



DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

大成知识产权通讯

Dacheng Law Offices IP Newsletter

2013 年第 01 期

热点聚焦：

“王老吉” 商标与商誉

Trademark & Goodwill of “WANGLAOJI”

编辑部信息

主 办：大成律师事务所
知识产权部

主 任：王卫东

编 辑：白 淼

编 委 会：王宝勇 王章伟

王雁翔 王嘉雨

田树启 刘艳梅

李 虹 苏 畅

杨 硕 吴敬清

佟 洁 季桥龙

何 为 陈 福

张世红 张晓霞

林 微 赵红梅

赵海生 顿明月

隋桂云 熊凌霄

潘剑敏 魏士廩

(按姓氏笔画排序)

部门动态

- 季桥龙博士受聘为中国贸促会/中国国际商会电子分会电子商务调解中心调解员.....1
- 知识产权部开展2013年第一次业务培训..... 1
- 王卫东律师被评为专利代理行业第一批高层次人才.....1
- 佟洁律师当选中国版权协会理事.....2

政策法规

- ✎ 司法部、国家工商行政管理总局联合发布《律师事务所从事商标代理业务管理办法》.....2
- ✎ 最高法院出台司法解释加强网络环境下著作权保护.....3
- ✎ 国务院修改《植物新品种保护条例》.....3
- ✎ 新修改的《计算机软件保护条例》等三条例3月起施行..... 4
- ✎ 我国首部《企业知识产权管理规范》3月1日起实施.....5

理论探索

茅台、五粮液反垄断案法律评论

- 案情介绍..... 6
- 案件所涉反垄断法主要问题..... 7
- 本身违法原则和合理原则在转售价格限制方面的适用..... 7
- 我国反垄断法对转售价格限制的规定.....11
- 如何理解我国反垄断法第十五条的规定.....11
- 关于茅台、五粮液案转售价格限制分析.....12

热点聚焦

“王老吉”商标与商誉

- 鸿道移植商誉的行为是否侵犯“王老吉”商标权?14
- 鸿道移植商誉的行为是否构成不正当竞争?15
- “王老吉”商标的价值.....16

投稿请联系：

知识产权部部门秘书：白淼

电话：58137591

邮箱：miao.bai@dachenglaw.com



案例分析

专利侵权判决赔偿额能否突破下限一万元

- ◆ 案情简介.....17
- ◆ 法院判决.....18
- ◆ 案件评析.....18

实时资讯

- ◇ 《反垄断法》配套规定将出台.....21
- ◇ 欧洲紧锣密鼓谋求单一专利体制.....22
- ◇ 2012 年中国版权十件大事揭晓..... 22
- ◇ 商标法修改拟扩大注册范围 有望引入“声音元素” 23
- ◇ 国家知识产权局就专利审查指南修改草案公开征求意见.....23

部门动态 Department Dynamics

➤ 季桥龙博士受聘为中国贸促会/中国国际商会电子分会电子商务调解中心调解员

近日，大成知识产权部兼职律师季桥龙博士受聘为新设立的中国贸促会/中国国际商会电子分会电子商务调解中心调解员。此次，电子商务调解中心共聘任国内外法律界和电子商务业界三十余名调解员，志在推动电子商务纠纷的非诉讼解决。

中国贸促会/中国国际商会电子分会电子商务调解中心是全国第一家针对电子商务特点而成立的专门调解机构，附设在工信部国际经济技术合作中心和中国贸促会电子信息行业分会，行政主管部门为工业和信息化部，同时接受中国贸促会/中国国际商会电子分会的管理和业务指导。

➤ 知识产权部开展 2013 年第一次业务培训

2013 年 1 月 10 日，知识产权部邀请台湾资深律师张宇枢先生在 12 层 4 号会议室作题为“中美专利跨国诉讼之新模式”的讲座。

张宇枢现任德鼎枢纽法律事务所主持律师。为国内高科技企业及上市柜公司处理涉及美国或台湾之重大经济案件、一般传统民刑事诉讼与行政争讼、公司治理与衍生之民刑事争讼案件或专利等与智慧财产权相关之法律事务；以及与企业活动之保障及劳资间之权利义务有关之公司主管及人才之内部教育训练。

➤ 王卫东律师被评为专利代理行业第一批高层次人才

近日，知识产权部王卫东律师被中华全国专利代理人协会评为专利代理行业第一批高层次人才。

本次评选旨在为充分发挥专利代理行业高端人才的引领辐射和示范带头作用，贯彻落实《国家知识产权战略纲要》及《专利代理行业发展规划（2009-2015 年）》，加快专利代理行业人才队伍建设，在全国专利代理机构推荐的基础上，经评审委员会评审产生专利代理行业第一批高层次人才共 190 人。

➤ 佟洁律师当选中国版权协会理事

2013 年 1 月 29 日，中国版权协会在北京召开第五次会员代表大会并进行换届选举。新闻出版总署、国家版权局领导，中国版权协会第四届理事会理事长、副理事长，第五届理事会候选人，中央有关部门和各省市区协会会员代表共计 400 余人参加会议。

在此次会议上，大成当选为中国版权协会理事单位，大成北京总部高级合伙人佟洁律师当选为协会理事。

政策法规 Policy and Statute

✎ 司法部、国家工商行政管理总局联合发布《律师事务所从事商标代理业务管理办法》

2012 年 11 月 6 日，司法部、国家工商行政管理总局联合发布《律师事务所从事商标代理业务管理办法》（以下简称《管理办法》）。根据《管理办法》，自 2013 年 1 月 1 日起，凡在国家工商总局商标局办理备案的律师事务所均可从事注册商标申请、商标注册驳回复审等商标局和商标评审委员会主管的商标代理业务。除此之外，律师事务所无需备案即可继续从事《管理办法》实施之前已经从事的商标国际注册、商标行政复议、商标诉讼、商标纠纷调解仲裁等商标代理法律事务。这意味着，律师事务所将全面介入商标代理业务，律师商标法律服务进入一个新的阶段。

《管理办法》共五章，分别对律师事务所从事商标代理业务的范围及备案要求，律师事务所从事商标代理的业务规则和监督管理等事项作出了规定，为律师事务所从事商标代理业务提供了明确的指引。

更多信息请见

<http://www.acla.org.cn/xinwen/4518.jhtml>

最高法院出台司法解释加强网络环境下著作权保护

最高人民法院 2012 年 12 月 26 日对外公布了《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》，对侵害信息网络传播权以及网络服务提供者的法律责任做出界定，加强网络环境下著作权保护。

信息网络传播权是著作权人的一项重要民事权利，由于近年来互联网技术发展迅猛，所涉著作权问题日渐突出，法院受理的涉及信息网络传播权著作权民事纠纷案件大幅度增加。据最高法统计，自 2002 年以来，全国法院受理的著作权案件一直位居全部知识产权案件之首，以 2011 年为例，全国地方法院新收知识产权民事一审案件 59882 件，其中著作权案件为 35185 件。而涉及信息网络传播权的著作权纠纷案件数量近年来又占全部著作权案件的 60% 左右。

