

法大民商经济法评论

(第十二卷) CUPL—CCE LAW REVIEW

主编 / 李树忠

CHIEF EDITOR LI SHUZHONG



学问之人，

上仰天道之光明，下参地道之精微。

心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。

历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术，

谱写有思想之精品，传世之篇章。

人民法院出版社



法大民商经济法评论

(第十二卷)

CUPL—CCE LAW REVIEW

主编 / 李树忠

CHIEF EDITOR LI SHUZHONG

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法大民商经济法评论. 第十二卷/李树忠主编.

—北京: 人民法院出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5109 - 1637 - 3

I. ①法… II. ①李… III. ①民法 - 中国 - 文集

②商法 - 中国 - 文集 ③经济法 - 中国 - 文集

IV. ①D923 - 53 ②D922. 29 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 272430 号

法大民商经济法评论 (第十二卷)

李树忠 主编

责任编辑: 张钧艳

出版发行: 人民法院出版社

地 址: 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话: (010) 67550572 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

客服 QQ: 2092078039

网 址: <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail: courtpress@sohu.com

印 刷: 保定彩虹印刷有限公司

经 销: 新华书店

开 本: 787 × 1092 毫米 1/16

字 数: 326 千字

印 张: 15. 5

版 次: 2016 年 11 月第 1 版 2016 年 11 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5109 - 1637 - 3

定 价: 46.00 元

版权所有 侵权必究

序

《易》：“日月得天而能久照，四时变化而能久成。圣人久于其道而天下化成。”学问之人，上仰天道之光明，下参地道之精微，心怀天下，求索不已，刻苦耕耘，持之以恒。历学途之艰辛，经师道之坎坷，淬砺人品，磨勘学术，或可有五车之才情，传世之篇章。曰：若无炎黄以来数百代学人昼夜不息之涓涓，何以见数千年华夏文明气吞万里之泱泱！

今有中国政法大学（简称“法大”）民商经济法学院，乃今日中国法学学人之一群。本院成立于2002年，集法大各相关学科之精英，纳海内外之名宿新锐，组成民法、商法、经济法、民事诉讼法、环境资源法、知识产权法、财税金融法、劳动与社会保障法八大研究所，迄今有专任教师120余名，兼职教授50余名，在校本科生2000名、硕士博士研究生1500名，实乃当今中国最大之民商经济法学者团队。

自2003年以来，本院以“砥砺学术，辩研精要”为旨，设“秋季论坛”，以为成果之检阅，并为交流之平台。当秋高气爽之时，全院师生济济一堂。论坛分若干单元，每单元先以选拔之佼佼者（青年为主）演

讲，再由校内外名家（校外为主）点评，听众与嘉宾问答切磋，最后由主持人小结。论坛情趣高雅，气氛热烈，给人“余音绕梁，三日不绝”之感。曰：高堂论学，神采飞扬，雅室求卷，思绪留芳，学问之乐趣莫过于此；松径通幽，才俊辈出，枫林落雁，劲酋长驻，学府之成就莫过于斯也！

为将我辈学人之涓涔，汇入吾国学术之川流，特创办《法大民商经济法评论》。本书选取我校学术论坛的部分论文，按学科分门编排，作者均为本院师生。此外还将开辟翻译特区，刊载师生译作，以飨读者。祈望学界同仁及全院师生对本刊多加垂注、批评和参与。

是为序！

王卫国

（中国政法大学民商经济法学院院长、教授、博士生导师）

目 录

试论专利机制的弊端与制度完善 / 陈健	(1)
英美法系民事诉讼电子数据可采性之 比较法研析 / 杜闻	(27)
城市化失序、新市民与民事纠纷解决机制的 便利化升级 / 韩波	(94)
透过“过劳死”立法的缺位审视我国工伤 认定范围 / 胡彩霄	(133)
“真实”的保障与限度——我国民事诉讼中当事人真实 陈述义务之重构 / 纪格非	(152)
占有改定公示公信效力的比较法分析 / 靳文静	(192)
论整体经济利益与经济法主体 / 刘少军	(216)

