

新形态创新成果知识产权保护探析

管荣齐

(天津大学法学院, 天津 300072)

摘要: 新形态创新成果包括数据库、商业模式、地理标志、传统知识、植物新品种、实用艺术品、生物遗传资源等传统上不受知识产权保护或者需要创新知识产权保护方式的智力活动成果, 还包括众创、众包、众扶、众筹、互联网、大数据、电子商务等相关的新业态新领域智力活动成果。国内外新形势要求加强新形态创新成果知识产权保护, 我国现有知识产权保护的客体范围、授权条件、审查程序、先用权限制以及司法审判体制、模式、程序等尚不足以保护新形态创新成果。借鉴美欧日相应做法, 以知识产权充分保护新形态创新成果, 建立健全新形态创新成果知识产权优先保护机制, 由知识产权法院(庭)集中管辖新形态创新成果案件。

关键词: 新形态创新成果; 知识产权保护; 商业模式; 大数据; 互联网 +

中图分类号: F426.731; **文献标识码:** A; **文章编号:** 1003-9945(2017)06-0001-11

Research on Intellectual Property Protection of the New Forms of Innovation Achievements

GUAN Rong-qi

(Law School of Tianjin University, Tianjin 300072, China)

Abstract: New forms of innovation achievements are intellectual achievements which are traditionally protected by intellectual property (IP) law or need to be protected in new ways, including database, business model, geographical indications, traditional knowledge, new varieties of plants, and biological genetic resources. They also include intellectual achievements in new industries or fields, such as popular entrepreneurship, crowd-sourcing, collective support, crowd-funding, Internet, big data, and e-commerce. Under the new situation at home and abroad, the protection of new forms of innovation achievements need to be strengthened. However, current IP protection regulations on object scope, authorization conditions, review procedures, limitation of priority right, and the judicial system, model, and procedure can not provide adequate intellectual property protection. Using the practices of the United States, Europe and Japan for reference, several suggestions are put forth in this paper. New forms of innovation achievement should be fully protected by IP. IP priority protection mechanism should be established and perfected. The case related to the protection of new forms of innovation achievements should be under the jurisdiction of IP courts.

Keywords: New forms of innovation achievements; Intellectual property protection; Business model; Big data; Internet plus

基金项目: 最高人民法院 2016 年度司法研究重大课题“中国知识产权司法保护战略研究”(项目编号: ZGFYKT201604-1)的阶段性成果; 国家自然科学基金项目“知识产权保护、投资机会与高科技企业的创新投资——基于差异性高管特质的视角”(项目编号: 71672087)

作者简介: 管荣齐(1967-), 男, 山东德州人, 天津大学法学院副教授、硕士研究生导师, 天津大学知识产权法研究基地研究员; 研究方向: 知识产权法。

随着全球新一轮科技革命和产业变革的加速演进,尤其是我国互联网和大数据经济已在世界上抢占潮头,加强新形态创新成果知识产权保护已经成为促进和保障国家创新发展的重要一环。虽然商业模式等新形态创新成果知识产权保护要求在2015年3月《中共中央 国务院关于深化体制机制改革加快实施创新驱动发展战略的若干意见》中就已正式提出,但直到2017年2月,国家知识产权局修改《专利审查指南》才以规章以上的规范性文件做出回应,再加上商业模式等新形态创新成果的研究本就稀少,很有必要对之进行深入和全面地探析。

一、新形态创新成果知识产权保护及其新的形势要求

新形态创新成果不是严格意义上的法律概念,其内涵和外延需要规范和界定。根据2015年3月《中共中央 国务院关于深化体制机制改革加快实施创新驱动发展战略的若干意见》和2015年12月《国务院关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》,新形态创新成果是相对于传统形态创新成果而言的,主要有两大类:一是传统上不受知识产权保护或者需要创新知识产权保护方式的智力活动成果,如数据库、商业模式、地理标志、传统知识、植物新品种、实用艺术品、生物遗传资源;二是新业态、新领域的智力活动成果(亦即新业态新领域创新成果),如众创、众包、众扶、众筹、互联网、大数据、电子商务相关的创新成果。其中,数据库、商业模式、实用艺术品以及新业态、新领域创新成果寻求纳入和加强专利权、著作权和反不正当竞争保护,植物新品种、生物遗传资源寻求纳入和加强专利权和反不正当竞争保护,传统知识寻求纳入和加强著作权和反不正当竞争保护,地理标志寻求纳入和加强商标权和反不正当竞争保护。

