

青少年知识产权问答

中国国家知识产权局

&


国家知识产权局
NATIONAL INTELLECTUAL PROPERTY
ADMINISTRATION, PRC


WIPO
世界
知识产
权组
织

青少年知识产权问答

中国国家知识产权局



除另有说明外，本作品依照知识共享署名3.0政府间组织许可进行许可。

允许使用者对本出版物进行复制、发行、改编、翻译和公开表演，包括用于商业目的，无需明确同意，条件是使用这些内容须注明来源为WIPO，并在对原始内容作出修改时明确注明。

建议著录格式：CNIPA (2019)。《青少年知识产权问答》。北京和日内瓦：中国国家知识产权局和世界知识产权组织。

© CNIPA和WIPO, 2019年

改编/翻译/演绎不应带有任何官方标记或标志，除非已经WIPO同意和确认。请通过WIPO网站联系我们，以获得许可。

中国国家知识产权局
北京市海淀区蓟门桥西土城路6号
100088
中国

对于任何演绎作品，请增加以下声明：“对于原始内容的转换或翻译，WIPO秘书处不承担任何责任。”

如果WIPO发表的图片、图形、商标或标志等内容属于第三方所有，则此类内容的使用者自行负责向权利人征得许可。

世界知识产权组织
World Intellectual Property Organization
34, chemin des Colombettes, P.O. Box 18
CH-1211 Geneva 20, Switzerland
瑞士

查看此许可的副本，请访问

<https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo/>。

ISBN: 978-92-805-3047-6

本出版物中所用的名称及材料的呈现方式，不意味着WIPO对于任何国家、领土或地区或其当局的法律地位，或者对于其边界或边界线的划分，表示任何意见。



署名3.0政府间组织许可
(CC BY 3.0 IGO)

本出版物不反映成员国或WIPO秘书处的观点。

封面: Getty Images / beer5020 — Chalfy

提及具体公司或具体厂商的产品，不意味着它们得到WIPO的认可或推荐，认为其优于未被提及的其他类似性质的公司或产品。

中国印刷

目 录

前 言	6	22. 什么是优先权原则?	16
一、知识产权基础知识	8	23. 什么是透明度原则?	16
1. 为什么需要知识产权制度?	9	24. 什么是公共利益原则?	16
2. 什么是知识产权?	10	二、专利基础知识	18
3. 知识产权可分为哪些类别?	10	25. 什么是发明?	19
4. 知识产权有些什么特点?	10	26. 什么是专利权?	20
5. 什么是知识产权的专有性?	10	27. 是不是所有领域的发明创造都能被授予专利权?	20
6. 什么是知识产权的地域性?	10	28. 什么是实用新型?	21
7. 什么是知识产权的时间性?	11	29. 什么是外观设计?	21
8. 侵犯知识产权的行为都会导致刑事责任吗?	11	30. 发明创造只能通过专利来保护吗?	21
9. 对侵犯知识产权的行为有哪些救济途径?	11	31. 专利权的保护期有多长?	21
10. 国际社会对知识产权保护是怎样进行协调的?	11	32. 专利权的归属应当如何确定?	22
11. 世界各国都是怎样管理知识产权的?	13	33. 委托完成的发明创作如何确定归属?	22
12. 有哪些关于知识产权的综合性国际条约?	13	34. 职务发明创造如何确定归属?	22
13. 有哪些关于专利权的国际公约?	14	35. 什么是专利的新颖性要求?	22
14. 有哪些关于保护版权及相关权的国际公约?	14	36. 什么是专利的创造性要求?	23
15. 有哪些关于商标权的国际公约?	14	37. 什么是专利的实用性要求?	24
16. 有哪些保护其他知识产权的国际公约?	15	38. 什么是专利申请的单一性要求?	24
17. 知识产权国际保护有哪些基本原则?	15	39. 发明专利的说明书包括哪些部分?	24
18. 什么是国民待遇原则?	15	40. 什么是专利的权利要求书?	25
19. 什么是最惠国待遇原则?	15	41. 发明的保护和外观设计有什么不同?	25
20. 什么是独立保护原则?	15	42. 什么是独立权利要求和从属权利要求?	25
21. 什么是最低保护标准原则?	16	43. 什么是专利说明书?	26
		44. 什么是说明书摘要?	26
		45. 什么是专利代理?	27

46. 什么是先申请制和先发明制?	27	70. 委托作品的版权归属如何确定?	39
47. 什么是专利的形式审查制和实质审查制?	28	71. 职务作品的版权归属如何确定?	39
48. 专利授权后权利人可以获得哪些权利?	28	72. 在作品上署名的就是作者吗?	39
49. 什么是专利的强制许可?	29	73. 演绎作品的版权如何确定?	41
50. 外观设计为何不适用强制许可?	29	74. 电影作品的版权如何确定?	41
51. 为什么专利被授权后还有无效程序?	29	75. 购买作品原件也意味着获得该作品的版权吗?	42
52. 什么是专利国际分类?	30	76. 不同作者创作相同主题的作品会构成侵权吗?	42
53. 什么是外观设计分类?	30	77. 什么是版权集体管理组织?	42
三、版权基础知识	32	78. 作者在进行创作时应注意哪些问题?	42
54. 什么是版权?	33	79. 摄影师有权将自己拍摄的人体肖像公开展览吗?	43
55. 什么是相关权?	34	80. 在商场播放背景音乐是否侵犯版权?	43
56. 什么是版权的独创性?	34	81. 通过互联网传播他人的作品需要经过版权所有人的许可吗?	44
57. 版权包括哪些权利?	34	82. 什么是版权的合理使用?	44
58. 表演者享有哪些权利?	35	83. 哪些类型的表演适用限制与例外?	44
59. 录音录像制作者享有哪些权利?	35	84. 版权作品的法定/强制集体许可和合同/自愿集体许可有什么区别?	45
60. 广播组织享有哪些权利?	35	85. 什么是版权标记?	45
61. 版权的保护期限有多长?	35	四、商标权基础知识	46
62. 版权法保护计算机软件吗?	36	86. 什么是商标?	47
63. 哪些对象不受版权法保护?	36	87. 商标和企业名称有何区别?	48
64. 产品说明书是否受版权法保护?	36	88. 什么是商标的使用?	48
65. 民间文化艺术作品是否可以通过版权制度进行保护?	37	89. 注册商标包括哪些种类?	48
66. 版权和商标权的保护有何区别?	37	90. 什么是驰名商标?	48
67. 版权与专利权的保护有何区别?	38	91. 所有商品上是不是必须要用注册商标?	49
68. 版权如何取得?	38		
69. 版权的归属如何确定?	38		

92. 什么是商标的显著性?	49
93. 什么是通用名称?	50
94. 哪些元素可以作为商标?	50
95. 为什么有些标志不得作为商标使用?	51
96. 商标权的保护范围如何确定?	51
97. 如何判断商标是否侵犯现有商标权?	51
98. 什么是商标注册用商品和服务国际分类表(尼斯分类)?	52
99. 什么是商标的注册原则?	52
100. 什么是商标的形式审查制和实质审查制?	52
101. 什么是商标异议和商标无效制度?	53
102. 什么是商标代理?	53
103. 什么是联合商标?	53
104. 什么是防御商标?	53
105. 商标的保护期限有多长?	54
106. 为什么商标权人有使用商标的义务?	54
107. 什么是可能和商标权发生冲突的在先权利?	54
108. 什么是商标的独占许可、排他许可和普通许可?	55
109. 为什么商标不适用强制许可?	55
110. 什么是商标注册标记?	55
111. 什么是商标的叙述性使用?	55
112. 什么是商标的指示性使用?	55
113. 商标的撤销和无效有什么区别?	56
114. 什么是商品的平行进口?	56

五、其他知识产权基础知识 58

115. 为什么要保护集成电路布图设计?	59
116. 集成电路布图设计和外观设计有何不同?	60
117. 集成电路布图设计和版权有何不同?	60
118. 什么是植物新品种权?	60
119. 什么是植物新品种的新颖性?	61
120. 什么是植物新品种的特异性?	61
121. 什么是植物新品种的一致性和稳定性?	61
122. 什么是地理标志?	61
123. 地理标志和商标有何不同?	61
124. 什么是不正当竞争行为?	62
125. 什么是商业秘密?	62
126. 专利保护和商业秘密保护有何不同?	62
127. 传统文化应当如何进行保护?	62
128. 国际社会对遗传资源是如何保护的?	63

主要参考文献 64

前 言

前 言

想象一下,如果世界上没有发明,就不会有电灯、汽车、电话或互联网。同样,假如世界上没有智力创造,就意味着没有书籍、电影或娱乐。人类文明和进步的历史其实就是一部发明与创新史,因为发明和创新深刻地塑造和改变了我们的世界和我们的生活方式。

继续想象,如果世界上没有任何制度来保护这些创造,也就是说,如果没有知识产权制度,那么发明人、创新者、创造者和艺术家将很难从其创造中获得任何直接收益。失去知识产权保护的他们将会缺乏创新或创造的动力,整个社会也会因此而变得更糟。

人类文明随着自身的发展也在不断创新,并且建立了能够持续激励和奖励创新的制度。事实上,知识产权制度已经存续了数百年,促进了人类创新史上的重大飞跃,进而推动人类加快发展。

知识产权对于全球经济的发展和知识经济的繁荣发挥着与日俱增的重要作用。它已成为各国科学、技术、经济、社会和文化发展的动力和制度保障,同时也是国家竞争力与整体实力的证明。

充满活力和创造力的青少年是塑造各国未来的力量。因此,必须帮助青少年理解、尊重、创造和保护知识产权,培养尊重知识产权的文化,使其能够充分发挥保障和促进创新的作用。

国家知识产权局是中国管理知识产权的政府部门,主要负责:保护知识产权(IPR);知识产权制度建设;商标、工业品外观设计、专利和地理标志的注册和行政决定;以及商标和专利执法指导。

国家知识产权局非常重视提高知识产权意识,特别是在青少年之中。为此,它开展了各种活动,例如组织全国中小学生知识产权培训课程,以鼓励青少年独立创新。它还与教育部合作,指导学校将知识产权教育与德育教育、校园文化和主题教育活动相结合,以提高青少年的知识产权和创新意识,并在整个社会提倡守法态度。我们很高兴与大家分享中国在提高青少年知识产权意识方面的经验和成果,包括分享知识产权教学材料。为此,在世界知识产权组织中国信托基金的支持下,我们编写了这本为青少年量身定制的知识产权读本。

本书尝试涵盖知识产权的广泛内容,共分为五章,分别介绍以下五方面的基础知识:知识产权、专利、版权、商标以及其他形式的知识产权。本书采用问答形式,通过128道问答题,帮助年轻读者对知识产权制度的历史、类型和一般规则形成基本而全面的了解。

本书编写组成员如下:黄晖,北京君策知识产权发展中心,副理事长;汪泽,北京君策知识产权发展中心,主任;杨敏锋,北京君策知识产权发展中心,研究室主任;马莉,北京君策知识产权发展中心,主任助理;卢结华,北京君策知识产权发展中心,法律部主任助理。本书还经世界知识产权组织出版委员会及专题专家审稿,出版委员会和专家均对本书内容提出了有益的意见和建议。

一、知识产权基础知识

知识产权

1. 为什么需要知识产权制度？

人类的历史是一部在现有知识的基础上，运用想象、创新和创造来解决问题或表达思想的历史。从美索不达米亚的早期文字、中国的算盘、叙利亚的星盘、印度的古观象台、谷登堡的印刷术，到内燃机、盘尼西林、南部非洲的草药和疗法、晶体管、半导体、纳米技术、重组DNA药物，以及无数其他的发现和创新，正是世界上这些富有创造力的想象的实现才使人类达到了今天的技术进步水平。

知识产权正是对人类智力成果的保护，知识产权不仅在国家层面得到保护，而且在国际上也受到保护。随着知识产权国际贸易市场的逐渐形成，很多知识产品打破国家的界线进入他国，如美国的电影、法国的葡萄酒、德国的精密机床等。如果这些产品中蕴含的知识产权在其他国家不受保护，别人可以随意假冒和抄袭，那显然会严重损害权利人的利益。为解决知识产权的国际保护问题，各国会订立知识产权国际条约，尽可能地推动各国在知识产权制度上的统一和协调。

知识产权作为促进人类创造力发展的动力，在经济和社会发展进步中起到了极为重要的作用，其可“为天才之火浇上利益之油”。

2. 什么是知识产权？

有学者认为，知识产权是人们对自己的智力成果及企业获得的商誉依法产生的权利的统称。关于知识产权所保护的内容，各国对知识产权制度理解不同，故各国法律对知识产权保护的内容也作了不同的规定。《建立世界知识产权组织公约》和《与贸易有关的知识产权协定》（简称《TRIPS协定》），都没有直接对知识产权作出概括，而是通过具体列举外加定义和保护范围条款，规定知识产权所包括的各种权利类型。综合各个知识产权条约的规定，知识产权保护涉及以下内容相关的权利及法律关系：（1）专利，包括发明、实用新型和外观设计（例如中国），美国还包括植物专利；（2）版权（亦称著作权）和邻接权；（3）商标、地理标志、商号和商业外观等具有显著性的商业标识；（4）植物新品种；（5）集成电路布图设计；（6）商业秘密，或称未披露信息；（7）制止不正当竞争。

3. 知识产权可分为哪些类别？

对知识产权的分类大致有两种方式，其一是将知识产权分为版权和工业产权，也就是将版权单独划分出来，其他的权利则归为一类。毕竟版权领域的写作、绘画和音乐等，可以是作者的自娱自乐，一个作者写出来的作品通常会受到“作者权”或版权保护，而工业或商业以及农业、采掘业等方面的智力创造则可能需要采用不同的保护形式，属于工业产权的范畴。

另外一种分类方式是将“知识产权”分为创造性智力成果权和工商业标记权，就是将商标权、地理标志等单独划出来，其他分为一类。这是因为专利的价值源于发明人的发明创造，版权则是源于作者的文学艺术创作；而商标的价值并不是来源于商标标记本身的创造性，而是基于该商标所代表的商誉。例如，“Coca-Cola”品牌的价值高达几十

亿美元，但其品牌价值主要来源于长期经营积累的商誉，并非来自该商标的设计本身。

4. 知识产权有些什么特点？

和物权相比，知识产权在本质上是无形的。其主要的特点是专有性、地域性和时间性。当然，这种概述仅仅是相对意义上的，并不是说各类知识产权都具备上述特征，而是会存在一些例外。比如说商业秘密只要没被公开，理论上可以一直存在，不受期限的限制。

5. 什么是知识产权的专有性？

知识产权的专有性，也称为排他性，体现在知识产权所有人对其知识产权具有独占性。任何人如果没有获得权利人的许可，也没有法定理由，则不得使用权利人的知识产权。对于被授予的知识产权，如专利、商标等，专有性也意味着不允许存在两个以上完全相同的权利。

例如，甲公司如果就某项技术方案申请专利并获得了专利授权，他人就无法将同样的技术方案获得专利保护。然而，需要注意的是，专有性针对的是受保护的发明，而不是包含有这个发明的物品。例如，包含有一个或多个专利的智能手机被谁买走就是谁的资产，但智能手机中的专利可以供专利权人阻止他人使用受专利保护的发明来制造或销售智能手机。

6. 什么是知识产权的地域性？

知识产权的地域性，指的是知识产权只在授予其权利的国家或确认其权利的国家有效。这意味着根据一国法律所取得的知识产权，仅在该国领域内有效，在其他国家原则上不发生效力。

甲公司在A国获得保护的专利权和商标权,在B国并不同样受到保护,除非这两个国家签署了双边或多边协定。一般情况下,甲公司的专利和商标如果要在B国获得保护,就必须在B国进行申请并获得授权。但是,物权的保护原则上就没有地域限制,游客去国外旅行时,不管是在哪个国家,随身带着的衣服、手机、相机等财产都受到所在国法律的保护。

7. 什么是知识产权的时间性?

知识产权的时间性意味着对知识产权的保护有时间期限,超过该期限,知识产权则不再受保护,并进入公有领域。此时公众可以自由使用,不用再受到知识产权权利人的限制。这一点知识产权和物权或有形产权不同,财产只要还在,对其的保护就一直存在。家传的古董如果没有损坏,也没有被卖掉,那就可以一直传承下去,一直受到保护。

8. 侵犯知识产权的行为都会导致刑事责任吗?

并不是。一般而言,刑事程序仅用于制裁具有商业规模的假冒商标和抄袭版权等行为。刑事制裁作为最严厉的制裁手段,在使用时应当极为慎重。考虑到技术进步的重要意义,以及很多侵犯专利权案件并非故意侵权,故侵犯专利权案件并未纳入刑事制裁的范围。

知识产权领域的其他权利,如植物新品种权和集成电路布图设计专用权等,同样没有通过刑事程序对其进行保护的义务。当然,侵犯这两种知识产权的行为可能构成其他刑事犯罪,但此时的刑事制裁就不是基于保护知识产权这一理由。

9. 对侵犯知识产权的行为有哪些救济途径?

知识产权和其他物权一样,权利人在遇到侵权行为时,可通过仲裁、调解、向法院提起民事诉讼等方式来进行救济。司法救济的途径包括禁令、停止侵权、赔偿损失等。在权利人正式起诉前,如果法院认为侵权行为不及时制止,有可能会对权利人造成难以弥补的损害,或者有证据正面临被毁灭的风险,此时法院有权采取适当的临时措施,如责令停止有关行为、进行证据保全等。另外,知识产权的赔偿费用中,可以包括权利人为诉讼所支付的合理费用,如相应的律师费等。

在国际贸易环境下,知识产权产品可能会在一国生产,然后通过边境输入另一国境内,故对知识产权保护的另外一项重要手段就是边境措施。例如,根据《TRIPS协定》,权利人在有正当理由怀疑假冒商标或者盗版货物有可能进口时,可以向行政或司法主管当局提出书面申请,要求海关暂停放行这些货物进入流通。另外,在中国,知识产权权利人遇到侵权行为时,除了去法院提起诉讼外,还可以请求行政机关进行查处。这种司法保护和行政保护并行的途径,就是具有中国特色的“双轨制”。

10. 国际社会对知识产权保护是怎样进行协调的?

