

专利权滥用与反公地悲剧

高 洁 (华中科技大学 管理学院,湖北 武汉 430074)

陆健华 (湖北经济学院 经济信息学院,湖北 武汉 430205)

摘 要:近年来,我国专利申请人利用专利制度的缺陷滥用专利权,造成了公众、企业不能对公知公用的资源和技术有效利用的反公地悲剧现象,阻碍了科技创新和经济发展。因此,必须从制度上完善专利制度,从源头上杜绝滥用专利权的行为,有效防止反公地悲剧的发生。

关键词:专利权滥用;垃圾专利;专利丛林;反公地悲剧;专利制度

中图分类号:F091.349 **文献标识码:**A **文章编号:**1672-626X(2007)01-0037-05

本文所说的专利权滥用是指专利申请人利用我国专利法对实用新型和外观设计专利申请不进行实质审查的规定,将公知公用的资源或技术申请专利后,行使独占权,排斥竞争对手,以获取不正当利益的行为。一旦这些资源或技术被授予专利拥有了排他权后,就有可能引发反公地悲剧,从而阻碍经济发展。本来加强对专利的法律保护是为了促进技术进步和经济发展,而专利权滥用引发的反公地悲剧则使人们意识到,专利也有可能阻碍技术进步和经济发展。本文探讨这一问题,旨在呼吁人们加强对专利权滥用形成的垃圾专利、问题专利的重视,采取积极措施,修订现有专利法,从制度上避免可能出现的反公地悲剧。

一、反公地悲剧

反公地悲剧是1997年美国密执根大学教授黑勒(Michael·A·Heller)在《反公地悲剧:从马克思到市场转变中的产权》一文中首次提出的。当时,他使用反公地悲剧的概念描述了1990年代早期他在莫斯科观察到的一种奇怪现象:莫斯科的许多街道上搭建了成千上万的铁皮棚摊用以买卖商品,但是棚摊后面的沿街店铺却大量空置无人使用。是什么原因导致俄罗斯在市场化转型以后商店里仍然空空如也,而沿街叫卖的铁皮小屋里的货物却多得都快堆到大街上了呢?通过调研,黑勒发现造成这一现

象的根源在于转型中的俄罗斯政府没有把这些店铺的完整产权赋予给某个权利所有者,而是支解给了在计划经济时期利益相关的不同机构和单位。如6个单位享有出售权,3个单位拥有出租权,5个单位拥有收取售款权,5个单位拥有收取租金权,1个单位拥有占有权。在没有得到其他任何一个权利所有者的许可下,每个权利所有人都无法单独使用或出租商店。这样,支离破碎的产权结构就像是篓中的一堆螃蟹,你夹住我的前腿,我夹住你的后腿,谁也动弹不得,从而导致大量沿街店铺谁也无法使用只得空置的反公地悲剧现象。

通过进一步研究,黑勒认为,反公地悲剧是相对于哈丁的公地悲剧而言的。对于一项存在多个权利所有者的资源,如果每个人都拥有使用权而无排他权,该项资源就具有公地的特性,它将因人人都可进入而可能陷入被过度利用的公地悲剧;但如果每个人都拥有排他权从而使得所有的权利人都无法行使有效的使用权时,则该项资源就具有了反公地的特性,它将会因人人都难以进入而可能陷入利用不足或闲置浪费的反公地悲剧。从理论上讲,在一个没有交易成本的世界里,通过自愿的产权交易,人们总是能够避免公地或反公地悲剧。但在现实生活中,要避免这样的悲剧就必须克服交易成本。因此,当权利所有者人数不多且关系友善的时

收稿日期:2006-12-12

基金项目:湖北省科技攻关项目(2005AA401C12)

作者简介:高洁(1968-),男,湖北蕲春人,湖北经济学院教授,华中科技大学管理学院博士生,主要从事理论经济学、政府管理与政府决策研究。

候,由于交易成本不高,避免悲剧的产生可能相对容易一些。但如果权利所有者人数众多或虽然不多但彼此充满敌意时,避免类似的悲剧就可能较难。虽然对于公地悲剧,哈丁建议通过明确产权来解决;对于反公地悲剧,黑勒建议通过整合支离破碎的产权来解决,但问题是反公地一旦形成,要把支离破碎的权利整合为可以使用的私人权利通常是一个极其艰难而又缓慢的过程。在这期间,一是有价值的资源将始终处于无法充分利用的闲置状态;二是作为管制者的政府和不同的权利拥有者,将会因各自的利益立场,在整合过程中为即将重新制定的产权条文而争执不休,并可能为此付出高昂的代价。

