

专利资助政策与专利制度运行：中国实践与反思

徐棣枫¹, 邱奎霖²

(1. 南京大学法学院, 江苏南京 210093; 2. 江苏亿诚律师事务所, 江苏南京 210013)

摘 要:专利资助政策是近年来中国专利申请量高歌猛进的重要推力,在我国专利申请繁荣的背后,专利维持时间较短、转化率低也是不争的事实,越来越多的学者认为这与专利资助政策存在着或多或少的关系。专利制度以市场为运行基础,专利制度下的发明活动实属市场行为,专利申请费等作为发明人获得专利权保护的代价之一,发挥经济杠杆作用,促使发明人理性对待专利,防止专利申请目的异化。然而,当前实施的专利资助政策从总体上看削弱了专利制度运行的市场基础,政府应当改变过度干预的行政理念。应调整以专利资助为代表的公共政策,将发明市场的正常活动,创新资源的配置,交由市场决定,政府的工作重心在于创造有利于创新的社会环境、强化专利审查力度、惩戒非正常申请、构建创新市场不可或缺的各种要素、运行条件以及市场环境。

关键词:专利资助政策;专利制度;政府干预;市场化

中图分类号:D923.42 **文献标志码:**A **文章编号:**1671-4970(2014)03-0074-05

一、问题的提出与背景

1984 年 3 月 12 日,历时 5 年,修订 25 稿之多的专利法草案终由全国人大审议通过。生效当年即 1985 年,国家专利局共受理专利申请 14 372 件。^[1] 29 年后的 2013 年,国家知识产权局仅受理发明专利一项就高达 82.5 万件,已经连续 3 年位居世界首位^①。中国专利申请量的巨大飞跃令世界为之惊叹,堪称又一“中国奇迹”,这引发了西方国家的高度关注,美欧等国学者和官方相继就此发表了多篇研究报告^②。专利申请量的高歌猛进,一方面,得益于改革开放以来中国经济与科技的飞速发展,另一方面,也归功于国家与地方政府专利资助政策的强力推动。

所谓专利资助政策是指中央及地方政府以财政资金等形式对个体专利申请、审查和维持费用进行一定比例补贴的制度性设计,目的在于通过降低专利申请、审查、维持等成本,激发个体专利申请

热情,间接推动社会创新。专利资助政策作为一项重要的激励机制,自实施以来,客观上对我国专利制度的发展以及专利意识的普及产生了巨大的推动作用。然而,随着我国知识产权战略的深入推进,产业界以及学界在肯定专利资助政策对于专利制度运行产生正效应的同时,也日益认识到该政策与“垃圾专利”、“短命专利”、“沉睡专利”等之间亦存在着千丝万缕的联系。甚至有学者直呼当下的专利资助政策使“专利资助政策施行——专利数量激增——垃圾专利泛滥”几乎成为推导公式^[2]。垃圾专利、短命专利、沉睡专利的出现,暴露出我国专利制度运行层面的一些亟待解决的问题:①部分专利申请目的异化。专利成为装点门面的饰品以及获取不正当利益的通行证,而非为了保护创新成果及增强市场竞争力;②专利申请质量不高。不以保护创新成果及增强市场竞争力为目的的专利申请,其技术创新程度以及申请文件质量必然无法得到保证,即便最终能获得授权,也很难进入市场或用于许可与诉讼;

收稿日期:2014-03-10

基金项目:国家社会科学基金项目(13BFX122)

作者简介:徐棣枫(1965—),男,江苏淮安人,博士,教授,从事知识产权法研究。

①国家知识产权局知识产权发展研究中心:《2013 年中国专利实力状况报告》。

②McGregor James “China’s” Drive for Indigenous Innovation: A Web of Industrial Policies, July 2010; Phillip I. Levy “China’s” Indigenous Innovation Policy and U. S. Interests” March 2011; European Chamber, Dan Prud’homme “Dulling the Cutting-Edge: How Patent-Related Policies and Practices Hamper Innovation in China” August 2012.