该司法解释于 2013 年 1 月 1 日起施行，主要对法院在审理信息网络传播权纠纷案中行使自由裁量权的原则、侵害信息网络传播权行为的构成、网络服务提供者的教唆侵权、帮助侵权、司法实践中较为常见的信息存储空间网络服务提供者应知网络用户侵害信息网络传播权的判定标准以及法院对此类案件的管辖等问题进行了规定。

更多信息请见

<http://ip.people.com.cn/n/2012/1228/c136655-20048783.html>

国务院修改《植物新品种保护条例》

国务院总理温家宝日前签署国务院令，公布修改《中华人民共和国植物新品种保护条例》的决定，自 2013 年 3 月 1 日起施行。

国务院决定对《中华人民共和国植物新品种保护条例》作如下修改：

一、将第三十九条第三款修改为：“省级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权处理品种权侵权案件时，为维护社会公共利益，可以责令侵权人停止侵权行为，没收违法所得和植物品种繁殖材料；货值金额 5 万元以上的，可处货值金额 1 倍以上 5 倍以下的罚款；没有货值金额或者货值金额 5 万元以下的，根据情节轻重，可处 25 万元以下的罚款。”

二、将第四十条修改为：“假冒授权品种的，由县级以上人民政府农业、林业行政部门依据各自的职权责令停止假冒行为，没收违法所得和植物品种繁殖材料；货值金额 5 万元以上的，

处货值金额 1 倍以上 5 倍以下的罚款；没有货值金额或者货值金额 5 万元以下的，根据情节轻重，处 25 万元以下的罚款；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

本决定自 2013 年 3 月 1 日起施行。

《中华人民共和国植物新品种保护条例》根据本决定作相应修改，重新公布。

更多信息请见

<http://www.chinanews.com/fz/2013/02-08/4560275.shtml>

新修改的《计算机软件保护条例》等三条例 3 月起施行

自 3 月 1 日起，国务院新修改的《计算机软件保护条例》、《中华人民共和国著作权法实施条例》、《信息网络传播权保护条例》正式施行。值得注意的是，三个条例中均对行政处罚罚款数额进行了调整和修改，特别是对我国现行著作权法第四十八条规定的侵犯著作权的行为提高了罚款上限，由原来的可处 5 万和 10 万元以下的罚款，提高到可处 20 万和 25 万元以下的罚款。

在新修改的《计算机软件保护条例》中将原来第二十四条第二款有所列侵权行为的“可以并处每件 100 元或者货值金额 5 倍以下的罚款”，修改为“可以并处每件 100 元或者货值金额 1 倍以上 5 倍以下的罚款”；将原来的“有前款第三项、第四项或者第五项行为的，可以并处 5 万元以下的罚款”，修改为“可以并处 20 万元以下的罚款”。

在新修改的《中华人民共和国著作权法实施条例》中将原来第三十六条“有著作权法第四十七条所列侵权行为，同时损害社会公共利益，著作权行政管理部门可处非法经营额 3 倍以下的罚款”，修改为“有著作权法第四十八条所列侵权行为，同时损害社会公共利益，非法经营额 5 万元以上的，著作权行政管理部门可处非法经营额 1 倍以上 5 倍以下的罚款”；将原来的“非法经营额难以计算的，可处 10 万元以下的罚款”，修改为“没有非法经营额或者非法经营额 5 万元以下的，著作权行政管理部门根据情节轻重，可处 25 万元以下的罚款”。

在新修改的《信息网络传播权保护条例》中将原来的第十八条、第十九条中的“并可处以 10 万元以下的罚款”，修改为“非法经营额 5 万元以上的，可处非法经营额 1 倍以上 5 倍以下的罚款；没有非法经营额或者非法经营额 5 万元以下的，根据情节轻重，可处 25 万元以下的罚款”。

更多信息请见

<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/518/143704.html>

我国首部《企业知识产权管理规范》3 月 1 日起实施

日前，由国家知识产权局起草制定的《企业知识产权管理规范》（以下简称《规范》）由国家质量监督检验检疫总局、国家标准化管理委员会批准颁布。这是我国首部企业知识产权管理国家标准，于 3 月 1 日起实施。

据国家知识产权局专利管理司有关人士介绍，《规范》的核心主旨是提高企业知识产权管理能力。该规范包括 9 个章节，主要包括企业知识产权管理规范的范围、规范性引用文件、术语和定义、企业知识产权管理体系、管理职责、资源管理等内容。

据介绍，《规范》的制定以企业知识产权管理体系为标准化对象，旨在指导企业建立科学、系统、规范的知识产权管理体系，帮助企业全面落实知识产权战略精神，积极应对知识产权竞争态势，有效提高知识产权对企业经营发展的贡献水平。

据悉，《规范》是国家知识产权局于 2011 年提出，由国家知识产权局与中国国家标准化研究院共同起草编制完成。

更多信息请见

http://www.ipr.gov.cn/gndtarticle/updates/govupdates/201302/1731857_1.html

理论探索 Theoretical Exploration

茅台、五粮液反垄断案法律评论

魏士廩

一、案情介绍

1、茅台案例

2012 年年底的茅台全国经销商大会上，茅台董事长袁仁国要求，53 度飞天茅台零售价不能低于 1519 元，团购价不能低于 1400 元。随后，有媒体报道贵州茅台于 2013 年 1 月 5 日在内部客户系统下发通报文件，对出现违规经销商做出处罚，其中，重庆永川区皇卓商贸有限公司、西藏亚雄名酒食品经营部、玉林百兴盛酒业有限公司等 3 家经销商由于低价和跨区域销售被处以暂停执行茅台酒合同计划，并扣减 20% 保证金，提出黄牌警告。

2013 年 1 月 15 日，署名为“国酒茅台营销有限公司”在贵州茅台官网发布声明称，根据国家发改委价格监督检查与反垄断局和贵州省物价局的检查情况，公司决定取消以前违反反垄断法的有关营销政策，并在国家发改委价格监督检查与反垄断局和贵州省物价局的指导下，严格依据反垄断法立即进行彻底整改，具体措施随后公布。

2013 年 2 月 19 日，据经济之声报道，记者从国家发改委相关部门了解到，茅台和五粮液因实施价格垄断被罚 4.49 亿元，所罚金额是上年度两家酒企销售额的 1%。¹

2、五粮液案例

五粮液公司在 2012 年 12 月 18 日对全国市场进行了例行抽查，于 12 月 12 日至 14 日发现成都市场出现低价和跨区域销售五粮液的行为，根据相关合同规定，对违规商家进行通报处理。

五粮液在 2013 年 1 月初发布了《五粮液营销督查处理通报（督字 001 号）》，《通报》中称：“极个别的五粮液品牌运营商和五粮液专卖店我行我素、不按规则、不顾大局、不识大

