

发展与知识产权委员会 (CDIP)

第十二届会议

2013年11月18日至21日，日内瓦

专利与公有领域研究报告(第二部分)内容提要¹

由詹姆斯·G·康利教授(西北大学凯洛格管理学院凯洛格技术与创新研究中心技术实践教授，美国伊利诺伊州爱温斯顿)、彼得·M·比詹先生(WHU - 奥托拜斯海姆管理学院技术与创新管理主任兼博士生)、尼尔·威尔克夫博士(以色列拉马特干Doctor Eyal Bressler有限公司)编拟

1. 本文件附件载有根据专利与公有领域项目(CDIP/7/5 Rev.)编拟的专利与公有领域的研究报告(第二部分)内容提要。本研究报告在知识产权与公有领域项目(CDIP/7/5 Rev.)下编拟的专利与公有领域研究报告第一部分(CDIP/4/3 Rev./STUDY/INF/2)的调查结果基础上从微观层面分析了专利制度与公有领域的关系。研究报告分三部分。第一部分介绍一个一体化的概念模型，该模型旨在说明专利与公有领域之间的关系，无论是注册专利权待审期间还是权利届满之后的关系。第二部分重点关注所谓的非实施实体(NPE)，探讨其各自的业务模式是如何充实公有领域的。第三部分介绍更为广泛的实体的专利做法，思考专利管理对公有领域的潜在影响。

2. 研究报告由一批知名专家编拟，他们是：詹姆斯·G·康利教授(西北大学凯洛格管理学院凯洛格技术与创新研究中心技术实践教授，美国伊利诺伊州爱温斯顿)、彼得·M·比詹先生(WHU - 奥托拜斯海姆管理学院技术与创新管理主任兼博士生)，和尼尔·威尔克夫博士(以色列拉马特干 Dr. Eyal Bressler 有限公司)。

¹ 本研究报告涉及的观点均为作者本人的观点，并不一定代表 WIPO 秘书处或其成员国的看法。

3. 请 *CDIP* 注意本文件附件中所载的信息。

[后接附件]

专利与公共领域研究报告(第二部分)内容提要

2011年5月2日至6日,发展与知识产权委员会(CDIP)在日内瓦举行的第七届会议上,同意按文件CDIP/7/5 Rev.所述,根据“专利与公有领域”项目委托进行一项关于专利与公有领域的微观研究(下称“研究”)。该项目的总体目标由WIPO发展议程建议16和20规定。本研究是在根据CDIP的“知识产权与公有领域”项目(DA_16_20_1)编拟的专利与公有领域研究报告(第一部分)调查结果基础上进行的,旨在加强对专利领域的某些企业做法对公有领域的影响,以及内容丰富、易于获取的公有领域所发挥重要作用的理解。本研究并不着重讨论专利与公有领域的法律和规范性问题,而是重点讨论专利与公有领域的关系如何对专利做法和商业化产生影响。

研究报告分为三部分。第一部分介绍了一个一体化的概念模型,该模型旨在说明专利与公有领域之间的关系,无论是注册专利权待审期间还是权利届满之后的关系。第二部分重点关注所谓的非实施实体(NPE),探讨其各自的业务模式是如何充实公有领域的。第三部分介绍可更为广泛的实体的专利做法,思考了专利管理对公有领域的潜在影响。

第一部分:公有领域与专利

研究报告分析了专利与公有领域,对报告第一部分内容给予了补充,并首次提出了一个用于了解公有领域的原始模型。²该模型有助于加强对大量的学术和通俗文献的了解,这些文献从多个角度介绍了公有领域以及公有领域可能受到多种知识产权制度影响的方式。