二、专利权滥用引发反公地悲剧的表现形式

2006年6月,国家知识产权局宣布,我国的专利申请总量已突破300万件,数量位居世界第一。与此同时,一些业内人士指出,我国专利申请的增长大量集中在实用新型和外观设计领域,这两类专利授权量在总专利授权量中比例过高,2001年至2005年的占比分别高达85.7%、83.8%、79.6%、74.1%和75.1%,而这其中问题专利和垃圾专利现象严重,有人称可能占有所有授权专利的50%以上。虽然国家知识产权局的有关官员表示50%以上的数据严重违背事实,但由于实用新型和外观设计相对于发明来说,技术含量较低,申请和侵权都比较容易,确有一些单位和个人将公知公用的资源或技术甚至是抄袭其他专利的材料用来申请并获得了专利。这种滥用乃至恶意滥用专利权的行为由于专利授权而使该领域的资源或技术在法律上具有了反公地的特性,从而有可能造成反公地悲剧,引发专利纠纷。2001年至2005年,在国家知识产权局受理的专利纠纷案件中,实用新型和外观设计专利纠纷所占的比重居高不下,分别为91.9%、92.8%、90.8%、91.2%和89%。目前,我国因专利权滥用造成的反公地悲剧现象主要集中表现为以下两种情形:

1. 垃圾专利形成的专利丛林

我国的垃圾专利是在入世以后骤然增多的。入世以来,随着我国市场竞争日趋激烈,一些企业为了更好地保护自己和提升竞争力,纷纷利用专利来维护自己的利益。从正常生产经营的角度来说,这种行为本也无可厚非。但问题是由于发明专利需要耗费企业大量的开发时间和人力、财力、物力资源,一

些企业便将主要精力用在了难度小、时间短、见效快的实用新型和外观设计专利的申请上,将大量公知公用的资源或技术申请专利,然后以此为武器,向竞争对手索要高额专利使用费或排斥对手使用,或诉诸法律在诉讼中拖垮对手,牟取不正当的商业利益。如江浙一带的凉席一直都有在四周包布边的传统习惯,以防止凉席破散。但连云港一家公司却将其申请了实用新型专利,并要求其他竞争厂家不得生产或销售。虽然该专利最终被国家知识产权局专利复审委员会判决为无效,但这场专利权纠纷还是使江浙一带的部分生产厂商因官司而丧失大量订单,凉席出口大受影响。专利申请正在逐步演变为另一种形式的“圈地运动”:因为一旦那些原本属于“公地”性质、谁都可以使用的公知公用的资源或技术,可以通过申请专利的形式变为“私地”用于获利,还可阻止别人以此获利,就必然激发众多企业纷纷争先恐后,围绕这些公知公用的资源或技术申请专利获得排他权。当围绕该资源或技术的排他权增多时,这些公知公用的资源或技术便具有了“反公地”的特性,要么是谁也不能完全免费使用,要么是无效得到有效利用。正是由于这些原本谁都知道且可以自由使用的资源或技术被专利化后导致非专利持有人再也不能自由使用,我们才将其称之为“垃圾专利”。而垃圾专利越来越多必然形成丛林,任何想要通过丛林的人要么给所有的专利权人付费,要么就此止步。

一些在垃圾专利纠纷中吃过亏的企业慢慢也变得聪明起来,针对这些垃圾专利的某一点进行开发,也申请专利,以垃圾专利对付垃圾专利,或保护自己一直拥有的生产权利,或对抗别人对自己提出的专利侵权,从而形成了垃圾专利丛林。这样一来,谁想利用这些本来就属于公知公用的资源或技术就都有可能面临陷入专利纠纷或诉讼的风险,由此产生的最坏结果就是这些公知公用的资源或技术最终谁也无法有效利用。

2. 重复授权引发的专利纠纷

这种情况在近年来的广交会专利维权案中屡见不鲜。同一件产品,投诉人有专利,被投诉人也有专利,甚至好几个被投诉人还拥有各自的专利。他们不仅都主张自己的权利,而且都毫无例外地指责对方侵犯了自己的权利,并排斥对方使用该专利。如广东省增城市新塘镇某塑料电子厂向广州市知

