

知识产权法前沿问题研究 (第三卷)

ZHISHI CHANQUANFA QIANYAN WENTI YANJIU
(DISANJUAN)

冯晓青 江锋涛◎主编

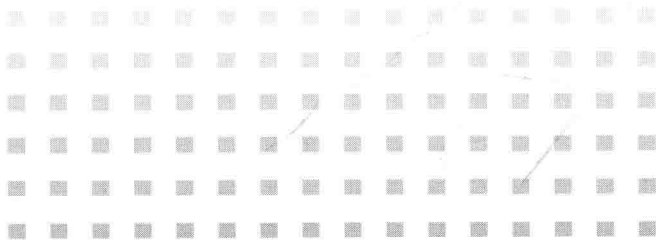


中国政法大学出版社

知识产权法前沿问题研究 (第三卷)

ZHISHI CHANQUANFA QIANYAN WENTI YANJIU
(DISANJUAN)

冯晓青 江锋涛◎主编



中国政法大学出版社

2017·北京

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

图书在版编目（CIP）数据

知识产权法前沿问题研究. 第3卷/冯晓青, 江锋涛主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2016. 11

ISBN 978-7-5620-7160-0

I. ①知… II. ①冯… ②江… III. ①知识产权法—研究—中国 IV. D923.404

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第271533号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm×960mm 1/16
印 张	39
字 数	650 千字
版 次	2017 年 1 月第 1 版
印 次	2017 年 1 月第 1 次印刷
定 价	99.00 元

主编简介

冯晓青，男，湖南长沙人。中国政法大学知识产权法研究所所长、教授、博士生导师，知识产权法国家重点学科负责人及学术带头人，中国政法大学无形资产管理中心主任，北京大学法学博士、中国人民大学法学博士后。兼任中国知识产权法学研究会副会长、中国知识产权研究会学术顾问委员会委员兼常务理事、最高人民法院案例指导工作专家委员会委员、最高人民法院知识产权司法保护研究中心首届研究员、最高人民法院案例指导工作（北京）研究基地专家咨询委员会委员、中国律协知识产权专业委员会委员、中国审判研究会知识产权审判理论专业委员会委员，北京天驰君泰律师事务所律师，Chinese-European Arbitration Center 仲裁员，北京、深圳、南京仲裁委员会仲裁员。

主持国家社科基金重大项目、一般项目各 1 项，主持教育部项目 2 项。先后获得第二届全国十大杰出中青年法学家提名奖（1999）；教育部新世纪优秀人才支持计划（2010）；首批国家知识产权专家库专家（2012）；首批全国知识产权领军人才（2012）；首届北京知识产权十位有影响力人物（2013）；中国政法大学首批优秀青年教师培养支持计划学者（2013）；国家百千万人才工程有突出贡献中青年专家（2014）、享受政府特殊津贴专家（2016）等荣誉。

江锋涛，男，重庆垫江人，恒都律师事务所创始人，合伙人委员会主席。江锋涛律师具有十五年以上的法律服务从业经验。自 2010 年 12 月 10 日创立恒都以来，凭借专业的理论知识、深厚的法律素养、丰富的谈判技巧，江律师携团队帮助客户处理了多起重大、复杂、疑难的争议解决及知识产权案件并取得了卓越成绩；同时，在资本运作、私募股权投融资、并购重组、企业上市等领域拥有丰富的实践经验，率团队完成了多宗境内外复杂交易，在业界享有极高美誉。恒都新五年规划中，江律师将继续带领恒都坚持以“综合法律事务”为

基础、以“知识产权、资本市场”为核心、以“争议解决”为后盾的业务格局，为境内外客户提供最高质量的法律服务，实现全国知名综合性律师事务所的阶段性的目标。

凭借在所涉领域的突出表现，获得“中国顶级律师”、“领先律师”、“业界卓越律师”、“行业领导者”、“中国十五佳诉讼律师”、“中国十佳知识产权诉讼律师”、“中国第三届百强大律师”等诸多荣誉称号，并受邀兼任中国廉政法制研究会理事、中国法学会律师法学研究会特邀研究员、中国政法大学知识产权中心研究员、云南大学法学院教授、云南大学法学专业北京校友会会长、中国人民大学亚太法学研究院东南亚法律研究所研究员、北京知识产权研究会副会长、北京东城区青联委员、AIPPI 专职委员等社会职务。所获得的荣誉奖项及担任的重要职务均获得业界人士的高度评价与肯定。