当今世界,新一轮科技革命和产业变革加速演进,新技术、新经济、新产业、新业态、新模式层出不穷,知识产权日益成为国家发展的战略性资源和国际竞争力的核心要素;我国正在深入实施知识产权战略、创新驱动发展战略和大数据战略,大力推进大众创业、万众创新和“互联网+”行动,加快建设创新型国家和知识产权强国,贯彻落实创新、协调、绿色、开放、共享五大新的发展理念,这些新形势都要求加强新形态创新成果的知识产权保护,具体包括三个方面:(1)完善新形态创新成果知识产权保护制度,包括但不限于反不正当竞争制度、专利制度、著作权制度、商标制度,知识产权司法审判、行政管理的体制、模式、程序、机制。(2)提升新形态创新成果知识产权保护水平,实行更加严格的知识产权保护,包括但不限于加大知识产权侵权和犯罪惩治力度,提高知识产权侵权损害赔偿上限,增强知识产权司法审判和行政执法能力,健全知识产权快速维权机制和维权援助体系。(3)优化新形态创新成果知识产权保护方式,充分发挥司法保护知识产权的主导作用,包括但不限于完善知识产权案件“三审合一”、跨地区异地审理和知识产权法院的审判工作机制,建立健全专利审查快速通道和商标审查绿色通道,实现知识产权司法保护和行政执法两条途径优势互补、有机衔接。

为了加强新形态创新成果的知识产权保护,国家知识产权局于2017年2月修改《专利审查指南》,通过增加示例、补正文字将商业模式等新形态创新成果纳入专利保护范围。根据我国现行《专利法》第5条和第25条的规定,依赖非法获取或利用的遗传资源而完成的发明创造,以及智力活动的规则和方法、植物新品种,都被明确排除在专利保护的客体范围之外。其中,智力活动的规则和方法包括商业方法(商业模式)、计算机程序。国家知识

产权局作为具有独立行政管理职能的国务院直属机构，在第四次专利法修订中没有对新形态创新成果专利保护问题及时提出并加以解决，而是经局务会审议通过和局长签署命令于2017年2月28日颁布《国家知识产权局关于修改〈专利审查指南〉的决定》，通过在《专利审查指南》有关内容中增加示例、补正文字将商业模式等新形态创新成果纳入专利保护客体范围，这与我国《立法法》第80条第2款关于部门规章在没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令作为依据的情况下不得增加本部门权力的规定似有不符¹。

新形态创新成果的知识产权保护依然面临知识产权维权困难和行政权扩张的问题，知识产权司法保护与行政保护之间的冲突和争议亟待研究解决。根据2014年6月《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查〈中华人民共和国专利法〉实施情况的报告》，知识产权维权存在“时间长、举证难、成本高、赔偿低”、“赢了官司、丢了市场”以及“判决执行不到位”等状况，挫伤了市场主体从事创新和保护知识产权的积极性；知识产权审判队伍和司法能力建设有待进一步加强，知识产权侵权诉讼中确权程序复杂、举证难度较大而赔偿数额难以弥补权利人损失²。在国务院法制办公布的《专利法修订草案送审稿》和国家知识产权局新颁行的《专利行政执法办法》及其配套文件中，知识产权行政机关以解决知识产权保护中所存在的问题为由扩张行政执法权，并建立健全知识产权行政执法程序和规则³；而法院则要求限制知识产权行政执法的职权范

围，加强对知识产权行政执法行为的司法审查和监督，并赋予其直接审查知识产权有效性和变更相应行政决定的司法职权⁴。

二、新形态创新成果知识产权保护的现状和问题

我国现有知识产权保护的客体范围、授权条件、审查程序、先用权限制以及司法审判体制、模式、程序、机制等，尚不足以保护新形态创新成果。

（一）我国现有知识产权保护的客体范围尚未完全涵盖新形态创新成果

由前面的论述可知，新形态创新成果的知识产权保护主要涉及反不正当竞争法、专利法、著作权法和商标法保护的客体范围。

我国现行《反不正当竞争法》颁行于1993年，局限于当时的社会经济技术发展状况，仅列有假冒、虚假宣传、商业诋毁和侵犯商业秘密共四种知识产权不正当竞争行为，没有也不可能列出数据库、商业模式以及众创、众包、众扶、众筹、互联网、大数据、电子商务等相关的新业态新领域创新成果，但可以依据该法第2条规定的诚实信用原则规制新形态创新成果不正当竞争行为。这样做所带来的后果是：一方面最大限度地制止了不正当竞争行为，维护了一方经营者的利益；另一方面以损害结果反推他人行为的不正当性进而予以制止，干扰和破坏了优胜劣汰的市场竞争规律和秩序。

