



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

第五百九十五期周报

2024.10.27-2024.11.02

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

总目录

● 每周资讯

- 1.1 【商标】 商标侵权中的原告未使用不赔偿抗辩
- 1.2 【专利】 “金点子” 变推进知识产权转化运用 “金钥匙”
- 1.3 【专利】 专利案件 | 酒瓶及其包装盒外观设计专利侵权案件，法院认定包装盒不侵权，酒瓶侵权
- 1.4 【专利】 《知识产权保护体系建设工程实施方案》解读
- 1.5 【专利】 开放守序，源远流长——从开源软件二次开发者权利边界之争谈开源规则的建立
- 1.6 【专利】 实用新型专利创造性判断中对相近、相关技术领域的确定
- 1.7 【专利】 一场意料之外的专利战，一出意料之中的狙击
- 1.8 【专利】 人工智能（Ai）对专利行业影响的一些思考——专利代理人会被 AI 取代吗
- 1.9 【专利】 又见同室操戈，联想为何在英国状告中兴？

● 热点专题

【知识产权】

每周资讯

1.1 【商标】商标侵权中的原告未使用不赔偿抗辩

《商标法》第六十四条规定：注册商标专用权人请求赔偿，被控侵权人以注册商标专用权人未使用注册商标提出抗辩的，人民法院可以要求注册商标专用权人提供此前三年内实际使用该注册商标的证据。注册商标专用权人不能证明此前三年内实际使用过该注册商标，也不能证明因侵权行为受到其他损失的，被控侵权人不承担赔偿责任。

销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任。

通常情况下，侵害商标权需承担赔偿责任，但商标法第六十四条规定了侵权但不赔偿的两种例外，一为注册商标专用权人未实际使用，另一种为侵权商品存在合法来源。

最高人民法院在《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》中明确：“请求保护的注册商标未实际投入商业使用的，确定民事责任时可将责令停止侵权行为作为主要方式，在确定赔偿责任时可以酌情考虑未实际使用的事实，除为维权而支出的合理费用外，如果确无实际损失和其他损害，一般不根据被控侵权人的获利确定赔偿；注册人或者受让人并无实际使用意图，仅将注册商标作为索赔工具的，可以不予赔偿；注册商标已构成商标法规定的连续三年停止使用情形的，可以不支持其损害赔偿请求。”

根据上述意见可知，商标法第六十四条第一款与注册商标连续三年不使用的撤销

及防止他人恶意注册索赔相关，立法本意均在于鼓励注册商标实际使用并杜绝恶意注册。

本文试从实务角度诠释《商标法》第六十四条第一款商标侵权中的原告未使用不赔偿抗辩适用。

需由被告主动提起未原告使用不赔偿抗辩

1

在(2015)粤高法民三终字第 145 号珠海格力电器股份有限公司(以下简称“格力公司”)诉广东美的制冷设备有限公司(以下简称“美的公司”)侵害商标权纠纷一案中，格力公司系第 8059133 号“五谷丰登”注册商标专用权人，美的公司
在其生产的空调器上使用了与上述注册商标“五谷丰登”相同的商标，格力公司因此诉至法院。



珠海格力电器股份有限公司第 8059133 号商标



被诉侵权标识

一审法院认为美的公司将“五谷丰登”标识张贴在其生产的 19 款被诉侵权产品的室内机面板上属于商标性使用，判决美的公司停止侵权并赔偿格力公司 380 万元。

美的公司不服，上诉强调格力公司未实际使用涉案商标，起诉前相关公众并未把本案商标与其商品建立联系，美的公司系善意使用，未对格力公司造成负面影响，不应承担赔偿责任及消除影响责任。

二审法院认为，格力公司并未提交证据证明在美的公司实施被诉侵权行为前已实际使用注册商标。该注册商标未起到区分商品来源功能。虽然美的公司侵害了格力公司注册商标专用权，但不会给格力公司造成实际损失，且美的公司无从借用涉案商标尚未建立起来的商誉推销自己的产品并因此获利，故格力公司侵权损害赔偿请求权不能成立，其请求以美的公司因侵权获利为计算赔偿损失依据，不应得到支持。

需注意的是，商标法第六十四条的原告未使用不侵权抗辩，要求被告主动向法院主张，而非被动等待法院依据该条款判决侵权成立但不赔偿。

商标独占授权许可时的特殊性

2

实务中，部分商标权人将商标独占性许可给案外人，在这种情况下，商标权人已无权使用注册商标，如无法证明损失，损害赔偿亦将无法得到支持。因此这类案件在起诉时，建议以被授权人为原告。

在（2017）皖民终 525 号刘某诉案涉四家公司侵害商标专用权纠纷一案中，二审法院认为刘某已将案涉商标独占许可给案外人御美天品公司使用，在此期间刘某无权使用该商标，对涉案商标不享有除收取许可使用费外的其他经济权利，刘某也未就案涉被控侵权行为给其造成了实际经济损失进行举证，故对其赔偿损失请求不予支持，但合理开支酌情支持 1.5 万元。

抗辩时的同步撤三与商标注册申请

3

如发现原告权利商标实际未使用，除在民事诉讼中积极抗辩外，建议被告同步对原告商标提出撤三程序，同时注册自己的商标，彻底消除法律障碍。

燕京旅游

燕京智汇(北京)国际旅行社有限公司第 6477049 号商标

在（2022）京民再 72 号燕京智汇(北京)国际旅行社有限公司（以下简称“燕京智汇公司”）诉北京燕京国际旅行社有限公司（以下简称“北京燕京公司”）侵害商标权纠纷一案中，被告北京燕京公司除积极抗辩外，对原告燕京智汇公司权利商标提出撤销申请，并在复审中获得支持，从源头上解决了问题。

商标的生命在于使用，商标权作为一项重要知识产权，不仅是商品或服务的指向标志，更承载了企业商誉、品质保证，而这只有通过使用才能实现。商标权利人在取得注册商标后，法律不支持躺在权利上的人，对注册商标“注而不用”，或仅将商标作为维权牟利工具，此类行为将难以得到支持。

来源：陈少兰 刘璐瑶 百一知识产权

【周小丽 摘录】

1.2【专利】“金点子”变推进知识产权转化运用“金钥匙”

创新是引领发展的第一动力，保护知识产权就是保护创新。

今年，全国人大常委会将十四届全国人大二次会议期间代表提出的关于“全面推进知识产权转化运用，提升自主创新能力”的建议作为重点督办建议，共涉及 11 件具体建议，由国家知识产权局办理，教育部、国家金融监管总局等相关部门参与办理，并由全国人大教科文卫委负责督办。

各承办部门将重点督办建议办理同贯彻落实党中央、国务院决策部署结合起来，同解决人民

群众普遍关心的突出问题结合起来，同推动知识产权领域重点工作结合起来，确保建议办理工作有的放矢、落地见效。

在建议办理过程中，国家知识产权局累计采纳 11 项合理化意见建议，出台近 20 项政策措施，代表们的“金点子”转化为发展的“金钥匙”。

代表支招知产转化

近年来，我国知识产权转化运用加速推进，支撑产业发展效能快速提升。来自国家知识产权局的数据显示，2023 年，全国专利、商标质押融资登记金额达 8539.9 亿元，同比增长 75.4%，惠及企业 3.7 万家。专利开放许可试点取得明显成效，达成许可 1.7 万项。知识产权价值加速显现。2022 年，专利密集型产业增加值达 15.3 万亿元，占 GDP 比重增至 12.7%。知识产权使用费进出口总额达 3765.2 亿元。

我国关键技术不断突破，在诸多领域实现从“跟跑”“并跑”到“领跑”的跨越。越来越多的企业和产品参与到国际合作和竞争中，更加迫切需要发挥知识产权制度供给和技术供给双重作用，强化专利在产业链中的强链增效作用，为重点产业快速健康发展保驾护航，为科创型企业创新发展提供新动能。

十四届全国人大二次会议期间，多名代表就知识产权转化运用问题提出建议，这些建议主要聚焦产学研合作和知识产权转化、知识产权助力企业创新和产业发展、知识产权质押融资体系建设等多个方面。比如，有代表提出加速知识产权产业化，服务质量强国建设；有代表建议完善知识产权质押融资体系建设，鼓励支持中小微企业知识产权证券化金融化，破解融资难题；有代表建议加强产学研合作过程中的知识产权保护；有代表建议重视民营企业知识产权保护工作，在相关职能部门设置民营企业知识产权维权服务中心；有代表建议加强专利保护，促进专利维权；有代表建议助力优势产业全球化发展，等等。

结合调研加强督办

作为督办单位，全国人大教科文卫委于 4 月 19 日专门召开议案和重点督办建议工作推进会，安排部署相关工作。教科文卫委相关负责同志强调，要切实强化系统观念，压实办理责任，把议案建议办理工作同贯彻落实党中央决策部署结合起来，同推进本部门中心工作结合起来，同解决群众普遍关心的突出问题结合起来，同改进工作、健全机制结合起来，充分发挥代表议案建议服务党和国家工作大局、服务人民群众的重要作用。

