

2017国家司法考试系列

# 钟秀勇讲知产

瑞达组编 | 钟秀勇 编著



北京日报出版社

2017 国家司法考试系列

# 钟秀勇讲知产

瑞达组编 钟秀勇编著



北京日报出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

钟秀勇讲知产 / 瑞达组编; 钟秀勇编著.

—北京: 北京日报出版社, 2017. 2

(2017 年国家司法考试系列)

ISBN 978 - 7 - 5477 - 2261 - 9

I. ①钟… II. ①瑞… ②钟… 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 (2016) 第 254878 号

## 钟秀勇讲知产

---

出版发行 北京日报出版社

地 址 北京市东城区东单三条 8 - 16 号东方广场东配楼四层

邮 编 100005

电 话 发行部 (010) 65255876

总编室 (010) 65252135

印 刷 北京久佳印刷有限责任公司

经 销 各地新华书店

版 次 2017 年 2 月第 1 版

印 次 2017 年 2 月第 1 次印刷

开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印 张 9

字 数 210 千字

定 价 35.00 元

---

版权所有, 侵权必究, 未经许可, 不得转载

# 目 录

第一章 著作权法 .....	1
一、著作权的客体 (★★) .....	2
二、著作权归属的一般规则 (★★★) .....	9
三、特殊作品的著作权归属规则 (★★★) .....	12
四、著作权的内容 (★★★) .....	22
五、著作权的保护期限 (★★) .....	39
六、邻接权的内容与保护期 (★★★) .....	40
七、合理使用 (★★★) .....	49
八、法定许可 (★★) .....	54
九、著作权侵权 (★★★) .....	58
第二章 专利法 .....	61
一、专利权的客体 (★★) .....	62
二、授予专利权的条件 (可专利性) (★★★) .....	63
三、专利申请 (★★) .....	65
四、专利权的归属 (该知识点与“技术合同”多有重合之处) (★★) .....	69
五、专利权的内容、专利权的期限、专利无效的宣告 (★★★) .....	71
六、专利权的限制: 强制许可 (仅限于发明和实用新型专利) (★★) .....	79
七、专利侵权 (★★★) .....	80
第三章 商标法 .....	96
一、商标保护的理论基础 (★★) .....	97
二、商标专用权 (★★) .....	103
三、商标权的客体 (★★★) .....	105
四、注册商标的申请原则和规则 (★★) .....	110
五、异议制度 (《商标法》第 33~36 条) (★★) .....	114
六、注册商标权的保护期、续展、转让与许可使用 (★★) .....	115
七、注册商标的撤销 (★★) .....	119
八、注册商标的无效宣告 (《商标法》第 44、45、46、47、50 条) (★★★) .....	120
九、商标侵权 (★★★) .....	123

第四章 知识产权侵权的共同规则 .....	130
一、知识产权请求权与 （知识产权遭受侵害后的）损害赔偿请求权（★★★） .....	130
二、知识产权纠纷案件的一审管辖（级别管辖）（★★★） .....	131
三、原告的确（★★★） .....	132
四、诉讼时效（《著作权纠纷解释》第28条； 《商标纠纷解释》第18条；《专利纠纷规定》第23条）（★★★） .....	133
五、侵权损害赔偿数额的确定（★★★） .....	134
六、善意销售（《著作权法》第52条；《计算机软件保护条例》第30条； 《商标法》第64条第二款；《专利法》第70条；《专利侵权解释（二）》 第25条）（★★★） .....	134
七、知识产权“间接侵权”的新进展（★★） .....	136
八、诉前措施（PreliminaryInjunction） （《专利法》第66、67条）（★★） .....	136



# 第一章

## 著作权法

本章考核概况统计表 (2006 ~ 2016)

考 点	考查次数	考查概率	大致分值	涉及的法条
著作权的客体	4	90%	1	《著作权法》第 4、5 条
著作权的保护期	1	50%	1	《著作权法》第 20、21 条
取得著作权的时点	4	90%	1	《著作权法》第 2 条
合作作品著作权的归属	6	90%	1	《著作权法》第 13 条;《著作权法实施条例》第 9、14 条
委托作品著作权的归属	7	100%	1	《著作权法》第 17 条;《著作权民事纠纷案件解释》第 12 ~ 14 条
演绎作品著作权的归属	3	90%	1	《著作权法》第 12 条
美术作品著作权的归属	4	50%	1	《著作权法》第 18 条
演绎作品著作权的归属	2	50%	1	《著作权法》第 14 条
保护作品完整权	3	50%	1	《著作权法》第 10 条
署名权	4	90%	1	《著作权法》第 10 条
发表权	5	90%	1	《著作权法》第 10 条
出租权	5	90%	1	《著作权法》第 10 条
表演权	8	90%	1	《著作权法》第 10 条

