

马秀山 编著

入世与 专利应用

中国对外经济贸易出版社

WTO

前 言

加入世界贸易组织(WTO),标志着我国的改革开放进入了一个新的历史时期,从而使我国的经济进一步地融入了世界经济的大潮,我国将更广泛、更深入地参与经济全球化的发展进程。在我国加入世贸组织后,各行各业都在加强学习,了解和掌握 WTO 的规则,参考和借鉴已有的经验和教训,以把握机遇,迎接挑战;而作为 WTO 的三大支柱之一的知识产权,特别是工业产权,更是必备的知识。

加入世贸组织,就必须认真地研究和熟悉世贸组织的知识产权协议。因为我们不但要履行自己所承担的义务,还要研究如何利用知识产权协议保护和发展自己;研究世贸组织成员的相关法律、法规,特别是他们实施、运用知识产权的经验与教训;更要认真研究世界经济发展的趋势,研究如何改进和发展世贸组织的知识产权法律体制,使其更广泛地适应广大发展中国家的发展要求,促进国际经济新秩序的形成。写作这本既专业又通俗易懂的读物就是在此想法下产生的。

作者本人利用在国家知识产权局(前称国家专利局)从事专利及知识产权工作的研究、管理和宣传的机会,结合自己所学的国际法专业特长,对专利和知识产权制度特别是其对经济与贸易的功能、作用做了一些研究,收集了一些相关而又典型事例,与新闻报道工作相结合,采访了专利领域的有关专家学者和权威人士,吸收了他们的观点,整理归纳,编辑成册,以

飧读者;本书力求做到理论研究与指导实践并重的原则,重点阐述了“与贸易有关的知识产权协议”对企业经营和国家相关部门的管理及政策法规的影响;是本“入世”与工业产权的专门性读物。在一定程度上填补了国内在此领域的空白。为系统地研究和利用工业产权制度做了些探索性的尝试和努力。强调应对措施,颇具实用性。本书各章节之间逻辑联系力求紧密,尽量不落窠臼,令文字耐咀嚼,不乏趣味。

应该说明的是,由于作者水平有限,加之相关情况发展变化很快,所做的研究和分析定有不妥之处,还望读者批评指正同时,在书中所述看法和建议也只是本人的个人观点,属一孔之见,也请读者明鉴并予以赐教。

2001年3月春

目 录

第一章 世界贸易组织和“与贸易有关的知识	
产权协定”	(1)
第一节 知识产权是世界贸易组织的三大支	
柱之一	(1)
第二节 “与贸易有关的知识产权协定”的	
产生背景	(5)
第三节 入世对我国的冲击和影响	(11)
第二章 “与贸易有关的知识产权协定”的主要内容	(17)
第一节 国民待遇原则	(17)
第二节 最惠国待遇原则	(23)
第三节 获得专利的条件	(31)
第四节 专利保护的客体	(35)
第五节 专利权的扩大	(38)
第六节 专利的保护期	(41)
第七节 专利权的例外	(42)
第八节 强制许可	(48)
第九节 工业品外观设计	(51)
第三章 入世后专利的人才培训及协调机制	(59)
第一节 研究人才的培训	(59)
第二节 实务人才的作用	(65)
第三节 国家的协调管理机制	(83)

第四节	制度建设与法治环境	(92)
第五节	传统文化与技术创新	(101)
第四章	应对入世的专利发展战略	(109)
第一节	优先发展战略	(109)
第二节	跨越式发展战略	(122)
第三节	“小技术大市场”发展战略	(128)
第四节	高新技术产业与专利	(131)
第五章	国际贸易与专利壁垒	(140)
第一节	国际贸易同技术壁垒	(140)
第二节	隐型关税与专利	(148)
第三节	对外贸易与专利权	(153)
第四节	专利产业损害与救济	(161)
第六章	专利的获得及培育	(169)
第一节	观念的更新	(169)
第二节	申请专利的抉择	(181)
第三节	专利网络的形成	(183)
第四节	关于“虚假专利”	(185)
第五节	专利的放弃与维系	(191)
第七章	专利的运用	(196)
第一节	专利权的使用与滥用	(196)
第二节	专利的垄断与转让	(205)
第三节	专利的维权和诉讼	(212)
第八章	专利文献与经济贸易	(222)
第一节	专利文献的利用价值	(222)
第二节	专利信息对经济贸易的决策作用	(226)
第三节	关于 WTO 新一轮谈判的展望	(232)

