

设计发展中国家的 知识产权政策

Carlos M Correa

N Third World Network

设计发展中国家的知识产权政策

CARLOS M CORREA

TWN

Third World Network

设计发展中国家的知识产权政策

出版

第三世界网络

Third World Network

131 Jalan Macalister

10400 Penang, Malaysia

Website: www.twnside.org.sg

www.twinchinese.net

© **Carlos M Correa 2010**

ISBN: 978-967-5412-62-2

注：

本报告于 2009 年 9 月 19 - 20 日，日内瓦，在第三世界网络组织的知识产权与发展专家会议上发表。此中文版由朱贞艳翻译，文希凯、胡元琼编辑校对。

目 录

第一章	引言.....	1
第二章	设计有助于发展的知识产权法律.....	5
第三章	工业发展.....	9
	制造业的创新.....	9
	日本的例子.....	10
	工业发展各阶段.....	13
第四章	公共卫生.....	15
	可专利性要求.....	18
	研究和“前期工作”的例外.....	20
	平行进口.....	20
	强制许可.....	21
	数据保护.....	23
第五章	农业中的知识产权.....	24
第六章	知识获取.....	31
第七章	知识产权政策与环境.....	36
第八章	国际决策.....	39
第九章	结论.....	42
	尾注.....	44

第一章

引言

第二次世界大战之后,由于逐渐增多的国际规则以及日益涌现的国际组织,发展中国家制定本国社会和经济政策的空间大大缩小了。知识产权政策就是其中之一。尽管知识产权是一项工具,国家可以用它实现特定的目标,如推动发明和创新,但法律的某些领域外源性影响更为深刻的。发展中国家知识产权立法的设计,虽不是直接决定但是受到外需的强烈影响。本国产业和公民社会的需求经常被忽视。

尽管知识产权的外部决定并不是新现象,但在过去的十年中,由于加入世界贸易组织(WTO)《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)¹以及一些包含知识产权条款的双边条约,发展中国家已经被动地在知识产权政策上做了很大的变动。余下的可以服务于国内经济和社会需求的知识产权空间已经大大缩小了。然而,正如本文所要证明的,仍然留给政府一部分空间可以并且应该利用于制定和实施本国知识产权立法,特别是在一些敏感领域,如公共卫生、工业发展、农业和环境保护方面。

在知识产权的历史上,发达国家根据它们变化的需求而修改知识产权规则,保护水平随着它们工业和技术能力加强而适时提高,这样的例子比比皆是。比如,经过外籍受歧视作家长期的抗争,美国在19世纪末才为外国人提供著作权保护。美国在那一时期所阐述的反对国际版权的理由,今天也能很好地适用于贫困国家: a)扩大阅读需要廉价且优质的书籍; b)文学作品没有固有内在的财产权利; c)授予外国人著作权将以美国读者为代价给予他们垄断权利; d)美国的出版商和他们的雇员需要在保护不足的情况下获得事实上的优势。²

还有一些显著的历史事实,荷兰于1869年废止了专利保护,允许飞利浦开始生产灯泡而不侵害爱迪生的专利权,³而瑞士最重要的产业,化学和纺织,

也是在 19 世纪没有专利保护的时期繁荣起来的。最近，印度的制药业在没有产品专利保护⁴的情况下迅速壮大。所有这些在当时都是可能的，因为那时不存在像现在这样有约束力的国际规则强加知识产权保护的最低标准。

如果发展中国家像大多数国家那样已经加入 WTO 或者签署多边或者双边知识产权条约，这些选择便不复存在。然而，由于政治压力、大企业的强力游说或者国内缺乏专家力量，发展中国家并未尽其所能地在立法中反映它们的发展需求。

如果发展中国家被排除在处于知识产权保护下的技术领域之外，或者当知识产权限制而不是鼓励本国竞争和创新时，它们便无法成功实现工业化，提高农业水平、促进公共卫生和保护环境。因此，对于发展中国家而言，设计一项既能使技术转让的机会最大化又能让本国企业在现有技术水平上竞争和创新的知识产权制度仍然非常重要。譬如，就专利而言，通过给予技术追随者采取反向工程的空间以及通过许可而不是严格的专利保护制度获得专利技术，发展中国家可以使福利（和增长）最大化。⁵

尽管知识产权政策经常被误解为一种奖励发明者的方式，但这一制度真正的目的是通过激励那些可能作出发明和创新的人从而使整个社会受益。⁶它是一种工具，通过发明者和创新者的工作推动科学和技术进步，但不是唯一的工具。

