

制度 边界

知识产权与创新实践

THE BOUNDARIES OF THE SYSTEM:
INTELLECTUAL PROPERTIES AND INNOVATION PRACTICES

何隽 著



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

本书获得清华大学亚洲研究中心2018年度出版资助

制度 边界

知识产权与创新实践

THE BOUNDARIES OF THE SYSTEM:
INTELLECTUAL PROPERTIES AND INNOVATION PRACTICES

何隽 著



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

制度边界：知识产权与创新实践/何隽著. —北京：知识产权出版社，2019.2
ISBN 978-7-5130-6059-2

I. ①制… II. ①何… III. ①知识产权法—研究—中国 IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 015928 号

内容提要

理性认识知识产权的制度边界对于在创新活动中有效行使和保护知识产权具有重要意义。本书从保护创新的制度环境、创意产业、娱乐产业、著作权、专利权和商标权等角度展开，重点分析知识产权领域出现的新问题，系统阐释知识产权制度如何发挥激励创新的作用，同时，通过最新案例揭示知识产权在个案裁判中的权利边界。可作为知识产权政策研究人员、知识产权从业者、知识产权专业师生参考用书。

责任编辑：许 波

责任印制：刘译文

制度边界：知识产权与创新实践

ZHIDU BIANJIE: ZHISHICHANQUAN YU CHUANGXIN SHIJIAN

何 隽 著

出版发行：知识产权出版社有限责任公司 网 址：<http://www.ipph.cn>

电 话：010-82004826

<http://www.laichushu.com>

社 址：北京市海淀区气象路50号院

邮 编：100081

责编电话：010-82000860 转 8380

责编邮箱：xubo@cnipr.com

发行电话：010-82000860 转 8101

发行传真：010-82000893/82005070

印 刷：三河市国英印务有限公司

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：15.75

版 次：2019年2月第1版

印 次：2019年2月第1次印刷

字 数：238千字

定 价：58.00元

ISBN 978-7-5130-6059-2

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

前 言

激励创新是知识产权制度演进的驱动力。在世界范围内，知识产权制度已经成为激励创新最重要的制度安排。在不同国家，尽管具体规则存在差异，激励创新的价值取向始终是知识产权制度产生、演进和发展的驱动力。

知识产权作为一种内涵和外延都在不断扩展与丰富的权利形态，理性认识其制度边界对于在创新活动中有效行使和保护知识产权具有重要意义。本书以创新实践为基础，重点分析知识产权领域出现的新问题，探析知识产权保护的边界。全书分为六章，从保护创新的制度环境、创意产业、娱乐产业、著作权、专利权和商标权等角度展开，重点分析知识产权领域出现的新问题，系统阐释知识产权制度如何发挥激励创新的作用。同时，通过最新案例揭示知识产权在个案裁判中的权利边界。

第一章重点讨论保护创新的制度环境，包括：从中美贸易摩擦和

全球创新中心定位思考知识产权在大国博弈中的作用；点评《民法总则》知识产权条款和《知识产权对外转让有关工作办法（试行）》等新颁布知识产权法律政策；分析中外合作办学、高校科技成果转化等知识产权制度环境；对如何认识国防知识产权和如何推进国防知识产权创新发展的若干思考。

第二章重点讨论著作权领域的新问题，包括：大规模开放在线课程（MOOC）平台的著作权风险和对策问题；对保护作品完整权案例的实证分析；大数据产业面临的知识产权保护挑战和立法问题；针对创新实践中具体问题的探讨，涉及版权侵权案件如何使用电子数据证据；网络服务商是否需要承担侵权责任；出版课外读物需要关注哪些版权问题；体育赛事节目应该如何保护；杂技节目如何获得著作权保护。

第三章重点讨论创意产业的知识产权保护，包括：博物馆藏品数字影像的著作权保护；香水的著作权保护；传统文化表现形式的著作权保护；针对创新实践中具体问题的探讨，涉及创意在多大程度上可以获得著作权保护；如何对纹身图案进行保护；如何界定设计方案抄袭；如何解决短视频侵权频发。

