弼兴每月速递 | 10 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

国家知识产权局办公室关于印发《在全国范围内推行专利代理机构执业许可审批告知承诺制改革实施方案》的通知 3

关于印发《上海市知识产权运营服务体系建设首批专项资金实施细则》的通知 6

关于印发《关于进一步加强本市知识产权金融工作的指导意见》的通知 12

- **典型案例摘要** 17

最高人民法院发布人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例 17

平行无效宣告程序中权利要求修改的影响 30

最接近的现有技术明确排除区别技术特征的应用对改进动机判断的影响 33

外观设计专利侵权类案办案要件指南之典型案件要览 36

- **实务研究** 52

【调研撷影】软件干扰类案件的裁判模式重构 52

最高人民法院知识产权法庭调研组|中药品种权保护相关法律问题研究 . 61

新规速递

国家知识产权局办公室关于印发《在全国范围内推行专利代理机构执业许可审批告知承诺制改革实施方案》的通知

国家知识产权局办公室关于印发《在全国范围内推行专利代理机构执业许可审批告知承诺制改革实施方案》的通知

国知办发运字〔2021〕36 号

各省、自治区、直辖市和新疆生产建设兵团知识产权局，四川省知识产权服务促进中心，广东省知识产权保护中心：

为贯彻落实《国务院关于深化“证照分离”改革进一步激发市场主体活力的通知》（国发〔2021〕7 号）要求，深化专利代理领域“放管服”改革，持续优化营商环境，释放企业创业创新活力，国家知识产权局制定《在全国范围内推行专利代理机构执业许可审批告知承诺制改革实施方案》，现印发给你们，请认真贯彻执行。

特此通知。

国家知识产权局办公室

2021 年 9 月 8 日

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼（200032）
电话：021-51797188　021-61258088
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com

在全国范围内推行专利代理机构执业许可审批告知承诺制改革实施方案

为贯彻落实《国务院关于深化“证照分离”改革进一步激发市场主体活力的通知》（国发〔2021〕7 号）关于在全国范围内推行“证照分离”改革全覆盖精神及相关任务要求，深化专利代理领域“放管服”改革，复制推广自由贸易试验区专利代理机构执业许可审批告知承诺制改革试点的成功经验，制定如下实施方案。

一、改革措施

自 2021 年 10 月 1 日起，在全国范围内推行专利代理机构执业许可审批告知承诺制改革。

专利代理机构执业许可审批告知承诺制改革，是指申请人依法提出专利代理机构执业许可申请，自主选择采用告知承诺制方式进行办理，国家知识产权局作为审批机关告知审批条件和所需材料，申请人承诺符合审批条件并提交申请材料，审批机关当场作出行政许可决定的审批方式。

二、审批流程

（一）申请。企业或者律师事务所作为申请人申请专利代理机构执业许可的，可以自主选择是否采用告知承诺制方式办理。申请人选择采用告知承诺制方式办理的，可以通过专利代理管理系统（http://dlgl.cnipa.gov.cn）提出。申请人不愿承诺或者无法承诺的，按照一般程序办理专利代理机构执业许可。

（二）告知。国家知识产权局向申请人告知专利代理机构行政许可的法律依据、许可条件、需要提交的材料、承诺事项、事后监管措施以及法律责任等。

（三）承诺。申请人签署告知承诺书。

（四）审批。国家知识产权局对申请人提交的申请材料及承诺书进行形式审查，当场作出审批决定。同意的，发给专利代理机构执业许可证；不同意的，书面告知理由。

三、监督管理

（一）加强事中事后监管。各地应当做好审批和监管的有效衔接，避免出现监管真空。开展“双随机、一公开”监管，将随机抽查的比例频次和抽查对象

的信用情况等挂钩，重点对履行承诺的情况进行检查。对于举报投诉等渠道反映问题多的专利代理机构，实施重点监管。针对监管中发现的普遍性问题和突出问题，必要时开展专项检查，对违法违规行为依法查处。

（二）加强信用监管。对以告知承诺方式取得执业许可证的专利代理机构，应当加强对其承诺真实性的核查，提高信用监管效能。对于失信专利代理机构，按照国家有关规定予以惩戒。

（三）严格法律责任。对在核查或者日常监管中发现承诺不实的，应当按照《行政许可法》《专利代理条例》的有关规定，依法终止办理、责令限期整改、撤销专利代理机构执业许可证或者予以行政处罚。涉嫌犯罪的，依法移送司法机关。

四、有关要求

（一）提高思想认识。在全国范围内推行专利代理机构执业许可审批告知承诺制改革，是落实国务院重大决策部署，持续优化营商环境，释放企业创新活力的重要举措。各单位、各部门要深刻认识改革的重要意义和作用，认真做好各项工作。

（二）及时反馈情况。要持续跟踪告知承诺制改革的实施情况，认真研究解决发现的问题，适时提出完善改革的意见建议。相关工作建议请及时反馈国家知识产权局知识产权运用促进司。

（三）做好宣传服务。要多渠道加强对专利代理领域改革工作的宣传，使各类市场主体充分了解改革内容，用好改革措施，增强群众的获得感。

来源：国家知识产权局官网

链接：https://www.cnipa.gov.cn/art/2021/9/10/art_75_169922.html

关于印发《上海市知识产权运营服务体系建设首批专项资金实施细则》的通知

关于印发《上海市知识产权运营服务体系建设首批专项资金实施细则》的通知

各有关单位：

按照《服务业发展资金管理办法》和《国家知识产权局关于促进和规范知识产权运营工作的通知》有关要求，为规范上海市知识产权运营服务体系建设首批专项资金的使用，加强中央财政资金管理，建立高效、公开、公平的资金支出机制，市知识产权局制定了《上海市知识产权运营服务体系建设首批专项资金实施细则》，现予印发，请遵照执行。

上海市知识产权局

2021 年 9 月 6 日

上海市知识产权运营服务体系建设首批专项资金实施细则

第一章 总则

第一条 为规范上海市知识产权运营服务体系建设首批专项资金的使用，切实加强中央财政资金管理，落实《上海市实施专利转化专项计划工作方案（2021-2023）》，提高资金使用效益，推动上海市知识产权运营体系建设扩大规模、完善结构、畅通渠道、提升能级、释放效能，按照《服务业发展资金管理办法》（财建〔2019〕50 号）《国家知识产权局关于促进和规范知识产权运营工作的通知》（国知发运字〔2021〕22 号）等有关规定，制定本实施细则。

第二条 本实施细则涉及的各类项目适用于注册在本市，经营状态正常、信用记录良好、具有项目承担建设能力的企事业单位、高校院所、社会团体等。

已获得过浦东新区、徐汇区知识产权运营体系建设重点城市相同项目的，不再重复给予资金支持。

第三条 本实施细则所称专项资金，指财政部拨付至本市的用于知识产权运营服务体系建设（含专利转化专项计划）首批专项资金 5000 万元（以下简称专项资金）。

第四条 专项资金使用管理坚持“项目运作、资金配套、分类管理”的原则，按照“推荐申报和公开申报相结合、考评认定和绩效认定相补充、经费支持和绩效奖补相统筹”的方式，确保资金使用的规范性、安全性、高效性，充分发挥财政资金的引导和带动作用。

第五条 专项资金主要用于支持或奖励下列项目：

（一）知识产权运营服务基础建设项目；

（二）知识产权运营机制建设项目；

（三）高价值专利培育和运用项目；

（四）知识产权运营绩效奖励项目；

（五）区域知识产权运营促进项目。

第二章 项目支持

第一节 知识产权运营服务基础建设

第六条 面向本市经省级或省级以上人民政府批准设立的知识产权和科技成果产权交易机构，开展知识产权运营综合服务基地项目建设，为全市创新主体提供知识产权信息集散、交易撮合、交易鉴证、资金结算、备案登记等服务，拓宽交易范围，丰富交易方式，创新交易机制，严格交易标的和交易方背景审核，促进全市知识产权资源有序流动，给予每家不超过 150 万元经费支持。

第七条 面向本市政府部门、高校院所、中科院系统、军工系统等相关单位已经建立的科技成果转化机构和知识产权服务机构，开展知识产权运营促进中心项目建设，着眼高质量创造和高效益运用，推动所属领域建立健全知识产权运营工作机制，深入挖掘本领域创新主体专利技术需求信息，组织开展供需对接活动，促成许可转让、作价入股、质押融资等知识产权运用转化实施，一次性给予每家不超过 50 万元经费支持。

第八条 发挥行业协会作用，采用购买服务方式，开展专利运营特派员培训工作，强化提升专利许可转让过程中的咨询服务能力，在本市知识产权服务机构中，遴选一批具有“专利代理师”、“技术经纪人”双证资质的业务骨干，深入高校院所、国有企业和中小微企业，为开展专利转化工作提供点对点的精准服务，一次性给予不超过 50 万元经费支持。

第二节 知识产权运营机制建设

第九条 面向本市三大核心先导产业和六大重点产业的龙头企业、领军企业等，开展重点产业知识产权运营中心项目建设，整合产业、资本、知识产权等资源，带动所属产业持续强化知识产权市场化运营能力，促进高价值专利培育和运用，建设符合产业特色的知识产权运营数据库，服务产业领域专利价格发现和创新主体专利分级分类管理，推动产业上下游企业间通过交叉许可、开放许可、转让交易等方式提升产业链整体专利技术水平，降低中小微企业专利技术获取门槛，有效帮助中小微企业发展，按照年度绩效考核结果择优奖补，一次性给予每家不超过 100 万元。

第十条 面向本市知识产权运营工作成效显著的企业、高校院所等，开展知识产权产学研运营联合体项目建设，整合资本、研发、知识产权等资源，进一步完善运营联合体内知识产权运营管理制度和利益共享机制，促进高价值专利培育和运用，增强高校院所专利技术供给的针对性，推动创新主体间交叉许可、开放许可、订单式研发、协同创新等知识产权资源流转，按照年度绩效考核结果择优奖补，一次性给予每家不超过 50 万元。

第三节 高价值专利培育和运用

第十一条 面向企业、高校院所、研发机构等，开展高价值专利培育中心项目建设，通过完善优化高价值专利培育全流程管理制度，强化专利信息分析利用和国际专利布局，在项目实施期内产出一批高价值专利和专利组合，并推动专利技术成果产业化，促进专利价值实现，充分发挥高价值专利培育中心示范效应，按照年度绩效考核结果择优奖补，一次性给予每家不超过 80 万元。

第十二条 面向企业、高校院所、研发机构等，开展高价值专利升级培育项目建设，通过建立专利申请前置评审和专利质量管控制度，健全高价值专利培育全流程管理制度，加强专利信息分析利用和国际专利布局，推动研发成果及时产权化，在项目实施期内产出一批高价值专利和专利组合，按照年度绩效考核结果择优奖补，一次性给予每家不超过 50 万元。

第四节 知识产权运营绩效奖励

第十三条 支持高校院所开展专利转移转化工作。对面向中小微企业开展专利许可转让等专利转移转化工作的高校院所，按照许可转让费用实际到账金额的 0.1%给予奖励，可用于中小微企业专利技术实施指导费用减免、高校院所知识产权运营服务团队绩效奖励等，奖励资金总额不超过 350 万元。

第十四条 支持商业银行开展专利商标质押融资工作。对商业银行开展专利商标质押信贷业务，质押登记金额超过 3 亿元或质押登记项目数超过 20 项的，按照质押金额的 0.1%给予奖励，可用于开展专利商标质押信贷工作的业务能力培训、业务绩效奖励、知识产权价值评估等，奖励资金总额不超过 300 万元。

第五节 区域知识产权运营促进

第十五条 依托市级以上高新技术产业开发区、经济技术开发区等产业园区，支持本市各区建设融合全链条知识产权运营要素的知识产权运营服务集聚区，着力打造各区知识产权运营服务体系的核心承载区，集聚资源、完善政策、健全生态，推动优质服务资源与产业发展相融合、相支撑，促进全区知识产权运营绩效显著提升，在全区范围开展知识产权质押融资、许可转让、作价入股、高价值专利培育等运营促进工作。项目资金总额为 1100 万元，按照绩效择优给予经费支持，每家不超过 80 万元。

第三章 组织管理

第十六条 专项资金必须专款专用、专账管理、单独核算，并接受有关部门的专项审计和绩效评价，不得用于购置办公设备、场地租金及内部人员奖金、津贴等工资性支出。

第十七条 市知识产权局负责专项资金年度预算编制、制定项目申报指南、发布项目申报通知、组织评审认定等工作。各区知识产权管理部门须严格按照相关要求对本区落地项目申报材料真实性、资金使用规范性进行监管。

第十八条 市知识产权局成立上海市知识产权运营服务体系建设专项资金管理使用工作领导小组，负责对项目的资金使用情况和项目实施情况进行监督核查，严格按照国家知识产权局通报数据“实绩实奖”，加强对项目承接单位的事中事后监管。

第十九条 对在项目建设周期中被国家知识产权局认定为非正常专利申请或非正常专利运营的申报主体取消项目承接资格，并追回有关资金。对专项资金申报主体和利益相关方编造虚假交易、提供虚假材料等串通造假套取财政资金的，追回有关资金，涉嫌犯罪的，依法移送司法机关处理。

第四章 附则

第二十条 本实施细则自 2021 年 9 月 6 日起施行，有效期至 2023 年 12 月 31 日。

第二十一条 本实施细则涉及项目或工作实施管理的相关条款由上海市知识产权局负责解释。

附件：关于印发《上海市知识产权运营服务体系建设首批专项资金实施细则》的通知.pdf

来源：上海市知识产权局官网

链接：

http://sipa.sh.gov.cn/zcwj/hzj/20210907/5e9910d5ba9d427d9ad8e25e6720fba9.html

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼（200032）
电话：021-51797188　021-61258088
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com

关于印发《关于进一步加强本市知识产权金融工作的指导意见》的通知

关于印发《关于进一步加强本市知识产权金融工作的指导意见》的通知

各有关单位：

为贯彻落实党中央、国务院及国家有关部门关于加强知识产权金融工作的决策部署和工作要求，着眼解决科技创新型中小企业融资难题，着力发挥金融资本带动知识产权价值实现的重要作用，市知识产权局、中国人民银行上海分行、上海银保监局、市地方金融监管局、市版权局联合制定了《关于进一步加强本市知识产权金融工作的指导意见》，现予印发，请遵照落实。

上海市知识产权局

中国人民银行上海分行

中国银行保险监督管理委员会上海监管局

上海市地方金融监督管理局

上海市版权局

2021 年 9 月 16 日

关于进一步加强本市知识产权金融工作的指导意见

为贯彻落实党中央、国务院《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》和《国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》有关知识产权金融工作的决策部署，推进落实国家有关部门关于加强和改进科技创新金融服务、进一步加强知识产权质押融资工作的一系列通知要求，着眼解决科技创新型中小企业融资难题，着力发挥金融资本带动知识产权价值实现的重要作用，努力形成适应科技创新型中小企业发展的投融资生态体系，现就进一步加强本市知识产权金融工作提出如下意见：

一、完善知识产权金融工作机制建设

（一）建立跨部门协同推进机制。由市知识产权局牵头，依托上海市知识产权联席会议和上海市知识产权金融服务联盟，与中国人民银行上海分行、上海银保监局、市地方金融监管局、市版权局等有关部门组成上海市知识产权金融工作推进小组，强化跨部门信息数据共享，共同推动本市知识产权金融工作相关支持政策的制定实施。

（二）构建市区联动的工作格局。本市各级有关部门进一步加强对知识产权质押融资、保险、证券化等知识产权金融工作的支持力度，将知识产权金融工作纳入党政领导班子绩效考核的重要指标。市级有关部门推动建立健全风险分担和补偿机制，探索风险补偿前置模式。鼓励各区人民政府完善知识产权金融扶持政策，对开展知识产权质押融资、保险、证券化和其它金融创新模式的科技创新型中小企业给予贴息、贴费、奖励等支持。

（三）强化金融机构管理制度建设。鼓励金融机构研究制定专门的知识产权金融管理制度，充分运用本市各级部门制定的知识产权金融工作促进政策，开发专项特色产品，明确奖惩机制，完善业务流程，加强风险管理，落实尽职免责，指定专门部门负责推进知识产权金融工作。

（四）健全知识产权价值评估体系。鼓励金融机构建立知识产权价值评估复核认定机制，加强对知识产权资产评估机构的合作准入与持续管理，为科技创新型中小企业提供知识产权体检增值服务。鼓励资产评估机构创新知识产权价值评

估机制，综合运用大数据、人工智能等新技术，研发适用于知识产权质押融资等金融业务场景的评估工具，提高评估效率，降低评估费用。

（五）加快推进知识产权运营体系建设。依托国家知识产权运营公共服务平台国际运营（上海）试点平台、上海技术交易所，研究完善标准化的知识产权评估与处置转移规则，探索建立托底式收购机制，进一步促进知识产权的市场化配置与交易流转，建立健全政府引导、社会资本参与、市场化运作的知识产权运营模式，推动知识产权金融产品、金融服务创新，带动知识产权价值实现。

二、推动知识产权金融服务能级提升

（六）鼓励商业银行对企业的专利权、商标专用权、著作权等无形资产开展组合授信，有效提升企业复合型价值，扩大融资额度。研究扩大知识产权质押物范围，积极探索地理标志、集成电路布图设计、知识产权许可收益权等作为知识产权质押物的可行性，进一步拓宽企业融资渠道。

（七）支持商业银行建立符合科技创新型中小企业知识产权质押融资特点的信贷审批制度和利率定价机制。鼓励商业银行设立科技金融事业部、科技支行、科技金融专营机构等，重点营销知识产权质押贷款等信贷产品。鼓励商业银行积极探索知识产权质押信贷业务发展新模式，积极与知识产权密集型产业园区开展战略性合作，加大对产业供应链中科技创新型中小企业的融资支持力度。

（八）支持保险公司深入开展知识产权保险工作，有序扩大知识产权侵权责任险、执行险等常规险种保障范围。鼓励保险公司在风险可控的前提下，开展与知识产权质押融资相关的保证保险业务。鼓励保险公司围绕战略性新兴产业发展需求创新知识产权保险产品，推动知识产权海外侵权责任保险、交易保险等新型险种服务常态化。

（九）鼓励金融机构学习借鉴浦东知识产权资产证券化项目经验，以高质量知识产权为标的，积极探索知识产权 ABS、ABN 业务发展新模式。鼓励金融机构拓展知识产权资本化运营模式，深入开展知识产权作价入股、投贷联动、融资租赁、信托基金等业务，积极探索建立多元化知识产权投融资服务机制，帮助科技创新型中小企业有效拓宽融资渠道。

（十）支持浦东新区设立科创板拟上市企业知识产权服务站，支持国家知识产权运营公共服务平台国际运营（上海）试点平台、上海技术交易所建立科创板

拟上市企业知识产权数据库，加强对科创板拟上市企业、科创板挂牌企业的知识产权风险防范培训。充分发挥科创板资本市场改革“试验田”作用，支持集成电路、生物医药、人工智能等重点产业的科技创新型企业通过资本市场融资和并购重组，引进和开发高价值知识产权，增强优势、补齐短板。

三、加大知识产权金融宣传培训力度

（十一）由各区知识产权管理部门牵头，搭建金融机构与知识产权密集型产业园区、科技创新型中小企业的对接平台，为业务开展创造良好条件。鼓励金融机构积极参与政府部门组织的知识产权金融服务“入园惠企”、“银企对接”及论坛、巡讲等宣传培训活动。

（十二）依托上海市知识产权金融服务联盟建立本市知识产权金融产品信息库和知识产权金融服务人才库，定期发布相关信息。鼓励金融机构培养知识产权金融业务专门人才，提升面向科技创新型中小企业的服务水平。倡导商业银行建立健全知识产权自主评议机制，构建知识产权风险评测、价值评估、授信评定的完整业务链。

四、强化知识产权金融业务工作保障

（十三）市级有关部门对开展知识产权质押信贷业务的商业银行，明确倡导性考核指标，加大绩效奖补力度，适时开展上海市知识产权质押融资工作示范银行评定、上海市知识产权金融工作典型案例征集评选等工作。

（十四）各区知识产权管理部门及时对本区知识产权金融扶持政策的实施效果开展跟踪评估和统计监测，切实加强对区内园区、企业和金融机构的调研指导力度；充分运用“信用中国”网站、知识产权质押信息平台、知识产权运营体系建设项目等资源，联合区内金融机构研究建立知识产权质押融资“企业白名单”双向推送机制。

（十五）金融机构进一步加强知识产权金融业务工作的统计分析，定期向归口监管部门报送有关统计数据及工作情况；强化对知识产权金融业务的内部管理，对可能产生风险的不利情形及时采取措施；积极提升知识产权质押登记的服务能力，通过线上办理或集中代办有效提高登记效率。

（十六）商业银行充分用好风险补偿办法、单列信贷计划和不良率考核等支持政策，在风险可控的前提下扩大知识产权质押贷款规模，对开展知识产权质押

融资不良率高出自身各项贷款不良率 3 个百分点（含）以内的基层机构，可不作为内部考核评价的扣分因素，对经办人员在业务办理过程中已经尽职履责的，实行免责。

附件：关于印发《关于进一步加强本市知识产权金融工作的指导意见》的通知.pdf

来源：上海市知识产权局官网

链接：

http://sipa.sh.gov.cn/zcwj/hzj/20210924/b404ef29d7994627a3cf258d9ddb2463.html

典型案例摘要

最高人民法院发布人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例

9 月 27 日上午，最高人民法院在全媒体新闻发布厅发布人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例并回答记者提问。最高人民法院民三庭庭长林广海、最高人民法院知识产权法庭副庭长朱理出席发布会。发布会由最高人民法院新闻局副局长王斌主持。

