

# 知识产权与 发展政策相结合

知识产权与发展政策相结合

英国知识产权委员会

出版机构

## 英国知识产权委员会

英国知识产权委员会  
邮政地址: c/o DFID (国际发展部)  
1 Palace Street  
London (伦敦) SW1E 5HE

电话: 020 7023 1732  
传真: 020 7023 0797 (for the attention of Charles Clift)  
电子邮件: [ipr@dfid.gov.uk](mailto:ipr@dfid.gov.uk)  
网站: <http://www.iprcommission.org>

2003年12月 (第三版)

报告全文及总结报告可从英国知识产权委员会的网址下载:  
<http://www.iprcommission.org>

若欲索取报告的印刷版或更详细资料, 请用上述地址与  
英国知识产权委员会秘书处联系。

©英国知识产权委员会 2002 年版权所有

设计与印刷

Dsprint/redesign  
7 Jute Lane  
Brimsdown  
Enfield EN3 7JL

# 英国知识产权委员会

# 委员



后排左起 Carlos Correa (卡洛斯·可瑞尔), Ramesh Mashelkar (拉迈史·马适卡), Daniel Alexander (丹尼尔·亚历山大)  
前排左起 Gill Samuels (吉尔·赛缪尔), John Barton (约翰·巴顿), Sandy Thomas (山迪·汤姆斯)

**JOHN BARTON (约翰·巴顿) 教授, 委员会主席**  
美国加州, 斯坦福大学乔治·伊·奥斯本法律教授

**DANIEL ALEXANDER (丹尼尔·亚历山大) 先生**  
英国伦敦, 知识产权法出庭律师

**CARLOS CORREA (卡洛斯·可瑞尔) 教授**  
阿根廷, 布宜诺斯艾利斯大学科技政策与管理硕士研究生主任

**RAMESH MASHELKAR (拉迈史·马适卡) 博士,**  
皇家学会会员  
印度德里, 印度科技工业研究委员会委员长,  
及科技工业研究部秘书

**GILL SAMUELS (吉尔·赛缪尔) 博士,**  
最高级巴思爵士

英国三维治, Pfizer (辉瑞) 公司科技政策与欧洲事务资深总监

**SANDY THOMAS (山迪·汤姆斯) 博士**  
英国伦敦, Nuffield 生物伦理委员会主任



# 秘书处

后排左起

**Phil Thorpe (菲尔·索普) – 政策分析员**

**Rob Fitter (罗布·弗特) – 研究员**

**Tom Pengelly (汤姆·彭格里) – 政策分析员**

前排左起

**Carol Oliver (卡罗尔·奥利弗) – 私人秘书**

**Charles Clift (查尔斯·克里夫特) – 主任**

**Brian Penny (布莱恩·彭尼) – 办公室经理**

# 知识产权与 发展政策相结合

委员会关于知识产权的报告

伦敦 2002 年 9 月

英国知识产权委员会



# 前言

英国知识产权委员会是英国国际发展国务大臣克莱尔·肖特（Clare Short）于2001年5月成立的。本委员会由来自不同国家、背景和观点的成员组成，我们把各自迥异的观点带到议事桌上来，尽力综合代表着发达国家和发展中国家的声音，涵盖的范围包括科学、法律、道德规范、经济、工业、政府以及学术界等。

本人认为，我们已经就工作方法及基本要旨达成如此之多的共识，这本身就是一项相当大的成就。如报告的题目所示，我们认为，在国家与国际范围内，都应该把发展目标纳入知识产权政策的制订中，本报告陈述了具体的实行方法。

尽管本委员会是由英国政府任命的，但是我们在议程拟定、工作计划制定、及最后作出结论和建议方面都有绝对的自由。我们也有机会并得到财政支持，通过委托研究、组织研究组及各种会议、及访问世界各地的官员及有关团体，增进我们对有关问题的理解。我们还得到英国国际发展部（DFID）及专利局提供的秘书处的支援，特此鸣谢。

我们于2001年5月8-9日首次会晤，之后总共举行过七次会议。我们当中许多人视察过巴西、中国、印度、肯尼亚及南非，而且与伦敦、布鲁塞尔、日内瓦及华盛顿的公营部门官员、私营部门以及非政府机构进行了商谈。我们参观了位于英国三维治的Pfizer研究设施。报告末尾列举了我们咨询过的一系列主要机构。我们就知识产权的不同领域委托创作了十七份工作文件，并在伦敦举办了八个研讨会。我们于2002年2月21-22日在伦敦举行了一个大型会议，确保听取到代表不同观点的疑问及顾虑。我们把这些会议本身视为工作的重要部份。它们使各界人士汇聚到一起，起到促进对话并探索解决某些问题可能性的作用。

我在此代表委员会感谢所有分布于世界各地的有关人士，因人数众多无法一一提及，感谢他们对我们讨论的投入，特别感谢那些参与准备我们工作文件的人士。

需要考虑的议题：

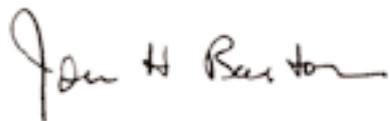
- 在包括《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)的国际协议背景下，怎样最好地设计各国的知识产权制度而最能使发展中国家受益。
- 如何改善并发展国际规则及协议框架。例如在传统知识领域及涉及基因资源使用权的知识产权规则和制度之间的关系领域。
- 完善知识产权制度所需的更广泛的政策框架，诸如通过竞争政策和法律来控制阻碍竞争的作法。

从一开始，我们就决定不仅要尝试建议在不同利益团体之间寻求妥协，而且要尽可能以证据为基础。这不是轻而易举的事情，因为时常只有有限或不确凿的证据，但是我们的秘书处、我们所作的广泛咨询和商谈、以及我们委任拟写的文件，都有助于识别可用的证据，然后加以审慎的评估。

我们还从初期就承认，应该区别对待有及没有强大科技实力的中等和低等水平收入国家，这是很重要的。我们尝试了解知识产权对每类国家的真正冲击，包括正面和反面的，我们决定专注考虑中低等水平收入国家中最贫穷人口所关切的问题。

全体成员在这份报告达成协议。目标是得出实用且平衡的解决办法。虽然有时我们采用了他人的提议，但结论完全是由我们独立作出的。我们希望能够圆满完成任务并使本报告成为有价值的资源，帮助所有参与讨论如何使知识产权更加促进发展并减少贫困的人士。

最后，我感谢克莱尔·肖特以及英国国际发展部，感谢他们独具远见卓识创立了知识产权委员会。能担任委员会主席，使我深感荣幸。委员会工作使我和全体成员获得一段特殊的经历。我们的任务是艰巨的，完成任务，有机会相互学习，特别是向参与我们工作的人学习，使我们享受到极大的乐趣。



JOHN BARTON (约翰·巴顿)  
主席

# 序言

与知识产权有关的人当中很少有人觉得这份报告令人完全舒心畅意，这是对巴顿教授及委员们莫大的称赞，也是对英国国际发展国务大臣克莱尔·肖特创立本委员会及其职权范围的远见和勇气的最佳显示。

也许，我们所处的时代有某些特征鼓励人们盲目信奉教条。包括各行各业，无疑也影响到整个知识产权领域。一方面，发达国家中存在着一些强大的游说团体，认为所有知识产权都有利于商业，使广大公众受益，并促进技术进步。他们相信并争论说，如果知识产权是好的，越多知识产权就肯定越好。另一方面，发展中国家有一些喧嚣的游说团体，他们认为知识产权可能会削弱地方工业和技术的发展，损害地方人口，唯一受益者只会是发达国家。他们相信并争论说，如果知识产权是坏的，越少知识产权就越好。《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)的实行并没有拉平双方之间的差距，却助长了固有的成见。那些赞成增加知识产权及建立“公平竞技场”的人士欢呼 TRIPS 的诞生，说它是实现其目标的有价值的工具。但那些认为知识产权不利于发展中国家的人士认为，经济竞技场在实行 TRIPS 之前就已经不公平，其出现更加深了它的不平等。双方都极其顽固和真诚地持有这些观念，有时似乎没有一方愿意听取另一方的意见。冲动取代了说服。

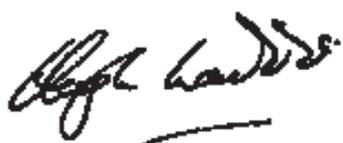
无论知识产权是好是坏，发达国家已经在很长时期内逐渐适应了它们。即使知识产权的缺点有时超过其优势，大体上来说，发达国家都拥有经济实力并建立了相应的法律机制，足以克服它造成的问题。只要知识产权的益处大于缺点，发达国家就拥有利用它提供的机会的财富和基础结构。发展中及最不发达国家不可能具备这两者。

正是在这样的背景下，国务大臣克莱尔·肖特决定成立知识产权委员会，并要求它在诸多问题中考虑怎样设计各国的知识产权而最能使其有益于发展中国家。这项任务本身就是对知识产权能够成为帮助或阻碍较脆弱经济的工具的认可。诸位委员本身也代表了尽可能广泛、跨学科的相关专长领域。他们进行了广泛的咨询和磋商。这份报告就是其出类拔萃的成果。

虽然委员会按其权限必须特别关心发展中国家的利益，与此同时它也没有忽略发达国家的利益和意见。正如所述，不应把较高的知识产权标准强加于发展中国家，必须首先严肃而客观地评估这样做对其发展将造成的冲击。委员会已竭尽全力作出评估，报告包含了许多特别满足发达国家与发展中国家双方的大多数合理要求的明智提议。

然而仅仅提出一系列切实可行的提议是远远不够的，人们还需要接受这些提议并有实行它们的意愿。委员会在这方面又一次起到重大的作用。这并非是一个压力集团的报告。成立委员会的目的是提供尽量公平的建议，委员会的起源和构成应能够鼓励所有受它工作影响的人士认真对待我们的建议。

知识产权是富国的养料和穷国的毒药这一观念已为时太久。我希望这份报告能够告诉人们事情并非如此简单。只要对知识产权加以调节，使之合乎贫困国家的口味，贫困国家就会发现它的效用。委员会提议，应当从最有利于每个发展中国家发展的角度来建议适合于该国的知识产权方案，它也应列入国际社会和各国政府的决策指南。我非常希望这份报告会激励他们实之以行。

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Hugh Laddie', with a horizontal line underneath.

HUGH LADDIE (休·莱迪) 爵士  
英国高等法院专利法官

# 目录

前言	i-ii
序言	iii-iv
<b>概况</b>	<b>1</b>
引言	1
背景	2
任务	5
<b>第一章：知识产权与发展</b>	<b>11</b>
导言	11
知识产权保护机制的基本原理	14
绪论	
专利权	
著作权	
历史	18
知识产权产生的影响的证据	20
来龙去脉	
再分配的影响	
发展与革新	
贸易与投资	
技术转让	23
<b>第二章：医疗</b>	<b>29</b>
导言	29
问题	
背景	
研究与发展	32
研究动机	
贫穷人口的药品使用权	34
申请专利的流行	
专利权与价格	
影响药品使用的其它因素	
政策含义	38
国家强制许可安排	
在生产能力不足的国家实行强制许可	
发展中国家立法	
多哈精神在最不发达国家的推广	

### 第三章：农业和基因资源 57

---

导言	57
背景	57
农业的知识产权	
植物与知识产权保护	59
导言	
研究与发展	
植物品种保护的影响	
专利保护的影响	
结论	
利用植物基因资源和农民的权利	67
导言	
农民的权利	
多国体系	

### 第四章：传统知识和地理标志 73

---

导言	73
传统知识	75
背景	
传统知识的性质和保护传统知识的目的	
处理有关传统知识的争论	
利用现有的知识产权制度保护和发扬传统知识	
保护传统知识的单独适用制度	
传统知识的盗用	
传统知识的使用与商业化收益的分享	83
背景	
生物多样性公约 (CBD)	
在专利申请过程中公开遗传资源的地理起源	
地理标志	87
背景	
地理标志与《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)	
地理标志的多边登记机构	
地理标志所产生的经济影响	

## 第五章：著作权，软件和因特网 95

---

导言	95
著作权对发明的促进作用	97
收费协会	
著作权规则是否允许发展中国家缩小知识差距	99
以著作权为基础的行业和对受保护著作的复制	101
著作权与使用权	102
教育材料	
图书馆	
著作权及计算机软件	104
释放因特网发展的潜能	105
技术限制	

## 第六章：专利改革 111

---

导言	111
发展中国家专利制度的制定	113
导言	
专利授予范围	
专利授予标准	
专利权的例外情况	
在专利政策中规定安全措施	
鼓励国内创新	
结论	
专利制度在公共研究机构中的应用	121
导言	
来自美国的证据	
来自发展中国家的证据	
专利制度对研究和创新的约束	124
发达国家面临的问题	
在发展中国家的适用性	
专利法的国际协调	129
背景	
世界知识产权组织 (WIPO) 的实体专利法条约	

## 第七章：制度能力 137

导言	137
知识产权政策的制定和立法	138
综合政策规定	
知识产权的管理制度	140
导言	
人力资源	
信息技术	
审核制度相对于登记注册制度以及合作安排	142
区域或国际合作	
成本与收益	143
一项知识产权制度所需的成本	
支付成本	
实施	146
在发展中国家实施知识产权制度	
在发达国家实施知识产权制度	
知识产权的管理	148
技术援助和能力构筑	149
现行计划	
评估技术援助的影响力	
为进一步的技术援助融资	
确保技术援助的有效交付	

## 第八章：国际架构 155

导言	155
国际标准制定：世界知识产权组织和世界贸易组织	157
《与贸易有关的知识产权协议》	159
帮助发展中国家实施《与贸易有关的知识产权协议》	
《与贸易有关的知识产权协议》的实施时间表	
双边协议与地区协议中的知识产权	162
发展中国家的参与	164
日内瓦的常驻代表	
专家代表团	
民间团体的作用	165
加深对知识产权及其发展的了解	166
缩略语	171
术语表	173
致谢	177

# 概况

## 引言

国际社会已经认识到减少贫困和饥饿、提高健康和教育水平以及确保环境可持续性的重要意义，并已确定千年发展目标，旨在切实提高健康水平、教育水平和确保环境可持续性的同时，在2015年前使贫困人口数目减半。

据估计，1) 生活水平：1999年，将近12亿人每天的生活费用不足一美元，将近28亿人不足两美元<sup>1</sup>，其中约有65%生活在南亚和东亚，另有25%生活在撒哈拉以南的非洲地区；2) 健康方面：2001年，据统计全球有300万人死于艾滋病，其中230万是在撒哈拉以南的非洲地区<sup>2</sup>，另有将近170万死于肺结核<sup>3</sup>，按现在的发展趋势，2005年将有1020万个新个案<sup>4</sup>。除此之外，每年还有100万以上人口死于疟疾<sup>5</sup>；3) 教育方面：1999年，仍有1亿2000多万儿童未能上小学，目前入学率最低的是撒哈拉以南的非洲地区，仅有60%<sup>6</sup>。

我们的任务是考虑以下问题：知识产权能否及如何帮助世界实现以上目标？特别是通过减少贫困来帮助抵御疾病、改善妇孺的健康状况、扩大受教育机会和实现可持续性发展。当然，我们还要考虑另外一个问题：知识产权是否为世界实现以上目标造成了障碍，怎样造成的，如何清除这些障碍？

有人强烈主张知识产权是激励经济增长的必要因素，而经济增长可以减少贫困。他们认为，激励发明和新兴科技可以提高工农业产值、推动国内外投资、促进技术转让并使人们得到更多抵御疾病的必需药品。他们认为，在发达国家中生效的制度不可能对发展中国家不起作用。

其他人则同样强烈地反对这种观点，认为发展中国家由于不存在人文和技术方面的前提条件，知识产权对其发明的激励作用微乎其微。他们认为，知识产权无利于激励研究和施惠穷人，因为即使研发生产了专利产品，穷人也根本买不起。他们还认为，知识产权限制了发展中国家对科技的模仿学习机会，使外国企业可以通过获取专利保护将本国企业逐出国内市场，并用进口产品占领国内市场。更有甚者，知识产权增加了基本的医疗和农业投入成本，对贫困人口和农民造成的影响尤其严重。

在考虑这些对立的观点时，要切记发达国家与发展中国家在科技方面的不平等现象。中低收入的发展中国家，其国内生产总值约占全球的21%<sup>7</sup>，而其研发经费却不足全球的10%<sup>8</sup>。经济合作与发展组织(OECD)成员国的研发经费远远超过印度的总体国民收入<sup>9</sup>，而发展中国家几乎无一例外都是科技的净进口国。

我们有必要注意到，不同的发展中国家有不同的社会、经济环境和科技能力。世界贫困人口中，60%以上生活在具有强大科技能力的国家，绝大部分生活在中国和印度。中国和印度以及其他一些较小的发展中国家在许多科技领域中都处于世界水平，如：航天、核能、计算机、生物工艺学、医药、软件开发以及航空<sup>10</sup>。而有25%世界贫困人口居住的撒哈拉南部非洲地区（不包括南非）则与之形成鲜明对比，这些人口主要生活在一些技术能力较弱的国家<sup>11</sup>。据估计，1994年，中国、印度和拉丁美洲的研发经费共占全球的将近9%，撒哈拉南部非洲地区仅占0.5%，而中印之外的发展中国家一共才占4%<sup>12</sup>。

发展中国家的情况千差万别，但这个不言自明的事实却常常被人忘记。这些国家之间不仅科技实力存在差别，在社会经济结构和贫富收入方面也各不相同。各国贫困的原因多种多样，因此在解决贫困问题时应采取不同的政策。知识产权政策也一样。大多数贫困人口居住在印度和中国，但这些国家科技实力相对较强，撒哈拉以南的许多非洲国家科技实力较弱，因此这两类国家需要采纳的政策存在很大差别。在不同社会经济条件下，知识产权政策对贫困人口有着不同的影响。适于印度的政策不一定适合于巴西或博茨瓦纳。

## 背景

在过去20年左右的时间里，知识产权保护的水平、范围、地域和作用都取得了史无前例的进展<sup>13</sup>。具体表现如下：

- 对某些在大自然中发现的生物和物质也授予专利权，如同那些更容易被外行认作为是发明创造的人工产品和程序。
- 为适应新科技（特别是生物技术和信息技术）而修改知识产权的保护制度，如：《欧盟生物技术指令》<sup>14</sup>或美国的《千禧年数码版权法案》(DMCA)。
- 知识产权的保护范围扩大到新的领域，如软件和商业方法，一些国家还为半导体和数据库实行了新的专门保护措施。
- 开始重视对公共部门出现的新知识及科技的知识产权保护。
- 关注知识产权保护与传统知识<sup>15</sup>之间的关系以及民间传说和遗传资源之间的关系。
- 通过《与贸易有关的知识产权协议》（参见文字框O.1）扩充最低标准知识产权保护的地理范围，通过各种双边及区域贸易投资协议扩充较高标准知识产权保护的地理范围。
- 扩展专利权，延长保护期限并加强实施机制。

对知识产权制度的实施和推广问题并非局限于发展中国家，目前美国就有两项重要的调查正在研究这个问题，一项由国家科学院进行，另一项由司法部和联邦贸易委员会进行<sup>18</sup>。这些问题集中表现在美国近年来专利申请量增长过快（在过去5年里增长了50%以上），使人们感到颁发了不少范围过广质量低下的专利。普遍的担心是，已经或可能会颁发太多的开发意义极小的专利。例如在制药业，申请专利可以延长对有价值疗法的垄断时间。再如，若声称某生物材料脱离自然，且被确认有一定的功效，就可能在某些管辖区域获得专利。而这些专利对竞争的影响——它们可以使本来旗鼓相当的发明家难以出售与之竞争的产品，或者使专利品价位的抬高超出消费者购买能力——就是一个令人关注的问题，已引起越来越多的争论，其中相当多的争论还是针对这些专利对研究产生的影响，尤其是对软件和生物技术的影响，因为在研究早期申请的专利可能会阻碍下一步的研究和商业化。

一位名叫加勒特·哈丁<sup>19</sup>的生物学家曾在其论文中杜撰了“公用悲剧”一词，阐述公共资源由于没有相应的使用规范而往往被滥用。而知识产权的推广，尤其是在生物医学研究等领域，现已在暗示“一种别样悲剧，由于‘反公用’，由于太多的所有者相互封锁，人们不能充分使用一些稀缺资源……太多的知识产权可能会自相矛盾地导致减少人们改善健康

## 文字框 O.1 世界贸易组织和《与贸易有关的知识产权协议》

《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)<sup>16</sup> 出台于 1994 年结束的乌拉圭回合贸易谈判, 谈判最终决定成立世界贸易组织 (WTO), 并制定组织章程, 即包括《与贸易有关的知识产权协议》在内的世界贸易组织协议, 组织成员必须遵守这些组织制度, 还改进了组织成员之间的贸易争端解决制度。截止今年 1 月, 世贸组织共有 144 名成员, 占全球贸易的 90%。目前还有 30 多个国家或地区正在就加入世贸组织进行谈判。

