

中国法学会知识产权法学研究会

2019 年年会

论文摘要汇编

中国·哈尔滨
2019年6月

目 录

一、知识产权基础理论与知识产权司法保护

知识产权停止侵害请求权行使限制的中国实践.....	孙山 1
知识产权之民法的“内在机理”.....	徐瑾 2
试论知识产权的对象、财产属性和权利内容	
——以信息和符号的视角.....	何霁虹 3
晚近国际知识产权发展态势与我国的应对方略.....	徐元 4
数据的性质及其知识产权因应.....	戴秋燕 5
数据资产的理论归属与制度出路.....	郝思洋 6
知识产权中“公有领域”之我见	
——以传统文化表现形式为视角.....	杨荟凌 宋晓亭 7
知识产权法中停止侵害救济方式的适用规范	
——以财产规则与责任规则为分析视角.....	杨涛 8
论网络知识产权侵权纠纷管辖地的确定	
——基于网络购物收货地的实证研究.....	毕文轩 9
论比例原则在知识产权损害赔偿中的适用及其展开.....	董凡 关永红 10
知识产权侵权专属管辖之驳论.....	阮开欣 11
论知识产权损害赔偿中侵权获利的分摊方法.....	刘晓 12
自治 VS 管制：商业特许经营合同内容控制研究.....	陈范宏 13
从重大损失认定出发的刑法解释二元体系构建	
——以全国 65 例侵犯商业秘密罪裁判文书为样本.....	李红俊 14
过境货物知识产权边境执法措施比较研究.....	宋红松 15
陕西高校知识产权贯标创新实践的思考.....	邢战雷 马广奇 16
文化产业的知识产权管理.....	马付军 17
国家知识产权保护示范区概念及评价指标的实证研究.....	秦倩 18
规制知识产权滥用行为的多维认识.....	陶冠东 19
侵犯知识产权损害赔偿额计算标准之立法完善.....	刘灏兵 陈姣 20
《电子商务法》“错误通知”条款适用研究.....	康瑞 21
知识产权转移的理论基础及适用.....	何家灿 22

“一带一路”倡议与国际知识产权保护问题研究.....	曹健 郑守瑛 23
略论中国自主知识产权在“一带一路”沿线国家(地区)的确权保护途径.....	苏运来 24
“一带一路”背景下中国—东盟自由贸易区知识产权保护探究.....	谭成龙 25
“一带一路”倡议下的知识产权保护.....	彭立茹 朱清清 26
竞业禁止纠纷案件审判实务问题研究.....	邓恒 27
商品通用名称认定的司法应对.....	何鑫 马光祥 28
专业化知识产权审判机构的合法性与正当性证成.....	马光祥 29
我国知识产权行政执法模式新探	
——兼论《专利法修改草案》在专利行政执法方面的修改.....	陈越 30
从知识产权指导性案例司法应用情况看指导性案例数量不足对其应用造成的影响.....	潘磊 31
知识产权恶意诉讼审判实践及法律规制探析.....	刘志伟 32
因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷在司法实践中的应用.....	钱虹 33
网络著作权诉讼中区块链证据的审查与判断.....	陈思颖 34
“四位一体”技术事实查明机制中技术调查官作用的发挥.....	
.....	郭强 林冠 仪军 35
商业秘密刑民交叉案件“先民后刑”模式证伪	
——以知识产权“三合一”审判为视角.....	张军强 36
民事类型化案件审判模式改革初探	
——以“知识产权类型化案件快审机制”为例.....	钟晞鲲 兰田 罗瑞雪 37
聘任制技术调查官选任、管理、培养机制研究.....	吴登楼 陈立 38
沿依我国技术调查官制度的设计初衷探索技术调查官的身份定位	
——以广州知识产权法院司法实践为例.....	邹享球 39
论技术调查官的角色定位与制度完善	
——以广州知识产权法院技术调查官制度为视角.....	谭海华 戴瑾茹 40
论技术调查官在知识产权诉讼中的角色定位.....	郑志柱 林奕濠 41
技术调查官技术审查意见效力探析.....	王姣 42
中国自由贸易协定知识产权战略研究.....	夏玮 43
中国签署 FTA 中的知识产权研究.....	彭凡 44

论企业客户关系的法律保护.....	李薇 45
-------------------	-------

二、著作权与相关权利

论作品类型法定	
——兼评“音乐喷泉案”.....	王迁 46
著作权法中期刊出版者权利的体系化配置研究.....	王国柱 48
中国著作权法立法论与解释论.....	熊琦 49
共享经济视域下重混创作版权法律制度的构建.....	华劼 50
论著作权公有领域促进机制的建构	
——基于 CDIP 研究报告《版权及相关权与公有领域界限初探》的启示.....	
.....	李钢 51
著作权法保护文化消费者利益的正当性及其路径.....	梅术文 52
中国著作权集体管理“信任机制”的法治关注	
——兼论《著作权集体管理条例》的修订.....	张祥志 53
采访作品的著作权属关系研究.....	詹启智 54
基于创作目的实现的法定许可制度调整.....	刘铁光 55
著作权权利“兜底”条款的适用	
——基于 398 份裁判文书的类型化.....	王一璠 56
论数字环境下我国著作权补偿金制度之构建.....	李青文 57
音乐著作权许可的市场导向与法律调节.....	郑淑凤 58
我国著作权集体管理的模式选择与进路分析.....	张光阳 59
我国动画形象著作权归属存在问题及对策探讨.....	卓柳俊 60
新闻作品的版权保护问题探究.....	赵静 61
日本著作权集体管理组织一揽子许可的反垄断认定	
——以“JASRAC 排除型私人垄断案”为研究对象.....	曾祥瑞 62
我国文学作品抄袭行为的侵权认定研究.....	宁杰 63
美国版权滥用理论的演变.....	陈健 64
中、俄音乐作品著作权保护比较研究.....	孟祥娟 65
短视频的著作权法地位.....	卢海君 66
用户原创短视频的独创性及保护路径.....	徐济宽 刘桢 67

论我国短视频的著作权法保护.....	王恒恒 68
体育赛事转播中的利益冲突与协调	
——从受众的角度进行分析.....	叶 敏 李安阳 69
日本对体育赛事直播的作品性质认定及其启示.....	储 翔 70
体育赛事直播节目版权保护研究.....	曾星诚 71
体育赛事转播权的保护路径选择.....	管荣齐 72
VR 电影著作权保护视角下的“间接侵权”责任引入	
——兼议“全景客公司诉蓝天公司”的判决.....	袁泉 73
体育赛事节目的定性问题研究.....	王渊 马晓彤 28
体育赛事网络直播中的著作权问题.....	付宇佳 75
从固定要求看我国《著作权法》对体育赛事直播画面的保护.....	张伟君 76
“室外公共场所”之探究	
——兼对秦准灯展著作权侵权案之评述.....	马克婷 宋晓亭 77
从“金庸诉江南”案看同人作品的著作权保护.....	孙玉荣 李心航 78
同人作品法律问题浅析及梳理.....	熊诗敏 79
利用区块链技术开展著作权保护的反思	
——以著作权制度的目的、著作权的取得与实现为视角.....	刘桢 80
游戏自由度和直播模式:	
网络游戏直播的版权定性及归属规则之重构.....	朱艺浩 81
著作权法上的用户生成内容研究	
——以网络游戏中玩家生成内容为视角.....	王含露 辜凌云 杨皓森 82
电子竞技游戏网络直播著作权问题研究.....	曲天明 杨雨 83
电影衍生品版权保护与版权运营研究.....	邓文 84
“版权滥用”规制研究在技术演进下的新模式和新方法.....	蒋文捷 85
音乐喷泉作品类型归入分析.....	符炎红 86
CC 协议救济制度探究	
——构建认缴惩罚金模式.....	胡水 87
论《著作权法》修改中的“电影作品”.....	陈虎 88
浅谈网络游戏抄袭的侵权认定.....	刘星 89

三、科技创新与专利

《民法典·合同编》(草案)技术合同的存废和修改建议.....	邓社民 90
专利法中惩罚性赔偿主观故意的判定与适用.....	倪朱亮 92
专利领域“通知-移除”规则的适用困境与规范构造	
——兼评《专利法修正案(草案)》第 71 条.....	万志前 张成 93
职务发明的权利配置与激励比较	
——基于道德风险的博弈分析.....	向波 94
禁止反悔原则对专利权行使的约束与规范	
——从专利默示许可谈起.....	季冬梅 95
生物技术专利的反公地悲剧及应对.....	陈泽宇 96
我国数据专利制度的构建	
——以人工智能学习用数据保护为视角.....	孙青山 叶雨潇 97
刍议平面印刷品保护制度的突破	
——论《专利法》25 条第一款(六)项的删除.....	蹇佳伶 98
知识产权全球治理变革中专利审查制度的构建与展望.....	余力焱 99
标准必要专利许可费确定问题研究.....	吴琦 100
专利权证券化运营平台建设的基本模型初探	
——以 W 市为构建样本.....	单甜甜 潘志江 101
标准必要专利禁令救济适用.....	张玉蓉 张鹏飞 102
建构传统技术知识信息披露机制	
——反思我国《专利法》第二十六条.....	赵雅芳 103
论 FRAND 谈判前置制度.....	覃腾英 104
中德职务发明为例的专利归属探讨.....	左雨萱 赵佳诺 105
标准必要专利禁令救济适用问题研究.....	王乐陶 106
开放政府视角下的公众专利评审机制构建研究.....	杨德桥 107
技术秘密转让、许可使用合同及后续成果归属与保护方式研究.....	左浩 108
“戴着镣铐跳舞”	
——论标准必要专利禁令救济的合理界限.....	郑佳 109
统一知识产权上诉审理机制背景下专利无效制度的改革路径分析.....	邢瑞淼 110
论电商平台的专利审查义务	

——兼论《专利法》修改中的审查规则构建.....	陈佳举 111
浅析高校职务科技成果混合所有制改革	
——以西南交大为例.....	侯莹 竹鑫宇 周倩纷 112
我国传统医药知识产权保护博弈论考	
——以五对“矛盾体”的实践困境为切入点.....	田小楚 113
中国中药专利质量分析	
——以无效案例为例.....	李昕 宋晓亭 114
新药保护 TRIPS+规则:以 TPP 协议为例.....	刘音 梁伟 115
论传统医药的知识产权保护.....	湛玲 116
传统医药知识产权保护问题研究.....	李超 117
医药专利链接制度运行机理研究.....	李想 118
传统中医药专利保护制度检视	
——以日本汉方药发展战略为例.....	李茵 李凡 柯尊丽 郑新建 119
药品领域专利补充实验数据问题的立法研究.....	时起磊 宋政良 120
药品专利链接制度下专利纠纷的可仲裁性探析.....	钟皓珺 121
人工智能生成的发明可被授予专利权吗?	李宗辉 122
高纯氧化铝提纯项目知识产权现状及风险评议.....	
.....	陈 伟 林超然 张均辉 刘剑寒 123
论 5G 标准必要专利 FRAND 许可费率的计算	
——以事前价值均衡为中心.....	吕子乔 124
协同创新下军民融合科技成果转化促进机制研究.....	赵丽莉 孙法柏 125

四、商业标志与反不正当竞争

论商标恶意注册嫌疑人黑名单制度的设立.....	王莲峰 沈一萍 126
从商业标识的演进逻辑论我国商业标识法的完善.....	严永和 杨鸣明 128
论商标法对公共资源的保护.....	魏森 129
驰名商标跨类保护的实证研究与法律适用.....	吴青 130
商誉与商标关系研究	
——以“王老吉”商标系列纠纷案为视角.....	杨凯旋 131
论商标法中的“第二含义”.....	熊文聪 132

美国普通法中商标权使用取得的诚信机制研究.....	刘自钦 133
论地名商标之“其他含义”的法律解释.....	谢晴川 134
立体商标的美学功能性质疑.....	袁真富 黄芳 135
关于商标权滥用的司法规制.....	宋健 136
也论商标显著性的判断	
——就“小肥羊”商标无效宣告争议与夏君丽法官商榷.....	姚洪军 137
商标权滥用的规制与对策	
——以商标法的第四次修改为视角.....	许琼瑛 138
驳气味商标不宜保护论.....	刘炎 139
论商业外观的功能性判定	
——以美国司法判例为中心的比较分析.....	高阳 140
商标权注册取得模式的不合理性探究	
——从《商标法》第四次修改的角度审视.....	王琴 141
“商标囤积”现象的规制.....	彭榕 李春芳 142
商标在先使用抗辩问题研究.....	吕甲木 143
论商标侵权惩罚性赔偿中的“恶意”.....	卢莉莉 144
搜索引擎服务商在关键词竞价排名搜索服务中的商标侵权责任研究.....	马奔 145
商号许可使用的困境及解决.....	张雪韵 146
商标权与知名商品特有包装装潢使用权的冲突解决	
——兼谈广药集团与加多宝红罐包装装潢侵权.....	林云 147
中英注册商标法律制度比较研究.....	李海雯 148
网络环境下有关知识产权的不正当竞争行为研究.....	王超奇 149
互联网新型不正当竞争行为的类型化分析	
——兼论《反不正当竞争法》第二章之修改.....	吴莉娟 150
互联网企业“二选一”行为的竞争法规制研究.....	徐晓丹 151
互联网视频广告屏蔽行为的法律性质分析	
——以反不正当竞争法为视角.....	叶紫薇 152
知识产权法与反不正当竞争一般条款的关系	
——以图式的认知经济性为分析视角.....	蒋舸 153
完善《反不正当竞争法》的若干建议.....	莫婷婷 李展儒 154

网络技术创新与不正当竞争的边界.....	李艳 155
论奥运隐性营销行为的法律规制	
——兼评《奥林匹克标志保护条例》有关条款.....	崔汪卫 156
企业集团内部商业秘密保护的特别要求探析.....	刘华俊 李心路 157
反不正当竞争法一般条款在知识产权保护中的适用定位.....	卢纯昕 158
虚构角色的商品化权之批判性思考：中美比较视角.....	邓朝霞 159
论视频网站“广告+免费视频”商业模式的保护.....	钟玲惠 160
以技术秘密为卖点的广告行为的正当性问题研究	
——刘灏兵律师诉“王老吉”凉茶虚假宣传案引发的法律思考.....	颜海龙 161
论适用反不正当竞争法保护智力成果和商业标识的边界及与知识产权专门法制度	
度的衔接.....	赵巴奥 162
我国商业秘密保护实务问题研究综述	
——以2018年知识产权法学年会商业秘密专题为线索.....	杨淑萍 陈宇 163
不正当竞争行为一般条款的司法适用.....	沈赏 张媛 164
数据驱动型企业的滥用市场支配地位判定：德国 Facebook 案评析.....	张怀印 165

五、互联网与知识产权

人工智能科技政策与知识产权立法互动研究.....	刘强 母运龙 166
拟制作者规则下人工智能生成物的著作权困境解决.....	谢琳 陈薇 168
人工智能法律人格探析.....	徐慧丽 169
人工智能生成内容的著作权保护.....	黄细江 170
论个人信息的智能合约保护	
——立基于智能合约的民事合同属性.....	郭如愿 171
人工智能新闻的著作权保护.....	张俊发 172
人工智能生成物的智力财产属性辨析.....	曹博 173
人工智能创作作品版权法保护的必要性与可行性探究.....	左荣昌 张祥志 174
人工智能时代的版权法问题.....	刘雨舒 175
再论“独创性”	
——以人工智能生成内容为例.....	王悦玥 176
弱人工智能时代下生成物著作权类型化研究.....	孙悦 177

人工智能对传统法律关系的挑战	
——以人工智能创作物的“可版权性”为例.....	朱清清 彭立茹 178
人工智能生成内容的版权认定及法律规制.....	郝明英 179
人工智能的作品合理使用困境及其解决.....	张金平 180
5G+时代背景下对知识产权纠纷多元化解决机制的思考	
——以法院审判工作为视角.....	杜玉东 宋磊 181
电子商务领域知识产权风险及其防范	
——以小微电商为视角.....	李骏 182
以电子商务平台经营者为中心的知识产权大保护机制研究.....	张晔 183
电子商务活动中权利人错误通知的法律责任研究.....	马艺闻 184
网络转载背景下时事性文章合理使用制度的困境与对策.....	张丹丹 185
网络环境下实施知识产权电子诉讼的必要与可能.....	沈媛媛 186
云计算中金融行为信息化的版权保护.....	邱润根 187
论网络转载的著作权保护.....	余筱兰 188
我国网络服务提供者侵权责任的移植与变异.....	朱冬 189
大数据时代数据公开与知识产权保护的冲突与协调.....	朱真真 190
版权证券化场景下运用法定数字货币的风险研究.....	张楠 191
非交互式网络传播行为的著作权法规制研究.....	王美阳 192
大数据背景下的商业秘密保护.....	孙怡娟 193
搜索引擎竞价排名新形态下的商标侵权争议.....	林银勇 194
云计算环境下的商业秘密保护.....	徐舒 贾彦 195
论洗稿侵权中的平台责任.....	李珊 196
人工智能生成发明的“三性”审查标准问题研究.....	张洋 197
基于互联网“背景下的商业模式专利保护研究与对策.....	周治德 黎春雪 雷宇 198
互联网时代商法对创新商业模式保护的功能分析.....	张欣媛 199

一、知识产权基础理论与知识产权司法保护

知识产权停止侵害请求权行使限制的中国实践

孙山¹

(西北政法大学经济法学院)

摘 要: 以往的研究对知识产权救济中停止侵害请求权行使的限制问题少有关注, 这种研究思路容易导致错误的理论导向, 矫枉过正与保护不力同样属于误区。停止侵害请求权行使受限有其立法层面和司法层面的原因, 在知识产权单行法中完善制度设计是立法者必然的选择。目前我国仅在司法解释中规定了专利诉讼中停止侵害请求权行使的限制, 具体内容仍有待明确和补充, 商标诉讼与著作权诉讼中也存在基于双方利益考量而限制行使的例外情形。现行法中对请求权行使的限制规定偏少, 存在诸多不合理及缺漏之处, 单靠法律解释已经不足以补充这些漏洞。基于本土司法实践而填补立法空白, 构建体系化的停止侵害请求权行使限制制度势在必行。

¹ 作者简介: 孙山, 法学博士, 西北政法大学经济法学院副教授。18681821423, superchrism@163.com。
本文为2018年国家社科基金一般项目《应对国际贸易知识产权制度变革的中国方案研究》(18BFX219)和西北政法大学校级青年学术创新团队项目《文化产业发展中的知识产权法律问题研究》的阶段性成果。

知识产权之民法的“内在机理”

徐瑄¹

(暨南大学法学院/知识产权学院)

摘要: 本文尝试提供知识产权作为民事权利的内在机理,进而论证知识产权作为民事权利的规范的特殊性, 知识产权是对智慧表达拟制占有之上的对价财产权, 它不是纯粹的自然权利, 是在自然权利基础上对价的社会权利, 知识产权要求“起码无害”, 知识产权服务于社会正义。知识产权的客体是智慧信息, 知识产权法为激励智慧信息最大化而保护知识产权作为绝对排他性的财产权。知识产权是建立在智慧信息权上以“许可”为核心的权利集合, 建议设立以“个人许可权”为核心范畴的民事权利体系。

¹ 作者简介: 徐瑄, 暨南大学知识产权研究院院长、暨南大学法学院/知识产权学院副院长 教授

试论知识产权的对象、财产属性和权利内容

——以信息和符号的视角

何霁虹

(重庆理工大学知识产权学院, 重庆, 400054)

摘要: 从信息和符号两个角度论证了知识产权的对象是客观的信息, 讨论了知识产权的对象同时具有信息和符号两方面特征, 从符号学的视角(像似性、编码强度、时间向度)辨析了不同知识产权对象之间的区别, 并基于知识产权对象的信息属性, 深入分析了知识产权的财产属性, 宏观地指出知识产权对象的有用性包括: 改造物质, 改造信息本身, 改造主观世界, 改造生命体等, 通过研究人们利用信息的行为方式重新划分了知识产权权利内容, 包括两大类: 第一类是通过控制信息的载体排他地实现信息之上的利益; 第二类是通过法律强制力排他地实现共享信息之上的利益, 探讨了知识产权的对世性和时间性, 有鉴于信息有用性和利用方式的差别, 建议将信用标识信息作为一个相对独立的研究领域来看待。

晚近国际知识产权发展态势与我国的应对方略*

徐元¹

摘要:随着知识产权战略的深入实施和知识产权强国进程的快速推进,参与国际知识产权秩序构建已经成为我们面临的一项重大课题。国际层面,后 TRIPS 时代的国际知识产权立法步履维艰、博弈更趋复杂,国际知识产权呈现一些新的发展态势,这既给我国参与国际知识产权秩序构建带来了良好机遇,也带来的严峻挑战。在新的国内国际背景下,我国应当进一步加强对知识产权法律全球化的研究、制定国际知识产权战略、构建知识产权理念和话语体系、完善国内立法、处理好与各种类型国家的关系、实现多重机制互动,为国际知识产权秩序构建贡献中国方案。

*本文是笔者主持的国家社科基金项目“知识产权法律全球化的国际政治经济学分析及对策研究”(项目批准号:16BFX138)及辽宁教育科研管理智库课题(ZK2015061)的阶段性研究成果,同时也是笔者在国家留学基金委公派澳大利亚国立大学访学期间的主要研究成果。

¹ 作者简介:徐元,经济学博士,知识产权法学博士后,澳大利亚国立大学访问学者,东北财经大学区域经济一体化与上海合作组织研究中心研究员,研究方向为知识产权法律全球化、国际贸易中的知识产权保护。

数据的性质及其知识产权因应

戴秋燕¹

(武汉大学法学院)

摘要:大数据技术的发展让其基本元素——数据的价值凸显,主体就数据使用规则产生争议就不可避免。在法律尚未确定数据的法律定位时,需要在现有法律框架内探寻出路以应对不断增加的数据问题。从一般层面理解,数据与信息、事实存在差别。数据具有产权化的必要性,分析数据与知识产品,可以发现数据与知识产品的基本特征具有部分相似性,但是数据并不符合知识产权制度的立法目的。即便如此,对于承载知识产品的数据同样可以在知识产权法框架内,从著作权、数据库特殊权利以及商业秘密等角度予以保护。

¹ 作者简介:戴秋燕,武汉大学法学院知识产权法博士研究生

数据资产的理论归属与制度出路

郝思洋¹

(中国人民大学法学院知识产权学院)

摘要: 信息时代,数据资产因其所蕴含的多元价值已经成为促进产业发展和获取市场支配力量的重要资源,围绕数据产生的纠纷也不断出现。对于大量数据资产,无论是通过预先赋予排他性财产权的方式还是采用事后进行规制的反不正当竞争法的模式,都取决于在数字经济时代的特殊的技术与社会现实下,何种方式更能激励这部分数据的价值最大化和社会整体福利的最大化。在比较不同规制效果之后,本文认为在目前的社会状态下,在给予市场智慧充分肯定和兼顾个人信息保护的同时,保持谦抑的立法原则不失为一种明智的选择。

¹ 作者简介:中国人民大学法学院知识产权学院2016级博士研究生

知识产权中“公有领域”之我见

——以传统文化表现形式为视角

杨荟凌 宋晓亭¹

(同济大学上海国际知识产权学院,上海 200092)

摘要: 公有领域的设立目的是为了平衡创作者的私人利益和社会公众分享文化成果的公共利益。但是,公有领域作为一个法律术语,在法律条文中很少有明确的阐释。通过制度表现、历史溯源及案例考察,可以得知“公有领域”不意味着是所有人可以免费自由使用的信息和资源,在各项具体的知识产权制度语境中,应当有相对应的解释。在传统文化表达和传统知识的语境下,应强调“公有领域”以“公共福利”为核心、兼有“限制与例外”,倡导构建一种互惠和利益分享的权益关系。

¹ 基金项目:国家社科基金重大项目 16ZDA236 (中医药传统知识保护专门制度研究)
作者简介:杨荟凌(1994-),女,江苏南通人,上海国际知识产权学院硕士研究生
通讯作者:宋晓亭(1962-),男,江苏连云港人,博士,上海国际知识产权学院教授,博士生导师

知识产权法中停止侵害救济方式的适用规范

——以财产规则与责任规则为分析视角

杨涛¹

(华中师范大学法学院)

摘要: 财产规则与责任规则是调节权利保护标准的基本规则。停止侵害救济属于财产规则范畴, 基于权利界定难度、谈判成本、交易障碍、策略行为风险以及社会公共福利减损等诸多因素的考量, 其绝对化适用易引发“市场失灵”, 并非完全趋向于低交易成本。鉴于知识产权损害赔偿的高度不确定性, 责任规则所采取的法院“公共估值”定价模式也并不完全符合成本和效率原则。理论上应辩证考察两种规则的优劣, 修正停止侵害救济遵循的绝对化观念, 追问替代性赔偿的有限效果, 立法上应设置停止侵害的适用规范体系, 合理安排知识产权法中停止侵害与替代性赔偿之间的转化模式, 平衡法权利益分配与资源供给。

¹ 作者简介: 杨涛, 1984年生, 法学博士, 华中师范大学法学院副教授、华中师范大学知识产权研究所副所长, 13476220588, 150344237@qq.com

论网络知识产权侵权纠纷管辖地的确定

——基于网络购物收货地的实证研究

毕文轩

(上海交通大学凯原法学院, 上海, 200030)

摘要: 对于网络销售中的知识产权侵权管辖认定, 实务中存在的主要问题在于: 对民事诉讼法司法解释第20条中的“信息网络方式”存在不当理解, 对民事诉讼法第28条中的“侵权行为地”存在不当理解, 并不当类推《计算机网络著作权纠纷的解释》中的结论。该种做法既有违现有民诉法立法宗旨, 也为充分考虑网络销售知识产权侵权的特点, 所以应当明确网络销售收货地并非利用网络侵犯知识产权案件的管辖地。为此, 可以通过确定保护性管辖原则以及借鉴长臂管辖规则的方法对该问题予以完善。

*本文为2017年国家社科基金年度项目“反不正当竞争法立法问题研究”(17BFX010); 上海交通大学“知识产权保护与创新政策研究”(AF1900034)的研究成果基金项目。
作者简介: 毕文轩(1992-), 男, 陕西西安人, 上海交通大学凯原法学院博士研究生, 上海交通大学知识产权与竞争法研究院研究员, 研究方向为商标法及反不正当竞争法。

论比例原则在知识产权损害赔偿中的适用及其展开

董凡 关永红*

(华南理工大学法学院)

