



*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

# 第五百六十一期周报

## 2023.11.26-2023.12.02

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](mailto:hangsome@hangsome.com)

# 总目录

---

## ● 每周资讯

- 1.1 【著作权】首例 AI 生成图片著作权侵权案一审宣判
- 1.2 【专利】以案例浅谈选择发明的撰写和审查意见答复思路
- 1.3 【专利】专利撰写过程中关于权利要求保护范围确定应该如何考量
- 1.4 【专利】不是数据搞不起，而是抓取更有性价比？ | 以案释法
- 1.5 【专利】浅谈《专利法》第 26 条第 4 款审查意见的答复思路
- 1.6 【专利】判赔额高达 1000 万元！微波炉中的一款小部件引发大纠纷……

## ● 热点专题

【知识产权】

# 每周资讯

## 【著作权】首例 AI 生成图片著作权侵权案一审宣判

近日，北京互联网法院对一起人工智能生成图片的著作权侵权纠纷作出一审判决。



### 案件简介

【原告】李某，小红书博主，使用 AI 生成涉案的图片发布于小红书平台。

【被告】刘某，百家号博主，在其发布的文章配图中使用了原告基于 AI 生成的图片。

2023 年 2 月 24 日，原告使用开源软件 Stable Diffusion 通过输入提示词的方式生成涉案图片，后将该图片以“春风送来了温柔”为名发布在小红书平台。近日，原告发现，百家号账号“我是云开日出”在 2023 年 3 月 2 日发布了名为《三月的爱情，在桃花里》的文章，该文章配图使用了涉案图片。原告诉称，被告未获得原告的许可，且截去了原告在小红书平台的署名水印，使得相关用户误认为被告为该作品的作者，严重侵犯了原告享有的署名权及信息网络传播权。综上，

原告向法院提起诉讼。

## 争议焦点

### 一、“春风送来了温柔”图片是否构成作品，构成何种类型作品；

涉案图片是否具备“智力成果”要件？

从原告构思涉案图片起，到最终选定涉案图片止，这整个过程来看，原告进行了一定的智力投入，比如设计人物的呈现方式、选择提示词、安排提示词的顺序、设置相关的参数、选定哪个图片符合预期等等。涉案图片体现了原告的智力投入，故涉案图片具备了“智力成果”要件。

涉案图片是否具备“独创性”？

原告对于人物及其呈现方式等画面元素通过提示词进行了设计，对于画面布局构图等通过参数进行了设置，体现了原告的选择和安排。另一方面，原告通过输入提示词、设置相关参数，获得了第一张图片后，其继续增加提示词、修改参数，不断调整修正，最终获得了涉案图片，这一调整修正过程亦体现了原告的审美选择和个性判断。在庭审中，原告通过变更个别提示词或者变更个别参数，生成了不同的图片……涉案图片并非“机械性智力成果”。在无相反证据的情况下，可以认定涉案图片由原告独立完成，体现出了原告的个性化表达。综上，涉案图片具备“独创性”要件。

### 二、原告是否享有涉案图片的著作权

原告是直接根据需要对涉案人工智能模型进行相关设置，并最终选定涉案图片的人，涉案图片是基于原告的智力投入直接产生，且体现出了原告的个性化表达，故原告是涉案图片的作者，享有涉案图片的著作权。

## 判决结果

北互互联网法院经审理认为，涉案的 AI 生成图片（“春风送来了温柔”）具备“独创性”要件，体现了人的独创性智力投入，应当认定该图片为作品。

涉案图片是以线条、色彩构成的有审美意义的平面造型艺术作品，属于美术作品。同时，涉案图片在可以归属到具体作品类型时，没有适用“其他作品条款”保护的必要性，其不属于“符合作品特征的其他智力成果”。故法院认定涉案作品属于美术作品，受到《著作权法》保护。

最终，法院判定被告就被诉侵权行为向原告赔偿的经济损失数额 500 元，案件受理费 50 元，由被告刘某负担。

本案判决书如下：



为名发布在小红书平台。近日，原告发现，百家号账号“我是云开日出”在2023年3月2日发布了名为《三月的爱情，在桃花里》的文章，该文章配图使用了涉案图片。被告未获得原告的许可，且截去了原告在小红书平台的署名水印，使得相关用户误认为被告为该作品的作者，严重侵犯了原告享有的署名权及信息网络传播权。被告应当赔偿原告的经济损失并进行赔礼道歉以消除影响。综上，原告特依法向法院提起诉讼，请求法院判如所请。

被告刘■■■辩称，被告通过网络检索获取涉案图片，用作原创诗歌《三月的爱情，在桃花里》的配图，涉案图片具体来源已无法提供，亦无法说明涉案照片的水印情况，不确定原告是否享有涉案图片的权利；被告所发布主要内容为原创诗文，而非涉案图片，且没有商业用途，不具有侵权故意；如果法院认定涉案行为构成侵权，被告愿意向原告赔礼道歉，但是原告主张的经济赔偿数额过高，AI生成图片市场价格很低，且被告身患重病，无力赔偿。综上，请求法院考虑实际情况进行判决。

当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，本院组织当事人进行了证据交换和质证。对当事人无异议的证据，本院予以确认并在卷佐证。对案件的事实，本院认定如下：

2023年2月26日，原告将涉案图片（见图6）发布在其小红书账号“董二千”（小红书号为■■■）中，发布内容的标题

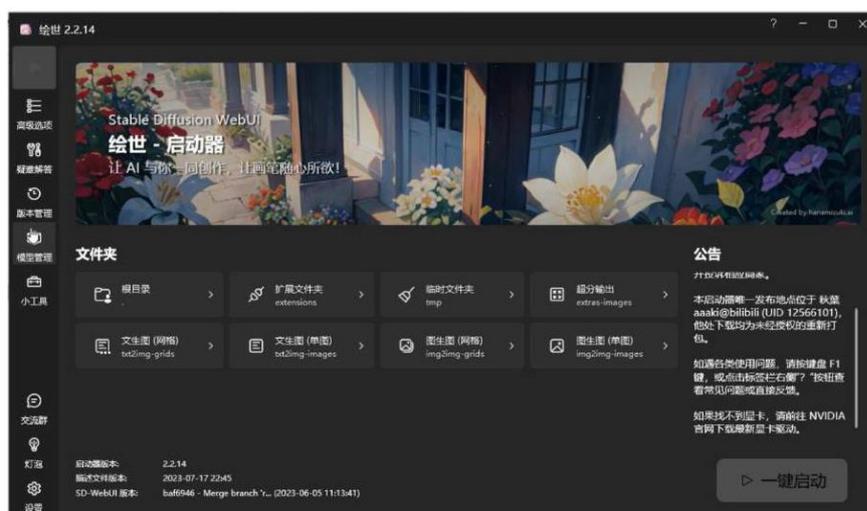
为“春风送来了温柔”，该标题下除涉案图片外亦包含其他5张案外图片，标签为“#AI#[话题]# #AI 插画 #AI 绘画 #写真 #少女 #摄影 #春天 #美女”。经法院组织双方勘验，原告通过手机号码获取验证码的方式可以登录该账号并查看涉案图片的发布情况。

原告主张该图片系其于2023年2月24日通过软件Stable Diffusion生成，其提交再现涉案图片生成过程的视频，具体操作步骤如下：

1. 打开bilibili网站，搜索用户“秋葉aaaki”，打开标题为“【AI 绘画】Stable Diffusion 整合包 v4.2 发布！全新加速解压即用 防爆显存 三分钟入门 AI 绘画……”的视频，打开视频下方提供的网盘链接“<https://pan.baidu.com/s/1sVmVqA2CGUsZwyRdjoA5Vg>”，下载“sd-webui-aki-V4.2.7z”压缩包。解压缩，打开文件“A用户协议.txt”，显示：“本整合包仅用作AIGC技术学习，基于Github上开源项目Stable Diffusion Webui制作，提供了算法的运行环境。使用本整合包即代表您已阅读并同意以下用户协议：您不得实施包括但不限于以下行为，也不得为任何违反法律法规的行为提供便利：反对宪法所规定的基本原则的。危害国家安全，泄露国家秘密，颠覆国家政权，破坏国家统一的。损害国家荣誉和利益的。煽动民族仇恨、民族歧视，破