目前，江锋涛律师为中国石化、中国医药集团、中国北车、华侨城、华为、华润集团、青岛啤酒、伊利乳业、美的集团、潍柴控股、腾讯、比亚迪、东阿阿胶、农夫山泉、安琪酵母、养生堂、仁和集团、乐视网、道康宁、金佰利、好丽友、傲胜国际等多家国内外大中型企业提供全面、优质的法律服务。在知识产权领域，每年至少处理一起标的额过亿的重大知识产权纠纷。在这些典型案件的处理过程中，其提出的多个创新观点赢得了法院支持且被客户高度赞誉，部分案件得到业界广泛关注并被各级法院评为十大经典案例、指导案例等。

前 言

本书是继《知识产权法前沿问题研究》第2卷（中国大百科全书出版社2009年版）而推出的第3卷版本。十八大以来，随着“创新驱动发展战略”“中国制造2025”等国家战略的实施，我国知识产权战略不断向纵深发展，知识产权制度迎来了前所未有的发展机遇，而在知识产权立法、司法实践中也出现了诸多新问题、新挑战。对此，本书立足当前知识产权领域的理论前沿、热点问题和实践中出现的新问题，分理论前沿、司法保护、立法探讨、专题聚焦四个专题，广泛借鉴哲学、经济学、社会学等学科理论和研究方法，以期多角度、全方位地对知识产权法前沿问题进行透视、做出探讨。

“理论前沿”专题关注国际、国内政策环境变化对我国知识产权制度的影响，讨论争议较集中的商标权权利边界、商品化权、商业外观法律保护、著作权法上作者界定、未注册商标先用保护等问题。其中，《商标权利边界问题研究》一文在厘清商标权利内容与边界等相关问题的基础上，对商标禁止权权利范围界定、商标权利范围特殊问题等进行分析，得出了完善我国商标制度的建议；《论动漫角色商品化权的法律保护》一文以动漫角色商品化权的法律保护为研究对象，通过对相关理论的深入分析，对美、日等产业发达国家动漫角色商品化权法律保护模式的比较与借鉴，从我国动漫角色商品化权法律保护模式的选择与构建，以及著作权法、商标法等方面提出了加强我国动漫角色商品化权法律保护的措施建议；《商业外观法律保护研究》从宏观视角探讨商业外观的法律保护及其基本问题，

厘清了商业外观与著作权、商标权、专利权在载体上的重叠范围，对比分析美、日等国家保护模式的优劣，阐释了对商业外观整体进行独立保护的必要性，并就如何解决商业外观与传统知识产权竞合问题提出了对策建议；《论著作权法上作者的合理界定》在对已有理论成果、现行相关法律规定与大量相关案例系统梳理的基础上，对我国著作权法应如何完善特殊作品作者身份界定方面的规定进行专门探讨，得出了完善我国著作权法有关作者制度的立法建议；《未注册商标先用权保护问题研究》一文分析了我国未注册商标先用权保护面临的困扰，以及未注册商标先用权的产生和制度定位，借鉴国外实践经验，从立法解读与细化的视角得出了完善我国未注册商标先用权保护体系的建议。

“司法保护”专题主要围绕司法实践过程中引起广泛争议的、电子游戏著作权保护、著作权商业维权机制、侵权精神损害赔偿制度和当前网络服务提供中的 APP 应用平台与深度链接的相关侵权问题展开。其中，《电子游戏的著作权保护问题研究——从电子游戏法律保护实务谈起》立足于当前我国司法实践中对电子游戏著作权保护的现状，探讨了电子游戏本身以及电子游戏直播画面等的著作权问题；《APP 应用平台著作权侵权责任研究》一文考察了 APP 与 APP 应用平台的起源及历史，分析了 APP 应用平台的商业模式及特点，从学理角度剖析了 APP 应用平台侵权责任认定应遵循的法理和原则，对比分析了国内外关于 APP 应用平台著作权侵权的立法与司法实践状况及我国目前立法和司法实践中存在的问题，着重对 APP 应用平台侵权责任的界定进行了深入探讨；《新闻聚合类 APP 版权侵权问题研究——以“今日头条”事件为例》通过梳理“今日头条”引发的版权问题，对新闻聚合类 APP 涉及深度链接的侵权认定与法律责任等问题进行深入分析，进而提出了新闻聚合类 APP 版权侵权问题的对策与出路；《深度链接著作权侵权相关问题研究》一文通过对著作权商业维权的现状考察与理论解析，从立法、司法、监管等方面对完善我国著作权商业维权机制进行了有益探索；《著作权侵权精神损害赔偿制度研究》围绕著作权侵权精神损害赔偿制度，通过理论解析和典型案件实证分析，探讨了著作

