

新《专利法》实施下我国专利 开放许可制度的确立与完善

蔡元臻 薛原

摘要：专利开放许可制度能够有效降低专利许可交易的成本，不仅契合我国专利权人当前的现实需要，制度成本也比较合理。专利开放许可制度有望帮助扭转我国近几年来专利许可率的下降趋势，新一轮《专利法》修订将之引入是一项重要的立法突破。但是严格来说，新《专利法》中的相关条款仍存在对专利权人的吸引力不足、谈判环节缺失与纠纷解决机制效率低等问题，建议分别通过建立动态的年费减免机制、厘清开放许可声明的法律性质以及构建多元化的纠纷解决机制来予以解决。

关键词：开放许可；专利许可率；年费减免；比例原则；纠纷解决机制

[中图分类号] D923.42 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2020) 06-0083-12

引言

许可他人实施专利是专利权人除自行实施之外行使其专利权的一种重要方式。与其他几种方式相比，专利许可能够为社会和经济带来独特的益处：第一，专利权人之外的其他单位或个人可以不必自行研发就能利用该技术，同时专利权人也保留了自行实施的可能（独占许可除外），这样既促进了新技术在全社会中的传播，又节约了重复研发同一技术的社会成本；第二，根据马克思主义政治经济学原理，商品的价值与它所对应的劳动生产率成反比，新技术的广泛传播能够使生产该技术所对应的商品的社会劳动生产率上升，从而使得该商品的价格跟随其价值下跌，广大消费者得以最终获益；第三，专利许可协议还能使被许可人通过专利权人为其提供的技术培训或者交流活动获得一些超出被许可专利技术范围的非正式信息，被许可人能够借助这些信息提升自身的创新能力，在之后的自主研发中取得更好的表现。^{〔1〕}

随着我国科学技术的发展和专利战略的推进，其“专利大国”地位在近年来始终稳步提升。有关数据表明，我国的专利申请量在2018年继续位居世界第一，达到了创纪录的154万件，相当

〔作者简介〕蔡元臻，上海财经大学法学院讲师，法学博士。薛原，上海财经大学知识产权法研究中心助理研究员，法学硕士。

〔基金项目〕上海财经大学基本科研项目“专利间接侵权制度研究”（项目批准号：2017110699）。

〔1〕 See Yuandi Wang, Nadine Roijakkers, Wim Vanhaverbeke, *Learning-by-Licensing: How Chinese Firms Benefit From Licensing-In Technologies*, 60 IEEE TRANSACTIONS ON ENGINEERING MANAGEMENT 46, 48 (2013).

于排名第二至第十一位之和。⁽²⁾但是,我国在专利成果の利用方面一直存在着转化率偏低等问题。最新调查发现,过去几年中我国的有效专利许可率持续走低,从2015年的9.9%一路降至2018年的5.5%,虽然在2019年回升至6.1%,但仍低于2018年之前各年的数值,而与之密切相关的有效专利实施率也呈现出了相似的走势。⁽³⁾在当前由美国挑起的中美经贸摩擦加剧以及新冠肺炎疫情冲击全球经济的大背景下,如果对此不及时采取措施,将会对我国今后的经济发展造成较为严重的负面影响。

令人欣慰的是,立法者已经注意到了这个问题并正在筹划解决。2015年《国务院关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》(国发〔2015〕71号)明确指出,要“强化专利以许可方式对外扩散”“研究建立专利当然许可制度,鼓励更多专利权人对社会公开许可专利”。该强国战略在《专利法》第四次修订的过程中得到了诸多彰显。2015年《专利法修改草案(征求意见稿)》突破性地引入了以促进专利许可为目的的当然许可制度,而在2019年的《专利法修正案(草案)(征求意见稿)》(下称《征求意见稿》)中,该制度被更名为“开放许可”,并作了进一步的修改,最终在2020年10月正式公布的《中华人民共和国专利法》(下称新《专利法》)中得到了保留。

关于开放许可制度的定义,学界有不同角度的界定,但实质内容都大同小异,一般可认为是指有效专利的专利权人向主管机构提出申请,经由其将实施该专利的相关条件进行公告,任何人同意该条件即可与其订立专利实施许可合同以实施该专利的一种许可方式。⁽⁴⁾笔者将在阐述引入专利开放许可制度必要性的基础上,结合新《专利法》中的相关条款来对年费减免机制、开放许可声明之法律性质以及多元化纠纷解决机制之构建等问题展开详细的论述,并提出相应建议。

