

知识产权保护的 新思维

——知识产权司法前沿问题

New Perspectives in Intellectual Property Protection
Frontiers in Intellectual Property Protection

孔祥俊 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

知识产权保护的新思维

——知识产权司法前沿问题

New Perspectives in Intellectual Property Protection
Frontiers of Intellectual Property Adjudication

孔祥俊 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权保护的新思维：知识产权司法前沿问题 /
孔祥俊著. —北京：中国法制出版社，2013. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4738 - 6

I. ①知… II. ①孔… III. ①知识产权保护 - 研究
IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 177202 号

策划编辑：李小草 (lixiaocao2008@sina.cn)

责任编辑：李小草、徐樱子

封面设计：周黎明

知识产权保护的新思维——知识产权司法前沿问题

ZHISHICHANQUAN BAOHUDE XINSIWEI——ZHISHICHANQUAN SIFA QIANYAN WENTI

著者/孔祥俊

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/710 × 1000 毫米 16

版次/2013 年 11 月第 1 版

印张/28.5 字数/433 千

2013 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4738 - 6

定价：98.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66072711

市场营销部电话：66033296

邮购部电话：66033288

目 录

Contents

前言 以创新的思路保护创新	1
第一章 创新的时代呼唤创新的保护思维	7
——惟一不变的是变化	
一、创新的多样化和开放化	8
二、经济与技术的日趋融合	16
三、知识产权的商业化	18
四、知识产权诉讼的市场化	20
五、日趋增长的动态性和创新性需求	24
第二章 司法保护的能动性和创新性	25
一、裁量与“造法”：能动和创新的两种途径	25
（一）回归能动司法的本意	25
（二）能动司法的两种路径	27
（三）司法的裁量性	30
（四）司法的“造法”性	31
（五）司法灵活回应创新需求的独特优势	36
二、司法政策的系统性、整体性和协同性	38
（一）增强主动性、系统性、整体性和协调性	39
（二）与活跃的创新相适应	40

(三) 创新活跃与司法活跃的正关联	43
三、锻造创新的司法哲学	48
(一) 司法哲学具有根本性	48
(二) 培育适应创新的司法理念和态度	50
四、培育司法的创新精神	55
五、引导司法的适度竞争	57
第三章 增强司法保护权利的能动性和协调性	60
一、保护与贡献的相适应	61
二、深化授权确权的司法审查	68
三、不保护无法保护的知识产权	70
四、根据权利状况和保护领域调节保护程度	79
(一) 知识产权保护的比例原则	79
(二) 与权利的特点和属性相协调	80
(三) 根据法律目的确定权利保护的强弱	84
(四) 与新经济和新技术的新需求相适应	87
第四章 加强知识产权司法保护	90
一、不即不离与制度弹性	90
(一) 依法而不“泥”法	90
(二) 制度刚性与制度弹性	91
(三) 用好双刃剑	95
二、关于损害赔偿问题	97
(一) 适当加大赔偿力度	97
(二) 赔偿也须区别对待	108
三、有效发挥禁令的作用	111
(一) 禁令制度的重要性	111
(二) 诉前禁令的双重性	112
(三) 有效遏制滥用禁令行为	115
(四) 妥善适用侵权而不停止行为	116

四、促进知识产权争议的实质性解决	120
五、追求查明客观事实的目标	121
(一) 强化查明客观事实的观念	122
(二) 完善有利于查明客观事实的规则和机制	127
(三) 防止举证责任制度的简单适用	129
六、加强薄弱领域的知识产权保护	135
(一) 一视同仁地保护服务商标	135
(二) 转变驰名商标保护思路	136
(三) 加强设计类科技成果的保护	136
(四) 重视商业秘密保护	138
(五) 加强技术合同案件的审判	139
第五章 保护能力不同于保护强度	141
一、正确对待宽严适度与保护强度	141
二、正确对待加强保护与加强执法	143
(一) 保护手段与创新环境相协调	144
(二) 防止保护机制“异化”效应	145
(三) 权利保护不应越俎代庖	149
三、强化全面和辩证的思维	151
第六章 把握加大保护力度的“度”	154
一、“度”的理念需要由制度落实和支撑	154
(一) 理念与规则的关系	154
(二) 例解：网络著作权保护的特别制度设计	157
二、法定的和司法创设的利益平衡制度	165
(一) 法定的利益平衡制度	165
(二) 司法实践创设的利益平衡制度	166
三、处理好直接侵权与间接侵权的关系	169
(一) 两类侵权行为的区分与保护的“度”	169
(二) 直接侵权与间接侵权的区分	171

