



国之专利预警
GUOZHI PATENT WARNING

从专利诉讼看专利预警

主编 / 魏保志

组织编写 / 北京国之专利预警咨询中心



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

从专利诉讼看专利预警

魏保志 主编

北京国之专利预警咨询中心 组织编写



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

从专利诉讼看专利预警/魏保志主编. —北京: 知识产权出版社, 2015. 1
ISBN 978-7-5130-3041-0

I. ①从… II. ①魏… III. ①专利权法—民事诉讼—案例—中国 IV. ①D923.425

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 237777 号

内容提要

本书从专利诉讼反映出的专利前流程问题和引发的思考, 从专利预警的角度反思创新主体在专利的创造、保护、管理和运用环节可能出现的法律问题, 警醒创新主体在搞好创新和市场推广的同时, 要了解并利用专利制度和专利信息, 采取有效的专利保护、侵权防范和应急应对措施, 构建长效的专利预警预告机制, 捍卫企业利益, 积极防范和应对专利风险。

读者对象: 企业管理人员、研发人员、专利法律工作者。

责任编辑: 黄清明 王剑宇

责任校对: 谷 洋

封面设计: 刘 伟

责任出版: 刘译文

从专利诉讼看专利预警

Cong Zhuanli Susong Kan Zhuanli Yujing

魏保志 主编

北京国之专利预警咨询中心 组织编写

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

责编电话: 010-82000860 转 8117

责编邮箱: hqm@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm×960mm 1/16

印 张: 22

版 次: 2015 年 1 月第 1 版

印 次: 2015 年 1 月第 1 次印刷

字 数: 424 千字

定 价: 68.00 元

ISBN 978-7-5130-3041-0

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

本书编委会

主 编：魏保志
副主编：曲淑君 夏国红 姜 颖
编 委：王娇丽 于立彪 陈文煊 邓声菊
张 勇

本书编写组

组 长：夏国红
撰 写（按姓氏笔画排序）：于立彪 王大鹏
邓声菊 刘中涛 许 波 芮松艳
李 欣 李冰青 杨 震 张 蔚
陈 浩 陈文煊 陈志兴 邵 烨
周云川 宗 磊 赵 明 赵保春
赵艳红 姜庶伟 姚 云 唐志勇
黄志敏 常交法 穆 颖
审 稿：姜 颖 于立彪 周云川 陈文煊
邓声菊 张 勇 李双庆 任 怡
郝志国 陈 浩 焦 健
统 稿：于立彪 李双庆
编 辑：李双庆 唐志勇 陈志兴

前 言

在知识经济时代，专利对于企业维护自身产品市场至关重要。专利诉讼是企业行使权利最直接、最激烈的形式。如果企业频繁遭受专利诉讼，则意味着该企业专利预警工作的缺失或不足，企业专利战场上的成败与其前期专利预警工作成效密切相关。就企业专利预警而言，如何从大量现有的专利诉讼案中获得经验和教训，从而改进企业自身今后的专利预警工作是一项特别具有现实意义的课题。本书正是基于这一想法而提出。

本书通过精选近年来具有较高社会关注度和影响力的 20 多个涵盖机械、电子、化学等各领域的典型专利诉讼案例，分创新启示、布局规划、应急应对、风险预警及商战应用 5 个篇章。对于每个精选的案例，不仅有知识产权资深法官对案例涉及的法律问题深入的法律思考和专业点评，而且还有北京国之专利预警咨询中心（下称“国之预警中心”）的专业预警人员结合自己在专利预警工作中多年积累的深厚理论研究成果和丰富的企业实务经验给出的预警启示，这些预警启示以一种全新的视角揭示专利预警工作在企业发展中的作用。

国之预警中心作为国家知识产权局专利局专利审查协作北京中心的下属单位，是国内首家为社会提供专利预警和应急咨询服务的专业机构，长期坚持履行推动专利预警事业发展的社会责任，通过持续性的开展专利预警公益研究，积极传播专利预警理念，普及专利预警方法，培养专利预警人才，在业界取得了良好的声誉。通过 10 多年的企业实践证明，专利预警能够有效促进企业技术创新，提升核心竞争力，从根本上增强抗御专利风险和化解危机的能力。

作为一种创新性的研究项目，本书一经立题就得到了主管部门及众多企事业单位的高度关注和全力支持。北京市第一中级人民法院知识产权庭更是与我们全面、通力合作，共同完成了本书的主体研究内容。在此，一并向支持、指导本书完成的领导、专家和学者表示诚挚的感谢！衷心希望本书的出版能够为企业提供有益的参考信息，也希望籍此进一步普及专利预警理念，为国内企业参与市场竞争保驾护航，不断发挥专利预警在助力创新驱动发展战略中的作用。