第一章 世界贸易组织和“与贸易有关的知识产权协定”

第一节 知识产权是世界贸易组织的三大支柱之一

众所周知,货物贸易、服务贸易和知识产权是世界贸易组织(下简称为 WTO)中的三项主要内容,也称得上是 WTO 的三大支柱。在信息时代知识经济的今天,这三者能够在 WTO 三足鼎立,尤其是知识产权能与传统的贸易内容和当代贸易的主流并列,显示出知识产权对货物贸易和服务贸易的重要。

先说货物贸易;这是人类社会最原始的贸易。可以说,自从人类社会有了交换,就开始了货物贸易,它比货币的历史还要早,随着人类社会历史的发展,货物的交换有了交易的规则。实质上,货币就是货物贸易的一项规则,因为它是为货物贸易服务的,由于货币的出现,提高了货物贸易的效率;同时简单的以物换物的易货贸易就减少了。于是,货物贸易有了游戏规则。而关税与贸易总协定(GATT)对其成员间货物贸易的税则规定,最终也体现在货币上。货物贸易是世界贸易更是人类社会贸易的基础,尽管在知识经济的今天,其地位和比重已经下降,但如同科学中的基础研究一样,其作用不能被取代。它是世界贸易组织中必不可少的内容。

关于服务贸易;服务贸易亦即无形贸易,系指诸如技术贸易、专利买卖、设计、咨询服务、劳务、运输和国际保险等知识产权类、权利类、关系类和其他类无形“商品”的贸易。据统计,技术贸易和专利买卖的贸易额上升得最快,年均增长率曾高达 15%,现已成为相对独立的贸易形式,表现出强劲的增长势头。美国在这方面更是首列标榜。

据统计,在美国,电影、音像、计算机、传媒等版权产业,其出口额已占所有的出口行业的第一位,其产值在 1996 年已经高达 4250 亿美元,占美国国民生产总值的 6.7%,版权业的产品出口和对外转让版权贸易收入更是超过了 430 亿美元,所雇佣的员工已有 550 万人之多。美国在 1999 年虽有 2760 亿美元的外贸逆差,但却有 350 亿美元的专利贸易顺差,1999 年的专利贸易出口达 370 亿美元,超过了飞机等传统的出口产品。国际商用机器公司(IBM)、得克萨斯仪器公司和朗讯科技公司等都是专利权出口的“大户”,仅 IBM 一家在 1999 年的专利权出口额就达 10 亿美元。

早在 20 世纪 90 年代中期,得克萨斯仪器公司通过在日本取得的半导体等专利权,就从日本的各半导体生产厂家获得了巨额的专利使用费,所以该公司的董事长琼金在那时就曾断言:“企业的主要利润是专利和技术收入”。实践证明,琼金的这句话代表了当今世界企业赢利的新趋势,更是国际潮流的新发展。服务贸易在世界贸易中的比重越来越大,其增长速度在 20 世纪 90 年代中期就是货物贸易的 2 倍;所提供的就业机会日益增多。以美国为例,从事服务业的劳动力已占全美总劳动力的 3/4;同时,美国的贸易顺差就是由服务贸易更主要的就是知识产权贸易所构成的。

美国的对外贸易实践验证了著名经济学家萨缪尔森的观点：“我们如何看待美国人从海外得到的利息、版权和专利等收入以及投资的股息？很清楚，它们象出口货那样，是贷方项目，因为它们向我们提供外币。”^①在美国看来，“在国际市场中成功与否，取决于是否有对新思路和新开发的有效保护机制。如果没有专利制度的保护，创新者就没有开发新产品的愿望，发明者也没有向其投入资金的愿望。因此，专利保护是世界范围内新开发商业化的一个必不可少的成分。”这就代表了世界贸易的格局变化与知识产权的关系，而且是有相当基础的。

