

# 第一章 著作权法

## 第一节 权利的归属

### 引言

著作权由谁享有,谁就有权对具体的作品主张权利。原则上著作权由创作作品的公民享有。如果作品属于合作作品、职务作品、法人作品、委托作品、报告/讲话、自传体作品或者电影作品,谁享有著作权,法律有特殊规定。职务作品与法人作品之间存在重叠领域,需要认真梳理二者之间的关系。谁享有著作权,谁就是著作权人。本节所说的著作权人,是指原始享有著作权的主体,通过合同、继承等方式取得著作权的主体不在此列。

### 关键词

作者 合作作品 职务作品 法人作品 委托作品 报告/讲话 自传体作品 电影作品

#### 一、作者

作者是指创作作品的中国公民(《著作权法》11条2款)。如果作品不属于合作作品等特殊作品之一,作者拥有包括人身权和财产权在内的所有著作权(《著作权法》11条1款、10条1款)。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,不视为创作(《著作权法实施条例》3条)。从事这些工作的人不是《著作权法》所称的作者。

著作权自作品创作完成之日起产生(《著作权法实施条例》6条),这在法律上包含两层意思。一是作者不需要履行任何手续便可自动享有著作权,既不需

要向任何行政机关申请或者备案,也不需要将作品发表(《著作权法》2条1款)。二是由不同作者就同一题材创作的作品,作品的表达系独立完成并且有创造性的,作者各自享有独立的著作权(《最高法著作权解释》15条)。

由于著作权无须任何手续自动产生,某项作品是由谁创作的往往难以确定。有鉴于此,《中华人民共和国著作权法》(简称《著作权法》)规定,如无相反证明,在作品上署名的公民为作者(《著作权法》11条4款)。对于作品上没有署名或者作者身份不明的作品,作品原件的所有人有权行使除署名权以外的著作权,作者身份确定后,由作者或者继承人行使著作权(《著作权法实施条例》13条)。

## 二、著作权人

著作权人包括作者和其他依照《著作权法》享有著作权的公民、法人或者其他组织(《著作权法》9条)。作品的著作权原则上由作者享有,但关于合作作品、职务作品、法人作品、委托作品、报告/讲话、自传体作品和电影作品的著作权归属,《著作权法》有特别规定。这里的公民可以理解为中国公民,对于外国人、无国籍的人,《著作权法》有相应的规定。外国人在中国的权益,需要经过以下三个步骤才能确定。

第一,外国人的作品是否首先在中国境内出版。出版是指作品的复制和发行(《著作权法》58条)。如果作品首先在中国境内出版,可享有著作权(《著作权法》2条3款)。也就是说,在中国首先出版的事实可以赋予外国人以类似中国公民的地位,从而直接享有著作权。既然外国人要在中国境内首先出版才能享有中国著作权,外国人要想在中国起诉他人侵犯著作权,就要等作品首次在中国出版后才能起诉(《著作权法实施条例》7条)。外国人的作品在中国境外首先出版后30日内在中国境内出版的,视为作品同时在中国境内出版(《著作权法实施条例》8条)。

第二,如果外国人的作品没有首先在中国境内出版,则要看其所属国或者经常居住地国是否与中国签订了协议或者参加了共同的国际条约。如果这种协议或者国际条约存在,外国人依据协议或者国际条约享有的著作权受中国《著作权法》保护(《著作权法》2条2款)。

第三,如果外国人的作品不属于上述情形的任何一种,则要看作品是否首次在中国参加的国际条约的成员国出版,或者在成员国或者非成员国同时出版。如果作品的首次出版属于其中任何一种情形,则作品受中国《著作权法》保护

(《著作权法》2条4款)。

因此,我国《著作权法》对于外国人作品享受我国《著作权法》保护是比较宽容的,外国人的作品基本上能够在中国受到保护。由于大多数国家参加了各种类别的国际条约,享受不到中国《著作权法》保护的作品屈指可数。只有外国人的作品首次出版或者同时出版的国家中没有包括中国参加的国际条约的成员国,才享受不到中国《著作权法》的保护。

### 三、合作作品

某项作品的创作成功有时凝结了多人的智慧。两人以上合作起来创作的作品称为合作作品,当事人称为合作作者(《著作权法》13条1款)。合作作者必须是自然人,法人或者其他组织不能成为合作作者。

合作与创作是判断某项作品是否构成合作作品的两个要件。关于创作,我们前面已经有过界定,没有参加创作的人不能成为合作作者。合作是指当事人均意识到他们是在创作同一项作品,当事人任何一方没有这种意识的,作品就不是合作作品。例如,某部经典法学专著的作者去世后,其弟子对此专著进行增补的行为不构成合作,增补后的专著不属于合作作品。与合作作品易混淆的作品有两种。一种是集合作品,如由多名法学家各自撰写的论文组成的书籍。另一种是改编作品,如通过改编、翻译、注释、整理已有作品产生的作品。

合作作品包括两种类型。一种是可以分割使用的合作作品,例如小说与插图,歌词与乐曲。小说作者与插图作者、歌词作者与乐曲作者对各自创作的部分单独享有著作权,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》13条2款)。另一种是不可以分割使用的合作作品。合作作者共同享有著作权,在行使时要协商一致;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(《著作权法实施条例》9条)。

合作作者对作品享有的权益不仅随作品的类型不同而变化,还会随其他作者的逝去而变化。合作作者之一死亡后,其对合作作品享有的财产权无人继承又无人受遗赠的,由其他合作作者享有(《著作权法实施条例》14条)。

### 四、职务作品

法人或者其他组织不能成为合作作者,但在现实中法人或者其他组织在作品的诞生中常常扮演着重要角色,很多作品是公民为完成法人或者其他组织的工作任务而创作的,这些作品就是职务作品(《著作权法》16条1款)。工作任务

是指公民在法人或者其他组织中应当履行的职责(《著作权法实施条例》11条1款)。职务作品的作者到底是公民本人还是法人或者其他组织,《著作权法》第16条虽没有直接规定,但该条款在划分署名权等权利的归属时,将作者与法人或者其他组织进行了区分,表明该条款所说的作者肯定不是法人或者其他组织,而只能是公民本人。

作为职务作品的作者,公民享有署名权,署名权以外的权利归属分两种情形。一是归法人或者其他组织享有,公民无权享有,也无权要求法人或者其他组织给予奖励。这种情形仅限于下列两种职务作品:①主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作的,并由法人或者其他组织承担责任的工程设计图、产品设计图、地图、计算机软件等职务作品;②法律、行政法规规定或者合同约定著作权由法人或者其他组织享有的职务作品(《著作权法》16条2款)。物质技术条件是指法人或者其他组织为公民完成创作专门提供的资金、设备或者资料(《著作权法实施条例》11条2款)。二是署名权以外的权利同样归公民享有。这种情形适用于除上述两种职务作品以外的所有职务作品。对于这些职务作品,公民享有全部的著作权,但行使权利时受到一定限制。例如法人或者其他组织有权在业务范围内优先使用职务作品;职务作品完成两年内,未经单位同意,公民不得许可第三人以与法人或者其他组织使用的相同方式使用该作品(《著作权法》16条1款)。如果得到法人或者其他组织的同意,公民可以许可第三人以相同方式使用作品,因此所获报酬由公民与法人或者其他组织按约定的比例分配。职务作品完成两年的期限,自公民向法人或者其他组织交付作品之日起计算(《著作权法实施条例》12条)。

纵观上述两种情形不难发现,法人或者其他组织可以通过合同约定将职务作品的所有著作权(署名权除外)都收入囊中。《著作权法》第16条第1款表面上规定了职务作品的著作权归公民享有,实际上公民享有的只不过是一个名头(署名权)。本书认为,无论是将职务作品的著作权划归公民享有,还是划归法人享有,只要勾画得清楚就行。现行《著作权法》第16条的内容虽然不完美,但却可以加以改进,为职务作品的归属和利用创造一个良好的法律环境。

#### 【相关案例】

涉案作品《阿凡提的故事》系1980年前后由曲建方在上海美术电影制片厂工作期间创作,此后30年的时间里,曲建方一直通过投稿发表、许可他人拍摄动

画片或者用作产品宣传等方式使用涉案作品,并于1996年取得著作权登记证书。上海美术电影制片厂认为涉案作品由其组织人力创作并提供经费,最终造型亦由其确定,故涉案作品属于职务作品,而由曲建方绘制、电子出版社出版的《阿凡提经典漫画》和《阿凡提故事精选》两册图书中,擅自使用其享有著作权的人物形象用于营利,侵犯了其合法权益,故提起诉讼,请求法院判令被告停止侵权、赔偿损失。

上海市徐汇区人民法院一审认为,在本案涉讼前,上海美术电影制片厂和曲建方均存在行使涉案作品著作权的行为,双方彼此知悉且没有异议。双方长期以来以实际行为达成“涉案作品双方均有权支配”的默契,故认定涉案角色造型美术作品的著作财产权由双方共同享有。上海知识产权法院二审认为,根据本案情况,如果将著作财产权归属于一方享有显然会导致利益失衡,并有违公平原则。从诚实信用原则出发,确认由双方共同享有著作财产权,维持一审判决。<sup>①</sup>

## 五、法人作品

法人作品的出现给职务作品的归属和利用平添了许多麻烦。法人作品是指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。法人或者其他组织被视为作者,享有著作权(《著作权法》11条3款)。

这条看似简单明了的规定和界定职务作品的《著作权法》第16条之间存在着冲突。职务作品是公民为完成法人或者其他组织工作任务而创作的作品,同一个作品有时候既可以归入职务作品也可以归入法人作品,例如,在软件公司主持下,员工在工作时间利用软件公司的物质技术条件完成的计算机软件。出现这种情况其实很正常,法人作品是从法人或者其他组织的角度出发审视作品的结果,而职务作品是从公民的角度出发审视作品的结果。两者说的往往是同一个作品。

对于同一个作品,《著作权法》却给予了不同的对待。计算机软件如果被归入法人作品,著作权(包括署名权)由软件公司(作者)享有;如果被归入职务作品,署名权由公民(作者)享有,其他权利由软件公司享有。这是一种存在矛盾的安排。到底谁是作者,到底谁享有何种权利,这些问题如果悬而不决,法律的预见性将大打折扣,甚至影响到作品的创作和利用,有悖于《著作权法》第1条倡

---

<sup>①</sup> 上海知识产权法院民事判决书(2015)沪知民终字第200号。

导的鼓励作品创作和传播的立法目的。

## 六、委托作品

职务作品是指公民为完成法人或者其他组织的工作任务创作的作品,在工作任务以外的任务中完成的作品不是职务作品,例如,公民受自然人、法人或者其他组织委托创作的作品,这种作品不是职务作品,而是委托作品。

《著作权法》没有明确规定委托作品的作者是谁。依据《著作权法》第11条第2款确定的“创作作品的公民是作者”这一基本原则,委托作品的作者应当是创作作品的受托人。委托作品著作权的归属由委托人和受托人通过合同约定,合同未作明确约定或者没有订立合同的,著作权属于受托人(《著作权法》17条)。

判断作品是职务作品还是委托作品,关键在于区分公民执行的是工作任务还是委托任务。工作任务是指公民在法人或者其他组织中应当履行的职责(《著作权法实施条例》11条1款),就此粗线条的规定,我们可以究其脉络,进行以下解释:工作任务是指公民作为法人或者其他组织中的一员应承担的任务,独立于法人或者其他组织之外的人承担的不是工作任务。如此一来,工作任务与委托任务的区分可以理性地理解为完成作品的人是依附于法人或者其他组织还是独立于其外。深究下去,对于这个问题可以从以下几个方面进行考量:①完成作品的人在创作作品时是否要服从法人或者其他组织的指挥和监督;②法人或者其他组织给予完成作品人的报酬针对的是他完成作品过程中付出的劳动还是他完成的作品本身;③完成作品的人是每天按时上下班还是每天可以自己决定作息时间;④报酬的金额和支付方式是否有别于其他一般的雇员。如果完成作品的人不需要服从法人或者其他组织的指挥和监督,按照自行决定的工作时间开展创作活动,获得高于一般雇员的报酬,那么他很可能是独立于法人或者其他组织之外的人,他创作的作品很可能属于委托作品而非职务作品。

如果某个作品属于委托作品,且当事人没有明确约定作品的归属,那么著作权就属于受托人,委托人在约定的使用范围内享有使用作品的权利,没有约定使用范围的,委托人可以在委托创作的特定目的范围内免费使用作品(《最高法著作权解释》12条)。

## 七、职务作品与法人作品的关系

《著作权法》在界定合作作品、职务作品和委托作品的作者时,遵循的基本原则是完成创作的人是作者。这与“创作作品的公民是作者”这一原则相符。《著

著作权法》在界定法人作品的作者时,对该原则做出了修改,将没有进行创作活动的法人或者其他组织视为作者。如前所述,法人作品和职务作品两个概念的内涵不可避免地会有重叠。本书认为应当将《著作权法》第11条第3款删除,将法人作品概念本身从《著作权法》中剔除。这样的话,《著作权法》中只存在职务作品一个概念,法人作品不复存在,冲突也就无从谈起。这种解决方案具有以下两个优点。

一是随着《著作权法》第11条第3款的删除,法人或者其他组织不再被视为作者,“创作作品的公民是作者”这一基本原则将得到彻底贯彻,《著作权法》的逻辑性也将随之得到强化。与此相应,《著作权法》第11条第4款也就没有必要将在作品上署名的法人或者其他组织推定为作者了。

二是这种解决方案不仅易于操作,而且《著作权法》第16条规定的职务作品概念经过一定调整,能够实现立法者想要依据法人作品概念达到的立法目的。参与立法者认为,《著作权法》规定法人作品的初衷在于“有的作品是在法人或者其他组织的主持下创作的,体现了法人或者其他组织的意志,并不是执笔者个人意志,并由该法人或者组织承担作品的责任,如某机关的年终工作总结报告等”。<sup>①</sup>类似年终工作总结报告的作品基本上是利用法人或者其他组织的物质技术条件创作完成的,属于《著作权法》第16条第2款第1项规制的范围,依该条文,完成作品的人是作者,仅享有署名权,其他权利均由法人或者其他组织享有。如果年终总结报告被定性为法人作品,依据现在的《著作权法》第11条第3款,法人或者其他组织是作者,拥有包括署名权在内的所有权利,完成作品的人不拥有任何权利。随着法人作品概念的消失,法人或者其他组织失去的仅仅是一项署名权,其他权利依然掌握在法人或者其他组织手中,将法人作品概念从《著作权法》中剔除的影响其实是非常小的。

如果立法者认为法人或者其他组织应当享有包括署名权在内的所有著作权,只需对《著作权法》第16条第2款稍稍修改,将现行条文改为“有下列情形之一的职务作品,著作权由法人或者其他组织享有,法人或者其他组织可以给予作者奖励”,便可达到目的。修改后,对于类似年终总结报告的作品,法人或者其他组织享有包括署名权在内的所有著作权。

#### 八、报告、讲话、自传体作品

对于这些作品的著作权的归属,司法解释有特别规定。由他人执笔,本人审

---

<sup>①</sup> 胡康生. 中华人民共和国著作权法释义. 北京:法律出版社,2002.

阅定稿并以本人名义发表的报告、讲话等作品,著作权归报告人或者讲话人享有,著作权人“可以”支付执笔人适当的报酬(《最高法著作权解释》13条)。也就是说,执笔人无权要求著作权人支付报酬。当事人合意以特定人物经历为题材完成的自传体作品,当事人对著作权权属有约定的,依其约定;没有约定的,著作权归特定人物享有,执笔人或整理人对作品完成付出劳动的,著作权人“可以”向其支付适当的报酬(《最高法著作权解释》14条)。同样,执笔人或者整理人无权要求著作权人(特定人物)支付报酬。

纵观上述两种情形,我们可以发现,对于自传体作品著作权的归属,当事人没有约定的,著作权由特定人物享有,执笔人或者整理人不享有任何权利。对于报告和讲话,无论当事人是否有约定,执笔人均不享有任何权利。司法解释只对这些作品的著作权归属作了特别规定,没有对谁是作者进行特别规定。谁是这些作品的作者,还是要依据《著作权法》树立的基本原则来确定。我们可依据“创作作品的公民是作者”这一基本原则,认定执笔人或者整理人是作者,即执笔人或者整理人是作者,但不享有任何权利。司法解释的规定自有一定的合理性,但是与《著作权法》第11条第1款之间可能存在冲突,该条款允许将著作权赋予作者以外的主体(如法人或者其他组织),但没有说司法解释也可以将著作权赋予作者以外的主体(如报告人、讲话人和特定人物)。

## 九、电影作品

《著作权法》对电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品(简称“电影作品”)的著作权归属作了特殊规定。“电影作品”是指摄制在一定介质上,由一系列有伴音或者无伴音的画面组成,并且借助适当装置放映或以其他方式传播的作品(《著作权法实施条例》4条11项)。可见,我们通常看的贺岁片、美国大片是电影作品,电视剧、纪录片也属于电影作品。

在讨论电影作品的著作权归属前,首先需要明确一点,那就是电影作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者对于这些作品享有著作权,有权单独行使权利(《著作权法》15条2款)。这些作品独立于电影作品,保护期限依据《著作权法》的一般规定。如果对这些作品享有著作权的是自然人,著作权的保护期依据《著作权法》第21条第1款确定;如果对这些作品享有著作权的是法人或者其他组织,著作权的保护期依据《著作权法》第21条第2款确定(《最高法著作权解释》10条)。

### (一) 电影作品的著作权归属和保护期

电影作品的著作权由制片者享有(《著作权法》15条1款)。“制片者”不是



在电影或者电视剧的片头看到的作为个人的制片人,而是电影制片厂、电视剧制作中心等法人或者其他组织。《著作权法》及相关法规中没有制片者的定义,本书认为,对于制片人可以这样定义:具有制作电影作品的意愿,作为电影作品的制作过程中发生的权利义务关系的归属主体,对电影作品制作过程中发生的经济上的收入和支出负责的法人或者其他组织。一部电影作品的制作往往需要大量的人员、资金的投入,需要制片人、编剧、导演、摄影师、作词家、作曲家的分工合作才能完成。如果电影作品的著作权归属不明晰,不仅不利于电影作品的创作,也不利于电影作品的传播。《著作权法》将电影作品的著作权赋予制片人,主要是为了使著作权的归属明晰化,促进电影作品的创作和传播。

## (二) 电影作品的作者及其权利

《著作权法》第15条第1款规定了电影作品的权利归属,但没有明确规定谁是电影作品的作者。本书认为,制片人享有电影作品的著作权不等于制片人就成为创作电影作品的作者之一。理由有二。第一,《著作权法》第15条第1款明确认可的电影作品的作者有编剧、导演、摄影、作词、作曲作者,制片人没有包括其中。第二,“创作作品的公民是作者”是《著作权法》树立的基本原则,目前对于该原则的修改只见于法人作品,并且是通过《著作权法》的明文规定修改的。没有《著作权法》的明文修改,所有作品的作者都应当遵循《著作权法》树立的这一基本原则。

电影作品在很多情况下建立在他人已有创作的基础上。电影作品的内容很多是根据小说、剧本改编而来的。电影作品人物的生活环境中流淌的音乐不仅有专为该电影作品创作的音乐,还有与该电影作品的创作无关的经典音乐(例如将《透过开满鲜花的月亮》作为约会场景的背景音乐)。小说和剧本的作者以及经典音乐的作者是否是电影作品的作者,《著作权法》中没有明文规定。本书认为,这些人不是电影作品的作者,理由就是虽然他们的作品成为电影作品创作的素材,但他们没有进行创作电影作品的活动,不符合“创作作品的公民是作者”这一基本原则。这些人虽不是电影作品的作者,但作为原作品的作者享有一定的权利,主要包括修改权和保护作品完整权。《著作权法实施条例》对此有特殊规定,即著作权人许可他人将其作品摄制成电影作品的,视为已同意对其作品进行必要的改动,但是这种改动不得歪曲篡改原作品(《著作权法实施条例》10条)。

某人是否是电影作品的作者,遵循的是《著作权法》树立的“创作作品的公民是作者”这一原则。制片者和原作作者均非电影作品的作者。《著作权法》所称

的创作,不包括进行辅助工作,副导演、摄影师助手等进行辅助工作的人同样不是电影作品的作者。由于电影作品的著作权由制片者享有,编剧、导演、摄影、作词、作曲作者等电影作品的作者享有的权利也就非常有限,仅限于署名权和按照与制片者签订的合同获得报酬的权利。

### (三) 电影作品与职务作品的关系

电影制片厂、电视剧制作中心等电影作品制作者的旗下一般都会有一些导演、编剧、摄影师等作为职员为其制作电影。这些人为完成制作者的工作任务创作的作品是职务作品,也就使电影作品具有职务作品的色彩。站在职务作品的角度看电影作品,我们发现这些职务作品属于“法律规定著作权由法人或者其他组织享有的职务作品”(《著作权法》16条2款2项)。这里的“法律”是指《著作权法》第15条第1款。

## 十、著作权的继受

公民的著作财产权在公民死亡后依照继承法的规定转移。法人或者其他组织的著作财产在组织变更、终止后,由承受其权利义务的法人或者其他组织享有;没有承受其权利义务的法人或者其他组织的,由国家享有(《著作权法》19条)。

### 【思考题】

1. 如何确定作品的著作权人?
2. 试论合作作品、职务作品、法人作品、委托作品、电影作品的著作权归属。
3. 试论职务作品与法人作品的关系。
4. 试论电影作品的作者与著作权人的关系。

## 第二节 权利的对象

### 引言

《著作权法》保护的對象是作品,是就题材进行的富有创造性的表达,题材本身不受保护。判断特定的表达是否具备创造性,应当结合题材,对表达方式的可选范围进行分析。相对于科学领域的题材而言,文学、艺术领域的题材提供给人

们的创作空间较宽,可供选择的表达方式较多,由此而产生的表达容易具备创造性。对于一些特殊作品,《著作权法》给予了特殊保护,作品的类别对作品能够享受的保护有一定影响,电影作品、实用美术作品、汇编作品、改编作品的特殊性,是它们受到瞩目的原因。作品原件所有权的转移,不视为作品著作权的转移(《著作权法》18条)。

## 关键词

作品的构成要件 题材的表达 创造性 表达方式的可选范围 作品的类别

### 一、作品

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(《著作权法实施条例》2条)。作品的构成要件有:①必须是智力成果,大自然的鬼斧神工造就的自然景观(如云南石林、黄山奇松等)不是作品;②必须具有独创性;③必须属于文学、艺术和科学领域;④必须能以某种有形形式复制。这四个要件中,①和②尤其重要,也比较复杂,需要我们单独进行探讨。另外两个要件虽各有其重要性,但不是很复杂。

享受《著作权法》保护的作品必须能以某种有形形式复制,个人闷在心里的内心感受,外界无法得知,也就难以给予保护。只有将这种内心感受表达出来,才能成为复制的对象,通过纸张、录音录像等形式进行有形的复制,从而成为《著作权法》保护的对象。即兴演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品,虽然在表达的时候是通过声音这种无形的介质,但是能够通过录音媒体(磁带、DVD光盘等)复制,属于《著作权法》保护的作品。

传统的作品主要包括小说、诗歌、歌曲等人们内心情感的依托,承载文学、艺术领域的信息。作品的定义包括科学领域的智力成果,具体由自然科学、社会科学和工程技术三个领域构成(《著作权法》3条),从立法上认可技术方案、实用设计等科技信息可以享受《著作权法》的保护。在工业革命中飞速累积的技术方案、实用设计等科技信息本来是通过《专利法》进行保护,《著作权法》主要保护文学、艺术领域的信息,这是《知识产权法》固有的结构。然而,随着计算机软件和数据库先后成为《著作权法》保护的对象,《著作权法》驾驭的信息在不断扩张,科技信息的一部分已经成为其保护的对象。《著作权法》的扩张引发了人们

对《著作权法》外延的种种议论,对于技术方案、实用设计等科技信息,《著作权法》应该如何保护、保护到哪种程度,已经成为人们争论的焦点。

## 二、题材、思想与表达

### (一) 概要

《著作权法实施条例》第2条用“智力成果”来界定作品的外延。本书认为,这既不明确也不科学。智力成果是一个广泛的概念,可以把几乎所有的人类智慧活动的结晶都包括进去,成为《著作权法》保护的主体。这显然不利于人们对智力成果的合理利用,也不利于智力成果的传播。

我国的司法实践没有把所有智力成果都纳入著作权保护的主体,而是将其限定于特定的表达。对于相同的题材,不同的作者可以从不同的角度将其感受、感触、感想以不同的方式表达出来。例如,观看北京奥运会开幕式后,任何人都可以就北京奥运会开幕式这一题材自由地进行表达,抒发内心的感受。《著作权法》保护的是这些表达,而不是表达的题材,不是北京奥运会开幕式本身。由于题材本身不受《著作权法》保护,任何人都不用担心他人写了一篇关于北京奥运会开幕式的文章,自己就不能写这方面的文章。只要表达不雷同,任何人都可以就同一题材自由地进行创作。

只保护表达,不保护表达的题材,这个本应在《著作权法》中确立的原则在我国的《著作权法》中却缺失了。虽然司法解释对此做出了一定的补充,但没有从正面确立这个原则。司法解释认为“由不同作者就同一题材创作的作品,作品的表达系独立完成并且有创作性的,应当认定作者各自享有独立著作权”(《最高法著作权解释》15条)。任何人在参观万里长城的时候,都可以从不同的角度、不同的距离,以不同的背景、不同的拍摄技术,创作一幅展现长城雄姿的摄影作品,只要各自的作品是独立完成并有创作性,任何人都对自己的摄影作品享有著作权。这是“只保护表达,不保护表达的题材”这个原则在具体适用时展现给人们的一个典型的例子。但是,这个原则的适用范围远远超出这个例子所勾画的范围。例如,司法解释将能够享有著作权的主体限于“不同的作者”,但是依据“只保护表达,不保护表达的题材”这个原则,相同的人理所当然地可以就长城创作多幅摄影作品,并对每幅作品享有著作权。因此,司法解释只是从一个侧面阐述“只保护表达,不保护表达的题材”原则具体适用的结果之一,并没有为我们确立这个原则本身。

本书认为,要想在《著作权法》中确立“只保护表达,不保护表达的题材”原

则其实并不难,只需对作品的定义作一些修改。例如,将现在的《著作权法实施条例》第2条规定的作品的定义修改为“《著作权法》所称作品是指文学、艺术和科学领域内就题材进行的具有独创性的能够以某种有形形式复制的表达”,并将该条款从实施条例升格至《著作权法》。

## (二) 题材与思想

强调题材不受保护,其效果在于将属于公有领域的要素排除出著作权保护的范畴,为后人的创作活动预留充分的空间,防止著作权控制的范围过宽而限制后人的创作活动。表达与题材之分,归根结底源于《知识产权法》的政策性。将著作权保护的领域称为表达,将著作权不予保护的领域称为题材,凸显《知识产权法》的政策性。“表达与题材”是一对概念,作为《著作权法》学的工具,具有一定现实意义。著作权纠纷中争论的焦点,不外乎法律应给予著作权多大范围的保护。“表达与题材”这一概念工具,可以用来提高人们解决实际问题时所需的逻辑性。

类似的一对概念工具是“表达与思想”。其所依存的理论框架是:作品是就思想进行的表达。其所遵循的原则是:思想不受著作权保护。无论是“题材”还是“思想”,指的都是不受著作权保护的范畴,对应的概念都是表达。既然所指相同,为什么会出现两个概念呢?其原因在于作品类别的多样性。从前后语境来看,对于有的作品,将不受《著作权法》保护的范畴称为“题材”比较贴切,而对于有的作品而言,将不受《著作权法》保护的范畴称为“思想”易于理解。例如,下面介绍的案例1涉及的作品为“用圆形表示人的头部,以直线表示其他部位方法创作的小人形象”。法院认为该形象已经进入公有领域,任何人都可以此为基础创作其他小人形象。在这种情况下,将小人形象称为题材比较合适,将其称为思想,就有些别扭了。又如,下面介绍的案例2涉及的作品为都市言情小说,对于小说的构思,法院认为属于思想,不受著作权保护。将构思称为思想,顺理成章,如果将构思称为题材,就不贴切了。

## 【相关案例】

### 案例1

原告创作的小人形象是:头部为黑色圆球体,没有面孔;身体的躯干、四肢和足部均由黑色线条构成;小人的头和身体呈相连状。被告使用的小人形象是:头部为黑色圆球体,没有面孔;身体的躯干、四肢和足部均由黑色线条构成;小人的

头和身体呈分离状;小人的四肢呈拉长状。关于被告是否侵犯了原告的著作权,北京市高级人民法院判决认为,由于用圆形表示人的头部,以直线表示其他部位方法创作的小人形象已经进入公有领域,任何人均可以以此为基础创作小人形象。<sup>①</sup>

## 案例 2

在许多情况下,表达的部分和题材的部分是难以截然分开的。例如,在写作都市言情小说时,作者首先要进行构思,确定主题,考虑人物活动与故事展开的布局;其次要塑造人物,构筑人物关系,描写故事情节,在整个小说中体现作者特有的语言风格。其中,哪些受《著作权法》保护,哪些不受《著作权法》保护,需要具体问题具体分析。一起来看一个案例。

原告创作的小说《圈里圈外》于 2002 年 8 月在网上发表,于 2003 年 2 月出版。被告的小说《梦里花落知多少》于 2003 年 11 月出版。两书均以女主人公与现男友及前男友的感情经历为主线,描写了三人各自的感情生活。原告主张《梦里花落知多少》剽窃了《圈里圈外》中的构思、语言风格、人物特征、人物关系及故事情节。北京市第一中级人民法院判决如下。第一,作品的构思通常不考虑作品的细节问题,因此具有高度的概括性。正因为它是对作品整体高度概括的、一般性的描述,属于作品的思想,而不是作品的表达,不能受《著作权法》的保护。第二,作品的语言风格不属于作品的表达形式,不应由某个作者垄断,否则会阻碍文化的发展。第三,如果作品对人物特征的描写是一般性的、不能突出人物的特征,就不足以使该人物特征本身成为《著作权法》保护的表达形式。例如,《圈里圈外》中的女主人公是职业编剧,与前男友分手后仍是十分要好的朋友,后与现男友恋爱、同居,在前男友出车祸死亡后,自认为对前男友的死负有个人责任,出于愧疚心理,离开北京,选择出国。《圈里圈外》对女主人公特征的描写是粗线条的、简略的,形象比较模糊,不足以使该人物特征本身成为受《著作权法》保护的表达形式。第四,人物关系的描写是小说展现人物冲突推动事件发展的主要因素,属于《著作权法》保护的表达。《梦里花落知多少》剽窃了《圈里圈外》中的主要人物关系。例如,《圈里圈外》中女主人公的前男友遭车祸去世后,现男友向女主人公求婚,女主人公不答应,离开北京出国。《梦里花落知多少》中女主人公的现男友遭车祸去世后,前男友表示爱女主人公,女主人公不答应,离开北京去

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 4. 北京:知识产权出版社,2009:398.

