



知識產權通訊

Intellectual Property Newsletter

主办 知识产权法研究所

2015
第 2 期





法大知識產權通訊

2015 年第 2 期

主办：中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所

顾问：冯晓青

主编：刘瑛

执行编辑：王丽、吴方朔

封面设计：范竹青

征稿邮件：295541907@qq.com

通讯地址：北京市昌平区府学路 27 号中国政法大学知识产权法研究所

Content 目录

前言 | Preface.....1

专题研讨 | Academic Lecture and Salon.....2

- 我国商标授权确权制度理性解读：以最高人民法院《关于审理商标授权确权行政案件司法解释征求意见稿》为考察对象 / 2
- 知识产权侵权损害赔偿制度研究 / 3
- 美国商标法演进 / 5
- 第 18 期法律实务专题：律师出庭之准备与技巧 / 6

学术会议 | Academic Conferences.....7

- 冯晓青教授、张今教授、杨利华副教授、张南博士应邀出席 2015 知识产权南湖论坛“知识产权强国建设”国际研讨会 / 7
- 来小鹏教授、刘瑛教授应邀出席“两岸经贸发展与司法互助研讨会”并发表演讲 / 9
- 冯晓青教授应清华大学法学院邀请出席知识产权行为保全司法解释征求意见稿专家研讨会 / 11
- 冯晓青教授应邀出席全国知识产权法院工作座谈会 / 11
- 冯晓青教授应邀出席首届知识产权法院论坛 / 11
- 冯晓青教授应邀出席促进科技成果转化法修订专家研讨会暨中国法学会 2015 年第 10 次立法专家研讨会 / 12
- 冯晓青教授、李祖明副教授应邀出席中英第九届知识产权沙龙 / 13
- 陈健副教授参加电子商务立法大纲专家研讨会 / 13
- 陈健副教授参加北京大学 2015 电子商务与互联网法治研讨会 / 14

社会活动 | Other Activities.....16

- 冯晓青教授应邀出席最高人民法院知识产权司法保护研究中心揭牌仪式并被聘为中心首届研究员 / 16
- 来小鹏教授参加卓亚网络法治研究中心成立仪式 / 17
- 冯晓青教授、来小鹏教授会见英国曼彻斯特大学法学院知识产权法教师 Jasem 博士并就双方合作事宜进行交流 / 18
- 冯晓青教授会见印度 H K Acharya & Company 专利及商标律师 Rajesh H. Acharya, Ms. Corazon E. Montejou / 19
- 冯晓青教授应邀在华东交通大学举办学术讲座 / 19
- 冯晓青教授、杨利华副教授应邀在江西财经大学举办学术讲座 / 20
- 冯晓青教授接受《当代检察官》杂志总编周作学先生专访 / 20

- 刘瑛教授就琼瑶诉于正侵犯著作权案接受央视采访 / 21
- 陈丽苹教授就国务院下发的《2015 年全国打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品工作要点》发表专家意见 / 22
- 陈丽苹教授应邀为中国广告协会广告知识产权法律法规培训班授课 / 22
- 蔡吉祥教授在“2015 年长沙市企业知识产权战略高级研修班（第一期）”授课 / 23
- 蔡吉祥教授应邀出席长沙经济开发区知识产权宣传周启动仪式并授课 / 23
- 其他社会活动 / 23

科研成果 | Academic Achievements.....24

荣誉成果 | Honors.....26

- 李祖明副教授获得“鸿茅药酒杯 2014 中国地理标志十大先锋人物”称号 / 26

附：（1）专题研讨记录稿.....1

（2）Logo 说明.....21

前言 | PREFACE

《法大知识产权通讯》是由中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所主办的内部电子资讯类刊物，为双月刊，分类汇总中国政法大学知识产权领域教师在每两个月期间从事与知识产权相关的教学、科研、学术会议及其他学术活动、学术成就和荣誉、社会活动、社会兼职等文献和信息，也适当收录知识产权领域相关专业学生活动和成果等方面的文献及信息。本刊收录的文献及信息以中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所全体教师提供的为主，同时也兼及商学院知识产权管理相关专业师生及其他院系师生的知识产权文献及信息。

本刊旨在总结各位教师工作业绩，促进相关知识和信息的交流，同时扩大法大知识产权整体品牌影响力，促进与国内外同行的交流与合作。

本刊由知识产权法研究所所长冯晓青教授担任顾问，知识产权法研究所党总支书记兼副所长刘瑛教授担任主编，研究生王丽、吴方朔担任执行编辑。本刊拟开通以下常规栏目，分别为：

（一）专题研讨 Academic Lecture and Salon

依托中国政法大学民商经济法学院、知识产权法研究所、中国政法大学无形资产管理研究中心等举办的知识产权学术沙龙和专家讲座，聚焦热点学术问题，探讨各方争议观点，对时下知识产权热点话题进行深入剖析和解读。

（二）学术会议 Academic Conference

主要介绍知识产权法研究所和商学院教师所参加的“研讨会”、“座谈会”、“专家论证会”、“论坛”等会议观点和信息。

（三）社会活动 Other Activity

主要介绍除校内讲座和学术会议以外的，教师参加的与知识产权相关的社会活动。主要包括调研、教育培训、专家咨询等活动信息。

（四）科研成果 Academic Achievement

汇总每两个月内教师和学生发表的学术论文、出版的学术专著以及承担的科研项目等信息，并对部分科研成果进行介绍和推介。

（五）师生风采 Honorable Reputation

对教师和学生所获的荣誉称号、奖励等信息进行介绍。

具体到每期，将根据当时收集到的信息灵活安排，并适当增加相关栏目。

希望各位对本刊的发展给予大力支持。

《法大知识产权通讯》编辑

专题研讨 | ACADEMIC LECTURE AND SALON

1、我国商标授权确权制度理性解读：以最高人民法院《关于审理商标授权确权行政案件司法解释征求意见稿》为考察对象

2015 年 3 月 10 日，由中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所主办的学术沙龙第一期隆重举行。

中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所副所长、中华商标协会专家委员会委员、中国政法大学地理标志研究中心主任李祖明副教授主持了此场学术沙龙。由中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所所长、中国知识产权法学研究会副会长、最高人民法院案例指导工作专家委员会委员冯晓青教授主讲，并有幸邀请到了中国政法大学民商经济法学院副院长赵旭东教授和杨秀清教授作为嘉宾出席。本期学术沙龙以正在讨论中的商标授权确权行政案件的司法解释为考察对象，针对已经进行讨论的观点进行深入的剖析和思考，知识产权法研究所全体教师，知识产权法专业硕士和博士及其对知识产权法感兴趣的师生和其他人士参与了此次学术沙龙的研讨。

首先，主持人李祖明副教授对沙龙主题简单做了介绍。他指出修改后的商标法自去年开始实施后，在理论界和实务界的反响很大。按照惯例商标法修改后，最高人民法院会出台审理商标案件的司法解释，这一次修改后商标法总体的司法解释处于起草阶段，在商标授权确权案件审理上首先出台了一个司法解释。司法解释草案向社会各界广泛征求意见，其中有些内容修

改的程度比较大，所以有必要组织一次有关新商标法司法解释的学术沙龙。

在对出席沙龙的嘉宾赵旭东教授和杨秀清教授表示热烈欢迎后，接下来本期学术沙龙进入了最重要的阶段，由冯晓青教授为在场人士逐条解析《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征求意见稿》。冯晓青教授首先向大家分享了关于意见稿标题的三种不同观点，在场师生就这些观点进行了热烈的讨论并纷纷给出了自己的意见。接下来冯晓青教授就意见稿的内容重点展开。对于规定中的商标授权确权行政案件类型、人民法院的审查范围、商标大规模抢注行为、禁止注册商标的情形、关于立体商标和驰名商标的规定等意见稿中的重要条文向大家进行了详细解读和深入剖析，在指出争议后阐述了自己的观点，并与在场师生交流了各自的看法和意见。

最后，沙龙进入了最热烈的讨论阶段。会场气氛浓烈，师生们各抒己见，针对意见稿中争议颇大的诸如意见稿的拟题和商标抢注等问题提出的观点既贴近司法实践又有理论深度，对全体参与学术沙龙研讨的硕士生和博士生来说可谓是一场视听盛宴。

本次学术沙龙，不仅向参与此次学术沙龙的师生提供了一个相互交流的平台，也给在场的同学们提出了新的问题，引发了新的思考，对同学们来说不仅是知识上的增加，也有学习态度和学习方法上的启迪。本期学术沙龙最终在师生们热烈的掌声中落下了帷幕，取得了圆满成功。

2、知识产权侵权损害赔偿制度研究

2015年3月24日，中国政法大学民商经济法学院系列沙龙第二期——知识产权法专场在中国政法大学学院路校区科研楼举行。本次学术沙龙由知识产权法研究所所长冯晓青教授主持，陈健副教授主讲，众多知识产权法专业的硕士生与博士生参与了此次学术沙龙的研讨。

陈健老师首先提到：“由于知识产权损害赔偿制度都是从民法的损害赔偿制度移植过来的，这种直接的移植是否适用于知识产权的损害赔偿制度是值得商榷的，或者说这种简单的移植带来了很大的不适应性。”

针对这一问题，陈健老师首先对有形财产的损害和知识产权损害进行了区别。陈健老师认为，知识产权的损害本质上是对知识产权权利人市场优势地位的损害；知识产权侵权可能发生在知识产品本身没有被侵害的情况下；知识产权侵权存在超额求偿的问题。

接下来，陈健老师对于我国的知识产权损害赔偿现状进行了介绍，认为我国目前的知识产权法律制度，一是将侵权的获益数额与侵权所造成的损害数额混同起来，二是侵权所得和权利人损失难以证明。针对这些问题，陈老师给出了自己的完善建议，即通过建立知识产权损害赔偿评估机制和完善因果关系原则来解决知识产权侵权损害难以确定的问题。目前我国的损害赔偿数额多是法官自由裁量的结果，并不具有科学性，因此应当建立知识产权损害赔偿评估机制，将评估律师事务所引入知识产权损害赔偿制度中。

冯晓青教授也提出了自己的看法和观点，他说：“第一，研究知识产权侵权应当充分注意到其与物权等有形财产损害之间的区别；第二，商誉是不是知识产权的概念、是不是一种权利、知识产权中到底存不存在商誉的损害问题，这些问题都值得探讨；第三，知识产权评估在我国是一项非常薄弱、亟待完善的制度。”

到场的硕士生、博士生随后也都提出了自己对知识产权侵权损害赔偿问题的看法，现场气氛热烈，本期沙龙取得圆满成功。



3、美国商标法演进



图为 Llew Gibbons、Lars Smith 与知识产权法硕士生合影

2015 年 4 月 20 日下午,中国政法大学中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所学术沙龙第三期在中国政法大学学院路校区(研究生院)科研楼科地 201 隆重举行。本次学术沙龙邀请了美国托立多大学法学院知识产权法教授 Llew Gibbons 和美国路易斯维尔法学院知识产权法教授 Lars Smith 作为主讲人。中国政法大学民商经济法学院知识产权

法研究所副教授陈健主持本次沙龙,讲师张南担任翻译。

本次学术沙龙讨论的主题是:“美国商标法的演进。”两位教授为同学们带来了精彩的演讲。首先,Lars Smith 教授对美国的非传统商标作了概述。他指出,美国,成文法对商标的定义很宽松,判例更是扩大了非传统商标的范围。非传统商标没有一个明确的定义,它是指的除传统商标以外的所有商标,包括外观、动态、形状、声音、气味等。他着重讲述了商业形象在美国商标法中的保护情况,还列举了熨烫板颜色,威士忌封口蜡等一系列生动形象的例子使大家能够对非传统商标有更直观的理解。

Llew Gibbons 对非传统商标进行了更深层次的讲述。他幽默风趣的讲演风格使得现场传来阵阵笑声。他对非传统商标识别商品来源作用和是否具有功能性等问题进行了深入的探讨。他指出,如果声音、气味等本身属于商品的一部分,是为实现商品的功能而服务的,那么就不具有显著性,不能作为商标获得保护。但是如果这种声音或者气味等附加到了无关的商品上,那么其就具有显著性,可以申请注册商标。他列举了苹果公司产品外观、麦当劳整体形象、兰

博基尼开车门动作商标等例子，深入浅出，频繁和现场互动，取得了良好的效果。

主题发言结束后进入了交流阶段，同学们踊跃参与，就美国商标法中的问题向两位教授请教，现场氛围非常活跃。两位教授也对提问进行了耐心的解答，到场的同学都表示从本次的讲座中受益颇多。本期学术沙龙在同学们热烈的掌声中落下帷幕，取得了圆满成功。

