

知产 宝典

方志平◎编著



 中国政法大学出版社

知产 宝典

方志平◎编著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目 (C I P) 数据

知产宝典/方志平编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 1
ISBN 978-7-5620-7326-0

I. ①知… II. ①方… III. ①知识产权法—中国—资格考试—自学参考资料 IV. ①D923.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 009228 号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285 (总编室) 58908433 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 保定市中画美凯印刷有限公司
开 本 787mm × 1092mm 1/16
印 张 19.5
字 数 460 千字
版 次 2017 年 1 月第 1 版
印 次 2017 年 1 月第 1 次印刷
定 价 38.00 元

二版序言

知产这个科目学进去会蛮有意思，也容易给学习者带来一些成就感。但是，从应试角度观察，知产所占的分值又不高，每当考友准备激情投入时，脑中总会踟躇徘徊另一个声音：花这么多时间，值么？

这就是知产在司考备战中的尴尬地位，基本上属于“鸡肋”。学它吧，就得认真，全面、体系、深入，才能拿到分；不学它吧，瞎蒙，真题的答案总是会“出人意料”，又没那么容易蒙对。

考友对知产抱有的应试心态就是：拿，还是不拿，需要一番“讨价还价”。既然如此，必须寻找知产应试教材的全新突破口，让读者学起来没那么费劲，给知产“美颜”，让考友读起来顺利，用起来舒服，理解起来容易。升级版《知产宝典》的撰写，就是按照这个原则来推进的。

运用体系图构，解决体系问题，将著作权、专利权和商标权制度穿插和串联，训练考友体系思维，应对考场上知产试题具有的穿插性和串联性。

运用破案图构，解决记忆问题，将著作权、专利权和商标权真题图构化、可视化，便于考友“二次记忆”“再次记忆”和超级快速记忆。

运用知产地图，解决携带问题，“对象、天时、地利、人和、救济”五层结构，将知产地图化。这种画法如果算不上“鬼斧神工”，至少也是“异想天开”、风格鲜明，最能体现我的图构化和可视化思路。

我期待《知产宝典》（升级版）能够给考友带来耳目一新之感受，期待这本书能够“名副其实”，成为知产应试之“宝典”，不枉费我所花之心血！

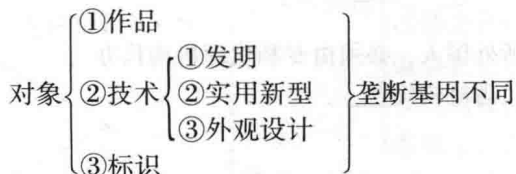
我特别喜欢这个宝典，特别的礼物送给特别的人：即将来到我身边的贴心小棉袄。宝典上市之时，恰逢二宝降生之期，可谓双喜临门。独乐乐，不如众乐乐，特与众考友分享之！

目 录

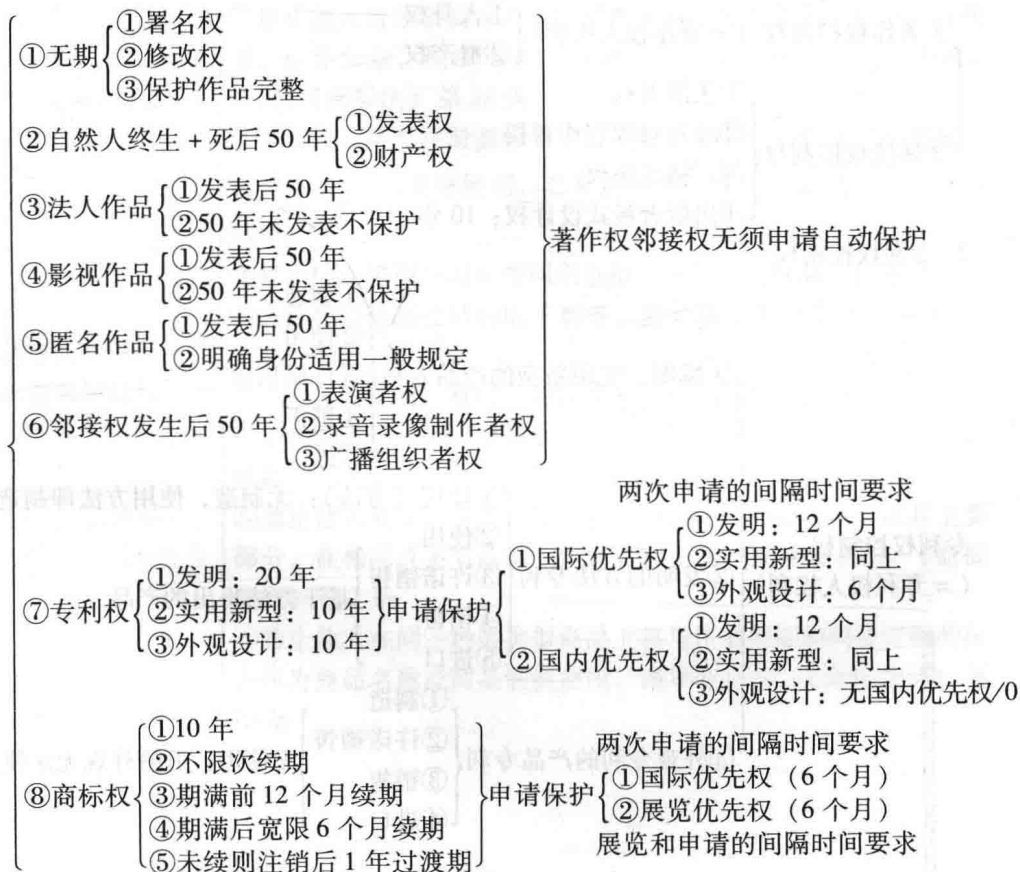
知识产权体系图构	1
第一章 对象：作品、专利、商标的垄断基因差异及规则	6
第一节 作品：非作品 + 作品 + 特殊作品	8
第二节 专利对象：技术	43
第三节 商标：标识	57
第二章 天时：知识产品保护期限差异	95
第一节 著作权“天时”和邻接权“天时”	96
第二节 专利技术“天时”	99
第三节 商标“天时”	116
第三章 地利：中国人和外国人	125
第一节 著作权与邻接权的中国人与外国人	126
第二节 专利：外国人申请专利	131
第三节 商标：外国人申请注册商标	131
第四章 人和：控制权和抗辩权	133
第一节 控制权和抗辩权的体系思路	134
第二节 著作权控制权（著作权人权利）和遭遇的抗辩权	137
第三节 专利权控制权（专利权人权利）和遭遇的抗辩权	212
第四节 商标控制（>商标权人专用权）和遭遇的抗辩权	256
第五章 救济：天时、地利、人和、救急、赔偿	290
第一节 天时：诉讼时效	291
第二节 地利：级别管辖	293
第三节 人和：原告	295
第四节 救急：保全	297
第五节 赔偿额度	302

