



## 弼兴每月速递|9月刊



微信公众号：弼兴 法律及知识产权

上海弼兴律师事务所总部位于上海，同时具有专利和商标代理资格，以提供以知识产权为核心的全方位的法律服务为特色，业务领域主要包括：知识产权、公司治理、外商与境外投资、企业并购以及劳动法务等方面。我们的专家团队深刻理解企业的需求，谙熟国内外的法律实务体系、监管环境以及商业惯例，并且能够熟练运用多国语言与客户交流。我们已经与上百个国家和地区的律所和知识产权代理公司建立了业务合作关系，能够在全球范围内充分利用各地的法律资源解决当地的法律问题，为客户提供及时、切实且有创意的法律服务。

我们密切关注最新立法与政策动态，致力于研究实务动向，并且注重分享，我们推出此刊物以帮助客户了解法律走向，及时准确的作出预判。如果您有具体的法律服务需求，欢迎与我们联系，我们将以优质高效的法律服务、切实严谨的工作态度以及奋发协作的团队精神，弼助您的事业兴旺成功！



## 目录

- **新规速递**..... 3
  - 国家知识产权局《关于加强知识产权鉴定工作的指导意见》解读..... 3
  - 国家知识产权局关于《商标侵权判断标准》理解与适用..... 7
  - 上海市知识产权局关于印发《关于加强海外知识产权纠纷应对机制建设的实施意见》责任分工和推进计划的通知..... 8
- **典型案例摘要**..... 13
  - 【上知案例洞察】被特许人未履行特许人新增促销政策是否构成违约的认定..... 13
  - 【上知案例洞察】装扮动漫形象进行表演以及使用他人动漫形象拍摄电影侵犯具体著作权权利的司法认定..... 17
  - “公司关联交易损害责任纠纷”案件二审判决的 31 个裁判观点梳理.... 22
- **实务研究**..... 34
  - 《上海法院类案办案要件指南》| 著作权侵权类案办案要件指南之诉辩主张的整理与固定..... 34
  - 《上海法院类案办案要件指南》| 著作权侵权类案办案要件指南之著作权侵权的认定..... 45
  - 如何审理侵害商标权纠纷案件 | 办案心法..... 49

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 新规速递

# 国家知识产权局《关于加强知识产权鉴定工作的指导意见》解读



近日，国家知识产权局印发《关于加强知识产权鉴定工作的指导意见》（以下简称《指导意见》），对推动建立完善知识产权侵权纠纷鉴定工作体系等进行部署。现就《指导意见》要点解读如下。

### 一、出台背景

习近平总书记强调，要强化知识产权全链条保护。要综合运用法律、行政、经济、技术、社会治理等多种手段，从审查授权、行政执法、司法保护、仲裁调解、行业自律、公民诚信等环节完善保护体系，加强协同配合，构建大保护工作格局。知识产权鉴定是强化知识产权全链条保护中的重要环节，能为知识产权行政和司法机关办案提供科学依据，有利于进一步提升知识产权保护效能。近年来，随着人工智能、信息通讯、生物医学等尖端、前沿技术快速发展，知识产权疑难复杂案件不断增多。知识产权鉴定在知识产权纠纷，尤其是在疑难复杂案件的专业技术事实认定中发挥的作用越来越重要。

党中央、国务院高度重视知识产权鉴定工作。中共中央、国务院印发的《知识产权强国建设纲要（2021—2035年）》和中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于强化知识产权保护的意见》都对加强知识产权鉴定工作提出明确要求。为落实好党中央、国务院决策部署，建立完善知识产权侵权纠纷鉴定工作体系，促进知识产权鉴定机构专业化、规范化发展等，国家知识产权局认真总结前期知

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





知识产权侵权纠纷检验鉴定技术支撑体系建设试点工作经验,充分征求并吸收了最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、国家市场监督管理总局等部门的意见,研究起草了《指导意见》。

## 二、总体要求

《指导意见》以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导,全面贯彻党的十九大和十九届历次全会精神,深入落实党中央、国务院关于全面加强知识产权保护工作的决策部署,对构建知识产权鉴定工作机制、健全标准体系、强化监督管理,推进知识产权鉴定机构专业化、规范化发展,加强知识产权鉴定对行政裁决、行政执法、司法审判、仲裁调解等的专业技术支撑等进行工作部署。

《指导意见》强调加强知识产权鉴定工作要把握好以下原则:

一是坚持政府指导与行业自律相结合。加强规划引领、工作指导、环境营造,发挥好行业自律组织桥梁纽带作用,加强行业管理和自身建设,深入了解行业发展状况,不断加强行业诚信,形成发展合力,共同推动优化知识产权鉴定工作开展环境。

二是坚持高质量发展与规范化管理相结合。遵循实事求是、独立客观、公开公正等精神,坚持依法合规、做精做优,科学有序开展行业评价、推动自律监管,以高水平的规范化管理推进知识产权鉴定工作高质量发展。

三是坚持理论与实践探索相结合。以问题和需求为导向,围绕完善标准、加强协同、提升能力等工作重点,深入推动理论创新、管理创新、技术创新,不断提升知识产权鉴定专业化水平,更好满足发展需要。

《指导意见》提出未来三年主要发展目标,到 2025 年,形成较为完善的知识产权鉴定工作管理机制,建立多层次多类型的知识产权鉴定标准体系,知识产权鉴定机构规模合理、技术领域覆盖面广、专业化规范化水平明显提升,知识产权鉴定的应用范围更加广泛,对全面加强知识产权保护工作的技术支撑作用更加突出。

## 三、主要任务

《指导意见》围绕发展目标,从明确工作定位、健全标准体系、加强机构培育、完善行业管理、开展行业评价、健全协同机制、加强能力提升和推动自律监管八个方面,部署了重点任务。

地址:上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱: [law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址: [www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





一是明确工作定位。主要提出知识产权鉴定的工作性质、范围、重点和作用，强调了知识产权鉴定意见的证据属性，明确必须经过查证属实，才能作为认定案件事实的根据。

二是健全标准体系。主要提出推动出台知识产权鉴定相关国家标准、团体标准，支持地方开展知识产权鉴定标准贯彻和实施工作，推进各类知识产权鉴定工作规范化开展。

三是加强机构培育。主要强调地方在加强知识产权鉴定工作中的重要作用，提出建立健全知识产权行政管理部门的业务指导工作机制，通过贯彻实施知识产权鉴定标准培育鉴定机构。

四是完善行业管理。主要提出推动成立全国性行业自律组织。构建知识产权鉴定机构遴选荐用机制，建立全国统一的知识产权鉴定机构名录库，将通过贯标的鉴定机构纳入名录库，供相关行政机关、司法机关、仲裁调解组织等选择使用。

五是开展行业评价。主要提出支持行业自律组织探索制定知识产权鉴定行业等级评价办法。鼓励行业自律组织加强行业诚信建设，依法依规对知识产权鉴定机构和鉴定人加强信用监管。

六是健全协同机制。主要提出建立知识产权行政管理部门与执法部门、公安机关、人民法院、检察机关及相关部门间协商机制，加强知识产权鉴定机构名录库互荐共享工作，推动建立相关部门对知识产权鉴定机构从业情况的反馈机制等。

七是加强能力提升。要求加强知识产权鉴定机构和鉴定人思想政治建设，切实提高思想政治素质。指导行业自律组织开展分级分类培训，加强培训师资和教材建设，利用互联网等信息化手段，建立知识产权鉴定应用案例库。

八是推动自律监管。提出推动行业自律组织建立完善行业评判制度，完善行业激励惩戒机制，推动实施全过程留痕、全流程监管。推动严格知识产权鉴定从业标准。明确知识产权鉴定人或鉴定机构经依法认定有故意作虚假鉴定等违法行为的，移出知识产权鉴定机构名录库等。

#### 四、保障措施

为推进各项目标和重点任务的顺利实施，《指导意见》提出了加强组织领导、工作保障和宣传推广三个方面的保障措施。强调要充分认识知识产权鉴定工作对全面加强知识产权保护工作的重要意义。各地方要加大政策支持力度，加大本地知识产权鉴定机构和鉴定人培养力度，建立健全本地知识产权鉴定工作体系。积

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





极宣传推广知识产权鉴定工作中的成果和经验，为全面加强知识产权保护营造良好环境等。

相关链接：[国家知识产权局关于加强知识产权鉴定工作的指导意见](#)

来源：国家知识产权局官网

链接：[https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/8/4/art\\_66\\_176997.html](https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/8/4/art_66_176997.html)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





# 国家知识产权局关于《商标侵权判断标准》理解与适用



2020年6月15日，国家知识产权局制定印发《商标侵权判断标准》（以下简称《标准》）。为深入推进商标执法业务指导工作，进一步做好《标准》的宣传解读，帮助执法人员准确理解条文的意义，及时解答各地在实施过程中的适用问题，国家知识产权局撰写了《〈商标侵权判断标准〉理解与适用》。

附：[《商标侵权判断标准》理解与适用.pdf](#)

来源：国家知识产权局官网

链接：[https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/8/12/art\\_66\\_177297.html](https://www.cnipa.gov.cn/art/2022/8/12/art_66_177297.html)

地址：上海市徐汇区小木桥路681号外经大厦21楼、26楼、29楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





# 上海市知识产权局关于印发《关于加强海外知识产权纠纷应对机制建设的实施意见》责任分工和推进计划的通知



## 上海市知识产权局关于印发《关于加强海外知识产权纠纷应对机制建设的实施意见》责任分工和推进计划的通知

时间: 2022-08-23

沪知局保〔2022〕18号

各区知识产权局、临港新片区市场监管局，局机关各相关处室，市知识产权保护中心，浦东新区知识产权保护中心：

根据《国家知识产权局 中国国际贸易促进委员会〈关于进一步加强海外知识产权纠纷应对机制建设的指导意见〉》（国知发保字〔2021〕33号）的要求，为落实《上海市知识产权局上海市国际贸易促进委员会关于加强海外知识产权纠纷应对机制建设的实施意见》的工作任务，制定本推进计划。

### 一、推进海外知识产权维权援助工作体系建设

1. 优化工作网点布局，建立市级、区级及产业园区或集聚区工作站“三级”工作网络体系。（知识产权保护处牵头，市知识产权保护中心、浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局分工负责；持续推进）
2. 在“一带一路”国家及欧、美、东盟、日本、韩国等重点贸易、投资国家（地区）建设本市海外知识产权纠纷应对指导工作机构，形成海外纠纷应对服务网络。（知识产权保护处牵头，市知识产权保护中心配合；持续推进）

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







3. 建立健全纠纷应对指导工作规程，实现标准管理，规范运行，全面提升海外知识产权纠纷应对指导能力水平。（市知识产权保护中心牵头，浦东新区知识产权保护中心配合；2022 年 12 月底前完成）
4. 建立国家指导中心上海分中心官方网站，实现与智南针网、中国贸易救济信息网等专业网站以及市知识产权局、市贸促会官网的快速链接。不断健全网站专栏、微信公众号、小程序和线下窗口“四位一体”信息服务网络，设置咨询、受理和投诉窗口，开通专门的咨询和受理电话。（市知识产权保护中心牵头，浦东新区知识产权保护中心配合；2023 年 6 月底前完成）
5. 健全海外知识产权专家顾问制度，合作共建海外知识产权纠纷应对指导专家库。（市知识产权保护中心负责；2022 年 12 月底前完成）
6. 遴选一批有资质、有实力的国内外知识产权及法律服务机构，发布符合企业对外贸易、投资发展需求的服务机构名录，建立国内服务机构和海外法律服务机构“1+1”合作机制，为企业提供专业优质、成本可控的服务，遴选培育海外知识产权研究智库，针对重大海外知识产权纠纷开展研究。（市知识产权保护中心负责；持续推进）
7. 引导外向型企业、知识产权及法律服务机构等加强海外知识产权实务人才培养，共同建设“海外知识产权人才培训基地”，加强具备知识产权、贸易投资及法律综合素质的海外知识产权人才储备。（市知识产权保护中心、浦东新区知识产权保护中心分工负责；持续推进）
8. 探索建立海外知识产权特派员制度，帮助企业扩充海外知识产权保护人才资源。（市知识产权保护中心牵头，浦东新区知识产权保护中心配合；2022 年 12 月底前完成）

## 二、加强海外知识产权纠纷应对指导服务

9. 共同建立海外知识产权诉讼、贸易调查等信息跟踪和发布机制，及时为企业提供预警服务，加强应对策略指导。（市知识产权保护中心牵头，浦东新区知识产权保护中心配合；持续推进）
10. 加强与展会主办方、参展组织方和举办地执法机构交流合作与协调协商，实现展前培训和风险排查、展中驻会服务和维权指导、展后案件跟踪和总结反馈的

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





全链条服务。（知识产权保护处牵头，市知识产权保护中心、浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局配合；持续推进）

11. 建立上海重点参展企业及跨境电商名录清单，制定重点展会国或地区展会及跨境电商领域知识产权维权援助及纠纷应对指南。（市知识产权保护中心牵头，浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局配合；2023 年 6 月底前完成）

12. 建立上海重点外向型企业商标品牌清单。提供商标海外被抢注预警与应对预案，建立海外重点国家或地区上海知名商标或品牌发布机制，制定海外重点国家或地区的商标品牌维权指南，指导企业合理应对商标海外纠纷。（市知识产权保护中心牵头，浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局配合；2023 年 6 月底前完成）

13. 开展重点产业领域和重点企业的海外知识产权风险防控体系建设。跟踪评估知识产权密集型产业的需求动态，实时监测海外知识产权重点信息，加强重点产业海外知识产权保护模式研究，及时提供海外知识产权风险防控与纠纷应对指导服务。发布重点产业海外商标、专利注册申请实务指引。（市知识产权保护中心牵头，浦东新区知识产权保护中心配合；2023 年 6 月底前完成）