1. 《国家知识产权局关于修改〈专利审查指南〉的决定》，（2017）局令第74号。

2. 陈竺：《全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查〈中华人民共和国专利法〉实施情况的报告》，在第十二届全国人民代表大会常务委员会第九次会议上所作报告，2014年6月23日。

3. 国家知识产权局：《〈中华人民共和国专利法修订草案（送审稿）〉及其说明》，2015年；国家知识产权局：《关于修改〈专利行政执法办法〉的说明》，2015年。

4. 陶凯元：《充分发挥司法保护知识产权的主导作用》，载《求是》2016年第1期，页48-50。

在我国专利权保护的客体范围中,植物新品种、智力活动的规则和方法被排除在外,其中智力活动的规则和方法涵盖新形态创新成果中数据库、商业模式以及众创、众包、众扶、众筹、互联网、大数据、电子商务所涉及的计算机程序⁵。为了以专利保护数据库、商业模式、计算机程序等新形态创新成果,应当修改《专利法》第5条和第25条以及《专利审查指南》有关章节,明确将这些创新成果排除在智力活动的规则和方法之外或者作为其可授予专利的特例或例外,而不能仅仅通过在《专利审查指南》中增加示例、补正文字予以实现。

在我国著作权保护的客体范围中,“杂技艺术作品”、“实用艺术作品”是两种比较特殊的作品。“杂技艺术作品”是我国特有的,但魔术、马戏等杂技更多地属于“技能”和“表演”而非“艺术”和“表达”,由于尚未彻底厘清其与作品的关系,因而没有完全排除其构成作品的可能性。“实用艺术作品”既有“实用”的一面,又有“艺术”的一面,但受到著作权保护的仅为其能够独立构成“艺术表达”的部分,且按照国务院《实施国际著作权条约的规定》第6条规定,可以获得著作权保护的仅限于外国实用艺术作品⁶。

在我国商标权保护的客体范围中,地理标志可以作为证明商标、集体商标注册和使用,但一般不能作为普通商标注册和使用,尤其是在所使用的商品并非来源于所标示地区的情况下,除非善意取得注册和使用,即不产生误认、不构成不正当竞争、不引起混淆、不属于通用名称⁷。

(二) 我国现有知识产权授权条件、审查程序、先用权限制等尚不利于保护新形态创新成果

知识产权授权条件、审查程序、先用权限制主要涉及需要行政授权或注册的专利、商标、植物新品种以及保护条件较高的商业秘密。

首先,关于知识产权申请宽限期。根据我国《专利法》第24条、《专利法实施细则》第30条和《专利审查指南》第1部分第1章第6.3节的规定,我国专利申请不丧失新颖性的宽限期仅为6个月,且只适用于3种特定情形:(1)在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出;(2)在规定的学术会议或者技术会议上首次发表;(3)他人未经申请人同意而泄露其内容。根据我国《植物新品种保护条例》第14条规定,经育种者许可,在中国境内销售植物新品种繁殖材料的给予1年不丧失新颖性的宽限期;在中国境外销售藤本植物、林木、果树和观赏树木品种繁殖材料的给予6年宽限期;销售其他植物品种繁殖材料的给予4年宽限期。

其次,关于知识产权审查程序。根据我国《专利法》第34-35条、第40条的规定,我国对发明专利申请实行初步审查+实质审查制,其中实质审查在常规审查程序的基础上设有提前审查、优先审查、巡回审查三种加快审查程序⁸,但由于这些审查程序各自独立且针对性不强,具体执行也不够规范、有序、灵活,因而实施效果不甚理想。根据我国《商标法》第

5. 参见国家知识产权局:《专利审查指南》,第2部分第1章第4.2节,2010年。

6. 同注释5。

7. 管荣齐:《中国加入TPP的知识产权问题研究》,载《东岳论丛》2014年第2期,页177-182。

8. 国家知识产权局:《发明专利申请提前审查的暂行管理办法》,2012年;国家知识产权局:《发明专利申请优先审查管理办法》,2012年;国家知识产权局:《发明专利实质审查巡回审查管理办法(试行)》,2014年。