知识产权体系图构

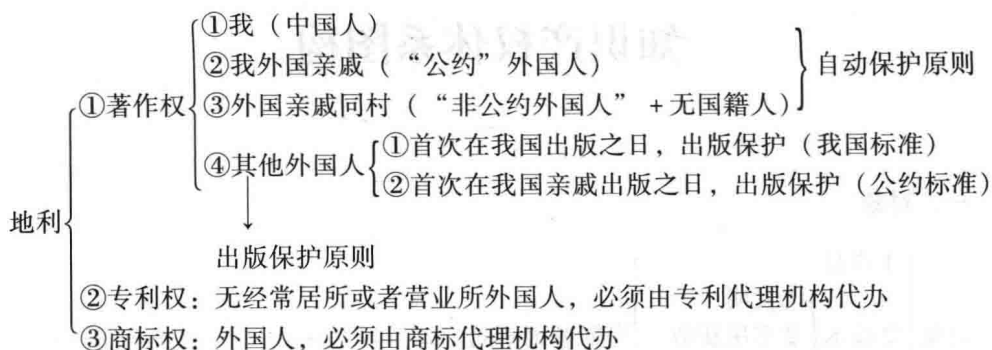
一、对象



二、天时



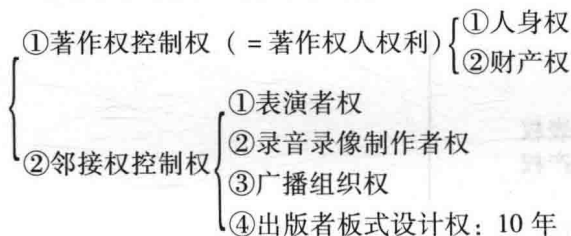
三、地利



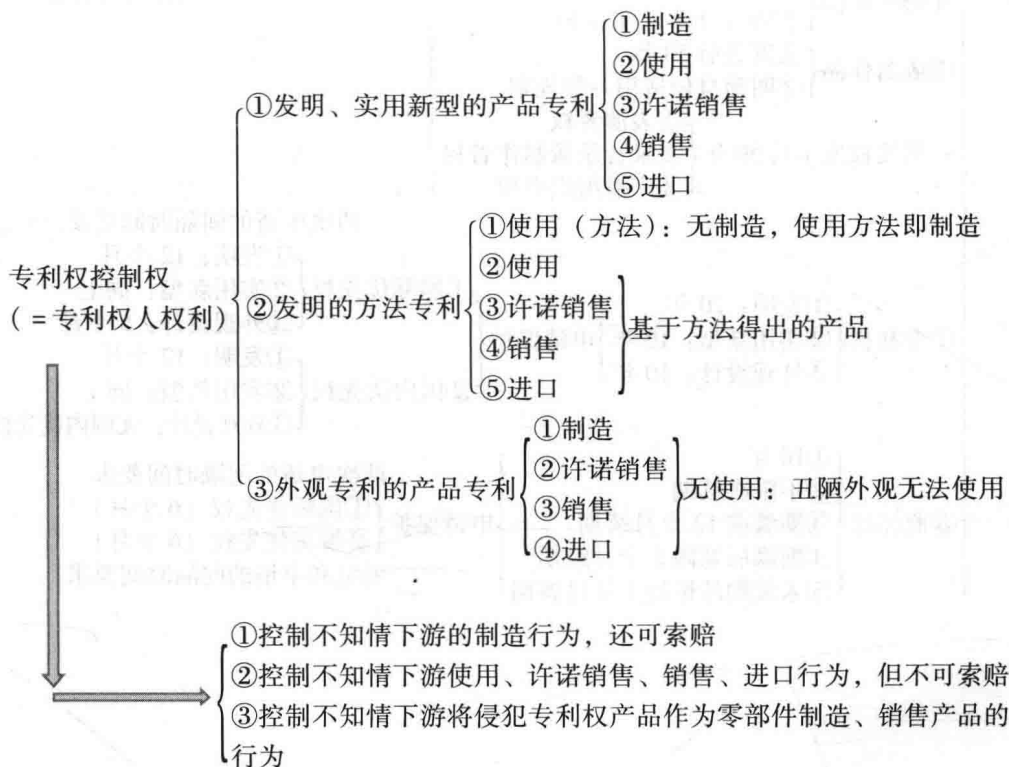
四、人和

（一）控制权体系图构

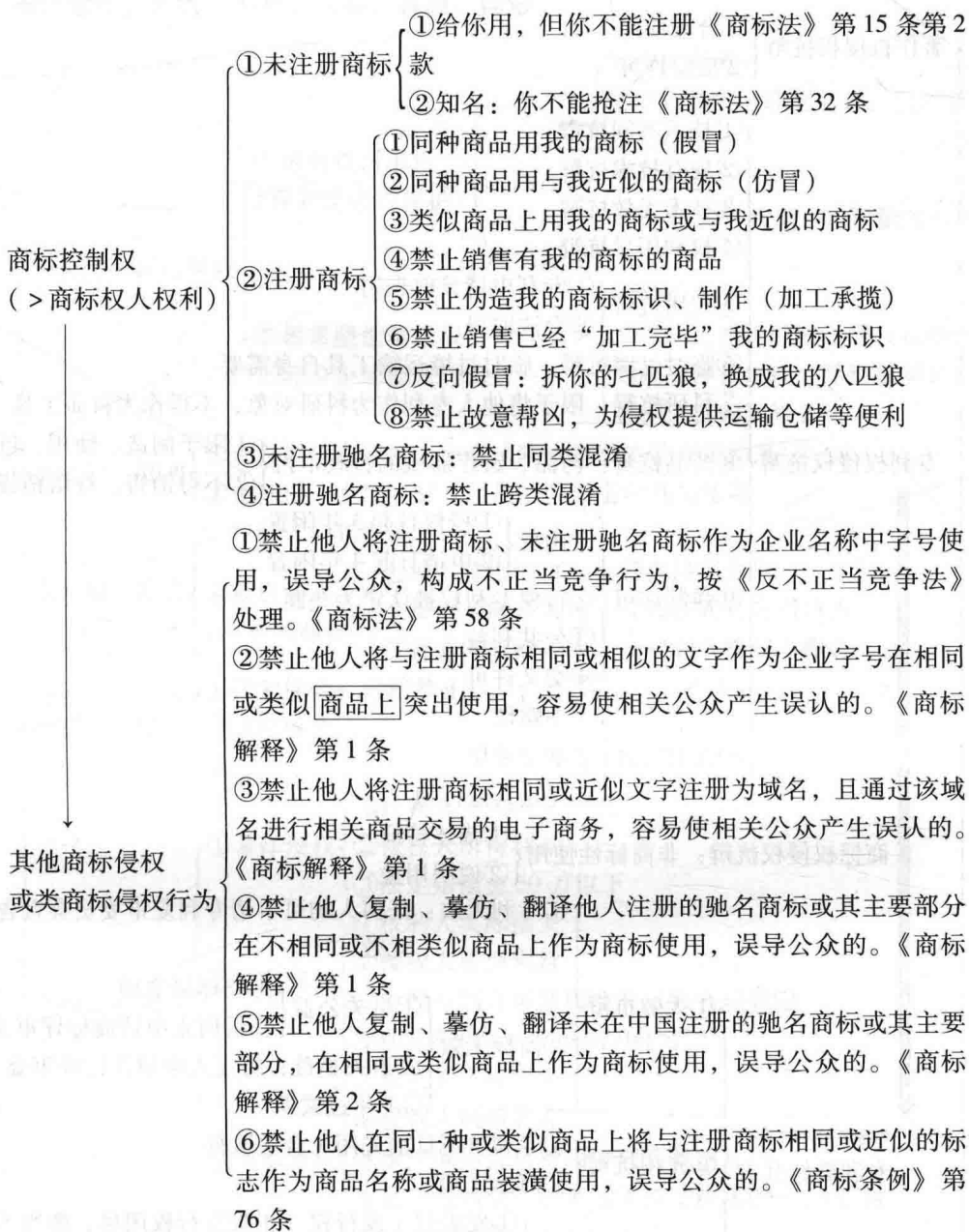
1. 著作权控制权和邻接权控制权



