

专利行为的经济学分析与制度创新

吴欣望

摘要: 面临世界贸易组织和新经济的来临,如何设计出一个有效的专利制度来鼓励技术创新和转化成为我国目前一个极为重要的问题。本文对个人的专利行为和我国目前以专利法为主体的专利制度进行了经济学分析,并且在此基础上,提出并论证了几点对专利制度进行创新的建议,以便为我国的技术创新和转化提供一个更完善的制度背景。

关键词: 专利 专利申请 新经济 经济学 制度创新

一、引言

专利制度诞生已经有 500 多年的历史了。经济学理论界对专利制度的关注也由来已久。总结起来,对专利制度大致有四种不同的观点。第一种观点认为,专利是鼓励发明所绝对必需的,这种观点由边沁提出,萨伊、穆勒和克拉克也持同样观点。其理由在于,专利制度本身只需要花费极小的成本,却能够激励发明创造,给社会带来以前没有的发明,从而推动社会向前发展;第二种观点是由陶西格提出的,庇古也持同样观点,认为专利权基本上是多余的,该论点的理由在于,发明活动源于专家们的灵感,与物质上的激励并无多大关系,即使有些发明是受到物质诱惑而产生的,但通过率先占领市场而谋取超额利润已经足够补偿发明活动时耗费的成本;第三种观点是由普兰特提出的并有一些现代追随者,认为专利制度实际上是有害的。这种观点在第二种观点的基础上进一步指出,无论有没有专利制度,自由市场上的价格刺激会像在其他有形产品的生产中一样,导致经济上最有效率的生产发明。专利制度的净结果是通过造成垄断而减少了社会的经济福利;最后,阿罗部分地利用霍特林和萨缪尔森的著作证明,尽管思想产权明显有用,但还是比政府直接投资于发明活动差。

争论归争论。不管利大于弊还是弊大于利,这一制度正在经济生活中扮演越来越重要的角色。在国际竞争日益成为科技竞争的当今世界,各发达国家为维护已经拥有的经济竞争力,正通过加强专利制度和知识产权的法律制度来保护自己的利益。我国政府对专利体制改革高度重视,但现行的专利法和专利工作都存在明显不足。比如,我国专利体制改革的一个方向是“让企业成为专利工作的主体”,可是,我国企业申请和实施专利的比例并不高。那么,到底怎样才能让企业自愿积极地从事专利工作呢?本文的分析将有助于解决这一问题。

本文首先分析追求净收益最大化的发明者的专利行为,指出发明者是否愿意从事专利活动,关键在于从事专利活动所带来的成本和收益的相对大小;其次,结合我国的专利法,对影响我国发明人的专利活动的收益和成本的要素进行分析,指出了我国现行专利制度的若干不足;最后,在前面分析的基础上,本文提出了几点制度创新的建议,并对这几项创新进行分析。

二、发明者的专利行为:净收益最大化

为了分析的方便,我们抽象掉企业与企业内从事发明的专家之间的利益冲突与协调因素,把企业和从事发明活动的专家看成是一个利益共同体,统称其为“发明者”。

我们假定发明者是追求发明给他带来的净收益最大化的。发明者在完成一项发明后,他面临着两种选择:要么申请专利,要么不申请。他必定会对自己这两种行为的净收益进行一番比较以决定自己的选择。如果专利权给他带来的净收益大于没有专利权保护时的净收益,发明者就会有申请专利的激励;反之,如果专利权给他带来的净收益小于没有专利权保护时的净收益,发明者就宁可选择不申请专利。那么,发明者是如何对这两种条件下的净收益进行预期的呢?

我们先考虑发明者选择不申请专利时的情形。当发明者不申请专利权时,他避免了专利制度所要求的信息公开原则,从而可以在一定程度上对发明进行保密。对某些发明而言,采取保密的方式是非常有利的。如可口可乐饮料的配方,如果采取专利形式来独占这一发明,则只能对这一发明独占 20 年(当时的专利保护期限为 20 年)。而现在看来这一配方可能永远不会解密。并且,当这一配方一旦成为公众信息,就可能有人非法侵权,损害可口可乐公司的利益。但由于采取了商业秘密形式而不是专利权来保护这一配方,使得可口可乐公司一百多年来一直主导着这一市场。现在看来,可口可乐公司当初的这一策略选择是非常明智的。但是,对那些容易被人对原理、构造或成份进行分析并模仿的发明而言,采取保密而不是申请专利的做法则要冒较大的风险。虽然他可以通过保密暂时地垄断市场而获得一笔额外的报酬,但是不久就可能有人通过对其专利产品的分析来模仿该发明,进入市场,使该垄断利润减少甚至消失。更大的风险则在于,后来者可能采取申请专利的策略,从而使最先的发明者对发明成果的合理收益被后来的模仿者合法地占有。我国曾经有一些企业,做出了比较容易仿造的发明却没有申请专利。结果该发明被别人模仿出来并抢先申请成专利,自己不得不承受经济上的重大损失。这很不应该。当然,如果它们也能像可口可乐公司那样做好保密措施,倒也无可厚非。因此,对发明进行保密只适合那些不易被模仿,而且保密工作做得很好的发明。不具备这两种条件的发明是不适合保密而适合采取专利保护的。

