



Thornhill Capital



中国简报-2012年12月份

目录:

中国知识产权	1-3
实施	3-5
中国的法律诉讼	5-6
保护知识产权	6
最终结果	6-8
尾注	9

中国知识产权

中国知识产权制度是比较新的。虽然有人认为中国的知识产权 (IP) 最早出现在唐代 (公元 617-906 年), 但是与该期间有关的规定仅仅是对未经授权而使用与皇帝有关的书籍、标志和产品进行了限制, 是作为一种加强皇权控制和权力的方法, 而不是为了促进科技和艺术。事实上, 中国对知识产权的立法只是在近期才开始的。直到 1980 年中国才成为世界知识产权组织(WIPO)的成员国, 并且随后在 1983 年实施了其第一部商标法。之后国家在 1985 年发行了第一部专利法, 在 1990 年制定了版权法。因此, 中国是在近期才制定了知识产权法, 而与之形成鲜明对比的是美国在 1790 年就颁布了其第一部专利法, 在欧洲, 威尼斯是在 1474 年就创立了第一部专利法, 英国是在 1623 年创立了第一部专利法。^{1,3}

近 4,000 年来, 中国对知识产权的认识是与朝廷、皇帝、行会或国家相联系的。该期间的冲突通常是由族长、村落长老和行会领头人决定的。⁵ 与拥有处理知识产权的法律的大多数国家不同, 中国直到 20 世纪 80 年代才开始制定法律管理知识产权。² 中国对知识产权的早期认识是从中国的主要贸易伙伴, 前苏联及其附庸国那里获得的, 那里有一个信念是个人的发明或创造属于社会的所有成员。威廉 P.阿福德教授认为, 前苏联和中国都具有使他们具备基本相同的观点的潜在意识。如果一个人的发明是显著的并能产生重大进步, 发明人将获得一笔与其发明所实现的价值相关的金钱奖励, 而国家将会获得开发和推广该发明的权利。⁵





前苏联对知识产权的观点通过卡尔·马克思在 1944 年的一段引言得到最好的体现：

即使当我开展科研工作时，我很少能直接与其他人开展的活动，由于人类行为，我进行的是一项社会性的工作。这不仅是我活动的本身，例如思考者使用的是语言本身，对我来说是社会的产物。我自身的体验属于一项社会活动。出于这个原因，我自己生产的东西是为社会生产的，这是出于作为一个社会存在的意识。

中国对知识产权的早期观点反映了其对孔子之道根深蒂固的信仰。孔子教导说过，在文化的传播过程中，知识创造从根本上是更大的社会合并的产物。孔子文化从而鼓励通过模仿其他人的作品来进行学习。⁶ 中国对知识产权的早期立场在“文化大革命”(1966-1976)期间的一句俗语中得以最好体现：

一个钢铁工人有必要将其姓名刻在他工作中生产出的一块钢锭上吗？如果没有必要，那么为什么知识分子就应该享有将其姓名写在其作品之上的特权呢？⁵

在 1978 年 12 月邓小平宣布中国的改革开放政策后不久，中国与其他国家产生了知识产权方面的冲突。邓小平意识到中国的改革需要西方的技术和投资。因此，他通过首先在中国南方设立享受税收优惠政策的四个经济特区

来为中国吸引西方投资。在很短的时间内，随着大量外国公司开始在全国各地开展经营业务，中国实现了创纪录的经济增长。⁴

伴随着这种快速的经济扩张和与外面世界的互动，中国不得不迅速适应外国人的商业惯例和习俗。他们不得不做出的许多适应之一就是了解与外国公司知识产权相关的权利和义务。在 20 世纪 80 年代，知识产权对于几乎所有中国公司来说都是一个新鲜事物。在这期间，互联网还没有流行开来，关于知识产权的外国书籍很少翻译成中文，知识产权也不是大多数中国公司关注的方面。而这期间的关注点是引入西方技术以便刺激经济和提高国家生产力。考虑到西方和中国公司的互动才刚刚开始，这是一项艰巨的任务。此外，对于合同、业务结构，或很多我们现在已经习以为常的其他业务标准，没有历史经验可以借鉴。那时在西方和中国境内的企业和政府领导人并没有始终考虑到与这些新业务安排相关的潜在知识产权义务。他们关注的是设立一个允许西方业务惯例和技术流入中国，并同时允许外国公司进入中国是制造和消费市场的前沿阵地。