《与贸易有关的知识产权协议》要求所有世界贸易组织成员为广泛的知识产权提供基本标准的保护, 其中包括著作权、专利权、商标权、工业设计的权利、地理标志权、半导体表面状态权和信息保密权。为此该协议吸纳了现有的有关知识产权的国际协议条款, 如世界知识产权组织 (WIPO) 执行的巴黎和伯尔尼公约, 并吸纳了许多新的规定, 尤其与地理标志、专利、商业秘密和知识产权管理措施有关。

为执行《与贸易有关的知识产权协议》, 世界贸易组织成立了一个专门机构, 即由其所有成员参加的《与贸易有关的知识产权协议》理事会, 负责按照协议的委托和两年一度的世界贸易组织部长级会议的要求, 审查该协议的各方面工作。

《与贸易有关的知识产权协议》提出的一些问题引起了人们广泛的讨论, 这些问题是:

- 协议第 7 款指出, 知识产权应该有助于技术转让, 这个目标, 特别对世界贸易组织的发展中国家成员来说, 能否实现?
- 协议的第 8 款与其它款内容抵触。该款指出, 国家可以采取必要的措施保护大众健康, 阻止知识产权的滥用, 只要这些措施符合《与贸易有关的知识产权协议》; 而协议的其它条款则要求保护药品的专利、限制强制许可证的颁发 (第 31 条) 以及限制专利制度例外的范围 (第 30 条)。
- 保护试验数据的要求与第 39 条的“商业的不当使用”相抵触。
- 协议认为应该对葡萄酒和烈性酒的地理标志进行额外的保护 (第 23 条), 这种额外保护是否该推广到其它或所有的地理标志。
- 与生物 (如微生物) 有关的发明创造获取专利的许可标准 (第 27.3 条 b 款) 以及植物获取产权保护的需求。因此也存在《与贸易有关的知识产权协议》如何与《生物多样公约》(CBD) 之类的协议兼容的问题。
- 世界贸易组织的许多发展中国家成员和最不发达国家成员为满足《与贸易有关的知识产权协议》对知识产权管理和有效执行所需付出的成本问题。

《与贸易有关的知识产权协议》从 1995 年 1 月 1 日开始生效, 要求世界贸易组织中被视为发达国家的成员在一年内达到规定的遵守标准; 要求发展中国家和过渡经济体在 2000 年 1 月 1 日前达到规定的遵守标准, 但允许它们用五年的额外时间将知识产权推广到医药品等新领域; 要求最不发达国家<sup>17</sup> 在 2006 年以前通过该协议, 多哈部长级会议关于该协议和公共卫生的宣言允许它们用十年的额外时间将知识产权推广到医药品领域。

世界贸易组织成员国在对《与贸易有关的知识产权协议》的理解和国家法律对协议的执行方面若存在争议, 可以向该组织的争议解决机构 (DSB) 申请解决。到今日为止, 有 24 起涉及该协议的案件调用了争议解决程序, 其中 23 起是由发达国家成员起诉的, 另一起是由巴西起诉的。其中 16 起是因为发达国家之间的争端, 7 起是发达国家起诉发展中国家的, 还有一起是巴西起诉美国的。该 24 起案件中, 10 起已经通过双方协商解决, 7 起由依照上述争议解决程序成立的裁定小组裁定, 还有 7 起悬而未决。

状况所需的良品。”<sup>20</sup> 现如今企业可能要在时间和金钱上付出相当大的成本才能谨防自己的研究侵犯他人专利并保护自己的专利，这不禁令人深思，专利制度带来的益处一定要花这么巨大的代价吗？能不能减低进行专利调查、分析和诉讼的投入成本？

这些问题并不局限于专利权。在美国按上世纪的《1909年著作权法案》，著作权为作者死后28年（而且可以再续28年），现按欧洲惯例，已延长至作者死后70年或出版后95年。问题是著作权保护年限的延长真的是为了促进未来创作吗？莫非更为了提高现有著作的价值？1998年，美国国会通过了《千禧年数码版权法案》，该法案和其它规定一起禁止对科技保护措施（即编密码）的破坏。在欧洲，《数据库指令》要求所有成员国为所有系统数据提供专门的保护措施，不管是不是原始数据。目前美国还没有采取这种措施。人们越来越担心，商业压力未受到对公共利益考虑的足够限制，在其影响下，延长专利保护与其说是为了刺激发明创造，还不如说是为了保护投资价值。

我们认为，有关知识产权对美国和其它发达国家产生的影响的问题对发展中国家也同样重要。唯一的区别是，发展中国家的知识产权制度因为“失误”要付出的代价很可能远比发达国家大，因为大多发达国家都具备完善的竞争调节机制，可以保证任何垄断权利不会过度影响公共利益。例如在美国和欧盟，这些制度尤其强硬和完善，而大多数发展中国家却远非如此，后者极易受到不良知识产权制度的损害。我们认为，发展中国家可以通过学习发达国家的经验教训来改进自己的知识产权制度，使之适于其具体的法律制度和经济形势。

发展中国家不但会受到来自内部知识产权制度的直接影响，而且会受到发达国家知识产权制度的间接影响。数字时代对因特网数据资料使用权的限制就在影响着全球。例如：发展中国家的科学家可能会被拒绝使用一些受保护的数据，或者没有足够的办法获取这些数据。知识产权制度可以促进有关重大疾病或新型农作物的研究——这些研究对发展中国家十分重要，但却只有发达国家在搞；但同时也可以阻碍这些研究，因为发达国家的知识产权制度可以通过强力促进主要对其有利的某些类型的研究，而将知识资源从攸关全球的问题研究上转移开。按照发达国家的惯例，源自发展中国家的知识或遗传资源可以在没有事先安排分享该资源商业化利益的情况下获取专利。有时发展中国家对发达国家的出口就因这种知识产权保护而受到限制。

对于发展中国家来说，知识产权保护工作的不断全球化发展也是同样重要的。全球化已经持续了100多年，并非新现象。尽管于1995年生效并需经历特定过渡期的《与贸易有关的知识产权协议》（参见文字框O.1）已经为世界贸易组织成员国制定了最低标准的知识产权保护规则，但该协议只是知识产权全球化的一步。世界知识产权组织一直在讨论如何使专利制度更全球化，讨论结果可能会取代该协议。何况发展中国家与发达国家之间的双边及区域贸易投资协议也常常要求双方执行超出该协议最低标准的知识产权制度。因此有不少持续性的压力要求发展中国家根据发达国家的标准，在其政权制度内提高知识产权保护的水平。

许多致力于阐明知识产权影响的经济研究即使涉及发达国家，其本质也是争而无果的，对此我们感触很深。研究结果大多未定，就其本质来看，将来也可能如此。知识产权的影响常常视具体情况而定，因此许多理论观察家一贯就知识产权的社会效益和代价孰高孰低持矛盾态度。以下是一个典型范例：

“几乎不能想象会有如此漏洞百出的社会制度（专利制度）。其存在只是因为似乎再无更好的制度。”<sup>21</sup>

最近，一些国际机构的报告已经就知识产权保护全球化可能对发展中国家产生的影响进行了评论，<sup>22</sup> 这些报告不同程度地反思了这样一个问题，推行知识产权可能会付出高的代价，但它为许多国家带来的利益却较为难以确定。

## 任务

我们认为本委员会的成立表明英国政府对以上问题是敏感的。据此我们的基本任务是研究发展到今日的知识产权保护规则和制度是否有助于发展中国家的发展和贫困减低。

我们的出发点是，特定的知识产权保护制度可能适合于发展中国家的特定阶段，正如曾经适合于发达国家的一样。这些制度无疑会十分有助于发达国家进行研究和发明创造，特别是在诸如医药品和化学药品之类的行业。知识产权保护制度可以激励个人和企业去创造和开发有益于社会的新技术。但是激励制度的作用会因是否具备创造和开发的实力而有所不同。采取的专有权形式会增加受保护技术的消费者和其他用户的成本。在有些情况下，对于无力支付专利品出售商定价的潜在消费者和用户，专利保护就等于剥夺了他们使用发明创造的权力，但专利制度的目的正是为人们提供这些权力。知识产权的不同行使方式和权利行使所在国的不同社会经济条件会导致不同的成本与收益的平衡关系。在发展中国家实行适合于发达国家的知识产权保护标准可能使成本高于收益，因为发展中国家的基本需要和发展在很大程度上依赖于外部产生的知识或含有外来知识的产品。

## 知识产权的本质

一些人认为知识产权主要是经济或商业权利，而其他人则认为知识产权类似于政治或人身权利。《与贸易有关的知识产权协议》同意前一种观点，同时认为保持发明创造者和技术用户之间的权利平衡是必要的（该协议第7条）。《世界人权宣言》对该平衡进行了更广泛的定义，承认“任何科学、文学或艺术成果创造者对该成果所产生的精神和物质利益的保护权利”应与“.....分享科学进步成果及其利益的权利”形成平衡。<sup>23</sup> 关键问题是如何协调两种公共利益的关系，一种是使用新知识及新知识产品的公共利益，一种是刺激发明创造物质和文化进步所依靠的新知识及新产品的公共利益。

问题的难点在于知识产权制度寻求通过给予私人权利和私人物质利益来进行协调。因此“创造者”对其“精神与物质利益”的（人身）保护权利势必与这种保护所产生的个人物质利益结合到一起，而发明创造者的个人利益却建立在消费者的开支之上。特别是在那些消费者贫穷的地方，这种权利会与生存权等基本人权发生冲突。如《与贸易有关的知识产权协议》所述，知识产权制度不允许生活必需品或教育必需品与其它物品如电影或快餐享有权之间有所区别，或区别相当小。

因此，我们认为，最好将知识产权看作国家和社会帮助促进实现人类经济权利和社会权利的一种手段。切记在任何情况下，最基本的人权都不能从属于知识产权保护的需求。知识产权是各国授予的，有一定的期限（至少专利权和著作权是这样），而人权是不能剥夺的，是永恒的。<sup>24</sup>

如今知识产权在极大程度上被普遍视为经济或商业权利，如同《与贸易有关的知识产权协议》规定。拥有这种权力的大多为企业，而不是个别发明创造者。但即使称之为“权利”，也不能允许它掩盖在发展中国家行使该“权利”时所造成的进退两难的真实局面，企业增加的额外成本可能会使穷人失去生活必需品。

无论怎样称呼知识产权，我们最好将它视做公共政策的一种手段，授予个人或机构一些经济特权，以实现更大的公共利益，而这些特权只是一种目标实现手段，其本身并非目标。

至于知识产权保护的作用，不妨与征税比较来看。几乎没有人认为税越多越好，但是已有人倾向认为知识产权保护不言而喻是越多越好。如果税收能够提供比直接和间接税收费用更重要的社会服务，增加征税固然不错，但当征税过多影响了经济增长或出现其它一些情况的时候，减税便显得更加理想了。经济学家和政治学家也在花费大量时间研究税收体系结构的理想程度，繁重的社会保障税是否会影响到就业？额外减税是否达到了目的？还是只补贴了减税对象已经在做的事情？税收体系对收入分配的作用是否符合社会的需要？

我们认为知识产权也存在着十分相似的问题。知识产权在多大程度上是一件好事？知识产权应如何架构？知识产权在不同领域和不同发展阶段的理想结构应有何不同？即使我们确定的产权保护水平和结构可以使其对发明创造的激励程度与其所需的社会成本保持平衡，我们也必须考虑利益分配的问题。

## 收益和成本的公平分配

知识产权保护所产生的直接影响是使那些有知识、有创造力的人从中获取财政方面的收益，同时增加了没有知识和创造力的人的使用成本。这与发达国家和发展中国家之间的收益分配关系显然是相关的。就推广知识产权保护是否会为世界带来经济收益仍有一些争论，即使有经济收益，我们也不认为收益的分配结果是公平的。对于科技基础设施薄弱的大多数发展中国家来说，知识产权保护对其国内发明创造的激励作用将会较弱，而它们还需要付出实行主要来自国外的科技保护带来的成本。因此知识产权保护制度所需成本和所得收益在总体上得不到公平的分配。

如果说大多数发展中国家没有强大的科技基础以从知识产权保护中受益的话，它们还有对自己和全世界都有价值的遗传资源和传统知识。它们不一定是发达国家认为的知识产权来源，但可以也曾经是受保护的知识产权的创造基础。这就提出了以下几个难题：这些资源能否、如何与“现代”知识产权制度接轨？“现代”知识产权制度能否及如何估价这些资源？这些国家应该对这些资源和知识有多大程度的保护（不只从知识产权角度来讲）以及这些资源应如何公平分配所衍生的商业利益？

发展中国家，特别是其科学家和研究人员通过因特网有很多机会获得以往由于资源限制而不能使用印刷媒体得到的资料，但他们担心，旨在防止普遍盗版行为的编密码技术（或称“数字权利管理”）会使他们通过因特网使用这些资料比现在通过印刷媒体还难。这样下去，目前适用于印刷著作的“公平使用”观念<sup>25</sup>（和类似的学说）将会受到威胁，最终通过科技手段，而不是法律手段使著作权受永久保护。

## 应当如何制定知识产权政策？

鉴于知识产权对全球影响的不确定性和争议性，我们认为决策者应在进一步推广知识产权的范围或领域之前研究一下现实情况，尽管它并非十全十美。

知识产权政策往往被“制造商”左右，听不到也不在意最终消费者的呼声，因此该政策更大程度上取决于该制度商业用户的利益，而非取决于更大公共利益的公正理念。在发达国家和发展中国家就知识产权问题进行的讨论中也发现了类似的不均衡现象。发达国家的贸易部主要受制造商利益的影响，后者为了自身的利益要求在出口市场中加强知识产权保护，而知识产权的主要消费国是发展中国家，它们对自身利益的确认能力和代表能力却弱于发达国家。

因此我们认为，知识产权的规则、行使及发展纯属政治经济产物。发展中国家，特别是受知识产权保护产品的贫穷消费国的谈判地位较低，发达国家与发展中国家的基本不对称关系的最终根源是他们的经济实力。

乌拉圭回合就《与贸易有关的知识产权协议》的谈判仅为一个例证。发展中国家之所以接受《与贸易有关的知识产权协议》，原因不是采取知识产权保护是其当务之急，部分原因是它们认为，包括发达国家减少贸易保护在内的一揽子计划可以使它们受益。现在这些发展中国家大多认为分发达国家并未兑现其为放开农业及纺织品市场和减少关税做出的承诺，而且它们却要承担《与贸易有关的知识产权协议》带来的负担。去年的多哈回合谈判就世界贸易组织的新发展达成的协议认为，发达国家与发展中国家之间的协议应更清晰、更有意义。

从这点看，发展中国家的困难在于它们是“后来者”，在它们到来时，这个世界已经被“先行者”划分完毕。也因为此，这个世界与当初“先行者”发展的那个世界已十分不同。当世界经济越来越走向一体化的时候，全球化时代的说法已经成为陈词滥调，而国际社会坚信，按适当方式走向世界经济一体化是世界发展的必要条件。我们要问的问题是，知识产权领域的一体化应采取怎样的适当方式。正如当今的发达国家可以创造适合于它们具体经济、社会和科技情况的知识产权制度一样，发展中国家原则上也应可以创造适合于自己的知识产权制度。

因此我们得出这样的结论，在制定国际知识产权政策方面国际社会更多的投入必须符合发展中国家的需要。必须遵循国际社会在多哈和蒙特利作出的决议，将发展目标融入知识产权规则的制订和实行中。在2002年3月举行的蒙特利会议上，各国政府对“世界贸易组织决定将发展中国家的需要和利益作为其工作中心”表示欢迎，并认识到发展中国家的一些担忧，诸如：

“缺乏对以下方面的知识产权认识是令人担忧的：对传统知识和民间传说知识产权的保护、知识产权的转让，从有利于公众健康的角度来执行和理解《与贸易有关的知识产权协议》……”<sup>26</sup>

我们认为，世界贸易组织的这项日程符合要求但有失偏颇，因为有关现有的知识产权制度对发展中国家的影响还有许多事情需要考虑和投入。我们认为如果稍有不慎，知识产权制度会造成利益分配的扭曲并损害发展中国家的利益。尽管拥有高尖端科技基础建设的发达国家采用非常“高的”保护标准可以促进公共利益（如上所述，这在某些方面还存在争议），但这并不意味着同样的标准适合于所有的发展中国家。实际上我们主张，发达国家应更注意调和其自以为的商业利益以及发展中国家减少贫穷给它们带来的利益。

为实现这个目标，发展中国家不应被剥夺发达国家在发展早期阶段曾享受过的谋划本国知识产权政策的自由权，发达国家不应在没有就较高知识产权标准对发展中国家发展将产生的影响进行认真、客观的评估之前就将该标准强加给后者。我们必须确保全球知识产权制度的发展，通过刺激与发展中国家有关的发明创造和技术转让来促进这些国家的发展，同时也可以使科技产品具有最具竞争力的价格。我们必须确保知识产权制度有利于、而不是阻碍对科学技术快速进步的应用，从而造福于发展中国家。

我们希望这份报告将帮助确定全球知识产权体系的建设日程，并希望该体系中的所有机构为贫困人口和发展中国家做更好的工作。

我们确定了几个有关发展中国家的关键问题，并将在以下各章分别进行讲述：

- 我们能够从有关知识产权对发展中国家影响的经济迹象和实际经验中了解到什么？发达国家的历史经验对当今的发展中国家有无教材意义？如何促进面向发展中国家的技术转让？（第一章）
- 知识产权体系对贫穷人口必需的医疗发展有何作用？知识产权体系对贫穷人口用药和买药有何影响？这些对知识产权规则和行使有何意义？（第二章）
- 对植物和遗传资源行使知识产权保护是否对发展中国家和贫穷人口有益？发展中国家应采用何种知识产权体系以保护植物品种的多样化同时又保护农民的权利？（第三章）
- 知识产权体系如何遵守《生物差异公约》(CBD)奉行的使用权与利益共享原则？知识产权体系能否保护或促进传统知识、生物多样性状态和文化的表现形式？地理标志权 (GIs)<sup>27</sup>的推广能否对发展中国家有益？（第四章）
- 著作权保护如何影响发展中国家对其所需知识、技术和信息资料的使用？知识产权保护或技术保护能否影响因特网的使用权？如何使著作权的行使支持发展中国家的创造性行业？（第五章）
- 发展中国家应如何制定有关专利权的法律、应如何行使专利权？发展中国家能否制定出能够避免发达国家曾经遇到的一些问题的法律？发展中国家在专利权统一化的问题上可采取的最佳立场是怎样的？（第六章）
- 发展中国家需要何种机构有效管理、行使和规范知识产权？如何建立这些机构？特别是，出于竞争的考虑，还需要哪些必要的补充政策和机构？（第七章）
- 负责知识产权工作的国际和国家机构是否在尽量有效地造福于发展中国家？（第八章）

<sup>1</sup> 世界银行 (2001) (华盛顿哥伦比亚特区)，《2002 年的全球经济前景和发展中国家：使商业造福于世界贫困人口》第 30 页。源自：<http://www.worldbank.org/prospects/gep2002/full.htm>

<sup>2</sup> 联合国艾滋病组织和世界卫生组织 (2001) (日内瓦)，《艾滋病最新情况》。

源自：[http://www.unaids.org/worldaidsday/2001/Epiupdate2001/Epiupdate2001\\_en.pdf](http://www.unaids.org/worldaidsday/2001/Epiupdate2001/Epiupdate2001_en.pdf)

<sup>3</sup> 世界卫生组织 (2001) (日内瓦)，《2001 年全球健康报告》。附录统计表 2 《2000 年世界卫生组织区域死因、性别及死亡率分层的死亡预计》。

源自：<http://www.who.int/whr/2001/main/en/pdf/annex2.en.pdf>

<sup>4</sup> 《世界银行数据》。源自：[http://www.developmentgoals.org/Hiv\\_Aids.htm](http://www.developmentgoals.org/Hiv_Aids.htm)

<sup>5</sup> 世界卫生组织 (2001)。

<sup>6</sup> 《世界银行数据》。源自：<http://www.developmentgoals.org/Education.htm>

<sup>7</sup> 《世界银行数据》。源自：<http://www.worldbank.org/data/databytopic/GDP.pdf>。在这份报告中，我们按照世界银行的分类将发展中国家分为低收入国家、中低收入国家和中上收入国家。

源自：<http://www.worldbank.org/data/countryclass/classgroups.htm>

<sup>8</sup> 参见 12。

<sup>9</sup> 1999 年的经济合作与发展组织 (OECD) 支出是 5530 亿美元。OECD (2001) (巴黎) 出版的《OECD 科学、技术、工业 2001 年记分表 — 面向以知识为基础的经济》。

源自：<http://www1.oecd.org/publications/e-book/92-2001-04-1-2987/A.2.htm> 印度的国民收入是 4400 亿美元。《世界银行数据》。源自：<http://www.developmentgoals.org/Data.htm>

