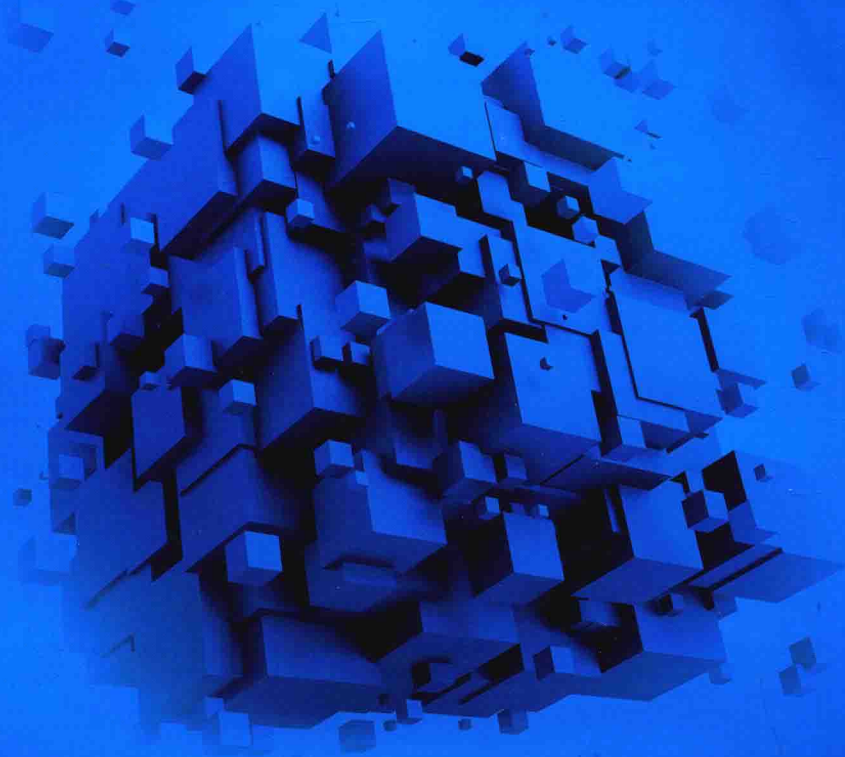




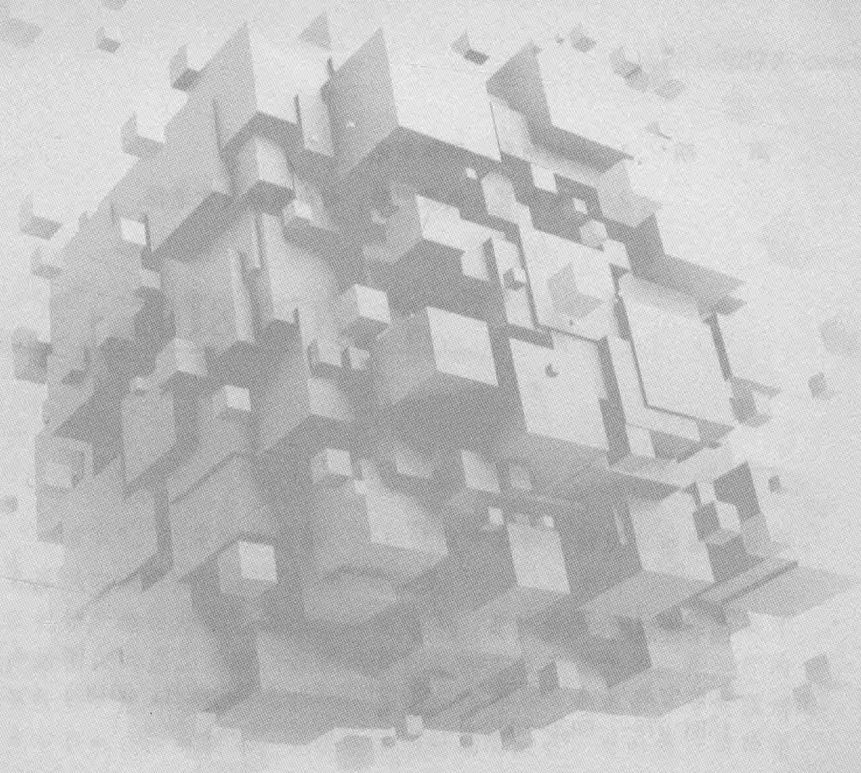
知产宝典

方志平 ◎ 编著

第 1 版



中国政法大学出版社



知产宝典

方志平 © 编著

—— 珍藏版 ——



中国政法大学出版社

2018 · 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，2018. 1
ISBN 978-7-5620-8032-9