摘要:比例原则作以其精巧的内在逻辑和严谨的论证模式愈加受到私法领域学者的关注,并且在司法实践中发挥重要的规范与指引作用。与此同时,为解决知识产权损害赔偿数额确定难的现实困境,最高人民法院提出“比例协调”的司法政策。但是,比例原则为一项公法领域中的基本原则能否自治地引入至知识产权损害赔偿领域,以及如何适用该项原则确定损害赔偿数额仍存有疑问。有鉴于此,在厘定比例原则“三阶理论”概念与“三重特质的一体复合型”的本质属性基础上,从民事法、知识产权法、知识产权损害赔偿制度、法经济理念等五个维度阐释比例原则适用于确定知识产权损害赔偿数额的正当性,进而剖析适用比例原则确定损害赔偿数额的阶层化操作模式及具化展开;与此同时,反思适用比例原则确定损害赔偿数额的局限性,并提出“坚持层阶秩序并作部分修正”、“强调指导性案例指引作用”以及“均衡性考量过程中适用法经济分析方法”的相应完善路径。

* 作者简介:董凡(1988—),男,华南理工大学法学院,博士研究生,研究方向:知识产权法,联系电话:18814113556,电子邮箱:223713290@qq.com,联系地址:广州市番禺区大学城华南理工大学B9栋。
作者简介:关永红(1965—),男,华南理工大学法学院,博士生导师,研究方向:知识产权法。

知识产权侵权专属管辖之驳论

阮开欣¹

(华东政法大学,上海 200042)

摘要:我国目前司法实践对于涉外知识产权侵权基本上处于专属管辖的现实状态,这与国际上的发展趋势存在脱节与背离,也是跨境侵犯知识产权问题(如涉外定牌加工问题)长期未得到妥善解决的症结。“侵外”管辖被许多国家不同程度地接受并进而形成一定的趋势,这有利于实现知识产权国际保护方面的司法合作从而促进国家之间互信互利。专属管辖存在五方面理由:(1)与不动产物权的类比;(2)礼让原则和国家行为原则;(3)有效性与侵权的分离性问题;(4)规范管辖权和裁判管辖权的混淆;(5)外国法查明的困难。这些理由均难以成立。基于此,我国司法实践应适当地对于涉外知识产权侵权案件突破专属管辖。

¹ 作者简介:阮开欣,华东政法大学知识产权学院讲师,法学博士

论比例原则在知识产权损害赔偿中的适用及其展开

董凡 关永红*

(华南理工大学法学院)

摘要:比例原则作以其精巧的内在逻辑和严谨的论证模式愈加受到私法领域学者的关注,并且在司法实践中发挥重要的规范与指引作用。与此同时,为解决知识产权损害赔偿数额确定难的现实困境,最高人民法院提出“比例协调”的司法政策。但是,比例原则为一项公法领域中的基本原则能否自治地引入至知识产权损害赔偿领域,以及如何适用该项原则确定损害赔偿数额仍存有疑问。有鉴于此,在厘定比例原则“三阶理论”概念与“三重特质的一体复合型”的本质属性基础上,从民事法、知识产权法、知识产权损害赔偿制度、法经济理念等五个维度阐释比例原则适用于确定知识产权损害赔偿数额的正当性,进而剖析适用比例原则确定损害赔偿数额的阶层化操作模式及具化展开;与此同时,反思适用比例原则确定损害赔偿数额的局限性,并提出“坚持层阶秩序并作部分修正”、“强调指导性案例指引作用”以及“均衡性考量过程中适用法经济分析方法”的相应完善路径。

* 作者简介:董凡(1988—),男,华南理工大学法学院,博士研究生,研究方向:知识产权法,联系电话:18814113556,电子邮箱:223713290@qq.com,联系地址:广州市番禺区大学城华南理工大学B9栋。
作者简介:关永红(1965—),男,华南理工大学法学院,博士生导师,研究方向:知识产权法。

知识产权侵权专属管辖之驳论

阮开欣¹

(华东政法大学,上海 200042)

摘要:我国目前司法实践对于涉外知识产权侵权基本上处于专属管辖的现实状态,这与国际上的发展趋势存在脱节与背离,也是跨境侵犯知识产权问题(如涉外定牌加工问题)长期未得到妥善解决的症结。“侵外”管辖被许多国家不同程度地接受并进而形成一定的趋势,这有利于实现知识产权国际保护方面的司法合作从而促进国家之间互信互利。专属管辖存在五方面理由:(1)与不动产物权的类比;(2)礼让原则和国家行为原则;(3)有效性与侵权的分离性问题;(4)规范管辖权和裁判管辖权的混淆;(5)外国法查明的困难。这些理由均难以成立。基于此,我国司法实践应适当地对于涉外知识产权侵权案件突破专属管辖。

¹ 作者简介:阮开欣,华东政法大学知识产权学院讲师,法学博士

论知识产权损害赔偿中侵权获利的分摊方法

刘晓¹

(上海大学法学院)

摘要:在有证据证明侵权人的利润时,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,造成分摊的结果具有很大的不确定性。对于侵权获利的分摊方法,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。比较中国和美国采用的4种侵权获利的分摊方法可知,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。根据4种侵权获利分摊方法的适用条件采用相应的分摊方法,可以最大程度地精确计算侵权获利,建议中国综合采用上述4种侵权获利的分摊方法。

¹ 作者简介:刘晓,上海大学法学院讲师

自治 VS 管制:商业特许经营合同内容控制研究

陈范宏¹

(暨南大学知识产权研究院)

摘要:商业特许经营合同具有自治与管制的双重面向,以知识产权的授权使用为核心内容。特许人基于商誉维护之必要,于合同中配置严密的监管条款,以确保产品质量与体系一致,维持良好商誉。然被特许人之经营自主权亦因之掣肘。在自治与管制的博弈中,特许人经由契约规范扩容监管权,窒碍自主权,致使双方权义失衡而聚讼盈庭。专门立法规范供给不足,民法又对此典型商事合同失语,实务中则多假借合同法一般规定的伸展幅度完成法律续造与漏洞填补。过分的管制将窒碍特许经营产业之发展,疏阔的现制又为特许人滥用控制权提供了空间,最终均指向公益与私益的双输。因此,未来规制进路应当恒守投资保护与体系发展之平衡,以之为立法宗旨与规范解释适用之转轴。配置具体规则时,一方面将消费者、劳动者之部分权利赋予被特许人从而剥离权义失衡的土壤。另一方面,将业已成熟之权义配置失衡类型化,提升规则的可操作性与行为指引的明确性。而且为法官因应经社实践变迁提供审查之伸展空间,以“诚信与公平交易原则”作为特许经营合同权义配置审查的概括条款。最终,达臻特许经营关系这一知识产权合同规制中自治与管制的平衡。

¹ 作者信息:陈范宏,暨南大学知识产权研究院讲师,邮箱:chenzhongxun@foxmail.com,电话:18810373347

论知识产权损害赔偿中侵权获利的分摊方法

刘晓¹

(上海大学法学院)

摘要:在有证据证明侵权人的利润时,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,造成分摊的结果具有很大的不确定性。对于侵权获利的分摊方法,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。比较中国和美国采用的4种侵权获利的分摊方法可知,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。根据4种侵权获利分摊方法的适用条件采用相应的分摊方法,可以最大程度地精确计算侵权获利,建议中国综合采用上述4种侵权获利的分摊方法。

¹ 作者简介:刘晓,上海大学法学院讲师

自治 VS 管制:商业特许经营合同内容控制研究

陈范宏¹

(暨南大学知识产权研究院)

摘要:商业特许经营合同具有自治与管制的双重面向,以知识产权的授权使用为核心内容。特许人基于商誉维护之必要,于合同中配置严密的监管条款,以确保产品质量与体系一致,维持良好商誉。然被特许人之经营自主权亦因之掣肘。在自治与管制的博弈中,特许人经由契约规范扩容监管权,窒碍自主权,致使双方权义失衡而聚讼盈庭。专门立法规范供给不足,民法又对此典型商事合同失语,实务中则多假借合同法一般规定的伸展幅度完成法律续造与漏洞填补。过分的管制将窒碍特许经营产业之发展,疏阔的现制又为特许人滥用控制权提供了空间,最终均指向公益与私益的双输。因此,未来规制进路应当恒守投资保护与体系发展之平衡,以之为立法宗旨与规范解释适用之转轴。配置具体规则时,一方面将消费者、劳动者之部分权利赋予被特许人从而剥离权义失衡的土壤。另一方面,将业已成熟之权义配置失衡类型化,提升规则的可操作性与行为指引的明确性。而且为法官因应经社实践变迁提供审查之伸展空间,以“诚信与公平交易原则”作为特许经营合同权义配置审查的概括条款。最终,达臻特许经营关系这一知识产权合同规制中自治与管制的平衡。

¹ 作者信息:陈范宏,暨南大学知识产权研究院讲师,邮箱:chenzhongxun@foxmail.com,电话:18810373347

从重大损失认定出发的刑法解释二元体系构建 ——以全国 65 例侵犯商业秘密罪裁判文书为样本

李红俊¹

(安徽省合肥高新技术产业开发区人民法院)

摘要:掣肘于一元化刑法解释整体的客观缺陷,侵犯商业秘密罪审判实践在认定“给权利人造成重大损失”时,对法律规定进行法律解释时遭遇困境,一定程度上阻碍了刑事司法程序的启动,削弱了对商业秘密的刑事司法保护力度。通过对中国裁判文书网上公布的 65 份裁判文书的分析,发现侵犯商业秘密罪重大损失认定存在五个问题:程序启动困难、法条适用纷乱、认定方法多元、鉴定作用畸重、裁判结果多样。实践困境源自一元化刑法解释整体潜在的弊端,如原则把握不准、一元立场倾向、解释位阶无序、法律论证不足等。对此,需要以法哲学与法学方法论视角,从解释的原则、立场、方法、结构等体系要素出发,以体系思维分析“形式——实质”、“解释——论证”二元构造解释体系理论的概念和正当性基础,着眼刑法解释体系之“形式与实质”的统一性、二元体系的基础性元素、“形式与实质”的具象性演变及“解释与论证”的回应性思维等,构建刑法解释二元体系,作为侵犯商业秘密罪重大损失认定的刑法解释突破困境之有效进路。

¹ 作者简介:李红俊,安徽省合肥高新技术产业开发区人民法院办公室(研究室)法官助理,联系方式:0551-65996535、15956573970、329554989@qq.com

过境货物知识产权边境执法措施比较研究

宋红松*

摘要:要为针对过境货物的边境措施提供实体法依据,有必要对知识产权法律的相关条款进行调整,并赋予知识产权权利人制止侵权货物过境的实体权利。处理货物过境的新办法应当考虑过境货物在目的国的法律状态,仅在权利人也有权制止货物进入目的国的情况下才允许权利人制止释放货物过境。按照这一办法协调东亚各国针对过境货物的边境措施才可以调和东亚贸易伙伴之间的利益。

* 作者简介:宋红松烟台大学法学院教授,澳大利亚昆士兰大学法学博士。本文为国家社会科学基金项目(14BFX102)“中国(上海)自由贸易试验区知识产权执法强度研究”成果,感谢日本知识产权研究所对本文撰写提供的支持。

陕西高校知识产权贯标创新实践的思考

邢战雷 马广奇¹

(陕西科技大学经济与管理学院)

摘要:我国自2015年6月开展了《高等学校知识产权管理规范》的试点及推广工作,通过高校知识产权管理贯标提升高校的知识产权管理水平,优化知识产权资源配置,带动高校创新发展,提升高校核心竞争力。在这样的背景下,本文以陕西高校为对象,通过实际调研,对陕西高校专利申请与授权的总体态势进行统计分析,并以陕西高校知识产权贯标工作实践、机制改进为主要内容,分别从政府层面、高校层面探索建立起系统规范的贯标工作机制和改进策略,进一步推动和保障陕西高校知识产权贯标成效。本文的研究可以为其他省内外高校的知识产权贯标工作提供可操作性建议。

¹ 作者简介:邢战雷(1979—),男,河南洛阳人,陕西科技大学经济与管理学院教师,陕西知识产权运营研究中心常务副主任,主要研究方向为知识产权管理与运营、轻工技术经济与管理;邮箱:xingzhanlei@sust.edu.cn,电话:13669249609。
马广奇(1964—),男,陕西韩城人,教授,陕西科技大学经济与管理学院院长,博士生导师,主要研究方向为金融经济学,知识产权金融等。

文化产业的知识产权管理

马付军

(西北大学 法学院,陕西 西安 710127)

摘要:随着经济体系快速发展转变,科学技术的日益进步,文化软实力作为国家综合国力的重要考量,国际竞争重要的一部分,可以说是文化知识的竞争,文化知识产权的保护刻不容缓。文化产业的知识产权管理还存在一定乱象,笔者通过对文化产业的知识产权管理分析,解析对文化产业的知识产权管理的必要性,分析现有现状,并给出一些建议,以期文化产业的知识产权管理健康有序发展。

国家知识产权保护示范区概念及评价指标的实证研究

秦倩*

(西安交通大学法学院、知识产权研究院)

摘要:国家知识产权保护示范区是指经过国家批准,通过体制创新、资源聚合等方式,在知识产权保护方面先行先试、探索经验、做出示范的区域。最大限度或最便捷地保护相关主体的知识产权,营造良好创新发展环境。示范区的建设将促进地区知识产权保护水平与力度的提升,有利于在国内与国际上营造良好的知识产权保护环境。鉴于目前具体的评价指标尚未确立以及相关学术研究匮乏的现实,初步选取了29个变量指标,并对全国31个省市近三年的具体指标数据进行搜集研究。采用因子分析法,得出八项知识产权保护示范区建设的具体评价指标。结合得出的评价指标以及我国相关立法和知识产权保护实际,认为知识产权保护示范区建设应坚持知识产权行政执法数量与效率并重,发挥知识产权司法保护的示范作用,具有知识产权创造、管理、服务和综合发展基础,注重知识产权运用与国际化发展,增加职务知识产权比重并规范地方知识产权保护立法。

* 作者简介:秦倩,西安交通大学法学院、知识产权研究院博士研究生,研究方向为知识产权法学。

规制知识产权滥用行为的多维认识

陶冠东¹

(上海知识产权法院)

摘要:随着经济社会的发展,我国对知识产权保护的力度逐渐加强,权利人维护自身合法权益的意识进一步增强,行政执法机关、司法机关受理的知识产权案件逐渐上升。但任何权利都有滥用的可能,知识产权由于其无形性,权利的边界天然模糊,权利人不能正确认识权利边界,甚至利用知识产权侵害他人合法权益的情况也逐年增加。当前法律规范中,规制知识产权滥用的规定散见于民事基本法、知识产权专门法和反垄断法等多部法律规范中,但内容相对较为概括,而国家执法机关,尤其是司法机关通过案件审理的方式为权利人、社会公众清楚地认识知识产权的正当行使提供了行为准则。根本上来说,知识产权的制度目标在于以一定时间内的垄断性权利,换取权利人的智力贡献,而反垄断则是通过维护市场竞争的方式激励创新,二者有着共同的制度目标,共同推动经济社会发展,更好地实现消费者福利和社会公共利益。

¹ 作者简介:陶冠东,1985年10月出生。上海知识产权法院法官。联系方式:手机 13816849693,邮箱 namatao@qq.com

侵犯知识产权损害赔偿额计算标准之立法完善

刘灏兵¹ 陈姣²

摘要:在侵犯知识产权的赔偿数额问题上,我国现行的《著作权法》、《商标法》和《专利法》三部知识产权单行法均规定了全面赔偿原则和法定赔偿原则,但这三部知识产权单行法以及与知识产权保护密切相关的《反不正当竞争法》有关侵权损害赔偿额的计算方法存在差别,比如:对于参照许可使用费的倍数合理确定赔偿额、法定赔偿的范围(法定赔偿额的上限或下限)、惩罚性赔偿等内容,上述法律或者有明显不一致的规定,或者根本就没有相应的规定。这种差别是不合理的,今后立法机关在修订各知识产权专门法和《反不正当竞争法》时,有必要消除这种不合理的差别。此外,全面赔偿原则本身存在难以适用的问题,客观上需要规定法定赔偿原则。考虑到法律的稳定性和保护知识产权的现实需要,法律不宜直接规定法定赔偿的范围,而应由最高人民法院根据保护知识产权的现实需要确定法定赔偿的范围。

¹ 作者简介:刘灏兵,湖南三浦律师事务所专职律师、专利代理师。

² 作者简介:陈姣,湖南湘和律师事务所专职律师。

《电子商务法》“错误通知”条款适用研究

康瑞¹

(华东政法大学知识产权学院)

摘要:《电子商务法》“错误通知”条款对滥用通知行为进行了规制,但具体适用仍然存在困惑。以“恶意”为标准,错误通知可分为一般错误通知和恶意错误通知两种类型,并且二者在构成要件与责任承担方面存在差异。一般错误通知系一般侵权行为,构成要件采“四要件说”,适用补偿性赔偿责任;恶意错误通知系不正当竞争行为,构成要件可基于商业诋毁之构成要件,适用惩罚性赔偿责任。结合立法目的细化《电子商务法》的“错误通知”条款的适用,对于规制滥用通知行为大有裨益,也可有效保护平台内经营者的利益。

¹ 作者简介:康瑞,华东政法大学知识产权学院硕士研究生

知识产权转移的理论基础及适用

何家灿¹

(华南理工大学法学院)

摘要: 知识产权的转移是知识交易过程中的重要一环。按照法律效果产生的原因,对知识产权的转移进行分类,并探究了知识产权转移的意义所在。在探讨了财产权体系发展的基础上,认为同为财产权的知识产权可以借鉴英美法系的财产权发展方向,同时认为知识产权与物权有共通性,物权制度能够在知识产权的转移中进行运用。最后,简要介绍了知识产权转移的其他方式。

¹ 作者简介:何家灿,华南理工大学法学院 2018 级法律硕士

“一带一路”倡议与国际知识产权保护问题研究

曹健¹、郑守璞²

摘要: 共建“一带一路”倡议受到国际社会的广泛关注,越来越多的国家和国际组织积极响应。知识产权已是国际贸易规则中的重要组成部分,国际知识产权保护具有重要意义。知识产权保护是“一带一路”倡议下国际合作的重要内容。知识经济时代,中国将知识产权置于战略高位已是必然选择。国际知识产权保护具体体现为国际条约与国际组织对知识产权保护的影响。国际知识产权保护的发展对中国有重要影响。中国应坚持国际知识产权保护的原则,协调国内与国际立法相协调;与时俱进,制定国家知识产权发展战略和知识产权法典;适时完善国内法律法规,构建完整的知识产权保护体系;辩证看待国际知识产权保护的发展,自主创新,发展本国强项;努力构建更加公平合理的知识产权国际保护新秩序,促进知识产权协调发展。

¹ 作者简介:曹健,北京市海淀区人民法院法官助理。
² 作者简介:郑守璞,北京知识产权法院法官助理。

略论中国自主知识产权在“一带一路”沿线国家（地区）的确权保护途径

苏运来¹

（滨州职业学院，山东滨州，256603）

摘要：“一带一路”倡议实施五年多来，在政策沟通等方面取得突出成就的同时，也存在中国自主知识产权在沿线国家的保护难、保护不充分等问题。由于经济、科技、法治、文化教育发展水平的不同，以及“一带一路”沿线国家或地区的历史、种族、宗教、风俗习惯等的不同，各国民众、企业乃至政府机关及官员的法律意识也不一样，在知识产权立法、执法、司法等方面存在很大差异，在知识产权保护范围、保护水平、保护措施、法治水平等方面存在差距是必然存在的客观情况。中国自主知识产权权利人应根据目标国的知识产权保护状况选择适当的确权保护途径。

¹ 作者简介：苏运来（1969—），男，山东滨州人，教授，法律硕士。主要研究方向：知识产权法、民商法

“一带一路”背景下中国—东盟自由贸易区知识产权保护探究

谭成龙*

（扬州大学）

摘要：中国—东盟自由贸易区成立后，我国与东南亚国家联盟（以下简称东盟）的经济和贸易往来愈加密切，随着“一带一路”战略实施的不断深入，相关知识产权纠纷和冲突亦呈上升状态。虽已建立知识产权保护合作的基础机制，但仍有完善的空间。从建立知识产权特别审查机制，改进知识产权争端解决机制等方面入手，将有助于中国与东盟共享“一带一路”战略所带来的红利。

* 作者简介：谭成龙，1991—，扬州大学研究生在读。

“一带一路”倡议下的知识产权保护

彭立茹 朱清清

(桂林电子科技大学法学院)

摘要:在全球化的浪潮中,中国政府提出了旨在维护全球自由贸易体系和开放型经济的“一带一路”重要倡议。“一带一路”贯穿亚欧非大陆,可以预见涉及三大法系,七大法源的众多参与国家,彼此间在知识产权法律保护领域的合作会十分复杂和困难。而知识产权保护作为当今世界贸易和经济体制中的重要组成部分,在世界贸易体系中的运用越来越广泛和普遍,我们需要在促进经济要素有序自由流动、资源高效配置和市场深度融合的同时,加强知识产权制度的建设,以跟上“一带一路”推进的步伐。所以,本文旨在通过对知识产权制度在当今遇到的现实困境的探究和“一带一路”倡议指导下知识产权新发展机遇的摸索,而加强我国知识产权制度的建设。

竞业禁止纠纷案件审判实务问题研究

邓恒¹

(北方工业大学 经济法研究所)

摘要:竞业禁止制度之所以充满争议性,除了该制度影响雇员之平等就业权和雇员一般的知识、技能及经验的发挥外,另一方面理论与实务在处理此相关争议时也莫衷一是,甚至常常无法达到定纷止争的效果,一定程度上增加纠纷解决的难度。在期待竞业禁止制度相关法律规定的立法完善之前,司法应充分利用现有的规定与既有作法,建立一套足可以供各法院参考的审查标准与审查步骤。有鉴于此,本文希望能通过竞业禁止纠纷案件审判之应然状态的设计,弥补现行法律规范过于原则和抽象之不足,使司法在处理竞业禁止相关纠纷案件时有章可循,确保审理结果尽可能的符合公平、正义。

¹ 作者简介:邓恒,男,(1979-10-23),《知识产权》法学博士、博士后,北方工业大学 经济法研究所副研究员、秘书长,主要研究领域:知识产权法学、互联网法、司法制度。联系电话:138 1173 8770

商品通用名称认定的司法应对

何鑫 马光祥*

(长沙知识产权法庭)

摘要:商标的基本功能是识别商品来源,当商标指向某一类商品或服务时,也就具备了认定为通用名称的事实因素。由于各级审判机构和审判人员对事实和法律的认知和解读不同,当前商品通用名称的司法认定出现了认定标准不一、认定结果相反等有损司法权威的困境,近年来,商标通用司法认定也引发了一些争议。正因为如此,有必要对商品通用名称的司法认定标准和要素进行更为系统的深入的研究和探讨。基于对司法本质特征的认识,笔者认为商品通用名称司法认定应当从司法权的本质出发,坚持经济效益、鼓励竞争、主观过错等认定原则,并考虑司法的谦抑性和法官的能动性以及国家知识产权保护政策的影响,在司法认定中尽量减少自由裁量空间,从而使作出的裁判结果更加符合司法认定性质,进而体现司法认定的科学性和合理性。

* 作者简介:何鑫(1984—),男,法律硕士,长沙知识产权法庭审判员。
马光祥(1986—),男,法学硕士,长沙知识产权法庭法官助理。

专业化知识产权审判机构的合法性与正当性证成

马光祥*

(湖南省长沙市中级人民法院)

摘要:各地纷纷设立的专业化知识产权审判机构,落实了司法改革文件的具体要求,也体现了对知识产权保护的强烈重视。然而,作为新出现的专业化审判机构,在宪法和法律未做修改的情况下,其跨区域集中管辖和审级上的特殊安排是否具有合法性基础,与普通法院之间的关系如何等等问题,在学界并非没有疑问。基于知识产权法的私法属性,知识产权学界对于设立该领域的专业化审判机构一致持积极的支持性主张,但事实上,因涉及到国家机关之间的权力分配,专业化审判机构的改革本质上是宪法问题,严格看来,改革的内容因涉及集中管辖和审级制度,势必给传统的审判模式造成一定程度的冲击。但任何改革都是从创新甚至是不合法开始的,专业化知识产权审判机构的正当性也不是天然的。积极的对合法性进行论证和补正,并在特定的时代背景下寻求其正当性,方能确保其机构设立的科学性和严谨性。

* 作者简介:马光祥(1986—),湖南省长沙市中级人民法院长沙知识产权法庭助理审判员,长期从事知识产权案件审理和理论研究。

我国知识产权行政执法模式新探 ——兼论《专利法修改草案》在专利行政执法方面的修改

陈越¹

(北京知识产权法院)

摘要:“司法与行政双轨制”的知识产权保护方式有其历史必然性和现实意义。随着世界市场逐步建立以及“一带一路”建设取得重大进展,创新主体对知识产权行政执法提出了愈来愈高的保护要求。知识产权行政执法具有主动性、及时性、专业性等优势,但也面临着标准不一和效率低下的困境。《专利法》第四次修改应在明确司法保护权威性和终局性的前提下,着力于构建权责统一、公信高效的知识产权行政执法工作机制。

¹ 作者简介:陈越(1991-),中国政法大学知识产权法专业硕士研究生毕业,现任北京知识产权法院法官助理。

从知识产权指导性案例司法应用情况看指导性案例数

量不足对其应用造成的影响

潘磊¹

(同济大学法学院)

摘要:2010年11月26日,最高人民法院《关于案例指导工作的规定》出台,被认为正式拉开了我国案例指导制度的帷幕。截止2018年12月31日,最高院共发布22例知识产权指导性案例。本文考察了22例指导性案例的发布规律与应用情况,分析了在个案中指导性案例起到的作用,得出指导性案例在各案应用中起到了统一审判标准、弥补立法滞后性作用的结论。但另一方面,应用指导性案例的案件数量很少,本文认为造成目前困境的一大原因是指导性案例数量不足。参照经济学中的网络效应理论,得出应增加指导性案例的供给,以满足实务中的需求,并且提出增加指导性案例数量的具体建议。