<sup>10</sup> 科技能力的一种衡量方法是依照每年所获美国专利的数量。2001 年获美国专利超过 50 项的发展中国家包括，中国 266 项、印度 179 项、南非 137 项、巴西 125 项、墨西哥 87 项，阿根廷 58 项，马来西亚 56 项。中国 (台湾) 6545 项，韩国 3763 项，但这两个国家 (地区) 不被世界银行列为发展中国家 (地区)。源自：[http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/cst\\_all.pdf](http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/cst_all.pdf)

<sup>11</sup> 该地区 2001 年仅获美国专利 10 项。

源自：[http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/cst\\_all.pdf](http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/cst_all.pdf)

- <sup>12</sup> 1994年, 中国的研发开支占全球的4.9%, 印度和中亚占2.2%, 拉丁美洲占1.9%, 太平洋和东南亚地区占0.9% (不包括新的工业化国家), 撒哈拉以南的非洲地区占0.5%。联合国教科文组织(1998) (日内瓦) 出版的《1998年世界科学报告》第20至21页。  
源自: [http://www.unesco.org/science/publication/eng\\_pub/wsr98en.htm](http://www.unesco.org/science/publication/eng_pub/wsr98en.htm)
- <sup>13</sup> 参见表格O.1
- <sup>14</sup> 《指令98/44/EC》, 欧洲议会和欧洲委员会1998年7月6日就保护生物技术发明的合法权益所发指令。《官方杂志L213》(1998年7月30日) 第13至21页。  
源自: [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31998L0044&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31998L0044&model=guichett)
- <sup>15</sup> 参见术语表。
- <sup>16</sup> TRIPS协议的全文请入网查询: [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf)
- <sup>17</sup> 按联合国分类, 最不发达国家共49个, 其中30个是WTO成员。  
详情请入网查询: <http://www.unctad.org/en/pub/ldcprofiles2001.en.htm>
- <sup>18</sup> 美国国家研究院目前正在进行一项调查。  
(源自: [http://www7.nationalacademies.org/step/STEP\\_Projects\\_IPR\\_Phase\\_II\\_Description.html](http://www7.nationalacademies.org/step/STEP_Projects_IPR_Phase_II_Description.html))  
另一项调查是有关知识产权与竞争政策的关系, 正在由美国联邦贸易委员会和美国司法部研究。联邦贸易委员会主席2001年11月15日所作讲话《竞争与知识产权政策: 远在前方》简要说明了当前问题。源自: <http://www.ftc.gov/speeches/muris/intellectual.htm>
- <sup>19</sup> 哈丁·G (1968), 《公用的悲剧》(《科学》第162卷, 第1243至1248页)
- <sup>20</sup> 海勒·M和艾森伯格·R (1998), 《行使专利权会阻止发明创造吗? 生物医疗研究领域的反公用》(《科学》第280卷, 第698至701页)。  
源自: <http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/280/5364/698>
- <sup>21</sup> 朱科斯J, 萨沃斯D和斯蒂尔曼R (1959), 《发明的源泉》(《圣·马丁新闻》, 纽约, 第255页)
- <sup>22</sup> 这些包括: 联合国贸易与发展委员会 (UNCTAD, 1996, 日内瓦), 《TRIPS协议与发展中国家》; UNDP (2001) (日内瓦), 《2001年人类发展报告》, 源自: <http://www.undp.org/hdr2001/>; 世界银行 (2001), 第五章; 比斯特罗姆M和爱纳尔森P, 油印品 (2001), 《TRIPS对发展中国家的影响: 对瑞典发展合作局的意义》, 瑞典发展合作局 (SIDA, 斯德哥尔摩)。  
源自: <http://www.grain.org/docs/sida-trips-2001-en.PDF>
- <sup>23</sup> 联合国 (1948) (日内瓦), 《世界人权声明》第27条。  
源自: <http://www.un.org/Overview/rights.html>
- <sup>24</sup> 联合国人权促进与保护下属委员会 (2001) (日内瓦), 《知识产权与人权》第6页第14段, 文件号: E/CN.4/Sub.2/2001/12。  
源自: [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.2001.12.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.2001.12.En?Opendocument)
- <sup>25</sup> 参见术语表。
- <sup>26</sup> 《蒙特利协议》, 2002年3月。源自: <http://www.un.org/esa/ffd/aac257L13-E.doc>
- <sup>27</sup> 参见术语表。



## 知识产权与发展



### 引言

知识产权是一种社会认为可以赋予特定产权的知识形式，与物质财产或土地的所有权有类同之处，但知识所含范围远远超过知识产权。长期以来，人们一直认为知识在个人、机构和新技术方面的体现方式一直是经济增长的主要驱动力。<sup>1</sup>“现代经济学之父”阿尔弗雷德·马歇尔从 19 世纪就开始这样认为。<sup>2</sup>随着科学技术的最新发展，特别是生物技术和信息通讯技术的发展，知识作为企业、国家获取竞争优势的主要源泉作用远胜以前。知识密集型的高科技产品和服务是知识产权保护机制实施最普遍的领域，这类产品和服务的贸易往往位居国际贸易发展最快行业的行列。<sup>3</sup>

发达国家有充分的证据证明知识产权已经并正在对一些行业领域的发明创造起着重要的促进作用，尽管有关不同行业的证据是混杂的。例如，20 世纪 80 年代的证据表明，当时主要是医药、化学和石油行业认为专利制度对发明创造必不可少。<sup>4</sup>而现在生物技术和信息技术的一些行业也这样认为。著作权对音乐、电影和出版行业的必要性也已得到证明。

对于发展中国家来说，与它们之前的发达国家一样，本土技术能力的发展已经被证明是经济增长和贫穷减少的一个关键决定因素。这种能力决定了这些国家对国外技术的吸收和应用水平。许多研究已经得出结论，决定技术转让成功的最明显的单项因素就是本土技术能力是否能早日涌现。<sup>5</sup>

但发展中国家科学技术基础设施的质量和能力的千差万别。一般来说，某国的技术能力指标就是该国在美国的专利申请程度或按照《专利合作条约》(Patent Cooperation Treaty, PCT)具有的国际专利数量。<sup>6</sup> 2001年，不到1%的美国专利是授予发展中国家的，其中将近60%是授予7个科技发展较先进的发展中国家。<sup>7</sup> 1999年至2001年，发展中国家提出的国际专利申请不到总量的2%，而其中超过95%是由中国、印度、南非、巴西和墨西哥这5个国家提出的。<sup>8</sup> 这些国家的国际专利申请尽管少，但其增长速度却比国际专利申请总量的增长速度快。1999年至2001年，国际专利申请总量增加了将近23%，而以上国家所占的比例已由1999年的1%增长到了2001年的2.6%。正如我们已经看到的，世界的研发开支过于集中在发达国家和屈指可数的几个技术发展较先进的发展中国家。能够发展强大本土技术能力的发展中国家寥寥无几。这意味着发展中国家不但有困难发展自己的技术，而且有困难吸收发达国家的技术。

关键问题是，推广知识产权制度能否帮助发展中国家获取对这些技术的使用权，知识产权保护能否和如何帮助发展中国家实现发展经济和社会发展及减少贫穷的目标。本章我们将讨论：

- 知识产权保护机制的基本原理
- 知识产权对发达国家和发展中国家的历史作用
- 有关知识产权对发展中国家影响的现有证据
- 知识产权对促进向发展中国家技术转让的可能作用

### 文字框 1.1 什么是知识产权？

所谓知识产权，就是社会针对个人或组织的创造赋予它们的一种权利，这些创造主要包括发明、文学艺术著作、商标、名称、肖像和商业设计。创造者有权在一定期限内禁止他人对其创造的擅自使用。知识产权分为两类，一类是（商业发明创造的）**工业产权 (Industrial Property)**，一类是（文化创造的）**文学艺术产权 (Artistic and Literary Property)**，但随着技术的发展，二者的界线已有些模糊，出现了一些混合的独特体系。

#### 工业产权

**专利权：**专利权是授予发明者的一种专有权，发明者有权在一定期限内（《与贸易有关的知识产权协议》规定最短期限为自申请之日起20年）禁止他人在未经许可或授权的情况下擅自制造、销售、分销、进口和使用其发明。反过来社会要求专利申请人要以他人可以利用的方式公开其发明，从而增加深入研究的可用知识总量。申请专利除应对发明充分公开外，还要符合以下三个必要条件（尽管各国的详细情况不同）：一是新颖性（具有并非“先前技术”的新特色）<sup>9</sup>，二是非显而易见性（发明步骤对有关领域的行家来说不浅显），三是实用性（美国说法）或产业适用性（英国说法）。实用新型与专利相似，但在一些国家，它授予短期专利权限给某些小型或渐进式发明。

**外观设计权：**外观设计权保护的是客体的美学外部特征（形状、结构、样式和颜色），而不是其技术特征。《与贸易有关的知识产权协议》规定，至少 10 年之内不允许他人擅自使用受保护的原创设计。

**商标权：**商标权是对特定标记及其相关名誉的专有权，这些标记由特定的符号、颜色、字母、形状和名称组成，代表产品制造商。为了符合保护条件，经营者的商标必须反映其特色以便标识其产品或服务。设立商标权的主要目的是为了防止消费者被误导或欺骗。尽管商标权的保护期限各异，但商标本身可以不定期地进行更新。另外许多国家有时通过禁止不顾商标注册事实诈称交易由来的行为来防止不正当竞争。

**地理标志权：**地理标志权确认的是产品的特定原产地、相关质量、名誉或其它特征，主要由产品原产地的名称组成。例如：由于产品产地和当地环境因素的原因，食品有时会有一些特定的质量特征。地理标志权禁止并非出自某地区的产品在未经准许的情况下使用该地区受保护的地理标志或在产品产地方面误导公众。

**商业秘密权：**商业秘密由有关生产方法、商业计划、客户等重要商业信息资料组成。只要按照有关法律，这些信息资料仍是秘密，它们就会受到保护。法律禁止以不正当的商业手段获取有关商业秘密，禁止未经准许的泄漏商业秘密行为。

## 文学艺术产权

**著作权：**著作权是授予原创文学、科学、艺术著作创作者的专有权。它只禁止复制行为，但不禁止独立的衍生制作行为。创作者无须办理什么手续，就可以获得著作权保护。保护期限起自著作创作之日，（按照一般规则）贯穿创作者整个有生之年，止于创作者死后 50 年（在美国和欧盟，该期限止于创造者死后 70 年）。著作权禁止未经准许的复制、公开表演、翻录、广播、翻译或改编，并允许对经准许的使用行为征收版税。因为软件来源和编码已被确认是一种文学表现形式，所以计算机程序也受著作权保护。

## 一些自成一格的知识产权保护制度

**计算机集成电路权：**计算机集成电路权是对计算机集成电路设计的一种特定的保护形式。由于创造阶段通常较短，授予该权利只要求计算机集成电路是原创设计，所以《与贸易有关的知识产权协议》规定的最低保护期限是 10 年。

**植物种苗权 (PBRs)：**植物种苗权是授予新型、特色、统一、稳定植物品种育种者的一种权利，通常至少长达 15 年（自被授予之日起）。大多数国家规定了有关农民保存和重新栽种种子和使用受保护原料进行更多栽培的例外条件。

**数据库保护权：**欧盟已通过法律，为数据库提供特别保护，禁止未经准许使用数据编辑成果，即使这些数据是非原创的。授予对受保护数据库的全部或大部分内容进行选取或使用的专有权利。

# 知识产权保护机制的基本原理

## 绪论

知识产权制度为私占知识创设了一种合法手段。知识的一个特点就是一个人的使用并不减少别人的使用（比如，你阅读这份报告并不影响别人阅读）。而且将知识推广给另外一个人的额外成本往往很低或者是零（比如，你可以借给别人一本书，也可以为别人复制一份电子版文件）。从社会的角度来看，使用知识的人越多越好，因为每个人都能以低成本或零成本从中得到一些东西，社会从某种意义上讲，也变得更加富有。因此经济学家认为，知识具有一种无竞争的公益的特征。<sup>10</sup>

另一方面，知识或知识产品天生难以阻止他人使用或复制它。许多内含新知识的产品可以轻易地被复制。大多数产品的发明和上市花费了很大成本，凝聚了很多心血，但是复制成本却低得很（但并不是一定的）。经济学家认为，知识或知识产品的这一特点导致了市场失灵。如果通过大量工作、巧妙设计和调查研究才得以推出的一项产品很容易就能被复制的话，那么从社会角度讲，投入资源搞发明创造就没有充分的财务动机了。

## 专利权

专利权机制是解决这种市场失灵问题的一个途径。通过授予制造商一些暂时的市场专有权利，专利权机制使制造商可以回收研发投资成本并获取利润，以报偿他们将产生有关发明的知识公开化。不过其他人必须经专利权所有人准许才能将这些知识用于潜在的商业用途。制造商通过向消费者索取基于其排斥竞争能力的价格，来收回研发投资成本和获取投资回报。

因此专利保护机制是一种社会契约，没有它就没有足够的发明创造。该机制假设，尽管垄断价格使消费者要付出更高的成本，但是更长远看，它会更有利于消费者，因为附加研发活动所创造的新发明给他们带来的价值将大于他们短期所蒙受的损失。经济学家认为，专利制度是以静态功效为成本（与垄断相关的成本）来提高动态功效（通过刺激技术进步）。

专利保护机制的这一基本原理比较简单易懂，但它所基于的许多简单化的假设条件在实践中却可能并不存在。例如：并不能准确地给专利保护机制的最佳程度下定义。如果保护力度太弱，技术发展就会因研发动机不足而受到约束；如果保护度过强，即使从长远看消费者也不会受益，而专利权所有人则可以获得远远超过研发总成本的利润。此外基于受保护技术的更多革新可能会受到抑制，例如：专利保护期限过长或专利保护范围过大。

专利保护期限是专利保护强度的一个决定性的因素。另外的一个决定性因素是专利保护范围。专利保护范围过大意味着专利权在很大程度上超出了专利发明本身。例如：给某种基因颁发的专利权可能只限于对该基因的一种使用方式。但按照专利保护范围的某些规定方法，该专利权所有人也可以对该基因信息资料的其它使用方式（包括其他人后来发现的使用方式）行使专利权。因此专利保护范围过大容易阻碍其他研究人员在专利品的全面领域继续进行革新。相反专利保护范围过小则会鼓励其他人“围绕着”该专利进行研究，对他人进行相关研究的限制较小。这样也会趋于创设更强的专利权，使这些权力不怕对簿公堂<sup>11</sup>。专利权所有人奉行的许可政策也将会对新技术的传播及专利权对其它研究的影响程度产生重要的作用。

专利保护机制的最佳程度（社会收益大于社会成本）还会因产品和领域的不同而大不相同，而且与需求、市场结构、研发成本以及革新进程的性质相关联。实践中的知识产权制度不可能制订得那么精确，因此专利保护水平必然需要折衷。如果这种折衷不当——或保护过多，或保护过少，尤其从长远来看，社会就要付出昂贵的代价。

这里有个根本的假设条件，即私营部门潜在的革新能力一俟知识产权制度提供专利保护就会得到释放。对具有充足研究能力的国家来说，情况可能如此。但在大多数发展中国家，当地的革新制度（至少像发达国家一样的革新制度）是薄弱的。即使有的地方有较强硬的制度，公共部门的能力往往还是比私营部门强<sup>12</sup>。因此在这种情况下，知识产权保护机制的动态收益是不确定的。尽管专利制度具有激励作用，但发展中国家对该作用的当地利用能力是有限的。即使技术有所发展，这些国家的企业也很少能担负起获取和维护这些权利的成本，最重要的是，承担不起争端所引起的诉讼成本。

经济学家现在还十分清楚地认识到另外一点，那就是交易成本。对于政府和私人股东来说，建立知识产权制度的基础设施和知识产权行使机制都要付出昂贵的成本。在发展中国家，人才资源和财政资源匮乏，法律体系也不完善，有效运行知识产权制度的机会成本是不低的。这些成本包括详细检查专利权有效性的成本（包括申请阶段和法庭阶段）和侵权行为的裁定成本。诉讼本质的不确定性导致了庞大的成本。必须将这些成本与知识产权制度带来的利益进行权衡。

因此，有必要用均衡的方法评估专利制度的价值，认识到它既需要付出成本，又可以带来利益，成本和利益的平衡因环境的不同可能明显不同。

学究们，特别是经济学家，通常用批评的眼光看待知识产权制度。这些权利的保护机制必然会限制竞争，从而可能损害消费者和破坏贸易自由，问题是该机制对研究和发明的激励作用是否超过了这些代价。文字框 1.2 引用了一些话，充分反映了人们对发达国家知识产权制度普遍的矛盾心理和该制度对发展中国家的影响。并且随着新技术进入知识产权制度，这种矛盾心理趋于增强。

## 文字框 1.2 有关知识产权制度的评价结论

伊迪丝·彭罗斯 1951 年在《国际专利制度的经济学》中写道：

“如果一个国家在国内市场推行某种专利制度，而这种制度既不能提高产品质量，也不能降低产品价格，既不能提高自身的生产能力，也不会保证其专利产品制造商在别国市场获取至少同等的专有权，那么任何国家在国内市场推行这样的专利制度都会失败。有关‘全球经济一体化’的空谈掩盖不了这样一个事实，对一些工业品出口贸易极少并很少（如果有的话）出售发明的国家来说，授予专利给在国外完成并获得专利的发明创造完全是无利可图的，只能够避免其它方面一些令人不快的外交报复。在这类国家中，有农业国和努力工业化但主要出口原材料的国家...不管这些国家有哪些优势...授予或获取发明专利不会为它们带来任何自身经济增长方面的优势。”<sup>13</sup>

弗里兹·麦克鲁普研究了美国专利制度，他在1958年得出结论：

“如果一个人不知道一项制度……是好是坏，最安全的‘政策结论’是得过且过，如果已实行很长时间，那就继续实行，如果一直没有实行，那就不实行。如果本没有专利制度，还要建议制订一个，那么基于我们目前对该制度在经济方面影响的了解，就是不负责任的。但是如果专利制度已存在了很长时间，还要建议废除它，那么基于我们目前对该制度的了解，也是不负责任的。后边这句话适用于美国这样的国家，而不适用于小国或不是以工业为主的国家，在那些国家，有不同侧重点的辩解可能会导致另外一种结论的产生。”<sup>14</sup>

另外一位主要的经济学家莱斯特·瑟罗1997年写道：

“经济全球化需要知识产权制度的全球化。该制度必须同时反映发达国家和发展中国家的需求。这个问题与下面的问题有些类似，发达国家哪些种类的知识应该公用？第三世界国家对低价药品的需求不能与对低价CD的需求相提并论，如果产权制度象目前一样对二者等视之，那它就不是一个好制度，也不是一个可行的制度。”<sup>15</sup>

一位卓越的学院律师拉里·莱西格在1999年这样评价美国：

“毋庸置疑，有专利制度要比没有好。如果没有政府的专利保护机制，许多研究和发明成果就不可能出现。但是一定程度的保护是好的，并不意味着更大程度的保护就会更好……学究们越来越怀疑，国家强加的专利特权是否在帮助诸如因特网之类的正在快速发展的市场。经济学家目前在问的问题是，扩大专利保护是否有什么好处？当然这可以使一些人非常富有，但这与改善市场是两码事...我们的传统没有教育我们进行无限制的保护，而是教育我们掌握平衡、洞察过度加强的知识产权制度所固有的危险。但目前的知识产权制度似乎已经失去平衡。人们越来越疯狂地使用特权，不只是在专利领域，而是在整个知识产权领域...”<sup>16</sup>

杰弗里·萨奇斯是一位杰出的经济学家，他曾在2002年说：

“...这是与世界最贫穷国家共同对世界贸易体系中的知识产权制度进行反思的一次机会。在乌拉圭回合谈判过程中，国际药品行业极力推行专利保护全球化，而没有考虑到这样作对世界最贫穷国家的影响。几乎不用怀疑，新的知识产权制度将使最贫穷国家的消费者更难使用关键的技术，基本药品的使用情况就是一个活生生的例证。参加多哈回合谈判的国家已经在按照公共健康优先的原则重新审查知识产权制度问题，这是明智之举。除此之外知识产权制度的加强很可能会减缓技术向世界最贫穷国家传播的速度，这些国家传统上是靠复制和逆求技术来获取这些技术的。这些技术传播途径正在日益滞缓，对最贫穷国家发展所起的作用可能过早地受到阻碍。这个领域值得紧密观察、政策关注和不断研究。”<sup>17</sup>

## 著作权

著作权保护机制的基本原理与专利权大同小异，尽管从历史上来说，与激励作用相比，人们更重视具有创造性的艺术家的创作应获取公平报酬的固有权利。著作权保护的是思想的表现形式，而并非思想本身。它曾是而且目前仍是通过防止复制来使文学艺术著作的出版有利可图。与专利权有所不同的是，著作权的保护不需要登记或办理其它手续（尽管并非一直如此）。

