

# 主权专利基金：新一代的贸易保护措施？

——基于韩国、法国、日本实践的考察

张惠彬 邓思迪\*

**摘要：**主权专利基金是以国家财政资金为主体，联合民间资本设立的投资型基金，其目的在于购买专利组成专利池，进行全球专利布局。主权专利基金的设立可帮助本国企业防御知识产权风险，为企业提供有价值的专利服务，并提高国家科技竞争力。自出现以来，关于主权专利基金是否成为新一代的贸易保护措施等问题引发理论和实务界的关注。在 WTO 框架下，主权专利基金转让或授权专利的行为构成政府补贴的可能性较小，且该行为难以受到《技术性贸易壁垒协议》的约束。目前，全球典型的主权专利基金未有滥诉行为，因此，尚难以将其称为“国家级专利流氓”。值得注意的是，依据主权专利基金的需要发起贸易调查的行为极易引发贸易争端。有鉴于此，在运营主权专利基金时，中国应减少政府部门对基金运作的不当干预，以避免卷入国际贸易争议。

**关键词：**主权专利基金 国际贸易 技术性贸易壁垒 专利流氓

## 引言

2017 年 10 月，习近平总书记在中国共产党第十九次全国代表大会上承诺，中国将“推动形成全面开放新格局”，“中国开放的大门不会关闭，只会越开越大”，中国要“倡导创新文化，强化知识产权创造、保护、运用”。<sup>①</sup> 当前，传统的劳动密集型产业、资本密集型产业已无法有效面对新一轮全球化所带来的挑战，知识密集型产业将成为全球化背景下各国经济转型的重点领域。随着知识密集型产业的发展，不少经营主体聚集了庞大的专利组合，它既是防御专利诉讼的

---

\* 张惠彬，西南政法大学副教授，重庆知识产权保护协同创新中心研究员；邓思迪，西南政法大学博士研究生。本文系国家知识产权局软科学项目《知识产权全球治理体系变革与中国应对方略研究》（SS18 - A - 19）、重庆市社会科学规划项目《国际私法之人本理论研究》（2015YBFX102）和重庆市研究生创新科研项目《专利司法保护失灵》（CYS17096）的研究成果。

① 参见《决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，人民网，<http://cpc.people.com.cn/n1/2017/1028/c64094-29613660.html>，最后访问时间：2018 年 8 月 15 日。

“盾”，亦是对抗市场竞争对手的“矛”。由此，“专利贸易竞争”应运而生。<sup>①</sup>

2016年，全球专利总申请量已达310万件。<sup>②</sup>由于专利数量激增，加之专利市场交易愈加活跃，专利诉讼的数量大幅度增加。此类诉讼有别于传统的诉讼模式，其已成为了一种新的竞争手段。纵观当今专利贸易竞争的案例，它主要包括以下三种情形：（1）控告他人侵害专利权，并要求损害赔偿。例如，2016年5月，华为在美国加州北区法院和深圳中级人民法院对韩国三星公司提起专利侵权诉讼，索赔8000万美元。（2）申请撤销他人专利权，或在专利诉讼中抗辩专利权无效，使得己方可以无偿运用他人专利技术。例如，2017年5月，苹果公司向北京知识产权法院起诉，要求撤销专利复审委员会维持西安西电捷通公司发明有效的决定，意图实现技术豁免。（3）被告不否认侵害他人专利，但同时反诉原告侵害被告专利，促使其和解。例如，2011年，苹果公司在美国、韩国、荷兰、日本、澳大利亚起诉三星公司专利侵权，三星公司亦在韩国、日本、德国、法国、英国、意大利、荷兰等国向苹果公司提起专利侵权诉讼或反诉，随后双方在地达成和解协议。

“专利贸易竞争”诉讼标的金额大、规模广以及覆盖的市场范围多等特点进一步推动专利竞争不断升级。2017年10月，美国威斯康星州联邦法院二审裁定苹果公司侵犯美国威斯康星大学研究院的专利，并要求赔偿506亿美元；2008年德国公司IPCom起诉诺基亚侵权，索赔120亿欧元。形成鲜明对比的是，2016年阿根廷、摩洛哥的国民总收入分别仅为524亿美元、122亿美元。动辄上亿、甚至百亿美金的专利诉讼使不少主权国家逐步重视“专利贸易竞争”，并由此催生了主权专利基金（Sovereign Patent Fund，简称“SPF”）。目前全球有三大典型的SPFs，分别为法国专利基金、韩国的智力发现基金、日本的知识产权桥基金。

从某种程度上，主权专利基金的出现可能意味着“专利贸易竞争”的升级，国际贸易秩序也可能会以此为基点进入新一轮的洗牌。为解决此顾虑，我们有必要明确对主权专利基金定位的认识。因此，本文将探讨主权专利基金的概念、功能、作用及其发展方向。同时，现有国际规则体系将影响主权专利基金的发展路径。因此，本文还试图回答，主权专利基金在现有规则体系之下受到何种制约，它的发展是否会突破现有国际贸易秩序。除去引言，本文包括四个部分：第一和第二部分将通过梳理主权专利基金的内在构成，阐述其实践情况，进而归纳其外在的功能及作用；第三和第四部分将集中讨论主权专利基金的法律争议，寻求其在现有国际贸易规则体系中的定位，最后论述主权专利基金发展对我国的启示。

① “专利贸易竞争”并非专业的法律术语。在本文中，其指一种商业竞争现状，用以描述企业之间围绕着专利所进行的诉讼行为。专利分为发明、实用新型和外观设计，各国政府设立专利法律制度是为了通过授予专利权人在一定期间内对技术的垄断权利，以换取权利人公开该技术内容，鼓励技术创新与促进产业发展，从而提高人民生活水平和增进公共利益。在法定期限内，专利权人没有必要亲自实施其专利，他们可以将专利权商品化。即，可以转让、许可他人使用等方式对专利权进行利用。张辉曾对日本和美国之间的专利诉讼进行分析。他指出，到21世纪，这场没有硝烟的战斗可能从日美间转移到中日间、中美间，并使用“专利战争”一词形容大规模专利诉讼引发的连锁反应。参见张辉：《兔亡羊补牢，防秋与算帐——日美间的专利战争为我国提供的经验和教训》，载《科学学与科学技术管理》1995年第7期，第50—52页。

② 参见世界知识产权组织官方网站：《世界知识产权指数2017》，[http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_941\\_2017.pdf](http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2017.pdf)，最后访问时间：2018年8月12日。

## 一 主权专利基金的概念及其实践

### （一）主权专利基金的概念

主权专利基金是以国家财政资金为主体，联合民间资本设立的投资型基金，其目的在于购买专利组成专利池，进行全球专利布局，帮助本国企业防范知识产权风险，从而提高国家竞争力。主权专利基金的命名与定义都借鉴了传统的主权财富基金（Sovereign Wealth Funds）。<sup>①</sup>一方面，与主权财富基金相似的，主权专利基金是由政府支持的投资工具；另一方面，与主权财富基金不同的是，主权专利基金的运营目的并不在于分配不同时期的国民收入。加拿大数字创业与经济绩效研究中心发布《主权专利基金崛起》的研究报告，将主权专利基金定义为“通过获取第三方专利，以维护国家的经济利益，包括通过许可、诉讼等形式实现专利货币化，以及采取防御策略保护脆弱的行业。”<sup>②</sup>有学者认为，主权专利基金是由各国政府主导投资组建的市场化运营基金。<sup>③</sup>也有学者认为，主权专利基金是由政府主导以及社会资本加入，通过专利许可、专利授权、专利转让、专利聚合等方式，促进专利技术转化、转移、货币化，从而达到维护本国企业利益和产业安全的知识产权市场化运营基金。<sup>④</sup>