一、引入专利开放许可制度的必要性分析

(一) 开放许可制度对于信息壁垒的消弭作用

开放许可制度的一个基本和最主要的功能是通过降低专利许可的交易成本来提升专利许可率。交易成本一直以来都被认为是阻碍专利交易发生的重要因素,主要包括搜寻潜在的许可人或被许可人的信息搜寻成本与专利交易双方为了达成协议所需花费的谈判和做决定的成本。⁽⁵⁾专利的开放许可制度意味着专利行政部门在专利权人向其提出意愿实施开放许可的声明之后,旋即向全社会公布该许可的相关信息,为愿意实施相关专利的潜在被许可人提供了全面而完备的专利

(2) 参见世界知识产权组织:《世界知识产权指标:2018年专利、商标和工业品外观设计申请量再创新高》, https://www.wipo.int/pressroom/zh/articles/2019/article_0012.html, 最后访问时间:2020年5月4日。

(3) 参见国家知识产权局战略规划司、国家知识产权局知识产权发展研究中心:《2019年中国专利调查报告》,第158-159页。

(4) 李庆保:《市场化模式专利当然许可制度的构建》,《知识产权》2016年第6期,第96-97页。

(5) See F Caviggioli & E Ughetto, *The Drivers of Patent Transactions: Corporate Views on the Market for Patents*, 43 R&D MANAGEMENT, 327 (2013).

信息，这就相当于搭建了一个全国性的专利交易平台及市场化的专利信息公示平台。⁽⁶⁾因此可以说，该制度降低的主要是信息的搜寻成本。

信息搜寻成本通常来自交易双方信息的不对称，由此可见，专利许可率的提升关键在于尽可能消弭许可双方的信息壁垒。早在 2015 年国家知识产权局《关于〈专利法修改草案（征求意见稿）〉的说明》中，就已经清晰地指出引入开放许可制度的目的是“解决专利许可供需信息不对称问题”。而最近的调查报告也表明，“信息不对称造成专利权许可转让困难”已成为制约我国专利权有效实施的最主要因素，因此应建立专利交易许可相关信息披露和传播机制，提升专利交易许可效率，进一步降低专利交易许可的成本和周期。⁽⁷⁾开放许可制度在消除信息的不对称方面具有突出作用，能够有针对性地解决我国当前存在的实际问题。

（二）开放许可制度的成本优势及其构造

任何制度的建立与运行都需要一定的成本，决定其是否有必要引入的关键在于比较成本与收益的大小。要建立开放许可制度必然要先经过立法，由于该制度早已在国外被广泛使用，有许多经验可以借鉴，所以立法成本较低。另外，由于我国已经建成了专利信息公示系统，所以对专利当然许可的公示只须在专利登记簿上添加一项专利是否当然许可的声明即可。⁽⁸⁾正因为该制度的建立成本并不高，所以学界讨论得更多的是其运行成本。

开放许可制度的运行成本是否有可能遭遇垃圾专利滥用年费减免机制的行为而增加？有学者认为，大量实际上很难许可出去的低质量专利纯粹出于年费减免的目的来声明开放许可，有可能造成国家在专利年费收入上的损失。⁽⁹⁾2019 年的《征求意见稿》似乎也考虑到了这一潜在风险，因而绕过了增设与年费减免有关的条款。另一个更值得深究的问题来自专利局确定许可条件的成本。如果这一成本较高，那么开放许可制度的运行成本也会随之提升。笔者认为，这两方面的成本实际上并不高，后文将分别对此进行详细讨论，并给出进一步将其降低的相应建议。

（三）开放许可制度与我国国情的契合

考察开放许可制度的域外史会发现，法国在历史上也曾实施过该制度，但在 2005 年将其废止，首要原因是实际达成的开放许可协议数量过少，导致其几乎没有起到预想达到的效果。⁽¹⁰⁾尽管这一历史经验的价值不言而喻，但是考虑我国专利权人常年来表现出的强烈许可意愿与需求，类似

(6) 刘恒、张炳生：《论我国构建专利当然许可制度的必要性——基于我国专利制度运行现状分析》，《科技与法律》2019 年第 1 期，第 23 页。

(7) 参见国家知识产权局战略规划司、国家知识产权局知识产权发展研究中心：《2019 年中国专利调查报告》，第 7 页。

(8) 王双龙等：《我国建立专利当然许可制度的研究》，载国家知识产权局条法司编：《专利法研究 2015》，知识产权出版社 2018 年版，第 205 页。

(9) 李慧阳：《当然许可制度在实践中的局限性——对我国引入当然许可制度的批判》，《电子知识产权》2018 年第 12 期，第 71 页。

(10) 日本財団法人知的財産研究所『産業財産権に係る料金施策のあり方に関する調査研究報告書』，62 頁；E.G. van Zimmeren & G.R.L. Van Overwalle, *A Paper Tiger? Compulsory License Regimes for Public Health in Europe*, INTERNATIONAL REVIEW OF INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW, 13 (2011).