续表

考 点	考查次数	考查概率	大致分值	涉及的法条
信息网络传播权	8	90%	1	《著作权法》第 10 条;《信息网络传播权保护条例》;《侵害信息网络传播权案件规定》第 1~16 条
计算机软件著作权	3	90%	1	《计算机软件保护条例》第 30 条;《著作权民事纠纷案件解释》第 21 条
表演者权	7	100%	1	《著作权法》第 37 条
广播组织者权	6	90%	1	《著作权法》第 44 条
录音录像制品制作者权	6	90%	1	《著作权法》第 41 条
著作权侵权	5	90%	1~2	《著作权法》第 10 条;《著作权法》第 46~47 条
合理使用	7	90%	1~2	《著作权法》第 22 条;《著作权纠纷案件解释》第 18 条
法定许可	5	90%	1~2	《著作权法》第 23、32、39、42、43、45 条

### 复习提要

《著作权法》每年约考 7 分。①著作权的内容最为重要，每年必考。一定要掌握《著作权法》第 10 条。特别是署名权、发表权、出租权、表演权、信息网络传播权、发行权、复制权。②邻接权每年必考。必须掌握表演者权（《著作权法》第 38 条）；录音、录像制品制作者权（《著作权法》第 42 条）；广播组织者权（《著作权法》第 45 条）。③著作权的归属是常考点。尤其是委托作品、合作作品、演绎作品著作权的归属问题。④合理使用（《著作权法》第 22 条）常常考到，应当掌握。此外对合理使用还需注意两点：第一点，《信息网络传播权保护条例》第 12 条对合理使用制度的限制；第二点，2013 年 1 月 30 日修订的《计算机软件保护条例》对计算机软件著作权新增了一种合理使用。⑤法定许可（《著作权法》第 23、32、39、42、43、45 条）十有八九会被考到，应当掌握。

## 一、著作权的客体（★★）

### （一）著作权的客体为作品（★★）

#### 1. 透过事例体味“作品”的概念

作品是一种具有独创性的表达，一种无形财产，作品虽可被感知，但你触摸不到它，你也拥抱不到它。再喜欢一个作品，你也不能“拥着它入睡”，你只能“枕着它的名字入眠”，因为作品具有无形性。作品需要载体，但“作品”与“作品的载体”不是一回事。

【例1】甲创作一幅国画《冰冰出浴图》。乙在欣赏这幅画时，不小心撕毁了这幅画。

①问题（一）：甲请求乙承担侵犯著作权的责任，成立否？答：不成立。理由：甲之著作权的客体是作品，是以画的原件为载体的一种“具有独创性的表达”，是一种“无形财产”（Intangible Property）。作品不会因为原件被撕毁而遭受侵害，故而，乙撕毁画作原件的行为不构成对甲著作权的侵害。②问题（二）：甲请求乙承担侵犯物权的责任，成立否？答：成立。理由：该画的原件是一物（动产），系甲之所有权的客体，乙过失撕毁画的行为侵犯了甲对画的所有权。③著作权与物权的客体不同，由此决定了侵害著作权与侵害物权所要求的加害行为的形态也不同。

【例2】甲创作一幅国画《冰冰出浴图》。甲将该画原件以50万元出卖给乙并交付，未作其他约定。后未经甲同意，乙许可丙药厂使用《冰冰出浴图》在各省市做平面广告（丙为此向乙支付报酬200万元）。①问题（一）：甲起诉丙侵犯著作权，能否成立？答：成立。理由：甲向乙移转的是对物（画的原件）的支配权，并未移转对作品的支配权。乙仅取得原件的所有权和作品原件的展览权（著作权中的一项权能）。除了作品原件的展览权外，该作品上的其他著作权（包括作品复制件的展览权）仍归甲享有。丙的行为侵犯了甲之著作权中的复制权、作品复制件的展览权和获得报酬权。②问题（二）：《冰冰出浴图》这张画的原件（Painting）与《冰冰出浴图》这个作品（Work）到底有嘛区别？答：（a）画的原件是物，系物权的客体，有形财产，看得见，摸得着；（b）作品是有独创性的表达（Expression），系著作权的客体，无形财产，看不见，摸不着，但可感知；（c）这幅画的原件是这个作品的载体。

