

入世后中国企业 面临的专利挑战与对策

叶京生 张少萱

摘 要： 入世后随着我国市场的进一步开放以及专利保护标准的提高，外国企业在中国的专利申请将大幅上升，外国企业在中国专利制度的保护下充分利用其专利优势来加强在中国市场的竞争力。中国企业因此将面临比过去更为严峻的挑战和考验。从目前的情况看，实际上由此引起的对中国企业的产品开发、生产制造、销售以及出口的制约和不利影响已经开始显现。这是当前所有中国企业应当正视并应认真考虑的问题。本文拟就中国企业所面临的专利挑战进行分析，提出若干供中国企业采取的对策和措施，以使中国企业能够正确面对来自专利方面的挑战，趋利避害，在国际竞争中获得较好的发展机遇。

关键词： 企业专利；市场竞争；对策

中图分类号： F 746 **文献标识码：** A **文章编号：** 1006-1894 (2004) 05-0024-07

专利制度是现代市场经济制度和市场竞争机制的有效组成部分。我国的专利制度经过近 20 年的不断完善和发展，特别是为适应加入 WTO、全面履行《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)规定义务而对专利法所作的修改，使我国的专利保护水平得到空前的提高，不仅有效地保护了专利发明成果，维护了专利权人的权利和利益，强化了我国的知识创造和技术创新的激励机制；而且对提高我国整体专利意识、充分重视专利在科技、经济发展以及市场竞争中的作用起到了积极作用。但是，随着中国加入 WTO 后市场的进一步开放和专利制度保护水平的不断提高，专利已成为外国企业扩大市场份额、维持技术垄断并与中国企业进行市场竞争的重要手段。

一、中国市场的开放和中国企业实力的增强提高了专利在市场竞争中的作用

首先，经过 20 多年的改革开放和经济的高速增长，中国市场的规模日益扩大，对外商品的需求不断增加，成为全球最具吸引力的市场。据统计，我国自 1993 年确立建立社会主义市场经济为发展目标至 1999 年的 7 年间，进口总额增长了大约 59.4%，年均增长 7.1%；中美达成入世协议使得 2000 年的中国进口总额比 1999 年激增了 35.8%，而中国入世后的第一年 2002 年的进口总额则比前一年增长 21.2%，2003 年中国的进口总额更是增长超过 30%。同时，按照在入世议定书中所作的承诺，中国关税总水平将由 2001 年的

14%降低到2005年的10%并逐步取消非关税壁垒。这些必将促使中国市场进一步开放和扩大,使中国市场在外国企业特别是跨国公司的全球战略天平上的份量越来越重,越来越多的外国公司希望能够在我国这块日益庞大的市场上占有一席之地,而随着中国市场竞争的不断加剧,专利日益成为企业进行市场竞争的重要手段之一。

其次,随着中国经济的高速发展,中国企业在国内外市场上的竞争能力也不断提高,其凭借对市场需求的充分了解和低成本优势占据着大部分国内市场,而近些年来中国产品更以物美价廉享誉世界市场,市场份额越来越高。据统计,我国2003年的出口总额是1993年的4.2倍。其中,彩电、冰箱、DVD等家用电器以及移动电话和摩托车的出口均居世界第一位,计算机、数码相机等高科技产品的生产量和出口量也呈高速增长。

在此情况之下,为维护其自身经济利益和竞争优势,外国企业逐步将专利作为占领中国市场和与中国企业进行竞争的利器。最初,以DVD专利纠纷案为典型,外国企业运用其在国外取得的专利阻止中国企业产品的出口,以保护其海外市场份额、排除中国企业于市场之外或通过收取专利使用费提高价格从而达到降低中国产品竞争力的目的。尔后,随着中国加入WTO以及专利保护制度的更趋完善,客观上为外国企业运用专利与中国企业争夺市场创造了条件,外国企业越来越多地将专利用于中国国内市场的竞争,进行大规模的专利“圈地”运动,在中国大量申请专利,以实现其最大限度地占领中国市场、垄断技术的战略目标。根据中国知识产权局统计,1993~2003年,国外技术发明人累计向中国提出发明专利申请量为256 901件,国内发明专利申请量累计为238 806件,国外发明专利申请在中国得到批准授权的数量为77 961件,远远超过国内的42 292件;特别是在中国入世前后的1999年至2003年,国外发明专利申请量为169 640件,超过了167 555件的国内申请,其中外国企业申请量为163 017件,而获得中国批准授权的国外专利申请则达63 319件,其中外国企业占60 842件,大大超过31 927件的国内发明专利申请。这说明,随着中国入世目标的顺利完成和中国市场的进一步开放,以及中国专利制度保护水平的提高,为了迅速、合法、有效地占领和垄断技术和市场,外国企业积极地、大量地在中国申请发明专利,通过取得专利权来增强其市场竞争力,实现其合法、有效地占领中国市场的战略目标。