在国际社会,主要由世界知识产权组织对各国的知识产权制度进行协调,推动知识产权领域内的国际性法律规则和秩序的形成。此外,世界贸易组织负责与贸易有关的知识产权特殊协定,也就是所谓的《TRIPS协定》(1994年)。知识产权的国际保护,大致可以分为以下三个阶段:



图片: Getty Images / gorodenkoff

(1) 巴黎联盟与伯尔尼联盟时期。19世纪80年代《保护工业产权巴黎公约》(简称《巴黎公约》)和《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(简称《伯尔尼公约》)生效后,这两个公约的缔约国组建了巴黎联盟和伯尔尼联盟两大联盟,对两公约进行管理。两大联盟的成员国在《巴黎公约》的基础上,缔结了一系列工业产权公约。另外,联合国教育、科学及文化组织(简称联合国教科文组织)在推动版权的国际保护方面也发挥了积极作用。

(2) 世界知识产权组织时期。1967年,《巴黎公约》和《伯尔尼公约》的缔约方签订了《成立世界知识产权组织公约》,1970年世界知识产权组织成立,总部设在瑞士日内瓦。1974年,世界知识产权组织成为联合国的专门机构之一。世界知识产权组织成立后,先后主持缔结了二十多个国际条约,有效地推动了更多的国家加入《巴黎公约》和《伯尔尼公约》,极大地促进了知识产权的国际保护。

(3) 世界贸易组织时期。1994年,在关税及贸易总协定发起的“乌拉圭回合”谈判中,世界贸易组织宣布成立,达成包括《TRIPS协定》在内的一揽子协定,由世界贸易组织管辖。由于世界贸易组织的成员必须遵守《TRIPS协定》,并且该协定规定了有效的监督和争议解决机制,对国际知识产权保护机制产生了深刻的影响。

11. 世界各国都是怎样管理知识产权的?

在世界各国和地区,对知识产权的行政管理大致分为三种模式:

(1) 四合一模式,专利、工业品外观设计、商标和版权由一个行政机构统一管理。在世界知识产权组织的191个成员中,采用这种模式的大约有40%,如英国、俄罗斯和加拿大等。如在英国,由知识产

权局统一负责全国的专利、商标、外观设计和版权的登记和受理。

(2) 二合一模式,即专利、工业品外观设计和商标统一管理,而版权则单独管理。在世界知识产权组织成员中,有大约一半成员采用“二合一”模式,如美国、德国、法国、日本等。如在美国,专利、工业品外观设计和商标事务由隶属商务部的专利商标局管理,而版权则由国会图书馆的版权局管理。

(3) 分散管理,即专利、商标和版权分开进行管理。有少量国家采用这种模式,例如巴基斯坦、沙特阿拉伯、希腊、埃及等国。

在2018年之前,中国的专利事务(包括工业品外观设计)由国家知识产权局管理,而商标由国家工商行政管理总局商标局管理,版权则由国家新闻出版广电总局(即国家版权局)管理。2018年3月,中国重组了国家知识产权局,专利和商标由重组后的国家知识产权局统一进行管理,版权则依然单独管理。

12. 有哪些关于知识产权的综合性国际条约?

(1) 《巴黎公约》,1883年缔结,保护对象为工业产权,保护内容包括专利、实用新型、外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称,还规定了制止不正当竞争等内容。

《巴黎公约》所保护的知识产权中,不包括版权、植物新品种权、集成电路布图设计专有权等权利。

(2) 《TRIPS协定》,1994年缔结,保护对象为知识产权,保护内容包括版权和相关权利(邻接权)、商标、地理标志、工业设计、专利、集成电路布图设计、未公开信息。

13. 有哪些关于专利权的国际公约？

(1) 《专利合作条约》，简称PCT，1970年缔结，旨在简化向多国申请专利的国际申请手续和程序，为在多国寻求专利保护提供便利；

(2) 《工业品外观设计国际注册海牙协定》，简称《海牙协定》，1925年缔结，旨在便于申请人在多国获得外观设计保护；

(3) 《国际专利分类斯特拉斯堡协定》，简称《斯特拉斯堡协定》，1971年签订，主旨是统一专利的国际分类；

(4) 《国际承认用于专利程序的微生物保存布达佩斯条约》，简称《布达佩斯条约》，1977年缔结，旨在解决专利申请中涉及的微生物样品的保存问题。

14. 有哪些关于保护版权及相关权的国际公约？

(1) 《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》，1886年缔结，保护的是文学、艺术和科学作品作者的权利；《伯尔尼公约》经过数次更新，现在大多数世界知识产权组织成员国加入的都是1971年文本；

(2) 《保护表演者、录音制品制作者和广播组织罗马公约》，简称《罗马公约》，1961年缔结，保护的是表演者、录音制品制作者和广播组织的权利；

(3) 《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》，简称《录音制品公约》或《唱片公约》，1971年缔结，保护的是录音制品制作者的权利；

(4) 《世界知识产权组织版权条约》，简称WCT，1996年缔结，对数字时代文学、艺术和科学作品

作者权利的保护进行了更新，特别是通过互联网向公众传播的权利；

(5) 《世界知识产权组织表演和录音制品条约》，简称WPPT，1996年缔结，对数字时代表演者和录音制品制作者权利的保护进行了更新，特别是通过互联网向公众传播的权利；

(6) 《视听表演北京条约》，简称《北京条约》，2012年6月在中国北京通过（尚未生效），旨在更新并扩大对数字时代视听作品表演者权利的保护；

(7) 《关于为盲人、视力障碍者或其他印刷品阅读障碍者获得已出版作品提供便利的马拉喀什条约》，简称《马拉喀什条约》，2013年缔结，旨在推动采纳某些限制与例外，或者就这些限制与例外进行协调。这些限制与例外为制作和跨境转让针对盲人、视力障碍者和其他印刷品阅读障碍者的无障碍格式作品提供便利。

15. 有哪些关于商标权的国际公约？

(1) 《商标国际注册马德里协定》，简称《马德里协定》，1891年缔结，旨在解决商标国际注册问题；

(2) 《商标注册用商品与服务国际分类尼斯协定》，简称《尼斯协定》，1957年缔结，主旨是解决商标注册用的商品和服务分类的统一问题；

(3) 《商标图形要素国际分类维也纳协定》，简称《维也纳协定》，1973年缔结，主旨是统一商标图形要素的国际分类；

(4) 《商标法条约》，1994年签订，旨在简化和协调各国商标注册制度；

(5) 《商标法新加坡条约》，2006年签订，在

《商标法条约》的基础上扩展了适用范围,结合信息和通信技术的新发展,丰富了可注册的商标类型和注册程序。

16. 有哪些保护其他知识产权的国际公约?

(1)《保护植物新品种国际公约》,1961年缔结,保护对象为植物新品种权;

(2)《集成电路知识产权条约》,1989年缔结,保护对象为集成电路布图设计专用权。

17. 知识产权国际保护有哪些基本原则?

从19世纪80年代开始,知识产权国际保护制度逐渐建立。知识产权国际保护的基本原则主要包括国民待遇原则、最惠国待遇原则、独立保护原则、最低保护标准原则、优先权原则、透明度原则、公共利益原则等。

18. 什么是国民待遇原则?

国民待遇原则是知识产权国际保护中最基本的原则。所谓的国民待遇就是对外国国民的保护和对本国国民的保护采用同样的标准。当然,这里的“外国”也并不是指所有的国家,通常需要两个国家都是某知识产权国际条约的成员国,如《巴黎公约》的成员国。另外,根据《巴黎公约》和其他国际条约的规定,如果某外国人并不是《巴黎公约》成员国的国民,但能和成员国沾上一点关系,如在成员国的领土内有住所或有真实和有效的工商业营业所,也能享受国民待遇。

当然,国民待遇原则在一些重要的实体性问题上要求外国国民和本国国民享受同等待遇,并不意味着在所有领域双方都完全相同。对一些程序性方面的问题规定,外国人和本国人会存在一定的区别。如在专利申请过程中,要求在本国没有固定的住所或者经营场所的外国人必须通过专利代理机构办理相关手续,而本国人则可以不委托代理机构。这是考虑到接收文件的方便,以及外国人一般不熟悉本国的法律,故在程序上作出了不同的规定。

19. 什么是最惠国待遇原则?

最惠国待遇原则是《TRIPS协定》中独有的原则,是源于《关税和贸易总协定》(GATT)的一条传统原则。其他知识产权公约中并未规定。由于《TRIPS协定》是WTO成员的三驾马车之一,一国加入WTO必须签署该协定,故该原则得到了广泛的适用。最惠国待遇的含义是,任何一个成员对其他任何成员的国民给予的任何利益、优惠、特权或者豁免等待遇,都应当立即、无条件地给予任何成员的国民。

最惠国待遇和国民待遇两个概念比较容易混淆。国民待遇原则是要求外国国民和本国国民享有的待遇一致,如中国对美国人的待遇应当和对中国本国国民的待遇一致,针对的是“内外有别”的问题。最惠国待遇则要求对不同的外国人待遇一致,中国对美国人有什么待遇,应当同样给德国人和日本人,不能歧视任何一个成员国的国民,针对的是“外外有别”的问题。

20. 什么是独立保护原则?

独立保护原则指的是知识产权的获得和保护由各国根据自己国内的法律决定,不受其他成员国的影响。如在专利和商标的申请过程中,同样一件

专利,在美国获得授权并不意味着在中国也能获得授权,反之亦然。同样,如果某项专利在中国被无效,并不意味着该专利在美国也会失去效力。

独立保护原则是国家主权的体现,成员国可以根据自己国内的具体情形,自主决定知识产权的授予和保护范围,维护国家利益。

21. 什么是最低保护标准原则?

最低保护标准原则是指知识产权公约规定的关于知识产权保护的标准应当是成员国进行保护的最低标准,成员国可以自愿提供更高程度或更大范围的保护。国际条约仅仅是规定了一条“及格线”,成员国如果愿意承担更高的义务,那自然是受欢迎的,但这只能基于自愿,不能强加给成员国。

知识产权保护水平和经济发展程度相关,要求发展中国家和发达国家一样,建立高标准的知识产权保护标准并不现实,故可能需要额外的知识产权灵活动度。

国际条约的签署,都是各国经过磋商和协调,就能够接受的最低标准达成一致。没有妥协和让步,就没有国际条约。

22. 什么是优先权原则?

优先权制度是在专利、商标的申请和授权方面的重要制度。专利和商标的申请普遍采用先申请原则,申请人为了能够及时在各国获得相应的知识产权,需要尽早向各国相关部门提起申请。不过,申请文件的准备和翻译,以及申请费用的筹集都需要时间,因此,申请人实际上很难同一时间向各国提起申请。不过,如果申请人不同时提起的话,那就有可能被别人钻空子,抢先申请。为了解决这一

问题,《巴黎公约》中规定了优先权制度,其含义是在一个缔约成员国提出发明专利、实用新型、外观设计或商标注册申请的申请人,又在规定期限内就同样的注册申请再向其他成员国提出同样内容的申请的,可以享有优先权。即可以把向某成员国第一次提交申请的日期,视为向其他成员国提交在后申请的优先权日,作为进行现有技术等检索的起始日判断能否给予授权,而不会受在上述期限内他人提交同样申请的影响。举例来说,如申请人在2018年1月5日向某国申请某专利,在2019年1月3日就同样的发明创造向另一缔约国提起申请,则在后申请可以在先申请的申请日2018年1月5日作为优先权日。

不同的知识产权,享有的优先权期限并不相同,发明和实用新型为12个月,外观设计和商标为6个月。

23. 什么是透明度原则?

透明度原则是《TRIPS协定》的基本原则之一,目的是保证贸易环境的稳定性和可预见性。根据透明度原则,各成员方在对外贸易管理方面应增强透明度。那些具有普遍适用性质的法律法规、贸易协定、司法裁判及行政决定需要予以公布,除非披露有损于法律的实施、公共利益或当事人正当的商业利益。

24. 什么是公共利益原则?

公共利益原则是指知识产权的保护和权利行使中,不得违反公共利益,应当维持知识产权人利益和公共利益之间的平衡。在各知识产权公约中,公众利益往往是通过在知识产权的专有权利和此种权利的例外与限制之间取得平衡的制度来实现,如专利实施的强制许可制度、版权的合理使用制度等。

《TRIPS协定》在序言中指出, 承认各国知识产权保护体系最基本的公共政策目标, 包括发展目标和技术上的目标, 还承认最不发达国家在国内实施法律和规章方面特别需要最大灵活性, 以便创造一个良好的和有生命力的技术基础。另外, 第7条规定, 知识产权的保护与执法应有助于促进技术革新和技术转让与传播, 使技术知识的创造者和使用者互相受益并有助于社会及经济福利的增长及权利义务的平衡。

二、专利基础知识

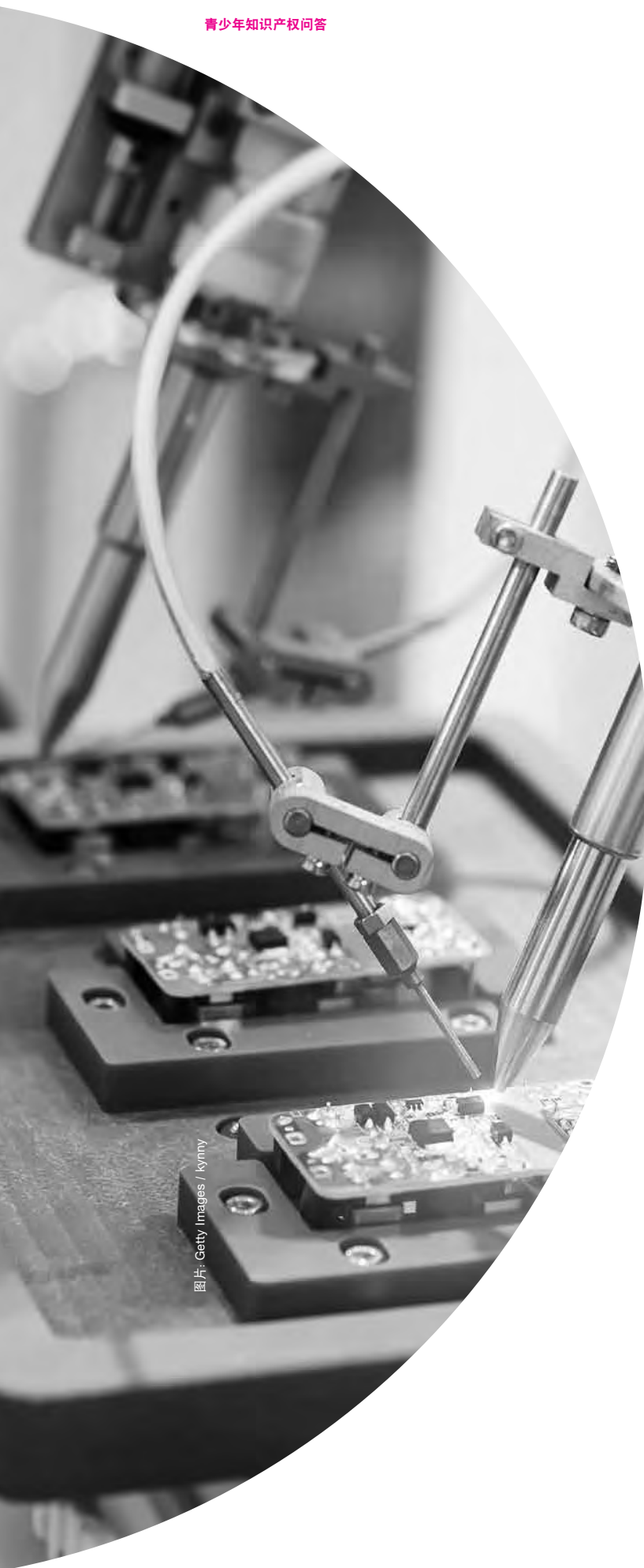


25. 什么是发明？

在德国、法国、日本等多数发达国家，其专利法保护的客体仅限于发明。《巴黎公约》中，将专利和实用新型、外观设计并列，表明此处的“专利”指的就是发明专利。

发明所保护的客体是技术方案。所谓技术方案，是指运用自然规律解决人类生产、生活中某一特定技术问题的具体构思，是利用自然规律、自然力使之产生一定效果的方案。放在水中的物体会受到水的浮力，浮力大小等于被该物体排开的水的重量。这种现象属于自然规律不能申请专利，但利用该自然规律设计出轮船则属于技术方案。

技术方案一般由若干技术特征组成，各个技术特征之间的相互关系也是技术特征。如制作刀剑的步骤包括将铁矿石炼制成钢渣、钢渣融合为钢块、钢块压制为钢胚、钢胚锻造为钢条、钢条打造成刀胚、刀胚进一步熔炼、打磨出刀锋、刀身塑造花纹、磨光、安装刀柄等。这些步骤本身都属于技术特征，各个步骤之间的先后顺序也属于技术特征，并不能随意变换。



图片: Getty Images / kynny

26. 什么是专利权?

