

# 浅谈专利权的“消极”排他性

刘浩哲

南京理工大学知识产权学院 江苏南京 210094

**摘要：**创造性即与现有技术相比，具有实质性特点和进步，这是授予专利权的实质性要件之一。该要求表明多数情况下，专利的申请是基于现有技术之上的，而且未进入公共领域的现有技术可能落入他人专利权（源专利权）保护的范畴。此种情形下的专利申请即使获得了授权，专利权人也不得完全独立实施，否则势必会造成侵权。据此对专利权属性的认识——专属性或独占性便显得不再恰当，而“消极”的排他性可以更加准确的描述这一性质。而该性质可能是专利蟑螂产生与发展的一个重要因素。

**关键词：**专利权；“消极”排他性；源专利；禁止专利滥用原则

## 引言：

专利权人仅对自己智力活动的成果——实质性特点和进步部分享有完全的排他性权利（目前又称专属性、独占性等），这并不应包含其基于的现有技术（源专利权和公共领域的智力成果）部分的相关权利。<sup>[1]</sup>在专利领域内，仅仅加以注解是不能排斥侵权认定的，因为专利权更多作为商业活动的根基，直接与经济利益挂钩，就该点来说理应区别于版权。

## 一、专利权的“消极”排他性

现今的专利更多是一种交换，国家或者管理者在一定时间内或时限内，要“发明人公布”作为交换条件，获取排他性的使用权。该内容所述的专利权表现出了两重点，排他性的特征和他人可以在其专利基础上进行智力再创作并获得新的专利权。然而什么程度的智力再创作可以被授予专利权呢？我国专利法给出了明确的回答——具有实质性特点和进步。这种回答也就意味着新专利权的是建立在已有基础之上的，换言之是站在“巨人”的肩膀之上的成果，当然“巨人”可以是源专利或者公共领域的智力成果。不难想到他人之源专利权同样也是建立在另一个人的源专利之上。那么问题出现了——专利权人如何才能“毫无顾忌”的独立使用其专利权呢？一种情形，绝对的原创，即从无到有的创造。另一种情形，已经明确了专利权人只对自己的智力创作部分享有绝对的权利，因此在要生产完整产品之时必须征求源专利权的人的同意，否则将必定会造成侵权，当然源专利权已经被释放到了公共领域除外。总之，专利

权具有的是一种“消极”的排他性，正如1911年的美国所言：“专利不是授予制造、使用或销售的权利。它不直接或间接暗示任何此类权利。它只授予排斥他人的权利”<sup>[2]</sup>，即在多数情况下专利权人是不具有完全独立的合法空间来实施专利技术方案所描述的所有行为以生产出一种实在的产品。

## 二、专利权的消极排他性质限制了其转化率

曾莉教授曾对高校专利转化率低的现状进行调研和分析，还得出了结论：“缺乏专利意识、科研管理制度不健全等导致了专利转化率偏低”。<sup>[3]</sup>诚然，这些也是专利转化率低下的一部分原因，但绝对不是决定性因素。当我们明确了专利权的“消极”排他性之后，应试问科研成果有多少是从无到有的创造抑或是在“巨人”的肩膀上？我想后者应该占了绝大多数。当“巨人”肩膀上的科研成果被授予专利权的时候，高校有完全的专有权或者独占权吗？根据上面的论述，答案显然是没有的。盲目成果转化的高校或教授，不免要首当其冲，面对侵权责任。专利权的“消极”排他性注定了不以实用为首要目的。

根据专利权的性质，属于情理之中情形出现了。1993年出现了一种新型专利持有主体——专利蟑螂（Patent troll）。2011年，美国又有学者提出了专利主张实体（PAE, Patent Assertion Entity）这一概念来描述专利蟑螂，显然这样的描述显得更加文明且客观准确。由学者指出该类主体多通过发起专利诉讼行为进行盈利，除此之外还有出售专利或进行专利许可等方式，最重要的是其获取专利的目的并不在于实施其专利以进行生产、制造或者销售相关产品的行为。<sup>[4]</sup>还认为因为专利主张实体的出现，引发了专利诉讼数量和达成专利许可的金额每年增加。<sup>[5]</sup>这些在现实中都有发生，且不乏少数人