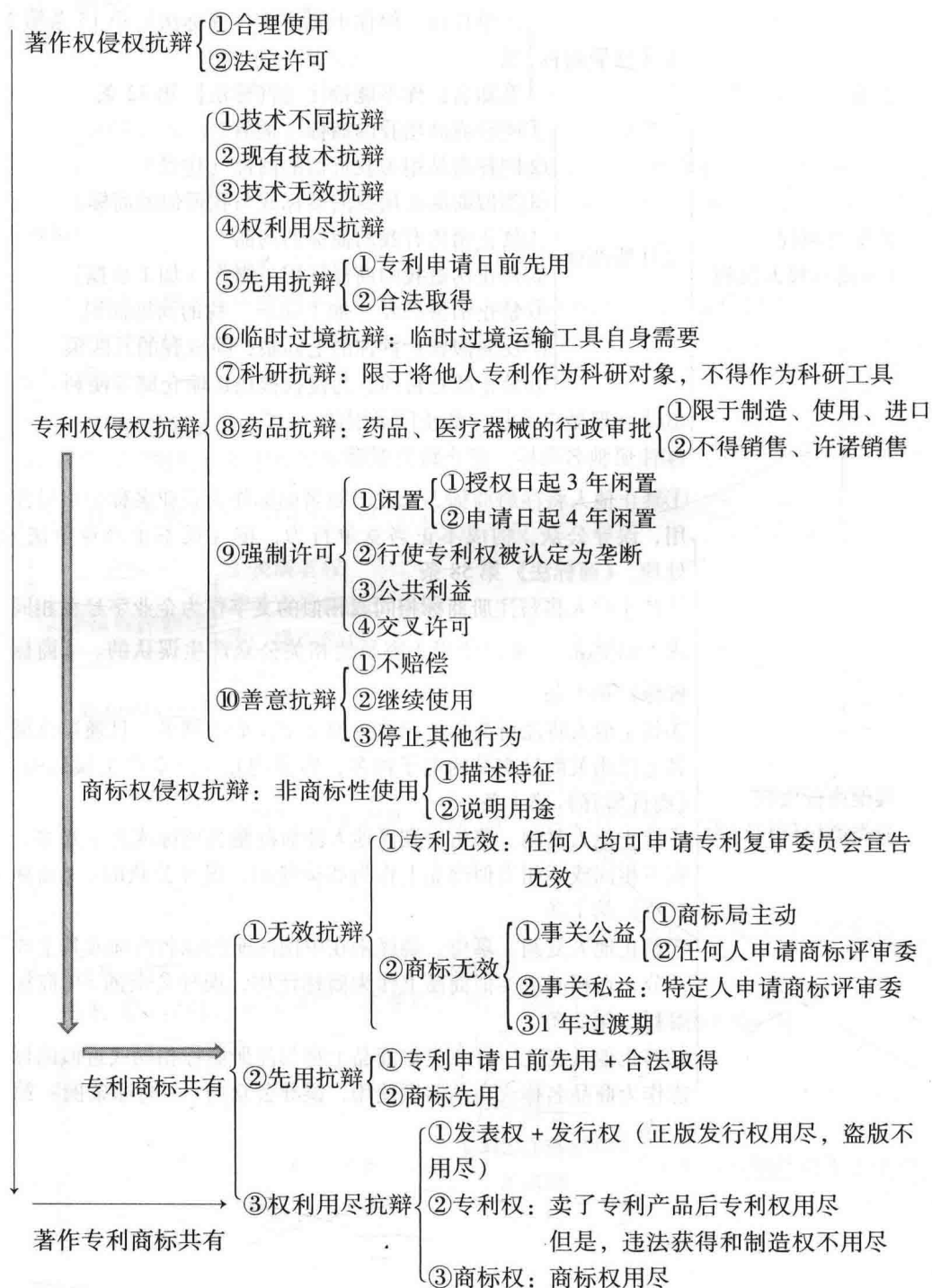
2. 专利权控制权



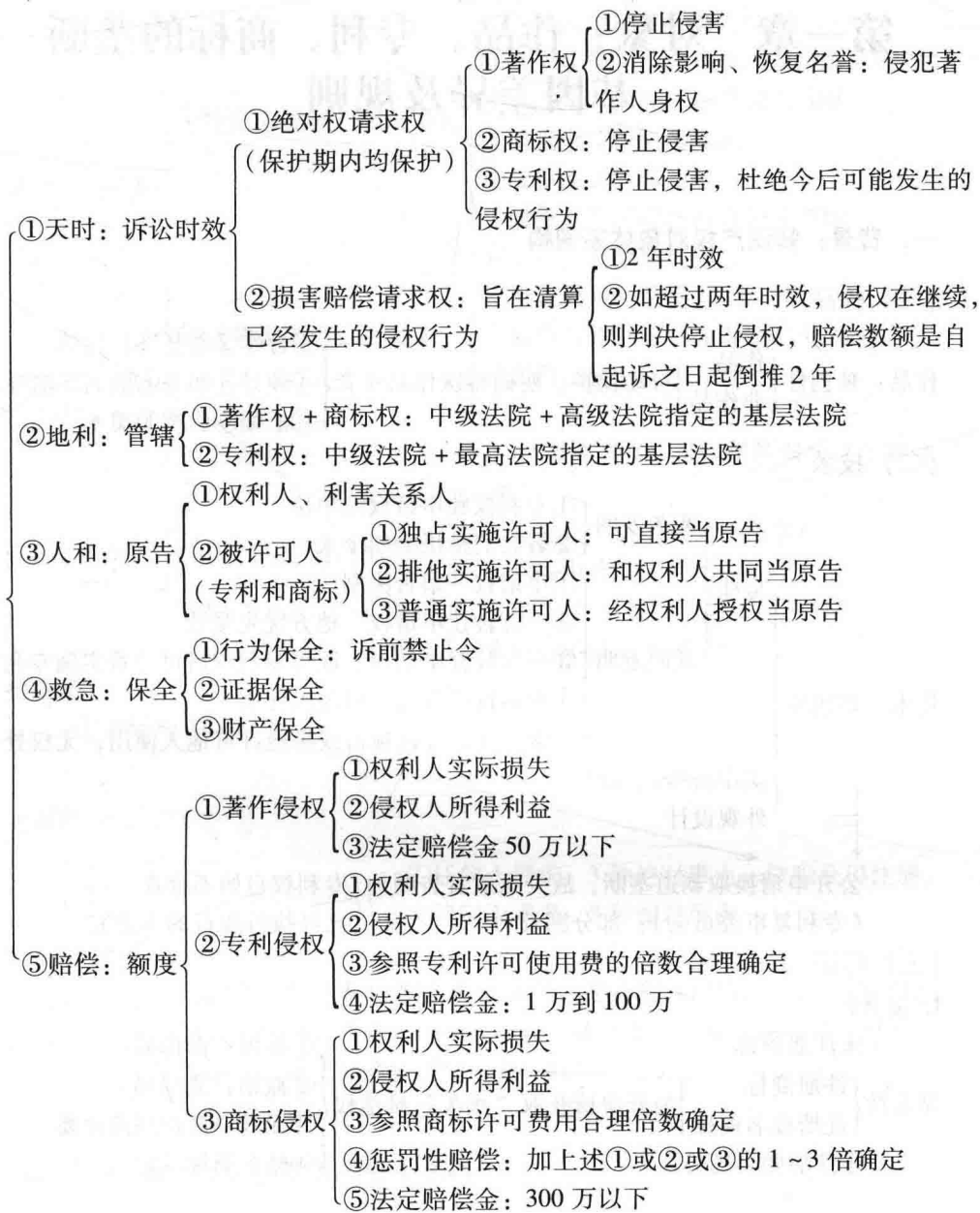
3. 商标权控制权



(二) 抗辩权体系图构



五、救济：天时、地利、人和、救急、赔偿



第一章 对象：作品、专利、商标的垄断 基因差异及规则

一、背景：知识产权对象体系图构

(一) 作品

作品：独创性 { 作品 } 自动保护，明确特殊作品作者 { ①合作②委托③自传体
