

doi: 10.3969/j.issn.1000-7695.2015.23.031

论专利不实施及其应对

贾小龙

(兰州理工大学法学院, 甘肃兰州 730050)

摘要: 实施专利是专利制度的内在要求,也是创新的基本规定,但因专利技术本身不具有商业可行性以及专利权人故意或懈怠等原因,实践中大量专利并没有实施。将专利付诸实施是早期专利保护实践中权利获得或维持的必要条件,但在整个 20 世纪中,随着专利政策的改变以及由此而来的专利私权观念的加强,专利是否实施与专利保护之间几乎没有关系。在专利权数量剧增、专利诉讼由消极防御转向积极进攻以及生产的技术化程度不断提高的背景下,大量专利不实施既造成了资源浪费,也与专利制度促进创新的宗旨相悖。为此,应通过改造强制许可程序、鼓励专利经营实体发展、还原专利申请和维持的市场结构等多种措施,促进专利实施。

关键词: 专利; 不实施; 私权; 对策

中图分类号: D913

文献标志码: A

文章编号: 1000-7695 (2015) 23-0155-08

On Patent Non-use and Its Amelioration

JIA Xiaolong

(School of Law, Lanzhou University of Technology, Lanzhou 730050, China)

Abstract: Taking patent into practice is the internal requirement of patent system and the fundamental nature of innovation as well. While in practice, many causes like the technology underlying patent right may not be commercially viable and strategic arrangement or simply indifference of patent owner, numerous patents are not carried out. Putting patent into practice is the necessary requisite to acquire or maintain patent right in early patent protection realities. But in the whole 20th century, following the alteration of patent policy and the strengthening of perceiving patent as private right therefrom, whether patent in use or not nearly has no influence on patent protection. In the context of the explosion of patent quantity, patent litigation is changing from negative defense to active attack, and the continuous increase of the technological extent in production, numerous patent remain on the paper would cause resource waste and conflict with the aim of patent system which is promoting innovation. So we should stimulate patent in use by adopting multiple measures such as reshaping the procedure of compulsory license, encouraging the development of patent operating entity and restituting the market structure of patent application and preservation.

Key words: patent; non-use; private right; countermeasure

1 研究背景

专利不实施是指专利权人自己未使用专利技术,也没有将专利技术许可给他人使用的情形。尽管在早期,专利不实施问题曾受到了立法和司法的干预,但在过去百余年的专利实践中,除法律明确规定的少数情形(如强制许可)外,专利是否实施完全是权利人自主决定的事。时至今日,随着有效专利数量的急剧增加以及专利权向所有技术领域内的不断延伸,大量专利不实施的问题再次引起了人们的关注。国外调查表明,大约 40%~90%的专利没有实施^[1]。有专家表示,我国专利产业化率仅占 5%左右^[2]。与此同时,尽管我国已经位居世界第一专利申请大国,但国家创新能力和水平仍然相对较低。

世界知识产权组织统计表明,我国的创新指数在 141 个国家中排在第 34 位^[3]。在汤森路透旗下知识产权咨询公司发布的年度全球创新企业百强榜单中,中国公司无一上榜^[4]。

尽管如此,但囿于专利权的私权观念,学界对专利不实施问题的理论探讨比较缺乏。事实上,专利权与传统意义上的私权并非完全等同,获得专利本身也不会直接促进创新和产业发展;相反,大量专利得不到实施,还会放大大专利保护导致的社会净损失或无谓损失。因而,研究采取针对性法律措施,着力改善专利实施状况,对于厘清专利保护与创新关系、促进创新驱动发展战略具有重要的理论和实践意义。

收稿日期: 2014-10-09, 修回日期: 2015-03-10

2 专利不实施的发生基础

2.1 专利技术不具备实施的客观条件

(1) 专利技术本身在商业上不可行。专利是否实施以及能否实施,根本上都取决于其在商业上是否可行。一般来说,专利技术在商业上是否可行,可从两个角度予以评判:一是专利产品与市场需求相脱节,表现在当前市场上不存在对专利产品的需求、现有技术条件下产品的成本过高或者专利产品的商业前景难以评估等^[5]。出现这种状况的原因也是多方面的,有消费者偏好、替代技术成功应用、相关领域的整体制造和工艺水平不配套、专利技术研发缺乏可靠的市场调研,等等。二是专利在技术上不成熟,典型的表现是技术理念过于超前、工艺不合理等。除此而外,各国普遍奉行的先申请制客观上也会“迫使”一些申请人在新技术思想具备商业化条件之前先申请专利,从而造就了一些在授权之时并不具备商业可行性的专利,因为多人在相同或相近主题上同时从事研发并不稀奇,因此每个研究者都担心其会屈居第二;与此同时,所申请发明的新颖性和专利申请的宽限期规则也会给研究者选择尽早提出申请带来激励,因为先申请者可以使得他人的在后相同申请丧失新颖性,而自己却可以在宽限期内继续完善发明,专利制度并不要求已经完成了一项与商业有关的发明,它只要求某个新的技术方案是可以实现的。如此,许多重要的发明以一种商业上具有重要意义的方式获得了专利,但与后来改进的技术方案相比,其重要性甚至不值一提。

