据，根本不是一回事儿，知识产权法把它们放在了一起。

实践中违法所得也很难所得。有的人辛辛苦苦盗版，还没开始卖就查封了，没有违法所得。这种情况下实际损失也没有，但是侵权发生了，要不要赔呢，这种情况下赔的就非常少，很难说有多少损失。假如卖出 10 本，成本也很低，盗版书卖的便宜，当然正版也没有多少钱，这时候怎么办呢。实践中损害赔偿的问题非常严重，这次修订引进了惩罚性赔偿也是一样的问题。这里不再展开，需要记住的是现行法是怎么规定的，修正草案是怎么规定的。修正草案大体思路应该是不会变的，学完之后最好还能留下一点印象。未来做律师或多或少都会遇到知识产权问题，哪个公司没有点儿知识产权纠纷市场上都不好意思打招呼。很多公司重视这个方面，比如深圳唯冠的案子，这个快死的企业通过这个案子得了六千万，当然这个案子是调解了。

*Part II*

# 专利法

---

Patent Law

# Lecture 7

## 专利法概述

开始进入专利法的部分。著作权法的内容相对比较多一点儿，相对而言专利法和商标法比著作权法少一些。著作权法和民法更为接近，理论问题更多一点儿。合理使用讲了很多，在专利里面合理使用很简单。专利部分，程序相对复杂一些。专利的第一讲主要讲一讲专利制度的概要。

### 一、专利制度的发展

专利制度从源头来讲，比著作权法或者版权法要早。当然最早的是商标，因为人类的商业活动很早就开始了，有了商业活动就有识别的需求，你做生意就希望别人识别你，不希望大家都一样。老师那个时候买东西不会想着到哪里买，因为都一样，只有国营的，在相当大的一块地方里可能就一个国营商店，什么都在那儿买。那个时候生活比较简单，买什么东西都知道该去哪儿，因为只能去那儿，别的地方没有，所以没有识别的必要。那个时候的商店不会特别讲究包装装潢这些招牌性的东西。现在每个商家都在突出强调自己。

专利不是随着商业活动而发展的，虽然商业活动也是它的基础。其根本产生原因是科学技术进步使得其可以进入到商业话适用，这些科学技术生产出来的产品可以作为商品来进行贸易，由此产生了对这种技术的垄断性保护的需求。专利制度是为了鼓励这种创造，赋予发明创造人以垄断地位，他通过垄断地位获得经济收益，从而激励人们不断从事科技创造。

#### 1. 专利制度的起源与发展

我们首先来看专利制度的起源和发展。

##### · 国外的情况

在 1421 年的时候，意大利还由若干个城市共和国组成，一个城市就是一个共和国，像佛罗伦萨当时就是非常发达的城市了。佛罗伦萨对于装有吊机的驳船，授予了一个三年的垄断权。1421 年中国是明朝，应该还是朱棣当皇帝的时候。那时候中国已经开始不鼓励出海，出海只能是官方。当然明朝最著名的出海的是郑和，那是代表官方的，私人不允许下海。明朝中后期以后，由于日本倭寇的战患，进一步退海。虽然当时郑和的船很发达，虽然咱也没看到过，反正骑着马可以在船上跑，但是和这个装有吊机的驳船相比，不好说谁更先进，只能说它因为这个专利被历史记住了。就跟林肯一样，是唯一一个有专利的美国总统。还有他的专利申请书和授权文件，当然是当总统之前获得的专利。

1443 年，威尼斯也是那个年代著名的欧洲的城市共和国，是高度文明高度发达的地方，就跟唐朝时的洛阳一样，用现代的话属于一线城市。唐朝鼎盛时期首都人口超过 100 万，现在 100 万都是大城市，美国超过 100

万的城市一双手就能数过来。威尼斯授予了第 1 号专利，不知道后面有几号。大家为什么喜欢当第一啊，因为这个很好验证，有的人可能说明朝、清朝多少个状元记得住，榜眼是谁就记不住了。说明大家都只记住第一。有的人真的是把明朝所有的状元的名字都能记得住，但是没见谁把榜眼探花的名字都记住。

1473 年威尼斯颁布了世界上第一部专利法，这个专利法并不是近代私法意义上的专利法。近代私法上的第一部专利法是 1623 年英国的垄断法案，第一个用法律形式授予专利，但那个专利用现代的话讲是一种政府特权，属于特许权 franchise，其实 pattern 这个词在早期就包含 franchise 这个意思。或者说那时候的 pattern 就是现在的 franchise。专利法进入私法领域后，pattern 才逐渐和 franchise 分离开。当然 franchise 也有两种意思，一种政府特许，一种商业特许，比如麦当劳、KFC，这些都属于商业特许。

根据威尼斯的这部专利法，科学家伽利略有专利，这个专利还有 20 页，跟现在一样长。这是一个近代私法意义上的 civil right。这个法案是垄断法案。因为享有 pattern 就意味着有垄断地位，所以叫做垄断法案，这个垄断法实际上指的是专利法。

为什么是私法意义上第一个专利权法？正如为什么安妮法案是第一部私法意义上的著作权法，因为确定了 authorship。著作权法两个要素，一个是作者身份，一个是作品。尤其是作者身份，在法律上得到认可，实际上是一个民事主体、私的主体的地位得到确认。专利法也是这样，1623 年的垄断法案是第一部因为它规定了主体问题、客体问题、取得专利的条件，形成了完整的专利权法律关系。

随后当然是世界各国随着科学技术发展，专利法系统就建立起来。为什么先在英国建立起来？这跟科技水平联系在一起的。17 世纪的英国是世界上工业最发达的国家，英国率先完成工业革命，几乎是工业革命期间完成。美国虽然立国晚，但专利法制定得快。美国宪法颁布于 1789 年，但是著作权法和专利法 1790 年就出来了，1791 年就有了第一个专利。而且美国很重视历史，把第一个专利到无纸化之前所有的文本全部保留，要查很方便，查 19 世纪的估计没问题。1791 年有了第一个专利以后，后面的专利陈列在展览柜里面。

专利权法相继建立起来，包括欧洲其他国家。这是科技发展的一个必然需求。比如美国宪法明确写，国会应当赋予文学创造、科学创造的发明人以垄断性的地位，以促进文学和科学技术发展。可以看出美国立国的时候就意识到这一点，当然它立国的时候正是工业化一步一步走向高潮的时代。而中国的工业化，从明朝就有这个经济形态。明朝其实是一个很分裂的朝代，政治极端腐败，但是经济相对来说是很宽松的，自由度挺大的，可能跟皇帝不上朝有关。明朝出名的皇帝，除了前面两三个皇帝比较勤勉，第一个和第三个属于很勤劳的，所以杀的人也多；后面的皇帝都不管，但民间很发达，非常发达。举一个例子，明朝末年腐败成那个样子了，倭寇还干不过我们。那个时候朝鲜有难，李氏王朝求救，明朝派人过去就把日本人打飞了。到清朝鼎盛的时候明王朝也不咋地，清朝很长一段时间进不了关，因为明朝有八千铁骑，就挡住了清兵。当时每个铁骑都配上连发的火药枪，现在的话讲是初级机关枪，一个人骑两匹马，体现了机械化作战，清兵搞不过啊。清朝 17 世纪初和明朝打是什么武器装备，到了 19 世纪末跟外国人打，还是什么装备，三百年没什么进步，后来就被人打得很惨。那个时候明朝这个很活跃，对于科学发明，政府也以皇帝命令的形式给予保护。这是封建王朝不可改变的形式，他不可能赋予私权，普天之下莫非王土，东西都是皇帝的，给予私权不行，但是用一些政府命令的形式保护。所以那个时候，和同时期英国比，我们的科学技术发展落后是落后，但是落后不了多少。而且这个底子一直延续到了 1750 年左右。也就是说 1750 年左右英国国民生产总值才赶上中国。当然它人口少。乾隆中期的时候中国大概一亿人，英国才多少人？1750 年英国经济总量才赶上中国。第一次鸦片战争英国迟迟不敢动手，后来派了一支人马，一个商人从广州穿到北京，回去说可以打。之所以之前不敢打，是因为忌惮中国，知道中国以前科技发展到什么水平。讲远了。

科学技术发展到现在，推动着专利制度不断发展变化。但是很有意思的是，现在最流行的网络对专利产生的影响是很小的。无非就是这种制作计算机程序的方法能不能获得专利保护的问题。和著作权不一样。这是什么原因呢。对著作权产生很大影响的原因是数字技术对于作品传播产生了颠覆性的变化，因此著作权制度要跟着调整，因为著作权法调整的就是作品传播；专利呢，专利保护的产品的传播，也不是科学技术的传播，而是这个技术被垄断性地使用，所以跟计算机软件没有太大的关系。甚至可以说科学技术的变化，专利法在制度上可以不用改变，只需要在具体的实务中参考标准发生一些变化，就是所谓的专利审查。标准可以不变，比如受理专利的三个实质性要件：新颖性、创造性、实用性，一千年都可以不变，变化的是实际生活中的判断标准发生变化，所以法律不用变化，只要审查员发生变化，审查员不断更新、具备现有的一般技术人员具有的水平就够了。这就是为什么科学技术发展对于专利制度本身，从立法的角度来讲没有什么太大影响，改变的是法律适用，适用是需要变的。比如 60 岁的审查员审查多数是不靠谱的，因为知识结构已经滞后了。所以我国知识产权审查员流动很大，

第一是因为累：中国人专利申请量现在世界第一，包括中国人在中国和中国人在国外申请的专利数量。注意说的不是中国人持有的专利世界第一；第二，知识结构要更新。不能说审查员 80 年毕业的，要么当领导去，要么离开这个队伍。审查员知识结构不能太过陈旧。老师曾经遇到一计算机专家，80 年毕业的，知识就太陈旧了，其实不干具体活。在计算机程序这方面，最强的人是年轻人，甚至是在校生。其他领域也一样，这是一个很有意思的总结。我们经常讲新技术时代知识产权法怎样应对，有的需要应对，有的不需要。或者说不需要有很大的变化。我们说的立法宗旨，说的不是法律的第一条，而是著作权法究竟是保护什么，专利法究竟是保护什么，决定了这个制度面对科学技术发展的时候应该有一个什么样的变化或者应对。

另一个是国际化问题，这是由于市场开放造成的。因为国界虽然存在，但是商业交往和技术成果的传播要突破这个限制。闭关锁国，跟朝鲜似的，什么都不知道，活的也很开心，但是没法交流。说实话我们也不知道朝鲜人在想什么，但是他们中可能还是有人，比如金三胖还是了解一些国际上的东西和变化发展的，所以才不敢轻易打仗。他们喊得很凶，过几天又说绝不开第一枪。国际化是因为市场的需要，比如我的专利产品流到一个地方，这个地方没有专利法，我就不愿意来了。因为本来可以拿来赚钱的，所以我就到可以赚钱的地方去。曾经讲过，大清著作权律的产生很重要的原因也是由于外部压力，特别是北京条约签订后，许多国家在中国有域外法权，他们的文化作品到中国需要得到保护，逐渐发现只有域外法权是不够的，就要求清朝也有自己的著作权法，这是很重要的原因。专利也是：发达国家要输出专利，目的是要占领市场，占领后不舍得放弃。比如 95 年中美市场谈判。美国大使馆在中国有专门知识产权专员的，一般大使馆是没有知识产权专员的，美国是有的。所以市场是不会轻易放弃的。当然这是相互的：原来没有的国家，它第一是有内生性的需求，第二是既然有了这个需求，大家慢慢制定共同的游戏规则，就是国际保护条约。

## • 我国专利制度的产生和发展

我们国家的专利保护，如果从思想、个别的保护个案上讲，明朝就有。跟作品不一样，作品涉及文化，中国文化历史很长了，尊重作品及其作者，历史很长。专利涉及技术，这个历史不是很长。用法律形式来保护科学创造，实际上是在清朝。首次主张制定专利制度的是洪仁玕，是洪秀全的亲戚。他有个著名的文献叫《资政新篇》，说其中写“倘若能造如外邦火轮车，一日夜能行七八十里，准以自专其利，限准他人仿效。”大家不要用现在的眼光衡量当时的火车。清政府有了火车后老佛爷坐火车，大骂比马慢多了。“限准他人仿效”，这个很关键。这就是给予一个独立的垄断地位。当然太平天国是一个造反行为，所以这不可能得到真正实施。

真正的法律文书意义上的专利制度是由清朝颁布的《振兴工艺给奖章程》，但戊戌变法失败后就作废了。但《大清著作权律》是老佛爷同意的，在外部压力下就同意了。因为实际上特别是八国联军侵略中国之后，老太太也意识到一些问题，后来自己意识到要变革，比如派人出去访问，修法，甚至要成立议会等等。其实那个年代挺好玩的，研究研究很有意思。辛亥革命之后，民国政府在 1912 年 12 月颁布了《奖励工艺品暂行章程》，基本上把前面那个挪用过来。

国民政府的专利法 1944 年颁布，在大陆没实行多长时间，但在台湾还有实行。

## • 我国专利法的修订

新中国成立后，一度有这些立法活动。但是专利法直到 1979 年开始起草，1984 年颁布，1985 年开始实施。

这个过程中，我们的专利法到目前为止修订了三次，现在据说修订第四次。第四次是国资局主持，其前身就是专利局，他们要增加专利侵权执法权，要武装起队伍，打击违法行为。遭到了猛烈的炮轰，他们我行我素，继续搞。所以我们的立法最大的问题是我们的立法者都是站在自己的立场上说话。很少有站在客观层面上说话的。

### - 第一次修订

第一次修订专利法是 1992 年，修订有这样一些内容：首先扩大了可专利的对象，把视频饮料调味品等加入专利保护之中。之前对这些东西不保护，是因为所谓的保护公共利益，食品是人们必须的吃的，药品是用来救人的，所以不给专利保护。但是在 1992 年修订都纳入进来。就是说这些东西给予专利保护不会对人的基本生活造成多大的影响。同时扩大了对专利方法的保护，从产品发明扩大到包括方法发明；第二个主要变化是延长了保护期，才有了现在的专利保护期限；第三是强化了专利权的保护，比如说对方法专利的保护延伸到依该方法直接获得的产品、增加了专利权人的进口权、修改了强制许可的条件、完善了对冒充专利的处罚规定等等；第四个大方面是完善专利审批程序，增设了国内优先权。这个争议很大，外国人不明白为什么要给国内优先权，认为这是中

国搞歧视待遇的表现。实际上外国人也可以用国内优先权，它是指两次申请都在中国，所以不是说它只给中国人用。首先在其他国家申请专利，在规定的期限内在中国申请专利，可以以第一次申请的时间作为在中国申请专利的时间，这叫国际优先权；国内优先权是两次都发生在中国。主要国家只有中国规定这个，所以给人一种抢夺专利时间的印象。比如发明工作还没有完全完成，但有了这个制度可以先去申请，把时间占住，占座，然后回去准备完善，在规定时间内再申请一次就可以把时间占住了。这也是为什么老外很生气的原因。不过他们自己也可以用。有变化：以前抱怨的声音很大，因为老外在中国申请专利的不多，现在这个声音小了，越来越多的外国人在中国申请专利。在北京可以看到，无论是 Intel、微软、索尼、高通，这些公司在中国的专利非常多。以前有些美国公司在海外申请专利，一般在亚洲会去日本，上世纪 90 年代去台湾，21 世纪他们都到北京申请。美国公司在台湾申请的数量和在大陆的申請数量呈很明显的一上一下的变化，因为我们市场比较大。从市场角度看都是寻求利益最大化，没人跟市场过不去。

## - 第二次修订

2000 年，因为中国要加入 WTO，所以对专利法进行第二次修订，涉及若干内容，包括对职务发明标准奖励等，看看就行。

重点讲这个“加大专利保护力度”，增加了一个重要的内容：禁止许诺销售。什么叫许诺销售？许诺销售用民法的话说就是预约合同，口头的或者书面的都可以。答应你把某个产品卖给你，但这个产品有别人的专利权，没有实际上销售专利产品，则许诺销售也可以构成侵权。因为许诺销售是专利权人的权利。专利权人有生产销售、许诺销售、进口专利产品或依照专利方法产生的产品，这是他的权利。

限制未经许可而制造的专利产品的合法销售使用：没有经过许可，专利产品实际上是侵权的，但是有合法来源。所谓限制就是对“合法”的认定，把证明合法来源的标准提高。

增加了诉前临时保护措施，增加损害赔偿计算的规定，还有其他的。

第四个地方，关于程序方面，这个变化也是很大的，比如取消了撤销程序，现在专利没有撤销程序的。另外第二项也很重要。关于实用新型和外观设计专利的复审。专利局对此所做出的裁决不再是终审裁决，当事人不服可以提起诉讼，这是很大的变化。这是因为 TRIPS 规定所有的知识产权规定必须由法院终局裁判，不能由法院之外进行。

第五个方面与 TRIPS 更加一致，完善了强制许可的一些条件。

## - 第三次修订

第三次修订是 2008 年。这次接着修订后接着修订了实施细则、司法解释等等，这一系列弄下来已经 2011 年了，好像刚修改的一样，但实际已经过去四年多了。

1>对客体方面的修订，这个很重要。现在看到的专利的实质要件，就是客体方面，我们的专利客体包括发明、实用新型、外观设计。而我们说的发明是一种新的技术方法，强调新颖性，后面有条款解释什么是新颖性。实用新型，也强调新颖性。然后什么是外观设计。同时第五条修改了排除客体，特别是关于遗传资源这一块，都给出一些修订。

2>增加了专利申请权的有关规定。发明创造完成之后，发明人享有专利申请权，如果没有经过专利人允许，把他的发明创造拿去申请专利的话，则侵犯了他的专利申请权。换句话说，这时候没有专利权，因为还没有申请。另外还涉及共有问题，几个发明人一起发明，若其中一个人没有经过其他人允许去申请，也是对其他人专利申请权的侵犯。如果发明人是一个人就有专利申请权。

发明创造人可以转让专利申请权，就是完成这个发明创造即卖掉。所以申请专利的人不一定是发明创造的完成人，这个跟著作权不太一样。著作权只要作品完成了就有著作权人，卖掉就转让了；专利不一样，完成发明创造就可以卖。买发明创造的人获得了授权后，就是原始的专利权，因为他是第一任。

共有的问题，专利法只是肯定了有共有这个问题，没有其他具体规定，老师认为应该适用民法上关于共有的一些规则和制度。注意：专利上的共有是共同共有，没法按份。可以规定按份共有，但是只是内部关系。其实民法上共同共有内部上也可以是约定份额的。

3>关于专利实质要件

刚才强调发明是一种新的技术方案。什么是新？这里有个解释。解释有变化：我们的新颖性开始实行全球新颖性，所谓的“新”是公知公用，即有人在世界上任何一个地方公开过这个就没有新颖性了。什么叫现有技术说明了这一点，现有技术是在国内外为公众所知。现有的判断标准是全球新颖性。

当然也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请。好比说你去申请专利，发现公告里有一个专利申请跟自己的一样就只能打道回府。现在因为专利申请可以通过电子方式进行。一般来说抵触申请都是事后实质审查才发现。没从事过这个工作可能觉得前面有人申请，后面又有人申请应该发现啊，其实发现不了，因为从专利申请到实质审查要一段时间。专利申请很慢的，满18个月后才公开，如果不申请提前公开真的要等18个月，公开后再实质审查，这个过程很长的。一般来说很少有抵触申请在同一个审查员手上，所以不可能在受理阶段就会发现抵触申请，由此才有抵触申请的问题。如果受理阶段就发现抵触申请，就没有这个问题了。

关于创造性，我们国家叫创造性。翻译成英文不太好交流，因为美国专利法上，称之为非显而易见性。就是说这个东西不是一般的，是二般的。如果是显而易见 obvious，就没意思了，就不给专利了。中国的这个创造性，翻译成英文交流不知道是什么意思。所以现在越来越多的人在教材里写非显而易见性，当然法条上写的是创造性。创造性意思是说，与现有技术相比，有突出的、实质的特点和显著进步。这个很抽象？不用担心，我们的专利局有专利审查指南，会专门告诉不同的技术领域里面，比如机械的、电子的、生物医药的，不同的领域里对于创造性怎么理解、怎么把握，都有一个指南参考，有的时候还会有一些例子。商标也有商标审查指南，专利也是一样。实际上审查指南是一个经验总结，包括往年的专利申请积累出来的一些经验，供后来的审查员以参考。否则光是文本，“有实质特点的、有进步”，具体进步多少呢？进步不明显的怎么办？为什么说非显而易见性比创造性好呢？创造性说实质特点和显著进步，但显著到什么程度？这个“显著”怎么把握这个度，单从理论上看不可能的，一定要大量审查积累经验。无论经过多长时间积累，一定是有主观性的。就跟去美国签证，以前通过率比较低的时候，就有人写经验总结。审查多少也有一点儿这个意思。审查员虽然有一定的专业背景，但是水平有高低，心情还时好时坏，申请量还很大。我们的技术审查大的有五大类，不是所有的都比较忙。比较忙的比如电子类，像机械、化学类相对而言不是很忙。现在电子产品是主要的商品了，是主流市场了；机械类的不可能忙的，发明创造少；实用性不用审，虽然量很大，审查员主要是做实审的人。

关于外观设计，进行了解释。确定了现有设计的概念。本法所称现有设计，是指申请日以前在国内外为公众所知的设计。（原规定：授予专利权的外观设计，应当同申请日以前在国内外出版物上公开发表过或者国内公开使用过的外观设计不相同和不相近似，并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。），也用的是全球的新颖性的标准。就得专利法在出版问题上采用全球新颖性标准，在使用问题上采用国内新颖性标准，现在都统一了，叫“公知”。

4>增加一项排除客体。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，不给予专利保护。对于起标识作用的，元素主要是图案、色彩的，认为应该交给著作权法保护，而不是外观设计专利。比如有个杯子，有个把儿，虽然做出一定的设计有点别致，但是如果这个把儿很多地方基本上是功能性的，安一个把儿基本上都是这个造型，或者主要就是这个造型，那就不保护；汽车的后视镜，要想获得外观设计专利是很困难的，因为一般车的后视镜差不多，非要卡通很多那可以，但是稍微有点儿变化是不会获得外观设计专利的。

#### 5>关于权利要求书

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。这个是对专利权保护范围基础进行了明确，同时提出了要求，必须是简要清楚的。

#### 6>增加来源披露的规定

依赖遗传资源完成的发明创造，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。

#### 7>专利强制许可的变化

有下列情形之一的，国务院专利行政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：

第一，专利权人自专利权被授予之日起满三年，且自提出专利申请之日起满四年，无正当理由未实施或者未充分实施其专利。注意是授予之日不是申请之日，意味着申请日期和授予日期中间有差别。“且”两个都要满足。

第二，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。垄断行为，这个其实弹性很大。我们反垄断法对于垄断的认定，实际上是很困难的。认定一个专利权人是垄断，这个太难了。最近判了一个案子 3Q 之间的，360 败诉了，认定垄断的前提是相关市场的认定，360 的主张没有被支持，支持的是腾讯的。这个案子是广东高院判的，有没有地方保护主义呢，也不好说。对深圳影响挺大的。深圳有腾讯和华为，腾讯已经超过华为了。上海有中兴通讯。中兴是中国拥有专利最多的企业。所以中兴和华为

经常被美国搞，这很正常。

8>增加关于公共健康的规定，也涉及强制许可。

9>关于专利权的侵权赔偿数额

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。

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，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，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。但是专利法的现行法没有法定赔偿，修订草案想规定这个，专利法目前还没有。

## 2. 专利制度的现代化趋势

国际专利权保护体系的形成，这是伴随着 19 世纪末开始出现的知识产权国际保护的浪潮而逐渐发展，这当然是基于市场的国际化而产生的一个趋势。我们知道，市场虽然有国家的区分，有国界，但是随着现代经济社会的发展，市场越来越突破国界的限制而形成一体化的市场。尤其像我们比较熟悉的欧洲市场，其一体化程度是最高的；北美市场也很国际化，不局限在国家之间的划分。在北美和欧洲之间，这种谈判和国际保护体系的建立是世界范围内的一体化保护的趋势的最重要的基础。如果只是欧洲一个版块、北美一个版块，那么国际化程度并不能说非常高。所以我们看到了一些国际条约的立法运动，两个发达国家的阵营在不断磋商、妥协之中建立一些知识产权保护体系，无论是专利领域还是其他领域都是如此。他们建立起游戏规则后，向其他国家输送这些标准和要求。比如著作权法中就可以看出伯尔尼公约对世界的影响：日本为了加入伯尔尼公约制定了自己的著作权法，中国制定大清著作权律也借鉴了日本的立法。专利也如是。巴黎公约也是如此，建立了以后向世界蔓延。所以市场的需求使得专利的保护成为一个不可逆的过程。专利产品要去别的国家占领市场，获取收益，这个市场当然亟需相应的专利保护法律制度，如果没有这样的制度，专利产品到了别的国家则很难得到切实的利益保护。但是我们要知道这里面也反映了政治的问题：专利技术的输出国都是发达国家，向别的国家输出专利产品，某一个角度是把先进的科学技术带给不发达地区，说的难听一点是挣人家的钱。那么发达国家之间可以对抗，而发展中国家是没有这种抵抗能力的。所以发达国家更要求一种法律保护，因为发展中国家没有这种技术能力对抗，又必须依赖于这些先进的技术，如果没有法律保护就可以随意地去使用。从实践角度来讲，他们担心发展中国家随意使用他们的技术和著作权相比是大不一样的：著作权这种使用几乎是无成本的，不需要动脑子 copy 就可以了；专利不一样，告诉了专利能不能实施，是需要很多成本的，其中包括资金的成本，也包括技术的基础和背景知识。我们都是学法律的，再告诉我们一个专利我们也不会用；有的虽然具备这种背景知识，但是没有资金支持。比如小企业无法使用一个航天专利。这里面实际上是有很多不同的价值因素在里面。很难讲发达国家强烈要求发展中国家、不发达国家建立专利保护制度对本身的专利技术有什么影响。

但是到现代，这种技术上的差距在缩小：以前技术到中国，中国人也用不了，现在不一样了，只要你不管我就敢用，你管我还敢用呢。所以发达国家关注的这种知识产权立法完善不完善的地区很明显集中在这种模仿能力很强的发展中国家。中国的现代工业就是建立在模仿的基础上的，这也是发达国家越来越盯住中国的原因。所以中国专利制度的建立、完善以及良好的市场运行，发达国家是非常看重的。现在发达国家最关注的不是别的，是执法环境问题。中国的司法环境究竟怎么定位很难讲，官方讲一片欣欣向荣，但从实践中我们可能认为自己学的是一个很悲哀的专业。但悲哀不意味着从这里挣不到钱，这是两个概念。做律师能挣钱。学法理学第一天就告诉我们 justice，从 justice 角度会觉得很悲哀。制度本身的样子，到我们这里变成另一个样子，悲哀是这个意思。

所以国际保护某种意义上远不如地区性、区域性的合作更为有效。不管是北美，还是欧洲、非洲。亚洲比较奇怪，亚洲三个最大的市场，这市场比较大、技术比较领先的国家中国、印度和日本互相看不上。日本是个小国家，但是资本和技术是领先的，从经济上看是一个大国，三个国家互相看不上，互相防备。三个国家历史上互相干过架：我们知道中国和日本的战争；日本和印度也有战争，日本也占领过印度；中国和印度也干过，而且从打心眼里看不上对方。这个跟日本不一样，我们看不上日本是仇恨，但是技术上各方面还是很佩服日本人的。亚洲的合作其实是很薄弱的，要说有的话，东南亚的那些小国好点。东南亚除了印尼比较大别的都很小，所以它们的专利市场都是太小了，东南亚所有的国家加起来都不如这三个国家任何一个多，甚至赶不上台湾。在大陆发展起来之前，1990 年代的时候台湾的专利市场是亚洲第二，21 世纪以来迅速被大陆超过了，毕竟是一个省大小。

我们在台湾访问时看到了这些变化。越来越多台湾企业在大陆申请专利。这种区域合作对于本区域的发展、区域与区域之间的关系是非常重要的。欧洲在知识产权谈判上从来都是以整体的形象出现。虽然曾经法国、德国、英国这些国家单个拎出来也很强，但现在单拿出来和美国、中国都比不了。而且市场也不可同日而语。所有发达国家都指责中国，就是舍不得这个市场。他们还是会来中国玩，玩又觉得不舒服，就争取对自己更有利的环境。说是这么说，客观上他们的指责是有道理的，不是故意挑刺。他们当然比我们强，但是也不是完美无缺。这种国际化的运动，驱使保护标准，应该说是最低保护标准日渐趋于统一、一致，特别是 TRIPS，其诞生以后有两百多个成员，包括国家和地区，这种影响还是非常大的。当然不发达国家越来越发现加入 TRIPS 后为了保护知识产权承担的成本远远超过保护知识产权带来的。因为这些都是那些落后国家。每次对这些议题争议最大的就是一些非洲国家、南美国家，它们觉得上了发达国家的当，发达国家从来都是让你上当。做生意一样的，如果做 business 不是为了赚钱就不是 business。发展中国家建立了这些制度后，发现成本是非常大的。我们国家一度也有人提出这种声音，包括一些教授，说我们作为发展中国家是不是不要建立过高的保护标准。因为过高的保护标准不仅是对发达国家有利的问题，尤其是专利的问题上，还有制度运行所带来的成本，是很大的负担。当然我们国家理论上这个成本是付得起的，少吃少喝一点儿就有了。某年统计，官方招待花费六万亿，这些人少吃一点儿，足够承担成本了。不可否认的是保护专利问题上，标准越高越严对发达国家越有利的。中兴华为这样的中国企业市场上专利是很多，但是能用得上的专利不见得多，可能专利上万个，用得上的可能就几十个，还有好多专利涉及侵权。国际保护其实是一个政治问题，不是一个制度问题。制度我们都很清楚，专利权、其他知识产权当然要保护，但怎么保护，是不是国民待遇，还是对等的保护，还是采取什么样的的隐含的歧视待遇，怎么体现这些，其实是一个政治问题。杨老师原来一个老师讲，国际法就是一个政治的游戏，很难讲是我们通常意义上的法律关系。某些国家悍然违反国际条约发起了战争，又能怎么样呢。如果它打败了，像当年的德国一样，那些人被绞死，就绞死了呗；说它保护人权，是不是一个法？可能是，但更多是一个政治问题。你的国家在国际上没地位，那些侵犯你人权的人也不会受到处罚；但如果你是很强悍的国家，谁来侵犯你的国家的人权，就会把人家绞死，美国冲过去把萨达姆绞死了，把我们登哥干掉了，有没有经过审判？没有啊，当年二战那些人还审判了呢。谁来保护萨达姆本拉登他们的权利？专利也是这样，有专利战争。知识产权首先是一个公共政策问题，包括国内层面和国际层面。在国内层面和国际层面考虑的不一样的，国内层面考虑的可能是提供多高水平的保护？合理使用的标准、专利保护对象的范围，一开始保护的很窄的，不包括食品什么的，还有非技术原因在里头。但是无论是多少政治问题在，专利制度里面的具体内容，保护标准，世界趋同的趋势还是我们应该确认的。中国也一样，我们有一些中兴这样的企业，专利持有量非常大，当然也希望它的专利在国外得到很好的保护，尤其是在它的目标市场，如欧洲美国等。中兴在美国遭到一些不公待遇，去年今年中兴华为总在美国被整。这样很正常，他们感到这个企业到他们国家对他们国家的企业造成影响，会让他产生警惕。当然它不能直接把你赶出去，那就是外交事件了。所以使用贸易手段。以前最早使用关税壁垒，不好使了以后用非关税壁垒，如启用商业调查就是一个很重要的手段。哪怕最后认为没有侵犯它专利，你也受不了。商业性调查，程序很简单，美国相关企业，甚至是政府部门都可以主动发起这个程序，认定到美国的企业，对他们讲是进口的产品、技术服务是否涉及侵犯美国专利权。不是指美国人的专利权，包括其他国家的人在美的专利权。于是就可以扣押，查完了说搞错了，再给你解封，这会造造成很大的损失，属于贸易报复。商业调查不好使，再搞国家安全，三一重工那样的，你也只能干着急。外国企业想进入中国，老早就想进入，但是不敢进入，它担心我国社会主义国家是公有制，怕你三天两头宣告国有化。当年我们国家改革开放开放我们市场的时候有一个很重要的承诺，通俗地讲就是不随便国有化，没有说不国有化。给外国企业一些优惠政策，外企才逐渐进来。中国企业在朝鲜已经好多次遇到这种情况了，有人在朝鲜投资，已经有很多收益了，突然宣布国有化没了，前一天在朝鲜有一个亿的资本，第二天就没了，中国商人气愤地说朝鲜是世界上最大的流氓国家。几十年前外国人担心的也是同样的问题。如果出现了这样的事情，母国除了唯一的办法就是发动战争，否则也没别的办法，只能抗议，深表遗憾。

具体的趋同，包括申请的程序、保护的内容，比如专利特许、获得专利权的条件、保护方法标准、赔偿等，都有趋同的趋势，还包括专利权客体的不断扩大，专利主体的多元化等等。

## 二、专利权客体制度

简单来讲，专利权客体当然就是发明创造，因为它是和技术有关的。实质上讲它是技术方案。我们国家专利法把专利权的客体分为三类：发明、实用新型和外观设计。比较另类一点的是外观设计，因为它很容易产生双重

的保护，既有技术的因素在里头，也有能符合版权的独创性要求，所以相对特殊一点。

## 1. 发明

首先看发明。发明和实用新型的区别是中国专利法人为的。美国专利法也有这种区分，但是获得专利的实质要件和程序上是统一的。但是中国对两者进行区分，只有发明才会进行实质审查才能获得授权。经过若干年的司法实践，产生了发明和小发明，实用新型成为小发明。由于实践中实用新型是不经过实质审查的，获得专利权是比较容易的。我们说一大一小，既然是大发明，肯定是有区别。说大发明、小发明，大发明技术进步性上一定比小发明强，这是直接的反应。说大王和小王，区别是大王可以管小王，凑一对才是炸弹。但是我们国家里面，法条上实用新型，独创性新颖性的要求，发明和实用新型都是在一起规定的，比如新颖性创造性实用性等。区别在程序上，实用新型是不需要经过实质审查的。既然在实体法规定上要求的实质上的技术上的特点、进步两个应该是一样的，但是程序上衡量，就会发现我们取得实用新型很容易，有些技术进步性没有那么强的情况下也可以通过程序上的特点蒙混过关。很多人讲实用新型质量不高，虽然不高，但是有专利权，而且专利权的保护上从来不区分实用新型和发明。整体看这里面是不是有点儿乱，人为区分为两种标签的对象，但是获得专利权后两个又不区分了，很让人难以理解为什么做出这种区分。如果是现在专利申请量特别大的情况下可以理解，为了分流么，有些人必须过安检，有些人直接可以扔过去，而扔过去以后和通关过去的一样保护。可是我们一开始建立专利制度的时候就做出了这种区分，那时候专利申请量没那么大，为什么还做出这种区分？这些年一直在讲实用新型的质量问题。发明一定有实质的进步性，技术上有所变化突破，当然是往上突破，往下突破获得不了专利的，往下突破有一个名词叫变劣发明，技术水平比人家还差一点儿，肯定是不能获得专利的。发明肯定是在技术上和现有的相比有进步性。当然实用新型也有这个要求。但实践操作上变成：申请人自己选择走哪条路，走这个门要安检，那个门就相对容易，那大家不是都走实用新型么。理论上当然都可以，但是拿到市场上后会获得不同的待遇。专利产品想卖出去，客户会这么想：你是个实用新型，质量就不高，就卖不出价钱。企业对技术发明要有一个技术发展程度的把握，才选择走哪条路。会不会都走发明呢，也不会，有的知道自己技术提高不多。有些技术生命力不长，尤其是现在电子、通信等领域，技术生命力越来越短。专利有二十年保护期，1993年的时候电子技术到什么程度？那时候固定电话还不普及，有电话是身份的象征，现在挂一排都不算身份的象征；往前推十年，2003年，计算机技术上、通信技术上跟现在也不能比。2003年的时候想过可以在手机上看电视、随时上网吗？现在都实现了。可能越是基础领域的技术其生命力越长一点，比如机械类的；越是高科技领域，生命力越短。当然这主要是功能上的变化，能利用这种通信技术实现一些我们以前只能想象而不能实现的功能。

### · 发明的特点

不管是发明还是实用新型，作为技术方案必须有这样一些特点：

#### 1>发明中应当包含创新

#### 2>发明必须利用自然规律

这里重点讲的是自然规律，就是利用了物理化学的基本原理。物理的原理，比如从六楼往下蹦，正常情况下一定会到一楼，这就是物理原理。如果往下蹦却到了十二楼，肯定是别的力量，这也是物理的原因。因为有重力影响，才能跳楼，否则就没有这个自杀的有效手段了。还有受到撞击会感到疼等等，都是自然规律，说白了就是通过科学方法发现的规律，即什么样的规律作为大前提，小前提，推断出必然的结果。比如水在平原上100°C会开，这是肯定的。但如果有一天由于科技发展，发现以前的科学原理是不对的，我们会修正。但是发明必须利用自然规律。是什么使得这个问题复杂呢，其实就是数字技术发展。比如计算机软件，显然是没有利用自然规律的，不需要物理化学规律，只是用0、1这些语言编程，这些方法能不能作为专利保护的客体？这个问题就产生了。

这个问题到现在也没有一个统一的说法。像美国是没有任何障碍的。美国在1998年有一个案子，中文翻译成【道夫银行案】。法官判完了有一句话：我们要让阳光下的一切发明都可以获得专利。那么阴天的时候怎么办？其实阴天也是有太阳的，要么怎么会有白天呢。法官的意思是想把美国专利法保护的范围扩大到人类所能弄出来的所有的东西，美国法官写判决书高兴的时候可能拽一句这样的词。另外一个商业秘密的案子，因为商业秘密有一个重要的保护前提是权利人采取了保护措施，那个案子焦点是原告有没有采取保护措施，于是进行了一番论证，最后认为原告进入到了法律规定的保护措施。最后法官写：一扇打开的门不等于一个请柬。即尽到一般的保护义务就可以了。法官又说：法律上的这个要求不是为了防备那些不老实的眼。这些话特别文学化。人家没打开就

别往里瞅。保护措施是要求这一家有墙有窗户就行了，还是要有别的措施。偷窥就是侵权，但公共场合看一眼，就不属于偷窥了，是人家放弃隐私权。很多人有这种行为，最后还怪你怎么看呢？有些人在公共场合做一些不恰当行为，人家批评他他还怪人家看。中国法官要是敢这么写，领导会给你删掉。这样的判决会更有感染力，无论是作为学习还是作为对后面的案子的影响，都是很有积极作用。过于死板的判决书很难引起很大的兴趣去研究它。

美国对于商业方法的态度也不是一成不变。1998年的案子对于商业方法的保护其实是很有利的，但是2007年的另一个案件又提高了对创造性的要求。这个创造性的要求对于商业方法获得专利，实际上是提高了它的难度。美国专利法并没有改，但它也在变化，这就是公共政策问题。美国专利法没有改，就放在那儿。1998年这个案子表明了一个案子，到了07年又变化。这种不停的变化使得我们也很难说美国对于这种没有利用自然规律产生的发明，包括对创造性的要求也是不同的。但是有一点，商业方法可以获得专利这是肯定的，只是标准更严还是更松。欧洲和中国大多数不允许商业方法单独获得保护。看中国的专利审查指南，里面标明的很清楚，这种计算机软件、计算方法必须和一定的硬件或物质设备相结合，一起来申请专利。这是严格地遵守发明必须利用自然规律的表现，不放弃这个。但是商业方法不保护也不能够适应这个时代和科学技术发展的要求。这个设备的制作还是要利用自然规律。

### 3>发明是具体的技术性方案

发明是一个具体的技术性方案。解决技术性问题，还要工业适用，这是实用性的要求，一定是一个具体的技术方案，而不是纯粹是产品。发明专利包括两个，方法发明和产品发明。强调发明是技术方案是说，比如利用这个技术生产去这个产品，不是仅仅局限于这个产品，利用这个做出新的产品也侵权的。它保护的是内核而不是外面。和著作权是不同的，保护表达而不保护抽象思想；专利保护则相反。很多时候申请人会同时申请方法发明和产品发明。

## 2. 实用新型

### · 实用新型与专利

实用新型和发明其实在实质要求上没有什么区别。实用新型对实质要件和发明是一样的，但是程序不匹配，造成了实际上一些技术水平并没有发明这么高的发明创造按照实用新型获得专利。直观上感到实用新型质量比较低。老师曾经想做过一个课题叫实用新型专利的质量问题，国知局说他们对于这个问题很清楚。所有人都在讲中国实用新型质量比较低，他们可能不这么认为。有人提出可以用一个参数衡量，我们会讲到这个程序，就是宣告专利权无效。已经获得专利权的里面，是发明专利的专利权宣告无效的多，还是实用新型宣告无效的多，哪个比率会高？其实两个比率是相当的。老师也很意外，但这是拿到一些数据以后才发现的。做研究之前，很多人认为实用新型的比率高，后来发现两者相当。当然不是绝对一样，按照2011年以前的数据，大概发明是44%，实用新型大概是42%左右，差不多的。为什么这样？就要分析了。当然我们注意，40%多的比例是不是就是质量不太高的表现呢？100个有40多个被撤销，专利质量肯定是不高的。所以国家知识产权局不愿意做这个客体，重要的原因是，国家知识产权局如果宣称中国专利质量不高，会带来什么后果？第一，上面的领导会说你们在干什么，怎么这么低的质量；第二，领导可能另一个态度：你们搞这么多无效干嘛，还支持不支持地方建设？还可以进一步分析，这40%多里面有多少是中国的有多少是外国的？所以他们不敢做这个课题，而且不让我们做，不给数据做不了啊。为什么会差不多呢，其实很简单：实用新型专利的条件程序上确实不高，很容易获得，质量可想而知不高，如果不考虑其他因素的话攻击它导致其被宣告无效的可能性是很大的。两个原因会造成它不去大规模地宣告无效：第一，就是无效宣告的程序和发明专利是一样的。获得专利权的程序不一样，但是获得后后面的全部都一样。程序是很长的，复审委、一审二审才能定。如果法院撤消了复审委的裁决，退回来重新做裁决，又一一审二审。有这个功夫可以重新做研发，因为本来它水平就不高，水平高就直接申请专利了。发明和实用新型对于客户是不一样的，磋商的过程中，谈license过程中，给对方的信心和感觉是不一样的。而且专利保护期限20年，实用新型只有10年。第二个原因，很多实用新型是睡眠的，没有市场，就没有人搞它了，人们不会在意一个市场上没有动静的东西，因为搞它也有成本，你去宣告无效，专利局可以宣告无效，但你付出的律师费、交通成本还是自己付，和一般诉讼无效。你到专利复审委，要宣告某某号专利无效，要自己出申请费差旅费，律师也要钱。最后即使成功了，这些钱还是要自己买单。所以，一个没有什么市场的实用新型，获得后就停在那儿了，很多人是不交专利维持费的，因为没有市场，交了是亏钱。生活中很多老板说一开门就亏钱，一开门就有

房租、水电、人工，这是成本。所以他们也不愿意交钱，有人愿意用它的专利的时候再去补交，只有第一年交了。再加上很多实用新型专利生命力很短，只有两三年甚至一年时间，这就促使了不会有那么多的申请量。而且从申请宣告无效的绝对数量上看，实用新型比发明专利少很多。发明专利可想而知，对于市场战略、经营来讲作用是很大的。虽然有的质量也不高，但是很多人可能会去宣告无效，因为它虽然水平，但可能成为锁在你身上的障碍，让竞争对手寸步难行。很多企业专利布局，就像布雷一样。特别是电子行业通讯行业，互相埋雷。就像中越边境一样，有时候连是越南的还是中国地雷也搞不清，因为他们的地雷也是我们援助他们的。一个很小的地面埋了三百多地雷。现在很多电子行业也是这样，一个产品好几十个专利，就是互相给对方制造麻烦。就像中越边境上我们的人被自己的地雷炸了，因为忘了或年头久了，有些地方变成非军事区，进行开发建设，经常被引爆。有的地雷是连环的。很多电子、通信行业的战斗进入非理性状态，大家都拿专利攻击对方。所以实用新型的问题在实践中是很大的，别看法条上规定的很完善了。好几年前北师大一个大学本科毕业生，号称中国专利持有量最高的本科生，一看有七个专利，都是实用新型专利，而且都是很简单的改进，且属于睡眠状态，都没有什么用。但是他有用，可以评优或成为一个名人嘛。他的第一项专利是初二申请的，早就过了。他说的七项专利是拥有和拥有过。他还不是一个理工科的学生。可想而知这些实用新型专利的技术领先度有多少。但是中国搞宣传从来不会搞这个，宣传到最后关键词就是七项专利。

### 3. 外观设计

外观设计和发明、实用新型不太一样。

#### 1>外观设计必须以产品为载体

本质上是一个设计，它必须以产品为载体，这是毫无疑问的。没有产品来体现设计的话就不知道设计是怎样的。

#### 2>以产品的形状、图案、色彩为设计对象或者设计要素

它的构成元素是产品的形状图案色彩的综合组合。形状是立体的，平面的再好看也不可能申请专利。这在我们专利法中有体现。著作权法修订也涉及到这个。如果只是平面的东西，是不能申请专利的，而是属于著作权法保护的主体。单纯色彩或其组合能不能获得著作权的保护这是一个独创性问题。外观设计必须是立体的，由上述这些元素综合构成的，但外观设计不能仅仅是功能需要体现的设计。比如一个杯子，设计了一个把手，这个把手是这个杯子的功能性部分，所以是很难获得外观设计保护的。什么叫功能性？用一个朴素的概念就可以解决，即什么是这个造型所需要的结构，它就是功能性的。比如这个房子必须有承重的地方，否则不会有房子这个建筑物；比如大桥，以前大桥承重都是靠柱子，隔一段就有柱子。后来出现了拉索桥，改变了承重的方式，以前是靠下面撑，拉索桥是从上往下拉住，这都是功能性的部分。而可有可无的部分才是外观设计的部分，比如给杯子设计一个非常卡通的造型，杯子远看是卡通造型，近看是杯子；比如垃圾桶，远看是熊猫，近看是垃圾桶。杨老师的老家那个城市 80 年代为了申报全国十大卫生城市，一夜之间把全市的垃圾桶变成青蛙造型，一看到青蛙就想到垃圾桶。造型也比较符合垃圾桶的作用，熊猫就得把脸去掉。这种就可以属于外观设计了。如果是功能的东西就不行。比如汽车作为载体可以申请外观设计专利是没有问题的，很多地方可以有造型，比如前脸、侧面、车顶、车尾、车门、车灯、后视镜等，后视镜做出一点点改变就像申请外观设计专利就很难了，因为后视镜一般是差不多的造型，除非非常特别，比如设计成五角星的，好不好看就不好说了，好设计是一方面，还有能不能符合安全标准。后视镜都是有死角的，但是人家的后视镜是方的或者圆的，你非要设计成一个很奇怪的造型，比如五边形、五角星，那才能看多大的地方啊。后视镜也不能太大，否则也不安全，那么小的脑袋长那么大的耳朵，看得清楚也容易出事故。太小也不叫后视镜，还不如把脑袋拿出去看。所以有些东西可以有造型，但是不符合产品的功能性需要；如果达成功能性需要又不符合外观设计要求。

#### 3>外观设计要符合美感

美感，和著作权的美感有区别。著作权的保护对象，艺术作品美术作品给人美感，这个美感比外观设计要求低，其实没有多少美感，有独创性就可以了。对艺术作品欣赏不了的时候我们不说它美，但艺术家非要说它美，它也可以获得保护。而外观设计说的美还真是普遍让人接受的，不能设计一个普遍让人呕吐的非说有美感。当然这个美，和文字上说的这个人很美还是不一样的，还是要更低一些。说白了有一点儿艺术性，不是死板的固有的结构就够了。汽车，整体可以获得外观设计专利，局部也可以，但是其实挺困难的，即便有，获得保护的难度也

大。日本企业以前老是抱怨，最近抱怨少了，因为没用。在十年前或者七八年前还经常抱怨，中国汽车老剽窃他们的造型，确实是。尼桑一次座谈就说，中国好多汽车，正面一看是尼桑，侧面看是 Honda，后面看是丰田，整体看是长城。它知道不能整体抄，就每个部件抄这一块儿。一看这个车好像奔驰啊，再一看中华；背面看好像宝马，再一看是别的某款车。所以保护起来很困难，因为它也不是完全像，仔细对比可以发现差别。相似度达到什么程度可以认为构成了外观设计的侵权呢，也是实践中的难题。如果很明显，那判断起来比较容易，这个和著作权法是一样的，改头换面，有一些相似，又做出一些区别，这种情况下恐怕很难。包括商标法也是一样，比较两个商标标识同样是这个问题。

#### 4>外观设计必须是适合工业上应用

外观设计必须是工业适用的，不是纯粹美学的。著作权保护的对象很多是不适合工业生产的，一些美术作品是无法工业生产的，而外观设计一定要有工业生产。一个简单的标志性特征是可重复性，即同一个模子做出来的，工业化生产，规模生产，跟手工对应的。作坊式的就是每一个自己做的，手工做的更贵。手工做的布鞋比机械做的贵多了，手工做的车劳斯莱斯比机械造的贵多了，就体现独特性。

这是实用新型、外观设计和发明三个发明专利保护的概念。

## 4. 实用新型和外观设计在专利法保护的利弊

这是一个理论问题，不是实践问题。实践中既然放进去了就这么实施，但是理论上争论很大。不同国家有不同做法，课件里也提到了。比如日本，实用新型和外观设计都是单独立法，日本是三部法，它的专利法仅仅指发明专利，还有专门的实用新型法和外观设计法。很多国家把外观设计撇出去。我们国家这样吧三个放在一起的相对少数。韩国也曾经把外观设计单独立法，而且改成了注册制，像版权一样。韩国这么改了以后，发现申请外观设计数量急剧下降。因为从市场的反应，当人们发现外观设计的获取太容易，登记注册就可以了，慢慢人们不去使用外观设计，不去跟专利权人谈许可问题，市场就没有了，申请的积极性就下降了，经过一段时间申请量下降的很快，所以韩国又改回去了，还是放在专利法里面。具体实用新型和外观设计究竟应不应该放在专利法里面，这是值得探讨的问题。我国已经有很多探讨，可以自己研究。

## 5. 外观设计双重保护问题

著作权法和专利法对外观设计双重保护的问题。有人提出外观设计还可以用商标法保护，这么说就不过脑子了，因为任何一个符号只要符合商标注册要求都可以用商标保护，但是不是说用商标法保护。商标法保护是为了保护符号本身么？不是，商标保护的不是为了保护符号本身，而是为了保护符号的使用方式。有人说，外观设计可以用商标法保护让人意外。那个不是可以用商标法保护的问题。对某个涉及没有著作权，也可以把它在征得同意的情况下注册商标权，如果别人有著作权的话；可以把公共领域的东西注册商标来获得保护，但是保护不是保护符号的。举个例子，比如鳄鱼商标好多，在商标局一查会出来好多，不同的人都有鳄鱼商标，显然这个专有不是针对符号的。回到外观设计，所谓的多重或者双重保护，就是指的专利和著作权的重叠问题，不要把商标拉进来，那是极其荒谬的。

## 6. 不予保护的客体

### • 违背法律和社会公共秩序的发明创造

即便符合自然规律，利用了自然规律，是有进步性的，仍然可能不能申请专利，比如违反法律或者公序良俗。违反法律的，比如造出来一把枪申请专利，在中国是不行的；比如发明了一个吸毒的好工具，原来 400 块的工具原来只能吸一口现在可以吸两口，有没有用？有用，但这是不能给的。还有违反公序良俗，比如会影响社会主义公共道德，但我们不知道范围有多大。有一个校友，年初被规起来了，进了规房。他比杨老师还年轻，本科高一级，31 岁就做到了广东省工商局副局长。事出之后说他违反社会主义道德，他到底干啥事儿了。什么叫社会主义道德，见面要称“同志”，叫别的算不算违反？赌博或者从事那个活动，这违反不违反道德？这更是违反法律的，那违反法律就够了，为啥还要加一条违反道德？小时候讲五讲四美三热爱，是违反那个了么？拾金不昧算不算社会主义道德？显然不是，而是全世界普适性的。但是公序良俗还是可以的，这是民法上的一个概念。

## · 科学发现

还有科学发现，其实主要是生物技术带来对科学发现究竟能不能成为专利的问题。生物技术本质上是一种发现，比如 DNA 双螺旋结构，是客观存在的，人为可以改变，但是其本来面貌是发现的不是造出来的。是 make 概念与 find 概念的区分。是发明了很多方法、技术手段、设备去找出这个。不要说几千年前的人，一百年前的人不会想到找出 DNA 分析人的性格。以前讲天生犯罪人是一个受人攻击的概念，而现在天生犯罪人某种程度上是一个正确的概念。有些人基因里可能就倾向于犯某种罪。但这种科学研究是不能发表文章的，这是法律的伦理问题。研究生物的有一个领域叫生物伦理，法律也是一样。这确实是科学，不是乱讲的。有人在很多样本基础上研究已经判刑的杀人犯的基因跟别人的区别，发现这些人基因上有更多的相同的东西，跟普通人在基因上真是不一样，至于怎么发现的、区别在哪里我们就懂了。这个研究确实有人做，但是这个结论是不敢发表的。这是一个发现。

## · 智力活动的规则和方法

还有一些不能作为专利权客体的东西。比如规则，下棋的规则，不是自然规律，是人自己约定的，无论是象棋军棋五子棋，现在棋很多，都是一种规则。

再还有公共利益的问题，比如疾病诊断和治疗方法。一旦这种东西也能获得专利，则医疗成本急剧上升，看病一部分都是专利费。但是医疗器械是可以获得专利的，不要混淆。不是医疗的东西都不能获得，只是诊断方法不能获得专利。比如一种新的诊断流感的方法，难道每个人看病都要付费么。医疗器械和这个是不一样的，不能把诊断方法、医疗产品混淆。药品也是可以有专利的，有些药品很贵，越是有专利的药，效果越好，越贵。有的是药有专利但是价格比较低，是靠量，也是利益平衡问题。比如治感冒的药，即使有专利，其价格也不能太高，因为感冒是大家比较容易得的病，要保护这种公共利益。当然也有非专利药品能治这种病，有对它的冲击的问题。无非是恢复时间的问题，在价格和效果之间做出平衡。这是一些综合因素。用原子核变换方法获得的物质不能被授予专利，也是公共利益的问题。还有其他类似的问题。

# 三、专利权的主体

主体问题比较简单，无非是几个不同概念。

## 1. 发明人或设计人

这个发明人就是事实行为的行为人，是具体完成发明的人，是自然人。专利申请书上有一栏，就叫发明人，要填自然人的名字。发明人一定是自然人，但是专利申请人和专利权人不一定是自然人。

## 2. 专利共有

如果是两个或两个以上的人共同完成发明，就出现了共有。前面讲专利法修订时提到，专利共有是 2000 年修订才出现的，一旦有共有就有共有关系。知识产权的共有和民法的共有往往不太一样：第一，民法的共有分按份共有和共同共有，知识产权都是共同共有；第二，民法上的有形财产的共同共有，无论是按份共有还是共同共有，事实上的占有都是由一个人来实现的，不可能两个人同时占有。比如你有台电脑，两个人共有，但是某一个时间段占有的只能是一个人，不能一个人抓着一边，那就不能用了；知识产权则可以同时满足所有人的需要，其中体现了无形性问题、非物质属性问题。所以专利权人可以同时使用，使用的时候不会相互影响，所以出现无权处分的可能性其实比有形财产更多。还有比如说我们的专利法上共同共有和民法上不太一样的地方，就是如果其中一个共有人把专利权许可给其他人使用，注意是普通许可而不是排他性的许可，这个时候按照专利法的规定，这个合同是有效的，只不过许可使用费要在共同所有人中分配，但是这个合同是有效的。换句话说，三个人共有，一人同意许可他人使用，另两人不同意，则这个许可也是有效的。这个和民法不太一样，有特殊的地方。这个展开讲就比较复杂了。本科阶段构建知识产权基础知识体系，到这个地步就可以了，不需要那么深入了解。

### 3. 专利申请人

---

向专利局递交申请想获得专利的人。申请人可以是专利人，也可以是其他人。也就是发明人可能把专利申请权转让给其他人，也可能是职务发明的原因，由单位申请专利。也有法律规定的情况。

### 4. 职务发明创造的问题

---

涉及主体就有职务发明创造的问题，这跟版权的职务作品一个很明显的区别：谁可以申请专利？如果是职务作品，谁是著作权人？没有其他约定的情况下，是完成作品的这个自然人，受雇者；职务发明创造不一样，申请人是单位。这一点，我们的专利法和著作权法是不一样的。但是在美国，职务发明和职务作品规定是一样的。

### 5. 委托研发情形下的专利权主体问题

---

委托的话专利申请权归谁呢，这一点上也和著作权不一样。你委托人家，当然最好的办法是在合同写清楚；如果不写清楚，非不写，搞一个研发，研发出来的结果谁来申请专利呢，是由具体研发这项技术的人。但是特殊的地方在，如果没有规定是完成研发的人，对方可以享受有什么权利，这是一个需要注意的问题。申请专利的话获得专利权，对方应该根据合同的目的享有使用专利的权利。因为你委托他完成一个技术发明本身是为了使用这个技术，而不是给自己增加一项荣誉，所以对方必须享有一定权利，但是实践中这个比较少见，多见的还是合同中约定得清楚，给你报酬，这项研发归我。尤其是现在大家都非常重视知识产权的情况下。

### 6. 外国人

---

关于外国人的问题，看具体的法条的规定即可。

## Lecture 8

# 新颖性、创造性和实用性

### · 概述

专利的实质要件，主要是三个问题：新颖性、创造性和实用性。这一讲要了解，一个发明创造、技术方案要获得专利权需要满足的实质性要件。这三个要件是我们国家专利法 22 条规定的。我国《专利法》第 22 条规定：“授予专利权的发明和实用新型，应当具备新颖性、创造性和实用性。”所谓的新颖性比较好理解，就是新的，不属于现有技术，超出现有技术的。如果说现有技术是一个平台，那你的技术方案所达到的平台是在这个平台之上。新颖性在什么情况下不是现有技术呢？就是说没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。就是抵触申请，前面已经有人申请过相同的技术方案，再申请是没有新颖性的。

创造性，是指与现有技术相比，该发明具有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型具有实质性特点和进步。进步是实实在在的。

实用性是指简单来讲是可以进行工业生产。

创造性是最难理解的。新颖性有一个标准，以申请日为时间基准，之前没有被公知的就可以了。如果是现有技术就是公知的；如果不是现有技术，但是专利申请文件和公告上发布过，就是现有技术。这比较客观，实用性也比较客观，好判断。难以把握的就是创造性，创造性在美国专利法上叫非显而易见性，non-obviousness。换句话说现有技术是 obviousness。

这个怎么判断，美国是通过判断构成还是不构成显而易见性。如果构成，当然没有专利；如果不构成显而易见性，就可以获得专利。但是这个判断是存在模糊性的，主观性比较强。这在美国专利审查上是一个难点，在我国也是。到底这个技术是不是比现有技术强、领先？这是个问题。跑步也是这样，特别是短跑，赛程越短，第一比第二领先的程度越难判断。以前手计时的时候经常并列，现在很少了，极个别才有，用电子的都判断不出来，最后并列。创造性也是，如果都跟博尔特那样，比第二名强一大截，就是非常容易判断的；如果两者并驾齐驱肉眼看不出来，给你专利就很困难了，审查员不太会认可给你专利。虽然无论新颖性还是创造性都以现有技术为判断标准，但是现有技术相对新颖性比较客观，对创造性就比较困难。因为新颖性就是强调新还是不新，即之前是否有过，标准很单一；创造性要求有进步。比如读小学的时候父母特别喜欢奖励孩子，你要有是实质进步就奖励 1000，小孩说上次 60 名这次 59 名，家长不奖励。那么儿子肯定很迷惑，到底要进不到倒数第几才能拿到这 1000 啊。当爹的反正不会给你钱的，什么叫实质进步是他说了算，儿子只能考第一了。这就是为什么说实践中审查员判断的重要性，他来把握量的问题。

关于外观设计，实际上也是可以解读为实质要件，包括新颖性和独特性。这两个也可以说只要求一个新颖性，当然也要求实用性。外观设计是指工业品外观设计，不是指非工业品。工业品有时候很好判断，比如电脑、茶杯、凳子，都是工业品；非工业品比如油画；但是有的难判断，比如雕塑，雕塑一般我们不认为是工业品，而是艺术

作品。可是生活中有一种东西，石膏做的。很多人喜欢崇拜毛泽东，一人抱一个脑袋回去，那个是流水线生产出来的，不是逐个做出来的。有道是买这个东西不能叫买，叫请，这个多少钱买的，文革阶段这个话就惨了，看人家有一个毛主席脑袋，说这玩意儿多少钱买的，这句话可能让你从这个地球上 delete 消失掉，而且是不可以 recovery 的。中国有一句古话祸从口出，什么时代祸不一样，以前禁忌比较多，跟封建王朝一样，比如那老家伙又出来出游了，都出来七次了，这个话被传到皇帝拿去就没得活了。现在我们可以说那个家伙又带着歌唱家出国访问去了……

现有设计，一个是强调新，其中隐含独特性，像版权法的要求，还是要有独特性的。新颖性和独特性也很难划分开是两个要求。如果不是新的，当然也就不会具有独特性。可以用于工业化生产，即实用性。当然标准是现有设计，和现有技术是相对的。

## 一、发明、实用新型专利的实质要件

### 1. 新颖性及其判断

专利条件上第一个是新颖性，这个和我们朴素的观念是一样的。知识产权里面有很多观念和朴素的生活观念是不一样的，但是新颖性是一样的。

#### 1) 何谓“现有技术”

什么叫新，要有参照系。就像个子高，需要参照系。杨明老师自认在东南亚还可以，但在俄罗斯就不行。看篮球比赛解说称这个篮球运动员个子太矮，1米92；2米08的中锋很吃亏，这是相对性。但是大学里面就不能这么解说，大学生的篮球比赛里北京大学中锋2米08太矮，这就不能这么说了。新旧也是一样，什么是新，“新社会”是什么标准，通常的标准是1949嘛，什么叫新中国，这就是需要一个标准；要到台湾说新中国是1949能活过来就不错了，他们是按照1912。专利法上的新旧也要有一个标准，这说的是现有技术。它不像简单的新旧那么好判断了，要求申请所属领域的技术人员判断。比如我们说现在的生物技术某项技术是新的，但我不懂，偏说它是新的，结果专业人员说这个90年就解决了，已经不是那个时代了。比如现在中国很开放，但是还有外宾到中国很吃惊，狠狠地吃了一惊，说中国居然这么发达，一看北京，中国是发达国家。如果出国交流访问，看美国的城市、欧洲的城市不过如此，纽约也不过如此，金融街也差不多。真是这样，很多老外到过北京上海后说凭什么中国是发展中国家，高楼大厦多得多，确实多。他们觉得这个变化很大。换句话说，他们对中国评价的标准有点儿过时了，中国是什么状态是我们确定标准，而不是美国。现有技术也是这样，需要这个领域一般技术人员知识认知为标准。现有技术好像是一个客观标准，但是也存在一定的主观性。是“一定”，总体上客观性比较强的。一个成熟的领域，比如通信技术、电子技术，发展到什么程度大家是知道的，客观性很强；有一定主观性什么意思呢，究竟有一项技术和现有技术相比是不是新的时候，判断起来有时候并不是那么容易。新的不是太多，就像有些人洗澡和没洗澡一样，仔细搓两下才知道洗过没想过。搓手啊，你们思想太复杂了！远远超过我的想象。还是那句话，越是在临界越难判断。

那么现有技术实际上是一个需要界定的概念。不像我们说，我们以一个1米68的人为标准，超过的是高个，没超过的是矮个，这是客观的标准，不需要去判断这个标准是什么。具体案件中，不管是申请还是宣告无效，判断有没有新颖性的时候，首先要把它认清楚，认清这个东西现在是什么状态。说白了现有技术是在变化的，衡量有没有新颖性是有时间标准，即申请日。这两者要结合。宣告专利无效，认为它没有新颖性，还是指当时申请时候的新颖性，不是无效宣告时候的新颖性。过了一两年了说没有新颖性，这是拔高标准。一定要把握时间因素是申请日，然后再强调新。

现有技术需要技术领域的人判断，但是非技术领域的人也有判断的方法。法官一般不具备这种技术领域的背景。具备一个还可能，两三个不太可能了。理工科的课业很重的，法学院的和他们比起来很轻松的。以这个技术领域里面的一般技术人员为标准，不是顶尖的，也不是最差的。以这个人的认知，现有技术是什么样的技术水平。非技术领域用什么呢？公知公用标准来判断。不知道现有的技术达到什么水平，但我们知道这是不是公知公用的。我们不知道这个电脑技术原理到底是什么样的。我们能用电脑作画，但不知道技术原理是什么样的；我们天天过大桥也不知道怎么造出来。但是我们起码知道，一个人会造大桥，造出来和以前的应该是一样的。

公知公用分为公知和公用。公知和公用也是联系在一起的，公用也是公知，但是公知不一定公用，即大家都知道不一定使用，但是公用一定是公知的。公知公用就涉及到公开的问题，包括主动公开和被动公开。公开就知道发展到什么程度了，比如看这个领域的全球最顶尖的杂志，虽然看不懂，但是可以知道这个领域的技术发展到什么程度了。我们有一个假设，只有这个技术在发表时点是顶尖的，才能发表。不可能现在拿一百年前就有的发明在最顶尖的期刊发表。物理学的最顶尖的期刊发表一个什么发现，这个东西 2013 年发表的一定是现在最顶尖的。如果申请专利就是用人家的原理，显然不是你完成的发明创造，就没有新颖性。技术方案的发表以文献的形式发表是最常见的形式。其他的公开，比如出版物的公开，使用的公开。使用的公开就是人家没有发表，而是直接投产，生产出产品投入到市场去。你买到这个产品，只要具备这个领域基本的技术背景知识，就可以生产，就知道是怎么回事儿，这就使得这项技术被公知。所以发表虽然是主要的渠道，通过文献或者纸质的载体或者无纸化的载体发表，或者说文章在网上上载，专利适用来说主要是生产，也可以是演示。比如产品展销会，推出本公司最新的产品。如果这项产品没有申请专利之前就在展览会推出，这个公司估计不太靠谱，没有相应的法务人员或知产人员出谋划策，这会被人拿走的。虽然特定展销会展出产品不丧失新颖性，但是实践角度来看这是很危险的做法，很容易被窃取技术。

公开，针对使用公开，我们国家专利法有一项规定，和其他国家一样，都是规定特定情形下新颖性并不丧失。这个可以去看专利法第 69 条第二款的规定。

这是关于新颖性如何判断，其标准是公开，就是构成了现有技术。具体公开怎么判断。当然我们要注意，关于使用公开有关的问题和在先使用权的关系。专利法有在先使用权。我们还是以申请日为标准。比如这里有一个时间是申请日，在这个申请日之前，有人已经使用了这项技术，既然有人在使用了，为什么这个申请还是可能获得专利呢？原因就是没有形成公知公用。这两个并不冲突。如果在先有人使用，虽然没有申请专利（他申请了你就不可能申请了），但如果有人已经使用了这项技术，构成了公知公用，这项申请就不能获得专利；如果这个使用不构成公知公用，可以获得专利，但是他享有在先使用权，就是在原有范围内继续使用的权利。这是在先使用权在专利和商标里都有的制度。所谓的在先，是指在专利权人即申请日之前，专利申请后他可以继续使用这项技术。如果人家在先使用了，已经构成公知公用了，就没必要叫在先使用了。之所以叫在先使用权，是和后面的专利权相对应。如果没有专利权，就没有在先使用权的概念。当然他在在先使用构成公知公用也会受到一定程度的保护，比如反不正当竞争。这是因使用而公开和在先使用权的关系。它不冲突，有在先使用权，当然就是没有因使用而构成公知公用。如果因使用而构成公知公用，就没有专利权，也就无所谓在先使用权。

## 2) 抵触申请

在新颖性上有一个抵触申请的概念，这是专利法 22 条第二款对新颖性判断时候规定的内容，即“没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。”抵触申请画个图就明白了。A 申请了一项专利，在一个时点；如果申请以后发现，在申请日以前，已经有其他人在专利局进行了相同的申请，并记载在相关的文件或者公告上了，是 A 对 B 构成抵触申请。B 是没有问题的。这个怎么会存在呢？B 已经申请，A 干嘛还申请。申请专利是一个很长的时间。B 申请以后，会被记载下来，但还没公开的时候，A 还不知道，可能去申请；也许 A 在准备申请的时候，B 的申请被公开，但是 A 还不知道，审查员甚至是受理案件的人，也不可能知道以前有一个 B。这个量是很大的。比如 B 申请了以后登记下来了，受理的人也可能很多人，文件都填好了，程序要件符合要求就会受理。将来进入实质审查才会遇到这个问题。实践中抵触申请都是在后面的申请进入实质审查的时候才发现的，不是一申请就发现的。如果设置一个自动的程序，材料申请电子化，像检查抄袭的软件，直接能发现，那当然好，但是没有，都是进入实质审查阶段才发现。每年上百件案件，到哪里发现抵触申请？而且也许前面是发明后面是实用新型，也许前面是实用新型后面的是发明，而实用新型和发明的审查部门是不一样的，实用新型只是形式审查嘛。表面看来构成抵触申请，如果有异议，可以向专利复审委复审，会走这个程序。对于驳回的申请可以申请复审。简单讲这个就叫抵触申请，A 构成对 B 的抵触。B 当然不会抵触 A 了。

