



*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

# 第五百七十七期周报

## 2024.04.21-2024.04.27

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】著作权法引入过滤机制的正当性反思
- 1.2 【专利】恶意提起知识产权诉讼的构成要件
- 1.3 【专利】恶意抢注囤积商标诉请高额赔偿，法院判决：恶意诉讼，罚！
- 1.4 【专利】从案例出发谈独立权利要求的撰写
- 1.5 【专利】啥样的新能源专利？被五位法官同堂审！
- 1.6 【专利】判赔 356 万余元！故宫博物院二度将酒企诉至法院为哪般？

## ● 热点专题

- 【知识产权】从规则原文的角度解读：为什么美国 FTC 全面禁止竞业限制协议？

**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的原片库，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）。

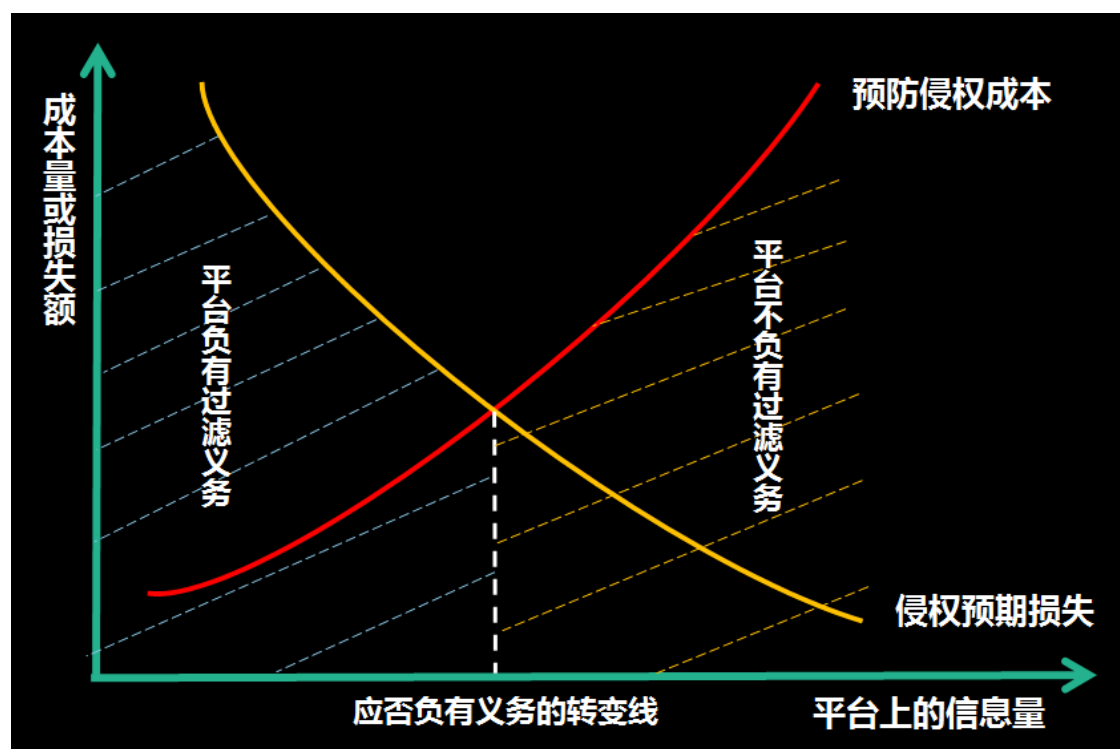
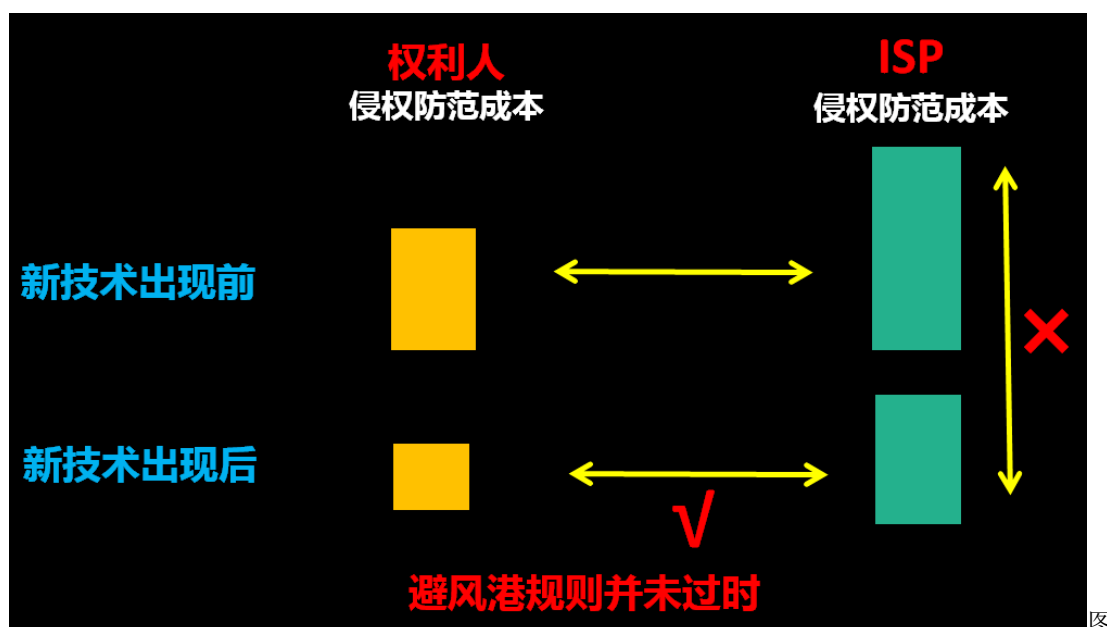


图 1 预防侵权成本、侵权预期损失与应否负有过滤义务的关系

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【专利】恶意提起知识产权诉讼的构成要件

恶意提起知识产权诉讼的构成要件

认定构成恶意提起知识产权诉讼应具备以下要件：所提诉讼明显缺乏权利基础或者事实根据；起诉人对此明知；造成他人损害；所提诉讼与损害结果之间存在因果关系。

当事人有权选择提起诉讼的时间、提交何种证据或撤诉，难以仅凭当事人诉讼中有举报行为、证据提交不充分、撤诉等而认定当事人提起诉讼的目的为侵害他人利益。只有在行为人明知其缺乏权利基础、事实根据、正当理由，或者对于被诉侵权人不构成侵权是明知的，但仍提起诉讼，并导致对方当事人损害时，才会构成恶意诉讼。行为人明知其诉讼主张得不到支持，其行为会对他人权益造成侵害，仍提起诉讼的，可以认为其诉讼行为是为了追求诉讼目的之外的不正当利益。