深圳。第五,故事情节是小说中具有内在因果联系的人物活动及其形成的事件的进展过程,属于作品的表达。具有独创性的故事情节应当受《著作权法》的保护。例如,《圈里圈外》中的男主人公因车祸住院,女主人公探望,两人开玩笑,女主人公推了男主人公脑袋一下,造成男主人公再次昏迷。相应的《梦里花落知多少》中的情节非常相似,只是结果不同,其结果是导致男主人公死亡。<sup>①</sup>

### 三、独创性

#### (一) 独创性的意义

既然作品必须是具有独创性的表达,独创性和表达一样就成为作品的重要构成要件之一。独创性中的“独”包括两种情形。第一种情形是在不借鉴其他表达的前提下独立完成的表达。第二种情形是在借鉴其他表达的基础上完成的表达。例如,将他人的小说改编成电影、将他人的英文著作翻译成中文而形成的电影作品和翻译作品中的具备创造性的表达,同样能够受《著作权法》的保护。对于这样的改编作品,《著作权法》第12条明文规定将其纳入《著作权法》的保护范围。即使改编作品的作者在进行创作时没有取得原作者的同意,对于这些在侵犯原作者著作权的基础上形成的电影作品和翻译作品,《著作权法》同样给予保护。换言之,某项表达是否能够享受《著作权法》保护与该表达是否侵犯他人著作权是两个不同的、相互独立的问题。

独创性中的“创”是指某项表达必须具有创造性才能享受《著作权法》的保护。《著作权法》只要求作品必须具有创造性,没有要求作品必须具有高度的创造性。因此,幼儿园的孩童用他们纯洁的心灵感受世界,用他们稚嫩的双手将其描绘成图画,往往能够触动大人有些麻痹的神经,给人们带来一种清新的感受。这样的图画即使创造性的程度不高,但只要具有创造性就能够成为作品受《著作权法》保护。

#### (二) 创造性与表达方式的可选范围

既然作品是指对题材进行的具有创造性的表达,某个作品是否具备创造性取决于某个具体的表达是否具备创造性。要想知道某个具体的表达是否具备创造性,离不开对表达的题材的分析。

对于文学及艺术领域的题材,例如人的悲欢离合、缘聚缘散,人们可以通过多种多样的方式进行表达。为了表达对遥居远方的亲友的思念,我们可以说“但

---

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例4. 北京:知识产权出版社,2009:262.

愿人长久,千里共婵娟”,也可以用“海上生明月,天涯共此时”来寄托相思之情。两者写作的题材都是相思之情,抒发相思之情时所借的景都是明月,但却运用不同的表达方式,勾画出截然不同的意境。人们陶醉于诗人描绘的优美境界,从中感悟诗人心中涌动的思念之情。又如,杜甫的“无边落木萧萧下,不尽长江滚滚来”和李白的“孤帆远影碧空尽,唯见长江天际流”都是千古绝唱。两者写作的题材都是人与自然互动中的感悟,传达诗人的感悟时所借的景中都有长江,但两者的表达方式完全不同,给后人留下的感动也各有千秋。前者沧桑,后者清远。相思、沧桑、清远等文学、艺术领域的题材与风格,造就了璀璨的唐诗宋词。正因为诗人、词人在传达自己的思想和情感时可以选择的表达方式比较多,在对多种表达方式进行选择后从内心溢出的表达必然会凸显个性,具备创造性。

与此相反,对于科学领域的题材,例如实用艺术品、技术方案、实用设计及运动规则等,人们可以选择的表达方式将会非常少,在表达中凸显个性的空间也就非常窄,往往难以具备创造性。例如,椅子要想具备椅子的功能就必须具备一定的构成部件(腿、靠背、扶手),这些部件会大大限制人们在制作椅子时的创作自由度,制作者透过椅子传达其思想和感情时可以选择的表达方式也就会受到约束,制作者的表达往往难以具备创造性。又如,在足球运动中,“己方球员在己方禁区内将对方球员绊倒的,由对方罚点球”是一条运动规则,人们在叙述该运动规则时可以选择的表达方式非常少,表达方式往往会雷同,具体的表达也就难以具备创造性。

通过对题材的分析,我们发现表达方式的可选范围往往随着题材的不同而变化,文学、艺术领域的题材给人们预留了宽广的创作空间,作者可以从中选择不同于他人的表达方式,而科学领域的题材给人们预留的创作空间往往非常狭窄,人们的表达方式往往会雷同。因此,在判断某项具体的表达是否具备创造性时,应当注重对题材进行分析,根据题材的不同做出相应的判断。

### 【相关案例】

原告自2000年4月至2001年9月先后完成5部计算机网络动画片,在全部动画片中都使用了“火柴棍小人”形象。该形象是:头部为黑色圆球体,没有面孔;身体的躯干、四肢和足部均由黑色线条构成;小人的头和身体呈相连状。在“火柴棍小人”形象出现之前,已出现类似的人物形象。例如,柯南道尔于19世纪末创作的《福尔摩斯探案集》中有“跳舞的小人”形象。对于原告的小人形象



是否具备独创性,北京市高级人民法院判决如下。

独创性是构成作品的必要条件,它是指一部作品是经作者独立创作产生的,包含有作者的选择、判断,具有作者个人特有的东西,我国《著作权法》并不要求作品必须具有较高的独创性。根据现有的证据,在“火柴棍小人”形象出现之前,即已出现以圆球表示头部,以线条表示躯干和四肢的创作人物形象的方法和人物形象,但是从“火柴棍小人”的创作过程及其表达形式看,该形象确实包含有原告的选择、判断,具有他本人的个性,原告力图通过该形象表达他的思想,因此,“火柴棍小人”形象具有独创性,符合作品的构成条件,应受《著作权法》的保护。<sup>①</sup>

显然,北京市高级人民法院重视的是原告1年半的创作过程,认为原告在此创作过程中对使用什么形象来表达思想进行了选择和判断,从而体现了其个性。“火柴棍小人”形象是原告对表达方式进行选择、判断并体现其个性的产物,具备独创性。

#### 四、作品的类别及不受保护的对象

《著作权法》第3条列出了作品的类别,这仅是对作品的列举,某个作品即使不属于其中的任何一种,只要它属于就题材进行的具备独创性的表达,就能获得《著作权法》的保护。即使如此,由于《著作权法》对某些作品(电影作品、计算机软件等)给予了特殊保护,某个作品是否属于某类作品有时候决定着作品能够享受到的保护的力度。此时,《著作权法》第3条列举的各种类别的作品究竟覆盖哪些范围就变得非常重要了。

《著作权法》是这样界定作品的范围的:①文字作品是指小说、诗词、散文、论文等以文字形式表现的作品;②口述作品是指即兴的演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品;③音乐作品是指歌曲、交响乐等能够演唱或者演奏的带词或者不带词的作品;④戏剧作品是指话剧歌剧、地方戏等供舞台演出的作品;⑤曲艺作品是指相声、快书、大鼓、评书等以说唱为主要形式表演的作品;⑥舞蹈作品是指通过连续的动作、姿势、表情等表现思想情感的作品;⑦杂技艺术作品是指杂技、魔术、马戏等通过形体动作和技巧表现的作品;⑧美术作品是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品;⑨摄影作品是指借助器械在感光材料或者其他介质上记

---

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例4. 北京:知识产权出版社,2009:397.

录客观物体形象的艺术作品;⑩图形作品是指为施工、生产绘制的工程设计图、产品设计图以及反映地理现象、说明事物原理或者结构的地图、示意图等作品;⑪模型作品是指为展示、试验或者观测等用途,根据物体的形状和结构,按照一定比例制成的立体作品(《著作权法》3条、《著作权法实施条例》4条)。

《著作权法》通过对作品的定义和作品的类别,勾画了受法律保护的信息的范围。在这些信息中,不乏法律、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,例如,历年司法考试的试题、利用政府财政资金创作完成的调研报告书。对于这些信息,《著作权法》出于立法政策考虑,将其排除出《著作权法》适用的范围。其他被排除出去的还有通过报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体报道的单纯事实消息(时事新闻)以及历法、通用数表、通用表格和公式(《著作权法》5条、《著作权法实施条例》5条)。需要注意的是,虽然《著作权法》不适用于时事新闻,但司法解释认为,传播报道他人采编的时事新闻,应当注明出处(《最高法著作权解释》16条)。

## 五、特殊作品

### (一) 实用艺术品

电脑书法、商品外包装等实用艺术品能否享受《著作权法》的保护是一个广为关注的话题。国家版权局在一个案件中对被投诉人的“泡椒牛肉”字体是否侵犯投诉人的电脑书法著作权发表意见认为,投诉人的电脑书法尽管是基于某种电脑字体产生,尽管可能艺术性不高,尽管可能完全借助电脑产生,但仍应看作具有独创性并能以某种形式复制的智力成果,他人不能擅自进行复制,特别是复制用于同类商品的包装上。<sup>①</sup>

法院对具备一定条件的商品包装也给予了著作权保护。例如,北京市第二中级人民法院判决认为,“着紧身衣的女性上半身人体形状”和“着海魂衫的男性上半身人体形状”的两种香水瓶以其优美的立体造型作为实用艺术作品应受《著作权法》保护。<sup>②</sup>

如果某项实用艺术品能够作为具备独创性的表达享受《著作权法》保护,该艺术品能否同时作为外观设计享受《专利法》的保护呢。在对这个问题做出回答前,一起来看一下这个问题产生的原因。《著作权法》保护的是文学、艺术和科学

---

① 法律出版社法规中心. 中华人民共和国知识产权法律法规全书(含司法解释). 北京:法律出版社,2010:92.

② 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例4. 北京:知识产权出版社,2009:409.

领域的表达,《专利法》保护的外观设计是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所做出的富有美感并适于工业应用的新设计(《专利法》2条4款)。对于实用品,《著作权法》和《专利法》之间不可避免地会存在交叉重叠领域。因为,《著作权法》将科学领域纳入保护范围,其中包括工业应用领域,同时《专利法》保护的“富有美感的新设计”以人的视觉感受为判定标准,而人的视觉感受到的美感往往是《著作权法》保护的表达的一种。我国现行的《著作权法》和《专利法》均没有规定实用艺术品只能在两种保护中选择一种,而是默认了两种保护并存。

### (二) 美术作品

美术作品是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。美术作品的构成要件中没有对材料的要求,作者在以线条、色彩或者其他方式创作作品时,可以自由选用纸张、木材、石料等材料进行创作。美术作品既包括山水画、油画、雕塑等独一无二的作品,也包括版画等可以大量复制的作品。美术工艺品能否成为作品享受《著作权法》的保护是一个值得探讨的问题。

### 【相关案例】

在判断立体造型是否构成美术作品时,应当区分实用功能决定的造型成分和纯粹的艺术表达成分,即在剔除实用功能决定而无法分离的造型成分之后,再判断其中独立的艺术表达是否具有独创性。如果不做这样的区分,势必导致著作权的保护延及实用功能,违背《著作权法》的基本原理。“歼十飞机(单座)”既是作战武器,同时,对一般社会公众而言,其造型也确实具有美感。但是,对于飞机尤其是战斗机的研发,性能参数的优化是设计者追求的主要目标。在研发设计过程中,科研人员需要进行风洞试验等不同的科学测试,并根据测试结果不断改进飞机造型,以最大限度地优化飞机性能。因此,一般而言,飞机研发设计所产生的特殊飞机造型,主要是由飞机的性能即实用功能决定的,该造型成分与飞机的功能融为一体,物理上、观念上均无法分离,不构成美术作品。<sup>①</sup>

### (三) 模型作品

模型作品是指为展示、试验或者观测等用途,根据物体的形状和结构,按照

---

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院民事判决书(2014)高民(知)终字第3451号。

一定比例制成的立体作品。因此,模型作品通常是对已有物体的精确复制,其独创性体现在精确复制的程度上。

### 【相关案例】

模型作品是根据物体的一定比例放大或缩小而成。为了实现展示、试验或者观测等目的,模型与原物的近似程度越高或者越满足实际需要,其独创性越高。对模型作品的界定,应当从《著作权法实施条例》的相关规定及其目的出发,依法做出合理的解释,不能脱离现有法律规定。本案中,根据央视国际的报道,成都飞机设计研究所完成的“歼十飞机(单座)”模型于2007年1月5日已公开发布。虽然该模型是“歼十飞机(单座)”造型的等比例缩小,但已如上述,根据《著作权法实施条例》的相关规定,该模型的独创性恰恰体现于此,其已构成模型作品,应当受《著作权法》的保护。因此,一审法院关于“歼十飞机(单座)”模型系对“歼十飞机(单座)”的等比例缩小和精确复制,因而无论模型产生时间早晚其均不具有独创性的认定有误,本院予以纠正。<sup>①</sup>

#### (四) 电影作品与录像制品

电影作品是指摄制在一定介质上,由一系列有伴音或者无伴音的画面组成,并且借助适当装置放映或者以其他方式传播的作品(《著作权法实施条例》4条11项)。作为电影作品的构成要件之一,《著作权法》要求作品被摄制在录像带、DVD等介质上,没有固定在一定介质上的电视台的现场直播不属于电影作品的范畴。

电影作品以外的,任何有伴音或无伴音的连续相关形象、图像的录制品均属于录像制品(《著作权法实施条例》5条3项)。录像制品是将已有作品进行一些必要的技术加工而产生的,例如机械录制的他人的现场表演、教学讲座。录像制品不包括由电影作品制成的录像带,这种由胶带变为磁带的载体转化是对电影作品的复制,而不能认为是录像制品。<sup>②</sup>

电影作品与录像制品的区别主要在于权利人享有的权利范围。电影作品的权利人享有放映权,录像制品的权利人不享有放映权。KTV应客户的点播播放的MTV,如果属于电影作品,则权利人有权禁止KTV经营者放映,如果仅仅属

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院民事判决书(2014)高民(知)终字第3451号。

<sup>②</sup> 法律出版社法规中心·知识产权法律法规全书(含司法解释).北京:法律出版社,2010:93.

于录像制品,权利人无权要求 KTV 经营者停止放映。因此,如何定性 MTV 常常成为诉讼中的焦点。

### 【相关案例】

北京市第一中级人民法院的一个判决对如何区分电影作品和录像制品作了下列有益的探索。MTV 的性质归属不能一概而论,对于通过编排、导演、拍摄、录音、剪辑、合成等创造性劳动,将音乐贯穿于摄制而成的一系列画面中,固定在一定介质上并能够借助适当装置放映的 MTV,因为不同主体为同一位表演者演唱的同一首歌曲摄制的 MTV 的表现形式会有很大差异,而这种差异正是《著作权法》所要求保护的具有独创性的表达,所以此类 MTV 属于电影作品,作者享有放映权。对于仅对现场表演进行机械录制所形成的 MTV,无论录制者本身有何不同,其为同一位表演者演唱的同一首歌曲录制的 MTV 之间则十分类似,即使存在差异,也是表演者的不同次表演所致,录制者对此并未付出创造性劳动,所以此类 MTV 本身不具有独创性,不是作品,而是录像制品,仅受到《著作权法》给予录像制品的保护,而录像制作者对制品不享有放映权。在此案的二审中,北京市高级人民法院判决认为,凝聚了导演、摄影、录音、剪辑、合成等创作人员的独创性劳动的音乐电视,属于《著作权法》规定的以类似摄制电影的方法创作的作品。<sup>①</sup>

#### (五) 汇编作品

汇编作品是指汇编若干作品、作品的片段或者不构成作品的数据或者其他材料,对内容的选择或者编排体现独创性的作品(《著作权法》14 条)。汇编作品的内容不仅包括作品或者作品的片段(如一篇篇独立的学术论文),还包括不构成作品的数据或者其他材料。汇编作品的著作权由汇编人享有,但行使著作权时不得侵犯原作品的著作权(《著作权法》14 条),即原作品的著作权不会因为汇编人对汇编作品享有著作权而受到任何影响。

### 【相关案例】

#### 案例 1

以英语语法和历年高考试题为素材编写而成的《高三一轮复习指导与测试》

---

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 4. 北京:知识产权出版社,2009:315.

丛书的英语分册是否属于汇编作品,北京市高级人民法院判决如下。

英语语法和历年高考试题虽然属于公有领域的材料,但是经过汇编人具有独创性的选编、汇集和编排之后成为新的汇编作品,应当受到我国《著作权法》的保护。原告的作品是关于英语语法与训练的教学辅助图书,内容上包括语法、惯用习语、词语辨析的讲解和测试题目等,整体上采用了图表讲解配合真题练习的体例,为此作者付出了创造性的劳动,作品体现了独创性。对于英语语法、惯用习语、词语辨析的讲解则采用图表的方式,对语法的分类、体例结构的编排以及例示的选择和测试题目的编选同样体现了独创性。所以原告作品属于汇编作品,应当受《著作权法》的保护。<sup>①</sup>

### 案例 2

原告在 1991 年采集并收录于《食物成分表(全国代表值)》的有关数据的基础上,选取了 1 506 种食物的营养成分数据,进行了重新分类和编码,制作完成了《中国营养成分 2002》一书,书中有《食物一般营养成分》表。虽然食物营养成分数据本身并不受《著作权法》保护,但《食物一般营养成分》表在对数据的选择和食物品种的分类、顺序编排方面具有独创性,属于汇编作品。<sup>②</sup>

### (六) 改编作品

改编作品是指改编、翻译、注释、整理(简称为改编)已有作品而产生的作品,著作权由改编、翻译、注释、整理人(简称为改编人)享有,但改编人在行使著作权时不得侵犯原作品的著作权(《著作权法》12 条)。也就是说,原作品的著作权不会因为改编人对改编作品享有另外的著作权而受到任何影响。只要改编人的改编行为产生新的作品,即可享有著作权,不管其行为是否事先获得原作品的著作权人的许可。改编人未经原作品的著作权人许可进行的改编无疑属于侵犯其改编权的行为,但侵权的事实不会阻碍改编人对改编作品享有著作权。

即使改编人对改编作品享有的著作权独立于原作品之外,但是他人在使用改编作品之前还是要同时取得原作品的著作权人和改编人的同意。使用改编作品进行演出,应当取得改编作品和原作品著作权人许可并支付报酬(《著作权法》37 条 2 款)。录音录像制作者使用改编作品,应当取得改编作品和原作品著作权人许可并支付报酬(《著作权法》40 条 2 款)。

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 4. 北京:知识产权出版社,2009:249.

<sup>②</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 4. 北京:知识产权出版社,2009:379.

改编人拥有的著作权针对的是改编行为产生的新的作品,也就是具备独创性的表达,因此不具备独创性的部分不构成改编作品,而只是改编人对原作品的复制。对于改编作品和原作品实质上相同的部分,改编人不享有任何的权利。另一方面,原作者对于改编作品中能够感知的原作品的表达可以主张权利,而无权对其他不能感知原作的表达的部分主张权利。

### 【思考题】

1. 试论作品的构成要件。
2. 试论题材与题材的表达。
3. 试论创造性与表达方式的可选范围。
4. 试论 MTV 的法律性质。

## 第三节 著作财产权的效力

### 引言

作品一旦诞生,人们使用作品的方式将是多种多样的。《著作权法》对作品的保护,正是根据作品的使用方式来设计的。著作权人享有的权利包括复制权、发行权、出租权、展览权、表演权、放映权、广播权、信息网络传播权、改编权等权利。这些权利被统称为著作财产权。

正确掌握著作财产权,需要做到以下三点。一是《著作权法》对于著作财产权中的每一种权利都进行了界定,在判定具体行为是否构成对复制权等权利的侵害时,应当严格依据《著作权法》的规定确定权利的射程范围。二是对于著作财产权控制范围以外的行为,著作权人可依据《著作权法》第10条第1款第17项规定的兜底条款,主张行为人侵犯其“享有的其他权利”。例如,向公众朗诵歌词的行为不属于上述任何一种权利控制的范围,我国的《著作权法》没有赋予著作权人以口述权,对于朗诵、讲授文字作品的行为,著作权人只有借助该兜底条款。三是著作财产权中的每一项权利都是相互独立的权利。小说作者许可出版社复制、发行后,出版社可以出版、销售小说,但是出版社无权将小说改编成电

影,也无权将出版的小说在网络上公开。因为出版社只取得复制许可和发行许可,并没有取得改编许可和信息网络传播许可。

## 关键词

著作财产权 复制权 发行权 出租权 展览权 表演权 放映权 广播权 信息网络传播权 改编权 豁免行为 著作权侵害的判定标准 注意义务 不当得利返还

### 一、著作财产权的类型

#### (一) 复制权

复制权是指以印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式将作品制作一份或者多份的权利(《著作权法》10条1款5项)。既然复制权的范围包括将作品制作“一份”的权利,某个行为是否构成对复制权的侵害与行为人复制多少份就没有关系,仅复制了一份的人同样要承担民事责任。

复制权的权利人可以禁止被诉侵权人以印刷等方式再现作品的行为,但是无权禁止第三人向被诉侵权人提供复印机等复制设备。提供复印机等复制设备的行为本身不构成对复制权的侵害。在具体案件中,复制权侵害是否成立要看作品的本质特征是否直接或者经过一定中间过程被固定于平面的有形物体。

##### 1. 本质特征

既然复制权是指将作品制作一份或者多份的权利,某个行为是否构成对复制权的侵害就要看该行为的后果是否形成与原作品实质上相同的复制品。如果被诉侵权物体现原作品的本质特征,即使行为人对于原作品的其他非本质部分进行加工或者增减,其行为同样构成对复制权的侵害。

判断被诉侵权物是否体现原作品的本质特征,应当特别注意原作品在被诉侵权物中出现的位置和状态。之所以要强调这一点,是因为《著作权法》对此缺乏明确规定。《著作权法》仅仅列举“印刷、复印、拓印、录音、录像、翻录、翻拍等方式”,没有对以这些方式制作的被诉侵权物的状态加以明确,也没有对原作品在被诉侵权物中的位置和状态进行界定。这些因素对正确判定某项被诉侵权物是否体现原作品的本质特征往往起着决定性的作用。

原作品在被诉侵权物中出现的位置和状态多种多样,比较典型的是原作品在被诉侵权物的背景中出现。例如,在照明灯具的产品说明书中,将山水国画或



者书法作品作为表现灯具的照明效果的背景,这样的使用形式是否构成对复制权的侵害要具体案件具体分析。本书认为,如果被作为背景的作品本质特征没有被再现,说明书就不构成对复制权的侵害。具体来说,如果照明灯具的背景以白色为主,书法作品在照明灯具的背景中所占地方不大,它给人的印象将会是一种装饰效果,即使它能烘托出典雅的氛围,人们也不会从中体会到书法作品所承载的人文精神,不会从中体会到书法作品的本质特征,这样的使用形式不构成对复制权的侵害。当然,如果照明灯具的整个背景都以山水国画为主,国画给人的印象则有可能不限于装饰效果,人们或许可以从中感知南国的山水情韵,体会到画家透过山水想要传达的情怀,此时,复制权很可能已经受到侵害。

作品在背景中出现,这样的情形在电影作品中最为常见。在影片主人公生活的环境中,绘画作品、书法作品等都有可能在背景中出现。这样的使用形式是否构成对复制权的侵害,仍然要看作品的本质特征有没有被再现,这是复制权侵害是否成立的判定标准。

## 2. 固定于平面的有形物体

既然复制权是指以印刷等方式将作品制作“一份或者多份”的权利,被诉侵权人的行为形成的复制品就应当是能够以“份”为单位来计算的有形物体,例如小说的复印本、CD唱片的复制品等。对作品进行无形再现的行为,例如表演、放映等行为不属于复制行为。表演和放映分别属于表演权和放映权规制的范畴。

“一份或者多份”的寓意不仅在于复制品必须是有形物体,还在于复制品必须被固定于有形物体,只有被固定,人们才能以“份”为单位对其进行计算。随着复制技术的不断发展,人们固定信息的方式越来越多,印刷、录音、录像等方式是《著作权法》对固定信息的方式的有限列举而没有穷尽所有可能的方式。

通常情况下,作品蕴含的信息是被直接固定于有形物体,例如用复印机直接复印文字作品、用录像机直接录制舞蹈作品。有些情况下,作品蕴含的信息是经过一定的过程后才被固定于有形物体的。例如戏剧作品的剧本蕴含的信息,更多的是通过依据剧本表演的话剧、歌剧等中间过程表现出来,而后通过广播、信息网络传播等方式传达给广大观众。如果有人以录音或者录像的方式,将表演、广播或者信息网络传播中传达的剧本信息固定下来,该行为是否属于复制剧本的行为?本书认为,结合《著作权法》的条文来看,该行为确实属于以录音、录像方式将作品(剧本)制作一份或者多份的行为,构成对复制权的侵害。未经剧本作者的同意表演、广播或者信息网络传播剧本所蕴含的信息的行为属于对作品