③专利泡沫化效应加剧。专利申请和授权量迅速增长,大量的专利却因无法被转化实施,而被束之高阁或被提前放弃,成为了沉睡专利或短命专利。

以上所述问题虽属局部现象,但也反映出在专利资助政策影响下,当前我国专利制度运行确实存在重数量轻质量,重获权轻实施的倾向^①。目前学界的研究成果主要集中于对专利资助政策本身及其效应的实证分析上,缺乏从理论高度对专利制度运行机制、专利资助政策以及两者关系进行的深入研究。

鉴于此,有必要试对我国专利资助政策与专利制度运行机制进行理论分析,探求两者制度设计的本源,厘清双方关系,并对构建更加有利于中国专利制度运行的政策环境提出一孔之见。需要说明的是,在本文未作明示的情况下,专利是指发明专利。

二、专利制度运行机制分析:市场主导

专利制度是国家对符合法定条件的发明创造给予产权保护的一项制度安排,核心在于确立一种新型财产权——专利权,即国家赋予专利权人具有控制他人利用其发明创造的权利,实现对自己创新成果的“虚拟占有”^{[3]21}。通过产权制度来保护发明创造本身就是财产权制度的一次革命,这次革命并非来自统治者的恩赐或者先贤们的鼓吹,而是萌芽、发展于资本主义的出现与壮大,可以这样说,专利制度从其诞生之日起便带着深深的市场烙印。对此,笔者从以下两个角度进行解析:

首先,从经济学的视角出发,专利权是消除发明创造这种公共产品外部性问题的制度设计,而这种公共产品理论本身就是以市场经济的存在为基础的。发明创造本质上属于人脑活动的产物,无物理实体及可识别的外观,可同时被两个主体以上占有,属于经济学中的公共产品,容易引起“搭便车”和外部性的问题^[4]。然而,发明创造本身的产出需要一定的成本,如果允许“搭便车”,则这种知识产品的生产者将无法收回成本,最终导致创新活动无以为继。试想在一个没有专利权的世界里,发明人对于有潜在市场价值的发明创造,将不得不进行保密,以防止他人免费使用。即便保密措施非常有效,那么被严格保密的发明创造由于无法被社会感知,也很难获得社会的认可^{[3]57}。长此以往,发明创造必将沦为发明人的私人藏品,于个体而言,难以获利;于社会而言,不利于人类知识库的丰富。为了避免以上情况的发生,国家通过授予发明人对其创新技术成果一定的垄断权,将具有公共产

品属性的创新成果转变为发明人可支配的商品意义上的财产,如此,既能使发明人获得收益,继续创新活动,又能使得创新成果为社会使用^[4]。这种以“以授予发明人一定垄断权为代价,换取发明对公众的公开”^[5],并通过隔离公共产品使用者的权力来收取费用(使用专利需要支付转让费或者许可费,类似转让或出租商品需要收取费用一样)的制度设计,实现了发明——收益——发明的良性循环,体现了个人与国家间的利益交换,以及个人追求商业利益与国家维护公共利益间的微妙平衡。这些均符合市场经济体制下法律赋权行为的基本要求^②。简言之,专利制度下,知识产品实现了一定时期内的私有化,具有了类似物权般的私权地位,成为了一项可以在市场上进行交易的重要财产;发明本身在承担研发失败、市场淘汰等风险的同时也成为了一项有利可图的活动。