【例3】甲创作一幅国画《冰冰出浴图》。甲、乙约定：“甲以50万元将该画原件出卖给乙；并以500万元将该画的著作财产权转让给乙。”甲、乙均已履约。此后，甲凭记忆临摹了一幅与《冰冰出浴图》一模一样的国画《冰冰出浴图（二）》，并以100万元的价格将《冰冰出浴图（二）》出卖给路人丙。①根据甲、乙间的约定，《冰冰出浴图》这一作品的著作权已归乙享有。②《冰冰出浴图（二）》系对《冰冰出浴图》的精确临摹，不构成创作，而系对《冰冰出浴图》这个作品的复制行为；甲将其出卖给路人丙，而系对《冰冰出浴图》这个作品的发行行为，均受乙所受让之著作权的控制。③结论：甲的行为侵犯了乙之著作权中的复制权、发行权、获得报酬权。④《冰冰出浴图》这一作品虽出自甲之手。但在甲将对这一作品的支配权让渡给乙之后，甲对这一作品的利用行为（复制、发行、信息网络传播等）均受制于乙。

## 2. 作品的特征

著作权的客体是作品（work）。作品，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（《著作权法实施条例》第2条）。其特征有三：

- |   |                             |
|---|-----------------------------|
| ① | 需为创造性智力成果（劳动本身不受著作权法保护）。    |
| ② | 能够以某种有形形式复制（须为能被客观感知的外在表达）。 |
| ③ | 需具有独创性（originality）。        |



3. 独创性的要素	
(1)	“独”。指独立创作，源于本人（见例4）。包括两种情形：
	① 从无到有独立创作；
	② 以他人已有作品为基础再创作，且产生的作品与原作品存在可以被客观识别、并非太过细微的差异。
(2)	“创”。指作品达到了一定水准的智力创造高度（见例5和例6）。理解上注意三点：
	① 没有留下智力创造空间的活动不符合“创”的要求。
	② 独创性中的“创”不要求达到专利法中的“创造性”高度。
	④ 独创性中的“创”并不要求具备高度文学和美学价值，但要求智力创造性不能过于微不足道，需要体现出作者独特的智力判断和选择，展示作者的个性并达到一定创作高度要求。

【例4】诗人甲、乙参加中国房地产协会组织的游庐山活动，晚上回宾馆进餐洗浴后，回各自房间创作。令人惊叹的是，他们各自作出的一首诗居然分毫不差。碰巧！诗曰：“横看成岭侧成峰，远近高低各不同。不识庐山真面目，只缘身在此山中。”①两个作品一模一样。②源于诗人甲、乙各自的独立创作。甲、乙均对其各自创作的诗歌享有著作权。③有人会为例3与例4产生混淆。其区别十分明显。在例4中，甲、乙独立创作前均未接触过对方的作品。④独呀独！

【例5】诗人甲许久无作品问世。一日，灵感突降，将一首古诗改成下面的模样：“清明时节雨，纷纷路上行人。欲断魂！借问酒家何处？有牧童，遥指杏花村。”①虽然只是把别人的诗重加标点，但新作品就这样诞生了，甲对自己创作的“新词”享有著作权。②创啊创！

【例6】老钟2016年到上海青浦讲课时，为了招同学们喜欢，绞尽脑汁整出一首诗。诗曰：“横看成岭侧成峰，多少楼台烟雨中。停车坐爱枫林晚，人面桃花相映红。”①此诗也粗陋，且不无亵渎名篇之嫌，但以独创性标准论之，仍不失为具有独创性的作品，作者老钟对其享有著作权。②创呀创！

4. 因无“创”而不属于作品的常见例子	
①	将汉字作品“改成”盲文（因汉字与盲文存在着——对应关系）。
②	电视节目表。
③	（仅按姓氏笔画排列的客户）电话号码簿（见例7）。（需注意：有些电话号码簿，具有独创性，属于作品。例如：按照类别编写的名为“美食地图”之电话号码簿。）
④	精确临摹所产生的复制品（见例8）。
⑤	“大头贴”（没有留下智力创造空间）。

【例7】甲为某公司业务员，推销一种高级营养品。作为一个有心人，甲历经千辛万苦，收集了数百名客户的电话号码与住址等信息，仅按照姓氏笔画顺序排列成册。乙公司生产类似功能的营养品，得到甲编制的电话号码簿，复印200册，交给公司推销员在业务