案情：本案被告在本案原告企业上市前发起专利侵权诉讼，起诉后又撤诉。

争议焦点：湖南某生物资源公司××号案诉讼是否构成因恶意提起知识产权诉讼。

最高法院认为：

诚信原则是市场主体所应遵循的基本准则。一方面，它鼓励和支持经营者通过诚实劳动积累社会财富、创造社会价值，并保护在此基础上形成的财产性权益以及基于合法、正当目的支配该财产性权益的自由和权利；另一方面，它又要求经营者在市场交易中讲究信用、诚实不欺，在不损害他人合法权益、社会公共利益和市场秩序的前提下追求自己的利益。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第十三条的规定，民事诉讼应当遵循诚信原则。一方面，它保障当事人有权在法律规定的范围内行使和处分自己的民事权利和诉讼权利；另一方面，它又要求当事人在不损害他人和社会公共利益的前提下，善意、审慎地行使自己的权利。诉讼存在风险，诉讼当事人亦需为诉讼付出一定人力、物力、财力，这是纠纷引起诉讼带来的必然后果。民事诉讼是当事人彰显权利、保障权利的重要途径，为保护诉权、保障并鼓励权利人保护其知识产权，对依法维权行为不应过于苛责，在适用诚信原则对当事人滥用起诉权的行为予以制约时，有必要区分盲目性诉讼与合理败诉，否则可能造成不当限制当事人行使起诉权的后果。诚然，并非所有的诉讼均为正当维权，违背法律目的和精神，以损害他人合法权益为目的，恶意行使权利、扰乱市场正当竞争秩序的行为，属于权利滥用，其相关权利主张不仅不应得到法律的保护和支持，其诉讼行为亦应被认定为恶意诉讼。所谓恶意诉讼，通常是指当事人以获取非法或不正当利益、或致使相对人遭受损失为目的而故意提起的法律上或事实上无根据之诉。恶意诉讼本质为侵权行为，其行为表现为滥用权利而非正当行使权利，其目的在于获取非法或不正当利益，或使相对人遭受损害，而非对法律赋予的权利寻求救济。因恶意提起知识产权诉讼应当满足以下构成要件：1.所提诉讼明显缺乏权利基础或者事实根据；2.起诉人对此明知；3.造成他人损害；4.所提诉讼与损害结果之间存在因果关系。任何诉讼均有因证据不足、诉讼策略不当或者法律理解错误等原因而败诉的风险，不能苛求当事人在提起诉讼之初就要确保该诉讼最终的胜诉结果，也不能简单以维权诉讼的不利结果推定诉讼具有恶意。在认定恶意诉讼时要秉持审慎与谦抑的原则，否则不仅可能不利于充分保护民事权利，亦会增添整个社会民商事活动的不确定性。当事人诉讼能力有强有弱，在诉讼活动中随着诉讼程序的推进改变提交的证据、改变诉讼行为亦属常见情形。当事人有权选择提起诉讼的时间、提交何种证据或撤诉，难以仅凭当事人诉讼中有举报行为、证据提交不充分、撤诉等而认定当事人提起诉讼的目的为侵害他人利益。只有在行为人明知其缺乏权利基础、事实根据、正当理由，或者对于被诉侵权人不构成侵权是明知的，但仍提起诉讼，并导致对方当事人损害时，才会构成恶意诉讼。行为人明知其诉讼主张得不到支持，其行为会对他人权益造成侵害，仍提起诉讼的，可以认为其诉讼行为是为了追求诉讼目的之外的不正当利益。

具体到本案：

第一，难以认定湖南某生物资源公司××号案诉讼明显缺乏权利基础或事实根据。湖南某生物资源公司涉案专利权经无效宣告程序，仍被维持有效。桂林某生物科技有限公司于2018年5月9日发布《关于公司公开配股申请获得中国证监会受理的公告》，湖南某生物资源公司通过案外人于2018年6月26日向桂林某生物科技有限公司购买罗汉果甜苷产品，后以桂林某生物科技有限公司涉嫌侵害其专利权为由于2018年7月13日向一审法院提起专利侵权之诉即3843号案，并提交了相关证据材料。湖南某生物资源公司对桂林某生物科技有限公司是否构成专利侵权作了初步预判，作为涉案专利的权利人，当发现有侵权可能时，有权利提起诉讼，所提起的3843号案诉讼有初步的事实和法律依据，其提起诉讼具有一定的合理性，并非毫无法律和事实依据的盲目诉讼。

第二，难以认定湖南某生物资源公司××号案诉讼具有明显恶意。根据一审查明的事实可知，湖南某生物资源公司系涉案专利权人，其涉案专利权合法有效。本案双方在3843号案之前即存在专利行政纠纷，桂林某生物科技有限公司两次针对湖南某生物资源公司的涉案专利权向国家知识产权局提起无效宣告请求，湖南某生物资源公司在桂林某生物科技有限公司上市前提起诉讼及相关举报行为难以否认系其维权之举，具有一定的合理性，现有在案证据尚不能证明湖南某生物资源公司××号案诉讼存在明显恶意。桂林某生物科技有限公司、湖南某生物资源公司互为商业竞争对手，均可能存在打击竞争对手的动机，即便当事人起诉的目的混杂着正当维权与打击竞争对手的复杂动机，也不宜仅凭动机推断起诉行为系恶意诉讼。

第三，湖南某生物资源公司向证监会举报并非捏造事实、无中生有，且不违反法律规定。《中华人民共和国证券法》第七十八条第一款、第二款规定：“发行人及法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的其他信息披露义务人，应当及时依法履行信息披露义务。信息披露义务人披露的信息，应当真实、准确、完整，简明清晰，通俗易懂，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。”桂林某生物科技有限公司作为证券发行人，有义务向证监会及时披露与其相关的诉讼及专利权无效宣告请求审查信息。针对桂林某生物科技有限公司未披露的上述信息，湖南某生物资源公司作为掌握信息的一方，以举报信形式向证监会告知上述信息，并不违反法律规定。桂林某生物科技有限公司未及时披露有关涉诉信息在一定程度上系事出有因，因其在湖南某生物资源公司向证监会举报时实际尚未收到3843号案的起诉状等应诉材料，而湖南某生物资源公司向证监会举报系在3843号案受理之后，双方有关行为均难言明显不当。第四，湖南某生物资源公司于2019年5月20日向一审法院提交撤诉申请的行为是对其诉权的处分，难言不当。不能仅凭湖南某生物资源公司举报、起诉后又撤诉的行为，认定其起诉并非为维护自身权利而是以侵害他人为目的。

