

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2016.06.017

欢迎按以下格式引用:徐棣枫,于海东.专利何以运营:创新、市场和法律[J].重庆大学学报(社会科学版),2016(6):139-146.

Citation Format: XU Difeng, YU Haidong. The pra How to Operate Patent: Innovation, Market and Law[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition), 2016(6):139-146.

专利何以运营:创新、市场和法律

徐棣枫,于海东

(南京大学 法学院,江苏 南京 210093)

摘要:专利运营是将专利作为一种商品,通过市场化运作以实现其价值的市场行为。影响专利运营效果的因素很多,文章认为专利运营具有技术、经济和法律三重属性,其效果主要受这三方面因素的影响。其中,技术属性体现为专利运营的对象是以专利形态体现的创新技术成果,创新技术成果是专利运营的核心;经济属性则体现为专利运营是一种市场化行为,专利的经济价值只有在市场条件下才能得以体现,市场是所有问题的大背景;专利运营的成败还有赖于法律对专利运营行为的合法性给予确认和保障,法律是专利运营的制度性条件和保障。

关键词:专利运营;创新;市场;法律

中图分类号:D923.42

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2016)06-0139-08

近年来,随着创新型国家建设的不断深入开展,专利运营犹如雨后春笋,涌现出了各种层次、不同规模的专利运营主体,这其中不仅有以政府资金为背景的国家队,还有以风险资本为主的私营主体。但是由于中国专利运营历史经验不足、制度与市场环境不佳,虽然政府和专利运营主体对开展专利运营实践的热情空前高涨,但对开展专利运营的基本条件和如何开展好专利运营认识不足,专利运营实践也出现了运营模式混乱、运营成效欠佳等问题。专利运营这一从西方发达国家借鉴过来的“舶来品”在中国似乎水土不服。培育和壮大专利运营是中国创新驱动发展战略的内在要求,专利运营的成效不仅在微观层面上影响着专利运营主体的盈利能力,而且在宏观层面上还影响着国家创新环境的营造和创新能力的提升。专利运营具有技术、经济和法律三重属性,其效果主要受这三方面因素的影响。本文拟从对专利运营的界定入手,厘清对专利运营行为的认识,进而从创新、市场和法律三个方面的互动关系中探讨开展专利运营的基本条件。

一、何为专利运营

专利制度能够发挥功效的基本原因在于其内在的激励机制,该激励机制要求专利制度必须为权利人提供一定的途径使其获取收益,从而实现专利制度所要求的“为天才之火加上利益之油”这一制度目标,而专利运营就是权利人获取收益的途径之一。专利运营将技术转化为现实生产力,将知识优势转化为竞争优势和经济优势,是实现专利产权效益的重要途径,也是提升专利价值的重要方法^[1]。

“专利运营”并非是一个法定概念,理论与实务界目前对于“专利运营”的内涵也未形成统一认识。毛金生、陈燕等认为专利运营是运营者将专利作为投入要素直接参与到商业化运筹和经营活动中,通过专利资本的各种技巧性市场运作提升专利竞争优势,最大限度地实现专利经济价值的市场行为^[2]; Zvi Griliches 认为专利

修回日期:2016-06-04

基金项目:国家社会科学基金项目“专利权的不确定性与专利诱饵的法律规制研究”(13BFX122)

作者简介:徐棣枫,男,南京大学法学院教授,法学博士,博士研究生导师,美国威斯康星大学法学院访问学者,国家知识产权局认定的首批国家知识产权领军人才,主要从事知识产权法和知识产权管理与战略研究,Email:dfxu9988@hotmail.com;于海东,男,南京大学法学院博士研究生,主要从事知识产权法研究。

运营就是对专利的商业化^[3];钱莹认为专利运营是企业管理层在分析市场环境、技术环境、社会环境的基础上,对企业技术发展的全局性、长远性的运营规划^[4]。专利作为一种法定的无形财产,具有商品属性,其不仅具有使用价值,能够被权利人以各种方式加以实施利用,而且还具有交换价值,可以在市场条件下,通过权利人的专利许可、专利交易、专利质押融资等多种市场化运作手段实现其交换价值,这是专利具有市场价值的本质体现。因此,专利运营的实质应当是将专利作为一种商品,通过市场化运作以实现其市场价值的行为。这种行为以专利这种商品作为运营客体,以市场化运作作为运营方式,以实现专利的市场价值作为运营目标。

