法学进展
2021 年 7 月第 3 卷第 3 期

论专利开放许可制度的适用条件

李梦倩　王思梦

中南财经政法大学法律硕士教育中心，武汉

摘　要 | 我国在新修改的《专利法》中首次引进了专利开放许可制度，而条文中缺乏对适用条件的规定，因此明确开放许可制度的适用条件成为亟待解决的问题。首先，应明确申请主体包含专利权人和专利申请人。其次，在许可撤回过程中可以通过预告撤回和限缩解释“专利实施期间”的方式保护潜在被许可人的信赖利益。最后，在明确开放许可声明属性为要约的基础上，采用“开放—普通许可”二分的开放许可成立路径，以帮助该制度在我国更好地运行。

关键词 | 专利；开放许可；法律适用

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited
This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License. https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/

21 世纪是共享的时代，一个仅依靠自主研发来进行高成本创新的企业很难满足当下激烈的行业竞争以及市场快速发展的需求。[①] 开放式创新开始成为专利创新的主导模式，专利许可发挥着愈来愈重要的作用。然而，我国专利许可的现状却不甚乐观。据有关数据显示，中国共申请专利 140 万件，占世界专利申请总量

基金项目：2021 年中南财经政法大学硕士研究生实践创新项目：专利开放许可的法律适用研究（项目编号：2021011721）。
作者简介：李梦倩，中南财经政法大学 2019 级硕士研究生，研究方向：知识产权；王思梦，中南财经政法大学 2019 级硕士研究生，研究方向：知识产权。
文章引用：李梦倩，王思梦．论专利开放许可制度的适用条件［J］．法学进展，2021，3（3）：216–225. https://doi.org/10.35534/al.0303023

① 陈琼娣．共享经济视角下的专利开放许可实践及制度价值［J］．中国科技论坛，2018（11）．

的 43.4%。[①] 与高申请率相反的是，我国在专利向生产力转化的这一环节中却陷入了困境。国内专利的有效实施率仅达 55.4%，其中高校的转化实施率更是低至 13.8%。[②] 为了解决我国专利市场中重申请，轻转化、实施的问题，《专利法》在第四次修改中首次引进了专利开放许可制度。专利开放许可制度是专利权人以明确的许可条件向专利行政部门提出申请，行政部门对上述声明进行公告后任何主体只要同意许可条件即可与权利人订立许可合同，进而实施该项专利的一种许可方式。这一制度首次规定于 1997 年英国《专利法》中，随后德国、法国、西班牙等国家相继移植设立，在长期发展中已形成了较为丰富的理论和实践经验。

如今制度的引入与修改已尘埃落定，如何正确适用专利开放许可制度才是当下亟待解决的问题。开放许可的适用条件是制度运行的前提，是研究双方当事人之间是否发生履行效力、转移权利义务、科以违约责任的起点。而现行法中对开放许可适用条件规范得较为笼统、缺乏可操作性，必然会导致制度在实务中产生纠纷。文章旨在从解释论的角度分析专利开放许可的适用条件问题，以帮助制度能在我国现行专利交易市场中更好、更高效的运行。

一、专利开放许可声明的主体范围厘清

（一）专利申请人纳入主体范围的必要性

专利开放许可声明是专利参与开放许可的标志，而明确声明主体的范围可以解决由谁与相对人订立专利实施许可合同并享受权利承担义务的问题。《专利法》第 50 条将该主体范围限定在专利权人，与专利只有在获得授权之后才具备转让、许可等实体权利这一共识保持一致。从域外经验看，各国对开放许可声明的主体规定皆然。然而，该限定为国内多数学者所批判，他们认为申请专利开放许可的主体范围应当包含专利权人和专利申请人。原因在于，大多数情

① WIPO. World Intellectual Property Indicators 2020［DB/OL］.（2020-12-09）［2021-03-11］. https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4526&plang=EN.

