



*HANGSOMEINTELLECTUALPROPERTYCO.LTD.*

专利，商标，工业设计注册和版权保护  
国际知识产权注册及执行  
技术转移及商业化  
知识产权战略与管理

# 第五百零四期周报

## 2022.07.17-2022.07.23

网址: <http://www.hangsome.com>

上海市徐汇区凯旋路3131号明申中心大厦1011室

邮编: 200030

电话: +86-(0)21-54832226/33562768

传真: +86-(0)21-33562779

邮箱: [hangsome@hangsome.com](mailto:hangsome@hangsome.com)

# 总目录

---

## ● 每周资讯

- 1.1 【商标版权】“小布丁”到底有几种？
- 1.2 【专利】因自身公开技术被非正常专利抄袭之救济
- 1.3 【专利】浅谈提高专利质量、提升专利价值
- 1.4 【专利】如何主张商标先用权抗辩？开设分支机构是否属于在原有范围内继续使用商标？

## ● 热点专题

- 【知识产权】专利无效宣告程序中权利要求书的非典型性修改

# 每周资讯

【商标版权】“小布丁”到底有几种？



雪糕市场“鱼龙混杂”，“小布丁”知识产权谜题待解。

上周六（7月16日），一则“小布丁”“大布丁”雪糕抽检不合格的消息登上了微博热搜。



原来是国家市场监督管理总局发布了 2022 年上半年各级市场监管部门对雪糕产品的抽检结果。



序号	样品名称	生产日期	标识生产企业名称	不合格项	检测值	标准值	组织部门	备注
1	小布丁奶油味雪糕	2022-04-09	东莞市新凯冷冻食品有限公司	蛋白质	0.46g/100g	≥0.8g/100g	广东省惠州市惠城区市场监督管理局	/
2	香芋雪糕	2021-06-20	生产商：汉中科润速冻食品有限责任公司；授权商：西安钟楼冷饮食品有限公司	大肠菌群	1.3×10 <sup>5</sup> CFU/g; 2.1×10 <sup>4</sup> CFU/g; 2.7×10 <sup>4</sup> CFU/g; 1.9×10 <sup>4</sup> CFU/g; 90CFU/g	m=5, c=2, n=10CFU/g, M=10 <sup>4</sup> CFU/g	国家市场监督管理总局	陕西省汉中科润速冻食品有限责任公司对产品真实性提出异议。经陕西省市场监督管理局核实，该不合格样品为陕西西米多食品有限公司冒用标有陕西省汉中科润速冻食品名称的包装生产。
				菌落总数	2.0×10 <sup>5</sup> CFU/g; 3.7×10 <sup>4</sup> CFU/g; 5.4×10 <sup>4</sup> CFU/g; 7.8×10 <sup>4</sup> CFU/g; 3.6×10 <sup>4</sup> CFU/g	m=5, c=2, n=2.5×10 <sup>4</sup> CFU/g, M=10 <sup>4</sup> CFU/g		
				蛋白质	0.66g/100g	≥0.8g/100g		
3	爱尚草莓雪糕	2022-04-03	云南玉溪华庄冷冻食品有限公司	大肠菌群	45CFU/g; 27CFU/g; 54CFU/g; 10CFU/g; 20CFU/g	m=5, c=2, n=10CFU/g, M=10 <sup>4</sup> CFU/g	云南省红河州市场监督管理局	/
4	小花腰绿豆味雪糕	2022-04-28	云南玉溪华庄冷冻食品有限公司	大肠菌群	39CFU/g; 20CFU/g; 15CFU/g; 33CFU/g; 30CFU/g	m=5, c=2, n=10CFU/g, M=10 <sup>4</sup> CFU/g	云南省红河州市场监督管理局	/
				菌落总数	2.2×10 <sup>5</sup> CFU/g; 1.0×10 <sup>5</sup> CFU/g; 2.7×10 <sup>4</sup> CFU/g; 1.6×10 <sup>4</sup> CFU/g; 2.6×10 <sup>4</sup> CFU/g	m=5, c=2, n=2.5×10 <sup>4</sup> CFU/g, M=10 <sup>4</sup> CFU/g		
5	和谱号雪糕(奶酪味)	2022-04-23	中山市晨星冷冻食品有限公司	大肠菌群	30CFU/g; 20CFU/g; 70CFU/g; 10CFU/g; 10CFU/g	m=5, c=2, n=10CFU/g, M=10 <sup>4</sup> CFU/g	广东省湛江市遂溪县市场监督管理局	/
6	可比熊(巧克力牛奶口味雪糕)	2022-04-23	鞍山市鑫东胜冷饮厂	菌落总数	1.2×10 <sup>5</sup> CFU/g; 1.4×10 <sup>4</sup> CFU/g; 9.8×10 <sup>4</sup> CFU/g; 1.0×10 <sup>4</sup> CFU/g; 9.7×10 <sup>4</sup> CFU/g	m=5, c=2, n=2.5×10 <sup>4</sup> CFU/g, M=10 <sup>4</sup> CFU/g	湖南省益阳市安化县市场监督管理局	/
7	大布丁雪糕	2022-01-16	义乌市乐久冷冻食品有限公司	蛋白质	0.36g/100g	≥0.8g/100g	浙江省金华市浦江县市场监督管理局	/
8	牛奶大阪(牛奶口味雪糕)	2022-01-01	徐州元多福食品有限公司	菌落总数	4.4×10 <sup>4</sup> CFU/g; 4.7×10 <sup>4</sup> CFU/g; 5.8×10 <sup>4</sup> CFU/g; 4.3×10 <sup>4</sup> CFU/g; 5.4×10 <sup>4</sup> CFU/g	m=5, c=2, n=2.5×10 <sup>4</sup> CFU/g, M=10 <sup>4</sup> CFU/g	江苏省市场监督管理局	/
9	醉美榴莲(雪糕)	2022-03-18	重庆健康食品有限公司	单核细胞增生李斯特氏菌	未检出/25g; 未检出/25g; 未检出/25g; 检出/25g; 未检出/25g	m=5, c=0, n=0/25g	重庆市市场监督管理局	/
10	乐糕(红豆糯米口味雪糕)	2022-04-15	开封市淇乐多食品有限公司	菌落总数	2.7×10 <sup>4</sup> CFU/g; 2.6×10 <sup>4</sup> CFU/g; 2.4×10 <sup>4</sup> CFU/g; 2.6×10 <sup>4</sup> CFU/g; 2.3×10 <sup>4</sup> CFU/g	m=5, c=2, n=2.5×10 <sup>4</sup> CFU/g, M=10 <sup>4</sup> CFU/g	山东省菏泽市成武县市场监督管理局	/

▲ 市场监管总局 7 月 16 日发布的冷冻饮品（雪糕）监督抽检不合格产品信息（部分，来源：市场监管总局）

鉴于前些日子“雪糕刺客”给大家留下的“心里创伤”，网友们纷纷在评论中对价格相对亲民的小布丁“网开一面”，选择“当然是原谅它了”。





不过，此处的“小布丁”，恐怕不是大家熟知的那个“小布丁”。

如果仔细查看上面的不合格产品信息表格，就会发现，市场监管总局此次公布的冷冻饮品（雪糕）监督抽检不合格产品信息中显示，“小布丁奶油味雪糕”标识生产企业名称为“东莞市新凯冷冻食品有限公司”，而“大布丁雪糕”标识生产企业名称为“义乌市乐久冷冻食品有限公司”，一家是广东的，一家是浙江的。

而大家比较熟悉的“小布丁”“大布丁”是由伊利生产的。为此，“躺枪”的伊利发布了一条微博进行澄清：



伊小利冰淇淋 🍦

16小时前 来自 iPhone 13

**#小布丁大布丁雪糕抽检不合格#** 都说提起小布丁大布丁就会想起我家这个，今天就闹误会了555~“小布丁”并非品牌名，抽检不合格的产品真不是“伊利小布丁”和“伊利大布丁”！只不过都叫“小布丁”和“大布丁”而已！宝子们买雪糕的时候记得仔细看好商标，咱伊利冰淇淋各项检测均符合国家标准，还请大家 ... [展开](#)