¹ <http://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/20130219/130314583151.shtml>

体, 低价、跨区、跨渠道违规销售五粮液, 给公司和整个市场环境产生了极大的消极因素, 造成了极大的负面影响。”

多家业界知名的大型酒类经销商都出现在通报批评的名单上。因在成都某酒类直供连锁超市购买到北京市糖业烟酒公司 29 箱 52 度新品五粮液, 北京市糖业烟酒公司被全国通报批评一次, 该公司被要求派专人 5 日内按 838 元/瓶现场回购, 并扣除违约金 28014 元。浙江商源共好贸易有限公司、四川银隆酒业有限公司等 12 家经销商被要求回购并扣除保证金。保定市乾坤福商贸有限公司等 3 家公司则因为在成都买到其销售的五粮液产品面临货源调查并被通报批评。

继茅台之后, 五粮液方面也被国家发改委约谈, 而在约谈之后, 宜宾五粮液酒类销售有限责任公司也在五粮液官方网站上挂出反垄断整改公告。公告称, 国家发改委价格监督检查与反垄断局对白酒行业存在的违反《反垄断法》行为进行督查, 有利于促进中国白酒行业的长期健康发展。“作为行业龙头企业, 五粮液诚恳接受国家发改委的督察, 认真纠正错误。五粮液将责令各区域营销中心加强与经销商的沟通, 共同维护市场秩序和消费者利益”。

2013 年 2 月 19 日, 据经济之声报道, 记者从国家发改委相关部门了解到, 茅台和五粮液因实施价格垄断被罚 4.49 亿元, 所罚金额是上年度两家酒企销售额的 1%。²

上述两案公报信息中仅提到处罚款 4.49 亿元, 并没有提及没收违法所得。

二、案件所涉反垄断法主要问题

截至 2013 年 2 月 23 日, 由于国家发改委并没有公开披露本案的调查和处罚信息, 笔者所了解的信息仅限于媒体的公开报道内容, 是否属实有待于国家发改委的确认或对有关信息的公开。从媒体公开报道的信息来看, 茅台和五粮液主要涉及两个反垄断法问题: 其一是对其下游销售公司转售价格限制的问题, 其二是对下游销售公司销售区域的限制问题。下面, 笔者将根据我国反垄断法的有关规定, 并结合美国对相关问题的处理专门针对转售价格限制给予实务分析和研究, 关于纵向地域限制, 本文不再详述, 笔者将另行著文予以分析和研究。

三、本身违法原则和合理原则在转售价格限制方面的适用

(一) 本身违法原则和合理原则

² <http://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/20130219/130314583151.shtml>

“本身违法原则”和“合理原则”是美国法院在处理垄断协议司法实践中通过案例的形式创造的两个原则。由于美国《谢尔曼法》第一条明确规定“任何契约，以托拉斯形式或其他形式的联合、共谋，用来限制州际间与外国间的贸易或商业，是非法的。任何人签署上述契约或从事上述联合或共谋，是严重犯罪。”这种规定意味着禁止一切限制州际与外国间贸易的限制竞争协议。“本身违法原则”意味着某类限制竞争行为一经证实就视为违法，不必对其是否促进或限制竞争进行分析。多年的司法实践证明，某些类型的垄断行为反竞争效果非常明显，不必花费大量的精力进行旷日持久的全面调查和复杂的经济分析，直接适用“本身违法原则”符合效率和基本公正的原则。“本身违法原则”主要适用于横向垄断协议。“合理原则”是美国联邦最高法院在 1911 年新泽西标准石油公司案中确立的原则，该原则对《谢尔曼法》第一条做了限制性的解释，认为，只有不合理地限制了竞争的协议才属于《谢尔曼法》禁止的对象。其后的反垄断司法案例对该原则进行了逐步的细化。美国最高法院在 1918 年芝加哥谷物交易所案认为，“合法性的真正标准是所强加的限制是否只是调节或促进了竞争，还是压制或消除了竞争。要确定这一点，法院通常必须考虑下列问题：收到限制的商业领域所特有的一些情况，限制前后的状况，限制的性质、效果、现实或可能性，限制的历史，认为存在的恶果，采取特别补救的理由，要达到的目的和结果，都是有关的事实。……”³

“本身违法原则”和“合理原则”在转售价格限制案件中经过了适用“本身违法原则”到适用“合理原则”的一个漫长过程。

(二) 两大原则在最高转售价格维持方面的适用变化

在最高转售价格维持方面，基弗-斯特瓦案和阿尔布莱特案均使用了“本身违法原则”。基弗-斯特瓦公司是从事酒类销售业务的批发商，因其不遵守制造商指定的最高转售价格，而被拒绝供货。最高法院认为，以提高、抑制、固定和稳定产品价格为目的的商业惯例本身就是违法。⁴阿尔布莱特公司报纸出版商 Herald 公司的一家独占区域报纸发行商。Herald 公司规定，如果发行商以高于公司的广告价销售，就会被终止协议。阿尔布莱特公司违反规定，被 Herald 公司收回了区域经营权。在本案中，“最高法院把针对纵向价格限制的规制从最低定价拓展到了最高限价。但遗憾地是，它并没有说出为什么最高转售价格维持构成本身违法”。⁵

³参见：尚明主编《<中华人民共和国反垄断法>理解与适用》商务部条法司编，法律出版社 2007 年 10 月第一版 第 70 页。

⁴ See Kiefer-Stewart Co. v. Sheagram & Calvert Co., 340 U.S., 1951, p223.

⁵参见：张骏《美国纵向限制研究》北京大学出版社 2012 年 1 月第一版 第 97 至 98 页。

康安案是最高转售价格维持的典型案例,美国法院在该案中确立了对最高转售价格维持使用“合理原则”进行分析的新标准。美国最高法院 O’Connor 法官认为,纵向最高固定价格并非本身违反《谢尔曼法》,缺乏充分的经济理由,推翻了阿尔布莱特案的先例。最高法院在分析康安案时综合考虑了以下四个方面的因素:“(1) 只有垄断者实施最高转售价格维持才会对经销商产生负面影响。(2) 最高转售价格仅会影响没有效率的经销商。(3) 不存在最低转售价格伪装成最高转售价格的威胁。(4) 亟待解决的是经销商来用市场支配地位的问题”。

6

(三) 两大原则在最低转售价格维持方面的适用变化

在最低转售价格维持方面,迈尔斯案是历来被援引作为对转售价格维持适用本身违法原则予以禁止的源头。“但归根结底,法院依据的仅是普通法中针对土地转让限制的偶然规则,而非商业流程中货物销售的经济分析工具。判决并为对最低转售价格维持的经济目的、实施意义以及公共福利影响作出深入分析。”⁷