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央准确把握国内外新形势，对反垄断、反不正当竞争工作作出一系列重大决策部署。习近平总书记 8 月 30 日主持召开中央全面深化改革委员会第二十一次会议时强调，强化反垄断、深入推进公平竞争政策实施，是完善社会主义市场经济体制的内在要求。会议为人民法院做好反垄断和反不正当竞争审判工作提供了基本遵循和行动指南。

人民法院始终坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻落实习近平法治思想，把增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”落实在具体行动中，坚持服务大局、司法为民、公正司法，主动适应数字经济发展的新形势，从构建新发展格局、推动高质量发展、促进共同富裕的战略高度出发，采取了一系列措施，反垄断和反不正当竞争审判工作取得了明显成效。

一、充分发挥审判职能作用，营造公平竞争的法治环境

人民法院依法妥善审理垄断、不正当竞争案件，充分发挥司法裁判在维护市场公平竞争中的规则引领和价值导向作用，强化企业公平竞争意识，引导全社会形成崇尚、保护和促进公平竞争的市场环境。2018 年至 2020 年，全国法院共新收一、二审不正当竞争民事案件 14736 件，审结 13946 件，年均增幅达 18%；新收一、二审垄断民事案件 158 件，审结 189 件（含旧存），年均审结超 60 件。人民法院严厉打击侵害商业秘密等不正当竞争行为，出现了一批高额赔偿案件。人民法院积极探索数据权益保护、平台“二选一”、大数据杀熟等新型竞争行为正当性的认定问题，及时审结微信群控等受到社会高度关注的案件。

二、积极推进司法解释制定，不断完善规则体系

去年以来，最高人民法院先后出台涉及网络知识产权、知识产权刑事保护、商业秘密、知识产权民事诉讼证据、惩罚性赔偿等多个司法解释和规范性文件，不断细化和完善垄断、不正当竞争领域的规则体系。

目前，为适应新形势的要求，确保修改后反不正当竞争法的正确实施，最高人民法院正在加快推进反不正当竞争法司法解释的制定工作，已经向社会公开征求意见。最高人民法院也在积极推进反垄断司法解释二的制定工作。

三、统筹国内法治和涉外法治，维护国家安全

近年来，人民法院在 OPPO 与西斯威尔公司滥用市场支配地位纠纷、TCL 与瑞典爱立信公司滥用市场支配地位纠纷等涉及全球市场的垄断案件中，积极探索和加强涉外案件司法管辖和域外法律适用的主动权，正确适用反垄断法的域外适用原则，切实维护我国司法主权和当事人的合法权益。

四、多措并举，进一步提高司法服务保障水平

人民法院将继续依法支持和监督行政机关依法行政。加强与市场监管、金融监管、互联网监管等相关部门的协作配合，积极构建大保护格局，共同推动反垄断、反不正当竞争规制工作，持续释放严格治理、有力规制的强烈信号。最高人民法院将加强反垄断执法和司法的衔接，促进行政执法标准和司法裁判标准统一。同时还将与竞争执法行政部门加强在信息交换等方面的交流和协作，共同推动形成对垄断和不正当竞争行为的高效监管机制。

下一步，最高人民法院将切实贯彻落实中央统一部署，积极参与反垄断法等法律的修订工作，持续完善竞争法律规则，不断破解垄断案件、商业秘密案件举证难的问题。适用科学合理的方法进行竞争效能评估，进一步健全大数据、人工智能等新领域新业态裁判规则，不断细化和完善平台企业垄断和不正当竞争行为的认定标准，推动形成统一开放、竞争有序的市场体系。

2021 年 9 月 27 日，最高人民法院公布了十件反垄断和反不正当竞争典型案例，这些案例覆盖面广，既涉及供水服务等民生领域，也涵盖标准必要专利等高新技术领域。既包括传统的侵害商业秘密、滥用市场支配地位等不正当竞争、垄断行为，也及时回应了网络刷单、视频屏蔽广告等新类型不正当竞争行为的认定问题。这些案例对于统一裁判标准、明晰裁判规则都将发挥重要的示范作用。

当前，信息技术创新和平台经济的飞速发展，不断对反垄断和反不正当竞争审判工作提出新的要求和挑战。人民法院将坚定不移地从贯彻新发展理念、构建新发展格局、推动高质量发展的战略高度，坚持问题导向，找准司法定位，为创建公平健康、充满活力的市场竞争秩序做出更大贡献！

人民法院反垄断和反不正当竞争典型案例

目 录

- ✓ **案件一：**“优选锯”侵害技术秘密纠纷案
- ✓ **案件二：**“必沃”技术秘密许可使用合同纠纷案
- ✓ **案件三：**“爱奇艺账号”不正当竞争纠纷案
- ✓ **案件四：**“陆金所金融服务平台”不正当竞争纠纷案
- ✓ **案件五：**“720 浏览器”不正当竞争纠纷
- ✓ **案件六：**“微信群控”不正当竞争纠纷案
- ✓ **案件七：**数推公司、谭某不正当竞争纠纷案
- ✓ **案件八：**“供水公司”滥用市场支配地位纠纷案
- ✓ **案件九：**“砖瓦协会”垄断纠纷案
- ✓ **案件十：**西斯威尔滥用市场支配地位纠纷案

案例 1：“优选锯”侵害技术秘密纠纷案

——技术秘密侵权行为认定及责任承担

【案号】（2019）最高法知民终 7 号

【基本案情】

优铠（上海）机械有限公司（以下简称优铠公司）是一家制造、销售优选锯产品的公司，该公司主张其享有“边测量边锯切”的技术秘密，李某某、周某等人从优铠公司离职后成立了上海路启机械有限公司（以下简称路启公司），并利用优铠公司的技术秘密制造、销售优选锯产品。寿光市鲁丽木业股份有限公司（以下简称鲁丽公司）使用优选锯产品亦构成侵权。二审中，根据当事人的申请，最高人民法院组织各方当事人进行现场勘验并进行技术比对。最高人民法院经审理认为，根据二审勘验的实验结果，被诉侵权产品的锯切方式和结果遵循了涉案技术秘密的工艺流程，并且实现了涉案技术秘密的技术效果，属于侵害技术秘密的行为，故撤销一审判决，判令路启公司停止侵权，赔偿经济损失及合理开支 600 万元。同时，针对鲁丽公司无正当理由毁损人民法院查封证据的行为，对鲁丽公司作出罚款决定。

【典型意义】

本案涉及复杂的技术事实查明与法律适用问题，通过多次庭审逐步明确技术秘密的实质内涵，借助现场勘验手段查明侵权事实，合理分配举证责任减轻权利人的举证负担，充分彰显了严惩不诚信行为、维护公平竞争秩序的司法导向。同时，针对当事人毁损重要证据的行为作出的罚款决定也表明了人民法院倡导诚实守信、惩戒失信，构建知识产权诉讼诚信体系的司法态度。

案例 2：“必沃”技术秘密许可使用合同纠纷案

——商业秘密刑民交叉案件的处理

【案号】（2019）最高法知民终 333 号

【基本案情】

宁波慈星股份有限公司（以下简称慈星公司）认为宁波必沃纺织机械有限公司（以下简称必沃公司）违反协议约定，利用慈星公司要求保密的技术图纸生产

横机设备的行为，侵害了慈星公司的商业秘密，遂诉至法院。浙江省宁波市公安局针对必沃公司涉嫌侵犯商业秘密罪有关事项立案侦查。一审法院认为，浙江省宁波市公安局侦查的事实涵盖了涉案协议和图纸相关内容，故裁定移送公安机关处理。必沃公司不服，向最高人民法院提起上诉。最高人民法院二审认为，本案系慈星公司以必沃公司违反合同约定为由所提起的合同之诉，系技术秘密许可使用合同法律关系。而浙江省宁波市公安局所立案侦查的必沃公司涉嫌商业秘密犯罪，系必沃公司涉嫌侵犯慈星公司商业秘密的侵权法律关系。二者所涉法律关系不同，并非基于同一法律事实所产生的法律关系，分别涉及经济纠纷和涉嫌经济犯罪，仅是二者所涉案件事实具有重合之处。一审法院应将与本案有牵连，但与本案不是同一法律关系的犯罪嫌疑线索、材料移送浙江省宁波市公安局，但也应继续审理本案所涉技术秘密许可使用合同纠纷，故裁定撤销一审裁定，指令一审法院审理。

【典型意义】

该案深入贯彻中央关于保护产权及保护企业家权益、构建良好法治营商环境的司法政策要求，明确了商业秘密刑民交叉案件的处理原则，既避免了民事诉讼当事人以涉嫌犯罪为由干扰民事诉讼程序的正常进行，保证民事案件的公正和及时处理，也避免了公安机关以经济纠纷为由拒绝刑事立案，导致刑事责任与民事责任混淆，影响司法公正和权威。

案例 3：“爱奇艺账号”不正当竞争纠纷案

——VIP 账号分时出租行为的认定

【案号】（2019）京 73 民终 3263 号

【基本案情】

北京爱奇艺科技有限公司（以下简称爱奇艺公司）是爱奇艺网和手机端爱奇艺 APP 的经营者，用户支付相应对价成为爱奇艺 VIP 会员后能够享受跳过广告和观看 VIP 视频等会员特权。杭州龙魂网络科技有限公司（以下简称龙魂公司）、杭州龙境科技有限公司（以下简称龙境公司）通过运营的“马上玩”APP 对其购买的爱奇艺 VIP 账号进行分时出租，使用户无须购买爱奇艺 VIP 账号、通过云流化技术手段即可限制爱奇艺 APP 部分功能。爱奇艺公司诉至法院，要求消除影响

并赔偿经济损失及合理开支 300 万元。一审法院认定龙魂公司、龙境公司的涉案行为构成不正当竞争，判令其停止侵权，并赔偿爱奇艺公司经济损失及合理开支共计 300 万元。龙魂公司、龙境公司不服一审判决，提起上诉，北京知识产权法院二审认定，龙魂公司、龙境公司的行为妨碍了爱奇艺公司合法提供的网络服务的正常运行，主观恶意明显。龙魂公司、龙境公司运用网络新技术向社会提供新产品并非基于促进行业新发展的需求，该行为从长远来看也将逐步降低市场活力，破坏竞争秩序和机制，阻碍网络视频市场的正常、有序发展，并最终造成消费者福祉的减损，具有不正当性。北京知识产权法院判决驳回上诉、维持一审判决。

【典型意义】

本案是对网络环境下新型不正当竞争行为进行有效规制的典型案例。该案体现了人民法院对互联网经营者与消费者合法利益的有效保护，同时也体现了人民法院对创新因素的考量。本案明确了网络视频行业中新商业模式的合理边界，彰显了人民法院促进网络平台有序发展、激发社会创新活力，打造公平竞争市场环境的司法导向。

案例 4：“陆金所金融服务平台”不正当竞争纠纷案
——网络抢购服务行为的认定

【案号】（2019）沪 0115 民初 11133 号

【基本案情】

上海陆家嘴国际金融资产交易市场股份有限公司（以下简称陆金所公司）是知名互联网财富管理平台，上海陆金所互联网金融信息服务有限公司（以下简称陆金服公司）是其全资子公司。两者开设金融服务网站及手机应用（以下简称涉案平台），债权转让产品交易是其中的热门服务。为抢购债权转让产品，网站会员需经常登录涉案平台，频繁刷新关注债权转让产品信息。西安陆智投软件科技有限公司（以下简称陆智投公司）提供“陆金所代购工具”软件，用户通过安装运行该软件，无需关注涉案平台发布的债权转让产品信息即可根据预设条件实现自动抢购，并先于手动抢购的会员完成交易。陆金所公司、陆金服公司认为，陆智投公司的上述行为构成不正当竞争，诉至法院。上海市浦东新区人民法院认为，陆智投公司提供的抢购服务利用技术手段，为用户提供不正当的抢购优势，违反

涉案平台既有的抢购规则并刻意绕过其监管措施，对涉案平台的用户粘性和营商环境造成严重破坏，应认定构成不正当竞争。上海市浦东新区人民法院判令陆智投公司停止涉案不正当竞争行为、公开消除影响，并全额支持了陆金所公司、陆金服公司的赔偿主张。

【典型意义】

网络抢购服务是互联网金融迅猛发展的伴生品。本案明确了互联网不正当竞争案件的审理思路及裁判规则，及时回应了社会关切，兼顾了科技金融企业的竞争利益与投资用户的消费者权益，更对维护金融平台营商环境具有重要意义。为科技金融行业有序发展提供了明确的规则指引。本案判决后当事人息诉服判，案件取得了较好的法律效果和社会效果。

案例 5：“720 浏览器”不正当竞争纠纷

——浏览器屏蔽广告行为的认定

【案号】（2018）粤 73 民终 1022 号

【基本案情】

湖南快乐阳光互动娱乐传媒有限公司（以下简称快乐阳光公司）是芒果 TV 网站的经营者。广州唯思软件股份有限公司（以下简称唯思公司）于 2013 年开始运营 720 浏览器。网络用户通过 720 浏览器的内置功能可以实现默认拦截屏蔽芒果 TV 网站片头广告及暂停广告、会员免广告的功能。快乐阳光公司认为唯思公司的行为构成不正当竞争，故诉至法院。一审法院判决驳回快乐阳光公司的诉讼请求。广州知识产权法院二审认为，唯思公司技术中立的抗辩不能成立，唯思公司的上述行为违反诚实信用原则和公认的商业道德、扰乱社会经济秩序，构成不正当竞争，判令唯思公司赔偿快乐阳光公司经济损失及合理开支 80 万元。

【典型意义】

浏览器屏蔽视频广告是社会关注度极高的互联网竞争行为，也是司法实践认定的难点。本案二审判决对浏览器屏蔽视频广告行为进行了多角度综合评价，细化了互联网不正当竞争行为认定的构成要素和适用场景，对反不正当竞争法一般

条款适用等法律适用难点进行了有益探索。本案是人民法院面对新技术新业态新领域不断完善竞争法律规则的生动体现。

案例 6：“微信群控”不正当竞争纠纷案

——数据权益的不正当竞争保护

【案号】（2019）浙 8601 民初 1987 号

【基本案情】

深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司（以下简称两原告），共同开发运营的个人微信产品，为消费者提供即时社交通讯服务。浙江搜道网络技术有限公司、杭州聚客通科技有限公司（以下简称两被告）开发运营的“聚客通群控软件”，利用 Xposed 外挂技术将该软件中的“个人号”功能模块嵌套于个人微信产品中运行，为购买该软件服务的微信用户在个人微信平台中开展商业营销、商业管理活动提供帮助。两原告主张两被告擅自获取、使用涉案数据，构成不正当竞争，诉至法院。杭州铁路运输法院认为网络平台中的数据，以数据资源整体与单一数据个体划分，网络平台方所享有的是不同的数据权益。两被告的相关被诉行为已危及微信产品数据安全，违反了相关法律规定及商业道德，构成不正当竞争行为。杭州铁路运输法院判令两被告立即停止涉案不正当竞争行为，共同赔偿两原告经济损失及合理开支共计 260 万元。

【典型意义】

本案系全国首例涉及微信数据权益认定的案件。数据作为数字经济的关键生产要素已成为市场激烈竞争的重要资源，数据权益的权属、权利边界以及数据抓取行为不正当性应如何判断，受到社会广泛关注。本案判决兼顾平衡了各方利益，为数据权益司法保护提供了理性分析基础，也为构建数据权属规则、完善数字经济法律制度提供了可借鉴的司法例证。对防止数据垄断，促进数字经济创新发展亦具有积极意义。

案例 7：数推公司、谭某不正当竞争纠纷案

——网络刷单行为的不正当竞争认定

【案号】（2019）渝 05 民初 3618 号

【基本案情】

数推（重庆）网络科技有限公司（以下简称数推公司）为自然人独资有限公司，谭某系数推公司执行董事兼总经理，是该公司的唯一股东。数推公司、谭某自 2017 年 12 月至 2019 年 7 月分别开设了“企鹅代商网”“金招代刷网”等 6 个网站接受客户订单，将订单转让或转托他人，利用网络技术手段，对深圳市腾讯计算机系统有限公司、腾讯科技（深圳）有限公司（以下简称两原告）的网站和产品服务内容信息的点击量、浏览量、阅读量进行虚假提高，并予以宣传，获取订单与转托刷量之间的差价。重庆市第五中级人民法院经审理认为，数推公司、谭某有偿提供虚假刷量服务的行为构成不正当竞争，判决数推公司与谭某连带赔偿两原告经济损失及合理开支共计 120 万元。

【典型意义】

本案是打击网络黑灰产业的典型案例，明确了互联网经营者有偿提供虚假刷量服务的行为违反诚实信用原则和商业道德，损害合法经营者、用户和消费者的权益，扰乱正常竞争秩序，应纳入反不正当竞争法予以规制。本案对反不正当竞争法第十二条规定的“其他”不正当竞争行为进行了有益探索，为审理涉及互联网黑灰产业的类似案件提供了裁判指引。

案例 8：“供水公司”滥用市场支配地位纠纷案

——公用企业垄断行为的认定

【案号】（2018）桂 01 民初 1190 号

【基本案情】

永福县供水公司是自来水供水公用企业。吴某某向该公司申请用水，永福县供水公司要求其填写《用水报装申请表》，该申请表对用水和水表安装一并进行约定，并同时要求签订供水协议、缴纳安装工程预缴款。吴某某缴纳了水表费、安装费共计 2500 元。后吴某某不同意签订《个人用户供水安装工程施工协议》，

要求自行购买水表，退还施工服务费。永福县供水公司未退款亦未给吴某某提供供水服务。吴某某认为永福县供水公司的行为构成捆绑交易等四项滥用市场支配地位行为，遂诉至法院。广西壮族自治区南宁市中级人民法院经审理认为，永福县供水公司在永福县所辖地域范围内的城市公共供水服务具有市场支配地位。永福县供水公司在该过程中并没有给予吴某某从别处购买供水设施材料和安装服务的选择权，据此认定永福县供水公司系以在用户申请供水时需同时购买供水设施安装的方式实施了捆绑交易行为，该合同应认定为无效。广西壮族自治区南宁市中级人民法院判决永福县供水公司返还吴某某安装费并支付利息，赔偿经济损失及合理开支。

【典型意义】

本案涉及公用企业垄断行为的认定。各类公用企业如自来水、电、燃气供应企业在初装时捆绑收取初装费、设备费时有发生。本案明确了公用企业市场支配地位以及滥用市场支配地位行为的认定标准，对同类案件具有借鉴意义。本案也为公用企业规范经营提供了清晰明确的行为指引，有助于公用企业在提供服务时避免滥用其市场支配地位，损害市场竞争。

案例 9：“砖瓦协会”垄断纠纷案

——横向垄断协议实施者损害赔偿请求权的认定

【案号】（2020）最高法知民终 1382 号

【基本案情】

张某某主张其系在宜宾市砖瓦协会的发起人四川省宜宾市吴桥建材工业有限责任公司（以下简称吴桥公司）、宜宾县四和建材有限责任公司（以下简称四和公司）、曹某某等的胁迫下，加入该砖瓦协会，签订《停产整改合同》，并因该合同被迫停止生产。宜宾市砖瓦协会及其发起人通过广泛签订上述合同，迫使宜宾市部分砖瓦企业停产，通过减少砖瓦供应量，实现提高砖瓦价格，赢取不当利益，上述行为明显具有排除、限制竞争的目的，且在特定时间内实现了排除、限制竞争的效果，构成反垄断法规定的横向垄断协议。但宜宾市砖瓦协会和仍维持生产的砖瓦企业支付了少量停产扶持费后不再依照约定付款，其行为排除了张某某参与竞争，构成对反垄断法的违反，故诉至法院。一审法院认为，被诉行为

构成对反垄断法的违反，侵害了张某某的权益，故判决吴桥公司、四和公司、曹某某、宜宾市砖瓦协会连带赔偿经济损失 33.6 万元、合理开支 5000 元。吴桥公司、曹某某、宜宾市砖瓦协会不服，向最高人民法院提起上诉。最高人民法院二审认为，该案核心问题是，张某某作为该案横向垄断协议的实施者之一，是否有权要求该垄断协议的其他实施者赔偿其所谓经济损失。鉴于横向垄断协议实施者主张损害赔偿，实质上是要求瓜分垄断利益，故判决撤销一审判决，驳回张某某的全部诉讼请求。

【典型意义】

横向垄断协议实施者要求其他实施者赔付其因实施该横向垄断协议遭受的损失，本质上是要求在横向垄断协议实施者之间对垄断利益作重新分配。该案阐明了垄断民事救济的宗旨和导向，明确了请求损害赔偿救济者，其行为必须正当合法的基本原则，揭示了横向垄断协议实施者要求其他实施者赔偿所谓损失的瓜分垄断利益本质，对于打击横向垄断行为、维护公平竞争秩序、引导行业协会良性发展具有重要意义。