与专利权相同，著作权制度需要在为社会激励文学艺术创作和限制受保护著作自由流通之间保持平衡。但与专利权不同的是，著作权原则上保护的是思想的表现形式，而非思想本身，著作权不禁止别人对同一思想的使用。它只限制对思想表现形式的复制行为，而不禁止独立的衍生创作。发展中国家主要担心的问题是受保护著作的实物或数字形式的使用成本和著作权保护的行使手段问题。

与专利权相同，对著作权来说，法律通常也规定了一些例外条件，著作权所有人的权利会因广泛的公共利益而受到节制，这在一些国家（如美国）被称为“公平使用”条款，在英国传统上被称为“公平交易”条款，还有欧洲传统上有关复制权利的例外条件。<sup>18</sup>对发展中国家来说，尤其重要的是有关使用成本和“公平使用”条款的解释问题，由于著作权进一步涵盖了电子材料和软件，这两个问题就显得更加重要。

著作权对著作的保护期限较专利权长，但不禁止对受保护著作的独立衍生创作。根据《与贸易有关的知识产权协议》，著作权的最短保护期限为创作者死后50年，而大多发达国家和几个发展中国家已将它延长到70年或以上。尽管延长的主要原因是来自著作权产业的压力（特别是美国的电影业），但是著作权保护期限过份长于专利权并没有什么合理的经济理论基础。实际上科技的日新月异已经使一些行业的产品有效寿命缩短（如软件程序版本的不断更新），著作权保护期限的延长纯属多余。由于保护期限的先后延长，一些地区不禁忧心忡忡。今年美国最高法院听取了这样一项讼案，诉讼方认为《1998年著作权期限延长法案》违反了《美国宪法》明令规定的保护必须“有限”的条款，并宣称延长现有著作的保护期限没有任何激励作用，而且违背了《美国宪法》有关垄断权的交换要求，即授予垄断权应以获取公共利益为交换。<sup>19</sup>

与专利权一样，对著作权来说，发展中国家的一个关键问题是，因著作权激励作用而产生的收益是否超过了因限制使用而增加的成本。尽管有一些例外，如印度的电影业或软件业。大多发展中国家，正如它们是技术的净进口国一样，也都是受著作权保护材料的净进口国。由于著作权不需登记或办理其它手续，因此一旦某个国家实施了著作权，其影响要比专利权更普遍。著作权是决定软件、课本、学术刊物的其定价和使用范围的主要因素，而它们又是教育及其它攸关国家发展领域的基本成份。例如合理选购学术期刊会远远超出大多数发展中国家大学图书馆的购买预算费用，对发达国家来说也越来越如此。

对发展中国家来说，因特网和著作权的交互作用是个特别重要的问题，其重要程度仍在不断地继续增长。对于印刷媒介来说，著作权法有有关“公平使用”的条款，而且该媒介的性质也允许多方使用，使用者可以正式从图书馆借阅，也可以从别人那里借读，还可以在书店浏览（买不买都行）。而对于因特网上的资料，由于技术上允许编制密码或采取其它拒绝别人使用甚至浏览的手段，使用者就不得不付出相关的费用。尽管因特网迄今为止的“本意”是自由使用，但越来越多载有价值材料的网站却正在采取收费使用的做法，或以其它的方式限制别人的使用。更有甚者，美国的《数字千年版权法案》（DMCA）和欧洲的《数据库指令》（Database Directive）的某些条款已远远脱离《与贸易有关的知识产权协议》的要求，使著作权保护的天平严重向数据采集的投资者和创作者倾斜。

因此与专利权一样，有必要保持著作权的平衡。思维和科技的进一步发展需要思想的自由流通，如果著作权、技术、或知识产权的其它保护形式所实施的保护过多，这种流通就会受到限制。对发展中国家来说，诸如教育材料和科技知识的著作对其发展十分重要，如果著作权的规则过于强硬的话，这些国家使用这些著作就会受到影响。

## 历史

我们可以通过学习历史、特别是通过学习发达国家 19 世纪和东亚新兴经济 20 世纪的经历吸取一些教训。

首先一些国家在历史上为了促进其自以为是的经济利益一直在采用知识产权制度，随着它们观点（经济状况）的改变，它们在其不同的经济发展阶段执行了不同的相关制度。例如：1790 年至 1836 年期间，美国作为当时的技术净进口国一直限制对其公民和居民的专利权授予，即使到了 1836 年，外国人的专利申请费也高出美国公民的 9 倍（如果是英国人，还要再高三分之二），直到 1861 年，外国人在这方面才（几乎完全）不受歧视。请看美国专利专员 1858 年报告：

“这是个既需要重视又令人感叹的事实，在过去的十二个月中，据知国外有 10359 项发明，但只有 42 项在美国申请到专利，究其原因，不过是外国人的专利申请费用过高，以及美国的专利申请制度对外国人过于另眼看待，可以说是严格有加...以得出这样的结论，美国政府对国外的发明如果不是视其为害的话，也是视其为险，与生俱来的危险。它在引入这些发明时课以重税，就如同你引入外国毒品需要课以重税一样，在道德上是正义的，在政治上是明智的。有关该问题有一种更高尚的见解，一种被认为是更加与时俱进的见解，这种见解真诚地欢迎发明天才的成果—不管它来自何处，高兴地称之为全球的共同财产，人类的幸事，有助于人类生活的改善。”<sup>20</sup>

直到 1891 年，美国的著作权保护仍仅限于美国公民，外国著作权在美国仍受到各种各样的限制（如印刷必须使用美国排版），因此美国加入《伯尔尼著作权公约》（Berne Copyright Convention）的时间被推迟到 1989 年，比英国晚 100 多年。有些读者可能还记得，他们当初买的书的封面上写着这样一行字：“因著作权，此版不在美国发售。”

直到 1883 年通过了（保护工业财产的）《巴黎公约》（Paris Convention），1886 年通过了（保护文学艺术著作的）伯尔尼相应公约，各国才可以根据自身情况确定本国制度的性质。即使那时这些公约的规则也体现了相当多的自由。《巴黎公约》允许各国将技术领域排除在保护范围之外，确定专利保护期限。该公约还允许撤销专利，并通过强制许可机制防止专利权的滥用。

其次，许多国家时常将某些工业领域的各种发明置于专利保护范围之外，它们的法律经常将某些产品专利权的保护范围限制在产品生产过程中，这样的产品典型包括食品、医药和化学药品，理由是不能垄断生活必需品，鼓励自由使用外国技术会比潜在地刺激国内工业的发明收益更多。许多国家采用这种办法，其中包括现在的发达国家，它们大多在 19 世纪采用这种方式，也有一些一直用到 20 世纪晚期，直到最近东亚的一些国家或地区（如台湾和韩国）还在使用。但现在《与贸易有关的知识产权协议》明令禁止专利权的保护范围因技术领域的不同而有所不同。

其三，关于知识产权，特别是专利权，一直存在着政治争议。1850年至1875年期间，欧洲的学术界和政界就以下问题展开了激烈的争论：专利制度是自由贸易原则的灾星，还是刺激发明的最好实用手段？约翰·斯图尔特·米尔持后种观点：

“给予发明暂时的专有权（作为刺激发明的一种手段）是更可取的，因为人们不用再花精力去判断该发明是否有用，发明的用处大小决定了获取回报的大小，发明的用处越大，回报也越大，因为这些回报是那些发明的使用者，及消费者给予的。”<sup>22</sup>

其实如今的制度也是如此。人们（至少政府）能够以较低的成本鼓励发明，而发明的回报则与其使用程度成正比（只要他们不是物品的采购者）。<sup>23</sup>

对专利保护制度的反对意见存在于各个领域，《经济学家》1851年对此进行了概括总结：

“专利法授专有权于发明者，明禁令于他人，越来越多不重要但却获得专利的改进技术因此而充斥发明史，而其它与这些技术类似甚至更进步的技术却会长期受到阻碍...专有权对发明的抑制作用已超过其促进作用...每项专利权都会在特定的年限阻止别人对专利产品向某个特定发展方向的改进，不管专利权所有人多么受益，社会也不会受益...这必然限制了所有发明者才能的施展，他们的人数远非一个，这必然会阻碍社会的全面发展...”<sup>24</sup>

以上观点阐明了当前讨论过程中反复出现的主题。如果有关制度保护了一套发明，它能不阻止别人对以前的发明进行改进吗？

19世纪有关自由贸易争端的观点——有些人认为专利制度对专利权的授予违背了自由贸易原则——预示着必将对《有关贸易的知识产权协议》有所争论。而且自身利益也在起作用。在19世纪80年代的瑞士，实业家们并不欢迎专利法律，因为他们想继续使用外国竞争者的发明创造，尽管瑞士人自己积极在别国申获专利，但他们却保持着这种反对意见。由于瑞士关税较低，所以他们担心那些竞争者会在瑞士使用专利权，并在这些专利权的保护下将瑞士人逐出竞争市场。

瑞士最终还是实行了专利法，但有各种例外条款和安全措施。瑞士人并非想从外国专利允许政策中获取净得利益，而是受到了各方特别是来自德国的强烈压力，他们之所以执行专利法是因为不想遭到其它国家的报复。<sup>25</sup> 采用的安全措施包括强制作业<sup>26</sup> 和强制许可条款，使政府可以这样那样如愿以偿地将某些专利品在瑞士投产。另外化学药品和纺织品染色工艺也被排除在专利权保护范围之外。正当欧洲的自由贸易运动在“大萧条”中衰落时，专利制度的支持者在欧洲其他地方在很大程度上赢了辩论，只有荷兰是个例外。从1869年至1912年，荷兰没有批准过一项专利，从而在反专利运动中取得了全面的胜利。<sup>27</sup>

其四，在最近的历史发展阶段，最好的例证是东亚国家或地区。它们使用知识产权的弱化形式以适应其发展阶段的特定环境。在台湾和韩国经济快速成长的关键阶段——1960年至1980年的转型阶段，双方都强调效仿和翻版<sup>28</sup> 的重要性，视之为发展本土经济革新能力的重要手段。韩国1961年就通过了专利法，但该法保护范围并不包括食品、化学药品和医药品，而且专利保护期限只有12年。只是到了20世纪80年代，特别是美国依据其《1974年贸易法案》（1974 Trade Act）第301条款进行起诉后，韩国的专利法才有所修改，尽管还是没有达到《与贸易有关的知识产权协议》的标准。台湾的情况与此类似。人们广泛认为，印度《1970年专利法案》（1970 Patent Act）<sup>29</sup> 对药品实行知识产权保护的弱化是印度药品行业后来快速成长的一个重要因素，印度是低成本非专利药品<sup>30</sup> 和散装中成药<sup>31</sup> 的生产国和出口国。

历史展示给我们的常规经验是一些国家已经能够使本国的知识产权制度适应促进科技学习和本国产业政策目标的需要。因为一国的政策会侵犯别国的利益，所以有关知识产权的争论一直是在国际范围展开的。尽管巴黎和伯尔尼公约认识到了这一点和人们互惠的愿望，但还是允许各国在建立知识产权制度时有相当多的自由。随着《与贸易有关的知识产权协议》的到来，大部分的自由已被取消，各国不能再走瑞士、韩国或台湾发展时的老路，通过科技学习、效仿和翻版确定真正本土的革新能力必须采取不同于以往的方式。

## 知识产权产生的影响的证据

### 来龙去脉

分析知识产权体制对发展中国家或发达国家产生的影响的现有证据是一件复杂的工作。如前述，我们不想把知识产权本身作为结果来研究，而是集中研究它如何有助于发展和减少贫穷。我们认为，本土科技能力的发展对任何国家的可持续性发展是先决条件，这对这些国家自身科技的革新历程及其有效吸纳外国发展的科技不无必要。显然该能力的发展是由许许多多的要素决定的，它需要一个有效的教育体制（特别是高等教育体制）和一个具有支撑作用的制度和法律结构网络，它还需要有效的公共和私人财政来源以发展科技，还有许多其它的因素对所谓的“国家革新系统”发挥着作用。

这样看来，问题是知识产权制度原则上能否有助于促进有效的国家革新系统，鉴于目前各国的本土科技能力普遍不同，考虑到具体国家的具体情况，这些制度如何在实践中奏效。再说因为我们不只是对知识产权制度在促进革新方面的动态作用感兴趣，而且还要考虑知识产权保护制度给社会增加的成本，特别是给穷人增加的成本，我们在确定现有知识产权制度的证据和价值时必须考虑到这些成本。

有关知识产权制度的证据大多是间接证据或建立在代理量度标准基础上的证据。我们不能直接测量某个国家的革新能力（例如：我们通常将某个国家的研发或与革新有关的支出情况用做代理量度标准），也不能直接测量某个国家的专利保护力度（尽管已经通过混合各种代理量度确定某些指标）。经济计量学试图将知识产权制度对经济变量的单独影响隔离出来，但这样做常常引起争议，尤其存在这样一个问题，经济计量学论证的是联系关系还是因果关系。例如有些权威人士认为，取消对知识产权的保护可以鼓励（借助复制和效仿的）技术转让和科技学习，而其他人士则认为，对知识产权的保护是一种通过直接投资或许可证制度鼓励转让国外技术的机制，而且是科技学习的一种有效间接手段。对于决策者来说，决定谁是谁非实非易事。

### 再分配的影响

发展中国家总体上都是技术的净进口国，这些技术大部分由发达国家提供，全球绝大多数的专利都属于发达国家的组织。为评估《与贸易有关的知识产权协议》的全球影响，已经建立了计量经济学的模型（例如，知识产权保护最低标准全球化）。世界银行的最新评估认为，大多发达国家将是《与贸易有关的知识产权协议》的主要受益人，该协议提高了他们专利的价值，其中美国预计年受益额将达到 190 亿美元，<sup>32</sup> 而发展中国家和一些发达国家却是纯粹的输家，其中最大的输家是韩国（每年将损失 150 亿美元）。这些数字是在许多有争议的假定的基础上产生的，没有太大的具体意义，但确实可以说，在全球范围内推行专利制度对专利权所有者将相当有益，这些专利权所有者主要在发达国家，而这种受益是建立在受保护技术和产品的使用者的损失之上的，这些使用者主要在发展中国家。2001 年，美国的版税和（主要与知识产权交易有关的）酬金的净盈余已从 1991 年的 140 亿美元增长到 220 亿余美元。<sup>33</sup> 世界银行提供的数字表明，发展中国家 1999 年由于版税和许可证费而产生的赤字是 75 亿美元。<sup>34</sup>

## 发展与革新

推广知识产权制度往往使发达国家受益，这一点并不令人惊讶，同时可以说明为什么发达国家的工业界急于要通过《与贸易有关的知识产权协议》。但是，以上看法只考虑到发展中国家因知识产权所需消耗成本的一面。知识产权制度要想使发展中国家受益，就必须促进这些国家的发明、技术革新乃至经济增长。

显然发展中国家有关知识产权体制与国内革新发展直接联系的国家层次经济研究微乎其微。德国和东亚的一些国家（包括中国）常用的一种方法是，引入一些容易获得的实用新型（或小型专利），这些模型（或专利）的独创性较低，注册手续重于检查过程，而且专利保护期限较短。<sup>35</sup> 德国 1891 年引入这些模型（或专利）时，专利保护期限仅为 3 年（到期后可再续 3 年），到 20 世纪 30 年代，效用专利数量是检查后授予专利数量的两倍。<sup>36</sup> 对日本 1960 年至 1993 年的专利制度的研究已经表明，实用新型对生产力增长的刺激作用比专利更重要，<sup>37</sup> 巴西和菲律宾的某些特定领域也有一些有关革新的证据与这些实用新型相关。<sup>38</sup> 日本的证据表明，基于实用新型和工业设计保护“不力”的知识产权制度促进了小型企业的革新技术发展和科技的吸收与传播。就像在台湾和韩国一样，这与不对化学和医药产品进行专利保护是有联系的。日本直到 1976 年才对化学和医药产品实行专利保护。<sup>39</sup>

发达国家有更多的有关专利保护产生的影响的证据。显然一些大企业认为专利保护对某些特定领域（如：医药）的技术革新是相当重要的，但对许多领域却并非如此。<sup>40</sup> 而且许多发达国家大多领域的中小型企业几乎不用专利作为促进技术革新的手段或有用技术信息的来源。但生物制药学领域有不容忽视的例外情况，公司常常将他们的专利权作为公司最重要的商业资产。<sup>41</sup> 英国最近的一项大型研究结论认为“正式的知识产权制度只适用于商业活动的一小部分，如大型制造公司。”其它非正式的专利保护方法和技术资料获取方法通常对中小型企业更加有效。<sup>42</sup>

我们认为，至关重要的问题是知识产权体制对发展的促进程度，从我们审察的证据来看，知识产权体制并没有对发展中国家的经济发展起到强大的直接促进作用。<sup>43</sup> 最近的一项研究发现，经济（对贸易）越开放，专利权就越可能对经济发展产生作用。根据这个观点，对于一个开放的经济来说，较强的专利制度可能会使之以每年 0.66% 的速度增长。<sup>44</sup> 但对这种因果关系尚有争议，因为对贸易的开放程度及知识产权制度的力度无论怎样也会随着个人平均收入而增长。

其它证据表明，专利保护力度是随着经济发展而增加的，但这只有当个人平均收入达到十分高的水平时才会发生。确实在近来知识产权法治全球性地加强以前，可以看出知识产权力度与个人平均收入之间的关系还是比较一致的。当收入水平低时，专利保护力度是很强的（这反映了过去的殖民影响），但当人均收入大约为 2000 美元时（1985 年），专利保护力度出现低点，并一直保持到人均收入达到将近 8000 美元为止，然后便开始走高。这种联系并非一种必然的因果关系，但确实表明只有当人均收入达到比较高的水平时，知识产权的保护制度才会成为发展中国家优先考虑的政策。<sup>45</sup>

说明知识产权制度产生的影响的最简单证据可能就是该制度的使用程度，特别是本国人的使用程度。人们取得专利权的倾向反映了他们对利益的一些看法，尽管对于这些利益来说，个人利益甚于社会利益。1998 年，在撒哈拉以南的非洲地区（不包括南非），有 35 项专利授予了当地居民，而授予非当地居民的却达 741 项，与此相反，韩国有 35900 项专利授予了当地居民，授予非当地居民的只有 16990 项，美国的相应数字分别是 80292 和 67228。<sup>46</sup>

主要结论似乎是这样的，对于那些已具备重要科技与革新能力的发展中国家来说，它们经济发展的形成阶段通常是与“不力的”，而不是“有力的”知识产权保护形式相联系的。因此我们得出这样的结论，对于大多数收入低、科学技术基础设施不牢固的国家来说，《与贸易有关的知识产权协议》所要求的知识产权保护水平对其经济发展并非起到重要的决定因素。相反，快速的经济增长通常与较不力的知识产权保护相联系。在科技先进的发展中国家，有证据表明知识产权保护在发展的某个阶段是重要的，但这个阶段只有当该国已经进入中高收入发展中国家的行列时才会出现。<sup>47</sup>

## 贸易与投资

尽管很难看清专利保护机制对经济增长的直接影响，但人们还是投入了大量精力去确定知识产权制度的变化对贸易和外来投资的影响。不过我们没有发现其中有什么工作对我们的研究很有帮助，这些工作大都没有研究知识产权制度对发展中国家的影响问题，而是集中研究加强发展中国家的知识产权保护对发达国家的出口与投资有什么影响。这两种研究方法并不相同。

例如有些研究表明，加强发展中国家的专利保护可以很大程度地增加发达国家的进口（确实也包括某些发展中国家）。<sup>48</sup> 这种观点认为，一些进口是以技术转让的形式（如高技术机械的进口单独对生产力会产生影响）进行的。但加强专利保护对增加低技术消费商品的进口尤其有效，而这与本土的仿造工业的萎缩是相联系的。<sup>49</sup> 这种作用无疑对发展中国家是一件喜忧参半的事情。可能会出现这样一种情况，当有机会使用更高级的进口技术时——该技术是先前由于缺乏知识产权保护而不能进口的技术，付出的成本却很高，包括输出量、就业机会的损失甚至经济发展的迟缓。这是目前中国一类的国家存在的一个十分切实的问题。这些研究还表明，由于专利法会使平均进口价格上扬、进而限制进口能力，所以技术能力低微的国家的进口可能会一度减少。过去一些国家采取瑞士在19世纪的做法，通过一些与必要的专利工作相关的规定来保护自己免受国内工业进口增加而可能产生的不利影响。

至于有关专利制度对外来投资的影响的分析，我们也有类似的保留意见。目前有大量的文献讨论更牢固的专利制度对外来投资、特许行为和技术转让的影响程度，由于缺少资料或方法论，其中许多文献得出的只是暂时的结论。<sup>50</sup> 部分是由于资料可用性的原因，许多研究提出这方面的问题——发展中国家加强专利权保护对本国国内的美国跨国公司的投资、生产和许可行为会产生什么影响。例如：最近的一项研究得出这样的结论，它也是掌握类似资料的其它研究的典型结论，具体如下：