14. 增强仲裁、调解等多元化纠纷解决机制在海外知识产权纠纷维权援助及纠纷应对中的实效，支持仲裁、调解机构进一步针对重点贸易和投资国家或地区提供海外知识产权纠纷仲裁、调解服务，引导企业通过和解、调解、仲裁等方式快速解决海外知识产权纠纷。（知识产权保护处牵头，市知识产权保护中心、浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局配合；持续推进）

15. 推动保险机构创新知识产权保险等金融产品，鼓励引导保险机构开展知识产权海外侵权责任险、专利执行险、专利被侵权损失险及境外展会知识产权纠纷法律费用险等保险业务，降低企业海外知识产权维权成本。（知识产权运用促进处负责；持续推进）

16. 推动建立健全知识产权海外维权互助机制，引导产业园区、行业协会和上海外向型大中型企业共同设立知识产权海外维权互助基金，缓解、分散企业海外知识产权维权或纠纷应对资金压力。建立产业知识产权联盟及专利池等，支持企业构建攻防联合体，支持利益相关企业共同防范知识产权风险。（知识产权保护处、知识产权运用促进处分工牵头；各区知识产权局、临港新片区市场监管局负责；持续推进）

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





### 三、建立海外知识产权信息发布共享机制

17. 建立重点国家（地区）知识产权法律、法规和政策库，并对重点国家（地区）知识产权法律法规和政策修改情况动态跟踪研究，及时发布重点国家（地区）知识产权保护法律制度和政策环境调整变化信息，指导企业遵守海外贸易投资所在国家（地区）知识产权法律、法规。持续发布重点国家（地区）专利官方收费情况和知识产权保护国别指南。（市知识产权保护中心牵头，浦东新区知识产权保护中心配合；2023 年 6 月底前完成）

18. 收集整理分析海外知识产权纠纷应对典型案例，加强对典型案例研究，形成具有上海特色的专利、商标、地理标志、商业秘密、不正当竞争等领域案例指导库。针对上海企业“走出去”过程中遭遇的知识产权难点问题，加强对重点国家（地区）海外贸易信息数据统计与分析研究，为企业应对知识产权相关贸易调查提供基础支撑。（市知识产权保护中心牵头，浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局配合；持续推进）

### 四、加强市场主体应对海外纠纷能力建设

19. 聚焦上海企业“走出去”过程中知识产权保护需求，围绕海外知识产权纠纷重点领域和关键环节，联合高校、专业机构，面向上海外向型重点企业、国际商会会员企业等市场主体分类开展专题培训，共同建立培训师资库及年度培训计划，3 年内进行一轮循环培训，含涉或覆盖海外专利、商标、著作权、商业秘密等知识产权类型及重大产业领域、展会、跨境电商、贸易投资等知识产权维权援助及纠纷应对主题的培训，全面提升企业海外知识产权保护意识和纠纷应对能力。（知识产权保护处牵头，市知识产权保护中心、浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局配合；持续推进）

20. 开展海外知识产权保护工作重点联系企业培育工程，构建海外知识产权观察企业网络，及时了解企业需求，提供针对性服务。健全重大海外知识产权纠纷信息通报和应急机制，对于突发的知识产权纠纷及时响应。探索建立上海企业遭遇知识产权不公平待遇反馈渠道，给予针对性支持指导。搭建企业海外知识产权维权援助平台，开通服务热线，依托海外知识产权专家顾问提供公益咨询服务。（知识产权保护处牵头，市知识产权保护中心、浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局分工负责；持续推进）

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 五、夯实海外知识产权纠纷应对机制基础

21. 结合本市海外知识产权纠纷应对实际需求，加大资源投入，强化队伍建设，加强综合保障，抓好工作落实确保工作成效。（知识产权保护处牵头，市知识产权保护中心、浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局配合；持续推进）

22. 充分利用各种平台渠道，创新方式方法，宣传海外知识产权纠纷应对指导工作举措和成效。（办公室牵头，保护处、市知识产权保护中心、浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局配合；持续推进）

23. 遴选典型案例，采用多种形式进行重点宣传解读，让更多企业了解海外知识产权保护工作。（保护处、办公室、市知识产权保护中心、浦东新区知识产权保护中心、各区知识产权局、临港新片区市场监管局分工负责；持续推进）

上海市知识产权局

2022 年 8 月 17 日

来源：上海市知识产权局官网

链接：

<https://sipa.sh.gov.cn/xxgkml/20220823/f32582638dad4f15882cc6f5222c7d8d.html>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 典型案例摘要

### 【上知案例洞察】被特许人未履行特许人新增促销政策是否构成违约的认定



## 上海知识产权法院

### 被特许人未履行特许人新增促销政策是否构成违约的认定

——施某与网鱼公司特许经营合同纠纷上诉案

#### 【裁判要旨】

在特许经营合同履行中，特许人要求被特许人执行统一新增的优惠政策，被特许人对此拒绝执行的行为是否构成违约，不能简单依照合同变更理论处理。基于特许经营合同统一商业模式的特点，被特许人是否有义务执行特许人新增的优惠政策，应当以该政策是否实质性损害被特许人利益作为判断标准。

#### 【基本案情】

**2016年3月29日：**上海网鱼信息科技有限公司(以下简称网鱼公司)与施某签订特许经营合同，网鱼公司授权施某开设“网鱼网咖”网吧。合同约定有下列内容：1.施某同意执行网鱼公司会员卡管理制度，不得抵制网鱼会员制度。2.施某参加网鱼公司组织的各类全国性促销活动，并保证各类推广、促销活动按公司统一的规范和标准进行。3.如果施某存在违约行为，网鱼公司有权暂停对其的服务直至该违约行为得到纠正。涉案合同签订后，施某按照要求实施了网吧会员制度。

**2016年12月：**网鱼公司推出“鱼乐卡”制度，要求包括施某在内的所有加盟商销售“鱼乐卡”。“鱼乐卡”分为三种类型，分别为“金卡”“铂金卡”和“钻石卡”，卡费分别为49元、99元和199元。加盟商销售“鱼乐卡”需要提供相应的优惠措施，以“钻石卡”为例，“钻石卡”的卡费为199元，用户购买“钻石卡”后享受的优

地址：上海市徐汇区小木桥路681号外经大厦21楼、26楼、29楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





惠政策如下：1、充 200 元送 200 元的优惠券；2、全年上网 8.8 折；3、10 张饮料半价券。施某经营的加盟网咖于 2016 年 8 月开始营业，2016 年 8 月至 11 月期间，其月均营业额约为 157,000 元。该网咖于 2016 年 12 月至 2017 年 10 月销售“鱼乐卡”，此期间的月均营业额约为 19 万元。此外，施某在销售“鱼乐卡”期间还需按要求向网鱼公司支付相应比例的销售金额。

**2017 年 11 月起：**施某认为销售“鱼乐卡”对其利益造成严重损害，故停止销售“鱼乐卡”。2017 年 11 月至 2018 年 6 月停止售卡期间，该网咖月均营业额为 16 万元。此后，网鱼公司以施某不执行“鱼乐卡”制度为由暂停了涉案网咖的管理系统。施某认为网鱼公司无权暂停系统服务，诉请法院判令网鱼公司赔偿其损失，并返还已经强制收取的“鱼乐卡”售卖费用 76000 余元。

**一审法院认为，**“鱼乐卡”的内容属于会员制度，施某不执行会员卡管理制度，其行为构成违约，网鱼公司根据合同约定有权暂停涉案网咖的管理系统，故判决驳回施某的诉讼请求。施某不服一审判决，提起上诉。

**上海知产法院经审理后认为，**“鱼乐卡”制度是双方合同签订后推出的新的政策，涉案合同签订时双方所约定的会员卡仍在执行，故该制度不属于合同约定的会员卡制度。从“鱼乐卡”制度的内容来看，其本质属于网鱼公司新推出的要求加盟商执行的一项促销政策。鉴于特许经营合同具有统一商业模式这一特点，被特许人是否有义务执行特许人在合同履行过程中推出的促销政策，应根据合同约定、具体的优惠活动内容是否对被特许人的利益产生实质影响，以及合同实际履行情况综合判定。涉案合同约定被特许人有义务参加统一的促销活动，施某在销售“鱼乐卡”期间的利益并未受损，且长期按要求向网鱼公司支付相应比例的销售金额。因此，施某未继续执行“鱼乐卡”政策的行为构成违约，网鱼公司依约有权暂停服务，故判决驳回上诉，维持原判。

### 【典型意义】

本案中，关于网鱼公司是否有权暂停系统服务，以及施某是否有权不予执行“鱼乐卡”制度，涉及的首要问题是“鱼乐卡”制度的性质认定。网鱼公司与施某签订涉案合同时，双方并未约定施某需执行“鱼乐卡”制度，该制度是在合同履行过程中网鱼公司所推出的新的制度，其本质是对合同内容的变更。我国《民法典》第五百四十三条规定，当事人协商一致，可以变更合同。从反向解释而言，当事

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



人未协商一致，则不能认定为合同变更。就一般的合同而言，如果一方当事人在合同履行过程中提出新的要求，而对方未予明确接受，则该新的要求不能作为合同内容。但就特许经营合同而言，对此还应根据个案作特别考量。《商业特许经营管理条例》第三条规定，商业特许经营是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业，以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者使用，被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营，并向特许人支付特许经营费用的经营活动。在特许经营活动中，特许人通常会根据市场或其他因素要求被特许人统一执行一定的促销优惠政策。由于“统一的经营模式”是特许经营活动的重要特征之一，保持价格、服务以及其他经营要素的相对统一是特许经营行业发展的基础。如果忽视特许经营行业的特点以及商业实际需求，将合同履行过程中特许人要求统一执行的促销政策一概适用一般的合同变更理论，即只有被特许人同意执行的情况下才构成合同变更的合意，则可能严重影响特许经营活动的开展。当然，特许人在合同履行过程中提出要求统一执行的促销政策，被特许人是否必须承诺执行，还应当考虑遵循合同法的公平原则来确定各方权利义务的变化。特许经营必须以双方都获利为基础，单方有利或权利义务的失衡必将导致合同履行丧失基础。如果特许人在合同履行过程中提出的促销政策已实质性地损害了被特许人的利益，则被特许人有权拒绝执行相应政策。

该案特许经营合同约定了施某有义务参加网鱼公司组织的各类全国性促销活动，并保证各类推广、促销活动按照统一的规范和标准进行，这一约定系为未来可能发生的义务所进行的概括性约定。如前所述，特许经营合同无论是否有此约定，基于特许经营行业的特点，被特许人均在一定条件下具有配合执行统一促销政策的义务。同时，涉案合同虽然具有上述概括性的规定，但并不代表在任何情况下施某都要执行网鱼公司提出的促销政策，基于合同的公平原则，仍要判断网鱼公司所推出的“鱼乐卡”制度是否实质性地损害了施某的利益。具体而言，一方面，从“鱼乐卡”制度内容本身来看，售卡行为增加了施某的运营成本。以“钻石卡”为例，销售一张“钻石卡”的卡费为 199 元，若用户再充值 200 元，则施某的实际收入为 399 元，但其需将卡费的一定比例分别支付给网鱼公司和员工，同时还需提供一定的优惠服务。如果用户不购买“鱼乐卡”而直接充值 399 元，则施某无需向网鱼公司和员工支付一定比例的售卡金额，亦无需向用户提供上述优惠服务。另一方面，“鱼乐卡”制度本质上属于一种促销行为，是否会造成施某利益受损还需根据实际运营情况进行判断。根据涉案网咖的运营数据，施某在销售“鱼乐卡”期间，其月均营业额相较之前增长 3 万余元，而在停售之后其月均营业额

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





相较售卡期间下降了 3 万余元。也就是说，如果施某不销售“鱼乐卡”，则其不会由此每月多营收 3 万元。施某在案件审理中自认其售卡期间每月成本增加 1 万余元。从实际运营数据来看，施某因为销售“鱼乐卡”所带来营收超过其增加的运营成本，其利益并没有受到损害，因此，法院判决驳回了施某的诉请。需要强调的是，促销制度本质是通过降低单位商品服务的利润来提升营业额，从而在总体上获得更多的利润。判断被特许人的利益不能脱离实际运营情况进行孤立分析，而应根据整体营收与利润的变化进行判断，科学合理界定被特许人的利益是否实质受损。

### 【案例索引】

一审：上海市徐汇区人民法院（2019）沪 0104 民初 22258 号

二审：上海知识产权法院（2021）沪 73 民终 347 号

作者：范静波

来源：上海知产法院官方微信公众号

链接：[https://mp.weixin.qq.com/s/\\_6rnXvlnfMnKwgnAcBgbGw](https://mp.weixin.qq.com/s/_6rnXvlnfMnKwgnAcBgbGw)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 【上知案例洞察】装扮动漫形象进行表演以及使用他人动漫形象拍摄电影侵犯具体著作权权利的司法认定



上海知识产权法院

### 装扮动漫形象进行表演以及使用他人动漫形象拍摄电影侵犯具体著作权权利的司法认定

——圆谷株式会社与蓝弧动画公司等著作权侵权纠纷上诉案

#### 【裁判要旨】

未经动漫形象美术作品著作权人许可，以真人装扮成动漫形象进行表演，构成对作品复制权的侵犯，而非表演权的侵犯。未经许可直接使用他人动漫形象美术作品拍摄电影的行为，构成对作品摄制权的侵犯，而非复制权的侵犯。

#### 【基本案情】

原告圆谷制作株式会社（以下简称圆谷株式会社）系初代奥特曼角色形象的著作权人，被告广州蓝弧动画传媒有限公司（以下简称蓝弧动画公司）等公司使用被诉奥特曼形象制作电影《钢铁飞龙之再见奥特曼》并进行放映，还在发布会上组织演员身着奥特曼形象制成的面具和人体彩绘形象进行表演。原告主张各被告使用的奥特曼形象系对初代奥特曼形象的改编，使用被诉奥特曼形象拍摄电影的行为侵犯其作品的摄制权；各被告组织身着奥特曼形象制成的面具和人体彩绘形象进行表演的行为侵犯其作品的表演权。因此，诉请法院判令各被告停止侵害、消除影响，并赔偿损失 1,000 万元。蓝弧动画公司等公司辩称系从案外人处获得使用奥特曼形象的授权，不构成侵权。