对于中国人来说，几乎没有关于知识产权是如何运作的先备知识，并且即使有的话，为了企业盈利，这方面的知识也被忽视了。

根据美国联邦巡回法院上诉法院的兰德尔 R.雷德，（他是上海大学的名



誉教授), 中国缺乏对私有财产作为个人权利超越了单纯的经济调控实用主义的理解。中国缺乏广泛接受的财产观念的文化和历史根源。事实上, 为了使知识产权法得以有效施行, 中国整体上必须了解鼓励创新和创造的好处以及私有财产本身的好处。³

此外, 知识产权侵权对全球经济具有重大影响。据估计, 知识产权侵权使欧洲制造商损失了他们在中国赚得的五分之一的收入。在全球范围内, 专家估计 10% 的世界贸易是基于假冒商品和盗窃知识产权, 造成了 4770 亿美元的损失。⁷

实施

从 20 世纪 70 年代末, 直到 2001 年中国加入世界贸易组织(WTO), 美国依靠贸易制裁, 不延长最惠国待遇, 以及反对中国加入 WTO 的威胁来促使中国加强其对美国知识产权的保护。然而, 一旦中国加入 WTO 后, 美国就失去了这种优势。相反, 中国作为 WTO 的成员, 现在受到“与贸易有关的知识产权协议”(TRIPS 协议) 的约束。对于 WTO 的成员, TRIPS 规定成员国之间的知识产权纠纷将通过强制性的 WTO 争议解决程序进行裁决。尽管这个过程是漫长的, 但是美国现在已经有了与中国政府进行谈判, 解决争议和进行仲裁的正式程序。¹⁶

在 WTO 和美国法院体系之外, 想要在中国寻求法律救济对抗知识产权

侵权者的人员可以采取以下几种执法行动, 包括:²

- 行政诉讼
- 民事诉讼
- 刑事诉讼
- 调解
- 停止和终止函
- 海关
- 贸易展销会

行政诉讼: 在中国, 90% 的知识产权侵权历来是通过行政机构来处理的。这不仅是一种针对知识产权执法的经济手段, 因为行政诉讼通常比司法方式便宜, 但它也需要一个比人民法院低的证据门槛。行政诉讼也会对市场上的其他潜在侵权发出警示消息, 以及采取行动来停止当前的侵权。但是, 行政诉讼也具有固有的劣势。罚款通常较少, 当地主管部门可能没有受理行政案件的资源, 以及当地政府可能会对其管辖范围内创造就业和税收的企业进行保护。

民事诉讼: 在涉及侵犯知识产权的案件中民事诉讼变得越来越普遍。拥有涉及中国知识产权挑战大量经验的丽贝卡·奥迪仕和艾伦·阿德科克认为, 法院的透明度正日益增强, 现在诉讼可以向公众和外国人开放。在此之前, 外国人需要获得特别许可才能参加法院诉讼。

需要注意的一个有争议的问题是“陷阱式购买”的使用。为了获得侵权的证据, 购买你们出售的产品样本通常被



法院视为是有效的证据。但是，向试图提供产品但是没有现货的侵权人下订单，可能是法院的一个问题。

还需要值得注意的是，当在中国提起法律诉讼时，没有败诉方必须支付初期与证据收集和流程本身有关的所有法律费用的规定，也没有败诉方必须偿还民事诉讼胜诉方费用的规定。通常情况下，各方承担其各自的法律费用。中国的民事诉讼正在改进，但是仍然不完善。⁷