识产权局举报广州某技术开发有限公司涉嫌侵犯该厂的实用新型专利“带方向显示前灯的摩托车后视镜”的专利权就属于这种情况,因为广州的这家公司也拥有此专利。重复授权、专利撞车的结果一是造成各厂家之间纠纷、诉讼不断,难以安心正常的生产经营活动,彼此的利益都受到了损害;二是国家知识产权局屡遭各专利权人的指控:为什么在专利授权时要“一女二嫁”或“一女多嫁”?国家知识产权局的权威性和公信力受到了极大的挑战。而且无休止的行政裁决和司法诉讼浪费了大量公共行政资源,企业、个人的经济活力和创新积极性在内耗中也受到了严重打击。

三、专利权滥用引发反公地悲剧的原因

1. 我国的专利审查制度存在缺陷

我国2001年修订的专利法中所称的发明创造包括发明、实用新型和外观设计三种。专利法规定,国务院专利行政部门对发明专利申请必须进行实质审查,申请人必须提供与其发明有关的参考资料;而对实用新型和外观设计专利的申请则不需要进行实质审查,只需从形式上审查申请手续是否完备,如果没有发现驳回理由的即可授予专利证书。由于实用新型和外观设计专利申请不用进行实质审查,审查门槛低,导致这两类专利的申请数量近年来剧增,虽然国家知识产权局招收了大批量的专利审查员,但仍然无法满足专利申请数量日益激增的需要,许多专利申请仍在等候审查,专利审查的行政成本大增,专利审查的工作压力很大。对于为何对实用新型和外观设计专利的申请不进行实质审查,国家知识产权局的官员认为,这既是国际惯例,也是为节约社会成本。因为这两类专利的技术含量不高,投入的开发成本不大,申请的数量又多,如果都进行实质审查,国家为此花费的审查成本将极其高昂,既不合算,也不可行。正是由于对这两类专利不进行实质审查,从而给一些个人和厂商提供了兴风作浪的空间,导致了众多垃圾专利和专利重复授权现象的出现,引发了反公地悲剧。

2. 我国的专利法在制订和实施中存在着部门利益问题

我国的专利法是由国家知识产权局代表国家组织设计、制订和实施的,不可避免地带有主管行政部门的利益在内,这是导致对实用新型和外观设计专利申请不进行实审和专利撞车现象频发的深

层原因。专利法规定,专利申请要交费,专利维护要交年费,专利申诉或申诉人请求宣告专利无效及撤销专利等也要交费。因此,不进行实审的实用新型和外观设计专利的申请数量越多,每年为专利行政部门提供的专利申请费和维持费就越多;专利纠纷越多,专利行政部门收取的费用也会越多。虽然美、日等发达国家对这两类专利申请实行的也是形式审查,但在审查时发现有明显的恶意申请行为时,有权在批准前就进行实质审查。而我国却是在专利授权后有人提出异议或申请宣告无效的情况下才进行实审,实质审查不是一种事前行为而是一种事后行为。有人认为这种审查方式本质上不是因为遵循国际惯例而是由于专利行政主管部门利益作怪导致的,这种专利审查制度在设计时就为大量垃圾专利的出现提供了方便之门。更为严重的是,专利法甚至在一定程度上成了不少企业进行不正当竞争或恶意竞争时可以合法利用的工具。如在专利宣告无效环节上,美国等西方国家对将公知公用等“显而易见”的技术和资源申请为专利而被专利受害人请求宣告无效时,请求人无需举证。而我国专利法却要求请求人必须拿出证据证明自己在专利申请日之前就已公开使用或公开发表,但请求人一般都难以拿出确凿的证据。即使请求人最终拿出了证据,专利被宣告无效,专利申请人也并不承担任何责任,而请求人反而要交纳相应费用。既然申请成功的垃圾专利可以受到法律的保护,在未宣告无效前竞争对手不能使用,企业为了竞争需要大量申请垃圾专利而国家知识产权局因部门利益之限放任反公地悲剧现象的发生也就很难避免。