受到《美国宪法》第 1 条第 8 款第 8 段的启发，这种工具论的观点（instrumentalist view）与以自然权利为基础的有产阶级进路形成鲜明对比。有产阶级进路所建基的观点是：与某一有经济价值的物体最先有联系的人有权根据先有状态占有它，这是一种自然正义。⁷譬如，美国最高法院在 *Motion Picture Patent Co. v. Universal Film Mfg. C.* (243 IS 502, p.511, 1917) 一案中称“本法院一贯认为我们专利法的主要目的不是为专利所有人创造私有财富，而是推动科学和有用技艺之进步...”。但是，法院也注意到：

“在扩大和加强专利的时代，‘自然权利’的观点以及它的后续观点似乎更能获得法庭认同...理由是自然权利观点只需诉诸一条原则，无需进一步证明，而功利论的观点需要经验证据——这一论点只在专利能增加社会福利的某些特定情况下才支持专利，并且它必须在适当条件都符合的每个个案中进行检验。因此，自然权利是一种更易操作的观点。自然权利进路也将专利保留在权利和法院的范围内，排除在政策以及不纯属法律的考量之外。”⁸

法院以及决策者对知识产权哲学的思考可能对实际事务产生重要影响，比如授予正在申请中的专利申请人的权利或者颁布永久性禁制令。

一项知识产权政策应该鼓励与本国社会和经济发展的创新和发明。如果一项知识产权政策仅仅或者主要使权利持有人受益，特别是当大部分权利持有人是在国外从事研究和生产的外国企业时，则这一政策意义不大。⁹

瑞士联邦委员会委员 **Brenner** 在议会专利法辩论中清楚地说明了在知识产权政策上保留国家选择的理由：

“在我们考虑这部法律时，如果我们记住它应该适应我们的产业需要以及我们的国情，我们会做得很好。我们制定法律的主要关注点必须是这些考虑因素，而不是外国产业的需要和诉求。”¹⁰

事实上，**Lerner** 对 150 年中的专利和发明所作的一项研究发现，加强专利权一般会增加外国申请人的专利授权，但对本国国民的专利申请没有影响。¹¹

因此，知识产权是一种实现特定目标的工具，这些目标会随历史演进，不同的国家目标也不同。发展中国家知识产权保护的理由如何随时间转变有大量文献证明，特别是在专利领域。¹²有证据清楚地表明，知识产权的作用根据产业结构、部门、发展水平和国家政策的不同而有很大差异。正如世界银行所表示的，在知识产权领域“一种模式并不能处处适用”。¹³

本文首先讨论影响发展中国家设计知识产权政策的一些因素。第二，本文讨论与推动产业发展的知识产权政策制定有关的某些事项，日本就是一个例

子。第三，本文探讨应当在制定知识产权政策中作为国家优先事项进行考量的公共卫生保护相关事宜。第四，本文分析了知识产权和农业的关系，包括建立植物新品种专门制度的空间。第五，本文还讨论著作权的作用，以及制定能保证最大范围获取知识的知识产权政策需要。第六，如何形成能促进获取环境友好技术的知识产权政策也会在本文中有所涉及。最后，本文强调在国际层面制定知识产权政策的几个方面并且给出本项研究的主要结论。¹⁴

尽管本文将集中于知识产权立法，但应该记住，有助于发展的法律环境的产生不仅仅依赖于好的知识产权政策，也取决于一系列其他规则，比如竞争法以及如医药和农业化学这类特定产品上市审批有关的立法。¹⁵

第二章

设计有助于发展的知识产权法律¹⁶

世界知识产权组织（WIPO）将“知识产权战略”定义为“政府制定和实施的鼓励和推动有效的创新、发展以及知识产权管理的一系列措施。它概述如何加强基础设施和提高能力支持知识产权的发明者，以保护、开发和实施他们的发明”。¹⁷这个概念集中在知识产权的产生和利用上，¹⁸但并没有解决知识产权政策制定中最重要的问题：它对国家发展政策的不同方面的整合，比如工业和农业政策、公共卫生以及环境保护。知识产权政策（或“战略”）的基本目的应该是确保知识产权推动促进社会经济发展的那些活动。¹⁹因此，知识产权政策的拟定应该集中在知识产权和其他国内政策的交集上，而不是将知识产权的保护和提升作为目标本身。

但是，由于各种原因，发展中国家设计以发展为导向的知识产权立法并不是一件容易的事。

首先，行政部门的政府官员和立法者通常缺乏知识产权方面的专业知识。这种专业知识只能由在国外大学受训或者为外国知识产权持有人担任过代理或作过咨询的律师在国内提供。有一些轶事趣闻方面的资料显示，在起草知识产权法律的过程中，决策者被从事知识产权咨询的人士所误导。²⁰利益的冲突通常没有适当地被披露。