(三) 间接侵权不是共同侵权·····	177
四、把握好一般规定与特殊规定的关系·····	180
(一) 特别规定排斥一般规定的情形·····	180
(二) 以利益平衡或者政策考量决定的情形·····	182
五、合目的性与遏制权利滥用·····	187
(一) 知识产权滥用行为·····	187
(二) 权利的行使应当合乎保护目的·····	189
(三) 权利的行使要符合权利的本质属性·····	194
(四) 权利的行使不能超越边界·····	198
六、制度环境与宽严适度·····	201
(一) 营造适度宽松的制度环境·····	201
(二) 把握好具体保护中的宽严适度·····	205
七、政治、政策与法律的综合平衡·····	215
第七章 增强司法保护的科学性和理性 ·····	222
一、国家利益是重要的标尺·····	222
二、中国式问题需要中国式解决方法·····	227
三、法律思维与政策思维·····	235
四、规范与发展·····	237
(一) 规范与创新·····	237
(二) 留足创新空间·····	238
五、现实与理想·····	241
(一) 立足现实与脚踏实地·····	242
(二) 顺应创新的时代要求·····	243
(三) 不积跬步无以至千里·····	244
(四) 司法当自强不息·····	246
六、保护创新成果与维护创新机制·····	248
(一) 创新成果与创新机制的协调一致·····	249
(二) 把握好知识产权保护的两面性·····	250

(三) 抓住维护创新机制的本质·····	252
七、地域性与全球化·····	254
(一) 地域性仍然很重要·····	255
(二) 全球化不能理想化·····	262
(三) 知识产权保护与经济全球化·····	264
(四) 国际化与国家利益·····	265
(五) 地域性与国内市场安全·····	266
(六) 本国利益与域外考量·····	267
(七) 克服道德劣势心理·····	268
第八章 涉国际贸易知识产权案件的审理 ·····	273
一、把握好知识产权保护与国际贸易的关系·····	273
二、涉国际贸易知识产权案件的特点·····	278
三、兼顾多种利益和目标·····	281
四、开放和成熟大国的心态、气度和形象·····	286
五、用好相关法律制度·····	292
第九章 当前我国专利司法保护问题 ·····	294
一、专利制度需要足够的灵活性·····	294
二、适当加强专利权保护·····	296
三、专利司法政策中的区别对待和宽严适度·····	298
(一) 专利司法中的政策杠杆·····	298
(二) 我国区别对待和宽严适度的专利司法政策·····	300
(三) 区别对待与专利领域的多样性·····	304
四、专利权利范围的确定·····	306
(一) 合理界定专利权的保护范围和强度·····	306
(二) 权利要求的解释及其界限·····	309
(三) 撰写水平与专利效力、权利要求解释·····	320
五、限制等同侵权的适用·····	332
(一) 等同侵权的由来、功用及国外趋向·····	332