坏民族团结的。破坏国家宗教政策，宣扬邪教和封建迷信的。散布谣言，扰乱社会秩序，破坏社会稳定的。散布淫秽、色情、赌博、暴力、凶杀、恐怖或教唆犯罪的。侮辱或诽谤他人，侵害他人合法权益的。实施任何违背“七条底线”的行为。含有法律、行政法规禁止的其他内容的。因您的数据的产生、收集、处理、使用等任何相关事项存在违反法律法规等情况而造成的全部结果及责任均由您自行承担。”。

2. 打开“A 启动器.exe”，主页面如图 1 所示。选择版本后，点击一键启动。



(图 1)

3. 返回 bilibili 网站，搜索用户“K43”，打开标题为“Stale Diffusion 个人制做写实向融合模型 让你绘制出更美丽的亚

洲，中国风少女人像”的文章，在文章中复制网址“<https://huggingface.co/dcy/AsiaFacemix/tree/main>”并在浏览器中打开，下载模型包“AsiaFacemix-pruned-fix.safetensors”“lora-hanfugirl-v1-5.safetensors”。

将模型“AsiaFacemix-pruned-fix.safetensors”移动到“models”-“Stable-diffusion”的文件夹后，将启动器（Stable-diffusion 模型）的模型修改为“AsiaFacemix-pruned-fix.safetensors”。将模型“lora-hanfugirl-v1-5.safetensors”移动到“extensions”-“sd-webui-additional-networks”-“models”-“lora”的文件夹后，将启动器“Additional-Networks”中的模型 1 修改为 lora-hanfugirl-v1-5.safetensors”。

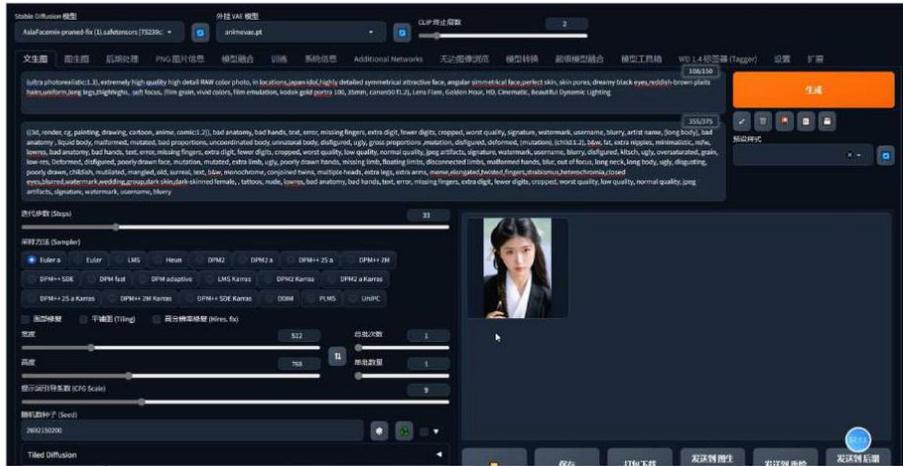
4. 在正向提示词（Prompt）输入：“(ultra photorealistic: 1.3), extremely high quality highdetail RAW color photo, in locations, japan idol, highly detailed symmetrical attractive face, angular simmetrical face, perfectskin, skin pores, dreamy black eyes, reddish-brown plaits hairs, uniform, long legs, thighhighs, soft focus, (film grain, vivid colors, film emulation, kodak gold portra 100, 35mm, canon50 f1.2), Lens Flare, Golden Hour, HD, Cinematic, Beautiful Dynamic Lighting”。中文译文为：（超逼真照片 1: 3），超高品质高细

节的原始图像数据处理格式彩色照片，外景，日本偶像，高度细节对称且迷人的脸，棱角匀称的脸，完美的皮肤，皮肤毛孔，梦幻般的黑眼睛，红褐色的辫子，均匀，长腿，长筒袜，软对焦，（胶片纹理，生动的色彩，胶片仿真，柯达黄金肖像 100.35mm，佳能 50f1.2），镜头光晕，黄金时间，高清，电影，美丽的动态灯光。在反向提示词（Negative Prompt）输入“（（3d, render, cg, painting, drawing, cartoon, anime, comic: 1.2）），bad anatomy, bad hands, text, error, missing fingers, extra digit, fewer digits, cropped, worst quality, signature, watermark, username, blurry, artist name, (longbody), bad anatomy, liquid body, malformed, mutated, badproportions, uncoordinated body, unnaturalbody, disfigured, ugly, gross proportions, mutation, disfigured, deformed, (mutation), (child: 1.2), b&w, fat, extra nipples, minimalistic, nsfw, lowres, badanatomy, bad hands, text, error, missing fingers, extra digit, fewer digits, cropped, worst quality, low quality, normal quality, jpeg artifacts, signature, watermark, username, blurry, disfigured, kitsch, ugly, oversaturated, grain, low-res, Deformed, disfigured, poorly drawn face, mutation, mutated, extra limb, ugly, poorly drawn hands, missing limb, floating limbs, disconnected limbs, mal

formed hands, blur, out of focus, long neck, long body, ugly, disgusting, poorly drawn, childish, mutilated, mangled, old, surreal, text, b&w, monochrome, conjoined twins, multiple heads, extra legs, extra arms, meme, elongated, twisted, fingers, strabismus, heterochromia, closed eyes, blurred, watermark, wedding, group, dark skin, dark-skinned female, , tattoos, nude, lowres, bad anatomy, bad hands, text, error, missing fingers, extra digit, fewer digits, cropped, worst quality, low quality, normal quality, jpeg artifacts, signature, watermark, username, blurry”。中文译文为：（（3d, 渲染, 例如: 绘画, 素描, 卡通, 动漫, 漫画 1.2）），糟糕的解剖结构, 糟糕的手, 文字, 错误, 缺失的手指, 多余的数字, 更少的数字, 裁剪, 最差的质量, 签名, 水印, 用户名, 模糊, 艺术家的名字, (长体), 糟糕的解剖结构, 液体, 畸形, 突变, 糟糕的比例, 不协调的身体, 不自然的身体, 毁损, 丑陋, 粗大的比例。突变, 毁损, 变形, (突变), (儿童: 1.2), 黑与白, 脂肪, 多余的乳头, 极简主义, 不适宜工作场所, 低分辨率, 糟糕的解剖结构, 糟糕的手, 文字, 错误, 缺失的手指, 多余的数字, 更少的数字, 裁剪, 最差的质量、低质量, 正常质量, jpeg 伪影, 签名, 水印, 用户名, 模糊, 毁容, 媚俗, 丑陋。过饱和, 纹理, 低分辨率, 变形, 毁

容，没画好的脸，突变，突变，多余的肢体，丑陋，没画好的手，缺失的肢体，漂浮的肢体，断开的肢体，畸形的手，模糊，失焦，长脖子，长身体，丑陋，恶心，画得不好，幼稚，残缺，支离破碎，显老。超现实的，文本。黑和白单色，连体双胞胎，多个头部，多余的腿，多余的手臂，模因，拉长，扭曲，手指，斜视，异色，闭上眼睛，模糊，水印，婚礼，团体，深色皮肤，深色皮肤的女性，纹身，裸体，低分辨率，糟糕的解剖结构，糟糕的手，文字，错误，缺失的手指，多余的数字，少的数字，裁剪，最差的质量，低质量，正常质量，Jpeg 伪影，签名，水印，用户名，模糊。其中，反向提示词中的“((3d, render, cg, painting, drawing, cartoon, anime, comic: 1.2))”系其自行编辑外，其余所有的反向提示词均系其直接复制于某论坛中用户分享的提示词内容。

5. 将迭代步数修改为 33，高度修改为 768，提示词引导系数修改为 9，随机数种子修改为 2692150200，点击“生成”按钮。操作界面如图 2 所示，生成结果如图 3 所示。



(图 2)



(图 3)