3. 我国的专利奖励政策存在缺陷

我国的专利法规定,被授予专利权的单位应对职务发明创造的发明人或设计人给予奖励,发明创造包括发明、实用新型和外观设计,发明创造专利实施后,还应根据其推广应用取得的经济效益给予合理的报酬。一些地方政府和企业为了地方经济发展和企业利益,也配套制订了相关的专利申请费用资助和奖励政策,以鼓励专利申请,不少地方政府甚至以企业申请专利的数量作为衡量企业技术水平高低的标准。由于发明专利技术含量高且进行实质审查,而实用新型和外观设计专利申请审查门槛低且同样有奖励,因此,申请人不费成本或花很少成本将现有的公知公用资源或技术不做任何改进用

于专利申请,甚至侵权申请专利以套取资助和奖励的现象屡屡发生也就不足为怪。

4. 企业因自身利益利用专利法的漏洞彰显所谓的技术实力

专利法规定,专利应具备新颖性、创造性和实用性。专利申请一旦被专利行政主管部门授权,即表明该专利成果和创新得到了法律上的认可。对于不了解专利法的普通人群而言,专利几乎就是技术创新的同义词,他们并不清楚专利其实包含发明专利、实用新型及外观设计专利三种类型,而在这三种类型中,只有发明专利才是最能体现专利申请者的技术实力的。一些企业正是利用普通民众对专利法的不熟悉和专利法本身的漏洞,不是将心思用于发明上,而是将心思用在如何尽快能申请到大量实用新型和外观设计的专利上,以期达到夸大企业技术实力和增强企业产品市场竞争力的目的。如我国一家知名企业对外宣称拥有400多项专利,但真正属于发明专利的只有4项,其余的全是靠实用新型和外观设计专利虚撑起来的专利泡沫。一些科研机构为了在各种评比和科研鉴定中胜出,也大量申请这两类专利,通过鱼目混珠来彰显或抬高自身的技术实力。有的企业甚至干脆花钱雇请专利中介公司“公关”,买通专利审查员和专利官员,申请实用新型和外观设计专利。在此情形下,大量公知公用资源和技术源源不断地被专利化乃至成为垃圾专利,众多企业通过专利授权利用垃圾专利或专利丛林进行不正当竞争乃至刻意制造反公地悲剧的事件自然也就越来越多。

四、防范专利权滥用以克服反公地悲剧的对策建议

专利授权原来是为了促进技术进步和经济发展,但大量垃圾专利的出现和专利重复授权现象的发生,不仅没有促进社会经济的迅速发展,反而阻碍了人们对公知公用资源和技术的有效利用;不仅没有激发人们科技创新的积极性,反而损毁了专利在人们心目中的形象;不仅没有树立起专利主管部门的社会公信力,反而严重影响了专利法的权威性和严肃性。因此,为防范专利权滥用,克服反公地悲剧,保证专利对经济发展的积极促进作用,建议采取以下措施:

1. 改革专利审查制度

我国的垃圾专利和专利重复授权主要集中在

实用新型和外观设计专利上,为防止由此引发的反公地悲剧,应改革对这两类专利申请不进行实质审查的制度。改革时考虑到我国目前的技术水平和专利质量与发达国家相比仍有相当大的差距,难以在发明专利上有显著作为,而这两类专利在我国专利总数中又占绝大部分,且已成为诸多企业有效实施知识产权战略和拥有知识产权的重要手段,不进行实质性审查仍然适合我国国情,但必须对形式审查加以完善。一是在审批环节上,改变现有只是在专利授权后有人异议或提请宣告无效时才进行实质审查的做法,在审批时发现属于明显的恶意申请就开始进行实质审查,并要求申请人做出详细说明,从审查关将垃圾专利剔除。二是在宣告专利无效环节上,参照美国等国对专利表述采取“非显而易见”的原则,对请求人或专利受害人要求申请和宣告“显而易见”的实用新型和外观设计专利无效时不需要举证证明。三是在专利检索环节上,完善检索方式,将人工检索与电子检索结合起来,最大限度地杜绝重复授权现象,避免专利撞车。

2. 确保专利行政主管部门自身利益的中立性

从一般意义上讲,政府是为纳税人服务的,政府在为纳税人提供服务时不应再收取服务费。从鼓励专利申请的角度看,不收取专利申请费、维护费、申诉费等,一是符合我国现行的专利奖励政策,即可通过对专利申请、维护、申诉等环节费用的免除作为奖励,二是直接切断专利行政主管部门的收费来源和动机,有助于公正审查和处理纠纷。即使维持现有的收费制度,在专利行政部门内设置专门的收费处,也应严格收支两条线,并不得实行财政按比例返还的政策。只有这样,专利行政部门才可能在专利申请、维护、申诉等环节上不与相关权利人争利,从而保持利益的中立性,严格审批、严格行政。