魏保志

2014 年 9 月于北京中国专利大厦

目 录

第一篇 创新启示

创新第一步 检索是基础

- 威尔曼未充分检索就开展药物专利研发而引发的纠纷 (2)
- 【案例导读】 (2)
- 【法律点评】 (2)
- 一、专利权利要求保护范围的确定 (2)
- 二、创造性判断的主体 (3)
- 三、说明书中未记载的技术效果在创造性判断中是否予以考虑 (6)
- 【预警启示】 (7)
- 一、全面检索现有技术，避免重复研发 (7)
- 二、增强检索平台功能，提高检索效力 (8)
- 三、开展检索培训，提高检索能力 (8)
- 【案例介绍】 (9)

创新检索做得好 专利稳定又可靠

- 朗科专利稳定和不断升值的秘诀 (13)
- 【案例导读】 (13)
- 【法律点评】 (13)
- 一、《专利法》第33条的立法目的 (13)
- 二、如何理解“原说明书和权利要求书记载的范围” (14)
- 三、修改超范围的判断主体 (16)
- 四、本案修改超范围与否的判断 (16)
- 【预警启示】 (18)
- 一、把握产业发展趋势，积极解决主要技术难题 (18)
- 二、积极检索现有技术，提高专利研发起点 (18)
- 三、认真分析现有技术，将创新由点到面地进行拓展 (19)
- 四、以技术创新促进专利运营模式创新 (20)
- 【案例介绍】 (20)



占市场专利布局当先行 强布局方向选择应为上

——邱则有诉鲁班公司专利侵权案	(24)
【案例导读】	(24)
【法律点评】	(24)
一、说明书及附图对权利要求的解释	(24)
二、分案申请的撰写启示	(26)
【预警启示】	(26)
一、企业涉足的新研发领域可以通过专利预警进行预判	(27)
二、企业已有研发领域可以通过专利预警找寻方向和突破口	(28)
【案例介绍】	(30)

“改劣”不是长久计 提升效率占先机

——直连公司诉张建华等专利侵权案	(33)
【案例导读】	(33)
【法律点评】	(33)
一、省略技术特征的变劣发明是否构成侵权	(33)
二、被控侵权人的主观状态在侵权判定中是否应当予以考虑	(36)
三、实施从属专利是否侵犯基础专利权	(38)
【预警启示】	(39)
一、引进技术可以通过专利预警进行遴选	(39)
二、引进人才可以通过专利预警进行评估	(40)
三、合作对象可以通过专利预警进行找寻	(40)
四、公知技术可以通过专利预警进行利用	(41)
【案例介绍】	(42)

第二篇 布局规划

专利布局早规划 避免维权困局多

——张喜田诉欧意公司等专利侵权案	(48)
【案例导读】	(48)
【法律点评】	(48)
一、方法专利延伸保护的产品范围	(49)
二、方法专利举证责任倒置规则的适用	(51)
【预警启示】	(55)
一、创新成果的保护方式选择	(55)
二、创新点的挖掘	(57)



三、创新成果的专利布局与规划	(59)
【案例介绍】	(61)
市场竞争变幻风云 专利布局评定输赢	
——济宁无压锅炉厂诉舒学章等专利无效行政纠纷案	(66)
【案例导读】	(66)
【法律点评】	(66)
一、禁止重复授权原则	(66)
二、同样的发明创造	(67)
三、何为重复授权	(69)
【预警启示】	(70)
一、发明专利和实用新型专利的布局策略	(70)
二、优先权原则在专利布局中的运用	(73)
【案例介绍】	(75)
专利权利稳定为重 开放封闭需细思量	
——胡小泉诉泰盛公司等专利侵权案	(82)
【案例导读】	(82)
【法律点评】	(82)
一、封闭式权利要求的概念及发展	(82)
二、封闭式权利要求与开放式权利要求授权审查之比较	(84)
三、封闭式权利要求的解释规则的不同观点	(85)
四、封闭式权利要求与全面覆盖原则	(87)
五、封闭式权利要求与等同原则	(88)
【预警启示】	(89)
一、解读专利的保护范围，确定二者异同点	(90)
二、评估专利的稳定性，为技术实施扫清障碍	(91)
三、主动申请专利，加强知识产权保护	(92)
【案例介绍】	(95)
缺省型劣劣技术方案的侵权风险及相应规避设计	
——大连仁达厂诉大连新益公司专利侵权案	(101)
【案例导读】	(101)
【法律点评】	(101)
一、“多余指定”原则的制度变迁与全面覆盖原则 的全面建立	(101)