西方有学者采用有限列举的方式对“专利运营”的外延进行了界定,如 Roger Svensson 认为专利运营的行为可包括向已有(原有)公司引进创新、向新公司引进创新以及许可专利或者出售专利^[5];中国有研究也采用同样的方式对“专利运营”的外延进行了界定,如陆介平、林蓉等以贯穿于专利运营过程中的主要节点为标准,将专利运营划分为专利培育、专利布局、专利价值分析、专利许可与转让等 10 类行为^[6]。而本文认为应当从更宽泛、更上位的角度来界定“专利运营”的外延。既然专利是一种无形“商品”,具有商品的一般属性,有使用价值和交换价值,那么我们就可尝试以这两种价值为维度,将相关行为划分为两类:一类是实现专利使用价值的行为;另一类则是实现专利交换价值的行为。前一类行为即为专利使用行为,通常又称为专利实施行为,依据中国《专利法》的相关规定,应当是指制造、使用、许诺销售、销售、进口专利产品,或者使用专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照专利方法直接获得产品的行为。在上述各实施行为中,权利人通过对专利产品的制造、使用,对专利方法的使用和对依照专利方法直接获得的产品的使用实现了专利的使用价值,权利人实施这类行为意在通过对专利的使用以实现其内在的使用价值。虽然以“许诺销售”“销售”“进口”方式进行的实施行为发生或意欲发生与外界的“交换”,但是这种“交换”的行为客体是专利产品和依照专利方法直接获得的产品而非专利本身,实现或意欲实现的是产品的交换价值而非专利本身的交换价值,交换等价物对应的是产品而非专利本身。因此,这一类专利实施行为仅实现了专利的使用价值,并非是一种以专利为交易对象的市场运作行为,无法实现专利的交易价值,本质上并不属于专利运营行为。而后一类行为则意在实现专利作为商品的最本质的价值——交换价值而为的市场化行为,这类行为无法由权利人独立完成,必须借助交易相对人的配合,通过市场化的运作手段才能完成。这类行为的本质是权利人在市场条件下以丧失专利权的某些权能为代价而从交易相对人处获得交换等价物。按照这一标准,实践中的专利交易、专利许可、专利质押融资等旨在实现专利权某项权能的交换价值的行为均应属于专利运营行为:专利交易旨在实现专利所有权的交换价值,权利人丧失了对专利的所有权,但从交易相对人处获得了专利交易对价;专利许可旨在实现专利使用权的交换价值,许可人以提供专利使用权或者对专利使用权作出限制为代价而从被许可人处获得专利许可费,而被许可人在取得专利权人的许可之后对专利进行使用的行为,则应属于实现专利使用价值的专利实施行为,属于第一类行为;专利质押融资旨在实现专利质权的交换价值,专利权人以对专利权进行质押为代价而从质权人处获得融资。

除了从行为的外在表现形式来界定“专利运营”的外延以外,亦可尝试从行为主体的角度进行界定。实践中,一谈及“专利运营”,往往就会提到一个概念——专利非实施主体。专利非实施主体,又简称 NPE(Non-Practicing Entities),这类主体虽然拥有专利权,但并不亲自对专利进行实施,即其无意实现专利的使用价值,其对专利的运作行为一般都是以实现专利交换价值为目的。因此,这类主体所为的行为一般均为专利运营行为。与专利非实施主体相对应的另一类主体则是专利实施主体,这类主体对专利的使用一般可分为两类:一类是专利自用行为,其实质是意在实现专利使用价值的专利实施行为;而另一类则是通过专利交易、专利许可等方式对专利进行运作,其实质是意在实现专利交换价值的专利运营行为。专利实施主体一般指实体企业,这类主体既可以在其生产经营活动中亲自实施其专利,又可将专利作为一种商品通过专利运营进行运作。

二、专利运营的影响因素

作为创新市场的一种成熟产物以及市场化的运作方式,专利运营是一种综合性的经营方式,影响专利运营效果或者能力的因素应当是多方面的。Roger Svensson 指出专利的质量是影响专利商业化的重要因素^[7];Y Wu, EW Welch 等认为专利许可的结果主要受两个因素影响:专利的可应用性及可市场化^[8];JVD Ende 和 W Dolfisma 则认为技术因素和市场因素是专利技术得以运用的关键性促成因素^[9]。而本文认为,专利运营具有技术、经济和法律三重属性,这三重属性并非相互独立而是相互依存和促进的。其中,技术属性体现为专利运营的对象是具有技术性的且以专利形态体现的创新成果,一切专利运营活动都围绕着创新技术成果展开,创新技术成果是专利运营的核心;经济属性则体现为专利运营是一种市场化行为,专利的经济价值只有在市场条件下才得以体现,市场是所有问题的大背景;此外,专利运营的成败还有赖于法律对专利运营行