16条的规定,涉及地理标志的普通商标注册申请,原则上禁止注册和使用,如果能够举证证明其为善意注册申请,则可以通过多渠道受理、简化手续和流程、加快审查效率的商标注册便利化工作机制⁹,作为在并非来源于所标示地区的商品上所使用的商标获得注册。根据我国《植物新品种保护条例》第27条、第29条的规定,我国对植物新品种申请实行初步审查+实质审查制,其中实质审查模式虽有书面审查、集中测试和现场考察三种,但绝大多数植物新品种申请实质审查采用集中测试即田间种植鉴定模式,由专门测试机构观测申请品种与近似品种在相同生长条件下的特异性、一致性和稳定性¹⁰,一般需要3年左右时间,持续时间较长且缺乏优先审查、加快审查的制度安排。

最后,关于知识产权先用权限制。根据我国《专利法》第69条、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15条、国家知识产权局《专利侵权判定和假冒专利行为认定指南(试行)》第1编第3章第4节的规定,我国专利先用权的实施范围仅限于制造权、使用权、许诺销售权和销售权,而不包括进口权。制造、使用、许诺销售、销售的最大规模是“已有的生产准备可以达到的生产规模”。纵观我国《植物新品种保护条例及其实施细则》、最高人民法院《关于审理侵犯植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》,我国尚没有关于植物新品种先用权的规定,虽然司法实践中出现了相关判例。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第12条规定了商业秘密的先用权,即对自行开发研制的与他人技术秘密相同或相近的技术,享有自行使用或者允许他人使用的权利,但没有像《专

利法》一样限制先用权的范围。

(三)我国现有知识产权司法审判体制、模式、程序等尚不能有效保护新形态创新成果

新形态创新成果知识产权保护应以司法审判为主导,而知识产权司法审判体制、模式、程序等问题,是导致知识产权维权困难、保护效率不高的主要根源。

第一,普通法院知识产权审判庭和专门的知识产权法院、知识产权法庭,在知识产权案件管辖区域和分工上不一致,且没有将新形态创新成果列入集中管辖或专门管辖范围,尤其是现有三家知识产权法院只管辖知识产权民事和行政案件而不管辖刑事案件,跨区域管辖没有迈出实质性步伐。

第二,在知识产权案件审判“三合一”工作推进上不同步,将北京、上海、广州知识产权法院排除在外,将有关专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件等纠纷案件排除在外,造成知识产权民事、行政与刑事交叉案件在管辖机关、证据规则、裁判标准上不统一。

第三,缺乏全国统一的知识产权上诉管辖法院,北京、上海、广州知识产权法院和南京、苏州、武汉、成都知识产权法庭,其一审集中统一管辖的知识产权案件,二审时又由各自所在地的高级法院分别管辖,导致各级各地知识产权案件裁判结果不协调甚至冲突的情况时有发生。

第四,知识产权侵权诉讼程序和无效宣告程序各自分立和复杂冗长,知识产权侵权诉讼案件由地方法院管辖,知识产权无效宣告案件

9. 国家工商行政管理总局:《关于大力推进商标注册便利化改革的意见》,2016年。

10. 农业部植物新品种保护办公室:《品种权审查简介》,网址: <http://www.cnppv.cn/?id=61>, 访问日期:2017年6月22日。

由行政机关管辖,知识产权行政案件指定由北京法院管辖,使得知识产权侵权诉讼案件久拖不决,甚至陷入循环往复。

第五,知识产权无效宣告的行政决定程序与司法审查程序不对应,虽然其本质上都属于平等主体之间的民事争议程序,像行政决定程序采用的是民事诉讼模式,但司法审查程序中采用的是行政诉讼模式,知识产权行政机关恒定为被告,造成知识产权行政机关处境尴尬、疲于应诉。

三、新形态创新成果知识产权保护的经验

关于新形态创新成果的知识产权保护,在知识产权保护的客体范围、授权条件、审查程序、先用权限制以及司法审判体制、模式、程序等方面,美国、日本、欧洲等世界上主要国家和地区的先进经验值得我国学习和借鉴。

(一) 美国新形态创新成果知识产权保护的经验

美国知识产权保护的客体范围是世界上最宽泛的,新形态创新成果大多都包含其中。在美国,任何新的、有用的方法、机器、产品、物质合成及其改进都可以申请获得专利权¹¹,包括在我国不授予专利权的商业方法、植物新品种、计算机程序等。美国是以商标保护地理标志的典型国家,并在符合不产生误导、不构成不正当竞争、不引起混淆、不属于通用名称的条件下,允许葡萄酒或烈性酒以外的非真实

