



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

第五百五十三期周报

2023.09.25-2023.10.07

网址: <http://www.hangsome.com>

上海市徐汇区凯旋路3131号明申中心大厦1906室

邮编: 200030

电话: +86-(0)21-54832226/33562768

传真: +86-(0)21-33562779

邮箱: hangsome@hangsome.com

总目录

● 每周资讯

- 1.1 【著作权】著作权法引入过滤机制的正当性反思
- 1.2 【不正当竞争】涉迪卡侬门店装潢及虚假宣传不正当竞争纠纷案
- 1.3 【专利】从延迟审查谈专利申请策略的重要性
- 1.4 【专利】关于全面推行异议案件网上申请的通告
- 1.5 【专利】“知”无不言 | 非正常申请专利行为认定及处理程序
- 1.6 【专利】最新数据 | 2023 中国企业 500 强共申报专利总数 188.53 万件，比上年增长 13.03%
- 1.7 【专利】吉利与威马专利权属纠纷案二审有果！法院判决……

● 热点专题

- 【知识产权】挖泥船引发知识产权纠纷，怎么回事？

每周资讯

【著作权】著作权法引入过滤机制的正当性反思

内容摘要

人工智能语境下的算法技术，不能进行以直觉、情感和同理心为基础的价值判断，无法对网络平台上的海量信息施以所谓的侵权识别与过滤，也不理解其推荐内容的语义内涵。文字、画面或视频，既可能是著作权的保护对象，也完全可能是言论表达及合理使用的工具与载体，彼此之间并没有清晰的客观边界或绝对的高低位阶。“最小防范成本”原则是支撑“通知-必要措施”之避风港规则背后的经济学原理，司法裁判者需要基于个案中的具体情况，综合考量网络服务提供者是否知道或应当知道其平台上存在具体的、特定的涉嫌侵权内容，而不应当苛以其过高的注意义务或事前的一般审查责任。

关键词：算法技术；版权保护；过滤机制；网络平台

引言

近年来，网络空间中各种被控侵犯著作权的纠纷层出不穷、愈演愈烈，诉讼案件汗牛充栋、司法机关不堪重负。有研究者认为，随着内容识别与过滤技术的发展和成熟，为了更有效地打击各类侵权盗版活动，改变既往治标不治本的“打地鼠”模式，中国可以借鉴他国经验，适时调整相关制度规范，苛以网络服务提供者（英文简称 ISP）在某些情形下对其平台上由用户生成或上传的涉嫌侵权内容负有更高的注意义务，乃至应当强制安装并履行更为积极主动的事先过滤、拦截机制（即不能仅在收到权利人合格有效通知后方采取删除、屏蔽、断链等必要措施）。

该学术观点很快就被审判实践所吸收和采纳，如在“藏书馆 APP”案中，一审法院认为：“作为涉案作品信息的普通许可被授权使用人，被告理应负有较之于一般的存储空间提供者更高的著作权注意义务。这一注意义务体现为对分类栏目中

上传用户名与作者署名不一致的相关电子图书是否为上传者原创或者是否具有合法授权进行核实,并采取积极有效的技术监控措施防止侵权行为发生或持续并对已确认侵权的作品信息及时删除。”对此二审法院虽未直接予以评述,但其确定“一审判决并无不当”等于认同此见解。同样在“延禧攻略”案中,一审法院认为:“即使通过算法推荐识别短视频具体内容不具有技术可行性,但对于允许哪些短视频进入被算法推荐的范围,如何设置和优化算法推荐的具体应用方式,以及如何将已经进入推荐范围的侵权短视频纳入复审环节以避免其被大范围、长时间地传播等方面,字节公司仍可以通过在其服务和运营的相应环节中施以必要的注意、采取必要的措施加以完善……正因为存在获取更多优势、利益与带来更大侵权风险并存的上述情况,字节公司与不采用算法推荐、仅提供信息存储空间服务的其他经营者相比,理应对用户的侵权行为负有更高的注意义务。”不难看出,即便审理法院已经认识到算法技术无法识别短视频内容是否侵权,但仍然要求采用了算法技术的 ISP 负有更高的注意义务,应当采取更积极主动的措施来防范侵权风险。

更有甚者,一些法院还直接将过滤机制作为诉前行为保全的一项内容,如在“斗罗大陆”案中,一审法院裁定:“微播视界公司在收到本裁定之日起立即采取有效措施删除抖音 App 中所有侵害《斗罗大陆》动漫作品信息网络传播权的视频,立即采取有效措施过滤和拦截用户上传和传播侵害《斗罗大陆》动漫作品信息网络传播权的视频。”复议法院则进一步指出:“必要措施的内容并非固定的、不变的、机械的,而是动态的、可变的与发展的,必须兼顾技术发展现状及当事人之间利益格局的变化。为了防止侵权行为的继续和侵害后果的扩大,当新的技术出现且该新技术可能实现的情况下,应当将新的技术纳入必要措施范畴。”然而,技术真的发展到可以大大降低平台审查成本的地步了吗?又或者我国现行法律规定(比如“必要措施”)已经为要求 ISP 承担事前过滤义务提供了解释空间吗?围绕这些问题与争议,本文将结合法理、逻辑以及比较法、法律经济分析等方法论展开深入探讨和仔细推敲。

一、侵权与否可以被算法识别吗？

一种颇为流行的观点认为，“网络服务提供者以算法技术主动向用户推送内容链接的，应就推定其已然知晓或应当知晓被推送的链接存在涉嫌侵权内容，故不能援引避风港免责，需要就其主动推送行为承担侵权责任”；“网络服务提供者主动利用算法扩大作品的传播，使得侵权作品更容易被网络用户获得。这一行为已经改变了传统网络服务提供者中立、被动的角色，故对其注意义务的设定应当有所变化而不能固守一般理性人标准”。得出该结论的逻辑前提是“算法能够替代人工，快速识别涉嫌侵权内容”；再往前推即“侵权内容是被识别出来的”——被诉平台广泛采用算法技术，不仅没有识别出涉嫌侵权内容并将其过滤掉，还主动向用户推荐，所以要为此承担侵权责任。

然而，**侵权与否（即被诉行为是否正当，是否实质性损害了原告的合法权益）不是字符识别或事实认定，而是价值取舍与利弊权衡的产物。**说白了，法律的定性涉及到价值取舍，并不能从被评价对象本身是什么，便可以得出必然的、唯一的结论。同一段字符、画面或影像，既可能是著作权的保护对象，也完全可能是合理使用及言论表达自由的载体，二者之间并没有绝对的客观边界，连人（平台审核员）都难以判断（只能交由法官结合具体语境综合研判），更何况一台机器算法呢？中国人工智能奠基者张钹院士指出：“现在的人工智能技术是不安全、不可靠和不可信的，特别是利用大数据的机器学习，它的结果一定是这样的。”也恰如学者所言：“基于计算的机器和人类在‘性能’上存在巨大差距，无论是在精神上，还是在身体上。而且，就保持机器与人类的道德一致性这一目标来看，由于机器本身在意识、感受与情感等方面的固有缺陷，也无法确保其能做出与人类相一致的道德决策……当前实践表明，无论是出于对人类尊严的考虑，还是价值的无法量化性，希冀人工智能展开价值判断都是一种不可行的进路。”

子曰：“己所不欲，勿施于人”。这句话充分表明，价值判断要基于直觉、情感和同理心，而不论是算法还是人工智能，都缺乏进行价值判断的这三个基本要素。算法技术是一种基于人工智能的自动化决策，本质上是由一系列代码与公式组成的解决具体问题的指令。人工智能只能做到通过机器学习在海量数据之中推导出

可能的相似性，并将这种相似性标签化，即所谓的“用户画像”“商品画像”，如推定所有居住在大城市的青年男士具有高度相似性，推定《少林寺》《卧虎藏龙》《新龙门客栈》与《一代宗师》都属于武侠电影而不是爱情电影、励志电影或悬疑电影，哪怕一部电影蕴藏多重元素及丰富内涵。精确与成本是一对不可调和的矛盾体，人做不到的，机器也很难做到。现实中，有很多人工智能和算法技术的效果并不好，被用户吐槽是“人工不智能”或“人工智障”。

清华大学交叉信息研究院唐平中教授指出：“我们可以想象，每天6亿日活用户、每天10亿的视频内容上传，系统要算这6亿×10亿维度的相似性，就不能基于一些特别细分的标签，而是基本上通过用户之间的相似性来进行推荐。哪怕系统可能要用一些标签，那也不会是非常精确的。最多比如可能精确到这段视频是古装剧，这段视频是喜剧，它不会针对某一部影视剧的片名或针对某一影视公司进行识别。而且即使用户在评论中可能出现该影视剧的片名，评论内容被系统抽取到了，系统对语义内涵也是不理解的。”