二、外国企业实施专利竞争战略对中国企业的不利影响

1. 中国企业的市场竞争力受到严重削弱 外国企业在中国申请获得专利之后,即将专利作为占领市场、与中国企业进行市场竞争的有效和合法的手段,积极利用专利限制中国企业发展,削弱中国企业市场竞争力并挤占中国企业的市场份额。而中国企业在产品设计、生产和销售等方面的固有缺陷也会使其在外国企业的专利竞争中陷入不利境地。

由于长期以来很多企业缺乏产品开发和创新能力,中国企业以往甚至到目前为止,在生产过程中仿制外国产品的现象非常普遍和突出,其中医药、化工、计算机软件等产业的仿制问题更加严重。如化学制药、精细化工产品的仿制率高达90%以上。以医药工业为例,目前我国生产的化学药品中有97.4%是仿制品,被国际上承认的创新药品很少。

按照TRIPS协议第28条以及修改后的中国专利法第11条的规定,任何单位和个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品,或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利

方法直接获得的产品。同时,我国还根据 TRIPS 协议的要求加强了对专利权的行政执法和司法保护,强化了对专利侵权行为的打击力度。这就使得中国企业无法再继续仿制他人取得专利保护的产品,否则将会受到严厉的惩罚和承受巨额的专利侵权赔偿。这种非常严峻的形势将对中国以往靠仿制进行生产经营的企业产生许多不利后果。归纳起来,主要有:

(1)企业被迫转产,生产不侵犯外国企业专利的产品。但是,这种做法实践中很难操作,可行性较低。企业都处于某一特定的技术领域,在外国企业专利申请量快速增长、涵盖技术范围越来越大的情况下,无论如何转产,只要还在原有技术领域之内,就难免又发生侵犯他人专利权的情况。而企业进入另一个新的技术领域,又存在着高额成本、巨大风险和技术障碍等不利因素。

(2)企业破产倒闭,或被外国企业收购。这种结果是最严重的一种结果,它直接表明中国企业在外国企业的专利竞争战略面前彻底失败。例如,我国洗涤、卫浴等日用化工产品市场已被宝洁公司、联合利华等欧美日大公司几乎完全占领,很多地方日用化工品企业破产或被其收购;我国软饮料、冷饮消费市场及企业情况也是如此。

(3)不得不向外国企业引进专利技术。向外国企业引进技术是合法获取专利技术、维持原有市场的一条可行途径。但是,在专利制度不断强化对专利权人保护的情况下,专利许可方的市场地位将进一步加强,必然加剧专利技术市场的卖方格局,对被许可方不利,直接会增加我国企业专利使用费的支付负担,支付更高的技术引进成本,从而提高企业产品成本,削弱产品价格的市场竞争力。

(4)被迫进行企业技术改造,开发自主专利技术。自主开发技术是我国企业打破外国企业专利垄断和技术优势、增强企业技术和市场竞争力的根本手段。但是,对于外国企业已经取得专利的技术,再进行开发是没有意义的,既得不到法律保护,其实施仍然构成专利侵权,只有在更高的技术层次上开发出发明创造性更高的技术并申请专利,才能取得相对于外国企业的优势地位。这就造成中国企业可以进行开发和创新的领域日益缩小,创新难度加大。同时也必然增加企业的经济负担和技术创新风险,提高企业经营成本,对于规模普遍较小、实力较弱的中国企业来说是无法承受的,而且还会影响企业现阶段的市场竞争力。

