



同濟大學 法学文丛

发展中国家 实施TRIPS协议研究

田曼莉 著



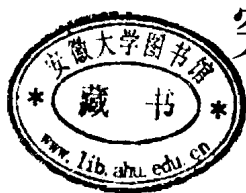
法律出版社
LAW PRESS · CHINA



清华大学 法学文丛

发展中国家 实施TRIPS协议研究

田曼莉 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

发展中国家实施 TRIPs 协议研究 / 田曼莉著. —北京: 法律出版社, 2011. 12
(同济大学法学文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2784 - 5

I. ①发… II. ①田… III. ①发展中国家—知识产权—国际公约—法的实施—研究 IV. ①D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 234287 号

同济大学法学文丛

发展中国家实施
TRIPs 协议研究

田曼莉 著

责任编辑 高山
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.625 字数 282 千

版本 2012 年 1 月第 1 版

印次 2012 年 1 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2784-5

定价:31.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

知识产权保护是一项非常复杂并且学科交叉性的行为,据认为,知识产权保护背后的原因一般包括九大要素:第一,法治和相关部门的使命;第二,道德;第三,名声;第四,保护消费者;第五,收入与损失;第六,促进投资;第七,保护当地产业;第八,国际条约或协定的规定;第九,政治力量的博弈。其中一项或几项因素都可能影响或决定一国知识产权的保护与执法水平。

各国法律体制不同,不同国家体制的知识产权执法程序和措施也不一样。为维护知识产权持有人和公众之间的利益平衡,各国政府应该拥有决定其行政机构和法律程序的政策空间。知识产权侵权应当主要由知识产权持有人来解决。事实上,知识产权是法律授予个人的特殊权利,并由知识产权持有人来实施。国家可以坚持要知识产权持有人来实施该项权利,受影响当事方承担采取行动的首要责任。行动的发起及其耗费的代价都取决于知识产权持有人。在大部分发达国家,知识产权持有人通过民事程序来解

决侵权纠纷。与刑事处罚相比,民事救济,特别是禁令和赔偿金,对知识产权持有人更为有用。刑法,在处理知识产权侵权方面作用有限,并且在此类案件中,特别是专利,刑事判决很少。一般而言,除非侵权规模和损害程度太大,考虑到冗长而昂贵的诉讼程序,投诉人一般不会对侵权人采取任何诉讼行动而是选择庭外解决办法。只有在知识产权侵权是蓄意并具有商业规模或对国家造成其他重大威胁时才适用刑法。发达国家把刑罚作为一种威慑手段予以利用,但这很可能造成公众的怨恨,也与知识产权体制本身的运作不相符。采取警察搜捕和适用刑法的执法机制可能具有很大的威慑力,但也可能具有高度的危险性。此外,这也要求国家使用大量公共资金。民事程序则允许私人当事方实施自身的权利,不需要使用大量的公共资金。在认定是否存在事实上的损害或者在确定损害的范围和适当救济方面,如果知识产权持有人不发挥主导作用的话,即使执法机关的目标在于打击侵权,其目标也可能无法实现。确定有关国内立法可适用的措施和程序的一个中心问题是确定该国在多大程度上应该并且能够有效地进行知识产权执法。因此,尊重知识产权执法程序的有效性比知识产权本身更重要。为了保证知识产权体制适当平衡,知识产权执法政策应包括:(1)除保护知识产权持有人的权益外,知识产权实体法还应捍卫第三方和公众的合法利益,提供知识产权的适当限制和例外规定以及规范不正当竞争行为;(2)知识产权程序法对所有当事方都应该公平和公正。

国家知识产权体制随着经济和社会的变化而发展,直到 19 世纪,一些知识产权的净出口国才开始寻求保护知识产权的国际协定。最初协定缔约方主要是欧洲国家,而不包括美国(虽然其后来成为最主要的知识产权出口国)。20 世纪 80 年代,国家竞争力的不断受损才促使美国与其他工业国寻求扩大知识产权的全球保护,以获得经济利益。为保护知识产权持有人的利益,知识产权产业强烈地推动发达国家提高