试论专利机制的弊端与制度完善

陈 健*

专利制度是为了保护发明创造者的经济利益,鼓励发明创造者进行创新而设置的法律制度。专利权的排他性是专利权的一项重要特性,^①这其中的原因就在于专利权的保护极为依赖排他权。专利权人无法实际管控智力成果,发明创造一旦作出并且公开之后,专利权人都无法实际占有并且管控该智力成果。因此,必须为专利权人设置比较强烈的排他权以保护专利权。但是,从专利权制度的发展来看,专利权制度越来越走向了异化,这种强烈的排他权恰恰导致了一些不可解决的问题。因此,在本文中,笔者探讨了专利制度所带来的问题,以及如何调整专利制度以解决目前存在的缺陷,从而完善专利制度。

* 中国政法大学民商经济法学院副教授。

① Adam Mossoff, EXCLUSION AND EXCLUSIVE USE IN PATENT LAW, Harvard Journal of Law & Technology, Spring, 2009.

一、专利制度存在的问题

(一) 能动的排他性

专利权的能动性体现在,即使他人未真正构成侵权行为并且未造成损害之前,专利权都可以发挥排他的作用。有学者对比了英国专利制度与美国专利制度,在英国专利制度中,专利排他权的产生前提,应当是实施专利的义务。“按照《英国垄断法》,意味着专利权人获得了实施自己专利的垄断权。如果专利权人不实施贸易活动,他就将丧失自己的 Patent。”^① 因此,早期英国专利赋予专利权人制造的权利和实施其专利的义务,而现代美国专利权人什么都不做的情况下,却可以起诉别人侵权。^② 可见,发展到美国现代专利制度之时,专利法自身产生了异化。专利权人可以不必实施,就可以使用专利权到处进行排他,从而使专利权成为一种诉讼工具。甚至在他人的产品并不真正构成侵权时,也可以利用专利权进行起诉而阻碍他人的生产、制造。

专利权的这一能动性特点,导致专利权成为一项有问题的权利。排他权原本应当是一种救济权,只有在发生侵权行为之时才能够发挥其作用,不应当恃有专利权,而到处进行排他活动。

在现代社会中,专利排他性鼓励了许多专利权人采用专利怪物 (Patent Trolls) 的策略手段,利用专利的高诉讼成本相威胁,

^① Adam Mossoff, EXCLUSION AND EXCLUSIVE USE IN PATENT LAW, Harvard Journal of Law & Technology, Spring, 2009.

^② Adam Mossoff, EXCLUSION AND EXCLUSIVE USE IN PATENT LAW, Harvard Journal of Law & Technology, Spring, 2009.

使自己的专利要挟与专利讹诈行为得逞。“专利牟利者们不生产任何产品，却总是从与那些成功的 IT 公司的专利诉讼中获利。……就是那些创新并制造产品的人，也因为专利被那些‘专利牟利者’滥用而转而反对专利制度。”^① 专利欺诈者试图特许或出售自己的（往往是非常简单的）技术专利给那些侵权（通常是无意识地侵权）的制造公司，索要权利金，而这些公司迫于强大的压力不得不与他们达成协议。在美国专利界，专利欺诈至少有两种形式：要么就一种创意而申请专利（并不打算生产或开发），希望以后有公司因使用同一创意而侵权；要么是获得现有的专利组合，打算以后卖高价或为将来的法律诉讼做准备。随着技术复杂性和互用性的增加，专利胁迫的危害性比以往更大。更具体地说，在复杂的技术领域，欺诈者用一个专利就可以同时阻碍行业内的多个竞争对手；技术的复杂性也使公司更难发现潜在的专利侵权，从而导致意外侵权的可能性增加。“在美国，高昂的诉讼费、为故意侵权而承担三倍赔偿以及双方承担各自的费用，都使得专利欺诈有利可图。而且，欺诈行为成本更低……最终，由于欺诈者没有什么过错，所以为了与其达成和解，专利权人甚至不能指控欺诈者有侵权行为。”^② 判断是否允许专利侵权，还要考虑原告的专利是否处于休眠状态，如果原告的专利一直处于休眠状态，对于社会经济进步没有益处，而被告的实施导致原告的专利产生了巨大的社会利益。原告起诉被告侵权，并且法院禁止被告的这种

① 欧洲专利局编著：《未来知识产权制度的愿景》，郭民生、杜建慧、刘卫红译，知识产权出版社 2008 年版，第 137 页。

② 欧洲专利局编著：《未来知识产权制度的愿景》，郭民生、杜建慧、刘卫红译，知识产权出版社 2008 年版，第 151 页。

使用,就会构成对社会利益的重大损失和影响。如果原告是一个未实施的专利权人,仅仅为了诈取许可费而起诉被告,对于这种专利怪物(Patent Troll),也不能让原告的这种意图得逞,应当对其排他性加以限制。

