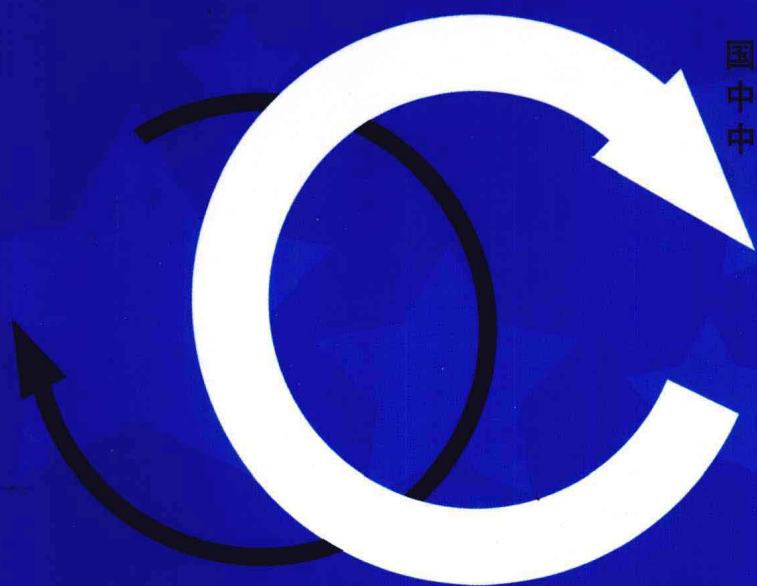


知识产权 研究与实务

2006年全国知识产权征文获奖论文集

国家知识产权局学术委员会
中国知识产权研究会
中国知识产权研究会专利委员会 编



ZHISHICHANQUAN
YANJIU YU SHIWU

知识产权出版社

知识产权研究与实务

——2006 年全国知识产权征文
获奖论文集

国家知识产权局学术委员会

中国知识产权研究会

编

中国知识产权研究会专利委员会

知识产权出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权研究与实务:2006 年全国知识产权征文获奖论文集/国家知识产权局学术委员会,中国知识产权研究会,中国知识产权研究会专利委员会编. —北京:知识产权出版社,2006. 6

ISBN 7-80198-089-1

I. 知… II. ①国…②中…③中… III. 知识产权—中国—文集 IV. D923. 404-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 059704 号

知识产权研究与实务——2006 年全国知识产权征文获奖论文集

责任编辑:石红华 纪萍萍

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址:<http://www.cnipr.com>

电 话:010-82000890 82000860 转 8130

印 刷:知识产权出版社电子制印中心

开 本:787mm×1092mm 1/16

版 次:2006 年 6 月第 1 版

字 数:676 千字

ISBN 7-80198-089-1/D·251

邮 编:100088

电子信箱:zscq-bib@126.com

传 真:010-82000890

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张:35.75

印 次:2006 年 6 月第 1 次印刷

定 价:65.00 元

如有印装质量问题,本社负责调换。

序 言

本次征文活动是由国家知识产权局学术委员会、中国知识产权研究会及其专利委员会共同举办的,其目的在于调动全社会知识产权研究的积极性,征文范围包括:知识产权战略研究、专利法及其他知识产权法规的修改建议,以及知识产权理论与实务的研究、知识产权在科技、经济、社会发展中地位与作用的研究、知识产权创新与保护机制、模式、措施和方法的研究、知识产权典型案例分析、各国知识产权制度比较研究及其对我国的借鉴等。

征文活动共收到稿件 267 件,其中有 1 篇来自美国、1 篇来自德国、3 篇来自中国香港特别行政区。经有关方面协商,由 50 位专家组成了征文评审委员会,并且由其中的 44 位专家组成了 11 个专业评审组。经过评审,共评选出一等奖论文 3 篇、二等奖论文 12 篇、三等奖论文 25 篇及鼓励奖论文 29 篇。

这次征文活动为知识产权学术交流搭建了一个很好的平台,对于深化社会各界对制定国家知识产权战略重要性的认识,营造尊重和保护知识产权的社会氛围,构建有利于知识产权健康发展的社会环境将会产生积极的影响。其中涌现出的部分优秀论文对国家知识产权战略的制定及专利法第三次修改工作也具有一定的参考价值。

