

行业商会应充当中国对外讼管事业的“领头羊”

创意对中国经济升级及持续增长至关重要。对知识产权有效而合理地保护，不仅鼓励工业设计创新，而且符合中国国家知识产权战略。一个高效的中国对外知识产权诉讼管理（下文“讼管”）行业，如果辅以专业知识及海外的维权资源，可以有效地保护中国中小型企业海外市场的工业设计所有权和知识产权。行业商会是带领中国发展对外讼管事业最佳选择。

导言

笔者是美国注册专利律师，在美国有近三十年的知识产权法从业经验，所以下文多以美国为例阐述中国中小型出口企业在海外的知识产权现状。

近几十年的现状是，中国的中小型出口企业大多没有在出口市场（例如美国）保护自己的知识产权¹（注①）。所以，尽管中国是世界上最大的出口国，但出口利润却严重偏低。根据商务部 2010 年的声明，中国出口的平均利润率仅为 1.8%。拿苹果手机 iPhone 为例，其数百美元的零售价里，在中国的增值只有 6.5 美元！

事实上，部分大型的中国企业也有像西方大公司一样的强大法律后盾，雇用律师团队，在海外知识产权竞争和保护方面它们做的并不比西方跨国大公司差。但是绝大多数的中国中小型出口企业却对在海外市场的知识产权保护了解甚少，甚至一无所知。因为中小型出口企业“无 IP²（注②）”，它们被迫纯粹在价格上竞争。加上美国的大型进口商也采取措施，在知识产权领域以“不平等条约³（注③）”来占尽中国出口企业的便宜。中国知识产权所有者的美国最大客户也往往是最可恶的侵权者——它们常常将订单交给更便宜的竞争对手。难道你要将自己最大的客户告上法院不成？

如果没有新的手段，现实看来不会有什么改变，至少不会很快。小型出口企业忙着做生意，在严酷的市场竞争里求生存，没时间也没精力去担心 IP。另外，虽然中国很多行业都有整体增长，但个别公司的生死存活变化却比较快。因此，光以教育为本的传统做法来冀望于提高中小型企业对知识产权的投入，本身不会很有效。

为何中小型企业在美国维权甚少

中国中小型工业企业对新的全球工业设计增长每年都作出重大的贡献。无论在国内或国际，在这全球化的经济中，受欢迎的设计和能非常迅速地分布到世界各地，但是也几乎无一例外地被模仿和不公平竞争。没 IP，也就没法保护。

对中小型中国出口企业而言，当前在美国市场的知识产权保护问题最少包括以下几点：

- （一） 中小型企业对国外知识产权体系缺乏了解，不知道怎样保护自己的权利；
- （二） 海外（如美国）的知识产权注册成本偏高；
- （三） 在美国 IP 维权，费用高昂（如果算上调查和诉讼费用）；

(四) 起诉自己的大客户、供应商或同行实有困难。

这就是为什么中国中小型工业企业对海外市场的知识产权保护兴趣缺缺，而在海外的知识产权维权行动更是非常罕有。

讼管企业 - 知识产权诉讼维权的均衡器

在美国，许多中小型公司和学术机构坐拥有价值的专利权，但不能承担专利侵权诉讼对企业带来的风险和费用。美国专利诉讼案件的审理平均需要至少几百万美元，花费上千万美元或更多资金的案件也不少见。而知识产权维权诉讼的本质属民事诉讼，政府通常不会资助当事人任何一方。专利诉讼费用的暴涨已导致学术机构和企业无法自行筹措资金诉讼，于是常有“有理无钱”之叹。无力维权就等于没有权利。

然而，在目前全球经济放缓的大环境下，投资人正在寻找途径增加他们的投资回报率。他们发现投资在专利诉讼上越来越有吸引力。于是，整个知识产权诉讼管理行业应运而生。

美国是全球讼管企业产生最早，体系最完整国家。讼管企业，在美国通常称之为“非执业实体（Non-Practicing Entity，简称‘NPE’）”。知识产权讼管行业在美国不乏出类拔萃的佼佼者，例如已上市的 Acacia Research（纳斯达克股号 ACTG），最近两年的股价傲人。

