



广州律师业务研究丛书



捍卫智慧 智见未来

广州知识产权大律师经典之作

广州市律师协会 / 编

HANWEI ZHIHUI
ZHIJIAN WEILAI

GUANGZHOU ZHISHICHANQUAN DALÜSHI JINGDIAN ZHIZUO



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



广州律师业务研究丛书



捍卫智慧 智见未来

广州知识产权大律师经典之作



广州市律师协会 / 编



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

捍卫智慧 智见未来：广州知识产权大律师经典之作/广州市律师协会编. —北京：知识产权出版社，2018. 6

ISBN 978-7-5130-5607-6

I. ①捍… II. ①广… III. ①知识产权法—案例—广州 IV. ①D923. 405

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 102560 号

内容提要

本书是广州市律师协会于 2017 年年底评选的 10 位知识产权大律师以及 10 位提名律师对实务工作经验进行总结、提炼、升华的集大成之作。书中对知识产权领域内 20 个典型、复杂、鲜活案件进行了详尽分析。这种详尽深入的阐述，既体现出了律师们的职业素养和专业水准，从某种程度上也折射出了我国的知识产权司法实践状况。

本书既可作为知识产权管理者、研究者、学习者的一手参考、研究资料，也可作为知识产权实务工作者的实务操作指引。

责任编辑：田 姝 崔 玲

责任印制：刘译文

捍卫智慧 智见未来

广州知识产权大律师经典之作

广州市律师协会 编

出版发行：知识产权出版社有限责任公司

网 址：<http://www.ipph.cn>

<http://www.laichushu.com>

社 址：北京市海淀区气象路 50 号

邮 编：100081

责编电话：010-82000860 转 8598

责编邮箱：tianshu@cnipr.com

发行电话：010-82000860 转 8101

发行传真：010-82000893

印 刷：北京中献拓方科技发展有限公司

经 销：各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本：720mm×1000mm 1/16

印 张：19.25

版 次：2018 年 6 月第 1 版

印 次：2018 年 6 月第 1 次印刷

字 数：300 千字

定 价：54.00 元

ISBN 978-7-5130-5607-6

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。



广州知识产权大律师合照



广州知识产权大律师提名人合照

“广州律师业务研究丛书”

总编辑委员会

主 任：邢益强

副主任：毕亚林 詹礼愿 王志军 文震殊
黄建水 官选芸 黄 山 林泰松
朱宝莲

委 员：王立新 卢 坚 卢跃峰 刘孟斌
陈广鹏 陈茵明 周 兵 姚忠平
唐健锋 谈 凌 蒋 泓 陈克宇
刘响亮

本书编委会

本册主编：温 旭

副 主 编：刘孟斌 董宜东 田子军 王永红
王广华

编 委：周清华 曾旻辉 程跃华 刘延喜
黎志军 曾 琦 董咏宜 牟晋军
杨 河 戴锦良 任 琳 胡朝晖
黎 叶 吴秀荣

“广州律师业务研究丛书” 编印说明

广州市律师协会（以下简称“广州律协”）创立于 1988 年，是依照《中华人民共和国律师法》成立的社会团体。广州律协依法实施自律管理，作为行业的自律性组织，规划发展战略，提供会员服务，促进行业发展。在广州改革开放和现代化建设的大潮中，广州律协坚持不断完善广州律师行业各项自律机制，做好内部建设，目前已形成专门工作委员会和专业（事务）委员会并驾齐驱、服务行业的局面。

广州律协一直致力于广州律师行业的专业化、品牌化、规模化发展，从无到有，形成了一支专业领域多元化、业务能力过硬、后备力量充沛的律师队伍。截至 2018 年 5 月，广州有近 700 家律师事务所，超过 12000 名执业律师，行业规模在全国省会城市中居首位。律师业务领域越趋宽广，已逐步由刑事、民事领域的传统业务向知识产权、金融证券、电子商务、企业并购重组、高新科技、基础能源建设等新兴业务延伸。广州律师在维护社会公平正义、推进广州新型城市化发展等方面发挥着重要作用，业务能力和专业优势日益凸显。

党的十八大以来，在全面推进依法治国的时代背景下，政治、经济、社会、文化等各领域的改革发展都为律师创造了转型的契机。这也对广大律师发挥职能、履行使命提出了更高更艰巨的要求。站立在改革潮头的广州律师，迅速抓住发展机遇，广泛探索，深入钻研，将律师业务整体水平提升到更高的位置，做时代的弄潮儿。

“广州律师业务研究丛书”正是广州律协为提升广州律师理论及实务研究水平、促进多元化的交流、鼓励律师业务向更高层次发展而组织编写的。该丛书自 2014 年起组织撰写，旨在充分发挥广州律协各专业（事务）委员会的科研水平，总结广州律师业近年来在各领域的实务经验，展示业务成果