**作者简介：**刘浩哲（1993.4.16-），男，汉族，籍贯：河北省石家庄赵县东浩村，在读南京理工大学法学硕士知识产权法学方向。

将专利主张实体出现的原因都归咎于为了获利。诚然获利是一个具有非常强大吸引力的动机，但并不能因此而忽略专利制度的影响因素。一旦理解了专利权的“消极”排他性，制度因素的影响便不言自明了。专利权人虽享有排除他人使用的法定权利，但奈何自己又不可独立实施，因为绝对从无到有的原创性专利数量是极其有限的。因此在未获利之前，自己想要实施专利时，就要先向源专利权人（可能存在多个）申请许可并支付费用，有时候这些人并不是那么轻松就可以寻到，而且不要忘了商业是有风险的。但不一样的是，当他人专利权是基于自己专利的改造，那么他一旦使用了并进行广告，源专利权人便可以轻松得知，同时只需一张诉状或一封律师函，便可以轻松实现“维权获利”。总之，专利权的该属性实际上注定了专利主张实体的出现和发展。我们不可盲目打压，反而应当加大对该类主体的研究以期完善制度理论甚至提出新的解决方案，不仅要考虑公共利益，还照顾私人的合法利益。

### 三、禁止专利权滥用原则的建构

古罗马法规则有这样一条，“任何人不得恶用自己的财产，是国家利益之所在”<sup>[6]</sup>，这也被徐国栋教授认为是最早的禁止权力滥用规则<sup>[7]</sup>，而且我国也确认了该规则。毋庸置疑的是专利权是个私权。在这个领域之中，民法上的禁止权利滥用原则是否存在适用空间呢？换言之，规制专利权领域中出现的垄断行为或滥用行为时，是否等同于在适用禁止权利滥用原则呢？学界表达出了两种极端的态度：“一种是“专利权滥用”的概念本身被“滥用”了；另一种认为大多数专利权类型不存在滥用的可能性。”<sup>[8]</sup>我国专利权使用是否能够上滥用情形，各界尚未形成一个统一明确的认识。因为直到2016年，才发生第一件由专利主张实体提起的诉讼，Canadian PIPCO分公司Wi-lan在中国对SONY提出了专利权侵权诉讼。<sup>[9]</sup>而在地球的另一边的美国，2012年，NPE类公司发起的专利诉讼案件数量达到了2921件，占到了当年全部专利侵权诉讼案件的62%，而且2011年NPE类公司涉及的专利纠纷总额高达290亿美元<sup>[10]</sup>。这不啻让人唏嘘，这完全相当于“一年损失了个如此规模巨大的企业”，同时伤害经济的后果也是难以预料的。

早些年美国政府问责局就专利主张实体产生的原因以及组织运营的特点等方面进行入手调查，2018年左右后斯坦福大学法学院、美国知识产权法协会与联合专利组织等多家研究机构针也积极行动了起来。<sup>[11]</sup>我们国内普遍认为诉讼型实体是最主要的类型，其主要运营模式是通过进行专利诉讼行为<sup>[12]</sup>。吕磊学者提出了他的观点：

“主张实体在不断演进，其中许可型实体也应当作为一种主要类型，其运作模式主要是通过实施达成专利许可行为。”<sup>[13]</sup>上文论述了专利权人排除他人使用较自己的实施的风险收益比最小，因此“想方设法”寻找侵权者，并尽可能与之达成授权许可可以获得收益，甚至发起诉讼以寻求侵权赔偿救济的行为时合理的，不能因此认定为“蟑螂”行为。换言之，谁又有权强求专利权人冒着巨大侵权风险去实施其专利呢？

但是万事有个度，权利使用更是如此。诚然正如黄铭杰教授所言，“权利不得滥用，实系一般法律基本原则，不论是为一般财产权，抑或是公平交易法所示之专利权等智慧财产权，一旦有滥用情事，即丧失其原有保护法规之屏障，成为其它法令的规制对象。”<sup>[14]</sup>因此从公共利益的角度对专利权进行适当限制是合理的，但不能过度“越界”。构建禁止专利权滥用原则的目的应以保护为主，限制为辅。从专利权的“消极”排他性角度来看，应注重从无到有的科学研发投入和激励制度的建设。实质性的提高研发投入，以期更多原创，这样的专利权才能在实施时无“后顾之忧”。诚然我国目前的发展水平不高，很难在多方面都实现原创，而实际也是如此，很多技术方案是基于国际先进经验的模仿与再创新。这时要做的就是与源专利权人的进行深入沟通以期许可授权。但一旦无法获得授权，专利授权书只有排斥他人使用的可能。学者、教授尚且受此规制，又怎么能苛求于中小商人呢？在这类情形下，专利权人尤其是一些商业从业者，成为一只“专利蟑螂”可能性大大增加，因为他之前是付出了成本的啊！而且商业本身就是逐利的啊！可见源专利权人的“许可”是解决该困境的最好法宝。故而对于禁止专利滥用原则的建构应紧紧围绕着“许可”，许可又应以交易为核心，司法为保障，以致增强交易各方参与者的“信心”，最终实现私人利益之间的平衡协调、私人与公共利益之间的平衡协调、不同公共利益之间的平衡协调公共利益之间的最大协调。综上所述，笔者在此提出三点关于禁止专利权滥用原则的构想法，以期能有抛砖引玉之效。

