

# 知识产权南湖快讯

Nanhu Intellectual Property News

2018年第5期

(总第53期)

国家知识产权战略实施(中南)研究基地

教育部人文社科重点研究基地

中南财经政法大学知识产权研究中心

2018年5月



## 改版说明

《知识产权南湖快讯》自 2013 年问世以来，受到社会各界读者的欢迎，衷心感谢社会各界的支持。《南湖快讯》原主要由“国内知识产权动态”、“国内特别关注”、“国外知识产权动态”、“国外特别关注”、“南湖学人新作速递”五大板块组成，以方便读者迅速便捷了解国内外知识产权热点事件。现为帮助读者更深层次地了解知识产权研究的动态方向，在原板块的基础上增加“知识产权法学类期刊文章摘编”、“知识产权管理类期刊文章摘编”两大板块。其中“知识产权法学类期刊文章摘编”中的论文皆选自《中国社会科学》及 CSSCI 来源期刊目录（2017-2018）的 23 种法学类期刊；“知识产权管理类期刊文章摘编”中的论文皆选自《中国社会科学》及国家自然科学基金委员会科学管理部选出的 30 种管理科学 AB 类重要学术期刊。

# 目 录

<b>国内知识产权动态</b>	<b>7</b>
1. 专利侵权实施地过去 5 年发生转移 京沪两地线上侵权已超越线下	7
2. 习近平：要加大知识产权保护执法力度，完善知识产权服务体系	7
3. 第七次中日韩领导人会议联合宣言：推进区域知识产权体系建设	8
4. 法院来了技术调查官	9
5. 最高法：依法妥善审理使用红色经典作品报酬纠纷案件	9
6. 数化万物·智在融合:2018 中国国际大数据产业博览会开幕	10
7. 科技部、国资委印发《意见》推进央企创新发展	10
8. 商务部：中国-挪威自由贸易协定第十一轮谈判在挪威奥斯陆举行	11
9. 知识产权（专利）密集型产业分类国家标准制定工作有序推进	12
10. 《中国商标品牌战略年度发展报告（2017）》正式发布	12
11. 截至 4 月底，我国已注册地理标志商标总数达 4150 件	13
12. 发挥品牌引领作用 推动经济高质量发展	13
——“中国品牌日”首设中国自主品牌博览会	13
14. 北京首例网络电影被诉著作权侵权案宣判	15
15. 市场监管总局等部门发布 2018 网络市场监管专项行动（网剑行动）方案 的通知	16
16. 中国与欧亚经济联盟正式签署经贸合作协定	16
17. 酷派或将向印度法院诉讼:指控小米专利侵权	17
<b>国内特别关注</b>	<b>17</b>
中兴案落定，将支付 10 亿美元罚款	17
<b>国外知识产权动态</b>	<b>20</b>
1. 欧盟《通用数据保护条例》生效	20

2. 欧盟-日本贸易协定的知识产权章节限制改革 .....	21
3. 新加坡知识产权局为专利工作提出新的方案 .....	22
4. 美国版权局出台新的实施细则 .....	22
5. 泰国“常青”专利的批准阻碍了药物生产者的发展 .....	23
6. 欧委会正在考虑打击非法网络内容的新措施 .....	24
7. 美国法院认定动物无法获得版权 .....	25
8. 科威特成立知识产权图书馆 .....	26
9. EPO 与 OMPIC 合作促进技术和产业发展 .....	26
10. 韩国专利局公布韩国各项 V2X 专利占比 .....	27
11. WIPO 称知识产权制度必须与技术发展保持一致 .....	28
12. 印度发布 2017 年知识产权年度报告 .....	28
13. 新加坡与巴西知识产权局举办分享会 .....	29
14. 土耳其在知识产权法方面取得进展 .....	30
<b>国外特别关注 .....</b>	<b>30</b>
1. 苹果 VS 高通：“专利战”中的又一场较量 .....	30
<b>法学类核心期刊知识产权文章摘编 .....</b>	<b>33</b>
1. 论智能机器人创作物的著作权保护——以智能机器人的主体资格为视角 .	33
2. 人工智能智力成果在著作权法的正确定性——与王迁教授商榷 .....	34
3. 体育赛事网络实时转播法律保护困境及其对策研究 .....	34
4. 论知识产权损害赔偿中侵权获利的分摊方法 .....	35
5. 专利侵权获利赔偿中因果关系的认定 .....	36
6. 德国法中的专利侵权损害赔偿计算——以德国《专利法》第 139 条与德国 《民事诉讼法》第 287 条为中心 .....	36
7. 论网络环境下著作权侵权的刑事归责——以网络服务提供者的刑事责任为	

中心	37
8. 商标权利构造的理论困境与规范出路 .....	38
9. 论商业外观法律保护要件之重构——基于“红罐王老吉凉茶案”的法理分 析	39
<b>管理类核心期刊知识产权文章摘编 .....</b>	<b>40</b>
1. 知识产权保护与集群企业知识资产的治理机制 .....	40
<b>南湖学人新作速递 .....</b>	<b>41</b>
詹映： 逆全球化背景下美国对华“301 调查”的不同寻常之处 .....	41
徐小奔： 专利侵权获利赔偿中因果关系的认定 .....	43

# 国内知识产权动态

## 1. 专利侵权实施地过去 5 年发生转移 京沪两地线上侵权已超越线下

专利侵权的实施地在过去几年间，已悄然发生转移。由知产宝司法保护数据中心发布的《中国专利司法保护现状及趋势分析报告（2013 年-2017 年）》显示，专利侵权行为集中在线上、线下、市场、商场、展会，而发生在线上的专利侵权案件数量在北京、上海两地已超越线下侵权。北京、上海、广州三地既是中国区域创新经济最发达的区域，也是专利保护需求最丰富的地区。

值得注意的还有，涉互联网以及新技术、新模式、新业态下的专利侵权数量趋向上升。报告称：“这从一个侧面也引证了单纯依赖加大司法救济与行政救济的力度只是提升专利保护水平的一个支撑点，而不是全部。

（来源：法制日报——法制网

[http://www.legaldaily.com.cn/index/content/201805/18/content\\_7548364.htm?node=20908](http://www.legaldaily.com.cn/index/content/201805/18/content_7548364.htm?node=20908)）

## 2. 习近平：要加大知识产权保护执法力度，完善知识产权服务体系

2018 年 5 月 28 日，中国科学院第十九次院士大会、中国工程院第十四次院士大会在北京人民大会堂隆重开幕。中共中央总书记、国家主席、中央军委主席习近平出席会议并发表重要讲话。他强调，中国要强盛、要复兴，就一定要大力发展科学技术，努力成为世界主要科学中心和创新高地。形势逼人，挑战逼人，

使命逼人。我国广大科技工作者要把握大势、抢占先机，直面问题、迎难而上，瞄准世界科技前沿，引领科技发展方向，肩负起历史赋予的重任，勇做新时代科技创新的排头兵，努力建设世界科技强国。

（来源：中国知识产权报

<http://www.ipraction.gov.cn/article/xxgk/ywdt/201805/20180500187486.shtml>）

### 3. 第七次中日韩领导人会议联合宣言：推进区域知识产权体系建设

近日，国务院总理李克强出席第七次中日韩领导人会议并正式访问日本。其间，在5月9日发布的第七次中日韩领导人会议联合宣言中，三国领导人提出，认识到为保持经济持续增长繁荣，有必要建立重视创意、促进公平竞争的知识产权体系。认为三国知识产权合作，包括知识产权局长政策对话，对推进区域知识产权体系建设具有重要作用，期待三国就此进一步加强合作。

李克强指出，此访期间，中日两国政府达成诸多合作协议，为两国地方和企业深化合作创造了条件和空间。双方同意开展创新发展合作，建立创新对话机制，逐步推进两国在高技术以及在应对人口老龄化、医疗卫生等适应经济社会发展 and 民生需要的领域开展技术合作，同时严格保护知识产权。

（来源：国家知识产权局网

<http://www.ipraction.gov.cn/article/xxgk/ywdt/201805/20180500185836.shtml>）

## 4. 法院来了技术调查官

近3年，“北上广”几乎同时出现了一个新职业——技术调查官，一群来自高校、科研院所、国家知识产权机构的专家学者，受聘于三地的知识产权法院，成为法官们的“技术翻译”。

技术调查官几乎与知识产权法院同时诞生。2014年8月31日，全国人大常委会作出在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定。当年底，三地知识产权法院陆续成立运行。与此同时，最高人民法院出台《关于知识产权法院技术调查官参与诉讼活动若干问题的暂行规定》，推进这一制度探索。