上海市浦东新区人民法院认为，原告圆谷株式会社对初代奥特曼形象作品享有著作权，被诉奥特曼形象构成对原告奥特曼形象的复制，蓝弧动画公司等公司辩称其从案外人处获得授权的主张不能成立，所有被诉行为均构成对原告作品复

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





制权的侵犯，判决蓝弧动画公司等公司停止侵权、消除影响，并赔偿原告经济损失 200 万元及合理费用 50 万元。圆谷株式会社、蓝弧动画公司等公司不服一审判决，均提起上诉。

**上海知识产权法院二审认为**，被诉奥特曼形象系对初代奥特曼形象进行了改动，但主要特征未发生变化，构成对权利作品的复制。蓝弧动画公司等公司使用被诉奥特曼形象拍摄电影构成对权利作品摄制权的侵犯；蓝弧动画公司等公司组织演员身着奥特曼形象制成的面具和人体彩绘形象，仅是将奥特曼形象通过真人人体这一特殊载体进行了原样再现，并非演员通过其动作、声音或表情再现作品，不构成对作品表演权的侵犯，而是对复制权的侵犯。上海知识产权法院二审判决：驳回上诉，维持原判。

### 【典型意义】

以真人装扮成动漫形象进行表演，以及使用他人动漫形象美术作品拍摄电影侵犯的具体著作权权利，是本案涉及的两个法律问题，本文对上述问题作一评析。

#### 一. 以真人装扮成动漫形象进行表演是否构成对表演权的侵犯

近年的司法实践中，美术作品的权利人在多起案件中主张被诉行为侵犯其作品的表演权，且多数案件获得法院的支持。此类案件所指控的行为主要包括以下两类：一是演员在演出活动中使用美术作品所涉形象制作的玩具作为表演道具。例如，在森科公司诉零点绿公司案中，法院认为，站立在表演者左肩上舞动的小黄鸭动态造型与原告涉案作品左边的小黄鸭全身站姿形态造型一致，该造型应为原告权利作品的同幅作品。被控行为侵犯了原告对涉案美术作品依法享有的复制权和表演权。<sup>1</sup>二是工作人员在商业活动中，或者演员在演出活动中装扮成动漫形象进行表演。例如，在优扬公司诉金华市第一百货公司案中，法院认为，被告的工作人员装扮为小羊肖恩的形象，在商场中与顾客互动发放礼品，侵犯了权利人享有“肖恩”卡通形象美术作品的表演权。<sup>2</sup>再如，在奥飞公司诉雅居乐公司等案中，法院认为，被告未经著作权人许可，让涉案舞台剧的演出人员以接近“美琪”“美雪”“小蓝”“小千”美术作品的形象造型，在舞台上表演节目，构成对上述美术作品表演权的侵犯。<sup>3</sup>上述认定是否正确，涉及如何正确理解著作权法意义上的表演权。

根据我国《著作权法》（2020 年修正）第十条第一款第九项的规定，表演权是指“公开表演作品，以及用各种手段公开播送作品的表演的权利”。表演包括现

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



场表演和机械表演，上述涉及侵犯美术作品表演权的案件中所指控的行为均属于现场表演。所谓现场表演，是指演员直接或者借助技术设备以动作、声音、表情公开再现作品或演奏作品。我国著作权法对于表演权并未限定具体的适用范围，但《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（以下简称伯尔尼公约）对此作了相关规定。根据伯尔尼公约第十一条的规定，戏剧作品、音乐戏剧作品或音乐作品的作者享有许可公开演奏和公演其作品，包括用各种手段和方式的公开演奏和公演的专有权，文学作品作者享有许可公开朗诵其作品，包括用各种手段或方式公开朗诵其作品专有权。可见，伯尔尼公约规定的表演权所涉及的作品类型仅包括戏剧作品、音乐戏剧作品或音乐作品，以及文字作品。之所以就表演权涉及的作品类型进行适当限定，这与表演权所控制的特定行为密切相关。音乐作品、戏剧作品、文学作品之外包括美术作品等其余类型的作品，其在客观上难以直接或者借助技术设备以动作、声音、表情公开再现或演奏，故表演权在通常情况下不涉及美术作品，尤其是单幅美术作品。但美术作品是否在任何情况下都不具有表演权，笔者认为可能有一种类型的美术作品可以被表演，即不带有文字的连环画作品。此类作品通常具有一个相对完整的剧情，演员可以通过动作、声音或表情再现连环画作品的思想。

就前文所列举案件中的被诉行为而言，笔者认为均不构成对美术作品表演权的侵犯。表演权控制的行为是直接或者借助技术设备以动作、声音、表情公开再现作品，此种再现方式并非对作品表达方式的原样再现，否则将与复制行为无异。在演出活动中使用美术作品作为道具，显然不是对美术作品以动作、声音、表情的方式进行再现。在商业活动或演出活动使用动漫形象装扮人物进行表演的行为则略显复杂，该行为在表面上使得静态的美术作品动态化，使得观众体验到了不同于静态美术作品的表达。但是，以动作、声音、表情公开再现作品的表演方式是一种“无形”的方式，通过这种无形的方式来传达作品的思想是表演权所要控制的行为。演员装扮动漫形象只是通过真人人体这一特殊载体对美术作品以有形的方式进行了原样再现，其本质上是一种复制行为。至于演员装扮成动漫形象后所进行的表演活动，这种表演可能是演员的即兴表演，也可能是对已有剧本的表演，但均不是对美术作品的表演。

综上，对表演权的理解不能望文生义，表演活动中使用美术作品作为道具，以及装扮成美术作品中的动漫形象进行表演，其与对作品本身进行表演是两种完全不同的行为，不能认定为属于对作品表演权的侵犯。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 二. 使用他人美术作品拍摄电影侵犯具体著作权权利的认定

近年来,涉及在拍摄电影时未经许可使用他人美术作品的案件逐渐增多。司法实践中,对于此类行为认定构成著作权侵权并无争议,主要分歧在于该行为侵犯了著作权中的何项权利。一种观点认为,该行为属于对作品摄制权的侵犯。例如,在乐玩公司与湃拉工作室等著作权权属、侵权纠纷案中,法院认为,涉案电影对游戏中四个角色形象采用的是近乎“原样照搬”式的使用,是以摄制电影的方法将乐玩公司享有权利的上述美术作品固定在了相应载体上,构成了对摄制权的侵害。<sup>4</sup>另一种观点认为,该行为属于对作品复制权的侵犯。例如,本案一审法院认为,被告使用被诉奥特曼形象美术作品拍摄电影的行为并非摄制权所控制的范畴,而系侵犯作品的复制权。<sup>5</sup>对于使用美术作品拍摄电影的行为究竟应认定侵犯何项著作权权利,本文具体分析如下:

根据我国《著作权法》的规定,摄制权是指以摄制视听作品的方法将作品固定在载体上的权利。著作权法赋予著作权人摄制权,主要在于控制根据小说、戏剧等文学作品拍摄电影的行为。此种行为显然并非复制行为,而是在原作品基础上创作出新作品的行为。因此,通常认为摄制权是控制作品演绎行为的权利。但根据我国著作权法有关摄制权的定义,以摄制电影的方法将作品“固定”在载体上的行为与复制权所控制的行为在本质上并无不同。使用美术作品直接拍摄进电影,该行为显然并非对作品进行了演绎,而是以摄制的方式对美术作品进行复制,在本质上属于复制行为,原理上可以被复制权所控制。但根据我国著作权法对摄制权的定义,至少从文义解释的角度,其亦可被摄制权控制。那么,使用作品直接拍摄电影的行为究竟应为何种权利控制更为妥当,需要作进一步分析。

伯尔尼公约关于摄制权有专门的规定,公约第十四条规定,文学和艺术作品的作者享有下述专有权:许可把这类作品改编或复制成电影以及发行经改编或复制的作品。根据上述规定,伯尔尼公约所规定的摄制权,包括了改编和复制行为。同时,伯尔尼公约在第九条专门规定了复制权。可见,伯尔尼公约在已经规定了复制权的情况下,仍把为拍摄电影复制作品的行为纳入摄制权的范畴。通常而言,著作权法设定的各项权利原则上应当互斥,即同一被诉行为不应同时侵犯两项或两项以上的著作权权利,否则将使权项划分失去意义。但同时,不能排除立法者基于某种特殊目的,对本质上已可以被纳入某项权利控制范畴的行为另行作出单独规定,上述伯尔尼公约有关摄制权的规定即是如此。由于拍摄电影之前通常需要对原作品进行复制、改编,伯尔尼公约将为拍摄电影的复制、改编行为纳入摄

地址:上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱: [law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址: [www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





制权范畴。例如，动漫美术作品的权利人许可他人将作品拍摄成电影时，其在合同中约定授予的权利为“摄制权”，如果将摄制权仅限定为控制演绎作品的权利，则被许可人直接使用动漫形象拍摄电影的行为即属于超许可范围行使权利，构成了对美术作品复制权的侵犯。如果将摄制权的内容界定为包括为了拍摄电影而复制作品的权利，则被许可人的行为不构成侵权。显然，从商业角度而言，把为拍摄电影而实施复制作品的行为纳入摄制权的范畴，在客观上更有利于权利的行使，通常情况下亦更符合当事人真实的意思表示。立法者亦认为，摄制权“并不仅仅指将小说拍成电影片、电视剧等，未经许可将一部乐曲作为电影的音乐、未经许可将美术或摄影作品摄入电影、电视等也构成侵犯摄制权。”<sup>6</sup>

综上，在司法实践中将为拍摄电影而进行的复制行为纳入摄制权的范畴，符合我国著作权法有关摄制权规定的文义，且不会导致著作权权利体系的混乱，更有利于商业交易的便利，在法教义学意义上是更为妥当的解释。

### 【案例索引】

一审案号：上海市浦东新区人民法院（2018）沪 0115 民初 14920 号

二审案号：上海知识产权法院（2020）沪 73 民终 544 号

### 【注释】

1. 参见（2017）鄂 01 民初 3996 号民事判决书。
2. 参见（2015）金婺知初字第 142 号民事判决书。
3. 参见（2015）佛城法知民初字第 49 号民事判决书。
4. 参见（2018）京 0108 民初 64742 号民事判决书。
5. 参见（2018）沪 0115 民初 14920 号民事判决书。
6. 全国人大常委会法制工作委员会编 胡康生主编：《中华人民共和国著作权法释义》，法律出版社 2002 年版，第 59 页。

作者：范静波

来源：上海知产法院官方微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/Aj1e4EsPZ7FNwur6qB6oEQ>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



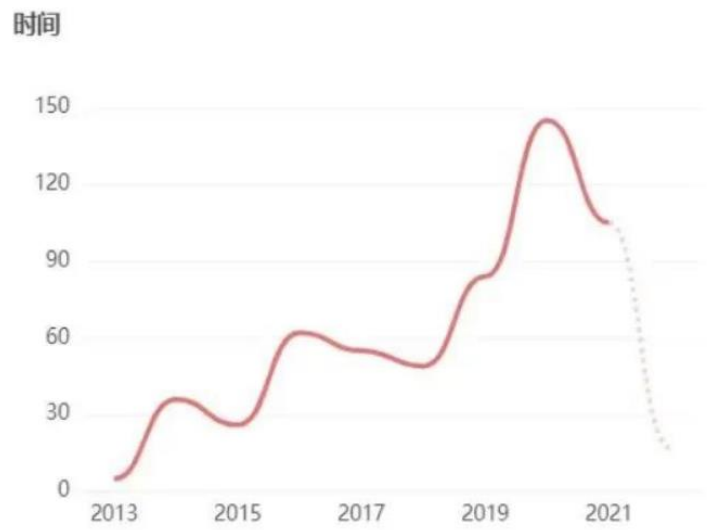
## “公司关联交易损害责任纠纷”案件二审判决的 31 个裁判观点梳理

随着近年来公司关联交易损害案件的增多，关联交易制度面临的问题也越来越突出。虽然公司关联交易损害责任纠纷已经归类为“与公司有关的纠纷”项下的案由之一，《公司法》第 21、148、216 条，《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定（五）》第 1、2 条及《民法典》84 条等规定中使用了“关联关系、关联交易”等用语，但在司法实践中对于如何判定关联交易，责任主体、损害范围、关联交易损害责任如何确定等问题并未明确。下文通过对裁判案例的研读，以期提炼解答，供读者参考。

### 一、公司关联交易损害责任纠纷大数据分析

笔者在 2022 年 7 月 22 日以“公司关联交易损害责任纠纷”为案由在 Alpha 数据库中进行搜索，共得到裁判文书 611 份，通过数据库可视化分析功能得到下列大数据分析：

#### 1. 时间分析



△图片来源：最高人民法院司法案例研究院微信公众号

可以看出，2013 至 2020 年公司关联交易损害责任纠纷呈现明显上升趋势。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 2. 地域分析

地域



△图片来源：最高人民法院司法案例研究院微信公众号

公司关联交易损害责任纠纷主要集中在广东、江苏、山东、浙江等沿海省份，在四川、湖南、河南等地也有部分公司关联交易损害责任纠纷发生。

## 3. 审理期限分析

审理期限 ①



- 30天以内  
81件
- 31-90天  
68件
- 91-180天  
56件
- 181-365天  
40件
- 365天以上  
25件

\*平均审理期限为144天。

△图片来源：最高人民法院司法案例研究院微信公众号

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





公司关联交易损害责任纠纷平均审理期限为 144 天，较其他纠纷而言审理期限较长，这间接反映公司关联交易损害责任纠纷较为复杂。

#### 4. 一审裁判结果分析

一审裁判结果



△图片来源：最高人民法院司法案例研究院微信公众号

公司关联交易损害责任纠纷在一审程序中诉讼请求获得法院全部或者部分支持的比例为 17.83%，可以看出法院对于判决是否承担赔偿责任持较为严格的态度。

#### 5. 二审裁判结果分析



△图片来源：最高人民法院司法案例研究院微信公众号

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







公司关联交易损害责任纠纷在二审程序中维持原判的比例为 72.29%，改判的比例仅为 9.52%。由此可看出，公司关联交易损害责任纠纷在进入二审程序后，如无新证据或其他情况，二审法院维持原判的可能性较大。

