

# 基于商业合作的虚拟企业的商业方法专利权归属分析

余平,黄瑞华

(西安交通大学管理学院,陕西西安710049)

**摘要:**基于商业合作的虚拟企业将是未来一种流行的企业合作经营模式,它因契约而成立,其商业方法具有可专利性。然而,学界对基于商业合作的虚拟企业在运作过程中产生的商业方法专利权归属的研究并不多见,故从法律的角度提出采用协议约定优先原则、发明人所有原则和各成员合理分享原则界定其成员之间的商业方法专利权归属。

**关键词:**虚拟企业;商业合作;商业方法;合作协议

**中图分类号:**F217

**文献标识码:**A

**文章编号:**1001-7348(2005)05-0012-02

## 1 基于商业合作的虚拟企业的特征分析

(1)因契约而成立。基于商业合作的虚拟企业因合作协议的存在而形成,无合作协议则无其存在的基础,其成员间的权利义务关系也以契约为纽带,各企业达成合作协议,一旦时机成熟,立即组成虚拟企业。合作协议中通常规定了互相信任、以诚相待的合

知识会大大增加。因此,虚拟企业必须加强其信息网特别是其信息平台的建设,努力促进成员企业之间的长期协作。

(2)提高各成员企业的私有利益率。成员企业私有利益率的主要影响因素有 $R$ 和 $T$ 。其中, $R=1-R'$ , $R'$ 表示知识协作的市场和该成员企业拥有的全部市场之比,  $0 \leq R' \leq 1$ ;  $T$ 称为转化能力因素,且 $T=tc$ , $t$ 表示该成员企业从知识协作中所学习到的新知识与企业知识协作外市场的相关度,表示该企业将新知识转化为现实生产力的能力。企业可以从增加企业业务范围、增强知识转化能

作原则,合作方式,知识产权的归属、使用及保护,质量担保及产品责任承担方式、利益分享、风险承担的原则与方法<sup>[1]</sup>。

(2)契约的标的是商业合作。标的是法律关系的客体,是当事人权利义务所共同指向的对象。契约标的可以是货物,也可以是劳务,还可以是技术成果或工程项目等<sup>[2]</sup>。基于商业合作的虚拟企业是为开展商业合作而组成的虚拟企业的一种,它通过各企业中

力等途径提高私有利益率,以便从知识协作中获得更多的私有利益,这本身也有利于虚拟企业的知识协作。

(3)改善各企业的知识投入份额。当双方的知识投入份额同时满足公式(2)、(3)时,两企业的知识协作最为稳定。因此,在协作之前,两企业要掌握双方的知识协作效应系数、新知识生产率、以及各自的新知识获取率和私有利益率,依据公式(2)、(3)制定出各自的知识投入份额。

(4)重视知识管理,提高成员企业知识协作水平。

人员、设备、资源的合作而生产合作产品,共享基础设施、商业方法和市场营销渠道等。在各企业签订的合作协议中,它们分别对合作享有权利,承担义务。合作协议的标的是不是转让财产,而是要建立一种商业上的合作关系,这种关系的维系主要依靠各企业对合作协议的自觉遵守和相互之间的信任。

(3)商业合作的特殊性。基于商业合作的虚拟企业的合作范围具有特定性,它局限

## 参考文献:

- [1] Myers. p.s Knowledge Management Organization Design Boston: Butter worth-Heine mann, 1996
- [2] 汪丁丁. 知识社会与知识分子[J]. 读书, 1995, (11): 82-88.
- [3] 沈佩原. 战略联盟中合营公司的博弈分析[J]. 陕西经贸学院学报, 2001, 14(2): 44-47.
- [4] 刘友金, 杨继平. 集群中企业协同竞争创新行为博弈分析[J]. 系统工程, 2002, 20(6): 22-26

(责任编辑: 曙 光)

收稿日期: 2004-11-12

基金项目: 国家自然科学基金资助项目(70171007)

作者简介: 余平(1981-), 女, 西安交通大学硕士研究生, 研究方向为科技法与知识产权法; 黄瑞华(1947-), 女, 西安交通大学管理学院教授, 博士生导师, 研究方向为知识产权和信息管理。