中国的知识产权制度是改革开放的产物,我们用 20 多年走过了发达国家几百年走过的路,成就卓然。随着经济全球化的发展和国际竞争的日趋激烈,知识产权的价值与作用已经超越了技术和经济本身,知识产权已经关乎一个国家竞争力的提升和未来的发展。希望这本论文集能够起到宣传和推动我国知识产权研究的作用。

值本书出版之际,我们再次感谢积极参与此次征文活动的作者,感谢付出辛勤工作的评委,感谢所有关注和支持此次活动的单位和个人。

国家知识产权局局长
全国知识产权征文评审委员会主任

田力普

2006 年 5 月于北京

2006 年全国知识产权征文评审委员会

主 任：田力普

副主任：杨正午

委 员：(按姓氏笔画排序)

卜 方
尹新天
王景川
刘波林
张 勤
张鲁民
李顺德
杨正午
陈昭宽
郑慧芬
赵春山
黄 庆
廖 涛

马 燕
文希凯
邓 军
刘春田
张长兴
李 勇
李群英
程永顺
魏启学



马秀山
王 澄
田力普
邵中林
张茂于
李 政
杨 光
邹 忬
罗东川
贺 化
郭寿康
董葆霖

马维野
王友彭
刘志会
张 平
张清奎
李建蓉
杨叶璇
陈仲华
范汉云
赵 洪
崔伯雄
蒋志培

秘书组

组 长：赵春山(兼)

副组长：马秀山(兼)

组 员：冯小兵 孟海燕 常 力 孙 璐 张健佳 张 军

目 录

一等奖

- 关于我国专利事业发展的几点思考 刘 洋(1)
- 人民法院在专利侵权诉讼中的判断权限究竟有多大
——关于职权分开的思考 杨志敏(15)
- 网络时代的版权侵权理论变迁
——Groskter 案评介 李 昭(28)

二等奖

- TRIPs 与发展中国家的知识产权
——兼论中国如何利用 TRIPs 条款的灵活性 曹 阳(36)
- 商标权利用尽原则探析 张炜达(43)
- 美国司法实践的启示:在元标签情形中赋予商标商品化权利 刘贵增(55)
- 失衡的天平
——第三次专利法修改中的职务发明 张爱国(66)
- 浅议专利期满前使用他人专利药品进行临床试验免责的法律
依据 刘 雷(75)
- 世界主要专利局收费标准比较研究和发展趋势展望 李超凡(82)
- TRIPs 知识产权临时措施在中国、欧盟及德国的比较研究 武卓敏(92)
- 知识产权公益诉讼初探 邹 靓(103)
- 知识产权制度运行中政府管制的理论、方法与我国的实践研究
..... 刘 华(109)
- 中国知识产权创新和保护体系建立之战略思路 吴霁虹(120)
- 专利平行进口的立法建议 程 鸣(128)
- 论假冒注册商标罪
——兼评《“两高”解释》 周 详(134)

三等奖

- 《审查指南》有关专利复审决定类型的合理性探讨 杨 兴(150)
- 我国专利制度合理选择的探索与比较研究
- 兼论专利法的修改 刘筠筠(157)
- 对我国同一权利主体专利重复授权问题的法律思考 刘 宁(165)
- 有关新颖性宽限期的一点思考 叶志频(171)
- 构建我国专利间接侵权制度中的几个问题 邓宏光(176)
- 基于技术创新过程的专利管理制度安排 陈红丽(184)
- 国际专利战:专利权人的一系列败诉案例 王景林(190)
- 专利间接侵权独立性分析 康添雄(203)
- 论等同原则应当谨慎适用 潘文涛 高 斌(211)
- 浅析我国地理标志的知识产权保护 许彦生(218)
- 著作权许可使用合同的权利义务状态 沈 杨(223)
- 地理标志立法模式比较研究
- 兼论我国地理标志保护立法 张国华(237)
- 网络链接的侵权责任及其限制 陈晓华(245)
- 知识产权诉前禁令之实体要件及相关法律问题 纪晓昕(252)
- 论知识产权侵权警告函 周 园(259)
- 论商业方法的专利保护 郝琳琳(265)
- 论我国转基因动植物的保护 孙昊亮 郑艳馨(273)
- 论知识产权法中的“权利穷竭原则”
- 兼论和谐知识产权秩序的建立 王 媛 张桃勇(281)
- 论知识产权的保护
- 兼谈《反垄断法》的制定 王 贺(288)
- 知识产权平行进口中利益平衡原则探析 潘淑红(297)
- 高科技企业人力资源管理中的知识产权管理 张 青(304)
- 知识产权领域的反垄断法 杜飞霞(310)
- 自主知识产权是企业经济发展的支柱 王 华(316)
- 对国防知识产权归属制度的思考 王 林(323)
- 促进上海创意产业发展的知识产权保护体系的构建 蔡 建 陈晓春(330)

