



德衡律师集团  
DEHENG LAW GROUP

# 客户通讯 & 律师观点

[知识产权与互联网业务中心](#) > [知识产权业务团队](#) 主办 2018年10月26日 | 第65号

## 【律师视点】现有技术公开的范围是否涵盖微信朋友圈？

专利法意义上的现有技术或设计是指申请日以前在国内外为公众所知的技术或设计[1]。换言之，现有技术或设计应当在申请日以前处于能够为公众获得的状态，并包含有能够使公众从中得知实质性技术知识的内容。由此可知，构成专利法意义上的“现有技术或设计”具有至少两个必备要件：其一，在申请日之前“现有技术或设计”必须为“为公众所知”；其二，所公开的内容必须是实质性技术知识的内容[2]。然而，在专利审查和司法实践中，如何认定“为公众所知”，可谓见仁见智，微信朋友圈公开即为一例，法院合议庭和复审委合议庭在内部亦有分歧。本文基于最新发布的(2018)浙民终 552 号案就此问题展开分析和探讨。

### 案情回顾

浙江省高级人民法院(2018)浙民终 552 号案涉及罗奎（“专利权人”）与永康市兴宇五金制造厂（“兴宇五金”）、浙江司贝宁工贸有限公司（“司贝宁”）侵害外观设计专利权纠纷（“本案”）。专利权人在 2016 年 10 月 12 日提交了申请号为 ZL201630500343.4、名称为“门花（精雕压铸吕-7）”的外观设计专利（“涉案专利”），并于 2017 年 1 月 4 日被授予专利权。此后，罗奎以兴宇五金和司贝宁制造并销售的门花产品侵犯了其专利权为由，向浙江省杭州市中级人民法院提起诉讼。兴宇五金和司贝宁以本案专利涉及的外观设计于 2016 年 3 月 10 日、3 月 12 日、3 月 22 日、6 月 16 日在昵称为“金金铝门花罗玲 182\*\*\*\*1998”的微信朋友圈中已经公开为由提出了现有设计抗辩。

对于本案，一审法院认为，微信朋友圈是一种具有较强的开放性而不是一种具有高度私密性的社交媒体，微信用户对于发布在朋友圈的内容在主观目的上也是为了公开与共享，而且微

信用户的好友对朋友圈的内容也不负有保密义务，使得发布在朋友圈的内容存在被不特定公众所知的可能。此外，通过微信用户所发布在朋友圈的内容可知，该微信用户系通过微信朋友圈推销其产品，朋友圈中所发布的产品已经在售，公众已经可以购买并使用。由此，一审法院认定，该微信用户发布在朋友圈中的内容可以作为现有设计抗辩的依据，并最终认定兴字五金和司贝宁的现有设计抗辩成立，驳回专利权人的诉讼请求。

专利权人不服一审判决，上诉至浙江省高级人民法院。浙江省高级人民法院经审理后认为，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，审判程序合法，最终维持一审法院的判决，驳回上诉。[3]

### 问题的提出

本案的争议焦点之一是兴字五金和司贝宁以微信朋友圈中的发布的内容作为依据提出的现有设计抗辩的理由是否成立的问题，其关键是判断微信朋友圈的发布是否构成专利法意义上的“为公众所知”。

在本案中，二审法院认为，关于在微信朋友圈发布的图片是否构成专利法意义上的公开，能否作为认定构成现有设计抗辩的依据问题，不能简单一概而论。同时，二审法院又指出，随着微信使用范围和用途的不断扩展，越来越多的人把微信朋友圈当作进行产品营销活动的重要途径，客观上部分微信朋友圈已经兼具了营销的功能，甚至出现了微商群体。在本案中，从信息发布者的角度出发，其希望在微信朋友圈发布的产品信息能让更多的人知悉，存在无限扩散的可能。由此可知，二审法院的观点是，在微信朋友圈产品信息的发布应该构成专利法意义上的“为公众所知”。

值得注意的是，本案判决书中提及，涉案专利权人向二审法院提交了专利复审委员会在 2018 年 7 月 12 日作出的涉及专利号为 ZL201630171809.0、名称为“门花”（精雕压铸吕-4）的外观设计专利的第 36544 号《无效宣告请求审查决定书》。该审查决定认为，在微信朋友圈发布的图片不构成专利法意义上的公开。然而，关于微信朋友圈发布是否构成专利法意义上的“为公众所知”，二审法院不但没有认可复审委的观点，反而给出了不同的见解。

那么，本案中二审法院的观点是否合理？对于那些纯粹用于朋友间的信息分享和传递的微信朋友圈的发布是否构成专利法意义上的“为公众所知”，如何进行判断？本文对此进行研究探讨。