于商业领域。具体的商业合作包括:商业模式合作、市场营销渠道合作、人员、技术合作、高科技项目企划合作、商业智能合作、市场开发合作以及资源开发合作,包括强大的网络资源、庞大的用户资源等。商业合作的基本原则是诚信,也即各成员之间存在良好的信誉机制,这是基于商业合作的虚拟企业成立的基础。商业合作模式也具有特殊性,不论合作各方的市场定位还是合作的具体方式都离不开强大的网络支撑。此外,基于商业合作的虚拟企业不同于基于技术创新的虚拟企业,它一般不追求新的技术成果的产生。

(4)动态性。基于商业合作的虚拟企业是从事生产经营或服务性活动的经济组织,它不像传统的从事生产经营或服务性活动的企业那样具有一定的连续性和稳定性,其显著特征在于动态性。基于商业合作的虚拟企业更多地注重短期利益,一旦商业合作的战略目标改变或利益不再,随即解散。一方面,其成员的组合是快速的,即合作伙伴的选择是不断变化的;另一方面,商业合作伙伴的选择一般根据市场竞争的需要和各成员自身的实力与优势来决定,也即随市场而变化。此外,市场需求的变化和基于商业合作的虚拟企业内部的不确定因素决定了其任务的完成是一个不断调整、优化和再调度的过程。

(5)无法人资格。基于商业合作的虚拟企业是一种企业、个人的联合,其基本成员是具有独立民事主体地位的企业和个人。成员加入该虚拟企业后,仍保留独立的民事主体地位,并不转让其财产的所有权包括商业方法专利权。我国民法通则第31条规定,取得法人资格必须同时具备下列条件,即:依法成立;有必要的财产或经费;有自己的名称、组织机构和场所;能够独立承担民事责任。第41条规定,“经主管机关核准登记,取得法人资格。”而基于商业合作的虚拟企业没有必要的财产和经费,合作各方并不将其财产所有权转移给它,其它各方仅可依协议使用;其次,基于商业合作的虚拟企业的灵活、动态性特点决定了名称、组织机构和场所都不是它成立的必备条件;再次,无财产便无法承担责任,它的民事责任只能由各成员企业依合作协议分别承担。此外,其成立以合作协议为基础,并不一定要经过审核和登记。可见,基于商业合作的虚拟企业不符合法人成立的条件,不具有法人资格。

## 2 基于商业合作的虚拟企业的商业方法的可专利性分析

所谓“商业方法”,是指为处理或解决商业经济活动或事务而通过人类智力活动创造的方法或规则。这种“创造”的类型是否能授予专利,一直争议不断。尽管传统的专利权客体并不包括纯粹的商业方法,认为其属于专利法不予保护的“智力活动规则和方法”,但是网络环境中的商业方法由于与计算机软件或硬件相结合,其专利化正在逐步被认可。例如,在美国,1981年的Diamond vs Diehr一案成为适用专利法保护商业方法的转折点,其判决认定,“商业方法一旦与某种工序或结构的其它部分融为一体,那么作为整体的工序并不因此成了不可以授予专利权的主题。”<sup>[1]</sup>此外,美国1999年新修订的专利法增加了用户对商业方法的在先权规定:凡在提出这种专利申请的有效日期以前至少1年,实际实施了专利申请所主张的商业方法者,可以对向其提出的专利侵权诉讼提起抗辩<sup>[2]</sup>。在美国的影响和推动下,欧盟和日本等国纷纷开始确立了电子商务商业方法的可专利主体地位,目前我国专利局也已对花旗银行的商业方法授予专利。

而对基于商业合作的虚拟企业来说,其基本目标就是通过计算机信息网络进行商业合作,提高企业竞争力。商业合作必然涉及商业方法的运用,基于商业合作的虚拟企业在运作过程中形成的商业方法能否授予专利权?由于虚拟企业与互联网和计算机技术是密切联系的,因此这个问题的实质就是网络环境下的商业方法能否获得专利保护的问题。随着互联网发展的日趋成熟,原有的一些传统企业纷纷转向商机无限的互联网谋求发展,并成立了基于商业合作的虚拟企业。这些新兴企业的着眼点在于其新创的商业方法,这些商业方法与各种软、硬件系统结合起来,为其带来丰厚的利润。在这种情况下,它们就希望其商业方法能够受到专利保护,以免其他公司进行模仿。可以说,正是网络经济的发展催生了商业方法专利,对基于商业合作的虚拟企业的商业方法进行专利保护是信息社会化的需要。因此,应将基于商业合作的虚拟企业的商业方法与其它发明一样看待,只要其花费了时间和金钱,开发新的商业方法模式应与其它领域的