如果发明者对其某项发明申请专利权,则可以在一定的期限内,在法律上享有该发明的独占权。这意味着,他可以在保护期内享有专利产品带来的市场先入的优势(在专利权人看来,这种优势是可以由收益来衡量的,包括保护期内的超额利润或者首先进入市场而带来的品牌优势等),其他人若想运用该项发明来谋利,必须经过专利权人的许可,这种许可制度也会给专利权人带来一些收益。当然,这种独占权并不能免费获得,而是需要付出一些成本的,如申请专利、打击侵权等系列活动所耗费的成本以及别人侵权给专利所有人带来的损失(一种机会成本)。如果这些成本太大,以至于与保护期内所获得的优势相抵后的净收益小于不申请专利时,而采取保密所带来的净收益时,发明者就很难有申请专利的积极性了。

总结上面的分析,我们可以看出,“申请专利权”和“不申请专利权”这两种策略的优劣不能一概而论。“不申请专利权”可以避免信息公开,但要承担很大的风险或可能性损失;“申请专利权”虽然可以受到法律的保护并获取相应的收益,但也要付出一些不可避免的成本。追求净收益最大化的发明人在考虑申请专利时,必然会对此进行一番权衡。当我们鼓励发明者将其发明申请专利的时候,我们就得考虑他申请专利的成本。

我们可以把罗纳德·科斯《社会成本问题》一文中“牛吃麦”的例子稍作变换,借用来分析上面提到的情形。在“牛吃麦”的例子中,养牛者的牛吃了农场主的麦子。假定产权上的界定是养牛者的牛能够侵犯农场主的麦子。或者说,如果牛侵犯了麦子,养牛者没有必要为吃掉的麦子向农场主赔偿,那么,会出现什么结果呢?农场主会在让牛吃麦子造成损失与修篱笆不让牛吃麦之间进行权衡。如果修篱笆的费用高于被吃掉的麦子所导致的损失,农场主与其花大力气修篱笆,不如让牛吃些麦子;如果修篱笆的费用低于被吃掉的麦子所导致的损失,农场主就会在养牛场和农场之间修一条篱笆,防止别人的牛毁坏自己的庄稼,以免带来更大的损失。

专利权就好比是一条篱笆,发明者可以用“这条篱笆”来保护自己的发明权益不受侵害,但需要支付修篱笆的费用,也就是专利申请及打击侵权的费用;他也可以不申请专利,即不需要“这条篱笆”,让别人侵犯自己的一些发明权益。他是否选择申请专利,关键在于这两种选择所花费的成本或所带来的比较利益。

我们还可以用上面的思路来分析我国专利工作中的一个问题:发明专家们为什么重评奖轻专利?这不仅仅是一个意识问题,更是一个利益问题。评奖不仅可以带来较大的荣誉,而且也能通过提高职称、扩大社会影响等渠道获得较大的收益;而申请专利则要付出较大的成本,收益上也不稳定、风险大。如果他们又不善于经营,每年得缴纳一定年费的专利对他们甚至会变成额外的负担。因此,在兼备专业技能和经济头脑的聪明的发明专家们心目中,评奖就自然重于专利了。不过,从这里我们可以引申出一个看法,那就是社会上的各种奖励可能太多、奖励太高,以至于发明者比较容易就能评上某个奖,自己也能因此有较高的收益。也就是说,评奖行为与专利行为相比,成本低、风险小而且收益高。这也难怪长期以来我国的科研与市场脱钩严重,并且一直不能得到有效地遏制。因为这种做法很可能导致为评奖而发明创造,不是为生产、为满足社会需要、提高社会的生产力而发明创造。以此看来,社会最好少依靠评奖这种形式推动发明创

造活动。社会应该转向主要依靠市场对发明专利进行奖赏。这样,不仅可以减少评奖过程中的各种腐败、不公,降低政府的公共开支,而且还可以激励发明者根据市场的需要从事发明创造,用专利这种手段来保护自己的利益。其实,最有价值的发明不是某些专家评出来的,而是通过市场的检验、由市场的需要“评”出来的。一个很有代表性的例子是喂婴儿牛奶的“环行奶瓶”,它的形状有点象轮胎。如果让专家评,这种发明肯定没有什么价值,但它的发明者将它申请专利并用它赚了大钱。在知识经济的时代,更应该依靠市场对创新做出评价。只有这样,创新活动才能发展成为一个推动经济增长与结构升级的浪潮。

三、申请专利权的成本与收益分析

(一) 专利权带来的收益

从以上的分析中可以看出,追求净收益最大化的发明人会对自己专利行为的成本与收益进行权衡,以决定是否从事专利活动。接下来,我们结合中国专利法,并对比美国专利法,考察影响发明人申请专利时的成本和收益。实际上,要通过制度创新让发明者真正成为专利行为的主体,也离不开这些方面的分析。