根据美国自己的统计，目前近 50% 的美国出口依赖某种形式的知识产权保护，而在 20 世纪 50 年代这一比例只有 10%，而且这种趋势还在日益加强，必将继续增长和扩大。据介绍，美国影视业所创造的价值已经超过了航天工业，一部《泰坦尼克号》电影相当于日本全国的汽车工业、机械制造业一年产值的总和^②……。

不仅如此，商品贸易中发展最快的办公和电信设备都同服务贸易有关，无论是办公自动化还是电子通信都离不开计算机程序这种“软件”服务，都涉及到知识产权。美国正是借助知识产权保持和垄断它的贸易优势。就此，“新经济”时代的克林顿总统曾阐述道：“保护知识产权就是要加强美国最大的两个优势。如果我们出口的产品与服务中包含的知识产权不能得到妥善保护，这些优势就会削弱。乌拉圭回合谈判达成了与贸易有关的知识产权协议，但是我们仍将继续寻求更高的标准，并要求发展中国家早日执行该协议”。显而易见，知识产权成了美国贸易政策的优先日程。为了“继续压我们

的贸易伙伴减少对美国商品和服务出口设置的障碍”，就必须在双边和多边贸易中运用知识产权这一武器，表现出知识产权的重要性。

回顾专利制度的发展史，在资本主义的发展初期，各国对专利的全球性保护多持否定态度，因为，那样做不利于各国对新技术和新发明的普及应用，甚至会压抑资本主义社会生产力的发展速度直至影响取代封建社会的进程；当资本主义达到了相当的发展阶段之后，为了保护垄断资本集团的利益，国际性的专利保护被提上了议程……专利最早的国际性保护公约——《巴黎公约》是诞生在 19 世纪末期，此时已是资本主义发达的阶段，这就是历史的依据。

在信息时代知识经济的今天，货物贸易和服务贸易都离不开知识产权的保护。世界贸易组织是知识经济“游戏规则”的协调机构，知识产权作为世贸组织的三大支柱之一，对企业的影响倍加重要，无论是货品贸易，还是服务质量，都离不开知识产权。专利提升技术的档次，商标创造名牌产品；专利提高服务的质量，商标增加服务的信誉。知识产权同有形、无形贸易成为“孪生姐妹”，著作权更是知识经济时代的耀眼明星，软件就是知识创造的结晶。在此形势下，企业的生存还是发展都离不开知识产权，依靠知识进行创新才是可持续的发展之路，而知识产权则是知识创新的法律保障。是否拥有以及拥有知识产权的多少已成为上乘企业及其发展的标识。创新是知识产权的源泉，知识产权则是创新的动力。专利与商标分别是具体和典型的标志，文化事业特别是软件的发展更使版权光彩照人。知识产权对货物贸易和服务贸易至关重要，不仅是这两者的“核保护伞”；而且本身已成为“创汇”的手

段,这是信息时代知识经济的发展结果和必然趋势。所以说,货物贸易、服务贸易和知识产权三者相互依存,优势互补,比任何时候都更加联系得紧密。国际贸易的现实和世界贸易组织的规则都证实了过去那些年来世界贸易的发展变化,预示着未来的方向——服务贸易和知识产权是国际贸易的两个新重心,知识产权更是重中之重,全世界都将以此进行战略性的调整,世界贸易组织所调解的内容自然要跟上时代发展的步伐。这是它们成为世界贸易组织三大支柱的根本原因所在。

第二节 “与贸易有关的知识产权协定”的产生背景

如上一节所述,关税与贸易总协定(GATT)与世界贸易组织(WTO)的最重要的区别就是,前者只涉及货物贸易,而后者还包括服务贸易和知识产权。而 WTO 能够取代 GATT,知识产权谈判起到了催化剂的关键作用,这表现在 20 世纪 80 年代开始的关贸总协定的乌拉圭回合多边贸易谈判上,在那次谈判中,知识产权首次被列入谈判内容,而且倡导这一谈判的美国有意撇开世界知识产权组织(WIPO),单独组织和领导这一谈判,那在当时是极为引人注目的。