来源地的商品或服务使用有关地理标志¹²。美国版权(著作权)不像专利权、商标权保护的客体范围是世界最大的,只保护“已经固定在有形介质上”的作品¹³,与我国著作权保护的客体范围相比缺少口述作品、杂技艺术作品、传统文学艺术作品。美国反不正当竞争法属于知识产权法,所规制的不正当竞争行为主要有仿冒、虚假宣传、商业诋毁、淡化、窃取他人商业秘密、形象权¹⁴。

美国知识产权行政授权条件、审查程序、先用权限制等比较有利于保护新形态创新成果。美国专利申请的宽限期为申请日之前1年,无论发明人、共同发明人或者直接或间接从发明人或共同发明人处获得其主题的其他人以何种形式公开;专利实质审查在常规程序之外设有加快程序,自申请日起12个月内完成;专利先用权的期限为专利申请日或公开日之前1年,主体包括自己或许可他人商业性使用专利的自然人以及与其具有控制或被控制关系、一般关联关系的组织,客体主要是商业性使用行为(包括与国内商业性使用有关的行为以及独立的销售或转让行为)。美国对于无性繁殖的植物新品种提供专利权保护,其申请专利的宽限期亦为自申请日起1年;对于有性繁殖和其他植物新品种提供品种权保护,其宽限期同《保护植物新品种国际公约》的规定,即国内销售的宽限期1年,国外销售的宽限期4年,销售木本植物新品种的宽限期6年;对于有性繁殖和其他植物新品种的品种权申请,主要进行书面审查¹⁵,审查时间平均仅需27个月;植物新品种先用权的期限为植物新品种申请日之前1年,主体包括开发和生产植物新品种的任何人

11. United States Code Title 35 – Patents. Article 101. 2015.

12. 37 C.F.R. Part 2 – Rules of Practice in Trademark Cases. § 2.52. 2017.

13. Copyright Law of the United States. Article 102. 2016.

14. 李明德:《关于反不正当竞争法修订的几点思考》,载《知识产权》2015年第10期,页35-44。

15. Regulations and rules of practice: part 97 – plant variety protection. § 97.5-10, § 97.100. 2013.

及其利益继承者,客体包括植物新品种的繁殖和销售。

美国知识产权保护方式较能有效保护新形态创新成果。在美国,司法审判是保护知识产权的主要方式,并且发展出了长臂管辖制度,建立了“最低联系标准”和“不方便法院原则”。所谓“最低联系标准”,是指国际民商事案件的被告虽非本国公民或法人,但与本国存在某种“最低联系”,而且原告所提权利要求与这种联系有关,则本国法院可以在不违背公平正义观念的情况下行使管辖权¹⁶。所谓“不方便法院原则”,是指本国法院按照本国法律或国际条约已经受理的国际民事纠纷案件,如果外国法院对该案也有管辖权且其审理在取证、出庭、送达、保全、执行等方面更加方便,则本国法院可以依职权或当事人申请裁定拒绝审理该案¹⁷。

(二) 欧洲新形态创新成果知识产权保护的经验

欧洲知识产权保护的客体范围总体上比美国小,但已涵盖很多新形态创新成果。《欧洲专利公约》虽然排除了商业方法、计算机程序、动植物品种及其生物学生产方法的可专利性,但将包含商业方法、计算机程序的技术方案,动植物的非生物学生产方法纳入专利客体范围¹⁸。欧洲主要以专门法保护地理标志,虽然允许包含地理标志的商标注册和使用,但根据欧洲理事会《1151/2012号条例》,该商标不得与在先注册的地理标志相冲突,也不得限制所包含地理标志的在后注册和使用。欧洲版权(著作权)保护的客体范围比美国要广一些,

不要求所保护的作品固定在介质上,因而口述文字、数据库都包括在内¹⁹,但与我国相比缺少杂技艺术作品、传统文学艺术作品。除德国以外,欧洲各国的反不正当竞争法都属于知识产权法,像英国《仿冒法》所规制的行为主要是仿冒、商业诋毁、虚假宣传和侵犯商业秘密,而德国反不正当竞争法的保护客体还包括智力活动成果和消费者利益。