鉴于本案依据现有事实和证据尚难以认定湖南某生物资源公司××号案诉讼明显缺乏权利基础或者事实根据，也难以认定其起诉存在恶意，本院对于该诉讼是否造成桂林某生物科技有限公司损害、与损害结果之间是否存在因果关系不再评述。综上，基于本案现有事实和证据，尚不足以认定湖南某生物资源公司××号案诉讼系恶意诉讼，桂林某生物科技公司的上诉主张本院难以支持。综上所述，桂林某生物科技公司的上诉请求不能成立，应予驳回。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。经本院审判委员会民事行政审判专业委员会讨论决定，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项规定，判决如下：驳回上诉，维持原判。

案例：(2021)最高法知民终1353号，桂林某生物科技有限公司与湖南某生物资源公司等因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷上诉案【最高人民法院知识产权法庭裁判要旨摘要(2023)】

**【陈蕾 摘录】**

### 1.3【专利】恶意抢注囤积商标诉请高额赔偿，法院判决：恶意诉讼，罚！

#### 基本案情

长某科技股份有限公司于 1998 年成立，是一家具备输变电设备制造、电力设计与工程、电力交易运营及综合能源管理的产业链齐全综合性集团，2006 年起在第 9 类与电力设备相关的商品上陆续注册“长高”系列商标，2010 年在深交所挂牌上市简称为“长高集团”，2022 年 5 月 6 日启用新证券简称“长高电新”。自成立以来，该公司及其生产的产品获得了多项国家级及省级荣誉。

猴某数字科技有限公司于 2021 年 3 月成立，2022 年围绕“长高”商业标识申请并获准注册案涉 12 枚“长高电新”商标，并以案涉 12 枚商标使用权出资注册成立长某国际贸易有限公司。两公司无实际资金、生产场地、设备和人员，亦未提供证据证明其使用案涉 12 枚商标从事了生产经营活动。除此之外，猴某数字科技有限公司还与其他多家关联公司多次、大量申请注册与其企业性质、经营范围无关的 500 余枚商标。

2022 年 11 月，猴某数字科技有限公司与其关联公司长某国际贸易有限公司向一审法院起诉，提出要求被告长某科技股份有限公司停止侵犯原告 12 枚注册商标专用权、赔偿经济损失 1000 万元等六项诉讼请求。

一审期间，国家知识产权局认为原告存在“以其他不正当手段取得注册”，构成不以使用为目的恶意注册，宣告案涉 12 枚“长高电新”注册商标无效。

一审法院经审理认为，两原告的行为构成恶意诉讼，裁定驳回起诉；并作出了司惩决定书，对两原告罚款 10 万元。

两原告对该惩罚决定不服，向湖南高院申请复议。

#### 法院判决

湖南高院经审查认为：长某科技股份公司使用“长高”字号以及申请注册“长高”系列商标均早于复议申请人猴某数字科技有限公司、长某国际贸易有限公司多年。“长高”“长高电新”经过长某科技股份公司的持续使用和推广，已在电力设备及新能源行业具有较高的知名度与影响力，与长某科技股份公司建立了比较稳固的关系。

两复议申请人不以使用为目的，围绕长某科技股份公司以及其他行业领域内知名公司的字号、简称等，多次、大量恶意抢注、囤积与其企业性质、经营范围无关的行业领域专有名词，明显超出正常经营活动需要，具有囤积商标抢占社会公共资源的不正当意图，有损于公平竞争的市场秩序。同时，两公司明知案涉商标系通过不正当手段抢注，仍以获取非法利益为目的，恶意提起商标侵权之诉企图索要高额赔偿，违反了诚实信用原则，属于滥用知识产权提起的恶意诉讼。对于该行为应予以惩戒，故依法维持一审罚款的决定。

### 法官说法

诚实信用原则是我国民事主体从事民事活动、进行民事诉讼应当遵循的一项基本原则。当合法权益被侵害时，权利人可以依法行使诉权；但其诉讼行为应秉持善意、审慎行事，符合诚实信用原则，且不得损害他人合法权益。任何违背法律目的和精神，以损害他人正当权益为目的，恶意行使权利、扰乱市场正当竞争秩序的行为，属于权利滥用，其相关权利主张不仅不应得到法律的保护和支持，其诉讼行为亦应被认定为恶意诉讼。

法院应合理把握促进创新与公平竞争的关系，准确划分保护知识产权与防止权利滥用的法律界限，审慎确立恶意诉讼的认定标准。对以非善意取得的商标权对他人正当使用行为提起侵权之诉的行为，依法予以司法制裁，彰显了人民法院惩治知识产权恶意诉讼的鲜明立场和司法态度，对弘扬诚信价值观，引导规范权利人合法行使权利，促进社会诚信建设具有示范意义。

**【王哲璐 摘录】**

#### 1.4 【专利】从案例出发谈独立权利要求的撰写

权利要求书是发明和实用新型专利申请文件必不可少的组成部分，而独立权利要

求则又是权利要求书必不可少的组成部分。在本文中，笔者汇总了实际工作中发现的有关独立权利要求撰写的几类典型问题，然后针对这些典型问题提供了一些独立权利要求的撰写思路。

### **独立权利要求撰写中存在的典型问题**

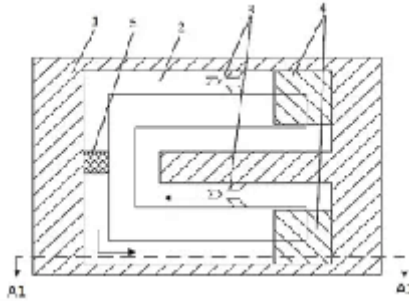
撰写好独立权利要求将会为权利要求书的谋篇布局形成良好开局。撰写独立权利要求时，应当至少考虑以下因素：体现基本发明点，不存在明显的新创性缺陷；避免将非必要技术特征写入独立权利要求而不利地缩限保护范围；避免缺失必要技术特征而导致独立权利要求所限定的技术方案不能解决技术问题；合理上位概括以争取尽可能大的保护范围。

在我们的实际工作中，针对独立权利要求撰写通常可能存在以下三类典型问题：独立权利要求存在非必要技术特征；独立权利要求缺少必要技术特征；独立权利要求缺乏合理上位。下面将结合案例对这几类典型问题进行说明。