作为司法辅助人员，技术调查官们阅读案件卷宗、参加庭审、参与执行保全，日益成为破译知识产权案件技术密码的关键人。他们参与知识产权案件审理进程，更以亲身实践潜移默化地影响着自身所处的行业，催生一粒粒知识产权保护的种子从土壤里萌发。为复杂技术事实“开锁”。

（来源：人民网-人民日报）

<http://society.people.com.cn/n1/2018/0518/c1008-29997695.html>

## 5. 最高法：依法妥善审理使用红色经典作品报酬纠纷案件

最高人民法院下发通知，要求各级人民法院依法妥善审理好使用红色经典作品报酬纠纷和英雄烈士合法权益纠纷案件，依法保护红色经典传承和英雄烈士合法权益。

通知要求，各级法院在侵权认定、报酬计算和判令停止行为时，应当秉承尊重历史、尊重法律、尊重权利的原则，坚持红色经典和英雄烈士合法权益司法保护的利益衡平。为维护党和国家利益、社会公共利益，对因使用红色经典作品产

生的报酬纠纷案件，不得判令红色经典作品停止表演或者演出。

(来源：新华网)

[http://www.xinhuanet.com/2018-05/14/c\\_1122831420.htm](http://www.xinhuanet.com/2018-05/14/c_1122831420.htm)

## 6. 数化万物·智在融合:2018 中国国际大数据产业博览会 开幕

全球首个以大数据为主题的博览会——2018 中国国际大数据产业博览会 5 月 26 日在贵州贵阳召开。数博会为期四天，主题为“数化万物·智在融合”，共设置国际综合馆、数字应用馆、前沿技术馆、数字体验馆等七大展区，将集中展示我国乃至全球大数据产业的最新成果。在超过 6 万平方米的展览面积里，大数据的新成果会集中亮相。处理“中国天眼”天文大数据的超算能力和技术应用、5G 应用场景体验等成果将首次展出，大数据与传统产业、政府管理、社会治理等方面的融合创新应用成为一大亮点。

(来源：中国新闻)

<http://news.cctv.com/2018/05/26/ARTIpwgWdmv422Ag5sXPoMnR180526.shtml>

## 7. 科技部、国资委印发《意见》推进央企创新发展

科技部、国资委近日印发《关于进一步推进中央企业创新发展的意见》，多措并举加快推动中央企业创新发展。两部门发出的通知还要求，各地方科技厅(委、局)、国资委参照执行，积极推进地方国有企业创新发展。

中央企业作为国民经济发展的主要支柱，是践行创新发展新理念、实施国家

重大科技创新部署的骨干力量和国家队。《意见》提出，按照党中央、国务院科技创新重大决策部署要求，发挥科技创新和制度创新对中央企业创新发展的支撑推动作用，通过政策引导、机制创新、研发投入、项目实施、平台建设、人才培养、科技金融、国际合作等加强中央企业科技创新能力，充分发挥中央企业在国家安全、国民经济和社会发展等方面的基础性、引导性和骨干性作用，培育具有全球竞争力的世界一流创新型中央企业。

（来源：中国经济网—《经济日报》

[http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201805/29/t20180529\\_29265992.shtml](http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201805/29/t20180529_29265992.shtml)）

## 8. 商务部：中国-挪威自由贸易协定第十一轮谈判在挪威奥斯陆举行

2018年5月14-16日，中国—挪威自由贸易协定第十一轮谈判在挪威奥斯陆举行。双方就货物贸易、服务贸易、投资、原产地规则、海关程序与贸易便利化、知识产权、竞争政策和政府采购等相关议题展开磋商。谈判取得积极进展。

本轮谈判是2017年4月中挪自贸协定谈判恢复以来举行的第三轮谈判。中挪两国经济互补性强，合作基础深厚。双方通过自贸协定谈判加强经贸务实合作，有利于造福两国企业和人民，推动中挪关系迈上新的台阶，也发出了两国共同坚定维护自由贸易、反对单边主义和贸易保护主义的强烈信号。

（来源：商务部网站

<http://www.nipso.cn/onevs.asp?id=41278>）

## 9. 知识产权（专利）密集型产业分类国家标准制定工作有序推进

近日，知识产权（专利）密集型产业分类制定前期工作启动会在京召开，知识产权（专利）密集型产业分类国家标准制定工作进入实质阶段。

知识产权（专利）密集型产业分类国家标准是开展产业增加值核算及其他指标统计监测工作的重要依据。下一步，国家知识产权局将坚持产业划分的客观原则，吸纳国际经验，梳理地方试点成果，充分考虑产业发展的实际需求，在保证知识产权（专利）密集型产业分类国家标准制定的科学性、全面性和稳定性基础上，推进统一的知识产权密集型产业分类标准建设。同时，国家知识产权局还将基于产业分类，开展知识产权与科技创新、产业发展相结合的指标研究，为“十四五”规划的指标设定提供支撑。

（来源：国家知识产权局

<http://www.sipo.gov.cn/zscqgz/1124551.htm>）

## 10. 《中国商标品牌战略年度发展报告（2017）》正式发布

为全面反映 2017 年商标工作取得的新成绩，展示商标品牌战略发展动态，进一步增强全社会商标品牌意识，更好地指导地方商标品牌工作，提高企业商标品牌创造运用能力，日前，商标局、商标评审委员会共同编撰了《中国商标品牌战略年度发展报告（2017）》。

本报告系统记述了 2017 年度商标主管机构以及各级工商和市场监管部门在商标申请和注册、商标专用权保护、地理标志和农产品商标、国际注册与海外维

权、商标评审等方面的最新进展和突出成绩，汇总了商标注册与管理改革中的重大事件，并对各类商标数据进行了统计分析。

（来源：一品标局

<http://www.epbiao.com/shangbiaos/18007.html>）

## 11. 截至 4 月底，我国已注册地理标志商标总数达 4150 件

5 月 14 日，“广西实施商标品牌强桂战略大宣讲”暨国家知识产权局商标局“地理标志精准扶贫”西部宣讲首场宣讲活动在广西壮族自治区南宁市举行，

据了解，截至 2018 年 4 月底，我国已核准地理标志集体商标、证明商标 4150 件，其中一半以上的地理标志成为区域经济支柱产业，对当地就业、居民增收和经济发展作出了积极贡献。十八大以来，我国地理标志商标注册达 1918 件，占历年注册总量的 46.2%。

（来源：中国知识产权资讯网

<http://www.nipso.cn/onews.asp?id=41208>）

## 12. 发挥品牌引领作用 推动经济高质量发展

### ——“中国品牌日”首设中国自主品牌博览会

作为“中国品牌日”系列活动之一，以“中国品牌·世界共享”为主题的首届中国自主品牌博览会在上海举行。一大批代表世界先进水平的自主品牌产品集

中亮相，向全球展示了中国自主品牌的发展成就，且彰显出我国自主品牌正日渐成为经济高质量发展的“新动能”。

“举办中国自主品牌博览会等‘中国品牌日’系列活动，立足我国经济发展新常态，中国特色品牌发展道路的一项重大战略举措。”在国家发展改革委副主任林念修看来，在当今日益开放的世界经济体系格局中，品牌已经成为衡量综合国力的重要标志。从2017年开始设立“中国品牌日”到今年举办首届中国自主品牌博览会，我国自主品牌的发展思路越发成熟、路径更加明晰。

（来源：国家知识产权局网站

<http://www.sipo.gov.cn/mtsd/1124298.htm>）

### **13. 2017年中国数字经济规模达27.2万亿元 创新能力增强**

中国国家互联网信息办公室5月9日发布《数字中国建设发展报告(2017年)》。报告数据显示，2017年中国数字经济规模达27.2万亿元(人民币，下同)，同比增长20.3%，占GDP的比重达到32.9%，成为驱动经济转型升级的重要动力引擎。

报告称，数字产业化方面，新技术、新产业、新业态、新模式不断涌现。2017年，中国信息消费规模提升至4.5万亿元，同比增长15.4%，为同期最终消费增速的两倍左右，占最终消费的比重达10%，对GDP增长贡献超过0.4个百分点。

在产业数字化方面，信息化成为推动经济发展质量变革、效率变革、动力变革，提高全要素生产率的重要动力引擎。例如，在制造业方面，规模以上工业企业数字化研发设计工具普及率达到63.3%，关键工序数控化率达到46.4%。