## 3) 新颖性标准的种类

新颖性的标准，分为两个不同的类型，这是由于地域性的特点和时间性的特点造成的。最主要的分类就是国内新颖性和国际新颖性。什么叫做国内新颖性呢，就是说判断公知公用的地域范围是本国。比如有个人在美国用这个技术用得可欢了，但是中国人认为不影响，不构成公知公用，还可以申请专利；如果世界上任何一人对于这

个技术构成公知的话，都会影响新颖性的判断的话，那么这就叫做国际新颖性，或者叫全球新颖性。这是从地域范围来判断。我们国家在08年修订专利法的时候，在采用国内新颖性还是国际新颖性的问题上做出了一个变化。08年专利法修订的时候提到过这一点。现行专利法对于公知公用采用的是全球新颖性。在此之前，我们对新颖性的判断是：出版公开用的全球新颖性，使用公开用的国内新颖性，现在统一了。

除了地域标准，还有时间标准。是以申请日为标准还是以发明日为标准。由此出现了所谓发明标准和申请标准。这个和获得专利的机制是对应的。在世界范围内，获得专利有两个不同的机制，一个是先发明制，一个是先申请制。先发明制是指两个人发明的都是相同的技术方案，一个发明在先一个在后，专利会给先完成发明的人；先申请制是给先申请的人。这是两个不同的。如果采用先申请制，就会鼓励人家尽早地申请；先发明制则鼓励尽快地研发。当然也不矛盾，研发不出来也无法申请。先申请制是让完成发明的人尽快申请，否则会让人抢先。反过来完成不了再先申请也没法申请。

美国曾经是先发明制，但是AIA也改回了先申请制。现在只有菲律宾等国家还是用先发明制。先发明制是一个所谓的实质正义，给先发明的人。先申请制可能会有不一致。但是现在全球范围内大家都会积极主动地申请专利，除非想作为商业秘密保护，否则一般去申请专利，甚至研发阶段都已经考虑申请。决定用商业秘密来保护也可以，当然商业秘密是一个风险，有朝一日这个秘密被人戳破了，无论是侵权的甚至是道听途说的，都可能丧失。虽然可以通过一对一的救济获得赔偿，但是秘密没有了，也无法申请专利了。这是新颖性的类型。我国专利法是转向了绝对新颖性，申请日以前在国内外为公众所知的。但是美国专利法坚持的是混合新颖性。公开用的是绝对新颖性，公知公用用的是国内新颖性。当然技术方案角度讲，在美国构成新颖的，通常在世界范围还是新的；在美国不是新的，世界其他范围可能还是新的。这个标准不会影响太大理论上可能，但实际上不太可能，不敢说所有技术领域，但是平均来讲美国是世界上最领先的国家。有人说美国理科领先中国10-20年，工科领先中国20-30年，也不知道是怎么得出来的。比如从实验室的试验得到参照意义，或者发表的问斩。当然不是所有的，北大主页经常说化学系物理系或者什么在Nature发文章引起了世界轰动效果，这是个别现象，如果是群体现象，那我们就是世界一流大学了。这目标在2020年呢。当然无论是2020年还是2040年，成为世界一流大学的愿望总是好的。

#### 4) 新颖性丧失的例外

刚才提到了，具体规定是申请日之前的六个月，这个六个月要记住，司法考试可能就考这个地方，怎么变态怎么来。依照我国《专利法》及其实施细则的规定，在申请日前6个月内发生的下列情形之一的，不丧失新颖性：

1>在中国政府主办或承认的国际展览会上首次展出的。这里所说的“中国政府承认的国际展览会”，是指国际展览会公约规定的在国际展览局注册或者由其认可的国际展览会；

2>在规定的学术会议或技术会议上首次发表的。这里所规定的“学术会议”，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。

这是法定的，除此之外没有别的例外了。

但是要注意这一段话，对于这三种情况，它不像前述优先权那样具有排除第三人申请的效力。不丧失新颖性是对自己而言的。自己在中国政府举办的展览展出，或者学术会议上发表，一个月后申请专利不丧失新颖性，这是对自己而言。但是如果三个月前学术会议上发表了一篇文章谈了一个技术，在发表这个文章或者演讲后，一个月后另一个人就相同技术申请专利，你三个月后申请，就成了抵触申请。新颖性不丧失是就自己而言的，自己干过的事情不丧失新颖性，但是就这个六个月的期间，如果有别人申请了，就不能再保持新颖性了。这就是这段话的意思。口语为什么重要？这么文字的一句话，口语一句话就解决了。

## 2. 创造性及其判断

这个比较难，世界各国有不同的表述。杨老师还是比较喜欢非显而易见性。因为说创造性或进步性，进步一点点也算进步。这个人一个月偷五次，经过政府改造，一个月只偷两次，这个算不算实质进步呢，再也不偷了只是进步。创造性有高低，有时候评奖会滥用这个概念，某某学者创造性地提出什么什么，有创造性的进步云云。他们都不会用显而易见，显而易见其实就相对客观一些。当然不可能完全消除主观性。

相对于新颖性而言，创造性强调的是技术进步，新是强调前所未有的，创造性强调的是难。比如考试，以个题

目以前没出过，这是新；而创造性，这个题目以前没考过这么难，现在考这么难。以前没考过，但是能力足够解决；以前没考过现在考，所有人解决不了，这是难度。非显而易见性强调的是难度高不高。所以在难度上，跳水就是量化了，向前翻腾四圈半比向前翻腾四圈难度就大；翻腾六圈半，可能就挂在上面了。总之是量化的，技术要求来实现这种量化。当然我们不敢奢望创造性能够量化，但是指的是这个意义。所以创造性判断仍然要借助“现有技术”这个概念，我们要用现有技术考虑达到了什么技术水平。比如跳水是 3.8 还是 3.6，有个人跳了 4.0，就有非显而易见性。这个实质的特点要以这个发明创造所属的技术领域的人的参考标准来判断。实质进步不能是一种倒退，这是我们审查指南有明确要求的。发明，要有显著的进步，当然显著也不能太大。如果显著把握的尺度很严，意味着很难，很难则意味着容易挫伤积极性。现在经济比较颓废，要刺激经济复苏，应该把握更严还是更松？更松啊。只有更松，更多的人能够获得专利，能够投资到这个领域中来，才能带来就业。美国为什么在 2007、2008 年的时候对于创造性的判断要比之前的判例显得松一点，就是这个原因。包括前面提到的【道夫银行案】，1998 年的时候，为什么对于这种商业方法、专利权保护客体范围扩得很大，到了 07 年的案子出现了反复，跟公共政策也是一样的。通过裁判体现出了标准的变化，但实际上变化是有背后的经济和社会基础的。不是说很随意的。

所以这一看好像很客观，规定在这儿放着呢，但是具体怎么实施、把握，这是一个公共政策。若国家要积极推动，激励大家都去搞申请，审查员就会把标准把握松一点儿。所以专利申请想上量很容易，专利局内部发一个文件，对显著进步性把握松一点儿，就通过很多，申请也增加，短时间就会有很大变化，当然专利局自己就有负担，忙不过来。现在专利局审查员队伍越来越大，原来都是公务员，后来成立审查中心，招了一些合同制的审查员，现在这队伍远超公务员。北京不够用了，准备全国开一些审查中心，业务分出去，在南京、广州、重庆等几个地方设立。美国也一样，美国专利局，严格来讲不在 DC，美国专利商标局在 DC 隔海相望的地方，在弗吉尼亚州最靠近 DC 的角上。那个地方审查员也不够，在办公室坐不下，首先实现了在家办公；第二在加州、德州、芝加哥也准备设置几个审查机构。也不知道是中国学它还是它学中国，总之大家都不够用。

## · 我国的判断步骤

显著的进步，怎么把握和测试呢。我们国家是这么做的：

### 1>确定最接近的现有技术

这是判断申请专利的发明创造是否具有实质性特点的基础。最接近的现有技术，既可以与申请的技术方案属于相同、或最近接的领域，也可以是不同技术领域、但能够实现相同功能的现有技术。谁来确定？审查员。他需要完备的成熟的本知识领域的背景知识；第二要有 justice，不能有偏见。这个很难。有时候受挫、失败，可能是以前不经意的时候得罪了一个人，这是很可能的。比如说，有一个人申请专利没有获得，就是因为那个审查员是他们家邻居，半夜唱卡拉 OK 吵着人家了。审查员对于处于边界的、有进步性但是不是特别明显的申请，给也可以不给也可以的时候，权利是非常大的。当然很显然是超过的，像博尔特那样，全世界都看得到，肯定不能说博尔特是银牌。这种情况一旦驳回，还可以救济的，可以向复审委复审。所以有一定的约束，但是不是想怎么搞怎么搞。

### 2>确定发明的区别特征和发明实际解决的技术问题

这一步骤是为了分析申请专利的技术方案在实现其技术效果时对最接近的现有技术进行了怎样的改进。了解进步在什么地方，解决什么东西，这个技术是干什么的。比如原来没这技术时，这个卡车运载能力 5 吨，超过是超载；现在能够用十吨了，就是有进步性。这个东西好不好用，需要实践检验，才知道这个技术是不是好的。比如发明改造汽油使用效率，原来一升汽油跑多少公里，现在可以跑多了，这是发明；如果原来只能跑一公里，现在半公里，这叫变劣发明。

### 3>判断要求保护的发明对本领域的技术人员来说是否显而易见

这是判断创造性最为关键的一个步骤，即前述发明所包含的区别特征是否能给本领域的技术人员解决现有技术存在的问题以启示。就是生活中谁都知道。文科生写了文章，说有学术创建，大家说这是抄的吧，那个谁谁谁不是写过么，说明大家都是显而易见的，这个观点是人家提出来的，大家都知道，就你不知道，说明你查找文献不力。法学院的学生没有理工科甚至经济学院的学生的学术训练。基本的训练就是文献，这个选题有哪些现有的研究成果，目前研究现状的梳理，就要把这个主题的文献找一遍，在这基础上再判断。法学院确实缺乏这学术训练。经济学院的法律硕士写文章，写研究现状都被删掉了，因为这个不需要，老师觉得没必要。老师跟经济学院

交流，他们说法学院写文章太好写了，不用梳理文献。法学院的学者说提出了重要的理论、观点，其实只是取决于你自己的 title 很重要，那就说的都是很重要的；title 不好就要指望伯乐了。所以现有技术重要原因就在这儿，要衡量，为什么强调一般技术人员也是这个原因。不能用这个领域最顶尖的技术人员，以他的标准就没有人获得专利。所以用一般的平均水平。现有技术是平均水平不是最高的水平。这是关于我们国家关于创造性的判断。

## • *Graham* 测试法

美国是非显而易见性。中国的东西翻译成英文，创造性对应翻译有的用美国的 nonobviousness。所以中国写东西翻译成英文好像在讨论不同的东西，其实都是这个。美国同样在不同司法判例中研究怎么更好地判断非显而易见性，降低非显而易见性的主观性。

1790 年的版权法，到了 1952 年才形成了法典化的判断方法和对要件的要求。但是还是需要判例具体使用这个方法。Graham 这个案子形成的这个方法叫做 Graham 测试法，这个案子之所以经典是因为它成为一个很重要的工具判断非显而易见性。

这个方法分为四个步骤：

1>现有技术的范围和内容；

2>现有技术与申请专利的发明之间的差异。(判断侵权也是这样，被告的技术特征如何，原告的如何，然后比较)；

3>相关技术领域的普通技术水平；

4>考虑辅助性判断因素。辅助性因素，英文里用的是 secondary。辅助性因素可以帮助判断，比如说商业上的成功范例，这个技术算不算超过了现有的技术水平，可以看前面有没有人有一些成功的范例。这个 commercial 指的是工业生产。可能现有技术的解析没有形成客观的文献，但是已经在实践中使用。对应地类似于新颖性判断中的公用，大家已经在使用了。说现有技术有多好，如何超过了现有技术，但审查人员说前面已经有人生产出了这种产品，就是这个意思。前三个结合起来判断还很困难的时候就用这个。别人已经成功实施了这个东西，说明你这个创造性不高。再如本领域长期需要解决的问题，他人的失败。判断这个可以用别人的失败印证，你可以证明别人都失败了。这些都是 secondary，前面是最主要的。

## • *TSM* 测试法

这个方法，适用了一段时间，我们看到不是那么好用的。1982 年美国联邦巡回上诉法院，即 CAFC，这个法院主要审理的案件是知识产权案件，尤其是专利。有一部分商标和著作权，还有税法、海商法的案子，但是 CAFC 主要是审理知识产权案件，所以知识产权案件里面很多经典案例都是它审理。美国知识产权领域的人说 CAFC 法官比联邦最高法院的法官知识产权领域专业知识水平高，但是联邦最高法院的审级高，好几个案子被联邦最高法院推翻了，CAFC 法官很恼火。现任 CAFC 首席大法官经常来北大，去年前年都来过，这是一个很活泼的首席大法官，话题很多。他的前任首席大法官跟他形成了鲜明的对比，那个大法官非常严肃，不苟言笑，跟他谈话总感觉得罪他了。现任很活泼，前任很平淡，语音几乎没什么变化。他审理了一个案子，关于专利申请能不能获得专利。CAFC 认为可以，这个案子到联邦最高法院被那九个人推翻了。他非常恼火，说那些人一点也不 professional。联邦最高法院九个法官没有一个人是知识产权出身的，但是审级在那里。

这个法院在 Graham 基础之上。发展出了 TSM 的方法。Teaching，指的是告诉你了什么东西，这个技术方案告诉你什么东西；suggestion，给了什么建议；motivation，通过专利文件得到什么东西，干什么，用这个审理不符合非显而易见性的要求。

这个测试法的具体内容是，“如果要证明申请专利之发明的全部要素可藉由两个以上现有技术的组合——它们是单独的、并且不是因为阅读了申请专利的发明之后所获得的——而推知，就必须在现有技术中找出令所属技术领域里具有通常知识者能够实现前述之组合的特定教导、启发或动机。”什么叫两个以上现有技术的组合呢，具体的案件会判断现有技术是什么，就是申请的专利，包括了无效宣告程序里面对创造性、新颖性的判断，和申请阶段是一样的。以现有技术作为一个标准衡量，两个以上的现有技术的组合，两个或两个以上彼此之间是独立的，而且不是因为阅读发明专利申请了以后获得的。也就是不是根据申请文件获得的，申请文件是你的发明，现有技术是已经公开，公知公用。申请的发明创造可以由两个以上的发明创造推知，一方面可以证明比现有技术更为进步，同时可以证明是利用了自然规律。因为你是在前面的技术上推理出来的，前面是利用了自然规律的，也能证明申请的发明创造利用了自然规律。特定教导、启发和动机就是 TSM 分别指代的东西。通过这种操作的过

程——这种操作看起来还是挺抽象的，只是教给了思路——具体申请案中结合具体的技术、具体的发明创造来判断。

TSM 可明确地或隐含地源自于：

1>这些现有技术本身所揭露的内容；

2>对所属技术领域中具有通常知识者而言，这些现有技术所揭露的内容系能引起关注的或是特别重要的。所以，始终都强调所属技术领域里面是一般技术人员。不能是过高的技术要求，也不能是过低的。过低的说明对现有技术把握是不全面的，过高会人为提高非显而易见性的标准。而引起关注或者特别重要，就是说不是普通的东西。日常生活中讲这个东西没什么稀奇的，很简单的推理或者组合就知道的东西。比如现有技术是 1+1，那么 1+1+1 就是很简单的东西；必须出现 1+2 才是有进步性的东西。只是用这个打比方，必须是引起关注的或者特别重要的，而不是没什么特别含义的。

3>基于所欲解决之本质的本质，会使得发明人去查看这些现有技术以解决该问题。就是说发明创造是解决什么问题的。你说这个发明是新的产品，和现有的产品不一样，如果是一个方法，和现有的方法有什么差别。如果人们通过查看现有技术就可以解决这个问题。比如你发明了一个起重机，或者叫吊车，你说这个技术比别人先进，现有技术可以吊十吨，这个可以吊十五吨。但是如果用 TSM 发现用现有技术就可以解决这个问题，那么这个吊十五吨就没有非显而易见性。虽然现在的机器设备只能吊起十吨，但是利用现有技术可以吊起十五吨，就没有非显而易见性，属于显而易见，显而易见生活中就是没什么了不起的。不能是吹牛，是现有技术确实可以达到的，不能人为主观否定人家的发明创造的非显而易见性，但是如果真的是一般的就不行。这个测试方法针对非显而易见性，实践中不是直接证明有没有非显而易见性，而是证明这个技术是不是显而易见的，是不是不具有创造性。是一个反证。比如证明你是男的，只要证明你不是女的就可以了，前提是性别只有两种。显而易见性和非显而易见性也是两种，非显而易见性是很难证明的，所以证明显而易见性。

## · 美国测试方法后来的变化

这个测试方法之出现压倒了前面的 Graham 测试方法，成为实践中常常使用的方法，甚至是唯一的方法。但是这个案子在 2007 年的 KSR 案后发生了一些变化。法官又说了一些有文学性的话，“如果使用石蕊试纸般僵硬地适用 TSM 测试法来判断显而易见性，实际上是不符合 ‘Graham’ 案以来所建立的非显而易见性之基础分析框架的，要认识到 TSM 测试法只是用来避免 ‘事后偏见’ (Hindsight Bias) 的一个工具，非显而易见性的判断仍然要以 ‘Graham 分析要素’ 为基础。”不知道为什么用这个比喻，石蕊试纸就是检验酸还是碱，最多是中性。意思就是比较简便快速，但并不十分准确，且是比较教条化的。就像我们讲测身高一样，拿一个尺子量，是多少就是多少。但是联邦最高法院的法官讲，我们在判断是显而易见性还是非显而易见性的时候，不能这么僵硬，就像用一个套子套一样。这个人套进去就给一个结论，否则就另一个。这不是一个合适的做法。法官这段话实际上又回到这样一个 Graham 的框架下。

为什么这是一个代表性的案件呢，因为为此美国专利审查指南迅速进行了一个修订。因为在此之前，在前面的一版美国专利审查指南里面，把 TSM 方法明确写在审查指南里面，因为是联邦最高法院盘的案子，具有很强的指导性。当然不是必须的，但是美国专利商标局仍然对专利审查指南进行了修订。这是对非显而易见性的判断。

这些测试方法告诉我们美国实践中是怎么判断的。我们国家的判断中，也有类似的一些指导性意见，什么情况属于没有创造性的。看审查指南，也有一些指引，只不过没有形成一个抽象的体现一定思路的判断方法。网上是可以搜索并下载审查指南的，可以对照看一看。现在我们用的最新的可能是 2010 版的审查指南。

## 3. 实用性及其判断

实用性就是对一个发明创造能否进行工业化的适用，即工业化生产是否可能。这是给你一个专利很重要的条件。如果一个专利不适合生产，那么给你一个专利的垄断地位是没有必要的。实践中，实际上和法律是倒过来的。立法上先讲新颖性创造性然后讲实用性，实践中先讲实用性，然后是新颖性、创造性。创造性最后一位，是因为创造性是很难判断的，而实用性是比较客观的，新颖性有一定的客观性，有没有公开的情况，公开是公知公用，这也受到认识面的约束。理论上应该穷尽，但是实际上是做不到的。我们用的全球新颖性的标准，很难做到穷尽，只能授权之后或审查过程中有人提出异议了，通过相应程序解决缺乏新颖性的问题。创造性的客观性是最弱的，基本上没有客观的可预期性。就像每一个法官对于著作权的独创性、商标法的显著性、专利法的创造性认识是不一样的，同一个案子在不同的法官看来可能是不一样的，除非极其明显。我们一直强调，在涉及边界的地方往往

是模糊、主观的，越往两级，可判断性就越强。比如打篮球的 1 米 9 可能不算高，生活中就很高；但无论哪个领域，1 米 4 都不算是高个子；2 米 2 以上的，无论哪个领域是高个子，显而易见。

那么实用性是什么呢，所谓实用性，是指一项发明创造能够制造或者使用，并且能够产生积极的效果。专利法中的实用性条件意味着申请获得专利的发明创造不能是一种纯理论的方案，它必须能够在实际中得到应用。我们在实践中通常不会考察积极效果，但是有隐含的这个要求。积极的就是什么意思呢？就是不能对社会发展、经济发展是消极的东西。虽然是一个发明创造，有创造性，但是并不是一种积极的。是否产生积极的效果有时候会和发明创造不能违反法律的禁止性规定和违反公序良俗相结合。对专利权客体学习过程中我们了解到客体，什么样的客体不受专利法保护，就有这一条。两者有时候是结合起来的。有时候明显觉得是不可能产生积极效果的，这种比较明显的。但是实践中通常这一块不是主要考察的对象，而是看是否能够进行工业化生产。工业化生产就是重复生产，而不能是唯一性，即这个方法只能用一次，第二次就没有了，这种就不能够。实践中讲的只能用一次，就是这个方法、产品依赖于特定的客观条件，比如说材料，这种材料非常罕见；或者是地域、地质条件，比如架桥，这个桥利用了两岸的特殊的环境和地质条件，这种情况下这种方法我们认为是不给予专利的，给了也没用，不能用到别的地方去，不能在一个地方反复架桥吧，那就把江盖了。

专利在审查过程中，对于实用性的要求是一个可能性的判断，而不是实际性的判断。认为可以在实际生产中可以使用，而不是要求已经使用。这就是我们讲的发明创造并不要求先去投入生产，然后再来申请专利。如果理论上就能证明，审查的结果发现没有办法取得实际效果，即说的天花乱坠，但是是不能实施的。人类很长时间企图发明永动机，甚至有人声称搞出了永动机，但是最后都失败了。这种所谓的“永动机”还是要借助一些物质技术条件，这些物质技术条件可能是消耗性的、穷竭性的，所谓的永动可能也无法如你所说。实际效果到底怎样不予考察，只要有可能性。不用的人使用相同的方法效果可能不一样，比如申请专利的人可能每天的产量是一千件，但是只有这个企业能达到，其他企业达不到，不能因此因为实际效果说实用性不够，就说申请人是虚假的实用性表述，这些都不作为实用性考察的内容，只要从理论上、书面上考察所说的实际效果是怎么一回事儿就可以。

## • 实用性的判断方法

具体的做法是：

1>实用性的发明创造在工业上具有可实施性；

2>具备有益性，即积极效果是可能的。这种有益性在实践中不能仅仅只在当前、眼下判断。这个不同国家掌握的尺度可能不一样。美国 1790 年颁布专利法后，1791 年有了第一个专利，之后相当长的时间，很多专利在人们心目中都是笑话。就像清朝的人看到火车后嘲笑的表现，认为这个发明有意思，还没有马快。当时很多发明也一样。比如电灯，人们觉得这个没有蜡烛好使，还有人身危险；还有电话，没准声音没穿过去先被电了。现在虽然没有，但中国第一代手机经常漏电，好在电话、手机电量不那么大，让人有刺痛感而已，现在打电话应该没有这种问题了。杨老师真遇到过。所以实用性的判断实际上是纸上谈兵，实际效果各人不一样。甚至发明创造人自己可能也达不到他所说的最佳实施力，但只要这个最佳实施力是可行的，可以实现的，有可能性，不是夸大、虚假、胡诌的就行。

3>要证明不是纯理论的方案，即不能是纸上谈兵。无论是美国专利法的要求还是我国专利审查指南，都要求不能是一个纯粹的方案。包括永动机，他认为可以，可能是不具备可实施性的效果的。

4>不能违反自然规律，不得违法。比如发明一个吸毒的仪器。这也是从实用性来看，有明文规定。比如发明吸毒的机器，以前 400 买的一小包只能吸一口，现在能吸好几口，提高吸毒效率，对你是有意义的，但破坏了社会秩序；比如发明赌博的机器，可以出老千，以前出老千是靠手快，现在是靠科学技术，这年月干哪一行斗的都是知识，纯粹靠体力的比较低端。说实话老一辈的传统技术，包括出老千，确实快。老师自己看过，三台摄像机拍都没拍出来，就是靠手快。这也是出千的方法，出千靠的是手快。这些都属于不得给专利的，虽然科技含量很高，但这个违反公序良俗的。还有比如看着是一个照相机，其实可能还有别的功能。

违反公序良俗的有一个案子，丁大中的案子。是涉及计划生育。这个人搞出来一个科学计划生育方法，申请专利，当时把专利局受理审查的气得要死，这是逗我玩呢，不可能给你的。他说是一种科学，但是不知道科学性在哪里。他号称可以选择婴儿的性别，这个东西以前在中国从古至今一直有，号称中医学的内容：这样这样可以生儿子，那样那样可以生双胞胎。这可能和西医的理论是相通的，但西药是吃西药，而中医是喝有这种物质的中药，这确实有效。双胞胎是有两个受精卵，母体怎么提供，可以用人为方法干预。但生男生女就不知道这个原理是什么。当时办这个案子的初审审查员，杨老师见过办这个案子的人，说当时这个案子来的时候大家觉得很可笑，

那个人很较真，还提起诉讼，法院也觉得很荒谬，觉得这个人吃饱了撑的。你觉得科学自己用呗，卖给别人用呗，为啥申请专利呢。其实只能在中国有市场，在美国、欧洲不可能有市场，人家觉得这个方法显然是违宪的，不尊重人权。中国传统文化没办法，传宗接代。确实到现在为止，还是很浓的这种文化，不信可以做个实证研究。所以这种方法有自己的市场。最后以公序良俗驳回。说它有没有实用性，不去考察，直接用违法或者违反公序良俗。这个到美国还真不好搞，只能用违宪了。

美国专利实践也有两个代表案件，一个是1985年的，法院裁定发明人声称的发明“饮料通过磁场后可以提高其风味”不符合公认的科学原则。比如搞两个大一点儿的马蹄形吸铁石，买一瓶可乐放中间，再拿开看看，喝一口，敢喝么？说是改变了风味？如果觉得吸铁石不过瘾，可以用高科技的电磁场试一下，如果有那条件的。第二个案子是1989年的这个案子，法院裁定发明人声称的发明“输出功率大于输入功率的能量开发系统”不具有实用性，违反自然规律。能量守恒，输出的规律大于输入的，多出来的是哪里来的？这个比较玄妙。这个案子有兴趣可以在Lexis里面找到。结论就是它所谓的开发性是不具有实用性的。

## 二、外观设计专利的实质要件

它和所讲的发明和实用新型有共同的地方，就是新颖性和实用性。创造性上不一样的，外观设计有美学和艺术的在里面，更强调独特性，有点儿接近于版权。有学者写文章讨论外观设计保护的实质上是版权保护的内核。外观上是专利。

### 1. 新颖性

按照我国专利法规定，新颖性就是不属于现有设计。现有设计是指申请日以前在国内外为公众所知的。现有技术和现有设计表述上是一样的。何谓新颖呢？就是和现有技术有明显的区别。不是强调先进性，不是强调实质进步，这个不可能，你比我长得漂亮一点儿，难道你就比我先进么，没准我比你先进呢。所以现有设计和申请外观设计专利的设计只要彼此有明显的区别，发明和实用新型强调实质进步，这个是不一样的。用台阶来讲，发明和实用新型必须是上一级台阶，至少上一级，而且必须是明显高于原来的，不能只有一厘米高，那就不显著；而设计站在同一台阶上就行，高也好低也好，不一样就行。这其实就是独创性的实质。当然外观设计要强调实用性。

我们讲外观设计的新颖性是现有设计+抵触申请的模式，这个模式和发明是一样的。公开标准也是一样的，国内外公开。国内的一般是指公开发表的，或者前面已经申请过的，而且是实质相似的。这个和著作权基本上是一样的。可以对比，仔细看双胞胎之间有什么区别，我们认为同卵双胞胎长相上没有实质区别，人上当然是有实质区别，不能把任意两人看成一人。而外观设计也是一样，拿到已有设计——可以是有专利的，也可以是没有专利的，不一定非得是没有专利的互相比，即别人已经用了，虽然没有专利，你还是没有新颖性。这和申请发明专利的时候有点儿不一样。对专利除非前面使用的人构成了公知公用，否则不丧失新颖性的。讲的概念是在先使用权，即原有的范围内可以继续使用，不影响你的专利，但是你也不能打击人家，不能不让人家用了。现有设计一般没有在先使用权的问题，法条上理论上没有明确这么说。实践中一般不存在这个问题，因为现有设计不要求已经获得专利。人家虽然没有获得专利但是已经使用了，通常可以消除你的新颖性。这是实践和理论的差别，理论上讲没有其他人在申请日以前适用或申请专利，并且登记公开过，因为受理之后可以申请公开，不申请提前公开到了点儿也要公开，公开了以后就公知公用，即是没有公开，但是人家已经登记过，这就是典型的抵触申请。因为公开后再申请就是捣乱了。一般就是不知道前面有这申请，但如果前面已经有一个人申请了，已经登记记录在案了，你跟他比就是抵触申请。新颖性的判断的核心问题其实就是实质相似。对比你的设计和现有设计有没有区别。

### 2. 创造性

这个创造性是我国专利审查指南里面所强调的。这一点在实践中其实通常来说是不太去审的，即一般来说判断你是新颖的，并且可以有实用性，一般就过了，而且这都是形式审查，没有实质审查。所以外观设计没有实质审查，强调创造性在实践中没有多少意义，在审查指南会提出来，因为如果有人宣告无效的话，会反过来看待这个问题：你这个申请专利的设计究竟和现有设计相比有什么明显的区别没有？但是另一方面，创造性在实践中和新颖性往往是混为一体分不开的。发明实用新型专利的判断，新颖性、创造性是两个明显不同方面。外观设计问

题上，新颖性和创造性分不开。理论研究的时候很多人提出来，对于外观设计而言，强调新颖性是没有意义的。甚至很多人提出直接把这一块踢出去，不要在专利法里提。也可以把版权法的这一块提出来，即实用艺术作品，有艺术性，也可以工业生产，不要再讲二元模式，外观设计中实际上是一样的。这种判断在指南里有，实践中意义不大。

## • 外观设计创造性的判断

实践中的做法是：

1>一般是先整体比较。比如两个汽车的外观设计，整体比较会有一个比较直观的认识，这两部车很像。很多人听说过网上关于辉腾车的笑话。人们说这个帕萨特还不错啊，因为外观上长得很像。生活中观察一下，长得像的确实很多。有一款车叫QQ，看哪一部分都有点儿像别的车，合起来是QQ，拆开分别像别的车。还有国产的很多比如长城、江淮、中华，中华明显是模仿奔驰的，但是又不整体模仿，后头看就不是奔驰了。当然这个跟直接把车标放在放车头不一样。有一个夏利的车车头赫然顶着宝马的标识。当然这个属于商标侵权的问题。

2>当产品上某些设计被证明是该类产品的惯常设计时，其余设计的变化通常对整体视觉效果更具有显著的影响。什么叫惯常设计呢，就是理论上讲的功能原则。就是这个产品这个造型，是这个产品的惯常设计，或者是这个产品必须具备的结构。我们讲著作权法讲过，建筑作品不等于建筑物，因为建筑物有很多惯常设计，必须有支撑重量的结构，不管是框架结构还是非框架结构，必须有支撑重量的，否则不能住在房子里随时防着天花板掉下来；还有很多惯常的设计，这里稍微弄一点儿不一样的，不能申请专利。这种立体结构——外观设计必须用到产品上——如果是惯常必须要有的结构，属于功能性部分，这一部分是不能获得专利的，这一类功能原则是和版权法一致的。版权法也有功能原则，功能性的不保护。讲平面到立体的时候，讲到按照工程设计图进行生产不构成侵犯版权，根据是功能原则。而功能恰恰是专利保护的，你有方法专利或产品专利。用你的方法生产的东西，产品不一样，但用的是你的方法。你的方法产生什么样的功效，这个结果也受保护。功能就是你的技术实现能够获得的效果。外观设计又不保护功能，所以跟发明专利、实用新型专利不一样。比如电脑一般是方的，你说这个电脑方的有点儿不一样，有点儿波浪形。比如屏幕打开上沿，是波浪形的。这个锯齿状、波浪形的屏幕上沿是外观设计吗？基本的还是方的。用方的可能有美学上的依据。如果非要生产圆的，笔记本电脑远看像铁饼，近看是电脑，可以啊，就看别人买不买了，方不方便是你的事，只要证明独特。或者三角形的、半圆形的、甚至更复杂的。目前为止电脑的外观通常没有这样的。汽车也是一样，比如车门，不是说车门一概不可能获得外观设计专利，而是通常车门都是那个形状，除非有明显的区别，而且这个区别不是功能需要。比如台灯，有灯座、灯管和灯罩。台灯上增加一个事物，一个动物造型，作为外观设计申请专利，如果申请两个，一个台灯，一个台灯加这个东西，就不行了，台灯通常都是这种惯常的设计。这是两种最基本的。

3>由产品的功能唯一限定的特定形状对整体视觉效果通常不具有显著的影响；

4>若区别点仅在于局部细微变化，则其对整体视觉效果不足以产生显著影响，二者不具有明显区别。细微，要看细到什么程度。比如女同胞问男生我今天头发什么变化，拉直了，看不出来；如果是剃光了，这就看出来，是实质变化。拉直可能不好看，本来没有烫头发，烫了个波浪卷的，这个还看不出来，这个男生就该打了。审查员来判断应该是有一些区别的。区别大当然更有利。

## 3. 实用性

实用性，即应用于工业生产，体现在具体的工业产品上。就是可以机械化生产。所以雕塑就不算。但是有时候实践中雕塑和工业产品界限在哪里很难讲。只能说雕塑是人工的，机械的不是。举个例子，桥的栏杆上每隔一段，有的是狮子头，再比如路灯，灯柱有一些造型。雕塑可大可小，雕了一个很小的小狮子，别人看了觉得很可爱，比如造的桥的栏杆就都放上，那就是机械化生产出来的，做一个模子生产这么多。古代流传一个传统，大户人家喜欢在门口放两个狮子，大家知道肯定不是人工的，或者有的是人工的有的不是人工的。这到底算是工业品呢，还是我们说的艺术作品。这个界限有时候有的很明显。比如你吃冰淇淋，冰淇淋的造型也可以申请外观设计的，不可能每一个都人工来做，冰淇淋也是工业品这个没有争议。家门口的石墩子、雕塑的装饰，包括钥匙扣，画了一个漫画来另外做了一个钥匙扣，比如哆啦A梦，做成公仔玩具或者其他装饰，这种就可能有差别。严格来讲就是以批量生产为标准，只是在个别案件上会遇到认定的麻烦。如果出现比较难判断的，比如石狮子，它的造型有人做了雕塑，然后弄了很多的石狮子，跟它的是一样的，卖给别人放到家门口。这样的是不是侵权？侵犯什么权利？那个人用石膏雕了一个狮子，显然是著作权，没有申请专利；你拿它申请专利显然申请不到，但拿它

生产是侵犯著作权的。但是这个人如果既拿石膏做了造型,同时申请专利,那侵犯了哪个权利?如果两个都侵犯,赔偿上还是算一个。生产行为是复制呢还是专利法意义上的生产。专利法上讲生产、销售、进口,没有说复制,生产就是一种复制。工业化生产就是一种复制行为,只不过我们称之为生产。所以外观设计专利和版权的关联度实际上是非常高的。硬要说一个是专利法一个是版权法,第一司法操作层面很困难,或者效力不高;第二最后这些困难或者效力用尽办法克服后,实际效果怎么样呢,对于权利人保护是不是更全面?我们总觉得双重保护好像更好一些,其实未必。

## 4. 美观性

---

美观性要求,要体现一定的美学效果,而且这种美观要求比著作权法的美术作品的艺术性要求要高。美术作品只要有独创性,美也好,丑也好都可以。但是外观设计通常有美观要求。比如你画了一个不太适合未成年人看的东西,这个是有著作权的,但是申请专利就不行。或者比较恶心的东西,也不能申请专利。所以同样对于美观性要求有所谓的不令人反感的要求,公序良俗也是一样的。但是著作权法上违反公序良俗也有著作权,专利法就不给你了。著作权法上唯一的要求就是独创性,而工业生产领域申请专利就不太一样了。这是美学。

## 5. 合法性要求

---

合法性要求,这个比较简单。不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。

# Lecture9

## 专利制度中的相关程序

这一讲了解整个专利申请的流程怎样，有的一些什么问题。流程即对应相对的程序。

### 一、专利申请

第一步当然是有人申请。否则不会有专利产生。

#### 1. 专利申请原则

##### 1) 书面原则

要提供书面的文件。现在电子化，电子化也是书面，不能是口头申请。书面文件，最重要的当然是申请书、权利要求书和说明书。此外有说明书摘要和图，申请实用新型和外观设计的通常会有图，申请发明专利的，可以有图，也不一定。没有图，单说，就像申请商标一样，必须把标志附上去，让人看得见。说外观设计是一个展翅飞翔的雄鹰，那雄鹰不一样么。落在纸面上画成图，人家才好对比。否则光语言表述，人家说他的外观设计也是一只展翅飞翔的雄鹰，有没有区别呢？要拿证据说话。外观设计通常还会附上照片。

##### 2) 先申请原则

这个原则很重要，相对于先发明原则而言。顾名思义，谁先申请专利，谁先获得。大家都是分头各自从事研发的，有可能搞出相同的研发成果出来，都去申请专利就有分配的问题，那给谁呢？我国以及世界上绝大多数国家适用的都是先申请，先到先得。曾经的美国、菲律宾这些国家是先发明原则，如果能够证明先发明在先就可以获得专利。如何证明先发明，留取证据就很重要。当然美国发明法案出台后，也改成了先申请。

所谓的先申请，谁先谁后是用日期作出判断的，几月几号，不是具体的时间。你是下午一点我是下午两点，就属于同时申请。后面会讲到同日申请的问题。同一个时刻申请还很难做到。两个竞争对手约好一点钟一起提交，没有这样的。但是同一天还是可能的。既然是以日作为时间就会有这个问题。当然同日申请必须满足：第一日期必须相同，第二发明创造必须本质上是一样的。只有同样的发明才存在这个问题，不同的发明就不存在这个问题。

按照我国专利法规定，出现了同日申请，首先由当事人协商，只能给一个人，你们磋商一下。磋商不成的，专利局将驳回所有申请。杨老师也觉得这不公平，但这样做的原因就是促使他们去协商取得结果，因为如果协商不成就两败俱伤。可能的结果就是两个人协商以后，一个人买断，另一人退出；或者两个人作为共同的申请人申请，最后成为共有人；第三种就是两败俱伤，我得不到，也不让你得到。这种情况当然对双方来讲都是不效率的。

我们还是有这样的思考：除了这种办法，有没有别的办法？一旦被驳回，结果就是大家都可以用。因为提交

申请某种意义上会导致公开。同日申请不是说申请那一天就发现了。今天提交了一个，隔了一小时他提交了一个，两个技术实际上是一样的，但是立案的时候未必发现得了。实质审查的时候才能发现实际上是同日申请，可能到一审发现是一样的东西，甚至实审完了以后才发现，因为在两个不同的人手上实审。比如都是化学领域的专利，都是这个部门在审理，但这两个申请可能落到两个不同的审查员手上，审查完了以后才发现。这时候如果再驳回，第三人就可以用了，因为已经公开了，而且也不可能再有人申请了。专利法 22 条，只要申请过，记载下来过，就会影响后面的人申请，所以不用担心第三个人跳出来把申请抢走。这一点恰恰是商标和专利的区别。商标也有这个问题，两个人同一天要求同样的图案注册商标在同一商品，这时候也是一样，先协商，协商不成的情况，商标不是驳回了，就抽签。为什么会有这个差别？因为专利法规定新颖性的标准，只要有申请记载在登记簿相关文件上，就抵触后面的申请。商标不是这样，后面的人还可以申请。商标只要求显著性，即与区分不同商品服务的来源。所以驳回去是没有效率的做法，一定是你能协商就协商，不能协商就我来替你决定，当然是让天来决定。专利来说，你们不协商出来一个结果出来，这个发明创造就贡献给全人类了，大家都可以用了。但是杨老师认为，也许还有更好的办法，协商不成直接判共有，比直接驳回要好。理性的经济人当然不会赌气，不会跟自己的成本过不去，理论上一定会协商出结果来，当然会有信息对称情况下怎样、不对称情况下怎样，会有不同。但是现实生活中有时候是不理性的，这两个是竞争对手，实力强大的跟对方说你退出吧我买你的，对方也不退，两败俱伤。而且两个的研发成本全部变成沉没成本，这对整体效益是不好的。协商不成判共有，共有的结果是你们一定还会协商的，共有的情况下还是可以买过来。申请的情况下协商，时间是有限的，不能无限地谈；但是专利先拿下来，避免技术发明浪费。共有协商是无限的。公众也希望如此。协商不成就判共有，这种办法可能比这种直接驳回的方法好。在现实生活中，通常是实质审查结束后才发现了同日申请，这时候再驳回，无论是哪个方面来讲都是对社会资源的浪费。一个发明专利从申请到批准，平均时间是两年，有的是三年，等了两三年被驳回会是什么状态？所以一般会去协商。

### 3) 单一性原则

第三个原则就是单一性原则，也被称为一申请一发明原则。简单说就是指一件专利申请的内容只能包含一项发明创造，不能将两项或两项以上的发明创造作为一件申请提出。特殊情况下可以合案申请。对于一些不会因两项或多项发明创造合案一并申请而造成不方便的特殊情况，法律也允许申请人合案申请。我国专利法第三十一条就规定：“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”；“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”。简单讲就是一套。比如实用新型是一个茶壶、四个茶杯，可以一块儿。外观设计也是一样。属于一套，可以打包申请。但是如果申请案里面的发明创造或外观设计不属于总的构思，这个帽子扣不住，就不能在一个申请中提出。实践中这样的例子经常发生，实践中经常发生分案的要求，审查员要求回去修改，把一个申请案变成两个或者更多，说明一个申请案包含的内容过多，彼此之间又不是总的构思。

### 4) 优先权原则

接下来一个很重要的原则就是优先权原则。在专利申请的问题上是一个非常重要的会产生很大影响的问题。优先权是指的申请人所享有的权利。如果在你的国家你已经获得了专利就没有优先权了。优先权原则是巴黎公约率先确定的申请人在任一巴黎公约成员国首次提出正式专利申请后的一定期限内，又在其他巴黎公约成员国就同一内容的发明创造提出专利申请的，可将其首次申请日作为其后续申请的申请日。这种将后续申请的申请日提前至首次申请的申请日的权利便是优先权。比如 1 月 1 日在中国进行专利申请，国际优先权规定发明是 12 个月，外观设计是 6 个月。符合这一要求，比如发明，6 月在美国申请专利，可以申请国际优先权，以 1 月 1 日作为你在美国申请专利的时间。这个优先权功能是很强大的，只要你的第一个申请日在前面，即是实际申请日在人家后面，也可以把人家挡住、打掉。这就要求申请专利的时间在全球范围内是比较早的，只要是在巴黎公约 TRIPS 的成员国，在任何一个国家申请都无所谓，在其他国际上申请都可以用这个时间来挡住。这是优先权的基本含义，这个概念的核心内容是在一定期限内不同国家多次提出申请，都可以以第一个申请作为后次申请的时间。

优先权制度是为了鼓励、方便发明人在不同国家申请专利。这对发明人是更大的激励，可以享有的专利权是多个，在不同的国家。有一个中国的专利权，有一个美国的专利权，有一个欧盟的专利权，这是好几个，不是同一个。他可以利用这些专利权在世界范围内占领市场。大家觉得申请专利成本很高，其实不高。中国申请发明专

利交的专利申请费也就是两三千块钱的样子，在欧盟领域，可能会更节约，因为欧盟统一化的问题，使得一次申请可以在若干个不同国家进行审查，获得若干个国家的专利权，更方便。所以国际优先权简单来讲对外国人提供方便很多，比如中国，技术上当然是发达国家领先，他们到中国申请专利往往会挡住中国人申请专利，因为他们在本国申请更早，利用国际优先权可以把中国人的申请挡住。

国际优先权是通行的，也是巴黎公约 TRIPS 要求必须建立的。国内优先权不是必须的，各个成员可以自己规定。中国是规定了国内优先权。国际优先权是指 A 国申请的事件可以作为 B 国申请时间。所谓本国优先权制度就是指本国人在本国首次提出专利申请后，又就相同的主题再次向专利局提出申请的，可以在优先权期内享有优先权。有人觉得这算不是有毛病，其实这是为了优惠本国，抢时间。在专利还没有十全十美的时候先申请，抢时间，然后回去完善，再提出第二次申请，把这个专利保住，防止其他人在这个时间之前抢注。本国优先权给人的印象就是不要老老实实特别实在特别完善再申请专利，可能会被别人抢。这当然会遇到一定的风险：你是有本国优先权，但是第一次申请是不是能站得住，站不住的话时间是保不住的。所谓站得住就是符合基本的申请要求，专利文件是不是齐备，填写是不是符合规范要求等等。如果发明还没搞完，还有半截子，这时候申请专利可能申请不到，第一个申请是保不住的。本国优先权和国际优先权有区别，本国优先权是不对外观设计的。很多发达国家尤其是美国对中国的本国优先权制度是很恼火的。十几年前或更早，本国优先权对他们是没有太大的区别的，因为人家技术领先二三十年，不怕本国优先权。但是现在由即是生物、工程技术还有二三十年差距，但是在电子网络方面差别没那么大，这种情况下可以抢夺。如果你主张本国优先权他主张全球优先权，就看谁在前面。如果你在全球范围内是最早的，不怕他的本国优先权。怕就怕在人家比你早。A 在 T1 第一次申请，T3 第二次申请，B 在 T2 申请本国优先权就把 B 挡住了。当然如果 B 在自己的国家曾经在 A 第一次申请之前 T0 就在中国申请过，还是可以把 B 挡住。本国优先权和国际优先权是可以并行的，就是看谁在最前面。这是优先权的原则。

## 2. 专利申请的流程

专利申请的流程，可以看过程图。首先申请，到窗口递交，以后可以用电子文本的形式。如果材料齐备，可以发一个受理通知书，日期就是申请日。如果不受理，意味着材料不够，不会计入这个日期。

初审，就是审查格式对不对、权利要求书不符合要求。比如权利要求书上独立权利要求写成了从属权利要求，或者从属权利要求写得不符合形式要求。形式要求是什么，看过专利文件就明白了。初审如果驳回了，是有救济的，可以去专利复审委员会，这是必经程序，不能直接去法院去。经过复审委员会复审，如果对复审不服，则可以向北京市第一中级人民法院起诉，因为复审委的位置归一中院地域管辖。然后还不服则可以上诉。

初审过关，可以申请提前公开。实践中申请人一般是在递交申请书的同时递交申请提前公开。申请提前公开，即在申请 18 个月之后没人申请的话自动给你公开，所以在这 18 个月之内，随时可以申请提前公开，如果不申请就到点公开。比如洗澡浪费水情况严重，就搞计时，到点不出来，门就自动开了。这里公开就是把发明方案公布出来。注意这里面很多次申请，递交申请，是最早的申请；申请提前公开可以不申请；实质审查还要申请。如果申请之日起三年之内不提实质审查的话，就赶回去了。你申请实质审查，通常专利申请，一次性全部申请。回去网上看一下专利申请申请表，一般申请表上有一栏，打一个勾就表明申请提前公开。全部公开后再递交申请实质审查，然后就没什么事儿了，等着看结果。结果可能是驳回的，驳回可以向专利复审委要求复审，还是不服，二审。当然如果过了，就给授权了。但过了也不是一劳永逸的。说的通俗一点儿，专利权理论上终生都处于可能被别人宣告无效的动荡之中。当然如果你够扎实，就不怕。如果有人无理取闹，非要宣告你无效。程序上就得让人扯，他们有这个权利，而且是任何人都可以要求这是无效，无效就是授权之后，专利权保护期限届满之前任何人都可以提，向复审委提。结果可能是真的宣告无效了，或者驳回申请。同样还有法院的救济。这是发明，发明有实审，所以比较复杂一些。

实用新型和外观设计就简单多了。申请、受理，受理也有可能不受理，一般是材料不齐；初审，初审其实就是不审，问过工作人员，说的不审就是不会去看新颖性、创造性什么的，就看材料齐不齐、格式对不对，有没有图，东西有没有。审查的时候有时候看到这个图很熟，它有软件对比的，如果有相似的，调出来看，完全一样就会驳回，如果是有点儿像似但是还是有不同的，也可能给你；然后是授权，再往后是一样的。从授权到授权之后是一样的，初审过关以后，那时候就已经授权了。所以比发明好，发明公开的时候还不受保护的。所以后面会讲到，申请的部分的一些问题。实用新型和外观设计公开以后就已经有保护了，所以不存在公开以后被使用，还没有办法很好地救济自己。发明就有这个问题，中国和国外不太一样。我们注意，这个箭头是一直往下的，什么意思，每一步都是必经的，不可以跳过的。所以中国发明专利申请是单线的步步为营的程序。在欧盟、日本、美国，

跟我们是不一样的。他们是两条线。简单来讲就是，当然都是申请，申请以后就分叉了：公开是一条线，初审实审是另外一条线。就是说进不进入实审跟公布公开没有关系。注意，没有关系，可能没有公开前就进入实审，或者说实践中几乎都是，没有谁那么傻还没获得专利就公开。当然最后的期限就是授权，有一个期限的规定，最后的期限一定公开了。这两条线最后会汇合，授权之后肯定公开了。但是可以随时公开，实审前可以申请公开，实审后也可以申请公开，但实审会继续进行，最后授权了，申请或者不申请都会公开。中国也有自动公开，但是不通过公开，是进不到实审的程序的。这是不一样的。这就带来一个问题，我们一公开，发明就会处于危险中，有可能使得第三人就可以利用你的技术了。有的技术复杂，公开还不足以让人使用，有的就有可能。所以专利法 13 条有规定，申请过程中发现有人使用你的技术的话可以找他要钱的，但是法条写在这儿就完了，写的是“应当支付使用费”，那如果不给钱怎么样呢？这个申请人说我要起诉他，那请求权依据在哪里？我们可想的一个结果是秋后算账。就像小孩之间打闹。专利也一样，公开的过程中实审呢，你使用我的技术，你给我钱，不给，你等着等实审通过了再找你。没有法律上申请禁止令的规定，不能说不让你用。我们说请求权、债的发生依据，哪一种都够不上。合同？没有合同；侵权？权利依据是什么？专利申请权？申请了就没了。专利权用过就没了。所以这一条规定的很有意思，搞民法的觉得知产的人民法太差。这一条写上什么意思，不给一个实体上的请求权这个是很虚的。而日本法上有一个差止请求权。这个是临时的，假处分。有没有专利还不一定呢。但是就算没有专利，使用人家的技术总得给钱吧。给钱是一定要给的，但是在这个过程中人家不给钱，救济渠道在哪儿。这是流程图。

### 3. 申请文件

然后看申请过程中的一些文件。最重要的文件三个，申请书、说明书、权利要求书。

#### 1) 申请书

申请书是一个填表。我们从小到大填了无数的表，从小就填学籍卡、建档案什么的。中国档案制度就是无数个表。如果是搞人事工作的，看档案，可有意思了。小学毕业的时候有的是竞争性考试，杨老师小学毕业是竞争性考试，有水平就考最好的学校，差的人就到最差的档次上。杨老师还能看到那时候的考卷，在档案里。档案会越来越厚，就看能活多久了。还看到当年的入团申请书、入党申请书。申请书这是一个格式性的东西。申请人是谁、发明人是谁，有没有专利代理人，发明创造的名称，是申请实用新型专利还是发明专利，是否申请提前公开，公司地址……这些信息都要填上去，这个申请书就填完了。其实从专利法的角度，要讲的主要是说明书和权利要求书。

#### 2) 说明书

##### - 说明书的组成部分

说明书是什么呢，我们接触过很多说明书，只不过没有接触过专利申请里的说明书。其实差不多，就是告诉这个专利是什么东西。商品有说明书，告诉你怎么用、怎么保养，写结构用法什么的，各种说明都有。有时候看说明书太烦了，字很小，最烦的是搞四种语言对照，搞这么复杂干什么。到不同国家都是有不同的渠道的，干嘛非要这么复杂啊。在中国还有外国人呢？外国人就让他自己摸索嘛。说明书告诉你什么是这么一项发明创造、名称、所属的技术领域。所属的技术领域帮助审查员立案。背景技术有助于审查员分析现有技术，也帮助审查员进行检索。你说你背景技术是哪些，可以检索，可以用一些关键词查，查到最新的状态。当然最主要的是内容：解决什么问题？采用什么方法？达到什么效果？这很重要。这是支撑权利要求的核心部分。权利要求是专利权保护范围的基础。权利要求是独立权利要求，对应的就是独立的技术特征。这些技术特征在权利要求书里理解可能比较抽象，有说明书支撑。附图，有的话就要附图。实施方式也很重要。这往往是用来判断实用性，同时也辅助判断是不是侵权的。要说明这个东西能够在实践中使用，要讲一些实施例。同时实施例也能帮助在侵权的时候。如果他是原封不动使用你的技术那判断当然简单，实践中经常是改头换面，就要具体分析或者解析被告的行为涉及的技术特征，而这个技术特征是不是构成专利权的范围。如果是的话就可能构成侵权。

##### - 说明书的技术方案部分

说明书的技术方案部分是核心。具体有一些要求：

1>清楚完整地写明技术方案。作为专利审查员、代理人，工作时间长了，说话非常言简意赅。表达方式能体现一个人的职业。学文科的、中文的、哲学的，话怎么拗口怎么说。有人专门写文章批判法学研究中一些不好的

表达方式。创造一些奇怪生硬的词。范式这样的词大家都广为接受了，还有很多不好好说话，非要拐着弯来的。这在理工科是不可以想象的。打个不恰当的比方，比如一百年来，这个大家都知道什么意思；但是写个 1900 年以降。这么写有文采也能明白，但很多写法学文章的人生造一个词，这个词原来没有的，是生造出来的。在中文框架下，范式这个词原来都是没有的。作为专利这个领域来讲，就要避免这个情况。要把专利说明书写的跟很复杂的法学文献、文采很好的散文一样就麻烦了，肯定打回去。一句话，下午三点门口见，完了；但是如果很复杂的，比如丑时，我们在东经多少度、北纬多少度碰面，那很麻烦。你说东门，大家就明白了，互相张望就可以看了。用语要清楚表达意思就够了，这是技术表达要求。作为说明书，怎么直白怎么来，要把审查员当成完全没有文学色彩的人。

2>用语要求，与独立权利要求书要一致。权利要求书必须得到说明书的支撑。所以用语要一致。别这里面用这个表达方法、技术用语，那里面用另一个。不要说明书里面都用 computer，权利申请书里是 laptop。说清楚就用一个，统一。很多学者就乱用概念。特别像著作权，有时候是著作权，有时候写成版权了。写美国的时候用版权，其他时候应该用著作权。最有意思的是，版权和邻接权的关系，版权是包括邻接权的，著作权和邻接权才是分开的，版权是包含邻接权的。这是我们要注意的。概念要使用对。

3>必要时还可描述附加技术特征，为避免误解应另起段描述。

4>如果有几项独立权利要求，这几项合在一起是一个总的。比如有三四个权利要求，彼此是散的，可能不是一个技术方案。这时候一般考虑要分案。因为其实一个独立权利要求就够了，可以申请专利了。当发现几个权利要求不是一整套的时候，就要分案了。

## - 说明书的有益效果部分

说明书还有有益效果的部分，要说明发明与现有技术相比的效果。这一部分是帮助审查员考察实质性、非显而易见性的。有生产率、质量、精度和效率的提高，资源的节省，操作、控制、使用简便，环保，新性能等。比如可以防滑，效果突出在哪些方面。现有的技术只能穿特制的鞋才会滑，现在不穿鞋也不会滑，穿着带轮子的鞋也不会滑，只要能提高生产效率，是一种正的就行，不是负的，否则是变劣发明。当然不能胡说。我的发明创造好啊，50 年代末搞大跃进的时候，那时候看报纸，亩产上万斤，稍微有点儿常识都知道肯定不可能。登在人民日报上就没法说。也导致了中央派系的斗争，有些人说实话就会得罪一些人。这个亩产产量现在都是不得了了。袁隆平技术导致我们的亩产多少我们可以查，可是 57 年就就亩产上万，一开始吹得不厉害，结果口粮都交了；后来吹得更多就没了。粮食在中国一直属于战备物资，中国有一个粮食局，会管理相应的粮库，是国家的经济命脉。一个电视剧天下粮仓讲过这个问题。为了完成任务把粮库打开，把存粮拿出来交。粮库是不出现特殊的情况是不能动的，等到出现自然灾害，发现粮库是空的，出现大面积饥饿饿死人也是这个原因。当然也有其他原因，援外啊什么的，中国援助非洲五十年代就开始了。所以不能胡说八道，要有实际的支撑，要给出依据。理工科考试、做作业要一步步推出来。做数学题、物理题，必须有推理过程。所以你说你产生这样的效果，要有数据或别的支持。

## - 说明书的具体实施方案部分

说明书的具体实施方案部分，有这样一些特点：至少一个具体实施方式中包含了独立权利要求中的全部必要技术特征，其描述的具体化程度应达到使所属领域技术人员按照所述内容可重现发明。为什么要必要啊，如果说明书都不能把全部技术特征包含进去，说明全部技术特征有假的。理论上专利权的保护取决于权利要求书的范围，权利要求越多，范围越大。当然必须是扎扎实实的，不能不是你的都扯进来说是你的范围。所以具体实施方案中至少有一个实施例包含全部。实施例的描述，可以写几个，实践中有所谓最佳实施例的问题。这是说如果说明书中写了几个，就要你选择一个。你自己首选哪一个就是最佳实施例。最佳实施例的要求也是辅助判断创造性、非显而易见性，用实施例来验证。这里面就有一个风险。当然如果专利代理人足够专业，这个风险也不存在，除非他故意害你，你当然知道哪个最好，要突出你的进步性。另外一个要求是充分公开，充分公开的意思就是，理论上讲，专利权的垄断地位是以专利技术的公开为代价的。要获得专利权必须公开。要申请公开，或者到点公开，这时候要充分公开。不能对技术方案的必要部分进行隐瞒。这类似于民法的公示制度，公示才能排他，公示以后，不特定的任何人就可以知道你的权利边界。因此不公开的部分就不能排他。比如房子，房产证上登记的内容会有几个这样的内容，包括房屋的所有人是谁，房屋的地址、面积、户型图，这些都是公示，公示充分以后，任何人查到这个房子，就知道所有权的边界在哪里。如果房产证上登记是 75 平米，两室一厅，卖的时候说是三室一厅，90 平米，就没有公示性了。别人不可能从登记簿知道你的所有权的边界和范围。专利权也一样，不公开无法保

护。和所有权不太一样的，不公开的地方，如果关系到创造性和新颖性判断的话，专利都拿不到。所以公开要充分。

说明书撰写中容易出现的问题，一些专利代理人进行过总结。大家一般是做不了专利代理人的，因为是法学本科，专利代理人必须要求是理工科。但是做律师可能去打专利案件。必须能够看得懂，至少能够看出来法律问题。技术问题可以依赖技术专家。

### 3) 权利要求书

#### - 权利要求书的作用

权利要求书最核心的作用和功能是决定了专利权的范围。既然是专利权的范围，就成为判断构成侵权的重要依据。其实可以注意到，著作权也好，商标权也好，专利也好，在侵权判断的时候最后都是一种对比：著作权是两种作品对比，商标是商标对比，当然还有商品和服务的对比，专利也有对比，是专利权人的权利范围，用技术特征衡量，和被告行为所涉及的技术特征。首先对比的基础当然是权利要求书，对权利要求书进行解读，解决一个问题，专利权的范围到底多大。

#### - 什么是权利要求

权利要求分为独立权利要求和从属权利要求。独立权利要求是指从整体上反映。比如这个凳子，从整体上反映，是供人坐的。从整体上描述这个凳子，可能没有其他功能，值得保护的功能就是供人坐，我们是从发明的角度看，这是核心功能。外观设计当然是一回事儿。不能说凳子是供人观赏的。不能从局部去讲，假设凳子技术方案，不能说凳子是平的，这就不知道在描述什么东西，就不是整体性的。我们去看实践中的权利要求书就会看见这样的语言。比如：一种轧机。这是整体描述。如果是某种设备，就会说一种关于什么的设备。这其实是一种“属+种差”的关系，定位是什么东西，然后再决定它是什么。

#### - 权利要求的构成

这是一个真实的权利要求书，网上可以下载权利要求书，除了上面的页眉，下面都是空白的。这还是整体，不能只描述局部，否则就不是一个独立权利要求。这时候审查员会让你修改。

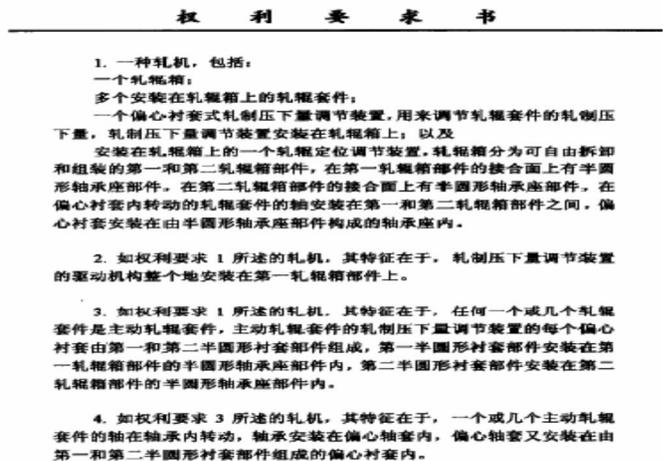
#### 从属权利要求

从属权利要求，从属权利要求应当用附加的技术特征，对引用的权利要求作进一步限定。如图中这些就是进一步的限定。1、2、3、4 这些都是权利要求。有的是不一定要有从属权利要求的。最少的权利要求书就是一个独立权利要求，没有从属权利要求。

这是最少的，很简单只要求保护一个独立权利要求。复杂的当然可以若干个独立权利要求，每一个独立权利要求还包含若干个从属权利要求。实践中有时候如果太多，会人为地拆掉。现在专利战争越来越激烈。中国对专利的激励政策导致可以申请一个的，当事人申请两个甚至更多，这样打击你的方法更多。他们会布局。只有一个专利布局什么啊。比如打仗，只有一个地雷就没啥用；如果有很多地雷，就可以布局了，可以布一个梅花桩，然后比如比较喜欢马的形状，布局成一个马的形状。别人找不到规律就不好破了。电视我们很熟，索尼，在电视机的主板上面有好几十个专利。再如一个台灯，之上有十几个专利，甚至是拧的开关上都有专利。所以其实一个台灯申请一个专利不就好了么，它非要拆开。你把这个开关技术用在微波炉上也不行，用在冰箱上也不行。这样拆开可以告的范围、打击面更大。开关本来是用在台灯上，可能可以用在很多地方，比如用在家里的门上，或者开关上都可以。

#### 独立权利要求

独立权利要求，刚才讲了是整体上反映的，独立权利要求包含了必要技术特征，就是解决技术问题必不可少的特征。这些必要技术特征合在一起就是一个完整的技术方法。每一个必要技术特征都是整体描述。整体描述



这个人，几个方面描述，比如身高、体重、线条的健美程度描述，但是不能描述说眼睛很小，这就不是整体描述了。不能只是描述一部分。特点是什么呢，独立权利要求的特点，每一项权利要求都要给一个完整的技术方案，都可以实施。每一个独立权利要求都是一个完整的技术方案，要保护的是技术方案叠加在一起。比如在运输方面、承重方面、速度方面或者节油方面等等合在一起，是这个汽车。这是一个叠加，所有要素合在一起就是这个申请保护的发明创造。从这个意义上，发明都可以解析为一个个的独立技术特征。这就是专利可以拆的原因，所以现在的专利越来越细越来越多。很多大的公司，一提好几十项。高通公司做芯片，专利很多，一个芯片可能上百个专利，围绕芯片的专利案子多了去了。高通公司有今天的地位就是因为它的专利。它的策略可能就是尽可能申请多的专利。当然发展到一定程度，这种模式也会有它的问题。

第二是整体保护原则。全部特征共同申请一个保护，因为一个专利权只有一个保护是所有的必要技术特征加起来的。而从属权利要求是应当用附加的权利特征来描述。对应的是附加技术特征。附加技术特征就是在不可缺少的技术特征之外附加的技术特征。比如不可缺少的技术特征是可以承重，附加的可能是承重的同时还能够保温。这个附加技术特征解决的问题是有关系的，有对应性的。附加技术特征不能跟必要技术特征没关系。与所解决的技术问题有关，可以是对引用权利要求中的技术特征作进一步限定的技术特征，也可以是增加的技术特征。所以写作的格式是引用部分，是从必要技术特征中来的。这是一项东西，加上附加技术特征。比如这个东西的附加技术特征是防漏电，等等。引用部分是前面的权利要求的整体。从属权利要求保护范围落在其引用权利要求保护范围之内。从属权利要求并不增加专利权的保护范围，必须是落在引用的保护范围之内。为什么要有附加技术特征，附加技术特征就是让保护范围更明确，比如这是一个专利，保护范围，很抽象，分成三块，就是三个独立权利要求，每一个上面权利到底怎么限定，边界在哪里，有时候用附加技术特征进一步明确，这个确实实落入到我的保护范围。

## - 权利要求应当满足的主要要求

权利说明书要以说明书为依据。这是非常重要的。实践中这是很常见的错误，权利要求书没有以说明书为依据，没有得到支持直接导致专利权宣告无效。权利要求书得不到说明书的支持，说明权利要求书是虚构的，是不应该给予保护的。一个完整的说明书是描述完整的发明创造，但是如果臆造出一个权利范围，不在描述范围内，为什么要保护你。

权利要求要清楚表达，不要废话太多。第一，废话太多可能跟保护的没有关系，第二，用了很费劲的表达方式，人为地增加了需要解释的对象。民法刑法都讲法教义学，都有法律解释的问题。法律解释是很复杂的问题，这里面就不要人为增加审查员的理解的问题。这是很复杂的，有规范术语特别是技术术语就用规范的，或用惯例、常用的，不要生造词汇，不清楚的表述对自己也是没有好处的。

另一个重要的是单一性的要求。独立权利要求要互相排斥，彼此独立的，不是交叉的。不独立就是行为实现的目标依赖于旁边的，排他权变成请求权了。交叉，实践中审查员可能打电话让你修改，一定要符合他的要求，确实实是一个技术活。对文字功夫的考察还是挺重要的。理工科的人写，他们从来没有受到干扰，是比较干脆的，理工科的文献比较清楚，看法学文献，看完了以后讲的什么啊，有时候确实很费劲的。

## - 撰写中应注意的两个问题

权利要求撰写中需要注意的两个问题：

### 1>如何获得尽可能宽的保护范围

权利要求书决定了保护范围，专利代理人的水平高不高，就是能不能尽可能把范围写大。这里实际上有个博弈，无论是申请人自己写还是代理人写，和审查员有个博弈、较量。如果专利代理人水平明显高于审查员，就可能写大。写大，有个实然应然的关系。应然是是什么就应该获得什么，实然则是尽可能为客户获得最大利益，以100%的东西写出120%的东西还能获得通过，这被认为水平高，将来被认为部分无效那是将来的问题。实然和应然是不同的。书本是应然的东西，实然不一样。实际上你是一个这么大的保护范围，但是专利代理人一般会稍微写大一点儿。写大一点儿去试探，递上去，审查员打电话，回来改，就知道这哥们不好对付，老老实实改，一步步退。如果一下子写的过大，审查员直接给你退回去。如果写这么大，这边全部是现有技术，搞什么啊，这个不突出。这属于水平比较差的。另外一种水平差是，本来这么大，写的更小。这个是可以获得专利，但是浪费了客户多少资源。写的是这么大的，但是公开的是本来那么大的。一个成熟的代理人一般不会犯这种错误。尽可能地大，就是较量么。也要考量、观察审查员的容忍度，不要惹毛了他，这都是实战经验。往回退，退到一个地方，

审查员给你了，就成功了，多了一块儿。当然开始写小了一点儿，这种情况也有，因为判断的原因，或者需要一击必中。现在都是实践中的选择，要的是时间，就要求一击必中，就稍微写小一点儿，审查员一看很清楚；但是不能写的太小。写成哪个样子，交锋、博弈的过程对将来侵权判定的时候都有用。所以只是从审查的过程考察这个博弈。实际上这个过程中还要考虑面向将来。如果确信是可以获得专利的，博弈过程中也要注意这问题。如果扩得太大，其实是告诉潜在的侵权的人怎么打你的擦边球。太大、太小的情况一般是不太会出现，都是在边界上较量。这个博弈过程太长的话，或者太频繁、太详细、太琐碎，也会给侵权人一个暗示，这么做就可以不侵权。这些都要考虑，不要说写了一个权利要求就万事大吉。我们说专利权终身都是有风险的。当然技术上明显有信心的没有问题，怕就怕在明显有信心的技术申请专利砸了锅，市场竞争中失去了优势，完全可以出现的。一个不好的专利申请过程可以把研发过程中的心血都浪费掉，所以这工作要专业化。阿猫阿狗可以做的事情怎么还有这么专业的一个程度啊。中国同时有专利代理资格证的和律师证的人才其实是不多的，大概也就是两三万人，当然主要是持有专利代理资格证的人不多。持有这个的大多都有律师资格证。

## 2>撰写合理的从属权利要求

- 1、这是一项……的技术方案。
- 2、如权利要求1所述的技术方案，其特征在于……
- 3、如权利要求1所述的技术方案，其特征在于……。
- 4、如权利要求1或2所述的技术方案，其特征在于……。
- 5、如权利要求1至3任一项所述的技术方案，其特征在于……。
- ……