非作品 } { ④领导⑤职务⑥匿名⑦演绎
⑧汇编⑨影视⑩美术

(二) 技术

技术：新颖性 { 发明 { 职务发明 { ①专利权和申请权归单位
②署名奖励报酬归个人
共同发明 { ①申请权一票否决制
②一方转让申请权，他方优先受让
③一方放弃申请权，取得专利权后可免费实施专利
④专利权可普通许可他人使用
⑤擅自转让或以独占或排他许可他人使用，无权处分
实用新型
外观设计

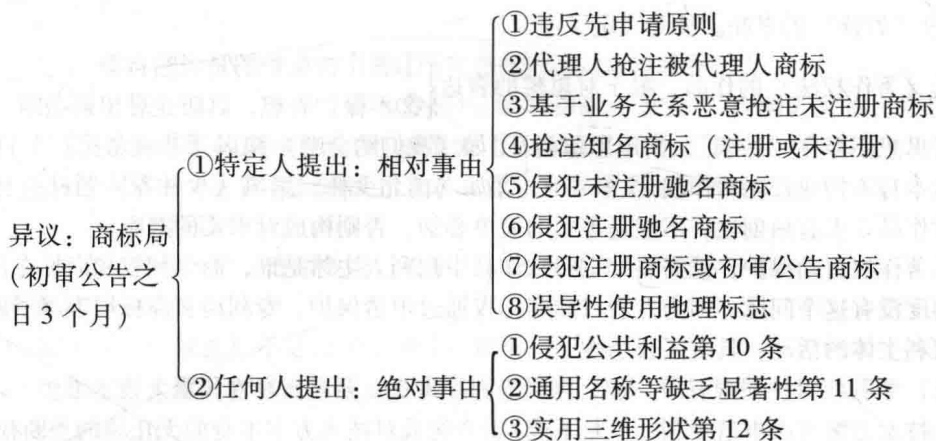
公开申请换取霸道垄断，故受无效宣告制约 { 专利权自始不存在
(专利复审委员会)：部分溯及力 { 已经执行履行的不追究

(三) 标识

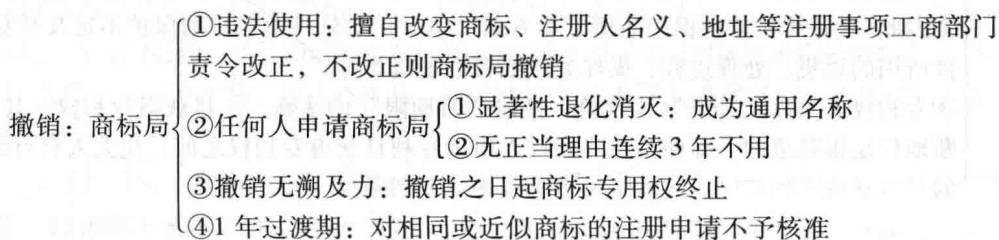
1. 显著性

未注册商标
显著性 { 注册商标 } 公开申请获取“永久”排他权 { ①异议：商标局
注册驰名商标 } { ②撤销：商标局
未注册驰名商标 } { ③无效：商标局商评委
④驰名商标认定