1) 可以免费获取的信息域

提出用来了解公有领域的模型的前提是存在大量可以免费获取的信息,原则上可以某种集合的方式对其进行量化。研究报告对所创造的信息域给予了简化的二维描述,目的是把所有已知的法律类私人信息权利与更为广泛的可以自由获取的信息关联起来。这种模式背景下的免费获取并不意味着可以免费使用属于有偿披露/或使用的私有知识产权。根据该模型,这种免费获取的信息域可以被那些能够访问网络公共图书馆等的公共信息网络和/或设施的人员获取。随着广泛的数据采集和传播功能迅速普及和增长,所创造的这种信息域中的信息也呈指数型增加。成立各大学或欧洲核子研究组织(CERN)等专门研究机构的主要目的是,有效地推进和拓展可以免费获取的信息与人类知识的前沿。

研究报告指出,在免费获取的信息域之外,存在一个非公开的私有信息次级域,就其本质而言是不能访问的。商业秘密就是最好的例子。商业秘密由具有商业或其他价值的信息组成,通常不为公众所知悉,由其所有者秘密持有。可以免费获取的信息域的边界尚未以静态方式确定。因此,该模型描述了可以免费获取的信息域周边信息岛,其中一些信息已经可以免费获取,而一些信息仍属于秘密(因此,处于域边界之外)。

关于专利,某一个时间点可以申请专利的主体可能在将来无法申请专利。此外,随着时间的推移,专利和版权等有限的专有权将会因条件成熟、无效、放弃等原因而失效。因此,属于某一私有专利权的信息将会最终免费,供所有人使用。另外,包括专利权在内的所有知识产权都由管辖权限制。因此,在某一管辖区受到保护的信息可能在另一管辖区免费,供所有人使用。为此,某种信息是否属于既定的知识产权领域,至少要依时间和地域管辖权而定。

² 图1:知识产权与共有领域,第10页。

根据对可以免费获取的信息和身边的私有知识产权制度进行的上述视觉描述和文字说明，研究报告将私有知识产权背景下的公有领域所体现的关系表述如下：

$$\text{公有领域}(g, t) = U - P - C - M - ID - O + S^3$$

尽管这种公有领域表达式简单描述了这种关系，但是上述关系还是可以指明对在任一特定时间点的某一特定法律管辖区、国家或知识产权地区的何种信息属于公有领域进行初步量化的方法。

2) 公有领域的非离散边界

衡量研究报告第一部分所讨论的专利权对公有领域的影响的一种方法是看曾经产生但现已进入公有领域的专利公开的数量。

根据 WIPO 的数据，1883 年以来，全球范围内共约递交了 1.47 亿份专利申请。其中，目前约有 800 万份申请，或者有待处理，或者已经成为有效的专利权，因此构成了一种不属于公有领域的私有权。载于 1883 年以来申请的所有其他发明中的信息均已因专利届满、放弃或无效而进入了公有领域。从绝对数量来看，1883 年以来递交的约 95% 的专利申请已经对丰富公有领域作出了重大贡献。

需要对专利从私有领域流入公有领域的详细过程予以进一步阐述。因此，研究报告更详细地解释了专利权制度的动态边界性质，也简要说明了专利公开的生命周期。⁴

a) 发明 - “独立发明家的秘史”与公有领域

研究报告对许多重大技术进行了调查，最后结论指出“几乎所有技术都是由相互独立工作的两个或两个以上的团队同时或几乎同时发明出来的。”可以免费获取的知识在这种知识创造中起着举足轻重的作用：“发明显然属于一种社会现象，而不是一种个体现象。发明家在之前开展的工作基础上进行发明创造，新的想法通常要么“凭空而来”，要么因市场需求发生变化或因有了新的或更便宜的原料产生出来。没有以前的工作，有时是已公布的且经由专利公开可以获取的工作，这种知识转让就不可能发生，至少会推迟发生。即便是著名的发明家与其他贡献者隔离从而单独提出一种解决方案的情况也实属罕见。

b) 可授予专利的主体和显而易见性

一项发明要申请专利，通常必须满足一些司法管辖区的要求，如：(1) 是否为可授予专利的主体；(2) 是否有新颖性；(3) 是否有创造性(美国为“非显而易见性”)；以及，(4) 是否有工业实用性(美国为“有用性”)。通常而言，要对是否具有新颖性进行一种客观测试。原则上，要么一项发明属于新发明，要么不是的话，会与某种现有技术的一部分相关。但是，关于非显而易见性的测试有利于考虑更多主观因素。假定谁是普通技术人员？什么可以把多种现有技术结合起来？“显而易见性”怎样显而易见？因此，