多边渠道的知识产权保护与执法水平。TRIPs 协议部分体现了这一点,它不仅为知识产权保护在国家层面的全球最低标准创造了一个新的多边框架,而且首次规定了有关国家知识产权执法的措施和程序方面的国际义务。但是 TRIPs 协议并没有在各国知识产权体制之间使保护标准一体化或统一化,各国管辖范围内的知识产权保护标准仍存在重大实质性的差别。顾及各 WTO 成员国法律体制和实践的不同,TRIPs 协议为缔约各国留有很大余地,既允许缔约各国适用具有不同灵活性的各种条款,也未扩展到知识产权法的全部领域。TRIPs 协议最重要的灵活性之一,就是缔约各国自由决定其履行协定条款的方式,包括知识产权执法方面的实体义务和程序义务。WTO 的许多发展中成员国在过渡期结束后,于 2000 年开始实施 TRIPs 协议。最不发达国家成员要到 2013 年才开始实施,但也有给予国民待遇和最惠国待遇的义务。

发展中国家之所以在乌拉圭回合同意 TRIPs 协议,一个主要原因在于期望该协议达成时美国会减少有关知识产权标准的双边谈判;另一主要原因在于发展中国家期望 TRIPs 协议能排除发达国家的单边报复行为。近十多年的事实证明,这两种期望都落空了。尽管 1995 年 TRIPs 协议引入了知识产权保护与执法的全球性最低标准,但在 TRIPs 协议所规定的实体义务在国内立法中得到广泛执行的背景下,发展中国家正面临着日益增大的加强知识产权保护与执法的压力。自 TRIPs 协议生效以来,发达国家努力通过多边、区域和双边途径提高知识产权的全球执法水平。强化第三世界国家对知识产权的保护与执法成为欧盟、美国和日本在知识产权方面主要的对外政策目标和三方合作的动力,它们正在进行新的努力以加强和协调在国际层面寻求强制实施知识产权权利的各种方式:第一,把知识产权执法作为 G8 重点议题;第二,要求 WTO 把知识产权执法列入 TRIPs 理事会常规议程;第三,加大向 WIPO 执法咨询委员会(Advisory Committee on Enforcement, ACE)

施压力度,使之能够制定诸如“关于执法的最佳实践和指南”之类的软规则;第四,加强世界海关组织和国际刑警组织在知识产权执法方面的作用,特别是通过边境控制和刑法的适用;第五,在美欧与发展中国家签署的双边自由贸易协定(FTAs)、经济合作伙伴协定(EPAs)甚至双边投资保护协定中,订入超 TRIPs 协议义务的知识产权执法的具体条款;第六,谈判拟定反假冒国际协定;第七,启动 WTO 争端解决机制,对发展中国家施加新的压力,通过澄清 TRIPs 协议中一些模糊而有争议的术语,不仅通过案例解释 TRIPs 协议所确定的知识产权保护与执法的全球性最低标准,而且在舆论上影响发展中国家与发达国家围绕知识产权保护与执法标准的“世界论战”,以推进“超 TRIPs 协议执法标准”。

当前,发展中国家正面临着四大挑战:第一,当国家资源不足并且应向卫生和教育等重点发展领域投入时,如何维持一个有效的知识产权执法制度?第二,如何防止知识产权持有人滥用知识产权权利,包括通过滥用知识产权执法程序来滥用知识产权权利?第三,如何评价和纠正 TRIPs 协议对发展中国家技术转让、创新与创造的影响?第四,为确保可强制执行的知识产权的质量,如何在知识产权制度中维持知识产权持有人与公共利益的平衡,特别考虑到近些年来国际场所正在提高各种超 TRIPs 协议标准的执法措施,最值得注意的知识产权保护趋势是,在发展中国家中,要求政府通过公法手段提高知识产权保护与执法的水平和效率,知识产权执法似乎主要是政府执法机构的责任:开展提高知识产权意识的活动,加强政府机构对知识产权执法的合作,建立专门的知识产权法庭,采取各种行政措施,实施专项打击等警察行动,审查、修改和制定相关知识产权法律。