第四章重点讨论娱乐产业的知识产权保护，包括：电子游戏的著作权保护；卡通形象衍生品开发中的著作权问题；字幕组的著作权侵权困扰；针对创新实践中具体问题的探讨，涉及点播影院如何解决版权问题；曲谱为何频频被抄袭；音乐抄袭为何判定难；版权跨界运营如何才能成功；国产电影发展如何以版权作保障；翻唱原创音乐作品是否构成侵权。

第五章重点讨论专利领域的新问题，包括：针对绿色技术的绿色专利制度构建；技术标准中的必要专利问题；印度药品专利制度如何应对国际环境变化；针对创新实践中具体问题的探讨，涉及世界各国如何理解专利质量；家电行业如何从渠道竞争转向创新竞争；如何应对专利非实施实体（NPE）的海外诉讼；如何保障专利药品公平使用；如何以最接近现有技术为起点判断发明的创造性。

第六章重点讨论商标领域的新问题，包括：以南北“稻香村”之争，讨论老字号商标共存难题；以“东风案”再审判决为例，讨论如何让商标保护回归初心；针对创新实践中具体问题的探讨，涉及不具有固有显著性特征的标志如何获得显著性；特定历史形成的未注册驰名商标如何保护；使用他人注册商标作为艺名是否侵权；服饰领域如何防范商标侵权风险；将他人注册商标设定为搜索关键词是否构成侵权；历史因素如何影响商标授权确权。

目 录

第一章 保护创新的制度环境	1
第一节 知识产权与大国博弈	1
一、从中美贸易摩擦看知识产权保护	1
二、全球创新中心从来就不应只属于西方	5
第二节 对新颁布知识产权法律政策的思考	8
一、对《民法总则》知识产权条款的两点想法	8
二、评《知识产权对外转让有关工作办法（试行）》	13
第三节 高校创新的知识产权制度环境	16
一、中外合作办学创新成果如何归属	16
二、优化高校科技成果转化的制度环境	19
第四节 对国防知识产权的若干思考	22
一、什么是国防知识产权	23
二、如何认识我国国防知识产权发展现状	27

三、如何推进国防知识产权创新发展	32
第二章 著作权领域的新问题	37
第一节 MOOC 平台的著作权风险及对策	37
一、目前关于 MOOC 的研究	38
二、MOOC 的作品性质	40
三、MOOC 的著作权归属	43
四、MOOC 对他人作品的合理使用	49
五、应对 MOOC 平台著作权风险的对策建议	53
第二节 对保护作品完整权案例的实证评析	55
一、问题与研究的起点	55
二、“保护作品完整权”的理解	56
三、“修改权”与“保护作品完整权”之间的关系	61
四、与保护作品完整权密切相关的问题	63
五、诉讼成本与获得赔偿的量化分析	64
第三节 大数据知识产权保护与立法	67
一、大数据面临的知识产权挑战	68
二、大数据的立法问题及应对建议	74
第四节 创新实践问题的探讨	79
一、版权侵权案件中如何使用电子数据证据	79
二、网络服务商是否需要承担侵权责任	81
三、出版课外读物需要关注哪些版权问题	84

四、体育赛事节目应该如何保护	86
五、杂技节目如何获得著作权保护	89
第三章 创意产业的知识产权保护	92
第一节 博物馆藏品数字影像的著作权保护	92
一、使用藏品图片引发争议	93
二、区分藏品图片使用情况	94
三、规范藏品数字影像使用	95
四、开放低分辨率图片空间	96
第二节 香水的著作权保护	98
一、香水的作品属性	99
二、香水的思想和表达	100
三、香水的原创性判断	101
四、香水著作权的侵权判定	102
五、对香水保护模式的思考	103
第三节 传统文化表现形式的著作权保护	105
一、与原住民图腾相关案例	106
二、与原住民传统服饰造型相关案例	107
三、基于上述中国台湾地区案例的思考	110
第四节 创新实践问题的探讨	112
一、创意在多大程度上可以获得著作权法保护	112
二、如何对纹身图案进行保护	116