② 国家知识产权局.《2019 中国专利调查报告》［DB/OL］.（2020-03-09）［2021-03-11］. https://www.cnipa.gov.cn/module/download/down.jsp?i_ID=40213&colID=88.

https://doi.org/10.35534/al.0303023

况下专利申请人与专利权人是对同一主体在专利授权过程中不同时间节点的不同称谓，申请人一旦经过授权即成为专利权人。开放许可声明主体范围涵盖专利申请人意味着开放许可声明公告时间的提前，即在提交专利申请的同时就可以声明开放许可，而不必等待冗长的专利授权周期。[①] 这一批判并不无道理，实际上某些专利技术可能会在申请阶段就能够转入实施。[②] 在科学技术快速更新迭代的现代社会中，专利实施的及时性变得越来越重要。值得一提的是，对占取市场先机起到关键作用的是专利的实施时间而非发明时间，既然建立了以提升专利实施率为宗旨的开放许可制度，就应该允许专利申请人提出开放许可声明，以达到将申请开放许可声明的时间节点提前的效果，从而使被许可人能够尽快地实施专利。

（二）专利申请人纳入主体范围带来的挑战

虽然，将有权作出开放许可声明的主体扩张至专利申请人可以提高专利转化效率，符合当代瞬息万变的市场博弈需求。但在看到包容性主体制度好的一面的同时，也必须注意其带来的挑战。因此，将专利申请人纳入开放许可主体范围，必须回答以下两点问题。

第一，若做出开放许可声明的专利申请人被驳回专利申请，那已达成的开放许可应当如何处理？与已获得授权的开放许可技术相比，使用尚未获得授权的开放许可技术存在更多的不确定性，这种不确定性会让相对人对开放许可抱持观望态度。但这一问题并非不能解决，专利许可由合同法所规范、[③] 通过专利实施许可合同实现，应当遵循合同的相关理论。若做出开放许可声明的专利申请人未被授予专利权，则合同标的自始不存在属于合同履行不能的情况。被许可人与潜在被许可人可以依据《民法典》合同编有关规定向该专利申请人主张违约责任或缔约过失责任。

① 刘琳，詹映．论专利法第四次修订背景下的专利开放许可制度［J］．创新科技，2020，20（8）．

② 董美根．论专利被许可使用权之债权属性［J］．电子知识产权，2008：8．

③ 易继明．专利法的转型：从二元结构到三元结构——评《专利法修订草案（送审稿）》第 8 章及修改条文建议［J］．法学杂志，2017，38（7）．

第二，将专利申请人纳入开放许可的主体范围会否影响继受专利权人的相关权利？若专利申请人未实施开放许可，则转让后其对专利所享有的处分权被继受的专利权人吸收，由继受的专利权人来决定是否实施开放许可；若专利申请人实施了开放许可，根据合同编相关规定，当事人一方将自己在合同中的权利义务一并转让给第三人需经第三方的同意。换言之，实施了开放许可的专利申请人在获得授权后欲转让专利，就必须以征得在先开放许可中被许可人的应许为前提。被许可人同意后继受的专利权人即成为新的许可人，许可声明中关于许可主体的信息应做相应变更。继受的专利权人也可根据《专利法》第 50 条第 3 款撤回该开放许可声明，但该撤回不得影响在先给予的开放许可的效力。若未经得被许可人的同意专利转让就无法发生，也不会存在会否影响其权利的问题。由此可见，将专利申请人纳入开放许可的主体范围并无不妥。

二、专利开放许可声明的法律属性探析

（一）开放许可声明属性的学界之争

专利开放许可声明属性的界定是启动开放许可制度的按钮，也是研究开放许可成立与生效的前提。在《专利法》修改征求意见稿期间，学术界就对其属性存在颇多争议，争辩方大体上分为两派：即“要约说”派与“要约邀请说”派。持“要约说”的学者认为开放许可声明的属性是由该制度的创设宗旨确定的：首先，“要约—承诺”的缔约模式要求相对方在获悉开放许可声明后作出承诺的意思表示即可。[①] 无需就许可合同的细节性条款进行磋商，节省了双方当事人在交易中的谈判和决策成本。其次，专利权人申请开放许可是以放弃排他性独占权为代价，作为对专利权人的合理补偿，[②] 将开放许可声明的法律性质界定为要约，在一定程度上赋予了专利权人决定许可费等许可使用条件的主动权。