我们知道,在西方微观经济学的分析中,完全竞争的市场状态才被看成是有效率的,现实中的市场状态应该努力接近于这种状态;而垄断市场则被看成是破坏资源配置的效率的,垄断虽然给垄断企业带来了超额利润,但却让整个社会为此付出了成本,造成得不偿失的后果,因此,人们一般对垄断持否定态度。然而,对待专利保护所形成的垄断,人们的态度却有所不同。专利垄断企业通过对发明创造的率先运用而在市场中形成垄断优势,所获取的超额利润被看成是对从事发明创造的必要奖励。否则,人们从事发明创造的积极性被削弱了,社会进步的步伐岂不要大大地放慢?在熊彼特看来,企业家之所以进行创新活动,是因为他看到了创新带来的盈利机会。当然,创新很快为后来者模仿,使已有创新的赢利能力下降(其实也就是竞争打破了由创新导致的垄断)。企业家又只好进行新的创新活动。他认为,正是企业家们不断的创新浪潮推动着社会经济在周期性地向前发展。后来的一些经济学家们也正是从这个意义出发,认为完全竞争状态虽然完美,但从动态的角度看,社会经济的发展依然离不开一定程度上的垄断。

既然专利权可以带来超额垄断利润,那么,专利权就是一种有价资产。专利权所有人就可以将其买卖(例如专利权人将其专利出售)、租赁(专利权人允许别人实施其专利)、作为资产参与投资分红(将专利评估作为资产投资入股),也可以在此基础上进行其他的制度创新以充分实现其收益。武汉市实施的专利信托制度就是一例。

当然,专利给发明者带来的收益中,还包括专利权人预期当专利受到侵权后侵权人所支付的赔偿收入。受到侵权后的预期赔偿收入的数量取决于搜寻到的侵权者的数量和法律的惩罚力度,而且搜寻侵权者的活动以及对侵权者提出法律诉讼都需要发明人付出一定的费用。我们在后文中将详细地讨论这一点。

(二) 拥有专利权的成本

一项发明诞生后,在申请成为专利的过程中,要耗费一些成本。我们把这些成本分为两类:整个申请专利的过程中所产生的费用以及申请成功后每年交纳给政府的专利保护

费即专利保护的年费。为什么要把申请成功后的专利年费也算入获取专利权的成本里面呢?因为,根据我国专利法第四十三条和第四十四条规定,“专利权人应当自被授予专利权的当年开始缴纳年费”,如果没有按照规定缴纳年费,则“专利权在期限届满前终止。”可见,要在法定期限内保有专利权,就必须交纳年费。因此,我们把年费作为拥有专利权的成本来分析。

我们首先考察申请专利这一过程本身所需要花费的一些费用。我们知道,能够申请到专利权的发明是需要符合一定的条件的,我国专利法规定:“授予专利权的发明和实用新型,应当具备新颖性、创造性和实用性”。为了辨别哪些发明符合这些条件,从而能够被赋予专利,申请人必须对自己的发明进行恰当的描述,而审查者也必须花费精力进行资格审查。有时候,这件事会变得非常复杂。据伯利和德坎普记载,“最为精致的专利草图的申请包括从1000个侧面画的204张草图。后来的申请又添加了275个数字和613项专利申请。两个专利审查人在审查这一大堆专利申请时,精神险些崩溃。”可见,审查发明是否符合被授予专利权的标准这一过程本身需要耗费一些脑力和物质劳动。从而,通常要按照谁受益谁付费的原则对申请者进行收费以补偿这些费用。

另外,专利权人每年要交纳一定的年费。我国的年费实行累进制,如对发明专利而言,1-3年900元/年,4-6年1200元/年,以后每隔一定年限递增。此外,我国的专利保护期限是由法律固定的,“发明专利权的期限为二十年,实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年,均自申请日起计算。”以发明专利权的年费为例,保护期限为20年,那么按照现行年费收费标准,专利所有者总共要交8.2300万元钱。这是一笔不小的开支。我们设想一下,如果一项发明不能给发明者带来超过8万元的收入,发明者肯定不愿意申请专利。这又让人想起在牛吃麦的例子中,农场主宁可让牛弄损一些麦子,也不愿修篱笆在养牛场和农场之间界定界限。尤其对那些小发明而言,发明人会宁可让别人侵犯自己的发明权,也不愿申请专利来保护发明权益,因为“修篱笆”或专利权保护的费用太高了!