2. 中国高新技术企业的发展面临巨大压力 为了提高我国的可持续发展能力和国际综合竞争力,我国早在 1999 年就发布了《关于加强技术创新发展高科技实现产业化的决定》,提出:要“突出高新技术领域产业的自主创新,形成一大批拥有自主知识产权、具有竞争优势的高新技术企业”。而专利制度是高新技术企业实现拥有自主知识产权的最主要的途径,可以对其技术创新成果给予绝对的、有效的保护,并赋予企业对市场的合法独占权。但现实情况是,高新技术产业专利基本上为外国企业所垄断,使我国处于极端劣势,我国专利权人拥有专利的数量和质量都令人担忧。

以我国《信息产业科技发展“十五”计划和 2010 年远景目标纲要》所确定 4 个重点发展的技术领域之一的第三代移动通讯技术为例。根据中国 1997 年至 2001 年专利数据显示,在第三代移动通讯系统技术方面,国外拥有的专利数量远远高于国内,数量较多的国家依次为:日本(136 件)、韩国(99 件)、美国(88 件)、中国(70 件)、瑞典(34 件)等;并且专利拥有人一般都是移动通讯领域的世界级大企业,如三星(80 件)、松下(43 件)、爱立信(39 件)、日本电气(39 件)、朗讯(30 件)、高通(26 件)等,我国华为公司以拥有 23 件专利排名第八,与

国外大企业相比仍有较大差距。

3. 由于对专利侵权执法力度的加大,中国企业因侵权将受到比以往更严厉的惩罚。我国专利法经过两次修改,在专利保护范围、保护标准、侵权赔偿金额的确定以及执法力度方面都基本做到了TRIPS的规定,使得我国专利制度对专利的保护水准有了空前的提高,有效地保护了专利权人的利益。但是,在我国大量专利为外国企业所有的情况下,中国企业将更多地成为专利侵权人而成为诉讼被告,需要应付更多的法律诉讼,如侵权成立还将受到比以往更严重的法律制裁和赔偿。

首先,我国现行专利法规定的可以授予专利的技术主体范围比以前更加广泛,除违反公共道德和秩序的发明外所有的技术都可以成为专利保护的客体,包括产品发明和方法发明。这就大大增加了侵犯专利权的概率,提高了对专利尚处于初步认识阶段的我国企业绕开专利、避免侵犯他人专利的难度,使专利侵权防不胜防,稍有不慎便可能踩上专利地雷。

其次,TRIPS第34条规定了侵权诉讼中方法专利侵权的举证责任倒置。该规定增强了专利权人在侵权诉讼中的有利地位,而增加了被告的举证责任和负担,被告必须提供证明其没有侵犯专利权人方法专利的证据。此规定必将对极易成为专利侵权被告的中国企业造成不利影响,提高进行侵权诉讼的难度和代价。

第三,我国《专利法》根据TRIPS的规定对侵犯专利权的赔偿数额及其确定方法做出了明确规定。第60条规定,侵犯专利权的赔偿数额,按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定;被侵权人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,参照该专利许可使用费的倍数合理确定。根据《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》规定,侵权诉讼赔偿金额所参照的专利许可使用费的合理倍数为1至3倍。我国专利制度的上述规定有力地维护了专利权人的利益,同时也造成了中国企业被判侵权成立情况下面对巨额的赔偿。这也就是为何国内DVD生产厂商宁愿接受与6C和3C谈判而不愿进行司法诉讼的原因。

三、中国企业应采取的对策和措施

1. 实现企业自主技术创新是提高企业核心竞争力的根本途径。中国企业要具备自己的核心竞争力,在国内外市场上与外国企业抗衡,就必须特别重视和加强自身的技术创新,大力提高自身的技术开发创新能力,通过自主开发或对引进技术的创新开发出具有自主知识产权的技术,在某一技术领域确立垄断地位并占领相关市场。具体措施包括:

(1) 加大技术研究开发投入。我国企业技术研发能力差的首要原因就是技术研发经费的投入不足,束缚了企业技术开发活动的进行。一般来说,企业的技术研发经费的投入与其技术创新成果的数量以及所创造的经济效益是成正比的。我国企业除了要加大自身技术研发经费的投入外,还应该积极争取政府对企业技术研究开发活动的财政资金支持 and 补贴。按照WTO有关政府补贴的规定,成员政府对其企业进行生产技术开发活动所给予的补贴属于不可申诉的补贴,是合理的。

(2) 建立企业专门的技术创新研发机构和鼓励技术开发的激励机制。中国企业在重视技术研发经费投入的同时,还通过组织机构和激励机制促进自身的技术创新。国外稍具一定规模的企业都建立了自己的技术研究开发中心,专门负责企业的技术创新,由一名企业

主要的领导人专门负责技术研发管理工作,并且制定和实施有效的技术创新激励机制。在雄厚资金和激励机制的支持下,技术研发中心凭借企业内专业化分工和集中管理在技术创新方面均取得了较好的效果。

(3) 选择正确适合的技术创新策略,重点放在改进发明和应用技术的开发上。中国企业不仅应该重视和大力支持技术创新,而且还要正确选择适合自身情况的技术创新策略。TRIPS第31条第11项规定了对基本专利的强制许可:成员的法律允许未经权利人授权对专利客体的其他使用,包括政府或者政府授权的第三人的使用,如果此种使用是为了利用一项专利(“第二专利”即从属专利),而该专利不经侵权其他专利(“第一专利”即基本专利)即无法利用,并且符合相关附加条件的规定。由此,我国企业可以根据上述关于专利强制许可的法律规定,重点加强在技术应用方面的研究开发力度,在外国企业基本专利技术的基础上进行应用性研究或改进,并将获得的技术成果申请取得专利,然后通过强制许可有效地突破外国企业的专利垄断,提高在技术和市场方面的竞争力。此外,重点加强应用技术的研究与开发非常有利于中国企业的技术创新战略,既可以降低企业进行技术创新的成本和风险,提高技术创新的成功率,又可以从应用技术的实施中迅速获得较好的经济回报,从而继续进行下一轮技术创新,形成企业发展的良性循环。

2. 建立专利侵权预警机制,避免侵权并减少因侵权带来的损失 专利权的无形性决定了专利侵权无论是对专利权人,还是对侵权人来说都是难以及早发现的。特别是对于侵权人来说,他很难提前预知其所使用的技术是否已经由他人申请并取得专利,以及由何人于何时在何地申请取得了专利权,甚至在使用了相当长的时间后仍不知自己已经侵犯了他人的专利权,等到专利权人找上门来,提出专利侵权指控方才如梦方醒,但为时已晚,侵权行为已经发生,不得不接受专利权人提出的高额专利使用费或损害赔偿的要求,处境极为被动。在上世纪90年代末DVD机开始批量出口国外市场时,中国DVD企业预先未认真分析专利侵权的可能性,等到出口量越来越大,国外市场已经接受中国价廉物美的DVD并且中国企业在国内市场饱和的情况下愈加依赖海外市场时,在出口市场拥有专利的外国企业先通过当地海关采取专利权的边境保护措施阻止中国产品出口,随后其组成6C和3C联盟向中国企业索要专利使用费,否则就采取法律手段。而这时,我国众多的DVD厂商方才知道了这些外国企业的专利权,但已经是骑虎难下。随着中国入世后专利制度日臻完善,外国企业在中国申请取得的专利将日益增多,其在中国编制的专利网将不断扩大和严密,中国企业将被这张专利大网越收越紧,稍有不慎便会因侵犯外国企业专利而遭受指控,面临被征收高额专利使用费或损害赔偿的严重打击。因此,中国企业必须事先调查分析本企业技术领域内的专利状况,避免侵犯他人专利权以减少因侵权带来的损失,而建立专利侵权预警机制则是实现上述目标的必要手段。