发明一样得到回报。

专利权的授予须具备法定的条件,从已有的对商业方法授予专利的立法来看,它要取得专利权保护,一般应具备以下条件:①创新的商业模式;②实现了电子化,即表现为计算机程序,能够运用于计算机硬件<sup>[3]</sup>。对基于商业合作的虚拟企业来说,创新的商业模式是其提高企业竞争力的主要手段,而其成立依赖于网络技术和计算机技术,自然能够实现电子化。另一方面,从专利的“三性”,即创造性、实用性和新颖性要求来看:一般来说,只要基于商业合作的虚拟企业的商业方法的算法和逻辑结构以及方法与实现该方法功能的媒体间的功能性或结构性的联系具有显著的进步或实质性的特点,便具有创造性;在实用性方面,基于商业合作的虚拟企业的商业方法不仅具有操作性和可再现性,能够给企业带来巨大的经济效益,而且能够在电子商务领域产生积极效果;此外,由于商业方法可分解为不同阶段或不同板块,在申请日以前已由不同的主体以不同阶段的行为或其它方式表现出来,且它与计算机网络紧密结合,实践中判断其新颖性时较困难,但并不能以此否认其新颖性。目前各国的做法是,只要其具有独创性,不属于现有技术,就可对其进行专利保护。

在我国,依现行专利法,专利权的对象包括方法发明,方法可以是一系列步骤构成的一个完整过程,也可以是一个步骤,包括制造方法和其他方法。因此,虽然我国没有对商业方法专利保护的相关规定,但可以对方方法作扩大解释,“其它方法”应该包括商业方法,对其可以授予专利,它属于方法专利的范畴。

## 3 基于商业合作的虚拟企业的商业方法专利权归属分析

如前所述,基于商业合作的虚拟企业不具有法人资格,没有独立的财产,是一个虚拟的实体,并且其产生和解体与市场机遇紧密相连,其成员之间也是一种临时性的、松散的合作,具有快速变化性。因而,基于商业合作的虚拟企业本身不可能成为商业方法专利权的主体,对于其运作过程中产生的商业方法专利权归属的分析实际上就是研究该商业方法专利权如何在成员之间分配的问题。

### 3.1 协议约定优先原则

据美国的一份研究报告,20世纪80年代后期,800多家参与战略联盟的企业,仅40%的联盟维持到4年以上,大部分在短期内解体<sup>[6]</sup>。这种不稳定的动态性特征使得商业方法专利的使用在虚拟企业中快速扩散,给所有者的权利和利益带来较大损害,需要健全的契约来维护。且基于商业合作的虚拟企业中各成员的地位平等,不存在指挥和服从关系,如果不对商业方法专利的归属加以约定,在今后的运作中就会产生不易解决的矛盾。因此,对商业合作过程中形成并取得专利权的商业方法,在虚拟企业建立之初就应明确以契约方式约定其权利归属,并明确划分各成员的权利、义务和各自承担的责任、风险。

一方面,对因合同关系建立商业合作所产生的商业方法专利,可以参照合同法中的相关规定,在合作协议中明确约定:合作形成的商业方法专利,成员企业间有约定的,按其约定,没有约定的,专利申请权属于合作开发的成员企业共有;成员企业的一方转让其共有的专利申请权的,其它合作开发企业有优先受让权;合作的一方成员企业声明放弃其共有的专利申请权的,可以由另一成员企业单独申请或者由其它各成员企业共同申请;申请人取得专利权的,放弃专利申请的一方成员企业可以免费实施该商业方法专利;合作的成员企业中有一方不同意申请专利的,其它成员企业不得申请。

另一方面,对两个或两个以上企业为了短期的共同利益,订立合伙协议而组成的基于商业合作的虚拟企业,其成员间是一种相互依赖、相互信任的合伙关系。依照我国《民法通则》的规定,企业之间共同经营,不具备法人条件的,称之为合伙型联营。基于合伙协议成立的基于商业合作的虚拟企业实际上相当于合伙型联营<sup>[7]</sup>。虽然法律没有对合伙型联营所产生的商业方法专利及其归属进行规定,但是从知识产权归属的一般原则分析,基于合伙协议成立的进行商业合作的虚拟企业运作过程中产生的商业方法专利,除法律规定属于开发者个人外,各成员可以事先在合伙协议中约定其权利归属,这也符合民事法律权利归属的一般理论。