过去十年里，在美国告专利状最多的前 10 名原告中 3 名是非执业实体（它们被难听地称为“专利蟑螂”）。就是不算 NPE 中的第 3 名（因为他的指控大多是虚假专利标识案件，因此不算是真正的专利诉讼），剩下的 2 名 NPE（Acacia Research 和 Ronald A Katz Technology Licensing）过去十年在美国一共提交了约 300 件专利诉讼案件。这些诉讼案件中，光这两个讼管企业就合计指控了约 2400 名被告，占被前 10 名专利诉讼原告控诉的被告总数的 44%。

而且根据普华永道（Price Waterhouse Coopers）《2010 年专利诉讼报告》，NPE 指控的专利诉讼损害赔偿平均是执业实体作原告提出指控的案子赔偿的三倍，可说成果丰硕!! 该报告没有解释为何有不少大型企业（例如：博世、3Com 公司、飞利浦等）都选择将已被侵权的专利转让给讼管企业。可想要起诉自己的大客户、供应商或同行，就是大公司也有困难，而讼管企业就没有这个问题。

讼管生态的简介

一件美国经讼管处理的知识产权维权诉讼，原告方大体有以下几个角色：

角色	功能	案子赢了可得好处
美国诉讼律师	“自备粮饷”来打仗的一先期评估案子是否适合以“打赢分成”方式承担及负责诉讼	总收入 1/3 到 40%

讼管企业	掌柜的一充当诉讼权人（原告）和筹措管理诉讼资源（如诉讼律师和诉讼费投资者）一负责总收入结余分配	总收入结余（与原创者分成）
诉讼费投资者	提供诉讼费用（除律师费）的资金一主要关心风险和投资回报率	取决于案件的实质和投资的金额—每年风险溢价约本金的 30% 至 70%
原创者	知识产权开发，和转让知识产权给诉讼权人	如果原创者是工厂，诉讼对它的好处主要是权利的执行，减少竞争，提高利润。也可参与总收入结余分成

1. 诉讼律师当然就是这类“分成”案件的原动力。因为他们是以自己的资金资源“保证”其对案件的评估和对自己会打赢官司的自信。如果没有战绩辉煌的知识产权诉讼律师在经过详细评估案子后答应以“分成”方式承担，通常掌柜的讼管企业不会接案，诉讼费投资者也不会有胆投钱。

2. 讼管企业 (NPE) 是这个知识产权讼管行业的“风险投资银行”，在每个案子里筹措资源，及充当原告（通常以独立子公司的形式），以其对筹措和管理诉讼资源（如不同的诉讼律师和诉讼费投资者）的专业知识和通路来赚取总收入结余与原创者分成。

3. 诉讼费投资者通常不管案子，只是消极投资，冒可能全军尽墨之风险，求每年百份之三十到七十的回报，所以有关讼管企业过去的表现应是其投资决策的主要因素。美国的专利诉讼，律师费以外的诉讼费（例如：差旅、法庭费用、问话记录员、技术专家、经济专家等费）通常可以达到总花费的百份之十到三十。

4. 原创者是知识产权开发者，没有他们也就没有案子。如果原创者是工厂，诉讼对它的好处主要是对知识产权权利的执行，减少竞争，提高利润。视案件的实质情况，也可参与总收入结余分成。

没有讼管行业，许多中小型公司和学术机构就无力为其知识产权在美国维权。中国到 2015 年估计专利数量会是世界第一，也许现在发展讼管行业还为时不晚。

惋惜中国多少知识资源—“无维”等于无权！

其实知识产权并不局限于高科技。据笔者事务所在美国的知识产权诉讼经验，版权、外观专利、商标等案，一样可有高额收益。

据联合国贸易发展会议刚发表的《2010 创意经济报告》，
http://www.undp.org/publications/CER'10_all_optimized.pdf，中国自 2002 年起，创意经济产品出口已是世界第一。2008 年中国大陆创意经济产品出口美元 848 亿，比排行第二的美国多出一倍也不止。以下是该报告中创意经济产品出口排名的前五名（摘自《2010 创意经济报告》第 132 页）：