这段话给法律人的启示是：其一，无论是归纳相似性，还是贴标签，抑或是关键词检索，都不涉及具体内容的理解，因为“对内容的理解以及在此基础上的侵权判断”不仅需要基于可供比对的作品原片库，更需要依赖人类的直觉、情感和同理心，以及相当复杂和精细化的法律分析与逻辑推理，再高级的算法，也无法实现这一点。其二，相对于人工推荐，信息流推荐只是将经过相似度估算的内容链接定向推送给与其存在匹配关系的目标用户，其他用户没有获得被推送链接，这反而是缩小了作品的传播范围。其三，容量越大、维度越多的平台，越难以实现准确地识别与判断，也就越推不出其已经知道或应当知道涉嫌侵权内容之存在。这一点刚好与前述“延禧攻略”案一审判决的见解（即认为规模越大的平台，其算法推荐行为导致的侵权风险越高，故要承担越重的法律责任）完全相左。

申言之，过滤的前提是识别，但识别只针对短字符或画面片段，而不是与原作品进行整体、全面的实质性比对，如果要求ISP对其运用算法技术识别到的短

字符或画面片段（哪怕该短字符或画面片段与主张保护作品的标题或主要人物相同或近似）所对应的具体内容均不加区别地统统过滤掉、拦截掉，则相当于赋予了原告对这些短字符享有了绝对的垄断权，而这是明显违背《著作权法》及《反垄断法》基本原理和明确规范的。判断一段文字、画面或视频是否侵权，是复杂精细的价值权衡而不是简单直接的事实认定，既然连经验丰富的法官也无法给出一刀切的普适标准，我们又有何理由相信，一台机器算法可以在几秒钟内高效地完成这一艰巨的任务呢？

恰如“英雄联盟”案的审理法院所言：“游戏短视频是否侵权应根据视频的内容、性质等综合判断，而不能代之以日常通用词汇进行筛查，否则将会不当地扩大原告的权利范围，损害社会大众获取信息的自由，也在一定程度上损害了被告的正常商业利益。要求被告对平台上的海量视频逐一判断是否构成侵权，并对侵权视频建立事先审查过滤义务过于苛刻，将极大增加平台运营成本，不符合当前相关互联网业务的经营实际，亦不利于促进整个互联网行业的蓬勃发展。”

二、过滤机制属于“必要措施”吗？

在前述“斗罗大陆”案中，诉前行为保全裁定复议法院认为：“在通知-删除规则下，网络服务者对于网络用户利用其平台实施的侵权行为并非只负删除义务，而是负有采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施的义务。至于必要措施的界定，则与技术发展密切相关……当过滤、拦截技术本身已成为可能且成本可承受时，则平台在知道新侵权视频仍在不断上传的情况下，其在删除已有侵权视频外承担过滤、拦截义务则是理所当然……随着新技术的出现，‘有效措施’必然具有新的内容，因此，法院不可能明确所有‘有效措施’的种类，不可能也无必要去具体界定过滤和拦截的具体技术。”无独有偶，在“延禧攻略”案、“云南虫谷”案中也存在类似表述，即随着技术的发展，ISP 完全可能也应当采用更加积极有效的手段（包括过滤、拦截等措施）来主动防范乃至杜绝由用户上传的涉嫌侵权内容。然而，中国现行法律规定是否为将过滤机制解释为是“必要措施”的一种具体形式提供了适用依据呢？答案恐怕是否定的。

首先，过滤、拦截与删除、断链及封号表面看似相同，但却有着本质上的天壤之别——前者是指 ISP 在不知道也不应当知道的情况下必须积极主动地识别、审查其平台上由用户提供的几乎所有内容，并屏蔽其中可能涉嫌侵权的部分；而后者则是指当 ISP 知道或应当知道其平台上存在具体的、特定的涉嫌侵权内容后，必须采取及时的、必要的措施予以专门处置。可见，一个是事前的、普适的、海量筛检的，一个是事后的、有针对性的、低成本的。因此，要求 ISP 进行事前的内容识别、过滤和拦截，本质上就是苛以其主动审查义务。

其次，无论是 2006 年施行的《信息网络传播权保护条例》，2009 年公布的《侵权责任法》，还是 2018 年通过的《电子商务法》，抑或是 2021 年生效的《民法典》，均未将过滤、拦截及主动审查规定为 ISP 应当采取的必要措施。相反，可以从现行法条清晰的文义得出，ISP 应当采取必要措施有且仅有两种情况，即（1）在接到权利人合格有效通知后采取删除、屏蔽等必要措施（需要特别注意的是，不能把“接到权利人通知后再行删除特定侵权内容”也理解为是“过滤”）；（2）虽未接到权利人通知，但 IPS 已经知道或应当知道某特定涉嫌侵权内容存在的，也需要采取删除、屏蔽等必要措施。

再次，有论者主张，欧盟《数字单一市场版权指令》增加了 ISP 的过滤义务，值得我国借鉴。但已有学者指出，这只是一种误传。根据该《指令》的规定，向公众提供其用户上传的受著作权保护的作品，构成了向公众传播或向公众公开之行为，因此在线内容共享服务提供者必须从权利人处获得许可。如果未获得许可，则内容共享服务提供者应对用户的侵权行为承担责任，除非可以证明其已尽最大努力请求授权；并且在收到著作权人充分有效的通知后已迅速采取行动禁止访问或从其网站上删除涉嫌侵权内容，并尽最大努力防止以后这些内容再被上传。为了避免误解，该《指令》还明确规定，这些义务“不应导致成员国施加一般性审查义务。”所以，《指令》的本质目的是为了促使权利人同 ISP 之间的合作，而不是抬高或增加 ISP 的注意义务或过滤义务。

其实，细读欧盟《数字单一市场版权指令》第 17 条第 4 款可知，ISP 未收到权利人有效实质通知（sufficiently substantiated notice）也需要尽最大努力（best effort）以防止涉嫌侵权内容将来被上传是有先决条件的，即（1）权利人已向 ISP 提供了相关且必要信息的作品和其他内容；（2）根据专业注意义务的高行业标准（high industry standards of professional diligence）。可见，《指令》中的过滤义务仅仅只是合同约定义务，而不是法定强制义务，更不是事前审查义务，即权利人与 ISP 之间有合作，且权利人已经向 ISP 提供了作品原片库，在有了将涉嫌侵权内容与作品原片进行完整比对的基础上，这个时候 ISP 才需要进行有针对性地过滤。相较于欧盟将过滤机制确定为一种倡导性的合同约定义务，美国也曾多次评估和讨论要不要修改其 1998 年颁行《数字千禧版权法》（简称 DMCA），引入强制性的法定过滤义务，但最终这些提案都以失败告终，由 DMCA 确立的避风港规则依然保留至今。在商业实践中，全球首屈一指的视频分享网站 YouTube 采取的 Content ID 反盗版技术虽然号称可以做到屏蔽 99% 的涉嫌侵权内容，但这仍旧是基于平台运营者与版权人一方的深度合作，而不是让 ISP 充当网络警察，在没有获得受版权保护的作品原片库的前提下，照样要执行对用户生成内容的全面审查。

最后，有研究者提出，虽然基于过错归责原则，将强制性的过滤义务作为 ISP 承担损害赔偿的一种方式并没有法律依据，但在行为保全案件中，法院裁定要求 ISP 采取有效措施过滤和拦截用户上传新的侵权信息，依旧可以找到适用依据，即针对侵权后果还没有出现但有侵害之虞的情形，《民法典》第 1167 条赋予了受到侵害威胁的人消除危险请求权。该观点恐怕同样也是难以成立的，因为根据民法原理，所谓的“消除危险请求权”即妨害防止请求权（德文的字面含义为“不作为请求权”），是绝对权请求权的一种类型，其虽然不以侵害人的主观过错和已经给绝对权人造成实际损害后果为要件，但并不是没有任何前提条件便可得到法院支持的。其最关键的构成要件是，享有某种绝对权的请求人必须证明该危险是现实存在的或即将发生的，如果这种重复发生之危险的原由不消除，则肯定发生妨害或损失后果，而不能仅仅是一种主观的担心。

相较于有体物而言，知识产权对象不会被侵害人物理上占有，也不会产生物理上的损耗，并且在很多情况下关涉公共利益，故妨害或损失对于知识产权权利人而言是否严重或难以挽回，或造成妨害或损失的危险是否现实存在或即刻发生，是需要充分举证证明和反复交叉论辩的。也正是因为这一点，最高人民法院 2018 年出台的《关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》强调，人民法院审查行为保全申请，应当综合考量下列因素：

- (1) 申请人的请求是否具有事实基础和法律依据，包括请求保护的知识产权效力是否稳定；
- (2) 不采取行为保全措施是否会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害或者造成案件裁决难以执行等损害；
- (3) 不采取行为保全措施对申请人造成的损害是否超过采取行为保全措施对被申请人造成的损害；
- (4) 采取行为保全措施是否损害社会公共利益；
- (5) 其他应当考量的因素。

而就网络平台上的著作权保护而言，诚如前文所述，过滤或拦截技术只是针对涉案作品相关的短字符或画面片段（如作品标题、主要人物元素等）进行检索和识别，而不是将识别到的具体内容与作品原片进行整体全面比对及侵权与否的价值判断。这些短字符或画面片段既可能对应的是侵权内容，也完全可能对应的是解说、评论、研讨、戏仿或纯粹是个人欣赏或分享学习等诸多落入合理使用或言论表达自由范畴的情况。同时，在已有“权利人一旦通知，ISP 必须及时删除”之规范的语境下，法院裁定要求 ISP 对其平台上尚不存在的、或者即便已经存在但需要花费大量人力物力财力才能够分辨和判断的涉嫌侵权内容，抑或完全可能属于关涉社会公共利益的情形实施不分青红皂白地一刀切过滤或拦截，其是否满足前述最高人民法院司法解释规定的各项要件，恐怕要打上一个大大的问号。