的不利情况在我国发生的概率较为有限。有学者经过实证分析之后指出，企业对外许可其专利技术的倾向会随市场竞争的激烈程度先上升后下降，而我国的技术市场还远没有达到开始下降的拐点，因此从政策角度来讲，政府在现阶段应该加快技术的分享与传播。⁽¹¹⁾与此同时，产学研的合作潜力同样不容忽视。有数据表明，即便是在2015年新《中华人民共和国促进科技成果转化法》实施之后，作为创新“主力军”的高校与科研机构的专利许可率与转让率仍然仅为3%左右，低于全国平均水平，而造成这种情况的主要原因是“缺乏技术转移的专业队伍”。⁽¹²⁾各国的开放许可制度都允许行政机关通过调解或裁决等方式参与到许可过程中，而行政机关由于具有业务上的专门性，能够在很大程度上起到替代技术转移专业队伍的作用。新《专利法》仅规定了行政调解，但笔者将在第四部分提出一种更为合理与完善的纠纷解决机制，以求更好地释放高校等主体的专利许可能力与热情。

二、比例原则框架下年费减免机制的设计

作为一种新型的许可方式，吸引足够多的专利权人参与其中是开放许可制度的第一要务，否则该制度就无法发挥实效。为达到此目的，大部分已经建立专利开放许可制度的国家都给予了参与开放许可的专利以年费减半的优惠。围绕这一问题，我国学界曾经呈现出了针锋相对两种态度。主流意见认为，由于任何愿意支付合理许可费的潜在被许可人最终均能获得专利的实施许可，开放许可专利权人因此失去了确定合同条款的自主权与赚取垄断性利润的机会，所以有必要给予一定的补偿。同时，专利年费减半的优惠能够吸引资金捉襟见肘的中小企业与拥有数量庞大的专利、每年在专利维持费上支出巨大的大公司参与开放许可。⁽¹³⁾相反观点则强调，一方面，专利权人所付出的代价可以通过增加交易机会来弥补，因此没有必要减免其专利年费；另一方面，即使给出这种优惠，企业通常也不会将产业价值较高的核心专利去申请实行开放许可。⁽¹⁴⁾

事实上，衡量专利权人所付出的代价与交易机会增加所带来的许可费收入增长两者孰轻孰重是相当困难的，因为前者包含了合同自由的部分丧失这一难以被量化的因素，而后者则涉及私主体通常不愿意公开的商业秘密。我国新《专利法》在修法的最终环节决定增设年费减免条款（即第51条第2款），值得肯定，但尚未明确年费减免的具体方案。窃以为，我国不应直接照搬“自开放许可声明作出之日起专利年费减半”的做法，而一种动态的、具有个体差异性的年费减免机制才是更合理的。对于专利年费的减免，首先应当将其定义为一种行政给付行为。随后，可以借

(11) 李明等：《技术竞争对企业专利许可行为的影响》，《科技进步与对策》2019年第5期，第101-104页。

(12) 教育部科学技术司：《2017年高等学校科技统计资料汇编》，高等教育出版社2018年版，第73页；国家知识产权局战略规划司、国家知识产权局知识产权发展研究中心：《2019年中国专利调查报告》，第67页。

(13) 罗莉：《我国〈专利法〉修改草案中开放许可制度设计之完善》，《政治与法律》2019年第5期，第32-33页。

(14) 胡建新：《我国专利当然许可制度的构建》，《知识产权》2016年第6期，第89页。

用比例原则思维中“适当性、必要性与狭义比例性”三个在内涵上呈递进关系的子原则，对年费减免条款进行构建。具体构思如下。

第一，适当性是指行政机关所作出的行政行为必须能够促成其所欲达到的行政目的的实现。截至目前，开放许可制度在规定年费减半的国家大都运行情况良好，已经经受住了长期的检验，应当说，合理认定年费减半对专利权人的吸引是客观存在的。而对于核心专利，由于它可以带来极高的垄断利润，所以即使专利年费全免，其持有人也不会选择作出开放许可声明。因此，参与开放许可的主力军与年费减免所欲吸引的主要对象都应定位于中等与低等质量的专利。事实上，由于《专利法》对专利（尤其是发明专利）的实用性、新颖性与创造性都规定了较高的要求，所以即使只能吸引到中低质量的专利，该制度的社会经济效果也能够获得保障。由此可见，专利年费减半政策具备了较为充分的合理性基础，但必须指出，对于行政给付而言，该基础还要求该给付仅适用于符合给付目的的主体。