为的合法性给予确认并给予保障,法律是专利运营的制度性条件和保障。

(一) 创新技术成果是专利运营的核心

专利运营的实质是以创新技术成果为运营客体的市场资源配置行为,而成为专利运营客体的创新技术成果应以专利这一特殊形态体现。因此,专利是专利运营的核心,没有专利,也就没有专利运营;专利运营的好坏、成败也直接决定于专利这一客体。处于专利运营核心位置的专利应当具备如下特质。

其一,稳定性强、能够经受得住可专利性质疑。稳定性是指专利符合专利法的法定授权条件,能够经受得住专利无效宣告请求的考验。专利运营通过专利许可、专利交易、专利诉讼等市场化运作手段以最大化实现专利价值,这就要求专利必须具有价值,而专利价值首先应当体现在其内在的权利稳定性上,不存在不满足法定授权条件的瑕疵,任何无法经受法定授权条件考验的专利都不具备专利运营的价值。专利的稳定性不仅决定了运营专利的竞争力,而且还一定程度上决定了运营成本和潜在收益以及运营模式的选择等。朗科专利许可项目是中国本土进行专利运营实践比较成功的少数几个案例之一,该公司的一项基础发明专利自授权以来,先后被潜在的被许可人提出了7次无效宣告请求,但最终均被专利复审委员会明确维持有效。朗科正是因为拥有稳定性非常强的基础专利才与多个世界著名厂商达成了专利许可协议,并连续多年获得了数量可观的许可收入^[10]。

其二,符合市场需求、具有市场价值。专利运营是一种市场化行为,这就要求其必须以市场需求为导向对专利进行市场化运作。因此,进行专利运营的专利应当是符合市场需求的专利,只有能够满足市场的需求,其才能实现市场价值,即运营的专利应当具有可市场化能力。专利的市场化能力是指专利可被产业界认可并对在市场中销售或提供的产品或工艺具有重要技术贡献的能力。有研究结果指出,很多研发项目虽然能够产生可专利的成果,但是却不具有可市场化的能力,尤其是还得需要大量的时间来开发商业化应用;许多专利在对其进行尝试许可的时候,由于其所保护的技术方案还尚未开发成熟,也无法进行商业化的使用^[11]。因此,专利运营主体在识别具体专利时,必须对专利的可市场化能力进行仔细甄别:该专利是否已经被市场化应用?如果没有,该专利是否有被市场化应用的前景?

具有市场价值的专利至少包括以下几种类型:(1)标准必要专利(SEP, Standard Essential Patent)。这类专利表现为其所要求保护的技术方案被某项强制性标准(如ETSI)所采纳,由于强制性标准具有市场准入和普遍适用的属性,因此标准必要专利与生俱来就被强制市场化,是市场化程度最高、范围最广且最具有市场价值的专利,这类专利往往是专利交易、专利许可、专利诉讼等专利运营实践中最受青睐的一类资产;(2)已被产品商用化专利。这类专利体现为其所保护的技术方案被市场化的产品所采纳,即其技术方案被市场化实施,这类专利虽然市场化范围和强度不及标准必要专利,但由于其被市场化的产品所采纳,仍具有一定的市场价值。(3)具有市场化前景的专利。这类专利既非标准必要专利,又没有被实际商用化,不具有现实的使用价值,但是其将来有可能会被市场所选中,从而具有可期待的市场价值。一般而言,专利的市场价值与其市场化程度和范围存在一定的正相关性,专利的市场化程度越高、范围越广,则专利的市场价值也就越高。所以标准必要专利(SEP)、事实标准必要专利(de facto SEP)、基础专利往往专利运营价值最高。

其三,具有一定的规模性和多样性。专利技术的组合优势包括规模优势及多样化优势,通过组合专利形成的超级专利可带来规模优势^[12]。专利运营经常强调专利包的概念,专利包的首要特质就是具有一定的规模。一般而言,单个专利或者有限的几个专利,并不能够形成必要的专利壁垒,无法对潜在运营对象形成吸引力,而且潜在的竞争对手也容易针对单个或特定的几个专利进行规避设计或者提出可专利性质疑,这就需要运营的专利能够具有一定的规模,专利组合的规模化可显著降低规避设计的可行性以及可专利性质疑;专利数量的累积可以增加运营者的市场运营资本、商业谈判筹码,增加收益的机会,同时,更有利于形成技术标准,构建专利池或专利联盟。另外,专利包往往通过吸纳多样性的专利来进行搭建,其原因在于专利包所要解决的往往并非仅局限在某一个特定的技术点或单一技术问题,从产业需求的角度讲,需求方通常需要的是一套完整的产品方案,而非化整为零的单个独立专利。一套产品方案往往由若干个相互配合、彼此联系的细分技术方案所构成,其背后体现的是具有多样性但又彼此存在技术联系的专利组合,最终形成一个具有内在技术逻辑的专利闭环,从而实现 $1+1>2$ 的专利累积效果。可见,多样性体现的是专利包解决多种细分技术问题的能力。