(二) 我国审判实践中的等同侵权·····	337
(三) 我国等同侵权的限制适用·····	338
六、间接侵权与保护水平·····	343
七、专利与标准·····	345
第十章 反垄断民事诉讼的若干问题 ·····	348
一、司法在反垄断法实施中的独特作用·····	349
(一) 各具特色的反垄断民事诉讼·····	349
(二) 美国反托拉斯私人诉讼·····	350
(三) 欧洲及欧盟竞争法私人诉讼·····	355
(四) 日本反垄断私人诉讼·····	357
(五) 我国反垄断民事诉讼的独特性·····	358
二、关于反垄断法的目标问题·····	362
(一) 反垄断法目的概述·····	362
(二) 维护竞争机制问题·····	371
(三) 参与国际竞争的需要·····	374
三、关于反垄断方法问题·····	376
(一) 关于经济分析方法·····	376
(二) 我国反垄断方法的选择·····	382
(三) 去“神秘化”和“神圣化”问题·····	414
附录 积极探索公正司法的实现途径 ·····	415
——知识产权审判践行司法公正的思考	
后记 书卷多情似故人 ·····	438

以创新的思路保护创新

创新是我们时代的主旋律，是我们重要的时代精神，是推动时代发展的根本动力。^①

① 创新问题是当今社会的热点问题。对于目前的创新状况和趋势，当前是否处于科技和产业革命的前夕，论者们见仁见智，讨论热烈。例如，有的经济学家认为，“今天看来，虽然五年前的危机（2008年爆发的全球金融危机）是由次级抵押贷款以及其他金融衍生品泡沫引起的，但金融游戏的疯狂只是一个导火线，或者说是压倒骆驼的最后一根稻草，其背后也有实体经济自身缺乏重大创新的原因。”“回顾工业革命以来的世界经济史，可以发现一个基本规律，但凡一个经济增长的长周期结束后，会经历一段发展相对缓慢的时期，待出现新的产业革命后，经济才能重新进入一个长期的增长过程。新的产业革命出现的条件，则首推重大发明和创新。没有18世纪的蒸汽机和纺织机，也就没有工业革命，工业化也很难成为人类文明的重要进程。同样，没有电气技术、汽车、半导体、集成电路以及生物制药、互联网，也就没有今天如此之多的新产业和产品的极大丰富。”“但是，自本世纪初互联网泡沫破灭后，世界就没有出现过真正具有里程碑意义、能够引领一个经济时代的重大创新和发明，从而带动一批重大的新产业的发展，推动世界经济继续增长繁荣。五年来的世界经济表现显示，不仅金融市场乱象丛生，多数产业的发展也乏善可陈、创新不够，我们面对的不单单是金融危机，其实也是一场产业危机和创新危机。”今天的创新和发明“与18世纪的蒸汽机、19世纪的汽车、电气化相比，还有与20世纪的半导体、塑料、集装箱货轮相比，总显得革命性不够，不足以使世界繁荣几十年”。今天世界上许多创新“对于重塑经济格局、繁荣一个时代的作用似乎并不如历史上的重大创新，左右当今世界经济步伐和大局的仍然是‘古老的’产业。”见“苹果、谷歌算不上革命性的创新”，载《环球时报》（2013年2月28日）。不过，当今时代的创新与历史的创新在特点和规律上是否已不相同，是否能够简单地拿历史上的创新与当今创新相比，仍然值得研究。在互联网等新兴产业中盛行的“微创新”，或许是一种全民创新的“微创新”时代。“全球数十年的软件、互联网和电子产品技术积累，实际上就是为迎接这样一个全民创新的时代做准备。”见中国知识产权研究会：《知识产权竞争动态》2013年第2期。另外，较多的看法是，当今我们已处于科技和产业革命的前夜。例如，1912年1月，美国在经历了两年的衰退后走出了困境。后来美国又经历了19次衰退，但伴随这些衰退，美国也收获了一个经济飞速发展的世纪。回过头来看，1912年前后新出现的科学技术——电气化、电话、汽车时代的萌芽、不锈钢和无线放大器的发明——似乎无疑推动了经济的增长。然而即使当年那些知识最渊博的观察家们也都未能预测到这些科技发明所产生的变革性力量。2012年1月，我们再次来到三个技术大变革的前沿。三大技术变革是大规模数据、智能化生产及无线网络革命。这些变革可以与上世纪那场变革相媲美。这些变革的中心都在美国。信息技术已经进入一个大规模数据时代。处理能力和数据储存实际上是免费的，惊人的数据处理能力使以往无法想象的服务和业务成为可能，使我们处于前人无法想象的新市场的前沿。智能化生产则是自亨利·福特发动“大规模生产”以来的第一次结构性变革。通讯技术革命慢慢铺开，不久以后地球上大多数人将会以无线的方式被连接在一起，十亿（或许几十亿）人能够实时沟通、交往和交易，带来了低成本连接、信息和处理能力。科技推动了经济增长，带来了社会和生活方式的进步。“我们的政治家应该做些什么才能引领这个创业者大发展的新时代呢？资金充足的金融市场、合理的税收和移民政策、适度的监管将使下一次科技繁荣产生结果。但最关键的动力正是创新。”见马克·米尔斯（美国数字电力集团创始人、物理学家）、胡里奥·奥蒂诺（美国西北大学麦考密克工程及应用科学学院院长）：“三大技术变革引领人类走向繁荣”，载《参考消息》（2012年2月28日）。