重点督办建议交办后，教科文卫委多次与办理单位沟通，了解办理进展和工作部署。5 月 7 日，国家知识产权局向该委报送了《“全面推进知识产权转化运用，提升自主创新能力”重点督办建议办理工作方案》，提出了办理工作思路、时间安排、目标任务和分工安排等。工作方案制定后，教科文卫委与国家知识产权局具体办理部门保持沟通，督促方案落实。

值得一提的是，教科文卫委还将建议督办工作与专利法实施情况调研相结合。

6 月 17 日至 21 日，教科文卫委赴安徽省就专利法实施情况开展调研。国家知识产权局等有关部门参加调研。调研报告提出了多项建议，包括扩大核心专利源头供给，强化专利创造质

量；促进专利转化运用，充分实现专利市场价值；加强行政和司法保护，构建专利大保护格局；完善公共服务体系，拓展专利服务整体效能等。通过调研，教科文卫委不断加强与国家知识产权局的沟通交流，督促办理单位认真做好重点建议办理工作。

健全机制深化沟通

国家知识产权局高度重视“全面推进知识产权转化运用，提升自主创新能力”重点督办建议办理工作，制定工作方案，梳理分析具体建议内容，明确办理思路、工作要求和进度安排，推动办理工作有序开展。同时，建立重点督办台账，细化办理责任，定期调度工作，督促每个重点督办建议承办部门明确办理目标，有序推进落实。

今年8月，国家知识产权局联合全国人大教科文卫委、教育部、国家金融监管总局组成调研组，并邀请提出相关重点督办建议的全国人大代表刘铭杰、戴彩丽、王杜娟参加，围绕专利转化运用和知识产权金融服务工作赴山东青岛开展专题调研，深入了解创新主体、经营主体实际需求，现场回应代表意见建议，推动各方达成办理共识。

此外，国家知识产权局有关部门还专程陪同崔雪琴代表调研河北知识产权保护中心和医药产业相关维权援助工作站，了解民营企业知识产权维权工作情况。该代表被聘为河北知识产权保护中心“知识产权行风监督员”。

在办理过程中，国家知识产权局坚持先沟通再办理、满意后再答复，对李长东代表关于加强新能源产业知识产权保护的建议，将复文初稿发送代表征求意见，并认真答复代表补充提出的两点建议。对司富春代表关于申建郑州卢森堡“空中丝绸之路”知识城的建议，多次与代表沟通办理情况。

推动建议落地见效

随着重点督办建议办理工作的深入推进，各项相关重点工作得到扎实推动。

比如，针对加速知识产权产业化相关建议，国家知识产权局加快梳理盘活高校和科研机构存量专利，形成可转化的专利资源库，按照产业细分领域向企业匹配推送。深入实施专利产业化促进中小企业成长计划和重点产业知识产权强链增效工作，持续推动建设重点产业“专利池”，鼓励更多专利成为国际标准必要专利，指导建设产业知识产权运营中心，切实维护产业链、供应链安全稳定。今年前三季度，全国高校和科研机构专利转让、许可达3.8万次，同比增长24.1%，呈现良好势头。

又如，针对完善知识产权质押融资政策，加大对民营企业知识产权融资支持力度等相关建议，推动银行业金融机构全面开展专利质押登记全流程无纸化办理，联合工业和信息化部等3部门开展2024年“百场万企”大中小企业融通对接活动。今年前三季度，全国专利、商标质押融资登记金额达7922.3亿元，同比增长60%，惠及企业3.3万余家，同比增长28.7%，专利、商标质押融资服务企业效能得到有效发挥。

再如，针对健全产学研合作中的知识产权创造与保护机制相关建议，国家知识产权局联合科技部等5部门印发《建立财政资助科研项目形成专利的声明制度实施方案》，强化创造质量

评价，推动关键领域重大科技攻关项目知识产权布局和转化运用，更好支撑高水平科技自立自强。今年前三季度，全国高校和科研机构新增专利申请中，发明专利占比提高到 70.9%，质量结构进一步优化。

据悉，国家知识产权局将不断加强和改进代表建议办理工作，更好支持和保障代表依法履职，更大力度支撑知识产权事业发展。

【胡泽华 摘录】

1.3 【专利】专利案件 | 酒瓶及其包装盒外观设计专利侵权案件，法院认定包装盒不侵权，酒瓶侵权

——上诉人陕西西凤酒股份有限公司与被上诉人陕西省太白酒业有限责任公司、一审被告宝鸡市知识产权局专利行政裁决案

裁判要旨

对于被诉侵权设计是否落入涉案两项外观设计专利权的保护范围，本院具体分析如下：

（一）关于涉案包装盒专利

将涉案包装盒专利设计与被诉侵权包装盒设计进行比较，西凤酒公司上诉主张一审判决遗漏了部分相同点，但其主张的具体内容只是在一审判决认定的基础上作出的进一步分析和整合，一审判决认定的两设计之间的相同点和区别点基本正确。对于两设计之间相同点和区别点对整体视觉效果的影响，其一，长方体形状为产品包装盒形状的惯常设计，具体的长宽高比例的调整属于根据包装物的内容物所作的适应性修改，不构成涉案专利设计区别于现有设计的设计特征。其二，涉案包装盒专利请求保护色彩，故应考虑色彩的比对，但红底金字在我国是表示喜庆的常见色彩组合，烟酒类产品包装盒采用红底金字的色彩组合亦不能认定为授权外观设计区别于现有设计的设计特征。其三，涉案专利包装盒产品正面的图案是一般消费者最易直接观察的部分，但包装盒产品正面的布局空间有限，涉案包装盒专利设计采用上部较宽的装饰性图案、中部竖向排列的文字、下部较窄的条文和较小的文字这样的图案布局，不足以构成授权外观设计区别于现有设计的设计特征。其四，对于包装盒产品正面的具体图案，涉案专利设计上部的花纹大致形成头部向左的禽类与云朵相互交融的形状；中部纵向排列有书法文字及数字，底部由密集交叉排列的菱形组成丝带图形。在并无充分证据表明涉案专利的具体图案设计为现有设计的情况下，应认为以一般消费者的知识水平和认知能力不会了解和区分某种形状图案花纹的全部具体设计，故可以认定涉案专利主视图的图案设计组合属于授权外观设计区别于现有设计的设计特征。相对于包装盒的形状、色彩及图案布局，包装盒正面的具体图案设计对整体视觉效果更有影响。被诉侵权设计正面上部形成明显的双龙左右相对、中间有葫芦形标志的图案，与涉案专利设计相应部位的图案区别明显，两设计正面图案中的文字字形、底部花纹亦有一定区别。其四，侧边设计不如正面设计更易被直接观察，并且侧边可开

合的包装盒在现有设计中亦属常见，故侧边设计对整体视觉效果的影响相对较小。综上，以一般消费者的知识水平和认知能力对涉案包装盒专利设计与被诉侵权包装盒设计进行“整体观察、综合判断”后可知，两设计中对整体视觉效果更有显著影响的部分存在实质性差异，故涉案专利包装盒设计与被诉侵权包装盒设计不构成近似的外观设计。一审判决对此认定结论无误，被诉决定中有关涉案包装盒专利的决定内容应予撤销。

（二）关于涉案包装瓶专利

将涉案包装瓶专利设计与被诉侵权包装瓶设计进行比较，一审判决认定的两设计之间的相同点和区别点基本正确。对于两设计之间相同点和区别点对整体视觉效果的影响，其一，涉案专利设计采用整体为上窄下宽的圆台形状、在酒瓶口处有明显收缩的包装瓶设计，不同于酒瓶的常见设计，在案亦无其他证据表明该种整体形状的设计属于现有设计，以一般消费者的知识水平和认知能力，可以认定涉案专利设计的整体形状为区别于现有设计的设计特征。且对于酒类产品的包装瓶而言，瓶身的整体形状是一般消费者最容易直接观察的部分，故该设计特征对整体视觉效果具有显著影响。被诉侵权包装瓶同样采用了上窄下宽的圆台形状、在酒瓶口处有明显收缩的设计，一般消费者会认为两者在整体形状上无实质差异。其二，酒的包装瓶只要能够盛装液体、稳定地放置于平面上即可，在整体形状上没有其他限制，有很大的设计空间，一般消费者不易区分酒瓶整体形状的细微差别。故虽然涉案专利设计的瓶颈处设置为均匀的凹陷状，而被诉侵权设计相应的部分均为平滑过渡，但相对于瓶身的整体形状而言，该区别属于细微差别。其三，与前述涉案包装盒专利设计与被诉侵权包装盒设计的比对相同，涉案包装瓶专利设计与被诉侵权包装瓶设计亦存在正面图案的差别，但与前述比对不同的是，由于瓶身的整体形状对整体视觉效果的影响最为显著，相应地亦减少了图案的差别对整体视觉效果的影响。综上，以一般消费者的知识水平和认知能力对涉案包装瓶专利设计与被诉侵权包装瓶设计进行“整体观察、综合判断”后可知，两设计中对整体视觉效果更有显著影响的部分无实质性差异，故涉案包装瓶专利设计与被诉侵权包装瓶设计构成近似的外观设计。一审判决对此认定结论有误，被诉决定中有关涉案包装瓶专利的决定内容应予维持。

