

兰台 知识产权评论

(第一辑)

兰台知识产权团队 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



兰台律师事务所
Lantai Partners

兰台 知识产权评论

(第一辑)

兰台知识产权团队 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

兰台知识产权评论. 第一辑 / 兰台知识产权团队著. —北京:
知识产权出版社, 2017. 8

ISBN 978 - 7 - 5130 - 5035 - 7

I. ①兰… II. ①兰… III. ①知识产权—文集 IV.

①D913.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 176132 号

责任编辑: 刘 睿 刘 江

责任校对: 潘凤越

封面设计: SUN工作室

责任出版: 刘译文

兰台知识产权评论 (第一辑)

兰台知识产权团队 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路50号院

邮 编: 100081

责任编辑: 010-82000860 转 8344

责任编辑: liujtang@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82005070/82000893

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720 mm×1000 mm 1/16

印 张: 19

版 次: 2017 年 8 月第 1 版

印 次: 2017 年 8 月第 1 次印刷

字 数: 272 千字

定 价: 50.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 5035 - 7

出版者专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

著作权篇

“互联网+”时代电商平台的知识产权侵权责任	陈明涛 (3)
“计算机字体侵权”到底动了谁的奶酪?	陈明涛 白 伟 (8)
编曲能受到版权保护吗?	
——对韩磊涉嫌编曲侵权事件的评析	陈明涛 田君露 白 伟 (13)
从演绎作品角度看琼于案二审判决:符合体制逻辑的判决	陈明涛 (18)
技术提供者如何走出侵权的雷区?	
——一个知识产权人士对快播事件的思考	陈明涛 (23)
聚合信息类网络服务商侵权性质探讨	陈明涛 (27)
快播天价罚款案违背技术中立原则了吗?	陈明涛 (31)
扭巴的作者身份确认	
——嘎尔西亚诉谷歌案及新浪诉凤凰案引发的思考	陈明涛 (35)
网络广播组织不受著作权保护	
——对新浪与凤凰网体育赛事转播著作权第一案的评论	陈明涛 (40)
网络游戏直播平台的保护分析	
——对耀宇诉斗鱼一案的评析	陈明涛 (43)
微信公众号抄袭	
——著作权法新的谜题?	陈明涛 (48)
为什么高水平的版权保护如此重要?	陈明涛 白 伟 (52)

权力与市场的错位：修改中的著作权法集体管理制度之殇·····	陈明涛（56）
续写真不需要许可吗？对《幸福肥耳朵》一案的评析·····	陈明涛（61）
合理使用制度中转换性使用的理解与适用	
——基于金庸诉江南《此间少年》著作权侵权案的评论···	白 伟（68）
知识产权为什么判赔低？	
——以“西游记配乐”侵权案为视角·····	陈明涛（74）
翻唱行为的侵权定性	
——对《歌手》迪玛希翻唱侵权事件的评析·····	刘俊清（78）
“我本将心向明月”	
——对迪士尼《赛车总动员》侵权案的评论·····	陈明涛 白 伟（82）
创作自由vs.投资保护：对天下霸唱《摸金校尉》侵权案的	
评论·····	田君露（88）
从《见字如面》到《朗读者》：朗读类有声作品之版权法	
解读·····	张 博（93）
网络图片侵权真的只是一赔了之吗？·····	白 伟（98）

专利篇

惩罚性赔偿制度能解决专利侵权判赔低的	
窘况吗？·····	陈明涛 张 峰 刘俊清（107）
论方法和材料特征在实用新型专利中的适用·····	陈明涛 田君露（111）
指控苹果Siri侵权的专利真的无效吗？	
——对小i机器人专利无效案的评析·····	陈明涛 白 伟（115）

GUI外观专利与普通产品外观专利在侵权判定中存在哪些

区别? 刘俊清 (119)

如何理解专利法中的“缺少必要技术特征”? 陈明涛 (127)

突破与创新:评GUI外观设计专利第一案 陈明涛 (130)

专利无效中对于网络证据应当适用怎样的证明标准? 刘俊清 (136)

破解知识产权赔偿之痛

——对握奇诉恒宝5 000万元赔偿案的评论 刘俊清 (141)

技术原理对专利无效理由的影响

——对“一种冷再生催化剂的循环方法”发明专利

无效案的评论 陈明涛 张 博 (146)

商标篇

“公共利益”条款为大企业抢夺商标开启绿灯?

——对“微信”商标案的评析 陈明涛 (155)

“海淘”商标何去何从?

——对阿里巴巴注册“海淘”商标事件的评论 田君露 (159)

“互联网+”时代的商标混淆判断

——对“滴滴打车”商标侵权案的评析 陈明涛 (163)

公众人物姓名权是知识产权吗?