鼓励奖

- 专利国际立法发展趋势评析
- 从利益博弈的角度 王晓燕(338)

浅谈外观设计相同与相近似判断中综合判断与要部判断的关系	于振强(344)
专利权人垄断利益与社会公共利益的冲突及解决机制	
——从禽流感疫情引发人们对“达菲”的关注谈起	王素娟(349)
试析宽泛权利要求审查的举证责任	王晓洪 李 岚(358)
从卓然与联发科的专利纷争看企业专利战略	黄晓琴(366)
离体诊断方法是否应当给予专利保护的思考	刘 铭(374)
中国专利现状及对策	吴 红(382)
国际专利分类的变化及对策	那 英(389)
对我国商标平行进口的立法思考	粟伟炜(396)
商标法的符号学分析	王太平(401)
商标权与著作权冲突的认定与处理	吴新华(415)
民间文学艺术保护的制度设计	王丽丽 黄 强(421)
对我国地理标志保护的思考	张 兰(431)
欧盟各国关于信息网络著作权的相关法律规定介评	郑小鸿(436)
确认不侵权诉讼的受理及与行政诉讼的衔接	顾卫平 王 平 刘 瑜(445)
对我国知识产权法律制度的理性思考	刘 平 周艳敏(452)
论特许经营受许人的权利保护	
——由一个实例引发的法律思考	曹明寰(464)
知识产权与技术的结合:数字权利管理(DRM)探析	刘可静(473)
著作权法、商标法中相对后权利之保护	赵 曦(482)
平行进口的法理展开	段 凡 刘文献(488)
论工程招投标中的知识产权保护	田昌秀(494)
关于 Bolar 例外的立法思考	韦贵红(501)
知识产权机制在技术创新中的运用	鲁文革(509)
追续权之具体分析	尹训国(514)
我国汽车行业知识产权建设现状评析及对策研究	赵鹏飞(522)
美国国防部的知识产权管理分析及启示	白元群 李仲篪(529)
我国知识产权人才问题的研究	李剑峰(535)
知识产权战略与美国的国家力量	李 芳(543)
美国国防部在技术转移中的知识产权管理	向 耿(550)

关于我国专利事业发展的几点思考

● 刘 洋

摘要 目前我国专利事业发展呈现出市场激励不足和行政激励过度作用下的扭曲性特征。即专利申请总量虽然大,但是授权比例低,维持时间短,专利质量不高、市场价值没有充分体现,专利制度的功能无法得到充分发挥。这是我国专利事业发展面临的主要矛盾和问题所在。经过 20 年的发展,我国专利事业站在新的历史起点上,需要适时调整专利政策取向,以服务于建设创新型国家的目标。本文建议要实行以强化保护为核心的加强市场激励和以调整资助政策为主要手段的弱化行政激励的政策,并大力推动专利信息的传播和利用,从而促进我国专利事业在更高的水平上科学发展。

关键词 专利 战略 保护 信息

随着世界经济科技一体化发展,以专利为重要内容的知识产权在国际竞争中的重要性与日俱增。专利已经从传统法律意义上的民事私权延伸为市场主体获取竞争优势的重要手段,进而成为国家经济技术发展战略的重要组成部分。世界上创新型国家发展的经验表明,^①积极合理的专利制度能推动科学技术实现“创造—保护—应用—再创造”的良性循环,显著提升该国的核心竞争能力,推动经济强有力增长。

20 年来,我国专利事业走过了一条快速发展的道路。我国已经建立了比较完整的专利法律、法规体系,社会公众的专利意识有了显著的提高,一支涵盖审查、执法、中介、管理、研究的专利人才队伍初具规模,专利制度在经济科技社会生活中的显示度和影响力越来越高。但是,也应该看到,目前我国专利制度功能发挥还不够充分,专利市场价值还不够显著,专利制度运行还不够顺畅,在具体实践中暴露出不少矛盾和问题。