美国通用电器公司案和辛普森案在处理自由的代理关系和转售价格维持之间关系的典型案例。在通用电器公司案件中,法院主张如果制造商既保留了品牌,也承担了所有权的大量风险,反垄断法不阻止固定价格。该观点事实上承认,制造商和代理人维持转售价格是被允许的,但与购买人维持转售价格则不被允许。辛普森案也未否认制造商可以对代理人设定转售价格的自由。实际上,辛普森案阐释了法院在当时的法律之下所面临的多重难题:本身违法规则如果完全适用于零售网络中的转售价格协议,其与品牌内的销售代理关系以及交易主体自由设定价格之间的关系如何协调和处理。其后的高露洁案、孟山都案和夏普案的演变在一定程度上也反映了美国司法实践对转售价格维持案件适用本身违法规则的谨慎态度和心理。高露洁案区分了卖方合法的单方行为和非法的共谋行为某些标准,似乎为制造商在价格转售维持行为方面找到了一些“避风港”。例如,根据高露洁案规则,制造商有权单方宣布销售条款,包括建议的零售价格,希望客户遵照其意愿,终止与不遵守指令的经销商交易,甚至包括哪些没有遵守建议零售价的经销商。这种单方的行为是合法的,但制造商不能通过合同或以其他方式迫使零售商同意其强行指定的价格。这是一种人为的匪夷所思的区分方式,这种区分方式在后来的司法实践中也证明法院在具体的案件中也难以区分出单方行为和共谋,给现实生活中的实际行为带来

⁶参见:张骏《美国纵向限制研究》北京大学出版社 2012 年 1 月第一版 第 99 页。

⁷参见:张骏《美国纵向限制研究》北京大学出版社 2012 年 1 月第一版 第 102 页。

较为混乱的指导。其后的孟山都案，法院从证据的角度建立了一种新的证据标准来区分单方行为和联合行为，要求原告的证据往往能排除制造商和未被终止交易的经销商独立行为的可能性，还要求原告证实制造商和其他经销商有意识致力于一项旨在实现非法目的的共同计划。⁸

在孟山都案中，法院仍坚持了纵向价格维持适用本身违法原则，只是为该种适用提出了更为严格的证据标准，使原告提出足够的证据证明该纵向价格限制协议的存在。夏普案对纵向价格维持协议提出了更为严格的要求，要求在该协议中必须有明示的价格、特定价格或价格范围。

丽锦案是推翻转售价格维持适用本身违法原则转而适用合理原则的重要案例。丽锦创意皮具公司经营设计、制造和销售皮具及配件产品的公司，在全美各地有超过 5000 家销售其产品的专业零售商。丽锦公司制定了一项销售规定，拒绝供货给低于建议价格销售产品的零售商。零售商 PSKS 公司违反了最低价格维持协议，对产品进行了打折销售，被丽锦公司停止了供货。PSKS 公司提起诉讼试图以本身违法原则使最低价格维持协议无效，并要求获得赔偿。

美国最高法院在该案判决中推翻了转售价格维持适用本身违法规则的先例，法院指出，迈尔斯案适用本身违法规则的法律基础不稳固，只有当受质疑的限制总是或几乎总是限制竞争和降低产量时，本身违法规则才适用。转售价格维持必须由全套的合理规则分析来判定。合理规则分析的关键是决定受审查合同的效果是促进竞争还是反竞争。美国最高法院认为，转售价格维持并不总是反竞争的，普遍共识是允许制造商控制货物销售的价格，将以各种方式促进品牌间竞争。最低转售价格协议的主要优点是有可能刺激品牌间竞争。该案判决具有极大的争议性，引来较多的批评意见，主要有以下几个方面：（1）转售价格维持对消费者利益弊大于利。法院很少对消费者的利弊得失作出实际的利益平衡，在具有显著销售效果的转售价格维持中使用更宽容的合理分析无疑就偏袒了被告，一旦放弃了本身违法规则，消费者就会发现想证明反竞争效果几乎是不可能的。（2）法院忽略了公平交易的历史经验。（3）转售价格的维持理由充斥着虚幻的分析和想象。维持转售价格能促进品牌竞争的理由想象成分较多，并没有被较多案例所证实。维持转售价格有利于推广服务和消除搭便车更是被很多实际案例证明是错误的。如果不是服务能带来高额利润，而是限制转售最低价格带来利润，制造商和销售商都没有更多动力来推广服务和提供额外的服务。维持转售价格能够促进市场进入的理由更是纸上谈兵。

⁸ See Barbara Ann White, Black and White Thinking in the Gray Areas of Antitrust: The Dismantling of Vertical Restraints Regulation, *Geore Washington Law Review*, Vol.60,1991,p.8.

丽锦案后，制造商正在迅速利用本案所赋予的对价格新权利，加大转售价格维持的力度，转售价格维持现象呈上升趋势，零售商也正面临着是抵制转售价格的维持还是拒绝消费者的议价等较为艰难的选择。

四、我国反垄断法对转售价格限制的规定

我国《反垄断法》第二章明确规定了两类协议属于禁止的垄断协议，一类为横向垄断协议，该类协议是指具有竞争关系的经营者之间达成的关于价格卡特尔、限制商品的生产数量或销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场、限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品、联合抵制交易等排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。另一类是纵向协议，该类协议是指经营者与交易相对人之间达成的固定向第三人转售商品的价格、限定向第三人转售商品的最低价格等排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。其中，转售价格限制行为就属于纵向协议的一种。

关于转售价格限制，我国《反垄断法》第十四条明确规定了两类典型的转售价格限制：第一类为固定转售价格；第二类为限定转售最低价格。该条第三项除了上述两类典型转售价格限制外，还规定了一条带有兜底性质的条款，即国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。除了上述两类典型的转售价格限制行为外，国务院反垄断执法机构还有权认定其他具有严重排除、限制竞争的纵向垄断协议。

五、如何理解我国反垄断法第十五条的规定

我国反垄断法在第十三条和第十四条分别规定了属于明示禁止的横向垄断协议和纵向垄断协议后，在第十五条明确规定：“经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定：

- （一）为改进技术、研究开发新产品的；
- （二）为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；
- （三）为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；
- （四）为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；
- （五）因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；
- （六）为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；

（七）法律和国务院规定的其他情形。

属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、第十四条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。”

整体观察和分析第十三条、第十四条以及第十五条的立法模式，前两条规定的内容属于明示禁止的，属于当然违法；第十五条规定情形是属于不适用第十三条和第十四条的例外情形，但规定了两种层次的举证责任。首先，证明第十五条所列任何情形的存在是经营者的义务，其次，证明第十五条第一款第 1 至 5 项情形的，还需要进一步证明协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。这一证明义务也是由经营者承担。