通常来说专利权是对发明创造的保护。不过各国由于国情不同,专利制度保护的客体和具体规定上也各不相同。如根据中国《专利法》,科学发现、智力活动的规则和方法、疾病的诊断和治疗方法、动物和植物品种、用原子核变换方法获得的物质等都不属于专利保护的范围。不过在日本,动物和植物新品种以及用原子核变换方法获得的物质,可以通过专利制度获得保护。又如在美国,原子核变换方法获得的物质不属于专利制度保护的客体,而植物新品种则可以通过专利制度进行保护。

在中国的专利制度中,包括了发明、实用新型和外观设计三种专利。其中,发明和实用新型保护的是技术方案,而外观设计保护的是对工业品形状、图案等的设计方案。

27. 是不是所有领域的发明创造都能被授予专利权?

专利制度是一种保护发明创造的制度,但并不是说阳光下所有的发明创造都能够获得专利制度的保护。世界各国都会从可操作性、公共秩序,或者是产业政策的方面考虑,设立一个清单,排除部分不适宜通过专利制度保护的客体。

需要注意的是,各国在公共秩序的理解方面并不相同,同一国家在不同时期,公共秩序的含义也会发生变化。比如说在法国,用于赌博的赌具可以申请专利,但是在中国或者日本则不可以。

另外,被授予专利权并不意味着该专利产品可以在市场上自由流通。新型的战斗机、坦克和大炮,都可以被授予专利权,但这些武器显然不能在市场上自由流通。此外,药品即便获得了专利也仍然需要经过上市审批后才能用于临床治疗。

28. 什么是实用新型？

实用新型普及的范围没有发明广泛，在《TRIPS协定》中没有规定实用新型，但《巴黎公约》中规定了实用新型。据不完全统计，世界上有实用新型制度的国家有57个左右，包括中国、德国、法国、韩国、日本等。其中德国、韩国、日本等国家是通过专门立法的方式来保护实用新型，而中国则将实用新型作为专利的一部分在中国《专利法》中予以规定。

实用新型制度的出现，是为了保护那些以实用为目的、创造性高度又达不到发明保护要求的小发明创造。实用新型和发明保护的都是技术方案，不过在保护范围上，发明保护的技术方案既包括产品，也包括制造该产品的方法，而在一些国家实用新型只保护产品。

假设现有的杯子都不带把手，喝水有时不大方便。现在我们发明了一种带有把手的杯子，这种新型的杯子显然属于创新。不过，这个创新很有可能达不到发明的要求，此时就可以通过实用新型制度来保护。

29. 什么是外观设计？

外观设计也被称作工业品外观设计，或者简称为工业设计。世界各国保护外观设计的法律形式多种多样。外观设计作为一种知识产权，保护的是产品的美学外观，也就是说，外观设计保护的是外形而不是功能，功能则由专利或实用新型来保护。外观设计的要素包括形状、图案和色彩，一项外观设计可以包括其中的一个要素，也可以包括两个，当然也可以三个都包括。一些国家制定了专门的外观设计保护法，如日本；一些国家采用专利的方法来保护外观设计，如中国；也有一些国家将外观设计纳入版权保护体系，如美国的实用艺术品保护。在通过专利制度保护外观设计的国家，也存在不同的特

点。中国将发明、实用新型和外观设计都在《专利法》中加以规定；意大利和乌拉圭，将实用新型和外观设计规定在一部法律中，而发明则单独立法。

外观设计是产品的外观设计，必须和产品相结合。单纯的美术、书法、摄影作品，由于没有和产品结合，故不属于外观设计保护的对象，在某些情况下，应该通过版权制度来保护。

30. 发明创造只能通过专利来保护吗？

并不是。技术创新可以申请专利，也可以通过商业秘密（也可称作未公开信息）来获得保护。不过，专利制度是以公开换取保护，对社会作出了贡献，专利期满后，技术方案成为公有领域的一部分。而商业秘密权利人对技术方案进行了保密，没有向社会公开，故法律制度对其的保护就弱于专利。

31. 专利权的保护期有多长？

根据《TRIPS协定》，专利的保护期不得低于20年，外观设计的保护期限不得低于10年。这里的专利指的是发明专利。不过保护期是从专利的申请日起算，而不是从授权日起算。

专利的审批授权需要花费不少时间，有可能会有数年。从申请日起算，也暗示着如果专利的审批程序耗费的时间很长，那实际上权利人最终获得的保护期限，就会大大缩水。如果某个发明专利从申请到授权，耗费了8年，则该专利的最终实际保护期限其实只剩下12年。

在实践中，很多专利并不是专利保护期届满之后才寿终正寝。这是因为专利每年都需要交年费，并且年费往往是一年比一年高。如在中国，发明专利1~3

年每年的年费为900元人民币, 4~6年每年为1200元, 7~9年每年为2000元, 10~12年每年为4000元, 13~15年每年为6000元, 16~20年每年为8000元。由此可见, 专利年费实际上就是一个经济杠杆, 迫使权利人自动放弃那些对自己价值不大的专利。

当然, 专利权人除了通过不交年费来放弃专利权外, 还可以主动声明放弃某项专利。在这种情况下, 该专利也会在期满前失效。

32. 专利权的归属应当如何确定?

专利制度是对发明创造的保护, 故谁作出的发明创造, 谁就应当有权申请专利。专利授权后, 他就应当是专利权人。如果是两个人一起完成的发明创造, 那就应当是这两个人一起申请, 一起成为专利权人。当然, 这个人应当是为该发明创造作出了实质性贡献的人。如果某人只是帮忙复印图纸、订外卖、倒咖啡, 那他就不能成为专利权人。

需要强调的是, 专利制度需要尊重当事人之间的约定, 这是民事活动领域的一个基本原则。如果一起合作创新的几个发明人之间达成了协议, 有的发明人基于各种原因, 并不想成为专利权人, 那就由剩下的发明人共同去申请专利。如果某个发明人不只是不想成为专利权人, 而且强烈反对将该技术方案去申请专利, 想通过商业秘密来保护。此时, 该技术方案就不能去申请专利, 因为申请专利意味着要公开技术方案, 会影响该发明人的利益。

33. 委托完成的发明创作如何确定归属?

如果一方出资, 委托另外一方发明创造, 那权利的归属首先也要看双方的约定。在正常情况下, 出资一方处于强势地位, 会约定技术成果的所有权归自

己。如果合同中没有约定权利归属, 按国际惯例也是将其技术成果归属给出资方。不过有些国家, 如中国, 在这种情况下, 将技术成果归“出力”的研发一方所有。当然, 中国同样也规定双方之间的约定优先, 这是充分尊重当事人意愿的表现。

34. 职务发明创造如何确定归属?

在爱迪生的时代, 发明创造大多由发明人利用自己的资金、技术、设备就能独立完成。在现代社会, 随着科技的突飞猛进和经济社会的快速发展, 发明创造往往需要大量的物质技术条件保障, 需要很多人共同协作才能完成。此时, 大部分创新都是由企业、科研机构、高等院校、政府等提供资金和物质基础条件, 由其工作人员协作来完成。此时, 发明创造的成果归员工还是单位就迫切需要解决。

在各国立法中, 有的在专利法中直接规定发明创造归单位所有, 有的虽然规定为员工所有, 但同时规定该权利可以转让, 即可以通过协议或合同转让给他人。事实上, 虽然各国的规定存在差异, 但殊途同归, 技术创新成果最后基本都归于单位。当然, 为了平衡双方的利益, 单位在获得专利权后通常需要给发明人合理的报酬或补偿。此外, 作出发明创造的人有权作为发明人被记载在专利文件上, 哪怕他对发明本身不持有权利。

35. 什么是专利的新颖性要求?

专利制度是保护创新的制度, 因此要获得专利权的发明创造, 必须是这个世界上以前没有的。如果包含相关技术方案的内容已经记载在书籍文章中出版或者公开发表了, 已经生产成产品在市场上销售, 或者通过其他方式能够让公众知道, 那显然不符合新颖性的要求。另外, 考虑到专利具有地域性, 因此这个“以前没有”可能有两种解释, 一种



是在这个国家没有,即所谓的相对新颖性。另外一种就是在这个世界上都没有,即所谓的绝对新颖性。目前,大部分国家都是采用绝对新颖性标准。

在专利申请程序中,如果要求申请人证明想要获得专利的技术方案以前世界上没有过,对他来说实际上不可能完成。因此,在实际操作当中,都是申请人提交专利申请后,由专利局的审查人员进行相应的技术检索,判断该专利申请是否符合新颖性的要求。

36. 什么是专利的创造性要求?

专利制度在建立初期,只有新颖性这个条件,但是后来发现,仅有新颖性条件并不够。如果一项发明创造以前没有,但其改进其实也没有多少技术含

量,那授予专利也并不合适。为此,专利制度中引入了一个更高的授权条件,那就是创造性,也叫非显而易见性,用来判断发明创造的“技术含量”。

判断专利申请是否具有创造性,基本上要经历这么几步:(1)定位,找一个跟申请最接近的技术方案作为比较对象;(2)找不同,找出两个技术方案之间的区别;(3)评价,评估这个区别是否很容易就能想到。

在这三个步骤当中,第三步具有更多的主观性,不同的人给出的判断并不相同。因此专利制度当中发展出了一些细致的规则,致力于减少这为主观性。当然,各个国家的具体规则也存在一些差异。关于创造性的另一种常见说法是,如果一项发明对于一名“业内人员”(实际上是指某特定领域的专家)并非显而易见,则该发明满足创造性要求。

从另一个角度上来说,创造性标准也是专利制度其中的一个重要的政策性杠杆。如果想把申请专利的门槛提得高一点,那么适当提高创造性的标准就是一个很有效的途径。

37. 什么是专利的实用性要求?

实用性指的是该发明创造在实际产业当中能够使用,并且产生积极的效果。专利属于工业产权,要求能够在产业上使用也理所当然。有些所谓的发明创造,其实违背了物理学规律,比如违背能量守恒定律的永动机。这样的机械无法被制造出来,自然不符合实用性要求。

需要注意的是,必然制造不出来和成品率低是两个不同的概念。一些划时代的发明创造刚出来的时候,成品率可能只有1%。随着技术的发展,成品率会逐步提高,因此成品率低并不会影响实用性。

专利的新颖性,创造性和实用性加起来,被称为“三性”,是专利授权的前提。在专利审查过程当中,审查员一般会先判断实用性。新颖性和创造性的判断需要检索文献,但实用性不需要。比如说该产品实际上是不是永动机,仔细读一下专利文件就能够发现。如果该申请缺乏实用性,那就没有必要再花费时间去检索文献了。

38. 什么是专利申请的单一性要求?

所谓专利申请的单一性,通常是指一件专利申请应当限于一项发明创造。有时申请人根据一个创新点,形成了一系列发明创造,如某项新产品、制造该产品的方法、制造该产品的专用设备、该产品的用途等。这一系列发明创造中由于存在同一个创新点,即所谓的特定技术特征,可以作为一件专利申请提出。

需要注意的是,能够作为一件专利申请提出的多项发明创造,其共同含有的创新点必须是实实在在的。如菜刀和汽车都是金属制作的,如果以“金属制作”作为共同特征,要求将这两项发明创造在一件专利申请中提出,那显然是荒谬的。在外观设计专利的申请中,同样需要符合单一性的要求。比如,一系列杯子,尽管颜色不同,但形状相同,就符合单一性的要求,可以在一件申请中提出。

采用单一性原则,是为了防止申请人在一件专利申请中囊括内容并不相关等多项发明创造,便于专利审查机关的审查,也便于公众有效地利用专利文件。另外,专利申请的费用也是按照申请的件数来计算,单一性要求也能避免申请人逃避费用。

39. 发明专利的说明书包括哪些部分?

专利是一种通过公开来换取保护的制度,故专利的内容必须向社会公开。在专利文件的格式上,很多国家都参照世界知识产权组织发布的著录项目标准来标注专利中的各项重要信息,包括发明名称、摘要、申请日、授权公告日、申请号、授权公告号、专利权人、发明人、审查员、专利代理机构、代理人等信息。

扉页上的摘要是对整个发明创造内容的一种概括,指明该发明创造的技术领域、需要解决的技术问题,其主要技术特征和用途等。在扉页之后,则是专利的权利要求书和说明书两部分,权利要求书用来划定专利的保护范围,而说明书则是用来对发明的内容进行具体说明。由于一张图包含的信息往往超过千言万语,故很多发明创造往往在说明书部分加入众多附图,用来解释发明创造。如果说明书有附图,那需要从中选择一张最具有代表性的附图作为摘要附图,放在扉页上。

40. 什么是专利的权利要求书？

专利权是一种无形财产权，划定权利的边界非常重要。在现行的专利制度中，专利权的保护范围由权利要求书这一特殊的文件来确定。专利权利要求书的产生，经历了一个从无到有，逐步发展完善的过程。

1474年，专利制度在威尼斯萌芽，此时获得专利的途径就是提供发明创造的产品实物。美国专利制度在早期，也要求提供专利模型。随着发明创造数量的增多，提供模型这一方式越来越不能适应要求。18世纪的英国专利制度，开始要求用明确的方式将申请专利的东西描述出来。在专利授权后，在专利书后面，会附带一个对发明客体的简要描述，该简要描述就是权利要求书的雏形。

专利的权利要求中写得越是详细，包含的技术特征越多，那么保护范围其实越小。“杯子”“玻璃杯子”“高脚玻璃杯子”“高脚带花纹的玻璃杯子”，其范围逐步缩小。一项很有价值的发明创造，如果因为权利要求撰写不当，导致专利的保护范围非常小，甚至得不到保护，那专利申请人恐怕会悔之莫及。专利代理人对专利文书的撰写具有更为丰富的经验，如果申请人觉得自己的某个发明创造至关重要，那建议寻找合适的专利代理人处理自己的专利申请。

41. 发明的保护和外观设计有什么不同？

产品发明的保护包括禁止他人未经许可的制造、使用、兜售、销售和进口专利产品的行为，方法发明的保护包括禁止他人未经许可使用该方法，或使用、兜售、销售或为这些目的进口至少是以该方法直接获得的产品。外观设计的保护则仅包括禁止他人未经许可的生产、销售或进口仿造外观设计的产品。

从保护的内容上看，发明专利的保护范围要大于外观设计。使用和兜售发明专利产品的行为，构成侵犯发明专利权；仅仅使用外观设计，不构成侵权。这是与两类保护客体的不同特点相关联的，外观设计（或外观设计专利）保护的主要是外在的形状、图案、色彩，而不包括产品的功能及技术构思，因而权利也就不包括对其的使用。

42. 什么是独立权利要求和从属权利要求？

一份权利要求书通常由独立权利要求和从属权利要求组成。独立权利要求是所有权利要求中保护范围最广的权利要求。从属权利要求是跟随独立权利要求之后，用附加的技术特征对引用的权利要求进行进一步限定的权利要求。

如果把“杯子”视为独立权利要求，则用附加技术特征“玻璃”“高脚”“带花纹”等来进一步限定而成的“玻璃杯子”“高脚杯子”“带花纹的杯子”“高脚玻璃杯子”“带花纹的玻璃杯子”“高脚带花纹的杯子”以及“高脚带花纹的玻璃杯子”就属于从属权利要求，其保护范围要比独立权利要求狭窄。随着技术特征数量的增加，其保护范围随之不断缩小。

从前述例子也可以看出，附加技术特征的组合存在多样性。一个有经验的专利代理人，会通过独立权利要求为发明争取最大的保护范围，同时合理布局从属权利要求，建立多重防线。如果独立权利要求因为新颖性、创造性等问题被无效，也可以通过从属权利要求建立新的防线。这就好比俄罗斯套娃，最前面的一层被击破了，里面还有好几层。

43. 什么是专利说明书？

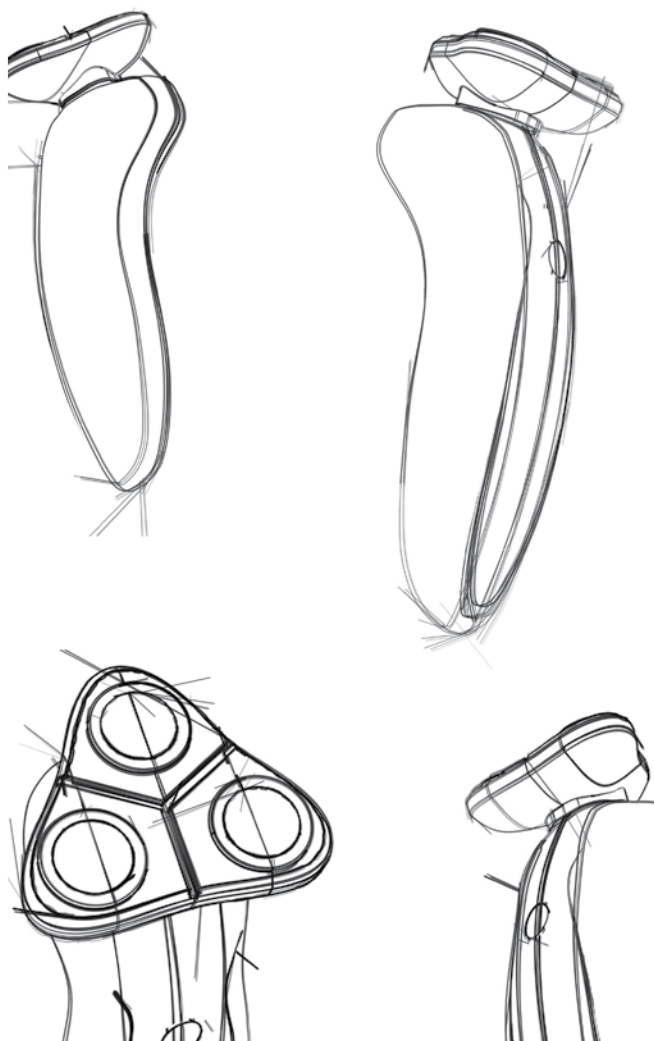
专利制度可以看作是专利申请人和社会所签订的一项契约，申请人以公开自己的发明创造为代价换取法律对他的保护。根据公平原则，申请人获得保护的应当和其公开的范围相一致。