由于太白酒业公司在行政裁决程序中认可其制造、销售和许诺销售了被诉侵权产品，亦未主张或提交证据证明被诉侵权包装盒、包装瓶有其他来源，故被诉决定认定太白酒业公司实施了制造、销售和许诺销售侵权包装瓶产品的行为，并决定责令太白酒业公司停止制造、销售和许诺销售侵权包装瓶产品，并无不当。因被诉侵权包装盒产品不构成侵权产品，被诉决定有关停止侵害涉案包装盒专利的决定内容应予撤销，太白酒业公司可以继续实施制造、许诺销售、销售被诉侵权包装盒产品的行为，故本院不再判令宝鸡市知识产权局重新作出行政决定，宝鸡市知识产权局可自行决定是否重新作出行政决定。

【陈蕾 摘录】

1.4 【专利】《知识产权保护体系建设工程实施方案》解读

近日，国家知识产权局会同中央宣传部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、商务部、海关总署、国家市场监督管理总局联合印发《知识产权保护体系建设工程实施方案》（以下简称《方案》），现将文件有关内容解读如下。

一、制定背景

习近平总书记深刻指出，创新是引领发展的第一动力，保护知识产权就是保护创新。完善的知识产权保护体系是促进创新的重要保障。党的十八大以来，习近平总书记多次对知识产权保护工作作出重要指示，强调要“从审查授权、行政执法、司法保护、仲裁调解、行业自律、公民诚信等环节完善保护体系”，“不断强化知识产权全链条保护”。习近平总书记的重要指示为新时代知识产权保护体系建设提供了根本遵循和行动指南。

国家知识产权局坚决贯彻落实习近平总书记的重要指示和党中央、国务院决策部署，会同中央宣传部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、商务部、海关总署、国家市场监督管理总局等8部门联合制定出台《方案》，共同加强知识产权保护体系建设。这是深入学习贯彻习近平总书记关于加强知识产权保护重要指示论述的重要举措，是落实政府工作报告相关部署，加强知识产权全链条保护的具体行动。

二、建设思路和工作目标

《方案》是新时代推动知识产权保护体系建设的“施工图”，主要从知识产权保护全链条、全过程、全要素出发，系统解决知识产权保护体系“谁来建”和“怎么建”的问题。《方案》提出“一个建设思路”和“两个阶段性目标”。

“一个建设思路”是指，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入贯彻党的二十大和二十届二中全会精神，将习近平总书记对知识产权保护工作的重要指示精神全面落实到知识产权保护体系建设中去，创新保护制度、保护手段和保护模式，提高知识产权保护专业化、现代化、智能化水平。

“两个阶段性目标”是指，一是到2027年，知识产权保护体系和保护能力现代化建设迈出坚实性步伐，知识产权法律法规更加全面系统，“严保护”的政策和标准更加健全，行政执法和司法保护更加严格，授权确权更加优质高效，快速协同保护更加顺畅，知识产权领域国家安全治理基础进一步巩固，社会共治合力进一步增强，保护能力显著提升。覆盖“国家、省、市、县”四级的知识产权保护网络更加完善，知识产权保护基础进一步夯实，“大保护”工作格局全面形成。二是到2035年，知识产权保护体系和保护能力现代化基本实现。第一个阶段性目标，主要是立足当前知识产权保护的重点难点问题，确定的近期主攻方向。第二个阶段性目标，主要是对标2035年知识产权强国建设的具体任务，提出的远景工作展望。

三、主要内容

《方案》围绕工作目标提出七方面建设任务。主要包括：一是在知识产权保护政策和标准方面，提出要完善保护政策制度，健全保护标准规范。二是在执法司法方面，提出要加强司法保护、行政执法和行政裁决，构建有机衔接、协同高效的知识产权执法司法体系。三是在授权确权方面，提出要提高授权确权质量和效率，促进专利商标代理行业健康发展。四是在保护管理方面，提出要完善保护管理体制机制，建设快保护机构，优化快速协同保护机制。五是在社会共治方面，提出要完善多元化纠纷解决机制，加强知识产权诚信体系建设，提升企事业单位知识产权保护和管理能力，营造尊重和保护知识产权的良好氛围。六是在知识产权领域国家安全治理体系建设方面，提出要完善知识产权安全相关政策法规，健全知识产权安

全治理工作机制，提升知识产权领域风险防控能力。七是在能力支撑方面，提出要加大人才培养、培训和使用力度，推进知识产权鉴定和技术调查，强化知识产权保护信息支撑，构建专业化、信息化、智能化的知识产权保护能力支撑体系。这七个方面的任务有机衔接、系统集成，既贴近当前发展实际，又满足未来一段时期发展需要。

四、组织实施

为保障各项任务顺利实施，《方案》提出了一系列组织实施工作要求。一是加强组织领导。提出加强党对知识产权保护工作的领导，把党的领导贯穿知识产权保护体系建设全过程。各地区、各有关部门要把知识产权保护体系建设纳入重要议事日程，按照职责分工和建设任务，认真抓好落实。二是加强法治保障。提出推进知识产权领域有关法律法规的制修订工作，加强法治保障。三是加强条件保障。提出充分发挥财政资金对知识产权保护体系建设的引导作用。加强知识产权保护相关人才培养和干部队伍建设。四是加强跟踪问效。提出将知识产权保护体系建设工程实施情况纳入知识产权保护工作检查考核和营商环境评价，推动各项任务落到实处。

【马佳欣 摘录】

1.5 【专利】开放守序，源远流长——从开源软件二次开发者权利边界之争谈开源规则的建立

摘要

根据《2023 中国开源发展蓝皮书》，中国开源软件开发者突破 800 万，居全球第二；在日常的开发过程中，96%的开发者正在使用开源软件^[1]。但是，与开源软件有关的法律制度却在很长时间里一直处于“缺位”状态，导致在相当一部分软件开发者的认知中，开源协议仅仅是乌托邦式的“君子协议”。在与开源软件有关的法律争议中，二次开发者的“权利边界”究竟应当如何界定，是一个成熟的开源社区应当确立的核心规则之一。本文结合我国法院的最新判例，以这一问题为中心充分展开，对与之关联的若干问题进行论述，并结合开源模式的特点，进一步提出对我国开源社区规则建立的设想与展望。

关键词

开源软件 二次开发 衍生作品 GPL 开放许可

近年来在我国科技界，“开源”一词被提及的频率越来越高，作为当今涉及软件的科技型企业主流的研发模式，开源模式能够有效减少企业无谓的投入。相较于传统的闭源模式，程序员在编写程序前，通常会先在开源社区检索可以实现相应功能的软件模块，若有合适的模块，则可直接取用，避免了重复劳动带来的社会总生产力的浪费。在 2017 年《国务院关于深化“互联网+先进制造业”发展工业互联网的指导意见》中，国务院明确要求：“面向关键技术和平台需求，支持建设一批能够融入国际化发展的开源社区，提供良好开发环境，共享开源技术、代

码和开发工具”、“构建应用生态。支持平台企业面向不同行业智能化转型需求，通过开放平台功能与数据、提供开发环境与工具等方式，广泛汇聚第三方应用开发者，形成集体开发、合作创新、对等评估的研发机制。支持通过举办开发者大会、应用创新竞赛、专业培训及参与国际开源项目等方式，不断提升开发者的应用创新能力，形成良性互动的发展模式”^[2]，由此可见，开源软件与当前新质生产力的发展息息相关，特别是人工智能等一系列基于算法的、能够对制造业起到重大革新作用的技术领域，更加离不开开源软件以及围绕开源软件所形成的开源社区、开源生态链。

但是，天下没有免费的午餐，不同的开源软件，对应了不同类型的开源许可证。在当前主流的开源许可证中，总体又可分为 Strong Copyleft（强著佐权）、Weak Copyleft（弱著佐权）、Permissive（宽松）三种类型^[3]。Permissive 型许可证对于使用者的约束相对较少，因此法律上的争议并不多；而对于 Strong Copyleft 与 Weak Copyleft 型许可证而言，二次开发者在自由使用、复制、分发时，都负有强制开源的义务，只不过是不同许可证之间，强制开源条款触发的严苛程度不同，但无论怎样，这势必会与很多二次开发者的最终利益相冲突，各方对于开源协议的理解又存在较大分歧，因此产生了较多争议。

在 Copyleft 型许可证中，又以 GPL（General Public License）凭借其极强的“传染性”最为知名。所谓“传染性”，是指开源许可证中强制开源条款的严苛程度，条款越严苛，“传染性”越强。以 GPL 2.0 版本协议（以下简称“GPLv2”）为例，其在第 2 条中明确规定，若在受到 GPLv2 约束的源代码基础上进行修改，除非修改部分可以被合理地看作“独立（independent）作品”和“分离（separate）作品”（以下合并简称为“独立且分离”），否则修改后的整体作品都应当受到本许可证的约束，即应当被强制开源^[4]。换言之，若要在受到 GPLv2 约束的源代码基础上进行二次开发，二次开发者除非能够证明其独立开发的部分符合“独立且分离”的条件，否则就应当开源；在无法达到上述条件的情况下，二次开发的部分就像受到“传染”一样，成了“应开源”的源代码。据此，若有其他主体在二次开发后的源代码基础上进一步开发，那么进一步开发的内容同样存在被“传染”的可能。在这样的规则之下，部分二次开发者为了避免自己开发的源代码公开或为了阻断“传染”，选择直接闭源，进而引发一系列法律纠纷。近年来，我国法院以判例的形式，逐渐形成了初步的开源规则，但即便如此，这些已经生效的判决反而激发了法律界、技术界更加热烈的争论，这也从侧面反映了这一问题的敏感性。