“.....这些研究结果表明，如果一个普通的发展中国家的专利指标加强了一个单位，那么，美国跨国公司在驻机构的当地销售额将增长.....大约平均年销售额的2%，而普通发展中经济专利指标上涨一个单位会使美国跨国公司资产股份增长.....大约平均资产股份的16%。”<sup>51</sup>

某个发展中国家决策者需要考虑的体系问题可能是相当不同的。他/她要知道，加强知识产权制度是否会影响经济发展、就业、私营部门的投资和研发、外来技术的使用、国内的革新进程和出口（还有进口）？这些问题对于发展中国家的决策者来说至关重要，但直接针对这些问题的研究却极少，更别说有关知识产权制度的影响的明确结论了。

文献中有一点很清楚，即牢固的知识产权制度本身并不是鼓励企业向某些国家投资的必要或充分动机。如果事实真的如此，那么一些经济增长率高但知识产权制度疲软的大国过去甚至现在就不会吸收大量的外来投资，而事实却是许多东亚和拉丁美洲的经济已经吸收了大量这样的投资。<sup>52</sup> 如果问题这样提：决定外来投资的最重要因素是什么？则其答案中完

全忽略知识产权是再常见不过的。例如：最近来自国际公共机构和团体有关投资的报告几乎全都没有将知识产权作为决定外来投资的重要因素，其中包括世界银行2002年关于全球发展财政的报告<sup>53</sup>和Zedillo关于融资发展的报告<sup>54</sup>。同样，世界银行近期有关改善印度投资环境的一份草案也只字未提知识产权制度的作用。<sup>55</sup>

正如我们已经特别提到过，有证据表明，对于一些特定的行业（如化学药品）和特定的行为（如研发活动），知识产权制度可能是企业投资决策的一个重要因素，<sup>56</sup>但投资决策要考虑的因素许许多多。对于大多数技术含量较低的行业来说，一些技术较为不先进的发展中国家很可能吸收这些行业，知识产权制度不太可能是投资决策的相关因素。如果某些技术更加先进，但相对容易被复制，那么对于这样一个国家，如果它既有复制的科学能力，又有足够大的市场，可以证明请准专利的成本、专利制度的实施和其它相关的因素是有利的，则知识产权制度就可能是（尽管不一定是）投资决策中的重要因素。不过在其它情况下，正如上述，知识产权保护的引入与进口增长有关联，而未必与当地生产的投资有什么联系。最后，对于一些技术含量高的行业及一些具备先进科技能力的国家来说，技术所有者可以在知识产权体制保护之下特许他们的技术被这些行业和国家使用，而不是直接投入生产。因此牢固的知识产权制度尽管会阻碍投资，但可以促进特许条件下的技术转让，我们将在下一部分重述此观点。

根据目前的研究，我们得出以下结论：

- 有证据表明进入发展中国家的贸易，特别是那些对“知识产权制度敏感”的行业（通常是高科技行业，如化学和医药品），会受知识产权保护力度的影响，但这种证据远不够明确。
- 这些贸易有助于提高生产能力，但也损害了国内产量和当地“复制”业和其它行业的就业机会。发展中国家如果没有技术基础设施，或这些设施不牢固，它们就会反过来受知识产权保护产品的高进口价格的影响。
- 说大多数发展中国家的外来投资与知识产权保护力度是成正比的关系证据不足。
- 对于技术较为先进的发展中国家来说，知识产权制度通过外来投资或特许程序对受保护高科技使用的促进作用是重要的。
- 尽管某些国家一像印度或中国这样的国家一的某些行业有从知识产权保护受益的潜能，建立适当的平衡关系也未必是轻而易举的。由于这些工业是在薄弱的知识产权体制之下，消费者购买能力弱，所以潜在的相关费用也不低。
- 某些证据能够证明知识产权保护对贸易和投资的作用，但它们大多讲述的是技术较为先进的发展中国家的情况，而对于其它发展中国家来讲，我们断定，任何贸易和投资方面的受益至少短期或中期内不可能超出所要付出的成本。

## 技术转让

在某种意义上，关于知识产权的至关重要的问题并不是它能否促进贸易或外来投资，而是它如何促进或阻碍发展中国家使用自身发展所必须的技术。如果某外来技术厂商特许国内公司进行生产，而不在当地建立制造业，外来投资就会减少。不过由于国内技术能力间接得到加强，总体来说，国内经济可能会更加受益。健全知识产权体制可以增加高技术的进口，技术转让也因此得以实现（如资本货物所体现的），但没有人敢保证国内经济可以吸收这些技术，并将之作为进一步革新的基础。因此发展中国家可能承受不起技术转让，正如我们所看到的，一些国家宁愿使用不牢固的知识产权体制，将之作为一种手段来获取一些外来技术的使用权，使用逆求技术手段发展这些技术，从而提高本土的技术能力。目前执行的《有关贸易的知识产权协议》限制了这些发展中国家走这条路的能力。

但决定有效技术转让的因素有许许多多，且五花八门。有关国家吸收外来知识、然后予以使用并最终使之适应自身目的要求的能力也是至关重要的。这种特征取决于当地能力的发展，即通过教育、研发和适当机构的发展实现的，如果没有这些机构，即使在最优越的条件下，技术转让也不可能成功。有效的技术转让通常需要“心照不宣的”知识转让，而整理这些知识并不容易（如专利说明或用法说明手册）。这就是为什么由捐赠人投资并且设计优异的国家研究能力培养方案也不一定会成功的原因。由于许多有关发展中国家利益的技术是由发达国家的机构生产的，获取这些技术需要在对特定技术领域有理解的基础上进行有效谈判。这一过程需要技术的接收方下决心去获取必要的人力资本和适当机构。诸如韩国一样的国家40年前起步时其技术水平较低，与许多现在的低收入国家的情况类似，但它们现在却已凭自身的能力成了革新者。

技术转让过程的这一方面主要由发展中国家自身掌握，但这并不意味着发达国家或国际政策本身不能促进或阻碍这个过程。《与贸易有关的知识产权协议》清楚地认识到知识产权应有助于“技术的转让和传播”（见第7条），但也应采取一些措施阻止知识产权的滥用，包括“反过来影响国际技术转让”的惯例（见第8条）。该协议的第40条包括阻止契约许可中的反竞争惯例的条款，第66条第2款责成发达国家激励它们的企业和机构促进向最不发达国家的技术转让，使后者能够创造一个可靠而且可行的经济基础。该协议的这些条款反映了国际技术转让行动守则草案的一些条款，在20世纪80年代，发达国家和发展中国家曾就此展开过一些谈判，但都以失败告终。<sup>57</sup>

从那时起，全球经济发生了变化，特别是全球的经济政策已经从高关税壁垒前提下的替代性进口和指令性工业化转向开放的市场政策。这些政策强调了通过低关税、全球竞争和弱化政府在经济中的指令性作用所获得的利益，所谓的以知识为基础的行业和高技术产品的贸易已经在快速增长。研发的重要性已有所提高，产品的生活周期有所缩短。在这种自由化的竞争环境中，发展中国家企业可以不再以进口发达国家的“成熟”技术和在关税壁垒前提下生产这些技术为基础去进行竞争。企业对可能增加自身将面对的竞争的技术转让方式更加警觉。

因此在公平均衡的条件下获取或多或少的成熟技术现在已不那么成问题，问题是当今全球经济竞争力所必须的先进技术的使用问题。尽管《与贸易有关的知识产权协议》已经加强了对技术厂商的全球保护，但没有国际体系可以保证，在一个最大限度地减少限制性技术许可惯例（即与守则有关的惯例）的竞争体系中进行技术转让。

我们不能肯定怎样最好地填补国际体系这个缺口。在已改变的环境中重新开始就行动规则进行讨论并不是个可行的方案。但我们的确认为鼓励和帮助发展中国家建立自己的竞争法律体制会更符合它们的利益。有关国际竞争政策的体系发展在世界贸易组织中已经讨论过一段时间。我们对发展中国家不愿意踏上这条路表示理解，但它们竞争法规的制定及有效的国际合作可以弥补《与贸易有关的知识产权协议》中限制全球竞争、约束某些情况下技术转让的一些规定。

至于《与贸易有关的知识产权协议》，证据表明该协议的第66条第2款已经失效。发达国家显然没有采取额外的措施鼓励自己的企业和机构进行技术转让。而且就该条款只适用于最不发达的国家这一现实来看，它也过于有限制性了。正如上述，这些国家很可能在极大程度上对技术的吸收能力最差。因此我们认为该条款并不是解决整个发展中国家技术转让问题的最适当方式。此外历史上用来促进技术转让的一些知识产权制度的条款，如强制作业的使用，在《与贸易有关的知识产权协议》中已被很大程度地冲淡。由于技术大多在私人手里，该协议主要是有关知识产权保护，而不是有关技术转让，所以我们不能确定该协议或世界贸易组织本身是否是讨论技术转让的正确焦点。

因此我们对成立贸易与技术转让工作组表示欢迎，该工作组明年将向世界贸易组织部长级会议进行汇报。<sup>58</sup> 我们建议报告对以下问题有所考虑：《与贸易有关的知识产权协议》能否作为一种机制更好地促进技术转让？采取哪些措施可以保证知识产权制度促进，而不是阻碍技术转让？尽管如此，我们认为促进技术转让所必须的一系列辅助措施也是同等重要的。

尽管大多应用技术是私人拥有，但要切记基本和应用研究的公共开支对技术发展过程的支持程度是不无重要的。发达国家的公共研究开支现在常常有着提高国际竞争力的明确目标，而这些研究成果越来越多请准专利，我们将在第6章讨论这一点。就研究而言，不只其经费通常由国民负责，而且其利益也可能限于国民享受，这也是可以理解的。例如：美国法律在极大程度上限制将公共筹资搞出的技术为国民颁发特许权，因此这条政策的科学和经济逻辑较为不清楚。<sup>59</sup>

许多技术转让的议程远远超出我们汇报的内容，但我们认为，以下措施必须予以认真考虑：

- 发达国家应当考虑适当的激励政策以促进技术转让，如对向发展中国家提供技术许可的公司实行税收优惠等。
- 发展中国家应当制定有效的竞争政策。
- 应当通过科技合作提供更多的公共资金，用于提高发展中国家的科技水平。例如应当支持有关提议，在发展中国家和发达国家研究机构间成立全球研究联合会。<sup>60</sup>
- 应当采取措施确保公共资金支持的研究向所有人开放，包括发展中国家。
- 采取措施确保科学数据库的开放性。

<sup>1</sup> 知识和技术变革的确切作用已经成为经济学家争论的一个问题，但这个观点目前占优势。有关争论的非技术性讨论，请参看《世界银行(1999)》，《世界发展报告1998/1999：发展知识》，世界银行，华盛顿哥伦比亚特区。第18至22页。来源：<http://www.worldbank.org/wdr/wdr98/>

<sup>2</sup> 《世界银行(1999)》，第20页。

<sup>3</sup> 马斯库斯·K(2000a)，《全球经济中的知识产权》，国际经济学院，华盛顿哥伦比亚特区。第73至79页。

<sup>4</sup> 曼斯菲尔德·E(1986)，《专利与革新》，管理科学，第32：2卷，第173至181页。

<sup>5</sup> 拉多维西奇·S(1999)，《国际技术转让与经济发展中的追赶》，埃尔加，切尔滕纳姆，第242页。另有萨吉·K(2000)，《贸易，外来直接投资和国际技术转让：一项调查》，世界银行，华盛顿哥伦比亚特区。来源：[http://www1.worldbank.org/wbiep/trade/papers\\_2000/saggiTT-fin.pdf](http://www1.worldbank.org/wbiep/trade/papers_2000/saggiTT-fin.pdf)，及罗森伯格·N(1982)，《黑箱内部：技术与经济》，剑桥大学出版社，剑桥。

<sup>6</sup> 参见术语表对《专利合作条约》的解释。

<sup>7</sup> 2001年，美国共授予专利184057项，按世界银行统计，发展中国家占1560项，其中超过50项的发展中国家包括：中国266项，印度179项，南非137项，巴西125项，墨西哥87项，阿根廷58项，马亚西亚56项。按世界银行分类，中国（台湾地区）和韩国不属发展中国家，前者6545项，后者3763项。来源：[http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/cst\\_all.pdf](http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/cst_all.pdf)

<sup>8</sup> 该资料由世界知识产权组织提供。1999年至2001年期间，全球共申请专利268918项，其中发展中国家共申请专利5014项，这五个国家共申请4816项。韩国(4622)和新加坡(640)也是主要的申请者。

<sup>9</sup> 参见术语表定义。

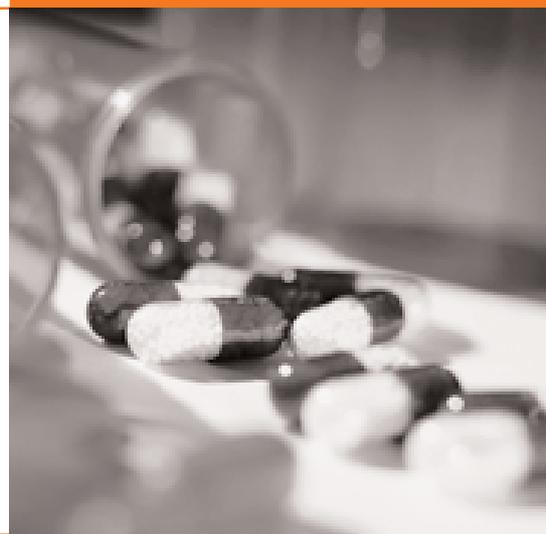
- <sup>10</sup> 斯提格利兹·J,《知识—全球公益》,在考尔·I,格伦伯格·I和斯德尔恩·M(编者)(1999),《20世纪的全球公益:20世纪的全球合作》,牛津大学出版社,牛津。
- <sup>11</sup> 我们将在第6章更深入地讨论这个问题。
- <sup>12</sup> 韩国之类的“新生”经济的经历是这样的,起初公营领域一马当先,但当私营领域更加创新时,就会后来者居上。因此在韩国大多数美国专利—特别是电子学类的专利—都是私营领域获取的。在印度公共领域仍具有支配地位,但私营领域的专利有不断增加的迹象。例如在2001年,印度的两个主要制药公司被美国授予11项专利,而印度科学工业研究委员会是58项。  
来源: [http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/asgstc/inx\\_stc.htm](http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oeip/taf/asgstc/inx_stc.htm)
- <sup>13</sup> 彭罗斯·E(1951),《国际专利制度的经济学》,约翰·霍普金斯出版社,巴尔的摩。第116至117页。
- <sup>14</sup> 巴赫卢普·F(1958),《专利制度的经济回顾》,美国政府出版办公室,华盛顿哥伦比亚特区。第80页。
- <sup>15</sup> 素柔·L(1997),《需要:知识产权的新体制》,《哈佛商情评论》1997年9至10月,第103页,  
来源: [http://harvardbusinessonline.hbsp.harvard.edu/b01/en/hbr/hbr\\_home.jhtml](http://harvardbusinessonline.hbsp.harvard.edu/b01/en/hbr/hbr_home.jhtml)
- <sup>16</sup> 莱齐格·L(1999),《专利的问题》,《工业标准》,1999年4月23日。  
来源: <http://www.thestandard.com/article/display/0,1151,4296,00.html>
- <sup>17</sup> 萨奇斯·J,《全球革新分界线》,雅菲·A,勒尔纳尔·J,和斯德尔恩·S,编者(即将出版),《革新政策与经济:第3卷》,麻省理工学院出版社,马里兰州剑桥。  
来源: <http://www.nber.org/books/innovation3/>
- <sup>18</sup> 参见术语表有关定义的内容。
- <sup>19</sup> 原告方总结陈辞如下:“对现有著作权保护期限的反复全面的延长既违反了对著作权“有效期限”的要求,也违反了本法庭对著作权“原创性”的要求,从而超出了著作权条款赋予国会的权力。之所以说违反了“有效期限”要求,其一是因为反复全面延长的这些期限并没有“限制”,其二是因为现存著作的保护期限并不能“促进科学的进步”,其三,延长现存著作的保护期限违反了著作权条款的交换要求—该专利权的授予应以获取公共利益为交换。  
来源: <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/opening-brief.pdf>
- <sup>20</sup> 来源: <http://www.myoutbox.net/poar1858.htm>
- <sup>21</sup> 参见术语表有关定义的内容。
- <sup>22</sup> 巴赫卢普·F和彭罗斯·E(1950),《19世纪的专利论争》,《经济史杂志》,第10:1卷,第20页。
- <sup>23</sup> 尽管专利检查人员和其他人员可能质询授予专利是否“令人没有余地”。
- <sup>24</sup> 巴赫卢普和彭罗斯(1950),第24页。
- <sup>25</sup> 彭罗斯(1951),第120至124页。
- <sup>26</sup> 强制作业确保了专利产品可以在本国生产,而不是在专利授予国生产。
- <sup>27</sup> 施伊夫·E(1971),《没有国家专利的产业化:荷兰1869-1919,瑞士1850-1907》,普林斯顿大学出版社,普林斯顿。
- <sup>28</sup> 参见术语表定义。
- <sup>29</sup> 该法案只特别保护食品、药品和化学制品的生产过程的专利权(为期7年)。如果某些药品的生产过程有变化,则允许专利药品的逆反工程。
- <sup>30</sup> 参见术语表定义。
- <sup>31</sup> 库马尔·N(2002),《知识产权,技术与经济发展:亚洲国家的历程》,委员会背景资料1b,伦敦。第27至35页,来源: <http://www.iprcommission.org>
- <sup>32</sup> 世界银行(2001a),《2002年的发展中国家和全球经济展望:使贸易受益世界贫穷人口》,世界银行,华盛顿哥伦比亚特区。第133页,  
来源: <http://www.worldbank.org/prospects/gep2002/>
- <sup>33</sup> 美国商业部经济分析局各种印刷品。
- <sup>34</sup> 《世界银行(2001b)》,《世界发展指示2001》,世界银行,华盛顿哥伦比亚特区。表5.11。  
来源: <http://www.worldbank.org/data/wdi2001/>
- <sup>35</sup> 参见术语表有关本句术语的定义内容。
- <sup>36</sup> 可汗·Z(2002),《知识产权和经济发展:美国和欧洲历史中的教训》,委员会背景资料1a,伦敦,第16页。来源: <http://www.iprcommission.org>
- <sup>37</sup> 马斯库斯·K和麦克丹尼尔·C(1999),《日本专利制度对生产力增长的影响》,《日本和世界经济》,第11卷,第557至574页。

- <sup>38</sup> 达哈博·S (1986),《巴西农业器具行业的技术变化》,耶鲁大学博士学位论文(未出版),纽黑文;米凯尔森·K (1984),《菲律宾工业的发明活动》,耶鲁大学博士学位论文(未出版),纽黑文。
- <sup>39</sup> 摘自马斯库斯和麦克丹尼尔(1999)和库玛尔(2002)。
- <sup>40</sup> 曼斯菲尔德(1986)。
- <sup>41</sup> 托马斯·S,《中小型企业中的生物技术知识产权》,见布莱克伯恩·R(编者)(正在印刷),《小型企业的知识产权和革新管理》,Routledge,伦敦。
- <sup>42</sup> ESRC 知识产权研究项目的结论。来源: <http://info.sm.umist.ac.uk/esrcip/background.htm>
- <sup>43</sup> 参见库玛尔的讨论(2002),第6页,马斯库斯(2000a),第169页。
- <sup>44</sup> 高尔德·D和格鲁本·W(1996),《经济成长中知识产权的作用》,《发展经济学杂志》,第48卷,第323至350页。
- <sup>45</sup> 参见马斯库斯的讨论(2000a),第102至109页。
- <sup>46</sup> 世界知识产权组织的统计数据。来源: <http://www.wipo.int>
- <sup>47</sup> 2001年世界银行对发展中国家高中收入阶层的标准是人均收入在2976美元至9205美元之间。来源: <http://www.worldbank.org/data/countryclass/countryclass.html>
- <sup>48</sup> 马斯库斯·K和佩努巴尔蒂·M(1997),《知识产权与贸易的关联程度》,《国际经济学杂志》,第39卷,第227至248页;史密斯·P(1999),《不牢固的专利权制度会阻碍美国出口吗?》,《国际经济学杂志》,第48卷,第151至177页。
- <sup>49</sup> 马斯库斯(2000a),第113页。
- <sup>50</sup> 有关本文献的讨论见马斯库斯(2000a),第119至142页;库玛尔(2002),第11至18页。
- <sup>51</sup> 马斯库斯(2000a),第131页。
- <sup>52</sup> 马斯库斯·K(2000b),《知识产权与外来直接投资》,第0022号政策讨论文件,阿德莱德大学,阿德莱德。第2至3页,来源: <http://www.adelaide.edu.au/CIES/0022.pdf>
- <sup>53</sup> 描述2002年世界银行多哈协议时附带一提的内容,《2002年的全球发展财政》,世界银行,华盛顿哥伦比亚特区。来源: <http://www.worldbank.org/prospects/gdf2002/>
- <sup>54</sup> 联合国大会文件A/55/1000,2001年6月26日。该文件提到了知识产权,但在讨论个人资本流动或外来直接投资时却没有涉及知识产权。来源: <http://www.un.org/esa/ffd/a55-1000.pdf>
- <sup>55</sup> 世界银行/印度工业联盟(2002),《改善印度的投资环境》草案,世界银行,华盛顿哥伦比亚特区。来源: [http://www.worldbank.org/wbi/corpgov/core\\_course/core\\_pdfs/roger\\_india.pdf](http://www.worldbank.org/wbi/corpgov/core_course/core_pdfs/roger_india.pdf)
- <sup>56</sup> 曼斯菲尔德·E(1994),《知识产权保护,外来直接投资和技术转让》,国际财团讨论文件19,国际财团,华盛顿哥伦比亚特区。来源: <http://www.ksg.harvard.edu/dvc/ifcintellprop.pdf>
- <sup>57</sup> 佩泰尔·S,罗菲·P和于瑟夫·A(2001),《国际技术转让:联合国行动守则草案谈判的起因和后果》。克鲁尔国际法律中心,海牙。
- <sup>58</sup> 参见: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/dohaexplained\\_e.htm#technologytransfer](http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dohaexplained_e.htm#technologytransfer)
- <sup>59</sup> 美国国家健康学院最近提出一项政策,审查美国政府的外国研究合作者的全球性知识产权专利,合作者自己国家除外。来源: <http://grants.nih.gov/grants/guide/notice-files/NOT-OD-02-039.html>
- <sup>60</sup> 来源: <http://www.research-alliance.net>