和理论水平。

“广州律师业务研究丛书”作为为广州律师业提供专业、深度的案例分析和理论参考的书籍，具有以下特点：

其一，编审专业权威。丛书由广州律协有关领导组成的总编辑委员会审定选题，由资深律师、知名专家撰写研究性案例或论文，由相关专业（事务）委员会甄选及编辑，强调专业性，保持高水准。

其二，内容丰富多样。丛书内容覆盖面广，针对性强，有的是涉及新型案件的，有的是分析疑难问题的，有的是源于现行法律尚未明确规定的或者在实践中存在分歧的。

其三，评析客观全面。丛书坚持以事实和法理为依据，对选取的案例进行客观全面的剖析和点评，使读者在全面了解案情、厘清法律应用逻辑的基础上，亦可作出自己的深入思考和客观判断。

其四，经验可供借鉴。基于广州律师业务拓展较快、专业化服务领域对实务水平要求较高的形势，丛书注重总结成功的业务经验，在实用性内容上加以延伸，为法律实务工作者提供业务策略和操作技巧上的参考。

“广州律师业务研究丛书”汇集了广州律师的业务成果，总结了广州律师的执业经验，反映了广州律师的理论水平、实务能力和职业风采。这是广州律协业务研究工作的最新尝试，必将推动律师业务总结和经验交流，推进法制进步和社会文明的发展。

广州市律师协会

2018年5月

序 PREFACE

我国整体意义上的知识产权制度的建立，是改革开放以后的事情，伴随着我国经济、社会的不断发展，知识产权制度也在不断完善和进步。今年是我们的国家改革开放四十周年，四十年来，知识产权从无到有，从冷门到成为显学，甚至上升为国家战略，变化不可谓不大。相信每一位亲历这些变化的人，都可以从各自的视角描绘出一幅幅画面，记录下一个个瞬间。而律师作为直接面对并解决社会现实问题的一个群体，其接触到的都是鲜活的、有时又是“无解”的个案，如何解开死结，体现了律师的功力。由于社会的飞速发展，知识产权法律调整的社会关系变得多变而且复杂。相关规范需要不断修正和完善，这就使得知识产权律师必须不断学习、研究和创新。

本书展现的正是广州部分知识产权律师的办案及研究成果，他们都是广州市律师协会组织的“广州知识产权大律师”评选活动的优胜者，书中所呈现的也是他们各自亲办的案件，从中既可以看到律师们的困惑和思考，他们的努力与付出；还可以看到我国知识产权司法实践的一个个场景，看到我们已经取得的进步和存在的问题。

从实践中来，到实践中去。广州律师能够有意识地把在律师实务中得到的经验、教训进行总结、提炼、升华，并结集成书，传播交流，对律师业务能力的提高无疑有莫大的好处，我愿意为此点赞。

刘春田

中国人民大学教授

中国人民大学知识产权学院院长

中国知识产权法学研究会会长

2018年5月



红罐之争 谁执牛耳

——王老吉与加多宝红罐凉茶系列纷争研析 温 旭 (001)

三起三落 缠斗十载

——“无水银碱性钮形电池”专利纠纷系列案 刘孟斌 (026)

作品雷同 是否侵权

——从亚运会会徽案看美术作品的侵权认定标准 王永红 (042)

跌宕起伏 花落谁家

——“荣华”月饼商标权属争议及侵权系列案 董宜东 (055)

反其垄断 促成和解

——从工业软件领域的反垄断案看滥用（知识产权）市场
支配地位的认定 田子军 (069)

专利在后 使用在前

——专利侵权纠纷之在先使用抗辩实例并理论探讨 周清华 (080)

商业秘密 依法保护

- 从佛山两企业专利侵权案引发的商业秘密侵权及
专利权属纠纷谈起 曾旻辉 (093)

罪与非罪 天差地别

- 不在同一种商标上使用, 重审二审改判不构成
假冒注册商标罪案 程跃华 (103)

勇于挑战 突破壁垒

- 从系列跨国知识产权纠纷案件谈起 刘延喜 (119)

瑕疵公证 效力如何

- 公证文书有瑕疵是否影响公证的证明力案例评析 黎志军 (131)

鉴定意见 质证重点

- 佛山市通某公司、谭某等涉嫌侵犯商业秘密罪不起
诉案 王广华 (140)

全面覆盖 拆分判定

- 方法专利拆分式专利侵权的探讨 曾琦 (152)

真假康宝 法辨原型

- 广东康宝与江苏康宝商标之争始末 董咏宜 (173)

软件侵权 如何判定

- 服务器软件侵权案件取证方法及侵权判定个案研究 牟晋军 (191)

名案评述 新百伦案

- 新百伦商标系列案件相关法律问题探析 杨 河 (203)