① 张洋．我国专利当然许可制度的适用性及完善——评《专利法（修订草案送审稿）》相关条款［J］．知识产权，2016（6）．

② Ilja Rudyk．The License of Right，Compulsory Licensing and the Value of Exclusivity［J］．Discussion Paper，2012．

https://doi.org/10.35534/al.0303023

概言之，这种主动权是专利权人取得合理补偿的权利的一种表现形式。

持“要约邀请说”的学者则对上述观点提出质疑，首先，将开放许可声明的性质定为要约会直接产生另外两种成本：一是专利权人需要事先对专利加以评估以便在开放许可声明中明确许可费标准，二是若相对方对许可声明中的许可使用条件不满意希望予以更改时，只能在接受该条件后再进入行政或司法程序解决，这就提升了开放许可制度的行政成本与双方的诉讼成本。[①] 其次，意图通过赋予专利权人定价的主动权来弥补放弃排他性独占权违反了公平原则。[②] 一方面，专利权人放弃排他性独占权的结果是换取更多的交易机会，是否会因此损失利益在专利权人作出专利许可声明时就已经考虑清楚；另一方面，赋予专利权人定价的主动权容易引发专利权人提出过高价格从而影响潜在被许可人的福利。除上述两种主流观点以外还有一种中立观点认为专利开放许可声明的属性不能一概而论，而应该根据声明的内容来个案判断——若声明内容足够具体，包含了签订许可合同的必要条款则为要约，若声明中仅就各条款作出简单约定则为要约邀请。[③]

（二）“要约说”在我国立法模式下的合理性

从我国《专利法》第 50 条第 1 款以及与第 51 条第 1 款的内容来看，立法者将开放许可声明的性质界定为要约，同时在第 51 条第 3 款中赋予了被许可人与专利权人协商许可使用费的权利。在这种立法模式下将专利开放许可声明的性质界定为要约并无不妥。

首先，从法律规定上来看，开放许可声明定性为要约具备合法性基础。《民法典》合同编 472 条对要约进行定义，认为要约是一方当事人作出的希望与他人订立合同的意思表示，并且进一步限定只有“内容具体确定”的意思表示才构成要约。但是条文并未对“何为内容具体确定”作出解释，这给区分要约和

① 蔡元臻，薛原．新《专利法》实施下我国专利开放许可制度的确立与完善［J］．经贸法律评论，2020（6）．

② 黄玉烨，李建忠．专利当然许可声明的性质探析——兼评《专利法修订草案（送审稿）》［J］．政法论丛，2017（2）．

③ 李惠慧．中国专利法第四次修改介绍［J］．中国专利与商标，2015（3）．

要约邀请造成了障碍。但我们可以从逻辑上推断，一般要约发出并到达接收方之后，对方只要表明接受的态度即作出承诺，合同就随即成立并生效。因此一般要约的内容也是合同的主要内容。据引《合同法司法解释（二）》之相关条款，当双方当事人对合同成立与否不能确定时，只消合同的当事人、标的和数量明确合同便成立。这一司法解释指明合同成立的必备条款为“当事人、标的、数量”，只要具备这三类条款内容，即使缺少其他约定也可以在合同生效后通过补充协议或交易习惯等加以确定。专利开放许可声明很明显包含了当事人——专利权人和被许可人、标的——进行开放许可之专利、数量——通常为一项技术，已经完全具备《合同法解释二》规定的合同成立必备条款。因此根据现行法规定，专利开放许可声明应当被定性为要约而非要约邀请。

其次，从制度设计目的上来看，定性为要约也不会损害被许可人协商价款的权利。当潜在被许可人不同意开放许可使用费时，可以变更要约内容、发出新要约而通过普通许可路径来签订合同。后文会对“要约”性质下许可合同的成立路径进行详细梳理和论证。因此，将声明定性为要约不仅符合制度设计目的、不会无端加重专利权人成本，还保证了专利开放许可制度的实际效果、维持了许可合同双方当事人的利益平衡。

三、专利开放许可的成立生效要件与路径构想

（一）开放许可的成立生效要件

根据《专利法》第 51 条规定，申请人需要以书面通知的方式将其意思表示传达给专利权人，并依照公告规定支付相应许可使用费后即可实施该专利技术。从字面上解读上述条文可以发现，开放许可合同的成立不仅需要双方当事人之间达成合意，还需要履行向权利人支付许可使用费的行为，这一行为也属于合同成立或生效的要件之一。[①] 若潜在被许可人在通知后未付费而实施专利，则构成侵权。然而这一解释不仅与开放许可制度的设立目的存在着明显与目的相违