申请人用来公开发明创造的文件就是专利的说明书，要求保护的由权利要求书来确定，说明书是用来解释和支持权利要求书的。如果申请人要求保护的内容，在说明书当中并没有公开，那给他专利保护并不公平。如果申请人只是公开了一小部分技术方案，但是要获得一个大的保护范围，这也不合适。这就是说，如果申请人的贡献仅是一个车灯，不能要求获得整辆汽车的专利权。

在说明书的公开问题上，各国规定也存在一些差异。如美国要求申请人公开技术效果最佳的技术方案，而有的国家则允许申请人可以保留一些技术诀窍，只要技术方案能实现，效果差一点也能接受。

44. 什么是说明书摘要？

专利说明书摘要是对专利申请中公开内容的概述，首先要重复发明或实用新型名称，然后指出它所属的技术领域、需要解决的技术问题，发明或实用新型的主要技术特征和用途。在专利制度中，摘要仅仅是作为一种技术情报，其内容并不能作为修改专利说明书或权利要求书的根据，也不能用于解释专利权的保护范围。说明书摘要的法律地位是由其自身特征所决定的。说明书摘要是对说明书内容的一种浓缩，而浓缩则必然会带来信息上的损失，导致权利边界不清晰。法律制度中，边界不清晰容易导致纠纷，故缺少了众多技术信息的说明书摘要就只能作为参考性质的技术情报。



45. 什么是专利代理？

申请专利或者是办理其他专利事务,常常需要委托专利机构代理。专利涉及技术问题,也涉及法律和经济问题。普通技术人员熟悉技术,但不熟悉专利法。在申请专利时,需要考虑这些问题:一项技术成果是否符合授予专利的条件;是否适用于或者是否值得申请专利;专利的保护范围应当怎样拟定才更有利于申请人;是否需要在海外申请专利等。要对这些问题作出准确的判断,需要具备技术、经济和专利法律的专门知识。

专利代理人受过这方面的专业培训,不仅可以向申请人提供咨询意见,而且还可以帮助申请人办理具体的专利事务。另外,专利代理人代办专利申请,一般能符合专利法的要求,可以减轻专利行政部门的工作负担,加速审批程序。这对专利申请人和专利行政部门都有利。

46. 什么是先申请制和先发明制？

专利权需要由相关行政机关授权后才能获得。当两个以上的申请人就同样的发明创造去申请专利时,由于同样的发明创造只能授予一项专利权,故此时将专利权授予谁就成为一个亟需解决的问题。从世界各国的立法历史来看,存在过两种解决办法:一种是以发明先后为准,谁先发明就将专利权授予谁;另一种是以申请先后为准,谁先申请就授予谁。以前,加拿大、菲律宾、美国等极少数国家采用先发明制,现在都已经先后改为先申请制。

从专利制度的原理来说,专利权授予最先发明的人最为合理。但是,采用先发明制,存在如下弊端:

(1) 发明人需要保留各种可以证明发明时间的证据,此外还需要提供证人,这都需要花费大量的时间和金钱;(2) 会使发明人有长时间保守发明秘密的倾向,因为对其而言,只要发明在先,晚些申请

图片: Getty Images / kurtcan

也无妨；(3) 对已经获得的专利权的权利人，其权利也有不稳定之感，因为专利权人不知道是否有其他人比他先完成了同样的发明，对专利的实施也有消极的影响。

47. 什么是专利的形式审查制和实质审查制？

各国专利法都规定了自己的专利审查制度。从世界范围来看，专利审查制度可以分为两大类，即形式审查制和实质审查制。

顾名思义，形式审查制指的就是对申请文件的格式是否符合要求和内容是否完备进行形式意义上的审查，又称为登记制。专利局在申请人按照规定登记以后即授予专利权，如早期的英国和美国采用的就是这种制度，现在对于实用新型和外观设计的审查，很多国家也采取了形式审查制。在实行专利制度的初期，发明创造数量不多，专利局又缺少系统的分类资料，没有条件判断发明是否具有实质性特点，故各国大多采用登记制度。登记制的最大优点是手续简单，专利局不需要配备大量审查员，审批及时迅速；缺点是审批要求低，专利质量差，往往没有任何科学技术价值的申请也能获得专利权。

实质审查制度也称为完全审查制，1836年创设于美国。实质审查制除了对申请文件的形式审查外，还要进行新颖性、创造性、实用性的实质审查，再确定是否授予专利权。实质审查可以保证所授予专利权的专利质量，增加权利的稳定性，减少诉讼纠纷，其缺点是审批时间较长，且需要有庞大的专利审查机构。如2017年中国的发明、实用新型和外观设计的申请总量为369.8万件，专利审查员超过1.1万人。

48. 专利授权后权利人可以获得哪些权利？

专利授权后，权利人就拥有了禁止他人使用自己专利技术的权利，比如说制造、使用、销售、进口专利产品等。不过，这并不意味着专利权人就肯定有权使用自己的专利技术。如果汉斯对彼得的专利进行了改进，并对改进后的技术方案获得了专利授权，那彼得要实施自己的专利就有可能侵犯到汉斯的权利。

彼得的专利，其保护范围好比是一个馅饼，而汉斯的专利则是这个馅饼中最精华的肉馅部分。这个肉馅同时处于彼得的专利和汉斯的专利的保护范围之内，汉斯要用的话会侵犯彼得的专利，反过来也是如此。在这种情况下，比较好的方式就是双方互相许可对方使用自己的专利。至于是否需要交许可费，则和双方专利的重要性、谈判能力等一系列因素相关。

可能有人会觉得获得了专利授权也不一定能够使用，那申请专利并无意义。不过对企业来说，如果没有相应的专利储备，就没有机会和别人讨价还价。专利好比是桥两边的栏杆，栏杆在的时候，可能大家都不觉得它有什么重要，但是一旦拆除，恐怕很多人都不敢过桥。如果说商场如战场，那专利储备就是企业的武装力量。

虽然条条大路通罗马，但实际上由于自然规律的制约，能够解决某个技术问题的技术方案数量往往非常有限。某个企业如果能够在某个技术领域内通过众多的专利圈出一块自己的领域，那才算在该领域有了一席之地。如在通信领域，各方专利犬牙交错，企业之间往往会互相套牢，形成一个我中有你，你中有我的专利丛林。专利实力不相上下的各企业不会轻启战端，足够的专利储备能为企业的经营活动保驾护航。

49. 什么是专利的强制许可？

强制许可是对专利权的一种重要限制制度。强制许可也是许可的一种方式，需要被许可人支付一定的合理使用费。需要获得强制许可的人可能是专利权人的竞争对手，他们使用专利的行为往往都会影响专利权人的经济利益。为什么要给这些竞争对手强制许可，那是基于公共利益等方面的考虑。

没有爱迪生，也会有其他人发明电灯。在很多情况下，技术研发就像是一场赛跑，最先跑到终点线的人获得了专利权，而其他人则一无所获。专利权人在获得专利后，如果自己不实施，也不允许他人用合理的代价获得许可，那就会阻碍科技的进步，影响公共利益，此时只能通过强制许可来平衡各方的利益。强制许可事实上是通过提供合理的报酬，强制专利权人对技术进行许可。又比如说，如果出现了国家紧急状态或者遇到严重的公共健康问题，必须大规模地制造某种专利药物，此时也应当给符合条件的其他制药公司强制许可。

当然，为了防止损害专利权人的利益，强制许可必须一事一议，获得强制许可的人，不能再向外发放许可证。事实上，很多国家对强制许可极为慎重。例如在中国，到目前为止，并没有实施过一次强制许可。

50. 外观设计为何不适用强制许可？

强制许可仅适用于技术领域的发明和实用新型，而不适用于体现美感的外观设计。这是因为在技术领域，要实现某个技术方案，有效的途径往往并不多。发明创造要符合自然规律，不管是爱迪生还是其他人发明的电灯，最终发明出来的电灯都应该差不多，不然无法照明使用。如果其他人不能获得专利许可的话，很有可能就没有其他路径去解决技术问题。

外观设计则不一样，它涉及的是对产品的形状、图案或者颜色的设计。缺乏美感，我们的生活可能会显得比较单调和枯燥，但是至少还能凑合着过下去。强制许可是对他人权利的一种限制，只有在不得已的情况下才能适用。没有艺术，只要还能维持基本生活，那就不应当去限制外观设计专利权人的权利。现代社会，尊重他人的权利是一项基本规则，强制许可只有在万不得已的情况下才能实施。

51. 为什么专利被授权后还有无效程序？

专利在授权之后并非就不可质疑，社会公众可以通过撤销或者无效程序使其失去法律效力，或者缩小其保护范围。

在专利的审查程序中，由于专利申请数量众多，审查员在每个专利上花费的时间和精力也有限。如在中国，三类专利2017年的申请总量已经超过了300万件。审查员的工作压力巨大，在一件发明专利上平均花费的时间也就两天左右。为此，只能说审查员完成了一个初步筛选、划定范围的工作。如果该范围的划分中存在什么问题，那自然会有竞争对手站出来挑战这个专利的效力。

世界上每年申请获得授权的专利数量很多，但是实际上具备很高经济价值的专利只占其中一小部分。如果要在每个专利申请上都花费大量的时间进行处理，精确地确定其保护范围，实际上并不经济。为此，事前在审查程序进行初步筛选，事后再通过无效程序对部分高价值专利重新确定专利边界，更符合效率原则。

52. 什么是专利国际分类?

世界上的专利文献卷帙浩繁, 如果没有一个科学的分类体系, 则公众 (和专利实审员) 恐怕很难方便地找到所需要的专利文献。

1971年, 《国际专利分类斯特拉斯堡协定》建立了一套国际专利分类体系 (International Patent Classification, 简称IPC), 提供了一种由独立于语言的符号构成的等级体系, 用于按所属技术领域的不同对专利和实用新型进行分类。IPC将与发明专利有关的全部技术内容按部、大类、小类、大组、分组等逐级分类, 组成完整的等级分类体系。

在IPC中, 共有8个部, 分别为:

- A部 人类生活必需
- B部 作业; 运输
- C部 化学; 冶金
- D部 纺织; 造纸
- E部 固定建筑物
- F部 机械工程; 照明; 加热; 武器; 爆破
- G部 物理
- H部 电学

53. 什么是外观设计分类?

为了解决外观设计的分类问题, 1968年《巴黎公约》成员国签署了《建立工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》, 建立了外观设计分类的标准。洛迦诺分类表采用两级结构, 即由大类和小类组成, 用阿拉伯数字按顺序编排。

《国际外观设计分类表》将外观设计共分为32类, 具体如下:

- 01类 食品
- 02类 服装和服饰用品
- 03类 其他类未列入的旅行用品、箱子、阳伞和个

人用品

- 04类 刷子类
- 05类 纺织品、人造或天然材料片材
- 06类 家具
- 07类 其他类未列入的家用物品
- 08类 工具和金属器具
- 09类 用于商品运输或装卸的包装和容器
- 10类 钟、表和其他计量仪器、检测和信号仪器
- 11类 装饰品
- 12类 运输或提升工具
- 13类 发电、配电和输电的设备
- 14类 录音、通讯或信息再现设备
- 15类 其他类未列入的机械
- 16类 照相、电影摄影和光学仪器
- 17类 乐器
- 18类 印刷和办公机械
- 19类 文具用品、办公设备、美术用品及教学材料
- 20类 销售和广告设备、标志
- 21类 游戏器具、玩具、帐篷和体育用品
- 22类 武器、烟火用具、用于狩猎、捕鱼及捕杀有害动物的器具
- 23类 液体分配设备, 卫生、供暖、通风和空调设备, 固体燃料
- 24类 医疗和实验室设备
- 25类 建筑构件和施工元件
- 26类 照明设备
- 27类 烟草和吸烟用具
- 28类 药品、化妆品、梳妆用品和器具
- 29类 防火灾、防事故救援装置和设备
- 30类 动物的管理与驯养设备
- 31类 其他类未列入的食品或饮料制作机械和设备
- 32类 其他杂项

图片: Getty Images / Tomml



三、版权基础知识

版权



54. 什么是版权？

通常来说，版权保护作者的创作成果，这些创作成果常常被称为“作品”。版权是作者和相关权利人对作品及相关客体所享有的权利，如作家对自己的小说、画家对自己的绘画、摄影师对自己的照片都各自享有版权。狭义上的版权仅包括作者对自己作品所享有的权利，广义上的版权体系则还将表演者、录音录像制作者、广播组织、出版者等享有的权利（即所谓的邻接权）也包括在内。

根据《伯尔尼公约》，版权制度所保护的文学艺术作品包括科学和文学艺术领域内的一切作品，包括书籍、小册子和其他文字作品；讲课、演讲和其他同类性质作品；戏剧或音乐戏剧作品；舞蹈艺术作品和哑剧；配词或未配词的乐曲；电影作品和以类似摄制电影的方法表现的作品；图画、油画、建筑、雕塑、雕刻和版画作品；摄影作品和以类似摄影的方法表现的作品；实用艺术作品；与地理、地形、建筑或科学有关的插图、地图、设计图、草图和立体作品。新的版权条约又增加了几类作品，包括数据库和计算机软件。尽管大多数类别的作品根据国际版权条约受到保护，但对于某些类别的作品（例如实用艺术作品）而言，其保护并非强制性。

版权既保护人身权利，也保护财产权利。这两个概念通常称作精神权利和经济权利。俗话说“文如其人”，针对同一个主题，不同的作家写出来的作品风格并不相同，故作品往往被视为作者人格的一种延伸。在世界上，历来存在两种不同的版权保护体系。一种是以英国和美国为代表的版权法体系，将版权制度看作是一种刺激创作作品的公众政策的产物，侧重于保护作者的财产权利；另外一种是以德国和法国为代表的版权法体系，将作品视作作者人格的延伸和精神的反映，注重保护作者的人身权利。随着这两大法系的主要国家都加入了《伯尔尼公约》，以及各国在法律制度上的互相借鉴和融合，两大法系之间的差别也在逐步缩小。

55. 什么是相关权？

相关权也称作邻接权，是指不是作品的作者或创作者、但与作品有密切关系的人所享有的权利，比如，传播文学或艺术作品的人，或者为制作版权作品的特定表达带来技术和组织技能的人。在国际条约中，表演者、录音制品制作者、广播组织等，都享有相关权。表演者对歌曲、戏剧等基础版权作品作出独特的诠释；录音制品制作者投入创意资源、财务资源和组织资源，为一名或多名表演者的歌曲（音乐作品）制作录音并在市场上发行；广播组织为整合和发行广播信号而提供财务和组织资源。有些国家还针对与作品的筹备和发行有密切关系的群体，例如出版者，规定了相关权。考虑到相关权的权利人所发挥的重要作用，故在版权作品的制作、表达、传播过程中付出劳动的劳动者享有权利也是合理的。

大多数国家通过知识产权法律来保护相关权，包括在版权法中进行规定，或者单独进行立法。但有的国家采用劳动法、反不正当竞争法或合同法来保护。相关权通常受例外和限制的约束。

56. 什么是版权的独创性？

作品必须具备独创性才能受到版权保护。

独创性要求独立创作，也就是说，不得抄袭他人作品。这并不是指作品必须别出心裁，与众不同。围绕同样的基础创意或概念而产生的两件类似的作品，只要不是互相抄袭，就可以各自享有版权保护。这种创作也可以是在别人作品的基础上再进行创作，如将英文创作的小说翻译为中文，或者是将该小说拍成电影。如果原作仍在版权保护期内，则在翻译或改编之前需要征得许可。

作品必须显示出一定的创造性才能被视为独创，受到保护。各国规定不完全一致，有些国家对创造性要求高，有些国家要求低，但总体来说版权所要求的创造性并不高。

独创性的高低决定着怎样解决涉及抄袭的争议。事实上，独创性较低的作品，其价值也比较低，不大容易成为侵权的对象。对于独创性高的作品，则两者高度相似本身就可以证明后者抄袭了前者。独创性低的作品，权利人需要更多的证据来证明这种相似是来自行为人的抄袭而不是巧合。虽然独创性的门槛比较低，但整个版权制度依然可以顺利运转。

57. 版权包括哪些权利？

关于版权的权利内容，是各个国家版权法中最重要的部分之一。但由于各国经济发展水平、文化传统、价值观念等存在差异，故对版权内容的规定也有所不同。目前，大多数国家将版权分为精神权利（人身权）和经济权利（财产权）两方面。

精神权利通常包括：（1）作者身份权，即在作品上署名和要求承认是作品作者的权利；（2）保护作品完整性的权利，不得歪曲、篡改作品，破坏作品的完整性和作者的声誉。精神权利还可以包括发表作品或将作品公之于众的权利，和修改已经发表的作品作品的权利。

经济权利可以包括：（1）复制权，以同样形式制作成品的权利，如复制文字作品，属于财产权中最为核心的权利；（2）出租权，如有偿许可他人临时使用视听作品、计算机软件的原件或复制件的权利等；（3）公开传播权，向公众传播作品，使公众得以欣赏或使用作品内容，如对作品公开进行表演、播放、广播、展览、通过网络传播等；（4）演绎权，通常称为翻译权和改编权，指在保留原有作品基

本表达的情况下,在原作品基础之上创作新作品的行为,包括翻译、改编和汇编等。

58. 表演者享有哪些权利?