中使用。①甲编制顾客电话号码簿，“浑身冒汗”，呕心沥血，但该电话号码簿无独创性，不是作品，甲对其不享有著作权。②结论：乙公司未侵犯甲的著作权。③美国联邦最高法院1991年判决的Feist案，将构成作品的条件由“额头冒汗标准”更改为“独创性标准”，其争议内容就是“以姓氏笔画排列的电话号码簿”是否为作品，应否受著作权法保护。

【例8】甲创作一幅国画《冰冰出浴图》。乙临摹了一张，惟妙惟肖，外人莫辨彼此。后来，丙药厂未经任何人同意，擅自使用乙临摹的《冰冰出浴图》给自己的减肥药做广告。①乙的行为是临摹，未产生具有独创性的作品。故乙对临摹的《冰冰出浴图》不享有著作权，乙仅对画的载体享有所有权。②丙侵犯了甲之著作权中的复制权、展览权、获得报酬权。③丙不曾侵犯乙的著作权（因为乙对此不享有著作权）。

## （二）不受著作权法保护的对象（★★）

- 不受版权法保护的對象
- ①思想
  - ②操作方法、技术方案、实用功能
  - ③事实以及对事实无独创性的汇编
  - ④（立法、司法、行政性质的）官方正式文件
  - ⑤竞技体育活动（如比赛规则、运动员在比赛中的表演）
  - ⑥有领域的作品（如通用数表、通用表格）

### 1. 思想与表达二分法（The Idea - Expression Dichotomy）

①	著作权的客体是作品。作品是对思想观念的独创性表达。
②	著作权只保护对思想之有独创性的表达（Expression），而不保护思想观念（Idea）。
③	“思想观念”采广义理解，包括：思想、思路、观念、构思、概念、原则、客观事实、发现、创意、发明、程序、技术方案、工艺和方法等。

【例1】北京大学历史系教授钟某，皓首穷经，历三十年苦心孤诣之研究，确认了一段历史事实：“安史之乱时，杨贵妃在马嵬坡被赐死之际，被一个和尚拯救，二人携手东渡抵达日本，定居北海道，颐养天年凡45载。”钟某还针对这一史实连发数篇论文，石破天惊。上海作家韩某闻知后，擅自以该史实为基础，连续创作两部长篇小说《贵妃夜奔》和《空也色》，一时洛阳纸贵，销量数百万册。不曾想，此事居然成讼，钟某将韩某起诉至北京市第一中级人民法院，要求韩某承担侵犯著作权的责任。①呕心沥血获得的客观事实，属于广义的思想观念（Idea），不受著作权法保护。故钟某的诉讼请求应被驳回。②若韩某抄袭了钟某的论文，那就构成著作权侵权了。因为论文是对史实的表达（Expression），若具独创性，系作品，属著作权法保护的對象。③《著作权法》是不是很有意思？

【例2】清华大学讲师钟某发明了“人造鸡蛋”，并获得产品专利权。社会闲杂人员王某在网上阅读该专利说明书后，大肆制造人造鸡蛋出售，年获利5000万元。①“人造鸡蛋”产品专利，是一种技术方案（Scheme），属于思想观念。可为专利权的客体，但不能为著作权客体。②若钟某状告王某侵犯自己的专利权，可获胜诉判决。③若钟某仅状告王某侵犯自己的著作权，法院应判决驳回钟某的诉讼请求。

【例3】清华大学讲师钟某发明了“人造鸡蛋”，并获得产品专利权。钟某还专门为此撰写《人造鸡蛋生产流程ABC》的小册子。社会闲杂人员王某在网上阅读该专利说明书后，大肆制造人造鸡蛋出售，年获利5000万元。第二年，王某欲扩大生产规模，又招聘员工200名。王某擅自将《人造鸡蛋生产流程ABC》复印200份，发给员工，人手一册，誓以“7.8%的年增长率”生产人造鸡蛋。①《人造鸡蛋生产流程ABC》是对思想（发明之技术方案）的表达，具有独创性的，系作品，其作者享有著作权。②Now！钟某若起诉王某侵犯自己的著作权，可获胜诉判决。③或者王某将“专利说明书”复印200份，发给员工，人手一册，亦构成对“专利说明书”作者之著作权的侵害（按：“专利说明书”是否受著作权法保护，存有争议。老钟请教过北京高院知识产权庭的主审法官，获肯定答案！）。④知识产权法太搞了！