(二) 市场是所有问题的大背景

专利运营能力的演化过程实质上是企业市场网络不断拓宽的过程^[13]。专利运营本质上是一种市场行为,其运营的全过程都应在市场条件下完成。市场的本质在于竞争,其所追求的是市场参与者能够通过竞争性手段提升其市场竞争力,从而实现优胜劣汰。专利发挥价值的大背景应该是自由竞争的市场环境,这是因为市场允许市场参与者将专利作为一种竞争性手段,承认专利的市场竞争价值,在计划经济体制下,专利无

法成为社会资源分配的重要因素。因此,从某种程度上说专利虽然是法律的产物,但它更是市场中的商品,专利运营必须尊重和利用市场规律,通过市场化手段对专利资产进行运作,从而在市场环境中实现其价值。没有市场,就没有专利运营;透明、公平、自由的市场环境是促成专利运营的大背景。

Mihir Patel 和 Linda Biel 对近几年的全球专利交易情况以及美国专利诉讼情况进行了调查。根据其调查结果,2010年以来全球前10大专利交易的卖家分别为:IBM、AT&T、诺基亚、Allied Security Trust、赛普拉斯半导体公司、高智公司、惠普、IPG 医疗/电子、松下、德尔福公司;同时,近几年在美国发生的专利诉讼中,前15名原告和被告所涉及的专利都通过专利交易的方式而获得。前10名被告分别为:苹果、AT&T、三星、威瑞森、惠普、LG、亚马逊、索尼、东芝、戴尔^[14]。通过对这一调查结果的分析发现:这些专利交易和专利诉讼案件主要发生在通信电子技术领域,这一技术领域的显著特点表现为竞争对手多、竞争激烈、市场化程度高。可见,自由竞争充分的市场环境更有利于专利运营,更有利于专利作为竞争性手段的价值的发挥。

一些高科技研发成果很难被市场化的原因往往是由于这些研发成果并不存在现成的市场,这状况在研发者于研发前没有和潜在的被许可方进行实质接触时情况尤甚;对于来自实验室的研发成果可能需要进行潜在市场识别、新市场开拓以及将实验室成果翻译成投资人可接受的商业计划等市场化工作^[15]。同时,亦有研究表明,向实体企业进行的专利许可有很大比例都是通过研发者与被许可人的非正式接触而达成的,与产业界的合作对专利许可项目的达成具有积极的促进作用^[16]。因此,专利运营中的各种问题都应在市场这个大背景下,通过市场化手段来解决:对运营客体专利的筛选,选择能够最大化满足市场需求的专利;对运营目标市场的选择,选择存在众多竞争公司的竞争性技术领域,遵循狼多肉少的规律,专利才更有价值;在运营成本管控方面,应致力于低成本获取专利以确保赢利空间,可考虑从拥有大量专利但缺乏市场化运作能力或需求的高校、研究机构、个人发明人手里购买专利;在专利运营定价方面,应制定符合市场预期的定价,既不能过低,否则无法实现专利价值最大化,同时又不能过高,否则会导致运营专利市场竞争力的减弱;在专利运营模式选择方面,应对专利交易、专利许可、专利诉讼等模式的市场前景作出科学预测,并基于预测选择合适的运营模式。

(三) 法律及其实施是制度性条件和基本保障

发明创造因其无形而难以界定和占有,无法像有形产品那样进行交易。专利法通过法律制度设计,提供了将发明创造这种技术思想变身为法上的财产权利的制度工具,从而使其可以以“商品”的身份出现在市场中而被交易。专利法创造了一种全新的财产权利,没有专利法,就没有专利,更不可能有专利运营。因此,法律是专利运营的制度性条件。此外,市场主体必须尊重他人的知识产权,专利交易才能成为可能。在一个“山寨”泛滥的市场中,专利的正常交易成为多余,直接侵权使用替代了专利许可或转让,专利的运营更无必要。充分尊重知识产权以及对知识产权的强保护,是专利运营所必须的社会环境和基本保障。

法律的保障性体现为法律的具体规定与司法实践应有利于专利运营目的的实现。在法律规定方面,无论是专利获权、行权,还是专利确权和维权等都应有健全的制度设计。在司法实践方面,法律的保障性还应体现为司法的亲专利政策,对专利进行强保护,从而有利于权利人行使权利。

(四) 创新、市场与法律的辩证关系

创新、市场和法律是专利运营能否开展以及其成败的决定性因素,三者之间并非完全独立而是存在着相互依存、相互促进、不可替代的辩证关系。

(1) 创新是基础。创新成果是专利运营这一系统的内核,是专利运营的基础,创新成果的有无以及好坏直接决定了专利运营能否开展以及成败。同时,创新成果必须是基于市场需求作出的,否则,就不具有进行专利运营的市场价值。

