

专利的价值及其运营

王 岩

内容提要：专利的财产权通过公司在市场中的经济活动体现经济价值。权利主体的公司化和信息成本上升对专利的价值呈现影响巨大。应当从专利、技术和公司三个层面认定专利价值，而决定价值量的是专利在产品化过程中的投入量和风险承担。基于价值的专利运营将有利于社会对创新的投资，应当大力鼓励发展。但前提是，法律对专利权人的利益保护必须基于对其价值的合理判定，在保护权利的同时，遏制权利的越界滥用。

关键词：专利 技术 公司 价值类型 价值量 专利运营 非实施实体

Abstract: The property right of patent is realized mainly through market activities by companies that own patents. The facts that companies have become major owners of patents and the increase in information cost greatly impact the value of patent. Therefore the value of patent should be determined taking into consideration of three elements, namely patent, technology and company; whereas the patent value is determined by the input and risks undertaken in the process of industrialization of patent products. Value-oriented patent operation helps to attract investment to innovation by society, and should be encouraged. However, legal protection of patent owner's interest should be based on reasonable determination of patent value. While protecting patent right, it is also important to prevent the abuse of it.

Key Words: patent; technology; company; value types; value quantity; patent operation; NPE

从法律视角看，专利是私有财产，关注的重点在权利确定和权利保护；从经济视角看，专利是私有财产转化而来的个人或公司资产，关注的重点在公司运营所得到的资产增值。专利为什么有价值？价值量如何决定？何为专利的运营？价值一词包涵多重意义，本文主要从法律和经济学的角度，对专利价值进行阐述。

一、专利、技术和公司

（一）专利的价值涵义

专利的财产权包括所有权和许可权。这些权利可以在市场上交易，市场交易价格体现了交易双方对其价值的认同。相对于有形交易物，专利财产权需要得到法律更有力的保障，其经济价值才具有稳定性，才可能成为商品进行交易，才可能通过市场实现知识资源的最优配置。保障即意味着侵权行为被禁止和侵权损失得到赔偿。

越来越多的人认识到，专利的价值不仅是财务报表上静止的数字，也没有全能的评估机构能够准确评估。专利的价值更多是交易双方“谈”出来的，是法官“判”出来。但法官及交易者，又根据什么来认定专利的价值？如果不能依赖会计师的核算，评估师的数学模型，甚至现代大数据，当然也就不能全依赖交易双方的直觉，依赖法官的自由心证。专利的价值认定必须基于对其本质规律的认识。

专利是技术发明中的创新点，法律赋予其垄断权利，通过专利实施使创新投入得到足够的回报，从而激励进一步的投入。专利的产生，来自于发明人的创造性活动。从事这样活动的人，需要基本的生活条件和工作条件，需要未来价值预期的激励。若不能衣食无忧，则发明人不能安心从事发明；若没有基本技术创新条件，没有与技术圈内信息和人脉的分享、碰撞、启迪，则发明

创新就缺乏起点、高度和广度；如果没有未来的价值预期，则发明人难以有持续的激情，而激情是一切成功之母。

这一切都需要经济上的投入，即“花钱”。经济学的基本概念是：投资回报的价值高低取决于投入量和承担的风险。生产一个产品，投入越多，承担的风险越大，产品的市场价值就越高，投资者的回报就应该越大。专利并不是能直接满足消费需求的产品。对专利的投入，是为了通过专利技术的使用，生产性能更好、卖价更高或成本更低的产品，以获得超额商业利润，这是最基本的专利价值体现。专利作为财产权利^①，本身也可以进行交易。交易价值最终也基于上所言，即专利能够更高效地生产产品为权利人带来经济效益。

在现代市场经济社会，专利看似一个怪兽，要么微不足道，要么跋扈嚣张，更时常想要脱离技术，脱离早先制度设计的轨道。专利带来经济效益的方式产生了多种变异，更引发价值领域的诸多理念混乱。