二、数值特征的等同判定	(105)
【预警启示】	(107)
一、由专利侵权诉讼中的不确定性反观专利预警 工作中的不确定性	(107)
二、缺省型变劣技术方案的侵权风险及相应的规避设计	(108)
三、对专利权人如何形成有效权利的启示	(111)
【案例介绍】	(114)

关联设计立法演进 外观布局优先考虑

——科万公司染色机专利无效行政纠纷案	(118)
【案例导读】	(118)
【法律点评】	(118)
一、同一专利权人外观设计重复授权的审查	(118)
二、关联设计的相关立法	(122)
【预警启示】	(123)
一、外观设计专利布局中应当充分利用关联设计保护制度	(123)
二、考虑外观设计、商标、著作权等知识产权对 产品的综合保护	(124)
三、考虑发明、实用新型和外观设计3种专利类型 的综合保护	(125)
【案例介绍】	(125)

相近似产品侵权难判定 平面印刷品保护需谨慎

——弓箭国际诉兰之韵玻璃厂等外观设计专利侵权案	(134)
【案例导读】	(134)
【法律点评】	(134)
一、餐具用贴纸与餐具是否属于相近种类的产品	(135)
二、餐具用贴纸的专利权保护与著作权保护	(136)
三、餐具用贴纸与零部件产品的保护	(137)
【预警启示】	(138)
一、种类相同或近似产品的外观设计保护策略	(138)
二、平面印刷品的保护策略	(139)
【案例介绍】	(144)



第三篇 应急应对

侵权纠纷风云起 控辩双方巧应对

- 陕西汉王诉江西银涛等专利侵权案 (150)
- 【案例导读】 (150)
- 【法律点评】 (150)
- 一、先用权制度的立法初衷 (150)
- 二、先用权的性质 (151)
- 三、先用权抗辩的适用要件 (151)
- 【预警启示】 (157)
- 一、应急应对过程回顾 (157)
- 二、一般性应急应对程序 (158)
- 【案例介绍】 (167)

医药专利正当仿制 积极应诉审慎处理

- 三共诉万生药业公司专利侵权案 (172)
- 【案例导读】 (172)
- 【法律点评】 (172)
- 【预警启示】 (177)
- 一、提高应诉过程中的积极性和主动性 (177)
- 二、如何选择合适的侵权抗辩事由 (181)
- 【案例介绍】 (184)

禁止反悔抗辩维权 审查过程巧妙利用

- 澳诺公司诉午时药业公司等专利侵权案 (189)
- 【案例导读】 (189)
- 【法律点评】 (189)
- 一、权利要求1中“活性钙”的解释 (190)
- 二、本案是否适用禁止反悔原则 (191)
- 三、本案能否适用等同侵权判定 (194)
- 【预警启示】 (195)
- 一、对于专利审查过程的利用方式 (195)
- 二、专利无效宣告程序在使用过程中的注意事项 (197)
- 【案例介绍】 (200)



构建应急应对联盟 对抗跨国巨头专利	
——辉瑞伟哥专利无效行政纠纷案	(204)
【案例导读】	(204)
【法律点评】	(204)
一、说明书应当充分公开发明创造的技术内容	(204)
二、说明书充分公开的一般标准	(205)
三、医药化学领域说明书充分公开的判断标准	(205)
【预警启示】	(209)
一、应急应对过程回顾	(209)
二、应急应对启示	(210)
【案例介绍】	(211)

第四篇 风险预警

实施在先专利抗辩应急当前 防范竞争对手攻击预警为上	
——正泰公司诉施耐德公司等专利侵权案	(220)
【案例导读】	(220)
【法律点评】	(220)
一、抵触申请抗辩的法理基础	(221)
二、抵触申请抗辩的判定标准	(223)
三、抵触申请抗辩在本案中的适用	(224)
【预警启示】	(224)
一、从企业自身评估受到专利攻击的可能性	(225)
二、针对竞争对手做好专利预警工作	(227)
【案例介绍】	(229)