³ 备注：g = Geography (地域)；t = Time (时间)；U = Universe of known and freely accessible information (已知的、可以免费获取的信息域)；P = Patent rights (专利权)；C = Copyrights (版权)；M = Mark rights (商标权)；ID = Design rights (外观设计权)；O = Other rights (其他权利)(如地理标志、植物育种者权利、掩膜作品、实用新型、数据库、明确的传统知识)；S = Previously secret information (以前的秘密信息)。

⁴ 图 4：公有领域的专利权组件，第 16 页。该图尤其显示，一种专利权可能会移居“潜在有争议的领域”，因为可专利性和/或可强制执行性的主体具有法律动态性。

关于非显而易见性的测试，不论其名称如何，都因国与国的不同而有所差异，甚至在一个司法管辖区内，也会因行政和司法立场的变化而出现不同。

研究报告举例提到了美国最高法院对 *KSR 国际有限公司诉泰利福公司的裁决*[550 U.S. 398 (2007)]，其中认为，美国联邦巡回上诉法院在采用标准确定显而易见性时过于死板。裁决结果认为，关于界定非显而易见性的测试可以说更具有挑战性，就是说，这让在美国获得专利变得更为困难。关于公有领域，这种结果可能会缩小有资格获得专利保护的发明比重，而关于该发明主体的公有领域便会随之从一开始就得到充实。基于上述考虑，研究报告总结指出，私有专利权与公有领域之间的界限是动态的，而非离散的。

c) 废弃专利及其对公有领域的价值

专利期限描述某一专利权在被让渡到公有领域之前由私人拥有期间的的时间期限。关于专利期限的常用概念只考虑法定期限，在多数管辖区为 20 年。不过，有时专利持有人会选择在法定专利期限终止之前放弃其专利专有权。法定专利期限亦指有效的专利期限(即专利保护实际由专利所有人维持的时长)。如果维护费未及时交付，专利权就会被正式放弃，由此便由私有领域流入公有领域。

研究报告表明，授予的多数专利均具有可强制执行的权利或“生命”，直至其法定授权终止，就是说直至这些专利被提前让渡到公有领域知识。与显而易见性问题或可专利主体的相关变化不同，在这种情况下，专利所有人对放弃其私有产权，有效地把使用载于专利要求中的信息的权利让渡到公有领域之中拥有自由的最终选择权。

d) 商业秘密 - 专利的一种“半替代方案”的影响

这部分内容探讨商业秘密及其在公有领域中的所用。从理论上讲，由于商业秘密可以无限期地保密，因此根本不会进入公有领域。但实际上，许多情况是一些被当作专有商业秘密持有的信息会成为公有领域的一部分，由此可以免费获取。此外，研究报告发现，商业秘密的创造、保护和利用所具有的动态特征与那些专利活动体现的动态特征截然不同。

e) 一种当地权利 - “全球专利套利”

研究报告表明，发展中国家尤其会得益于公有领域。具体而言，研究报告有关公有领域的阐述表明，时间和地域属于独立变量。全球专利套利在下列情况下出现：

(i) 在任一特定时间，充实并重新确定公有领域的专利申请及随后的公布尤其可能会集中在发达国家。因此，这些发明可以提供给其他国家的公有领域，如果这些国家没有或不存在同等发明权的话；

(ii) 随着时间的推移，私有领域的发明可能随时会进入私有专利权所存在的国家的公有领域(如在专利期满之后)。然后，这些来自非专利国家的机构可以在国外利用其所积累的国内经验和知识，努力把这种知识和经验(已在其本国以免使用费的方式利用了这些发明的经验)出口至发达国家的市场，而在这些发达国家，相关注册专利权已不复存在，由此可以在价格上残酷竞争；