三、如何界定设计方案抄袭	117
四、如何解决短视频版权侵权频发	120
第四章 娱乐产业的知识产权保护	122
第一节 电子游戏的著作权保护	122
一、美国采用灵活方式保护	123
二、日本认定游戏为电影作品	125
三、游戏类型影响保护方式	126
第二节 卡通形象衍生品开发中的著作权问题	127
一、衍生收益巨大	128
二、厘清争议焦点	130
三、典型侵权案例	131
四、如何成功开发	132
第三节 字幕组的著作权侵权困扰	134
一、国外字幕组的相关争议	135
二、国内字幕组的侵权分析	136
三、发展字幕组的两条路径	138
第四节 创新实践问题的探讨	141
一、点播影院如何解决版权问题	141
二、曲谱为何频频被指抄袭	143
三、音乐抄袭为何判定难	146
四、版权跨界运营如何才能成功	148

五、国产电影发展如何以版权作保障	151
六、翻唱原创音乐作品是否构成侵权	153
第五章 专利领域的新问题	157
第一节 从绿色技术到绿色专利	157
一、气候变化背景下的技术创新与知识产权制度	158
二、绿色技术的专利申请制度	160
三、绿色专利技术许可制度	165
四、专利制度如何应对气候变化的挑战	168
第二节 技术标准中的必要专利问题	171
一、必要专利的界定：“必要专利”与 “必要专利权利要求”之辨	172
二、必要专利的认定标准：技术因素和商业因素之辨	177
第三节 印度药品专利制度如何应对国际环境变化	181
一、拒绝药品产品专利	182
二、过渡期邮箱申请	183
三、强制许可制度	185
四、专利权客体的弹性规定	186
第四节 创新实践问题的探讨	188
一、世界各国如何理解专利质量	188
二、家电行业如何从渠道竞争转向创新竞争	190
三、如何应对专利非实施实体的海外诉讼	193

四、如何保障专利药品公平使用	196
五、如何以最接近现有技术为起点判断发明的创造性	201
第六章 商标领域的新问题	205
第一节 老字号商标共存难题：南北“稻香村”之争	205
第二节 回归商标保护初心：评“东风案”再审判决	209
第三节 创新实践问题的探讨	212
一、不具有固有显著特征的标志如何获得显著性	212
二、特定历史形成的未注册驰名商标商标如何保护	214
三、使用他人注册商标作为艺名是否侵权	219
四、服饰领域如何防范商标侵权风险	222
五、将他人注册商标设定为搜索关键词是否构成侵权	225
六、历史因素如何影响商标授权确权	228
参考文献	231

案例索引

“DOTA2”案	126
“北京 稻香村”商标无效宣告案	227
“大头儿子”案	129
“东风”案	208
“供港”商标纠纷	211
“梦幻西游2”案	126
“奇迹 MU”案	126
“巧虎”案	132
“新华字典”案	213
《乌苏里船歌》案	146
Levi's 双弧线商标案	221
Q 版孙悟空案	131
白秀娥诉国家邮政局案	60
暴风点播影院案	141
德国：长虹与 Sisvel 案	192
格力诉奥克斯案	190

荷兰：兰蔻诉蔻梵案	98
京东方专利复审无效案	201
李俊诉酷狗案	79
美国：“爆破彗星”游戏案	123
美国：Cablevision 案	70
南北“稻香村”之争	204
欧盟：谷歌西班牙案	76
俏花旦空竹案	89
任甲玉诉百度案	77
日本：“心跳回忆”游戏案	125
松下美容器案	190
网易诉天猫不正当竞争案	224
新东方诉媒沃案	47
新东方诉皖枫林案	48
新浪诉脉脉案	71
新浪诉天盈九州案	87
印度：拜尔公司索拉非尼强制许可案	185
印度：诺华公司格列卫专利申请案	186
张五常诉社会科学文献出版社案	59
郑钧诉新浪案	60
中文在线诉唐洋中学案	50