¹ 作者:潘磊,同济大学法学院 硕士
指导老师:袁秀挺,同济大学法学院 教授

知识产权恶意诉讼审判实践及法律规制探析

刘志伟¹

摘要：知识经济时代，市场主体在知识产权领域的对抗加剧，部分所谓的知识产权的权利人利用知识产权权利本身无形性及诉讼隐蔽性强的特征，借助合法诉讼形式，达到抢占市场、打击对手的不正当目的，知识产权恶意诉讼由此而生。知识产权恶意诉讼的本质是一种侵权行为，实践中具体包括权利瑕疵型、虚构事实型、恶意保全型和重复诉讼型等几种常见类型。本文中，笔者从司法审判实践出发，分别介绍了著作权、专利权、商标权三个领域的恶意诉讼案件，这其中既有知识产权恶意诉讼的第一案，也有被列为最高人民法院的指导案例和典型案例。然而，由于缺乏直接的法律规定和统一的判例指引，实践中各地法院对这类案件的处理结果往往大相径庭，出现了裁判标准和执法尺度上的混乱，因此，在加快实施创新驱动发展，强调保护知识产权就是保护创新的今天，切实加强知识产权司法保护，必须从理论和实务上对知识产权恶意诉讼的内涵和构成要件加以明晰，从而采取有效措施规制该类行为，以保障我国知识产权制度良性有序发展。

¹作者简介：刘志伟，北京市隆安（深圳）律师事务所高级合伙人。

因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷在司法实践中的应用

钱虹¹

摘要：本文通过案例检索的方式，梳理了因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷在司法实践中存在的争议点，具体为管辖、反诉、恶意思别以及在未构成恶意诉讼的情况下如何对诉讼相对方予以救济。本文观点是在管辖上不宜以侵权结果发生地为依据，同时也不应当允许原知识产权侵权纠纷的被告以知识产权恶意诉讼为由直接提出反诉。在司法实践中恶意的识别主要为案涉知识产权权利来源非正当。在未构成恶意诉讼，但案涉知识产权被无效或撤销的情况下，应当对诉讼相对人予以一定的救济。

¹作者简介：钱虹，国浩律师（宁波）事务所实习律师。

网络著作权诉讼中区块链证据的审查与判断

陈思颖

(湘潭大学法学院)¹

摘要:在信息化时代,随着互联网著作权纠纷的隐蔽与复杂化,区块链证据在司法中广泛运用。但目前司法实践中对于区块链证据的审查与判断缺乏统一的标准,不同法院对于区块链证据的认定标准存在较大的偏差,我国现行立法也未对“区块链证据”的认定规则等进行具体的规定。就区块链证据的法律地位、含义来等说,区块链证据相对于传统电子证据存在其独特性和优点。但其在真实性、合法性和证明力的审查和判断方面也存在着一一定的难点,因此构建区块链证据审查和判断的规则对司法实践有着重要的意义。

¹ 作者简介:陈思颖,1996年生,男,湖南益阳人,湘潭大学法学院、知识产权学院2017级法律硕士研究生,联系方式:15907373355。
指导老师:邹琳,1981年生,女,湖南常德人,湘潭大学法学院、知识产权学院副教授,硕士生导师,13017157562。

“四位一体”技术事实查明机制中技术调查官作用的发挥

郭强¹, 林冠², 仪军³

(1. 国家知识产权局专利局专利审查协作北京中心光电发明审查部 副主任; 2. 国家知识产权局条法司 主任科员; 3. 北京知识产权法院技术调查室负责人 三级高级法官)

摘要:如何构建客观、中立、高效的知识产权案件技术事实查明机制,近年来已经成为我国司法体制改革中关注的热点。随着各地知识产权专业审判法院或法庭的建立,越来越多的技术调查官作为法官的技术助手参与知识产权诉讼活动,有些法院还在内部成立了技术调查室负责技术调查官的日常管理。由此,技术调查官与之前业已存在的专业化人民陪审员、司法鉴定、专家辅助人一道,构成了我国知识产权诉讼体制中“四位一体”的技术事实查明机制。

本文主要对于技术调查官在实际工作中与专业化人民陪审员、司法鉴定、专家辅助人之间的相互配合和作用作进一步的系统研究,结合国内外技术事实查明机制的运行现状,通过比较研究,对在“四位一体”的技术事实查明机制中如何使“技术调查官”与专业化人民陪审员、司法鉴定、专家辅助人等技术事实查明方式相互作用和配合等问题进行探讨,以期进一步提升技术事实查明的质量和效率。

本文首先对本土技术事实的查明机制总体发展历程进行梳理,并对域外的技术事实查明机制进行观察研究,通过将我国与其它国家及地区的技术事实查明机制的比较来探寻适合我国国情的更高效、优质的机制选择。随后,对我国技术调查官的运行机制模式进行研究,包括技术调查官制度的历史沿革,目前技术调查官的聘任模式,技术调查官参与诉讼活动的工作方式和具体工作的内容,技术调查官制度相对于其它机制所存在的高效性、客观性和中立性等特点。最后,对技术调查官制度与其他技术事实查明制度的协同作用进行分析研究,包括技术调查官与专业化人民陪审员的配合协同,技术调查官在司法鉴定过程中作用的发挥,技术调查官与专家辅助人作用的协调互补机制,以及在疑难复杂类案件中如何做好技术事实查明等,从而对“四位一体”的技术事实查明机制构建中技术调查官纽带作用的发挥提出建设性意见和建议,并对未来技术调查官的发展方向作了进一步展望。

商业秘密刑民交叉案件“先民后刑”模式证伪

——以知识产权“三合一”审判为视角

张军强¹

(天津市高级人民法院)

摘要: 基于私权至上的现代法理念,学者们普遍强调,商业秘密案件应该先民后刑,但目前彻底式的批判存在矫枉过正之嫌。在内在逻辑上,商业秘密刑民交叉案件具有不同于其他刑民交叉案件的特殊性,权利人并不过分追求民事赔偿,反而,对寻求刑事保护有着更为强烈的愿望和需求。这源于其更在意实现知识产权背后的“垄断力”。基于其对知识产权垄断力绝对性的极致追求,权利人的利益可以界分为两个层级,第一层级为将垄断恢复到圆满状态,第二层级为将损害恢复到圆满状态,第一层利益与第二层利益之间具有阶梯性。而且民事事实与刑事事实的逻辑同序,刑事审判不以民事审判为先决条件。在程序开展上,先刑后民可以通过证据保全的方式实现财产保全,并实现高效止损的制度效果。在外部环境上,知识产权“三审合一”可以克服专业性强、判决冲突、管辖错位等问题。因此,在商业秘密案件中,应当为先刑后民模式正名。但现有制度环境下,仍应对先刑后民模式进行改良,应明确商业秘密权属不明时应以先决的民事案件为先、知识产权“三合一”审判应实现民刑思维的深度融合、建构知识产权刑事附带民事制度。

¹ 作者信息:张军强,男,天津市高级人民法院知识产权庭法官,中国政法大学知识产权法博士生。

民事类型化案件审判模式改革初探

——以“知识产权类型化案件快审机制”为例

钟晞赜、兰田、罗瑞雪

(四川省成都市中级人民法院)

摘要: 新一轮的诉讼制度改革和司法改革对民事案件审理方式和审判组织运行机制都提出了新的更高的要求。当前,民事诉讼效率不高、司法资源配置不科学、人民群众满意度不高等问题仍较为突出。在人案矛盾仍未缓解的情况下,优化民事案件审判资源配置、完善民事案件审判流程、转变审判管理模式都刻不容缓。在各法院已经意识到并逐步开展民事案件繁简分流的情况下,如何配置简单的类型化案件的审判资源、如何构建与类型化案件需求及特点相适应的案件审判流程与审判管理方式、如何通过类型化案件审判提升法官及法官助理的审判及审判管理能力等问题进一步凸显。本文在厘清当前民事案件审判模式困境的基础上,通过对S省C市“知识产权类型化案件快审机制”运行模式的介绍,为民事类型化案件审判模式改革乃至民事审判方式及审判组织运行机制优化提供可供参考的思路及路径。

聘任制技术调查官选任、管理、培养机制研究

吴登楼¹ 陈立²

(上海知识产权法院技术调查室)

摘要: 2017年8月14日,最高人民法院印发的《知识产权法院技术调查官选任工作指导意见(试行)》第二条规定:“知识产权法院可以按照聘任制公务员管理有关规定,以合同形式聘任技术调查官”。2018年2月6日,中办、国办印发《关于加强知识审判领域改革创新若干问题的意见》,明确提出要“探索在编制内按照聘任等方式选任、管理技术调查官,细化选任条件、任职类型、职责范围,管理模式和培养机制”。聘任制技术调查官对于目前知识产权法院来说还是一项全新的人事制度。本文结合上海知识产权法院技术调查实践,对聘任制技术调查官的选任、管理、培养机制等方面进行前瞻性研究,探讨技术调查官的职业生涯规划,促进技术调查官队伍健康稳步发展。

¹ 作者简介:吴登楼,法学硕士,上海知识产权法院技术调查室副主任。

² 作者简介:陈立,硕士,国家知识产权局专利局光电部副处长。

沿依我国技术调查官制度的设计初衷探索技术调查官的身份定位

——以广州知识产权法院司法实践为例

邹享球¹

(广东省广州知识产权法院)

摘要: 2014年12月,我国正式实施技术调查官制度。该制度实施近三年来,对于技术调查官的身份定位,国家一直未出台相关文件规定,北京、上海和广州三家知识产权法院根据自己的理解和工作实际,分别采取固定编制、临聘和兼职等方式选任技术调查官。本文作者认为技术调查官应该定位为国家公务员,并试图从国家设立技术调查官制度的初衷和广州知识产权法院的工作实践来分析和证明其科学性和合理性。

¹ 作者简介:邹享球,男,1965年8月生,广州知识产权法院技术调查室负责人,技术调查官,办公电话:020-62932263,移动电话:13822152111,邮箱:zouxianqiu@sina.com,联系地址:广州市萝岗区开创大道2662号,邮编:515031。

论技术调查官的角色定位与制度完善

——以广州知识产权法院技术调查官制度为视角

谭海华¹ 戴瑾茹²

(广州知识产权法院)

摘要:《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》确立了我国的技术调查官制度。广州知识产权法院结合审判实际,对技术调查官的选拔、退出、工作职责、参与诉讼活动的规则等方面均进行了深入的探索。一方面,技术调查官制度所带来的高效性、中立性、便捷性极大促进了知识产权审判工作的开展;另一方面,技术调查官制度也存在着技术调查官角色定位不清、技术调查官人手不足、技术审查意见效力不明、技术调查官参与诉讼程序规定不详等问题。对此,笔者认为,要完善技术调查官制度,在借鉴两大法系知识产权审判中技术事实查明制度的基础上,应明确技术调查官作为“司法辅助人员”的角色定位,增加技术调查官的选任方式,完善技术调查官的职业保障,细化技术调查官参与诉讼活动的规则,建立技术调查合议制度,将技术审查意见有条件地向当事人公开,建立多方联动的技术事实调查体系等。

¹ 作者简介:谭海华,男,现任广州知识产权法院著作权审判庭负责人,中山大学法学硕士。从事知识产权审判工作15年,曾在《知识产权》《人民司法》《人民法院报》等国家级报刊上发表《侵权行为不产生新的权利》《实用艺术作品的保护》《未依法实际使用的注册商标不侵犯他人先企业名称权》等文章二十余篇,并参与撰写了《冲突与平衡——广东法院知识产权审判十年巡礼》《知识产权司法保护理论与实务》等多部知识产权方面的著作。电子邮箱地址:915453549@qq.com,联系电话:020-62932307、18122272996。

² 作者简介:戴瑾茹,女,现任广州知识产权法院法官助理,中山大学法律硕士(知识产权)。原在广州市萝岗区人民法院民二庭(知识产权庭)工作,从事知识产权审判辅助工作5年。参与撰写2008-2013年广州市萝岗区法院知识产权保护白皮书,参与2014年与中山大学知识产权案例引证制度合作项目合同起草工作,自2012年起连续三年参与广州市萝岗区法院“4.26知识产权保护日”活动组织策划。电子邮箱地址:daijr_ipc@163.com,联系电话:020-62932339、18122272895。

论技术调查官在知识产权诉讼中的角色定位

郑志柱 林奕濠¹

(广州知识产权法院)

摘要:针对因技术调查官角色定位不明确带来的“名不正”、“言不顺”、“事不成”困境,本文通过微观经济学上的“帕累托改进”理论以及新制度经济学上的制度变迁观点,运用比较分析法对比了域外英美法系和大陆法系在知识产权审判技术事实认定中辅助角色定位的优劣,并结合广州知识产权法院的案件运行数据,同时从理论和实证两个维度论述中国技术调查官在知识产权诉讼中的角色定位。技术调查官应定位于法官的“技术助手”,在各项具体职责中基于“有限参与”原则,止于技术事实认定边界。

¹ 作者简介:郑志柱,广州知识产权法院高级法官
林奕濠,广州知识产权法院技术调查官

技术调查官技术审查意见效力探析

王姣¹

(中南财经政法大学知识产权研究中心)

摘要: 技术审查意见作为技术调查官的工作成果,对于技术调查官制度功能的发挥起到了重要的支撑作用。其中,技术审查意见的效力研究作为关键问题对技术调查官制度的长足发展举足轻重。不管是立法、司法还是学界普遍认为技术审查意见对于法官认定技术事实仅具有参考效力,这一认定也引发了技术审查意见在判断、公示和监督等方面存在的众多问题,本文试图以技术审查意见的法律性质为出发点进而分析技术审查意见的效力,以及其所带来的问题,通过对这些问题以及产生的影响的分析,以期寻找解决对策。

¹ 作者:王姣,硕士研究生,中南财经政法大学知识产权研究中心

中国自由贸易协定知识产权战略研究

夏玮¹

(上海对外经贸大学贸易谈判学院)

摘要: 知识产权规则是自由贸易协定的有机组成部分,会受到一国政治、经济、技术、贸易等多个方面的影响。从纯粹的法学角度进行文本分析难以解释众多发展中国家缔结超“TRIPs”的动因。制定中国自由贸易协定知识产权章节,有必要构建中国自由贸易协定知识产权战略,从自由贸易协定知识产权战略影响因素入手,探讨“社会经济”、“利益团体”、“国际政治”三个维度的因素对中国自由贸易协定知识产权战略的影响。其中,社会经济因素决定了自由贸易协定知识产权战略的基本立场,利益团体因素体现了自由贸易协定知识产权战略的重点,国际政治环境影响了自由贸易协定知识产权战略的部署。并在此基础上提出中国自由贸易协定知识产权战略和文本建议。

¹ 作者简介:夏玮(1983年生),女(汉族),上海对外经贸大学贸易谈判学院副研究员,2009-2011年德国马克斯普朗克知识产权与竞争法研究所访问学者。

中国签署 FTA 中的知识产权研究¹

彭凡

(桂林电子科技大学法学院)

摘要:自 2005 年起,我国已签订了 16 个 FTA,这些 FTA 的签订推动了我国的经济发
展,也推动了国内相关的立法进程,其中对于知识产权保护的规定相对来说还不是很完善。
本文通过详细的比较分析我国已签署 FTA 中对于知识产权的规定,并与 TRIPS 协定加以对比,
了解到我国目前对于 FTA 中知识产权保护规定的程度还较低,条款规定所存在的缺陷还较
多,本文最后根据我国 FTA 中知识产权保护规定中实际存在的问题而提出以协调好与 TRIPS
的关系、完善保护范围、加强执法力度并建立中国 FTA 知识产权保护范本的方法来解决以上
存在的问题。

¹作者:彭凡,桂林电子科技大学,法学院,法律硕士,1993 年 12 月 22 日。

论企业客户关系的法律保护

李薇

(杭州电子科技大学经济学院,浙江 杭州)

摘要:对无形资产进行保护现已取得共识,但是在当前的法律框架下,仅有《商标法》、
《知识产权法》、《著作权法》等无形资产的法律保护,对客户关系的保护尚处于空白地段。
以什么样的方式去保护才能有效保证企业客户关系不受损失,要如何才能取得有针对性且可
操作性强的方法来保护这一资产已经成为亟待解决的问题。因此,文作者拟从法学研究的角
度进行探讨、比较,并对“企业客户关系”的法律保护提出建议。

二、著作权与相关权利

论作品类型法定

——兼评“音乐喷泉案”

王迁^{*}

(华东政法大学)

摘 要：我国《著作权法》采取了“作品类型法定”的模式，限定了作品的表现形式，为著作权利内容法定奠定了基础，有助于明晰权利界限、维护交易安全。《伯尔尼公约》虽然对作品采取了开放式定义，但不能成为法院突破《著作权法》规定的作品类型的依据。同时《伯尔尼公约》对作品类型的列举对于确定成员国保护源自其他成员国作品的义务具有重要意义。法院自行创设新的作品类型或者不合理地扩大解释某类作品的内涵，都会导致我国与其他《伯尔尼公约》成员国在保护义务方面的不对等，并不足取。

^{*} 作者简介：王迁，华东政法大学教授、博士生导师。

著作权法中期刊出版者权利的体系化配置研究

王国柱¹

(吉林大学法学院 吉林 长春)

摘要:从体系化的角度解决期刊出版者权利的配置问题,能够从更为本源的意义上完善期刊出版者权利。期刊出版者权利体系包括资格塑造类权利、运营维持类权利、传播拓展类权利、过程辅助类权利。《著作权法》中期刊出版者权利中的“资格塑造类”权利的塑造能力不足,期刊出版者在期刊运营和传播拓展收益方面的权利欠缺,“过程辅助类”权利的不当设置导致“一稿多投”防范和编辑权利定位的窘境。完善期刊出版者权利的体系化配置应当从配置手段的优化入手,合理设定版权利益的“专有”与“分享”机制,恰当安排“法定”配置手段与“约定”配置手段。

¹ 王国柱,吉林大学法学院副教授,博士生导师。邮箱: guozhu326@sina.com.

中国著作权法立法论与解释论

熊琦^{*}

(华中科技大学法学院)

摘要:虽然基于各种数据都能得出著作权法学研究已成为“显学”的结论,但在版权产业模式日趋复杂化的今天,著作权法在立法论和解释论上都面临着深层次的新问题,致使相关方在诸多法律概念解释和制度价值认知上缺乏基本共识,立法和司法层面的相关讨论难以展开。这意味着我国著作权法无法如民法和刑法一般基本进入解释论的时代,而需要在立法论和解释论两个层面同时推进。在立法论层面应从单纯的规则借鉴进入到对制度价值,制度绩效,制度执行全方面的深层次比较,为著作权法研究上的方法论自觉和研究范式形成提供理论支持。在解释论层面应全面构建以尊重既有规则和基本法理为基础的著作权法教义学范式,把补充不完全规则的推理建立在穷尽体系解释和类推适用的基础上,避免法官自行定义个案中的实质正义,保证法官造法的结论和引入的域外司法经验符合本土既有规则体系的解释结果。

^{*} 作者简介:熊琦,法学博士,华中科技大学法学院教授,博士生导师,副院长。本文受华中科技大学“中央高校基本科研业务费”(2017WKZDJC001)资助。原载《知识产权》2019年第4期

共享经济视域下重混创作版权法律制度的构建

华劼*

(同济大学 上海国际知识产权学院, 上海 200092)

摘要:重混创作泛指通过数字技术手段对在先作品进行改变和转换并融合进新的创作形式中。重混创作是共享经济与共享文化的产物,其存在对我国文化创意产业的创新与繁荣有着积极意义。目前,我国重混作品引发的侵权纠纷频发,而我国现行版权法律制度对重混行为及重混作品却没有明确规定,重混作品受版权法保护的依据不明确,这将挫伤重混创作者的积极性。本文旨在从理论探讨和制度设计上对此问题做出回应,通过分析重混创作者享有权利的理论依据,提出合理使用制度是判定重混创作是否合法的法律依据,亟需构建与重混创作相适应的合理使用和侵权救济制度。

* 作者简介:华劼,同济大学上海国际知识产权学院副教授,香港大学博士;研究方向:知识产权法。
基金项目:国家社科基金青年项目“数字网络时代重混创作版权法律制度研究”(17CFX078)。

论著作权公有领域促进机制的建构

——基于 CDIP 研究报告《版权及相关权与公有领域界限初探》的启示

李钢¹

(山东科技大学文法学院/知识产权学院 副教授,法学博士)

摘要:CDIP 研究报告《版权及相关权与公有领域界限初探》以 WIPO “发展议程”的相关提案为基础,是 CDIP 的“关于知识产权与公有领域”专题项目的版权部分的初步成果。研究报告回应了国际社会关于加强著作权公有领域保护的诉求,所提出的部分建议也为 CDIP 所采纳。不同于通常的公有领域问题的考察视角,研究报告提供了一个考察公有领域问题的积极视角。我国《著作权法》应基于积极的视角,考虑促进公有领域繁荣与利用的制度构建问题。

¹作者简介:李钢,山东科技大学文法学院/知识产权学院副教授,法学博士

著作权法保护文化消费者利益的正当性及其路径

梅术文*

(南京理工大学知识产权学院)

摘要:文化消费是消费者为了满足精神生活的需要,采取不同的方式消费文化消费品的过程。随着数字技术的发展,文化产业的发达程度成为衡量国家竞争力的重要标志。相应的,保护文化消费者利益也是文化产业发展的应有之义,而在著作权法律制度设计中重视文化消费者利益的需求随之增加。著作权法在保护作者和传播者权利的同时,不可能无视文化消费者的利益。在理论基础、公共利益、网络环境和政策需求的叙事结构中,著作权法保护文化消费者利益具有正当性和合理性。实践中,需要借助于类型化的手段,在著作权法律框架下建立起文化消费者保护的路径。

*作者简介:梅术文,南京理工大学知识产权学院教授、法学博士,江苏省版权研究中心主任。

中国著作权集体管理“信任机制”的法治关注 ——兼论《著作权集体管理条例》的修订

张祥志

(华东交通大学人文学院/江西省知识产权学院)

摘要:著作权集体管理授权模式是当今世界最为主流的版权市场交易方式,但其在中国的运行却遭遇着各方面的困境,其中“信任机制”的缺失是主要问题。本文试图从以下三个方面深入分析中国著作权集体管理信任机制面临的法律制度难题:一是审视中国正在进行的著作权法第三次修改活动,找出著作权集体管理制度上的缺陷;二是针对著作权集体管理组织的内部治理和外部监督,找出中国在立法上的不足;三是立足权利人、使用者与著作权集体管理组织之间的授权和交易关系,剖析信任危机产生的制度原因。在此基础上,我们针对《著作权法修订草案(送审稿)》和《著作权集体管理条例》,提出了相关的完善建议与对策。本文的意义在于:一方面,从法律制度层面建构了符合中国版权市场发展需求的著作权集体管理“信任机制”;另一方面,为大幅度提升中国版权税收收益、繁荣中国版权市场、促进版权产业的可持续发展给出了制度上的设计和图景。

基金项目:国家社科基金青年项目“文化产业供给侧结构性改革下著作权保护制度与机制研究”(17CFX037)
作者简介:张祥志(1987—),男,博士、副教授,华东交通大学人文学院副院长、江西省知识产权学院副院长,研究方向为著作权法。
联系方式:18720051976, zxzlaw8@163.com.