(2) 资金缺乏、信息不对称等外部因素。从专利技术到专利产品,还需要外部环境支持。以非从事生产的专利权人为例,缺乏充足的自有资金和制造能力是其自己实施专利面临的主要障碍;加之从专利技术到专利产品的转化往往风险较高、投入较大,因而,尽管我国已经存在一些风险投资者,但因数量较少、资金规模较小,对于大量具有市场前景的专利,也并非总能给予资金支持。当然,专利权人也可以通过许可而实施专利,但专利许可繁荣的基本前提是技术市场充分发育,市场信息公开,交易双方信息对称,然而,由于专门的技术交易中介机构较少,发育程度较低,技术供给和需求之间存在普遍的信息不对称,使得专利权人通过许可实施专利同样不容易实现。

2.2 权利人故意或懈怠

(1) 专利权人故意不实施。商业上可行的专利技术发生不实施的问题有时候是权利人故意而为的,典型的情形包括:1) 外围专利。根据企业申请专利的目的不同,可将授权专利分为核心专利和外围专利。前者所包含的技术思想与企业所从事的生产经营活动直接相关,是其从事生产经营、提高产品科技含量和市场竞争力的根本保证;而后者则通常是与核心专利相关,并围绕核心专利的技术特征研发

的边缘技术特征,其目的首先不在于应用于生产经营,而是保护核心专利不受侵犯。因而,对于大量外围专利而言,企业从研发之初事实上就已经作出了既不自己实施、也不会许可给他人实施的有意安排。对于企业而言,取得和维持这类专利,目的在于利用专利的排他性为其他生产者进入相关市场设置障碍。2) 与企业当前的生产经营相竞争的专利技术。当专利产品与专利权人已经开发和商业化的产品之间存在竞争时,专利权人可能会故意阻止该专利技术实施。对此,经济学家唐纳德·舍恩以从事电冰箱生产和销售的设备公司为例进行过分析。舍恩假定,研发部门开发了一项新的食物储存方法,它将代替传统电冰箱,单从专利保护的一般原理来看,实施该项新技术理论上对该公司是有利的,有助于其抢占新的食物储存设备市场,然而实际情况是,设备公司可能会基于如下原因反对新技术实施:公司已经在电冰箱上作出了重大投资并占据较高市场份额;传统电冰箱的销售部门已经开发和培育了完善的销售渠道,熟知销售策略和知识,新技术的应用将被迫它们从头开始。舍恩认为,设备公司是否决定申请专利以公开新技术取决于它对其它公司从事类似行为的估计,如果它估计别人不会做,就会更倾向于使用商业秘密保护;反之,将会申请专利以设置一个障碍^[5]。当然,无论通过哪种形式保护新技术,设备公司都会在新技术的实施上保持被动,只要传统食物存储产品市场份额和经营收益预期不会发生重大改变,它都不会首先将新技术投入实施。

(2) 专利权人的懈怠。所谓专利权人的懈怠,是相对专利权人故意不将具有商业可行性的专利技术投入实施而言的,主要涉及专利权人缺乏实施专利的现实需要和主观动机。换言之,专利技术是否实施,对于这类专利权人而言是无所谓的,是听之任之的。理论上说,由于专利费用制度的存在,专利权人客观上都会面临实施专利技术的需要和压力,只有将专利付诸实施,专利权人才不会“得不偿失”,专利保护的期待利益才会实现。但从实际情况来看,由于专利申请和维持成本、专利保护期待利益的实现会通过其他途径获得补偿,因而,一些专利权人对于专利实施自然不会积极,特别是对于一些市场前景或商业价值不高的专利而言,更是如此。就此而言,专利是否实施,本不是其申请专利的目的。这种情况主要发生在政府资助的研发活动和高等学校中。就前者而言,往往获得专利授权就已经满足了政府资助研发项目的验收条件,一旦项目获得验收通过,被资助者就可以拿到所有的资助;就后者而言,在我国许多高校中,只要科研人员申请或获得专利授权,就能获得相当数额的奖励薪资(业绩薪资),因而他们往往“重”专利申请而“轻”专利实施,存在不同程度的“为申请而申请”的状况。

3 不实施对专利保护影响的历史考察

历史地看,在专利的早期形态和经由国家立法确立之初,使用或实施专利都是维系专利权有效的基本要求。大约13至15世纪,专利保护实践来自于封建城邦国家以吸引外国工匠及其技术为目的,向行会以外的个人给予实施特定技艺的许可。不难推断,若非出于实施特定技艺的需要,则并无给予许可可以“侵犯”行会垄断权利的需要,专利保护自然也就无从说起。此后,许多欧洲国家普遍采用了向外国工匠授予专利以促进其在当地实施技艺的做法^[6]。到1623年英国《垄断法》,其第6条在将向制造品的首先发明者所授予的专利证书或特权宣告为合法垄断的同时,将该特权限定在了新产品的制造和实施方面。现有文献表明,将所述发明投入实施是《垄断法》下维持专利有效的必要条件^[7]。美国国会曾在1832年批准给外国人授予专利时所附加的条件就是要在授权后1年内将发明在美国投入使用,否则将导致专利无效。虽然在其后达成的《保护工业产权巴黎公约》中设计了专门的条款以终结当时被各国近乎滥用了的实施专利要求,但却并没有从根本上否认专利权人的此项义务。该公约第5条在明确专利产品的进口不应使专利权的丧失成为必要的同时,规定“专利权人应有义务按照其所获专利地的国家法律规定使用其专利。”