● 我国科技中长期规划研究表明,世界上公认的 20 个左右的创新型国家拥有的发明专利占全世界的发明专利总量的 99%。

总体来说,我国专利事业发展总体状况还不能适应建设创新型国家的新形势和新要求。

经过 20 年的发展,专利事业已经站在一个新的历史起点上,专利战略已经作为国家层面的战略被提到了议事日程。^① 正确把握我国专利发展的状况,认清其中的问题和矛盾所在,是从国家层面上制定和实施专利战略的前提。本文试从对专利申请数量的分析入手,提出对我国专利发展态势和未来政策取向的几点思考。

一、思考之一:我国是不是专利大国

近几年,我国专利申请数量持续大幅度增长。2005 年,我国受理的三种专利申请总量达到 47.6 万件,在 2004 年 35.4 万件基础上又有了 37% 的增长。其中国内申请 38.3 万件,发明专利 17.3 万件。仅从数量上看,我国受理的发明专利申请数量已居世界第 4 位,实用新型和外观设计年申请量则连续保持世界第一,而国内发明专利申请自 2003 年起连续 3 年超过国外申请,目前还有进一步扩大的趋势。这似乎表明,我国已经成为专利大国。然而仔细分析我国专利申请的数量,并在充分考虑质量和价值因素的基础上与外国来华的专利进行对比分析,不难发现我国国内专利数量是要打一个大的折扣的。具体体现在以下几个方面:

(一) 我国专利结构与国际通行标准不尽一致

我国专利包含三种类型:发明、实用新型和外观设计。其中外观设计不反映技术信息,不代表市场主体的核心竞争力,其本质更接近于具有独创性和显著性的版权作品。因此,外观设计只是知识产权的一种,但并非专利,国际上也鲜有把其称为专利的。所以外观设计申请数量不应该纳入专利数量考察。

再考察实用新型,实用新型专利尽管由技术方案构成,反映了一定的技术能力,但是由于其未经过实质审查,从理论上讲,它的创造性与发明相比有一定的差距。从数量来讲,也不应完全拿实用新型与发明类同。保守估算,可以把实用新型专利申请量按 1:2 的比例折算为发明专利申请量,即两件实用新型申请相当于一件发明。理由有三:一是从保护年限来看,实用新型的保护年限是 10 年,发明的保护年限是 20 年,前者是后者的一半;二是从实用新型检索报告的结果来看,略超过一半的实用新型专利全部或者部分不具备授权条件,这意味着如果类同发明一样加入实质审查程序,

^① 2005 年,国务院成立了国家知识产权战略制定工作领导小组,正式启动了国家知识产权战略的制定工作,专利战略是国家知识产权战略的重要组成部分之一。

只有约一半的实用新型专利申请有望获得授权；^①三是对我国 1988 年专利申请数据的研究表明，^②我国国内实用新型专利平均寿命为 3.5 年，而国内发明专利平均寿命为 7.2 年，前者也大概是后者的 1/2。

如果在国内申请中排除外观设计，又将实用新型减半折算为发明专利申请的话，我国国内专利申请的有效可比数量为 16.3 万件。^③

（二）我国国内专利授权比例低

对于申请人而言，专利申请只有获得授权才具有价值，才是有效的专利申请。然而截止 2005 年，我国受理国内发明专利申请总量 44.3 万件，累计授权 8.7 万件，累计授权比例仅为 19.6%。^④而同比国外来华专利累计申请 43.6 万件，累计授权 15.1 万件，授权比例却高达 34.6%。表 1 是 2001 年至 2004 年美国、德国、日本、韩国和我国受理国内和国外申请和授权情况的统计。通过对比分析可知，在本国国民非严格授权比例上，美国最高，为 47.9%，我国最低，仅为 21.3%。在对外非严格授权比例上，日本最低，为 20.2%，而我国仅次于美国，高达 44.7%。从其他国家的情况来看，对本国专利的授权比例一般高于外来申请的授权比率或者二者相差不多，尤其是日本这一特点更为明显。这有其合理性，一方面本国申请人对本国专利体系更为熟识，另一方面也不排除专利审查对外国申请人审查更为严格的因素，所以本国入相对于外来申请而言应更易获得授权。然而我国的情况却恰好相反，外国来华专利的授权比例大大高于国内，超过 1 倍。这种现象一方面表明我国国内专利申请的动机和质量存在比较大的问题，另一方面也反映我国现有专利制度对国外的惠益比较大。