表演者在其表演活动中因有独创性智力劳动,各国版权法和国际公约都规定了表演者的权利。表演者对其表演享有的权利同样分为精神权利和经济权利。《罗马公约》和《TRIPS协定》中并未规定表演者的精神权利,而《WIPO表演和录音制品条约》中明确要求表明表演者的身份和反对篡改或玷污其表演的权利,保护期至少与其经济权利的保护期相同。

根据《罗马公约》和《WIPO表演和录音制品条约》,表演者对其表演拥有的经济权利,包括保护现场直播表演权、表演固定权(录音)、录音制品的复制权、发行权和信息网络传播权等。表演者可以许可他人行使这些权利,并获得报酬。权利的保护期为50年,截止于该录音录像制品首次制作完成后的第50年年底。当然,表演者要表演他人的作品,也需要获得版权所有人的许可,并支付报酬。

59. 录音录像制作者享有哪些权利?

录音制作者权是国际公约和各国法律都规定的一种权利,不论录音采用何种格式。根据《罗马公约》《TRIPS协定》和《WIPO表演和录音制品条约》,录音制品制作者都是相关权的权利人,其经济权利包括录音制品的复制权、发行权、出租权和信息网络传播权。

例如,录音制作者——通常是唱片公司——制作的录音(可能通过黑胶唱片、盒式磁带、CD、MP3或其他数字文件等形式固定),未经其同意,其他人不得复制、销售、出租或在网络上传播其录音。有些国家还规定,广播电台、电视台和商场、酒吧

等公开播放该录音,还要向制作者付酬。同样,录音录像者要使用他人的基础作品(比如音乐作品)制作录音录像制品,也需要取得版权所有人的许可,并支付报酬。

和录音制作者的相关权相比,录像制作者权一般只有大陆法系国家规定,主要指独创性较低,不构成视听作品的影像录制品制作者的权利。

60. 广播组织享有哪些权利?

广播组织包括广播电台和电视台。根据《罗马公约》和《TRIPS协定》,广播组织是相关权的权利人,享有两项权利,转播权和固定、复制权。也就是说广播组织可以禁止其他广播组织未经许可转播其广播电视,也有权禁止其他人将其广播电视录制和复制。

例如,甲电视台享有某项体育赛事的转播权,乙电视台未经许可不能转播甲电视台播放的赛事,其他人也不能将甲电视台播放的赛事录制下来以及再复制(在有些国家,消费者可以制作一份复制件供个人使用,但不得用于商业目的)。《TRIPS协定》对这些权利所规定的期限为20年,不过包括中国在内的一些国家对其的保护期限已经延长为50年了。

61. 版权的保护期限有多长?

版权中的经济权利,只能持续有限的时间,不过各国的规定并不相同。版权及相关权方面的条约针对多种类型的作品设置了最低期限,但有些国家规定有更长的期限。根据《伯尔尼公约》和《TRIPS协定》,版权的基本保护期为作者终身加其去世后50年。在欧美等国,版权的保护期已经延长为作者有生之年加其去世后70年。另外,《伯尔尼公约》规定,照片和实用艺术作品的保护期为作品创作之日起25年。

关于精神权利的保护期,根据《伯尔尼公约》,成员国赋予作者的精神权利保护期,应至少和其经济权利保护期相同。《TRIPS协定》对作者的精神权利未作强制规定。在有些国家,精神权利是永存的,因此没有规定作者精神权利的保护期限。

62. 版权法保护计算机软件吗?

在国际上,计算机软件通常用版权制度来进行保护。《TRIPS协定》规定,计算机软件的源程序和目标程序均应作为文学作品予以保护。

根据版权自动产生的原则,软件获得版权保护也并不需要登记。不过软件的价值一般比较大,为了证明版权的归属和作品的完成时间,权利人往往会进行作品登记。通过版权制度来保护软件,优势在于自动、自愿,取得保护的条件较容易,并且保护期限较长,与文字作品相同,自然人的保护期是作者终生加去世后50年,法人的保护期为完成后50年。

版权保护的是作品,也就是思想的表现形式,而非思想本身。软件往往具备相应的技术功能,而这种技术方面的功能属于“思想”,不属于版权保护的范畴,权利人不能排斥他人根据相同的构思开发类似的软件。软件中的技术功能正是专利制度所保护的客体。因此,符合条件的软件也可以通过申请专利来获得保护。如何通过知识产权来保护软件,需要根据各国的法律作出决定。

63. 哪些对象不受版权法保护?

版权制度保护的是文化艺术领域具有独创性的智力成果。独创性暗示着不同的人创作出来的内容并不相同,哪怕彼此相似,只要没有互相抄袭即可。如果某些内容由于比较简单,无论是谁来写都差

不多,那就会因为缺乏独创性而无法受到版权制度的保护,如一些媒体报道的事实消息的时事新闻。又比如说文章、书籍的标题,一般也都会因为字数过少而达不到版权保护的要求。需要注意的是,很多国家的版权立法中并没有明确规定作品标题不是版权保护的客体,但在实践中基本上将标题排除在外。

独创性在不同的司法管辖区可能会有很大差异。以当前的新闻报道为例,有些国家认为它们不受版权保护,其他国家则认为可以通过版权保护(即便新闻报道受到版权例外的约束)。

然而,受保护的并不是作品中反映的基本事实、思想或原则,而是特定作者对这些事实、思想或原则的独特表达。因此,即便新闻文章受版权保护,不同的作者也可以根据相同的基本事实来撰写各自的文章。

值得注意的是,是否能受到版权法保护与该作品是否被法律禁止出版、传播无关。在有些国家,淫秽作品禁止出版和传播,但这些作品理论上依然可以受到版权制度的保护。不过,在作品属于非法或违禁作品的司法管辖区要实施版权是有一定难度的,因为主张权利就意味着承认违法活动。

64. 产品说明书是否受版权法保护?

产品说明书一般由封面设计、内附产品设计图及其文字说明、产品功能、技术指标、使用或操作方法、封底等组成。产品说明书的语言表述和顺序往往都比较平实,独创性不高。不过,版权制度中独创性的门槛本身就比较低,故在很多情况下产品说明书还是可以获得版权法的保护。说明书中介绍和解释的基本事实和功能不会受到版权保护,但说明书文字和插图中关于这些事实和功能的表达可以受版权保护。

在市场竞争中,同行间的抄袭和模仿屡见不鲜。不过被模仿者经常会处于一个非常尴尬的境地,如果主张侵犯商标权,对方并没有使用自己的商标;如果主张侵犯专利权,自己也并没有申请专利。此时,如果对方连产品说明书也一并抄袭,那就可以考虑主张侵犯自己的版权。当然,由于产品说明书的独创性比较低,模仿者如果改动内容比较大,那就容易摆脱侵权的风险。不过,在商标制度和专利制度都无法提供救济方法的情况下,主张版权也是一条可以尝试的途径。

65. 民间文化艺术作品是否可以通过版权制度进行保护?

民间文化艺术指的是在一国领土内,由该国国民或种族群落创作的、代代相传并构成其传统文化遗产基本组成部分的文学、艺术与科学作品,如民间传说、诗歌、谜语、民族歌曲、民族舞蹈、民族乐器、仪式、绘画、雕塑、陶艺、刺绣、地毯、服装、建筑作品等。也可以用“传统文化表现形式”这一说法来描述上述作品。

民间文化艺术的具体表现形式中,有很多都属于版权制度所保护的客体,理论上可以通过版权制度来进行保护,如联合国教科文组织和世界知识产权组织帮助突尼斯制定的《发展中国家突尼斯版权示范法》(简称《突尼斯示范法》),就将民间文学艺术归入版权范畴予以保护。目前有数十个国家已经立法保护“民间文学艺术”,具体做法各异。有些国家参照了《突尼斯示范法》。WIPO成员国正在通过“知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术政府间委员会”的工作,审议传统文化表现形式的保护问题。

不过,版权制度与民间文化艺术存在不少冲突之处。例如,版权有保护期限,而民间文化艺术作为民族的瑰宝应当永久保护;版权保护的是已经固

定下来的确定的内容,而民间文化在传承过程中处于不断演化状态,内容并不固定,如源自中国南宋时期的白蛇和许仙的故事,其内容在口口相传的过程中不断改变和丰富;版权有确定的权利人,而民间文学艺术属于“特定的民族、族群或社群”,而民族、族群或社群的概念比较抽象,难以清晰地确认。一个社群可能认为一件作品是整个社群的资产,而不是某个成员的资产。考虑到民间文学艺术的特点和版权制度的冲突,一些国家已通过单独立法来保护民间文学艺术。

66. 版权和商标权的保护有何区别?

版权制度保护的作品类型中包括图形,而商标也可以由图形组成,双方可能出现交叉。对图形商标来说,针对不同的侵权行为,是主张侵犯版权还是侵犯商标权,或者二者皆有,存在一些重要而有趣的区别。这需要根据每个司法管辖区的法律来作出判断。

侵犯版权需要判断的是一个图形是否抄袭了另一个。如果侵权人抄袭了受版权保护的图形,则不管他使用在哪种商品上,都构成侵犯版权。为了评估是否侵犯版权,需要将图形和放置图形的任何功能性商品分开。如果权利人的商标注册在衬衫上,侵权人不管将该图形用在图书、饮料还是家具上,都构成侵犯版权。在某些情况下,版权侵权可能不适用,商标侵权也许适用。如果侵权人对图形进行了较大的修改,那就有可能不是抄袭,恐怕就不再构成侵犯版权。不过,如果一个图形在颜色和形态上都模仿某个商标,就构成商标制度中的类似商标。如果该图形也使用在相同或类似的产品上,那就很可能构成侵犯商标权。

在这个案例中,存在图形本身和商品这两个维度。版权制度在商品维度上有极高的囊括范围,但在图形本身上伸缩性比较小。商标制度则反之,图

形的相似性可以扩展,但商品类别则受到限制。在具体的案件中,究竟是主张侵犯版权还是侵犯商标权,或者二者皆有(如果法律允许),需要根据具体情况来确定。

67. 版权与专利权的保护有何区别?

从两种制度的对比来看,专利制度有利于保护技术领域的发明创造,而版权制度侧重于保护文学艺术科学作品的创作。版权保护的作品中也包含科学领域的创作,而专利权保护的正是该领域的发明创造,故两者也会发生交叉。同样的一个技术方案,如一种新型汽车发动机,通过版权制度和通过专利制度来保护,侧重点完全不同。

如果将该汽车发动机的具体结构写成科学论文并发表,版权制度所保护的是禁止他人抄袭该论文。如果有人根据该论文,生产出了该发动机并进行商业销售,该行为并不侵犯版权。

反之,如果将该发动机申请专利并获得了授权,则根据专利制度,专利权人可以禁止他人生产和销售该发动机。如果有人写文章介绍该新型发动机的结构和性能,则不是专利制度所禁止的范围。

68. 版权如何取得?

版权与专利权、商标权相比,最大的区别之一是其权利的取得方式。版权是一种自动取得的权利。作者在完成其作品创作之时即依法享有版权,《伯尔尼公约》规定,作者不需要履行任何登记手续,也不需要事先获得批准。版权这种自动取得的方式有利于节约社会成本,但这种方式也会给权利人维权带来困难。

对作品进行登记,可以提供独立证据,证明作品的完成时间和版权所有人。否则,权利人在维权的时候,根据作品的性质,可能会面临举证上的困难。为此,在世界上许多国家都建立了作品自愿登记制度,如果作品比较重要,价值比较高,则权利人往往会去进行版权登记。如果本国没有登记制度,权利人可以到同为《伯尔尼公约》成员国的另一个有自愿登记制度的国家去登记作品。这种登记并不是取得版权保护的前提条件,但在许多法律制度下,登记可以作为权利人享有版权的初步证明或推定证明,以表明权属。

69. 版权的归属如何确定?

从保护人类创作的角度出发,版权应当属于创作出该作品的人,这是版权归属的基本原则。大多数国家的版权制度都规定,只有人类才可以是作者,但在某些制度中,公司这样的法人也可以是作者或创作者,在更多的制度中,法人可以取得版权所有权。在对版权和相关权作出区分的很多版权制度中,广播机构等法人可以是相关权人。尽管有允许动物或机器人成为版权所有者的讨论,但这在各国法律体系中尚未允准。

国际条约和各国版权法中还对一些特殊创作形成的作品权利归属进行了规定。例如:两个人共同创作的合作作品,那共同创作的人应当都是版权所有人。在共同创作的作品中,有些作品是有可能分割的,如歌曲的歌词和作曲。此时,作曲者和填词者就可以分别就自己的创作部分享有版权。另外,一些国家还规定了委托创作的作品、职务创作的作品,以及视听作品或电影作品、演绎作品等权利归属,下文中将对这些作品的归属再做介绍。

70. 委托作品的版权归属如何确定？

在一方出资委托另一方进行创作的情形中，根据民事领域意思自治原则，首先需要尊重双方的约定。在一般情况下，委托方处于强势地位，不会忘记将作品的归属确定为自己所有。如果委托方实在缺乏经验没有约定，则国际惯例都是默认为委托方所有。然而有些国家，例如中国，在这方面是例外，默认为受托一方所有。尽管作出委托的一方拥有版权的经济权利，精神权利的归属仍需查阅国内法来确定。在有些国家，合同不得剥夺或终止作者的精神权利。

由于中国和许多其他司法管辖区的版权制度同样遵循双方约定优先的原则，并且委托双方的版权意识也在不断提高，忘记约定版权归属的情况只是少数，故该制度实际上也没有多少负面影响。

71. 职务作品的版权归属如何确定？

如果创作者为公司员工，则存在两种不同的做法。在美国和英国等传统判例法国家中，版权偏向于财产权，投资和创作作品的法人也可以成为原始版权所有人，甚至是作者，一般规定在没有相反约定下，职务作品的版权归公司所有。在传统大陆法系国家中，如德国和法国，作品视为作者人格的延伸和精神的反映，故只有自然人才能成为作者，因此，版权归创作作品的作者，公司则可以根据法律规定或者合同约定行使或受让版权。

72. 在作品上署名的就是作者吗？

由于版权随着作品的创作而产生，不需要登记，故判定权利人的时候就比专利和商标要复杂。一般情况下，作者都会在作品上署名，故我们可以根据署名来判断版权的归属。不过，有时真正创作的人并不署名，而没有参加创作的人却进行了署名。此时



图片：Getty Images / Ridofranz

图片: Getty Images / JGallone



要判断版权的归属就比较复杂。在实践中,如果要否定在作品上署名人的作者身份,必须举出强有力的证据,如涉案作品的底稿、原件、合法出版物、版权登记证书、认证机构出具的证明、取得版权的合同等。

版权可以转让,因此当前的版权所有人可能不是最初的作者,不论最初的作者是否在作品上署名。由于各国适用的法律各不相同,转让版权时务必要查阅各国的法律。

73. 演绎作品的版权如何确定?

演绎作品是在原作品的基础上,增加符合独创性要求的新的表达而形成的作品,如将小说由中文翻译为英文、将小说改编为剧本,或者根据照片绘制油画等。演绎者的翻译、改编或者是绘画属于智力劳动,对其最终完成的智力成果享有版权。不过该演绎作品是在原作品基础上完成的,其中实际上包含了原作品作者和演绎作品作者两部分人的智力成果。演绎者本质上只能对自己创作的内容享有权利,但这两方面的内容不可分割,故演绎作品的版权要受到原作品的制约。演绎者如果要对对自己的作品进行商业利用,尤其需要获得原作品版权所有人的许可,否则,其演绎作品就侵犯了原作品作者的版权。在版权制度中,如果没有获得原作品权利人的许可,则演绎作品的作者尽管对其作品中的某些要素享有版权,仍有可能侵犯原作品作者或原作品权利人的权利。如果后续的演绎作品在前面有多个在先作品,如小说改编为剧本,再根据剧本拍摄电影,则拍摄电影需要同时获得小说作者和剧本作者的许可。演绎作品在产业链中的位置越是靠后,则需要在上游获得的许可就越多。

74. 电影作品的版权如何确定?