小小铰链撬动大产业 传统工艺迎接新挑战	
——OBE 公司诉康华公司专利侵权案	(233)
【案例导读】	(233)
【法律点评】	(233)
一、方法专利中步骤顺序的作用	(233)
二、专利保护范围界定原则在本案中的体现	(234)
三、方法专利中的步骤顺序的确定	(236)
【预警启示】	(239)
一、如何保护传统工艺以免受专利攻击	(239)
二、如何开展规避设计以避免专利侵权	(240)



【案例介绍】	(243)
专利无效多方合力一案 风险评估预警绸缪为先	
——精工爱普生墨盒专利无效行政诉讼案	(249)
【案例导读】	(249)
【法律点评】	(249)
一、《专利法》第 33 条之立法目的	(250)
二、“原说明书和权利要求书记载的范围”的理解和适用	(251)
三、本专利技术术语的解读及修改超范围与否的判断	(253)
【预警启示】	(255)
一、充分利用无效制度，深度挖掘无效证据	(255)
二、密切关注行业纠纷，适时启动专利预警	(258)
【案例介绍】	(259)
间接侵权风险丝毫不容忽视 应急预警平台或可规避风险	
——组合会社等诉激素公司和实验四厂专利侵权案	(264)
【案例导读】	(264)
【法律点评】	(264)
一、专利间接侵权制度的理解与争议	(265)
二、专利间接侵权的判定规则	(269)
三、专利间接侵权判定规则在本案中的适用	(272)
【预警启示】	(273)
一、充分预估并降低间接侵权风险	(274)
二、积极搭建农药专利应急预警平台	(276)
【案例介绍】	(277)

第五篇 商战应用

铸就优质专利利剑 笑傲驰骋商战江湖	
——格力诉美的自定义曲线空调专利侵权案	(282)
【案例导读】	(282)
【法律点评】	(282)
一、“用户体验式”权利要求的侵权判定	(282)
二、等同侵权的构成要件	(285)
三、侵害专利权损害赔偿的计算方式和推定规则	(287)
【预警启示】	(289)



一、专利之战在企业商战中的应用	(289)
二、专利布局及专利预警分析的意义	(291)
【案例介绍】	(295)

项庄舞剑意在沛公 没有远虑必有近忧

——本田诉双环汽车外观设计专利侵权案	(302)
【案例导读】	(302)
【法律点评】	(302)
一、新旧《专利法》在外观设计专利无效审查方面的异同	(302)
二、外观设计专利的相同和相近似判断的一般步骤	(303)
【预警启示】	(306)
一、专利成为企业商场搏击的利器	(306)
二、企业专利布局意识要加强	(309)
三、企业专利预警工作迫在眉睫	(310)
【案例介绍】	(312)

势单力薄抗辩多落败 专利预警合作可先行

——普利司通诉杭廷顿等公司轮胎专利侵权案	(320)
【案例导读】	(320)
【法律点评】	(320)
一、现有设计抗辩的比对方法	(320)
二、功能性设计特征的认定及影响	(323)
【预警启示】	(324)
一、商业运作、专利先行，普利司通为侵权诉讼埋下了伏笔	(325)
二、势单力薄的中国企业难以应对专利诉讼	(325)
三、商战利益之争是专利攻击的前提	(326)
四、普利司通对中国企业的专利诉讼情况汇总	(326)
五、从普利司通轮胎案看专利的商战应用	(328)
六、专利预警工作关乎中国企业的未来	(329)
【案例介绍】	(331)

第一篇 创新启示

第一，专利预警可以为企业自己的研发决策提供指导。在研发过程中，企业可以通过专利预警了解竞争对手的研发动态，从而调整自己的研发方向。例如，如果企业发现竞争对手在某个领域投入了大量资源，企业可以选择在该领域进行差异化研发，或者在该领域进行合作研发。此外，专利预警还可以帮助企业了解竞争对手的专利布局，从而避免侵权风险。

第二，专利预警可以帮助企业了解行业的技术发展趋势。通过分析竞争对手的专利申请，企业可以了解行业的技术热点和前沿技术。例如，如果企业发现竞争对手在某个领域投入了大量资源，企业可以选择在该领域进行差异化研发，或者在该领域进行合作研发。此外，专利预警还可以帮助企业了解竞争对手的专利布局，从而避免侵权风险。

第三，专利预警可以帮助企业了解竞争对手的专利布局。通过分析竞争对手的专利申请，企业可以了解竞争对手的专利布局，从而避免侵权风险。例如，如果企业发现竞争对手在某个领域投入了大量资源，企业可以选择在该领域进行差异化研发，或者在该领域进行合作研发。此外，专利预警还可以帮助企业了解竞争对手的专利布局，从而避免侵权风险。