(iii) 这些国家中的机构由于在创新和发展方面有了足够的经验，因此可以成功地提升创新能力的学习曲线。它们的目标是进行创新，发展自主知识产权专利市场解决方案，利用适量的、足以区分产品的专利保护，进入发达国家的市场，从自己的创新投资中受益。

f) “事实” 公有领域

研究报告中的事实公有领域提出了一种不同类型的“获取”已知信息域的假设。研究报告假设专利权有效且持续存在。因此，可以获取专利，但是专利不供免费使用。关于本研究报告中的可以免费获取的域模型，那些有效的、可强制执行的专利在专利待审期间并不可以免费获取。因此，不属于已知的、可以免费获取的信息域。不过，鉴于这种专利权通过公开已为公众所知，因此可以认为，由于专利所有人可能懒得行使权利，这种权利可以由此成为一种事实公有领域的一部分。由于这种专利权因缺乏可执行性而在法律上不可用，因此成为事实公有领域的一部分。由此，即使该专利在法律上不属于公有领域，实际上也是可以免费使用的，就是说已成为事实公有领域的一部分。作者认为，公有领域只有在法律和实际要素均得到阐述的情况下才为人理解。

因此，研究报告对上述内容进行了扩展，根据事实公有领域对公有领域进行了定义：

$$\text{公有领域}(g, t) = U - P - C - M - ID - O + S + D^5$$

g) 期满后的公有领域

如其他文件所述，其他形式的非知识产权专有权可以扩大一项发明的专有市场优势，即使专利权已期满。

第二部分：专利所有人与非实施实体 (NPEs)

1) 简介

研究报告第二部分首先根据学术和专业文献中的数据和 analysis 对专利所有人社区进行了概述。在此基础上，研究报告又探讨了 NPE 或非实施实体这一术语、它们的做法及其对公有领域的潜在影响。没有所有权，专利权就不能被相应的市场参与者使用。其次，研究报告把权利的所有权与 NPE 的特征联系起来。第二部分收入了各种信息、定义、主要及次要来源，以阐述各种形式的 NPE 及其活动。报告简要介绍了愿意依据按国别递交的《专利合作条约》(PCT) 申请寻求所有权权利的实体，并按实体类型列出了全球 PCT 申请人最多的国家。研究报告表明，小型和大型企业通过专利信息公开尤其对不断丰富公有领域作出了贡献。申请专利注册属于一种隐性的管理决策，最终会在申请中所体现的信息方面充实公有领域。

2) “实施” 专利 - 参与者

“非实施实体”一词广泛、含糊地刻画了一个专利所有人群体。该术语字面上涵盖了拥有发明权但因不管何种原因选择不保护发明的所有实体。除了这种侧重于诉讼方面的定义之外，NPE 还可因其缺乏某种能力而被定义如下：“一个没有能力设计、制造或经销受专利保护的产品的实体。”

有关文献介绍了 NPE 的下列特征：

- (a) 专利主张实体 (PAE)：获取专利的目的是对外许可 (有时参与诉讼)，往往通过创建一个之前不存在的市场，有时是通过使用 (可以说是) 质量不确定的专利对未充分使用的专利进行利用。根据所使用的业务模式，诉讼仅可被当作最终手段；
- (b) 专利聚集：出于攻守兼备之目的收购专利的公司，有时充当更大规模的 PAE；
- (c) 专利中介人：中游实体，介于上述实体之间，通常不参与诉讼；
- (d) 大学与研究院所；

⁵ 备注：D - “事实” 公有领域或可以免费使用的专利发明，因为不对其行使权利。

- (e) 个体发明者；以及
- (f) 非竞争实体 (NCE)：“对其产品或服务领域之外的专利进行主张的业务公司”。

此外，法律界人士还推出了各种子中介机构，根据知识产权业务模式惯例把这些实体分类如下：专利许可与执行公司 (PLECs)；专利掠夺；知识产权机构聚集/收购资金；知识产权/技术发展公司；及其他。研究报告分析了 NPE、其业务模式以及对公有领域的影响，尤其在 NPE 非常活跃的美国背景下对此进行了分析。