摄制电影类作品是一个比较复杂的、系统的智力创作过程,要有制片人、电影脚本、导演、摄影、演员、特技设计、美工、灯光、布景等。摄制电影投资巨大,各个创作者都付出了大量的创造性劳动,电影的发行、放映也会带来巨大的商业利益,同时也伴随着巨大的商业风险。如果按照合作作品的规则来确定电影版权的归属,那由于版权过于分散,势必会给电影作品的发行带来众多纷争,严重影响投资人的利益。

根据创作产生版权的原则,首先应当承认电影作品是由编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者创作完成的。同时考虑到制片人的巨额投资和电影作品的商业运作,将电影作品的版权赋予制片人。不同之处是在大陆法系国家,如奥地利、德国、法国、意大利等国家,是认定合作作者将著作权财产权转让给电影制片人或许可其行使。在英美法系国家,如澳大利亚、加拿大、美国、印度、英国等国,则规定在编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者与制片人没有相反约定的前提下,将版权直接推定属于制片人。要确定如何处理这种权利转让、合作作者保留哪些权利,需要查阅各国的法律而定。

至于电影的整体版权与作者个别的版权的问题,各国允许剧本、歌词、音乐作品单独使用。这就意味着他人如果想使用电影的剧本、音乐等作品,只需要从剧本作者、音乐作者处获得许可即可。另外,编剧、导演、摄影、作词、作曲等作者仍享有署名权和获得报酬权。在电影字幕中,都会标注编剧、导演等人的姓名,这就是署名权的体现。有些国家的法律规定,在电影作品整体使用时,导演和剧本、音乐等作者仍然有获得报酬的权利。

《视听表演北京条约》涉及电影和其他视听作品中表演者的相关权。它允许多种国家制度对向电影制片人转让表演者权利进行管理。表演者也可以享有继续获得报酬的权利。

75. 购买作品原件也意味着获得该作品的版权吗？

我们在购买绘画或者是摄影作品原件的时候，由于支付的价格比较高昂，并且掌握了作品的原始载体，可能会产生一种错觉，那就是该作品的版权也已经一并买下。不过根据版权制度，获得了作品原件的所有权并不意味着同时获得了该作品的版权。

我们购买了绘画后，作为所有权人，有权将其挂在客厅供客人欣赏，或者直接在美术馆展出，也可以将其再对外转让。不过，如果我们在画作上署名，冒充自己是作者，那会侵犯作者的署名权；如果是将画作通过出版社出版，那会侵犯作者的复制权和发行权。

一个比较有意思的现象是，我们不能对画作进行涂抹修改，否则侵犯作者的保护作品完整权。不过，如果我们直接将画作放入火炉烧个一干二净，那属于对画作财产权方面的处分，不侵犯版权。另外，这幅画作上同时存在作者的版权和我们的财产权，如果画家要修改这幅画，也需要获得我们的同意，擅自修改则属于对财产权的侵犯。

76. 不同作者创作相同主题的作品会构成侵权吗？

并不会。版权采用“思想和表达二分法”，而主题属于思想的范畴，不属于版权保护的对象。针对同一个主题，不同的人的表达方式并不相同。比如说爱情是文学创作中一个永恒的主题，如果说在最先的作品完成后，后续所有的爱情小说都构成侵权，那显然并不合理。莎士比亚的《罗密欧和朱丽叶》和中国四大古典爱情小说之一的《梁山伯和祝英台》都是著名的爱情悲剧故事，但都属于各自独立的作品。

与此相反，如果相似的并不是主题，而是具体的表达方式，那就容易构成侵权。如果是抄袭了他入小说中的几段话，那就可能构成侵权。不过由于版权是自动产生的权利，故权利人首先需要证明自己的作品完成时间早于涉嫌的侵权人，并且侵权人有机会接触到自己的作品，即要满足许多司法管辖区适用的“接触+实质性相似”的条件。此时，才能够认定在后作品和在先作品相似是后者抄袭所导致的。

77. 什么是版权集体管理组织？

集体管理是版权制度中要求或允许权利人通过集体管理组织 (CMO) 来管理其权利的一种方案。

各自管理版权和相关权可能不一定切合实际。例如，作者、表演者或制作者无法联系每一个广播电台，就其歌曲的使用去和电台谈判如何许可、如何付酬。从广播电台的角度看，让广播电台从每位作者、表演者和制作者那里征得使用每首歌的特别许可也不切实际。集体管理组织为权利许可提供便利，符合双方利益，并为权利人争取经济回报。

目前，大多数国家都在音乐、文字、电影、表演、录音制品等领域建立了集体管理组织。随着复制和传播技术的发展，作品的使用形式也日趋多样化和国际化，权利人全面了解和掌握作品使用情况的难度也越来越大。在这样的形势下，版权集体管理组织的重要性日益增长。

78. 作者在进行创作时应注意哪些问题？

版权所有人对自己的作品享有多种权利，但作者创作自己作品的一个重要前提是不能侵犯他人的版权。作品可以是作者从无到有进行的创作，如写

一部小说、创作一部音乐作品、编一个计算机程序等；也可能是在他人作品上进行再创作所形成的新的作品，如将小说改编成剧本、拍摄成电影、翻译为其他文字等。如果是前一种情况，作者在创作时不能抄袭别人的作品，这种抄袭不单单指原封不动的抄袭，也包括改头换面的抄袭。例如，只是对别人的作品做简单的文字性替换。对于后一种情况，这种创作在后的作品，在使用时就会受到在先版权的限制。如果我们要将小说《哈利·波特》拍摄为电影，那肯定需要获得作者J.K.罗琳的许可。如果一件在后作品上面附着多个在先权利人的版权，那使用该后续作品时需要获得所有的在先版权所有人的许可。

专利权和版权都属于智力成果，都可以对其进行改进，形成新的智力成果。当然，在后的智力成果会受到在先权利的制约。不过，商标属于工商标记，为了防止消费者混淆，商标制度不允许他人对该标记进行改造形成新的商标。在对商标进行实质性审查的国家，获得商标权意味着没有在先的近似商标存在。当然，商标权人可能面临来自其他领域的威胁，如在先的版权、姓名权、企业名称权等。

79. 摄影师有权将自己拍摄的人体肖像公开展览吗？

摄影师在拍摄人体肖像照片时，如果和所拍摄的模特之间有版权归属的协议，则需要按照协议确定作品的归属。如果双方之间没有约定，则包括展览权在内的版权归摄影师所有。不过，摄影师拥有版权并不意味着其有权将该肖像公开展览。

如果摄影师和模特签署的协议并没有约定作品的公开条件和使用方式，则摄影师未经模特同意擅自公开展览该摄影（尤其是在商业环境下），会侵犯模特的人格权和隐私权。

在人体肖像照片中，摄影师的版权和模特的人格权共存，包括控制对模特形象进行使用（尤其是用作商业目的）的能力。这些权利在不同国家的法律体系中以不同方式呈现，可能被定性为人格权、隐私权，甚至“仿冒侵权”。这些权利一般被认为与产权类似。在一些国家，此类权利完全是通过法官形成的判例法发展而来，而在另一些国家，特别是大陆法系的司法管辖区，则是以多种方式编纂而成。

在许多司法管辖区，如果在公共场所拍摄的照片中含有偶然出现在这些地方的人，则摄影师将这些照片用作商业展览或使用的能力会受到限制。通常需要征求同意。可能适用特定例外，比如公众人物或具有新闻价值的事件的照片。

80. 在商场播放背景音乐是否侵犯版权？

目前，很多商场为了营造更好的服务环境，往往会在其营业场所播放音乐。不过，这种行为如果没有事先获得版权所有人的同意，也没有向其支付报酬，则很可能侵犯他人的版权。

版权具有时间性，如果商场播放的不是近期的流行音乐，而是巴赫、莫扎特或者贝多芬的作品，那由于已经超过了版权保护期，不需要再向作者支付许可费。不过，这些作品往往都由当代知名的演奏家所演奏，有些国家规定演奏家对自己的演奏作品也享有相关权，并且这个权利往往并未过50年的保护期。因此，如果没有获得演奏者同意并支付报酬，那会侵犯演奏者的权利。如果商场使用录音制品进行播放，还有可能侵犯录音制品制作者的权利。

81. 通过互联网传播他人的作品需要经过版权所有人的许可吗？

需要，除非在特殊情况下适用限制与例外。根据WIPO成员国通过的WCT和WPPT，通过互联网传播他人的作品、表演、录音制品必须要经过权利人的许可，并且要支付报酬。随着全球互联网技术的迅猛发展，互联网成为人们获取文字、音乐、电影、游戏等作品的重要途径，因此，WIPO成员国经过多年的讨论在1996年通过了这两个互联网版权条约。这两个条约针对数字时代，对《伯尔尼公约》和《罗马公约》中的版权及相关权规定进行了更新。之后，世界各国纷纷修改法律，按照WCT、WPPT模式规定了作品使用互联网进行传播时的版权及相关权。由于互联网传播作品的特点是迅速和海量使用，虽然各国法律都规定了通过互联网传播他人作品要经过权利人许可，但在实践上未经权利人许可在网上传播作品的情况还是比较严重。应该说，互联网的版权保护问题已经成为国际社会共同面临的挑战，各国纷纷从政策法律、执法手段、技术措施等层面寻求解决方案。

82. 什么是版权的合理使用？

包括文学、美术、音乐、电影在内的创造性表达是公众生活中不可或缺的部分。为满足公众获取和使用创造性表达的合理需求并维护公众利益，需要在版权和某些例外之间实现平衡。

《伯尔尼公约》《TRIPS协定》和《WIPO版权条约》都允许成员国对版权及相关权规定限制与例外，但规定了三个前提条件：（1）在特殊情况之下；（2）与作品的正常利用不相冲突；以及（3）没有无理损害作者或权利人的合法权益。以上通常被称为“三步检验法”。本来受到版权或相关权限制的材料，如果符合这三个前提条件，则其使用不需要获得版权人的许可，也无需支付许可费。

限制与例外通常分为两大类型：一般性限制与例外，例如合理使用与公平交易，适用于出现的不同事实情形；具体限制，适用于特定类型的用途，例如新闻报道、教育机构可能的教育用途、非商业个人使用，或图书馆保存资料或服务用户所用。大多数版权体系规定了具体限制与例外。关于合理使用或公平交易的规定也愈发多见。这些一般性例外过去常见于英美法体系，而如今在大陆法系国家也有所采用。

由于“三步检验法”较为抽象，并且目的是允许根据国情对版权及相关权体系进行调整，加入WIPO版权及相关权条约的国家适用此方法的情况各有不同。一般来说，为个人学习、研究或者欣赏进行的复制，很可能基于例外或限制受到允许。不过，如果是复制整部书籍、从网上下载众多盗版电影，在大多数国家都属于侵犯版权。

83. 哪些类型的表演适用限制与例外？

一般来说，对于不同类型作品的绝大多数公开表演都需要某种类型的许可，尽管为某些目的而进行的表演许可费用可能极低或者为零。根据不同国家的法律，决定公开表演是否需要许可的因素各有不同。在一些法律体系中，如果表演者不收取费用，观众不为其付费，则或许可以适用例外。在另一些法律体系中，任何在家中面向直系亲属或一小群熟人之外的聚会都被认为是公开表演，根据版权或相关权，使用这些作品需要获得许可。还有可能以其他理由对公众聚会适用例外，例如在宗教仪式或爱国游行中的音乐表演。

84. 版权作品的法定/强制集体许可和合同/自愿集体许可有什么区别？

世界各地的集体管理方式有所不同，其中包括法定/强制集体管理和合同/自愿集体管理。

二者之间的主要区别在于权利的性质。对专有权而言，许可以自愿授权为基础，适用于全部或大多数权利人。可以禁止使用受保护的作品。许可是集体管理的基本要素。

如果仅仅是获取报酬的权利（本质上为非自愿许可），则无须权利人同意便可对作品进行利用，但权利人有权获得公平报酬。需要通过集体管理来收取报酬并将其分发给权利人。

经验表明，各国根据各自法律、政治、经济和社会现实以及国际义务所采用的不同体系都能够良好运行。

集体管理组织制度的性质也会影响费率（有时称之为使用许可计划）。集体管理组织协商费率时的一项关键准则，就是其标准应当是明确、客观和合理的。发布的使用许可的价格应是公正、平等的。例如，集体管理组织可以考虑对所述权利在相应市场的经济价值进行独立经济研究，以此支持自己提出的费率方案。在评估集体管理组织的许可的合理价值时，须考虑到该交易的所有方面，包括这些权利的价值，以及集体许可通过减少所要进行的许可交易数量为用户带来的收益。

85. 什么是版权标记？

版权标记是通知他人此作品已受版权保护并注明权利人的一种方式，具体为“©”，其中的“c”为版权英文名称“copyright”的缩写。版权标记的规定来自美国版权法，之后《世界版权公约》中也有规定。

不过根据《伯尔尼公约》，享有和行使版权不需要履行任何手续，也不论作品起源国是否对其存在保护。也就是说，版权保护不能受标记之类的手续或形式限制。考虑到就作品及权利人的版权状态提供信息具有实际好处，现在通行的国际惯例是对作品标注版权标记，这样可以清楚表明作品受版权保护，也可以使他人明确版权所有人。对于数字形式的作品，这种信息也可以通过与作品相关的元数据来提供。

图片: Getty Images / Svitlana Unuchko



四、商标权基础知识

商

标

86. 什么是商标？

商标经常被称为品牌，指的是使用在商品或者服务上的一个记号，用来区别商品或者服务的不同来源。不过，“商标”和“品牌”是对同一个事物从不同角度上进行的描述。“商标”强调的是法律属性，“品牌”则强调的是市场营销的功能。注册商标是受法律保护的标志，只有赋予商标新的、丰富的内涵，并进行了很好的传播，使其真正被消费者接纳后，才能成为品牌并形成品牌效应。

企业要打造强有力的品牌，离不开法律的保护。世界各国大部分都使用注册商标制度，未注册商标只能获得非常有限的保护。如果没有预先做好相应的商标注册，那该商标获得知名度成为品牌后，就会成为别人觊觎的“香饽饽”。在群狼环伺的险恶背景下，很难杀出重围。

87. 商标和企业名称有何区别？

企业名称的作用是让一个企业和其他的企业相区分。商标则是商品或服务的标记，用来区分来自不同提供者的商品或服务。在经济生活中，企业名称和商标都可用于区分企业，但不一定能区分企业提供的商品和服务。对于服务企业而言，这种区分就更加模糊，因为企业名称经常也是服务名称；对于产品而言，企业名称和用在特定商品上的商标之间通常有所不同。从企业形象、信誉的角度看，两者亦没有本质的区别，不论商标还是企业名称，都是承载企业商誉的载体。

在实践中，有些企业往往将商标与字号同一并用，如“海尔”集团公司与其产品“海尔”电冰箱；在服务行业，商标与商号同一的现象更为普遍，如“全聚德”既是中国全聚德（集团）股份有限公司的商号，也是其在餐馆服务上的商标。

88. 什么是商标的使用？

商标是用来识别商品来源的标识，故所谓的商标的使用就是将商标使用在那些能用来识别商品来源的地方，如商品、商品包装、商品容器、广告宣传等方面。长城是中国的象征，也被很多不同的企业注册为商标，使用在润滑油、计算机、汽车、葡萄酒等众多产品上。如果是在这些产品或者是宣传产品的广告中使用“长城”字样，那指向的是不同的企业，属于商标的使用。如果我们是在文章中使用“长城”字样，如“不到长城非好汉”，则使用的是“长城”本身的含义，并不指向任何一家企业。此时，这种使用就不是商标意义上的使用，因而不属于商标赋予的专有权范围。

89. 注册商标包括哪些种类？

注册商标根据所使用的对象不同可以分为商品商标和服务商标。顾名思义，商品商标就是使用在商品上的商标，服务商标则是使用在服务上的商标。用在牛仔裤上的“李维斯”就是商品商标，用在航空服务上的“中国国际航空公司”则是服务商标。商品商标出现的历史要早于服务商标，早期的服务都是在商家自己的门店提供，可以通过字号来识别，而商品的销售遍及世界各地，消费者需要商标来识别来源。正因如此，1883年制定的《巴黎公约》中的驰名商标保护起初仅包括商品商标，并不包括服务标记。

注册商标中还有两类特殊的商标，即集体商标和证明商标。集体商标根据《巴黎公约》受到保护，但《巴黎公约》并未明确提及证明商标。集体商标，是以团体、协会或者其他组织名义注册，供“集体”内部的成员使用。证明商标则是由对某种商品或者服务具有监督能力的组织所控制，如果商品/服务达到了该认证机构（或证明商标的持有人）规定的特定标准，则可以使用该证明商标来“证明”自身产品的水准。

90. 什么是驰名商标？

驰名商标这个概念最早出现在《巴黎公约》中，但公约没有对驰名商标的定义作出明确规定。

《TRIPS协定》将驰名商标的范围从原来的商品商标扩展到服务商标，但同样没有对驰名商标的含义作出规定。在学理上，驰名商标通常是指那些在市场上享有较高声誉，为相关公众所熟知的商标。

在商标制度当中，对驰名商标的保护强度要高于普通商标。大部分国家对商标的保护均采用注册原则。未注册的商标，除非经使用已经形成一定影响，基本上不能得到法律的保护，但对驰名商标的保护不以注册为前提。

另外, 驰名商标的保护范围也要大于普通商标, 如果甲的“乐百氏”商标注册在“纯净水”这种产品上, 而乙将这个商标使用在农药上。由于纯净水和农药的差别比较大, 故乙的行为并不侵犯甲的商标权。但如果甲的商标已经驰名, 那乙在农药上使用该商标的行为有可能会让大家觉得甲的纯净水带有农药味道, 这样会影响到甲的利益。在这种情况下, 乙的行为就冲淡了甲的商标的声誉, 很有可能会侵犯甲的商标权。

需要注意的是, 判断是不是驰名商标的主体是相关公众, 而不是所有的人。很多商品都有自己特定的消费群体, 如某些专用的体育装备仅在关注或者从事某种运动的消费群体中比较知名, 不了解这种运动的消费者则可能对那些装备一无所知。因此, 在判断商标知名度的时候, 应当以相关商品所面对的特定消费者等有关的人员作为评估对象。

91. 所有商品上是不是必须要用注册商标?

并不是。对商标进行注册不是使用商标的前提条件。

不过, 使用未注册商标存在巨大的法律风险。世界上许多国家都是按申请商标注册的先后来确定商标权的归属, 谁先申请, 商标专用权就授予谁, 而不问该商标是否已经使用。

企业的商标如果只使用不注册, 那就很有可能被他人抢先注册, 此时该企业只能在原先范围内使用该商标, 无法再扩大使用范围。另外, 未注册商标因为未进行充分的检索, 有可能与他人拥有的注册商标相同或近似, 此时就存在侵犯他人商标权的风险。如果企业投入巨资, 试图将某个未注册商标打造成知名品牌, 那完全就是一种冒险。商标获得注册后, 注册人享有商标专用权, 任何组织、个人、团体不得非法使用该商标, 故此时权利就比较稳定。

92. 什么是商标的显著性?