(2) 市场是关键。创新成果只有在市场环境下才能够实现其内在价值,脱离市场专利技术无论在创新度上有多高均谈不上有价值;只有通过市场运作的方式才能够将专利内在的无形资产价值通过货币等有形财产形式体现出来,市场是实现专利价值的必然途径和关键。

(3) 法律是保障。法律的保障作用至少体现在三方面:其一,法律赋予了专利无形财产属性,使其成为可交易的商品,专利才具有进行市场运营的可能;其二,对任何不尊重专利的私有财产属性的侵权行为均可寻求法律的救济,从而使专利运营具有制度保障;其三,任何专利运营行为的开展都应以法律允许的方式,在法律的框架内进行。

三、美国的专利运营实践

(一) 美国专利运营环境

专利运营现象最早产生于美国,美国的长期亲专利政策以及高度自由竞争的市场环境,使美国成为专利

运营的一片乐土,专利运营甚至在美国已迅速发展成为了一个产业。

(1)创新环境。美国在众多行业拥有诸如高通、杜比、HDMI、高智等行业翘首,这些公司不仅非常重视研发,通过加大对研发的投入以保持技术领先优势,而且还加强对创新成果的战略专利布局,从而获得以标准必要专利为代表的行业核心专利;同时,还加强对优质专利资产的运营力度以获取高附加值收益,并将收益反哺研发,从而在研发与专利运营之间形成内闭的良性循环。

(2)市场环境。美国践行市场经济的历史源远流长,而且其市场经济呈现高度自由竞争态势,这给专利运营的出现及快速成长提供了良好的市场环境。同时,由于专利运营具有很高的投资回报率,这就吸引了大量的风险资本进入该领域,从而促使专利运营快速发展成为一个产业。美国专利运营的主要运作方式为市场化运作,专利运营公司以专利基金运作的方式,通过授权或战略合作形成协同运行机制^[17]。

(3)法律环境。美国长期注重对专利的保护,自20世纪80年代开始就实施有利于专利运营的亲专利政策,并相继出台了20多部与专利技术转移相关的法律法规以促进和推广专利的商业化、资本化运营。立法方面,美国不断扩大可专利的主题范围,使越来越多的创新成果能够获得法律保护;司法方面,美国在强化对专利侵权行为禁令救济的同时,还提高侵权损害的赔偿标准和专利侵权成立的判决比例;此外,美国司法界对专利运营实体持中性看法,这也使专利运营群体获得了中性的发展环境^[18]。

(二)美国专利运营的主要特点

(1)专利运营领域相对集中。专利运营主体主要在移动通信、半导体、电子计算机、生物制药等技术领域开展专利运营业务,这几类技术领域的共性体现在都属于市场竞争者众多、市场自由竞争最为充分的高新技术领域,众多的行业竞争者以及行业的高溢价能力能够确保专利运营主体获得更多的运营收益。

(2)专利运营主体多样化。出现了各类专利运营主体,包括大学、研究机构、研发型公司、公司化研究机构、专利联盟、专利经营公司等。美国的斯坦福大学是产学研结合的典范;以高通为代表的研发型公司则以专利为主要产品;IBM研究院等高科技企业独立的研发机构也是专利运营的重要角色;高智发明是典型的以专利运营为主的专利经营公司^[19]。

(3)从业人员专业化、多元化。在企业内部设置专门专业人才是专利运营主体的普遍做法,而且岗位设置呈现越来越精细化、多元化的特点。高智发明公司拥有850多名雇员,由科学家、发明家、法律专家、经济学专家等各行业精英组成;合理专利交易公司的团队则包括在专利市场各方面拥有丰富经验的专家^[20]。

(4)专利运营模式多样化。随着专利运营实践的不断深入以及产业化,专利运营模式不断推陈出新:通过吸纳风险投资等方式多渠道募集专利运营资本;通过内部培育、外部收购的内外联动机制获取优质专利资产;以市场需求为导向,通过分析、筛选、组合、策划等专业手段构建面向不同产业的专利包;策略化地通过专利许可、专利交易、专利诉讼、专利入股及融资等专业化运作手段以最大化实现专利资产的价值。