案例 10：西斯威尔滥用市场支配地位纠纷案

——涉外标准必要专利垄断纠纷管辖权的确定

【案号】（2020）最高法知民辖终 392 号

【基本案情】

OPPO 广东移动通信有限公司（以下简称 OPPO 公司）和 OPPO 广东移动通信有限公司深圳分公司（以下简称 OPPO 深圳分公司）是全球性智能终端制造商和移动互联网服务提供商，其共同向广州知识产权法院提起诉讼，主张西斯威尔国际有限公司及其子公司西斯威尔香港有限公司（以下简称西斯威尔方）拥有无线通信领域相关标准必要专利，具有市场支配地位，在标准必要专利的许可协商中违反了公平、合理和无歧视（FRAND）的原则，实施了收取不公平高价许可费等滥用市场支配地位的行为，并就相同专利在不同国家提起诉讼，给 OPPO 公司、OPPO 深圳分公司的经营行为造成负面影响和经济损失。西斯威尔方提出管辖权异议，主张在案证据不足以证明广州知识产权法院对该案具有管辖权，西斯威尔方已就标准必要专利许可问题在英国法院提起诉讼，本案应由英国法院审理。广

州知识产权法院驳回了西斯威尔方的管辖权异议。西斯威尔方不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，鉴于标准必要专利许可市场的特殊性，结合西斯威尔国际有限公司已在其他国家提起专利侵权诉讼，可能对 OPPO 公司等参与国内相关市场的竞争造成直接、实质、显著地排除与限制竞争效果，OPPO 公司住所地广东省东莞市可以作为本案侵权结果发生地，广州知识产权法院对本案具有管辖权。

【典型意义】

本案涉及与标准必要专利有关的滥用市场支配地位垄断纠纷管辖问题。案件既涉及双方主体在全球不同司法辖区平行的标准必要专利侵权纠纷对我国法院管辖垄断纠纷的影响，又涉及垄断纠纷的相关案件事实发生在国外应否适用不方便法院原则的问题。本案裁定以反垄断法第二条规定的域外适用原则为依据，对垄断纠纷的域外管辖问题进行了探索，明确了涉国际标准必要专利垄断纠纷案件的管辖规则，对人民法院依法积极行使对涉外反垄断案件的司法管辖权，充分发挥司法职能作用维护公平竞争的市场环境具有典型意义和促进作用。

来源：中国法院网官网

链接：https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/09/id/6288565.shtml

平行无效宣告程序中权利要求修改的影响

平行无效宣告程序中权利要求修改的影响

——（2020）最高法知行终 93 号

【裁判要旨】

同一专利权的多个无效宣告请求审查程序中，专利权人在其中一个程序中修改了权利要求且该修改被国家知识产权局接受的，以修改前的权利要求为审查基础的在后被诉决定引发的专利确权行政案件，因审查基础已不复存在而无继续审理之必要。

此时，人民法院应当撤销有关在后被诉决定，但无需判令国家知识产权局重新作出决定。

【关键词】

实用新型专利 无效宣告程序 修改权利要求 审查基础

【基本案情】

上诉人盖组织管理及投资股份有限公司（以下简称盖组织公司）与被上诉人国家知识产权局、原审第三人深圳纳斯威电子有限公司（以下简称纳斯威公司）实用新型专利权无效行政纠纷案中，涉及申请号为 201390000237.9、名称为“头发矫直刷”的实用新型专利（以下简称本专利）。

专利权人为盖组织公司。纳斯威公司请求宣告本专利无效。

国家知识产权局作出第 30338 号无效宣告请求审查决定（以下简称被诉决定），宣告本专利无效。

盖组织公司不服被诉决定，向北京知识产权法院（以下简称一审法院）提起诉讼，请求判令撤销被诉决定并责令国家知识产权局重新作出决定。

一审法院认为，被诉决定审理基础为本专利授权公告时的权利要求，而盖组织公司在针对本专利的另一无效程序中修改了前述权利要求且该修改后的权利要求已被国家知识产权局接受，因此被诉决定的审理已不具有实质意义，判决驳回盖组织公司的诉讼请求。

盖组织公司不服，向最高人民法院提起上诉，主张在涉及本专利的两个无效决定均未生效的情况下，本专利的另一无效决定并未导致本案被诉决定的审查基础发生变化，仍应对本案被诉决定作实质审理。

最高人民法院于 2020 年 12 月 3 日撤销一审判决和被诉决定，驳回盖组织公司的其他上诉请求。

【裁判意见】

最高人民法院二审认为，在涉及同一专利权的多个无效宣告请求审查程序中，专利权人在其中一个程序中对权利要求进行了修改，且该修改符合专利法规定的，应当视为专利权人对原权利要求的放弃。

专利权人对其权利的处分，必然会对其他尚未完成的、涉及同一专利权无效宣告请求审查行政程序及后续的行政诉讼程序产生实质性影响。

在另案无效决定涉及的无效宣告请求程序中，盖组织公司作为专利权人修改了权利要求书且已被国家知识产权局接受，修改方式为删除权利要求 1、4、9，将权利要求 1、4、9 合并为新的权利要求 1，并相应修改其余权利要求的编号和引用关系。

上述修改构成对其修改前的权利要求的放弃，必然会对同时正在进行中的无效宣告请求程序，即本案涉及的无效宣告请求审查程序产生实质性影响。

在此情况下，本案的无效请求审查程序不应再基于本专利授权公告时的权利要求书即修改前的权利要求继续审查并作出决定。

另案无效决定于 2016 年 10 月 18 日作出，宣告本专利权全部无效，而国家知识产权局又基于授权公告时即修改前的权利要求于同月 19 日作出本案被诉决定宣告本专利全部无效。

本案被诉决定作出时，其审查基础实质上已不复存在而无继续审查之必要，故应对已作出的被诉决定予以撤销，且国家知识产权局也无需重新作出决定。

一审判决关于被诉决定的审理基础已经发生变化，针对被诉决定的审理已不具有实质意义的认定正确，但未对本案被诉决定作出处理，予以纠正。

来源：最高人民法院知识产权法庭官网

链接：http://enipc.court.gov.cn/zh-cn/news/view-1523.html

最接近的现有技术明确排除区别技术特征的应用对改进动机判断的影响

最接近的现有技术明确排除区别技术特征的应用对改进动机判断的影响

——（2020）最高法知行终 185 号

【裁判要旨】

如果发明创造的技术方案与最接近现有技术存在区别技术特征，且该现有技术明确排除应用该区别技术特征的，则可以认定，本领域普通技术人员在面对区别技术特征所解决的技术问题时缺乏动机，对该现有技术进行相应技术改进，以获得所要保护的技术方案。

【关键词】

实用新型专利 无效宣告程序 创造性 技术启示

【基本案情】

上诉人国家知识产权局与被上诉人上海国靖机械设备有限公司（以下简称国靖公司）、原审第三人宁波杰纳尔绑扎科技有限公司（以下简称杰纳尔绑扎公司）实用新型专利权无效行政纠纷案中，涉及申请号为 201620607254.4、名称为“集装箱角件的连接部件”的实用新型专利（以下简称本专利）。

专利权人为杰纳尔绑扎公司。国靖公司请求宣告本专利无效。

国家知识产权局作出第 36951 号无效宣告请求审查决定（以下简称被诉决定），维持本专利有效。

国靖公司认为本专利权利要求 1-6 均不具备创造性，故向北京知识产权法院（以下简称一审法院）提起诉讼。

一审法院认为，证据 1 整体上不存在使本领域普通技术人员舍弃本专利所述能够双向插入的技术手段的普遍认知和教导，没有证据表明本领域存在避免双向插入的技术偏见和技术障碍，故将证据 1 的上部锥形体进行改进获得权利要求 1 所述尺寸配合关系，进而实现双向都能插入的技术效果，对本领域普通技术人员而言是显而易见的，不需要克服技术偏见，且这种灵活装配方式是生活中常见的技术手段。

一审法院判决撤销被诉决定，判令国家知识产权局重新作出决定。

国家知识产权局公司不服，向最高人民法院提起上诉，主张本专利的连接方式对于证据 1 而言恰是需要避免的技术手段，本领域普通技术人员在看到证据 1 时没有动机将其上部角件改装成本专利所述的能双向安装的连接件。

最高人民法院于 2020 年 12 月 29 日判决撤销原判，驳回国靖公司的诉讼请求。

【裁判意见】

最高人民法院二审认为，如果权利要求所要保护的技术方案与最接近的现有技术相比存在区别技术特征，且该现有技术明确排除该区别技术特征的应用的，则本领域普通技术人员在面对技术问题时缺乏动机对该现有技术进行相应技术改进以获得权利要求所要保护的技术方案。

即现有技术并未给出将上述区别特征应用到该最接近的现有技术以解决其存在的技术问题的启示，因此该权利要求所要保护的技术方案相对于该最接近的现有技术而言具备创造性。

本专利权利要求 1 与证据 1 的区别在于：

（1）证据 1 没有明确公开槽穴 C1 的长度是其对角线的长度；

（2）证据 1 没有公开上部锥形体两突出部之间的距离，同时还小于或等于槽穴的另一个侧壁与角件与之相对应的内壁（后壁部 C2）之间的距离之和。

本专利说明书中记载的现有技术存在问题是：上连接突出部 10 只有唯一一个插入到底角件 C 内的方向，也因为如此，为了避免装配人员在装配时因反装而

不能将上连接突出部 10 插入到底角件 C 内，在冲击挡板 12 的侧面设置了标记 FRONT（前面），装配时，操作人员在识别 FRONT 后，就能够判断该唯一的插入方向，但是如果分辨不清 FRONT 标识，就会造成操作失误。

上述两区别特征使得本专利可以将该连接部件上的两个锁定突出部中的任意一个先从底角件的长形孔进入到该底角件内部后，另一个锁定突出部也能进入从底角件的长形孔进入到该底角件内部。

证据 1 的技术方案与本专利说明书记载的背景技术类似，均是只有唯一的一个插入方向，并且证据 1 的发明目的就是要防止连接具的反插。

在证据 1 的教导下，本领域普通技术人员没有动机将证据 1 的上部锥形体的两突出部的间距设置为同时小于槽穴的两侧壁分别与角件与其相对应的内壁之间的距离之和，从而不容易想到如本专利权利要求 1 那样设置上部锥形体两突出部的间距。

因此，本专利权利要求 1 相对于证据 1 结合公知常识具有实质性特点和进步，具备创造性。

来源：最高人民法院知识产权法庭官网

链接：http://enipc.court.gov.cn/zh-cn/news/view-1529.html

外观设计专利侵权类案办案要件指南之典型案件要览

上海知识产权法院

1.外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的设计要素为基本依据——马培德公司与阳江市邦立贸易有限公司、阳江市伊利达刀剪有限公司侵害外观设计专利权纠纷案

标签：外观设计专利权；保护范围；侵权判断；设计要素

裁判要旨：在确定外观设计专利权的保护范围以及侵权判断时，应当以图片或者照片中的形状、图案、色彩设计要素为基本依据。

案例索引：最高人民法院（2013）民申字第 29 号，《最高人民法院公报》2014 年第 12 期

2.使用状态参考图在特定情况下对于外观设计专利权保护范围的确定具有限定作用

标签：外观设计；简要说明；保护范围；状态参考图

裁判要旨：外观设计的简要说明对于外观设计专利权的保护范围具有解释作用。在不考虑使用状态参考图对外观设计专利权保护范围的影响，会与外观设计的简要说明发生明显抵触的情况下，人民法院在确定外观设计专利权的保护范围时应当考虑使用状态参考图。

案例索引：最高人民法院（2018）最高法民再 8 号，2018 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

3.区别技术特征应当在外观设计专利主视图或立体图中有所体现——再审申请人 YKK 株式会社与被申请人国家知识产权局专利复审委员会、一审第

三人理想（广东）拉链实业有限公司、开易（广东）服装配件有限公司外观设计专利权无效行政纠纷案

标签：区别技术特征；主视图；立体图

裁判要旨：对于在外观设计专利主视图中没有任何体现，且立体图无清晰显示的特征，不构成外观设计专利与对比设计的区别技术特征。

案例索引：最高人民法院（2016）最高法行申 3687 号，2015 年最高人民法院知识产权年度报告案例

4.功能性设计特征的认定主要在于该设计是否仅由特定功能所决定——高仪股份有限公司与浙江健龙卫浴有限公司侵害外观设计专利权纠纷案

标签：外观设计产品；功能性设计特征；特定功能

裁判要旨：对功能性设计特征的认定，不在于该设计是否因功能或技术条件的限制而不具有可选择性，而在于从外观设计产品的一般消费者的角度看，该设计是否仅仅由特定功能所决定，不需要考虑该设计是否具有美感。

案例索引：最高人民法院（2015）民提字第 23 号，最高人民法院指导案例 85 号

5.外观设计侵权比对应遵循整体视觉效果标准，比对时不考虑功能性设计——洛阳晨诺电气有限公司与天津威科真空开关有限公司、张春江、天津市智合电器有限公司侵害外观设计专利权纠纷提审案

标签：外观设计；整体观察；综合判断；技术功能

裁判要旨：人民法院认定外观设计是否相同或者近似，应当遵循整体观察、综合判断的原则，对于主要由技术功能决定的设计特征应当不予考虑，但是对于并非由产品功能唯一决定的设计特征，应当予以考虑。

案例索引：最高人民法院（2014）民提字第 193 号，2014 年中国法院 50 件典型知识产权案例

6.色彩对外观设计专利保护范围具有限定作用——AMAD 曼奈柯斯控股有限责任两合公司（AMAD Menneks Holding Gmb H&Co.KG）与上海迈驰电气有限公司等侵害外观设计专利权纠纷上诉案

标签：外观设计；色彩；保护范围

裁判要旨：涉案外观设计插座的简要说明中明确请求保护色彩，因此该专利图片中的色彩对其产品的保护范围起到了进一步的限定作用。外观设计产品与被控侵权产品在相同部位使用了不同的颜色，因此两者的整体视觉效果具有一定差异。根据权利人提供的《工业用插头插座和耦合器国家标准》，该产品的额定工作电压和所使用颜色可能具有一定的对应关系，因此涉案产品的一般消费者，应是对工业用插头插座产品的技术参数指标具有一定了解的企事业单位。上述消费者在购买时应对插座颜色所对应的额定工作电压具有较高的关注度，因此相关消费者对被控侵权产品和专利产品不会产生混淆或误购。

案例索引：上海市高级人民法院（2013）沪高民三（知）终字第 37 号

7.材料的替换使产品整体视觉效果发生变化时，应在侵权比对时予以考虑——佛山顺德区新生源电器有限公司与上海美欣塑胶制品有限公司侵害外观设计专利权纠纷案

标签：外观设计；材料替换；设计美感

裁判要旨：将不透明材料换成透明材料，或者将透明材料替换为不透明材料，在判断外观设计相同或近似时，一般不予考虑。但如果该材料的替换，使得该产品外观设计的美感发生了变化，导致一般消费者对该产品的整体视觉效果发生变化的，侵权比对时则应当予以考虑。

案例索引：上海市第一中级人民法院（2007）沪一中民五（知）初字第 285 号

8.外观设计侵权比对应以一般消费者的知识水平和认知能力为判断依据——江铃控股有限公司与国家知识产权局专利复审委员会、捷豹路虎有限公司、杰拉德·加布里埃尔·麦戈文外观设计专利权无效行政纠纷案

标签：一般消费者；具体设计特征；整体视觉效果；影响权重；设计空间

裁判要旨：判断具体设计特征对整体视觉效果的影响权重，应当基于一般消费者的知识水平和认知能力，从外观设计的整体出发，对其全部设计特征进行整体观察，在考察各设计特征对外观设计整体视觉效果影响程度的基础上，对能够影响整体视觉效果的所有因素进行综合考量。在判断具体特征对整体视觉效果的影响权重时，不能仅根据直观的视觉感知或者根据该特征在外观设计整体中所占比例的大小即贸然得出结论，而应当以一般消费者对设计空间的认知为基础，结合相应设计特征在外观设计整体中所处的位置、是否容易为一般消费者观察到，并结合该设计特征在现有设计中出现的频率以及该设计特征是否受到功能、美感或技术方面的限制等因素，确定各个设计特征在整体视觉效果中的权重。

案例索引：北京市高级人民法院（2018）京行终 4169 号，2018 年中国法院十大知识产权案件

9.外观设计专利的保护范围限于相同或者相近种类产品的外观设计——弓箭国际与兰之韵厂侵犯外观设计专利权纠纷案

标签：外观设计专利；保护范围；产品用途

裁判要旨：确定外观设计专利产品类别，应以具有独立存在形态、可以单独销售的产品的用途为依据；外观设计专利的保护范围限于相同或者相近种类产品的外观设计。

案例索引：最高人民法院（2012）民申字第 41 号、第 54 号，2012 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

10.应当根据外观设计产品的用途认定产品种类是否相同或者相近——再审申请人维多利公司与被申请人越远公司等侵害外观设计专利权纠纷案

标签：外观设计产品；用途；相同或相似判断

裁判要旨：在外观设计专利侵权判定中，确定产品种类是否相同或相近的依据是产品是否具有相同或相近似的用途，产品销售、实际使用的情况可以作为认定用途的参考因素。

案例索引：最高人民法院（2013）民申字第 1658 号，2013 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

11.外观设计近似判断应遵循“整体观察，综合判断”的原则——上海晨光文具股份有限公司诉得力集团有限公司等侵害外观设计专利权纠纷案

标签：外观设计；近似判断；整体观察

裁判要旨：关于外观设计近似的判断，应遵循“整体观察，综合判断”的原则。在具体案件中，既应考察被诉侵权设计与授权外观设计的相似性，也考察其差异性；应分别从被诉侵权产品与授权外观设计的相同设计特征和区别设计特征出发，就其对整体视觉效果的影响分别进行客观分析，避免主观因素的影响。未付出创造性劳动，通过在授权外观设计的基础上，改变或添加不具有实质性区别的设计元素以及图案和色彩，实施外观设计专利的，构成对外观设计专利权的侵犯。

案例检索：上海知识产权法院（2016）沪 73 民初字第 113 号，《最高人民法院公报》2019 年第 1 期

12.外观设计侵权比对应以全部设计特征的整体视觉效果进行综合判断——上诉人本田技研工业株式会社与被上诉人石家庄双环汽车股份有限公司、石家庄双环汽车有限公司、石家庄双环新能源汽车有限公司侵害外观设计专利权纠纷案

标签：外观设计；近似性；整体视觉效果

裁判要旨：外观设计近似性的判断，应当基于一般消费者的知识水平和认识能力，根据外观设计的全部设计特征，以整体视觉效果进行综合判断。当专利保护的是产品整体的外观设计时，不应当将产品整体予以拆分、改变原使用状态后进行比对。如果实物照片真实反映了被诉侵权产品的客观情况，可以使用照片中的被诉侵权产品与本案专利进行比对。

案例索引：最高人民法院（2014）民三终字第 7 号，2015 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

13. 由现有设计形状简单转用而来的产品外观设计，图案较之于形状对整体视觉效果更具有影响——蔡绍基与温瀚泉侵害外观设计专利权纠纷上诉案

标签：外观设计专利侵权；整体观察；综合判断

裁判要旨：外观设计专利侵权比对应坚持“整体观察、综合判断”的原则。由形状与图案相结合的立体产品外观设计专利，若形状完全系由人们日常生活中司空见惯的其他种类产品的现有设计简单转用而来，则图案较之于形状对产品的整体视觉效果产生更为显著的影响。此时即使产品形状完全相同，亦不可片面强调形状因素，相反应依据图案的差异程度即所占比例判断两者的整体视觉效果是否存在实质性差异。

案例索引：广东省高级人民法院（2014）粤高法民三终字第 37 号，2014 年中国法院 50 件典型知识产权案例

14. 不影响整体视觉效果的外观设计个别部分简单替换仍构成专利侵权 ——中山市君豪家具有限公司与中山市南区佳艺工艺家具厂侵害外观设计专利权纠纷申请再审案

标签：简单替换；整体视觉效果；无实质性差异

裁判要旨：对他人外观设计个别部分进行简单替换，不影响整体视觉效果的，以一般消费者的知识水平和认知能力来判断，两种外观设计的差异不足以将之区分开的，在整体视觉效果上构成近似，认定为侵犯他人外观设计专利权。

案例索引：最高人民法院（2011）民申字第 1406 号，2011 年中国法院知识产权司法保护 50 件典型案例

15.被诉侵权设计未包含授权外观设计的全部区别设计特征的，一般推定两者不近似——高仪股份有限公司与浙江健龙卫浴有限公司侵害外观设计专利权纠纷案

标签：外观设计；设计要点；相似性判断

裁判要旨：授权外观设计的设计特征体现了其不同于现有设计的创新内容，也体现了设计人对现有设计的创造性贡献。如果被诉侵权设计未包含授权外观设计区别于现有设计的全部设计特征，一般可以推定被诉侵权设计与授权外观设计不近似。对于设计特征的认定，应当由专利权人对其所主张的设计特征进行举证，对方当事人可以提供反证予以推翻。人民法院在听取各方当事人质证意见的基础上，对证据进行充分审查，依法确定授权外观设计的设计特征。