总体而言，虽然主权专利基金尚未形成统一的权威定义，但就现有观点而言，其至少包括以下两个特点：

其一，主权专利基金以专利运营为主要方向。在信息时代下，传统的规模化生产已不是企业市场竞争的核心，产业的核心优势逐步从后端转移至前端，特别是产品的设计、创意、研发将控制产业的发展方向。专利是技术价值的分配要素，主权专利基金试图调控这一分配要素，故其通常不直接参与产品生产或研发等投资，而是通过收购、转让、许可专利或诉讼等方式实现或辅助既定的专利战略。当然，这一运营模式与广受诟病的“专利流氓”较为相似，<sup>⑤</sup>这引发不少学者

① 现今公认的第一支主权财富基金系1953年设立的科威特投资委员会，其将外汇储备盈余转移至专门投资机构，实现低风险盈利。随着贸易逆差增加和浮动利率波动，1974年新加坡成立淡马锡，1976年阿布扎比成立投资局，1999年伊朗成立石油稳定基金和外汇储备基金，2007年中国也设立了主权财富基金——中国投资有限责任公司。现对主权财富基金尚未有统一的定义，但取得共识的有两点：（1）资金来源主要是于外汇储备或出口商品所获得的利益；（2）基金目的是为了获得投资收益，平滑不同时期的国民收入，为未来国民的生活提供资金保障。参见谢平、陈超：《论主权财富基金的理论逻辑》，载《经济研究》2009年第2期，第4—17页。

② See Clarke W, “The Rise of Sovereign Patent Funds: Insights and Implications”, Deep Centre, [http://deepcentre.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/DEEP-Centre-The-Rise-of-Sovereign-Patent-Funds\\_SEPT-2014.pdf](http://deepcentre.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/DEEP-Centre-The-Rise-of-Sovereign-Patent-Funds_SEPT-2014.pdf) (last visited December 12, 2017).

③ 孟奇勋、张一凡、范思远：《主权专利基金：模式、效应及完善路径》，载《科学学研究》2016年第11期，第1655—1662页。

④ 肖海、吴旦：《论主权专利基金》，载《安徽行政学院学报》2017年第4期，第84—88页。

⑤ 专利流氓（Patent Troll）的常见法律用语是专利维权主体（Patent Assertion Entities），其本身不从事实体产品的制造，而是通过专利诉讼或诉讼要挟获得巨额利润。据统计，美国有超过325家专利流氓公司，领域大都涉及半导体、软件应用，并且不断有新公司涌现，See Osenga K, “Formerly Manufacturing Entities: Piercing the Patent Troll Rhetoric”, (2014) *Conn. L. Rev.* 47, pp. 435-479。它们大多数并不实际生产产品，而是透过拍卖、破产程序，公开或私下向发明人、学术研究中心以及经营不善的公司大批收购可专利性有疑虑、被核准时申请专利范围过大或申请专利范围不明确的问题专利”。他们通过寄发警告函，以申请临时禁令为谈判筹码，利用目标公司欲避免负担远高于专利许可费的诉讼成本及亏损心理，逼迫目标公司与其达成和解协议，支付授权费用。

与业界人士对“国家级专利流氓”兴起的担忧。

其二，主权专利基金由政府主导投资。这一特点奠定了理论和实务界对主权专利基金性质认识的基调。例如，政府对特定行业的专利支持是否会扭曲市场，进而构成《补贴与反补贴措施协议》（Agreement on Subsidies and Countervailing Measures，以下简称《SCM协议》）中的专向性补贴？政府主导意味着公共资源的投入。因此，随着政府投入的增加，“公共资源被不恰当地利用或被浪费”、“私人部门能更有效负责专利运营”等对主权专利基金的质疑声音不绝于耳。为此，主权专利基金无疑需要具备一定的盈利性，交出一张优秀的业绩表，以维持自身运营及实现相应目标，当然，这又反过来坐实了对“国家级专利流氓”的批评。为进一步探讨现有的各类认识分歧，下文将梳理主权专利基金的实践情形。

## （二）主权专利基金的实践

### 1. 韩国智力发现基金（Intellectual Discovery）

2009年，韩国政府成立主权专利基金，由韩国知识经济部主管，隶属韩国产业技术振兴院，致力于推动韩国科学技术发展。在成立之初，该基金便宣布将动员公共和私人投资发动“专利贸易竞争”，保护韩国企业免受专利流氓的威胁。2010年，韩国智力发现基金宣布启动，最初计划募集5亿美元，其中2亿由政府支付，其余来自私营部门。但由于2010全年、2011上半年都未能吸引到私人投资，融资计划修改为于2012年，其资金规模达1亿美元。2011年8月，三星公司注资8800万美元，持股比例为28.1%。其后，乐金电子（LG）、浦项制铁、力士半导体等大型公司相继注资。

韩国智力发现基金主要有三类业务模式：

（1）知识产权（简称：IP）许可计划。该计划通过收购行业基础专利，形成专利“保护伞”，使处在国际市场争端中的韩国企业能够得到专利支援，有效应对专利贸易竞争，尤其是专利流氓提起的专利诉讼。

（2）IP开发计划。本计划由韩国智力发现基金下设分公司创意桥（Idea Bridge）负责。它鼓励并支持科研项目的研发，若某一科研项目难以为继，可申请由创意桥进行项目评估，通过审核的项目能够获得资金支持。

（3）IP风险投资计划。本计划由韩国智力发现基金下设的分公司——智力发现风险投资有限公司（ID venture Co., Ltd.）负责，它对韩国国内专利进行评估，并投资其中增值空间较大的专利资产。根据美国联合安全信托公司统计，从2010至2014年，韩国智力发现基金购买的美国专利量位居全球第8位，其共签订了1300余件专利实施许可合同，并对外宣称已帮助韩国企业减少支付海外专利费用4774亿韩元（约4.3亿美元）。<sup>①</sup>

### 2. 法国专利基金（France Brevets）

法国专利基金于2011年3月成立，由法国政府（法国国家工业产业局代表）与法国本土企业——凯撒基金会（Caisse de dépts）共同出资成立，<sup>②</sup>对外宣称融资规模达1亿欧元，属于区域

<sup>①</sup> See Chiarini T, Rapini M S, Silva L A, “Access to knowledge and catch-up: Exploring some intellectual property rights data from Brazil and South Korea”, (2017) *Science and Public Policy* 44, pp. 95 – 110.

<sup>②</sup> 凯撒基金会成立于1816年，系法国公共投资集团。

性发展基金。法国专利基金宣称将致力于促进创建战略性专利的组合，并实现全球专利货币化。

法国专利基金主要业务有三项：

(1) 专利许可。法国专利基金以专利谈判作为首选方式，通过反向工程获得技术特征的侵权证据，并制定索赔表，以透明、公开的方式与潜在被许可人讨论授权许可。2012年，法国专利基金推出了“近场通信授权计划”（NFC Patent Licensing Program）。颖设科技（Inside Secure）、索尼等公司相继购买该计划。2016年，该基金宣布将推出“半导体、计算和通讯技术相关的专利授权计划”。<sup>①</sup>

(2) 专利工厂。法国专利基金建立专家团队增强专利的培养，并承担专利申请和执行的全部费用。该工厂由法国专利基金承担相关风险，其所得利润将部分回流至发明人手中，使其保有专利权人身份的同时，获得额外的资金。

(3) 预测未来技术发展。法国专利基金的研究方向主要聚焦于数字新媒体、互联网、航天航空、汽车、能源、生命科学等技术领域。在现有公开资料中，法国专利基金的营业收入不依赖股权投资，而是聚焦于专利组合带来的资金收益，包括专利许可和专利诉讼。该基金曾于2012年12月起诉韩国乐金电子公司和中国台湾宏达国际电子股份有限公司。

