

# 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

马忠法

(复旦大学 知识产权研究中心, 上海 2000438)

**摘要:**我国专利技术转化率低是一个不争的事实,但至今仍未找到解决问题的根本路径,其中主要的原因之一是我们对专利的本质内涵即私人财产权和专利制度(它规定的内容可以分为两个阶段:第一阶段是申请和授权阶段,核心任务是确权;第二阶段是实施和使用阶段,核心是流转)及其使命(促进专利技术转化为现实财富)缺乏准确的认识。为此,应科学把握专利的本质内涵及其制度使命,将由市场决定的事情交由市场决定,调整专利资助政策,不盲目提倡申请专利,以提高专利质量,在源头上为提高专利技术转化率创造条件。

**关键词:**专利制度;专利制度使命;专利技术转化

**DOI:** 10.3969/j.issn.1001-7348.2010.20.025

中图分类号:G306

文献标识码:A

文章编号:1001-7348(2010)20-099-04

## 0 引言

据国家科技部的一项研究表明,我国每年有省部级以上的科技成果 3 万多项,但是能大面积推广产生规模效益的仅占 10%~15%;每年的专利技术有 7 万多项,但专利实施率仅为 10%左右;科技进步对经济增长的贡献率为 39%左右,其中高新技术对经济增长的贡献率仅为 20%,远远低于发达国家 60%的贡献率,这无疑是对科技资源的一种巨大浪费<sup>[1]</sup>。从笔者目前进行调研的有关单位的数据看,专利技术转化率的主要实体是高等院校和科研院所,且转化率远低于前面所说的数据。企业(尤其是民营企业)由于其自身的商业特点在专利技术转化方面一般会结合市场给予高度关注,对于不能带来商业利益的所谓“成果”会理性对待,不会盲目申请专利。在科研院所中,进行改制的科研院所或与产业结合紧密的科研院所,在科技成果转化方面均获得了一定的成功;前者如广东省有关科研机构自 1998 年起开始为解决科研、产业两张皮的问题,实行改制,绝大部分改制成企业的科研院所,在 2000—2003 年其专利技术转化率平均达到 73%左右<sup>[2]</sup>;后者如贵阳铝镁设计院所专利技术转化率高达 90%<sup>[3]</sup>。由此不难看出,我国科研院所的专利技术转化率虽然较低,但从已有的成功转制的或与产业密切结合科研院所的经验看来,解决此类问题似乎容易一些,即在制度上进行重新设计,可能会大大提高它们的专利技术转化率<sup>[4]</sup>。但对高校来说,由于其特殊的使命

和职能,其专利转化率的提高及有关政策研究是应当给予更多关注的。但不论什么情况,对专利制度的本质内涵及其使命的科学把握是非常关键的。本文基于上述数据,力图对专利制度的性质及其使命进行再分析,以期有助于人们对该问题形成准确的认识,为从根本上解决专利技术转化率低这一问题找到途径。

## 1 专利的性质及其制度使命

专利指依据专利法,国家有关机关对申请专利的发明创造,经过审查和批准,授予发明人以专利权(主要体现为排他的商业使用权),同时把申请专利的发明创造的技术内容公诸于世,使发明创造者享有独占实施该发明创造的权利。它是发明人对其智力劳动成果所享有的法定权利,其性质是一种无形财产权。但其财产权所赋予的经济与财富意义又不是现实的,它是潜在的财富,必须通过一定的途径才能实现。由此使其与一般有形财产在实现途径方面有着本质的区别:后者无需经过转化或产业化路径,就可给权利人带来经济利益或财富。一般情况下,不经专利权人的许可,在专利有效期内他人不得实施该专利,以此来保护发明创造者的利益和促进发明创造的信息交流。

专利制度是利用法律和经济的手段来保护、鼓励发明创造,促进技术进步的管理制度;它依据专利法等特定法律,通过授予发明人对发明享有的独占权来保护、鼓励发明创造,进而推动科技进步和经济发展。一方面,它以法