采访作品的著作权属关系研究

詹启智

(河南财经政法大学知识产权学院 河南郑州 450046)

摘要: 记者采访作品形态具有合作作品、整理作品多重性质。采访者与受访者对合作作品共同享有著作权, 分别享有演绎作品与已有作品(原作品)的著作权, 采访者、被访者可以根据合作作品的可分割性、演绎作品的双重著作权属性之基于其分别享有的著作权独立行使著作权, 但采访者行使著作权不得侵犯受访者的著作权, 受访者行使著作权不得侵害作品的完整著作权。

基于创作目的实现的法定许可制度调整

刘铁光*

摘要: 不同主体具有不同的创作目的, 但其实现创作的却有相同的方式即作品利用。法定许可制度基于降低交易成本与预防垄断的制度价值, 增加了作品的利用机会并预防作品利用机会的减少, 以此有利于实现作品的创作目的。互联网与数字技术使去中心化传播模式成作品传播模式的一种, 但中心化传播模式并未完全退出历史舞台, 法定许可制度作为实现创作目的的一种制度, 依然具有存续的价值。对于我国《著作权法》而言, 其只需要在“广播法定许可”制度中, 增加“声明保留”以允许经济利益需求型创作主体中具有市场优势创作主体自行选择作品的利用方式, 以实现作品创作目的的制度功能。

* 国家社科基金项目: 新媒体时代信息流动、传媒产业发展与版权制度变(15BFX143)。

著作权权利“兜底”条款的适用 ——基于398份裁判文书的类型化

王一璠¹

(宁夏大学政法学院)

摘要:在我国著作权法关于著作权权利类型的规定中,存在“应当由著作权人享有的其他权利”这样一个兜底条款。该兜底条款不应是法律的漏洞,而应理解为运用开放性的立法技术,留给法官审时度势,自由裁量的空间。实践中对于该兜底条款的适用存在矛盾与混乱,加上资本的裹挟,这一条款通常被适用于“网络定时转播”等广播权和信息网络传播权皆无法覆盖的传播行为。在“其他权利”这个看似有巨大弹性的概念背后,隐藏着强烈的拘束。将其理解为著作权人应然享有的权益,有助于平衡著作权自然权利和法定权利的属性。

¹ 作者简介:王一璠,宁夏大学政法学院讲师

论数字环境下我国著作权补偿金制度之构建

李青文*

(中南财经政法大学知识产权研究中心 湖北 武汉 430073)

摘要:著作权补偿金制度首建于20世纪60年代,该制度至今已被近50个国家引进并不断完善。在当今数字网络时代,私人复制行为盛行,构建著作权补偿金制度显得尤为必要。数字环境下传统的著作权补偿金制度面临着诸多挑战,在引进该制度时,我们要破除传统观念,从解决当前数字化复制问题出发,利用网络流量的采集与计算技术,由网络服务提供商支付补偿金后,再通过流量费的方式转嫁给网络使用者,这种将补偿金的收取与分配与作品的网络下载、传播直接挂钩的补偿金运作模式,更加符合我国数字技术的发展趋势。

* 作者简介:李青文(1988-),男,山东莘县人,中南财经政法大学知识产权研究中心助理研究员,主要研究知识产权法。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“中国知识产权法院建设研究”(项目编号:17JJD820014)的阶段性成果,同时受高等学校学科创新引智计划(111计划)(项目编号:B18058)资助。

音乐著作权许可的市场导向与法律调节

郑淑凤¹

(北京大学法学院)

摘要: 随着网络音乐产业的发展,网络音乐著作权许可效率低下的问题更为复杂化,学术界就推行法定许可、集体管理组织市场化等对策仍存在争议。在政策缺位的情况下实践中出现了“独家交易”、“转授权”等做法,其中腾讯与网易云终止转授权的问题也引发国家版权局的干预,这也促使出现对国家应当在多大程度上干预音乐著作权许可行为的讨论,这一问题的实质分歧在于音乐著作权的许可困境应当通过采取更多法律干预措施限制排他权还是交由市场机制对该问题加以调节。考虑到网络环境下私人自治与商业模式创新的需要,本文认为应当保障著作权排他性,采用市场机制加以调节,法律应当致力于减少阻碍保障市场机制的稳定运行,而非以行政机制取代市场机制。具体的,通过应当改革集体管理组织为市场机制的运行提供条件,同时在出现市场失灵情况时,采取竞争法与强制许可的方式对个案进行调节。

¹ 作者简介:郑淑凤,北京大学法学院知识产权法专业博士生

我国著作权集体管理的模式选择与进路分析

张光阳^{1 2}

(桂林电子科技大学法学院,广西桂林 541000)

摘要: 著作权集体管理组织在减少交易成本、促进著作权许可交易上起到了无可替代的作用,而著作权集体管理应该采用自由竞争模式还是法定垄断模式,从学术界到实务界都争议不断。竞争可以提高许可效率、充分发挥市场机制的作用;而垄断可以最大限度的降低交易成本,捍卫权利人的根本利益。结合我国国情以及著作权集体管理市场的自然垄断性,垄断式的著作权集体管理组织将更有利于发挥其市场功能。我国的著作权集体管理制度产生时间较短,在很多方面还存在着一些缺陷。时下正值《著作权法》和《著作权集体管理条例》修订之际,需要对海量授权的制度缺失、管理效率低下、权利人与集体管理组织的利益冲突有待解决等遗留问题作出立法对策,从而完善我国著作权集体管理制度,使其最大限度的促进国内作品的流通和著作权许可交易的顺利进行。

¹ 作者简介:张光阳,男(1994-11-13),山东菏泽人,桂林电子科技大学法学院,硕士研究生,研究方向:知识产权法学。

² 联系方式:地址:广西壮族自治区桂林市桂林电子科技大学花江校区;邮政编码:541200;邮箱:guyzhang@126.com;电话:18663735284。

我国动画形象著作权归属存在问题及对策探讨

卓柳俊

(中国科学院大学, 北京)

摘要: 动画形象是动画作品的重要元素。动画形象可与动画作品分离, 构成具有独创性和可复制性的美术作品。我国《著作权法》对动画形象著作权的归属采用原始归属模式, 该归属模式存在“法人作品”与“特殊职务作品”界限模糊的缺陷, 造成认定动画形象著作权归属的困难, 同时“法人作者”立法例的确立损害了个人创作的积极性。本文针对我国现有著作权归属模式的困境, 通过分析上海美术电影制片厂与曲建方著作权属纠纷案, 并借鉴其他国家著作权归属模式, 从鼓励个人创作的角度提出完善我国著作权归属模式的建议。

作者简介: 卓柳俊(1992—), 男, 广西柳州人, 中国科学院大学硕士研究生, 研究方向: 知识产权法、科技法, 通讯地址: 北京市石景山区玉泉路19号(甲), 100049, 电话: 13717815131, 邮件: zhuoliujun945@163.com。

新闻作品的版权保护问题探究

赵静

(陕西师范大学民商法学硕士研究生 西安 710100)

摘要: 在新闻媒体尚未发达的时代, 纸质传媒是主要传播途径, 大众主要依靠报纸来获取时事信息。在这样的情况下, 我国《著作权法》考虑到传播途径的有限性以及公众对信息的知情权, 明确规定了时事新闻不是著作权的保护对象。然而, 时代发展至今, 新闻作品与时事新闻不再等同。随着产业的发展, 新闻作品其内涵似乎有所更新。对二者进行版权保护上的区分的呼声越来越高。在此基础上新闻作品的版权问题也被提出并逐步成为学界热烈讨论的对象。这个问题如果得不到有效的解决, 将会损害创作人的合法权益, 打击创作热情, 进而阻碍我国新闻产业的蓬勃发展。

日本著作权集体管理组织一揽子许可的反垄断认定——以“JASRAC 排除型私人垄断案”为研究对象

曾祥瑞¹

摘要：一揽子许可是著作权集体管理组织向作品使用者授权时最常用的一种方式，得益于其经济效益性，世界各国对一揽子许可的竞争法规制均较为缓和。而在新技术时代集体管理组织垄断状态的合理性受到质疑的背景下，日本“JASRAC 排除型私人垄断案”在世界范围内第一次使用了反垄断法来规制著作权集体管理组织的一揽子许可。具体而言，日本最高法院以实施一揽子许可的集体管理组织具有市场支配地位为前提，要求一揽子许可同时具备“排除效果”和“人为性”。其中认定“排除效果”时需要抑制竞争的效果达到一定程度，认定“人为性”时要求实质上限制了其他的许可方式。该认定规则没有突破现有认知，是在顺应已有趋势承认一揽子许可违法性的背景下，基于本国集体管理市场中费率相关制度缺乏的现状所采取的一种折衷解决方案，不失为一个传统大陆法系国家在开放竞争的著作权集体管理市场规制一揽子许可行之有效的范本，尤其值得我国在未来开放著作权集体管理市场竞争时借鉴。

¹ 作者姓名：曾祥瑞，出生日期：1992年9月8日，学习单位：中南财经政法大学知识产权研究中心，职务：硕士研究生，通讯地址：湖北省武汉市东湖高新技术开发区中南财经政法大学（南湖校区）文泓楼，邮编：430073 手机：13667186865 邮箱：speelight@gmail.com

我国文学作品抄袭行为的侵权认定研究

宁杰

摘要：近年来，互联网的火热发展使得 IP 成为文化行业的高热度词语，IP 改编拓展到了漫画、电影、电视剧等众多领域。网络文学作品较之传作家小说具备更多吸引影视制作方的特点。因此在诸多的利益驱使下，IP 改编的电影、电视剧纷纷涌现出来并呈现较大的市场热度。然而，随着 IP 改编热剧的播出，这些改编剧来源的原著却频频被爆出抄袭的丑闻。在现今流行电脑软件书写的时代，文学“创作”逐渐变成简单粗暴的复制粘贴，更由于举证困难使得认定抄袭变得难上加难。本文希望通过研究司法以及实践中各种判定抄袭的方法，对抄袭的侵权行为理论进行完善，包括各种方法的案例分析，实践中存在的问题，以及提出完善抄袭认定方法的建议。

美国版权滥用理论的演变

陈健

摘要: 本文系统分析了美国版权理论与判例发展,总结了版权滥用理论的适用条件,并且总结了滥用理论向反托拉斯法分析判断转化的条件,通过美国版权滥用理论与判例的分析,可以为我国知识产权理论的发展提供理论依据。

中、俄音乐作品著作权保护比较研究

孟祥娟

(华南理工大学法学院)

摘要: 对于音乐作品(带词或不带词)的保护,中、俄两国的立法模式不同,中国作为单行法,在著作权法在予以保护,俄罗斯将其纳入民法典,在民法在予以保护。作为著作权保护的客体,应该具备作品的构成要件才能够获得保护,中国和俄罗斯在法律中要求是一致的,作为音乐作品的权利人享有人身权和财产权,中国是以列举的方式赋予了权利人享有各项权利,俄罗斯是以专有权特指财产权并以列举使用方式赋予了权利人享有专有权。在音乐作品的许可模式上,为了解决权利人和使用人授权困难的问题,中、俄两国都采取了著作权集体管理的方式,但俄罗斯法律规定了延伸集体管理的形式。俄罗斯的立法对中国具有一定的借鉴意义。

短视频的著作权法地位*

卢海君¹

(对外经济贸易大学法学院)

摘要:短视频是作者自我表达的手段,是作者思想与情感的外在表现,是著作权意义上的作品。短视频的时长及艺术价值的高低跟短视频是否属于作品及是否满足原创性标准无关。只要作品来源于作者,并非抄袭剽窃的产物,都满足原创性标准而受著作权保护。

* 本文受“对外经济贸易大学中央高校基本科研业务费专项资金资助”(批准号:18YB06)。

¹ 作者简介:卢海君,对外经济贸易大学法学院教授、博士生导师

用户原创短视频的独创性及保护路径

徐济宽¹, 刘桢²

(西安交通大学 法学院)

摘要:随着短视频应用的兴起,用户原创短视频以“门槛低、受众广、传播快”等优势吸引了大量优质流量,但也产生了以版权侵权为代表的诸多法律隐患。本文从对短视频内涵与外延的剖析切入,探讨用户作为短视频版权主体的适格性,以域外独创性标准为鉴对用户原创短视频的具体保护程度与范围进行分析,并据此提出我国当前法制体系的应对并以人工智能、区块链等技术作为短视频版权保护的重要手段进行了可行性论证。

¹ 徐济宽,山东莒县人,西安交通大学法学院博士研究生。

² 刘桢,山东宁阳人,西安交通大学法学院博士研究生。

论我国短视频的著作权法保护

王恒恒*

(北京外国语大学法学院 北京 100089)

摘要: 10月30日,北京互联网法院审理了“抖音”起诉“伙拍”一案。随着互联网法院第一案正式打响,短视频作品著作权的保护引起著作权法领域的关注。近年来,短视频快速发展的同时也增加了侵权风险。短视频内容蕴含着作者的智力创作,值得保护。解决此类侵权,主要有二。其一是要研究其内容是否属于版权法所保护的客体范畴。其二是,在通知—删除规则制度下,作为互联网网络服务提供者的注意义务。本文从著作权所保护作品的要件切入,研究我国短视频著作权法保护的可能。权利主体归属以互联网网络服务提供者的注意义务。最后,从法律经济学和版权价值论的角度出发,探讨短视频著作权法保护的正当性。

* 作者简介:王恒恒,男,北京外国语大学法学院硕士研究生,研究方向:知识产权法。

体育赛事转播中的利益冲突与协调

——从受众的角度进行分析

叶敏 李安阳*

(江南大学 法学院,江苏 无锡 214122)

摘要: 现代体育赛事已经是完全商业化的运作,赛事组织者的目标传播受众早已不限于购票入场的现场观众,而是所有潜在的收视群体,转播是其主要的营利方式。应当摆脱传统著作权法中类似广播组织权、信息网络传播权等概念的束缚,从受众范围而不是传播主体或传播方式的角度进行权利的划分,将赛事节目归入视听作品的一种,确认赛事组织方享有类似电影出品人的地位,转播方则可基于其授权享有在一定范围内以一定方式进行转播的权利。由于目标受众群体的交叉,网络平台上未经授权的转播既侵犯了赛事组织方的发行权,也损害了被授权转播方的转播权,单靠反不正当竞争的救济途径是不足的,应当通过著作权法加以规制。

* 叶敏,女,汉族,1982年4月出生,四川成都人,江南大学法学院副教授,中国人民大学民商法学博士,主要研究方向商法、知识产权法。李安阳,男,1996年9月出生,江南大学法学院民商法学硕士研究生,主要研究方向知识产权法。

日本对体育赛事直播的作品性质认定及其启示

储翔

(华东政法大学知识产权学院副教授)

摘要:近年来,网络转播体育赛事直播的纠纷案件频发,体育文化业界不断呼吁加强体育产业版权保护。这其中,现场直播体育赛事形成的画面能否构成类似电影作品成为问题焦点。我国理论界和实务界大致分两种观点,一种观点认为体育赛事直播不符合独创性和固定要求,不应作为类似电影作品;另一种相反观点则承认体育赛事直播画面的作品属性。本文聚焦日本对体育赛事直播案件的司法实践,考察日本著作权法对电影作品独创性及固定要件的立法及实践运用,剖析其与我国著作权法的结构性差异,为我国将来在体育赛事直播相关立法及实践上提供域外参考。

体育赛事直播节目版权保护研究¹

曾星诚

(中南林业科技大学)

摘要:体育产业在近年以来飞速发展,伴随而来的是体育赛事直播节目盗播现象,特别是网络盗播尤为严重。对于这些侵权行为的认定和规制,司法实践和理论争议较大。究其原因,体育赛事直播节目的定性模糊,《著作权法》对于体育赛事直播节目的定性和网络盗播行为的规制并不完善。体育赛事直播节目不同于体育赛事本身,它符合作品的独创性、固定性、复制性的要求,可认定为作品。借《著作权法》修订的大背景,体育赛事直播节目可以纳入到视听作品里,受到著作权保护,从而走出现行法律保护的困境。

¹ 作者:曾星诚 硕士研究生 单位:中南林业科技大学
指导教师:胡潇潇副教授 单位:中南林业科技大学

体育赛事转播权的保护路径选择¹

管荣齐

(天津大学, 天津, 300072)

摘要: 体育赛事转播权不是一项法定权利, 涵盖直播、录制、重播等行为, 对应有多种法律保护路径。对于体育赛事转播权的保护, 我国司法实践中主要有广播电视组织者权、录像制品制作者权和反不正当竞争法三种路径, 世界上的典型国家主要有美国、英国、德国、法国、意大利、西班牙和葡萄牙等七个体育强国。我国体育赛事转播权保护路径的应然选择不外乎五种, 即一般财产权或商品化权、反不正当竞争法、影视作品著作权、录像制品制作者权、广播电视组织者权、专门法。

¹ 课题项目: 本文系天津市哲学社会科学规划项目“京津冀知识产权保护一体化研究”(项目编号: TJFX18-004)和天津市科技发展战略研究计划项目“新时代科技创新重大成果知识产权优先保护机制研究”(项目编号: 18ZLXZF00180)的阶段性研究成果。
作者简介: 管荣齐, 法学博士, 天津大学知识产权法研究基地研究员, 中国社会科学院知识产权中心客座研究员, 电子邮箱 guanrongqi@163.com。

VR 电影著作权保护视角下的“间接侵权”责任引入 ——兼议“全景客公司诉蓝天公司”的判决

袁泉¹

(四川师范大学法学院 成都市锦江区静安路5号 610068)

摘要: 随着 VR (虚拟现实) 技术的普及, 电影行业也迎来新一轮的发展。但是科技进步与法律漏洞之间的矛盾, 也给电影版权的保护带来了更大挑战。诸如行业主管机关与专业协会之间的权责边界模糊; 侵权主体、客体与行为的复杂化; 直接侵权、共同侵权归责原则的贫乏。这些问题都阻碍着 VR 电影的普及与发展。本文通过对国内外“间接侵权”规则的对比, 并分析国内审判的 VR 第一案。希望合理引入“间接侵权”规则, 以完善版权保护机制。

¹ 作者简介: (袁泉), 男, 四川师范大学法学院硕士研究生, 主要研究民商法学, 联系电话: 15928985074, 邮寄地址: 成都市锦江区静安路5号四川师范大学。

体育赛事节目的定性问题研究

王渊 马晓彤

(甘肃兰州 兰州大学 法学院 730000)

摘要: 2019年4月26日是第19个世界知识产权日,主题为“奋力夺金:知识产权和体育”。随着技术的发展,体育已成为具有巨大商业价值的产业。在利益的刺激下,关于体育产业的不当行为开始频繁出现,“盗播”体育赛事节目就是其中之一。规制“盗播”行为已成为亟待解决的问题。但我国法律缺乏相关规定,学术界对其定性也存在争议,争议主要集中于“影视作品”和“录像制品”。体育赛事节目有一定的制作过程,从其制作过程来看,具有一定的独创性。体育赛事节目制作者是其原始权利人,由于“影视作品”和“录像制品”的区别在于独创性高低。依据体育赛事节目制作过程不同,有的体育赛事节目的独创性无法达到作品的高度,则应该被定性为“录像制品”,赛事节目制作者拥有邻接权;有的体育赛事节目的独创性达到了电影作品高度,则应该属于“电影类作品”。

体育赛事网络直播中的著作权问题

付宇佳

(桂林电子科技大学法学院/知识产权学院)

摘要: 随着网络视频直播产业的快速发展,关于体育赛事直播,这一新型客体,对著作权法提出了新要求。本文在借鉴已有研究成果之基础上,基于2015年新浪对天盈九州公司直播中超赛事纠纷一案,对体育赛事直播的法律属性及现行法律法规的相关规定进行分析,进一步从技术层面与内容上对独创性标准加以明确,并对如何完善现行著作权法与草案相关规定提出一些建议。

从固定要求看我国《著作权法》对体育赛事直播画面的保护

张伟君

摘要:对体育赛事直播画面,依据其是否具有独创性,或可以将其认定为类似电影作品,或可以将其认定为录像制品。在擅自转播体育赛事直播画面的侵权纠纷案件中,只要原告能证明被告转播的是自己享有权利的画面,就不应该以其是被同步直播所以没有满足“固定”要求为理由而拒绝保护。即便按照类似电影作品是被“摄制在一定介质上”或者录像制品是“首次固定的图像”的要求,只要体育赛事直播的画面被同步存储,也是符合我国《著作权法》对类似电影作品或录像制品的定义的。

“室外公共场所”之探究 ——兼对秦淮灯展著作权侵权案之评述

马克婷¹, 宋晓亭²

(同济大学上海国际知识产权学院, 上海)

摘要:在《秦淮灯彩》著作权侵权案中,法院将地铁走廊与地铁内部房间比较,从而得出地铁走廊属于著作权法第二十二条第十款“室外公共场所”之本意。但是这种简单的将室内与室外进行比较的方法比较牵强。从我国现行法律中对公共场所的不同法律释义和对域外著作权法的考察,“室外公共场所”应是指永久性位于公众易见的、任何不特定第三人均可以出入的、聚集和活动的处所。我国应将著作权法第二十二条第十款中“室外”二字删去,改为“长期或永久位于公共场所的艺术品”作为限制条件更为合理。

¹ 作者简介: 马克婷(1994-), 女, 上海国际知识产权学院硕士研究生

² 通讯作者: 宋晓亭(1962-), 男, 博士, 上海国际知识产权学院教授, 博士生导师

从“金庸诉江南”案看同人作品的著作权保护^{*}

孙玉荣 李心航

(北京工业大学文法学部, 北京, 100124; 对外经贸大学外语学院, 北京 100029)

摘要:处在版权漩涡中的“同人作品”究竟是对他人作品的改编、演绎还是合理使用?本文在对同人作品的概念和类型进行界定的基础上,运用“接触+实质性相似”这一著作权侵权认定公式结合金庸诉江南案对此进行分析判断。在维护在先著作权人合法权益的同时,营造宽松、兼容并蓄的创作环境,实现作者利益与公众利益之间的平衡,有利于促进我国文化大发展大繁荣,推动知识产权法律制度不断走向完善。

^{*}【作者简介】:李心航,对外经贸大学外语学院。孙玉荣,北京工业大学文法学部法学教授,法学博士,研究方向:知识产权法。

注:本文受2019科技创新服务能力建设-互联网文化产业发展与知识产权保护研究(项目编号:046000546319507)资金支持。

同人作品法律问题浅析及梳理

熊诗敏

摘要:随着全球化的兴起及互联网的发展,自媒体时代已经到来,与此相随的是同人文化在我国的兴起与流行。同人作品的增多导致其法律纠纷也不断增加,近年来理论界对于同人作品的探讨达到高峰。尽管其中不乏合理的分析路径,但其往往不能做到逻辑自洽,甚至与同人作品的现实发展情况相悖。经过研究,本文认为同人作品的法律问题应当分为三个层面,且层层递进。即使最终得出的结论并不一致,但此分析条理更为清楚,也有利于学者间的共同交流。首先,应当对同人作品利用在先作品相关元素的行为进行分析,判断其是否具有合法性;其次应当将同人作品划分为盈利与非盈利的同人作品;最后,在第二步的基础上,针对不同类型的作品讨论具体的法律问题。

利用区块链技术开展著作权保护的反思 ——以著作权制度的目的、著作权的取得与实现为视角

刘 桢^{*1}

(西安交通大学法学院, 陕西 西安, 710049)

摘 要: 作为新兴技术, 区块链的技术特点与著作权保护的需求存在契合, 因此展开了许多具有针对性的研究, 但忽视了一些技术应用的可行性和技术应用后所可能带来的消极影响。从著作权的目的、取得和实现三个角度对区块链技术应用到著作权保护带来的负面影响进行分析, 可见, 区块链技术引入不仅对著作权制度的目的和价值的实现存在阻碍, 对著作权的取得会因创作时间的真实性无法得到保障、独创性无法认定而扩大对原创作品的法益的侵害, 对著作权的实现也存在公开透明与隐私保护的冲突并限制了对作品的合理使用。因此, 仍应正确认识该技术对著作权保护的价值, 审慎、合理应用从而在发挥技术进步作用和保障著作权制度有效运转之间实现平衡。

^{*}【作者简介】刘桢(1992-), 男, 山东宁阳人, 西安交通大学法学院博士研究生, 研究方向: 著作权法、法制史。

【基金项目】人工智能与区块链技术法律新问题研究 (ZGXJ201707)

游戏自由度和直播模式: 网络游戏直播的版权定性及归属规则之重构^{*}

朱艺浩^{**}

摘 要: 网络游戏直播画面的内容包括游戏素材、玩家的智力投入、玩家添加的个性化内容和玩家与观众的互动内容。游戏自由度会影响游戏直播画面的定性, 游戏自由度非常高和比较高的游戏直播画面构成类电影作品, 玩家有可能成为游戏“剧本”的“表演者”; 而游戏自由度非常低的游戏直播画面只能作为录像制品。游戏直播模式会影响到游戏直播画面的著作权归属, “大型电竞赛模式”和“转播+独立解说模式”下, 游戏直播画面的著作权归属于获得游戏开发者授权的赛事主办方; 而在“自玩自说模式”下, 游戏直播画面的著作权归玩家享有。

^{*} 本文受“国家社科基金特别委托项目: 新闻作品版权法律保护研究 (17@ZH006)”资助完成。本文获“2018年北京大学知识产权与科技法博士生论坛”征文三等奖、“2018年海南岛国际电影文化节法治论坛”征文三等奖。

^{**} 朱艺浩, 北京大学法学院博士研究生, 1990年生, 男, 汉族, 籍贯河南信阳。通信地址: 北京市海淀区颐和园路5号北京大学, 邮编: 100871。邮箱: 454841653@qq.com。手机: 18520500529。研究方向为: 知识产权法。

著作权法上的用户生成内容研究——以网络游戏中 玩家生成内容为视角

王含露 辜凌云 杨皓森

(北京外国语大学法学院 北京 100089; 深圳大学法学院 深圳 518060)

摘要:“用户生成内容”是 Web 2.0 时代的产物, 广大的互联网终端用户除了借助网络媒体的便利性, 享受到丰富资源和内容的同时也能实时参与到二次创作和传播中, 但由于相关法律法规的缺位, 其一直以来游离于法律的“灰色地带”, 得不到合法性的认可, 甚至还会被原作品权利人认为侵犯其著作权。以用户生成内容中的“网络游戏玩家生成内容”为例, 探讨用户生成内容的著作权属性问题, 认为满足可复制性和达到独创性标准的玩家生成内容可被认定为作品, 得到著作权法保护, 而将达不到独创性要求的基于或利用原作品增加新表达、新意义或新功能的内容视为转换性使用。玩家可与游戏开发商达成知识产权共享协议以暂时维护玩家的权利, 并利用边界消隐规则以提供更有力的救济。

电子竞技游戏网络直播著作权问题研究

曲天明 杨雨

(青岛科技大学法学院)

摘要:电子竞技游戏行业的高速发展提供了大量优质的直播, 直接驱动了电竞游戏直播市场的高速发展。由于立法的滞后性和电子竞技游戏作为著作权客体的复杂性, 电竞游戏直播在发展过程中遇到了严重的法律保护困境。电子竞技游戏网络直播由电子竞技游戏作品本身和直播者(玩家)在操作过程中临时形成的画面组成。游戏作品本身, 是开发者的独创性表达, 游戏开发者对其现有著作权, 应属受计算机软件与汇编作品的保护范围。但对于直播者在直播过程中形成的游戏画面, 则不能简单定性, 应根据不同的直播行为具体分析直播者是否具有独创性, 享有著作权。另外, 电子竞技游戏网络直播中的直播者的游戏行为, 多数是对战策略与技术的展示, 而并非单纯的展示固有的游戏画面, 欣赏其美感。并且, 这对于整个游戏市场的影响微乎其微。因此, 直播电子竞技游戏的行为可以纳入著作权法规定的合理使用的保护范围。

电影衍生品版权保护与版权运营研究

邓文*

(华东政法大学知识产权学院, 上海市长宁区)

摘要: 电影衍生品产业作为文化创意产业的重要组成部分, 其发展高度依赖版权保护与版权运营。盗版泛滥成为电影衍生品版权保护的最大阻碍, 不完善的版权保护制度, 以及版权运营能力的缺乏, 给盗版提供了规避侵权责任的机会。应于立法规则上肯定影视角色商品化权益, 执法体制上健全版权执法体系和执法机制, 司法赔偿上引入惩罚性赔偿机制, 立体化完善版权保护制度, 并从作品创造、作品运用以及作品维权方面入手, 全方位培育版权运营体系, 维护并推动电影衍生品产业的发展。

* 邓文(1992-), 华东政法大学知识产权学院法学博士研究生, 研究方向: 知识产权法, 上海市普陀区顺义路216号1号楼108室, 200063, 18801751962, 18801751962@163.com。

“版权滥用”规制研究在技术演进下的新模式和新方法

蒋文捷

(北京市浩天信和律师事务所律师)

摘要: “视觉中国”事件引发了关于“版权滥用”问题的大讨论, 且此次讨论已经超出了以往理论界关于“知识产权滥用”的反垄断范畴, 而广泛的包括了利用版权排除、限制竞争、强制交易或者损害权利人、交易相对人或者社会公共利益等行为。专家、学者从立法、制度及司法等角度, 对“版权滥用”的规制提出了一些建设性的意见和建议。

音乐喷泉作品类型归入分析

符炎红

(中山大学法学院民商法学硕士)

摘要: 科技的发展使得作品的表现形式愈加的丰富,新形式的作品的产生给现有的作品类型提出了挑战,一些新兴的作品满足作品的实质性要求,但却无法被纳入我国现有的作品类型,这一问题关乎对其具体的法律保护。本文欲以西湖音乐喷泉案为例,结合法院一审和二审判决的裁判,在音乐喷泉具有可作品性的前提下,分析应将音乐喷泉归类为何种作品类型。本文认为,顺应时代潮流,扩大作品保护内涵乃大势所趋,将音乐喷泉归类为国际视野下的视听作品具有合理性,但制定一部在作品类型上具有可解释空间的著作权法才是解决问题之根本。