创造、保护、管理和运用是专利活动的4个主要环节，其中，创造是基础，是技术创新的重要体现，也是专利预警工作需要发挥其指导作用的关键环节。专利预警可以服务于创新的各个阶段，包括：创新前的研发方向选择、研发入口找寻，创新中的技术及人才引进、现有技术检索利用，以及创新后的成果评估等。

本篇以“威尔曼案”“朗科案”“邱则有案”和“直连公司案”为切入点，在详细分析上述案件法律争议点的基础上，深入案件背后，全方位诠释专利预警在技术创新过程中的作用，以期通过对案例的思考启发企业积极利用专利信息辅助研发和创新。

创新第一步 检索是基础

——威尔曼未充分检索就开展药物专利研发而引发的纠纷

【案例导读】

威尔曼公司开展由舒巴坦与头孢氨噻肟所制成的复合物专利研发之前，舒巴坦与头孢氨噻肟所制成的复合物已在德国 12 家医院有临床试验，并记载在学术论文《舒巴坦分别与美洛西林、哌拉西林和头孢氨噻肟联合使用：在治疗严重细菌感染过程中临床和细菌学方面的研究发现》中。威尔曼在未充分、全面检索和评估现有技术的情况下，就启动研发的“新药”专利 ZL97108942.6，因有无创造性的争论而先后请求国家知识产权局专利复审委员会、北京市第一中级人民法院、北京市高级人民法院、最高人民法院给出裁决。

诉讼关键点：保护范围 创造性判定的主体和标准 技术效果

预警关键点：检索意识 检索平台 检索能力 重复研发

【法律点评】

本案涉及药品创造性判定中的若干问题，具有典型意义，主要涉及保护范围的确定、创造性判定的主体和标准以及未记载在说明书中的技术效果是否应当予以考虑等问题。

一、专利权利要求保护范围的确定

权利要求保护范围的确定是新颖性、创造性判定问题的起点。只有准确地对本专利的权利要求进行解释，才能正确地确定专利权“跑马圈地”所主张的排他权的范围，才能以此准确地判断本专利与现有技术的区别技术特征，分析二者之间的远近关系，得出有无新颖性、创造性的结论。权利要求的保护范围界定得过大，则容易导致本该获得授权的技术方案无法通过新颖性、创造性的审查；而保护范围界定得过小，则降低了可专利性的标准，可能使得本不该授权的技术方案获得授权。

《专利法》第 59 条第 1 款是权利要求解释的原则条款和主要法律依据，其内容自 1985 年《专利法》施行之后，至今未发生实质性的变化。该款规定：“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。”这一规定具有丰富的内涵。在实践中，以此为依据，专利权保护范围的确定逐步形成了以权利要求的字面含义为原则，以说明书、附图的特别记载为例外的规则。具体而言大体有以下几项具体规则。



第一，专利权人可以作为自己的词典编纂者，在说明书或者附图中通过明确定义的方式对有关术语进行有别于通常含义的特别定义。

第二，权利要求所使用的术语不明确，所属技术领域又缺少约定俗成的通常含义时，法院将以说明书、附图或者审查档案中的有关内容确定其含义。^①

第三，说明书等内部证据虽然没有明确定义，但通过全面阅读专利文献，包括权利要求书、说明书、附图甚至审查档案之后，如果结合其中的背景技术、技术问题（发明目的）、实现方式、技术效果等，强烈地表明专利权人以特定的实施方式为基础来使发明创造区别于现有技术、明白无误地排除某含义或者表明特定的实施方式对于发明而言是至关重要的，那么有关的技术内容可以用以限定权利要求的保护范围。

第四，如果不属于上述情形，那么应当按照权利要求的字面含义来确定其保护范围，而不能以说明书、附图等记载的下位概念或具体实施方式来限定权利要求的保护范围。

在本案中，威尔曼公司主张权利要求1所保护的技术方案是舒巴坦与氧哌嗪青霉素或者头孢氨噻肟混合制成的（冻干）粉针剂复方制剂。此系为了“缩小”保护范围，从而增加具备创造性主张胜算的诉讼策略。然而，（冻干）粉针剂作为众多剂型中的一种，仅记载在说明书中，并未写入权利要求，本领域技术人员阅读权利要求之后，可以清楚无误地确定所要求保护的复方制剂并不仅限于（冻干）粉针剂，还包括其他常见的剂型。此外，本专利说明书也没有通过下定义的方式明确限定权利要求中的“复方制剂”指的就是“（冻干）粉针剂复方制剂”，通读整篇专利文献，本领域技术人员也得不到任何关于只有特定剂型的复方制剂才能实现发明目的、解决技术问题的教导。因此，前述第4项规则产生效力，即本专利权利要求的保护范围应当以其字面含义为准，不得以说明书、附图等记载的下位概念或具体实施方式来限定权利要求的保护范围。威尔曼公司的相关主张事实上“修改”了权利要求，超出了《专利法》第59条第1款所规定的“解释”的范畴，因而无法得到支持。