6. 在上述参数不变的情况下，将“Additional-Networks”中的模型 lord-hanfugirl-v1-5. safetensors”的权重修改为 0.75。生成结果如图 4 所示。



(图 4)

7. 在上述参数不变的情况下,将随机种子修改为 2692150199。  
生成结果如图 5 所示。



(图 5)

8. 在上述参数不变的情况下,在正向提示词(Prompt)增加 “ shy, elegant, cute, lust, cool pose, teen, viewing at camera, masterpiece, best quality”, 中文译文为: 害羞、优雅、可爱、情欲、酷姿势、青少年、机前浏览、杰作、最佳质量。生

成结果如图 6 所示，该图片即涉案图片。



(图 6)

经当庭勘验，原告通过变更个别提示词或者变更个别参数，其生成的图片结果不同。

原告主张涉案图片为美术作品，如果法院认为不构成美术作品，则主张其为“符合作品特征的其他智力成果”。原告认为涉案图片在以下几方面体现出独创性，构成美术作品：

第一为模型的选择及选取。从 Stable Diffusion 软件的绘画原理上，其本质为通过模型对已经高度模糊的马赛克画面结合用户输入的提示词进行解读并创作，模型能够决定画面最终生成的可用素材，影响作品的整体艺术类型、画面风格等。目前网络上开源作者们免费提供的模型高达数十万个，都可以通过网络公开下载，因此在创作时所依据的模型由用户自由选取，具体使用何种模型是根据用户的审美趣味所决定。

第二为提示词及反向提示词的输入。从输入的提示词词汇来看，原告所选择的提示词的框架为：艺术类型+主体+环境+构图+风格。其中艺术类型指的是作品类型，比如水彩画、插画、像素艺术、电影艺术等；主体可以是人，也可以是物体、动物等；环境指的是主体所在的环境，可以是各种自然环境，或者灯光效果等；构图指的是镜头的焦点在哪里，主体的朝向是哪里；风格包含几个方面的元素，比如年代、参照的艺术家。涉案图片中，原告输入提示词时希望展现的一幅在黄昏的光线条件下具有摄影风格的美女特写，传达原告的审美倾向。因此提示词中的艺术类型为“超逼真照片”“彩色照片”，主体为“日本偶像”并详细描绘了脸部细节如皮肤、眼睛、辫子等，环境为“外景”“黄金时间”（日落前的一个小时是光线最好的时刻）“动态灯光”，构图为“酷姿势”“机前浏览”（原意为看着镜头），风格为“胶片纹理”“胶片仿真”等。相关提示词为原告根据创作需要自行选择并输入，能够体现出原告的取舍、选择、安排和设计。

而反向提示词，主要特别强调了不希望在作品中出现的艺术类型、主体、环境、风格等要素。涉案作品为照片风格，因此原告在反向描述词特别添加“绘画”“卡通”“动漫”等不希望出现在作品内的提示词，这也是原告根据自身创作经验所添加的。

第三为相关生成参数。参数主要包含采样方法、清晰度、引

导系数等，不同参数的设置可能产生不同的绘画结果。例如原告发现长宽比会影响真人类的照片作品结果，长宽比 1:1 为真人特写，长宽比 3:2 为半身照片，长宽比 2:1 为全身照片，长宽比 1:2 则可能出现两个人物等，该等系数均系原告经过多次使用实验得出，也凝结了原告智力劳动结果，体现了原告的独创性。

因此，原告认为从模型的选择及选取、提示词及反向提示词的输入、生成参数的设置均可以体现出原告的取舍、选择、安排和设计，凝结了原告智力劳动，其显然具有独创性。特别是从客观主义标准来看，涉案图片显然符合作品的特征，原告在发布在小红书上后被众多用户观看、点赞，说明以一般社会公众的标准可以认定其为作品，具有独创性。

被告系百家号账号“我是云开日出”（百家号 ID: ■ ■ ■）的注册者和使用者，截至 2023 年 3 月 17 日，该账号共获赞 21 万，有 4.6 万粉丝。2023 年 3 月 2 日，被告通过该账号发布了名为《三月的爱情，在桃花里》的文章，该文章文字内容系被告自己撰写的诗歌，共使用了 5 张图片作为配图，第一张配图即为涉案图片，涉案图片上未显示水印。该文章评论数为 26，文章底部载有：“诗文原创/我是云开日出，图剪映/我是云开日出，素材来自网络侵权致歉。”经询，被告不能说明图片具体来源。

原告主张被告截去了其在小红书平台的署名水印，为此提交了涉案图片自小红书下载过程的视频，该视频显示：涉案图片下载后再次打开查看时，图片上会载有“小红书”及“[REDACTED]”水印，其中“小红书”为平台名称，“[REDACTED]”为小红书平台分配给用户的编号。经询，被告表示不记得是否去除过涉案图片的水印。

原告认为被告未经其许可使用涉案图片且截去了其在小红书平台的署名水印，侵害原告对涉案图片享有的署名权和信息网络传播权。

另查，原告提交 GitHub 社区“stable diffusion”的“CreativeML Open RATL++-M License”，内容为“6. The Output You Generate. Except as set forth herein, Licensor claims no rights in the Output You generate using the Model. You are accountable for the Output you generate and its subsequent uses. No use of the output can contravene any provision as stated in the license.”中文译文为：6. 生成的输出。除非在本许可证中另有规定，许可证人不对您使用模型生成的输出声称任何权利。您对生成的输出及其后续使用负有责任。输出的使用不得违反许可证中的任何规定。

经询，原告表示其主张经济损失的依据为法定赔偿，考量了

学习软件成本、原告智力投入、涉案图片的美感、被告粉丝数量和侵权情节等因素。

被告主张 AI 生成图片市场交易价格较低，提交以下证据：

1. 闲鱼平台商品信息截图，显示商品“12000+张 AI 美女图片素……”售价 9.9 元；商品“近 2 万余张 AI 人物图片素……”售价 4.99 元；商品“3 元一组 AI 代出图，单发一……”售价 3 元；

2. 拼多多平台商品信息截图，商品“ai 头像定制真人照片 3D 人像动漫 Q 版卡通转手绘头像制作迪士尼风格”售价 5 元起；

3. 知乎用户“圈圈”文章截图“100 张 AI 美女壁纸图片，无水印自取”；

4. 图虫网截图，显示：1 张图片售价为 40 元、5 张图片售价为 130 元、10 张图片售价为 230 元。

以上事实，有涉案图片的原始电子文件、小红书截图、涉案图片生成过程复现视频、小红书下载过程视频、咸鱼平台截图、拼多多平台截图、知乎文章截图、图虫网截图等证据，当事人陈述及庭前会议笔录、庭审笔录等在案佐证。

本院认为，根据原、被告的诉辩意见和查明的事实，本案的争议焦点为：一、“春风送来了温柔”图片是否构成作品，构成何种类型作品；二、原告是否享有涉案图片的著作权；三、被诉

行为是否构成侵权行为，被告是否应当承担法律责任。对上述争议焦点，本院分别予以评判。

#### 一、“春风送来了温柔”图片是否构成作品，构成何种类型作品

《中华人民共和国著作权法》（以下简称著作权法）第三条规定：“本法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果。”根据上述规定，审查原告主张著作权的客体是否构成作品，需要考虑如下要件：1. 是否属于文学、艺术和科学领域内；2. 是否具有独创性；3. 是否具有一定的表现形式；4. 是否属于智力成果。本案中，从涉案图片的外观上来看，其与通常人们见到的照片、绘画无异，显然属于艺术领域，且具有一定的表现形式，具备了要件1和要件3。

关于“智力成果”要件，“智力成果”是指智力活动的成果。因此，作品应当体现自然人的智力投入。本案中，原告发布涉案图片时已经标注为“AI 插画”，且原告可以利用 Stable Diffusion 模型根据自己设定的提示词和参数还原该图片的生成过程，在无相反证据的情况下，可以认定涉案“春风送来了温柔”图片系原告利用生成式人工智能技术生成的。根据公开资料和相关调研显示，Stable Diffusion 模型是由互联网上大量图片和其对应文字描述训练而来，该模型可以根据文本指令，利用文本中包含的语