(5)开始谨慎应对专利滥用。专利主张实体(Patent Assertion Entities, PAE)投机性的专利运营行为,导致专利权被滥用,严重扰乱了实体企业的正常生产经营活动,并对创新活动产生了消极影响。因此,美国开始实施各种措施来应对因投机性的专利运营行为所产生的各种问题;2013年2月27日,美国“盾牌”议案要求原告在提出专利诉讼时需要缴纳一笔旨在原告败诉时对被告进行赔偿的保证金,以此阻止那些轻率的专利诉讼;2013年6月4日,美国政府宣告了一系列旨在抑制专利投机行为的措施和立法建议,这其中包括提出专利主张的当事人需要披露真实权利人和对滥用专利权的诉讼行为扩大处罚力度等^[21]。

四、中国的专利运营现状

(一)中国专利运营环境

中国无论是实行专利制度的时间还是践行市场经济的时间都远远晚于美国。中国的专利运营起步晚、水平低、效果差;同时,中国的市场经济自由竞争度不高,特别是知识产权法律意识不足,自觉尊重知识产权的习惯尚未形成,专利难以成为一项重要的竞争性手段和决定社会资源配置的重要因素,专利运营虽已引起各方特别是政府的重视,但还未得到市场和社会的认可。

中国的专利运营在创新环境、市场环境和法律环境方面的特点体现为:(1)创新环境。由于知识产权意识淡薄,市场主体长期习惯于低成本地模仿他人的创新成果,对创新重视不足,对关键核心技术的研发投入和专利布局不足,缺少基础核心专利;虽然已经是专利申请大国,但还不是专利强国,高质量的尤其是有潜在运营价值的专利在数量上还非常少。(2)市场环境。政府干预较为广泛的市场环境,并不利于市场主体将专利作为一种提升自身竞争力的有效手段,从而导致专利的商品属性不明显,政府的专利促进政策虽激发了专利申请的热情,但其中不少数量颇有政策水分,并非依据市场规则而为,追求数量和各种优惠所制造出来的专利本就没有市场价值,也不能通过市场化手段进行产业化运作,大量异化目的下所获得的专利既增加了

选择和识别高价值专利的困难,也拉低了市场主体对专利的估值;专利运营所需要的信息发布、检索、评估、交易平台、运营机构尚处于起步阶段,难以为专利运营提供必需的服务。运营资本规模小,参与积极性低,运营人才严重不足,创新市场本身要素缺失,这些因素皆直接影响专利运营的积极性和效果。(3)法律环境。现行的专利法等相关法律法规,侧重于对专利申请、专利保护等进行规范,而在促进专利运营方面立法存在缺失。目前的专利授权审批制度,特别是对实用新型专利采取不实审制度,授权专利的法律稳定性不足,无效风险较高,使得专利运营行为存在不确定风险。而在专利保护方面,尚难以令人满意,专利维权程序复杂,诉讼周期长,救济成本高,赔偿标准低,专利运营主体既难以及时得到有效保护,也无法获得充分的经济赔偿,司法没有为专利运营的成本和收益提供必要和充分的保障,更难以激发市场主体积极投身专利运营实践。

(二)中国专利运营的主要特点

(1)缺乏专利运营意识。市场主体长期只关注有形财产及其盈利能力,对专利是一种无形财产且具有市场价值缺乏深刻的认识,更不能认识到通过一定的市场运作手段也能够实现专利的市场价值并实现盈利,专利运营意识的缺乏严重阻碍了专利运营实践的开展。

(2)运营模式有限。专利运营公司较少,缺少国际水准的高水平专业运营公司;专利运营公司的运营模式主要体现为技术转让及提供专利申请、专利分析、专利咨询等非实体性业务,很少有通过资本手段获取优质专利资产并通过专利许可、专利诉讼、专利交易等运作手段获取盈利的成功案例。

(3)缺少专利运营基金。由于缺少通过对专利资产进行资本化运作来获取盈利的长期实践及成功案例,社会风险资本不愿意进入专利运营这一领域,专利运营主体面临严重的运营资金问题;虽然像北京知识产权运营管理有限公司、智谷等少数专利运营主体设立了一些专利运营基金,但是专利运营基金到位或募集速度较慢,专利运营基金运作效率低下,还未见运营主体大手笔收购优质专利资产并进行市场化运作。

(4)缺少专业人才。缺少具有专利运营经验的专业人才;尤其缺少懂得国际专利运营规则,掌握技术、法律、市场、管理、金融、财税等复合知识,具有管理专利运营项目成功经验的人才。

五、结论与建议

党的十八届三中全会明确指出中国要实施“创新驱动发展”战略,将科技创新提升到了国家战略的高度。实现创新驱动发展,就必须强化对科技创新成果的知识产权保护和运用,让科技创新成果不再沉睡而是作为真正的生产要素转化为现实生产力,从而促进社会的发展。而专利运营是科技创新成果转化为现实生产力的重要途径。因此,提升中国的专利运营水平应当是国家“创新驱动发展”战略的一种内在要求。