——对“乔丹”商标系列案的评析 陈明涛 (168)

回归商标损害赔偿制度的初衷

——对格力诉美的侵害商标权案的评论 陈明涛 刘俊清 (173)

跨国企业的中国商标之殇

——“高通”商标纠纷系列案评析 … 陈明涛 张 峰 白 伟 (178)

如何克服商标侵权判断的简单化思维?

——对“新百伦”侵权一案的评析 …………… 陈明涛 (183)

商标领域主观过错要件再认识

——基于“东风”“乔丹”及“拉菲庄园”

商标案的探讨 …………… 陈明涛 (187)

商标许可还能裸奔多久?

——对“王老吉荣誉产品”授权事件的评论 …… 陈明涛 刘俊清 (192)

循环诉讼:商标行政确权案件的怪胎…………… 陈明涛 (196)

关于名人姓名权的几点看法

——在浙江青年法学沙龙的发言 …………… 陈明涛 (200)

“双十一”商标战的法律解读…………… 陈明涛 (204)

商标撤三案件中使用证据的效力性认定

——基于“小霸王XIAOBAWANG”商标撤销复审

行政纠纷案的评论 …………… 田君露 (209)

商标“类似”判断的影响性因素

——对“益达”商标行政案件的评论 …………… 陈明涛 (214)

商标行政案中“商品化权”的理解与适用

——对“黑子的篮球”商标无效行政纠纷的评析 …… 田君露 (220)

穿越混淆判断的迷雾:对“非诚勿扰”商标案的

评论 …………… 陈明涛 白 伟 (226)

声音商标的显著性判断

——对腾讯“嘀嘀嘀嘀”商标行政案的评论 …… 田君露 (230)

不正当竞争及其他篇

防止因噎废食：理性看待竞价排名定性为商业广告·····	陈明涛（237）
商业批评的尺度	
——对神州专车“黑专车”事件的评论·····	陈明涛 田君露（240）
机械理解法条与过度理论创新：对广药与加多宝“红罐”	
凉茶包装装潢纠纷案的评析·····	陈明涛（244）
开放VS封闭：微信封杀网易云音乐服务事件法律分析·····	陈明涛（249）
企业名称特定简称的侵权认定分析	
——对中国国际金融股份有限公司诉深圳前海中金集团	
有限公司案的评论·····	张 博（253）
“互联网+”时代知识产权从业者的选择·····	张 峰（259）
互联网金融背景下的企业知识产权战略	
——对传统金融业的忠告·····	陈明涛（264）
批评公众人物的边界	
——兼谈孔庆东诉吴晓平名誉侵权案·····	陈明涛（268）
为什么知识产权案件需要精细化裁判？	
——基于《后宫甄嬛传》侵权案的评论·····	白 伟（273）
我们通过的是一部19世纪的《民法总则》吗？·····	陈明涛（277）
名胜古迹，知识产权要给一个名分吗？·····	张 峰 刘俊清（281）
司法公信力是对骂出来的？·····	陈明涛（285）
合同侵权竞合案件中必要共同诉讼与仲裁条款的冲突解决·····	陈明涛（288）

著作权篇

“互联网+”时代电商平台的知识产权侵权责任

■ 陈明涛

【导读】

知识产权侵权问题一直是电商平台服务商的“阿喀琉斯之踵”，困扰和制约着电子商务的健康、有序发展。对于电商平台服务商的责任问题，主要涉及知识产权间接侵权责任要件构成的法律适用，在此，仅择其要点分析之。

阿里巴巴在美国遭到多个奢侈品牌的诉讼，再次将电商侵权问题带入公众视野。

近年来，我国电子商务发展迅猛，日益成为提供公共产品、公共服务的新力量，成为经济发展新的原动力。日前，国务院发布了《国务院关于大力发展电子商务加快培育经济新动力的意见》，对在“互联网+”时代进一步促进电子商务的发展作出部署。国家知识产权局在2015年4月1日公布的《中华人民共和国专利法修改草案（征求意见稿）》也专门增加了电商平台专利侵权责任的相关规定。

然而，知识产权侵权问题一直是电商平台服务商的“阿喀琉斯之踵”，困扰和制约着电子商务的健康、有序发展。对于电商平台服务商的责任问题，主要涉及知识产权间接侵权责任要件构成的法律适用，本文仅择其要点分析之。

一、电商平台的主体性质定位

在网络环境下，服务提供商通常分为内容服务提供商（ICP）与中介服务提供商（ISP）两大类。在著作权法中，《信息网络传播权保护条例》将网络中介服务提供商具体分为接入与连线服务提供商、系统缓存服务提供商、网络存储空间服务提供商、链接与搜索服务提供商。

电商平台的运营模式是提供网络交易平台，卖家在网上发布商品信息，买家通过浏览网站平台信息，直接与卖家联系交易事项。因此，有观点认为，电商平台服务商不属于《信息网络传播权保护条例》规定的四类中介服务提供商，而是一种新型的中介服务提供商。

