

深圳先行示范区新政——科技与知识产权篇(上)

作者：杨迅 | 杨坚琪 | 吴晓雨

近日，中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《深圳建设中国特色社会主义先行示范区综合改革试点实施方案(2020—2025 年)》(“《试点方案》”)。《试点方案》为建设深圳先行示范区、推动改革开放再出发提出了八部分、共 27 项目标任务要求。其中，在鼓励技术进步和保护知识产权方面，《试点方案》提出了：打造保护知识产权标杆城市，加快完善技术成果转化相关制度，以及深化科技领域对外开放等方面的要求。为深圳的进一步经济发展和技术繁荣带来契机。

本文主要展望《试点方案》下，深圳市在确立数字知识产权权益和保护知识产权方面的举措。

《试点方案》：

(十一)打造保护知识产权标杆城市。开展新型知识产权法律保护试点，完善互联网信息等数字知识产权财产权益保护制度，探索建立健全证据披露、证据妨碍排除和优势证据规则，建立知识产权侵权惩罚性赔偿制度。探索在部分知识产权案件中实行举证责任转移制度。实施知识产权领域以信用为基础的分级分类监管。

背景

深圳是一座新兴的城市、发展的城市、科技的城市。从国内看，深圳国际专利申请数量连续 16 年居全国各城市首位；从国际竞争看，深圳南山区粤海街道被谑称一个和美国对抗的街道。而深圳对技术发展、知识产权的重视，根植于其创新的文化，也与深圳保护知识产权和创新的政策息息相关。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

从 2008 年《加强自主创新》33 条政策措施, 到 2016 年“一揽子”政策 235 条措施, 深圳市在鼓励科技创新方面一马当先。2019 年 11 月, 中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于强化知识产权保护的意见》, 要求“鼓励条件成熟的地区先行先试, 率先建设知识产权保护试点示范区, 形成若干保护高地”。在此背景下, 深圳先行探索、率先示范, 在知识产权创造、保护、运用、管理和服务等各项工作上都取得显著成果: 深圳知识产权创造数量及质量在全国排名前列, 知识产权保护机制完善, 并且具有高水平的知识产权管理和服务能力。根据今年 7 月修正的《深圳经济特区知识产权保护条例》(“《深圳知识产权保护条例》”), 深圳前海蛇口片区和深港科技创新合作区, 可以在创新工作机制、纠纷处理、涉外维权、综合执法等方面先行先试, 充分发挥示范引领和辐射带动作用。

在此基础上, 《试点方案》进一步提出, 拟将深圳打造成为知识产权标杆城市: 开展新型知识产权法律保护试点, 完善互联网信息等数字知识产权财产权益保护制度, 探索建立健全证据披露、证据妨碍排除和优势证据规则, 建立知识产权侵权惩罚性赔偿制度。探索在部分知识产权案件中实行举证责任转移制度。实施知识产权领域以信用为基础的分级分类监管。

数据财产权益的确认

我国司法实践已经开始对信息进行知识产权财产权益保护的探索, 但《试点方案》首次提出确认数据等数字化信息的财产属性, 是对现有财产制度的突破。

长期以来, “数据产权”被法律界认为是规范“数字经济”法律体系的重要支点。早在 2004 年, 中共中央办公厅、国务院办公厅发布了《关于加强信息资源开发利用工作的若干意见》, 提出“信息资源作为生产要素、无形资产和社会财富, 与能源、材料资源同等重要, 在经济社会资源结构中具有不可替代的地位”, 这表明中国政府很早就将“信息资源”, 以及随后衍生的“数据资源”, 视为有价值的资产, 并愿意加以规划和使用。2020 年的《中共中央国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》同样也提出“建立健全数据产权交易和行业自律机制”的要求。但是这些政策都没能回应一个核心问题, 什么是“数据产权”?

必须要承认的是, “数据产权”并不是现有法律认可的财产权。2017 年生效的《中华人民共和国民法总则》(“《民法总则》”)第一百二十七条规定, “法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的, 依照其规定”。今年 5 月发布的《中华人民共和国民法典》(“《民法典》”)亦有相同规定。《民法总则》和《民法典》都没有认定“数据产权”的权利, 但又开放性地认可了保护数据权益的可能性, 为后续立法和司法预留和创设了空间。

目前, 我国司法实践使用“反不正当竞争法”的原则, 认定数据的财产性权益。比如, 在淘宝诉美景案¹中, 法院认为, 涉案“生意参谋”数据产品中的数据内容虽然来源于原始用户信息数据, 但经过淘宝公司的深度开发已不同于普通的网络数据, 而已经成为网络大数据产品, 可以为运营者所实际控制和使用, 能为网络运营者带来相应的经济利益; 且“生意参谋”数据产品中的数据内容系淘宝公司付出了人力、物力、财