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 329072 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	北京鑫海金澳胶印有限公司
开 本	787mm×1092mm 1/16
印 张	19.75
字 数	480 千字
版 次	2018 年 1 月第 1 版
印 次	2018 年 1 月第 1 次印刷
定 价	45.00 元



2018 版序言

知产宝典内含有一个“小宝贝”，就是知产地图，乃应试知产和秒杀知产之神器。知产地图在后期便于背诵，符合应试的铁律，就是不计其数的重复。

据我所知，很多考友就把知产地图贴在门框上、贴在墙上、甚至洗脸台上，每天刷牙的时候就可以过一遍！知产地图以对象、天时、地利、人和与救济为观察视角，将知产的相关知识和规则进行了体系梳理。法考时代的知产命题方向和特点清楚地显示，考友须对知产有一个整体的了解，先有森林，后有树木，才能在做题时胸有成竹。有时候即使你不知树木的细节，凭借知产地图也可以辅助你蒙对知产的试题。知产地图体现的对攻思维，还会给我们展示一种对称思维的美丽。学完就可以办知产的案子啦，随便一个知产案件，将其精准定位于知产地图的位置，我们可以手到擒来，三下五除二，焦点问题搞得一清二楚，俨然半个知产专家。

我还发现一个有趣的现象，很多考友“买椟还珠”、简单粗暴，购买知产宝典的目的就是要“小宝贝”，并无情地冷落了知产宝典。这种策略对于知产已经入门的考友来讲，并无大碍；对于知产尚未入门的考友来讲，就不契合。光有知产地图而没有背后的原理作支撑，死记硬背“小宝贝”，容易遗忘，如此一来，再美丽的“小宝贝”也难免面目可憎。

2016版、2017版知产宝典的结构是将著作权、专利权和商标权进行交叉阐述，这种表达方式存在横纵两向思维交叉，对刚入门的考友来讲，一时不好适应。2018版知产宝典对此予以改进，拆分如下：①著作权的对象、天时、地利与人和；②专利权的对象、天时、地利与人和；③商标权的对象、天时、地利与人和；④知产的救济制度中的天时、地利、救济和额度。如此编排，既各自独立，又结为体系，统合成2018版知产地图，更加便于考友备战法考时代的知产。

2018版知产小宝贝，恭候各位考友！

方志平

2017年12月2日



2017 版序言

知产这个科目学进去会很有意思，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，值吗？

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，让考友学起来没那么费劲，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！

方志平



2016 版序言

法官是“农夫山泉”，是一个搬运工，把法条搬入判决。应试书的作者也是“农夫山泉”，也是一个搬运工，把知识搬入考友大脑。

应试书不创造知识，仅创造表达方式和搬运手法。《方志平知产宝典》以富有想象力的方式搬运司考知识，经由考友阅读进入大脑。

内容上，“三包”：（1）包括自有司法考试以来的全部知产真题，注意是两遍全部真题，“一箭双雕”，看一遍知产宝典就过两遍司考真题；（2）包括全部的知识产权法的法条；（3）包括全部的已考或将考考点。

方式上，“三图”：（1）体系图，如房屋之钢架；（2）细节图，如房屋之装修；（3）最令人窒息得惨绝人寰而求之不得的是《方志平知产地图》，既宏大又细微。“三图在心中，司考有始终！”

效果上，“空前绝后”。（1）此前，从未有过这种知识表达方式；（2）以后，也不会有，除非“照搬”这种表达方式。（3）截止目前，我还没有想到比《方志平知产宝典》更好的搬运方式或者表达方式。知产宝典编排、结构、穿插和小结，全身上下都浸润了我的心血，敬请考友细读之、品味之、慎思之、记忆之！

致意上，感谢！（1）感谢司考真题，给本书指明了方向，提供了取之不竭的养分。（2）感谢知识产权法学者张耕老师、王迁老师、张平老师、吴汉东老师等。（3）特别感谢在我本科期间开设知识产权法课程的韦之老师，二十年前的仲夏夜在北大老三教 120 多人听知识产权法课的盛况仍历历在目。