这一观点得到普遍认可，也为司法判例所一致的适用。然而，笔者认为，电商平台服务提供商属于信息网络存储空间服务提供商。

一方面，从技术角度来看，网络交易平台服务提供完全符合信息网络存储空间服务提供商的技术特征。在当前商业模式中，电商平台将网络空间提供给交易方使用，用于发布交易所必需的各种信息，这一技术特征决定了服务提供商既是处于中介服务的地位，也是采用网络存储技术的方法，其目的是为网络交易的有效进行，搭建平台、提供支持、保障安全。

另一方面，电商平台服务适用信息网络存储空间服务提供商法律规定。比如，在Hendrickson v. ebay. Inc. 一案中，美国法院就认为，eBay公司作为网络交易平台服务提供商符合美国《新千禧年数字版权法》（DMCA）第512条C款关于网络存储空间服务提供商的避风港条款。由于《信息网络传播权保护条例》网络存储空间服务提供商的规定移植于美国DMCA第512条C款，也就有理由认为电商平台可以视为信息网络存储空间服务提供商。

二、电商平台的过错要件判定

主观过错要件是间接侵权责任的核心要件，这也体现在《侵权责任法》第36条关于网络服务商的责任判断中。就判断标准而言，我国传统侵

权法的“合理的管理人标准”通常为司法实务所采用，即要求服务提供者以理性的、谨慎的管理者身份来对待用户所做出的各种行为及发布的各种信息。

面对网络交易平台服务提供商的主观要件判断，应遵循以下几个原则和标准。

（1）应正确理解“知道与有理由知道”的内涵。所谓“知道”，是指服务提供者对于侵权行为存在明确的、实际的认知状态；所谓“有理由知道”，是指通过相关的事实与标准可以推定服务提供者应当认识到侵权行为。从认知要件构成来讲，权利通知与合理的管理人标准可以构成上述的主观要件的判断。也就是说，当权利人发出符合法律要求的权利通知时，就可以判定服务提供者对于侵权行为具有主观认知状态。或者，即使不存在权利通知，服务提供者作为一个合理管理者，对于显而易见的侵权行为也应具备主观认知状态。

（2）应正确理解权利通知要件对主观要件判断的意义。首先，网络平台服务提供者应正确处理权利通知。当权利通知不符合要求时，并不意味着其存在主观过错。其次，仅有删除行为也不意味着服务提供商可以完全免除责任。最后，如果服务提供商故意忽视权利通知或者通知后拒不采取删除行为，即意味着服务提供者存在主观过错。

（3）应采取主动的措施消除显而易见的侵权。现行法律并没有强制赋予网络服务提供商主动监控的义务，但实际上对显而易见侵权行为的主观认知，或者说“红旗标准”是法律对于故意无视行为的回应，其适用于无监控提议和正式通知删除程序的灰色地带。

（4）不应以不当的言行促进侵权目的。主观要件理论发展使得认知范围由侵权行为扩展到技术用途，即已经采用积极引诱的言语和行为促进技术的侵权用途，也可以构成主观过错。例如，MGM Studios, Inc. v. Grokster案最终确立了引诱侵权的规则，“以促进版权侵权使用为目的而提供设备，并

且已经清楚（语言）的表明或者另外采取了确实的步骤促进侵权，应当就第三人导致的侵权行为承担责任，而不用考虑产品的合法用途”。

三、“互联网+”时代电商平台的专利侵权

专利侵权的一个基本原理就是，一个人没有实施完成整个专利，就不会构成侵权。也就是说，在专利侵权中，被控侵权人如要构成专利侵权，需要实施专利权利要求记载的所有步骤，或制造专利产品的全部组件，即所谓的全要件原则。就方法专利而言，会存在某种撰写方式，要求方法专利部分步骤由一方来实施，另一方实施方法专利其他步骤。

在移动互联技术条件下，电商平台专利要由服务器端和客户端共同完成专利的实施。在此情况下，如果存在多个实施方，其行为是否构成侵权，各方应承担何种程度的责任，就产生了疑问。这就涉及专利法中分离式侵权的法律适用。

2012年8月31日，美国联邦巡回法院就备受瞩目的Akamai案作出最终宣判，形成网络条件下分离式侵权制度结论性意见。

Akamai案涉及网络内容传送服务专利，根据权利要求，提供一种方法，在一系列外置服务器中放置内容提供商的内容，通过修改内容提供商主页，指导网络浏览者找寻服务器内容。被告莱姆莱特（Limelight）公司与原告阿卡迈（Akamai）公司竞争，通过放置内容在服务器上，提供有效率的传送服务，但是自身没有修改主页，而是指导内容服务商完成修改。