## “为公众所知”的认定

在司法或审查实践中，在现有技术或设计的认定过程中如何界定“为公众所知”是最难处理的问题之一。《专利审查指南》（2010）的规定表明，所谓“为公众所知”指的是“处于能够为公众获得的状态”。

### 1、何为“处于能够为公众获得的状态”

根据《专利审查指南》（2010）对“使用公开”的规定，通过制造、使用、销售、进口、交换、馈赠、演示、展出等方式使有关技术内容处于公众想要知道就能知道的状态，就构成使用公开，而不取决于是否有公众得知[4]。由此，“处于能够为公众获得的状态”应该理解为公众想要知道就能知道的状态，而不是公众已经实际获得的状态，不必关心事实上是否有人获得、阅读和理解所公开的技术或设计内容、有多少人获得、阅读和理解所公开的技术或设计内容之类的问题。例如，以供公共阅览的图书馆收集了一本涉及某项发明创造的文章的期刊，无论是否有人或有多少人去借阅该期刊或阅读涉及该发明创造的文章，该期刊涉及该发明创造的文章已经处于公众想要知道就能知道的状态，即：已经处于专利法意义上的公开状态。

但是，需要注意的是，“公众想要知道就能知道的状态”应当包含了公众“能够通过正当、合法的途径获得”的限制性条件。如果只能通过偷盗、窃取等非法手段才能获得，则不应该属于“公众想要知道就能知道的状态”。[5]但是，相关技术内容被他人通过偷盗、窃取等非法手段获得后被公开，使得公众能够通过正当、合法的途径获得该被公开后的相关技术信息，则该被公开后的相关技术信息仍被认为处于“公众想要知道就能知道的状态”。[6]

## 2、何为“公众”

“公众”的含义本身比较抽象。如何界定专利法意义上的“公众”，是现有技术或设计的认定中最为关键的问题之一。

在专利复审委员会第2号无效宣告请求审查决定中，合议组强调“公众”的含义不是数量意义上的人群，而是不受特定条件限制的人群。在认定“特定条件”时，合议组认为本案涉及的五类人虽然没有明确的保密协议或应遵守的保密义务的规定，但基于各自的默示保密义务而被划入特定人的范畴，从而确定具有明示或默示保密义务者属于公众中的特定人。[7]因此，在此案中，所谓“不受特定条件限制的人群”是指不受明示或默示保密义务限制的人群。

同时，根据《专利审查指南》（2010）的规定，处于保密状态的技术内容不属于现有技术；所谓保密状态，不仅包括受保密规定或协定约束的情形，还包括社会观念或者商业习惯上被认为应当承担保密义务的情形，即默契保密的情形[8]。即，技术内容被负有保密义务或者按社会观念应当并且能够保密的人获取后，该技术内容仍然还处于保密状态，不构成现有技术。此外，《专利审查指南》（2010）还规定，印有“内部资料”、“内部发行”等字样的出版物，确系在特定范围内发行并要求保密的，不属于出版物[9]。

由此可知，负有保密义务者就是“受特定条件限制的人群”中的成员，也就不是专利法意义上的“公众”。

反之，不负有保密义务者是否就可以构成专利法意义上的“公众”呢？也就是技术内容被不负有保密义务或默契保密义务的人获取后，该技术内容是否就成为“为公众所知”而构成现有技术呢？

在北京市高级人民法院（2010）高行终字第672号判决书中，北京市高院认为，涉案专利权人与阿里巴巴公司在涉案专利申请日之前签订了《阿里巴巴服务合同》，并在涉案专利申请日之前将产品推广资料提供给了阿里巴巴公司，而《阿里巴巴服务合同》并未体现阿里巴巴公司对涉案专利权人所提供的产品推广资料负有明示或默示的保密义务，故自阿里巴巴公司

因其服务而换取相关产品推广资料之日起，该产品推广资料已处于公众想得知就能够得知的状态，即涉案专利权人的产品推广资料在涉案专利申请日之前构成法律意义上的使用公开。

无独有偶，在（2016）最高法民再 179 号判决书中，最高院认为，附录 Y 虽是一份产品操作和维护说明书并随产品销售而交付使用者，但其使用者以及接触者均没有保密义务，也即附录 Y 是可公开的，能够为不特定公众通过复印的方式获取，构成现有技术。

因此，根据北京市高院和最高院在上述案件中的观点，判断相关资料在申请日之前是否构成法律意义上的公开，只需判断相关资料的接受人在申请日之前是否负有明示或默示的保密义务，如果没有明示或默示的保密义务，则构成法律意义上的公开，即没有明示或默示的保密义务的相关资料接受人构成了专利法意义上的“公众”。