在专利制度随后近百年的演进中,使用或实施专利虽然未能继续影响专利的存续,但却在一定程度上影响了其所得到的保护力度。如依据《保护工业产权巴黎公约》1925年文本的规定,对于在一定期限内不实施的专利,成员国可给予强制许可。而在美国早期判例中,实施专利是获得衡平法救济的条件。Hoe v. Knap案是这方面的一个先例。在该案中,布拉杰特法官(Blodgett)指出:专利权赋予专利权人以垄断权,他有义务要么自己实施专利,要么以合理和公平的条件允许他人使用专利^[8]。但到Heaton - Peninsular Button - Fastener Co. v. Eureka Specialty Co.案中,巡回法院推翻了Hoe V Knap案所确立的规则,指出专利权是排他性的,有关私人财产权的宪法条款清楚地表明权利人既没有义务自己使用他的发明,也没有许可他人使用的义务^[9]。1908年,美国联邦最高法院通过审理Continental Paper Bag Co V Eastern Paper Bag Co一案(以下简称“Paper Bag Co案”),对专利实施问题再次进行了明确。就专利权人是否应当实施专利的问题,美国联邦高院在回应因专利技术不实施而致竞争者被排除于运用新专利之外的问题时指出了其正当性:这种排除可被认为正好是所授予专利权的本质。因为对于任何财产权所有人来说,他都有使用或不使用的特权,且与动机无关。在考察了美国国会于1836年废除1832年专利法对外国人附加实施专利义务的规定后,联邦最高法院进一步指出,相比较一些授予

发明者的专利权会受到不实施影响的外国而言,美国国会并未忽略专利不实施的问题,并非无视专利实施的政策问题及其影响;相反,它选择了另外的政策,即通过许多年的时间来实现其专利政策^[10]。实践已经证明了美国国会作出此种选择的智慧及其对技术和科学的有利影响^[11]。

Paper Bag Co案后的将近一百年间,专利权人是否实施专利,对于专利权的效力、专利侵权时权利人所能获得的救济都没有影响。直到2006年,美国联邦最高法院审理eBay, Inc V MercExchange, L L C案(以下简称“eBay案”)后^①,专利权人是否实施了专利对于专利权人应否获得衡平法救济再次产生了影响。一如有判决所言,法院给予永久禁令的典型情形是原告实施了其发明且是一个直接的市场竞争者^[12]。有学者指出,该模式已成为后eBay案时期禁令适用的主导模式^[13]。

可见,与当下人们的“共识”不同,在数百年的专利制度史上,是否实施专利绝非一直都是法律干预的灰色区域。20世纪之前,基于授予专利的鲜明政策工具观念,将专利技术付诸实施是专利授权和保护的重要组成部分。此后一百年,在法院将专利权等同于传统财产权的逻辑中,专利权人享有了不实施专利的充分自主。本世纪初,随着一些专利权人行使专利权的方式由被动、消极保全权利向主动利用权利保护规则、以纯粹寻求许可费为目的而向可能侵权者发难,专利是否实施的事实再次对专利侵权救济产生了影响。更为重要的是,历史考察表明,专利不实施从来都不是一个具备天然正当性的问题,专利不实施是否会对专利授权和保护产生影响,受到不同时期立法者对专利保护的认知以及生产环境本身变化等多种因素的影响。

4 专利不实施的是与非

4.1 专利的私权性与专利不实施

在专利制度发展史上,专利权的属性经历了从王室特权向制定法权利的演变。在早期专利授予及保护实践中,专利直接来源于王室的授予,因而,是否向特定人授予专利以及所授予专利之条件如何,基本上取决于个案决定。18世纪末至19世纪中叶前,在各主要资本主义国家专利立法的推动下,专利权享有了制定法权利地位。尽管此后至今,专利权是否有别于传统财产权的问题始终处在争论之中,但包括专利权在内的整个知识产权的私权属性得到了国际社会的普遍认可,如《与贸易有关的知识产权协定》在其序言中就明确宣示知识产权为私权。

既然是私权,则专利权的行使和保护可以而且应当准用民法的基本原则^[14]。私权行使的核心理念是体现意思自治。详言之,从权利人角度看,只要不违背法律的强制性规定,是否利用权利之对象、以何种方式行使权利完全是权利人自主决定的事项;从义务人角度看,任何机关、团体、个人均负有尊

重和容忍义务,除法律明确规定外,不得干预权利人就权利行使所作之任何决定。由此,可以得出如下推论,即专利不实施和实施专利一样,都是专利权的题中之意。

然而,专利制度发展史表明,专利权与所有权等传统民事权利并不具有完全相同的产生基础。人类对物的占有和控制具有先验性,而专利权却并非与法一样同时产生;相反,在实证上,授予和保护专利权在很大程度上首先是基于改善公共福祉的需要,专利权授予和保护的价值主要是工具主义的。因而,如今之所谓专利权的私权性,更多地意蕴在于权利产生上的机会平等、权利关系中的主体地位平等以及权利保护上的私法依据等方面。换言之,正是由于这些方面的特征,专利权才是可以归为私权的类别之中;但反过来,若用私权的全部要素和要求来支配和左右专利权,将发生逻辑颠倒,还会瓦解专利保护的基本正当性。