商标的显著性是指商标可以区别商品或者服务来源的特性。如果某个标识不能起到识别来源的作用, 那就不能成为一件商标。商标的显著性好比是一场马拉松, 赢在起跑线上占据了一定的优势, 但后期持续的经营努力可能更为重要。

企业如果用的商标是自己生造的一个词汇, 如“SONY”“Haier”“KODAK”, 那该词汇自身所具有的显著性就不同于那些现有的词汇, 如“Apple”“Shell”“Amazon”等。不过从商标的知名度来看, 后面的“Apple”等商标恐怕要高于前者, 这充分说明了“后天努力”的重要。

如果商标在取名上犯了错误,如违反了商标注册的禁止性规定,那就意味着失去了参加前述马拉松比赛的资格。如商标的标志和国徽极为近似,则这种标志不会获得注册,也会被禁止使用。该标识即使侥幸获得注册,也会在后续程序中被无效。此种情形好比该标识带有致命的严重先天性疾病,并且是无法治愈的那种,随时都可能死亡。

需要注意的是,商标的显著性与使用该商标的商品、服务相关。如“苹果”用在计算机或者是手机上无疑具有显著性,而用在果汁上则不具有显著性,因为公众都会认为此时“苹果”表达的意思是该果汁由苹果制成。

93. 什么是通用名称?

商标法意义上的通用名称,是指法定或者约定俗成的商品名称。相关公众普遍认为某一名称能够指代一类商品的,应当认定该名称属于约定俗成的通用名称。被专业工具书、词典列为商品名称的,可以作为约定俗成的通用名称的参考。通用名称是某一类商品共同的名称,不能用来指明商品的出处,故不具有显著性,不能作为商标受到保护。

在市场经济中,如果由于商标权人不当以商标指代自己的商品,或同行业者纷纷效仿而商标权人不积极维护自己的商标权利,使得商标最终成为某类商品的通用名称,那该商标就起不到识别商品来源的作用,不能再作为商标。

94. 哪些元素可以作为商标?

商标要发挥识别功能,需要通过人体的感觉来实现。我们接受外界信息的主要器官包括眼睛、耳朵、鼻子等,其中最主要的无疑就是眼睛。因此在现实中,能够被眼睛看到的各类商标最为常见。

《TRIPS协定》也规定,各国可以规定,只有视觉可见的商标才能获得注册。

在视觉可见的商标中,组成商标的元素包括文字、字母、数字、图形和颜色的组合。当然,一个商标中也能同时存在前述两种以上的元素,如微软的商标就同时包含了字母和图形两个要素。

《TRIPS协定》中所规定的组成商标的元素中,并没有提及三维标志是否可以作为商标注册。不过,美国、中国、欧盟等很多国家和地区都立法明确规定三维标志可以作为商标,也就是立体商标。常见的立体商标示例,如可口可乐的玻璃瓶、费列罗巧克力的球形包装,以及之宝打火机的外形等。在实践中,各国普遍对立体商标的注册审核远比普通商标严格,只有那些经过了长期使用,从而取得显著性的立体标识才能作为商标获得注册。

声音商标作为一种非传统商标,由于能带给消费者更多的心理暗示,也具有自己的优势。许多知名企业都拥有自己特有的声音标志,如电影开头听到狮子的吼叫声就会意识到该电影是米高梅出品,摩托罗拉手机的“Hello Moto”更是耳熟能详。目前,美国、中国、欧盟及其成员国等都已经明确承认声音商标。

通过鼻子来分辨的气味商标则比较少见。一些比较典型的案例,如美国商标评审与上诉委员会于1990年同意对在缝纫线上的一种鸡蛋花的气味予以注册。



图片: Getty Images / Nikada

95. 为什么有些标志不得作为商标使用？

商标是连接消费者和商品生产者之间的一个桥梁，能帮助消费者认牌购物。消费者在看到某个商标的时候，就能够联想起该商品的来源。不过，如果商标标识和国家的名称、国徽等近似，那不仅不能区分商品或服务来源，恐怕更会对商品或服务的来源造成误导，从而有损国家尊严。又比如，某个商标带有侮辱他人宗教信仰，或者带有种族歧视的含义，那自然不能作为商标使用。

又比如，某个商标明显夸大宣传并带有欺骗性，如在打火机上注册“纯白金”，消费者看到了容易误解为该打火机就是用纯白金制作，故此类标识也不能成为商标。

96. 商标权的保护范围如何确定？

商标是由商标标识和该商标所使用的商品或服务两个要素组成，如使用在电脑上的“苹果”商标和使用在智能手机上的“苹果”商标就是两件不同的商标。因此，申请人在申请商标时，需要同时确定商标的标识和所覆盖的商品或服务。

不过，商标的保护范围并不以商标证上所确定的标志和商品为限，而是可以适当扩展，不然商标的保护范围很容易被绕过。如“OLAY”和“OKLY”，“adidas”和“odidas”就极为相似，消费者一不注意就会发生混淆。又比如矿泉水和汽水都属于饮料，如果把别人注册在矿泉水上的商标使用在汽水上，也容易引起消费者的混淆。在判断两种商品是否类似时，《尼斯协定》中规定的《商标注册用商品与服务国际分类表》在众多国家获得了广泛使用，可以作为重要的参考。

97. 如何判断商标是否侵犯现有商标权？

在判断是否构成侵犯商标权时，需要考虑的两个维度就是商标标识的近似程度和商标所指定的商品的类似程度；以及是否容易导致混淆。如果商标名称都叫“北极熊”，使用的商品一个是洗衣粉，另一个是电冰箱，因为商品差别巨大，消费者不容易发生混淆。此时，两商标井水不犯河水，完全可以和平共处。如果双方都是使用在手机上的商标，一个名为“华为”，一个名为“Apple”，两件商标差别巨大，也互不侵犯。

在判断商标标识是否相同时,常用参考标准为“相关公众的一般注意力”能否区分,通过“整体观察”“隔离比对”的方式进行。这种方式本质上就是模拟我们消费者在市场认牌购物的情形。在超市中,消费者如果想要购买自己喜欢的品牌商品,一般都是根据自己记忆中的该品牌的样子去寻找,找到后也不会非常细致地去确认,大致扫一眼就会放进购物篮。但不同种类商品的相关公众并不是同一个群体,施以一般注意力的程度也有区别。比如医疗器械的相关消费者一般具有专业知识,又如购买珠宝首饰时消费者的注意力会明显高于在超市采购日常消费品。

在判断商品的类似程度时,需要考虑商品的功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等因素。可乐和矿泉水都是解渴的饮料,通常放在超市的同一个货架上,属于类似商品。在具体判断时,《尼斯协定》所提供的商品和服务分类则是一个重要的参考。当然,如果有充分的证据证明两件商品虽然不属于同一个类别,但消费者会认为它们之间存在特定的联系,那也可以尝试推翻分类表。

98. 什么是商标注册用商品和服务国际分类表(尼斯分类)?

为解决商标注册用的商品和服务统一的分类问题,《尼斯协定》于1957年6月15日在法国尼斯签订,并于1961年4月8日生效。该分类表将商品分为34大类,服务项目分为11大类,为商标检索、商标管理提供了很大方便。如中国和日本等部分国家,又将每类别中的项目细分为不同的小类,称为群组,每一群组的商标通常为类似商品,以帮助申请人更直观地理解注册项目的近似关系及受保护的范围。

中国的《类似商品和服务区分表基于尼斯分类第十一版》(2017文本),第二十五类为“服

装、鞋、帽”,共有13个类似群组。其中,2501群组“衣物”中,共有“工装裤250010”“工作服250010”“毛衣250034”“套头衫250034”“衬衫250042”“短袖衬衫250044”“服装*250045”等数十种商品。我们在申请商标时,要填写的是具体的商品名称,如“毛衣”,而不是群组名称“衣物”,更不是类别名称“服装、鞋、帽”。

99. 什么是商标的注册原则?

商标作为连接企业和消费者之间的桥梁,其生命在于使用而不是注册。商标的使用形式包括使用在商品上、商品包装上,或者是使用在广告宣传上等。在很多企业眼里,大规模的广告宣传正是提高商标知名度的重要途径。现在问题就来了,既然商标的使用如此重要,那为何各国在立法中都倾向于按照注册时间的先后来确定商标权的归属,而不是倒过来按照使用时间的先后来确定归属?

按照注册时间的先后来确定归属虽然有些僵化,缺乏灵活性,不利于保护商标在先使用人的利益,但能使商标权的归属明确,有利于行政机关对商标的管理,发生商标所有权的争议时也容易辨别。根据使用的先后来确定归属,则强调了在先使用人的权利,但缺乏稳定性,发生争议的时候也不利于调查取证。由于此时商标权并不稳定,企业也就不敢花费大量的成本去提高自己商标的知名度。两相对比,注册原则比使用原则具有更多的优越性,故许多国家采用注册原则。

100. 什么是商标的形式审查制和实质审查制?

对于商标注册的审查程序,世界各国主管机构主要存在两种做法:实质审查制和形式审查制。实行审查制的国家,主管机关会对商标申请进行形

式审查和实质审查。商标申请符合注册条件的,予以核准注册;不符合注册条件的,予以驳回。实行形式审查制的国家,主管机关仅仅对商标注册申请的文件、手续等材料做形式审查,申请书件和手续符合规定条件的,予以注册,类似于登记。在实行实质审查制度的国家,审查范围也存在不同。有的国家实行全面审查,除了要审查商标申请是否违反法律的禁止性条款,还审查该申请是否和他人注册在先的商标存在冲突,如美国、日本、中国等国家。有的则仅审查商标申请是否违反法律的禁止性条款,如英国、欧盟及其成员国。

101. 什么是商标异议和商标无效制度?

在很多国家的商标制度中,商标申请通过形式审查,在授权之前会先向社会公开。如果有人认为该商标申请与商标法中的禁止性条款相冲突,或与自己的相关权益相冲突,就可以提起异议,阻止该商标获得注册。如果公众因为各种原因错过了异议程序,那在商标获得注册后,只能通过商标无效制度来进行救济。商标无效制度就是让已经获得注册的商标失去效力,彻底“归零”。

在维护商标权人的利益方面,商标异议制度明显优于商标无效。在异议程序中,商标申请尚未获得注册,异议人属于“渡河未济,击其中流”,占据了有利地位。商标无效则是在对方商标已经注册后所提起的新挑战,在无效成功之前,涉案商标都处于有效状态。另外,对商标无效可能需要最终经过司法审查,程序往往会比较长。

102. 什么是商标代理?

顾名思义,商标代理就是商标申请人委托商标代理机构(或代表),为自己办理商标注册申请以及

一系列配套的商标服务。办理商标事务的要求和法律规定非常复杂,且常常耗时一年半载,中途的变量又非常多,需要非常熟悉法定程序和环节。商标代理公司经过长期的实践和经验积累,已经能够相对准确地判断当前的情况,熟悉商标评审的机制和规则,可以更好地帮助客户解决问题。此外,如果申请人在提出申请的国家没有经营场所或住所,因此没有服务地址的话,许多国家会要求这样的申请人通过代理人与主管部门打交道。

103. 什么是联合商标?

商标的保护范围涉及商标标识与其指定使用的商品和服务两个因素。商标申请人如果要扩大自己商标的保护范围,防止被别人“傍名牌”,可采用的策略就是注册大量的近似商标,以及扩展所注册的商品范围。

商标所有人在同一种商品或类似商品上注册使用的若干个近似商标通常被称为联合商标。联合商标就是一个由多件近似的商标标识所“联合”而成的一个集体,如中国娃哈哈公司为保护“娃哈哈”商标,又注册了“哈娃娃”“娃娃哈”“哈哈娃”“笑哈哈”“WAHAHA”“WA HA HA”等商标。

104. 什么是防御商标?

商标所有人在不同类别的商品或服务上注册若干个相同的商标,则被称之为防御商标。防御商标就像是一块抵挡箭矢的盾牌,扩大商品和服务的类别就是提高盾牌的防御面积。中国的联想集团就将“LENOVO”商标在全部类别上都进行了注册。

商标所有人有使用商标的义务,如果连续三年并未使用,那该商标会被撤销。在很多国家,包括中国,并没有对联合商标和防御商标网开一面。如果商标所有人仅仅使用了其主商标,那联合商

标和防御商标都存在因不使用而被撤销的风险。不过,只要没人提起撤销,则相关商标依然是有效的商标,可以用来抵挡他人的注册。这种策略,其本质就是花钱占坑保平安。

105. 商标的保护期限有多长?

根据《TRIPS协定》,商标的保护期限不得少于7年,注册期通常都是10年。另外,商标可以无限续展,每次续展的期限同样不得低于7年。专利和商标同样属于工业产权,但商标可以续展,而专利却不可以。

本质上,商标属于工商业标记,其价值源自其在商业使用中产生的商誉。如果商标不能续展,那到期后商标不再受到保护,商标权人的大量投入也会付之东流。同样,消费者也无法像原先一样认牌购物,影响市场秩序的稳定。而专利属于智力成果,价值来自发明人的智力创造,并且解决某个技术问题的途径往往是有限的。如果专利能够不断续展,那意味着权利人就无限期地垄断某项技术,这显然会影响科技进步,损害公共利益。

106. 为什么商标权人有使用商标的义务?

同样是工业产权,专利权人如果不使用或者不充分使用专利,导致的负面影响也就是该专利被强制许可,一般不会导致该专利失去法律保护。不过,商标权人需要承担实际使用商标的义务。如果该商标超过连续3年不使用,则会被撤销注册。

商标的生命在于使用,长期不使用就无法发挥商标作为识别商品来源的作用。这样的商标在法律上虽然存在,但在实际中并未发挥作用。另外,商标申请人在给商标取名时,也往往希望能够取一个

好听、好记、识别性强的名字,但这样的资源总是有限的,故及时清理商标注册簿,消灭那些长期未使用的商标,有利于商标注册资源的优化利用。

107. 什么是可能和商标权发生冲突的在先权利?

在法律体系中,不同的权利经常会发生冲突,商标权也不例外。与商标权发生冲突的在先权利主要包括商号权、版权、外观设计权、姓名权、肖像权等。

商标为识别商品来源的标识,而商号(字号)则用来识别不同的企业,两者本质上都属于商业标识。如果有人将知名企业的字号,如“宝洁”注册为商标,就会侵犯宝洁公司的字号权。

在可以构成商标的各种元素中,图形和乐曲同时也是版权法所保护的对象,如果未经许可将他人享有版权的美术作品或音乐作品注册为商标,就会侵犯他人在先的版权。

商标可以是由三维标志组成,而外观设计为富有美感并能在工业设计中使用的新的设计,该新设计往往也都是三维的,故商标权同样可能与在先的外观设计权产生冲突。

姓名权和肖像权属于人身权利。在各国的实践中,如果申请人的名字和某个名人相同,则申请人即使是用自己的名字申请注册为商标,商标管理机构也往往会因为其超出合理使用的界限从而损害公共利益或与名人姓名权冲突而不予注册。

108. 什么是商标的独占许可、排他许可和普通许可？

商标的独占许可，是指在一定时间内，在商标权的有效地域内，商标权人只许可一个被许可人使用其商标，且商标权人自己也不得使用该商标。排他许可，则是除了商标被许可人外，商标权人自己也能使用该商标，但不能再对外许可。普通许可，是指除了被许可人和商标权人都能使用该商标外，商标权人还可以继续许可其他人使用。

在这三类许可中，独占许可中被许可人的权限最高。在发生侵犯商标权案件中，因为被许可人是唯一的一个使用人，受到的利益损害最大，故很多国家的法律授予其单独提起诉讼的权利。如果是排他许可，那被许可人的权利则弱一些，往往只能和商标权人共同提起诉讼。在商标权人不起诉的情况下，才能单独提起诉讼。如果是普通许可，那被许可人只是多个商标使用人中的一个，除非获得商标权人的特别授权，否则不能单独提起诉讼。

109. 为什么商标不适用强制许可？

专利中的发明和实用新型都存在强制许可，版权也存在法定许可，但商标领域却不存在强制许可制度。这是因为强制许可的对象应当是智力成果，而商标的本质是一种工商业标记。

假定发生健康危机，必须大规模制造A公司享有专利的某种专利药品。此时，对制造该药品的相关专利进行强制许可具有正当性，但药品生产出来之后，没有必要再标注上A公司的商标。该药品上是否标注商标，并不会影响到药品的疗效，标注了商标反而会让公众误认为该药品来自于A公司而不是被许可人。

110. 什么是商标注册标记？

国际上通用的注册商标标记是®，即英语单词“register”首写大写字母，表示已经注册的意思。有些企业使用的™是英语单词“Trade Mark”首写字母的缩写，表示所标注的是商标，可能是未注册商标或者正在申请注册过程中的商标。另外，商标所有人标明注册标记是一种权利而不是义务。这意味着他可以标注注册标记，也可以不标注。

111. 什么是商标的叙述性使用？

现代商标法中允许商标中存在非显著部分，如“可口可乐”中的“可乐”。原先不具备固有显著性的要素也允许在通过使用获得显著性而进行注册，如“五粮液”原指代五种粮食酿造的白酒。

在商标获得注册后，如果禁止他人使用“可乐”这个词汇，会有损公共利益。如果真是这样，恐怕“百事可乐”就没机会出现了。为此，《TRIPS协定》中规定，各成员可对商标所赋予的权利规定有限的例外，如描述性术语的适当使用，只要这些例外考虑到了商标所有人和第三方的合法利益。

另外需要注意的是，这里指的商标的叙述性使用，前提是该种使用属于商标意义上的使用，如使用在商品上。如果这种使用并不是商标意义上的使用，如在这本书中提到“可口可乐”，因为没有用来指明商品的来源，不属于商标的使用，也就根本谈不上“叙述性使用”了。

112. 什么是商标的指示性使用？

商标作为商标所有人的重要资产和参与市场竞争的利器，理论上商标权人应当可以禁止其他任何人未经许可使用其商标。不过，在现实的商业经

营活动中,有些使用人使用别人商标的行为具有一定的正当性,他们需要使用别人的商标来让公众了解自己产品有关的真实信息。

以“Apple”电脑为例,电脑销售商、维修商以及零配件提供商为了说明自己所销售的商品或者提供的服务,有必要使用苹果公司的商标。不过,这种使用行为如不注意,也容易跨过合理的边界,侵犯商标权人的利益,如独立销售商将自己包装为特许经销商,将二手电脑冒充新品销售等。

113. 商标的撤销和无效有什么区别?