三、何谓“知道或者应当知道”？

由此可见，要求 ISP 采取必要措施的前提要么是权利人已经向 ISP 发送了合格

有效的通知，要么是证明 ISP 知道或者应当知道其平台上存在具体的、特定的涉嫌侵权内容。实际上，ISP 收到合格有效通知只是认定其已经知道涉嫌侵权内容之存在的一种典型情况而已，故可以把采取必要措施的前提条件压缩为一个，即证明 ISP 知道或应当知道其平台上存在具体的、特定的涉嫌侵权内容。换句话说，如果此时 ISP 仍未采取必要措施，则应当就持续侵权导致的扩大损失承担连带赔偿责任，这刚好契合了过错归责原则的民法原理。那么，问题的关键就转化为，如何判定 ISP 知道或者应当知道？

第一，权利人向 ISP 发送通知，是证明后者知道涉嫌侵权内容存在的最佳方式。但需要指出的是，通知必须是合格有效的，即书面通知必须载明被侵权作品的名称及其出处，以及被控侵权内容的名称及其位置（如链接地址），从而足以使 ISP 能够合理地、低成本地检索、定位到这些内容。实践中，有法院认为但凡权利人向 ISP 发送了热播影视剧的侵权预警函，要求后者采取有效措施制止其平台上已经存在的侵权行为和防止未来可能出现的侵权行为，就视为 ISP 已经知道或应当知道具体涉嫌侵权内容已经存在或即将出现，便不能再援引“避风港”免责。这样的推理逻辑恐怕是难以成立的，因为根据《信息网络传播权保护条例》第 14 条的规定，侵权通知书应当包含下列内容：（1）权利人的姓名（名称）、联系方式和地址；（2）要求删除或者断开链接的侵权作品、表演、录音录像制品的名称和网络地址；（3）构成侵权的初步证明材料。而很显然，没有指明涉嫌侵权内容具体名称及网络地址的预警函，不构成一份合格有效的通知。

第二，实践中还有不少法院认为，对于所谓知名度高的重点作品或热播影视剧，ISP 负有更高的注意义务，应当采取更加积极有效的措施来管控涉嫌侵权内容，而不是被动等待权利人的合格有效通知。管见认为，该观点值得商榷，因为：

首先，所谓“更高的注意义务”是一个伪命题，是否负有注意义务，是一个定性问题而不是一个定量问题，其是基于个案具体情况和各种考量因素（如平台所提供服务的类型及性质、用户上传内容的特征和数量、平台防控侵权内容的成本以及权利人实施监测和通知的成本等等）综合权衡与横向比较（本文第四部分将详

述何谓“横向比较”）的结果。在进行这种权衡与比较时，就已经考虑到了各种因素的数量、程度、比例和权重，其结论要么是负有注意义务（即 ISP 未尽到该注意义务故要承担相应的侵权责任），要么是不负有注意义务（即 ISP 不承担侵权责任），毫无必要再继续评估 ISP 要负有多高的注意义务——这非常类似于对智力成果是否具有独创性的判断与认定。

其次，对于同一时段内，知名度相对较高的作品，ISP 是否要给予更多的关注和监控呢？答案恐怕是否定的，因为诚如前文所言，越高知名度的作品，越是可能成为被合理使用（解说、评论、研讨、戏仿或纯粹个人欣赏及分享学习）的对象，越是言论表达的工具和载体。值得一提的是，哪怕用户上传内容的标题上出现“完整”二字，也不能一概认定该内容就是侵权的，因为“完整”使用、传播他人作品，也完全可能构成合理使用。在缺少可供实质性比对的作品原片的情况下，要求 ISP 借助算法识别技术进行作品标题或主要人物名称等关键词检索，其结果必然也是检索到了更多属于合理使用的内容，最终还是需要依靠更多的人工来进行复杂艰难地、不堪重负地实质性判断，其监控成本可想而知。换言之，识别和过滤技术的引入，就 ISP 一方的侵权防控而言，其实是帮了倒忙。

再次，作品知名度不能作为推定 ISP 知道或应当知道之考量因素的根源还在于：某一时段内知名度高的作品完全可能不止一部，甚至是上百部。同时，知名度是高还是低，是非常主观的且动态变化的，没有一个客观的评价标准。退一步讲，即便某部作品在某一时段相对更加知名，ISP 也只是知道其平台上飘着一些与该知名作品相关的热门字符而已，但法律上“明知或应知”的对象，不是涉案主张保护的作品，而是具体的、特定的被诉侵权内容或侵权行为。并且，正如前文所言，若 ISP 要判断这些热门字符所对应的具体内容是否侵权，难以借助算法技术，只能依靠人工逐一进行实质性审查。

最后，无论是《信息网络传播权保护条例》《侵权责任法》《电子商务法》还是《民法典》，均没有将主张保护作品的知名度作为认定或推定 ISP 知道或应当知道的考量因素。相反，从《信息网络传播权保护条例》及最高人民法院《关于审

理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》的既有条文来看，只有当 ISP 对涉嫌侵权内容进行了积极地、主动地修改、整理、编辑和人为推荐才能认定其知道或应当知道。

第三，还有法院认为，ISP 运用算法技术将由用户上传的涉嫌侵权内容置于“热榜”或被系统标注为“热点”或向其他用户推荐，以此来获得更多的流量和市场竞争优势，构成对侵权行为的明知或应知。然而，将算法推荐与人工推荐直接划等号，恐怕是对技术本身的重大误解。正如前文所述，算法推荐是将用户偏好和商品特征都标签化，进而将“同一端（用户端或商品端）标签相同的子项应当均匹配另一端的同一标签”逻辑运用到整个平台。因此，与其说它是一种信息流推荐，不如说它只是在计算不同模块之间的匹配度。可见，算法推荐与人工推荐有着本质的不同，人工推荐的前提是作为自然人的推荐者已经知晓并理解被推荐对象的具体内容，故如果被推荐的内容涉嫌侵权，则很难说该推荐者没有过错。相反，算法推荐只是依靠字符化的标签在海量内容池中进行机械筛检，它既不理解被推荐内容的语义内涵，也不需要去理解。

第四，还有法院认为，一旦 ISP 与其用户在用户协议中约定由用户提供或生成内容及智力成果的权益归属于平台经营者享有，则 ISP 负有更高的注意义务和审核义务，不能再援引“避风港”规则免责。管见认为，虽然平台与用户之间签订有智力成果归属协议，但该协议显然改变不了被侵权的原作品的著作权归属，更改变不了原作品是由用户而非平台提供、上传至网络这一客观事实。与此同时，平台不可能仅仅基于事先签署的、统一的、格式化的成果权益归属协议便已经知道或应当知道用户尚未实施的涉嫌侵权行为。该协议的签署并没有提供某种技术或条件来甄别还没有发生的事实。另外，从民法原理上讲，预期成果产权移转的瑕疵担保责任理应由该成果的转让方而非受让方承担。如果要求 ISP 在用户内容产生之后经过审查再行签署转让协议，无异于苛求 ISP 对其平台上所有由第三方提供的海量信息必须进行事先的一一审查，实际上等于架空了避风港规则，让 ISP 充当网络警察和法官，这不仅会阻碍数字和互联网技术的创新，更会压制言论表达自由及内容传媒产业的健康发展。

概言之，认定 ISP “已经知道或明知”其平台上存在具体的、特定的被诉侵权行为，需要有直接证据加以确凿，或者基于某种间接证据并通过经验法则予以推定，如 ISP 对涉嫌侵权内容进行了积极地、主动地修改、编辑、整理和人为推荐。而认定 ISP “虽然不知道也无法推定其已经知道，但其应当知道”则源自对 ISP 是否尽到了合理注意义务的考察。接下来，笔者将结合避风港规则背后的法经济学原理，来探讨什么情况下 ISP 负有合理注意义务。

四、避风港规则过时了吗？

在“云南虫谷”案中，一审法院认为：“随着平台经济的高度成熟和信息技术的高速发展，‘通知-删除’规则的历史局限性愈发明显，现有的规则体系已经无法真正能够实现著作权人与平台之间的利益保护平衡，因而必须激励平台使用各种技术措施对用户上传的内容进行管理，加强网络平台版权保护的注意义务，重视版权识别、屏蔽等版权保护技术的应用。”然而，诚如前文所述，《侵权责任法》及《民法典》将《信息网络传播权保护条例》中的“删除”“断开链接”扩充为更上位的“必要措施”，其实并不是对避风港规则的否定或颠覆，而恰恰相反，这是对避风港规则的强化和捍卫，即只有当 ISP 知道或者应当知道其平台上存在具体的、特定的侵权行为时，才负有采取必要措施的法定义务，这也刚好暗合了美国版权法经多次评估和反复讨论仍继续保留避风港规则的做法。