可见,专利权排他性的能动特征,导致专利权日益成为一项不仅仅保护自身的权利,也日益成为一项攻击他人的权利。专利怪物现象以及以专利要挟为目的的专利风险投机行为,正成为专利制度中令人警醒的制度顽疾。

(二) 超出原权范围的排他权

专利制度的核心是专利的排他性,专利的排他性是专利权的一项重要特性。排他权的权利范围应以原权为基础,排他权应以保护原权为目的,但是专利排他性在许多情况下超出了保护原权利的范围。

专利权的专有效力和排他效力,在范围上并不具有严格的对应性,因为专利权的保护,可以将与专利权相等同的技术方案视为专利侵权行为。专利排他性所具有的这种扩张特点,就导致专利权人不仅能够在其受到侵害的范围内行使排他权,在涉嫌侵权人仅仅生产制造相似产品的情况下,而可能会行使排他权,从而提起侵权诉讼。

此外,有些情况下的专利权,没有实施权,但却具有排他权,其表现为一种纯粹的排他权而不具有正向的实施权,是一种完全超越原权利的纯粹排他权。例如,从属专利的专利权人没有实施权,而仅仅只有排他权,从属专利是一种没有实施权但具有排他权的特殊知识产权,这也正是专利法并不使用肯定句式表述

专利权均为实施权，而使用否定句式禁止他人擅自实施的主要原因。^① 因此，这种纯粹具有排他权而无实施权的专利权，其排他性并不是为了保护其实施权而仅仅在于排斥他人对专利权的使用行为，因此构成一种仅仅具有纯粹排他效力的专利权。

（三）“专利丛林”阻碍创新

专利的排他性，导致了专利权集中于某些权利人，影响了其他社会公众的创新。在现代社会中，技术发明之间的边界，已不像从前那样遥远。为了创制某种工业品，其所使用的技术日益接近。这种紧密性，导致了在先专利权对在后发明的创新空间和在后实施行为，具有越来越强烈的影响。“随着专利量的不断增加，利用专利授权（许多前期的专利，权利相互重叠可能阻碍产品或工艺的商业化生产）阻碍别人进行创新的现象已经显现。在一个领域里的大量专利所产生的问题，可能造成高昂代价，以致阻碍创新。”^②

在软件和计算机工业中这一现象表现得更为明显。软件和计算机工业是基于技术高度积累与密切联合而进行创新的。这些复杂的系统和设备现在不大可能是孤立的产品（或称之为

^① 《专利法》第11条规定：任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。《美国专利法》第271条规定：任何人在美国境内，在专利期限内，未经许可而制造、使用或出售取得专利权的发明时，即为侵害专利权。

^② 欧洲专利局编著：《未来知识产权制度的愿景》，郭民生、杜建慧、刘卫红译，知识产权出版社2008年版，第19页。

“竖井”型产品,即技术不共享产品)。^① 由于技术积累和产品复杂性提高,复杂产品中的大量技术可能被很多不同的专利权人拥有。“要使这么复杂的产品商业化,就需要不同专利权人的几百个许可证,一旦有人拒绝提供,该产品将无法商业化。这种围绕单一产品或技术的多个专利的综合叫做“专利丛林”,它会给发明和商业化带来严重的后果。”^② 欧洲专利局发明研究部主任 James Bessen 就指出,“由“专利丛林”产生的技术所有权共享是阻碍发明的一个因素。……假如由于某一方的独占权,科学家无法继续他们的工作,那么逐渐积累的发明过程就可能被拖延……知识产权对国际技术传播的阻碍作用已成为特别受关注的焦点。”^③ 技术高度密集,同时大大小小的发明成果又分散在不同企业手中,导致应当高度重视软件和计算机领域的专利授权对技术创新的影响。当“专利丛林”现象出来后,在后发明就必然受到已有专利的干扰。同时,在后产品的生产和制造,也会受到在先专利的影响。如果不能很好地解决专利许可问题,必然会导致因“专利丛林”而阻碍创新和新产品的制造的问题出现。