欧洲知识产权行政授权条件、审查程序、先用权限制等比较有利于保护新形态创新成果。在欧洲,申请专利的宽限期为实际申请日以前6个月,且限于两种公开的情形:一是明显滥用与申请人或其在先权利人之间关系导致的公开;二是在国际展览会公约所规定的官方或官方承认的国际展览会上展出其发明。欧洲专利局近年来启动了一系列专利申请加快审查程序,包括加快处理(PACE)程序、放弃答复修改(Waiver)程序和专利审查高速路(PPH)等;2016年《欧洲专利公约》关于专利权的限制,没有规定专利先用权。欧洲对植物新品种给予专门法保护,申请宽限期遵从《保护植物新品种国际公约》规定;对申请注册的植物新品种的审查包括初步审查和实质审查,其中初步审查针对申请注册的植物新品种是否完整、合格以及是否具有新颖性,实质审查主要针对特异性、一致性和稳定性;欧盟委员会2008年《植物品种权条例》关于植物新品种的限制,没有规定植物新品种的先用权。

欧洲知识产权保护方式与美国相似又有不同,较能有效保护新形态创新成果。在英国,建有知识产权专门法院,作为高等法院大法官法庭的一部分;知识产权行政机关可以就知识产权侵权认定、损害赔偿及有关费用等做出决

16. International Shoe Company v. State of Washington, 326 U.S. 310 (1945).

17. Gulf Oil Corp v. Gilbert, 330 US 501, 508 (1947).

18. European Patent Convention. Article 52, 53. 2016.

19. European copyright code. Article 1.1. 2010.

定,但前提是当事人约定同意由知识产权行政机关处理相互间的知识产权侵权纠纷。在法国,通常将知识产权侵权和有效性审查并入同一诉讼,法院在认定侵权之前,首先确定知识产权有效性。在德国,知识产权无效诉讼由联邦直属法院一审,最高法院二审;知识产权侵权诉讼由地方法院一审,上一级地方法院二审,最高法院三审。

(三) 日本新形态创新成果知识产权保护的体验

日本知识产权保护的客体范围与欧洲大体相同,已涵盖很多新形态创新成果。日本专利审查指南虽然明确排除了商业方法、计算机程序、医疗方法的可专利性,但没有排除动植物品种尤其是动植物品种的技术创新(如转基因技术),且将包含商业方法、计算机程序的技术方案和生物医疗技术发明纳入专利客体范围²⁰。日本像美国一样主要以商标保护地理标志,但所注册的区域集体商标不受商品或服务的通用名称和真实来源地的限制。日本著作权保护的客体范围与美国基本相同,与欧洲相比缺少口述作品,与我国相比缺少口述作品、杂技艺术作品和传统文学艺术作品,但增加了数据库²¹。日本《不正当竞争防止法》也是一部知识产权法,规制的不正当竞争行为主要有仿冒、淡化、依样模仿、窃取他人商业秘密、虚假宣传、商业诋毁²²。

日本知识产权行政授权条件、审查程序、先用权限制等有利于保护新形态创新成果。在日本,申请专利的宽限期为实际申请日以前6个月,涵盖几乎所有可能的公开方式;政府每

年发布《知识财产推进计划》,并专门成立“加快审查推进本部”,细化和推进知识产权尤其是专利审查活动计划,具体措施包括优先审查、加快审查、特快审查,审查周期由原来2-2.5年缩短到平均6个月;根据《日本专利法》第79条的规定,因不知有关发明专利申请内容而自己发明者或从发明人处得知后成为已有者,在其实施或准备实施其发明的范围内有权继续实施。日本对植物新品种给予专门法保护,申请宽限期遵从《保护植物新品种国际公约》规定;植物新品种申请的实质审查主要有现场调查和栽培试验两种方式,其中现场调查由农林水产大臣邀请有关行政机关、学校或其他适当人员实施,栽培试验由独立行政法人——国家种苗管理中心实施,但试验项目、方法和其他有关事项遵照农林水产省的规定和命令;根据日本2007年《植物品种保护与种子法》第27条的规定,当某植物新品种注册登记后,与该植物新品种相同或相近的在先育种者,对该植物新品种享有非独占使用权。