### 3. 日本知识产权桥基金（Intellectual Property Bridge）

2010年8月，日本产业革新机构（Innovation Network Corporation of Japan）联合制药企业，共同设立生命科学知识产权平台基金（Life Science IP Platform Fund）。基于日本产业革新机构的官方背景，生命科学知识产权平台基金通常被视为日本第一支主权专利基金。生命科学知识产权平台基金关注科学研究而非市场化效益，主要聚焦于生命科学领域，如治疗癌症、胚胎干细胞、生物标记和阿尔茨海默氏病等。该基金通过收集专利构建专利池（目前已拥有2000多项专利），对实验过程中缺乏的数据进行补充研究，其旨在消除技术领域内的法律障碍，并围绕基础专利和外围专利构建专利壁垒，提升专利诉讼防御能力。为适应国际贸易新业态的需求，日本产业革新机构于2013年联合三井公司、松下公司注资2800万美元成立知识产权桥基金。2014年，松下公司向知识产权桥基金转让857项电子专利，在该年美国专利交易数排名中，日本知识产权桥基金居于第5位。<sup>②</sup>

知识产权桥基金业务包括防御诉讼、知识产权组合管理、支持创新等，其核心业务为收购知识产权（尤其专利权）和许可证、知识产权业务运营及咨询服务。凭借庞大的专利组合群，知识产权桥基金一直活跃于国际专利市场。2015年7月，知识产权桥基金诉TCL集团涉嫌专利侵权，引起国内高度关注。2016年10月，其与马来西亚数字经济公司签署合作协议。2017年9月，其授权全球消费电子公司使用通信标准专利。

### 4. 小结

梳理韩国、法国、日本主权专利基金所拥有的专利资产以及专利布局趋势，我们发现主要有以下特征：第一，三家专利基金的资产多为美国专利。美国专利分别占日本基金的92%，韩国基金的82%，法国基金的48%。第二，法国基金的专利让与案件数量最少，这显示法国倾向以授权方式营运。第三，日本基金在专利组合上的最大贡献者是松下公司及其关联企业，日本基金

① See Clarke W, “Sovereign Patent Funds: Sovereign Wealth Funds 2.0?”, (2016) *Global Policy* 7, pp. 577 – 583.

② See De Smet B, “Neoliberalism and The Future of Social Movements (Studies)”, (2016) *Global Policy* 7, pp. 584 – 585.

中的83%的专利组合来自松下公司；法国最大贡献者是一家法国电子纸公司（Nemoptic）；韩国则是电子通讯研究院（Electronics & Telecommunications Research Institute）。第四，从科技发展的角度而言，三家基金的专利布局重心在国际专利分类中的电学和物理学领域。具体而言，法国、日本的基金注重电器通信技术，韩国注重基本电器元件。整体而言，传统上，上述三家主权专利基金专注于取得专利资产、吸引投资，但目前，它们更加重视利用侵权诉讼与授权获得经济回报。

## 二 主权专利基金的功能与作用

主权专利基金的功能与作用主要有三类：防御功能、进攻功能、服务提供功能。防御功能是指主权专利基金通过专利授权等方式帮助国内企业应对专利侵权诉讼，并筑构具有竞争力的核心专利技术组合，有效控制技术体系。进攻功能不仅包括通过专利许可或专利诉讼等方式获取许可费或侵权赔偿，而且还包括通过制定专利授权计划，构建可持续的专利货币化体系。服务提供是前述两种功能的整合，即，通过专利收购、项目研发支持、专利转化等，为企业获得特定技术许可提供一体化服务的能力。

### （一）防御功能

主权专利基金防御功能的核心是回应国内企业的诉求，积极应对国外竞争者以及专利流氓的诉讼。美国麻省理工大学最新研究表明，专利流氓的诉讼活动已经对创新投资产生了负面影响，巨额侵权赔偿和高昂的诉讼费用使得专利诉讼变得昂贵且不容小视。<sup>①</sup>在此背景下，主权专利基金的防御功能愈发受到重视。韩国智力发现基金在成立初就已宣称要为国内企业提供专利的“保护伞”，使其免受专利诉讼（尤其是专利流氓）的侵扰，其成立的动因是为解决韩国龙头企业（即，三星公司）所遭受的专利流氓诉讼问题。<sup>②</sup>

总体而言，相较于单个企业，一方面，主权专利基金在专利诉讼中能够采取更为综合的战略措施和战术组合，以帮助本土企业。通过组建具有战略性的国家专利组合，主权专利基金能够以授权、许可等方式为国内企业提供专利支援，并向主动提起诉讼的市场竞争对手进行反诉，以遏制其针对国内企业的竞争。<sup>③</sup>另一方面，若主权专利基金能够收购核心专利（尤其是标准必要专利），其可防止国外的竞争者或者专利流氓利用上述专利压榨国内企业。主权专利基金的防御功能在某种程度上维护了国内企业的安全，并帮助国内企业迅速进入国外市场。<sup>④</sup>

① Tucker, Catherine, “The Effect of Patent Litigation and Patent Assertion Entities on Entrepreneurial Activity”, (2014) *MIT Sloan School Working Paper* 5095, p. 14.

② See Miyuki Monroig, Patrick Terroir. “Inside Asia’s Patent Funds”, (2012) *Intellectual Asset Management* 54, pp. 85 – 92.

③ See Dominique Guellec, Yann Meniere, “Markets for Patents: Actors, Workings and Recent Trends”, in Thierry Madies, Dominique Guellec and Jean-Claude Prager (ed.), *In Patent Markets in the Global Knowledge Economy: Theory, Empirics and Public Policy Implications* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), pp. 9 – 32.

④ WIPO, “Study on Patents and the Public Domain II”, (2013) *WIPO Committee on Development and Intellectual Property*, No. CDIP/12/INF/2 REV.

## （二）进攻能力

建立具有战略性的国家专利组合的作用不仅体现于实现诉讼防御的策略，也会铸就主权专利基金的进攻能力。就现有公开资料而言，虽然主权专利基金通过专利组合实现专利货币化（Patent Monetization）的方法尚不明晰，但主权专利基金在国际贸易市场上的主动作为已成不争的事实。例如，法国专利基金向韩国乐金电子公司、中国台湾宏达国际电子公司提起专利侵权诉讼，<sup>①</sup> 控告二者在通信技术领域存在技术侵权行为。

有研究认为，主权专利基金将会更积极地使用诉讼手段。<sup>②</sup> 但与“专利流氓”不同，主权专利基金通过频繁诉讼实现专利货币化的激励较少。“政府主导投资”的特征很大程度上决定了主权专利基金若要稳定存续发展，其着眼点不可停留在盈利层面，它需要服务于更为宏观的战略目标，实现更多的价值。总体上，主权专利基金采取的是一种更长期的方式实现收益，进而消除短期盈利需求带来的不良效应。尽管主权专利基金与主权财富基金均由政府注资，但是主权财富基金的建立依托于牙买加国际货币体系下的汇率波动，<sup>③</sup> 其无需通过短期贴现维持自身的发展。主权专利基金未依附于金融体系，政府的持续注资容易使主权专利基金遭受公共资源不当使用的质疑，<sup>④</sup> 故专利货币化是主权专利基金发展的必经之路。

## （三）服务提供

除防御策略和进攻能力外，主权专利基金还提供有价值的专利服务。一方面，主权专利基金可帮助国内企业和公共研究机构评估、认识专利资源的价值；另一方面，主权专利基金可提供专利交易平台，以激活专利的转化、使用和货币化。由于信息和资源的匮乏，很多中小企业和公共机构无法实现自身持有专利权的价值，这已是各国研究中普遍取得的共识。<sup>⑤</sup> 法国成立主权专利基金的目的之一便是为公共和私人研究构建一个公平合理的回报体系，尤其是帮助法国公司实现其专利价值。<sup>⑥</sup> 因此，主权专利基金若能够组建有效、成本合理的专利评估体系并制定专利运营

① 2012年12月，法国 France Brevets 子公司 NFC Technology LLC 在美国向中国台湾宏达国际电子公司、韩国韩国乐金电子公司提起专利诉讼。涉案两项专利分别为“天线信号振幅调整方式”（美国专利号：6,700,551）、“感应耦合读写器，包括提取电源电压的方法”（美国专利号：7,665,664）。两项涉案专利的权利人于2011年授权由法国专利基金处理其公司持有的70多项专利，而通过专利计划进行专利运营亦为法国专利基金的既定业务之一。

② Expert Group on IPR Valorisation, “Options for an EU Instrument for Patent Valorisation”, (2012) European Union, <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=4773&no=1> (last visited August 14, 2018).