(三) 打击侵权的成本

一项发明,一旦被用于申请专利后,便会公开,成为公共信息。我们可以把公共信息看成是一类公共产品,这是因为它具有公共产品的两个特性:非竞争性和非排他性。我们知道,非竞争性是指一些人对一种产品的消费并不妨碍他人对该产品的消费,如天气预报这一公共信息,你听并不妨碍我听,具有非竞争性;相反,一双鞋子你穿了我就不能穿,从而是具有竞争性的产品。非排他性则是指不能或很难让别人不使用或者消费该产品。要么是做不到排他,如国防,当敌人入侵时,不能说保护某个公民而保护其他公民;要么是排他的费用非常高昂,像天气预报这样的公共信息,如果只想让付了费的人听,而不付费则无权听的话,难度会非常大,寻找偷听者并对其提起诉讼的费用也会非常大。正是非排他性的存在造成了公共产品的收费困难。专利这一公共信息同样存在着公共产品的收费难问题,也就是有人使用了专利并应该支付费用却不肯付费,而且搜寻并对侵权者提起诉讼的成本也太大,从而导致专利权容易遭到侵犯。按照目前的专利法规定,管理部门有权对专利侵权处以数万元或者几倍的罚款,因此,不论是专利所有者还是专利管理部门都有动力(或者说都受到利益的驱使)去搜寻侵权者。但就实

际来看,由于专利管理部门不是直接的利益受害者,从事打击侵权的激励不够。其结果是,专利所有者为了自身利益,不得不花费大笔费用以搜寻侵权者。此外,对侵权者提起诉讼后还需要支付费用,不过,在胜诉后这笔费用一般会由侵权者承担,败诉了则依然由专利所有者承担。

一般而言,专利权人花费越大的气力搜寻专利侵权者,打击侵权的力度也就越大,搜寻到的侵权者和相应的赔偿收入也就越多。因此,我们可以认为专利权人会在搜寻专利侵权者的费用和得到的赔偿之间进行权衡。这种看法可以用图形加以分析。

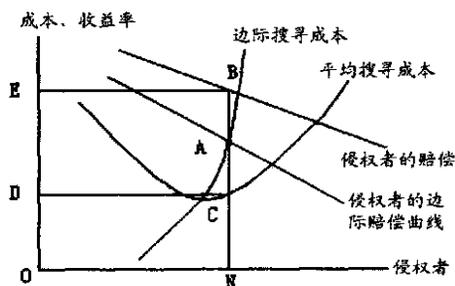


图1

在图1中,横坐标代表侵权者的数量,纵坐标代表成本与收益率。我们假定,专利所有人搜寻侵权者的边际成本随搜寻到的侵权者的数量增加而上升。如果他发现一个侵权者,那么侵权者就要对他进行赔偿。我们假定随着侵权者的数量增多,每个侵权者通过侵权获得的收益就会越小,赔偿额自然就会下降。这样一来,当边际搜寻成本曲线与侵权者的边际赔偿曲线相交时,就决定了专利权人所追查到的最优的侵权者数量。更多地去追寻侵权者会导致净利益减少,从而得不偿失。当然,专利权人获得的赔偿额等于侵权者支付的赔偿率与侵权者的数量之积,减去他的搜寻成本就是他的净收益。在上图中,就是矩形BCDE的面积。上述分析的通俗解释便是,对侵权者的打击存在一个边界,并非打击越多越好。

目前,我国专利工作的一个问题是专利的转化率低。根据官方数据,我国的科技成果转化率平均只有15%,专利转化率只有25%,专利推广率在10%~15%之间上下浮动,而日本等发达国家科技成果转化率高达70%~80%。但我们认为,官方的数据可能要比实际的专利实施数量低,因为实际上还存在着大量非法的专利实施行为。我们可以用上面的理论来对此进行分析解释。由于搜寻成本的存在,专利权人把所有的侵权者打击干净需要花费太高的成本,显得得不偿失。从而,总有一些侵权者能够安然无恙。因此,很多人放心大胆地侵权,也就是非法实施专利,并且侵权行为还可能是一个长期的过程。这样一来,不仅专利权人的利益受损,而且侵权的非法专利“实施”又不会被统计出来,结果导致官方统计数据中的专利合法转化率低。

(四) 强制实施带来的成本

“在美国,法院对强制性专利许可的裁决削弱了专利制度在界定发明的财产权方面所起的作用。”根据我国专利法中第十四条、第四十八条、第四十九条、第五十条,国务院或国务院专利行政部门可以在某些情况下对专利实施强制许可,或者说可以允许别人合法侵害专利权人的利益。因为,如果专利权人是理性的,那么对符合自身利益的事情就用不着政府来强制实施了。所以,强制实施的都是与专利权人利

益不符合的。上述四条条款还分别给出了进行强制实施的理由。第六章“专利实施的强制许可”还规定了相应的法律程序。我们承认第四十九条规定的“在国家出现紧急状态或者非常情况时”，可以强制实施专利许可站得住脚。否则，国家失去了安全，专利权也最终得不到保护；第五十条也在情理之中，它涉及到上游专利或下游专利的强制实施问题，这对新兴产业的兴起非常有利。当然，其实施细节值得推敲。其他条款所提供的理由则的确难以立足。