刑事诉讼：在中国，针对知识产权侵权的刑事诉讼很少。个人刑事责任的门槛是非法产品的营业额超过\$6,000美元或利润超过\$4,000美元。如果超过这些门槛，侵权人可能面临监禁。如果侵权人是一个仿冒了两个或两个以上的商标或权利的多重侵权人，那么门槛应降为\$4,000美元或利润超过\$2,670美元。公司的门槛是\$18,000美元。⁶

侵权人往往通过将货物储存在多个场所而绕开这些门槛，在这些场所储存的货物数量低于这些门槛标准并且发货订单也保持在门槛以下。为了确定仿冒货物的价值，管理部门通常依据产品的实际售价、报价，或通过调查确定的产品实际售价。在少数情况下，如果没有确定价值的其他方法，将使用真正货物的实际价格来确定仿冒货物的价值。

调解：这种方法特别有效，因为它

向另一方提供了一种既能挽回颜面又能解决争议的方法。尽管调解不一定被所有各方接受，但事实已经证明当存在一种先前的业务关系时，这种方法是特别有效的。调解在中国已经被使用了很长一段时间，从文化角度上被视为是一种解决争议的方法。

停止和终止函：通常我们会认为这是在中国解决争议的一种无效的方法。该信函更有可能被最终扔进垃圾桶里，而不会被认真对待。然而，停止和终止函的确有很多有益的作用。当你的权利可能不是非常强大时以及当你想让侵权人知道你正在注意他们时，这种方法在中国是最有效的。当侵权人生产的货物数量少，且不足以寻求行政检查时，或当你没有获得非法制造的证据，但是可以在网络上或在商品目录中发现你的侵权商品时，也可以使用停止和终止函。这种方法还可以作为一种与侵权人进行谈判的方法。

海关：当你试图阻止你的侵权产品被非法生产并出口到国外，与海关当局协作是非常重要的。为此，你需要在海关登记你的权利，制定实施一个核实和付款程序，以及当出现版权和专利侵犯情形下向海关官员提供培训。对于商标海关往往会更有效，因为他们能很容易地识别商标。识别版权和专利比较困难，海关官员通常需要接受培训才能有效识别版权和专利。因此如果任何人想阻止侵犯其版权或专利的产品出口，向海关官员提供培训是非常重要的。



如果海关扣留了被怀疑侵犯了你的知识产权的货物,你会有三天时间来验证这些货物是否得到了授权。如果这些货物被认定是合法的,并且另一方因此扣留而遭受了财务损失,海关也会要求为扣留的货物提供一笔保证金。该保证金需要在三天内到位。银行担保也可以代替该保证金。

贸易展销会: 你会经常发现侵权人在贸易展销会上公开推广你的商品。从历史上看,当这种情况发生后,被侵权方在贸易展销会上几乎无力采取行动。但是,2006年中国引入了一项名为“展会知识产权保护办法”的新法律。该法律规定,对于时间超过三天的展会,展会主办方必须设立一个投诉机构来检查可疑的知识产权侵权行为。投诉机构在接到潜在知识产权侵权的指示后,必须在24小时内将投诉的详情移交给相关管理部门。管理部门将确定是否采取适当行动。如果采取行动,管理部门可以扣留并销毁商品以及施加罚款。如果发现某个参展方出现两次侵权行为,他们将会被禁止参加下一届展会。

中国的法律诉讼

我们大多数人倾向于关注外国对中国个人或公司提起的法律诉讼(2011年有66,000个知识产权相关案件,比2010年增加37.7%)。¹² 但是,目前许多美国公司被中国人指控侵犯了他们的知识产权。律师丹·哈里斯称许多外国公司认为中国没有管理知识产权的有效法律,中国公司也不会提