4、第 18 期法律实务专题：律师出庭之准备与技巧

2015 年 4 月 10 日，刘瑛教授主持在中国政法大学举办的“第 18 期法律实务专题讲座——律师出庭之准备与技巧”。主讲人是中国国际经济贸易仲裁员刘广滨律师和北京金台律师事务所卢秋羽律师。刘律师认为在实务工作中“出庭是一种仪式”，律师应当不仅仅注重法庭技巧，而出庭仪式前的准备是非常重要的，进而将律师的事先工作分为三步，即了解事实（通过开会、调查等）、分析与形成方案、达成目标，并将这三个步骤——加以详细的解释，把理论寓于实践之中，清晰明了同时不乏趣味性。知识产权法诊所每学期都会请法官、仲裁员或律师走进课堂，结合法律诊所教学内容，做一次法律实务专题讲座，已经坚持 10 年，独树一帜，形成了深受学生欢迎的专题讲座品牌。



学术会议 | ACADEMIC CONFERENCE

1、冯晓青教授、张今教授、杨利华副教授、张南博士应邀出席 2015 知识产权南湖论坛 “知识产权强国建设” 国际研讨会



图为冯晓青、张南、英国 LEEDS 大学教授 Graham Dutfield 和澳大利亚国立大学教授 Peter Drahos 于 2015 南湖论坛合影

2015 年 4 月 18-19 日，中国政法大学知识产权法研究所冯晓青教授、张今教授、杨利华副教授、张南博士应邀出席了 2015 知识产权南湖论坛 “知识产权强国建设” 国际研讨会。

本次会议在南京市召开，主办方为中南财经政法大学、南京理工大学、国家知识产权局保护协调司、国家新闻出版广电总局（国家版权局）版权

管理司，承办方有中南财经政法大学知识产权研究中心、南京理工大学知识产权学院、中国知识产权协同创新中心、腾讯公司、国家保护知识产权工作研究基地、国家知识产权战略研究基地、国家知识产权培训（湖北）基地、国家版权局国际版权研究基地、文化部知识产权研究中心、文化部民族民间文艺发展中心法制研究基地、江苏省知识产权发展研究中心、知识产权与区域发展协同创新中心等，支持单位包括江苏省知识产权局、武汉市科技局（知识产权局）。

本次会议云集了一大批国内外著名的知识产权专家学者，共约参会代表 500 人之多。中

南财经政法大学资深教授、知识产权研究中心主任、南京理工大学知识产权学院名誉院长吴汉东主持了会议开幕式。江苏省人民政府领导、中南财经政法大学校长杨灿明教授、南京理工大学校长王晓锋教授，中国知识产权研究会理事长、国家知识产权局原局长、中南财经政法大学教授、知识产权学院院长、南京理工大学知识产权学院理事会理事长、名誉院长田力普，中国知识产权法学研究会会长、中国人民大学刘春田教授，腾讯公司江波副总裁先后致辞。

在 18 日上午 9:40—12:00 进行了大会主题发言，由中国知识产权法学研究会常务副会长、中国社会科学院知识产权中心主任李明德教授，北京大学张平教授共同主持。发言人及主题分别是 国家知识产权局原局长、中南财经政法大学教授、知识产权学院王景川名誉院长：关于知识产权强国建设的若干思考；德国马普知识产权



左起依次为武志孝博士、杨利华副教授、刘知涵博士、陈啸博士

研究所 (MPI) 所长、慕尼黑大学 (LMU) 名誉教授) 瑞托·赫尔提 (Reto M. Hilty) : Building a Powerful IPR Country ; 最高人民法院民三庭副庭长金克胜 : 知识产权司法保护的发展 ; 澳大利亚社会科学院士、澳大利亚国立大学教授、知识管理与发展中心主任彼得·达沃豪斯 (Peter Drahos) : The Regulatory State and Intellectual Property ; 江苏省知识产权局领导 ; 英国利兹大学教授、牛津大学知识产权研究中心资深成员格拉罕姆·杜菲尔德 (Graham Dutfield) : Meeting the Challenge of an Emerging Technology: Promoting Innovation in Synthetic Biology ; 韩国江原大学法学院专门大学院教授郑镇根 : Cases related to tort theory on non-copyrightable works in KOREA.

从 18 日下午开始，开始同时进行各分论坛研讨。各分论坛主题是：分论坛一：文化繁荣与著作权制度；分论坛二：品牌经济与商标制度；分论坛三：创新发展与专利制度；分论坛四：知识产权强省建设。知识产权法研究所冯晓青教授在分论坛二中进行了专题演讲。演讲主题为：我国企业品牌强国战略及其实施策略探讨。张今教授担任“网络时代音乐著作权”分论坛评议人。

会议还在 19 日上午举行了全国知识产权优秀博士论文评奖结果发布会。冯晓青教授指导的博士生付继存博士博士论文《著作权法的价值构造》成功入选。陈健教授的论文《试论功能性限定的认定与等同侵权判断》收录于此次会议论文集。



图为张今教授担任“网络时代音乐著作权”分论坛评议人

本次会议取得了圆满成功。

2、来小鹏教授、刘瑛教授应邀出席“两岸经贸发展与司法互助研讨会”并发表演讲



2015 年 4 月 25 日，中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所来小鹏教授、刘瑛教授应台湾财产法暨经济法研究协会的邀请，赴台参加在圆山大饭店隆重举行的“两岸经贸发展与司法互助研讨会”。台湾前法务部部长、

海峡两岸法学交流协会创办人廖正豪；前法务部部长、台湾法学研究交流协会理事长施茂林；台湾前教育部部长、考选部部长、现佛光大学校长杨朝祥；现任台湾财产法暨经济法研究协会理事长、台北大学法律学院兼任教授吴光明等出席此次会议并发表讲话。



此次会议 两岸产官学界等近百人与会 围绕“两岸经贸的发展新趋势”、“两岸法治发展”、“两岸民商法律与司法互助实务”等议题展开研讨。

来小鹏教授发表题为《福建自贸区与两岸专利合作及保护》的演讲并担任与谈人，刘瑛教授发表了题为《两岸经贸关系中企业著作权保护》的演讲。



3、冯晓青教授应清华大学法学院邀请出席知识产权行为保全司法解释征求意见稿专家研讨会

2015 年 4 月 28 日，冯晓青教授应清华大学法学院邀请出席了知识产权行为保全司法解释征求意见稿专家研讨会。出席本次会议的专家有最高人民法院知识产权审判庭副庭长金克胜教授、审判长周翔博士、郎贵梅法官等来自法院系统的法官，以及来自高校的诸多知识产权专家学者。冯晓青教授在第一个讨论环节发表了对征求意见稿的若干意见。会议取得了圆满成功。

4、冯晓青教授应邀出席全国知识产权法院工作座谈会

2015 年 4 月 23 日，冯晓青教授应最高人民法院邀请出席了全国知识产权法院工作座谈会。最高人民法院陶凯元副院长、知识产权庭庭长宋晓明，中央司改办副主任黄太云，北上广知识产权法院院长、副院长和对应高级人民法院知识产权主管副院长等法官，以及来自中国人民大学、清华大学、中国政法大学、华东政法大学、对外经济贸易大学的五位专家出席了本次会议。会议进行了热烈的研讨，最后陶凯元副院长做了重要讲话。会议取得了圆满成功。

5、冯晓青教授应邀出席首届知识产权法院论坛

2015 年 4 月 16-17 日，冯晓青教授应邀出席了首届知识产权法院论坛。本次论坛由中国

人民大学知识产权学院和北京知识产权研究会联合举办，支持单位有：北京市高级人民法院知识产权审判庭、北京知识产权法院、北京市知识产权局、中国知识产权法学研究会等，会议地点是北京世纪金源大饭店。

本次从会议开幕式由中国人民大学知识产权学院副院长郭禾教授主持，最高人民法院知识产权审判庭庭长宋晓明、北京知识产权法院院长宿迟，中国人民大学知识产权学院院长、知识产权法学研究会会长刘春田教授，北京市知识产权局副局长潘新胜做了主题发言。会议分中国知识产权法院的创设与未来、知识产权司法保护与创新发展、知识产权司法保护-诉讼保全措施的运用、知识产权司法保护-举证责任与损害赔偿的确定等专题。还举行了圆桌会议，由北京知识产权法院副院长陈锦川主持。

冯晓青教授在知识产权司法保护与创新发展部分担任评议人，对与会专家观点进行了分类评述，肯定了知识产权司法保护对创新发展的重要作用。本次会议取得了圆满成功。

6、冯晓青教授应邀出席促进科技成果转化法修订专家研讨会暨中国法学会 2015 年第 10 次立法专家研讨会

2015 年 3 月 24 日下午，冯晓青教授应邀出席促进科技成果转化法修订专家研讨会暨中国法学会 2015 年第 10 次立法专家研讨会。冯晓青教授在专家研讨会中，对促进科技成果转化法修订草案的有关内容提出了若干意见与建议，如增加对“科技成果”的定义，以明确该法的调整范围；增加科技成果转化人才培养机制建设规定，增加科技成果转化中介服务机制建设规定，强化法律责任规定等。本次会议由中国法学会组织，中国知识产权法学研究会会长刘春田教授及中国科技法学会会长段瑞春教授共同主持。会议取得了圆满成功。

7、冯晓青教授、李祖明副教授应邀出席中英第九届知识产权沙龙

2015 年 3 月 3 日，冯晓青教授应邀出席中英第九届知识产权沙龙。本次沙龙讨论的主题是地理标志保护理论与实践问题。会议规模约一百人。中国政法大学地理标记研究中心主任、知识产权法研究所副所长李祖明副教授致开幕词，并作为沙龙对话专家之一。学术活动中，冯晓青教授与与会者进行了深入交流。本次活动取得了圆满成功。

8、陈健副教授参加电子商务立法大纲专家研讨会



2015 年 4 月 1 日至 3 日，电子商务法立法大纲专家研讨会在杭州召开。全国人大常委会副委员长张平出席会议并讲话。全国人大财经委副主任委员吕祖善、彭森，省人大常委会副主任茅临生、冯明等出席会议。我校陈健副教授参加了此次会议。据悉，电子商务法立法工作 2013 年底正式启动，预计今年完成草案起草，

明年提交全国人大常委会审议。

张平指出，电子商务发展迅猛，成为新常态下中国经济发展新引擎和“互联网+”时代大众创业新平台，同时也有亟需解决的矛盾和问题，立法迫在眉睫。党的十八届四中全会提出全面推进依法治国，要立



法先行。电子商务立法要为电子商务持续健康发展发挥引领、推动、示范和保障作用，要有针对性和前瞻性，突出问题导向，解决电子商务领域的主要矛盾和关键问题，同时为创新和参与全球电子商务留足空间。要坚持科学立法、民主立法，深入调研听取多方声音，立一部管用的良法。

来自全国人大财经委和国家有关部门、各地企业代表和法律专家等百余人，就电子商务的立法定位、立法宗旨原则、立法框架和主要内容、跨境电子商务等方面深入研讨，并实地调研了阿里巴巴集团和中国（杭州）跨境电子商务综合试验区等。

9、陈健副教授参加北京大学 2015 电子商务与互联网法治研讨会

2015 年 4 月 26 日，北京大学电子商务与互联网法治研讨会在北京大学法学院凯原楼学术报告厅召开。北京大学法学院院长张守文教授、全国人大财经委调研室副主任施禹之、京东集团 CHO、总法律顾问隆雨在开幕式上致辞。来自政府行政机关的代表、多所高校的专家学者及司法机关的权威法官参加了此次会议，在会上各方代表都从其独特地视角出发，对互联网环境下电子商务在实务中的法律困境及其解决方案展开了全面的探讨。

此次研讨会共分为电子商务立法；电子商务与知识产权；互联网热点问题；互联网前沿法律问题四个单元。参会各方分别从立法、司法、理论和实务等方面对电子商务与互联网法治这一议题展开了热烈的讨论。



社会活动 | OTHER ACTIVITY

1、冯晓青教授应邀出席最高人民法院知识产权司法保护研究中心揭牌仪式并被聘为中心首届研究员



2015 年 3 月 3 日,冯晓青教授应邀出席最高人民法院知识产权司法保护研究中心揭牌仪式并被聘为中心首批研究员。最高人民法院知识产权司法保护研究中心是由最高人民法院批准成立的学术性研究机构,首批被聘任的研究员主要由现任资深法官和著名知识产权学者担任,如最高人

民法院知识产权审判庭庭长、副庭长、审判长,部分高级人民法院知识产权审判庭庭长或副院长,北京、上海及广州知识产权法院院长或副院长,来自高校的如刘春田教授、吴汉东教授、李明德教授等,共计 28 人。最高人民法院院长周强、副院长沈德咏、李少平及陶凯元等领导出席。周强院长亲自为各位研究员颁发了聘书。活动中还成立了学术委员



会，学者中刘春田教授、吴汉东教授担任学术委员会副主任，李明德教授担任委员。揭牌和颁发聘书仪式结束后，吴汉东教授和宋鱼水副院长分别代表学者和法官进行了专题发言，最后周院长做了重要讲话。中心揭牌及研究员聘书颁发活动结束后，与会者与最高人民法院周强院长及三位副院长等领导一起合影。接着，举行了首轮知识产权司法理论 research 座谈会。

