

專利話廊

從海底撈與巴奴毛肚火鍋爭議之間淺談餐飲領域的專利申請

郭仁建 中國大陸專利代理師



近日在中國大陸一名網友發表了一篇名為「海底撈，再抄襲菜品粉絲都看不下去了！」的文章，網友指出，海底撈的火鍋菜品的擺盤公然抄襲巴奴毛肚火鍋，並且放上許多照片的比對圖指出海底撈火鍋的活體黃豆芽、繡球菌、毛肚、茴香小油條和撈牌滑嫩鴨血等菜品，分別與巴奴毛肚火鍋的井水黃豆芽、繡球菌、毛肚、茴香小油條和鮮鴨血等菜品的擺放方式或包裝高度相似，雙方各執一詞，進而在網路上引起了一波熱烈討論。有關巴奴毛肚火鍋是否有刻意「碰瓷」名氣較大的海底撈火鍋，或者是海底撈火鍋「抄襲」後進的巴奴毛肚火鍋，經過雙方新聞稿都已經澄清，不是本文的討論重點；但「菜品擺盤」或「食物擺放的外觀呈現」是否能夠作為專利申請的議題，進而引起筆者的關注，而想來聊一聊在餐飲服務領域當中，究竟有哪些技術或產品，能夠作為專利進行申請。

首先，還是針對本次爭議較大的「菜品擺盤」是否能夠作為專利申請進行討論，依照中國大陸專利法第 2 條規定，對於外觀設計的定義為：「指對產品的形狀、圖案或者其結合以及色彩與形狀、圖案的結合所作出的富有美感並適於工業應用的新設計」，當中，產品主要針對的物件，在審查指南當中亦指出了「不能重複生產的手工藝品、農產品、畜產品、自然物不能作為外觀設計的載體」，同時，還得要包括了以下的要件「適於工業應用」以及「富有美感」，當中，「適於工業應用」則明確地指出，該外觀設計能應用於產業上並形成批量生產。

從擺盤的定義來理解，應該能夠理解是以手工的方式，將欲食用的物品以富有美感的方式，擺放在欲展現的容器之上，因此，就上述的各項定義來看，「菜品擺盤」本身無法作為獨立的一項產品，不符合產品的定義；且每次擺放的時候，外觀都會因為擺放的食材大小、形狀、花紋、色彩等要素，而構成每次視覺呈現上都略有不同的菜品擺盤，因此，也不符合上述適於工業應用的定義。

也因此，以「菜品擺盤」本身，就不符合中國大陸專利法規定的外觀設計的定義，因此也不可能通過專利申請的審查，即便是因為中國的外觀設計專利不作實體審查而核准公告，未來也有極高的可能因為不符合外觀設計的專利要件，而有遭到無效宣告的風險。


既然「菜品擺盤」無法作為專利申請，那麼在餐飲服務領域當中，還有什麼能夠作為專利申請的呢？

其實，在羅卡諾外觀設計分類 01-01 當中，就已經是針對「食品」的一項獨立分類，對中國大陸專利資料庫簡單篩選後，就能看出如下表的外觀設計的內容，供大家參考。

公告號	名稱	圖片
CN3328684D	火腿腸（四）	



CN300807872D	餛飩	
CN301500877S	餃子 (6-7 褶)	
CN301632831S	巧克力花束	
CN303513003S	火鍋料 (開花腸二)	
CN303545391S	香橙撻 (香草君度)	
CN304098080S	蛋糕	

CN304988534S	寵物食品（兔耳朵包肉）	
--------------	-------------	---

從上表可得知，「菜品擺盤」本身雖然無法申請專利，但能夠獨立作為產品呈現的食物／食品本身，卻是可以作為專利申請的標的，比方上表陳列的外觀專利中如蛋糕、零嘴、飼料、冷凍食品等食物產品，均具備能夠大量以工業製作成形出幾乎固定的外觀，並且相較起現有的產品外觀而言，更富有美感，故就能夠作為外觀專利申請的標的，當然，同前所述，這些產品雖然能夠通過外觀設計專利申請階段的登記，但在未來行使權利時，仍然也要面臨無效宣告時，是否符合專利要件的考驗。