3) 非竞争实体 (NCE)

有一个事实经常被人忽视，就是即使是积极从事研发活动的实体也可向 PAE 那样运营，或至少可以体现出可比的作法。这种实施实体在主张专利组合时(经常通过未充分利用的专利或不属于核心业务的专利)，被称作 NCE 或企业巨魔。本章内容指出，因许可活动产生的收入的实际意义因企业不同而有所差异，并举例说明了 IBM 和高通公司等跨国公司的许可做法。

4) 大学和公共研究机构

大学(至少是公共资助的从事研究的大学)和弗劳恩霍夫协会和/或欧洲核子研究中心 (CERN) 等公共研究机构通常致力于以一种改善人类条件的方式充实公有领域的知识，它们也从事递交专利申请的工作。本研究报告介绍有关美国的大学 2011 年度的许可收入情况，进一步分析按选定国家开列的知识产权收入占研究支出的百分比，并讨论贝赫 - 多尔法案⁶对公有领域的影响。关于后者，报告最后尤为指出，即使一项发明仅在专利届满时才可使用，这项法案仍然对丰富公有领域产生积极影响。

5) 主权知识产权基金

在其他独占性机制中，专利所有权被广泛认为可以给专利权拥有者个体或公司带来有竞争力的益处。专利所有权可通过使用公共资金以一种可以给某一特定国家的所有人或参与者带来益处的方式得到促进。公共机构和/或院所对专利资产市场的影响力不断提高。国有投资基金，包括金融资产(如股票、债券、房地产或其他工具)，经常被称为主权财富基金(SWF)。本研究报告讨论 SWF 与其他国有投资工具之间的差异，以及 SWF 采用的有针对性的知识产权资产收购策略。本研究报告简要总结法国专利、台湾专利银行(中国台湾省)和知识产权发现(大韩民国)的收购情况，并尝试分析这种 SWF 对公有领域的影响。

6) 专利诉讼是否属于业务模式？

尽管很难总结主权财富基金等非实施实体对公有领域的影响，但是这种挑战在评价其他类型的 NPE 时会不断增加，这些类型的 NPE 通常利用潜在的专利诉讼风险强制解决问题。它们有一个共同特征，就是在业务模式中把核心专利诉讼当作一个开支项目。这部分研究进一步分析 PAE 和进攻型的专利聚集。

a) 专利主张实体 (PAE)

专利主张实体或 PAE 可以是使用专利发明的任何机构，它们不会通过产品或工艺商业化赚钱，而是仅行使其专利权。这种背景下的“行使”并不一定意味着通过法律进行。不签订拟议的许可协议可能会引起法律后果，这也可被视为一种“行使”专利权的形式。研究报告指出，PAE 的业务模式和专利收购模式已在美国使用了 130 多年。研究报告认为，PAE 可以积极地参与技术交流市场，不管是卖方市场还是买方市场。学者发现下列三个特征有助于提高专利由 PAE 购买而非由实施实体购买的概率：(i) 专

⁶ 贝赫 - 多尔法案(美国于 1980 年 12 月 12 日颁布)为资助研究的各种联邦机构制定了一项统一的专利政策。

利的范围，即侵权概率；(ii)相关技术领域的专利密度，即利用各种创新建立创新和保护替代机制的努力和成本；以及(iii)专利质量，即法庭支持的可能性。

研究报告指出，PAE 活动所产生的影响似乎会缩减事实公有领域的范围，因为它们不太可能会让参与者依靠不会针对其采取行动的专利开展工作，尽管 PAE 并不使用发明(或自己进行研发)，因此两者之间没有竞争关系。

b) 专利聚集

从包括发明人在内的各种来源购买专利，目的是最终从这些专利中提取货币价值。本研究报告审视了知识产权风险投资公司(IV)这一专利聚集的最佳范例。报告在第六章指出，专利主张活动呈现上升趋势，并认为专利主张服务中的专利聚集问题主要对事实公有领域的范围产生影响。有一种方法可以淡化这种影响，就是在专利被收购之前便从市场上撤回来。这种市场“干燥”会让这种实体丧失业务价值。