其次,从申请程序上看,获取专利权的本身就是一种商业行为。目前,在建立专利制度的绝大多数国家中,发明人如果想获得专利权的保护,其不但需要向国家主管专利工作的行政部门提交符合专利法规定的形式、实质要件的申请文件,而且还需要缴纳一定数目的申请费、实质审查费以及授权之后的年费。这种缴费制度设计可以更为直观的体现获取专利本身就是一种商业行为,是个人与国家之间的交换。国家通过专利申请费、实质审查费以及专利年费的制度构造,旨在发挥经济杠杆作用:一方面,调节专利申请行为,影响专利申请倾向,抑制低质量的专利申请,从而促使更多的创新成果进入公共领域,如美国专利商标局在2002年、2004年和2007年,欧洲专利局在2008年、2009年和2010年分别提高了专利费用的额度,以应对专利申请剧增以及缓解审查积压现象^[6];另一方面逐年递增的专利维持费可以促使专利权人积极进行专利商业化,其中对于有良好市场前景的专利,其商业化不仅可以用来支付维持费用,还可以为权利人带来回报,而对于产业发展价值不大的专利,专利权人往往采取不缴纳维持费的方式让其进入公有领域^[7]。专利申请费、实质审查费以及授权后的维持费等费用制度是专利制度重要的组成部分,通行于设立专利制度的各个国家中,是各国用来补偿专利制度运行的公共成本以及调节专利制度的运行效率的重要工具^[8],直接影响着专利制度激励创新、推动发明创造为社会所用的目的的实现。

从以上的分析看出,专利制度是以市场经济为

①类似观点参见《国家知识产权局关于进一步提升专利申请质量的若干意见》。
②张五常:《知识资产需要保护吗?》, http://blog.sina.com.cn/s/blog_9f33b9a5010113uj.html。

运行基础,产权及其带来的经济效益是专利制度用来调动创新活动的手段。制度设计者正是通过输送这样一种制度,使创新成果成为财产权利,可以在市场中进行交易,从而构建了创新市场的基本要素、制度及环境,最终使得专利制度下的发明活动成为一项市场行为,而作为发明活动重要内容和延续的专利申请、维持以及实施等行为理所当然也成为一种市场行为,是个人基于利益最大化考量之后所为的商业活动。在具体制度设计层面,专利制度设计者基于对市场化运行机制的把握,在专利制度中设计了专利申请费、实质审查费以及维持费作为发明人获得专利权保护的代价之一,发挥经济杠杆作用,促使发明人理性对待专利,防止专利申请目的异化,以此平衡个人利益与社会利益的冲突。

三、当前专利资助政策的理性解读： 过度的政府干预

专利资助政策的实施肇始于 1999 年上海市颁布的《上海市专利申请费、代理费资助办法》，其目的在于通过降低专利申请、授权后的成本，鼓励专利申请，以促进发明创造，提升创新能力。随后该类政策得到了全国其他省市地方政府的纷纷效仿。到目前为止，我国大陆地区的 31 个省级政府、大多数市级政府甚至于有些经济较为发达的县级政府如昆山、太仓等均已出台了一系列的专利资助政策及其配套措施。尽管各地出台的专利资助政策名称、资助对象、资助范围、资助方式等不尽相同，但概括起来其主要内容是政府以专项资金形式对专利申请过程以及授权后产生的费用给予一定比例的直接或间接地补贴^①，一般不限制专利类型，只是发明专利较于实用新型、外观设计专利而言，可以获得更大力度的资助。

目前，虽然各地也在对专利资助政策进行不断完善，以扭转之前存在的重数量轻质量的倾向，如改变资助时间节点，变申请时资助为授权后资助；严格资助程序，加大申请材料的审核力度；建立受资助专利的数据库，对受资助专利的技术生命周期予以关注，对其实施状况与产业化效果进行监测等改进措施^[9]。然而，专利资助政策作为一项对专利制度运行施加影响的公共政策，本质上仍属于一种政府干预行为，其最大的作用是通过减少专利申请、维持的成本，激发个体申请专利的热情，普及专利保护知识。事实上，这一作用的确得到了专利申请飙升等数据的验证。然而，基于本文第二部分对专利制度及其运行机制的