除了上述的食品以外，筆者也通過了構成本次爭議的兩個企業，進行了專利的調查，海底撈以「海底撈控股有限公司」作為申請人，名下共有 101 件專利申請，範圍包括有發明、實用新型及外觀設計，而巴奴以「巴奴毛肚火鍋有限公司」作為申請人，名下則有 13 件外觀設計的申請，從他們所申請標的來看，除了容易想到的供應給客戶使用的餐具、食用的器具以外，還有針對餐廳內服務人員身上的穿著如制服、圍裙。

海底撈更從服務方面申請了申請號第 CN201810757046.6 號「可自動輸送酒水的酒水存儲裝置」、申請號第 CN201910670703.8 號「升降器以及升降鍋」、申請號第 CN201810653337.0 號「加熱功率調節方法及爐具」、申請號第 CN201810833186.7 號「立式切片機」、申請號第 CN201810771334.7 號「肉類物品整形機構及肉類物品加工系統」、申請號第 CN201810746775.1 號「餐廚垃圾處理裝置」、申請號第 CN201810946252.1 號「清洗裝置及清洗設備」、申請號第 CN201810664873.0 號「預處理除渣裝置」、申請號第 CN201811244523.5 號「火鍋盆及其清洗方法和清洗裝置」等專利，從某種程度而言，海底撈也算是餐飲領域當中的高科技產業了！

因此，從上述的角度及本次的爭議中，筆者建議專利申請人除了要儘早將能夠作為專利的技術提前申請之外，雖然「菜品擺盤」無法作為專利申請，但餐飲服務領域當中還是可以挖掘出許多專利申請的技術構想，從進料處理、食材處理、食材保存、食材烹調、食材擺放容器、食材運送器具、點餐服務、催單服務、結帳服務、廚餘食材清理、保存、去異味、廚具清潔等等的各種不同的角度，催生不同的專利技術，進而儘早取得保護，為自己在餐飲領域當中，走出一條不同的道路，這才是專利帶給人類生活當中的美好呈現。



關於中國大陸本國優先權的第一次申請

林昇濤

一、前言：

中國大陸有關本國優先權規定於專利法第 29 條第 2 項中：「申請人自發明或者實用新型在中國第一次提出專利申請之日起十二個月內，又向國務院專利行政部門就相同主題提出申請的，可以享有優先權。」其中，有關法條中規定之「在中國第一次提出專利」的限制應作何解釋，在中國國家知識產權局將「電動獨輪自行車」(專利號：ZL201110089122.9)列為 2018 年度專利複審無效十大案件之後，漸漸地引起了廣泛地討論。

二、說明：

申請人在中國大陸以外的其他國家先申請專利，嗣後又向中國大陸就相同主題提出專利申請(以下簡稱在先申請案)，而後又向中國大陸就相同主題再一次提出專利申請(以下簡稱在後申請案)，且又欲主張在先申請案作為本國優先權的基礎；在這種情況下，對於中國大陸專利法第 29 條第 2 項中的「在中國第一次提出專利」，有兩種見解：

第一種見解：在後申請案可主張該在先申請案的本國優先權，認為應就法條字面上的意義解釋，無論相同主題於在先申請案之前是否已在其他國家提出申請，該在先申請案確實是相同主題於中國大陸境內的第一次申請，該在先申請案應能被該在後申請案主張本國優先權。

第二種見解：在後申請案不能夠主張該在先申請案的本國優先權，理由是中國大陸專利法第 29 條第 2 項係源自巴黎公約第 4 條規定，認為根據巴黎公約的規定，優先權基礎案的申請，必須是要在世界範圍內對相同主題的首次申請，因此，該在先申請案不能被該在後申請案主張本國優先權。