此外，《反不正当竞争法》第九条规定，本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。可见，构成商业秘密的技术信息是不为公众所知悉的，而为公众所知悉的技术信息则不构成商业秘密。即，与“公众”相对的即为对商业秘密负有保密义务的人。一旦有可能被不负有保密义务的人所获取，该技术信息就脱离了保密状态，其可以向他人进行传播，这也就足以使该技术信息处于公开状态，由此该技术信息也就不可能构成商业秘密，成为“为公众所知悉的”技术信息。

综而述之，所谓“公众”应该是指不负有保密义务的人，其不仅仅理解为不知其姓名的街上行人、公共图书馆中的读者和书店中的顾客，也包括报告会的听众、教室中的学生、一个小会议室中指名邀请来的、参与论证审核有关技术的少数专家，甚至与其交谈的个别人，只要对他们没有提出对公开、透露、宣讲、谈话内容进行明示或默示保密的要求，都是这里所说的公众中的成员。不能因为他们是范围有限的、指名邀请来的、人数很少的，是所谓“特定人”，就不是专利法意义上的“公众”中的成员。[10]

### 关于微信朋友圈公开性的认定

微信借助于移动互联网成为将文本、图片、语音、视频等众多信息交互方式融于一体的自媒体平台。其中，微信朋友圈帮助微信自媒体为受众提供形式多样的信息传递。然而，微信区别于其他自媒体平台的一大特色是微信朋友圈，其基于手机用户现实中的熟人关系，由此也为微信朋友圈披上了具有一定的“私密性”的外衣，从而也为微信朋友圈公开性的认定埋下争议的种子。

## 1、微信朋友圈里发布信息是否处于被微信朋友圈里的“好友”想得知就能得知的状态

微信朋友圈具有信息屏蔽功能，通过该功能可以实现三种情况：一是不与微信朋友圈的任何“好友”分享自己所发布的信息（“私密”）；二是与微信朋友圈的部分“好友”分享自己所发布的信息（“部分可见”或“不给谁看”）；三是与微信朋友圈的所有“好友”分享自己所发布的信息“公开”。

对于第一种情况，微信朋友圈用户选择“私密”的状态“发布”信息时，其所“发布”的信息只能供其自己查阅，该“发布”行为实际上不能成为在微信朋友圈发布信息，而只能将微信朋友圈视为私人电子记事本之类的东西，而不具有微信朋友圈应有的分享、传播及获取的功能。即，这种情况不属于本文所要讨论的在“微信朋友圈发布信息”的情况。

微信朋友圈作为微信自媒体的一种功能，其目的是为用户提供信息分享、传播及获取的平台。用户在微信朋友圈里所发布的信息会必然会被微信朋友圈里的“好友”所获取，并有可能被“好友”在其自己的微信朋友圈里进行传播和分享。因此，对于第二、三两种情况，被允许分享的微信朋友圈“好友”对微信朋友圈用户所发布的信息自然能够查阅、转发、分享。即，在这两种情况下，一旦微信朋友圈用户在其朋友圈发布了相关信息，则该相关信息就处于被微信朋友圈中相应的“好友”想得知就能得知的状态。

## 2、微信朋友圈“好友”的“公众”身份

如上述分析，专利法意义上的所谓“公众”应该是指不负有保密义务的人，其不是数量意义上的人群。那么，微信朋友圈的“好友”是否是负有保密义务的人呢？

微信朋友圈的“好友”通常来自于手机电话簿里的“熟人”。在当今社交资讯高度发达的社会，手机电话簿里的“熟人”除了平时在生活或工作中真正有过交往的熟人外，还可能包括不曾有过真正交往过的所谓“朋友”。此外，除了来自手机电话簿里熟人外，微信朋友圈的“好友”还可来自手机电话簿之外未曾见过面和/或有过实质性交往的所谓“朋友”。

可见，微信朋友圈的“好友”的身份通常较为复杂，这也就导致微信朋友圈所谓的“私密性”只是一种极度弱的相对“私密性”，不可能具有法律意义上的秘密性。特别是，对于借助微信朋友圈进行营销的用户，其更希望在微信朋友圈所发布的信息不仅能够被微信朋友圈的“好友”分享和获取，而且更希望微信朋友圈的“好友”能够帮助其转发传播，因而更谈不上“私密性”的问题。

因此，无论从微信朋友圈的目的、性质和作用而言，还是从微信朋友圈的“好友”的身份出发，微信朋友圈的“好友”之间不可能就其在微信朋友圈发布的信息承担明示或默示的保密义务。即，微信朋友圈的“好友”不应该被认为是负有保密义务的特定人，应该属于专利法意义上的“公众”中的成员。