分析可知，专利制度的运行以市场经济为基础，个体申请专利、维持专利本质上属于一种市场行为，受到个体利益的左右；专利费用制度通过发挥经济杠杆作用，影响个体利益，使专利申请者的行为符合专利制度设置的初衷。如今，专利资助政策在一定程度上削弱了专利费用制度的经济杠杆作用，使得个体无需承担或较少承担专利申请、维持的成本及其风险，即可获得专利权。这些显然与专利制度运行机制不太匹配，破坏了专利制度运行的市场基础，反映了政府的有形之手对以市场为基础的专利制度的干预。虽然在之前我国专利保护意识不强、专利市场尚未形成的背景下，政府专利资助政策能在一定程度上弥补完全依赖市场机制运行的专利制度的不足和缺陷，^[8]但在专利制度已实施近 30 年的今天仍然强调这种作用，则值得商榷。首先，在特定的情况下，即在作为专利制度运行基础的市场出现失灵时，政府进行干预是必要的，但这种干预应当适度，否则不但不能扭转市场失灵的状况，反而会彻底扼杀市场的成长；其次，对于专利资助政策而言，其主要作用于专利产出环节，而我国经济和社会经过三十多年的高速发展，已今非昔比，个体已具备专利保护意识且能够负担专利申请、维持的成本，市场并未失灵；最后，在当前我国专利保护水平以及市场化能力并未与专利申请保持同步增长的情况下，专利资助政策极易诱发急功近利式的专利申请，造成大量的垃圾专利，最终也会削弱专利制度的公信力^[10]。

综上所述，当前国家和地方政府实施的专利资助政策从总体上看削弱了专利制度运行的市场基础，不利于我国创新市场的深入发展以及专利制度的健康运行。

四、构建有利于专利制度运行的 政策环境：回归市场

相对于西方发达国家，我国专利制度建立较晚，专利文化较弱。因此，在专利制度设立初期，政府通过实施诸如专利资助等政策对个体专利申请行为进行主动干预，的确收到了立竿见影的效果，如专利意识得到提高、专利申请量获得迅速增长等。然而，时至今日，我国专利制度已经走到了强调专利质量以及市场运用的阶段，如果不对以专利资助政策为代表的以提高申请量为导向的公共政策进行重新审视和改进的话，这些政策不但无法促进专利制度的进一步发展，反而会毁掉已经取得的成绩。

鉴于当前我国专利制度赖以发展的市场已经初

①对申请过程以及授权后产生的费用进行资助是目前资助政策的主要内容。

具规模,笔者认为政府应当改变以前过度干预的行政理念,回归市场、回归制度本身。质言之,从消极层面上说,中央及地方政府应调整以专利资助为代表的公共政策,将发明市场的正常活动,创新资源的配置,交由市场决定,政府只对少量特别重大的基础研究以及经过市场筛选的专利给予资助,避免因为政府的偏好而影响发明者(研究者)的兴趣和爱好。从积极层面说,政府的工作重心在于创造利于创新的社会环境、强化专利审查力度、惩戒非正常申请行为、鼓励转化实施及打击侵权,构建创新市场不可或缺的各种要素、运行条件以及市场环境。另外,在坚持市场主导地位的同时,主动因应专利行业过度市场化的挑战,适度干预专利诱饵行为。

1. 立足提升创新能力,从重数量到量质并重

目前,我国专利资助政策的制定,缺乏对发明市场的科学分析以及对专利制度的正确理解,实施的政策往往以提高专利申请量为第一目标,这种重视数量的导向,不仅造成了垃圾专利的问题,还浪费了公共财政,甚至成为一些不法分子牟利的工具。对此,必须改变政策的目标取向,将提高申请量转变到提高专利质量上:①变事先对申请的补贴为对授权后或者实施后的奖励,充分利用专利费用制度的经济杠杆作用;②提高专利审查能力,引进外部智力资源参与专利审查,建立类似于 USPTO 推出的公众专利评审项目^[11];③强化对实用新型和外观设计专利的审查力度,变形式审查为一定程度的实质审查;④加大对非正常申请的惩戒力度,促使发明人或者申请人主动追求专利申请的品质。

2. 立足创新对经济建设的贡献,拓展专利市场化平台

专利不是打猎的许可证,也不是对发明的奖励,而是对将发明成果市场化者的奖赏^①。保护和实施是专利制度的两大基石,专利制度设立的目的之一就是促进发明创造为社会所用,如果专利不能为社会所用,而仅仅是一项静态的权利,则专利就丧失了其正当性基础。目前,在我国专利实施转化率较低已是一个不争的事实,政府一方面应为专利商业化营造良好的制度环境,如做好信息平台发布工作,监管价值评估机构、搭建行业或者地区专利技术交易平台等;另一方面,可以采取税收优惠、低息贷款等方式鼓励民营资本参与专利技术的市场化,对专利技术成功转化者进行奖励。