日本知识产权保护方式兼采美国和欧洲之长,较能有效保护新形态创新成果。司法审判是国内保护知识产权的唯一方式,对外主要通过行政执法保护知识产权。日本知识产权司法审判与美国、欧洲不同的是,侵权诉讼和有效性审查是分开裁决的,侵权诉讼通常是向地方裁判所提出,而有效性审查在特许厅的复审部门进行,对特许厅复审部门做出的有效性决定不服的,可以上诉至东京高等裁判所。这与我们现行的知识产权司法审判类似,所不同的是日本特许厅复审部门为准司法机关性质,其有效性决定相当于一审裁判,与我国相比节省了一级司法审判程序。

20. 日本特许厅:《特许·实用新案审查基准》,第III部第1章,2015年。

21. 《日本著作权法》第10条、第12条之二,2014年。

22. 李明德:《关于反不正当竞争法修订的几点思考》,载《知识产权》2015年第10期,页35-44。

四、新形态创新成果知识产权保护的完善建议

针对国内外新形势关于加强新形态创新成果知识产权保护的新要求,以及我国知识产权保护的客体范围、授权条件、审查程序、先用权限制以及司法审判体制、模式、程序等方面存在的不足,建议在学习和借鉴美日欧等国家和地区先进做法的基础上,以知识产权充分保护新形态创新成果,建立健全新形态创新成果知识产权优先保护机制,由知识产权法院(庭)集中管辖新形态创新成果案件。

(一) 以知识产权充分保护新形态创新成果

以反不正当竞争权充分保护数据库、商业模式、地理标志、传统知识、植物新品种、实用艺术品、生物遗传资源以及与众创、众包、众扶、众筹、互联网、大数据、电子商务相关的新业态新领域创新成果。我国正在修订的《反不正当竞争法》,应当在坚持知识产权一般法基本定位的前提下,一方面将数据库、商业模式、地理标志、传统知识、植物新品种、实用艺术品、生物遗传资源,以及众创、众包、众扶、众筹、互联网、大数据、电子商务等相关的新业态新领域创新成果,明确纳入《反不正当竞争法》保护范围;另一方面,将诚实信用原则条款的适用限定于新形态创新成果的不正当竞争行为,将其最终解释权交由最高人民法院,而国务院有关部门可以就此提出相应意见。

以专利权充分保护数据库、商业模式、植物新品种、实用艺术品、生物遗传资源以及新业态新领域创新成果。学习和借鉴美国、欧洲

和日本的相关做法,向数据库、商业模式、植物新品种、生物遗传资源、实用艺术品外观设计以及新业态新领域创新成果开放专利大门。对于以上这些新形态创新成果而言,获得专利保护的另一大障碍是专利实质条件中的创造性。鉴于新形态创新成果的原生性、原创性和属于新业态、新领域,因而其与所属领域现有技术和相对滞后的公知常识相比,对普通技术人员来说必然是非显而易见的,并能够产生有益和预料不到的技术效果,从而具有突出的实质性特点和显著的进步即专利创造性。这是新形态创新成果自身特点决定的,应当参考或者按照开拓性和高新技术领域发明专利创造性的判断方式²³,只要认定属于新形态创新成果,就应当免除对其专利创造性的审查。

以著作权充分保护数据库、商业模式、传统知识、实用艺术品以及新业态新领域创新成果。一项新形态创新成果能否获得著作权的保护,其最大障碍在于是否具有作品的独创性。鉴于新形态创新成果的原生性、原创性和属于新业态、新领域,在一件涉及新形态创新成果的著作权侵权纠纷案件中,只要权利人能够证明该新形态创新成果是其独立创作完成的,其是否具有区别于其他作品的特异性或差异性,就应当由侵权人来举证证明。

以商标权充分保护地理标志。世界上多数国家不允许在非真实来源地的商品或服务上使用地理标志注册作为普通商标,其主要原因是担心造成商品或服务来源上的混淆。为了排除对商品或服务来源混淆的担心,除允许真实来源地的商品或服务使用的地理标志注册为证明商标、集体商标和普通商标以外,只允许非真实来源地的商品或服务善意申请注册和使用地理标志作为证明商标、集体商标和普通商标,即举证证明其不产生误认、不构成不正当竞争、