### 3、微信朋友圈信息发布的公开方式

现有技术公开方式包括出版物公开、使用公开和以其他方式公开三种[11]。其中，专利法意义上的出版物公开是指记载有技术或设计内容的独立存在的传播载体，并且应当表明或者有其他证据证明其公开发表或出版的时间，其可以是各种印刷的、打字的纸件，也可以是用电、光、磁、照相等方法制成的视听资料，还可以是以他方式存在的资料，例如存在于互联网或其他在线数据库中的资料[12]。专利法意义上的使用公开是指由于使用而导致技术方案的公开，或导致技术方案处于公众可以得知的状态，包括能够使公众得知其技术内容的制造、使用、销售、进口、交换、馈赠、演示、展出等方式[13]。专利法意义上的以其他方式公开主要是指口头公开等，包括口头交谈、报告、讨论会发言、广播、电视、电影等能够使公众得知技术内容的方式[14]。

微信朋友圈具有移动互联网性质，这是毫无疑问的。在微信朋友圈发布的信息，虽然目前没有工具进行检索，但不能否定其在互联网上的存在，也不妨碍其在互联网上的传播和分享。此外，在微信朋友圈发布信息，系统会自动记录信息发布时间。

在(2016)最高法民再 179 号判决书中，最高院对专利法意义上的出版物公开做出了广义解释。由此可知，微信朋友圈为独立存在的传播载体，也能确定在微信朋友圈上发布信息的时间，如果其上发布的信息记载了相关专利的技术或设计，其应该属于专利法意义上的出版物公开。

### 小结和建议

概言之，微信朋友圈所发布的信息，对于微信朋友圈中的好友而言，处于想得知就能得知的状态。而且，微信朋友圈中的好友相对朋友圈信息发布者而言，对于发布在朋友圈的信息通常不具有明示或默示的保密义务，属于专利法意义上的“公众”中的成员。因此，微信朋友圈用户一旦在专利申请日以前将相关技术或设计信息发布在微信朋友圈中，其将构成申请日以前在国内外为公众所知的现有技术或设计。

浙江省高级人民法院的(2018)浙民终 552 号案给国内大多数申请人敲响了警钟，申请专利的技术在被国家知识产权局公布之前需要对该专利申请技术做好保密措施，严格控制相关技术信息的分享、发布和传播，否则将最终导致权利人不可挽回的损失。当然，对于专利侵权诉讼的被告来说，也多了一个可供挖掘的现有技术/设计信息来源。

注释：

[1] 专利法第二十二条第五款、第二十三条第四款。

[2] 《专利审查指南》（2010）第二部分第三章第 2.1 节。

[3] 浙江省高级人民法院(2018)浙民终 552 号民事判决书。

[4] 《专利审查指南》（2010）第二部分第三章第 2.1.2.2 节。

[5] 参见《中国专利法详解》（2012 年 9 月第 2 版），尹新天著，第 186 页。



[6] 《专利审查指南》（2010）第二部分第三章第 2.1 节，如果负有保密义务的人违反规定、协定或者默契泄漏秘密，导致技术内容公开，使公众能够得知这些技术，这些技术也就构成了现有技术的一部分。

[7] 《现有技术与新颖性》（2005），国家知识产权局专利复审委员会 编著，知识产权出版社，第 6-12 页。

[8] 《专利审查指南》（2010）第二部分第三章第 2.1 节

[9] 《专利审查指南》（2010）第二部分第三章第 2.1.2.1 节

[10] 《专利法解说》（修订版）（2002），汤宗舜著，知识产权出版社，第 140 页。

[11] 《专利审查指南》（2010）第二部分第三章第 2.1.2 节。

[12] 《专利审查指南》（2010）第二部分第三章第 2.1.2.1 节。

[13] 《专利审查指南》（2010）第二部分第三章第 2.1.2.2 节。

[14] 《专利审查指南》（2010）第二部分第三章第 2.1.2.3 节。

近日，在德衡律师集团大力支持下，集团知识产权团队撰写的《知识产权疑难案件律师代理思路与裁判精析》一书由法律出版社正式出版发行。

来源：德衡律师集团



如对本客户通讯有任何疑问，请联络我们。

【律所联系方式】

地址：北京市朝阳区建国门外大街 2 号银泰中心 C 座 12 层

电话：+86 10 8540 7765

传真: +86 10 8540 7608  
邮箱: ip@deheng.com  
邮编: 100022

---

您也可能对以下话题感兴趣:

[防御性注册商标权的保护](#); [民间文学艺术的知识产权保护](#); [娱乐作品名称撞车的法律分析和应对](#).....

---

本文是德衡律师集团向客户及其他友好各方提供的法律通讯。本文所载信息不应被诠释为律师意见。如果您需要关于上述事宜的进一步分析或说明, 请联络您最通常联系的律师。欲获取此通讯, 请通过 <http://www.deheng.com.cn/ywly/>, 查找本团队专栏, 订阅本通讯。我们将定期向您发送。