③ 1976年1月，国际货币基金组织（IMF）各成员国在牙买加首都金斯敦达成了“牙买加协议”，将浮动汇率合法化，以及黄金非货币化，并以特别提款权作为主要储备资产。该协议允许各国自由选择汇率方面的安排，进而使得固定汇率制和浮动汇率制得以并存，但IMF有权对会员国的汇率政策进行监督，缩小小波动幅度，不允许会员国操纵汇率来组织国际收支进行有效调节。

④ 孙远钊：《评台湾面对国外专利诉讼的应对策略——兼论政府参与“智慧财产基金”的可行性》，载《智慧财产评论（第9卷）》2011年第2期，第137—173页。

⑤ 参见张惠彬：《商标权属于人权？——从欧洲人权法院判例谈起》，载《广州大学学报（社会科学版）》2016年第1期，第24—31页。

⑥ Pascal Asselot, “France Brevets, Patents and Aggregation”, (2012) *Present at the OECD Expert Workshop, Patent Practice and Innovation*, <http://www.oecd.org/sti/inno/workshop-patent-practice-and-innovation-Asselot.pdf> (last visited March 16, 2018).

计划,那么这将盘活中小企业和公共研究机构的专利储备。日本知识产权桥基金在接手松下转让的专利池后,便着手收购“休眠专利”(Dormant Patents)并将其捆绑到至专利池中,以作为整体授权计划的一部分。与此同时,主权专利基金围绕特定技术,建立有效的专利组合,可有效减少技术交易成本,降低国内企业市场准入的壁垒。

另外,由于产品结构日益复杂,独立的企业实体获取专利许可的交易成本不断增长。<sup>①</sup>主权专利基金可通过专利收购、项目研发支持、专利转化等,为企业获得特定技术许可提供一体化服务的能力。作为专利权人和被许可人之间的中介,主权专利基金充当市场交易人(Market Makers)的作用,并减少双方的交易费用。对于研究和创新活动而言,上述措施可有效减少国内企业和研究机构的许可成本,消除潜在的障碍。

### 三 关于主权专利基金的法律争议

#### (一) 政府补贴还是专利联盟?

专向性补贴是《SCM协议》中颇为重要的概念,它承认了补贴作为经济调控工具的作用,并以“专向性”作为市场扭曲的因素。《SCM协议》规定了四种专向性补贴情形,即,企业专向性、产业专向性、地区专向性和拟制专向性。<sup>②</sup>主权专利基金的服务功能通常包含对特定企业或产业的补贴,如日本知识产权桥基金的“编码可打印传感器发展联合会”便涉及对该产业的补贴。<sup>③</sup>相较于其他产业政策,主权专利基金通过专利转让对特定企业、产业的补贴政策,更不易受到《SCM协议》的规制。

尽管《SCM协议》第8条规定的三种不可诉补贴,由于发展中国家与发达国家未能达成共识,依据该协议第31条之规定,该条款已于2000年1月1日起失效,<sup>④</sup>但是《SCM协议》原第8.2(a)(iii)条明确将“专门用于研究活动的咨询和同等服务费用,包括购买的研究、技术知识、专利等”的情形排除于专向性补贴之列,为专利转让“非专向性补贴”的性质认定奠定了

① Bertrand Sautier, “French Sovereign Patent Fund Shows Muscle; France Brevets Spearheads Patent Litigation in Germany”, (2013) *The IPKat*, <http://ipkitten.blogspot.ca/2013/08/french-sovereign-patent-fund-shows.html> (last visited March 16, 2018).

② 企业专向性(enterprise specificity)是指补贴授予机关将补贴的获得限于其管辖范围内的特定企业或企业群;产业专向性(industry specificity)是指补贴授予机关将补贴的获得限于其管辖范围内的特定产业或产业群;地区专向性(region specificity)是指补贴授予机关将补贴的获得限于其管辖范围内的特定区域的企业或产业;拟制专向性(fiction specificity)是指任何属于《SCM协定》第3条规定范围内的补贴,即,禁止性补贴。其包括两类补贴:出口补贴(export subsidy)和进口替代补贴(import institution subsidy)。参见张目强:《〈补贴与反补贴措施协定〉中的补贴专向性》,载《政法论坛》2012年第3期,第182—187页。

③ IPbridge, “IP Bridge established first development association aiming to utilize unused patent”, (2018) <http://ipbridge.co.jp/eng/index.php/2018/02/28/ip-bridge-established-first-development-association-aiming-to-utilize-unused-patent/> (last visited May 18, 2018).

④ Steger Debrap, “The WTO Doha Round Negotiations on Subsidies and Countervailing Measures: Issues for Negotiators”, (2003) *Symposium on Economic Restructuring in Korea in Light of the Doha Development Round Negotiations on Rules*. Seoul, 7 May 2003.



基础。<sup>①</sup> 在欧盟与美国的飞机补贴争端中，欧盟向空客飞机项目提供技术研发资金，被世界贸易组织（World Trade Organization，以下简称“WTO”）争端解决机构认定构成专向性补贴；<sup>②</sup> 通过技术共享的方式，美国航天航空局和美国国防部使美国波音公司获得研发资金之外的知识产权利益（包括研发资料和专利使用费用减免），该利益最终未被认定为专向性补贴。<sup>③</sup>

在此基础上，主权专利基金是否会受到《SCM 协议》规制的问题还涉及主体认定、利益授予两个因素的影响。政府主导投资是主权专利基金的基本特点，但是主权专利基金是否会构成《SCM 协议》第 1.1 条规定的“公共机构”，这有待商榷。有关《SCM 协议》公共机构的认定存在“政府控制论”和“政府职能论”两种观点：前者认为，公共机构是由政府控制的实体，且政府多数股权是证明政府控制的充分证据；<sup>④</sup> 后者则认为，公共机构应被解释为行使经政府授权的管理权能的实体，而不应当仅仅以政府所有和政府控制来认定一个组织是否为公共机构。WTO 争端解决机构对采用何种认定标准仍存争议，<sup>⑤</sup> 但总体而言，上诉机构更认可“政府职能论”，认为“决定是否构成公共机构的关键在于该机构是否被授权行使政府职能”，而“政府职能的核心在于其通过法律的授权能够规定、控制、监督各个主体，或者限制他们的行为”。<sup>⑥</sup> 鉴于现有主权专利基金的股权架构，依据“政府控制论”，韩国智力发现基金、日本知识产权桥基金皆可界定为公共机构；但参照主权专利基金的功能及作用，主权专利基金将以民事活动作为主要运营手段，若根据“政府职能论”，在未参与专利调查、禁止手段等非市场性措施的前提下，其被界定为公共机构可能性较低。

关于主权专利基金向国内企业无偿或低价授权、转让专利的行为是否构成《SCM 协议》中的“利益授予”，这是一个颇受争议的问题。利益授予的认定并非仅包含私人获利的结果，更为重要的是应明确其与政府行为的关联性。WTO 上诉机构在“巴西—飞机出口融资案”中曾强调，政府行为是否构成财政资助，关键在于政府行为的性质，而不在于政府行为的实际影响效果，如果以私营机构对政府措施的反应来判断政府行为是否为财政资助，显然混淆了“财政资助”和“利益”的区别。<sup>⑦</sup> 若主权专利基金认定为非公共机构，其转让行为自然不构成利益授予；倘若被认定为公共机构，如欧盟与美国的飞机补贴的争端所示，虽然同作为技术援助的一部分，提供

① 参见《世贸补贴与反补贴措施协定(英)》，中华人民共和国商务部产业损害调查局官网，<http://dcj.mofcom.gov.cn/article/zcfb/cn/200504/20050400072150.shtml>，最后访问时间：2018年5月14日。

② See *European Communities – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, Report of the Appellate Body of 18 May 2011, WT/DS316/AB/R, paras. 628 – 659.