CC 协议救济制度探究 ——构建认缴惩罚金模式

胡水¹

(湘潭大学法学院、知识产权学院)

摘要: CC 协议在我国本土化有其必要性、可行性,而其本土化困局表现在协议目前实施现状不理想、协议与我国立法和执法体系不相兼容以及协议无法获得公众的认可与合作,其缘由在于 CC 协议违约后救济制度中存在管理组织监督管理模式不足、现有救济方法不足以及寻求新的救济模式有障碍等缺陷。鉴于我国著作权法目前尚未引入惩罚金制度,因此,确立职责全面的管理机构、以合同的形式通过信誉机制构建认缴惩罚金模式来补足救济制度,主动寻求公众合作,能够将 CC 协议与我国的国情相适应,推进 CC 协议的本土化进程。

¹作者简介:胡水 1999 年生,17369202609 本科生 湘潭大学法学院、知识产权学院

论《著作权法》修改中的“电影作品”

陈虎

(华东政法大学知识产权学院, 上海 200042)

摘要:“电影作品”这一历史概念存在内涵不当, 摒弃“摄制”的技术要件而向“视听作品”转型更符合当前影视创作规律。《送审稿》以“视听作品”包容现行法的“电影作品”和“录像制品”, 有矫枉过正之嫌。视听作品作为合作作品、演绎作品和集合作品, 应遵循三者权利归属的一般原则并适当变通。视听作品的权属是著作权法问题, 而利益分配则不仅涉及著作权确权, 还牵涉著作权法体系之外其他法益的实现。现行《著作权法》与《送审稿》将著作权原始归属于制片者均不符合作者权立法体系的作者本位思想。制片者投资利益的保护至关重要, 可以选择著作权继受取得、邻接权和反不正当竞争保护三种路径。

浅谈网络游戏抄袭的侵权认定

刘星¹

摘要:近年来随着电子技术的发展, 网络游戏凭借巨大的用户流量与市场价值在文娱产业中飞速发展, 加强网络游戏知识产权保护成为了激励网络游戏产业合理竞争的重点问题。面对当前司法实践中层出不穷的游戏抄袭与法院对网络游戏著作权法保护上理论实践的不足, 笔者根据相关的外国判例及国内司法实践, 认为在网络游戏侵权判定中, 应当确定游戏抄袭的对象是计算机软件还是游戏资源库中的素材, 再综合考虑游戏的类型, 复杂程度以及游戏呈现出来的整体效果结合“思想表达二分法”进行实质性相似的判断。

¹ 作者简介: 刘星学校: 中南大学 专业: 知识产权 年级: 研二 出生年月: 1995年8月 手机号码: 18874196014 邮箱地址: 2237586861@qq.com 通信地址和邮编: 湖南省长沙市岳麓区中南大学南校区8舍

三、科技创新与专利

《民法典·合同编》(草案)技术合同的存废和修改 建议

邓社民

(武汉大学法学院 新疆大学法学院)

关于《中华人民共和国民法典·合同编(草案)》第19章技术合同修改和完善的思考

一、《合同法》第18章技术合同的由来

二、《民法典合同编(草案)》二审稿第二十章技术合同存在的问题

(一)技术合同的立法欠缺科学

三、现有《合同编(立法草案)》第19章技术合同章的修改和完善——知识产权合同与技术合同的整合

专利法中惩罚性赔偿主观故意的判定与适用

倪朱亮*

摘要:《专利法修稿草案》(送审稿)第71条第1款增设“惩罚性赔偿”体现了我国较高的专利保护水平和意图实现立法前瞻性的愿景。但是,惩罚性赔偿条款的适用要件“故意侵权”与“情节严重”较为抽象又缺乏解释,给将来法律适用留下不确定性。专利法中惩罚性赔偿“故意侵权”的判定不能完全借鉴美国专利法中惩罚性赔偿的“主客观二分法”标准,而是应符合专利创新活动具有的连续性与继承性特质,排除“实际知晓”专利等同于主观故意的做法,将主观故意的判定放在知晓专利之后的行为方式上。与此同时,专利惩罚性赔偿应将“轻率”侵权行为纳入范畴。轻率的认定与相关专利技术的检索直接相关,企业是否要履行相关专利技术的检索与侵权人所在行业、企业规模、专业程度、专利技术检索的时间、行业惯例等因素密切相关。

* 作者简介:倪朱亮,法学博士,重庆邮电大学法学院副教授、硕士生导师。

专利领域“通知-移除”规则的适用困境与规范构造 ——兼评《专利法修正案(草案)》第71条

万志前^{*} 张成^{**}

摘要:《中华人民共和国专利法》正在进行第四次修订,其中最具争议的问题之一是“通知-移除”规则的适用。“通知-移除”规则在专利领域的适用面临着制度局限、移植混乱以及实施困难等现实问题。设计“通知-移除”规则应考虑网络专利侵权控制成本最小化、与现有立法的协调和尊重已有司法实践以及技术创新、产业发展、公共利益等公共政策目标。应当在遵循《电子商务法》的基础上,结合专利侵权的特点,从专利权人、网络用户和网络服务提供者三者之间的权利义务(责任)关系构造专利领域的“通知-移除”规则。

职务发明的权利配置与激励比较

^{*} 作者简介:万志前,华中农业大学文法学院副教授。

^{**} 作者简介:张成,华中农业大学文法学院经济法学硕士研究生。

——基于道德风险的博弈分析

向波*

摘要: 职务发明活动中存在着严重的信息不对称与道德风险, 研发风险与市场风险的存在进一步增加雇主通过激励方式克服或缓解发明人的道德风险的成本; 在职务发明活动中, 既有雇主所提供的物质技术条件的投入, 同时也有发明人自身的人力资本的投入, 双方之间的关系具有合作性冲突的特征; 考虑到雇主既要投入巨额的研发成本, 同时还要承担全部或者大部分的道德风险、研发风险与市场风险, “雇主优先”模式更为合理; 对于发明人利用雇主的物质技术条件所完成的发明创造, 其权利应优先归属于发明人; “科斯定理”仅从交易成本的角度揭示了权利配置与市场交易之间的关系问题, 基于“禀赋效应”的存在, 职务发明权利的不同配置模式具有不同的分配效应。

* 作者简介: 向波, 法学博士, 南开大学法学院副教授, 硕士生导师, 从事知识产权法学研究。

禁止反悔原则对专利权行使的约束与规范——从专利默示许可谈起

季冬梅

(北京大学 2017 级博士研究生)

摘要: 专利许可是专利权人获得收益的重要途径之一, 商业环境与商业行为的多样化催生了默示许可的交易形态。专利默示许可认定标准体系化的欠缺会引发专利市场环境混乱、专利权人的权利行使缺乏规范和指引等问题。基于禁止反悔原则, 美国专利默示许可的司法实践规则相对丰富, 判定因素详细而具体, 能够提供很好的借鉴思路。但对美国专利默示许可司法判定规则的转化需要考虑我国既有的法律体系与法律原则, 结合促进专利交易的理念以及禁止反悔原则, 在专利权利制度的完整框架下构建体系化的权利行使规范。

生物技术专利的反公地悲剧及应对

陈泽宇¹

(北京大学法学院)

摘要: 由于生物技术专利的持有人较多且交易成本较高, 极易导致生物技术专利领域出现反公地悲剧, 从而影响生物技术的研发与应用。交易成本较高时, 理论上对法定权利采取责任规则的形式更为有效。强制许可和专利永久禁令适用之例外是专利责任规则的保护形式, 但强制许可在实践中并不能有效解决反公地悲剧问题。可以通过专利永久禁令适用之例外的方式来解决生物技术专利的反公地悲剧问题。也可通过生物技术专利池的方式来解决反公地悲剧的问题。生物技术专利池的构建应尽量降低构建成本, 采取灵活的许可方式。

¹ 作者简介: 陈泽宇 (1987-2-4), 女, 汉族, 北京大学法学院 2015 级博士研究生, 研究方向: 知识产权法, 联系方式: 15901024967, 邮箱: chenzeyu2015@pku.edu.cn.

我国数据专利制度的构建

——以人工智能学习用数据保护为视角

孙青山 叶雨潇¹

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 学习用数据对人工智能的性能有决定性影响。知识产权保护是促进人工智能数据产业发展的重要手段。我国现有知识产权体系下的著作权、专利权及商业秘密制度, 对于人工智能学习数据进行保护时均面临困境。有必要建立数据专利制度, 作为专利法上第四种专利类型。在授权标准上, 数据专利应当具有新颖性、独特性和实用性。对数据专利权利独占性的限制力度更大, 保护期限较短, 强制许可范围更大, 以促进数据的传播与实施。

¹ 作者简介: 孙青山, (1991-), 男, 江苏宿迁人, 中南大学法学院博士研究生, 联系方式: 18806173685; 叶雨潇, (1997-), 男, 甘肃张掖人, 中南大学法学院本科生。

刍议平面印刷品保护制度的突破 ——论《专利法》25 条第一款（六）项的删除

蹇佳伶¹

摘要：《专利法》将主要起标识作用的平面印刷品设计排除在外观设计保护之外，这主要是基于我国每年外观设计申请量居高、平均质量较低的政策考量，是为防止大量设计质量较低的瓶贴和平面包装袋类外观设计申请挤占司法资源而一刀切式的规定，也是避免外观设计商标化的措施。但是外观设计的形式审查制度存在着使“标识作用”条件落空的问题，长此以往也不利于有质量的平面印刷品的申请，造成我国外观设计保护的真空地带，同时也不符合《Trips 协议》对我国保护工业产品设计的要求。无论是从我国参与的知识产权保护国际条约，还是从国内相关司法实践来看，第三次《专利法》修改对平面印刷品申请的限制只能是临时调整措施，长远来看，这一条规定应当逐渐删除。

¹ 作者简介：蹇佳伶，女，1996 年 5 月生，四川广元人，华东政法大学知识产权学院硕士研究生，主要研究知识产权法。联系方式：上海市长宁区顺义路 216 号公寓楼，200042，17321175113，shanniyige（微信号），alexjane2016@163.com。

知识产权全球治理变革中专利审查制度的构建与展望

余力焄¹

（中国政法大学 民商经济法学院，北京 100088）

摘要：专利审查国际合作制度本质上是一个各国专利审查机构通过协同专利审查行为构建的复杂网络体系，具有非线性的整体创新效应。由于现实的审查工作量超出单个国家所能承受的范围，国家之间会谋求形成资源的集合来克服专利审查工作的压力，即形成协同专利审查模式。在审查合作的基础上推进创新，需要分析专利审查国际合作制度的内涵及运行机制，通过实践的反馈完善协同专利审查的制度安排。

¹ 作者简介：余力焄，女，法学博士，管理学博士后，中国政法大学民商经济法学院副教授，硕士生导师，研究方向为知识产权法。通讯方式：北京市海淀区西土城路 25 号中国政法大学民商经济法学院 电子邮箱 lihanshe@hotmail.com

标准必要专利许可费确定问题研究

吴琦

(清华大学博士研究生)

摘要:许可费是涉及标准必要专利的核心问题之一。对于这一当前世界各国面临的难题,明确其判定的一般规则与计算方式是解决问题的关键。然而,FRAND原则的概括性和模糊性导致标准必要专利权人的义务不够明晰。并且实践表明,现有计算方式均或多或少具有局限性。面对重重困难,法院要裁决出准确、合理的许可费犹如水中捞月。为了更好的处理标准必要专利许可纠纷,首先,我们应正确领悟FRAND原则的本质,即从经济学基本理论出发,以理性人的视角将抽象的FRAND原则具象化。其次,最大程度的鼓励标准必要专利权人与标准实施者以自由、平等协商的市场方式达成许可协议。在市场方式的努力失败后,再向法院寻求司法帮助。最后,我国法律工作者应致力于构建标准必要专利许可相关的配套制度,完善标准必要许可费的确定规则。在许可费的计算上,我们应认识到不同的计算方式都各有利弊,但各种方法间也非完全对立,一项许可费的计算通常涉及到几种方法的同时适用。因此,在个案的审判中,法官需依据具体案情以及证据情况选择恰当的计算方式,以期在能够查明的事实范围内裁决出符合FRAND原则的许可费。

专利权证券化运营平台建设的基本模型初探

——以W市为构建样本

单甜甜¹ 潘志江²

摘要:知识产权资产证券化作为结构化融资的重大金融创新,与传统的股权和债券融资相比,在运作机理、融资效果、成本构成方面均有较大优势,是盘活现有知识产权资产、创新知识产权利用方式的一种新型途径。我国知识产权证券化工作尚未有效开展,现行立法、实践操作模式均处于空白阶段。本文选取知识产权权利中稳定性相对较强的专利权为标的,以笔者所在W市为设计蓝本,探索专利权证券化运营前端平台的构建模型。

¹ 单甜甜,女,1981年2月生,江苏省无锡市中级人民法院知识产权庭审判员,硕士,联系方式13771175864。
² 潘志江,男,1970年1月生,江苏省无锡市中级人民法院知识产权庭庭长,联系方式82226309。

标准必要专利禁令救济适用

张玉蓉 张鹏飞¹

摘要: 近几年来,主要跨国通信公司之间围绕标准必要专利禁令救济问题而产生的纠纷在全球范围内不断出现。禁令救济是专利法赋予专利权人保护自身利益的救济手段,但由于标准必要专利的特殊性,标准必要专利权利人如果滥用禁令可能导致专利劫持损害社会公众利益。因此,各国均对禁令救济的适用施加一定的条件予以限制。本文探讨标准必要专利禁令救济中主要存在的问题,结合国外的理论发展与国内的立法概况,提出应该附条件限制禁令救济,明确 FRAND 许可的属性,规定标准必要专利权利人和标准实施者各自的义务以及细化谈判许可中当事人的过错认定等完善标准必要专利禁令救济规则的思路。

¹ 张玉蓉,上海大学知识产权学院副教授;张鹏飞,上海大学知识产权学院硕士研究生。

建构传统技术知识信息披露机制 ——反思我国《专利法》第二十六条

赵雅芳

(中山大学研究生)

摘要: 传统技术性知识与遗传资源具有紧密相连的关系。在生物盗窃现象猖獗的背景下,我国对专利法进行了修改,新增了关于遗传资源的来源披露规定,但未提及相关传统知识的信息披露。鉴于特定传统知识与遗传资源同具有经济价值,且在增强对传统知识防御性保护的国际趋势下,我国宜对在《专利法》第二十六条的基础上完善专利的信息披露制度。本文将在阐释传统知识的相关概念后,对保护传统知识的正当性进行分析,提出应在目前传统知识严重滥用的现状下,应当注重在申请专利时就传统技术性知识进行披露,以此与事先知情同意和惠益分享制度进行衔接与结合。

论 FRAND 谈判前置制度

覃腾英¹

(南京师范大学法学院 玉林师范学院)

摘要: FRAND 许可费率决定因素复杂,这使得学界与实务界围绕 FRAND 的性质、许可费的计算、FRAND 承诺与禁令的关系、禁令之诉的合法性、专利法与竞争法之间的界限等相关问题争议不断。虽然 FRAND 谈判机制解决方式已进入立法及司法的视野,但如何保障谈判双方的实质平等和公平、如何确定双方的谈判义务以及如何具体谈判程序设计等问题,仍然有值得深入探讨的空间。为了破解专利劫持与专利反劫持僵局,法律必须要求当事人在 FRAND 谈判前、中、后遵循特定的原则和程序。具体而言,披露制度和禁令制度确保谈判双方谈判过程中免受对方的挟持;诚信原则确立谈判双方在谈判过程中的具体义务,保障谈判过程和谈判内容的公平性,是法院判断谈判双方在 FRAND 谈判中是否存有过错的依据。

¹ 作者简介:覃腾英(1987-),女,南京师范大学法学院 中国法治现代化研究院博士研究生,玉林师范学院法学讲师,研究方向:知识产权法,邮箱:316051812@qq.com,电话:18851179199。

中德职务发明为例的专利归属探讨

左雨萱 赵佳诺

(作者信息:西南交通大学公共管理与政法学院 2017 法学 02 班本科生)

(西南交通大学公共管理与政法学院 2019)

摘要: 德国作为大陆法系国家在职务发明法中本着以“雇员优先”的原则,配合职务报告制度,而中国在厚雇主主义又对雇主的权利进行规定,究竟两者在权利归属上有着什么样的区别,本文进行了罗列和探讨,并以经济学的观点提出了建议。

标准必要专利禁令救济适用问题研究

王乐陶

(北京大学法学院 2015 级本科)

摘要: 标准必要专利是指为实施技术标准而必须使用的专利,是专利与技术标准相融合的结果。标准必要专利相较于普通专利的特殊性在于其具备公共产品的特征,这样的特殊性使得在涉及标准必要专利的禁令救济纠纷中,标准必要专利权人、专利实施人以及社会公众之间的利益冲突愈发明显。标准必要专利权人与专利实施人之间存在专利劫持与反向劫持等诸多问题,标准必要专利权人滥用其权利和地位还可能会导致社会公共利益受损,阻碍高科技行业的发展和社会创新。虽然各国学界均已针对标准必要专利的禁令救济适用问题展开了大量研究,实务界也出现了诸多判例,但是通过分析可以发现,在理论层面,对于 FRAND 声明的法律性质可谓众说纷纭;在实践层面,各国对于采用民法或是反垄断法路径作为标准必要专利禁令救济纠纷裁判思路呈现着较为片面与对立的态度,在颁发禁令时应着重考虑哪些因素亦无一致思路。因此,本文以标准必要专利权人、专利实施人、社会公众三方利益平衡为核心,针对 FRAND 声明性质不清的问题,首先确定 FRAND 声明的法律性质;其次,针对司法实践中禁令适用标准缺乏一致思路的问题,本文认为应在以民法为主、反垄断法为补充的裁判思路下,从民法与反垄断法角度明确标准必要专利禁令救济的考量因素,从而更好地维护标准必要专利权人与专利实施人的合法权益,保障公共利益与促进技术创新与进步。

开放政府视角下的公众专利评审机制构建研究

杨德桥*

(内蒙古科技大学文法学院,内蒙古 包头,014010)

摘要: 公众专利评审是美国、日本、澳大利亚和英国等国最近几年开始试行的一种专利审查改革项目。公众专利评审项目在试验国运行比较成功。公众专利评审有助于拓展现有技术的获取渠道,切实提升专利审查质量;有助于促进发明创造技术信息的扩散,加速社会创新进程的闭环;有助于提升社会公众参与意识,有效维护社会公共利益。我国已经具备了实施公众专利评审的法律基础。公众专利评审实施的关键,在于参与项目、运行平台和成果运用的合理安排。同时还应当采取多样化的激励措施,鼓励社会公众积极参与。建议在借鉴美国等国成功经验的基础上,在我国试行公众专利评审,并在适当的时候上升为专利审查机制的正式组成部分。

* 作者简介:杨德桥(1979—),男,山东单县人,法学博士,博士后,教授,主要研究方向为知识产权法。
通讯地址:内蒙古包头市昆区阿尔丁大街七号内蒙古科技大学文法学院,邮编 014010,邮箱 ydq1015@126.com,电话 18648275862。

技术秘密转让、许可使用合同及后续成果归属与保护方式研究

左浩¹

摘要:随着我国“制造 2025”和“一带一路”强国战略的深入实施,中国高科技领域技术不断崛起,以专利为主的单一知识产权保护方式难以确保技术在前沿科技和尖端科技领域保持持续的竞争力,无法适应科学技术的进步和发展。技术秘密保护作为知识产权保护的一个重要类型,具有保护客体范围广、无时间和地域限制、实施经济成本低、被复制和反向破解难等优势,日益被市场和企业所重视。现阶段我国对技术秘密领域的法律规制和理论研究相对于西方发达国家还较落后,研究技术秘密保护的市场应用对促进科学技术成果转化、运用和推广加速有重要意义。本文通过对技术秘密转让和许可使用合同、后续成果的归属与专利申请、技术秘密与专利保护模式的选择等在市场经济活动中较活跃的法律关系问题进行分析研究,为技术秘密保护的应用提供可借鉴的解决方案,促使技术秘密法律保护力度进一步增强。

¹ 左浩,男,长沙市地方海事局政策法规处科员。

“戴着镣铐跳舞”——论标准必要专利禁令救济的合理界限

郑佳

(北京市中伦律师事务所律师)

摘要:随着计算机、通信技术及电子行业的迅猛发展,标准必要专利权纠纷大量出现。同时,标准必要专利的争夺也成为各个经济体博弈的焦点,尤其在中美贸易战、科技竞争凸显的背景下。这些对我国知识产权保护制度尤其关于标准必要专利的权利界定与规制提出了更多的要求。作为具备公共利益属性的特殊专利,标准必要专利在其权利人选择采用禁令救济以维护其权益过程中受到了包括 FRAND 原则、潜在滥用市场支配地位抗辩在内的各种限制。通过结合对近年来重要的案例的分析,本文认为:对标准必要专利禁令救济合理界限的讨论将更有利于专利法意义下标准必要专利权利人正当行使权利,有助于行政司法机关对标准必要专利权利人滥用禁令的反垄断认定。

统一知识产权上诉审理机制背景下专利无效制度的改革路径分析

邢瑞淼

(中国科学院大学 知识产权学院 博士研究生)

摘要:近年来随着专利申请量与授权量的增长,与专利相关的民事侵权以及行政确权案件数量也在不断增长,专利效力判定的行政单一体制所带来的程序复杂冗长、诉讼效率低下的弊端日益凸显。而伴随着知识产权司法体制机制改革的逐步推进,特别是在国家层面知识产权案件上诉审理机制已经建立的背景下,应当对我国的专利无效制度做出进一步的改革,赋予法院在司法审判中判定专利效力的权利,建立专利无效判定的行政、司法二元体制,并实现二者的有效衔接。

论电商平台的专利审查义务 ——兼论《专利法》修改中的审查规则构建

陈佳举*

摘要:已经生效实施的《电子商务法》加强了对知识产权的保护,但由于其未明确规定电商平台的事先专利审查义务,使得电商平台的“明知或应知”在实践中难以判断和归责。正在送审的专利法修正案拟增通知规则,将电商平台对通知内容的事后审查明确为生效裁判文书和决定,加大了权利人的举证责任,不利于对专利权的保护。为此,论文从电商平台的法律地位、法律适用、法律原则和实际可行性对电商平台事先专利审查进行论证;从通知-移除规则的目的、实际可执行性和现行法律制度规定三个方面对拟增加的事后审查进行解析,并为专利法修订提出相应的立法建议。

* 作者信息:陈佳举,浙江财经大学法学院硕士研究生

浅析高校职务科技成果混合所有制改革

——以西南交大为例

侯莹 竹鑫宇 周倩纷¹

摘要:目前,关于科技成果的转移转化问题受到了我们党和政府的高度重视。高校作为我国科研成果转化的重要基地,却由于缺乏技术转移的专业队伍、专利质量低以及发明人缺乏转化的积极性等因素,使得职务科技成果的转化率非常低。为了解决这一问题,2010年,西南交通大学开始了职务科技成果混合所有制改革的实践与探索,明确将职务发明成果由国家所有变为国家、职务发明人(团队)共同所有,将“事后股权奖励”变为“事先产权奖励”,极大地调动了科技人员专利转化的积极性,促进了科技成果的商业化,并产生了巨大的经济价值。但同时这项改革也存在着一定的风险与不足。我们可以借鉴美、日、德等发达国家的相关经验,更好的完善我国的专利制度,以推动科技成果的转化,进而促进科技与经济的共同发展。

¹ 侯莹:教师,助理研究员;北京工业大学
竹鑫宇:硕士研究生;北京工业大学
周倩纷:硕士研究生;北京工业大学

我国传统医药知识产权保护博弈论考

——以五对“矛盾体”的实践困境为切入点

田小楚²¹

(西安交通大学法学院,知识产权研究中心,陕西 西安 710049)

摘要:传统医药作为中华民族历史文化组成的重要部分,是经过千百年实践验证确有疗效且价值巨大的诊疗知识、技能和实践方法的总和。随着《中华人民共和国中医药法》的出台,“传统医药”在成为社会各界广泛关注的论题之时,也听到不同领域的质疑和发声。本文基于传统医药直面“冰火两重天”之现实情境,围绕形成鲜明对比的五对传统医药“矛盾体”,提出传统医药知识产权战略模式的进路选择应以“体系化”“精准化”“制度化”“国际化”为目标,从宏观格局“战略广度——战略深度——战略宽度——战略高度”的四维视角共同推进,以探究我国具有“中国特色、世界水平”的传统医药知识产权战略保护模式。

本文尚未发表,一切涉及著作权问题请联系本人。

作者简介:田小楚(1989-),女(汉族),宁夏银川人,西安交通大学法学院知识产权研究中心法律治理学专业博士研究生,研究方向为知识产权法学、科技法学、中医药法。

基金项目:国家社科基金重大项目《中医药传统知识专门保护制度研究》(编号16ZDA235)的研究成果之一;国家中医药管理局委托课题《中医药传统知识保护条例立法基础研究》(编号17XH04)的研究成果之一。

浅析高校职务科技成果混合所有制改革

——以西南交大为例

侯莹 竹鑫宇 周倩纷¹

摘要:目前,关于科技成果的转移转化问题受到了我们党和政府的高度重视。高校作为我国科研成果转化的重要基地,却由于缺乏技术转移的专业队伍、专利质量低以及发明人缺乏转化的积极性等因素,使得职务科技成果的转化率非常低。为了解决这一问题,2010年,西南交通大学开始了职务科技成果混合所有制改革的实践与探索,明确将职务发明成果由国家所有变为国家、职务发明人(团队)共同所有,将“事后股权奖励”变为“事先产权奖励”,极大地调动了科技人员专利转化的积极性,促进了科技成果的商业化,并产生了巨大的经济价值。但同时这项改革也存在着一定的风险与不足。我们可以借鉴美、日、德等发达国家的相关经验,更好的完善我国的专利制度,以推动科技成果的转化,进而促进科技与经济的共同发展。

¹ 侯莹:教师,助理研究员;北京工业大学
竹鑫宇:硕士研究生;北京工业大学
周倩纷:硕士研究生;北京工业大学

我国传统医药知识产权保护博弈论考

——以五对“矛盾体”的实践困境为切入点

¹田小楚²¹

(西安交通大学法学院,知识产权研究中心,陕西 西安 710049)