案例索引：最高人民法院（2015）民提字第 23 号，最高人民法院指导案例 85 号

16.体现新颖性设计特征的部位如果设计空间较大，一般消费者通常不容易注意到不同设计之间的较小区别——上海星客特汽车销售有限公司与天津世之源汽车销售有限公司侵害外观设计专利权纠纷上诉案

标签：新颖性设计特征；设计空间；一般消费者

裁判要旨：专利产品的设计空间是认定一般消费者知识水平和认知能力的重要参考因素。相比产品其他部位，体现新颖性设计特征的部位更容易引起一般消费者的注意，如果这些部位的设计空间较大，一般消费者不容易注意到被诉侵权设计与专利外观设计在这些部位上的较小区别，而这些部位上的相同设计特征对一般销售者在整体视觉效果上造成的影响更为显著。

案例索引：天津市高级人民法院（2014）津高民三终字第 19 号，2015 年中国法院 50 件典型知识产权案例

17. 组装关系唯一的产品应以组合状态下的整体外观设计为比对对象——上海稚宜乐商贸有限公司与杨磊真等侵害外观设计专利权纠纷案

标签：组件产品；组装关系唯一；整体判断

裁判要旨：对于组装关系唯一的产品，一般消费者会对各构件组合后的整体外观设计留下印象，故应当以组合状态下的整体外观设计为对象，而不是以所有单个构件的外观为对象进行判断。

案例索引：上海市高级人民法院（2012）沪高民三（知）终字第 7 号

18. 被诉侵权产品与本案专利相似并采用了本案专利与现有设计相区别的设计特征，现有设计抗辩不能成立——再审申请人丹阳市盛美照明器材有限公司与被申请人童先平侵害外观设计专利权纠纷案

标签：相似；现有技术；设计特征；现有技术抗辩

裁判要旨：在被诉侵权产品与本案专利相近似的情况下，如果被诉侵权产品采用了本案专利与现有设计相区别的设计特征，现有设计抗辩不能成立。

案例索引：最高人民法院（2015）民申字第 633 号，2015 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

19. 抵触申请抗辩可以参照现有设计抗辩的审查判断标准予以评判——李健开诉黄泽凤侵害外观设计专利权纠纷案

标签：抵触申请；现有技术抗辩；审查判断标准

裁判要旨：被诉侵权人以实施在先申请（实质上为抵触申请）中的设计方案主张其不构成专利侵权的，可以参照现有设计抗辩的审查判断标准予以评判。

案例索引：广东省高级人民法院（2012）粤高法民三终字第 298 号，2012 年中国法院知识产权司法保护 50 件典型案例

20. 销售商能够证明被诉侵权产品的合法来源以及制造商享有先用权的情况下，可以提出先用权抗辩——再审申请人北京英特莱技术公司与被申请

人深圳蓝盾公司北京分公司、北京蓝盾创展门业有限公司侵害发明专利权纠纷案

标签：先用权抗辩；制造商；销售商；必要准备；原有范围

裁判要旨：现有证据能够证明，制造商在申请日前已经实施或已经为实施本案专利作好了技术或物质上的必要准备，且仅在原有范围内继续制造的，先用权抗辩成立。在制造商并非本案被告，但销售商能够证明被诉侵权产品的合法来源以及制造商享有先用权的情况下，销售商可以提出先用权抗辩。

案例索引：最高人民法院（2015）民申字第 1255 号，2015 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

21.在专利申请日前已经制造相同产品，且仅在原有范围内继续制造，不构成专利侵权——盛纪（上海）家居用品有限公司诉上海统一星巴克咖啡有限公司、增城市增豪不锈钢制品有限公司侵害外观设计专利权纠纷案

标签：外观设计专利侵权；先用权；原有范围内

裁判要旨：先用权人在专利申请日前已经制造出相关产品、相关产品属于相同产品、先用设计系先用权人自行设计或者以其他合法手段获得、先用权人在原有范围内继续制造的，虽然被控侵权产品落入专利保护范围，但不构成专利侵权。

案例索引：上海知识产权法院（2015）沪知民初字第 504 号，2016 年度上海法院十大知识产权案

22.合法来源抗辩不能仅以当事人陈述为依据——再审申请人宁波欧琳实业有限公司与被申请人宁波搏盛阀门管件有限公司，二审上诉人宁波欧琳厨具有限公司等侵害外观设计专利权纠纷案

标签：声明；当事人陈述；合法来源抗辩

裁判要旨：一方当事人出具的有关其生产并提供被诉侵权产品给其他当事人的“声明”属于当事人陈述，在专利权人对该声明不予认可，且缺乏其他客观证据证明的情况下，应认定合法来源抗辩不能成立。

案例索引：最高人民法院（2017）最高法民申 1671 号，2017 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

23.制造者已经承担侵权责任并不免除使用者、销售者的合法来源抗辩举证责任和赔偿责任——再审申请人雅洁公司与被申请人杨建忠、卢炳仙侵害外观设计专利权纠纷案

标签：分别审查；合法来源抗辩；责任承担

裁判要旨：侵权产品的使用者、销售者与制造者就各自的行为分别承担法律责任，不能因查明或认定了侵权产品的制造者就当然推定使用者、销售者的合法来源抗辩成立，免除其举证责任。也不能因为制造者已经承担了侵权责任，就免除合法来源抗辩不成立的使用者、销售者的赔偿责任。对于合法来源证据的审查应当从严把握，尤其要注重对证据的真实性、证明力、关联性、同一性的审查。

案例索引：最高人民法院（2013）民提字第 187 号，2014 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

24.专利权人向销售商发出过内容明确的侵权警告函且已被接收的，可以推定销售商知道其销售的是专利侵权产品——再审申请人孙俊义与被申请人郑宁侵害实用新型专利权纠纷案

标签：合法来源抗辩；侵权警告函；推定明知或应知

裁判要旨：当事人援引《中华人民共和国专利法》第七十条的规定主张“合法来源”抗辩时，如果专利权人能够证明已经向销售商发出了明确记载有专利权和被诉侵权产品的基本情况、侵权比对结果及联系人等信息的警告函，且销售商已经收到该警告函的情况下，原则上可以推定销售商知道其销售的是专利侵权产品。

案例索引：最高人民法院（2014）民申字第 1036 号，2014 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

25.认定被诉侵权人是否实施制造行为时应结合案件相关证据综合判断——再审申请人沈阳中铁安全设备有限责任公司与被申请人哈尔滨铁路局减速顶调速系统研究中心、宁波中铁安全设备制造有限公司及一审被告哈尔滨铁路局侵害实用新型专利权纠纷案

标签：直接制造；综合考量；行为推定

裁判要旨：被诉侵权人虽未直接制造被诉侵权产品，但根据其对他人制造行为的控制、最终成品上标注的被诉侵权人企业名称和专属产品型号等因素，可以推定被诉侵权人实施了制造行为。

案例检索：最高人民法院（2017）最高法民再 122 号，2017 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

26.侵权产品上标识的商标信息可以作为认定制造商的初步证据——再审申请人雅洁公司与被申请人杨建忠、卢炳仙侵害外观设计专利权纠纷案

标签：商标；商标权人；制造商

裁判要旨：侵权产品外包装上使用的注册商标的权利人有制造能力，且无相反证据证明侵权产品的实际制造者并非商标权人本人的情况下，可以合理地推定商标权人是侵权产品的制造者。

案例索引：最高人民法院（2013）民提字第 187 号，2014 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

27.网络许诺销售行为仍具有地域性——惠州强宏达塑胶用品有限公司与泛爵投资有限公司侵害外观设计专利权纠纷上诉案

标签：地域性；网络许诺销售；专利权

裁判要旨：专利权在其授权国家（或地区）受到保护，未经许可实施专利的行为不在该地域范围的不构成侵权。互联网虽然自由开放，但网络许诺销售行为并非没有地域性，否则专利权地域限制将落空或被人为规避。认定网络许诺销售行为的地域范围，既要考虑到网络的特殊性，也要考虑到网络许诺销售的本质是一种意思表示，不能脱离意思表示的形式、内容和对象。

案例索引：广东省高级人民法院（2014）粤高法民三终字第 513 号，2014 年中国法院知识产权司法保护 50 件典型案例

28.销售行为的认定应当以销售合同成立为标准——再审申请人刘鸿彬与被申请人北京京联发数控科技有限公司、天威四川硅业有限责任公司侵害实用新型专利权纠纷案

标签：销售行为；许诺销售行为；合同成立

裁判要旨：专利法意义上销售行为的认定，需要考虑《中华人民共和国专利法》第十一条的立法目的，正确厘定销售行为与许诺销售行为之间的关系，充分保护专利权人利益。为此，销售行为的认定应当以销售合同成立为标准，而不应以合同生效、合同价款支付完成、标的物交付或者所有权转移为标准。

案例索引：最高人民法院（2015）民申字第 1070 号，2015 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

29.专利共同侵权包括四个构成要件——再审申请人 SMC 株式会社与被申请人乐清市中气气动科技有限公司、倪天才侵害发明专利权纠纷案

标签：共同侵权；要件；共同意思

裁判要旨：共同侵权应该具备以下要件：加害主体为两人或者两人以上；各加害人主观上具有共同意思；各加害人彼此的行为之间客观上存在相互利用、配合或者支持；各加害人行为造成的损害后果在其共同意思的范围内。

案例索引：最高人民法院（2018）最高法民再 199 号，2018 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

30.未经许可以生产经营目的将侵权专用品提供给他人实施侵犯专利权的行为构成帮助侵权——再审申请人 SMC 株式会社与被申请人乐清市中气气动科技有限公司、倪天才侵害发明专利权纠纷案

标签：帮助侵权；生产经营目的；提供侵权专用品

裁判要旨：专利法意义上的帮助侵权行为并非泛指任何形式的帮助行为，而是特指未经专利权人许可，为生产经营目的将侵权专用品提供给他人以实施侵犯专利权的行为。

案例索引：最高人民法院（2018）最高法民再 199 号，2018 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

31. 明知专利产品而诱导、怂恿他人制造侵权产品并采购的属于教唆制造侵权产品的行为，不能依据合法来源抗辩免除赔偿责任——武汉科兰金利建材有限公司与武汉市黄陂区水利建筑安装工程公司、武汉九州兴建设集团有限公司、阮永红侵害发明专利权纠纷案

标签：教唆侵权；生产经营目的；连带责任

裁判要旨：施工单位在明知专利产品的情况下又诱导、怂恿他人制造侵权产品并采购该产品的，属于教唆制造侵权产品的行为，不能依据合法来源抗辩免除侵权赔偿责任。在确定各个侵权人的民事赔偿数额时，各施工单位之间确系分别承包的，可判决其分别承担民事赔偿责任，同时判令受教唆制造侵权产品的行为人在其制造产品范围内承担相应的连带责任。

案例索引：武汉市中级人民法院（2014）鄂武汉中知初字第 8 号，2015 年中国法院 50 件典型知识产权案例

32. 停止侵害民事责任的适用应当遵循善意保护原则并兼顾公共利益——再审申请人广州星河湾实业发展有限公司、广州宏富房地产有限公司与被申请人江苏炜赋集团建设开发有限公司侵害商标权及不正当竞争纠纷案

标签：停止侵害；善意保护原则；公共利益

裁判要旨：在商标权等知识产权与物权等财产权发生冲突时，是否判令当事人承担停止使用的法律责任，应当遵循善意保护原则并兼顾公共利益。

案例索引：最高人民法院（2013）民提字第 102 号，2015 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

33.停止侵害民事责任的具体方式应遵循比例原则进行个案认定——再审申请人华文出版社与被申请人吉林文史出版社等侵害著作权及不正当竞争纠纷案

标签：停止侵害；具体方式；比例原则

裁判要旨：停止侵害民事责任的具体方式的确定，应该遵循比例原则，结合被诉行为的特点，考虑具体责任方式的合目的性、必要性和均衡性。

案例索引：最高人民法院（2013）民申字第 371 号，2013 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

34.可以综合在案证据在法定最高限额以上酌情确定赔偿金额——松下电器产业株式会社与珠海金稻电器有限公司、北京丽康富雅商贸有限公司侵害外观设计专利权纠纷上诉案

标签：法定赔偿限额；证据充分；侵权获利

裁判要旨：对于有充分的证据证明侵权人的获利已经明显高于法定赔偿限额，即使不能以一对一的证据表明具体金额的精确计算过程，权利人能够充分说明其所主张赔偿金额的计算依据，并有相应证据佐证其合理性的，可以在法定最高限额以上支持权利人的赔偿请求。

案例索引：北京市高级人民法院（2016）京民终 245 号，2016 年中国法院知识产权司法保护十大案件

35.专利赔偿金额的确定应考虑专利技术对产品价值的贡献度，在侵权行为可分的情况下，对于不同部分可分别适用不同的赔偿计算方式——再审申请人无锡国威陶瓷电器有限公司、蒋国屏与被申请人常熟市林芝电热器件有限公司、苏宁易购集团股份有限公司侵害实用新型专利权纠纷案

标签：多部件多专利；贡献度；赔偿数额

裁判要旨：根据当事人的诉讼请求和案件事实，选择以侵权人因侵权获得的利益计算专利侵权损害赔偿数额时，对于多部件或者多专利的被诉侵权产品，原则上不宜简单采用侵权产品销售总金额乘以侵权产品利润率的方式

计算侵权获利，而需要考虑涉案专利对于侵权产品利润的贡献度，以“侵权产品销售总金额×利润率×专利技术对产品价值的贡献度”的方法进行计算。对于专利技术对产品价值的贡献度，可以结合涉案专利对产品的重要性等因素酌定。在侵权行为可分的情况下，计算侵权损害赔偿时，如果既存在可以较为精确计算权利人损失或者侵权人获益的部分，又存在难以计算权利人损失或者侵权人获益的部分，可以对前者适用以权利人损失或者侵权人获益计算赔偿，对后者适用法定赔偿，以两者之和确定损害赔偿数额。

案例索引：最高人民法院（2018）最高法民再 111 号，2018 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

36.对同一被诉侵权产品的实用新型和外观设计专利侵权之诉应分别确定损害赔偿数额——再审申请人山东金锣新福昌铝业有限公司与被申请人山东鼎锋门业有限公司侵害实用新型专利权纠纷案

标签：同一侵权产品；实用新型；外观设计；赔偿数额；重复计算

裁判要旨：专利权人以实用新型专利和外观设计专利对同一被诉侵权产品提起侵权诉讼，属于两种不同性质的侵权行为，人民法院分别确定损害赔偿数额，并不属于重复计算。

案例索引：最高人民法院（2018）最高法民申 4148 号，2018 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

37.就侵权损害赔偿数额作出的事先约定可以作为确定赔偿数额的依据——中山市隆成日用制品有限公司与湖北童霸儿童用品有限公司侵害实用新型专利权纠纷案

标签：事先约定；侵权责任；赔偿数额

裁判要旨：权利人与侵权人就侵权损害赔偿数额作出的事先约定，不构成权利人与侵权人之间的交易合同，故侵权人应承担的民事责任仅为侵权责任，不属于《中华人民共和国合同法》第一百二十二条规定的侵权责任与违约责任竞合的情形。权利人与侵权人就侵权损害赔偿数额作出的事先约定，是双

方就未来发生侵权时权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益所预先达成的一种计算方法。在无法律规定无效等情形下，人民法院可直接以权利人与侵权人的事先约定作为确定侵权损害赔偿数额的依据。

案例索引：最高人民法院（2013）民提字第 116 号，《最高人民法院公报》2015 年第 1 期

38.涉及同一事实的确认不侵犯专利权诉讼和专利侵权诉讼应当由同一法院合并审理——本田株式会社与双环公司侵犯外观设计专利权纠纷管辖权异议案

标签：确认不侵权；移送管辖；合并审理

裁判要旨：不同法院受理的涉及同一事实的确认不侵犯专利权诉讼和专利侵权诉讼应当移送管辖合并审理；移送过程中，如涉及地域管辖，应按照立案时间的先后顺序，由后立案受理的法院将案件移送到先立案受理的法院审理；如涉及级别管辖，一般按“就高不就低”的原则由级别低的法院将其立案受理的案件移送到级别高的法院审理。

案例索引：最高人民法院（2012）民三终字第 1 号，2012 年最高人民法院知识产权案件年度报告案例

来源：中国上海司法智库官方微信公众号

链接：https://mp.weixin.qq.com/s/Yp4vRTf0Nnl61Dbf93km_g

实务研究

【调研撷影】软件干扰类案件的裁判模式重构

随着互联网产业技术和商业模式不断创新，涌现出诸多新型竞争行为，其中常见的就是软件干扰行为。“干扰”一词在立法上并无明确规定，司法实践中出现了软件干扰类案件，大致包括以下情形：1.网络产品中插入软件、链接，弹窗及修改网页等纠纷；2.刷单、刷量类纠纷；3.屏蔽视频广告类纠纷；4.阻碍软件正常安装与运行；5.违反 Robots 协议网页抓取纠纷；6.搜索引擎下拉提示词纠纷等。对于互联网环境下的不正当竞争行为，反不正当竞争法新增的第十二条（以下简称互联网专条）作了相应规定。但由于互联网专条在解释论上存在诸多困境，且兜底条款规定得过于宽泛，面对该条款所明确的 3 种具体类型化行为之外的互联网不正当纠纷，依然得回到一般条款（反不正当竞争法第二条）的适用。为了克服一般条款的不确定性，不仅需要明确适用条件，而且需要适合一般条款的裁判思维和方法作为技术装置，以确保其裁判质量的可控性、裁决结果的精确性和可信性。

01 软件干扰类案件常见审判模式

2010 年最高人民法院在海带配额案中总结了一般条款的司法适用规则，适用一般条款认定构成不正当竞争应当同时具备以下 3 个要件：一是法律对该种竞争行为未作出特别规定；二是其他经营者的合法权益确因该竞争行为受到了实际损害；三是该种竞争行为因确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性或者说可责性。后最高人民法院又在腾讯诉奇虎不正当竞争案中重申了海带配额案中要求的第 2 个和第 3 个条件，但是由于法院对何为诚实信用原则和公认的商业道德没有确定具体的分析框架，在将该判断标准适用于案情时，漏掉了对可责性的考察。在处理软件干扰类

案件的过程中，法院对如何判断竞争行为的不正当性不断探索，并在个案的审理中逐渐发展出一些较为成熟的裁判模式。

（一）传统侵权法益保护模式

在一些互联网不正当竞争案件中，法院参考海带配额案的裁判思路，将商业机会、商业模式等作为一种受法律保护的法益，并作为认定行为构成不正当竞争的前提条件。例如，在腾讯诉奇虎不正当竞争案案中，法院认为，免费平台与广告或增值服务相结合的商业模式，并不违反反不正当竞争法的原则精神和禁止性规定，以此谋求商业利益的行为应受保护，他人不得以不正当干扰方式损害其正当权益。在优酷诉猎豹浏览器不正当竞争纠纷案案中，法院认为，正当的商业模式必然产生受法律保护的正当商业利益，合一公司对其经营的优酷网提供广告加免费视频的商业模式具有可受法律保护之利益。又如，在爱奇艺诉聚网视不正当竞争案中，法院认为：（1）爱奇艺公司以“广告＋免费视频”的经营模式谋求商业利益的行为应受法律保护；（2）聚网视公司凭借技术使其用户在不付出任何成本的情况下观看视频，损害爱奇艺的利益；（3）聚网视公司事先知道实施该技术会出现自己得利、他人受损的后果，仍实施该技术，具有主观故意，违反了诚实信用原则和公认的商业道德，构成不正当竞争。

在这类案件中，法院认定原告谋求利益的商业模式合法，被告采取技术措施破坏原告合法的经营模式，存在侵害的主观故意，对原告利益造成损害，最终认定原告的行为违背商业道德构成不正当竞争。因这类裁判模式受传统侵权法益保护分析思路的影响，被学者称为传统侵权法益保护模式。

虽然反不正当竞争法脱胎于侵权法，但是商业机会的得与失，对于市场竞争者而言只是一种事实状态，并不存在可以单独主张的法益，法律并不干预正常竞争状态下的争夺。反不正当竞争法对于一般竞争利益的保护不是基于利益本身，而是基于竞争行为的正当性，其保护是有限制和需要特定方式的，具有不特定性和有条件性。此种利益不是既存的法律利益，通常不是给予法律保护的前提，而是法律保护的结果。传统侵权法益保护模式变相扩张了专有权范围，反而会损害自由竞争，背离反不正当竞争的目标。

（二）非公益必要不干扰模式

非公益必要不干扰是百度诉奇虎 360 插标和修改提示词不正当竞争纠纷案中法院创设的用以判断互联网领域新型不正当竞争行为正当性的规则，其内容为：虽然确实出于保护网络用户等社会公众利益的需要，网络服务经营者在特定情况下不经网络用户知情并主动选择以及其他互联网产品或服务提供者同意，也可干扰他人互联网产品或服务的运行，但是，应当确保干扰手段的必要性和合理性。否则，应当认定其违反了自愿、平等、公平、诚实信用和公共利益优先原则，违反了互联网产品或服务竞争应当遵守的基本商业道德，由此损害其他经营者合法权益，扰乱社会经济秩序，应当承担相应的法律责任。法院认为，奇虎公司被诉插标行为，包括在搜索结果网页上插标、以插标为手段引导用户安装其经营的 360 安全浏览器产品等行为，并非为了保护公共利益，而是为了实现奇虎公司的经营利益，违反了非公益必要不干扰原则；奇虎公司在百度搜索框修改下拉提示词和劫持流量的相关行为，并非出于保护公共利益的目的，也不产生保护公共利益的效果，明显违反了非公益必要不干扰原则，损害了百度搜索服务提供者的合法权益，扰乱了互联网的正常经营秩序。在之后的优酷诉猎豹浏览器不正当竞争纠纷案和极路由视频广告屏蔽案中，也都使用了非公益必要不干扰原则。