▲ 伊利冰淇淋官方微博“伊小利冰淇淋”发布微博澄清（来源：微博@伊小利冰淇淋）



伊小利冰淇淋

▲ 伊利小布丁、大布丁雪糕（来源：微博@伊小利冰淇淋）



生产不合格“小布丁”的公司，曾被判外观设计侵权

不过，小编在知产宝商标检索数据库中查询到，此次被抽检出不合格“小布丁”的新凯公司，共有 30 条商标注册申请记录。

商标图章	商标名称	类别	申请号	申请人名称	申请人地址	申请日	商标状态	类似群号	代理机构	注册号	国家/地区	初审公告日
	雪糕棒	30	5672871	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2021-06-07	无效	3013	东莞市智友知识产权代理有限公...	5672871	中国大陆	
	心羊羊	30	7971271	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2019-01-05	已注册	3002; 3004; 3...	正智国际知产代理有限公...	7971271	中国大陆	2019-10-27
	阿妹甜	30	8718995	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2019-10-08	已注册	3013	东莞市智友知识...	8718995	中国大陆	2011-11-20
	时光之吻	30	43013607	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2019-12-12	已注册	3001; 3004; 3...	东莞市智友知识...	43013607	中国大陆	2020-07-06
	奶兔糖	30	42883170	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2019-12-06	无效	3001; 3004; 3...	东莞市智友知识...	42883170	中国大陆	
	乳宝	30	28571351	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2018-01-08	撤销/无效宣告...	3006; 3013	东莞市智友知识...	28571351	中国大陆	2018-09-06
	冰城玫瑰	30	56251544	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2021-05-21	驳回/审查中	3013	东莞市智友知识...	56251544	中国大陆	
	冰城雪月	30	48941028	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2020-08-14	已注册	3013	东莞市智友知识...	48941028	中国大陆	2021-04-06
	冰城小蜜	30	48246840	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2020-07-21	已注册	3001; 3013	东莞市智友知识...	48246840	中国大陆	2021-02-13
	冰城蜜	30	8718994	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2019-10-08	已注册	3004; 3006; 3...	东莞市智友知识...	8718994	中国大陆	2011-07-13
	冰城蜜	30	19200401	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2016-03-02	已注册	3001; 3006; 3010...	东莞市智友知识...	19200401	中国大陆	2017-01-06
	冰城蜜	30	20776579	东莞市新凯冷冻食品有限公...	广东省东莞市...	2016-07-26	已注册	3013	东莞市智友知识...	20776579	中国大陆	2017-06-20

▲ 新凯公司部分商标注册申请记录（来源：知产宝商标检索数据库）

其中不乏很多有意思的商标，比如这个，“奶兔糖”：

**奶兔糖**

商标名称: 奶兔糖      商标状态: 无效

申请人: 东莞市新凯冷冻食品有限公...      商标类型: 普通商标

申请号: 42883170      注册公告日期: 2019-12-06

申请日期: 2019-12-06      注册公告日期: 2019-12-06

申请人地址: 广东省东莞市石碣镇...      商标第三日期: 2019-12-06

是否共有商标: 否

类似群号: 3001; 3004; 3006; 3013

初审公告日期: 2019-12-06

初审公告日期: 2019-12-06

初审公告日期: 2019-12-06

国际分类: 30

专用权期限: 2020-03-16

优先权日期: 2019-12-04

代理机构: 东莞市智友知识产权代理有限公...

商品服务: 雪糕; 冰棍; 冰淇淋; 菓...

商标流程

日期	法律名称	事件名称
2020-07-11	商标法	商标驳回/无效宣告
2020-03-16	商标法	商标驳回/无效宣告
2019-12-04	商标法	商标驳回/无效宣告
2019-12-06	商标法	商标驳回/无效宣告



▲ 新凯公司“奶兔糖”商标注册申请信息（来源：知产宝商标检索数据库）

还有“冰城玫瑰”：



▲ 新凯公司“冰城玫瑰”商标注册申请信息（来源：知产宝商标检索数据库）

不知道某某兔奶糖和某某冰城怎么看？


哦，被驳回了啊，那没事了。

但是，这家生产“小布丁”的公司却还真没有申请注册过“小布丁”商标。

而另一家“大布丁雪糕”的生产企业乐久公司，名下仅有“海乐”一件商标，也没有申请注册过“大布丁”商标。

不仅如此，两家企业还曾陷入知识产权纠纷案件当中。

根据知产宝裁判文书数据库信息，新凯公司曾在 2019 年陷入一桩外观设计专利侵权纠纷案。原告江西天凯乐食品有限公司起诉称，新凯公司生产的“凯琴湾”四种口味雪糕侵害了原告的 ZL. 201530104505.8 号外观设计专利和版权。




**[外观设计] 雪糕(月畔湾筒雪糕)**

授权公告号: CN303342185S  
申请号: 2015301045058  
专利权人: 胡方芽  
地址: 338023江西省新余市渝水区水北镇北村委胡家村58号  
分类号: 01-01 (10)

授权公告日: 2015.08.26  
申请日: 2015.04.11  
设计人: 胡方芽

简要说明: 1.本外观设计的名称:雪糕(月畔湾筒雪糕)。2.本外观设计用于一种可食用的雪糕。3.本外观设计的设计要点:在于产品的形状设计。4.本外观设计最能表明设计要点的图是主视图。5.仰视图无设计要点,省略仰视图。6.请求保护的外观设计包含有色彩。

外观设计专利 事务数据



▲ 201530104505.8 号外观设计专利“雪糕(月畔湾筒雪糕)”信息（来源：中国专利公布公告）

但新凯公司坚称自己使用星状图案具有历史渊源，并且星状图案为冰淇淋类产品的公知设计元素，涉案产品外观与原告的外观设计专利存在根本区别，没有侵犯原告的专利权。



▲ 凯琴湾冰淇淋（图片不代表与该案或者新凯公司有关。来源：大众点评用户“终筱呆”）

起初，南昌市中级人民法院一审认为不构成侵权，驳回了原告请求。但是经过原告上诉、二审法院发回一审法院重审后，南昌中院终于认定涉案“凯琴湾香草口味雪糕”落入了天凯乐公司外观设计专利权的保护范围，新凯公司也被判停止生产、销售侵权产品，并赔偿原告 5 万元。

看来这家生产不合格“小布丁”的厂家，也不是第一次碰上知识产权问题了。这对其他企业也是一种警示：知识产权问题不容小觑，一不小心就有可能“踩雷”。



“小布丁” 竟有近 10 种？

其实对于此次涉及“小布丁”“大布丁”的热搜事件，网友们最好奇的还是“小布丁”“大布丁”的商标等知识产权归属的问题——

生产不合格“小布丁”“大布丁”的厂家，是否牵涉商标侵权的问题？

到底有多少厂商在生产“小布丁”“大布丁”？

其实，市面上的“小布丁”雪糕绝不止伊利和新凯公司两家企业。伊利的老对手蒙牛，也有类似的产品：



▲ 蒙牛优牧品牌旗下的“布丁雪糕”和“大布丁雪糕”产品（来源：蒙牛官网）

据红星新闻报道，目前市面上可查生产大、小布丁的企业厂商已近 10 家。这还不算只在某些区域销售的其他品牌小布丁并未在线上销售的情况。

据红星新闻报道，蒙牛也在生产大小布丁类似产品。此外据不完全统计，在电商平台上，与大、小布丁相似的产品还有四川龙望食品有限公司的提子布丁、天津艾美琳食品有限公司的蒙得利小布丁、美丰雪糕公司的美丰小布丁、浙江五丰冷食有限公司的五丰牌大布丁以及未查询到厂家信息的袁龙牌小布丁。

品牌众多，真假难辨，质量良莠不齐，这妥妥是另一个“雪莲”冰块啊。

### 相关链接

[深挖“雪莲”冰块疑案：站在光里的未必英雄](#)

那么，这么多“小布丁”，如何区分？作为最早生产小布丁雪糕的伊利，难道没有采取知识产权保护措施？“小布丁”为什么没有被新凯公司或者伊利公司申请注册为商标？

伊利：并非不想，实非不能。



“小布丁”知识产权属于谁？

根据知产宝商标检索数据库信息，目前在第 30 类（包含冰淇淋、冰糕等）商品上注册“小布丁”商标的便有五家，但状态均为无效。最早申请“小布丁”商标的是自然人林正元，于 2004 年 9 月在第 30 类（冰淇淋、冰糕等）商品上提交了“小布丁”商标注册申请，但被驳回。“大布丁”商标则暂时无人注册。

商标图案	商标名称	类别	申请号	申请人名称	申请日	注册公告日	商品服务	商标状态	代理机构	注册号	初审公告日
	小布丁	30	6972402	湖南三和食品有...	2008-09-25		薄烤饼; 饼干; 糕点...	无效	长沙市弘拓知识...	6972402	
	小布丁	30	4293065	林正元	2004-09-29		冰淇淋; 冰糕; 冰冻...	无效	北京知康成信商...	4293065	
	小布丁	30	47032397	襄阳鑫众兴镇优...	2020-06-07		馄饨; 饺子; 面粉制...	无效	阿里巴巴科技 (...)	47032397	
	小布丁	30	9331236	张家界翼图华实...	2011-04-12		冰淇淋; 冰淇淋粉; ...	无效	张家界市翼诚商...	9331236	
	小布丁	30	13619522	内蒙古伊利实业...	2013-11-27		冰糕; 冰棍; 冰棒; ...	无效	北京天驰知识产...	13619522	