进行无形再现的行为,不构成对复制权的侵害(构成对表演权的侵害),但是将无形复制的信息固定于有形物体的行为则构成对复制权的侵害。

综上所述,本书认为,《著作权法》所说的复制是指将作品蕴含的信息直接或者经过一定的中间过程固定于有形物体,这就是条文中的“一份或者多份”所折射出的复制概念的内涵。仅仅这样理解条文中的“一份或者多份”,对于正确把握复制权的射程范围来说还远远不够。由于《著作权法》关于复制权的条文过于简单,我们不得不对其深入解析,赋予其更多的含义。

“一份或者多份”不同于“一个或者多个”,前者是平面概念,后者包含立体概念。本书认为,原则上《著作权法》说的复制是将作品蕴含的信息固定于平面的有形物体,而非立体的有形物体。这包括两种情形。一是将本来就是平面的作品固定于平面的有形物体,例如将一篇散文复印到 A4 纸上。二是将本来是立体的作品固定于平面的有形物体,例如对立体的艺术作品(雕塑等)进行临摹、绘画、摄影、录像。当然,如果艺术作品设置或者陈列在室外公共场所,人们在一定条件下可以不经著作权人许可进行临摹等行为(《著作权法》22 条 1 款 10 项)。对于一种新型挖掘机的设计图而言,著作权人的复制权只能禁止他人将设计图复印在纸张等平面上,而不能禁止他人依据设计图制造同样的新型挖掘机。当然,对于建筑作品的设计图而言,如果将复制权的射程范围限定于对设计图本身的复印,将达不到保护建筑作品的效果。因此,作为例外,应当允许著作权人以复制权受到侵害为理由,禁止他人依据设计图建造同样的建筑物。

综上所述,判断被诉侵权人的行为是否构成对复制权的侵害,关键要看行为是否属于将作品的本质特征直接或者经过一定中间过程固定于平面的有形物体,这是判定复制权侵害是否成立的标准。

### 【相关案例】

“熊大”动漫美术作品是为华强公司发行的三维喜剧动画片《熊出没》开发的角色形象,是以平面方式表达的艺术造型。经过华强公司授权,盟世奇公司生产的“熊大”毛绒玩具及被控侵权商品是以立体方式表达的造型。虽然由平面到立体的复制不属于《著作权法》第 10 条第 1 款第 5 项列举的 7 种复制方式,但是,该条款通过使用“等方式”的用语并没有穷尽复制的方式。判断某种行为是否构成对受保护作品的复制,关键在于判断新的载体中是否保留了原作品的基本表达,同时没有通过发展原作品的表达而形成新作品,如果最终表达载体再现

了被保护作品或其具有独创性的特征并加以固定,且没有形成新的作品,就应当属于《著作权法》规定的复制。<sup>①</sup>

## (二) 表演权

表演权是指公开表演作品以及用各种方式公开播送作品的表演的权利(《著作权法》10条1款9项)。表演权赋予作者两种不同的权利。以流行歌曲作品为例,词曲作者享有的第一种权利是禁止歌手以现场演出等形式公开表演歌曲作品。词曲作者享有的第二种权利是禁止电视台等公开播送歌手的表演。公开播送不仅包括现场直播,还包括播放录有歌手演唱的CD唱片。公开是指他人有可能听到或者看到,并不需要一定有人听到或者看到。播放着流行歌曲CD唱片的咖啡厅即使没有一个顾客,咖啡厅的行为也构成对表演权的侵害。

通常,侵害表演权的是个人,即以现场演出等形式公开表演作品的个人。但是《著作权法》规定,演出单位和演出组织者应当为避免侵犯表演权采取一定的积极措施,即使用他人作品演出,表演者(演员、演出单位)应当取得著作权人许可并支付报酬;演出组织者组织演出,由该组织者取得著作权人许可并支付报酬(《著作权法》37条1款)。将演出单位也称为表演者有些牵强,本意是在于向演出单位施加一定的注意义务,避免侵权现象发生。

一场大型演唱会的举行,常常有众多的单位参与其中。判定谁是演出的组织者,显得尤为重要。在我国,举行演唱会需要得到相关部门的许可,需要大量资金的支持。因此,负责提供演唱会经费,负责办理文化主管部门的同意函的地方政府可以成为演出组织者,承担取得著作权人许可并支付报酬的义务。<sup>②</sup>

对于未经著作权人许可擅自演唱的歌手能否以演出组织者应承担责任的由不承担侵权责任,北京市朝阳区人民法院判决认为,《著作权法》虽然规定演出组织者组织演出的,可以由该组织者征得著作权人的许可并付酬,但是基本原则仍然是谁表演谁征得许可并付酬。法院因此判定,歌手未经词作者的同意擅自演唱《暗香》的行为构成对表演权的侵害。<sup>③</sup>

## (三) 放映权

放映权是指通过放映机、幻灯机等技术设备公开再现美术、摄影、电影作品

<sup>①</sup> 天津市高级人民法院民事判决书(2015)津高民三终字第0018号。

<sup>②</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例3. 北京:知识产权出版社,2008:308.

<sup>③</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例3. 北京:知识产权出版社,2008:309.

等的权利(《著作权法》10条1款10项)。放映权规制的是公开再现作品的行为本身,无论被再现的作品的状态如何,只要作品被公开再现,就构成对放映权的侵害。权利人不但能禁止他人将固定在DVD光盘上的电影作品通过放映机投影到屏幕上,还能禁止他人将互联网上即时传输的电影作品通过笔记本电脑等设备投影到屏幕上。《著作权法》对再现作品的载体同样没有限制,与宽大的银屏一样,笔记本电脑和手机彩屏都可以成为再现作品的载体。

#### (四) 展览权

展览权是指公开陈列美术作品、摄影作品的原件或者复制件的权利(《著作权法》10条1款8项)。展览权的客体仅限于美术作品和摄影作品,其他作品的权利人不享有展览权,不能禁止他人将作品的原件或者复制件公开陈列。书店将已经发表的小说摆放在书架上供顾客任意选购已经成为一种司空见惯的商业惯例。美术等作品原件所有权的转移,不视为作品著作权的转移,但美术作品原件的展览权由原件所有人享有(《著作权法》18条)。

对于美术作品和摄影作品,权利人不仅可以禁止他人公开陈列作品的原件,还可以禁止他人公开陈列作品的复制件。鉴于数码合成技术等的高度发达,复制件越来越精致,几乎可以假乱真,因此将复制件列入禁止陈列的范畴有一定的合理性。

#### (五) 广播权

广播权赋予了权利人三种权利。一是以无线方式公开广播或者传播作品的权利。二是以有线传播或者转播的方式向公众传播“广播的作品”的权利。三是通过扩音器或者其他传送信号、声音、图像的类似工具向公众传播“广播的作品”的权利(《著作权法》10条1款11项)。这三项权利前后衔接,全程覆盖信息的传播路径。这条传播路径曾经是信息的传统传播路径。信息首先从权威电台、电视台或者通信卫星以无线方式发出,经由地方电台、电视台的转播后,通过扩音器等工具向公众传播。

##### 1. 有线电视台的广播行为

随着时代的变迁,信息的传播路径发生了巨大变化。随着有线电视台的崛起,节目不再是单纯地转播位阶在上的电视台的节目,而是直接广播自己的节目,信息的传播路径呈现出多元化现象。然而,以有线方式公开广播作品,而非传播“广播的作品”,这样的行为不属于广播权中的任何一种权利。即使有线电视台未经著作权人许可广播作品,也不构成对广播权的侵害。这明显是不合理

的。在现行《著作权法》下,著作权人只有以《著作权法》第10条第1款第17项为依据,起诉有线电视台侵害其应当享有的其他权利。

## 2. 广播电台、电视台的广播行为

尽管广播的路径大相径庭,但广播的内容与从前却相差无几。声音和图像是广播所传递的主要信息。如果广播行为是由广播电台、电视台实施的,《著作权法》对此有下列三条特别规定。第一,电视台播放他人的录像制品,应当取得著作权人和录像制作者的许可并支付报酬(《著作权法》46条)。电视台播放他人的电影作品,应当取得制片者许可并支付报酬(《著作权法》46条)。第二,广播电台、电视台播放已经出版的录音制品,可以不经著作权人许可,但应当支付报酬。当事人另有约定的除外,具体办法由国务院规定(《著作权法》44条)。第三,广播电台、电视台播放他人已发表的作品,可以不经著作权人许可,但应当支付报酬(《著作权法》43条2款)。后两条被称为法定许可,由于法定许可的存在,同样一个未经许可播放流行歌曲CD专辑的行为,如果行为人是广播电台,则可以不经著作权人(歌曲作者)许可;如果行为人是咖啡厅、宾馆等场所,则必须取得著作权人(歌曲作者)的许可。

## (六) 信息网络传播权

随着互联网的日益普及,越来越多的作品在互联网上被传播和使用。网络侵权严重威胁作者的合法权益。《著作权法》赋予著作权人以信息网络传播权。同时,为了避免侵权现象的发生,《著作权法》又明文要求相关人员采取一定的积极措施。例如,得到表演者许可,通过信息网络向公众传播表演者的表演的,还应当取得著作权人的许可,并支付报酬(《著作权法》38条2款);得到录音录像制作者许可,通过信息网络向公众传播录音录像制品的,还应当取得著作权人的许可,并支付报酬(《著作权法》42条2款)。

### 1. 侵权构成要件

信息网络传播权是指以有线或者无线方式向公众提供作品,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利(《著作权法》10条1款12项)。因此,信息网络传播权的侵权构成要件形式上看有两个。第一,向公众提供作品。第二,使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品。通过以下分析,我们可以知道,这两个要件在实质上是同样的。要正确理解信息网络传播权的侵权构成要件,应当特别注意以下几个方面。

第一,“向公众提供作品”不是指将作品主动提供他人,更不是指将作品通

过网络广播,这是将信息网络传播行为与传统的广播行为区分开来的分水岭。“向公众提供作品”是指将作品置于可以应他人的要求(指令)通过网络传送的状态。只有这样理解条文的前半部分,该条文的后半部分在逻辑上才讲得通。这是因为,只有将作品置于可以应他人的要求通过网络传送的状态,他人才可以在其选定的时间和地点获得该作品。如果已经主动向他人提供了作品,他人就不需要选定时间和地点了。

第二,只要将作品置于可以应他人的要求通过网络传送的状态,无论是否有人通过网络获得该作品,都构成对信息网络传播权的侵害。理由就蕴含在条文之中。只要他人“可以”获得该作品,就满足了信息网络传播权侵害的构成要件,至于他人是否真的获得过,并不重要。只要将作品上传至信息存储空间供他人获得,无论具体方式是上传到网络服务器还是设置共享文件或者利用文件分享软件,均构成对信息网络传播权的侵害。

第三,他人是否可以“获得”作品,与他人是否可以将该作品下载至计算机硬盘中没有任何关系。任何作品都是“文学、艺术和科学领域内就题材进行的具有独创性的能够以某种有形形式复制的表达”,而表达是无形的,人们不可能像获得有形物一样将无形的表达掌握在手中。电影作品即使被下载到计算机硬盘中,下载者拥有的只是一些特殊的电子信息,而非电影作品。作品无法获得而只能共享与欣赏。因此,一些网站仅提供在线欣赏、在线收听、在线阅读而不提供下载服务的行为,同样属于使公众可以“获得”作品的行为,构成对信息网络传播权的侵害。

综上所述,信息网络传播权的侵权构成要件在形式上看来虽然有两个,但在实质上,这两个要件是一样的。因为只要将作品置于可以应他人的要求通过网络传送的状态(向公众提供作品),网络技术本身往往决定了另外一个要件(使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品)自然而然地就会得到满足。依据我们的这个发现,继续来看正确掌握信息网络传播权的侵权行为需要注意的第四点及第五点。

第四,只有将作品置于可以应他人的要求通过网络传送的状态(信息网络传播行为)的人才是侵害信息网络传播权的主体,其他人充其量只是侵权的帮助者而非侵权的主体。例如,某大型网站对其他多个小网站中的涉嫌侵权的音乐作品设置链接的行为是否构成对信息网络传播权的侵害?答案是否定的。因为大型网站的所作所为虽然有悖于职业道德,但它没有将作品置于可以应他人的要

求通过网络传送的状态,没有实施信息网络传播行为,将作品进行数字化后置于公开的信息存储空间的是那些小网站而非大网站。大网站做的只不过是让公众能够快速找到想要听的音乐。如果这些音乐本来就不存在于公开的信息存储空间,那么公众即使利用大网站铺设的快速通道最终也只能是无功而返。

第五,在上述的第四点中,我们提到实施信息网络传播行为的人才是侵害信息网络传播权的主体。那么,实施信息网络传播行为的人到底是谁呢?将作品数字化后将其置于公共信息存储空间的人(直接行为人)当然难辞其咎,权利人当然可以起诉其侵害信息网络传播权。问题在于,侵权主体是否可以扩大至直接行为人以外的人。向直接行为人提供接入服务、缓存服务、信息存储空间服务以及搜索或者链接服务的人是否能够成为侵权主体?这些人通常被称为网络服务提供者。他们是否也是侵害信息网络传播权的主体,是一个值得讨论的问题。

### 【相关案例】

有些涉嫌侵权人会对网络上作品的使用范围、方式施加一定限制,如同时只能有3人阅读、只能以拷屏的方式下载或保存,应当如何评价这些限制措施?

北京市海淀区人民法院判决认为,这些限制并未从实质上降低作品被任意使用的风险,也未改变其未经著作权人许可而使用他人作品的行为性质。传统意义上的公益性图书馆,因为其物质条件的有限性及使用规则的可靠性导致对著作权影响的有限性,其投资来源的公共性导致公共利益与私人利益一定程度的一致性,具备对著作权进行限制的可能性。显然,被告书生公司无论在企业性质、经营方式、经营目的及对作者利益的影响上均与图书馆不同。故被告书生公司以其经营方式和限制措施作为否认侵权的理由,法院不予采信,但法院将把此作为侵权情节予以考虑。<sup>①</sup>

#### 2. 网络服务提供者的赔偿责任的构造

参与《侵权责任法》立法的人认为,网络服务提供者不直接提供信息,一般而言,除符合《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)第36条第2款和第3款的规定,无须对网络用户提供的信息侵犯他人民事权益承担责任。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例3. 北京:知识产权出版社,2008:276.

<sup>②</sup> 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 中华人民共和国侵权责任法解读. 北京:中国法制出版社,2010:180.

也就是说,即使网络用户提供的信息侵犯了他人的信息网络传播权,网络服务提供者也无须承担责任。其理由是网络服务提供者没有直接提供信息,这与我们上面讲到的第四点是一致的。

虽然网络服务提供者不是信息网络传播权的直接侵权人,但在下列两种情况下却应当承担赔偿责任。第一,网络用户利用网络服务实施侵权行为的,著作权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的,对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任(《侵权责任法》36条2款)。网络服务提供者的赔偿范围仅限于损害的扩大部分,对于接到通知前已经造成的损害,由网络用户单独承担。网络服务提供者采取的措施是否“及时”,应当根据权利人提交通知的形式,通知的准确程度,采取措施的难易程度,网络服务的性质,所涉作品、表演、录音录像制品的类型、知名度、数量等因素综合判断(《最高法信息网络规定》14条)。

接下来看网络服务提供者应当承担赔偿责任的第二种情形。《侵权责任法》第36条第3款规定,网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益,未采取必要措施的,与该网络用户承担连带责任。参与立法的人认为,该条款和第36条第2款是并列关系,并非包含关系。如果著作权人能够举证证明网络服务提供者对侵权行为知道,可以不发出侵权通知,直接要求网络服务提供者承担第3款规定的侵权责任。如果著作权人认为其无法举证证明网络服务提供者具有过错,可以根据第2款发出侵权通知。<sup>①</sup>网络服务提供者接到权利人以书信、传真、电子邮件等方式提交的通知,未及时采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的,法院应当认定其明知相关侵害信息网络传播权行为(《最高法信息网络规定》13条)。

### 【相关案例】

判断被诉行为是否构成信息网络传播行为,应采用服务器标准,而非用户感知标准或实质性替代标准。依据服务器标准,如果被诉行为系将涉案内容置于向公众开放的服务器中的行为,则该行为系信息网络传播行为。本案中,上诉人向用户提供“快看影视”APP(指计算机或手机应用程序),虽然用户在该APP界

---

<sup>①</sup> 全国人大常委会法制工作委员会民法室. 中华人民共和国侵权责任法解读. 北京:中国法制出版社,2010:187.



面下即可以实现对涉案作品的在线观看,但由公证书可看出,其内容播放页面中显示了乐视网相应页面的地址,且点击该地址可进入乐视网页面。上述事实说明,将涉案内容置于网络中传播的是乐视网,而非上诉人,上诉人仅提供了指向乐视网中涉案内容的链接。

被上诉人并不否认该内容来源于乐视网,但其主张该链接系通过破坏乐视网技术措施的方式设置的链接。但即便链接服务提供者是通过破坏技术措施而实现的链接,该行为与链接行为仍为相互独立的两个行为,破坏技术措施行为的存在并不会对链接行为这一事实的认定产生影响。据此,在上诉人未实施将涉案作品置于向公众开放服务器中行为的情况下,其虽然实施了破坏技术措施的行为,但该行为仍不构成对涉案作品信息网络传播权的直接侵犯,一审法院做出的被诉行为侵犯被上诉人信息网络传播权的认定有误,本院予以纠正。<sup>①</sup>

#### (七) 发行权

发行权是指以出售或者赠与方式向公众提供作品的原件或者复制件的权利(《著作权法》10条1款6项)。为了避免侵害发行权的现象发生,《著作权法》明文要求相关人员履行一定的义务。例如,得到表演者的许可,发行录有表演者的录音录像制品的,还应当取得著作权人的许可并支付报酬(《著作权法》38条2款);得到录音录像制作者的许可,发行录音录像制品的,还应当取得著作权人的许可并支付报酬(《著作权法》42条2款)。

为了履行自己应尽的义务,出版社及唱片制作公司等单位在将作品推向市场之前,应当与作者签订书面合同,约定作品的发行获利的分配比例。过度依赖口头约定,会使出版社及唱片制作公司在诉讼中处于不利地位。例如,被告组织原告在上海大剧院演出原告改编创作的钢琴伴唱《红灯记》,并向原告支付报酬的事实,能否表明原告许可被告对现场演出进行录音并复制、发行录音制品?北京市第二中级人民法院2004年4月22日判决认为,被告向原告支付报酬的事实说明,被告与原告就演出当日的表演曲目及演奏者的选择达成协议,不能表明原告许可被告对其现场演出进行录音及复制、发行录音制品。被告虽提出其与原告就演出现场版录音的发行权事宜已达成口头约定,但其未就此主张提供相应的证据予以证明,该主张不予采信。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 北京知识产权法院民事判决书(2016)京73民终143号。

<sup>②</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭·知识产权经典判例3.北京:知识产权出版社,2008:304.

### (八) 出租权

出租权是指有偿许可他人临时使用电影作品和计算机软件的权利,计算机软件不是出租的主要标的的除外(《著作权法》10条1款7项)。只有电影作品和计算机软件的权利人才拥有出租权,音乐作品、文字作品等作品的权利人不拥有出租权,不能禁止他人进行唱片出租、小说出租等营利性业务。即使是电影作品和计算机软件的权利人,也无权禁止他人开展无偿的出租业务。该条款的但书规定计算机软件不是出租的主要标的的,不属于出租权规制的范畴。法院应当以何种标准来判定某个软件是否是出租的主要标的,还有待在审判实务中积累相关的案例。

### (九) 改编权

改编权是指改变作品,创作出具有独创性的新作品的权利(《著作权法》10条1款14项)。改变作品的手段和方法多种多样,例如,将小说拍成电影、将英文小说翻译成中文、精选某作家的一部分短篇小说汇集成小说集等。虽然这些具体的改变作品的行为在《著作权法》里分别被称为摄制、翻译以及汇编,其实它们在实质上均属于改编行为。因此,《著作权法》所说的摄制权、翻译权及汇编权实质上均可以用同一项权利即改编权来理解。

《著作权法》中改编的定义过于简单,需要进一步明确其内涵。本书认为,改编是指在原作品的基础上,在保持原作品的表达上的本质特征不变的同时,通过修改、变更、增减具体的表达,创作出具有独创性的新表达,使得接触到新表达的人能够直接感知到原作品表达上本质特征的行为。

改编权针对的是在原作品表达的基础上创作完成的新表达。不经著作权人的许可,他人不得对原作品的表达进行修改、变更或者增减。如果说复制权禁止的是他人对特定表达进行再现的行为,那么改编权禁止的是他人对相似表达进行再现的行为。因此,包含复制权及改编权的著作权不仅禁止他人再现和原作品相同的表达,还禁止他人再现和原作品相似的表达。改编权的存在使著作权的保护范围不局限于具体的表达本身,还延及与之类似的表达。

## 【相关案例】

### 案例 1

陈枰版《推拿》系根据毕飞宇版《推拿》改编产生的作品。陈枰虽然对其创作的《推拿》作品享有著作权,但是这种改编作品的著作权人所享有的著作权是

完整但不独立的权利。不独立的权利是基于改编作品是在原作品基础上的再创作,包含原作品的表达,因此,原作品著作权对改编作品的使用有控制权,改编作品的著作权依附于原作品的著作权,在行使时要受到原作品著作权的限制,故其权利是不独立的。虽然《著作权法》第15条第2款规定了电影作品和以类似摄制电影的方法创作作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品作者有权单独行使其著作权,但是单独行使著作权的前提是不违背《著作权法》对改编作品著作权行使的原则性规定。<sup>①</sup>

## 案例2

“四大名捕”系列小说中,“无情”“铁手”“追命”“冷血”及“诸葛先生”是贯穿始终的灵魂人物,涉案五个人物为温瑞安小说中独创性程度较高的组成部分,体现了独创性人物的重要表达。温瑞安对其小说所享有的著作权亦应体现为对其中独创性表达部分所享有的著作权。结合《大掌门》游戏对涉案五个人物的身份、武功、性格等信息的介绍,以及该游戏出现涉案五个人物的时间,可认定《大掌门》游戏中的“神捕无情”“神捕铁手”“神捕追命”“神捕冷血”及“诸葛先生”五个人物即为温瑞安“四大名捕”系列小说中的“无情”“铁手”“追命”“冷血”及“诸葛先生”五个人物。玩蟹公司开发经营的《大掌门》游戏,通过游戏界面信息、卡牌人物特征、文字介绍和人物关系,表现了温瑞安“四大名捕”系列小说人物“无情”“铁手”“追命”“冷血”及“诸葛先生”的形象,是以卡牌类网络游戏的方式表达温瑞安小说中的独创性武侠人物。故玩蟹公司的行为属于对温瑞安作品中独创性人物表达的改编,该行为未经温瑞安许可且用于游戏商业性运营活动,侵害了温瑞安对其作品所享有的改编权。<sup>②</sup>

## 二、权利的限制与保护期

《著作权法》赋予著作权人以著作权,是将复制、改编等行为都纳入著作权的射程范围,他人未经许可不得在该射程范围内实施这些行为。同样的道理,《著作权法》限制著作权是将本来属于著作权射程范围内的一部分复制、改编等行为排除出去,允许他人不经著作权人许可,可以实施这些行为。我们将这些行为称为豁免行为,对于作品的使用者而言,豁免行为拓展了使用、传播、创作作品的空间。

<sup>①</sup> 北京市第二中级人民法院民事判决书(2014)二中民终字第05328号。

<sup>②</sup> 北京市海淀区人民法院民事判决书(2015)海民(知)初字第32202号。

### (一) 个别豁免与合理使用

《著作权法》在界定复制权、发行权、汇编权等权利的时候,仅粗略勾画出各项权利的射程范围,没有对落入射程范围的具体行为进行分门别类。在落入著作权的射程范围内的行为中,有的只是出于个人学习目的而使用作品。如果这样的行为也构成对著作权的侵害,将不利于作品的创作和传播。因此,有必要对著作权施加一定限制,保障人们基于合理目的使用作品。此外,为了保障言论自由、司法公开、行政效率等公共利益,有时候新闻媒体、法院和国家机关也不得不使用他人的作品,出于维护公共利益的需要,也有必要对著作权施加一定限制。《著作权法》加以限制的不仅有著作财产权还包括著作人身权,并且适用于对出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台和电视台的权利的限制(《著作权法》22条1款、2款)。

《著作权法》对著作权的限制,采用的是对某些行为进行个别豁免的方法,除了列举的12种行为之外,其他行为只要落入著作权的射程范围,仍然属于侵权行为。这就暴露出个别豁免模式的不足之处。随着信息通信技术的高速发展,社会环境在不断变化,个别豁免方式往往难以应对社会环境的快速变化。人们认同的对作品的使用行为,由于不属于任何一项豁免条款而被判定为侵权的危险随时可能发生。解决的方法有两种。一是在《著作权法》中增加兜底的合理使用条款,将满足一定条件的使用行为纳入合理使用的范畴,同时将所有合理使用行为视为不侵犯著作权。二是在个案中,通过对复制权、发行权等著作权的侵权构成要件的解释,或者运用权力滥用理论,将一些新出现的使用行为划入不侵犯著作权的范畴。

### (二) 豁免行为的构成要件

上述两种方法都可以解决个别豁免模式的不足之处,在决定究竟采用哪种方法之前,需要从以下几个方面深入理解现行的豁免行为,特别是其构成要件。

第一,豁免行为的行为人可以不经著作权人许可,不向其支付报酬,但是行为人应当指明作者的姓名和作品名称(《著作权法》22条1款)。无论行为人使用作品的方式如何,也无论作品以何种状态再现在公众面前,行为人都负有指明作品的姓名和作品名称的义务。行为人指明作品的姓名和作品名称是否会破坏其使用作品的整体效果,在所不问。鉴于《著作权法》的规定过于严格,《著作权法实施条例》对此进行了一些调整。如果当事人另有约定或者由于作品使用方式的特性,无法指明作者姓名和作品名称的,可以不指明(《著作权法实施条例》

19 条)。

第二,行为人实施豁免行为“不得侵犯著作权人依照本法享有的其他权利”(《著作权法》22 条 1 款)。例如,行为人可以为个人欣赏的目的,在家里,用家里的录音机将 CD 唱片中的音乐复制到磁带上。但是,行为人不得为了其他目的(销售、出租等目的)将载有音乐的磁带转让给他人(侵犯发行权),也不得将磁带向公众播放获取利益(侵犯表演权)。

第三,《著作权法》列举的 12 种豁免行为针对的都是已经发表的作品,未发表的作品不在其列。如何判断某个作品是否已经发表呢?一般来说,著作权人自行或者许可他人公之于众的作品属于已经发表的作品(《著作权法实施条例》20 条)。著作权人的主观意愿决定着作品是否已经发表。当然,著作权人的主观意愿往往需要客观事实来证明。对于还没有发表的作品,他人即使是出于个人欣赏的目的复制、表演、改编该作品,也构成对著作权的侵害。

第四,《著作权法》列举的 12 种豁免行为的行为人,只要其目的自始至终都限定于《著作权法》规定的目的,不偏离该目的,不侵犯著作权人的其他权利,一般来说,就可以进行这些行为而无须承担侵权责任。但是,使用可以不经著作权人许可的已经发表的作品,不得影响作品的正常使用,也不得不合理地损害著作权人的合法权益(《著作权法实施条例》21 条)。当某个行为影响了作品的正常使用,或者不合理地损害了著作权人的合法权益时,行为人就应当承担相应的侵权责任。例如,某人为了个人欣赏的目的,将其从合法渠道购买的大量正版影片上传到公共信息存储空间的行为,从形式上看是为了便于其欣赏、节省其个人电脑的存储空间,属于豁免行为。但是,由于他人能够从该公共信息存储空间下载这些影片,并且在下载观看后很有可能不再去购买正版影片,这无疑会影响这些影片的正常使用,或者不合理地损害著作权人的合法权益,属于侵犯复制权和信息网络传播权的行为。