报告称，中国核心技术自主创新能力明显增强。在芯片方面，集成电路实现

28 纳米工艺规模量产，芯片设计水平迈向 10 纳米。成功研制 14 纳米刻蚀机、薄膜沉淀等 30 多种高端装备和靶材、抛光液等上百种材料产品，填补产业链空白。

（来源：中国新闻网

<http://www.chinanews.com/cj/2018/05-09/8510084.shtml>）

## 14. 北京首例网络电影被诉著作权侵权案宣判

近日，北京知识产权法院就作家求无欲起诉中文在线、海润影业、爱奇艺侵犯小说《诡案组》著作权侵权上诉案作出二审判决，法院认定，中文在线等根据涉案小说拍摄、制作和播放网络电影《诡案组之魔影杀手》未侵犯求无欲主张的改编权、摄制权及信息网络传播权等权利，维持一审原判，驳回求无欲的上诉请求。

在该案中，原被告双方的一个主要争议焦点是网络电影是否属于电影作品，而这也是业界长期以来争议较多的话题。在业内人士看来，该案一审、二审判决均认定网络电影属于电影作品范畴，既明确了此类作品的法律属性，也为此类案件的审理提供了参考。相关从业者要避免类似纠纷，在签订合同时，应对相应条款进行明确约定。

（来源：中国知识产权网络版

<http://www.chinaipmagazine.com/news-show.asp?id=22229>）

## 15. 市场监管总局等部门发布 2018 网络市场监管专项行动（网剑行动）方案的通知

为深入贯彻落实党的十九大精神，融合、整合网络市场监管部际联席会议各成员单位职能优势，适应网络市场监管的新形势、新任务、新要求，营造诚实守信、公平竞争的网络市场环境，网络市场监管部际联席会议各成员单位决定于 5-11 月联合开展 2018 网络市场监管专项行动（网剑行动）。市场监管总局等部门发布 2018 网络市场监管专项行动（网剑行动）方案

（来源：国家市场监督管理总局网站

<http://www.ipraction.gov.cn/article/xxgk/ywdt/201806/20180600188242.shtml>）

## 16. 中国与欧亚经济联盟正式签署经贸合作协定

2018 年 5 月 17 日哈萨克斯坦阿斯塔纳经济论坛期间，中国商务部国际贸易谈判代表兼副部长傅自应与欧亚经济委员会执委会主席萨尔基相及欧亚经济联盟各成员国代表共同签署了《中华人民共和国与欧亚经济联盟经贸合作协定》（简称“《协定》”）。

《协定》范围涵盖海关合作和贸易便利化、知识产权、部门合作以及政府采购等 13 个章节，包含了电子商务和竞争等新议题。双方同意通过加强合作、信息交换、经验交流等方式，进一步简化通关手续，降低货物贸易成本。《协定》旨在进一步减少非关税贸易壁垒，提高贸易便利化水平，为产业发展营造良好的环境，促进我国与联盟及其成员国经贸关系深入发展，为双方企业和人民带来实惠，为双边经贸合作提供制度性保障。

(来源: 商务部网站)

<http://www.ipraction.gov.cn/article/xxgk/gzdt/bmdt/201805/20180500186191.shtml>

)

## 17. 酷派或将向印度法院诉讼:指控小米专利侵权

据印度媒体报道,中国智能手机制造商酷派(Cool pad)或将向印度法院提起诉讼,指控竞争对手小米公司专利侵权。今年1月以来,酷派在中国国内已经向两家不同的法院提起了7起这样的诉讼。

酷派首席知识产权官张娜(Nancy Zhang)对印度经济时报表示,印度法律保护专利持有者的权益,因此这个南亚国家的法院就成为酷派强有力的诉讼选择。她引用爱立信起诉小米作为例证,这导致小米相关手机被临时禁售。

(来源: 网易科技报道)

[https://3g.163.com/tech/article\\_cambrian/DJAB6Q5U00097U7S.html#qd=cambrian](https://3g.163.com/tech/article_cambrian/DJAB6Q5U00097U7S.html#qd=cambrian)

## 国内特别关注

### 中兴案落定, 将支付 10 亿美元罚款

中美多维博弈, 终有一子落定

4月以来,中兴一直经历着“至暗时刻”,在经历近两个月的交涉后,中兴事件终于有了最新结果。

据CNBC报道,美国商务部长威尔伯·罗斯(Wilbur Ross)在美国当地时间6月7日表示,美国已与中兴公司达成协议,结束对后者实施的严重制裁。美国已

派遣执行小组进入中兴公司，中兴通讯必须 30 天内更换董事会和管理层。美国将暂停这项为期十年的禁止令，但如果中兴再次出现违规情况，美国将重启制裁。

美国商务部官网称，根据新协议，中兴通讯必须向美国政府支付 10 亿美元罚款，并在商务部将中兴通讯从被拒人员名单中删除之前，另行拨付 4 亿美元的代管资金（如果再次违规，将没收托管资金）。

加上中兴通讯已根据 2017 年 3 月和解协议向美国政府支付的 8.92 亿美元罚金，中兴通讯因禁运事件向美国政府缴纳的罚金将高达 22.9 亿美元（约合 146 亿元人民币）。中兴最新发布的财报数据显示，2017 年中兴营收 1088 亿元人民币，净利 45.54 亿元人民币。

新协议还要求中兴通讯保留由美国商务部选定的特殊合规协调员团队，为期 10 年。他们的职能将是实时监控中兴通讯是否遵守美国出口管制法律，并要求中兴通讯更换整个董事会和高级领导层。如果在十年期内发生额外违规，美国商务部可以随时启动禁令。

罗斯承认，这是美国商务部史上首次对一个公司祭出如此严厉的合规惩罚。但这同时这意味着，持续近两个月的中兴危机告一段落。

### **中兴通讯事件回放**

2018 年 4 月 16 日

美国商务部以中兴通讯对涉及历史出口管制违规行为的某些员工未及时扣减奖金和未发出惩戒信，并在 2016 年 11 月 30 日和 2017 年 7 月 20 日提交给美国政府的两份函件中对此做了虚假陈述为由，激活美国企业禁止向中兴通讯销售元器件的禁令，期限长达 7 年。中兴通讯 A 股和港股股票自 4 月 17 日开始紧急停牌。

4 月 18 日

中兴通讯称，因尚需就美国激活拒绝令对公司的影响进行评估，延期披露一

季报。

4月20日

中兴通讯在深圳总部举行新闻发布会，董事长殷一民表示，美国的禁令可能导致中兴通讯进入休克状态，将直接影响公司8万员工的工作权利，直接损害8万个家庭的利益。

4月27日

中兴通讯披露一季报，但此报告是基于拒绝令对公司2018年第一季度报告没有产生影响的假设前提下进行编制。

5月7日

中兴通讯公告，已正式向BIS提交了关于暂停执行拒绝令的申请，并根据BIS指引提交了回应拒绝令补充材料。

5月13日

美国总统特朗普发Twitter称，为中兴通讯提供一条快速恢复业务的途径，并已指示商务部尽快完成此事。

5月14日

美国白宫发言人表示，特朗普希望美国商务部按照适用的法律法规基于事实解决涉及中兴的监管行动。

5月22日

特朗普在白宫会见记者时称，美国政府尚未与中国政府就中兴事件达成任何协议，预想对中兴进行巨额罚款，还包括更换管理层、任命新董事会，采用更严格的安全规定以及要求中兴大量采购美国零部件及设备。

6月3日

有消息称，特朗普政府可能很快向中兴开出高额罚单，美国希望在解除禁售之前惩罚中兴并加强对其管控，商务部还在寻求对中兴进行不受约束的实地考察，

以确认美国的零部件使用情况是否与中兴说法一致，并希望在网站公布其产品使用美国零部件的数据。

6月7日

据新华社消息，美国商务部长罗斯7日宣布与中国中兴通讯公司达成新和解协议。美国商务部当天发表声明说，罗斯当天宣布中兴通讯及其关联公司已同意支付罚款和采取合规措施来替代美国商务部此前针对该公司向美国供应商采购零部件执行的禁令。声明指出，根据新的和解协议，中兴公司支付10亿美元罚款，另外准备4亿美元交由第三方保管，然后美国商务部才会将中兴公司从禁令名单中撤除。

中兴通讯为违规行为付出了沉重的代价，巨额罚款之外，未来十年都将在悬崖边上起舞。结合中美贸易大战背景，中兴事件虽然只是个例，但其命运与中美贸易谈判走势息息相关；反之，中兴又是中美贸易磋商中的一张牌，中美贸易磋商仍在继续，中国的代价将不止于此，收获也将出人意料。

