

跨国公司在华知识产权策略及其规制

王中美

(上海社会科学院, 上海 200020)

摘要: 跨国公司目前在华实施的知识产权策略主要包括三项: 一是在华设立研发机构; 二是在华加紧注册专利、商标、外观设计等多方面的知识产权; 三是通过结成联盟和游说团体, 在华敦促和倡导知识产权保护, 并充分利用当地救济和通过母国对东道国施压。这些知识产权策略可能产生两方面的负面影响: 借由技术优势产生的垄断与滥用垄断地位; 利用知识产权保护全面限制国内企业的竞争力。对待跨国公司的问题, 应当是限制和消除其行为对东道国所产生的负面影响, 强调反垄断法和知识产权法都提供了许多对于知识产权权利滥用的限制, 目前中国首先要做的是将这些限制贯彻在立法、执法、司法的过程中。

关键词: 跨国公司; 知识产权; 滥用; 规制

中图分类号: DF971 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2006)02-0044-04

Intellectual Property Tactics Implemented in China by Transnational Company and Its Regulation WANG Zhong-mei

(Shanghai Academy of Social Sciences, Shanghai 200020 China)

Abstract: The intellectual property tactics adopted by the transnational companies include: First, to establish R&D institute in China; Second, to rush to apply for registration of patents, trademarks and designs in China; Third, to impose pressure on the government to protect intellectual property by federating and allying, or making full use of local remedy. These tactics possibly produced two negative effects: monopoly and abuse of monopoly power based on technological predominance; and limiting local companies' competitiveness through claims for protecting intellectual property. This essay emphasize the necessity to restrict and eliminate the negative effects of such tactics through antimonopoly and intellectual property law. What China need do now is to carry such restrictions through its legislation, implementation and judgment.

Key words: transnational company; intellectual property; abuse; regulate

从二战以后,直到今天,国际上关于国际技术转让和知识产权保护的争论,仍然可以分为两种主要立场:一是发展中国家所坚持的,跨国公司在东道国的活动(包括知识产权的行使)不能违背东道国的公共利益,应当优先考虑跨国技术转让中发展中国家的利益,国际社会应当共同努力促进科技为全人类服务^①;二是跨国公司及其母国(一般是发达国家)所坚持的,只有更高的知识产权保护水平,才能提供充分的研发激励,从而促进人类科技水平的进步,因此应当在全球推行较高的保护标准,防止一些国家通过“搭便车”而获得的不合理竞争优势^[1]。这一争论仍在进行中,我们可以看到,一方面,发达国家积极推动各个国际组织采用和促成各项知识产权保护的国际协定和国际标准,另一方面,发展中国家也强烈要求更多地考虑技术水平发展的不平衡以及发展中国家必须依靠科技进步促进发展的现实需要和

长远利益。

作为最大的国际投资东道国,中国已经意识到:一方面,有必要充分利用跨国公司所提供的国际技术转移渠道,提升本国科技水平,那么就必须要向跨国公司提供技术安全转移的充分保证,必须提高国内知识产权保护的水平;另一方面,保护跨国公司的知识产权的终极目标,是促进技术的转移和为我所用,这与跨国公司的利己取向是有着本质区别的,因此在授予权利的同时也要加诸义务,防止跨国公司在华滥用知识产权,损害我国的正当竞争利益。

一、跨国公司在华知识产权策略

跨国公司目前在华实施的知识产权策略主要包括三项:一是在华设立研发机构,利用当地的人力资源,以相对较低的成本汇聚当地科技精英,充分享用中国高等教育的成果;二是在华加紧注册专利、商标、外观设计等多方面的

收稿日期:2005-10-24

作者简介:王中美(1977-),女,福建漳州人,上海社会科学院助理研究员,法学博士,理论经济学博士后,研究方向:国际经济法、世界经济。

知识产权,积极依靠当地知识产权执法的保障,同时抢占先机,从周密和巧妙的权利设计上广泛获益;三是通过结成联盟和游说团体,在华敦促和倡导知识产权保护,并充分利用当地救济和通过母国对东道国施压。