一、针锋相对：

“用而不说”的权利人，责任几何？

近年来，我国涉及 GPL 相关争议的判例数量并不多，特别是如果把争议焦点限定为“二次开发者在闭源的情况下，被控侵权人主张‘开源抗辩’能否获得支持”，至本文完成时，在公开渠道能够查询到、且判决说理部分正面进行系统性回应的生效案例仅有两件，分别为南京中院一审判决并生效的（2021）苏 01 民初 3299 号案（以下简称“3299 号案”或“3299 号判决”），以及苏州中院一审、最高法院二审的（2021）最高法知民终 51 号案（以下简称“51 号案”或“51 号判决”）。这两件案例的基本事实存在部分相似之处，都是权利人在他人基于 GPLv2 发布代码基础上进行了一定程度的二次开发，形成了新的衍生作品，但并未将二次开发后形成的整体作品进行开源，被控侵权人据此主张权利人存在不当行为，认为不应当对权利人的权利基础给予保护。

1. 价值争议：维护规则 vs 严格保护

对上述争议焦点，3299 号判决认为，原告自身首先应当规范使用开源代码，遵守开源协议，并证明自身权利的正当和合法，否则即会导致一个不当、不法的行为人指责另一个实施相同行为的不当、不法行为人的逻辑怪圈；法院如果基于原告的该权利认定其他行为人构成计算机软件侵权，即会保护权利人的不当行为带来的利益，势必赋予其特殊法律地位和特别商事利益，不符合公平、诚信原则。而 51 号判决则认为，即便假定权利人因违反 GPLv2 协议导致涉案软件存在权利瑕疵，该假定瑕疵亦不影响其针对被诉行为寻求侵权救济；在软件尚未被开源、该软件著作权人认为其软件不受 GPLv2 协议约束、被诉侵权人则依据 GPLv2 协议提出不侵权抗辩的侵权纠纷中，软件开发者自身是否违反 GPLv2 协议和是否享有软件著作权，是相对独立的两个法律问题，二者不宜混为一谈，以免不合理地剥夺或限制软件开发者基于其独创性贡献依法享有的著作权。

从两案法院说理的逻辑来看，二者均考虑到了对开源生态的保护以及利益平衡，差异主要体现在价值层面。3299 号判决侧重于尊重并维护开源规则，强调权利人首先应当确保自身行为的合规，特别是在我国，相当一部分软件从业者对开源规则仍然处于较为粗浅的认知，应当通过一剂“猛药”唤醒从业者对规则的敬畏。51 号判决则侧重于知识产权的保护以及开源相关方利益的平衡，在多个价值之间可能发生冲突的情况下，“保护知识产权”仍然处于更高的位阶。但由于 51 号判决是由最高人民法院作出，并且已经入选了人民法院案例库，而直到本文完成之日，3299 号判决尚未入选人民法院案例库。因此可以预见的是，至少在今后很长一段时期内，51 号判决的裁判要旨将会被更多法院所采用。

2. 质疑之声：“传染情况”究竟能否查明

然而，在 51 号判决作出后，业内仍有一些质疑，主要是针对该案的权利人“究竟是否违反了 GPLv2 协议”这一事实，最高法院以开源代码权利人并非本案当事人、相关事实无法查清为由，没有进行相关事实的查明，仅仅记载了权利人单方声称“在底层系统软件与上层功能软件之间采用套接字（socket）与命令行（command line）等技术手段建立了隔离层，且二者之间通信内容不涉及内部数据结构信息，由此使得上层功能软件构成 GPLv2 协议项下‘独立且分离的’的程序”。而作为对比，法院在 3299 号案中深入调查后，认定权利人实际是将包含 GPL 开源代码的文件与二次开发的源代码文件共同编译成一个 dll 文件，并最终认定权利人二次开发的源代码受到了 GPL 协议的传染。二者相比之下，若源代码原始权利人并非案件当事人，对于查明二次开发的源代码是否构成“独立软件”这件事，似乎并不是“无从下手”^[5]；部分业内人士也提出，如果 51 号案所涉二次开发的源代码并不能构成独立软件，也即受到了 GPL 的“传染”，那么本案查明的事实就存在瑕疵^[6]。

笔者本人作为 51 号案一审、二审阶段权利人的代理人，从接受委托之初，就深知这一问题很可能成为重大争议焦点，因此在代理过程中，始终都为法院调查“权利人二次开发的源代码究竟是否属于独立软件”这件事做好了准备。事实上，针对该争议，GNU 官方网站以 Q&A 的方式进行过有如下回复：“……究竟怎么区分是两个独立的程序，还是一个程序的两个部分呢？这是一个法律命题，最终会由法官来决定。我们相信合理的标准既依赖于通信的机制（exec、pipes、rpc、共享地址空间的函数调用，等等），也依赖于通信的语义（交换了什么样的信息）。如果两个模块都包含在同一个可执行文件里，那么它们一定是一个程序的组件。如果两个模块运行时是在共享地址空间连接在一起的，那么它们几乎也构成一个组合软件。反过来，pipes、sockets 和命令行参数通常都是两个不同程序通信的机制。因此，如果使用它们来通信，这些模块正常应该是独立的程序。但是如果通信的语义非常密切，交换复杂的内部数据结构，那么它们也会被会认为是一个大程序的两个组合部分”^[7]。从这一官方回答可以看出，若二次开发的部分采用 pipes、sockets（即 51 号判决中的“套接字”）和命令行参数（即 51 号判决中的“command line”）、且通信的语义达不到“密切、复杂”的程度时，应当认为该部分符合 GPLv2 协议中“独立且分离”的要求，可以不进行开源。由此可见，关于“独立软件”的争议，是存在一定的判断标准的，只不过从上述官方文字的表述来看，通信语义是否达到“密切、复杂”的标准，存在一定的主观性；同时，也有业内人士认为，上述标准也不宜作为唯一的判断标准，更不应当简单地将其与整个软件行业惯例画上等号，因为部分开源社区权威技术专家的观点很明显存在倾向性^[8]。

3. 分发对象：被忽略的角落

51 号案的具体案情，是离职员工将原单位的源代码带至新单位复制、使用的“传统桥段”，而且在被诉侵权的源代码中还发现了权利人特有的标记，这一事实已经坐实了被控侵权人获取权利人源代码的手段是不正当的，同时，被控侵权人自己的类似产品推向市场后，同样没有进行开源。这和“被控侵权人通过开源社区合法获取权利人源代码，并在二次开发后闭源”的情况是不同的，这也延伸出另一个值得探讨的话题：GPL 代码的“分发（distribute）对象”，究竟是不特定社会公众、还是通过合法途径取得产品的购买者？按照 GPLv2 的原文，其第 3 条 b 项使用了“to give any third party”的措辞。笔者曾就这一问题询问了不同背景的相关人士，发现一个有意思的现象：法律界人士更有概率倾向于将分发对象理解为不特定社会公众，也即应当以公开发布的方式进行公开；而软件从业者则更有概率倾向于将分发对象理解为产品的购买者，也即只有购买者才有权获得一份源代码副本。

笔者认为，对此类案件中“分发对象”进行界定的意义在于，如果被控侵权人并非权利人的分发对象，那么其自然不享有基于 GPL 协议所带来的豁免可能。事实上，在 51 号案的代理过程中，笔者将这一意见向最高法院明确提出，并举了一个例子：慈善机构派发物资，领取者需要进行登记、排队后，才能领取到物资；而如果有人绕开这些程序，直接以撬开慈善机构仓库大门的方式获取物资，该行为很显然不能给予正面评价，更不能因为物资本身具有公益性质，就对这种不正当获取的方式予以豁免。不过最高法院在 51 号案的说理部分并未对此进行回应，可能是因为 51 号案既然已经决定对权利人是否违反开源协议的问题不予考虑，那么在此情形下讨论“分发对象”的问题，实无必要。但笔者仍然期待在今后的其他类似案件中，能够有法院对这一问题进行说理回应。

4. 小结

总体而言，51 号案回避查明“独立软件”的做法虽引发了一些争议，但无论是法律界还是软件界，对于该案实体上的处理结果，基本都是持肯定态度。在有确凿证据证明被控侵权人采用不正当手段获取了权利人的源代码的情况下，如果在实体判决上不支持权利人，则将造成明显不公，并且会纵容类似的侵权行为。也正因为此，3329 号案仅保护了权利人未受 GPL 传染的预览程序的做法，同样也引发了不小的争议。由此可见，无论是 51 号案还是 3329 号案，都注定了无法让所有人满意，最终仍会回归价值位阶高低的判断上。

二、雏形初显：

三块重要的“判例拼图”