（来源：网易科技

<http://tech.163.com/18/0608/09/DJP5BG8K00097U7S.html>）

## 国外知识产权动态

### 1. 欧盟《通用数据保护条例》生效

欧盟的《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, GDPR) 于5月25日开始生效。

《通用数据保护条例》使所有能直接或间接识别的种族、健康状况、政治倾

向、性取向等敏感信息，在未经当事人授权的情况下，企业不得使用。该条例的适用范围包括任何为欧盟地区公民及住民提供服务的企业，只要存在收集、持有或处理欧盟国家公民及住民的数据，即便公司不在欧盟地区，也要受该条例的约束。违者最高将以 2000 万欧元或企业全球年营业额的 4% 作为罚金。

《通用数据保护条例》是在欧盟法律对所有欧盟个人关于资料保护和隐私的规范，涉及到欧洲境外的个人资料出口。该条例主要目标为取回公民以及住民对个人资料的控制权，以及为国际商务而简化在欧盟内的统一规范。

该法案取代了 1995 年的《数据保护指令》，在 2016 年 4 月 27 日通过，经过两年的缓冲期，2018 年 5 月 25 日开始强制执行。

（来源：

[http://www.sohu.com/a/232932119\\_485557](http://www.sohu.com/a/232932119_485557)）

## 2. 欧盟-日本贸易协定的知识产权章节限制改革

欧盟与日本秘密谈判的贸易协定中的知识产权章节限制了版权和专利改革。该协定显示，欧盟将其部分知识产权制度纳入协定中。欧盟的规则变成了有约束力的国际规则。

社会需要改革的政策空间。版权、专利以及其他所谓的知识产权的专有性妨碍了药品和文化产品的获取，同时损害了独立及后续的创新，版权不适合数字时代。

贸易协定中的知识产权规则不会使贸易更加自由，而是通过向上再分配来加强不平等。值得注意的是，该贸易协定还没有足够的保护措施。企业整合、向上再分配以及数据保护不充分都可能单独或者共同对民主的可持续性产生负面的影响。

该贸易协定是欧盟唯一一个不需要欧盟国家议会批准的协定。欧盟委员会的目标是快速批准。欧洲理事会已经决定于 2018 年 5 月 22 日批准该协定。

(来源:

<http://www.bj12330.com/zscq/15/87/167833/index.html>)

### 3. 新加坡知识产权局为专利工作提出新的方案

近期,新加坡未来经济委员会表示创新是新加坡本国经济发展的核心驱动力。从这个角度来讲,作为一种战略工具,知识产权在促进与保护创新的工作中将会发挥出重要的作用,并会帮助企业在全球范围内进行商业拓展。对此,新加坡知识产权局(IPOS)局长汤大仁(Daren Tang)这样总结道,IPOS的角色也正在逐渐转变成一个能够处理各种事务的、以创新为核心的实体。

此外,为了促进新加坡本国未来的经济发展,IPOS将会逐渐转换成一个创新型机构,而不仅仅是此前的注册与监管机构。

(来源:

<http://www.bj12330.com/zscq/15/87/168215/index.html>)

### 4. 美国版权局出台新的实施细则

2017 年 12 月 31 日,美国版权局引入了全新的实施细则,该细则用于管辖一部分电信媒体服务提供商的注册工作。上述提供商只有在符合有关规定的情况下,才能在某些情况下免于遭遇版权诉讼。

那些发布用户生成内容(user-generated content)的网站运营商以及提供

商均会面临遭到权利人指控其涉嫌或者实际存在版权侵权行为的风险。毕竟，对相关内容开展全面的审查在大部分情况下是难以做到的，因此这有可能会带来自身无法控制的责任风险。美国《数字千年版权法案》为这些服务提供商提供了特殊的保护。那些允许第三方发布用户生成内容（例如评论、照片以及视频）的网站、应用程序以及其他类型的网络平台在某些情况下可以免于遭到侵犯版权的指控。具体来讲，这种保护涉及到第三方在各个电信媒体上发布的用户生成内容。

根据上述已经付诸实施的修订细则，服务提供商需要以电子方式向美国版权局注册其所指定的电信媒体代理。此前以书面形式开展的任何注册工作都不再有效。如果未执行电子注册流程，那么将无法得到任何保护，因为电子注册是获得保护的强制条件。而注册也需要每三年更新一次。

（来源：

<http://www.bj12330.com/zscq/15/87/168339/index.html>）

## 5. 泰国“常青”专利的批准阻碍了药物生产者的发展

泰国药品可及性运动的发起者和本国的药物生产者称，跨国药物生产商通常会采取一种获取不当专利申请的策略。这种策略提高了医疗保健的成本并阻碍了泰国仿制药行业的发展，使泰国政府在该行业的花销高达数亿美元，而这完全是没有必要的。

近期，泰国军政府行使了一项特殊的权利来加速处理积压的大量专利申请。上述药品可及性运动的发起者和药物生产商对此忧心忡忡，他们认为此举将会对那些所谓的不当申请有利。

上述这种策略就是所谓的专利“常青”策略，其指的是专利申请人以不合理的理由使其专利保持新颖性，从而导致患者需支付高昂的药物费用，而制药公司

借此继续从中牟取暴利。

该“常青”策略包括对多种药物进行重新组合、轻微改变药物成分或改变药物的服用方法。但对“常青”策略持批评态度的人士认为该策略并不能构成一种新的创新，来确保获取一项新的专利。

(来源:

[http://www.bj12330.com/zscq/\\_15/\\_87/168460/index.html](http://www.bj12330.com/zscq/_15/_87/168460/index.html))

## 6. 欧委会正在考虑打击非法网络内容的新措施

欧盟委员会现向相关组织、执法机构、监管机构以及网络平台等咨询意见，询问是否有必要制定打击非法网络内容的新措施，包括是否应将这些措施纳入立法中。咨询的截止日期为6月25日。

欧委会还向受访者询问市场中的利益相关方（从托管服务提供商到权利人）在打击非法网络内容中所起的作用，并询问是否有必要加快删除非法网络内容的进程。

欧委会称：“非法网络内容的存在及其传播是欧盟制定重要公共政策与安全措施时担忧的问题，尤其当涉及恐怖主义内容的传播、非法煽动仇恨言论、非法的商业实践、知识产权侵权以及非法药品、假冒产品或其他非法商品的销售时。”

“欧委会正在收集相关措施有效性的证据以及所议问题的严重性，并将在2018年底之前探讨相关措施，以提高打击非法网络内容的有效性。”

(来源:

[http://www.bj12330.com/zscq/\\_15/\\_87/168513/index.html](http://www.bj12330.com/zscq/_15/_87/168513/index.html))

## 7. 美国法院认定动物无法获得版权

美国联邦第九巡回上诉法院指出，根据《版权法》，动物是无法作为版权所有人来提起侵权诉讼的。2011年，一起涉及“猴子自拍照”的案件引起了轩然大波。此事的起因是一位名叫大卫·斯莱特 (David Slater) 的自然摄影师前往印度尼西亚专门拍摄一种叫做凤头猕猴的濒危物种。在斯莱特将自己的照相机单独留在森林中时，一个现在非常火的、叫做鸣人 (Naruto) 的猕猴给自己来了几张自拍照，并露出了一个怪怪的、看起来非常像人类的微笑。

在斯莱特公布自己的照片后，善待动物组织 (PETA) 以“诉讼保护人 (next friend) 之名”代表这只猕猴向斯莱特和发布者提起了诉讼，并试图在胜诉后将相应的收益用来帮助鸣人这个濒危物种。地方法院驳回了该起诉讼，而 PETA 提出了上诉。尽管有关各方在达成将出售照片的一部分收益交给保护该濒危猕猴的组织后试图撤销起诉，但是第九巡回法院还是基于下列因素驳回了上述提议：问题的严重性；法院已经在该起案件上花费的大量资源；鸣人并不是该调解协议下的任何一方。

从表面上看，法院作出驳回决定的理由是双方的和解工作看起来是一种资源的浪费。但是，如果能够再深挖一下，相比公众利益团体代表动物提起诉讼而言，这起案件中的问题还有可能会带来更加深远的影响，特别是在人工智能以及其他涉及到非人类的计算机创作者的环境之中。

(来源:

<http://www.bj12330.com/zscq/15/87/168516/index.html>)

## 8. 科威特成立知识产权图书馆

新华社科威特城 5 月 9 日电 科威特工商部近日成立知识产权图书馆，希望以此普及知识产权相关知识并完善国内商业环境。

该图书馆坐落于首都科威特城中心商业区，按功能分为知识产权宣介区、阅览区和网上办理区。

在当天举行的开馆仪式上，科威特工商大臣哈立德·鲁赞表示，该图书馆的开办反映了科威特完善其知识产权相关产业、提升其商业环境指数的决心。

哈立德介绍说，该图书馆还设有一个数字图书馆，通过网络连接世界知识产权组织相关部门，科威特的商标注册申请人可以通过数字图书馆在线完成申请、注册商标的手续。通过这一便捷手段，完成这一手续所需时间将由过去的一年缩短为 3 个月。