1994 年 4 月 15 日,关税及贸易总协定的 116 个成员国和地区在摩洛哥签署了乌拉圭回合的多边贸易谈判的最后文本,并确定该文本于 1995 年 7 月 1 日起正式生效,从而结束了自 1986 年起长达 8 年之久的关贸总协定乌拉圭回合谈判。这一文本包括了有关贸易的知识产权协议条款(英文是

Agreement on Trade - related Aspects of Intellectual Property Rights; 缩写为 TRIPS)。该协议具有划时代的重要意义。

首先,这是历史上第一个包含签约国如此之多的有关知识产权保护的国际性协议,达创纪录的 115 个国家。

其次,它所包含的内容之广也是创历史纪录的,其中包括版权、商标、专利、原产地名称、工业品外观设计、半导体芯片布局设计、商业秘密和反竞争行为等。

第三,它规定了对上述保护内容的国际上公认的最低标准,并为执行这些最低标准设置了执行保证措施,诸如争议的解决机制和过渡性安排,以及带有强制力的体现在海关的边界执行措施。

第四,它将《保护工业产权巴黎公约》的国民待遇原则和《关贸总协定》的最惠国待遇原则融为一体地体现在该协议当中,从而避免了一国针对不同国家的国民以及本国人和外国人之间所能采取的歧视性措施。

更为重要的是,美国倡导这一协议的目的是为关贸总协定缔约方确立一项义务来实施充分的、实质性的知识产权保护标准,即制定一项总协定规则以使各国承担义务实施这些标准,并使关贸总协定的成员缔约方的贸易利益同其对知识产权的保护联系起来,以保证这些标准的有效贯彻执行。

美国为什么成为“与贸易有关的知识产权协议”谈判的主导者,大力进行这一谈判呢?这是有其深刻背景的,并经历了一个漫长的发展过程。

早在 1987 年,作为里根总统搭档的乔治·布什在总统竞选期间发表了有关保持美国在教育 and 科技领域领先地位的言论,他说,重视对教育的投资。在今后若干年里,教育可能是

最强大的经济计划,最重要的外贸计划,最有效益的城市计划;最能提供就业机会、使人民摆脱贫困的计划。加强研究与发展。科学技术是保持美国经济活力的源泉。为了推动技术进步,必须实行一个强调创新的计划:增加全国的研究与发展投资;必须加强对国内外知识产权的保护,以鼓励创造发明;必须制定制止妨碍竞争的法律和规章制度。美国的企业与政府机构和大学的实验室密切合作,以促进科研成果迅速商品化。布什关于“必须加强对国内外知识产权的保护,以鼓励创造发明”在其政府任期得到了淋漓尽致的发挥,实质上,这是对里根在 1980 年竞选总统的纲领的继续。

在里根竞选总统的 1980 年,美国共和党的纲领就认为,如果美国出口增加 150 亿美元,将创造出 100 万个就业机会,国民生产总值一年将增加 380 亿美元,私人投资一年将增加 40 亿美元。从此意义上讲,里根政权更加强烈地要求各贸易对象国也开展自由贸易,开放门户。其中,加强知识产权保护,是美国政府开展的贸易战略措施之一,从里根政权开始先是不规则的实践,如在 1985 年的 10 月,里根就警告韩国,如果侵犯美国的专利权,将会受到重新调整进口配额等措施的报复。美国的这种双边努力在当时是奏效的,印度尼西亚、新加坡、马来西亚和韩国都修改了相应的专利保护规定,以平息美国的反应。美国还使韩国同意优先为美国的发明提供专利保护(扩大专利保护范围等)。不仅如此,由于了解到迅速确立专利权会对本行业的发展有益,里根总统在 1988 年还要求美国专利与商标局允许以特别迅速的途径处理超导的专利申请审批程序。显示出里根总统对知识产权尤其是专利的重视。

而到了布什政权,在里根政府实践的基础上,美国则出现了规范的法律规定,并在相关法律的背景下,形成了规范性的系统做法,产生了知识产权的战略,在这当中,专利扮演了重要的角色。