创新成为经济增长的主导力量，弥散到所有经济、社会和文化领域；创新越来越密集，创新速度越来越快，原始创新不断形成新产业，新能源、新材料、节能环保、电动汽车、生物医药、信息网络和高端制造等产业迅速改变着传统经济业态；创新全球化已成为经济全球化的重要组成部分。^①

面对复杂的全球经济形势，以及资源环境与经济发展的矛盾等问题，创新成为世界经济的发展的根本出路和普遍共识。能否创立并运用极具价值的新思想尤其是在最好的既有思想基础上加以发展，一直都是一个国家及其国民能够取得多大经济进步的最关键的决定因素。自20世纪50年代晚期诺贝尔经济学奖获得者罗伯特·索洛完成开创性工作以来，所有流派的经济学家都已承认：对于一个国家的经济发展及国民收入增速而言，经济创新方面的进步及其应用所发挥的影响力，要大于资本投入的影响力，甚至也要大于国民教育水平及工人生产技能不断提高的影响力。^②世界知识产权组织总干事弗朗西斯·高锐在发布《2013全球创新指数》报告时指出：在21世纪的全球经济中，知识和无形资产是日益重要的因素，创新是经济增长的主要贡献者，是全球经济成功的关键。2013年在中国大连举办的夏季达沃斯论坛给出的解决世界经济问题的路径是——创新：势在必行。

适应时代发展的要求，十八大报告通篇贯穿了创新的精神，如：“要始终把改革创新精神贯彻到治国理政各个环节，坚持社会主义市场经济的改革方向，坚持对外开放的基本国策，不断推进理论创新、制度创新、科技创新、文化创新以

① “创新全球化：正在蔓延的新思维”，载中国知识产权研究会：《知识产权竞争动态》2011年第24期。

② [美] 罗伯特·夏波罗：《下一轮全球趋势》，刘纯毅译，中信出版社2009年版，第109-110页。

及其他各方面创新,不断推进我国社会主义制度自我完善和发展。”^①尤其是,十八大报告提出“实施创新驱动发展战略”,并将“实施知识产权战略,加强知识产权保护”作为实施这一战略的重要内容和环节。^②十八大报告在继续强调十七大报告提出的“实施知识产权战略”的基础上,特别突出“加强知识产权保护”,这足见知识产权保护的重要性。知识产权保护是知识产权制度的核心内容,是连接知识产权创造、运用和管理的枢纽,也是当前促进创新和发展中需要重点解决的突出问题。加强知识产权保护,可以为“实施创新驱动发展战略”营造良