4.2 专利不实施会造成资源浪费

尽管如学者所言,从企业专利战略的角度看,专利的价值不仅仅体现在实施转化上^[15],但从宏观视角来看,专利不实施的确造成了资源浪费。首先,专利不实施带来了研发资源的浪费。经济学上认为,“技术上的大多数进展是有意将资源用于研究与开发的结果。”^[16]专利技术的研发也不例外。在大多数情况下,专利技术的研发都具有明确的导向性,即以获得专利授权为目的,而为了引导和激励市场主体投入时间和资源进行研发,专利制度排除了他人对专利技术的竞争性使用。综合这两个因素会发现,具体到没有实施的专利B而言,所有投入到技术研发中的固定成本都没有带来期待的收益;而且,基于获得专利保护从而独占专利技术实施的激励将资源投入相同或相近主题进行研发者往往不是唯一的。换言之,多人(例如包含从 A^1 到 A^n 个研发者, $n > 1$)就相同主题同时进行研发是常有的现象,而根据先申请原则,假设 A^1 获得授权,将排斥 A^n 对相同主题的商业实施,单从资源使用角度看, A^1 不实施专利所带来的浪费包含了全部 A^{n+1} 在专利B授权之前的研发投入。其次,从专利技术本身作为生产要素的角度看,其被束之高阁不能不说是资源的浪费。专利的核心在于排除竞争,即在专利权有效期内他人也不能使用该技术,这样,专利权所涵盖的特定部分技术生产要素并不能用于生产之中。再次,专利的申请和维持都需要耗费一定的成本。尽管由于一些不当资助政策的存在,专利权人可以借此弥补其在这方面的损失,但事实上,本来应当由生产活动的收益来抵消的技术产权化成本,却需要占用其他社会资源予以弥补,这对于社会资源的整体使用效率来说不能不说是“雪上加霜”。此外,大量有效专利的存在还是诱发专利侵权高发的事实基础,生产者和专利管理部门、人民法院也需要为应对专利侵权投入一定的资源。总之,具体到某一件专利

的不实施,在不考虑专利权人其他策略性安排的情况下,会造成研发资源以及专利技术本身本身的浪费;而从总体上来看,大量专利得不到实施,还将在没有任何产出的条件下挤占社会资源的有效使用空间。

4.3 专利不实施与专利制度目的相悖

尽管对于专利制度的目的历来众说纷纭,有激励发明、鼓励公开和激励创新等理论学说,抛开学理争论不说,单就我国专利制度的目的来看,是“为了保护专利权人的合法权益,鼓励发明创造,推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科学技术进步和经济社会发展,制定本法。”不难看出,我国专利制度不仅有鼓励发明创造的目的,还包括了推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科学技术进步和经济社会发展的旨趣。据此,专利不实施,至少从表面上看,首先与专利法“推动发明创造的应用”的目的直接相悖。其次,从获得专利与创新的关系上看,专利不实施也是与专利法“提高创新能力”的目的相悖。简言之,发明创造的繁荣并不等于创新能力也相应得到了提高,事实上,唯有将专利技术投入商业应用,方能认为构成了创新。虽然自百年前美籍奥地利经济学家约瑟夫·阿洛伊斯·熊彼特在《经济发展理论》一书中提出并阐述了创新理论以来,各界对于创新的界定并不一致^[17-18],但从我国有学者对创新概念发展演变的梳理中不难发现,其共同点均是强调了创新的生产过程本质。熊彼特认为,创新就是建立一种新的生产函数,把一种从来没有过的生产要素和生产条件的新组合投入生产体系。威廉斯^[19]指出,创新既是一个技术过程,又是一个商业过程,它是将新技术应用于某一实际目的,或现有技术为某一实际目的的新应用。从专利与创新的关系上看,获得专利只是对新技术这种新思想、新观点的肯定性法律评价,而创新的本质则在于技术发明的商业化,即创新是把新的技术发明引入实际生产活动的过程。因而,做出技术发明并获得专利只是创新的充分条件,只有将专利投入实施,才真正实现了创新。此外,科学技术的进步和经济社会的发展不仅有赖于新知识的不断涌现,更在于将新知识投入应用。一如学者所言,“专利实施是把依法保护的技术转化为生产力的重要一环,是推动技术进步和社会经济发展的有力措施。”^[20]因而,专利不实施有悖于专利制度的目的。

4.4 实施专利是专利制度的内在要求

促进科技进步和经济社会发展是一切鼓励发明和创新的政策措施的共同目的。作为鼓励发明和创新的手段之一,专利制度相比较其他制度或政策措施(如奖励、资助等)的优越性主要在于其充分利用了市场机制,从而不但避免了可能发生的寻租,而且克服了其他政策措施遴选有价值发明创造的难题,并通过明晰产权,为技术交易的发达提供了条

件。专利制度这一优越性的发挥则端赖于专利的实施。获得专利权只是取得了竞争优势,只有通过实施专利才能获得现实的回报,在专利权人取得回报的同时,发明创造得以推广应用。因而,实施专利是专利制度实现其鼓励发明创造和推动发明创造应用目的的基本方式。同时,从技术角度看,进行技术革新首先是人类的本能,但作为市场主体,促使其从事发明活动的动机在于维持竞争优势,通过不断向市场投放新的产品以维持垄断地位。因而,不论是否有专利制度,企业从事创新的行为本身并不会发生根本改变,但基于技术信息的共享性物品属性,在没有专利制度的情况下,企业的技术革新一旦转化为产品,就很容易被竞争者模仿,如此,一方面会导致对技术革新的投入不足,另一方面企业将会更加倾向于用商业秘密来保护所取得的技术革新,这不利于人类对知识的获取和技术革新的进展。专利制度通过授予技术以使用排他权,改善了有关技术创新的资源分配方式和技术成果商业价值的实现方式,从而加快技术革新的进程,提高创新能力,因而,实施专利是专利制度的基本内涵。