▲ 第 30 类商品上的“小布丁”商标注册申请记录（来源：知产宝商标检索数据库）

细心的网友可能注意到了，上文中提到伊利冰淇淋官方微博回应时提到，“小布丁”并非品牌名。没错，伊利也在 2013 年 11 月在第 30 类商品上申请了“小布丁”商标注册，但亦未成功——2014 年商标局驳回了该申请。

商标局网站上并未提供相关的驳回理由。小编猜测，第 30 类商品上的“小布丁”商标被驳回，可能与“布丁”这个名字有关——毕竟这是一类食品的通用名称：

## 布丁 [bù dīng]

西餐食品



《Tinrry下午茶》教你做焦糖布丁 12:02



鸡蛋布丁, Q弹爽口, 无腥味超美味 02:16



Cream Brulee 法式焦糖布丁 05:00

★ 收藏 👍 4090 🔗 444

“布丁”是英语 *pudding* 的音译，中文意译则为“奶冻”。广义来说，它泛指由浆状的材料凝固成固体状的食品，如圣诞布丁、面包布丁、约克郡布丁等，常见制法包括焗、蒸、烤等。

狭义来说，布丁是一种半凝固状的冷冻的甜品，主要材料为鸡蛋和奶黄，类似果冻。在英国，“布丁”一词可以代指任何甜点。

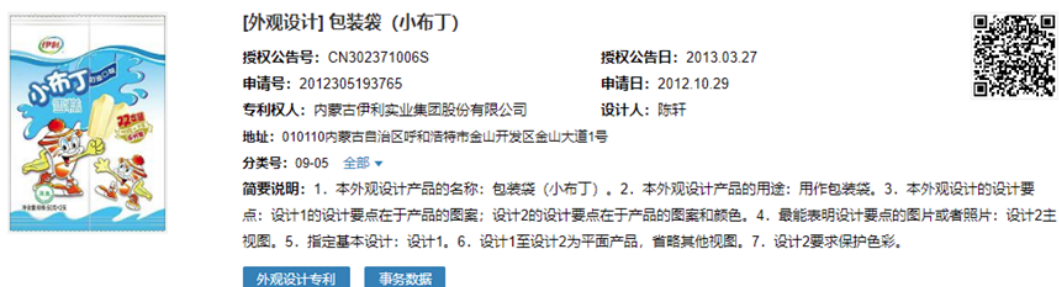
中文名	布丁	分 类	西式甜点, 西餐餐点
外文名	pudding	口 味	甜, 微酸, 果香
		主要食材	面粉, 牛奶, 鸡蛋, 水果

▲ “布丁”释义（来源：百度百科）

这也意味着，目前“小布丁”“大布丁”尚未被任何一方取得第 30 类商品上的注册商标专用权，无论是伊利还是蒙牛，抑或是其他任何一家企业，都不能阻止其他人在雪糕等相关商品上使用“小布丁”“大布丁”。

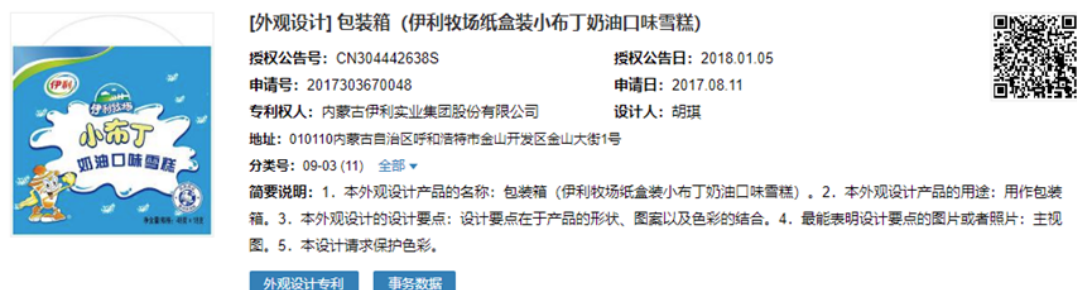
不过，伊利也不能放任他人随便抄袭“小布丁”。商标注册不下来，外观设计专利什么的还是值得一试的。

中国专利公布公告信息显示，共有 51 件涉及“小布丁”的外观设计专利获得授权。其中就包括伊利 2012 年 10 月申请的“小布丁”包装袋外观设计专利，并于 2013 年 3 月获得授权公告：



▲ 伊利名下的“包装袋（小布丁）”外观设计专利（来源：中国专利公布公告）

除了单支雪糕的包装袋，伊利还分别在 2014 年、2017 年、2021 年申请了包装箱（盒）的外观设计专利，并获授权。





#### [外观设计] 包装箱 (小布丁)

授权公告号: CN302907959S

授权公告日: 2014.08.13

申请号: 2014300903856

申请日: 2014.04.15

专利权人: 内蒙古伊利实业集团股份有限公司

设计人: 范英

地址: 010110内蒙古自治区呼和浩特市金山开发区金山大道1号

分类号: 09-03 全部

简要说明: 1. 本外观设计产品的名称: 包装箱 (小布丁)。2. 本外观设计产品的用途: 用作包装箱。3. 本外观设计的设计要点: 设计1的设计要点在于产品的图案, 设计2的设计要点在于产品的图案和色彩的结合。4. 最能表明设计要点的图片或照片: 设计2主视图。5. 指定基本设计: 设计1。6. 各设计仰视图与俯视图相同, 省略各设计仰视图。7. 设计2请求保护色彩。

外观设计专利

事务数据



#### [外观设计] 包装盒 (伊利牧场小布丁)

授权公告号: CN307200975S

授权公告日: 2022.03.25

申请号: 2021308299900

申请日: 2021.12.15

专利权人: 内蒙古伊利实业集团股份有限公司

设计人: 方海伦

地址: 010000内蒙古自治区呼和浩特市金山开发区金山大街1号

分类号: 09-03 (13) 全部

简要说明: 1. 本外观设计产品的名称: 包装盒 (伊利牧场小布丁)。2. 本外观设计产品的用途: 本外观设计产品用作包装盒。3. 本外观设计产品的设计要点: 在于产品的图案、色彩及其结合。4. 最能表明设计要点的图片或照片: 立体图1。5. 本外观设计请求保护色彩。

外观设计专利

事务数据



▲ 伊利名下的其他“小布丁”相关外观设计专利 (来源: 中国专利公布公告)

但是, 为“小布丁”申请外观设计专利, 伊利可不是最早的。

专利公布公告信息显示, 早在 2002 年 5 月, 就已有自然人林恩刚申请了“包装袋 (小布丁雪糕)”外观设计专利, 同年 12 月获得授权公告。



#### [外观设计] 包装袋 (小布丁雪糕)

授权公告号: CN3268477

授权公告日: 2002.12.18

申请号: 023061863

申请日: 2002.05.13

专利权人: 林恩刚

设计人: 林恩刚

地址: 300383天津市西青区王稳庄村南(天津市金凯食品厂)

分类号: 09-05 全部

全部数据

事务数据



▲ 林恩刚名下的“包装袋 (小布丁雪糕)”外观设计专利 (来源: 中国专利公布公告)

不过这件外观设计专利已经因未缴年费而使得专利权终止。

同样因未缴年费而专利权终止的, 还有这些“小布丁”外观设计专利, 它们的申请日均早于伊利的“小布丁”外观设计专利:



### [外观设计] 雪糕包装纸(小布丁)

授权公告号: CN3274045

申请号: 023520507

专利权人: 张丙奇

地址: 473000河南省南阳市百里奚路284号天梦冷食有限公司

分类号: 09-05 全部 ▾

简要说明: 请求保护色彩。

[全部数据](#)

[事务数据](#)

授权公告日: 2003.01.22

申请日: 2002.07.18

设计人: 张丙奇



### [外观设计] 包装纸 (小布丁雪糕)

授权公告号: CN3285274

申请号: 023609044

专利权人: 韩钜滔

地址: 511487广东省广州市番禺区沙湾古西工业区

分类号: 05-06 全部 ▾

简要说明: 1.请求保护的外观设计包含有色彩。2.省略其它视图。

[全部数据](#)

[事务数据](#)

授权公告日: 2003.04.02

申请日: 2002.08.30

设计人: 韩钜滔



### [外观设计] 雪糕包装纸 (小布丁)

授权公告号: CN3507452

申请号: 2005300060697

专利权人: 陈汀

地址: 550018贵州省贵阳市乌当区顺海路11号贵阳美佳冷冻食品厂

分类号: 05-06 全部 ▾

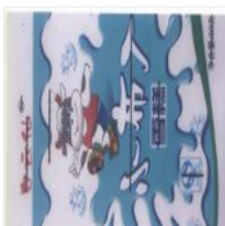
[全部数据](#)