2008 排名	出口地	2008 出口额 (亿美元)	2002 出口额 (亿美元)	2008 市场份 额(%)	03-08 增长率 (%)
1	中国	848.07	323.48	20.8	16.9
2	美国	350.00	185.57	8.6	13.3
3	德国	344.08	152.13	8.5	14.7
4	中国香港	332.54	236.67	8.2	6.3
5	意大利	277.92	165.17	6.8	9.7

该报告的数据基本只到 2008。现在的数值看来又已更上层楼。

创意经济又名创新经济，据该报告的定义，应包括影音产品、表演艺术、广播、体育、旅游、时尚设计、出版业、软体和电脑资讯服务、互动软体（如游戏软体、含基于互联网之游戏服务）、工艺品等。

应该引人深思地是，中国是创意经济产品出口大国，但这些出口商品的“含金量”（以出口利润计算）有多少？从另一层面看，我们什么时候听过中国公司在外国（例如美国这个最大的市场）为它们的创意经济知识产权维权？

不维权就等同没有权利。

该报告并没有详细叙述，但很明显中国创意经济产品出口商品里，“高科技”只是一小部分。知识产权并不局限于高科技。发达国家的很多大企业，例如迪斯尼，以版权和创意起家，经数十载征战诉讼维权，居高不下。至少对中国中小型企业而言，“高科技”很多时候是可望而不可及。所以讼管的眼界也不应只关注高科技。

其实中国早已是版权大国—中国大陆是世界工厂。中国大陆每年生产的玩具、装饰品、工艺品等占全世界超过百分之五十以上。某些产品，例如圣诞装饰品（Christmas Ornaments），更达到百分之八十以上。从前大多是外国客户来样加工，但近些年比较有规模的出口企业，都有自己的研发部门。每年开发的新产品，少则数十，多则数百，并不为奇。全国每年开发的新产品能受美国版权法保护的能有数万也不为奇。

可惜地是，就目前而言，虽然美国是中国工业产品最大的出口市场，在美国申请版权注册的中国工业产品并不多。纵观美国的各类知识产权保护方法，版权的价值与专利同样重要。从中国工业品出口总体而言，没有知识产权就只能以价格竞争。从而导致中国出口产品的平均利润与欧美公司出口到中国的产品利润相比，相差十倍都不止！

国家政策鼓励专利，计划中国每年的专利送件在几年内超过两百万件，达到世界之冠。中国的专利体系资助中国企业到外国申请专利等，这都是好事。但就效费比而言，提高中国企业的版权知识，以及增加在海外（尤其在美国）的版权注册和维权，都可以大力

提升中国出口企业的合理利润。如果中国的各行业商会能筹建会员的版权池（如同西方的专利池），中国出口商更能如虎添翼。

对中国对外型讼管行业的试想

讼管行业目标：通过选择性执法，对外型讼管企业可在海外（如美国）增加基于中国中小型出口企业的知识产权维权，扩大这些企业的利润空间（以 15% 的利润为目标），并以范例证明中国不仅可以知识产权专业化，而可以超越到知识产权企业化，创建新的对外型讼管企业。讼管也能为投资人创造一个新的高回报投资管道。

经营形式：一个通过行业协会商会为构架的讼管商业网络，其工作包括：（1）识别和组合对付海外（如美国）零售商的知识产权执法案件；（2）促使适时注册可保护的和诉讼需要的知识产权；（3）将知识产权注册转让给讼管企业；（4）筹措诉讼费用（不含律师费）所需的资金；（5）通过美国专业知识产权诉讼律师以“打赢分成”方式诉讼维权。

笔者估计，只要数年时间，要能有好几件能见度高的案子，“中国创造”就会受到刮目相看。

行业商会应是中国对外型讼管行业的主力

根据《国家知识产权战略纲要[2008]》，战略措施包括：“（56）（摘）充分发挥行业协会的作用，支持行业协会开展知识产权工作，促进知识产权信息交流，组织共同维权。”

笔者在思考中国社会应如何建立一个有效的对外型讼管行业时，思路总是回到：中国的各行业商会是当前最有资格和资源的群体，可以筹措行业的对外型讼管服务。想象一下行业商会的优势：

- （一）与行业成员企业已有的人际关系，能提供高效的协调功能；
- （二）本身责任就是应该协助保护行业成员企业的权益，并辅导行业升级；
- （三）有丰富人脉，能建立投资管道。