收稿日期:2010-01-14

基金项目:国家知识产权局软科学研究项目(SS-07-A-11)

作者简介:马忠法(1966-),男,安徽滁州人,法学博士,复旦大学法学院知识产权研究中心副教授,研究方向为国际贸易中的知识产权法。

律手段(专利权不是自然而然产生的,须经过申请——审查——授权的程序)保护新技术拥有者的新技术,规定发明创造所有权的归属原则,即什么人或者单位能够成为发明创造专利权的所有者,成为专利权的主体。另一方面,它促使拥有者尽快向社会公开其新技术,避免重复研究开发,促进科学技术的发展,使新技术更广泛地应用于社会生产,促进社会经济发展。其核心内容就是发明人,将其完成的发明依法向社会公开,社会给予发明人对该项发明享有一定时期的独占权。它保护专利权的目的是为了传播和推广发明创造,促进科学技术的发展。因此,一项发明创造也只有应用于社会生产实践即被转化为现实生产力,才能显示出其使用价值和价值,使专利权人和社会公众都能从发明创造的推广和使用中获得利益。

专利制度规定的内容总体上可以分为两个阶段:第一阶段是申请和授权阶段,此为基础和前提,核心任务是确权,以为保护和转让创造条件;第二阶段是实施和使用阶段(促进国家经济发展),其中也离不开保护,此为专利制度的目的和归宿,是实现专利制度价值的最终落脚点。而这一点,恰恰是我国专利制度所忽略的。严格说来,在逻辑上,专利应不存在转化率过低的问题,因为其本身就要求技术的产业化,如果专利不能转化为现实生产力,其本身是否是“专利”就存在着问题。所以,我们必须完整、准确地来把握和运用专利制度。

专利制度的典型特征有:专利制度是以市场经济为基础的。发明人在获得专利权后,只有通过其发明创造的市场化才能获得回报。市场就像一块试金石,能够筛选出符合人们生产生活需要的技术,而那些不符合市场需要的技术可能就会被淘汰。这正是专利制度的价值目标,鼓励发明人以市场需求为导向进行科技创新。专利制度能够促进发明创造的推广应用,因为发明人只有通过推广应用其发明创造才能获得更多的回报。简言之,专利制度必须关注两点:一是专利质量,二是专利技术转化和转移。其隐含的意思是:专利大国(数量多)并不等于专利强国(一个有价值的好专利胜于100万个低效的或垃圾专利),它必须要有高质量的专利,且有能将专利转化为国家财富的相应制度,彰显国家创新能力;这才是专利制度的精髓。

从以上分析可以看出,专利制度的使命实际上是保障发明人初步权利的一种制度,它意在通过肯定其一定期限内付出一定代价(公开技术和缴纳维持费等)的商业垄断权,促使专利权人及早进行商业化利用,即自己进行制造、生产、销售或服务以获取商业利益,或许可或转让于他人使用,以获取自己的利益。通常情况下,专利权授予某人并不意味着专利技术立刻可以产业化,专利权人的商业目的可以立刻实现,它们往往离成熟的产业化阶段还有很长的距离,尤其是高校、科研院所的专利。专利制度的目的主要是给予发明人捷足先登的机会,以让其将来在产业化条件成熟时,可以通过市场的占有来获取投资回报。况且,在很多场合,纯粹的专利技术并不能给其带来成熟、达到特定性能的产品,要实现预期的效果,还必须与相关

的专有技术,而这一点是专利制度所无法左右的。

众所周知,专利获取的3个实质条件是:新颖性、创造性和实用性。实用性指发明或者实用新型能够制造或使用,并能够产生积极效果;但这种“能够”并非是立刻实现的,它与“实际使用”并非同意。专利审查员只能根据一定的规则或经验作出判断,该发明或实用新型具有使用或制造的可能性,即说明具备专利所需的“实用性”;专利审查员不可能对申请专利的技术方案在审查时就要求申请人拿出实实在在的成熟产品。所以,我们不难理解,为何众多专利技术要变为现实的生产力,还需经过产业化过程。简言之,专利只是能带来一定收益和产品的可能性,并不等于立刻带来现实的市场。这也许是我们出台专利申请资助办法时容易忽略的一点,实际上获取专利只是迈开专利产品走向市场的第一步,它是一种应然的理想状态,最终能否实现,还要取决于很多条件。专利技术的及早实施,可将技术能力变成竞争优势。