商标的撤销和无效都会导致商标权丧失,不过这两种程序之间也存在显著的区别。商标的撤销是因为商标在使用过程中发生了问题,比如说商标权人擅自改变商标标识,改变商标权人的信息等,导致的后果是商标权从撤销之日起失效。如某商标2016年1月13日获得注册,2018年因使用不当被撤销并于2018年6月14日予以公告,则商标权是在2018年6月被撤销。

商标的无效则是该商标在申请注册的时候就存在问题,属于“先天不足”,如该商标与国家名称近似,损害公共利益等。前述商标如果是被无效,则商标权是从2016年1月就丧失,自始不存在。

114. 什么是商品的平行进口?

随着经济全球化的发展,很多知名品牌都在海外建立生产基地,产品行销全球。当然,这些产品虽然使用的是同一个商标,但在具体的技术指标上可能有所差异,价格也并不相同。于是,就有一些商人专门从事倒买倒卖,将商品从低价位国家销售到高价位国家。这种商品与假冒商品相比,来自合法的生产商,商品上的商标也是真实的,属于“正品”。由于这种进口产品的行为不同于一般的仿冒产品或黑市产品的进口,因此被称为“平行进口”或“灰色市场”。

平行进口问题是区域市场分割不平衡的一个副产品,拥有商标的企业试图通过不同的价格策略分割市场,尽可能获取更高的收益,而价格差本身会刺激商品从低价格市场流动到高价格市场。商品在合法售出后,商标权人就无法再依赖商标权在市场上对其进行干预,否则就会影响市场交易,这就是权利穷竭理论。然而,迄今为止,国际上对于商标权的权利穷竭并无一致做法。



五、其他知识产权基础知识

其他
知识
产权

115. 为什么要保护集成电路布图设计？

集成电路是把一定数量的常用电子元件，如电阻、电容、晶体管等，以及这些元件之间的连线，通过半导体工艺集成在一起的具有特定功能的电路，又被称为芯片或半导体。集成电路是当今信息技术产业高速发展的基础和动力，其技术水平和发展规模已成为衡量一个国家产业竞争力和综合国力的重要标志之一。

集成电路的创新之处在于集成电路中元件、线路在三维空间的排布方式，也就是所谓的集成电路布图设计。独立开发一种新的超大规模集成电路，往往需要花费数年时间和几百万美元，而集成电路投入市场后，非法复制的成本只有数万美元。集成电路布图设计由于其自身的特点，无法通过现行的专利制度或版权制度来保护，故需要特别立法来进行保护，禁止对集成电路布图设计的非法仿制。

116. 集成电路布图设计和外观设计有何不同？

集成电路布图设计和工业品外观设计有些类似，都属于图形设计，但双方存在实质性的差别。外观设计是从“外部”就能看到的“设计”，注重美感。集成电路布图设计是电子元件及其连接情况的立体排列，首要考虑的是技术方面的功能。集成电路的设计主旨在于通过电子元件的特定排列，提高集成度、节约材料、降低能耗，这些很难达到专利制度中创造性的要求。为此，集成电路布图设计无法通过专利制度进行保护。

117. 集成电路布图设计和版权有何不同？

版权中的图形作品，外在表现形式是文字、图形或者符号，用来表达作者的一定思想，是其人格的一种延伸。同样的一个故事，不同的作家会给出截然不同的描述。如在武侠小说作者中，不同作家的风格截然不同。金庸文风浩瀚澎湃，大气磅礴；梁羽生文字风格文雅，文学底蕴浓厚；古龙文风剑走偏锋，奇诡艳丽。

不过，集成电路则是通过电子元件及其连线来实现某种电子功能，即使存在所谓的设计思想，也必须服从相应的电子功能，设计者并没有太多的表达自己个性的空间。因此，集成电路布图设计也无法通过版权制度来进行保护。

集成电路布图设计权作为一种独立的知识产权，其特点介于版权和专利权之间，更接近版权，故也被一些学者称为“工业版权”。版权制度不排斥他人独立创作出类似的作品，集成电路布图设计专用权同样如此。

在保护强度上，布图设计专用权要弱于版权。布图设计专用权允许他人对布图设计进行反向工程，仅禁止那种毫无创新的复制。也就是说，如果对现有的布图设计进行适当的修改，则很可能不构成侵权。不过在版权领域，适当修改并不能免除侵权之嫌。

此外，布图设计专用权的保护期限也远低于版权。布图设计的保护期限为十年，从提交注册申请之日起或自世界任何地方首次进行商业利用之日起计算。在版权制度中，自然人作品的保护期在大多数国家是作者终生加去世后50年，法人作品的保护期是作品完成后50年。

118. 什么是植物新品种权？

顾名思义，植物新品种指的是一种新的植物品种。这种品种可以是人工培育的，也可以是野外发现的。受到植物新品种制度保护的品种需要具备新颖性、特异性、一致性和稳定性。植物新品种制度和专利制度中存在较多的共性，故以前德国、法国等国家都通过专利制度来保护植物新品种。不过由于专利涉及众多的技术领域，而植物新品种仅保护新的植物品种，存在很多特别之处，故目前多数国家都通过制定特别法的方式来保护植物新品种。

品种权获得授权后，权利人享有的专有权通常包括他人未经品种权人许可，不得为商业目的生产或者销售该品种的繁殖材料等。如果一个植物新品种被授予品种权，则他人不经权利人同意，不能擅自栽培该品种，也不能销售其树苗。

119. 什么是植物新品种的新颖性？

植物新品种保护制度在制定时，也借鉴了专利制度中的许多内容，但也有自己的特点。在专利制度中，相关技术方案如果在文章中发表、在公开场合使用或者是在广播电视中播放，都会破坏新颖性。不过破坏植物新品种新颖性的方式只有一种，那就是在市场上公开销售。这是因为植物新品种领域的特殊性，仅凭借文字等方面的内容，无法让相关技术人员复制出该新品种，只有在市场上能够获得该品种的种子等繁殖材料才能实现重复生产。

120. 什么是植物新品种的特异性？

植物新品种保护制度里的“特异性”相当于专利制度中的创造性，各种不同的植物品种之间特性各不相同，没法用“创造性”来评价，故引入了“特异性”的概念，要求新品种和已知的植物品种之间有明显的区别。

121. 什么是植物新品种的一致性和稳定性？

植物新品种权中的一致性和稳定性就好比是专利制度中的实用性。在专利制度中，具有实用性的发明，应该可以在工业中大规模的应用。同样，获得品种权保护的植物新品种也需要能大规模的使用，因此用该品种繁殖出来的下一代应该在相关特征上一致。如果某种红色菊花的种子，生长出来的下一代是五颜六色的，那恐怕就不符合一致性的要求。

另外，植物品种还存在一个退化的问题，故还需要经过时间的考验，看能否保持品种特性的稳定。如果某种小麦今年的亩产量为750公斤，第二年产量降为500公斤，第三年只剩下400公斤，则显然不符合要求。

122. 什么是地理标志？

俗话说“一方水土养一方人”，很多地方都有不同的特产。同样的一种产品，不同地方出产的风味也会不一样。以葡萄酒为例，好葡萄酒是种出来的，因为葡萄酒的品质取决于原料和酿造技术。葡萄的品种、气候、土壤、湿度、葡萄园的管理以及葡萄酒的酿造技术是决定葡萄酒好坏的六大因素。如产于法国香槟地区的香槟起泡酒，就因其品质和特点而闻名。

又如中国名茶洞庭湖碧螺春，纤细多毫，卷曲呈螺，嫩香持久，滋味鲜醇，回味甘甜。云南普洱茶中，熟茶陈香显著、汤色红浓、滋味醇厚，口感爽滑、回甘绵长；生茶则香气纯正、汤色橙黄、滋味浓厚、回甘生津。

在知识产权领域，对于这些质量或者特征完全（或主要）取决于该地的地理环境的知名产品，往往用其所在地的地理名称来指代其来源，该地理名称经过注册后就被称作为地理标志，或者是原产地名称。

123. 地理标志和商标有何不同？

地理标志和商标都是指代商品来源的标志，但地理标志指向的是一个源自特定地区因而具有该地区所赋予的独特品质的特定产品，而商标指向的是一个特定的企业。商标的声誉来源于企业的精心经营和宣传推广，而地理标志的声誉源自大自然的恩赐和本地的历史文化遗产。也正因如此，商标可以转让，而地理标志则不能转让给该地区之外的其他人。

124. 什么是不正当竞争行为?

根据《巴黎公约》的规定,不正当竞争行为指的是在工商业事务中违反诚实的习惯做法的竞争行为。在《巴黎公约》中,特别指出要禁止如下不正当竞争行为:

(1) 具有不择手段地对竞争者的营业所、商品或工商业活动造成混乱性质的一切行为;

(2) 在经营商业中,具有损害竞争者的营业所、商品或工商业活动商誉性质的虚伪说法;

(3) 在经营商业中使用会使公众对商品的性质、制造方法、特点、用途或数量易于产生误解的表示或说法。

125. 什么是商业秘密?

商业秘密也被称为未公开信息,需要符合以下几个条件:(1) 具有秘密性,公众普遍并不知晓;

(2) 因为保密而具有商业价值,如没有价值也就不能成为知识产权中的一员;(3) 信息的合法控制人采取了合理的保密措施。

一般来说,大多数知识产权保护的对象都需要公开,专利、商标和版权的保护对象都是如此。不过,商业秘密获得保护的前提是“秘密性”,公众并不知晓其内容。因此,在很多情况下,商业秘密具有更大的竞争优势,也引起了公众的日益关注。

126. 专利保护和商业秘密保护有何不同?

如甲公司的某项技术方案获得了专利授权,则别人的技术只要落入到该专利保护范围内,那就构成专利侵犯,不管该技术是自己研发还是抄袭甲公司的专利技术。商业秘密的保护则不同,侵犯商业秘密的一个重要前提是获得该信息的途径违反诚实的商业做法,如通过盗窃、贿赂的方式获取。如果他人是通过自己开发或者是通过反向工程的方式破译了该项技术,那就不构成侵犯商业秘密。

不过,这并不意味着专利制度的保护在任何方面都优于商业秘密。专利的保护有期限限制,而商业秘密只要保密措施得当,则理论上可以永远获得保护,如可口可乐的配方就是如此。另外,如果甲公司要求保护的发明创造是一种方法而不是产品,那取得对方使用该方法的证据就比较艰难,而缺乏证据也就意味着难以通过诉讼的方式来维权。在这种情况下,如果该方法不容易被破译,那通过商业秘密来保护其实更为适宜。当然,商业秘密保护的前提是该技术属于“秘密”,如果别人公开了相同的技术,那商业秘密也就失去了意义。另外,如果权利人要将自己的技术进行商业化运作,如作价入股、许可他人使用等,那专利显然要比商业秘密更为适宜,毕竟使用该技术方案的人越多,泄密的风险也越大。

总的来说,是申请专利还是通过商业秘密来保护,需要综合各项因素来考虑。

127. 传统文化应当如何进行保护?

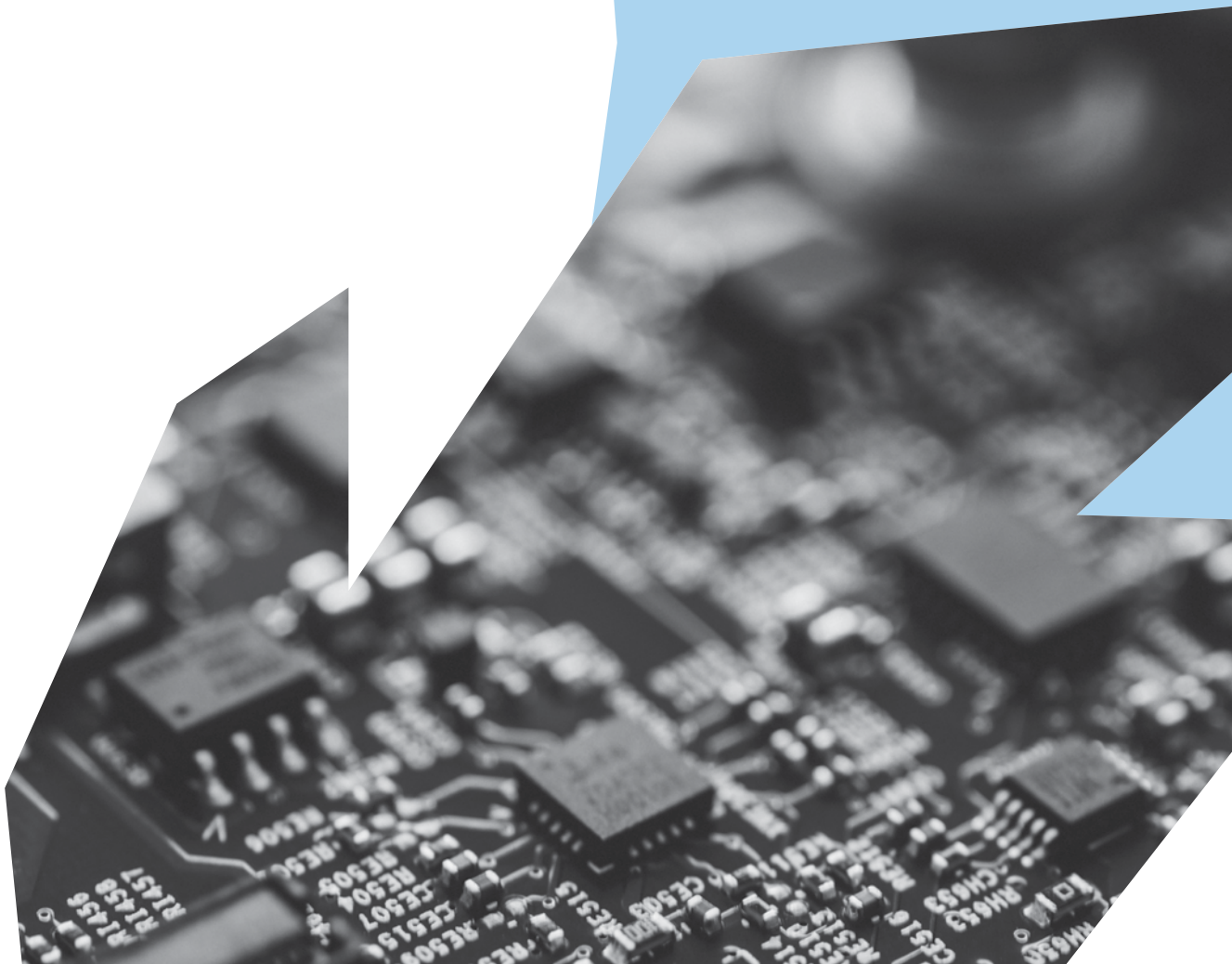
传统文化就是文明演化而汇集成的一种反映民族特质和风貌的文化,是民族历史上各种思想文化、观念形态的总体表征。传统文化主要包括民间文学艺术、传统工艺及民间民俗三大类。

国际社会对传统文化应当予以保护早已达成共识，但应当采取何种法律保护模式却一直存在争议，尤其是在通过知识产权制度进行保护方面分歧更大。在实践中，对传统文化保护主要有版权保护、工业产权保护、反不正当竞争法保护、文化遗产法保护以及特殊权利保护等。中国则制定了《非物质文化遗产法》，对传统文化进行保护。

128. 国际社会对遗传资源是如何保护的？

在1992年《生物多样性公约》通过之前，遗传资源被视为人类共同的财富，不属于法律保护的对象。在这阶段，发达国家凭借自身的技术优势，从发展中国家取得遗传资源进行开发利用，获取大量的经济利益。

1992年，《生物多样性公约》的通过，确立了遗传资源国家主权原则。成员国可通过“事先知情同意”和“共同商定条件”的方式，分享利用遗传资源所产生的利益。2002年通过的《关于获取遗传资源并公正和公平分享通过其利用所产生惠益的波恩准则》（简称《波恩准则》），确定了一个自愿性的关于遗传资源取得与惠益分享的程序指南。2010年通过的《名古屋议定书》，则对采集生物以及具体利益的分配提出了明确的规则，进一步完善了惠益分享机制。有些国家在专利制度之下也纳入了有关遗传资源保护的条款，例如，中国《专利法》的第五条就规定，对违法获取或者利用遗传资源，并依赖该遗传资源完成的发明创造，不授予专利权。



主要参考文献

主要参考文献

- 崔国斌：《专利法：原理与案例》，北京大学出版社2016年版。
- 董涛：《专利权利要求》，法律出版社2006年版。
- 黄晖：《商标法》，法律出版社2016年版。
- 刘春田主编：《知识产权法》，高等教育出版社、北京大学出版社2000年版。
- 刘银良：《知识产权法》，高等教育出版社2010年版。
- 沈仁干、钟颖科：《著作权法概论》（修订本），商务印书馆2003年版。
- 王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社2014年版。
- 吴汉东、刘剑文等：《知识产权法学》，北京大学出版社2002年版。
- 吴汉东：《知识产权总论》，中国人民大学出版社2013年版。
- 尹新天：《中国专利法详解》，知识产权出版社2011年版。



世界知识产权组织 (WIPO)
34, chemin des Colombettes
P.O. Box 18
CH-1211 Geneva 20
Switzerland
瑞士

电话: +41 22 338 91 11
传真: +41 22 733 54 28

WIPO驻外办事处联系方式请见:
www.wipo.int/about-wipo/zh/offices

WIPO第1056C号出版物
ISBN 978-92-805-3047-6