冯晓青教授担任该中心研究员后，将在知识产权司法保护理论与实务方面加强研究，以此为推动我国知识产权司法保护尽绵薄之力。

2、来小鹏教授参加卓亚网络法治研究中心成立仪式



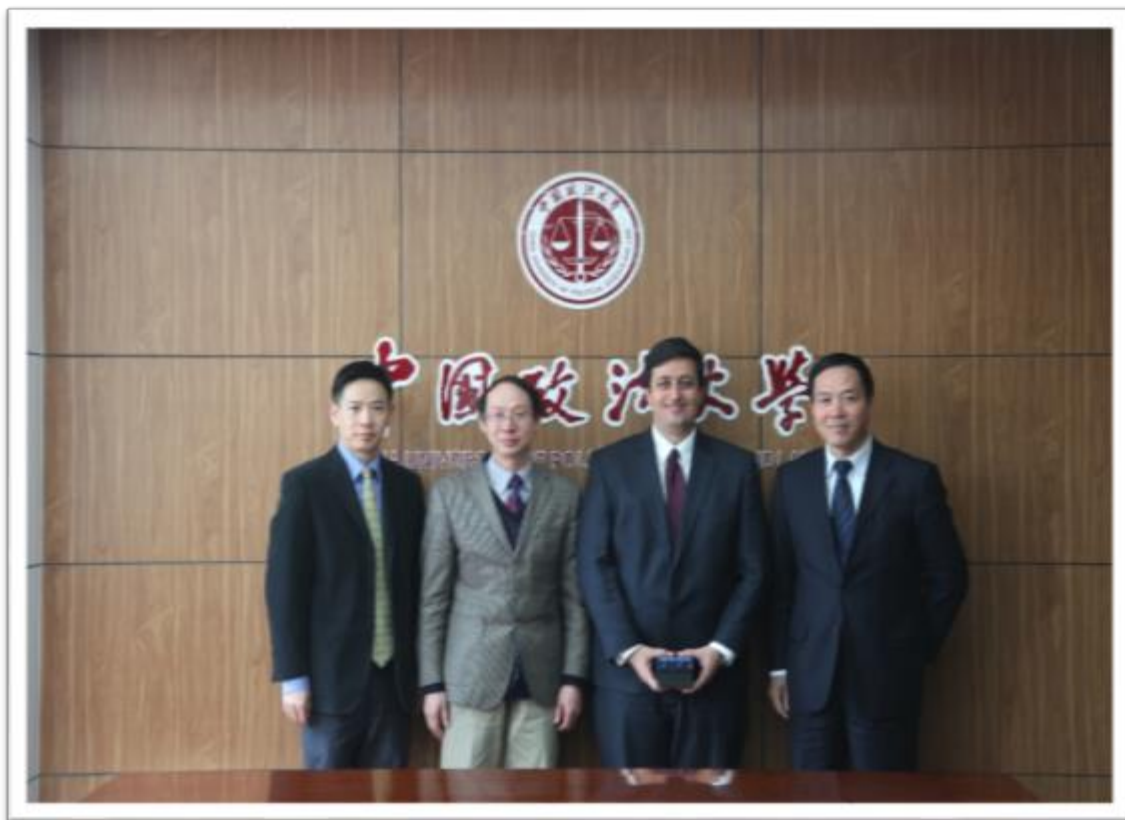
2015 年 4 月 19 日，卓亚网络法治研究中心在京成立。中国政法大学民商经济法学院来小鹏教授参加了此次成立会议。该中心作为北京卓亚经济社会发展研究中心网络法治研究平台，将致力于我国网络法治重大问题的研究，为互联网产业发展提供服务。

中心成立后将系统梳理我国网络立法的发展历史、现状及存在的问题，提出我国网络立法基本框架和网络立法可行性路线图。同时，中心作为网络法律研究平台，将针对我国互联网产业和企业的实际需求，为促进互联网行业的发展提供法律支持和保障。



3、冯晓青教授、来小鹏教授会见英国曼彻斯特大学法学院知识产权法教师 Jasem 博士并就双方合作事宜进行交流

2015 年 3 月 24 日上午，冯晓青教授、来小鹏教授应中国政法大学国际交流处邀请，会见了来访的英国曼彻斯特大学法学院知识产权法教师 Jasem 博士，并就双方在人才培养、学术交流等方面的合作事宜进行了对话。参加会见和交流的还有中国际交流与合作处处长助理等有关代表。会见后，Jasem 博士为学校知识产权法专业博士和硕士生举办了一场学术讲座，主题为英国商标制度的状况与发展。本次会见和学术活动取得了圆满成功。



4、冯晓青教授会见印度 H K Acharya & Company 专利及商标律师 Rajesh H. Acharya, Ms. Corazon E. Montejoou

2015 年 3 月 13 日，冯晓青教授在所在的北京天驰洪范律师事务所会见了印度 H K Acharya & Company 资深专利及商标律师 Rajesh H. Acharya, Ms. Corazon E. Montejoou。双方就开展中印之间知识产权业务以及相关的知识产权学术交流和合作进行了充分的交流。会谈取得了圆满成功。



5、冯晓青教授应邀在华东交通大学举办学术讲座

2015 年 4 月 20 日，冯晓青教授应华东交通大学人文社会科学学院法学系邀请，为该校师生就“创新驱动视野下我国专利法制实施的理论思考与展望”主题，举办了一场学术讲座。

冯晓青教授系统阐述了创新与专利制度之间的密切关系以及我国专利法律制度在实现创新驱动发展战略中的重要地位和历史使命。然后,就如何发挥我国专利法激励创新的作用以及专利法在创新驱动发展战略环境下的变革等问题进行了深度分析。讲座取得了圆满成功。

6、冯晓青教授、杨利华副教授应邀在江西财经大学举办学术讲座

2015 年 4 月 20 日,冯晓青教授、杨利华副教授应江西财经大学法学院邀请,以“我国专利法实施 30 年反思与展望”为题,举办了一场学术讲座。冯晓青教授、杨利华副教授剖析了新中国专利法的诞生、专利法修改与国际接轨、专利权的行政保护、专利法实施存在的问题,以及专利法的改革与完善等问题。讲座取得了圆满成功。



7、冯晓青教授接受《当代检察官》杂志总编周作学先生专访

2015 年 3 月 20 日,冯晓青教授接受了《当代检察官》杂志总编周作学先生专访。本次专访的主题是关于我国专利法实施 30 周年的总结和展望。总编周作学先生就我国专利法出台的背景、专利法 30 年中的重要修订和发展,具有中国特色的专利保护模式、检察机关如何做好专利保护工作、建立知识产权法院对我国专利保护的影响、我国专利制度发展的前景等问题

与冯晓青教授进行了深入的座谈。采访内容在《当代检察官》杂志(月刊)2015 年第 4 期“高端访谈”栏目发表,题目为:创新驱动发展战略视野下的专利法。



7、刘瑛教授就琼瑶诉于正侵犯著作权案接受央视采访

2015 年 4 月 23 日,刘瑛教授接受中央电视台《社会与法·一线》栏目就琼瑶诉于正侵犯著作权案进行采访。采访问题诸如:《梅花烙》不同形式作品的著作权主体是谁?电视剧中的“桥段”是否受著作权法保护?引用、借鉴与抄袭的关系是什么?如何判定?假如侵权,《宫锁连城》侵犯了《梅花烙》剧本及小说的哪些著作权?为什么?在台湾地区获取的著作权转让登记证明,如何适用?目前电视剧侵权案例日益增多的原因何在?赔礼道歉作为承担著作权法律责任的一种方式,如何执行?等等。刘瑛教授对上述著作权相关问题做了深入、细



致的分析和释疑,并对文化影视领域的作者们提出了建议。该采访将在琼于案二审判决后播出。

8、陈丽苹教授就国务院下发的《2015 年全国打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品工作要点》发表专家意见

2015 年 4 月 9 日,中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所陈丽苹教授接受财新网记者电话采访,就 4 月 9 日国务院下发的《2015 年全国打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品工作要点》发表专家意见。在《意见》中,加强立法顶层设计放在了今年工作的首位。针对记者关心的这一问题,陈丽苹教授从知识产权执法部门的多方性,解读了立法顶层设计对规范各执法机构的权责,协调各执法机构工作关系,提高知识产权执法力度和效率的意义。该意见发表在 4 月 10 日财新网公司频道。

9、陈丽苹教授应邀为中国广告协会广告知识产权法律法规培训班授课



2015 年 4 月 28-29 日,中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所陈丽苹教授应中国广告协会的邀请,为中国广告协会在河南洛阳举办的“广告知识产权法律法规培训班”进行授课。这是中广协第一次举办有关广告知识产权问题的培训。陈丽苹教授与中国商标学会副秘书长及金诚同达律师事务所的合伙人律师一起,为来自全国主要媒体、广告公司的 100 多位学员从理论、实务方面全方位地就广告知识产权法律问题

进行了培训和讨论。学员的热烈反响出乎中广协意料，中广协表示今年将再次举办培训。

10、蔡吉祥教授在“2015 年长沙市企业知识产权战略高级研修班（第一期）”授课

2015 年 3 月 25 日，应中国知识产权培训中心和长沙市知识产权局的邀请，蔡吉祥教授在“2015 年长沙市企业知识产权战略高级研修班（第一期）”向来自长沙市的 80 多名企业负责人讲授“拟上市公司知识产权规划及无形资产经营”，授课内容具体包括：知识产权作为无形资产在 21 世纪的财富效应、公司上市前的知识产权规划、公司上市后的无形资产经营等，深受全体学员及主办单位的欢迎。

11、蔡吉祥教授应邀出席长沙经济开发区知识产权宣传周启动仪式并授课

2015 年 4 月 23 日，应长沙经济开发区的邀请，蔡吉祥教授出席该地区的“知识产权宣传周”的启动仪式，并面向来自当地的 200 多名企业负责人讲授“知识产权规划与无形资产经营”，深受企业的欢迎，并就有关知识产权的疑难问题，进行了认真的解答。

12、其他社会活动

【1】陈丽苹：2015 年 1 月开始，作为课题组第一成员参与国家工商局电子立法大纲及法律草案建议课题研究。

【2】陈健：当选海淀区人民法院知识产权案件陪审员、九三学社北京市法律委员会委员

【3】张南：2015 年 4 月起，担任中国卫生法学会医药知识产权专业委员会委员

科研成果 | ACADEMIC ACHIEVEMENT

署名形式	书名或标题	出版社或刊物名称	出版或发表时间	备注
冯晓青 著	企业知识产权战略（第 4 版）	知识产权出版社	2015 年 4 月	普通高等教育“十二五”国家级规划教材
冯晓青，王翔	我国知识产权学历教育及教学科研机构研究	武陵学刊	2015 年第 3 期	
冯晓青	企业知识产权战略协同初论	湖南社会科学	2015 年第 2 期	CSSCI
冯晓青	INTERNATIONALIZATION AND LOCAL ELEMENTS: RESEARCH ON RECENT AMENDMENTS TO THE	Akron Intellectual Property Journal	2015 年第 1 期	美国，PP.104-176.

	TRADEMARK LAW OF CHINA			
陈丽苹、王长清	外观设计保护模式的思考 与探讨	邵阳学院学报	2015 年第 1 期	
刘瑛	两岸经贸关系中企业著作 权保护	两岸经贸发展与司 法互助第一届学术 论文集	2015 年 3 月	

荣誉成果 | HONOR

李祖明副教授获得“鸿茅药酒杯 2014 中国地理标志十大先锋人物”称号



2015 年 4 月 1 日，“鸿茅药酒杯 2014 中国地理标志十大先锋人物”评选结果最终揭晓，他们是李祖明、康红、阿布力克木·候赛因、张昌礼、宋宪宗、林开祥、杨永岗、赖俊杰、李江、胡志魁，中国政法大学知识产权法研究所李祖明副教授获得此称号。

颁奖词：知行合一

学者的广博远见、高瞻远瞩和悲天悯人的现实关怀，让他在中国地理标志的研究和保护进行艰难地探寻。循着这条路，我们深深感受到了他对事业的执著，心怀布衣、情满三农的人生境界。

他积极呼吁建立起以《商标法》为基础的地理标志保护体系，开创性提出：地理标志保护应当包括对地理标志产业的保护。为了让科研成果转化为生产力，他创办了三味地理标志网作为研究平台。

治学，他严谨求实，追求境界。

治事，他不拘一格，至臻至善。

知学问，行阡陌，创造新天地；

布衣暖，菜根香，诗书滋味长。

他得其“三味”，塑造人生。

附：(1) 专题研讨记录稿

【第一期】

主题：我国商标授权确权制度理性解读——以最高人民法院《关于审理商标授权确权行政案件司法解释征求意见稿》为考察对象

主讲人：冯晓青教授

中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所所长、中国知识产权法学研究会副会长、最高人民法院案例指导工作专家委员会委员

主持人：李祖明副教授

中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所副所长、中华商标协会专家委员会委员、中国政法大学地理标志研究中心主任