¹ 浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙 01 民终 7312 号民事判决书。

力, 经过长期经营积累而形成, 其系淘宝公司的劳动成果, 所带来的权益应当归淘宝公司所享有。类似地, “酷米客”诉“车来了”案²中, 深圳中院认为, 公共交通工具的实时运行路线、运行时间等信息虽系客观事实, 但当此类信息经过人工收集、分析、编辑、整合, 并配合 GPS 精确定位, 作为公交信息查询软件的后台数据后, 此类信息便具有了实用性并能够为权利人带来现实、潜在或将来的经济利益, 已经具备无形财产的属性, 不再属于公共信息; 原告深圳谷米公司对相关信息数据享有占有、使用、收益及处分的财产性权益。而在微信数据权益不正当竞争案³中, 法院认为, 微信产品数据资源系腾讯投入大量人力、物力, 经过长期经营积累聚集而成的, 能够给腾讯带来商业利益与竞争优势, 腾讯对于微信产品数据资源应当享有竞争权益。可见, 我国目前司法体系并不把数据作为一项单独的财产, 而是对不正当、“搭便车”形式的攫取数据的行为, 通过《反不正当竞争法》予以制止。

而深圳在数据保护方面似乎走的更远。今年 7 月公开的《深圳经济特区数据条例(征求意见稿)》突破性地提出了“数据权”的概念。其中, 第四条规定“自然人、法人和非法人组织依据法律、法规和本条例的规定享有数据权”, 同时规定: 自然人对其个人数据依法享有数据权; 公共数据属于新型国有资产, 其数据权归国家所有, 由深圳市政府代为行使数据权; 数据要素市场主体对其合法收集的数据和自身生成的数据享有数据权。“数据权”的法律属性是知识产权或其他财产权, 并不明确。

可以预见, 在《试点方案》指引下, 深圳市将在探索数据权益的边界和内涵, 乃至法律属性确定方面更加进取, 为建立数据流通和交易机制打下基础。

知识产权侵权案件的举证妨碍制度

知识产权侵权案件举证难, 是困扰知识产权维权的难题。《试点方案》要求“探索建立健全证据披露、证据妨碍排除和优势证据规则”(“**举证妨碍制度**”)则有望解决这一难题。

根据“举证妨碍制度”, 权利人在提出表面证据的情况下, 可以申请法院要求对方提供证据; 如果对方拒不提供的, 可以推定权利人要求对方提供的证据所指向的事实成立, 法院可以根据表面占优的证据裁判。也就是说, 如果权利人对于其主张的事实不能举证, 但能够证明对方拥有该份证据, 而对方拒不提供的, 仍然可以裁定该主张成立, 从而突破“谁主张, 谁举证”的举证原则。

在诉讼法层面, 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定(2019 修正)》(“《**民事证据规定**》”)明确规定了证据披露规则和拒不披露的后果: “一方当事人控制证据无正当理由拒不提交, 对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的, 人民法院可以认定该主张成立。”知识产权专门领域的法规中亦散见关于证据披露和举证妨碍制度的规定。《中华人民共和国商标法》(“《**商标法**》”)第六十三条第二款规定, “人民法院为确定赔偿数额, 在权利人已经尽力举证, 而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下, 可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料; 侵权人不提供或者提供虚

² 广东省深圳市中级人民法院(2017)粤 03 民初 822 号民事判决书。

³ 信息来源: 中国法院网 <https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/06/id/5264431.shtml>, 访问时间: 2020 年 10 月 18 日。

假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。”今年修订的《中华人民共和国专利法》也有类似规定。

值得注意的是，商标法和专利法下的举证妨碍制度仅限于账簿、资料，而不包括其他形式的证据，证明对象限于赔偿数额，而不包括侵权成立等内容，其主要目的是解决证明侵权之后，无法认定赔偿金额的问题。因而，其并不适用于对侵权事实的认定，尤其是对于生产工艺等非公开使用的技术的查证。

今年7月颁布的《深圳知识产权保护条例》秉承《民事证据规定》的基本原则，扩大了举证妨碍制度在证据类型和举证目的方面的适用。根据《深圳知识产权保护条例》第三十四条，“人民法院审理知识产权民事案件，主张权利的一方已经尽力举证，且提供了另一方持有相关证据的初步证据时，人民法院可以责令另一方提供其所掌握的相关证据；另一方无正当理由拒不提供或者提供虚假证据的，人民法院可以推定主张权利的一方关于该证据的主张成立”。因此，可以想见，在生产工艺侵权的争议中，如果权利人在尽力举证的情况下(比如提供最终产品的分析，表明使用专利工艺的可能性)，法院可以要求另一方提供其生产工艺的证明，该另一方拒不披露的，法院可以认定权利人的主张成立。这就大大减轻了权利人的举证负担。