（来源：

<http://www.bj12330.com/zscq/15/87/168469/index.html>）

## 9. EPO 与 OMPIC 合作促进技术和产业发展

2018 年 5 月 8 日，欧洲专利局（EPO）局长伯努瓦·巴蒂斯戴利（Benoît Battistelli）在摩洛哥首都拉巴特市会见了摩洛哥工业、贸易、投资及数字经济部大臣穆莱·哈菲兹·埃拉拉米（Moulay Hafid Elalamy）。本次会面是摩洛哥工业和商业产权局（OMPIC）与 EPO 之间主要合作项目的一部分。其合作已持续多年，旨在建立专利和创新制度以提高摩洛哥企业的竞争力并促进外国投资的发展。

穆莱·哈菲兹·埃拉拉米借此机会强调了摩洛哥作为非洲地区产业投资中心

的地位，OMPIC 在支持国家地位方面发挥着日益重要的作用，特别是在工业和商业产权发展方面。工业和商业产权是企业竞争力中一个重要的因素。随后，他表示，摩洛哥现在拥有符合国际标准的工业产权制度，允许权利人、创新型国家企业以及外国投资人获得保护，并行使其权利。

（来源：

[http://www.bj12330.com/zscq/\\_15/\\_87/168659/index.html](http://www.bj12330.com/zscq/_15/_87/168659/index.html)）

## 10. 韩国专利局公布韩国各项 V2X 专利占比

据外媒报道，随着许多公司对自动驾驶车辆安全性研究的推进，V2X 通信相关的专利申请数量也在持续增加。

韩国知识产权局（Korean Intellectual Property Office）于今年 5 月 13 日宣称，去年的 V2X 专利申请达到 154 个。相较之下，2013 年的相关专利数量只有 68 个。

V2X 通信表明，运行车辆可通过信息交换，了解周边的交通情况、附近的车辆及行人位置及动向，确保其车辆驾驶的安全性。

在过去十年内归档的所有 V2X 专利中，车辆对基础设施通信（V2I）专利的数量最多，占比为 44%（共 344 个专利应用）。车间通信（V2V）专利的数量占比为 35%（270 个），V2I 与 V2X 通信结合的专利数量排第三位，占比 13%（101 个专利），车辆对行人通信（V2P）专利数量最少，占比 4%（27 个）。

按应用分类，在提交专利申请的机构中，大公司占比 38%、大学与研究机构占比 33%、中小型企业（SMEs）占比 17%、外国公司及个人的占比分别为 7%和 5%。

（来源：[http://www.bj12330.com/zscq/\\_15/\\_87/168746/index.html](http://www.bj12330.com/zscq/_15/_87/168746/index.html)）

## 11. WIPO 称知识产权制度必须与技术发展保持一致

在近期举行的 2018 知识产权高层论坛会议上，世界知识产权组织（WIPO）总干事弗朗西斯·高锐（Francis Gurry）强调了推动菲律宾等国家知识产权制度现代化的必要性，从而使这些国家在先进技术领域保持竞争优势。

弗朗西斯·高锐在菲律宾庆祝世界知识产权日活动（这是菲律宾加入 WIPO 38 年以来该组织首次在该国庆祝该节日）并强调了全球知识产权制度的新兴趋势以及这些趋势是如何借助新技术（例如机器人技术与人工智能）得以发展的。

高锐在其主旨演讲中指出，“众所周知，技术正变得日益复杂，而各国政府也身处此种复杂的环境中。在这种经济形势下，竞争越来越集中于技术与知识产权领域。”

（来源：

<http://www.bj12330.com/zscq/15/87/168822/index.html>）

## 12. 印度发布 2017 年知识产权年度报告

印度专利、外观设计、商标及地理标志管理总局（CGPDTM）发布了 2017 年的年度报告，分析了该局在本年度的表现，并列出了取得的主要成就。与过去几年的报告相比，该报告内容更加详实。此外，报告表明，该局在解决申请案积压问题方面取得重大进展。

在专利方面取得的成就包括审查的专利申请数量增加了 72.2%、专利授权量增加了 55.3% 等。在商标方面取得的成就：商标审查周期由 14 个月减少至不到 1 个月。截至 2017 年年底，世界知识产权组织（WIPO）已通知该局共有 33788 件国际申请要求在印度寻求保护。CGPDTM 就 17157 份申请向 WIPO 发出临时驳回通

知。在完成所有的程序后，4283 份申请获得保护授权。在外观设计方面取得的成就：将审查周期从 2016 年 3 月的 8 个月缩短为 2017 年 3 月的 1 个月。在版权方面取得的成就：在 2016 年至 2017 年间，共收到 16617 件版权登记申请，而在 2015 年至 2016 年年间，共收到 14812 件。年度报告显示，CGPDTM 已明确着眼于通过使用技术和增加人力来加速审查和迅速处理积压案。该局的努力使专利和商标申请的授权和处理数量显著增长。

（来源：

[http://www.bjl2330.com/zscq/\\_15/\\_87/168945/index.html](http://www.bjl2330.com/zscq/_15/_87/168945/index.html)）

### 13. 新加坡与巴西知识产权局举办分享会

2018 年 5 月 8 日，新加坡知识产权局（IPOS）局长汤大仁（Daren Tang）接待了巴西国家工业产权局（INPI）局长路易斯·奥克塔维奥·皮门特尔（Luíz Octavio Pimentel）。

在皮门特尔访问 IPOS 期间，这两大知识产权机构分享了各自是如何鼓励自己国家的创新发展的。IPOS 介绍了其用知识产权和创新管理技能武装专业人员的计划，例如知识产权和创新管理学位项目，目前已经有不同行业的人员来申请参与此项目。而 INPI 也讨论了其通过数字化的方式来加快知识产权的申请流程。

这种互惠互利的交流合作加强了 IPOS 与全球的联系，建立了一种促进新加坡企业在全世界发展能力的网络。同样地，作为全球第 7 大经济体（根据 2016 年世界银行的报告），巴西也能够利用新加坡作为东南亚门户的区位优势并在这一区域扩大发展。

（来源：[http://www.bjl2330.com/zscq/\\_15/\\_87/168828/index.html](http://www.bjl2330.com/zscq/_15/_87/168828/index.html)）

## 14. 土耳其在知识产权法方面取得进展

欧盟委员会已经对外公开了《与 2018 年欧盟扩大政策文件有关的土耳其进展报告》。该进展报告评估了土耳其全面遵守欧盟规范的情况，包括对土耳其知识产权法的审议，并指出土耳其在这方面“做了很好的准备”，但某些具体方面仍需改进。

进展报告指出，土耳其在以下知识产权方面取得良好进展：1. 根据欧盟在之前进展报告中提出的建议，通过并实施与欧盟法律一致的新《工业产权法》；2. 建立知识产权学院以及《商标和专利代理人行为守则和纪律措施条例》，以填补已在土耳其专利商标局登记的代理人责任的法律空白；3. 通过执行《工业产权法》，2016 年土耳其海关截获的假冒产品增加了 35%。《工业产权法》旨在确保与《欧盟知识产权执法指令》保持更高的法律一致性。

（来源：

[http://www.bj12330.com/zscq/\\_15/87/168831/index.html](http://www.bj12330.com/zscq/_15/87/168831/index.html)）

## 国外特别关注

### 1. 苹果 VS 高通：“专利战”中的又一场较量

随着互联网技术的快速发展，移动智能终端的性能不断提升，其可以同时开启和运转多个应用程序（APP），但受到屏幕大小的限制，人机交互操作存在一定障碍，因此，在屏幕尺寸有限的操作界面上，研发出操作便利、交互简洁的图形用户界面（GUI），摆脱原有单调乏味、操作复杂的用户交互方式，成为

各大厂商的技术研发和专利布局重点。与此同时，厂商之间的市场竞争日趋激烈，专利纠纷也随之而来。

2017年11月15日，高通公司向福建省福州市中级人民法院提起诉讼称，苹果公司、苹果电子产品商贸（北京）有限公司、苹果贸易（上海）有限公司（以下统称苹果公司）侵犯其涉案专利权，请求法院判令苹果公司停止进口、销售 iPhone7、iPhone7 Plus 等多款产品，赔偿经济损失 100 万元等。2017年12月12日，苹果公司针对涉案专利向专利复审委员会提出专利权无效宣告请求。5月4日，专利复审委员会对该案进行了公开审理。