美国等国的专利法多是将可商业化或产业化作为专利权获取的前提条件,并鼓励进行转让和转化。美国宪法规定国会通过立法“保障著作家和发明家对各自著作和发明在限定期限内的专有权利,以促进科学和工艺的进步”。这一原则性的规定通过其专利法来加以落实。其专利法“联邦政府资助之发明的权利”一章详细规定了国会制定专利法之政策与目标,是通过专利制度以推动联邦政府所资助的研究和开发之成果的应用,并且鼓励中小企业全力参与联邦政府资助的研发活动;推动商业团体与包括大学在内之非营利组织间的合作;确保非营利组织与中小企业所完成的发明,系用以促进对未来研发不构成阻碍的自由竞争及自由创业;再用以推动美国产业及劳工所完成的发明创造之全面商品化和公众之使用;确保政府获得由其所资助的发明之足够权利以满足政府之需,并保障大众免于受不施行或不正当使用该发明之损害;最后尽可能降低施行该方面政策所需的成本<sup>[5]</sup>。该部分内容是1980年12月12日增加的,并于2000年11月进行了修改。显然美国的专利法制定之初以保护为核心任务,但到了上世纪80年代之后,明确了其政府资助的专利发明之目的在于推动应用和商业化。这样原则性的规定,为美国此后20多部有关技术转让法律的制定和颁布提供了依据。我们再看《日本专利法(2008年修改)》,它明确规定:本法的目的是通过保护与利用发明,鼓励发明,以推动产业的发展<sup>[6]</sup>。很清楚,其目的不是保护,保护与利用一样,只是手段,其目的在于“鼓励发明,以推动产业的发展”,即将专利技术应用于产业之中,以实现商业价值。德国专利法规定“创新以发明步骤为依据、且可供产业利用的发明,得受新型专利之保护”。可以看出,如果发明不可产业化,是不受专利法保护的;亦即专利制度设立的目的不是保护,而是产业化;而这需要转化或转让才可以完成。

林肯的“专利制度是为天才之火添加利益之油”之名言,为专利制度的本质和使命也作了一个很好的注解。专利制度的目的在于促进、激发天才的发明家们创新的积极

性，这种创新的积极性又依赖于利益的实现。利益实现有两种途径：发明人自己使用，并通过专利制度取得合法垄断权来获利；或者发明人通过技术转让来实现。处于不同的时代，技术权利人实现其权利的方法也不同。在早期，技术权利人多通过自己发明、自己应用、自己销售等渠道来实现技术的价值，后来随着社会分工的日益细化，营销逐渐分离出来，企业着重于研发和生产。到了知识经济时代，随着独立研发机构和研发组织的出现，技术似乎也完全可以独立于设备等，成为一种商品。随着研发工作者成为一个独立阶层，技术转让和转化活动会日渐频繁<sup>[11]</sup>。因此，处于知识经济时代，专利技术(尤其是高校和科研院所的专利技术)转化往往是离不开技术转让法律制度的。对此，我们不难理解为何美国自上世纪 80 年代起至本世纪，先后制定、颁布了 20 多部有关技术转让法律制度。