(四) 技术堵车导致诉讼多发

在现代社会,技术发展到高度复杂精密的时代,常常会出

① 欧洲专利局编著:《未来知识产权制度的愿景》,郭民生、杜建慧、刘卫红译,知识产权出版社2008年版,第143页。

② 欧洲专利局编著:《未来知识产权制度的愿景》,郭民生、杜建慧、刘卫红译,知识产权出版社2008年版,第149页。

③ 欧洲专利局编著:《未来知识产权制度的愿景》,郭民生、杜建慧、刘卫红译,知识产权出版社2008年版,第150页。

现技术堵车。所谓技术堵车,是指技术发展到一定程度之后,发明创造的空间会越来越狭窄,多个企业创新方向,导向了相近似的产品。这形成了两种不同的情况:一是众多发明掌握在不同企业手中,从而形成了“专利丛林”现象;二是多个企业的发明创造,都导向相近似的产品,例如,三星和苹果公司都同步进行研发,研发结果形成相近似的产品。由于发明创造的思路相近似,而形成相似的产品,从而引发专利诉讼。

在现代社会中,由于技术之间的差距越来越小,产品与产品之间的差距也越来越不明显,这必然导致技术堵车。在现代社会的创新机制下,专利权人动辄利用专利去干扰他人的创新活动,就会产生严重的问题。“强化专利所有权会给技术发展带来障碍。在技术单一经营的框架内,最终会导致整个高科技网络的崩溃。”^① 在技术堵车的环境下,如果放任专利权人利用专利权提起诉讼,必然会鼓励专利权人利用专利而干扰他人的生产活动,导致专利诉讼的多发。当越来越多的专利诉讼都是如此提出时,专利制度就会走向它的反面。专利制度并不是为了保护专利权,而越来越成为利用专利进行所谓专利战略的工具。

(五) 专利保护期限设置具有僵化性

严格意义上说,不同创新程度的智力成果,应当考虑创造者在其中付出的智力劳动、创造者收回研发成本的时间,而设置不同时间长度的保护期限。但是由于法律规定只能划定统一

^① 欧洲专利局编著:《未来知识产权制度的愿景》,郭民生、杜建慧、刘卫红译,知识产权出版社2008年版,第145页。

的标准,因此不得不在法律上僵化地设置了统一的时间期限。专利制度这一统一划定的权利保护期限,导致带来了一定的问题。

专利现有的时间设置与研发成本回报时间无关。有些智力成果很快就会收回其研发成本,而有些智力成果可能需要较长的时间收回其研发成本,有些智力成果可能在其专利生命期限内都无法收回其研发成本。因此,目前的专利时间设置,并不与其研发成本回收相对应,也不与其是否获得足够多的创新利润相对应。因此,专利的时间设置,导致大量消极专利权占据着较长的保护期限。大量处于静止状态的假死性专利,这些专利依然处于法律保护的期限内,但其已无任何使用价值,可是一旦他人的创新行为落入这些专利的保护范围之内时,就会受到专利权人的攻击。

(六) 专利救济程序昂贵且繁琐

长期以来,专利权制度,救济程序繁琐、救济成本高昂的问题,受到许多诟病。专利案件诉讼时间长、费用成本高,专利权人利用诉讼程序去保护自己的权利,常常面临着救济措施不力的困境,这也是目前困扰许多专利权人的问题。专利权制度并不能够有效且高效地保护知识产权人的权利,相反却造成了高昂的社会成本。因此,学者认为,从全球范围来看,专利体系的复杂性、一致性的缺乏、成本、适时性、诉讼及实施等都是需要改革的问题。诉讼的高昂费用正逼走更小或更穷的参与者。

由于专利权制度无法为专利权人提供及时高效的保护,因

此许多专利权人转而寻求其他制度的保护。例如,在无法通过专利权制度得到有效保护的情况下,专利权人通常会将发明创造与商业秘密相结合,通过商业秘密和技术诀窍来保护自己的发明创造不被他人仿制,从而维护自己在一定时期内的市场优势。那么,这就越来越成为一个悖论,专利权制度运作的结果,恰恰导致这项制度却无法充分发挥其作用而落空,这恰恰形成了专利制度的悖论。