① 当然,创新是一个渐进的发展过程,我们可以加快创新的速度,但创新毕竟受各种条件的限制。如有人指出,“创新是先天的,而不是后天制造的。创新不是可以一蹴而就的东西。如果想要速成,你得到的只能是复制品。”见“中国距硅谷有多远”(美国《华尔街日报》网站2月26日文章),载《参考消息》(2013年3月28日)。尤其是,创新需要以创新文化为根基,而我国的创新文化还需要有一个培育的长期过程。例如,美国家用电器工业协会主席加里·夏皮罗撰文指出,尽管中国在制造业和建筑业方面获得显著成功,但还远远没有达到引领世界创新的地步。要想创新,必须具备挑战现状的能力。但与美国人不同,中国人从小并没有被教育或鼓励挑战现状,他们刚刚明白挑战现状的重要性。中国人历来喜欢模仿别人,不尊重知识产权、甚至有认可这种做法的风气;中国人惯于因循守旧,不同意见受到压制。美国人强于创新是有多方面的原因的;有一种“我能行”的态度;有奖励能干的创业者的自由市场制度;有一种鼓励提出质疑,而不是机械学习的教育制度;宪法第一修正案提倡人们持不同观点,政府不得审查;有多样化的社会;乐意把失败视为一种学习经历,而不是耻辱的象征。参见“中国能在创新方面赶超美国吗?”(来自美国《福布斯》双周刊网站署名文章),转载于中国知识产权研究会:《知识产权竞争动态》2012年第14期。创新是一个复杂的系统,我国制度自然有自己的优越性,我们要有制度自信和创新自信,上面这些见解不一定准确、客观和全面,很可能是一家之言,但可以在一定程度上和从一些层面说明中美创新文化的差异。也有文章指出,美日、韩台企业知识产权竞争已从制度竞争转向文化竞争。例如,美国与日本企业集群在争夺世界经济控制权方面的竞争最为激烈,它们之间的知识产权竞争是世界企业集群间知识产权竞争的核心内容。日本企业的专利部署密度总体上已超过美国同行,但企业竞争力却远远落后于美国同行。一个重要的原因是,日本企业普遍盛行一种虚伪的鸵鸟文化,雇员喜欢隐忍彼此的缺点,厌恶粗暴的争论,从不展示真实的自我。这种文化很难在企业内部形成蓬勃向上的民主氛围。缺乏民主讨论、民主表决、民主监督的经营管理、知识产权管理,会加大运营成本,增加运营风险,减少企业创收机会,削弱企业竞争力。美国的情形则相反。如世界专利巨头微软公司在知识产权问题上充满了内部争论,不是温文尔雅的争论,而是饱蘸热泪、充满咆哮的争论。“如果我们不能建立一种容纳这种争论的企业文化,我们就不能拥有伟大的企业。”见“美日、韩台企业知识产权竞争已从制度竞争转向文化竞争”,载中国知识产权研究会:《知识产权竞争动态》2012年第14期。

② 十六大报告提出“完善中国知识产权保护制度”,首次在党的报告中使用权知识产权概念。十七大报告写了一句“实施知识产权战略”。此前2006年中共中央政治局集中学习知识产权保护。战略是一种更高层次的国家层面的整体性谋划。

好的法律环境。^① 加强知识产权保护应以促进创新驱动战略实施为目标，我们需要以创新的思维加强保护。创新型国家的实践已充分证明，有什么样的创新水平就需要什么样的司法保护水平，有什么样的司法保护水平就有什么样的创新水平，一流的创新需要一流的司法。^② 司法保护能力是国家创新能力的必要组成部分。^③ 对此要有充分的认识。

司法保护是知识产权保护的核心环节，《知识产权战略纲要》提出要发挥司法保护知识产权的主导作用。改革开放三十多年来，我国知识产权司法保护适应了创新和发展的需要，取得了举世瞩目的成绩。例如，英国政府知识产权顾问委