出席嘉宾：赵旭东、杨秀清教授

中国政法大学民商经济法学院副院长

参会人员：知识产权法研究所全体教师、知识产权法专业硕博士（含法硕知识产权法研究方向）及其他对知识产权感兴趣的师生和其他人士

举办单位：中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所

时间：3 月 10 日 15:00——17:30

地点：科研楼地 201

李祖明：

感谢大家来参加知识产权法研究所的学术沙龙。今天是沙龙的第一期，主题是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。2013 年修改后的商标法自 2014 年年 5 月 1 日开始实施，对很多地方进行了修改，在理论界和实务界反响很大。按照惯例，商标法修改以后，最高人民法院会出台审理商标案件的司法解释，这一次修改后商标法总体的司法解释也在起草中，在商标授权确权案件审理上首先出台了一个司法解释。司法解释草案已经在广泛征求意见了，我们知识产权研究所的部分老师也参加了人民法院主持的有关司法解释的研讨会。草案有些内容修改程度比较大，晓青教授在重庆也参加了最高人民法院知识产权审判庭组织的该司法解释制定的专家研讨会，可谓是深有体会。所以今天我们组织了一次有关修改后商标法司法解释的学术沙龙。今天我们非常有幸请到了民商经济法学院副院长，

著名的杨秀清教授、赵旭东教授，让我们以热烈的掌声欢迎他们的到来！

杨秀清：

我今天是本着学习的态度来的。我们学校学科分化太细致了，我自己在研究过程中就发现如若遇上知识产权诉讼或者与之相关的问题，缺少知识产权法这块内容是无法行得通的，所以我本人是持着学习的态度来的。老师之间的交流，老师与学生之间的交流这种机会都是非常难得的，更应该好好珍惜此种机会来进行交流学习，下面宝贵的时间就交给专门研究这块内容的专家教授进行研讨交流。

李祖明：

大家的气氛还是比较活跃的，沙龙最后我们会留出大概半个小时的时间来让大家进行提问交流，下面请冯教授给我们作报告。

冯晓青：

大家下午好！这次是知识产权法研究所学术沙龙第一期，以前曾以中国政法大学无形资产管理中心为举办单位组织了两个品牌——学术沙龙和专家讲座，一共持续了 3 年多（还会继续），共 40 场，详细的内容在冯晓青知识产权网站上可以找到具体记录。现在新版法大知识产权网马上要上线，每一期学习内容都将会在网站刊登，老师开设的个人网站都会优先转载，希望我们同学都来积极参与这种学术沙龙活动，老师之间，老师和同学之间将会进行灵活的互动交流。这次沙龙的主题即商标授权确权行政案件的司法解释处于正在进行时，争议比较多，创新幅度比较大，可能要到今年年底才会最终出台，所以给我们留下了相当充足的思考余地。我们有职责将有关立法、司法方面的意见直接呈报给立法机关，如果言之有理都有可能使提出的意见得到接受。今天沙龙大家有什么好的意见、启发，我们经过整理后都可以给最高人民法院知识产权庭。

现在我们进入正题。时间有限，我将结合上一次讨论我知道的一些专家对一些重要条款的观点和自己的观点与大家进行学习交流，解读和评论。

我们一般很少对司法解释的标题产生争议。我们在讨论第一条之前首先对标题进行解读。关于标题有三种不同的观点。究竟是授权行政案件，还是确权行政案件，抑或是授权确权行政案件？有些专家认为应该称为确权行政案件，法院在审理商标案件的时候，基本上不提授权。商标分为注册商标和未注册商标，未注册商标不能冠以授权，经过注册才能称得上是授权，经过使用而未注册的商标是不能够用授权二字来指代的，只能说是确权，针对一些在先使用的，以不正当手段抢注的行为，是对权利的一种确认，这种说法得到了诸多学者、专家、法官、商标局和商标评审委员会的赞同。有些专家和法官持第二种观点，他们认为最好还是维持现状，授权是针对申请方面的，经过申请而最终取得权利称为授权；而关于确权官方文件则没有过多思考这个问题。

大家考虑一下，商标授权和确权是不是一种行政行为？行政行为是不是类似于一种许可？因此有些专家主张称为授权行政案件比较好。我们国家的商标法以注册主义为主，既然强调注册了那么授权就没有任何问题了，所以第二种观点认为称作授权行政案件比较适当些。有些专家认为商标权不是一种自然的权利，我们要经过审查，所以称为授权是比较好的。第三种观点认为就是包括我本人在内的有一部分代表就认为授权确权不用进行修改，就是考虑到注册、未注册和驰名商标有些是要通过行政机关来授予其商标权，有些则是通过纠纷而要赋予其一定的保护。在商标局和商标评审委员会阶段多为授权行为，之后若是就商标产生了争议进入诉讼程序时，就归入到商标确权的行政案件范畴了。我们可以看出，就标题的拟定意见纷呈。针对这个法理问题我们可以再做进一步的探讨。下面我们将就规定的具体内容展开讨论。

第 1 条大家没有太多的争议，修改后的行政诉讼法已经出台，商标授权确权案件是不是应该适用其规定？这是值得大家思考的。

第 2 条是关于审查范围的规定，其讨论余地相较就大多了。在这里我就一些专家和自己的观点抛砖

引玉。当事人包不包括第三人？理由是实体理由还是也包括程序上的理由呢？修改后行政诉讼法强调全面审查，商标授权确权行政案件可以援引全面审查制度吗？法官之间的意见不甚一致。北京市高级人民法院知识产权庭周波法官强调根据行政诉讼法第 87 条要实施全面审查。第三人提出的观点、理由和事实等要不要纳入审查的范围呢？在全面审查下毫无疑问都要进行审查。这一条规定的后半段其实就是在说明要进行全面审查。大家可以结合规定第 27 条实质性审查进行思考，27 条强调了就实体问题均应做出审理，这样就存在第 2 条与第 27 条的一个衔接问题，大家思考一下实质性审查与审查范围是否存在联系，实际上二者是密切相关的。与此同时有些法官（例如北京知识产权法院芮松艳法官）也反对全面引进全面审查原则，法官的工作量会急剧增加。对于此种行政案件，我们是依申请审查还是全面审查原则？有些法官认为第 2 条其实为依职权审查提供了法律上的依据，在商标评审委员会的认定存在明显错误时，人民法院可以依职权审查。总体上第 2 条在理论和实务上存在的矛盾和冲突不小。

李祖明：

首先应该还在合法行为后面再加上合规行为，有些行为虽然没有违法，但是可能会违反相应的法规。其次就是在评审阶段主张过的事实在诉讼阶段没有提及，行政诉讼中可以进行全面审查，但是司法实践那么多年，法院一直秉持不告不理的态度。法院是不是可以在庭审阶段中提起，启发当事人将事实向法院进行主张。再者针对第 1 条还有一些情况没有被纳入，例如当事人对商标评审委员会作出的异议决定不服，这种情况法院是有意将之排除在其审理的商标行政案件类型范围，至于内部原因不甚清楚，我们可以就此再进行探讨。

冯晓青：

李老师提出的意见很好。接下来我们结合修改后商标法第 4 条和第 44 条来看一下争议也较大的第 3 条。此条规定的价值得到了广泛的认同，因为现在存在较多的大规模抢注行为，但是这一条的规定是否存在问题有着较大的争议。什么叫大量？什么叫缺乏正当理由？有没有一个量化的标准，这就给司法操作带来了诸多问题。这些限定存在着较大的不确定性。还有一个问题就是这个规定范围是不是过大了，不太合理？有的法官和学者就不是很赞同。第 3 条过分干涉了申请和注册商标的自由，有一定知名度这个标准是不是过低了，有一定知名度的商标多如牛毛，对这样的商标不予注册或者宣告无效，不免有违背公平原则之嫌。我认为第 3 条应该要有一定的限制，我们对没有注册的驰名商标都没有进行跨类保护，只有注册了的驰名商标我们才给予跨类保护，有一定的知名度不同或者不相类似的商品范围是不是太大了，我认为应该要加以一定的限制。上次会议上，江苏省高级人民法院知识产权庭汤茂仁法官在我发言的基础上进行了补充。他认为未注册商品的在先使用问题，如果他人在相同或者类似商品上已经注册了，则不存在抢注问题。刘春田教授认为这一条规定与商标法的体系不太匹配。抢注行为不正当，法律肯定要进行规制，但若一个拥有民事行为能力的人注册了大量商标没有使用就要面临被撤销或者宣告无效的危险，这个是在一定问题的。我们不能在商标注册的时候判断申请人是否具有真正使用的意图，尽管修改后商标法第 4 条我们讲的是自然人、法人或者其他组织在生产经营活动中若要取得商标专用权必须要向商标局提出注册申请。但是申请的时候商标局要不要去考虑一下你有没有使用的意图呢？没有。使用的意图和使用的行为不是一回事，故刘教授不太赞成这一规定。还有一种观点认为对于个人或者单位大量申请注册商标的行为，法律上不要去限制它，很多企业可能会从未来的商标或者品牌战略来进行考虑，我们说商标是一种私权，为什么要去禁止它呢？而缺乏正当理由又没有说清楚，所以这一条缺乏一定的实用意义，其意图对他人大量注册商标的行为作出一定限制的规定理论和实务界存在不同的看法。

我们接着看规定的第 4、5 条，这两条都是针对商标法第 10 条作出的规定，我们就放在一起进行讨论。第 4 条规定是关于禁止商标注册的情况，涉及中华人民共和国的国家名称。就第 5 条的不良影响我们要作出一定的区分。究竟是标志本身还是商标注册申请行为存在不良影响，大家看看这是不是一回事。周波法官认为以前的司法政策限制在标志本身，申请注册下来后可能会有不良影响。我记得我受律

协的邀请进行一次讲座的时候，有个律师给我讲了一个案子。他说他的当事人申请了一个地名商标大寨，所以西部的大寨就提出了异议，理由就是具有不良影响。这个案子说明了你注册下来的标识可能会存在这种情况。

第 5 条讲的是构成其他不良影响的，我认为这一条还要再加上外交因素。因为注册可能会涉及外国的一些因素，商标法第 10 条第二款涉及公众人物姓名，大家可能会想到一个很有名的案件——乔丹案件。福建乔丹体育用品有限公司申请注册乔丹商标用于体育用品，乔丹我们都知道是美国体育明星，美国人乔丹对其提起诉讼可能并不是为了金钱，而有可能是出于一种炒作，因为半年以后乔丹在中国的新产品就上市了，这个案子相当于为他做了一次免费的广告，所以我们说知识产权诉讼有时候是出于一种战略意蕴，有时候它不是为了维权或者赔偿，它可能是想在商业竞争里获取一种优势。

回到规定的第 5 条上来，争议还是存在的。公众人物是不是只是体育人物或者明星，抑或政治人物是否也包含在内，怎么界定公众人物，这涉及不同的规范。我们把人家的名字注册商标，因为可能造成不良的影响不予注册我们强调的是不是混淆，这时候禁止注册的理由事实上不是混淆，而是实际上姓名涉及侵犯人家姓名权。我们接着看商标法第 10 条的第三款是关于将已死亡自然人姓名注册为商标，之前有个案例涉及这点。鲁迅的笔名广为人知，在其仙逝后其名字被他人注册成商标，后来其继承人以会造成不良影响为由向法院提起了诉讼。而该条第三款并没有限定是知名人物，我们要不要把他限定为有一定知名度的自然人呢？华东政法大学知识产权学院副院长黄武双教授认为不良影响的范围不能扩张得太厉害，一个人没有什么知名度的时候可以放在第 15 条在先姓名权来解决，就没有必要放在第三款来作出规定，如果有知名度的话第二款就可以解决。

接下来我们来看规定的第 6 条，出现了两个版本，大家更为赞同哪一种？我比较赞同第二种观点，这体现出不同的价值取向。第二种意见第一款考虑到相关公众从严规定了不能作为商标注册的情况，那是不是绝对不行呢？特殊情况下作出了不同的规定。Zippo 打火机在别的国家得到了顺利注册，但是在我们国家注册遇到了障碍，商标局认为方块状的立体商标设计得太简单了，但其实还是包含有很个性的东西。当然我们不是强调一个商标在其他很多国家得到注册了在中国也必然能够得到注册，这个案子进入了行政诉讼。对于第三款我认为为了避免把公有领域的领域转为专有，进一步从严立体商标的保护，我觉得还要再加上一个限制——能够将该标识与特定的使用人产生联系，从而具有商标识别功能可以认定为其具有显著特征。我只要看到长方体块状的打火机，我就知道是美国 Zippo 公司的，从而具有商标识别功能从逻辑上来讲也顺理成章，这个时候才可以认定为其有显著性。

接下来我们看到规定的第 7 条和第 8 条，这两条是主要关于驰名商标的规定。第 7 条在认定是否与未注册驰名商标产生混淆的时候考虑了四种因素。大家看一下第二种因素，我认为应该把“或者关联”四个字删掉。因为未注册驰名商标是不能够进行跨类保护的，所以应予以删除。第 8 条在认定是否与注册驰名商标是否混淆的六个因素中，我认为第四个因素应该改为“两商标分别使用的类似或者关联商品情况”，已注册驰名商标是可以跨类的，所以应该既考虑类似商品，也要考虑不类似商品。

接下来我们看到规定的第 10 条，即关于认定驰名商标的法定顺序。第二种意见认为此条规定多此一举，应该删掉。我认为这条应该予以删除，这无疑是把法官套牢了，按照公式一步一步来，完全没有必要对其认定顺序作出规定。