③ See *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft – Second Complaint*, Report of the Appellate Body of 12 March 2012, WT/DS353AB/R, paras. 462 – 464.

④ See International Trade Administration, *Final Affirmative Countervailing Duty Determination Dynamic Random Access Memory Semiconductors from the Republic of Korea*, 68 FR 37122 (2003), <https://www.federalregister.gov/documents/2003/06/23/03-15793/final-affirmative-countervailing-duty-determination-dynamic-random-access-memory-semiconductors-from> (last visited August 15, 2018).

⑤ 在“中国诉美国反补贴和反倾销措施案”（DS379）中，专家组认可美国提出“政府控制论”的主体认定标准，而上诉机构则认为私人机构只有在被赋予政府职能时，才能行使同受委托和指示的公共机构相同或相似的职责。See *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, Report of the Panel of 22 October 2010, WT/DS379/R.

⑥ 参见何妍：《WTO 反补贴案中“公共机构”的认定标准研究》，上海交通大学硕士论文，2015，第8—15页。

⑦ See *United States – Measures Treating Export Restraints as Subsidies*, Report of the Panel of 29 June 2001, WT/DS194/R, paras. 8. 65 – 72.

资金和技术转让的方式不同,将导致性质认定的不同。换言之,提供技术转让将不被视作补贴。但应该指出的是,这一差异存在局限性。截至目前,尚未有充分理由说明专利的转让属于《SCM协议》中的非专向性补贴。专利的转让能在国际贸易争端中得到豁免的原因在于:首先是各成员基于《SCM协议》原第8条形成的共识;其次是难以证明对部分企业进行专利转让将导致该企业获得“优势地位”;再次专利转让造成产业经济扭曲较小,暂不属于传统反补贴贸易争端的重点。

因此,在现有的国际规则体系下,主权专利基金仍具有较为宽松的生长空间。但随着主权专利基金影响力不断加深,在可预见的未来,涉及主权专利基金的争端将愈发棘手。目前,各国主权专利基金仍处于筹备、建设阶段,专利组合多数聚焦于通信领域,其影响范围有限,基金力量较为薄弱;加之主权专利基金的行动较为克制,未联合其他机关对本国境内的跨国企业实施专利调查、禁止生产等非市场性措施。因此,主权专利基金尚未引发大规模的争议。

理论上,企业之间借助主权专利基金形成专利联盟是否属于专利领域内的联合行为(Concerted Action)仍有较大的商榷空间。同时,我们也无法排除主权专利基金因触犯公共利益而受到各国反垄断制裁的可能性。在专利领域中,与反垄断联系最为紧密的是标准必要专利。<sup>①</sup>针对标准必要专利的使用是否构成垄断行为问题,世界范围内适用最广的判定规则是“公平、合理、无歧视”原则(Fair, Reasonable and Non-discriminatory, 简称FRAND规则)。<sup>②</sup>前述三家主权专利基金的专利组合都包含了标准必要专利(多数为电子通信领域),从现有公开资料看来,主权专利基金并未违反“公平、合理、无歧视”规则。同时,笔者尚未发现有国家针对主权专利基金开展反垄断调查。

此外,主权专利基金自身的运营模式亦有遭受非议的可能。例如,2011年,美国联合安全信托公司和合理专利交易机构等专利联盟就因会员制等运营模式,遭受美国联邦贸易委员会的反垄断行政审查。<sup>③</sup>总体上,尽管与苹果、高智、微软、谷歌等动辄以上10亿美金收购专利的大型企业相比,现有主权专利基金的资金规模和影响范围仍称不上国际专利市场中的第一梯队,但是不可否认的,一旦其专利运营模式成熟后,主权专利基金可凭借先入场的优势及国家资金的支援,迅速壮大并成为国际贸易中不可忽视的一股力量。

① “标准必要专利”(Standard-Essential Patents)是指实施某项标准必不可少的专利。根据国际标准化组织发布的《标准化和有关领域的通用术语及其定义》,“标准”是指为在一定范围内获得最佳秩序,对活动及其结果规定共同的和重复使用的规则、指导原则或特性文件。该文件经协商一致制定,并经一个公认的机构批准。由于标准的存在,生产具备行业标准的特定产品将无法绕开标准必要专利,故与反垄断问题联系紧密。参见罗娇:《论标准必要专利诉讼的“公平、合理、无歧视”许可——内涵、费率与适用》,载《法学家》2015年第3期,第86—94页。

② “公平、合理、无歧视”原则是指以合理的使用费,按可被证明为没有任何不公平歧视的合理条款和条件,向不受数量限制的申请人提供其必要专利权利要求的许可,以供申请人实施标准。一般来说,欧洲称为“FRAND”,美国称为“RAND”,但其基本含义是一致的。国际标准化组织和国际电工委员会将“合理非歧视”(RAND)作为其标准中相关专利权的专利许可条件;国际电信联盟将RAND与“免费许可”(RF)作为两个许可条件选项。其他标准化组织一般也都援引RAND许可或RF许可作为许可条件。中国、美国司法判例中均有引用这一规则。参见王先林:《涉及专利的标准制定和实施中的反垄断问题》,载《法学家》2015年第4期,第62—70页。

③ Federal Trade Commission, “The Evolving IP Marketplace”, (2011) <http://www.ftc.gov/os/2011/03/110307patentreport.pdf> (last visited May 14, 2018).

## （二）国家级的专利流氓？

专利流氓因专利滥诉而受到广泛关注。据统计，2015年美国专利非实施实体（Non-Practicing Entities，以下简称NPEs）提起专利诉讼的案件数量为5219件，占该年全美专利案件的69%。<sup>①</sup>美国白宫2013年发布的《专利主张与美国创新报告》中将专利流氓列为妨碍创新、扰乱经济的重点防范对象，<sup>②</sup>并在美国创新法案中受到严厉规制。<sup>③</sup>现有法国、韩国、日本的主权专利基金的业务架构和运营方式相当接近于NPEs，这导致了主权专利基金受到不少学者的质疑。有学者以“国家级专利流氓”（State-Sponsored Patent Trolls）为标签对主权专利基金进行讨论，认为政府支持的主权专利基金会热衷于专利游戏（Patent Game），为获取利润而提出侵权主张，进而扰乱公平竞争市场；<sup>④</sup>也有学者分析“国家专利流氓”对自由贸易的影响并探索防范其不利影响的政策架构。<sup>⑤</sup>

近年来，法国专利基金、日本知识产权桥基金在国际上引起的专利诉讼热潮似乎逐步坐实了“国家级专利流氓”的称呼。但应该明确的是，NPEs并不等同于专利流氓，<sup>⑥</sup>是否构成专利滥诉才是区分两者的显著标志。<sup>⑦</sup>专利流氓的滥诉行为通常具备以下特点：（1）专利流氓下设大量空壳公司，通过授权空壳公司频繁提出专利诉讼，以谋取不正当利益；（2）专利流氓持有专利大多质量较低且权利要求较多，<sup>⑧</sup>待生产者投入沉没成本后方提起诉讼，利用专利诉讼费用高昂等特点，迫使当事人选择与其和解；（3）专利流氓总是在同一诉讼中起诉大量被告，<sup>⑨</sup>诉讼大多针对计算机软件，<sup>⑩</sup>且多数瞄准小的创新型企业，<sup>⑪</sup>由于专利质量较低，专利易被宣告无效，或被

① RPX corporation, “RPX 2015 Report: NPE Litigation, Patent Marketplace, and NPE Cost”, (2016) <http://www.rpxcorp.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/07/RPX-2015-Report-072616.FinalZ.pdf> (last visited May 15, 2018).