从专利制度的一些具体规则来看,也具有促进专利实施的旨趣。首先实施专利是专利授权实质条件的内在要求。一项技术欲获得专利授权,需要具备新颖性、创造性和实用性条件。根据我国《专利法》,实用性是指发明或者实用新型能够制造或使用,并且能够产生积极结果,换言之,应当具有工业实用性、重复再现性及有益性。尽管从授权角度来看,符合实用性并不当然具有商业上的可行性,但显而易见的是,立法之所以要求实用性,就是着眼于专利技术的应用。其次,专利费用制度也具有促进专利尽快实施的功能。专利费用制度能够促使发明人考虑其发明创造是否值得申请专利,或者专利权是否值得继续维持,如此,能够促使一部分专利技术尽快进入公有领域,便利后续的科技研发;同时,也能够促使专利权人尽快实施其专利,抵消或降低维持专利权的成本。

综上所述,专利权为私权,同时也是基于特定政策目的经由立法创设的法定之权。因而,尽管从私权角度来看,是否实施专利属权利人之自主决定事项,但若从立法创设专利权的目的来看,若专利的不实施保持了较高比例,则不但会造成资源浪费,还会在总体上妨碍专利制度创设政策目的的实现。

5 促进专利实施的对策

5.1 完善科技创新体制,确立专利技术研发的市场导向

专利的实施,是将专利技术运用于产品生产的活动,它反映了技术这种生产要素的组织和流动状况;而在生产中,影响生产要素流动的主要因素是交易成本的大小。因而,通过完善科技创新体制,

降低将技术纳入生产活动过程中的交易成本,是提高具有商业可行性专利实施率的重要措施。

一般来说,在市场运行中,生产要素的流动可通过价格机制来实现,但因存在发现相对价格的成本、谈判和签约费用等成本,价格机制并不总能带来资源的高效分配^[21]。对于专利技术而言,情况通常会更糟。原因是,相比土地、厂房等生产要素市场而言,技术市场存在更为严重的信息不对称,且对于高科技产品生产来说,所用到的专利技术众多且其所有权状况更加分散。以智能手机为例,截至2011年6月30日,与智能手机相关的全球发明专利申请共计1.5873万项^[22]。这样,制约价格机制有效发挥作用的各交易成本往往会处于一个更高水平。因而,充分利用价格机制的替代机制,就成为促进专利技术实施的必要选择。

在这方面,制度经济学的研究为我们提供了必要借鉴。科斯指出,为了节约市场运行成本,企业作为价格机制的替代物得以形成并成为了有效组织生产的手段^[22]。企业的存在会在一定程度上改善用于生产的各种生产要素的所有权分散状况,从而减少发现生产要素相对价格的成本,因而交易成本得以降低。按照这一思路,依靠企业组织改善专利技术所有权的分散状况就成为完善科技创新体制的主要目标。质言之,应当突出企业在科技创新中的主体地位。而从国家知识产权局的统计来看,企业在我国技术创新中的主体作用还没有真正形成,统计表明,随着科研单位和大专院校发明专利授权量的增加,来自企业的发明专利授权比例相比较过去有了一定程度的下降(见图1)。

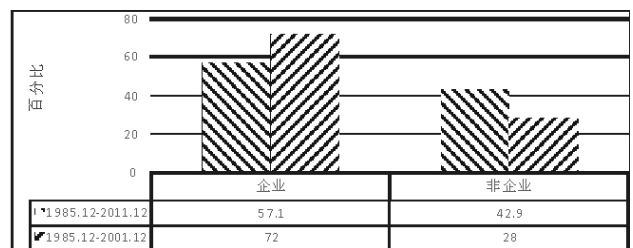


图1 国内企业、非企业单位职务发明专利授权数量对比(比例)

尽管从图1来看,企业发明专利授权比例的下降不是很明显,但如果考虑到专利授权基数的增加,则非由企业单位持有的发明专利绝对数量的增大较为明显。如2011年,非企业单位发明专利授权量为84585件,比2005年国内发明专利授权总数还多出了13000件(见图2)。因而,应当采取切实有效的措施,贯彻落实《关于深化科技体制改革加快国家创新体系建设的意见》和党的十八大报告要求,在继续巩固职务发明专利授权中企业的主体地位的同时,应当着力引导非企业单位在技术研发中突出市场导向,从而提高它们所研发专利技术的实施率。

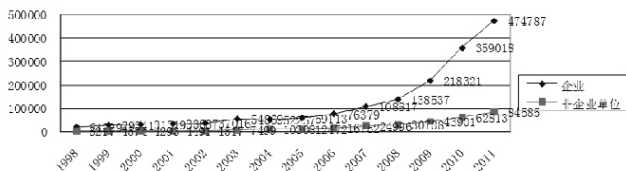


图2 国内企业、非企业单位职务发明专利授权数量对比

5.2 改造强制许可程序，放权给地方知识产权局

强制许可制度作为平衡专利权和社会公众利益的重要制度工具，对于实现专利制度的目的具有十分重要的意义。充分利用强制许可制度，能够在一定程度上改善专利权人故意不实施专利的问题。然而，我国早在1984年《专利法》确立该制度，但至今仍然没有发生过一起强制许可。导致这一现象的原因很多，其中包括了强制许可程序设置上的不便。我国强制许可的审批机关一直为国家知识产权局，考虑到我国地域广阔，为充分发挥强制许可制度在遏制专利权人有意不实施专利方面的应有作用，可以考虑将强制许可的初审权限下放到省级知识产权局，对于省级知识产权局的决定，赋予当事人向国家知识产权局提起复议或向人民法院提起诉讼的权利，如此，能够在一定程度上促进专利技术在本地区范围内的实施，而且也不违反TRIPs协定的规定。TRIPs协定第31条的规定中，只是要求强制许可的决定须有法律依据，同时当事人对有关决定应享有向上一级机关复审或提请司法审查的权利。因而，在《专利法》中授权省级知识产权局对于本地域范围内的强制许可事项享有初审权，是可行的。