在「電動獨輪自行車」一案中，申請人先向美國申請暫時申請案(provisional application)，再就相同的主題向中國大陸先、後提出兩次專利申請，並且該在後申請案主張該在先申請案的本國優先權。但中國大陸的專利複審委員會採用上述的第二種見解，認定「在中國第一次提出專利」必需滿足在世界範圍內的第一次申請是在中國大陸境內的條件，而申請人已就相同的主題先向美國申請暫時申請案，因此「電動獨輪自行車」一案所主張的本國優先權無效。

進一步，中國大陸國家知識產權局除了在「電動獨輪自行車」一案中採用上述的第二種見解。在專利申請號 201210551726.5 一案中，負責審查的審查員也採相同見解而認為專利申請號 201210551726.5 一案所主張的本國優先權不成立。在「電動獨輪自行車」一案被國家知識產權局列為 2018 年度專利複審無效十大案件中的其中之一後，該案具有指標性意義；因此，對於「在中國第一次提出專利」為在世界範圍內的第一次申請是在中國境內的第二種見解，應是目前中國大陸國家知識產權局的意見。

我國的國內優先權和中國大陸的本國優先權，都有在先申請案不得主張國、內外優先權的規定，以避免同一主題累積主張優先權的問題。但是，「電動獨輪自行車」一案並未主張美國暫時申請案的優先權，因此核實優先權的重點便落在「在中國第一次提出專利」是否滿足在世界範圍內的第一次申請是在中國大陸境內的條件。然而制定國內(本國)優先權的國家，在條文內容，對於作為本國優先權基礎案的「第一次提出專利」或「首次提出專利」未明定應屬於全球的範圍或僅限於該國之範圍；因此，在「電動獨輪自行車」一案，中國大陸主張本國優先權時，很容易會先入為主地判斷在中國大陸所主張的本國優先權是否成立，進而忽略了中國大陸專利法對於本國優先權基礎案必須是「在中國第一次提出專利」的規定。

依據中國大陸的專利審查指南，審查員只有在檢索到優先權日與申請日之間的對比文件時，才會對於優先權進行核實。在未檢索到優先權日與申請日之間的對比文件的情況下，



申請人或代理人不一定能得知在中國大陸所主張的優先權是否成立。因此，在實際案例不足的情況下，審查員依第二種見解所作的決定，相對容易被認為是個案而被忽略。然而，上述的第二種見解在「電動獨輪自行車」一案被列為專利複審無效十大案件之後，在中國大陸專利相關的事務所也對此發表了不少文章。自此之後，「在中國第一次提出專利」即為在世界範圍內的第一次申請是在中國大陸境內的第二種見解，儼然已經成為了主流意見。

三、結語：

我國專利法第30條規定的國內優先權，主要目的係為使申請人以在先申請案為基礎，進而改良或合併新的請求標的，再提出後申請案。但是，中國專利複審委員會在「電動獨輪自行車」一案中表示，中國大陸的本國優先權是為了彌補申請人在中國再次就相同主題提出的專利申請，不能要求其首次申請的優先權的法律空白。基於上述的兩種立法目的，或許不能將我國的國內優先權制度和中國的本國優先權制度視為相同的制度。對於我國的申請人而言，大多數的申請案都是在臺灣先提出申請，再向中國大陸就相同主題申請專利。因此，為了因應中國國家知識產權局對於「在中國第一次提出專利」的見解，以及確保優先權能確實成立，部分審查員建議中國在後申請的案件除了主張中國大陸在先申請案的本國優先權之外，需同時主張臺灣的申請案的國際優先權。往後，申請人如果有意在我國和中國大陸就相同主題都取得保護時，筆者建議，應該考慮在同一天就相同主題向我國和中國大陸提出申請。如此一來，在我國的申請案和中國大陸的申請案都為在世界範圍內的第一次申請，能確保優先權確實成立，而得以享有優先權之權益。

參考資料：

1. https://www.cnipa.gov.cn/art/2020/3/26/art_447_43748.html
2. 王子瑜、周倩(2016)。淺談本國優先權中“中國首次申請”的含義。中國發明與專利，2016(7)，P80-P84。