## 二、全国法院 231 起二审判决关于公司关联交易损害责任纠纷案件裁判观点对比汇总

笔者于 2022 年 7 月 18 日以“公司关联交易损害责任纠纷”为案由，以“最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院”为法院层级，以“二审”为审理程序在 Alpha 数据库进行检索，共得到裁判文书 231 份。通过对该 231 份裁判文书进行分析、对比、汇总得到以下 31 个裁判观点。

### （一）认定利用关联关系损害公司利益的裁判观点

1. 《中华人民共和国公司法》第二十一条规定：“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反前款规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。”其中，“利用关联关系”和“损害公司利益”是判定赔偿责任的两条根本标准。具体到本案中，则需要判断创联公司与创智利德公司是否形成关联关系以及交易行为是否损害创智利德公司的利益。

案号：北京市第一中级人民法院——（2021）京 01 民终 9900 号

2. 高管明知公司章程对公司对外提供借款需要履行相应内部程序有约定的情况下，违反章程约定，擅自审批对外借款，违反了高管人员对公司负有的忠实义务，此擅自批准对外借款的行为给公司造成了损失，其应对案涉债务共同承担赔偿责任。

案号：北京市第一中级人民法院——（2021）京 01 民终 1690、1686、1688 号

3. 宋某萍担任关联交易双方公司的控股股东，并同时担任监事，关联交易签署的合同未经股东会决议通过，其作为中智公司的大股东，在中智公司对外履行

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





业务合同时，又以关联公司泰融公司委派人员的身份，派出到中智公司进行服务工作，泰融公司收取每月 12 万元的服务费（半年收取 72 万元）。泰融公司派出的服务人员仅限于宋某萍一人，服务内容为对中智公司的项目进行管理。中智公司的项目合同到期后，项目相对方又与泰融公司签订了合同。上述行为明显脱离了正常商业运作范畴，有违股东、高管的忠实义务，损害了公司及小股东的合法权益。

案号：北京市第一中级人民法院——（2021）京 01 民终 341 号

4.关联交易是否经过法律、行政法规或公司章程规定的程序并非判断关联交易是否损害公司利益的实质要件，上诉人在一审期间拟申请证人出庭证明案涉交易经过公司内部决议程序不属于本案审理的基本事实，一审法院对其在举证期限届满后提出的证人出庭申请未予准许符合法律规定，亦不会影响本案的实体审理。上诉人主张案涉款项流转未损害公司的利益，应当举证证明对方公司就该笔款项支付了合理对价或者存在其他合理理由。

案号：广东省珠海市中级人民法院——（2019）粤 04 民终 2495 号

5.在关联交易符合形式合法的外观要件的情况下，应当对关联交易的实质内容即合同约定、履行是否符合正常的商业交易原则以及交易价格是否合理等进行审查。

案号：最高人民法院——（2019）最高法民终 496 号

6.公司高管明知涉案交易为关联交易的情况下，未履行充分披露义务，提供的关联交易手续亦缺乏完整性，构成对公司的损害。

案号：广东省广州市中级人民法院——（2019）粤 01 民终 11290 号

7.被告兼具公司法定代表人、执行董事、总经理以及关联公司监事的多重身份，其代表两家公司签订合同的行为符合关联交易的法律特征，同时违反了应对公司负有的忠实义务，损害了公司的利益并给公司造成了损失，应对损失承担赔

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





偿责任。

案号：福建省高级人民法院——（2016）闽民终 1521 号

8.被告利用自身担任高管的企业与其直系亲属所成立的企业进行交易构成关联交易，如该关联交易未履行向股东会报告的义务，构成对公司忠实义务的违反。

案号：天津市第一中级人民法院——（2016）津 01 民终 4069 号

9.在涉及公司重大交易时，公司实际控制人未经董事会表决通过或董事长同意，应当回避却未予回避，还直接批准了涉案交易用款，以与市场价格严重不相符的高价购买管理公司供应的设备，直接导致公司利益转移至关联公司，客观上造成了公司的损失。

案号：湖北省高级人民法院——（2013）鄂民二终字第 00084 号

10.控股股东利用关联关系将公司资产低价出租给关联公司，对于承租期间的市场租值与实际租值期间的差价损失可以作为认定关联交易造成的损失。

案号：新疆生产建设兵团第一师中级人民法院——（2021）兵 01 民终 326 号

11.关联交易方对交易行为的合理性和收款的正当性未能提供相应证据，且现有证据证实交易行为不符合营业常规的，应当认定其为不正当关联交易行为。

案号：江苏省泰州市中级人民法院——（2020）苏 12 民终 1168 号

12.关联交易的双方如具有意思表示一致性及利益取得共同性，应认定为共同侵权人，应对公司损失承担连带赔偿责任。

案号：江苏省泰州市中级人民法院——（2020）苏 12 民终 1168 号、湖南省常德市中级人民法院——（2020）湘 07 民终 892 号、浙江省杭州市中级人民法院——（2019）浙 01 民终 9301 号

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





13.公司没有违约行为而控股股东利用关联关系通过支付违约金向关联交易公司进行利益输送,构成关联交易损害公司利益,应向公司承担相应的赔偿责任。

案号:四川省乐山市中级人民法院——(2020)川11民终398号

14.关联交易包括购买或销售商品、购买或销售商品以外的其他资产、提供或者接受劳务、担保、提供资金、租赁、代理、研究与开发项目的转移、许可协议、代表企业或由企业代表另一方进行债务结算等表现形式。

案号:安徽省滁州市中级人民法院——(2018)皖11民终2743号、安徽省芜湖市中级人民法院——(2017)皖02民终810号

15.关联业务往来不符合独立交易原则,关联销售业务的交易价格及分担成本不合理,应当认定关联交易中存在利用关联关系损害公司利益的行为。

案号:江苏省苏州市中级人民法院——(2017)苏05民终9743号

16.控股股东通过建立“内销”账目结算的方式进行关联交易,截留销售价款、转嫁财务费用,损害公司及其他股东利益,应当承担返还不当利益的责任。

案号:新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院——(2018)兵民终32号

## (二) 不支持利用关联关系损害公司利益的裁判观点

17.关联交易损害责任纠纷,需要对相关公司的关联关系进行审查,再根据整体公平原则对涉案交易是否损害公司利益进行判断。现有证据无法证实两家公司之间存在关联关系,且涉案《前期物业服务合同》从合同订立的程序和实质结果而言均合法合规,无显失公允之处,故对上诉人主张的损害公司利益主张不予支持。

案号:广东省广州市中级人民法院——(2021)粤01民终19379号

地址:上海市徐汇区小木桥路681号外经大厦21楼、26楼、29楼(200032)

电话:021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱:[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址:[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





18.关联交易损害公司利益的责任主体应为公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员，高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。陶某林虽然在弗劳德公司任职，但上诉人未举证证明其系财务负责人或其他公司章程规定的高级管理人员，其并不属公司高级管理人员，并非关联交易的责任主体。

案号：广东省深圳市中级人民法院——（2020）粤 03 民终 28310 号

19.利用关联关系和损害公司利益是判定赔偿责任的两个根本标准，具体体现为交易主体、交易动机、交易行为和交易结果四个要件。基于上述四点分析，上诉人提出的赔偿请求不符合法律规定，法院不予支持。

案号：广东省佛山市中级人民法院——（2017）粤 06 民终 643 号、（2019）粤 06 民终 6581、6580 号

20.通过股权交易获得合理对价，该股权交易行为不属于利用关联交易将出资转出的抽逃出资情形，并未损害公司利益。

案号：最高人民法院——（2020）最高法民终 55 号

21.东圣公司董事会、股东会作出关于收购海隆公司并授权\*\*组织收购工作的决议，参与表决的董事及股东代表与决议事项有关联关系，确属于公司关联交易。但涉及关联交易的决议无效，还需要违反《公司法》第二十条第一款“公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益”和第二十一条第一款“公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益”之规定判定，也即须判定公司决议是否系股东滥用股东权利，以及是否损害公司或其他股东利益，而不能仅因涉及关联交易，辄认定股东会、董事会决议当然无效。

案号：最高人民法院——（2017）最高法民终 416 号

22.合法有效的关联交易应当同时满足三个条件：交易信息披露充分、交易程

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





序合法、交易对价公允。综合以上三个交易条件分析,原审法院认定现有证据显示案涉交易均为合法有效的关联交易并无不当。

案号: 广东省东莞市中级人民法院——(2015)东中法民二终字第 1912 号、1913 号、1919 号、1921 号、1922 号、1923 号

23.关联交易并不必然引发相关董事、高管的赔偿责任,而是必须以前述关联交易行为给公司造成损失为前提。系争合同的签订与履行是合法有效的,合同内容符合公平原则,无损害上诉人的情形。

案号: 上海市第二中级人民法院——(2016)沪 02 民终 7836 号

24.自我交易的主体应仅限于董事、高管本人违反公司章程或未经股东会同意与本公司进行交易的行为,司法审判不宜扩张解释至董事、高管投资设立的其他公司与本公司进行交易的行为,应注意区别自我交易与关联交易的法律后果。

案号: 上海市第二中级人民法院——(2016)沪 02 民终 21 号

25.关联交易已根据公司章程规定经过股东会或者董事会表决通过,则存在关联关系的股东或董事虽然参与表决并发表意见,亦不能认定其利用了关联关系。

案号: 江苏省高级人民法院——(2013)苏商外终字第 0008 号

26.股东未能提交证据证实其已履行前置程序,法院对其提起公司关联交易损害责任纠纷的起诉应当裁定驳回。

案号: 河南省南阳市中级人民法院——(2021)豫 13 民终 3297 号、四川省攀枝花市中级人民法院——(2021)川 04 民终 592 号

27.控股股东指派的法定代表人,在单纯履行职务行为情况下,不应对控股股东的正当关联交易行为承担连带赔偿责任。

案号: 四川省乐山市中级人民法院——(2020)川 11 民终 398 号

地址: 上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼 (200032)

电话: 021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱: [law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址: [www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





### （三）其他裁判观点

28.关联交易合同存在无效或者可撤销情形，公司没有起诉合同相对方的，公司股东在公司已经注销的情况下，对提起股东代表诉讼具有诉的利益，有权以自己的名义直接向人民法院起诉合同相对方。

案号：北京市第三中级人民法院——（2021）京 03 民终 8907 号

29.以股权托管协议方式进行股份托管的股东，并未丧失股东资格，有权在履行前置程序后，以适格原告身份提起公司关联交易损害责任纠纷诉讼。

案号：河南省高级人民法院——（2020）豫民终 799 号

30.控股股东与公司签订的关联交易协议中虽约定仲裁条款，但对非签约方没有约束力，非签约方的其他股东提起关联交易损害责任纠纷不受其影响。

案号：湖南省郴州市中级人民法院——（2019）湘 10 民辖终 75 号

31.隐名股东无权提起公司关联交易损害责任纠纷的股东代表诉讼。

案号：浙江省嘉兴市中级人民法院——（2020）浙 04 民终 3129 号

### 总结

针对上述的裁判观点进行总结，我们发现法院对于关联交易的认定呈现扩大趋势。《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定（五）》第一条规定：关联交易损害公司利益，原告公司依据民法典第八十四条、公司法第二十一条规定请求控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员赔偿所造成的损失，被告仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由抗辩的，人民法院不予支持。即只要损害结果是因关联交易导致，即使关联交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序，也无法豁免赔偿责任。关联交易的本质应该是交易而非关联，关联交易的实质在于交易表面上发生在两个或者两个以上当事方之间，但实际上却只由一方决定。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





最高人民法院在（2019）最高法民终 496 号、（2020）最高法民终 55 号中认为，判断关联交易是否损害公司利益要从合同约定、履行是否符合正常的商业交易原则以及交易价格是否合理等进行审查。

在广东省东莞市中级人民法院审理的（2015）东中法民二终字第 1912、1913 号等案中，法院从正面对关联交易的合法有效进行了认定，即应当同时满足三个条件：**交易信息披露充分、交易程序合法、交易对价公允。**

广州市中级人民法院审理的（2021）粤 01 民终 19379 号案引用《企业会计准则第 36 号-关联方披露》第三条作为认定关联方的参考依据。

针对关联交易的责任主体，《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定（五）》第一条已经作出明确规定，上述案例中也有法院认定控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员中侵权个人与关联交易方共同承担责任。如北京市第一中级人民法院（2021）京 01 民终 1690 号案中，法院认为高管违反公司章程规定擅自批准对外借款的行为给公司造成了损失，直接判定其对案涉债务共同承担偿还责任。

判定赔偿责任的两个根本标准为“利用关联关系”和“损害公司利益”，具体体现为交易主体、交易动机、交易行为和交易结果四个要件。（详见广东省佛山市中级人民法院（2017）粤 06 民终 643 号、（2019）粤 06 民终 6580、6581 号）。

法院在判定责任范围时，存在法院酌定，依据评估、审计等几种认定方式，如在（2021）京 01 民终 326 号案中，法院针对控股股东利用关联关系将公司资产低价出租给关联公司，认可以《房地产估价报告》中对于承租期间的市场租值与实际租值期间的差价损失作为认定关联交易造成的损失。还有判决判定对于关联交易产生的直接损失承担责任，再如北京市第一中级人民法院（2021）京 01 民终 1690 号案中，法院认为高管违反公司章程规定擅自批准对外借款给公司造成的损失为高管应当承担的共同偿还责任。

#### 参考文献

- 1.汪松青，关联交易规制的世行范式评析与中国范式重构，《法学研究》，2020（1）
- 2.施天涛，公司法应该如何规训关联交易，《法律适用》，2021 年第 4 期