按照中国专利法第十四条，国有企业事业单位、中国集体所有制企业和个人的发明专利具有重大公共利益的，经国务院批准，允许指定单位实施，当然，后者也支付使用费。对此，我们的分析如下。首先注意到外资企业的发明专利不在其列，它的不公平性便显而易见。这也可以部分地解释为什么目前我国三资企业申请的专利数要高于内资企业。其次，如果像 Windows 这样的软件被赋予发明专利的话，那么，它肯定会被强制实施。这显然损害了专利所有者的利益。这是因为如果实施单位支付的使用费较高的话，专利所有者肯定能与实施者达成协议，那么用不着政府的强制实施；只有在实施单位支付的使用费较低的时候，专利所有者不能与实施者达成协议，才会出现强制实施的情形，结果自然损害了专利人的利益。此外，第四十九条也规定国务院专利行政部门基于“公共利益的目的”就可以强制许可实施。就这一条，我们可以这么认为，几乎大部分专利都对公共利益产生影响，从而专利行政部门也就可以对大部分专利实施强制许可。只要有人愿意、并成功地对专利行政部门行贿，他就可以低价地实施专利、损害专利人的利益。一个拥有这样发明的个人可能会因此选择移民，以寻求更完善的保护，从而规避了这一条款的约束。而企业则可能与外资合资，组建合资企业，然后以合资企业的名义申请专利，达到规避这一条款的目的。这也可以部分地解释为什么目前我国三资企业申请的专利数要高于内资企业。一般说来，一个发明人不会对预期中没有太多经济效益的发明申请专利，而上述两项条款的规定则可能使有巨大经济效益的发明不申请专利。

《专利法》第四十八条规定，“具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能合理长的时间内获得这种许可时，国务院专利行政部门根据该单位的申请，可以给予实施该发明专利或者实用新型专利的强制许可。”这一条款同样会对发明人的申请行为带来负面影响。如果一个专利的市场前景非常可观，具备实施条件的单位自然就多，专利权人的利益自然就越容易被合法地侵犯。说得更直截了当些，这样的条款使得专利的市场风险由专利权人承担，专利带来的利益由社会共享。哪有这样的道理呢？其结果是，专利制度就不能达到保护专利权人的合理利益的目的。发明者在申请专利时自然就有所顾忌。至于这些单位给出的“合理的条件”，本身肯定就不合理，否则，理性的专利权人会准许其实施的。

当然，我们提出这些看法，并不意味着我们赞成那些可以被推广实施的专利因为专利权人的反对而可以不被实施，我们认为应该通过经济手段而不是行政手段来敦促专利权人实施、或准许别人实施其专利。目前普遍实行的对专利年费实行累进制收费就是一个用来敦促专利实施的办法。

在这里，我们可以顺便分析一下为什么累进制年费制度可以有效地促进专利尽快实施。在累进制年费制度下，随着保护期的增加，年费增加。一项发明在产生并被授予专利以

后，最重要的事情就是实施。在开始，较低的年费可以鼓励专利权人通过各种形式，如租赁、买卖、投资入股等形式，实施其专利。也相当于政府给专利权人一笔转移支付鼓励其实施。当专利被实施以后，如果市场前景广阔，专利权人自然就愿意继续拿一笔钱来支付以后的专利年费。如果市场前景不好，专利权人可能会放弃其专利权，否则，他要支付逐年递增的专利年费，显然得不偿失；另外，对于那些持专利权待价而沽的专利权人而言，他们的最优选择是尽快实施其专利，否则，随着时间的推移，专利的市场价值将下降，而所需缴纳的年费却逐年递增。这样一来，可以减少专利的强制实施许可的可能性。

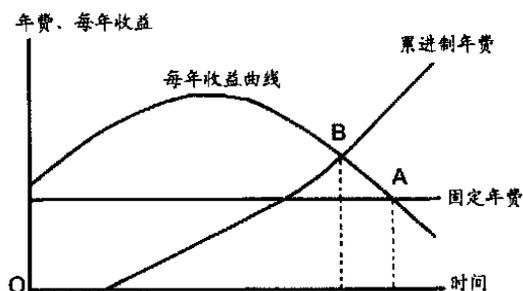


图 2

我们可以用图 2 来分析上面的看法。该图对两种年费制度下的专利实施行为进行了对比考察。图 2 中，横坐标代表发明被授予专利权的时间，纵坐标代表专利的年费和每年专利给专利权人带来的收益。与企业开发的新产品的生命周期相似，专利产品相继经过诞生期、成长期、成熟期和衰退期，因而专利的收益曲线与产品的生命周期曲线有点类同。开始它递增，达到最高收益后便递减。如果年费是固定的，那么年费由一条水平线代表。两线的交点 A 处表明专利权人的收益等于成本，因而决定了这一专利被保护的年限（注意，法律规定的保护年限是固定的，为 20 年；而实际上专利权可能中途放弃这项权利，从而实际保护年限是由专利权人自由决定的）。这样，专利权人的净收益等于专利的收益曲线与固定年费线所夹区域的面积。如果年费按照累进制收取，而累进制是这样安排的：在开始的时候少收取（这里假定不收取），几年以后开始逐年递增，那么，年费曲线是往上倾斜的。同样地，它与收益曲线的交点 B 决定了这一专利被保护的年限。而这两条线所夹区域的面积即为专利权人的净收益。如果在两种年费制度下保证专利权人的专利净收益不变，也就是说上述所提到的两个区域的面积相等，那么，累进制年费下专利的实际保护年限 OB 小于固定年费制下的实际保护年限 OA。其结果是，市场独占性的时间变短，专利权垄断给社会带来的福利损失减小。