我们再看到规定的第 13 条，问题主要有：首先，地理标志权利人的提法不太恰当，改成利害关系人更为适宜些。其次，地理标志的权利保护范围是否应该涉及类似商品？我国现行法以商标法的形式对地理标志进行保护，商标法的基本理念和原则也应该在地理标志的保护中得到应用。针对地理标志的保护主要有两种意见。其中一种认为在后注册申请人应该同前面的申请人有所区别。

李祖明：

对于地理标志的这两种规定，我都不太赞同。根据第二种的逻辑已经注册的商标不能对抗在后的地理标志，已经注册的地理标志也不能对抗他人的商标申请。这样规定完全与商标法内在的逻辑相违背。第一种意见也有很多的问题，限于时间问题，我们可以搞一个专门的沙龙进行详细讨论。相对而言北京

市高级人民法院在这方面的规定相较合理。

冯晓青：

针对在先著作权的保护，征求意见稿也有两种意见。根据我们现场的统计，大多数人认同第二种意见。我个人比较认同第一种。实际上，这两种意见在本质上并没有太大的区别，只是行文、思路略有不同。

李祖明：

根据商标代理人的意见，他们认为根据第一种意见商标公告、商标注册证可以作为权利人对商标享有著作权的初步证据，因为实践中很少有人会保留创作过程的证据。而根据第二种意见商标公告、商标注册证则不能作为权利人对商标享有著作权的初步证据。这可能跟个人所代表的利益有关。

冯晓青：

根据第 16 条的规定，它基本上将在先字号看成商标来保护了，对此我不是很赞同，因为字号和商标在本质上是不同的。这样一来无形中对字号的保护就扩大了。

至于第 17 条，有学者认为完全是画蛇添足，我也认为第 17 条实际上没有什么意义去规定。本来在实践中是没有问题的，这样规定反而带来了新的问题。

对于 19 条“复制、模仿、翻译驰名商标的恶意认定”对于恶意的认定要不要加应知，加上了是不是就扩大了也是有争议的。

对于第 20 条“共存协议”，根据这一条的规定：“如果在诉讼阶段，引证商标权利人与诉争商标权利人达成协议，同意在后商标注册的，人民法院可以准许”。这样规定是有问题的，虽然从法理上商标是私权，但它毕竟涉及比较强烈的公共利益色彩，如商品流通竞争的秩序、广大消费者的利益。因此并不能仅仅因为引证商标权利人与诉争商标权利人达成协议法院就予以认定。我认为要加上一个限制：如果在诉讼阶段，引证商标权利人与诉争商标权利人达成协议，同意在后商标注册且不损害公共利益的，人民法院可以准许。或者要求诉争商标权利人采取一定的措施，施加一定的区别性标记，以免造成消费者混淆。

第 21 条“违法法定程序”涉及行政法的问题。有一种观点认为“人民法院依法予以支持”中的“依法”两个字没有必要。

第 24 条“一事不再理”，该原则是所有程序法的一个重要原则。这个原则在知识产权法中适用的比例还比较少。我曾经处理过这样的一个案件。当时原、被告各有一个字号，在原告之前的起诉中，法院判决被告构成侵权，应当赔偿原告，但不能撤销被告的字号。后来原告的产品销售到哪里，被告的产品就跟到哪里，由于原被告的字号是一样的，销售同样的产品。后来原告再次在另一个省的中级人民法院进行起诉，提出的请求是要求被告停止使用字号。此时是否适用一事不再理法官就犯难了。

王殊：

是否构成“一事不再理”关键看两者是否是相同的法律关系。

杨秀清：

针对“一事不再理”之前的法律并没有进行过明确的规定。根据最新的司法解释，一事不再理有三个标准：一是当事人相同，第二诉讼请求完全相同，第三后边的请求如果导致了前边的生效判决被推翻，这时候一般认定为构成“一事不再理”。

王殊：

对于这类案件，需要判断的标准主要有：一个是诉求是否相同，另外它们的诉讼类别是否相同。如

果前面是确权之诉，后面是侵权之诉，就属于不同的类型。

冯晓青：

对于规定中的第 25 条“商标注册人死亡或者终止”有意见提到应当注意到吊销营业执照和没有使用意图是两回事。吊销营业执照阶段处于商标申请阶段，此时不能一概认定为没有使用的意图。另外一种意见则是认为干脆删除这一条。法律不理琐事，应当关注个案的特殊性和法官的主动性。

限于时间，就不再对该解释的其他部分进行逐条解读。下面请大家自由讨论，谈谈自己对该司法解释的想法和补充。

李祖明：

“商标抢注”严格来说它并不是一个法律概念。我国在 2001 年的《商标法》中就对商标抢注行为进行了规制。后来法律变更为允许你抢注，但在先抢注人继续使用的则不视为侵权。实践中商标抢注主要是为了将抢注的商标卖给在先使用人，如果在先使用人不购买商标权人就告其侵权。2013 年新修订的商标法对这种行为实际上作了一个釜底抽薪的规定。

同时考虑到商标法以对这种行为进行了一个釜底抽薪的规定，此时最高人民法院再以司法解释的方式对大规模抢注行为进行规制，已没有多少实际意义。同时司法解释征求意见稿中关于本条的规定，还存在比较模糊的问题。如“大量申请”的表达，究竟何为大量？申请五个算不算大量，如果五个不够那十个呢？大量的界线在哪并没有给出详细说明。什么叫有一定的知名度也不好举证。

此外，现阶段商标局在全国范围内鼓励商标注册，另一方面有反对申请人大规模注册，这本身就是充满矛盾的。而且 TRIPS 协议对商标注册也根本不以使用为条件。

陈健：

这个题目是有问题的。授权和确权严格来说是两回事。比如说房屋登记实际上它只是一种确权，因为当我完成交易，住进去以后权利就已经存在了。而知识产权如我们今天讨论的商标，它实际上是一种国家行政机关的授权行为，因为申请人原来没有这个权利。确权需要申请人在申请之前就有这个权利。

冯晓青：

由于我国采取的是注册主义，所以有学者主张拿掉确权二字，将标题改为《最高人民法院关于审理商标授权行政案件若干问题的规定》。

王殊：

它是关于商标授权确权这两类行政案件若干问题的规定，标题的意思是给所有这类案件相关的授权法律给出一个具体的规定，并不是只管授权或者确权一方面的事情。我个人的看法是确权问题可能根本就不在法院，否则可能导致两个机关打架或者认定的结果不统一。

李祖明：

陈老师的意思是商标局和商标评审委员会很多的工作实际上是不涉及确权的。如很多年前讨论的驰名商标的认定到底是什么性质的权利？根据法律规定除了商标局以外法院也可以进行驰名商标的认定，我个人认为驰名商标就是一个对于事实的认定，从这个角度来讲法院是进行驰名商标认定的。

杨秀清：

我对商标案件理解的可能不是太准确，仅从民事诉讼的角度我谈谈自己的看法。由于在商标的确权问题上也有行政案件，这推翻了我之前认为确权案件属于民事案件的想法。如果确权问题属于民事案件，那么在这个司法解释中就应该将确权二字删除。

李祖明：

知识产权案件与普通的民事案件是不同的。由于商标权涉及国家行政机关的授权行为，其中发生的权属纠纷不可能仅仅当事人双方达成一致就能得到完美解决。

王殊：

由于商标权属纠纷与普通的民事权属纠纷不同，它必须先经过商标评审委员会，法院要审理的实际上是行政机关确权的行政行为本身是否合法。

李祖明：

陈健老师的意思是即使法院在审理这种纠纷时，审理的也还是当初的授权行为是否合法、合理。

杨秀清：

由于标题中的行政案件对前面的限定作用，标题中不应当有确权二字。

冯晓青：

如果按照约定俗成的做法，我觉得标题可能不会作修改，因为 2010 年的那个司法解释就是叫《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》。2010 年的时候尽管在讨论的过程中争论很大，但最后还是授权确权的提法占了上风。我现在也还是接受这种提法。在申请注册的过程中由于我国是注册保护主义，申请的过程无疑为授权，但是在申请人取得权利以后又发生了纠纷，这个时候再叫授权可能就略显不合适了，因为在商标局完成授权以后，当事人就已经取得了商标权。

由于时间有限，今天的讨论就到此为止，我们知识产权法研究所的学术沙龙计划以后每个月举行一期，之后两期的专题分别是：《美国商标制度及其实务分析》（四月份，美国教授应邀主讲）、陈健老师《知识产权损害赔偿制度完善》（五月份）。同时无形资产管理研究中心的活动也同时展开，与这个活动相互呼应。欢迎大家届时能够踊跃参加。

这次活动到此圆满结束，感谢大家的参加！

（整理人：蒙向东、徐相昆，中国政法大学民商经济法学院 2014 级知识产权法专业硕士研究生）

【第二期】

主题：知识产权侵权损害赔偿制度研究

主持人：冯晓青

中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所所长、教授、博士生导师、法学博士

主讲人：陈健

中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所副教授、法学博士

地点：法大学院路校区科研楼**时间：**2015 年 3 月 24 日

陈健老师：

我今天讲的是知识产权侵权损害赔偿制度的完善。知识产权侵权的损害赔偿数额过少是在诉讼中出现的一个很重要的问题，以至于很多知识产权人经过长时间的诉讼也拿不到多少损害赔偿。此外，最近最高人民法院又要加大知识产权侵权损害赔偿的力度，给一个 4-5 倍的赔偿。由于知识产权与有形财产的损失不同，是比较虚幻的，很难去具体计算出来。这导致了法院在对知识产权侵权进行损害赔偿判定的时候，长期的过轻了；同时，还面临着过重的问题。那么知识产权一旦发生了侵权，面对这种畸轻畸重，它的损失应该如何去计算？

由于知识产权侵权损害赔偿的这一整套制度都是从民法的损害赔偿制度移植过来的，这种直接的移植是否适用于知识产权的损害赔偿制度是值得商榷的，或者说这种简单的移植带来了很大的不适应性。

针对这些问题，本次讲座主要从以下三个方面进行展开：

- 一、有形财产损害和知识产权侵权损害的区别；
- 二、现行我国知识产权侵权损害赔偿和学理上关于知识产权侵权损害赔偿的观点；
- 三、知识产权侵权损害赔偿制度的完善建议。

下面我们进行第一个方面的讲述。有形财产损害和知识产权侵权损害的区别大体可以从以下四个方面进行理解：

第一，知识产权侵权的损失更多的是对知识产权权利人市场优势和市场地位的损害。即在知识产权侵权过程中并没有造成知识产权本身的伤害，因为知识产权本身具有使用上的非排他性，可以被无限地无损复制，以至于对智力成果是无法造成真正的侵害的。这导致在对知识产权实施侵害的时候，权利人可能根本就不知道，只有当侵权事实被知识产权人发现以后，权利人才知道自己的智力成果受到了侵害。这是知识产权相比于有形财产一个非常重要的不同点。对于有形财产比如你的自行车丢了，你很容易发现，而智力成果却不是这样的。

第二，知识产品本身并没有受到侵权行为的任何影响。智力成果不会丢失，也不会用任何的磨损、破坏，因此对知识产权的侵权损害并不表现为对智力成果的侵害，而表现为对知识产权权利人经营行为、市场优势和市场地位的侵害。如对著作权的侵害通常表现抄袭、剽窃、任意的复制等，这些行为并没有给作品本身带来任何的伤害，侵害的是作者本身在市场上的销售份额。同样的，在商标法上亦是如

此，在相同或者近似的商品上使用相同或者近似的标志构成商标侵权，而这种侵权行为并没有对被侵害的商标造成真正的影响，商标权人亦然对自己的商标进行使用。但是，商标权人自身的生产和经营却受到了干扰，这是因为这个原因商标的侵权经常和反不正当竞争结合在一起。专利的侵权也表现为仿制他人的专利，但真正对权利人造成损害的还是专利权人本身的市场优势。即对知识产权的侵权真正影响的是知识产权人的获利能力，从这个意义上讲知识产权的侵权损害赔偿不存在返还的问题，更应该侧重于对侵权行为和停止和弥补因侵权行为对知识产权人所造成的不利后果，追究侵权行为发生以后给知识产权人带来的经济损害，尤其是知识产权人市场优势和市场地位上的损害。即对知识产权的损害赔偿关键的不是要恢复知识产权本身，而是要恢复知识产权人原有的在市场上的地位。

此外，还有学者认为对知识产权的侵害还会带来知识产权权利人的精神损害，我认为这种说法是不会的。用精神损害去描述知识产权侵权所产生的商誉的损害，固然可以这样说，但实质上它并不是对知识产权人精神上的损害。即使在著作权的侵权行为中，这类侵犯精神权利的案子也没有多少，专利里面的署名权也很少因为仿制行为而受到侵害。知识产权侵权带来的另一个损害是一种潜在的损害，如对驰名商标的仿冒，导致公众对驰名商标本身的误解。商标侵权不只是给商标权人市场利益的损害，还会影响到商标权人的商誉。基于这一点在商标法上发展出了联想理论，所谓联想理论是指对于商标的影射只要会因为隐射而造成了社会公众对商标的印象干扰的话，这种影响就要被制止。由于我国商标法只是规定了对已经造成的损害进行赔偿，因此应该在新一轮的修法过程中加入对这种损害的赔偿。