发展中国家自主推行和实施与其国际义务相符合的知识产权法对于其国家知识产权体制的有效运行具有举足轻重的作用。诚然,知识产权体制是否能够推动经济和社会政策目标的实现,与该体制是否满

足各个国家特殊的需要、国情直接相关。对于发展中国家来说,知识产权保护与执法需要考虑下列四点:第一,把知识产权保护纳入国家发展长期战略;第二,实现提高知识产权保护水平与促进其他公共利益与社会利益之间的适当平衡;第三,促进知识产权权利与公平竞争之间的平衡;第四,推动现行国际知识产权执法机制向一种更有助于可持续发展的互利共赢的国际知识产权制度发展。

发展中国家实施 TRIPs 协议在国际法上是一个难度颇大而非常复杂的课题。田曼莉博士以此作为研究对象,勇气着实可嘉,反映了她对学术难题敢于探索和钻研的态度。从本书所论述的具体内容来看,对于发展中国家实施 TRIPs 协议的主要法律与政策问题,作者不仅高度概括地总结归纳了发展中国家在实施 TRIPs 协议方面面临的各种问题,而且分别从条约法和人权法两个不同的角度深入具体地剖析了发展中国家在实施 TRIPs 协议方面的突出问题及其内在原因,进而试图结合 WTO 成立以来发展中国家在 WTO 内外的实践提出解决上述问题的具体设想,还专门分析了中国实施 TRIPs 协议的特殊问题及其解决办法。

通过通览全书,我想多数读者将可能和我一样得到这样一种感受,那就是:作者的整个论述非常全面,结构也很紧凑,反映出作者思路的清晰和学术视野的开阔。另外,本书资料非常详实,作者的旁征博引也体现了其驾驭材料和分析问题的能力。

本书是作者在其博士论文的基础上修改而成的。作者在武汉大学攻读博士学位期间,作为她的博士生导师,我最先见证了田曼莉博士写作该书的艰辛以及她在攻读博士学位期间所体现出来的刻苦、勤奋和学术潜能。她的博士论文最终能出版,我非常高兴,特意在此寥作数语为序。

余敏友
2011 年 8 月 8 日

中文摘要

TRIPs 协议是第一个将知识产权保护全面纳入世界贸易体系的一个国际协定,是当今世界上最为全面的有关知识产权保护的国际条约,成为知识产权发展史上一个重要的里程碑。因而,知识产权已经不仅仅是作为一项法律制度,而是作为保持国际竞争力、适应深刻变革的世界经济所必须采取的国家政策而存在和发展。发达国家通过经济霸权强迫发展中国家接受发达国家标准的知识产权体系,从而使发达国家知识产权制度的国际化,用一种制度适用于所有的民族、地域和社会,TRIPs 协议所引发的知识产权国际保护体制的发展和变化对发展中国家法律体制的挑战无疑是巨大的和多方面的。遗憾的是,TRIPs 协议的制定者们根本没有充分意识到这个高水平的知识产权国际保护制度对发展中国家的负面影响有多么深刻。最明显的影响是导致 TRIPs 协议在发展中国家实施出现问题。发展中国家没有能力执行 TRIPs 协议。尽管,发展中国家一直在为履行所做的承诺而不懈努力,但 TRIPs 协议的实施却总是“不尽如人

意”。导致发展中国家实施 TRIPs 协议出现问题的症结何在? TRIPs 协议是否既不公平,又不公正,也不合理?究竟发展中成员能否适当地实施 TRIPs 协议?如何才能适当地履行 TRIPs 协议?等等诸多与 TRIPs 协议实施相关的问题亟待解决。本书作者尝试寻找答案,以期对发展中国家实施 TRIPs 协议问题的解决有所启示。