在先使用 如何抗辩

- 从“强力定眩胶囊”专利侵权案看在先使用抗辩的认定
原则与标准 戴锦良 (223)

商品类别 据实认定

- 林某某诉钜强公司侵害注册商标专用权案评析 任 琳 (240)

许邓之争 七年之痒

- “许留山”注册商标特许经营合同纠纷案 胡朝晖 (255)

商标之命 重在使用

- 嘉逸五星酒店商标确权行政诉讼典型案例 黎 叶 (271)

匠心独运 决胜千里

- 突破欧盟企业专利封锁之实例 吴秀荣 (284)

- 后 记 (294)

红罐之争 谁执牛耳

——王老吉与加多宝红罐凉茶系列纷争研析

广东三环汇华律师事务所 温 旭

【案件概评】

本系列纷争被誉为中国第一品牌大战，影响范围之广，诉讼级别之高，媒体报道之多，百姓关注之热，专家分歧之大，宣传营销之快，都堪称中国知识产权之最，对提升全民的知识产权意识，起到了极大的作用，是经典中的经典案例；相关案件还获评全国律师协会知识产权专业委员会年会十佳案例之首、广东省十大知识产权典型案例；相关的《红罐之争》一书被评为广州市律师协会理论成果一等奖；其相关论文也获评全国律师协会知识产权专业委员会年会优秀论文。^①

【本文摘要】

王老吉与加多宝红罐凉茶之争，涵盖商标、装潢、口味、非遗、广告语、不正当竞争等多个方面，共二十几场诉争，标的总额高达三十多亿，最高人民法院二审、再审多达五六次。本文着重就广州医药集团有限公司（以下简称“广药集团”）与加多宝公司对红罐王老吉装潢权可否共享及其相关联的问题结合法院判决^②进行探讨。在广药集团许可加多宝公司生产王老吉红罐凉茶 15 年期间，被许可方加多宝公司将曾获得广东省著名商标的王老吉经营成国内第一凉茶品牌，估值 1080 亿元、年销售额达 200 多亿元，国内销量甚至超过了可口可乐。正当红罐凉茶火得不得了的时候，许可与被许可双方却因续签合同涉及赔签而走上了仲裁庭，自 2012 年仲裁裁决广药集团收回王老吉商标使用权

① 温旭，王琳《对最高人民法院红罐凉茶装潢二审终判的几点管窥之见》，选自“中国知识产权法律实务研讨会暨中华全国律师协会知识产权专业委员会 2017 年年会论文”。

② 最高人民法院（2015）民三终字第 2 号民事判决。

后，双方围绕着红罐凉茶的商标及商誉的转移展开了史无前例的品牌大战。许可期间产生的相关商誉是归许可方还是被许可方？是否可由双方共享，以及如何共享？这就是本文所要研究分析的几个重点疑难问题。

专利可以由多个主体共同享有，商标也可以因多个关联主体共同注册共同享有，版权因有多个共同创作的主体而被共同享有也较常见，但由使用产生的包装装潢权的共有或共享则非常少见。两个主体共同经营有可能产生包装装潢权的共有，但商标许可与被许可之间，包装装潢权应归商标许可方还是被许可方，还是可归双方共享，这在王老吉红罐装潢诉争案中，产生了巨大分歧。包装装潢权不是法定审批领证权，而是个案中由法院或行政执法部门根据使用证据认定的个案权，这为可否共享权利带来了许多不稳定的因素，因而可否认定共享、如何共享等许多问题还有待研究。

本文结合最高人民法院关于广药集团与加多宝公司关于红罐装潢的二审判决，从学术上加以探讨。

基本案情

随着广药集团与加多宝公司之间的商标许可协议被仲裁裁决无效，“王老吉”商标使用权回归广药集团之后，双方对红罐包装装潢权益的归属，展开了史无前例的争夺大战。2012年7月6日，加多宝公司在北京市第一中级人民法院提交广药集团红罐侵权诉状并获立案，理由是广药集团红罐产品侵犯加多宝的包装装潢权。同一天，广州市中级人民法院也受理了广药集团诉加多宝公司一案，双方案由一字不差^①，且均提出了近乎天价的索赔额请求。最后，最高人民法院指定双方的案件由广药集团、王老吉大健康公司（地处广东广州）与广东加多宝公司（地处广东东莞）所在地中级人民法院的共同上级——广东省高级人民法院合并审理。^②

2014年12月19日，广东省高级人民法院（以下简称“广东省高院”）一审驳回加多宝公司的诉讼请求，判令红罐装潢归属于广药集团“王老吉”，并判决加多宝公司赔偿广药集团1.5亿元。加多宝公司不服一审判决，向最高人民法院

^① 《王老吉之争续集上演 媒体揭广药与鸿道破裂背后内幕》，http://news.pedaily.cn/201209/20120906334453_all.shtml#p2。

^② 温旭. 红罐之争——谁是凉茶领导者 [M]. 北京：知识产权出版社，2016.