对于法律界、软件界从业者而言，无论是认同 3329 号案“维护规则”的理念，还是支持 51 号案“严格保护”的做法，“在中国建立科学、合理的开源规则”应当是所有人追求的目标，这也高度契合新质生产力发展的要求。笔者认为，与其沉迷于争论 3329 号案与 51 号案哪个的价值位阶更高，不如去思考“中国究竟需要怎样的开源规则”。虽然目前尚无政策法规层面的官方文件对我国的开源社区规则进行细化，但通过近年来由最高法院判决或认可的若干案例，能够窥得一些基本规则，如同数学中的“公理”一样，已经被悄然布局。除了前述 51 号案以外，还包括广州知识产权法院一审判决并生效的（2019）粤 73 知民初 207 号案（以下简称“207 号案”或“207 号判决”），以及深圳中院一审、最高法院二审的（2021）最高法知民终 2063 号案（以下简称“2063 号案”或“2063 号判决”），这三块“判例拼图”，基本可以组合出当前我国开源规则的雏形。

1. 全面认可 GPL 协议的性质——207 号案

在我国涉及开源软件的诉讼史上，207 号案有着举足轻重的地位，因为这是我国法院首次正面对 GPL 协议进行详细解析，为其“正名”。虽然在 207 号案之前，还有“数字天堂 v. 柚子”案^[9]、“不乱买 v. 闪亮时尚”案^[10]也涉及对 GPL 协议的相关说理，但都是浅尝辄止；207 号案则是在说理部分详细阐述了开源运动诞生的历史、发展历程、域外实践经验及判例，并对该案涉及的 GPL3.0（以下简称“GPLv3”）协议在中国法律框架下的性质进行了分析，最终认为 GPL 协议属于广义的合同范畴，是一种“授权方和用户订立的格式化著作权协议”。该案认定，权利人软件和被控侵权软件中涉被诉部分源代码、即“沙盒分身功能”部分源代码构成相似，而权利人软件是基于 GPLv3 协议发布并履行了开源义务，被控侵权人并未将自己的软件开源，构成对 GPLv3 协议的违反。此时，被控侵权人不再享有权利人的许可，在权利人可以在“侵权责任”与“违约责任”中二选一的情况下，经法院释明，权利人明确主张被控侵权人构成无权使用，应承担侵权责任。

207 号案对 GPL 协议中所述的开源规则的全面认可，确立了我国开源规则的最重要的一条“公理”，即从法律上认可 GPL 协议属于合同，受我国法律调整。该案虽未经历二审，不过其随后入选了 2021 年中国十大知识产权典型案例，意味着该案得到了最高法院的认可。在此之后，“开源合规”应当逐渐成为软件开发企业必须要重视的法律风险。不过，207 号案的被控侵权人曾经提出，涉案开源项目的贡献者多达 32 人，因此权利人的软件作品属于不可分割的合作作品，权利人无权单独以自己名义提起诉讼；法院最终是以“项目管理人（即该案权利人）

提交的代码量占整个涉案软件代码量的绝大部分，因此其他贡献者提交的代码并未对涉案软件著作权产生实质影响”为由，对被控侵权人的这一观点不予支持。但是，实践中大量的开源项目里，除项目管理者以外的其他贡献者提交的代码对最终的软件作品产生实质影响的例子并不在少数，因此 207 案对这一问题的观点并不具有普适性，有待其他“判例拼图”予以完善。

2. 全面认可开源项目管理人员的独立诉权——2063 号案

2063 号案与 207 号案的权利人相同，但被控侵权人是其他主体；而 207 号案中法院未能解决的问题，在 2063 号案中得到了系统性解决。2063 号案中，被控侵权人同样提出，除了权利人（即项目管理者）以外，涉案软件还有多达 34 个贡献者，而没有任何证据证明这 34 个贡献者都将著作权转让给权利人行使，因此权利人无权提起诉讼。针对这一观点，最高法院在二审判决书中首先承接了 207 号案的裁判意见，即没有证据证明其他贡献者提交的代码对最终软件作品产生实质影响，但随后又作了非常重要的“退一步而言”说理：“对于开源软件而言，往往难以界定全部著作权人，只要该项目保持开源，则贡献者数量会持续动态增加，这意味着开源程序始终处于动态的未完成状态，而这将对权利人范围的确定造成极大的阻碍，若要求必须经过所有贡献者的授权才能提起诉讼，将导致开源软件维权无从谈起”，在此基础上，最高法院进一步指出：“根据开源软件项目管理人员的上传开源代码并创建主分支，贡献者针对开源软件提交代码的发起拉取申请并经项目管理者同意后并入主分支等一系列约定内容及行为表现来看，贡献者针对开源软件提交代码并发起拉取申请应视为其默示同意作为普通被许可人的项目管理者提起侵权之诉，针对有关的被诉侵权行为可以一并认定并判赔。贡献者乃至在先代码著作权人若对涉案软件的著作权归属或权益分配存在争议，可另行向项目管理者主张”。至此，开源项目管理人员的独立诉权问题得到了最高法院的系统性回应，2063 号案后续亦入选了人民法院案例库，成为正式的裁判标准。

2063 号案的积极意义在于，法院降低了开源软件著作权人维权的门槛，“激活”了开源软件著作权人维权的可行性，调动了权利人针对违反开源协议行为维权的积极性。不过，也有业内学者认为，贡献者在完成分支创作后向项目管理者发起“拉取申请”的行为，是否真的可以视为“默示同意作为普通被许可人的项目管理者提起侵权之诉”，关于这一点值得商榷，特别这种做法是否会导致其他主要贡献者丧失了依据自己具有独创性的表达部分起诉的权利，是否会构成权利人滥用权利的情形^[11]，目前仍然存疑。不过笔者认为，这仍然是一个价值取舍的问题，在中国目前仍在探索构建科学、合理的开源规则的时候，2063 号案作为另一块重要的“判例拼图”，填补了 207 号案的空白，其积极意义是大于上述担忧的。

3. 明确二次开发者的权利边界——51 号案

承前所述，51 号案目前已经被收录于人民法院案例库，其裁判要旨在案例库中被上位化概括为：“在侵害计算机软件著作权案件中，涉案软件开发者是否未尽开源义务和是否基于其独创性贡献享有涉案软件著作权并不必然相关。被诉侵权人仅以涉案软件开发者并未依据开源协议开源为由，抗辩其不侵害涉案软件著作权的，人民法院一般不予支持”。而该案引发业内争议，主要是法院的这种做法似乎存在“纵容”二次开发者不遵守开源规则的嫌疑，但如果将 51 号案与 2063 号案结合起来看，可以看出，二者存在“互补”的关系，即：二次开发者虽然在向“后手”侵权人主张侵权责任时，法院可以不用考虑二次开发者是否违反了开源协议，但是其“前手”权利人的维权门槛同样被降低，此时二次开发者将会面临“螳螂捕蝉、黄雀在后”的境况。更进一步讲，51 号案与 2063 号案合力作用下，会使二次开发者面临一种博弈：究竟是否要用自己的违约/侵权风险，来换取源代码闭源带来的商业价值以及未来针对侵权人的维权机会？从目前的情况来看，前者的风险与后者的利益似乎有所失衡，但是 2063 号案已经开了一个头，后续应当会有更多的案例，为前者的风险“加码”，最终实现平衡。

至此，51 号案成为了我国开源规则雏形中又一块重要的“判例拼图”，其与 207 号案、2063 号案相互补充，使得开源生态中权利人（包括项目管理人与贡献者）、二次开发者、社会公众之间错综复杂的利益关系存在平衡的可能性。从更深层次的意义上说，开源协议本身并不是“纯白无瑕”的，其也会受到政治、资本的干扰，进而背离“开放、共享、自由”的初衷（本文第三章节详述）。企业违反开源协议，有时也并不必然等同于传统民事纠纷中行为人违反诚实信用原则、导致与社会传统道德观念相悖的行为，更多地只是一种冷冰冰的、商业上的博弈与决策，难以用简单的“对”与“错”来评价。因此，二次开发者究竟如何在博弈中取舍，开源也好、闭源也罢，最终都是站在自身利益最大化的角度作出的商业决定，而对于商业决定，是否适合由法院代企业作出？也许，这才是 51 号案与 3299 号案在价值层面最大的区别。

三、远方的乌云：自由外衣之下的阴影

笔者在代理 51 号案的过程中，始终有一点难以释怀，那就是该案权利人之所以最初选择 GPL 开源代码，是因为彼时受限于我国相关技术领域的能力不足，使得权利人对硬件、软件框架的选择范围极窄，而终端产品的特性又决定了不可能开源，一旦开源，将会给终端使用者带来重大安全隐患。在此情形下，权利人选择

采用“隔离+闭源”的方式来开发产品，采用 GNU 官方认可的套接字（socket）与命令行（command line）等技术手段，在 GPL 开源代码与二次开发代码之间建立隔离层，并在此基础上闭源。即使这样，权利人在维权过程中，仍然需要随时做好“自证清白”的准备。在意识到这一点时，笔者已经隐隐感觉到，“开源”实际是一把双刃剑，虽然有着“开放、共享、自由”的美好愿景，但极易被规则制定者所利用，实现对使用者的控制。