起诉讼。这两种想法都是错误的。当外国公司无法在中国注册其知识产权时,中国公司会利用外国公司在这方面缺乏经验,以自己名义注册该知识产权。最终结果是中国公司迫使外国公司离开其预期市场。此外,许多公司认为中国保护国内知识产权的制度是无效的。因此,当一家公司开始在中国开展运营时,它不会全面调查其是否侵犯了某家中国公司的知识产权。例如,某外国公司雇佣一个中国承包商从事合作设计或开展生产制造。一段时间后外国公司得知其侵犯了某家中国公司的知识产权,潜在的损害索赔会很严重的。在任何一种情况下,在中国注册知识产权以及检查潜在的国内侵权都是必要的。¹³

中国正在逐渐意识到知识产权的价值,因为专利是使国家减少对制造业依赖的政府计划的重要组成部分。政府认识到未来的竞争不仅仅在于创新,而且还在于创建针对现有知识产权的国际标准。因此,中国国务院要监管专利转变为标准的过程。⁷

从历史上看,90%的专利是由高度发达国家所有,特别是在电信、半导体、制药和计算机方面。西方国家持有全部专利的70% - 90%。相比之下,90%的中国公司没有任何专利权,60%的中国公司甚至没有商标。这是中国政府一直坚持将技术转让作为在中国经营商业的一个条件以及为什么中国政府正在加速他们对国内产生的知识产权的重视的原因之一。⁷



中国的中央专利局现在是世界上最繁忙的专利机构。中国政府已经确立了从2015年开始每年200万项专利申请的目标。对比而言，美国专利和商标局在2011年收到了530,000项专利申请。但是这些数字没有将专利质量考虑进去，中国专利通常质量较低，但是仍然能够对外国和国内公司提起诉讼。事实上，欧盟商会表示中国夸大了其专利数量，因为很多专利不能代表真正的发明创新。¹¹

在中国申请专利包含多达十项要求的费用，包括官方费用和中国专利代理费用，大约\$1,650美元。这不包括翻译费。此外，在申请得到批准后，还必须支付大约\$150美元的注册费和\$110美元的首笔年费。⁷

保护知识产权

那么，如何在中国保护知识产权呢？答案是——在中国没有完美的方法来保护自己。但是你可以实施一些程序从而在不同程度上保护你的知识产权，包括：¹⁴

- 将公司内部信息列为机密信息或知识产权敏感信息；
- 将敏感的知识产权数据置于保密室、上锁的柜子或保险箱内；
- 教导员工关于知识产权的敏感性，向他们提供关于具体安全措施和文件存储的培训；
- 优先考虑你的知识产权，进行风险分析以确定哪些信息如果丢

失的话会对你的公司造成最大伤害。完成这些工作后，根据知识产权的价值制定保护计划；

- 安装软件追踪软件来追踪文件和其他知识产权；
- 未雨绸缪。将你自己设想为想要获取你知识产权的人并确定他们能获得信息的最好方式，然后对你的保护措施进行相应地调整。
- 在发布数据时应谨慎。通常，为了进行销售，会向兜售你公司产品先进特性的潜在客户发布信息。有时候这些信息可能会被放在你公司的网站上，证明公司目前的新一代产品是如何领先竞争对手的。知识产权的盗窃者非常聪明，特别是在中国。所以在发布数据时应谨慎。

最终结果

我们刚刚检查了公司或个人可以采取的一些对抗侵权人的行动。但是，显而易见的侵权行为又会怎么样呢？例如，在秀水街（北京的一个大型多层购物中心），你可以买到任何东西，从假冒的万宝龙笔到低价的路易威登钱包（4美元）。此外，在中国各地数以万计的其他商店中，你会发现类似的仿冒名牌商品，正在向公众销售。那么，在这些事例中政府是如何执法的呢？更重要的是，既然侵权人就位于北京中心的一个五层楼的建筑内，为什么政府没有采取行动呢？由于大多数人认为执法是获得和确保遵守知识产权以及



向侵权公司和个人获得赔偿的关键, 缺乏对此类明显侵权的执法引发了许多问题, 因为正如我们知道的那样, 如果中国政府决定打击知识产权侵权人, 这个问题就会停止。毕竟中国政府是一个众所周知的强大的政府。一旦其决定采取行动, 没有人可以阻挡。因此我们会倾向于认为如果有更多政府执法, 那么侵权行为就应该减少, 是这样吗?⁶