7) 专利中介人

a) 专利风险解决方案提供商：RPX 和 AST

研究报告对 PRX 公司(RPX)和联合安全信托基金(AST)等 NPE 形式(也称为防御性专利聚集)进行比较，这种 NPE 形式收购有关专利，以避免成员/用户(RPX 客户)遭受侵权诉讼。报告大体总结指出，这种公司已经有效地把这些专利置于事实公有领域之中。

b) 专利是某种活跃市场上的交易产品

关于私人组织的交流平台(例如 Tynax.com、Yet2.com，或者国际知识产权交易所)，研究报告指出，根据其当前的活动形式，似乎这种平台不对事实公有领域直接产生影响，也不会导致维护或行使可能属于任何形式的公有领域的专利权。不过，很明显，与知识产权风险投资公司等专利聚集不同，这些实体本身并不总是创建新的可申请专利的知识，用以充实公有领域。

c) 专利池

研究报告按地区、行业简要讨论了专利池及其自上个世纪以来的普及情况，报告认为，不可能就专利池对公有领域的影响得出一般性的结论。与防御性专利聚集不同，防御性专利聚集允许可能出现的“搭便车”的行为发生，但是不以其他方式对这种行为进行限制，而专利池可能会促使采取反竞争的行动。

d) 其他专利中介人

研究报告认为，众包专利模式通过向有关公司提供另一种质疑有质量问题的专利的方式，也可能对公有领域产生积极影响。这不仅事关提高专利质量，也涉及改进专利申请和起诉的程序。

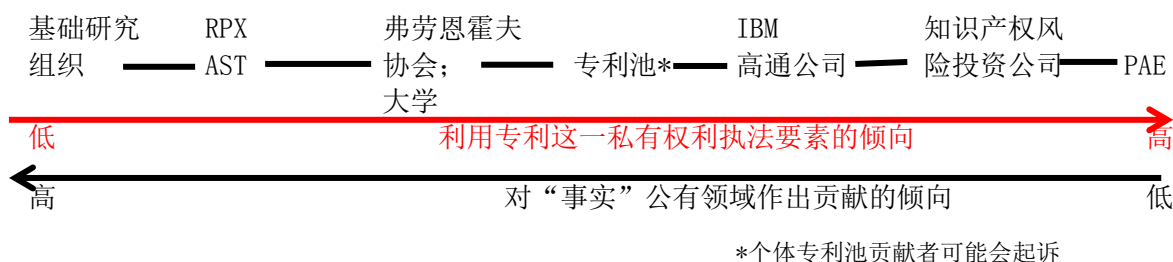
8) NPE 之间的相互作用以及对公有领域的影响

研究报告总结了第二部分所描述的 NPE 分类。研究报告采用以两个连续图形的方式表现的线性表达式试图阐明、比较每种实体对公有领域的贡献，以及每种实体作为专利持有人行使权利的倾向。



NPE 对丰富公有领域的贡献。

有人可能会问，专利聚集进行自主研发，也申请专利发明，但是为何知识产权风险投资公司等专利聚集却比 RPX 等专利中介人对公有领域的贡献要少呢？这是因为 RPX 不行使专利权，由此也便促使没有加入 RPX 的公司免费使用其专利组合，于是这些专利似乎对公有领域作出了贡献。



NPE 倾向于将专利当作私有权利执法手段。

此外，从上图可以看出，沿连续图形排列的实体顺序因所描述的公有领域层面不同而有所差异。总体而言，呈现出一种反比关系的倾向：实体对充实公有领域贡献越多，就越不倾向于利用专利这种私有权利执法要素，因此，往往更可能对“事实”公有领域作出贡献。