另外，目前各国的年费减半条款中均只要求“作出开放许可声明”，并没有规定进一步的限制条件，这种做法应当引起我国的注意。创设开放许可制度的目的是为了提升专利的许可率，若某一专利仅被声明参与开放许可，却从未被实际许可出去，那么仍然坚持减半收取年费的做法显然是不合理的。对此，一个更合理的年费减免机制是：设定一个较低的保底年费减免额度（譬如25%），享受该保底额度仅以作出开放许可声明为条件，再根据每年实际达成的许可协议的数量，来确定专利权人在该保底额度的基础上可额外享受的减免额度。这种减免额度依许可数量动态调整机制的优势来自保底额度的存在，具言之，其依然能够吸引更多的专利权人参与到开放许可中来。许可量越多则年费减免越多的规则还可以激励专利权人在与被许可人谈判时，尽量提高效率以达成更多的许可，而更多的年费减免也能被更精准地给予那些真正实现了开放许可制度目的的专利权人。

第二，必要性在传统的行政法理论中是指行政机关在多种手段都能达到其行政目的时应采取对私人侵害最小的一种。而对于作为一种授益性行政行为的行政给付来说，虽不存在对私人利益的侵害，但这种给付可以理解为对公共利益的一种侵害，所以行政机关并不是要给予尽可能多的给付，相反，应当仅限于“必要的给付”。^{〔15〕}前文中所建议的设定一个较低的保底年费减免额度就是一种既满足适当性要求，又满足必要性要求的做法。另外需要注意的是，距离到期日越近的专利，其专利权人作出开放许可声明的动机就越有可能是仅仅为了得到年费减半的优惠，而并非想借助开发许可制度的公示功能将专利更多地对外许可出去。考虑这一点，这种对所有参与开发许可的专利均实行年费减半的普遍性政策，就有可能无法达成福利的最优化，换句话说，“高龄”专利的年费优惠应当削减。原则上，为尽量减少不必要的给付，对不同“年龄”的专利可以设置不同的保底年费减免额度，“年龄”越大则该额度越低。

〔15〕 许玉镇：《试论比例原则在我国法律体系中的定位》，《法制与社会发展》2003年第1期，第131-132页。

第三,狭义比例性又称均衡性,是指行政行为所造成的损害必须低于其所增进的公共利益。年费减免所造成的损害是损失了一部分专利年费收入,正如前所述,学界也曾经表示过这方面的忧虑。但有德国学者利用经济学上的反事实分析法,估算出如果不实施该制度,德国专利局所增加的年费收入仅为实施该制度后所带来的专利总价值增长的12.16%。⁽¹⁶⁾这说明了该制度的此种运行成本与它所能带来的收益相比并不算高,也至少证明了狭义比例检视下年费减半政策的合理性。鉴于本文提出的年费减免机制所损失的年费收入要比年费减半更低,其可行性应当不存在过多疑问。

三、开放许可声明的本质澄清与谈判环节的引入

开放许可制度的有效实施既需要大量专利权人作出开放许可声明,也需要考虑潜在被许可人的利益,同时还应使其运转中所需各类成本尽量降低。新《专利法》第50条第1款和与之相呼应的第51条第1款将开放许可声明的法律性质设定为了要约,尽管这一做法在一定程度上将会消弭实践操作中的不确定性,但其合理性却仍值得推敲。

显然,若开放许可声明的法律性质为要约,则开放许可合同的成立就只需要潜在实施者作出承诺即可。这种设计省去了双方就许可协议的其他细节进行协商的谈判环节,使得专利许可合同能够尽早被订立,客观来说节省了交易成本中的谈判与做决定的成本。但是,这也直接产生了另外两种成本:一是专利权人需要事先对专利加以评估以便在开放许可声明中明确许可费标准;二是若潜在被许可人不满足该许可费标准,希望予以更改,只能先行接受该标准再进入行政程序解决,甚至有可能最终进入司法程序阶段,这就提升了开放许可制度的行政成本与双方的诉讼成本。立法机关似乎是在权衡之下认为,交易成本的减少要多于另外两种成本的增加,继而作出了目前的这种制度安排。学界也对这一定性是否合理存在分歧,尽管多数学者倾向于认可“要约说”。一种观点认为,开放许可声明的“要约”属性有助于保障许可交易的效率,否则许可合同的交易成本就无法缩减,开放许可制度的目的就会落空。⁽¹⁷⁾但也有学者认为,将开放许可声明定性为要约会带来增加专利权人负担、致使双方当事人利益不平衡以及法制体系不协调等负面效应。⁽¹⁸⁾笔者对新《专利法》的做法表示商榷,主要基于以下三点理由。