这是一个格式。在座各位以后可能做复审委，复审委因为审的大多数是技术问题，可能性也不大。最大的可能是做律师，接触专利案件，要会看。这是一项什么技术等等，这是独立权利要求和从属权利要求的表达方式。

权利要求的其他问题，比如权利要求类型不清楚，产品没有给出具体结构，是指申请产品发明的专利。方法发明的专利不需要。不能用否定词扩大保护范围。否定的范围往往比肯定的要大，特别是肯定和否定加起来，肯定比较小而否定比较大的时候，用否定式看起来占便宜，审查实践中都会要求修改。其他的可以自己去看一下。

权利要求书未以说明书为依据等等，包括独立权利要求写大了，独立权利要求是判断新颖性，尤其是非显而易见性最主要的标准。几个独立权利要求没有满足。这些都是核心的问题。

## 二、专利权的无效宣告程序

### 1. 概述

无效宣告程序，应该说是专利制度里面一个非常重要的制度。它的重要它在于经常被启动，在专利市场上这项制度有非常积极的一些作用；但另一方面，它也常常被利用作为一项工具，来为一些实际上已经构成侵权的人来拖延。无效宣告程序一旦发动，其周期是非常长的，从向专利复审委员会提出申请，复审委做出决定再到法院要经过非常长的过程。这个过程中，专利诉讼有可能受到影响。所以两个程序的相互关系复杂。多数情况下法院不会停下侵权诉讼，但是有些时候，特别是比较疑难的时候，比如专利是否应该保留效力争议很大的时候，侵权诉讼有时候会停下。从实践角度看，一开始也无法清晰判断无效宣告是一个策略，还是侵权案件中被告确实是很冤的，一开始是无法做出判断的。所以无效宣告程序对既是对专利权本质效力的考验，也可能作为一个策略应对实际发生中的侵权诉讼，所以显得非常重要。另一方面，无效宣告的程序过程也是对专利的实质要件——专利三性的考察，即是实质性本质性的考察，考察是否有新颖性实用性和创造性。这个制度从使用效力的角度而言，从程序而言，都反映了专利法最本质的一些内容。说白了无效宣告就是你不具有申请专利的条件，没有专利的权利，而使得已经具有专利权的专利自始无效的制度。由此可以发现重要性。

所谓专利的无效宣告，就是宣告一个专利权无效，本来是一个有效的专利，被授权了。通过无效宣告这项程序，也只能通过这项程序，它被认定自始无效，就是不应该存在。有一些权利是自始无效的，这是法律问题，而事实问题通常不能自始无效，发生就发生了。比如不能说这个孩子是不应该出生的，不能让他自始无效，因为已经生了，就有法律地位。当然我们国家经常以不给上户口为要挟让父母掏钱。当然父母有很强的社会地位可能不需要掏钱。当然张艺谋钱多，可以多来几个，也不能宣告他无效。所以无效宣告是针对法律问题。自始无效会带

来一系列法律问题：首先权利不应该存在，因为权利存在而发生的法律关系从理论上逻辑上讲都应该被认定为无效。但是基于利益平衡的关系，有一些法律关系已经履行完毕了的，就不去进行变动。讲无效宣告的法律后果的时候会讲到这个问题。比如使用专利技术的时候应该付费，或者侵权了应该赔偿，可是突然有一天发现这个专利被宣告无效了，可能会有一种被欺骗的感觉，可能要求退回来。法律上怎么处理，应不应该让它退呢？法律做出了另一种选择，已经付钱了就不要回来了，没付钱的可以不付。比如这笔使用合同签了，前面给过的钱不要回来，是为了稳定已经发生的法律关系做出的选择，没有法律上的道理是怎么样的，道理就是无效的。

由于无效宣告的法律意义，这个程序只能由国家特定的机关受理、进行，也就是专利复审委员会。它是隶属于专利局的一个机构，这一点很有意思。讲到商标法会讲到商标审查机关和商标评审委员会。商标评审委员会和商标局是平行的，我们国家的这些结构比较有趣，比如工商总局下设商标局，另外设商标评审委员会，是平级的；但是专利局下面有审查机关和复审委员会，后者是隶属于专利局的。这也是比较怪的结构，历史形成的。无效宣告申请必须由这样一个机关来受理。受理其实没有什么标准，若要宣告一个专利无效，按照专利法的规定，任何一个人都可以申请宣告无效，当然要给出事实和理由，必须拿出证据来。要宣告无效必须说他不具备专利的实质要件，或者不属于专利客体的范围，后者一般不太会出现，可能性不大。通常就是在专利实质要件的判断上审查员的理解当时可能出现了一些问题，之后根据相关的证据提出来，复审委认为确实做出了错误的决定。

复审的结果自然有申请被驳回，或者专利权被宣告无效两种结果。无论哪种结果，相关当事人可以不服，向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼，我国认为是行政诉讼。既然是行政诉讼，就有一个可以预见的结果：法院做出的只能是维持复审委决定或者撤销复审委决定，法院不能直接判专利权有效或者无效。只能是维持或撤销裁决。之所以称为行政诉讼，因为我们国家认为复审委做出的决定是行政决定。有些国家不一样，美国专利委员会做出的效力是可以质疑的，任何人可以质疑，质疑就有两条路可以走。美国 11 年专利法修订，也成立了一个复审委，跟我们国家复审委一样。以前美国有一个委员会，英文叫 board，这跟我们国家的复审委不一样，现在修改后跟我们国家一样了：处理申请专利被驳回的，或者其他人对专利权效力质疑的申诉。对专利权效力有争议，另外还有一条路是直接向法院提起民事诉讼，这是美国专利法的规定。但是这是不可逆的，选择了民事诉讼，如果败诉了，不能再回去选行政诉讼，只能选一条路走。如果直接向人民法院起诉，不经过 board，法院可以直接判这个专利是有效的，或者应当被宣告无效。我们国家只能一条路，觉得人家专利权不应该授权，就向专利复审委提出这个申请；申请的决定如果还不服，可以提出行政诉讼。专利权人还可以提出诉讼，一审不服可以二审。法院的结论就是维持专利复审委的决定或者撤销专利复审委的决定。如果撤销，这个案子就打回专利复审委，由后者重新作出决定。有人会想到这样会不会形成一种循环，复审委还是维持原来的结果，又到法院上。理论上这是有可能的，但是实践中没有出现过。因为某种意义上我们复审委是不独立的，法院其实也不独立，我国司法不是完全独立的。裁决被撤销往往是一些程序上的问题，比如审查程序或者证据等问题，被撤销后一审会认定复审委存在哪些瑕疵，复审委把这些程序瑕疵弥补，纠正后结论有可能还是原来结论，因为是程序的问题导致的，实质的判断可能还是原来的；另一种情况，复审委可能会等着二审终审判决，来观察北京高院的态度。一些影响比较大的案子，通过一审、二审，会上报到最高院听取意见，复审委也会等待最高人民法院的意见，然后做出裁决。所以实践中通常不会发生这种循环。理论上会，把决定撤消了，再做出一个相同的，如此循环对专利人也是一个灾难，判决等还是不等，等下去没边了；或者不等了，先做，然后复审委马上做了一个决定说专利无效，就可能造成这种不一致，对于判决执行也是不利的。比如判决被告赔偿，被告肯定不会执行，会等待复审委；如果被宣告无效了，这边二审都不用等了。这里判赔钱，那边宣告无效了，根本不用理你。为了避免侵权诉讼被拖延，侵权诉讼中如果提起宣告无效程序，侵权诉讼可以不停止。不停止是不停止，实际上执行层面还是一直在等。这个问题如何解决，无论是知识产权学界还是行政法学界都在考虑，使得两个程序更加协调。现实中，两个程序的矛盾在一些社会影响比较大的专利表现还是比较大的，而对其他一些不是很受关注的领域，表现的不是很明显。所以这个理论确实存在这样一些问题。由于我们国家法院又不能对专利无效问题做实质判决，即不能直接判专利权无效或者维持专利权效力，这造成了很多麻烦。有人一直在提议，应该让法院可以做出实质判决，即复审委做出决定，到法院，诉讼性质改成了民事诉讼，就有点儿像我们的劳动纠纷一样。发生劳动纠纷以后，去劳动仲裁，对仲裁结果不满可以去法院起诉，法院至少可以实质改判，不是打回去重新来过。但是复审委不接受，理由是对于专利权是否有效，这种专利问题只能让专业的复审委做出决定，法院没有相关学科背景，不能做出决定。这理由有问题：专利案件里面法官有理工科背景的人确实不多。我们法院用什么办法解决呢，用人民陪审员。专利案件的人民陪审员都是专利复审委的，或者专利审查员，所以合议庭本身是有技术人员的。在具体案件中人民陪审员地位和审判员一样的；另外由于法律硕士项目，未来法官队伍里面具有理工科背景的越来越多。现在也如

此。一中院、二中院，马上就要成立三中院，年轻的二三十岁的知识产权的法官很多都是理工科背景的。这群法官的成长和后续力量的发展，使这个问题以后可能不会是一个太大的问题。美国联邦最高法院九个大法官没有一个有知识产权背景的，还一样审理知识产权背景呢。美国联邦最高法院里年纪最大的 90 多岁了，最小的 50 多岁了，90 多岁的一年审 80 多个案子，不得不佩服。他们没有一个人有知识产权背景。老师曾经跟联邦巡回上诉法院的最高大法官交流过一个案子，他非常生气，说那九个人不懂，但是做出的是 final decision，也没办法。问题在于追求的是什么，追求对法律的一种信仰远比所谓的实质正义更为重要，比所谓的实质正义和形式正义的冲突问题重要。如果永远纠结于微观层面的问题，那每一次都要有一个程序，去质疑合议庭的合理性。还是要做到自己选，像选择仲裁。比如审理离婚的，上面法官都没有结过婚，怎么审理。不能一概追求法官的背景知识或者他的经历，而是法律、司法体系整个作为一个运行良好的程序，它的推进对于它的信仰、遵守就是一种保障，而不是靠背景知识。

## 2. 无效宣告的法理依据

无效宣告的法理依据，这个就比较简单了。既然存在主观性，专利授权过程中，基于实质审查来判断是否授予专利。我们国家实质审查主要是发明专利，实用新型、外观设计不进行实质审查，所以存在错误的可能性更大，所以需要给予一个补救的程序，就是无效宣告。其实从程序制度设计上就是一个纠正的过程。有授权，就有授权监督和一个补正错误的机会。如果专利权一旦受理就不变了，会造成很多的不公正的情况的出现。注意版权法里没有这样一个程序，作品一旦创作完成，作者终生精神权利都受到保护，财产权利收到一定期限的保护。其实版权的有效性其实也是受到质疑的，只不过版权是自动产生的，不是一个机关授予的，所以也就不能找特定机关去争议说这个人不是版权人或这个作品不受到版权保护，而是这个问题是直接到法院解决的。在具体版权案件中，别人告你侵权，你一样可以抗辩说这个人不是著作权人，或者这个人起诉依据的作品不具有独创性。版权侵权的案件中，这种对版权有效性的质疑是通过抗辩的形式出现的。在专利领域也是一样的，有人告你侵犯他专利权，你也可以抗辩他不该有专利。用抗辩的方式质疑对方的效力，只不过没有走程序。结果会不一样：如果获得了支持，抗辩成功，在这个案子里不用承担侵权程序，但是专利权还是有效的。专利权是如何产生的，只能通过什么方式弄掉。专利局授权的，宣告无效也应该由专利局做出。在我国不能由专利局授权，由法院宣告无效。从哪里站起来就从哪里倒下去。版权的权利效力一直和专利是一样的，也有权利效力被认定不存在，或者应该被认定为无效的情况。版权因为是在个案中，所以起诉如果失败，法院认为版权是有问题的，虽然版权不存在宣告无效的问题，但将来再起诉也同样会收到这个案件的影响。比如版权确实是有问题的情况下，再打诉讼也是比较困难的。只是专利有这样的宣告无效程序，好处就是一劳永逸，一旦宣告无效就没有了，不能通过其他案件浑水摸鱼。

## 3. 无效宣告的主体

宣告无效的主体，任何人，单位和自然人都可以发动这个程序。

### · 专利权人自己申请无效

学界讨论过一个问题，就是专利权人自己可不可以申请宣告自己的专利无效，当然一般实践中很少有这个情况，即便对自己很不满意，也可以通过不交费的方式。专利要交费才能维持有效力的状态，一旦不交钱，专利权就处于停滞的状态，有点儿像待定，只有补交了才恢复。从理论上讲，似乎找不到一个理由认为专利权人自己不能申请自己专利权无效的情况。其实在特殊的情况下也会这种要求，比如专利权共有的情况下。如果专利权就我一个，我申请了专利，过了两天觉得不爽，找复审委要求宣告自己的专利无效，他们会觉得有病；但是有这样的情况，两个人一起申请了专利，共有，后来两个人合作关系闹掰了，我就去法院申请专利权无效，也是一个打击手段。专利复审委能不能拒绝受理？我觉得很冤啊，专利法上说任何人啊，难道我不属于任何人吗，那我是谁。所以这个情况应当是允许的。找不到法律依据不允许专利权人自己申请无效。

公司分立的时候，一个公司分成两个，专利权变成共有了，其中一个公司就去宣告无效。且不管是出于怎样的想法，总之这种可能性是存在的。当然实践中最常见的还是由于竞争对手和被告的身份而导致的无效宣告程序。所谓竞争对手是，你申请了这么多专利，对市场进行了布局，我的生存空间受到限制，我就要打击你。打击竞争对手是对自己的一种提升，对自己利益的争夺。竞争就是这样。在实践中，企业之间的竞争是有资本的竞争，人力的竞争，还有无形资产的竞争。这种情况很常见，不过更多的还是人家告你专利侵权的时候你去申请宣告无效。

人家使用了一项技术，你认为侵犯了你的专利去起诉，对方说觉得你的专利权都是有问题的，当时粗制滥造授予你专利了，现在要把它撤销掉。这种发动是非常多的，几乎绝大多数的专利侵权案件都伴随着无效宣告。实践中很少有人直接原封不动地侵犯专利，都是使用或者生产某种产品而被认为侵犯专利。在版权侵权里面，一般有两种情况：一种是涉嫌未经许可的使用，剽窃、盗窃别人的 idea；另一种就是原封不动地生产盗版，这是毫无争议的。比如印某一歌星的 CD，这是毫无疑问的侵权。版权领域的侵权分两类，一类是属于剽窃性质的，另一类是大刀阔斧的侵权，就是因为盗版。新东方当年盗版理直气壮，现在好一点儿，没有这么嚣张了。最近武汉爆出卖给学生的新华字典不仅盗版而且卖的比正版贵，这个盗版事业就做的比较好。一般都是盗版比正版便宜，但正版卖 20 盗版 40，这种盗版就要严重打击，不能把盗版事业引向歪路，毕竟你是为了欣赏学习嘛。专利不一样，专利存在一定的争议，比如技术相似；原封不动地盗版这样的侵犯专利的实践中还不多。所以，在专利权人告诉你侵权的时候，发动一个无效宣告，看起来还是有点儿道理的。像盗版，告诉你侵权还说版权是有问题的，通常不太可能。

### • 作为策略的申请无效

无效宣告有可能是真的，确确实实觉得是有问题的；另一种可能是一种策略，就是为了拖延时间。发动一个无效宣告程序，能停就停，不能停不怕，也可以找各种理由赢得一些时间。

专利权人也可能将宣告无效作为一种策略。专利权人在确定自己的专利不会被宣告无效的情况下，会自己或者委托别人针对该专利提起无效宣告。实践中除了被告的策略，还有专利权人的策略。自己的专利权，尤其是实用新型、外观设计这种没有实质审查的，通过这个夯实一下，找人来告我。其目的有二：一是为了加强其专利的质量。因为经过该程序，可以使复审委员会对该专利是否符合实质性条件再次作出审查。二是为了保证专利的稳定性。商标权中也是如此，找一个关系户，侵犯一下我的权利，告你，然后报请是驰名商标，一旦成功了就是一个有力的武器了，将来可以去打别人。驰名商标最大的优势是跨界保护的，在另外的领域有人使用类似这个商标，想告，但是没把握，于是造一个案子出来，因为是关系户嘛，所以侵权上的证据也比较多，会比较赤裸裸的。这就是实践中的造假案来认定驰名商标，因为这个不少法官被抓了。前年江西有法官就因为造假案驰名商标被抓了。

专利里面其实也可能存在这种情况：专利效益不怎么样，市场上卖不出价钱，就找人要求宣告无效，当然证据是不足的，驳回以后这个专利权就扎实了，和别人谈许可合同就比较有利了。这种经历，找人来谈专利权合同，对方对你的专利没信心，于是给人家看经历过考验的专利，可以相信它。就像以前街头小商小贩，拿着火烧自己的布来说自己的货结实；卖老鼠药，地上摆一些死老鼠。意思是都是药死的。专利也类似，用这个说明自己的专利经历过考验。但这个就怕搬起石头砸自己的脚，真被宣告无效了。市场中大家都是经营主体，没有永恒的敌人，也没有永恒的朋友，说不定人家真想借这个机会宣告无效，直接把你弄死。这都是代价的，不一定都能得偿所愿。还有一种办法是自己设一个公司，就像苹果收购 iPad 商标，是在英国注册一个公司，单词首字母合在一起就是 iPad，表面上跟苹果没什么关系，实际上就是苹果全资注册。谈判的时候不去探一探底搞不清楚。当时打官司，收购回去以后马上变成苹果的。所以唯冠集团也觉得自己上了当。都是这样，尔虞我诈，商场上不要用好坏人来衡量，守法不守法就可以了，可见守法要求是多低。这是实践中利用宣告无效程序的一种目的。

## 4. 申请无效宣告的时间和理由

### • 申请宣告无效的时间

时间，是什么时候都可以，甚至专利权都已经过期了还可以，因为有可能钱还没付呢。比如签了十年的许可使用合同，合同有效期到了，专利有效期也到了，但是还有两三年的钱没付。这时也可以去宣告无效。所以时间上是什么时候可以，这个观念要深深地建立起来。许可使用合同的法律基础还在，请求权还在，该付的钱还要付。所以许可合同跟房租一样，一年一签是最保险的，最能保障权利，但是一年一签的前提是专利权够扎实，否则还是一次性多签。一年一签每年可以都涨价，当然快到期了也涨不起来了。所以要综合考虑，作为律师可能会考虑很多因素，竞争对手、市场价值、产品替代效力如何，专利技术先进性递减的情况，可能被宣告无效的风险，都要考虑到，不是一下子签十年就不好，也不是一年一签就不好。

### • 申请宣告无效的理由

理由，根据实施细则，最主要最常见的理由是没有满足专利实质要件的要求。当然包括不属于专利权保护客

体这种情况也是可以宣告无效的。比如没有利用自然规律，比如违反法律的强制规定，都是可以宣告无效的；还包括权利要求书没有以说明书为依据，说明书没有充分公开理由。讲到这两个法律文件的时候，尤其是讲到说明书的时候特别强调这一点。其他的理由，没有什么质疑的地方。

## 5. 无效宣告的效力

我们讲无效宣告是自始无效的。自始无效就是不应该出生的，无效宣告当然对于专利权而言是自始不存在，但是由于专利权的授权导致的法律关系，一个是合同，一个是侵权而导致的债的法律关系。如果专利权被宣告无效了，没有履行的就不再履行了；已经履行的也不再回复。这就看你作为相对方当事人而言自己的判断了。实践中本着诚信原则，签了许可使用合同当然应该按期给钱，即便不是专利，你用了人家的技术也应该给钱。虽然不是专利，但至少是个完整的技术，也提供了技术指导，并帮助你生产，但你不给钱。给钱是应当的，只不过说没有专利的话，这个价格可能不一样。那么错误地给了许可使用费只能自认倒霉，判断出了问题。实践中，你代表客户谈 lincese 的时候，怎么交底，交的不够人家没有信心，交的太多谈着谈着人家发现你这儿里面有问题的，转身回去发动无效宣告程序，这是搬起石头砸自己的脚。当然如果技术过硬，就是扎扎实实怎么都能获得专利的，无论怎么谈都不会导致被宣告无效的结果。但是如果确实有这个缺点、漏洞，就要注意了。特别是前面的人拿下这个专利，可能是用某种手段，本来有问题拿不下来但拿下来了；作为后期的法律服务人员不知道北京，把相关问题的交代得越清楚，被别人了解的很清楚，这个风险是存在的。实践中许可的谈判其实是很专业要素和谈判技巧的。谈得少了人家不信任，谈得多了，人家可以在你的技术上研发比你更好的东西，这也是风险。所以一个法务人员所面临的的问题其实是很多的。我们在实践中可能方方面面都要想到。我们经常觉得市场上为什么这么险恶？因为竞争是你死我活的，没有仁慈可讲的，只有做大做强了才可以讲仁慈。所以做公益的都是大公司在做。你刚办个公司就要做慈善，也可以，但亏；竞争就是这样，一个好的律师，最要命的一点是能够在具体的问题中都把它的潜在的风险找出来。客户跟你谈，最关心的是有什么法律风险，你说没什么法律风险，我们的制度很完善。但制度完善不代表没有风险，所以很多规则在处理意外的问题，那就是风险。实践中出现的纠纷就是风险。风险对你来讲有时候也是机会。

# Lecture 10

## 专利权的内容与限制

专利权的内容相对于著作权而言就简单许多。应该说，专利权的内容实际上就只有那么几项，生产、销售、许诺销售进口，按照我们国家专利法规定非常少。不像著作权，先来四个著作人身权，再来十个财产权。当然财产权不是绝对的就是这么几项，但核心的就是复制和传播。所以著作财产权和著作人身权给人感觉非常庞杂，专利的体系就很简单，就是自己利用这个技术生产产品，或者许可他人利用这个技术进行生产以及销售这些产品、进口这些产品的权利。

专利权的限制稍微复杂一些，这和著作权的限制一个道理，为了平衡专利权人和非专利权人的利益关系，对专利权人的权利进行一定程度的限制，就是把这些侵权行为挖出来，不认为这些是侵权，民法上讲的侵权违法阻却事由，不再认为是侵权，不用承担相应的法律后果。因为专利权的权利限制和著作权一样，有合理使用，有权利穷竭，不一样的是：专利权是强制许可，著作权是法定许可。不知道我们国家是怎么想的，去做不同的规定。比如在美国的知识产权立法上都是 compulsory license 无论是版权法还是专利权都一样，我们国家一个叫强制许可一个叫法定许可。法定许可和强制许可不一样，后者在获得许可之前是需要和权利人谈判的，这个和法定许可不同，法定许可是上来就用，记得付钱就行了，就像自动售货机；合理使用像公共阅读栏，看报纸不会有人找你收费，路过就可以看；法定许可使用是自动售货机，投钱就出货。合同是存在的，请求权是有的，可以找他要钱；强制许可既不是公共阅读栏，也不是自动售货机。需要先打报告，说和专利权人谈过了，他没拒绝许可，我就可以向专利使用部门申请使用。所以使用许可是专利使用审查机关给的，不是专利权人给的，当然许可使用费是要付给专利权人的。由此可见，强制许可和法定许可有很大的差别。这是对专利权限制的一个描述。

### 一、专利权的内容

- **使用权**

专利权人有权自己实施其专利技术，有人称之为使用权。这种权利是非常好理解的，叫不叫使用权都在其次。

- **禁止权**

第二是禁止他人实施专利技术的权利的使用，我们叫禁止权。知识产权权利有很大的特点，权利分为积极面和消极面，积极面就是专利权人自己使用的权利，禁止权就是禁止其他人妨害自己权利的行使。这种禁止的权利，范围有时候和正面是一样的，比如专利，范围是一样的；有的是不一样的，比如版权商标都是不一样的。版权中，自己有一项权利，可以自己用，也可以禁止别人原封不动使用你的作品，也可以禁止别人改头换面使用你的作品，这就比你原来的范围更大一些。商标也是如此，相似商标在相似商品上不能使用，范围更大。

## · 处分专利的权利

第三是专利权人有处分自己专利的权利。这个是毫无疑问的，任何权利都可以处分，债权都可以转让。专利权人和所有权人一样，既可以转让自己的专利权，也可以放弃自己的专利权。所有权可以抛弃，抛弃有动产和不动产的区分，不动产的抛弃那就需要有专门的声明，并且要类似于销户的登记。动产就比较简单了，直接脱离控制、占有就可以了。专利权人比较简单，不交钱就可以了。到期限届满，自然就没有了；当然还在保护期间内的时候专利权还处于暂停的状态，不能说专利权就没有了，但也不能告别人侵权，你的专利权放在这儿本来是不抱希望的，觉得这个专利权是可有可无的东西，不过发现有人居然还会侵权，你很兴奋去起诉，但法院告诉你先把钱补交了再起诉。处分中比较复杂是共有的情况。一旦涉及到多个人就比较复杂了。专利的共有是不是可以完全比照民法上的共有来解决呢？比如专利权人之一没有经过其他人许可而把专利权转让了，涉及到，第一这个转让合同是不是有效？第二专利权变动的结果怎么认定？这就类似于民法上的不动产的处理。因为专利权有登记的问题。另外一个就是所谓的无权处分。专利权人，比如说专利权人是法人，其法定代表人处分，可能涉及的民法的善意取得问题。但民法的善意取得能不能适用于不动产呢？通常讲的善意取得适用于动产，动产没有太多争议；还有是在公开市场取得，付出了正常的价格才能证明是善意的。关键的问题在于是不是在公开市场上获取，专利没有市场价格，这是一个问题。我们通过价格证明善意取得。一台电视剧是两块钱买的。能证明是善意么？比如在小偷那里买的自行车。大学生对自行车需求比较大的，杨老师那时候人们经常从小偷那儿买，在别的渠道他也可能是偷来的，在商店买的，价格是市场价格，所有权就可以利用善意取得获得保障。专利不行啊，它没有市场价格。即使评估出来也是一个个体，不存在一个市场的问题。知识产权领域都有这样一个特点。同样是商标，为什么有的公司值钱，有的不那么值钱？送你一个三鹿的现在还要么，或者送你一个鹿鹿鹿的；比如可口可乐商标送给你那你赚翻了；可乐这个商标也值很多钱。所以商标更没有什么市场价格，是根据企业走的。版权也如此，书有价格，著作权也是没有价格的，指的是市场价格。一个专业著作应该统一定价么，比如法学类的统一——千字50元，没有这样的。书是有价格的，它是利用大数法则，就是印刷数量达到一定数量以后它能把价格定下来。因为书是有体物，不仅包括著作权的问题，还有印刷成本人工成本等，著作权许可使用费和专有出版的费用平摊到出版的书籍中，出版的书越多，著作权影响就越小。比如这个书是100万拿了许可使用费，书还是该卖多少卖多少，不能说书就卖贵了。没有完全的对对应关系。但是著作权和专利商标都不太一样的地方，或者说著作权更接近商标的地方，作者的声望一定程度上会影响价格，但是影响不会很明显。为什么说大数法则？作者声望不同，许可使用费谈的时候肯定不一样的，有名的作家和无名的差很多，但是摊到一万册两万册书的时候就不明显了。专利转让，很多问题类似于不动产的转让。

## · 使用专利号或专利标记的权利

第四，在产品包装上使用专利号或专利标记。专利标记是®，版权是©，商标有两种标法，一种是TM，注册商标的意思；另一个标法是®，这是比较老式的标法，现在更多的是TM。专利以标专利号的为多，以标©的少。标专利号意思是你可以查的。经营者有时候也是肆无忌惮，例如一些营销的人，小区里面骗老头老太太的人，也标专利号，标的很清楚，说是专利产品，一查发现这个专利号上面是一个机械类的，有的专利号根本就是假的。做的比较逼真的他知道专利号是比较有讲究的，就像学号，知道是你哪一年入学，哪个系的，全日制的还是在职的，都可以区分。专利号也可以用来区分，知道是实用新型还是外观设计。专业对口的人一看，发明专利标了一个外观设计的号明显就是假的了。

专利法上把冒充专利的行为也认为是侵犯专利的行为。法律上这是错的，冒充专利和侵犯专利是两回事。比如明末清初的时候冒充朱三太子是很流行的活动，康熙就很郁闷，当然雍正的时候还冒充就有点儿过分了，那得多老了。有时候冒充的时候忘记了一些比较理性的东西。清朝抓了这么多的朱三太子，下场都是很惨的，怎么还有这么多冒充？也可能这么多里面顶多有一个是真的，抓了然后死了，也许都是假的。但冒充一个人和是不是侵犯这个权利是两个问题。比如我冒充某某知名人士，现代信息技术时代冒充的成本也很高。比如我冒充李小双，人家一搜，说你比李小双高很多么，可能你冒充就是为了得到这个结论。放到以前，信息技术不发达，不要说几十年前，就是二十年前，冒充一个人很容易，因为查询的成本很高。冒充专利成功可能性很低，因为查询太方便了。以前在新疆冒充一个专利，看看对不对，坐着火车飞机，千里迢迢来到北京查，一看是错的，骗子已经把钱拿走了。现在很简单，上网就能查。冒充一个人也是这样，现在必须去韩国才能冒充一个人。还有一种冒充是这个专利号根本不存在。比如学号，一看不是北大学号，很明显就算冒充了。所以专利法把冒充视为侵犯专利权利

是错的，如果冒充一个不存在的专利那侵犯了谁？所以我们国家专利法的规定可能更多的是为了公法上的责任和追究，按道理其实是不是一回事儿。即便是原专利真的，号称使用了专利技术，一查是专利，真的专利也是这个领域的，即便如此，仍然不构成专利侵权，因为两者可能不一样。是不是侵犯专利权看是不是未经许可使用人家的专利技术，或者生产人家的专利产品。除此之外跟用什么号没有关系。我在我的专利产品上全部打上版权？的符号，也是专利侵权，不是版权侵权。

## 二、强制许可

### • 规定强制许可的目的

从这里开始是专利权的限制。最重要的就是强制许可。这个对于专利实践来讲对专利权影响很大，同时也是涉及公共利益很明显的。为什么需要强制许可，因为需要维护公共利益。专利里面公共利益主要体现在公众健康、环境保护等等。从 WTO 多哈回合谈判涉及专利权许可的就可以看出来：食品和药品，尤其是药品。药品不是单纯满足饥饿需求的，而是健康需求的。比如感冒了或擦伤了，需要相应的治疗，治疗有的不需要药品，有的需要药品，涉及药品上可以有专利；还有一些流行性疾病，是特别需要短时间内成批量生产有效药品，如果专利权卡住，就会在很大范围内造成很严重的公众健康问题。比如一些流行性的病毒性的疾病。曾经有一部电影，叫伊布拉病毒。电影反映的是这个真事儿，这个病毒在非洲，厉害到什么程度呢，如果感染了，内脏会全部烂掉死掉，没有救，而且跟流感一样，接触、唾液都可以传染。如果有药能够救这个，这种病爆发后如果不给强制许可，显然是对公共利益的极大漠视；比如艾滋病，不应该不懂这方面的知识。这个病也是起源于非洲。我们国家有些地方这个病也是很厉害，比如河南有个村，是血液非法采导致导致的；还有毒品。以前都说艾滋病通过性传播，性只是三大主要传播方式之一，毒品和血液也是很重要的。艾滋病现在没有克服，没有直接的诊断方法；现在无数的科研机构、高校在研究这个问题。比如北大就有，杨老师做博士后的时候一个生物的博士后就在研究这个。杨老师跟他说你们课题费都几百万几百万的，我们才几万几万的；他说这个不一样，你们的几万都吃掉了，我们做实验一买什么药品原材料，进一个设备，一下就没了。想想也对。而且经常失败，否则艾滋病就攻克了。几百万下去可能没听到声音就完了。我们也可以理解为什么专利权人非常不希望有这种强制许可。我们站在一个外人的立场上，讨论专利尤其是药品的专利许可，非常痛恨这些医药公司，觉得他们麻木不仁；但是站在作为一个研发人员角度想，花了几千万上亿的经费研发，还没有看到回报就被强制许可了，或者被人直接侵权，可想而知带来巨大的损失。毕竟药品公司是要挣钱的。药品研发经费需要很大的，和小小发明家、民间发明家可不一样。民间发明家可以万八块钱造一个飞机，但是真正的科研不是几万块钱可以玩的，都是几千万、上亿的在运作。出来产品进行强制许可，一定要慎重周延地考虑两者之间利益平衡的问题。

### • 强制许可的含义

我国专利法明确规定了强制许可，什么是强制许可以及强制许可的条件。简单来讲，所谓强制许可，是指在法定的特殊条件下，无需经过专利权人同意，他人可在履行完毕法定手续后取得实施专利的许可，但仍应向专利权人缴纳专利实施许可费。这里所谓的特殊条件下是指满足特定的目的或者需要，第二是曾经向专利权人要求征得许可但是没有取得同意，而这个没有同意没有正当的理由。比如专利权人曾经给别人许可，比如十万块钱一年，给过许可，我也用相同的条件要求许可但被人家拒绝，这叫没有正当理由。当然有条件，我们规定禁止权力滥用，或者为了国家利益公共利益强制许可。国家利益比如国家安全、国防利益这些内容；公共利益比如流行病防治等。还有从属专利的强制许可。第一个专利已经有许可了，对其背后的从属的专利则可以通过强制许可。从属的权利通常要依附于主权利的使用而联动。最重要的强制许可还是国家利益和公共利益。禁止专利权滥用，这种强制许可也在实践中是比较多的，公共利益更多，尤其是以公共健康为主。现在世界各国来看，因为饥饿导致的强制许可已经越来越少了，更多的是药品。现在人类和大自然的关系很复杂，我们对于疾病的掌控一方面是越来越强了，另一方面也产生越来越多的新的疾病，是不是莫名其妙爆发了新的疾病。这种疾病可能根上是人类自己造成的，因为人类用各种方法改造地球，自然界也会有它的反应，就是我们讲的变异。很多病毒就是这样的，现在化学生物技术的利用对自然界的改变是不可逆的，可能产生一些未知的病毒。有时候治疗前面的病的时候产生了新的病毒，这个都很难避免。科学技术是双刃剑，可能为我们带来安全感，也会带来不安全感。很难讲我们是处于一种什么样的状态。对于解决这一个又一个的难题，产生的专利技术或新的产品就有可能被强制许可。

## • 强制许可的法定程序

法定程序，就是向专利局申请，由专利局进行审批。专利局就会判断，专利权人的技术是不是会涉及到滥用专利权，是不是会影响公共利益和国家利益的需要，还有考察专利人的拒绝是不是合理的。经过这些判断做出决定。除了使用人的申请之外，国家也可以主动地发布强制许可。比如遇到紧急的流行疾病的时候，国家可能直接宣布对哪些产品进行强制许可，由国家制定的企业进行生产，这种以药品比较常见。

## • 强制许可的条件

我们国家专利法对于发明和实用新型是规定了强制许可，但外观设计没有强制许可，因为没有必要，涉及公共利益的可能性很小。什么叫外观设计？工业上适用的有一定造型的美学意义的造型或结构，和公共利益有多大关系呢，没有？吃药片不一定非要吃动物造型的，又不是小孩儿，药片做成米老鼠的造型，觉得好就吃了，其实这培养一种很残忍的心态。确实一些药品是有外观设计的，有圆片的，胶囊的，但一般是无造型的，一些儿童药片可能有造型。外观设计和公共利益隔的比较远，不可能外观设计体现国家安全什么的。阿拉伯国家，产品外观设计成猪就不好了。

所以强制许可只针对技术、产品，不管是实用新型还是发明，本质都是一种发明创造，都是一种技术方案，所以会涉及公共利益。满足哪些条件呢？

1>具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能在合理长的时间内获得这种许可时，专利局可根据该单位的申请，给予实施该发明或者实用新型专利的强制许可。所以不能强买强卖，而是合理条件，给别人许可都是十万，我也出十万怎么不给？就看你不顺眼？不行。

2>出现公共利益的需要。没啥需要，非要强制许可人家的专利，恐怕也没有道理。合不合理不管，这是市场。比如人家有一个跑车，租一天400元，也不能说不合理了。你随便冲到一个人那里给人家400元就要用人家的车，这不行。别人的车凭什么给你用？除非是警察执行公务，那也是公共利益。专利局的判断主要就是围绕这两个。第一，如果你从来没有跟专利权人谈，直接到这里申请许可，那是不行的；第二是是不是有必需。比如这个药品是很好，治疗这个病很好，这病也确实危害人的健康。但是没有必要性、紧迫性，比如癌症的药没有必要强制许可，因为癌症没那么紧急，也不会传染。你跟一个癌症病人握手、接吻都不会被传染。有些病是会传染的，流感最显著，尤其以日本香港人比较喜欢戴口罩，美国是最不戴口罩的。08年那次猪流感，杨老师当时在美国，但发现街上没有多少人戴口罩，虽然这猪流感是美国先发现的。飞机上凡是戴口罩的全是亚洲面孔。新闻报道里面发现香港几乎每个人都戴口罩。这是紧迫性的需要，没有这样一个需要，谁还去搞药品专利，那太危险了。强制许可通常是对人类健康有很严重影响的，而且是规模性的，传染性很强的。这个世界上传染性强的东西很多，即便强，对不同种群效果也不同。

3>一项取得专利权的发明或者实用新型比先前已经取得专利权的发明或者实用新型在技术上先进，其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的，专利局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。说白了就是前面的专利不能利用自己的独占地位，而阻碍技术发展或阻碍先进技术给人们带来生活、生产便利的效果。前面有一个专利，人家在这个技术上搞出更好的，这个更好是指对人类生产生活带来明显效益提高的。你在实施后面的这项专利技术的时候，是依赖于前面这项专利技术的许可的，这个时候就必须给，不给不行。这有点儿像你家住在风景区的门口，天天有人从门口过，你不能搞一个大铁门锁住，不能因为你住在这儿把这套路堵死，这是不允许的，因为这是必经之路。作为这样一种专利，确实也有它的重要性。可能因为它这项技术的完成，促使了人们更进一步的发展。有了后面更先进的技术。所以就是所谓的不能起到阻碍作用。这在专利法上叫 hold up，如果你的专利技术是一个 hold up，那就要进行限制。这个概念在基于专利而发生的反垄断也是这个概念。包括我们讲的专利蟑螂 patent troll，这个概念讲的很多。为什么具有可规制性呢，因为很多时候它产生了一个 hold up。Hold up 针对的是技术的发展。

## • 费用的协商

强制许可的决定做出后，还是要付费的；费用由谁决定呢？就我们国家专利法规定来看，在专利局做出了允许强制许可的决定之后，双方当事人对许可使用费进行协商。问题在这通常协商不了的，如果前面协商能成功，第一个条件就不会出现。一个是没有合理理由，一个是紧急情况进行许可，也没有那么多时间磋商，通常先要生产，许可使用费是滞后的谈判。所以通常很难达成一致，如果不能达成一致，由专利局进行裁决。专利局怎么裁

决，可不可以不服、可不可以起诉，没有规定。问题在于：专利局依据什么裁决？对裁决不服有没有救济权？显然按照现行的专利法，这个规定是不清楚的，是空白的地方。应该说，双方当事人如果能够协商当然最好，协商不了的话，专利局应当依照什么标准来裁决？比如曾经给过的专利许可使用是一个标准，或者专利局对专利技术进行评估，根据评估结果确定许可使用费。如果对于专利权裁决不服的，专利权人应当向法院提起诉讼，要求变更。这里面如果没有这个救济的话，专利局的权力太大，因为给不给专利权这个权力是在专利局，这是我们讲的授权；如果许可使用费也由专利局决定，这个是没有道理的。因为专利局离市场比较远，它可以判断一项技术是不是有新颖性实用性独创性，但是专利值多少钱，它无法判断。而且除了紧急情况之外，通常是因为已经谈过，但专利权人没有合理理由拒绝。这个合理是什么样的？如果做出的裁决，许可使用费是不合理的怎么办？不能不给当事人救济。一切纠纷的终局裁断都应该交给法院，这才是所谓法制，不能把终局才判交给行政机关，这是不行的。因为这一点，所以把宣告实用新型外观设计无效的裁决交给法院。以前只有发明才行，现在是都可以，实用新型、外观设计、专利不服无效宣告的决定的都可以去起诉。

## • 强制许可的登记公示

强制许可的决定作出后，应当进行公示。这公示就类似于物权公示。作为一种权利的限制，对于绝对权（专利权是排他权），我们对照所有权，尤其是不动产，不动产上面的任何权利负担都是需要登记的，比如房子进行抵押，也要登记；按揭贷款的房子也是有标注的，房本上可能是有关于按揭的相关信息，还清了就给你去掉。有的是去掉有的是换一本；还有进行抵押，通常为了区分按揭，我们称为消费贷款抵押。没钱花了但有房子，到银行贷款，用房子抵押，银行就把钱借给你，不怕你不还钱，不还钱就把房子拍卖了，然后在房产证上表明抵押贷款的信息。这个期间如果要卖方，那买方就会看到。如果不做出这种信息的公示，就会对买方造成侵害，买方不知道这个信息，就容易引发纠纷，这就是权利公示。强制许可也是一样，是对权利的很重要的限制。要买你的专利，发现还有强制许可，就不买；如果是不知道的情况下，以为是干干净净的权利，买来了才发现有强制许可，也是一样的道理。对于需要进行公示的，在设定了权利的限制时，民法上通常不叫权利限制，叫权利负担，比如有租赁关系的，有抵押的，是负担。知识产权也是一样，进行许可使用也要登记，强制许可只是许可的方式不一样。一定要登记。登记会产生很多问题，知识产权法上没有规定，但民法上有登记错误的问题，不登记的问题等等。这些会影响善意取得的问题、合同的效力问题及其权利变动之间的关系问题，都会涉及到。尤其是经过几次倒手以后，这个问题就变得很重要。涉及到是不是技术合同无效，权利变动的效力怎么认定等等。民法上可能相关的规定是很清楚的，尤其是物权法规定之后很清楚，但是知识产权没有。比如强制许可，没有经过登记和公告，买的人买了会如何。这容易出现在跨国的时候，比如A国因为某种原因对本国的产品进行了强制许可，B国人要买产品，A国的专利局的人都表示沉默，卖给他，买过去之后才知道有强制许可，这种情况当然在比较发达的国家不太容易出现，但是在一些道德水平比较低的国家就有可能出现。公示的问题，专利作为一个排他性的权利，这是一个应有的公示公信问题。

专利的强制许可，产生的时候要经过申请并且审查，消除也同样需要经过申请。强制许可有两种终止的方式，一种是许可期间自然的终止，因为这个原因发布一个强制许可的命令，这个强制许可令一年期或者半年期，到了以后自动消失；一种是没有期限的，因为不知道要多长时间，比如瘟疫爆发，不知道疾病何时消失何时重视，所以由申请终止。申请强制许可的条件已经不再具备，申请终止。

这里思考的问题，主要是民法的问题。通知登记的问题，没有及时登记和未明确的法律效果问题。

另外要明确，强制许可是普通许可，不具备独占性的。已经造成限制了，不要太过分，用了人家的还独占性地用。一般是流行疾病，颁布强制许可使用令的时候，通常是好几家企业生产，因为需要大量的药品治疗疾病，不能让一家企业发国难财，不具有排他性，也不能够把许可转让，不能拿到许可后卖给别人，而应该自己用来生产。所以获得强制许可的人都是实实在在的生产企业。

我们国家知识产权局2005年的时候颁布了《涉及公共健康问题的专利实施强制许可办法》。这个办法其实是针对多哈回合谈判颁布的多哈宣言，以及关于多哈宣言第六段的实施的决议，关于我国强制许可的实施问题。因为我们是WTO成员，对于WTO谈判的成果，也要制定自己的操作规范。按照这个办法的规定，在我国预防或者控制传染病的出现、流行，以及治疗传染病，属于专利法第四十九条所述为了公共利益目的的行为。传染病在我国的出现、流行导致公共健康危机的，属于专利法第四十九条所述国家紧急状态。传染病不能仅仅是医疗意义上的传染病，传染病太多了，很多疾病都是传染的，红眼病还传染呢。药品公司有个治疗红眼病的好药，不能就宣布强制许可，问题是看造成什么样的影响。因为有两方面的危害，一方面是健康，一方面是公共秩序。公共

秩序的影响如果像非典那样，那也可以，大家都猫在家里。

## • 案例

在泰国公共卫生部宣布即将针对默克公司治疗艾滋病的药品(efavirenz)专利颁布强制许可后不到 6 个月的时间，由于与默克制药公司谈判未果，巴西总统卢拉于 2007 年 5 月 4 日签署强制许可令。这是巴西政府首次颁布药品专利强制许可。2007 年 4 月 24 日，巴西卫生部方面表示，efavirenz 药品关系到公共利益，限定默克公司一周内降低药价。当时该药价格为每片 1.59 美元。默克公司表示可降低 30% 的药价，但该提议未能满足政府要求。巴西政府表示，efavirenz 药品是治疗艾滋病最常用的进口药品，38% 的巴西艾滋病患者正在服用这种药品。预计到今年年底，巴西 20 万的艾滋病患者中将有 7.5 万人服用此药品。政府将从其他地方以每片 45 美分的价格获得该药，并将允许一家药品仿制企业生产 efavirenz 药品(商品名为 Stocrin)。默克公司对此表示抗议，并对巴西政府的行为“极度失望”，他们在一份申明中表示，此次巴西政府对知识产权的征用等于向研究型企业在研究发展中国家疾病方面发出了降温信号，并有可能危害到那些需要创新治疗方法的病人。巴西政府表示政府行为“完全遵守国际要求和巴西的法律”，专利权人将获得补偿。

这个事例就是我们提到的一个问题，艾滋病是有传染性的，艾滋病的传染，若是艾滋病病人接触的针头直接注射，这种感染率是非常高的，基本在劫难逃了，血液也是类似的，其他的感染就未必了。但是问题就在于，它是不是一种传染性很强的流行疾病，即专利法上需要考虑这种传染性是不是会造成公共紧急事件。开玩笑说可能因为一场流感地球完蛋了，艾滋病还没有这种现象。欧洲中世纪黑死病死了很多人，有文学表述说一天带走了上千万人，给欧洲带来巨大的打击。艾滋病达不到这种效果。是不是紧急的事情需要判断，如果不需要是紧急的，理论上所有的药品都可以强制许可了。这有一个判断的度的问题。这个事例里面，巴西政府一个很大的理由是它们国家有 20 万艾滋病患者，患者就是已经处于发病期，病毒可以复制得非常活跃。20 万这个数量还是挺大的。中国说也有很多，如果算上携带者，这个数量也是很大的。所以每个人呢都要有一点点这方面的知识，保护自己。这里有很大的信息不对称，不知道你的环境里面谁是谁不是，因为涉及人权问题，不能够歧视人家，但是不小心有过比较亲密的行为以后就有可能。当然我们有一些制度的保障，比如对医疗废弃物品的管理处置，这些法律制度是一种制度性保障，如果违反这些制度和法规就非常危险。比如所谓的艾滋病村就是因为循环使用针头造成的。抽血的时候这些都是很危险的。所以巴西政府是以这个为由——它的患者太多了。但是默克公司对巴西政府的行为表示极度失望，跟中国的口吻很像。它还是一个公司，中国作为这么大的一个国家还经常无奈，作为公司你只能表示遗憾。这种声明意思就是说巴西政府对知识产权保护不重视，希望通过这种方式为巴西政府造成一些影响，减少高新技术企业到巴西进行投资。一些外国企业不到中国投资也是考虑认为中国不重视知识产权保护。当然这不仅仅是唯一的影响。大家都知道贩毒有危险，但还是贩毒，因为赚钱。中国确实是保护不好，为什么还有外国企业来，因为市场大，而且也比以前好多了。中国市场是一大块肥肉，谁都不甘心放弃，都想咬一口，所以还是会来。你有机会去新加坡机场，看到硕大的字，在新加坡贩毒是要判处死刑的。中国也判处死刑，但是不会写在这。泰国、越南一些国家也有这样的提示，觉得很瘆人。新加坡是一个很发达的国家，去旅游看到这个标语，内心是很不舒服的，有点儿毛骨悚然的感觉，气氛很紧张，那个牌子旁边就有搜毒犬和荷枪实弹的警察。

前面讲的强制许可都是理论上的、法条上的，这个事例给你一个感性认识，现实生活中是怎么发生的，专利权人是怎么表现。巴西政府说这是遵守国际要求 (TRIPS 等)，会给你补偿的，有这样的表态。总不能说不给你补偿，这是肯定不行的。强制许可是最主要的对专利权影响比较大的限制。

## 三、不构成侵权的行为

《专利法》第 69 条：

- 1、专利权人制造、进口或者经专利权人许可而制造、进口的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品售出后，使用、许诺销售或者销售该产品的；(权利穷竭)
- 2、他人在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的；(在先使用权)
- 3、临时通过中国领土、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的；(临时过境)

4、专为科学研究和实验而使用有关专利的；（合理使用）

5、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。（博拉例外：公共目的）

接下来一种，不构成侵权的行为，这个所讲的几种情况之所以放在一起，是因为我国专利法 69 条的规定。但这些实际上代表不同的制度。这里头包括了合理使用制度，也包括了侵权违法阻却事由，权利穷竭，还包括了在先使用权的内容。在先使用权其实本来就是专利权权利范围之外的，严格讲都不是对专利权的限制。限制是本来是你的权利，在先使用权，本来不是你的，你申请前别人已经在用了，所以叫在先使用权。就像城中村一样，本来就不包含人家，所以要通过城中村改造，用户口引诱人家放弃这块土地。因为城市的土地是国家所有的，农村是集体所有的。为什么城中村改造造就了一大批富翁，他们没事儿可干，除了钱什么都没有。老师羡慕这些人，这是一种现象，他们这些人确实无事可干，让他们找工作，一个月三千，自己手里三千万，为什么要干？这是两种权利。

## 1. 权利穷竭

这一条被称为允许平行进口，这是权利穷竭带来的结果。这条的规定其实很简单，就是所谓的返销。这个产品可能是专利权人自己生产的，或者是经专利权人许可生产的，或者利用专利方法直接获得的，不能是间接的。我们讲平行进口，就要画国界。产品三种方法：自己生产的、许可生产的、利用专利方法生产的。A 在甲国生产的，卖给乙国 B，甲国 C 又买进来。69 条针对这种情况，是可以的，这里强调的都是产品，是平行进口里面最简单的一种情况，就是一直是产品在流动。所谓的权利穷竭，就是 first sell，当专利权人能够从产品的第一次销售里面获得收益，则此后这个产品的再次流通就跟专利权人没关系了，这叫 first sell。有人说这一条是对权利穷竭的确认，允许平行进口，当然涉及进口的时候就是允许平行进口，也可以不涉及进口，因为也包括在国内的流通。如果没有这项权利穷竭制度，卖出去再买回来，能否允许？这个产品在这个乙国还没有销售过，这时候进口进来当然是侵犯专利权的。没有这项规定，进行这种进口，就会侵犯专利权。专利权四项权利内容：生产、销售、许诺销售、进口，专利权的权利内容本身就包括了进口权，这种进口权不是平行进口。正是因为有进口权，才有这个权利基础去禁止这种进口。规定权利穷竭就是对对这个权利进行限制。所以，为什么 69 条是权利的限制呢，它规定权利穷竭限制进口权，这个地方就允许它进来了。开始打个问号的意思，就是允许不允许进来是一个公共政策选择问题，可以允许进来就规定这个；如果不想让他进来，为了保护专利权人，就不规定权利穷竭。权利穷竭和平行进口是联系在一起的，平行进口的问题产生的理论基础是权利穷竭的问题。但是权利穷竭和平行进口是两个问题。可以说权利穷竭是知识产权问题，而平行进口是国际贸易问题。如果涉及知识产权产品，就是知识产权国际贸易，如果不涉及就是其他的进口。所以平行进口不是知识产权独有的问题，是国际贸易一个共通的问题。在知识产权这里讲是因为国际贸易很多涉及知识产权。比如定牌加工，耐克的工厂设在中国，最近搬到泰国了。因为中国劳动法颁布，提高了用工成本。广东和浙江就很多劳动密集型企业。

## 2. 在先使用权

在先使用权顾名思义。注意不是获得专利之日，而是专利申请日前已经在使用这技术或产品。这里就有个问题。在先使用权的条件很清楚，第一，申请日前，这是一个关键词；第二，和专利权保护的是相同的或者实质相同的。在先使用权之所以规定是因为有冲突。第三个关键词是在原有范围内，这是一个麻烦，什么叫原有范围？比如原来在山东，不让销售到别的地方，现在有了专利，还是只能在煽动。可是问题是，如果又有消费者的流动，使得这个产品超出了这个范围怎么办？是只在山东买，买了的人到了别的地方继续转卖怎么办，也管不了啊。实践中很难有统一的标准认定原来使用范围到底有多大。有的是很明确的，因为二者是竞争关系。虽然你先用了，但疏忽了没有申请专利，竞争对手发现后马上申请专利了。当然实践中是有一对矛盾的。首先你必须在它前面，但是他还能够获得专利。这就是问题。你在前面使用，一定不能够构成公知公用。一旦构成公知公用，就都没有专利了。既不能公知公用，又是在一定范围内使用，这个尺寸其实很难把握。跟商标不一样。商标的没有所谓的公知公用问题，没有新颖性创造性判断问题。把商标先使用了但没注册，后来我用同样的商标注册了，你还可以使用。92 年之前注册的服务商标可以继续使用，一定程度上肯定了商标的在先使用权的问题，不存在新颖性的判断问题。专利就有，就会带来这样的矛盾。另外还有我们说的营业范围问题。

### 3. 临时过境

这个比较简单。怎么判断临时过境呢，就是不办入关手续么。一个飞机从日本飞过来，在我们的机场经停，到俄罗斯去。如果办入关手续就不算临时过境了。只要办入关手续就不是临时过境。临时过境经过你国境内，不包括公共的天空、海域等。临时过境要解决的是交通工具基于运行的需要所安装的装置设备中，涉及受你这个国家专利法所保护的技术方案的，不认为是侵权，因为它不进入你的市场。之所以挑出来，因为不会导致一个涉及专利权人利益的行为实质地进入你的市场。临时过境一般来说是一个短期的行为，不能把船在你那儿停好几年，那就不是临时过境。

### 4. 合理使用

制度宗旨上和著作权的合理使用没有什么区别。专利的合理使用很简单了，著作权法规定的更多，著作权法修正案中列十七项，还有兜底条款。专利很简单，就两个：科学研究和实验。当然两者有时候是重叠的，实验不就是科学研究么，小时候做实验也是科学。为了科学研究和实验的目的使用专利，我们想问的是使用了专利然后呢？这个和前面讲著作权有一个类似，为了学习和欣赏的目的使用作品，问题也是然后呢？著作权法其实潜台词是然后发表作品也可以，没有问题，引用是合理使用，发表也可以，我们也很习惯，写注释，这就是合理使用。合理使用只是限制权利人的财产利益，但不得侵犯其他利益。人身权得尊重，不能引用了一大堆东西不写注释，我们日常生活中会说你剽窃，实际上就是没有尊重别人的作者身份权。当然，再拿去发表才会涉及经济利益的侵害。

专利，为了科学研究和实验，干嘛做实验非要使用人家的技术。然后搞出一个产品出来，申请专利可不可以呢？这都是后续的问，即合理使用以及合理使用得到的产物应该如何对待的问题。对照一下就明白了，侵犯专利权搞出的新的有新颖性创造性的成果也是可以申请专利的，只不过任何时候实施专利都要付费。就像拍一个电影，把别人的小电影放进去了，你自己当然也有著作权，只不过你行使就侵权，所以一行使就要付费。这里也一样，为了科学和实验使用他人专利，得到的成果可以申请专利，但是申请专利之后，在实施这个专利时，如果涉及对人家前面的专利的实施，一样也是要付费的，不付费就是侵权了。所以，单纯地为科学研究和实验的目的使用是否构成侵权，其实是无所谓的。就像我们在家里看见一本好文章、好书，很兴奋，抄下来锁在自己的橱柜里，不管是合理使用还是侵权，这个是没有关系的。这是脱离市场的。我们关心的是什么时候再把它放进市场里来。用著作权法的原理推，肯定是侵权的。偷拍的人是视听作品制作者啊，后者可能也觉得很冤，我是偷拍的哪儿知道侵权，谁让偷拍的啊。你每次用别人专利做实验，每次都炸了，所以得出结论说你这专利不靠谱，那我管你是否侵权？因为没有流入市场，认定侵权没有意义。关键还是看产物。所以我们要注意这一点。包括我们讲著作权法讲到，公开场所展出的艺术作品，可以拍照、临摹、摄像，这是合理使用，管这个没有意义。我们知道法学院楼后面有个死胖子，很多游客都会去看。原来在光华的门口，新书记来了以后觉得有碍观瞻，挪到了四合院后面。你对它拍照片，拍完了，著作权法不管了，我们管的是你拍完了然后发表，这种行为怎么认定。这里也是一个道理。

### 5. 博拉例外

博拉例外，这是第三次修订增加的。兴起于美国。涉及的行为是制造、使用、进口，那么涉及的内容是药品或者医疗器械，目的是为了提供行政审批所需要的信息，可能需要审批的内容很多，但因为涉及药品和医疗器械，通常都是药品和医疗器械的主管行政部门的审批，为了这个需要而制造这些东西。博拉例外在美国是一个比较陈旧的制度，我国从2008年制定到现在也有一定的时间了，是为了审批手续。达到了目的之后，就不能继续这么干了。也就是说它有明确的目的性，干完了这件事儿以后再也不允许了。具体怎么操作，看一些教材，简单的介绍就明白了。因为它的目的非常明确、单一，所以适用范围比较窄，就是这样一个独特的情境之下适用。其他的涉及所有的领域，它只涉及特定的领域。

#### · 案例——【北京猎日科技有限公司与卓有惟侵犯专利权纠纷】

被告认为原告猎日科技在北京海淀某健身中心安装安装的产品是涉及侵权的，经确认产品是由其销售并安装

的，被告认为自己尽到了确定被动侵权的义务，但是猎日公司有不同的看法，认为该产品销售和安装都是在被告获得本案专利授权之授权日之前完成的。猎日公司在诉讼期间始终没有向法院提供相关书面证据，所以认为上述理由不成立。这是案子核心问题的概括。从这个案子可以看到，这个案子只是涉及到不侵权的问题，相对比较简单。这一讲是在讨论不侵权，所以相关的案例也是选的针对这个问题的。实践中如果是针对不构成侵权的诉讼，相对是比较简单一点儿。实际上在专利的相关的诉讼中，也都是主要围绕证据，举证和相关证据的认定，不像侵权的案件那么有意思。这个案子只是一个证据的问题。

## 四、专利权穷竭

### 1. 概述

接下来一个问题是专利权穷竭，和前面讲版权穷竭学理上是相同的。也就是说，权利穷竭本质上是对专利权的限制，英文环境下都叫 first sell 原则。专利法语境下，无非是专利权在某一个具体的产品上穷竭，和版权在某一个具体的载体上穷竭是一个意思。我国专利法 69 条第一项规定是专利权穷竭一个很明确的表现，这是在专利法修订的时候体现出来的。

这里特别强调的是，穷竭是指权利在某一个有体物上，专利法表现的就是产品。这个产品可能是有专利的，也可能指的是依专利方法生产出来的。是指专利在这个产品上穷竭，也就是不能控制产品的再次销售。因为专利权并不是控制专利产品的传播的，其核心控制的是生产，不管是自己的生产还是许可他人生产。对照版权法来讲就是制作复制件，只要复制件的数量没有增加，就不涉及专利权。这个和版权法上有一定的差别。版权法上不一定非要制造复制件，不制造都有可能侵权。

69 条第一项体现的专利权穷竭相对来说不是专利权穷竭的全部，只是一部分。是用进口的问题表现出来的，即平行进口问题。专利权销售出去后，再次购入专利权所在的国家，专利权人是不能制止的。所以这是产品的流转问题，流转出去再流回来，不构成侵权。这个穷竭，即 First sell 原则的体现，在平行进口问题上限制的是专利权人的进口权。专利法对专利权人规定的权利内容包括生产、销售、进口和许诺销售，这个意义上限制的是进口权。既然进口都不再能受专利权人控制，那这个专利产品的其他的不涉及进口的销售就更不受控制。无论多少次再销售都不受控制。这个是专利权穷竭的实质，目的是切断专利权人对专利产品的控制。因为专利法明确授予了专利权人以销售的权利，所以必须用专利权穷竭来切断，不能让销售权无限延伸，这是穷竭的本质和目的。

#### • 案例——【鞠爱军与山东武城古贝春集团公司外观设计专利侵权纠纷】

这个判例和我们说专利权穷竭的规定有一定的差距。因为这个案子是 2000 年前发生的，一审肯定是在 2000 年之前，相关法律事实发生更早，那时候还没有 69 条第一款，看这个案子的过程中一定要注意这个背景。这个案子反映的一个有意思的问题，经济生活中一个常见的现象，回收酒瓶然后装新酒销售。过去都是从制假打假角度讨论，实际上还有专利权角度。很多酒瓶是有外观设计专利和其他专利，回收后装了新酒再卖出去，哪怕不是别的品牌的酒，装的就是自己的酒，比如就是茅台，装了新的茅台卖出去，同样的酒、同样的瓶子，问题在于不同的人销售，不是专利权人自己销售。如果是自己的外观专利，卖出去的酒，空瓶子收回来装新酒再卖出去，这个不涉及外观设计侵权。问题是其他人的收购，他获得了卖酒的授权，没有获得专利的授权，就可能构成外观设计侵权。有了权利穷竭制度后，这个问题就有可能解决掉。现实生活中有可能有这种情况，凡是涉及到比较好的包装的，都有这个可能。有人买了商品用完后把相关的包装毁掉。但是有了权利穷竭制度后，专利权的角度这个就没有问题了。当然消费者可能会有不好的感受，觉得用的总得是新的。再如化妆品，有的瓶子造型是很漂亮的，用完瓶子扔掉后，捡回来，换上新的。这个案子实际上反映的是这个问题，和过去经常讨论的角度不一样。

### 2. 专利权穷竭与知识产权的地域性

二者是什么关系？并不一定是一致的。如果权利穷竭要受到地域性限制的话，即出现国内穷竭，国际上并不穷竭。如果专利穷竭不受到地域性限制，那就是国际穷竭。比如专利产品在中国有专利权，在中国销售，在这个穷竭是全球性的，再卖到哪里都控制不了，这个时候就叫国际穷竭；而所谓的国内穷竭，只是在国内卖，就是国内穷竭。但我卖给 A，A 卖给了 B，B 在另外的国家销售，就有可能涉及侵权。因为如果专利权是国内穷竭，就

还是有可能涉及侵权。权利穷竭与知识产权地域性的关系，实际上要解决一个问题：专利权人通过销售专利产品获利，只能是一次性的，这个结论是在一国有效还是全世界有效？如果是在一国有效，那意味着不同国家销售可以多次获利；如果是国际穷竭，则通过销售产品只能是一次获利，在全世界都适用。所以国内穷竭又称为相对穷竭，全球穷竭成为绝对穷竭。

### · 专利产品的平行进口问题

两者关系影响比较大的主要就是平行进口问题。我们多次讲到平行进口。如果说专利产品在甲国有一个专利权，在甲国销售以后，专利权人是 A，销售给了 B，这时候有个 C 在乙国把你的专利产品从 B 那儿买过去了，C 在乙国进行销售，这个销售行为受不受前面人的控制？如果绝对穷竭，C 是没有问题的。大家学了国际经济法，研究国际贸易问题，只要涉及到不同国家，这个问题就非常复杂。如果两国都是 WTO 成员，这是一种情况；一个是一个不是，那就更麻烦了。但即便都是 WTO 成员，还要分 A 在甲国有专利权，在乙国没有专利权，只是依据 WTO 的相关条约，乙国有义务保护 A 的专利权；另一种情况是 A 在乙国申请了专利，A 在这个国家本身是有专利权的。此时 B 直接卖给 C，光是这个地方就可能产生问题。如果权利穷竭是国内而不是国际穷竭的话，A 依据在乙国的这个专利就可以禁止，不需要再次销售，前一次就侵权；但是如果说 A 没有申请这个专利，B 把这个东西卖给 C，这个时候通常在海关这一块儿是控制不住的。只有等到 C 再次销售的时候，才能依据甲乙之间的关系（如果是 WTO 成员，依据相关条约）申请禁止。当然我们知道不是强制性的。中国是 WTO 成员，发达国家基本都是 WTO 成员。他们经常说中国没有给他们很好的知识产权保护。所以即便都是 WTO 成员，给予保护也是自己做主的，大不了到 WTO 提申诉。举另外一个例子：中国有企业抢注了法国知名的葡萄酒品牌，法国企业知道后要求中国撤销。中国拒绝，理由是你这些品牌在法国是驰名的，但在中国不是。2009 年商标法司法解释第一条就提到，我们指的驰名商标是在中国驰名。法国企业在中国没有销售，肯定不是驰名商标。这个企业在法国是驰名商标，没有任何疑议。中国和法国都是 WTO 成员，你说给予驰名商标保护就给予么？对不起我说了算，我出台司法解释说要想在中国获得保护一定要在中国驰名。但中国驰名也没有一棒子打死，还可以讨论在中国“驰名”什么意思。比如中国相关消费者，比如酒类消费者都知道，那能否认定驰名？中国法律解释者说驰名商标在中国必须有销售，这就彻底打死了，法国企业生气也没用。所以 A 在甲乙各有专利权和 A 只在甲国有专利权是有显著区别的。如果做法务，给公司建议一定是如果在一国有目标市场的话，一定要申请专利，不要怕麻烦。人家违反了保护义务又如何？老外说中国知识产权保护水平仍然不太理想，中国说继续努力，要是咱们说烦了，那怎样？有本事你退么？Google 闹了半天不也是加了个.hk 继续让用么，真要退干嘛不自我屏蔽呢。所以不舍得退出中国市场，退到香港去没什么区别。当然象征性一退，百度是比较欢迎，百度很多是学它的。另一方面中国也不希望它退。如果有机会到加州，可以看看 Google，感觉确实这个企业不得不佩服。从外观上看，只是草草参观一下，会觉得这个企业确实很强大，会佩服公司文化和很多东西，会觉得这个企业有生命力，和很多企业不一样。他们员工很随意的，没有要求着正装，有的穿背心短裤，很悠闲，产品确实很厉害。卫星地图厉害到什么地方呢，有一个角落专门安装了一个设备，要找北大博雅塔一下子就能找到。可以有身临其境的感觉。当然也出现了其他的问题，比如国家安全问题，在很多国家遭到这个质疑。所以很多方面也有所改变。Google 的街拍是很厉害，涉及到一些信息安全的问题。其实信息的发展，人类追求信息安全和信息发展的时候必然有冲突：人们要求信息便捷度越来越高，必然面临信息安全风险越来越大，这是同步的。我们可能感觉不到，但是其实我们所有的人在 Google、在国家安全部的人面前跟裸体的没什么区别。你所有一切他们都知道。你会很不舒服，但是其实就是这样。为什么有人骂几句就被抓了呢？Google 为什么收敛呢，因为是一个公司；国家为什么不收敛呢，因为是一个国家。你拿他没招。第一堂课就强调知识产权首先是一个公共政策，就是这个区别。

A 受到知识产权保护程度的大小，就跟这个国家采取全球穷竭还是国内穷竭有密切关系。有学者解释 69 条第一项的时候说中国采取的权利穷竭是全球穷竭，但这些人根本不了解什么是穷竭，什么是平行进口。这些人说我们国家允许平行进口、采取全球穷竭，这么说完全是不负责任的。69 条第一款只是说卖出去之后再次进口专利权人不能禁止，这就是全球穷竭了么，肯定不是这样的。只是说在本国穷竭，能说在国外也穷竭了么，没有这句话。什么时候才叫全球穷竭啊？69 条第一款说的是这种情况：一个产品出去了。然后再进来，不能够禁止。只能说明在甲国是穷竭的，出去之后是不是侵权没管。在这种情况下，什么时候可以打破它？可以在乙国申请专利，注意这是两个专利权。根据这个专利权生产的产品在甲国销售给 B，这个穷竭了，没有问题；当 B 再出去的时候，是用另一个专利权来禁止。怎么解决这个问题，只能通过两国贸易政策、谈判，对这种情况一概不追究、彻底放开，这才叫允许平行进口。平行进口和权利穷竭是两个相关联的问题，但是绝对不是一个问题。所以，我

们可以假设：两个专利权，核心技术都是一样的，但分属两个不同国家我们说的穷竭是什么，用 A 专利权生产出来的产品，穷竭了；另一个，不是根据 A 专利权来的啊。这种情况下 P'也是禁止的。但是如果没有 P'，如果采取全球穷竭，即便乙国给 P 很好的保护，你也不能禁止。所以什么情况下允许平行进口？只有甲乙之间达成了允许平行进口的公共政策、条约，才能实现真正的平行进口。这里说的只是平行进口的一种情况，被 69 条第一项允许了，仅此而已。有人说我国允许了平行进口，这完全是胡说的。原来讲版权也讲了平行进口问题。可以对照一下。