作者通过五章内容围绕发展中国家实施 TRIPs 协议问题展开研究。概括地讲,第一章扼要提出并分析发展中国家实施 TRIPs 协议所面临的问题;第二、三章以条约法和人权法两个不同的视角探讨发展中国家实施 TRIPs 协议问题产生的原因,找到原因所在,才有可能“对症下药”;第四章依据已经做出的原因分析,尝试提出具体的解决方案;第五章专门分析中国实施 TRIPs 协议的特殊问题,试图找出解决的办法。尽管中国是发展中国家中的一员,会与其他发展中国家遇到共性的问题,但是中国问题有其特殊性,值得专门探讨。具体地,每一章的主要内容如下:

第一章介绍发展中国家实施 TRIPs 协议遇到的问题。书中简要回顾了 TRIPs 协议产生过程。然后以比较法的研究方法分析了协议对知识产权国际保护制度的重大发展,并得出结论,TRIPs 协议与已有的知识产权国际保护制度相比是高水平的知识产权保护制度。因为,它明确了知识产权的私权性质;在国际知识产权保护方面引入了最惠国待遇原则;扩张了国际知识产权法律保护制度适用的地域范围;调整了国际知识产权法保护的客体范围;统一了有关国际知识产权保护的最低期限;安排了详尽的执法措施,增强了国际知识产权公约的实施力度;特别规定了争端解决机制的作用;要求不许保留,全面接受,所以,它全方位提高了知识产权的国际保护标准。尽管 TRIPs 协议的规定名为知识产权的最低标准,对于发展中国家来讲,TRIPs 协议绝不是所谓的“最低标准”。加之协定中有关实施制度的详细安排,基本上要求发展中国

家与发达国家承担同样的实施义务。在 TRIPs 协议里虽然有诸多可为发展中国家所利用的灵活性条款,仔细分析却发现要么其法律用语是那样的模糊和不确定,要么对其适用规定了严格的限制条件。根本没有充分考虑到发展中国家实施协议的特殊困难和要求,使发展中国家在协议的实施问题上陷入困境。本章的主要目的是引出所要讨论的问题,为下面章节进一步分析问题产生的原因及探讨解决方法作铺垫。

第二章以条约法为视角分析发展中国家实施 TRIPs 协议问题产生的原因。尽管通常一个条约发生实施困难可以由多方面的原因所导致,可能包括政治、经济、文化等多方面。但是,本章专门依据条约法,从“国际立法”的角度审查与 TRIPs 协议订立有关的问题,认为发展中国家在缔约过程中存在一定程度的“错误”,同时,发达国家对发展中国家接受协议施加了一定力度的“强迫”。这些导致 TRIPs 协议制定过程中发展中国家成员同意的“瑕疵”。姑且不论同意的“瑕疵”是否足以主张条约无效,通过这样的分析至少可以认同发展中国家成员同意的“瑕疵”为日后实施中出现问题埋下了隐患,进而有助于理解发展中国家实施协议困难的原因所在。此外,文章还分析了协议中有关弹性规定、药品专利、强制许可规定、版权作品有关规定、商标有关规定几个非常突出的问题,用以说明协定规定的内容有缺陷、权利义务不平衡。TRIPs 协议在很大程度上有利于发达国家的竞争利益,而以牺牲发展中国家的发展为代价。最后通过分析协议中所谓“考虑到发展中国家成员特殊情况”的特殊安排,阐明 TRIPs 协议在立法上对发展中国家成员关照之不足,这必然使发展中国家实施协议发生问题。

第三章以人权法为视角阐述发展中国家成员实施 TRIPs 协议困难的原因。本章首先从法理的角度阐释知识产权制度建立的基础,所要实现的目标,进而说明知识产权制度也是一把“双刃剑”,如果不能很好地平衡私人权利与公共利益之间的关系,其消极作用将直接使发展

中国家成员的公共利益遭受损害。对知识产权制度的这种特性必须有所警醒。具体来讲,TRIPs 协议与发展中国家成员在公共利益上的冲突,突出地反映在严格地实施 TRIPs 协议就会导致发展中国家成员人权实现出现问题,使发展中国家成员无法履行其在国际人权法上所承担的责任。通过具体分析 TRIPs 协议对发展权以及对健康权实现带来的影响,特别是分析全球公共健康危机所凸显这种制度所导致的社会问题,就可以得出结论:TRIPs 协议在一定层面上有碍于人权的实现,而发展中国家成员在国际人权法上的责任要重于 TRIPs 协议义务。因为,没有任何人的经济利益高于其他社会公众的生命健康权,社会发展权。这从另一个更现实、更基本的角度阐释了发展中国家成员实施 TRIPs 协议面临困难是有其人权法上的根源的。