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







3. 迟颖，有限责任公司董事自我交易制度构建与司法适用，《法学家》，2021 年第三期
4. 王艳梅，论中国董事自我交易合同的效力，《社会科学战线》，2021 年第 8 期

作者：李毅 朱阳阳 曾伟

来源：最高人民法院司法案例研究院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/pcPXvWsuJDgnY2etJQDtgA>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 实务研究

# 《上海法院类案办案要件指南》 | 著作权侵权类案 办案要件指南之诉辩主张的整理与固定

### 一、原告诉请的审查

#### （一）原告主体资格的审查

著作权人、邻接权人及相关利害关系人均可以作为原告，向人民法院提起著作权侵权诉讼。原告身份不同，对其主体资格审查的要求亦存在差异。

##### 1. 著作权人、邻接权人的审查

原告主张其为著作权人或邻接权人的，需提交主体资格证明和其系权利作品的著作权人或者邻接权人的证据。

#### 【审查要点】

（1）原告提交的涉及著作权、邻接权的底稿、原件、合法出版物、著作权登记证书、认证机构出具的证明、取得权利的合同、行政许可文件、已生效的确定权利人的裁判文书等证据显示权利人应与原告主体资格证明（营业执照复印件或身份证复印件）一致。

（2）被诉侵权行为应发生在作品或者邻接权客体的保护期内。

#### 【注意事项】

（1）如涉案作品或者邻接权客体涉及多个权利人，一般情况下，全部权利人应作为共同原告参加诉讼。只有部分权利人提起诉讼的，原告须提交其他权利人明确表示不起诉或者授权其起诉的证据；对明确放弃实体权利的其他权利人可以不再追加；不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍应将其列为共同原告，其不参加诉讼，不影响对案件的审理和裁判。部分权利人起诉，原告有充分证据证明确实无法明确其他权利人是否放弃或授权起诉的，可以允许该部分权利人起诉，但要求其明确其他权利人的获赔可得收益。

（2）构成视听作品的 MV 的著作权有约定的从约定，没有约定的由制作者享有，词、曲作者可以基于 MV 系制作者未经许可制作而起诉 KTV 侵犯其词、曲放

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





映权，此时可以追加 MV 制作者为第三人，以查明 MV 的制作是否获得了词曲作者的许可。

## 2. 著作权、邻接权被许可人的审查

原告主张其为著作权、邻接权许可使用的被许可人的，需提交可以表明著作权、邻接权权利人的证据以及许可使用合同、许可备案登记证明等证据。

### 【审查要点】

(1) 著作权许可使用合同可分为专有使用权许可合同和非专有使用权许可合同。

(2) 专有使用权许可合同的被许可人可以自己的名义，就他人在相同的时间、地域范围内未经许可以相同方式使用作品的行为提起诉讼或申请诉前措施。在合同没有约定或者与约定不明时，视为被许可人有权排除包括著作权人在内的任何人以相同方式使用作品。

(3) 非专有使用权许可合同的被许可人只有在著作权人书面明确授权的情况下，才能起诉。

(4) 被诉侵权行为一般应发生在许可使用合同有效期内且属于被许可人获得的权利范围。

### 【注意事项】

通过许可方式获得作品著作权、邻接权的，其权利主体资格的审查按照以下步骤进行：

- (1) 审查许可人的权属；
- (2) 审查权利的许可事实，包括许可合同以及被许可人的身份证明；
- (3) 审查许可的类型、权利范围和时间；
- (4) 多次许可的，应审查许可协议的连续性、有效性。

## 3. 受让人、继承人或受赠人的审查

原告主张其为著作权、邻接权的受让人、继承人或受赠人，需提交可以表明著作权、邻接权权利人的证据以及原告取得著作权、邻接权的证据。

### 【审查要点】

(1) 著作权、邻接权转让的，应提交著作权、邻接权转让合同等证据。对于多次转让的，应审查转让协议的连续性、有效性。





(2) 继承或获赠著作权、邻接权的，应提交继承的证明材料或赠与合同等证据。

#### 【注意事项】

如涉及多个继承人的，一般情况下，应全部作为共同原告参加诉讼。只有一个或者部分继承人提起诉讼的，原告须提交其他继承人明确表示不起诉或者授权其起诉的证据；原告不能提交的，其他继承人明确表示放弃实体权利的，可以不追加其作为原告参加诉讼；不愿意参加诉讼，又不放弃实体权利的，仍应将其列为共同原告，其不参加诉讼，不影响对案件的审理和裁判。

#### 4. 著作权集体管理组织的审查

著作权集体管理组织以自己的名义起诉的，需提交著作权人的书面授权。

#### 【审查要点】

- (1) 必须是依法成立的著作权集体管理组织。
- (2) 著作权集体管理组织应提交著作权集体管理合同或者权利人书面授权。

#### 【注意事项】

(1) 若词曲作者已加入著作权集体管理组织，且 KTV 经营者已与著作权集体管理组织签订许可使用合同的情况下，人民法院可以视案件具体情况驳回词曲作者的起诉或诉讼请求。

(2) 原告为非依法成立的著作权集体管理组织，依据签订著作权专有许可使用合同起诉的，应审查原告是否取得实体权利。在许可内容不明的情况下，应当要求原告进一步补充证据证明其取得的是实体权利，不能提供补充证据的，应驳回起诉。

#### 5. 外国人著作权的保护

《伯尔尼公约》第三条规定，作者只要属于以下任何一种情形，其作品就可以在所有《伯尔尼公约》成员国受到保护：（1）作者为成员国的国民（国籍标准）；（2）作者并非成员国的国民，但在成员国有惯常居所（惯常居所标准）；（3）作者并非成员国的国民，但其作品首先在成员国出版，或者在成员国和非成员国同时出版（出版标准）。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



### 【审查要点】

(1) 外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受我国著作权法保护。（国籍标准和惯常居所标准）

(2) 外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，受我国著作权法保护。（出版标准）

(3) 未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版的，受我国著作权法保护。（出版标准）

### 【注意事项】

“同时出版”并不是指同一天出版，而是指作品首先出版后 30 天内，又在其他国家出版。

### 【典型案例】

微软公司诉北京思创未来科技发展有限公司侵犯计算机软件著作权纠纷上诉案，《最高人民法院公报》2010 年第 6 期 [ 裁判法院：北京市高级人民法院；案号：（2009）高民终字第 4462 号 ]

**裁判要旨：**知识产权具有地域性，不同国家对国内和国外的知识产权保护制度是不同的，这是司法主权的重要体现。但是，随着全球化的发展，各国已经采取措施积极协调知识产权的全球性保护问题。目前来说，我国《计算机软件保护条例》第五条第三款规定，外国人、无国籍人的软件，依照其开发者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者依照中国参加的国际条约享有的著作权，受该条例保护。因此，我国对外国人的软件著作权的保护是有条件的，必须以存在相关协议或者国际公约为前提。外国人以其享有著作权的软件在我国受到侵权而提起诉讼的，我国法院应当审查是否存在相关的协议或者国际条约，否则不予保护。

### 【规范指引】

《中华人民共和国著作权法》

第二条 中国公民、法人或者非法人组织的作品，不论是否发表，依照本法享有著作权。



外国人、无国籍人的作品根据其作者所属国或者经常居住地国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约享有的著作权，受本法保护。

外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的，依照本法享有著作权。

未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的，或者在成员国和非成员国同时出版的，受本法保护。

## （二）停止侵权的诉请审查

### 【审查要点】

1. 明确原告主张保护的权利是著作权还是邻接权以及具体权项，明确停止侵权行为类型。
2. 涉及两个以上被告的，则应进一步明确各被告分别停止的具体侵权行为类型。

### 【注意事项】

如果原告起诉时该作品或者邻接权客体已经超过保护期，原告停止侵权的诉请则缺乏法律依据，可向其释明放弃该诉请。

## （三）赔偿损失的诉请审查

### 【审查要点】

1. 明确赔偿损失的具体数额。
2. 明确损失赔偿的计算方式，适用权利人的实际损失、侵权人的侵权获利、权利使用费还是法定赔偿，是否要求适用惩罚性赔偿。如主张适用惩罚性赔偿的，明确其计算基数所依据的计算方式。
3. 明确损失赔偿计算方式所依据的事实和理由。例如，原告主张按照侵权人的侵权获利计算赔偿损失数额，则需明确其主张的赔偿数额如何计算。
4. 涉及两个以上被告的，应明确各被告间系连带赔偿还是分别赔偿，是全部连带还是部分连带。





### 【注意事项】

对于原告主张赔偿损失超过法定赔偿上限 500 万元，但未主张惩罚性赔偿的，应视为按照权利人的实际损失、侵权人的侵权获利或权利使用费计算，要求其明确具体金额的计算依据。

### （四）赔偿合理开支的诉请审查

合理开支是指权利人为制止被诉侵权行为所支付的开支。

#### 【审查要点】

1. 明确合理开支的总金额。
2. 明确合理开支的内容及具体的金额，包括但不限于翻译费、公证费、律师费、调查取证费、差旅费、文印费等。
3. 各项支出是否提供了相应的证据予以证明。

#### 【注意事项】

诉讼费用负担是由人民法院依职权确定，原告作为诉请提出的，应当予以释明。原告不予撤回的，不影响前述确定原则。

### （五）赔礼道歉、消除影响的诉请审查

#### 【审查要点】

1. 明确赔礼道歉、消除影响的具体方式，如书面或者口头、公开或者不公开；如要求公开的，明确具体网站或报刊的名称或等级、刊登位置、期间。
2. 明确主张消除影响的依据，侵犯了原告的哪项著作人身权，是否对原告造成影响，造成了何种影响等。
3. 如原告主张“赔礼道歉”的，则可向其释明“赔礼道歉”的民事责任一般适用于侵犯著作人身权，需要精神抚慰的场合。
4. 涉及两个以上被告的，明确赔礼道歉、消除影响的主体。



## 二、被告抗辩的审查

### （一）对超过诉讼时效的抗辩审查

根据《中华人民共和国民法典》第一百八十八条规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为 3 年；诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。因此，侵害著作权的诉讼时效为 3 年。同时，2020 年修正的《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十七条规定，权利人超过 3 年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在该著作权保护期内，人民法院应当判决被告停止侵权行为，侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算 3 年计算。

#### 【审查要点】

1. 知识产权的停止侵害、消除影响、赔礼道歉请求权不适用时效抗辩，损害赔偿请求权适用时效抗辩。
2. 是否存在诉讼时效中止或者中断情形。
3. 即使权利人超过 3 年诉讼时效起诉，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在著作权保护期内，人民法院应当判决被告停止侵权行为，侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算 3 年计算。

#### 【注意事项】

当事人未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

### （二）对权利客体的抗辩审查

#### 【审查要点】

1. 明确具体抗辩事由。如原告主张保护的客体不构成作品；主张保护的客体属于《中华人民共和国著作权法》第五条排除适用的范畴；主张保护的客体已经超过《中华人民共和国著作权法》规定的保护期；被控侵权对象与主张保护客体的相似部分来自公有领域等。
2. 明确抗辩所依据的证据。如主张构成官方正式文件，应提供官方发表的证据；主张来自公有领域，应提供相应证据；主张超过《中华人民共和国著作权法》规定的保护期，应提供首次发表的证据。





### （三）对权利主体的抗辩审查

#### 【审查要点】

1. 明确具体抗辩事由。如原告不是著作权人、未获得许可、无权单独提起诉讼（非专有使用许可的被许可人、著作权的共有人）、缺少共同原告等。
2. 明确抗辩所依据的证据。如权利人是第三人、授权链条不完整、非专有使用被许可人提起诉讼并无著作权人的授权等。

### （四）对不构成侵权的抗辩审查

#### 1. 未实施被控侵权行为（非被告实施）

##### 【审查要点】

- （1）明确具体抗辩事由。包括原告没有证据证明被告实施了侵权行为，实施被诉侵权行为的主体并非被告等。
- （2）明确抗辩所依据的证据。如原告提供的证据与被告并无关联，实施被诉侵权行为的是第三人等。

#### 2. 被诉侵权行为不属于原告主张的权利控制范围

##### 【审查要点】

- （1）明确具体抗辩事由。如被诉侵权行为不构成著作权法意义上的复制，被告提供的是网络服务提供行为等。
- （2）明确抗辩所依据的证据。如被告实施的是工业生产行为，被告提供的是链接、搜索、信息存储空间、自动接入、自动传输等网络服务。

#### 3. 独立创作（未接触）

##### 【审查要点】

- （1）明确具体抗辩事由。被控侵权对象系被告自己独立创作。
- （2）明确抗辩所依据的证据。被告应提供独立创作的证据，例如底稿等。

#### 4. 不构成相同或实质性相似

##### 【审查要点】

- （1）明确具体抗辩事由。被控侵权对象和权利作品不构成相同或实质性相似。



(2) 明确抗辩所依据的证据。被告应提供不相同、不相似的比对意见。

## 5. 合法授权

### 【审查要点】

(1) 明确具体抗辩事由。被告系经其他共有著作权人授权。

(2) 明确抗辩所依据的证据。被告应提供其他共有著作权人的授权文件。

## 6. 合理使用

### 【审查要点】

(1) 明确具体抗辩事由。包括个人使用、适当引用、新闻报道中使用、对时事性文章的使用、对公众集会上讲话的使用、在课堂教学和科学研究中使用、国家机关公务性使用、图书馆等对馆藏作品的特定复制和传播、免费表演、对公共场所艺术品的复制、制作少数民族语言文字版本、制作阅读障碍者无障碍版本等。

(2) 明确抗辩所依据的证据。如主张个人使用，应提供在家庭或有限范围内为个人使用而进行复制，没有进行商业目的的使用的证据；如主张适当引用，应提供引用的目的是介绍、评论和说明的证据等。

## 7. 法定许可

### 【审查要点】

(1) 明确具体抗辩事由。包括编写出版教科书法定许可、报刊转载法定许可、制作录音制品法定许可、播放作品法定许可和播放录音制品中作品的法定许可、通过网络向农村提供特定作品的法定许可等。