### **案例分析**

#### **案例 1：独立权利要求存在非必要技术特征**

案例 1 的独立权利要求请求保护一种散热装置，并限定该散热装置包括填充有冷却液的流体结构 2 和板体 1。案例 1 要解决电子设备散热的问题。针对该技术问题，其采用的技术方案为：参见案例 1 的图示，散热装置包括流道结构 2，在流道结构 2 内填充冷却液，流道结构 2 具有柔性壁，柔性壁与电子设备固有的振动组件 4 的振动表面连接，从而柔性壁能够随着振动组件 4 的振动而挤压流道结构 2 内的冷却液以推动冷却液流动，流动的冷却液将电子设备内的热量带出，实现散热。基于如上所述的技术方案不难看出，如果没有板体 1 散热装置仍然可以解决散热问题，针对散热问题的解决板体 1 并不是必要技术特征。在技术交底中，发明人提供了多幅附图来展示散热装置的多个具体实施方式，在这些具体实施方式中均将流道结构 2 设置在板体 1 上以方便散热装置的安装；受这些具体实施方式的影响，撰写人把散热问题的解决和安装问题的解决混杂在了一起，导致板体 1 也被写入了独权权利要求 1。实际上，板体 1 的设置是在解决散热问题的基础上针对流道结构 2 安装方式的优化，因此可以将包含板体 1 的方案写入从属权利要求来保护，而没必要将板体 1 写入独立权利要求。



### 案例 2：独立权利要求缺少必要技术特征

案例 2 的独立权利要求请求保护一种头戴式虚拟现实设备的监控方法，其中仅限定了该方法包括发现风险步骤而缺少必须的报警步骤。案例 2 要解决的技术问题是提高佩戴者在佩戴头戴式虚拟现实设备时的安全性。为了解决该技术问题，案例 2 采用的技术方案为：拍摄包括头戴式虚拟现实设备佩戴者的实时画面，之后将实时画面和头戴式虚拟现实设备的标识信息发送给处理设备，处理设备对接收到的实时画面进行目标行为识别，并当识别出实时画面中存在目标行为时进行报警。也就是说，为了解决上述技术问题，不仅要发现风险（即，目标行为），而且还要在发现风险后向相关人员报警以提示风险的存在，报警步骤是监控方法的一个必要步骤。试想，如果不报警的话，相关人员将不能实时知晓佩戴者的人身利益或者财产利益即将或者正在被侵害，从而不能采取任何防范或制止侵害的措施，最终导致不能解决提高头戴式虚拟现实设备佩戴者的安全性的问题。因此，发现风险步骤和报警步骤组合在一起来解决提高头戴式虚拟现实设备佩戴者的安全性的问题，需要将报警步骤也写入独立权利要求。

### 案例 3：独立权利要求缺乏合理上位

案例 3 的独立权利要求请求保护一种半导体结构的制造方法，其中限定的“清洗和干燥”表述过于具体，缺乏合理上位。某集成电路制造工艺要求先在衬底中形成多个凹槽，之后再采用目标材料填充该多个凹槽；在凹槽形成之后且被填充之前，在对多个凹槽进行清洗和干燥处理的过程中，由于相邻凹槽之间的距离小且每个凹槽的深宽比大，导致凹槽侧壁会由于受力而容易变形甚至坍塌，参见案例 3 的图示。针对该技术问题，案例 3 提供的技术方案为：形成彼此距离足够大的多个第一凹槽；对第一凹槽进行清洗和干燥，在此过程中，由于相邻第一凹槽间隔得足够开，所以清洗和干燥处理不会导致第一凹槽的侧壁变形或坍塌；采用第一目标材料填充多个第一凹槽；在相邻的且已被填充的第一凹槽之间形成第二凹槽并对第二凹槽进行清洗和干燥，在此过程中，由于相邻第二凹槽之间的第一凹槽已经被填充，所以清洗和干燥处理也不会导致第二凹槽的侧壁变形或坍塌；最后，采用第二目标材料填充第二凹槽。虽然案例 3 的技术问题是在“清洗和干燥”这一具体场景下出现的，但是其如上所述的技术方案不仅能应用于“清洗和干燥”这一具体场景，而且还能应用于“对凹槽进行处理而使得侧壁受力”的其他场

景，同样也可以防止凹槽侧壁变形或坍塌。因此，撰写入独立权利要求的清洗和干燥处理过于具体，缺乏合理上位，导致独立权利要求的保护范围被不当缩限。

### 应对思路

基于以上三个撰写中典型案例的分析，在撰写独立权利要求时，我们可以考虑采取以下策略以尽可能地避免出现类似问题。

1. 紧扣技术问题。必要技术特征是发明或者实用新型为解决其技术问题所不可缺少的技术特征。因此，在撰写独立权利要求时，需要先基于对技术交底中方案的具体理解来确定一个基本技术问题，再紧紧围绕该技术问题来准确确定所需的必要技术特征。

通常情况下，技术交底记载的技术方案所能够解决的技术问题可能不止一个，必须要紧扣仅仅一个基本技术问题来确定独立权利要求的必要技术特征，而不能将多个技术问题混杂在一起进行考虑。在紧扣一个技术问题来确定独立权利要求的必要技术特征的过程中，尤其要注意的是：（1）不要把解决一个技术问题所导致的新的衍生技术与该一个技术问题混杂在一起，建议先在独立权利要求中布局解决该一个技术问题的技术特征，之后在从属权利要求中再布局解决衍生技术问题的技术特征；（2）不要将一个技术问题的解决与该一个技术问题的优化解决混杂在一起，建议先在独立权利要求中布局解决该一个技术问题的技术特征，之后在从属权利要求中再布局优化解决该一个技术问题的技术特征。

技术交底记载的技术方案往往是实际实施方案，或者是发明人综合各方面因素之后得出的最佳实施方案（或相对具体的实施方案）。在确定独立权利要求的必要技术特征时，应当摆脱实际实施方案和/或最佳实施方案导致的约束，紧扣技术问题将实际实施方案和/或最佳实施方案中与技术问题解决无关的技术特征过滤掉，避免将实际实施方案和/或最佳实施方案的技术特征直接认定为必要技术特征。

存在个别特殊的情形，即使紧扣技术问题也不能明确确定某个技术特征是否为必要技术特征。对于这种模棱两可的技术特征不妨先写入从属权利要求，后续根据审查进程再来判断是否将该技术特征并入独立权利要求。

2. 先写再推敲。将技术交底这样一份技术文件分析、提炼、转化为权利要求书这样一份法律文件并不是一个轻松的过程，一方面要避免因为畏难情绪而迟迟不动笔，另一方面也要避免急于求成，建议先勇敢地写出初稿，之后再推敲复核。对于独立权利要求，在撰写完成初稿之后，推敲复核可以着重于以下几个方面。