第三，知识产权侵权可能给知识产权人带来利益。这是和有形财产损害另一个不一样的地方。比如说因为盗版提高了人们对原版图书的注意程度，导致正版作品的销售量增加；人们对侵权衍生作品的关注带来原作品销量的提高等。再比如在商标侵权过程中由于假冒商品的销售促使人们对某种品牌的认知，从而带来了促进对正版商品的销售的情况。因此在知识产权的损害赔偿中也应当考虑因为侵权给知识产权人带来的利益是否可以折抵给知识产权人带来的损失。

第四，知识产权侵权有可能存在超额求偿的问题。如知识产权侵权在多地多次发生以后，权利人在多地提起多个诉讼。此时法院在无法确定具体损害数额的时候按照法定赔偿标准进行赔偿，在 100 万之下想一个数，结果是第一个地方赔了 50 万，第二个地方赔了 60 万，第三个地方赔了 70 万，最后加起来可能会超过权利人因为遭受侵权带来的知识产权实际损失。再如因共同侵权而分别提起诉讼，最后的判决算下来也可能会超过真正的损害赔偿数额。

针对第二个方面，我想介绍一下我国的知识产权侵权损害赔偿现状，目前的知识产权侵权损害赔偿数额是怎么计算的。我们都知道我国现行法是按照权利人因侵权行为而实际受到的损失来进行计算；实际损失难以确定的可以按照侵权人侵权所获得的利益加以确定，赔偿数额还包括权利人为制止侵权行为而支付的合理开支。专利法上的算法是：权利人因被侵权所受到的实际损失=专利权人的专利产品因侵权减少的销售量总数×每件专利产品的合理利润，权利人因侵权减少的销售量总数难以确定的，权利人因被侵权所受到的实际损失=侵权产品在市场上的销售总数×每件专利产品的合理利润。侵权人因侵权所获得的利益可以根据该侵权产品在市场上的销售总数×每件专利产品的合理利润进行计算。对于完全以侵权为业的侵权人，可以按照销售利润来计算。在著作权上的算法和专利大体上一样。商标法上的侵权所获利润=侵权商品销售量×该商品单位利润。该商品单位利润无法查明的，按照注册商标商品的单位利润来算。因侵权受到的损失=权利人因侵权造成的商品销售减少量/侵权商品销售量×注册商标商品的单位利润。

存在的问题：

一、将侵权的获益数额和侵权所造成的损害数额混同了起来。实际上两者并不等同，实际情况是或者侵权人的获益数额大于被侵权人的损失数额，或者被侵权人的损失数额大于侵权人的获益数额。当被侵权人的受损数额大或者侵权人的获益数额大时究竟该怎么计算，立法者并没有给出明确的答复。

二、这两个原则很难用具体的证据去证明：怎么用证据证明权利人在市场上的销售减少量？侵权人的侵权产品在市场上的销售量又该如何证明？其次，这两个数额都是比较虚的，并不足以去判定。实践

中更有法院单纯地以查封扣押的侵权产品的数额来算。在计算侵权损害赔偿数额的时候应当明确权利人销售减少的数额它是由于何种原因造成的，如也可能是因为权利人自身的经营不善而造成的，此时就不能再单纯地以权利人销售数额的减少量作为计算基础。侵权产品在市场上的销售数额也不能简单地作为侵权损害赔偿的计算基础，侵权行为只是再其中占有一定比例的贡献。例如我仿制了你的东西，然后我在市场上销售，也可能是因为我在里面添加了一些我自己的东西，导致了我们的产品卖的比你还好，导致我在市场上占了很大的比例。侵权人的销售数额中侵权行为究竟占了多少比例的贡献？这个也必须计算出，否则单纯以侵权人的市场销售量来作为依据是不准确的。单纯地以查封扣押的侵权产品的数额来算也是不对的，我的确制造了那么多的侵权产品，但我卖没卖的出去呢？如果这些产品没有流入市场是否真正的给权利人造成了损害？

目前学界关于知识产权侵权损害赔偿大体上有两个意见。一些学者认为只有侵权人按照给权利人造成的实际损害来计算赔偿标准才是公平合理的。还有一些学者认为当权利人的损失小于侵权人的获益时，以权利人的损失作为赔偿标准是不对的，因为它对侵权人的惩罚并不足以震慑侵权行为。因此，必要的情况下应当对侵权人的获益进行合理的分割，分割的结果要给侵权人一定的威慑，又要避免抑制社会效率。但问题是并没有提出究竟该如何计算分割的方法，这是它的问题所在。

针对最后一个方面，关于知识产权侵权损害赔偿制度的完善建议。建立知识产权侵权损害赔偿评估机制和因果关系原则。目前我国的损害赔偿数额多是由法官自由发挥、预估决定的，并不具有科学性，因此应当在我国建立知识产权侵权损害赔偿评估机制，将评估律师事务所引入知识产权侵权损害赔偿当中。同时建议因果关系原则，在知识产权侵权损害赔偿中所面临的主要问题不在于什么样的赔偿原则能够充分的维护知识产权人的利益。现在的关键问题是不管什么样的赔偿原则其本身都难以贯彻。充分考虑到不同因素在当中的作用，才能真正准确计算知识产权的损害赔偿制度，在具体的案件中权利人的损失往往不仅仅是侵权人的行为所致，权利人自身销售量的减少也可能是因为市场上其他竞争对手的出现加剧了竞争而导致的，或者权利人自身营销策略的变化、自身销售能力的变化都可能导致权利人的销售量下降。因此法院在认定的时候应当综合考虑各种要素在形成知识产权本身损害占有的贡献和比例。知识产权人销售的减少是因为整体市场低迷还是竞争加剧或者权利人自己经营不善造成的，都应当由评估机构进行计算。因此，应当以因果关系是否存在作为知识产权侵权损害赔偿的基础，只有在知识产权侵权损害赔偿数额计算中还应当扣除知识产权人自身经营不善等多种因素造成的损失。法院在认定赔偿数额的时候，两种数额应该都进行考虑，不能单纯地由于查封侵权产品、盗版作品而直接用查封扣押的数额直接乘以利润。

完善知识产权侵权损害赔偿的举证规则。一个是证据披露，一个是证据妨碍制度，这个制度在商标法中已经引入，如果商标侵权的财务报表在被告手里，而被告提供假的，法院就可以因为你证据妨碍了而直接按照原告的主张进行认定。另一个方面是加大证据保全，依赖证据保全在诉前去控制相关的证据材料或者尽可能的减少侵权的发生是比较好的。还有就是强化证据程序，权利人为计算损失需从侵权人处获得相关证据，可以引入证据开示，即侵权人有义务提供侵权产品的财务报表，这一条能不能实现尚有疑问。因为很多商标侵权人根本不做帐或者做假账，导致现在法院在进行知识产权赔偿的时候也不好办，最终不得不归入法定赔偿，随便想一个数。让侵权人一方提出减少赔偿的数额，来证明那些损失不应该由他来赔可能更合适。如果在知识产权侵权损害赔偿中设置了评估师事务所，那么在评估中双方当事人就可能在评估机构中就知识产权侵权损害赔偿数额加以举证，这时候被告就有动机去剔除那些与知识产权侵权人获益或知识产权人损失没有因果关系的那些因素来具体的计算出知识产权侵权损害赔偿数额。

三、设置商誉损害的赔偿机制。对这种损害我认为也需要有评估机构进行评估。还有一种叫潜在损害，所谓潜在损害是指侵权人制造并销售他人的专利是 50 个单位，而市场上对这种产品的需求原来是 100 个单位，由于侵权人挤占了权利人的 50 个单位，并且同时还因为粗制滥造损害了权利人的声誉导致了市场上对此种产品的总需求量下降，结果导致了权利人的经济收入严重减少。这就是知识产权侵权对权利人造成的潜在的损失，即由于商誉受到影响而造成的损失。而且这种损失无法具体计算，只能通过

相应评估。

知识产权侵权损失还应当考虑侵权人侵权未获益但给权利人造成的损失。

最后还应当引入公平原则。在一些侵权下，知识产权侵权反而会给权利人带来额外利益。那么这些利益要不要由权利人返还给侵权人呢？有学者认为不应该，理由是权利人的利益是由于侵权行为带来的，这种利益就没有必要返还给侵权人或者在侵权损害赔偿中得以考虑。我认为，在计算侵权损失时，一方面要计算侵权人对权利人造成的损失，另一方面也要计算权利人因侵权而受到的利益。两相平衡，才真正是侵权的结果。在建立知识产权侵权赔偿公平原则的时候，还应当考虑多次求偿的问题。当知识产权权利人在不同的地域起诉而试图获得更多的赔偿的时候，每一地的赔偿应当坚持因果关系原则，只赔偿与发生在这一地域的侵权行为有切实因果关系的数额。只有这样，多个地方的侵权损害赔偿相加才不会过度超过知识产权人本身受到的损失，知识产权侵权赔偿就会得到一个公平的解决方案。如果以现在的法定赔偿数额来确定的话，每个法院都进行估算，那么最后权利人得到的赔偿就会超额。

综上所述，我国目前的知识产权侵权赔偿制度存在很多问题，不能简单适用现在目前知识产权法中的侵权计算公式。在认定侵权数额的时候，有很多复杂的因素得以考虑。因此应当引入知识产权侵权损害赔偿评估机制。并且在这个机制下，引导侵权人主动提出不构成侵权而不应当计算在侵权损害赔偿当中的证明材料，并且将知识产权权利人商誉损失以及额外获益因素等考虑进来，及时消除知识产权人的多处求偿机会，才能够真正计算出知识产权侵权损害赔偿的数额，使侵权人受到公平的处罚，知识产权人受到公平的补偿。

冯晓青老师：

感谢陈老师所做的精彩发言！我作为主持人，谈一下自己的感受和看法。大家注意到陈老师的这个演讲有几个非常新颖的观点，有很多启发我们的地方。

第一，我们研究知识产权侵权，一定要注意知识产权侵权本身与物权等有形财产损害是不一样的。因为知识产权本身的非消耗性、可重复使用性，知识产权本身没有损失。损害的是知识产权权利人市场竞争力，是权利人市场优势地位的丧失。美国的一篇文章，论证了专利侵权赔偿计算可以利用一种反推——如果没有侵权，会发什么什么。如果没有侵权，那么相关市场都是权利人的，侵权人因为其侵权行为挤占了权利人的市场。因此应当对权利人市场减少的部分进行补偿。

第二，陈健老师提到了知识产权侵权有三方面的损害，其中商誉本身是不是一个知识产权的概念、是不是一种权利、存不存在损害、知识产权到底存不存在商誉的损害问题，这些都是值得探讨的。

第三点，我们认定侵权，有两个关键词，一个是评估，另一个是因果关系。现在我们国家对于知识产权评估一项是非常薄弱的，无论是从业人员、机构、水平、各方面理论研究实际上问题很多。2007 年 2 月份，我在我们学校主持了一场知识产权大型国际会议。当时有一家美国知识产权评估公司，而他们的职员基本上都是经济学的博士，既有知识产权相关法律知识，又懂数学和经济学。这家公司有一套完整的流程、公式以及参数变量来对知识产权侵权损害问题进行确定，供法院进行参考。我们国家别说知识产权侵权损害评估，连知识产权评估都很不完善。

还有因侵权而给权利人带来利益，这对一般人来说逻辑上不容易接受。如果侵权人给权利人带来的利益更多，权利人是否反而应当对这部分利益进行返还？知识产权侵权是否应该适用公平原则这个观点，大家可以有不同意见。对造成衍生利益怎么处置这个问题也需要深入思考。

知识产权侵权赔偿是一个非常疑难的问题，我在这里给大家介绍三个案例。

第一个是在我早些年在中国人民大学参加专家论证的案子，微软对某电商的总部一两千台电脑中的一百多台进行了盗版抽样检测，发现只有少部分是使用了正版操作系统。微软就向法院提出两千四百多万的赔偿，计算依据是按照抽查中盗版的比例进行换算。被告某电商认为这种推算是不合理的。

第二个案子我最近以律师身份代理的，也是发生在电商中。原告对自己的损失无法举证，其销量也确实较低，但是被告的商品通过淘宝、天猫、京东的销售记录是可以获取和证明的。这就出现问题了，淘宝、天猫、京东的销售数据是否公正，虽然有公证程序。即使是可靠的，那么侵权人的销售额是否都

是因为侵权产生的呢？

第三个是最高法院前段审理的再审案（涉及图书的商业秘密侵权案）。虽然原告一审、二审都获胜了，但是赔偿数额非常低。法院认为原告无法提供被告的实际销售量，其次也不能证明侵权人的利润在多大程度上是因为侵犯其商业秘密带来的。因此驳回了再审请求。