非公益必要不干扰的裁判模式同样是在认定原告对商业模式具有合法权益的基础上以不干扰为原则。首先，这种裁判模式以干扰为例外，要求竞争者对干扰行为的合法性或必要性进行举证，与竞争行为的本质特征相悖。企业在正常的市场竞争中，并不负有尊重他人的商业模式（受知识产权保护的除外）、维护其他经营者利益的义务，这正是市场经济竞争法则的体现。其次，该裁判模式中设置了公益标准，引入所谓的公益标准会干扰法官对相关案件进行正确的利益衡量和价值判断，把本来是私人之间的纠纷和利益划界问题转化为一个公共利益的确认与保护问题。最后，司法裁判中非公益必要不干扰原则的提出，没有实体法层面上的依据，适用于具体案件时仍然会面临许多操作性的问题，将其作为行为效果的评价标准并没有实际意义。

（三）禁止消费者混淆误认模式

在这类案件的审理中，法官从经营者的主观意图出发，通过阐述软件干扰行为是否导致消费者混淆误认，从而认定行为是否构成违反公认的商业道德以及经营者主观上是否存在恶意。例如，在百度诉搜狗不正当竞争纠纷案中，二审法院将被诉行为是否导致用户混淆作为认定行为正当性的标准，认为在被诉行为足以导致用户混淆的情况下，即便搜狗公司在任何使用环境下，针对任何搜索引擎均无歧视性地采用被诉方式提供下拉菜单搜索候选服务，该行为同样不具有正当性。因被诉行为的不正当性系源于该特定方式所产生的用户混淆，故如果附着于输入法的下拉菜单服务不存在混淆情形，且用户在该服务页面下可以很容易地切换到其正在使用的搜索引擎服务，从而有效地保护用户的选择权，则尽管其使用了该下拉菜单模式，且利用了现有用户习惯，亦不能据此认为其具有不正当性。

该裁判模式多见于增加下拉提示词、插标、广告拦截、搜索结果评级、弹出广告等案件的裁判中，法院基于消费者选择的角度判断干扰行为的正当性，禁止被告以可能导致用户混淆的方式作出选择。将消费者不受混淆误认作为衡量消费者利益、判断行为效果具有借鉴意义，但不能以此作为判定软件干扰行为正当性的唯一因素。

02 软件干扰类案件裁判思路的变化

随着互联网行业的快速发展，反不正当竞争的理念也在不断更新，互联网软件干扰类案例的不断丰富，法院对于一般条款的适用以及相应竞争行为不正当判断的明确性也不断提升。

（一）一般条款适用由相对宽松到从严把握

由于一般条款适用的抽象性和不确定性，无论是学术界还是司法界，都倾向于从严把握一般条款的适用条件，避免对于法律没有明确规定的竞争行为过度适用一般条款进行规制。在爱奇艺诉搜狗案中，法院认为，在互联网环境中，技术的形态和竞争的模式都有别于传统行业，为了保障互联网技术和竞争模式的发展空间，司法应当保持谦抑的态度。在爱奇艺诉杭州飞益不正当竞争纠纷案中，法院同样提出，对反不正当竞争法一般条款的适用，更应当秉持谦抑的司法态度，对竞争行为保持有限干预和司法克制理念，严格把握一般条款的适用条件，以避免不适当干预而阻碍市场的自由竞争。

（二）由权益保护向行为效果判断转变

不同于传统侵权法益模式下法院强调经营者的权益保护，为了避免对市场进行过度干预，法院判断软件干扰行为是否正当的审判理念转为通过行为效果进行判断。例如在爱奇艺诉搜狗案中，二审法院认为，市场竞争的主要表现为对交易机会的争夺，经营者对于某一交易机会的丧失是竞争的必然结果，利益受损并不意味着其当然应获得法律救济，只有被控行为违反了商业道德，该行为才具有可责性。比如，在淘宝诉载和、载信案中，一审法院认为，对于一项竞争行为是否予以规制，应综合考虑经营者、消费者等各方的利益，并对其他经营者因被诉行为遭受的损害与停止被诉行为对行为者利益造成的损害进行衡量。竞争的利益均衡功能特性决定了无论哪一种利益都不具有抽象意义上的绝对优先位置。该案二审法院在进行更精细的利益衡量后特别指出，消费者在竞争过程中的地位固然重要，但可以提升消费者利益的行为并不能当然被排除在不正当竞争行为之外，仍要就被控行为的正面效果与被干扰者所造成的损害进行衡量。

（三）由更关注公平竞争向更关注自由竞争转变

自由和公平是市场竞争的两个维度，也是两个基本价值，但本质上都是为了维护竞争的自由和效率。互联网不正当竞争纠纷案件的裁判逐步认识到竞争自由是首要的目标取向，法院倾向于回归竞争法维护公平竞争、促进

自由竞争的市场秩序的立法目的。例如，在大众点评诉百度案中，一审、二审判决都未否认信息抓取的自由，只是认为抓取和适用过度、达到实质性的替代程度构成不正当竞争。而在之后的爱奇艺诉搜狗案中，二审法院认为，创新一定会有碰撞，有竞争就会有损害。在腾讯公司诉世界星辉案中，一审法院认为，市场竞争的一般逻辑是优胜劣汰，因此有竞争必然有损害，绝对不能因为有损害结果就简单推导竞争行为具有非正当性。由此可见，法院的裁判理念向更关注自由竞争转变。

（四）商业道德判断由主观判断向客观判断转变

我国至今对商业道德没有统一的定义。最高人民法院在海带配额案中首次明确提出经济人伦理标准，即商业道德要按照特定商业领域中市场交易参与者即经济人的伦理标准来加以评判，它既不同于个人品德，也不能等同于一般的社会公德，所体现的是一种商业伦理。反不正当竞争法所要求的商业道德必须是公认的商业道德，是指特定商业领域普遍认知和接受的行为标准，具有公认性和一般性。

由于这些标准依然是抽象的概念，在具体案件中如何理解和适用存在非常大的不确定性。在早期的软件干扰案件中，法院将主观恶意作为认定行为是否违反公认的商业道德的具体标准。随着案例的不断丰富，商业道德的评价由主观向客观判断转变，法院从主观道德评价、损害程度、创新效应、消费者利益、资本和产业利益等角度进行多元素综合评估，综合判断软件干扰行为是否违反公认的商业道德。

（五）单视角评价向多角度评价转变

传统侵权法益保护模式对于行为正当性的评价大多是从单视角评价，如前文所述，法院将商业模式作为受保护的法益，在商业模式被侵害的情况下认定构成不正当竞争。

竞争行为的正当性判断，向着多角度评价竞争效果转变。比如，在淘宝诉载和、载信案，大众点评诉百度案和爱奇艺诉搜狗案中，法院在判断是否违反商业道德进从 3 个方面进行：一是行为是否具有正面的效果；二是行为妨碍的程度；三是综合考虑各方当事人及消费者利益，以及被控行为对市场竞争秩序所产生的影响。同样，在腾讯公司诉世界星辉案中，法院从 5 个方面判断是否违反商业道德：行业惯例、行业公认、商业模式本身不受法律保护、是否对原告根本利益的损害、是否系效能竞争和社会公共利益。

03 软件干扰类案件裁判模式重构

在市场竞争的语境下，“干扰”并非一般意义上带有贬义色彩的词汇，亦非当然构成行为归责的原因。认定竞争行为正当性应采取行为谴责式而不是权利侵害式的判断模式。要想为今后可能出现的新型互联网竞争行为的正当性判断提供指引，对于互联网不正当竞争行为的裁判模式还需要进行重构。在认定新型互联网竞争行为是否正当时，以效果为导向更契合反不正当竞争法的立法目的。

（一）互联网专条与一般条款的适用问题

从个案中提炼的具体规则未必具有普适性，规则的可预见性仍需要回归法律规定本身。一般条款一般作为原则性条款甚至是作为兜底条款适用于反不正当竞争纠纷案件的审理中，需要从严把握。最高人民法院《关于充分发挥知识产权审判职能作用推进社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》确立了对一般条款的司法政策，即反不正当竞争法未作特别规定予以禁止的行为，如果给其他经营者的合法权益造成损害，确属违反诚实信用原则和公认的商业道德而具有不正当性，不制止不足以维护公平竞争秩序的，可以适用原则规定规制。

互联网专条作为具体规则，相比于原则性条款，应该优先适用。但是互联网专条的规定又存在着明显缺陷，直接适用很可能涵盖正当的竞争行为。

互联网专条虽然是将司法实践的真实案例类型化的结果（插入链接、强制进行目标跳转对应百度诉 360 不正当竞争纠纷案，误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务对应腾讯诉 360 不正当竞争纠纷案，恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容对应金山公司诉奇虎不正当竞争纠纷案），但对于软件干扰行为的列举并不周延，使得比如刷单、刷量类纠纷和屏蔽视频广告类纠纷等，又会落入第（四）项规定的范围。而第（四）项对于行为正当性的界定依然是模糊的，因此最终还是需要依据一般条款确定的原则进行认定。如前所述，对于一般条款的适用标准，竞争行为的正当性判断正经历从道德评价向经济分析、从行为动机向竞争效果的转变。

（二）三元平衡模式

对竞争效果的衡量，可以将抽象的商业道德标准转化为直观的利益平衡。一般条款也确立了竞争行为正当性判断，涉及市场竞争秩序、经营者和消费者的三元利益。利益衡量的方法无非有二：一是参考权利位阶，一是诉诸比例原则。

市场竞争秩序优先

反不正当竞争法是规范竞争秩序和竞争行为的法律。经营者是市场竞争行为主体，市场行为应当具备的标准是衡量竞争行为是否正当的直接标准；消费者是竞争行为的作用对象，是竞争结果和市场产品的承受者，提升消费者福利是法律追求的最终目标。无序的竞争会损害行业的发展，损害其他经营者的合法利益，减少消费者福利。

反不正当竞争法保护竞争而不是竞争者，从反不正当竞争法第二条第二款规定的顺序上即可看出，将扰乱市场竞争秩序规定在先，在序位上先于损害经营者或者消费者合法权益。虽然竞争的过程会推动技术的发展、消费者福利的增进，但这是知识市场主体竞争活动的附带性后果，而不可能是企业竞争直接追求的目的。消费者权益保护并不是反不正当竞争法立法的主要目的，反不正当竞争法所保障的消费者合法权益最终体现为市场信息传

递功能、市场选择功能不被扭曲和破坏，因此在评价行为是否符合消费者利益时，需要围绕互联网竞争的特点进行。

比例原则本质上是一个对相互冲突的利益进行平衡与协调的工具。应对不断出现又无法全部类型化的新型互联网竞争行为，运用比例原则的分析框架，可以将海带配额案确定的模糊的可责性标准转化为客观化的利益衡量，并在具体的个案中进行举证责任的合理分配。比例原则一般包括 3 个子原则：一是妥当性原则，即所采取的措施可实现追求的目的；二是必要性原则，即除采取的措施外，无其他给关系人或公众造成更少损害的适当措施；三是相称性原则，即采取的必要措施与其追求的结果之间并非不成比例。在互联网不正当竞争纠纷中，将比例原则作为一个普适性的分析框架，判断竞争行为是否具有积极的效果，是否超过必要限度以及超出限度是否会影响竞争秩序，为技术创新和市场主体自由竞争预留足够的空间。同时，通过比例原则限定干预边界，还需紧密结合个案的具体情况。

04 结语

互联网行业鼓励自由和创新，更需要公平、正当和有序的竞争秩序和明确的市场竞争规则作为保障，但是面对互联网不断推陈出新的创新型商业模式，却难以通过立法确立规则来及时回应市场竞争的需要。一般条款允许法院在一般制度框架内纳入不正当竞争行为新形式。与其在不完善的网络条款之下进行利益衡量，不如在缺乏适当类型化条款的情况下回归一般条款，制定更加完善的规则指引，严格责任认定。

作者：钱光文等

来源：上海知产法院官方微信公众号

链接：https://mp.weixin.qq.com/s/WTw_WzWLbocl1bP5YPLiXQ

最高人民法院知识产权法庭调研组 | 中药品种权保护相关法律问题研究

中药品种权保护相关法律问题研究

作者简介：最高人民法院知识产权法庭调研组

课题组成员：

罗霞　　最高人民法院知识产权法庭二级高级法官

岳利浩　　最高人民法院知识产权法庭三级高级法官

潘才敏　　武汉大学国际法研究院博士研究生最高人民法院知识产权法庭四级高级法官

王晓琳　　最高人民法院知识产权法庭法官助理

【内容摘要】

中药是中华民族几千年积累下来的文化瑰宝，为中华民族的繁衍生息作出了不朽的贡献。如何探索一条具有中国特色的中药知识产权保护之路，是人民法院在司法实践中关注的重点。本文分析了中药品种权保护制度在我国的优势及缺陷，提出加强中药品种权保护要处理好三种关系，并以《关于〈中药品种保护条例〉的修改建议》《中药品种保护的司法实践》《中药专利授权确权情况研究报告》三个法律文件为落脚点展开研究，从司法实务的角度对完善我国中药品种权保护制度和中药专利授权确权制度建言献策。

【关键词】

中药品种权　专利授权　司法实践

一、中药品种权保护制度概述

（一）中药品种权保护制度的优势及缺憾

《中药品种保护条例》（下文简称条例）由国务院于 1992 年 10 月 14 日正式颁布，自 1993 年 1 月 1 日实施至今，起到了提高我国中药品种质量、保护中药品种生产企业合法权利，推进中药市场稳定有序发展的作用。

1.条例顺应国际保护传统医药的大趋势，是保障和促进我国中药产业健康发展的重要制度

1978 年至 2002 年间，我国存在国家和地方两种药品标准，中药品种市场准入门槛较低，质量参差不齐。为了整顿中药市场，条例应运而生，并在 1993 年 10 月成立了由 84 位专家组成的首届中药品种保护审评委员会。
中药品种权保护制度是我国特有的中药行政法律监督管理制度。通过行政手段设置中药生产企业及中药品种的市场准入门槛，以类似赋予私权的方式，使企业获得一定期限的市场垄断性的生产经营期。条例禁止未获得《中药保护品种证书》的中药生产企业进入中药保护品种生产市场，控制竞争主体的数量，防止粗制滥造和浪费中药资源，优化中药资源配置。中药品种权保护制度将中药保护品种分为一级保护品种和二级保护品种，一级保护品种保护期为 30 年、20 年或 10 年，二级保护品种保护期为 7 年，均可以续期一次。

条例实施以来，对中药市场产生了积极影响：（1）促进了中药生产企业的发展和中药品种的繁荣。中药工业营业收入由 1996 年的 235 亿元上升到 2016 年的 8653 亿元。2017 年尚在有效期的二级品种 3072 件。（2）促进了中药品种质量稳步提升。中药生产企业为顺利获得中药保护品种证书，努力提高中药品种质量。超过三分之二的企业在申报品种的国家标准基础上修订提高了企业质量标准。（3）有效整合中药产业链。中药品种权保护制度在保护中成药的同时，对整个中药产业链产生积极影响，对中药材及饮片提出规范要求，为实现中药产业化提供制度保障。（4）保持了中药在国家医药卫生体系中的地位。在 2002 年之前我国中药销售产值在整个医药行业中的比重始终在 20%以下，近年来这个比例提升到 25%左右。（5）形成了比较成熟的中药品种评审体系。由于药品生产关系公众健康利益，由药品监

督管理部门履行评审职能，确保中药品种和中药生产厂家的优胜劣汰，形成专业、便捷、经济、高效的中药评审体系。

尤为可贵的是，条例颁布后，国际上对传统医药知识保护有许多新发展，国内立法也有很大变化。如 1997 年我国签署并于 2001 年批准加入《经济、社会及文化权利国际公约》，承诺保护自决权、发展权、资源权、文化权等集体人权。2004 年我国加入《保护非物质文化遗产公约》。2011 年 6 月 1 日我国施行《中华人民共和国非物质文化遗产法》（下文简称《非物质文化遗产法》），把传统医药列为非物质文化遗产。2010 年 10 月在日本通过《生物多样性公约关于获取遗传资源和公正和公平分享其利用所产生惠益的名古屋议定书》（下文简称《生物多样性公约》）。2016 年 9 月 6 日，我国正式成为该议定书缔约方。而条例大多数规定与之并不抵触，甚至很多规定与国际公约和其他国家保护传统医药的国内立法有异曲同工之妙。

条例的超前预见性体现在：（1）由药品监督管理部门介入中药品种的生产资格审查，授予中药保护品种证书的做法，相当于由该部门代国家行使中医药传统知识主体权利。这与《生物多样性公约》明确国家对于本国资源的主权，并对其使用具有决定权的规定不谋而合。（2）对中药经典名方授予中药品种权保护，其实是由国家建立起符合《生物多样性公约》要求的传统医药保护有关中药经典名方的数据库以及保护名录。（3）为中药品种的研发者授予中药生产资格和中药保护品种证书，其实是保护传统医药私有配方持有人传承使用的权利。（4）对部分中药品种给予长久期限的保护，符合国外立法的通行做法。如一级品种最长保护期限可能达到 74 年，远超专利等知识产权制度的期限，类似泰国对于私人处方参照著作权提供保护期限的规定。（5）对于向国外转让中药保护品种以及中药保护品种在保护期内向国外申请注册的限制规定，类似行使《生物多样性公约》规定资源提供国对他人获取、利用其持有的中医药传统知识享有知情同意等权利。（6）对于中药秘方采取商业秘密手段保护是充分利用《生物多样性公约》授权各缔约国遵守遗传资源提供国国内立法的原则。

综上，无论是当初立法者的高瞻远瞩，还是巧合天机，这部行政法规所具有的超前性是毋庸置疑的。我国中药品种权保护制度顺应国际保护传统医药的大趋势，弥补了现行中药知识产权法律保护的不足，在现阶段具有不可替代的重要作用。修改完善我国的中药品种权保护制度，使之成为即将出

台的《传统医药法》的配套法律制度，是可行的选择。

2.条例因受制于历史局限性存在的立法缺憾

（1）中药品种权法律性质争议大。中药品种权保护制度独特的制度设计使得其兼具市场准入许可，以及民事私权保护的表征。有观点认为：条例属于行政法规，保护品种的生产企业获得的是一种行政特许权，有关监督管理责任由国家承担。当中药保护品种权益被侵犯时，生产企业只可要求国务院药品监督管理部门查处或纠正。也有观点认为：条例是一种保护中药传统知识的专门法规，是对过去开发并已公开使用的传统中药给予的追溯弥补性的行政保护，具有与我国入世时对美国等发达国家丧失新颖性的发明给予追溯弥补性行政保护的《药品行政保护条例》《农用化学物质行政保护条例》相似的性质，是我国保护传统知识的一种有益的尝试。这种学术争论表现在司法实践中，就是各地法院对中药品种权法律性质的认识也不统一。例如，原告亨新公司诉被告鹏鹞公司侵害中药品种权纠纷一案中，桂林市中级人民法院认定中药品种是智力研究成果，属于知识产权法律保护范围。亨新公司生产的“抗癌平丸”获得了国家中药保护品种证书，有制止鹏鹞公司生产同类药品的权利，故判决鹏鹞公司停止侵权并赔偿损失。但广西壮族自治区高级人民法院审理后认为：《中药品种保护条例》只规定行政保护、刑事保护，未规定民事保护，当事人之间发生纠纷，不属于民事纠纷，遂判决撤销一审判决，驳回亨新公司的诉讼请求。

（2）中药品种权保护制度存在立法技术缺陷。一是权利主体不明确。国际通行的做法是，传统经典药方的权利归国家、自行开发的药方权归研发者、祖传秘方的权利归持有人等。但中药品种权保护的主体则是使用者即生产厂家，导致一部分中药经典名方的权利归属失当。二是未涉及关于中药数据的保护规定。三是对于中药保护品种的保护期限规定不合理，对中药品种超过保护期限如何继续提供保护未作规定。四是中药品种保护与中药专利保护的关系没有厘清，目前要求生产厂家请求保护时“二选一”的要求不合理。五是对于中药秘方的保护方法和保护期限不明确或不合理。六是中药品种权保护制度部分法律职能与现行药品监督管理制度的法律职能相重叠，用管理西药方式管理中药不合理。七是世界上已经有许多国家政府正式承

认了中医药的合法地位，但由于缺少配套规定，制约了中药走出国门的进程。八是条例只规定侵权人的行政责任、刑事责任，而欠缺民事责任。

（3）条例未吸收国际公约和国内法关于传统知识保护的相关规定。2017 年 7 月施行的《中医药法》，吸收了国际公约的知情同意、惠益分享等基本原则；2019 年 10 月发布的《中共中央国务院关于促进中医药传承创新发展的意见》，描绘了研究制定中医药传统知识保护条例的前景。虽然 2018 年 9 月 30 日，国务院对条例进行修改，但是仅对中药主管单位名称以及部分审批程序进行适应性修改，很多最新立法成果并没有被吸收。