未必。就像中国的大多数事情一样, 答案不是那么简单, 也不是那么直接。然而, 这是非常中国特色的。马丁·K·迪米特洛夫认为, 中国目前执法体制的主要问题是具有两种类型的执法: 高质量执法和低质量执法。由于中国的知识产权官僚体制在多数情况下是分散的并且产生了司法上的不明确, 这两种类型的执法都存在。在具有高质量执法的中央集权的官僚体制中, 北京可以通过实施预算约束和/或行政处罚迫使地方政府执行法律和法规。政府可以发号施令。

如果侵权人在中央政府控制的区域内进行运营, 并且政府知道了侵权但是不采取行动, 那么显然会有政府不作为的原因。中央政府不作为的最通常的原因是对侵权人采取行动后, 将会出现失去工作, 社会不满, 和/或因侵权公司销售终止而导致的失业的问题。另一个原因可能是侵权实体的所有者与中央政府具有政治方面的关系。不管出于什么原因, 中央政府不会总是不对侵权人采取行动的。

以秀水街为例。2009年2月, 由于英特普罗公司(一家北京知识产权公司)的努力以及代表五家奢侈品牌制造商控告秀水街商标侵权, 秀水街内 29 家店铺被暂时关闭。英特普罗公司的客户(巴宝莉, 路易·威登, 古琦, 普拉达和香奈儿)在四年前首先起诉了秀水街。在法院调解协议下, 秀水街的管理者一次关闭了 6-8 家违规的秀水街销售商, 关闭时间长达一个星期。

尽管按照我们的标准一个星期的暂停营业可能看上去过于轻了, 但是中国人却有截然不同的看法。莎朗·拉弗兰瑞在《纽约时报》中写道, 在宣布关闭一个星期后, 秀水街销售商围攻了英特普罗公司办公室六天, 虽然保安将销售商与英特普罗公司员工保持了一段距离。一名销售商(何女士)要求赔偿她的损失, 并要求进行公开道歉。

尽管大多数西方人会认为暂时关闭无足轻重并且不能起到任何作用, 但是中国人对政府采取的任何行动都感到愤怒。秀水街总经理汪自力做出了最好的总结: 五个品牌公司说, “你们在保护我们的知识产权方面做得不够好”。销售商说, “你们在保护知识产权方面做得过头了。”¹⁰ 中央政府为了维护社会秩序同时又想支持外国公司的知识产权, 通常会支持采取一些行动, 打击侵权者, 特别是如果侵权行为出现在外国媒体上时。但是, 在我们看来, 严厉的判决会导致社会不和谐。由于社会和谐是政府的头等大事, 造成社会动荡的持久或漫长的知识产权执法是不可



能发生的。只有当侵权行为违背国家政策时，中央政府才会对地方和省级政府进行严厉的知识产权执法。

并非所有中国的官僚体制都是中央集权式的，不是每个人都是为中央政府工作的。事实上，你接触的行政层级越是往下，中央政府的影响就越弱，地方和省级政府的影响就越大。⁶ 这就是地方官僚生存和获得薪水的方式。因此，尽管北京制定了一项政策，例如禁止制造假冒高尔夫球杆，地方政府实际上可能会鼓励这样做。鼓励在他们辖区内进行任何制造活动会带来就业和税收，这对他们是有利的。总之他们不关心生产的是什么。

伪造没有知识产权的奢侈商品在中国是一笔大生意。事实上，中国是世界上最大的奢侈商品伪造的国家，法国和意大利国内 75% - 85% 的假货来自中国。2010 年，在美国来自中国的假货占美国假货总量的 76%。这些进口商品很难被发现，因为商品是在一个地方生产，而标签是在另一个地方生产的，然后它们被分别运送到国外或国内的地点后再进行粘贴。^{10, 15}