因为授权比例具有明显差异，如果以外国来华申请作为基准的话，那么以授权比例之比作为折算系数，我国可比发明专利申请数量为 9.2 万件。^⑤

● 根据国家知识产权局专利审查协作中心统计，2001~2005 年完成的 4851 份实用新型检索报告中，全部无新颖性和创造性的占 35%，部分无新颖性和创造性的占 20%，二者合计占到 55%。需要说明的是，我国实用新型专利实行初步审查制，不进行实质审查，而主动提出要求出具检索报告的实用新型专利应该是具有一定市场价值的（比如依诉讼请求提起）。从这个意义上看，未提出检索要求的实用新型专利，符合授权条件的比率应该更低，所以我们按 50% 的有效程度估计实用新型专利是趋于保守的。

● 曹津燕等：“专利评价指标体系（二）——运用专利评价指标体系中的指标进行数据分析”，载《知识产权》2004 年第 5 期。

● 2005 年，我国国内发明专利申请为 9.3 万件，实用新型专利申请约为 14 万件，折算为 $9.3 + 14 \times 0.5 = 16.3$ 万件。

● 由于申请和授权的基数并非一一对应，这并不是严格的计算授权比例的方式，但是从可比的角度看，仍是有意义的。

● 计算公式为 $16.3 \times 19.6\% \div 34.6\% = 9.23$ 万件。

表 1 各主要专利局专利申请和授权累计情况统计(2001~2004)^①

国家	专利申请		专利授权		非严格授权比率	
	国内	国外	国内	国外	国内	国外
美国	724387	546024	346754	316129	47.9%	57.9%
德国	192511	47117	49956	13351	25.9%	28.3%
日本	1468545	229682	441252	46396	30.0%	20.2%
韩国	345624	175418	117817	55150	34.1%	31.4%
中国	192399	186488	40908	83375	21.3%	44.7%

(三) 我国专利维持年限短

专利授权以后,维持时间的长短反映了市场价值的高低,对我国某年的授权专利跟踪研究发现,我国发明专利平均寿命为 7.2 年,国外来华专利的平均寿命为 11.1 年。^② 对我国有效专利的研究表明,截止 2003 年,我国发明专利的存活量仅为 2.3 万件。可见近 20 年来,尽管来自国内的发明专利申请总量不少(达 28.3 万件),但真正维持有效的并不多,不足 1/10,仅为 8%,而其中能形成市场价值的就更少了。这表明,我国专利在经济活动中的作用没有得到充分发挥,专利在经历了申请授权等一系列花钱耗时费力的过程形成了权利以后,对并没有对权利人产生足够的市场利益激励,权利往往被早早地放弃了。

同样以外国来华申请作为基准,以专利平均寿命的比例作为折算系数,我国国内发明专利申请量 6 万件。^③

(四) 我国专利覆盖的国际市场有限

外国来我国申请的专利大都在美国、欧洲、日本等几个主要市场相应申请了专利,构成了一个庞大的专利族群,而我国专利能够走出国门的极少,我国向外国提出的专利申请量一直处于很低的水平。1999 年以前仅仅维持每年二三百件的水平,近年有所突破,也只是在 2000 多件的水平徘徊。总体看来,我国专利对外申请和获得授权的数量与发达国家相比差距还相当大。从美国专利商标局统计资料来看,我国每年在美

① 原始数据来自世界知识产权组织(WIPO)统计数据, <http://www.OMPI.int/ipstats/en/statistics/patents/>, 作者进行了相关数据处理。

② 曹津燕等:“专利评价指标体系(二)——运用专利评价指标体系中的指标进行数据分析”,载《知识产权》2004 年第 5 期。

③ 计算公式为 $9.23 \times 7.2 \div 11.1 = 5.99$ 万件。

国的专利申请获得授权的数量非常低,到2004年还不足600件,占该国对外授权的比例极低,仅为3%。与其他国家和地区相比,我国在美国的专利授权数仅仅为日本同期授权数的1/62,中国台湾地区的1/12,韩国的1/8,这是与我国现有的科研实力和水平极不相称的。