3. 完善专利奖励政策

如前所述,我国现行的专利奖励政策是提倡对包括发明、实用新型和外观设计的所有发明创造进行奖励,实用新型和外观设计专利中的垃圾专利泛滥即与此政策密切相关。为减少垃圾专利,对发明专利可继续执行专利奖励政策,并提高奖励标准,以促进科技含量高的技术创新。而对实用新型和外观设计专利一般不予奖励,因为实用新型一般都是小发明,技术含量不高,比较简单,外观设计一般只

是为了区分商品和给顾客以美感,几乎没有什么技术上的进步。同时,由于我们建议取消对专利申请的收费制度,对实用新型和外观设计专利不予奖励,并不会对这类专利申请人的正常申请产生多大的影响。

4. 惩罚滥用专利权给他人造成损失的行为

公知公用技术原本就属于社会大众可自由利用的技术,但一旦其通过申请受到垃圾专利的保护时,社会公众就不得自由利用。显然,垃圾专利是一种滥用专利权的行为,侵犯了社会大众的本来利益,理应得到制止和制裁。虽然我国目前还没有制定反垄断法,在专利法和其他法规中,也没有像美国法那种防止专利权人滥用专利、妨碍公平竞争的规定,但仍然可以利用民事诉讼法第九十三条至九十六条的规定,对申请有错误的并给申请人造成损失的行为要求赔偿。在我国未来的专利法修订中,可以考虑参照美国的衡平法原则来修订专利法。衡平法的基本原则就是寻求衡平法支持的人必须清白地行使他的权利,任何人在诉讼之前,自身必须双手清白。如果自身不清白,将不可能得到法院的支持。我们相信,只要不支持并严惩滥用专利权的行为,我国的垃圾专利很快就会大量减少,由垃圾专利引发的反公地悲剧现象也会随之骤减。

参考文献:

- [1] Michael Heller. Tragedy of the Anticommons, Property in the Transition From Marx to Markets[C]. Working Paper No. 40, the Davison Institute Research Workshop on the Economics of Transition, 1997, 6.
- [2] Michael A. Heller, Rebecca S. Eisenberg. Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research[J]. Science, 1998, (1): 698-701.
- [3] 徐棣枫, 厉宁. 专利领域中的反垄断问题研究——试论滥用专利权[J]. 南京大学学报(哲学·人文·社科版), 1998, (4).
- [4] 宁立志, 胡贞珍. 美国反托拉斯法中的专利权行使[J]. 法学评论, 2004, (5).
- [5] 彭兴庭. 垃圾专利本质是一种恶性竞争[N]. 中国企业报, 2006-08-07.
- [6] 陈抗. 掉地上的钞票为什么没人捡[J]. 经济学家茶座, 2003, (3).
- [7] 贺林平. “垃圾专利”为何泛滥成灾[N]. 人民日报(华南新闻), 2005-12-09.
- [8] 近年来专利行政执法案件呈现的主要特点[EB/OL]. http://www.sipo.gov.cn/sipo/zlgl/xzzf/200607/t20060725_104739.htm.
- [9] 叶静. 300万专利, 多少是“垃圾”[N]. 中国经济周刊, 2006-07-30.
- [10] 邱登科, 黄玉霞. “垃圾专利”泛滥引发“窝里斗”[N]. 民营经济报, 2005-11-16.

(责任编辑:许桃芳)

Abuse of Patent Rights and the Tragedy of Anticommons

GAO Jie¹, LU Jian-hua²

(1. Huazhong University of Science & Technology, Wuhan Hubei 430074, China; 2. Hubei University of Economics, Wuhan Hubei 430205, China)

Abstract: In recent years, there have been happenings of patent applicants' abuse of their patent rights by making use of the loopholes in the current patent regime in China, which resulted in the tragedy of anti-commons, a situation in which the general public and enterprises can not make full use of the common resources and technologies. This phenomenon has baffled the technological innovation and the economic development, thus it is imperative for us to improve the current patent regime, root out the practice of the patent right abuse and curb the occurrence of the tragedy of anticommons effectively.

Key words: abuse of patent right; rubbish patent; patent bush; the tragedy of anti-commons; patent regime