第四章尝试提出解决发展中成员实施 TRIPs 协议问题的建议。通过对《TRIPs 协议与公共健康多哈宣言》及《关于 TRIPs 协议与公共健康多哈宣言第 6 段的实施决定》法律意义及所引发的思考的分析,不难看出,尽管这两个文件存在一些问题,没有完全实现发展中国家成员的期望,但是它们最大的法律意义在于打破了 TRIPs 协议是不可能改变的说法。尽管从理论上,TRIPs 协议的修改是困难的,甚至被一些人认为不可改变,但是两个文件明确地发给发展中国家一个信号,TRIPs 协议存在进一步修改的可能性,只要发展中国家成员运用适当的方法,有计划、有步骤地共同努力,在未来是有可能使 TRIPs 协议朝着更加公正和合理方向发展的。并且建议,发展中国家成员要澄清知识产权保护方面的一些模糊认识,统一认识是统一步调的前提,也是实现目标所必须的。要求 TRIPs 协议的实施要遵循“共同而有差别”原则,对发展中国家成员实行有别于发达国家的优惠待遇,在该原则指导下,对一些具体制度进行修改使其在发展中国家具有可适用性、可实施性。这些制度包括:改变知识产权保护单一以时间为单位的保护方法,要实行以知

识产权的一定收益率为主,以一定时间为辅的复合标准确定保护水平和标准;明确仿制药品作为专利药品“例外”的法律地位,以使发展中国家的穷人们得到必要的人道关怀。而且,这不会威胁到发达国家的专利药品和制药业,因为这些穷人不是专利药品的使用者,认为仿制药品在发展中国家的使用使发达国家制药业损失惨重的想法极其荒谬;TRIPs 协议的解释应该考虑发展中国家实施能力,做有利于发展中国家实施的解释;此外还应该增加必要的有利发展中国家充分利用知识产权制度的安排;争端解决机制也要做必要的改革,不能使其单单成为发达国家“维权”的工具,要解决发展中国家由于财政原因、报复水平不足及运用该机制能力限制等诸多不利因素导致的无法充分利用该机制的问题。此外,发展中国家还要进一步积极寻求与相关国际组织的协调与支持。联合国等国际组织一直在一些问题上支持发展中国家的立场,与国际组织包括与 NGOS 合作对发展中国家实现 TRIPs 协议的公正是非常重要的。这直接关系到发展中国家是否能够利用制度转移理论和方法实现自己的目标。

第五章专门讨论中国实施 TRIPs 协议所面临的特殊问题及解决的方法。通过追踪中国知识产权制度发展的轨迹,发现中国相关问题的产生源于实施 TRIPs 协议。因为,在立法上脚步迈得太快,快得人们来不及充分了解它、遵守它,就不得不面临来自于它的惩罚。虽然国人为严格的知识产权执法而紧张,但是,美国等西方国家仍不满于我们所做的努力。它们看到的是我们执法力度不够、批评不断;而我们担心的是新的国内知识产权立法大大超前于现实发展的需要,导致这些法律、法规不能在国内很好地得到遵守。一定意义上,这种状况在减损包括中国在内的发展中国家法律的严肃性、法律的权威性,甚至直接打击我们法律制度的建立与完善。但是,TRIPs 协议已经对我国生效,为了履行 TRIPs 协议义务,也为了利用知识产权这种制度的先进性,我们不仅需