权侵权精神损害赔偿的构成要件、适用范围、额度判定等问题,提出了完善我国著作权侵权精神损害赔偿制度的对策建议。

“立法探讨”专题主要研究我国立法实践中的专利当然许可制度与临时保护制度、职务发明人权益保障、颜色组合商标核准注册标准、遗传资源与惠益分享等相关问题。其中,《我国专利当然许可制度之构建研究》从专利当然许可的概念、特点、利弊、理论基础、国外立法实践等角度对其进行全面解读,并结合对我国专利实施现状的分析,提出了构建专利当然许可制度的立法建议;《我国发明专利临时保护制度现状及完善研究》通过对我国现行《专利法》关于发明专利临时保护制度的立法规定和司法实践中对该制度的运用的分析,对比国外相关立法规定及特点,得出完善我国发明专利临时保护制度的建议;《我国职务发明人权益保障问题研究》一文通过分析职务发明人权益保障方面存在的问题与不足,借鉴西方发达国家先进的立法和司法经验,结合已有研究成果和司法实践,提出了进一步优化职务发明制度设计的措施建议,以期有效保障职务发明人合法权益,实现发明人权益与单位利益间的平衡;《我国颜色组合商标核准注册标准及其完善研究》在对颜色组合商标相关概念学理分析的基础上,对比分析了国内外相关法律实践,总结可资借鉴的有益经验,进而提出了构建及完善我国颜色组合商标核准注册标准的见解和观点;《遗传资源获取与惠益分享立法问题研究》一文针对当前我国相关立法相对落后的现状,在对部分国家的立法情况及我国立法现状对比分析的基础上,从制定行政法规、完善现有专利制度等方面提出了完善我国遗传资源获取与惠益分享立法的对策建议。

“专题聚焦”专题共选取九篇专题文章。其中,《企业专利战略的制定与实施策略研究》从企业专利战略规划和运营的角度,探讨了我国企业专利战略制定的路径选择与实施对象,对于指导我国企业开展专利战略工程,提高技术竞争能力和市场竞争力有重要的参考价值;《服装设计中的著作权保护问题研究》一文从服装设计的定义、环节、步骤入手,通过对服装设计保护的立法实践与模式选择、著作权法保护的权利要求分析、著

作权侵权实物及判定规则等问题的深入探讨，提出了完善我国服装设计著作法保护的配套机制；《功能性技术特征的识别与解释研究》一文厘清了功能性技术特征的概念，分析了功能性技术特征的特殊性及现实价值，并对功能性技术特征在我国与美国的立法与实践上进行对比分析，进而提出完善我国功能性技术特征规定的思考与建议；《权利要求的解释研究》在分析权利要求解释基础理论的基础上，结合国内外相关研究最新成果，对近些年专利侵权案件中新出现的问题进行梳理探讨，从专利合同理论和利益平衡理论的视角，对既能合法保护专利权人，又能合理平衡社会公众技术需求的权利要求解释规则的构建进行了有益探索；《我国外观设计专利确权审查标准研究》一文深入分析了我国外观设计专利确权审查的基础理论，剖析了我国外观设计专利确权审查标准存在的问题和产生原因，进而提出了完善我国外观设计专利确权审查标准的建议；《著作权商业维权机制探析》一文结合案例分析法和文献研究法，对商业维权的模式进行了比较全面的总结，分析了每一种模式的经营方式、法律关系和存在的问题，并对既有问题提出了完善建议；《声音商标法律问题研究》一文结合声音商标的特征、国外立法概况、注册要件，探索完善声音商标保护制度的路径，并提出了“避风港原则”在声音商标中的使用建议；《气味商标注册与保护研究》一文基于对气味商标注册基础问题的深入研究，以及对美国、欧盟等气味商标注册制度的对比分析和法律保护问题的深入研究，进而提出了构建我国气味商标注册制度的系统设想；《体育赛事转播权法律性质及其保护研究》一文通过对国内外关于体育赛事转播权法律性质不同观点学说的系统梳理分析，对体育赛事转播权法律性质及法律保护提出了独到的见解，并通过分析我国体育赛事转播权的法律保护现状及其保护实践中存在的问题，得出了加强法律保护的对策建议。