(一)在华研发策略

1994年,加拿大北方电讯率先在北京投资设立研究开发机构,其后其他跨国公司研究开发机构陆续建立起来。跨国公司在华研发机构出于技术保密问题和技术领先收益等的考虑,倾向于采用独资和控股的股权结构,而且,愈是技术领先的企业,愈是倾向于采用独资的形式。另外,跨国公司十分热衷于建立和扩大与国内著名院校、科研机构的合作,例如,IBM公司从1995年到2003年在8所大学开展了20多项合作研究,在哈工大、四川大学、中山大学建立了合作实验室与实验中心^[2]。

对跨国公司在华设立和扩展研发中心,目前中国政府基本持鼓励和放任态度。这样的研究开发活动,弥补了国内研究开发投入的不足,使一些大学、研究机构成为联系国内企业与跨国公司的重要渠道,有助于解决大学、研究机构与产业界的脱节问题,并在人才培养、提高科研活动效率方面产生积极的作用^[3]。因此,从政策方面,应当对跨国公司在华研究开发活动给予政策支持,同时应当创造条件提高与跨国公司前后向关联程度。同时,国内技术能力的提高最终还是离不开本国自主研究开发能力的培育。

(二)在华加紧申请和扩展知识产权

据统计,中国对国外知识产权授权数量近年来有较大的提升。以专利权为例,2004年,国家知识产权局共授予专利权190238件,比上年的182226件增长4.4%。其中国内专利授权151328件,比上年的149588件增长1.2%;国外专利授权38910件,比上年的32638件增长19.2%。这些外国专利申请大多是由跨国公司提出的,这表明在国际融合度日益提高的背景下,跨国公司日益重视中国市场和在中国市场的自我利益保护。

(三)积极行使权利,并善于集结合力敦促中国知识产权立法、执法和司法

近年来,跨国公司在华维护知识产权的行动明显加强,而中国企业开始发现跨国公司的技术限制无处不在。2005年4月最高人民法院公布了驰名商标认定十大案例,其中半数来自跨国公司的诉求^②。又例如,2002年底,美国耐克公司在深圳中院打赢了控告浙江银兴制衣厂等三家被告的商标侵权诉讼,此案以后,很多国外企业开始积极到中国海关申请扣押有知识产权侵权嫌疑的出口商品,这对大批依靠贴牌、代工生存的中国沿海企业影响极大。而中国产品在海外市场上受到的一系列技术限制也日益突出,如温州一次性打火机出口欧盟被强制要求加附儿童安全开关,中国DVD企业在欧被诉零部件专利侵权,而中国的汽车、农用机械、电池、电视、DVD芯片、MP3芯片、化工、医药、食品、文具等多个行业都曾经或正在卷入美国《关税法》337条款调查中。

跨国公司在华实施的三项知识产权策略中,第1项策

略对东道国所产生的积极影响目前多得到肯定,问题的关键是如何引导和内化这一影响;第2项和第3项策略却产生了一些令人忧虑的问题,并逐渐引起国内关注。这些令人忧虑的问题基本上可以归结为两类负面影响:技术性垄断以及利用知识产权全面限制其他企业的竞争力。

二、跨国公司在华知识产权策略的两方面负面影响

(一)借由技术优势产生的垄断与滥用垄断地位

跨国公司凭借广泛申请的专利、商标以及苦心经营的专有技术、商业秘密等,已经在华形成并巩固了十分强势的技术垄断地位。这种经由技术优势所形成的垄断地位本身无可厚非,但是如果滥用这样的垄断地位,特别是造成了其他市场上的障碍的,就可能受到反垄断法的规制。但是反垄断法对滥用垄断地位者的惩罚措施中,常常包括一些直接限制其垄断地位的措施,既然这样的垄断地位是通过技术创新合法取得的,那么对之限制显然有损技术创新的动力。