要积极创新,努力开发自主知识产权,促进科技水平的提升,加速我国经济和社会的发展,我们也要推进国内知识产权法制建设。一方面,我们必须国际上寻求国际知识产权立法的公平和公正,促进 TRIPs 协议改革进程;还要使发达国家耐心些,理解任何新的法律制度建立需要时间,法制建设是要遵循一定的发展规律的。我们仅仅用了三十多年时间建立起它们经过百多年才形成的知识产权保护法律,这已经创造了一个奇迹。尽管我们也想继续创造相关执法和司法,甚至公民守法上的另一个奇迹,但是,很遗憾,奇迹一直没有发生。所以,我们自己也不得不耐心地遵循法制建设发展的轨迹和周期。另一方面,在国内还要继续加紧知识产权观念的培养,加强知识产权的文化建设;继续培育和发展实施 TRIPs 协议的能力,包括科技发展及创新能力的培育,以及运用知识产权法律制度的能力的培育。总之,中国知识产权法制建设任重道远!

Abstract

The TRIPs Agreement is the first treaty to put intellectual property rights (IPRS) into the world trading system, and its level of protection is so great that it has become a milestone in the history of IPRS development. The TRIPs Agreement is not only a legal regime, but a policy designed to enhance the capacity of developed country governments and traders to deal with a rapidly changing world economy. Through the TRIPs Agreement developed countries have forced developing countries to accept a Western-style IPRS regime, so that developed countries may exercise their economic hegemony around the world, especially in developing countries. Unfortunately, the law-makers to the TRIPs Agreement did not realize the extent to which the Agreement would be to the disadvantage of the developing countries. In particular, the greatest disadvantage to the developing countries is that it is difficult for them to implement the TRIPs Agreement;

specifically, developing countries do not have the capacity to implement the Agreement, for their level of social development does not match the requirements of the regime. Even though they have been trying their best to deliver their promises to TRIPs Agreement, the developed countries have not been content with the results. What are the key obstacles in the way of developing countries implementing the TRIPs Agreement? Is the TRIPs Agreement unfair, unjust, or unreasonable? Can developing countries fully implement TRIPs Agreement; and if so, how can they implement it well? This dissertation searches for answers to these questions.

There are five chapters in the dissertation. Chapter one lays out the main problems developing countries are facing in implementing the TRIPs Agreement. Chapters two and three place these problems in the context of treaty law and human rights law respectively to analyze. Chapter four explores how to settle these problems, while chapter five focuses specifically on the case of China. Although China is a developing country, and surely it may face the same problems as any other developing country, it has a special development situation in economic, political, and cultural terms, so the way it has to navigate the implementation of the TRIPs Agreement is special, which is why I have chosen it for special consideration.

The main contents of the chapters are as follows:

Chapter one introduces the problem. Briefly recalling the political process that gave rise to the TRIPs Agreement, I compare the Agreement with previous IPRS treaties and find that the TRIPs Agreement is the strongest and most comprehensive to date. This is the case for several reasons: it declares that IPRS belong to private rights; it imports most

favorable nation treatment (MFN) into IPRS protection regime; it enlarges the scope of the IPRS system to a global level; it adjusts the objects protected by international IPRS law; it unifies the terms to protect IPRS; it establishes specific procedures for implementing the TRIPs Agreement; it places the Agreement under the WTO dispute settlement procedure; and it does not allow developing country exceptions to the Agreement. As a result, the TRIPs Agreement has heightened international protection standards for IPRS. It does not by any means apply a “lower standard” to developing countries. On the contrary, the Agreement applies nearly the same rules to developing as to developed countries. Although there are some flexible provisions in the TRIPs Agreement that developing countries seem to be able to use, after examining them, I find that some are highly vague in meaning, and others set such high standards that they severely limit their use. I conclude that the TRIPs Agreement does not take developing countries’ special situations and needs into consideration, which generates problems when they attempt to implement the Agreement.

Chapter two analyzes the reasons that developing countries have had in implementing the TRIPs Agreement from the point of view of treaty law theory. According to this theory, there are many reasons why a country may not be able to successfully implement a treaty, such as political, economic, and cultural factors. However, this chapter focuses on just one factor: the legislative basis of treaty law. Specifically, it looks at whether there are some flaws created by the law making process itself. The result of this analysis is to show that while there were some errors on the part of developing countries, the use of economic coercion by the developed countries in the negotiating process contributed to the outcome as well.