（二）加强中药保护要处理好三种关系

要解决目前中药品种权保护不力的问题，首先要提高认识，妥善处理好三种关系。

1.处理好中药和西药的关系

中药和西药都是服务于人类健康、防治疾病的有效工具，但由于两者的理论基础不同，对生命、健康和疾病的认识不同，采用的技术路线和诊疗方法不同，因此形成两套大相径庭的知识理论和方法技能体系。

中医和中药凝聚了中华民族传统文化和传统科技的精华，遵循“天人合一”“阴阳平衡”的哲学理念，发扬“取法自然”“简便验廉”的特色优势，以藏象生理学、经络腧穴学为基础，治疗手段除了用药、手术之外，还有针灸、推拿、拔罐、气功等方法，强调养生保健，主张“中医治未病”。在治病过程中，通过调理人体紊乱的机能，提高自身免疫力来抵御疾病。中药以植物、动物、矿物为主，价廉效优，契合我国发展中国家的国情。

西医和西药则是建立在解剖生理学、组织胚胎学、生物化学与分子生物学基础上的医学体系，可以借助现代化的医疗仪器设备和实验室对人体、疾病以及致病菌进行准确诊断治疗。西药一般用化学合成方法制成或从天然产物提制而成，分为有机化学药品、无机化学药品和生物制品。西医药的精准诊疗方式往往可以起到立竿见影的效果。

由于中药与西药在作用机理、药物构成上区别很大，西药可以医药分离，标准化生产；而中药讲究因人施策，不提倡医药分离，故在实践中对于中药和西药应当遵循差异性的检测评价方式，才能得出符合客观实际的结论。

2.处理好传统中药与现代知识产权制度的关系

传统中药的知识产权保护不能机械套用现代知识产权制度，而应当正视和克服两者之间所具有的天然不适应性。以专利制度为例，作为现代知识产权制度的代表，其基本立法精神是鼓励创新、技术公开、有偿使用，体现了发明人、投资人和公共利益的平衡。而中医中药遵循的思想是尊重师承、崇尚中庸、隐忍保守，保存有很多流传千百年的经方验方、祖传秘方等现象也很普遍。但长期以来，用管理西药的方法管理中药是普遍的做法，我国专利申请要求清晰地利用现代生物、化学语言描述物质结构和功能机理。药品管理法规定药品上市必须提供药品的生物活性化合物并且解释其药理机理。我国药用资源共 12800 余种，植物药和动物药的药效成分非常复杂，很多成分人工难以合成。尤其复方中药，是中药的精髓，它取法自然，以植物为主要构成，由多种药味组合而成，经过配伍加工作用于人体以达到多靶点、多效应的治疗效果。经过配伍后的中药，药效成分极其复杂，甚至难以判断其中确切的有效物质。人民群众长期用药经验证明，许多复方中药不仅有效，而且对某些慢性疑难杂症有特效。但根据目前的规定，中药却很难通过专利申请，也很难通过检验审批。药品管理法按照西药的特点规定药品的保质期较短。而中药丸的蜜封、腊封、金箔封技术，可以实现药材长久保存。北京同仁堂等老字号甚至收藏着上百年仍有较好疗效的安宫牛黄丸。老人参、陈皮、艾绒等药材，中医更是要求越陈越好。这些中药独特的工艺并没有得到应有的尊重。如果仅仅把现行的知识产权制度机械套用在中药的保护上，是削足适履的做法，不但不能对中药起到切实有效的保护作用，而且会削弱中药的生存根基，导致中药的消亡。因此，要使国际公约相关规则为我所用，改进我国现行的知识产权制度，使中药在现代知识产权制度的壁垒中，赢得一席生存空间。

3.处理好中药国内法保护与国际公约保护的关系

中药知识产权保护处理国内法与国际公约关系的原则是，以国内立法保护为根基，推动国际公约吸收国内法规则，让我国掌握传统医药国际立法的话语权。郑成思先生曾指出：中国在自主知识产权的拥有和利用上，总体不占优势，主要是因为发明专利、驰名商标、软件与视听作品等版权主要掌握在少数发达国家手中。要增强我们的地位，必须提高现有知识产权制度仅仅给予弱保护而中国占优势的某些客体的保护水平。在保护今天各种智力创作与创造之“流”时，人们在相当长的时间里忽视了对它们的“源”的知识产权保护。因此要强化地理标志的保护，并把生物多样化（遗传基因资源）、传统知识纳入知识产权保护。（1）中医药保护要立足于国内立法。首先，由国内法确认权利主体。中华文明源远流长，经过漫长的岁月积淀，形成了除汉民族的中药之外，兼有少数民族的藏药、苗药、侗药、蒙药等传统医药，这些传统医药，均可以由特定族群、传统社区甚至由国家为代表行使主体权利。这些权利主体亟待由国内专门立法予以确认。其次，由国内法明确保障中药传统知识持有者的利益，防止中药资源的流失，平衡兼顾国家与个人的利益。最后，由国内法规定打击不法医药集团的海盗行为。在传统医药产品的行政审批程序中，均应加入《生物多样性公约》（CBD）有关传统知识财产权事先知情同意及惠益分享等具体规定。（2）用中国经验推动国际条约和公约的修订完善。首先，只有民族的，才是世界的。具有历经五千年辉煌历史积累的中药传统知识，中国应该当仁不让地成为利用国内法和国际公约捍卫传统医药的中流砥柱。其次，要深入研究并积极推动国际条约和国际公约修订完善，确立有利于保护传统医药优势国的国际规则。目前，利用专门法保护传统知识是多数发展中国家的共同愿望，理论上也得到部分发达国家认可，但仍须破除由于利益驱动，获得既得利益的发达国家所设置的重重障碍，实现对传统医药知识的保护。

二、中药品种权保护分述

中药品种权保护相关法律问题可分解为《关于〈中药品种保护条例〉的修改建议》《中药品种保护的司法实践》《中药专利授权确权情况研究报告》三个方面进行研究。

（一）关于《中药品种保护条例》的修改建议

1.落实《中医药法》及《生物多样性公约》等国际公约确定的原则

2017 年 7 月 1 日施行的《中医药法》第 43 条规定：医药传统知识持有人对其持有的中医药传统知识享有传承使用的权利，对他人获取、利用其持有的中医药传统知识享有知情同意和利益分享等权利。

国际公约中对中医药传统知识保护起重大作用的无疑是《生物多样性公约》（CBD），它是世界上唯一具有约束力的明确涉及传统知识的国际公约。2010 年 10 月，在日本名古屋召开《生物多样性公约》缔约方第十次大会，通过了《生物多样性公约名古屋议定书》。2014 年 10 月，该议定书正式生效。2016 年 9 月 6 日，我国正式成为该议定书缔约方，标志着中国已融入遗传资源“国家主权、事先知情同意和惠益分享”国际新规则。

目前，世界许多遗传资源提供国都根据公约原则在国内法落实了具体保护措施。印度 2002 年修改《专利法》，专利申请人必须在其说明书中公开涉及任何生物物质的来源和地理起源。2002 年制定《生物多样性法》，规定任何人要基于印度的生物资源或相关的传统知识得到的研究成果获得知识产权，必须获得生物多样性国家管理局的批准。秘鲁 2002 年制定《生物资源相关土著人集体知识保护制度》，规定集体知识获取的事先知情同意制度以及获取许可制度，规定基于集体知识研发出来的商品，抽出其不少于 10%的税前销售总额给予土著居民发展基金，用于帮助土著居民全面发展。巴西政府 2001 年发布了《巴西保护生物多样性和遗传资源暂行条例》，2015 年通过了《生物多样性保护法》，同时建立了国家惠益分享基金，并成立了遗传资源委员会，专门负责遗传资源及相关传统知识的管理。

通过对国际公约和国内外立法的研究，我们认为：鉴于有关传统知识和生物资源保护的国际公约保护政策能够促进我国传统医药的发展，在一定国际范围内有普适性，因此可以充分利用国际公约确立的原则，构建我国的传统医药保护体系。通过落实知情同意、惠益分享等原则，成立国家中药利益分享发展基金，使中医药传统知识持有人获取物质补偿，促进传统医药发展良性循环，达到多赢效果。

综上，我们的修改完善建议是：

（1）增加知情同意条款：任何国外企业、个人和组织如果基于我国的生物资源或相关的中医药传统知识得到的研究成果，申请药品生产许可或《中药保护品种证书》，必须由相关药品监督管理部门批准。

（2）增加利益分享条款：为了商业或工业应用等目的获取中医药传统知识时，应当签署许可协议，约定回报中医药传统知识持有人的合理条件。基于中医药传统知识研发的商品，应抽取不少于 10%的税前销售总额给予国家中药利益分享发展基金。

2. 明确中药品种权利主体

《生物多样性公约》规定：各国对其本国的遗传资源享有主权，并对其使用具有决定权。

我国政府于 1997 年签署，并于 2001 年经全国人大常委会批准的《经济、社会及文化权利国际公约》，把经济、社会和文化权利以法律形式加以确认，将其与公民权利和政治权利摆到同等地位，对自决权、发展权、资源权、文化权等集体人权概念的形成、发展和完善起到积极的推动作用。

1997 年，泰国在《传统泰医药知识产权保护法》中把“传统配方”区分为国家配方（公共卫生部有权宣布某种对人民健康非常重要的配方作为国家配方）、私人配方（私人配方的权利期限为所有人终身及死后 50 年）、普通配方（任何人可以不受限制自由使用的配方）进行管理。

通过对国际公约和国内外立法的研究，我们认为要有效保护中医药传统知识，首先要解决的是明确权利归属。中医药传统知识是长期集体创造的结晶，在中医药传统知识领域中，虽然可能无法准确确定某种传统知识的创造个体，但为该中医药传统知识的产生、发展出创造性智力贡献的国家、民族、社区是确定的，他们作为整体应当成为权利主体。体现现代人权理论的《经济、社会及文化权利国际公约》等早已使自决权、发展权、资源权、文化权等权利主体突破了个体的限制，集体人权的概念已经为国际社会所普遍认可。因此要根据不同权利主体在中医药传统知识中付出智力贡献的大小，确立国家、民族或社区对其持有的中医药传统知识所享有的主权和财产权，使国家、民族、社区、企业或个人均可以成为中医药传统知识传承、保护、获益、创新的权利主体。

知识产权是一种准物权，依物权法定主义，必须由法律明文创设。中药品种权从本质上是一种科技成果权，在司法实践中，不少企业依据科技成果权维护了自己的合法权益。《促进科技成果转化法》（2015 年修正）规定：科技成果是指通过科学研究与技术开发所产生的具有实用价值的成果。《中华人民共和国民法典》（下文简称《民法典》）规定知识产权可以是权利人依法就法律规定的其他客体享有的专有的权利。科技成果权作为促进科技成果转化法所规定的法定权利，应当属于《民法典》所规定的其他知识产权之列。目前，利用科技成果权保护是现行法律条件下中药品种权人可以采取的权宜之计。但要彻底解决困扰理论界和司法界的中药品种权法律性质之争，还是要通过立法解决权利主体问题。区别不同的情形加以规定：（1）如果中药保护品种证书的持有人使用的是古代经典名方，则属于使用国家配方，民事权利应当归国家所有，国家可以授权药品监督管理部门代行民事权利；（2）如果中药保护品种证书的持有人使用的是自己研发或持有的私有配方，则民事权利归研发人或持有人，其有权自主行使民事权利。

综上，我们的修改完善建议是，增加确认权利主体的条款：

凡列入《古代经典名方目录》《国家中药经典名方保护名录》《国家中药保密经典名方保护名录》的中药配方，均属于对人民健康有重要意义的国家配方，权利属于国家。国家可以授权相关药品监督管理部门代为行使权利。为商业目的对国家配方进行开发生产，应当经过相关药品监督管理部门许可。

由企业或个人开发、受让或者继承的私有配方，权利属于持有人。持有人可以许可他人使用私有配方进行研究，也可以出售、许可使用该配方开发生产药品，向药品监督管理部门申请《中药保护品种证书》。获得《中药保护品种证书》的私有配方，保护期满后转化为国家配方。

3.处理好条例与专利法的关系

条例第 2 条第 2 款规定：申请专利的中药品种，依照专利法的规定办理，不适用本条例。

现行专利授权评价标准主要基于西药可量化表征等特性而确立。中药因成分复杂、有效成分难以确定、作用机理不明确等特性，对现行的专利制度存在天然不兼容的情况。体现在：（1）专利是通过充分公开换取保护的

制度，《中华人民共和国专利法》（下文简称《专利法》）第 26 条和《专利审查指南》对专利技术方案的公开作出了严格的要求，专利申请文件的公开应当以所属技术领域的技术人员能够实现为准。而条例则对一些保护品种规定了严格的保密制度，对复方药、祖传秘方的配方组成、炮制方法等以商业秘密的形式进行保护。（2）专利授权标准是发明创造具备新颖性、创造性、实用性。而中医药文献的公开，很多中药产品无法满足新颖性要件；中药创新往往具有渐进性的特性，难以满足非显而易见要求，无法带来突出的实质性特点和显著的进步，难以满足创造性要件。（3）专利的审查标准不适宜中药申请。专利申请要求揭露药效成分和机理药理，这适合化学药物保护，但不适应天然药物的保护。中药很难在现有技术条件下检测到中药复方中具体有效成分，也很难精准描述药理机理。（4）中药专利维权困难。即使中药被授予专利，由于现有技术不能够检测出中药品种的确切有效成分，难以提供有力的数据支撑侵权证据，司法救济手段较弱。

正因为中药品种权保护制度与专利制度存在诸多不适应的情况，在中药品种保护条例要求中药生产企业必须选择其中一种保护方式的情况下，企业往往更青睐于中药品种权制度保护，而放弃专利制度保护。这种现象虽然保护了企业生产经营的权利，但不利于整个中药市场的发展。由于国内中药企的专利申请数量偏少，申请国际专利更少，导致国内药企缺乏国际竞争力。据世界卫生组织统计，目前国际中药市场年销售额达 160 亿美元，其中，日本占 80%，韩国占 10%，而中国仅占 5%左右。中药领域的专利合作协定（PCT）申请占国内中药申请总量不到 1%，绝大部分国内中药没有去申请国际专利，基本放弃了国际市场。而不少外国企业却在中药理论基础上注重国际专利的申请，如日本药企就加味逍遥散、当归芍药汤、芍药甘草汤、桂枝茯苓丸等药品在美国申请专利并被授权。意味着如果我国药企生产同样药品外销将可能面临专利侵权指控，将限制我国中药的出口和海外市场的开拓，给我国药企造成很大损失。

我们认为，中药品种权保护制度与专利制度可以形成互补，并行不悖，不是相互排斥的关系。针对专利制度在保护中药技术上的短板，中药品种权保护制度可从保护范围、保护阶段、中药质量改进等方面进行补足。而对于不属于中药品种保护范围的单方提取物、药品的新用途、中医药的炮制方法、栽培方法等改进技术则更需要通过专利制度进行保护。这种相得益彰的保护策略，才是对中医药全方位的有效保护。综上，我们的修改完善建议是，

修改条例第 2 条第 2 款为：中药品种需要申请专利的，依照专利法的规定办理。

4.加强中药数据保护

《中医药法》第 43 条规定：国家建立中医药传统知识保护数据库、保护名录和保护制度。

《药品管理法实施条例》第 35 条第 1 款规定：国家对获得生产或销售含有新型化学成分药品许可的生产者或者销售者提交的自行取得且未披露的试验数据和其他数据实施保护，任何人不得对该未披露的试验数据和其他数据进行不正当的商业使用。

《 TRIPS 协定》第 39 条第 3 款规定：当成员国以要求提交未披露过的试验数据或其他数据作为批准使用了新化学成分的药品或农用化工产品上市的条件时，如果该数据的原创活动包含了相当的努力，则该成员应保护该数据，以防止不正当的商业使用。同时，除非出于保护公众的需要，或除非已采取措施保障对该数据的保护、防止不正当的商业使用，成员均应保护该数据以防被泄露。

美国非常重视医药数据的保护，通过推动《 TRIPS 协定》第 39 条第 3 款，建立起全球范围内的药品试验数据保护制度。2010 年美国通过《生物制品价格竞争和创新法案》，给予生物创新药品 12 年的数据保护期。2015 年又通过推动《跨太平洋伙伴关系协定》（TPP），扩大药品数据保护范围，对生物药品数据进行特别保护。这是典型的通过签订自由贸易协定的方式，将其国内法复制输出到其他国家的做法。

我国在化学药品和生物药品研发方面与西方发达国家比还有不小差距，但在中医药传统知识数据方面则占有优势。我国中医药传统知识数据资源可以分为以下几类：（1）文献资料，主要指流传至今的各种中医、中药古籍。它们包含各种药物理论、方剂理论、疾病与诊疗理论，还包括各种与药用生物资源有关的辨别、栽培、养殖、加工、炮制等知识，以及若干传统方剂知识和传统诊疗技术等。（2）数据库信息。指通过电子化方式收集、编撰和整理的传统中医药知识。包括由中国中医科学院中医药信息研究所创办的“中国中医药在线”以及由国家财政资助的“国家人口与健康数据共享平台中医药学中心和药学中心”等。（3）口头传播知识。它是指以口头

形式在某个特定地区传播的、该地区居民普遍知晓且广泛使用的传统中医药知识。包括某些常见疾病的诊断治疗方法、中药材配伍禁忌等。

我们认为：尽快建立中医药传统知识数据库、保护名录，并且对中医药数据立法保护，才能落实《中医药法》确定的知情同意、利益共享原则，防止发达国家不当滥用、无偿利用我国中医药传统知识的行为。对此，不但要落实《中医药法》规定的《古代经典名方目录》，并且应当推而广之，建立起《国家中药经典名方保护名录》《国家中药保密经典名方保护名录》。凡列入上述目录和名录的中药品种试验数据或其他数据均受法律特别保护。

综上，我们的修改完善建议是：

（1）增加建立中医药传统知识保护名录条款：获批的中药保护品种（含一级保护品种和二级保护品种）均纳入《国家中药经典名方保护名录》《国家中药保密经典名方保护名录》，受法律保护。

（2）增加对中医药数据资源的保护条款：凡列入《古代经典名方目录》《国家中药经典名方保护名录》《国家中药保密经典名方保护名录》的中药品种试验数据或其他数据均受法律保护，他人不得为不正当的商业使用而以相同数据申请药品上市。除非为了保护公众需要，同时采取措施保护对该数据的保护，该数据不得被泄露。

5.完善中药品种评审制度

条例有关中药品种评审制度规定在第 9 条、第 10 条、第 11 条、第 17 条、第 18 条、第 19 条等条款中，内容为：对批准保护的中药品种以及保护期满的中药品种，由国务院药品监督管理部门在指定的专业报刊上予以公告。被批准保护的中药品种，在保护期内限于由获得《中药保护品种证书》的企业生产。

目前，中药品种的评审制度在两个方面存在争议。一是对于只授权部分药企生产中药品种是否公平。已获得《中药保护品种证书》企业认为，目前的中药品种评审标准不够客观合理，同品种保护门槛偏低，导致获得证书的药企过多，独占权不充分，影响了中药品种权的保护力度。被剥夺中药品种生产资格企业则认为，中药品种是传统医药不断发展传承的结晶，已公开的中药品种的经典名方是属于公众共有的医药资源，对于这部分中药保护品种，并没有绝对的排他性权利。目前的中药品种制度剥夺其他企业生产该品

种的正当权利，造成社会公众利益与企业私人利益之间的不平衡。对此我们认为，要采取有效措施平衡获得中药品种保护的药企与社会公共利益之间以及不同药企之间的利益冲突。建议：（1）建立《国家经典名方保护名录》，对保护期满的中药品种继续提供保护。在医疗费用巨额开支和回归自然潮流的压力下，各国政府开始逐渐认识到传统医药在医疗卫生保健领域的重要作用和地位。条例仅规定保护期满的中药品种应当予以公告，但未规定对这些中药品种的继续生产行为如何监管。超过保护期限的中药品种经过多年的临床应用，无疑都是对公众生命健康具有很高价值的中药品种，理应继续加以保护。对于境外药企申请使用上述中药品种的，也可以授权。境外药企获批后，应当依法向国家中药利益分享发展基金交纳使用费。（2）合理确定中药品种保护期限，给予类似商标权的延续保护制度。国家可以给予中药保护品种为期 10 年的中药品种保护期。同时借鉴商标法到期续展制度，对于国家经典名方的授权生产期限以 10 年为期，到期可以申请续期，续期次数不受限制。（3）建立合理的药企退出机制。条例规定了中药品种的保护期限，但没有对药企的义务作相应的规定，市场监督和质量激励机制不够完善。为了鼓励企业在原有基础上，不断追求工艺、质量、疗效等方面的技术进步，提升中药品种的可靠性，可以规定对于质量退步的企业，限制其在中药品种保护期届满后继续申请品种保护的权利。