在该案中，涉及的无效理由主要包括权利要求保护范围不清楚、权利要求得不到说明书的支持、权利要求的修改超范围、权利要求不具备新颖性、创造性等无效理由，该案的请求人提交了 15 份证据，证据形式包括国内外的专利文献、教科书等。

口审现场，双方当事人结合上述证据，主要针对该专利是否符合我国专利法第三十三条、专利法实施细则第二十条第一款、专利法第二十六条第四款、专利法第二十二条第二款以及专利法第二十二条第三款的规定等陈述了各自的意见。比如，关于权利要求中特征“标识为被选择”的表达是否清楚，双方各持己见，请求人认为“标识”可以是显示上的标识，而专利权人认为“标识”为用户界面（UI）后台软件执行的动作。对于新颖性、创造性的判断，双方主要针对对比文件 1 中的“多个窗口的浏览”中的“窗口”，与涉案专利中分别代表不同 APP 的“卡”的实质区别等技术事实，以及涉案专利的发明构思等问题发表了各自的意见。专利权人强调，涉案专利在“呈现的静态外观、界面呈现的动态外观、后台数据处理”方面都具有创新性。专利复审委员会听取双方当事人的意见后，将于庭后作出审查决定。

该案是苹果公司与高通公司多起专利纠纷中的一起。近年来，高通公司与苹果公司纠纷不断，高通公司分别在北京、福州等多地法院针对苹果公司提起专利诉讼，其中多起诉讼索赔额超过1亿元。相应地，苹果公司针对高通公司的多件专利向专利复审委员会提出专利权无效宣告请求。对于双方的系列专利纠纷，大连理工大学知识产权学院院长陶鑫良在接受中国知识产权报记者采访时表示：“案件背后是商业，法律背书是利益，醉翁之意不在酒，讼争本质是商战。在知识产权领域，对簿公堂往往是市场竞争的延伸，诉讼对垒也常常是商业博弈的别名。”

（来源：

[http://www.ccpit.org/Contents/Channel\\_4133/2018/0606/1014399/content\\_1014399.htm](http://www.ccpit.org/Contents/Channel_4133/2018/0606/1014399/content_1014399.htm)

# 法学类核心期刊知识产权文章摘编

选刊范围：《中国社会科学》及 CSSCI（2017-2018）法学类核心期刊（23 种）

## 1. 论智能机器人创作物的著作权保护——以智能机器人的主体资格为视角

作者：石冠彬

机构：海南大学法学院、司法文明协同创新中心

摘要：人类已经进入人工智能时代，就人工智能法律关系的探讨，均以人工智能尚处于弱人工智能阶段为前提。强人工智能若出现，其与外星人无异，人类与其的关系也将成为两个高等物种的关系，将超越现有法律的范畴。对智能机器人创作物具有提供著作权保护的现实必要性，智能机器人创作的“独创性”应以客观差异作为判断标准，智能机器人创作物的著作权保护与智能机器人的主体资格问题不存在必然联系。若否定智能机器人的主体资格，民法学理论可通过构建支配性行为理论，将其理解为智能机器人所有权人的间接创作行为。若通过立法拟制智能机器人的人格，在产品责任制度之外，可通过构建智能机器人强制保险制度来赋予其责任财产额度，从而解决可能出现的侵权问题；同时，智能机器人因创作、劳动等民事活动而享有的财产权由其所有者代为享有，人类代替智能机器人所享有的财产权在智能机器人侵权情况下将自动成为特定机器人的责任财产，但宜认定保险责任财产先于获利予以赔付。

关键词：人工智能；智能机器人；主体资格；支配性行为理论；机器人作品

（来源：《东方法学》2018 年 03 期）

## 2. 人工智能智力成果在著作权法的正确定性——与王迁教授商榷

作者：李伟民

机构：中国政法大学博士后流动站、中国政法大学知识产权研究中心

摘要：发展人工智能是国家战略的一部分，人工智能成为优先发展的产业之一。人工智能产生的画、动漫、诗集已经普遍出现在我们的生活中，人工智能“智力成果”具有很高的艺术价值，同时具有巨大的经济价值。机器人从原来接受人的指令从事相关行为，发展到具有超强的学习能力和自我超越能力，再一次引发法律和伦理的思考。人工智能“智力成果”已经发展到与人创作的作品无异，但是我国学者尚未达成“人工智能可版权性”的共识。“人工智能智力成果非作品”的观点与社会现实不符、与发展人工智能产业精神相悖、与法的价值矛盾。作品是一个客观存在，不能因为产生作品的主体具有特殊性，而否决作品本质。互联网环境，人工智能作品成为常态，需尽快完善相应法律制度，以“孤儿作品”制度、“视为作者”原则安排人工智能作品的著作权的归属是不错的选择。

关键词：人工智能；独创性；作品的作者；人工智能生成物；人工智能作品

（来源：《东方法学》2018年03期）

## 3. 体育赛事网络实时转播法律保护困境及其对策研究

作者：赵双阁、艾岚

机构：河北经贸大学文化与传播学院、河北经贸大学学报编辑部

摘要:体育赛事直播节目诉讼纠纷中,对体育赛事保护是分析这类案件的源头。体育赛事的“转播权”并非著作权法中的“转播权”,在性质上属于企业权利的一种,其只能源于法律规定,不能出自各种体育协会章程,除非有相关法律授权于章程。根据我国著作权法保护“选择或编排”创造性的规定,体育赛事直播节目在整体定性上既非影视作品又非录像制品,应属于汇编作品。当然,司法中的困境不仅仅体现于对该类节目的不同定性,而且还体现在立法方面的不足,因为不管该类节目被认定为作品,还是录像制品,包括从信号角度保护,现行著作权法的“广播权”“网络信息传播权”“其他权利”“广播组织权”等都无法对网络实时转播行为进行很好规范。因此,在“技术中立原则”基础上,创设“向公众传播权”与扩展“广播组织权”,成为有效保护网络实时转播的现实选择。

关键词:体育赛事;网络实时转播;广播权;网络信息传播权

(来源:《法律科学》2018年04期)

## 4. 论知识产权损害赔偿中侵权获利的分摊方法

作者:刘晓

机构:上海大学法学院

摘要:确定侵权获利的最大困难在于确定侵权行为对侵权人利润的贡献比例或分摊比例。中国法院主要采用定性分析法对侵权获利进行分摊,分摊的结果具有很大的不确定性。应采用经济学上的净收益大小作为评价优劣和完善建议的标准,具体采用成本收益分析法。在满足各自适用条件的情况下,侵权获利的分摊方法从优到劣依次为:替代品比较法、消费者调查法、量化比例法和定性分析法。建议中国综合采用上述4种侵权获利的分摊方法。

关键词:侵权获利;替代品比较;消费者调查;量化比例

(来源:《法律科学》2018年04期)

## 5. 专利侵权获利赔偿中因果关系的认定

作者:徐小奔

来源:中南财经政法大学知识产权研究中心

摘要:专利损害赔偿的范围以因果关系为分析工具,在侵权专利产品的市场获利总额中析出某一具体专利技术的贡献比例是异常困难的。在法律因果关系理论的背景下,相当因果关系说突破了条件因果关系说的价值无涉性,允许法官在因果关系的判断中介入主观的价值裁量。如此,在侵权人获利的总额中析出涉案专利的贡献比例是基于法律目的考量的主观判断。在因果关系框架内主观认定贡献比例,应当考虑“预防侵权人侵权、鼓励权利人维权”的司法政策,通过证明责任的合理分配来降低权利人的维权风险、增强侵权人的违法成本。故而,应在法律规范上改变我国现在的侵权获利赔偿的侵权利润分摊法的计算规则,采用侵权成本扣除法,即可逐步提高侵权获利赔偿规则的司法适用率,使知识产权损害赔偿更加具有确定性与合理性。

关键词:侵权获利赔偿;专利贡献率;相当因果关系

(来源:《法律科学》2018年04期)