3. 立足知识产权保护环境建设,降低维权成本,加大保护力度

专利因其客体的非物质性,导致了侵权行为具有高度隐蔽性,难于被发现。随着互联网以及现代物流行业的发展,侵权行为的广度和深度也日益扩大,权利人维权难度和成本也随之水涨船高。当前,由于侵权赔偿数目较低,往往低于维权成本,这极大地打击了权利人的维权热情,长此以往,必将造成人们对专利制度丧失信心。对此,政府一方面应该简化维权程序,提高行政保护的效率,加大对侵权行为的打击力度;另一方面,可设立维权基金,支持个人及小微企业专利维权活动。

4. 立足市场主导,适当防控专利行业过度市场化^②

在美国,一些被称为专利主张实体(Patent Assertion Entities 简称 PAES,也被认为是 patent trolls,或简称 NPE)的公司或团体日益受到政府和产业界的关注和讨论。原因在于,这些 PAES 在过去的三年间发起的侵权诉讼占全部侵权诉讼的比例从 29%(2010 年 731 件)快速增长到了 62%(2012 年 2500 件);仅 2013 年,PAES 就通过专利侵权诉讼威胁了超过 10 000 家公司。这些公司不仅有诸如苹果、三星、索尼、微软、黑莓等知名公司,还有一些处于快速成长期的初创企业。

所谓 PAES,通常是指那些从破产企业、科研院所或者个人手中低价收购专利,专用来发动侵权诉讼以赚取巨额利润的专业公司或团体。PAES 本身并不实施专利,亦不从事与专利相关的科研和技术转化活动,其收购、聚集专利的目的在于寻找目标公司,发动侵害专利权的诉讼,以榨取对方巨额的和解金。当前,虽然人们对 PAES 褒贬不一,但是 PAES 不断加剧的侵略性诉讼活动已经引起美国政府的警觉。2013 年 6 月,美国总统办公室发表了一篇名为《专利主张与美国创新》的报告。在该篇报告中,总统办公室认为 PAES 在美国创新生态系统中没有发挥联系制造商与发明人的桥梁作用,相反 PAES 通过专利诉讼榨取目标公司和解金的行为已经伤害到众多科技公司的创新活动和销售业绩,对现行的专利制度构成了挑战。PAES 的迅猛发展削弱了专利制度激励创新的功能发挥,可以说是专利行业过度市场化的表现。在可预见的将来,PAES 必将会受到来自行政和司法领域愈来愈多的限制。

①In re Kirk, 376F. 2d 936, 941 (CCPA 1967)
②本段内容主要参考:Executive Office of the President, Patent Assertion And U. S. Innovation, (June 2013), available at http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/patent_report.pdf

目前,我国尚未产生类似于 PAES 的公司或者团体,但是随着我国经济社会的高速发展以及市场经济体制的不断健全,美国的今日很可能就是我们的明天。对此,我国应未雨绸缪,一方面,坚持让专利活动回归市场,减少行政直接干预;另一方面,也要针对 PAES 这种专利行业过度市场化的产物提前做好应对准备:①与 PAES 主要产出国加强沟通,了解 PAES 的运营模式;②对国内专利交易情况进行调查,摸清国内是否有 PAES 活动的迹象;③提前制定应对 PAES 的立法和司法对策,如对 PAES 提出的禁令以及损害赔偿请求进行适当限制等。