以美国政府诉微软案为例,经济学家和法官产生了重大的分歧:经济学家指责法官的判决缺乏经济学基础,盲目压制了创新的动力和热情,一些经济学家甚至完全否定此类诉讼的必要性;法官则认为微软的行为确实违反了反托拉斯法,应当受到惩罚,而为了消除其对市场竞争造成的障碍,一些限制其垄断地位的措施是不可避免的。从法律、政治、经济等多个角度来看,微软的垄断势力都严重阻碍了公平的竞争机会,如果听任微软继续发展势力,市场结构继续集中化,对于政府、竞争者和消费者而言,未来都缺乏想象力,而创新有一天也会受到阻碍。尽管科技创新一直在法院考虑范围内,但显然法院更关心市场的集中度和垄断者的影响力。

目前很多发展中国家积极引进外资,并为能引来世界五百强的跨国公司而欣喜,像微软这样的高科技企业更是备受青睐。但必须注意到这些企业在东道国已经占据和正在扩大市场主导地位,如果外来的垄断者正在采用各种手段清扫市场其他竞争者,那么就必须要动用反垄断工具,否则被世界科技创新先锋们扼杀的不仅是竞争,也必将波及创新本身。而中国的现状是,微软、柯达、思科、诺基亚、摩托罗拉等跨国公司已经在华建立了不可撼动的市场垄断地位,而它们实施的捆绑销售、歧视定价、掠夺性定价、排他交易^③等滥用垄断地位的行为也并非鲜闻,可是中国的《反垄断法》却迟迟未出台。

(二)利用知识产权保护全面限制国内企业的竞争力

目前出现很多批评跨国公司“滥用知识产权”的指责^[4],这种“滥用”的措辞本身尚值得商榷,但其反映出的问题,即跨国公司善于利用知识产权全面限制国内企业竞争力,确实值得警惕。实际上,首先应当注意到,跨国公司这些年来在华申请专利绝对数量的增长以及这些专利分布的领域和质量。从上世纪90年代开始,跨国公司在华专利申请量以平均每年30%的速度高速增长。其中日本企业在华申请专利量最多,其次是美国、韩国。这些专利申请都是高水平的,尤其是在高科技领域,比如电子信息领域、生物医药领域、新材料领域的核心技术,都掌握在少数跨国公司手

里,像高通、诺基亚、西门子等少数几家跨国公司就掌握了80%以上的通信专利技术^[5]。

相对于国内企业而言,跨国公司知识产权意识更强,善于抢占先机,卡位竞争。跨国公司利用知识产权保护的手段包括:抢注东道国知名品牌,如海信商标被抢注;结成专利联盟,集结力量索权,如以飞利浦为首的3C联盟对中国DVD企业收取零部件上的专利费;聘请律师,不惜重金,在华积极开展对侵权产品的调查和诉讼,如宝洁在全国范围内进行的“打假行动”,甚至将造假个人送进监狱以“杀一儆百”^④;建立品牌联盟,加强与中国政府对话博弈的能力,例如由宝洁公司牵头发起的中国外商投资企业协会优质品牌保护委员会;积极利用中国法律所提供的各种救济手段,例如动辄申请海关扣押出口产品,以此加重国内企业的出口成本,从而削弱其竞争力。

另一方面,这些年暴露的跨国公司与国内企业之间的矛盾还集中表现为中国出口产品所遭遇的技术性贸易壁垒。一是中国出口产品被知识产权侵权调查和诉讼缠身,如华为遭到思科依据美国337条款的指控,丰田诉吉利专利侵权,广东DVD在英国海关被扣等。在这些案件中,不论最终能否胜诉,中国企业都付出了巨大的成本,产品在该国市场的竞争力大大削弱。二是中国企业尚无抢占重要的国际市场的意识,许多中国知名品牌在外国已被抢注,如在日本、美国、韩国、菲律宾、泰国、荷兰、挪威、瑞典等国被抢注的有“同仁堂”、“青岛啤酒”、“竹叶青”、“杜康”、“阿诗玛”、“云烟”、“红梅”、“牡丹”等商标。而在跨国公司在全球积极布控,广泛申请和注册专利和外观设计的同时,中国企业却在大量出口产品的同时并未“出口”知识产权。当中国企业指责外国企业恶意抢注,并四处告白自己被诉侵权的专利和外观设计确实使用已久,却不可否认其自身的知识产权保护意识的落后也是致命伤。