## 2 我国在实施专利制度方面存在的问题

专利自其诞生以来，它本身就是一个商业化的现象：对权利人而言就是以商业化为目的，其代价是公开技术和缴纳维持费；对于国家和社会而言，就是以分享技术为宗旨，其代价是给予权利人一定时期的商业垄断权，在该期间内要想使用该技术就需要付出相应代价(转让费或许可费)。这是一种国家和个人之间的商业交换，即是一个纯粹的商业现象，其投入、产出和商业化运作，在很大程度上属私人行为。一旦国家根据法定主义原则，授予权利人一定权利后，就不应当带有更多的政府干预的色彩，以促使专利制度的顺利运转和正常发展。如果违背该规律，如投入、产出甚至申请或获得授权专利的有关费用甚至权利人应当承担的义务之一“缴纳专利年费”也由政府来埋单，则专利制度发生了异化：权利人因获得权利不是以商业的方法获得，如不是花自己的钱去研发、申请专利和维持专利，他们不会珍惜；他们也不会顾及到专利权利授予后的真正目的在于：实施和商业化。他们只会满足于所谓的“静态的专利状态”(休眠中的专利)；甚至出现为了申请专利而申请等形式主义，制造大量的垃圾专利，不但不能推动社会、经济的发展，反而浪费社会资源。

了解专利制度的这一本质，对我国促进专利转化政策研究有着很强的借鉴意义。如我国政府在投入高校、科研院所时是否应当考虑到这一特征？国家以纳税人代表的身份委托高校或科研院所进行研发，该不该考虑到专利技术的或科研成果的可产业化及对社会、经济发展的促进作用？可否将产业化或转化作为研发资助或研究人员迁升的重要指标？因此，我们不能停留在专利制度的“前半阶段即专利的确权和公开阶段”，而没有顾及专利制度的后半段：促进专利技术的实施和产业化，以为社会发展作出贡献。专利技术产业化可以创造更多的就业机会，甚至创造一个全新的产业，以此增加社会税收，进而回报纳税人的投入。如果申请专利不能进行产业化，特别是利用纳税人缴纳的税进行研发的科研机构和高校研发的成果不能产业化，则是对社会财富的巨大浪费，或变相地导致国有

财产的流失。

上海市杨浦区科学技术委员会一位负责同志曾介绍，根据她的调查和了解，高校申请并获得授权的专利有 90% 以上在授权后第三年就被权利人放弃，从而进入公有领域。其原因是第一、二年的专利维持费多由高校代缴，而第三年由权利人自己缴纳，但由于绝大部分的专利没有进行转让或转化，权利人没有其它资金来源支付该笔费用，于是不得不放弃。她还认为，较为深层的原因是：许多权利人申请专利时就有不转化或转让的打算，因为申请专利的目的主要是为了职称晋升、科研考核、获得其它项目的资金资助等。这种急功近利的想法，结合政府、高校所谓的资助政策(如申请资助费、维持费代缴两年等)使专利数量急剧增加，但由此导致专利技术本身的质量不高和可产业化的可能性很低(如多缺乏初试、中试等产业化试验阶段)，因此我们鲜能见到高校成功的技术转化和产生较好社会效益的高校专利技术，我国高校专利技术转化率低成为一种必然趋势。

实际上，我国目前有关专利申请或授权的资助政策让一部分对专利制度一知半解的人误读了：他们无视专利的财产性质和专利制度的商业化成分，将其看作了一种抽象的政绩符号，盲目提倡高校、科研院所等申请专利。政府出台资助政策的动机无疑是好的，它们希望通过资助，帮助和鼓励那些财力有限而确有创新精神和能力的发明人将质量较高的发明申请专利，以推动社会进步。但可惜的是，这种将本质上属于商业范围、由市场决定的活动打上政府干预的烙印，很容易产生许多负面影响，尤其是在政策本身不够完善又缺乏相关配套政策的情况下，诱发急功近利的行为，乃至出现了不少垃圾专利；而垃圾专利不仅无法变成财富，还会浪费巨大的社会资源，影响到真正有质量专利的及时授权和转化，同时还让人们对于专利制度有了更进一步的误解。这些最终都会不利于创新型国家的建设。