## 6. 德国法中的专利侵权损害赔偿计算——以德国《专利法》第139条与德国《民事诉讼法》第287条为中心

作者:胡晶晶

机构：西南政法大学民商法学院

摘要：我国《专利法》第四次修改中，“举证难”被认为是专利保护亟待解决的问题。司法实践中，《专利法》第65条第1款所提供的三种计算方式（实际损失、侵权获利、合理许可费）的适用率远低于法定赔偿，直接原因即在于“举证难”。在德国，法官同样运用类似的三种方式来处理专利侵权案件中的损害赔偿额确定问题，但并未遭遇无法适用的困境。相反，这三种方式在德国相关实践中表现得既富弹性又不失逻辑性，主要得益于两种法技术的运用。一是广义的“法律推定”。逸失利益与侵权获利乃可推翻的法律推定，合理许可费乃不可推翻的法律推定。由此，损害事实的证明负担从专利权人转向侵权人，相当因果关系的证明得以简略。二是德国《民事诉讼法》第287条“赔偿额确定制度”。该制度旨在缓和第286条“自由心证”对损害范围所要求的证明高度。当事人对于损害范围的证明无须达到具体的程度，证明损害的发生以及大致范围即完成了证明责任，就损害范围事实形成内心确信，在此基础上法官得以行使自由裁量权确定具体的赔偿额。

关键词：逸失利益；侵权获利；合理许可费；法律推定；赔偿额确定制度

（来源：《法律科学》2018年04期）

## 7. 论网络环境下著作权侵权的刑事归责——以网络服务提供商的刑事责任为中心

作者：欧阳本祺

机构：东南大学法学院

摘要：为弥补我国前置法与刑法之间的立法代沟，需要对侵犯著作权罪的“发行”要件作扩大解释，使之包含“信息网络传播”。为防止民事归责与刑事归责

之间的标准倒挂, 需要以实质呈现标准取代服务器标准与社会危害性标准, 将其作为认定信息网络传播行为的标准。据此, 深度链接行为成立侵犯著作权罪正犯的理由不是共犯正犯化理论, 也不是社会危害性理论, 而是因为其实质性地改变了作品的呈现方式。网络服务提供者明知他人实施侵犯著作权罪而为其提供技术服务, 不是无责的中立帮助行为, 应该成立侵犯著作权罪的帮助犯。网络技术服务提供者有删除侵权作品或断开链接的义务, 这种义务来源于危险的先前行为, 其违反义务的不作为成立侵犯著作权罪的帮助犯。

关键词: 侵犯著作权罪; 信息网络传播; 网络技术服务; 正犯; 帮助犯

(来源: 《法学家》2018年03期)

## 8. 商标权利构造的理论困境与规范出路

作者: 徐珉川

机构: 东南大学法学院

摘要: 商标权司法救济适用的原则, 从“混淆”转变为“淡化”。商标权利的基础也相应由消费者权益保护, 变化为商标自身商业价值的保护。现行商标法规则将消费者权益因素, 从支撑商标权利的权利构造中部分排除, 替换为更加简单直接的“投入/产出”结构。这使得商标权利的保护, 同商标自身功能产生了背离。这是当前商标法律制度背后隐藏的, “混淆”与“淡化”两种商标权利结构区分不明确造成的结果。避免这种权利结构含混所造成的权利与功能相悖的理论困境, 需要有效协调“混淆”规则和“淡化”原则在个案解释适用时的关系。通过“淡化”原则个案不同层面的谦抑性适用, 澄清新旧规则间界线, 从而弥合现实案件中商标权利与功能的割裂, 走出商标权利结构的理论困境。

关键词: 商标权; 权利结构; “混淆”原则; “淡化”原则; 谦抑适用

(来源:《法学评论》2018年03期)

## 9. 论商业外观法律保护要件之重构——基于“红罐王老吉凉茶案”的法理分析

作者:张广良、张吉豫

机构:中国人民大学法学院

摘要:“红罐王老吉凉茶案”是我国商业外观法律问题的典型案例。该案经最高人民法院二审,形成了终审判决。这是一件似是而非的判决,裁判文书所显示的司法推理过程及终审结果均存在值得商榷之处。此案显现了我国商业外观法律保护要件存在的突出问题以及重构商业外观法律保护要件的迫切性。在对本案进行法理分析和对域外相关法律比较研究的基础上,应当对我国商业外观法律保护的要件进行重构,一应明确商业外观的商业标记属性,二应以商业外观的知名而非商品的知名作为保护要件,三应突出显著性之判断规则及其在侵权判定中的核心作用。

关键词:王老吉案;商业外观;显著性;特有包装装潢

(来源:《法制与社会发展》2018年03期)

## 管理类核心期刊知识产权文章摘编

选刊范围：《中国社会科学》及国家自然科学基金委管理科学部认定 AB 类重点期刊（30 种）

### 1. 知识产权保护与集群企业知识资产的治理机制

作者：魏江、李拓宇

机构：浙江大学管理学院、浙江大学公共管理学院

摘要：产业集群中关联企业之间存在地理、制度、认知上的高度邻近性，导致知识高度溢出和技术快速模仿，出现大量侵权行为，严重遏制了集群的创新活力。集群情境下，企业基于“单打独斗”的“独占体制”缺位和“隔离机制”失效，需要借助中间组织的特定制度安排来达到治理知识资产的目的。本文结合独占性视角与合法性视角，运用扎根理论研究方法，对浙江省内 5 个产业集群进行了探索性案例研究，得出以下结论：集群企业知识资产治理是集群情境下对集群参与者的创新活动存在激励和约束作用的一整套制度安排，同时包含基于“单打独斗”的独占性机制与基于“集体行动”的合法性机制；在中国当前知识产权体制和知识产权意识背景下，集群企业知识资产治理以合法性机制为主，独占性机制为辅；从独占性到合法性，基于制度创业，本文打开了集群企业知识资产治理的黑箱，建构了“集群企业知识资产治理—创新合法性压力—治理绩效”的从创新中获益的逻辑架构。

关键词：产业集群；知识资产治理；知识产权；可编码知识；不可编码知识

（来源：《中国工业经济》2018 年 05 期）

## 南湖学人新作速递

### 詹映： 逆全球化背景下美国对华“301 调查”的不同寻常之处

论文来源：《陕西师范大学学报(哲学社会科学版)》2018-5-4 网络出版

#### 内容介绍：

2017 年 8 月，美国政府对华发起“301 调查”，这是特朗普总统执政以来美国重拾这一单边主义贸易大棒对他国发起的首次调查。在逆全球化风潮四起、单边主义和贸易保护主义开始抬头的当今世界，美国这次“301 调查”具有风向标意义。本文分五个部分对本次“301 调查”进行了讨论。

在第一部分，作者介绍了美国 2017 对华“301 调查”的起始经过和调查内容。2017 年 8 月 14 日，美国总统特朗普签发备忘录，指示美国贸易代表依据美国《1974 年贸易法》第 302 (b) 条款，决定是否对中国发起 301 调查。2017 年 8 月 18 日，美国贸易代表莱特希泽宣布，正式启动对中国的 301 调查，调查对象包括中国与技术转让、知识产权和创新相关的法律、政策与做法。

第二部分内容介绍了美国“301 调查”的由来及其实施情况。“301 调查”源自于美国“301 条款”，包含狭义“301 条款”和广义“301 条款”。据统计，自《1974 年贸易法》出台到 2016 年底，美国政府一共进行了 122 次“301 调查”。无论是欧盟、日本、加拿大等发达国家，还是中国、印度、巴西、乌拉圭等发展中国家均遭受过“301 调查”。

文章的第三部分介绍了美国 2017 对华“301 调查”的特殊背景。首先，随着逆全球化在全球的逐渐兴起，以美国为首的发达国家开始反思全球化的正当性，以“美国优先”为执政理念的特朗普的上台正是这一逆全球化思潮的产物。在这一背景下，美国此次对华“301 调查”可能比以前更具攻击性。其次，特朗普“意

外”当选美国总统后，美国的内外政策发生了重大转变，美国由国际多边机制和自由贸易体系的创立者和领导者变身为单边主义和保守主义的代表。再者，与前五次对华“301 调查”相比，此次调查的另一特殊背景是本届美国政府对华态度比此前更为强硬。总而言之，无论是从国际环境、美国内部环境以及美国执政团队来看，本次“301 调查”的发起背景与前几次相比均殊为不同，我国应对的难度可能会显著加大。

第四部分点出了本次“301 调查”的特别之处。第一，本次调查不同于前三次对华知识产权调查，美国依据的不再是“特别 301 条款”，调查程序将遵循“一般 301 调查”的规定进行。在调查的内容上，本次调查也不像前 3 次知识产权调查那样完全针对知识产权保护问题，而是扩大到与知识产权相关的其他领域。第二，美国在此次“301 调查”中通过 WTO 争端解决机制与中国进行磋商的可能性较小，我们需要对美国可能采取的单边主义做法做好应对准备。第三，此次“301 调查”并非美国的孤立行动，作者认为，在判断和应对时需要将其和美国贸易组合拳中的其他行动相关联，甚至与贸易之外的其他议题相联系，如南海问题、朝核危机等。