三、对跨国公司在华行使知识产权中不当行为的两种观点

面对跨国公司知识产权保护问题所产生的两方面负面影响,国内目前存在两种观点:一种观点认为应当向外商提供完善的知识产权保护体系,创造优质的软环境,吸引和巩固跨国公司在华的长期投资;另一种观点是近两三年出现的,认为中国在知识产权执法制度上作茧自缚、扩张行政权力,不当地增加了跨国公司的竞争优势,打压了国内企业,更有甚者认为,中国过度承诺和执行了极高的知识产权标准,应当更多地保护本国企业的利益。

以上两种观点,实际上都是关于知识产权保护的价值争论,而笔者认为,授予和保护知识产权的意义不言自明,问题的关键是,在知识产权保护的基础上,如何同时提供防止权利滥用以及消除一些负面影响的机制和措施。必须承认,知识产权保护的国际标准日益走高,这是人类科技文明进步的必然结果,中国不可能置身于这一国际趋势之外,即使通过参与谈判和决策,中国可能影响短期内知识产权保护标准的执行标准和期限,却不可能逆转这一趋势。所以,对于第一种观点,笔者认为,其缺陷在于未能理解中国在知

识产权保护上的国际立场一贯是被动多于主动,而引进跨国公司是手段,不是目的,给予跨国公司的知识产权保护是为了能最终有利于本国科技水平和产业结构的提升。

笔者也不赞同第二种观点所持有的狭隘的民族主义立场,开放中所遇到的挫折和损失绝不能回头向已被抛弃的封闭锁国策略中去寻求解决。逐利本性的跨国公司利用自身技术优势,扩大市场垄断和挤压竞争对手的策略,不只在在中国,在任何它认为有必要推行这一策略的国家都存在。前述两种顾虑对发达国家与发展中国家一样普遍,问题的关键是,如何提供平衡机制,如何通过调整自身的条件和能力,应对跨国公司借由知识产权而进行的扩张。必须强调的是,中国必须了解,保护某个国内企业或产业的任何歧视性的做法都是短视的,各国已经提供了充分的经验,即如何以可持续的客观公平的政策法规制约以私利危及科技创新整体利益的行为。

四、反垄断法与知识产权法所提供的规制

对于目前跨国公司在华所实施的知识产权战略,首先可以从反垄断法和知识产权法两方面,消除其可能产生的负面影响。依据各国反垄断法的一般规定,滥用知识产权而受到反垄断法规制的行为包括交叉许可^⑤、专利联营^⑥、多重许可^⑦、拒绝许可、搭售、掠夺性定价、价格歧视、独占性交易^⑧、回授^⑨等。其中交叉许可、专利联营、多重许可等做法本身并不违反反垄断法,而且在知识产权运用中也属常见行为,但是如果专利权人,特别是具有竞争关系的相关当事人,利用这些做法进行合谋、联动或不合理地限制竞争的其他行为的,就可归入反垄断法规制范围。而拒绝许可、搭售、掠夺性定价、价格歧视、独占性交易、回授等做法,则涉及知识产权权利人滥用技术优势,有意排挤、打压和削弱竞争对手,而这种滥用是反垄断法所谴责的,如前文所述,不管这种优势或垄断地位实际上是通过合法手段(如注册专利、商标等)取得。