5.3 鼓励专利经营公司的发展，促进形成专利管理的新模式

所谓专利经营公司，主要是指从事专利中转服务的实体。换言之，它们往往并不直接从事专利产品的生产和销售，而是以转让或许可专利为主要收入来源。其所经营的专利，少部分是通过自己独立研发所得，但主要是通过接受其他专利权人的出让而成为新的专利权人，或者是接受其他专利权人的委托而取得对外许可专利的资格。专利经营公司对于专利，类似于银行之于资金，它们都具有中介的职能。银行的存在，能够弥补资金的供方和需方之间的信息不对称以及因供方专业知识欠缺无法审查需方资产状况而对资金流动所带来的不利影响。专利经营公司也是一样，一方面能够将他人手中有商业可行性的专利汇聚起来，弥补个人特别是不从事生产经营的专利权人（如高等学校、科研单位、机关团体）在专利管理方面的不足；另一方面能够便利生产者集中取得专利或专利许可，降低其取得生产所需技术过程中的交易成本。可以设想，专利经营公司的充分发展对于解决由于专利权人的懈怠所导致的专利不实施问题是大有益处的。

在西方国家，与专利经营公司相关的实体已经比较常见，各界对其褒贬不一。在上世纪90年代后

10余年间，这类实体多被描述为专利怪物（Patent Trolls），备受业界指责。近年来，学者们多采用非生产性实体、专利授权与执行公司等比较中性的用语来描述这类实体，各界对其态度也逐渐趋于理性。在我国，有关部门已经明确了发展专利经营公司的政策导向，如《全国专利战略事业发展战略（2011—2012年）》以及《2012年国家知识产权战略实施推进计划》都指出要通过建立专利经营公司或类似实体，以丰富专利转移模式的要求。在实践中，相关实体也开始出现，如中国彩电行业为应对ATCS专利挑战，于2007年3月由TCL、长虹等10家中国彩电企业共同出资成立了深圳市中彩联科技有限公司（以下简称“中彩联”）。需要注意的是，中彩联的形成是被动的，尽管在谈判取得一定成果后中彩联也建立了专利池、提供专利预警和分析服务，但总体上说，我国专利经营公司的发展还十分滞后。因而，应当采取切实可行的措施，在专利集中的行业和高技术行业中，率先、主动形成一批专业性强、资金实力雄厚的专利经营公司。如此，既能在防范域外专利挑战方面取得主动，另一方面能够促进关键行业中的专利的实施。

5.4 废除和严格限制各种专利资助政策，还原专利制度的市场结构

上世纪末以来，我国各地先后制定和实施了资助专利申请、转化的政策，尽管这些政策具有促进专利申请和转化的短期正效应，但长期来看也会破坏专利制度的市场结构，违背专利制度通过市场机制遴选专利技术的机制，是诱发专利不实施或不当实施的重要政策原因，造成社会资源的双重浪费。从专利申请资助政策来看，一方面，大量非理性专利申请^②加大了专利审查和管理成本；另一方面，政府为专利申请“买单”，不但加大了财政负担，而且会使得专利申请费用制度所具有的促使理性申请专利的功能失灵。就专利实施资助政策来看，尽管的确能够解决一些有重要价值的专利技术因为受到资金限制而无法实施的问题，但却破坏了专利维持费用制度的功能，导致了一些商业价值不大，或本可以在届满前进入公共领域的专利为取得资助而实施或维持，形成新的不公平竞争。因而，为维护专利制度的市场结构，促进专利实施，应当废除地方政府的专利申请资助政策，严格限制专利实施或转化资助政策，采取诸如发展风险投资基金、无形资产担保等机制来加以替代。

5.5 改革专利维持费用交纳方式，促进专利尽早实施

作为专利制度的有机组成部分，专利维持费用制度通过经济杠杆作用能够促使一些不具有市场价值的专利早日进入公共领域，从而降低专利对于后续研发和生产的技术压制。维持费用是专利权人保有权利所应当支付的成本，从经济理性角度看，设计合理的专利费用制度能够促使专利权人通过各种方式实施专利。

当前来看, 世界各主要国家或地区都规定了较高的专利维持费用, 缴纳方式也不尽相同。在《莱希——史密斯美国发明法》通过后, 美国专利商标局已先后 3 次提高了专利维持费用标准 (分别是 2011 年 9 月 26 日、2012 年 10 月 5 日和 2013 年 3 月 19 日), 最后一次调整后, 专利维持 3.5 年、7.5 年和 11.5 年的费用将分别上涨 39%、24% 和 54%, 一项专利的维持费总计 12 600 美元 (折合人民币 77 876.82 元)^③。欧盟从申请日第 4 年开始按照年度缴纳, 从第 10 年开始每年年费维持常数不再增加。目前, 一项专利的维持费用总计高达 22 415 欧元 (折合人民币 181 583.915 元)。日本的专利维持费用制度相对更为复杂, 自申请日起分 1~3 年、4~6 年、7~9 年、10~25 年共 4 个阶段确立了不同的年费幅度, 权利人每年除了缴纳专利所处阶段应缴纳的固定部分外, 还要对每项权利要求分阶段缴纳不同数额的附加费。我国的专利维持费用分 6 个阶段确立了不同的年费幅度, 前 3 个区间的划分和日本一样, 后 3 个区间分别是 10~12 年、13~15 年、16~20 年, 一项专利 20 年的维持费用总额是人民币 66 300 元 (见图 3)^④。