期待上，我相信知识传播方式一定是只有更好，没有最好！关于应试书的表达方式，我的构思没有停步。各位法律同仁，如有好的构思请分享给我，如发现知产宝典的错误也请提示我，联系渠道有二：（1）新浪微博@民法方志平。（2）微信个人订阅号 minfang-zhiping。微信个人订阅号有方志平语音解读历年真题，逐题解析，有助于考友充分利用碎片化时间。

知产，想说爱你也容易，做题，读书，考试，实务，步步为营，稳打稳扎！

方志平

2016 年 3 月 15 日

目 录

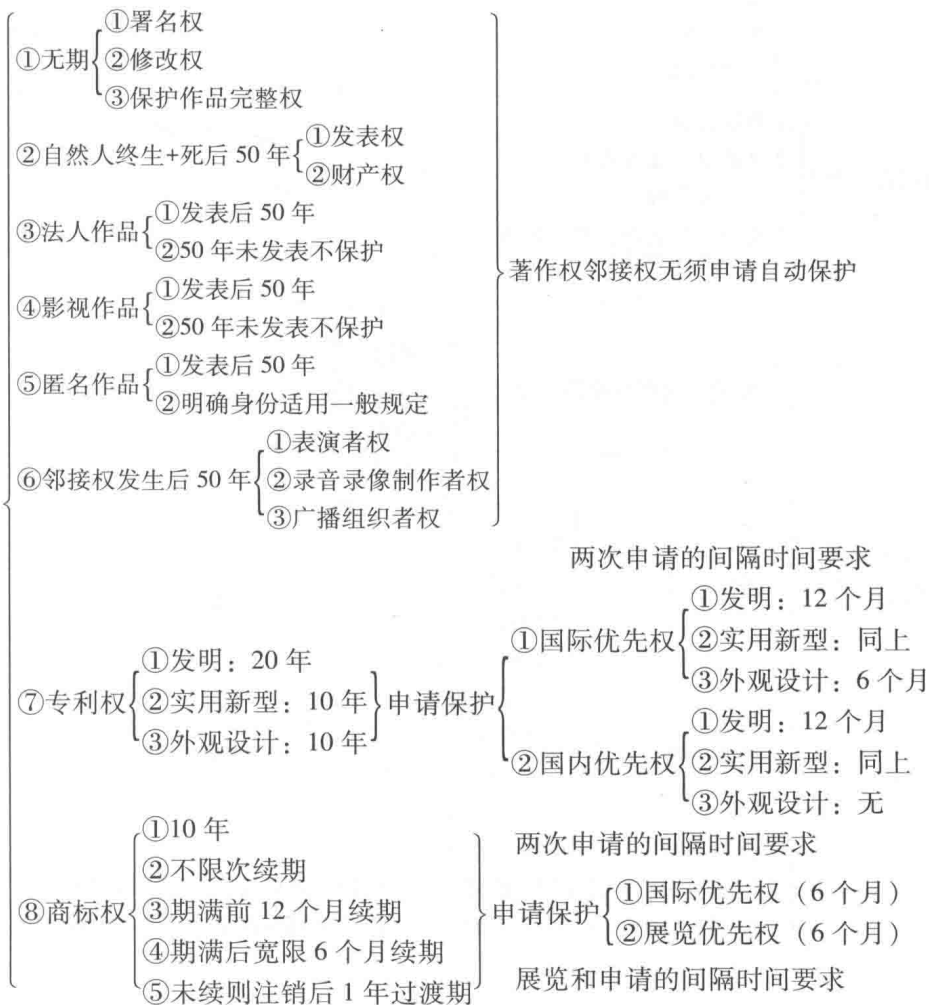
2018 版序言	1
2017 版序言	2
2016 版序言	3
导论：作品、专利、商标的垄断基因差异及规则	6
第一章 著作权	9
第一节 对象：作品（非作品+作品+特殊作品）	9
第二节 天时：著作权“天时”和邻接权“天时”	42
第三节 地利：著作权与邻接权的中国人与外国人	46
第四节 人和：著作权控制权（著作权人权利）和遭遇的抗辩权	50
第二章 专利权	122
第一节 对象：技术	122
第二节 天时：专利技术“天时”	136
第三节 地利：外国人申请专利	151
第四节 人和：专利权控制权（专利权人权利）和遭遇的抗辩权	152
第三章 商标权	196
第一节 对象：标识	196
第二节 商标“天时”	230
第三节 地利：外国人申请注册商标	237
第四节 人和：商标控制（> 商标权人专用权）和遭遇的抗辩权	239
小结人和：控制权和抗辩权	272
第四章 救济：天时、地利、人和、救急、赔偿	275
第一节 天时：诉讼时效	276
第二节 地利：级别管辖	277
第三节 人和：原告	279
第四节 救急：保全	281
第五节 赔偿额度	286