首要原因是，自然人发明家已不再是专利权最重要的主体，现代的专利权人主要为法人即公司。公司是专利的拥有者，也是专利技术的使用者、传播者和价值实现者，专利、技术与公司这三者已成为一个有机整体。孤立地讨论专利，势必陷入盲人摸象式的困境。公司在市场中有极其复杂的商业行为，例如，公司投资专利可能并不是为了技术提升和产品生产，而是为了获取政府资助、提升公司品牌以扩大销售、包装美丽故事以融资等其它目的。

另一个重要原因是，由于专利数量的急剧增加，信息量爆炸式膨胀，使得价值的判定、技术的传播、权利的分享，均产生了高昂的成本。专利信息虽公开却让人难以搜索到，专利权的许可事实上因没有渠道成为不可能，专利诉讼因分析成本高昂企业宁愿选择和解而不是维权，后面要谈到的Patent Troll会前赴后继挑起专利诉讼而不顾败诉的可能……这些都是因专利信息成本高昂而影响各方经济利益的例子。

这两大因素深刻影响了专利财产权利的行使，使得全面理解专利的价值涵义，并梳理专利、技术及公司的关系，变得至为重要。

（二）专利与技术的关系

专利是针对技术发明中的创新点法律赋予的垄断权利。专利是因技术而存在的，但专利并不代表技术的全部。技术，人皆言之，理解各异。一种专业角度的定义认为：技术是实现人之目的的一种手段；技术是实践和元器件的集成；技术是在某种文化中得以运用的装置和工程实践的集合^②。

技术是人类社会财富创造最重要的动力。技术可以被私人主体（自然人或法人）所拥有，也可以被公有。技术私有与公有的差别在于，前者拥有未公开信息，或虽公开但受到私权保护的信息，而后者没有。这里的公开信息即专利，受法律保护，未经许可不能使用。技术包含的未公开信息，即通常所称的“knowhow”（“专有技术”或“技术秘密”），不为他人所知。如果专利到期，技术秘密也公之于众，则该技术就是公有技术，成为社会公共物品（the commons^③）。包含专利的技术，本文中称为“专利技术”。一项技术可能是专利技术，也可能不是，即它可以有、也可以没有专利，但一定有技术秘密knowhow，否则就成为公知（公有）技术。

WTO将技术秘密列为与专利、商标、著作权并列的知识产权（intellectual property）的“四大支柱”。因此在技术领域，“知识产权”往往就是“技术”的同义词，两者经常互用。Knowhow主要包含在技术的实施方法之中，这些方法可能写在纸面（或其它信息介质）上，更常保存在技术掌握者的脑海中。拥有技术中knowhow的人，往往在实际中更有价值。因直接窃取Knowhow为非法，而人脑中的技术记忆和实施经验，在专利和技术秘密的范围之外，即可以用“记忆抗辩”应对可能的侵权指控，帮助企业经常采取更直接的“挖墙角”，或者收购兼并的方式获取技术^④。

① 李琛：《论中国民法典设立知识产权的必要性》，载《苏州大学学报（法学版）》2015年第4期，第75-82页。

② W. Bryn Arthur:《The Nature of Technology: What it is and how it evolves》（技术的本质：技术是什么，它是如何进化的），浙江人民出版社2014年4月第1版，第26页。

③ 埃莉诺·奥斯特洛姆：《Governing the Commons》，另根据新英汉双解词典的解释：The commons: a resource that everyone can use but no one owns.（人人能使用，无人能拥有的资源）。

④ 当法律对专利等制度无法保护的挖墙角、模仿等行为进行更强有力的规制时，企业就会通过收购兼并来获得技术，如微软反垄断案之后的高新企业大规模收购，腾讯“3Q大战”之后的中国高新企业的收购案也大幅增加。

在当今强调知识产权、突出专利重要性的社会环境下，需要清楚以下几点：

其一，有发明不等于有专利。这一点已经被广泛认同。发明是人类智慧火花产生的成果，它既要基于前人的智慧积累，也需要创新思维的灵光一闪，更需要基础的物质条件。发明要获得专利权，除需要研发投入外，还包括确定权利、主张权利、维持权利过程中所发生的各种费用投入。