二是对于中药品种评审标准和程序的问题。由于长期用管理西药的方法管理中药，我国对中药经典名方的保护举步维艰。中药新产品研究开发与评审通过难度大，中药品种注册申报及新产品上市数量逐年下降，中药经典名方品种研发审批相关政策推进缓慢，中药评审标准特别是中医临床疗效评价方法及标准体系不合理等痛点、难点问题，导致国内药企对新药研发的积极性低，中药新药研发活力不足。对此我们建议：（1）建立中药新药研发评审联动工作机制。建议由科技部、国家卫生健康委员会、国家药品监督管理局、国家中医药管理局等部门联合建立针对中药新药研发和审批的“产、学、研、用”联动机制，加强政策、资金、项目的协同配套和支持力度，促进中药产业健康发展。（2）积极探索创建独立的中药新药评审技术体系与标准。具体做法：一是科学建立中药质量评价体系，摒弃工艺过度精制、强调单一成分质量控制等方面技术导向；二是科学建立中医临床疗效评价体系，基于中药的特色优势所在挖掘其临床价值，特别是在中药的疗效评价方面应偏重整体疗效、症状改善、延缓疾病进程、综合提高患者生活水平

等方面，建立适合中药评价的专属标准。（3）加快中药经典名方的评审工作。尽快制定落实有关经典名方品种审评报批的政策措施，如药材可持续化使用、经典名方方剂溯源技术标准、企业申报资料技术评价方法及体系等，应以经典名方的落地进程作为阶段性目标，打破当前新药难产的局面。（4）科学引导和鼓励“院内制剂”中药新品种开发。对于源于临床经典名方及临床应用实践，经临床应用多年、疗效确切、安全性良好的中药院内制剂，应出台鼓励政策，开辟特别通道，减免有关审批，尽快实现由院内制剂向准字号中成药的转化。（5）促使国家基本药物目录向国家经典名方中药品种倾斜。国家基本药物目录已全部纳入医保目录，用于保障最基层医疗卫生机构的日常用药。中药简便廉验的特色对于保障基层看病具有极大的优势，要根据防治必需、安全有效、价格合理、使用方便等遴选原则，将更多的中药品种列入国家基本药物目录，造福基层群众。（6）在国际上掌握制定中药品种质量标准的话语权。为了扩大中药的国际影响力，要将保护国内中药品种转变为保护在中国境内上市的中药品种，允许国外药企研发的中成药在国内申请中药品种权保护。要通过国际条约和双方协定、多边协定等形式，推动中药品种质量标准的输出，掌握中药品种质量标准的话语权和最终决定权。

综上，我们的修改完善建议是：

（1）增加对中药品种保护期满后的保护条款：对于保护期满的中药品种，具有药品生产资格的企业可以依法向药品监督管理部门提出申请，经审核药品质量达到标准的，可颁发《国家经典名方中药保护品种证书》。境外企业可以按上述程序申请，但境外企业获批后，应当依法向国家中药利益分享发展基金交纳使用费。

（2）增加修改中药品种期限的条款：《国家经典名方中药保护品种证书》的授权生产期限为 10 年，到期可以申请续期，续期次数不受限制。

（3）明确对中药经典名方的评价标准：企业根据列入《古代经典名方目录》《国家中药经典名方保护名录》等中药配方研制中药复方制剂，可以仅提供非临床安全性研究资料，主要以临床疗效、症状改善、疾病延缓、提高患者生活水平等作为评价标准，经审核达到药品质量标准的，颁发《国家经典名方中药保护品种证书》。

6.关于经典名方的保护

《中医药法》第 30 条规定：生产符合国家规定条件的来源于古代经典名方的中药复方制剂，在申请药品批准文号时，可以仅提供非临床安全性研究资料。前款所称古代经典名方，是指至今仍广泛应用、疗效确切、具有明显特色与优势的古代中医典籍所记载的方剂。

对于古代经典名方的利用，日、韩等国家的保护经验值得借鉴。日本针对汉方药的特点，制定《关于如何对待医疗用汉方制剂的问题》《汉方制剂的生产管理和质量管理的自定标准（草案）》等规章，有效地提高了日本汉方制剂的管理水平。1976 年厚生省正式把汉方药列入健康保险，并把主要的 210 个有效方剂及 140 种生物药列为医疗用药在全国通行。日本已建立了 10 多所汉方医学专业研究机构。全国 44 所药科大学或医科大学的药学部都建立了专门的中药研究部门。现有汉方制剂厂达到 700 多家。日本仅通过对中医药传统经方《金匮要略》中 200 多个方剂只字不改地开发利用，成为日本医药出口创汇的支柱产业。汉方制剂产值由 1976 年的 95 亿日元增至 2009 年的 1384 亿日元。韩国强调对传统药物进行规范化和标准化的管理，所颁布的《韩国药典》和《天然药物标准》明确了 589 种传统药物的标准化规定。韩国卫生保健部规定了《本草纲目》等 11 种古典医书中的处方不需要作临床等各种试验，就可直接由药厂生产。韩国共有 56 个成方制剂、68 个单方制剂作为药品进入健康保险。到 20 世纪 80 年代末，韩国已建立传统医药厂 80 个。由韩国国会 2003 年通过的《发展韩医药法案》，强调了国家促进韩医药技术的科学化和信息化的职责，体现了韩国对发展传统医药的重视程度。

我们认为：中药古代经典名方是中华民族长期集体创造的结晶，权利属于中华民族。任何主体均可以在古代经典名方基础上创新研制新的中药配方，新的中药配方的中药品种权由开发人或持有人享有。不同主体针对同一古代经典名方研制出相同的中药品种，可以参照著作权法的做法，对各自具有独创性的中药品种享有权利。为了防止盗窃、抄袭等不正当行为，应遵循不披露、不受理、不批准原则，要求各申请企业提供完整的研发资料，证明是独立完成的研发成果。对于现代中药经典名方的处理，也可以遵循上述做法。

综上，我们的修改完善建议是，借鉴著作权法独创性原则确立中药品种权主体：

不同中药生产企业针对同一国家经典名方生产符合国家规定条件的相同或相近的中药复方制剂，均可获得中药保护品种证书，但提出申请的中药生产企业均应当提供完整的研发数据资料。

7.关于中药秘方的保护

条例第 13 条规定：中药一级保护品种的处方组成、工艺制法，在保护期限内由获得《中药保护品种证书》的生产企业和有关的药品监督部门及有关单位和个人负责保密，不得公开。负有保密责任的有关部门、单位应当按照国家有关规定，建立必要的保密制度。第 14 条规定：向国外转让中药一级保护品种的处方组成、工艺制法的，应当按照国家有关保密的规定办理。《专利法》第 4 条规定：申请专利的发明创造涉及国家安全或者重大利益需要保密的，按照国家有关规定办理。

国际上，许多发展中国家为了保护传统医药知识，阻击生物盗版行为，设立传统知识登记制度，分为两种：（1）开放式的登记，即可以与第三方共享的登记，主要是为了防止前述生物盗版事件中错误专利授权的发生，如印度和哥斯达黎加的做法。（2）不开放的登记，是秘密式的，即不能与第三方共享的登记，实行秘密数据库管理，以商业秘密的方式保护传统知识持有人提交的知识，如厄瓜多尔即采用这种登记。通过登记，国家可以对本国的传统知识情况进行了解，为今后保护、发展传统知识打下基础。

在国家中医药管理局对 120 家中成药重点企业及其 401 个重要中成药品种的调查中，企业 61.80%的中成药品种采取了技术秘密措施。自条例实施至今，有很多中药生产企业的中药品种获得一级中药保护品种证书，其中：（1）国家绝密级配方，保密期限为永久，目前只有云南白药和片仔癀两个。（2）国家级保密配方，保密期限为长期，目前仅有五个：北京同仁堂的安宫牛黄丸、广州奇星药业的华佗再造丸、杭州雷允上的六神丸、上海和黄药业的麝香保心丸、山西广誉远国药的龟龄集。

由此可见，利用商业秘密的形式保护中药品种，在我国不但有法律依据，而且已经在实践中广泛应用。很多中药配方和生产工艺以祖传秘方形式代代相传、秘不外宣。商业秘密保护最大的优点就是没有时间限制，只要保密

措施可靠，可以无限期地得到保护。从传统中医药的特点看，由于中药生产工艺复杂、复方配方成分复杂难辨，很难通过反向工程从产品倒推出中药的配方和生产工艺。因此在中药领域，商业秘密是保护中医药传统知识很有效的一种方式，也起到了积极作用。

但是，根据保密制度保护的中药品种面临的问题是：（1）中药品种保护期满后是否需要公开，是否可以继续以保密配方形式提供保护不明确。（2）中药产品一旦进入国外，就会面对各国药品审核过程中要求公开配方的规定，限制了中药产业的国际化进程。对此，我们的应对方案是：第一，建立国家保密经典名方制度，对关系国计民生的中药秘方提供长久保护。国家采取保密措施的中药秘方，一般是由于药材极为稀缺，加工工艺精细，一旦公开药品配方和工艺方法，必然导致药品泛滥，质量鱼龙混杂。因此，由国家建立国家中药保密经典名方保护名录，对其提供妥善长久保护是大势所趋。第二，利用保密专利的规定保护中药秘方。对于部分中药品种，可以通过申请保密专利的方式，不公开原料处方、制备方法等内容，或者保留涉及核心技术的参数、分量、比例等内容，以保护企业核心技术。第三，通过推进国际条约以及双边和多边协议的方式，让各国接受中药保密经典名方的中国标准。首先，中药秘方首要任务是保护我国公众的生命健康，不能为了打开国际市场，片面追求经济利益，就公开中药保密配方，中国人世代相传的无价瑰宝不能轻易拱手让人。其次，好药无国界，中药秘方不仅能在国内畅销，同样可以受到国际市场青睐。我国中药秘方保护要坚守自己的底线。最后，中国要掌控中药秘方国际质量标准的话语权。国际标准化组织成立后，中医针灸等多项中医项目已经纳入其中。但我国目前大多数的中医药标准仍然只是国家标准和行业标准，难以上升至国际标准。中医药要进入国际市场，中医药国际质量标准的确立是基础。国家应积极推动国际间合作，通过国家间双方协定、多边协定让各国接受中药质量的中国标准，积极推进国际条约有关中药国际质量标准的制定，使我国药企参与国际市场竞争时，可以依靠法律武器维护自身的正当权益。

综上，我们的修改完善建议是，增加保护国家中药保密经典名方制度条款：

凡纳入《国家中药保密经典名方保护名录》的中药品种，由生产企业和有关的药品监督部门及有关单位和个人负保密义务，不得公开。

8.增加民事责任的规定

条例第 23 条规定：擅自仿制中药保护品种的，伪造《中药保护品种证书》及有关证明文件进行生产、销售的，由人民政府负责药品监督管理的部门进行行政处罚，甚至依法追究刑事责任。但是并未规定民事责任。原因是：（1）《中药品种保护条例》属于行政法规，带有一定的公权力性质，药品生产者往往并不是中药品种的研发者，而是根据行政授权生产药品，获得与知识产权法律保护制度垄断权类似的市场垄断生产经营期，不存在独占性的私权所带来的利益，因此针对其他未获得授权的生产者的生产行为，仅可以要求行政机关予以处罚，而不能要求其承担民事责任。（2）目前中药品种权利归属尚不明确，行政授权并未赋予企业市场独占权和排他的权利，因此不具备知识产权民事权利的专有性和财产性。

对此我们认为：规定中药保护品种生产企业在侵权行为发生后，既可以通过药品监督管理部门行政执法，对违法企业进行查处；也可以向法院进行民事侵权诉讼方式，由侵权人赔偿其侵权行为带来的损害后果，是符合赋予司法终局裁决权的法律制度设计，能够最大限度地减少品种权人的损失。没有民事救济，就没有民事权利。当然，要增加对中药品种权利的民事司法保护程序，加强对中药品种民事权利的保护，前提是法律要明确中药品种权的权利主体。

综上，我们的修改完善建议是，增加民事责任的规定，区分不同权利主体提出民事诉讼的做法：

行为人因过错侵害他人中药品种权，应当承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。

中药品种权属于国家经典名方的，由药品监督管理部门代为提起民事诉讼，赔偿损失纳入国家中药利益分享发展基金。中药品种权属于私有配方的，由企业或个人提起民事诉讼。私有配方由多个权利主体持有的，按共同共有处理。

（二）中药品种保护的司法实践

近年来，人民法院通过司法审判实践，探索形成了与中药品种权保护制度相配套的中药品种综合保护法律体系。

1.中药品种权诉讼溯源

条例对于中药品种保护具有其独特的、不可替代的作用。通过国家中药品种保护审评委员会审评的中药品种才享有市场准入资格，同时企业通常可就中药品种名称享有垄断的使用权，这是其依据保护条例取得的独特经营优势。故对于企业来说易于混淆其性质而将之与民法权利等同。“抗癌平”案是当事人直接主张中药品种专属权的早期案件，涉及中药品种保护是否具有排他权。原告在该案中主张：其依据 2002 年 4 月获得的中药保护品种证书取得“中药保护专属权”，是一种类似专利权的新型知识产权，被告未获得同品种中药保护品种证书之前生产销售“抗癌平丸”构成不正当竞争。一审法院确认原告享有中药品种保护专属权，其权利具有绝对排他性，认定被告行为构成对原告中药品种保护权的侵害。二审法院则认为：保护条例制定主要目的是为了控制中药生产低水平重复，是中药生产的市场准入制度而非创设知识产权制度。当事人为生产、销售中药品种药物发生纠纷不属于民事纠纷，原告依照条例主张其享有民事权利的理由不能成立，主张被告未取得中药保护品种证书生产“抗癌平丸”构成不正当竞争亦无法律依据，改判驳回原告的起诉。此后之后少见类似中药品种权主张，盖因所谓独占权包含四要素，即权利人可以自己行使权利、禁止他人未经自己允许行使权利、许可他人行使权利、转让自己的权利，中药品种对于后三个要素均不具备，其保护不具有独占性。知识产权属于准物权，依物权法定主义，不能由当事人自由创设。经由此案，中药品种权保护制度无关新类型知识产权创设，而是主要涉及中药品种市场准入的观念形成共识。

中药品种权在民法适用上存在如下问题：一是权利请求权基础不明确，过去未见于民法通则、总则规定，现在亦未见于民法典规定；二是中药品种保护的经营主体与技术方案的开发者之间存在脱节；三是其技术方案来源可能来自传统经验方、来自经营者自己或其他自然人的研发甚或来自对在先研发者的仿制，性质上可能构成专利或商业秘密，也有可能已被公开；四是效力上，所谓权利人在大多数情况下并不具有独占性的财产权，除非其技术方案处于保密状态；五是权利救济不明确，某些情况下权利人可以要求侵权方停止侵权并赔偿经济损失，某些情况下则只能转而寻求行政救济。上述问题的出现，系因在行政法律关系中，中药品种依据保护条例可以受到分级行政保护，对于可能的侵权行为，可以请求行政机关对泄密者或擅自仿制者

进行行政处罚，借此保有其市场经营地位。而在民法体系中，中药品种权既非物权、准物权，又非债权，在民法体系中均无明文规定，需要辨析其目的而完成民法权利的转换。直接依据保护条例提起民事诉讼，自然难以得到支持。

2.科技成果权的实践

民法通则规定的“科技成果权”是与专利权、商标专用权等并列的补充性的知识产权种类，依据 1995 年施行的《科学技术成果鉴定办法》、2013 年施行的《中医药科技成果登记办法》等配套规定，可分为基础理论研究成果、软科学研究成果和应用技术成果，在适用上具有确权便捷的优势。其成立不依赖于登记程序，但依照保护条例规定完成对中药品种分级注册的审查程序即可作为确权的依据，这使得科技成果权的保护形式逐渐成为主流。

在“天麻首乌片”案中，原告以被告侵害技术成果权为由提起诉讼。原告的中成药“天麻首乌片”于 1982 年研制成功并经湖南省卫生厅、湖南省医药总公司组织鉴定确认为国内首创，经申请保密，《药品标准》《中国药典》2000 版、2005 版均未公布其详细处方及工艺，而被告的处方和工艺与其相同。一审法院认为，原告在研发“天麻首乌片”后虽未申请发明专利，但通过有关部门对该技术成果一直采取保密措施，该技术成果属于保密的“非专利技术成果”；被告自 1989 年开始生产天麻首乌片，至今侵权行为一直处于持续状态，本案没有超过诉讼时效；该药品属技术秘密，具有独占性和排他性。一审法院支持了原告要求判令被告停止侵权和赔偿损失的请求，但将原告的权利基础以技术秘密、非专利成果混称，显然对其权利属性不甚了然。二审法院在维持一审判赔的同时，确认原告享有的是“天麻首乌片”的科技成果权。该案后经最高人民法院再审维持。最高院在该案件中确认，对于经保密的中药品种处方及生产工艺所组成的技术内容为科技成果，原告可就该科技成果享有排他性的专属财产权。

在“软坚散案”中，原告系药方贡献人，该药方于 1984 年经四川省高教局、四川省卫生厅技术鉴定会确认为中成药科研成果，并成为四川省地方标准，而其处方、制法等信息载于 1993 年公开出版的《四川省药品标准》。因被告销售相关中药药剂、在《运动创伤学》《中国骨伤科学》等出版物中登载处方未表明原告身份，原告遂提起发明权纠纷诉讼。一、二审法院均认

定四川省骨科医院构成侵权，应承担停止侵害、赔偿损失及合理费用的法律责任。本案与前述天麻首乌片案的区别在于，前案的权利人就其科技成果权享有独占的财产权，在权利归属上无争议，法院判决亦未限定该财产权的取得必须履行注册程序；而本案一审判决认为，原告就涉案科技成果未采取知识产权法律规定的专利、商标、著作权、商业秘密的权利取得方式，故仅认就科技成果享有精神权利。与前案的法律认知有所区别。究其原因，在于民法通则将科技成果权作为包含著作权（版权）、专利权、商标专用权、发现权、发明权等在内的对应“应保护的知识产权”的整体概念。由于科技成果是对于知识、技术的社会意义的历史性评价，其本身不能准确描述权利的性质和内容，亦不能显示权利所处的法律状态。且对于法律体系来说，其他知识产权均具有准物权性质，而“其他科技成果权”的权利内容不明确，大多数情况下其客体可通过其他有名知识产权保护，如前述天麻首乌片案主张商业秘密保护，可实现与科技成果权相同的维权效果，且存在采取措施恢复秘密性而维持商业秘密权利存在的更优解。

但是，不应由本案得出科技成果权均须符合特定知识产权法律所规定的条件的结论，不应把科技成果权与专利、商标等混同对待。最高人民法院在陈水娣等与柏桐堂（福建）生物药业有限公司、福建太平洋制药有限公司其他科技成果权纠纷一案中，再度确定了药物配方智力成果及药品安全性、有效性和质量可控性有关的临床研究和生产该药品相对应的药品生产技术整体构成了科技成果。

3.科技成果权的保护优势

科技成果权实践优势集中体现于“抗病毒颗粒”案。原告作为被告公司的主研人员，完成了采用全新配方，且在提取、浓缩制粒、干燥、质量控制方法、临床应用方面均具有创新的抗病毒颗粒的研制工作。该中药品种于 2001 年 9 月 18 日取得国家药品监督管理局核发的抗病毒颗粒新药证书及生产批件，于 2011 年获得了四川省科学技术成果登记证，原告获得四川省科学技术成果完成者证书。被告自 2011 年“抗病毒颗粒”投产以来，三年新增产值 487366.88 万元，三年新增利润（纯利润）10050.58 万元。原告仅累计获奖励 29200 元，其遂对被告提起职务技术成果完成人奖励、报酬诉讼，请求判令支付科技成果奖励（提成时间为 2011 年至 2013 年）633 万余

元。一审法院依据科技成果登记，在没有反证的情况下确认涉案“抗病毒颗粒”属于科技成果，判令被告支付职务技术成果完成人奖励 20 万元。二审法院改判支付 40 万元，后经最高人民法院指令再审又改判支付 175.89 万元。

综合来看，科技成果权对于中药品种权利保护优势凸显。首先，依据科技成果权提出权利主张，不受该中药品种技术内容是否具备其他知识产权构成要件的限制，即使单位怠于申请专利或采取技术保密措施，研发该职务科技成果的科技人员仍得以保留获酬权和人身权，这是其他知识产权所无法实现的。其次，肯定了中药品种进行地方科技成果登记的公示效力，在没有相反证据的情况下据此确认科技成果权，减轻了权利人的举证负担，较专利发明人而言更易得到保护。再次，中药品种所涉科技成果经国务院药品监督管理部门列入国家药品标准，或跻身省级药品标准并经国家中药品种保护审评委员会审评，其配方、工艺已经过先验审查，在申请的过程中其新颖性、创造性即经确认。最后，在奖酬比例上，《促进科技成果转化法》第 45 条第 1 款规定职务科技成果奖励比例为“实施转化成功投产后连续三至五年，每年从实施该项科技成果的营业利润中提取不低于百分之五”，考虑到经营垄断期前期利润较高的因素，其获酬比例与发明专利大致相当而高于实用新型专利，实现对于科技成果贡献者的有效激励。

4. 民法典颁布后的体系衔接

前述 1987 年民法通则对于“其他科技成果权”的规定是司法机关过去保护中药品种技术方案的主要法律依据，后民法总则、民法典均不再保留对“其他科技成果权”的表述，且 2021 年 1 月 1 日民法典施行后民法通则即废止，似乎中药品种的科技成果权已失去依托，但事实并非如此，其保护路径仍然是贯通的。《民法典》第 123 条对法律规定的其他客体作为知识产权进行了兜底规定。现行有效的《促进科技成果转化法》规定：科技成果是指通过科学研究与技术开发所产生的具有实用价值的成果。据此，中药品种科技成果仍属民法典所规定的“其他知识产权”。在满足法定构成要件的情况下，当事人可以选择适用专利、商业秘密等权利基础；在不能诉诸知识产权有名权利的情况下，则主张科技成果权。国家创新战略的发展推动了知识产权领域的快速发展。2020 年 5 月 9 日，科技部等九部委根据《科学技术