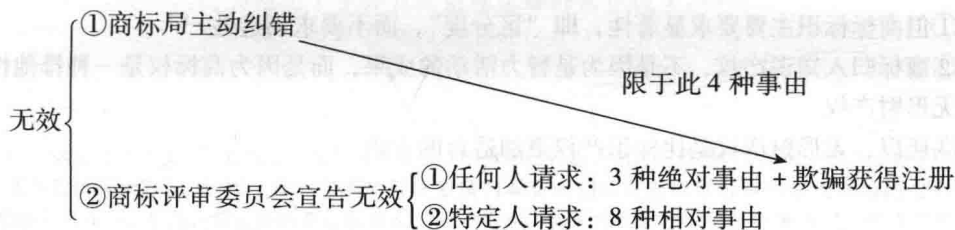
2. 异议



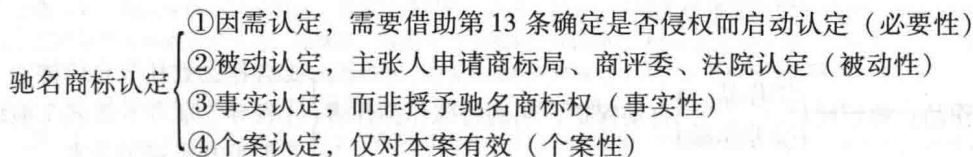
3. 撤销



4. 无效

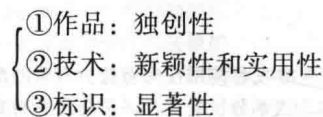


5. 驰名商标认定



二、法理：知识产品垄断基因各不相同

（一）作品、专利和商标的关系：作品，专利技术和商标，都是发源于智力活动，但最后的落脚点不同



(二) 著作权的保护期限很长，加之自动产生，没有任何实质性审查。一旦赋予著作权，是很“恐怖”的垄断。故此决定了：

- ①《著作权法》的作品，限于对思想的表达
 - ①著作权保护的是表达自身
 - ②不保护思想，以防止思想被垄断
- ②思想不存在“抄袭”，借用思想创意本身不构成侵犯著作权
 - ①如《我们约会吧》跟风《非诚勿扰》节目
 - ②如《南北少林》跟风《少林寺》题材的电影
- ③作品要求有独创性，不能是事实的简单叠加，否则构成对事实的垄断
- ④著作权自动保护，就需要推定特殊作品中权利人主体是谁，而专利权和商标专用权制度没有这个问题，因为专利权和商标权通过申请保护，专利局和商标局参与了确定权利主体的活动，具有了公示性

(三) 专利权保护期限有限，加之需要专利局审查，要求新颖性和重大技术进步

- ①技术方案可以申请专利，但是不能获得著作权法保护，否则：
 - ①会构成对技术方案本身的无止境的垄断权
 - ②会阻碍技术的进步和知识的传播
- ②因此，《计算机软件保护条例》第6条“本条例对软件著作权的保护不延及开发软件所用的思想、处理过程、操作方法或者数学概念等。”
- ③专利权人是以“公开”为代价，换取“有期限”的垄断。一旦获得专利权，其垄断地位是很霸道的，即使是在专利权人申请专利日获得专利权之前，相关人自行研发的与专利技术构成同一技术的，也可能构成专利侵权

(四) 商标专用权的期限是10年，但是可以无止境的续展，相当于是无期限的，因此，商标专用权一旦注册，也是很恐怖的

- ①但商标标识主要要求显著性，即“区分度”，而不要求创造性^[1]
- ②商标归入知识产权，不是因为智力活动的成果，而是因为商标权是一种排他性的无形财产权
- ③所以，无形财产权是比知识产权更加适合的术语

第一节 作品：非作品 + 作品 + 特殊作品

- 作品：独创性
 - ①作品
 - ②非作品自动保护，明确特殊作品作者
 - ①合作②委托③自传体
 - ④领导⑤职务⑥匿名⑦演绎
 - ⑧汇编⑨影视⑩美术

[1] 标识不要求独创性：(1) 如某面包店的经营者智商不高，制作面包时没有使用任何有智力含量的配方，而仍然使用广为人知的普通配方。(2) 他也没有采取任何广告营销策略。但为人本分，老实，一贯使用真材实料，从不弄虚作假，久而久之，大家都知道这家面包店出售的面包货真价实，从而使得以经营者名字命名的文字商标获得了极高的剩余，变得远近驰名。(3) 这种情况下，经营者商标权的取得和商标声誉的提升与智力成果没有关系。

一、非作品

- 非作品 {
- ①思想（思想无版权），但是对思想的表达有著作权
 - ②操作方法、技术方案（专利）、实用功能（专利）、实用艺术品（外观设计）
 - ③事实和对事实无独创性的汇编（科学事实、历史事实、新闻事实）
 - ④官方（立法行政司法）正式文件和官方译文（私人译文属于作品）
 - ⑤体育活动
 - ⑥公有领域（通用数表，表格，九九乘法口诀）

判断规则

1. 我国《著作权法》不适用于下列哪些情形

(1) 奥运会开幕式火炬点燃仪式的 **创意** √。^[1]

(2) 法院判决书 √。

(3) 《与贸易有关的知识产权协定》的 **官方中文** 译文 √。^[2]

(4) 《伯尔尼公约》成员国国民的未发表且未经我国有关部门审批的境外影视作品 ×。^[3]

2. 篮球比赛不是作品，舞蹈是作品，故运动员不是表演无表演者权，篮球宝贝是表演有表演者权

甲电视台经过主办方的专有授权，对 **篮球俱乐部联赛** 进行了现场直播，包括在 **比赛** **休息时舞蹈演员跳舞助兴** 的场面。乙电视台未经许可截取电视信号进行 **同步转播**。^[4]

(1) 乙电视台的行为侵犯了主办方对篮球比赛的著作权 ×。^[5]

[1] 属于思想观念。著作权法只保护对思想观念的独创性表达，不保护思想观念本身。(1)《著作条例》第2条，著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。

(2) 思想不是作品。但是，对思想的表达譬如论文就是作品。如果保护思想，思想有著作权，构成思想垄断。

(3) 延伸：思想观念如果符合专利权授予条件，可以申请专利权，如创意、发明、程序、工艺和方法等。Trips 协议第9条第2款，版权保护应延及表达，而不延及思想、工艺、操作方法或数学概念。(4) 联想：点火创意为思想观念，但是对该思想观念的表达，如舞蹈、戏曲等符合独创性要求的，则该表达是作品，享有著作权。创意是思想，不能垄断，他人可以白用；而对创意的表达是智力成果，享有著作权，可以控制他人使用行为。

[2] (1) 著作权的客体不包括公用领域的文件。(2) 法律规定：《著作权法》第5条，本法不适用于：(一) 法律、法规，国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件，及其官方正式译文；(二) 时事新闻；(三) 历法、通用数表、通用表格和公式。