这三个案例都反映了在实践中知识产权侵权损害赔偿的疑难。

大家对陈健老师的观点有什么意见，可以充分交流下。

吴坤（知识产权法专业博士生）：

陈健老师，会不会出现这样一种情况，最终确定的侵权损害赔偿额大于权利人损失额，这部分差额会不会有惩罚性赔偿的效应呢？这是否超出了民法保护的补偿性原则。

陈健老师：

知识产权侵权中侵权方获利与权利人损失不同是一个非常常见的问题，如果只按民法的补足原则，那么很有可能会鼓励了侵权行为。

吴坤：

那么可不可能建立一种机制，对多余实际损失的赔偿建立一个公众基金，来补偿其他没有得到补偿的人。这样的话既没有突破民法的原则，又遏制了侵权行为。

此外，我认为知识产权侵权之所难以确定侵权额，是因为知识产权的价值难以界定。我想问下两位老师，对于知识产权价值评估，有什么具体的方法。特别是冯老师刚才介绍的美国公司，我非常感兴趣。

冯晓青老师：

这涉及知识产权评估的问题，在现在的相关知识产权评估书籍里面基本有三种方法。基于不同的评估目的，有不同的评估计算公式和结果。比如说基于会计计价，而这当中涉及计算成本问题又有历史成本和购置成本两个计算。但是知识产权的价值跟成本没有很大关系，所以第二种方法是市场法，就是在市场上购置一个同样的知识产权需要多少钱。实际上这里面也存在假设，因为知识产权具有专有性，很难去寻找一个完全具有替代性的知识产权。第三种方法最合理，叫受益法，通过计算在知识产权有效期内给权利人带来的盈利的能力。这根据业绩等按照一定的公式可以算出。第三种方法得出的结果与知识产权的真实价值最吻合。对企业来讲，知识产权最重要的是能给企业带来多少利益。

陈健老师：

无形资产评估在我们国家大概有十年历史了。2004 年开始有公司从事这一行业。在这十年也应该积累了一些经验，也有发展。而且我们国家资产评估协会也在进行知识产权评估的研究。我认为我们会慢慢积累经验，对知识产权的评估会逐渐完善，更科学，更客观。在未来十年肯定有新的成果和方法。

同学：

老师刚才提到侵犯著作权对名誉的损害。但我不大明白到底是哪些名誉损失。比如侵犯著作权典型的盗版，可能其中侵犯了复制权、发行权和信息网络传播权，但这些权利都可以通过财产权来衡量。

陈健老师：

对著作人身权的损害在衍生作品侵权的情况下比较明显，而在单纯盗版问题中，可能因为印刷质量以及错别字等情况对作者的名誉造成影响。

费氧（知识产权法专业硕士生）：

陈健老师你在之前的演讲中主要提到的实际损失额确定问题，在一定程度上重新界定了实际损失的概念。那么你的这套理论与惩罚性赔偿是如何调和的？

陈健老师：

我在写这些的时候并没有考虑惩罚性赔偿。惩罚性赔偿是额外的一套体系，它是在侵权人有多次或者严重的侵权时候启动的。惩罚性赔偿和全面赔偿是两个问题。在全面赔偿的基础上也可以进行惩罚性赔偿。

冯晓青老师：

我补充一点，知识产权侵权和其他民事侵权不同，本质还是归结于知识产权的权利性质。它本质上是一种禁止权。按照剑桥大学一位教授的观点，知识产权本质是对权利人对市场份额控制的权利。侵权行为实质上瓜分了一部分份额。

同学：

我问一个问题，如果一家外国企业的商业秘密在中国被公开了，但没有投入使用，对其市场竞争优势造成损失，那么外国企业的商业秘密能不能受到保护。

陈健老师：

外国企业的商业秘密在我国也应当受到保护。通过竞争法来确定。

冯晓青老师：

商业秘密侵权损失在我们竞争法里也采用了专利法、商标法等模式，但多了“可得利益的丧失”，这就是我之前提到的反推法。

民法所老师：

大家好，我是民法所的老师，我发表下我的看法。刚才陈健老师的演讲有很多有启发的内容。知识产权侵权的本质，与一般民法有形财产侵权不同，是对权利人市场优势、市场份额、市场利益的损失。但我认为这种这种特殊性并没有突破民法侵权法现有框架。知识产权侵权损失可以表现为现实利益的减少和可得利益的损失，现实利益的减少可以通过直接证据证明。知识产权侵权基本上都是可得利益的损失，可得利益的损失丧失的是未来利益，要用直接证据证明就会非常困难。这就是知识产权侵权证明的难点所在。因此，为了解决损害数额问题，主张赔偿，需要通过这个举证方式来证明。在知识产权法中的实际损害，在侵权法上也是用证据进行盖然性证明的一个推定。那么由于有时候这种实际损失基于各种原因也很难计算，因此为了有利于权利人的救济，需要外部方式，即按照侵权人的侵权利益作为损害额。这些只是计算损失的一种方式，或者说证明损害事实这个要件的一个方法。所以在这个问题上，存不存在侵权人所获利益比权利人损失要大这个问题呢？这个在理论上是不存在的。因为实际损失也好获利额也好都要受因果关系规则的制约，那么不相等的一部分说明没有因果关系制约。在侵权人获益也不能证明的侵权下，采用法定数额推定损害事实存在。

另外，关于商誉是否独立赔偿的问题。我认为这个问题也是不存在的。侵害知识产权暂不说会不会侵害商誉问题，商誉对于商法人而言它实质上就表现在财产上的损害，商誉降低的结果是市场占有率降低，最终表现为财产损失。所以侵权责任法上对商誉损失的赔偿只能是财产的赔偿。商誉的损害和权利

人要主张的财产损失完全是一致的。

第三，知识产权侵权，我们缺少的是给法官更多的价值指引。知识产权侵权涉及大量的因果关系。民法上因果关系证明需要分两次来证明，第一次证明是侵权行为是否成立，其加害行为与损害事实是否有因果关系，其次是加害行为在多大程度上与损害事实有因果关系。知识产权侵权很多问题表现为因果关系的第二次证明上。虽然现在知识产权评估已经有了相应发展，但是评估知识产权自身的价值与评估侵害知识产权造成的损失，这两个不同的因素那是太多。所以我觉得通过评估来解决知识产权侵权有较大困难。我们需要考虑的，更多的是，抽象出一些规则来给法官更多的价值指引，是他有所遵循。

陈健老师：

实际上，法定赔偿应当考虑的因素，知识产权法都有规定。如侵权时间、程度。但现在的问题是，法院在确定法定赔偿时，就是为了省事，随意确定。而这个数额或者过高或者过低，而且在大部分的场合是过低。所以法定赔偿在实践中非常无力。

冯晓青老师：

因为时间问题，本次的沙龙就到此结束，非常感谢大家的积极参加。

【第三期】

主题：美国商标法演进

主持人：陈健，中国政法大学民商经济法学院知识产权法研究所副教授

主讲人：Llew Gibbons，美国托立多大学法学院知识产权法教授

Lars Smith，美国路易斯维尔法学院知识产权法教授

地点：法大学院路校区科研楼

时间：2015 年 4 月 20 日

陈健副教授：

今天我们有幸邀请到美国知识产权法学界两位非常有名的专家——Llew Gibbons 和 Lars Smith 教授，来自不同高校的他们将会为大家介绍美国商标法的一系列演进。在两位专家向大家介绍自己所在高校的情况后，将会为在座的各位老师和同学带来一场关于美国商标法的视听盛宴。

Lars Smith 教授：

今天时间有限，所以我今天主要集中讲一下美国 3D 商标的情况。大家可以看到 PPT 上面的一些商标，这些都是美国法律上的一些传统类商标。既有 LOGO 图案，又有文字，这些都在美国传统商标保护范围之列。比如大家看到 PPT 上中间“ALPLA”这个商标，它是美国国际知识产权律师联盟商标；

“QUAKER STATE”实际上是一个生产机油公司的商标；小兔子商标大家可以在一些卡通片里面看到，它被一个生产儿童维生素的公司注册为一个著名商标；“GE”为大家所熟知，它是美国通用电气公司所有的商标，服务范围主要覆盖大型机电领域。以上这些传统类商标在各国皆会受到法律保护。大家请看 PPT，这是美国商标法上对商标的定义，它涵盖了文字、名称、标志、设备等。美国法院根据法律对商标下的定义，把设备一词的范围扩展了，可以包括一些非传统类型的商标。在下面的演讲中，我将为大家讲述商标法上设备一词囊括的领域以及 3D 商标的演进历程。

大家可以看到 PPT 上展示的这栋建筑物，这是麦当劳公司的商标。从 1971 年开始，NBC 广播电视公司把它们三个音节组成的音乐，注册为声音商标；同年，可口可乐公司把装着饮料的玻璃瓶外形注册为商标；“Insulation”指的是在建造房子的时候必须铺垫上保温布、保温层，在 1987 年的时候，粉红色保温布被注册成为颜色商标；1991 年的时候，商品的味道也可以注册成为商标，在接下来的演讲中，我会向大家仔细介绍一下这些商标是如何演进的。

现在我们来了解一下商业形象的定义以及作用。美国属于判例法国家，PPT 上展示的案例是美国法院于 1987 年审理的一个案子，它最早提及了商业形象的问题。商业形象是产品的外观，体现了产品的一些特点，比如说它的规格、外形、颜色等，属于商标的一种具体营销方式和手段。这个案子以后，美国法律研究所出版了一本书，书里首次给出了“Trade Dress”的定义。定义范围是非常宽泛的。根据给出的规范定义，很多商品的外形都是可以受到保护的，比如矿泉水的外形、手机的外形等。定义范围虽宽，但仍然要受到具有显著性和不允许具备功能性两个要素的限制。显著性是指消费者凭借商标可以识别商品的来源；功能性是指商标的设计仅仅是为使商品具备某种功能的形状，这样的定义让商品装潢的概念变得非常的复杂。如果一项商业标志具备了功能性，不可能被注册成为商标。成为同类商品的通用名称无法体现商标的显著性，也不能被注册为商标。大家看到 PPT 上展示的一些商品，例如对好时巧克力锥子般形状的保护、小鱼状饼干、汰渍洗衣液的瓶子、烧烤架的形状等都属于美国商业外观保护的范畴。

PPT 上展示的熨烫衣服专用的熨烫板，其注册商标为单一的金绿色，美国最高法院认定凭借这种显著的颜色就可以成为注册商标。从中我们可以看出商业外观不一定很美。美国最高法院认为设备一词是可以包含商业外观的，只要其具备意义即使是单一的颜色也可以注册成为商标。单一的颜色只有在其具备第二含义的时候才可以注册成为商标。商业外观要想获得商标注册，都要证明其具备第二含义，例如颜色和形状。例如 PPT 中所展示的服装公司想将牛仔褲后的小兜注册成为商标，美国最高法院认为，要将外观设计注册成为商标，必须提供该设计的第二含义。再看到 PPT 中的另外一个案子，争议焦点在于该公司预注册成为商标的内容是否属于该商品本身的一部分特性。美国商标法审查指南认为，商品是否具备某种特性，必须要去证明经过长时间的使用，该特性已经成为商品的一部分才可以。涉案公司欲将其特意放置在毛线上的一种独特鸡蛋花香味申请商标注册，美国最高法院认为，这种香味并非商品本身所具备的味道，所以必须提供证据证明在使用过程中其已具备显著性才可。对于欲将此类非传统类商标纳入法律保护的范畴，必须证明其已具备显著性特征足以使相关消费者清楚无误地识别其来源。美国法院对文字等传统类商标的认定是非常简单的，但是对气味这种非传统类商标的认定则相对复杂很多，需要当事人提供大量的证据去证明其主张。申请注册非传统类商标需要担负很多举证责任，必须证明欲申请商标具备显著性并且排除功能性。下面看到 1982 年的一个案子，药片外观颜色是否具有功能性。药片外观的颜色对于病人尤其是视力不太好的老年人来说是非常重要的，他们凭借颜色来识别药片的类别。法院认为，如果颜色具有功能性，不能注册成为商标，不能享有注册商标专用权，他人可以自由使用。那么是否存在一个标准去衡量功能性？商品的使用和目的是否使商品具备实质性性质，对商品的质量或者价格是否产生影响，如果是肯定的回答，则具备了功能性特点。我们可以想一想手握鼠标的外形设计是否具备功能性，其外形设计是否具备让使用者轻松使用的功能学特点。卫生纸上凸起的花纹作为一种商业外观可以在美国获得商标注册。大家看一看 PPT 上的威士忌瓶封口的那层下滴的红蜡，是一种商品抑或是一种装潢、商业外包装？这个商业外观到底是商品还是仅仅为外包装？它具有功能性吗？商品上是否必须要有红蜡？因为它用在了整个商品上，而不是外包装上，所以它可以认定为是一个商业外

观。那层蜡是注册商标，其不具备功能性，而它在商品上显然不是必须具备的。以上是我讲述的内容，接下来由 Llew Gibbons 教授来为大家系统讲述美国商标法上的非传统类商标。