[事务数据](#)

授权公告日: 2006.02.22

申请日: 2005.05.20

设计人: 陈汀



### [外观设计] 包装袋(小布丁)

授权公告号: CN300979124

申请号: 2008301776265

专利权人: 永兴振利乐冷饮食品厂

地址: 423300湖南省永兴县马田镇兴隆街2号永兴振利乐冷饮食品厂

分类号: 09-05 全部 ▾

[全部数据](#)

[事务数据](#)

授权公告日: 2009.08.12

申请日: 2008.08.08

设计人: 史亮飞



### [外观设计] 食品包装袋(小布丁)

授权公告号: CN301160868

申请号: 2009300759229

专利权人: 周基华

地址: 402768重庆市璧山县大兴镇石鼻村1组

分类号: 09-05 全部 ▾

简要说明: 该外观设计产品为平面产品。

[全部数据](#)

[事务数据](#)

授权公告日: 2010.03.24

申请日: 2009.05.07

设计人: 周基华



### [外观设计] 包装袋 (威武小布丁)

授权公告号: CN301803051S

申请号: 201130234587X

专利权人: 韩德龙

地址: 300000天津市东丽区大毕庄镇欢坨村1区11排4号

分类号: 09-05 全部 ▾

简要说明: 1.本外观设计产品的名称: 包装袋(威武小布丁)。2.本外观设计产品的用途: 用于包装冷饮食品。3.本外观设计的设计要点: 该外观设计的设计要点在于主视图。4.最能表明设计要点的图片或者照片: 主视图。

[外观设计专利](#)

[事务数据](#)

授权公告日: 2012.01.18

申请日: 2011.07.21

设计人: 韩德龙







#### [外观设计] 包装袋 (小布丁)

授权公告号: CN301852595S  
申请号: 201130235647X  
专利权人: 赵大庆

授权公告日: 2012.03.07  
申请日: 2011.07.22  
设计人: 赵大庆



地址: 463800河南省驻马店市上蔡经济开发区河南省上蔡县香雪冷冻食品厂  
分类号: 09-05 全部

简要说明: 1.本外观设计产品的名称: 包装袋 (小布丁)。2.本外观设计产品的用途: 包装食品。3.本外观设计的设计要点: 图案。4.最能表明设计要点的图片或者照片: 主视图。

外观设计专利

事务数据

▲ 未缴年费专利权终止的“小布丁”相关外观设计专利 (来源: 中国专利公布公告)

所以, 伊利目前拥有的申请号为 201230519376.5 号的外观设计专利权, 仍然是涉及“小布丁”的有效外观设计专利中申请最早的。

此后申请的“小布丁”相关外观设计专利, 都可能会被伊利提出无效宣告申请。比如这件刚刚于今年年初授权的外观设计专利, 基本只是把伊利“小布丁”包装上的 logo 和字体等细节修改了下, 卡通人物换成了唐老鸭, 相似度非常高了:



#### [外观设计] 包装袋 (小布丁奶油口味雪糕)

授权公告号: CN307064856S  
申请号: 2021306258821  
专利权人: 温耀春

授权公告日: 2022.01.14  
申请日: 2021.09.22  
设计人: 温耀春



地址: 012299内蒙古自治区乌兰察布市察哈尔右翼前旗土贵乌拉镇安全街9排18户  
分类号: 09-05 (13) 全部

简要说明: 1.本外观设计产品的名称: 包装袋 (小布丁奶油口味雪糕)。2.本外观设计产品的用途: 用于包装棒冰。3.本外观设计产品的设计要点: 在于形状与图案的结合。4.最能表明设计要点的图片或照片: 立体图。5.本外观设计产品为薄型产品, 省略左视图; 本外观设计产品为薄型产品, 省略右视图; 本外观设计产品为薄型产品, 省略俯视图; 本外观设计产品为薄型产品, 省略仰视图。

外观设计专利

事务数据

▲ 一件与伊利相似的“小布丁”相关外观设计专利 (来源: 中国专利公布公告)

说回商标, “小布丁”的名气, 令不少人愿意在第 30 类商品上提交商标注册申请, 但至今尚无一人成功。

不过小编发现, 在其他的商品或服务类别上, 却是有不少成功获准注册的“小布丁”商标, 足见“小布丁”良好的“群众基础”。

商标图案	商标名称	类别	申请号	申请人名称...	申...	注...	商品服务
	小布丁	07	11446913	南京酷娱文化...	2012-09-04	2014-02-07	制食品用电动机械; 蔬菜粉碎机; 包饺子机; 电动制饮料机; 家...
	小布丁	45	27242469	陈艳	2017-11-02	2018-10-14	在线社交网络服务; 社交陪伴; 服装出租; 交友服务; 开保险锁...
	小布丁	11	4719607	李新力	2005-06-14	2008-03-28	电热毯; 暖足器(电或非电的); 电暖脚套; 电暖器; 非医用电热; ...
	小布丁	21	9499377	永康市维基家...	2011-05-23	2012-09-14	垃圾箱
	小布丁	14	27241952	陈艳	2017-11-02	2018-10-21	贵金属锭; 首饰盒; 角、骨、牙、介首饰及艺术品; 珠宝首饰...
	小布丁	02	27246834	陈艳	2017-11-02	2018-10-14	皮肤绘画用墨; 天然树脂; 防水粉(涂料); 染色剂; 食用色素; 喷...
	小布丁	12	5373568	姚兴军	2006-05-25	2009-05-07	电动自行车; 自行车; 自行车轴; 自行车三轮车支架(自行车、三...
	小布丁	21	46933222	代士朋	2020-06-03	2021-05-07	制刷用毛
小布丁	小布丁	01	46563678	青岛益倍农肥...	2020-05-22	2021-04-14	氮肥; 肥料; 肥料制剂; 过磷酸盐(肥料); 海藻(肥料); 农业用土...
***	小布丁	31	11931558	上海楚胜贸易...	2012-12-21	2014-06-07	未加工软木; 未加工木材; 食用植物根; 鲜食用菌; 饲料; 宠物...
	小布丁	19	48007541	菏泽瑞达木业...	2020-07-11	2021-02-28	表面装饰用石膏; 非金属建筑物; 混凝土; 建筑用熟石膏; 木材...
	小布丁	37	32856021	北京盛世天翔...	2018-08-13	2019-08-14	修补衣服; 熨衣服; 服装翻新; 修鞋; 清洗亚麻制品; 皮革保养...

▲ 在雪糕以外商品类别上成功注册的“小布丁”商标注册申请记录（来源：知产宝商标检索数据库）



这也算墙内开花墙外香了吧。

## 【商版部 摘录】

### 1.2 【专利】因自身公开技术被非正常专利抄袭之救济

专利作为一种垄断性权利，近年来愈发受到国内企业重视。总体上，我国专利事业呈现量质齐升、稳中有进的态势，更多的市场主体也充分认识到了通过专利维护知识产权的重要性。但也应看到，恶意利用专利制度的现象也频频发生。近日，笔者代理了一起专利无效案件。国内 A 公司在参加某国际展览会时接触、了解了外国 B 公司展出的一款新型机械产品，由于该产品的结构原理并不复杂，A 公司马上将该产品申请了实用新型专利并随后获得授权。此后 B 公司拟将该产品销往中国，并进行了自由实施分析（Freedom to Operate, FTO）调查，发现了该专利。B 公司从合规角度考虑决定无效该专利，并最终使用展会公开材料无效了该专利。

上述案件本身并无特殊之处，涉案技术方案亦不复杂。B 公司通过无效宣告程序扫清了障碍，得以“正常”进入中国市场。但笔者注意到，由于相关证据都是域外证据，且该案还经历了行政诉讼等多个程序，B 公司在举证和行政、司法程序中花费了大量的时间、精力和金钱，还耽误了产品进入中国市场的时机，丧失了多年的市场交易机会。可见，上述恶意抄袭现有技术的非正常专利已经造成了损害，B 公司理应获得民事救济，否则对 B 公司是不公平的。基于当前的法律实践，笔者尝试从民事救济的角度对此问题进行探讨。

## 非正常专利申请、专利恶意诉讼与非正常专利

第四次修改后的《专利法》在第二十条规定，申请专利和行使专利权应当遵循诚实信用原则，不得滥用专利权损害公共利益或者他人合法权益。诚实信用原则虽被提出，但目前尚缺乏具体的操作范式，过于上位化。一般认为，非正常专利申请、专利恶意维权是违反诚实信用原则的两种具体表现，应得到重视。