## 第 2 章

# 医疗



### 导言

#### 问题

近些年来，知识产权规则和实践对发展中国家贫穷人口健康的影响引起大量的争议。尽管该争议在《与贸易有关的知识产权协议》之前就已经存在<sup>1</sup>，并且是该协议谈判的主要内容，但随着协议的生效和艾滋病病毒 / 艾滋病影响范围的扩大——特别是在发展中国家，知识产权制度的推行获得了更多的动力。发达国家的制药行业是将知识产权向全球范围推广的主要动力之一<sup>2</sup>，而发展中国家最关心的一件事就是知识产权体制的采用如何影响它们志在更加全面地促进公众健康和经济技术发展的具体工作——特别是当知识产权保护的引进提高了医药品价格，同时又减少了它们的选择。

我们知道有效的专利保护对最直接开发和研制新型医药品的行业的重要性。的确，如果没有专利的激励作用，难以相信私营部门会在药品的开发和研制方面投入那么多的精力和财力——许多这样的药品在发达国家和发展中国家正普遍使用。发达国家的医药行业比其它行业更加依赖专利制度来回收研发成本、产生效益和投资未来更多产品的研发工作。连续的调查表明，医药行业比其它行业更加认为专利保护对保持研发开支和技术革新是十分重要的<sup>3</sup>。因此该行业急于在全球推行知识产权制度，并全面反对知识产权是发展中国家发展的主要障碍或威慑因素这一观点。例如，GSK的前任主席理查德·赛克斯先生今年3月时曾指出：

“很少有人对在发达国家推行知识产权保护制度产生争议，但却有人怀疑将该制度向发展中国家推行的合理程度——《与贸易有关的知识产权协议》正在逐渐完成这项工作。正如我曾说过的，知识产权保护并不是目前发展中国家难于使用医药的根源所在。在去年 11 月份的多哈会议上，世界贸易组织成员已同意将最不发达国家的《与贸易有关的知识产权协议》的执行时间推迟到 2016 年。我相信该协议不会阻止诸如巴西和印度的发展中国家使用它们所需要的医药，另一方面，我也坚信这些国家能够扶植起自己的以研究为基础的医药行业及其它革新行业，不过这要等它们开始保护该协议所包括的知识产权时才能实现。《与贸易有关的知识产权协议》必须被当作发展中国家工业发展的一项重要工具。”<sup>4</sup>

说是那么说，但我们也充分了解发展中国家的担忧——知识产权对本国、特别是医药品价格的影响。如果医药品价格提高，压力会主要落在贫穷人口身上，特别是这些国家没有大多数发达国家所拥有的广泛公共卫生保障的时候。因此许多发展中国家和非政府机构机相反观点：

“发展中国家为什么那么强烈地反对《与贸易有关的知识产权协议》？原因是该协议的本质缺陷是要求所有国家，无论贫富，必须为新型药品提供至少 20 年的专利保护，这样一来，发展中国家的健康机构和贫穷人口赖以生存的低价普通药的生产就被耽搁了。一些企业私下里也承认这个事实，国际药品企业不会将从发展中国家市场获取的越来越多的利润再投资对贫穷人口的疾病进行特别研究。”<sup>5</sup>

我们这次分析的出发点是，确定适用于健康保健产品的知识产权体制应将这些产品在健康保健方面的回报作为主要目标。只有当这些知识产权被用来产生长期的更好的健康保健效果时，才授予有关行业知识产权使其盈利。因此必须密切监督这些权利的行使情况以保证他们确实促进了健康保健目标，最重要的是这些权利的行使不会阻碍发展中国家的贫穷人口获取健康保健服务。

## 背景

许多近期争论起源于艾滋病病毒 / 艾滋病的流行，尽管发展中国家对药品的使用不仅限于这些问题。虽然艾滋病病毒 / 艾滋病的情况令人震惊，但应保证知识产权领域的争论不受其过度影响。艾滋病病毒 / 艾滋病是发展中国家最大的致死原因，而肺结核和疟疾也夺去了几乎同样多的生命。这三种疾病去年夺走了将近 600 万人的生命，还有数百万人因此而身体衰弱。<sup>6</sup> 另外，还有许多没有这三种病影响广大、但总体影响却很大的疾病，包括麻疹、昏睡病、利什曼病和查格斯病等。<sup>7</sup>

每组疾病在治疗发展和研发过程经济方面引起的问题是不同。对于发达国家和发展中国家都流行的疾病，如艾滋病病毒 / 艾滋病、癌症或糖尿病，发达国家在私营和公共领域的研究所产生的治疗技术可能也会适用于发展中国家。人们希望发达国家对知识产权的强力保护手段能够对这些疾病的研发活动的投资起到重大的激励作用。但应该特别提出的是，发展中国家（如非洲）的艾滋病病毒 / 艾滋病的某些类型与发达国家是不同的，所以治疗手段的发明也应该不同。

有了现成的适当治疗方式，使用情况就要看支付能力和公共医疗卫生服务基础设施的有无。我们认为，医疗产品的成本是发展中国家的一个重要问题，因为这些国家的大多数贫穷人口都是自费买药，而其国家供应的药品通常是有选择的，取决于资源的丰富程度。而发达国家就普遍不是这样，它们的药品成本主要由国家或保险方案资付，但即使这样，对于发达国家没有有效国家或保险方案的政府和病人来说，药品成本也是一个有争议的政治问题。<sup>8</sup> 在发展中国家，基础设施不足是个重要的问题，可能意味着即使是低价药品也被闲置或误用，并导致对药品有抵抗力的病原体或病毒产生。

艾滋病病毒 / 艾滋病再次对说明这些问题有所帮助。使用抗逆转录酶病毒或其它治疗相关的伺机感染病毒的药品来治疗艾滋病指出了支付能力这一尖锐问题。抗逆转录酶病毒治疗的最低年度成本即使大打折扣或按不包括研发成本的非专利价格也远远超过了大多数发展中国家的人均年度医疗费用。目前低收入发展中国家的人均医疗费用平均为每年 23 美元，但最便宜的抗逆转录酶病毒的三重治疗每年成本却超过了 200 美元。<sup>9</sup> 因此如果药品和公共医疗卫生服务没有额外资助的话，所有那些需要治疗的人连最便宜的非专利药都买不起。据世界卫生组织估计，需要接受艾滋病病毒 / 艾滋病治疗的人中，能够接受抗逆转录酶病毒治疗的不超过 5%。发展中国家有 600 万人需要该种治疗，但只有大约 23 万人能够得到，这 23 万人中，有将近一半的人生活在巴西。<sup>10</sup>

其它疾病的治疗也存在类似的支付能力问题。例如，肺结核和疟疾在极大程度上是发展中国家的流行病，尽管肺结核有在发达国家死而复生。必须记住的是，肺结核是受艾滋病病毒感染患者的主要致死原因，而被艾滋病病毒感染的患者中有三分之一同时也感染了肺结核。<sup>11</sup> 对于这些疾病和发展中国家特有的疾病，问题是如何动员私营和公共部门的研发资源研制新型药品，确保需要这些药品的人能够使用这些药品。

上述问题后者是发展中国家健康保健的一个最至关重要的问题。某些疾病更多地影响发展中国家而不是发达国家，当发展中国家对研制治疗这些疾病的新型药品和疫苗的必需资源支付能力如此有限时，这些资源从哪里来呢？就算可以通过高价从某发达国家市场获取这些资源，又如何保证发展中国家能买得起这些药品呢？如何解决研发成本回收与最大限度地降低消费者成本这两个目标之间的冲突呢？与总体技术发展一样，知识产权制度是否能够刺激发展中国家研制和生产其所需药品的能力？

我们必须在以上环境中考虑知识产权制度对帮助走出以上困境的作用。关于影响发展中国家贫穷人口的健康和公共医疗卫生服务的质量的广泛因素，不需要我们做任何深度的分析。世界卫生组织宏观经济和健康委员会在最近的报告中已经对这些因素做了一定篇幅的讨论。<sup>12</sup> 该委员会做出的决定认为，满足发展中国家的健康需求必须向公共医疗卫生服务、基础设施和有关研究注入更大量的公共资金。该委员会认为，如果没有一个有效的市场，专利保护制度对发展中国家疾病研究的动力作用是很小的。<sup>13</sup> 至于药品的使用问题，该委员会赞同采取协调措施建立一个有利于发展中国家的差价体系<sup>14</sup>，如果必要的话，可以更广泛地应用强制许可手段。<sup>15</sup>

以上的结论与我们当前的任务是有联系的。我们应该更加详细地说明知识产权规则与惯例的变化如何有助于改善贫穷人口的健康状况，同时应充分认识到这些变化必须与宏观经济和健康委员会提议的一系列措施保持一致。

我们需要考虑以下三个主要问题来达到这项目标：

- 知识产权制度如何有助于贫穷人口所必须的药品和疫苗研制工作？
- 知识产权制度如何影响贫穷人口使用药品以及药品的可用性？
- 这项工作对知识产权规则和惯例有何意义？

## 研究与发展

### 研究动机

据估计，全球用于医药研发的经费中，只有不到5%是用于研究主要影响发展中国家的疾病。<sup>16</sup> 私营领域的医药研究是出于商业方面的考虑，如果在市场规模方面，有效的需求不大，那么即使是最普遍的疾病，如肺结核和疟疾，有关的研究也常常没有商业价值。2002年世界药品市场的总值是4060亿美元，其中发展中国家占20%，而低收入的发展中国家所占比例更小。<sup>17</sup> 许多医药公司在确定研究目标时会参考基本的回报情况。我们被告知，如果一项研究的潜在成果是一种年订单不到10亿美元的产品，那么大型医药企业是不愿意进行此项研究的。考虑到必须要对其股东负主要责任，私营企业有必要以发达国家的市场而不是以发展中国家的贫穷人口的需求为导向来制定研究计划，因此研究的重点主要是非传染性疾病。

尽管知识产权制度正在发展中国家流行，但实际上私营领域进行与低收入国家大部分贫穷人口有关的具体研究的商业动机却微乎其微，因此该领域做的此项工作也少而又少。在过去的十年中，私营领域的总体医药研发成本已经增长了一倍有余，估计2000年已达到440亿美元。<sup>18</sup> 尽管难以确定其中直接有关主要折磨发展中国家疾病的研究所占的比例，但在1975年至1999年期间批准研制的1393种药品中，估计只有13种是专为治疗热带病的。<sup>19</sup> 对于发达国家和发展中国家都普遍存在的疾病，情况有所不同。有关艾滋病病毒/艾滋病，私营领域有许多研发活动，有关肺结核和疟疾的研发工作却是有限的，而有关昏睡病根本没有相关研究。<sup>20</sup> 有关艾滋病病毒/艾滋病，美国现有64种批准使用的药品用于治疗该病和伺机传染疾病，有103种药品正在研制过程中。<sup>21</sup>

至于公共领域，如美国的国家健康协会或其它发达国家的医学研究委员会，情况略有不同，因为他们的研究重点主要是由该国国内的具体情况决定的。1998年，公共领域用于健康研究的经费估计是370亿美元，其中用于中低收入的发展中国家的费用占25亿美元。<sup>22</sup> 2001年，美国健康协会独自用于研究的经费超过了200亿美元。另外慈善基金会估计也投入了60亿美元。<sup>23</sup> 然而世界卫生组织热带病特别研究与训练项目每年却只能收到3000万美元。尽管官方没有估算公共领域用于与发展中国家有关疾病的经费所占的比例，但该比例似乎不可能超过10%。<sup>24</sup> 这种局面已得到世界卫生组织、全球健康研究论坛、无界医学机构有关被忽视疾病治疗药物的倡议、一些基金会的额外投资以及公共与私营领域为治疗具体疾病而建立的合作伙伴的重视。<sup>25</sup> 但对这些新工作的总体投资水平与问题的规模以及全球大约750亿的研发经费相比仍显得十分逊色，最后结果更是难说。

那么，知识产权保护制度对刺激发展中国家流行疾病治疗的研发活动有什么作用呢？我们调查的所有证据表明该制度很难起什么作用，除非疾病的研发工作在发达国家很有市场（例如：糖尿病或心脏病）。有微弱的证据表明，自从《与贸易有关的知识产权协议》达成

以后，有关疟疾的研究活动指标有所上升，但是并不清楚其中的因果关系。<sup>26</sup> 问题的核心在于缺乏足够的引导私营领域向有关研发活动投入资源的市场动力。因此我们认为发展中国家有无知识产权保护充其量不过是它们的流行疾病研究动力的次要因素。

因此由于疾病主要集中的发展中国家的有效需求不足，所以这些研究的数量也可能不足。况且这些研究，特别是有关疫苗的研究，可能是为了解决疾病在发展中国家独有的特征，因此发达国家的解决方案不一定能解决发展中国家的问题。例如：大部分艾滋病病毒疫苗是针对发达国家流行的 B 型研制的，而发展中国家的人大多感染的是 A 型和 C 型。另外由于艾滋病病毒使人体自然免疫力束手无策的问题以及该病毒的变异方式，有关该疫苗的研究具有特别的科学挑战性。<sup>27</sup> 由于疟疾寄生虫的体积微小、种类多样和变异复杂，疟疾疫苗的研究也具有挑战性。<sup>28</sup> 因此在私营领域，疫苗研究是一种高风险 / 低回报的投资方式，特别是有关发展中国家流行疾病的疫苗研究。市场往往低估疫苗的社会回报，比低估治疗的社会回报更甚。<sup>29</sup> 例如就疟疾来说，控制市场需求的是发达国家针对游客的预防治疗，而不是更适用于发展中国家的疫苗。

至于肺结核，估计发展中国家有 800 万患者，但治疗肺结核的药物却已经有 30 多年没有推出新品了。目前的治疗需要 6 个月以上的用药疗程，而某种两个月就能产生同样疗效的药品对帮助全球控制该种疾病将有巨大的影响。由于该疾病的特点，生产该种药品据有重大的科学挑战性。<sup>30</sup> 据全球肺结核药物研制联盟最近的一份报告估计，基于（私营和公共领域，包括发达国家的）市场需求，研制一种新型改良药品的预测成本的经济回报率实际上可能是可观的。尽管如此，仍没有人认为知识产权保护和有利的经济政策可以吸引投资，除非有大量的公共领域投资。<sup>31</sup> 以研究为基础的医药企业的当前商业模式导致研究费支出和产生的利润只能依靠销售几种“一鸣惊人式的”药品（通常每年的销售额超过了 10 亿美元），以此来承担研发过程的高失败率。<sup>32</sup> 但这些企业可以自由地选择有前途的道路，不管这些道路指向何方（例如对以前没有正视过的某种疾病或病情的治疗）。研究某一特殊疾病具体治疗方式的经济计算必须很有利才能引导重要的研究工作。

一些人，如上面提到的理查德·赛克斯先生，认为在有重大科学技术能力的发展中国家推行知识产权保护有助于增加致力于这些国家疾病研究的活动数量。由于大多数相关的国家只是刚刚引进了适应《与贸易有关的知识产权协议》的法律或还没有这样做，所以这方面的证据是不足的。但我们认为发展中国家具备研究能力的企业对全球知识产权制度和市场激励因素的反应没有理由与发达国家的企业大不相同。印度的一些企业可以提供这方面的证据。<sup>33</sup> 事实是，私营企业将会把资源投入到有最理想回报的领域。而且获取广泛支持的差价措施的建立将会减少发展中国家研发成本回报的程度，进而破坏对发展中国家疾病进行更多研究的激励作用。

总而言之，我们认为知识产权制度的全球化不会对私营领域增加有关疾病治疗（特别是有关影响发展中国家的疾病治疗）的研发开支有什么大的作用。要达到这个目的，唯一可行的方法就是增加致力于这种研发活动的国际援助资源。宏观经济与健康委员会建议通过一种新的全球健康研究资金、现有的一些机制以及公私合伙企业每年增加 30 亿美元的研发经费。<sup>34</sup>

需要仔细考虑增加公共研究资金的使用。该资金不能作为对现有医药行业的补贴，尽管该行业的确能起到重要的作用。应该抓住机会，建立发展中国家自身针对对它们有特别影响的疾病的治疗进行研发活动的的能力。在技术更为先进的发展中国家，这种研究会有高度的

成本效益。例如：通用电力公司已经在印度建立它在世界上的第二大研发中心，雇佣大约1000名博士。1997年至1999年，另有27家全球性的企业在印度建立了研发中心。<sup>35</sup>因此在有发展中国家优等研究机构和企业的积极参加前提下进行研究，并可以利用这些国家现成的人力资源和较低的研发成本。同时需要考虑使用这些资金的研究机构的结构。国际农业研究顾问集团<sup>36</sup>的农业研究机构网络（我们将在第三章进行讨论）就是一个模型。在这种情况下，更有前途的是发展中国家的公私合伙企业网络，它们利用了公共部门机构集中的研究资源，并抓住机会建立私营领域的研究能力。特别是这类研究的知识产权制度应保证贫穷人口可以最大程度地使用这些产品。

**发展中国家需要增加健康公共研究资金。应将这些新增资金用于提高发展中国家在上述领域现有的研究能力，同时促进公共部门和私营企业的研究能力。**

尽管知识产权制度可能对增加与穷人有关的研究没有多大贡献，但我们清楚在专利制度对研究过程的影响方面有一些重要的问题。尽管专利保护是激励研发活动的一个因素，但给研究过程所需的中间技术（特别是基因技术）授予专利保护实际上可能阻碍研究者使用他们所需要的技术或无意地侵犯这些技术的专利。<sup>37</sup>在这个领域，发达国家专利权的行使能够直接冲击为发展中国家人口进行的研究工作，也对发展中国家采用的专利制度类型有所影响。公私合伙企业的知识产权制度也引起了管理知识产权以利贫穷人口的重要问题。我们将在第6章讨论这些问题。

### 贫穷人口的药品使用权

正如我们已经提到过的，专利制度的目的就是作为发明及其商业化的促进因素，将临时的垄断权交给合适的持有者。尽管如此，还应该指出的是，某项专利所提供的专利权一般只是拒绝他人制造、使用或销售有关发明的本身。它并不能阻止解决同样医疗问题的其它药品的竞争，不管那些药品是不是专利药品。不过，在其它情况相同的前提下，人们认为某专利产品的生产者通过对复制产品的排斥将试图赢得一定的垄断利润，并以比其不是专利产品时的价格更高的价格出售。这确实是该制度的基础。该制度与社会达成的协议恰恰是它导致的额外革新（例如：要不是专利制度的话，救命药可能就不存在了）所产生的额外社会收益要超过了产品的额外成本。

考虑到发展中国家大多是贫穷人口，且专利保护制度会提高产品价格，有必要特别谨慎地调查一些人提出的观点，即在发展中国家行使专利权不可能对受专利保护的医药使用有太大的影响。这种观点的产生有两种根据。其一，一些国家，特别是较小的发展中国家，并非一直在寻求专利权，所以它对其使用医药构不成大问题；其二，即使这些国家在寻求专利权，它也不是医药定价的主要因素，或有其它阻止穷人使用医药的更重要因素。

### 申领专利的流行

的确尽管大多发展中国家可以对医药产品进行专利保护，但跨国公司并没有在所有的国家申领专利。市场较小、技术能力有限的国家通常会这样。一些企业可能认为当潜在市场较小，侵害专利的风险较低时，通过申领专利获取和维持保护是不值得的。例如：最近对53个非洲国家进行的一项研究发现，15种重要的抗逆转录酶病毒药品的专利申领只占可能总数的21.6%，<sup>38</sup>在13个国家根本没有这些药品的专利。结论是，因为专利申领率那么小，所以专利权“现在总体上并不是影响非洲疾病治疗的重要障碍”，尽管人们认为当《与贸易有关的知识产权协议》对世界贸易组织所有成员国生效时会有问题出现。<sup>39</sup>