义信息与图片中包含的像素之间的对应关系，生成与文本信息匹配的图片。该图片不是通过搜索引擎调用已有的现成图片，也不是将软件设计者预设的各种要素进行排列组合。通俗来讲，该模型的作用或者功能类似于人类通过学习、积累具备了一些能力和技能，它可以根据人类输入的文字描述生成相应图片，代替人类画出线条、涂上颜色，将人类的创意、构思进行有形呈现。本案中，原告希望画出一幅在黄昏的光线条件下具有摄影风格的美女特写，其随即在 Stable Diffusion 模型中输入了提示词，提示词中艺术类型为“超逼真照片”“彩色照片”，主体为“日本偶像”并详细描绘了人物细节如皮肤状态、眼睛和辫子的颜色等，环境为“外景”“黄金时间”“动态灯光”，人物呈现方式为“酷姿势”“看着镜头”，风格为“胶片纹理”“胶片仿真”等，同时设置了相关参数，根据初步生成的图片，又增加了提示词、调整了参数，最终选择了一幅自己满意的图片。从原告构思涉案图片起，到最终选定涉案图片止，这整个过程来看，原告进行了一定的智力投入，比如设计人物的呈现方式、选择提示词、安排提示词的顺序、设置相关的参数、选定哪个图片符合预期等等。涉案图片体现了原告的智力投入，故涉案图片具备了“智力成果”要件。

当然，并非所有智力成果都是作品，只有具备“独创性”的

智力成果才能构成作品。通常来讲，“独创性”要求作品由作者独立完成，并体现出作者的个性化表达。“机械性智力成果”应当被排除在外。比如按照一定的顺序、公式或结构完成的作品，不同的人会得到相同的结果，因表达具有唯一性，因此不具有独创性。而利用人工智能生成图片，是否体现作者的个性化表达，需要个案判断，不能一概而论。一般来说，人们利用 Stable Diffusion 类模型生成图片时，其所提出的需求与他人越具有差异性，对画面元素、布局构图描述越明确具体，越能体现出人的个性化表达。本案中，从涉案图片本身来看，体现出了与在先作品存在可以识别的差异性。从涉案图片生成过程来看，一方面，虽然原告并没有动笔去画具体的线条，甚至也没有百分之百的告知 Stable Diffusion 模型怎样去画出具体的线条和色彩，可以说，构成涉案图片的线条和色彩基本上是 Stable Diffusion 模型“画”的，这与人们之前使用画笔、绘图软件去画图有很大的不同。但是，原告对于人物及其呈现方式等画面元素通过提示词进行了设计，对于画面布局构图等通过参数进行了设置，体现了原告的选择和安排。另一方面，原告通过输入提示词、设置相关参数，获得了第一张图片后，其继续增加提示词、修改参数，不断调整修正，最终获得了涉案图片，这一调整修正过程亦体现了原告的审美选择和个性判断。在庭审中，原告通过变更个别提示词或者变

更个别参数，生成了不同的图片，可以看出，利用该模型进行创作，不同的人可以自行输入新的提示词、设置新的参数，生成不同的内容。因此，涉案图片并非“机械性智力成果”。在无相反证据的情况下，可以认定涉案图片由原告独立完成，体现出了原告的个性化表达。综上，涉案图片具备“独创性”要件。

当前，新一代生成式人工智能技术正在被越来越多的人用来进行创作，Stable Diffusion 模型和与之类似功能的模型，可以根据文字描述生成精美图片。包括没有绘图技艺的人士在内，很多人在尝试运用这些新的模型来生成内容，把自己的创意、设计进行有形呈现，使创作图片的效率大幅提高。应当讲，生成式人工智能技术让人们的创作方式发生了变化，这与历史上很多次技术进步带来的影响一样，技术的发展过程，就是把人的工作逐渐外包给机器的过程。照相机产生之前，人们需要运用高超的绘画技艺才能再现客观物体形象，而照相机的产生让客观物体形象可以更简单地被记录，现在，智能手机的照相功能越来越强大，使用越来越简单，但是只要运用智能手机拍摄的照片体现出了摄影师的独创性智力投入就仍然构成摄影作品，受到著作权法保护。由此可见，技术越发展，工具越智能，人的投入就越少，但是这并不影响我们继续适用著作权制度来鼓励作品的创作。在上述人工智能模型出现以前，人们需要花费时间精力去学习一定的绘画

技能，或者需要委托他人，才能获得一幅绘画作品。在委托他人绘画的场景下，委托人会提出一定需求，受托人根据委托人的需求动笔去画出线条、填充色彩进而完成一幅美术作品。在委托人与受托人之间，一般来讲，动笔去画画的受托人被认为是创作者。这种情形与人利用人工智能模型生成图片的情形类似，但是两者有一个重大的区别，即受托人有自己的意志，其在完成委托人委托的绘画工作时，会在绘画中融入自己的取舍和判断。而现阶段，生成式人工智能模型不具备自由意志，不是法律上的主体。因此，人们利用人工智能模型生成图片时，不存在两个主体之间确定谁为创作者的问题，本质上，仍然是人利用工具进行创作，即整个创作过程中进行智力投入的是人而非人工智能模型。鼓励创作，被公认为著作权制度的核心目的。只有正确地适用著作权制度，以妥当的法律手段，鼓励更多的人用最新的工具去创作，才能更有利于作品的创作和人工智能技术的发展。在这种背景和技术现实下，人工智能生成图片，只要能体现出人的独创性智力投入，就应当被认定为作品，受到著作权法保护。

综上所述，涉案图片符合作品的定义，属于作品。具体到构成何种类型作品，原告主张涉案“春风送来了温柔”图片为美术作品，如果法院认为其不构成美术作品，则主张其为“符合作品特征的其他智力成果”。司法实践中，判断客体的作品类型时，

首先需要判断其是否为著作权法明确列举的作品类型，即根据客体的特征以及表达，与著作权法第三条前八项列举的作品类型的特征与要件进行对比比较，如果该客体可以被包含在前八项所列举的作品类型中，就将其认定为明确的作品类型，不再适用第九项“符合作品特征的其他智力成果”条款。根据《中华人民共和国著作权法实施条例》第四条规定：“美术作品，是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。”本案中，涉案图片是以线条、色彩构成的有审美意义的平面造型艺术作品，属于美术作品。同时，涉案图片在可以归属到具体作品类型时，没有适用“其他作品条款”保护的必要性，其不属于“符合作品特征的其他智力成果”。综上，涉案图片属于美术作品，受到著作权法的保护。

## 二、原告是否享有涉案图片的著作权

著作权法第十一条第一款规定：“著作权属于作者，本法另有规定的除外。”关于“作者”，著作权法第十一条规定：“创作作品的自然人是作者。由法人或者非法人组织主持，代表法人或者非法人组织意志创作，并由法人或者非法人组织承担责任的作品，法人或者非法人组织视为作者。”根据该条规定，作者限于自然人、法人或非法人组织，这与民法典规定的民事主体一致。故人工智能模型本身无法成为我国著作权法上的作者。正因如此，

虽然涉案图片是涉案人工智能模型所“画”，但是该模型无法成为涉案图片的作者。

而涉案人工智能模型设计者既没有创作涉案图片的意愿，也没有预先设定后续生成内容，其并未参与到涉案图片的生成过程中，于本案而言，其仅是创作工具的生产者。其通过设计算法和模型，并使用大量数据“训练”人工智能，使人工智能模型具备面对不同需求能自主生成内容的功能，在这个过程中必然是进行了智力投入，但是设计者的智力投入体现在人工智能模型的设计上，即体现在“创作工具”的生产上，而不是涉案图片上。故涉案人工智能模型设计者亦不是涉案图片的作者。

此外，本案中，从相关主体的约定来看，根据在案证据，涉案人工智能模型的设计者，在其提供的许可证中表示，“不主张对输出内容的权利”，可以认定设计者亦对输出内容不主张相关权利。

如前所述，原告是直接根据需要对涉案人工智能模型进行相关设置，并最终选定涉案图片的人，涉案图片是基于原告的智力投入直接产生，且体现出了原告的个性化表达，故原告是涉案图片的作者，享有涉案图片的著作权。