豁免行为的构成要件比较复杂,复杂的构成要件限制能够满足这些要件的行为。为了拓展豁免行为的范围,在《著作权法》中增设兜底的合理使用条款无疑具有立竿见影的效果。但是,本书认为,在著作权侵害现象还比较严重的情情况下,更应当警惕合理使用条款的过度使用,更应当强调合理使用条款的负面效应。

当然,现行的个别豁免方式已经无法应对日新月异的技术革新。对个别豁免方式进行补充和修改已经成为历史所趋。本书认为,通过对复制权、改编权等

权利的侵权构成要件的解释,运用权力滥用理论以及通过特别立法,是能够补充现行的个别豁免方式的不足之处的。例如,计算机软件的使用者为了学习和研究软件内含的设计思想和原理,通过安装、显示、传输或者存储软件等方式使用软件的行为,可以不经软件著作权人许可,不向其支付报酬(《软件条例》17条)。这就是特别法新增的一种豁免行为。

### (三) 具体的豁免行为

#### 1. 通常的使用作品的行为

作品一旦诞生,人们使用作品的方式也就会多种多样。召集朋友在家里一起观看新出的 DVD 电影、在同学聚会上竞相表演拿手的歌舞、在对外公开的雕塑前摄影留念,已经成为人们日常生活的一部分。如果这些行为也被纳入著作权的射程范围,无异于践踏人们的私人空间和活动自由。因此,《著作权法》规定下列行为属于豁免行为。一是为个人学习、研究或者欣赏,使用他人已经发表的作品(《著作权法》22条1款1项),使用不仅包括复制,还包括改编。二是对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像的行为(《著作权法》22条1款10项)，“室外公共场所的艺术作品”是指设置或者陈列在室外社会公众活动场所的雕塑、绘画、书法等艺术作品。临摹人、绘画人、摄影人、录像人可以对其成果以合理的方式和范围再行使用,不构成侵权(《最高法著作权解释》18条)。三是免费表演已经发表的作品,且未向公众收取费用,也未向表演者支付报酬(《著作权法》22条1款9项)。

#### 2. 引用

为介绍、评论某一作品或者说明某一问题,在作品中适当引用他人已经发表的作品,属于豁免行为(《著作权法》22条1款2项)。作为豁免行为的引用,必须在适当的范围内。何谓适当的范围?本书认为,该条文的前半部分为引用确立了目的,只有为了这个目的所进行的引用,才属于适当的范围。引用的目的必须是“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题”。从中我们可以析出引用的两个要件。第一,引用他人时,必须严格区分他人作品和自己作品,让作品的欣赏者能够明确识别两者。第二,主从关系必须加以明确,自己作品为主,他人作品为辅。

#### 3. 公共利益

出于对公共利益的考虑,《著作权法》规定9种行为属于豁免行为(《著作权法》22条1款3项、4项、5项、7项、8项、11项、12项,《著作权法》23条)。值得

注意的是,《著作权法》没有设立兜底的、基于公共利益的豁免条款。

报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章,但作者声明不许刊登、播放的除外。时事性文章不同于时事新闻。时事新闻不受《著作权法》保护,但时事性文章可以享受《著作权法》保护,只不过时事性文章属于豁免行为的对象。

报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话,但作者声明不许刊登、播放的除外。为报道时事新闻,在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体不可避免地再现或者引用已经发表的作品。国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品。图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要,复制本馆收藏的作品。将已经发表的作品改成盲文出版。将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行。为学校课堂教学或者科学研究,翻译或者少量复制已经发表的作品,供教学或者科研人员使用,但不得出版发行。学校周边复印店未经作者许可复印他人的教材并向学生销售的行为不属于豁免行为。<sup>①</sup>

为实施九年制义务教育和国家教育规划而编写出版教科书,除作者事先声明不许使用外,可以不经著作权人许可,在教科书中汇编已经发表的作品片段或者短小的文字作品、音乐作品或者单幅的美术作品、摄影作品,但应当按照规定支付报酬,指明作者姓名、作品名称,并且不得侵犯著作权人依照《著作权法》享有的其他权利。这种行为的行为人应当向权利人支付报酬,这一点与其他所有的豁免行为都不同。

#### (四) 保护期

公民的作品,其著作财产权的保护期为作者终生及其死亡后五十年,截止于作者死亡后第五十年的12月31日;如果是合作作品,截止于最后的作者死亡后第五十年的12月31日(《著作权法》21条1款)。电影作品和摄影作品法人或者其他组织的作品,著作权(署名权除外)由法人或者其他组织享有的职务作品,其著作财产权的保护期为五十年,截止于作品首次发表后第五十年的12月31日,但作品自创作完成后五十年内未发表的,《著作权法》不再保护(《著作权法》

<sup>①</sup> 法律出版社法规中心. 知识产权法律法规全书(含司法解释). 北京:法律出版社,2010:95.

21 条 2 款)。

作者身份不明的作品,著作财产权的保护期截止于作品首次发表后第五十年的 12 月 31 日(《著作权法实施条例》18 条)。

### 三、保护的範圍

著作權保護的是作品,是就題材進行的表達。題材本身不是著作權保護的對象。這是理解著作權的保護範圍時應當遵循的基本原則。在貫徹該原則時應當注意一個問題。如果他人沒有參照作者的作品,即使其創作的作品和作者相同,也不構成侵權。對於相同的表達,完全可以同時存在兩個以上的作者。因此,著作權侵害是否成立,取決於下列兩個要件是否均得到滿足。第一,被訴侵權人是否參照作者的作品。第二,被訴侵權人的作品和作者的作品是否相似。滿足這兩個要件的,法院可以推定被訴侵權人的作品來源於作者的作品,構成侵權。

#### (一) 參照

如果被訴侵權人對涉案作品是否存在根本不瞭解,或者根本不清楚涉案作品的內容,那就談不上是否參照過,著作權侵害也就無從談起。即使被訴侵權人知道涉案作品,也有可能不參照該作品而獨自創作相似的作品。當然,這種可能性不是很高。關鍵在於舉證。著作權人主張他人侵權,應當承擔舉證責任,包括舉證證明他人參照了其作品。著作權人的舉證方法主要有兩種。

第一種方法是將被告作品和自己的作品進行對比,析出兩者之間的相同或相似之處。在相同或相似之處足夠多的情況下,法院可以推定被告參照了著作權人的作品。

第二種方法是證明被告曾經接觸過涉案作品。當然,如果涉案作品已經通過出版、廣播等途徑被廣泛傳播,法院可以推定他人接觸過涉案作品,並進一步推定他人參照了涉案作品。相反,如果涉案作品屬於保密的對象,並且被訴侵權人能夠說明其獨立創作的過程,則法院可以推定被訴侵權人沒有參照涉案作品。例如,在一個關於美術作品的著作權侵害訴訟中,原告認為,被告 A 為被告故宮博物院設計的徽標參照了原告先前向被告故宮博物院提交的院徽。北京市第二中級人民法庭 2005 年 12 月 20 日判決認為,被告故宮博物院對於原告提交的院徽採取了保密措施,並且被告 A 對其院徽的設計過程進行了充分的說明,因此原告的主張缺乏依據。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 北京市高級人民法庭知識產權庭. 知識產權經典判例 4. 北京:知識產權出版社,2009:402.



既然著作权保护的客体是表达,著作权人在证明被诉侵权人参照其作品时,应当证明被诉侵权人参照其表达,而非题材本身。例如,草书、行书、篆书等书法作品的写法,属于公有领域的素材或者题材,任何人都无权禁止他人采用相同的写法。

## 【相关案例】

### 案例 1

原告和被告为故宫博物院设计的院徽标识,均采用篆书“宫”字形的设计元素,将宝盖两点垂直向下与下“口”相平。关于被告是否参照原告的设计,北京市高级人民法院判决认为,原告作品和被告作品均采用汉字“宫”字作为设计的主体,来表现故宫建筑的恢宏和故宫馆藏的博大,但是这种设计理念属于思想创意的范畴,不是《著作权法》保护的客体。将“宫”字用书法、绘画等形式通过创造性劳动表现出来,才是受《著作权法》保护的内容,但是要排除属于公有领域中的设计元素。“宫”字宝盖两点向下垂直与下“口”相平,来源于中国传统篆刻“宫”字的写法,属于公有领域的素材,原告无权排斥他人使用。<sup>①</sup>

### 案例 2

原告图书在整体上采用了图表讲解配合真题练习的体例,被告图书在整体体例上同样采取图表讲解配合真题练习的方式,在其选用的 196 个图表中,与原告图书相同的图表达 172 个,构成对原告图书的复制。<sup>②</sup>显然,原告成功地证明了涉案图书之间有多个图表相同,该事实使法院比较容易地判定被告图书参照了原告图书,构成侵权。

### (二) 相同或者相似

由于改编权的存在,著作权人不仅有权禁止他人再现与其作品相同的表达,还可以禁止他人再现与其作品相似的表达。无论相同还是相似,著作权人只能禁止他人使用相关的表达,对于题材的部分,著作权人无权禁止他人使用。

如何认定两个表达是否相同或者相似?这就要结合题材的性质,以及可供选择的表达方式的多寡来综合考察。一般来说,对于科学、学术、技术、规则等领域的题材,人们可以选择的表达方式比较少。如果轻易认定两个表达相

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 4. 北京:知识产权出版社,2009:403.

<sup>②</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 4. 北京:知识产权出版社,2009:249.

同或者相似,势必制约人们对表达题材的使用,不利于后人就相同题材进行创作。相反,对于文学、艺术等领域的题材,人们可以选择的表达方式比较多,可以在不过多限制后人就相同题材进行创作的前提下,适当放宽相同或者近似的认定标准。

## 【相关案例】

### 案例 1

如果涉案作品在多个方面相似且被诉侵权人接触过原告作品,法院可以推定被诉侵权人的作品来源于原告作品。例如,原告的小说《圈里圈外》和被告的小说《梦里花落知多少》都是以现实生活中青年人的感情纠葛为题材的长篇小说,但两者的 12 个主要情节明显相同,多个一般情节和语句的内容明显相似。对于是否构成侵权,北京市高级人民法院判决如下。

小说是典型的叙事性文学体裁,长篇小说又是小说中叙事性最强、叙事最复杂的一种类型。同时,文学创作是一种独立的智力创作过程,更离不开作者独特的生命体验。因此,即使以同一时代为背景,甚至以相同的题材、事件为创造对象,尽管两部作品中也可能出现个别情节和一些语句上的巧合,不同的作者创作的作品也不可能雷同。本案中,涉案两部作品都是以现实生活中青年人的感情纠葛为题材的长篇小说,从相似的主要情节和一般情节、语句的数量来看,已经远远超出可以用巧合来解释的程度,结合被告在创作《梦里花落知多少》之前已经接触过《圈里圈外》的事实,可以推定《梦里花落知多少》中的这些情节和语句并非被告独立创作的结果,而是来源于《圈里圈外》。<sup>①</sup>

北京市高级人民法院判决显然认为,对于相同的文学领域的题材,不同作者各自选择表达方式的范围应非常宽,不会出现 12 个主要情节明显相同的情况,在认定被诉侵权人接触过原告作品的基础上,推定《梦里花落知多少》的相关部分来源于《圈里圈外》是合理的。

### 案例 2

周峰创作的美术作品《鲁智深倒拔垂杨柳》(以下称权利作品)作为国家邮政局发行的《水浒传》系列邮票的图案之一公开发行后,中国金币总公司发行的《花和尚鲁智深》纪念银币(以下称被诉作品)上又出现相似图案,关于著作权侵

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 4. 北京:知识产权出版社,2009:273.

害是否成立,山东省高级人民法院判决如下。

被诉作品和权利作品表达的是同一历史题材,即“鲁智深倒拔垂杨柳”,因此,评价两者是否构成实质性相似,应首先排除公有领域的素材,进一步确定被诉作品是否使用了权利作品独创性的表达。小说《水浒传》原文内容为:“智深相了一相,走到树前,把直裰(僧道穿的大领长袍)脱了,用右手向下,把身倒缴着,却把左手拔住上截,把腰只一趁,将那株绿杨树带根拔起。”《水浒传》原文仅以白描的手法表达了鲁智深倒拔垂杨柳的姿势,对于其他细节没有给出具体描述,给后人留下了较大的创作空间。权利作品在小说《水浒传》基础上,以绘画的方式表现出鲁智深倒拔垂杨柳的形态和动作细节,体现了作者周峰对小说《水浒传》的理解和个人创作的构思、判断,具体表现为:鲁智深僧袍束在腰间,赤膊上阵,两腿叉开,俯首埋身,仰面施力,向下的手抓住树根,往上拔的手臂弯别住树干凸起,杨柳树顺势倾斜,特别是其中对人物肌肉线条的勾勒和树形的刻画细腻,而这些人物造型细节是小说《水浒传》文字作品所没有的,并且用美术作品把文字作品表达出来本身就是再创作。因此,周峰权利作品在构图和表达方式上具有独创性,表现出了鲁智深的力量及倒拔垂杨柳的动态。由于被诉作品与权利作品在人物造型以及画面结构上没有实质性的区别,二者在构图上呈现镜像对称关系,基本相同,故二者构成实质性相似。<sup>①</sup>

### 案例 3

“歼十飞机(单座)”模型作品在先公开发表,被控侵权公司具有接触该作品的高度可能性,被控侵权模型与“歼十飞机(单座)”模型作品又高度近似,在被控侵权公司没有提交足够的证据证明其系独立创作完成“歼十飞机(单座)”模型的情况下,应当认定被控侵权公司制造、销售“歼十飞机(单座)”模型的行为侵害了成都飞机设计研究所对“歼十飞机(单座)”模型作品享有的复制权及发行权。根据有关授权协议,上诉人是“歼十飞机(单座)”模型的唯一授权制造商、销售商,可以向被控侵权公司主张成都飞机设计研究所对“歼十飞机(单座)”模型作品享有的著作权。

被控侵权公司抗辩称,其制造、销售“歼十飞机(单座)”模型是基于案外人享有“飞机模型(歼 10)”外观设计专利权且其获得了案外人的授权,并提交了相应的外观设计专利权证书和授权协议。但是,由于成都飞设计研究所在先公开

<sup>①</sup> 山东省高级人民法院民事判决书(2013)鲁民三终字第 204 号。

发表了“歼十飞机(单座)”模型作品,案外人和被控侵权公司均具有接触该作品的高度可能性,前述证据不足以证明被控侵权公司系独立创作完成“歼十飞机(单座)”模型,故其前述抗辩主张不能成立。<sup>①</sup>

#### 四、民事责任

对于著作权和与著作权有关的权利(《著作权法实施条例》26条)受到侵害的权利人应当给予什么样的民事救济,《著作权法》赋予了法院比较宽的裁量自由度。对于《著作权法》第47条和第48条列举的侵权行为,法院“应当根据情况”给予权利人停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事救济。《著作权法》第48条列举了两种特殊的行为:①故意避开或者破坏权利人为其作品、录音录像制品等采取的保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施的行为;②故意删除或者改变作品、录音录像制品等的权利管理电子信息的行为。这两种行为属于侵害著作权的帮助行为。

##### (一) 故意、过失与注意义务

如果由于被诉侵权人的故意或者过失而导致侵害著作权的行为发生,被诉侵权人应当承担赔偿责任。至于被诉侵权人是否存在故意或者过失,由法院根据当事人提供的相关证据,做出客观的评价。在诉讼中,被诉侵权人是否有故意或者过失,常常取决于被诉侵权人是否对其使用的作品的权属或者授权的真伪进行了确认,是否尽到了注意义务。

有判决认为:“要求作品使用者对权属或授权的真伪承担注意义务,目的在于排除使用前即可发现的明显、重大的权利缺陷和瑕疵,从而在一定程度上预防侵权和损害的发生。注意义务不等同于全面、严格的审查义务,不仅因为过高的注意要求往往因超出使用者能力所及而缺乏可执行性,而且严格的审查义务带来的使用成本和风险的大幅攀升将使交易安全和效率失去保障,从长远来看不利于市场的发展和著作权人的利益。因此,对使用者课以注意的义务应当限制在合理的范围之内。至于何为合理,因具体情况千差万别而难以划定统一标准,但总的原则应以一个善意使用者所能尽到的与其业务范围、行业惯例、相关经验和审查能力等相适应的注意程度为限。”<sup>②</sup>

《著作权法》特别规定,复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院民事判决书(2014)高民(知)终字第3451号。

<sup>②</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭·知识产权经典判例4.北京:知识产权出版社,2009:312.

法授权的,复制品的发行者或者电影作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的,应当承担法律责任(《著作权法》53条)。

## (二) 损害赔偿的计算

计算损害赔偿时应遵循的基本原则是按照权利人的实际损失给予赔偿,如果实际损失难以计算,法院可以按照侵权人的违法所得给予赔偿(《著作权法》49条1款)。《著作权法》将侵权人的违法所得推定为权利人的实际损失,既然是推定,被诉侵权人当然可以举出于己有利的证据进行反驳,从而推翻法院的推定。

如果权利人的实际损失或者侵权人的违法所得都不能确定,法院就可以根据侵权行为的情节,判决给予50万元以下的赔偿(《著作权法》49条2款),这通常称为法定赔偿。法院在判决给予法定赔偿时,应当谨慎从之,避免法定赔偿泛滥,权利人得不到全面救济的情形发生。法院判决的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(《著作权法》49条1款),这部分赔偿数额不是严格意义上的损害赔偿。“合理开支”包括权利人或者委托代理人为侵权行为进行调查、取证的合理费用。法院根据当事人的诉讼请求和具体案情,可以将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内(《最高法著作权解释》26条)。

在诉讼中,当事人应当主动提交相关证据,配合法院对损害赔偿的金额做出认定。有的被诉侵权人出于诉讼策略考虑,在一审期间不提交侵权获利资料,而选择在二审期间提交。对于这样的情况,北京市第二中级人民法院判决给予了消极的评价:“在具体的赔偿数额方面,一审法院在上诉人未提交侵权获利证据,无法查明侵权获利数额的情况下,参考被上诉人与案外人之间的合理授权使用费,综合考虑上诉人侵权的性质、侵权情节、主观过错及被上诉人为诉讼所支出的相关费用等因素酌情判处,并无不妥(注:一审判定的赔偿金额是56000元)。上诉人关于其在一审中不认为其构成侵权,所以未主动向法院提交侵权获利的证据以及一审法院应当主动要求上诉人提交侵权所得的证据并以此为根据判定赔偿数额的主张,缺乏依据。上诉人根据其在本案审理期间向本院提交的涉案侵权软件的销售发票,主张其制作、销售涉案软件始于2005年6月15日,并且销售获利仅为24820元,但是上诉人提交的现有证据仅能说明上诉人在2005年6月15日至9月13日之间有销售涉案软件的行为和相应的获利,却无法证明其制作、销售该涉案软件的起始时间及侵权持续的时间,也无法证明其侵权获利总

额。因此,对上诉人的相关主张,本院不予支持。”<sup>①</sup>

### (三) 停止侵害

即使被诉侵权人能够证明没有故意或者过失,不需要承担赔偿责任,法院也应当要求被诉侵权人停止侵害。这一点和专利权侵害及商标权侵害是一致的。虽然《著作权法》对此没有明确规定,但司法解释已经折射出类似的精神——“出版者尽了合理注意义务,著作权人也无证据证明出版者应当知道其出版涉及侵权的……出版者承担停止侵权、返还其侵权所得利润的民事责任”(《最高法著作权解释》20条3款)。

### (四) 不当得利

如果被诉侵权人尽到了注意义务,对损害的发生不存在故意或者过失,则无须承担损害赔偿赔偿责任。但是,如果被诉侵权人因使用原告作品获得了利润,这部分利润则属于不当得利,应当返还给原告。

如何确定被诉侵权人所获得利润中,哪一部分属于因使用原告作品而获得的呢?这就需要具体情况具体分析。例如,在一个案例中,被告(北京电信公司)将原告的作品(卫星回收舱带着降落伞落地瞬间的照片)使用在其制作发行的长途电话卡上。关于如何计算不当得利的金额,北京市海淀区人民法院判决认为,“根据双方关于每张电话卡所获利润在1元以内和0.5~1元之间的表述,以及发行数量为10万张的事实,可估算出被告通过销售涉案电话卡所获利润在10万元之内。鉴于摄影作品等图案对电话卡起到了美化作用并增加了其收藏价值,同时也有利于良好企业形象的树立,不能否认其可为被告带来一定的利益;但普通消费者购买电话卡的根本目的在于获得通话服务,卡面图案的美观性或纪念意义仅为附加价值,通常难以对消费者是否购买起到决定性作用,故上述利润中的主要部分仍为提供电信服务所得”,据此,法院判令被告返还原告利润8000元。<sup>②</sup>

### (五) 民事制裁

法院在给予著作权人和与著作权有关的权利人民事救济的同时,还可以对侵权人采取一些制裁措施,即没收违法所得、侵权复制品和进行违法活动的财物(《著作权法》52条)。

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例4. 北京:知识产权出版社,2009:379.

<sup>②</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例4. 北京:知识产权出版社,2009:312.

#### （六）临时保护措施和证据保全

著作权人和与著作权有关的权利人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵权行为,如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在起诉前向法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施(《著作权法》50条)。为制止侵权行为,在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,著作权人可以在起诉前向法院申请保全证据。法院接受申请后,必须在48小时内做出裁定,裁定采取保全措施的,应当立即开始执行。法院可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,法院驳回申请。申请人在法院采取保全措施后15日内不起诉的,法院应当解除保全措施(《著作权法》51条)。

#### （七）诉讼时效

侵犯著作权的诉讼时效为两年,自著作权人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。权利人超过两年起诉的,如果侵权行为在起诉时仍在持续,法院应当判决被告停止侵权行为;损害赔偿数额应当自权利人起诉之日起向前推算两年计算(《最高法著作权解释》28条)。

### 五、行政责任

著作权行政管理部门拥有行政执法权,如果某个行为不仅侵犯著作权或者与著作权有关的权利,还损害公共利益,著作权行政管理部门可以责令停止侵权行为,没收违法所得,没收、销毁侵权复制品,并可处以罚款,情节严重的,还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等(《著作权法》48条1款)。非法经营额5万元以上的,著作权行政管理部门可处非法经营额1倍以上5倍以下的罚款;没有非法经营额或者非法经营额5万元以下的,根据情节轻重,可处25万元以下的罚款(《著作权法实施条例》36条)。当事人对行政处罚不服的,可以自收到行政处罚决定书之日起3个月内向法院起诉,期满不起诉又不履行的,著作权行政管理部门可以申请法院执行(《著作权法》56条)。

### 六、刑事责任

#### （一）知识产权犯罪的一般规定

##### 1. 管辖

侵犯知识产权犯罪案件由犯罪地公安机关立案侦查,必要时可以由犯罪嫌疑人居住地公安机关立案侦查。犯罪地包括侵权产品制造地、存储地、运输地、销售地,传播侵权作品、销售侵权产品的网站服务器所在地、网络接入地、网站建立者或者管理者所在地,侵权作品上传者所在地,权利人受到实际侵害的犯罪结

果发生地。对有多个侵犯知识产权犯罪地的,由最初受理的公安机关或者主要犯罪地公安机关管辖。多个侵犯知识产权犯罪地的公安机关对管辖有争议的,由共同的上级公安机关指定管辖,需要提请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的,由该公安机关所在地的同级检察院、法院受理。对于不同犯罪嫌疑人、犯罪团伙跨地区实施的涉及同一批侵权产品的犯罪行为,符合并案处理要求的,公安机关可以一并立案侦查(《最高法最高检公安部知识产权刑事意见》1条)。

## 2. 证据

行政执法部门依法收集、调取、制作的物证、书证、视听资料、检验报告、鉴定结论、勘验笔录、现场笔录,经公安机关、检察院审查,法院庭审质证确认,可以作为刑事证据使用。行政执法部门制作的证人证言、当事人陈述等调查笔录,公安机关认为有必要作为刑事证据使用的,应当依法重新收集、制作(《最高法最高检公安部知识产权刑事意见》2条)。

公安机关在办理侵犯知识产权刑事案件时,可以根据工作需要抽样取证。公安机关、检察院、法院对于需要鉴定的事项,应当委托国家认可的有鉴定资质的鉴定机构进行鉴定,并对鉴定结论进行审查,听取权利人、犯罪嫌疑人、被告人对鉴定结论的意见,可以要求鉴定机构做出相应说明(《最高法最高检公安部知识产权刑事意见》3条)。

被害人有权证据证明的侵犯知识产权刑事案件,直接向法院起诉的,法院应当依法受理;严重危害社会秩序和国家利益的侵犯知识产权刑事案件,由检察院依法提起公诉(《最高法最高检知识产权刑事解释(二)》5条)。在自诉案件中,对于当事人因客观原因不能取得的证据,在提起自诉时能够提供有关线索,申请法院调取的,法院应当依法调取(《最高法最高检公安部知识产权刑事意见》4条)。

## 3. 非法经营数额

非法经营数额是侵犯知识产权犯罪量刑的重要依据,具体是指行为人在实施侵犯知识产权行为过程中制造、储存、运输、销售侵权产品的价值。已销售的侵权产品的价值按照实际销售的价格计算。制造、储存、运输和未销售的侵权产品的价值按照标价或者已经查清的侵权产品的实际销售平均价格计算。侵权产品没有标价或者无法查清实际销售价格的,按照被侵权产品的市场中间价计算。多次实施侵犯商标权行为,未经行政处理或者刑事处罚的,非法经营数额、违法所得数额或者销售金额累计计算(《最高法最高检知识产权刑事解释》12条1款、2款)。



#### 4. 共犯

明知他人实施知识产权犯罪,而为其提供生产、制造侵权产品的主要原材料、辅助材料、半成品、包装材料、机械设备、标签标识、生产技术、配方等帮助,或者提供互联网接入、服务器托管、网络存储空间、通信传输通道、代收费用、费用结算等服务的,以侵犯知识产权犯罪的共犯论处(《最高法最高检公安部知识产权刑事意见》15条)。

#### 5. 犯罪竞合

行为人实施侵犯知识产权犯罪,同时构成生产、销售伪劣商品犯罪的,依照侵犯知识产权犯罪与生产、销售伪劣商品犯罪中处罚较重的规定定罪处罚(《最高法最高检公安部知识产权刑事意见》16条)。

#### 6. 缓刑

侵犯知识产权犯罪符合刑法规定的缓刑条件的,依法适用缓刑。罪犯如果拒不交出违法所得,一般不适用缓刑。其他不适用缓刑的情形包括因侵犯知识产权被刑事处罚或者行政处罚后,再次侵犯知识产权构成犯罪的,以及不具有悔罪表现的(《最高法最高检知识产权刑事解释(二)》3条)。

#### 7. 罚金

法院综合考虑违法所得、非法经营数额、给权利人造成的损失、社会危害性等情节,决定罚金的数额,一般在违法所得的1倍以上5倍以下,或者按照非法经营数额的50%以上1倍以下确定(《最高法最高检知识产权刑事解释(二)》4条)。

### (二) 侵犯著作权罪

刑法规制的著作权侵权行为主要有三类。一是复制发行作品的行为,损害的是著作权人的利益;二是复制发行录音录像制品的行为,损害的是录音录像制作者的利益;三是出版他人享有专有出版权的图书的行为,损害的是出版社的利益。这三种侵权行为侵害的是著作权和邻接权,属于《著作权法》范畴内的侵权类型。《刑法》还禁止另外一种行为,即制作、出售假冒他人署名的美术作品的行为,此类行为从严格意义上来说不构成对《著作权法》意义上的署名权的侵犯。