第十五条第一款第 1 至 3 项是针对提高生产或有效研发的协同一致行为，该类行为通常能够提升社会总体福利，增加消费者利益，但该利益与限制竞争所带来的损害相比，需要进行评估，如果损害大于总体社会福利和消费者利益的提高，则不应当给予豁免。第 4 项是对节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的豁免，德国《反对限制竞争法》对此也有相应的规定。在经济不景气或经济危机等情况下，为尽早恢复经济发展，可以豁免为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩类的垄断协议，这是第 5 项的豁免条件。第 6 项针对企业为保障对外贸易和对外经济合作中的正当理由达成垄断协议情况的豁免。

第十五条实际上是对经营者达成第十三条和第十四条垄断协议并存在第十五条规定情形的一种豁免，用本身违法规则和合理规则来解释，第十五条本质上是合理原则的具体抗辩理由。

六、关于茅台、五粮液案转售价格限制分析

从媒体报道来看，茅台、五粮液主要是对其下游销售商转售价格的限制，针对该类价格转售限制，笔者更倾向于适用本身违法规则，主要理由如下：

（1）关于转售价格限制，从美国转售价格限制案例的发展过程来看，也经历了从适用本身违法规则到适用合理规则的逐渐演变。这需要一个渐进的过程。

（2）即使目前适用合理规则的案例，如丽锦案也带来较大的负面社会影响，同时也引起众多学者和业内相关人士的严厉批评。其缺陷和不足也十分明显。

（3）针对我国反垄断执法刚刚起步的具体国情，反垄断执法机构尚不具备较丰富的执法经验，适用合理性原则将会使反垄断执法机构陷入旷日持久的调查和经济分析之中，并不能彰显反垄断法的效率和体现社会公正。

（4）从我国反垄断的规定来看，茅台、五粮液适用合理规则也具有较大难度。我国反垄断法第十四条明确禁止了固定转售价格和限定转售最低价格。从立法的本意来看，应适用本身违法规则，只是在经营者能够举证证明第十五条所列情形之一时，才可以考虑适用这些合理原则的抗辩理由，属于第十五条第一款第 1 至 5 项情形时，经营者需要提供不会严重限制相关市场的竞争以及消费者可分享收益的竞争性评估报告。从媒体报道的信息来看，茅台、五粮液明确限定转售最低价格，属于第十四条明确禁止的转售价格维持的典型类型。从茅台、五粮液的企业现状以及销售对象和消费群体来看，第十五条第一款所列合理规则的抗辩理由很明显难以成立。

从目前公开披露的信息来看，仅看到处罚金额，尚未看到没收违法所得，按照反垄断法第四十六条的规定，经营者达成并实施垄断协议，反垄断执法机构应责令经营者停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。因此，没收违法所得应是与实施罚款并行的行政处罚之一。本案如果达成垄断协议并实施的事实查证确凿，经营者获取的非法利益应该予以没收，除非本案以整改等形式中止。

本案如果最终被依据反垄断法实施行政罚款，被处罚企业可能将面临购买人集体性的民事诉讼。

本文首发于 LexisNexis 反垄断法律实务专题

热点聚焦 Hot Focus

“王老吉”商标与商誉

迟少杰



鸿道（集团）有限公司（“鸿道”）在“王老吉”商标许可补充协议被裁决无效后，以强大的广告攻势向消费者宣示，现在的“加多宝”凉茶，就是原来的“王老吉”凉茶——此举被称之为“移植商誉”，由此引发知识产权界有关“王老吉”商誉的讨论，并形成三种不同观点⁹，即：（1）鸿道移植商誉的行为既构成不正当竞争，又侵犯广州医药集团有限公司（“广药”）的“王老吉”商标权；（2）鸿道没有侵犯“王老吉”商标权，但其行为构成不正当竞争；（3）鸿道既未侵权又不涉不正当竞争。



鸿道移植商誉的行为是否侵犯“王老吉”商标权？

鸿道的手法之一，是将原产品包装两面载有的“王老吉”商标，一面改为“加多宝”商标，以达“过渡”目的¹⁰。如果是这样的话，其行为构成商标侵权的概率较大。因为合同被认定无效的法律后果，是“自始无效”、“全部无效”、“绝对无效”。如此，鸿道在超出原合同期间生产的产品，不具合法性。倘若原商标许可合同中无“处理库存”约定，鸿道应自原许可合同终止时起，不再享有使用“王老吉”商标的权利¹¹。

⁹ 详见陶鑫良、李冬梅：“‘王老吉’商誉移至‘加多宝’是否正当”，《中国知识产权报》2012 年 6 月 29 日。

¹⁰ 同注 1。

¹¹ 考虑到生产周期及市场销售等因素，当事人可在商标许可合同中订立“处理库存”条款，约定被许可方在合同终止后，可选择降价将库存产品卖给许可方；或在约定期限内自行销售（但不得生产）库存产品。约定期限届满，被许可方立即停止销售。司法实践中，如合同无“处理库存”约定，但被判决提前解除，法院可根据实际案情，适当考虑给予被许可方处理库存的合理期限。若被申请人提出与“处理库存”相关的仲裁反请求，则仲裁庭可视实际案情，适当予以支持。如合同被认定为无效，纠纷审理机构是否考虑“处理库存”的合理期限，取决于对当事人“缔约过失”责任的认定。就“王老吉”商标争议案而言，仲裁裁决认定的是补充协议无效，不对原商标许可合同效力产生影响。故，如何处理原合同项下争议，需视相关履约事实而定。

有报道称，鸿道认为裁决书的一项是“被申请人停止使用‘王老吉’商标”，意味着被申请人在裁决日前的使用没有问题；而且按照“国际惯例”也应享有“半年到一年”的处理库存期限。我们的看法是，根据《合同法》相关规定，与“违约责任”或“缔约过失”责任相关的法律救济，都不包括具有禁令性质的内容。从这一角度讲，在合同被认定无效情形下裁决“停止使用商标”，似有超载之嫌。再者，即使裁决“停止使用商标”，也不意味着仲裁庭认定裁决日之前的使用合法。因为仲裁庭无权对此作出认定。其间使用是否合法，当事人是否承担法律责任，以及相关的法律救济，应由人民法院审理认定。

然而,进而认为“在‘王老吉’注册商标归还广药集团后,加多宝方(即鸿道)上述移植商誉的行为也侵害了‘王老吉’注册商标权”¹²,就缺乏法律依据了。在我国现有作为认定商标侵权基础的法律规范(如《商标法》或相关司法解释)乃至司法判例中,未见以所谓“商誉移植”为“事实要件”的规定。因此,只要鸿道的广告中不出现“王老吉”字样,就不构成商标侵权。



鸿道移植商誉的行为是否构成不正当竞争?