其二，有专利不等于有技术。专利是技术创新点，它只是技术方案中的公开信息部分，通常并不能代表完整的技术。专利可以在试验室阶段被验证，其后的中试和规模化生产则具有很大的不确定性。技术实现的关键点常不在于公开的专利，而在未公开的knowhow（这在机械化工材料等领域尤其突出）。买了专利却做不出产品的例子，比比皆是^⑤。

其三，技术不等于产品。一个成熟的专利技术通常还不足以独立支撑一个产品。除了药品等特殊行业外，大部分产品通常需要多个技术。现代产业的特征是通用性、交互性和标准化，如通讯、计算机、高端制造等，形成了大量的标准化技术，其中包含数量不等的核心专利群。一款电子产品（如手机）动辄涉及成千上万的专利，无法由单一专利权人提供，势必需要使用别人的专利。

其四，产品不等于市场成功。这是一个商业常识。商海风云让无数技术牛人在折戟沉沙之后才明白：技术不是一切，专利就更不是。商业运行变数无穷，错综复杂，即便一款产品做出，也不意味着能实现商业化销售；产品即便能够商业化销售，也不意味着商业上的成功。公司的经营管理、公司的资产质量、资本的力量，才是更为决定性的因素。

专利运营公司如今大量涌现，同时更需看到，全球范围内以技术研发为主业的公司已相当成熟，如美国的高通公司，加拿大的Westport Innovation公司，其主营业务就是技术许可。技术许可的核心是知识产权的交易，包括专利权许可和技术秘密权买卖，同时，转让方通常要还提供相关的技术服务。

（三）专利、技术与公司经营的关系

创新来源于前人的积累和天才的火花。专利是法律为技术创新点设定的私有财产权。权利人通过实施、许可、转让等财产权利的行使，使创新点发展成为完整的技术，让使用技术的公司能有更好的产品生产，赢得市场，创造社会财富。推动这一过程的是资本，是公司。只有公司，才能获得资本，集聚资源，通过对人力和财力的投入，支撑专利和技术的创造与实施。专利和技术只有成为公司资产的一部分，通过与其它资产结合，形成产品销售，为公司带来收益，才能最大效率地实现价值。

“知识产权制度鼓励创造发明”这一观念之所以遭到学者质疑，是基于发明者的个人属性来论证的^⑥。如今，技术发明除了个人的天才灵感之外，更多地需要组织化的群体活动——即企业活动——才能完成。全社会自由创新的文化氛围，是天才之火得以闪现的根本；使天才之火熊熊燃烧形成燎原之势的，则是知识产权制度、公司运营、与社会投资三者的共同结合。谁来为创新投资？通常是，政府通过高校与科研院所（“学研机构”）对基础研究投资，公司对产品研究投资，社会投资机构（包括天使投资与风险投资，也包括专业领域的大公司）对新的创新者投资。

一个国家的创新水平最终取决于投入的程度，构建整个社会的创新投资生态体系是当务之急，其根本在于对知识产权的保护，而有效保护的核心在于对财产权价值的界定。

二、专利相关的价值概念

这里所指的价值是主要是经济学的含义，特指以货币单位衡量的经济价值，它体现在公司财务报表、交易合约、市场价格体系中。如前所述，专利、技术和公司运营是一个有机的整体，专利有关价值也应包括三个层级：

（一）专利价值

这里指专利价值的狭义概念，即指企业账面上的专利资产的价值。专利资产可以通过外购与自创两种形式获得。

^⑤ 根据对浙江某专利交易中心的调查，每年交易的为数不多的专利中，相当大一部分都会产生因购买者按专利做不出产品而与转让者产生纠纷，需要通过后续的技术合作去解决，其中又有相当部分最终无法在技术上解决。