### 典型真题

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？（2006/3/15）<sup>①</sup>

- A. 著作权法、商标法、反不正当竞争法
- B. 著作权法、商标法
- C. 著作权法、反不正当竞争法
- D. 商标法、反不正当竞争法

#### 【解析】

①著作权保护的客体是作品。根据《著作权法实施条例》第2条，该期刊名称只要符合“独创性”的要求，就是作品，可获著作权法的保护（当然，我们得承认，可达此种标准的杂志名称，凤毛麟角）。②商标权保护的客体是区分商品与服务来源的标记。作为商标的标记，须具有“显著性”[能将商标使用者提供的商品（服务）与其他人提供的相同或者类似商品或服务区分开]。若该期刊名称具有“显著性”，可申请为注册商标获得保护。也可以不注册，通过使用成为未注册驰名商标而获得保护。③《反不正当竞争法》第5条规定：“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……”本题中，该期刊名称属于“知名商品的特有名称”，可获得《反不正当竞争法》的保护。综上，本题唯一正确答案为A选项。

2. 无著作权的作品或智力成果（《著作权法》第5条）	
①	时事新闻（指媒体报道的单纯事实消息）。
②	历法、通用数表、通用表格和公式。
③	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（私人译文可享有著作权）。

① 答案：A

【例4】老钟颇费踌躇后，未经任何人允许，在中国裁判文书网所载的数千个知识产权裁判文书中，用心挑选并下载了300余个，未作修改，即按照精心设计的四十多个栏目汇编成册，冠以《中国知识产权 Leading Case (2006—2016)》之名，送法律出版社出版，一时洛阳纸贵（因选编独具特色，特别方便使用）。二娃未经老钟允许，擅自将《中国知识产权 Leading Case (2006—2016)》复制一万册，送各盗版书商销售。①问题（一）：若撰写《Leading Case》所载裁判文书的法院（或法官）诉请老钟和（或）二娃承担侵犯著作权的责任，能否成立？答：不成立。原因：作为正式司法文件的裁判文书不受著作权法保护。②问题（二）：若老钟诉请二娃承担侵犯著作权的责任，能否成立？答：成立。原因：因老钟的选择编排具有独创性，《Leading Case》系汇编作品，老钟系该汇编作品的著作权人。根据《著作权法》第14条，对“不构成作品的数据库或者其他材料”进行汇编，若选择或者编排体现独创性，仍可构成汇编作品。

### （三）特殊问题：违禁作品与实用艺术品（★★）

1. 违禁作品是否受《著作权法》保护（《著作权法》第4条）？	
法律规则的变化	
(1)	① 《著作权法》于2010年修改之前，《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。”即：不受著作权法保护。需注意：①对于“以中国为起源国”的作品，这一规定并无毛病；②但对于“以其他成员国为起源国”的作品，这一规定违反了《伯尔尼公约》第5条第2款规定的“自动保护原则”，所以，需要修改。
	② 2010年2月26日《著作权法》修改后，《著作权法》第4条规定：“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。”即：受著作权法一定程度的保护。
“违禁作品”的法律地位	
依法禁止出版、传播的违禁作品（如：木子美性爱笔记、饭岛爱之AV遗作、“艳照门”的摄影作品、中宣部确定的禁书、Playboy杂志），2010年2月26日以后，其法律地位是：	
(2)	① 违禁作品，中国可采取措施，禁止其出版、传播（著作权人的“自用”受限制）。
	② 违禁作品，仍受一定程度的著作权法保护，若有人侵犯其著作权，著作权人仍有权请求加害人承担停止侵权、销毁侵权物品等责任（著作权人得“禁止他用”），只是一般不能主张损害赔偿（因为著作权人自己原本也不能通过出版、传播获得经济利益）。
举重明轻：“违反出版法规”的作品	
(3)	“侵权演绎作品”、擅自出版的无书号作品、擅自发行（放映）的未经电影主管部门审批进口的电影，属于“违反出版法规的作品”，不属于违禁作品（违禁作品，指内容根本违法，不可能合法出版、传播的作品），但举重明轻，违反出版法规的作品，仍受《著作权法》的保护，且保护程度更高（甚至可能主张损害赔偿）。

### 2. 实用艺术品（Works of Applied Art）

(1)	实用艺术品，指既具有美感，又具有实用功能的物品。涵盖首饰、家具、壁纸、服装、小摆件等。
-----	---

续表

2. 实用艺术品 (Works of Applied Art)	
(2)	实用艺术品作为“美术作品”受《著作权法》保护的三个条件(见例1)。
	① 实用功能与具有美感的艺术设计在物理上或者观念上相互独立;
	③ 能够独立存在的艺术设计具有独创性;
	③ 艺术设计部分具有较高水准的艺术创作高度。