(一)创新方面

(1)加强培养创新意识、营造创新氛围。创新意识是创新成果产生的原动力,没有创新意识潜移默化的作用,也就没有进行创新的内动力;任何创新活动都很难通过单打独斗的方式进行,大部分的创新成果都是通过人与人之间的协作完成,好的创新氛围是创新成果产生的土壤;创新意识的培养与创新氛围的营造是根除“中国山寨”现象的必由之路;中国政府提出的“创新驱动发展”以及“万众创新、大众创业”就包含了对培养创新意识、营造创新氛围的要求。

(2)提升创新质量,坚持数量与质量并重。常识告诉我们,“产品”的权利稳定、边界清晰、信息透明,是促进市场中交易发生的基础条件。因此,提高专利确权质量和效率,提升授权专利的稳定性和权利边界的确定性,可为专利运营创造条件并可降低专利运营的风险和成本,从而提高市场主体从事专利运营的积极性。此外,在创新数量与创新质量方面,仍应在很长一段时间内坚持数量与质量并重,专利与其他事物一样,也需要经历从量变到质变这一事物发展过程,虽然创新成果的质量最终决定了专利运营的成败,但是创新能力的培养和创新环境的塑造需要经历创新数量的累积。

(二)市场方面

(1)完善创新市场要素,构建透明、规范、公平、高效的创新市场。专利运营需要非常成熟的市场条件,包括:高质量的专利——运营的产品;商业、产业化的交易方式——运营模式;规范、透明、公平的交易机制——信息发布、运营平台;资金投入——运营资本,这些创新市场要素必须逐步予以完善。透明、规范、公平、高效的创新市场,是确保专利运营得以顺利实施的外部环境,应当逐步予以构建。

(2)创新公共服务,为专利运营提供基础条件。方便、高效、准确的专利信息获取,是专利运营的基础条件。然而,由于专利信息量大、专业性强,要准确快速获取有价值的专利,并分析确定目标专利非常困难。借助公共和商业的信息检索和分析专业服务,帮助运营主体进行检索分析,可有效解决这一问题。此外,政府拥有专利基础信息和信息检索工具,应在满足自身审查等工作需要的同时,积极为社会提供可能的服务,并

发挥优势,及时发布深度分析信息和引导性信息,为专利运营导航。

(3)加强政府对运营资金的投入、丰富市场融资渠道。专利运营成本高、时间长、风险大,高额投资成为必须,有无足够的资本进入这一领域,既影响专利运营的规模,更决定着专利运营的未来和结果。有研究表明,产业资金的介入更有利于提高专利运营的成功率^[22]。因此,应通过各种办法,包括政策鼓励,引导和促进各种资本投入专利运营。此外,政府还需要丰富市场融资渠道、规范专利融资市场,通过政府投资与社会融资多渠道解决专利运营资金问题。

(4)加强专业人才的引进和培养。专利运营人才,尤其是具有国际化视野的专利运营人才是专利运营成功与否的重要因素。专利运营人才具有典型的复合型特点,其不仅要懂技术、懂法律,而且还要懂市场、懂投融资,在具体经验方面,其还需要具有专利收购、专利组合管理、专利价值分析、专利许可转让、专利诉讼等经验,符合这种复合性要求的人才目前国内非常奇缺,可通过全球招聘方式引进;同时,政府或社会组织应当加大对专利运营人才的培养力度,组织专门师资进行专项培训;此外,政府还可以组建“专利运营专家库”,并建立专家资源共享机制。

(三)法律方面

(1)完善专利审批制度,方便专利申请的同时提高授权专利的法律确定性。授权专利的法律稳定性直接影响着专利运营者的运营积极性,市场主体的风险规避意识要求其选择具有良好法律稳定性的专利进行运营,现行专利法的相关制度设计和规定有待完善,以提高授权专利的法律稳定性,为市场主体提供确定且边界清晰的运营商品——专利。

(2)完善司法和行政救济制度,强化专利保护。由于专利侵权发生后,权利主体依赖于通过司法或者行政程序以公权力进行救济,程序的简便高效和经济性,也极大地影响着专利运营。难以想象,在一个专利维权程序复杂、耗时费力、赔偿额低于维权成本的市场中,有人愿意从事时间长、成本高、风险大、回报少的专利运营。可见,完善的专利立法、司法及行政是专利运营必要的基础条件。因此,需要通过完善立法的方式强化专利的保护,不仅要提供便捷高效的专利维权程序,同时还要大幅提高侵权损害赔偿标准,完善侵权禁令措施。