尽管研究发现专利权的总体使用程度相对较低，但更令人奇怪的是，如果治疗率很低、市场小、能够生产非专利复制品的国家少而又少，专利权的流行程度却不是更低。在那些市场大且具备一定技术能力的国家，专利的流行程度高出许多。因此在南非（南非本地的艾滋病病例超过整个非洲的 17%），15 种药中有 13 种是专利药品。博茨瓦纳、冈比亚、加纳、肯尼亚、马拉维、苏丹、斯威士兰、乌干达、赞比亚和津巴布韦的艾滋病病例共占撒哈拉以南非洲地区艾滋病病例的 31%，以上药品在这些国家只有 6 到 8 种专利权。<sup>40</sup>

该行业指明，对于治疗其它疾病的广泛药品来说，专利申领的程度十分低或为零。直到今年最后一次修改为止，世界卫生组织药品清单上的药品专利申请不足 5%。<sup>41</sup> 一次行业调查显示，被调查的国家中 94% 没有为治疗肺结核和疟疾的药品提供专利保护，没有一个国家为治疗这些疾病的全部相关药品提供专利保护。这些国家根本没有治疗锥虫病或腹泻的专利药品。<sup>42</sup> 该行业提出的观点认为即使在没有专利保护的地方，也得不到药品。<sup>43</sup> 例如：即使有各种普通疾病的疫苗，而且这些疫苗不贵（例如，某种多价疫苗的价格可能少于 1 美元），世界卫生组织的免疫推广计划尽管取得了一些毋庸置疑的成功，但还是有許多应该受益的儿童没有被包括进这个计划。

尽管如此，并不意味着专利制度没有起负作用。即使某些国家对某些产品不进行专利保护，专利制度仍可能影响医药的使用。大多数低收入发展中国家必须依赖进口获取某些医药，而潜在的医药提供国的专利制度可能允许专利权所有人，特别是通过控制销售渠道，阻止医药向其它国家出口。这也是一些公司特意在像南非一样的国家申领专利的另一个原因，因为这些国家是向南部非洲（甚至其它地区）其它较贫穷的邻国提供医药的潜在国家。现在不实行专利保护的进口国可以从一些公司进口非专利品，特别是从印度，因为印度 2005 年以前可以不对医药产品提供专利保护。但在 2005 年以后，根据《与贸易有关的知识产权协议》，一些新型医药和那些 1994 年以后提交的专利申请就可以获得专利保护，这些进口的机会就会随着时间的推移而逐渐消失。尽管如此，应该特别提到的是，印度或其它地区生产的现有非专利医药将继续可以出口，当然前提是进口国不对这些医药提供专利保护。我们将在下文讨论政策选择时再谈这个问题。

## 专利权与价格

医药的价格对发展中国家贫困人口的重要性可能是显而易见的，但值得强调的是，如果由于某医药产品受专利保护某位患者必须支付更多金钱的话，那就意味着他或她要减少在食品或住所等方面的其它生活必需品，而由于没有现成的医药或买不起医药则可能导致长期的病患甚至死亡。这就是在考虑到引起知识产权体制对价格产生的影响的同时，必须认识到价格受许多因素影响，包括购买力、竞争力和市场结构，需求对价格的影响，以及政府对价格的控制和调节。

直接观察并将在发展中国家引进专利制度产生的影响隔离开来是特别困难的。一方面，我们必须依靠一些计量经济学的模式刺激引进专利制度的影响，另一方面，也要依靠发达国家的经验，即非专利品生产者与以研究为基础的生产者的互相竞争

## 发达国家

发达国家有广泛的证据证明，如果非专利医药参与竞争，医药价格会直降而下，市场上的非专利竞争者越多，价格的降幅就越大。政府可以通过帮助非专利医药的生产厂家早日进入市场以利降价。例如：美国的《1984年药品价格竞争和专利条件恢复法案》恰恰是这么做的，结果非专利医药占处方药的比例从1984年的19%增长到2000年的47%。<sup>44</sup>在其它的发达国家，如英国，非专利医药所占的市场份额更多出许多。一些医药公司为了推迟或阻止非专利品进入市场、保护或延长畅销药品的专利期限，也花了很多钱进行起诉或对簿公堂。<sup>45</sup>同时我们必须记住，非专利品的生产正如以研究为基础的行业一样，是受市场动机支配的，为了实现药品低价，有必要鼓励非专利品行业内部的竞争。美国最近的一项研究发现，当非专利品进入市场时，药价有所降低，至少需要五个非专利品竞争者，药价才会降至最低点，<sup>46</sup>而竞争者进入市场的数量和速度则视期望的利润而定。一个至关重要的发现是，只有规模很大的市场能够充分感受竞争的益处，市场越小，认为值得进入市场的非专利品企业就越少，消费者的消费价格就越高。这与发展中国家的立场关系重大，正如下文所述。

## 发展中国家

发展中国家也可以通过促进非专利品进入市场参与竞争限制本国人口在专利制度下的消费成本。但在大多数情况下，他们的选择受市场规模小和本土科技、生产力及调节力缺乏的严重限制。正是这种为专利产品和非专利产品创造竞争环境的能力的缺乏使专利制度比在发达的市场更加引起争议——发达市场具有更大的加强公开竞争调节环境的能力。

通过对全球情况的比较，我们发现在其它地方受专利保护药品的复制品在没有专利保护制度的市场要便宜许多。例如在不对产品进行专利保护的印度市场，药品的价格是全世界最低的。我们的一项研究表明，美国12种治疗一系列疾病的药品药价是印度的4到56倍，即使如此，印度还有许多人得不到这些药品。<sup>47</sup>

然而对跨国公司定价政策（主要是对抗逆录酶病毒的药品）的研究表明，直到最近，药品定价与国家个人平均收入之间的关系一直非常之小。从理论的角度出发，这种结论是合理的，因为公司在低收入市场低价销售，在高收入市场高价销售要比在全球统一价格销售获利更大。但事实上，各国之间的药价变化多多少少有些任意。有的发展中国家的药价比美国高，有的比美国低。在药品批发价和个人平均收入之间最多不过有十分微弱的体现。<sup>48</sup>而患者得到的实际价格已经受到进口关税、地方关税、各种税金和批发商利润的影响了。<sup>49</sup>

在最近的两年内，由于国际压力，主要是来自非政府机构的压力，以及非专利品生产厂商（主要是印度厂商）的潜在竞争，一些公司已大幅度地降价销售药品，使现状有所改变。例如2000年7月至2002年4月期间，特定的消费者接受的抗逆录酶病毒的三重治疗价格已经从1万多美元降到700多美元，那时该种治疗的最低非专利价格已经降至209美元。<sup>50</sup>

但在评估发展中国家再次引入专利体制的影响时，有必要使用一些计量经济学模型。目前有些数量尚小却不断增多的文献，讲述的几乎都是已经具备大型医药行业的中低收入发展中国家的情形。这些文献的论证认为在以上发展中国家引入专利体制预计会造成药价提高。药价的预计变化程度从12%到200%以上不等，主要看是哪种药品，在哪个国家，但即使是预计较低的药价变化也意味着消费者要付出很高的成本。<sup>51</sup>评估变化范围之广说明了引入专利制度的动态影响的不确定程度，并暗示引入专利制度的结果在很大程度上是由市场结构和市场需求决定的，特别是由竞争程度决定的。

还有大量的证据表明药品的消费量对价格变化的反应是敏感的。据对乌干达的一项研究估计，如果抗逆转录病毒的三重治疗费用从每年 6000 美元降至 600 美元，而且对治疗基础设施给予相应投资的话（4 到 600 美元），对该治疗的需求将由 1000 名患者增长到 50000 名患者。<sup>52</sup> 另外一项对乌干达的研究表明，品牌公司给予的折扣使药价下跌，而非专利药品的进口使药价更低，因此从 2000 到 2001 年，接受治疗的患者人数提高了两倍。<sup>53</sup> 据一项全球范围的计量经济学研究估计，发展中国家在某个阶段取消专利保护制度，将会使抗逆转录病毒治疗的消费量提高 30%，尽管是从目前十分低的消费水平开始计算的。<sup>54</sup>

那些已具备强大的非专利产品行业并用竞争使产品保持低价的国家很可能最强烈地感受到了引入专利体制的影响。一些国家的证据表明，专利制度的引入（如 1978 年的意大利）或加强（如 20 世纪 90 年代的加拿大）通过增强外国跨国公司的市场竞争力将导致国内行业的联合和调整，通过减少市场的竞争程度和增加进口使消费者承担了重大的成本压力。关于这些成本是否能与其它收益抵消（如促进地方研究），目前还是争议重重。意大利和加拿大这两个发达国家所提供的证据是相互矛盾的。<sup>55</sup> 在意大利，一些跨国公司接管了许多当地公司，非专利药品的出口减少，专利药品的进口增加，研发活动的增长微乎其微。而在加拿大，研发活动却有大幅度的增加，部分是因为与跨国制药商达成的一项交易，而且 1987 年的所得税法案允许课税扣除，但这些研发活动的重点是临床使用前和临床使用时的药品试验以及对制药过程的改进，而不是对新分子的研制。<sup>56</sup> 在以上两个国家，价格控制手段都被用来限制受专利保护的产品的价格增长。

在具备强大非专利品产业的发展中国家，前景也是不确定的。一方面，主要非专利药品的制造商很可能因专利保护制度的引入而受到负面影响，而消费者和政府必须付出更高的成本才能使用受专利保护的药品。另一方面，具备一定研究能力的制药商或能够从跨国公司得到特许的制药商可以从专利保护制度受益。专利制度作用的这种矛盾性正是印度对引入专利制度争议纷纷的原因所在。印度制药行业的一些部门赞成引入专利保护制度，并在进行准备性的研究工作，而另外一些部门却强烈反对引入这种制度。当然消费群体和非政府机构对此也存有争议。

更加普遍的是，当执行《与贸易有关的知识产权协议》时，新型药品的非专利复制品供应将被禁止。目前在没有专利制度的国家，控制药价的一个因素是受专利保护药品复制品的提供商参与国际竞争所创造的威胁，而在实行专利制度但一定存在强制许可的国家，这种因素的影响程度则要小一些。当所有药品制造国都实行专利制度，非专利品的生产将越来越只限于过了专利保护期限的药品。这与发达国家目前的情况没有什么两样，但发展中国家仍会发现购买受专利保护的新药还是那么难。我们必须找到办法，在专利制度内外形成竞争环境，从而帮助弥补专利对发展中国家消费者在价格方面产生的副作用。以下我们将考虑一些必须采取的措施，以保证专利制度能够支持国家保护人类健康和改善药品使用程度的权利，这些都是与《与贸易有关的知识产权协议》以及公众健康有关的多哈声明相符合的。（有关多哈声明，见说明 2.1）

## 影响药品使用的其它因素

有人（如制药行业）认为，制约发展中国家使用药品的最重要因素不是专利保护制度，而是发展中国家自身在医疗保健方面的开支不足以及安全有效管理药品的适当健康基础设施的缺乏。不当的药品管理不只会造成药品失效，还会造成药品抗体的形成。对于容易变异的艾滋病病毒，在没有足够基础设施的情况下普遍使用抗逆转录病毒可能会导致药品抗体的存在。<sup>57</sup> 还有人认为，受专利保护药品的非专利型翻版可能质量不标准，甚至有危险。<sup>58</sup>

美国制药行业联合会的一份报告认为：

“受有限财政资源的妨碍，这些国家遏制艾滋病和对付许多其它致死病症的能力因医疗保健基础设施不足、文化障碍以及管理不善的健康保健体制而大打折扣。一些发展国家还受到缺乏面对、甚至承认本国国民健康保健需求的政治领导人的牵制。”<sup>59</sup>

除了专利制度，还有许多其它影响药价的因素，如关税及其它某些间接的税收。<sup>60</sup>只抱怨专利制度对药价的影响而忽略其它国家控制政策的类似影响显然是不对的。所以国家税收体制的运作应该如同专利制度一样有利于公共健康政策。

为了帮助缓解人们对艾滋病治疗药品分发的担忧，世界卫生组织今年已经发行了在不利设施下使用抗逆转录酶病毒进行治疗的第一份指南，并下发了该药品的制药商名录及产品清单（包括 11 种抗逆转录酶病毒），这些产品都达到了世界卫生组织的质量标准，供联合国机构使用。该制药商名录目前既包括受专利保护药品的制药商，也包括提供非专利药品的制药商（目前有印度的两家）。另外世界卫生组织第一次在基本治疗用药清单上列有 12 种用于治疗艾滋病的抗逆转录酶病毒（有两种已经在使用，但这是用来治疗母亲向孩子传染该病的）。<sup>61</sup>

就专利制度与决定药品使用程度的其它因素之间的相当关联性目前有许多争议，我们认为应考虑所有这些因素，但是我们并不认为在加强知识产权制度与追求公众健康目标及解决有同一目标的政策、基础设施和资源等问题之间存在着需要权衡的关系。二者都必须进行，但进行其一与另一之间并没有什么关系。一位参加我们会议的代表称：

“.....我想阻止委员会在有关基础设施与资源的争论中作出结论（认为这就是一切）。如果这就是结论的话，我想你就是在说标题上的话——“人穷”。所以不要提出人口贫穷的意见，因为我们早就知道了。我们是要努力解决他们的难题，而不是告诉他们‘你们是贫穷的’。”<sup>62</sup>

各国需要采取一系列政策增加药品的供应，关键是增加资源，改进服务、交付机制和基础设施。应当协调与医疗政策目标有关的其他经济政策，知识产权法规也应当做相应调整。各国需要确保该国的知识产权政策与公共健康政策保持一致，并能支持公共健康政策。

## 政策含义

### 国家的政策选择

#### 来龙去脉

2001 年 11 月，世界贸易组织部长级会议在多哈通过了《多哈协议》（参见文字框 2.1），我们就是在这种情况下讨论政策含义。部长们认为，《与贸易有关的知识产权协议》不会妨碍各国采取措施保护公众健康。他们坚持认为该协议的条款允许成员国按指定的范围给予强制许可。另外各国国内的需求也可以通过相应的进口品得到补充（这种进口在法律意义上是由人称为“穷极权利”的学说支配的）。<sup>63</sup>他们承认，生产能力不足的国家在使用强制许可方面存在特殊的问题，并指示《与贸易有关的知识产权协议》理事会在今年年底找到一种解决方案。各成员国还同意，最不发达的国家可以到 2016 年再开始对医药产品和试验数据实施、行使或加强专利保护。<sup>64</sup>《与贸易有关的知识产权协议》理事会于 2002 年

6月27日证实了此项决议，并同时同意最不发达的国家在没有专利保护制度期间不必为任何新型药品提供垄断市场权利。后者已经得到世界贸易组织全体会议的批准，但在到期前必须由世界贸易组织部长级会议（或部长级会议之间的全体会议）每年进行审查。

我们的意见的前提是，对于大多发展中国家来说，尽管执行专利制度的成本是真实的和立即的，但对影响国民健康的疾病的新治疗方案发展所带来的益处却是长期的。因此我们关注的是在保持知识产权制度得以实行的同时，可以将药品价格降到最低的措施。正如前面所提到的，我们没有证据可以说明这些措施会打消发展中国家具体疾病的研究动机，因为起决定作用的因素不是知识产权制度，而是需求的缺乏。但我们认识到，由于我们正在进入未知区域，持续的研究是不无必要的，因为只有这样才能确定《与贸易有关的知识产权协议》在实践中对研究动机和药品使用的影响程度，特别是长期影响。

### 差别定价

正如上述，差别定价原则上是全球性公司在高、低收入国家的市场最大程度地增加产品利润的合理经济手段<sup>65</sup>，同时也是保证较贫穷人口获取贵重药品的一种手段。

有几种促进全球化差别定价系统的方案，如上所述，有许多与知识产权无关的其它因素也影响着药品的价格和可用性。建立差别定价系统，就是在发展中国家实行低价销售，在发达国家实行高价销售，两种销售方式并存，同时要注意两个重要因素：

- 价格不同的各个市场之间应该互相隔离，使低价市场的药品不会进入高价市场。这就意味着对相关产品出口和进口的控制。
- 由政府政策规定或影响的高价市场价格政策不能以低价市场的药品价格为参考。

虽然第二个因素与知识产权无关，但它是许多发达国家共有的一个政治问题，因为发达国家之间的现行药价也是不同的，而且受专利保护药品价格的不断增长也对患者预算、保险计划和国家施加着压力。

尽管如此，知识产权制度所采取的手段，包括平行进口和强制许可，很可能是支撑差别定价和市场隔离的重要一环。为了确保差别定价系统的有效运转，发展中国家的国家法规应该保留政府对平行进口和强制许可的批准权。

我们也了解到，最近的药价有所下降，一些公司采取了许多特殊方案，其中一些方案是与国际机构合作执行的，它们与地方政府和非政府机构联手，为保证患者能够用上药品，推出了低价或免费药品，并提供了起支持作用的基础设施，这些药品和基础设施大体上只向作为采购者的政府、非政府机构、援助机构或私营部门雇主开放，而不包括商业性药品提供商。这些为改善发展中国家药品使用状况的贡献都是深受欢迎的。<sup>66</sup> 但仍有必要找到更多可以广泛应用的解决现有严重公众健康问题的可持续进行方案。这就是不断努力以保持差别定价有效实行的原因。

### 平行进口

原则上一旦产品被投放市场，对其在市场上的自由流动进行限制是不受欢迎的。但在实践中，为了确保低价产品只向那些需要低价的人开放，这一普遍原则就必须有所改变了。因此建立差别定价系统的一个重要组成部分是，为了防止低价产品破坏高价市场，两种市场必须互相隔离。为此发达国家必须实施有效机制阻止某些药品的平行进口。美国和欧盟国家已经普遍这样做，但日本似乎还没有这样做。<sup>67</sup>

## 文字框 2.1 多哈世界贸易组织部长级会议有关《与贸易有关的知识产权协议》和公众健康的声明

2001年11月14日通过

1. 我们认识到折磨许多发展中国家和最不发达国家的公众健康问题的严重性，特别是艾滋病病毒/艾滋病、肺结核、疟疾和其它流行病所造成的公众健康问题。
2. 我们强调世界贸易组织有关《与贸易有关的知识产权协议》的协议是解决这些问题的国家和国际措施的一部分。
3. 我们认识到产权保护对新型药品开发的重要性，也认识到它对药品价格的影响作用。
4. 我们同意《与贸易有关的知识产权协议》不会也不应该阻止世界贸易组织成员采取措施保护公众健康。因此在反复倡导该协议的同时，我们明确表示，该协议的理解和执行方式支持世界贸易组织成员保护公众健康的权利，尤其是促进药品的使用程度。

因此我们重申世界贸易组织成员有权充分使用《与贸易有关的知识产权协议》的有关条款。为达到以上目的增加灵活性。

5. 因此，根据第4段所说的，在反复倡导《与贸易有关的知识产权协议》的同时，我们应认识到这些灵活性包括：
  - a) 在按照公共国际法的理解习惯解读《与贸易有关的知识产权协议》的每一条款时，都应本着该协议表达的目标和宗旨，尤其是它的目标和原则。
  - b) 每个成员国都有批准强制许可的权利和确定强制许可范围的自由。
  - e) 每个成员国都有权确定国家紧急情况或其它紧急情况的内容，公共健康危机属于其中的一种，包括与艾滋病病毒/艾滋病、肺结核、疟疾和其它流行病有关的公共健康危机。
  - d) 《与贸易有关的知识产权协议》中与知识产权枯竭有关的条款作用在于，每位成员国能够为这种枯竭自由建立制度，当然要遵从有关最惠国待遇和国家待遇第3和第4条款。
6. 我们认识到世界贸易组织的成员国如果在医药领域缺乏或没有生产能力，它们在按照《与贸易有关的知识产权协议》对强制许可手段进行有效使用时会面对许多困难。我们指示《与贸易有关的知识产权协议》理事会找出该问题的快速解决方案，并在2002年年底向全体会议汇报。
7. 我们再次肯定了世界贸易组织的发达国家成员国根据第66.2条款激励它们的企业和机构促进和鼓励向最不发达国家成员国技术转让的努力工作。我们也同意，最不发达国家成员国在2016年1月以前没有义务在医药产品领域执行或应用《与贸易有关的知识产权协议》的第3部分第5和第7节，或行使该两节所赋予的权利，这样将不会使最不发达国家成员国对该协议66.1条款所规定的过渡期寻求其它延期的权利受损。我们指示《与贸易有关的知识产权协议》理事会采取必要措施，根据该协议第66.1条款对此予以实行。