## 五、关于赔偿责任的免除

这个问题不是限制权利的，而是限制侵权责任。按照专利法的规定，“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。”。这里有两个关键词。第一个是不知道，第二个是证明合法来源。不承担赔偿责任，意味着让你停止的你还得停止。不是不用赔了还继续销售，而是必须马上停止销售，就像民法上讲的停止侵害。这里用的标题是赔偿责任的免除。有的人说侵权责任免除，这是另外一种胡说八道了。当然很多学者使用概念确实不够严谨和慎重，胡乱使用。只是不承担赔偿责任，不是不构成侵权，这是两回事。没有经过专利权人许可，制造和售出产品，就构成了侵权。由于能够证明合法来源，这就有点儿像举证责任倒置。通常讲民法上并没有把侵犯知识产权规定为一种特殊侵权，而按照侵权所害责任之债，需要证明对方有过错。在这种情况下，为了在赔偿责任上对专利权人构成一定限制，就允许侵权人证明自己对这些产品有合法来源的，从而免除赔偿责任，只承担停止责任。实体法上这个很清楚，但是实践中适用的时候，涉及到证据问题的时候就非常困难。比如怎么证明“不知道”？中国人喜欢耍赖，“睁着眼睛说瞎话”。从日常生活上来讲这是一个诚信的问题。中国人近代尤其是近六七十年来，诚信系统的摧毁太可怕了。所以到国外去会觉得老外很傻，确实很傻，便宜不占，简直太笨了。但是真正社会效率低的是我们，因为预防成本太高了。我们出行都是预防心态，而老美出门就很轻松。当然老美有老美的问题，种群之间没有那么高的信任度。一个社区有黑人搬进去，白人都搬走了。奥克兰是美国犯罪率第三的城市，其实是非常漂亮的城市，当年很好，但现在超过一半是黑人。杨老师在那儿呆过，中午十二点走在路上都没有什么人。杨老师作为访问学者在那儿待了一年就出了三起枪击事件。但是中国人诚信系统摧毁是非常可怕的。出远门父母说不要跟陌生人说话，不要吃别人东西，因为代价太大。做生意也是一样。这种主观状态会影响到法官，法官也是以怀疑态度看相关的东西，所以举证起来其实很困难；另外合法来源，这个证明，法律上就是认发票。我们知道发票在我们国家有，在别的国家没有，人家是收据。这就类似于我们说吃饭给结账的时候给的白色的单子。中国就是人发票，上面有公章，中国人就认公章。国外不认公章，签字就可以，差别很大，如果都是国内当事人好办，但是国外买东西怎么证明合法来源呢，就比较困难。这种合法来源的证明在实践中往往就伴随着质疑对方发票是假的，要求鉴定，发票的真假、章的真假，多了很多证明的过程。实体法上很简单，如果能证明上述两点就不承担赔偿责任了。但是实际上对于经营来讲还是很受到影响，因为很可能进了一批货，进行生产，一下子全部都毁了。当然从另外一个意义上可以推出一个结论：如果是消费者终局消费的行为，买的是侵权产品，但是是终局消费，这个时候通常不会认为构成侵权的。这种情况很熟悉了，比如买盗版书，买了侵权的商品。这个观点在欧洲已经开始发生变化了。由于新条约的出现，对于买假的也要承担侵权责任。老师认为这是属于知识产权保护过高的一种表现。许多人说为什么要追究呢，他们认为没有人买，怎么会有侵权呢？当然这个问题是鸡生蛋蛋生鸡的问题，没有你盗版我怎么会买呢。自己来，去抄书，就不是制造盗版。所以这个不应该陷入逻辑游戏。包括它们公益广告保护鲨鱼，不要去吃鱼翅，这个理念我们是赞成的，但是这个广告做的让人不舒服：“没有买卖就没有杀戮”。开玩笑，杀戮在先，买卖在后啊。你宣传不吃鱼翅就完了么，不要把矛头都对准终局消费者。当然有些高端产品消费者往往不是普通消费者。比如习总书记上台后酒类销售减少，这反映的不是终局消费的问题。所以很多行业的兴盛是非正常消费带来的，而是官场的吃喝，但一样可以给经营者带来收益的。所以，杨老师还是认为，终局消费不能认为是侵权。敢印，我就敢买；但是追究你，不应该追究我。其实反过来讲，告侵权，没有这些终局消费者那赔什么？没有消费哪儿来的违法所得呢。所以不能把眼光盯在普通消费者，这很荒谬。我们始终要扣住一点，知识产权是与市场相关的，与市场脱开，单纯看复制侵权什么的是没有意义的。没有市场根本没必要保护知识产权。古代的人，追求的理念是，你可以用我的东西，随使用，告诉别人是我写的就 OK 了，这是我们追求的东西。如果没有商品、没有市场，没有必要保护知识产权了，只要尊重人身权就可以了，人身权不是必须要知识产权立法才能保护的。这是对于 70 条，实践中是怎么回事儿。

## 六、政府征用许可

征用在民法上也是我们熟悉的一个制度，学民法、物权法的时候学过征用。英文里面叫 taking。凡是属于财产权 property 的概念，都有 taking 的概念。只是在知识产权商业化运转不发达的时候，taking 不太涉及这一块儿。随着知识产权在现代社会经济发展中的作用越来越重要，taking 这个制度也越来越多地深入到这个领域。物权法里什么情况下可以征收征用啊？征收和征用是不一样的，区别的关键点在所有权的变动。在专利制度下面，通常用征用，很少用征收的，因为没有必要。征用这种许可就足以解决问题，没有必要发生权利上的变动；而土地这种征用，或者其他有形财产征收征用的划分是有意义的，原因就是有时候要改变财产的用途，比如土地，若不用征收则改变用途是不太可能的，征用通常是不改变土地用途的。当然口语中征用有时候说的是征收。所以实践中土地上面征收多，征用少，而专利一般是征用。

既然是政府征用那一般是为了公共利益，说明专利技术对这个国家的影响就非常大。杨老师曾经很不厚道地想，艾滋病的药现在还没发明出来是不是跟这个有关，可能一发明出来就被政府征用了。发明这药出来买给谁？有病的人，有病的地方才需要这个药么？非洲艾滋病多，他们一看这个好，宣布国有化。所以是不是跟这个有关系呢，当然即便有这种风险，也不会挡住科学家的热情。科学家有时候很可爱的，有时候也很可恨的。有搞生物的说，为了科学的突破，是没有禁忌的，不会管可能带来的负面的东西。这个看个人了，电视剧里面经常有疯狂的博士，发明可怕的东西，在现实中真的有这种科学家。好在这种科学家是少数，多数就麻烦了。天才毕竟是站在针尖上的人物么，针尖上站不了那么多人。所以大多数人还是水平比较高的科学家，顶尖的、能够对人类社会起到深远变化的毕竟是多少年一个。征用是基于国家的需要，当然是公共利益。专利来讲通常应该是指维护生命安全、公共健康这一方面。至于说物理、机械这方面的专利很少有被征用的。除了公共健康，还有一方面可能是国防安全，即涉及到防御外敌的、预防敌人的，当然还有一些航天的。我国专利法上是有所谓的国防专利的问题。我国有个概念“国防专利”，有这个概念存在，基于这一方面发明创造被征用的就很少。因为国防专利本身就是基于国家需要而获得专利，进行授权，进行相关的利用开发，本身就不是和普通的商业化私人化的专利一样。在其他国家可能就不存在这个问题。所以主要是两块，国防或者公共健康。

当这种国家需要出现的时候，政府会对相关专利颁布征用许可的命令。这种命令同时会指定有关单位实施这项专利。当然实施单位要按照国家规定付费。这个国家规定就比较可笑了，国家怎么可能事先规定费用标准呢。这里应该写按照国家确定的标准向专利权人支付费用。什么叫规定，规定一定是事先就有的，不是事后才有的。而发生征用一般是情况出现以后，政府相关部门征用，颁发使用许可的命令，才会有确定许可使用费。这时候确定许可使用费能是规定么。所以有些立法者使用概念是胡乱的。你都基于国家需要用人家的专利了，就别不好意思了，该多少钱就多少钱吧，别搞得国家有规定似的。比如工资国家有规定，杨老师一个月基本工资就是 1100 多，这是国家规定的，什么学历工作多少年对应的基本工资就是这么多。后面加上岗位津贴、补贴什么的就多了。如果去好的法律实务工作，工资比杨老师高得多。有个学生毕业以后去摩根斯坦利，年薪是杨老师的四五倍。当然说的是 freshman 的，不是 senior，senior 要除以 10。杨老师的同学、学生工资比他高的比比皆是，跟他差不多的要么不怎么样的，要么也在学校工作。所以不是为了经济利益当老师。

征用这里面最核心的问题当然就是什么时候可以征用。国家需要这是一个笼统的界定。但是通常来讲发生公用健康的问题，或者是来自太空的威胁，哪一天说有一批石头要过来，这个比较可怕，发现谁有个专利可以搞个东西击碎，或者搞个伞挡一下这种情况。所以通常还是公共健康问题。2003 年那个时候是比较全国范围内的，甚至其他国家也有。那时候如果有个专利的药品肯定被征用了。

### · 政府征用许可与强制许可

这里会想到一个问题，政府征用的许可与强制许可这两个制度有什么关系。听起来好像差不多。其实在实践中也没有掌握实际的例子，我们国家好像没有发布过征用许可的例子，虽然规定了这种制度。强制许可是有的，也不多。说实话，要满足强制许可或者政府征用许可的前提其实是很困难的。强制许可要么是出于公共利益，要么是阻止专利权人滥用专利权。没有正当理由就是不给许可，这时候可以通过强制许可方式来使用。某种意义上也带有公共利益性质，为了推进专利技术为更多的人享受技术进步的收益。在公共利益方面，两者确实很相似。区别就是发动的主体不一样。强制许可通常是市场中的主体发动，和专利权人是同一行业领域的，实施的也是申请的人。政府征用许可是政府自己发动的，谁来使用是它指定的，而且许可使用费是国家直接定，强制许可还是

要当事人先自己协商，协商不成由专利行政部门和价格主管部门共同决定。政府征用就没这个了，直接定。两个制度有细微的差别，当然政府征用许可实践中没法生过，所以没法比较。只能说政府征用更偏向于紧急事件、危机事件，涉及国家安全。有治 SARS 的药品，你希望发生 SARS 么，政府征用许可还是处于睡眠状态比较好。

# Lecture 11

## 专利侵权

对专利侵权这个概念，我们都不陌生。什么是专利侵权呢，当然是没有经过专利权人的许可，擅自使用他人的专利技术，或者擅自生产销售他人的专利产品，或者进口等等。我们国家专利法第 11 条规定了什么是专利侵权，发明和实用新型归一堆，外观设计归一堆。也可以看出发明和实用新型从技术本身、专利权客体的角度讲没什么区别，所以有人称之为大发明和小发明。有些中小发明有专利，被称为小小发明家。不是年龄小，是他们的专利都是实用新型专利，所以是小发明，称为小小发明家。本质上这两种专利权的客体是没有太大差别的。

外观设计其实这种技术方案更多的表现形式是一种设计，一种给人美的享受的，而不能是产品外观和结构所决定的设计。当然涉及的侵权行为也都是生产、销售、许诺销售、进口。

### 一、什么是专利侵权

#### 1. 概念

实际上从专利权角度理解专利权，上面的解释针对的是直接侵权。行为人的行为直接地触及到了专利权人的利益。所谓直接，就是行为直接接触专利权客体。比如没有经过你的同意，直接把专利行为拿来生产，这个行为直接接触专利权保护对象，直接拿过来用。销售也是一样，进口也是一样。还有一种就是间接侵权，后面讲到。

直接侵权里面，实践中我们最关心的是什么时候发生了侵权行为，或者是某一个行为怎么判断它构成侵权。判断的依据，或者出发点、基础，自然是受专利权保护的东西。什么受保护，才知道什么受侵害。这也是判断直接侵权的方法。专利权受保护的客体是发明创造，而这个发明创造在哪里呢，从外观上看就是权利要求书所表现出来的技术方案。为什么说权利要求书重要就是这里。比如你有一个专利，这专利保护什么呢？一定要把权利要求书给人家看，这才知道你可以得到保护的是什么东西，不能说给你一个产品你自己看。产品包含的要素很多，哪一个是受到保护的？看不出来，所以一定要把权利要求书给他看。这是一个比喻了。可以让人家自己去查，人家还是查权利要求书。说明书是辅助理解权利要求书的，更像是一个解释。权利要求书更像是一个抽象、概括性的东西；而说明书是辅助理解权利要求书的，看说明书更清楚。所以前面一直强调权利要求书和说明书配套，权利要求书得不到说明书支持，说明权利要求书写大了、多了，企图偷天换日蒙混过关。

权利要求书是判断专利权范围的一个外在的重要依据，也是唯一的依据。通过权利要求书的解释，来明确专利权的范围，或者说保护的是什么东西，来对比被告的行为包含的技术要素。两相对比，如果被告的行为包含的技术要素全部落入到原告的权利要求书范围内，就是侵权。两个一模一样当然更好，全部落入就够了。

所以，被告行为所解析出来的技术要素小于或最多等于权利要求书包含的范围。如果有多出来的部分，就不构成专利侵权。这就是所谓的全面覆盖理论，也是专利法修正后，2010 年最高法院的司法解释出来后明确的，

因为它只留下全面覆盖。后面会涉及。

对于直接侵权来讲，原告要搞清楚保护的有多范围多大。这样才能把被告的行为进行解析，把技术这一部分拿出来和原告的权利要求对比。全面覆盖就是原告的权利要求涵盖的范围就是锅盖，盖得住被告就是侵权，盖不住，露出来一块就不是侵权。功夫就在于解释，这个锅盖是解释出来的，不是客观存在的。可以想象看一本书，著作权判断侵权通常就看是不是实质相似，而原告的作品受保护的也是想象出来的，也是用这个锅盖去盖被告，如果盖住了，就是完全一样或者实质相同，这个过程看起来很简单，专利侵权判断就像两个手掌，左手和右手完全一样就是等同的，如果被告小，也没有问题，说明原告可以把被告涵盖住。除非两个手不一样，总有盖不住的地方，就意味着不构成侵权。

所以侵权的判定，两个功夫：第一，解释，解释原告的保护范围在哪个地方，有多大；第二，对比，等同的话比较简单。等同类似于版权侵权判定中直接的盗版。剽窃和盗版有什么区别呢，就像专利上面的等同和侵权。盗版就是不在你的内容上修改，就直接开机器印；剽窃就是总想着懂点儿脑筋不被发现，改头换面，最后被发现了，没被发现之前就不叫剽窃，即便真的剽窃，这就叫区别，不管怎么样都是侵权。第二个功夫就在于对比。相同固然很简单，等同怎么办？看判决书解析，原告专利权涵盖的技术特征，被告行为的技术特征，可以概括为1和1'相同还是等同，2和2'相同还是等同，逐一对比。一旦认定是等同或者相同，就被认为是侵权。原被告行为分别解释出来，用原告的去盖。第一步就是解释，第二步就是对比。如果最后结论是构成侵权，就意味着被告没有经过允许，擅自闯进了这个领地，就是被盖住了么。这样大致就理解了，为什么专利侵权中原告尽可能说服法官把它的范围解释得越大越好。锅盖越大，盖住的面积越大。在专利无效宣告程序中，专利权人试图把自己的东西解释得越小越好，越小则落入到现有技术的可能性越小，就尽可能维持。这就是为什么可能会出现专利侵权诉讼里和无效宣告程序里面专利权人不同的态度的原因，因为目的不一样。侵权诉讼要盖住，而无效宣告里面维持自己的权利，当然要突出自己的非显而易见性、新颖性。这个和很多时候追求新颖是一样的。你穿一个大众化的衣服，全球生产一百万套，就很难成为时尚先锋；如果全球就一件，就你穿，那非显而易见性就很高了。当然不穿当然就没有什么非显而易见性了，因为大家不穿都差不多。

专利侵权侵权判断的过程，解释和对比，说起来很简单，但是实践中大家都在努力探寻一个比较客观的标准——解释过程是有主观性介入——尽可能科学的方法。所以就产生了一些不同的学说或者方法，概括出一些名称来。欧洲专利公约讲解释的时候提出了所谓的字面含义。欧洲专利的保护范围必须按照权利要求书所体现的文字的字面含义来理解，不能把权利要求理解为一个指导、导向，如果是导向，意味着涵盖的范围是弹性的；必须是按照字面的方式来理解，而说明书、附图用来解决文字可能语焉不详的地方。用语言表达不清楚，而用手势帮助，其实是一个道理。为什么附图呢，说半天可能不形象。说姚明比你高多少，说半天可能说不清楚，站一块儿就明白了。姚明确实挺高的。附图帮助理解文字，这是欧洲专利公约确立的字面解释的原则。

除此之外还有很多。比如美国方法加功能权利要求的模式。我们国家发明的概念最多，我国司法实践中则确立了一些判定原则，包括“技术特征完整对待原则”、“全面覆盖原则”、“等同原则”、“禁止反悔原则”、“多余指定原则”，等等。这里多余指定原则已经废掉了。最核心的是全面覆盖和等同。这两个是配合使用的。全面覆盖就是必须把被告都盖进去，不能漏出来；所谓等同，就是说盖不盖进去，就是1和1'是不是实质相似的。用版权术语看就是实质一样。就类似于美国说的方法加功能，我是一个方法专利，要实现某种功能，你使用了同样的方法，但是达不成同样的功能，还是侵权的。告诉你方法还不会用，那是你水平问题，不是没侵权的问题。注意，你如果要用结果来衡量就有麻烦。同样的方法，我生产出了优质品，你生产出了歪瓜裂枣，那也是侵权。专利法和版权法对比，盗版也有水平高低，有的这本书盗版质量关不错，跟正版差不多。技术比较好；但有的盗版质量很差。还有一种是说功能，用了不同的方法而实现了相同的功能，而这种功能是专利法保护的。讲版权说功能不受保护，而专利恰恰是保护功能。专利包含的技术方案是用来实现功能的。所以这里说的等同就是，看起来好像不一样，但是实际上实现了相同的功能，所以叫等同。等同原则是配合全面覆盖原则的，是最核心的。

禁止反悔是说什么呢，一会儿在无效宣告里这么说，一会儿在侵权诉讼中那么说，这不行，要统一，不能让你两头得利。所以这是辅助专利判定来用的，避免两头得利。禁止反悔原则与专利侵权与否的对比，对比原告被告的技术环节，跟对比行为是没有关系的，实际上是辅助侵权判定的。因为进行对比，锅盖需要是稳定的，不能想大就大，想小就小。又不是金箍棒。所以这里，在专利侵权纠纷中结合着是否对专利是否有效的判断，这里禁止反悔原则就是在这个过程中体现出来的。你告我侵权，我觉得你专利权是有问题的，就到复审委发动无效宣告程序，其中说为何专利权是有效的，就需要根据禁止反悔原则，就会约束侵权诉讼中锅盖大小的约束。真正的对比还是通过全面覆盖原则和等同原则来实现的。多余指定原则是历史的产物，后面再讲到。

## • 技术特征完整对待原则

这个原则是什么意思呢，即将专利权利要求中记载的技术内容作为一个完整的技术方案看待的原则。不能单独去看。大家可能都比较好奇的就是，像这种情况怎么办，只有一部分是重叠的，不重叠的部分不构成侵权吧。是不是侵权是有没有在未经过允许的情况下擅自使用技术方案。要把权利要求书描述的技术特征合在一起看待，简单来讲要整体性看待，不要看局部。看两个人是不是长得相似，要全面看待，不能光看眼睛长得一样就一样，也不能看背影很像，翻过来一个男的一个女的，差别就太大了。技术特征完整对待和全面覆盖也是相互呼应的原则。当然我们说的全部、完整指的是必要技术特征，非必要技术特征是可以不做对比的。

必要技术特征因为专利权人的申请的原因，所以都是一二三四五列得很清楚。被告不会给你列，所以对于被告的行为涉及的技术特征进行一二三四五的解析，其实是挺需要功夫的。原告的好办，权利要求书就这么放着呢。关键是被告。说被告生产的产品认为侵犯我的专利权，怎么把被告的行为解析出来一二三四五的技术特征，解析的过程应该是清楚的。但实践中，当然如果发现跟你的产品一样的产品，显然是侵权的，通常比较好办；其他的通常是发现了功能相似或外观相似的产品，总有很像的，就跟人群中发现一个跟你长得很像的，看到底哪儿长得很像。不会无聊到在市场中茫茫人群中，看看这个人跟你长得像不像，这是没有意义的。公司不会拿着专利权大棒四处敲一敲是不是一样的。侵权产品一定是相似的。你说这里有一个很好的节能装置，突然发现市场中也有人在卖节能装置，专门针对什么有害物质的，效果描述也相像，一看说明书很相似，于是产生怀疑，买一个看看对比。必要技术特征肯定是针对特定的技术环节，或者特定实现的技术目标来解析。当你发现被告产品的时候也是一样，对被告产品最核心的技术特点，比如解决环境污染的技术装置，靠什么来吸附消除有害物质，消除有害物质是什么，把这个解析出来，这个结果和你的权利要求书的必要技术特征逐一对比，这是技术特征完整对待。

## • 全面技术特征覆盖原则

就是指被控侵权的技术特征，包含了权利要求书所记载的全部技术特征。那么如果说这种包含、覆盖是肯定的，所以就说明侵犯了专利权。当专利权独立权利要求中记载的必要技术特征采用的是上位概念，而被控侵权物采用的是下位概念时，被控侵权物就落入到专利权的保护范围。打个比方，比如专利产品上位概念是树，被控侵权物下位概念是杨树，就是落入保护范围。树在保护范围，杨树当然也在。你如果觉得很冤枉，应该质疑凭什么树就受到保护，如果质疑不了这一点，一定是落入它的范围。

被控侵权物在利用专利权利要求中记载的全部技术特征的基础上又增加了新的技术特征，仍落入专利权的保护范围，此时不考虑被控侵权物的技术效果与专利技术是否相同。这段话是相关的专利实践中总结出来的内容，有的表现在专利审查指南中，有的表现在专利局其他相关文件中。这话读起来有点儿费解。简单说，什么是被控侵权物增加了新的技术特征，就是假设被控侵权物上面，在利用了全部技术特征的基础之上，又增加了，而里面这个框是专利，全部包含了专利，又增加了一些。它说，此时不考虑被控侵权物的技术效果与专利技术是否相同。就是说你把它技术特征用了，增加别的技术特征可能导致产生的技术效果和专利方法、专利产品的技术效果不一样。比如说，专利是两个轮子的车，全部用了之后增加了一个轮子，三轮车，跑起来的效果显然跟两个轮子的不一样。这时候不考虑效果。全面覆盖原则意思是不要去看法效果，只要是用了专利权利要求书中记载的全部技术特征就够了。由于被告可能增加别的技术特征导致实际产品的技术效果和专利技术导致的效果不一样，这是完全有可能的。

最后一句话，被控侵权物对在先专利技术而言是改进的技术方案，并且获得了专利权的，则属于从属专利。未经在先专利权人许可，实施从属专利也覆盖了在先专利权的保护范围。所以侵权也有可能获得专利。但是一行使你的专利，都会侵犯之前的专利。所以后搞出来的专利是前面这个基础的专利的从属专利，在没有底下基础专利许可的情况下，从属专利只要行使就都会侵权。著作权也是一个道理，侵犯别人的作品的著作权搞出一个作品，比如你搞出一个专著，原封不动把别人的文章放进去了，这个专著也有著作权，但是这个书一用就侵权，专利权行使就侵权，这个不影响。

## • 等同原则

全面覆盖又叫字面侵权，如果不构成字面侵权，表面上看起来好像不一样，这个时候就要看两个是不是等同。如果表面上成立，字面上也成立，叫相同，相同的情况下看是不是等同。是指被控侵权物中有一个或者一个以上的技术特征经与专利独立权利要求保护的技术特征进行比较，从字面上不相同，但经过分析可以认定两者是相同

的技术特征。这种情况下，应当认定被控侵权物落入了专利权的保护范围。等同物应当是具体技术特征之间的彼此替换，而不是完整技术方案之间的彼此替换。这里强调的等同是什么，有替代效应。这里对等同原则的适用有一个解释，它是字面不同的情况下，如何判断是否构成专利侵权的方法。适用等同原则判定侵权，仅限于适用被控侵权物中的具体技术特征与专利独立权利要求中相应的必要技术特征是否等同，而不适用于被控侵权物的整体技术方案与独立权利要求所限定的技术方案是否等同。而不是整体技术方案。举个很简单的例子。就刚才画的这个，外面这个跟里面这个肯定不是等同的，还多出一块儿。所以，实际上判断的是，里面一个框是专利，外面一个框是被控侵权物。等同是说比较的是被告其中的具体技术特征和专利要求中的必要技术特征两个是不是实质相同的，这就够了。不是完整的两个去对比是不是实质相同，这么看显然两个技术方案是不同的。所以注意版权的例子，写了一本书把别人的文章直接放进来，比较两个作品当然是不一样的，一个是一篇文章一个是一本书，但这个不影响我侵权的事实。专利也是一个道理。不要求两个方案是一样的，而是说被告技术特征里面把原告都找出来就可以了。至于被告有没有多出来的，这不管。甚至被告有可能是一个更先进的技术，那没有关系，你更先进，但是用了我的就该你侵权。这种情况实践中会用什么方法解决，侵权但不停止侵害、侵权但不发出禁令的方式，如果后面的技术方案对社会进步意义很明显，就不会颁发禁令，而是专为向基础专利支付许可使用费，变相的强制许可。这是等同。

## • 禁止反悔原则

即在专利审批、撤销特别是无效宣告程序中，专利权人为确定其发明创造具备新颖性和创造性，通过书面声明或者修改专利文件的方式，对专利权利要求的保护范围作了限制承诺或者部分放弃，并因此获得了专利权；而在专利侵权诉讼中，法院适用等同原则确定专利权的保护范围时，应当禁止专利权人将已被限制、排除或者放弃的内容重新纳入专利保护范围。就是说，我们一直在讲专利的权利范围实际上是一个带有主观性的范围，带有一定的弹性。有一个时限，而实践中这个边界是通过解释的方法解释出来的，是具有一定的弹性的。解释的大就大一点儿。小就小一点儿。但是大可能有风险，可能涵盖现有技术，会导致专利宣告无效。所以无效宣告里面可能会限缩性解释，甚至放弃一部分，从而保证可以通过；但是这一部分在侵权诉讼可能发生作用。所以为了避免专利权人在两头都得利，所以在无效程序如果放弃了这一部分，这个就不应该被用在侵权判定中。被告如果用了就不应该构成侵权。如果没有禁止反悔原则，专利权人可能用制度的空隙两头得利。我国在 2009 年司法解释里面，是肯定了禁止反悔原则。但是只是肯定了一方面，司法解释肯定的禁止反悔是单向的，即在无效程序里面所做出的限缩或者说放弃，到侵权诉讼里头，不得再主张这个保护范围。换句话说，在这里放弃的限缩的，在这里也受到约束。这是单线的。但是，侵权诉，和无效宣告毕竟是两个程序。如果在侵权过程中又有人提无效，法院是可以不停止侵权诉讼的审理的。这个是由法院决定的。所以无效提出来以后，侵权就有可能继续审理。继续审理，即专利权人在侵权诉讼里对专利范围的解释，因为解释会尽量大，从而把被告给告倒了。而无效程序在后头。如果侵权不停，通常侵权之诉，无效宣告在后，所以原告在后面又进行限缩性解释，还是两头得利。所以完整真正彻底的禁止反悔应该是两边限制。刚才讲到的禁止反悔原则应该是优先适用的。这两个程序不停按现行法是法院决定的。可能停也可能不停，谁在前，就应该约束在后的。比如法院的在前面，做了扩张性解释，就约束在后的无效宣告程序，最后可能导致宣告无效。被宣告无效，反过来侵权诉讼可能不用付钱了。这才是一个完整的禁止反悔原则。2009 年司法解释只是规定了一个。实践中造成了什么问题呢，禁止反悔原则往往会没能发挥实际作用。按照司法解释规定，这里限缩性解释会约束后来侵权诉讼的解释，可是人家一审结束了，就会带来一个问题。侵权之诉里面不停，做出扩张性解释，无效宣告中限缩性解释，将来侵权之诉可以提到二审，无效宣告结束了，可不可以约束侵权之诉的二审呢？按照 2009 年司法解释，应该受到约束，没有说一审还是二审。这个意义上一审不是终局裁判，应该还是可以受到它的约束的。这个时候，原来专利权人在侵权诉讼做的解释，可能在二审中，二审法院依照无效程序中这个人做的解释推翻它。这样是可以，但是有一个混乱，这个禁止反悔原则到底怎么在用？这里面出现了第一次说话、第二次说话，相当于二审就是用在后的推翻了在前的。禁止反悔应该是在先的算，在后的不能推翻在先的。这是我国禁止反悔原则的一个矛盾。理论上应该是双向的，那结果完全不一样；如果是没有这样双向的，现在侵权诉讼扩张解释，到无效诉讼又是限缩解释，维持了专利权。然后被告会上诉，再援引无效宣告申请的。二审法院就会面临一个选择，这个选择要有非常扎实的法学理论功底才能解决。这个时候是听一审法院的专利权陈述，还是接受无效宣告程序的。如果该原则既可以针对一审也可以针对二审，应该可以接受无效宣告申请的约束，来推翻一审法院的专利权人做的陈述。可以看出来二审法院的法官水平要特别高，要清楚禁止反悔原则是怎么回事。如果二审法院法官认为我凭什么受专利复审委的约束啊，法院是纠纷终局

解决机关，可能会这么想。禁止反言的目的，君子一言驷马难追，不能把说出去的吞回去。不管谁在先，都应该可以约束在后的，这应该才是顺理成章的事儿。

## · 多余指定原则

我国在专利发展历史中，可能专利代理人撰写的专利文件水平不是太高，专利文件里面出现了一些明显的附加特征，多余的，说白了就是写大了。懂技术的人一看就知道写的不对，把现有技术范围的也写进去了。规定多余指定原则的原因，是在我们国家特定历史阶段，起步阶段，专利代理人写的水平不高应该是可以体谅的，不能太苛刻，法院替他多余的去掉，剩下的必要技术特征作为专利权保护的依据，来判断被控侵权物是不是构成侵权。但是 2009 年司法解释让它彻底退出历史舞台。按照制定司法解释的最高院解释，我们的过渡阶段应该到期了，不能长期的，不够严肃。不能你做的不干净的地方我替你擦屁股，已经擦了二十多年了，该自己来了。

该解释第七条规定，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。就是说写的时候，写进去了就会被作为判断的依据。这一部分将来就有可能因为你写大了，可能到无效程序宣告专利权无效的一个理由。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；被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求记载的全部技术特征相比，缺少权利要求记载的一个以上的技术特征，或者有一个以上技术特征不相同也不等同的，人民法院应当认定其没有落入专利权的保护范围。什么叫做全部技术特征相比缺少一个呢，就是这种情况，这么一个方框怎么形成的，是由全部技术特征构成的。缺少一个，这一块儿没有盖进去/吸收进去。或者有一个以上技术特征不等同，刚才说 1 和 1'，2 和 2' 对比，这里完整的技术特征构成原告的技术特征，这边是被告。如果一个以上的技术特征是不同的，不相同也不等同，只要有一个就可以了。这一条一方面是废除了多余指定原则，另一方面再次强调了全面覆盖原则。所以全面覆盖原则和多余指定原则实际上是相互抵触的。要坚持多余指定原则，实际上就不是全面覆盖原则。

## 2. 专利侵权的表象与实质

### · 专利侵权的表象

表象，还是指的是直接侵权。擅自利用：未经专利权人许可，实施其专利（《专利法》第 61 条）；假冒专利；销售行为（包括许诺销售）。按照我国法律规定是这些情况。擅自利用是最为常见的，其次是销售。假冒的其实比较少，和商品不一样。通常讲商品假冒是商标权保护意义讲的，很少从专利权意义上讲假冒。

### · 专利侵权的实质

实质上专利侵权也是一种搭便车行为。只是很少从这个角度讲。搭便车就是没有付出研发成本，也去生产这个产品，这个和版权侵权是一个道理。没有费脑子想这个事儿，人家写出来的你拿去用。可能一个发明就是一点点的技术进步，这个技术进步可能是一点即破的地方。如果不给专利保护，所有人都用，这个点破就没有意义了。谁来点破这一点呢？是发明人的贡献，所以要给这种贡献以相应的回报。基于这种实质，专利侵权与在先使用权、专利法第 69 条规定的不视为侵权的行为能够区分开来。比如说与在先使用权：在先使用权既然叫在先使用，是指相对于专利申请人。在申请专利之前，在先使用人已经在利用专利方法，或者已经有了这种产品了，所以并不是在搭便车，因为自己的研发成本已经付出了，只不过没有申请专利而已。至于没有申请专利可能遭遇的损失，失去市场上的先机，这个是不会弥补给他的。但是保护专利是为了向后禁止，并不是排斥在先的人。这个角度上可以理解专利侵权与在先使用权的区分。其他的也是如此。

## 3. 假冒专利与冒充专利

### · 冒充专利

冒充，就是使别人相信自己是，这叫冒充。你来冒充我男朋友应付一下我爸妈，因为你男朋友本来是不存在的，使你爸妈相信你男朋友，至于你男朋友是谁对你爸妈是没有印象的；假冒，你男朋友是存在的，现在不方便，你让别人来假冒一下。假冒就有可能被识破，真的冒出来了；冒充，因为本来不存在，所以很难识别。有的

冒充比较伪劣，比如冒充军人，穿的是 50 年代的军装，这个冒充太差了一点儿。假冒一个已经存在的东西，让别人相信你是谁。冒充一般是冒充相信是某一个身份，假冒是具体到某一特定的人。具体到专利，假冒专利是指未经专利权人许可，行为人擅自在自己为生产经营目的而制造、使用、许诺销售、销售的产品上擅自标注他人的专利标记或专利号的行为。所以冒充专利通常是标注专利号不存在，假冒专利往往是真实的，而且往往是同一产品。比如人家专利号是节电产品，你打上的也是这专利号，生产的也是节电产品。冒充专利和专利侵权没有关系，这是毫无疑问的。假冒专利是不是侵权呢？通说认为是构成侵权的。实践中假冒并不多，更多的就是擅自使用，假冒干啥呢，直接过来就可以了。一般是打擦边球，在等同上做文章。比如人家写了一篇文章，你改头换面，好像从另外一个角度论证了这个观点，其实一样的。在先的作者觉得是剽窃，不好说是抄袭，就要跟他掰扯了，为什么不是剽窃，有什么区别。专利也是这样。

## • 假冒专利

假冒专利，如果认为构成专利侵权，因为销售专利产品标注了真实的专利号，使得购买者认为购买的是真实的专利产品，其实并不是专利产品。就有一点儿像市场替代效应。比如买这个杯子，是一个专利产品。另一个人也生产了一款杯子，这个杯子和我的专利产品实际上是不一样的，甚至没有用这个专利方法，但是打了他的专利号，使得消费者以为是有专利的保温杯；那么同样，专利权人投入市场的真正有专利权的保温杯销量就会被这个保温杯替代。这是认为假冒专利构成专利侵权的一个理由，就是市场。当然大家可以想，有自己的观点，假冒是不是构成侵权？这个意义不是太大，因为实践中假冒专利情况并不多，还不如冒充专利呢。很少有专利侵权从假冒的角度告人家，通常是未经许可擅自使用，那就需要对比。而且真正实施侵权的人，是不会打专利号上面的，因为打上就多了一个线索。冒充的人才会打。比如哄骗老人的健身卡，就会打，这个东西不可能有专利的，针对特定人群。老头也不会查，但冒充是不会打专利号的，干嘛那么吸引人家眼球啊。直接把专利号往系统里一输入就知道了。侵权的时候，生产商还是自己，一般侵权不会生产商也写别人。除非是完全的假的，比如这个杯子，专利产品，我也生产这个杯子，并且写的也是真正的专利权人，写的他人的名字，这叫典型的未经许可生产他人专利产品。这种情况也有，但是假冒的不多。

其实区分假冒和冒充，在知识产权领域里面只有商标领域才有意义。假冒他人的产品，前面讲的商品假冒，更多是典型的侵犯商标权或者侵犯包装装潢的假冒。比如经营快餐店，弄成麦当劳相似装潢，不管打不打上大 M，都是侵权的，打上就侵犯商标权，让别人相信你是麦当劳；冒充就不涉及商标侵权了。比如使用别人的商标，打上了?的标识，让人以为是注册商标。商标里区分有意义，专利里其实意义不大。

## 4. 间接侵权

与直接侵权相对应的间接侵权。民法上很少说直接和间接，民法上是共同侵权里的帮助、教唆的行为，是共同侵权人承担连带责任。民法通则、侵权责任法都有这个规定。间接侵权是英美侵权法里过来的概念。知识产权里面比较常见，还是版权和商标更为常见，专利少一点儿。因为版权是复制加传播，复制有的不是直接制造复制件，而是电子上传。上传是一个人，传播是另一个人，可能出现间接侵权；商标也是一样，未经许可使用他人商标的行为人是一个人，销售是另外一个人，或者提供消费平台的是另一个人，比如大型 shopping mall，其管理人员可能承担侵权责任。专利里面一般比较少，一般是提供帮助。你要侵犯专利，你技术不够，我给你提供指导、机器设备等。这种表现形式和刑法上的教唆帮助是一样的：给你刀，帮你绊倒追杀的人，教唆，告诉你怎么杀人。说明犯罪是需要高智商高成本的。想想破案的人是什么人，成年累月十几年跟各种犯罪分子打交道的人，他们经验有多么丰富，所以不要轻易实行这样的行为。刑警最怕什么人，最怕对方也是一个有着十几年甚至更多丰富经验的警察，这种人是最难对付的。什么都不怕，就怕流氓有文化。间接侵权，间接侵权行为是为他人实施直接侵权行为提供必需的条件，它从属于直接侵权行为。间接侵权还有一种类型，即“行为人”自身虽未实施侵犯专利的行为，但由于特定社会关系的存在，依法对他人的侵权行为承担一定的责任。虽然侵权行为是由直接侵权行为人实施的，最后承担责任的是后面的人。比如民法通则规定的国家责任、单位侵权，西方称为雇主责任。公司的雇员，在履行职责中侵犯他人专利权，最后可能是公司承担侵权责任。这是两种侵权行为，一种是提供帮助，帮助是为了完成这个事情，没有帮助侵权行为是无法实现的；另外一种替代，必须是要有法律关系的存在。一般来说，就是这种雇佣关系。包括国家的侵权也是国家工作人员履行中实行的。

## 二、侵权判定

讲完解释，第二步就是对比。侵权物和权利要求书的方案加以对比，逐一进行技术特征的分析。我们介绍权利要求书时讲到了，有独立权利要求和从属权利要求，在专利侵权判定时只考虑前者。

### • 侵权判定步骤

判断侵权一般按如下步骤作特征分析：首先，分析被指控侵权的方案的技术特征，其特征是否包含专利方案独立权利要求中的全部技术特征；其次，比较前述所有与独立权利要求相同的技术特征是否都与专利独立权利要求所述方案具有相同的功能或形式、所有特征间的相互关系是否亦相同；再次，判断所有特征按这种关系的组合所产生的效果是否相同。这种技术特征，一种是外观上字面上比较，还要再功能上对比。通常一个技术方案及其可以实现什么功能是一个完整的保护对象。字面侵权可能技术特征解析出来是一样的；等同即表面不一样，但殊途同归。比如说一个白炽灯灯丝，可以用很多金属，后来比较常见的是钨。之前用过很多，有的寿命很短或者不稳定，但毕竟起了这种功能，可能人家的专利用了其中一种金属，你用了另外一种金属。功能上都是起到通过电流，使得灯泡能亮。但是人家用的是金属，你用的是土条，应该亮不了。功能上实现不了，产品也没什么价值了。

比较要从外观上比，也要从功能上比。版权保护表达形式不保护功能，商标也不保护功能，只有专利保护功能，因为它保护技术方案。技术方案是用来解决问题的，问题即要功能，功能对应技术的解决。现在是口渴了，可以有很多选择，可以喝不同饮料，都是解决口渴的问题。喝水能解决，喝酒能不能解决呢，可能解决不了；或者吃点儿树叶能不能解渴可能不好说。或者要把水的杂质去掉，要把重金属提去除掉，于是我发明了一个装置，功能是去除掉杂质，这一装置必须具备哪些基本的功能，如果换了一个材料，仍然是侵犯专利。甚至有可能即便是技术方案比人家先进，但人家是基础专利，虽然比人家先进，仍可以获得专利，但你是首先侵犯人家的专利。就像汽车有轮子，经过很长时间的演变。现在的轮子跟八九十年代不一样了。现在的汽车的轮子，里面是空的，一层橡胶里面是空的。以前汽车是有内胎和外胎的。游泳的时候用的游泳圈，如果用轮胎改的就是汽车的内胎，因为只有汽车的轮胎才能浮起人。现在汽车没有这个东西了，就是一个橡胶。这是功能的变化，实质的进步。以前用这种树脂、化学材料做轮胎和别种材料做轮胎不是实质进步，可能等同的。这是我们需要注意的一点。再次，就是产生的效果什么样的。实际操作中比较对象应当是被指控侵权的技术方案和经专利局审定公告的授权独立权利要求书中所载的方案。不是申请的材料，也不是公开的时候，申请的时候和公开的时候都可能经过修改，公开之后都可能修改，所以依据必须是授权公告里记载的权利要求书的内容。

### • 侵权的构成

那么从侵权的构成来说，是对权利人专利权构成实际的侵害。侵权人的实际的行为是什么呢，是使专利权应然状态受到损害。即没有法定的限制，任何人不得在未经许可的情况下使用，包括生产、制造、许诺销售、进口。专利权人的应然状态受到了损害，就是直接侵权、实际侵权。所谓行为本身的违法性，即行为没有法定的不构成侵权、不视为侵权的规定。当然专利权有效是一个基础。这个和一般的民法侵权不一样。专利权通常还要经受到专利权是否有效的考验。主观上过错，按照《专利法》61条规定，显然要行为人主观上具有过错。实际上从专利法70条看可以看出是不需要的。61条好像人家要求过错，70条说的是证明自己有合法来源，这种情况下，构成侵权又不承担赔偿责任。61条又要求有过错，显然是矛盾的。根子在对于侵权行为的构成要件，或者侵权行为、赔偿责任、侵权责任的概念没有理顺。有过错，我们说是债的发生所需要的构成要件，停止侵权的侵权责任跟债没有关系，针对的是权利的原有状态。所以构成侵权就是要恢复权利的原有状态。

### • 侵害之虞

另外一种是有侵害之虞。虽然在民法里面很少讲，但是民法里面也有侵害之虞的问题。可以进行相应的救济，或者妨害预防。这个侵害之虞的虞就是将要发生。侵权行为发生的可能性很大或者如果不采取措施一定会发生。如果标准定得太低，则不免将知识产权人的权利范围扩张得过宽，容易侵害他人的合法权益；而如果定得过高，则妨害预防请求权的功能又丧失殆尽。如果太早可能损害对方利益，如果太晚可能对方已经侵权了。所以有侵害之虞是一个法律上争议很大的问题，太早了或者太晚了。太早了，就有点儿像有个人冲着你很凶狠地瞪了你一眼，结果你揍了他一顿，你给出的解释是以为他要揍我，这就对侵害之虞的判断发生错误。实践中侵害之虞的实际把

握非常好是不太可能的，所以一般是用保证金的形式：如果觉得有侵害之虞，要提供相应的证据，同时提供保证金，如果判断错误用这些保证金来承担赔偿责任。判断过程中用的是高度盖然性的判断，这个版权里面介绍过了。

## 三、停止侵害

### • 停止侵害的含义

接下来的问题是救济，侵权自然有救济。首先是停止侵害。停止侵害的目的是为了禁止侵权人继续实施侵权行为。因为如果侵权行为是持续的，不要求停止侵害的话，会使得专利权进一步受到侵害，会使得专利权价值持续下降，从而变得没有意义，丧失价值。就像有人侵害你的身体权，有人揍你，应该首先干的事情是让他停下来。当然说是让，其实是要把他失去行动能力。不是失去行为能力，要让他失去行为能力你也惨了。你不能在人家对你实施侵权行为的时候高喊着你要赔的啊，这个是没有意义的。停止侵害最大的价值是让专利权的价值尽可能少地被降低。侵权行为，导致权利价值的下降，比专利权能否获得赔偿，对权利权人的意义更大。同样是技术方案，如果用商业秘密保护，一般侵权就不用考虑停止侵害了，因为一般商业利益丧失了，所以考虑获得更多赔偿。

停止侵害可能涉及到全部侵权与部分侵权的划分。如果是全部侵权，就好办，侵权行为全部停止；如果是部分侵权，就会涉及到分割问题。比如说人家有一个装置启动了，其中有一块儿是侵权的，能不能要求让整个装置停下来，这要区分对待：如果装置停下里会造成很大的损害，甚至超过侵权的损害，就不能要求停下来；反过来如果你的专利技术是设备的核心技术，就可以要求停下来。如果这个专利是可以分割的，就可以让侵权那部分停下来，其他的让人家继续实施。比如窗户的设计是你的外观设计专利权，大楼的外观设计专利权不是你的，你就不能要求楼都封掉，只能让把窗户拆掉，不能把楼都拆掉。这就是说的侵权部分停止就可以了，而不是被告一切行为都要停止。停止其实和妨害预防有时候是衔接在一起的。预防请求权，即侵权还没有发生，但是有侵害之虞，要防范侵权的发生，要求被告实施一定的行为，和停止侵害一个道理，就是要有一个匹配。要和阻止侵权行为发生相匹配，而不能给对方当事人造成过多的损害。与停止和妨害预防相联系的是，怎么停止？可能有一些知识产权、专利权和传统民法侵权的区别。就是获取信息和废弃的问题。停止侵害，他生产了你的产品，废弃就是把这这些侵权产品全部销毁，甚至生产这些侵权产品的原材料、设备全部销毁。获取信息，指侵权人有义务提供侵权的信息，比如怎么侵权的，侵权的范围、时间、销售范围等有义务提供。

由于知识产权，主要是权利客体，具有非物质属性，或者说无形性，我们喜欢用非物质属性的说法，所以仅仅是停止侵害行为可能还不够，还要从根本上进行救济。所谓的停止侵害不仅仅只是说行为人，或者说侵权人停止他正在实施的侵权行为，还包括消除他侵权的能力。由于知识产权都有非物质属性的特点，专利权也不例外，需要将侵权的设备、原材料等，还能够实施侵权的物质基础都要根除。这一点跟传统民法不太一样。比如侵害人身权，不能把侵权人的侵权能力根除掉，因为侵害人身权的物质基础是他这个人。人活着就可以骂你、打你，承担侵权责任就好了，如果你为了防止侵权把我根除掉，这是不行的。民法侵权行为中讲，只有符合刑法的规定，侵犯他人人身权达到一定程度的时候，才能被根除掉。侵害别人生命权，而且还是故意的、没有其他减轻情节的，一般才适用死刑。这里就有一个问题，他们侵害人身权，或者说传统民法领域的侵权行为，通常不会根除侵权能力。但是在知识产权里面，侵权能力是一种财产，是一种物质技术条件，所以可以根除。而且由于无形性，所以这种根除是必要的。比如没有经过他人许可生产专利产品，侵权人的机器设备如果不根除掉的话，就继续存在得以侵权的可能。而且，一个更重要的理由是，很多侵权的设备、原材料是特定功能、特定用途的，它没有别的用途。刀可以用来杀人，也可以用来裁纸、切菜。这个功能就没有特定，不能说有人从你这儿买了把刀去杀人，让你也承担侵权责任。但是在专利里面，很多侵权的设备就只有一个用途，它没有别的用途。这样侵权的设备、原材料也是要根除掉，这就是废弃请求权。其实它是配合停止侵害请求权的。换句话说，废弃请求权，包括获取信息请求权，它不是独立的，它都是附随于停止侵害请求权和预防侵害请求权，配合来行使的，它不能单独行使。

我们说停止侵害请求权是从请求权的制度形态表现出来的。通常在诉讼法上，它是用禁令的形式表现的。当然我们国家没有明确的禁令制度，禁令制度起源于英美法系，现在大陆法系日本、德国都有相应的禁令制度，用禁令来禁止侵权行为人继续实施相应的行为。而且如果违反禁令的话，不需要再经过一个审判程序，让你承担相应的法律后果。有点儿像可以定执行的债权凭证这些东西一样。法院给你发个禁令，给你查封了，好多中国人好像不太觉得这是一个多大的事情，前脚贴了封条，后脚撕掉封条又继续开工，这其实在法律上是非常严重的后果，我们好像历来不太觉得这是个事儿。这要是到西方是很严重的。这是我们说的停止侵害。

## · 停止侵害请求权的例外

停止侵害是一个侵权发生以后的救济手段。它究竟是不是一个一般的原则性的法律后果？我们一般的观念上，这肯定是。侵犯了人家的权利，人家要停止，这是理所应当。但实际上，它也有例外。这一点也是和传统民法不太一样。当然传统民法里面有没有例外，我们没有去研究，我们也可以继续挖掘，但是在知识产权，尤其是在专利里面，这样的例外是很多的，于是被类型化，然后由判例确定下来。这就是我们说的停止侵害请求权，或者说禁令。当然这里的禁令是指永久禁令。诉讼法可能讲过禁令，禁令一般来说最简单的分类分为临时禁令和永久禁令，停止侵害请求权相当于永久禁令。永久禁令的例外，在专利领域有这么几种：

### - 专利权滥用

权利不得滥用，这是民法上的一个规则，有人说是基本原则。当然民法基本原则到底有多少我们也不知道，有的学者说有七条之多，有的学者说民法的基本原则就两个，诚实信用和公序良俗。而所谓的权利滥用是从诚信原则里面发展出的一般原则。杨老师学习民法的时候，特别热衷于研究基本原则、公序良俗之类的问题，现在想想其实是一个错误的倾向。学法律的人不应该一开始去研究抽象的东西，而应该是具体的东西，具体的公平问题。民法的基本原则到底有多少，很多人说有七条，依据是《民法通则》的规定。禁止权利滥用是一个基本原则，诚实信用又是一个基本原则，这两个原则明显是一个包容的关系。这些我们不去管它，总之是有权利不得滥用这样一个价值取向。

一般的民法上的权利，滥用的情形是比较少的。我对一支笔有所有权，那我怎么滥用啊。比如我把我的笔抛弃，抛到你的脸上，这是不是一种对所有权的滥用？这其实不应该叫做一种权利的滥用了。因为把笔抛到人家脸上，对人家造成伤害，这不是你对笔的所有权的行使的一种滥用，这是你直接实施的一种侵权行为，笔只是作为一个工具而已。所谓的权利滥用是说，没有这个权利，是不可能对别人造成损害的。也就是说，这个权利是造成他人损害的根本原因，但是这个权利本身是合法的。比如从专利角度讲，拒绝许可，这种情况下，会造成技术阻碍。我控制一个关键技术，就是不给你们许可，或者你跟我谈的时候，开出一个非常高的许可使用费，敲竹杠。具有优势地位才能敲竹杠。这是传统民法讲所有权、其他物权所不具备的。比如你有一部车，对这部车有所有权，你怎么滥用这个权利，没法滥用。你说谁要用我的车要付 100 万，别人看一眼就不去用这部车了。但是专利不一样，因为它是技术，它卡住了经济、生产向前发展的交通要道。你开着一部好车没有关系，你说摸一下要一万块钱、开一下要十万块钱没有关系，别人不理就好了。但是问题是，假设北大只有一个校门，你把车堵在校门口了，这个时候就会影响公共利益了。有两个办法，第一个是好言劝说你把车开走，第二个就是直接用吊车吊开。后者就是公权力介入，政府部门的强行介入，因为你影响了公共秩序。专利权的滥用就是这样，它需要国家的介入，才能认定是滥用。

如果认定滥用，就拒绝判令停止侵害。这个时候，对滥用的专利权还应不应该得到保护？这个时候是转化为强制许可。基于滥用行为，强行把占道的专利权挪开，但是挪开的时候还给专利权人点儿钱，因为毕竟有专利权。但是专利权人所期望的条件不可能满足，而是按照正常的市场的价格。当然在我们国家会不会按照市场的价格赔偿是另外一回事儿，这是执法、司法水平的问题。

关键在于如何去认定滥用。滥用的问题可能涉及很多方面，一个最核心的问题是，专利权本身的性质和相关内容。是什么领域的专利；专利的范围有多大；如果停止侵害的话，会造成什么样的后果。所谓停止侵害就是不让任何人用，这样会造成什么后果。法官要根据这些诸多要求来进行综合的判断。所以在专利法领域里面，有一个概念叫专利劫持 (hold up)，这个概念发明出来以后，就把总是做这种事儿的人称之为专利蟑螂 (patent trolls)。杨老师不大理解什么叫专利蟑螂，这个动物和专利权这种形式的滥用之间好像没有对应性。如果我们讲这个人是个牛皮糖，我们一定知道他的性格很黏，站在别人身上下不来，下来了要么还留一点儿在上面，要么把皮拽一块儿下来，这种我们称之为牛皮糖。但是上面讲到的行为叫做蟑螂，唯一的解释是讨厌。可是如果我们讨厌一个人，既可以说他是蟑螂，也可以说他是苍蝇，也可以说是别的什么东西，为什么不叫专利苍蝇呢。我们有时候会讲专利老虎，这种人逮住侵犯其专利权的人咬一口，很厉害。专利蟑螂，这种描述除了讨厌，真不太清楚这种描述在性质上有什么关联性。

所以现在更多地称专利劫持，这就比较形象。为什么要劫持呢，此路是我开，要想打此过，留下买路钱，这是专利典型的特点。之所以要申请专利，就是要拿一个合法的收钱的 license。我有专利权，相当于我控制的是高速路，从我这儿过就要收钱，要么别从我这儿过，走国道。这和真正的劫持不一样。以前高速路不是特别发达，很多时候走国道、省级公路会穿过一些村庄，这些村子里的人有时候会强行收你的买路钱，尤其是坐长途汽车回

老家过年的时候。这些人也不是直接拿着扁担站在路中间叫人们下来，按人头一个人一块；他们过年的时候喜欢放鞭炮，后者耍龙灯、舞狮舞龙，他们也没有什么好条件，就拿着破纸扎的破龙在耍，一耍就把路挡住了，司机就只能停下来，不能撞过去啊，撞他事儿就打了。《人在囧途》里面反映过这一点，里面徐峥他们两个赶飞机、赶火车回来赶汽车，汽车穿过一个村庄的时候就有这个情景。司机知道这种情况，都准备好了，下去给了二三十，人家耍两下走了；不给就过不去，要么从他身轧过去，那事儿就大了。这就是真正的劫持，而专利“劫持”之所以打引号，因为它有合法的 license，这是合法的强盗。生活中有很相似的情形，有一个报道，北京很多蔬菜都是从外地运进来的，曾经《焦点访谈》做过一期节目，讲成本有多高，有一个货车司机就讲为什么要超载，因为不超载就会亏本，因为层层交钱。有一个卡车，限重十吨，一定要装十五吨，因为沿路交钱太多了，随便哪个政府，两个人搬一个木头一横，就把路封住，给钱放行，不给钱就不给过。这些人就是劫持，因为是公行为，不是私行为，是当地政府干的，这种人就跟这里的专利问题就很像。因为专利权是合法的。作为从事生产发展的人，是最恨这种企业的。这种企业有一个名字叫 NPE (non-product enterprise / non-profit enterprise)，非从事生产的企业，通过搜罗一批专利，或者是它自己的，或者是它买来的，用这个来收买路钱。NPE 直接翻译过来有人把它叫做专利蟑螂，干的就是 hold up 的行为。有些大企业自己从事生产，这种企业如果利用专利来收费，通常没什么让人恨的，比如说高通。高通是世界上最大的生产芯片的企业，它的专利多得吓死人。世界上生产多少东西都得用芯片啊，很多芯片都是从它那儿来的，但是因为它自己是从事生产的，所以它没有那么招人恨。

### - 基于公共利益

在专利案件中，【晶源公司 v. 富士化水、华阳公司专利侵权案】是这个问题上比较典型的案子。该案前前后后拖了很多年，一审就在福建省高院，终审在最高院。这个案子一审 2001 年到最后终审，整整经历了十年的时间。一审判决书落款的时间是 2008 年，案号是 2001 闽高字，所以一审就用了八年的时间。二审在最高院，2010 年判的。这个案子最后判定是侵权，为什么没有判停止侵害呢，就是因为它的专利涉及到环境保护的问题，如果把它侵权的设备、产品拆掉的话，就会造成环境污染。就是这个问题。

曾经有一个判例，涉及侵犯版权，问题是这个侵权产品是一栋楼，如果按照停止侵害，得把这栋楼拆掉，这造成浪费就更大了。所以即是从朴素的观念来讲，也不应该停止侵害；从经济上来讲，更不应该，所以就转化为许可使用，这个时候就补许可使用费，而不是把楼拆了。反过来也提示我们，如果你将来服务的客户是侵权的，一定要朝这个方向发展。侵犯人家版权最好是有一个东西在那儿，而且还不太好拆。比如要侵害艺术作品的版权，先把楼盖起来再说，不要当时楼还没盖起来呢。专利就比较麻烦一点儿，什么样的情况下会涉及呢，从美国的普遍判例来看，通常这些情况会比较容易认为是涉及公共利益：除了刚才提到的环境污染，还有大面积失业。这个企业就是干的侵权，现在如果要停止侵害，要查获这个厂，会造成大面积失业，这个时候通常也不会判处禁令。

但是美国从 2006 年【依贝案】到现在，就一直在纠结一个问题：对于专利侵权人来说，永久禁令究竟是一般性的，即停止侵害是原则，不颁发禁令是例外呢，还是反过来，不颁发禁令是一般情况，颁发永久禁令才是例外。在专利侵权问题上，究竟是一般情况下都应该颁发禁令呢，还是一般情况下不颁发禁令。所以就概括出一些需要考量的因素，围绕这个问题进行竞争。

除了永久禁令，还有临时禁令。临时禁令和永久禁令的区别就在于，在判决没有出来之前，判定被告停止相关的行为，叫临时禁令。这种临时禁令在什么情况下颁布呢，就是法官根据当事人的申请，或者自己依据商标证据，主动地发布。相关的证据是侵权是有可能的，而且如果不停止的话，损害会进一步地扩大，这种情况下会同意见去颁发临时禁令。当然既然是临时的，既然是案件没有终局判决，就有可能出错。这个时候申请临时禁令通常会要求原告提供相关的担保，出错了就用那个赔人家。由于临时禁令针对的是一种紧急的情况，所以按照我们国家《专利法》的规定，从申请到做出裁定要在 48 小时之内完成。从禁令执行的角度来讲，跟永久禁令是一样的，都是上去贴红条，查封掉。

## 四、损害赔偿

### • 损害赔偿的含义

除了停止侵害以外，另外一个专利侵权很重要的问题就是损害赔偿。其实在实践的角度，作为当事人，很关心的一点就是损害赔偿。因为这就是一个收益和成本的问题。打个官司，一分钱没捞回来，还赔了诉讼费进去了，

这是当事人不愿意看到的。我们不能都跟姚明式的，打他的肖像权官司打一块钱。虽然姚明当时在那个肖像权侵权的案子里面说，不是为了钱，是为了维护自己的权益，可能多少还是有点儿作秀的意思。你侵犯我肖像权，我就正正当当地提起二十万、三十万、一百万的损害赔偿就是了，打赢了官司回来再宣告就完了么。你非要说就打一块钱，为了维护权益，并不是为了钱云云，多此一举。被告既然做了坏事，你把钱拿了过来，你不在乎钱，可以把钱捐给北大么。当然我们也希望他捐给老少边穷地区，这是挺好的事情。非要说打一块钱，我不在乎钱，杨老师很讨厌这种说法。因为你姚明个人已经有足够的社会影响力了，提起的官司其实就是在告诉大家我们要尊重权利，本身的影响力已经够了，不要用这种欲盖弥彰的说法。当然也不是欲盖弥彰，他真的是不在乎钱，他钱多得要死，关键是这样说有点儿亵渎法律的味道。

损害赔偿，简单地讲就是填补损失，这在民法中都学到过，损害赔偿是损失之填补。关键是，在专利侵权，包括其他知识产权侵权，损害赔偿的计算是一个很大的问题。在民法里头，什么情况下损害赔偿的计算很困难？涉及精神损害赔偿的时候。侵犯人家生命健康权，侵犯人身权，损害赔偿计算通常在物质的部分是很容易的，因为它有市场价格。比如胳膊断了，要花出去多少钱这是有价的。不能姚明胳膊断了去看，花一美元；杨明就收一万块钱，没这个道理，都是统一的，医院的价格都是公布的，受国家物价局的约束，该用什么药就用，我们都可以算出来的。不能只跟法官说我花了十万，要告诉法官是怎么花的。关键在于，人身权受了伤害，可以提起精神损害赔偿，这个该赔多少钱。名人经常会提很多，当年毛阿敏提出过一个，她要求赔四百万；杨老师如果去提精神损害赔偿，也提四百万，法官肯定劝说改一下，大概意思就是你也不照照镜子……这其实是民法上很难的一个问题，侵权损害到底怎么计算，民法课上也讨论过这个问题，也不会有定论。所以我们说在《侵权责任法》制定的过程中，以及制定出来后有一个很重要的讨论，就是同命不同价的问题。其实这还是只针对的物质部分，精神损害赔偿是另外的问题。因为侵权行为导致死亡了，这个时候还有没有精神损害；有的话是谁的精神损害？死人有没有精神损害？民法上都讨论过。

知识产权领域，有没有价值问题？可能这个价值问题更为复杂。为什么呢，我们现在没有一个权威的评估机构，没有一个权威的评估方法。当然在实践中，我们的注册会计师的行业里面，管理学里面，对无形资产评估已经有一套方法了，虽然学法律的人不去专门学很难看懂。不管搞不搞知识产权，只要从事法律事务工作，都可能离不开知识产权，现在做律师的人多多少少都会涉及知识产权。杨老师有一个校友做律师，原来不在乎知识产权的问题，从去年开始经常给杨老师打电话，询问客户涉及知识产权的问题，杨老师说你自己看书把……现代市场竞争，不敢说百分之百，只要还是个像样的公司，一定有知识产权问题，这是没办法的事情。至少要有自己的品牌吧，品牌就是知识产权问题；多少有点儿商业秘密吧，这也是知识产权。就这两项就跑不了。公司收购其他公司，其他公司收购自己的公司，公司上市的时候都要进行评估的。现在的问题就在于有没有权威性。这个注册会计师评出来，这个商标值1000万，那个会计师评出来只有100万，这差的太远了。美国有一整套评估方法，所以我们经常会听到诸如可口可乐的商标值多少钱这样的说法。我们说过中国的公司商标值多少钱么，没有统一的说法。比如说李宁值多少钱、联想值多少钱、中国移动值多少钱？评估中国移动值多少钱没有什么意义，因为没有别人敢用，是一个垄断性市场；越是充分竞争的市场，这个东西价值就越大。企业就可能会注意到这个问题，和人家争论这个问题。人家评出来100万，可能企业不服气，就需要有一个权威的办法去解决这个问题。但是在这个问题解决之前，还是得对侵犯知识产权，比如侵犯专利权的损害赔偿计算方法要给出一个法律依据，否则的话这个案件怎么判呢。

## • 损害赔偿的计算方法

按照现行的《专利法》，我们有四种计算方法：

### - 实际损失

根据传统的大陆法系的思维，首要的计算方法就是实际损失。实际损失是多少呢？问题就在这儿了，这很难证明的。我们可以想象的到的实际损失，应该是由于侵权行为的发生，导致多少专利产品被从市场中挤出来，这一部分的价值就应当是实际损失，是因为侵权行为导致的损失。之所以说实际损失很难去证明，首先是专利产品占有的市场份额是多少难以证明。比如索尼的、高通的某一个专利产品，有多少市场份额，它可以卖出去多少个，现在由于侵权行为的发生，使得少卖了多少，少买的部分乘以单价就是损失。这是很难证明的。有人讲这个好像也不困难，可以通过账目的变化来证明，问题就在这里，中国很多企业的账是一塌糊涂的，自己都不敢拿出来给人看。我们超过九成的公司都是两套账，你敢拿真实的账出去么。拿假账出去的话就很难证明损失多少；拿真实的出去的话，这个问题解决了，别的问题来了，这是两难。

另外，法院怎么去看待这个证据问题，也是一个问题。通常，由于公司很难或者不敢把自己的帐拿出来给法官看，所以久而久之，法官也不太看这个账本了。另外，国家有资质的注册会计师做出来的账，法律权威性应该是有的。但是我们的证据制度里面，我们的法官有时候随意地不接受这种证据。在判决书怎么体现的呢，说这些证据不能证明跟它的损失有直接关系，法官通常就用一句话就把这个证据废掉了，也不去解释。法官就经常说以上证据仍不足以证明什么什么，如果它想判你赢，就说已经足以证明，正反都可以说的。所以我们的证据制度可能也需要进一步的改革。现在的民事诉讼法，对于一般的程序问题，可能在证据制度上可以做到过得去，没有太大的毛病，可是在一些特殊领域，比如知识产权侵权领域里面，证据制度应当有一些怎样的特殊的证据规则，就是指证和认证的问题，恐怕民事诉讼法还值得进一步的发展、研究。现在越来越多的民法学者，特别是搞侵权法的学者，包括越来越多的公司法的学者，他们懂知识产权了，因为它们涉及这个问题。但是很遗憾，民事诉讼法学界几乎没人懂知识产权。所以他们做出来的证据法不可能解决我们这里所存在的一些问题。而这需要两个领域进一步沟通。这是一个证据法上的问题。

## - 违法所得&许可使用费的合理倍数

我们国家《专利法》所规定的计算方法是逻辑顺位的，根据《专利法》第65条的规定，实际损失无法计算的情况下，用违法所得。违法所得究竟是什么性质的，它实际上是一种替代方案，因为违法所得显然跟实际损失是两个概念，它和民法上最大的区别就在于，民法上很多时候违法所得和实际损失是可以划等号的，比如你侵犯我的所有权，你把我的电脑拿走了，你的违法所得就是我的损失。如果你给我砸了，当然我有一个损失，你没有所得，你也只获得的是精神快慰，你的精神快慰就是把别人的财产毁掉了，违法所得也有，但是这个所得不是物质上的。但是知识产权领域的所得，绝对地不等于实际损失。为什么呢？你本来就是侵权的，你的东西会卖得和正版一个价格么，不会。所以，侵权产品一般卖得比正版产品便宜得多，可以想象得到违法所得跟实际损失显然不会是划等号的情况。所以它只是一个替代方法。

问题在于，我们把违法所得放在第二顺位，把许可使用费的合理倍数放在了第三位，杨老师认为这是错的。许可使用费的合理倍数这个概念，就是说如果不侵权，应该从专利权人拿到许可，许可就要付费，这是一个正当途径；现在由于侵权，省略了这付费的部分，所以承担损害赔偿的时候，可以用许可使用费作为一个计算的标准。违法所得和许可使用费逻辑顺位上应该是反了。为什么这么说呢，民法上讲什么叫做损失，损失其实就可以概括为两句话：不该失去的失去了；应该得到的没有得到。而许可使用费恰恰就是应该得到的没有得到。所以，许可使用费实际上是实际损失的一种形态，不是两种不相干的计算方法，它是包容关系，实际损失是总的，里面涉及到许可使用费。比如要想证明实际损失就是遭受了损失，没有侵权的时候，一年收益是1000万，有了侵权变成500万，就有500万损失，这种证明往往是困难的。它有法律上的难题，即证明这500万跟侵权行为的因果关系。民法讲侵权损害赔偿责任的构成要件的时候，通常过错看得很多，但是还有一个在实践中用得很多但是理论上有时候不太注意的，就是因果关系。打官司很重要的一点就是打证据，之所以打证据，其实就是打因果关系。我们在法院实际的案件中，在仲裁的实际案件中，很看重证据，毕业以后到法院工作会觉得很boring，因为这个跟课堂上学的丰富多彩的理论相比，这太无聊了。证据一要证明什么，被告说我们对真实性认可，对关联性不予认可云云，反复就是这些，我们觉得很boring。实际上这反复就是在证明因果关系。你是有损失，但不代表就是我造成的，就要由我来赔。民法上所以才会讨论间接损失要不要赔的问题，合同法上的预期利润要不要赔的问题，这都是和因果关系相关的问题。如果一个人说，某某借钱不还，其实是记错了，这是对人家名誉权的侵害。由于是在公开场合骂的，损失可能就很多。如果是一个公司，有人在各种场合说这个公司不地道，借钱不还，那它商业损失更大。这种损失与侵犯名誉权、商誉权的行为之间有没有因果关系，因果关系有的话才要赔，计算到损失里面。这是一个很重要的问题。许可使用费实际上在专利侵权的实践中成为计算损害赔偿的主力方法。因为实际损失通常是很难计算的，但是许可使用费是可以计算的。

当然，许可使用费的实行还是需要资产评估的配套，如果曾经有过很多许可使用，可以参考这个价格，参考曾经的许可使用费的标准；可是如果刚刚申请专利，刚刚准备开工，有侵权，还没有许可使用，或者说根本没有打算许可别人用，准备自己干，这个时候有了侵权行为怎么赔？无论是在欧洲还是在美国，许可使用费都是计算损失的主力。这个计算方法的依据也有资产评估。资产评估首先对这个专利进行评估，如果进行许可使用，合理的许可使用费标准是多少，将其评估出来，然后依据评估进行赔偿。

前面提到的【晶源公司 v. 富士化水、华阳公司专利侵权案】，因为涉及公共利益，没有停止侵害的判决，改为支付许可使用费。当时这个判决书里最大的问题就是，它综合考虑各方面因素，判了华阳公司一年支付每台机组24万元的许可使用费，但是在判决书里不写明这个许可使用的标准是怎么来的，这怎么会让人信服呢。我们

的判决书之所以不能让人信服就是这个问题，由于不让我们信服，所以我们感觉不到幸福。经常就说不足以证明云云，就不足以了，因为法官说的；或者直接就出来一个判定。杨老师这样批评别人，自己在裁量的时候就很注意这一点，就说的很清楚。比如原来的仲裁请求过高，裁得低一些，低了多少，在分担仲裁费的时候，就按照这个比例来分。比如财产方面的仲裁请求是1万，支持了60%，它的仲裁费就承担40%，因为赢了60%么，就承担40%的仲裁费。仲裁中会讲为什么要分担这些，杨老师自己就会比较注意。这个案子的一个很大的问题就是基于公共利益没有判停止侵权这个问题没有，关键在于判的许可使用费的标准是怎么来的。