摘要:传统医药作为中华民族历史文化组成的重要部分,是经过千百年实践验证确有疗效且价值巨大的诊疗知识、技能和实践方法的总和。随着《中华人民共和国中医药法》的出台,“传统医药”在成为社会各界广泛关注的论题之时,也听到不同领域的质疑和发声。本文基于传统医药直面“冰火两重天”之现实情境,围绕形成鲜明对比的五对传统医药“矛盾体”,提出传统医药知识产权战略模式的进路选择应以“体系化”“精准化”“制度化”“国际化”为目标,从宏观格局“战略广度——战略深度——战略宽度——战略高度”的四维视角共同推进,以探究我国具有“中国特色、世界水平”的传统医药知识产权战略保护模式。

本文尚未发表,一切涉及著作权问题请联系本人。

作者简介:田小楚(1989-),女(汉族),宁夏银川人,西安交通大学法学院知识产权研究中心法律治理学专业博士研究生,研究方向为知识产权法学、科技法学、中医药法。

基金项目:国家社科基金重大项目《中医药传统知识专门保护制度研究》(编号16ZDA235)的研究成果之一;国家中医药管理局委托课题《中医药传统知识保护条例立法基础研究》(编号17XH04)的研究成果之一。

中国中药专利质量分析——以无效案例为例*

李昕 宋晓亭

(同济大学上海国际知识产权学院, 上海, 200092)

摘要: 专利质量是专利技术发挥市场作用的关键因素, 通过对中药专利质量状况的分析, 以发现中药专利质量的“薄弱点”, 有助于中药技术创新与专利审查稳定性两方面的提升。以《专利法》实施以来的中药无效案例为数据来源, 从审理程序与争议专利技术文件中选取合适指标, 统计并计算各指标下无效请求占比与无效成功率分值作为基础数据。分析得出中药专利质量与全国专利的平均质量水平基本保持一致, 但在撰写方式、文献引证及保护模式三方面存在较为突出的问题, 并从政策制定、技术撰写以及行业发展角度提出相应的质量提升建议。

* 国家社科基金重大项目“中医药传统知识保护专门制度研究”(项目编号: 16ADA236); 中国法学会 2018 年部级法学研究青年调研项目“中药专利创造性审查标准研究”(项目编号: CLS(2018)Y16)研究成果之一。
作者简介: 李昕, 1989 年生, 同济大学上海国际知识产权学院博士研究生。宋晓亭, 1962 年生, 博士, 同济大学上海国际知识产权学院教授、博士生导师。

新药保护TRIPS+规则: 以TPP协议为例

刘音* 梁伟**

(本文提交中国知识产权法学研究会2019年年会, 仅限会议期间交流之用, 谢绝引用。)

摘要: 进入21世纪以来, 越来越多的双边或区域贸易投资协议, 把知识产权保护纳入其中, 出现大量保护标准高于TRIPS规则的“TRIPS+规则”, 甚至把外国知识产权争议的解决法律化、国际化, 强化外国知识产权的内国保护。其中, 尤以新药专利和数据专有权保护规则, 最具争议性。这既是重大的国际政治和法律问题之一, 又是重大的国内民生问题之一。

* 作者简介: 刘音, 华侨大学法学院副教授。
** 作者简介: 梁伟, 华侨大学法学院副教授。

论传统医药的知识产权保护

谌玲¹

摘要:传统医药是我国医药知识的重要组成部分,对实现我国国民健康与国家知识产权战略具有重要的推动作用。我国宪法第二十一条明确规定“国家发展医疗卫生事业,发展现代医药和我国传统医药”;国务院发布的《国家知识产权战略纲要》中将传统医药的知识产权保护列为第四项专项任务中的(六)特定领域知识产权部分。传统医药适用现代知识产权制度存在其固有的困难,应当在找准问题症结基础上,制定《传统医药保护条例》、传统医药专利审核标准,通过商业秘密与国家秘密相结合等措施,实现现代医药与传统医药的和谐发展,保障公民健康权益。

¹ 作者简介:谌玲:出生年月:1994年12月,中南林业科技大学政法学院2018级民商法硕士研究生,研究方向为知识产权法。联系方式:15898496972。

传统医药知识产权保护问题研究

李超

摘要:随着传统医药重要性上升和生物剽窃现象的猖獗,传统医药的知识产权保护引起了发展中国家的极大关注。但由于东西方习俗、文化存在的差异以及政治、经济发展速度的悬殊,传统医药知识的保护一直未得到足够重视,比如在《TRIPs 协议》中并未提及传统医药。西药的使用以单位为特征,其量化特征很容易的得到专利制度保护;而传统医药的特点在于整体调节,讲究顺其自然不要求量化和精确化,这就决定了具有整体特色的传统传统医药难以在专利制度下得到充分保护。随着我国传统医药资源的大量流失,我国关于传统医药法律保护策略的制定显得非常有必要,而传统医药的知识属性决定了它最适于适用知识产权保护。

医药专利链接制度运行机理研究

李想¹

(华东政法大学知识产权法学博士研究生)

摘要:目前中国医药专利链接制度正在探索建立当中,要实现其真正落地有赖于这一制度各项配套措施之间的配合与完善。从医药专利链接制度的静态模型的运行机理出发,可以梳理其中的典型问题并提出相应的解决预案,包括市场形态与专利链接制度中的利益平衡;Bolar例外制度与专利期延长制度是否存在冲突;中国“桔皮书”的可靠性问题;医药专利挑战程序如何有效率的开展。

¹ 作者简介:李想,华东政法大学知识产权法学博士研究生 联系电话:18684558232 邮箱:349507382@qq.com 通讯地址:上海市普陀区顺义路200号华东政法大学10号楼 邮编:200063

传统中医药专利保护制度检视 ——以日本汉方药发展战略为例

李茵 李凡 柯尊丽 郑新建¹

摘要:传统中医药是我国的民族文化瑰宝,随着国际交往的日益频繁,在得到海内外广泛认可的同时,也伴随着无休止的知识产权被侵害现象。日本汉方药发展迅速,势头良好,其在专利保护方面的“专利网”战略、“1.5次开发”仿制战略、“专利先行”战略、科技研发投入、专利成果转化相关经验,不仅让我们看到了自身存在的问题,也为完善我国传统医药专利保护制度提供了有价值的参考。

¹ 作者简介:李茵,助教,河北广播电视大学
李凡,科员,河北安国市市场监督管理局
柯尊丽,讲师,贵州中医药大学
郑新建,教授,河北广播电视大学

药品领域专利补充实验数据问题的立法研究

时起磊, 宋政良

(哈尔滨市松花江专利商标事务所, 哈尔滨 150000)

摘要:在药品发明专利实质审查程序中或授权后的无效宣告审查程序中, 专利申请文件或授权专利文件是否存在说明书公开不充分、说明书能否支持权利要求书、新颖性和创造性等问题, 或者无效宣告请求人质疑实验数据真实性问题, 这些都需要发明人来解释和证明, 在解释和证明过程中可能需要补充实验数据。我国目前的法律规定和审查实践相比发达国家在这方面稍嫌保守, 与鼓励创新、激励创新的国家氛围稍显不一致。本文基于我国药企实际状况、国民优惠待遇、国家战略层面等因素进行考量, 从立法角度对“补充实验数据”的规定进行探讨, 认为现阶段在药品专利审查和裁判中, 我国应该针对自己国家的企业实施有限度的、宽松的专利审查政策。

药品专利链接制度下专利纠纷的可仲裁性探析

钟皓琚

(厦门大学法学院 民商法学博士研究生)

摘要:为推动我国仿制药市场的发展, 我国政府引进了药品专利链接制度。通过该制度, 仿制药企业能在仿制药注册审查程序中及早了解可能涉及的专利, 发现潜在侵犯他人药品专利的法律风险, 并将可能发生的侵权争议解决在审批前。与诉讼相比, 仲裁在保持灵活性和保密性的同时, 可以更快的速度和更低的成本解决争议。以仲裁快速解决药品专利侵权纠纷, 可减少药企在正式上市其仿制药后因被认定侵犯专利权而需支付高额赔偿金或被迫停产而导致的资源浪费和损失。

人工智能生成的发明可被授予专利权吗?

李宗辉

(南京航空航天大学人文与社会科学学院副研究员)

摘要:人工智能在其应用的多个不同领域都能够独立地生成发明,典型的人工智能发明者包括作为人工神经网络的“创造力机器”、遗传编程的“发明机器”和机器人科学家“亚当”。人工智能生成的发明能否被授予专利权因而成为现实的法律问题。尽管面临着劳动财产说和人格权理论等哲学观念障碍,专利授权除外客体和可专利性等法律要件障碍,以及影响专利审查、人类创新和产业竞争等方面的制度实施障碍,但是从专利法促进科技进步的根本宗旨、契合时代发展的动态解释原则和人工智能生成发明的基本特点等角度考量,授予人工智能生成的发明专利权仍然是我们应当做出的正确选择。

高纯氧化铝提纯项目知识产权现状及风险评议

陈伟¹, 林超然¹, 张均辉¹, 刘剑寒¹

(1. 哈尔滨工程大学经济管理学院, 黑龙江 哈尔滨 150001)1

摘要:知识产权分析评议,可以起到规避知识产权风险、提升科学决策效率、提高项目成果价值、扩大商贸活动市场的作用。本文针对XXX公司高纯氧化铝提纯环节知识产权进行调查分析,比对若干相关专利的权利要求和技术特征,分析出现侵权的可能性。根据以上分析,得出高纯氧化铝生产工艺的提纯环节行业专利概况以及项目知识产权风险,并针对项目技术方向及项目承担单位提出相应的评议建议,如完善知识产权保护机制、建立产学研合作机制、构建知识产权管理体系等。

¹ 基金项目: ①国家自然科学基金: 多源异构信息交互作用下知识产权战略目标偏差的诊断与机理研究(71704007); ②国家社会科学基金项目: 区域知识产权战略系统协同与产业升级研究(14BGL007); ③中央高校基本科研业务费专项资助基金: 黑龙江省落叶松碳汇供给潜力与经营决策研究(2572018BM07)
作者简介: 陈伟(1957—), 男, 哈尔滨工程大学经济管理学院教授, 博士生导师, 研究方向: 技术创新与知识产权管理; 林超然(1987—), 男, 哈尔滨工程大学经济管理学院博士生, 研究方向: 技术创新与知识产权管理, E-mail: hcab@qq.com, TEL: 18845096909

论 5G 标准必要专利 FRAND 许可费率的计算——以事前价值均衡为中心

吕子乔*

(华东政法大学 知识产权学院, 上海 200000)

摘要: 在标准必要专利中, 合理的许可费率应当只体现专利本身特有的价值, 而不附加标准带来的价值增量。中国司法和行政实践均适用了 FRAND 原则, 但无法界定必要专利许可费率是否附加了标准的价值, 且认定相关主体具有市场支配地位并违反 FRAND 承诺的审查模式不利于我国 5G 标准必要专利持有者规避诉讼风险。为了确认合理的专利价值, 计算均衡的 FRAND 许可费率, Swanson—Baumol 事前竞标模型可适用于 5G 标准必要专利许可, 以达到许可费率与专利价值在标准制定前的均衡。

* 作者简介: 吕子乔, 华东政法大学知识产权学院博士研究生, 研究方向: 知识产权法。

协同创新下军民融合科技成果转化促进机制研究

赵丽莉¹ 孙法柏²

(山东科技大学 知识产权学院 山东 青岛)

摘要: 军民融合是国家发展战略的重要组成部分, 抓好重点领域军民科技协同创新, 推进国防建设和发展民营经济, 抢占科技创新战略制高点是我国促进军民科技融合的重要出发点。为促进军用技术与民用技术最新科技成果的双向转化, 有效实现军民技术转移与共享, 推进军民科技深度一体化融合需要构建有效的军民科技成果双向转化体系, 完善的科技成果协同创新机制, 知识产权安全审查机制, 多元的技术转移许可机制。

¹ 赵丽莉 (1978-): 女, 法学博士, 副教授, 山东科技大学知识产权学院教师, 硕士研究生导师, 研究方向: 知识产权法学; 网络法学

² 孙法柏 (1970-): 男, 法学博士, 教授, 山东科技大学知识产权学院院长, 硕士研究生导师, 研究方向: 知识产权法学; 国际法学

四、商业标志与反不正当竞争

论商标恶意注册嫌疑人黑名单制度的设立

王莲峰 沈一萍¹

摘 要: 商标恶意注册现象层出不穷,其中大量被恶意注册商标化为商标职业恶意注册人的谋生之道。在商标法第四次修改之际,急需进一步强化对商标恶意注册的规制。通过对美国和韩国相关制度借鉴,设立我国的商标恶意注册嫌疑人黑名单制度,并落实商标恶意注册嫌疑人的制定、公布与复核、撤除等环节,通过公开透明的商标管理和社会信用制度,可以有效规制商标职业恶意注册人此类商标恶意注册现象,净化商标注册与使用环境。

¹ 王莲峰:华东政法大学知识产权学院教授,博导,商标法研究所所长。沈一萍:美国奥睿律师事务所驻上海代表处律师。

从商业标识的演进逻辑论我国商业标识法的完善

严永和¹ 杨鸣明²

摘 要:商业标识是现代商品经济极为重要的商事符号与标记,是商主体知识财产的重要类型。构建相关法律制度,保护商主体对其商业标识的财产权益,是促进商品经济可持续发展的制度基础。在商业实践中,商业标识的演进表现为从现代性商业标识独大发展到现代性与传统性商业标识兼容、从个体性商业标识独尊发展到个体性与集体性商业标识并存、从现实性商业标识独强发展到现实性与虚拟性商业标识共荣的逻辑进路。商业标识涵盖现代性与传统性商业标识、个体性与集体性商业标识、现实性与虚拟性商业标识三对逻辑范畴。我国商业标识立法,在理念上偏重保护现代性、个体性、现实性商业标识,而忽视传统性、集体性与虚拟性商业标识的保护。为此,我国应当调整商业标识法立法理念,制定统一的商业标识法,配以相关商业标识保护条例,对所有商业标识提供保护。

¹ 作者简介:严永和(1965—),男,汉族,湖南省溆浦县人,中南民族大学法学院教授,博士生导师。

² 作者简介:杨鸣明(1985—),男,汉族,湖北省老河口市人,中南民族大学法学院,博士研究生。

论商标法对公共资源的保护

魏森

- 一、商标法上公共资源的界定
- 二、公共资源商标典型案例分析
- 三、商标法保护公共资源的手段

驰名商标跨类保护的实证研究与法律适用

吴青¹

摘要：驰名商标跨类保护的理论基础有“反混淆”与“反淡化”之争，在判断标准上也有“联系即损害”与“联系+损害”的争议。驰名商标跨类保护应以商标反淡化为理论基础，以规制混淆以外的商标淡化行为。在判断标准上，驰名商标跨类保护应放弃“联系=损害”标准，坚持“联系+损害”标准。

¹ 作者简介：吴青，浙江大学光华法学院知识产权法方向博士生。

商誉与商标关系研究 ——以“王老吉”商标系列纠纷案为视角

杨凯旋¹

摘要：商标是承载并积累商誉的重要工具，是商誉等信息与商标标识的结合体。通说认为，商誉是商标的灵魂，商标是商誉的载体。是故，自商标区别于其他商业标志而具有独立意义之时起，商标与商誉便具有了密切联系。但两者关系并非一体两面，更非密不可分。在传统商业规则与商标理论背景下，商标与商誉不可分离的观点以及在理论、立法与实践中被广为认可的商誉随商标连同回转理论已经随着经济社会发展变化而不断动摇，两者可以分离的法律与事实状态逐渐清晰。因此，在弱商誉商标许可合同终止后，商誉增值巨大，此时以商标与商誉不可分离的理由径直认定商誉随商标连同回转给商标权人既不合理，更不合法，应予明确。

¹ 作者简介：杨凯旋，男，华东政法大学知识产权法博士研究生。

论商标法中的“第二含义”

熊文聪

(中央民族大学法学院副教授, 硕士生导师)

摘要: 商标法中的“第二含义”指标志经过使用获得了显著性, 能够与特定商品或服务的来源建立唯一对应关系。第二含义的考察不仅适用于商标的注册环节, 也适用于对有一定影响的商品名称、包装、装潢等未注册商标提供救济和保护环节, 而所谓“较高知名度说”则难以担此重任, 应基于消费者调查所得之结果加以评价, 从而在降低成本提高效率的同时, 保证裁判的客观性和说服力。

美国普通法中商标权使用取得的诚信机制研究

刘自钦¹

摘要: 美国普通法中商标权使用取得的诚信机制表现为: 在使用意图层面, 诚信的商标使用确立了对该商标使用的优先顺位(优先权), 进而获得商标权, 恶信的商标使用则会产生相反的后果。在地域性商标共存方面, 善意在后并行使用人在其商标使用地域内取得排除在先使用人和他人的商标权; 商标注册前的善意在后使用人不仅能在其商标原使用地域内继续使用该商标, 而且能在该地域内能够禁止在先使用人和他人的商标使用。这给我们的启示是: 在使用意图层面, 我国应当将使用意图的诚信要求内化于“商标的使用”的定义中, 进而对禁止恶信商标使用行为的制度予以完善。在地域性商标共存方面, 如果不同主体在不同地域使用商标并分别取得一定知名度的情形, 我国允许事实商标权的善意共存, 并且赋予这些事实商标权同驰名商标权和注册商标权一样的排他性权能。

¹ 作者简介: 刘自钦, 北京工业大学讲师, 法学博士

论地名商标之“其他含义”的法律解释

谢晴川¹

摘要:《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》把《中华人民共和国商标法》中将地名商标“具有不同于地名的其他含义”的可注册性例外规定扩展适用到了含地名商标中,反而暴露出了更多问题。常用的语义要件解释路径把“其他含义”视为独立的构成要件,实质上是混淆了两个不同层面的“公众认知”。“第二含义”解释路径主张“其他含义”是获得显著性的特殊表述,却与商标法理论及《商标法》的规则体系存在一定冲突。解决上述适用困境的关键是探索“地名具有其他含义则可以注册”之观点的内在法理,将其科学地融入可注册性要件体系中。应回归立法初衷,根据地理描述性和欺骗性来判断地名商标的可注册性,与此同时结合中文的表达特点和我国的实践经验,用“其他含义”的语义解释辅助地理描述性与欺骗性的判断。借鉴符号价值与符号意义理论,可发现“其他含义”可以作为地理描述性静态要素方面的判断依据。“其他含义”还可用于肯定地名的陪义,作为一种正当理由排除因地名导致的品质欺骗。

¹ 作者简介:谢晴川(1985-),南开大学法学院讲师。

立体商标的美学功能性质疑

袁真富 黄芳¹

摘要:我国《商标法》第十二条规定的“使商品具有实质性价值的形状”,一般认为对应于美学功能性。通常认为,当立体形状成为消费者实施购买行为的决定性因素时,即对商品具有“实质性价值”;判断是否具有美学功能性应当采用竞争必需标准,尤其以是否存在替代设计为主要判断因素。然而,废弃“美学功能性”理论的呼声,一直未有停歇。一方面,美学功能性的内涵并不确定,“实质性价值”的判断过于模糊;另一方面,竞争必需标准并不适用美学功能性,对美感设计提供商标注册不可能构成竞争妨碍。对装饰功能超越识别功能的立体形状的审查,采用商标识别功能或显著性标准更为成熟、更为清晰。

¹ 作者简介:袁真富,上海大学法学院/知识产权学院副教授;黄芳,上海大学法学院民商法学(知识产权)研究生。本文行文仓促,有待进一步完善,敬请指正。

关于商标权滥用的司法规制

宋健¹

摘要：近年来，我国商标申请注册量极速攀升，除正常商业使用需求外，更多增量来自不以使用为目的的恶意抢注、恶意囤积，以及为防止被诉侵权，许多企业不得已大量进行的防御性注册。商标制度失序异化的结果，极大增加了企业营运成本，造成商标行政司法资源的极大耗费，亦助长商标法领域日趋严重的不诚信行为。本文通过两则典型案例，探析禁止商标权滥用原则内涵和商标权滥用构成要件，提出要更加明确禁止权利滥用的司法指引，通过加强商标权滥用案件裁判，加大滥用损害赔偿责任力度，推动驰名商标认定理性回归，实现有效遏制商标权恶意取得及滥用的政策目标。

¹ 作者简介：宋健，江苏省高级人民法院知识产权庭高级法官、全国审判业务专家。

也论商标显著性的判断——就“小肥羊”商标无效宣告争议与夏君丽法官商榷

姚洪军

（上海政法学院副教授）

摘要：商标是商品或服务来源和质量保证者的指示标志；显著性是一个标志之所以成为商标的本质属性。在显著性的认定中需要考查的最重要因素是相关公众对该标志的认知。在市场上有多个商家在相同服务上使用相同或近似标志的情况下，不能认定一个具有描述性的标志已经通过使用获得了显著性。

商标权滥用的规制与对策 ——以商标法的第四次修改为视角

许琼瑛¹

摘要:我国现行《商标法》的规定中主要是针对商标权人的权利的保护,对其滥用权利的规定比较匮乏。2018年4月份,商标局发布《关于征求商标法第四次修改意见的公告》的文件提到“深入贯彻党的十九大精神,强化知识产权创造、保护和运用,切实提高知识产权审查质量和审查效率”。²目前,我国《商标法》的第四次修改正在紧锣密鼓的进行中,在这次修改中有必要对商标权滥用作出相关的立法规定,以此使商标权人进一步明确其权利的使用范围。

¹ 作者简介:许琼瑛(1996--),女,湖南平江人,中南林业科技大学政法学院在读民商法专业研究生。
² 杜颖.《商标法》第四次修改的问题面向与基本思路[J].中国发明与专利,2018,15(08):87-91.

驳气味商标不宜保护论

刘炎

(安徽省芜湖市鸠江区人民法院)

摘要:就大众视角而言,商标俗称品牌,最初的时候由一些图形、文字、颜色或者其它元素的混合体构成,但是商标本身是一个开放式思维的发展概念,随着社会的发展,经济需求的多样化,雨后春笋一般出现了一大堆新型商标。我国改革开放以来,随着商业的发展和科技的进步,气味商标缓步走进中国。气味商标具有非可视化、有特殊味道和容易变化等特征。中国最新修订的《商标法》对气味商标持观望态度,美国和欧盟都存在气味商标合法注册的成功案例。中国国内有学者针对现实状况提出气味商标不宜保护论,然而这种论断显然是不合理的。气味商标可以采用化学方程式来提交书面材料,通过分子振动光谱、电子鼻、气相色谱和人体动物检测法进行气体鉴别,使用特殊的存储运输和宣传方法,紧跟时代的步伐,扩大《商标法》的保护范围,坚决捍卫我国人民的劳动成果和商业财富。

论商业外观的功能性判定 ——以美国司法判例为中心的比较分析

高阳¹

(上海对外经贸大学讲师, 上海 200042)

摘要: 商品的商业外观可以获得商标法或反不正当竞争法的保护, 须为非功能性的商业外观。而“功能性”要件不仅适用于立体商标, 还应适用于其他类型的商业外观。“功能性”要件目的在于一方面防止与专利法的冲突, 另一方面为了维护竞争秩序, 排除商标法或反不正当竞争法对具有实用性或竞争必需性特征的保护。实用功能性是指对产品用途必不可少或者影响产品成本或质量, 替代设计的存在不足以证明该设计的非功能性; 竞争所必需的设计是指授予某项设计专有权保护会使竞争者陷入与商誉无关的竞争劣势。本文通过对美国商业外观功能性基本原理和判断规则的借鉴, 试图对我国立法和司法实务中的相关问题做出必要的澄清和解答。

¹ 作者简介: 高阳 (1989-), 女, 河南平顶山市人, 华东政法大学 2013 级博士研究生, 上海对外经贸大学讲师。联系方式: 18301762616, goghyoung@163.com

商标权注册取得模式的不合理性探究 ——从《商标法》第四次修改的角度审视

王琴¹

摘要: 商标的本质在于区分性, 任何可以将商品或服务来源进行区分的符号皆可为商标, 商标权作为权利人依法享有的权利, 带有极强的法定性。商标权注册取得模式在效率优先的价值追求下牺牲了公平, 造成了恶意抢注频发, 优质商标资源闲置及浪费。为了促进经济的发展及培育良性的商标秩序, 更应重视和肯定商标的使用, 重回商标使用的价值本源, 重塑商标取得的法制模型, 继而采取商标权使用取得模式。

¹ 作者简介: 西南政法大学民商法学院 2018 级博士研究生

“商标囤积”现象的规制

彭榕 李春芳¹

摘要：因为我国商标实行注册取得制度，也没有完善的注册商标使用义务制度，使得以非使用目的囤积商标获利成为可能。所以规制“商标囤积”现象需要构建合理的注册商标使用义务制度。商标注册后要求权利人每隔三年主动向商标局备案商标实际使用的情况，未备案商标由商标局依职权撤销，可以清理注册后连续三年未使用未备案的商标。同时禁止未使用的商标转让，可以阻断行为人销售囤积的商标。使用备案制度和未使用商标禁止转让制度可以有效防止“商标囤积”。

¹ 作者简介：彭榕，华南理工大学法学院（知识产权学院）硕士研究生
李春芳，华南理工大学法学院（知识产权学院）副教授、硕士生导师

商标在先使用抗辩问题研究

吕甲木¹

摘要：商标在先使用权系未注册商标权，除未注册驰名商标权属于民事权利外，其他有一定影响的未注册商标在先使用权的性质是民事法益，具有使用权、请求权、抗辩权的属性。商标在先使用权抗辩的审查原则为诚实信用原则、地域性原则、避免混淆原则、利益平衡原则。未注册商标所有人和其意思决策机关混同的关联企业以及受让人、被许可人均有资格主张在先使用权抗辩，至于抗辩能否成立则须根据其他要件予以判断。在电子商务时代，地域性原则应扩张至互联网领域，持续使用不应作为硬性要件，可以将其作为有一定影响的考量因素；继续使用的商品标识既不得改变其显著特征，也不得向注册商标标识靠近，类别原则上不得改变。“原使用范围内继续使用”是指按原使用方式进行使用，对使用地域、生产规模等并不做强行的限制。

¹ 吕甲木，浙江海泰律师事务所执委，二级律师，宁波大学法学院兼职教授，宁波市律师协会知识产权专业委员会主任，浙江省宁波市鄞州区宁东路269号环球航运广场29楼（315040），邮箱 jarmoo@163.com，联系电话 13616575797。

论商标侵权惩罚性赔偿中的“恶意”