①以市场主体通过意思表示达成专利授权许可为主；

②辅以在不能通过商业活动达成专利授权许可时，市场主体可进行必要“论证”——授权许可的合理性和必要性，一旦被认定合法（此处应做更多深入研究，以制定一套符合科学规律的专利授权许可规范制度），则相对方应当以市场合理价格进行专利授权许可；

③专利主张实体发起的诉讼优先以①的情形进行调解，调解不成按②的情形处理，

#### 四、结语

现今随着中美贸易摩擦的日渐加剧，知识产权相关问题成为了焦点之一。而且美国不断利用知识产权这个“大棒”敲打我国，比如2018年4月USTR确认中国一直在采取导致知识产权和技术转让、“窃取”的产业政策，不久后开始对我国的价值500亿美元加征25%的关税。<sup>[15]</sup>我们不会想用武力去反击，也不应去想。我也不要忘了，理论不分国界，我们应当以理论为武器——比如用逻辑去论证私利益和公共利益的平衡之重要性，进而推导出现行制度（比如强制许可）的合理性，当然也不能否认个别规定有不恰当之处，改之即可。唯有率先建立一个逻辑完美的专利权制度，这样才有可能逆转我国与美国交锋处于下风的尴尬境地。纵眼全球，美国也只是小小的一份子，它断然也不敢与具有真理性因素的理论作对。综上所述，我们应明确认识到专利权的“消极”排他性，以及清晰了解到以专有性或独占性描述存在的不足。只有基于对属性的客观认识，这样设立的制度才能在实践中走的更远，最终从根源上避免再次出现“前后矛盾”的判决。正如当我们的认识不够科学、完善和合理时，受到“敌人”的指责又怎么能有力的回击呢？

#### 参考文献：

[1]创造性是基于现有技术而言，而基础的现有技术根据是否进入公共领域可以分为两类：（1）未进入公共领域的专利即个体享有专利权，该文称之为源专利权；（2）已经进入公共领域的专利，此时个体不再享有该专利权。

[2] Herman v. Youngstown Car Mfg. Co., 191 F. 579, 584 - 85, 112 CCA 185 (6th Cir. 1911)。

[3]参见曾莉：《重庆市高校专利转化率偏低之现状

调研及原因分析》，重庆理工大学学报（社会科学）2010年第24卷第12期。

[4]参见吕磊，张平：《美国专利主张实体的运营模式、诉讼策略及应对措施研究》，科技进步与对策，第36卷第9期，2019-05-06。

[5]同17。

[6]参见〔古罗马〕优士丁尼：《法学阶梯》，徐国栋译，中国政法大学出版社1999年版，第37页。

[7]参见徐国栋：《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》，北京大学出版社2011年版，第72-73页。

[8]参见李琛：《禁止知识产权滥用的若干基本问题研究》，载《电子知识产权》2007年第12期。

[9]参见李俊慧“索尼被诉：NPE试水中国？”，人民网转载自中国知识产权报，2016年11月18日16:39<http://ip.people.com.cn/n1/2016/1118/c179663-28880062.html>。

[10]参见吕磊：《美国对专利海盗的规范措施及我国的借鉴》，《法学杂志》，2014年第5期。

[11]参见吕磊，张平：《美国专利主张实体的运营模式、诉讼策略及应对措施研究》，科技进步与对策，第36卷第9期，2019-05-06。

[12]薛亚军.专利蟑螂规制措施研究[J].南京理工大学学报,2016(5):65-70。

[13]同26。

[14]参见黄铭杰：《智慧财产侵害警告函与公平交易法之适用——专利权权利行使之意义与界限》，载黄铭杰：《竞争法与智慧财产法之交会——相生相克之间》，台湾元照出版公司2006年版，第331页。

[15]参见沈国兵：《中美贸易摩擦的焦点和新动向》，国际商务研究，2019年第3期。