Llew Gibbons 教授：

Smith 教授已经跟大家讲述了商标的定义。在美国，成文法对商标的定义很宽松，判例更是扩大了非传统商标的范围。非传统商标没有一个明确的定义，它是指的除传统商标以外的所有商标，包括外观、动态、形状、声音、气味等。例如，大家认为可口可乐的口感具有显著性吗？

刘洋：

我觉得可口可乐的口感具有显著性，因为可口可乐的口感和其他公司可乐的口感都不相同。

Llew Gibbons 教授：

在美国，邮票背后溶胶的味道都很差，如果把可口可乐的味道放在邮票背后的溶胶上，人们在贴邮票的时候就会觉得好很多。大家觉得如果是这样的话，可口可乐的口味可以被注册为注册商标吗？又例如，中国的中药，味道都不大好，人们常说：“良药苦口利于病”。如果有一家公司希望他们生产的药材味道更好，把可口可乐的口味加入到中药里，但是消费者一尝到这个药就会想到可口可乐公司，那么说明这个可乐的味道已经能表现出商品的来源了。

接下来我们来看一看商品的外观。图片上展示的是苹果公司产品的外观，大家觉得应该如何去保护这些产品的商业外观呢？可以将它们作为作品用著作权来保护吗？可以用商业秘密来保护吗？外观专利可以保护吗？

同学：

可以用著作权和外观专利来保护，但不能用商业秘密来保护。

Llew Gibbons 教授：

iPad 边缘的这种圆弧形设计是功能性的吗？如果是直角型的设计，可能持握的时候会硌手。我的衬衫只有一个口袋，具有圆弧形的外观的手机放在口袋里更方便取出，也更舒服。在美国，对同一种商品可以用不同的知识产权来保护，它们是可以并存的。商业外观如果要获得商标保护，必须具备两个特征，一个是显著性，另外一个具备功能性。

大家看到这张图片时，首先想到的是这些产品来源于苹果公司，还是仅仅觉得它们还挺好看的？1964 年，麦当劳公司将商业外观申请商标保护，它也是世界上第一家将其商业外观整体申请商标保护的公司。麦当劳的门店颜色相同，座椅相同，产品口味相同，价格也相同。所以，麦当劳公司的商业形象是具有强烈的识别性的。我想问一下大家，在中国有没有这样一家餐馆，让你一走进去就能想到它属于哪家的呢？

方彬：

庆丰包子铺，因为它的招牌采用的是牌匾的样式。

张南博士：

海底捞火锅应该也属于这种情况。

Llew Gibbons 教授：

大家看我身上穿的衬衫，是布鲁克兄弟牌的，美国总统从林肯总统开始就喜爱穿这种衬衫。但最开始的时候，这些衬衫上并没有生产厂商的标识，很多衬衫上印的是工作所在的公司。后来，人们才习惯

从标志上来区分商品的来源。

大家看这张图片上显示的，是一种十分昂贵的汽车：兰博基尼。兰博基尼将它们产品侧面的车门打开的方式注册成了动作商标。如果按下开门键，它的车门会慢慢地升起，这种动态的开门方式在美国是作为商业形象去注册的。在座的有多少人认为兰博基尼的这种开门方式可以被注册为商标呢？又有多少人认为其具有显著性？这种开门方式是否又具有功能性呢？这种设计的目的如果只是为了能让车门更轻巧，开门的方式看起来更优雅，那么它就具有功能性。如果这种设计具有标志商品来源的作用，其就具有显著性。

陈健副教授：

我不同意将这种开门方式注册成为商标，因为如果兰博基尼公司将其注册成为商标的话，其他公司就无法生产类似开门方式的汽车，如果是用专利保护的话，二十年后其他公司还有可能生产。

Llew Gibbons 教授：

兰博基尼受到商标保护的开门方式只是缓缓地上升开门的方式，其他公司可以生产比它开门方式快或者慢的汽车。

张南博士：

如何去区分开门的速度呢？

Llew Gibbons 教授：

这需要交给消费者来判断，如果开门速度造成消费者的混淆，那么就构成侵权。是否具有功能性的问题可能会随着时间的变化而变化。有可能过了几年，所有的汽车都会采用这种开门方式，拉门的方式已经被淘汰了，这种开门方式就会变成一种公有的东西了。

陈健：

现在兰博基尼的这种开门方式已经注册了吗？

Llew Gibbons：

是的，已经在美国注册了。

陈健：

如果发生了您刚刚说的情况，这种注册会被撤销吗？

Llew Gibbons：

兰博基尼的车是非常高端的产品，目前还没有人想与其竞争，因此不太有这种可能性。

接下来我们看一下将产品的形状作为商标来注册的。大家看一下图片上麦当劳将其 M 形状注册为了商标，这种形状是商标法可保护的主体吗？又例如，麦当劳门店新形象，它设计了一个圆弧形的黄色的房顶。每隔大约二十年，麦当劳就会给它的门店设计一个新的形象，目前麦当劳公司已经将这个房顶的颜色和其平原顶的形状都申请注册了。这张 ppt 展示的是在注册时麦当劳对这个房顶的描述，大家可以阅读一下。在注册时对商标的描述也是一个重要的问题，对于非传统商标来说，对其描述就更困难了。但是这种描述是非常必要的，因为社会公众和商标局都需要知道被注册的商标到底是什么。

接下来大家来看一下声音商标。例如，米高梅电影开头的狮吼也是注册商标，但对这个商标的描述就变得更加困难了。泰山的吼叫也可以被注册为商标，但是应该如何商标申请中描述泰山的吼叫声呢？现在，在商标申请时，申请人可以同时提交一份 mp3 文件。又例如像 NBC 电视台的三个音节，申请

人可以说明其注册商标是某段音乐。

声音商标是否具有功能性呢？有个一个公司是生产儿童警铃的，如果孩子走得太远家长找不到了的话，只需要按一下按钮，孩子身上的警铃就会发出很大很尖锐的声音，家长就能根据这个声音找到孩子。最后，法院认为这个商品不识别产品来源的作用，首先，除非孩子走丢了，大家都不能听到这个警铃。第二，铃声声音大也比较大，比较尖锐，这样父母才能根据这个声音找到孩子，因此铃声具有功能性。

接下来，我们来看一下气味商标。在注册时如何递交气味呢？大家看一下这个气味商标的描述：高影响力的，新鲜的鸡蛋花花朵的香味。这样的描述能让审查员知道申请人到底想申请什么样的香味吗？有是否能让竞争者知道什么样的花香他们不能用。另外一个问题是香气的功能性问题，产品的香气可以吸引更多的消费者，这是否使得香气具有一定的功能性呢？有一些商品之所以会在其产品上添加香味，是为了给消费者一种很清洁、很干净的印象，所以这些产品会用松树、柠檬的香味。这是一个文化的问题，我小时候很多美国家庭用松油或柠檬来清洁家具，所以很多商家在肥皂中添加柠檬的香气，这样给人他们的产品能够很有效地清洁的印象。

大家能想到什么产品的气味会误导消费者或者对消费者的健康产生副作用吗？如果有一种清洁剂是液体，看起来很像樱桃的颜色，闻起来也很像樱桃的气味，小孩子有没有可能误食呢？所以气味商标有时候除了起识别商品来源的作用以外，还可以告诉你商品的其他特性，例如：是不是一种水果，能不能食用。对气味商标，消费者可能会有不同的理解，其中大部分是和产品本身有联系的，例如，在美国有一种高尔夫球闻起来像青草的味道。

大家能给一个著名香水的商标吗？

同学：

香奈儿。

Llew Gibbons：

大家觉得香奈儿五号的气味是一种商标吗？可口可乐的味道又能否作为商标来保护呢？可口可乐的味道本身也不能注册成为商标，因为这是商品的一部分，但是如果把可口可乐的口味放到邮票后面的溶胶里，这时可口可乐的味道就能够作为一种商标来申请。香奈儿五号的气味本身不能作为一种商标，因为其就是商品本身的一种特性。但是如果我们学校的宣传册上使用了这种气味，我们就能够将其申请为商标。又例如，如果将可口可乐的味道加入中药当中，这个时候可口可乐的味道也能够作为商标申请注册。

大家想一想如何在商标申请文件中形容可口可乐的口味呢？大家都喝过可口可乐，但是却不知道如何描述它，我对此也没有解决的建议。礼来公司试图这样描述他们公司生产的药品的味道：“人工草莓味”。我知道自然的草莓是什么味道，但是我不知道人工草莓是什么味道。另外一个问题是，草莓的味道是否能单独指向礼来公司的药品，对于公众来说，要通过草莓味来识别药品实际上是很难的，所以很多其他的公司用商业秘密来保护这种技术。

最后一种商标是触觉商标，图示的是第一个触觉商标，是一种香水产品，外观看起来像一个篮球，触觉商标的客体就是香水包装摸起来软软的像篮球的感觉，还有篮球上的纹路。它的特点就是整个香水的外面摸起来像一个篮球。你们之中有多少人会觉得非常惊讶，男士香水的外观、触觉和篮球一模一样。大家有多少人认为这个瓶子的触觉是一个商标？实际上，路易威登的皮质的质感、触感也是被注册为商标了的。

各国对非传统商标的立法态度是不太一样的。美国和某些国家有贸易协定，对嗅觉和视觉商标给予保护。欧盟内部各国对非传统商标的态度也不一样。商标审查员对这些非传统商标也十分怀疑，因为文字上很难描述，消费者对其的识别程度也无法确定，并且它还很有可能具有功能性。事实上，在全国使用的商标当中，使用的比例是非常小的，大概只有 1%。

谢谢大家！下面进入提问环节。

蒋燕：

在美国，商标局的商标审查员是如何确定一个商标具有显著性的呢？

Lars Smith：

显著性是由商标的类型决定的。如果是传统的商标的话，例如文字商标，如果文字是描述性的语言，申请人就必须证明其具有第二含义，如果不是描述性的话，就不需要证明。如果商标局认为申请人提交的商标不具有显著性，那么申请人就需要提供证据，包括两种：调查或者是使用五年未被申请异议的证明。

蒋燕：

所以五年的使用可以确保其具有显著性？

Lars Smith：

商标局假设如果商标排他地使用了五年，并且没有被任何人提出异议，那么商标局就假设其具有了第二含义。

吴方朔：

Gibbons 教授您刚刚提到苹果产品的外观，包括圆弧形边角，home 键和扁平的屏幕等，虽然大部分智能手机的外观都和这种外观相似，但是苹果的产品总让人一看就知道这是苹果公司的产品。美国法是如何保护这种显著性的呢？

Llew Gibbons：

苹果公司需要证明 15%的消费者会对其产生混淆。

Lars Smith：

确实大部分手机的外观都很相似，但是要证明其他手机的外观对自己的产品构成侵权的话，需要提供一份调查，证明至少有 15%的消费者会对其产生混淆。

Llew Gibbons：

苹果公司的产品属于比较昂贵的商品，一般消费者在选购的时候要花很多时间，因此和其他商品比起来，不会那么容易产生混淆。

方彬：

消费者调查的证明力是怎样的呢？

Lars Smith：

对于商标审查来说，如果审查员认为你的商标具有显著性，那么就不需要提交消费者调查。只有在审查员认为商标显著性不够强，需要证明商标具有第二含义时，并且如果商标独家使用没有满五年，申请人才必须提交消费者调查。

方彬：

在侵权案件中，消费者调查的作用是什么呢？

Lars Smith：

在案件中，调查的第一个作用是商标确实有使用；第二个作用是，证明侵权。在商标审查中，调查是为了证明商标再消费者心目中作为商标的功能。而在侵权案件中，调查是为了说明超过 15%的消费者对产品混淆。实际上，没有确切的比例，但是法院一般会参照这个数字。

刘洋：

两位教授刚刚讲的规则是建立在成文法上还是在判例法上的呢？

Lars Smith：

对于商标法来说，成文法里有“兰哈姆法”，美国专利商标局还有“商标审查指南”。整个美国有好几千个案例，都是法官对成文法的解读。最后，美国法研究所还有商标法重述。

Llew Gibbons：

法官的判决不能和成文法相悖，他们只能去解释成文法，判例实际上是对成文法的解释。

陈健：

非常感谢两位教授不远万里为我们带来了知识和观点。原来在我的理解当中，只有立体商标才具有功能性的问题，但现在看来，所有的非传统商标都有功能性问题，这是美国商标法对我们的启示。再次感谢他们！

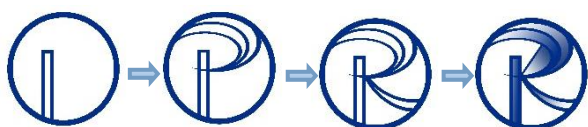
附：Logo 说明



（设计：范竹青 中国政法大学）

本刊 Logo 具体采用文字变形、图形抽象的设计方法，兼具形象化、简洁化、易识别等特点，充分展现了本刊的内涵及特点。

1、文字变形



从文字上看，本 Logo 中包含三个字母的样式，分别为 “Intellectual Property Right” 的首字母缩写 “I” “P” “R”，有知识产权之意。

2、图形抽象



从图形上看，本 Logo 由一本半翻开的书与一把尺子构成。书本象征知识，尺子象征规则，体现了法律在保护知识产权中的作用。



法大知識產權通訊