因此，在该案中，权利要求所记载的方法实际由两个实施者完成，即内容提供商和内容传送服务提供者（莱姆莱特公司）。但是，作为专利权人，面对多个主体实施全部方法专利步骤，其试图归咎于被告。

然而，美国联邦巡回法院在判决中主张，如果多个实施行为之间缺少“代理关系”，即使各方为了避免侵权的特定目的，安排“分离”他们的侵权行为，对未能实施侵权所有必需步骤的任何一方，仍然不必为此承担责

任。由于莱姆莱特公司本身没有实施全部步骤，也无法将他人实施其余步骤行为归责给它，因此，法院认定莱姆莱特公司没有侵权。

Akamai案给出了重要启示，即仅仅密切合作关系不足以也不会构成侵权，甚至可以为第三方提供辅导服务。实际上，这一发展过程已经表明，权利人的保护范围被压缩到很小的空间，其根本目的在于，避免因方法专利侵权步骤过于分离，导致权利人保护范围不确定性，以及行为人侵权不确定性。

这也对电商平台的专利撰写提出了新要求，即应当尽量避免多主体的实施专利，防止故意侵权方的规避。

新兴互联网技术的出现和应用，如同打翻了知识产权法的“潘多拉的魔盒”，它的后果是旧的利益格局正在被打破，传统的知识产权法体系正在被重新构建。在“互联网+”时代，面对电商平台法律难题，我们还能不能冷静准确地进行法律适用呢？

“计算机字体侵权”到底动了谁的奶酪？

■ 陈明涛 白 伟

【导读】

对计算机字库单字产生保护争议的原因是没有忽视其作为演绎作品的属性。计算机单字作品与原始字稿的相比，不具有可区别性的特征，如果对计算机单字进行保护，将导致与已有作品保护发生冲突，也将导致不当的占有公共资源。

近年来，伴随着北大方正、造字工房等企业在全国范围内大规模的维权行动，“计算机字体侵权”这一词汇不断地出现在大众视野中。湖南卫视《我是歌手3》、电影《失恋33天》、宝洁公司等热门节目、电影及大型企业成为被诉对象，更使得司法实务界与法学理论界为“计算机字体侵权”这一论题吵得不可开交。在徐静蕾字体、井柏然字体等噱头引起社会话题的同时，越来越多的企业开始陷入这场字体维权风暴。

从司法实务来看，“计算机字体侵权”主要涉及计算机非字库单字、计算机字库软件、计算机字库单字三方面的保护问题。通常而言，设计独特的计算机非字库单字及计算机字库软件的版权保护已经基本形成共识。

与此相反，计算机字库单字作品是否受著作权保护存在较大争议，当前司法判决也莫衷一是。在著名的方正诉宝洁倩体“飘柔”侵权一案中，一审法院从公共利益出发，认为计算机字库单字更多地承载了作为语言符号的

功能性，不应获得版权保护。而在汉仪公司“笑巴喜”等案件中，法院大多认为计算机字库单字作品受著作权保护。

产生上述分歧的根源在于没有对字库单字作品的独创性有更为深刻的认识，特别是忽视其作为演绎作品的属性。

作品具有独创性，是获得版权保护的前提条件。从早期的“额头出汗”标准，到“独立创作和最低限度创新性”标准，独创性标准的判断，处于不断的发展之中。具体到演绎作品，独创性标准不是从作者本身的创作行为角度出发，而是与已有作品相比较分析判断，又分为两个标准，即可区别性改变标准和实质性改变标准。

（1）可区别性改变标准。可区别性改变标准又叫超过微小变化标准。Alfred案审理法院认为，独创性要不同于实际复制，只要其具有可区别性的变化，就可以具有版权性。之后，辛德案对演绎作品可区分性改变标准进行了系统阐述。该案法院引用了Alfred案对独创性的认识，认为独创性标准是低门槛的，只需要作者贡献超过微小变化。并进一步指出，一个已有作品的演绎要获得版权法保护，新作品必须“包含实质的，不仅仅是微不足道的独创性”。

（2）实质性改变标准。实质性改变标准最早在Gracen案中确立。著名的波斯纳法官认为，案件焦点在于演绎作品与已有作品之间是否存在实质性区别。为此，他专门举了一个例子：“假设A针对蒙娜丽莎的原作进行轻微的改作，取得作品著作权，而某B复制了蒙娜丽莎的原作。在此情况下，A诉B侵权。然而，A的演绎作品要求越低，则A的演绎、原作与B的复制品就越难彼此区分，很难认定B复制的是A还是原作，从而造成是否侵权之认定困难。”因此，他最终主张，演绎作品要有版权性，必须和已有作品存在实质性的区别，早期过于宽松的标准应当被抛弃。

然而，在Schrockp案中，审理法院拒绝采纳Gracen一案的实质性改变标准，认为演绎作品并没有比其他作品更高的独创性标准，对于演绎作品的独