第一章 保护创新的制度环境

本章重点讨论保护创新的制度环境，包括：从中美贸易摩擦和全球创新中心定位思考知识产权在大国博弈中的作用；点评《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）知识产权条款和《知识产权对外转让有关工作办法（试行）》等新颁布知识产权法律政策；分析中外合作办学、高校科技成果转化等知识产权制度环境；对如何认识国防知识产权和如何推进国防知识产权创新发展的若干思考。

第一节 知识产权与大国博弈

一、从中美贸易摩擦看知识产权保护

任何国际组织或国际论坛都是利益交换的场所，全球化给中国带来的机遇从根本上取决于我们如何参与全球化进程，中国应在知识产

权全球治理体系变革中有所作为。

2018年3月美国总统特朗普签署总统备忘录，将对从中国进口的近600亿美元的商品大规模征收关税，并限制中国企业对美投资并购。随后，中国商务部发布了针对美国进口的中止减让产品清单，拟对自美进口部分产品加征关税。

事件的导火索是美国以中国涉嫌侵犯知识产权及强迫技术转让为由开始的“301调查”。对此，中国商务部新闻发言人称，美方无视中方加强知识产权保护的事实、无视世贸组织规则、无视广大业界的呼声，一意孤行，这是典型的单边主义和贸易保护主义，中方坚决反对。事态仍在发展，知识产权与大国博弈成为全球关注的焦点。

（一）知识产权与贸易的结合是大国博弈的关键

政治家清楚地知道贸易对于全球竞争的重要性，贸易也越来越多地与诸多重要事项联系、交叉。可以说，世界贸易组织（World Trade Organization, WTO）框架下的《与贸易有关的知识产权协议》（Agreement of Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights，以下简称《TRIPS协议》）打开了一个潘多拉魔盒，当知识产权保护突破以《保护工业产权巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）和《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》（以下简称《伯尔尼公约》）为代表的世界知识产权组织（World Intellectual Property Organization, WIPO）体系框架，与贸易规则紧密结合在一起时，贸易成为撬动全球利益的“支点”，知识产

权的“力臂”长短将决定国家间的力量对比。知识产权与贸易的结合注定是大国博弈中取胜的关键。

在知识产权国际保护体系中,具有较强知识产权实力的国家不仅希望改善国际贸易制度以出口其知识产权产品,还希望从中获得由知识产权垄断地位而带来的额外收益。与之相对,知识产权实力较弱的国家则更希望在本国境内自由使用和模仿知识产权产品。

值得提醒的是,在美国建国之后的百年里并不保护国外版权,直到1891年《国际版权法》颁行,美国才开始有条件地对极有限的外国国民的作品提供版权保护。即便如此,也还是存在所谓“印制条款”的限制,即只保护在美国境内印制的外国作品的版权,该条款直到1986年才正式废止。

随着经济全球化的推进,越来越多的发展中国家已经加入“自由贸易联盟”和知识产权国际保护公约之中,以实现货物的自由贸易,并且开始按照发达国家标准提供知识产权保护。

自由贸易降低货物的交易成本,知识产权保护提高创新的价值,这两者并非简单的巧合——因为,目前绝大多数货物都已在发展中国家生产,自由贸易使发展中国家生产的货品被低价销售;而新技术开发主要在发达国家完成,通过保护知识产权,打击仿冒者,保证了知识产权产品的高价格垄断。全球范围内的自由贸易和知识产权保护成为发达国家从发展中国家获得“双重收益”的重要保障。

(二) 扩大开放与加强知识产权保护是自主创新的保障

在全球化背景下,分散在世界各地的知识中心被整合到统一的创