当然，这种强化之所以是正确的，是因为避风港规则体现的是一套颠扑不破的法经济学原理，即最小防范成本原则——对于意外或损失，谁能够以最小的成本加以预防，就由谁承担相应的预防责任、尽到相应的注意义务。美国联邦上诉法院的勒·汉德法官，可谓将“最小防范成本原则”这一经济学思路引入司法实践的先驱。在著名的“卡洛尔拖船”案中，其首次提出了如何确定行为人过错的一套函数关系（ $B < PL$ 过错），即当且仅当预防事故的成本（ B ）低于事故的预期损失（事故发生的概率 P 乘以事故一旦发生所造成的损失 L ）时，行为人才需要对事故的发生承担过错责任。该函数关系伴随着法经济学的兴起，对美国及全球

后来的民事侵权案件乃至各类司法裁判都具有广泛影响，做出了不可磨灭的积极贡献，被冠之以著名的“汉德公式”。实际上，以“汉德公式”为代表的法经济学思路只是揭示了法律的本质，即任何法律制度都不是仅仅保护某一方的权利或利益，而是追求社会总体福利的最大化或社会成本之和的最小化。受“汉德公式”的启发，笔者大胆地提出判断网络服务提供者是否负有主动审查及过滤义务

的经济学公式：
平台上的侵权预期损失（S）ISP 为预防侵权所花费的成本（C）ISP 不负有过滤义务（简化为：SC 无过滤义务，反之则有）。

很显然，随着平台上用户人数和信息量的增加，ISP 为检索、识别和判断用户上传内容是否侵权并加以预防所花费的成本在不断递增。相反，侵权预期损失却在不断递减，因为知名度高的作品以更多的转换性使用方式被众人解说、评论、研讨、戏仿或学习，从而有助于社会公共利益并间接推广了该作品。此时，就不应当苛以 ISP 主动审查及过滤义务，但并不能免除其合理注意义务（如图 1 所示）。

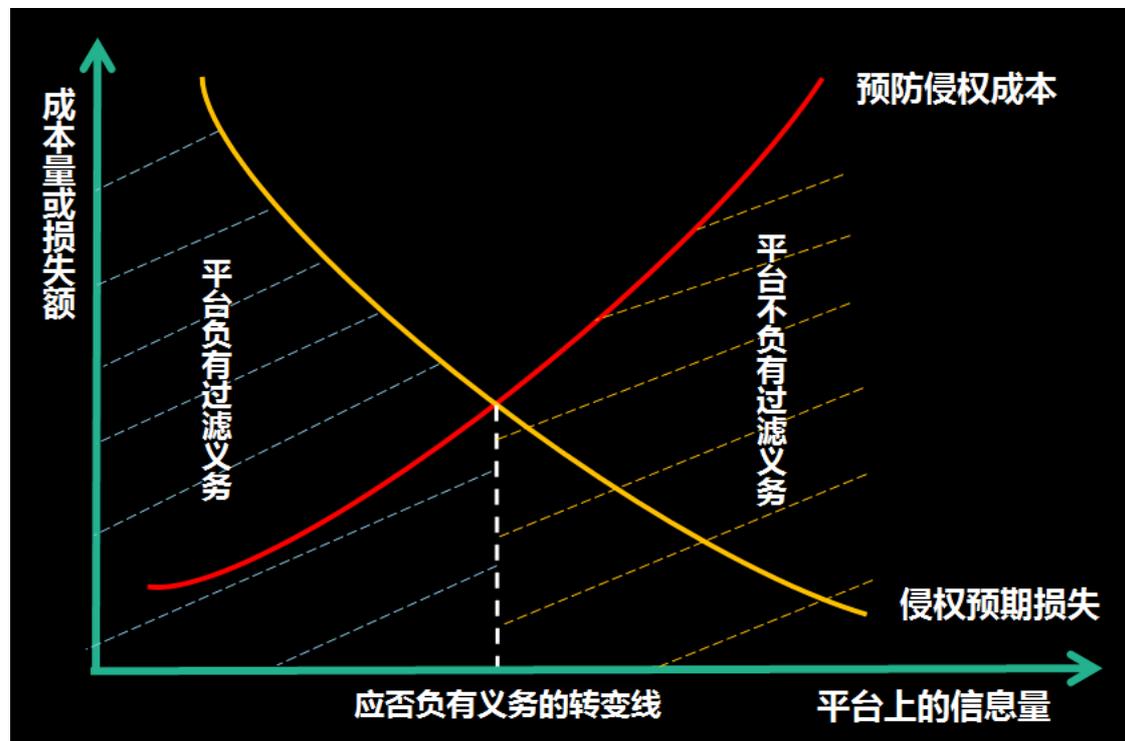
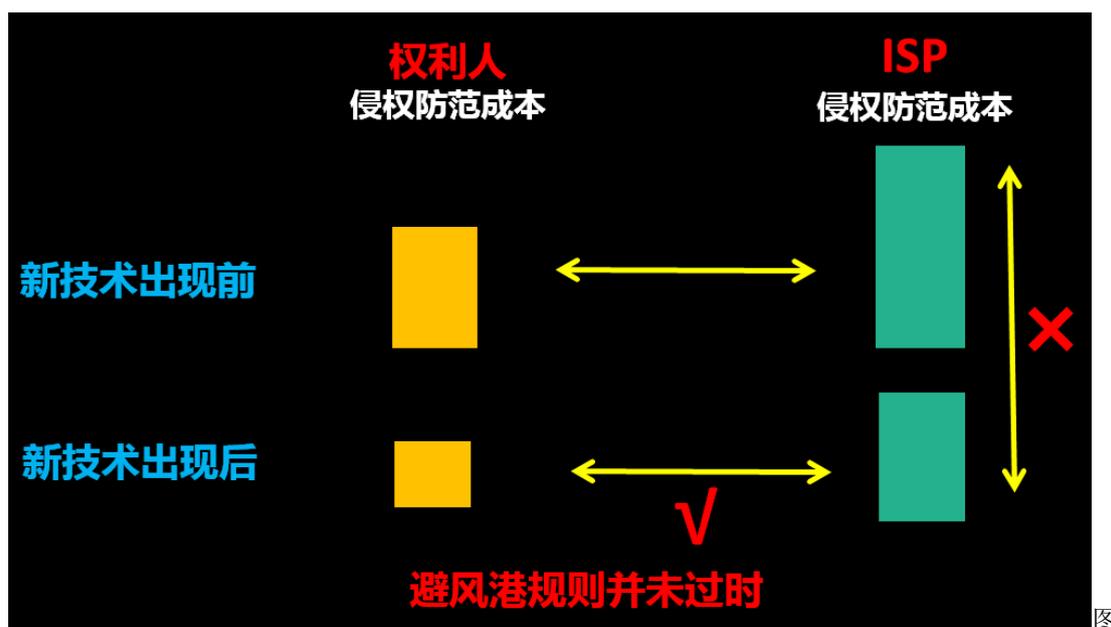


图 1 预防侵权成本、侵权预期损失与应否负有过滤义务的关系

另一方面，无论是识别算法还是监测技术，都不仅仅只是 ISP 所独有的，很多大型的内容供应商及著作权人早就采用了人工智能及算法技术来对其竞争对手平台上的用户生成内容进行监测和预警，这已经是一种非常普及、成熟的做法。相较于 ISP 一端的海量检索、识别与过滤，权利人这端的自我监测、预警和通知的目标更明确、成本更低、优势更加明显——因为被监测的内容数量要明显少于 ISP 一端，并且权利人手中握有可供对照的作品原片。而谁防范侵权发生的成本更低，不是去做纵向比较（新技术前的 ISP 和新技术后的 ISP），而是要做横向比较——同样不掌握新技术的权利人与 ISP，或者同样掌握新技术的权利人与 ISP。由图 2 不难理解，即便在引入新技术后，ISP 的侵权防范成本可能比自己之前降低了，但此时权利人的侵权防范成本也因新技术的到来而减少了，导致权利人的侵权防范成本相较于 ISP 而言还是更低，故仍然是权利人一方要履行更为积极的事先监测和通知义务——避风港规则并没有过时。



2 应当做侵权防范成本的横向比较

在“云南虫谷”案中，一审法院认为：“根据危险控制理论，网络服务提供商与社会公共空间的经营者类似，均为侵权危险的管控者。在民法语境下，善良管理人的注意义务要求行为人作为从事特定职业或者特定社会活动的参加者，要承担与其专业思维、认知能力相匹配的注意义务。微播视界作为‘抖音’平台的管理者和支配者，对于该平台内发生的侵权行为具有排他的支配能力。”这段话的错

误之处就在于，侵权内容不是一目了然地摆在那里等着 ISP 去拾取，侵权与否是非常专业的法律问题，关涉复杂艰深的价值判断与利益权衡，无法也不应当由 ISP 充当网警或法官，哪怕是披上了一件光鲜炫目的技术外衣，他也不具有主动审查与判断的管控能力。同时，网络平台上的内容都是公开的、很容易获取的，著作权人对这些内容是否侵权进行监测和预警，并不需要事先征得 ISP 的同意。我们不能忘了，权利是自己的，著作权人理应更加积极地去监测、通知和维护好自身的权利，且这么做的成本并不高。正如最高人民法院在《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 8 条中所指明的：“网络服务提供者能够证明已采取合理、有效的技术措施，仍难以发现网络用户侵害信息网络传播权行为的，人民法院应当认定其不具有过错。”