只要能辅以专业知识加上其他在海外维权的资源，成立专职的有限责任的子公司来负责管理，行业商会属下的讼管企业很快就能立竿见影地协助商会成员企业在海外保护它们新的工业设计和知识产权。

总而言之，中国的经济升级和持续增长要求国家和企业鼓励创意，有效而合理地保护企业的知识产权。笔者多年观察所得出的结论是，光以教育为本的传统做法不会较快地提高中小型企业对知识产权的投入，而由行业商会带领中国发展对外讼管事业可以有效地提高中小型企业在海外的知识产权占有份额，从而提升中国出口企业在国外的整体竞争力和出口利润。

¹注① 如您想查阅某企业在美国有那些知识产权保护，您可以使用“IP屏”网站(网址：www.ip-screen.com)；只需输入企业名称，便可免费搜索该企业在美国注册的专利、商标、版权、和海关登记。

²注② “IP”指知识产权，是英文 Intellectual Property 的缩写。

³注③ 何谓“不平等条约”？以前是强国船坚炮利，把弱国打得跪地求饶，既是丧权辱国也得签不平等条约。今天二十一世纪，世上还会有如此不平等之事？跟西方大公司做买卖，买卖双方须签署《标准合同》或《条款和条件(Terms and Conditions)》。类似文件当中常常会出现以下条款：

“‘机密资料’或‘保密条款’

供应商不得在任何与公司交易期间或之后，或本协议有效期内，向他人透露，采取或将其用于自己的目的或其他目的，公司的机密信息，知识，设计，数据，技术诀窍，交易，任何秘密或任何被公司视为“机密”或“专有”的其他资料。供应商了解，同意和承认这个义务适用，但并不限于，技术信息，设计，营销和财务信息，以及任何被公司视为机密商业信息。任何由供应商提供或有义务提供或披露给公司的机密信息，知识，设计，数据，技术诀窍，商业秘密，或任何由供应商视为“机密”或“专有”其他信息，除非另有特别约定由本公司书面形式向供应商承认其为机密或专有信息并进一步承担特定的限制，否则本公司有权全部无偿使用，而双方之间的协议，合同，或订单作为此部分的代价。供应商担保不向公司使用任何名义采取任何行动来要求公司负责有关供应商对公司所披露的机密信息的任何损失。供应商本此承担保密本订单，协议或合同，和任何与之相关的技术流程和信息，经济和金融信息，设计，数据，市场信息，以及任何由公司视为机密或提供给供应商的其他商业信息和文件；供应商没有得到公司的书面许可前，不得向他人透露，或直接或间接为任何其他方的利益使用此类信息。公司任何时候都有权要求供应商归还所有属于本公司或含有这种机密信息的文件和所有副本。”

上文中的“公司”是指买方的西方大公司。上段从根本上是说“你的变成我的；我的还是我的！”该语言被巧妙地隐藏在文章里，是典型的美国式合同起草方法。这个还不算坏。再看同文下段：

“‘知识产权’

除非供应商和公司之间另有相关的书面协议，否则从订单涵盖的商品进口到美国一年后开始，供应商将不能撤销地授予本公司全部已缴纳的，免权利金的许可，来制造，使用，销售和推销这商品，供应商并放弃对侵犯知识产权的索赔自由。上述权利将保持到所有与该商品有关的任何知识产权都已不再生效。”

要命不？可真谓明知山有虎，却不得不向虎山行。这种强制合同 (Contract of Adhesion) 会问题一大堆，但大单在前，能不签吗？工厂如何开工？明知是不平等的条约还是要签，还要满脸堆欢！

笔者 麦建荣 (Danton K. Mak) 是资深的美国知识产权律师，美国加州中源法律事务所 (Sheldon Mak & Anderson PC) 创办人，现任南加州香港商会理事律师。本文全属笔者个人意见，不代表任何其他个人或团体 (如商会等) 之意见。

联系方式：

Danton K. Mak, Esq.

Sheldon Mak & Anderson PC

100 Corson Street, Ste. 300

Pasadena, California 91103

U.S.A.

电话： 1-626-356-1288

电邮： danton@usip.com

网站： www.usip.com

新浪博客： <http://blog.sina.com.cn/usipisms>