由于国内能力的缺乏，许多发展中国家依赖国外技术支持，包括 WIPO、WTO、欧洲专利局（EPO）以及美国、澳大利亚和日本的专利局。这些咨询意见通常提供的是一种亲知识产权的视角，很少或者根本没有倾向于发展的维度。²¹譬如，许多国家的专利局只是简单地沿用 EPO 的审查指南，忽视了立法和国家利益之间的差别。因此，一些国家甚至在国内法律没有要求或者与国内法律不相符的情况下将保护扩大到药物产品的第二用途。²²

WIPO 在为发展中国家起草知识产权法律提供技术援助上起着突出作用。这点在 WIPO 秘书处的报告以及发展中国家广泛使用的由 WIPO 起草的“示范法”中有所反映。WIPO 的建议强调知识产权保护所产生的利益，却忽略了由此带来的成本，也没有体现发展中国家可能不得不追求自身利益的所有选择，包括 TRIPS 协议所保留的灵活性。²³

WIPO 所提供的技术援助中的不足在通过 WIPO“发展议程”的提案中是一个主要关注点。2007 年 2 月，在第三次会议中，WIPO 发展议程有关提案临时委员会对以发展为导向的技术援助采用的一套标准达成一致。委员会认为：

“WIPO 的技术援助应该以发展为导向、以需求为驱动并且应该透明，考虑发展中国家尤其是最不发达国家的优先性和特殊需要以及成员国发展的不同水平，相关活动应该包括完成这些援助所需要的时间。在这方面，技术援助项目的设计、进展和评估过程都应该针对各国特殊需要。”²⁴

其次，知识产权是影响多个政府部门所处理利益的交叉事务，这些政府部门通常无法理解知识产权问题或者没有足够能力进行协调。²⁵突出的例子就是 TRIPS 协议谈判中政府卫生部门的缺席。直到最近状况才开始有所改变，主要是由于世界卫生组织（WHO）对知识产权事务的介入以及一些非政府组织（NGOs）的倡导活动。这方面转变的一个例子就是，巴西政府决定所有药品专利的授予都需要获得国内卫生部门的事先同意。²⁶同样，一些政府为推动决策设立了部际知识产权小组。²⁷尽管没有证据显示这些机制的有效性，²⁸但它们是推动知识产权决策与实施的重要步骤。

第三，尽管确定不同的知识产权立法应该包含哪些促进发展的要素并不是很难，但是没有必要简单地将它们推广到发展水平和生产结构不同的国家。因此，知识产权与公共卫生问题上的广泛讨论确认了一些与公共卫生敏感相关的立法所必需的要素。著作权方面的立法也是这样，优先考虑教学资料和公平使用所需的其他信息的获取。但是有些国家面临着复杂的困境，譬如，当一些先

进的本国公司（如生物技术领域）为它们的发明谋求更高水平的专利保护时就是如此，这些发明一旦被采用可能会对很大一部分人群带来负面影响。相类似地，加强版权保护可能会最终²⁹有利于作者和艺术家但是不利地影响到教学资料的获得，对穷人而言尤其如此。在这些情况下，政府必须作出判断，解决相互冲突利益之间的紧张关系。

第四，在制定和实施知识产权法律的过程中，发展中国家很容易受到发达国家政府和产业界所施加的强制，包括美国贸易代表在《美国对外贸易法》特别 301 条款中的规定。其他很多方式（如研讨会、技术援助、媒体宣传、政府官员和法官的培训³⁰）也都影响着这个过程。

第五，一些发展中国家与美国、欧盟或欧洲自由贸易联盟签订了自由贸易协定（FTA）和其他双边协定，这些协定要求它们在各类知识产权领域都适用严格的保护标准。表 1 提供了美国 FTA 中强加的“超 TRIPS”标准的例子（如，超过 TRIPS 协议所规定的标准）。³¹此外，加入 WTO 的国家，包括最不发达国家在内，在加入过程中被迫接受超 TRIPS 承诺，特别是有关药品和农业化学产品的保护。³²

最后，知识产权的几种类型（专利、商标、著作权、工业设计等）起着不同的作用，可能需要采取不同的路径。任何对知识产权影响的概括性评价都没有太大的实际价值。譬如，专利会对发展中国家带来巨大的损失，而商标可能会提高国内企业在国内或国际市场上的竞争力。有些国家也对地理标志（GIs）的使用所带来的高附加值产品出口抱有很高的期望，尽管在国外市场上地理标志的实施面临着挑战。³³著作权保护，特别是如果延伸到民间文艺，可以用于保护发展中国的文化价值，但是这种单一的保护无法解决音乐产业结构中“大鱼吃小鱼”这样的系统性问题。³⁴