上述三种观点中,两种观点均认为鸿道的行为构成不正当竞争,主要理由是,“加多宝方当然了解并合理预期这些后发商誉必将伴随‘王老吉’注册商标一起回归广药集团,现在却千方百计地企图将负载在‘王老吉’品牌上的一部分后发商誉移植到‘加多宝’品牌上来,加多宝方的这些行为违反了诚实信用的原则,有悖基本商业道德,自然构成了不正当竞争”¹³。

然而,认定法律责任必须以明确的法律规范为基础。既然前述观点认为鸿道的行为构成不正当竞争,则必须援引《反不正当竞争法》或其他相关法律的明确规定。《反不正当竞争法》明确将“商号”、“知名商品的特有包装装潢”、“商业秘密”等列为受该法调整的法律关系的客体;并列明该法所禁止的“不正当竞争行为”,其中没有任何与商誉相关的客体或禁止性行为。“诚实信用”原则是调整民事法律关系的最基本原则之一。审理纠纷实践中,一般应优先适用下位法中的明确规定,而不能轻易单纯适用“诚实信用”原则认定法律责任¹⁴。

知识产权人士常将商誉与商标联系在一起,从而产生“商誉与商标如影随形,形影不离,浑为一体”的说法¹⁵。其实,商誉更多为“会计学”的概念。我国知识产权法中没有商誉的定义,会计学上的商誉概念也不同于知识产权圈内谈论的商誉。商誉是“舶来”概念,其英文为“Goodwill”,也有称之为“Business Reputation”的,后者更直观易懂,意为“企业声誉”。这种声誉可为企业经营带来超额利润,从而具有一定经济价值。从会计学角度讲,商誉应属“无形资产”项,且只有在企业兼并或合并时,才体现为货币形式。所谓“外购商誉”和知识产权许可费用一样,可以作为“递延资产”进行摊销。但如果是企业自身培育的商誉,则

¹² 同注 1。

¹³ 同注 1。

¹⁴ 实践中的一种习惯性思维是,当自认为他人的行为违法但不能援引具体法条时,就想当然以“违反诚实信用原则”,作为认定他人违法并应承担法律责任的法律规范。如此做法不可取。

¹⁵ 同注 1。

难以在企业账目中以货币形式体现。商誉与专利、商标、版权、商业秘密等不同。后者能以“可辨认形式”单独存在；而商誉始终依附于企业整体，不能脱离企业其他可辨认资产而单独存在。

以文字或图形等形式表现的商誉，自身没有任何商誉，只有在与提供特定商品或服务的企业联系在一起时，才产生商誉并具有相应价值。“ipad”字母本身没有任何商誉，仅在与平板电脑和苹果公司联系在一起时，才产生商誉和巨大商业价值。这也是为什么当年 IP 公司可以 3.5 万英镑购买到 10 件“ipad”商标的根本原因。若不是苹果公司此后对“ipad”商标在世界范围内的使用，该商标在中国的商誉或许因商标权人资不抵债而成为“负担商誉”。所以，苹果公司花 6000 万美元购买的，不是“ipad”商标，而是自己使“ipad”商标产生的巨大商誉。花重金购买自己建立的东西，只因法律上的疏忽而不得已为之。

当年有人在强调“可口可乐”商标的巨大商业价值时曾比喻说，即使可口可乐公司全部资产一夜之间付之一炬，公司也不会倒闭，因为“可口可乐”商标就值 30 亿美元。如从商誉角度讲，此说法值得商榷。因为假定与商标对应的企业都不存在了（特别是配方），何言商标的商誉；即使有，恐怕也是“负值”。而“沃尔沃”商标转让给吉利公司后，之所以还能保持原来的商誉，是因为吉利公司兼并了沃尔沃公司，从而获取与“沃尔沃”商标相关联的商誉。

可以看出，使商标产生商誉的不是商标本身，而是使用商标者。商誉产生于商标的使用，并与使用者相关。有些国家办理商标转让时的选项之一是，“商誉”是否一并转让。这是指商标权人转让商标时，是否将与该商标相关的业务（Business）一起转让。

基于上述分析，我们认为鸿道停止使用“王老吉”商标后采取的广告攻势，不构成不正当竞争。不仅如此，广药如继续使用“王老吉”商标，也有义务广告消费者，现在的“王老吉”凉茶，已不是以前的“王老吉”凉茶，以使消费者清楚区分不同时期使用“王老吉”商标饮品的不同产源。



“王老吉”商标的价值

广药曾于 2010 年对外宣布“王老吉”商标的价值达上千亿人民币。且不论其依据是否充足，评估出如此价值的基础，应该是鸿道当年的“王老吉”凉茶总销售额。现在评估“王老吉”商标的价值，必须以广药销售“王老吉”凉茶的金额为基础。

从经济角度分析，广药在“王老吉”商标之争中受到的伤害或许更大些。无论广药决策的基本考虑因素是什么，其似乎没有真正理解商标与商誉的关系。广药或许意在收回“价值上千亿元的商标”；但没有想到鸿道采取如此强大的广告攻势，使消费者迅速意识到，原来的“王老吉”凉茶，现在叫“加多宝”；要喝原来的凉茶，就去买“加多宝”。“王老吉”商标的价值是否还能达到上千亿元，要看广药如何宣传“王老吉”商标，并能否推出与“加多宝”争夺消费者的凉茶。这需要投入大量资金和迅速推出优质产品，其中尤其宝贵的是时间。考虑到这些“机会成本”，当时达成和解可能是更好的选择。

本文摘自《中国专利与商标》（2012 年第 4 期）

案例分析 Case Study

专利侵权判决赔偿额能否突破下限一万元

——评广东某玩具公司诉王某侵害外观设计专利权纠纷案

北京大成律师事务所杭州分所 徐安 刘家朋

原告：广东某玩具公司

被告：王某

案由：侵害外观设计专利权纠纷

审理法院：扬州市中级人民法院

案情简介：

原告拥有名为玩具剑的外观设计专利，其发现被告经营的超市在销售侵害其外观设计专利的玩具，遂在被告经营的超市公证购买了被控侵权玩具，并诉至法院，要求被告赔偿经济损失人民币 20000 元（法定赔偿）。

法院判决：

被告经营的超市销售了侵犯原告外观设计专利权的产品，且未能提供任何证据证明该被控侵权产品的合法来源，故被告未经专利权人许可，销售落入涉案专利权保护范围的产品，侵犯了涉案专利权。关于赔偿数额，本案不应在《中华人民共和国专利法》第六十五条第二款规定的 1 万元至 100 万元赔偿幅度内确定被告应承担的赔偿责任。理由如下：依据相关法律规定，侵犯专利权的赔偿数额，按照权利人所受到的损失或侵权人的侵权所获得的利润确定；前两者难以确定的，参照专利许可费的合理倍数确定；专利许可费的倍数不能确定或以此确定明显不合理的，法院始能在上述法定幅度内确定赔偿数额。由此可见，采用在法定幅度内酌定赔偿责任这一方式的条件有二，一是，必须在权利人损失难以量化，侵权人获利难以查清情况下作为兜底性条款适用，此责任方式始终位于后序。二是，专利权作为私权在其遭受侵权损害一般也应采用全部赔偿原则，即以权利人的全部损失或侵权人的不法利益为限，而不能脱离损害事实单独存在，在法无明文规定的情形下恣意体现惩罚性。本案中，原告提交的证据尚不足以证实其实际损失或被告获益有超过上述条款规定的赔偿幅度下限（1 万元）的可能，在此情形下，如按原告主张直接适用该条款确定赔偿数额，则有违该赔偿责任方式适用的顺位，也可能致使原告所得超过其实际损失，形成不当得利。换言之，本案中如在 1 万元起算赔偿金无疑会加重被告之负担，有悖公允。综上，本院对原告要求适用上述条款计算赔偿数额的理由不予支持。本院综合考量原告涉案专利权的类型、被告侵权行为的情节、被告经营规模、原告为制止被告侵权行为支出的合理费用等因素，确定被告赔偿原告经济损失人民币 4000 元。