## - 法定赔偿

第四个计算方法是法定赔偿。前面的方法都无效的情况之下，我们国家规定，是法定赔偿。我们要注意，如果我们正确地理解了许可使用费的话，其实是不可能出现以上方法都无法计算的情况的。只要是一个专利，专利是做什么的，我们开始讲知识产权就强调一个观念，知识产权是从市场中产生的，也只能在市场中实现。既然是市场上的东西，一定可以有一个定价。既然这样，就不可能存在无法计算的情况。我们查美国专利法、日本专利法，都没有规定所谓的其他，没有办法的时候用什么方法，它们是不会出现这种情况的。因为许可使用费已经足以兜住了，是专利权，一定是可以评估出来一个许可使用费的。我们国家就说以上方法都无法计算，但是许可使用费什么情况下无法计算呢，说白了就是，我们的专利权人自己想当然地提一个价格，当然尽可能高，法官看心情，太高了不支持，就说许可使用费无法计算。我们想一想，这显然是很荒谬的。法官是要有一定的司法能动性，但是也不能太过主观、太过随意，不能太过法官独断专行，说行就行，不行也行，说不行就不行。现在实践中，专利侵权的案件很困难，就困难在损害赔偿计算上。企业花了很大的成本收集证据，法官轻描淡写的一句话，这个事情不支持，久而久之，大家对法官就不信任了，对司法就不信任了，所以很多案件不愿意到法院打，很多外国企业不愿意在中国法院打专利侵权案件，因为对赔偿没信息。这是一个显而易见的问题。法官可能不在乎，仲裁就会很在乎，都不来仲裁的话收入就没了。仲裁很现实的，交仲裁费来打官司，越相信仲裁就越去仲裁，仲裁就有收益。法院不在于，工资不是当事人发的，是国家发的，一年审400个案子，跟一年审100个案子，可能钱差不多。一中院海淀法院知识产权庭是相当累的，我们讲过为什么。海淀法院一年的案子，一个法官平均几百个，多的时候曾经到过400多，平均一天一个多。虽然案子多，办案的奖励费很低，尤其是工资改革以后。工资改革以前，还有所谓的绩效奖励，办案多，工资收益就高；现在不一样了，工资改革，北京市所谓3581，法官心理就不平衡了，在延庆干是这么多钱，海淀干还是这么多钱，还不如在延庆干呢，就把户口留在延庆去了。这是很现实的问题。仲裁就希望都到仲裁去，仲裁费比诉讼费高很多。仲裁有一个起步价，来仲裁，案子标的是十块钱，起步价也是好几千的仲裁费，当然标的越大仲裁费越高。法院不一样，最低50元，这个成本就很低了。所以法官在这个问题上权力很大，可能也是由于很多因素促使的。

法定赔偿按照我们国家《专利法》规定，上限是100万。但是实际上，我们的专利侵权的平均赔偿数额是远远达不到100万的。不要说100万，连50万都达不到。但是我们还是要讨论这个100万是不是低，因为100万是在《专利法》修订的时候提高到这个数字的，实行得也有一段时间了。100万高不高，有的专利能够用许可使用费，绝对不愿用法定赔偿。比如按照许可使用费，一年收30万，三年就90万了，而法定赔偿最高只能到100万。所以这是一个不太高的书目。

法定赔偿考虑的因素，比如侵权行为的情节；专利技术，是发明专利还是实用新型专利；侵权行为持续的时间；销售侵权产品的时间；侵权产品的数量；侵权行为涉及的范围；等等。根据具体的侵权行为，法官综合考量。可是问题是，很多时候当事人认为法官随意裁判，判定的数额让当事人很不满意；法官也觉得很冤枉，认为自己没有随意裁判，考虑的客观因素有很多。我们可以找500个案件做实证研究，每一份判决书去看，如果用法定赔偿的话，考虑了哪些因素。有人做过著作权领域的研究，网络环境下网络视频的侵权损害赔偿的实证研究。考虑的法定赔偿，著作权领域的法定赔偿，适用率超过九成。90%以上的案件都用的法定赔偿，都认为前面的无效，最后落到法定赔偿。专利里面这个比例稍微低一些，大概达到七八成，70%以上用的法定赔偿。那可以统计它考虑了哪些因素，统计以后我们会发现，我们的法官也不是随意裁判，也考虑了很多因素，侵权行为的具体情节、侵权产品的数量等等，我们也可以总结很多。问题在于，考虑的这些要素，比如实证研究统计出来前五的要素，彼此之间的量化关系是什么。说的通俗一点儿就是权重是多少。考虑了五个要素，这五个要素是都占20%呢，还是有一个占50%，有一个占10%呢，这是要命的地方。比如法官心里已经内定了这个案子判30万，然后就找出五个要素出来，说本法官考虑到这五个因素，所以得出结论是30万。我们倒过去看挺有道理，因为考虑的很客观，实际上还是主管裁判的，只要不超过100万就可以了。甚至可以是，觉得这个案子影响也不是很大，企业也不是很有名，就判这些。实施侵权行为的公司是谁，这个公司的经济条件怎么样，这个在国外也是一个考

虑因素。如果侵权行为人越强大，经济实力越强，可能承担的赔偿责任会越高，通俗来讲就是你都这么有钱了还干这种事儿，这是它的一个逻辑。或者是不是累犯，是不是经常性做这样的事情，这些都是考虑因素。问题就在于，这个量化关系在哪儿。法定赔偿不是胡乱赔偿，如果是胡乱赔偿的话，就不要这么官方地说法定赔偿。民法上有一个公平责任，侵权行为里面，侵权行为人没有过错，但是损失由受害人自己承担好像是不公平的，法官可以基于各方面综合因素考虑，由双方适当地分担这个损失。但是问题在于损失是客观的，比如损失有 20 万，这 20 万被告承担也不公平，所以双方平担，侵权法里面的例外包括这种公平责任。只是这个比例，基于各种考虑，是四六开、三七开还是多少，相对来讲还是比较客观。而我们这个法定赔偿，真的是白瞎了“法定”这两个字。这个法定也可以理解为法官定，但是不能超过 100 万，其实就是这个意思嘛。我们不能够这样。

*Part III*

# 商标法

---

Trademark Law

## Lecture 12

# 商标法的几个基本问题

## 一、商标制度的起源与发展

商标制度应该说在实践中，历史是最悠久的。因为它和商业活动的联系是更为直接和外在化的，就是所谓的品牌。现代市场中的企业最关心两个概念，第一个概念是本企业的品牌，第二个概念是本企业的核心竞争力。一个现代企业不讲这两个，就等着死吧。核心竞争力可能就是品牌，比如说可口可乐，它的产品能有多好呢。这边摆一杯可口可乐，这边摆一个雪碧，可口可乐就比雪碧好么，这个恐怕是主观的。但是我们说可口可乐这个商标的价值确实比雪碧高，雪碧从商标的发音的角度来说就没有可口可乐上口，尤其是在英文里面。这个其实很重要，注册商标，发音朗朗上口是很有道理的，搞一个很难发音的，很不利于商标的培养。当然也有例外，比如柯达，柯达的中文商标翻译得很舒服，最开始它是做复印设备的，柯达-嗒，就是快。复印讲究快，可是它的英文，Kodak，总觉得没有中文发音那么立体。所以有的企业的核心竞争力就是品牌。有的是技术，比如高通，它的核心竞争力就是靠技术，就是它的专利。现代企业最看重的就是这两个要素，所以将来去面试，跟任何企业打交道，它都会跟你谈这两个问题。这里说的是生产型的企业或者从事运营的企业，不是纯粹提供法律服务的。问你企业的核心竞争力是什么，品牌是什么。律所以后可能也会讲，会讲我们是金杜的，或者商达、金诚同达的。这两家是知识产权领域比较有名的中国所，以前一些外国所也有，但是在国内的市场上，中国所有它的生存渠道。外国所做知识产权通常是非诉业务的，诉讼业务肯定是中国企业，因为外国所做不了诉讼。应该说相比于其他领域的律师，在知产这个领域，中国律师事务所的市场、地位、名声要好得多，因为做传统业务的不一定拼得过那些外国所，但是在知产业务上，中国律所的能力还是不错的，有些东西只有中国人能做，比如专利代理人、诉讼。专利、商标受到侵害了，只能找中国律师帮你打官司，这是外国所比不了的。所以品牌和商业活动是密切联系在一起的，而人类社会的商业活动起源是很早的，所以很早人类就注意到用品牌来宣传自己。至少就知识产权制度而言，起源最早的是商标。第二是什么呢，要求用法律保护的比较早的第二位的是商业秘密制度。商业秘密是什么，首先它扣住了商业活动的概念，其次，秘密，从事各种各样的商业活动，不管涉不涉及技术，都有一个秘密的问题，所以就要保密。而比较早期的对商业秘密的保护，是通过保护人来实现的，因为秘密和人结合在一起。那个时候保护秘密是保护人，不像现在。我们说近代社会开始有了一些保密的设备，比如密码箱，在一千年前没有密码箱，即是当时有将秘密所在一个秘密的空间的概念，但是也没有密码箱。还有其他的一些手段，现代社会保密的方式就更多了。当然技术的发展对于保密来说是有好处的，但是同时也是双刃剑，既然有技术来保护你，就有技术来揭秘，破坏你的保密措施。所以商业秘密是第二位的。然后才是版权，专利制度是最后的，因为专利是工业革命完成之后才有可能产生的。科学技术发展使得科学技术变为生产力的能力出现之后，才可能有专利制度的需求。

## 1. 国外的情况

商标法律制度的形成也是在近代社会才完成的，当然从私法意义上来讲，它又落后于版权法。一个很重要的原因是，它很多时候是用习惯，习惯能解决的不需要用法律，当习惯解决不了的时候才会上升到法律。习惯，通过加入一些行会组织，由行会组织来保护，不是这个行会组织就不能使用特定的符号或者标识。就像假如黑社会，也可能搞一个符号，比如青帮的，在大街上一露，知道是青帮的，凭借这个符号来识别。商标也是一样的道理，商品在市场上流通，露出一点儿符号来，人们就知道是哪个企业生产的。黑社会为什么搞一些黑话，比如“天王盖地虎”，“脸为什么黄了，涂了一层蜡”，这么说就知道是自己组织的人。这边一个斧头，这边一个镰刀，也知道这是我们组织的人。这也就是的，都是符号，符号能起到找寻它的源头的作用。商标是从习惯，发展为近代私法制度。

商标可能会有假冒的问题，比如黑社会，有人手露出来一看是青帮的，就接待，接待过程中发现是造假的，标识是假的，水一洗就掉的，不是刺青刺上去的，是拿油画贴的，就会纠错，这个被人发现就比较惨了，而且是青帮里面被发现的。从商业活动来讲，发现假冒，把假的东西全部没收、烧毁、赔偿，从公的角度来讲，就是要判定你承担罚款等行政责任。所以从根本上来讲，商标制度起源是防止假冒。虽然酒香不怕巷子深，但是一个幌子、招牌、图案，一定要打到巷子的口上。否则就算酒好，人家闻到香味，找不到是哪儿来的，就很遗憾地回去了。当然你说你的酒香特别，香味飘出来让别人就能识别，也可以，这是气味商标。一定要非常显著，能让人识别。世界上有的国家是承认气味商标的，当然这样的国家很少，新加坡、美国是承认的。承认是承认，但是气味一定要有显著性，可识别，这是一个道理。所以香味出来之后，要让人家知道是谁，让人家不当成是谁家卖醋的，这样就坏了，就没有显著性，弄不好还侵犯人家权利呢，醋可能说自己没有气味商标，怎么可以搞一样的味道。所以酒香不怕巷子深，一定还要弄出一条线索出来，不是单纯靠自己商品的。现代企业管理解读酒香不怕巷子深，我们从商标法也可以解读，其实它并不是不怕，是它有足够的信心，相信它的气味已经可以构成显著性，商标法上注册商标所要求的显著性。商标制度的一个功能是防止假冒。

在 13、14 世纪的时候，英国就开始出现在制品上标出记号的做法。早期都是在小作坊出现这种商标的形式，像中国，烧砖的，烧出来的商品一定会打出一个标识，一看这个标识就知道是哪个窑烧出来的。现在也一样，做金砖的也会做一个商标，其实我们不在乎，我们在乎的就是金子。砖头就不一样了，我们还是很在乎的。家里盖了房子，买完砖，卖砖的就跑了；晚上睡觉的时候砖在上面，早晨起来一看都在身上，这质量太差了，我们不希望这样的情况发生。所以砖会做出这样的标识。在当时的英国，面包房、银匠都会做出标记，吃面包的时候会看到。那个时候包装还没有特别的讲究，这与包装材料的技术的发展是有关系的。不能好好的面包做出来，牛皮纸一包就拿回去了，看上去有点儿不舒服，下肚子的东西总要讲点儿卫生。我们法学院的学生很少接触这个发展领域，那个时候对包装装潢是不太重视的。到了 19 世纪末、20 世纪初，包装装潢才逐渐成为商业领域一个独特的、单独值得保护的元素。这与饮料有关，饮料不能拿手装着，一定有包装。面包还好，买的时候可以手拿着，大不了直接吃了；饮料一定要有容器装着，它的包装装潢就开始成为吸引消费者的一个重要元素。第二次世界大战时期，可口可乐随着美国军队走向了全世界以后，这越发引起人们的重视。可口可乐凭借它的玻璃瓶的独特造型风靡全球。现在这种玻璃瓶我们见得差不多了，它是仿女性身体做的，有些电影中还可以看到这种瓶子，可口可乐刚进入中国的时候也是这种包装，喝的时候总觉得瓶子有点儿厚、装得有点儿少，那时候只关心装的多还是少，同样 1 块 5 一杯，都希望装得多一点儿。实际上它的包装对可口可乐走向全世界起到了非常重要的作用。第二次世界大战以前，可口可乐只是在美国比较知名的品牌；二战结束之后，可口可乐成为一个世界知名品牌。

随着对于品牌的重视，反假冒的诉求，商标保护逐渐成为一个独立的私法制度。相关立法在这之后的时间就开始产生。德国、美国等国都制定了相关立法。稍有不同的是，美国是基于使用制为基础，就是说，我之所以要反假冒，是因为我通过使用，使得我的一些特定符号和我之间产生了一些关联，所以需要保护。但是有的国家一开始采取了注册制。这个符号先注册，就给予保护，至于一开始有没有用，注册的时候有没有用，以及注册之后，人们能不能把符号与你之间建立这种联系，是不管的。所以这是两种价值取向。应该说，美国的这个制度是更贴近商标制度的本质。之所以要保护这种符号，其实不是为了保护这种符号本身，而是为了保护这个符号所指代的东西，或者说是要保护这个路径。不是在乎这个符号的名称，这个字、这个图是谁享有，而是这个字、这个图指向的是何种商品服务，我们保护的是这个路径，这个桥梁。这个桥梁连接着两端，一端是符号本身，另一端就是商品、服务。而注册制度是讲究首先注册一个符号，先建立一个联系，然后逐渐使得它为公众所熟知。注册在前有一个好处，注册的时候一开始就知道任何一个符号，背后一定有指向一个特定的商业、企业；而使用制度符合

本质，它通过使用建立起这种联系。注册制度的优势是一开始就划分界限，当然它的劣势是容易导致人们去抢。先不用，先去抢，抢完以后用不用再说，可能会导致这个后果。我们国家是注册制度，所以我们国家抢得不亦乐乎。我们抢别人的，别人也抢我们的。我们抢注了很多国际的品牌，别人也把我们的一些知名品牌抢了，比如英雄、同仁堂这些品牌。注册制度意味着注册了就可以得到保护，而不管有没有一个基础；使用制是必须有一个基础，然后才给予保护。但是，从取得商标专用权之后，不管是哪一种，使用制还是注册制，目标都是排斥假冒。

## 2. 我国的情况

### 1) 早期的情况

我国对于标识使用也是起步很早的，最早的是陶器上标注姓名。当时是一种义务，这个义务肯定不是商标法上的义务。这种义务可能可以追溯到先秦时期。之后人们在一些商品上都会打上符号，包括在一些作坊，人们都会主动打标识，那已经进入到现代意义上的标识的意义。之前这种义务是强制的，很重要的目的是能找到制作者。当时标注的是姓名，通过它可以找到制作的人。为什么需要找到制作者呢，古代的生活用品都是陶器，比如吃饭碗、装酒的容器、装菜的容器，都是陶器，如果质量不好，可以找到责任人。比如提供给皇室用的陶器，皇帝拿着吃饭呢，“啪”碗成两半了，皇帝就吃惊了，问谁干的，大臣捡起来一看就知道是张三干的，就能把他抓来。实际上当时之所以这是个义务，就是为了找到他们。铸剑也是一样。这就有点儿像现在我们去饭店吃饭点菜，菜端上来，盘子上有时候会贴一个小标签，写着几号厨师，这叫冤有头债有主。当然如果出了事情，饭店会对你承担责任，然后它回过头去找看是谁烧的菜，吃完了这菜狗都死了。中国有一种食物，河豚，传统的工艺上厨师一定要做好了先吃第一口，吃完以后，大概三到五分钟没事儿，就基本上没事儿了，才端上去，不能做好了直接端上去，那样就说不清楚责任了。那个时候标注的义务恐怕更多的是这样的。

北宋时期有“刘家功夫针”。也正是因为当时标注了这个，我们到现在才知道有这么一个传统的字号。现在这已经不是商标了，已经属于传统知识的范围了，或者叫非物质文化遗产范围了。刘家功夫针好像已经失传了，还有张小泉剪刀这样的字号。

到了清代，也有“已申上司”的记载。“已申上司”这个词我们很熟，讲版权的时候就讲过，“已申上司，不得覆版”。这个时候有点儿类似于特许经营。带着标签的，可以经营这个行业。检查的时候看到经营这个行业的没有某个符号，就是非法的。

使用这些符号当然有些禁用的标识，就跟现在一样。现在《商标法》禁止用国家的名称、国际组织的名称、禁止涉及种族歧视的名称等，那个时候也有些不让用的标识，比如不让用金黄色，不能用龙的标识。总之都是些特殊的东西，都是有讲究的。甚至有些不是皇帝用的，宰相级别的人专用的可能也不能用。更早的时候有一些更严格的规定，一些形象什么样、什么东西多宽、尺寸多高，都有要求的。总之有一些限制。

我国现代私法意义上最早的商标制度应该是 1904 年清政府颁布的《商标注册试办章程》。它比《大清著作权律》还早，后者是在 1909 年颁布，1910 年开始实施，所谓的实施也没有真正实施。《商标注册试办章程》就是规范如何注册商标的。我国从一开始就采取了注册制，而不是使用制。

新中国成立以后，有一系列关于商标的规定，但实际上在实践中适用范围很小。所以我国商标法再 1982 年建立以后，有前后衔接的问题。有一些长期使用的商标，按照现代商标法制度是不应该予以注册的，但是由于历史的原因，它已经是商标了，所以就不得不给它注册。这样的商标比比皆是，所以现在再给人家讲商标法的时候，特别是给外国人讲的时候，人们就会奇怪。比如说讲地名不能注册为商标，人们说青岛啤酒不是商标么；“上海”不是商标么。我们就只能说这是历史原因造成的。过去制作一个商品，那个时候没有《商标法》，用什么做商标呢，比如地点在青岛，就叫青岛啤酒吧，这个商标就一直用下来了。用了几十年，《商标法》颁布，总不能把这个商标给人家去掉吧。这是历史上形成的情况。中国很多地名都是商标，“北京”是商标，“哈尔滨”是商标，“青岛”是商标，“上海”是商标，“黄山”“泰山”以及其他几座山都是商标。现在再想去注册这样的商标就不可能了。比如想把“海淀”注册成商标，肯定不给注册的。

我国《商标法》是 1982 年制定的，是我国制定的第一部知识产权法。1984 年制定的《专利法》，《著作权法》1991 年才有。在 2001 年的时候，对《商标法》进行了第二次修改，第一次修订发生在 1993 年。2001 年是因为要加入 WTO。为了加入 WTO，我国在 2000 年和 2001 年，对三部立法都进行了修订，率先是《专利法》，然后是《著作权法》和《商标法》。《商标法》2001 年修订以后，从 2005 年开始，又启动了第三次修订，直到现在还在进行中。争议太大，包括要不要提驰名商标的概念，现在因为在 2001 年在修订的时候加强了

驰名商标的保护，但是出现了异化的问题。就是说本来这是一种奖励，结果变成了纯粹的工具。为什么驰名商标要特殊保护呢，实际上应该是一种奖励，是对精心培育商标给予的奖励。因为培育的时间越长，说明知名度越高，起码公司还活着嘛，活得越久知名度越大。企业跟人不一样，自然人活得越久没准名气越小，小时了了大未必佳；但是企业不一样，只要活得久，一定知名度越高。这是很显然的道理，历史遗迹为什么那么有名，因为活得久。有些已经没有了的活得久，是概念存在，比如圆明园，它实际上观念上还存在着，也存在很久。没有的东西我们都记不住了。新疆楼兰消失了，被封杀盖住了，人们逐渐就不知道这个东西了，可能只是知道一些概念，比如古楼兰这个名称，但是长什么样不知道。挖出一具古楼兰女尸，能知道这个人什么样，但是这个城市什么样不知道。还有古代有国家都被封杀湮没了，有一些古代文明还沉入海底了。只要不在了，人们就忘记了；还在，活得越久，知名度越高。商标也是一个道理。比如张小泉剪刀，可能在它刚刚出来的时代，也有其他作坊做出来的剪刀也很好，但是没有它这样一个符号，所以慢慢就不知道了。干将这个剑之所以有名，也是因为它刻在上面了，记载下来了，一代一代的人去描述它。如果它没有名字，那个时代的人可能说那把剑很锋利，下一个时代的人说有一把剑很锋利，最后大家就不知道到底什么剑很锋利。所以人去世以后为什么记录他，也是要有个符号，特别是我们去祭奠一些为这个国家而去世、牺牲的一些人。比如美国旧金山旁边，美国国家公墓，埋葬的都是美国军队服役期间牺牲的军人，我们在电影里面见过。杨老师去见到了，真的是一大片，从公墓建起来以后，所以为美国军队牺牲的军人都埋在这儿了。除了失踪的不能埋在那儿，失踪的永远叫失踪，只要确定去世的就埋在这儿，如果没有遗体的也埋一个军服。我国这一点做得就不太好，牺牲的军人就销声匿迹了，所以没有符号不好。可以留下符号，进行爱国主义教育么。这也是商标的一个功能。

## 2] 关于第二次修订

2001年第二次修订中，有一些变化，这些变化阅读相关条文都可以知道。之所以要增加对驰名商标的保护，之所以要增加对地理标志的保护，原因就在于要达到WTO最低的要求。关于地理标志，讲专利法讲过强制许可，WTO多哈回合谈判很重要的一个议题就是关于强制许可。多哈回合谈判涉及知识产权的主要就是两个议题，另外一个议题就是地理标志的保护。因为地理标志是现代欧洲社会在知识产权领域的一个优势项目，所以后来在关于反假冒协定（ACTA）很重要的一块就涉及到地理标志。涉及地理标志的商标很多，比如“香槟”，我们知道是法国的一个地名，所以是一个地理标志，我们也知道香槟实际上标注的另外的意义是一种酒，或者说酒精性饮料。中国带地理标志的东西更多。比如说水果上，新疆库尔勒香梨，这是非常有名的；另外金华火腿，不见得好吃但是就是有名。做金华火腿的猪，来自浙江的同学可能知道，长得跟我们熟悉的猪还真不一样。这个猪瘦一些，长得像狗。浙江、江苏一带做一些菜放金华火腿的火腿丝，来提味，不是专门吃它的。还有云南白药、景泰蓝。地理标志实际上是商业价值很高的。地理标志的私法保护是在商标领域里面的，地理标志还有行政保护，向国家质检总局申报，国家批准以后就可以纳入到行政保护体系。称为地理标志产品，是按照地理标志产品进行保护的，而地理标志本身的保护属于知识产权。要注意这个区别。申报过程中要考虑几个因素，包括产品有什么特色，特色和地理要素有什么关系，这个地理要素包括人文环境。这是一个很重要的特点，不是纯粹指的客观的，比如天气。库尔勒香梨之所以好吃，跟它的土壤、水、空气、阳光是有关系的；什么地方水果好吃，凡是阳光照射很充分的地方，水果才会好吃。所以为什么北方水果少、山区水果少，因为照射不充分，水果糖分、水分都不高。但是地理标志不只是这个，还有人文的。有一些地理标志跟人文就有一定关系，比如云南白药，它就是综合的，既和当地的客观的物质环境有关，也和人文的东西有关，人文的制造工艺有关。人文的就是软的东西，说起来是可以移动的，但是由于相对的固定，所以也必须用地理标志来保护。地理标志是不能移动的、地理标志是不能转让的。比如金华火腿卖给内蒙古了，人们以后到底是叫金华火腿还是叫呼和浩特火腿啊，搞不清楚了，猪还不愿到那儿生活呢。地理标志是特殊的商业标识，商业价值也是很大的，但是又不能转让，因为必须和特定的人文和地理环境相结合。此外第二次修订还有其他的一些变化，包括程序方面、执法方面等。

## 3] 关于第三次修订

目前正在进行第三次修订，持续时间已经很长了，正如上面介绍的。修订的内容有很多。

### 商标的概念

第三次修订的内容比如商标的概念。关于商标的概念，通说认为：商标（品牌）是指能够将自然人、法人或者其他组织的商品或服务与他人的商品或服务相区别的标志。商标可以由文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色等要素，以及这些要素的组合构成。但是这个所谓通说其实不是商标的概念，是商标标识的概念，就是什么

东西可以作商标标识来使用。最早的商标规定是文字、图形或文字和图形的组合能成为商标，随着《商标法》的修订，商标标识范围逐渐扩大，包括了字母。字母一开始是不给予商标保护的，比如要注册一个商标叫 A，觉得这哪儿有什么显著性，就不给注册。实际上允许字母注册不是说单个字母可以注册，单个字母也好、多个字母也好，一定要有显著性。也许只是注册了一个字母，但是赋予了这个字母一定的造型，所以可以注册。数字，最开始也是不让注册的，后来实际上是有一些注册商标。商标不注册也可以用，只是不能用注册商标的方式来用。很多商品上有注册商标符号 TM，它的符号比较小，也不能很大，否则就把主要的商标标识盖住了。如果商标没有注册，就不能有注册商标标识，但是还是可以用。没有注册商标还是可以用的，不是说不注册就不能用，这是错误的。不注册不能像注册商标这样用。还有类似的注册商标符号是®。©是版权符号，专利实际上也有这样的符号Ⓟ，但是人们一般很少这么用，一般是直接把专利号标上。注册商标过去人们用?，表明这个商标是注册过的。但是这个符号有一定的歧义，就搞了个 TM。不懂英文的可能还不懂这是什么意思，说不定会当成骂人呢。用数字的商标我们比较熟的比如 7-Eleven，注册中文的 7-11 的商标；再如 999 胃药。原来有个活力二八，用在洗衣粉上，是湖北的商品，现在已经没有了。三维标志，我们比较熟悉的是汽车前面顶的标牌、符号，四个圈的就是奥迪。

有人开个夏利，为了好玩，放了个奔驰的标识放在前盖。越是好车这个标识越是立着的，比如法拉利、奔驰的，是立着的；越是差的车就是贴着的。夏利的车前面放一个奔驰的标识，算不算侵犯商标权呢，我们可以想这个行为。这个行为按照杨老师分析，肯定是不构成侵权的，因为它是一个非商业性行为。开夏利的人是终极消费者，他的行为不具有商业性。如果是厂家，明明是造夏利的，贴上奔驰的标识，虽然消费者不会混淆，但是这种行为因为是在销售的产品上使用他人商标，这是侵权的。

除了这些元素以外，我国没有承认但是在世界上其他国家有承认的元素，有音响和气味等。动态商标我们国家还没有承认，承认是一个趋势。现行《商标法》已经承认了颜色的组合，单一颜色是不给注册的，但实际上单一颜色如果有显著性也可以，就是带有一些设计。比如说，一个纯粹的黄色，这个黄色是带有一定造型的，这种颜色是可以注册的。音响商标现行《商标法》是不承认的，但是修正案已经纳入进去了。世界上很多音响商标我们是很熟悉的，比如英特尔登登的那个音响。有一个笑话可以说明音响商标是深入人心的。有一个人骑着自行车过去，另外一个人说“等灯，等灯”，其实是说红灯，让他等灯，骑车的人说你以为就你用英特尔产品啊。还有诺基亚手机、三星手机开机关机的声音，都是音响商标。音响商标关键的问题在于如何产生显著性，在后面讲到注册商标的实质要件的时候会讲到。还有气味，气味商标可能是我们接触得最少的。如果有同学坐过新加坡航空公司的飞机的话，可以回想一下，新加坡航空公司注册了一个气味商标。新加坡是承认气味商标的，同样承认的还有香港、美国。这也是杨老师跟相关国家和地区的商标局打交道知道这三个地方承认气味商标，其他还有。据说菲律宾也是承认的。杨老师坐过一次新加坡航空公司的航班，杨老师知道他们有气味商标后回忆了一下，机舱里确实有一股香味，但是当时以为是空姐身上发出来的。这说明了显著性、可识别性的问题，气味商标注册很难，保护也很难。假如到法院告人家侵权，必然要把这种气味给法官闻的，法官闻了半天可能说拿一瓶香水来闻干什么，这就很难得到保护。杨老师了解了一些当地相关的情况，实践中注册气味商标的很少，官司几乎是零，没法打这个官司。但是从商业宣传的角度讲可以去注册。要想保护，就别奢望了，很难，因为这个元素的区别很细微。理论上这个元素是无限多的，比如文字商标，甚至可以自己造一个字出来。你说这个字念 bia，就注册一个 bia 牌。施乐 (Xerox) 的英文商标就是生造出来的词，本来没有这个字的。柯达 (Kodak) 也是一样，这个词英文中本来是不存在的，是生造出来的。我们可以生造一个字出来，比如“讠”现在电脑输入法可以打出来了，以前是打不出来的，就说这个字念 bia，就注册它，肯定有显著性，这个字从来没有存在过。可是气味和印象不一样，音响的变化元素是很小的。而《康熙字典》三四万字呢，选择的余地就很大。至于气味，能叫出来的气味有多少种，我们通常可以说出来的有香、臭，不知道清新能不能算作一种气味，其实可以归为广义的香味，所以闻香识女人是多厉害的鼻子。闻香识女人很多时候指的是香水，所以制造香水的制造商一定要聘请那些鼻子很厉害的人，找出那种特殊的味道来。否则香味都一样，别人凭什么买你的香水呢。反正杨老师是闻不出来，要是杨老师当法官接气味商标的案件，注册气味商标的就惨了，杨老师会觉得都没有区别么，注册商标的只说不一样，这个气味低八度云云。这种区别是要描述的，杨老师给研究生上商标法有一讲是商标相似的判断和商品的相似的判断。这里讲到气味商标和音响商标，因为在承认气味商标的国家里面，也要求在注册的时候要描述，不能说就放一个瓶子在商标局那儿。一个瓶子装气味也可能闻一次气味就没了，这样如果商标局认为没有显著性，换一个瓶子拿去复审，复审的就可以说这一瓶和原来那瓶不一样。必须是同一种气味，不能换一个，专利也是一样，驳回专利申请如果不服申请再审，一定是原来那套资料，不能换一套来。所以这些类型的商标要求是很高的，之所

以实践少，也是因为很难描述。我们国家《商标法》修正的时候也说我们还没有这个条件承认气味商标。其实承认也没关系，反正实践中也不会用多少，都驳回就完了么。当然没有注册也可以用，甚至也可以得到一定程度的保护，不正当竞争保护。就是用《反不正当竞争法》保护，这个气味如果是商业用途，和商品、经营场所、环境、商店的装饰装潢组合成一体，这种商业被称为商业模式，这种商业模式当然也不能被别人使用。没有经过许可别人采用一样的商品模式、经营模式，就是一种不正当竞争的行为，也是应当予以规制的。所以实践中虽然气味不能注册，但是还是可以用气味商标，别人如果模仿可以用不正当竞争打击。当然事件中这样的例子还是很少的，一般有气味商标这种需求的，是食品、服务行业，包括航空公司、做养生馆的、做餐馆的等。音响商标一般是电子产品比较追求的，动态商标实践中有过，但是相关的纠纷比较少。一些影视公司、文化传媒公司对动态商标需求会比较大。著名的动态商标，比如美国有名的几个电影出品公司都有动态商标，著名的狮子出来后一嗓子，那是它公司的商标；还有小金人飞出来也是。在我国有些其实已经形成了显著性，比如说八一电影制片厂，一出来有部队的徽章，一看就知道八一电影制片厂；还有背景音乐，那是军歌的一部分。那一部分当然不用担心保护的问题，没人敢用，其实它也是一个动态商标。动态商标是有需求的，承认动态商标是迟早的事儿，唯一比较保守的是气味商标，保护起来太困难了。

### 商标的使用

商标必须使用，这是应当的，毫无疑问，即便先注册，后面也必须使用。世界上任何一个国家的商标法都规定，商标连续不使用达到一定时间，比如我国规定三年，就应当予以撤销。可是问题是商标使用的方式是不是应该越来越丰富。以前对商标使用的要求是必须在商品上使用，就是必须贴在商品上。如果是服务，必须出现在经营场所里面，饭店的菜谱、桌布、餐桌等都会出现它的商标，这是比较窄的。现代商业经营的模式随着科学技术发展也出现了一些变化。举个例子来讲，我们都有网购的经历，杨老师也用过，杨老师主要负责收货、付钱，杨老师夫人买东西。这个淘宝店上面有没有商标呢，它没有一个实体的经营场所，或者说是虚拟的经营场所。去逛网店跟逛街还是不一样的，如果一样的话男同胞就好办多了，男同胞最头疼的就是逛实体店，所以大力支持网店发展，省去了鞋的磨损程度。比杨老师年龄更长的都有这种痛苦的经历，女人平时动不动就累，逛街的时候三个小时不带累的，太厉害了。这种使用怎么体现？比如在网页上贴一个商标，这算不算使用。它没有体现在商品上，也没有经营场所，只是一个虚拟的场所。所以商标使用的认定要不要扩展。显然要扩展，但是应当允许扩展到什么程度，哪些情况可以认定为是一种使用，是一个问题。以前如果注册为商标，没有在商品上使用，哪怕是打广告的时候用了，都不算使用。这显然不合理，商标使用是为了让消费者建立这种联系，那么任何一种可以在商业活动中使得特定符号与特定的经营者之间产生联系的这种行为都应当认定为商标使用行为。理论上讲这是一个终局的认定，这个概念不会过时，一切在商业活动领域里面让标识和经营者产生联系的行为，都应该认为是商标使用行为，这个概念是不会过时的。这样可以涵盖的范围就非常广。比如国外有这种做广告的方式，找一个人穿个背心，前后贴上商标在马路上疯跑，这也是一种使用。这是一种人体广告，我们国家这种做广告的方式比较少。现在很多浏览器会有拦截小广告的功能，如果不拦的话会发现好多飘过来飘过去的广告，如果上面有商标的话，也应当认为是一种使用。我们都有在网上看小电影、视频的经历，视频之前会有广告，短的15秒，长的有30秒、60秒的，这个广告如果出现商标，同样可以认为是一种使用。这些都是一种使用行为，而不局限于非要贴在商品上。

### 同日申请的问题

专利中也出现过同日申请。只要是申请制，就会遇到这个问题，因为它又是唯一性。出现了同日申请之后怎么办，商标跟专利不一样。专利是首先要进行协商。商标不一样，当然也可以进行协商，协商不成打官司，判定的方法是在协商之前，谁先用就注册谁的。这跟专利就不一样了，专利中还不敢说是先用，如果一方说先用的，可能被审查是不是构成公示公用了。可以先用，但是不会用这个理由来要求获得专利，强调这个就会比较麻烦。因为专利有新颖性的要求，商标没有新颖性要求，就是看谁先用。因为如上所述，商标的本质功能实际上是保护一种通过使用而建立起来的商誉，所以同日申请的情况下，会注册使用在先的。但是从商标基本原理上说，在后的人也可以继续使用。这是优先权的问题，毕竟是在注册之前使用的。如果都没有使用，或者证明不了谁先使用的情况下，就可以允许协商，协商不成的情况下，跟专利法有重大区别。专利法是协商不成，都驳回。商标不是，商标是抽签。专利里面都驳回，一个很根本的原因是因为已经公开的，不可能再给予专利了。发现同日申请，往往是实审的时候才发现的。按照我国《专利法》的规定，实审是在公开之后才进入的，所以如果发现同时申请，往往是已经公开的，协商不成就都驳回，因为已经没有新颖性了。我国跟国外不一样，我们介绍过外国，比如美

国、日本，实审和公开是两条线。我国是同一条线，一个逻辑线条，必须经过第一步才有第二步，过了形式审查后要申请公开，之后才能申请进入实质审查。很多国家是两条线，公开与否是一条线，是否进入实质审查是另外一条线。所以在外国，出现同日申请之后是不会像我们国家这样导致全部被驳回的，这一点跟我们国家是不一样的。商标因为不存在新颖性的问题，所以允许协商，协商不成就抽签。之所以抽签，因为没有必要都驳回。谁能获得注册呢，既然不愿意协商，就看运气了，所以就是抽签。现在这是《实施条例》的规定，这次《商标法》修订，将其上升到《商标法》里面，现行的《商标法》还找不到抽签的规定。

### 增加了对于知名度商标的保护

驰名商标和普通商标之间有没有一个过渡段、中间情况，就是有一定知名度，又够不上驰名商标，这个时候要不要给一定程度的特殊保护呢，现行《商标法》31条已经规定，“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。”不得抢注，实际上让它产生一定的排他性。按道理说，可以使用在先不去注册，被别人抢先注册了，那活该。但是问题就在于，如果前面这个商标是有一定知名度的，被抢注了，这种情况被允许存在，会不会造成一种对消费者的侵害。消费者都知道在先的那个，因为有一定知名度；但是有注册商标的是后面这个，可能造成消费者的混淆。所以现行《商标法》31条实际上有一定程度的保护。

这次修订就在考虑要不要对有一定知名度的商标进行一定程度的保护。换句话说，就是对驰名商标的保护要不要分级。我们一直强调电影要分级，也不知道为什么一直不动。杨老师一直不太理解，电影分级有这么困难么，恐怕是执行流于形式？实行实名制的时候网吧里曾经一定程度上控制了未成年人进网吧，后来又又是随便进。杨老师回老家，老家没有网络，上网要去网吧，一开始真的是出示证件，后来就没人管了，也许杨老师长得老点儿，一看就没事儿。但是这应该有一个形式意义，比如在美国如果买酒，必须出示ID，即是看上去已经很老了。保证制度的运行的流畅顺利靠的就是这种较真，中国人就是什么都不较真，看这个人怎么可能不成年呢，进去就行了，我们的制度就是这么垮掉了。中国根本上是一个熟人社会，陌生人社会才会把制度执行得非常好。中国为什么会成为一个熟人社会，很简单的道理，中国的农业社会太长了，农业社会讲究的是自给自足，就是依靠的熟人社会，依靠的是彼此之间信任。所以当进入现代社会，熟人时间长了，陌生人社会所需要的制度、公平没有建立起来，信任又垮掉了，所以中国处在一个最尴尬、最可怕的社会状态，所有人生活在一个不信任的状态。陌生人社会把制度建立起来以后，慢慢反而有了依赖、有了信任，所以现在总是说美国人傻，因为他信任你，没想过还能干这种事儿。一些留学生经常会总结攻略，在外国怎么可以占便宜。他们这么多制度漏洞，是建立在彼此信任基础上，建立在信任社会的基础上。而我们的社会才是可怕的，好像是熟人社会，好像彼此之间都很亲密，其实没有。

对驰名商标分级一个很大的好处是，不能把一些世界知名的商标，和一些有一定知名度，可以勉强够得到驰名商标门槛的商标等同去保护。因为按照我们国家现行的法律，只要是驰名商标，不管是全球闻名的，还是普通的驰名商标，等同地保护，这个就很可笑了。而我们国家对驰名商标的保护力度是很强的，就像有些官员说的，“我们国家的商标制度是很先进的，和《巴黎公约》、TRIPS的要求是完全吻合的，我们的制度是完美的”，可是执行起来为什么是现在的样子。好的制度是一回事儿，执行得好不好是另外一回事儿，这是一个原因。另外，我们的驰名商标制度就不能说是好的。曾经有一个案子，一个后来在中央电视台做过广告的“黑牛牌豆奶”，我们没有多少人知道，可是它是工商局明文规定的驰名商标，是国家认定的。把黑牛商标的保护水平跟可口可乐放在同一个水平，不要说可口可乐了，我们都觉得不服气。因为驰名商标保护力度太大了，按照我们国家的一些司法解释，我们的驰名商标不仅是跨类保护，这种跨类还延伸到不同商业标识里面。我们看《商标法》的司法解释，司法解释说不能把与驰名商标相同或相似的标识用作商号、域名、商品的包装装潢上，保护力度是非常强的。这是我们的一个根本的问题，驰名商标的保护要分级，有一定知名度的和高度知名的进行区分。在德国，就是分级的，分为普通驰名商标和高度驰名商标。实际上美国可以做到，它立法上虽然不分级，但是通过判例来调整。比如说，原告状告侵权，依据是原告自身是驰名商标，法院认为可以构成驰名商标，但是这种情况下认为它的保护不应当延及这么多的范围。它可以用判例调整，而我们不是，不判驰名商标保护的话，原告肯定不干。所以造成了激励大家想方设法认定自己是驰名商标，这个方法就很多了。一开始我们没有限制驰名商标形式认定的时候，很多人就通过公关的方式。国家工商总局大概每隔两年认定一批驰名商标，最后一批带有宣传性地公开认定的驰名商标是2006年，那一次认定了18个驰名商标，其中就有清华。清华是一个驰名商标，也不知道是清华大学给它带来的还是它自己通过经营带来的，当时有人说北大清华终于分出胜负了，人家是驰名商标，我们就不是。要注意我们是北京大学，北京是一个地名，这没办法认定驰名商标，我们吃亏吃在这儿。要不我们改回去，叫燕京大学，跟燕京啤酒一样成为驰名商标？清华其实最先来源于清华园，清华园是一个清朝建立起来的皇家私家花

园。清华这个地方究竟是不是也有占了历史的因素呢，这个也很难说，我们没办法叫这个。其实我们在的地方本身原来也是类似清华园的一个花园，现在我们有些蔚秀园等地方，我们总不能叫蔚秀大学吧。

### 明确了在先权利的具体内容

《商标法》31条规定“申请商标注册不得损害他人现有的在先权利”，关键在于侵犯在先权利的范围。这次修订明确，“申请商标侵害他人先享有的姓名权、肖像权、名称权、专利权、著作权或者其他权利的，不得注册”，即在先权利包括姓名、肖像、名称等，其实这在司法解释中已有规定，是把司法解释上升为法律。关键点就在于“其他权利”，这个其他权利包括哪些。比如是否包括在先使用的商标权，就是所谓的在先使用权。刚才讲到有一定知名度的商标的在先使用权，如果按照分级的话，至少是一个普通知名的商标权，所以它有排他性。这里说的是不属于这种有一定知名度的在先使用商标。根据在先使用权，也应该允许它继续使用，这种在先使用权不算这里的其他权利。有人认为包括。显然不应该包括。如果一旦包括进去了，那我们国家就彻底变成使用制，而不是注册制了。因为只要使用在先，就可以排斥在后人注册，不就变成使用制了么，就变成未注册商标有排他性了，实际上未注册商标只有驰名商标才具有排他性，有一定知名度才具有排他性。只是一个普通商标不具有排他性，所以不能包含在《商标法》31所说的“其他权利”中。

姓名权、肖像权、著作权我们比较常见了，专利权比较少，一般是外观设计专利。肖像权比较容易理解，注册商标不能在别人没有同意的情况下把别人的肖像注册了，这当然是侵犯别人肖像权的行为；著作权也比较容易理解，著作权保护财产利益，就是两个核心概念：复制和传播。之所以把别人的作品注册为商标会侵犯著作权，是因为要使用。商标使用就会涉及到复制和传播的问题，这恰好是著作权的权利内容，所以是侵犯著作权的。

我们需要进一步思考的是姓名权，姓名权的排他性在哪里。民法中关于姓名权，指的是是否使用、自己使用或允许他人使用、以及不使用的权利，这些都属于姓名权。但是姓名权有没有对符号的垄断权？比如说，杨老师叫杨明，能禁止你叫杨明么。中国的传统是子随父姓，有个笑话说小学一年级新生报到，问小学生姓什么，一个小学生说姓魏；老师问魏什么啊，小学生说因为我爸爸姓魏。当然姓名自由，可以不随父姓，可以自己给自己起个名字。鲁迅就给自己起了名字叫鲁迅。你也可以给自己起名叫鲁迅啊，这是没什么不可以的。有人要给自己起名叫赵C，派出所的人不给注册，理由是其“脑子有病”。其实不给他注册，不能说人家有病，人家有这个权利。可以以公共利益为由拒绝注册。姓名需要注册，我们现在是户籍制度，哪怕将来改成身份证制度，都是注册，形成一个管理体系，这是一个公共利益。把某人的名字放到系统里进行管理，是为了保护这个人，也是为了保护其他人，包括里面的各种信息、各种安全等，输入到系统里就知道具体的情况。如果起名叫C，系统就要专门改。因为现在的系统可能是基于使用汉字建立起来的系统，C可能输入不进去，输不进去是改名的人自己吃亏。比如与其打交道的人到相关单位查有没有叫赵C的，发现中国人里面没有叫赵C的，就被排斥出去，可以以此为由拒绝注册。但是派出所的人不会拿着一个合法的武器拒绝人家，都是说“你有病吧”，很粗暴地把人家打发回去了。还有一些人起很奇怪的名字，生僻字作为名字，也可以不注册。这种不注册中的公共利益如何取舍也是一个问题。其实为什么要有户籍管理，实际上是公共利益的，原始社会那样大家都自由流动，其实不利于公共利益的。比如开个银行账户、信用卡，有了这样的系统，可能就可以在很短的时间内确定客户有没有信用坏的记录，从而开户、发信用卡，这有利于客户。一定要搞一个很奇怪的名字，系统里没有，就要调查了，防止是个骗子。我们是有叫任何名字的人权，但是，它是受限制的，当然不能受不合理的限制。比如杨老师的父亲姓杨，杨老师非要改姓，派出所的人多此一举，一定要问为什么不随父姓，然后不给注册，这就不对了，是侵犯利益。姓名权的范围究竟是否包括对名字的垄断，凭什么你叫一个名字，别人就不能叫。这跟商标是不一样的。我们讲商业标识符号有唯一性，某一类商品上注册一个标识只能有一个人，不能好几个人都用一个商标，这是为了识别。而人的识别，姓名是一方面，我们还有肖像，这是为什么可以重名。尽量不要重名，但是重名也不怕，还有指纹、肖像等很多渠道可以识别，所以没有问题。因此姓名权不应当包括对姓名的垄断。

这样问题就来了。比如去注册姚明这个商标，人家不给注册，说侵犯人家姓名权，这个成立么。当然不成立。姚明凭什么就垄断姚明这两个字啊。别人说你显然是搭便车，制度允许的情况下就搭了。林书豪出名的时候，疯狂的人去抢注它，因为它没有垄断这个符号。去年春节过去杨老师到美国讲课，当时出现了乔丹的事件，很多人就说中国的公司不像话，怎么能把乔丹在中国注册为商标。杨老师就问为什么不可以，对方说侵犯人家的姓名权。但是美国人也知道叫Michael的人很多，叫Jordan的也很多。Jordan既是一个姓，又是一个名，为什么同名的不觉得侵犯人家权利。美国三亿多人，姓是Jordan的好几百万，名是Jordan的也有好几百万；忽略middle name，叫Michael Jordan的，据不完全统计有好几万人。那凭什么说就是抢注的名字呢，自己改名叫Michael Jordan难道不行么。比如中国人移民到美国去，会给自己起个英文名字。如果短暂地到美国呆着不起也没问题，

人家叫 Ming、Yao 也无所谓，但是实际上对对方来讲很痛苦的，是姓杨还是姚，他是分不清的。外国人说 Yao Ming 中国人听起来像要命一样，其实中文里拼音也是一样的。所以如果移民过去往往起个英文名字，为了管理方便，外国人称呼你也方便。假如有人在中国叫一个名字，现在移民到美国去了，说自己叫 Michael Jordan，给注册的人顶多抬头看你一眼，但是还是给注册，因为没有违法。很多人想当然地认为名人就垄断这个名字。当然有一些特殊的问题，比如中国人里面叫李鹏的千千万万。我们可以想象一下曾经的同学里面有没有叫李鹏的、有没有叫江泽民的，叫江泽民的可能没有，但是叫李鹏的可能好多。所以这就是一个问题，不能跟国家主席叫一样的名字，这可能是一种公共利益的需要。他代表一个国家的形象，虽然我们不觉得他可以代表，但是法律上来讲他就是代表了，所以不能叫这样的名字，从公共利益上来讲是可以说得过去的。所以这就是为什么曾经有人给孩子起名叫江泽民，派出所的人就没有给注册。当时是江泽民做主席，派出所的说怎么能用国家领导人的名字，这个人就说凭什么别人可以叫李鹏呢，李鹏也是国家领导人啊。派出所的人就无法回答这个问题了。我们其实可以讲，元首只有一个，只要不是元首，其他人都是可以。

这是姓名权的问题，可以去思考。知识产权领域还有很多问题值得思考，要再看看《商标法》31 条，不得侵犯在先权利，说得清楚啊，有姓名权，就不能把别人的名字注册为商标。问题就在于姓名权的权利内容，或者说姓名权的权利范围有没有搞清楚。我们分析了不让别人用是什么情况下。其实姓名权一个核心的要素就是假冒，只要不是假冒的都可以用。不是说跟别人用一样的名字就是假冒。其实姓名保障的是身份，跟商标很像。而商标里面也不排斥完全一样的商标，但是要注册在完全不同的商品上。当然不能是驰名商标。假设今天一个人注册一个文字商标，同时有另外一个人也注册一个同样的文字，不过两人注册的类别是完全不一样的，这是可以注册的。如果两年后都成长为了驰名商标，这是完全有可能的。当然今天把人家的驰名商标注册在完全不同的另外一个商品上，也注册不了，因为人家是基于驰名商标来排斥你。所以一个商标能不能注册，我们要看的是会不会侵犯另一个权利，即有没有妨害另一个权利的排他性。

### 其他修订的内容

其他都是一些程序性的修订。这里很有意思的一点是“设立简易程序及时处理商标异议案件”。这是因为我们的案件太多了。我国从 2005、2006 年开始，就是商标申请量世界第一、商标注册量（保有量）世界第一，这和我们的身份是完全符合的，我们的人口世界第一，我们的公司的数量也肯定会很多，因为有大量的合伙企业。只要是一个商业主体都可以注册，更何况还有大量的外国企业、外国人到我们这里注册。所以我们的注册量是非常大的，一旦发生争议都要交给商评委去工作，商评委的人很痛苦。早在八九年前，商评委的人就在抱怨，自己的工作量太大了，据称当时的工作人员在当时的案件数量上，不再增加新的案件，不吃不喝不休息，要工作三十年才能把手上的案件处理完。为什么不增加人呢，在中国商评委的人属于体制内的人，在体制内想增加雇用人的数量是很困难。商评委又有大大小小的官员，又不干活，就落到具体干活的人身上，那个人数是很少的。现在专利申请量也是世界第一，也导致专利审查员的数量剧增。一开始都是体制内的审查员，后来增加了审查中心，现在审查员接近三万人，很多人可以在家里干活。中国现在在五个地方设立了审查中心来接受申请，免得再跑来跑去。这也反映了量有多大。还有其他一些关于修改涉及的方面。

## 二、相关概念的辨析

有一些相关的概念我们要进行识别。

### • 商标与商业标记

二者是包含关系，商标是商业标记的一种。这就带来了一个问题。我们的驰名商标保护太强了，其他的商业标记怎么办呢。为什么这么说呢，一个高度驰名的商号和高度驰名的商标之间如果发生冲突的话，保谁？现在的做法是驰名商标一统天下，如果使用的商号跟驰名商标是相似的，会被撤销掉。不同的商业标识之间是不是应该有同等的地位？现在有了驰名商标的保护制度，将来会不会有驰名域名的保护制度、驰名商号的保护制度？这是一个问题。

### • 商标与注册商标

注册了以后叫商标专用权，没有注册的商标、未注册商标，只有在驰名商标的情况下，才有排他性，这是商

标与注册商标的区别。在实践中，不做特殊说明的情况下，商标指的都是注册商标。如果要专门说未注册商标，必须用未注册商标的表达方式。所以不做特殊说明的情况下，商标指的都是注册商标。

### · 商标与商品装潢

要纠正一个概念，有人认为好像标签才叫商品装潢，不是这样的。商品的装潢甚至包括商品本身的造型，商品的容器，商品的标签。如果是服务的话，整个店铺的设计都是，这叫商品装潢。比如酒，这个商品本身是没有形状的，它的形状是靠容器来定的，我们看到酒的容器各种各样，有的是圆的，有的是方的，有的是说不清楚的形状。

### · 商标与商务标语

在文字商标的情况下，会出现这二者之间的冲突。商务标语基本就是广告语，我们有很多耳熟能详的广告语，其实都要防止人家注册为商标。这些与商标相辨析的概念，大多数情况下都是用反不正当竞争法保护。只有商号、域名，有注册制度的，可以有排他性，有专门的制度来保护，其他的基本都是用反不正当竞争法保护。就是说它没有一个产权，但是如果别人在没有经过允许的情况下使用相同或相似的装潢、标语、名称等，可以禁止继续这样实施。很简短的一些商务标语可以考虑注册为商标，比如有一个商务标语“l can play”，当年描述乔丹有说“l can fly”，这其实都可以注册为商标的。因为商标其实没有限制必须多少字。这是一个很有意思的问题。郭德纲有一个相声讲过，说有某种化妆品，是什么品牌呢，叫“白日依山尽，黄河入海流，欲穷千里目，更上一层楼”，理论上可以注册，可是这个商标用起来很费劲。说是什么牌子啊，人家本来想买，说半天人家转身走了，以为这个服务员有病吧。品牌有商业性的功能在里面，要考虑现实的可能性与商业领域的可行性。

### · 商标与商品名称

商品名称也可以进行一种保护。比如商务通，是个典型。商品名称有些是法定的，就没有排他性保护。比如汽车，这个名称是没法保护的；但是有些名称是可以保护的，比如 iPhone 5，iPad 3，这就是商品名称。iPad 真正的商品名称叫平板电脑，iPhone、iPad 实际上是一个商标，iPhone 5 是一个商品名称，具体的某一种商品。再如黑莓，既是一个商品的名称，也是一个商标，这是要注意的。有时候存在交叉，有时候是分开的。

### · 商标与特殊标志

特殊标志就比较简单了，因为特殊标志有专门的立法，比如说奥林匹克标志、福娃，你要想注册一个商标叫娃福，不会给注册。

## 三、商标的含义及其理解

### 1. 商标的含义

按照现行法规定，商标是生产经营者在其商品或服务上使用的，由文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合，以及上述要素的组合构成的，具有显著特征、便于识别商品或服务来源的标记。这里说的“颜色组合”，不是说颜色和前面的组合，是颜色的组合。

#### · 商标是一种联系：商标不是对标识的所有权

从这个定义上讲，商标不等于商标标识，不要把商标和商标标识混同起来。在日常生活中经常这么混用，我们会说可口可乐这两个单词是商标，其实准确的说法应该说可口可乐这两个单词是商标标识，而不是商标本身。如果用图案、美术作品注册商标，这个美术作品是商标的标识，或者说商标构成元素。而商标指的是一种联系。从概念中可以看出，所谓的联系是标识和特定的商品或服务的联系。可以把它想象成一个桥梁，桥的这一头是商品或者服务，桥的另一头就是符号。

商标权是对这个桥的排他的权利，不是对桥的两头的东西的排他性权利。拥有可口可乐的商标并不拥有对于这个碳酸饮料的排他性权利，也不一定拥有对这个标识，即可口可乐这个单词的排他性权利。当然商标标识如果是创作的美术作品，是基于著作权对这个标识享有排他性权利。如果从商标权的角度出发，是对这个桥梁的排他

性权利。我有一个商标权是说，要从我的桥上过，要付钱。这个桥是我的，我可以不收钱让你随便过，或者看着你不顺眼，就找你多收钱。这就像王老吉和加多宝，现在收钱把这座桥收出名来了，现在这座桥的过路费涨了，加多宝一怒之下另外搭了一座桥。两座桥长得太像了，或者被认为是一种不正当竞争，都要用这个桥收费，变成两个桥了，自然不如一个桥来得痛快。这其实跟所有权是一样的，所有权价值很重要的是资源的稀缺性。商标也是一样，如果这种桥梁太多，功能是一样的，很难培养出很高价值的商标。当然商标权的价值不完全取决于联系的稀缺性，我们只是来打一个比喻。

总之不要把商标理解为是对标识的所有权，或者标识的排他性权利。举个例子来讲，你叫某个名字，拿着这个名字注册了；另外有个人也用相同的名字注册，当然是注册在不同的商品上，这时候不能告人家侵犯商标权，因为这是两个不同的联系，对这个符号并没有专有权。有人会说这是自己的姓名，这样做是侵权。我们上面讲过姓名权有一个最大的特点，也恰恰是我们很多时候存在误解的地方。很多时候人们认为，有一个名字，是对这个名字有支配的权利，或者绝对排他的权利，其实姓名权更多的是一种消极的权利，不让别人冒充的权利。所谓姓名权，是指允许别人使用，或者自己使用，或者不使用的权利，没有许可使用的权利，或者说许可使用是没有意义的。比如觉得姚明是个名人，用不着找姚明让他把名字借来用一下，这大可不必，自己用就可以了。我们可以给自己起任何名字，这是自己的权利，当然这个权利会受到一些公共利益的约束。公民在社会上生活，姓名要纳入整个社会的身份管理系统，要便于这种系统管理。如果非要标新立异，比如叫杨 ABC，从姓名权、民法的角度是可以的，甚至从宪法的角度也可以，但是从社会公共管理的角度来讲，至少是没趣，是给社会添麻烦。高考的时候可能经历过这样的事情，班上总有个别同学的姓名进不了系统。90年代早期的时候，报名用代码，名字有四位代码，有的家长偏要起奇怪的名字，翻《康熙字典》翻到两眼流泪以后把眼镜摘下来取一个名字，结果高考的时候进不去系统。取这样的名字出国也麻烦，因为电码找不到这个姓名，就很麻烦。这是姓名权的问题，不要认为你叫这个名字，或者某个名人叫这个名字，就可以排斥一切权利，如果有与他名字相同的商标，好像别人是把他的名字注册为了商标。其实并不是这样，只是别人用了一个和他名字相同的符号注册商标。

这些是从商标权角度讲的，可能有人有疑议，觉得这明显有傍名人的嫌疑，比如为什么非要用姚明的名字注册，而不用杨明的名字呢。这种行为肯定有傍名人的意思，它如果是不正当的话，是可以其他法律办法来调整的，不能够非要把所有问题都交给商标权来解决。所谓的傍名人，即便存在这种嫌疑，也不见得一定要在现行法上认定这是一种需要承担相应法律后果责任的行为。换句话说，如果这个名人没有负载太多商业利益，就没有关系。姚明是个例外，它自己开公司，有商标。社会上有很多名人，用其中一个人的名字注册，即便是有傍名人的意思，这个傍名人也只是抽象意义上的。如果这个名人没有从事商业活动，不存在不正当竞争问题。当然这也是个公共政策选择的问题，法律上可以规定不能傍名人，但是会给司法造成很大困扰。比如什么叫名人，凤姐算不算名人？其实她商机很多的，炸臭豆腐的可以用他的名字作为商标；如果炸臭豆腐的一定要用国家领导人的名字作为商标还不见得卖得出去的，什么人配什么商品。如果这样的制度成本过高，就要考虑是不是要这样做。林书豪在 NBA 有一定的名气，去年他出名成为林疯狂的时候，疯狂多的人注册他的名字，无论是美国还是中国，这也有傍的嫌疑。商标法本身就是傍的一个法律，我们之所以要培育、鼓励商标，就是要让它变成驰名商标。傍名牌不一定是坏事，我们要明白这个问题。很多名牌希望别人傍，这样名气越大。以前一个知识产权老师很早就讲过，不要认为很多商标侵权行为是对商标的伤害，对消费者的损害。商标中的很多领域是心理学的问题，消费者需求的满足并不是直线型的，是发散型的。社会上很多人的口味不一样，有人喜欢口味重的，有人喜欢口味淡一点儿的。所以在商标法上，不要认为傍名牌就是有问题的。当然这方言有现行法律规制，无论是商标法还是反不正当竞争法，该制止的行为应该制止。即便是商标法和反不正当竞争法也是承担不同的功能，规制的是不一样的。

## 2. 商标的构成元素

商标在现行法上有这样一些构成元素：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。商标法比较发达的国家构成元素会更多一些。《商标法修正案》中也增加了声音商标。有一些消费者非常熟悉的声音商标，比如诺基亚开机的声音，英特尔的声音商标等。选择什么样的元素注册商标，取决于商品服务的特点。这个不是一个法律的问题，选择什么样的元素培养这个商标，能够更快获得知名度，需要揣摩消费者心理。研究词语、文字的一些人可以告诉你，什么样的商标打动消费者，能像一首歌一样一放出来就打动听众。有的歌曲人们听了半天面无表情。我们平时也有感觉，对于同样的东西，每个人的反应差别很大的。音响商标可能比文字更为容易培养。当然音响商标要站得住是很困难的，它的构成元素比其他的商标少得多，要站住、获得注册很

困难，获得保护也困难，否则相似性太容易找到。我们很容易找到相似的声音片段，对这些声音片段每个人感觉可能都不一样，气味更是如此。

## 四、商标的特征、功能、分类

### 1. 商标的特征和功能

商标是用来识别不同商品和服务来源的，也就是说，它是一个桥梁、一个联系。商标所起到的功能是商业标识的基本的功能。

#### · 识别性上与其他商业标识的区别

从识别性的功能上来讲，商标和商号、域名、商品的包装装潢，甚至和商品名称功能上都是一样的。商品名称只不过识别性比较弱，但是如果商品的提供者非常有限的话，这样的商品名称仍然具有可识别性。比如玉，提供者就比较有限，中国产玉的就几个地方，新疆、辽宁、云南等；国外离我们最近的比如缅甸，数量是比较有限的，一说到玉就知道大概就是这几个商家提供的。还有一些商品，提供者非常有限，是稀缺商品，本身的数量比较少。不像大众性的商品比如卫生纸、牙膏等，生产商多、需求量大。比如牙膏，每天都要刷牙，医生讲每天都要刷两次，杨老师小时候经常想能不能一次把两次都刷了，搞两倍的牙膏。它使用量、需求量大，我们有十三亿多人，所以这个市场大，很多人就会进到这个市场生产，这样的商标培养起来就很困难。我们平时用这些日用品，可能都有固定的选择，这些品牌建立起知名度很困难。不像其他的商品，人们往往有一些特殊的偏好。比如汽车，会开车的人就会有一个消费偏好，比如有人喜欢外形漂亮的，有人喜欢动力强、善爬坡的。有人喜欢开吉普车，开车水平比较高，把狗都开吐了。杨老师学开车的时候，师傅的儿子就是这个水平。有人不在乎这些，喜欢买底盘低、防震效果好的。所以这样的商品消费倾向很明显，对于培养这个商标就非常有利。在汽车领域，品牌建立起来是很容易的，而牙膏这样的东西很难。而且医生还建议牙膏最好经常换。

杨老师学到过一些口腔健康知识。医生告诉我们十五天到二十天换一次牙刷，一般一到两个月就换一个牙膏牌子。实际上这是有道理的，口腔里的细菌也有耐药性。只用一个牌子，口腔里的细菌就不怕了。当然又不能直接往口腔里喷农药，只能用有一定药性的牙膏保护自己。细菌，就像 H7N9 一样，变异了就可能人传人了，北京第二例 H7N9 就没有和活禽接触的记录。所以大家为了自己的口腔安全可以听听医生的建议。杨老师觉得他来教这些知识有点儿不太合适，他们 70 年代中期出生的有一批孩子，有所谓的“四环素牙”，杨老师就是受害者。当时的感冒药含有四环素，那是小孩经常吃药，吃了以后对牙的损失很大，第一是发黄，第二牙釉就像瓷砖掉瓷一样脱落，看上去比较难看一点。之所以十五天到二十天换牙刷，是因为牙刷里有那么多刷毛，最容易积累细菌了。这是杨老师了解到的一些知识。

商标和商号、域名、包装装潢、名称等都叫商业符号，为什么大家都喜欢用商标识别呢，很重要的原因就是注册制度。商号也有注册制度，所以这方面商号排第二。在识别上，商号有很强的识别性。域名也是有注册的。至于商品的包装装潢，相对来说就只能用反不正当竞争法保护了，因为它没有一个产权制度。域名很重要的问题是它是用计算机二进制代码意义上的区别进行注册的，所以从人的肉眼，从商业活动角度来讲，它的区分度有时候是很低的。只要稍微有点儿差别就可以注册。比如说 microsoft 注册了一个商标，但是想注册“microsoft”为商标是肯定不行的，但是注册为域名肯定没问题，因为 O 和 o 就是两个东西，转换为二进制以后就是不一样的东西，就可以注册。所以只要有差别，就可以注册为域名。而商标排斥相似性，它的排他性相对来说，在这些商业符号里是最强的，这是为什么大家都重视商标。

#### · 与商号的区别

商号和商标很大的区别是注册的唯一性不一样。商标在全国只有一个注册机关，只有一个授权机关，商号是县级以上工商部门都可以注册。我们学商法，知道企业名称的构成有四个部分。只有少量的企业，比如跨国民经济五大类、达到一定的注册资本的企业才能不带地域名称，直接叫某某集团。这是实践操作角度来讲的，什么样的企业必须叫北京某某公司，什么可以用北京两个字，直接用字号加公司的企业性质，有专门的区分。不需要加地域名称的通常要求跨国民经济五大类，所以通常都是某某集团。叫某某集团的公司看不出它在哪儿，一般的公

司看得出来它在哪儿。商号的注册是县级以上就可以，这就可以出现字号可以相同，只要前面所属地域不一样。从这个意义上来讲，商号要达到很强的排他性也做不到，只有商标可以做到。这也是为什么大家都重视商标的原因。对于企业而言，比较好的办法是商号、商标同一，可以在商号上也不允许别人注册。

### • 未经申请，不得变更使用

因为商标有这样的功能，所以在使用上也要求注册是什么样的，就怎么样使用。没有经过申请，是不能够变更的。比如注册了一个图形商标，这个图形是黑白的，使用的时候作为彩色的用，这就是擅自改变商标标识了。图形商标注册的时候是黑白的商标，即便是递交的申请书里面商标的图案是有颜色的，但是申请书中并没有注明保护范围包括颜色，即没有要求商标局在授权的时候保护颜色，这时候得到的商标就是黑白的。文字商标就不存在这个问题。

关于这个问题，实践中可能存在竞合的情况。商标本身就是个黑白的，注册以后继续这样使用，用了一段时间觉得还是彩色的好看，就不在构图上作任何变化，只是把黑白变成彩色。变成彩色也可以使用，只要不带®，用也是可以的，这叫未注册商标。但是一旦用了®就不行了。这可以说是擅自改变商标标识，也可以说是冒充注册商标。《商标法》第 44、48 条分别处理的就是擅自改变注册商标和冒充注册商标两种情况，这时候就会出现竞合。

有个真实的案例，有个企业注册的就是黑白的，注册以后使用该商标，过一段时间觉得彩色的好，又去申请彩色的注册。它觉得肯定批给它没问题，但是过于心急了一点儿，印刷的时候，就把这两套都印出来了，都戴上了®的符号。用的时候没注意，把彩色的也用了，就被工商局查了，说擅自改变商标标识。如果按照擅自改变注册商标处理，导致的结果是撤销商标，彩色的也没有了、黑白的也没有了。但是如果按照冒充注册商标处理，结果只是罚款。这是一个很有意思的竞合的问题。

这个问题怎么解决？关于竞合，刑法上有相应的规则，商标法上没有。这就给了商标局很大的空间。这个案子发生的时候还在 2006 年，当时这个公司的法务正好在我院念研究生，就请教杨老师。杨老师就说跟商标局说说好话，按 48 条走。要是按 44 条走就比较麻烦。后来罚了款就算了。这个情况属于公司私务，从立法者角度来讲，确实没有过去多考虑，给出出现竞合以后的处理规则。

## 2. 商标的分类

商标可以按照不同的标准进行分类。

### 1>商品商标与服务商标

这是一个很基本的分类，没什么可说的，就说按照用在商品上还是服务上区分。随着经济活动的发展，服务的类别越来越多。以前不认为是服务行业的现在开始认为是服务行业。三百六十行行行出状元，现在看来可能还不止三百六十行。现代，很多是网络时代之后，出现很多新的服务业。比如说物流行业发展到今天，这个行业的发展是以前没有想到的，现在都可以网上点菜，送来做好的菜吃。这些行业都可以使用商标。以前商品类商标远远超过服务类商标，现在行业增加使得服务商标越来越多，出现越来越多驰名品牌。