(2) 明确抗辩所依据的证据。如主张报刊转载法定许可，应提供作品刊登在报刊上的证据，且著作权人未曾声明不得转载、摘编；如主张制作录音制品法定许可，应提供涉案音乐作品已经被合法录制为录音制品发行的证据。

### 【注意事项】

网络中未经许可转载已发表的作品不构成法定许可，构成侵权。

## 8. 被告已尽合理注意义务

### 【审查要点】

(1) 明确具体抗辩事由。如出版者已尽合理注意义务，网络服务提供者已尽合理注意义务等。





(2) 明确抗辩所依据的证据。如网络服务提供者应提供直接侵权人，即直接提供涉案作品的主体，被告没有过错的证据，被告提供的网络服务符合避风港规则抗辩的条件等。

#### (五) 对不承担停止侵权责任的抗辩审查

##### 【审查要点】

1. 明确具体抗辩事由。如被控侵权作品已经被删除或断开链接，基于国家利益、公共利益考量而不停止侵权的理由，停止相关行为会造成原、被告之间重大利益失衡等。

2. 如系基于国家利益、公共利益考量或者停止相关行为会造成原、被告之间重大利益失衡而不停止侵权行为的，明确替代性支付合理费用的计算。

#### (六) 对不承担赔偿责任的抗辩审查

##### 【审查要点】

1. 明确具体抗辩事由。包括权利人不存在损失、侵权人不存在获利、合法来源抗辩、原告主张的赔偿金额过高等。

2. 明确抗辩所依据的证据。如权利人不存在损失、侵权人不存在获利，应提交被诉侵权作品没有实际发行的证据；合法来源抗辩，应提交被诉侵权作品的进货凭证等；原告主张的赔偿金额过高，应提交被诉侵权作品销售数量、销售金额等证据。

#### (七) 对不承担合理费用的抗辩审查

##### 【审查要点】

1. 明确具体抗辩事由。包括不应当承担合理费用，原告主张的合理费用过高等。

2. 明确抗辩所依据的证据。如费用是否为本案所支出，费用支出是否具有合理性和必要性等。





## （八）对不承担赔礼道歉、消除影响责任的抗辩审查

### 【审查要点】

1. 明确具体抗辩事由。包括不应当承担赔礼道歉、消除影响的民事责任；未侵犯原告的著作人身权；原告主张的消除影响的方式不当等。
2. 明确抗辩所依据的证据。如原告已提供证据证明其声誉受损，被告是否提供了相应的反证。

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：[https://mp.weixin.qq.com/s/r-gjY9f08pM\\_d44\\_M0-3mw](https://mp.weixin.qq.com/s/r-gjY9f08pM_d44_M0-3mw)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 《上海法院类案办案要件指南》 | 著作权侵权类案 办案要件指南之著作权侵权的认定

### 一、著作权侵权认定的基本方法

被诉侵权作品与原告主张权利的在先作品的相关内容相同或者实质性相似，被告在创作时接触过原告主张权利的作品或者存在接触的可能，且被告不能举证或者说明被诉侵权作品的合法来源或者合法授权的，可以认定被告侵害了原告著作权。

### 二、相同或实质性相似的认定

著作权侵权判定，应当首先认定被诉侵权作品与原告权利作品是否构成相同或者实质性相似。

根据不同的作品类型选择判断实质性相似的不同方法。

#### （一）整体观感法

在判断实质性相似时，结合作品全局、上下文、语境等进行综合判断，强调构成作品的各个要素之间是有机的整体。整体观感法多用于图形作品、美术作品等的实质性相似判断。

#### 【审查要点】

1. 使用整体观感法进行实质性相似判断时，应将作品作为一个整体来分析判断，而非分解比较。
2. 应以普通观察者的角度对作品是否构成实质性相似进行判断。

#### 【注意事项】

在著作权侵权比对中，不以混淆作为作品是否构成实质性相似的考量标准。

#### 【典型案例】

1. 北京小明文化发展有限责任公司与统一企业（中国）投资有限公司、河南统一企业有限公司、北京超市发连锁股份有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷案 [裁判法院：北京市高级人民法院；案号：（2016）京 73 民终 1078 号]

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





**裁判要旨：**比较两卡通形象由线条、色彩等要素组成的造型表达上是否存在实质性相似时，应以普通观察者的角度对其卡通造型表达进行整体认定和综合判断，而不能将各个组成要素简单割裂开来、分别独立进行比对。通过比对可以发现，虽然两形象均为含有圆脑袋、发型、头皮青皮、眼睛、耳朵、鼻子、嘴部表情等要素组成的头部造型架构，但在不同形象中，这些组成要素有不同的表达方式和组合形式，加之“小明”卡通形象有“眼镜”这一要素的显著特征，两形象在具体细节上的不同使得两者在独创性表达上体现出了整体性的差异。

2. 广东原创动力文化传播有限公司与杭州富阳杰克体育用品有限公司、湖南省新一佳商业投资有限公司等著作权权属、侵权纠纷案 [ 裁判法院：湖南省高级人民法院；案号：（2014）湘高法民三终字第 7 号 ]

**裁判要旨：**原告三幅美术作品的独创性在于其独特的线条组合、面部表情及细节特征等所构成的整体图形，因此在侵权认定时，不应把作品分解开来进行比较，而是应把作品作为一个整体来分析判断。尽管羊属于自然界中的常见动物，但对于其进行卡通化表达的形式却是多种多样的。因此，在比较原告作品和被诉侵权作品时，应从整体性、艺术的表达方式等多方面把握。

## （二）“抽象—过滤—比较”三步法

“抽象—过滤—比较”三步法多用于文字作品、计算机软件作品的实质性相似判断，其具体步骤为：

1. 通过“抽象”，将思想从表达中抽离出来，确定权利作品中的表达（而不是思想）；
2. 通过“过滤”，剔除属于公有领域的表达和表达方式有限的表达，确定需要保护的独创性表达；
3. 通过“比较”，判断被诉侵权作品是否使用了权利作品中具有独创性的表达。

## 【审查要点】

1. 区分思想与表达的基本规则是，越抽象越接近于思想，越富有独创性越接近于表达，其中对于独创性的把握要突出创作元素的个性特征。
2. “过滤”的常用规则为场景原则与混同原则。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





3. 相同历史题材作品实质性相似的判断：根据相同历史题材创作作品中的题材主线、史实脉络，属于思想范畴。选择某一类主题进行创作时，不可避免地采用某些事件、人物、布局、场景，这种表现特定主题不可或缺的表达不受著作权法保护。在作品对比方面，应当着重查明被诉侵权作品是否使用了权利作品在描述相关历史时的独创性表达。

### 【注意事项】

在判断被诉侵权作品与权利作品是否构成实质性相似时，可以考量两者有无同错情形、相同部分的独创性程度、被告有无接触原告作品等因素。

### 【典型案例】

刘三田与周梅森等《人民的名义》著作权侵权案 [ 裁判法院：上海市浦东新区人民法院；案号：（2017）沪 0115 民初 84551 号 ]

**裁判要旨：**小说、影视作品大多数来源于现实生活，不同的人创作的作品存在一定的相近情节、场景等均属正常。同时，为鼓励作品的创作，还应允许合理的借鉴。在著作权侵权判定时，先要判断权利人主张的元素是属于不受著作权法保护的思想，还是属于受著作权法保护的具有独创性的表达，同时要剔除属于公有领域的表达和表达方法有限的表达。在过滤掉不受著作权法保护的内容之后，作品是否构成侵权的关键就要看两部作品的整体结构、具体情节、人物关系以及场景等方面的表达是否相同或实质性相似。在作品实质性相似的比对中，对结构、人物等的分析往往与情节相互交织。只有当作品的结构、人物等通过故事情节的设计、发展，按照一定的顺序前后衔接并贯穿起来，形成足够具体的、个性化的表达后，才受著作权法的保护。

## 三、接触的认定

著作权侵权判定，在认定被诉侵权作品与权利作品构成相同或实质性相似的基础上，还应审查被诉侵权人是否接触权利作品或者具有接触权利作品的可能性。

### 【审查要点】

1. 对于未发表的作品，原告需举证证明被告已实际接触到权利作品。
2. 对于已发表作品，可以结合作品的发表渠道、知名度等因素综合判断被告是否有接触权利作品的可能性，并不要求必须有实际的接触。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





### 【典型案例】

北京四月星空网络技术有限公司、天津仙山文化传播有限公司与上海美术电影制片厂有限公司等著作权权属、侵权纠纷案 [裁判法院：上海知识产权法院；案号：（2019）沪 73 民终 391 号]

**裁判要旨：**原告动画片创作、发表于 20 世纪 80 年代，已处于公之于众的状态，并且拥有很高的知名度，被告在创作及发表其中的动漫形象前有接触该作品的可能性。

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/M7NJLV9Zc0jXCfhmH3erQw>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 如何审理侵害商标权纠纷案件 | 办案心法



**总体上，审理侵害商标权纠纷案件可以按照如下思路进行：**

1. 审查原告是否有权提起诉讼；
2. 审查纠纷是否属于人民法院主管和管辖的范围；
3. 审查被诉侵权行为是否构成商标性使用，是否应当适用商标法调整；
4. 判断被诉侵权产品是否属于正品；
5. 如果被诉侵权产品属于正品，被诉使用行为是否超出合理必要的限度；
6. 如果被诉侵权产品不属于正品，判断被诉侵权行为是否满足商标侵权的构成要件；
7. 如果满足商标侵权的构成要件，被告提出的不构成侵权或者免赔抗辩是否成立；
8. 确定被告应当承担的民事责任。

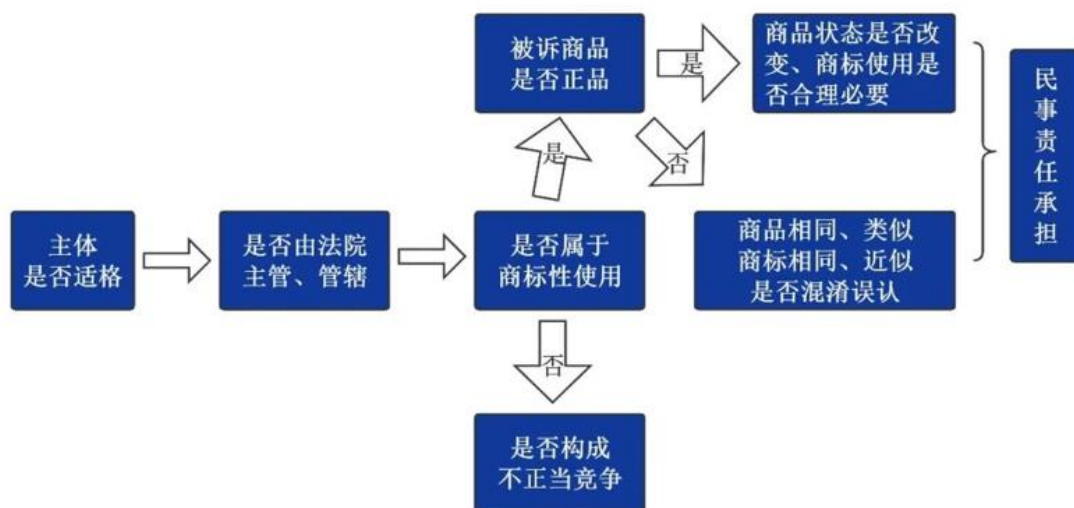
地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





△图片来源：浦江天平微信公众号

## 1. 审查原告诉讼主体是否适格

有权提起侵害商标权诉讼的主体包括注册商标权人、未注册驰名商标权人以及被许可人三类。

### （一）注册商标权人

注册商标权利人当然有权提起侵害商标权诉讼。实践中，需要注意**商标权转让与移转、继承的区分**。对于商标权转让，原则上受让人只能就受让后发生的侵权行为主张权利。如果受让人主张商标权受让之前的侵权行为，应当取得转让人的明确授权。而商标移转、继承情形的权利人可以主张移转、继承之前和之后的所有侵权行为。

### （二）未注册驰名商标权人

对于未经注册的商标，使用人只有证明**该商标达到驰名的程度，构成未注册驰名商标**时，才有权提起诉讼。虽然相关司法解释只规定侵害未注册驰名商标的，行为人应当承担停止侵害的民事责任，实践中也有案件支持了未注册驰名商标权利人**损害赔偿**的诉讼请求。

法条链接：《中华人民共和国商标法》第十三条、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二条

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





在原告拉菲罗斯柴尔德酒庄诉被告上海保醇实业发展有限公司等侵害商标权纠纷案中，上海知识产权法院认定原告主张的“拉菲”属于**未注册驰名商标**，被告在酒瓶瓶贴背标上使用的“拉菲特”标识侵犯了原告未注册驰名商标“拉菲”的商标权利。应当承担**停止侵权、消除影响、赔偿损失**等民事责任。<sup>1</sup>

### （三）商标被许可人

商标权的使用许可包括**独占许可、排他许可和普通许可**三类。

实践中，相当多的案件是商标被许可人提起的诉讼，具体案件中应当根据不同的许可类型判断被许可人是否有权提起诉讼。同时，应当注意商标权人的诉权和被许可人诉权的关系，被许可人的诉权并非完全独立于商标权人的诉权，对于特定的侵权行为，诉权只有一个，也只能行使一次。商标被许可人享有诉权的基础仍然是商标注册人享有的商标权。**如果商标权人已经就侵权行为起诉或者与被告达成和解，被许可人无权再次就该侵权行为起诉。**

法条链接：《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条

在上诉人青岛五铢钱网络科技有限公司与被上诉人淮北金洁亮环保科技有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案中，上海知识产权法院经审理认为，涉案商标的商标权人纳利鑫公司已经针对 2020 年 10 月的公证取证向金洁亮公司提起诉讼，并于 2021 年 3 月 23 日达成和解。涉案的公证取证行为发生在 2020 年 8 月，属于上述和解协议的范围。五铢钱公司**作为被许可人原则上不得就商标权人已经起诉并达成和解的事实再次提起诉讼。**<sup>2</sup>