需要说明的是，虽然本案中本院认定，原告作为作者享有著作权，但是根据诚实信用原则和保护公众知情权的需要，原告应

该显著标注其使用的人工智能技术或模型。本案中，原告以“AI插画”方式进行标注，已经足以让公众知晓该内容为原告利用人工智能技术生成，本院对此予以肯定。

### 三、被诉行为是否构成侵权，被告是否应当承担法律责任

本案中，原告认为被告未经其许可使用涉案图片且截去了其在小红书平台的署名水印，侵害原告对涉案图片享有的署名权和信息网络传播权。

著作权法第十条规定：“信息网络传播权，即以有线或者无线方式向公众提供，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利”。本案中，被告未经许可，使用涉案图片作为配图并发布在自己的账号中，使公众可以在其选定的时间和地点获得涉案图片，侵害了原告就涉案图片享有的信息网络传播权。

著作权法第十条规定：“署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利”。作者有权署真名，也有权署假名或者不署名。本案中，关于去除水印一节，根据原告提交的证据以及行业惯例，涉案图片从小红书平台上下载后应当加载有平台和用户编号的水印，而被告使用的被诉图片未显示有上述水印，可以推定上述水印已被消除，且被告作为被诉图片的使用者无法说明被诉图片的具体来源和去除水印相关情况，可以认定水印系被告去除。虽然

该水印中的用户编号是平台分配，而添加水印的行为亦是平台实施，但因该用户编号与原告存在对应关系，该用户编号以水印的形式添加在涉案图片上，亦可起到表明其作者身份的作用。本案中，原告明确表示其选择该用户编号作为自己的署名，本院不持异议。因此，被告去除水印的行为，侵害了原告的署名权，应当承担侵权责任。

综上，被告侵害了原告就涉案图片享有的署名权和信息网络传播权，应当承担赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

对于原告“请求判令被告在涉案百家号发布公开声明向原告赔礼道歉，消除其侵权行为给原告造成的影响”这一诉讼请求，与被告行为给原告造成的影响范围相当，本院予以支持。

著作权法第五十四条规定：“侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人因此受到的实际损失或者侵权人的违法所得给予赔偿；权利人的实际损失或者侵权人的违法所得难以计算的，可以参照该权利使用费给予赔偿。权利人的实际损失、侵权人的违法所得、权利使用费难以计算的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五百元以上五百万元以下的赔偿。”

本案中，根据在案证据，权利人的实际损失、侵权人的违法所得难以计算，关于涉案图片的权利使用费，被告虽然提交了一些网站的交易信息截图，但是无法确定交易的图片与本案图片在独创性和使用方式上具有可比性，因此不能证明涉案图片的权利使用费数额。本院根据涉案图片情况以及侵权使用情节，确定被告就被诉侵权行为向原告赔偿的经济损失数额为 500 元。

综上，依据《中华人民共和国著作权法》第十条第一款第二项、第十二项，第五十三条，第五十四条，本判决如下：

一、被告刘■■■■于本判决生效之日起七日内，在涉案百家账号“我是云开日出”（百家号 ID: ■■■ ■■■ ■■■ ■■■）上发布声明向原告李■■■■赔礼道歉，持续时间不少于 24 小时，以消除影响（声明内容须经本院审核，逾期不履行，本院将选择一家全国公开发行的报刊或在本院官方网站上，刊登本判决书的主要内容，费用由被告刘■■■■承担）；

二、被告刘■■■■于本判决生效之日起七日内赔偿原告李■■■■经济损失 500 元；

三、驳回原告李■■■■的其他诉讼请求。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费 50 元，由被告刘■■■■负担（于本判决生效之日起七日内交纳）。

如不服本判决，可以在判决书送达之日起十五日内，向本院递交上诉状，上诉于北京知识产权法院。

审 判 长 朱 阁  
审 判 员 颜 君  
审 判 员 李婉星



二〇二三年十一月二十七日

**本件与原本核对无异**

法 官 助 理 李绪青  
书 记 员 史 宸

## 1.2 【专利】

以案例浅谈选择发明的撰写和审查意见答复思路

选择发明，是指从现有技术中公开的宽范围中，有目的地选出现有技术中未提到的窄范围或个体的发明。本文结合案例，探讨在撰写选择发明、以及答复选择发明创造性的审查意见时的一些思路。

### （一）关于选择发明的撰写

在进行选择发明创造性的判断时，选择所带来的预料不到的技术效果是考虑的主要因素（参照《专利审查指南》第二部分第四章第 4.3 节）。在审查实务中，在判断选择发明的创造性时，往往严格要求说明书给出足以证明相对于现有技术具有预料不到的技术效果的实施例。

然而，审查中使用什么现有技术是审查员经过检索来决定的，在申请当初就记载在说明书中的实施例和比较例能不能证明相对于审查员所使用的现有技术具有预料不到的技术效果会存在很大的不确定性。

尤其是在受到广泛研究而存在大量现有技术的技术领域，构成选择发明的可能性相对较高。对于这样的发明，最好在撰写专利时预先进行现有技术调查，并根据调查结果设立实施例和比较例。而且，在构成选择发明的情况下，对于实施例和比较例对选择范围的边界的证明效力，相较于一般专利申请而言，具有更高的要求。因此，需要在撰写阶段合理地设置充分的实施例和比较例。

（2019）最高法行再 60 号案中，示出了实施例未能证明相对于现有技术具有预料不到的技术效果的一种情形。

该案中，证据 2 或 3 中公开了普拉格雷的游离碱及其药学上可接受的盐。涉案专利技术相对于证据 2 和证据 3，主要在于优选了盐酸盐和马来酸盐两种可药用盐。

被申请人（专利权人）主张，本专利为选择发明，普拉格雷的盐酸盐和马来酸盐相对于普拉格雷游离碱具有预料不到的技术效果，亦可间接证明盐酸盐和马来酸盐相对于证据 2 或 3 中公开的“药学上可接受的盐”具有预料不到的技术效果。

对此，最高院认为，本案的争议焦点是本专利相对于现有技术是否具有预料不到的技术效果。最接近现有技术是证据 2 和 3 记载的其他普拉格雷药学上可接受盐。在案现有证据均无法证明本领域技术人员会对普拉格雷游离碱与普拉格雷药学

上可接受盐的效果有基本一致的预期，本专利说明书也未就选择普拉格雷游离碱进行比对提供充足理由，在此情况下，本专利将普拉格雷盐酸盐、马来酸盐与普拉格雷游离碱的效果进行对比，不足以证明普拉格雷盐酸盐、马来酸盐相比证据 2、证据 3 所公开的其他药学上可接受盐具有预料不到的技术效果。

涉案专利的说明书中记载了“酸加成盐的酸部分的例子有：硫酸、盐酸、硝酸、磷酸等无机酸，或三氟乙酸、马来酸、甲磺酸、对甲苯磺酸等有机酸，优选盐酸或马来酸”，但仅给出了使用盐酸盐或马来酸盐的实施例。假设涉案专利的说明书中进一步给出了使用其他盐（例如硝酸盐）的实施例，则有希望通过实施例的对比来证明相比证据 2、证据 3 所公开的其他药学上可接受盐具有预料不到的技术效果。

在撰写时，通常会像涉案专利这样分层设置请求保护的范围、优选的范围、以及具体的实施例。此时，根据现有技术调查的结果，给出一个或多个处于优选范围外且效果相对差的实施例，能够期待在审查或确权过程中作为主张具有预料不到的技术效果的依据。

## （二）关于答复审查意见

在专利审查中，在评价创造性时一般遵循“三步法”。尽管选择发明的创造性判断有其特有的规定，但在审查实务中，遵循“三步法”评述选择发明的审查意见也并不少见。

“三步法”即确定最接近的现有技术；确定发明的区别特征和发明实际解决的技术问题；判断要求保护的发明对本领域普通技术人员而言是否显而易见（参照《专利审查指南》第二部分第四章第 4.3 节）。

以“三步法”评述创造性时，并不像选择发明那样要求具备预料不到的技术效果。因此，如果审查意见依照“三步法”来评述，对于专利申请人而言，首选依然是基于“三步法”主张创造性。