案件评析：

被告销售侵权产品，且无法证明合法来源，构成侵权，这一点无异议。本文要讨论的是本案的赔偿数额。

侵犯专利权的赔偿数额，《专利法》是这样规定的：

《专利法》第六十五条 侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。

权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。

以上可以得出权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以在一万元以上一百万元以下酌定赔偿，也就是说酌定赔偿最低赔偿额是 1 万元。法律为什么要作这样的规定，就是对专利权的特殊保护，商标权和著作权关于酌定赔偿都没有规定最低限额，而专利权设定了一万元的酌定最低赔偿额。这体现了对于专利权法律给予了比其他知识产权更高的法律保护。

本案中，原告的损失、被告获得的利益和专利许可使用费均难以确定，原告方提出了 2 万元的法定赔偿请求，按照法律规定，法院应当在 1 万元以上 2 万元以下酌定赔偿额，但是审理法院作出了 4000 元经济损失赔偿判决，这是有违法律的，是一个错误判决。

再来评价一下关于赔偿数额法院的判决理由。

一、该判决理由没有理解法律的精髓和立法意图。

能确定权利人损失、侵权人获益或者专利许可使用费的，应当优先适用确定赔偿，但这个确定赔偿应当是高于 1 万元的，也就是说权利人损失、侵权人获益或者专利许可使用费高于 1 万元的情形，应当优先适用确定赔偿而不是法定赔偿。当权利人损失、侵权人获益或者专利许可使用费低于 1 万元时，就不能适用确定赔偿，而应当在 1 万元以上进行酌定，适用法定赔偿。否则，就要跟法定赔偿的内涵发生冲突。“人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。”该条规定可以看出，人民法院考虑专利权的类型、侵权行为的性质和情节等所有因素在内，也要给予 1 万元以上赔偿。权利人损失、侵权人获益或者专利许可使用费无疑是其中的因素，即使是权利人损失是零或者侵权人获益是零，也应当给予 1 万元以上的赔偿，这是对专利权人的特殊保护，是法律对创新的鼓励。从某种意义上说，权利人主张赔偿额依据是有选择权的，当确定赔偿对自身有利时可以选择确定赔偿，而法定赔偿对自身有利时可以选择法定赔偿，这应当是立法意图所在。权利人损失是零一般不可能发生，因为至少会有预期利益在（不管这个预期利益多么渺茫），侵权人获益是零是客观存在的，比如生产者或者销售者还没有来得及卖出一件侵权产品就被捉住，像这种情况下，侵权人获益就是零，如果机械适用确定赔偿，权利人得到的赔偿数额就是零，

这无疑是违背立法意图的。该判决机械理解确定赔偿和法定赔偿的顺位，而没有考虑到法定赔偿最低限额为 1 万元的特殊意义和内涵。

二、该判决违反法律规定。

权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以在一万元以上一百万元以下酌定赔偿。本案即属于该种情形，按照法律规定，应当在一万元以上一百万元以下酌定赔偿。判决却认为原告提交的证据尚不足以证实其实际损失或被告获益有超过上述条款规定的赔偿幅度下限（1 万元）的可能，就给予了 4000 元的酌定赔偿，这不但恣意增加了原告的举证义务，而且 4000 元的赔偿额也体现了判决的随意性，4000 元是根据什么得出，原告损失、被告获益均无法证明是 4000 元，法定赔偿的最低限额是 1 万元，所以该判决是明显违反法律规定的。

知识产权权利人取证难，维权难，侵权人机会成本低，侵权现象严重，这已经是共识。在这样的现状下，司法应当是强化保护权利人，降低举证义务，保障维权利益，同时加大对侵权人的惩罚力度，增加其机会成本，使其不敢再犯。但是从本案的判决来看，判决理由出发点似乎是有违目前的司法政策的，即使是法律规定的 1 万元的最低赔偿，其认为“可能”使原告形成不当得利，其认为“可能”加重被告的负担，就这样在恣意中大大削弱了原告的维权利益。专利制度的产生和存在的根基之一就是保障创新者的利益，鼓励激发创新，让专利的经济价值体现出来，这对整个社会来说不是坏事。法官可能是从同情弱者的角度去出这份判决，并由此给出了还算详细的判决理由，但是从更大的视野来看，侵权应当从严整治，权利人的利益要给予最大的保障，维权行为和维权专业人士的价值要得以体现，这才会让“创新”免除后顾之忧。

回应本文题目中的问题，专利侵权判决赔偿额不能突破下限一万元。

徐安

个人资料：

职 位：合伙人 工作语言：中文

工作地点：杭州

邮 箱：an.xu@dachenglaw.com

优势业务：知识产权法律事务



刘家鹏

个人资料：

职 位：合伙人 工作语言：中文

工作地点：杭州

邮 箱：jiapeng.liu@dachenglaw.com

优势业务：知识产权法律事务



实时资讯 Real Time Information

◇ 《反垄断法》配套规定将出台

据商务部反垄断局统计的数据显示,截至 2012 年 9 月 30 日,商务部共审查案件 622 件,其中,立案 562 件,审结 510 件。在审结的案件中禁止 1 件,即可口可乐收购汇源果汁;附条件批准 15 件,无条件批准 487 件。

商务部在公告禁止和附条件批准案件的基础上,近期开始公布无条件批准案件。自 2008 年 8 月至 2012 年 9 月 30 日,商务部无条件批准案件 458 起,今后将定期汇总公开无条件批准案件。同时,《反垄断法》的三部配套规定已进入最后的论证阶段,有望近期发布。这三部规定分别是《关于知识产权领域反垄断执法的指南》、《关于经营者集中案件适用简易程序审查的暂行规定》和《经营者集中附加限制性规定》。

与此同时,商务部副部长高虎城在会上表示:“《反垄断法》基本法律初步建立,相关配套规则尚待完善。而随着上述新的一批规章、指南的出台,中国《反垄断法》的实施必将迈上一个新台阶。”