囿于篇幅，本书仅选取知识产权领域最受关注的部分主题予以研究，抛砖引玉，以期对学界、商界有所裨益，促进相关理论研究、立法司法实践取得更为丰硕的成果。

本书得以出版，得到了中国政法大学出版社的大力支持。中国政法大

学知识产权法专业博士后研究人员柴国生副教授为本书前期编撰和稿件审校做了大量工作。主编最后进行了审校。

由于研究水平有限，加之时间紧迫，本书难免存在各种错漏，希望读者不吝指正。

主 编

2016 年 9 月 28 日

目 录

— CONTENTS —

1 前 言

理论前沿

- 3 商标权利边界问题研究 / 孟雅丹
- 42 论动漫角色商品化权的法律保护 / 高璎识
- 77 商业外观法律保护研究 / 刘 聪
- 109 论著作权法上作者的合理界定 / 任昱阳
- 131 未注册商标先用权保护问题研究 / 王 悦

司法保护

- 155 电子游戏的著作权保护问题研究——从电子游戏法律保护实务谈起 / 江锋涛
- 167 APP 应用平台著作权侵权责任研究 / 邓永泽
- 205 新闻聚合类 APP 版权侵权问题研究——以“今日头条”事件为例 / 线 猛
- 225 深度链接著作权侵权相关问题研究 / 刘 佳
- 257 著作权侵权精神损害赔偿制度研究 / 丁晓雯

立法探讨

- 285 我国专利当然许可制度之构建研究 / 刘倩倩
305 我国发明专利临时保护制度现状及完善研究 / 孙 青
329 我国职务发明人权益保障问题研究 / 陈馨怡
352 我国颜色组合商标核准注册标准及其完善研究 / 李 苏
375 遗传资源获取与惠益分享立法问题研究 / 蒋金良

专题聚焦

- 401 企业专利战略的制定与实施策略研究 / 冯晓青
415 服装设计中的著作权保护问题研究 / 费 氧
448 功能性技术特征的识别与解释研究 / 郑 渊
474 权利要求的解释研究 / 倪 荣
496 我国外观设计专利确权审查标准研究 / 杨 珊
517 著作权商业维权机制探析 / 魏 程
543 声音商标法律问题研究 / 马腾飞
560 气味商标注册与保护研究 / 吴 丹
588 体育赛事转播权法律性质及其保护研究 / 曹雅楠

理论前沿

商标权利边界问题研究

孟雅丹

随着社会发展及诸多新媒体出现,关于商标权利的各种新问题也在不断凸显。例如,2015年腾讯公司与创博亚太(山东)股份有限公司所争议的“微信”商标案件,其中出现了“使用但未注册商标”与“先注册商标”的权利冲突问题以及商标申请权的问题;早些年还出现过上海田子坊投资咨询有限公司与上海泛亚生物医药集团有限公司的“田子坊”案件,该案中出现了商品商标与服务商标权利范围的竞合。这些新型的权利混淆问题引发了热议。笔者在对前述相关问题的思考过程中,曾对“禁止权”大于商标专用权的提法存疑,通过进一步分析发现,无论是禁止权的问题还是商标权利冲突的问题,实质上都与商标权边界界定存在着千丝万缕的联系,因为上述各问题都有一个共同的特点,即权利范围不明晰、内容无法确定。

商标权利边界问题是贯穿于商标制度建设本身的基础性问题,欲使商标权利行使免受侵权行为困扰以及在侵权行为发生时使得商标权人的权利得到最大范围保护,对权利边界的明晰必不可少。但当前学界单纯探讨权利边界的文章较少,即使有相关文章也仅仅是将权利范围置于侵权范畴中讨论,或者是在讨论某个商标问题时少量提及权利边界,研究多偏于实践且缺乏系统性,探讨角度相对狭窄。因此,本文立足商标法之基础理论而对商标权利边界问题作一系统阐释。

同时,为解决商标权利边界界定不清以及理论学说在相关方面的空白与分歧问题,笔者以商标发展历史为起点展开对商标权利边界界定问题的探讨。通过对商标及其权利产生过程的追根溯源,逐步阐明商标值得保护的关键所在,提出应当在商标保护理论中确立一以贯之的“使用规则”的观点。与此同时,

笔者反驳商标权利范围与商标受保护范围的非同一性观点，提出真正的禁止权应当是存在于商标专用权可禁止范围之外的法定性权利，而此禁止权作为包裹在整个商标权利最外围的内容，其权利边界才是商标权利的真正边界，对其权利边界的界定也才是商标权利边界界定的实质。