1. 被架空的“自由”：垄断与地缘政治的裹挟

当前，已经有学者撰文指出，传统开源领域“知识共享”的理念因许可证中知识产权政策要求逐渐转变为“知识控制”的资本思维，将源代码开放至公共领域的做法业已成为资本控制的另一种方式^[12]。举例而言，中美贸易战爆发后，美国 HashiCorp 公司宣布，因出口管制的原因，禁止在中国使用其开源软件 VAULT 企业版^[13]；俄乌冲突爆发后，全球最大的开源代码托管平台 Github 更是封禁、屏蔽了大量受美国制裁的俄罗斯开发者账户^[14]。可以预见的是，在当前波云诡谲的国际形势下，若中国的软件企业过于依赖国外的开源资源与平台，未来完全可能在一夜之间失去所有权利基础，甚至可能被要求将二次开发的全部成果强制开源。

另一方面，开源协议所形成的“知识控制”势必会导致强势企业进一步掌握绝对的话语权。以本文第一章述及的“独立软件”的判断标准为例，即使是 GNU 在官网的答复，依旧是将最终的判断“踢”给了法院，而法院却大概率又会以 GNU 官方的答复作为重要依据，例如 51 号判决的说理部分就有“关于涉案软件是否受 GPLv2 协议约束，该问题涉及底层系统软件是否受 GPLv2 协议约束、上层功能软件是否构成 GPLv2 协议项下‘独立且分离的程序’、二者间采用的隔离技术手段、通信方式、通信内容等如何界定以及软件领域对 GPLv2 协议传导性的通常理解与行业惯例等因素”一类的表述，实际仍然是主要参照了上述 GNU 的官方答复，而且特别提到了“通常理解”与“行业惯例”这两个因素。而根据笔者本人对一定数量的软件从业人员走访的结果看，大部分从业者对于业内“大厂”单方提出的判断标准通常有较高的接受度，甚至不自觉地将“大厂”的标准看作默认标准。但对于业内“大厂”而言，其自行制定的标准是否客观、公允，亦难以有定论。若这样的趋势不加以控制，此消彼长之下，“开源运动”完全可能被少数寡头把持话语权，最终形成垄断；而这种垄断若结合前文提及的政治因素，势必引发更大的危机。

2. 批量维权：“钓鱼”造就虚假的“百花齐放”

近年来，由于开源模式的普及，使得软件开发的成本明显降低，因此出现了一些公司通过开源模式快速形成权利基础，并以此维权获利的情况，从表面上看，相关诉讼案件的数量大幅增加，似乎表明开源模式正在我国“百花齐放”。然而拨开现象看本质，却并非如此。在维权过程中，这些公司采用的一些手段引发了争议。

例如，据报道^[15]，在涉及 Qt 开源软件的维权过程中，维权代理机构声称如果不遵循开源协议，又不购买商业版，可能导致使用开源软件开发的软件丧失相关知识产权权利；此种表述主要是基于 3299 号案的裁判观点，企业在收到相关侵权警告函时，势必会陷入焦虑。再如，某公司宣称其自助建网软件可免费下载使用，然而近年来，该公司却在全国范围内对使用他们自助建网软件的用户，提起了近万起知识产权维权诉讼，最高法院明确将其定性为“钓鱼式维权”，给予否定评价^[16]。

总体而言，开源模式带来的批量维权风险基本属于可控范畴，特别是在 51 号判决明确了“权利人违反开源义务”与“向侵权者主张侵权责任”是相对独立的两个法律问题后，相当于“没收”了这些批量维权的公司用以“挟持”其他公司的重要武器。而最高法院以媒体曝光的方式向社会公众公布此类批量维权，更进一步地表明了中国法院对这种牟利行为的态度，对树立我国开源生态圈的正确价值观有着重要意义。

四、择善而从：

发挥制度优势，守序兼容开放

承前所述，开源制度诞生于国外，在“舶来”与本土化的过程中，引发了一系列的兼容问题，但这些问题最终都可以通过制度的顶层设计得以妥善解决，事实上，我国已经在其他领域进行了有益探索。在 2021 年 6 月 1 日实施的《专利法》中，新增了“开放许可”制度，即专利权人可以在自愿的前提下，许可任何单位或者个人实施其专利，并明确许可使用费的支付方式与计算标准，由国务院专利行政部门予以公告，这一制度已经属于“专利开源”的范畴。而我国软件领域的开源规则完全可以充分参考专利开放许可制度实施的经验，择善而从，形成更加科学、合理的软件开源规则。

例如，专利的开放许可制度是由国务院专利行政部门进行统一管理，通过建立专利开放许可的平台，为有“专利开源”意向的专利权人与实施专利意向的经营主体搭建桥梁。由于开放许可有“明码标价”的特点，能够使有意向合作的双方第一时间进入到“报价”环节，大大节省了流程。而开源规则在制定时，同样也可参照这一思路，甚至可以考虑在部分开源许可证协议中明确，若二次开发者违反开源协议，对源代码进行闭源，则自动转为付费许可模式，并附上许可费计算方式，这样会使开源生态链中每一环节参与者，都会对自己行为的后果有更强的可预见性。同时，若二次开发者经过计算，发现付费许可模式将会支付其难以承受的经济支出，则自然会知难而退，这也呼应了本文第二章节末尾“商业决定应由企业自行作出”的观点；同时，开源软件权利人在针对违反开源协议的二次开发者进行维权时，也有比较明确的许可费计算依据，同样降低了维权的难度。

综上所述，在我国尽快建立、完善、推广中国自己的开源社区，制定属于中国自己的开源规则，对新质生产力的发展有着不可估量的推进作用，这也更加凸显当前现有的涉开源协议生效判例、特别是“判例拼图”对开源规则制定所带来的价值。对照国外的开源运动发展，由于发起方组织松散，导致相关重要问题的判断标准并没有以制度化的方式明确，在资本强势介入后，已经难以回到初心。而中国完全可以发挥制度优势，在吸纳国外开源运动的经验和教训后，结合“专利开源”的宝贵实践经验，制定出具有可操作性的软件开源规则，使原始权利人与二次开发者都能够通过规则预见到自己行为可能带来的后果，最终形成稳定而不失开放的秩序，将开源制度的优势最大程度地展现。

【王哲璐 摘录】

1.6 【专利】 实用新型专利创造性判断中对相近、相关技术领域的确定

裁判要旨

确定实用新型专利的技术领域时，应当以权利要求所限定的技术方案为对象，以主题名称为起点，综合考虑专利技术方案的功能、用途。与专利技术方案的功能、用途相近的技术领域，构成专利技术领域的相近技术领域；专利技术方案与最接近现有技术的区别技术特征所应用的技术领域，构成专利技术领域的相关技术领域。

关键词

行政 实用新型专利权无效 创造性 相近技术领域 相关技术领域

基本案情

陈某建系专利号为 201620169331.2、名称为“铝栅 CMOS 双层金属布线的版图结构”的实用新型专利的专利权人。2020 年 7 月 15 日，深圳市恒某公司针对本专利权提出无效宣告请求，对此国家知识产权局于 2021 年 1 月 4 日作出第 47707 号无效宣告请求审查决定，宣告本专利权有效。深圳市恒某公司不服，向一审法院提起诉讼，请求撤销被诉决定，判令国家知识产权局重新作出决定。

一审法院于 2021 年 9 月 22 日作出行政判决：驳回深圳市恒某公司的诉讼请求。深圳市恒某公司提出上诉，最高人民法院于 2022 年 12 月 29 日作出（2022）最高法知行终 41 号行

政判决：一、撤销一审法院行政判决；二、撤销国家知识产权局第 47707 号无效宣告请求审查决定；三、国家知识产权局就深圳市恒某公司针对专利号为 201620169331.2、名称为“铝栅 CMOS 双层金属布线的版图结构”的实用新型专利提出的无效宣告请求重新作出审查决定。

裁判意见

法院生效裁判认为，技术领域的确定，应当以权利要求所限定的内容为准，一般根据专利的主题名称，结合技术方案所实现的技术功能、用途加以确定。相近的技术领域一般指与实用新型专利产品功能以及具体用途相近的领域，相关的技术领域一般指实用新型专利与最接近的现有技术的区别技术特征所应用的功能领域。

本专利权利要求 1 要求保护的是一种铝栅 CMOS 双层金属布线的版图结构，旨在解决现有技术中单层金属的铝栅 CMOS 工艺设计的产品集成度低的问题。为了解决上述问题，本专利权利要求 1 采取的技术手段主要是：将现有的单层铝栅 CMOS 金属布线结构的压焊点（输入和输出 PAD、电源和地端 PAD）作为第二层金属结构设置于第一金属层金属结构上，也就是设置到铝栅 CMOS 结构之上，提高铝栅 CMOS 集成度。为了评价本专利权利要求 1 版图结构的创造性，一审判决及被诉决定基于硅栅和铝栅的栅极材料不同，均认为硅栅 CMOS 集成电路和铝栅 CMOS 集成电路属于不同的技术领域，进而认定二者的技术方案实质上并不相同，本专利权利要求 1 具备创造性。本专利权利要求 1 与证据 1、2、3、5、6、7 的区别技术特征在于，证据 1、2、3、5、6、7 公开的均是硅栅 CMOS 金属布线结构，并没有公开任何涉及“铝栅”的内容。在半导体工业的早期，金属铝一般被用作 CMOS 的栅极材料，此后硅被广泛运用于栅极材料。尽管栅极材料从铝到硅的发展确实是半导体器件的改进，但铝栅与硅栅的区别对于本专利所采取的双层金属布线版图结构的技术方案没有实质性影响，栅极材料的选择不应作为本专利的技术贡献。因此，本专利与硅栅 CMOS 双层金属布线结构功能相同、用途相近，提高 CMOS 集成度的原理基本相同，可以将硅栅 CMOS 双层金属布线结构视为本专利的相同或相近技术领域。被诉决定和一审判决在评价本专利的创造性时，未考虑硅栅 CMOS 双层金属布线结构，属于适用法律错误。