简言之，“最小防范成本”原则这一法经济学原理决定了避风港规则并没有因新技术的到来而过时，也时刻提醒裁判者应当作侵权防范成本的横向比较而不是纵向比较，从而确定网络服务提供者是否负有相应的注意义务。

结语

著作权法不是一味仅仅保护著作权的法律。在保护著作权（私人财产权）与维系言论表达及再创作自由之间，并不存在前者价值位阶明显高于后者的情况。甚至可以说，正是因为后者的权重常常高于前者，所以才演化出著作权法中一些不可撼动的基石性概念和规则，如保护期制度、思想/表达二分法、实质性相似以及合理使用对著作权的限制等。中国的确需要加强对知识产权的保护，但也不能矫枉过正，进而损害到其他同样重要、甚至更重要的法益。针对网络平台上的侵权乱象，执法者或司法者不宜超越现行有效的清晰条文及背后蕴藏的立法者价值取向、形式逻辑、经验常识及经济学原理，改变或抛弃避风港规则，盲目引入或创设所谓的过滤机制来破坏既有的平衡，而是应当在“三振出局”“信用体系”“惩罚性赔偿”“证据妨碍制度”及“回归高度盖然性证明标准”等方面努力，以此来促进各方的合作与共赢，实现社会总体福祉的稳步提升。

-文章来源：熊文聪 《中国数字版权保护与发展报告 2023》

【周小丽 摘录】

1.2【不正当竞争】涉迪卡侬门店装潢及虚假宣传不正当竞争纠纷案

一审案号：（2020）皖02民初110号

二审案号：（2021）皖民终1478号

裁判要旨

不同经营者之间相互学习、借鉴，并在此基础上进行创新设计，形成明显区别各自商品和服务的包装、装潢，这种做法是市场经营和竞争的必然要求。但是，对他人具有识别商品来源意义的特有包装、装潢，则不能进行足以引起市场混淆、误认的全面模仿，否则就会构成不正当的市场竞争。

案情介绍

上诉人（原审原告）：戴卡特隆（DECATHLON）

被上诉人（原审被告）：福建奥库运动用品有限公司（简称奥库公司）、王某
原审被告：迪卡侬（上海）体育用品有限公司（简称迪卡侬公司）

戴卡特隆（DECATHLON）是一家依照法国法律设立的制造、销售体育用品的股份有限公司，在全球多个国家和地区开展业务。2003年9月，戴卡特隆在上海成立了迪卡侬公司，并在中国率先以“迪卡侬 DECATHLON”为店名，开设了数百家门店，同时进行了大量的投入对其门店的布局、装修、标识、道具等装潢元素进行独立设计，并推广使用在各迪卡侬门店内，形成了鲜明而统一的迪卡侬门店营业形象。经过长期的经营及宣传，迪卡侬门店在中国消费者心中享有很高的声誉和知名度。奥库公司作为一家体育用品销售公司，自2015年起，通过招揽加盟商的方式开设了若干家与迪卡侬门店装潢风格高度雷同的奥库门店，同时还在媒体上大规模宣称奥库是“中国的迪卡侬”“国产迪卡侬”“奥库的经营模式优于迪卡侬”等，攀附和贬低迪卡侬公司的声誉。

针对奥库公司上述模仿迪卡侬门店装潢风格及虚假宣传的行为，戴卡特隆、迪卡侬公司诉至法院。安徽省芜湖市中级人民法院一审认为，奥库门店与迪卡侬门店标牌的颜色及字样均不同，并且奥库门店内的装潢元素与迪卡侬门店装潢元素虽有类似，但其整体视觉冲击不至于引起相关公众混淆，因此奥库门店使用装潢不属于《反不正当竞争法》的规制范围。奥库公司攀附、贬低迪卡侬的宣传行为，则构成不正当竞争。

戴卡特隆不服一审判决，提起上诉。安徽省高级人民法院二审认为，首先，考虑迪卡侬进入中国市场的时间、在中国的经营规模、宣传时间和品牌影响力等因素，迪卡侬请求保护的门店装潢已具备《反不正当竞争法》所要求的“一定影响力”。其次，迪卡侬主张的门店装潢元素均形成了显著的整体形象，且与其服务的功能性无关，经过迪卡侬的长时间使用和大量宣传，已起到识别其服务来源的作用。

最后，由于奥库门店的整体装潢风格及细节装潢元素均与迪卡侬门店存在近似之处，且奥库公司通过“中国的迪卡侬”等宣传标语宣传其品牌，不免使相关公众易于误认两者之间存在某种经济上的联系，从而造成误认和混淆。奥库公司抄袭迪卡侬门店装潢的行为及虚假宣传行为，均构成不正当竞争。综上，法院二审判决：奥库公司赔偿戴卡特隆和迪卡侬公司经济损失及合理费用 200 万元。

万慧达律师事务所律师作为戴卡特隆和迪卡侬公司的代理人，参与本案一审、二审诉讼。

典型意义

本案二审判决纠正了一审法院对本案相似门店装潢不构成引起相关公众误认的错误认定，并且在查清事实、正确适用法律的基础上，认定了本案双方门店的招牌、商标上的差异并不能排除侵权人不正当竞争行为的成立，维护了《反不正当竞争法》的应有之意。

二审判决也为类似案件提供了正确的分析方法，即如何认定《反不正当竞争法》第六条第一项中的“一定影响力”和“引人误认”。首先，关于包装、装潢的“一定影响力”，应以能够在相关公众的认知中起到识别商品和服务来源的作用为限，即一定的市场知名度和区别商品来源的显著特征。对于“一定的市场知名度”，应综合考虑门店经营所在地区、数量、时间、广告宣传、获奖情况等因素；对于“包装、装潢的显著特征”，即其能够区别商品或服务来源，应在排除其功能性的基础上，考虑装潢的选择、排列和组合方面的独特性。其次，关于“引人误认”，应以相关公众的一般注意力为标准进行判断，本案中，如具有一般经验的消费者在施以普通注意力的情况下难以对原、被告双方的门店装潢本身进行区别，则可以判断存在使其易于误认两者之间存在某种经济上的联系的可能性。

此外，二审判决也明确指出，《反不正当竞争法》并不禁止经营者之间相互学习、借鉴，但如果这种学习、借鉴超出了合理边界，即全面模仿他人已经具有区别商品来源意义的显著性的包装、装潢，则存在“搭便车”的主观恶意，构成不正当竞争。

-文章来源：微信公众号--《知识产权家》

【陈雨婷 摘录】

1.3 【专利】从延迟审查谈专利申请策略的重要性

专利审查指南规定的审查顺序方式有：一般原则、优先审查、延迟审查和专利局自行启动。2023 年 8 月 30 日，国家知识产权局公布了《发明专利申请延迟审查办理指南》（以下简称《指南》），使得延迟审查制度得到了更为广泛的关注。

1、延迟审查制度的提出

2019年11月1日起实施的《专利审查指南》作出修改，在第五部分第七章中增加了第8节，规定了申请人可以对发明和外观设计专利申请提出延迟审查请求，发明专利申请的申请人可以在提出实质审查请求时要求延迟审查1年、2年或3年。

此次公布的《指南》，就延迟审查的提出时间、延长期限、办理流程及注意事项等内容给出了详细的讲解。其中指出发明专利申请的延迟审查有以下好处：

- 1、通过发明专利申请中悬而未决、存在多种修改可能的权利要求，干扰竞争对手在相关领域的技术研发，增加进入市场的经济成本和时间成本。
- 2、在国际标准、国家标准和行业标准等制定过程中，有机会适应性修改权利要求的保护范围，与相关标准对标。
- 3、有机会享受最新审查政策的便利，例如补充实验数据、计算机领域存储介质、程序产品的保护等。
- 4、根据产品的生命周期、市场形势的变化等考虑是否继续专利审查进程。
- 5、专利获权时机更好地与专利的市场化运作相协调。

实际上，如果希望延迟审查或授权进度，还有其他一些规则可以利用。比如优先权制度、一案两审的发明延迟4年审查制度、权利丧失后再恢复规则等。

2、专利申请制度下可利用的加快规则

与延迟审查相对的，是此前广为人知的各种加快审查的方式，也比较常被使用。比如：

- 1、发明专利申请在申请时可以同时要求提前公开和提交实审请求书，从而将公布时间从默认的18个月缩短到实际上3个月左右，以利于更早地进入实质审查；
- 2、预审途径，在递交国家知识产权局之前通过各地知识产权保护中心的预审合格，能够大幅缩短专利授权时间，发明专利通常半年左右审查完毕，最快的甚至可以在1个月左右审查完毕；
- 3、优先审查途径，发明专利申请在进入实质审查后可以请求优先审查，通常会在进入优先审查通道后的1年内审查完毕；
- 4、对于各地快速维权中心所对应领域的外观设计申请，可以在数天内完成审查；
- 5、对于延伸到海外的专利申请，可以通过PPH途径加快审查。

3、如何制定专利申请的策略？

在如此多的审查方式下，选择合适的专利申请策略尤为重要，根据市场竞争的实际需求，结合对专利申请规则的深入理解，方能制定出合适的申请策略，最大化专利在市场竞争中可发挥的作用。