② The President's National Economic Council, “Council of Economic Advisers and Office of Science and Technology Policy, Patent Assertion and U. S. Innovation”, (2013) [http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/patent\\_report.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/patent_report.pdf) (last visited May 15, 2018).

③ 美国创新法案对专利诉讼进行程序性改革，实施“提供必要诉讼细节”、“提高专利权属透明性”、“原被告诉讼费用的承担转移”、“重塑证据开示程序”、“终端用户诉讼例外”和“对商业方法专利的重新规制”等措施，提高专利流氓的诉讼成本。参见易继明：《美国〈创新法案〉评析》，载《环球法律评论》2014年第4期，第146—166页。

④ See Daley A, “The Rise of State-sponsored Patent Trolls”, (2013) [http://www.realclearpolicy.com/articles/2013/10/05/the\\_rise\\_of\\_state-sponsored\\_patent\\_trolls\\_675.html](http://www.realclearpolicy.com/articles/2013/10/05/the_rise_of_state-sponsored_patent_trolls_675.html) (last visited November 12, 2017).

⑤ See Rieck D, Winegarden W, “How Sovereign Patent Trolls Threaten Free Trade and What To Do About it”, <http://spectator.org/articles/61103/how-sovereign-patent-trolls-threaten-free-trade> (last visited December 1, 2017).

⑥ NPEs包含了大学、科研机构、个人及其授权成立的管理组织等，其指通过专利授权获取许可费而未实施专利的主体。因此，NPEs的定义更为中性。

⑦ 朱光琪：《“专利蟑螂”之美国规制》，载《太原理工大学学报（社会科学版）》2014年第6期，第48—52页。

⑧ See Jonathan H. Ashtor, Michael J. Mazzeo, Samantha Zyontz, “Patents at Issue: the Data behind the Patent Troll Debate”, [http://www.law.northwestern.edu/research-faculty/searlecenter/innovationeconomics/documents/Mazzeo\\_Zyontz\\_Ashor\\_patents\\_at\\_issue.pdf](http://www.law.northwestern.edu/research-faculty/searlecenter/innovationeconomics/documents/Mazzeo_Zyontz_Ashor_patents_at_issue.pdf) (last visited May 15, 2018).

⑨ See John R. Allison, Mark A. Lemley, Joshua Walker, “Patent quality and settlement among repeat patent litigants”, <http://016b916.netsolhost.com/blog/9-26-2013-2.pdf> (last visited May 15, 2018).

⑩ See Colleen V. Chien, “Patent Assertion Entities”, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2187314](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2187314) (last visited May 15, 2018).

⑪ See Colleen V. Chien, “Startups and Patent Trolls”, <http://papers.ssrn.com/abstract=2146251> (last visited May 15, 2018).

法院驳回诉讼请求，因此，其胜诉率低于一般专利诉讼。

反观主权专利基金，在法国专利基金诉中国台湾宏达国际电子股份有限公司公司、韩国乐金电子公司案中，涉案专利为“天线信号振幅调整方式”（美国专利号：6,700,551）、“感应耦合读写器，包括提取电源电压的方法”（美国专利号：7,665,664）；在日本知识产权桥基金诉TCL集团案中，涉案三项专利分别为语音编码器及语音解码器（美国专利号：7,373,295）、无线传输装置及方法（美国专利号：8,351,538）和通过控制信道信号来开启信道质量指示的独立传输模式（美国专利号：8,385,239）。以上5项专利均属标准必要专利，在诉讼程序中有明确的权利要求以及对被指控工具的详细描述，并非通过“垃圾专利”进行诉讼要挟。同时，其诉讼主体系主权专利基金本身或旗下直属子公司，未利用关联公司或空壳公司广泛提起诉讼，不存在明显的滥诉行为。

故现阶段而言，将主权专利基金视作“国家级专利流氓”似乎为时尚早，对主权专利基金是否因热衷专利游戏而扰乱技术市场的认识仍有待进一步观察。

### （三）新的国际贸易壁垒？

国际贸易壁垒主要有两类：关税壁垒和非关税壁垒。随着GATT/WTO等多边机制的推动，关税水平已大幅度降低。因此，非关税壁垒问题日益突出，技术性贸易壁垒（Technical Barriers to Trade，以下简称“TBT”）问题尤为突出。<sup>①</sup>虽然TBT与主权专利基金的核心同为技术，但主权专利基金并不同于传统的TBT。TBT主要涉及政府行为，包括制定技术标准、颁布技术规范以及相关技术评定。上述行为受到《技术性贸易壁垒协议》（Agreement on Technical Barriers to Trade，以下简称《TBT协议》）的规制。相反的，主权专利基金以专利运营为核心，包括专利收购、转让、授权许可等市场行为，主要为民事活动而非政府行为。然而，TBT与主权专利基金的区分并非泾渭分明，一旦主权专利基金持有的专利组合被该国纳入技术法规或技术标准，相应的法律问题将接踵而至。

例如，《欧盟儿童保护法》（Child Resistance Law）<sup>②</sup>颁布后，因该法涉及的标准技术专利由美国碧克公司和日本东海公司所持有，中国企业曾在3年内全部退出欧洲市场。虽然部分企业凭借《欧盟儿童保护法》获得技术垄断，但该技术法规下的标准技术专利分别由不同国家的不同企业所掌握。因此，中国企业退出市场的结果与制定技术法规的标准制定机构无直接关联，亦非政府直接干预之结果。倘若《欧盟儿童保护法》要求的标准必要专利由欧盟设立的主权专利基金所有，该技术法规的出台是否形成贸易壁垒？是否会因其实际造成他国企业突出市场的后果而产生贸易争端？

笔者认为，首先，主权专利基金的主体性质认定依然是问题的关键。若将主权专利基金视作民事主体，问题的定性应与一般企业无异；若主权专利基金被认定为公共机构，<sup>③</sup>其专利组合被

① 技术性贸易壁垒是指一国以维护国家安全、保障人类健康和安全、保护生态环境、防止欺诈行为、保证产品质量为由，采取一些强制性或非强制性的技术性措施，这些措施成为其他国家商品和服务自由进入该国市场的障碍。具体行为类型可参照《TBT协议》，本文主要讨论《TBT协议》中规定的技术标准、技术法规、评定程序，即狭义范围的TBT。参见夏友富：《技术性贸易壁垒体系与当代国际贸易》，载《中国工业经济》2001年第5期，第14—20页。

② 《欧盟儿童保护法》规定售价2欧元（后提至2.25欧元）以下打火机必须安装“安全锁”。

③ 详见本文第三部分第一小节。

选为技术标准则可能构成“造成不必要障碍”的政府行为。故讨论的重点在于，该行为是否违反了《TBT 协议》。

需要说明的是，由于对 TBT 的经济效能尚未形成基本共识，<sup>①</sup> 因此，《TBT 协议》中对 TBT 采取了较为宽松的规制，要求各国应尊重现有国际标准，在此基础上，各成员可根据正当的合法目的（包括维护国家安全、保障人类健康和安全、保护生态环境、防止欺诈行为、保证产品质量），在符合良好行为规范的条件下，调整自身的技术标准及技术规范，并向 WTO 进行通报。