^⑥ 李琛：《知识产权法基本功能之重解》，载《知识产权》2015年第7期，第3-9页。

如果外购,其专利价值就是购买支付的成本。自创则较为复杂。按照会计规则,一个公司一年的技术研发投入,一部分可以形成资产对应未来收益,另一部分则成为当期费用。形成资产的部分很难直接核算到某专利或某技术名下,笼统列为“开发支出”。专利权获取所发生的直接费用(如专利撰写费、申请费、维护费等),则列入公司的“无形资产”中,但通常也没有明确标明这是专利资产^⑦。例如,2014年12月31日中兴通讯公司账面上,无形资产为13.6亿元,具体分为软件、专有技术、土地使用权、特许权四部分。专利资产应包括在特许权(6867万元)中,数额相对不大;开发支出总额达34.8亿元之多,但只粗略分为“手机产品”和“系统产品”,并未能具体核算到专利类的知识产权资产^⑧。

由于专利等知识产权资产的稳定性弱,它可能今天优质,明天就劣质甚至无效(如专利被无效或技术过时),现行的会计核算制度难以明确清晰地列出其价值,但这显然不能适应现实的需求,需要改进。

资产是公司拥有的能带来未来收益的各种资源。公司的研发投入中被核定为资产的部分,即认定它能为公司带来未来收益。专利资产实现收益的途径包括:实施专利以生产产品(生产型企业),许可他人实施获取许可收入(研发型企业),这是专利制度设计的理想方式。但当专利成为公司资产后,公司复杂的商业运营导致其专利实现收益的方式多样化。资产可以购入,也可以卖出。专利资产同样可以转让、许可、作价投资、质押融资。当交易发生时,专利价值在账面金额之外,会体现出新的交易价值。

(二) 技术价值

技术是公司的重要资产,它包括了专利等资产,很难在公司的资产表中清晰列示其价值。从市场交易的角度,技术是比专利更能独立存在的交易商品。有的技术(特别是标准化的技术)主要体现为某个专利或专利包,如药品,如某技术

的基础专利^⑨。更多的技术则除包含不同的专利之外,还有大量的knowhow,并且离不开特定人员的服务。有技术,才能做出产品,光有专利则往往不行。

技术被他人非法使用,即被侵犯知识产权,一般包括三种情况:一是未经许可使用了技术中的专利,这由专利法规制;二是窃取技术秘密,这由反不正当竞争法和刑法规制;三是非法挖角技术人员,这由合同法和反不正当竞争法规制。在技术交易时,在法官对技术侵权裁判时,对技术价值的判定首先要看其在公司资产中所占的比重,前述的专利资产价值、研发支出都是技术价值的一部分。技术秘密和技术人才资源则大多无法在财务报表中直接反映,需要交易方特别是买方以及司法协助机构做全面的尽职调查以及用成本法、收益法、历史及市场对照法等多种方法深入分析确认。

公司拥有的技术来自外部获取或自身研发。公司可将技术投入产品生产,或将其许可他人获取收益,或用于保护经营安全,甚至可能雪藏以避免竞争者使用,完全取决于公司的经营需要。

(三) 公司价值

公司的账面价值,就是财务报表上的公司净资产价值。最终的公司价值,则由公司股权的市场交易决定。账面价值与市场价值之间有一个差额,笔者称之为“交易增值”^⑩,即:公司市场价值=公司账面资产净值+交易增值。

再以深圳中兴通讯公司为例,其年度报告显示,2014年12月31日的公司账面净资产为249亿元。2016年1月28日的市值为576亿元,交易增值为账面净值的2.3倍^⑪。

现今的公司资产中,有形资产比重下降,无形资产特别是知识产权资产的比重上升。大量的“轻资产公司”公的核心资产(包括专利、技术价值、关系网络等)无法在财务报表上体现,其价值更多地需要由市场股权交易确定。典型的轻资产公司深圳腾讯公司,其2014年12月31日的账面净资产为821亿元(大部为现金),2016年1月