申请的策略包括申请数量、申请类型、申请时间、申请地域等，具体到如何利用审查制度确定申请策略，则需结合所处的行业和市场竞争维度的需求来制定，例如：对于具有原创性较强、基础性技术或者拥有重要商业价值的专利申请，为了让保护范围不确定，通过延迟审查、分案申请等策略保持存在在审的专利申请，保留修改权利要求的可能性，实现迷惑竞争对手，无法及时获知最终的专利保护范围，干扰其进入的节奏；对于研发周期较长的技术，为了最大程度隐藏研发方向，避免竞争对手知悉，可采取仅申请发明，利用本国优先权制度等；对于侵权可视性较强，产品上市快的技术，为了配合市场宣传或及早打击可能的侵权行为，利用各种加快审查的途径快速授权；对于属于应用型的外围专利，可以采用加快型审查制度，尽快获得授权，从而限制竞争对手。

【陈蕾 摘录】

1.4【专利】关于全面推行异议案件网上申请的通告

为进一步提升商标异议申请电子化水平，推动商标事业绿色发展，国家知识产权局商标局将全面推行商标代理机构异议案件网上申请。现将有关事项通告如下：

一、自 2023 年 12 月 1 日起，商标代理机构办理异议业务，原则上应通过商标网上服务系统提交电子申请，不再提交纸质材料。

二、本通告发出之日起至 12 月 1 日为全面提升商标代理机构异议案件网上申请的“过渡期”，商标代理机构做好各项准备工作，尚无商标网上服务系统账户的代理机构请尽快申请注册。

特此通告。

国家知识产权局商标局

2023 年 10 月 7 日

【曾易飞 摘录】

1.5【专利】“知”无不言 | 非正常申请专利行为认定及处理程序

什么是非正常申请专利行为？

根据《关于规范申请专利行为的办法》（国家知识产权局公告第 411 号）（下称 411 号公告）第二条第一款的规定，“本办法所称非正常申请专利行为是指任何单位或者个人，不以保护创新为目的，不以真实发明创造活动为基础，为牟取不正当利益或者虚构创新业绩、服务绩效，单独或者勾联提交各类专利申请、代理专利申请、转让专利申请权或者专利权等行为。”

非正常申请专利行为的认定情形有哪些？

根据 411 号公告第二条第二款的规定，非正常申请专利行为从以下多个角度来认定：

1. 从申请文件撰写的角度认定

（1）同时或者先后提交发明创造内容明显相同、或者实质上由不同发明创造特征或要素简单组合变化而形成的多件专利申请的；

（2）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的；

(3) 所提交多件专利申请的发明创造内容系主要利用计算机程序或者其他技术随机生成的；

(4) 所提交专利申请的发明创造系为规避可专利性审查目的而故意形成的明显不符合技术改进或设计常理，或者无实际保护价值的变劣、堆砌、非必要缩小保护范围的发明创造，或者无任何检索和审查意义的内容；

2. 从申请人的申请行为角度认定

(1) 所提交专利申请的发明创造与申请人、发明人实际研发能力及资源条件明显不符的；

(2) 为逃避打击非正常申请专利行为监管措施而将实质上与特定单位、个人或地址关联的多件专利申请分散、先后或异地提交的；

(3) 不以实施专利技术、设计或其他正当目的倒买倒卖专利申请权或专利权，或者虚假变更发明人、设计人的；

3. 从代理人的代理行为角度认定

专利代理机构、专利代理师，或者其他机构或个人，代理、诱导、教唆、帮助他人或者与之合谋实施各类非正常申请专利行为的；

4. 从其它角度认定

违反诚实信用原则、扰乱正常专利工作秩序的其他非正常申请专利行为及相关行为。

关于以上各项具体内容的理解请见：国家知识产权局网站首页 > 政策 > 解读 > “《关于规范申请专利行为的办法》解读” http://www.gov.cn/zhengce/2021-03/31/content_5597048.htm。

非正常申请专利行为如何排查？

国家知识产权局在专利申请受理、初审、实审、复审程序或者国际申请的国际阶段程序中发现或者根据举报得知线索，并依据专利法及其实施细则、411号公告等法律法规，由各领域专业审查员组建的专门工作组进行排查。

非正常申请专利行为通知的方式有哪些？

(1) 国家知识产权局根据排查结果，提出初步认定非正常申请专利行为的意见，定期向地方知识产权管理部门通报涉及非正常申请专利行为的申请号单。地方知识产权管理部门接到通报后开展核查，并根据通报的申请号单，联系申请人或代理人。

(2) 审查员发出的“审查业务专用函（非正常）”或者“审查意见通知书”通知申请人或代理人。

申请人或代理人接到非正常相关通知如何办理手续？

(1) **撤回申请：**申请人或代理人接到通知后，可以在指定期限内向国家知识产权局提交“撤回专利申请声明”主动撤回该申请。

(2) **申诉：**申请人或代理人对于非正常申请专利行为初步认定不服的，可以在指定期限内提交“意见陈述书（关于非正常申请）”，陈述意见并提交证明材料。

【王哲璐 摘录】

1.6【专利】最新数据 | 2023 中国企业 500 强共申报专利总数 188.53 万件，比上年增长 13.03%

近期，中国企业联合会、中国企业家协会公布了“2023 中国企业 500 强”“2023 中国制造业企业 500 强”“2023 中国服务业企业 500 强”“2023 中国跨国公司 100 大及跨国指数”“2023 中国战略性新兴产业领军企业 100 强”“2023 中国大企业创新 100 强”等通知。

中国企业 500 强发展特点

2023 中国企业 500 强规模继续保持增长态势，营业收入总额 108.36 万亿元，比上年增长 5.74%；资产总额为 399.77 万亿元，比上年中国企业 500 强增加 27.24 万亿元，增长 7.31%；入围门槛连续 21 年提高，2023 中国企业 500 强入围门槛为 469.98 亿元，比上年增长 23.73 亿元。2023 中国企业 500 强中，制造业企业达到 264 家，比上年增长 8 家，连续三年增加。

万亿俱乐部、千亿俱乐部持续扩容。2023 中国企业 500 强中千亿级企业首次超过 50%，达到 254 家，较 2022 中国企业 500 强增长 10 家。

- 254 家千亿级企业的平均营业收入为 3639.48 亿元，比上年中国企业 500 强千亿级企业的平均营业收入增加 103.56 亿元。
- 16 家万亿级企业中，国家电网、中国石油、中国石化营业收入超过 3 万亿元；中国建筑营业收入首次超过 2 万亿元；京东集团成为全国第一家营业收入过万亿的网络平台企业，也是第一家万亿级的商业零售企业。

创新实力不断积累。表现为 3 个“提升”：

- 企业研发投入与研发强度持续提升，中国企业 500 强共投入研发费用 15786.88 亿元，增幅为 9.07%；
- 专利数量与质量持续提升，中国企业 500 强共申报专利总数 188.53 万件，比上年增长 13.03%；
- 参与标准制定活跃度提升，中国企业 500 强共申报参与标准制定 75110 项，实现 4 连升；共申报参与 4992 项国际标准制定。

盈利水平回落。中国企业 500 强共实现净利润 42938.90 亿元，比上年减少 3.80%，同期美国 500 强和世界 500 强的净利润分别减少 14.97%和 6.49%。资产利润率为 1.07%，比上年下降 0.13 个百分点。2023 中国企业 500 强收入总额相当于 2022 年全国 GDP 总额 121.02 万亿元的 89.54%，与上年 500 强相比，相对值微幅下降 0.07 个百分点。

人均营业收入持续增长。中国企业 500 强人均营业收入持续增长，为 330.22 万元，比上年增加 14.26 万元。

中国制造业企业 500 强发展特点

2023 中国制造业企业 500 强呈现出总体规模较快增长、经营绩效回落、创新成效显著、战略性新兴业务发展步伐加快等特点。

总体规模较快增长。2023 中国制造业企业 500 强营业收入总额和资产规模双双突破 50 万亿元大关，入围门槛再上 165 亿元新台阶。2023 中国制造业企业 500 强的营业收入达到 51.06 万亿元，同比增长 8.38%；资产总额达到 53.02 万亿元，较上年增长 11.27%；入围门槛达到 165.50 亿元，较上年提高了 17.72 亿元，增幅达到 11.99%。

经营绩效回落。2023 中国制造业企业 500 强实现净利润 12677.03 亿元，下降了 13.66%。净资产利润率为 9.09%，较上年降低 2.11 个百分点；营业收入利润率为 2.48%，较上年下降 0.64 个百分点。

创新成效显著，2023 中国制造业企业 500 强研发投入平稳增长。

- 研发费用总规模达到 10962.15 亿元，较上年增长 3.83%；研发强度为 2.33%，处于近年来的较高水平。从不同行业看，航空航天、通信设备制造、轨道交通设备制造、纺织印染的行业平均研发费用位居前列。
- 拥有的专利数、发明专利数双双实现大幅增长，增速分别为 10.27%和 12.04%，专利质量稳定提升，发明专利占比达到 44.78%。具体而言，专利数达到 143.84 万件，较上年增加了 13.39 万件，增长了 10.27%；发明专利达 64.41 万件，较上年总体增加了 6.92 万件，增幅为 12.04%。