### 2>文字商标、图形商标、字母商标、数字商标、三维标志商标、颜色组合商标及组合商标

按照构成元素区分，就是第二类分法，这种分法也比较简单。

### 3>制造商标、销售商标与集体商标

第三种分类是按照行业分的，其中需要讲的是集体商标。集体商标简单来讲，就是说一个组织、一个群体共享有一个商标。这种情况多数出现在行业协会的情况。以前没有地理标志的时候，地理标志是按照可以注册为集体商标来用的。就是说地理标志直接注册是不会给注册的，但是以一个行业协会或者某一个集体的名义注册，注册为集体商标，是可以的。集体商标自然没办法转让，使用方面，这个集体的都可以使用。就像只要是一个学校的就可以戴这个学校的校徽，不是这个学校的戴这个学校的校徽就是冒充了。

集体商标也有侵权的问题，这个行业协会可以起诉，这个群体的任何一个人都可以去起诉。

### 4>联合商标、防御商标与证明商标

这种分类是从功能上分。联合商标和防御商标两个很有意思，它们正好是相对的，一个在对角线这头一个，一个在另一头。它们都有防御的功能。联合商标表现为多个商标，防御商标表现在一个商标在不同的商品或服务类别上注册。简单来讲，注册的商品类别越多，可以排斥的范围就越大，比如一个商标在四十几类商品上都注册。

很少有企业这么做的，不是钱的问题，这样注册也没多少钱，主要是这些不属于自己的经营范围。注册在某一个商品上，而不经营这个商品，就可能出现在这个领域上的注册因为常年不使用被撤销的情况。联合商标同样也有这个问题，它的问题体现在一个商品上注册了很多。娃哈哈当年遇到一个案子，有人注册了一个与娃哈哈类似的商标。这个案子之后，娃哈哈集团一怒之下，就把娃哈哈、哈娃娃、哈哈娃全注册了。但是就有注册之后不使用的，不可能用的。这么用的话重点不突出。如果想培育一个商标，就得集中火力培养这个。如果每一个都用，就力量分散了，让别人觉得这个集团有病吧，到底叫什么啊，难道带哈带娃的都是它。其他想搭便车的人还是有漏洞可找，三个字的都被注册了，四个字、五个字的呢，注册六个哈，就没辙了。这种被动的防御是防不住的。所以联合商标和防御商标都有一定的限定。

现代商标法理论中，比较鼓励改变对防御商标的看法，应当允许人们做防御商标注册。所谓的允许，就是对防御商标放松三年使用的要求，让它可以这么去用。可是问题就在于这也是个双刃剑，允许防御注册，自然有一些很强势的企业就会动不动全都注册，这样的话会造成排他性过强。其实把自己的商标培育成驰名商标，就起到了联合和防御商标的共同体的作用。有精力把自己培养成驰名商标，这样想排谁就排谁了。这就像日本动画片的角色，最后总是那么几招。花仙子搞不定了就把钥匙打开了，奥特曼就变形了，动画片都是这样，到关键时刻一定用那一招，而且从第一集演到第一百集都是这一招。坏人也笨，知道用这一招，换个方式让他变不了形么。

证明商标是证明所标注的商品或服务就有某种特质或具有某种原材料。我们比较熟悉的证明商标是全羊毛。以前的羊毛衫上有 100%全羊毛羊毛衫之类的标志，现在有些羊毛衫也有。这些商标来说明具有特定的品质。这就像给某一个人带上一个特殊的符号、标志，一看到这个标志就知道具有什么样的品质。比如说部队里，为什么不同的军种要穿不同的衣服呢，为什么不像八路军时代大家穿得都一样呢。一看服装就知道是哪个兵种，就知道有什么特征、有什么水平。穿空军的，身体素质各方面肯定不错；特种部队的、海军陆战队的，更不能惹。一看是户籍警，没关系，这种一般能力稍微差一点。军警穿的衣服有识别性，证明它的身份。证明商标也是一样的道理。我们自然生活中也用不同的东西来识别不同的身份，区分不同的人群。商业领域也是一样。证明商品是证明商品服务有不同功能、特性，包括产品质量等。

## 五、商标权

### 1. 商标专用权

不做特殊说明的时候，我们说的商标权指的都是指商标专用权。未注册商标使用人也享有一定的权利，这个权利更像是一种权益。当然如果是驰名的或者有一定知名度的未注册商标，使用人是有一定排他性的；普通的未注册商标，使用人有一定的权益，这个权益没有排他性。一般讲商标权都是指商标专用权，是指产权意义上的有排他性的权利。

#### • 取得商标专用权的模式

从世界各国的商标法发展历史来看，有几种取得商标专用权的模式。

通过使用而获得商标专用权的模式。即便是有注册，也必须以使用为基础的。

先注册、后使用的模式。这是一种常规的模式，也是最主要的模式。我们国家就属于这种模式。注册的时候可以没有使用，注册以后必须使用；也可以先用过再来注册，这都有限制。

因驰名商标而取得商标专用权。驰名商标的排他性，或者说驰名商标专利权的取得，是基于驰名而取得的，不管有没有注册，也不需要注册。只要能够认定为驰名商标，就可以给予排他性的保护，而且这个排他性还优于一般的商标。这在后面讲到驰名商标保护的时候再讲。后面再讲。

### 2. 商标权的实质

#### • 对标识的垄断？

从不同商标法的教材、从一些论述上来看，有人认为它是一种对标识的垄断，解读为是对商标标识或者商标符号的类似所有权的权利。上面已经讲到，这种认识实际上是一种错误的认识。商标权的排他性体现一句拗口的

话上：在相同或相似商品上排斥他人使用相同或相似的标识。从这个意义上讲，如果说他人在不同的商品或服务上，使用哪怕是相同的商标标识，也不构成侵权。我们的排他性体现为在相同或相似商品上排斥他人使用相同或相似的标识，所以从逻辑上反推过去，如果在不同的商品上使用相同的商标，应该不构成对商标权的侵权。当然这指的都是普通商标。从这个意义上我们会发现，说商标权是对标识的垄断，对符号的一种所有权、排他权是不正确的。

### • 对特定联系的垄断？

商标权的实质应该是对联系的垄断。联系是特定符号和特定商品之间的联系。只有这种联系才具有识别商品和服务来源，或者说区分不同商品或服务的功能。我们一直强调商标具有这种功能，商标的本质应该解读为是对这种联系的垄断。所谓的垄断就是一种排他性的利用。没有经过允许，他人不能够使用这个联系，利用这个联系。

我们在这里提出一些问题，看学完商标法之后能不能回答。有四种情况：

- 1>买来一个商品，原封不动卖出去了；
- 2>买来一个商品，把它的商标撕掉卖出去；
- 3>买来一个商品，加了一个商标上去卖出去了；
- 4>买来一个商品，把商标撕掉，贴上自己的商标卖出去。

这四种情况，哪些是侵权，哪些是不侵权？

我们知道有一个概念，叫定牌加工。这种情况很多时候就是把别人的商品买来，进行一定的加工，贴上一个新的商标卖出去。很多时候这种行为本身是有问题的。这种行为一度这是我们国家国际贸易的一种很重要的形态。比如电脑刚刚兴起的时候，这种形式的定牌加工非常多。以上提到的这四种情况，哪种侵权哪种不侵权，可以结合实践中的一些例子思考。最典型构成侵权的，无疑是把别人的商品买来，撕掉它的商标贴上自己的商标卖出去。这是肯定侵权的，这是最符合商标权的概念的。把自己的联系建立在别人的商品上，从识别的角度来讲，消费者通过这个商标识别不到这个商品。但是其他的呢，我们也可以按照这个思路解读。也可以通过这个方式验证很多人对商标权的解释到底是不是正确、是不是合理的。

### • 商标权与智力成果权的区别

从商标权的实质，即对特定联系的垄断中，我们可以对比商业标识权和智力成果权的区别。在知识产权法律体系中，我们经常把版权和专利放在一起说，而商标单独说，因为这两方面之间是有很大差别的。智力成果权，无论是典型的版权、专利，还是不典型的诸如植物新品种、集成电路布图设计，甚至包括商业秘密这些权利，它们区分于商业标识最大的差别，就这些权利是基于特定人——就是这里的权利人——的智力劳动、付出，而创造出来的新的东西。这些东西本身是不存在的，是“弄出来的”。无论是作品还是发明创造，都是原来没有的，“弄出来的”新东西获得相应的保护。所以简单来讲，智力成果权是鼓励新，保护的是新的东西。

我们经常把专利里面的非显而易见性、新颖性，和版权上的独创性对比。版权独创性要求其实是很低的，从一定意义上讲这个所谓的独创性强调的是有一点点新、跟别人不一样就够了。甚至美术作品比文字作品更加不强调新，而强调独立完成。但是，这个客体、这个作品原来是不存在的，不管是强调新，还是强调与别人不一样。而不是强调独立、独特。大家都可以画未名湖，都可以画杨老师，没有问题的，不强调非要画出新的东西。所以我们可以发现，从专利向文字作品过渡，再向美术作品过渡，再向前一步，就更加不强调新了。美术作品实际上已经开始有一个过渡了，已经从强调新、独一无二，开始过渡到了强调区别。

专利——>文字作品——>美术作品——>商标

保护商标的本质其实是保护一种秩序、一种 Order。之所以要垄断这种联系，是让大家不要乱来。这个商品是谁提供的，就应该有一个标注；另一个商品是另外的人提供的，就应该有个不同的标注。不要不同的商品却是相同的标注。这是强调一种区分，这种区分根本上是保护一种经营秩序。所以要强调一种区分就够了。

所以如果站在知识产权整个的体系的层面上，可以画出一条有两端的线。左端是强调新、强调独一无二，尤其是发明，它强调的新、独一无二是非常强烈的。从这一端向另一端过渡的过程中，强调新的程度就逐渐下降了。另一端是商标、商业标识，中间是版权。版权之中文字作品更偏左端，美术作品更偏右端。我们会发现知识产权体系是一个有意思的东西，既感觉有比较强的区分，一边是智力成果、一边是商业标识，但是又用这三个实质要

件串起来了。专利实质要件是三性，创造性（非显而易见性）、新颖性和实用性。版权强调的是独创性，商标强调的是显著性。这个线索能够构建一个完整的、大的体系。但是这个线索上，这三个实质要件的区分，从强调独一无二，到彼此区分就够了，这个变化能够找出智力成果和商业标识的区别。他们既区分，又是联系在一起的。就像大楼有 A 栋、B 栋、C 栋，但是底下停车场是连在一起的。乍看起来差别很大，实际上是统一的。之所以说停车场是连在一起的，因为这三种实质要件都反映出来的是一种信息，只不过反映出来的信息是不一样的。我们说专利给我们的信息是发明创造，这个发明很新很好，因为必须是超出现有技术才能获得专利；到了版权，也是有一定的新，这个作品以前没有，是独一无二的，不能 Copy 别人；而商标强调的就是独一无二，其中体现的联系是新的。你要注册苹果就不行，它已经被著名的苹果公司变成了一个驰名商标，这个联系就不能再用了，就要换。而如果要注册“酸梨”，好像没人注册过，或者有人注册过了，但是不是驰名商标，就可以注册在不同的商品上。这个联系可以建立在别的方面，建立新的联系，虽然这个酸梨是现成的东西。所以它不强调独一无二。

如果把知识产权体系如此勾勒，会发现很有意思。有分有合，本质上是连通的。这可以回答一个问题，看起来差别很大的三块，为什么统一在知识产权法律体系之下。也可以用它来解释知识产权为什么是一个 Private Law，可以统一在 Private 的框架下。大陆法系下 Private Law 可以分为对 Right in Personam、Right in Rem，即对人权、对物权。知识产权为什么可以统一在这个框架下，可以用这个方法勾勒一下，非常有意思。如果可以把这个图整理得很清楚，就可以识别很多学者的一些观点。有些人在讲著作权和专利权的相似性，著作权与商标的区别等等，王鹏可以由此判断他们讲得对不对，核心就是这个实质要件。我们讲著作权，也强调著作权法有三个核心问题，我们一直强调，就是要树立这个观念。专利也是这样，讨论专利的核心问题是什么；商标的核心问题更简单，就是一个显著性，就是能够区分是不同的联系、不同的桥。这是商业标识权和智力成果权的区分。

## 六、商标权的主体

### 1. 商标权人、许可使用人

商标权的主体，一般来讲是商标权人和许可使用人。

商标权有自己取得的，也有继受取得的。许可使用权针对的是获得注册的商标。讲主体的意义在于，在讲商标救济的时候，这些人能不能够主动地提出诉讼，来救济受到侵权的商标。

按照《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》，可以进行商标权侵权救济的利害关系人，包括了被许可使用人。被许可人通常分为三种：一种是独占许可使用人，一种是排他许可使用人，一种是普通许可使用人。这三者怎么划分呢，简单来讲，独占就是除了被许可人，任何人都不能用，包括商标权人在内；排他许可使用人是商标权人可以，被许可人可以，其他人不能用；普通许可使用人，被许可人自己可以用，管不了别人用不用。当然别人用的时候，如果是侵权的，可以进行救济。普通许可很简单，自己用自己的许可就好了，商标权人还可以许可给其他人使用，商标权人自己当然也可以用。这个司法解释实际上是赋予了不同的被许可人在商标救济上的不同地位，讲商标主体是讲这样一个问题。

“在发生注册商标专用权被侵害时，独占使用许可合同的被许可人可以向人民法院提起诉讼”，也就是说这个时候独占的人不管商标权人起诉不起诉，自己是可以起诉的。“排他使用许可合同的被许可人可以和商标注册人共同起诉，也可以在商标注册人不起诉的情况下，自行提起诉讼”，也就是说和独占许可使用有一点儿区别，必须搞清楚商标注册人起诉不起诉，商标注册人起诉则与其一起起诉，商标注册人不起诉则自己起诉，而独占许可使用不用考虑这个，自己起诉就可以了。当然可能商标权人也会起诉，就并案了。独占许可使用实际上在合同期间内和合同约定的范围内，就像一个商标权人一样，跟商标权人地位完全一样。而“普通使用许可合同的被许可人经商标注册人明确授权，可以提起诉讼。”杨老师认为这条规定给普通许可使用人的地位太低了。授权，代理人也可以，任何人只要经过授权都可以去起诉，所以地位有点儿太低。

其实可以换一个概念思考。我们讲土地使用权的时候，知道土地使用权是一种典型的用益物权，土地使用权当然是具有排他性的，它其实就相当于这里的独占许可使用人。在物权法里，之所以不会区分独占、排他，原因就在于客体的有体性，它不能并存两种相互排斥的权利。一块土地不能同时被两个人开垦。但是知识产权可以，无论是哪种知识产权都可以。比如一个专利，可以许可给你用，也可以许可给他用，还不会相互打架，至少物理

上不打架，市场上打架是竞争的问题。所以在有体物上，它的使用权通常是排他性的，类似于独占许可使用权一样。所以讲物权法的时候，把土地使用权归到用益物权里面，是具有绝对性、排他性的物权。有人侵害土地的时候，土地使用权人当然可以起诉、救济。

现在的问题是，普通许可使用权人所享有的许可使用权是个什么性质的权利。有人说它是一个债权，有人说它是一个物权，有人说它是一个新型的权利，是基于合同产生的，这种说法的比较狡猾，搞不清楚就说它是个新的。为什么要讨论这个问题呢，很简单的道理，这个司法解释的这条规定对普通许可使用人赋予的地位有点儿太低了，这和它所赋予的权利的性质是密切相关的。先不说它是什么性质的权利，肯定是有合法的利益在里头。对这个利益要不要给予保护，是否给予一个排他性的保护，我们对照《侵权责任法》第条。

#### 《侵权责任法》

第二条 侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。

本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。

这种合法的利益应当是属于《侵权责任法》第2条所保护的主体。从这个意义上讲，可以纳入到侵权法的主体，为什么不能独立起诉呢。起诉，是救济我的使用权，不是救济商标权。而这个司法解释，立足于救济商标权，没有谈到使用权的问题。比如商标权人把商标独占许可给被许可人，这时候有另外一个人擅自使用这个商标。商标权人可以起诉要求救济，被许可人可不可以，被许可人是救济商标权还是自己的权利？我们觉得很难回答，我们换个角度说。商标权人要求赔偿，商标权人有没有损失；被许可人要求赔偿，被许可人有没有损失？被许可人的损失是他自己的。这个司法解释并没有回答这个问题。我们简单讲，被许可人肯定有损失。如果没有侵权的话，独占许可使用人独占这块市场，独自享有这个利益；现在有人侵权了，本来应该独占的市场被别人分出去了，作为独占许可使用人当然有损失。相反商标权人没有损失，有没有侵权其实跟商标权人无关。比如商标权当然是全国的，商标权人签订的独占许可使用合同也是全国的，把商标权两年之内独占许可给被许可人用，范围是全中国。这时候有人侵权，其实商标权人没有损失。无论有没有损失，商标权人都是从被许可人处收钱，因为独占许可，商标权人自己也不能用了，所以商标权人的收入来自许可使用费，所以商标权人根本没有损失。商标权人当然有禁止的行为，自己的商标权还在。禁止实际上是禁止由于侵权行为导致的对商标权造成的后续的损失，比如说商标淡化的问题。因为商标权人不能放任侵权存在，虽然这时候没有损失，但是这样侵权如果导致淡化，给商标权人造成的损失是永恒的，这个损失太大了，所以肯定要制止。制止是没有问题的，但是作为独占许可使用人，他怎么可能没有损失呢，他为什么不能够具有其他的权利呢，他们应该也可以救济。这个解释只是回答了独占许可使用人、其他类型的许可使用人可以以什么方式起诉或救济商标权，没有谈许可使用权的救济问题。就类似于，有人破坏土地，土地所有权人可以告他，土地使用权人也可以告他。问题在于土地使用权人告他的时候，他的起诉依据、请求权依据是依据于所有权呢，还是这个土地使用权。损失更好理解了，损失是一个债，债怎么产生的，就要看是谁在遭受损失。在民法上，我们想得很清楚，如果有人破坏土地，土地使用权人肯定是对自己的权利，即这个用益物权进行保护，来提起侵权之诉，并且要求赔偿。可是到了知识产权里面，这个问题并没有被立法者弄得很清楚。

## 2. 商标共有

共有的问题，在知识产权法中并没有特殊的规定，只是用立法明确允许共有。在这种情况下，当然应该适用民法上关于共有的一些规则，包括共有人对内的关系和外部关系，擅自处分的问题等。共有最主要的问题就是擅自处分，如果大家都协同一致就没问题了。一个共有人在没有经得其他共有人同意的情况下，擅自设定质押、处分，这种情况在实践中也是有的。商标上更多的问题还有一些其他的无权处分，比如法定代表人没有公司授权情况下把商标卖掉了，这种情况很多。

共有人擅自处分的问题，通常由于商标有注册制度，所以不是那么容易的。通常可能需要用表见代理方式，采取某种手段，使得对方相信他是经得了其他人同意、授权的，这种情况比较多。明目张胆地就把三个人共有的商标卖掉，这不太可能，因为买方也不是傻子。这就是登记、公示的问题，以及公信力的问题。这是这一讲的内容。

# Lecture 13

## 商标的显著性 商标的取得与终止

这一讲的内容是商标的显著性，是商标取得注册的实质要件，类似于著作权的实质要件、专利的实质要件；以及商标权的取得与终止。

### 一、商标的显著性

商标与著作权和专利相比，从教材的角度理解，比专利、著作权要好理解一些。日常生活中我们对商标是非常熟悉的。当然商标里有很多问题，主观性比专利和著作权都要强。因为它从注册开始，就没有做到完全的客观，显著性就是这样。实践中的做法是，商标的审查员会做一个检索，这个检索不是全面检索。比如要求注册在第三十二类商品上，他就在第三十二类商品上进行检索，一看完全没有相似的东西存在，就注册，这比较简单，也是审查员很喜欢的。复杂的是，如果检测出很多相似的，比如到商标局网站检索啄木鸟、大嘴鸟，会搜出很多来，这就很头痛了，是给还是不给呢。人有的保守有的奔放，审查员也是，比较保守的审查员，一看这怎么行呢，是相似，就会驳回；比较奔放的就会认为没关系，可以给。就像穿衣服，有人喜欢穿离膝盖上距离比较远的裙子，有人喜欢超过膝盖的裙子。这个矛盾就交给了商标评审委员会。所以从一开始，商标相对而言就是比较主观，这跟版权不一样。版权是自动产生的，先没有产生争议，出现了两个人的纠纷后，才会考察版权是不是存在。通常来说是存在的，因为版权的门槛很低。

商标显著性是商标取得注册的根本的条件，也是一个非常重要的问题，但实际上，从一开始就是主观性非常强的问题。如果违反《商标法》，比如违反第9条、第11条第一款，审查员根本不考虑，直接驳回。有人说11条第二款说可以通过实践获得显著性，不能随便驳回。审查员不考虑这些，通过使用，所谓的“第二含义”获得显著性，这个问题审查员不管，就是给驳回，到商评委去喊冤去。这是实践的操作。从理论上说可以根据《商标法》第11条第二款，通过第二含义理论，涉及商品的原材料、功能、特点、数量这样的符号，必须通过使用获得显著性才能注册。理论上注册的环节如果举证证明的话是应该给予注册的。可是审查员不会考虑这些。如果走完这样一遍程序，这个注册的过程会变得非常长，所以交给商评委去。对于申请者来说其实没有损失，用就好了，不要作为注册商标，带注册符号就好了，没有注册其实不影响使用，只是没有排他性。申请者就继续用，在漫长的评审委员会的程序中慢慢地争取自己的权利。

几年前小肥羊的案子，“小肥羊”商标争夺前后历时七八年。《商标权》修订之前没有第二含义理论。小肥羊，是注册在火锅店么，意味着涉及到了火锅店服务的原材料。除非抗议说我这个火锅店不涮羊肉，很难支撑这个观点。清真的火锅店可能不涮猪肉，但是清真的店更不敢把猪作为店的名字。当时的理由是这是原材料，将其驳回。后来2001年《商标法》修订，第11条第二款说可以通过使用或的显著性，就是又一轮的争夺。这个案子直到2006年才消停下来，最后“小肥羊”判给了内蒙古小肥羊公司。可是后来又开始争议，“小肥羊”获得争议之

后，内蒙古公司反过来打其他的公司，不允许别人用了。这个案子一通乱打，先是大家抢，抢完了以后打其他的。就像一群人冲线，一个人率先过线，反过来拿棒子打这些后来人。当时开了很多论证会、研讨会，讲这个内蒙古公司不厚道。内蒙古小肥羊公司处理这个事情的法务潜伏到北大听课，听完了回去打官司。他听了好多老师的课，这个案子赢了以后，这个法务在课堂上跑来跟杨老师说自己就是内蒙古处理这个案件的法务，在北大听了很多老师的课。也难怪人家赢了，人家付出的成本很多，人家精心做了多方面的准备，其他几家没抢赢他也是正常的。当时大家讨论的一个问题是这个“小肥羊”变成知名商标，到底是一个人的功劳，还是所有人的功劳呢，最后归于一个主体享有究竟是不是恰当。这也反映了一个问题，显著性是注册的核心、关键。

按照 TRIPS 的规定，显著性是区分商品或服务的能力。这个能力是符号本身带的，也可能是通过使用产生的。有可能本来没有这个功能，它自己通过努力使用产生。本身具有显著性比如一个人长得太奇怪了，天生具有显著性。比如刘备，大耳垂肩，这就有显著性；双手过膝，也是有显著性的。大多数人没有这种显著性，每个地方都是 general 的不是 special 的。而通过使用，变得具有显著性，这就像健美的人，这个人练健美前可能是个正常人，这里说的是身材，和大家一样，也没有什么特别的；练完了健美就有显著性了，他往那儿一站身材就和别人不一样，尤其是不穿衣服的时候更不一样。上周周末杨老师陪夫人看《非诚勿扰》的时候就上来一个练健美的，这哥们一站，穿着衣服就知道他练健美的，太不一样、胳膊太粗了，这是通过努力、通过使用，使自己获得了显著性。

## 1. 关于商品显著性的一般理解

### • 独特性和可识别性

商标是要识别，所以标识上应当特殊。商标的标识不是强调唯一性，当然如果有唯一性，识别性就很强。比如施乐、柯达的商标，单词是创造出来的，之前是没有这两个单词的，这个词一出来，就具有显著性。显著性不是说它有多么好，多么有美感，只是能够区分。当然不要违反公序良俗，不能搞个很恶心的东西。这样的东西是有识别性，但是不会让注册的，什么事情都要遵循民法的基本原则，公序良俗原则。

### • 强商标和弱商标

显著性的差别使得商标有强弱之分。要注意强商标不代表就是驰名的，弱商标不代表就是不驰名的，这是不要挂钩的。强弱只是显著性强弱。强弱只能决定一件事情，就是注册的难易程度，跟驰名与否没有关系。比如“小肥羊”在抢的时候，它已经有一定的知名度了。现在这个火锅好像没有这么火爆了。从 1999 年开始一直到 2006、2007 年的时候，小肥羊是很火的，那时候吃的话要排队等位置，就像现在吃海底捞一样，小肥羊还不给东西，就干等，海底捞还给你打打牌喝喝水啥的。所以强弱跟有没有知名度没有关系的，只是跟注册难易程度有关。显著性越强，越是具有固有显著性，越能够直接获得注册。商标审查员一查询，干干净净的没有任何相似的商标曾经注册过，就直接给注册了。

### • 显著性的判断方法

显著性在英文中有很多词来表示。英文本身来表示显著性的是 Distinctiveness。这个词怎么解释呢，有人说是一种 speciality，或者是一种 Distinguish 的东西。这些说法没有太大的区别。有人强调唯一性，强调 Unique，这就有点儿过了。Unique 的东西当然可以注册，但是没有 Unique 的东西也可以注册。姓名也是这样，有人叫李强，叫李强的可能很多；甚至老师写教材，举例子，李强如何如何，班上可能就有叫李强的同学。杨老师名字也是非常多的。注册商标的时候，不是这个名字很普通就不能注册商标，要看前面有没有人注册。

无论用什么方式解读显著性，功能上都是强调识别不同商品或服务的来源，所以不能把它解释的过高，往 Non-obviousness 的角度去解释是不行的，也不适宜把它解释得像版权那样，朝独创性的方向解释。怎么解读显著性呢，就是在要注册使用的商品服务上，有没有人用过，会不会发生混淆。申请人提了一个申请，作为商标审查员，判断的一个很基本的条件是，如果在这个商品上用这个，会不会造成混淆。显著性的判断在实践中是反推的。有点儿像专利的创造性（非显而易见性），实践中也是反推的，先证明是不是显而易见的，如果证明不了，那就证明具有创造性。显著性也是反推的，看会不会造成混淆，如果不会，认为具有显著性。

### • 法律适用

关于显著性的规定，我国《商标法》有这样一些要求：

第九条 申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别，并不得与他人先取得的合法权利相冲突。这个显著特征是对显著性的明确要求。

第十一条 下列标志不得作为商标注册：

- (一) 仅有本商品的通用名称、图形、型号的；
- (二) 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；
- (三) 缺乏显著特征的。前款所列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。

第十一条告诉我们哪些不能注册，包括商品的通用名称，包括图形、型号、原材料等。比如注册皮鞋商标，不能皮鞋商标叫牛皮牌皮鞋，这就表明了商品的原材料。人皮皮鞋那更不行。还有功能，比如注册汽车商标，叫很快，或者敞篷，这是不行的。关于数量，前面讲过数字商标的问题，数字只要和这个商品的数量没有关系，就可以注册数字的。数字不是用来指示商品数量的。我们都知道一副扑克牌有 54 张，注册的时候不能注册 54；麻将若干张，有的麻将有梅花之类的，有的张数多一些，有的少一些，总的来说不能在商标中表明数量、特点。

## 2. 基于显著性的商标分类

这是分类方法是美国人创造的。美国人把商标分为四类。这四类都跟是不是驰名商标没有关系。与强商标、弱商标一样，它只是反映注册的难易程度，而不反映商标的价值大小，也不反映商标的知名度。

### 1) 臆造商标

臆造商标，这是商标符号是创造出来的，是原来不存在的。比如“囧”这个字原来是没有的，现在电脑字库里都有了这个有八字眉的一个苦样的字。人的智慧不仅是丰富多彩的，而且还很有趣。柯达 (Kodak)、施乐 (Xerox)，原来也没有这个单词。据说现在英文单词据说好几百万了。古英语的词其实很少的，现在发展到这么多，其实常用的可能只有几千个。我们会创造一些词，我们有时候自己也会发现这样的概念，一个词以前没有的，现在学英语冒出来这个词。中文也是一样的。甚至包括家乡话，在北京生活一段时间后回到老家，可能发现当地流行一种新的话，以前是不知道的。这种现象我们离开家乡才三年时间，可能体会不到，杨老师离开家乡十几年，有时候回去感觉很陌生。虽然发音还是会，但是一些表达方法已经陌生了。

### 2) 任意商标

这个符号本身是存在的，只是从来没有在要注册的商品或服务上作为商标来用过。苹果是典型的任意商标。苹果我们都知道，早就有这个�。有些词是外来语，有些物种是外来品种，比如玉米是外来品种，中国古代没有这种东西，是南美过来的。所以如果演宋朝的东西，里面出现玉米，恐怕就犯历史错误，这种错误也是难免。什么朝代才有什么东西，这也是需要相当的精力才能够搞清楚。只要注册的类别没有注册过这样的与这种商品或服务内容无关的标记，这种商标叫做任意的。

### 3) 暗示商标

暗示商标，微软 (Microsoft) 是最典型的。Micro，微观的词根与 soft，软件的词根，放在一起大概就知道是干什么用的。当然不要在这个问题上较真，不要说凭什么它就指向软件啊，它也可以是造果冻的啊，有点儿硬也有点儿软，微软。这就是较真了，没意思了。造果冻的注册个 Microsoft，还不如叫 Microhard 呢。这种商标表明了这个商标和它所从事的商业活动之间的联系，一定程度上暗示这种联系。当然暗示商标很容易滑到叙述商标上去，要看暗示到什么程度，暗示得太明显了，就变成叙述了。有时候暗示的东西很多人理解不了，必须说明了才懂。这样暗示的功能就不强了。当然这也需要对方的理解力，不同的人接收能力不太一样，有的人天生的幽默细胞比较少，跟他说了半天也不笑，过了三年回来跟你说很有意思。有时候会在食堂里会看到一个人微笑的人，估计就是三个小时以前讲的笑话他听明白了。

### 4) 叙述商标

叙述商标就是很直白地告诉这个东西指向什么。叙述商标通常很难直接获得注册，因为太直白了，不够含蓄，过于直接地表现了商品或服务的一些特质或功能，因此通常来说叙述商标想直接获得注册就很困难。当然也不能说叙述商标就绝对地不能注册。有一些叙述商标也可以直接获得注册，虽然可能性比较小。这就有一个理解的问题

题，这种叙述究竟和这个商品或服务的距离有多远。暗示商标和叙述商标在实践中很难有一个截然分开的界限，就是暗示到什么程度不好判断。暗示多了就滑向叙述商标一边了，暗示比较少是暗示商标。完全没有暗示，别人完全不知道这是说什么，可能就变成前面显著性很强的臆造商标、任意商标。当然更主要、更大量的叙述商标是通过使用来获得注册，这个时候它获得显著性是通过使用来产生的，所以称之为“第二含义”，也就是我们说的第二含义理论，或者叫做获得显著性。

### 3. 固有显著性

任意商标、臆造商标通常具有固有显著性。暗示商标、叙述商标通常不被认为有固有显著性。但如上所述，显著性通常是反证，先证明是不是没有显著性，如果证明不了，说明有显著性。

固有显著性的识别功能原来是不存在的，由于这个词汇被用来注册在商品或服务上，而具有了这种识别功能。就像两个地点之间原来没有路，后来修了路，这条路就是唯一的，这就是固有显著性。如果有两条路，就看这两条路能不能区分开了。

#### • 区分不同商标是否具有固有显著性的经济学原因

其实，任何的商业符号，都具有识别功能。这里是从信息经济学的角度、从搜寻的角度来讲的，任何一个商业符号都具有识别功能，哪怕只是用来表示商品、服务的功能。那么这里为什么区分有些可以直接注册、有些不能直接注册呢。不能直接注册的有的通过使用具有获得显著性，获得显著性从商业活动的角度而言，可能就是具有一定知名度，通过第二含义来获得注册，这种商标不敢说驰名，但往往至少具有一定的知名度。从经济学角度来讲，任何一个商业标识实际上都具有识别功能，但是要给是否给予注册划定一个界限的根本原因，就是搜寻成本的问题。

商标从商标权人角度讲，当然是一种排他性的利益；从非权利人角度来讲，实际上是一种经营成本。它要避免这个商标权，尤其是同行竞争者。有个人注册商标，要跟他竞争，又要避免侵权，要避免这个商标。从这个意义上讲，如果在注册商标的时候，把表示商品功能、原材料的符号拿去注册了，它一开始就具有了排他性，这样就会给同行竞争者过重的经营成本。不是说它完全没有识别性，而是这就鼓励谁先抢、谁先得，得到以后排他性过强，别人的经营成本太高。举个简单的例子来讲，“小肥羊”注册为商标，假如一开始就可以注册，那么所有经营涮羊肉的火锅店的企业，说自己这里有肥羊，就会都侵权了。所以一开始不能给注册是这个原因。通过鼓励培育商标，通过使用获得显著性，这个时候别人要避免用“小肥羊”，付出这个成本是应当的，因为这个成本是用来保护驰名商标，或者说保护有一定知名度的商标。保护驰名商标、有一定知名度的商标的根本意思是鼓励竞争、鼓励对于商誉的积累。积累起商誉之后，给予这种奖励，别人就不能再用。但是在此之前，为了防止同行竞争者过高的经营成本，或者说避免侵权成本，就不给注册这样的商标。这样才能理解为什么有的商标原先没有显著性，不能注册后来为何又有显著性，可以注册了。从符号本身来讲，没有根本的变化，变化是它承载的商誉越来越多了。比如一个商标用的是通用名称，它在商品和符号之间建立起来一个桥梁，不予注册的时候是这样一座桥梁；注册以后还是这个桥梁。所不同的是桥梁上承载的商誉，reputation。

这并不是说有了 reputation 就有显著性，没有 reputation 就没有显著性，而是有或没有这种 reputation 的情况下保护这种商标的成本与商标带来的收益的比例不同。这种观点在学术界是属于少数的，大多数人是把显著性和 reputation 挂钩的，其实这是不对的。如果从经济学角度解释，就可以获得一个让人豁然开朗的角度。杨老师也是学法律经济学的时候，理解到其实任何一个商业符号都可以作为商标来用，都具有识别性，绝对没有识别性的符号是没有的。用人打比方就可以理解了，为什么这么多人叫杨明没有关系呢，它还是有识别性的。不是说不能用通用名称是因为大家不能都叫一个名字。芸芸众生中叫同一个名字的人很多，为什么大家没有混同呢，相反叫不同名字、长得一样的双胞胎才混同呢。经营活动中可以识别的渠道有很多，即便是商标也是如此。要区分在什么时候给商标保护，真正的根源在哪里，就是同行竞争者的经营成本，这个成本表现为社会总体成本。一开始不给商标的原因是避免这个成本过高，所以让它自己积累商誉。当积累起一定商誉，变成驰名商标以后，这时候再给商标，实际上是对 reputation 的奖励。这时候别人避开这个商标权的社会总体成本，跟这个企业的商誉为社会所带来的增加的收益相比，给商标权带来的社会总成本的增加是低于培养商标给社会带来的收益的。这个有一个分析的过程，可以看杨老师与张巍写的《“共用名称”之上产权争夺的经济学和法学分析——从“小肥羊”商标案谈起》，发表在 2010 年《清华法学》第四期上。介绍这个的意思是，要把普通生活中的认识和法律上的理解连接起来。否则我们会觉得是断裂的，觉得凭什么说公共名称没有显著性，不能偶识别商品和服务来

源。其实是可以的，之所以不予直接注册，原因出在于成本上，这是一种经济学的思考。这样日常生活的普通认识跟法律就不觉得有断裂了。

固有显著性其实没有太多可以讲的，总之是看起来越陌生，注册起来越容易；越看起来熟悉，注册起来越困难。

## 4. 获得显著性

### · 获得显著性的含义

实践中争议比较多的、容易出纠纷的也是获得显著性，“小肥羊”就是这样。法律上解释获得显著性是说，原来没有显著性，现在通过使用获得了。这样的通用名称五花八门，有的是因为地名。中国大量的地名成为商标，随便一数，北京啊、上海啊、西双版纳啊、青岛啊都是商标。跟留学生上课，讲商标法，说青岛是一个商标，留学生就不理解为什么青岛是个商标，杨老师就只能说它历史上注册为一个商标了。1982年颁布《商标法》的时候规定，“本法施行以前已经注册的商标继续有效”，以前注册的就算了，按照后来的《商标法》本来是不能注册的。《商标法》规定一般县级以上地名是不给注册为商标的，通常想通过使用获得显著性也很难。现在大量地名商标，是《商标法》颁布之前就有的。北京、上海这样的商标很多，而且在很多商品上。上海牌在自行车、手表等商品上都有过；青岛我们知道有啤酒。燕京不一样，不是这样的地名，它是一个抽象的地名，是当年的燕云十六州的一片。燕京这个地域概念是有的，但是是不是地名不好说。西双版纳是一个地名毫无疑问。地名作为商标，只能是尊重传统，但是不再给新的。现在要把“石家庄”注册为商标，是很困难的。

获得显著性，或称第二含义理论，是说在原来的含义基础之上又产生了一个新的含义。这样理解很费劲。怎么理解它呢，所谓的第一含义就是通用名称本身的名称，比如它是一个地名、是一个商品名称、是一个表明数量质量的含义；第二含义就是商标的含义，把它认为是商标。再说的复杂一点儿，就是消费者看到这个符号、这个元素的时候，认为它是一个商标，这就叫获得显著性。如果消费者看到这个符号、这个名称，认为是这个名称本身的含义，那就还不是。这个怎么证明呢，在美国法上，有用实证调查方法的作为证据，通常就是问卷调查。可以做一个问卷调查，用问卷调查的结果作为证据来支撑究竟有没有产生第二含义。中国就比较麻烦，第二含义都是拍脑袋决定的，商标评审委员会的人说有就有，没有就没有。而且我们不支持这个证据。我们跟律师沟通，律师也很头痛，关于第二含义去做问卷调查，最后法院不认这个证据，就很头痛。这是实体法之外的问题。中国的很多法律问题都是实体法之外的问题，我们学民法有感触，很多问题民法上很清楚，但是实践中很困难。有些是程序法的问题，比如证据的问题，有些是政治的问题。这个就不好说了，最后老百姓就一股脑地说中国的法律不行，法律有很多漏洞。这话说得不太负责任，中国实体法太多的漏洞，这是不太客观的。什么叫太多，说衣服上有几个洞是很正常，像渔网那样那是漏洞太多了。而中国的法律显然不是像渔网那样那么多漏洞。当然渔网的洞的大小是为了保护生态，保护鱼，洞不能太小，否则是对渔业的过度开采，人家是有讲究的，法律上的漏洞是没有讲究的，有时候漏洞太大。

获得显著性根本上来讲，是消费者有没有把这个符号当做一个商标。本来它是有一个本质含义的。比如来了一个Kodak的单词，只有作为一个商标这一个含义，没有其他含义。而获得显著性不是这样。比如“小肥羊”，小肥羊是什么，是一种动物呗。现在消费者再看“小肥羊”是什么，会说小肥羊是一个都很爱吃的火锅店。这就能成为一个商标了。当我们听到一个概念的时候，第一反应是商标，还是一个其他东西，就知道它是不是符合第二含义理论的要求。

当然不能过于机械理解这个问题。消费者看到一些陌生的品牌可能也不知道是什么东西。比如很多商品是供女士用的，男士不太熟悉，所以化妆品的品牌问男性，可能不知道。不能用很多消费者不知道来否认它是一个商标，不能过于僵硬地理解它。

这里举几个例子。“两面针”，按照现行《商标法》不能直接注册，因为两面针是一个中药名字，而这个牙膏里面是含有这个中药的。所以如果直接注册的话，就反映了这个商品的原材料。杨老师有时候想，两面针用了很多年了，效果好像不是太好，那直接吃两面针行不行……“库尔勒香梨”，库尔勒是一个地名，新疆的同学知道这个地方，外地的同学看到这个名字也能猜出这是新疆的。香梨大家都爱吃，为什么库尔勒香梨有名呢，就是因为那个地方的香梨特别好吃，可能跟它的土壤、阳光、气候都有关系。“吐鲁番葡萄”，这个大家比较熟了，好像比库尔勒香梨名气更大。吐鲁番的葡萄特别甜，形状特别大什么的。如果拿吐鲁番直接来注册就会遇到这样一个问题，它是一个地名，不能直接注册。“Amersian Standard”，美标，用一些卫生厨房设备、一些电器的时候

会知道美标的产品。但是它也有可能是一种标准的意思，有两层含义。American Standard，我们听到这个词，可能觉得它指的是美国标准，实际上它本身又是一个商标，它就有两层含义。

现在大多数国家的商标法都承认第二含义理论。德国《商标法》规定：“……在商业过程中使用，一个标志在相关商业范围内获得作为商标的第二含义……”。第二含义是超过第一含义、本来含义的。第二含义理论要求的是，产生了第二含义还不算完，第二含义为人所知的程度要超过第一含义，否则就还没有达到注册的地步。TRIPS 也承认了第二含义理论。

## • 各国对获得显著性的标记种类的规定

通过使用而获得显著性的标记种类，各个国家的规定有一些不一样。法国、德国等大多数欧盟国家及欧共体商标法均允许叙述性词汇、商品或服务的常用甚至通用名称通过使用获得显著性。美国的做法就比较有明确的指向性，允许叙述性词汇、纯地理方面的词汇以及纯粹姓氏通过使用获得“第二含义”。这就跟我们国家不一样。美国的商标法是以使用为基础的，即便是注册，也要证明自己已经使用过。这就是为什么不管有没有第二含义理论，在美国都要证明它使用过。在美国即使用姓氏去注册，也要证明使用过，抢注的困难就比较大。中国强调先注册，可以去抢商标就是这个原因。商标局一直很头痛的是表面上看起来是拿别人的名字注册的情况，这样的情况是最头痛的。因为又没有名文的法律依据去禁止这种做法，但是又总觉得不妥。因为这种情况一般都是注册有一定知名度的，默默无闻的名字，或者太普通的名字就没有人注册。比如李鹏是个名人，但是中国叫李鹏的人太多了，大概不会有谁用李鹏作为商标。

我们国家的这种商标注册体制决定了我们对一些人名的抢注是很容易实现的。尤其是现在这个年月，谁火了就炒谁。当年食品药品监督管理局局长郑筱萸因为受贿这方面的问题判处死刑，他被枪决后就有一人去商标局去要求注册郑筱萸，注册在老鼠药上。他的理由是郑筱萸是一贪官，在中国叫硕鼠，所以要注册在老鼠药上，警示后人。这么说就有点儿无聊了，是抢注就抢注呗，警示后人。后来商标局以违反公序良俗为由驳回。确实有这样的情况。但是假设有个人就叫姚明，姚明又没有在中国以他的中文姓名注册商标，这个人要求以姚明注册商标，这时候商标局就很头痛，到底给不给注册。如果不叫姚明也要注册，那就更头痛了，搭便车的嫌疑太明显。当然未必是为了搭便车，很多人做这样的事情目的是先抢注，注册以后卖给叫这个名字的人。林书豪出名的时候就有疯狂的抢注，抢注他的中文名林书豪，英文名 Jeremy Lin，有的单独注册 Jeremy，美国叫 Jeremy 的就多了。就有点儿像当年的乔丹。

杨老师当年买中国的乔丹品牌也上了一当，真以为跟乔丹有关系呢，后来才知道这是个民族品牌。杨老师自己因为属于这个领域的人，理性分析，觉得很难说它是侵权的。但是后来它越来越过分了，它注册了一个篮球运动员的形象作为商标，在它经营的场所等使用 23 这个数字，有点儿篮球常识的人都知道它想干什么，它还出来很无辜地说没有啊。中国人谁会起个名字叫乔丹呢，一般都不会。如果强调是民族品牌，干嘛不用香港人的译法呢（米高·佐敦？），大陆人都知道乔丹指向谁。当然乔丹在美国既是姓，也是名。有人姓是乔丹的，有人名是乔丹的。迈克尔·乔丹是姓，有人的名字 First Name 是乔丹。很多美国人都姓乔丹，杨老师一年去一个美国的大学上课，那个学院的副院长就姓 Jordan，那段时间还专门喜欢讨论乔丹这个案子。他们很愤慨，觉得中国这家公司太过分了，把乔丹的名字拿去注册。杨老师首先觉着，这个公司这么干，肯定是不是那么厚道的做法，而且越来越过分。后来它过分到什么程度呢，它注册 Marcus Jordan，这是他其中一个儿子的名字，他另外一个儿子的名字也拿去注册了，就越来越暴露它罪恶的嘴脸。实际上人类社会都是站在前人的肩膀上向前发展，这是说的科技发展；而商业领域中，人类社会向前发展就是一个相互模仿的过程。商业活动就是在相互模仿中发展出来的，所以有一定的模仿是可以容忍的，但是做到这种地步，就太过显得猥琐了。杨老师在很多场合就这样说的，首先中国法律在之前没办法说它是侵权，但是这个企业毫无疑问肯定是搭便车。可以做个简单的调查，买中国乔丹的品牌以为是跟乔丹有关系的有多少，杨老师就是一个，周围的朋友里面也有很多。2004 年乔丹把他的形象授权给耐克用，耐克到中国要求撤销乔丹这个商标的注册，那时候就发生了 case，后来失败了。按照中国的法律，确实会失败。去年乔丹到中国在上海起诉，一个重要的原因就是中国的乔丹公司要上市。从这个意义上来讲，它的上市被阻止了其实也是活该。法律是一回事儿，真正的商业道德是另一回事儿，我们有时候也没有办法把它混在一起。杨老师在很多时候都表达了对中国乔丹公司商业道德的不满。

西班牙和日本在这方面规定得比较严格，西班牙只允许叙述性词汇可以通过使用而取得显著性，日本的做法也是比较严的。美国是比较宽松的，中国也比较宽松，就看能不能获得显著性证明。理论上是要证明，实践中一般要到商评委的程序中。实践中很少在申请审查的阶段直接按照第二含义予以注册，通常都是将其驳回，然后到

商评委用第二含义理论获得注册。实践中是这样的操作过程，完全掌握在商评委的人的手上，由它来认定有没有获得显著性。但是第二含义的适用范围还是很广泛的。

我国曾经也有关于获得显著性的争议比较大的案子，商务通。现在很少用了，因为现在电子产品发展太快了。在两三年前上课的时候，很多同学喜欢拿 iPad 作为追逐时尚的象征，现在课堂上用 iPad 不多。商务通是比计算器发达一点儿，比 iPad 弱很多的东西。可以做一些记事、扫描名片、查字典，提醒有什么活动等功能，商务通就这么个东西。有公司注册“商务通”为商标，被驳回的理由是商务通是一个商品的功能。复审的时候，商评委就通过了，认为虽然它表达了商品的功能，但是通过使用获得了显著性。其实，最后通过它的根本的原因，还是提供这个商品的提供者，或者说商品来源相对比较少，所以给它注册了。生产商务通的人比较少，一家独大，它可能有专利，因为有专利，基本就它在生产，它把它称为商务通，久而久之大家就觉得商务通就具有显著性喽。这就是上面讲到的，提供的商品的人数，或者说资源的稀缺性也与显著性有关。有时候考虑是不是有显著性，不妨从这个角度考虑，有多少人在提供这个商品。如果提供商务通的人越多，把商务通注册为商标了，就会造成这个商标其实没有意义。这样也不能阻止别人用，虽然注册了，别人还都可以讲自己销售商务通，注册这个商标有什么用呢。所以提供这种商品的来源的多少也是一个考虑有没有显著性的重要因素。

## 5. 显著性的认定

显著性的认定在商标申请审查阶段、在商标评审委员会审理一些争议的时候，都有可能涉及。认定一个商标符号是否具有显著性，直接决定了这个商标的命运。

### 1) 固有显著性的认定

如上所述，固有显著性的认定实际上是一个倒推的办法。在我们国家，关于固有显著性的案件其实很少，国外也很少。欧洲法院审理的【Lloyd 案】是比较典型的。这个案件中法官的观点表明了一个意思，从正面论证显著性是很困难的。就像要证明非显而易见性，到底有没有超出现有技术，是比较麻烦的事情。比如社会平均身高是 1.80 米，你 1.805 米，这看不出来；如果社会平均身高是 1.60 米，你 1.805 米，这就很显著了。显著性困难就困难在尺度、程度有多大。

各国对于显著性的认定多数都是从禁止的角度规定的。就是规定哪些是不让注册，是肯定没有显著性的。这些不见得是不能识别，是基于各种考虑。比如一些禁止注册的标识不让注册，比如国家名字、国际组织名字、国旗等不允许注册，侮辱性的、夸张的也不允许注册，其实未必是没有识别性，而且基于其他方面的考虑。但是这种禁止性的规定成为通例，从正面描述固有显著性是很困难的。

#### - 固有显著性可以直接注册的理由

如果从正面去解释固有显著性的标识可以直接注册的理由，可以概括为几个方面：

1>不会产生误导、混淆等消极影响；

2>不抢占标识资源。这是很关键的一点。上面讲到通用名称不给注册，不是因为没有识别性，而是它抢占资源。相当于它占据一个交通要道，本来应该是每个人都可以从这里经过的，它把这里私有化了，这样效率很低。所以把它保留在公共领域。这是经济学角度解释不抢占标识资源；

3>降低成本。这里的成本是指消费者的搜寻成本。商标之所以有价值，就源于它可以降低消费者的搜寻成本。去买很多东西，未必每件都比来比去，而是看品牌。尤其在国外更是如此。比如要买电脑，人们不是琢磨这个电脑好不好，通常就直接确定是什么牌子，比如喜欢苹果的人就在苹果里挑，因为它对品牌有足够的信赖、依赖，搜寻成本就很低。而香皂，人们可能觉得用什么香皂都差不多，就在超市的架子那一块儿徘徊，比较哪一块更划得来，看看这一块可以用三个月，那一块儿好薄啊，划不来，觉得哪个牌子都无所谓，或者换句话讲，这些牌子都没有降低搜寻成本；

4>发挥去分功能显而易见。

### 2) 获得显著性的认定

比较重要的是获得显著性的认定，就是产生的第二含义。如上所述第二含义当然区分于第一含义，第一含义当然区分于标识的本身含义。这个第二含义是通过使用而产生的能够指向商品和服务来源的属性。第二含义的获得并不意味着第一含义的丧失，而是指第二含义超过了第一含义，使得消费者认为，当消费者看到这个符号的时

候，知道这是一个商标，而不是一个地理名称、商品功能等。当我们听到商务通的时候，就知道是一个商品。我们在对话的时候说起商务通，大家都会认为我们在讨论一个品牌。反过来讲如果我们认为我们在讨论一个商品名称的话就不具有显著性；再如我们讨论吉普，说吉普如何如何好、哪方面好，这个时候人们都知道在讨论一个品牌；反过来说吉普跟三厢轿车的区别，这个时候我们讲的是商品的名称，一个类型的商品。要理解所谓获得显著性的意思。

### - 认定获得显著性的因素

在实践中认定的时候通常会考虑以下因素：

1>使用时间的长短。如果商标从来没有使用过就想都别想了；

2>使用该商标的商品的销售量、销售范围等等。通常如果只是区域性销售，就很难认定为获得显著性，比如在村里开了个月饼店，月饼就在这村里卖，很难认定为获得显著性。但是如果月饼销往全球，销往华人世界，这个时候可能就会考虑获得显著性。通常手工作坊在自己村里卖，也不在乎商标，人们一般会用武力解决混淆的问题，这时候村长出来调节一下，一个二四六卖，一个一三五卖，周日都休息就可以了。

3>相关知名度。就是指消费者知道不知道这个牌子。这里强调是相关消费者，不能问非相关消费者。比如女士用的香水不能去问男士，不否认有的男士知道，但是这显然不是相关消费者，即是知道也不是相关消费者，用也得用男士香水。杨老师是区分不开的，据说有人是可以分开的。

认定获得显著性通常会考虑这三方面的因素。

获得显著性的认定与使用的频率没有必然的关系。频频使用的词也不见得就一定没有显著性。这是个双刃剑，如果完全不用，不会有显著性，用得太多又会成为通用名称。原来具有固有显著性的商标都有可能沦为通用名称，比如尼龙、氟利昂，都是这样。氟利昂原来就是一个商标，而且显著性很强的，后来沦为商品名称。现在说氟利昂，都是指一种商品，可以用在冰箱空调里起到制冷作用，当然现在人们强调无氟冰箱。所以这是一个双刃剑。

美国的第二含义案例【Armstrong Paint & Varnish Works v. Nu-Enamel Corp.】案，审结于 1938 年，是运用第二含义理论比较早的。法院判决中提到，“‘Nu-Enamel’ 已经成为表彰该商品为原告制造的事实。一个普通名词经过使用而具备上述性质，自然应成为商标而受保护。”这是它的基本概念。

欧洲的【Windsurfing】案中，也认定了第二含义。它强调，“在市场上使用一段时间后能够标示产品来源并使之区别于其他人提供的同类产品，则该商标获得了显著性”。这些都表露了第二含义的意思。

应该说判断是否产生第二含义的基本依据是消费者的态度、认识，原则上不应该是法院或者评审委员会的人的观点。但是我们国家的实践恰好相反，完全取决于法官或者评审委员会的人的观点，对消费者的问卷调查都不承认。第二含义理论的本来面貌应该是以消费者的认识为基准。

在美国的【Zatarain’ s, Inc. v. Oak Grove Smokehouse, Inc.】案中，判断消费者心态的证据，就是问卷调查。在超市门口向相关消费者，女性，发放调查问卷，发放了 100 份，调查相关消费者知不知道系争商标是一个商标，知不知道这个品牌。原告提供的调查报告支持了该商标已经具有第二含义，被法院采信了。

这是一种直接证据。其他的比如广告的数量、形式、销售额、使用时间与方式，都是证明第二含义的间接证据。销售额反映出来的就是市场份额。如果市场份额比较显著超过其他竞争者，比如企业占 70% 市场份额，其他同行竞争者分享 30%，这样这个企业通常可以获得。比较麻烦的是，比如市场上有三家，销售额差不多，没有任何一家是一家独大的。假设三家都在用一个通用名称，其中有一家申请注册了，它能够证明这个符号已经是一个商标了，也使用了很长时间，只不过自己的经营优势并不显著。这时候能不能根据第二含义理论给它注册，一旦给它注册了以后会带来什么后果？最大的后果是，实际上它获得排他性不强，因为是不能禁止另外两家用的，即便注册了，也有在先使用权的问题。这种情况下通常不会给注册，理由是注册也没太大用，还可以通过反不正当竞争等其他的方式保护合法的竞争利益。所以一般来说具有显著的竞争优势的企业才会获得注册。因为它需要一定的排他性，即便是那些小的份额的经营者有在先使用权，这个在先使用权并不会显著地影响它注册以后的排他性。

我们国家的案例就是【“小肥羊”商标争夺案】（北京市高级人民法院 2006 年高行终字第 92 号和第 94 号判决书）。“小肥羊”争了无数个来回，当时考虑的问题包括是否产生第二含义，市场优势、明显的业绩优势和第二含义之间是不是挂钩的。

## 6. 显著性的退化和消失

## · 显著性退化的原因

能够获得显著性，显著性就有可能退化，有增就有减。退化甚至消失可能是由很多原因造成的。有一部分原因是权利人自己的使用导致的，有一部分原因是侵权人导致的，甚至还有非商业行为导致的。我们说整个知识产权都是市场中产生、在市场中存在，商标是围绕商业活动的知识产权，商标的产生、保护、救济等等，都是围绕商业活动的。但是有时候非商业行为也会影响商标权，显著性的退化就是一个典型。比如炒作，在新闻报道里说一个商标的问题，从来不会考虑会侵犯商标权，因为这个行为不是与商标有关的商业行为，只是出版发行领域的商业行为。不要把一个行为固定地看做是或者不是商业行为，不能说出版发行是商业行为，一定与商标有关。比如你站在北大校园里骂，说可口可乐太差了，喝了胀气如何如何，怎么骂都不侵权的。当然在网络上这样做是不一样的，有可能侵权。比如在网络上的电子商务平台的公告板上写，某某网店净卖假货，这个行为就有可能构成商业诽谤，是一种侵权行为，当然不是侵犯商标权的形式。一般来讲，评价一个商标、一个品牌，这个行为是不涉及侵权的，当然不涉及商标侵权，也不涉及民事上的侵权，但是这种行为有可能导致商标淡化。假设我们看某个商标、品牌，想把它变成一个通用名称，就可以纠集一拨媒体，天天讲说这个商品真好用云云，就总说这个品牌是个商品，就类似于商务通一样。说多了就不知道这是一个商标了，以为就是这个商品的名称。比如 iPhone 本来是一个商标，我们很多时候把它理解为一个名称了。再如 iPad，它的真正名称是平板电脑，但是我们会说买个 iPad 如何如何，这时候把 iPad 当成了商品名称，其实 Ppad 从来就不是一个商品名称。通过这种方式把它硬生生地做成了商品名称，这是有可能的。当然如果它已经是个驰名商标，想这样做就很困难。这还和上面提到的一个要素相关联，就是提供商品服务的人是多还是少。如果提供商品服务的人很多，这就很难。所以导致显著性退化、消失的行为，首先可以分为商业性行为和非商业性行为。商业性行为又包括商标权人自己的行为，自作孽不可活；还有侵权行为导致的。

很多熟悉的名词，以前都是商标。比如阿司匹林 (Aspirin)，以前就是商标。

## · 对商标显著性退化的态度

对于商标退化的态度，最为严厉的是美国。不管出于什么原因，导致商标退化，都一律撤销这个商标。法国则可以继续使用，虽然商标退化了，但还可以用，不影响。我们国家也基本上沿用了这个原则。退化的商标理论上可以撤销，但是一般不会积极地撤销，一般是不给续展，很少有直接撤掉的，虽然理论上可以。实践角度也没有必要主动去撤销，因为它的显著性退化后，意味着排他性降低。所以在侵权诉讼里，它想胜诉就会变得很困难。既然它告不倒你，何必非要撤了他呢，因为撤它一下，你就会被它带进去。要撤销它不是跑到商评委要求撤销商标这么简单。如果真的撤了，对方还可以向法院提起诉讼，你就会被牵进去，因为这个事情是你发动的，虽然你不一定会成为案件的当事人。从成本收益的角度讲犯不上，只要它不能用侵权告倒你，你的目的就达到了。当然如果你的生存之道就是搭便车的话那另当别论。

对于商标显著性退化的态度，欧洲相对于美国，没有那么严厉。《发展中国家商标、商号和不正当竞争行为示范法》也是强调要撤销。因为侵权人的行为导致商标显著性退化而导致被撤销多少有点儿冤枉，所以杨老师认为不应该那么严格，只是在侵权诉讼上降低它的保护力度。

## · 防止商标显著性退化

防止商标显著性退化，除了侵权及时救济以外，很重要的是避免一些主动导致退化的行为，比如商标权人不注意。对商标的使用的商业性行为，有些时候真的是不自觉地走向了反面，比如广告。广告不做不行，别人不知道这个品牌，尤其在现代社会，不能老是相信酒香不怕巷子深，巷子太深了不行，也要把旗号挑出来；做太多广告，也会导致自我淡化。广告狂轰滥炸，人家知道你是商标还是商品么，不知道。加多宝画这么大精力，狂风暴雨般不停地做广告，轰炸我们的耳朵眼球，久而久之可能人们觉得加多宝变成商品名称了，下一代消费者成长起来以后，可能就把加多宝当商品名称看了。这是举个例子，不一定真的会发生。如果首先把它做成驰名商标，情况可能有所不同。

这里讲一个一般的商标法教材很少提及的问题。我们比较熟悉驰名商标的问题，企业可以把一个普通商标培养成驰名商标。我们要注意商品本身也可能变成驰名商标。尤其是在商品的提供者很少的情况下，商品的提供者由于服务质量等各方面比较好，商品有可能变成一个驰名商标，一般我们叫做知名商品。因为这种情况，驰名商标还是有淡化的可能。消费者可能搞不清楚这是一个商品的名称还是一个商标，即便驰名，消费者也搞不清楚这

是一个驰名商标还是驰名商标。当然如果这个驰名商标提供者很有限，也可以获得反不正当竞争法的保护。当然我们会发现力度减弱很多了。因为没有权力禁止别人进入这个领域，别人生产这个商品是禁止不了的。

培养商标，就是商业的各个环节中想方设法让消费者熟悉这个品牌。用什么方式呢，比较保险的是最传统的方式，把商标贴在商品上，这是最传统最安全的，无论怎么狂轰滥炸都没关系。消费者拿到商品，首先看到的是一个商标。比较危险的是现在的广告、电子商务的宣传。特别是平面广告，不是小电影的那种广告。平面广告做广告的形式是商品和商标分离，就很容易导致商品和商标区分不开。当然这个问题没有一般性的规律，都要在个案看。市场营销、个案策划，强调个案性，每个都有各自的情况。很多很知名的大企业，就算它的商标变成了商品名称，由于它垄断，它不在乎。比如可口可乐，变成了商品的通用名称，但是它对于soda的商品的垄断地位不受太大影响。商标法复杂，复杂就复杂在它涉及到很多其他领域的东西。很多是经营管理、市场营销学、心理学方面的东西，很难用法律本身来诠释商标的所有问题。商标很多都是围绕经营策略、围绕消费者来的，这是不能用法律语言完全表述的。它和专利是不一样的。专利就是针对的技术，技术就是先进与否的问题，不会跟消费者挂钩。专利领域审查新颖性、非显而易见性的主体标准是该专利技术所属技术领域一般的技术人员，除此之外不跟人打交道。而商标法自始至终都有主体的因素在里面。美国商标法，全称叫《商标和反不正当竞争法》，美国商标法和反不正当竞争法本来就是不分的，不是说法条不分，而是立法不分，合在一起，是一部法律。我们则是分开，即便是分开的，也有很多涉及主体因素的。

### • 禁用标记问题

与显著性有关的一个问题是禁用的问题。有些东西有固有显著性，但是属于禁用标志，这种认为是绝对不能注册的。它算不算是没有显著性呢。广义上来讲，它也叫没有显著性，但是狭义的含义上不是这样的。这种禁用就是指违法。我们举几个《商标审查指南》中的例子：

- 1> 一个部队的徽章，写着“八一”二字；
- 2> “UN”，与联合国缩写一致。

3> “印第安人”，我国的《商标审查指南》将其作为禁用标识。美国的同学表示不解，我们的《审查指南》解释是这个带有对印第安人不尊重的意思，但美国人认为没有，美国人表达印第安人就用这个词。我们知道在黑人的问题上，只能叫blackman，不能用negro这样的词。就像叫中国人，可以叫Chinese或者Chinese people，但是不能用Chinaman，这个词是中国佬的意思。当年老外在Chinatown，那时候还不叫Chinatown，就是中国人聚居的地方，见到中国人就说Chinaman。说Japanman也是日本佬的意思。

4> “极品”，按照《商标审查指南》的解释，说它带有夸张的意思。《商标法》第10条规定夸张欺骗性质的是不能注册的。但由于文化发展变化，现在说极品好像没有夸张的意思，我们谁也不愿意被称为极品。说这个矿泉水是矿泉水中的极品，这有点儿别扭。就像说你这个人真是北大的极品啊，这到底是好话还是不好的话啊。



## 二、商标权的取得模式

商标权的取得相对于专利来说简单一些，相对于著作权又稍微复杂一些。因为按照我国《商标法》的规定，有一个申请注册的过程。商标权的取得并不是只有我国商标法的这种模式。

从权利取得方式的角度来讲，我们学过民法民法知道，权利取得有原始取得和继受取得两种模式。继受取得是民法问题，知识产权法一般不讲的，我们关注的主要是原始取得。世界范围内，商标权在不做特殊说明的情况下，指的都是商标专用权，是有排他性的。未注册商标有没有权利呢，广义上来讲也是一种受法律保护的权利，只不过没有太强的排他性。它能够排斥别人搭便车，但不能排斥人家注册等等。

商标权的取得有三种模式：使用取得、注册取得、因驰名而取得。最主要的是使用取得和注册取得。使用取得和驰名取得并不是严格的并列，它们有一些包含关系在里面，因为驰名商标毕竟还是使用了，不使用不可能驰名的。这里指的是商标法意义上的驰名，而不是生活中的驰名。驰名英文是 well-know，应该是好的，是好的 reputation。生活中也可能因为臭名昭著而驰名，比如说“鹿鹿鹿”牌奶粉，它很有名。出事儿前它还是货真价实的驰名商标。

## 1. 因使用而取得

因使用而取得是最符合商标制度的本质的。商标的本质目的是降低消费者搜寻成本，是为了保护、维持竞争秩序，让大家各自搭桥梁，各安其道。商标法是保护这个桥梁的制度，因为有这种需要而采取保护。需要，就是要在经营活动中使用。所以使用是商标活动的本质，需要使用才会去保护。当然只是因使用而保护商标权是早期的商标法，早期的商标活动相对比较简单，形式没有现在这样纷繁复杂。以前的商业活动，尤其在中国，都是小作坊，手工制品的商品流通，大规模、机械化程度比较高的商业活动没有。服务业比较发达，中国人比较喜欢吃，吃就有好吃不好吃的问题，让别人知道这里做得好，就要通过一定的方式，把自己的 reputation 传出去，和现在商标的功能是一样的，只不过那时候这种标识、符号没有把它称为商标而已，实际上功能是一样的。

### · “使用”含义的变化

早期的商标法都是因为使用而给予排他性的保护。注册制出现以后，使用仍然是注册的一个很重要的基础。能够注册为商标，起源于曾经使用过。直到现在美国仍然是这样一种模式，注册必须要证明使用。只不过现在发生了一些变化。过去的使用的含义比较机械化，过去的使用必须要求实实在在地在商品或者经营场所使用，显得过于保守、死板。所以现在的美国商标法把使用扩展到有使用的意图，这种情况下也给注册。无论是哪种使用的含义，核心都是督促使用。当然这并不是说注册制就可以不使用。注册制模式的国家都有要求使用的规范，也就是连续多少年不使用会导致商标被撤销，我国商标法就是这样的模式。所以无论是注册制还是使用制，都不能偏离商标的本质，就是要使用，不使用是没有保护的必要的。因为在商业活动中划分界限，由此带来的是非权利人的经营成本，当然主要指的是同行竞争者。商标存续的时间越长，知名度越高，要求保护的力度就越大。因为知名度越高，被别人搭便车的可能性就越高。跟人是一样的，普通老百姓走在路上不会担心别人刺杀你、泼硫酸，没有这样的风险，你也没有阻碍别人挣钱。如果你是名人，风险就来了，就要上警卫，知名度越高警卫越多。商标也是这样。驰名商标是跨类保护，有超过普通商标的强保护，原因就在于它的知名度高，即便是其他人使用在不相同的商品之上，也有可能被使用者利用，通过搭便车而获取收益。

所以整个商标活动都围绕着一个概念进行，就是使用。因使用而产生商标，因使用所以需要保护。侵权也是因为使用，不使用也不存在侵权的问题。比如说骂街，看着某个商标不顺眼就骂街，在大街上骂大概没什么问题，但是如果在人人网上骂，可能就有问题。一般认为人人网这样的网络服务还是属于商业、市场的范畴，不是完全脱离市场的。我们好像在人人网上的行为是非商业行为，比如在人人网上骂街，实际上会影响被骂的商品的形象，这属于商誉的问题。但是生活中、大街上骂街，就没什么问题。总之使用是核心概念。我们讲著作权法概括了两个关键词，独创性和复制，这是著作权法的核心、生命。商标的核心概念，一个是显著性，一个是使用，也是这个道理。

由使用而取得的商标也可以去注册，注册实际上是一种公示。这个公示带来的法律意思是非常明显的，比如告知的义务。它可以用来证明过错，人家公示了，你说不知道，不管真不知道还是假不知道，法律上会推定应当知道。这可以判断有没有过错。另外它起到地域性的功能。知识产权是有地域性的，超出这个地域性，比如对对方的国家要不要给予保护，完全取决于双边条约、国际条约，而且还没有强制力作为保障。人们讲都是 WTO 国家，应该予以保护，理论上是这样，但是如果不保护，也没地方喊冤。当然可以按照知识产权争端解决机制到 WTO 提起知识产权争议仲裁。或者从别的方面进行贸易报复，比如宣布征什么税，或者进行什么调查等等。这是所谓的贸易报复，可能源自于对它的知识产权保护不力，它要在别的地方找回来。

### · 关于意图使用

美国商标法从最初的实际使用扩展到了意图使用，使得商标保护更符合现在的经济生活的现实。如果不允许意图使用可以注册，会导致许多无效率的后果。不是说绝对的不合理，但是肯定是效率低下的。否则必须先投入使用，再来申请注册。实际上，如果商家已经准备好了，进行了工商登记，实际的仓库、生产设备、原材料等都