⑦ 根据会计核算的规则,公司的每年的研发投入在满足相关的条件下,一部分以“开发支出”进入资产项下,其余作为当期费用支出。详见2012年《企业会计准则》。

⑧ 参见中兴通讯公司年度报告, <http://www.zte.com>。

⑨ 深圳朗科公司上市时,其U盘专利许可收费是公司当时主要的经营模式,参见<http://www.netac.com.cn/>。

⑩ 王岩:《知识产权资产——从法律到经济的枢纽概念》,载《知识产权》2013年第7期,第3-8页。

⑪ 中兴通讯公司的2015年度报告尚未公布,此处采用其2014年度报告中数据。市场价值则采用了2016年中深圳证券交易所的实时数据。

28日的市值为11499亿元，交易增值达账面净值的14倍^⑫。相比中兴通讯而言，市场给予腾讯公司更高的定价。

轻资产公司的核心资产往往无法用传统会计方式表达，需要借助资本市场的交易定价机制。我国的主板、创业板、新三板到“四板”就是以公开市场的方式给公司定价，特别是能给轻资产公司包括专利在内的知识产权资产定价，这将大幅促进知识产权的交易。

（四）价值量的认定

定价就是价值量的认定。从前面的划分即可看出，专利、技术、公司，其价值是逐层包含的关系，即专利价值包含于技术价值之中，再包含于公司价值之中。交易方以及法官，应该基于什么原则来认定各价值的大小而不引起混淆呢？

如果一个公司只拥有研发出来的专利别无其它资产，其专利并未形成完整技术，没有经过产品生产和市场销售的考验，则不存在技术价值，市场也不会给出该公司高的估值。对这样的公司，其专利资产的价值就是公司价值。大多数的NPE（No Practice Entity）就是如此如果一个行业的领先企业经历了产品生产、市场份额占有、行业市场标准建立的全过程，则其拥有的专利、形成的专利组合（包）通常就代表了一个领域的技术，就可能有很高的市场估值。2012年，加拿大的“北电专利”拍卖最终的价格达到45亿美金，就是典型范例。如果这六千件专利直接来自大学研究机构的实验室，没有得到行业和市场的认可，绝无可能得到这样的定价。这是因为，从专利到技术到产品，从市场领先到行业标准主导，这一过程需要大量的人力和财力的投入，一路艰辛，道远且长，风险无数，最终存下者，凤毛麟角，其价值当然高昂。

小公司大多数需要通过公司资产和股权的转让，让更有实力的投资者不断接盘，继续前行。技术的高风险性使得企业在市场竞争中有生有死，每一阶段的投资者都期望获利，都需要承担风险。在一个自然的生态圈中，阳光下，万物野蛮生长，不断选择，优胜劣汰。整个社会因此而充满创新活力，创新财富快速增长。这一体系在美国运转得最为成功。其关键点在于，通过对知

识产权的有效保护，使其成为独立的生产要素，由市场驱动要素的配置，形成对发明创造的社会化投入。

知识产权的有效保护主要体现在对其财产权利的价值确定、侵权禁止和损害赔偿。权利人每向市场化的方向前进一步，都意味着更大的投入，承担更大的风险。投入与风险的计量，决定权利价值的大小。按此理念，某个权利人如果从未将其专利做成产品销售，或者从来没有获得相称的许可收入，其专利价值就应以其获得成本为基础计算，它若向成功做大的企业索要超过这一价值的侵权赔偿，甚至提出禁令，于法于理便不成立。同理，某个一直在做许可、做产品、做市场的公司，一旦被侵权，损失则应按整个公司的价值损失来计算，其数额再高也有道理。如苹果对三星的专利侵权赔偿判决达到10亿美元，法官就是以苹果巨大的销售额为基础计算的。

这样的逻辑是否将导致财富分配更向富者倾斜，不利于社会公正？事实上，在市场充分交易时，大公司看似在整个价值链上获取最大，但其承受的投资风险也最大，受到的监管也最严厉。一旦投资失败，大公司也会陷入灭顶之灾。市场分配资源的机制相对仍然最公平。

如果不能正确区分专利价值、技术价值与公司价值，专利权人的价值诉求就可能越界，使得社会的价值分配理念产生混乱。NPE及专利运营领域就是这种混乱的典型例子。

三、专利运营和NPE

（一）专利运营的主体和行为

专利运营包括权利许可、权利转让、权利担保等，通俗而言就是专利权及其衍生物的市场交易。侵权诉讼本来是运营的最后保障，现却似成为主要的获利方式。专利运营的主体如果从其商业模式划分可能有如下几类。