## 2. 审查纠纷是否属于法院主管或管辖范围

一般情况下，侵害商标权纠纷作为民事纠纷均可以由人民法院审理，但存在例外，即**两个注册商标之间的争议原则上应当由行政主管机关即国家知识产权局解决，人民法院不予处理**。在具体审查时，应当注意判断被诉的注册商标使用行为**是否属于规范使用**。如果被告使用其注册商标时没有按照注册时核定的商品类别和样态规范使用，而是**“超出核定**

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





商品的范围或者以改变显著特征、拆分、组合等方式使用的注册商标”，那么此时实际使用的已经并非注册商标，人民法院应当审理。当然，如果原告主张其注册商标属于驰名商标，即使被告的注册商标规范使用，也构成对其驰名商标的侵害，实践中也倾向于可以受理此类纠纷。

此外，侵害商标权纠纷的管辖还应当注意涉驰名商标的纠纷应当由中级以上人民法院管辖，基层法院无权审理涉驰名商标案件。当然，驰名商标的认定应当以侵权判断存在认定驰名商标的必要为前提，并非原告主张驰名商标就一概认定此类纠纷属于涉驰名商标的案件。

法条链接：《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》第一条、《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》第二条

### 3. 判断被诉侵权行为是否属于商标法调整

#### （一）如何判断应适用商标法还是反不正当竞争法

商标也可能被用作商品名称、包装、装潢、企业名称等，因此，对于擅自使用商标等商业标识的行为，商标法和反不正当竞争法均可能予以调整。对于特定的被诉侵权行为，如何判断应适用商标法还是反不正当竞争法，实践中存在一定争议。从审理思路的角度，这实际上涉及原告请求权基础的确定问题。即原告起诉依据的是商标权请求权还是不正当竞争请求权，不同的请求权基础直接决定了后续的审理思路和侵权判断标准。

二者划分的边界即在于被控行为是否属于商标性使用。如果被控标志使用行为属于商标性使用，权利人应当优先选择适用商标法的规定；如果被诉标志使用行为不属于商标性使用，权利人才可以寻求反不正当竞争法一般条款的救济。这也可以解释为什么我国《商标法》及相关司法解释对于同样使用与商标相同或近似标志的行为，有的认定为侵害商标权行为，有的则认定为构成不正当竞争。

法条链接：《中华人民共和国反不正当竞争法》第六条

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## （二）如何判断是否属于商标性使用

首先，是否属于商标性使用是判断在**企业名称**中使用他人商标应构成商标侵权还是不正当竞争的标准。根据现有规定以及司法实践的做法，在企业名称中擅自使用他人商标作为字号的，如果实际使用过程中**单独突出其中的字号**，应按照商标侵权进行处理，而未突出字号而是完整规范使用含有他人商标标志的企业名称全称，容易导致混淆的，应按照不正当竞争处理。原因在于前者属于将字号作为商标使用的行为，从而进入了商标法的调整范畴，而后者则仅仅构成对标志本身的使用，消费者不可能将其视为识别商品或服务来源的标志，不可能构成商标侵权。如果使用人主观上存在恶意，客观上误导公众，则可能构成不正当竞争。

法条链接：《中华人民共和国商标法》第五十八条、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条

在原告康成投资（中国）有限公司与被告大润发投资有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案中，上海知识产权法院经审理认为，被告在企业名称中将“大润发”登记为字号并使用该企业名称的行为构成不正当竞争，由于被告在宣传过程中还**故意将“大润发”突出使用**，该行为构成侵害原告商标权的行为。<sup>3</sup>



▲图 1：突出使用“大润发”属于商标性使用

△图片来源：浦江天平微信公众号

其次，是否属于商标性使用也是**域名**中使用他人商标是适用商标法还是反不正当竞争法的判断标准。在域名中使用他人商标的行为可能构成商标侵权，也可能构成不正当竞争。如果被告注册的域名中含有与他人注册商标相同或近似的标志，而且实际使用该域名进行了相关商品或服务的宣传销售，此时域名中使用他人商标的行为构成“商标意义上的使用”，即**将他人商标使用在域名中，并用于相关商品或服务的销售**，应当适用商标法调整。

反之，虽然被告注册的域名包含了与他人注册商标相同或近似的标志，但被告并没有实际使用该域名进行商品经营，此时由于消费者无法

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





将域名中的商标与具体的商品或服务关联起来，无法认定域名中使用商标的行为构成商标意义上的使用，不构成商标侵权。但如果被告的行为符合有关域名司法解释规定的条件，应认定为构成不正当竞争。

法条链接：《最高人民法院关于审理涉及计算机网络域名民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第一条

在原告山东省青岛海信电子产业控股股份有限公司诉被告山东省青岛海信计算机科技发展有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案中，被告将原告享有“Hisense”商标注册了三个域名“www.hisensecomputer.cn”“www.hisensecomputer.com”“www.hisensecomputer.com.cn”，其中一个域名作为公司产品销售的网站进行了实际使用，另外两个域名并未实际使用。山东省高级人民法院经审理认为，被告在电子商务中**使用的一个域名构成侵犯商标权的行为**，而未使用的另外两个域名则构成不正当竞争。<sup>4</sup>

### （三）审查认为不构成商标性使用的处理

在具体案件的审理过程中，如果经初步审查认为被诉侵权行为可能不构成商标性使用行为，无法适用商标法的规定进行审理，应当向原告进行必要的释明，**询问原告是坚持主张商标侵权，还是主张不正当竞争；在不构成商标侵权的情况下，是否主张被告的行为构成不正当竞争行为。**特定的标志使用行为不属于商标性使用，虽然不构成商标侵权，但并不意味着行为人不承担任何民事责任。反不正当竞争法可以对其他容易导致消费者混淆误认的标志使用行为进行兜底的规范和调整。

在原告动视出版公司与被告华夏电影发行有限责任公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案中，法院认为，被告使用“使命召唤”作为电影名称并不构成对原告注册商标专用权的侵害。但是，“使命召唤”游戏名称符合反不正当竞争法知名商品的名称的保护条件。被告擅自将“使命召唤”作为电影名称使用，通过发布预告片、海报、微博等形式进行大量宣传，属于故意攀附原告游戏名称的知名度，并导致相关公众发生混淆误认，**构成擅自使用知名商品特有名称的不正当竞争。**<sup>5</sup>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





#### 4. 判断被诉侵权行为所涉商品是否属于正品

被诉侵权行为所涉商品是否属于正品直接影响后续的侵权判断标准，故在审理具体案件时也应**事先审查判断权利人主张的侵权行为涉及的产品是正品商品销售或者使用行为构成侵权，还是通常的假冒仿冒侵权纠纷。**

在认定涉案商品是否属于正品时，重点在于举证责任如何分配。对于是否正品的举证，原则上仍应坚持“谁主张，谁举证”的基本原则。根据被诉侵权行为系生产行为还是销售行为，举证责任分配也存在区别。如果被诉侵权产品**系被告自己生产销售**，那么由于被告存在擅自使用原告商标的行为，**被告应当举证证明其使用原告商标获得了原告的授权**，否则该产品应推定为假冒仿冒的侵权产品。如果被诉侵权行为**仅系被告实施了销售行为**，由于被告作为销售商并未实施直接使用原告商标的行为，其实施销售行为时商品上已经使用了原告的商标，此时**原告主张被告销售的商品系假冒仿冒的侵权产品，应当举证说明被诉侵权产品与权利人生产销售的正品之间的区别**。如果原告无法说明被诉侵权产品与正品之间的区别，通常应当推定被诉侵权产品为正品；如果原告说明了被诉侵权产品与正品之间的区别，那么**举证责任转移给被告，由被告举证虽然存在差异，但其销售的被诉侵权产品确来源于权利人或者权利人授权的经销商**。如果经过原告、被告各自的举证，仍无法确定被诉侵权产品是否属于假冒侵权产品，则**应由原告承担举证不能的不利后果**。

在原告合正机械股份有限公司与被告上海瑞鹰机械设备有限公司侵害商标权纠纷案中，上海市普陀区人民法院认为，被告提交的涉案出货单、增值税专用发票、销售货物清单、证人证言可形成完整的证据链，**证明被告向润洋发展公司购买被诉侵权产品，而润洋发展公司系原告的经销商**。虽然原告主张被控侵权商品与权利商品之间在包装盒、出厂合格证标注上存在差异，但不同时期、不同批次的产品可能存在包装盒及其他细节部分的些微差异，这些差异不足以排除前述证据链的证明效力，不足以证明被控侵权商品构成侵权。<sup>6</sup>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 5. 涉案商品为正品时的侵权判断

如果被诉侵权行为涉及的商品为正品，判断被诉行为是否构成商标侵权时总体上可以依据两方面的标准进行认定。

一是**涉案商品与权利人投放市场时是否发生了影响商品质量、性能、使用、包装等方面的变化**，根据被诉侵权行为涉及的商品与权利人原初投放市场的商品是否具有同一性判断侵权行为是否成立。例如，在**平行进口、正品分装、重新包装**等情形中，都可以运用上述标准判断是否构成侵权。

在上诉人浙江五芳斋实业股份有限公司与被上诉人上海苏蟹阁实业有限公司等侵害商标权纠纷案中，被上诉人将来源于商标权人的散装粽子**以礼盒形式重新包装后对外销售**。上海知识产权法院经审理认为，虽然散装粽子是来源于上诉人的正品，但上诉人的正品粽子礼盒与被控侵权的粽子礼盒在内容上并不一样，外包装和销售价格均有区别，从礼盒粽的角度看，被控侵权的粽子礼盒与正品礼盒粽系不同的礼盒商品，也即将数个正品散装粽装入礼盒，并不会形成正品的粽子礼盒。将散装粽装入假冒礼盒中对外销售，会使相关公众对礼盒粽商品产生混淆误认，破坏礼盒上注册商标与礼盒内商品的来源指示关系，侵占正品礼盒粽的市场份额，对于上诉人通过注册商标在礼盒粽商品上积累的商业声誉产生不良影响，构成对涉案商标权的侵害。<sup>7</sup>

二是如果涉案商品与权利人最初投放市场的商品并未发生变化，那么被诉行为是否构成侵权的判断标准在于**被诉侵权人使用涉案商标是否超出合理必要的限度**。此类纠纷主要集中于**正品商品经销商在销售商品过程中使用权利人商标超出必要限度**引发的纠纷，例如在商品店招、网店标题等大量突出使用权利人的商标，导致相关公众认为经销商是权利人的授权经销商或者与权利人存在授权代理关系。

在上诉人芬迪爱得乐有限公司与被上诉人上海益朗国际贸易有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案中，被上诉人销售的系正牌“FENDI”产品，其经营的商铺位于奥特莱斯商场，为了向消费者标识其商品的来源，便于消费者寻找到欲购买的品种，被上诉人在店招中使用了“FENDI”商标。权利人认为被上诉人在店招中使用其商标构成商标侵

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







权。上海知识产权法院经审理认为，在店招上使用的商标或字号指示的是店铺的经营者，或者指示了店铺的经营者与商标或者字号权利人之间的授权关系。故在涉案店铺上单独使用“FENDI”标识，**其实质仍是指向涉案店铺的经营者是芬迪公司，或者与芬迪公司存在商标或字号许可使用等关联关系**。而益朗公司仅是涉案“FENDI”正牌商品的销售者，其与芬迪公司不存在任何关联关系，故益朗公司在涉案店铺店招上单独使用“FENDI”标识的行为尚不属于善意和合理的使用。<sup>8</sup>

## 6. 涉案商品非为正品时的侵权判断

大多数侵害商标权纠纷中的涉案商品均为假冒仿冒的侵权商品，此时的侵权判断主要根据《商标法》第五十七条的规定，具体判断时，主要涉及三个方面的内容：

**一是被诉侵权标识与注册商标是否构成相同或者近似。**根据相关司法解释的规定，**商标相同**，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，二者在视觉上基本无差别。**商标近似**，是指被控侵权的商标与原告的注册商标相比较，其文字的字形、读音、含义或者图形的构图及颜色，或者其各要素组合后的整体结构相似，或者其立体形状、颜色组合近似，易使相关公众对商品的来源产生误认或者认为其来源与原告注册商标的商品有特定的联系。

具体判断时应当以**相关公众的一般注意力**为标准，既要进行商标的**整体**比对，又要关注商标**主要部分**的比对。在判断商标是否近似时，还应当考虑请求保护注册商标的**显著性和知名度**。商标近似的判断并非纯粹客观的对标识之间差异大小的比对，而是要结合注册商标的知名度，判断被诉侵权标识是否构成与注册商标的混淆性近似。注册商标的知名度不同，所允许的近似区间或者近似度也存在差别。

**二是被诉侵权商品的类别是否与注册商标核定使用的商品构成相同或者类似。**根据相关司法解释的规定，**类似商品**，是指在功能、用途、生产部门、销售渠道、消费对象等方面相同，或者相关公众一般认为其存在特定联系、容易造成混淆的商品。**类似服务**，是指在服务的目的、内容、方式、对象等方面相同，或者相关公众一般认为存在特定联系、

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





容易造成混淆的服务。**商品与服务类似**，是指商品和服务之间存在特定联系，容易使相关公众混淆。在认定商品或者服务是否类似时，应当以相关公众对商品或者服务的一般认识综合判断。商标注册依据的《商标注册用商品和服务国际分类表》《类似商品和服务区分表》可以作为判断类似商品或者服务的参考，但其并非商标侵权判断中确定商品相同或类似的绝对依据。

**三是被诉标识使用行为是否容易导致混淆。**商标侵权判断的基本标准在于被诉标识使用行为是否容易导致相关公众的混淆，即**认为被诉侵权商品来源于权利人或者与权利人存在授权许可等关联关系**。

如果被诉侵权商品与注册商标核定使用的类别不相同或者不类似，但原告主张其注册商标构成驰名商标的，则涉及**侵害驰名商标**的判断，是否构成侵权主要从被诉行为**是否容易误导公众，是否会破坏驰名商标的显著性、丑化驰名商标的美誉度**等方面进行判断。