有了，如果就不让人家注册，似乎也没必要。商家做了这么多事情，又不可能是逗人玩的。

但意图使用有些时候认定起来比较困难，比如说在网站上。前面所说的意图使用的情况相对来说是不可能存在虚假的，但是在网站上就有可能。在意图使用的制度下，为了抢注商标，有些人就注册一个网站，申请一个 website，在上面把商标放上去，以符合意图使用的要求。然后把网站拿去商标局说已经开始做广告了，有使用意图，要求注册。拿到商标注册以后，实际不开工，永远只有一个网站，这是网络时代的皮包公司。永远可以找到它的网站，有五花八门的宣传，实际上它压根不开工的，哪一天把商标卖出去了，这事儿算完了。这种情况也确实会出现。法律不是用来防范这种颇有居心的人的，我们要始终记住这一点。有个法官说过类似的话，关于商业秘密保护有一个案例，这个法官说得非常有文学色彩，让人印象深刻。商业秘密保护需要权利人采取保密措施，那个案子主要就是围绕权利人有没有采取保密措施而来的，最后法官说了一段话，一扇打开的大门不等于一张邀请函，对商业秘密的保护要求权利人采取保护措施，是要它提醒其他人注意，而不是为了防备那一双随时准备偷窥的眼睛。这段话什么意思呢，有人要保护自己的隐私，把门关上，自己的房子里面有门、有窗户、有窗帘、有锁，可以，但是也无法防范有人使劲就要偷窥，整天趴在墙根底下，随时准备往里看。他铁了心要找你的隐私，终于有一天，窗帘没拉紧，屋里的人干一些不太好的事情被他看到了，他侵犯隐私。这时候不能说这个隐私是屋里的人让知道的，谁让他窗帘没拉死。屋里的人没有尽到这个保密措施么，显然是尽到了。这是打个比方。使用的意图在实践中确实五花八门。我们总觉得没有那么坏的人吧，不是，实践中肯定会有，但是法律不能把标准定的那么高来扼杀这种情况。从这里也可以看到出判例法的优势。

## • 使用注册的弊端

使用注册也有弊端：

1>使用即可产生权利，但不具有公示效力，他人难以知晓，且使用人的权利范围究竟是及于全国还是一定地区？

2>在发生不知情而善意使用相同商标的纠纷时，如何查明谁是先用商标的主体？

最大的弊端就是怎么证明谁先使用，这是一个难题。如果出现两个或两个以上都使用同样的商标的话，大家都想去注册，按照使用制的本质，应该是给使用在先的人。比如一个是 1 月 1 日注册的，一个是 1 月 2 日注册的，但 1 月 2 日注册的人如果使用在先，他应该获得注册，因为符合使用的本质。注册只是用来公示这个权利的，而不是用来产生这个权利的。使用才是产生这个权利的。所以使用在先的应该注册。但是问题是，第一，出现争议都在申请的环节之中的时候，怎样去谁先使用；第二，有一个人使用注册，已经拿到所有权了，过了两天有一个人又来申请注册，说可以证明比前面的人使用在前，这时候怎么办。这是注册制存在问题的核心。

当然在美国这样的国家，使用注册制不太会有我们担心的这样的问题。一个最简单的道理就是遵守规则。如果以中国人的精神去研究美国的法律，会发现它基本是个渔网，到处是洞。谁要是说中国的法律漏洞很多，这种人一定是没有学过中国法律。中国的法律是很严密的，问题在于执法的层面和其他因素。在美国，很多时候依靠的是人和人之间的 confidence。有时候我们觉得很奇怪，中国人是熟人社会，彼此之间反而没有这种 confidence；而美国这样一个商业社会、陌生人社会，反而有这种 confidence。这其实是很有意思的一个现象。所以很多时候不用担心他们会有人做这样的事情，但是我们从大陆法系法典编纂的角度、逻辑性的角度看，确实有这种漏洞。前面一个申请人刚注册完，马上有人来说他使用在先，要注册，商标局的人就会很生气。

## 2. 因注册而取得

使用注册的这个缺点恰好可以用注册制来防范。注册制就是不管谁先使用，只要先来注册，就可以获得注册。取得商标专用权不是基于使用，而是基于注册、基于授权。打一个不恰当的比方，使用制和注册制的对比很像权利变动的两种模式。注册制很像物权行为主义的权利变动模式。合同与权利变动没有关系，物权是否发生变动完全取决于物权行为。使用而注册很像日本的权利变动模式。日本是登记对抗，登记只是为了公示，告诉人们有这么一个权利。换句话说，在前一种模式下，获得商标权原因是使用；第二种模式下，获得商标权原因是国家授权。当然国家不会主动发动，需要当事人去抢。

## • 注册制与抢注

注册制就可能引发大家去抢。我国现在这种抢的现象不多了，90 年代和 21 世纪初的时候，商标局门口长期徘徊着一些职业抢注人。走近商标局门口，这些人就会过来问要注册商标么，就像几年前街边上过来问要光盘

么、办证么的人一样。现在街边上问要光盘么的人现在好像没有那么多了。杨老师到北京读书的时候是 2001 年，那时候人们从人大东门门口经过，就有人过来问要光盘不。同学们就说谁被问的次数多，谁就长得更猥琐一点儿。这是一个实证研究，为什么有些人总是被问呢。另外一些人大义凛然地走过去，从来不被问，这种人一看一脸正气，不看这种盘。当年注册商标也是这样，这些抢注商标的人手上有许多商标，有人要注册，就把注册好的卖出去。他们手中甚至成了杂货铺了，挑各种商标，什么样的商标都有。后来为了解决这个问题，商标局的《商标审查指南》就要求注册商标的人必须是商事主体。自然人去注册必须证明自己是个体工商户，或者是合伙企业。法人要注册，要拿企业登记的相关证件来。这其实会带来一个争议，是不是违反《商标法》的规定。《商标法》规定可以注册商标的人是自然人、法人、非法人组织，这个自然人怎么理解？当然，从商标法律制度建立本质来看，就应该要求是商主体，一个自然人，在家天天喝茶的，要什么商标啊。比如有人给自己的书房起个名字叫什么居，这个人比较好吃，取名六必居。假设这个人把它拿去注册了，注册之后干什么呢，不可能有作为商标来使用的途径，不能每天拿这个商标天天练毛笔字吧。这就没有必要了，或者说这就不是商标了。应该说《商标审查指南》的这个要求是符合商标本质的，但是《商标法》写的是自然人、法人。所以存在这个问题。当然这么多年来就这么操作了。现在基本没有这个问题了。原来商标局是在工商总局的位置，是工商总局的一部分，在三里河。现在它搬走了，商标局修了新大楼，在马连道那个地方，正好在杨老师老人家楼下，便于杨老师研究知识产权法。现在在那里已经没有人游荡着问要商标么。

注册制就会有抢的问题，好的字眼、吸引人的字眼会被抢。比如哇哈哈，就因为有人抢注与其类似的商标很生气，当然它也不低调，后来去注册非常可乐。商业市场里面没有谁敢说自己是好人，都是在法律允许范围内让自己挣到更多的钱而已，非要说自己洁白无瑕就有点儿过了。

但是注册制它的好处显而易见，效率高。来商标局注册，告诉注册什么东西，审查一下显著性，就给了，效率是非常高的。证据也是非常直接的，现在就是看时间了，不是看谁先使用，而是看谁先申请。所以判断起来很容易。弊端也讲到了，有抢注的问题。当然这里说的注册滋长了抢注的问题，是指一国的范围内的。从跨国的角度来讲，无论哪一种体制也解决不了，因为地域性的问题。外国商标到本国来，就容易遇到抢注。商标抢注很主要的原因就是代理商。中国的很多商标被外国的代理商在它们自己国家抢注了。当然中国也是一些曾经跟外国企业合作的代理企业把它们的商标抢注了。比如红酒就是这样的情况，把法国气得暴跳如雷，一些有名的红酒品牌都被中国人抢注了。再如鳄鱼，去商标局查鳄鱼商标，会搜出很多，有国外的那个知名品牌鳄鱼，也有本土的鳄鱼，土鱼。我们会发现叫鳄鱼的文字带图形或者不带文字只是图形的商标怎么这么多。再如啄木鸟，注册的有二十多个，有的叫啄木鸟，有的叫大嘴鸟，有的就挂个鸟在那儿。最清净的世界应该是一个图形只对应一个商品，这是比较好的。但是资源是有限的。理论上讲商标资源是无限的，但是实际上是有限的。没有人会花很多成本去培养一个很难培养的商标。符号离它的商品或服务越远，显著性是越强的，越容易获得注册，但是越不容易获得消费者的口碑，大家觉得记不住。朗朗上口的东西才容易记住。吃的东西，用一个离味道、感觉很远的词汇、图形来描述，就不容易消费者记住。相反，越是相似，越容易记住。比如杨老师一个朋友，曾经一起在北大做博士后的人，叫东亮，但是湖南人发音，东容易发成灯，灯亮。所以他的名字就很容易被湖南人记住，说那个叫灯泡的。这就显著性弱。显著性强的是容易注册，但是不容易记住。消费者是要记忆的，不能总是到商场里查字典。

### 3. 因驰名而取得

如上所述，驰名而取得实际上是一种使用而取得。当然驰名商标获得的排他性更强。如果可以证明驰名，就有很强的排他性，不管是注册制还是使用制，不管有没有注册。

驰名商标最早是在《巴黎公约》提出的概念，在《巴黎公约》后确定了驰名商标。Lecture 15 具体讲这个问题。

## 三、商标注册

### 1. 商标注册的含义及其法律属性

我国是注册制，接下来看商标注册。注册制国家，如我国，注册是取得商标专用权的唯一的、必经程序。从使用商标的角度而言，如果想没有争议地、不会引起歧义地、不会有不必要麻烦地使用，最好去注册，而且在使

用前就注册。先使用再去注册是没问题，只是使用的时候可能被别人发现，别人一看这个商标挺可爱的，还没有注册，就去注册了。这就比较麻烦一些。当然，遇到同日申请的时候，也会比较谁先使用、谁后使用，但是这个证据问题在实践中就没有这么简单了。

注册本身的含义，是权利产生的基础，是导致商标专用权产生的一个制度，是一个法定的程序。所以它不是说仅仅只是证明权利的存在，而是权利产生。当然包括了权利的公示。

商标注册的整个过程不是仅仅申请和批准这么简单。这个过程从申请、审查、异议一直到核准，后面还可能有争议。注册是注册了，但是有人认为这是没有显著性的，或者有人认为这是侵犯他人先权利的，有可能导致这个权利被宣告无效的。我们国家《商标法》上把商标的宣告无效也称为商标撤销，这在《商标法修正案》中改过来了，无效就是无效，撤销就是撤销。现行《商标法》把它们都称为撤销。

## 2. 商标注册的原则

### 1) 法定原则

我国采取法定原则。

### 2) 自愿注册和强制注册相结合的原则

关于自愿注册和强制注册，首先，一般商品上如果不在意商标专用权，可以不注册。但是要获得专有权必须注册。第二，有一些商品必须注册，只要是经营这个产品就要注册，这就是所谓的强制注册。比如我国曾经规定烟草和人用药品必须注册。但是 2006 年前后，药品的强制注册去掉了，烟草还是强制注册。这有公共利益在里面，涉及要不要给烟草的商标、驰名商标以一个很强的保护等问题。很多国家限制烟草商标的使用方式，甚至包括尺寸，这就不是商标法的问题了，是公共利益的问题。

特定商品必须使用注册商标，主要是为了解决以下问题。商标如果是注册的，一旦商品有问题，马上就能通过商标查询查到。如果是未注册商标，就没有办法不到。在我国，这个问题实际上是不存在的。我国除了《商标法》以外，还有一些标签标识管理办法。除了商标外，商品还有标签。如果不注册成为注册商标，是一个未注册商标，在使用上很随意，但是我国还有标签方面的法规来约束它。比如说，有些商品要求必须贴标签，要求标签上必须标注什么什么。即是《商标法》管不了，这些标签标识管理办法也可以管。我们经常看到标签，买食品，会看原材料有什么，女孩子可能看这个含糖多不多呀，含油多不多呀。还要看保质期，别吃完了，前年就过期了。再如化妆品，是一定要看看标签里面标注的构成元素的。药品、保健品，也要看里面含有什么丰富的矿物质、维生素等。这是避免吃得不明不白的。一瓶胶囊，没有标签，我们不敢吃，不知道里面是什么。吃完了冒泡了、重金属中毒了怎么办。所以要看清楚。当然药我们会看清楚，有时候食品就不注意。有时候零食吃完了以后觉得很好吃，一看是猫粮、狗粮，好在可能没有太大的问题。会有一些不舒服，不会有生命危险。其实实际生活中很多人是违反这方面的管理法规的，动物的食品应该在包装、标签上显著区分人用食品。好像有些动物食品没有区分，用的方法是在超市里单独隔出来一个地方，把动物食品放在那儿，但是有些人不注意，逛超市逛晕了，逛到那儿看这东西岂不是很好吃么，吃完了发现是狗粮。这也是有可能的。实际上我国是有相关规定的。现在宠物越来越高贵了，看病也很贵，看病就要吃药了，动物用的药和人用的药那是必须是显著区别的。实践中可能也做得不是那么好。

### 3) 申请在先和使用在先相结合的原则

以申请为基本原则。既然是以时间为依准，就会出现同时申请的现象。出现同时申请的时候，就使用在先的获得注册。问题是在于，如果因为证据问题证明不了谁使用在先怎么办。有的很简单，比如 A 和 B 同日申请，A 厂是 1995 年设立的，B 厂是昨天设立的，肯定是 A 使用在先，这个毫无疑问。但是实践中确实确实有的证明不了。比如内蒙古小肥羊和西安小肥羊，真的不知道谁先使用。当时能看到的是内蒙古小肥羊比西安小肥羊市场份额大多了，现在就更不能比了，现在西安的好像没了，转行干别的去了，因为内蒙古的公司获得商标权后转过来打它们，不让它们用。当时市场份额是有一定差距，但没有这么大。因此可能出现同时申请，但是又没有办法证明谁使用在先。

类似的问题我们在专利中提到过。专利是双方协商，协商不成就都驳回。商标是先协商，协商不成抽签。因为商标的同日申请不存在公开而构成现有技术的问题，所以没有必要都驳回。既然不愿意协商出一个结果，那就

由老天来决定吧。这种情况实践中还真是挺多的。方正就遇到过，通过抽签解决。

### 3. 商标注册的条件

最核心的条件是标识应当具备显著性。申请人资格就是指必须是个商人，是个商事主体。其他没有什么条件上的约束，没有大企业小企业之分，没有经营行业之分。只要是商事主体，要表明、让审查员觉得这个符号是有显著性的，就可以获得注册。在审查方面发明专利比起来简单太多。当然实用新型和外观设计，所谓的形式审查实际上就是不审查，它只看文件格式对不对，表述方法对不对，有没有不通顺的地方，文件齐备不齐备，实质的东西是不涉及的，所以才叫形式审查。很多时候都是形式审查。以前婚姻登记是实质审查，必须婚检，查查有没有病，有病不能结婚，法律有规定哪些病不能结婚。现在这些规定还在，如果有这些疾病，导致婚姻无效。但是登记的时候不会去查，交钱就给办证。现在好像还是9块钱，要是忘记带照片了要多花50块钱照相。商标注册也是一个形式审查，看看表填了没有之类的问题。商标申请填的表也比较少。专利申请要填申请书、权利要求书、说明书等，这些是最基本的，有的还要提供附图、照片，有的复杂的还说明书摘要。商标则很简单，提交申请书，把要保护的范围进行描述一下，讲清楚要保护的是图案，还是图案加文字，还是包括颜色等，然后附上照片就可以了。注册是比较简单的。

### 4. 商标注册申请

申请商标注册的要求，这些问题都是形式上、程序上的规定，《商标法》规定得非常清楚，教材上也说得明白，没有太多要讲的。

关于申请日的问题，与专利比较相似，都是以申请的天为单位，不是按照小时。关于优先权的问题，比专利的优先权制度也要简单一些，可以看《商标法》中的规定。当然商标的优先权问题和专利的优先权问题基本路数是一样的。它们都是排他性的权利，相似的东西只能由一个人获得，所以有优先权。版权制度是没有优先权的。只要是自己创作的，哪怕跟别人内容是一样的，也是可以有自己的版权。当然在实践中，必须证明自己。如果出现了相同的作品，一般会认为这里面有侵权的问题存在，由涉嫌侵权的人来证明自己是独立完成的，这个难度还是不小的。一般实践中在原被告都是一国的范围内，很少能证明。大家都会觉得哪儿这么巧啊。但是如果原被告是两个国家的，这就通常不认为是抄袭。当然这也不绝对，现在网络这么发达，也是很容易侵权的。这些都是程序性的规定，自己学习即可。

### 5. 商标注册申请的审查与核准

#### 1) 初步审定与核驳

商标审查的初步审查是一个形式审查。

#### 2) 异议

异议，因为初审后公告，告诉大家有这样一个商标啊正在申请注册，有异议的同志赶快来。异议的期限并不是那么长，不能总是挂在那儿让大家异议，公告一段时间就会给予注册。有时候已经真的是侵权了，比如侵犯版权，但是公告期间权利人并不知道，注册结束后才发现，按照现行《商标法》规定就要走撤销的程序。异议通常是指没有显著性、侵犯在先权利，或者使用禁用标志。使用禁用标志比较简单，《商标法》关于禁用标志规定得很清楚。比如符号与国际组织、国家地名相同一般就不予注册。当然特殊标志和一些有特殊含义的标志，我们可能很难掌握很全面。我们可能了解一些中国的禁忌，但是可能不了解西方国家的禁忌。比如在中国注册个商标是可爱的小猪是没啥问题的，但是到伊斯兰国家这么注册，能不能活着回来就不好说了。如果在中国注册一个小猪的商标的话是没啥问题，但是如果到伊斯兰教地区去卖就对人家宗教不尊重了，可能工商局就把这样的行为拦下来，但是不代表这个商标会撤销，因为按照中国法律，这个商标是没有什么问题的。

#### 3) 核准

公告期满以后没有异议，或者异议不成立，就会核准，这个时候就有了商标权。要注意商标与专利不一样，专利在公告以后就已经是授权了。这里是指实用新型和外观设计，发明稍微麻烦一点儿，公告、实质审查，实质

审查之后通过则发布公告，那个时候发布公告也是已经有了专利。

专利权的保护期，发明是 20 年，实用新型是 10 年，但是专利的保护期从申请之日开始计算。这里面有一个让人很烦恼的地方。专利权自公告之日起生效，但是保护期限从申请之日起开始计算，这就很讨厌，到底想保护几年呢。从申请日计算，拿到专利权之后往往只剩下 18 年，甚至 17 年了。当然确实拿到这个公告后，才有专利权，才有排他性，这是不一样的。这个问题是一个人祸，是自己造成的一个麻烦。而商标是公告以后属于异议期，异议期满后以后有了商标专用权，商标专用权的 10 年是从这个时候开始算，不是从申请日开始计算的。当然商标的审查比专利短很多，它主要是用来排队的，真正审的时间是很短的。经历一次这样的申请就会发现，申请商标之后可能过了半年才拿到，其实审查员批的时候五分钟，最多看一眼不顺眼，不给；一看这个不错就给。所以在审查员的手里其实很短的，也不是它不愿办，而是量太大，一年有上百万的申请量。有些人还开商标超市。注册一堆商标来卖，也造成量很大。有人讲知识产权强国指的是专利、版权、植物新品种、集成电路布图设计等等这方面多，商标多不代表强国。一个国家商标太多了，一样会打架。一个企业注册注册那么多商标，我们在生活中仔细想想，每个企业主打的商标都是一个，没有谁主打好几个。哇哈哈搞了这么多，最后大家记得的还是哇哈哈，没多少人记得非常可乐。可口可乐，我们什么时候知道它有第二个商标呢，绝大多数人都不知道可口可乐还有什么商标，其实它还是有的。商标太多了对于市场来讲不一定是好事儿。这跟专利一样，质量高的专利没关系，但是如果有一大堆专利，质量还不咋地，恐怕也是灾难。苹果跟三星掐了这么长时间了，美国当地时间星期二，ITC 判苹果侵权，3GS 等产品侵犯三星的专利。它们俩打得这么热乎，手上都是一大把专利，互相打。如果每人手上都是一支飞镖，只能看准了扎一下；如果每个人手上一口袋飞镖，那就不管了，拿过来使劲扎，把对方扎倒。专利太多了，对社会来讲也未必是好消息。ITC 恐怕烦死这两个企业了。

## 6. 商标评审

### • 商标评审机构

商标评审是类似于专利复审委员会的复审的问题。商标评审委员会与专利复审委员会还不一样，专利复审委和专利审查部门都是隶属于专利局的，但是商标评审委员会和商标局是平行的，它们都分别隶属于工商总局。这个结构有一点不一样。专利局的局长比复审委员会的主任高一级，但商标评审委员会的主人和商标局局长是平级的。这跟商标法没什么关系，这些是政治博弈造成这么一个结构，跟合理性没有什么关系。

### • 评审内容

对商标审查的结果不服的、对商标权存在争议的，都可以向它来提出申请。对驳回申请、不予公告决定不服的，对商标异议决定不服的，对注册不当的商标要求予以撤销的，这些事由都可以向商评委提出申请。

## 7. 续展注册

商标理论上可以永久保护，依据的就是续展制度。续展没有次数限制，可以无限续展。每一期的商标保护的期限是十年，为什么是十年我们不知道。不像著作权，从早期的 7 年到 14 年、28 年、56 年，再回到 50 年，有的国家再到 70 年，总是 7 的倍数，原因可能是跟宗教有关，宗教 7 是一个轮回，上帝 7 天做了一个事情，7 对于西方是一个很有意义的数字。但是为什么商标每一期是 10 年就知道了。

商标保护的期限要考虑的因素第一是商标稳定的考虑，第二，一个企业要不要对商标续展完全取决于它对商标培养的前途和信心，经营一个商标 10 年之后如果决定不再经营，说明这个品牌没有这样的价值，所以 10 年可能是考察这个商标的一个比较有效的期限。至于为什么不是 8 年就知道了，可能大家觉得要让总数好计算一点吧。

按照中国法律的规定，保护期到期六个月前可以续展。到期没有续展也不会马上咔嚓掉，会给一个宽展期，宽展期也是六个月。这里就有一个有意思的问题，应该是知识产权研究生才要求思考的问题。宽展期里面，有人使用了相同或相似的标识，在相同或相似的商品上，这时候怎么办？就是说，在宽展期，商标权人处于一个什么样的法律上的地位。按道理说保护期到期了，但又不是绝对地丧失任何挽救的可能，它还有利用宽展期的期间申请续展，从而续起来的情况。续起来是从上一次届满开始算的，不是从实际申请续展那一天开始算的。提前申请续展也是一个道理，假如 10 月 31 日才到期，9 月就申请续展了，申请续展不是从 9 月开始算，都是从 10 月

31日。宽展期也是一样。

## 四、商标权的无效与撤销

### 1. 概述

现行商标法都是用的撤销的概念，实际上包括无效和撤销。我们学民法知道，无效是从产生之初就不应当存在的，它是违反法律的禁止性规定的，所以是无效；撤销是说这个权利在被撤销之前一直有效，撤销以后，之前发生的依然有效，只是向后消灭。无效是自始不存在，撤销是向后消灭，这是无效和撤销的根本的区别。

我国现行《商标法》41条规定的是无效的问题。修正案是改了个错误的，改为无效程序。现行《商标法》第44、45条是关于撤销的规定。44、45条规定的都是撤销的理由。它在被撤销前有商标权是没有问题的，只是授权后的一些行为导致被撤销；而无效是这个根本不该出生的，所以把商标按死，从头就不存在。自始不存在在被宣告无效之前的一段时间里，当然就有人可能被他起诉侵权，或者跟它之间发生许可的问题，这就有法律关系是不是要消灭、变更的问题。撤销不影响，这一天被撤销，在此之前发生的侵权诉讼，这期间发生的许可，该给许可使用费还是得给，即是被撤销了还可以要。无效是给过了就不再返还了，没给就可以不给了。这在实践中可能给一个激励，鼓励耍无赖。比如签了合同，本来要付许可使用费，这时候突然发现有人发动了无效宣告程序，就先不给了，静观其变，一旦它宣告无效，就不用给了，这当然对于商标权人来讲是一个商业风险。

### 2. 注册商标无效

#### · 含义

通常来讲，无效是不具备注册商标的条件。可能的事由是：

1>违反商标构成的绝对条件。也就是没有显著性，或者使用了禁用标识；

2>与在先权利冲突。比如把别人的照片拿去注册商标了。其实严格来讲不叫做与在先权利相冲突，应该叫侵犯在先权利，只不过大家都这么表达。既然是侵权，把别人的作品拿去注册商标，自然也就不应该存在了。

所谓的“权利冲突第一案”，实际上是一个侵犯在先权利的问题。“第一案”是1995年发生的案件【武松打虎图注册商标侵犯著作权纠纷案】，涉及的图案是武松打虎图，这个图是中国一个著名画家刘继卣画的，山东有一家酒厂就用这个图注册为商标。实际上这里面还有历史的问题，在80年代这个酒厂就用这个图作为商标，甚至早于商标法。画家后来也去世了，到1995年画家的配偶和子女突然就起诉了，说侵犯刘继卣的著作权，当然现在是由他们继承了。被告就觉得很冤了，觉得当年刘继卣同意了，但是没有证据，就产生这个问题。我们不考虑证据的问题，如果没有经过同意，把别人的美术作品注册为商标，是会侵犯他的在先权利的。这里需要考虑的是，侵犯在先权利构成侵权，著作权的权利范围按照现行法第10条的规定，著作财产权有复制的权利、发行的权利、各种各样传播的权利。侵犯著作权一定是行为确实涉及到著作权的利益，把他的美术作品注册为商标怎么侵犯著作权呢，又没有发行、制作成画册销售？其实注册为商标以后，之所以会侵犯著作权，因为注册以后要使用，要印刷商标标识，印刷商标标识就是复制了，所以是侵犯了。肖像权是使用他人肖像，把他人的脑袋拿去注册商标，使用的时候就相当于使用他人的肖像。这都是侵权的。因为确实肖像权的权利范围是被这个行为非法侵入了。

3>损害驰名商标。驰名商标也不是每一个人都知道的，中国有这么多驰名商标，不可能都记得，有些驰名商标在我们看来简直有点儿莫名其妙，其实很简单，只不过不是相关消费者而已；或者有时候即便是相关消费者也不知道。很多世界知名品牌我们很多人也不知道，这是很正常的。审查员可能没发现，因为商标注册在不同的商品上。商标注册其实是在要注册的一类商品或服务上进行检索，看有没有相同或相似的，如果没有就可以注册了，这就可能把别人注册其他类别的商标相同相似了，要想把这个后注册的商标撤掉的话，要证明自己是驰名商标才能实现这个目的。

无效宣告程序由行政主管部门（现行）或者法院依法进行，被裁决无效的注册商标，其注册的效力应视为自始无效。在无效宣告制度之外，撤销注册也可使商标权归于消灭，但撤销注册的理由要么是注册商标未满足使用要求，要么是该商标丧失了其显著特征。

撤销注册与无注册效的效力不同，撤销某一商标的注册，该注册仅从撤销决定作出之日起终止效力。注册无效的，无效决定的效力具有追溯力，为自始未取得注册。

## • 无效的原因

我国《商标法》41条的规定列举了上述几种情况。

第四十一条 已经注册的商标，违反本法第十条、第十一条、第十二条规定的，或者是以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册的，由商标局撤销该注册商标；其他单位或者个人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。

已经注册的商标，违反本法第十三条、第十五条、第十六条、第三十一条规定的，自商标注册之日起五年内，商标所有人或者利害关系人可以请求商标评审委员会裁定撤销该注册商标。对恶意注册的，驰名商标所有人不受五年的时间限制。

除前两款规定的情形外，对已经注册的商标有争议的，可以自该商标经核准注册之日起五年内，向商标评审委员会申请裁定。

会不会还应该有更多的行为导致无效呢，各国商标法规定不太一样。我们国家由于这三种原因而导致商标宣告无效（现行法称为撤销的）情形其实相对是比较窄的。有的国家规定得更加宽泛一些。

### - 由于注册不当的无效

违反商标的禁止性规定属于这一类。我们看过一些禁用的商标的图案，比如“极品”，就属于违反禁止性规定。

### - 以不正当手段取得注册

1>虚构、隐瞒事实真相或者伪造申请文件及有关文件进行注册的。

中国人喜欢玩手段，虚假、欺骗、伪造等。比如到人大门口买个证，人大门口这个产业发达到买什么都买得到，据说可以办从小学办到研究生的毕业证，乃至结扎证，有些地方这个证还是有用的。

2>代理人或代表人抢先注册商标。

抢注的问题，属于不正当竞争或者侵权。这个时候往往表现为代理人或者代表人抢注。公司本来注册一个商标，法定代表人注册在自己名下了，本来应该是一个法人商标，变成一个自然人商标。现行注册制度下法定代表人可能得自己搞一个商事主体的证明，这个对他来讲很容易。代理人通常是觉得商品有价值，因为他是代理，很清楚商品的销售情况。

3>其他不正当手段取得注册的情形

其他的不正当手段，比如政府寻租，官员受贿等，都属于不正当手段取得注册。说起来要了解商标注册的实际操作过程，会觉得钻这些空子太容易了，甚至都不用花太多钱，就可以把一些本来不能注册的拿来注册。这都是不正当的手段。

### - 与在先权利冲突的无效

与在先权利冲突方面，与著作权、肖像权冲突的比较多。也有学者认为姓名权也属于这种在先权利，我们讨论过姓名权的问题。其实姓名权的问题，很多商标学界的人都觉得这不是问题啊，侵犯他人权利导致的无效，姓名权也属于其中一个呀。其实这是想当然的，姓名没有那么简单。姓名权是表明身份的一种权利，以这种符号表明身份。自然人的姓名权很像商主体的商标权和商号权，商标、商号合在一起就像自然人的姓名。这个时候，虽然是对一个人的身份享有的人格权，但是不代表他对这个名字，对这个字、这个符号本身享有排他性权利。

其他的权利没有什么争议。肖像没有什么争议，就是对这个肖像有排他性权利。著作权、外观设计专利权等，也可以排斥其他人注册为商标，侵犯他人权利当然是无效的。

### 世界各国商标法关于权利丧失的有关规定

按照美国商标法的规定，在先权利请求撤销受5年限制的约束，超过5年以后，在先权利即丧失请求撤销在后商标的权利。

我国也有类似的规定。普通商标是所谓的不可争议商标；如果商标存在侵犯在先权利的情况，应该被撤销的，就属于可争议商标，经过5年之后，就变成不可争议商标了。如果侵犯的是驰名商标，通常不受这种限制。当然驰名商标通常不会等5年，一个世界上高度驰名的商标，在不相关商品上被注册，很容易发现。

英国、德国的规定基本类似。需要介绍的是意大利，关于侵犯在先权利的问题稍微有点儿不一样。

意大利商标法（1992.12.4）第47条之2明确规定，如果在提起商标无效的诉请或反诉之前，商标因使用而获得显著性，该商标即不应被宣布无效，这一规定不应受关于商标构成要素和因为与已存在之标识相同或近似之障碍而不能注册，以及因违反法律、公共政策和公共道德准则或侵犯他人先在权利而不得注册之规定的限制。

意大利商标法关于侵犯在先权利而不予注册的规定是跟其他国家不太一样的。就是说虽然侵犯了他人在先权利，但是使用过程中产生了显著性，指的侵犯商标一方的商标的自己的显著性，就不应该宣告无效。按照这个解释，在意大利看来，驰名商标是很危险的。一个驰名商标，在意大利被抢注，不断使用，去请求撤销的时候，意大利法院会说在意大利已经产生显著性了，驰名商标就只能干瞪眼。意大利这个规定我们觉得有一点点无赖了。对本国而言，可能这一条的危害没那么大，因为只要认定没有显著性就好了嘛。它的弹性就在显著性上，如果是本国的，觉得本国的驰名商标要保护，就说你没有显著性就撤了；如果原告是外国的驰名商标，要保护本国，就说已经有显著性了，不必再撤。意大利的规定实际上是给驰名商标这样一种风险。

法国商标法也有类似的规定。

所以关于侵犯他人而应该导致无效的规制方法，世界各国略有不同，但是基本上有一个共同的精神，就是对在先权利保护是有时间限制的，类似于一个诉讼时效，我们可以理解为特殊的诉讼时效或者除斥期间，具体要看是怎么规定的。这种情况下，如果在先权利已容忍了一个侵犯自己权利的权利达5年之久，就活该。当然中国的规定是，如果是驰名商标，就不活该，愿意在权利上睡大觉就睡大觉。其实不去撤掉它，继续容忍，躺在那儿睡大觉还是有风险的。尤其是现在，如果驰名商标保护贯彻所谓的个案认定、被动认定的话，睡大觉对驰名商标而言是不利的，下一次可能就不能认定为驰名商标。驰名商标不是一个帽子，不是一个买过来戴在头上不能被别人拿走的帽子。如果你有一顶帽子，有人把它打在地上了，你可以理直气壮地让他给你捡起来戴回来，这是你的商标。驰名商标不是这样，驰名商标就像答辩的时候当答辩主席一样，这一场是你，下一场就不是你了。总之在先权利容忍一个侵权行为的话，自己是有风险的。以后再撤不掉了只是风险之一，还有风险就是驰名商标的显著性淡化了。如果是驰名商标，也可能导致以后不能再被认定为驰名商标了。有这样的风险，所以没有人这么傻不去履行自己的权利。

### 侵犯驰名商标在先权利

驰名商标因为包括的范围很广，所以在不同类型的商品服务上都不能被注册。驰名商标每一次要求把他人的在后注册撤销，都是需要认定的，没有一劳永逸的驰名商标。有人说不是有么，可口可乐不是一直认定为驰名商标么，那是因为它的驰名商标认定条件没有发生变化。我们看“鹿鹿鹿”牌驰名商标不是就发生了变化了么，原来是驰名商标，现在就变成负的驰名商标了。中国的很多驰名商标现在还消失了呢，比如活力二八。现在我们说活力二八，年轻人没有反应；二十年前，一有人说“活力二八”，马上有人接话“沙市日化”。这个沙市日化还有一个广告，是讲它的洗衣粉的，叫“一比四”，就是一勺可以洗很多衣服。沙市日化当年是很厉害的，沙市是杨老师的老家，现在叫荆州市沙市区，学历史学得好的人应该知道这个地方，就是第二次鸦片战争开放的长江五口之一。（此处有误，沙市应为甲午战争之后《马关条约》开放的四个口岸之一。）

### 有一定影响的未注册商标的在先权利

还有一个争议比较大的问题，即有一定影响的未注册商标。这个争议来源于《商标法》31条。

第三十一条 申请商标注册不得损害他人现有的在先权利，也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。

什么叫做有一定影响的未注册商标？立法的本意是这样的商标没有达到驰名商标程度，但是比普通商标略为知名。杨老师认为这也是中国《商标法》人为造出来的问题。其实把驰名商标分级就可以了么，可以分为普通驰名和高度驰名。高度驰名怎么理解，比如可以是至少在两个或两个以上国家驰名就是高度驰名。美国的商标法就有这样的规定，它所认定的世界驰名就是两个国家，包括美国在内。我国没有对驰名商标分级，但是创造出一个“有一定影响的未注册商标”的概念，与驰名商标并列，其实本质不是一样么。

有一定影响又没有达到驰名商标的程度，可以排斥他人在后商标。这个排斥要注意，我们既然追究它不是驰名商标，它的保护模式实际上是反不正当竞争法。因为达到驰名商标就意味着有排他性了，相当于一个有很强排他性的注册商标专用权。驰名商标是不管注册与否，都有很强排他性的。有一定影响商标又达不到这个程度，又区别于普通的商标，就给一定的排他性，它的排他性只能排除那些抢注的，就是他人明知是抢注的。但是如果是

他人善意的使用，是不排除的。

我们看到《商标法》31条，马上会想到一种情况。31条说不得抢注他人先在的有一定影响的未注册商标，那么不注册、只是使用，结果会是什么样呢？对方只能用反不正当竞争法起诉。如果用在完全不同的商品上，这个有一定影响的商标也是未注册的，它使用在锅碗瓢盆上，在后使用的人使用在衬衣西服上。它有一定知名度，比如叫活力二八，西服也叫活力二八，它可以告侵权么，告不了，因为它没有排他权，而且在后使用的人又没有注册，如果注册了可以根据31条要求撤掉。可以用不正当竞争起诉么，这里没竞争啊，一个卖锅碗瓢盆，一个卖西服，有什么竞争呢。

这个例子说明，31条立法本意其实是把反不正当竞争法的手段放到商标法里，但是给学界造成了很多错误的理解。我们如果阅读相关材料，会看到大多数学者认为有一定影响的未注册商标是有排他性的。其实就是因为这个问题，所以是错误的。如果产生了排他性，那么注册制度会被根本动摇，就不需要注册了。什么叫有一定影响呢，这是一个问题，不能把驰名商标的条件拿来用来判断这个问题。所以根本的解决办法就是取消这一条，用驰名商标解决。如果能认定驰名商标，就可以排斥在后注册，然后把驰名商标分为两级，一级是普通的驰名商标，即有一定知名度的驰名商标；另一级是高度驰名，给予不同程度的保护，就可以把这个问题解决掉，也可以消除掉未注册商标也有排他性的问题。其实它根本不是为了商标上排他，而是为了防止不正当竞争，防止造成竞争上的混乱。这是31条的一个根本问题，很多人写文章写过31条，有人就根据这一条来说有一定影响的未注册商标有一定排他性，这实际上不对。

### 地理标志

地理标志被注册为商标的情况很多。地理标志本身是一个概念很明确，但是实践中有时候很难认定的东西。通常来讲的地理标志，是一个地理名称，但是这个地理名称怎么界定，我们可不可以人为创造一个地理名称呢，还是要遵循传统的地理名称呢。比如西双版纳是一个地理名称，作为地理标志没有什么问题。但是有些名称比如青岛，是不是地理标志呢？青岛啤酒当初是不是作为地理标志注册的，很难讲。如果问当地人，肯定这里肯定有特殊啊，这里的水不一样、啤酒也不一样云云。其实酿啤酒与原材料密切相关，原材料无非就是两个，水和麦子，这两个都不一样，都可能导致啤酒的品质不一样。红酒也是一个道理，有的红酒商标也是地理标志。地理名称如果是现实的行政区划名称，那争议不大；但是有的可能已经是观念存在了，因为行政区划发生了变化。地理名称可不可以是人为创造的，还是说必须是现存的？或者说有没有一个时间要求，比如这个地方改名以后，要不要跟着改的问题。当然如果地理名称在先的话，在后的人注册为商标，那是要排斥的。但由于是地理名称，所以在实践中被他人抢注注册为商标的机会并不大，因为审查员就很警惕。比如要到商标局注册一个“西双版纳”，审查员肯定以《商标法》规定驳回，申请人自己到商评委去喊冤去。

## • 注册商标无效的程序

### - 申请人

无效程序启动，谁来申请？理论上讲应该是任何人。这里就有两个问题：

1>商标权人自己可不可以申请。这个问题初听起来似乎很奇怪，自己申请注册，为什么然后自己给自己耳光申请撤销呢。但这在实际上实践中有可能出现。比如企业内部闹矛盾了，有人提出把商标申请无效；或者主动爆料当时是伪造的，或者有些地方是侵权的。实践中这种情况肯定是很少见很少见的，实践中如果真的出现商标权人自己申请无效怎么办呢，这个问题一直有争议。

2>商标评审委员会可不可以主动申请。理论上似乎也是可以的，既然无效是因为上述几种原因，属于绝对的无效，当然应该是任何人都可以。

### - 时限

无效是基于侵权的原因，或者不正当手段等等。比如恶意受不受时限的限制等等，这些问题都需要在程序中明确过来。我国《商标法》有相关规定，看相关教材和法条就可以明白。

### - 无效申请的裁定及司法审查

商评委的无效申请裁定是一个什么性质的法律文书？这个问题的结论，直接会影响到法院对它的审查模式。如果属于行政复议的话，法院应该审查的是这个裁定是否恰当；如果属于行政裁决，法院应该审查当事人权属纠纷。这是不一样的。如果无效申请的裁定是行政复议，法院审查裁定是否恰当，只能是一个程序审查，审查有没

有违反程序的地方；如果是无效申请的裁定是行政裁决，法院要解决的就不仅仅是程序的问题，而是权属纠纷。评审委员会行使权力，这个权力的行使有没有赋权？任何一个行政权力应该是法律赋予的，法律没有赋予的时候是没有所谓的行政权力的，这是一个很重要的问题。所以讨论这个问题是很有意义的，这个问题现在还没有定论。

《商标法》包括《专利法》都有关于无效的裁定的规定，但是没有更多地从行政法的角度论证，所以出现了专利法上关于无效宣告裁定的法律性质、何时生效等问题，在商标这里也是一样，到底是属于行政复议，还是行政裁决，现在还没有定论。

比如说，商评委认为某商标侵犯在先权利应该导致无效，如果认为这个裁定是行政裁决，裁决的就是够不够成在先权利侵权，商评委要裁一个结果出来。对于这个裁决来说，商评委做出裁决的时候，第一步是认定它构成侵权，一旦认定构成侵权，就是认定了实质问题。如果就这裁定提起行政诉讼，法院应该是可以直接改判的，意思就是这个认定是错的，没有构成侵权，所以商标应该被维持。如果商评委的裁定是复议，到了法院法院只能说是商评委违反程序的地方，法院最多撤销这个裁定然后让商评委重新做。所以性质不同，结果是不一样的。

### · 无效宣告的效力

无效的结果，是一种绝对无效，这是没有什么争议的。当然注册无效具有追溯力的例外，这方面有一些例外规定。比如许可使用费已经给钱了，或者侵权诉讼败诉以后赔偿金已经付了，这就不会追回。所谓绝对效力应该是恢复原状。就是说，本来应该是不存在的商标权，但是被错误登记了，宣告无效后从开始彻底取消掉。

## 3. 商标权的撤销

狭义的撤销应该是基于使用违反法律相关规定，而导致的法律后果。这种撤销的法律效力应该是向后终止，意思就是之前发生的法律关系依然有效。这里主要是指《商标法》第 44、45 条的规定，法律规定得很清楚。

第四十四条 使用注册商标，有下列行为之一的，由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标：

- （一）自行改变注册商标的；
- （二）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；
- （三）自行转让注册商标的；
- （四）连续三年停止使用的。

第四十五条 使用注册商标，其商品粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的，由各级工商行政管理部门分别不同情况，责令限期改正，并可以予以通报或者处以罚款，或者由商标局撤销其注册商标。

# Lecture 14

## 商标合理使用 商标侵权

我们前面讲了什么是商标、怎么取得一个商标，以及商标的显著性。接下来是合理使用和侵权的问题，这样商标权的完整体系就有了，最后是驰名商标的保护。

### 一、商标合理使用

所谓商标合理使用，我们马上会对比著作权的合理使用和专利权的合理使用。严格讲不是专利权合理使用，是专利的合理使用。但我们对比著作权的合理使用和商标的合理使用，有一个字的区别，权。著作权里面叫做著作权的合理使用；商标这里不是商标权的合理使用，而是商标的合理使用。换句话说，其实商标领域里，没有真正意义上的合理使用。它其实是与商标相同或相似的符号的正当使用。这个正当使用并不是商标权的行使行为，只不过这个行为有可能和商标权的权利范围发生交叉，而法律允许这种交叉存在。这些学到合理使用具体内容就能明白。而著作权为什么叫著作权合理使用呢，因为著作权合理使用实际上是在行使本来属于著作权的权利。比如按照现行法规定，为了学习和欣赏的目的而少量复制他人的作品，这个复制行为的基础是著作权，不是作品。商标的合理使用我们讲有两种形态，一种叫指示性使用，一种叫叙述性使用。使用的是商标标识，或者说是和他人商标标识相同或相似的符号，没有行使商标权。严格来讲是这么一种情况，所以称之为商标合理使用而不是商标权合理使用。

#### · 一个案例

首先看我国发生的一个案例，案例的核心问题是对系争商标的使用是不是属于《商标法》52条规定的情况。被告西门子公司的CT机上印有两行字样，是英文和汉字分两行排列，英文部分SIEMENS是西门子公司注册的一个商标，中文部分“欢悦”是原告锦秀公司注册的一个商标。原告认为被告侵犯了它的商标权，被告认为它实际上是将“欢悦”字样用作产品的型号，不构成商标侵权。商标局在这个问题上有一个批复，认为这个英文加中文的字样是医疗器械的规格型号，西门子公司的使用行为是对规格型号的正当使用，不属于侵犯商标专用权的情况，所以把它认定是一个合理使用的行为，不认为是侵犯商标专用权的行为。这里就带来一个问题，原告拥有一个商标，被告使用特定商标符号、商业型号？，和这个商标相同相似，是不是侵权呢。这里法院认为是对产品规格型号的正当使用。不认为是对商标使用，而是对规格型号使用。

本案中被告的行为被认为是没有作为商标来用，这是一个关键。使用商标符号和使用商标在外在表现形态上有相似，但是含义上完全不同，一个作为规格型号，一个作为商标。使用商标使用的是对商品符号的联系，这才是商标权所要保护的对象。所谓的侵犯商标权也是对这个联系的擅自使用。而这里被告使用的是一个规格型号，不是这个联系，两者是不一样的。

通过这个案件我们首先看实践中商标合理使用的状况，这个案件感性的认识。

## · 国内外的立法状况

关于商标合理使用，国内外都有一些相关立法的规定。首先看美国的规定：

美国《兰哈姆法》第33条规定：“将并非作为商标，而是对有关当事人自己的商业上的个人名称的使用，或对与该当事人的产地有合法利益关系的任何人的个人名称的使用，或对该当事人的商品或服务，或其地理产地有叙述性的名词或图形的使用，作为合理使用；当然这种使用必须是只用于叙述该当事人的商品或服务的正当、诚实地使用”。

美国的规定中列举了很多使用方式，没有一个是涉及这个商标权所要保护的联系，商品或符号的联系。通常讲使用一个符号作商标来用，就是指使用这个联系。如果单纯使用这个符号，就不是使用这个联系。比如“北京”是个商标，把“北京”作为一个地名使用而没有用在这个商标的联系上，就不属于使用这个商标权，不涉及商标权。所以在商标法领域中，所谓的合理，就是说这种使用方式外在表现形态上、符号上是相同相似的，但是距离商标专用权的保护的范围越远越好。虽然商标的合理使用与著作权的合理使用名字上都叫 Fair Use，但是内容完全不一样。比如可口可乐这个商标，小明写日记，日记出版了，日记中写“今天喝了一瓶可乐，太好喝了；第二天，我又喝了一瓶可乐，太好喝了；第三天，我又喝了一瓶可乐，今天发现一条虫”。每一天都出现可口可乐，这是非商业使用，跟可口可乐的商标权隔得老远。商标合理使用，是合理使用，但是不是作为商标来用。商标合理使用分为两种，叙述性使用和指示性使用。比如叙述性使用，小肥羊是一个商标，怎么合理使用呢，某个火锅店说本店涮羊肉的特点是来自内蒙古的小肥羊，这至少不侵犯商标权；两面针是一个牙膏，如果另一个厂商生产的牙膏声称本牙膏含有中草药两面针，没有问题，当然得是真的有，没有的话是虚假广告，如果真的有话，在广告、产品包装原材料的部分这么写是没问题的。叙述性使用显然通常发生在基于第二含义理论而获得的那些商标，它往往容易被合理使用。在讲显著性的时候反复强调，第二含义理论中，第二含义的产生并不意味着第一含义不在了，第一含义还在呢。就像葛优《没完没了》里面“刮脑袋”，车被推走了，他在后面追，高喊着“人在呢人在呢”。第二含义产生后第一含义还在呢，不要以为它没有了。合理使用，就是使用第一含义。上述例子，两面针的第一含义两面针是一个中草药的名字。这是我们要明白的一个道理，商标合理使用不是说非商业使用，非商业使用当然是不侵权的。我们说的商标合理使用说的是恰恰就是商业使用，之所以是合理的，是因为使用的是符号的第一含义，而第二含义被注册以后占有了。合理使用另一个形态，指示性使用是另一个问题，下面再讲。

我们发现著作权与专利的合理使用实际上是很接近的，但是跟商标完全不是一回事儿。所以学界有一种说法，所谓商标的合理使用是一个伪命题，因为这个符号的第一含义从来就没有被商标权人拿过去。专利和著作权中都讲过，合理使用是侵权违法阻却事由，没有规定合理使用的时候，本来是权利人的领地、权利范围，法律为了平衡公共利益和私人利益，强行把这一块儿挖出来归给公共领域。但是商标的合理使用，第一含义一开始就属于公共领域。但是要把它作为合理使用描述呢？如果说专利法和著作权法一开始就是保护产权的话，商标法一开始不是保护产权的，而是保护竞争秩序的。虽然一开始就不是商标权人的领地，但是这个行为和市场竞争秩序密切相关。所以这种情况描述出来，来划定市场的竞争秩序。所以要在商标法里面说这个问题，只不过是套用了合理使用的帽子，但是严格来讲不是，至少不是一个侵权违法阻却事由，因为一开始就不侵权，相反使用不当会变得侵权。比如本来作为第一含义用，但是打擦边球，又像是第一含义，又往第二含义上滑，这时候就开始向侵权的方向走。本来用作第一含义是没有任何问题的，但是对于有些基于第二含义理论变成驰名商标的符号，人们多少都想搭一下，就用广告的方式，让人们怎么看怎么觉得又像是第一含义，又像是第二含义。这种情况就是搭便车了。所以商标法和版权法、专利法是完全不一样的，出发点就不一样。

德国商标法对于合理使用也有相类似的规定。

德国《商标法》第23条规定：“只要不与善良风俗相冲突，商标或商业标识所有人应无权禁止第三人在商业活动中使用：(a) 其姓名或地址；(b) 与该商标或商业标识相同或近似的，但与商品或服务特征或属性，尤其是其种类、质量、用途、价值、地理来源或商品的生产日期或服务提供的有关标志；或者：(c) 必须用该商标或商业标识表示一个产品或服务的用途，尤其是作为附件或配件。”

这里第一项规定了姓名或地址，比如有个人叫姚明，你也叫姚明，这个人把姚明注册为商标了，你也能叫姚明。后来你也开了一家公司，说姚明生产的某某某，也是没问题的。那个叫姚明的注册的商标最好带一点儿字体的设计在里面，如果你在生产的产品中标注姚明生产的某某，就不能用人家的设计，比如人家用狂草，你就不能

用狂草了。这里反映了一个必要性，这里传递的信息是这个产品是谁生产的，传递出这个信息就可以了，没必要用和人家一样的字体、设计。比如我们都看过可口可乐的商标，可口可乐的英文单词写的就是有书法的。如果我们合理使用可口可乐，没有必要跟它写的一模一样，就用打印字体 Times New Roman 的字体就好了么。这个时候合理使用是表达内容为主的，不是表达形式。商标是带有形式在里面的，通常有商标符号的设计。第二项的规定与我国《商标法》第 11 条的规定是类似的，涉及商品或服务的特征、原材料、功能等等。

日本、法国都有这方面的规定。

TRIPS 中也有相关规定。说的是对商标所赋予的权利规定的例外。

TRIPS 第 17 条规定：“例外 各成员可对商标所赋予的权利规定有限制的例外，如描述性术语的适当使用，只要这些例外考虑到了商标所有人和第三方的合法利益。”

TRIPS 的规定说的是对商标所赋予的权利有限制的例外。杨老师认为 TRIPS 对于商标权的理解是有错误的，但是它这么规定也没办法了。就像刚才解释的，商标权保护的是联系而不是符号。尤其是基于第二含义注册的，赋权的时候并没有把第一含义赋予给它。别人在第一含义使用的时候，不是商标权人的权利受到限制，因为本来权利就不是商标权人的，这时候合理使用更像是把问题弄清楚。一个含义本来只有第一含义，通过使用获得了第二含义，获得了注册。学商标法商标注册的时候我们知道了，显著性认定的是第二含义方面，获得排他性权利的也是第二含义，与第一含义本来就没关系。这时候有人在第一含义使用，怎么能说这种行为之所以合法是因为商标权受到限制呢，其实是因为这块权利本来就不是商标权人的。那法律为什么要跳出来说一句呢，因为两个长得像。比如一个商标叫小肥羊，另一个作为原材料用小肥羊，消费者看到的都是小肥羊，消费者可能不清楚。到底有没有构成侵权，法律上要把这个事情说清楚，其实它是这个意思。但是 TRIPS 的规定搞得好像第一含义和第二含义都是商标权人的，通过权利限制割出一块儿来。TRIPS 其实是把著作权合理使用的逻辑移植到商标里面去了，其实这是不对的。我们讲商标权第一天就在讲，商标权的客体不是商标符号。比如文字商标可口可乐，商标权的客体不是可口可乐这个字、这个单词，而是这个联系。第二含义里面，这个联系是第二含义建立起来的，第一含义没有建立联系。随便举个例子就明白了，中国基于第二含义注册的多了。比如两面针，注册使得这个词被商标权人垄断了么，不是，它垄断的只是两面针被用在这个牙膏上，其他人不能在牙膏上再注册两面针了，只能说牙膏里有两面针。这一句广告语里面，不能说出现两面针三个字就是侵犯商标权。但 TRIPS 只是移植了版权的逻辑。

欧共体的说法与 TRIPS 就根本不愿意。TRIPS 说的是“权利规定有限制的例外”，也就是说，它认为商标合理使用是对商标权的限制；而欧共体说的是，商标权人不能禁止几种行为。不能禁止就有几种情况，本来不是权利人的当然就不能禁止，就可以这样理解，这样表述就没有毛病。由于第二含义和第一含义外观上是一样的，很容易搞混，商标权人以为自己可以禁止，现在欧共体商标法说了不能禁止，实际上等于告诉商标权人那个地方不是你的。

《欧洲共同体商标条例》第 12 条（共同体商标效力的限定）规定：“共同体商标所有人无权利制止第三方在贸易过程中使用：(a) 其自己的姓名和地址；(b) 有关品质、质量、数量、用途、价值、产地名称、生产商品或提供服务的时间得标志，或有关商品或服务其他特点的标志；(c) 需要用来表明商品或服务用途的标志，特别是用来表明商品零部件用途的商标；只要上述使用符合工商业务中的诚实惯例。”

欧共体商标法列举的这些正好都是可以产生第二含义的。

我们国家这方面规定在《商标法实施条例》中，当然修正案把它放进去了。现在只是存在于《实施条例》。

《商标法实施条例》第 49 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、数量及其他特点或含有地名，注册商标专用权人无权禁止他人正当使用”。

中国的规定的思路和欧共体商标法是一样的。那些可以产生第二含义的，第二含义商标权人拿走，第一含义要留着。比如假设皮鞋中有个品牌叫“牛皮牌皮鞋”理论上是不能注册的，但是通过长期不懈的努力，真的取得了显著性，得到注册。这时候不能认为别人生产的皮鞋也是牛皮的，就不让别人说了，非让人家说“我这是某种皮的皮鞋，自己猜去吧”。这当然是一个极端的例子。

## • 合理使用的类型

合理使用这个概念已经被既受了，在全世界都适用。我们承认它，严格来讲它其实是一个伪命题。严格来讲，它应该是对于商标符号的正当使用的意思。即便是合理使用，也不能过分。比如生产牙膏可以说自己的牙膏含有

中草药两面针，但是不能这几个字的设计跟人家商标的设计是一样的，这就超出了合理的范围，就不正当了。民法上这方面讲很多，比如相邻关系，可以对人家的授权构成一定限制，但这种限制应该是正当合理的，不能因为相邻关系对别人的所有权造成过多的、过度的损害。比如基于相关要从别人的田旁过，要有一个照顾义务、注意义务，过是可以的，但是不能把田毁了。总之有一个必要度的问题。

合理使用的类型分为指示性使用和叙述性使用。这方面有一些问题值得思考，上面已经做了一些解释，比如与著作权合理使用的比较。非商业使用当然不构成侵权，但是它与合理使用不能划等号。其实著作权也一样，有些学者说著作权合理使用必须是非商业使用，尤其是早期的著作权法教材里面。这其实是不对的。我们说知识产权是涉及市场的，涉及市场的行为就是商业行为。应该说的是以营利为目的，以营利为目的与商业使用是两回事儿。商业行为严格来讲应该是市场行为，市场行为就和权利挂钩了。非商业行为是跟市场不挂钩的行为，包括日常生活中批评别人的作品，都是不可能构成著作权侵权的。

商标合理使用不是对标识与商品之间联系的使用，而是对符号本身的使用，这些我们已经多次强调。

所谓叙述性使用，是说描述自己的商品和服务的一些品质、特点，进行一些介绍，这些是需要叙述的，而叙述的时候必须使用这个符号，不能绕开，绕开就不是自己的商品了。指示性使用是让别人明白、让别人知道所讨论的内容、商业行为涉及的内容，这个时候叫指示性使用。

## 1. 叙述性使用

### · 叙述性使用的含义

叙述性使用是典型的第一含义之上进行使用，而商标权是第二含义。第一含义和第二含义应该是井水不犯河水的，但是很容易犯。常在河边走，哪有不湿鞋，那就得注意点儿。不能说哪有不湿鞋，既然湿了鞋，在洗个脚。这就是打擦边球，这就需要注意。第一含义和第二含义就是这么危险，就是相当于在河边走路。

第一含义和第二含义如何区分，很简单。第一含义就是字面含义，就是文字的字面含义。第二含义就是作为商标的意思。它是一个商标。所以我们会发现，只有文字商标才会出现合理使用的问题，图形商标不可能出现。图是可以告诉一些事情，但是它的解读不是固定的。所以图形作为商标，表达显著性的时候也不是用这个图表达的内容，就是单纯是一个外观。这正好跟著作权要保护的是一样的，保护表达形式。所以图形商标是不可能出现合理使用的。你说要介绍自己的服务类别用图来表示，那谁知道是干什么。比如火锅店要用小肥羊的图形商标合理使用，因为它也涮羊肉，这没必要，要用文字介绍，用图形别人不知道这是什么意思。客人会奇怪，这个饭店画了一只羊的图形说明它的服务是什么意思，是说它是剪羊毛的，还是客人可以一边涮羊肉一边剪羊毛？不知道。就是说文字的解读可以有很多。

### · 两个案例

所谓的第一含义、第二含义，我们讲含义，一般是文字。这里有一个案件【CD Solutions, Inc. v. Tooker】，是关于叙述性使用的案例。

原告是一个生产 CD 的厂商，被告是提供桌面出版和印刷服务的公司，拥有 CDS 的注册商标。这里解释了一下，原告的诉讼请求是一个 Declaratory Judgment，我们叫确认之诉，学民诉都知道。原告注册了一个 cds.com 的域名，要求确认没有侵犯商标权。原告好像涉嫌侵权，它主动提一个确认之诉。中国不允许这样，不是法律上不允许，而是实践部门不会给立案。曾经讨论过这个问题，应不应该允许确权。某个公司要进入市场，又觉得有点儿风险，于是先到法院去起诉，提起一个确认不侵权之诉。法院解释是如果允许这种起诉的，法院会忙死，人们整天就来起诉。就像有些人，他们也不是故意的，就是有一种性格上的特点，成天问老师“我没做错吧”。这个案子中，法院认为原告虽然注册了 cds.com，但是 cds 是 Compact Disc 的简称，商标权人并不能把它作为商标权利范围里面。cds 用在商标注册是一个简称，在这个意义上是一个含义；在 cds.com 中是另外一个含义，是第一含义。

中国有个类似的案子，就是【HDTV 商标案】。我们知道长虹牌，长虹应该说是国产电视市场份额最大的一个。本案原告是厦门华侨，认为长虹的使用行为侵犯了它的 CHDTV、CHD 商标。长虹说 HDTV 是一个国标，是高清晰度电视机的意思。这是一个国标术语，是它的第一含义；至于商标 CHDTV、CHD，那是第二含义。这两个虽然相似，但是各自在各自的意义范畴上，所以是合理使用，没构成侵权。说个题外话，这个案子中 CHD 这个商标都能注册，说明实践中审查员的审查是很随意的。字母商标理论上显著性其实是挺难的，但是还是注册

了。没有什么理性，不要太过理性地讲审查员怎么能这么干呢，这样就会很纠结。我们可以这么想，它虽然注册了，但是保护水平可能不会高，我们可以从这个角度理解。它和专利、著作权是不一样的，专利、著作权是保护创新，所有保护的主体都是人们弄出来的，新的、原来没有的东西。商标不一样，商标是定纷止争、保持竞争在良好的状态下进行就可以了，没有新的问题。

### • 叙述性合理使用成立的条件

按照 2006 年《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》的解答，叙述性合理使用有几个条件：

1>出于善意。它的反面就是想搭便车，这就不行了。出于善意，要求本身确实确实没有想搭人家便车的主观意愿；

2>不是作为商标使用。这个其实更重要。因为使用的是第一含义，第一含义本身就不是商标，所以不是在商标意义上使用。所以文字商标不要用人家的设计，就用正楷字好了，不要跟人家一样。

3>使用只是为了说明或者描述自己的商品。

这个文件列举了一些具体的正当使用的行为，可以看一下。

合理使用判断的过程当然是比较复杂的，有几个要点。

1>判断是否有搭便车之嫌、何为善意。何为善意可以用一个相对客观的条件来辅助判断，就是必要性。这么用有没有必要，多少人会产生误认。如果别人把这个当成另一个商标，这就有可能有搭便车之嫌了。应该是一个正当的必要，没有这个必要不能用。

2>目的考察，就是使用标识的原因。有一个曾经出现的案例是“脆心”商标。按道理说这个商标不能注册的，这是表明产品特点，就是巧克力里面很脆的。这个案子里，使用者、被告，使用的时候是表明脆心巧克力的特别，而不是故意让别人认为脆心是某一个商标。

3>考察使用方式，在第一含义使用。

## 2. 指示性合理使用

### • 指示性使用的含义

是指为标指商品或服务的用途，尤其是作为零配件所必需时，使用别人的商标符号。指示性使用也不是在利用这个联系，只是告诉别人，针对这个商标的产品要介绍或者要干什么。其实是告诉人家所提供的服务的特点。举个简单的例子，汽车修理厂通常会在服务指南，甚至在修理厂的门上放上很多汽车的商标，奔驰、宝马等，当然得能修才能放，不能放就是虚假广告。就是相当于做广告，但是它不是从事的汽车生产，而是修理这些车，所以做广告告诉消费者可以修这些车。从消费者的角度讲，消费者也不会认为它们卖这些车。这些人拿着抹布修理工具，不可能认为他们是卖车的。贴着宝马、奥迪，只是告诉人们可以修理这些车。当然实践中，有时候这种使用方式会涉及不正当竞争或者反垄断的问题，但是不涉及商标侵权。因为汽车制造商是上游产业，按照这个线索，下游应该就是售后、维修。如果人家并没有授权给一个修理店修，但是从技能上确实可以修，于是贴上标志说可以修奔驰等，这是不正当竞争问题。因为上游的汽车生产商可能会有合作的维修厂。其他的维修厂说可以修，涉嫌不正当竞争，但是不涉及商标侵权，不会让消费者认为它也在经营这个商品或服务，而它可以为这个商品提供辅助的、下游或上游的商品或服务。所以指示性是告诉别人，可以干跟这个产品有关的什么事情。有关的就用这个商标代替。所以指示性使用既然是指示，就是告诉消费者相关的信息。用一个标志，比在门面上写“我可以修奔驰”六个字简单多了，大家一看就懂。修的牌子多的话可能都写不下呢，而贴几个标志就明白了。有时候符号比语言简明，而且更为一目了然。如果你提桶水，在路边一站，一会儿就有人来停车让你洗，不会有人认为是洗澡的，只会认为是洗车的。

### • 指示性使用的案例

指示性使用也有代表性案件【New Kids On the Block v. News America Publishing, Inc.】。这个案子挺有意思的。原告是一个乐队，中国乐队有商标的好像很少，这个这个原告有商标。被告是两家分别经营有“900”电话服务的报纸，这个也挺有意思，报纸可以经营电话，可见人家不是垄断性经营，我们这边没有。当然美国电信业也是经历过反垄断的百般摧残才产生现在这个百家争鸣的情况。到美国去最头痛的事情就是到底应该选择

买哪个电话公司的电话呢。有时候选择太多也不是好事儿，比如生活中男孩子长得太帅也有苦恼，像我们这样的有一个选择就够了。有这么多可以选择的，就去比较，要话费多少时间成本一个个比较啊，一天下来终于选了一个，发现这一天本来可以挣 500 块钱的，结果就是为了省五块钱的月租费，花了一天的时间终于挑了一个。在这个案件中，被告搞了一个活动，拨打这个电话回答报纸上的问题，大概是抽奖的意思，被告自己的报纸上刊登了“New Kids On the Block”的照片，并且要求读者评选最喜欢的“New Kids”。New Kids 显然是一个组合了，一个人不能叫 Kids。就有点儿像从 Westlife 五个人中选一个最喜欢的，当然现在是四个人了。搞这个活动，原告不干，认为报纸这是广告，它的使用的行为侵犯商标权。中国人看这可能不可思议，这也打官司，值得么。也许 New Kids 这个乐队根本没打算打赢的，炒作一下也挺好，它也是乐队。法院最后驳回了，认为这是指示性使用，原因是报纸如果不使用 New Kids 的话，读者、消费者根本不知道要表达什么。这么说有点儿夸张了，而是说不能那么直接明了地知道要干什么，知道肯定还是知道的。所以在广告上使用和乐队商标相同或相似的标识，属于指示性使用。判决中特地说了，这不是叙述性使用，而是指示性使用。

指示性使用的例子还有很多，比如很多电脑产品上都有 Intel inside 的标签。这个比较常见，买电脑，电脑上经常会有 Intel 商标，一般都是用 Intel 的主板、硬件、CPU，都是为了指示。包括打印机、复印机耗材提供商也必须指示性使用与其产品相匹配的打印机、复印机的商标。这里又涉及到知识产权另外一个有意思的话题，就是标准的问题。现在人们说标准会导致限制竞争，如果这个商品匹配的东西越少，通行性就越小，会导致消费者要使用这种功能必须买这种商品。如果能互通，就像万能充电器，买一个就可以给好多设备充电。标准问题其实是知识产权里另外一个很有意思的话题。

总的来说指示性就是告诉商品和服务与所使用的商标之间的一种联系。这个联系和商标保护的商标与商品生产者或者服务提供者的联系不一样。这种联系是说我是它的售后服务，或者我是它的原材料、它是我的原材料等。这是很正常的，比如生产汽车，整个汽车自己有一个商标，轮胎可能是别人生产的。世界上有一些很有名的轮胎生产商，它们的轮胎肯定是提供给汽车生产商的，不能是生产出来推着玩的。

## · 我国的情况

我国的情况，我国很早就关注到这个问题。最早就是汽车的问题。现在马路上看，那些私人的很小的汽车维修店、修理铺，就喜欢把商标贴在上面，别人远远地可以看得到，别人有问题可以修。这是有效率的行为，每个人车坏了都到这里摇下车窗问能修么，就比较麻烦。如果有这种指示，自己就可以判断，开着拖拉机就别进去了，肯定修不了。

## · 指示性使用的构成要件

在【New Kids On the Block v. News America Publishing, Inc.】这个案例中，法官总结了构成指示性使用的条件：

1>必要性。不这样使用的话，特定的商品或服务无法被描述。这里指的是使用者的商品和服务，不是商标权人的商品和服务。叙述性使用所说的商品和服务与这里所说的商品和服务是不一样的。之所以用这个符号是因为自己的商品或服务要被描述，恰恰跟别人的商标形式上相似。比如自己的商品或服务是修汽车的，怎么描述自己是修汽车的呢，可以修奔驰，也可以修奥迪，这就是描述，是必须的；

2>使用该商标对特定的商品或服务进行描述是合理的，不能超过必要的限度；

3>不能使消费者误认为该使用行为由商标权人发起，或得到商标权人支持。

其实在汽车修理行业里面，很难把第三个条件加进去。汽车修理有些人是得到商标权人支持的，就是定点维修。这个要用反垄断来限制。这种得到商标权人支持不是绝对不行的，但是如果达到了限制竞争的程度的话，就要用反垄断法来规制。这就已经不是商标法的问题了。比如奥迪车说自己的车的售后服务必须由某某某来提供，如果不去那儿，不提供原配件，那就没办法了。奥迪的仪表盘坏了，总不能换一个夏利的吧。杨老师看了一本闲书讲了北京的一些趣事，90 年代初的时候北京发生过这样一件事情，一架飞机是 737-300，由于修理工的原因，有两个地方的轮胎装成了 737-200，比正常的轮胎小 10 公分。飞机的轮胎很大的，当然飞机飞起来了看上去感觉不大，走到跟前去看还是很大的，所以 10 公分看不出来。结果飞机一起飞，驾驶员发现不对了。飞行员很牛的是飞到了徐州落下来了，然后大发雷霆，“谁把轮胎给我装错了”。这是匹配的问题。

## · 对指示性使用的理解

对于指示性使用我们要理解以下方面：

- 1>消费者要获得必要的信息，这是最基本的要素；
- 2>同时合理，不要误导消费者，不能有影响竞争的主观恶意；
- 3>指示性使用目的是向消费者说明自己的商品或服务，使得消费者获得真实的信息信息，不得是虚假的。

## 二、商标侵权

商标侵权与版权侵权和专利侵权类似。本质上是说商标专用权的排他性受到了妨害，就构成侵权。所以可以把商标侵权界定为商标的显著性受到侵害或者侵害之虞。显著性是这个联系，我们反复强调这个联系，就是这个联系承载着显著性，所以当这个联系被他人未经许可地利用，或者未经许可的剔除的情况下，就是侵权。比如把别人商品上的商标撕掉再卖，这就是把别人的这个联系剔除，把别人积累商誉的机会消灭掉了。

还有一种解读是，特定标识的特定使用方式被他人利用。当然也包括被他人不利用，应该利用而不利用。比如买了奔驰车然后卖出去，就得是奔驰车，不能把标签摘完了，让别人买。因为培养商标，是让消费者通过对这种联系的认可，在这种联系之上积累商誉，以后大家不用再考虑这个商品质量好不好、售后好不好，凭这个牌子就知道它好不好。如果老是买来把商标撕掉，再卖出去，这种积累的机会就被非法剔除了，这也是侵权。这一点也是商标与著作权、专利的区别。