关联索引

《中华人民共和国专利法》第 22 条第 3 款（本案适用的是 2009 年 10 月 1 日施行的《中华人民共和国专利法》第 22 条第 3 款）

【陈建红 摘录】

1.7 【专利】一场意料之外的专利战，一出意料之中的狙击

没办法，它是联想。昨日，中兴通讯一则回应，引发了公众的广泛关注。

此前，联想于本月 21 日，正式向英国高等法院提起诉讼，指控中兴通讯专利侵权。对此，中兴通讯的正式回应称，尊重任何企业在法律框架内的合法举措，但对联想此番行为感到十分遗憾，与联想已就专利许可问题展开了长达数年的协商，希望双方通过高效合理的方式解决双方的争议。同时表示“此次诉讼不会改变中兴通讯维护合法权益的决心。”

中国两大中国企业，为何突然在海外爆发专利诉讼？此事背后又有哪些隐情，会造成怎样的恶劣影响？深入了解之后，我们只能一声感慨：一切出人意料，又在意料之中。只因为，它是联想。【是中兴“侵权”，还是联想“耍赖”？】先来简单复盘一下事件进程：10 月 27 日，据国外知识产权媒体 IP Fray 日报道，一起联想起诉中兴通讯的专利相关诉讼，已在英格兰和威尔士高等法院（EWHC）被公开，案件编号 HP-2024-000038。

目前，外界尚未了解该案完整信息，仅获悉：1、原告方包括：联想集团有限公司、联想（美国）有限公司、联想科技（英国）有限公司、摩托罗拉移动有限公司、摩托罗拉移动英国有限

限公司。（以下统称“联想”）2、被告方包括：中兴通讯股份有限公司、中兴（英国）有限公司、努比亚科技有限公司（中兴通讯子公司）、Gamegeek 有限公司（经销商）、Livewire Telecom 有限公司（经销商）EFones.Com 有限公司（经销商）。（以下统称“中兴通讯”）就此，外界普遍猜测，联想此次起诉，是对中兴通讯此前提出的专利许可要求的应对措施。对此，联想尚未公开表态。但中兴通讯在回应中提及，已就专利许可问题，与联想展开长达数年的协商，并始终秉持最大善意，追求自身研发创新的合理回报。以上信息，已经印证了外界猜测。这也意味着，本次诉讼的本质，并非一次单纯的“维权”，而是联想为了影响谈判目的，所展开的“专利战”。在科技行业，类似情况其实并不鲜见。一个普通人不了解的事实是，从芯片到屏幕，从系统到应用，要生产一部智能手机，需要涉及全球数万家公司所持有的数十万项专利。没有任何一家企业，能绕开其他所有人。所以，国际电信联盟（ITU）2004 年提出了 FRAND 原则，即专利持有人应该基于公平、合理、非歧视和保密的原则，向使用人收取回报。如今，FRAND 已成为全球技术协作的基本准则。按照这一原则，各家企业一般会通过专利谈判，达成专利的交叉授权，并按照 FRAND 原则，根据各自的专利储备和使用情况，商讨并支付合理的专利使用费“价差”。但在现实中，这一原则却经常遭遇挑战。有的“专利蟑螂”公司不生产产品，只囤积标准必要专利，然后依靠“专利碰瓷”牟利。有的“老赖”公司则会故意少支付甚至拒绝支付专利使用费，甚至通过“专利战”诉讼，来逃避专利持有人的索偿。回到本次案件。从双方在蜂窝领域的标准必要专利储备来看，无论 4G 还是 5G 技术，联想的专利储备均与中兴通讯存在显著差距。而且，中兴通讯已与海内外多家一流科技企业达成专利许可，专利价值已得到业界的一致认可。根据双方的知识产权实力对比，按照 FRAND 原则，联想需要向中兴通讯支付合理费用。而中兴通讯的回应也证实，双方此前已经展开长达数年的专利谈判。【联想还是一家“中国公司”吗？】除了本质利益矛盾，此次诉讼背后，其实还有更多值得深思的“违和”之处。一、在大多数情况下，“专利战”都是专利优势一方主动发起诉讼，劣势一方被动“应战”。但在本次案件中，却是由劣势的联想率先发起。对此，中兴通讯也在回应中表示“难以理解”：“中兴通讯也基于对联想作为中国公司的信任，一直对采取协商以外的合法维权措施保持审慎、克制的态度。此番联想远赴英国进行诉讼，我们难以理解但表示尊重。”二、根据公开渠道检索信息，自 2014 年至 2023 年，联想已经与 Unwired Planet、高通、微软、诺基亚、IPCom、InterDigital 等多个海外主体分别达成专利许可。其中，Unwired Planet 和 InterDigital 都是以收取大额专利许可费为经营目标，经常发起投机性诉讼的美国专利运营公司（NPE）。根据 InterDigital 近两年的财报，联想 2023 年已向其支付 1.501 亿美元，2024 上半年也已支付 1.21 亿美元。然而，根据公开渠道检索信息，时至今日，联想仍未与任何中国主体达成专利许可。作为一家中国企业，联想对待国内外主体的创新成果，为何有如此明显差异？三、正常情况下，两家中国科技公司之间的标准必要专利争议，都会首先考虑在中国解决。首先，外国法院对中国的市场与企业缺乏了解，无法像中国裁判机关一样周全考虑，难以保证裁决过程的公正性与合理性。更重要的是，中国本来就有完善的知识产权保护体系、畅通的法律救济渠道和完整的司法管辖主权。将中国权利人争议，首先诉诸海外救济的行为，本质上体现了对中国司法管辖主权的漠视，体现了对中国行政机关和司法制度的不信任。这与中国政府、法院和行业积极主导“全球许可规则治理和司法管辖争夺”的共同努力背道而驰，也与中国知识产权业界向世界展示中国形象、提升中国话语权的共同努力背道而驰。这样的行为，不但会体现加重西方对中国的偏见，影响中国产业界的国际化合作，也会给中国专利领域的纠纷解决，树立恶劣范例。四、就此案本身来说，英国也并不是中兴和联想的产品主要市场。根据联想 2024 年 8 月公布的财务数据来看，欧洲、中东、非洲三个市场相加的总和仅占其营收总额的 25%，而在蜂窝领域，2023 年联想手机在英国的出货量，仅占其总出货量的 1.52%。同样，在中兴通讯的整体营收中，欧美和大洋洲的占比之总仅 14.23%，远低于中国市场的

68.91%。英国非中兴的主要市场，近年来营收占比极小。然而，联想依然选择，将裁判双方矛盾的话语权，拱手交给了英国法院。值得注意的是，就在三个月前，英国法庭刚刚就 InterDigital 与联想的专利诉讼，作出更有利于联想的判决，将 InterDigital 主张的联想应支付 3.885 亿美元许可费，降低至约 2.4 亿美元。五、在本次诉讼中，联想的原告主体，既有联想集团，也有联想的美国公司和英国公司，却偏偏没有联想中国。这是为了避开中国司法主权管辖的主动避嫌，还是说，潜意识里已经认为自己不是一家“中国公司”了？【没办法，它是联想】当然，上面所有问题，我们都可以只用一句话，就证明它们的合理性：没办法，它是联想。毕竟，2016 年的 5G 标准“投票门”，我们至今还记忆犹新。毕竟，英特尔和 AMD 刚刚联手成立的“x86 生态系统咨询小组”里，联想，依然是唯一的中国企业。初心不改，一如既往，难以苛责。反而是中兴通讯的回应，让我们看到了一家中国科技领军企业的素质与担当。即使处于专利优势，历经了漫长的专利谈判，依然对中国公司保持克制，没有主动展开“诉讼”，如今的回应表态也有理有节，不怒不躁。目前，中兴通讯是否侵权，仍有待法院裁定。但无论最终诉讼结果如何，都不会改变联想应向中兴通讯支付合理费用的本质矛盾，也不会影响中兴通讯保护自身创新，维护正当权益的正当性。而且，即使未来事态升级，早就拥有了丰富海外专利诉讼与反诉讼经验的中兴，也自然不会惧怕一场本就占据优势的专利战。再多的诉讼，都只会进一步拉低联想的企业形象。或许，我们更应该考虑的是，在看到中兴通讯惨遭“背刺”的局面后，其他手握大量专利的中国公司们，还会与联想耐心谈判，温和地走进良夜吗？还是会以史为鉴，同仇敌忾，拿起法律武器，以更主动的方式，维护自己的合理合法权益？反正，祝它好运吧。没办法，它是联想。