总之，如果成本过高，而预期收益又较低，且要冒较大的风险的话，发明人就会没有积极性去从事专利行为。对某些不易被模仿、容易被保密的发明而言，不如选择商业秘密的保护形式。当然，商业秘密的保护范围是很有限的，而且会带来另外一些问题，这超出了本文讨论的范围。

上文涉及到了我国专利制度中存在的几个方面的问题。这不仅影响到了发明人的专利行为，也妨碍了专利制度“激励功能”的发挥。专利制度本来是被设计来激励发明创造的，但现在，过高的成本和不稳定的收益让人们主动放弃了它，那么，它也就谈不上发挥激励功能以及信息公开、产权打假等功能了。接下来，我们讨论对我国的专利制度的几点创

新,以充分发挥专利制度应有的多种功能。

四、启示与制度创新

(一) 增设短期专利这一新的专利权品种,为发明人的申请行为提供多样化选择。

目前,对一些只能带来小额超额利润的发明而言,获得专利的费用是较高的,这自然使一些小发明的发明者,对申请专利望而却步。有时候,我们在街头的地摊上可以看到很多颇具创新的小玩具,它们的创新并不亚于我们上面提到的环行奶瓶。从理论上讲,这些玩具完全可以被授予专利,但它们却不能得到专利制度的保护。其原因不能归咎于发明者不愿申请专利,而是申请费用太高,经营的风险太大。一般地说,这种玩具在市场上只能风行一阵子。而且,找到侵权者并对其实施打击往往不划算。在这种情况下,申请专利会得不偿失。类似的例子还很多,例如,我们常见的装可口可乐饮料的玻璃瓶,其外形设计被可口可乐公司买断,并为后者申请了专利,当时可口可乐公司购买这一设计花了一百万美元。从这些例子中我们应该改变对专利的看法,以为只有高科技的发明创造才能被看作是真正的发明创造,才有资格申请专利。我们应该鼓励那些有创新的东西申请专利。

香港就在标准专利之外设立了短期专利这一品种。短期专利的保护期限为四年,期满后以可以延期。另外,短期专利的申请程序比较简单,申请阶段的收费和年费都较低。正是这些特点使它特别适合小发明的申请。目前,我国对服装款式也实行专利保护,而服装款式从设计出来到投入市场,然后被别的厂商模仿,最后从市场上退出是一个非常快的过程,特别是女装款式,往往只有一两年的时间。这就对专利审批的速度提出了较高要求。因此,笔者认为,在我国大陆开设短期专利品种是很必要的。

(二) 为打击侵权,任何第三方都有权对侵权者提出诉讼,并获得补偿分成。

通常有两种方式被用来搜寻专利侵权者,这两种方式都要付出一定的成本。一种方式是,一些公司设置专门的部门来负责寻找侵权者。但是这种方式通常存在这样一个难解决的缺点:面对隐藏各地的真真假假的侵权者,专门靠部门的力量还不够,但如果增加该部门的力量,却又造成部门过于庞大,成本上升,显得得不偿失;另外一种寻找侵权者的方式是,对社会上举报专利侵权的人进行奖励,这种方式可以动员公司外的力量对侵权者进行搜寻。这时候的成本就是对举报者的奖励。看起来,后一种方式的成本似乎要低些。但是,这种方式依然存在着一个难解决的缺点。公司在将奖励授予举报者之前,必须弄清楚被举报者是否真的侵犯了权,也就是要弄清楚举报是否真实。否则,就是对任何举报者都进行奖励,会造成人们随意举报,以谋取奖励,给公司带来麻烦。但是,在调查清楚侵权真相后,公司又很可能违约,即不对举报者实施奖励,这意味着举报者预期中的奖励是有很大的违约风险的,从而抑制了举报者的积极性。其实,举报者提供的线索是一种用来与公司交换奖励的信息,而“信息”这一产品在被用来交易时,往往遇到难以避免的交易成本。上述两难困境也正是由于交易成本(这里是查清信息真假的成本和对真实信息不进行奖励的风险成本)的存在造成的。正是上述这种状况限制了用举报方式来寻找侵权者的有效性。如何设计出一种有效的制度安排,来降低搜寻侵权者的费用呢?下面的这种方案克服了上述两种打击方式的缺陷。

本文提出的这方面的改进方案是:任何第三方都有权对侵权者提出诉讼,并且他在提起诉讼的侵权官司胜诉后,有权从侵权者支付给专利权人的赔偿费中获得一部分分成收益。其中,分成的比例应该是由法律事先规定好的。这种做法既可以避免专利权人对举报者的奖励进行赖帐,又可以令举报者的活动转变成为一种有付出也有回报但也要承担一定风险的行为,使得打击专利侵权活动的主体由专利权人变成社会上任何一个知情人,从而加大了对专利侵权的打击力度。当然,这一新的制度安排需要法律对相关各方的权利义务进行明确的界定。