卡内基国际和平基金会的裴敏欣认为，假冒伪造行业占中国 GDP 的 8%。因此，假冒商品的生产以及中国公司使用未授权的知识产权，为国家提供了大

量的就业机会，对地方税收和国家 GDP 做出了重大贡献。^{8, 9}

总之，我们不认为假冒商品和知识产权侵权会在中国停止。我们推断知识产权违规会继续存在的五个主要原因如下：

- 生产雇佣了大量的中国劳动力
- 通过大量的劳动力就业可以维护社会和谐
- 给省级和地方政府以及相关官员带来可观的收入
- 会对中国的 GDP 做出贡献
- 对知识产权侵权行为的处罚不严厉
- 大多数知识产权侵权者面临民事处罚而不是刑事处罚

如果地方或省级政府关闭侵权公司，这将导致大规模的失业，税收损失，以及可能造成的社会动乱和不稳定。这些负面的经济和政治影响是地方、省级和中央政府不能轻易接受的。这就导致了对犯罪进行微不足道的处罚，对之后的侵权行为几乎不会产生任何威慑力。

如需了解关于中国知识产权的其他信息，可按照以下地址向作者发送电子邮件：info@thornhillcapital.net。



尾注:

1. <http://www.techdirt.com/articles/20090530/1620345062.shtml>
2. Ordish, Rebecca; Adcock, Alan. China Intellectual Property Challenges and Solutions (Singapore: John Wiley & Sons, 2008), 4
3. <http://www.fed-soc.org/publications/detail/intellectual-property-protection-in-china>
4. http://news.bbc.co.uk/2/shared/spl/hi/in_depth/china_politics/key_people_events/html/8.stm
5. Alford, William P. To Steal a Book is an Elegant Offense (Stanford, California: Stanford University Press, 1995), 11
6. Dimitrov, Martin K. Piracy and the State (New York, Cambridge University Press, 2009), 33
7. China Briefing. Intellectual Property Rights in China (Hong Kong: Austria Wirtschaftsservice aws, 2008),
8. <http://en.wikipedia.org/wiki/Counterfeit>
9. <http://www.asiabusinesscouncil.org/docs/IntellectualPropertyRights.pdf>
10. <http://factsanddetails.com/china.php?itemid=1889&catid=9&subcatid=62>
11. http://www.washingtonpost.com/business/economy/chinese-firms-put-intellectual-property-lawsuits-to-work/2012/08/30/12d9a418-f1c3-11e1-adc6-87dfa8eff430_story.html
12. <http://www.zdnet.com/china-sees-rising-intellectual-property-tussles-2062304161/>
13. http://www.chinalawblog.com/2011/06/protecting_your_intellectual_property_in_china_part_ii.html
14. <http://www.csoonline.com/article/204600/intellectual-property-protection-the-basics>
15. <http://www.ncpc.org/topics/intellectual-property-theft/trends-globalization-and-digitalization-us-her-in-a-new-era-of-intellectual-property-theft>
16. <http://www.law.drake.edu/academics/ip/docs/ipResearch-op5.pdf>

艾伦·乐富勤

大卫·道奇

© 2012 Thornhill Capital 版权所有

Thornhill Capital 提供现场尽职调查；国际财务报告准则、美国公认会计准则、中国会计准则和香港会计准则合规性的财务重建账；审计准备和审计程序管理；内部控制的设计和测试；中国税务报告对审计后财务报告的调节；双语首席财务总监；翻译服务；以及为世界各地企业提供各种其他会计、合规性和行政管理服务。

有关所有服务的详细信息请参见网站：www.thornhillcapital.net

本刊物是反映 **Thornhill Capital** 的个人意见，仅供参考。本刊物的目的不是为了传达任何法律，会计，或投资建议。在没有事先咨询律师、投资顾问、注册会计师或其它相关专业人士的情况下，此处的信息不应使用或依赖于任何特定方面的事实或情况。