综上所述,专利权作为一种排他权,其授权目的是希望发挥对创新的激励作用。但是专利授权的作用,应当与该制度对社会创新活动的激励作用,进行比较。“由于知识的本质和用途的变化,社会越来越质疑专利所赋予的垄断所有权。同时,知识产权体系的运转不畅使人们很难从传统专利中获取利益。”^①在这种情况下,人们有理由质疑创新空间是否被专利权制度压缩?^②专利权制度是否应当加以完善,以满足整个社会公共利益的需求?笔者认为,目前的专利制度应当加以完善,使之成为一项更趋完善的法律制度,促进专利制度日益符合社会公共利益的需求。

二、调整专利制度的价值所在

(一) 防止“反公地悲剧”

美国哈佛大学法学院教授弗兰克·米切尔曼在1967年已注

① 欧洲专利局编著:《未来知识产权制度的愿景》,郭民生、杜建慧、刘卫红译,知识产权出版社2008年版,第6页。

② Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World* 86-99 (2001); Neil Weinstock Netanel, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 *Yale L. J.* 283 (1996).

意到“反公共地悲剧”（Tragedy of Anti-Commons）问题。他认为，“反公地”是指每个人永远都拥有使用资产的权利，但若未获得其他人的特别授权，任何人都无权使用资产的一种情况。1998年，美国学者赫勒和艾森伯格（Eisenberg）在《科学》杂志上发表《专利是否阻碍创新？生物医药研究中的反公地问题》^①正式提出了“反公共地悲剧”问题。他指出：尽管“公地悲剧”说明了人们过度利用（overuse）公共资源的恶果，但却忽视了资源未被充分利用（underuse）的可能性。如果一个资源存在多个权利持有人，为了达到某种目的，每个当事人都有权阻止其他人使用该资源或相互设置使用障碍，每个人都可能排斥其他人使用稀缺的资源，而没有人拥有有效的使用权，导致资源的闲置和使用不足，造成浪费。这种不合作不利于实现社会预期的目标，会出现“反公地悲剧”现象。

从经济学意义上来说，在“反公地”情形中，由互补性要素构成的资源由多个成员所拥有，只有在所有权利人一致同意的情形下资源才能充分使用，当某个权利人行使排他权时，会导致其他权利人的经济产出下降。行使排他权的权利人越多，资源的利用价值越低。^②

“反公地悲剧”问题被赫勒和艾森伯格首先应用于生物医药产业中的专利资源使用不足问题。在纵向产业链中，如果上游新技术被过多专利权人共有，那么这些权利人可能不愿向下游

^① Michael A Heller, Rebecca S. Eisenberg. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research [J]. SCL, 1998, (698).

^② 周清杰、杨芬：《“反公共地悲剧”与创新型国家建设——谈如何进一步完善我国的专利制度》，载《光明日报》2011年2月11日第011版理论·经济学。

企业扩散新技术,或者由于达成合作的交易成本过高而无法实现合作,最终阻碍下游的技术创新。^①因此,专利权的碎片化(fragmentation of patentrights)越明显,交易成本就越高,交易延滞的时间就越长,达不成交易的风险就越大。

在专利法中,被不同主体分散持有的互补性专利构成“专利丛林”。“专利丛林”所导致的“反公共地悲剧”现象表明,由于互补性专利被多个难以沟通、无法有效合作的主体所拥有时,通常会影响到新技术的应用和推广。随着大量互补性专利的涌现,产业链上下游企业之间也可能因为专利过于分散而导致新技术的创新和实施受到影响。^②下游厂商的研发往往建立在许多上游研究成果的基础上,下游厂商的研发和生产制造需要同时取得上游各个基础研究的专利许可,这会阻碍了下游厂商的进一步开发与应用。

在信息技术和多媒体技术日益发达的时代,一件产品包含数百乃至上千项专利。为了解决这种“专利丛林”环境下的困境,防止专利领域的“反公地悲剧”现象的发生,应当对专利制度进行重新思考和定位,正如有学者所说,“如果将专利视为财产,赋予其排他权,既不必要也不充分。……没有有效的理由说明为什么专利一定要享有和土地及其他有形财产那样的排他权。”^③目前的专利制度,并未考虑到现代社会中出现的“专利丛林”现象,越来越表现出对科技创新方面的阻碍作用,因

①② 周清杰、杨芬:《“反公共地悲剧”与创新型国家建设——谈如何进一步完善我国的专利制度》,载《光明日报》2011年2月11日第011版理论·经济学。

③ Adam Mossoff, EXCLUSION AND EXCLUSIVE USE IN PATENT LAW, Harvard Journal of Law & Technology, Spring, 2009.