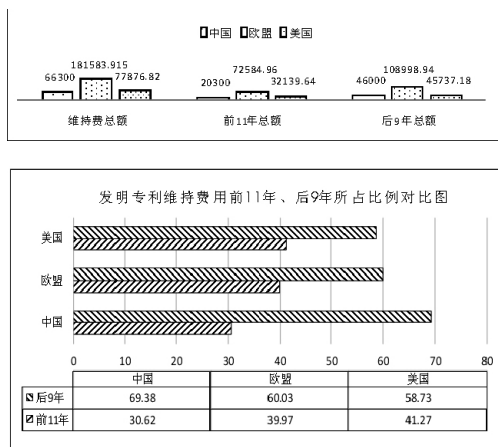


图 3 中国、美国、欧盟发明专利维持费用对比 (人民币) (不含减免或优惠)

考虑到专利的平均维持年限以及相关技术的进步, 初期专利维持费用的政策杠杆效应更为明显和重要。日本、欧盟的专利维持费用幅度的设置状况也能反映这个事实, 即自专利申请日起第 10 年开始, 专利维持年费均保持了常数。相反, 我国专利维持费用的缴纳和计算方式不利于更好地发挥专利费用制度的政策杠杆效应。详言之, 我国的专利费用, 越临近专利权的有效期, 年费递增幅度越大。同时, 来自世界五大知识产权局的统计数据表明, 美国和日本 50% 以上的授权专利维持年限都超过了 17 年, 我国的是 7 年, 因而在我国专利维持年费总额中占据较大比例的部分对于大多数专利的维持而言是没有意义的。因此, 可在维持总额不便或适当提高的前提下提高专利授权早期维持费用标准, 并采用分阶段一次性缴纳几个年度费用的办法促进专

利技术尽早实施。

6 结论

一般来说, 专利不实施不利于实现专利制度的目的; 而且, 在专利权数量剧增、生产的专利化程度不断提高的背景下, 大量专利得不到实施不但会造成社会资源浪费, 还具有反公地悲剧效应, 为此, 应采取有效措施加以防范。但从专利不实施的发生基础和专利权的私权观念方面来看, 要从根本上杜绝专利不实施的发生, 又是不可能实现的。毋宁说, 在某种意义上, 专利不实施与专利实施具有同样的制度基础, 专利不实施本身并不违背专利权的私权属性。因而, 在制定应对专利不实施问题的政策措施时, 应当坚持“区别对待”、“引导与惩罚相结合”的思路。详言之, 政策的发力点应在于具有商业可行性的专利, 对于商业上不可行的专利, 则只能“听之任之”, 因为任何政策措施事实上都无法改变这一既定事实。同时, 对于商业上可行的专利, 要区别其未实施的原因, 采取不同的应对策略: 对于因外部环境问题和专利权人的懈怠造成的不实施, 应当注重进行政策引导; 而对于专利权人基于经营策略上的安排而发生的不实施, 则制定的政策应体现出“惩罚”的思想, 提高专利不实施的成本, 促进权利人进行内部权衡, 从而改善专利的实施状况。

注:

- ① 对于该案, 国内学者已经给予了广泛研究, 本文不再赘述。对于该案判决书, 可参见 eBay, Inc V MercExchange, L L C, 547 U. S. 388 (2006)。
- ② 所谓非理性的专利申请, 主要是指基于获得政府政策资助等与生产经营无关的目的而申请专利。
- ③ 本文所使用的折算标准均为中国外汇交易中心 2013 年 6 月 24 日公布的银行间外汇市场人民币汇率中间价, 即: 1 美元对人民币 6.1807 元, 1 欧元对人民币 8.1010 元, 100 日元对人民币 6.2741 元。
- ④ 数据来源于美国专利与商标局网站 (<http://www.sipo.gov.cn/>)、欧洲专利局网站 (<http://www.epo.org/>)、中华人民共和国知识产权局网站 (<http://www.sipo.gov.cn/>), 访问日期均为 2013 年 5 月 20 日。

参考文献:

- [1] KURT M SAUNDERS. Patent nonuse and the role of public interest as a deterrent to technology suppression [J]. Harvard Journal of Law & Technology, 2002 (15): 391
- [2] 刘彬. 别让专利成果留在纸上 [N]. 光明日报, 2013-03-15 (7)
- [3] SOUMITRA DUTTA. The global innovation index 2012 [EB/OL]. (2013-06-20) [2014-09-10]. <http://www.globalinnovationindex.org>
- [4] 操秀英. “世界第一”仅是开始, 创新能力得看专利质量 [N]. 科技日报, 2012-12-13 (1)
- [5] JULIE S TURNERT. The nonmanufacturing patent owner: toward a theory of efficient infringement [J]. California Law Review, 1998 (86): 182-186
- [6] 贾小龙. 知识产权侵权与停止侵害 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2014: 21