针对非正常专利申请，国家知识产权局已经在 2021 年发布的《关于规范申请专利行为的办法》中，列举了所提交专利申请存在编造、伪造或变造发明创造内容、实验数据或技术效果，或者抄袭、简单替换、拼凑现有技术或现有设计等类似情况等 9 种非正常申请专利行为，并规定了相关罚则。

针对专利恶意诉讼，即专利侵权诉讼当事人明知其不享有诉权而提起诉讼，或者以侵害他人合法权益为目的而恶意行使诉讼中的具体权利的行为，最高人民法院已经在《民事案件案由规定》中增加了“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”的案由。实践中，典型的恶意诉讼一般包括当事人明知另一方当事人不侵犯其专利权，或自身恶意取得专利权，或明知专利权属于现有技术或现有设计，仍然基于该专利权提起专利侵权诉讼等情形。专利权人恶意提起知识产权诉讼造成损害后，被损害方可以直接依“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”的案由提起诉讼并获得赔偿。

但是，笔者认为，除非正常专利申请、专利恶意诉讼之外，还存在一种违背专利法立法宗旨、违反诚实信用原则的情况，即被授权的非正常专利的存在（存续）本身。本文中，参考国家知识产权局对于非正常专利申请的定义，笔者认为，可以将非正常专利申请的“漏网之鱼”，即因各种原因而被授权的

非正常专利申请定义为“非正常专利”，尤其是那些通过不正当手段（如抄袭、简单替换、拼凑现有技术或现有设计）而获得授权的专利。

虽然随着国家知识产权局对于非正常专利申请打击力度的不断增强，非正常专利数量会明显减少，但是此类专利显然并不能被杜绝。如果非正常专利申请所抄袭的现有技术是通过使用公开等方式公开的非专利文献类现有技术，则一般难以通过检索发现；实用新型与外观设计无须经过实质审查，易获得授权。上述情形中，非正常专利更加难以被发现和打击。

### **被授权的非正常专利之存在本身也会造成损害**

非正常专利申请对行政资源的浪费，恶意诉讼、滥用诉权等诉讼行为对司法资源的浪费以及对被控侵权方合法利益的侵害，是显性的、常见的；但业界可能往往忽视了被授权的非正常专利的存在本身（即使权利人不积极行使权利）对市场的损害。

专利权是排他权，每一份专利权的存在都是从公共领域中画出一块“自留地”，不许他人进入。非正常专利的存在本身就属于对公共领域的侵占，对于被抄袭的一方而言，非正常专利的存在无异于“鸠占鹊巢”。理论上，如果一个严格遵守法律的合格市场参与者想要进入该“自留地”（市场），那么非正常专利的存在就是一个不可忽略的障碍，该市场参与者只能选择清除障碍（无效该专利）或者绕开障碍（规避设计），或者干脆放弃进入。而无论选择那种方式，市场参与者都需要花费额外的时间和成本，对其正常经营都会产生不利的影响或损失。例如，为避免专利侵权风险而未能及时进入市场进而遭受市场竞争利益损失（典型情形如因搁置产品上市计划、缩减生产销售规模、不进行市场宣传等决定而造成市场份额丢失、商品或服务知名度损失等），以及通过专利无效宣告请求程序排除专利障碍的争议解决费用等。非正常专利的存在（存续）既不能促进科学技术进步，还阻碍了经济社会发展，显然与《专利法》的立法目的相悖。

实践中，外国企业在新产品上市前，进行技术的自由实施分析已经是较为常见的合规动作。而随着经济发展，国内企业也愈加注意合规管理，尤其是上市公司，对此更为关注，其对主要产品进行的FTO分析已较为常见。与此同时，相关法律法规也渐趋严格，如证监会令[第153号][1]、上证发[2020]101

号[2]、证监会公告[2019]6号[3]等多个文件，都要求上市企业不得存在主要资产在核心商标、专利、专有技术等方面的纠纷和潜在纠纷。

在此趋势下，相比于不在乎专利侵权与否而直接“大干快上”的市场主体而言，合规企业将为非正常专利的存在而付出更大的合规成本。如果合规企业不能得到有效救济，就会造成“劣币驱逐良币”的现象，严重违背专利法的立法目的。

### **非正常专利造成的损害应通过反不正当竞争法获得民事救济**

可见，即使不去行权，非正常专利的存在依然会为专利权人带来更多的交易机会，而降低其他经营者的交易机会。如果非正常专利的申请人/专利权人（下称“非正常权利人”）的违法行为得不到规制，其行为就不能得到有效遏制。

最新出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》（法释〔2022〕9号，简称反法新《司法解释》）中，第一条即给出了《反不正当竞争法》第二条经营者损害其他经营者合法权益等行为作为法律适用基础的依据[4]。但需要指出的是，对于新型不正当竞争行为所损害的权益，目前尚未明确立法确定其权利基础，对这些不正当竞争行为进行规制的标准也尚不明晰；且从民事权利的社会公开性和边界明晰程度来看，许多受损害的权益也难以具有绝对权的特点。因此，为了防止《反不正当竞争法》第二条的“诚实信用原则”被过度适用，以及避免行为人承担超过应有限度的责任，还需要结合侵权法和反不正当竞争法的理论，明确上述不正当行为的责任要件与界限。

我国民法学界的通说认为，侵权行为包括故意以违背善良风俗的方法导致他人损失的不典型侵权行为，即“故意背俗侵权”[5]。在侵权人以违背善良风俗的行为（即背俗要件），故意对他人的纯粹经济利益造成损害（即故意要件）的情况下，受损害一方可以以自己受到的纯粹经济损失主张赔偿，而限于基于绝对权受到损害而进行主张[6]。本文所讨论的因非正常专利申请/存续造成他人的市场竞争利益的损失，即属于“纯粹经济损失”。因此，可以参考侵权法学说当中的“故意背俗侵权”理论，并结合反不正当竞争法领域中的特殊情形，对上述不正当行为进行具体判断。

## 违反商业道德的行为

在反不正当竞争法领域中，如参照侵权法学说中的“故意背俗侵权”理论，“背俗要件”显然应当指对《反不正当竞争法》第二条所称的商业道德的违反。根据反法新《司法解释》第三条的规定，判断“商业道德”的因素包括“行业规则或者商业惯例、经营者的主观状态、交易相对人的选择意愿、对消费者权益、市场竞争秩序、社会公共利益的影响等因素”，也就是说，在反不正当竞争法领域中，“背俗要件”应该指行为人做出违背上述“商业道德”的行为。

对于本文所讨论的非正常专利造成他人市场竞争利益等损失的情形，一方面，非正常权利人在提交抄袭他人现有技术的非正常专利申请，或缴纳专利年费使非正常专利存续时，主观上明显有通过非正常专利获取明显违反专利法立法目的的不正当商业利益的意图；另一方面，如前文所述，市场上其他合规经营者必然因非正常专利而受到不利影响，难以形成专利法立法目的所期待的鼓励创新的市场竞争秩序，而呈现了劣币驱逐良币的情形，从而长远上侵害了社会公共利益和消费者权益。因此，上述不正当行为无疑是一种违反反不正当竞争法所称的“商业道德”的行为。

## 故意造成他人商业利益的损害

关于“故意要件”，我国学者一般参照德国法上对“故意背俗侵权”的规定进行解释，认为故意要件并不是指明知其损害他人利益的行为违反善良风俗，而是明知损害的发生；具体而言，是指行为人明知他人将有某种类型的利益受到损害，而故意做出损害行为或放任损害的发生（即，故意可以是直接或间接故意），而并不要求对损害范围、因果关系及受害人具有确切认识[7]。

对于本文所讨论的不正当竞争行为，非正常权利人往往会通过直接抄袭其他经营者的公开专利、他人上市产品或其产品说明书等方式来获得非正常专利。非正常权利人无疑知晓非正常专利对其他经营者经营造成的上述各类损失；特别是非正常权利人在完全不加修改地抄袭其他经营者的专利或产品时，无疑明知该被抄袭的经营者会受到影响并遭受侵害，并且积极追求该侵害结果的发生。

当然，除了被抄袭的经营者遭受侵害之外，市场中其他经营者的利益同样也受到了潜在影响。但是，除非非正常权利人明知其他经营者也有同样的公开技术方案，因而明知非正常专利申请会损害到该其他经营者的市场竞争利益，否则，其他经营者的市场竞争利益缺乏社会公开性和清晰边界，不应当要求非正常权利人对这些经营者也承担侵权责任，或者其承担的责任应减轻。

因此，笔者认为，在非正常专利造成他人市场竞争利益等损失的情形中，至少应当允许技术方案被抄袭的经营者通过《反不正当竞争法》第二条，向非正常权利人主张市场竞争利益的损失等纯粹经济损失，以及为获得救济所支出的合理必要开支，其中合理必要开支至少应当包括通过专利无效宣告请求程序排除该非正常专利的费用。