更多信息请见

<http://www.cinic.org.cn/site951/zcdt/2012-12-27/615406.shtml>

◇ 欧洲紧锣密鼓谋求单一专利体制

日前，欧洲向实现建立单一专利法院又迈出了重要的一步。经过多年艰苦谈判，欧盟单一专利计划扫清最后障碍，获欧洲议会批准。单一专利法院旨在为 25 个欧盟成员国在专利诉讼程序和判决方面提供更大程度的一致性。欧洲议会通过的新的单一专利体制建立了可实施的单一专利，使成员国不必在每个欧盟国家进行重复的专利申请。在单一专利生效前，至少 13 个欧盟成员国需要批准这一揽子计划（包括英国、德国和法国等国家和地区）。目前，据了解，欧盟在 2014 年将授予首件单一专利权。

欧盟内部市场专员称，40 年来欧洲一直谋求单一专利，在此时这个时候计划获批是好消息，有利于欧洲的竞争、增长和就业。新专利计划将于 2014 年实施，实施后企业或个人只需提交 1 份单一专利申请，就可根据需要在欧盟境内多个国家获得专利保护。

欧盟建立单一的专利制度，不仅能让欧盟成员国尝到甜头，对‘走出去’的中国企业来说，同样也是一件有益的事情。

更多信息请见

<http://ip.people.com.cn/n/2013/0218/c136655-20515383.html>

◇ 2012 年中国版权十件大事揭晓

2 月 27 日晚，在中国版权服务年会上，由《中国版权》杂志和《中国新闻出版报》联合评选的“2012 年中国版权十件大事”揭晓。

这十件大事分别是：世界知识产权组织保护音像表演外交会议在北京成功举办，《视听表演北京条约》签署；《著作权法》第三次修订工作取得突破性进展，“版权立法”成社会热点；我国计算机软件登记制度实施 20 周年；全国省级政府机关完成软件正版化检查整改任务，并建立长效机制；第八次“剑网行动”成效显著，关闭侵权盗版网站 129 家；最高人民法院出台《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》；莫言获诺贝尔文学奖，版权销往 24 个国家和地区；全国统一的作品著作权登记体系建立；第三届世界知识产权版权金奖颁发，15 个作品或机构获奖；中国版权相关产业经济贡献调研结果发布。

更多信息请见

<http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/518/143948.html>

◇ 商标法修改拟扩大注册范围 有望引入“声音元素”

诺基亚手机特有的标准铃声, Windows 系列产品启动时的声音, 这些特有的声音都已成为公司的品牌形象, 被注册为声音商标。但是在我国现行的商标法中, 声音元素不允许被注册为商标。现在, 这一规定有望被突破。正在修改中的商标法有望引入“声音商标”的元素。

对于很多人来说, 可能这个概念还挺新鲜的, 其实现在我们生活节奏非常快, 很多时候我们由被动地看广告已经转变为主动听广告, 人们在听到很多广告声音的第一时间, 就会联想到对应的商品。但是此前我们这些相应的声音元素是不允许成为商标的, 这次在商标法修改当中扩大了商标注册的范围, 增加了可注册的标志类型, 允许注册声音, 也就是我们通常所说的“声音商标”。

很多专家学者表示, 把声音纳入商标范围是一种创新, 突破传统意义上可视图片、文字等组成的商标, 从视觉形象发展到听觉形象也是非常必要的, 也是我们现在社会发展的需要。但是也有很多消费者担心, 因为现在可能大家觉得一些广告我们并不是特别认同它的宣传方式, 对它的声音也并不是特别喜欢, 甚至有时候会觉得这些广告有些干扰我们的生活。一旦可以注册成商标之后, 会不会更加对我们形成一种广告的轰炸效应。

中企商标鉴定中心专家成员黄晖表示, “声音商标”的申请也是要符合商标法的相关规定, 其实和普通商标是一样的, 如果一个视觉所见的商标有一些不好的影响, 我们可以说这个商标也许具有不良影响, 可以把它驳回。但是同时其实这个判断也有点主观性, 可能会有容忍性的问题, 因为大家喜好不同。但是企业选择用什么声音、什么标记做商标也会考虑消费者受众的感受, 如果它选择了一个不被消费者喜欢的音乐元素, 最后自己也是得不偿失的。

更多信息请见

<http://ip.people.com.cn/n/2013/0129/c136655-20363221.html>

◇ 国家知识产权局就专利审查指南修改草案公开征求意见

国家知识产权局发布通知, 就《专利审查指南修改草案(征求意见稿)》公开征求意见, 社会各界可于 2013 年 3 月 18 日前将意见和建议反馈至国家知识产权局条法司。

国家知识产权局发布了《专利审查指南修改草案(征求意见稿)》的说明, 指出了《专利审查指南》修改的内容, 分别是:

（一）关于第一部分第二章的修改

1、对于第 11 节的修改

《专利审查指南》本节规定：“初步审查中，审查员一般不通过检索来判断实用新型是否明显不具备新颖性。审查员可以根据未经其检索获得的有关现有技术或抵触申请的信息判断实用新型是否明显不具备新颖性。”

征求意见稿删除了第一句中“一般不通过检索”和第二句中“未经其检索”的表述。

2、对于第 13 节的修改

《专利审查指南》本节规定：“初步审查中，对于实用新型专利申请依照专利法第九条的规定是否能取得专利权，一般不通过检索进行审查。但审查员已经得知有申请人就同样的发明创造申请了专利的，应当进行审查。”

征求意见稿删除了其中“一般不通过检索进行审查”的语句，同时明确了审查员可以根据获得的同样的发明创造的专利申请进行审查。

（二）关于第一部分第三章的修改

1、对于第 8 节的修改

《专利审查指南》本节规定：“在外观设计专利申请的初步审查中，通常不进行检索，审查员仅需要根据申请文件的内容及一般消费者的常识，判断所要求保护的外观设计专利申请是否明显不符合专利法第二十三条第一款的规定。

但是，审查员可以根据未经其检索获得的有关现有设计或抵触申请的信息判断外观设计是否明显不符合专利法第二十三条第一款的规定。”

征求意见稿删除了第一段中“通常不进行检索”的语句，以及对于外观设计专利申请是否明显不符合专利法第二十三条第一款规定的审查，删除了其中“仅需要根据申请文件的内容及一般消费者的常识判断”的限制；同时删除了第二段中“未经其检索”的语句，并将该段与第一段合并为一段。

2、对于第 11 节的修改

《专利审查指南》本节规定：“初步审查中，对于外观设计专利申请根据专利法第九条的规定是否能够取得专利权，一般不通过检索进行审查。但审查员已经得知有申请人就同样的外观设计提出了专利申请的，应当进行审查。”

征求意见稿删除了“一般不通过检索进行审查”的语句，同时明确了审查员可以根据获得的同样的外观设计的外观设计进行审查。

更多信息请见

http://www.sipo.gov.cn/yw/2013/201302/t20130222_785959.html

http://www.ipr.gov.cn/gndtarticle/updates/govupdates/201302/1729316_1.html