(3)完善配套制度,防范专利诱饵(NPE),规制专利滥用。专利运营中不可避免地会发生专利集中、标准专利拒绝许可等可能滥用专利甚至阻碍市场竞争的行为,虽然目前在中国非专利实施主体(NPE)或者专利诱饵现象并不严重,但随着经济、技术的高速发展,在不久的将来有可能出现专利诱饵现象,有必要借鉴美国的做法,提前在法律上做好准备。针对可能存在的滥用专利权的专利运营行为,完善专利法和竞争法立法,加强专利法、竞争法对专利滥用行为以及专利垄断行为的规制。

参考文献:

- [1]刘红光,孙惠娟.国外专利运营模式的实证研究[J].图书情报研究,2014(2):39-49.
- [2]毛金生,陈燕.专利运营实务[M].北京:知识产权出版社,2013:30.
- [3]GRILICHES Z. Patent statistics as economic indicators: A survey[J]. Journal of Economic Literature,1990, XXVIII:1661-1707.
- [4]钱莹.企业知识BCG的产权化机制研究[J].科研管理,2005(2):131-135.
- [5]SVENSSON R. Commercialization of patents and external financing during the R&D phase [J]. Research Policy, 2007, 36: 1052-1069.
- [6]陆介平,林蓉,王宇航.专利运营:知识产权价值实现的商业形态[J].工业技术创新,2015(2):248-254.
- [7]Svensson R. Commercialization, renewal, and quality of patents[J]. Economics of Innovation and New Technology,2012, 21(2):175-201.
- [8]WU Y, WELCH E, HUANG. Near-Term commercialization of University Inventions: Individual and institutional factors affecting the licensing of University patents within a four-year window [OL/EB]. http://appam.confex.com/appam/2012/webprogram/ExtendedAbstract/Paper1396/Patent%20licensing%20paper_Oct%2020,%202012.pdf.
- [9]ENDE J, DOLFSMA W. Technology-push, demand-pull and the shaping of technological paradigms - Patterns in the development of computing technology [J]. Erim Report,2004,15(1):83-99.
- [10]周围.从朗科科技看专利运营与企业命运[N].中国知识产权报,2012-07-25(007).
- [11]Thursby J G, Jensen R A, Thursby M C. Objectives, characteristics and outcomes of university licensing: A survey of major U. S. universities [J]. Journal of Technology Transfer, 2001,26(1/2):59-72.
- [12]刘林青,谭力文.专利竞争优势的理论探源 [J]. 中国工业经济,2005(11):89-94.

- [13]朱国军.企业专利运营能力深化的行为解析[J].科技管理研究,2010(10):151-153.
- [14]Patel M, Biel L.再度兴盛[J].知识产权资产管理,2015(1):31-37.
- [15]SWAMIDASS P, VULASA V. Why University inventions rarely produce Income? Bottlenecks in University technology transfer [J]. Journal of Technology Transfer, 2009,34:343-363.
- [16]Ismail K, Mason C, Cooper S, et al. The actors involved and the decision - making process used in the exploitation of university patents[J]. International Journal of Business and Information, 2008,3(2):165-192.
- [17]孟奇勋.开放式创新环境下专利经营公司战略模式研究[J].情报杂志,2013(5):195-201.
- [18]毛金生,陈燕.专利运营实务[M].北京:知识产权出版社,2013:11-12.
- [19]张平.专利运营的国际趋势与应对[J].电子知识产权,2014(6):22-25.
- [20]刘继光,孙惠娟.国外专利运营模式的实证研究[J].图书情报研究,2014(2):43.
- [21]吴艳.美国政府涉及PAE的政策及其对我国的启示[J].电子知识产权,2013(8):35-36.
- [22]LOWE R A, GONZALEZ - BRAMBILA C. Faculty entrepreneurs and research productivity[J]. The Journal of Technology Transfer, 2007,32(3):173-194.

How to operate patent: Innovation, market and law

XU Difeng, YU Haidong

(School of Law, Nanjing University, Nanjing 210093, P. R. China)

Abstract: Patent operation is a kind of market behavior which marketizes the patent as a commodity and realizes its value through marketization operation. The effect of the patent operation, not only determines whether the incentive mechanism of patent system can be effective, but also reflects the pros and cons of the patent system directly. There are several factors which affect the effect of patent operation, but this paper holds that patent operation has the following three attributes by which its effect is mainly affected: technology, economics and law, of which technology attribute means the object of patent operation is innovative achievements which are technological and are reflected in the form of patent, innovative achievements are the core of patent operation. Economics attribute means patent operation is a kind of market behavior and the economic value of patent can only be realized under the conditions of market, market is the background of all related problems. In addition, the success of patent operation also depends on the recognition and guarantee of law on the legitimacy of patent operation, law is the institutional condition and guarantee for patent operation.

Key words: patent operation; technology; economics; law

(责任编辑 胡志平)