① 张扬欢．责任规则视角下的专利开放许可制度［J］．清华法学，2019，13（5）．

https://doi.org/10.35534/al.0303023

之处，给制度的实践运行带来了阻碍，也在理论上不具备逻辑自洽性。

首先，从合同成立的角度上来看。合同成立要件包括一般成立要件和特别成立要件，其中一般合同成立只需要一方当事人发出要约，另一方当事人对该要约作出承诺，承诺到达时双方合意即发生效力。① 从一般合同成立条件来看，专利权人通过专利行政部门发出的公告为向不特定人发出的要约，申请人以“书面通知”的方式对此作出承诺，专利许可合同理应在申请人之书面通知到达专利权人时成立。假若将支付许可使用费视为合同成立的特别要件，则专利开放许可合同属于“以交付标的物为成立要件”的实践合同。然而，笔者认为该说法是不可取的。实践合同作为一种古老的合同分类，是对罗马法历史的继承，也是当时受到建国初期计划经济时代中传统思想影响而作出的选择，具有其独特的历史背景。② 不少学者都主张实践合同已不适用于当今市场经济发展，不足以从价值层面对其正当化，故应废弃，③ 对少数仍在使用的实践合同也应当严格规制。随着社会的进步、经济的显著发展，人们对交易速度快捷化和交易方式多样化的需求越发迫切，合同一方期望另一方交付标的后合同才告成立的情况也愈发不适应现代经济环境。由此，实践合同的大量存在不仅阻碍了商事社会的高效率往来，也造成了交易成本的加重和司法资源的浪费。④ 而开放许可作为效率指向的制度若坚持采用实践合同的形式，而将专利许可使用费的交付行为作为合同特别成立要件，则是与其设立目的背道而驰。

其次，从合同生效的角度上来看。若将支付专利使用费作为合同生效所附的条件，条件成就时开放许可合同发生效力。然而，这一说法也存在明显的不合理之处。首先，附条件生效合同中的条件必须是双方当事人选定或者商定的事实，而非取决于法律的规定。也就是说，是否以支付许可使用费作为合同生效条件应当由于许可人和被许可人通过合意决定，而不是通过成文法形式强制

① 吴汉东，陈小君．民法学［M］．北京：法律出版社，2013：163–477．

② 郑永宽．要物合同之存在现状及其价值反思［J］．现代法学，2009（1）．

③ 张金海．论要物合同的废止与改造［J］．中外法学，2014，26（4）．

④ 程维云．对诺成合同与实践合同分类标准的探究［J］．郑州航空工业管理学院学报（社会科学版），2006（6）．

规定。其次，支付许可费用作为开放许可合同的主合同义务，其履行的时间、地点、方式应当是由许可双方自由约定，而不应当作为合同生效的条件。

不管从合同成立还是生效的角度出发，将支付开放许可使用费这项主合同义务作为当事人是否能够实施目标专利的前提条件，在理论和实践中都存在着明显的不合理之处，并且对专利许可率、转化率的提高起到了消极作用。虽然将支付许可费视为合同的成立或生效要件可以促进申请人尽快支付许可费用，保障专利权人之法益，也减少了权利人在履行过程中需要付出的监督成本。然而实际上许可费用的计算方式和支付方式是非常多样化的，除了一次付清以外，按实施量或实施次数计费或分期支付等情况普遍存在于交易场合之中，这一解释不能满足所有许可付费方式的实际需求，反而给专利交易带来障碍。因此，在专利开放许可制度实际运行的过程当中，我们不应当拘泥于条文本身，机械地认为未履行完毕付费行为之开放许可合同不成立。而要根据具体情形具体对待，立足于制度设立初衷和当前经济发展的需要，以适当的目的对条文进行解释。不管是将其解释为特殊成立要件还是合同生效所附条件，均无法在法理上形成逻辑自洽，也无法实现提高专利转化率之目的。因此，在适用过程中应当认定许可合同在书面通知到达权利人时即生效，让许可费的支付回归于双方当事人的意志自由之中。

（二）开放许可的合同成立路径构想

基于上述观点，本文总结专利开放许可制度中“开放—普通许可”两分的合同成立路径设想如下：开放许可声明经审查公告后，任何具有实施该开放许可专利意向的相对人，不论单位还是个人都可以向权利人发出书面通知。

一方面，根据《专利法》第 51 条第 1 款的规定，若通知中相对人认可声明内容，并同意依照公告中载明之许可使用费支付方式、标准支付许可使用费，应当视为对权利人的承诺。承诺一经到达要约人（即权利人）合同即告成立并生效，双方之间产生专利开放许可的权利义务关系。