从事上述行为的行为人如果以营利为目的,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;违法所得数额巨大或者有其他特别严重情节的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处罚金(《刑法》217条)。侵犯著作权构成犯罪的,按照侵犯著作权罪定罪处罚,不认定为非

法经营罪等其他犯罪(《最高法最高检公安部知识产权刑事意见》12条2款)。

“以营利为目的”是指利用他人作品牟利,不仅包括销售复制品,还包括下列情形:通过信息网络传播他人作品,或者利用他人上传的侵权作品,在网站或者网页上提供刊登收费广告服务,直接或者间接收取费用的行为;以会员制方式通过信息网络传播他人作品,收取会员注册费或者其他费用的行为(《最高法最高检公安部知识产权刑事意见》10条)。

违法所得数额在3万元以上的,属于“违法所得数额较大”,具有下列情形之一的,属于“有其他严重情节”:非法经营数额在5万元以上的;复制品数量合计在500张(份)以上的。违法所得数额在15万元以上的,属于“违法所得数额巨大”,具有下列情形之一的,属于“有其他特别严重情节”:非法经营数额在25万元以上的;复制品数量合计在2500张(份)以上的(《最高法最高检知识产权刑事解释》5条、《最高法最高检知识产权刑事解释(二)》1条)。

通过信息网络向公众传播他人作品或者录音录像制品的,除了上述标准以外,实际被点击数达到5万次以上或者注册会员达到1000人以上即属于“有其他严重情节”;相关数量达到5倍以上即属于“有其他特别严重情节”。单一一项虽未达到规定标准,但分别达到其中两项以上标准一半以上的,属于“有其他严重情节”或者“有其他特别严重情节”(《最高法最高检公安部知识产权刑事意见》13条)。

“复制发行”包括复制、发行或者既复制又发行的行为。侵权产品的持有人通过广告、征订等方式推销侵权产品的,属于“发行”(《最高法最高检知识产权刑事解释(二)》2条)。总发行、批发、零售、通过信息网络传播以及出租、展销等活动也属于“发行”(《最高法最高检公安部知识产权刑事意见》12条1款)。

### (三) 销售侵权复制品罪

以营利为目的,销售明知是《刑法》第217条规定的侵权复制品,违法所得数额巨大的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金(《刑法》218条)。违法所得数额在10万元以上的,属于“违法所得数额巨大”(《最高法最高检知识产权刑事解释》6条)。实施侵犯著作权犯罪,又销售该侵权复制品,构成犯罪的,以侵犯著作权罪定罪处罚(《最高法最高检知识产权刑事解释》14条)。

## 【思考题】

1. 试论复制权、表演权、广播权。

2. 试论信息网络传播权的侵权构成要件。
3. 试论网络服务提供者的赔偿责任构造。
4. 试论豁免行为的构成要件。
5. 如何判定著作权侵害是否成立?
6. 试论著作权侵害的损害赔偿及不当得利返还义务。

## 【案例分析】

### 案例 1

被告(中国商业出版社)出版的《中国宋元瓷器图录》及《中国清代瓷器图录》使用了原告故宫博物院出版的三部图书中的 790 幅文物彩色摄影图片。被告出版的两部图书均由案外人 A 和 B 编著。被告与案外人 A、B 签订的出版合同规定,案外人 A、B 保证拥有授予被告的相关权利,因相关权利的行使侵犯他人著作权的,A、B 承担全部责任。

关于被告是否有故意或者过失,北京市高级人民法院认为,被告系成立多年的专业出版社,应熟知该行业规范、业务操作程序以及相关的《著作权法》律知识,且故宫博物院的三部书名明确表明“故宫博物院藏”字样,其中两部书的版权页上均有“版权所有,不得翻印”的声明。被告的法定代表人系国家级综合性社团组织“中国收藏家协会”副会长。因此,被告对出版的两部图录涉及的摄影作品的来源应具有一定的审查能力,并负有一定的审查义务,但由于被告对出版的既无图片作者且内容均为宋清文物珍品图片的两图录未尽合理的注意和审查义务,致使其非法使用了故宫博物院三部图书中的 790 幅文物摄影图片作品。

关于如何计算损害赔偿数额,北京市高级人民法院认为,故宫博物院拥有国家发展计划委员会于 2000 年颁发的、有效期为二年的《收费许可证》,可以自定借阅文物资料收费标准。其自行制定的收费标准,不违反国家法律法规,一审法院参照此标准确定故宫博物院的经济损失并无不当。依据该标准,借(租)使用故宫博物院文物摄影作品每张 800 元中包含文物版权费、图片制作费两部分。一审法院以单幅图片的版权使用费 400 元作为认定故宫博物院实际损失是恰当的。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 5. 北京:知识产权出版社,2009:108.

问题:

1. 被告应当如何做,才能尽到合理注意义务?

2. 被告在上诉书中称,故宫博物院作为国家文物保护单位,不应利用其享有的特殊垄断地位来无限索取自身的利益。因此,被告只能就侵犯故宫博物院摄影作品著作权的行为承担相应的民事责任,愿以国家有关出版稿酬的规定,即790幅作品按高级摄影作品每幅高限40元上浮50%~100%,对故宫博物院予以赔偿。被告的主张是否合理?

### 案例2

大学生A创作的剧本被该大学的戏剧社团看好,该社团未经许可组织人员排练并且在校园内公开演出依据该剧本编排的话剧,并请某电视台对此进行现场直播。该社团的负责人将现场直播的话剧刻录至一张DVD光盘作为社团的内部资料加以保存。

问题:

1. 社团的演出行为是否侵权?

2. 电视台的现场直播行为是否侵权?

3. 社团负责人的刻录行为是否侵权?

### 案例3

国产贺岁大片的男女主人公最后分手、互道珍重的咖啡厅里播放着作为背景音乐的张学友的《吻别》,并且悬挂着一幅描写南方山水旖旎风光的国画名作的复制品,该贺岁片没有事先取得相关权利人的许可。试论该贺岁片的著作权问题。

### 案例4

某大学的电影社团每逢周末都在大学操场上免费放映中外最新电影,有一周末气温骤降,无人到场观看电影,社团负责人按常规将笔记本电脑内存中的电影投影到屏幕后随即离开去教室自习。试论社团负责人的著作权问题。

### 案例5

某大学生爱好音乐,将自己喜欢的流行音乐放在学校提供的公开信息存储空间。能够进入该公开信息存储空间的只有该大学的学生,外部人员无法进入。该大学生不想让他人将这些音乐随意下载,通过技术措施使得这些音乐只能被在线欣赏。试论大学生和大学的著作权问题。

## 第四节 著作人身权

### 引言

发表权、署名权、修改权以及保持作品完整权,是著作人身权的四项基本权利。对于著作人身权的性质,通常的观点是将其与民法的人格权结合起来理解。但是,在现实社会中,著作人身权往往能够给权利人带来经济上的利益。例如,作者即使转让了著作财产权,但仍有权依据保护作品完整权,对于改编作品的行为行使权利,并且获得一定赔偿。着眼于著作人身权具有的现实功能,可以将其理解为一种控制作品流通的管理权。具体来说,发表权赋予作者决定何时、以何种形式将作品推向市场的权利,署名权使得作者有权决定作品出现在消费者面前时的形象、品牌以及责任主体,修改权及保护作品完整权的存在,使作者有权通过法律程序,维持作品的品质和信誉。

《著作权法》规定,著作权人可以转让或者许可他人行使著作财产权,未将著作人身权纳入可以转让或者许可的范畴,寓意就在于著作人身权是不可转让或者许可使用的权利(《著作权法》10条3款),著作人身权因此具有一身专属性。

### 关键词

发表权 署名权 修改权 保护作品完整权 一身专属性

#### 一、发表权

作者有权决定是否将作品公之于众(《著作权法》10条1款1项),此种权利被称为发表权。“公之于众”是指著作权人自行或者经著作权人许可将作品向不特定的人公开,但不以公众知晓为构成条件(《最高法著作权解释》9条)。《著作权法》规定的发表权仅包括决定作品是否公开。本书认为,发表权还应当包括决定作品公开的时期和方式。之所以要赋予作者发表权,是因为作品一旦公开,即会受到他人的评价,作者的名誉和社会声望也会因此受到正面或者负面的影响。发表权的存在使作者有权对此进行控制,维护自己的人格权益。作品公开的时

期和方式将大大影响他人的评价。因此,将决定作品公开的时期和方式纳入发表权的范畴有一定的合理性。

发表权是否受到了侵犯要看被诉侵权人的出版、广播、上映、展示等行为是否违反了作者的意愿。作者的意愿究竟是一个什么样的状态,需要通过相关的客观事实来认定。例如,原告与案外人 A 签订的出版合同约定,原告所著图书(简称涉案图书)的出版社为中华书局或者中国社会科学出版社,但此后双方曾口头协商由被告出版涉案图书,且原告在得知涉案图书出版后,还从案外人 A 处领取了部分稿酬和样书,并向他人赠送了该书。依据这些事实,可以推定原告对被告出版涉案图书的行为是知晓和认可的。被告出版涉案图书的行为没有侵犯原告的发表权。<sup>①</sup>

## 二、署名权

表明作者身份、在作品上署名的权利被称为署名权(《著作权法》10 条 1 款 2 项)。因作品署名顺序发生的纠纷,法院按照下列原则处理:有约定的按约定确定署名顺序;没有约定的,可以按照创作作品付出的劳动、作品排列、作者姓氏笔画等确定署名顺序(《最高法著作权解释》11 条)。作者可以在作品上署真名、假名、笔名、别名甚至可以不署名,只要作品的署名方式不侵犯他人的合法权益,他人在使用作品时就应尊重作者的署名方式,不应予以改变。北京市朝阳区人民法院判决认为,被告在使用著名漫画作家丁聪的作品时,将丁聪一贯的署名方式“小丁”改为“丁聪”的行为,构成对署名权的侵犯。<sup>②</sup>

作者是否有权禁止名字被使用在非由他创作的作品上? 是否有权禁止他人借其名谋取利益? 在一个有关歌手“刀郎”的案子中,原告罗林以“刀郎”作为艺名于 2003 年出版专辑。专辑包装正面中间以显著位置标明“刀郎”,收录的 12 首歌曲中 6 首的词曲作者均为“刀郎”,配器署名为“刀郎”,音乐总监署名为“罗林”,但专辑中未明示罗林即是“刀郎”。被告于 2004 年以“西域刀郎”作为艺名出版专辑,在专辑封套等处的“西域刀郎”署名中,“刀郎”二字是主体,“西域”二字仅以红色印章状置于“刀郎”二字左上角,每个字所占版面不及“刀郎”中任一字的 1/10。专辑中 4 首歌的词曲作者署名为“刀郎”,专辑整体外观包括包装图案、文字、专辑名称等均与原告专辑相似。关于被告是否侵犯原告的署名权,北

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 2. 北京:知识产权出版社,2008:227.

<sup>②</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 3. 北京:知识产权出版社,2009:314.

京海淀区人民法院判决如下。

“著作权中的署名权,是作者用以表明作者与作品间联系的权利,因此作者不仅有权决定是否署名以及以何种方式表明身份,而且有权禁止不是作者的人在作品上署名,也有权禁止其署名被使用于任何非由他创作的作品之上。署名权的上述含义亦同样适用于表演者对其表演署名的保护。被告在非原告创作的作品上署名为‘刀郎’;在非原告演唱的作品上标注‘西域刀郎’,使得公众误以为‘西域刀郎’是‘刀郎’的另一种表现形式,构成对‘刀郎’的假冒。”<sup>①</sup>也就是说,作者可依据署名权,禁止其名字被使用在非由他创作的作品上。

类似的观点在该法院的另一判决中也得到体现。该判决认为,署名权包括禁止在他人作品上署自己名字的权利。“周国平(原告)作为享有较高知名度的学者,发表过多部哲学、文学作品,公众对其作品的风格是熟知的,被告假冒‘周国平’署名制作作品,且内容、风格亦模仿周国平以往作品,其假冒行为不但会对周国平声誉造成损害,导致公众评价降低,而且这种公众评价的减低也会影响有关单位对周国平作品的市场价值评估,客观上侵害了周国平的经济权利。我国《著作权法》规定,制作、出售假冒他人署名的作品的侵权行为人,应承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉等民事责任。”<sup>②</sup>

“制作、出售假冒他人署名的作品的行为”是《著作权法》第48条第8项规定的侵权行为,上述判决将其理解为对署名权的侵害行为,寓意在于将署名权理解为可以脱离作者自己创作的作品而独立存在的一种权利。

### 三、修改权和保护作品完整权

修改权是修改或者授权他人修改作品的权利,保护作品完整权是保护作品不受歪曲、篡改的权利(《著作权法》10条1款3项、4项),这两项权利是密切相关的。在诉讼中,权利人通常主张被诉侵权人的行为同时侵犯这两项权利,法院也没有刻意区分这两项权利。

例如,被告在使用著名漫画作家丁聪的作品时,只使用图画部分,去除文字部分,并对使用的图画部分进行删减或添加,同时删除作品上注明的创作年代。关于被告的行为是否构成对保护作品完整权及修改权的侵害,北京市朝阳区人民法院判决认为,丁聪创作的漫画作品具有鲜明的特点,完整的作品是由“漫

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例4. 北京:知识产权出版社,2009:335.

<sup>②</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例4. 北京:知识产权出版社,2009:342.

画+文字笑话+署名小丁+日期”组成,漫画的创作是基于文字笑话而创作的漫画,即漫画创作的缘由是对文字笑话进行的配图,从而使漫画与文字不能分离。仅单独使用漫画,不使用文字部分,则不能准确地反映出漫画的寓意,对作品是一种割裂使用,这种割裂使用会使漫画作品的寓意、内涵、主题不对应、不鲜明、不清晰,有可能产生其他的、背离作者创作意图的理解。作品上注明的创作年代,反映了作者对该年代社会现象的认识,脱离了社会背景也不能准确地反映出作品的意旨。因此,被告的删减、添加、删除行为,构成对保护作品完整权和修改权的侵害。<sup>①</sup>

修改权与保护作品完整权具有一身专属性,不可转让,著作财产权却是可以转让的。如果作者将著作财产权转让,则会出现著作财产权与修改权、保护作品完整权分属不同主体的情形。通过转让取得著作财产权的权利人在行使权利的时候,常常会受到来自著作人身权的制约。例如,著作财产权人依据改编权进行的改编行为,有可能与修改权及保持作品完整权产生冲突。对此,有两类解决办法。

一是通过明文规定,拥有改编权的主体进行的改编行为不侵犯修改权及保持作品完整权。二是受让方在受让著作财产权的同时,与作者签订合同,限制修改权及保持作品完整权。有三种可选的合同内容。第一种是在合同中约定,作者放弃修改权及保持作品完整权,并且约定作者的放弃不仅对于受让方有效,对于第三人同样有效。这种安排是对修改权及保持作品完整权最为严格的限制,受让方及第三人能够放心使用相关作品。第二种是在合同中约定,作者“放弃行使”修改权及保持作品完整权。第三种是在合同中约定,对于一些特定的改编行为,作者“不行使”修改权及保持作品完整权。对于合同的效力,法院应当结合案件的具体情况,做出有利于作品的传播与创作的裁判。

#### 四、保护期

作者的署名权、修改权和保护作品完整权的保护期不受限制(《著作权法》20条),这些权利在作者去世后由继承人、受遗赠人或者著作权行政管理部门保护(《著作权法实施条例》15条)。

公民的作品,其发表权的保护期为作者终生及其死亡后五十年,截止于作者死亡后第五十年的12月31日;如果是合作作品,截止于最后死亡的作者死亡后

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例3. 北京:知识产权出版社,2009:315.



第五十年的12月31日(《著作权法》21条1款)。作者生前未发表的作品,如果作者未明确表示不发表,作者死亡50年内,其发表权可由继承人或者受遗赠人行使;无继承人又无人受遗赠的,由作品原件的所有人行使(《著作权法实施条例》17条)。

法人或者其他组织的作品、著作权(署名权除外)由法人或者其他组织享有的职务作品、电影作品和摄影作品,其发表权的保护期为五十年,截止于作品首次发表后第五十年的12月31日,但作品自创作完成后五十年内未发表的,《著作权法》不再保护(《著作权法》21条2款、3款)。

### 【思考题】

1. 试论《著作权法》是否应当允许作者依据署名权禁止其署名被用在非由其创作的作品上。

2. 在上述“刀郎”案中,被告在向北京市高级人民法院上诉时主张,本案的纠纷应当由《反不正当竞争法》来调整。被告的行为是否构成不正当竞争行为?原告在诉讼中仅主张其著作权受到侵犯,而未主张不正当竞争,为什么?阅读《反不正当竞争法》第5条第3项(擅自使用他人的姓名,引人误认为是他人的商品的行为,属于不正当竞争行为)、《最高法不正当竞争解释》第6条第2款(具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的自然人的笔名、艺名等,可以认定为“姓名”)。该司法解释于2007年2月1日起施行。

3. 阅读以下案例,试论适当引用与修改权、保护作品完整权以及学术界关于注释的自我约束机制之间的关系。

被告主编的《美国研究词典》中引用的《美利坚合众国宪法》中文译文与原告(李道揆)1990年版的《美国政府与美国政治》中的译文相比,在《美国宪法修正案》部分修改了11处批准日期。并且,被告在引文之后的说明文字中刊载有如下内容:“转引自李道揆:《美国政府和美国政治》附录。其所附的说明文字略。编者增加了提出日期,对一些修正案的批准日期依据R. B. 莫里斯编的《美国历史百科全书》第6版(纽约,1982年)做了订正。”原告主张,被告修改批准日期的行为侵犯了原告对其翻译作品所享有的修改权和保护作品完整权。

北京市第一中级人民法院判决认为:“关于美国宪法各条修正案的批准日期并非本案要解决的问题,对双方的观点做出孰是孰非的判断也不是法院的职责所在。本案中所涉及的作品是原告的翻译作品,不是其就《美国宪法修正案》的

批准日期问题所著的专门的学术论文,其中的具体日期并不是原告通过这篇译文所想要表达的观点。被告引用了原告的译文,如果其对译文中部分时间问题有不同的看法,应该以注释的形式表明自己的观点,但其没有采用规范的注释方式,而是直接进行了改动,其行为确有不当之处。但是,考虑到翻译作品的性质,这种改动不是《著作权法》通过赋予作者保护作品完整权所要禁止的对作品的歪曲、篡改行为,加之学术界对于如何注释有自己的规范,各学科均有贯为接受和采用的方法,考虑到学术发展和进步的需要,本院认为不宜将该问题纳入《著作权法》的调整范围。因此,原告关于被告修订译文中若干修正案的批准日期的行为构成侵犯著作权并要求精神损害赔偿的主张,本院不予支持。但被告应在其主编之《美国研究词典》一书再版时,对上述修正案的批准日期问题以恰当的方式进行注释。”

在二审中,北京市高级人民法院判决认为:“在引用他人作品时,如果对他人的观点有不同看法,应在尊重他人观点并予以客观引用的前提下,以适当的方式表明。被告在引用原告《美利坚合众国宪法》的中文译文时,直接对其中的批准日期予以改动并称之为‘订正’确有不妥,但鉴于被告已表明改动是其所为,且这种改动不会对所引用作品的翻译本身造成歪曲和篡改,故不宜认定被告的行为构成对原告翻译作品著作权的侵犯。”<sup>①</sup>

### 【案例分析】

大学生甲酷爱音乐,尤其擅长作曲,在大学已小有名气,最近又创作了一首新曲,还未公开。室友乙擅长写诗,在风闻甲新近创作了新曲后,多次向甲提议为新曲填词,甲每次都笑而不答。有一日甲匆忙外出,将其一直锁在抽屉里的曲本忘在寝室的公用书桌上。从窗口吹进的风将曲本正好翻至甲创作的新曲处。乙见状,感叹“清风不识字,何故乱翻书”,最后按捺不住看了几眼。甲的新曲并不复杂,乙看了几眼后就将其记住了。随后拿出笔填好了词,在演唱几遍后将自己演唱的歌曲录音并在寝室内播放欣赏。其他两名室友听后都为乙的绝妙填词而折服。甲回来后深感不满,认为乙侵犯了其著作权。乙说填词仅为自己欣赏,在取得甲同意前并没有计划将歌曲公开,所以不构成侵权。

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例2. 北京:知识产权出版社,2009:188~190.

问题：

1. 乙是否侵犯了甲的权利？
2. 乙的行为是否属于《著作权法》规定的豁免行为？
3. 该歌曲是否属于合作作品？
4. 乙填的词能否享受《著作权法》的保护？

## 第五节 著作邻接权

### 引言

出版者、表演者、录音录像制作者和广播电台、电视台享有的相关权利被统称为著作邻接权。具体来说，有版式设计权、表演者财产权、录音录像制作者享有的复制等权利、广播电台/电视台享有的复制权和转播权。当然，其他权利例如表演者享有的人格权，通常也在著作邻接权的部分被提及。

虽然同为著作邻接权人，表演者具有与其他邻接权人不同的一面。在一定程度上，表演者承担着对作品再创作的使命，技艺高超的演绎有时候不亚于对作品的改编，具有较高的独创性。此时，表演者对于其表演，不仅可以邻接权人的身份享有表演者财产权，还可以著作权人的身份享有著作权。出版者、录音录像制作者以及广播电台、电视台则不同。它们只是作为信息传播机构，承担着向公众传播作品的职能。《著作权法》赋予它们以一定的权利，目的在于激励作品的传播。

### 关键词

著作邻接权 版式设计权 表演者财产权 表演者人身权 录音录像制作者的权利 广播电台、电视台的权利

### 一、表演者的权利

表演者是指演员、演出单位或者其他表演文学、艺术作品的人（《著作权法实施条例》5条6项）。表演者不仅包括专业演员，也包括普通群众。普通群众表

演作品,也可以成为《著作权法》上的表演者。只有表演文学、艺术作品的人,才是表演者。在世界杯上上演帽子戏法,一场比赛连进3球的球星,展示的是精湛的球技,而非文学、艺术作品,不是《著作权法》意义上的表演者。

表演者享有现场表演公开权、录音录像权等4项财产权。对于财产权,表演者可以转让,也可以许可他人以现场直播、录音录像、信息网络传播等方式使用其表演。

#### (一) 现场表演公开权

表演者享有“许可他人从现场直播和公开传送其现场表演,并获得报酬的权利”(《著作权法》38条1款3项)。《著作权法》赋予表演者的这项权利是比较狭窄的,表演者对于表演仅能控制现场表演的部分。表演者仅能决定现场表演的公开形式,现场直播或者公开传送。表演者对于其表演,仅有唯一的一次决定权,且仅在现场表演阶段拥有该项权利。

表演者的现场表演经过现场直播或者公开传送后,就变成了“作品的表演”。对于“作品的表演”,表演者无权干涉他人的使用行为。例如,歌手现场演唱的《等待》经过现场直播(无线方式)后,某有线广播电台将其接收,并通过有线网络向用户进行的广播的行为,其性质不是播放歌手的现场演唱,而是播放“作品的表演”,歌手无权干涉。对于有线广播电台的播放行为,能够请求法院救济的,只有《等待》的词曲作者,因为有线广播电台的行为侵犯了作者的表演权以及广播权。

《著作权法》确立的“表演者无权干涉‘作品的表演’的传播”的原则,有利于推动作品的传播,但同时又牺牲了表演者的一些经济利益。为了弥补表演者的损失,《著作权法》规定,录音录像制作者许可他人复制、发行、通过信息网络向公众传播录音录像制品的,应当取得表演者的许可,并支付报酬(《著作权法》42条2款)。

#### (二) 录音录像权、复制录音录像制品权以及发行录音录像制品权

表演者享有“许可他人录音录像,并获得报酬”的权利(《著作权法》38条1款4项)。对于歌手的演唱进行录音录像之前,必须取得该歌手的许可,才能进行录制。如果需要将录制好的歌曲进行复制、发行,需要再次取得该歌手的许可。因为,表演者享有“许可他人复制、发行录有其表演的录音录像制品,并获得报酬”的权利(《著作权法》38条1款5项)。该权利不同于“许可他人录音录像,并获得报酬”的权利,是一项独立的权利。

由于表演者享有上述权利,录音录像制作者制作录音录像制品时,应当同表演者订立合同,并支付报酬,否则构成对录音录像权的侵害。《著作权法》第41条明文要求录音录像制作者履行其应当履行的义务。

表演者的上述权利针对的是录音录像制品。“录音制品”是指任何对表演的声音和其他声音的录制品,例如流行歌曲的CD专辑。“录像制品”是指电影作品以外的任何有伴音或者无伴音的连续相关形象图像的录制品(《著作权法实施条例》5条2项、3项),例如录有京剧名家唱段的DVD光盘。录音制品和录像制品的相同点在于声音和图像都是连续性的。对于这些制品,表演者有权禁止他人复制、发行(《著作权法》48条3项)。其他制品,表演者无权干涉。例如在歌手的演唱会中,观众可以用数码相机拍摄歌手的演唱画面,不必担心会侵犯录音录像权。这是因为,数码相机拍摄形成的画面是静止的而非连续的,是摄影作品而非录像制品。

表演者的录音录像权、复制录音录像制品权以及发行录音录像制品权,效力范围均比较狭窄,分别限于录音录像阶段、复制阶段以及销售阶段。对于超出这些阶段的使用行为,表演者无权干涉。例如,广播电台、电视台、咖啡厅等公开播放流行音乐CD专辑,无须取得歌手的许可。一旦歌手的演唱被合法地录入CD专辑,他人如何使用CD专辑,歌手无权过问。《著作权法》确立的“表演者无权干涉‘作品的表演’的传播”的原则,在此再次得到了体现。

### (三) 信息网络传播权

表演者享有许可他人通过信息网络向公众传播其表演,并获得报酬的权利(《著作权法》38条1款6项)。表演者的信息网络传播权与作者的信息网络传播权是基本相同的,禁止的对象都是将作品置于可以应他人的要求通过网络传送的状态的行为。

表演者享有信息网络传播权,有权禁止他人传播“其表演”。这就意味着,下列行为均属侵权行为:①网络直播表演者的现场表演的行为;②将载有表演者表演的录音录像制品(CD、DVD等)上传至网络,供他人使用的行为。后一种行为在《著作权法》第42条第2款中有所提及。该条款规定,录音录像者许可他人通过信息网络向公众传播录音录像制品的,应当取得表演者的许可。也就是说,对于上传CD专辑歌曲至网络的行为,表演者有权禁止。

## 二、录音录像制作者的权利

录音录像制作者对其制作的录音录像制品,享有许可他人复制、发行、出租、

通过信息网络向公众传播并获得报酬的权利(《著作权法》42条)。《著作权法》赋予录音录像制作者的权利仅此而已,录音录像制作者不享有广播权和放映权。因此,录音录像制作者对于他人广播其制作的流行音乐 CD 专辑的行为、向公众放映其制作的录像制品的行为,均无权干涉。但是,有一个例外。对于电视台播放录像制品的行为,录像制作者有权干涉。电视台应当取得录像制作者的许可,并支付报酬(《著作权法》46条)。

## 【相关案例】

### 案例 1

录音录像制品的出版、复制、销售通常由多个经营者共同完成,其中,出版和销售行为属于发行权禁止的范围,复制属于复制权禁止的对象。虽然销售行为和出版、复制行为一样,都构成对录音录像者权利的伤害,但在赔偿责任的分担方面,法院有时将销售者与出版者及复制者区别对待。一起来看北京市第二中级人民法院判决的一个案子。

涉案被控侵权光盘中的歌曲《美丽人生》与上诉人公司主张权利的涉案光盘中的同名歌曲(“水木年华”演唱)经鉴定,系出自同一音源,未经上诉人公司的许可,被上诉人商业大楼销售、被上诉人华丽金音公司复制、被上诉人大地音像社出版的含涉案歌曲《美丽人生》的涉案光盘为侵权光盘。被上诉人华丽金音公司、大地音像社公司侵犯了上诉人公司对涉案歌曲所享有的复制、发行权,应当停止侵害并连带赔偿 1.6 万元及原告为诉讼支出的合理费用 1 300 元。被上诉人商业大楼销售了涉案侵权光盘,亦构成侵权,应当停止销售并负担相应的案件受理费共计 630 元。<sup>①</sup>

### 案例 2

侵犯录音制作者权利的行为多种多样,包括将歌曲预安装在手机之中。一起来看北京市朝阳区人民法院判决的一个案子。

被告 A 未经原告许可,擅自将原告享有录音制作者权的《I BELIEVE》(孙楠演唱)一歌预安装在其生产的手机中,侵犯了原告的录音制作者权。被告 B(望京营业厅)虽然不是独立的法人,但其是法人(中国联通有限公司北京分公司)的分支机构,并领取了营业执照,具备诉讼主体资格。其作为涉案侵权手机的销售

---

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 4. 北京:知识产权出版社,2009:330.