五、结 语

专利制度以市场为基础,专利制度下的发明活动是一种市场行为,作为发明活动的组成部分的专利申请、维持以及实施等理所当然地属于市场行为。而专利申请费、实质审查费以及维持费等费用制度,是发明人与国家商业交换的重要体现,是专利制度不可或缺的组成部分,主要发挥着经济杠杆作用,直接影响专利制度的健康运行。当前的国家和地方政府实施的专利资助政策从总体上看削弱了专利费用制度的经济杠杆作用,在以市场为基础的专利制度中烙上更多的国家调控的色彩,不利于我国创新市场的进一步发展以及专利制度的健康运行。对此,笔者认为,我国专利制度赖以发展的市场已经初具规模,此时政府应当改变以前直接干预的行政理念,

回归市场、回归制度本身,甘当市场的“守夜人”,做符合专利制度发展规律的事情。

参考文献:

[1] 崔国斌. 专利法[M]. 北京:北京大学出版社,2012:46.
[2] 朱新力,张钊园. 专利资助政策的困境与改革要略[J]. 浙江大学学报:人文社会科学,2012,42(5):91-42.
[3] 徐棣枫. 专利权的扩张与限制[M]. 北京:知识产权出版社,2007.
[4] 蒋玉宏,单晓光. 知识产权制度对城市竞争力的影响[J]. 知识产权,2007(3):26-30.
[5] 墨杰斯. 新技术时代的知识产权法[M]. 齐筠,张清,彭霞,等,译. 北京:中国政法出版社,2003:2.
[6] 文家春. 专利审查行为对技术创新的影响机理研究[J]. 科学学研究,2012,30(6):848-855.
[7] 肖志远. 解读专利制度的产业政策蕴含[J]. 法学杂志,2009(11):63-66.
[8] 文家春,朱雪忠. 政府资助专利费用对我国专利制度运行的效应分析与对策[J]. 中国科技论坛,2008(11):21-25.
[9] 刘华,刘立春. 政府专利资助政策协同研究[J]. 知识产权,2010,20(116):31-36.
[10] 马忠法. 对专利的本质内涵及其制度使命的再思考:以专利技术转化率低为视角[J]. 科技进步与对策,2010,27(20):99-101.
[11] 胡允银. “公众专利评审”:网络时代的美国专利审查改革[J]. 中国科技论坛,2009(2):130-133.

(上接第 14 页)

[2] 列宁. 列宁全集:第 40 卷[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译. 北京:人民出版社,1986:73.
[3] 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集:第 39 卷[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译. 北京,人民出版社,1974:406.
[4] 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯选集:第 2 卷[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译. 北京:人民出版社,1995:112.
[5] 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯选集:第 3 卷[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译. 北京:人民出版社,1995:740.
[6] 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集:第 18 卷[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译. 北京:人民出版社,1964:179.
[7] 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集:第 4 卷[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译. 北京:人民出版社,1995:510.
[8] 列宁. 列宁选集:第 2 卷[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译. 北京:人民出版社,1995:554.
[9] 列宁. 列宁全集:第 42 卷[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译. 北京:人民出版社,1987:176.

[10] 毛泽东. 毛泽东选集:第 4 卷[M]. 北京:人民出版社,1991:1260.
[11] 邓小平. 邓小平文选:第 3 卷[M]. 北京:人民出版社,1993:233.
[12] 胡锦涛. 坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进,为全面建成小康社会而奋斗[M]. 北京:人民出版社,2012:46.
[13] 薛艳丽. 胡锦涛军事辩证思想初探[J]. 军事历史研究,2012(2):107-113.
[14] 习近平. 在第十二届全国人民代表大会第一次会议上的讲话[N]. 人民日报,2013-03-18(1).
[15] 胡锦涛. 坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进,为全面建成小康社会而奋斗[M]. 北京:人民出版社,2012:48.
[16] 尚伟. 关于进一步推进军事理论创新的几点思考[J]. 军事历史研究,2013(1):16-21.
[17] 游建军. 论群众路线是党的生命线和根本工作路线[J]. 四川理工学院学报:社会科学版,2013(6):1-6.
[18] 列宁. 列宁选集:第 1 卷[M]. 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局,译. 北京:人民出版社,1995:326.
[19] 刘戟锋,盖立阁. 理论自觉的时代要求[J]. 湖湘论坛,2013(4):29-32.