① 例如，美国媒体报道，中国将有可能在2016年之前超过美国成为世界领先。经济合作与发展组织表示，为毫发无损地实现该前景，中国需要对社会和经济政策领域的五大关键因素进行改革。据《福布斯》双周刊网站报道（2013年3月23日），经济合作与发展组织提出五大建议：保持稳健的宏观经济管理；推进金融部门改革；增强促进竞争与创新的政策；增强城市化的包容性；推进更为环保的增长模式。其中，增强促进竞争与创新的政策，“应阐明向包括对外投资在内的私人投资开放新部门的相关规定，缩短注册新企业所需的时间。提高研发资金支出的有效性并增强知识产权的执行力度，将会推动创新。”（载新华08网站，2013年3月25日）

② 专利诉讼活跃是某个领域创新活力的重要体现，也反映着专利保护能力和水平。有人认为，对专利提供法律保护的能力，“其实取决于整个国家的法律、制度、文化动员能力”。“欧洲、日本都基本没有这类专利（即当今继工业技术和商业方法之后的商业化服务步骤专利）引发的诉讼。相反，美国相关诉讼已非常多。这表明，欧洲、日本在新一轮知识经济竞赛中被美国淘汰，与专利制度差异有关系，与各自的法律、制度、文化动员能力也有关系。”见中国知识产权研究会：《知识产权竞争动态》2013年第2期。

③ 美国国家专利从业者协会（NAPP）2011年年会报告指出，三个接触面的微创新、集成创新、特例创新、瞬时创新决定国家知识产权制度的竞争力。一是知识产权挖掘工作中，律师与权利人的接触面，即律师对知识产权的主题、撰写方式、保护范围等会产生一些知识产权规则的微创新等，这些创新数量庞大、无法为立法全部容纳。这些创新的品质和数量决定一国知识产权创造、挖掘制度的竞争力。二是知识产权审查和复审工作中，审查员与权利人的接触面，审查员产生的知识产权规则的微创新等数量远远超过知识产权立法。这些创新的品质、数量决定一国知识产权审查制度的竞争力。三是知识产权保护中法官与当事人的接触面。法官产生的知识产权规则微创新等的数量也超过知识产权立法。这些在接触面上才能产生的创新的品质、数量决定一国知识产权司法制度的竞争力。“美国专利与商标局雇佣了数百名法律博士，负责研究、应用这类创新。”论者认为，我国大部分立法工作、学术研究侧重实体性的知识产权制度变革，最终目标都是如何制定更好的法律规则，但忽略了一个核心问题：知识产权法律在一个高效的知识产权制度中发挥的作用其实很小。“与我国科研机构侧重成文法研究不同，美国国家知识产权法律研究院、美国各大法学院，以及印度理工学院的知识产权学院等主要研究上述三个接触面上的微创新、集成创新、特例创新、瞬时创新。例如，印度理工学院是亚洲最好的理工院校。它有两所知识产权学院，承担了跟踪研究美国上述创新，并为本国知识产权审查、司法部门，以及印度企业界提供研究报告的责任。”参见“三个接触面的创新决定国家知识产权制度的竞争力”，载中国知识产权研究会：《知识产权竞争动态》2012年第22期。

员会前主席伊恩·哈维曾撰文指出：“虽然存在一些问题，但是，中国的知识产权执法已大大改善，并且在不断提高。可以通过中国法院或行政系统强制执行某项专利或商标。事实上，许多外国公司已成功地对侵犯其专利权或商标权的产品进行了诉讼。”“2004年，中国的专利诉讼案件（2550件）比其他任何国家（包括美国）都多。这些专利诉讼案件中，98%以上只涉及中国当事人。这说明中国企业的知识产权保护意识提高了，而且中国的司法系统是可靠的。另外2%涉及外国人在中国的专利诉讼案件中，有90%被法院做出了有利于外国人专利持有人的判决。相比之下，在美国，只有30%至40%的专利诉讼会被陪审团做出有利于外国人的判决。”^①