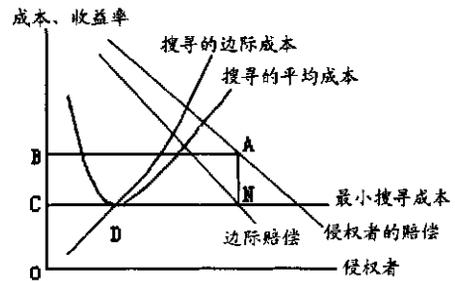


图3

对专利权人而言,由于有了众多的人愿意来代他打击侵权,从而可以省去亲自去打击侵权的大量成本,特别是在他没有足够的人力、物力的情况下,这种制度显得更为有效。

我们可以用图3对这一制度创新进行分析。我们假定有很多人参与搜寻侵权者,他们每个人搜寻的边际成本曲线与搜寻的平均成本曲线是相同的,并在上图中表示出来。这两条线的交点D决定了每个人搜寻的最小平均成本,也就是每个人每打赢一件官司后的长期均衡收益。这是因为,当现实收益低于这个最小平均成本时,搜寻者得不偿失,他将退出搜寻的行列;当收益高于这个最小平均成本时,有更多的搜寻者参与进来,使得平均收益下降,直至这个长期均衡收益。这类类似于完全竞争市场的长期均衡下,市场价格等于边际成本等于平均成本等于边际收益。在实行“任何第三方都有权对侵权者提出诉讼,并获得补偿分成”这一新的制度安排下,搜寻者的这个长期均衡收益可以看成是专利权人支付给每个参与搜寻侵权者的长期均衡成本。我们依然假定侵权者的平均赔偿是个递减的曲线,从理论上讲,这条曲线与最小成本线或长期均衡收益线(是一条水平直线)的交点决定了搜寻到的侵权者的最大数量,超过了这个数量就有人得不偿失。不过,专利权的目的是不是尽可能地去追寻侵权者,而是为了从侵权者那里获得赔偿最大。如果他尽量搜寻侵权者,并经济地找到了他所能找到的,那么,专利权人尽管发现了这么多侵权人,但他的净收益却为零。因为此时每发现一个侵权者的平均收益等于平均成本。可是,如果他适当地减少一些搜寻,他的净收益甚至会大于零,因此,他不会去追寻过多的侵权者。那么,他究竟搜寻到多少侵权者才是最优的呢?由于专利权人是其专利的垄断经营者,因此,他按照边际收益等于边际成本来追求打击侵权行为的利润最大。他的边际成本曲线是那条与最小成本线重合的水平线,也就是每找到一个侵权者,他所支付的费用不仅最小,而且不变。与需求曲线可以决定一条边际收益曲线类同,侵权者的赔偿曲线可以决定一条边际赔偿曲线。这样,后者与最小搜寻成本曲线的交点N就会决定最优的搜寻数量。上图NA表示每个被搜寻到的侵权者给专利权人带来的净(下转第42页)

注释:

伯利、米恩斯:《现代公司与私有财产》,中文版,68页,台湾银行经济研究室,1981。

La Porta, R., Lopez - de - Silanes, F., Shleifer, A., 1999. Corporate Ownership around the World. *Journal of Finance* 54, 471 - 517.

La Porta, R., Lopez - de - Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R., 2000. Investor Protection and Corporate Governance. *Journal of Financial Economics* 58, 3 - 27.

《切断大股东“抽血”的管道》,载《证券时报》,2002 - 01 - 14。

童驯:《从 71 份公告看大股东占用资金》,载《上海证券报》,2002 - 03 - 22。

参考文献:

1. 钱颖一:《企业的治理结构改革和融资结构改革》,载《经济研究》,1995(1)。
2. 伯利、米恩斯:《现代公司与私有财产》,中文版,台湾银行经济研究室,1981。
3. 何浚:《上市公司治理结构的实证分析》,载《经济研究》,1998(5)。
4. 费方域:《企业的产权分析》,上海,上海三联书店、上海人民出版社,1998。
5. 玛格丽特·M·布莱尔:《所有权与控制——面向 21 世纪的公司治理探索》,中文版,北京,中国社会科学出版社,1999。
6. 陈宗胜、周云波:《非法非正常收入对居民收入差别的影响及其经济学解释》,载《经济研究》,2001(4)。
7. Barca, F., 1995. On Corporate Governance in Italy: Issues, Facts, and Agency. Working Paper.
8. Shleifer, A., Vishny, R., 1997. A Survey of Corporate Governance. *Journal of Finance* 52, 737 - 783.
9. Claessens, S., Djankov, S., Lang, L., 1999. Who Control East Asian Corporation. Policy Research Working Paper 2 054, The World Bank.
10. Claessens, S., Djankov, S., Fan, J., Lang, L., 1999. Expropriation of Minority Shareholders in East Asia. Unpublished Working Paper, The

World Bank.