知识产权体系图构

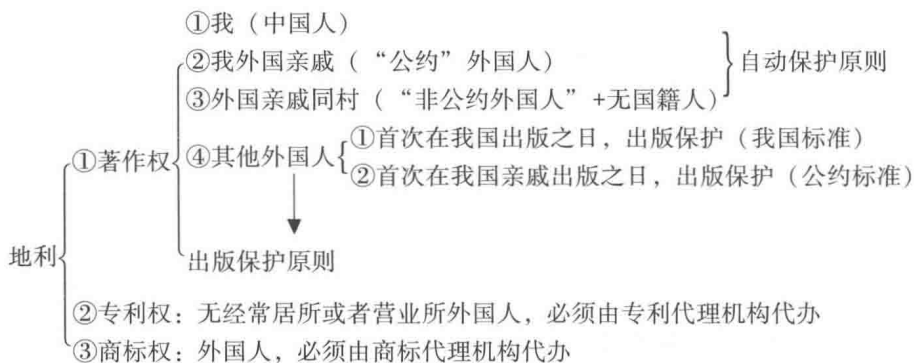
一、对象



二、天时



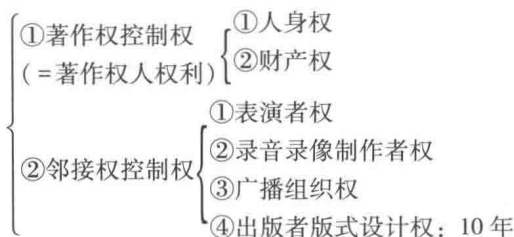
三、地利



四、人和

（一）控制权体系图构

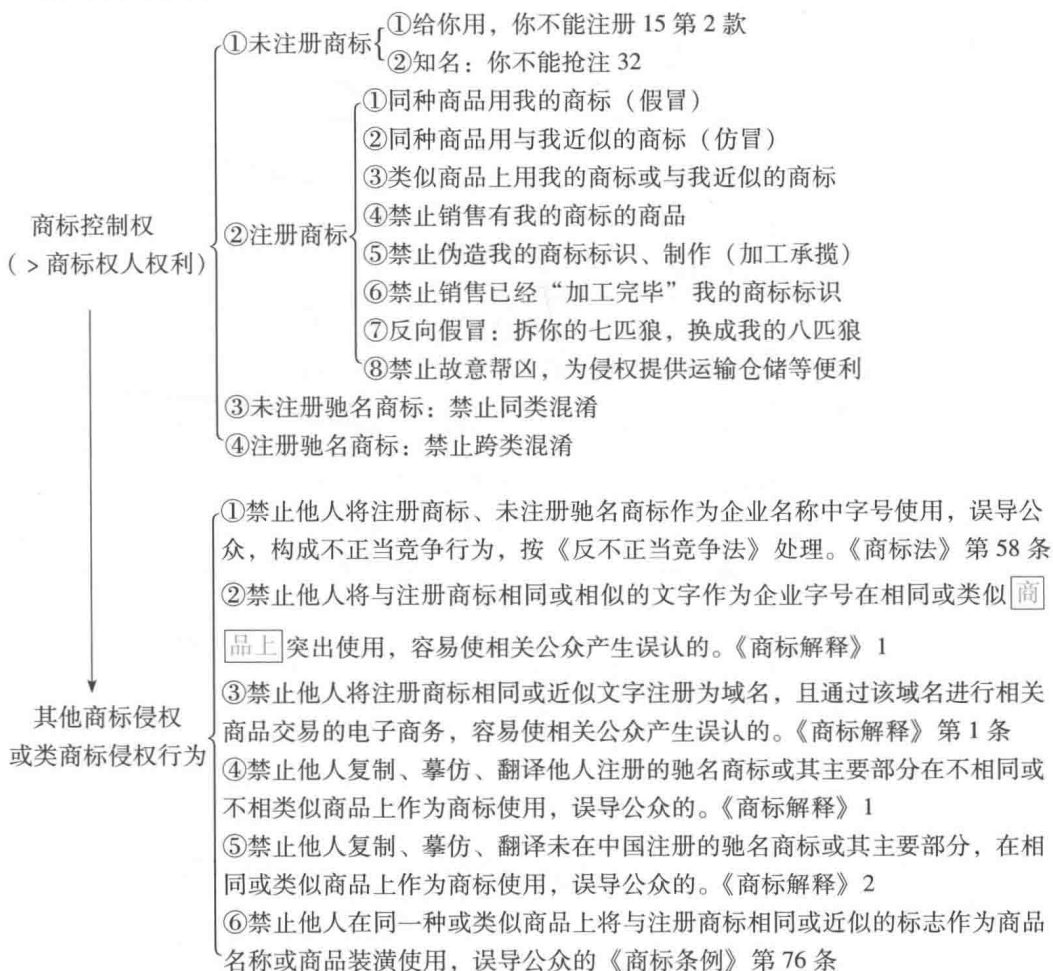
1. 著作权控制权和邻接权控制权



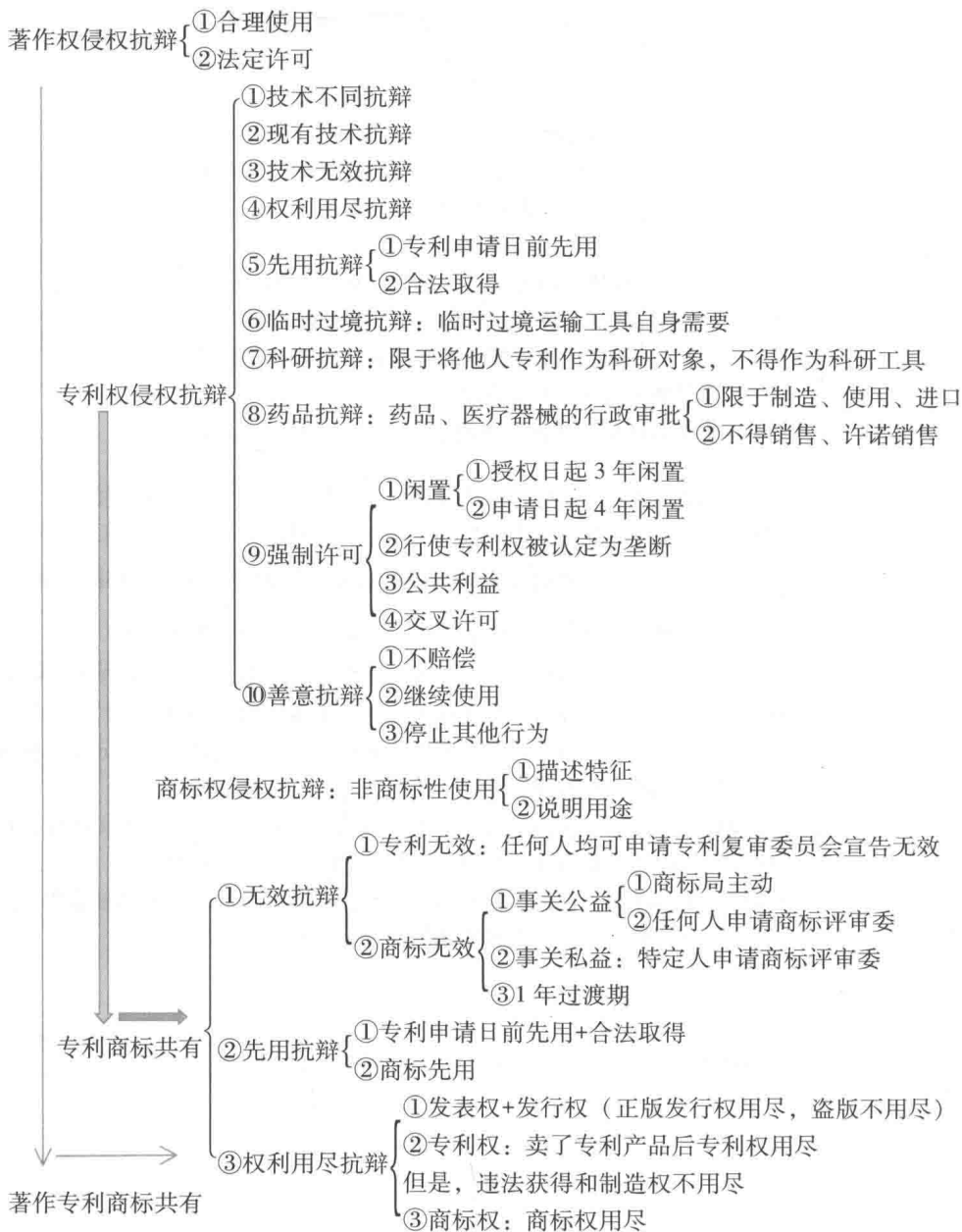
2. 专利权控制权



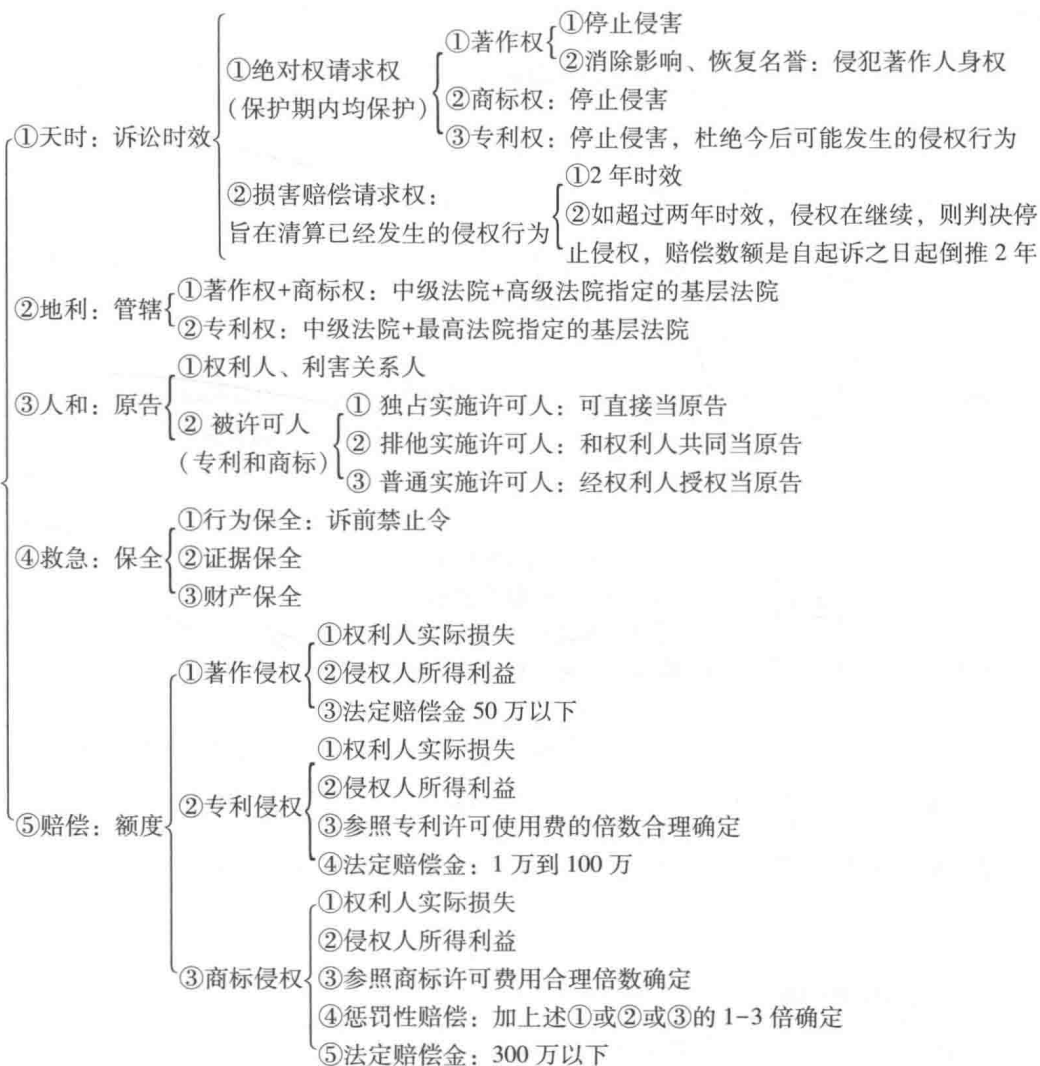
3. 商标权控制权



（二）抗辩权体系图构



五、救济：天时、地利、人和、救急、赔偿



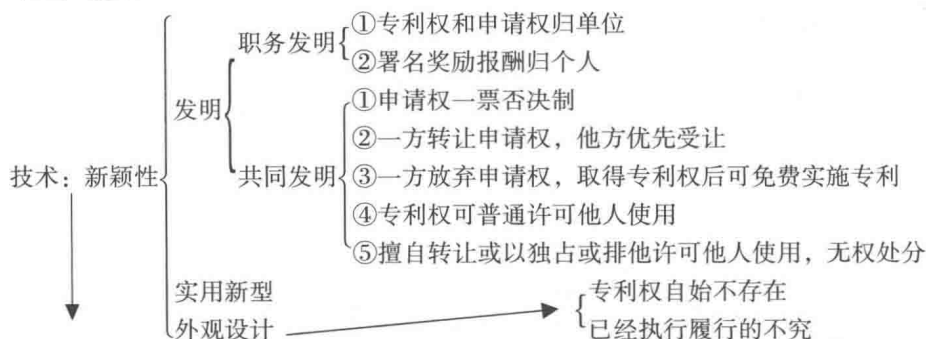
导论：作品、专利、商标的垄断基因差异及规则

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



公开申请换取霸道垄断，故受无效宣告制约（专利复审委员会）：部分溯及力

(三) 标识

1. 显著性

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

2. 异议

异议：商标局
(初审公告之日 3 个月)

- ①特定人提出：相对事由
 - ①违反先申请原则
 - ②代理人抢注被代理人商标
 - ③基于业务关系恶意抢注未注册商标
 - ④抢注知名商标（注册或未注册）
 - ⑤侵犯未注册驰名商标
 - ⑥侵犯注册驰名商标
 - ⑦侵犯注册商标或初审公告商标
 - ⑧误导性使用地理标志
- ②任何人提出：绝对事由