当前创新发展的新形势和新任务又提出了新的要求，我国知识产权司法保护又处于新的历史起点和重要转折关头，迫切需要进一步解放思想，创新思维，明确思路，强化措施。尤其是，观念的力量是无穷的，观念的转变和新观念的开启至关重要，它是我们事业持续深入发展的不竭动力源泉。诚如哈耶克在其《通往奴役之路》中所指出的：“观念的转变和人类意志的力量，塑造了今天的世界。”^②当前知识产权保护的首要问题仍是观念问题，亟需针对当前保护实践中存在的突出问题进行全面反思，在转变观念和开拓创新上狠下工夫，通过认真贯彻国家知识产权战略要求和加强知识产权司法保护，积极促进创新驱动发展战略的有效实施。

① “英专家：中国知识产权意识增强国际地位不断提升”（原载欧洲网站 www.sciencebusiness.net，2011年12月15日刊登），载中国知识产权研究会：《知识产权竞争动态》2012年第22期。一些外国人习惯于指责中国知识产权保护状况，经常是不客观的。例如，“西方媒体一提到中国就是造假、侵权，这样的情况虽然存在，但另一方面的事实被忽略了。中国通过实施知识产权制度，保护了本国和世界各国的知识产权，同时，中国是世界上支付版权费、商标使用费、特许经营费最多的国家之一。中国企业通过版权贸易购买国外的图书、音乐、电影、电视节目，外国公司通过在中国贴牌的加工贸易获得了高额的附加值。可以说，中国的知识产权保护工作为各国带来了实实在在的利益。”见“《联合早报》：中国知识产权保护形象被西方媒体扭曲”，载中国知识产权研究会：《知识产权竞争动态》2012年第22期。

② [英] 弗雷德里希·奥古斯特·哈耶克：《通往奴役之路》，王明毅等译，中国社会科学出版社1997年版，第19页。

第一章

创新的时代呼唤创新的保护思维

——惟一不变的是变化

当今时代是一个迅速发展变化的时代，惟一不变的就是变化。创新是推动我们时代发展变化的根本动力，是我们时代的主旋律和重要的时代精神。以激励创新和促进发展为目的的知识产权保护，必须适应和反映创新的时代精神、特色和需要，切实增强创新思维和创新意识。尤其是，当前我们又处于以大规模数据、智能化生产及无线网络革命等为标志的第三次科技和产业革命的前夕，科技和产业革命的浪潮汹涌而来，这次科技和产业革命与知识产权的关系更紧密（甚至有人称之为知识产权革命），知识产权保护正在面临新的飞跃，需要我们准确把握创新的时代脉搏和发展的历史潮流，责无旁贷地积极推动创新和发展。^①

创新使知识产权保护面临许多新形势和新问题，需要适应新的需求，对此要进行多角度、全方位和深层次的分析、把握和应对。

^① 2011年美国学者杰里米·里夫金撰写的《第三次工业革命》一书出版，2012年4月英国《经济学家》杂志发表其编辑保罗·麦基里的《制造和创新：第三次工业革命》一文，“第三次工业革命”的概念遂不胫而走，引起关注。所谓的“第三次工业革命”主要是指20世纪70年代以来以信息和新能源技术创新引领并孕育的新一轮工业革命，不仅包括“制造业数字化革命”，还包括“能源互联网革命”，以及生物电子、新材料和纳米等技术革命。第三次工业革命正在改变着人类的生产生活方式。我国有关方面正在热议第三次工业革命。例如，2013年第6期《求是》杂志组织了题为“新一轮工业革命正在叩门，中国准备好了吗？”的求是专题笔谈。

一、创新的多样化和开放化

当前科技创新既有原始创新、集成创新和吸收改造后再创新之分^①，又有开放式创新和封闭性创新之别，还有其他形形色色的创新形式或者分类。原始创新固然重要，且在有些行业尤其重要（如制药行业）^②，但创新通常又都是在已有知识积累基础上进行的，有所谓的累积创新的理论，在有些领域尤其重要（如软件产业）^③，而创新方式越来越开放，集成创新和吸收改造后的再创新同样不可