## 结语

非正常专利的存在违背了专利法的立法目的，市场竞争利益受到非正常专利侵害的经营者可以尝试通过反不正当竞争法获得民事救济，并惩戒非正常权利人。如此，才能更有利于净化专利申请流程、维护公平竞争秩序，更好地促进科学技术进步和经济社会发展。

【王胜楠 摘录】

## 1.3 【专利】

### 浅谈提高专利质量、提升专利价值

原创 李林静



## 引言

专利价值是指专利预期可以给其所有者或使用者带来的利益在现实市场条件下的表现。在市场经济条件下，专利是一种具有使用价值和交换价值的非物质形态商品。从经济学意义上讲，专利价值作为无形商品，其价值体现在专利给专利权人带来的利益。专利价值具有时效性、不确定性和模糊性。对于专利代理师而言，提高专利的撰写质量是非常必要的，专利撰写质量高可以提高专利的授权率，合理确定专利的保护范围，提高专利保护的稳定性，进而提高专利的价值。以下对如何撰写高质量专利进行说明。

## 如何撰写高质量专利

### 1 确定专利核心发明点

在实际工作中，专利代理师需要根据发明人提供的交底书，确定专利的核心发明点。专利的核心发明点需要结合技术问题、技术手段和技术效果综合认定，不能直接将交底书中发明人所写的改进点认定为核心发明点；必要时，专利代理师需要与发明人进行沟通来确定核心发明点。专利代理师根据核心发明点进行独立权利要求的撰写，确定独立权利要求的必要技术特征，合理确定权利要求的保护范围。

### 2 避免非必要技术特征写入独立权利要求

专利侵权判定的基本原则是全面覆盖原则。所谓全面覆盖原则，是指如果被控侵权产品或者方法侵权成立，那么该产品或者方法应该具备专利权利要求中所描述的每一项特征，缺一不可。独立权利要求包含非必要技术特征，容易导致抄袭产品或方法在设计上减少非必要技术特征，从而不构成专利侵权。例如，授权专利的独立权利要求中包含技术特征 A、技术特征 B 和技术特征 C，其中，技术特征 C 为非必要技术特征，技术特征 A 和技术特征 B 均为必要技术特征。一个抄袭产品可以避开技术特征 C，只包括技术特征 A 和技术特征 B，则该抄

在 2021 年 10 月国务院发布《“十四五”国家知识产权保护和运用规划》中，设立一个重要指标是每万人口高价值发明专利拥有量从 2020 年的 6.3 件提升为 2025 年的 12 件。从中可以看出，随着科技发展和社会需要，国家越来越重视高价值专利。专利价值高的专利，有可能使专利权人收取较高的专利许可费，或者通过专利对竞争对手产生威慑作用，令竞争对手不敢轻易模仿专利。专利价值的高低与专利技术创新度、市场应用和专利质量有关，专利技术创新度高、市场应用广和专利质量高有利于提高专利价值。

袭产品不构成授权专利的全面覆盖，不构成侵权。

此外，在撰写独立权利要求时，应进行合理的上位概括，避免导致权利要求的保护范围过小，独立权利要求不能局限于交底书中发明人提供的实施方法，应



当基于专利代理师的经验，对交底书中描述的技术方案进行适当扩展，并基于扩展方案对独立权利要求进行合理上位，从而扩大权利要求的保护范围。

### 3 从属权利要求要有技术含量

从属权利要求是直接或间接引用独立权利要求，用附加的技术特征对引用的权利要求（包括独立或从属权利要求）进一步限定的权利要求。从属权利要求的技术含量是指从属权利要求的附加技术特征能够带来有效效果或增加权利稳定性。

此外，将有技术含量的内容写到从属权利要求，有利于合理确定权利要求的保护范围。例如技术方案中包含有技术特征 A 和技术特征 B，若独立权利要求中仅包含有技术特征 A，大概率可以获得专利权，则可以将技术特征 B 放入从属权利要求中，从而在保证专利大概率能够获得授权的前提下，增加了权利要求的保护范围。

### 4 一组权利要求采用最小销售单元的保护主题

在机械领域，撰写一组权利要求采用最小销售单元的保护主题对技术方案进行保护。例如技术方案的发明点为座椅的移动支腿，撰写权利要求书时，可以写两组权利要求，其中一组的独立权利要求的保护主题为移动支腿，另一组的独立权利要求的保护主题为带有移动支腿的座椅。

在电学领域权利要求可以采用单侧撰写，从单侧进行撰写，也就是从单个执行主体的角度来布局权利要求。单侧撰写的权利要求，执行主体只有一个，在侵权判定时，满足单一侵权者原则，侵权判定及维权比较容易。

### 5 说明书要有丰富的实施例

说明书的实施例的数量越多，说明书的内容越丰富，这样有利于对技术方案进行概括与总结，进而确定合理的独立权利要求的保护范围，对独立权利要求提供支持，并确定布局合理的从属权利要求。

### 6 撰写规范

在撰写时，每项权利要求的技术方案应当完整，每项权利要求所包括的技术特征构成完整的技术方案；权利要求的表述应当清楚简洁，有利于阅读者确定该权利要求所保护的发明点。说明书应当清楚、完整，说明书要起到支持权利要求书的作用。

此外，撰写的专利文本要规范，文字、附图要专业，技术内容能够清楚地从专利文本和附图中得到体现，这样有利于对专利的理解。

### 7 多维度布局专利

对专利的上游产业和下游产业进行布局保护。

对专利进行合理分级保护，可以拉长技术整体保护的时间。例如在化学领域，先申请对材料保护的专利，再申请对材料用途保护的专利。

在挖掘具有前瞻性专利技术时，开发代表一定趋势的技术，并对开发代表一定

趋势的技术进行专利保护。可以从防止他人抄袭专利的角度进行布局，如果他人想要抄袭专利，会对专利进行哪些改进，从他人会对专利进行改进的改进点进行布局。

对技术内容的布局，在撰写专利时需要考虑材料是否能够替换，产品结构是否能够进一步替换。

## 总结

用一项创新度高且市场应用需求大的技术去申请专利，可能因为撰写专利的质量差而导致专利无价值。专利质量高是产生高价值专利的关键。专利代理师通过撰写高质量的专利，来帮助客户产生高价值的专利。专利代理师应该不断提高自己的专利能力，撰写出更多高质量的专利。

以上仅是笔者在工作和学习中的一点见解和想法，如有错误或者不当的地方，欢迎批评指正或进行补充。

【陈静 摘录】

### 1.4 【专利】如何主张商标先用权抗辩？开设分支机构是否属于在原有范围内继续使用商标？

#### 一、问题的提出

商标法第五十九条第三款规定，商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或者类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用商标，但可以要求其附加适当区别标识。



但是，如何认定商标在先使用，以及判断是否在原使用范围内继续使用，往往具有争议，本案为最新的指导案例，对实务工作非常具有借鉴意义。

#### 二、最新指导案例

**案例来源：**最高人民法院知识产权案件年度报告（2021）

**案例：**再审申请人华联超市股份有限公司与被申请人肥城市华联商贸有限公司、肥城市华联商贸有限公司春秋古城店侵害商标权及不正当竞争纠纷案  
**案号：**最高人民法院（2021）最高法民再3号  
**裁判要旨：**商标先用权抗辩中原使用范围的认定认定是否构成商标先用权抗辩中的“在原使用范围内继续使用商标”，应当考虑商标使用的地域范围和经营规模。商业主体虽在先使用商业标识，但在他人就该标识获得注册之后，该商业主体又在原经营范围之外开设新的分支机构，并在该分支机构的经营中使用与注册商标相同或近似标识的，不属于商标法第五十九条第三款规定的“在原使用范围内继续使用商标”的情形。**案情简介：**

原告华联公司向一审法院起诉请求：1.判令肥城华联公司及其春秋古城店立即拆除门头招牌中“华联”文字、立即停止在网络支付账单、购物小票上使用“华联超市”文字商标，即停止对华联公司拥有的“华联超市”商标专用权的侵害。

涉案商标包括第 5345627 号“”、第 5825607 号“”注册商标。

**二审法院认定：**肥城华联公司成立时间早于华联公司，其使用“华联超市”的时间亦早于华联公司取得涉案商标专用权的时间。肥城华联公司一审提交的荣誉显示其在山东省肥城市范围内具有一定的影响力，且自该公司成立以来并未在山东省肥城市以外的区域开展经营活动。而华联公司一审庭审中当庭认可其在山东省肥城市区域未开展经营活动、未使用涉案商标进行广告宣传，可见肥城华联公司与华联公司的经营并未产生交集，并未导致相关公众对二者产生混淆和误认。肥城华联公司使用“华联超市”作为其企业字号属于在先使用，且肥城华联公司在之后的经营中亦未超出其原有范围，因此，一审法院认定肥城华联公司及其春秋古城店使用“华联超市”字样的行为不构成商标侵权，并无不当。华联公司不服二审法院判决，向最高人民法院申请再审。