者,能够说明其销售的手机的来源,因此,仅需承担停止销售的责任。<sup>①</sup>

### 案例 3

随着众多音乐共享网站的出现,录音制作者的信息网络传播权受到严峻挑战。从音乐作品上传至公共存储空间到被普通公众搜索、下载、视听和刻录,参与其中的不仅有擅自上传音乐的人,还有网络服务提供商及为其提供技术支持的人。他们是否都是侵权人?一起来看北京市第二中级人民法院判决的一个案子。

被告 A 作为从事音乐文件传播的网络服务提供商,对于包括涉案 53 首歌曲的大量歌曲在网络上的传播提供平台,而涉案 53 首歌曲均为近年来的流行歌曲。从主观方面看,被告 A 应当知道涉案 53 首歌曲的来源很可能是未经原告许可而上载的,从客观方面看,被告 A 未举证证明涉案 53 首歌曲的上载用户来源中存在合法上载部分,且被告 A 未举证证明其曾采取任何措施避免未经原告许可而上载的 53 首歌曲利用 Kuro 酷乐软件在网上进行传播。因此,被告 A 的上述行为具有主观故意。而且,被告 A 对歌曲进行了选择和编排,提供了许多方便用户搜索、下载、视听和刻录歌曲的手段,进行了大量广告宣传以吸引用户,并以收取注册费的形式直接取得收益。因此,被告 A 对于网络用户未经权利人许可利用 Kuro 酷乐软件传播涉案 53 首歌曲的行为提供了帮助,侵犯了原告享有的录音制作者权。被告 B 不仅为被告 A 的上述侵权行为提供技术支持,而且以自己的名义直接参与了上述侵权行为,应当与被告 A 共同承担停止侵害、赔偿损失的责任。<sup>②</sup>

录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品,可以不经著作权人许可,但应当按照规定支付报酬;著作权人声明不许使用的不得使用(《著作权法》40 条 3 款)。而《著作权法》第 42 条第 2 款规定,取得录音录像制作者许可,复制、发行、通过信息网络向公众传播录音录像制品,应当取得著作权人、表演者许可,并支付报酬。

### 【相关案例】

《著作权法》第 40 条第 3 款设定了限制音乐作品著作权人权利的法定许可

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 4. 北京:知识产权出版社,2009:334.

<sup>②</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 4. 北京:知识产权出版社,2009:370.

制度,该规定虽然只是规定使用他人已合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品可以不经著作权人许可,但该规定的立法本意是为了便于和促进音乐作品的传播,对使用此类音乐作品制作的录音制品进行复制、发行,同样应适用《著作权法》第40条第3款法定许可的规定,而不应适用第42条第2款的规定。经著作权人许可制作的音乐作品的录音制品一经公开,其他人再使用该音乐作品另行制作录音制品并复制、发行,不需要经过音乐作品的著作权人许可,但应依法向著作权人支付报酬<sup>①</sup>。

### 三、广播电台、电视台的权利

复制节目权与转播节目权是广播电台、电视台享有的两项重要权利,受复制节目权控制的行为有两种。一是将广播节目、电视节目录制在音像载体上的行为。二是复制音像载体的行为。“音像载体”包括录音带、录像带、CD、DVD、HD等能够刻录声音或者图像信息的媒体。

转播节目权是指转播广播电台、电视台播放的广播节目、电视节目的权利。转播的形式通常包括同时转播和录像转播。前者如地方电视台同时转播中央电视台的《新闻联播》节目。后者如中央电视台的新闻频道在晚间转播每日播放的《新闻联播》节目。

### 四、著作邻接权与著作权的关系

在把握著作邻接权与著作权的关系时,应当注意两点。一是《著作权法》限制著作权的条款同样适用于著作邻接权(《著作权法》22条2款、23条2款)。二是著作权不会因著作邻接权的存在而受到任何影响。《著作权法》在多处强调,著作邻接权人应当尊重著作权,使用作品的时候,应当取得著作权人的许可。例如,表演者使用他人作品演出,应当取得著作权人许可(《著作权法》37条);录音录像制作者使用他人作品制作录音录像制品的,应当取得著作权人许可(《著作权法》40条)。广播电台、电视台播放他人未发表的作品,应当取得著作权人许可(《著作权法》43条);图书出版者出版图书应当和著作权人订立出版合同(《著作权法》30条)。

同时,为了促进作品的传播,《著作权法》对于已经合法公开的作品设立了法定许可。可以不经著作权人许可,仅支付报酬即可使用作品的情形有:①作品刊登后,其他报刊可以转载或者作为文摘、资料刊登(《著作权法》33条2款);②录

<sup>①</sup> 最高人民法院民事判决书〔2008〕民提字第57号。



音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制作录音制品(《著作权法》40条3款);③广播电台、电视台播放他人已发表的作品或者已出版的录音制品(《著作权法》43条2款、44条)。

### 五、保护期

表演者财产权、录音录像者的权利以及广播电台、电视台的权利,保护期均为五十年,分别以表演的发生、录音录像制品的首次制作完成、广播或者电视首次播放为起点,截止于此后第五十年的12月31日。与此不同,版式设计权的保护期为十年,截止于使用版式设计的图书、期刊首次出版后第十年的12月31日(《著作权法》36条)。

除了表演者财产权,表演者还享有表明身份以及保护表演形象不受歪曲的权利(《著作权法》38条1款1项、2项),这两项权利被称为表演者人格权,表演者人格权的保护期不受限制(《著作权法》39条1款)。与作者享有的著作人格权相同,表演者人格权具有一身专属性,不能进行转让。

### 【思考题】

1. 试论表演者的权利。
2. 试论录音录像制作者的权利。
3. 试论广播电台、电视台的权利。

### 【案例分析】

#### 案例 1

对于著名词曲作者精心谱写的一首歌曲,歌手未经许可擅自在一次全国性文艺晚会上演唱并一唱成名。摄影师未经许可将歌手的倾情演唱画面拍摄成摄影作品。电视台 A 未经许可现场直播了歌手的演唱。音像公司未经许可将电视台 A 直播的现场演唱制作成 MTV 以 DVD 形式销售,并且许可传媒公司复制、发行相同的 MTV。电视台 B 未经许可,播放音像公司制作的 MTV。KTV 厅未经许可,应客户的点播播放音像公司制作的 MTV,作为客户演唱时的背景画面。

问题:

1. 歌手侵犯了哪些权利?
2. 电视台 A 侵犯了哪些权利?
3. 音像公司侵犯了哪些权利?

4. 传媒公司侵犯了哪些权利?
5. 电视台 B 侵犯了哪些权利?
6. KTV 厅侵犯了哪些权利?
7. 摄影师侵犯了哪些权利?

**案例 2**

某小店经营者因其未经许可专门出租最新的流行音乐 CD 唱片以及电影 DVD 光盘而生意兴隆、财源广进。试论出租行为侵犯了哪些权利。

## 第二章 专 利 法

### 第一节 权利的归属

#### 引言

《中华人民共和国专利法》(简称《专利法》)将发明、实用新型和外观设计统称为发明创造,将建立在发明创造之上的权利统称为专利权。与作品相同,发明创造也只能由自然人来进行和完成。但是,与著作权不同,专利权不会随着发明创造的诞生而自然成立。只有就发明创造向国家知识产权局提出专利申请,才有可能获得专利权。发明创造诞生后,就该发明创造申请专利的权利,由发明创造人享有。但是,如果发明创造属于职务发明创造,则单位享有申请专利的权利,发明创造人享有署名权及获得报酬权等权利。国家知识产权局在审查专利申请时,遵循先申请规则,将专利权授予率先提出专利申请的人。当事人可以主张优先权,获得早于实际申请日的申请日。

#### 关键词

发明人 职务发明创造 非职务发明创造 先申请规则 优先权

#### 一、发明创造人

发明创造活动作为一种事实,一般来说,只能由自然人而非法人或单位来进行。单位对职务发明创造拥有申请专利的权利(《专利法》6条1款),并不意味着单位可以成为发明创造人或者进行发明活动。《专利法》所称的发明创造人,是指对发明创造的实质性特点做出创造性贡献的“人”(《专利法实施细则》13条),而非法人或单位。

何谓发明创造的“实质性特点”?如何判断是否属于“创造性贡献”?答案

只有在个案中寻找。因为发明创造的“实质性特点”只有通过对其权利要求的解释才能得知,当事人作的贡献是否具有“创造性”也只有通过对个案审理中认定事实的综合评价方能知晓。抽象地说,在完成发明创造的过程中,只负责组织工作的人、为物质技术条件的利用提供方便的人或者从事其他辅助工作的人,不是发明创造人(《专利法实施细则》13条)。

两个以上单位或者个人合作完成的发明创造、一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托完成的发明创造,除另有协议的以外,申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位或者个人,申请被批准后,申请的单位或者个人为专利权人(《专利法》8条)。尽管该条款使用了单位“完成”的发明等表达方式,但其寓意不在赋予单位发明创造人的地位。判断谁是发明的完成者,最终还要看单位中的自然人是不是做出了创造性贡献,是不是《专利法》上的发明创造人。

## 二、职务发明创造

### (一) 概论

单位虽不能成为《专利法》上的发明创造人,但对发明创造人完成的职务发明创造拥有申请专利的权利。申请被批准后,单位成为专利权人,享有《专利法》赋予的权利。“职务发明创造”是指执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造(《专利法》6条1款)。“本单位”包括临时工作单位(《专利法实施细则》12条2款),从其他单位借调或聘请人员做出的发明可以归属于借调或聘请单位。“本单位的任务”不仅包括本职工作中的任务,还包括单位交付的本职工作之外的任务(《专利法实施细则》12条1款1项、2项)。执行这些任务完成的发明为职务发明创造。职务发明创造甚至还被认为包括发明创造人退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止(统称“离职”)后1年内做出的,与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明(《专利法实施细则》12条1款3项)。这样的规定旨在避免雇员把离职前的发明留到离职后,再以个人名义申请专利的情形。

将离职后完成的发明创造包括在职务发明创造中,似乎超出了《专利法》第6条第1款的条文所划定的范围,现实中这样的规定也起不到规避上述情形的效果,合理性有待商榷。《专利法》第6条第1款的条文清晰、明确,将本单位解释为原单位实在牵强。我国遵循先申请原则而非先发明原则,不要求发明创造人将技术试验和研发的笔记、资料、图纸、会议记录等保留,以备将来证明发明的具体时间。所以,诉讼中往往原告和被告都难以证明发明的进行过程和完成时间。

发明是否是离职后 1 年内做出的,法院难以搞清基本事实,只好判决原告证据不足,维持现状,专利权原来是谁的审判后还是谁的。在一起实用新型专利权属纠纷中,双方当事人诉讼中均未提交能证明涉案专利技术形成的过程、阶段及时间的技术文档资料。法院认为原告负有举证责任而未能提供充分的证据证明,驳回了原告请求。<sup>①</sup>

如果发明创造主要是利用本单位的物质技术条件完成的,同样属于职务发明创造(《专利法》6 条 1 款)。“本单位的物质技术条件”是指本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不对外公开的技术资料等(《专利法实施细则》12 条 2 款)。有观点认为,对本单位物质技术条件的利用,应当是完成发明所不可缺少的,少量的利用或者对发明的完成没有实质帮助的利用,应不予考虑;如果发明创造人利用的不是单位的具体设备,而是内部技术信息和项目进展情况等无形资源,则不能简单地认为物质条件未被利用而否认职务发明创造的存在,应该从发明创造人利用了单位的“技术条件”的角度,认定发明属于职务发明创造。<sup>②</sup>

利用本单位的物质技术条件完成的发明创造,单位与发明人或者设计人订有合同,对申请专利的权利和专利权的归属做出约定的,从其约定(《专利法》6 条 3 款)。

## (二) 非职务发明创造

非职务发明创造申请专利的权利属于发明创造人,申请被批准后,发明创造人为专利权人(《专利法》6 条 2 款)。单位是否可以在合同或规章制度中和发明创造人事先约定将发明创造人的权利转让给单位?此种约定是否无效?《专利法》对此没有明确规定。

《专利法》虽然规定,侵夺非职务发明创造的专利申请权的,由所在单位或者上级主管机关给予行政处分(《专利法》72 条),但没有规定发明创造人可以得到何种民事救济。《专利法》虽然规定,任何单位或个人不得压制发明创造人的非职务发明创造专利申请(《专利法》7 条),但压制的主要表现形式是:明知是发明创造而不承认,明知可以申请专利而阻挠。如果单位在事先的约定中给予发明创造人微薄的报酬,是否仍旧可以认为该约定是单位压制非职务发明创造专利申请的一种表现形式?如果单位将所有转让过来的非职务发明创造都申请了专

<sup>①</sup> 北京市高级人民法院知识产权庭. 知识产权经典判例 3. 北京:知识产权出版社,2009:11.

<sup>②</sup> 国家知识产权局条法司. 新专利法详解. 北京:知识产权出版社,2001:33.

利,是不是非职务发明创造的专利申请并没有受到压制?这些都是值得探讨的问题。对于非职务发明,《日本专利法》第35条第2款明确规定,事先约定将申请专利的权利转让给单位的合同、规章制度等无效。

### (三) 发明创造人对职务发明创造享有的权利

发明创造人有在专利文件中写明自己是发明创造人的权利(《专利法》17条)。单位在提出专利申请文件时就应当在请求书中填报发明创造人的姓名和住址。如果单位将发明创造人的领导、辅助人员等非发明创造人同时列为发明创造人,或者漏列了真正的发明创造人,单位拒绝更改的,发明创造人可以请求管理专利工作的部门调解(《专利法实施细则》85条1款2项)。发明创造人由于单位的欺诈、胁迫而签订合同放弃署名权的,合同无效。<sup>①</sup>

发明创造人不仅对职务发明创造享有署名权,还可以从被授予专利权的单位获得奖励,并在发明实施后,根据推广应用的范围和取得的经济效益,获得合理的报酬(《专利法》16条)。发明创造人具体能够获得什么样的奖励或者报酬,还要看发明创造人与单位之间的约定或者单位规章制度的规定(《专利法实施细则》76条)。如果当事人双方没有约定,单位的规章制度也没有规定,《中华人民共和国专利法实施细则》(简称《专利法实施细则》)第77条以及第78条规定了单位应当给予发明创造人奖励以及报酬的方式和数额。这实际上以法定的方式创设了一种激励发明创造人的机制。从《专利法实施细则》的条文可以看出,这种法定激励是要在当事人约定和单位规定均不存在的情况下才可以适用。

我们是不是可以认为,当事人可以约定,甚至单位可以单方面规定低于法定激励的数额?看来是可以的。如果当事人的约定以及单位的规定只能高于法定激励的数额,那么很难想象单位会主动和发明创造人约定或者制定内部规章制度。因为,没有约定或者规章制度不健全给单位带来的仅仅是给予发明创造人法定激励的后果,而不会超过该后果。这将会促使单位对于《专利法》第16条采取什么都不做的态度。单位的不作为将使《专利法实施细则》第76条失去存在的意义。

如果单位依法制定规章制度,其规定的报酬方式和数额是否就满足《专利法》第16条的规定呢?本书认为,虽然单位可以规定低于法定激励的数额,但是不可以规定低于《专利法》第16条规定的“合理的”水平。单位的规定是否达到

<sup>①</sup> 国家知识产权局条法司. 新专利法详解. 北京:知识产权出版社,2001:111.

合理的水平,法院可以根据发明为企业带来的利益、发明的完成过程中企业的贡献程度、发明创造人因为发明已经享受到的待遇(加薪、升职等),以及将发明转化为可以销售的产品过程中企业承担的风险(周边技术的研发、市场营销、售后服务等失败的风险)等因素,针对个案进行综合考量。

#### (四) 申请国外专利的权利

谁有权利就职务发明创造在国外申请专利?《专利法》规定,单位拥有就职务发明创造申请专利的权利是否包括向国外申请专利?这些在《专利法》中找不到明确答案。即使把《专利法》的规定解释为单位拥有向国外申请专利的权利,现实中,在有的国家也行不通。例如,美国和日本两个专利大国都规定发明人对职务发明拥有申请专利的权利,可能会驳回中国单位的申请。为避免这种情况发生,本书认为,我国《专利法》第6条第1款不应该笼统地解释为单位拥有向国外申请专利的权利。到底谁有权就职务发明创造在国外申请专利,应该遵循专利授权国的法律。单位应该遵循授权国的法律,制定和调整专利申请战略,将有限的资源投入重点开发的市场。对于美国和日本等国家,中国单位需要事先就申请这些国家专利的权利和发明人达成协议,受让相关权利后再提出申请。

发明人有权就转让申请国外专利的权利获得补偿。这种补偿源自单位与发明人间的转让合同,而非《专利法》第16条,因此不受该条款及《专利法实施细则》第6章的规制。双方可以约定更高或更低的金额。如果双方没有约定,而是选择中国法作为解释合同的准据法,则可参照《专利法》第16条和相关实施细则的规定,计算补偿金额。

### 三、外国人享有的权利

外国人、外国企业或者外国其他组织(以下统称外国人)在中国有经常居所或者营业所的,可以和中国国民一样,有权申请专利。

无经常居所或营业所的,满足以下任何一条,均可在中国申请专利。①其所属国与我国签订的协议给予我国国民以国民待遇的;②其所属国和我国共同参加的国际条约给予我国国民以国民待遇的;③其所属国遵循互惠原则,规定如果我国对其国民给予专利保护,其将对我国国民给予相同保护的(《专利法》18条)。由于《巴黎公约》和《世界贸易组织公约》均规定了国民待遇原则,这些公约成员国的国民都有权在中国申请专利。在申请专利和办理其他专利事务时,应当委托依法设立的专利代理机构办理。国家知识产权局对在中国没有经常居所或者营业所的申请人可以要求其提供国籍证明等文书(《专利法实施细则》33条)。

满足上述条件的外国人所享有的权利,是向中国的知识产权局申请专利的权利,而非就其申请获得专利权的权利。是否授予外国人以专利权,需要中国知识产权局依据中国《专利法》,审查外国人的发明是否满足中国《专利法》要求的新颖性、创造性等条件。不是说美国公司就某一发明从美国专利商标局获得了专利权后,理所当然地,中国的国家知识产权局应当就同样的发明授予该公司以中国专利权。

#### 四、先申请规则

##### (一) 概论

两个以上的申请人分别就同样的发明申请专利的,专利权授予最先申请的人(《专利法》9条2款)。这就是人们通常说的先申请规则。这样做可以避免对同样的发明授予多项专利,符合同样的发明创造只能授予一项专利权的理念(《专利法》9条1款)。

申请必须是符合《专利法》的规定,获得了申请日和申请号的有效申请。撤回、驳回的申请不是先申请原则上的申请,而是不能阻止后来的申请人获得专利权。<sup>①</sup> 申请的先后根据申请的日期而非时间进行判断,有优先权的,指优先权日。对于同一日的申请,申请人应当在收到国家知识产权局的通知后自行协商确定申请人(《专利法实施细则》41条1款)。协商不成的,申请将被驳回,任何一方都不能获得专利。<sup>②</sup> 分案申请及主张外国优先权或本国优先权的申请,根据原来的申请日或优先权日适用先申请原则。

##### (二) 同样的发明

同样的发明是指保护范围相同的发明。在判断方法上,应当仅就各自请求保护的内容进行比较。要求保护的范同相同的,应当认为是同样的发明创造;要求保护范围不同的,不论两者的说明书内容是否相同,均不属于同样的发明创造。对于一个要求保护的范同完全落入并小于另一个要求保护范同的情形,即要求保护范同部分重叠的,也不能认为属于同样的发明。<sup>③</sup>

##### (三) 一项专利权

如何理解同样的发明只能授予一项专利权? 有观点认为,一项专利权是指

---

① 国家知识产权局条法司. 新专利法详解. 北京:知识产权出版社,2001:50.

② 全国人大常委会法制工作委员会. 中华人民共和国专利法释义. 北京:法律出版社,2009:23~24.

③ 最高人民法院判决书(2007)行提字第4号。



同样的发明创造只能被授予一次专利权。另有观点认为,一项专利权是指对于同样的发明不能有两项以上的处于有效状态的专利权同时存在。这种观点认为,在先的实用新型专利权终了后,发明创造人可以就同样的发明再次获得发明专利权。

参与立法者似乎倾向于前一种观点,认为对于一项发明,“只能向一个特定主体授予一项、一次授予专利权”。<sup>①</sup>《专利法》同时又对该原则做了例外规定。申请人可以在同日对同样的发明既申请实用新型专利又申请发明专利,在先获得的实用新型专利的有效期内,可以声明放弃该专利的方式,获得在后的发明专利(《专利法》9条1款)。此规定体现了对发明创造人选择权的尊重与确认。

为了获得例外规定的保护,申请人应当在申请时说明对同样的发明已申请另一专利。国家知识产权局在公告授予实用新型专利权时,将同时公告申请人已经申请发明专利。申请人以声明放弃在先获得的实用新型专利权的方式,获得在后的发明专利权后,实用新型专利权自公告授予发明专利权之日起终止(《专利法实施细则》41条、《专利法》44条1款2项)。

如果申请没有在同一日提出,或者在先的实用新型专利权在发明专利权授予前已经终止,则该例外规定不能适用。在后的发明专利申请将在实质审查中被驳回(《专利法实施细则》53条1项)。侥幸获得的发明专利权会成为无效宣告请求的对象(《专利法实施细则》65条2款)。

#### (四) 本国优先权与外国优先权

外国优先权是指申请人自发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起12个月内,或者自外观设计在外国第一次提出专利申请之日起6个月内,又在中国就相同主题提出专利申请的,依照该外国同中国签订或者共同参加的国际条约,或者依照相互承认优先权的原则,可以享有优先权(《专利法》29条1款)。本国优先权是指申请人自发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起12个月内,又向国家知识产权局就相同主题提出专利申请的,可以享有优先权(《专利法》29条2款)。可以看出,本国优先权仅适用于发明和实用新型,不适用于外观设计。

无论是外国优先权还是本国优先权,申请人只有在申请时提出书面声明,并

---

<sup>①</sup> 全国人大常委会法制工作委员会. 中华人民共和国专利法释义. 北京:法律出版社,2009:23~24.

且在3个月内提交第一次提出的专利申请文件的副本才能获取优先权(《专利法》30条、《专利法实施细则》31条)。获得优先权的在后申请能够以第一次申请日作为判定新颖性与创造性的基准日。在第一次申请日与实际申请日之间,即使发明已经成为国内外为公众所知的技术,也不影响其新颖性和创造性。申请人在一件专利申请中可以要求一项或者多项优先权,要求多项优先权的,该申请的优先权期限从最早的优先权日起计算(《专利法实施细则》32条1款)。优先权可以转让,但只能连同专利申请权一起进行转让。<sup>①</sup>

如果在先申请为发明专利申请,申请人可以要求本国优先权就相同主题提出发明或者实用新型专利申请(《专利法实施细则》32条2款)。但是,提出后一申请时,在先申请的主题有下列情形之一的,不得作为要求本国优先权的基础:①已经要求外国优先权或者本国优先权的;②已经被授予专利权的;③属于按照规定提出的分案申请的(《专利法实施细则》33条2款)。为了避免重复审查,在先申请将在后一申请的提起之日被视为撤回(《专利法实施细则》32条3款)。

### 【思考题】

1. 试论职务发明创造与非职务发明创造。
2. 试论先申请规则。

## 第二节 权利的对象

### 引言

专利权的对象是发明创造,即发明、实用新型及外观设计。不属于其中任何一种类型的专利申请,将得不到批准。《专利法》还将科学发现、智力活动的规则和方法、疾病的诊断和治疗方法等列为不能获得专利权的对象。

---

<sup>①</sup> 国家知识产权局条法司. 新专利法详解. 北京:知识产权出版社,2001:231.

## 关键词

发明创造 不能获得专利权的对象

### 一、发明创造

鼓励发明创造是《专利法》的目的之一,发明创造也就理所当然地成为专利权的对象。《专利法》说的发明创造包括发明、实用新型及外观设计(《专利法》2条)。发明和实用新型指的都是新的技术方案。关于产品的新技术方案既可申请发明专利又可申请实用新型专利。关于方法的新技术方案只能申请发明专利。当然,关于产品的新技术方案,只有对产品的形状、结构或者两者的结合提出适于实用的方案,才能申请实用新型专利。发明专利对此没有限制。从这点来看,新技术方案获取实用新型的路比起发明来要窄。但实际上,由于国家知识产权局对申请发明专利的新技术方案审查严,对申请实用新型专利的新技术方案审查松,新技术方案更容易获取的是实用新型专利而不是发明专利。

与发明及实用新型截然不同,外观设计指的不是新技术方案而是新设计,是对产品做出的富有美感并适于工业应用的新设计。这种美感来源于产品的形状、图案或者两者的结合以及色彩与形状、图案的结合。

专利申请的内容涉及发明、实用新型或者外观设计中的任何一种,是获得专利权的前提条件。不满足这个前提条件的申请将在初步审查中被驳回(《专利法实施细则》44条)。侥幸通过初步审查进入实质审查的发明专利申请,将再次面临被驳回的命运(《专利法实施细则》52条2项)。即使初步审查及实质审查都侥幸通过,专利权也会成为无效宣告的对象(《专利法实施细则》65条2款)。

### 二、不能获得专利权的对象

有的专利申请的内容虽然涉及发明、实用新型或者外观设计,但由于违反法律、社会公德或者妨害公共利益,不能获得专利权(《专利法》5条1款)。有的发明应用范围可能很广,不能因为应用的方式或者结果有可能违反法律而不授予专利权(《专利法实施细则》10条)。

有的专利申请的内容虽然没有问题,但由于依赖的遗传资源在获取或者利用过程中违反我国关于遗传资源管理、保护的法律法规,同样不能获得专利权(《专利法》5条2款)。申请人对于遗传资源获取或者利用过程中的违法行为是否知情,这一点《专利法》第5条第2款没有涉及。如果申请人在不知情

的情况下购买他人违法利用遗传资源产生的遗传基因,并依赖遗传基因完成发明,发明能否获得专利权?他人的违法获取、利用行为是否会剥夺申请人获得专利权的机会?这些问题值得商榷。

有的专利申请,无论内容是否涉及发明、实用新型或者外观设计,只要属于以下6项中的任何一项,均不能获得专利权。第一,科学发现。第二,智力活动的规则和方法。第三,疾病的诊断和治疗方法。第四,动物和植物品种。第五,用原子核变换方法获得的物质。第六,对平面印刷品的图案、色彩或者两者的结合做出的主要起标识作用的设计(《专利法》25条1款)。虽然动物和植物品种本身不能获得专利权,但它们的生产方法却可以获得专利权(《专利法》25条2款)。

以上任何一种专利申请均不能获得专利权。专利申请在初步审查及实质审查中将被驳回(《专利法实施细则》44条1款1项、53条1项)。侥幸获得的专利权将会成为无效宣告请求的对象(《专利法实施细则》65条2款)。

### 【思考题】

试论不能获得专利权的对象。

## 第三节 获得发明专利权的条件

### 引言

由于发明、实用新型及外观设计的性质各不相同,《专利法》用不同的文字,从授予专利的条件、权利的效力、申请、审批、诉讼等方面,对三者进行了勾画。为便于读者理解,本章第三节至第五节只谈发明。关于实用新型及外观设计,我们将在第六节及第七节中探讨。专利申请人要想获得发明专利权需要满足以下三个条件。第一,专利申请的必须是发明,并且不属于不能获得专利权的对象。第二,发明应当具备新颖性、创造性和实用性。第三,申请人应当在专利申请文件中充分披露发明的内容。第一个条件在第二节中已经论述。接下来,我们一起来看获得发明专利权的其他条件。

## 关键词

实用性 新颖性 创造性 现有技术 充分披露

### 一、实用性

发明是对产品、方法或者其改进提出的技术方案。关于产品的技术方案必须能够制造,关于方法的技术方案必须能够使用,并且能够产生积极效果,才具有实用性。关于实用性与新颖性、创造性之间的关系,本书认为,新颖性和创造性作为一组概念与实用性是并列关系而不是先后关系。在专利审查过程中,可以首先对发明是否具有实用性进行审查,对于不合条件的发明无须进行新颖性和创造性审查。这将大大减轻专利审查的工作量,提高专利审查的速度。至于新颖性和创造性,它们之间存在着先后关系。首先应当确定发明是否具备新颖性,在此基础上判断是否具有创造性。

### 二、新颖性

#### (一) 现有技术

新颖性是指发明不属于现有技术,即不属于申请日以前在国内外为公众所知的技术,申请日当日及申请日后公开的技术不在此列,要求优先权的申请,其申请日以优先权日,即在先申请的申请日为准。有一点需要明确,在后申请中,其技术方案未在先申请中记载的权利要求不能享有优先权,这些权利要求的申请日仍旧是在后申请的实际申请日。<sup>①</sup>

为公众所知是指有关的技术已经处于能够为公众获得的状态。在保密状态下披露的技术,如果负有保密义务的人违反义务导致技术内容被公开,公众能够得知这些技术的话,这些技术同样构成现有技术的一部分。保密状态不仅包括受保密协议约束的情形,还包括社会观念或者商业习惯上被认为应当承担保密义务的情形。

技术为公众所知的途径多种多样,包括专利文献、科技期刊、学术论文、产品使用说明书、图纸、磁带、照相底片等出版物传递的技术信息,发明产品在使用、试用、展览过程中传递的技术信息,学术会议等的口头报告传递的技术信息等,这些都可以导致技术被公众知悉。

---

<sup>①</sup> 国家知识产权局专利复审委员会. 现有技术与新颖性. 北京:知识产权出版社,2004:77.