[3] (1) 著作权的客体包括违禁作品。(2) 法律规定：①《著作权法》第4条，“著作人行使著作权，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。”取代了此前的“依法禁止出版、传播的作品，不受本法保护”。②《著作权法》第2条第1、2款，“中国公民、法人或者其他组织的作品，不论是否发表，依照本法享有著作权。”“外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。”(3) 禁：禁止出版，传播。(4) 作品：仍是作品，一定程度受著作权法保护。(5) 停止侵权，销毁侵权物品，但一般不能获得损害赔偿。

[4] (1) 篮球俱乐部联赛，指向篮球比赛，不是作品，不形成著作权。(2) 比赛休息时舞蹈演员跳舞助兴，指向舞蹈是作品，舞蹈演员对其舞蹈表演活动有表演者权。(3) 乙电视台未经许可截取电视信号进行同步转播，指向乙电视台侵犯了甲电视台对其电视信号的广播组织权、侵犯了舞蹈演员表演者权中的现场直播权。

[5] (1) 体育运动、体育比赛不是智力创作活动，不属于著作权法上的“作品”。(2) 因为篮球、足球等体育动作本身是在一定技术规则下的任意动作，这些体育动作不是智力创作活动，不能形成受著作权法保护的作品。

(2) 乙电视台的行为侵犯了篮球运动员的表演者权×。^[1]

(3) 乙电视台的行为侵犯了舞蹈演员的表演者权√。^[2]

(4) 乙电视台的行为侵犯了主办方的广播组织权×。^[3]

3. 综艺节目模式本身属于思想,不是作品,不产生著作权;但综艺节目中的节目文字脚本、舞美设计、音乐等构成作品,启动著作权^[4]

《欢乐喜剧人》制作方与播放平台上海东方卫视之争:^[5]

(1)《欢乐喜剧人》,除了其中的节目文字脚本、舞美设计、音乐等单独作品外,占据节目主要部分的节目流程、比赛规则、主持风格等元素,并不会受到《著作权法》保护。

(2)《欢乐喜剧人》制作人“欢乐传媒”在其声明中提到的“独家拥有该节目模式并拥有全球范围著作权”,在司法实践一般不予支持。

(3)不过,“欢乐喜剧人”的文字可以被注册为商标。事实上确实已经被北京欢乐嘉娱文化投资有限公司申请注册了第9、35、38、41、42类商标,处于初审阶段。如果播放平台东方卫视擅自继续使用会构成商标侵权。

(4)但是,播放平台东方卫视若在选用新的节目名称、文字脚本、舞美设计、背景音乐等的前提下,借鉴《欢乐喜剧人》那种嘉宾逐一上台竞演并由观众票选最佳的节目流程、各类淘汰赛制、诙谐客串的主持风格等,在法律上并不构成侵权。

[1] (1)表演者对其“对作品的表演活动”享有表演者权。(2)表演者权的客体是“表演活动”,限于对“作品”的表演活动。(3)对非作品的表演,不是著作权法上的表演。(4)因此,篮球比赛不是作品,篮球运动员也不是著作权法上的表演者。

[2] (1)对作品的表演,是著作权法上的表演。(2)《著作权法》第3条第3项规定,舞蹈是作品,舞蹈演员是表演者。(3)舞蹈演员对其表演的舞蹈有表演者权。(4)表演者权包括:半个广播权(直播现场表演)、首次固定权(录音录像)、复制权发行权、信息网络传播权。(5)其中半个广播权:《著作权法》第38条第1款第3项,表演者对其表演享有下列权利:许可他人从现场直播和公开传送其现场表演,并获得报酬。

[3] (1)广播组织权:广播组织者对其播出的节目信号享有转播权、录制权和复制权。(2)法律依据:《著作权法》第45条第1款,“广播电台、电视台有权禁止未经其许可的下列行为:(一)将其播放的广播、电视转播;(二)将其播放的广播、电视录制在音像载体上以及复制音像载体。”(3)但是,主办方不是广播组织,不是广播电台、电视台。(4)主办方也没有具体从事受法律保护的播放活动,不存在“广播、电视节目信号”。(5)因此主办方不享有广播组织权。

[4] (1)2015年4月8日北京市高级人民法院《关于审理涉及综艺节目著作权纠纷案件若干问题的解答》中对第10个问题的解答:“综艺节目模式是综艺节目创意、流程、规则、技术规定、主持风格等多种元素的综合体。综艺节目模式属于思想的,不受《著作权法》的保护。综艺节目中的节目文字脚本、舞美设计、音乐等构成作品的,可以受《著作权法》的保护。”(2)对第11个问题的解答:“综艺节目模式引进合同涉及著作权许可、技术服务等多项内容,其性质应依据合同内容确定。”

[5] (1)自从2009年当时的国家广电总局下发《关于认真做好广播电视制播分离改革的意见》以来,我国的电视节目制播分离改革便走上正轨。(2)所谓“制播分离”,正是指将除新闻、社会访谈类以外的节目的制作与播出平台分隔开,引入市场机制,实行节目的市场招标采购,以便更好地加强竞争力,提高节目质量,降低节目成本,丰富节目内容。这也是适应国家包括文化体制改革在内的全面深化改革的趋势和要求的做法。(3)由此,就会造成制作方与播放平台之间的分离,以及由此产生的纠纷。

二、作品

- 作品 {
- ①独创性
 - ②违禁作品
 - ③文字作品、口述作品
 - ④音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品
 - ⑤美术作品、建筑作品
 - ⑥摄影作品
 - ⑦影视作品
 - ⑧图形作品：工程设计图、产品设计图、地图、示意图
 - ⑨模型作品：地理沙盘模型、动植物模型和产品模型
 - ⑩计算机软件