首先,将开放许可声明界定为要约直接导致无法将谈判环节引入开放许可合同的订立过程中,而该环节对于降低交易成本是至关重要的。有实证研究表明,随着专利权人的谈判与许可经验的增加,从中获得的谈判技巧可以被运用到之后的专利交易中,使其之后谈判的效率也随之

(16) See Rudyk Ilja, *The License of Right, Compulsory Licensing and the Value of Exclusivity*, SFB/TR 15 Discussion Paper, No. 415, Sonderforschungsbereich/Transregio, 15 GOVERNANCE AND THE EFFICIENCY OF ECONOMIC SYSTEMS, 24 (2012).

(17) 罗莉:《我国〈专利法〉修改草案中开放许可制度设计之完善》,《政治与法律》2019年第5期,第31页。

(18) 黄玉焯、李建忠:《专利当然许可声明的性质探析——兼评〈专利法修订草案(送审稿)〉》,《政法论丛》2017年第2期,第147-148页。

提高。⁽¹⁹⁾而目前的制度设计使得双方的谈判环节缺失,导致许可方根本无从积累谈判经验。从另一个角度看,如果存在谈判环节,谈判与做决定的成本会随着专利权人经验的增加而降低。因此节省谈判与做决定的成本的意义也会逐渐存在疑问。

其次,谈判环节对于降低行政与司法成本也具有重要意义。在新《专利法》的制度框架下,一些本可以在谈判阶段轻易解决的纠纷,有可能被迫进入行政甚至司法程序,不仅占用公共资源,也会浪费双方的谈判时间。退一步说,即便通过行政程序来解决纠纷的成本不高,这种排除了当事人双方先通过意思自治来确定合同条款的制度,也与国家“让市场在资源配置中起决定性作用”的大政方针不甚相符。有学者指出,无论是微观的知识产权授权、保护和限制,还是宏观的知识产权战略,都应将目标设定为通过为知识产权市场运作创造良好条件来提升知识产品的整体效益,市场手段和私法规范仍应在知识产权领域发挥主导的功能。⁽²⁰⁾

最后,除了前述两种直接引起的成本之外,谈判环节的缺失还会引起交易的双方或某一方发生福利损失。这种损失并不是一种交易成本,但对专利许可双方参与开放许可制度的积极性的打击与交易成本升高并无本质区别,因为它意味着即使交易顺利完成,可得利润仍然减少了。专利交易市场往往是一个信息极为不对称的市场,在这种市场条件下,缺乏协商谈判的许可费定价机制容易引发专利权人提出过高价格的机会主义行为,进而影响潜在被许可人的福利。实际上,专利权人自身的福利也有可能囿于谈判环节的缺失而受到损害。当专利权人是对市场需求情况不甚了解的专职研发机构时,其利润最大化的策略便是通过报出一组价格供被许可人选择,以便能够识别出不同类型的被许可人,再根据其类型分别提出具有针对性的合同报价。⁽²¹⁾显然,这种策略只有在谈判中才能够实现,因为在开放许可声明中很难给出一个灵活多变的许可费标准。可以合理地预见到,高校与科研机构等专职研发机构将会在开放许可的声明者群体中占有不低的比重,缺少谈判环节会影响它们的利润水平,进而挫伤其作出开放许可声明的意愿。

诚然,也有学者注意到了谈判环节缺失可能带来的负面效应,从而提出了一种试图对开放许可声明的要约属性与谈判环节的引入进行调和的观点。这种观点认为,由于该声明中的许可标的、范围和方式等具有确定性且具有受约束的意旨,所以即使许可费没有约定或者约定不明确,也应当认定其为要约,因此许可合同在潜在实施者的承诺到达时成立并生效,而许可费的确定问题可在此之后再通过协商谈判来解决。⁽²²⁾笔者对此提出商榷意见,理由主要有两点:首先,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第1条第1款的规定,要约中至少须包含当事人名称或者姓名、标的与数量,而对于专利许可合同来说,与“数量”这个

(19) Ruckman K & McCarthy I, *Why Do Some Patents Get Licensed While Others Do Not*, 26 INDUSTRIAL AND CORPORATE CHANGE, 14 (2017).