我国《反垄断法》仍未出台,但从目前公布的初期草案以及立法界和学术界言论所反映出来的基本思路,未来将前述几种知识产权滥用行为纳入反垄断法的范围,并无问题。现在争论较多的是《反垄断法》应当单独列出一章规定知识产权滥用。显然,《反垄断法》重点打击的两类行为:合谋协议和滥用垄断地位,可以囊括前述两类知识产权滥用行为。但是考虑到知识产权领域许多问题十分特殊,如专利联营、多重许可、独占性许可等,都宜单独专款规制。尤其是考虑到科技创新的动力,应当明文规定许多表面似乎违反反垄断法的知识产权行为可以得到豁免,如音乐版权协会、原产地标志认定协会等。

与反垄断法不同,知识产权法所规定的“权利滥用”条款衍生于民法诚信原则,即权利人以不公平、不适当的方式行使其权利时,就构成“权利滥用”。所以知识产权法上的“权利滥用”关注的是权利行使的方式,而反垄断法上的“权利滥用”则着眼于一项行为对竞争的影响,所以二者还是有区别的。TRIPs协议第8条第2款规定了如下原则:“为了防止权利所有人滥用知识产权,或者采用不合理地限制贸

易或对技术的国际转让有不利影响的作法,可以采取适当的措施,但以这些措施符合本协议的规定为限”。在《反垄断法》迟迟未能出台的情况下,补充知识产权法上关于“权利滥用”的规定也能有助于保护受滥用行为侵害的当事人,提供起诉和抗辩的法律依据。

尽管目前国内对于中国知识产权保护标准提高速度快不乏怨言,但实际上,中国知识产权保护体系不论是立法、执法还是司法,都和国际水平仍然存在差距。比如商标注册上的“在先权”,与 TRIPs 的差距主要在于中国的商标法及施细则均强调了行为人的“主观状态”。如果行为人不是“以欺骗手段或其他不正当手段取得注册的”,那么所有的在先权人就无能为力了,但这种“主观状态”的判断实际上很困难,法律也没有规定可作推定的证据。这种立法差距并不见得就能保护国内企业,不透明不健全的标准和程序对所有企业而言都是一种不必要的成本,而相对博弈力量更强的跨国公司集团,国内企业更不具有游说和寻租能力。

目前,考虑到中国《专利法》、《商标法》和《著作权法》发布时间前后有别,衔接不畅,建议可以制定知识产权法典,其中包括经过协调的现有知识产权单行法,应当补充权利限制及制止权利滥用方面的内容,但仍不宜把它作为重点或者矛盾的主要方面。著名学者郑成思指出,建立我国的知识产权战略主要应包括三方面实际内容:第一,加强知识

产权保护;第二,取得一批拥有知识产权的成果;第三,使这些成果产业化^[6]。目前国际上关注的是第一项内容,而中国必须同时关注第二项、第三项内容。东道国只有在这两项战略上积极跟进,才能真正受益于跨国公司带来的技术正面效应。

对待跨国公司的问题,应当是限制和消除其行为对东道国所产生的负面影响,而不是因噎废食,不公正地弹压和排挤外国企业。我们强调反垄断法和知识产权法都提供了许多对于知识产权权利滥用的限制,目前中国首先要做的是将这些限制贯彻在立法、执法、司法的过程中。我们不赞同在法律之外对于跨国公司加诸其他不合理的限制,对于目前出现的国内企业权利空间受到挤压的问题,仍然应当坚持的是,国家保护竞争,但不保护个别竞争者,国内企业应当尽早树立知识产权意识,了解并能有效参与到以技术竞争为重要内容的国际竞争中去。

总的来说,对于跨国公司在华所实施的知识产权策略中出现的问题,我们首先应当分析其本质和特征,特别是重点分析相对于其他国家,中国是否提供了滥用权利和获取非法收益的特殊环境和条件;然后才是如何减少和消除这样的特殊环境和条件;在承认跨国公司的利己倾向的前提下,我们选择的对策也应当是学习国际经验,遵从国际规则,从法律、经济等角度提供科学的客观的规制之道。

注释:

- ①例如,自 1976 年开始由联合国贸发会议主持的缔结国际技术转让行动守则的工作(在 80 年代中期终止),以及自 1975 年开始由联合国主持的缔结跨国公司行动守则的工作(于 1993 年终止)。
- ②包括红河卷烟厂诉昆明市宜良金象洗涤用品有限公司商标侵权纠纷案;劳力士钟表有限公司诉北京国网信息有限责任公司计算机网络域名纠纷案;甘肃奇正实业集团有限公司与谈宏伟商标侵权纠纷案;中国中化集团公司诉浙江中化网络股份有限公司、上海中化网络有限公司等商标侵权及不正当竞争纠纷案;北京国美电器有限公司与涂汉桥商标侵权纠纷案;(美国)普罗克特和甘布尔公司诉上海晨铭智能科技发展有限公司域名注册不正当竞争纠纷案;杜邦公司(美国)诉北京国网信息有限责任公司计算机网络域名侵权案;沃尔玛百货有限公司诉童小菊等商标侵权及不正当竞争纠纷案;中国平安保险(集团)股份有限公司与深圳市顺创企业形象策划有限公司商标侵权纠纷案;福建晋江德尔惠鞋业有限公司与刘钰辉计算机网络域名侵权纠纷案。
- ③如啤酒行业某些大公司与其一级二级代理经销商签订协议,在合同中规定了限制销售区域、对象和价格等强制条款,并通过这种纵向协议,禁止各级经销商经营其他品牌的同类产品。
- ④1999 年 10 月,在广州与浙江义乌之间贩卖假冒宝洁产品的小商人林荣钦被指控犯有假冒注册商标商品罪,且涉及金额较大,依照《中华人民共和国刑法》第 214 条的规定,义乌市人民法院判其两年有期徒刑。为此,宝洁公司一名专司打假的律师曾跨越广东、浙江、江苏、山东、黑龙江、新疆等省区调查取证,前后历时半年之久。
- ⑤竞争者之间利用交叉许可协议约束对方,结成联盟,尤其是用之固定价格、分配市场和顾客。
- ⑥专利联营是指各专利权人将它们的专利权或委托代理权集中在一个专门的法人实体或组织,通过该法人实体或组织向其成员或他人授予许可,专利联营本身并不违法。日本《专利和技术秘密许可协议中的反垄断法指导方针》认为如果协议各方排除他人参加,致使被排除的公司失去在采用被许可技术的产品市场上进行有效竞争的能力,如相互限制专利产品的销售价格、生产量、销售量、销售渠道、销售地域,并且实质性地限制了特定产品市场上的竞争,则可能违反反垄断法。
- ⑦多重许可是指一个权利人既向标准体系及其参加者许可,又向标准体系之外的其他人许可专利。与交叉许可、专利联营相似,多重许可并不违法,但是如果权利人利用许可,限制销量、分割市场等,就是反垄断法所谴责的。
- ⑧独占性交易,是指在许可合同中限制被许可人不得许可、扩散或者使用对被许可技术构成竞争的其他技术。
- ⑨回授是指在许可协议中,被许可人承诺将其对许可的技术所作的改进反向授予许可人使用权。如果在许可协议中的回授条款要求同时垄断被许可人的后续改进成果,或者可以证明是许可人利用垄断优势地位强行加诸的,那么就有可能引起反垄断法的挑战。

参考文献:

- [1] Susan K. Sell. Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World: Crisis, Coercion, and Choice[M]. International Organization, Spring 1995, p318.
- [2] 张岩贵. 跨国公司的研发中心向中国的扩散[J]. 国际经济合作, 2002, (12).
- [3] 张诚, 吕世生. 跨国公司在华技术策略及其影响[J]. 国际经济合作, 2003, (9).
- [4] 侯志鸿. 跨国公司为何滥用知识产权[N]. 中国消费者报, 2005-03-28.
- [5] 巩曜平. 应对知识产权保护壁垒[J]. 中国创业投资与高科技, 2004, (12).
- [6] 专家论坛: 知识产权制度保护谁[N]. 科技日报, 2005-04-29.