第三部分：专利管理 - 相互作用及对公有领域的影响

1) 专利申请与创新流程

a) 专利意识

专利推动创新过程吗？本研究报告审查了医药行业，对通过控制使用侵权赔偿等手段来降低专利价格或经济价值是否属于一种解决方案提出质疑。

b) 增量改进与后续知识释放树

成功的发明专利会鼓励进行更多创新活动。如果一个新产品开辟了一个新的产品类别，人们往往可以发现，这种新产品将会鼓励其他公司开发类似产品甚至更优产品，利用既定市场。研究报告举例提到了阿斯利康的药品洛赛克，即美国的奥美拉唑(成分：奥美拉唑，FDA 于 1989 年批准)，该药物在 2000 年成为世界最畅销药物。该药物能够更有效地治疗胃灼热，开辟了所谓的 PPI(质子泵抑制剂)类药品市场。不久以后，兰索拉唑(成分：兰索拉唑，FDA 于 1995 年批准)或泮托拉唑(成分：泮托拉唑钠，FDA 于 2001 年批准)等其他同类药品也进入了市场。这些新增发明不仅对微观层面产生了既定影响(即创造或再度发明(新)产品)，而且对宏观层面也产生了影响(即创建了新知识，随后释放到知识库，并最终丰富并加强了公有领域)。后来，随着时间的推移，洛赛克、泮托拉唑和兰索拉唑的药物成分的所有专利在期满之后，均转到了公有领域。

研究报告以 PPI 类药品洛赛克为例，对后期知识释放树进行了概述。研究报告还指出，近期有一份关于质量指数的研究出版物，对专利过程的质量是否影响专利申请人的行为进行了调查。文章发现，申请人的申请行为会按每个专利制度的广泛的专利质量标准自我调整。不过，单凭这种发现几乎还不能提供证据表明，专利指数中排名比较靠前的专利制度更有可能对专利公开予以鼓励，由此丰富公有领域。然而，研究报告指出，严格的专利授予制度可能不会对创新活动起到鼓励作用。

c) 操作自由

操作自由与各公司采用的两种策略相关，俗称防御型专利和进攻型专利。防御型专利系指，注册或获取专利程序的目的是避免出现诉讼风险。这项策略可能最终会提高经营业务的成本。而进攻型专利注重于利用知识产权获得收入，例如通过许可获得收入。研究报告认为，防御型专利策略也可能被战略性公开策略(也称为防御型公布或抢先公布)冲击。战略性公开对操作自由的影响可与战略性防御型专利的影响相提并论：竞争对手不能通过自己申请发明专利设置操作或进入有关领域的障碍。因此，研究报告认为，纵观企业的各种专利管理做法，战略性公开可能对公有领域的影响最大，在其对公有领域的影响方面可与专利捐助或开放式创新(见下方)相媲美。

d) 隐性申请

一种掩饰发明的策略是在其被自动公布之前将其隐藏(如果被审查员驳回或被申请人撤回的话)，不过这种策略在实践中并不常用，因为这限制了将原始专利申请延及其他国家的能力。⁷这种措施可能对公有领域产生负面影响，因为发明将不会公开披露，由此不可被使用。这种做法会让市场变得不确定，不管对其他专利局还是发明人来说，不论是因缺乏识别现有技术的能力还是缺乏根据以其他方式公布并可以获取的知识进行进一步发明的能力，都如此。

e) 潜水艇专利

放大对公有领域和创新活动的负面影响的战略叫做“潜水艇”战略，其目的是把一项专利维持在待审状态(不公布，由此“隐藏起来”)，不让竞争对手知道专利的存在，就像一个未被发现的潜水艇一样。专利一旦授予，也就是说潜水艇浮出水面，企业就会立即通过针对竞争对手或任何其他其认为侵犯了早期优先权的主张发明的公司行使其专利权，对对手进行攻击。除了释放到公有领域的知识更少这一结果之外，这种措施还会阻碍市场上的其他参与者进行创新投资，因为他们可能担心因侵犯具有法律效力的浮出水面的现有技术而被起诉。近期已对专利法做出了变更，以减少使用这种潜水艇策略的情况。