提起了上诉。2017年8月16日，最高人民法院驳回广药集团和加多宝公司的诉讼请求，撤销广东省高院的一审判决，认为广药集团与加多宝公司对涉案“红罐王老吉凉茶”包装装潢权益的形成均作出了重要贡献，双方可在不损害他人合法权益的前提下，共同享有“红罐王老吉凉茶”包装装潢的权益。

“红罐之争”不论是在诉讼标的，还是在社会影响力上，均创下了同类案件之最，随后广药集团和加多宝公司的“改名案”“口味案”“十罐七罐”等案件，都是围绕“红罐装潢案”衍生的争议，该案是中华人民共和国成立以来标的额最大的包装装潢案，堪称知识产权诉讼的头等大案、要案之一！

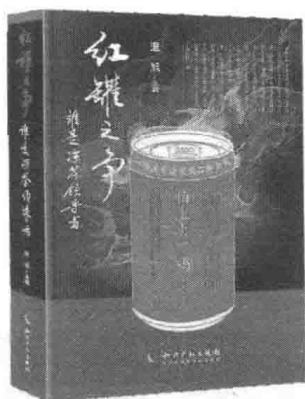


图1 《红罐之争——谁是凉茶领导者》^①

一、一锤未定音 定纷不止争

最高人民法院在二审判决中认为：一方面，“王老吉”品牌和加多宝公司的经营行为对涉案红罐装潢权益的形成、发展与建树都发挥了积极作用；另一方面，客观上，消费者自然地会将红罐装潢与广药集团、加多宝联系起来，基于公平原则的考量，在遵循诚实信用原则和尊重消费者认知并不损害他人合法权益的前提下，判令涉案红罐装潢归广药集团与加多宝公司“共同享有”。

① 温旭. 红罐之争——谁是凉茶领导者 [M]. 北京：知识产权出版社，2016.

对于最高人民法院作出的二审终审判决，加多宝公司表达了“衷心感谢”^①，广药集团表示“尊重判决结果”^②，因此双方提起再审的概率较小；对于已改成金罐的加多宝来说，关键不在于是否用回红罐，而在于该案胜诉的宣传，以及能免于1.5亿元的巨额赔偿；对于广药集团而言，其依判决仍旧可以使用红罐，“红袍”无本质上的损失。而且，通过一审诉讼，已成功让加多宝“脱红改金”；广药王老吉红罐凉茶的市场占有率也已明显超越加多宝，达到诉讼的基本预期。因此，从这个意义上讲，最高人民法院的二审判决对于“定纷”而言确实达到了目的，但判决可否让双方或社会各界完全“止争”，却值得商榷。从“共享权益”判决公布之日起，“一石激起千重浪”，学界、业界的不同声音四起，争论声响不断，真可谓“一锤未定音，激起千重浪”。

支持最高人民法院判决的不少媒体、法律界人士认为，最高人民法院的判决值得推崇，因为这个判决很好地体现了法律的诚实信用和公平原则。最高人民法院是为了调整双方的利益，达到双方利益的均衡。^③例如，新浪新闻认为：这是一次“双赢”判决……可以预见，该案将有望成为我国知识产权领域的一例标志性判决。^④

北京大学张平教授认为：法院充分分析了双方的主张、证据和历史纷争背景，最后得出双方为“红罐王老吉凉茶”这一知名商品上的包装装潢都做出了贡献，应当共同享有这一权益的判决结果，这实际上是做了一次利益平衡的判决。^⑤加多宝凉茶在广药集团把“王老吉”商标收回后改成金罐，不意味着加多宝放弃了对红罐包装的所有权，而且一开始加多宝就想区别两个商标，避免发

① 《衷心感谢、热烈欢迎最高人民法院就加多宝与广药集团红罐凉茶包装装潢案作出公平公正终审裁决》，http://www.jdbchina.com/cn/new/jdb_news_83.asp?id=1506。

② 《广药集团关于“红罐装潢案”最高人民法院终审判决结果的说明》，<http://www.wljhealth.com/news/1116.html>。

③ 《最高法判王老吉、加多宝“共享红罐”，律师大赞具借鉴意义，只是多年的“相爱相杀”戏接下来该怎么演？》，http://www.sohu.com/a/165167554_632979。

④ 《“共享红罐”判决具有示范意义》，<http://news.sina.com.cn/c/2017-08-18/doc-ifykcirz2786509.shtml>。

⑤ 张平《一份定纷止争、利益平衡的判决》，<http://mp.weixin.qq.com/s/tevA7EF6ubjeUO9cl4s1hQ>。