判断规则

1. 期刊或书籍的名称是否可以成为作品，理论界存在争议，应看题干措辞

某杂志社的期刊名称设计新颖，具有独特的含义，并且产生了广泛而良好的社会声誉，特咨询某律师其名称可以获得哪些法律保护。就该问题，该律师的下列哪种回答既符合法律规定又能最大限度地保护当事人的利益：

- (1) 著作权法、商标法 ×。
- (2) 著作权法、反不正当竞争法 ×。
- (3) 商标法、反不正当竞争法 ×。
- (4) 著作权法、商标法、反不正当竞争法 √。〔1〕

2. 文字作品、口述作品，文字作品不同于文学作品，没有上升到文学水准，但有独创性的文字组合仍然是文字作品之“求爱信”

谢某为某电视台的著名栏目主持人，曾与何某在大学期间恋爱。何某为了炫耀，将谢某写给自己署有真实姓名的“求爱信”在互联网上传播，给谢某造成了不良影响。何某侵犯了谢某的民事权利：

- (1) 发表权、信息网络传播权 √。
- (2) 隐私权 √。
- (3) 荣誉权 ×。

3. 单纯的复制，不是创作行为，不启动著作权

〔1〕 (1) “期刊名称设计新颖，具有独特的含义”，指向是作品。司法部解析：“对于期刊名称能否成为作品，理论界存在一些争议，但题干中特别指明该期刊名称‘设计新颖，具有独特的含义’，应当认为它属于作品的范畴，可以受到《著作权法》的保护。”期刊名称与商标的关系：如果具有显著性可以成为注册商标（只要期刊名称能够将使用者提供的商品与其他人提供的相同或类似商品区分开，不侵犯他人在先权利、不具有功能性、不违反法律强制性规定，就可以成为注册商标。）期刊名称也可以用以区分不同的期刊，杂志社可将其申请为注册商标，受到《商标法》的保护。(2) 该期刊名称如经使用后获得显著性，可以成为未注册驰名商标。(3) 期刊名称与知名商品的特有名称：根据《反不正当竞争法》第5条：“经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：……（二）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品……”期刊名称可以认为属于“知名商品特有的名称”，从而受到《反不正当竞争法》的保护。

清风艺术馆将其收藏的一批古代名家绘画扫描成高仿品，举办了“古代名画精品展”，并在入场券上以醒目方式提示“不得拍照、摄影”。唐某购票观展时趁人不备拍摄了展品，郑某则购买了该批绘画的纸质高仿版，扫描后将其中“清风艺术馆珍藏、复制必究”的标记清除。事后，唐某、郑某均在某电商网站出售各自制作的该批绘画的高仿品，也均未注明来源于艺术馆。艺术馆发现后，向电商发出通知，要求立即将两人销售的高仿品下架。

(1) 唐某、郑某侵犯了艺术馆的[署名权]。×

(2) 郑某实施了删除[权利]管理信息的违法行为^[1]。×

(3) [唐某未经许可拍摄的行为构成违约]^[2]。✓

(4) 电商网站收到通知后如不采取措施阻止唐某、郑某销售该高仿品，应向艺术馆承担赔偿责任。^[3] ×

图构如下：

古代名家绘画(作者) ←——→ 清风艺术馆收藏(非作者) + { 偷拍者：唐某
购买者：郑某 } 扫描并放上电商网站平台

三、特殊作品：认定谁是作者

(一) 合作作品

- ① 共有前提：必须有通谋，共同创作的合意^[4]
- ② 按份共有：可分割使用
- ③ 共同共有：任何一方不可阻止他方除转让之外权利
- ④ 合作者死亡：财产权无人继承受遗赠，归其他合作者，不能与国家共有
- ⑤ 软件作品合作开发，也同此理（《计算机软件保护条例》第10条）

判断规则

(1) 合作作品的判断，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

甲提供资金，乙组织丙和丁以乡村教师戊为原型创作小说《小河弯弯》。在创作中丙写提纲，丁写初稿，丙修改，戊提供了生活素材，乙提供了一些咨询意见。^[5]

①甲提供资金是完成创作的保障，应为作者。×

[1] 没有权利，谈不上权利管理信息，类似于“我保留追究法律责任的权利”，其实自己压根就是侵权人，还“保留”，自己保留去吧，跟别人没有关系。

[2] (1) 题干信息：并在入场券上以醒目方式提示“不得拍照、摄影”。(2) “古代名家”，指向著作权财产权中的复制权已经过了保护期。唐某、郑某复制发行，均没有侵权。因为绘画已经进入了公共领域。(3) 所以，博物馆只能找唐某主张违约责任了。博物馆控制大家接触的方式就是通过合同约定。(4) 《著作条例》第2条，著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以某种有形形式复制的智力成果。

[3] (1) 没有权利没有著作财产权，谈不上侵权。(2) 又没有合同关系，其实还考察了合同的相对性。(3) 侵权责任侵犯的权益应该是绝对权。

[4] 准用合作作品：多个继承人基于继承“共有”一个作品，如果意见不一致，也适用“合作作品”规则。

[5] (1) 甲出钱，乙出咨询意见，戊提供素材，指向甲乙戊没有创作，不是合作作者。(2) 丙写提纲、丁写初稿，丙修改。指向三点：①丙丁是合作作者。②《小河弯弯》是小说，不可分割使用。③除《小河弯弯》著作权转让外的权利，丙丁相互之间无一票否决权。