（2017）京 73 行初 3242 号中，示出了作为选择发明无法证明带来预料不到的技术效果，但基于“三步法”应认定区别技术特征非显而易见的情形。

该案中，作为现有技术的对比文件 1 是使用至少 70wt%并优选大于 98wt%的硫酸抽提氟化氢，涉案专利申请的权利要求 1 是使用 75-85%重量的硫酸水溶液萃取氟化氢。

被诉的复审决定中认为，本领域技术人员从经济成本角度考虑能够想到在对比文件 1 公开的范围基础上先尝试较低范围硫酸，这是本领域技术人员能够经过有限次试验而得出。

专利申请人提起行政诉讼，主张权利要求 1 限定的“75-85%重量的硫酸水溶液”相对于对比文件 1 是选择发明并具备创造性。

行政诉讼一审判决（（2017）京 73 行初 3242 号）中，一审法院认为原告（专利申请人）未能证明权利要求 1 限定的“75-85%重量的硫酸水溶液”相对于现有技术对比文件 1 的硫酸浓度范围而言具有预料不到的技术效果，此种情况下被诉的复审决定按照“三步法”的思路对权利要求 1 限定的硫酸浓度范围是否具备创造性进行判断，符合《专利审查指南》的要求且对原告并无不利后果。

针对权利要求 1 限定的硫酸浓度范围是否显而易见，一审法院认为，在本申请说明书已经记载从高浓度硫酸到低浓度硫酸能降低硫杂质含量和 TOC 杂质含量且在实施例 1（与使用 93%重量的硫酸的比较实施例 1 的对比）已经明确 80%重量的硫酸能降低硫杂质含量和 TOC 杂质含量的情况下，本领域技术人员能够合理预期权利要求 1 限定的 75-85%重量的硫酸浓度范围相对于高浓度硫酸也能取得类似的技术效果。对比文件 1 教导了硫酸浓度降低会影响纯化目的，因而限定选择至少 70wt%并优选大于 98wt%的硫酸；对比文件 1 没有教导选择 75-85%重量的硫酸可以降低硫杂质及 TOC 杂质含量，本领域技术人员也不能预期使用较稀的硫酸能够实现上述效果。因此，权利要求 1 限定的“75-85%重量的硫酸水溶液”特征相对于对比文件 1 和本领域常规技术手段而言并非显而易见的，具备创造性。

国家知识产权局对于一审判决结果表示不服并提出上诉。二审判决（（2019）最高法知行终 216 号）中，最高人民法院基本仍然支持了一审法院的上述观点，认为对比文件 1 和现有技术没有公开“75-85%重量的硫酸水溶液”这一区别特征及其能解决本发明实际解决的技术问题的启示。

在该案中，在原告将权利要求 1 的“75-85%重量的硫酸水溶液”作为选择发明主张创造性的情况下，实施例 1 与比较实施例 1 的对比不能证明权利要求 1 相对于现有技术对比文件 1 的硫酸浓度范围（至少 70wt%并优选大于 98wt%）而言具有预料不到的技术效果。

另一方面，在一审法院和二审法院基于“三步法”评述创造性的情况下，基于实施例 1 与比较实施例 1 的对比，可以合理预期证明权利要求 1 限定的“75-85%重量”整个范围具有与实施例 1 类似的技术效果。

由此可见，选择发明的创造性判断时，对实施例证明技术效果的要求显然比“三步法”更严苛。因此，在审查意见依照“三步法”的情况下，专利申请人顺着“三步法”的思路就是否显而易见进行争辩是更为有利的，而没有必要主动承认是选择发明。

当然，在的的确构成选择发明、且被审查意见直接指出的情况下，专利申请人也就难以利用“三步法”，仍然要面对如何证明预料不到的技术效果的问题。

在难以证明的情况下，根据具体情况，可以缩限权利要求的范围，以使该范围内的全部技术方案得以被证明具有预料不到的技术效果；或者，可以补入其它区别特征，使其不再是选择发明，然后依照传统的“三步法”来处理。

### （三）总结

以上，根据案例，探讨了在撰写阶段如何预防选择发明难以证明技术效果的问题、以及如何答复涉及选择发明的审查意见的一些思路。在实务中，通常需要从技术领域和发明的特征出发，以可接受的成本在进行相对充分的现有技术调查的基础上适当调整说明书的撰写以及实施例的设计，从而在审查乃至确权过程中能够提供可行的修改以及有力的争辩理由。

----摘自《林达刘知识产权》

### 【陈雨婷 摘录】

#### 1.3 【专利】专利撰写过程中关于权利要求保护范围确定应该如何考量

专利法第六十四条规定：“发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。”

在发明、实用新型专利侵权诉讼中，如何确定专利权保护范围，是司法实践中基础性问题。然而，在专利撰写实务中，如何考量权利要求保护范围呢？

##### 01 专利保护范围的类型要全面

从收取许可费最大化角度出发，在确定专利保护范围时，应当包括覆盖整个供应链的各个主体，即需要各个主体分别对应的保护主题。例如，机械结构类方案，当该申请既可以向成品设备制造商行使，又可以向零部件制造商行使时，则权利要求的主题既要有保护产品设备的权利要求，又要有保护零部件的权利要求。又如，软件类方案，需要保护方法、虚拟装置、包括处理器等硬件的设备、存储介质等的权利要求主题，而有些国家例如日本，权利要求需要加入特殊的保护内容（程序产品和程序等）的主题。

需要注意的是，在确定权利要求的主题名称时，应该避免包含本申请的保护点；避免不合适

的技术领域的限制，例如将可以通用的方案限定于某一特定领域。

## 02 单侧撰写

单侧撰写是指在撰写专利权利要求的过程中，仅以技术方案中涉及的一侧设备作为实施主体来描述。其中，方法权项仅描述该设备所实施的各个步骤，设备权项仅描述该设备所包含的部件和构造。那么在单侧撰写布局单个实施主体时，可以从以下三点来考量：

（1）是否有可能有多个主体完成，对于有创造性的保护主体布局独权保护，并考虑布局系统权利要求以突出主体间交互；

（2）是否有可能在多个国家完成：例如：权利要求有三个步骤，如果两个在美国完成，一个在加拿大完成，根据全面覆盖原则，该方法权利要求如果包含三个步骤，则在两个国家可能都不侵权，因此应该就不同国家的方法步骤单独布局独权保护；

（3）是否有可能涉及不同的侵权主体，例如：涉及神经网络的方案，通常包括训练阶段和应用阶段，训练阶段和应用阶段的侵权主体可能不同，如果两个阶段均有创造性，则应该分开布局独权保护。

## 03 必要技术特征的把握

必要技术特征是指，发明或者实用新型为解决技术问题所不可缺乏的技术特征，其总和足以构成发明或者实用新型的其他技术方案，使之区别于背景技术中所描述的其他技术方案并且产生了新颖性和创造性。

在确定必要技术特征时，要充分理解技术方案，结合检索结果确定所要解决的技术问题，然后根据所要解决的技术问题，确定必要技术特征。尤其要注意以下几点：一，避免非必要的领域、场景、效果、位置、时序等限定；二，判断的两个分支，保护有创造性的分支，如果两个分支均有创造性，怎应该分别在两个权利要求中布局和保护。

## 04 权利要求的布局

首先，在发明人给出的方案的基础上，针对具体的技术术语、执行步骤、连接关系等进行合理上位；其次，对于从属权利要求的引用，应该考虑保护范围最大的引用方式，如合理地单项引多项；另外，在布局权利要求时，要考虑侵权时容易举证的特征，如结构限定特征、可抓取的数据特征等。

## 05 分案策略

根据专利法实施细则第四十二条的规定，一件专利申请包括两项以上发明、实用新型或者外观设计的，申请人可以提出分案申请。分案申请不得改变原申请的类别。在专利撰写阶段，可以根据多个技术方案是否有单一性，来考虑是否需要分案。而对于重点案件，还可以考虑通过分案扩大保护范围或覆盖侵权人的变化方案。