卢莉莉¹

摘要: 商标侵权惩罚性赔偿的主观要件为恶意,但在相关法律和司法解释中并未明确恶意的含义,学界对此众说纷纭,司法实践中对恶意的认定混乱,这导致商标侵权惩罚性赔偿在司法实践中适用困难。结合商标法和民法中“恶意”的含义和相关案例对“恶意”的认定,此处恶意应仅指“故意”中的直接故意,不包含间接故意、过失,更不是指比“故意”更为严重的心理状态,其内涵为侵权者明知会产生侵害他人商标权的结果仍然积极实施商标侵权的主观状态。“恶意”由明知和积极实施商标侵权行为构成,其中明知可由以下六种方式认定:一是同业经营者,且涉案商标在行业内具有高知名度,二是侵权人申请商标注册被驳回或者使用的商标被宣告无效后仍继续使用侵犯他人商标权的标识,三是与原告达成和解协议或先前已经作出生效判决或在法院主持调解后仍然继续实施侵权行为,四是被告与原告具有合作或者代理等经济往来关系,五是被告在受到行政处罚或者刑事处罚后继续实施侵权行为,六是侵权者收到律师函后继续实施侵权。

¹ 作者简介: 同济大学上海国际知识产权学院 2016 级硕士研究生

搜索引擎服务商在关键词竞价排名搜索服务中的商标侵权责任研究

马奔

(南京大学 硕士研究生)

摘要: 伴随着互联网的革新及新的产业模式的发展,出现了关键词竞价排名搜索服务这一新型的商业服务活动。《互联网广告管理暂行办法》将关键词竞价排名搜索服务的性质明确为商业广告。利用他人商标作为搜索关键词购买竞价排名服务的行为属于商标性使用,可能进一步构成商标侵权。搜索引擎服务商提供竞价排名服务的行为不构成商标直接侵权,但若在商标侵权行为发生时,作为服务提供者的搜索引擎服务商未尽到一般理性人的合理注意义务,则可能构成商标间接侵权。

商号许可使用的困境及解决

张雪韵¹

摘要: 学界关于商号是否可以许可他人使用的问题呈两派见解,没有确切的答案。依据我国现行法律制度,商号许可使用行为只在特许经营等少数场合被允许。但这并不意味着商号的许可使用行为缺乏正当性,相反,无论是从商号本身的特点、历史的原因还是国际上的普遍做法来分析,商号的许可使用行为都有其必要性。但除了立法技术带来的法律依据的缺失,商号许可使用行为还面临着两大困境,即商号的区域登记制度和商号权与商标权的竞合问题。面临这些困境,寻求一些切实且可行的解决办法是推动商号许可使用合法化进程的必经阶段。

¹ 作者简介:张雪韵,华南理工大学法硕(非法本)

商标权与知名商品特有包装装潢使用权的冲突解决 ——兼谈广药集团与加多宝红罐包装装潢侵权

林云¹

摘要: 商标权与知名商品特有包装装潢使用权是两项不同权利属性。广药集团与加多宝就王老吉红罐包装装潢权益之争引起各界对商标权与知名商品特有包装装潢使用权的冲突的关注。从我国商标权与知名商品特有包装装潢使用权的冲突现状及问题中入手,分析权利冲突缘由,借鉴域外解决解决权利冲突原则,完善我国商标权与知名商品特有包装装潢使用权的冲突解决。

¹ 作者简介:林云,女,(1991-),福州大学法学院,法律硕士研究生,研究方向:知识产权。

中英注册商标法律制度比较研究

李海雯¹

摘要: 商标作为商品的独特标志,对于商品经济的发展具有极其重要的意义。商标既代表着该种商品的社会信誉也代表着商品的经济价值,为更好保护消费者的权益,也为了保护商标持有人的权利,建立健全相关的注册商标法律制度尤为重要。我国相关的注册商标法律制度还有诸多不足,而英国的注册商标法律制度是国际社会中的翘楚,从其他国家中借鉴相关的经验,并不断的改善我国相应的商标法律法规制度建设,以此来适应新时代的社会发展。本文将从中英两国注册商标的法律审查标准,审查内容以及保护方式几个方面进行对比分析,并提出一些有益建议。

¹ 作者简介:李海雯,女,出生年月:1992.10.05,联系方式:17558834736,邮箱:2622330937@qq.com,学校:桂林电子科技大学,专业:法律硕士(非法学),研究方向:知识产权方向。

网络环境下有关知识产权的不正当竞争行为研究

王超奇

(北京仲裁委员会 仲裁秘书)

摘要: 2019年4月23日,《中华人民共和国反不正当竞争法》通过修订并即日起施行。相较于1993年《反不正当竞争法》而言,新法对于包括商业贿赂、搭售、侵犯商业秘密等行为在内的诸多方面进行了调整。其中,对网络环境下不正当竞争行为的规定是广为探讨的热点问题。

盗用他人域名、非法使用链接、软件拦截等不正当行为在互联网时代屡见不鲜,为网络用户带来不便和困扰,该等行为的共同特点是均与知识产权相关。知识产品本身具有无形性,且与实体空间相比,存在于网络环境中的知识产品具有传播更加迅速等特点,加之技术的不断更新迭代,侵权者可以利用技术手段实施更多的不正当竞争行为来侵犯他人的权益。由于法律具有时滞性,因此无论是利用反不正当竞争法,抑或是知识产权法,有时都无法有效地解决此类有关知识产权的不正当竞争行为所带来的问题,致使司法实践中裁判者对同种类行为的案件裁判结果有很大不同。因此,在《反不正当竞争法》立法中增加与网络不正当竞争行为,尤其是与知识产权相关的内容可谓因势利导,其必要性自不待言。

本文旨在探讨网络环境下有关知识产权的不正当竞争行为的相关问题,从理论的角度出发研究此类行为产生的原因、背景,对此类行为进行较为合理的分类,并在新反不正当竞争法生效之际探讨司法实践中裁判者以及业内相关人员应对此等行为时应采取的解决办法和应对措施。

互联网新型不正当竞争行为的类型化分析 ——兼论《反不正当竞争法》第二章之修改

吴莉娟¹

摘要: 互联网技术的迅猛发展,催生了新的竞争手段和竞争方式。近年来更是出现的一系列对用户、企业和互联网经济秩序均产生深远影响,在社会上引起重大反响的互联网企业之间的不正当竞争纠纷,对我国不正当竞争法律制度提出了巨大挑战,特别是不能为《反不正当竞争法》所列举的不正当竞争行为类型所涵盖的新型不正当竞争行为的认定,互联网竞争规则的构建等无不引起理论界和实务界的广泛讨论。2017年11月4日,颁行于1993年的《反不正当竞争法》在施行24年后完成了首次大修。其中增加了诸如“互联网专条”、禁止针对域名主体部分、网站名称等的商业混淆行为、禁止虚假交易、“刷单”等关于互联网不正当竞争行为的相关规定,体现了立法者对这些问题的关注和回应。但是,从立法技术角度出发,修订后的《反不正当竞争法》的类型化条款,特别是专设“互联网专条”,将其与其他“不正当竞争”行为并列,在逻辑上值得商榷,而目前第二章“不正当竞争行为”的相关规定,也尚不能涵盖实践中已经出现的互联网新型不正当竞争行为。本文拟从实证角度出发,通过对现有互联网不正当竞争案件进行汇总,对其中所涉及的互联网新型不正当竞争行为进行类型化分析,对《反不正当竞争法》关于“不正当竞争行为”的规定提出修改建议。

¹ 作者简介:吴莉娟,北京务实知识产权发展中心副主任,中国政法大学民商经济法学院博士研究生。

互联网企业“二选一”行为的竞争法规制研究

徐晓丹¹

摘要: “二选一”行为是指市场中具有相对或绝对优势的经营者为了抢占市场、争夺消费者、提升自身市场地位,要求或是逼迫交易相对人在其与其他经营者之间择一交易的行为。“二选一”行为的法律性质不能一概而论,作为一种新型的竞争模式,法律亦不能给予完全的否定评价,在规制“二选一”行为时,应当注意保持合理的限度。

¹ 作者简介:徐晓丹,1994年6月生,河北邢台人,华东交通大学经济法学研究生二年级,研究方向竞争法。

互联网视频广告屏蔽行为的法律性质分析 ——以反不正当竞争法为视角

叶紫薇¹

摘要：随着视频广告的逐渐增多，视频广告屏蔽软件依势出现，关于广告屏蔽行为构成不正当竞争行为与否的争论一时难休。视频广告作为经营者的盈利手段，与视频网站经营者的商业利益息息相关，其本身具有一定正当性。虽然视频广告屏蔽行为属于明显侵害经营者利益的行为，但却并不能因此认定其具有不正当性，应当将其类型化，针对具体行为进行分析，考察其是否给予用户选择权、是否具有针对性等。在此基础上再分析视频广告屏蔽行为是否满足不正当竞争行为的构成要件。另外，在分析认定的过程中，消费者利益、技术创新等社会公共利益也是需要考虑的重要因素。

¹ 作者简介：叶紫薇，武汉大学法学院知识产权法与竞争法研究所，博士研究生。

知识产权法与反不正当竞争一般条款的关系 ——以图式的认知经济性为分析视角

蒋舸¹

摘要：在非典型信息成果和非传统利用方式大量出现的背景下，正确认识著作权法、专利法、商标法等具体知识产权部门法和以反不正当竞争法一般条款为代表的兜底规范之关系，具有重大意义。兜底规范被频繁用于调整新型创新活动的现象引发了顾虑，但停留在本体论层面的研究并不能为纠偏提供完善的指引。激励创新是高度复杂的认知任务，其完成离不开认识论层面的分析。具体知识产权部门法代表高效的图式化认知，能为解决细分创新领域的认知难题提供结构化经验，大幅提升认知效率。兜底规范则代表迫不得已的非图式化认知，所提供的经验在数量和质量方面都无法与具体知识产权部门法媲美。创新规则体系的发展方向是在谨慎对待信息产权扩张的前提下充分利用和发展图式，而非放任兜底规范的滥用。

¹ 作者简介：蒋舸，清华大学法学院副教授。本文系由发表于《法学研究》2019年第2期的论文删改而成。

完善《反不正当竞争法》的若干建议

莫婷婷 李展儒¹

摘要：我国《反不正当竞争法》颁布于1993年，并于2017年和2019年经历了两次修订。上述两次修订使该法的规定更科学、更符合时代的需求。尽管如此，该法仍然存在有待完善之处。为了进一步激发市场主体运用《反不正当竞争法》维护自身利益，增强该法的可实施性，建议优化该法的立法目的、放宽其涉及的各类主体资格限制、采取更统一且广泛的法律依据并增加法定禁止的不正当竞争行为类型。通过上述完善措施的施行，能更好地实现《反不正当竞争法》对健康的市场秩序和市场参与者利益的维护。

¹ 作者简介：莫婷婷，中南大学法学院在读博士、广西财经学院讲师。李展儒，上海大学管理学院在读博士。

网络技术创新与不正当竞争的边界

李艳¹

摘要：网络技术创新与禁止网络不正当竞争在某些情形下产生冲突，原因是网络技术创新与网络不正当竞争边界不清，网络不正当竞争行为不能明确界定。划定网络技术创新与不正当竞争的界限需要实施以下措施即：不能机械地保护商业模式；技术问题由技术和市场解决，法律不应轻易定性；坚持技术中立原则，不对新技术的应用做出法律评价。

¹ 基金项目：国家社科基金项目（15BFX134）“数字环境下，知识产权法与反不正当竞争法的冲突与协调”。
作者简介：李艳（1971-）西北政法大学副教授，法学博士。

论奥运隐性营销行为的法律规制

——兼评《奥林匹克标志保护条例》有关条款

崔汪卫¹

(1. 安庆师范大学, 安徽 安庆 246133; 2. 华东政法大学, 上海 200042)

摘要:奥运隐性营销严重侵害各方权利人的合法权益,有损奥运会市场开发和奥林匹克标志保护,应当在《奥林匹克标志保护条例》中增加相关条款对奥运隐性营销加以法律规制。《奥林匹克标志保护条例》有关奥运隐性营销条款的修订,应当立足当前我国立法实际,并结合域外奥运会承办国立法经验,围绕奥运隐性营销的概念与特征、奥运隐性营销的构成要件、奥运隐性营销的法律责任等三个方面进行立法完善,构建科学严密的奥运隐性营销法律规制体系。

¹ 本文发表于中文核心期刊、CSSCI来源刊、国家社科基金专项资助期刊《武汉体育学院学报》2018年第10期,第55-59页。
基金项目:教育部人文社科基金青年项目“奥运隐性营销法律规制研究”(项目编号:19YJCZH018)、国家社科基金项目“知识产权案例指导的运作机制及其实证研究”(项目编号:13BFX121)的阶段性成果。
作者简介:崔汪卫(1979-),男,安徽桐城人,安庆师范大学法学院副教授、华东政法大学知识产权学院博士后研究人员,研究方向为体育法、知识产权。

企业集团内部商业秘密保护的特殊要求探析

刘华俊 李心路¹

摘要:企业集团内部商业秘密的保护与企业集团外部商业秘密的保护不同之处在于,在集团内部,母公司与子公司,子公司与子公司处于特殊的关系契约当中。正因如此,尽管商业秘密是一项财产权,其于集团内部的保护手段,却应当借鉴隐私权。当商业秘密的非权利人利用关系契约获知商业秘密时,并不能当然地认定商业秘密对公众失密,相反,依凭关系契约,在一定条件下,母公司可以对子公司的商业秘密进行保护,行使包括允许其他子公司合法使用该子公司商业秘密的权利。关系契约的存在,也对企业集团商业秘密保护体系提出了双重保护的新的要求,在企业集团内部采取统一保护商业秘密的情况下,子公司应当既按照母公司的要求对企业集团商业秘密采取保护措施,也对其公司自有的商业秘密采取特定的保护措施。

¹ 刘华俊(1975-),江苏泰州人,复旦大学法学博士,复旦大学司法研究中心研究员,上海嘉之会律师事务所律师合伙人律师。李心路(1996-),江苏苏州人,上海交通大学法学学士,上海嘉之会律师事务所。

反不正当竞争法一般条款在知识产权保护中的适用 定位

卢纯昕¹

(广东外语外贸大学法学院, 广东 广州 510080)

摘要:反不正当竞争法一般条款因其具备一定的灵活性,能够在知识产权保护中发挥补充功能,但也因其伴生的抽象性,蕴含着过度补充而损害知识产权法利益平衡的危险。明确反不正当竞争法一般条款在知识产权保护中的适用定位,将其进行具体化,是实现反不正当竞争法适度补充知识产权法的关键。其中,将不正当性的转义重点由商业道德转向市场竞争秩序本身,可以使评估不正当竞争行为的标准更为客观;将与知识产权相关的不正当竞争行为类型化为侵害商誉型、破坏秘密管理体制型和剥夺先行者优势型,能最大限度地限缩一般条款的适用范围,减少适用的不确定性。

¹ 作者简介:卢纯昕,法学博士,广东外语外贸大学法学院副教授。

虚构角色的商品化权之批判性思考:中美比较视角

邓朝霞¹

摘要:本文主要以虚构角色为研究对象,探讨其商品化权的内涵。文章首先分析了中国虚构角色的“商标版权化”现象,以及美国虚构角色的“版权商标化”现象,并通过比较分析得出目前中国产业界和司法界都有混淆商品化权的本质之嫌,以及不当行使商品化权致使版权保护机制失衡的结论。事实上,商品化权属于商业标志性权益,是以实际的商业化使用并可区分商品来源或质量作为保护前提的,实则属于“有一定影响的商标”范畴。因此该权利的行使不能毫无限制,应遵循商标法的一般原理,同时不能妨碍言论自由或艺术性表达。

¹ 作者简介:邓朝霞,香港大学法学博士,香港大学法律与技术中心研究员,香港创意共享中心研究员。

论视频网站“广告+免费视频”商业模式的保护

钟玲惠¹

摘要：视频网站“广告+免费视频”的商业模式，已经成为当下视频网站与广告主之间良性互动的主流商业模式。然而，随着浏览器屏蔽广告软件、插件的兴起，视频网站与广告主之间的利益循环被打破，视频网站运营商与浏览器运营商之间针对浏览器屏蔽广告行为的不正当竞争纠纷层出不穷。法院对此类案件保持相对一致的看法，即认为浏览器屏蔽视频广告的广告构成不正当竞争，但学界关于“视频网站商业模式”是否应受法律保护开始、屏蔽行为是否构成不正当竞争等问题仍存在较大争议。对此，本文试图围绕这些争议问题，论证视频网站“广告+免费视频”商业模式中商业利益的可保护性，以及浏览器屏蔽视频广告行为的不正当性。

¹ 作者简介：钟玲惠，中山大学法学院 民商法专业硕士研究生

以技术秘密为卖点的广告行为的正当性问题研究 ——刘灏兵律师诉“王老吉”凉茶虚假宣传案引发的法律思考

颜海龙¹

摘要：技术秘密的内容本身不属于消费者知情权的客体范围，但是，以技术秘密为卖点的广告行为涉及消费者的知情权。在经营者所提供的商品并没有使用其在广告中所声称的技术秘密的情况下，其行为构成对消费者知情权的侵犯。具体到刘灏兵律师诉“王老吉”凉茶虚假宣传案而言，被告的行为究竟是否侵犯了原告的消费者知情权，取决于涉案“王老吉”凉茶是否使用了王泽邦先生发明的凉茶秘方。然而，令人费解的是，受理案件的一、二审法院并未就涉案“王老吉”凉茶是否使用了王泽邦先生发明的凉茶秘方直接作出认定，而是以技术秘密不属于消费者知情权范围为由，或者以原告举证不充分为由，驳回了原告的诉讼请求。

¹ 作者简介：颜海龙（1990—）男，湖南衡阳人，湖南省知识产权协会理事，湖南省律师协会知识产权专业委员会委员，长沙市人民调解员协会常务理事，长沙市劳动人事争议仲裁委员会仲裁员，湖南百信律师事务所专职律师。

论适用反不正当竞争法保护智力成果和商业标识的 边界及与知识产权专门法制度的衔接

赵巴奥¹

摘要:反不正当竞争法可以保护经营者在其智力成果和商业标识上的合法权益,即便该智力成果或商业标识并不构成知识产权的保护客体。但反不正当竞争法对智力成果和商业标识的过度保护可能会与知识产权专门法制度相冲突。在适用反不正当竞争法保护知识产权客体之外的对象时,必须考虑立法者将该对象排除在保护范围之外的政策原因。被排除在知识产权保护范围之外的对象可以分为三类:(1)知识产权法遗漏保护的客体;(2)不满足知识产权保护的实质条件的对象;(3)知识产权法明确排除保护的客体。这三种类型代表了知识产权立法者不同的政策取向,因此适用反不正当竞争法在个案中保护这三类对象应采取不同的标准以衔接知识产权专门法制度及背后的利益分配模式。

¹ 作者介绍:赵巴奥,牛津大学法学院知识产权法研究型硕士(Master of Philosophy in Law)、牛津大学知识产权研究中心研究助理。

我国商业秘密保护实务问题研究综述 ——以2018年知识产权法学年会商业秘密专题为线索

杨淑萍 陈宇¹

摘要:随着我国社会经济的发展 and 知识产权保护力度的加大,对于商业秘密的保护显得愈发重要。但因其本身的特性,在立法和实践中对商业秘密的利用保护都存在一定的难度。2018年在厦门大学举办的中国知识产权法学年会邀请了海内外多位专家学者,就我国商业秘密保护进行了充分的交流。尽管在理论上对商业秘密的权利属性和保护模式仍然存在很多争议,商业秘密保护在立法、司法中尚待进一步完善,但可喜的是,在企业的实践中,已经对商业秘密的保护进行了很多有价值的探索。本文旨在通过对中国知识产权法学年会上进行梳理,将各位专家学者关于商业秘密的权利属性和保护模式等问题的不同观点进行呈现,并就商业秘密保护的难点问题探讨。

¹ 杨淑萍(1995—),女,回族,四川攀枝花人,中国科学院大学公共政策与管理学院2018级研究生,专业方面:知识产权法、科技法。
陈宇(1992—),男,汉族,河南信阳人,中国科学院大学公共政策与管理学院2018级研究生,专业方面:知识产权法、科技法。

不正当竞争行为一般条款的司法适用

沈赏 张媛¹

(大庆师范学院法学院黑龙江大庆 163712)

摘要: 本文认为不正当竞争行为一般条款中所指的行为是同时违反多个法律规定的行为,其所侵犯的权益集合体既包括经营者的权益(直接侵犯)、消费者的权益(间接侵犯),又包括社会公共利益(直、间接结合侵犯),其行为具有融合性、混合性和竞合性的特点。因此,需要对不正当竞争行为一般条款进行重新解读,并对其在司法适用中的具体实践做出合理解释。

¹ 作者简介:沈赏(1972-),男,民商法学硕士,天津蓟州区人,副教授,从事竞争法学及知识产权法学研究。

数据驱动型企业的滥用市场支配地位判定:德国

Facebook 案评析

张怀印¹

(同济大学上海国际知识产权学院,上海 200092)

摘要: 数字经济时代,企业之间的竞争本质上是数据竞争。企业之间数据收集、融合、利用之间的矛盾亦成为竞争法关切的中心问题。德国联邦卡特尔局对 Facebook 收集、分析、融合数据的服务条款是否构成滥用市场支配地位一案进行调查,最终认定 Facebook 构成滥用市场支配地位。Facebook 分析逻辑表明,传统的“结构-行为-绩效范式”在数字市场中已经不再发挥重要作用,市场份额这一衡量传统市场支配地位的重要因素的权重大大降低,因而卡特尔局转而通过考察转换成本、经济规模和市场准入壁垒等要素来分析市场上的数据竞争力,进而评估市场竞争效果。该案是德国反垄断法修订后的第一个案例,也是数字经济环境下反垄断法适用的典型案例,对于我国反垄断执法也有很大的借鉴价值。

¹ 作者简介:张怀印,同济大学上海国际知识产权学院副教授。

五、互联网与知识产权

人工智能科技政策与知识产权立法互动研究

刘强 母运龙**

摘 要：各国在科技政策层面均非常重视人工智能技术及产业发展，然而在知识产权立法理念和立法进程方面则显得较为滞后。有必要通过科技政策推动人工智能知识产权立法，包括采用进取型立法理念、以产业发展为导向进行立法，并适用与我国人工智能科技发展相适应的保护水平，以期为我国人工智能发展提供良好的知识产权法律保障。

*本文系国家社会科学基金后期资助项目“人工智能知识产权法律问题研究”（18FFX068）阶段性成果。

**刘强，湖南长沙人，法学博士，中南大学法学院教授，博士生导师；母运龙，河北唐山人，中南大学法学院知识产权法学硕士研究生。

拟制作者规则下人工智能生成物的著作权困境解决

谢琳 陈薇*

摘要：人工智能作为非人类创作主体颠覆了现行著作权法的基础。人工智能生成物具有著作权法保护的必要性，只有赋予人工智能使用者相关著作权，才能激励使用者使用人工智能从而促进人工智能技术的开发。在确定著作权法保护必要性之后，可采用客观独创性标准将生成物纳入著作权保护，从而实现著作权法促进作品创作满足公众需求的立法目的。基于人工智能作为创作主体不具有也不应具有法律人格，可将非创作主体的人工智能使用者拟制为作者，之后根据我国著作权法相关权利归属的规定，进行具体的权利分配。

*谢琳，中山大学法学院副教授、硕士生导师，法学博士；陈薇，中山大学法学院民商法学硕士。

人工智能法律人格探析

徐慧丽

（北京大学法学院博士研究生）

摘要：现代民法中，法律人格已经不再局限于生物学意义上的人。法人、国家，乃至河流等均因“更有效地实现特定社会需求”而获得了法律人格，成为法律上的“人”。机器学习等新技术的应用，使得人工智能突破了辅助性工具的角色，获得一定程度的自主性。现有法律体系无法解决人工智能自主行为场景中权利、责任与实际控制人之间的衔接问题。一条较为有效的解决路径是赋予人工智能以法律人格，即赋予人工智能以法律规定的权利与义务，使之成为独立的法律主体。人工智能的法律人格应该是一种以法人制度为参考，以限定性、工具性为特征的电子人格。人工智能法律人格的设计，应以人类利益为中心，符合社会伦理规范，以民法制度稳定性、社会秩序与安全为主要考量因素。源于自然法的伦理性要求不必然成为人工智能法律人格的绝对阻碍，现阶段缺乏独立意识等技术局限也不妨碍法律的前瞻性视角。

人工智能生成内容的著作权保护

黄细江

(暨南大学 知识产权研究院, 广东 广州 510632)

摘要: 人工智能主体多元、目的多元, 呈现多阶段的特征, 面对截然相反的支持和反对的态度, 具有与知识产权一样的伦理性。在著作权的人文主义视角下, 人工智能生成内容不能脱离主客体不可置换的逻辑基础, 当其通过图灵测试符合独创性要求时, 人工智能生成内容可以构成作品, 获得著作权保护, 使用者是其权利主体。它以现有类型化作品为依据, 标记是获得权利保护的前提, 权利内容不变, 权利期限为十年。

作者简介: 黄细江 (1986—), 男, 湖南浏阳人, 暨南大学知识产权研究院讲师。

论个人信息的智能合约保护 ——立基于智能合约的民事合同属性

郭如愿

(北京师范大学法学院 2018 级民商法学博士研究生)

摘要: 市场监管者的规制缺乏实效、数据企业的运营自律性较差及消费者个人意愿未得到合理表达是个人信息保护乏力的主要原因。智能合约独特的运行机制在理论上有利于个人信息的保护。智能合约符合合同的历史演变规律, 因具备“固定当事人合意”的功能属性而落入《合同法》第十条第一款“其他形式”, 改观了“要约”与“承诺”未能即时同步可能招致的不公, 其结果正义仍然需要关涉合同的实证规范予以保障。因此, 智能合约在本质上属于民事合同。若将智能合约用于个人信息的保护, 消费者的利益诉求将通过智能合约获致有力表达。数据企业会因妥切的合同法归责激励而更加自律。消费者与数据企业经由智能合约表达的自由意志平衡着监管者依托智能合约实施的规制力度。在智能合约的调和下实现了多元主体激励相容的个人信息保护与利用之道。

人工智能新闻的著作权保护

张俊发¹

(南京师范大学 法学院, 江苏 南京 210023)