表 1

美国式 FTA 中超 TRIPS 条款的例子

专利和产品	著作权	植物新品种保护	执行与争端解决
1. 专利保护期的补偿性延长（行政程序上的延误、药品的上市审批） 2. 未披露资料的数据保护 3. 专利保护与上市审批之间的链接 4. 强制许可的使用 5. 用尽知识产权 6. 例外与限制的使用 7. 可专利性标准（如商业模式、软件的保护）	1. 权利期限的延长 2. 保护延伸至数字环境 3. 有效技术措施的适用	1. 对植物授予专利的义务或最努力承诺 2. 遵守 UPOV 1991 的义务	1. 执行措施的扩大 2. 人力资源和资金 3. 对待非侵权之诉

资料来源：Adapted from Pedro Roffe (2006), Intellectual property provisions in bilateral and regional trade agreement: the challenges of implementation, CIEL, available at http://www.ciel.org/Publications/FTA_ImpementationPub_Jan07.pdf.

尽管存在上述局限，知识产权政策在一定程度上（受制于国际义务所施加的限制）还是可以根据一国发展的需要进行的。由政府不同部门和公民社会参与设计并且有明确的政策目标的这类知识产权法律有很多重要的例子。发展中国家应该意识到它们有这样的机会并且应该充分利用这些机会建立在一定程度上能推动发展的知识产权制度。接下来几章详细讨论如何在以下关键领域做到这一点：工业发展、公共卫生、农业和环境保护。

第三章

工业发展

制造业的创新

制造业对于创造就业岗位和在本国生产高附加值产品非常重要，根据产品种类、投入的资源 and 所使用的技术，制造业可能会受到不同种类知识产权（见表 2）的深刻影响。

表 2
制造业中的知识产权

知识产权的种类	主要领域
专利	化学、药品、塑料制品、发动机、涡轮机、电子、工业、控制和科学设备
商标	所有领域
著作权	绘画、娱乐（语音、视频电影）软件、广播
集成电路	微电子工业
商业秘密	化学、生物技术、食品和其他加工行业
工业设计	服装、汽车、电子等
实用新型	机械工业

在设计知识产权政策时，有一项重要的考量就是知识产权如何积极或消极地影响制造行业各分支的创新。正如其他任何激励因素一样，知识产权的影响取决于它们所适用的环境。因此，为了有效地鼓励创新，这些权利需要在如下环境下适用：良好的市场、充足的资本、合格的人力、以创新为导向的企业以及拥有向产业合作开放的坚实科学基础。³⁵

而且，有大量证据表明，即便在这些条件都符合时，知识产权也未必会推动创新。譬如，对 23 份实证研究的调查发现，没有什么证据显示加强专利保护会增加发明创新，只有专利的数量在增加。³⁶即便在高科技部门，知识产权对于创新的态度也是中立的。在北欧国家，高科技企业经理人士的一般性看法

是，“知识产权不是关键问题。这种看法的主要理由是一个很直白的道理，在这个领域，企业无法通过剽窃其他企业的方式在市场上立足。反过来，这也源于一个事实，产品周期如此之短以至于如果你模仿别人的想法，你的产品永远都是过时的”。³⁷总体而言，发展中国家的一些情况表明：

提高对发明者回报的政策很有可能会增加通过新的、更好的产品和服务来传播发明创新的成本。在为所有发明提供保护的过程中，技术商业化的经济利益太容易被忽视了。而且，标准的经济模型通常只会以某项发明的使用和传播是否减少为尺度，来测算强专利保护带来的成本，但在某些产业和技术中，过度的专利保护事实上延缓了技术进步。³⁸

在发展中国家，应该谨慎地考虑知识产权在推动技术创新中可能起到的作用，包括那些严重依赖知识产权的部门。譬如，对药品引入或加强专利保护并没有增加发展中国家国内或外国直接投资、提高产量或促进研发。³⁹相反，正如前面提到的，印度制药行业在没有专利保护的情况下成为活性成分和药品的全球生产者，2005年1月TRIPS协定允许的过渡期截止，它才开始对这些药品进行专利保护。⁴⁰

赞成加强知识产权保护的传统论据一般指向的不仅仅是对国内创新的积极影响，还有外国直接投资（FDI）和技术转让。尽管一些计量经济学的研究⁴¹已经发现知识产权的“力量”与FDI或者技术转让的正相关联系，但是明确的因果关系还没有确立。至少可以说，知识产权对资本和技术流动的影响还不确定。⁴²事实上，高水平的知识产权保护可能导致权利人向外国出口最终产品或者转让技术，以此作为他们知识财产开发利用的主要渠道。因此，知识产权可能会阻碍而不是推动技术进步和工业发展。⁴³