文章的最后一部分对“301 调查”的走向做出了预测，作者认为，美国此次对华“301 调查”与以前的调查相比殊为不同，美国最终对我国实施单方面贸易制裁的可能性不是很小，而是很大。对于“不走寻常路”的特朗普政府，中国也应当跳出传统思维定势，对此次“301 调查”可能出现的各种结果做好充分应对准备。

作者介绍：

詹映：中南财经政法大学知识产权研究中心副教授

## 徐小奔： 专利侵权获利赔偿中因果关系的认定

论文来源：《法律科学》——西北政法大学学报 2018 年第 4 期

### 内容介绍：

作者指出专利损害赔偿的范围是以因果关系为分析工具，而从侵权专利产品的市场获利总额中析出某一具体专利技术的贡献比例是异常困难的。作者认为相当因果关系说突破了条件因果关系说的价值无涉性，允许法官在因果关系的判断中介入主观价值裁量。在侵权人获利的总额中析出涉案专利的贡献比例是基于法律目的考量的主观判断。在因果关系框架内主观认定贡献比例应当考虑“预防侵权人侵权、鼓励权利人维权”的司法政策，通过合理分配证明责任降低权利人的维权风险，增强侵权人的违法成本。

作者将本文分为五个部分对专利侵权获利赔偿中因果关系进行分析阐述。作者在第一部分提出虽然立法及司法为侵权获利赔偿规则的法律适用提供了计算依据，但司法实践中法院援引侵权获利赔偿规则极少。主要原因在于索赔证据不足。作者指出索赔证据不充分的原因在于：一是大部分侵权人的侵权获利证据掌握在侵权人手中。二是侵权获利赔偿规则的构成要件的举证责任均由原告承担，削弱原告举证积极性。作者指出提对于相同情况，日本案件有 42% 的案件依据侵权获利赔偿规则计算。作者分析认为依据因果关系认定专利贡献比例是侵权获利赔偿规则得以适用的关键所在。但是作者指出当前国内对知识产权损害赔偿计算的研究倾向于从会计学、无形资产评估学的角度，对计算公式进行精细化的数学演算，忽略了损害赔偿计算是以法律解释为工具的司法演绎。而侵权获利赔偿规则的司法实践难题后反映出的是法律理论的障碍。作者认为只有在充分分析因果关系理论的适用基础后才能逐步指引司法实践对该规则更规范与充分的适用，进而促进专利损害赔偿的计算更具确定性与可预期性。

第二部分作者对于专利侵权获利赔偿规则的源流进行剖析,作者指出侵权人获利赔偿规则的基本法律构造在于损害发生后,将侵权人因侵权行为所获得的收益推定为权利人所遭受的损失。从不同的因果关系理论对于侵权获利赔偿规则的适用在世界范围内有美国的“废除论”与德国与日本的“存续论”两种发展路径。作者特别指出美国往往将侵权所获利益进行分配作为所失利益赔偿的一种计算方法,特别在合理许可费赔偿中,法院可以将作为侵权人预期利润额予以参考。而在“存绪论”中,其借鉴了美国法技术分摊的理念,在立法与司法上保留侵权获利赔偿规则的独立性。同时作者对于中国侵权获利赔偿规则的制度设计与现状进行了拓展分析。作者指出我国早期司法实践与立法倾向是以全部市场价值原则为理论基础的。随着因果关系理解的不断深入,全部市场价值原则应用于司法实践与损害赔偿理论中的实际损害填补原则产生冲突。作者通过案例分析指出最高人民法院司法解释设置的侵权获利赔偿计算公式仅仅能用于计算侵权人因侵权产品所获得的利润总额,而无法分析出利润总额中专利技术的具体贡献比例,无法满足因果关系的要求。

第三部分是作者对侵权获利赔偿因果关系认定的探讨。作者在理解侵权获利赔偿规则的基础上,结合美国与德日及我国司法实践中的适用困境进行系统阐释,指出在相当因果关介入价值评价的方式、法律效果及目的性裁量的部门法依据。作者首先从法律因果关系理论对因果关系价值无涉性进行分析,指出法律因果关系理论的意义在于赋予事实因果关系以法律目的性。其次,作者对相当因果关系对条件因果关系的修正进行分析。作者指出相当因果关系理论从程序与实体两个方面缓和了条件说的僵化适用,“全有或全无规则”在专利损害赔偿中带来新的不公。最后,作者以专利贡献比例的角度,对于专利侵权获利赔偿中因果关系的终局分配进行分析。作者指出,专利贡献比例允许通过设定一定的比例,使被告承担损失。法官完全可以依据常识概括性认定侵权获利总额中存在涉案专利

技术价值贡献的同时，将具体的贡献比例视为主观评价的对象，通过自由心证以确定损害赔偿的具体比例。作者指出在功能主义视角下损害赔偿的制度不仅在于受害人损失的实际填补，更要实现经济上的正义，以预防侵权为目的的知识产权损害赔偿机制，更契合当下知识产权救济中鼓励维权与遏制侵权的法律政策。

第四部分中作者对于专利贡献比例在侵权获利赔偿规则中的确定方法进行探讨。首先，作者指出专利贡献比例一方面在性质上属于法律事实判断，具有客观性；另一方面，在相当因果关系框架内通过确认具体专利贡献比例以实现“鼓励维权与遏制侵权”的法律目标，是主观价值评价应用于因果关系的结果。作者指出现行侵权利润分摊法并未合理排除非专利因素所形成的利润且受害人几乎无法取证。作者进一步指出实践中法院在侵权获利赔偿规则基础上，创设“酌定赔偿”法以缓解法律理论带来的法律适用障碍，缓解因果关系理论对侵权获利赔偿规则的桎梏。作者认为酌定赔偿的方法虽然意识到贡献比例的问题，但使得损害赔偿数额的计算结果呈现不可预期性。与提高确定的计算规则适用率的司法政策相悖。同时作者点明，更合理的方法应当是：一方面，明确专利贡献比例是蕴含法律价值判断，并由法官主观认定的对象；另一方面，设置合理认定贡献比例的方法并由此设定相应的诉讼策略以防止肆意裁判。其次，作者提出以证明责任分配为依据的贡献比例的侵权成本扣除法。作者认为知识产权客体非物质性使权利人难以构筑物理上的防御措施，由此使知识产权损害赔偿实际上发生“避免侵权与鼓励维权”两项目标。作者认为最佳策略是将证明责任转变为原被告之间进行合理分配，从而将全部属于原告承担的证明风险部分转移到被告身上。作者指出以证明责任分配为方法的比例责任计算公式，其基础依据是“侵权成本扣除法”。作者对于德国侵权成本扣除法、日本侵权获利赔偿计算规则进行分析。亦从会计学的角度进行分析指出：相对于概括利益而言，纯粹利益更加准确的反映了侵权企业为侵权产品所投入的成本价值，一般应当以纯粹利益为成本扣除法的最终利

益结果形态。作者认为概括利益与纯粹利益作为两种赔偿数额的最终结果，对侵权人是具有可选择性的。不仅更灵活的促进，鼓励维权与遏制侵权的司法目标的实现，更有利于形成合乎市场真实价值的损害赔偿数额。

在第五部分作者提出“提高损害赔偿数额”是解决当前知识产权损害赔偿较低问题的司法政策目标，但其认为应通过确定的计算规则测算专利的实际价值。专利侵权获利赔偿规则的逻辑起点是将侵权人获得的“市场收益”与专利权人遭受的“损失”进行关联，通过因果关系的适用，在侵权人获得的利益总额中析出独属于专利技术的贡献部分。作者指出在法律理论上采取更加灵活的解释方法，一方面通过专利贡献比例，作为法官终局的主观评价在因果关系中得以适用；另一方面通过证明责任的合理分配，提高原告的证明能力及证明动力，最终实现提高侵权获利赔偿规则的司法适用率，促进专利侵权损害赔偿数额计算的确定性、可预期性与规范化。

#### 作者介绍：

徐小奔：中南财经政法大学知识产权研究中心研究员、讲师

(本快讯仅用于学术研究)

---

知识产权南湖快讯

2018 年第 05 期 (总第 53 期)

主办单位: 国家知识产权战略实施 (中南) 研究基地

教育部人文社科重点研究基地

中南财经政法大学知识产权研究中心

本期编译: 余晓春 林思颖 董姗姗 本期审校: 詹映

联系邮箱: 641038128@qq.com 359392979@qq.com