f) 专利范围优化

为了扩大专利授予的保护范围，一些申请人还进行专利范围优化活动，例如(1)继续申请，(2)部分继续申请(CIP)，(3)申请“增补专利”，以及(4)分案申请。本研究报告描述了所有这些做法，并指出这些做法可以被用来掩饰专利申请人的意图，增加专利制度的模糊性，由此提高竞争对手的业务成本。寻求现有技术的第三方也可能被误导，无法发现专利局数据库中的相关现有技术信息。因此，企业可能不再进一步创新，或受到鼓励，也把发明隐藏起来，不让发明进入公有领域，于是进一步导致某一既定时间点的公有领域的知识减少。

2) 专利捐助与开放式创新

研究报告将在以下章节说明开放式创新可能是现有业务策略的替代方案，此外，知识产权在开放式创新背景中依然重要。

⁷ 此处提及的是 Matthis de Saint-Georges 和 Bruno van Pottelsberghe de la Potterie，他们引用了 USPTO 的做法，内容如下：“申请人可以要求申请不被公布，但条件只能是发明尚未且不会成为在要求申请在递交 18 个月（或更早声称的优先权日）之后或根据《专利合作条约》公布的某一其他国家递交的申请的主体……。”

a) 内包知识库

开放式创新似乎是一种向传统公司的静脉注入新鲜的创业血液的颇有前景的方法。然而，在大多数情况下，其对公有领域的影响可能并不像人们预期的那样乐观。新的专利发明可以促使进行适销对路的创新，从长远来看，可以充实公有领域，但从短期来看，开放式创新标题下的创新举措并不一定会导致开放式地、无限制地获取这些创新。开放式创新不等于开放式知识产权。与之相反，专有权利，尤其是专利，对企业获取通过开放式创新开发的发明所创造的创新回报起着举足轻重的作用。

b) 专利捐助与未充分使用(未使用)的专利

栅栏防御是一种自愿把专利置于公有领域的策略。因此，发明会成为现有技术，可能会防止竞争对手对其自己的相关不断提高的技术申请专利。这部分是因为他们可能担心侵犯其他仍处于专利保护期的相关专利，或只是因为他们不想与依靠公开可用的知识(即现有技术)开发的产品竞争。有人提议降低公众使用专利发明的门槛，借助这种方式有关大学正对丰富公有领域作出贡献。基础医药大学联盟(UAEM)是一种促进大学的专利知识得到更广泛使用的举措。UAEM 根据其目标提出：“……大学同时把药物许可给通用名药物公司，这些公司能够为生活在中等收入国家的人们以更低、更实惠的价格生产药物……”。UAEM 还声称，这不会伤害高收入国家的制药公司的收入。

c) 合作

开放式创新活动不仅在高科技环境中开展，其他行业也已经部分开始加强其创新能力。传统而言，制药业和生物技术行业的研发创新成本较高。学者发现，制药行业经由“开放性休克”对开放式创新的反应可能最终会导致公有领域中的知识得到更为广泛地充实(当且如果这些发明最终让渡到公有领域)。

3) 专利挑战与长青

这部分研究内容讨论被称为“长青”的专利管理做法，分析 Hatch-Waxman 法案。这项法案作为美国的一个政策工具于 1984 年颁布，目的是平衡制药业的通用名药物公司与品牌药物公司之间的利益，并促进药物价格竞争，促使增加通用名药物的使用，降低医疗成本。

结 论

总之，研究报告指出，专利和创新与丰富的、可以免费获取的公有领域之间的关系既复杂又细腻。尽管没有对这种关系进行概括总结，但是还是可以提出一种启发式的模型，以极大地帮助我们理解这一重要问题。这个模型兼顾了有关时间跨度、所涉的相关司法管辖权、各种参与者的商业和其他目标，及其执行计划的能力。作者还酌情指出了未来的研究途径，目的是可以进一步阐明专利活动帮助继续丰富公有领域的方式。

[附件和文件完]