### 3.2 发明人所有原则

对于没有约定或约定不明确的商业方法专利应该归谁所有?这同样是一个未解决

的问题。

一般说来,基于商业合作的虚拟企业在不同的生命周期阶段有不同的任务,它在捕获市场机遇后,需要在不同的成员企业间进行任务的分配和分解,因此各成员企业在虚拟企业不同的任务阶段各自所要完成的任务和目标也各不相同。如果一项商业方法完全是一个成员企业单独构思、创作形成的,其他成员企业没有任何参与或者只参与了其中的没有创造性的辅助性工作,那么,该商业方法应该属于该成员企业单独所有,其拥有专利申请权,一旦申请获得批准,便享有排他性的专利权,为专利法所保护。例如,各成员企业分工合作完成虚拟企业的一项任务,其中A企业参与产品的营销阶段,在此期间可能会发明一种独特的市场营销商业模式,B企业参与产品的销售阶段,在此期间可能会创造出一种独特的产品销售商业模式,而这种市场营销商业模式和产品销售商业模式都是A、B企业依靠自己的能力单独构思发明的,它们分别属于A、B企业所有,一旦申请专利获得批准,专利权应该分别属于A、B企业。同时,由于各成员企业合作的目的是为了同一个商业目标,从合作的整体利益出发,专利权人可允许其他各方免费实施,实现虚拟企业内部的信息和资源共享。这样,在商业合作这一法律关系中,各成员由于参与不同的合作任务而享有不同的权利、义务。赋予发明人排他的专利权,保证了发明人进行商业合作、积极创新的积极性;而允许其它各方的合理使用,则协调了各成员之间的利益平衡。

### 3.3 各成员合理分享原则

基于商业合作的虚拟企业在实际运作过程中,其本身并不直接对外从事民事活动,而是由各成员企业直接经营决策,对外从事经营活动。各成员企业基于契约和信赖而分工进行商业合作,共同完成商业合作的目标。一般说来,一项商业方法的形成往往依赖于众多成员的通力合作,它是各个成员企业共同努力、共同构思的结果。然而,基于商业合作的虚拟企业的成员虽然是以平等的身份加入虚拟企业的,但各成员在其运作过程中所起的作用却并不完全相同,存在着核心成员和普通成员之分。核心成员对虚拟企业的经营决策起决定作用并将任务分派给其他普通成员,普通成员则不参与虚拟企

业的经营决策而只是完成合作任务的企业。因而,在商业方法的发明过程中,各成员所起的作用也各不相同。在这种无法确定谁是发明人,也没有协议对商业方法专利权的归属加以约定或者约定不明确的情况下,商业方法专利权应该归谁所有?根据我国现行专利法第8条的规定,两个以上单位或者个人合作完成的发明创造、一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造,除另有协议约定的以外,申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位或者个人;申请被批准后,申请的单位或者个人为专利权人。因此,对于无法确定发明人又没有协议约定其归属的商业方法专利,应该属于各成员企业共有,专利申请权属于各成员企业,它们都是专利权人,拥有专利使用权、转让权等。基于商业合作的虚拟企业解散后,各成员企业共同拥有的商业方法专利仍然可以共同使用,但是如果某个成员企业意图转让该专利成果,必须征得其他专利权人的同意,否则不得转让。此外,考虑到核心成员在基于商业合作的虚拟企业中的核心地位和在完成商业合作中的重要作用,在确定由各成员企业对商业方法专利权共有的同时,应该给予其一定的经济上的补偿,如,在该商业方法专利许可实施所得到的收益中由其享有较多的份额等,做到各成员合理分享。

### 参考文献:

- [1] Goldman, Steven L. Nagel, Roger N. and Preiss, Kenneth, Agile, Competitors and Virtual organizations: Strategies for Enriching the Custom, Van Nostrand Reinhold, 1995:230.
- [2] 彭万林,民法学[M],北京:中国政法大学出版社,1998,631.
- [3] 迈克尔·A·格来恩,美国对软件和与互联网有关的发明的专利保护[M],北京:中国方正出版社,1997.
- [4] 郑龙德,伍春艳,论商业方法的专利保护http://www.netlawcn.com/hnu/0008.htm,2003-05-17.
- [5] 郑万青,姜文鹏,简论电子商务的商业方法专利[J],知识产权,2001,(2):15-16.
- [6] 胡立君,虚拟经营[M],武汉:武汉出版社,2001,210.
- [7] 尹雪英,黄瑞华,企业动态联盟成员间法律关系和技术成果的归属分析[J],科技进步与对策,2003,(5):29-31.

(责任编辑:高建平)