 - ①侵犯公共利益 10 条
 - ②通用名称等缺乏显著性 11 条
 - ③实用三维形状 12 条

3. 撤销

- 撤销：商标局
- ① 违法使用：擅自改变商标、注册人名义、地址等注册事项工商部门责令改正，不改正则商标局撤销
 - ② 任何人申请商标局
 - ① 显著性退化消灭：成为通用名称
 - ② 无正当理由连续 3 年不用
 - ③ 撤销无溯及力：撤销之日起商标专用权终止
 - ④ 1 年过渡期：对相同或近似商标的注册申请不予核准

4. 无效

- 无效
- ① 商标局主动纠错
 - ② 商标评审委员会宣告无效
 - ① 任何人请求：3 绝对事由+欺骗获得注册
 - ② 特定人请求：8 相对事由
- 限于此 4 事由

5. 驰名商标认定

- 驰名商标认定
- ① 因需认定，需要借助 13 条确定是否侵权而启动认定（必要性）
 - ② 被动认定，主张人申请商标局、商评委、法院认定（被动性）
 - ③ 事实认定，而非授予驰名商标权（事实性）
 - ④ 个案认定，仅对本案有效（个案性）

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

- ① 作品：独创性
- ② 技术：新颖性和实用性
- ③ 标识：显著性

（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
 - ① 如《我们约会吧》跟风《非诚勿扰》节目创意本身不构成侵犯著作权
 - 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
 - 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“有限期”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

〔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声誉，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。

第一章 著作权

第一节 对象：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

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]

[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。

(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。×^[1]

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。^[2]

(1) 乙电视台的行为侵犯了主办方对篮球比赛的著作权×。^[3]

(2) 乙电视台的行为侵犯了篮球运动员的表演者权×。^[4]

(3) 乙电视台的行为侵犯了舞蹈演员的表演者权√。^[5]

(4) 乙电视台的行为侵犯了主办方的广播组织权×。^[6]

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^[7]

《欢乐喜剧人》制作方与播放平台上海东方卫视之争:^[8]

[1] (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。”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。

[2] (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享有表演者权。(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。

[3] (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、足球等体育运动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。

[4] (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。

[5] (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享有表演者权。(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:(三)许可他人从现场直播和公开传送其现场表演,并获得报酬。

[6] (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。

[7] (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) 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。”

[8] (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,