我们讲著作权法、专利法都讲过侵权。从产权的意义上，商标侵权很多问题与著作权、专利侵权是相似的。商标侵权问题与商标权本质是什么是密切相关的。我们讲的商标法反复在强调的问题就是商标权的本质究竟是什么，也反复强调了一种与传统的商标法的概念、理论不一样的观点。现在越来越多的年轻学者所主张的商标权的本质，或者说商标权所要保护的对象越来越趋同，取得更多的共识，而有别于传统的观点。比较老的一些教材会看到一些非常可笑的观点，认为商标权就是对商标的排他性权利，其实什么是商标呢，商标与商标标识是不一样的。这样的话，商标侵权就与这个本质是密切联系在一起的，不是说使用了和别人一样的标识就构成了侵权，而是说特定标识与特定商品和服务之间的联系，如果被不正当使用的话，这是一种商标侵权，因为商标权保护的就是这个。而这种联系的能力，就是我们讲的显著性。这是商标的基本的脉络。由此看来，商标侵权的概念就是这种显著性受到侵害，或者有侵害之虞。有侵害就是实际的侵权，而有侵害之虞就是侵害还未发生，对于知识产权来讲这种预防是非常重要的。

显著性的载体、依托就是我们讲的这种联系。行为的外观上是行为人未经商标权人许可的情况下擅自使用这种联系，或者与这种联系相似的联系。相同的联系好理解，相似的联系，由于这里涉及到标识和商品或服务这两个概念，因此相似性判断的时候，实际上涉及到两个相似性的判断，一个是标识的相似性，一个是商品或服务的相似性。这两种相似性是不同的。研究生上课专门有一讲是商标法相似性的判断问题。涉及到两种相似性的行为的外观的判断，有时候是比较容易的，但是有时候是非常复杂的。而且这种相似性判断不能孤立去看，不能单独地把符号拿到外面来讨论这两个符号是不是相似的。恐怕这是不妥当的，应当放在具体的案件中。原被告双方的经营范围、经营规模以及所处的行业，恐怕都是在考虑中可能会涉及的因素。说白了两个符号，我们凭空讨论可能认为它不相似，但是放在具体的情形中可能不相似；反过来，我们可能认为很相似的东西放在具体的情境中去，可能不见得那么相似了。打个不太雅观的比方，我们在澡堂里看到两个人长得很相似，当他们穿上衣服的时候，可能就不相似了。所以我们不能孤立地讨论问题。有时候我们讨论问题喜欢撇开案件事实、证据材料、经营环境、具体市场看。其实我们在判断商标侵权的时候，或者在判断商品或服务相似性的时候，与反垄断法是有相关性的。反垄断法里面一个很重要问题就是相关产品的判断，相关市场是什么。反垄断法就是反市场中限制竞争的行为，所以要判断什么是要讨论的市场。商标侵权有时候也有这样类似的问题，当然其实商标里市场的判断比反垄断法市场的判断相对而言简单得多。

正是因为商标侵权的判断涉及的是这种相同或相似性的判断，因此我们说成经济学上的搭便车。这种搭便车，更类似的应该是相似。这种特定标识和商品之间的联系是不能用的，现在没有付钱直接用了，类似于没有买票直接上车。经济学上的搭便车一般是这个意思，没有付出相关的成本。相同的判断还不能说成是这种搭便车，它可以打个比方，相同情况下的搭便车，类似于伪造了一个车票，这种伪造相似性让别人认为你坐的就是这趟车。

把商标侵权行为抽象出来，就是特定标识的使用方式。如果是授权的，就可以按照商标权人的方式去使用特定标识；如果没有经过授权就按照商标权人的方式，或者试图让别人相信是商标权人或者商标权人授权的人，就可能是侵权的。实践中到底侵权不侵权，由于主观性以及上述元素的存在，会比较麻烦，实践中可能发现大量相

似的商标更多。我们学完以后可能会发现，为什么实践中还有这么多商标是相似的。我们举了很多例子，可以到网上检索这些商标。相似商标的非常多，尤其是图案的。比如用鸟作为商标图案，说实话鸟差不多都是这个鸟样，用人的肉眼判断这只鸟与那只鸟有什么区别，很难说。所以实践中大量存在相似的商标。我们初次学习商标法的时候可能会奇怪为什么允许它存在。其实我们学商标法的时候，不可避免地非常微观地深入到商标的世界里去，把商标作为一个非常重要的甚至是唯一的商业标识来看待，我们会非常微观、孤立地看待这个问题。实践生活中，任何一个经营活动都不是只有商标的，或者说吸引消费者的能力并不仅仅依赖商标。当然商标是非常直接的，而且由于有商标法、有这种产权机制，受到经营者关注、重视。但是其实让消费者进行识别并且区分彼此的商业符号是非常多的。实践中不能过于严格地执行，不能让相似性的范围太大。否则经营者可以选择的商业元素就会变得非常少，也就是给商标权过强的保护。这样导致的后果至少有两个，第一，对于同行竞争者来说，经营成本会上升；第二，对于消费者来讲，利益也不见得就能得到完整的保护。换句话说，给消费者选择的余地并不大。

我们说的这些问题恰恰驰名商标在我国现行的商标实践中遇到的问题，对商标权孤立地、微观地看待，把商标权看得过重，对驰名商标保护过强，造成了一些问题，为了造驰名商标付出了一些其实没有必要的成本。从消费者的角度来说，由于对于驰名商标的竞争过于白热化，甚至采取不正当的竞争方式，消费者的利益也是受到伤害的。由于商家付出大量的成本谋得驰名商标利益，这个成本最终是要转移到消费者身上的，不会由它自己来承担。当然像脑白金这种我们就理解不了了，这是商业界的一朵奇葩。

## 1. 混淆理论

### · 混淆理论的含义与问题

对于商标侵权的认定，理论上不同观点。最流行的，直到现在还占据主流地位的理论就是所谓的以消费者为中心的观点，也就是说混淆理论。其实无论是混淆理论，还是淡化理论，都来自于美国商标法，来自于反不正当竞争法的理论和思想。近代商标法就是从反不正当竞争法里分离衍生出来产生的。所以从反不正当竞争的角度来讲，反不正当竞争法的立足点、价值取向无非两个，一个是公共利益、竞争秩序的问题，一个是私的利益、消费者利益保护的问题。反不正当竞争法是不考虑产权机制的。如果商标法还是坚持以消费者的保护为中心的话，实际上把商标权的产权化就变得失去意义了。我们反复强调财产权利体系中包括物权、知识产权是很重要的排他性权利，里面有著作权、商标权、专利权，可是如果我们坚持混淆理论、坚持以消费者为中心的理论的话，我们实际上没有必要强调这一点了。美国的商标法从反不正当竞争法衍生出来，现在它称之为《商标与反不正当竞争法》，美国的商标法本质上是和反不正当竞争法分离开的。我国的一些学者没有考虑这一点，就认为国际条约、美国商标法都强调以消费者中心、强调混淆。但实际上中国的商标法和这些国际条约、和美国商标法是有根本上的区别的，我国商标法比它们推得更进一步，是按照产权机制建立的。所以人们总是强调混淆理论、淡化理论，其实是不符合大陆法系按照私权构造的模式来理解商标权的，当然无法理解商标侵权的判断标准。

混淆理论以消费者为主体标准，构成混淆认为是侵犯商标权。实践中这种理论会有一个障碍，就是如果消费者不混淆怎么办。这是这种理论始终没有回答的。这种理论的一个核心的意思就是，如果相同和相似商品上使用了相同和相似的标识，就会导致混淆，实际上这是一种拟制。这种混淆几率很大，这种可能性才是混淆理论的核心，而不是真的构成混淆。混淆的可能性解决不了的问题是被告、行为人的抗辩事由问题。这是学习混淆理论之前需要交代的背景。

一般来说，正像讲显著性的时候讲到的，任何用于商业领域的商业符号都是具有识别性的，只不过是经营者的培养成本的高低的问题。举个极端的例子，就用数字“1”作为商标，也可以识别，只不过把它培养出显著性难度大小的问题。再假设所有的商品都用“1”，是不是消费者就一定会混淆呢，实际上也不会，因为消费者会自动放弃用“1”作为搜寻的依据，消费者会自动地进行调整。这就是为什么从反面来讲，如果强调商标的显著性标准较高，使得某一种联系在市场中是唯一的时候，消费者会自动地偏向这边来，以商标作为一个重要的识别依据。所以显著性的高低也好，什么样的符号能够用作商标来用也好，实际上都是一个公共政策的问题，并不是决然的对还是错的问题。我们学完商标法不要留下这样的印象：有些符号是不能够注册商标的，因为它不具有识别性。没有哪个符号是不具有识别性的，都有识别性，只是要培养出一种一般的、消费者可以以很低成本依赖的途径，难度是不一样的。这时候在不同的难度的水准上，商标法选择了其中某一个层次的水准，从而才形成今天商标法上显著性的要求。与此同时，我们也才能理解，为什么现实生活中很多企业明明知道自己的商标有可能被认定为《商标法》第11条第一款所说的通用名称，还是要选择使用的原因。并不是说显著性越大、固有显著性越

强，一定在商业活动中就是最好的。所以商标法只是在显著性的前后之中选择了某一个标准。不要认为在某一个规定之下没有显著性，规定之上才有显著性，这么认为是不对的。

在侵权的判断中也是一样。并不是使用相同标识就绝对会构成混淆。从这个意义上我们就能够知道，混淆理论从商标产权的机制角度上讲，其实是站不住的。应该说混淆本质上是一个结果，真的构成混淆的时候，可以以不正当竞争为由排斥这种行为，但是混淆理论不能作为商标产权机制的基础。我们在现实生活中看到大量商标侵权的行为，不学知识产权的人的可能会觉得无法理解，觉得这种行为没有混淆啊。作为一个理性的消费者，没有被混淆。消费者其实没有那么傻，而我们的立法者总是把消费者想得很傻。他们觉得商标是一个很脆弱的东西，不能随便地造成很多相似性，这样会损害消费者利益云云，其实这是他们想象出来的。以消费者为行为主体标准来判断是否构成混淆或者混淆可能性，这是混淆理论的基本的理解。如果一个行为确实造成了消费者混淆，我们反推回去，一定是利用了特定符号和特定商品之间的联系，这是一个必要条件；但是正面推过来是不一定的，即便用了这个联系也不一定会造成混淆，还可以用价格等因素区分。价格实际上也是一个符号，比如有的同学有消费品位，出去买个披萨，一定要 50 块以上的，有的店的披萨都是 20 块钱以下的，就不去买，这也是一个区分，也是识别。

总而言之，构成混淆当然是商标侵权，不构成混淆难道就不是商标侵权么。杨老师和一些学者进行了激烈的探讨，在清华的网络上吵架。这些学者说《巴黎公约》、美国商标法都是这么说的云云，杨老师说构成混淆构成侵权这个没有问题，问题在于是不是一定要构成混淆。这些人说那是混淆的可能行么，在相同或相似的商品上使用了相同或相似的标识，这还没有可能构成混淆么。杨老师说这就不一定了。比如可口可乐的牙膏卖 1 块钱，会与买饮料的可口可乐发生混淆么，不会的，只会疑惑，这个可口可乐怎么想起来做牙膏了，是不是洗着洗着会从鼻子里冒泡呢，是碳酸型的牙膏？

所以混淆理论的逻辑中，必要条件是没有任何问题的，但是它不是一个充要条件。如果没有这种混淆的话，是不是可以以此为由进行抗辩？支持这种观点的学者就用混淆的可能性试图把杨老师打压下去，说不能抗辩，因为有混淆的可能性。这就拿商标当成唯一的商业标识。在遇到一个案件的时候，把商标当成市场中唯一的商业符号思考问题，这很容易得出这样的结论，觉得构成相同的符号在相同的商品上了，还没有很强的可能性构成混淆么。

讲混淆理论我们要把这种观点讲出来，让大家自己来判断。如果只是介绍混淆理论，很简单，就是说在相同或相似商品上使用相同或相似的标识，这就是构成了混淆，或者是混淆的可能性。名为混淆理论，实际上还是一样，在判断两个相似性：商品和服务的相似性、符号的相似性，从来没有以消费者作为证据。既然是混淆理论，为什么证据里从来不包括消费者的观点呢。而从产权机制来讲，不需要消费者的观点。我们去想象特定标识与特定商品之间的联系是商标权保护的客体，我们想象有这样一个东西存在，没有经过允许使用了这个东西，就构成侵权，不用管消费者如何。不考虑消费者反而对于消费者更为有利。

## • 直接混淆与间接混淆

混淆理论内容包括了直接混淆和间接混淆。直接混淆是指指使用某特定商标的商品或者服务实际上来源经营者乙，而消费者误认为其来源于甲。也就是说，乙在没有经过允许的情况下，擅自使用了与甲的商标相同或相似的符号。

间接混淆是指指使用某特定商标的商品或者服务由经营者乙提供，与经营者甲并没有任何关系，而消费者误认为经营者甲与经营者乙之间存在着控股、许可或者赞助等关联关系。实际上间接混淆就是后面要讲的淡化理论。学界经常说混淆理论、淡化理论，有些文献弄得不清楚的时候会把混淆理论作为普通商标理论的保护基础，淡化理论作为驰名商标的保护基础，这实际上是不对的。这两种理论是交叉的，混淆理论包括了普通商标和驰名商标，淡化理论也是如此。淡化理论要解决的问题是，如果商品和符号中，符号是相似的，但是商品是不同的，这时候没有消费者混淆，还要不要保护商标权人的利益。它找出一个新的连接点，就是所谓的淡化。这个意义上的淡化实际上和间接混淆是差不多的意思，用的不同的表达方法。这个间接混淆在混淆理论中有一点点强词夺理的意思，这个明明就不是混淆的意思了，一定创造出间接混淆的概念，杨老师认为是不太好的。混淆就是混淆，实际生活中什么叫间接混淆？误认为甲和乙之间有某种联系，这肯定不叫混淆。民法上有个概念，叫重大误解。间接混淆实际上是重大误解的意思，对二者之间的关系产生了误解，生活中经常对别人的关系发生误解，这就是间接混淆。

间接混淆又被称为联想理论。正如刚才所说的，混淆理论是主流观点，在大量的国际文献、国际条约甚至外国立法中看到混淆理论的影子。比如 TRIPS 说，“……若对相同商品或者服务使用了相同标志，则应推定存在混淆的可能性。……”我们看这个表述，有混淆的可能性，而且还是推定的。民法上讲过错推定的时候，被告可以

用什么理论来抗辩？在损害赔偿诉讼过程中，是原告主张被告有过错。如果是某一特殊侵权行为适用过错推定的归责原则的时候，被告是可以举证证明自己没有过错而免责的。这是过错推定与无过错责任的一个区别。所以按照 TRIPS 的规定，被告实际上可以证明没有这种可能性来免责的，但是主流观点的学者反而忽视了这一点。知识产权学界一种很不好的倾向，讨论问题讨论不了就拿国际条约来压你。我们是学者，不是实务界人物。实务界的话看怎么规定就行了，我们既然顶着学者两个字，这么讨论就没有意义了。

这一进路认为商标权的保护的为了防止消费者造成混淆的。其实经济学的解释更准确，商标权的保护是为了防止同行竞争者搭便车。消费者会不会混淆其实是附带的，因为如果消费者不混淆，难道就不把搭便车的人赶下车么，一定要赶下去的。我们一路介绍混淆理论，一路在批判它。

## · 混淆理论与《商标法》修订

由于混淆理论的影响，很多学者讨论商标法修改的时候，说我们国家的《商标法》还没有明确地确立混淆的标准。实践中实际上早就确定了这个标准。杨老师认为这个理论是个虚的，名为混淆，实际上是混淆可能性。这些人认为我们在《商标法》修订的时候，一定要把混淆理论，或者说商标侵权判定的混淆标准明确地写在法条里头反映出来，从而导致与 TRIPS 的一致。现行《商标法》52 条第一项规定：

第五十二条 有下列行为之一的，均属侵犯注册商标专用权：

(一) 未经商标注册人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；

这一条规定本来是非常好的规定，结果被这些主流学者认为没有确定混淆标准。其实按照他们的逻辑，按照 TRIPS 的规定，不是强调可能性么，已经在相同或相似商品上使用相同或相似的标识了，难道还没有说明这种可能性，非要把这几个字写出来么。就好比说问别人今年多大，他说去年 18，肯定知道他今年 19 不会是 20。杨老师认为这个法条就是这个意思，已经写到这一步了，已经确定了混淆的标准了。混淆实际上是个附带的产物，混淆与否其实对于产权来讲，是没有关系的。举个例子来讲，比如王老吉，假设正品的王老吉的商标是写得很大的；另一个人想侵权，又不好意思赤裸裸地，就写了个“玉老吉”，写得很小，放在商品的商标上。按照混淆理论它到底侵权了么，它解释不下去了。一个写得那么大，一个很小，隔得远了根本看不到“玉老吉”三个字。按照混淆理论，从消费者角度，根本混淆的可能性都没有，但是这一样是侵权啊。王老吉这个符号用在这个特定商品上，以及与王老吉相似的符号用在这个特定商品上，未经许可是不能用的。按照以消费者混淆与否来判断是否侵权的标准，消费者稍加注意都可以把商品区分开来。所以杨老师认为现行法 52 条第一项是符合产权机制的，结果被一些学者批判为没有建立混淆理论的标准。

这些学者认为，最高人民法院的司法解释《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》建立了混淆标准。该司法解释规定，在认定商标法第 52 条第 1 项所规定的商品/服务相同或者近似、商标相同或者近似时，应将消费者的误认作为条件之一。于是这些学者欢欣鼓舞，认为司法解释的这条规定确立了混淆标准，将来修订的时候应该将其上升为立法。杨老师认为这些学者连基本的逻辑都没有学好。司法解释这条规定是确立混淆标准么？前面提到，商标侵权涉及两个相似性判断——商品和服务的相似性判断、商标标识的相似性的判断，实践中这两个相似性的判断不能完全割裂开来，不是先做完 A 再来做 B，有时候要 A、B 一起看，综合判断。这个司法解释实际上是告诉我们，在很难判断的时候可以拿消费者有没有发生混淆来作为辅助判断的标准。比如合议庭或者审委会有一半的人认为这个商标是相似的，有一般的人认为不相似，这个时候怎么办呢，就让消费者的角度看一看，消费者如果认为相似，容易混淆，这可以作为一个要素来肯定、加强相似性判断的结论，而不是说把混淆标准建立起来。混淆标准是说，消费者是否混淆是判断商标侵权的一个前提条件，或者说一个构成要件。这里面逻辑关系是不一样的。不知道这些学者是怎么学习的。我们都有犯逻辑错误的时候，但是犯了这样一个错误还如此理直气壮的比较少见。

## · 混淆标准的适用

相似性的判断在实践中需要很多元素。甚至两个主体，即权利人和行为人所在的市场、所从事的经营、经营规模、知名度，都是需要考虑的因素。如果两个企业都是默默无闻的，它们所处的领域也是默默无闻的，这个相似性的标准可能就相对比较高一点儿；如果两个企业知名度非常高的话，两个市场中的重要企业还不给别人做表率，这时候相似性的标准可能就低一些，让它更容易构成侵权。整个知识产权法实际上都是公共政策的体现，无论是从立法的角度还是司法的角度，都伴随着很多公共政策的考量。当然不知道我们国家的法官有没有这种素质，但是相信有这种素质的法官会越来越多。

所以混淆理论在司法实践适用的时候经常发生偏离。在杨老师看来，混淆理论其实最后往往演变为以混淆标准作为一个工具，成为一个工具主义的标准。就拿这个说事儿，并不是说实实在在的有这个混淆标准。

## 2. 淡化理论

### • 淡化理论的含义

淡化理论同样也是来自于美国。淡化比混淆的范围更大，或者说它认为混淆理论要扩张。保护驰名商标的时候还要创造出一个不伦不类的概念叫间接混淆，不如叫淡化理论。

其实淡化有很多意思，有显著性降低、有混淆、有让别人产生联想。所以淡化理论可以囊括商标保护的各种形态。美国一度有《反淡化法》，现在也被吸收到《商标与反不正当竞争法》中去。淡化甚至也包括对商标的玷污、污蔑、诽谤。实际上淡化理论更会使得我们产生一个认识，商标保护的理论基础、构架是反不正当竞争的。对于一个商标的污蔑、诽谤是侵害商誉，这时候没有任何行为人为使用相同相似的标识，但是这时候显著性下降，或者说负向的显著性上升。像“鹿鹿鹿”牌外国人都知道了，外国人也会问你们那儿有个三鹿呢。所以淡化理论也是来自于美国法律制度，实际上是以反不正当竞争作为理论基础。

简单来说，淡化就是使得商标上所承载的商誉下降。它的表现形式很多。按照淡化理论，很多行为都可以囊括在商标侵权之中。但是很多国家并不把它放在商标侵权里，而是放在反不正当竞争法里。比如我们对于商誉的损害、诽谤。比较广告是一个典型的例子，在一个广告中讽刺另一个产品，或者抬高自己贬低他人。

王老吉和加多宝的竞争之所以愈演愈烈，让国家都干预了，就是因为它们闹得太不像话了。它们话里话外，广告都有话外音，经常讽刺对方。“唯一的红罐凉茶”“我们是独家授予给加多宝的”，就意味着王老吉那个是假的呗，它就想说明这个品牌从私到公再到私的过程。因为广药集团是国企，过去王老吉的品牌是给他们的，后来被拿回来。我们《广告法》相对过于滞后，我国广告法正在修订过程中，之前已经 20 年没有修订了。和《反不正当竞争法》一样，都是 1993 年颁布的。反不正当竞争法、广告法这样与市场竞争关联如此密切的法律 20 年没动，这是很落后的。我们可以想象一下 1993 年的市场经济是什么状况，我们大多数同学也就是还没上幼儿园的状态，1993 年很多地方算账还用算盘呢，或者心算。1993 年的市场情况，杨老师回忆起来也比较费劲了，当时杨老师也就是个高中生，没有太多认识，但是起码知道没有今天这么多企业、知名品牌，没有今天这么多的行业，高新技术产业的概念都是没有的。

按照淡化理论，比较广告是可以构成商标侵权的。这个例子说明淡化理论和混淆理论会出现不同的结果。我们国家并没有淡化理论，刚才说的情况应该交给相应的广告法、反不正当竞争法去保护。

### • 淡化理论的提出、立法与案例

最早系统阐述淡化理论的是美国的学者 Schechter。他是商标法领域一个很重要的学者，他的很多理论产生了很大的影响。1927 年，他于《哈佛法学评论》上发表了《商标保护的理论基础》一文，阐述了 this 理论。但是随着《反淡化法》被吸收进《商标与反不正当竞争法》，这个理论也没有原来那么广受欢迎了。

这个理论认为，商标侵权实际上侵害的是商标在消费者心目中的形象、影响。说的是一个形象，好像一个演员的光辉形象一样，实际上还是联系的问题。商品在消费者心目中的形象、影响，实际上就是一个联系。看到一个商标，想到这个商品市场上影响多大、品牌多好，以及多贵。当然驰名商标不一定多贵，驰名商标和奢侈品牌是两个问题，驰名商标标注的一块钱两块钱的商品也很多的。Schechter 说，商标侵权实际上是对这种联系，他称之为形象和影响的削弱、降低。所以保护商标权就是要防止该商标与其特定商品之间的联系被削弱或消失。

1947 年美国马萨诸塞州率先把反淡化理论吸收进商标立法中。淡化理论实际上可以解决不是同行竞争者的情况下对商标也要给予侵权的保护。马萨诸塞州的这个条款说：

“在可能损害企业名声或是商号或商标的识别作用淡化情况下，即使当事人之间不存在竞争关系、也未造成商品或劳务的出处混淆，仍可成为商标侵权或不正当竞争案件的禁止命令的对象，使商号或商标所有人得到救济。”

所以淡化理论实际上仅仅是以商标权人的商标所在社会公众建立起来的影响是否受到削弱来作为一个依据。本质上，淡化理论还是以消费者为主体标准的。

在【Allied Maintenance corporation v. Allied Mechanical Trade, Inc.】案件中，就是适用的淡化理论。法官说，“淡化的本质在于商标价值不知不觉地消失”，这个损失很难计算，要防止这种淡化。这个理论认为

价值在不断地流失，这种流失就是淡化在起作用。这个时候商标权的侵害又很难用混淆界定，所以必须用淡化的理论来保护商标权，所以称之为商标的反淡化保护。

实际上这种反淡化的保护随着侵权法的发展，随着相关市场规制法的发展，比如反不正当竞争法、反垄断法等法律的制定和出台，反淡化理论的适用空间越来越小了。这也是为什么淡化理论在现在影响没有那么大的原因。

## · 淡化理论的核心

淡化理论的核心有几个：

1>淡化是一种稀释，是一个逐渐的过程。

2>反淡化理论关注的是著名商标所受到的“淡化”损害。通常来说，这种逐步冲淡的过程一定是针对有一定知名度的商标。所以理论上可以用在各种商标的保护，实际上在实践中，反淡化保护主要是用来针对有一定知名度的，乃至驰名商标。有一定知名度，是反淡化保护适用的主要的对象。作为普通商标，很难证明自己被淡化了。

所谓淡化如何理解，它稀释的是什么？杨老师认为更多的是商誉，是通过使用在消费者心目中所建立的影响。这种商誉与显著性不完全划等号。比如一个固有显著性的符号，开始注册为商标的时候，有很强的显著性，但是没有多少商誉，也不太可能被淡化。一开始消费者不知道它是什么东西，所以最初培养商标的时候，一定要把商标和商品、服务联系在一起，或者把商标与商标权人（商号）一起使用，才能逐渐培养出来。这种培养出的东西是商誉，是一种在消费者心目中的形象、影响。这个过程中一方面建立了商誉，另一方面显著性可能下降。即便显著性下降，比如像商务通一样，商标逐步变成商品通用名称，商誉也不一定下降。

这时候用什么办法维持自己呢，要减少商品生产者的数量，也就是说同类商品的供给者的数量减少，才能维持得住。一旦提供这类商品的生产者很多，大家都生产商务通的时候，这个就淡化了。这是自我的淡化。另外一种是通过侵权的方式淡化，这种情况往往发生在商标权人的商品是品质好的，而侵权者构成侵权的时候，商品的品质是不好的。淡化理论更多解决的是这个问题。这种不好会导致商标权人的商誉逐渐下降。这时候可能显著性还在，但是商誉在下降。这就是为什么将商誉和显著性不是必然对应的。有可能一开始的时候显著性较高而商誉很少，随着商誉上升显著性下降，这是前面的例子；也可能显著性维持不变，但是商誉下降，就是侵权行为导致的。

商标侵权有可能导致商誉下降，也不一定导致商誉下降。构成淡化的时候，通常都是有商标侵权发生的，但是不是说商标侵权一定构成淡化。所以淡化理论同样有逻辑问题，构成侵权的时候有可能有淡化存在，但是有些侵权不一定会导致淡化。尤其是反向假冒的问题，课时限制这个问题不详谈，我们随便举个例子。如果你是一个打算打持久战的同行竞争者，你的品质过硬，你为了销售更多的商品使用别人的商标，这种侵权行为就不一定导致它的商誉下降，甚至可能有导致上升。所以商标侵权与构成淡化不是直接对应的关系。淡化理论只能解释商标侵权导致商誉淡化的情况，而解释不了商标侵权不降低商誉的情况，在反向假冒的情况中就不降低商誉，甚至会提高商誉。

我国1995年发生第一个反向假冒的案件，就是【枫叶诉鳄鱼案】。第三人把枫叶的西服上贴上了鳄鱼的商标销售，商品实际上是枫叶的商品，由于它的品质非常好，一定程度上会增加鳄鱼商标的商誉。枫叶本身不知名，但是品质非常好，第三人从枫叶的西服上得到的好处是，枫叶的西服本身便宜，但是贴上鳄鱼的标签以后，就按照鳄鱼的价格出售出去了。当鳄鱼提出侵权之诉的时候，很多知识产权学界的人就反思一个问题，为什么这种行为还要去追究呢，不是对被侵权的一方有好处么。当时之所以理解不了，首先是当时把商标理解为是对某一个标识的所有权、一种排他性的权利，所以理解不了；第二，从消费者混淆的角度来讲也理解不了。但是从我们强调的商标权的本质中就知道为什么构成侵权。很简单，就是因为把这种联系切断了。培养商标之后，这种承载着这种联系的商品或服务要在市场中流通，擅自把这种联系从市场中剔除出来，这是对它的侵权。

所以我们商标权第一讲提出的四种情形，原封不动地卖掉、撕掉商标卖掉、加一个商标卖掉、贴上自己的商标卖掉，应该怎么判定？原封不动当然不会侵权，买过人家的产品把人家的商标撕掉贴上自己的商标有问题；把人家的商标撕掉不贴商标卖出去也有问题；买来一个商品加上一个商标上去，不一定有问题，看怎么加。如果它是一个商品，加一个服务的商标，就没有问题。还有很多组合的商品，比如电脑生产商把别人生产的芯片装在自己的电脑上，电脑上可以用自己的商标，但是不能把芯片的商标去除掉。所以混淆理论和淡化理论它们有区别，但是有共同的逻辑上的问题。

当然淡化理论可以解释一个我们刚才说的问题，如果同行竞争者对于别人商标不去使用，而是采取恶评、诽谤、侮辱、嘲讽的方式打击对方，可以用于商标侵权解决。它最大的贡献是这个地方。当然，这种贡献有没有必

要也有疑问。这里说的这些行为都是典型的不正当竞争行为。我们生活中经常有人互相骂街，这种行为实际上就是商场上两个商人之间骂街，如果没有什么感性的认识就想想王老吉和加多宝骂街，它们从不正当竞争打到商标侵权。淡化理论有它的理论上的价值和贡献，但是它实际上仍然是以消费者为标准、为行为主体的。

### • 我国的情况

我国在 2009 年《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》中第 9 条说：

足以使相关公众对使用驰名商标和被诉商标的商品来源产生误认，或者足以使相关公众认为使用驰名商标和被诉商标的经营者之间具有许可使用、关联企业关系等特定联系的，属于商标法第十三条第一款规定的“容易导致混淆”。

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”

第一款提到的“足以……”“或者足以……”，这是上面讲到的直接混淆和间接混淆。很多学者认为 2009 年的司法解释才是正确的，要建立混淆理论。

第二款的规定，这是我国对于淡化理论的吸收。司法解释这条规定的起草者认为，《商标法》所说的误导公众，在实际的经营活动、市场中，表现在不同的商品或服务上的时候，很难用混淆来解释。但是误导就比混淆的含义要宽。该条第一款说的足以使消费者产生误认，这是一种混淆；第二款说的足以产生联系是一种舞蹈。误认和误导都在司法解释中进行了规定。起草者认为他是吸收的淡化理论。实际上淡化理论与混淆理论，尤其是混淆理论中关于间接混淆的内容，没有什么本质的区别。区别在于商业诽谤，商业诽谤是 1993 年《反不正当竞争法》已经明文规定要调整的不正当竞争行为之一。我国 1993 年《反不正当竞争法》明确调整了十一种不正当竞争行为，其中涉及知识产权的就有四种。涉及的知识产权的典型的有商品假冒。基于侵犯商誉的淡化实际上是归入反不正当竞争法。这是混淆理论和淡化理论的交叉，既有相似的地方，也有区分的地方。

## 3. 商标侵权判定的新理论——商标使用标准

### • 使用标准的理论

新近的有一些关于商标侵权判定的新的理论，是近些年来才产生的。比如商标使用标准。如 Margreth Barret 在《Internet Trademark Suits and the Demise of “Trademark use”》一文中针对互联网环境下的商标侵权，提出了商标使用理论，来判断商标侵权。

按照商标使用理论，第一，“只有那些属于商标使用的行为才构成了对商标权的侵害，非商标使用（non-trademark use）行为不构成商标侵权”，这是商标侵权的前提；第二，“只有那些把他人的商标用于推销自己产品或者服务的经营者才有可能干扰消费者的认知能力”，就是说把别人的商标当成自己的商标来用，来推销自己的商品或服务。它实际上是为了解释网络环境下商标侵权的问题。因为在网络环境下，再不存在传统的商品或服务的流转问题。在网络环境下，在网站上使用别人的商标，这种情况按照传统的混淆理论不好解释，就用了商标使用的理论。“在商业经营过程中使用了别人的商标”，没有强调在相同或相似商品上使用相同或相似的商标，因为网络环境不是这样的。当然了，网络环境分为两种，第一种是在网络环境下推销传统的商品或服务。比如淘宝店，几乎什么都可以买到，杨老师刚发现原来网上还可以买吃的。杨老师湖北人，喜欢吃一些热干面这样的小吃，以前在北京没办法吃到，后来在北京有了一些，但是不太正宗，后来出现了一些方便面类型的热干面，在网上寄过来。买的还是传统的商品，但是用的是网络营销的方式。另外一种网络环境，这种服务本身就是网络服务，比如说电子商务，本来就是在网络上进行的。比如我们使用网络，在学校每个月 10 元，老师是 20 元，这不就是付费提供服务么。这样的还有很多，比如视频网站、小说网站，如果付费每个月交一定的钱，就提供这种服务，这种网站可以做广告，也可以有商标等。这时候另一个网站擅自使用这个网站的商标，按照混淆理论和淡化理论怎么判断呢？这些学者就是解决这个问题。只要使用就行，不管使用在什么上面，只要用了就侵权了。讲商标注册的时候我们也讲过，商标注册有两种制度，使用制和注册制。美国是使用制，强调商标必须使用，注册只是一种确认。传统上商标必须使用在商品或服务商，现在美国把使用的范围扩大，扩大到有使用意图，以及只要是在商业经营活动中，即推广自己的商品或服务的这个过程中，使用的商标都认定为是商标使用。而商标使用标准这种侵权判断标准就是针对这个的。

这些学者认为可以把这个使用标准推广到所有的商标法。所有的商标侵权都可以用这个标准。不管是不是用在商品或服务上，用了别人的商标就是侵权。

## · 反对使用标准的一些理由

杨老师认为这个观点还是有它可取之处的。反对的观点有一些理由：

1>第一种理由认为，“尽管在认定侵害商标权的时候，也涉及到‘使用’，但这一‘使用’与作为商标权获权条件的‘使用’，意义并不完全覆盖”。这是什么意思呢，就是进行注册的时候，可以把使用的范围扩大；但是在判断侵权的时候，这个使用还是传统意义上的使用。这种观点一看就相对保守；

2>第二种理由认为，“过多的信息并不会降低消费者的搜索成本，反而会增加消费者的负担”，它认为使用理论实际上是不靠谱的。

3>第三种理由认为，“商标使用倡导者试图在“获得商标权”和“侵害商标权”之间建立一种对应关系，将“获得商标权”的“使用”移植到“侵害商标权”的认定中，并进而主张商标使用标准为侵害商标权的认定提供了一种确定性。有学者通过梳理有关的判例指出，尽管美国有的法院在判例时使用了“商标使用”这一术语，但它们无非是在具体情况下综合考量各种因素证明“混淆的可能性”的结果”。

4>第四种理由认为，“在现代传播技术的影响下，如果过度扩大“使用”的内涵，还会引起商标本身的异化。商标变成了一个过度依赖传播的符号”。这种观点思维有点儿奇怪。现代传播技术的发展使得很多概念都在扩大，使用也应当扩大，这是毫无疑问的。著作权方面，复制的概念被扩大得很大。这时候美国人不反思他们自己，比如说美国1998年《数字千年版权法案》把的复制概念异化，它跑到这里担心使用的概念异化，这是很奇怪的。美国的学者、法官很多时候是微观的，讨论一个案子的时候只讨论一个案件，不讨论其他的，这个案子就是个典型。在版权环境下，复制、传播的概念都是异化的，而在商标使用上，这还不算是异化，因为商业活动发生了内容上的多元化、丰富化，这时候来担心因为“使用”扩得太大而导致一种异化，这是没有必要的。

## 4. 商标侵权判定的新理论——显著性标准（产权标准）

### · 显著性标准的含义

使用这个标准，其实本质上和我们倡导的产权机制的判断标准没有本质上的差别，只不过需要去解释什么是使用。而产权机制真正的标准是不需要解释使用的，只要在商业活动中未经许可地利用了他人的联系。这个联系实际上是最核心的概念，也是商标权本质的问题，和商标权本质是对接的。学界上也把这种思路称之为显著性标准。也就是说，只要利用了商标权人所应当享有的专有的显著性，就构成侵权。我们前面解释什么是显著性的时候，提到它就是识别的能力，这种识别的能力依托于商品和符号之间的联系。

这样也能够解释有侵害之虞的问题，混淆理论和淡化理论就很难解释实际侵权和侵权之虞如何区分。而显著性标准说的是实实在在利用了别人的显著性、利用了别人的联系，有这种侵害之虞。比如你是卖饮料的，在你的仓库里发现了大量的可口可乐的商标标识，可口可乐当然可以申请法院禁令，扣押这一批商标标识。这就是侵害之虞，总不能说印了这么多商业标识是为了贴在家里吧。这就跟版权侵权一个道理，你是一个图书馆，但是你那里经常整本整本复印别人的书，就不能解释为合理的，这明显是一个不合理的行为。图书馆只能少量复制，很多国家规定不得超过三分之一。当然中国人很快就发现漏洞，每次三分之一就印三次呗。中国学生也是很有吃苦耐劳精神，一本书去印三次。

所以按照产权机制的侵权判定模式，只要是没有经过许可情况下，擅自利用他人的联系，就已经构成侵权了。与商标使用标准，本质上是一样的，但是省去了判断是否构成使用的麻烦。因为在使用理论中，什么是商标使用是需要判断的。

按照显著性标准，法官进行判断就不需要考虑消费者的问题。消费者是不是产生混淆，是不是很愚蠢地上当了，跟这里的判断没关系。

杨老师个人赞同这种判断标准。我们会发现混淆理论在实践中常常异化，号称是消费者标准，实际上又没有与消费者相关的证据作为判断的依据，比如做一个调研看看消费者有没有发生混淆，实践中不需要这样做的。混淆理论名为消费者标准，实际上不以消费者为证据，说好听点法官主观裁判，难听点就是臆断了，法官说混淆就混淆，说不混淆就是不混淆。关于混淆理论和淡化理论的司法解释中说“足以”，这个词我们很熟悉，中国法院所做的裁判中，这样的词比比皆是。“以上证据足以”如何如何，“以上证据仍不足以”如何如何。凭什么说不足

以呢，法官说不出来啊。“足以证明消费者混淆”，消费者在哪儿呢。我们不是说它结果错了，结果通常不会错，但是判断上觉得还是法官主观臆断。

如果判断的标准是显著性标准，那么判断两个相似性的时候，如果这两个相似性都能够成立，由于这两个相似性的成立，所以构成侵权，这就完了，逻辑很严密，没什么问题。可能唯一的主观性就是体现在相似性上。这是没有办法根除掉，除非是相同。相同是比较好办的，只要是相似，一定会有主观性。这两个相似性成立，侵权就成立，这个逻辑就很严密。而按照混淆理论，“足以造成消费者混淆”，同样的案子法官就可以写出“仍不足以造成消费者混淆”这样的判决书。这叫同案不同判。为什么现在这么多同案不同判呢，一个省的法官说足以混淆，所以判侵权了；类似的情节换成不同的两个商标，放到另一个省份审理，结果不侵权，上面说的就是造成这种情况的原因。总是拿消费者说事儿，消费者又不在场。

归纳起来，我们讲了商标侵权的几种判定理论，商标侵权的传统理论——混淆理论，从美国发展过来的淡化理论，新近发展出来的商标使用理论，以及最新的显著性标准。显著性标准也称为产权标准，就是拿产权说事儿。产权是什么，对我们来说，所有权侵权的判定是所有权排他性的权利属性受到妨害，这就是所有权侵权，不需要有过错。这也是传统民法里面一个总是打死结的地方，根子出在《民法通则》的规定。《民法通则》在给侵权行为下定义的时候，用了过错，所以这么多年下来，一直在讲侵权行为是过错。但是《民法通则》第八章规定的民事责任中，前面几种民事责任是不需要过错的，所以就出现纠结的地方。

## 5. 商标侵权的损害赔偿

商标侵权的判断是核心问题，判断之后自然就是损害赔偿。损害赔偿与专利侵权、著作权侵权是一样的。现行法是实际损害，无法计算的情况下是违法所得，实际损害和违法所得都无法计算的情况下是法定赔偿。现行法规定的法定赔偿是 50 万，当然现在《商标法》在修改，一个是修改是像《专利法》那样引入第三种计算标准，即许可使用费，另一个修改是把法定赔偿额提高。这就没有什么特殊的了。商标侵权特殊的问题就是在于显著性判断上，我们发现它实际上与专利侵权的判断、版权侵权的是有很大差别的。

# Lecture 15

## 驰名商标的保护

### 一、概述

关于驰名商标我们都是比较熟悉了，有些广告都会涉及这个概念，很骄傲地宣布自己是驰名商标。最近《商标法》修订过程中，很多人提出要取消驰名商标，因为驰名商标实践过程中出现一些异化问题。对驰名商标的保护有些异化。实事求是地讲中国品牌在世界上都知晓的还是非常稀少的。海信算一个，现在华为、中兴还是有一些知名度，当然这也是在美国被调查的结果。海信是被别人抢注让它变得有名。

为什么要创造一个不同于商标的驰名商标的概念呢，有 Trademark 这个概念，为什么还要创建一个 Well-known Mark 或者 Famous Mark 的概念呢。在英文世界里这个概念是很混乱的，在中文世界里也是很混乱的，因为我们有驰名商标，又有《商标法》31 条所说的有一定知名度的商标。这就让我们想这二者什么关系，是不是位阶上驰名商标更为知名一点，而有一定知名度的就弱一点。这个概念人为的成分更多一些。英文世界也是一样。比如台湾，台湾的驰名商标制度翻译成英文，用的是 Famous Trademark，用的不是 Well-known。在欧洲还有一些国家也是用 Famous Trademark 的概念。Well-known Mark 这个概念来自于国际条约，所以比较规范的翻译是用 Well-known，但是实践中，包括学者写论文也是乱用，五花八门。

对驰名商标保护的\*\*根本目的\*\*，是对一些经过长期的培养，已经用它的好的品质让消费者产生依赖的商标，进行超过普通商标的保护。这是对它的经营成果的某种意义上的奖励，就像人格权侵权损害赔偿的时候，名人的损害赔偿之所以比普通人高，其实也是一种奖励。当年毛阿敏的名誉权案件提出的侵权损害赔偿有 400 万。明星的脸是不是一般人的脸，明星的隐私之类的都不是一般的，价值高实际上是市场衡量的。如果跟外面的人谈，他们用咱们的肖像或者个人信息，比照明星肯定不行，因为市场价值在这儿摆着呢。这种奖励实际上就是一种市场对价。

从经济学上解释，驰名商标使得消费者搜寻成本降低的能力也是更强的。现实生活中可以深刻感受这一点，买驰名商标不会考虑很多其他方面的信息。就像上一讲提到的，信息过多有时候不利于选择，特别是有选择综合症的人。大学的时候就有同学总是唠叨今天是吃米呢还是吃面呢，那时候只有两种选择，就已经痛苦不堪了，到现在食堂选择就更多了，估计他就没法活了。

驰名商标这个概念最早出现在《巴黎公约》1925 年修订的海牙文本中，规定“商标注册国或使用国主管机关认为一项商标在该国已成为驰名商标，已经成为有权享有本公约利益的人所有，而另一商标构成对此驰名商标的复制、仿造或翻译，用于相同或类似商品上，易于造成混乱时，本同盟各国应依职权--如本国法律允许--或应有关当事人的请求，拒绝或取消该另一商标的注册，并禁止使用”。最早实际上是把标识的相似性打开了，驰名商标保护仍然限于相同相似商品上。《巴黎公约》只是把标识的相似性打开了，因为模仿、翻译有时候不是相似的。复制的当然不但是相似，还是相同的。如果是翻译、仿照、模仿，有可能就不相似了。比如翻译，是很典型

的，是两种不同的文字。当然如果从拉丁文翻译成意大利文，不懂的人一看觉得差不多，也搞不清楚。我们能区分英文和西班牙文，但是如果不懂的话，是拉丁文还是意大利文可能还真区分不开。我们少数民族的文字也是一样，但是汉字翻译成某一个少数民族的文字，外观上差异很明显的，我们可以区分开。如果说西文还很相似的话，汉语与少数民族的文字的差别还是很大。由于翻译有这种联系在里面，所以要给予保护。假设都把外国知名品牌音译成中文，不给予保护说不过去。比如路易威登 LouisVuitton，人们说这是 LV 牌，可以对应起来，因为这是翻译的。还有模仿，比如 Microsoft，改成 MicrosOft，既是模仿也是相似。

驰名商标当时需要解决的就是翻译的问题。因为一国到另一国，就需要翻译。改革开放开始一段时间以后，中国出现了大量的字母、符号作为企业名称的情况，不知道的还以为有这么多外资企业、合资企业，其实都是土生土长的中国企业，就是起了一个外国名字。那时候这种情况很多。这当然是一种浑水摸鱼，让人搞不清，本来是国企企业，起个名字让人以为是外资企业。现在再用这一招就不好使了，现在信息透明，查询信息也方便，无论叫什么名字，到工商局网站一查就知道是什么企业。那时候刚改革开放，什么都不规范，信息技术也不发达，当骗子很容易，骗子满天下。

所以最早驰名商标是为了解决这个问题的。后来 TRIPS 也吸收了对驰名商标的保护，并且把驰名商标的保护扩大到服务商标上。现在我们也是知道很多知名的服务商标的。服务商标的驰名相对于商品商标的驰名，难度要大，因为它的市场上规模的扩张相对于商品来讲是很困难的，或者说比商品成本高。商品只要投入市场，这个商品流转来流转去，总之会在人群中散播开来，但是如果是餐馆之类的就不是这么容易让人们知道了。因为生产的少，很多人吃完了，即便会给其他人转述，告诉对方很好吃，接受信息的人没看到过这个食品，说得再好也心存疑虑。但是其他商品，特别是非消耗型的商品，可以通过它的流转，来把知名度打出去。而服务必须亲自来体验一下。开个理发店，即使技术再好，想迅速扩张也很难。当然可以做广告，但是通过店铺扩张是做不到的，或者说成本很高。随着市场的发展，到了 TRIPS 的年代，把驰名商标特殊保护扩展到服务商标，这也是大势所趋，没有什么疑问。

TRIPS 对驰名商标的保护做了一些原则性的规定。

驰名商标是一个耳熟能详的概念，但实际上是一个没有定义的概念，没有一个明确的定义。世界知识产权组织 (WIPO) 曾经想对驰名商标下一个定义，但是也没有成功。但是我们的教材，几乎每一本书都对驰名商标下了一个定义，我们的学者还是比较敢干的。这个概念有没有必要下定义呢，杨老师认为没有必要。驰名商标我们都知道是什么，太明显了。就好比在英文环境下，给 Well-known Trademark 下个概念，说 The trademark is well-known，这不是废话么。所以很难下这个定义。我国的无非是把判断驰名商标的一些条件加在概念中。我国有《驰名商标认定和保护规定》，是工商总局制定的一个行政规章。这个规定中对驰名商标也下了一个定义：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。这个概念后来在驰名商标的司法解释中得到体现。它强调在我国是知名的。但是问题是这个概念，还是没有多大意义的。后面会谈到这个概念。

这就像前面解释什么叫显著性一样，好多国家用了不同的概念，现在通常用的是 Distinctiveness，但是有的甚至用了唯一性 Unique 来描述，有的用了区分性等等。用了很多概念，但是大家发现这个问题其实没有办法有一个客观的表述。通常的解释是说，所谓的驰名商标是指在市场上享有较高知名度，为公众所熟知的。这里面有三个要点：

1>声誉较高。这隐含的意思是正能量，有声誉。通常说如果名声很臭，不会说在市场上很有声誉，这会误导别人的。一个人无人不知无人不晓，提起这个人恨得要死，不能说这个人有声誉。就像隐私是一个中性的词，好的坏的都可以叫隐私；名誉就不能说坏的也叫名誉。

2>为相关公众所熟知。相关公众，不是说所有的消费者，要看商品是属于什么。如果是日用品，那就应该是一般消费者；如果是特殊的，不是所有人都会用的，就应该由相关的公众所熟知的。

3>有较强的市场竞争力，这没什么不好理解的。

这三方面最核心的还是为相关公众所熟知。关键是熟知要熟到什么程度，是七分熟还是五分熟。消费者有所耳闻呢，还是看了商品知道呢，还是一提就知道呢，知名度也有高低。我们总是提到，统一标准、统一保护实际上不对的。

## • 保护驰名商标的意义

驰名商标是一种奖励。有学者提出取消掉驰名商标的概念。这种想法第一是贯彻驰名商标的被动认定、个案认定，第二防止国家过多地介入到驰名商标的事情。我们国家驰名商标原来是政府奖励，是工商总局认定的，法

院认定的不是奖励。工商总局影响很大。如果商标法取消掉驰名商标,工商总局认定驰名商标就没有什么基础了,就可以解决。与此同时也不妨碍实际中对知名度较高的商标进行特殊的保护。看书这需要我们的法官有很高的水平,司法经验以及中立性要非常好,才能做到这一点。否则更麻烦了,因为完全把驰名商标掩盖住,不再提也是不对的。这样没有完成 TRIPS 的义务,没有完成 WTO 成员没完成这个义务。所以本质上是一种奖励。概念上有没有驰名商标其实不重要的,关键是给有这种特点的商标什么保护。31 条后半段提到的有一定知名度的商标,反而让司法实践比较顺利。

驰名商标的奖励表现在对商誉的奖励。商誉又是以商品和服务作为支撑的。所以驰名商标背后意味着商品品质的优良。商品的价格不一定高,但是质量一定要好。这是驰名商标保护的重要基础。消费者之所以认可它,是由于市场中逐渐积累起来这种认知、商誉,就是消费者认为这种品质可以产生依赖。当然这种依赖很容易被击溃。如果消费者因为这种依赖买了这种商品,发现有品质问题、产品质量问题,这种依赖可能瞬间消失掉。现代企业危机公关是很重要的部门,也是这个原因,商誉可能五年七年才能建立,毁掉可能五天七天。危机公关可能很多方面,是不是你的问题,是你的问题怎么解决,不是你的问题怎么解决。政府的危机公关的最常用的词是临时工干的。企业也有这个习惯,声称不是自己的问题。其实我们从小到大可能都有这个毛病,特别是家里有兄弟姐妹的,干了坏事了,都说不是自己,于是如果有人主动站出来承认是谁干的,就传为佳话。其实小时候趋利避害很正常的。中国人编了一个这样的砍了樱桃树的故事,还安到美国人身上。

驰名商标给一个特殊的、强的保护和它所承担的风险也是对应的。它声誉越高,商誉瞬间崩溃的可能性也是更高,这种崩溃可能是侵权造成的。对驰名商标的侵害很多,一般是搭便车,借着驰名商标的牌子大家沾点儿光。还有抢注,过去一般抢注有一定知名度而未注册的,现在因为未注册的很少见了,在中国不敢不注册,而注册花不了多少钱,多少精力,也没有太多麻烦。中国这个缺乏诚信体系的国家就一般注册,未注册商标越来越少。未注册商标可能都是暂时的,先使用这个商标,同时申请注册,注册下来就成为注册商标了。

现在抢注一般是不同国家之间,中国抢外国的,外国抢中国的。海信就被外国抢注了。一些抢注也是一种商业竞争、报复行为,逻辑上是可以理解的。而中国的一些抢注完全是无赖的行为了。当然不是说外国不是这样,其实是主要是因为中国世界知名的品牌不多。海信抢注的与西门子有关。有一个博世公司,与西门子都是德国有名的企业。博世公司和西门子公司在德国建立了一个公司博西公司。博世公司在中国市场上被海信竞争,市场份额降低很多,它很生气,就做了这个事情。这个事情前后花了六年的时间,最后谈判,海信公司花了不少钱解决这个问题。可见这个世界上没有无缘无故的恨。

中国也有很多其他的牌子,主要是一些传统的牌子,像英雄、同仁堂,都被抢注过。中国现在抢注国外的牌子也挺多的。包括前一段时间,澳门最主要的收入来源博彩业,澳门最大的赌场的商标被中国一家企业注册了。澳门博彩业商业战略上可能有一个缺口。它知道中国大陆赌博业不是合法的,没法注册在这上面,所以在大陆注册。但是中国这个企业注册在酒店旅游这个行业上。其实世界上主要的赌场大部分都跟宾馆住宿联系在一起,一般都是住在那儿赌,不是赌完了开车回去。所以这个中国的公司就抢注在宾馆住宿旅游行业,澳门这个赌场就大动光火。这个赌场到中国要求撤销也没成功,中国用的就是这个司法解释,在我国为相关公众熟悉的,商标部门说对不起我国没有赌博行业的相关公众,就打回去了,这个老板气的睡不着觉。当然他也有失误,离大陆这么近不来大陆注册,注册不了赌博,也不想不注册在相关的行业。

## 二、驰名商标的概念

我国驰名商标的概念要求在我国知名。杨老师很抨击这一条的。

这里列出来。2003 年工商总局制定的《驰名商标认定和保护规定》就强调了在中国为相关公众知晓。其他的国际公约根本没有这个要求。比如美国驰名商标不是一定要在美国知名。美国认定世界知名商标是两个或两个以上国家就可以了,没有要求两个国家必须包括美国。当然它也不是这么机械地规定,如果在开曼群岛、列支敦士登这样小的国家知名,就不属于这样的情况了。澳门不是国家,但是属于 WTO 成员,澳门所有人都从楼上下下来,澳门的土地都站不下。

### · 概念的要点

驰名的概念包括几个内容:

1>长期使用,为相关公众所熟知。长期使用是一个隐含的意思,为相关公众熟知一定是经过一段时间了。一

注册就知名除非是在美国那样以使用为基础的。驰名商标往往要求连续三年盈利，不能亏损。所以严重怀疑脑白金是不是驰名商标。

什么是相关公众，看商品是什么。商品是有特殊消费群的，就以特殊消费群为标准；没有特殊消费群的就以一般公众。比如高尔夫俱乐部的商标，一定是特殊的消费群。营销学里面高尔夫俱乐部属于奢侈品。奢侈品包括商品和服务，有奢侈商品和奢侈服务。什么是奢侈品是另外的话题了，认定起来也比较麻烦。有些东西比较好说是奢侈品，有些不好说。比如古董，在中国属于奢侈品，在别的国家不好说。

相关公众到底是本国相关公众还是本国之外，我国的规定认为至少是本国。但是为本国相关公众熟知实践中异化为进入本国市场并为本国相关公众熟知。也就是说实践中如果没有进入中国市场就不认为是熟知。澳门的赌场是这样，上面提到的法国的葡萄酒品牌也是这样。法国的公司到中国要求撤销撤不掉，商评委说没有进入中国市场，没有为相关消费者熟知，这实际上是偷换概念。中国的规定就产生这种异化。这实际上使得国外知名品牌在中国得不到相关保护，于是就导致强烈的报复，在国外注册的几乎撤不掉。海信公司这个不是撤掉解决的，是买下来买下来。博西公司开价 4000 万，最后谈为 400 万左右。商标对应的是商品和服务，如果不进中国市场，中国人就要到国外买，相关的税收盈利都是别人的。

2>驰名商标产品或服务的质量，没什么好解释的。

3>广泛的社会影响，较高的知名度。广泛的社会影响在发达国家和发展中国家认识是不一样的。发展中国家通常认为在自己、本国是驰名的。中国是这样，韩国也是这样。

4>在本国主管机关认定为驰名。我国历史上曾经是主动认定，而且是一般性认定。按照 TRIPS 的要求，我国现在逐步完成这种转变，被动认定、个案认定。所谓主动认定就是国家工商总局认定。我们看到 TRIPS 要求看到主管机关，很容易想到行政机关，其实不是这样。实际上多数国家驰名商标认定都是通过法院。只有少数国家通过行政机关，其中以我国为代表。我国相当长时间驰名商标是工商总局认定的，就像评选杰出青年。每个省先向省里报送，各省分指标推举上来。这里面就有很多空间，很多企业就是这么做上来做成驰名商标了。这是对法院裁判权利的一种干预。法院对这些商标还不敢不按照驰名商标判，工商总局认定了不判，这会影响到地方利益。地方报上去的，法院不这么判，地方上就不给钱。中国法院要做到司法独立，首先第一步财政得独立。总是靠着地方给钱独立的了么。应当让中央直接拨款，现在是同级财政支付。司法独立其实是综合性的问题，不是简单的一个方面看待。

按照 TRIPS 要求，是被动认定，发生了侵权才有必要认定驰名商标，没有侵权就没有必要给予驰名商标。驰名商标这不是一个称号，而是一个保护的途径。这也与驰名商标的基础是对应的。没有侵权，顶着这个帽子干嘛。当然我们不是法律框架下异化的，是地方搞经济指标。一个省发展好不好，看一个省多少高新技术企业、专利、驰名商标，把这个作为衡量标准，这个就很奇怪了。一个省长当的好不好，跟企业是不是驰名商标有什么关系，企业又不是他管的。所以应该贯彻被动认定、个案认定。个案认定就是这个侵权案件中认定为驰名商标，下一个案件不是当然还是驰名商标。三鹿曾经是驰名商标，现在它就不能说还是驰名商标。

### 三、驰名商标保护的立法规定

规定驰名商标保护的国家还是很多的。各国的保护一般分为两类。

#### 1. 国外的情况

##### • 国际保护与相对保护

相对保护是指在同类商品的范围内保护驰名商标的专用权。驰名商标统一的是跨类保护，但是跨类到底多大，是体操运动员那样可以一字呢，还是杨老师这样只能 60° 呢。绝对保护就是任何商品上都不能使用。相对是说在同类中保护。这里的同类可以理解为关联，相关的。比如说衣服和裤子，就是同类。自行车和汽车都属于交通工具，但是商品本身是完全不同的，谁也不会把自行车和汽车弄混了，这个弄混了得多高的素质啊。同类的商品要有有关联度，有共同的特点。

欧洲大多数国家都是相对保护。德国、法国包括日本都是这样。美国是绝对保护的的代表性国家。杨老师在美国上商标法，对美国人总说美国是绝对保护的的代表，其实中国才是。中国都要 360° 保护了。中国不但是不同

类的商品服务上跨类，不同的商业标识上都跨类。不但是商标，而且商品包装装潢上，域名、商品名称上都不能用驰名商标的字样。本来包装装潢是用反不正当竞争来保护的。反不正当竞争有一个前提，应当是竞争者之间。产权保护就不用考虑是不是有竞争关系。生产西服的和生产拖拉机的就没有竞争关系，还是可以保护。美国是不同的商品或服务上，其他的是用在反不正当竞争法保护。我国则规定这些都属于驰名商标保护范围。

这里有一些关于驰名商标保护的相关规定。可以看到无论是欧洲美国，美国的商标法和反不正当竞争法从来没有分开过，很多保护方法就是反不正当竞争方法，而我们国家分开了。

国际条约，《巴黎公约》、TRIPS 也有一些规定。

## 2. 我国的情况

### · 主动认定与被动认定

我们国家，从主动认定、批量认定过渡到被动认定、个案认定。现在工商总局已经不认定驰名商标了。原来出现过工商总局没有认定为驰名商标，但是在判决中胜诉了，判决为驰名商标，于是它做广告说是驰名商标的情况。于是工商局就处罚他们了。杨老师说他们被罚多少有点儿冤，但是这个做法肯定是不合适。广告里说是驰名商标，给自己戴帽子，就是违反了个案认定。这个广告肯定是不对的，但是工商局罚你多少有点儿冤，它自己认定的就可以做广告了。很多具体行政行为是可诉的，主动认定驰名商标怎么撤呢，没有司法途径可以撤掉，这是根本的问题。司法认定则没关系，下一个案件还要单独认定。

### · 基础理论

前面商标侵权介绍过，我国驰名商标保护的基础实际上是混淆理论，间接混淆，说白了就是联想、误导。直接混淆是误认，间接混淆是误导，让消费者认为原被告有关系。

一些相关规定，如《商标法实施条例》《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》《关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》都有这方面的规定，规定容易导致混淆、误导公众、欺骗公众之类。这是多么情真意切的消费者权益保护法。按照这些学者的思路其实没必要要商标法了。

### · 法律规定

我国驰名商标保护立法有定义。我国认定驰名商标需要考虑一些因素。

1>知晓程度。这是法官主观判断，不需要太多的证据。比如看企业规模之类，需要的证据不是太多。比如国美电器打官司，不会再考虑它的范围局限在哪里，一定是全国性的。

2>驰名商标持续时间。驰名商标应当是持续的。如果每两年半修改一次就不连续了。

3>经营范围。比如超市类的，沃尔玛、物美全国好像都有，有些超市除了这个城市就不知道了，但在这个城市大家都知道。这是只在一个城市，这个地域范围想要认定驰名商标就比较困难。

4>曾经作为驰名商标受保护，可以作为一个间接证据，当然不能起决定的作用。实践中可能隔得很近的案，前面一个案件认定是驰名商标，这个案件往往也认可了。如果隔的时间很长，两年了，就不一定认定了。我国的双轨制到现在为止也没有正式取消，没有下个文件说工商总局不再认定了，只是事实上不再认定了。有人开玩笑清华是不是驰名商标啊，其实多少有一点点非法律的因素在里面。清华为大家了解是非法律的因素。北大怎么不申请一个驰名商标叫北大呢，这个没有必要啊，北京科技大学想叫北大也可以没有关系。

### · 保护范围

中国的驰名商标保护跨类保护是世界范围最宽的，没有哪个国家比我们国家的保护范围还要宽的了，包括不同的商品和服务上，包括企业名称上，也就是不同的商品和服务标识上。涉及的行为都是复制模仿翻译音译，但是我国规定画蛇添足，加了一句足已造成相关消费者误认。这是一个结果，不需要强调，因为这么说显得只有翻译模仿还不够，还要足已造成误认，等于自己把自己约束住了。

## 四、驰名商标的认定

## 1. 认定标准

认定是驰名商标最重要的问题。学理研究上我们的商标保护要不要跨类跨得这么大，这是一个公共政策问题、学理的问题。认定是有主观性的，或者说弹性比较大。认定驰名商标因为涉及一些元素，对这些元素法官作出一些判断，主观性很强。

1>驰名商标的地域范围。我国是唯一一个在法条中规定驰名商标地域范围是本国的，傻乎乎地这样写，韩国就没这样写。我们立法其实思维有些滞后了。美国市场也有中国消费者。相关公众是不是说消费者和市场要有对应性，是不是要进入中国市场？所以这里的规定就变得很僵硬，其实是异化的。凡是别人都不到中国市场来都不给保护合适么，应该不合适。

2>为相关公众广为知晓。驰名商标的认定也要求知晓。知晓不是要求全部消费者，根本上取决于产品服务具体的内容是什么。

3>享有较高声誉。驰名商标要求有较高声誉，主要是指不能是负面的，必须是正面的声誉。

## 2. 认定方式

认定方式，我们国家应该是以司法认定为为主了。但是，在驰名商标的认定中，司法认定和行政认定之间的关系，也是一个问题。司法认定应该在市场上产生什么影响，反过来行政认定能不能作为司法认定的一个证据？不是说一定认定，但是如果有的话可不可以作为证据？仲裁机关认定驰名商标可不可以作为证据也是一个问题。实践中还没有仲裁机关认定驰名商标的先例，因为侵权案件几乎没有仲裁的，虽然理论上侵权案件也是可以仲裁的。

# 五、驰名商标的保护

### • 关于全类保护

中国商标法及相关司法解释规定的全类保护将来可能留下隐患。我国反复强调我国对驰名商标的保护是微观的、静态的、在过于狭隘的范围考虑的。未来所有商业标识都有变成驰名商标的可能。现实中反不正当竞争法已经出现这个问题，就是知名商品的问题。判断方法和驰名商标思路是一致的，只不过稍微简单一些。知名的商品包装装潢、企业的名称、域名，比如知名的域名，www.sohu.com，价值可能不比搜狐的商标小。如果驰名商标保护强调的如此极致，将来这些其他商业标识驰名商标的情况下发生冲突怎么办。现在驰名商标产生的作用，先用全类保护的方式让驰名商标占据所有的制高点，别的不用再任何商业标识，这是一个解决办法，但是不能为了驰名商标打压其他商业标识。这是没有道理的。打一个简单例子，比如有的企业注册一个驰名商标，晚一点儿有一个企业把这个商标注册为它的商号。一个在食品领域，一个在房地产，过了若干年都变成驰名商标了怎么办，比如把它注册为域名可不可以注册。它注册为域名依据是商号，你不让注册的依据是商标，都很驰名。是不是商标通吃，所有的商业符号领域都被商标占据优势、制高点，只有商标才有驰名商标的问题，其他的都没有，这是一个问题。我国过于强调全类保护是有一定问题的。

### • 驰名商标侵权判定

《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适用法律若干问题的解释》第9条的规定，用了两个足以，一个误认，一个误导。实践中认定模仿比较困难，因为模仿这个概念实际上是一个艺术概念，很抽象，很难有客观的认定。比如杨老师在讲课，别人说你是模仿某某教授讲课，就不好说。某些时候可能有这样的表达，这么说也不是绝对说不过去。美国两党是驴象之争，比如台湾地区蓝绿两党，也用两个动物，是不是也是一种模仿呢。人类的发展就是在相互模仿中向前的。比如一个公司，用连锁方式经营；那么所有的连锁是不是都是模仿呢。中式快餐，因为先有西式快餐了，吃的东西完全不一样啊。这是主观性很强的地方。

驰名商标其他的问题都跟普通商标差不多。

我们这学期知识产权法就讲到这儿。本来是十六次课，因为劳动节失去了一周。尽可能把一些有意思的东西

讲给大家，也难免有些地方不是特别清楚、透彻，也是今后教学过程中需要提高进步的。给本科生讲课对自己提高也是很有帮助的。知识产权领域这个也是很难得。很有缘分跟大家讲知识产权法，上一次是07级，这一次是10级。也感谢大家容忍我这种讲课风格，有时候讲得高兴了也有信口开河，经常打一些比方。也许有的同学不能接受，但是也希望原谅，讲得高兴也收不住了。自己知道工作这么多年最好的状态应该是在课堂上，也架不住人多，可以给大家思考。提供新的思路，有的同学展示了很强的专业能力和知识。希望将来有机会还能够继续学习探讨，也欢迎少数同学能进入到知识产权方向，继续一起研讨。很多同学将来再打交道的机会比较少了，但是无论何时，无论将来在从事哪个行业的工作，如果想起来到我这里坐一坐聊一聊任何问题，都非常欢迎大家。祝大家端午节快乐。

## 关于考试

关于考试，闭卷考试，两个题型，论述和案例分析。论述题就是基本制度、基本理论、基本概念，所以重点放在这里，不用看那么细微末节，哪一年怎么样了；案例分析就很灵活了，根据所学的基础知识，对出的案例进行分析。所谓的分析不能只给答案。假设问题是“是否构成侵权”，答“是”，只能给一分；而且如果答错了就没分了。但是假如分析了一段结论是构成侵权，答错了，本来结论应该是不构成侵权，反而还可以得好多分呢。所以在乎的是过程。案例分析案例分析，重点是分析，哪怕结论是错的，起码是有一个分析，起码是自己有想法，会给一定的分数，甚至这个分数比简单地答不构成侵权的高得多。

论述题也是这样，尽量在理解的基础上，千万不要去背。杨老师对相当多的教材是比较熟的，对自己的讲义也是比较熟的。所以看到答案越眼熟，恐怕也不会得到很高的分数。会得到一定的分数。我们讲究原创，要是原封不动背下来，这个意义不大。当然该给的分数会给，比如背下来了，答的论述题跟讲义一模一样，也不能不给分。但是肯定不会给满分的。所以重在理解、重在分析，即是答案跟别人不太一样。假设论述一下合理使用制度，你的结论是合理使用制度完全是一个胡说八道的制度，然后论述为什么如此，可能老师觉得分析的有道理，会给不错的分数。当然想得满分灰常灰常难，但是这样的答案杨老师会很喜欢。当然如果和书上答得一模一样，说合理使用制度是什么什么，22条规定了什么什么，也可以得一定分数。比如这样答，根据 TRIPS，所谓三步检测法，但是三步检测法是有问题的，原因如何如何，你认为可能核心的问题是什么，这样挺好的。所以这个课只要掌握了基本知识就好，要是什么都没掌握，问什么都不知道，试论述合理使用制度，答不知道；问专利的实质要件，答不知道，这肯定不能及格。答什么都不知道、白卷，是不可能及格的。但是掌握了基本知识，一问你大概都知道，这样的同学想不及格也很困难。杨老师上一次教本科生是 07 级，有得到很高分数的，好像有得 94 分的，很低分数的也不多。

期末开始时间是 6 月 26 日，2:00-4:00，两个小时，题目已经出完了，出完了挺高兴，挺高兴是因为考完以后肯定不会骂他。就两个题型，论述和案例分析。两个论述两个案例分析，平均半个小时一道，应该算是比较宽裕的。没有出一大堆题目准备。考试的要求、希望看到的东西也讲过，总的来说要想考到不及格也是很难得，当然除非都不答，可以很愉快地给个 0。稍微看看复习复习不及格很困难，当然想考高分也不容易。本科生掌握知识，基本制度、基本概念，这是初衷。有兴趣在这方面钻研的当然要掌握得更加细致。这两次课稍微会快些。在课后很多同学发邮件讨论问题，有些同学想的问题挺深的。回邮件的时候也有所感触，知识产权本科阶段解决心中所有的疑惑是不可能的。讨论也真的是讨论，不是以优势地位让你接受观点。杨老师从事知识产权研究已经十五年了，也就到今天的水平。不要认为自己学得不好，人文社会科学都需要时间的，需要阅读面，需要钻研。所以不要太过不去。