对此，我们对“专利申请或授权数量多，说明本地方、本单位重视科技进步和创新能力的提升”之观点进行客观审视，进而对或多或少地与专利申请或授权数量多寡相挂钩的奖励资助政策进行反思。除了确立正确的专利立法价值目标(如以促进转让和扩散进而推动社会进步而非保护为目标)<sup>[13]</sup>外，还要有良好的外在环境导向，如各级政府和有关单位应转变观念，从各个环节认真有效地推进实施国家知识产权战略，不根据专利数量而依据专利的“质量”来评定个人、单位或地方的工作业绩，不受无谓的形象工程或形式主义的政绩所影响，应当更为积极、系统地奖励、资助各种自主创新性技术，将目前的各种奖励资助政策与自主技术创新和产业化或转化、转让联系起来，从而为建设创新型国家积极扫除法律上的障碍。

为避免科研成果大量浪费，我们有必要制定有关政策，对高校、科研院所的科研及专利技术进行正确的引导，或调整方向，如不鼓励高校申请专利，而由与其合作的企业申请：企业是商人而高校、科研院所不是；市场和商品的东西应交由市场和商品规律去决定；将国家资助同时投向企业，而不能过多投入到不能产生社会效益的机构或部门

中(但基础研究、重大的理论研究除外)等。同时,对高校科研成果的评估、科研人员职称晋升、政府项目的资助等不能以机械、静态的专利数量作为考核的标准,而应以专利的质量、创造的社会效益等为主要参数,以利于提高申请率和专利技术转化率,提高高校自身发展水平,对社会、企业发展产生积极影响,对国家创新作出贡献。

我们认为,专利制度不应当被异化为服务于特定目的工具,而专利更不应当成为在有关专利申请或授权资助政策下被扭曲的、偏离于其本质的病态产物。发明人申请专利的情况应与其根据可商业化等市场因素来决定,政府不应给予过多的“关心”或施加不当的政策影响如给予资助等,将本属于商业范围的活动打上政府干预的烙印,更不应该仅将申请专利与获得授权的数量作为晋升职称或获得奖励的主要依据。概言之,社会和经济之效应应是科研最终的指向标而非所谓的虚有数字,否则,违背规律的行为最终只能使现实发生的现象与政府制定政策的良好动机背道而驰。

### 3 结语

本文认为我们可以在准确把握专利的本质内涵及其制

度使命之前提下,借鉴有关国家的经验,不盲目提倡申请专利,不由国家或政府的资助政策来鼓励发明人申请专利,而由他们根据市场的情况来决定是否申请专利:将属于市场的事情交由市场去把握;即使政府给予资助,也只是资助那些通过筛选、被论证为易于转化、有巨大市场潜力的专利。这样将会大大降低专利申请或授权量,节省社会资源,并提高专利质量,进而从根本上提高专利技术转化率。

参考文献:

- [1] 谭华玲. 科技成果转化率低的市场原因及对策分析[J]. 中国集体经济, 2009(2).
- [2] 李栋亮. 广东省科研机构科技成果转化现状分析与对策[J]. 科技管理研究, 2007(10).
- [3] 谭启平. 专利制度研究[M]. 北京: 法律出版社, 2005.
- [4] 马忠法. 国际技术转让法律制度理论与实务研究[M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [5] 马忠法. 专利申请或授权资助政策对专利技术转化之影响[J]. 电子知识产权, 2008(12).

(责任编辑: 赵贤瑶)

## Reconsidering the Patent's Essence and the Mission of Patent System : At the Angle of the Low Rate of Patented Technology Commercialization in China

Ma Zhongfa

(Intellectual Property Center of Fudan University, Shanghai 2000438, China)

**Abstract:** It is the fact that the rate of patented technology commercialization is very low and the effective way to solve it has not been found. One of the most important causes is that we have not correctly grasped the patent's essence, that is, patent is a kind of private right, and patent system (which first makes patent rights belong to a proper holder by application and grant and then render patent technology to be enforced and utilized with transfer as the core) and the mission of the system (to promote the patented technology to be changed into actual wealth). Therefore, we shall understand the patent's essence and the mission of patent system exactly and scientifically, let the market decide what it should do, and adjust the patent funding policies with the purpose of not encouraging the activities of inventors blindly applying for patents and increase the patent quality which creates the advantageous conditions for commercializing patented technology.

**Key Words:** Patent System; Missions of Patent System; Patented Technology Commercialization