23. 管荣齐:《发明专利的创造性》,北京:知识产权出版社2012年版,页212-217。

不引起混淆、不属于通用名称。

（二）建立健全新形态创新成果知识产权优先保护机制

完善或实行新形态创新成果知识产权审查加快程序。对于新形态创新成果专利申请，采用全流程会晤审查方式，原则上不再发出审查意见通知书，通过会晤研究解决有关问题；在合议制基础上建立小组审查模式，并将文献检索与审查意见分离，效率优先、兼顾公正；实行批量集中审查，建立“新形态创新成果申请人”检索栏，改进提案规则、提出途径、执行方式等²⁴。对于涉及地理标志的商标注册申请，视同一般商标注册申请而实行多渠道受理、简化手续和流程、加快审查效率，至于是否构成误导公众而不应予以注册和使用，则留待商标注册以后的无效宣告程序中处理。对于植物新品种申请，借鉴美国做法，一般不进行持续时间较长的集中测试，而主要实行审批速度较快的书面审查，要求申请者向审批机关提供有关植物新品种新颖性、特异性、一致性和稳定性的数据和文件。

延长和拓宽新形态创新成果知识产权授权或注册申请的宽限期。世界知识产权组织 2001 年《实体专利法条约》建议所有成员国均采用 12 个月的专利申请宽限期，日本 2011 年专利法取消了对专利申请宽限期公开类型的限制，美国 2013 年《发明法案》将专利申请宽限期的起算点前推至外国优先权日，我国出于法律连续性和稳健性考虑，首先将新形态创新成果专利申请的宽限期由 6 个月延长至 12 个月，并不再限定公开的方式和范围。对植物新品种提供专利权和品种权立体交叉的法律保护，已经成为世界上多数国家和地区的一致共识和努

力方向，我国首先将植物新品种本身及其生物学生产方法纳入可专利的客体范围，这一点需要与延长和拓宽新形态创新成果专利申请的宽限期同步。

增设或调整新形态创新成果知识产权先用权实施范围。我国《专利法》没有规定先用权实施期限，为了避免先用权人怠于行使权利而搭便车获取不当利益，应当借鉴美国做法将专利先用权实施限定为专利申请日或公开日之前 1 年，同时对新形态创新成果的专利先用权实行为作出 1 年限制的例外规定。基于我国目前植物新品种没有规定先用权的现实，为了限制其他先用权人对植物新品种的实行为（植物新品种申请获得了授权），或者保证植物新品种的先用权实施范围（他人抢先申请获得了授权），应当对植物新品种增设先用权。在对普通商业秘密增加创造性要求的同时，将其先用权实施范围限制于销售、进口等商业利用，但对新业态新领域商业秘密做例外处理。

（三）由知识产权法院（庭）集中管辖新形态创新成果案件

新形态创新成果案件不但涉及专利、商标、著作权和不正当竞争，而且专业性、复杂性更高且指导性案例缺乏，应当将之类同有关专利、技术秘密、计算机软件、植物新品种、集成电路布图设计等专业技术性较强的案件，由北京、上海、广州知识产权法院或南京、苏州、武汉、成都知识产权法庭在指定行政区域以内实行集中管辖，在指定行政区域以外实行长臂管辖。其中，长臂管辖旨在打破现有行政区域限制，将新形态创新成果案件最大可能地交由知识产权法院（庭）审理。

在包括知识产权法院（庭）在内的全国四

24. 陈亚英、李娟等：《国家科技重大专项发明专利审查模式研究》，选自《专利审查模式研究 2011》，北京：知识产权出版社 2012 年版，页 38-51。

级法院推行知识产权审判“三合一”模式，全面涵盖包括新形态创新成果案件在内的所有知识产权案件，统一知识产权民事、行政、刑事案件的司法管辖、证据规则和审判标准，在全面提升知识产权司法审判专业性的基础上，充分发挥知识产权民事、行政、刑事审判的整体保护效能。

建立全国统一的知识产权上诉管辖法院，按照四级两审、交错并行、均衡分布、两区分离的纵横架构²⁵，形成由覆盖全国的10-12家中级法院（庭）和国家层面统一的高级法院组成的知识产权专门法院体系，实现包括新形

态创新成果案件在内的全部知识产权案件司法管辖、审判标准和裁判结果的协调一致。

为了最大限度地提高新形态创新成果知识产权司法保护效率，赋予知识产权法院（庭）直接审查新形态创新成果知识产权有效性、变更新形态创新成果知识产权无效宣告行政决定的司法职权，同时将新形态创新成果知识产权无效宣告行政决定视为一审判决，对新形态创新成果知识产权无效宣告行政决定不服的，直接向北京市高级人民法院或者将来设立的国家层面统一的知识产权高级法院提起诉讼并实行一审终审。

25. 徐俊：《论我国知识产权法院的规划设计》，载《科技与法律》2015年第1期，页40-61。