【例1】甲公司制造出售的“富康”小汽车外形史无前例地采用了赏心悦目的“水滴形状”，该“水滴形状”具有减少空气阻力、稳定车身平衡、增加贴地压力、降低行驶噪音等实用功能。乙公司擅自在自己制造出售的“Jili”小汽车上采用了“水滴形状”。甲以其对“富康”小汽车“水滴形状”这一实用艺术品享有的著作权遭受侵害为由起诉乙。

①若将“水滴形状”变换为其他形状(如“菱形形状”)时，将不可避免地减损或丧失前述(减少空气阻力、稳定车身平衡、增加贴地压力、降低行驶噪音等)功能。那么，“水滴形状”这一艺术设计与其实用功能无物理上或观念上的独立性，不能获得著作权法保护。甲对乙的诉讼请求就不能成立。②原因：著作权不保护实用功能(著作权保护期太长，以著作权保护实用技术功能，没有给公共领域留下“足够好，且足够多”的东西，缺乏正当性)。③“水滴形状”符合外观设计专利授权条件的，甲可申请外观设计专利权。



### 典型真题

我国《著作权法》不适用于下列哪些选项?(2011/3/61)①

- A. 法院判决书
- B. 《与贸易有关的知识产权协定》的官方中文译文
- C. 《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
- D. 奥运会开幕式火炬点燃仪式的创意

#### 【解析】

①据《著作权法》第5条，法院判决书、《与贸易有关的知识产权协定》的官方中文译文属于具有立法、司法性质的官方正式文件，不属于著作权的客体，故A选项当选；故B选项当选。②根据《著作权法》第2条第二款，《伯尔尼公约》成员国的国民享有著作权的作品，在中国获得自动保护，无须履行任何手续，均自其创造完成之日起在中国获得保护。需指出：尽管《电影管理条例》第24条第二款规定：“未经国务院广播电影电视行政主管部门审查机构审查通过的影片，不得发行、放映、进口、出口。”但是，根据《著作权法》第4条，未经我国有关部门审批的境外影视作品，仍受中国著作权法保护，只是国家可以采取保护措施，禁止其放映、发行。故C选项不当选。③根据思想与表达二分法，奥运会开幕式点火仪式的创意，属于思想观念，不能受著作权法保护。故D选项当选。④题外话：点火创意虽为思想观念，不属于著作权的客体；但对该创意的表达(舞蹈、戏曲)，符合独创性要求的则为作品，系著作权的客体，受著作权法保护。

① 答案：ABD

## 二、著作权归属的一般规则 (★★★)



### (一) 作者系著作权的原始主体 (★★)

作者系著作权的原始主体	
(1)	著作权属于作者，法律另有规定的除外。
(2)	作者的认定规则，包含以下四个方面的内容：
	① 创作作品的自然人是作者。
	② 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（如打印、誊写、校正），均不视为创作（这些人不属于作者）。
	③ 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（如大型软件、百科全书、地图等），法人或者其他组织视为作者。
④ 作者的推定：推定在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。	

### (二) 作品何时 (When) 受中国著作权法保护? (★★★)

《著作权法》第2条	
①	第一款：“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。”
③	第二款：“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	第三款：“外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依照本法享有著作权。”
④	第四款：“未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版的，受本法保护。”

#### 1. 著作权的地域性

著作权具有“地域性”，基于此地域性，不同作品受中国著作权法保护的时点并不相同，分两种情况：

①	对于“以中国为起源国”的作品，基于主权，中国可以“随意”规定其受中国著作权法保护的条件和时间。《著作权法》第2条第一款和第三款采用“自动保护原则”，其规定，无论是中国人、外国人还是无国籍人创作的作品，只要以中国为起源国，著作权自作品创作完成之日起产生（无须发表，无须固定于载体、亦无须办理著作权登记）。需注意：有些时候，外国人、无国籍人创作的作品，也可能成为“以中国为起源国”的作品（详见后述）。
②	对于“以外国为起源国”的作品，在中国并不当然受到承认和保护。仅在根据中国参加（或签订）的国际条约、双边或者多边协定的规定，该作品“符合特定条件”，从而“以成员国或缔约国为起源国”之时，中国才对其负有保护的义务。需注意：有些时候，中国人创作的作品，也可能成为“以外国为起源国”的作品（详见后述）。