在美国的知识产权“世界大战”中,虽然版权比重加大,但专利作为技术和产品的结晶,其地位依旧是岿然不动,商标则是传统老问题了。这都说明专利是知识产权战略中的极其重要的一环。所以,研究美国的知识产权战略要从专利入手。

美国的知识产权战略是“四部曲”,即先国内,后国外;先发达国家,后新经济增长国家和地区。美国政府竞争力委员会在1985年公布的一份报告中明确提出了知识产权的战略观点,即“在美国国内和国外强化保护知识产权,是提高美国产业竞争力的有效措施”,当时的里根政府立即将此战略付诸实施。美国政府开始先是完善美国相关法律特别是专利法及其相应的司法程序。

在国内,进一步修改了美国专利法的有关条款,最为突出的就是关于方法专利侵权的规定。按照以往的条款,在美国本土之外应用美国方法专利制造和生产的再进口到美国并不构成侵权。修改后的法律规定,这种情况亦属侵权。美国专利法通过扩大侵权的范畴以加大对专利的保护力度。而且,美国还加强了非司法手段的力度,以美国国际贸易委员会的准司法救济为例,以前美国企业控告外国进口商的产品有不正当的行为(包括专利侵权),必须提供其已对美国国内相关行业构成了损害的证据。而修改后的规定无须提供这种证据只要有损害的可能性即可。为提高审理专利侵权的司法效率,美国取消了受理专利案件的专门法院,改为各地方法院皆

有审理权,加快案件的处理速度,并严格统一了专利法的权威解释,以加速审判程序。美国走的是一个先国内后国外的程序。

美国对国外的战略之一是加强涉外的贸易立法,并使这种法律扩大影响直至产生域外效力,贸易法的“特殊 301 条款”就是例子。它将外国是否保护美国的专利及知识产权与对美贸易挂钩,以加强力度。更为具体的就是把在国内对美国知识产权保护的状况与其享受美国贸易最惠国待遇的问题联系起来了。

依据“特殊 301 条款”的规定,美国贸易代表办公室每年春天公布对美贸易伙伴在其国内保护美国知识产权的状况,并以此为依据采取报复措施,“观察名单”和“重点观察名单”成了实施贸易制裁的前奏。美国对外的战略战术是先从经济发达的国家入手,北方“世界”是优先处理的对象,特别是贸易逆差大国日本更是集中攻击的目标。紧接着,又向新的经济增长国家和地区,如亚洲的“四小龙”和新“四小龙”等,毗邻美国的后院拉丁美洲的巴西、阿根廷更是“近水楼台先得月”。

综上所述,美国旨在提高其产业竞争力的知识产权战略是建立在美国科学技术力量雄厚的基础之上的。预见到信息时代知识经济的来临,及时地进行战略转变。就此,美国得克萨斯仪器公司董事长琼金说:“企业的主要利润是专利和技术收入”,这已为计算机“软件巨人”微软公司所证实。所以,美国的政府和企业对专利的共识都很一致,双方利益、步调一致。

扩大专利保护对象更是专利战略的发展方向。扩大专利保护对象是第一位的,因为只有适时地拓展专利的保护范围,

更多地批准专利,才能丰富自己的技术信息库,也才有信息传播的资本。所以,除了加快审查速度这种技术性措施外,它们都瞄准了拓宽取得专利的“发明”领域——专利局自身改革的这个根本性问题。

专利保护对象的领域正在日益扩大。就此,美国当时的专利商标局局长布鲁思·莱曼的表述可谓一针见血:“如果负责管理创新工作的专利与商标局自己不能改变和创新,那才是具有讽刺意味的事”。他认为专利局必须创新以适应 21 世纪的需要。伴随着知识经济的到来,的确需要重新审视传统的专利保护对象,以跟上信息时代对智力投资的保护力度。回顾历史,保密、报酬、奖金、版权和专利法之所以在不同的时代被发明出来,就是为包括新思想、发明和创新在内的知识所有权而制定的法律,以提供更为直接和经常的刺激。更何况专利局的根本性职权也就在于审批专利,从法律的角度确立创新成果的产权归属,以鼓励和激励人们从事发明创新活动,促进整个社会的文明进步。故有统计资料统计,在过去的美国专利商标局所受理的专利申请当中,75% 被授予了专利……。