表2 中国和其他主要国家和地区在美国授权专利情况对比^①

国家/地区	1990年	1995年	2000年	2001年	2002年	2003年	2004年	累计
日本	20743	22871	32923	34890	36339	37249	37034	574865
德国	7862	6874	10822	11894	11957	12140	11367	221120
英国	3017	2681	4090	4356	4202	4036	3905	83991
中国台湾地区	861	2087	5806	6545	6730	6676	7207	57606
韩国	290	1240	3472	3763	4009	4132	4671	35673
中国	48	63	163	265	390	424	597	2593

如果考虑同族专利和占有国际版图的情况,保守估计一个外来申请至少在两个主要国家和地区(本国和我国)申请了同族专利的话,那么从潜在国际市场控制力的角度上考察,理论上应该把外国来华专利的数量翻番,或者把我国专利申请的数量折半,为3万件。^②

(五) 我国专利血统并不纯正

最后要指出的是,由于统计方面的局限,目前我国对国内申请的统计只是针对从国内提起申请的部分,相当于境内申请。这包含了相当一部分外国来华独资、合资、合作经营企业及研发机构申请的专利。这部分专利的控制权事实上是在国外,专利权的收益也相应要转移到国外。因此,从道理上来讲,这部分专利申请不应该划分到国内申请,而应该属于外来申请。所以目前我国所做的国内专利申请的统计中,国内二字是要加引号的。尽管目前还没有详细的统计,但是从每年我国“国内”企业申请排名的情况来看,“外资变内企”的现象绝不是少数。拿2005年国内发明专利申请量居前10位的企业来看,除了华为、中兴通讯和中石化公司以外,其余的7家公司都是外资(台资)控股的企业。由此看来,真正属于国内自主的专利申请还需要剔除相当的数量。

① 数据来自美国专利与商标局 <http://www.uspto.gov/>。

② 计算公式为 $6 \times 0.5 = 3$ 万件。

表 3 2005 年国内发明专利申请量居前 10 位的企业^①

序号	企业名称	数量
1	华为技术有限公司	3164
2	乐金电子(天津)电器有限公司	1669
3	鸿海精密工业股份有限公司	1255
3	鸿富锦精密工业(深圳)有限公司	1255
5	乐金电子(中国)研究开发中心有限公司	919
6	中兴通讯股份有限公司	817
7	中国石油化工股份有限公司	535
8	友达光电股份有限公司	468
9	上海乐金广电电子有限公司	437
10	明基电通股份有限公司	406

综合以上五种因素,我们应当清醒地看到,尽管从宏观数字显示,我国国内专利申请高达 38.3 万件,而国外来华发明专利申请只有不足 8 万件。但是从体现专利质量和市场价值的种种因素出发,并粗略折算下来,我国可比的发明专利申请数量还不足 3 万件,远远低于国外来华专利申请水平,如果比上我国 13 亿多的人口基数,我国人均专利申请和拥有量更是极低。由此可见,我国并非专利大国,更远非专利强国。在专利数量不断增长的态势面前,我们决不能沾沾自喜,一定要擦亮眼睛,正确把握和看待我国专利发展的总体态势,以便在专利制度改革道路上作出正确选择。

二、思考之二:市场激励还是行政激励

市场激励和行政激励是催生专利的两种体制。这两种激励体制都能鼓励申请人去申请专利,促进专利申请数量的增长。但是二者的作用机理和效果截然不同。前者以市场效益为导向,通过专利对一定时期一定地域市场的独占而获利,从而激发申请人去积极申请专利、提高申请质量、扩大保护范围、努力实施专利、创造市场价值。同时,在市场选择的过程中淘汰无用的专利。这一作用过程也体现了专利制度促进技术代谢、创新、应用和传播的本意。而后者往往以减免费用、成果鉴定、评奖、晋升、分房和奖金等行政奖励为手段,单纯以专利申请和授权数量为考核指标,不关心专利实施

① 参见《中华人民共和国国家知识产权局年报(2005)》。

和市场效益,实质上是把专利转变为行政行为选择下的“科技成果”,成为传统科技奖励的一个变种。“重成果、轻专利”虽然改变了形式,专利得到了貌似尊重,但这种尊重仍然是行政主导的,“重成果”的传统科技评价和奖励模式本质上并没有改变。