2023 中国企业 500 强制造业在营业收入、国际标准数、研发费用、拥有专

利项数、发明专利项数、总标准数、国内标准数等指标上均优于其他行业。其中，拥有专利项数、发明专利数分别占全部 500 强的 65.22%、76.77%。

战略性新兴产业发展步伐加快。2023 中国制造业企业 500 强中，重化工行业仍然占据主要位置，营业收入规模最大的 5 个行业中有 4 个为重化工行业。同时，战略性新兴产业发展步伐加快，营业收入和净利润增长位居前列的大都是战略性新兴产业的企业。

- 行业平均营业收入增长率位居前五位：动力和储能电池，风能、太阳能设备制造，医疗设备制造，计算机及办公设备和化学纤维制造，其中前三位的增长率达到了 45%以上，分别为 59.72%、49.42%、45.54%。
- 行业平均利润增长率位居前五位：医疗设备制造，动力和储能电池，摩托车及零配件制造，风能、太阳能设备制造和电线电缆制造，分别为 286.20%、96.63%、68.84%、52.39%和 42.65%。

国际化经营取得积极进展，海外营业收入较快增长。2023 中国制造业企业 500 强的海外营业收入总额达到 7.20 万亿元，较上年增长 1.16 万亿元，增速为 19.21%。海外营业收入占全部营业收入比重回升至 18.43%，较上年提升 1.09 个百分点。海外资产规模进一步扩大。2023 中国制造业企业 500 强海外资产总规模达到 6.89 万亿元，较上年增长了 1.65 万亿元，增速达到 31.49%。

2023 中国战略性新兴产业领军企业 100 强发展特点

整体发展势头良好。2023 中国战略性新兴产业领军企业 100 强入围门槛为 375.56 亿元（以战新业务归口统计的营业收入为入围统计指标），较上年 100 强提升 68.07 亿元；入围企业共实现战新业务收入 11.17 万亿元，较上年 100 强增长 19.72%，比企业总营业收入增速快 6.48 个百分点；有 31 家企业战新业务收入超过千亿元；共实现战新业务利润 6985.29 亿元（指按战新业务归口统计的营业利润，下同），较上年下降 8.93%；与自身相比，相关企业战新业务利润较上年增长 11.98%。

新一代信息技术、新材料成为入围主力产业。

- 以新一代信息技术产业作为主要战新业务的企业有 25 家入围，入围企业数量排名第一；
- 以新材料产业作为主要战新业务的企业有 24 家入围，入围企业数量排名第二；
- 以新能源产业作为主要战新业务的企业有 21 家入围，入围企业数量排名第三；
- 其次分别是高端装备制造产业、相关服务业、新能源汽车产业、生物产业、节能环保产业、数字创意产业，入围企业数量分别为 12 家、7 家、4 家、3 家、3 家、1 家。

加大研发投入成为发展共识。

2023 中国战略性新兴产业领军企业 100 强共投入研发费用总计 8348.25 亿元，同比增长 5.10%；平均研发强度为 3.07%；共拥有 101.76 万项专利授权，其中发明专利 43.03 万项，占专利授权总数的 42.29%，共参与制定标准 4.14 万项，企均参与标准制定 466 项。

2023 中国大企业创新 100 强发展特点

2023 中国大企业创新 100 强是在 2023 中国企业 500 强、2023 中国制造业企业 500 强、2023 中国服务业企业 500 强的基础上，按照入围门槛为发明专利数 100 件以上、研发强度 0.6%以上、营业收入 200 亿元以上的标准进行筛选，同时依据企业申报的研发费用、研发投入强度、拥有发明专利数、拥有专利数、收入利润率等数据，利用功效系数法计算得到各指标评价值，加权得到各企业综合评价得分值，最后按分值高低排序产生。

研发强度稳步增长。2023 年中国大企业创新 100 强共计有效发明专利数和非发明专利数分别为 63.01 万件、78.42 万件，创新百强企业是全国有效专利的主要持有者；平均研发投入强度为 5.42%，相比于上年提升了 0.53 个百分点，连续七年稳步增长。

区域分布不均衡，行业差异明显。2023 中国大企业创新 100 强排名前 10 位的企业分别是华为投资控股有限公司、中兴通讯股份有限公司、美的集团股份有限公司、中国航天科工集团有限公司、江苏恒瑞医药股份有限公司、上海华虹（集团）有限公司、中国信息通信科技集团有限公司、正大天晴药业集团股份有限公司、中国石油化工集团有限公司、TCL 科技集团有限公司。华为投资控股有限公司连续三年蝉联榜首。

- 从企业总部所在地看，2023 中国大企业创新 100 强覆盖了 20 个省、自治区、直辖市，其中有 80 家企业位于东部地区。北京和广东各有 22 家，山东 11 家，江苏 9 家，浙江和上海均有 7 家。
- 从所有制结构看，2023 中国大企业创新 100 强中，民营企业占 56%，国有企业占比 44%。
- 从公司所在行业看，2023 中国大企业创新 100 强覆盖了 33 个行业。其中通信设备制造占比 12%；汽车及零配件制造占比 11%；化学原料及化学品制造占比 7%；家用电器制造和土木工程建筑均占比 6%；半导体、集成电路及面板制造，电力生产，风能、太阳能设备制造以及计算机及办公设备等四个行业占比各 5%；其余 24 个行业共占据 38%。

【陈建红 摘录】

1.7 【专利】

吉利与威马专利权属纠纷案二审有果！法院判决……

近年来，新能源汽车在全球范围内快速发展，我国企业抢占先机，众多造车新秀异军突起，从传统汽车企业中突围而出，在全球新能源汽车市场中占据重要地位。与此同时，知识产权纠纷呈多发之势。

近日，浙江吉利控股集团有限公司（下称吉利公司）等与威马汽车科技集团有限公司（下称威马公司）、张某、冷某之间的两起专利权属争议案件迎来终审判决，上海市高级人民法院（下称上海高院）维持此前一审法院作出的判决，分别认定吉利公司前员工张某、冷某入职威马公司后申请的两件涉案专利并非属于在原单位工作期间的职务发明，驳回了吉利公司的全部诉讼请求。这也是双方一系列知识产权纠纷中最新迎来的两个终审判决结果。

行业纠纷多发

近年来，大力发展新能源汽车、实现汽车产业转型升级，已经成为全球汽车业的不二选择。工业和信息化部发布的统计数据显示，截至 2022 年，我国新能源汽车产销量连续 8 年位居世界第一。

不仅是传统汽车企业纷纷进军新能源领域，一批新能源汽车新秀也及时加入进来，让这个行业竞争激烈的同时也充满了活力，而这也让知识产权纠纷逐渐增多，陆续爆发了诸多备受关注的案件：特斯拉诉小鹏汽车侵犯商业秘密、侵犯专利权；新能源汽车电池龙头企业宁德时代起诉中创新航侵犯其专利权，在 6 起案件中合计索赔 6.48 亿元……此次上海高院作出终审判决的吉利公司与威马公司之间的系列案件也是其中代表性的案件之一。

成都高原汽车工业有限公司（下称高原公司）成立于 2007 年 10 月，经营范围包括汽车改装车、汽车零配件、发动机零配件的研发、生产、推广及提供相关的售后服务等，是吉利公司下属一级制造子公司，也是吉利汽车位于四川成都的制造基地。冷某、张某都曾是高原公司的员工。

2014 年 7 月 1 日，高原公司与冷某签订劳动合同，约定合同期从 2014 年 7 月 1 日起至 2017 年 6 月 30 日止，冷某的工作内容包括产品技术岗、甲方安排的其他工作。合同包含了保密条款，约定了冷某的保密义务。

2016 年 7 月 12 日，高原公司与冷某签订解除劳动关系协议书，其中约定：双方劳动合同关系自 2016 年 7 月 12 日起解除；冷某不履行竞业限制义务，但对高原公司应尽保密义务，保证高原公司秘密资料不外泄。

从高原公司离职后，冷某随即入职威马公司。2017 年 6 月 7 日，威马公司作为申请人，冷某作为设计人之一，向国家知识产权局提交了名称为“电子油门踏板”（专利号：ZL201730227291.2）的外观设计专利申请，并于 2017 年 10 月 24 日被授权公告。

2019 年 5 月，吉利公司、浙江吉利汽车研究院有限公司及高原公司作为共同原告，将威马公司和冷某起诉至杭州市中级人民法院，认为上述涉案专利属于冷某在高原公司工作期间的职务发明，专利权应该归属于原告。后经威马公司提出管辖权异议，该案被移送至上海知识产权法院审理。

两审驳回起诉

庭审中，吉利公司认为，涉案专利与冷某在高原公司的本职工作或所分配的工作任务有关，冷某在高原公司从事的职务为底盘相关工作，其职务与涉案专利是向下相关，是直接的相关关系。冷某若不是在原单位工作期间接触了大量底盘、整车及零部件图纸以及技术资料和信息，不可能在离职 1 年内就完成诉争专利的设计。

威马公司和冷某则认为，涉案专利与冷某在高原公司承担的本职工作或者分配的工作任务没有关联性，不属于职务发明。

上海知识产权法院经审理认为，现有证据无法证明涉案专利是冷某从高原公司离职 1 年内作出的与其在原单位本职工作或者所分配的工作任务有关的发明创造，据此驳回了吉利公司等三原告的诉讼请求。