（1）推敲复核独立权利要求时同样要紧扣技术问题。在此过程中，应当紧扣技术问题逐一地排查初稿中每个技术特征是否确实为解决技术问题所必须的技术特征，从而判断是否存在非必要技术特征；并且还应当紧扣技术问题判断初稿中的技术方案在技术逻辑链条上是否有缺失而不能解决技术问题，从而判断是否缺少必要技术特征。

（2）显然，独立权利要求是由众多词汇构成的语段，这些词汇包括名词、动词、形容词、副词等等。在对独立权利要求初稿进行推敲复核的过程中，对于名词和动词可以逐一考虑它们是否有上位表述，例如，“抬头显示设备”是否可以上位为“车载终端设备”，



“固定于”是否可以上位为“设置于”；对于形容词和副词则可以考虑它们是否必须存在，例如，“固定地连接”中的“固定地”是否为必须，“浅沟槽”中的“浅”是否为必须。通过上述复核过程，可以有效地避免术语表述选择不当而不利地缩限保护范围。

(3) 权利要求书有可能包括符合单一性要求的多个独立权利要求，例如产品独立权利要求和方法独立权利要求，在此情形下，可以在推敲复核时将多个独立权利要求进行对比，判断一个独立权利要求与另一个独立权利要求在技术特征上是否彼此相呼应，这也是防止独立权利要求存在非必要技术特征或缺少必要技术特征的一个非常有效的手段。

## 【陈建红 摘录】

### 1.5 【专利】 啥样的新能源专利？被五位法官同堂审！

样的新能源专利？被五位法官同堂审！

——最高法知产法庭公开开庭审理一起“锂离子电极片”发明专利侵权纠纷上诉案

锂离子电池作为一种储能设备，在新能源领域具有至关重要的地位，既是关乎百姓生活的消费性电子产品的关键部件，又是推动新能源行业发展新质生产力的重要抓手。

4月23日上午9时，最高人民法院知识产权法庭公开开庭审理了一起“锂离子电极片”侵害发明专利权纠纷上诉案，由最高人民法院知识产权法庭副庭长周翔担任审判长，与审判员原晓爽、魏磊、吴红权、郭鑫组成五人合议庭进行审理。到底是什么专利，需要动用如此大的审判阵容？

似曾相识，锂离子电极片再上公堂

“锂离子电极片”？怎么感觉那么耳熟！你是否还记得被评为2022年度专利复审无效十大案件之一的“一种电极片及含有该电极片的锂离子电池”发明专利权无效宣告请求系列案？

没错，该案所涉专利就是本案专利。珠海冠宇电池股份有限公司（简称珠海冠宇公司）与福建翔云科技有限公司（简称福建翔云公司）曾针对上述专利向国家知识产权局提出无效宣告请求，国家知识产权局作出无效宣告请求审查决定，在专利权利要求被修改的基础上继续维持专利权利要求1-8有效。

此次庭审，可谓是“烽烟再起”、连续剧之续集。

聚合物锂离子电池广泛应用于消费类电子产品中。本案所涉专利系专利号为201410782528.9、名称为“一种电极片及含有该电极片的锂离子电池”的发明专利（简称涉案专利），发明专利权由东莞新能源科技有限公司（简称东莞新能源公司）与宁德新能源科技有限公司（简称宁德新能源公司）共有。两新能源公司均为香港新能源科技有限公司的全资子公司，在锂离子电池的研发、生产和销售领域深耕近二十年，全球出货量位居前列。

电极片好似锂离子电池的“大动脉”，由位于中间层的集流体和涂覆在其表面的活性物质层构成。正、负电极片之间由隔离膜将二者隔离；集流体由金属箔制成。在金属箔材的分切过程中，分切处可能产生金属毛刺，刺穿隔离膜导致正、负极片短路，造成电池过热甚至爆炸。涉案专利通过在集流体未涂覆活性物质的区域设置绝缘层，并进一步限定绝缘层中固体填料的组成成分、莫氏硬度、质量百分含量的范围及填料覆盖部位，既避免毛刺刺穿隔离膜，又使绝缘层具有良好的延伸率，保证电极片外观的平整性及内部良好的结合界面，避免锂离子电池在充放电过程中的容量损失。

两新能源公司主张，珠海冠宇公司未经许可制造、销售，福建福莱航空科技有限公司（简称福建福莱公司）、福建翔云公司未经许可销售的用于大疆两款无人机的电芯产品侵害了涉案专利权，故向福建省福州市中级人民法院提起诉讼，请求判令停止侵害，珠海冠宇公司赔偿经济损失 6000 万元，珠海冠宇公司、福建福莱公司、福建翔云公司共同赔偿合理开支 100 万元。一审法院经审理认定侵权成立，判决停止侵害，珠海冠宇公司赔偿经济损失和合理开支共计 3000 万元，福建福莱公司、福建翔云公司赔偿合理开支 3 万元。各方当事人均不服一审判决，向最高人民法院提起上诉。

唇枪舌战？证据才是最好的武器

由于本案涉案专利结构复杂且涉案当事人较多，合议庭在本次开庭前便组织各方当事人通过庭前会议进行了证据交换。庭审中，两新能源公司与珠海冠宇公司又提交了多份新证据。合议庭成员引导各方交换证据、发表质证意见，对本案事实进行深入细致的调查。

“审判长，我请求对珠海冠宇公司的质证意见发表一下补充意见。”东莞新能源公司代理人在听完珠海冠宇公司代理人的发言后向审判长提出申请。

“可以，但现在还不到辩论环节，请你控制好发言时间，简明扼要。”审判长周翔说。

在合议庭的严格把控下，各方当事人在有限的庭审时间内都充分发表了质证意见。经梳理研判，合议庭归纳本案二审争议焦点为被诉侵权技术方案是否落入涉案专利权保护范围，珠海冠宇公司提出的现有技术抗辩能否成立，珠海冠宇公司、福建福莱公司和福建翔云公司是否构成专利侵权以及侵权责任如何承担等。

庭审过程中，各方当事人借助诉讼代理人、专家辅助人、播放 PPT 图文介绍等多种手段，围绕争议焦点进行了充分全面的观点阐述及激烈的法庭辩论。两方都申请专家辅助人到庭，对本案关键技术阐释了专业观点，合议庭成员提纲挈领地提问，让庭审争点也更一目了然。

本次庭审，合议庭引入了 3D 证据展示系统，制作了包括锂离子电池整体及电芯拆分细节等 3D 影像及数十张产品细节照片，合议庭现场操作 3D 影像对各方争议的技术特征进行了多角度、全方位的展示，使技术特征的比对更为清楚直观。在合议庭主持下，整个庭审去繁就简，条理清晰，程序紧凑有序，充分保障各方当事人的诉讼权利。