## 2. 起源国的判断

作品的起源国 (country of origin), 不仅决定一部作品是否受中国保护, 何时受中国保护 (受保护的期间); 还决定一部作品是仅依照中国《著作权法》受保护, 还是另须依照《伯尔尼公约》规定的最低保护标准受保护 (受保护的的标准)。根据《伯尔尼公约》第 4 条, 须按照下列三个规则 (“连接点”) 确定一个作品的起源国:

①	对于“首先”在某一成员国“出版”的作品, 以该成员国为起源国; 对于在分别给予不同保护期的几个成员国“同时出版”(30 天内出版) 的作品, 以立法给予最短保护期的成员国为起源国。
②	对于同时在某一非成员国和某一成员国出版的作品, 以后者 (成员国) 为起源国。
③	对于“未出版”的作品, 或首先在某一非成员国出版而未同时在成员国出版的作品, 作者为其国民的成员国为起源国。

## 3. 外国人、无国籍人的作品受中国著作权法保护的的条件

《著作权法》第 2 条第二款至第四款落实了《伯尔尼公约》第 3 条之要求。根据其规定, 外国人、无国籍人创作的作品, 仅在下列两种情况下, 受中国著作权法保护:

(1)	该作品“以中国为起源国”的 (比如“首先”在中国出版), 中国按照中国法律 (包括《著作权法》) 规定的时点和条件提供保护。
(2)	因下列三种原因 (即“连接点”), 该作品“以成员国 (或缔约国) 为起源国”之时, 中国按照《伯尔尼公约》规定的时点和条件提供保护。这三种原因是:
	① 作者为成员国的国民的 (国籍标准);
	② 作者并非成员国的国民, 但在成员国经常居住地的 (惯常居所标准);
②	作者并非成员国的国民, 在成员国亦无惯常居所, 但其作品首先在成员国出版, 或者在成员国和非成员国同时出版的 (出版标准)。按: 所谓“同时出版”, 并不要求系同一天出版, 而是指作品在首先出版后 30 天内, 又在其他国家出版。

## (三) 作品如何 (How) 受中国著作权法的保护? (★★★)

## 作品受中国保护的的程度

1	对于“以中国为起源国”的作品。完全依照中国法律 (如《著作权法》第 10 条、第 21 条) 之规定提供保护。该保护无论低于还是高于《伯尔尼公约》规定的最低保护标准, 均不违反《伯尔尼公约》(原因:《伯尔尼公约》第 5 条第三款规定: 起源国的保护由该国法律规定)。
2	对于“以成员国为起源国”的作品。中国须按下列规则提供保护:
	(1) 《伯尔尼公约》规定的“最低保护标准” + “国民待遇” (《伯尔尼公约》第 5 条第一款)。①“最低保护标准”, 指《伯尔尼公约》特别授予的权利; ②“国民待遇”, 指中国现在给予和今后可能给予中国公民之著作权保护 (按: 国民待遇有三个例外: 保护期例外、追续权例外、实用艺术作品例外)。
	(2) “自动保护原则”。根据《伯尔尼公约》第 5 条第二款, 对于“以成员国为起源国”的作品, 其在中国享有和行使著作权不需要履行任何手续 (如固定、著作权登记、发表等)。
(3)	“独立保护原则”。根据《伯尔尼公约》第 5 条第二款, 对于“以成员国为起源国”的作品, 中国对其提供保护时, “不考虑起源国对该作品是否提供保护”, 而是按照《伯尔尼公约》的要求进行保护。

【例2】克林顿（美国前总统）创作自传《My Life》，尚未在任何一个国家出版。因美国与中国均为《Trips》与《保护文学艺术作品伯尔尼公约》的成员国，克林顿为美国国民。所以：①虽尚未出版，但基于国籍这一连接点，该作品以美国为起源国。②《My Life》在中国获得自动保护，自创作完成之日，无须履行任何程序，受中国著作权法保护。③但是，并非按照中国《著作权法》规定的内容提供保护，而是按照《Trips》、《伯尔尼公约》、《中美知识产权保护协定》规定之标准受保护。

【例3】伊朗的内贾德创作杂文集《My Dear Country》。迄今为止，伊朗未参加任何保护著作权的国际公约，中伊亦未签订任何保护著作权的双边协议。内贾德不属于成员国国民（也不属于缔约国国民）。所以：①若内贾德在任何一个《Trips》、《伯尔尼公约》成员国拥有经常居住地（基于此连接点，该作品以该成员国为起源国），《My Dear Country》在中国获得自动保护，自创作完成之日，无须履行任何程序，按照公约规定之标准受保护。②若内贾德在任何一个《Trips》、《伯尔尼公约》成员国均不拥有经常居住地，原则上，《My Dear Country》在中国不能获得自动保护！仅在下列两种情形，《My Dear Country》才能在中国受保护：（a）若《My Dear Country》首先在中国出版（基于此连接点，该作品以中国为起源国），自出版之日起，依照中国《著作权法》规定的内容自动受保护；（b）若《My Dear Country》未在中国出版，但在任何一个《Trips》、《伯尔尼公约》成员国出版（基于此连接点，该作品以成员国为起源国），自首次出版之日起，按照《Trips》、《伯尔尼公约》规定之标准自动受保护。