第一类，既做研发获得专利，又将研发成果用于产品生产，并通过专利保护自己，这是一般人心目中完美的生产型企业，如华为等。完全的“自主知识产权”通常是不可能的，这些企业的产品生产需要获得许可使用他人的技术，自己的专利也可以许可他人或进行交叉许可。

^⑫ 参见腾讯公司年度报告，网址：<http://www.tencent.com>。

第二类，只做产品生产，不做技术研发。这种公司的产品要么是没有技术含量的大路货，只能靠低价竞争，要么是采用了他人的技术，但未经许可。我国大多数企业属于这类。未经许可使用他人专利技术的企业一旦长大，很容易成为侵权诉讼的目标。

第三类，只做技术研发不做产品生产，这是纯研发型公司，其商业模式就是通过专利和技术许可盈利实现持续经营，如美国的高通公司、加拿大的Westport Innovation公司等。大多数科研机构也可算此类，虽做研发，但由于没有盈利的压力，其技术许可的效率往往较低。这类机构严格意义上不属于NPE，因为它有研发活动。

第四类，既不做技术研发，也不做产品生产，但通过投资购买，拥有某专利或某专利组合，期望通过许可他人获利，这就是NPE，如美国的IDC等。NPE中那些只拥有个别专利且没有善意的许可记录，想只通过诉讼他人获利的商业组织，就是所谓的Patent troll（专利流氓、海盜、妖怪、蟑螂第）。

上述四类主体中，除了不拥有专利的第二类以外，其它三类都可能以各种形式从事专利运营。

第一类主体就是人们心目中完整的现代企业，不必多说。

第三类主体通常以研发为主，其中的商业研发公司势必关注专利许可或转让，以求获利生存。而国有科研机构则缺少这种动力，需要通过类似《促进科技成果转化法》^⑬及国有资产管理方式的改变进行激励。

第四类主体的来源相对复杂。大企业的知识产权部门往往率先积累了本行业专利运营的能力（如IBM、华为等），如果公司下达利润指标，它就会成为一个运营专获利的内部利润中心。随着社会分工的发展，这些人员或机构可能就会分离出来成为独立的公司，从事专利投资和运营^⑭。律师、评估师、专利代理所以及商界各色人等，近年来都有意从事专利运营，相关机构大量涌现，这些都可以看作NPE。

（二）NPE 权利主张的正当性

针对NPE做专利运营，各方的质疑是：其买专利的目的是什么？如纯为诉讼获利，法律上是否具有正当性？从财产权的角度看，企业自己研发的专利与NPE收购来的专利，在法律本质上没有区别。NPE只要一直在为其专利积极寻找许可对象或买家，通过许可或转让获取收益，这样的专利运营无可厚非。

“使用专利应当付费”是专利运营的前提，但当前社会，这一文化尚未普遍形成。如果使用专利却拒绝付费，当然只有诉诸法律。而NPE的诉讼常被认为“合法不合理”，原因何在？

首先，NPE的请求赔偿金额往往大大超出其应该所得。本文前面已经对专利相关价值进行了分类界定，NPE拥有的仅为前述的“专利价值”，却要求从被诉侵权方的“公司价值”中获得一大部分，付出与索取不成比例。如不能区分这一差别，法官无从进行合理的裁决，社会难以对NPE有正确的评价。

其次，从权利保护的成本角度，NPE对企业的正常经营增加了额外负担。专利侵权与否不是一眼就能看出，需要很高的分析成本。被诉者应诉、侵权分析、法律裁定，都要耗费大量社会资源。NPE的诉讼虽然并不一定胜诉，但其经营成本与规模化企业相比不在一个层级，后者的应诉成本（包括法务人员工资和律师费等）将大大超过前者，即便法院裁定胜诉，所获赔偿额也远不能抵消。这就使企业陷入两难的境地：被控侵权，不能不应诉，否则将影响正常经营；而无论胜诉与否，都将在时间和金钱上付出巨大，得不偿失。而NPE即便没有起诉成功，也没有太大损失。因此，权利之争事实上演化成为经济上的博弈，对规模企业很不公平，也让社会形成了NPE诉讼干扰企业正常经营的印象。