文中采用语义分析、规范分析、实证分析等诸多分析方法对商标权利边界问题进行研究。其中语义分析法是通过事物的字义描述，对其本质进行剖析从而明确其真正包含的内容。规范分析法则主要是从我国《商标法》《商标法实施条例》以及与之相关的其他法律、行政法规、司法解释等规范中，分析目前商标权利边界相关问题的立法现状与保护状况。同时也包括对如美国《兰哈姆法》在内的他国法律的内容分析。实证分析法是从典型案例、近期案例介绍出发，分析特殊问题，论证文中所提观点并寻找可资借鉴之处，完善一般原则漏洞，弥补法制的滞后性。

最后需说明的是，文章中所提及的商标权是广义商标权，指受商标权人支配的完整的商标权，而不包括正在涉诉或在交易过程中等部分权能受限的商标权。同时文章的写作是在遵循商标的“符号说”前提下进行的，故而针对这些细节而产生的争议问题不再赘述。

一、商标权利边界概述

（一）商标权利边界的历史探源

1. 商标与商标功能。

（1）商标的起源与定义。商标（trademark 或 trade mark、trade-mark）^{〔1〕}是商品经济发展到一定阶段的产物。其发展的历史几乎可以追溯到贸易发生之初。当人类文明发展到一定程度，商人在贸易中便开始使用不同符号或文字来标明货物对其加以区分。从考古发现来看，在古代中国、印度、罗马、希腊等国家

〔1〕 现今不同使用者对商标的英文表达略有不同：世界知识产权组织（World Intellectual Property Organization，简称“WIPO”）多用“trademark”，欧洲联盟（European Union，简称“EU”）及老英联邦国家多用“trade mark”，而世界贸易组织（World Trade Organization，简称“WTO”）及美国、加拿大多用“trade-mark”。参见〔英〕杰里米·菲利普斯著，马强主译：《商标法：实证性分析》，中国人民大学出版社2014年版，第3页；余俊：《商标法律进化论》，华中科技大学出版社2011年版，第10～13页。

均有过此种标记,最久甚至可以追溯到距今约4000年前。^[1]但较早时期的商品标记基本都只是商品制造者的名字,相对单一,发展到后来标记名称有所扩充。现代意义的商标则起源于中世纪的欧洲国家,那时的商标已有了表彰(to identify)商品与保证责任之作用。^[2]

商标顾名思义即商品的标志,其曾在一段时间内被认为是品牌的同义词,原因在于品牌一词的本来含义是指农场主为区分自己与他人的牛群而在自己牛群上烙印的事实。但随着社会发展,二者逐渐有了不同含义。今天的商标是指由其权利人合法控制的标记,而品牌则更倾向于是一种速记手法,是消费者能够识别并将其与特定来源的商品或服务联系起来的信号。^[3]我国《商标法》第8条规定:“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的标志,包括文字、图形、字母、数字、三维标志、颜色组合和声音等,以及上述要素的组合,均可以作为商标申请注册。”美国《兰哈姆法》(Lanham Act)规定商标为商品生产者用来表彰其自身商品的文字、名称、符号、图形或上述要素组合。由于美国商标法在商标定义的后面接着定义了服务商标(service-mark),故有观点认为,美国法上是仅包括商品商标的狭义商标概念。^[4]尽管我国《商标法》上述条文中也未谈到服务商标,但其第4条第2款规定服务商标适用商品商标有关规则。《与贸易有关的知识产权协议》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,以下简称“TRIPS协议”)认为:“任何标记或标记的组合,只要能够将一企业的货物和服务与其他企业的货物或服务相区别,即能构成商标。”^[5]由此笔者将商标定义为:不同生产经营者在商业活动中使用的用于区分自己与他人商品或者服务来源的可被感知的标记。

[1] 关于这一说法,可参考众多文献:Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age*, 6th ed., Wolters Kluwer Law & Business, Copyright, 2012, p. 763; 曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第4页;黄海峰:《知识产权的话语与现实——版权、专利与商标史论》,华中科技大学出版社2011年版,第218页;孙敏洁:“商标的早期历史追溯”,载《求索》2012年第3期。

[2] 曾陈明汝:《商标法原理》,中国人民大学出版社2003年版,第4页。

[3] [英]杰里米·菲利普斯著,马强主译:《商标法:实证性分析》,中国人民大学出版社2014年版,第5页。

[4] 刘春田主编:《知识产权法》(第5版),中国人民大学出版社2014年版,第232页。

[5] 联合国贸易与发展会议,国际贸易和可持续发展中心编,中华人民共和国商务部条约法律司译:《TRIPS协定与发展:资料读本》,中国商务出版社2013年版,第250页。