日本的例子

知识产权法可以一种有助于实现产业政策特定目标的方式制定和实施。二战后日本的专利法就是范例之一，该专利法慎重地引入了“发展式”或者“渐进

式”体系而不是以保护为导向的体系。⁴⁴

日本专利法的第一条称，专利法的目标是“通过保护和利用发明，鼓励发明从而有助于工业的发展”。日本通过一系列旨在推动外国技术进口、吸收和传播的机制来达到这一目标，直到 1994 年专利法才作出了一些修改。⁴⁵观察家们注意到：

日本的专利体系是一个或多或少有意构造而成的复杂政策网，影响研发的传播，同时保持对研发投入的整体激励。日本专利制度将发明者排他性权利产生中的短期利益从属于更广泛的技术传播政策目标。因为日本专利法中专利的范围很窄，新颖性要求不高，它奖励那些对现有发明进行反向工程或做少许修改的人，而处罚那些希望保护他们主要技术突破的人。⁴⁶

日本专利法的主要“发展性”机制之一就是授权前异议制度，该制度允许本国企业把目标对准高科技或高商业价值的竞争者提出的申请。它允许专利在审查过程中接受异议，在审查真正开始之前可以有相当长的延期（平均而言，大约 3 年）。⁴⁷

鉴于国内企业提出和在技术上证实授权前异议的能力，以及申请人在有限期内回应多个异议所面临的困难，该制度“在发明者和那些一旦专利被授予将处于不利地位的潜在竞争者之间进行早期磋商创造了策略性的激励”。⁴⁸此外，鼓励专利申请人将专利申请通知潜在的竞争对手，因为他们有权在申请日之后从知道如何使用专利发明的人那里获得使用费。⁴⁹

而且，如果通商产业省（MITI）认为某项专利是一项对本国有重要意义的技术，有权要求专利持有人交叉许可该项专利。⁵⁰

日本专利制度的另外一个特征是专利申请中权利要求的范围很窄。将专利申请局限于单一独立的权利要求的义务激励专利申请人向那些拥有专利和互补技术的潜在竞争者进行交叉许可。范围窄的专利权利要求可能特别有助于“积累型”技术部门提高效率。⁵¹

日本企业的专利战略和日本专利局（JPO）的管理实践解释了日本专利制度在提高日本企业吸收、适应和使用外国技术的能力方面获得了成功。

日本企业不仅积极地利用上述授权前异议制度，而且也参与防御性专利和“专利潮”。专利潮是一项技巧，通过它，一个企业提出大量专利申请要求对另一个企业的核心技术进行细微的和渐进式改变，通过第三方对有限创新享有专利，限制目标企业使用其专利技术的空间以及敦促其达成交叉许可协议。⁵²

关于 JPO 的管理，Girouard 发现：

相当数量的高层专利官员在通商产业省开始他们的事业，这些官员中许多都精通贸易政策，产业政策和外国技术评估，之前的通商产业省官员不成比例地分布在负责审查进口技术（如计算机技术）的部门中。⁵³

通商产业省的官僚对 JPO 政策的影响尽管可以说受到美国过度“行政干预”，⁵⁴但事实上却是一个把专利政策整合入国家产业政策规划中的正当途径。

日本实践中的专利制度（受美国政府和产业界诟病⁵⁵）对于严重依赖吸收、有效适应和利用进口技术的发展模式非常有用。作为一个熟练的“技术追随者”，日本能够推动技术转让和对外国技术的学习及改进提高。这一模式成功的两个关键条件是本国企业策略性地使用专利制度的能力⁵⁶以及政府在一套完整的机制和措施基础上推行产业化政策吸收西方技术的决心。⁵⁷

在其他国家复制日本二战后技术和工业的做法恐怕不可能。然而，在日本经验中可以作出总结，即可以设计出能实现特定工业发展目标的专利法。

当然，1994 年 TRIPS 协议签订以后，对于 WTO 成员方而言，设计知识产权法律的空间大大缩小了。但有趣的是，TRIPS 协议并没有将成员方的权利限于使用日本曾运用过的那些机制。TRIPS 协议并没有涵盖这些机制，因此，WTO 成员可以自由地以同样或多样的方式使用这些机制。事实上，授权前异议和延迟审查在许多国内法中都有规定。类似的，国内法可以决定专利权利要求的范围，这个也是 TRIPS 规则没有规定的。