本次庭审持续了 5 个多小时，来自国家知识产权局专利局审查协作北京中心的审查员以及当

事人代表在现场旁听，他们纷纷挺直身板、仰着脖子观看庭审，甚至在庭前分发的案情简介材料上做笔记。“没想到合议庭还准备了 3D 证据展示，庭审前的准备工作做的太充分了！”庭后旁听人员说，可见最高法知产法庭法官办案认真审慎、精益求精的态度和专业精神。

“法庭坚持‘一个平台’‘两个服务’‘三个场景’‘四个连接’‘五个重点项目’建设目标，推动建设集信息化终端运用、同步圈画技术、AR 技术、语音识别技术与电子签名技术等多项技术于一体的科技法庭。”周翔介绍道。

保护知识产权就是保护创新，保护创新就是服务加快发展新质生产力。最高法知产法庭以五人合议庭做新能源专利纠纷的裁判团队，旨在加强对关键核心技术、新兴产业领域的知识产权司法保护，以法治之力助推新质生产力加快发展，以知识产权审判现代化支撑和服务中国式现代化。

## 【翟校国 摘录】

### 1.6 【专利】判赔 356 万余元！故宫博物院二度将酒企诉至法院为哪般？

近年来，故宫博物院将古代文物与现代生活相结合，设计推出了诸多以故宫历史文化为题材的“爆款”文创产品。故宫博物院曾与四川一家企业合作，监制出品“故宫”系列产品，合同到期后，后者及其销售商继续使用“故宫博物院监制”字样，而且作出使消费者误以为涉案产品仍具有故宫博物院有效授权的宣传，故宫博物院遂以不正当竞争为由将二者诉至法院。

继去年判决四川故宫酒业有限公司（下称故宫酒业公司）及其关联企业四川故宫（北京）有限公司（下称北京故宫公司）对故宫博物院构成不正当竞争（本报曾作相关报道《故宫博物院缘何将酒企诉至法院？》）后，北京知识产权法院日前二审认定四川故宫公司与北京金敏宏达商贸有限公司（下称金敏宏达公司）对故宫博物院构成不正当竞争，判令二者共同赔偿故宫博物院经济损失和合理开支 356 万余元，并刊登声明消除涉案不正当竞争行为对故宫博物院造成的不良影响。

#### 合同到期继续使用引纠纷

根据判决书载明，2010 年 7 月 16 日，故宫博物院与四川故宫公司签订监制合同，合同约定故宫博物院于 2010 年 8 月 1 日至 2013 年 7 月 31 日期间为四川故宫公司的“故宫”系列产品包装设计、产品宣传进行监制。

2002 年 12 月 29 日，四川故宫公司与故宫博物院的下属单位北京故宫文化服务中心（下称故宫文化中心）签订为期 5 年的合同书，其中约定在监制期内故宫文化中心同意四川故宫公司在其生产的“故宫”系列产品的外包装装潢、宣传广告上印制“故宫博物院监制”字样。

2014年5月30日，故宫文化中心与四川故宫公司签订合作协议，内容亦涉及四川故宫公司开发、生产、销售“故宫”系列产品事宜，合同约定合作期限为2014年6月1日至2015年5月31日，四川故宫公司确认其实施的任何行为凡涉及到故宫文化中心名称的，均须取得故宫文化中心的书面许可。

2016年，四川故宫公司与金敏宏达公司签订网上独家销售合作协议，合同期限自2016年12月1日起至2023年11月30日止，四川故宫公司提供“故宫”系列产品，金敏宏达公司负责相关品牌和产品在某电商平台的独家销售，并负责网店搭建、营销推广等。

故宫博物院认为，四川故宫公司与金敏宏达公司擅自在其生产、销售的产品上使用“故宫博物院监制”字样，有损于故宫博物院的商业价值与文化价值，构成不正当竞争，遂将二者诉至法院，请求法院判令二者停止生产、销售载有“故宫博物院监制”字样的产品，在销售、宣传过程中停止未经授权使用故宫博物院名称及虚假宣传的行为，共同赔偿经济损失2000万元及合理费用支出11万余元，并公开澄清事实消除不良影响。

#### 是否侵权如何赔偿终厘清

北京市石景山区人民法院经审理认为，四川故宫公司及金敏宏达公司涉案行为均构成擅自使用故宫博物院名称及虚假宣传的不正当竞争，一审判决四川故宫公司与金敏宏达公司分别赔偿故宫博物院经济损失及合理支出共计384万余元，刊登声明消除涉案不正当竞争行为对故宫博物院造成的不良影响。

四川故宫公司及金敏宏达公司不服上述一审判决，随后向北京知识产权法院提起上诉。四川故宫公司主张故宫博物院与故宫文化中心属于母子公司的关系，实质上是代表故宫博物院对外开展合作，在与四川故宫公司合作期间，故宫文化中心实质是代表故宫博物院对外展开合作，而且其并未参与涉案网店的宣传、销售，与金敏宏达公司之间没有共同侵权的合意；金敏宏达公司则主张其作为销售者对被诉侵权产品已经尽到审慎的审查义务，请求改判其不承担赔偿责任。

北京知识产权法院经审理认为，故宫文化中心与故宫博物院系两个独立主体，而且其与四川故宫公司签订的合作合同中并未约定授权四川故宫公司使用“故宫博物院监制”或“故宫博物院”字样。四川故宫公司在与故宫博物院的监制合同届满之后，未经故宫博物院授权或许可在其生产的产品上继续标注“故宫博物院监制”字样，即使四川故宫公司一直沿用监制期间内监制的包装设计、产品宣传风格，必然会使社会公众误认该产品与故宫博物院存在密切联系或四川故宫公司仍与故宫博物院存在合作关系等，明显属于借助故宫博物院知名度获取不正当的竞争优势和商业利益，而且对故宫博物院的声誉及经营利益造成损害，构成不正当竞争。

同时，法院认为涉案网店在商品详情的“历史大事件”中提及故宫的历史及故宫博物院曾经向四川故宫公司出具授权书的内容为真实存在的事实，但在此基础上对涉案产品进行宣传时未向消费者披露故宫博物院向四川故宫公司出具授

权书已经到期的事实，同时宣称该网店销售的产品为“故宫博物院指定”，此种宣传方式会引起消费者的误解，使其认为涉案产品仍具有故宫博物院的有效授权，构成虚假或者引人误解的商业宣传。