【翟校国 摘录】

1.8 【专利】

专利代理人会被 AI 取代吗

从短期来看应该是不会的。

专利代理并非是翻译这类相对简单的适合 AI 处理的文字工作，实际上申请文件的撰写和 OA 答复都涉及许多 AI 所不擅长的领域。

首先，专利代理的过程，需要非常复杂的逻辑思考，有时也需要一定的创造性思维和抽象思维，这些恰恰是如今的 AI 所不擅长的。从 AI 学习技术的角度来看，AI 在处理抽象概念和逻辑思维方面的不足主要源于其学习方法和知识表示的局限性。

当前的 AI 系统主要依赖于统计学习和模式识别，这使得它们在处理具体的、数据丰富的任务时表现出色。然而，抽象概念和复杂的逻辑推理往往需要更深层次的理解和灵活的思维能力。

AI 模型通常通过大规模数据训练来学习，这种方法虽然能够捕捉到数据中的统计规律，但难以真正理解概念的本质和内在逻辑。

例如，神经网络可以学会识别图像中的猫，但可能无法理解“猫性”这一抽象概念。同样，在逻辑推理方面，AI 可以在特定模式的问题上表现出色，但在面对需要创新性思维或跨领域知识整合的推理任务时往往力不从心。

其次，专利代理的过程需要和申请人进行多元化的沟通，而 AI 系统缺乏人类那样丰富的感知经验和社会文化背景，这限制了它们理解和运用抽象概念的能力。人类可以通过日常生活中的各种体验来丰富和完善对抽象概念的理解，而 AI 则局限于预先定义的数据集和算法框架。

这种差异使得 AI 在处理需要深度上下文理解或隐含信息推断的任务时表现

欠佳。因此 AI 既难以代替代理人与申请人进行沟通，也难以从欠规范化的沟通中提取到充足的有效信息。

正如我们向求职者介绍专利代理工作时所说的，专利撰写的过程并非仅仅是将交底书中的内容排版、整理那么简单，而是需要代理人对方案进行充分的挖掘、扩展，也需要足够的沟通技巧才能从发明人处得到想要的信息。

这些超越 AI 能力的事情正是一名合格的专利代理人所应具备的特质，也是我们想要在 AI 时代的浪潮中站稳脚跟应当锻炼的本领。

【郑连静 摘录】

1.9 【专利】又见同室操戈，联想为何在英国状告中兴？

这几年，中国企业在海外打官司似乎成了一种趋势。

据媒体报道，近日联想也在英国高等法院对中兴通讯提起了专利侵权诉讼，案件编号为 HP-2024-000038。



对知识产权争议和辩论的深入报道和分析评论。没有法律建议。

家 问题 档案 大约

突发：中兴通讯与联想在英国发现新的标准必要专利纠纷

10月27, 2024

此次诉讼的原告包括联想集团、联想(美国)、联想科技(英国)有限公司、摩托罗拉移动有限责任公司、摩托罗拉移动英国有限公司、联想创新有限公司(香港)。而被告则包括中兴通讯、中兴通讯(英国)有限公司、努比亚科技有限公司，以及三家英国经销商。

今日早间，中兴通讯对联想在海外发起的诉讼进行了回应，表示虽然难以理解联想远赴英国提起诉讼的决定，但仍会尊重法律框架内的合法举措，并强调不会改变维护自身合法权益的决心。

这一幕似曾相识，2019 年 InterDigital 因专利授权条款纠纷对联想提起诉讼，这些专利涉及到 3G、4G 和 5G 的标准。后来英国伦敦高等法院周四裁定，联想集团必须向美国科技公司 InterDigital 支付 1.387 亿美元。如果诉讼不可避免，此次联想对中兴的这一举动，也许可以被视为一种联想在熟知英伦相关法律框架后，“先发制人”的策略。

至于这种策略是否能够为其带来长远的战略利益，还是仅仅是一种短期的权宜之计，并不是本文讨论的重点，《新立场》更关心的是：此番联想为何选择在英国而非中国提起诉讼？在全球科技竞争的大背景下，这场诉讼又将产生怎样的影响？

01、同室操戈，联想为何率先发难？

联想此次挑起对中兴通讯的诉讼，可能是联想对于中兴通讯此前抛出的专利许可要约或潜在诉讼的先发制人之举。

中兴通讯在专利领域的积累深厚。根据其半年报数据，中兴通讯在全球专利布局中稳居领先地位。截至 2024 年 6 月 30 日，中兴通讯全球专利申请量达到约 9.15 万件，获得授权的全球专利约有 4.6 万件。特别是在芯片技术领域，公司已申请约 5400 件专利，并有超过 2000 件专利获得授权；在人工智能（AI）领域，专利申请量约为 5000 件，授权专利同样超过 2000 件。



基于其大量的高价值专利储备，中兴通讯在专利授权方面确实需要采取主动而积极的策略。目前，中兴通讯已与多家国内外巨头达成专利合作，专利价值也得到业界的高度认可。

另一边，作为全球排名第八的智能手机制造商，联想占据了约 5% 的市场份额，尤其在北美地区表现突出，这使得它成为中兴通讯寻求专利授权的合理对象。因此面对中兴通讯可能发起的专利授权提议或诉讼风险，联想选择了率先诉诸法律。

02、在英国打官司，打的是什么算盘？

本次诉讼更有意思的一点在于，联想选择在英国而非国内发起诉讼。

从联想今年 8 月公布的财务数据来看，欧洲、中东、非洲三个市场相加的总和仅占其营收总额的 25%，而中国一个市场的占比就达到 22%。而在蜂窝领域，2023 年联想手机在英国的出货量仅占其总出货量的 1.52%。可见联想的主要市场仍在国内而非英国。

同样，中国市场在中兴通讯的营收比重中占据 68.91%，而欧美和大洋洲相加总和仅占 14.23%，英国非中兴的主要市场，近年来营收占比极小。

由此可见，二者的诉讼争端并不是单纯的区域商业竞争行为。

实际上，结合过往联想的专利诉讼经历来看，我们似乎能够找到一些合理的解释缘由。

在过去两年中，联想在英国与美国 InterDigital 和瑞典爱立信的诉讼战中取得了一定成果。特别是在与 InterDigital 的案件里，英国法院裁定的许可费率较为符合联想的预期，这一结果也许会让联想更倾向于借助英国法院来决定其全球专利许可费用的支付标准。

就在几天前，联想在英国上诉法院对阵爱立信的案件中，也获得了有利判决。因此，联想期望通过英国法院的助力，为自己争取更有利的结果，也就不难理解了。

不过除了一场诉讼官司的输赢，联想选择在英国发起诉讼的影响远不止这些。



通常来说，异地法院在裁决时无法像本土裁判机关一般，周全考虑本土市场的现实情况。这一个案如果成为惯例，诉讼双方主要市场所在地的一些特色将会失去意义，如在标准必要专利救济等情况，可能会被越来越多的权利人忽视。也许会涌现更多针对本土通信主体而忽视本土市场情况的海外诉讼。

进一步来看，诉讼双方主要市场所在地的相关司法系统的威慑力也会受到影响。而联想在国际上与海外伙伴的专利协议频频签订，但完全没有见到与本土企业的专利之约，似乎能够更加印证这一发展倾向。

从目前公开渠道检索到的信息来看，联想已与多个海外主体分别达成了专利许可，如：InterDigital、高通、微软、诺基亚以及德国公司 IPCom 等。

据 InterDigital 近两年的财报显示，联想 2023 年向其支付 1.501 亿美元，其中包含 3G/4G/5G 许可，许可期限 2007-2023.12.31，以及 HEVC 许可，许可期限 2024Q3 至今。截止 2024 年 Q2，联想在 2024 年共计支付 1.21 亿美元，推测为 3G/4G/5G 许可，许可期限 2007-2023.12.31，是 2023 年蜂窝协议剩余的款项。

这种在国内外间微妙的态度差异，不禁让人想起那些老故事，关于月亮总是外国的圆，花儿也是邻家的香。当然，或许，这只是巧合，或许，这背后有着我们尚未领悟的考量吧。

03、写在最后

透过这场跨越国界的专利较量中，我们似乎见证了一幕颇具讽刺性的场面：同为中国科技企业，联想在英国的法庭起诉中兴通讯，不免让人心生感慨。

我们显然不能用“恶意”来定义一种商业战略，从联想的角度，一种策略能让其在全球科技博弈中获得有利位置，就是值得尝试的。况且在商言商，每个企业都有自己的生存之道和发展之策。只是当下这场诉讼已经上升为公众焦点，在更大的视角上看问题让我们不得不思考，类似策略是否是最佳选择。

联想作为中国企业，将与中国权利人之间的许可争议首先诉诸于英国法院管辖，一定程度上是忽视了中国在知识产权保护和制度创新方面的成果。不仅如此，主张除非中兴通讯同意接受英国法院裁定许可条件，否则就由法院下发禁令，此举的核心目的是试图利用禁令胁迫只能由英国法院来裁决双方的全球专利许可条件。这一举措与中国政府、法院和行业积极主导“全球许可规则治理和司法管辖争夺”的努力大相径庭，这种舍弃国内既有制度、寻求海外救济的做法，不仅不利于我国提升知识产权全球治理话语权，还将给中国标准必要专利领域的纠纷解决树立起一个值得商榷的开端。

【翟小莉 摘录】

热点专题

【知识产权】

【何佳颖 摘录】