本文认为，NPE权利诉求的正当性，应当建立在三个条件之下：其一，有效公开。表达出充分公开的善意，除了在国家专利局的公告板上公开外，还应在专门的分类网站上公开。其二，在先的许可报价与交易纪录。在公开的同时，要有

^⑬ 由中华人民共和国第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议于2015年8月29日通过，自2015年10月1日起施行。

^⑭ 例如，2013年，富士康的专利部门分拆成为了赛恩倍吉科技顾问有限公司（SBP）。

善意的许可承诺和合理许可报价，并有与之相称的成功记录。其三，不滥用专利权构筑的垄断地位，包括承诺遵守公平合理无歧视原则。

如果NPE不积极履行信息充分披露及许可转让义务，而只是在等待他人实施专利取得成功才提出诉讼，要求分享成果，这样的行为其正当性让人质疑。因为前面讲过，从专利到产品到市场，需要持续投入经历各种风险，多数先行者的牺牲才有少数的成功。没有经历这一过程，没有投入，没有担风险，最后却要向成功者索取，显然是权利的过度主张，于法于理皆不成立。只有当NPE尽到必要义务，对未经许可使用者要求付费未果的情况下，提起诉讼才是正当的。诉讼请求中的禁止令行使和赔偿数额的确定，都必须在对权利的价值进入深入分析的基础上才能做出判断。同时，一旦败诉，应当承担诉讼费用，这使NPE在提起诉讼时，谨慎而行。

（三）应鼓励为创新投资

NPE为诉讼而收购专利被认为是“专利投机”，遭人反感。但如果进而将所有的NPE都当作Patent Troll（专利流氓）加以否定，这是值得商榷的。

“投机倒把”是计划经济时代的罪名，特指利用信息和地域之差“买低卖高”而获利的行为，它已经随着市场经济的全面实施而消失^⑮。投机与投资，界限注定是模糊的^⑯。短期投机特别是伴随着不正当的商业行为的买低卖高，不为社会所见容，但专业的贸易公司（trader）和投

资公司（investor），却是市场资源有效配置的不可缺少的中间组织。

专利运营与投资联系紧密。不先投资获得专利或取得授权委托，谈何经营。这里的投资包括资金、人力、人脉、行业经验和其它资源。资金拮据的小型NPE手中的专利主要来源于大学和科研机构，可能其中个别专利已有市场化的记录，但大部分没有，其价值尚未体现，投资成本低。资金雄厚的大型NPE则会投资行业内著名的专利组合或取得特许授权，在更大范围内经营。

作为投资者，需要凭判断力和决断力进行投资，取得回报的同时承担风险。人们光看到Patent Troll的招人厌烦，也应看到NPE的实质也是专利投资，也有风险，如果其权利主张在合理的价值范围，有何不妥。

投资专利的过程就是发现潜在创新价值的过程。激励全社会投资发明创造，促进与技术相关联的专利交易，是当今的迫切需求。随着中国越来越强调知识产权保护，加大侵权判罚力度提高侵权成本，资本已经敏感地体会到了未来知识产权的价值，以知识产权为名募集资金组建各种专利运营公司（基金）的例子不断出现。

从这个角度上说，我国的NPE不是太多，而是太少，应当大力鼓励发展。但前提是，法律对专利权人的利益保护必须基于其价值的合理判定，在保护权利的同时，遏制权利的越界滥用。这也是本文一直所强调的核心观点。■

^⑮ 2008年1月15日《投机倒把行政处罚暂行条例》才正式被废止。

^⑯ John Bogle：《文化冲突：投资和投机》（Clash of the Cultures: Investment vs. Speculation），Wiley出版社2012年版。