因此，若主权专利基金的行为违反《TBT 协议》，其应包含以下几个要素：（1）已经存在或即将拟就国际标准，但该 WTO 成员未使用国际标准或将国际标准的部分内容作为其技术标准或技术法规的基础；（2）对国际标准的弃用不符合正当的合法目的；（3）采用主权专利基金持有的专利不符合性能优化的目标，造成不必要的贸易障碍。换言之，若一国制定的技术标准或技术法规与国际技术标准相一致，或者其符合正当的合法目的，主权专利基金持有该技术法规或技术标准项下的标准必要专利的行为并不构成贸易壁垒。即使该主权专利基金对本国企业与他国企业的许可费用普遍存在较大差异，其性质亦更贴近于补贴，而非贸易壁垒。因此，仅在 WTO 成员违反上述（1）和（2）的前提下，将主权专利基金持有的专利组合纳入技术法规或技术标准项下，利益攸关的成员才有可能指责该技术法规的颁布或技术标准的使用构成技术性贸易壁垒。

此外，《TBT 协议》较为宽松的规制手段使得技术性贸易壁垒的博弈转移至双边贸易协定、区域贸易协定的舞台，诸如《跨太平洋伙伴关系协定》、《区域全面经济伙伴关系》、《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》<sup>②</sup> 皆以降低技术性贸易壁垒作为协议的主要内容。

近期，由专利引发的双边贸易摩擦逐渐成为主权专利基金法律争议的焦点所在。受经济周期下行的影响，各国贸易保护主义抬头，各国更频繁地启动贸易调查措施。<sup>③</sup> 若主权专利基金积极参与专利侵权调查，这恐有贸易壁垒之虞。自 2007 至 2013 年，美国对中国发起超过 91 起的“337 调查”，占全球同期调查的 29%，中国败诉率达 60%，且涉案原因大多数是专利技术侵权。<sup>④</sup> 受专利侵权影响，我国部分产品出口受到严重限制。以电动平衡车为例，2015 年，中国电动平衡车出货量为 1200 万台，主要出口市场是美国，占比超过 60%。2016 年，由于 11 家中国企业因技术侵权遭受“337 调查”，因此，相关企业的出货量下滑 70%。毫无疑问，类似的知识产权保护措施已成为国际贸易博弈中的重要工具。

① 有研究认为，虽然 TBT 短期内形成贸易壁垒，但从长期而言，由于技术改进，TBT 将带来总体社会福利增加，并间接推动海外直接投资的增长。莫尼斯认为进口国异质标准虽会降低非制造业的行业出口，但大大促进了制造业的进口。See Moenius J., *The bilateral standards database (BISTAN) technical reference manual* (San Diego: Mimeo University of California, 1999). 伊根认为单边标准对贸易具有阻碍作用，而双边标准对贸易有促进作用。See Egan M. Setting standards, “strategic advantages in international trade business”, (2002) *London Business School Review* 13, pp. 51–64. 埃莫西利亚认为采取环境规则措施能够为技术创新提供新动力，帮助企业解决生产活动与环境质量的直接矛盾。See Carrillo Hermosilla J., “A policy approach to the environmental impacts of technological lock-in”, (2006) *Ecological Economics* 58, pp. 717–742. 周华通过实证研究发现，上海机电产业短期内受欧盟指令负面影响较严重，但长期却提高了社会福利。参见周华、王卉、严科杰：《标准对贸易及福利影响的实证检验—基于价格楔方法以及欧盟 RoHS 指令对上海市机电产业的影响为例》，载《数量经济技术经济研究》2007 年第 8 期，第 100—108 页。陶忠元和马烈林的实证研究同样表明，技术标准在短期有抑制作用，而长期对中国出口贸易有促进作用。参见陶忠元、马烈林：《标准化对我国出口贸易的影响》，载《财经科学》2012 年第 8 期，第 118—124 页。

② 参见叶斌：《欧盟 TTIP 投资争端解决机制草案：挑战与前景》，载《国际法研究》2016 年第 6 期，第 71—82 页。

③ 参见刘鹤：《两次全球大危机的比较研究》，中国经济出版社 2013 年版，第 5—16 页。

④ 董海珍：《专利贸易壁垒的形成与应对分析研究》，载《环渤海经济瞭望》2015 年第 7 期，第 57—59 页。

目前,包括“337调查”在内的专利调查行为皆定性为专利行政保护措施,其受《与贸易有关的知识产权协议》调整。因此,一旦主权专利基金介入,并作为贸易调查的发起人,它将可能成为“公共机构”并受到质疑。与补贴的情形不同,贸易调查的定性标准主要取决于一国法规,欧盟、美国、加拿大等均采用“政府控制论”,<sup>①</sup>首要标准即为政府持有股份是否超过50%。基于此标准,部分主权专利基金(如韩国智力发现基金、日本知识产权桥基金)均可认定为公共机构。若主权专利基金介入贸易调查等行为,那么主权专利基金行为的合规性不仅在国际舆论上难立稳脚跟,且易引发国际贸易争端。因此,笔者建议,主权专利基金不应轻易提出贸易调查,应以诉讼作为主要维权手段。

## 四 主权专利基金的发展对中国的启示

### (一) 反思主权专利基金的发展

专利制度设立的初衷是为了保障发明人权利,促进科技创新。虽然微软、高通、苹果、三星等大公司用强势的专利力量来保护自己在各国的市场,但是基本上,其所使用的工具都符合专利制度的价值追求。如今,为保障企业的商业利益并增强企业的国际竞争力,韩国、日本、法国等开始联合企业成立主权专利基金,使得公司与公司之间的“专利纠纷”逐步迈向国家与国家之间的“专利贸易竞争”。

反思主权专利基金的发展,反竞争、保护主义是其挥之不去的标签。政府主导投资的特征决定了对主权专利基金的评价基础,甚至在此基础上延伸出主权专利基金构成“国家级专利流氓”、新型贸易壁垒等观点。如上文所述,政府主导投资并不能断定主权专利基金即为“公共机构”。同时,理论界和实务界更不应将主权专利基金中的市场活动肆意地上升至以国家为主体的行政行为。

全球经济结构的转型推动了主权专利基金的发展。主权专利基金的立根之本在于有效反哺经济需求,但由于目前其自身体量有限、影响较小,对主权专利基金经济效益的讨论仍不充分。一些批评者认为,主权专利基金对国内企业的潜在补贴反映为一个低效率的政府干预私人市场的行为。<sup>②</sup>主权专利基金提供了一个反对竞争的先例,市场应该保有创新和竞争的驱动力。如果来自于政府的资金恶化竞争,那么该模式就构成某种形式的“保护主义措施”。<sup>③</sup>部分保持观望的专

① 美国的认定标准包括股权认定法和五要素认定法两种,前者是指,政府对某一实体机构持股高于50%时,即可认定为公共机构;后者是政府对某一实体机构持股低于50%时,应考虑以下5个因素:(1)政府所有权;(2)政府官员出任董事会成员;(3)经营活动的政府控制;(4)实施政府政策和追求政府利益;(5)是否为法律要求设立的实体。欧盟为三要素认定标准。即,(1)政府决策控制(主要通过政府股权比例、人事任免决定权、控制经营权等来判断);(2)某实体遵循政府的政策并以实现公共利益为目的;(3)能得到政府的资源支持并从中获利。参见何妍:《WTO反补贴案中“公共机构”的认定标准研究》,上海交通大学硕士学位论文,2015年,第8—15页。

② Thibault Schrepel, Bertrand, “France Brevets: A State-owned Patent Troll, Harmful…… and illegal?”, (2014) *Generationlibre*, <https://docplayer.net/29539129-France-brevets-a-state-owned-patent-troll-harmful-and-illegal-by-thibault-schrepel-phd-in-international-antitrust-law.html>. (last visited May 15, 2018).