## (二) 判断方法

发明是一种技术方案,申请人在权利要求中描述时,需要写明构成技术方案的技术特点。判断某项技术方案是否具备新颖性,需要将权利要求描述的全部技术特点与现有技术进行对比,看一看这些技术特点是否被单独一份现有技术全部公开。

具体来说,需要特别注意以下几点。第一,专利申请一般包括多个权利要求,这就需要将每一个权利要求分别和单独一份现有技术对比。其中一项权利要求不具备新颖性,不意味其他权利要求不具备新颖性。第二,对比的对象必须是单独一份现有技术,不能把几份现有技术结合起来进行综合判断。第三,只有权利要求描述的全部技术特点被单独一份现有技术披露,才能说该发明属于现有技术,从而不具有新颖性。仅仅披露一部分技术特点的现有技术,不能否定发明的新颖性。第四,为了正确把握权利要求描述的技术方案的内容,对各个技术特点做出正确的解释,在尊重权利要求的文字表达的基础上,可以考虑说明书中记载的内容。

## (三) 在先申请

新颖性同时是指没有任何单位或者个人就同样的发明在申请日以前向国家知识产权局提出过申请,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(《专利法》22条2款)。正确理解在先申请,需要注意下列四点。

第一,在先申请必须以公布或公告的形式公之于众,才可否定在后申请的新颖性。在先申请因撤回、驳回而没有公布或公告,不能否定在后申请的新颖性。第二,在先申请的专利文件不仅包括权利要求书,还包括说明书及附图。对于记载在其中任何一种文件的发明,在后申请人均不能就相同的发明获得专利权。第三,“任何”单位和个人包括在后申请人本人。如果申请人在申请日以前就同样的发明提出过申请,随着该申请的公布,在后申请将失去新颖性。第四,申请日“以前”是否包括在后申请的申请日当天?本书认为,答案应该是否定的。如果包括申请日当天,则同一日申请的地位将有优劣之分。这和现行的平等对待、自行协商原则相悖。为维护法律的安定性及精确性,有必要将“申请日以前”修改为“申请日之前”。

在先申请能否和其他现有技术结合起来,否定在后申请的创造性呢?答案是否定的。如下所述,是否具有创造性,只能依据现有技术来判断。《专利法》第22条第2款将现有技术和在先申请分开规定,表明二者完全不同。既然在先申

请不属于现有技术,就不能影响在后申请的创造性。

#### (四) 丧失新颖性的例外

申请专利的发明在申请日以前6个月内,在中国政府主办或承认的国际展览会上首次展出、在规定的学术会议或技术会议上首次发表或他人未经申请人同意而泄露的,不丧失新颖性(《专利法》24条)。

不丧失新颖性指的是申请专利的发明本身,因此,无论申请专利的是发明人本人还是受让该发明的第三人,申请人只要履行一定的手续(《专利法实施细则》30条),就可以享受该例外规定的保护。该保护规定给予申请人较多的倾斜。申请人没有同意的泄露行为,就算发明人同意过也不影响发明的新颖性。发明以这三种方式公开后,对于该发明以外的发明来说构成现有技术,可以用来否定这些发明的新颖性。对于该发明本身来说不构成现有技术,不可以用来否定其新颖性。

### 三、创造性

新颖性和创造性之间存在先后关系,判断是否具有创造性时,发明应当已经具备新颖性,即没有一份单独的现有技术公开权利要求描述的技术方案。是否具有创造性,需要将发明“与现有技术相比”(《专利法》22条3款)。既然没有单独的一份现有技术公开该发明,“与现有技术相比”指的是与多项现有技术相比。经过对比,发明有“突出的实质性特点和显著的进步”,才具有创造性。

《专利法》说的只是“与现有技术相比”,没有对现有技术的技术领域以及对比的具体细节做出规定。应该以谁的知识水平为标准判断是否具有创造性?是不是应该以“发明所属领域的普通技术人员”的知识水平为标准?“突出的实质性特点和显著的进步”应该如何界定?这些问题值得商榷。

本书认为,在审判过程中,原告和被告需要各尽所能,具体分析个案中成为争点的权利要求,以争取有利于自己的解释。一般来说,被诉侵权人往往会压低判断创造性的知识水平。这是因为不太懂行的人对各项现有技术之间、现有技术与权利要求之间的关系不清楚,往往会把看似相同的多项现有技术简单结合起来否定创造性。专利权人往往会抬高判断创造性的知识水平。这是因为懂行的人 would 甄别现有技术,明确各项现有技术之间、现有技术和权利要求之间的关系,没有充分理由不会把各项现有技术简单结合起来。

与新颖性相同,在判断创造性时,可以在尊重权利要求的文字表达的基础上,结合说明书中记载的内容,对权利要求描述的各个技术特点做出解释。

#### 四、充分披露

发明是看不见、摸不着的技术方案,需要申请人在专利申请文件中描述与限定,需要申请人用文字披露。披露不清楚或者不完整,不仅不利于将专利权的排他范围昭示天下,而且也不利于提高侵权的可预见性;不利于公众对专利申请能否获得专利权进行监督,还不利于避免重复研发节约资源。《专利法》及《专利法实施细则》对申请人应当在申请中如何披露有严格规定,违反这些规定的申请不能获得专利,因此,充分披露成为获得发明专利权必要条件之一。

##### (一) 权利要求书

只有申请人通过文字在权利要求书中对要求保护的范围进行限定后,人们才有可能得知发明的内容。申请人在申请中描述的内容是否构成发明,是否具有新颖性、创造性及实用性,这些都必须依据权利要求的表述来判断。因此,权利要求撰写得好与坏在很大程度上决定着申请人能否获得专利。

发明的保护范围也以权利要求的内容为准(《专利法》59条1款),只有这样,人们才可以把握发明这种看不见、摸不着的技术方案,才可以衡量某种产品是否落入发明的保护范围。由于权利要求的内容要经过国家知识产权局的审批才可以确定,可以说国家知识产权局的决定事实上具有确定发明的保护范围的效果。

《专利法实施细则》对权利要求书的撰写提出了以下形式上的要求。第一,申请人向国家知识产权局递交的权利要求书应当记载发明的技术特征。其使用的科技术语应当与说明书中使用的科技术语一致,可以有化学式或者数学式,但是不得有插图(《专利法实施细则》19条)。第二,权利要求书应当有独立权利要求,也可以有从属权利要求。独立权利要求应当从整体上反映发明的技术方案,记载解决技术问题的必要技术特征。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的限定(《专利法实施细则》20条)。第三,一项发明应当只有一个独立权利要求,并写在同一发明的从属权利要求之前(《专利法实施细则》21条)。对于明显不符合以上要求的权利要求书,国家知识产权局会通知申请人在指定期限内陈述意见或者补正,申请人逾期未答复的,申请视为撤回。陈述意见或者补正后,仍然不符合要求的,申请将在初步审查阶段被驳回(《专利法实施细则》44条1款1项、2款)。

权利要求书要想在国家知识产权局的实质审查中合格,仅仅满足形式上的要求还远远不够。《专利法》对权利要求书的实质内容提了两个要求。第一,权



利要求应当以说明书为依据。第二,权利要求应当清楚、简要。只有同时达到这两个要求,权利要求才能够准确地限定专利权保护的范围,这两个要求缺一不可,达不到要求的专利申请将在实质审查中被驳回(《专利法实施细则》53条2项),或者在无效宣告程序中成为宣告专利权无效的对象(《专利法实施细则》65条2款)。

《专利法实施细则》第20条第2款规定,独立权利要求应当从整体上反映发明的技术方案,记载解决技术问题的必要技术特征。达不到该要求的专利申请,在初步审查或者在实质审查中将被驳回(《专利法实施细则》44条1款1项、《专利法实施细则》53条2项)。

## (二) 说明书

可以用于解释权利要求的只有说明书与附图(《专利法》59条1款)。说明书的摘要只是为了便于检索而提交的文件,不能用于解释权利要求的内容。说明书与附图虽然能够解释权利要求,但是不能够替代权利要求,对于仅在说明书或者附图中描述而在权利要求中未记载的技术方案,权利人不能依此主张权利(《最高法专利纠纷解释》5条)。因此,说明书撰写得好与坏对他人的产品是否落入发明的保护范围以及专利权人能否获得救济都会产生影响。申请人在撰写说明书时可以使用自己独特的语言,也可以修改申请文件,但都必须遵循一定规则。

第一,虽然申请人可以在说明书中使用自己独特的文字及表述方式,但为了使发明所属技术领域的技术人员能够实施构成发明的技术方案,说明书应当对发明做出清楚、完整的说明,必要的时候应当配以附图进行说明(《专利法》26条3款)。达不到这个要求的申请将在实质审查中被驳回(《专利法实施细则》53条2项),即使没有被驳回,也有可能授权后被人提出无效宣告请求(《专利法实施细则》65条2款)。

第二,申请人虽然可以对包括说明书本身在内的申请文件进行修改,但是对申请文件的修改不得超出原说明书和权利要求书记载的范围(《专利法》33条)。当事人最初提交的说明书和权利要求书限定发明的保护范围,当事人不能通过修改将保护范围进行扩大。明显不符合该要求的申请,既可能在初步审查中被驳回(《专利法实施细则》44条1款1项),也可能在实质审查中被驳回(《专利法实施细则》53条3项)或者在无效宣告程序中成为宣告专利权无效的对象(《专利法实施细则》65条2款)。

对说明书的撰写提出要求的条款不仅存在于《专利法》中,还散见于《专利法实施细则》。例如,《专利法实施细则》第17条规定,发明专利申请的说明书的内容原则上应当包括技术领域、背景技术、发明内容、附图说明以及具体实施方式,禁止使用商业性宣传用语。明显不符合该要求的申请将在初步审查中被驳回(《专利法实施细则》44条1款1项)。这样做的目的在于督促申请人充分公开发明内容,保证他人读了说明书后能够准确理解发明。

《专利法实施细则》不仅要求申请人充分披露,还设计了一套制度,帮助申请人披露涉及新生物材料的发明。随着生物工程技术的日新月异,涉及新的生物材料的发明不断涌现,这样的生物材料一般难以得到,他人仅凭说明书的文字表述难以实施。为了避免专利申请因披露不足而被驳回,申请人可以履行一定手续,将生物材料的样品提交国家知识产权局认可的单位保藏,以弥补说明书文字表述的不足之处(《专利法实施细则》24条、25条)。

### (三) 附图与摘要

为了便于理解,说明书的文字往往会提及附图中的附图标记。说明书文字部分出现的附图标记与附图中出现的附图标记,两者应当完全一致,不允许此多彼少,或者此少彼多(《专利法实施细则》18条)。不符合要求的申请将在初步审查中被驳回(《专利法实施细则》44条1款1项)。

摘要应当简要说明发明的技术要点(《专利法》26条3款),写明发明申请所公开内容的概要,包括发明的名称和所属技术领域,清楚地反映要解决的技术问题、解决该问题的技术方案的重点以及主要用途,且不得使用商业性宣传用语(《专利法实施细则》23条)。不符合要求的摘要将成为实质审查中的驳回理由(《专利法实施细则》53条2项),或者成为无效宣告程序中的无效理由(《专利法实施细则》65条2款)。

### (四) 披露遗传资源的来源

依赖遗传资源完成的发明,申请人应当在专利申请文件中说明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(《专利法》26条5款)。也就是说,为了获得专利权,申请文件不仅应当披露发明本身的内容,还应当披露该遗传资源的来源。

此规定与《专利法》第5条第2款禁止违法遗传资源发明的规定遥相呼应。通过申请人披露所利用的遗传资源的来源信息,监控遗传资源的获取及利用,更好地保护我国的遗传资源。遗传资源是指取自人体、动物、植物或者微生物等含

有遗传功能单位并具有实际或者潜在价值的材料。什么是“依赖”遗传资源完成的发明?《专利法实施细则》认为,“依赖”是指利用遗传资源的遗传功能(《专利法实施细则》26条1款)。

专利申请对于遗传资源的来源应当在专利申请文件中的何种文件说明、以什么形式说明?未依法披露的法律后果是什么?《专利法实施细则》认为,应当在请求书中予以说明,并填写国家知识产权局制定的表格(《专利法实施细则》26条2款)。专利申请的发明涉及遗传资源,而请求书未加说明,明显不符合《专利法》第26条第5款的申请,将在初步审查中被驳回。同样,没有按规定填写国家知识产权局制定的表格,不符合《专利法实施细则》第26条第2款规定的申请,也将在初步审查中被驳回(《专利法实施细则》44条1款)。另外,不符合《专利法》第26条第5款的申请,将在实质审查中被驳回(《专利法实施细则》53条2项)。

#### 【思考题】

1. 试论新颖性。
2. 试论创造性。
3. 试论《专利法》要求申请人进行的充分披露。

## 第四节 发明专利权的效力

### 引言

被诉侵权人的行为是否构成对发明专利权的侵害,至少要从以下5个方面进行分析。第一,被诉侵权人是否未经专利权人许可,为生产经营目的而进行制造、使用、许诺销售、销售或者进口行为。第二,专利权人的专利是属于产品专利权还是属于方法专利权。第三,被诉侵权人能否依据《专利法》中限制专利权的条款,使其行为合法化。第四,被诉侵权产品是否具有某个权利要求披露的全部技术特征或者与之等同的技术特征。第五,被诉侵权人能否依据捐献规则或者禁止反悔规则,使其行为合法化。

## 关键词

许可 生产经营目的 制造 使用 许诺销售 销售 进口 产品专利权  
方法专利权 专利权的限制 先制造使用 售出后免责(权利用尽)  
全部覆盖规则 等同特征 捐献规则 禁止反悔规则

### 一、直接侵害

#### (一) 直接侵害的构成要件

《专利法》第60条规定,“未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权”。从中品读出的侵犯专利权的构成要件有两个。第一,未经专利权人许可。第二,实施专利。缺乏任何一个要件,均不构成专利侵权。本书将该条文勾画的此类专利侵权称为直接侵害。

在直接侵害的两个要件中,“未经专利权人许可”在字面上比较容易理解,但实际非常复杂。在确认被诉侵权人是否得到专利权人的许可时,一般来说应当从以下几个方面考察。首先,应当确认专利权人与被诉侵权人之间是否存在许可实施合同。其次,如果许可实施合同存在,则要认真分析合同的条款内容,重点确认下列三点。

第一,合同许可被诉侵权人实施的专利有哪些?通常专利权人许可他人实施专利时,可以用以下方式界定专利的范围:①一揽子许可方式。例如,许可的专利为“专利权人在合同缔结时拥有处分权的所有发明专利”。②产品类别限定许可方式。例如,许可的专利为“有关数码相机、数码摄像机、具备摄像功能的手机的,专利权人在合同缔结时拥有处分权的发明专利”。③技术领域限定许可方式。例如,许可的专利为“有关声音或者图像的编码、传输、解码技术领域的,专利权人在合同缔结时拥有处分权的发明专利”。

第二,合同许可被诉侵权人生产的产品范围是什么?专利权人界定产品的方法与界定专利的方法有相似之处,主要包括以下三种:①一揽子许可方式。例如,许可被诉侵权人生产的产品为“被诉侵权人在合同缔结时生产的所有类型的产品”。在这种许可条款下,专利权人可以对被诉侵权人在合同缔结后研发生产的新产品主张专利权。②产品类别限定许可方式。例如,许可生产的产品为“数码相机、数码摄像机、具备摄像功能的手机”。③技术领域限定许可方式。例如,许可的产品为“有关声音或者图像的编码、传输、解码技术领域的,被诉侵权人在

合同缔结时生产的所有类型的产品”。

第三,合同许可被诉侵权人实施的行为有哪些?如果专利权人的专利是有关产品的专利,专利权人有权禁止他人制造、使用、许诺销售、销售、进口专利产品(《专利法》11条1款)。他人在开展制造、销售等行为之前,必须取得专利权人的许可。

综上所述,如果被诉侵权人实施的专利、生产的产品或者实施的行为不属于合同限定的许可范围,或者被诉侵权人与专利权人之间根本不存在许可合同,则被诉侵权人的行为属于“未经专利权人许可”而擅自开展的行为,满足直接侵害的第一个要件。

直接侵害的第二个要件“实施专利”应当如何理解?《专利法》第11条第1款对此的诠释为“为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口专利产品,或者使用专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品”。因此,被诉侵权人的行为是否实施专利,需要同时满足下列两个要件。

第一,被诉侵权人的行为应当具有“生产经营目的”。本书认为,“生产经营目的”不等同于营利目的。国家机关、非营利性事业单位及社会团体如果持续、反复地实施他人专利,即使其行为不以营利为目的,也可能具有“生产经营目的”。个人在家里不定期地使用他人专利,一般不认为具有“生产经营目的”。

第二,被诉侵权人应当进行《专利法》禁止的行为。这些行为仅限于“制造、使用、许诺销售、销售、进口专利产品,或者使用专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品”的行为。在判断被诉侵权人是否进行《专利法》所禁止的行为时,必然要判断被诉侵权人制造、使用、许诺销售、销售、进口的产品是否是“专利产品”;被诉侵权人使用的方法是否是“专利方法”;被诉侵权人使用、许诺销售、销售、进口的产品是否是依照专利方法“直接”获得的产品。

这就涉及一个比较和甄别的问题。“专利产品”是指具有专利的某项权利要求披露的所有技术特征的产品。“专利方法”是指具有专利的某项权利要求披露的所有技术特征的方法。“依照该专利方法直接获得的产品”,司法解释认为,至少包括使用专利方法获得的原始产品(《最高法专利纠纷解释》13条1款)。

因此,被诉侵权人的产品或者方法是否属于“专利产品”“专利方法”或者“依照该专利方法直接获得的产品”,归根结底,要看产品或者方法是否具有专利的某项权利要求披露的所有技术特征。以产品为例,只有被诉侵权人的产品具

有专利的某项权利要求披露的所有技术特征,才能说产品实施了专利。如果被诉侵权人的产品(如 DVD 播放机的驱动器)并不具有权利要求披露的所有技术特征(驱动器+周边线路配置技术),则不能说该产品实施专利。被诉侵权人的产品没有“实施专利”,则直接侵害的第二个要件没有得到满足,直接侵害也就不成立。

## (二) 间接侵害

上述结论有时候显得不是那么具有说服力。例如,被诉侵权人生产的零部件可能会具备一些特殊的接口,使得其只能用于某种直接侵害专利权的设备。如果只追究设备生产厂家的责任,而让零部件生产厂家逍遥法外,可能不利于实现对专利权人的有力保护。《知识产权法》的政策性导向促使一些国家(如美国与日本)在立法中将一些不构成直接侵害的行为视为对专利权的侵害。这些行为因各国的具体立法不同而呈现不同内容,它们被统称为对专利权的“间接侵害行为”。我国的立法没有对间接侵害行为做出界定,本书以下的论述关注的均为直接侵害行为。

## (三) 产品专利权与方法专利权的射程范围

《专利法》第 11 条第 1 款在对“不得实施其专利”的诠释中,将发明分成了两类,即产品专利权与方法专利权。产品专利权与方法专利权构成发明专利权的左右手,分别辖制不同的实施行为。因此,被诉侵权人的行为是否构成侵权,需要对发明专利权的类别做出判断。

产品专利权的效力在于禁止制造、使用、许诺销售、销售及进口专利产品(《专利法》11 条 1 款)。只有这些行为构成侵权,其他行为比如出口不构成侵权。产品专利权的效力直接针对专利产品,不管产品是以何种方法生产出来的。这就是说,即使专利没有覆盖侵权人制造产品的方法,也不影响专利权人针对最终产品行使权利。

方法专利权的效力在于禁止他人使用专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照专利方法直接获得的产品(《专利法》11 条 1 款)。什么是依照专利方法“直接”获得的产品?司法解释认为,至少包括使用专利方法获得的原始产品(《最高法专利纠纷解释》13 条 1 款)。什么样的行为属于“使用”依照专利方法直接获得的产品?司法解释认为,至少包括将原始产品进一步加工、处理而获得后续产品的行为(《最高法专利纠纷解释》13 条 2 款)。

正因为不同性质的发明被赋予了不同范围的保护,如何给权利人的发明定

性变得非常重要。这也是给予权利人保护时必经的程序。本书认为,权利人的发明属于产品发明还是方法发明,应当根据权利要求描述的内容来定。

#### (四) 方法专利的悬而未决的问题

产品专利的效力锁定最终产品,不问中间过程,也引起一些问题。在生物工程领域,遗传基因信息、含有遗传基因信息的 DNA、作为中间成果的细胞以及作为最终成果的动植物、微生物、蛋白质都可能作为产品,记载在权利要求书中。将 DNA 作为产品记载的权利要求是否涵盖上游产品(遗传基因信息)及下游产品(细胞、动植物、微生物及蛋白质)? 答案尚不明确。

为了在产品专利锁定的保护范围外追加一种保护。我们可以尝试撰写方法专利,在权利要求中描述利用 DNA 培育下游产品的方法。作为方法专利,我们可以禁止他人使用该方法。同时,我们可以禁止他人使用、许诺销售、销售、进口依照方法直接获得的产品。在这里,“依照方法直接获得的产品”是利用 DNA 获得的中间成果(细胞)。通过撰写方法专利,可以达到禁止他人使用、许诺销售、销售、进口细胞的目的。

既然我们可以禁止他人“使用”细胞,那就意味着他人将细胞进一步加工、处理而获得后续产品的行为也在被禁止之列(《最高法专利纠纷解释》13 条 2 款)。这里的“后续产品”或许可以包括动植物、微生物及蛋白质。也就是说,撰写方法专利可以弥补产品专利权的不足之处,也可以最大限度地获得专利制度的保护。

上述专利撰写战略是否可行,关键在于法院是否会支持我们的上述主张,在于法院是否会认为上述方法专利覆盖动植物、微生物及蛋白质。法院必须审查两点。第一,被诉侵权人获得最终成果(动植物、微生物、蛋白质)时,是否实施“加工、处理细胞”的行为? 第二,如果被诉侵权人通过加工、处理细胞获得最终成果(动植物、微生物、蛋白质),权利人可以获得的停止侵害救济的内容是什么? 仅仅是被诉侵权人停止继续使用细胞,还是使用细胞获得的最终成果(动植物、微生物、蛋白质)都应当被销毁?

进一步讲,如果在细胞变成最终成果(动植物、微生物、蛋白质)的过程中,被诉侵权人仅仅提供培养容器,细胞自己在容器中繁殖成长为最终成果物,被诉侵权人的行为是否还构成“加工、处理”? 侵害方法专利权的是被诉侵权人,还是细胞本身? 这些问题都有待于在个案审理中得到明确的答复。

#### (五) 对免除赔偿责任条款的思考

《专利法》第 70 条规定,“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”。该免责条款区分了使用行为与制造行为,使用行为人在一定情况下可以免除赔偿责任,制造行为人则不能。将侵犯发明专利权的产品(如芯片)作为零部件,制造另一产品(如电脑),如果芯片生产企业与电脑生产企业之间没有分工合作,电脑生产企业的行为到底是单纯的使用行为,还是制造行为?