关于责任承担问题，法院认为，金敏宏达公司应当对四川故宫公司是否具有故宫博物院的有效授权进行审查，但并没有证据证明金敏宏达公司向四川故宫公司询问过相关事宜或要求四川故宫公司提供新的授权文件等，其主观上明显存在过错，应当承担连带赔偿责任。该案涉案总销售额约为 6389 万元，法院以此为涉案产品总销售额的基数，考虑侵权产品在涉案网店中占比、白酒行业利润率及涉案仿冒混淆和虚假宣传行为对于销售涉案产品的贡献率等因素，酌定四川故宫公司与金敏宏达公司侵权获利共计 350 万元，据此改判二者共同赔偿故宫博物院经济损失和合理开支共计 356 万余元。

“该案合同约定监制内容为产品的包装设计、产品宣传，是故宫博物院的商誉以监制合同的方式许可生产企业使用和利用，实质上属于无形资产的授权许可。授权期限届满如果继续使用，属于超出许可范围的非法使用，势必会导致授权许可一方利益的损害，甚至会导致社会公众产生混淆或误认。”北京卓纬律师事务所合伙人、律师孙志峰在接受本报记者采访时表示。

孙志峰建议，存在监制合同或相应法律关系的经营主体，要明确监制单位是否具有相应权限、是否为有权授权的经营主体。同时，要梳理和明确监制内容、监制单位及生产单位各自权利义务。此外，要根据监制合同内容判断监制的法律属性，如果名义上属于监制合同，实质上属于知识产权授权许可合同，那么应按照知识产权合同的相关规则处理定约、履约、违约等各类事项。

**【李翰杰 摘录】**

# 热点专题

## 【知识产权】从规则原文的角度解读：为什么美国 FTC 全面禁止竞业限制协议？

2024 年 4 月 23 日，美国联邦贸易委员会（Federal Trade Commission，简称 FTC）发布了一项禁止竞业限制协议的规则（Non-Compete Clause Rule），由于 FTC 去年发布了该规则的草案，所以此次发布的规则也被称为“the final rule”（最终规则）。该规则认为竞业限制协议是一种不公平的竞争方式，违反了《联邦贸易委员会法案》第 5 条、第 6（g）条，因而在全国范围内禁止竞业限制协议。该规则要求在规则生效后禁止企业签订竞业限制协议，规则生效之前针对高级管理人员的竞业限制协议仍然有效，但针对其他员工的竞业限制协议不能再执行。

美国联邦贸易委员会发布这一规则的目的主要是降低医疗保健成本、促进新公司成立、刺激创新并提高工人的收入。其中，最核心的目的是限制大公司的垄断，促进创新创业。美国的这一举措较为大胆，且不论我们是否要效仿，其采取这一举措背后的分析过程非常值得学习。本文是笔者通读最终规则原文 550 页后总结出的核心内容，供大家参考。

### 一、最终规则发布的背景

事实上，美国从很久之前便开始了针对竞业限制协议的调查，联邦贸易委员会对竞业限制协议全面禁止的举措并非毫无征兆。早在 2021 年 7 月 9 日，美国总统拜登便签署了《关于促进美国经济竞争的行政命令》，其中第五节第 7 项规定“鼓励联邦交易委员会主席与其他委员会成员合作，制定法规以减少滥用竞业限制协议和其他协议或协议导致不公平限制员工流动性的行为。”

而联邦贸易委员会对禁止竞业限制的探索更早。在 2018 年和 2019 年，联邦贸易委员会举行了几次关于 21 世纪竞争和消费者保护问题的听证会，其中的议题包括“竞业限制协议的适用以及其适用可能与反垄断法不一致的情形”。2020 年 1 月，联邦贸易委员会举办了一场关于竞业限制协议的公开研讨会。2021 年 12 月，联邦贸易委员会在其举办的劳动市场竞争公开研讨会中，征求了公众对竞业限制协议的意见。直到 2023 年 1 月，联邦贸易委员会发布了一项关于竞业限制协议的拟议规则制定通知（NPRM）。该拟议规则将明确禁止雇主对所有员工使用竞业限制协议，并要求撤销所有现有的竞业限制协议。

随着该通知的发布，美国社会各个阶层对其展开了激烈的讨论。联邦贸易委员会共收到了超过 26,000 条评论，其中超过 25,000 条表达了对委员会全面禁止竞业限制协议的支持。在评论者中，有数千名员工描述了竞业限制协议如何阻止他们获得更好的工作或开始竞争性业务，以及许多小企业在招聘有才华的员工时所面临的困难。评论者指出，竞业限制协议降低了他们的工资，损害了他们的工作条件，对他们的生活质量产生了负面影响。同时，就他们的观察，竞业限制协议也降低了他们所在公司提供的产品或服务的质量，阻止了企业的成长和繁荣，并阻碍了企业间的竞争活动。

## 二、最终规则禁止竞业限制协议的原因

### （一）美国的社会现状

美国联邦贸易委员会认为，从本质上讲，竞业限制协议限制了员工在自己熟悉的领域中脱颖而出的机会。因此，在过去的几个世纪以来，雇主执行竞业限制协议的行为一直受到限制。例如，1711 年的 *Mitchel v. Reynolds* 案（为美国关于竞业限制协议的普通法提供基础的英国案例）中法院指出，员工容易通过竞业限制协议受到剥削，且这些协议威胁到员工从事相应行业和谋生的能力。直到 2024 年的今天，这些问题仍然存在，因为员工和雇主之间往往无法进行平等议价，并且员工可能很少在签订协议时关注他日后可能遇到的困难。基于这些原因，美国的各州法院也常常将竞业限制协议视为“不受欢迎”的协议。此外，竞业限制协议也一直受到美国反垄断法的约束。早在 1911 年，在具有里程碑意义的反垄断案例 *United States v. American*

Tobacco Co. 中，美国联邦最高法院认为，由于“反复出现”的竞业限制协议以及其他相关做法，几家烟草公司违反了《谢尔曼法》的第一章和第二章。  
[1]

近年来，美国的实证研究显示，竞业限制协议往往会损害劳动力市场、产品市场和服务市场的竞争环境。因此，美国对竞业限制协议的担忧已大幅增加。近几十年来，美国各州关于竞业限制协议的立法出现了较多变化，这有利于相关研究人员对竞业限制协议的影响开展更有力的实证研究。这些研究表明，雇主使用竞业限制协议往往会对劳动力市场的竞争产生负面影响，抑制整个劳动力队伍中员工的收入——包括那些不受竞业限制协议约束的员工。研究还表明，竞业限制协议也倾向于对产品市场和服务市场的竞争产生负面影响，抑制新企业的成立和创新。