目前，根据大众点评网的图片，该店铺的招牌已经修改。



### 裁判文书摘录：

本院再认为，本案争议焦点为：(一)肥城华联公司对“华联”字号及“华联超市”标识是否享有在先使用权；(二)肥城华联公司春秋古城店使用“华联”“华联超市”标识是否属于商标法第五十九条第三款规定的“在原使用范围内继续使用商标”的情形；(三)肥城华联公司及其春秋古城店的行为是否构成对华联公司涉案商标专用权的侵害及不正当竞争，应否承担相应法律责任。(一)关于肥城华联公司对“华联”字号及“华联超市”标识是否享有在先使用权的问题根据本案查明事实，上海时装(集团)公司成立于1992年11月11日，上海华联超市公司成立于1992年5月，上海时装(集团)公司改制后受让上海华联超市公司股权，并更名为“华联超市股份有限公司”，工商行政机关向其核发的《企业法人营业执照》显示，其成立日期为1992年11月11日，后经多次变迁主体变更为现华联公司。由此可见，现华联公司与其前身各主体之间存在着紧密的承继关系，现华联公司使用“华联”字号的时间应追溯至其前身成立之时。华联公司从成立时起，在上海及多个地区进行了大量经营，在全国范围内开设诸多门店，其“华联超市”品牌获得了大量荣誉，经过长期经营，“华联”“华联超市”与华联公司及其前身已经形成对应关系，并具有较高知名度。对于上述事实，相关法院在先生效判决已经作出相应认定，肥城华联公司及其春秋古城店均未提交足以推翻上述认定的相反证据，依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十三条关于“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实，当事人无须举证，当事人有相反证据足以推翻的除外”的规定，本院对此予以确认，且上述事实与本院查明的事实基本一致。肥城华联公司及其春秋古城店提供的证据显示，肥城华联公司成立于2000年3月8日，晚于华联公司前身及其关联企业的成立时间，故其关于对“华联”字号享有在先使用权的主张不能成立，二审判决对此予以认定缺乏证据证明。此外，肥城华联公司主张其在先使用“华联超市”标识，二审判决亦认定肥城华联公司在2002年之前即使用该标识，构成在先使用。经审查，肥城华联公司在一审中提交的证据中，部分证据未显示时间、部分证据显示时间晚于涉案商标申请注册日、部分证据未完整清晰地显示“华联超市”标识；所获相关荣誉亦系针对肥城华联公司或其法定代表人，与“华联超市”标识并无直接关联，故上述证据均无法证明在涉案商标申请注册之前，肥城华联公司已经在超市行业将“华联超市”作为商标使用并具有一定影响。因此，肥城华联公司关于其对“华联超市”标识享有在先使用权的主张亦不能成立，二审判决对此予以认定亦属不当。(二)关于肥城华联公司春秋古城店使用“华联”“华联超市”标识的行为是否构成商标法第五十九条第三款规定的“在原使用范围内继续使用商标”的问题商标法第五十九条第三款规定：“商标注册人申请商标注册前，他人已经在同一种商品或类似商品上先于商标注册人使用与注册商标相同或者近似并有一定影响的商标的，注册商标专用权人无权禁止该使用人在原使用范围内继续使用商标，但可以要求其附加适当区别标识。”本案中，肥城华联公司在涉案商标申请注册之后开设肥城华联公司春秋古城店作为分支机构，并在该分支机构的经营中使用“华联”“华联超市”标识，不属于商标法第五十九条第三款规定的“在原使用范围内继续使用商标”的情形；而且，如前所述，肥城华联公司提交的证据亦无法证明其在涉案商标申请注册之前已经在超市行业将“华联”“华联超市”作为商标使用并具有一定影响。故肥城华联公司及其春秋古城店关于其使用“华联”“华联超市”标识的行为属于商标法第五十九条第三款规定情形的抗辩理由不能成立。(三)关于肥城华联公司及其春秋古城店是否构成对华联公司商

标专用权的侵害及不正当竞争、应否承担法律责任的问题商标法第五十七条第二项规定，未经商标注册人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标近似的商标，或者在类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标，容易导致混淆的，属侵犯注册商标专用权的行为。反不正当竞争法第六条第二项规定，经营者不得擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系。肥城华联公司及其春秋古城店在其门店招牌及网络支付账单、购物小票上使用“华联”“华联超市”字样，能够起到识别商品或服务来源的作用，且上述标识与涉案商标的主要文字识别部分相同或近似；肥城华联公司及其春秋古城店使用“华联”字样进行经营，该文字与华联公司的字号“华联”完全一致。由于肥城华联公司及其春秋古城店与华联公司从事的经营服务相同或类似，故肥城华联公司及其春秋古城店的上述行为容易造成相关公众误认为其提供的服务来源于华联公司或与华联公司存在特定联系，构成对涉案商标权的侵害及不正当竞争。如前所述，肥城华联公司对“华联”及“华联超市”并不构成在先使用，肥城华联公司春秋古城店使用“华联”“华联超市”的行为亦不属于“在原使用范围内继续使用该商标”，故肥城华联公司及其春秋古城店的抗辩理由均不能成立，应当承担相应法律责任。华联公司提交的证据可以证明其曾多次获得全国性荣誉，“华联”字号及“华联超市”品牌在相关公众中具有较高的知名度，二审法院以华联公司在肥城市未开展经营活动为由，认定华联公司在肥城市不具有知名度，并进而认定肥城华联公司及其春秋古城店的行为不会造成相关公众的混淆误认，认定事实及适用法律均有不当，本院予以纠正。对于肥城华联公司及其春秋古城店的责任承担方式，本院认为，肥城华联公司及其春秋古城店在经营中使用“华联”“华联超市”标识，容易导致相关公众的混淆误认，侵害了涉案商标专用权并构成不正当竞争，华联公司关于肥城华联公司及其春秋古城店停止使用上述标识及“华联”字号的主张于法有据，本院予以支持。此外，关于赔偿数额，华联公司提交的证据不足以证明华联公司因侵权受到的损失及肥城华联公司、肥城华联公司春秋古城店的侵权获利情况，亦无可以参考的商标许可使用费，综合考虑华联公司及其涉案商标的知名度，肥城华联公司及其春秋古城店的经营规模及被诉侵权行为的具体情节，以及华联公司因制止侵权所支付的合理开支等因素，本院确定肥城华联公司及其春秋古城店赔偿华联公司经济损失5万元。根据《中华人民共和国民事诉讼法总则》第七十四条第二款规定，分支机构以自己的名义从事民事活动，产生的民事责任由法人承担；也可以先以该分支机构管理的财产承担，不足以承担的，由法人承担。据此，本院确定上述赔偿数额中的3万元由肥城华联公司承担；2万元由肥城华联公司春秋古城店承担，不足以承担的，由肥城华联公司承担。再有，根据查明的事实，肥城华联公司在山东省肥城市之外的区域未从事经营，亦无证据证明肥城华联公司及其春秋古城店的侵权行为给华联公司带来商誉上的损失，故对于华联公司关于赔礼道歉、消除不良影响的诉讼请求，本院不予支持。(本案法官：王艳芳 晏景 李丽)

### 三、实务建议

1. 商标先用权抗辩制度的目的，是保护善意的在先使用者在原有范围内继续使用其有一定影响的商业标识的利益。商标先用权抗辩的要点在于：第一，在先使用商标；第二，商标有一定影响；第三，使用未超出原有范围。本案先用权抗辩没有取得成功，也因为：首先，未能提供有效证据证明在涉案商标申请注册日之前已经使用相关商标，例如，证据没有显示使用时间，或者没有显示相关标识；其次，也没有证明使用商标具有一定影响，例如，所获荣誉为公司获得的荣誉，与商标无关；最后，未能证明在原有范围内

使用，在涉案商标申请注册之后开设分支机构，并在该分支机构的经营中使用标识，不属于商标法第五十九条第三款规定的“在原使用范围内继续使用该商标”的情形。

2. 无独有偶，在再审申请人林明恺与被申请人成都武侯区富运家具经营部、成都红星美凯龙世博家居生活广场有限责任公司侵害商标权纠纷案【（2018）最高法民再 43 号】中，最高人民法院也曾指出，确定商标先用权抗辩中的“原有范围”，应主要考虑商标使用的地域范围和使用方式。在商标注册人申请或实际使用商标后，在原实体店铺影响范围之外增设新店或拓展互联网经营方式的，应当认定已经超出了原有范围。
3. 如果涉案商标在相关公众中具有较高的知名度，特别是获得过全国性荣誉，此时仅以商标权人未在被告所在地开展经营活动为由，主张涉案商标在该地不具有知名度，并进而主张被告使用涉案商标的行为不会造成相关公众的混淆误认，应很难得到法院的支持。