另一方面，《专利法》第 51 条第 3 款赋予了相对人与权利人协商许可使用费的权利，若书面通知中载明的核心实施要件与声明中不一致，则该通知应当视为相对人单独向权利人发出的新要约。若权利人表示接受该要约，则权利人

https://doi.org/10.35534/al.0303023

与相对人之间成立专利普通许可合同。

相对人有选择直接就开放许可声明作出承诺的权利，也有选择向权利人发出新要约的权利；权利人有自己确定开放许可声明中许可费的权利，也有拒绝和接受相对人新要约的权利，如何选择完全出于相对人和权利人自身的考量。开放许可和普通许可作为专利许可的两条路径，其本身就是开放给不同目的的相对人：接受许可使用费定价的相对人直接通过开放许可路径成立许可合同，这一路径大大降低了其交易成本、提高了许可效率；对于那些不接受许可使用费定价的相对人，其可以通过普通许可的方式，在保留定价协商权利的前提下获得实施专利技术的资格。因此，虽然通过新要约成立的许可合同在许可费等合同内容上与开放许可声明存在出入，但是在本质上符合私法上的平等、自愿原则，这类许可合同的成立以开放许可声明为起点，且最终达成了开放许可制度的目的。

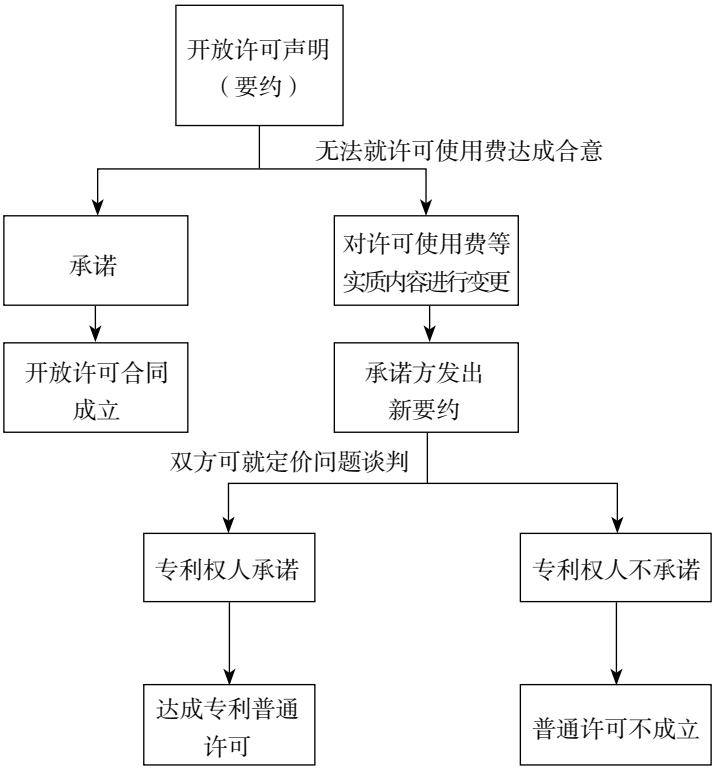

图 1　专利开放许可成立路径流程图

Figure 1　Flow chart of the path of establishment of “open–general license”

四、结语

专利开放许可制度的引入是我国《专利法》立法进程上的一次重大突破，它有助于降低专利许可成本，提升专利实施效率，对我国的专利转化具有重要的积极意义。我国专利开放许可制度有其独特之处，如何将这一新的制度落到实处是我们如今面临的新挑战，开放许可的适用条件研究仅是制度运行的第一步，笔者谨以此文对我国开放许可制度的法律适用奉献绵薄之力。

The Applicable Conditions of Patent Open License System

Li Mengqian　Wang Simeng

Zhongnan University of Economics and Law, School of Law, Wuhan

Abstract: The latest "Patent Law" in China introduced the patent open license system for the first time, but there is no stipulation on the applicable conditions in the provisions, so it has become an urgent problem to clarify the applicable conditions of the open patent licensing system. First, it should be clear that the subject of the application includes the patentee and the patent applicant. Secondly, in the process of license withdrawal, the reliance interest of potential licensees can be protected by means of advance notice withdrawal and limited interpretation of the "patent implementation period". Finally, on the basis of clarifying the attributes of the open license declaration as an offer, a two-part open license establishment path of "open-general license" is adopted to help the system operate more efficiently in Chinese current patent trading market.

Key words: Patent; Open license; Application of law; Process of establishment

https://doi.org/10.35534/al.0303023