中国企业必须在技术研制开发、新产品投入生产直至产品的销售和出口等企业生产经营的各个环节都采取积极措施加以预防。具体来说,在技术创新之前、新技术应用和产品生产之前、在销售和出口产品的前后都需充分调查侵犯他人专利权的可能性。实现上述目标的有效途径主要是进行专利文献检索并建立企业专利数据库,搜集了解特定技术领域内的专利状况,防止侵犯他人专利;此外,向国家专利管理部门、行业协会和专业咨询机构、供货商以及外国企业进行咨询也可避免专利侵权。其次,中国企业在建立完善的专利侵权预警组织和有效的预警机制的过程中必须把握3个重点。一是强化预警组织和机制的预先

性和前瞻性,重点在于一个“预”字,即必须能够在专利侵权事实发生之前或专利权人提出侵权指控之前向有关行业或企业发出专利侵权警告,告诉其即将面临专利侵权的危险或已经发生专利侵权,使有关企业能及时采取有效措施避免侵权或立即停止侵权行为,以防止发生更大的损失。这是预警组织和机制必须具备的基本功能和核心作用。二是中国企业应结合自身特点构建预警组织机制。大企业可以使其已有的知识产权管理部门具备预警组织的职能,通过收集和分析专利数据文献为本企业提供专利侵权预警服务;中小企业可以依托行业协会,组建专门的行业专利情报收集与侵权预警组织;某些专业咨询机构和企业也可以进行特定行业或企业的专利预警分析和保护服务。三是充实预警机制的工作内容,明确预警组织的具体职能和目标。主要包括:(1)根据本行业、本企业或服务对象企业所处的技术领域,收集该技术领域内外国企业申请并取得专利的实际情况和发展趋势的数据资料,分析外国企业专利已经覆盖的或将要覆盖的技术内容;(2)了解本企业目前正在进行的技术创新项目或即将实施的技术创新计划以及已经付诸实施的新技术的内容是否与外国企业已经申请或取得的专利技术存在相同或类似的情况,并确定是否构成专利侵权;(3)对于产品的出口,必须事先调查外国企业在目标市场所在国拥有的相关技术专利的状况,防止出口之后才发现侵犯他人专利权。

3. 重视企业专利等知识产权管理体系建设,提高企业专利工作水平 建立和完善企业包括专利在内的知识产权管理体制,从组织机构建设、人力资源配备和资金支持等方面加强和提高企业对专利等知识产权的管理水平,对于合理配置和充分利用企业专利等知识产权资源,增强企业综合市场竞争能力以及提高企业经济效益都有着十分重要作用。特别是对中国企业而言,由于专利制度在中国起步较晚,企业对专利的保护意识以及专利对企业发展的意义认识尚不充分,相当多的企业对专利工作还没有给予应有重视,而外国企业又在中国发展市场经济及入世前后积极运用专利手段增强其在中国市场的竞争力的情况下,加强和完善企业专利管理体制、提高企业运用专利进行市场竞争的能力和水平已经成为整个企业经营管理体系和发展战略当中的核心部分,更是中国企业必须尽快解决的紧迫问题。

首先,树立专利意识是解决中国企业专利问题的关键。相当多的中国企业的管理者不重视专利工作,没有充分认识到专利以及专利制度在企业市场竞争中的重要作用,认为专利保护意义不大,不愿意为申请专利、维持专利以及购买专利情报等投入经费。这种情况直接造成中国企业不太重视运用专利许可或技术合作等合法途径引进专利技术,而又在专利侵权纠纷中陷于不知所措和被动地位;同时也导致企业自身拥有的技术成果因未申请专利而大量流失,将技术优势和市场拱手让于他人。目前,提高企业专利意识的主要途径是通过多种形式的教育和培训让企业各级管理层和技术人员认识专利等知识产权工作对企业经营发展和提高市场竞争力的重要作用和意义,逐步并牢固地树立专利意识,并将其贯穿于企业整体经营管理之中。

其次,我国企业应尽快建立和完善内部专利管理体制。主要包括:(1)建立相应的专利管理机构,负责企业内部专利事务的管理工作;(2)将企业专利管理机构与技术部和经营部结合共同组成企业的核心,并与生产部、财务部以及营销部门一起组建成企业的最高层组织管理机构,从而形成一个纵向贯通、横向协调的专利工作的良性运作机制;(3)明确专利数据信息的收集和检索,申请专利、维持和保护本企业拥有的专利权以及进行市场监督管

(下转第53页)