(20) 张富强、许健聪:《知识产权法公法化宜慎行》,《知识产权》2014年第2期,第61页。

(21) 石岩、刘思峰:《不对称信息下纵向差异市场的专利价格》,《科技管理研究》2010年第4期,第96-97页。

(22) 张扬欢:《责任规则视角下的专利开放许可制度》,《清华法学》2019年第5期,第205页。

概念比较接近的应当是许可的时间，但即使在新《专利法》中，也没有明确要求专利权人在声明时须明确许可时间的相关条款。退一步再分析，即便不将许可时间解释为该条中的“数量”，将一份既没有许可时间也没有许可费标准的声明认定为要约也是一件颇具争议的事。其次，如果开放许可声明中对许可费标准不作明确说明，则其与标准必要专利的 FRAND 承诺（fair, reasonable and non-discriminatory terms，公平、合理和不带歧视性的条款）就会非常类似，因为二者皆属专利权人向第三方权威机构作出的、愿意以某种条件达成的、与不特定的潜在被许可人订立专利许可合同的承诺。但实际上，关于 FRAND 承诺之法律性质的几种主流学说中从来都没有“要约说”，而学界否定要约说的主要依据恰恰是承诺中不包含许可期限、许可费标准等理由。⁽²³⁾

综上所述，一个合理且能避免争议的做法是删去新《专利法》第 50 条第 1 款中的“并明确许可使用费支付方式、标准的”，同时也一并删去与之对应的第 51 条第 1 款。当然，如果有专利权人愿意使其开放许可声明成为要约，也应尊重其意思自治的权利，因此可以在《专利法实施细则》中规定“专利权人在作出开放许可声明时可以明确许可费标准、支付方式以及许可时间等合同要素”。

四、多元化纠纷解决机制的构建

否定开放许可声明的要约属性能够在一定程度上减少纠纷的发生，但专利许可作为一种私主体以自身利益最大化为目的的民事法律行为，双方间的纠纷是必然会存在的，因此建立高效的纠纷解决机制对专利开放许可制度的平稳运行至关重要。然而，2019 年《征求意见稿》第 52 条所规定的纠纷解决机制遭到了学界的一些质疑，认为行政调解可能存在程序过于冗长、调解协议缺乏强制执行力等弊端，从而无法实现开放许可制度所追求的高效率，最终与降低交易成本并确保达成开放许可协议的目的失之交臂，由此，应改为更为高效的行政裁决。⁽²⁴⁾ 此类观点具备一定道理，但笔者认为行政裁决固然优于行政调解，但是一种包含行政裁决、行政仲裁与行政调解三种方式的多元化的开放许可纠纷解决机制将更具优势。另外，由于新《专利法》将开放许可声明定性为了要约，因此没有对交易双方不能达成许可协议时许可费应如何确定的问题再作规定，需要加以澄清。该机制的具体构思如下。

第一，明确其适用范围。依据新《专利法》第 52 条的规定，当事人可以请求专利行政部门调解实施开放许可发生的纠纷。专利许可费争议属于典型的专利合同纠纷，所以在阐释第 52 条的适用情形时，理应涵盖达成许可协议之前的许可费确定问题，而不是仅限于订立许可合同之后的履行阶段所发生的纠纷。同时有学者还认为，开放许可与其他专利许可的区别在于其签订合同的方式而不是合同的实施，后者应由《合同法》调整而无须专利行政部门介入，所以应将第 52 条的适

(23) 张广良：《标准必要专利 FRAND 规则在我国的适用研究》，《中国人民大学学报》2019 年第 1 期，第 116 页。

(24) 张扬欢：《责任规则视角下的专利开放许可制度》，《清华法学》2019 年第 5 期，第 202、207 页；罗莉：《我国〈专利法〉修改草案中开放许可制度设计之完善》，《政治与法律》2019 年第 5 期，第 34 页。

用范围限制在“确定开放许可使用费”上⁽²⁵⁾，笔者认为这种限制没有必要。一方面，鉴于行政部门的效率优势，将所有的开放许可纠纷统一交由行政部门先行处理，可以进一步提升该制度对专利许可双方的吸引力。另一方面，如果发生许可费纠纷的同时也有其他类型的合同纠纷发生，这种限制会使得纠纷解决的程序变得复杂。