(一) 市场激励不足

我国专利市场激励效应严重不足。这一点集中表现为专利得不到强有力的保护上。专利如果得不到强有力的保护,那么所谓市场独占权和市场竞争能力只能是一句空话,专利的市场价值也无从谈起。目前,一种通常的看法是,认为某一种技术或产品占有了多大的市场,卖了多少钱,而这种技术或产品恰好又申请了专利,就说这个专利的市场价值高达多少。这其实是一种误解。实际上,该产品或技术所产生的市场价值不完全是专利带来的,甚至可能根本不是专利带来的。它是一个企业人力、资本、技术各个要素有机组合在一起共同作用并经过研发、生产、营销等各个环节,并在最后由消费者购买才完成“惊险的一跃”,实现其价值的。当然,专利也会在其中发挥作用,但价值是多少,理论上只能假设在所有条件不变的情况下,申请专利后的市场价值与不申请专利的市场价值相减所得到的差额。可这样计算实际上是不可实现的。那么实践中可否测度到专利的市场价值呢,答案是肯定的。就是通过市场中对专利权的讨价还价形成的专利许可费数额和执法系统对专利权侵权赔偿数额的判定来体现。进一步分析,专利许可费数额实际上也是由专利执法系统的执行力所决定的。在一个没有专利立法和执法的国度,是不会存在专利许可的,人人可以免费使用他人的技术,专利许可费为零。^①因此,归根结底,专利价值应该并且只能是该国家执法系统决定的结果。

目前,我国虽然具有行政执法和司法执法两套体系并行运作,但是执行并不有力,从而使得专利的市场价值不高。一方面,由于行政执法的人力物力资源严重不足、法定的行政调处权极为有限,我国行政执法力度很弱,无法成为权利人的依靠和侵权人的威慑。另一方面,作为终局裁决的我国专利司法系统存在着一定的程序和实体缺陷,导致权利人的利益无法得到充分保障。一件专利官司,从地方法院到高级人民法院,中间再加上复审委,最多反复可以打到六级;在没有参考依据的情况下,^②专利侵权最多只能赔偿50万元;^③专利官司即使赢了,也屡屡遇到执行难的问题;^④专利法对发明人设计人“一奖两酬”的规定实际上无法落实;侵权企业往往受到地方保护主义大

- ① 反之,如果一个国家专利保护水平极高,执行力极强,人们动辄因侵权而赔得倾家荡产,甚至锒铛入狱(这只是一个假设罢了),那么专利的市场价值可以为极高。
- ② 由于专利技术具有独创性特征和专利官司难以取证的特点,专利侵权案件多数难以确定赔偿数额依据。
- ③ 参见最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第21条。
- ④ 比如华粤宝公司诉比克公司就是典型一例,见《中国知识产权报》2006年1月11日文章,《赢了官司却高兴不起来》。

伞的庇护,让异地权利人无可奈何……在保护乏力的情况下,企业只有疏远专利制度。据统计,我国 99% 的企业没有去申请专利;^①不少企业宁愿选择从理论上讲保护并不牢靠的商业秘密,也绝不会把核心技术申请专利公布于众;而那些产品“见光死”,无法用商业秘密有效保护的企业,就只有靠打时间差,赶在对手模仿前转向另一种产品而维持市场优势并获利;一些具有一定创新能力的企业难以在高端市场发展,有的甚至不得不退回低端,与低层次的各种对手打价格战来谋求微利。

(二) 行政激励过度

与市场激励不足对应的是,我国行政激励的作用十分突出。自专利法实施以来,我国陆续采取了一系列有力的行政激励手段。(1)国家采取了对申请费、审查费和维持年费等费用的减缓政策,^②而且减缓比例很高。虽然办法规定减缓对象是确有困难的申请人,但实际上审核门槛很低,费用减缓变成对国民的一种普惠政策。(2)各地方纷纷出台各种类型专利资助的优惠政策,^③对专利申请授权过程中的费用给予不同额度的补贴,有的甚至是超额补贴。(3)政府逐渐把专利数量作为个人、单位和地方政绩和业绩的重要指标加以考核,并直接跟职务、职称、待遇、福利挂钩。应该承认,在我国专利事业起步时期,采取较强的行政激励手段有其积极意义。它有助于培养公众的专利意识,消除对专利的神秘感,增加社会对专利制度的熟识和接受程度。我国在短时间内专利申请量迅速攀升,越来越多的企业、大学、科研院所和个人认识并申请了专利,在专利立法和基本体制建设上我国用 20 年的时间走过了西方发达国家上百年的道路,这都离不开这些政策的积极促进作用。