知识产权侵权的惩罚性赔偿

知识产权侵权损害赔偿过低一直是困扰我国知识产权保护的难题。《试点方案》要求建立知识产权侵权惩罚性赔偿制度，从而，增加知识产权侵权的成本和风险，达到保护权利人的目的。

近年来，我国已经逐步通过立法在知识产权领域确立了惩罚性赔偿制度。总体而言，根据《民法典》第一千一百八十五条规定，故意侵害他人知识产权，情节严重的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。具体地，《商标法》第六十三条，《反不正当竞争法》第十七条，关于修改《中华人民共和国专利法》的决定第二十三条和《中华人民共和国著作权法修正案(草案)(二次审议稿)》第三十一条分别规定了一倍以上五倍以下的惩罚性赔偿。

《深圳知识产权保护条例》在依照国家法律规定的幅度确定惩罚性赔偿数额的基础上，结合深圳实际，规定了六种从重确定惩罚性赔偿数额的侵权情形，具体包括：

- (1) 与权利人之间的代理、许可关系终止后未经权利人同意继续实施代理、许可行为构成侵权并给权利人造成重大损失；
- (2) 拒不履行人民法院行为保全裁定继续实施相关侵权行为；
- (3) 在人民法院作出认定侵权行为成立的裁决后再次实施相同侵权行为；
- (4) 拒不执行禁令，导致权利人损失扩大；
- (5) 在行政机关作出认定侵权行为成立的行政处理决定后再次实施相同侵权行为；
- (6) 其他需要从重确定惩罚性赔偿数额的情形。

在《试点方案》的指引下，深圳将在司法实践中更加灵活和有效地利用惩罚性赔偿制度，阻遏知识产权侵权行为，保护知识产权权利人的创造性劳动。

知识产权领域信用分级制度

《试点方案》要求建立和实施知识产权领域以信用为基础的分级分类监管制度。也就是说，要将知识产权的保护水平和企业信用挂钩，而企业信用又与企业商业经济活动中的资格息息相关。

2019 年《关于强化知识产权保护的意见》第三条提出了在知识产权案件执行中“实施市场主体信用分类监管”。同年，国务院办公厅发布《关于加快推进社会信用体系建设 构建以信用为基础的新型监管机制的指导意见》，要求以公共信用综合评价结果、行业信用评价结果等为依据，对监管对象进行分级分类，根据信用等级高低采取差异化的监管措施。在此背景下，2020 年 6 月，国家知识产权局发布通知开展以信用为基础的分级分类监管试点申报工作，同年 8 月，确定了包括广东省在内的 12 个地方知识产权局开展知识产权领域以信用为基础的分级分类监管工作试点。

深圳已经初步具备实施知识产权领域以信用为基础的分级分类监管的基础。具体而言，深圳正在建立健全知识产权信用评价、诚信公示和失信联合惩戒机制，将自然人、法人和非法人组织的知识产权失信违法信息纳入公共信用信息系统，并且根据其知识产权失信违法严重程度，确定重点监管名单。此外，2019 年，深圳全市 32 部门联合签署《深圳市关于对知识产权(专利)领域严重失信主体开展联合惩戒的合作备忘录》，明确严重失信行为界定和联合惩戒措施，建立“一处失信、处处受限”的信用惩戒机制。根据《深圳知识产权保护条例》和前述合作备忘录的规定，失信主体可能面临包括不得承接政府投资项目、参加政府采购和招标投标、申请政府相关扶持资金和表彰奖励等惩戒措施。

《试点方案》要求实施知识产权领域以信用为基础的分级分类监管，将更加完善企业知识产权保护和企业信用之间的连接，对于不同企业将产生不同影响。对于存在知识产权司法裁判和行政处罚等知识产权失信行为的企业而言，监管部门可能将其作为重点监管对象，加大日常监管力度，提高抽查比例和频次，其监管压力将明显增大；但对于依法守信的企业而言，监管部门可能合理降低抽查比例和频次，其监管成本将大幅下降。这就鼓励了企业切实尊重知识产权、保护知识产权、防范知识产权侵权风险。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



杨 迅
+86 21 3135 8799
xun.yang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16/19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2020