## 典型真题

甲无国籍，经常居住地为乙国，甲创作的小说《黑客》在丙国首次出版。我国公民丁在丙国购买了该小说，未经甲同意将其翻译并在我国境内某网站传播。《黑客》要受我国著作权法保护，应当具备下列哪一条件？（2010/3/15）<sup>①</sup>

- A. 《黑客》不应当属于我国禁止出版或传播的作品
- B. 甲对丁翻译《黑客》并在我国境内网站传播的行为予以追认
- C. 乙和丙国均加入了《保护文学艺术作品伯尔尼公约》
- D. 乙或丙国加入了《保护文学艺术作品伯尔尼公约》

【解析】

①据2010年后的《著作权法》第4条第一款，即使《黑客》属于我国禁止出版或传播的作品（违禁作品），也可受到著作权法（一定程度）的保护，只是国家有权限制其出版、传播。故A选项错误。②《伯尔尼公约》采用自动保护原则，即外国人（无国籍人）的作品以中国或者成员国为起源国的，不需要履行任何手续，就可以在我国获得保护。因此，本题中，甲的作品《黑客》在中国获得保护，无须经甲对丁的行为予以追认作为前提条件。故B选项错误。③甲属于无国籍人，其经常居住地为乙国，《黑客》首次在丙国出版，根据《著作权法》第2条的规定，只要乙国和丙国中的一个国家属于《伯尔尼公约》

<sup>①</sup> 答案：D



的成员国,《黑客》就可以受到我国《著作权法》的保护。故 C 选项错误(错在“均”字);D 选项正确(对在“或”字)。

### 三、特殊作品的著作权归属规则(★★★)



#### (一) 合作作品的著作权归属(★★★)

《著作权法》第 13 条	
①	第一款:“两人以上合作创作的作品,著作权由合作作者共同享有。没有参加创作的人,不能成为合作作者。”
②	第二款:“合作作品可以分割使用的,作者对各自创作的部分可以单独享有著作权,但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。”

《著作权法实施条例》第 9、14 条	
①	第 9 条:“合作作品不可以分割使用的,其著作权由各合作作者共同享有,通过协商一致行使;不能协商一致,又无正当理由的,任何一方不得阻止他方行使除转让以外的其他权利,但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。”
②	第 14 条:“合作作者之一死亡后,其对合作作品享有的著作权法第十条第一款第(五)项至第(十七)项规定的权利无人继承又无人受遗赠的,由其他合作作者享有。”

1. 合作作品的概念	
什么是合作作品?合作作品有两个要素:	
①	具有共同创作的合意(因此,120 回的《红楼梦》不属于合作作品)。
②	合作作者均参与了共同的创作活动。没有参加创作,仅为他人创作提供咨询意见、物质条件、素材或其他辅助工作的人不能成为合作作者。

2. 合作作品的著作权归属				
(1)	合作作品,著作权由合作作者共同享有。合作作者之一死亡后:①其对合作作品享有的著作权财产权由其继承人继承;②无人继承又无人受遗赠的,由其他合作作者享有。			
(2)	合作作者对著作权的行使不能协商一致的,按下列规则处理:			
	<table border="1"> <tbody> <tr> <td>①</td> <td>合作作品可以分割使用的,作者对各自创作的部分可以单独享有著作权,但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。</td> </tr> <tr> <td>②</td> <td>合作作品不可以分割使用的,任何一方不得阻止他方行使除转让以外的其他权利,但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。合作作者之一死亡的,分配给其继承人。</td> </tr> </tbody> </table>	①	合作作品可以分割使用的,作者对各自创作的部分可以单独享有著作权,但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。	②
①	合作作品可以分割使用的,作者对各自创作的部分可以单独享有著作权,但行使著作权时不得侵犯合作作品整体的著作权。			
②	合作作品不可以分割使用的,任何一方不得阻止他方行使除转让以外的其他权利,但是所得收益应当合理分配给所有合作作者。合作作者之一死亡的,分配给其继承人。			