但是也应该意识到,行政激励手段不是免费的,它是有代价的,而且代价往往十分高昂。尤其是当一个国家的专利数量已经达到足够大的规模,创新能力已经积累到一定程度的时候,还实行以行政激励为主导的专利政策,从整个社会看不但是得不偿失,而且制度本身也会产生相当大的危机。首先,过度行政激励催生了大量不符合经济规律的专利申请。这些申请往往是低质量的,甚至是被某些人钻了漏洞而带来的垃圾专利。它们带来了申请和授权过程中一系列成本的增加,垃圾专利的权利不稳定性更有可能使其他利益相关者耗费不菲的诉讼费用。这给社会和国家带来了严重的人力、物力、财力负担,造成了垃圾技术信息的充斥和国家审查资源的浪费。其次,过度行政激

① 摘自新华网 www.xinhuanet.com。根据中国专利数据库统计,截止 2005 年 10 月,我国申请过专利的企业约为 11.5 万家,而目前根据第一次经济普查公布数据,我国各类企业法人单位共有 325 万家,其他经济产业活动单位 682 万家,相比之下,企业申请专利的比例的确是极低的。

② 见 2001 年 1 月 15 日国家知识产权局公告第 75 号《专利收费标准及减缓比例》。

③ 据不完全统计,目前全国 31 个省、市、自治区中已有超过 20 个出台了各种类型的专利资助办法或规定,更多的地市县也纷纷出台类似规定。

励使得我国一些优秀技术没有形成核心专利,造成了竞争力的流失。显见的事实是,由于行政激励作用的刺激,并在专利申请成本杠杆被大幅撤销的情况下,我国科技人员,尤其是大学和事业型科研机构的科技人员申请专利的动机往往更在于成果鉴定、评奖、晋职等。因此我国科技人员申请专利时,往往要求尽快进入实质审查并尽快获得专利权。导致我国大学和科研院所的专利申请的保护范围狭窄、公开过早、质量下降,而且许多专利往往没有实施就放弃了。^①最后,从根本上讲,行政激励与专利制度的本质是不相容的,过度的行政激励使得专利申请的初衷与实现市场价值形成背离,其代价是专利质量的下降,专利审批机构的权威下降,专利制度的公信力下降。更严重的是,如果专利制度长时间偏离市场轨道运行的话,其根基将会动摇。

总之,目前我国专利事业发展呈现出市场激励不足和行政激励过度作用下的扭曲性特征。即专利申请总量虽然大,但是授权比例低,维持时间短,专利质量不高、市场价值没有充分体现,专利制度的功能无法得到充分发挥,这正是我国专利事业发展面临的主要矛盾和问题所在。

三、思考之三:专利政策的着力点在哪里

目前我国专利申请数量已经达到相当大的规模,而且还在以超常规的速度发展。在这种态势下,我国急需对专利政策作出重大调整。笔者认为,在未来5年甚至更长时间里,要以加强专利保护执行力为核心手段,以增加专利市场价值为首要目标,将我国专利政策逐渐从目前以行政激励为主、市场激励为辅转变到以市场激励为主、行政激励为辅的轨道上来,从而促进专利事业全面协调和可持续发展。

(一) 切实加强保护,提高专利的市场价值

保护是国家专利战略的核心。虽然从整个国家发展来讲,创造能力是内生的,提高自主创新能力是调整产业结构、转变增长方式的中心环节,是国家发展战略的核心。而知识产权制度是促进自主创新的外在基础环境、激励手段和政策工具。但是对于专利战略这一环境、手段或者政策工具本身而言,保护就是核心,是专利从创造到应用的中心环节。正如前所述,没有保护,就没有专利,也就没有专利价值。专利没有价值,涵盖创造、管理等内容的专利战略带来的就只有成本,而没有收益。创造的越多、管理的越多,专利耗费的成本越高。所以,抛开保护,过多的强调创造、管理和应用是没有意义的,企业也不会买账。目前,我国在专利的创造、管理和应用上遇到的诸多问题,

① 研究表明,比较我国发明专利的平均维持年限,大专院校(6.4年)和科研院所(7.1年)要低于企业(7.3年)和个人(7.9年),参见曹津燕等:“专利评价指标体系(二)——运用专利评价指标体系中的指标进行数据分析”,载《知识产权》2004年第5期。