司法解释认为,电脑生产企业的行为属于使用行为(《最高法专利纠纷解释》12条1款)。如果电脑生产企业在使用中,既没有故意(不知道是未经专利权人许可而制造并售出的芯片)也没有过失(能证明芯片的合法来源),就能够依据《专利法》第70条免除赔偿责任。司法解释的这一规定是对专利权射程范围的一次比较大的调整。虽然芯片专利权人仍然能够以电脑生产企业的行为构成侵犯专利权为理由,寻求停止侵害的救济,要求电脑生产企业停止使用侵权芯片,但是,专利权人获得损害赔偿的可能性将大大降低,这无疑将削弱专利权人在许可谈判中的地位。

#### (六) 网络侵权

《侵权责任法》第36条规定的网络侵权责任同样适用于专利侵权案件。由于专利侵权本身是一个技术性要求较高的判定过程,专利权人应当向网络服务提供者提供何种程度的通知,以及网络提供者在何种情况下应当对损害扩大部分承担连带责任,这些都是值得探讨的问题。

#### 【相关案例】

通知既可以是口头的,也可以是书面的。通常,通知内容应当包括权利人身份情况、权属凭证、证明侵权事实的初步证据以及指向明确的被诉侵权人网络地址等材料。符合上述条件的,即应视为有效通知。基于天猫公司对发明专利侵权判断的主观能力、侵权投诉胜诉概率以及利益平衡等因素的考量,并不必然要求天猫公司在接受投诉后对被投诉商品立即采取删除和屏蔽措施,对被诉商品采取的必要措施应当秉承审慎、合理原则,以免损害被投诉人的合法权益。但是将有效的投诉通知材料转达被投诉人并通知被投诉人申辩当属天猫公司应当采取的必要措施之一。否则权利人投诉行为将失去任何意义,权利人的维权行为也将难以实现。网络服务平台提供者应该保证有效投诉信息传递的顺畅,而不应成为投诉信息的黑洞。被投诉人对于其或生产或销售的商品是否侵权,以及是否应主动自行停止被投诉行为,自会做出相应的判断及应对。天猫公司未履



行上述基本义务的结果导致被投诉人未收到任何警示而造成损害后果的扩大。至于天猫公司在发明专利权人起诉后即对被诉商品采取删除和屏蔽措施,当属审慎、合理。综上,天猫公司在接到发明专利权人的通知后未及时采取必要措施,对损害的扩大部分应承担连带责任。<sup>①</sup>

## 二、权利的限制

### (一) 科学研究与试验

《专利法》在赋予专利权人排斥他人的实施行为的权利(《专利法》11条)的同时,对该权利进行了限制(《专利法》69条),专为科学研究和实验而使用有关专利的情形“不视为侵犯专利权”。

我们知道,侵犯专利权的行为首先要是实施专利权的行为,即要为生产经营目的而进行的制造、销售等行为才属于实施行为(《专利法》11条)。如果行为人没有生产经营目的,其行为就不构成实施行为,更谈不上侵犯专利权。这个道理对于科学研究和实验这样的行为同样是适用的。不为生产经营目的而进行的科学研究和实验根本就不构成实施行为,没有侵犯专利权。本书认为,这样的行为应当依据《专利法》第11条判定没有侵犯专利权,而不是依据第69条第1款第4项将其“不视为侵犯专利权”。因此,《专利法》第69条第1款第4项的目的在于利用“不视为侵犯专利权”这样的立法技巧,将那些为了生产经营目的而进行的科学研究和实验也排除在专利权的射程范围之外。

此规定旨在鼓励人们进行科学研究和实验,创造出更多更好的技术成果。同时,为了防止对专利权的过度侵蚀,利用专利技术进行其他科学研究和实验的行为不适用本条规定。只有那些考察专利技术本身的技术特征、验证其技术效果、对其做出改进的行为才适用本条规定。这就是为何《专利法》第69条第1款第4项把使用有关专利的行为限定在“专为”科学研究和实验范围内的原因。

本书认为,为了对专利技术做出改进,行为人不仅可以使使用专利产品、专利方法以及依照专利方法直接获得的产品,还可以制造、进口专利产品或者进口依照专利方法直接获得的产品。也就是说,《专利法》第69条第1款第4项中的“使用有关专利”,不应该狭隘地限定为第11条第1款中的“使用”行为,而是应该做出合乎本条目的的解釋,使人们能够对专利技术进行正常的科学研究和实验。另一方面,如果行为人将科学研究和实验中得到的产品推向市场进行许

<sup>①</sup> 浙江省高级人民法院民事判决书(2015)浙知终字第186号。

销售或销售,将过度侵蚀专利权,偏离第69条第1款第4项的立法目的。因此,在允许行为人的制造,使用及进口行为的同时,应当禁止行为人的许诺销售及销售行为。

本书做出的以上解释,依据的不仅仅是《专利法》第69条第1款第4项的立法目的,还考虑了与相关条款的统一。《专利法》第69条第1款第5项规定,在为提供行政审批所需要的信息而进行的行为中,药品生产者或者研发机构的制造、使用及进口专利药品或医疗器械的行为,他人专门为药品生产者或者研发机构制造、进口药品或器械的行为被排除在专利权的射程之外。许诺销售及销售行为仍旧在专利权的射程之内。

本书认为,《专利法》第69条第1款第4项与第1款第5项之所以在结构上应当统一,是因为两者追求的理念是一致的。如何在促进包括药品研发在内的科学研究和实验不断进步以维护公共利益的同时,尽量避免过于侵蚀专利权,这是两者追求的共同目标。两者崇尚的理念的一致决定了两者内在结构的统一。可以说,第5项是第4项规定的情形的一种表现形式。

新药上市之前需要通过的行政审批需要大量的关于其效用的信息,而这些信息只有对既有药品的效用进行数年测试后方能得知。如果新药开发商只能在既有药品的专利权期满后才可以开始测试的话,在测试及行政审批所需的数年里新药不能上市,将造成既有药品的垄断效果在专利权期满后依旧存在的局面。为了平衡既有药品开发商与新药开发商之间的利益,美国和日本均采取在延长既有药品开发商专利权的有效期的同时,允许新药开发商在既有药品专利权的有效期内开始对其进行测试。中国《专利法》只规定后者而对既有药品专利权的有效期限没有设立延长制度。可以说,与美国和日本相比,中国《专利法》更倾向于促进新药开发。

## (二) 临时过境

《专利法》第69条规定的对专利权效力的限制条款中,有两个地方出现了“使用有关专利”的表达。对于其中之一我们已在前面提及。另外一个地方出现在第1款第3项,即临时通过中国领陆、领水、领空的外国运输工具,依照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”的情形。

该条款的立法目的是为了避开权利人对临时过境的外国运输工具主张权利而影响国际交通运输。为了达到立法目的,允许临时过境的外国运输工具“使

用”专利产品和专利方法即可。其他行为,例如,在运输工具中发生的制造、许诺销售、销售及进口行为仍将构成对专利权的侵犯。该规定源于《巴黎公约》第5条第3款。任何巴黎公约成员国的运输工具过境中国皆可以享受《专利法》第69条第1款第3项的保护。

### (三) 先制造使用

《专利法》规定,最先申请的人而不是最先发明的人获得专利权。最先发明的人如果没有及时申请专利,其行为将构成对最先申请人专利权的侵犯。最先发明人必须停止其行为,包括停止制造产品。由此产生的损失,包括最先发明人先期投资的血本无归,将由其自身承担。

这样的结果似乎让人有点难以接受。为了减少先申请规则可能带来的不良影响,《专利法》将满足一定限制条件的先制造使用人的行为排除在专利权的射程范围之外。“先制造使用人”是指在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经做好制造、使用的必要准备的人。“限制条件”包括时间上的条件以及业务范围上的条件。

第一,时间上的限制条件。先制造使用人的制造使用行为必须开始在申请日之前,或者在申请日之前已经“做好”制造使用的“必要准备”。至于什么是必要准备,到什么程度可以说准备已经做好,应当根据个案牵涉的产品的特性及商业习惯来判断。司法解释认为,下面两种情形均符合要求:①已经完成实施发明创造所必需的主要技术图纸或者工艺文件;②已经制造或者购买实施发明创造所必需的主要设备或者原材料(《最高法专利纠纷解释》15条2款)。

第二,业务范围上的限制条件。先制造使用人的业务范围只限于原有范围,不能扩大生产规模。司法解释认为,原有范围包括:①专利申请日前已有的生产规模;②利用已有的生产设备或者根据已有的生产准备可以达到的生产规模(《最高法专利纠纷解释》15条3款)。

第三,实施行为上的限制条件。在申请日后,先制造使用人只能在原有范围内继续制造相同产品和使用相同方法,不能许诺销售、销售产品。

第四,技术获得渠道的限制条件。《专利法》第69条第2项没有明确要求先制造使用人使用的技术必须是合法取得的。但是,司法解释认为,先制造使用人以非法获得的技术主张先用权抗辩的,法院不应当支持(《最高法专利纠纷解释》15条1款)。

第五,转让的限制条件。司法解释认为,先制造使用人在专利申请日后,将

其已经实施或者做好实施必要准备的技术转让或者许可他人实施后,他人主张其实施行为属于在原有范围内继续实施的,法院不应当支持。同时认为,该技术与原有企业一并转让或者承继的除外(《最高法专利纠纷解释》15条4款)。这样规定的目的,是为了避免先制造使用人在专利申请日后,许可多人实施其技术,致使市场上出现多个竞争者与专利权人竞争。通过避免这种情形的出现,保证先制造使用制度不过度侵蚀专利权。当然,在专利申请日前发生的转让及许可行为,不受此限制。受让人及被许可人只要满足《专利法》第69条第2项的规定,就能够和转让人及许可人一样,成为先制造使用人。

### 【比较法】

《日本专利法》赋予申请日之前已经实施或者准备实施先申请人的发明的人以法定实施许可,即在原有的实施或者准备实施的范围内,不仅可以制造、使用,还可以许诺销售、销售及进口。

#### (四) 强制许可

如果专利权人自专利权被授予之日起满3年,且自提出专利申请之日起满4年,无正当理由未实施或者未充分实施专利,具备实施条件的单位或者个人可以申请国家知识产权局给予实施发明专利的强制许可(《专利法》48条1项)。申请人应当提供证据,证明其以合理的条件请求专利权人许可其实施专利,但未能合理的时间内获得许可(《专利法》54条)。“未充分实施专利”是指专利权人及其被许可人实施专利的方式或者规模不能满足国内对专利产品或者专利方法的需求(《专利法实施细则》73条1款)。

另外一种强制许可是基于利用发明的许可。该许可与基于未实施的强制许可一样,申请人需要提供谈判的证据才能获得。“利用发明”是指基于既有发明开发出的具有显著经济意义的重大技术进步的发明。由于实施利用发明将构成对既有专利权的侵犯,利用发明的专利权人可以向国家知识产权局提出申请获取强制许可(《专利法》51条)。

还有一种强制许可不需要申请人提供谈判的证据而仅需要提出申请。但是这并不意味着申请人就可以很容易地获得许可。授予该强制许可的前提条件非常严格。首先,专利权人行使其权利的行为必须被依法认定为垄断行为。其次,该强制许可必须有助于消除或者减少专利权人的行为对竞争产生的不利影响(《专利法》48条2项)。

《专利法》除了规定以上的强制许可外,还对基于公共利益的强制许可(《专利法》49条)、向不发达国家出口取得专利权的药品的强制许可(《专利法》50条)以及有关半导体技术的强制许可(《专利法》52条)做出了规定。“取得专利权的药品”不仅包括药品本身,还包括制造药品所需的活性成分以及使用药品所需的诊断用品(《专利法实施细则》73条2款)。《专利法》同时规定了国家知识产权局做出强制许可决定时以及终止强制许可时应当遵循的程序(《专利法》55条及《专利法实施细则》74条)。

无论是何种强制许可,取得强制许可的单位或个人都无权允许他人实施,并且应当付给专利权人合理的使用费(《专利法》56条、57条及《专利法实施细则》75条)。强制许可的实施应当主要为了供应国内市场,但针对垄断行为的强制许可以及向不发达国家出口药品的强制许可的实施不受此限制(《专利法》53条)。

在强制许可制度的运行过程中,作为行政机关的国家知识产权局会做出各种各样的行政决定。当事人不能对所有这些决定向法院提起诉讼。《专利法》认可的起诉案由只有两个。第一,专利权人对国家知识产权局关于实施强制许可的决定不服。第二,专利权人和取得强制许可的单位或者个人对国家知识产权局关于实施强制许可的使用费的裁决不服(《专利法》58条)。

#### (五) 售出后免责的遗留问题

强制许可是《专利法》通过许可的形式准许专利权人的竞争对手进入市场与专利权人展开竞争,从结构上来看是一种横向的对专利权的限制。与此相对应的是一种纵向的对专利权的限制。《专利法》第69条第1项规定,专利产品或者依照专利方法直接获得的产品被专利权人或者经其许可的单位、个人售出后,使用、许诺销售、销售及进口该产品的行为不视为侵犯专利权,此制度通常被称为“权利用尽”,乃是一个舶来语,本书认为将此制度称为“售出后免责”更为贴切。

从所有权与专利权的关系来说,他人从专利权人或者经其许可的单位、个人处购得产品即获得对该产品的所有权后,由于专利权不会随所有权转移而转移,他人对该产品的使用等行为仍然属于实施行为,构成对专利权的侵犯。这样的解释不仅会阻碍商品的自由流通、损害交易安全,而且会促使专利权人在出售产品后或者在许可他人出售产品后,继续对下游厂商收取专利费。虽然专利权人的行为合乎专利制度,但出于对公共利益的考虑,《专利法》第69条第1项对此进行了一定的限制。这些限制能否达到预期的效果还有待于实践的考验,具体来说以下几点可能会成为争点。

可能引起争论的第一点,如何界定不视为侵犯的“专利权”的范围?假设专利权人生产的半导体芯片只能被用于与驱动装置结合,他人从专利权人处购得半导体芯片后将其用于驱动装置,那么这种使用是否会侵害专利权人拥有的关于芯片的产品专利以及关于制造芯片的方法专利?假设专利权人还拥有关于将芯片与驱动装置相结合的系统专利,并且该芯片构成该系统专利的必要技术特征,他人的前述使用行为是否会侵害该系统专利?

从技术的角度来看,即使他人的使用行为包括与驱动装置结合这样一个环节,也不失其对芯片的使用这一本色,属于对专利产品(芯片)的使用。依据《专利法》第69条第1项,他人的行为应该不会侵犯权利人的“专利权”。问题在于应该怎样划定“专利权”的范围。

前述的三种专利权中,关于芯片的产品专利权以及关于制造芯片的方法专利权将被包括在内。他人从专利权人处购得芯片后,不用担心再会侵犯其拥有的关于该芯片的产品专利及方法专利。该结论来自于对《专利法》第69条第1项的逻辑推理。在这个例子中,芯片既是“专利产品”又是“依照专利方法直接获得的产品”。他人的使用等行为不视为侵犯的“专利权”,在逻辑上应当包括与“专利产品”相对应的产品专利权以及与“依照专利方法直接获得的产品”相对应的方法专利权。

但是,专利权人拥有的关于将芯片与驱动装置相结合的系统专利是否应该包括在“专利权”中?答案不是那么明确。鉴于该芯片只能被用于与驱动装置结合,要实现芯片的功能不可避免地将侵犯系统专利,将系统专利排除在“专利权”之外无异于阻止他人在购得芯片后使用该芯片。再者,芯片已经构成系统专利的必要技术特征,将系统专利纳入不视为侵犯的“专利权”之中倒也合乎情理。

可能引起争论的第二点,如果专利权人在出售其芯片时,限制购买人只能将芯片用于与已经被专利权人授权制造的驱动装置结合,他人将芯片与未被授权的驱动装置结合的行为是否侵犯专利权人前述的三种专利权?鉴于《专利法》第69条第1项只要求芯片被“售出”这样一个结果,即使专利权人施加限制条件,只要最终致使芯片被售出这样一个状态,都不应该影响他人享受该条款的保护(当然,他人将芯片与未被授权的驱动装置结合的行为可能会违反与专利权人之间的合同)。除限制芯片的用途之外,专利权人可能还会以其他形式施加限制条件。例如,限制芯片购买商分销芯片的地区、国家、厂家等。本书认为,无论何种限制条件,只要芯片被售出,他人的使用等行为就不构成对专利权人的前述三种

专利权的侵犯。

可能引起争论的第三点,专利权人在国外售出芯片后,他人进口该芯片的行为是否同样可以享受《专利法》第69条第1项的保护?鉴于该条款将进口与使用、许诺销售及销售并列在一起,未对进口行为作特殊规定,他人进口该芯片的行为应当和使用行为一样受到该条款的保护,即他人的行为不视为侵犯专利权。

### 【比较法】

美国联邦最高法院在 *Quanta Computer Inc. , v. LG Electronics, Inc* 案中指出,他人使用未加限制而出售(Authorized Sale)的产品不会侵害前述第一点中的三种专利权。该判决对于前述第二点及第三点没有提及。日本最高法院在 *BBS* 案<sup>①</sup>中对于前述第一点及第二点没有提及,对于第三点该法院认为专利权人在海外出售产品后只有满足以下两点才能在日本对产品主张侵权。第一,出售产品时与购买商达成协议将日本排除在产品的分销地之外;第二,将此内容明确表示在产品上。

### 三、保护的范

#### (一) 如何发现权利要求的内容

发明的保护范围以权利要求的内容为准,说明书及附图可以用于解释权利要求(《专利法》59条1款)。权利要求的内容成为确定保护范围的重要依据。

本书认为,权利要求的内容在发明专利权授权时就已经被固定。此后发生的侵权诉讼只不过是诉讼程序中,通过当事人的主张与举证,发现已经被固定的权利要求的内容。在这样一个发现过程中,当事人解释权利要求的能力以及法官本人的素质,都会对发现过程及结果产生影响。在司法程序中,对权利要求的内容做出解释的是法官。司法解释对法官解释权利要求时需要遵循的规则做出以下规定(《最高法专利纠纷解释》1条至7条)。

第一,人民法院应当根据权利人主张的权利要求,依据《专利法》第59条第1款的规定确定专利权的保护范围。权利人在一审法庭辩论终结前变更其主张的权利要求的,法院应当准许。权利人主张以从属权利要求确定专利权保护范围的,法院应当以该从属权利要求记载的附加技术特征及其引用的权利要求记载的技术特征,确定专利权的保护范围。

<sup>①</sup> 最高法院民事判例集 51 卷 6 号,2299 页。

第二,法院应当根据权利要求的记载,结合本领域普通技术人员阅读说明书以及附图后对权利要求的理解,确定权利要求的内容。

第三,法院对于权利要求,可以运用说明书以及附图、权利要求中的相关权利要求、专利审查档案进行解释。说明书对权利要求用语有特别界定的,从其特别界定。如果这些方法仍不能明确权利要求含义的,权利人可以结合工具书、教科书等公知文献以及本领域普通技术人员的通常理解进行解释。

第四,对于权利要求中以功能或者效果表述的技术特征,法院应当结合说明书和附图描述的该功能或者效果的具体实施方式及其等同的实施方式,确定该技术特征的内容。

第五,对于仅在说明书或者附图中描述而在权利要求中未记载的技术方案,权利人在侵犯专利权纠纷案件中将其纳入专利权保护范围的,法院不予支持。这些技术方案将被认为捐献给公众,可以被自由使用。此规则被称为捐献规则。

第六,专利申请人、专利权人在专利授权或者无效宣告程序中,通过对权利要求、说明书的修改或者意见陈述而放弃的技术方案,权利人在侵犯专利权纠纷案件中又将其纳入专利权保护范围的,法院不予支持。此规则被称为禁止反悔规则。

第七,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。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,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,法院应当认定其没有落入专利权的保护范围。此规则被称为全部覆盖规则。

本书认为,严格遵循以上规则对权利要求做出的解释,一般来说能够比较好地发现权利要求的内容。然而,好的规则要想取得好的结果,还需要当事人双方对规则的深入理解及运用,需要当事人双方依据规则收集、整理有利于己方的证据,需要将证据以能够打动法官心灵的文字进行恰当表述的法律文书撰写能力,需要法官斟酌当事人双方提交的书面材料进行公正审理的素质。

上述第二条虽然要求法官在确定权利要求的内容时,“结合本领域普通技术人员阅读说明书及附图后对权利要求的理解”,但没有对技术人员的理解做出进一步的规定。这一点很重要,因为技术人员对权利要求的理解会随着他阅读说



说明书及附图的时点的变化而改变。具体来说,有以下几个时点可作为候选:①申请日;②公开日;③授权日。本书认为,由于权利要求的范围在授权日才得到确定,应当以授权日作为技术人员阅读说明书及附图的时点。

### 【比较法】

美国联邦巡回上诉法院认为,应当以申请日作为技术人员理解权利要求的基准日[*Philips v. AWH Corp.*, 415 F.3d 1303(Fed. Cir. 2005)]。有观点认为,这将会否定专利审查档案对确定权利要求内容的作用,建议以申请日为基准日的同时,允许技术人员参考专利审查档案以确认专利申请文件中的用语有没有在审查过程中被赋予别的含义。<sup>①</sup>

#### (二) 等同特征

权利要求的内容不仅包括权利要求书中明确记载的必要技术特征所确定的范围,也包括与必要技术特征相等同的特征确定的范围。等同特征是指与所记载的技术特征以基本相同的手段,实现基本相同的功能,达到基本相同的效果,并且本领域的普通技术人员无须经过创造性劳动就能够联想到的特征(《最高法专利纠纷规定》17条)。

##### 1. 制约等同特征的两个规则——捐献规则及禁止反悔规则

权利人在主张被诉侵权人的技术方案属于等同特征的时候,将受到一定的限制,其中包括捐献规则以及禁止反悔规则。在实务中,专利申请人有时为了更容易获得专利权,权利要求采用比较下位的概念,而在说明书及附图中将其上升到比较上位的概念,并且在诉讼中主张对方的技术方案落入说明书及附图中描述的上位概念,属于权利要求的等同特征。捐献规则禁止的正是权利人的这种行为。

禁止反悔规则禁止的是权利人将其在授权或者无效宣告程序中已经放弃的内容,以等同特征的形式重新纳入专利权的保护范围。司法解释规定的禁止反悔规则属于绝对的禁止,无论专利申请人或者专利权人进行限制性修改或者意见陈述的动因是什么,无论修改或者意见陈述与专利授权有无因果关系,无论审查员是否接受修改或者意见陈述,禁止反悔规则都将被适用。如果被诉侵权人在诉讼中主张专利权人的技术特征落入被放弃的领域,专利权人只能反驳称该

<sup>①</sup> ROBERT L. HARMON: *Harmon on Patents*, Virginia: BNA, 2007: 82.

技术特征没有落入被其放弃的领域,而不能反驳称其不是故意放弃或者不是为了获得专利权而放弃。

## 2. 防止等同特征扩张的两道屏障

假定将等同特征纳入专利权保护的对于我国来说是必要的,那么在判定某项技术特征是否属于等同特征时应该特别注意防止出现等同特征扩张的情形。关键在于把握好依据什么时候的技术水平及谁的技术水平进行判断的问题。它们犹如矗立的两道屏障,能够控制等同特征向外扩张专利权排他领地的势头,防止等同特征的扩张侵蚀公有领地。

依据什么时候的技术水平非常重要,这是贯穿整个判断程序的主轴。被诉侵权人采用的替代特征和权利要求中明确记载的特征相比是否“以基本相同的手段,实现基本相同的功能,达到基本相同的效果”,是否属于“无须经过创造性劳动就能够联想到的特征”,这些都牵涉依据什么时候的技术水平进行判断的问题。技术总在不断发展,人们对世界的认识也在不断前进。权利人申请专利时被认为难以联想到的替代特征,在侵权诉讼时也许已经变得非常容易联想到。同样,专利申请时被认为手段、功能及效果均不同于权利要求记载的技术特征的替代特征,在侵权诉讼时也许已经成为公认的等同特征。一般来说,以专利申请时的技术水平为标准将有利于被诉侵权人,而以侵权时的技术水平为标准将有利于权利人。

本书认为,不应该简单地站在被诉侵权人或权利人的立场来考虑这个问题。应当回到《专利法》第59条第1款,结合其内在的立法目的进行思考。《专利法》之所以规定“发明的保护范围以权利要求的内容为准”,是因为权利要求是公众知晓发明的最佳途径,也是公众得知权利人排他权的射程范围,并在此范围之外继续研发的唯一途径。等同特征在字面上没有出现在权利要求的内容之中,公众从字面上无从得知其范围及内涵。等同特征范围的扩张将阻碍公众通过继续研发推动技术进步的进程。为了尽量减少这些负面影响,等同特征应该与权利要求的内容一样,在一种比较稳定的状态中让公众知悉。这种状态既不会出现在申请时也不会出现在侵权时。这是因为从申请到授权的过程中,申请人对申请文件的修改将导致权利要求的内容处于不稳定的状态。从授权到侵权时,任何人提起的无效诉讼都将导致权利要求的内容处于不稳定的状态。权利要求的内容本身如果处于不稳定状态,也就难以判定什么是等同特征。

综合看来,权利要求的内容处于较为稳定的状态出现在专利授权时。以此

时的技术水平判定什么是等同特征不仅是可能的而且是合乎逻辑的。随着专利权公之于众,保护范围(包括等同特征)应当也随之固定。任何对权利要求内容的解释都只不过是发现授权时已经固定的保护范围,而不是形成另外一个有别于此的保护范围。

为了防止专利权的过度扩张,我们不仅应当依据授权时的技术水平判定等同特征,还要处理好依据谁的技术水平进行判断的问题。当事人对“本领域的普通技术人员”的知识水平总会各持己见。被诉侵权人往往会降低“本领域的普通技术人员”的知识水平,因为不大懂行的人一般来说难以联想到等同特征;权利人往往会抬高“本领域的普通技术人员”的知识水平,因为懂行的人一般来说容易联想到等同特征。作为经济发达国家的美国与日本的最高法院判例似乎都是以侵权时的技术水平为标准判定等同特征。<sup>①</sup>

#### 四、民事责任

法院受理的侵犯发明专利权案件,被告在答辩期间内请求宣告专利权无效的,法院可以不中止诉讼。法院决定中止诉讼,专利权人或者利益关系人请求责令被告停止有关行为或者采取其他制止侵权损害继续扩大的措施,并提供了担保,法院经审查符合有关法律规定的,可以在裁定中止诉讼的同时一并做出有关裁定(《最高法专利纠纷规定》11条、12条)。

##### (一) 故意与过失

由于《专利法》对停止侵害请求权与损害赔偿请求权的构成要件没有明确规定,学术界就权利人是否需要证明被诉侵权人有过错(即故意或过失)这一点存在争论。这个问题并不复杂,其答案就蕴含在《专利法》的相关条文之中。

《专利法》第70条对不承担赔偿责任的情形规定了三个要件:①被告实施专利权的行为(“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售”的行为);②被告没有故意(“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”);③被告为避免侵权行为尽到了合理的规避义务即没有过失(“能证明该产品的合法来源”)。满足这三个要件的被告“不承担赔偿责任”。《专利法》第70条只规定被告“不承担赔偿责任”,没有免除被告停止侵害的责任,把停止侵害的构成要件与赔偿损失的构成要件进行了区分。被诉侵权人可以通过证明自己没有故意与过失来不承担损害赔偿,但要停止侵害专利权。第70条的构成要件二分说揭示了

<sup>①</sup> Hidetaka Aizawa, Nishimura & Partners. 知识产权法概说. 日本, 弘文堂, 2008: 95.

《专利法》没有明确规定但已蕴含其中的一个规则。专利权作为一种排他权,无论侵权人的主观状态如何,都可以将任何落入权利要求划定的保护范围的产品排斥出去,侵权人必须停止实施行为。只有这样,看不见、摸不着的发明才能得到有效保护,发明人才能得到充分救济,专利制度设计的激励机制才能正常运作。

### 【比较法】

《日本专利法》规定的停止侵害请求权的要件中不包含故意或者过失,即使被诉侵权人没有故意也没有过失,也要停止实施行为。《日本专利法》规定的损害赔偿金额的计算方法中,承继《日本民法》的侵权责任一般规定,将故意或者过失作为请求赔偿的前提条件。这就要求专利权人在请求赔偿时,证明被诉侵权人有故意或者过失。但是,实际上有无故意或者过失的举证责任不在专利权人,而在被诉侵权人。这是因为,《日本专利法》推定被诉侵权人有过失。被诉侵权人如果能够证明自己没有过失,当然能够免除赔偿责任。即使被诉侵权人的举证达不到证明其没有过失的程度,如果能够证明没有故意或者重大过失,对被诉侵权人还是有利的。这是因为,《日本专利法》规定,如果专利权人不满足于以合理使用费作为计算赔偿金额的标准,执意请求高于该标准的赔偿的话,对于没有故意或者重大过失的被诉侵权人,法院可以在确定赔偿金额时将这个情况反映进去。

#### (二) 时效

专利权人及利害关系人拥有的停止侵害请求权不仅不受侵权人主观状态的限制,也不受时效的限制。对于正在实施或者准备实施专利权的行为,专利权人及利害关系人可以请求法院命令侵权人停止侵害。司法解释印证了这一点。虽然《专利法》第68条第1款规定的侵犯专利权的诉讼时效为二年,专利权人或者利害关系人超过二年起诉的,如果侵权行为在起诉时仍在继续,在专利权有效期内,法院应当判决被告停止侵权行为(《最高法专利纠纷规定》23条)。也就是说,对于正在进行的实施行为,专利权人或者利害关系人可以不受时效的约束,主张停止侵害请求权。

与此相反,即使实施行为正在进行,专利权人及利害关系人的损害赔偿请求权还是会受时效的制约,即专利权人或者利害关系人超过二年起诉的,“侵权赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算”(《最高法专利