不仅如此,美国并不满足于在国内所进行的这些改革,它还要将它们发展到国际社会,借助美国对世界贸易的重大影响力,使其成为世界经济游戏规则的标准,这就是成为美国倡导和发动与贸易有关的知识产权保护协议的根本性动力和原因。美国政府对知识产权尤其是专利极为重视,在专利战略方面所采取的这些思路 and 措施,对于增强美国产业的竞争力发挥了重要的作用,发挥了政府的制度环境这一特殊作用,为美国的企业创造了良好的国内外条件,属于制度创新。做了

政府能做也只能由政府来做的事情。这已引起了改革开放中我国经济学家和企业家的关注。著名的经济学家吴敬琏就指出,政府的功能在于创造环境,为企业的发展营造适宜的氛围。著名的联想集团领导人柳传志也认为,政府不要为企业找技术,而应该为企业创造发展的环境。在知识经济时代,知识产权的制度环境就是极其重要的一环。分析美国政府的知识产权尤其是专利战略,可以预见,专利及知识产权已成为美国对外贸易的核心,亦是世界贸易关系当中的焦点问题,伴随着经济全球化的发展,这会变得更加突出。

第三节 入世对我国的冲击和影响

我国加入世界贸易组织的三原则是:中国与世界贸易组织互惠;我国以发展中国家的身份入世;我国入世后的权利与义务相平衡。加入世界贸易组织(WTO),标志着我国的改革开放进入了一个新的历史时期,从而使我国的经济进一步地融入了世界经济的大潮,我国将更广泛、更深入地参与经济全球化的发展进程。加入世贸组织,就必须认真地研究和熟悉世贸组织的知识产权协议。因为我们不但要履行自己所承担的义务,还要研究如何利用知识产权协议保护和发展自己;研究世贸组织成员的相关法律、法规,特别是他们实施、运用相关的知识产权的经验与教训;更要认真研究世界经济的发展趋势,研究如何改进和发展世贸组织的知识产权法律体制,使其更广泛地适应广大发展中国家的发展要求,促进国际经济新秩序的形成。

为了创造“复关”和“入世”的法律条件,我国的专利法逐

步与国际接轨,两次修改,使我们处于主动地位。1992年9月4日,全国七届人大第二十七次会议通过了《关于修改(中华人民共和国专利法)的决定》,修改后的专利法使我国的专利保护水平进一步靠近国际标准,这也为我国恢复当时在《关贸总协定》中的缔约国地位创造了条件。2000年8月25日,全国九届人大第十七次会议通过了《关于修改(中华人民共和国专利法)的决定》,再次修改后的专利法使我国的专利保护水平完全达到了国际水平。

毫无疑问,“入世”后,我国将享受各主要发达国家给予的无条件最惠国待遇,并将要求取消对我国实行的歧视性数量限制,反倾销、反补贴和技术出口限制,这对在我国国民经济中日显重要的外贸出口来说是十分重要的。在当前国际贸易战事频繁的形势下,更可使我国与其他国家的贸易纠纷得到公正的解决——世贸组织是适用于100多个国家的规则,一旦发生争端,可用多边贸易规则解决,而不会受制于一国贸易法。“入世”将从根本上改善我国的贸易环境。

与此同时,“入世”的冲击也是巨大的,为了换取外国市场,必须开放国内市场,这是不可避免的,这意味着外国商品将汹涌而来。以“复关”谈判时的汽车为例,上海桑塔纳每辆售价17万元人民币,而同类车在国际市场上只有1万美元,一旦我国的高关税消失,外国车破门而入,我们如何承受,市场竞争势必更加激烈,我国有关厂家将何以处之?

当然,在逐步降低关税水平的同时,我们还可仿效施行某些贸易壁垒或贸易技术壁垒的做法,如海关发票、海关手续、报关制度以及海关估价等,以抑制关税减让后大量外国商品进入国内市场。但必须承认,这样的措施毕竟还是防御色彩