**【陈蕾 摘录】**

#### 1.4【专利】不是数据搞不起，而是抓取更有性价比？ | 以案释法

数据作为互联网企业的核心资源，其带来的流量变现、大数据分析等价值正日益凸显，尤其对于资讯类和信息类平台，数据就是企业的直接竞争力。互联网的特点是开放，信息的本质是分享，但这并不意味着经营者可以随意抓取他人数据并使用，面对种类繁多的数据，数据保护的边界在哪里？

##### 案情简介

上海复娱文化传播股份有限公司（简称复娱公司）未经许可，绕开或破坏技术保护措施而抓取新浪微博后台数据，在其运营的饭友 App 中使用微博数据。北京微梦创科网络技术有限公司（简称微梦公司）作为微博运营者，以复娱公司的行为构成不正当竞争为由诉至北京市海淀区人民法院，请求判令复娱公司刊登声明、消除影响，并赔偿经济损失 193.2 万元及合理开支 16.8 万元。

一审法院经审理认为，复娱公司的行为违反反不正当竞争法第二条的规定，构成不正当竞争，故判令复娱公司刊登声明消除影响，赔偿微梦公司经济损失 193.2 万元及合理开支 16.8 万元。复娱公司不服一审判决，向北京知识产权法院提起上诉。

##### 调查与处理

北京知识产权法院经审理认为，本案的争议焦点在于，复娱公司与微梦公司之间是否构成不正当竞争关系及复娱公司提供的网络服务是否对微梦公司构成侵权的问题。

反不正当竞争法第十二条规定，经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务正常运行的行为。本案中，微梦公司经营新浪微博向用户提供创作、分享和查询信息，复娱公司经营饭友 App 系向明星粉丝提供服务的应用，双方均提供网络社交服务，二者的用户和经营范围高度重叠，故微梦公司和复娱公司具有竞争关系，构成反不正当竞争法规范的经营者。

微梦公司对新浪微博数据享有合法权益，在案证据可以认定复娱公司系通过绕开或破坏微梦公司技术保护措施的手段，实施了抓取和展示新浪微博数据的行为，使得

饭友 App 用户无需注册或登录新浪微博账号即可查看新浪微博全部内容，复娱公司的行为必然会影响微梦公司与用户间协议的履行，导致微梦公司的独家权益无法得到保障，对数据维护等的投入无法获得相应回报，或将减损用户数据安全程度，妨碍、破坏了新浪微博的正常运营。综上，复娱公司提供的网络服务对微梦公司构成侵权。

因此，北京知识产权法院作出判决，驳回上诉，维持原判。

**【王哲璐 摘录】**

### 1.5 【专利】 浅谈《专利法》第 26 条第 4 款审查意见的答复思路

#### 《专利法》第 26 条第 4 款

在权利要求书撰写过程中，专利代理师为了更好地保护申请人的技术方案，会基于申请人提供的最优实施例进行上位概括。而审查员在审查意见中有时会指出“权利要求的上位范围太宽，本领域技术人员无法预料该上位概念所包括的、说明书未公开的下位方案也能解决本发明的技术问题，从而权利要求书得不到说明书的支持，不符合《专利法》第 26 条第 4 款的规定”。

《专利法》第 26 条第 4 款规定：权利要求书应当以说明书为依据，清楚、简要的限定要求专利保护的范围。

《审查指南》第二部分第二章第 3.2.1 节中规定：权利要求书应当以说明书为依据，是指权利要求应当得到说明书的支持。权利要求书中的每一项权利要求所要求保护的技术方案应当是所属技术领域的技术人员能够从说明书充分公开的内容中得到或概括得出的技术方案，并且不得超出说明书公开的范围。

《审查指南》第二部分第二章第 3.2.1 节进一步规定：如果所属技术领域的技术人员可以合理预测说明书给出的实施方式的所有等同替代方式或明显变形方式都具备相同的性能或用途，则应当允许申请人将权利要求的保护范围概括至覆盖其所有的等同替代或明显变形的方式。

那么结合《审查指南》上述规定，在答复涉及 26 条第 4 款的审查意见时，专利代理师可以参考以下几种思路进行处理。

### **证明审查员指出的上位概念对权利要求的整体技术方案要解决的技术问题不起决定性作用**

下面以一个例子说明上述答复思路的应用。

案例 1 中权利要求 1 保护的技术方案为：

1. 一种图像处理方法，其特征在于，包括：

获取待处理病理图像；

在所述待处理病理图像中确定疑似核分裂显著区域；

裁剪所述待处理病理图像以获得尺寸大小不同的第一图块和第二图块，所述第一图块和所述第二图块均包括所述疑似核分裂显著区域，所述第一图块还包括所述疑似核分裂显著区域的周围背景区域；

利用第一背景学习分支网络对所述第一图块进行特征提取处理，以获得第一特征图，所述第一特征图包括所述疑似核分裂显著区域的周围背景区域的特征信息；

利用第二背景学习分支网络对所述第二图块进行特征提取处理，以获得第二特征图，所述第二背景学习分支网络和所述第一背景学习分支网络具有不同深度；

将所述第一特征图和所述第二特征图进行特征融合处理，以获得第一融合特征图；

根据所述第一融合特征图，在所述待处理病理图像中确定包括核分裂像的目标核分裂显著区域。

案例 1 中权利要求 1 要解决的技术问题为：“如何在病理图像中直接且准确地确定出核分裂像”。

针对上述案例 1 的权利要求 1，审查员认为“说明书中只针对‘第一背景学习分支网络’给出了一种具体网络结构，本领域技术人员无法预料该第一背景学习分支网

络上位概念所包括的、说明书未公开的下位方案也能解决本发明的技术问题，从而权利要求书得不到说明书的支持”。

然而，结合上述技术问题可以确定案例 1 的主要发明点在于：裁剪待处理病理图像以获得大小尺寸不同的第一图块和第二图块，其中第一图块中包括疑似核分裂显著区域的周围背景区域的特征信息，然后使用深度不同的网络结构分别对第一图块和第二图块进行特征提取处理，接着将从第一图块和第二图块提取出来的特征进行融合，最后根据融合后的特征在待处理病理图像中确定包括核分裂图像的目标核分裂显著区域。由此可见，案例 1 中的技术问题的解决不依赖于第一背景学习分支网络，多种结构的第一背景学习分支网络结合本申请提供的主要发明点均可以解决上述技术问题。将第一背景学习分支网络的具体结构限定到独立权利要求中，将损害申请人的合理利益，因此，目前权利要求中“第一背景学习分支网络”的技术特征表述是合适的，符合《专利法》第 26 条第 4 款的规定。

**证明说明书未公开的其他下位方案都具备相同的性能和用途，且该相同的性能或用途对权利要求要解决的技术问题具有决定性作用**

1. 如果针对权利要求中的上位概念，说明书中记载了多个实施例。

在答复审查意见时，可以证明通过该多个实施例可以抽象出 A 特性，而该 A 特性对权利要求要解决的技术问题具有决定性作用，那就可以认为该权利要求得到了说明书的支持。

例如，案例 2 中要保护的是：“控制冷冻时间和冷冻程度来处理植物种子的方法”这样一个概括较宽的权利要求，而案例 2 说明书记载了该植物种子的处理方法可以适用的多个种子，且该多个种子都具备 A 特性，而该权利要求要解决的技术问题与该 A 特性有关，那就可以认为案例 2 的权利要求得到了说明书的支持。

2. 如果针对权利要求中的上位概念，说明书记载了一个下位方案，并记载了该下位方案与其它下位方案的一般关系。

在答复审查意见时，可以证明通过该一般关系可以解决权利要求要解决的技术问题，以此证明该权利要求得到了说明书的支持。

例如，同样对于“控制冷冻时间和冷冻程度来处理植物种子的方法”这样一个概括较宽的权利要求，如果说明书中不仅记载了适用于处理一种植物种子 B 的方法，而且还明确说明了该植物种子的处理方法还适应于与植物种子 B 一样具备 C 特性的其它种子，而该 C 特性对权利要求要解决的技术问题具有决定性作用，那就可以认为该权利要求得到了说明书的支持。