③ Lopez, Mario, “State Sponsored Patent Troll Are Bad for Consumers”, (2014) *Inside Sources*. Quoted from See Clarke W, “The rise of sovereign patent funds: insights and implications”, Deep Centre, [http://deepcentre.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/DEEP-Centre-The-Rise-of-Sovereign-Patent-Funds\\_SEPT-2014.pdf](http://deepcentre.com/wordpress/wp-content/uploads/2014/09/DEEP-Centre-The-Rise-of-Sovereign-Patent-Funds_SEPT-2014.pdf) (last visited May 15, 2018).

家学者则认为，主权专利基金具有构建成功的商业化专利组合的能力，若主权专利基金能够形成专利组合，那么它能“取代大量以高成本、低效益运营的专利基金”。<sup>①</sup>

如前文观点，对主权专利基金的批评仍言之尚早。一方面，从现有国际贸易体系入手，主权专利基金的转让、许可、诉讼等行为受《SCM 协议》规制的可能性较小，即使其所持有的专利组合被一国纳入技术法规或技术标准，亦不会轻易受到《TBT 协议》的制约，故现阶段主权专利基金仍有较大的发展空间。另一方面，基于标准的不同，主权专利基金容易在美国、欧盟、加拿大等国家或地区被视为“公共机构”。进一步的，与提起诉讼相比，发起贸易调查的行为更容易被指责为妨碍贸易的“政府行为”，进而使主权专利基金卷入国际贸易争端。

因此，笔者建议，主权专利基金应在两个方面保持克制：

1. 克制滥诉。政府主导投资的基本特征容易使主权专利基金的民事活动具有政治色彩，引发法律之外的舆论争议。主权专利基金通过大量诉讼活动而短期变现的行为不符合其自身定位，亦不利于其发展。相较于企业、一般专利基金而言，主权专利基金更应采取积极的协商姿态，严格遵守 FRAND 原则，在初期树立良好的公众形象，避免后期因公众不信任而引发反对其运营模式的声讨；

2. 克制对贸易保护手段的使用。主权专利基金的核心是专利运营，尽管尚未有足够说服力证明其经济效益，但从长远看来，技术体系的开放将会创造主权专利基金更大的价值，这既符合专利制度的福祉，也为主权专利基金体系的存在奠定基础。基于投资回报的考量，私主体运营的专利基金必须在专利有效期内通过构建技术闭环实现价值变现，否则难以为继；但国家运营的主权专利基金可以通过技术开环联结更多元化的要素，在投资收益外，以产业竞争力的提升、整体福祉的增长作为自身的收益考量，这是一般专利基金所无法比拟的优势。

## （二）对我国的启示

近年来，我国逐步兴起政府出资建立专利基金的热潮。2014 年，北京知识产权运营管理有限公司成立。2015 年，国知智慧知识产权股权基金、四川省知识产权运营基金、重点产业知识产权运营基金成立。2016 年，广东粤科国联知识产权投资运营基金成立。以上基金的设立都有各地政府的支持。

从国际贸易的角度，依照 WTO 的现有规则，主权专利基金受到国际贸易规则规制的风险较小，反垄断是主权专利基金可能要面对的首要问题。依托于国内相关企业授权的 NPEs 运营模式，对内而言，主权专利基金可统筹、盘活专利资源，形成有战略竞争力的专利组合；对外而言，其已有联盟行为之虞。RAND 规则是度量此类行为竞争条件的尺度。实现“公平、合理、无歧视”的许可标准的关键在于使得主权专利基金内部权益更加均衡。当前，标准必要专利许可费存在较大差异，这是 RAND 规则一直面临的挑战，亦是各国技术反垄断调查的重点。<sup>②</sup> 笔者认为，在主权专利基金的授权计划中，联合出资的企业应依据各自股份、专利价值获得与其公允价值相对应的权益份额，并在专利授权的费用问题上采取一视同仁的态度。该做法可减少不必要的贸易纠纷。

现今，有两种期望推动我国专利持续发展：其一，宏观政策制定者期望通过专利的有效激励，

① Expert Group on IPR Valorisation, “Options for an EU Instrument for Patent Valorisation”, [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/innovation/files/options-eu-instrument-patent-valorisation\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/innovation/files/options-eu-instrument-patent-valorisation_en.pdf) (last visited June 30, 2018).

② 唐要家、尹温杰：《标准必要专利歧视性许可的反竞争效应与反垄断政策》，载《中国工业经济》2015 年第 8 期，第 66—81 页。

提高产品的技术含量,使部分企业脱离初级加工的技术工艺,助力产业转型。同时,宏观政策制定者希望促使过度依赖原料生产及来料加工的产业群逐步具备自主生产能力和技术输出能力,并配合“一带一路”倡议,形成新的经济增长引擎,抵抗经济下行的压力,防范重大经济风险。其二,专利所有权人期望专利可成为高附加值的资产并具备某种资本化能力,使其成为个人或者企业收入的新增长点,甚至在特定技术领域中获得优势甚至是垄断的地位,形成自身组织长期发展的根基。

上述两种期望是辩证统一的整体:在提升专利价值、进行技术升级的方面,两者是一致的;但在专利运用的层面,宏观政策制定者倾向于通过技术信息的共享,加速产业整体的发展,而专利所有权人更倾向于技术信息的封闭,以实现对自身优势的维护,两者又是矛盾的。主权专利基金建构了产业内部的专利闭环,符合专利所有权人的利益期待;而专利的组合增强了政府对关键专利的实际控制,可配合产业发展战略进行深入布局。

因此,本文认为,在上述两种期望之下,主权专利基金的大规模出现只是时间问题。我国政府必须采取极为慎重的态度对待主权专利基金的设立热潮,并避免将主权专利基金与政府行为紧密相连。例如,商务部应避免依据主权专利基金的专利组合需要而展开贸易调查等活动。相较于其他私人企业,此类政府行为更容易落人口实、引发舆论攻击,甚至会诱发他国采取贸易报复的行动。有鉴于此,在运营主权专利基金时,我国应减少政府部门对基金运作的干预,以避免卷入国际贸易争议。

## **Sovereign Patent Fund: a New Generation of Trade Protection Measures?: From the Practice of South Korea, France and Japan**

*Zhang Huibin and Deng Sidi*

**Abstract:** The Sovereign Patent Fund is an investment fund set up jointly by the state's financial funds and the private capital. The purpose of this kind of fund is to purchase patents, to form a patent pool, and to carry out global patent strategy. The establishment of the sovereign patent fund could help domestic enterprises to guard against intellectual property risks, provide valuable patent services to local entities, and thereby improve the national technological competitiveness. Since its appearance, the legal issues such as whether the sovereign patent fund has become a new generation of trade protection measures have drawn the attention of the theoretical and practical circles. Under the WTO framework, it is hard to say that the transfer or grant of patents by the sovereign patent fund would constitute government subsidies. Moreover, those activities by the sovereign patent fund are difficult to be bound by the Agreement on Technical Barriers to Trade. At the same time, if the current sovereign patent fund entity will not abused the legal rights, it is quite difficult to regard it as a “national-level patent troll”. It is worth noting that the conduct of trade investigations guiding by the sovereign patent fund will probably lead to trade disputes. In view of that, China should reduce the improper intervention of the government authorities in the operation of the sovereign patent fund, so as to avoid involvement into international trade disputes.

**Keywords:** The Sovereign Patent Fund, International Trade, Technical Barriers to Trade, Patent Troll

(责任编辑:孙南翔)