二、创造性判断的主体

《专利法》第22条第3款规定：“创造性，是指与现有技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著的进步。”无论是“突出的实质性特点”还是“显著的进步”，都是具有强烈主观色彩的认知和判断，这无疑大大增加了创造性判断的主观性和不确定性。

为降低创造性判断中的主观性，各国纷纷建立了判断主体拟制制度——创

^① 此规则存在“度”的问题，当越过某条界限时，有关权利要求将因为“不清楚”而被宣告无效。



设出“本领域普通技术人员”的概念。^①之所以需要拟制统一的解释主体，其主要原因是在实际的判断中，不同主体所掌握的知识、经验、技能是不尽相同的，起点不同，终点自然也大不一样。追求判断结论的客观统一，要求首先统一解释主体的主观判断能力。

“本领域普通技术人员”是虚拟的“人”、在假想中存在的“人”。他不是某一个或者某一类具体的人，事实上这样的人在现实中不可能存在。“假定他知晓申请日之前发明或者实用新型专利所属技术领域的所有普通技术知识，能够获知该领域的所有现有技术，并且具有应用该日期之前常规实验手段的能力，但他不具有创造能力。”“这样的人对世界任何地方产生的现有技术都不陌生，但是却并没有对不同现有技术进行组合进而提出改进方案的任何主观意愿。换句话说，他在学习掌握现有技术方面十分勤奋，可谓‘学富五车’；而在发挥主观能动性方面却十分懒惰，可谓‘不求进取’。”^②也就是说，这一虚拟主体具有超人般的掌握知识的广度，而其创新能力被压低。这一拟制主体不爱标新立异，擅长循规蹈矩。在创造性判断中，这一标准强调知识掌握的广度——不放过任何犄角旮旯、小众的现有技术，以及创造能力的压制——只具备一般组合能力、不具备创新能力的技术人员标准。

在许多案件中，本领域普通技术人员知识、经验和能力的确定是案件的关键。这一“虚拟人”的水平确定得过高，则涉案专利的创造性容易被低估；相反，如果定得过低，则创造性容易被高估。许多创造性判定中的法律问题，如对比文件公开内容的确定、技术启示、教导等，本质上都与本领域普通技术人员知识技能水平的确定紧密相关。在具体个案中，裁判者需要首先将自己“武装”成为本领域技术人员，站在本领域技术人员的角度，从通常的认知水平、判断能力出发，对创造性的水平进行评判。然而，法官往往是技术方面的“外行”、有关技术领域中的“新兵”，即使某些法官具备有关的技术教育背景，但

① 各国专利法对此称谓不一，《专利审查指南2010》第二部分第四章第2.4节规定：“发明是否具有创造性，应当基于所属技术领域的技术人员的知识和能力进行评价。所属技术领域的技术人员，也可称为本领域的技术人员，是指一种假设的‘人’，假定他知晓申请日或者优先权日之前发明所属技术领域所有的普通技术知识，能够获知该领域中所有的现有技术，并且具有应用该日期之前常规实验手段的能力，但他不具有创造能力。如果所要解决的技术问题能够促使本领域的技术人员在其他技术领域寻找技术手段，他也应具有从该其他技术领域中获得该申请日或优先权日之前的相关现有技术、普通技术知识和常规实验手段的能力。”设定这一概念的目的，在于统一审查标准，尽量避免审查员主观因素的影响。由此可见，《专利审查指南2010》采用的是“所属技术领域的技术人员”的概念，且主要从创造性判断的角度拟制“本领域技术人员”的概念。而2009年《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第2条采用的则是“本领域普通技术人员”的概念，但并未对此予以定义。美国则称为“相关领域熟练技术人员”（people skilled in art）、“专利面向的读者是该相关领域的其他熟练技术人员……”。参见：Phillips v. AHW Corp., 415 F.3d 1303 (Fed. Cir. 2005) (en banc) 案。我国称为“本领域普通技术人员”或者“所属领域技术人员”。

② 尹新天. 中国专利法详解 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2011: 272.