吉利公司等不服，向上海高院提起上诉。

上海高院经审理后于近日作出终审判决，驳回了吉利公司等的上诉请求。上海高院认为，冷某在高原公司工作期间负责前后悬架相关工作，专利系电子油门踏板的外观设计，不能因为二者同属于汽车底盘相关技术领域，而认为涉案专利与冷某的本职工作或者所分配的工作任务有关。

另一起吉利公司等诉威马公司和张某的专利权属纠纷与此案类似。高原公司员工张某于 2016 年 7 月从高原公司离职后很快入职威马公司，于 2017 年 4 月以威马公司作为申请人，张某作为设计人，向国家知识产权局提交了名称为“真空助力器油壶”（专利号：ZL201730123270.6）的外观设计专利申请，并于 2018 年 2 月被授权。吉利公司等提出的专利权属诉讼，被一审法院驳回诉请，后向上海高院提起上诉，同样于近日被驳回。

据了解，双方之间的类似纠纷还有多起，尚未有结果。

另据媒体报道，吉利公司等还以侵犯商业秘密为由起诉威马公司，索赔达 21 亿元。上海高院于去年 9 月作出一审判决，判令威马公司停止侵权并赔偿吉利公司等经济损失及合理费用共计 700 万元。

对于此次两个专利权属纠纷案件的终审判决结果，双方当事人拒绝了知识产权记者的采访。

共促良性竞争

当前，知识产权早已成为市场竞争的重要“武器”，随着竞争日趋激烈，离职员工跳槽引发的知识产权案件呈高发态势，如何在保护原单位合法权益的同时，又不会遏制技术创新动力和空间，是司法实践中需要重点考虑的问题。

北京联德律师事务所律师蒋洪义在接受本报记者采访时表示，针对此类纠纷，法律法规都已经有了针对性的规定。例如，为保护原单位合法权益，我国专利法第六条规定，执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造为职务发明创造。职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，该单位为专利权人；专利法实施细则第十二条规定，退休、调离原单位后或者劳动、人事关系终止后 1 年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者原单位分配的任务有关的发明创造为职务发明创造。这些规定同时也保障了跳槽员工的合法权益：不是执行本单位任务或者没有利用本单位物质技术条件所完

成的发明创造则不属于职务发明；超出劳动、人事关系终止后 1 年期限后产生的发明创造，不属于职务发明，和原单位无关。

“对原单位利益的保护也不能扩大化，判断员工离职 1 年内作出的发明创造是否系职务发明创造，应当具体考察离职员工在原单位的工作职责范围、具体工作内容等是否与发明创造的研发存在关联。” 蒋洪义表示，不能简单地认为只要发明创造与发明人在原单位的业务领域具有一定联系，就认定该发明创造为发明人在本职工作中作出的发明创造，否则就会对技术创新动力和空间造成打击。

蒋洪义建议，企业为防止员工跳槽对本单位造成损害，可以选择与员工签订竞业禁止协议，在支付一定成本的同时，换取本单位利益不受损害。此案中，正是由于吉利公司未与离职员工签订此类协议，导致技术人员离职后随即入职同行业企业，进而产生了一系列纠纷。

【李翰杰 摘录】

热点专题

【知识产权】挖泥船引发知识产权纠纷，怎么回事？

抓斗式挖泥船是一种用于挖取海底各种淤泥、泥沙等物料，以及用于航道疏浚、海床工程等项目的大型设备。其中，抓挖起重机构是挖泥船的核心部件。日前，该设备引发的一起知识产权纠纷有了判决结果。

近日，广西港航建筑工程有限公司（下称广西港航公司）起诉广州市南沙兴华造船有限公司（下称广州兴华公司）、中山市东凤镇港星疏浚工程部（下称中山港星工程部）发明专

利侵权案一审判决生效。该案中，广州知识产权法院认定广州兴华公司和中山港星工程部提出的先用权抗辩成立，其制造、销售和使用的“粤中山工 8223”船舶（下称涉案船舶）中的抓斗式挖泥机（下称被诉侵权设备）未侵犯广西港航公司名为“抓斗式抓挖起重机互动机构”的发明专利权（下称涉案专利），驳回了广西港航公司的全部诉讼请求。

挖泥船被诉侵权

涉案专利由案外人梁某某于 2008 年 1 月 24 日向国家知识产权局提出专利申请，于 2010 年 3 月 17 日获得授权（专利号：ZL200810025985.8）。涉案专利说明书显示，该专利可以克服现有抓斗式抓挖起重机构存在的能耗高、制动器发热等不足。2019 年 7 月 16 日，涉案专利的权利人变更为广西港航公司。

广西港航公司向广州知识产权法院起诉称，经调查发现，被诉侵权设备落入涉案专利权利要求 1 至 5、8 的保护范围，涉嫌构成专利侵权。广州兴华公司作为被诉侵权设备的制造者和销售者、中山港星工程部作为被诉侵权设备的后续使用者，均应为被诉侵权行为承担相应的法律后果。因认为被诉侵权行为给自己带来了巨大的经济损失，广西港航公司向二公司提出共计 200 万元的索赔。

对于广西港航公司的起诉，广州兴华公司与中山港星工程部均基于自身情况进行了未侵权答辩。中国知识产权报记者在采访中了解到，庭审中，二公司都提出了在先使用的未侵权抗辩：涉案船舶的建造日期早于涉案专利的申请日，交付日期亦早于涉案专利授权公告日，因此，涉案船舶及船舶上安装的被诉侵权设备未侵犯涉案专利权。

广州知识产权法院结合在案证据，认定被诉侵权设备的技术方案落入了涉案专利部分权利要求的保护范围。在二被告先用权抗辩是否成立的问题上，法院认为二被告提交的证据已形成证据链，其提出的先用权抗辩意见于法有据。据此，法院驳回了广西港航公司的起诉。

记者多次联系该案当事人的代理律师，双方均未对该案作出回应。

厘清两个争议焦点

据了解，该案争议焦点主要有两个，即广州兴华公司是否在涉案专利申请日前做好制造涉案船舶上被诉侵权设备的必要准备，以及中山港星工程部作为被诉侵权设备的后续使用者是否需要承担侵权责任。

在第一个争议焦点上，该案审判长黄彩丽在接受本报记者采访时表示，广东省船舶检验局广州分局于 2016 年对涉案船舶出具的《图纸审查意见书》及其后所附设计图纸显示，涉案船舶的送审图纸上已设计有抓斗设备，图纸标有该设备的整体外部机构及相应尺寸数据，并报备有该设备所使用柴油机的型号及厂家信息等，现有证据已形成证据链，可证实广州兴华公司在涉案专利申请日之前已经做好制造被诉侵权设备的必要准备，应认定造船公司的先用权抗辩成立。

在第二个焦点问题上，黄彩丽表示，现行专利法及相关司法解释均未对先用权抗辩是否适用侵权产品销售商或使用者的问题作出规定，仅对现有法律规定进行文义解释的话，则设

备的后续使用者需要承担侵权责任。但是，合议庭认为，如认定设备的后续使用者需承担侵权责任，则有失公平。先用权抗辩制度基于公众利益考虑，平衡专利权人和技术方案在先实施人之间的利益，先用权人实施相关技术方案目的在于获得商业利益，如先用权抗辩的范围仅限于制造产品，而不针对所制造产品后续使用，则先用权人难以基于先用权而实现其获利目的，先用权抗辩制度也难以实现其平衡权利人与社会公众利益的价值。在综合考量后，合议庭认定该设备的后续使用者无需承担侵权责任。

判决具有示范意义

记者在采访中了解到，由于被诉侵权设备是安装于活动船舶上的大型设备，取证难度较大，又因涉及的法律问题在现行专利法及相关司法解释中未作明确规定，且涉诉金额巨大、争议焦点突出，因此该案判决具有一定的示范意义。

黄彩丽介绍，被诉侵权设备停止作业的成本为每天 30 万元，考虑到如果贸然要求当事人停止作业，则会给她带来巨大的经济损失。因此，经多次与当事人沟通，在涉案船舶靠岸保养时，法官团队和技术调查官才采取证据保全措施，在码头登船对被诉侵权设备的技术特征进行保全。另外，由于设备尺寸大，部分技术特征被遮蔽于设备内部而无法直接观察，给现场证据保全带来了挑战。值得一提的是，技术调查官在证据保全中很好地协助了法官团队解决固定技术方案争议焦点特征问题，确保了证据保全的效果，减少了证据保全难度。

黄彩丽表示，现有法律对于市场流转环节中的先用权抗辩适用的主体范围问题未作明确规定，该案结合专利侵权行为的构成要件、先用权抗辩制度的法旨及专利权人、先用权人、社会公众三元利益平衡、公平合理原则等维度，分析先用权抗辩制度应延伸适用于产品后续使用人这一结论的合理性、正当性及必要性，作出上述判决，属于探索填补现有先用权抗辩制度部分空白的样本案例。

“案件的处理，有效避免了由于先用权抗辩制度未作出明确规定而导致专利技术研发利益的失衡以及社会资源的不合理闲置和浪费，为该类暂无法律规定问题的处理提供了参考样本，具有较好的示范意义。”黄彩丽表示。

【谢流芳 摘录】