**3. 如果针对权利要求中的上位概念，说明书只记载了一个下位方案，并且也未记录该下位方案与其它下位方案的一般关系。**

可以结合说明书记载的技术方案，不进行创造性劳动的联想到多个下位方案，然后证明该多个下位方案都具备 D 特性并且该 D 特性对权利要求要解决的技术问题具有决定性作用，那就可以认为该权利要求得到了说明书的支持。

需要说明的是，上述部分案例是存在一定的撰写缺陷的。为了避免因为上述缺陷导致产生《专利法》第 26 条第 4 款中不支持的问题，专利代理师在撰写过程中要进行充分挖掘，为上位概念提供多个实施例，从而为上位概念提供足够的支持。

**【陈建红 摘录】**

## **1.6 【专利】**

### **判赔额高达 1000 万元！微波炉中的一款小部件引发大纠纷……**

如今，微波炉已是很多家庭的必备用品。不过，很多人不知道的是，微波炉中的磁控管是产生微波能的核心部件，而就是这样一款小部件引发了一起赔偿额高达千万元的专利侵权纠纷案。

近日，最高人民法院就广东格兰仕微波炉电器制造有限公司诉中山市美格电子科技有限公司侵犯发明专利权纠纷案作出终审判决，认定被告实施了侵犯原告发明专利权的行

为，撤销了广州知识产权法院此前作出的被告不侵权的一审判决，改判被告赔偿经济损失1000万元。

### 员工离职引发纠纷

广东格兰仕微波炉电器制造有限公司（下称格兰仕公司）成立于2010年，经营范围包括家用电器制造、研发、销售；日用电器修理、零售等。中山市美格电子科技有限公司（下称美格公司）成立于2017年，经营范围为生产、研发磁控管、电子产品以及货物进出口等。

格兰仕公司代理人、北京市中伦（广州）律师事务所律师王永红在接受中国知识产权报记者采访时表示，该案系由竞争对手与离职员工共同侵权所引起的。刘某曾为格兰仕公司的核心研发人员，任职期间掌握磁控管相关的核心技术。2017年，刘某辞职。随着刘某的离职，格兰仕公司磁控管业务线的其他几位核心技术人员也陆续离职，这引起了格兰仕公司的警惕。随后，该公司通过对内部邮件的调查发现，2016年刘某在格兰仕任职期间，曾通过电子邮件向案外人中山东菱威力电器有限公司（下称东菱威力公司）发送内部机密资料。

王永红表示，经进一步调查确认，东菱威力公司员工高某诱使刘某离职并发送机密资料。刘某离职后利用他人身份于2017年注册美格公司，利用格兰仕公司的专利技术及商业秘密大量生产涉嫌侵权磁控管，供应给东菱威力公司用于其微波炉产品，从而降低生产成本，抢占格兰仕公司原有市场份额。就上述侵权行为，律师团队制定了专利和商业秘密并行的维权策略，其中专利案件包括该案中名称为“用于铆紧磁控管上盖的铆盖模具”的发明专利（专利号：ZL201510373341.8，下称涉案专利）。

2020年，格兰仕公司向广州知识产权法院提起诉讼，主张美格公司未经许可为生产经营目的制造、使用侵犯涉案专利的产品，主观恶意明显。美格公司在明知侵权的情况下，仍然利用其员工在格兰仕公司工作期间掌握的技术信息大规模生产磁控管，严重侵犯了格兰仕公司的合法权益，造成了经济损失，遂请求法院判令美格公司立即停止侵权、销毁库存产品，并赔偿1000万元。

针对刘某侵犯商业秘密的行为，广东省佛山市顺德区人民法院作出刑事判决书，认

定刘某构成侵犯商业秘密罪，该判决现已生效。

美格公司代理人、广州恒华智信知识产权代理事务所专利代理师姜宗华在接受本报记者采访时表示，被诉侵权产品的结构与涉案专利不同，被诉侵权产品中缺少“传动杆”及其相应的连接关系，不构成侵权，美格公司不应承担侵权赔偿责任。况且，涉案专利的保护主题只是模具，在磁控管制造中作用极小，原则上只能按照该模具本身的价值考虑，诉请赔偿数额过高，没有事实依据。

## 二审判决被告侵权

广州知识产权法院一审认为，实现杠杆原理的力矩变化方案，即传动杆及相关的结构特征是涉案专利权利要求1获得授权的必要技术特征，属于发明点特征。由于被诉侵权技术方案中力臂与动力工装的连接采用的结构与涉案专利不同，因此，被诉侵权技术方案未落入涉案专利权的保护范围。据此，广州知识产权法院一审判决驳回了格兰仕公司的全部诉讼请求。

一审判决作出后，格兰仕公司不服，上诉至最高人民法院。

王永红表示，上诉理由主要有三点：一是必要技术特征并非必然属于发明点特征，也不应以对所谓发明点特征从严适用等同原则；二是从发明本意出发，阐明涉案专利真正的发明构思，主张传动杆并不属于涉案专利发明点；三是从本领域技术人员的常识出发，论证被诉产品的凸轮结构与涉案专利的连杆结构均为机械设计领域常见结构，两者属于常规、等效的替换方式，故构成等同侵权。“尤其是第三点，我们提供了教科书、专家教授论证，并通过图文、动图等直观的方式展示了被诉侵权产品与涉案专利的争议技术特征。”王永红表示。

最高人民法院经审理认为，涉案专利对现有技术作出贡献的技术特征并不是传动杆以及相关的连接结构特征，而在于利用杠杆原理的动力工装、传动连接动力工装的若干力臂以及各力臂中部转动连接力臂工装、各力臂底部同时向内作用铆盖模的整体结构。被诉侵权产品与涉案专利是以基本相同的手段，实现了基本相同的功能。尽管涉案专利与被诉侵权产

品的运动方式略有不同，但是，运动方式的不同并没有带来不同的功能效果，上述变化系两个等效替换的常规手段本身结构上带来的变化，不能否定等同特征的认定。因此，被诉侵权技术方案落入涉案专利权利要求1和2的保护范围。最高人民法院结合被诉侵权产品销量、涉案专利技术贡献率等因素，作出上述终审判决。

对于该案二审判决结果，姜宗华表示，其不予认可。

### 尊重他人创新成果

该案最终认定被告构成侵权的判决结果，引发了业内人士的广泛关注。江苏瑞途律师事务所律师韦超峰在接受本报记者采访时表示，事实上，该案一审和二审法院对于被诉侵权产品与涉案专利具有区别特征是持相同意见的，对于等同侵权原则的适用也是趋于一致的，而之所以判决结果不同，是对“发明点特征”的认定存在差异。

“一审法院认为诉争区别特征是实施专利方案的必要特征，因为具有该特征专利才能获得授权，因而属于发明点特征，应该从严适用等同侵权原则，进而认定美格公司不构成等同侵权。”韦超峰介绍，实际上，专利的必要技术特征与发明点特征有一定的关联性，但并不必然为发明点特征。二审法院对涉案专利的发明点特征重新进行认定，认为诉争区别特征不属于发明点特征，可以从宽适用等同侵权原则，这对类似案件的审理具有启示意义。

近年来，员工离职后从事同行业工作而引起的专利侵权和商业秘密案件频发，其中不仅可能需要承担民事责任，更有甚者可能因涉嫌犯罪而受到刑事处罚。在创新成果愈发受到重视的当下，其中所涉及的风险问题，值得人们关注。

韦超峰建议相关经营主体，建立知识产权风险管理体系，尤其是商业秘密管理，避免不必要的损失。对于离职的技术人员，一方面要注重履行自己的保密义务，避免牵涉到商业秘密刑事案件中；另一方面，在离职后从事同行业工作中，需要做好产品技术的研发记录，在可能遇到的纠纷时可作为技术来源证明进行抗辩。

“对于任何从事技术或创新领域的公司，无论是经营主体还是从业人员，都需要有知识产权意识，了解并尊重他人的知识产权。该案的高额判赔，也足以说明在法治环境建设

中，我国对于恶意侵权的打击力度，以及对于创新技术的保护态度，均在不断提升。”韦超峰指出

**【李翰杰 摘录】**

# 热点专题

**【知识产权】**

**【谢流芳 摘录】**