11. Claessens, S., Djankov, S., Lang, L., 1999. The Separation of Ownership and Control in East Asian Corporations. *Journal of Financial Economics*.

12. Franks, J., Mayer, C. and Luc Renneboog, 1997. Capital Structure, Ownership and Board Restructuring in Poorly Performing Companies. Working Paper, Catholic University of Leuven.

13. Jensen, M., Meckling, W., 1976. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics* 3, 305 - 360.

14. La Porta, R., Lopez - de - Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R., 1998. Law and Finance. *Journal of Political Economy* 106, 1 113 - 1 155.

15. La Porta, R., Lopez - de - Silanes, F., Shleifer, A., 1999. Corporate Ownership around the World. *Journal of Finance* 54, 471 - 517.

16. La Porta, R., Lopez - de - Silanes, F., Shleifer, A., Vishny, R., 2000. Investor Protection and Corporate Governance. *Journal of Financial Economics* 58, 3 - 27.

17. Marco Pagano, Ailsa Roell, 1998. The Choice of Stock Ownership Structure: Agency Costs, Monitoring, and the Decision to Go Public. *Quarterly of Economics*, 2, 187 - 225.

18. Morck, R., Shleifer, A. and Vishny, R., 1988. Management Ownership and Market Valuation: An Empirical Analysis. *Journal of Financial Economics* 20, 293 - 315.

19. Shleifer, A. and Vishny, R., 1986. Large Shareholders and Corporate Control. *Journal of Political Economy* 94, 461 - 488.

20. Zingales, Luigi, 1994. The Value of the Voting Right: A Study of the Milan Stock Exchange. *Review of Financial Studies*, VII, 125 - 148.

(作者单位:吉林大学数量经济研究中心博士生 长春 130012
吉林大学商学院博士生 长春 130012)
(责任编辑:Q)

(上接第 26 页)收益,因而总的收益就相当于矩形 NABC 的面积。此时,BC 与 OC 之比便是打击者和专利权人之间的分成比例。在本文所提出的这一新的打击侵权方式下,专利权人在不亲自打击侵权的情形下,也能坐享侵权者们的赔偿;而受到利益驱动的打击者们在对侵权者们的诉讼成功后,也能从侵权者那里得到一部分赔偿,作为对其打击行为的回报。此时,所打击的侵权者的数量也比以前增加了。因为,如果只能由专利权人一家来搜寻侵权者的话,那么,就只能由搜寻者即专利权人的边际成本和边际赔偿曲线决定所打击的最优数量。

另外,为了有效地打击侵权,我国新专利法第五十七条规定:“专利侵权纠纷涉及新产品制造方法的发明专利的,制造同样产品的单位或个人应当提供其产品更新换代制造方法不同于专利方法的证明。”这种“被告方举证”的做法有利于降低被侵权人的诉讼成本;此外,美国专利法还规定,对那些明知是侵权产品而仍然购买的,也要和侵权者一起共同承担侵权责任。这种制度也可以被借鉴过来。

(三)对专利权作资本式运营

既然专利权是一种可以带来收益的资产,就应该准许专利权以资本的形式自由运作,减少对其运作的各种人为限制,以鼓励建立在专利权基础上的各种“金融创新”。这样一来,在成本不变的情况下,专利权人就可以通过专利权运作来获取更多的收益,从而,专利带来的净收入提高,对发明者申请专利构成了有效的激励。武汉市规定,职务发明人可以从专利权转让许可净收入中提取不低于 30% 的报酬;以专利权入股的,职务发明人可获得不低于专利股权收益 30% 的收

益,这些都可以有效地激励发明创造和申请专利保护。

(四)对侵权者的处理

我们对侵权者不应该采取一棒子打死的做法。如果侵权的企业本身能够在市场上存活下来,那么它就具备了一定的经营条件,有一定的销售渠道和市场开发能力。只要产品合格,满足了社会需要,占领了市场,就不能因侵权而取消其生存的资格。我国专利法第五十八条规定,侵权者在对专利权人支付赔偿费用后,还得向专利部门支付大笔罚款,一些单位可能会因此而关门。虽然侵权者是应该受到惩罚,但对其侵权行为打击过大,令其在市场上无法存续下去,似乎并不是最好的解决问题的办法。因此,我们应该尽可能地协调专利权人与侵权人,让他们达成谅解协议,通过让专利权人以专利权入股等各种方式来协调利益冲突。这样一来,侵权企业可以合法地继续经营,从而会进一步地促进专利权的合法实施。当然,如果的确难以达到谅解的话,侵权者只能停止侵权活动。

注释:

张五常:《经济解释——张五常经济论文选》,387~398、344、348页,北京,商务印书馆,2001。

Coase, R., 1960. The Problem of Social Cost. *Journal of Law & Economics*.

辜胜阻:《新经济的制度创新与技术创新》,108页,武汉,武汉大学出版社,2000。

罗志如、范家骥、厉以宁、胡代光:《当代西方经济学说》(下),566页,北京,北京大学出版社,1989。

(作者单位:武汉大学商学院 武汉 430072)
(责任编辑:N)