- [7] WYNDHAM HULME E. On the history of patent law in the seven-teenth and eighteenth centuries [J]. The Law Quarterly Review, 1902 (18): 281-282
- [8] HOE V KNAP, 27 Fed. 204, 212 (C. C. Ill. 1886)
- [9] Heaton - Peninsular Button - Fastener Co. v. Eureka Specialty Co., 77 Fed. 288, 295 (C. A. 6 1896)
- [10] Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co., 210 U. S. 405, 429 (U. S. 1908)
- [11] Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co., 210 U. S. 405, 430 (U. S. 1908)
- [12] Robert Bosch, LLC v. Pylon Mfg. Corp., 748 F. Supp. 2d 383, 407 (D. Del., 2010)
- [13] STACY STREUR. The Ebay effect: tougher standards but courts return to the prior practice of granting injunctions for patent infringement [J]. Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, 2009 (8): 67-71
- [14] 吴汉东. 知识产权多维度解读 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2008: 4
- [15] 吴红. 走出“专利实施率”的误区 [J]. 科技管理研究, 2008 (4): 191
- [16] 约瑟夫 E 斯蒂格利茨. 经济学 [M]. 3 版. 黄险峰, 等, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2005: 432
- [17] 胡哲一. 技术创新的概念与定义 [J]. 科学学与科学技术管理, 1992 (5): 47-48
- [18] 杨东奇. 对技术创新概念的理解与研究 [J]. 哈尔滨工业大学学报 (社会科学版), 2000 (2): 51-53
- [19] 特雷弗 I 威廉斯. 技术史 (第六卷) [M]. 姜震寰, 赵毓琴, 译. 上海: 上海科技教育出版社, 2004: 17
- [20] 刘月娥. 促进专利实施的探讨 [J]. 工业产权, 1990 (2): 28
- [21] 罗纳德 哈里 科斯. 企业、市场与法律 [M]. 盛洪, 陈郁, 译. 上海: 上海三联书店, 1990: 5-8
- [22] 池芳. 中国智能手机期待更多专利突破 [N]. 中国知识产权报, 2012-06-06 (11)

作者简介: 贾小龙 (1979—), 男, 甘肃靖远人, 法学博士, 副教授, 主要研究方向为知识产权法、侵权法。

(上接第 144 页)

行业的性质有很大的关系。医疗设备及仪器仪表制造业从劳动的专业分工上看, 属于技术效率和规模效率都较为普通的行业, 但是纯技术效率较好。

3 我国高技术产业知识管理效率的提升对策

通过对我国高技术产业知识管理效率的测度和分析发现, 我国高技术产业知识管理的技术效率、纯技术效率和规模效率分别为 0.812、0.951 和 0.859, 与陈士慧等^[5]测度的 2008 年的结果相比, 技术效率、纯技术效率和规模效率都有所下降。这与测度指标和测度方法的差异有关, 也可能与 2008 年金融危机之后实体经济的不景气有关。根据张杰等^[6]的研究, 中国渐进性的市场化改革引致了要素市场扭曲, 即政府对要素市场的干预和管控人为压低了要素价格, 延缓了市场化进程, 抑制了资源配置效率的提高, 作为微观主体的企业会倾向于使用廉价的有形要素获得利润, 甚至从事寻租活动获取超额利润, 而对于如何提高知识管理效率从事创新活动的动力不足, 在一定程度上抑制了高技术产业知识管理效率的提高。高技术产业是知识密集度高、投入高、效益高和风险高的四高产业, 高技术产业的显著特征是创新, 通过提高知识管理效率促进创新对高技术产业的可持续发展意义重大。基于本文实证分析的结果, 结合我国高技术产业发展的现实, 从知识管理的视角提出以下对策:

(1) 加快要素市场的市场化进程, 使市场在创新资源配置中起决定性作用。注重人才的引用和培养, 推进知识创新和扩散, 保持行业和技术的开放性, 尽可能推进该产业高技术化, 提高整体竞争力。

(2) 注重高技术产业专业人才的培养。高技术产业知识管理效率体现了知识的研究、转化和消化

吸收的效率, 人是运用知识的主体, 人才是关系到高技术产业知识管理效率高低的重要因素。但是人才的培养不是一蹴而就的, 因此要长期加强人才的培养, 鼓励人才的流动, 最大限度地开发人才资源, 实现人力资源共享, 从人才的角度推进高技术产业知识管理效率的提高。

(3) 强化对优势产业的支持。电子计算机及办公设备制造业是高技术产业中的优势产业, 其知识管理效率也最高。应加强知识产权的管理, 提供产学研平台, 出台一些优惠政策, 使得高技术产业快速发展。

(4) 实行高技术产业知识管理效率测度常态化。尽可能统一评价指标体系并保持连续性, 定期测度。这样, 有利于掌握高技术产业知识管理效率及其变动态势, 及时做出反应。

参考文献:

- [1] 冯锋, 马雷, 张雷勇. 外部技术来源视角下我国高技术产业创新绩效研究 [J]. 中国科技论坛, 2011 (10): 42-48
- [2] 惠树鹏, 张玉春. 我国高技术产业研发效率的空间变动及影响因素研究——基于省际面板数据的随机前沿分析 [J]. 南京航空航天大学学报 (社会科学版), 2014 (2): 21-25
- [3] 吴旭晓, 许正中. 基于超效率 DEA 的区域高技术产业发展绩效评价 [J]. 统计与决策, 2010 (22): 110-112
- [4] 盖丽莎, 董洁. 我国区域高技术产业知识管理效率测度研究——以江苏省为例 [J]. 科技管理研究, 2013 (21): 72-75
- [5] 陈士慧, 田王君, 董芙蓉. 基于 DEA 的高新技术企业知识管理效率分析 [J]. 宁波大学学报 (人文科学版), 2011 (24): 118-120
- [6] 张杰, 周晓艳, 李勇. 要素市场扭曲抑制了中国企业 R&D? [J]. 经济研究, 2011 (8): 78-91

作者简介: 刘敏 (1982—), 女, 江西南昌人, 硕士, 讲师, 博士, 主要研究方向为国际经济、数量经济。刘汕 (1983—), 男, 江西宜春人, 讲师, 博士, 主要研究方向为管理信息系统。