法条链接：《中华人民共和国商标法》第五十七条，《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第九条、第十条、第十一条、第十二条

## 7. 判断不构成侵权或者免赔抗辩是否成立

侵害商标权纠纷中被告提出的抗辩主要包括权利滥用抗辩、在先使用抗辩、三年不使用抗辩、正当使用抗辩以及合法来源抗辩。

### （一）权利滥用抗辩

申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则。实践中，部分案件中原告主张的商标权涉嫌抢注被告或者他人在先使用的商标，注册成功后原告起诉他人构成商标侵权。此时，被告往往提出抗辩认为原告主张权利的商标构成抢注，行使权利的行为有违诚信。实践中一般称此类抗辩为权利滥用抗辩或者恶意抢注抗辩。

在审查判断抗辩是否成立时，应当重点关注**原告申请注册商标时是否明知或应知他人已经在先使用相关商标，主观上是否存在搭便车等不正当意图，原告注册该商标是否具有正当基础**等。如果有证据证明原告注册商标时明知或应知该商标系他人已经实际投入使用的商标，其注册

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





的商标原则上不应给予保护。特别是其针对实际使用人的起诉明显有违诚信，应予以驳回。

法条链接：《中华人民共和国商标法》第七条第一款

在原告王碎永诉被告深圳歌力思服饰股份有限公司等侵害商标权纠纷案中，最高人民法院再审认为，诚实信用原则是一切市场活动参与者所应遵循的基本准则，民事诉讼活动同样应当遵循诚实信用原则。任何违背法律目的和精神，以损害他人正当权益为目的，恶意取得并行使权利、扰乱市场正当竞争秩序的行为均属于权利滥用，其相关权利主张不应得到法律的保护和支持。被告拥有合法的在先权利基础，其使用方式和行为性质均具有正当性，原告**以非善意取得的商标权对被告的正当使用行为提起的侵权之诉，构成权利滥用**，由此，撤销一、二审判决，驳回原告的全部诉讼请求。<sup>9</sup>

## （二）在先使用抗辩

判断在先使用抗辩是否成立主要从三个方面进行把握：

**一是在先使用的时间。**使用人应当在原告申请商标注册前已经实际使用。但如果原告在注册商标前也已经实际使用，在先使用人的使用是否必须先于原告实际使用注册商标的时间，实践中尚存争议。此时主要结合在先使用人的主观状态进行判断，即**是否知道原告已经实际使用相关商标**。

**二是在先使用的效果。**在先使用人的使用行为应当取得一定影响，即在使用人使用商标的地域范围内，相关公众已经对该商标建立了一定的认知，在该商标与在先使用人之间形成了较为稳定的心理关联。

**三是在先使用的范围。**在先使用人只能在原有范围内使用，超出原有范围仍可能构成侵权。实践中对于如何界定“原有范围”存在较大争议。通常来说，原有范围的界定应主要针对生产或者提供服务的**地理范围**，而不应包括生产规模、产量的扩大或者销售范围的扩大。

在原告蒋玉友与被告南京夫子庙饮食有限公司等侵害商标权纠纷案中，被告在贡院 12 号及升州路 30 号两地店铺均使用涉案商标，江苏省高级人民法院认为，被告只能在原址即贡院 12 号继续使用“蒋有记”

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





商标。对于在升州路 30 号的使用行为，因**超出了原有的经营区域**，不符合先用权抗辩的条件，构成侵害商标权行为。<sup>10</sup>

法条链接：《中华人民共和国商标法》第五十九条第三款

### （三）商标未使用不赔偿抗辩

如果原告注册商标后并未**实际使用**，虽然其可以提起侵权诉讼，要求被告停止侵权行为，但由于其商标并未实际使用，侵权行为不可能对其造成损失，故原告**无权获得损害赔偿**。对于该抗辩的审查，**首先，程序上需要被控侵权人提出抗辩，必要时法官可以进行释明**。对被控侵权人提出抗辩的要求不应过于严格，如果有证据表明权利人据以主张赔偿的商标确实存在未实际使用的情况，法官可以向被控侵权人进行释明，询问被控侵权人是否提出此类抗辩。**其次，权利人应在核定的商品或服务上真实使用了商标**。权利人对商标的使用应是在注册商标核定的相同商品或服务上使用了相同商标，且实际进入市场流通，不应是在类似商品上使用相同或近似商标，也不应仅仅是在交易文书、广告宣传等进行象征性使用。应重点关注**权利人是否具有真实使用商标的意图，使用行为客观上是否发挥了识别商品或服务来源的作用，商标的功能是否真正得到发挥**。

法条链接：《中华人民共和国商标法》第六十四条第一款

### （四）正当使用抗辩

商标权的权利范围并非绝对禁止他人使用相同或者近似的商标，仅限于在**识别商品或服务来源**意义上使用商标标识的行为。如果注册商标标识本身具有固有含义或者表明商品或服务质量、功能等特点含义，商标权人无权禁止他人在原有含义基础上使用商标标识的行为。实践中主要从使用人主、客观两个方面认定被告的使用是否属于正当使用。一方面，使用人**主观上**并非为了搭便车而使用争议标识，确是为了说明或者描述商品或服务本身的特点；另一方面，**客观上**这种使用并不会导致相关公众的混淆误认，并不会对消费者造成误导。

法条链接：《中华人民共和国商标法》第五十九条

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



在上诉人光明乳业股份有限公司与被上诉人美食达人股份有限公司等侵害商标权纠纷案中，美食达人公司在牛奶商品上注册“85°C”商标，其主张光明公司生产销售的优倍牛奶上使用的“85°C巴氏杀菌乳新鲜说”“就是要喝 85 度杀菌的巴氏鲜奶”等文字构成商标侵权。上海知识产权法院经审理认为，光明公司的行为仅是为了向相关公众说明其采用的巴氏杀菌技术的工艺特征，仍属于合理描述自己经营商品特点的范围，并非对美食达人公司注册商标的使用，而是对温度表达方式的正当使用。即使对美食达人公司涉案注册商标熟知的相关公众，对于光明公司被控侵权商品外包装予以一般注意，亦自然会认为被控侵权商品外包装上标注的 85°C 是光明公司采用的巴氏杀菌技术的温度，而不会产生被控侵权商品来源于美食达人公司或与美食达人公司有关的混淆和误认。因此，光明公司的被诉行为，**属于对温度标识的正当、合理使用，未造成相关公众的混淆和误认**，不构成对美食达人公司涉案注册商标专用权的侵害。<sup>11</sup>

原告商标



被控标识



▲图2

▲原告商标

▲被控标识

△图片来源：浦江天平微信公众号

### （五）合法来源抗辩

被诉侵权产品的销售商如果要以合法来源抗辩免除赔偿责任，应当同时满足两个方面的条件：**一是主观上不知道其销售的系侵权产品**。主

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





要从商标的知名度、侵权产品售价与正品价格的差别等方面进行审查判断；二是客观上能够提供被诉侵权产品的进货来源，即被诉侵权产品来源于第三方且能提供进货上家的主体信息，以便于权利人能向上家追索。上述两个要件相互联系。如果销售商能够证明其遵从合法、正常的市场交易规则，取得所售产品的来源清晰、渠道合法、价格合理，其销售行为符合诚信原则、合乎交易惯例，则可推定该销售商实际不知道且不应当知道其所销售的产品系未经商标权人许可的侵权产品。此时，应由权利人提供相反证据。在权利人未进一步提供足以推翻上述推定的相关证据的情况下，应认定销售商合法来源抗辩成立。

法条链接：《中华人民共和国商标法》第六十四条第二款

在原告脱普日用化学品（中国）有限公司与被告上海市徐汇区民旺食品经营店侵害商标权纠纷案中，被告为证明其有合法来源提供了案外人东续经营部于 2014 年出具的两张销货清单，其中编号为 0009475 的单据日期为 7 月 22 日，有品名规格为“妙洁中号小号代”的商品；其中编号为 0009437 的单据日期为 8 月 4 日，有品名规格为“0405 妙”的商品。东续经营部负责人到庭陈述，认可上述清单的真实性。上海市徐汇区人民法院经审理认为，依据被告提供的销货清单以及东续经营部负责人陈述，可以证实被告确从东续经营部采购过妙洁抽取式保鲜袋，故可以认定涉案小号保鲜袋系民旺经营店合法取得并能够说明提供者，但涉案中号保鲜袋生产日期为 2014 年 9 月 1 日，晚于民旺经营店提交的销货清单进货日期，故中号保鲜袋显然不能为上述销货清单所涵盖，该产品的合法来源抗辩不成立。<sup>12</sup>

## 8. 确定被告应当承担的民事责任

在被告构成侵权的情况下，虽然《商标法》并无关于民事责任的明确规定，但根据《民法典》的相关规定，侵权人应当根据案件情况承担停止侵权、消除影响、赔偿损失等民事责任。

### （一）停止侵权

侵害商标权纠纷一般为持续性侵权行为，在无明确证据证明侵权行为确已停止的情况下，对于权利人主张停止侵权的诉讼请求，通常均应

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





予以支持。当前司法实践中大量发生的涉电商平台商标侵权纠纷中，由于电商平台大多对侵权链接采取了删除、下架等措施，故侵权行为已经停止，可以不再判令被告承担停止侵权的民事责任。实践中，权利人通常还会主张被告销毁侵权产品，对此，如果原告能够举证证明被告确实仍存在库存侵权产品，而被诉侵权产品上的商标又无法通过撤换等方式消除的情况下，可以支持原告的相关主张。

## （二）消除影响

由于注册商标往往与权利人的商誉息息相关，侵害商标权的行为通常亦会对权利人的商誉造成不良影响，在原告提供证据证明侵权行为可能对原告造成不良影响的情况下，对于原告主张被告承担消除影响民事责任的诉请，通常也可以予以支持。消除影响的范围应当与侵权行为造成的不良后果相当。

## （三）赔偿损失

侵害商标权的损害赔偿可以根据**权利人的损失、侵权人的获利以及许可使用费**三种方式确定。如果上述三种方式均缺乏证据证明，权利人可以请求法院适用**法定赔偿**，由人民法院根据案件具体情况酌情确定损害赔偿。法定赔偿的最低限额或者最高限额均不是绝对的，在有证据证明损失或者获利明显低于或者高于限额时，人民法院也可以超出限额酌情确定被告应当承担的损害赔偿责任。

对于恶意侵犯商标专用权，情节严重的，权利人还可以请求被告承担**惩罚性赔偿**。惩罚性赔偿不同于法定赔偿，其计算的基数是权利人的损失、侵权人的获利或者许可使用费，而且要求被告必须满足**主观故意和客观情节严重的条件**。在具体认定惩罚性赔偿基数时，可以适度放宽相关的证明标准，并不要求绝对的精确。此外，如果确无证据证明惩罚性赔偿的基数，但被告实施侵权行为的主客方面较为严重的，可以在**适用法定赔偿时适度增加损害赔偿的数额**，达到惩罚侵权的目的。

在确定损害赔偿民事责任时，还需要注意两个方面的内容，一是生产商和销售商的责任承担。虽然商标法对于擅自使用他人商标的生产行为以及销售侵权商品的行为分别加以规定，但并不意味着侵权商品的生产商和销售商在承担赔偿责任时也是相互独立的，由于销售商销售的侵权商品来源于生产商，为避免重复赔偿，**销售商应当在其销售侵权商品**

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





**范围内与生产商承担连带责任。**二是销售商合法来源抗辩成立的，虽然可以免除损害赔偿 responsibility，但**仍应当赔偿权利人为维权所支付的合理开支。**

法条链接：《中华人民共和国商标法》第六十三条

## 结语

侵害商标权纠纷的个案表现可能千差万别，但万变不离其宗，应当透过现象抓住商标侵权判断的本质，即**商标权所具有的识别商品或服务来源的功能是否因被诉侵权行为而受到损害**。遵循基本的审理思路，以商标功能是否受损为依归，个案中准确判断被诉行为是否属于商标性使用、相关公众是否可能会发生混淆误认以及被告使用被诉标识是否具有正当理由、原告的商标是否实际使用等问题，可以帮助我们得出正确的裁判结论。

## 注释

1. 参见上海知识产权法院（2015）沪知民初字第 518 号民事判决书。
2. 参见上海知识产权法院（2022）沪 73 民终 135 号民事判决书。
3. 参见上海知识产权法院（2015）沪知民初字第 731 号民事判决书。
4. 参见山东省高级人民法院（2007）鲁民三终字第 105 号民事判决书。
5. 参见上海市浦东新区人民法院（2016）沪 0115 民初 29964 号民事判决书。
6. 参见上海市普陀区人民法院（2020）沪 0107 民初 3214 号民事判决书。
7. 参见上海知识产权法院（2021）沪 73 民终 406 号民事判决书。
8. 参见上海知识产权法院（2017）沪 73 民终 23 号民事判决书。
9. 参见最高人民法院（2014）民提字第 24 号民事判决书。
10. 参见江苏省高级人民法院（2013）苏知民终字第 37 号民事判决书。
11. 参见上海知识产权法院（2018）沪 73 民终 289 号民事判决书。
12. 参见上海市徐汇区人民法院（2015）徐民三（知）初字第 727 号民事判决书。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)







作者/制图：凌宗亮

来源：浦江天平微信公众号

链接：[https://mp.weixin.qq.com/s/MHwWHuiPR\\_6D7Pv8HG5xBw](https://mp.weixin.qq.com/s/MHwWHuiPR_6D7Pv8HG5xBw)

◆ **特别声明：**

此刊物以分享为本，仅供学习研究参阅，不视为弼兴律师事务所正式法律意见或建议。所有内容摘自政府、法院的官微、官网等，仅供参考使用。如有任何问题，欢迎随时与我们联系。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）

电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399

邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)

网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)