第二，改进行政裁决的上诉机制，提高解决纠纷的效率。效率是解决知识产权纠纷的核心价值，也是构建知识产权纠纷解决机制的首要取向。⁽²⁶⁾即便是主张以行政裁决来替代行政调解的观点，也往往是从效率的角度来批判后者并肯定前者。然而，这其中的大多数主张都只是简单回归到了2015年的《专利法修改草案（征求意见稿）》第81条或《专利法修订草案（送审稿）》第84条，没有作进一步的讨论。两项条款的共同点在于，都规定了当事人不服行政裁决时可不经行政复议的环节而直接诉至法院，从而体现出对于效率的追求。但问题在于，当一方不服裁决并因此提起行政诉讼时，该纠纷解决机制与普通的民事诉讼程序相比，在效率上其实并不占优势，甚至很有可能效率更低。因此笔者认为，有必要对其程序进行更进一步的简化。一个较简单的方案是，能否直接规定该行政裁决为不可起诉的终局裁决呢？这样一来，便可省去之后可能出现的整个行政诉讼程序。

然而事实情况是，上述建议在《与贸易有关的知识产权协议》（下称《TRIPS协议》）之下并不具有可行性。该协议第41条第4款明确要求各成员应给予最终行政裁定以司法审查的机会，这一强制性要求曾经给中国带来过教训。我国在1984年最初制定《专利法》时，曾规定“对宣告实用新型和外观设计专利无效的请求所做出的决定为终局决定”，但因为《TRIPS协议》第62条第5款也有类似的要求，所以在2000年修改《专利法》时，将该条改为当事人可针对任何种类的专利权的无效请求决定向法院起诉。当然，从司法正义的角度再审视，完全剥夺当事人的诉讼权利会使得对该类裁决的纠错无法实现，不仅会削弱专利许可双方参与开放许可制度的积极性，也有损程序正义的理念。

由此，留给我们的就是一个相对更加可行的折中方案，这首先来自对《TRIPS协议》第41条第4款的重新解读。具言之，可以将协议英文文本中的“review”（审查），解释为“上诉”意义上的“司法审查”，这即意味着对行政决定可只给予司法上的上诉审。一个颇具说服力的例证来自美国的司法实践——在美国贸易委员会等联邦行政机关作出行政裁决后，当事人不服的，可直接“上诉”至联邦巡回上诉法院。⁽²⁷⁾毫无疑问，较之“行政裁决+行政诉讼”模式，“行政裁决→上诉审”模式既保证了纠纷解决的效率，又能够避免“行政裁决终局”的缺点，同时也未违反《TRIPS协议》项下的义务。

(25) 罗莉：《专利行政部门在开放许可制度中应有的职能》，《法学评论》2019年第2期，第69-70页。

(26) 梁平、陈焱：《论我国知识产权纠纷解决机制的多元构建》，《知识产权》2013年第2期，第55页。

(27) 贺志军：《知识产权侵权行政裁决制度检视及完善——以〈TRIPS协议〉义务的澄清为视角》，《知识产权》2019年第12期，第68页。

第三，构建针对开放许可纠纷的行政仲裁制度。“一裁终局”是仲裁所具有的最鲜明的特点，而就“一裁终局”能否适用于知识产权纠纷的解决，学界也存在分歧。赞成派学者认为，“一裁终局”在纠纷解决方面极具效率，与普通的民事诉讼相比能够节约大量的时间，其经济成本也常常更低。有研究表明，仲裁所花费的成本能够被控制在低于专利侵权诉讼的50%，甚至只相当于传统诉讼成本的10%。⁽²⁸⁾反对派学者则认为，由于知识产权对于相关企业或个人具有重大的经济价值，所以将其置于没有任何上诉途径的争议解决程序中，可能会带来潜在的未知风险。⁽²⁹⁾

然而，上述争议在专利开发许可制度的语境下实无多大必要。一方面，仲裁制度能够同时大幅降低时间成本与经济成本，这和开放许可制度力求减少交易成本的初衷相契合；另一方面，实践表明，由于高质量专利往往能够带来高额的垄断利润，“拱手让人”的情况并不多，专利权人真正愿意作出开放许可声明的，大部分都是中档或中低档质量的专利。因此，开放许可纠纷很少会涉及重大的经济利益，缺乏上诉途径并不会大幅降低交易双方使用仲裁来解决纠纷的意愿。此外，对于开放许可纠纷，行政裁决与行政仲裁在形式上并没有太多实质性的差别，甚至在人员组成与程序上也比较相似。例如，《意大利专利法》第50条第2款规定，负责裁决开放许可专利许可费的裁判委员会由三人组成，其中许可人和被许可人各指定一位成员，第三位成员由前两位成员共同指定；如果前两位成员不能达成一致，则由专利复审委员会主席指定。⁽³⁰⁾鉴于此，笔者建议只设置一个统管行政裁决和行政仲裁的机构，以节省行政成本。同时，可以借鉴意大利的做法，专设一条来规定该机构在处理行政裁决与行政仲裁时共通的程序规则。