进步法》《促进科技成果转化法》《专利法》相关规定，联合制订下发《赋予科研人员职务科技成果所有权或长期使用权试点实施方案》。该方案重点提出了科技成果权的产权改革，国家设立的高等院校、科研机构科研人员完成的职务科技成果所有权属于单位，成果完成人（团队）可与试点单位成为共同权利人；成果类型包括专利权、计算机软件著作权、集成电路布图设计专有权、植物新品种权，以及生物医药新品种和技术秘密等。科技成果权作为有名知识产权的补充，在知识产权体制设计和司法实践中仍将保有一席之地。总体来说，经由司法实践统一权利属性的认识及其转换标准，权利人以保护条例为依据完成中药品种研发和审批，并以科技成果权的形式，依据《促进科技成果转化法》《民法典》在侵权诉讼中寻求民事救济，可以获得较理想的体系保护。

（三）中药专利授权确权情况研究报告

重视中药品种权保护制度的同时，要在《专利法》的框架下合理规范和科学衡量中药专利申请的审查原则及复审无效后的司法审查。

1.中药专利申请和授权情况

（1）申请主体

中药专利的申请主体主要有中医药大专院校、中医药科研院所、上市企业。中国中药专利授权率最高的创新主体为大专院校，其十年授权率为35.30%，累积授权率峰值为36.26%。在66家中药上市企业中，中新药业近五年的申请量超过天士力排名第一，中药二次开发的代表康缘药业的申请量与天士力接近。上市企业在“涉及单体的提取物”的专利申请中有很高的授权率。

（2）国外来华申请情况

国外来华申请中排在前三位的国家是韩国、美国、日本。申请人来自美国的中药专利申请中，中药材组合物、提取物组合物专利申请数量最多，中药单体组合物专利申请量相对较少。

（3）境外申请中药专利的情况

涉及中药组合物的专利申请量占比约 72%，涉及中药提取物的专利申请量约为 28%。涉及药物剂型的专利申请总体占比较小。

初步调研发现，在美国中药的专利申请不要求说明书中记载的具体实施方式全面反映产品权利要求的全部技术方案。此外，台湾地区申请中药专利时，强调说明书必须记载中药用途的有效量及使用方法，说明书充分公开的规定中允许以中医指标证明中药发明的疗效。台湾地区对中草药进行有针对性的研究后，曾在 2013 年发布了中草药发明专利的审查基准，其高度重视中草药发明所含有效成分大多不明确，不宜分离纯化具有特定结构的单一活性物质的特性，且针对西药与中草药的理论有所差别。

（4）中药专利的主要研究对象及数量

恶性肿瘤、心脑血管疾病、慢性呼吸疾病、免疫性疾病、代谢性疾病、病毒性疾病、重大传染性疾病、老年性疾病、精神心理与心身疾病等是中药专利申请的主要研究对象。

消化系统疾病是中药最常用的治疗病症，皮肤病治疗也是中药外用的优势成果。在专利数量排名前十的治疗用途申请数量上，涉及皮肤与代谢疾病的专利申请数量具有绝对的优势，其中代谢性疾病为优势治疗用途。
近十年中药专利申请的授权率为 22%。专利授权量比较平稳保持在 4500 件左右，2016 年的授权量曾有所降低。

2. 中药专利申请涉及的类型

中药专利涉及中药组合物（多味药）和中药提取物（单味药）。其中第一类中药组合物类别分为涉及化药的组合物、提取物的组合物以及原料药的组合物；第二类中药提取物类别分为涉及单体的提取物以及常规提取物。按照技术分类，包括中药炮制、药物剂型、治疗用途、创新分离方法、创新提取方法、质量控制等。按照药物剂型分类，包括创新剂型和传统剂型，在创新剂型中有滴丸、脂质体、纳米制剂等新型剂型。按照治疗用途分类，包括优势治疗用途和传统治疗用途。

涉及中药专利申请的权利要求包括产品权利要求和方法权利要求。产品权利要求包括：中草药组成物；中草药提取物；中草药剂型；含有中草药的饮食品、化妆品；含有中草药的药用材料，如一种含有中草药的蛀牙填补剂；含有中草药之医疗器材或装置。方法权利要求包括：制备方法、提取方法、炮制方法、剂型的制备方法；含有中草药的饮食品、化妆品的制备方法、含有中草药的药用材料的制备方法；含有中草药的医疗器材或装置的制备方法；中草药的质量监控方法。用途权利要求又分为：中草药之医疗用途；中草药之非医疗用途。

3.司法审判中发现中药专利申请存在的问题

（1）从中药专利复审无效的条款分析，多集中在新颖性、创造性条款，由于前期审查政策对《专利法》第 33 条审查趋严，亦有不少涉及修改超范围的案件

司法判例中，新颖性审查严格遵照“现有技术”的认定标准。存在部分中药专利申请或专利权因《国家中成药标准汇编》（下文简称汇编）的出版发行导致请求保护的中药专利技术方案丧失新颖性的典型案件。如“康力欣胶囊”案，法院认定汇编构成本专利的现有技术，所涉专利权利要求 4 的保护范围中包含了汇编中已公开的康力欣胶囊，不具备新颖性，从而维持无效宣告请求审查决定。

尤其需要关注上述汇编导致一批中药专利技术方案被公开的事实。汇编一书系国家药品监督管理局对各省、自治区、直辖市等地方中药标准清理整顿而成，国家药品监督管理局虽然曾于 2012 年在其《政府信息公开告知书》中记载：“汇编是我局为方便工作而制作的内部资料，未公开发行，所收载内容为中成药国家药品（试行）标准颁布件。根据《中华人民共和国政府信息公开条例》的有关规定，公众可以通过依申请公开政府信息的方式获取汇编中依法可以公开的相关信息，对于其中可能涉及商业秘密的信息，如处方、制法等，我局将按规定办理。”但该汇编一书却被国家药典委员会对外出售，并在药典委员会公众阅览室上架供公众查阅。根据医药卫生主管部门的相关文件（卫药发〔1993〕第 21 号《关于中药新药保密品种审批事项的补充通知》），对于保密的药品质量标准，其右上方均注明“保密”二字，质量标准公布时，不予公布有关保密内容。但汇编一书中所有药品质量标准

均没有“保密”二字。在国家知识产权局文献部图书馆就收藏有该汇编。由于社会公众能从国家知识产权局公开查询机构取得上述汇编，且没有证据证明汇编是在特定范围内发行，并要求保密的出版物，因此，行政机关公开发行汇编的行为导致相当一部分中药专利的技术方案构成了专利法意义上的公开，从而被宣告丧失新颖性。该行为暴露出有关行政机关对专利法基本知识的匮乏。

司法判例中，修改超范围的审查是按照“直接毫无异议确定”的标准判断，即争议技术特征是否在原申请文件中记载，是否超出了原说明书和权利要求书的范围。如“熊胆缓释胶囊案”，法院认定新增的技术特征不能由原申请文件直接地毫无疑义地确定，所述修改超出了原说明书和权利要求书记载的范围。

司法审查中也存在考虑古方与本领域的技术特点，纠正专利行政机关机械认定中药技术特征的案件。如在一种既可外用又可内服的矿物类中药的案件中，涉及中药三仙丹和红升丹的用量，司法审查中充分考虑了中药在旧制中“一两=十钱”，在依据旧制进行换算时，旧制的一两应换算为 30g，旧制的“一钱”等于“3g”。最终认定申请文件的修改超出原始说明书和权利要求书记载的范围的被诉行政决定在认定事实和适用法律均有错误。

（2）中药专利的司法审查对于“突出的实质性特点”和“显著的进步”的三步法判断中，焦点多集中在技术问题的确定以及技术启示的确定

在“治疗口腔炎症的中药制剂及其制备方法”案件中，涉及中药专利常见的替换方，涉案专利与现有技术的区别特征为山银花替代金银花。法院基于专利技术方案公开的内容以及现有技术，认定发明要解决的技术问题是金银花替换成山银花以取得更好的治疗效果。对于是否有技术启示，基于山银花和金银花的性味、归经、功能主治相同，并且山银花用于痈肿疗疮治疗的主治功效与现有技术用于治疗口腔炎症的用途也非常相似，认为专利中的山银花替换现有技术的金银花是显而易见的。

在“治疗糖尿病组合物”案件中，在判断发明要解决的技术问题时，按照客观确定的技术问题进行判断，同时考虑到现有技术的具体技术方案，认定专利申请不具备创造性，司法审查思路与被诉决定的认定一致。
剂型的改变是否带来创造性是常见的争议点。如“治疗乳腺增生药物”案

件中，司法审查以制备颗粒剂时省去了减压干燥步骤，对药物活性成分的影响以及本领域技术人员对药物的整体有效率的合理预期出发进行审查认定。对于意料不到的技术效果，按照技术启示与技术效果此消彼长的比例关系进行综合判断。

（3）司法审查是否具备创造性时，对于中药特点给予充分重视

在“抗毒熏药”的驳回复审案件中，本领域技术人员在对比文件 1 及公知常识的教导下无须付出创造性劳动就能获得本申请权利要求 1 的技术方案。在“熊胆缓释胶囊案”中，熊胆缓释胶囊的具体制备工艺已被现有技术所披露，专利申请权利要求 1 中的原料活性成分、缓释片的药理降血脂、治疗高血脂、质量控制等不能体现其产品的结构或组成上的变化，而片剂的质量源于原料与工艺，在原料相同、制备缓释颗粒工艺相同的情况下，仅仅是将现有技术装入胶囊的缓释颗粒制备为缓释片，其对于本领域技术人员而言是显而易见的，不具有创造性。

在“丹杞颗粒在制备降低血糖药物中的应用”专利纠纷案件中，法院认为对于本申请中的丹杞颗粒，其属于中药复方产品，由 11 种原料药组成。现有技术的药物用于治疗骨质疏松症，与糖尿病的治疗不相关，本领域技术人员不会存在将其用于治疗糖尿病的基础药方的动机。中药复方产品中各味原料药之间的配合和筛选需要考虑君臣佐使，复方产品的效果并非各组方之间的简单加和，而现有技术中具有降血糖效果的中药原料种类甚多，组合方式更是数不胜数，从中筛选出适合用于治疗糖尿病的复方产品的过程显然包含了创造性的劳动。且本申请说明书具体实施方式部分显示，丹杞颗粒具有明显的降低血糖的作用，且效果均明显优于本领域常用的降血糖药物盐酸二甲双胍片，解决了发明的技术问题，达到了相应的技术效果。基于此，在对比文件的基础上结合本领域的公知常识得到本申请权利要求 1 请求保护的技术方案对本领域技术人员而言并非显而易见，且本申请获得了有益的技术效果，因此，本申请权利要求 1 具有突出的实质性特点和显著的进步，具备创造性的规定。

（4）从司法案例分析，中药专利的授权确权的司法审查与行政程序的审查原则以及基准基本一致，但从案件的社会效果和法律效果看，亦有值得研究的问题

大的问题在于，授权后的修改受限制，没有美国的再颁制度（reissue）或者日本的订正审判制度（correction trial），导致一些中药专利撰写中出现的错误无法得到弥补。小问题在于专利申请人的撰写经验缺乏，如发明贡献在于提取物的制药用途，但撰写方式导致实际上授权获得的保护范围是以制备方法限定的制药用途，其保护范围被大大地限制。“白芝中药组合物及其制备方法”发明专利驳回复审纠纷案，存在未记载争议的技术特征。法院认为，在专利授权程序中，应当以涉案申请的权利要求为基础确定该申请请求保护技术方案的保护范围，在创造性的判断过程中，通常不考虑未记载于权利要求中的技术特征。在“一种治疗烧烫伤的中药配方”的专利驳回复审案件中，涉案专利要求保护一种治疗烧烫伤的中药配方。根据专利申请记载的中药配方名称，如“大百腊”“桑米草”“打不草”“刺根菜”“苦窝马”和“饭腾叶”，本专利申请说明书并没有详细地记载具体为何种药材，也未记载药材具体来源于何种具体植物，仅在本申请说明书中记载了药材的功效、生长地区和药用部位。因此，基于现有技术结合说明书中对于上述药材的记载，本领域技术人员不能判断上述药材的基原，无法确认和获得药材，无法制备得到所需中药组合物。由此，本申请说明书没有对发明作出清楚、完整的说明，使得所属技术领域的技术人员无法确认本申请所述药物组合的原料药材，无法实施本发明的技术方案。

4.中药专利司法保护应当关注的重点

中药专利申请量持续快速增长，但是存在中药专利授权率持续走低、专利申请质量低、异常申请多等情形。对于中药专利的司法保护一方面要避免以“中药是民族瑰宝”为由，突破专利法的规定给予超保护；另一方面也要避免脱离中药的特殊性给予机械的弱保护。

（1）保护中药创新要破解的难点

充分认识中医理论体系下中药专利申请的特殊性。

首先，中药成分复杂性是其有别于现代化学药物最为主要的特点。组成中药的成分极其复杂，单一成分或活性不能体现中药的整体效，甚至中药自身含有的各种成分间还存在各种微妙的相互作用。中医在临床的诊断与治疗方面常常强调因人制宜，多采用个体化的诊疗模式，特别强调患者的个体因素，中医在临床治疗治病中，较少用单味药，临床上多用方剂。

其次，在研究中药过程中，不能只关注成分的种类和含量，还应该重视成分间的相互作用。单味药的使用较少，多以复方的形式存在。通过各味药材配伍，各成分间复杂的相互作用，很多中药复方的药效活性比单味药材更强，其化学成分并不是简单的加合。中药复方在煎煮的过程中，也会存在一些成分的变化。

再次，组方原则作为贯穿所有方剂组方过程和组方形式的法则，对中药专利申请的可专利性判断具有重要的指导意义。根据《内经》归纳为“按照君臣佐使组方和根据药物性味组方两大原则”。因此考虑加减方以及替代方（药材）时应当充分重视组方原则。

最后，要重视说明书对效果的披露，但也不能过分依赖实验数据。实验数据是药品疗效最有说服力的支撑，但是中药有效成分以及原料药在配伍过程中互相作用关系比较复杂。实践中，组方加减变化没有实验依据支撑的申请亦应当给予合理的审查。

（2）保护中药创新要重点考虑的问题

首先，基于中药有效成分及其创新药物的发现，是该领域研发的重点难点，保护重点应当放在中药活性成分的创新，中药复方组成成分的量效、时效、谱效和毒效关系。但也要注意到，对于活性先导化合物，对其进行结构改造和构效关系是否充分公开披露是难点，审查中不能一叶障目。

其次，中药提取新技术会带来先进的工艺和剂型，服用剂量小、疗效确切、安全性高、物质基础明确、作用机理清楚、质量稳定可控的现代中药是趋势。对于中药现代制剂的发明专利，如滴丸、口服液、软胶囊、喷雾/气雾剂、缓释/控释/缓控释制剂、分散片、膜剂/巴布剂/透皮吸收制剂、凝胶剂，在创造性三步法的判断时，应当充分考虑创造性的辅助因素，如商业上的成功，综合判断发明是否具有“显著的进步”和“突出的实质性特点”。再次，基于经典名方的中药创新药物的研发，对原方进行加减化裁。减少抗

生素应用，加强重大疾病的联合攻关和常见病、多发病、慢性病的中医药防治研发也应当加强保护。

最后，注重中药专利上下游的平衡，如中药提取、分离、浓缩、干燥、制剂、辅料生产技术有助于提高中药饮片的药效药性，给予过高的保护不利于中药专利下游的研发。避免中药专利申请“屋檐太低”，压缩创新空间，造成不合理的垄断。

5.梳理中药专利的审查思路

我们认为：不应当突破专利审查的基本原则对中药专利的审查进行特殊规定，仍应继续在化学领域发明专利申请审查的基本路径下，兼顾中药的上述特殊性，细化审查标准和审理规则，为中药领域各创新主体提供更加明确、清晰的方向指引，提高高价值核心专利的产出率及申请率，稳定申请维权预期，指导法律适用。

第一，产品发明的创造性判断时，以采用中药组合物或提取物创造性判断标准。若申请的专利用于新适应症，则可根据现有技术所述该适应证的致病机理或药理作用，判断过程中注意中医证、病与现代西医病之间的关系，如该发明所属技术领域一般技术人员能轻易完成该新用途时，则该申请不具有创造性。

第二，在是否具备创造性的审查判断时，当最接近的现有技术只公开了权利要求要求保护的组合物的部分原料药，与本申请组合物原料药组成差异较大，且组方原则也不完全相同，现有技术也没有给出用不同功效药物替换最接近现有技术中的部分原料药，增加原料药以及采用特定方法处理原料药，以解决其存在的技术问题的技术启示，且所述组合物取得了有益的技术效果，则宜认为权利要求要求保护的组合物具备创造性。

第三，在固有方剂基础的中药专利审查中，若申请专利的发明属于中草药固有方剂之组分的加减或替代，且该加减或替代于申请前未见于刊物、未公开使用且未为公众所知悉，则该发明具有新颖性、创造性的判断。但若该加减或替代为该发明所属技术领域中具有通常知识者依申请前之先前技术所能轻易完成时，则该发明不具创造性。

第四，中药专利为若发明的技术特征为组成物之组分，应界定原料药材的种类或成分；若其技术特征还包括组分的配比，另应界定原料药材的用量

或比例。申请专利的发明为包含中草药组成物之产物或方法者，若其特征在于该组成物的组分及配比，应于说明书中详细记载。

第五，对于中药专利的加减、替代方，当无法判断中草药固有方剂之组分的加减或替代是否为该发明所属技术领域中具有通常知识者所能轻易完成时，可就该加减或替代后之中草药与原固有方剂相较，是否产生无法预期之功效予以判断。

6.对于中药专利审查的建议

《中药领域发明专利审查指导意见（征求意见稿）》已于 2020 年 4 月向社会公开征求意见，该意见稿中突出强调了中医药专利中的新颖性、创造性、实用性的审查，厘清了一些审查的要点。同时结合了中医辨证论治的理论判定加减和自主方，可避免以往审查中滥用“显而易见”的弊端。在具体审查中有如下的建议：

（1）保护客体问题

首先，尽管中医证或病的概念特性使其不能直接成为专利客体，但若中医证在具备清晰的技术特征的意义上，可以与其他技术特征构成专利的技术方案，得到专利审查的确认。

其次，对于中药饮片的来源。中医证或病来界定/限定中药组合物或中药提取物产品、中药组合物或中药提取物产品的中医证或病用途，符合专利法的相关规定，同样可以获得专利保护。

（2）新颖性问题

第十二届全国人民代表大会第一次会议第 4518 号王明辉代表曾反映国家药品监督管理局制定的汇编导致部分中药丧失专利权的现象，并提出“改进行政、司法部门执法工作，强化保护中药知识产权及科技创新”的建议。中医药传统知识是中华民族的巨大财富和瑰宝，在是否公开及如何公开问题上，一定要采取对历史负责的审慎态度。行政部门的有些做法需要高度关注，如制定经典方剂数据库拟向社会公开的做法将再度引发中药专利新颖性丧失的风险。

对于技术特征已被现有技术公开的问题，要充分考虑公开中医证、病的对应关系，再结合技术方案的其他特征综合认定技术方案是否具有新颖性。

（3）创造性问题

参照“比例原则”判断。经典方剂开发及中药品种的二次开发是我国未来中药创新主体的两个主要创新方向。这两个方向均面临着在原有组方公开对创造性的影响。把握合适的创造性尺度，有利于我国中药创新主体在这两个方向的研发持续投入，有利于这两个方向的产业发展，因此审查中要适合现阶段中药创新主体的技术发展水平。基于临床实践的创新组方、经典方的改进、中药提取物、已上市品种的二次开发等创新难度来判断本领域技术人员的认知水平。

本领域技术人员的能力认定不是一个事实问题，而是一个法律问题。对本领域技术人员创造能力的考虑，隐含着司法的立场。如：公开了权利要求要求保护的组合物原料药，对于用量选择的实验能力；现有技术基础上的常规实验能力；组合物原料药组成差异较大情况下，用其他原料药替换最接近现有技术中的原料药的能力；预料不到的技术效果等，而这些环节都应是在专利法审查大框架下给予中药创新足够的空间，并给予细化、指引和规范。

（4）撰写方式的问题

首先，建议规范说明书的撰写，如记载产地，采收季节，使用部位，组合物的组分以及配比，制备方法，药材的炮制方法以及疗效，细化提取物的制备用途和疗效的审查原则。

其次，鼓励给予中药组合物合理的保护范围，建议说明书实验或根据中医原理分析，适当给予半开放及开放式的授权。

来源：最高人民法院知识产权法庭官方微信公众号

链接：https://mp.weixin.qq.com/s/HulbTxGFutoHayad0Pv02Q

◆ **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（200032）
电话：021-51797188　021-61258088
邮箱：law@beshininglaw.com
网址：www.beshininglaw.com