在大量实证研究的同时，新闻报道还揭示了雇主普遍地对中等收入和低收入员工施加竞业限制协议。员工们回忆说，雇主们阻止他们获得更好的工作或自行创业，使他们面临严重的威胁和诉讼，因此，竞业限制协议中断了他们的职业生涯，摧毁了他们的经济状况，并颠覆了他们的生活。

尽管越来越多的实证研究证实了这些危害，且许多州努力禁止它们，竞业限制协议在美国经济中仍然普遍存在。根据现有证据，大约每 5 名美国员工中就有一名受到竞业限制协议的约束，总共大约有 3000 万员工受到约束。研究还表明，即使在州法律禁止的情况下，雇主也经常适用竞业限制协议。这表明雇主可能认为员工不了解他们的权利，想要利用员工的无知，或者认为员工无法通过逐案诉讼来行使他们的权利。此外，各州有效规范竞业限制协议的能力受到雇主选择法律协议的限制，法院在处理竞业限制协议争议时对法律选择规则的应用存在显著差异。这些都是美国决定禁止竞业限制协议的社会背景。

## （二）禁止竞业限制协议的合法性基础

《联邦贸易委员会法案》第 5 条规定，“商业中或影响商业的不公平或欺骗性行为或做法是违法的”。在制定第 5 条时，国会有意没有模仿普通法或《谢尔曼法》的文本或解释，而是采用了这个新术语。正如联邦最高法院所确认



的，这个不同的术语反映了一个不同的标准，也是联邦贸易委员会独立于其他机构存在的原因：（1）该行为是否是一种竞争方法；以及（2）它是否不公平。后者的调查有两个组成部分：（a）该行为是否具有不公平的迹象，以及（b）该行为是否会对竞争环境产生负面影响。这两个部分灵活地进行权衡。

其中，不公平的迹象包括行为可能具有的强制性（coercive）、剥削性（exploitative）、串通性（collusive）、滥用性（abusive）、欺诈性（deceptive）、掠夺性（predatory），或类似的程度。不公平的迹象也可能存在于行为本身具有其他限制性（restrictive）或排他性（exclusionary），这取决于具体情况，例如商业环境的性质以及行为当前和未来可能产生的影响。

## 1. 竞业限制协议对劳动力市场竞争的影响

竞业限制协议对员工的限制是相当大的。竞业限制协议可以严重限制员工与前雇主竞争的能力。对于大多数员工而言，最实际的创业选择是在相同领域开展业务。而这正是竞业限制协议通常阻止员工追求的机会。而且，竞业限制协议往往范围非常广，以至于迫使员工完全退出劳动力市场。

与高级管理人员以外的员工签订的竞业限制协议具有剥削性和强制性，因为在对员工施加这些协议时，雇主利用了他们不平等的议价能力。委员会初步发现，在员工潜在离职时，竞业限制协议是剥削性和强制性的，因为它们迫使员工要么留在员工想要离开的工作中，要么迫使员工承担其他重大的伤害和成本，如离开劳动力市场或其领域一段时间、迁移到不同地区、违反竞业限制协议并面临昂贵和漫长的诉讼风险，或尝试支付雇主费用以放弃竞业限制协议。

数千名员工说，他们无法避免签订竞业限制协议，要么是因为他们需要这份工作，要么是因为在员工所在的领域内竞业限制协议非常普遍。数百名员工说，竞业限制协议是单方面强加给他们的。绝大多数员工说，他们没有就竞业限制协议进行协商，没有因为签订竞业限制协议而获得补偿，并且在签订

竞业限制协议时没有律师能够给他们提供法律咨询，只有极少数例外。因此，该竞业限制协议具有剥削性和强制性。

## 2. 竞业限制协议对劳动力市场竞争的影响

委员会认为，由于新企业难以招到行业内的人才，竞业限制会抑制新企业的成立。首先，许多新企业通常是由在同行业中创业的前员工所创立的，因此，竞业限制协议从一开始就减少了潜在新企业的数量。其次，竞业禁止条款通过锁定有才能的员工，阻止潜在的企业家扩展新的业务。因此，竞业禁止条款为潜在的新创业者造成了巨大的障碍，并通过使这些新创业者难以找到专业员工，阻碍了竞争对手的发展。

相关的实证研究也表明，竞业限制会抑制创新，减少企业专利数量。首先，竞业限制协议阻止员工通过新的想法进行创业。其次，竞业限制协议抑制员工与公司之间进行有效的匹配，难以实现员工能力最大化利用。在员工较难找到能够最大化他们才能的工作时，雇主的创新能力就会受到限制。第三，竞业限制协议减少了员工在公司之间的流动，也减少了公司之间的知识流动，限制了创新思想的交流。

随之而来的是，竞业限制协议会提高市场集中度和消费价格，并降低产品和服务质量以及消费者的选择。因而，竞业限制往往会对产品和服务市场的竞争条件产生负面影响。

## 三、最终规则发布后如何保护雇主的权益

委员会发现，雇主事实上有其他替代竞业限制协议的方式来保护其投资利益。这些替代方案合理地实现了与竞业限制协议相同的目的，同时对竞争的影响程度较小。委员会指出，商业秘密法已经为雇主的商业秘密提供了重要的法律保护。事实上，竞业限制协议也应当基于保护商业秘密的基础上建立，但实践中常常被滥用。委员会还指出，寻求保护投资利益的雇主能够与他们的员工签订保密协议（NDAs）的方式实现其目的。如果雇主想要阻止员工在

接受宝贵的投资后立即离开，雇主也可以与员工签订固定期限的劳动合同。此外，委员会指出，希望留住员工的雇主也可以通过支付更高的工资、提供更好的工作时间或更好的工作条件，或以其他方式改善他们的雇佣条件来留住员工——即通过竞争来保住他们的劳动力。

#### 四、对我们的启示

竞业限制协议对劳动力市场和商品、服务市场的影响并非只存在于美国，我国每年因竞业限制协议引发的社会问题层出不穷，有企业在其竞业限制协议中几乎列举了行业内所有知名企业，亦有企业针对难以接触到商业秘密的普通员工因违反竞业限制协议而索赔几百万。竞业限制协议本身是为了保护雇主的利益，尤其是防止雇主商业秘密的泄漏，但由于雇主和雇员地位的不平等，加上雇员签订协议时为了谋生的本能心理，很少有雇员能够对竞业限制协议提出反对，针对竞业限制协议的救济渠道亦不通畅，许多国家均面临着严重的竞业限制“限制竞争”问题。美国联邦贸易委员会从社会学、法学、经济学等方面详细地论证了其为何采取禁止竞业限制协议的举措，回应了所有的批评声音，对这一举措不断地进行细化，得出了最终的结论。该规则的原文值得我们去深入阅读、学习。

**【谢流芳 摘录】**