【刘明勇 摘录】

## 热点专题

### 【知识产权】专利无效宣告程序中权利要求书的非典型性修改

——亨特博士实验室有限公司请求宣告深圳微芯生物科技有限责任公司西达本胺专利权无效案评析。

#### 案情介绍

国家知识产权局专利复审委员会审结了亨特博士实验室有限公司请求宣告深圳微芯生物科技有限责任公司第 03139760.3 号发明专利权无效案件（其中涉及新型抗癌药物西达本胺，

本案下称西达本胺案)，在专利权人提交修改文本的基础上，专利复审委员会作出了维持专利权有效的审查决定。该案件中涉及了无效宣告请求审查程序中权利要求的特殊修改方式，其审查思路以及审查结论在一定程度上反映了目前的审查动态，对今后此类问题的解决具有一定的借鉴意义。

涉案专利授权公告文本包括 6 项权利要求，其中权利要求 1 如下：“1. 一种具有分化和抗增殖活性的苯甲酰胺类组蛋白去乙酰化酶抑制剂，其特征在于，该化合物的结构通式如下所示：通式 I（略）。”

无效宣告请求人亨特博士实验室有限公司于 2013 年 11 月 13 日向专利复审委员会提出了无效宣告请求，其理由是本专利权利要求 1-6 不符合专利法第三十三条、第二十六条第四款、第二十二条第三款以及专利法实施细则第二十条第一款的规定，说明书不符合专利法第三十三条的规定，请求宣告本专利全部无效。

经形式审查合格，专利复审委员会受理了上述无效宣告请求，同时成立合议组对本案进行审查。在口头审理中，专利权人当庭提交申请文件的修改文本，将授权公告的权利要求 1 的马库什化合物修改为实施例 2 记载的具体化合物，修改后的权利要求 1 为：“1. 一种具有分化和抗增殖活性的苯甲酰胺类组蛋白去乙酰化酶抑制剂，其特征在于，该化合物为：N-（2-氨基-4-氟苯基）-4[N-（3-吡啶丙烯酰基）氨甲基]苯甲酰胺。”

对于上述修改，专利权人认为属于并列技术方案的删除，应当允许；而请求人认为因上述修改方式不属于并列技术方案的删除，故其修改方式和修改时机不符合专利审查指南的规定，不应当允许。

专利复审委员会查明：修改后的具体化合物是本专利说明书实施例 2 具体制备的唯一化合物。并且，对于本专利授权文本权利要求所概括的通式化合物，申请人在说明书中仅给出了其中两个具体化合物的制备过程以及结构确认数据，即实施例 2 和 4；而在这其中，仅测试了实施例 2 化合物的活性效果，包括对组蛋白去乙酰化酶的体外抑制以及对肿瘤细胞的生长抑制作用，未给出任何与实施例 4 化合物相关的活性测试情况描述。

在此基础上，专利复审委员会认为：上述实施例 2 具体化合物的制备、确认以及用途和使用效果在说明书中已经清楚、完整地予以公开，并且是本专利唯一既给出了制备方法又确认了活性效果的具体化合物，所属领域技术人员通过阅读本专利说明书，根据该说明书所记载的内容应当可以获知，上述实施例 2 化合物是本专利的发明核心所在。

《专利审查指南》对无效宣告程序中权利要求的修改方式进行了限制，其规定修改权利要求书的具体方式一般仅限于权利要求的删除、合并和技术方案的删除。可以看出，《专利审查指南》一方面强调绝大多数情况下以上述三种修改方式为原则，另一方面也并未完全排除存在其他修改方式的可能性。而针对本案的修改，合议组认为：尽管专利权人对权利要求 1 所作的上述修改不属于并列技术方案的删除，但是，修改后的具体化合物不仅在专利说明书中有明确记载，而且其属于本专利的发明核心所在。如果允许专利权人进行上述修改，则能够更加充分地体现专利制度鼓励发明创造的立法本意，并且有助于专利确权程序在评判专利的技术贡献时聚焦发明实质；同时，鉴于修改后的具体化合物在专利说明书中已被作为专利核心内容公开并在其保护范围之内，允许上述修改也不会带来公示性方面的问题；因此，上述修改并不违背《专利审查指南》对修改方式进行限制的初衷，应可以作为例外情形而被接受。因此，专利权人在口头审理当庭提交的上述修改应当被允许。

在此基础上，专利复审委员会进一步审查了无效宣告请求人提出的所有无效理由，认为修改后的权利要求书符合专利法和实施细则的相关规定，并最终作出在修改文本的基础上维持专利权有效的审查决定。

### 案例评析

专利法实施细则第六十九条第一款规定，在无效宣告请求的审查过程中，发明或者实用新型的专利权人可以修改其权利要求书，但是不得扩大专利权的保护范围。对于专利无效程序中的权利要求修改，《专利审查指南》进一步进行了细化，包括对修改原则和修改方式的规定，其中明确规定，在满足所述修改原则的基础上，修改权利要求书的具体方式一般限于权利要求的删除、合并和技术方案的删除。上述规定在一定程度上限制了专利权人在无效宣告请求程序中对专利文件的修改。

专利文件作为经国务院专利行政部门审查、批准、公告的法律文件，应当具有严肃性和稳定性。授权后对专利文件的修改，不仅是专利权人行使处分权的行为，影响其独占权利的大小和行使权利要求的有效性，同时还直接影响到社会公众利用技术的自由度。因此，在考虑无效期间专利权人修改专利文件的程度上单纯从专利权人的角度或单纯从社会公众的角度来考量都是不够的，既不能完全禁止修改专利文件，修改的自由度也应有一定的限制，需要根据专利制度发展的客观情况寻求二者之间的平衡。

《专利审查指南》中限制了修改方式一般限于权利要求的删除、合并和技术方案的删除，对



于其中的“一般”应作不排除存在其他修改方式之解释。例如，一些笔误和明显错误的修改在审查实践中存在接受的可能；又如，最高人民法院（2011）知行字第17号行政裁定书所涉及“家化专利无效纠纷案”也接受了专利权人的“非一般性”修改。家化案中涉及无效阶段专利权人将权利要求书中配方比例1：10-30修改为1：30。最高院首先明确此修改不属于典型的并列技术方案的删除，但鉴于1：30这一具体比值在原说明书中有明确的记载，且是其推荐的最佳剂量比，基于公平的考虑因素，允许这种特殊形式的修改方式的存在。

最高人民法院“家化案”中的公平考虑因素是专利审查实践中应当遵循的重要法律原则，但无效程序以及行政诉讼中的不同主体甚至是关注案件的社会公众对“公平”理解的出发角度、对其法律内涵的整体认识、对其判断标准的具体适用往往会存在差异，在其他案件中应当如何体现该裁定的内在精神不尽明晰。西达本胺案从更加具体、下位的角度给出了操作性较强的一种审查思路。从鼓励发明创造的立法本意出发，允许超出“一般”范围的非典型性修改存在；从不侵害社会公众合法利益的角度出发，要确保修改后的权利要求不存在公示性方面的问题，以符合对无效阶段限制修改方式的初衷。本案中，专利权人作出上述修改的事实基础是修改后的技术方案是发明的唯一核心所在，无论怎样修改，都不会脱离专利权的保护范围，不会在公示性方面令社会公众陷入困扰。结合能否体现专利制度鼓励发明创造的立法本意；是否有助于专利确权程序在评判专利的技术贡献时聚焦发明实质等考虑因素，认为该案中的修改方式并不违背专利审查指南对修改方式进行限制的初衷，应可以作为例外情形而被接受。

相对于其他国家的专利制度而言，我国在专利授权后缺少实质上能够为专利权人所利用的有效专利文件修改途径，导致在专利无效程序中对修改原则和修改方式的限定方面存在一些争议。然而，在审查制度的设计以及具体案件的审查实践中，需要全面地考虑各方面的情况，既要维护专利权人处分其专利权的权利，又要充分保护社会公众的正当利益，维持专利权的相对稳定性。西达本胺的无效案件审查，体现了聚焦发明实质，把握技术核心的审查理念，证明了专利制度鼓励发明创造的立法本意，在专利权人的合法权益与社会公众之间寻求了适度的平衡。为今后类似案件的审理，以及审查指导文件的制定和修改提供了参考。

**【陈蕾 摘录】**