摘要: 人工智能新闻已经在实践中得到广泛应用, 取得了积极的成效。然而, 在著作权的保护上, 人工智能新闻面临着创作主体资格障碍、独创性难以准确判断、权利归属不清等问题。人工智能已深入到作品的创作领域, 自然人独享创作主体身份不仅阻碍了人工智能技术的发展与使用, 而且也造成自然人与人工智能创作作品区分的困境。而以作品受众为标准构建作品与创作主体之间的关系, 可解决创作主体资格问题。人工智能新闻独创性判断标准在于, 是否基于现有的存量要素的基础上新增了增量要素。如果增加, 那么增量要素即是其独创性的体现。在现有的法律框架下, 人工智能新闻权利应归属于最终使用者, 一方面可以避免人工智能自主生成的作品与利用计算机辅助生成作品进行区分的必要性; 另一方面也有着较为切实的实际意义。

¹ 作者简介: 张俊发, (1990.05-), 男, 江西鄱阳人, 南京师范大学法学院博士研究生, 研究方向: 知识产权。

人工智能生成物的智力财产属性辨析

曹博

(重庆大学法学院讲师, 法学博士)

摘要: 人工智能生成物的客体属性决定了其在现有民事权利体系中能否找到相应位置, 进而决定了法律规范的制度选择。按照类推解释的基本规则, 首先需寻找与人工智能生成物最为接近的民事权利客体类型, 其次明确其概念内涵及判定规则, 最终确定客体归属。经由这一论证理路, 如下结论得以形成: 知识产权的客体是智力财产, 对智力财产的判定应当从其产生过程进行考量, 人工智能生成物在现阶段只是数据算法的结论, 其本质是计算与模仿, 不是智力劳动, 不具有智力财产的属性, 无法成为知识产权的客体, 应当归属于公有领域, 冒名发表等问题可通过法律解释在现有规范体系内加以解决。

人工智能创作作品版权法保护的必要性与可行性探究¹

左荣昌 张祥志²

(华东交通大学 理工学院, 江西 南昌 330100 华东交通大学 人文学院, 江西 南昌 330013)

摘要: 人工智能技术的发展对版权领域的原有制度体系构成巨大冲击。在“天赋人权”衍生下的“作者中心主义”理论视域下, 否定人工智能作品的版权属性成为其主要结论, 而造成不利于文化市场繁荣和权利人合法权益保障的负面效应。从科技进步发展与版权制度变迁的历史视野考察, 人工智能创作作品的版权法保护具备了法理上的正当性。基于此, 人工智能创造作品在版权法的权利体系、权利限制、确权授权侵权规则等方面均具有可行性。

¹ 本文系国家社科基金项目“文化产业供给侧结构性改革下版权保护制度与机制研究”(项目编号: 17CFX037)和江西省知识产权软科学研究项目“知识产权保险法律制度研究”(ZR201616)的阶段性研究成果。

² 左荣昌(1991—), 男, 助教, 硕士, 华东交通大学理工学院助教、硕士、法学教师, 研究方向为知识产权法。(手机: 13170875847 邮箱: zrcjxnc@163.com 地址: 江西省南昌市昌北经济技术开发区黄家湖东路111号, 邮编: 330100)

张祥志(1987—), 男, 副教授, 博士, 华东交通大学人文学院副院长, 研究方向为知识产权法。

人工智能时代的版权法问题

刘雨舒

(南京大学法学院 硕士研究生)

摘要: 随着人工智能技术的不断发展, 越来越多的人工智能创作物开始进入人类的文化市场, 同时引起了这类创作物能否成为作品以及如何保护的争议, 给版权领域带来了诸多法律挑战。本文通过阐明人工智能的相关技术和创作过程, 综述国外立法和司法对人工智能创作物的版权认定、归属问题的立场, 结合我国版权制度的现状, 认为人工智能创作物一旦达到法律要求的独创性标准就应当纳入版权法保护范围内。人工智能本身没有法律主体地位而无法成为作品的权利人, 在版权归属问题上应考虑对创作结果的影响程度以及作品审查义务等因素来确定版权人。由于人工智能创作物的独特性, 应该单独对其加以法律上的保护和规范, 以便在人工智能时代能够高效准确地解决版权争议。

再论“独创性”——以人工智能生成内容为例

王悦玥¹

摘要：人工智能生成内容是否应当定义为作品，在于分析该生产内容是否满足“独创性”。“独创性标准”通常被认定为“独立创作”以及“创造性”。学界对于人工智能生成内容的“创造性”争议不大，而其是否满足“独立创作”则成为了具有争议性的问题。通过重新审视“独创性”的内涵、定位、功能及价值，“独立创作”这一要素应当从“独创性标准”中剥离出来。“独立创作”的功能在于判断作品的权利归属，明确作品与作者的关系，与判定表达是否应当被认定为作品是不同层面的问题。当人工智能生成内容在表达形式上满足“创造性”即应当认为其满足独创性，进而将其定义为作品，该作品的作者和权利归属则是另一个需要讨论的问题。

¹ 作者简介：王悦玥，1996年8月26日出生，厦门大学知识产权研究院，硕士研究生。地址：福建省厦门市思明区厦大学生公寓，邮编361005 手机号码：15122396613，email：269596802@qq.com

弱人工智能时代下生成物著作权类型化研究

孙悦¹

（华南理工大学法学院知识产权学院）

摘要：法律研究社会问题而不研究科学设想，在强人工智能的科学可行性尚不清晰之际，具有法律意义的人工智能生成物仅指弱人工智能生成物。在研究生成物的著作权问题时，可按生成方式将生成物分为弱人工智能独立完成的生成物和蕴含人类独创性贡献的生成物。对于弱人工智能独立完成的生成物，从人格权理论出发，弱人工智能不能直接或通过拟制获得人格，从而成为权利人。从作品的构成要件出发，弱人工智能对生成物的贡献是完全按照规则运行的结果，不属于独创性表达。因此，独立生成物不是作品。对于蕴含人类独创性贡献的生成物，当人类对生成物的贡献达到独创性表达的要求时，应当将生成物认定为作品。关于该类作品的权利归属问题，从独创性的角度出发，生成物不完全是编程者思想的体现，而在自然语言处理等情况下，使用者对生成物的贡献可以达到独创性表达的程度。为了确保等价交换下的利益平衡，对生成物的贡献达到独创性表达标准的使用者应当享有生成物的著作权。在国际上对本问题尚无定论之际，我国应当尽快确定对本问题的态度并由此完善人工智能衍生的其他问题所涉及的法律制度，以期在法律上与人工智能产业发展打好配合战。

¹ 作者简介：孙悦，华南理工大学法学院（知识产权学院）知识产权法研究生

人工智能对传统法律关系的挑战 ——以人工智能创作物的“可版权性”为例

朱清清 彭立茹

(桂林电子科技大学)

摘要: 人工智能简称人工智能, 1936 年图灵提出“图灵机”设想使之成为“人工智能”之父, 而后在 1956 年的 Dartmouth 学术会议上约翰·麦卡锡最早提出“人工智能”的概念。2017 年沙特授予机器人索菲亚公民身份, 这是首次对智能体的区别对待。随着俄罗斯的机器人 Ostagram¹ 基于 Deep Dream 算法来生成绘画作品、机器人歌手 Deep Beat² 写出一首完整的歌曲等人工智能创作物的出现, 人工智能创作物可版权性相关问题也随之而来。在这种情况下人工智能是否能够作为法律主体? 人工智能创作物可否被认定为著作权法上的客体? 以及人工智能创作物权利归属等一系列问题? 在人工智能社会形态的变革中版权制度面临着极大的挑战。

¹ <https://www.ostagram.ru>, 该官网上由更多机器人生成的“画作”。

² 据 MIT Technology Review 报道, 来自芬兰的 Aalto 大学的 Eric Malmi 决定让计算机学会写歌, 还是酷炫的说唱歌曲。第一阶段, 机器歌手 Deep Beat 在一首混杂了随机词句的歌词里挑出了 82% 的“外来者”; 第二阶段, Deep Beat 写出了一首歌。

人工智能生成内容的版权认定及法律规制

郝明英

摘要: 人工智能技术发展从作品创作角度对知识产权制度提出挑战, 其生成内容是否能获得版权保护值得思考与研究。目前学界对人工智能生成内容能否获得版权保护的观点总体分为两派, 即人工智能生成内容说与人工智能创作物说。分析人工智能生成内容能否获得版权保护, 一方面, 从知识产权法哲学角度进行解析, 可知人工智能生成内容对传统的知识产权法哲学提出了挑战; 另一方面, 通过分析人工智能生成内容内涵、独创性, 可知从客观角度看人工智能生成内容具有一定独创性, 但结合版权设立目的及其私权属性, 现阶段并不适宜通过给予其狭义的版权进行保护。本文基于人工智能生成内容为计算机程序数据学习后产生的成果, 从实然角度分析, 建议通过合同约定其权利归属; 从应然角度分析, 建议通过“合同约定+使用者所有”方式确定其权属。

人工智能的作品合理使用困境及其解决*

张金平

摘要：人工智能是收集、整理海量信息并进行计算机分析的技术，因而在一开始就可能复制大量他人享有著作权的作品。这些作品的使用（尤其是商业目的使用），并不必然可以援引现行著作权法的合理使用规定而豁免。如此一来，企业为开展人工智能领域的研究必须对大量作品的复制而支付许可费用。这不仅在实践中不可能完成，也会严重阻碍我国在该领域的科技进步。为扫清人工智能发展的著作权障碍并提供国际相对竞争优势，我国有必要通过修法提供专门的著作权限制与例外。

* 该文目前已投稿《环球法律评论》，尚未发表。

5G+时代背景下对知识产权纠纷多元化解决机制的思考

——以法院审判工作为视角

杜玉东、宋磊

（江西省高级人民法院）

5G+时代来了，我们将会进入一个充满未知的智能化时代，一个给法院工作带来前所未有的挑战和机遇的时代，以鼓励创新、创造，促进人类智慧成果传承为目的知识产权保护制度，毋庸置疑，更会遇到不可预知的影响，在这一技术背景下，锐意创新，抓住机遇，迎接挑战，探索并建立纠纷多元化解决机制是法院人顺应时代加强知识产权司法保护的应有作为。

同时，为贯彻落实《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》以及中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善矛盾纠纷多元化解决机制的意见》，依托多方力量建立知识产权多元化纠纷解决机制是时代要求和现实选择，多元化纠纷解决机制系对现有解纷资源和审判工作的整合，既有利于摆脱当前的知识产权审判工作有关困局，也因已有初露成效的实践具备现实可能性。本文分析了在5G背景下法院知识产权审判工作迎接的机遇与挑战，在研究知识产权多元化纠纷解决机制的重要性、可行性基础上，对建立和完善知识产权多元化纠纷解决机制进行了初步思考。

电子商务领域知识产权风险及其防范 ——以小微电商为视角

李骏¹

摘要:随着互联网和智能手机技术的日新月异,支付宝、微信支付等移动支付方式便捷性和安全性的日益提升,各种电子交易平台风起云涌,电子商务蓬勃发展。但是,每一个新事物的兴起也必将伴随着一系列新情况、新问题、新困难的出现。最为人所诟病的便是电子商务领域内知识产权侵权现象泛滥。《中华人民共和国电子商务法》的出台虽为电子商务的健康发展铺平了道路、指引了方向。但是我们担心,伴随着市场主体对电子商务模式关注的日益加深以及市场竞争的日趋激烈,该法的出台也有可能导致相关知识产权侵权诉讼的爆发性增长。笔者从实务出发,以电子商务经营过程中较为常见的知识产权侵权行为及其防范为视角,对小微电商守法经营、合法维权提供合理建议。(正文共 11800 字)

¹ 作者简介:李骏,法学硕士,江苏省无锡市中级人民法院知识产权审判庭审判员

以电子商务平台经营者为中心的知识产权大保护机制研究

张 晔

(江南大学法学院硕士研究生)

摘要:知识产权“强保护”的实现需要以电子商务平台为中心构建起知识产权大保护机制。平台应当被准确定位为具有“准行政”性质的市场监管者和具备部分公权力的纠纷裁定者,以便发挥作用。行业协会“社会行政主体”地位的认定澄清了“行政主体”概念,并且为电子商务协会明确权力来源,为平台裁定效力提供法律支撑。平台与知识产权行政执法机构应在《电子商务法》搭建的框架下,灵活运用数据共享和信用评价系统,完善调解前置、平台裁定和与互联网法院对接的在线纠纷解决机制,明确平台的案件移送义务和重大案件通报义务。

电子商务活动中权利人错误通知的法律责任研究

马艺闻^{*1}

摘要:当前电子商务已渗透到国民经济的各个领域,成为我国经济发展的新动能。但同时电商领域也成为侵犯知识产权的“重灾区”,错误通知与恶意投诉行为导致原本保护知识产权的规则遭到滥用。本文立足民法解释学视角,结合电商经营平台、司法实践中的相关技术革新对未来电子商务活动中的知识产权保护提出完善建议。

^{*}作者简介:马艺闻,江南大学法学院硕士研究生

网络转载背景下时事性文章合理使用制度的困境与对策

张丹丹^{*}

摘要:随着技术的发展,时事性文章合理使用制度依赖的事实基础已然改变,然而我国著作权法并未准确回应这一情况、加之术语表述的模糊性,致使此项制度成为大量未经许可的转载使用的借口。在我国著作权法修改的契机下,应从时事性文章合理使用制度的特定立法目的出发对之加以限制,不仅要明确限定时事性文章,也要对其来源及使用者作出限定,通过规则的改进实现网络环境下著作权人与社会公众利益的平衡。

^{*}作者简介:张丹丹,吉林大学法学院副教授、法学博士。

网络环境下实施知识产权电子诉讼的必要与可能

沈媛媛¹

摘要:近年来在互联网技术飞速发展下,涉及知识产权电子诉讼这一新型的诉讼模式已经颇受关注,诸如互联网法院、移动微法院等电子诉讼方式成为重要研究课题。与此同时,知识产权的产生、获得、使用、交易和保护受到高度重视,网络环境下如何将知识产权审判电子化也成为学者研究的焦点之一。本文旨在了解国内电子诉讼发展的基础之上充分考虑社会需求,以专利案件为例先讨论我国实施知识产权电子诉讼在不同方面的实施必要性,再结合韩国专利电子诉讼经验,最终从不同角度探索分析网络环境下我国实现知识产权电子诉讼可能性的相关问题,并提出有关思考。

¹作者简介:沈媛媛(1994-),女,满族,吉林通化人,宁波大学在读研究生,研究方向:民商法学。

云计算中金融行为信息化的版权保护

邱润根¹

摘要:电商的出现催生了金融行为的信息化,并产生了依托大数据的云计算。将金融行为信息化产生的金融信息结合个体的基础信息,通过云计算而创造出的信用贷款,成为一项高效、快捷、便利的现代金融服务手段,对传统的金融业产生了巨大冲击的同时带来新的法律问题。从现有的法律权利体系来看,对作为云计算要素的金融信息进行的与基础信息的整合而创造信用贷款的做法,符合了独创性特征而构成作品,并作为软件的一部分应受到软件著作权保护。这种软件著作权的主体应归于从事云计算研发的自然人和法人。尽管基于金融信息的云计算软件著作权可以通过传统的合同法和侵权法进行保护,但由于云计算天然的跨法域特征,因而在法律保护时应重视其准据法。

¹作者简介:邱润根,南昌大学法学院,教授、法学博士。

论网络转载的著作权保护

余筱兰

(安徽师范大学法学院 副教授)

摘要:中国网民通过网络媒体获取资讯的现象已经达到了空前的繁荣程度,导致网络转载纠纷案件猛增。对网络转载侵权行为的规制成为重要的法律课题。从分析和评述网络转载立法入手,结合实践中的诸多问题进行理论反思,最后提出完善立法的几点思考,建议立法中应增加网络转载法定许可制度,并对网络转载侵权行为的规制提出了看法。为规范我国网络转载的混乱现象提供借鉴。

我国网络服务提供者侵权责任的移植与变异

朱冬*

摘要:目前,我国网络服务提供者侵权责任的基础为帮助侵权已经成为一种通识。但是现行的法律规则在主客观要件方面均与帮助侵权原理存在很多龃龉。这表明我国网络服务提供者侵权责任在对美国模式进行法律移植过程中出现了一定程度的变异。这些变异主要是由于将责任排除条款作为责任构成条款并将有理由知道替换为应当知道所造成的。上述变异使得我国网络服务提供者侵权责任更加强调注意义务和必要措施两个要件。导致我国网络服务提供者侵权责任已经脱离了帮助侵权的基本框架,逐渐向一般的不作为侵权模式靠拢。这些变异的后果是网络服务者侵权责任在法律适用中具有较大的灵活性,淡化了避风港对网络服务提供者侵权责任的限制效果,为适当加重网络服务提供者侵权责任提供了空间。因此,司法实践中过分扩张网络服务提供者侵权责任的趋势须加以警惕。

* 作者简介:朱冬,1983年生,法学博士,厦门大学知识产权研究院助理教授。

大数据时代数据公开与知识产权保护的冲突与协调

朱真真¹

摘要: 大数据在经济和社会的发展中日益重要,对多来源的全体数据进行高效的反复利用是大数据的价值来源。但目前许多由数据推动的大数据实践没有充分的记录和公开,我们的知识产权制度对这一资源还没有很好地进行配置,以实现在这个新领域鼓励技术公开的目标。现有的专利法或著作权法的知识产权范式并不是对大数据进行保护的最佳选择。通过设定一种新的法定权利——数据权,能够更好的实现数据公开与知识产权保护之间的冲突,使大数据资源得到更为充分的利用。

¹ 作者简介:朱真真(1990年7月—),女,汉族,中南财经政法大学(博士研究生);研究方向:知识产权法。基金项目:现行知识产权制度对中医药传统知识保护的适应性研究。(项目编号:16ZDA236)

版权证券化场景下运用法定数字货币的风险研究

张楠

(西安交通大学法学院,知识产权研究中心 博士研究生 710049)

摘要: 随着我国经济发展进入新常态,版权产业发展成为关乎产业升级和结构转型的重要产业,同时随着区块链技术的不断成熟和应用,我国正在积极探索研究法定数字货币的相关应用问题。为大力发展我国版权产业,在版权证券化场景下使用法定数字货币是一种金融创新,将能够有效解决版权市场化的融资问题,提升人民币的国际影响力,但是版权证券化场景下的金融创新机制中蕴含着一定风险。本文将通过明确版权证券化下运用法定数字货币的可行性与重要性分析,探讨其风险构成,构建有效地风险隔离机制,以期为促进版权证券化场景下的法定数字货币运用提供一定理论支撑。

非交互式网络传播行为的著作权法规制研究

王美阳¹

(重庆市第一中级人民法院)

摘要: 三网融合技术的发展,使得传播者实施的未经授权的非交互式网络传播行为难以受到我国著作权法的具体著作财产权规制。这一情形影响著作权人对作品的传播利益,不利于发挥著作权法的激励作用。目前,司法实践采取的权宜做法是适用《著作权法》规定的兜底条款来保护著作权人的利益和规制未经授权的非交互式网络传播行为。但是适用兜底条款,导致传播者、著作权人与公众都无法准确认知非交互式网络传播行为而使得著作权人通过繁琐的合同约定以保护自身权益;也导致著作权人维权时选择具体著作财产权的困难;同时,由知识产权法定原则所决定,兜底条款的运用有着较为严格的限制,从而难以满足著作权人的非交互式传播利益的保护。未经授权的非交互式网络传播行为的法律规制成为司法实践难题。本文旨在探讨非交互式网络传播行为的法律规制所存在的不足,结合《著作权法》修改草案中的播放权内容,提出修改著作财产权中的传播权的主张。本文认为,修改后的著作财产权的传播权体系将是:表演权规制现场表演行为与机械表演行为,信息网络传播权规制交互式传播行为,播放权规制包括非交互式网络传播行为在内的所有非交互式传播行为。其中,播放权规制范围应体现非交互性特征。

¹ 作者简介:王美阳,重庆市第一中级人民法院法官助理

大数据背景下的商业秘密保护

孙怡娟¹

摘要: 信息技术和应用的快速发展,催生了大数据的产生。在日常生活中,从购物记录到视频浏览或再到运动轨迹,可以说人们的日常生活都有大数据的存在,收集和储存数据,然后对数据进行分析,从中提取信息。现已步入到大数据的时代,面对更加开放的网络环境和增加的信息泄露风险,如何保护自己的商业秘密,是每个企业都面临的考验。本文通过研究商业秘密保护面临的新挑战,分析我国目前的商业秘密保护模式存在一些不足之处,对我国大数据背景下的商业秘密保护提出改进措施。

¹ 作者简介:孙怡娟(1995—),女,湖南醴陵人,中南林业科技大学政法学院在读民商法专业硕士研究生。

搜索引擎竞价排名新形态下的商标侵权争议

林银勇¹

摘要:在竞价排名中将他人商标选定为关键词,但在网络用户经搜索所见的推广内容中不显示该关键词,这是近几年竞价排名行业出现的新形态。理论研究称之为对他人商标的“隐性使用”。该隐性使用行为是否构成对他人商标权的侵权,应当在厘清商标性使用、混淆标准等基础概念基础上进行分析、判断。在当前法律体系下,商标侵权的成立不再要求行为人必须以相关公众可视的方式对商标进行使用,隐性使用行为一定程度上割断了被选用为关键词的商标与其所代表的商品、商标权人之间的联系,已经实质性的损害了商标权人的权益。隐性使用行为虽然未必直接造成相关公众对商品来源的混淆,但符合初始兴趣混淆构成要件,仍应当认定为混淆行为。从消费者利益和市场竞争秩序的角度分析,隐性使用行为无端增加消费者识别成本,鼓励市场经营者相互以竞争对手商标为关键词的恶性竞争,扰乱公平有序的市场竞争秩序,应当作为侵害商标权行为予以规范和制止。

¹ 作者简介:林银勇,男,西南政法大学法学硕士,现任苏州知识产权法庭审判员。

云计算环境下的商业秘密保护

徐舒* 贾彦*

摘要:云计算是一种无处不在的、便捷的、按需使用的、对共享的可配置的计算资源(如网络、服务器、存储、应用和服务)进行网络访问的模式,它通过最少量的管理、最少量的与云服务商的互动来实现计算资源的迅速供给和释放。随着云计算技术的发展和云计算商业模式的普及,涉及云计算的知识产权问题正日益引起人们的重视。就商业秘密保护而言,云计算有利亦有弊。在云计算环境下,商业秘密保护面临着一些与云计算模式及网络技术有关的特殊问题,例如商业秘密的存在形式、侵权表现、侵权特点、安全隐患等均与传统环境下有所不同,为此,有必要有针对性地采取一些安全保密技术和制度措施,而目前学界对云计算的商业秘密保护问题存在诸多误解。虽然将商业秘密上传或者储存于“云”中,通常并不会导致商业秘密失去秘密性和保密性,但是,由于云计算软硬件和网络技术的缺陷以及商业道德风险,用户的商业秘密仍存在被窃取、篡改或者破坏等安全问题。因此,用户需要从加强保密意识、增强保密技术、签订保密合同、加强商业秘密保护。

* 作者简介:徐舒,渤海大学法学系在读研究生

* 作者简介:贾彦,北京工业大学法律(非法学)在读研究生

论洗稿侵权中的平台责任

李珊¹

摘要：因为洗稿侵权自身的便捷性、隐蔽性，现有法律对洗稿侵权的难以判定性以及平台对洗稿侵权的纵容让洗稿现象越演越烈，原创者的法益受到严重侵害。在洗稿侵权责任追究中，平台与侵权自媒体公众号同为受益的一方但几乎没有承担过侵权责任，这无论是依据法律规定还是从理论上来看都不具有合法性及合理性。借鉴“补充责任”的机理，应当给洗稿侵权中的平台设置新的责任，以期从源头上解决洗稿问题。

¹ 作者简介：李珊，湘潭大学16级知识产权一班 指导老师：胡梦云

人工智能生成发明的“三性”审查标准问题研究

张洋¹

摘要：人工智能生成发明应否被授予专利权以及“三性”审查标准是从专利制度角度研究人工智能的起点。本质为算法创新的人工智能生成发明突破专利法保护排除范围而被授予专利权具有可行性。人工智能生成发明新颖性、创造性、实用性的“三性”认定标准能够在既有专利制度框架内寻求解决路径，即立足于一般审查标准结合人工智能生成发明的特殊性具体化、客观化审查标准。

¹ 作者简介：张洋，北京师范大学知识产权法学博士，河南财经政法大学副教授、研究生处学位点建设与评估办公室主任

基于互联网+背景下的商业模式专利保护研究与对策

周治德^{1,2}, 黎春雪¹, 雷宇¹

(1 桂林电子科技大学知识产权学院, 广西 桂林 541004

2 厦门大学知识产权研究院, 福建 厦门 361005)

摘要:“互联网+”是一次具有颠覆性的技术创新, 互联网技术与经济社会深度融合催生出新的商业模式形态, 呈现外溢效应, 为商业模式创新带来无限活力。但是商业模式容易被复制, 滋生大量侵权行为, 阻碍了商业模式的创新发展, 完善“互联网+”商业模式专利保护制度刻不容缓。以互联网+商业模式为视角, 从国际形势、国内发展及专利制度理论三个角度, 分析了互联网+商业模式形成专利保护的必要性, 研究我国商业模式专利保护现状及其缺陷, 从明确定义、完善立法、制定审查规定等方面, 基于互联网+商业模式形成的商业模式专利保护制度进行思考, 并提出对策建议。

¹ 作者简介: 周治德, 桂林电子科技大学知识产权学院教师, 厦门大学知识产权研究院在职博士生, 专利代理人资格, 高级工程师, Email: zzdigy@163.com. 基金项目: 广西科技发展战略研究专项: 科技立项和专利的代理制度研究(桂科 ZL18077014), 广西教改项目(2018JGB195)

互联网时代商法对创新商业模式保护的功能分析

张欣媛¹

摘要:创新商业模式的法律保护问题已经成为互联网经济发展中不可回避的问题之一, 现行法律思维下习惯将创新商业模式的保护纳入知识产权法与反不正当竞争法的法律体系下, 但商业模式创新技术与专利创造的不匹配性, 反不正当竞争法的中性法益观等问题会使得现行的创新商业模式的法律保护路径并不妥当。而商法作为规制微观市场经济的法律机制, 其内在的经济跟随性、对商业模式承载的商事主体的保护规范、风险分散的规则设置等机制, 使商法具有不同于知识产权与反不正当竞争法的功能优势, 然而现行商法对创新商业模式保护仍缺乏具体可操作的法律规范, 需要与反不正当竞争法、知识产权法进行互动, 以此来填补立法空白导致的法律机制的缺失。

¹ 作者简介: 张欣媛, 华东交通大学经济法学研究生