① “技术创新按照重要性程度可以分为渐进性创新（incremental innovation）和根本性创新（radical innovation）。渐进性创新是通过对产品局部改进来改善整个产品的创新，如局部改进或采取新的结构、新的外观等，其结果是使产品的用途及其应用原理比以往只是有了微小的、渐进的变化。而根本性创新是对产品的重大改进或全新产品的创新，结果是产品用途及其应用原理比以往有了显著的、根本性的变化。”张继宏：“美国等同侵权原则的‘消亡’对我国专利侵权诉讼的启示”，载《知识产权》2013年第2期。

② 药品发明以价格高昂、研发周期长著称，专利制度对于制药业非常重要。如果缺乏有效专利保护，会极大地遏制制药产业的创造。通常而言，制药业专利所保护的范围与实际销售的产品外延一致。化学药品一般都是通过已有的科学术语加以揭示，因此与信息技术领域内的专利不同，人们通常能够明确药品专利的保护范围。药品一般具有稳定的效果，这意味着对药品的重大改进很可能表现为新药的诞生，而不是建立在已有的药品之上。此外，结构上相关的化学物质（同族体）通常具有相似的效果，这说明如果专利没有将相关的一组产品都加以涵盖的话，仿制者会通过利用专利药品的相近的化学同源物轻而易举地设计出和专利药品类似的产品。[美]丹·L.伯克、马克·A.莱姆利：《专利危机与应对之道》，马宁、余俊译，中国政法大学出版社2013年版，第125-126页。

③ 专利理论中有一种“累积性创新理论”，它是在驳斥“发明创造由个人发明人或者单个企业完成”这一观点的过程中被提出的。该理论认为发明创新是一个持续且反复进行的过程，需要许多不同的发明者在彼此的成果之上进行。该理论认为，法律应当对财产权利进行分配以确保整个过程中的每一个改进都能够获得激励。该理论符合现代软件行业的状况。计算机产业的特点在于在已有产品上形成了大量短时间完成且反复迭代的改进。计算机程序通常都建立在已有的思想之上甚至经常是形成于原有的代码之上。形成这种增量型改进的原因有几点：首先，软件产业需要遵守以硬件为基础的各种结构限制。其次，对已有程序和思想进行增量改进通常会使得程序变得更加稳定。业界人士的共识是消费者应当避免使用任何软件的1.0版本，因为开发者不太可能对所用的软件缺陷都了如指掌。建立在同一基础上的迭代开发的程序通常随着时间的推移能够解决这些问题。再次，迭代的改进有助于保证同一程序不同版本之间或者不同程序之间的互用性。正是由于这种原因，反向工程才获得其一席之地，成为推进互用性的合法途径。软件业同样具有成本相对低、市场周期短的特点。这些特点对于专利可能产生三重影响：一是与其他行业相比，软件产业对强专利保护的需求从某种程度看要低。版权法是软件保护的主要途径，还可以通过商业秘密和合同进行保护。二是对软件产业至关重要的快速且递增的创新，可能会因为产业中的一些企业手中拥有老一代产品的软件专利而归于迟延。风险的出现是因为一项专利可能不仅涵盖一种单一的产品而是几代产品，而后者可能会限制来自许多不同企业的增量改进。一些学者（如茉莉·科恩、马克·莱姆利）对软件产业的保护范围可能过宽、可能阻碍新一代技术的创新表示担忧，如：“软件产业惯用的累积、按顺序的创新和重用模式可能带来相应的风险，即在侵权诉讼中软件专利会起到反作用。特别是由于创新极可能是在其他程序的已有代码之上进行的，事实上的试验者寻找等同改进的诱因就会相应增大。”联邦巡回上诉法院开始在一些针对软件和其他类别专利的严格解读中，限制等同侵权的适用。三是急速增量的改进传统导致了计算机技术中大量低水平的发明创新。参见[美]丹·L.伯克、马克·A.莱姆利：《专利危机与应对之道》，马宁、余俊译，中国政法大学出版社2013年版，第129-133页。