第四，保留行政调解制度。在调解程序中，谈判双方彼此的敌意较之诉讼等对抗性程序要低得多。一般来说，调解双方更容易理解对方所提主张的依据，并将更多的精力集中在商业事项而非法律问题上。因此，增设一个与纠纷调解有关的公共服务体系，显得尤为重要。⁽³¹⁾尽管行政调解长期存在程序冗长和调解协议无强制执行等缺点，但是通常只存在于谈判双方分歧较大的阶段。在行政裁决和行政仲裁制度得到落实的基础上，力求尽快解决纠纷的双方很可能主动选择转向行政裁决和行政仲裁。而如果双方分歧较小，则行政调解的程序不会过长，达成协议后通常也不会不履行。很显然，上述思路也从另一个角度证明了建立多元化的纠纷解决机制的必要性。

第五，合理确定三种程序之间的适用顺位。在三种纠纷解决方式并存的情况下，首先，行政裁决应处于最优先的顺位，即当一方选择行政裁决时，无论另一方选择其他何种方式，都应采用行政裁决来处理该纠纷。行政裁决在效率与程序正义上能做到较好的平衡，强制未选择该方式的一方接受行政裁决不会对其交易成本和程序利益造成太大影响。从比较法的角度看，其他已建立

(28) See Steven J. Elleman, *Problems in Patent Litigation: Mandatory Mediation May Provide Settlements and Solutions*, 12 OHIO STATE JOURNAL ON DISPUTE RESOLUTION 759, 772 (1997).

(29) 倪静：《仲裁解决知识产权争议之利弊探析——从仲裁的基本特征出发》，《知识产权》2012年第3期，第31页。

(30) 罗莉：《专利行政部门在开放许可制度中应有的职能》，《法学评论》2019年第2期，第66-67页。

(31) Mary Vitoria, *Mediation of intellectual property disputes*, 1 JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE, 405 (2006).

开放许可制度的各国都只规定了对开放许可纠纷的行政裁决制度，这也证明了行政裁决确有其优越性。其次，考虑行政仲裁会在一定程度上剥夺程序利益，该程序应只在双方同时选择的情况下才能适用。易言之，应仿照普通民事仲裁的规则，仅在双方达成合意时才能启动该程序。最后，在没有任何一方选择行政裁决，或者双方没有同时选择行政仲裁的情况下，可以启动行政调解程序。鉴于这种顺序规则稍显繁琐，可以在《专利法》修订时予以回避，而在《专利法实施细则》中再加以规定。

五、结语

开放许可制度的引入符合我国当下的现实国情与需求，其通过降低交易成本、消除信息不对称与吸引专利权人参与等方式来提振专利许可率，制度成本也非常合理。总体来说，新《专利法》很好地借鉴了国外关于该制度的许多成功经验，但仍然存在可改进的空间。在进行我国专利开放许可制度的规则构建时，应重点关注该制度的效率、成本与吸引力三个方面：首先，在开放许可协议的订立过程中引入谈判环节，从而提升双方达成协议的效率；其次，加入行政裁决与行政仲裁的多元化纠纷解决机制，用来弥补单一的行政调解在效率上的不足；最后，为进一步提升该制度对专利权人的吸引力并同时控制其运行成本，应当建立动态而又个性化的年费减免机制。在立法技术层面，有鉴于这种年费减免机制下规则的细致性，以及对于行政行为的路径依赖，建议我国在后续修订《专利法实施细则》等其他专利法律规范的过程中，对专利开放许可制度仅作方向性和概括性的规定，而将具体规则付诸专利行政部门制定的部门规章或其他规范性文件中。

The Establishment and Improvement of China's Patent Open License System Under the Implementation of New Patent Law

CAI Yuanzhen XUE Yuan

Abstract: The open license system of patent can reduce the transaction costs of patent licensing effectively. It also fits the current need of Chinese patentees and have a relatively reasonable institutional costs, which can hopefully reverse the downtrend of Chinese patent licensing rate in recent years, the introduction of such system by the latest amendment of China's patent law shall form an important legislative breakthrough. However, there are still three main shortcomings in the relevant provisions of the new Patent Law: the lack of negotiation stage, the inefficiency of its dispute resolution mechanism and insufficient attraction to patentees. They can

be solved respectively by clarifying the legal nature of open license declaration, setting up a diversified dispute resolution mechanism and establishing a dynamic mechanism for the remission of patent fees.

Keywords: Open License; Patent Licensing Rate; Dispute Resolution Mechanism; Remission of Patent Fees; Rule of Proportionality

(责任编辑: 王乐兵)