## 发达国家应该维持并加强它们的法律体制阻止进口源自发展中国家的低价药品

然而要保证市场隔离，发展中国家也要采取行动阻止向发达国家出口本为捐赠品或差别定价计划的药品部分，尤其需要避免某些患者专用药品被挪用。但实际上，由于发展中国家的行动能力有限，两种市场隔离的重担大部分已落在了发达国家肩上。

发展中国家不应排除从其它发展中国家或发达国家低价进口药品的潜在可能性。为在完全遵守《与贸易有关的知识产权协议》的前提下采取有效的支持竞争措施，一旦其它国家专利权所有人的权限用尽，这些国家应该允许平行进口。由于《与贸易有关的知识产权协议》允许各国设定专利权限（多哈会议曾重申这一点），发展中国家的法制应该以促进平行的进口为目标。

### 强制许可

正如上述，推行《与贸易有关的知识产权协议》将减少受专利保护药品的非专利复制品供给量，并将消除发展中国家控制和减少受专利保护药品价格的一个重要要素。为强制许可提供有效立法程序会对在新环境中保持支持竞争的知识产权政策起到重要的作用。虽然强制许可不是一种万能药，但却是阻止滥用知识产权的一项重要保障政策。

虽然《与贸易有关的知识产权协议》允许在某种条件下按照一定的程序采取强制许可手段（多哈声明阐明了这一点），发展中国家尚未开始使用这种手段。具有讽刺意味的是，强制许可手段（不只在药品领域）的最积极使用者却是发达国家，它们出于多种目的，其中美国有许多反托拉斯的案例，加拿大从1969年至20世纪80年代后期一直在药品领域广泛使用强制许可手段，结果在1982年，得到许可的药品价格比美国低了47%；<sup>68</sup>英国在20世纪70年代以前也使用强制许可，包括诸如利眠宁和安定一类的重要药品。最近在2001年，美国卫生和福利部部长在与拜厄（专利权所有人）就购买炭疽热的治疗药品Cipro达成协议前，也公开打算购买该治疗药品的非专利对等物，不过他最终还是与拜厄达成了协议。<sup>69</sup>

发展中国家不使用强制许可是出于许多原因的。其一，使用强制许可需要有行政管理和法制基础结构，多数发展中国家是没有的；其二，一些发展中国家担心会受到双边或三边制裁的威胁；其三，强制许可必须“主要为国内市场”；其四，“强制”一词是指政府对专利所有者权利的合法限制。得到许可的实际药品生产者自愿并为利润生产药品的（至少私营部门获许可人是这样）。因此获许可人必须在没有专利权所有人合作的情况下掌握反向技术(reverse engineer)和药品制造的窍门，并且预见一个充分大的市场以确定投资与制造成本以及专利权所有人能得到的足够报酬。如果不能满足这些条件，那么，强制许可的威慑作用就不可信。

巴西在实行全国传染病/艾滋病计划时成功地利用了强制许可的威慑作用（参见文字框2.2）。由于巴西政府具备一定的研究实力和公众部门制造能力，所以能够利用强制许可的威慑作用与药物公司谈判，并需要在与专利权所有人商议药价时，对强制许可下的药品生产成本有所估计的能力。但具备巴西这种条件的发展中国家为数较少，因此大多发展中国家的强制许可的威慑作用都缺少可信度，除非这些国家能够依靠具有必备能力的国家的进口。

## 国家性强制许可安排

发展中国家实行强制许可的一个重要障碍就是缺乏使之生效的明确的立法和行政管理程序。由于大多发展中国家的法律制度负担过重，所以为实行类似司法和独立行政管理制度以实施强制许可是最适这些国家的。制定有关法律时应包括以下要素

- 直截了当、清晰和快捷的程序
- 不延缓许可执行的上诉程序
- 充分利用《与贸易有关的知识产权协议》灵活性确定强制许可和政府非商业性使用，包括出口（参见下文）的范围
- 建立明确、运用简单、透明的专利费率（可以有不同级别）标准指南

发达国家，特别是加拿大，有许多经验值得发展中国家学习。加拿大的有关计划似乎是最全面的，它确定的专利使用费率或多或少全都是4%，因为一个早期先例被纳入重要的判例案件之中。美国确定的专利使用费率则变化迥然，按照法庭的裁决，有的十分低，有的则十分高。发展中国家必须制定适合于自身条件的规则和程序，以确定专利使用费率，但是其它国家的经验表明，该费率不必很高

在这种情况下，发展中国家还必须考虑采用有关政府和非商业使用的强硬条款。这与强制许可有所不同，但却对公众健康领域有着类似的效果。许多发达（发展中）国家的法律都有这样的条款。英联邦国家的这种条款都衍生于英国的1883年法案，它仍被保留在今天的法律系统中。<sup>71</sup> 这些条款范围广泛，并不注明使用的具体环境。例如在新西兰：

“.....任何政府部门为了为女王服务都可以创造、使用、演练和出售这些受专利保护的发明，根据本分款所进行的任何行为都不会对有关的专利造成侵害。”<sup>72</sup>

**发展中国家应当制定可行的法律和程序，以便利用强制许可机制。发展中国家还应当对政府用途作出规定。**

### 在生产能力不足的国家实行强制许可

《多哈声明》的第6段要求《与贸易有关的知识产权协议》理事会为药物领域生产能力不足的一些国家所面临的问题提供迅捷的解决方案。该声明将问题定义为以上国家没有利用强制许可从本国生产厂家获取必要药物方面的能力。强制许可通常可以用于以下目的，国家要么可以授权本国的某个厂家生产有关药品，要么可以授权某个进口方从其它来源购买有关药品。然而被确认存在以上问题的国家国内并没有厂家可以生产有关药品，所以必须依靠别国的生产厂家。

## 文字框 2.2 巴西的全国传染病 / 艾滋病计划 (NSAP)

巴西的全国传染病 / 艾滋病计划的主要任务是让所有需要性传染病 / 艾滋病治疗药物的本国公民都能通过全国公众健康保健系统免费获取这些药物。该计划于 20 世纪 90 年代早期启动，在 1996 年，治疗艾滋病病毒 / 艾滋病患者成为一项法律义务。在艾滋病病毒 / 艾滋病非政府机构的帮助下，巴西对其全国公众健康服务网络（药品分发，艾滋病试验和护理）进行了重大的改革。目前巴西有好几百个药物分发单位。

巴西目前约有 60 万艾滋病病毒 / 艾滋病患者，其中将近 10.5 万人可以得到该计划提供的抗逆转录酶病毒药品。目前，该计划已经使巴西的艾滋病患病率和患者死亡率比 20 世纪 90 年代早期的预计数字下降了一半。从 1996 年开始，住院就医的艾滋病患者已经减少了 80%。因此尽管该计划成本很高（每年大约为 5 亿美元，而巴西的总体卫生预算为 100 亿美元），但因艾滋病病毒 / 艾滋病患者治疗及住院和其它负面影响的减低所节省的成本目前开始抵消预算开支。据巴西卫生部估计，在 2001 年，该计划的最终成本如果算上因死亡率降低而节省的开支已经出现负数（净节省 5000 万美元）。<sup>70</sup>

在该计划的总成本中，有 3 亿美元被用于艾滋病药品。最近巴西用于购买抗逆转录酶病毒药品的成本已经减少，这是因为巴西卫生部 / 全国性传染病 / 艾滋病计划具备了公共部门的当地生产能力和与跨国公司谈判的手段——其中包括强制许可的威慑手段。Far-Manguinhos（奥斯瓦尔多·克鲁兹基金会的组成部分）是巴西政府主要的药品制造者，它开发的科技能够为本国提供低成本的抗逆转录酶病毒治疗药品。巴西使用的抗逆转录酶病毒治疗药品有 15 种，而该协会已经生产了 7 种。这些药品一在当地投产，就使 1996 至 2000 年的药价平均下降了 72.5%。1999 年，巴西使用的抗逆转录酶病毒治疗药品有 47% 是在本国生产的，但这些药品的开支却只占总开支的 19%，从跨国公司购买的该种治疗药品的开支占了总开支的 81%。

由于 Far-Manguinhos 具备专利药品的反向技术能力和现实制造成本的评估能力，巴西卫生部才会有可信的强制许可威慑能力，而在与外国制药商就降低药价进行谈判时才会处于优势。2001 年，巴西卫生部使用这种方法与 Roche 和 Merck 达成最终协议，它们的两种药品（Nelfinavir 和 Efavirenz）分别降价 40% 和 70%。

尽管巴西的这一计划被普遍推崇为其它国家的可行典范，但有一点必须说明，该计划的成本很高，平均每年每位接受治疗的患者需要将近 5000 美元，或者说，每位艾滋病病毒感染者需要 800 美元，也就是每位巴西公民需要支付 3 美元。因此巴西已将艾滋病病毒 / 艾滋病的治疗放在了优先地位。巴西之所以能够支付这种成本，是因为它是一个相对富裕的发展中国家，而其国内感染艾滋病病毒的人口比例较小。况且它所掌握的技术窍门使其卫生部能够在与外国公司谈判时有效地降低药价。正如上文所提到的，该计划是一种为减少艾滋病患病率和患者死亡率进行的投资。但是艾滋病病毒感染率较高的较贫穷的国家如果没有外援是支付不起这种计划的初期投资的。对于这些国家来说，技术能力低微也是它们的局限性，同时它们没有有效实行多哈会议提议的强制许可的方案。

我们同意理解或改善《与贸易有关的知识产权协议》的重要性，同时要牢记专利保护制度将适用于目前能够生产和出口专利药品的非专利复制品的国家。我们最终的要求是，当《与贸易有关的知识产权协议》充分生效时，在发展中国家，为专利药品市场创造一个支持竞争的问题解决方案，保证这些国家长期、快捷地以最低价格购买有关药品。无论我们是考虑直接购买有一系列治疗替代品的专利药品，还是以强制许可方式购买。

强制许可必须被看作为达到某个目标而实施的手段。在这里要达到的目标就是帮助发展中国家实施可能的最低药品成本，以利它们的普遍使用。在这种情况下，强制许可的唯一要点是它能否帮助实现这个目标。正如上文所提到的，除了法律和行政方面的考虑以外，只有当强制许可人认为以比专利权所有人（或其特许人）低得多的价格出售药品，同时他的投资将得到合理回报时，强制许可才会有效。

尽管现在有几个国家，特别是那些具有大规模市场的国家，有能力生产廉价的专利药品复制品，但在2005年后，再这样做就会很困难了。那时这些国家的药品制造厂家就没有现在的干劲儿去对新推出的专利药品进行反向研究，或采取其它必要的制造和销售步骤（包括获取管理部门的批准），因为国内的市场已经关闭。因此对目前可以得到的专利药品的非专利替代品的迅速供应现象将逐渐消失。强制许可的潜在获得者届时将不得不以更贴近总体经济成本（包括启动和制造成本）的价格出售产品，所谓更贴近是与直接销售现成的非专利品相比较而言的，因为非专利品的启动成本已经在某种程度上被国内市场分摊了。何况如果只有强制许可可以触发必要的投资，那患者真正拿到专用药品之前不可避免会有长时间的耽搁。<sup>73</sup> 另外，有证据表明新型药品的反向工艺本质上在生物制药学领域要比在传统处理的化学领域更加困难。

这说明，如果没有特殊安排，强制许可作为降价手段的作用会比现在更加有限，即使是在为数不多的技术先进的发展中国家。对于大多数国家来说，唯一切实可行的供应者可能就是专利权所有人（或其特许人）。

因此，我们认为多哈会议所确定的问题既是经济问题也是法律问题。《与贸易有关的知识产权协议》委员会有必要确定一个准法律的解决方案，但这并不能充分解决我们所概述的问题。特别是，强制许可受到的限制越多，准法律的解决方案就越不可能有效。有了这些限制，强制许可被作为发展中国家与专利权所有人就药价进行商议的有力谈判工具的可能性就会减少，只有当强制许可方案是一种可行的经济主张时，它才会有效。

### 法律方面

我们将在本节中对不同国家或不同国家团体就世界贸易组织对《多哈声明》第6段阐明问题的解决方案提出的各种建议进行考虑和评论。这将围绕《与贸易有关的知识产权协议》的第28款（授予的权利）、第30款（授予权利的例外）和第31款（f）的主旨展开。其中第31款针对的是“未经专利持有人授权的其它使用情况”，第31款（f）规定，强制许可必须“主要为授权国家的国内市场供应”。

因此，没有生产能力或生产能力不足的国家不能向其国内的制造厂家发放强制许可证，也不能向国外的制造厂家发放，因为专利权是有国界的。目前这些国家可以向进口商发放强制许可证，该进口商能够从产品不受专利保护的国家获取非专利品。2005年后，这一做法将不再可能，因为有关药品在供应国将受专利保护。

这一条款的实际后果是，对于那些很可能最需要强制许可的国家，也就是最贫穷的国家，有关的条款却没有什么实际意义。这些国家的国内制造能力有限，根本没有人调用这些条款。这种情况显然是不令人满意的，《多哈声明》正确地认识到应该找到快速解决这个问题的方案。

《多哈声明》提出了许多理解性的问题，我们在这里顺便提几个。《声明》强调，各国可以自由确定强制许可的赋予范围（5b段），有确定“国家紧急情况或其它极端紧急情况”组成内容的权利（5c段）。后一条款反映了《与贸易有关的知识产权协议》第31款（b）在这些情况下允许的简捷程序。因此第6段所讲的是药物领域解决“公众健康问题……特别是艾滋病病毒/艾滋病、肺结核、疟疾和其它流行病（第1段）所引起的公众健康问题”的强制许可程序。<sup>74</sup>这并不象有时假想的那样只限于紧急情况下的强制许可，也不只限于某一种疾病。

有一点也必须阐明，那就是具体是哪些国家没有生产能力或生产能力不足，我们认为这也需要经济方面的理解。如果生产一种所需药品在技术上是可行的，但成本却极高，那么为此在国内发放强制许可证就没有什么意义。如果强制许可的目的是为了有能力购买一定数量和质量的药品，那么具体的生产方式不论是在国内或是国外都应该是经济上最可行的。发展中国家通常这样解释“生产能力”，它们既考虑经济标准（例如，“生产能力”是否到了在设想的条件下可能产生经济成果的程度），也重视国家逐个确定产品标准的能力。发达国家（只一个国家除外）主张制定“生产能力”的核定标准，但却不指明该标准的内容。<sup>75</sup>

因为按照《声明》最不发达的国家在2016年以前可以不实行药品专利制度，所以利用这一条款的国家就不能实行强制许可，没有专利制度的国家也都不能实行强制许可。一些国家现在可以从不给相关产品提供专利保护的国家进口廉价产品，但在2005年后就不可以了。因此第6段在具体说明强制许可的同时，也明显想解决特别影响发展中国家和最不发达国家的有关药品支付能力和使用的广泛议题。

《声明》并没有具体说明哪些国家可以向以上国家提供产品，为了最大程度地增加竞争程度，实现最低价格，对世界贸易组织成员国成为供应国不予限制似乎是既符合逻辑又基于市场的一种解决方案。出于同样的原因，那些想要实行强制许可的国家，不管在哪里，也应该符合逻辑地挑出最具竞争力的获许可人。发展中国家认为可以从任何国家进口产品是非常重要的。尽管某个发达国家重视从其它发达国家进口的可能性，但欧盟的观点并不固定，而美国与基于研究的药品行业一样，只愿意进口来自发展中国家的产品。

有关《声明》第6段提出的问题，已经提出五个主要的解决方案，我们逐一进行讨论。

**修改《与贸易有关的知识产权协议》第31款。**第31款的f条款可以被删除。但这样做可能改变其中不只有关公众健康问题强制许可的协议内容。所以具体修改该款时，应明确保留f条款有关解决《声明》中明确指出公众健康问题所需的强制许可部分。对《与贸易有关的知识产权协议》进行如此修改十分费时，而且需要得到国家政府的批准。在任何修改意见得到批准之前，可以实施某种过渡或临时方案，如声明对纠纷的解决意向、暂时弃权或延缓表态。但许多国家，包括发达国家和发展中国家，都不愿意重新协商《与贸易有关

的知识产权协议》的条款，因为如果对以上条款重新协商，就会有同时牵动其它条款的危险。假如找到了解决方案，潜在的出口国就必须删除该国法律中“起支配作用的”的条款，以确保强制许可的范围与《声明》中设想的一致。在最后阶段，如果进、出口国都有专利，双方都必须调用强制许可手段并为之支付款项。无论如何，出口国都必须准备为进口国的利益颁发强制许可证。

发展中国家已经提出了许多解决问题的方案，包括《协议》第 31 款的修订或该款第 f 条款的删除，保证该条款不会被应用于任何保护公众健康，尤其是保证药品购买使用能力的法律、措施和包括强制许可在内的行政规定。一些发展中国家强调，第 31 款 f 条款规定，必须对进、出口国发放强制许可证，这将成为一种行政负担。欧盟倾向于对以上形容的第 31 款 f 条款进行详细而明确的修改。美国不赞成对该条款进行修改，而赞成延缓纠纷处理程序以达到同样的效果。

*对第 30 款的解释。*第 30 款规定了与专利权的正常使用没有冲突的专利权有限例外条件。按照这种提议方案，《与贸易有关的知识产权协议》不需要修改，出口国家的强制许可也不需要修改。该提案的一个好处是，它允许向对某种药品不提供专利保护的国家出口该种药品。只需要就世界贸易组织四分之三成员通过的世界贸易组织协议第 9 款给予“权威的解释”。这将澄清专利权的一种例外情况，即允许在《声明》设想情况下出口的合法性。但出口国家必须修改其国家法律，保证注明设想的例外情况。该提议方案存在的一个问题是“多哈例外”是否与第 30 款的条件保持一致。最近的一次争议解决小组会<sup>76</sup>对该条款的一种解释认为应该从狭义的角度去解释“有限例外”，因为加拿大有关例外情况的一项条款被证明是合法的，该条款针对的是潜在的竞争对手为获取制度批准而进行的早期工作。有一点需要说明，这里所说的“例外”仅指《声明》所限定的特殊情况。也可以说这种例外与专利权的正常行使不会“无端发生冲突”，只要出口价格不高，专利权所有人的“合法权益”得到保障（如产品向其它市场的转移会得到阻止）。另外也必须进行适当权衡第三方（发展中国家遭受疾病折磨的患者）的合法权益和专利权所有人的权益。适用于这里的情况与适用于加拿大的情况所形成的鲜明对比意味着世界贸易组织判例法的适用性是有限的。

一些发展中国家特别看重第 30 款的解决方案，认为该款解决了第 31 款的双重报酬问题，取消了出口国家强制许可的必要性。而从行政管理程序方面讲，他们认为这是最不繁琐的方案。还有一点需要指出，激进的非政府机构认为，第 30 款所提出的方案要比其它方案更可取。

*延缓表态或放弃表态。*一种方案提议对“多哈情况”下的出口延缓表态或放弃表态。这种方案的赞成者认为，放弃表态是一种最迅捷的解决方案，他们指出，这样不但可以提供法律安全保障，而且可以避免对《与贸易有关的知识产权协议》进行修改和权威解释。可以提前宣布有关放弃表态的条件，明确其适用范围。显然为使世界贸易组织的所有成员满意，必须非常清楚及不含糊地设定有关条件。这种方案目前还没有得到尝试，对该准则进行商谈的过程势必会影响它的清晰程度。

世界贸易组织部长委员会必须同意成员国可以不遵守《与贸易有关的知识产权协议》条款的前提条件。尽管如此，无论是延缓还是放弃表态，有关利益各方只能在已经改变了该国法律以适应执行第 31 款 f 条款的例外情况的前提下，才能引用协议的保护。如果没有改变国家法律，就算使用了世界贸易组织的放弃或延缓表态方案，专利权所有人也有可能上诉国家法庭。还有一点需要记住，如果放弃表态的时间超过一年，世界贸易组织部长级会议/全体委员会将定期予以审查。

欧盟认为，在它们就对《协议》第 31(f) 条款进行修改的意见达成协议过程中，可能需要一个放弃表态（或延缓表态）方案。一些发展中国家认为，放弃表态（或延缓表态）并不是一种持续性的、可以从法律角度预言的解决方案。与此相反，美国认为放弃表态（或延缓表态）更有可能促成迅捷、可行、清晰、可持续和法律上肯定的解决方案。我们也知道药物行业支持这种提议。

不受法院审判。有关不受法院审判方案的提议可以利用一种不同的方式履行第 30 款方案的大部分要求。其运作方式类似于《与贸易有关的知识产权协议》关于专利权穷尽的运作方式（《协议》的第 6 段）。通过权威解释或修改协议，有一点可以确定，即根据《与贸易有关的知识产权协议》处理纠纷的手段不会被用于《声明》中设想的出口。然而目前尚不清楚这种提议的具体贯彻手段。

具备强制许可能力的国家的出口。最后一种方案并不在世界贸易组织的掌握之中，根据该方案，具备反向设计、制造能力和大规模当地市场的国家可以根据本国法律颁发强制许可证。如果是那样的话，一定比例的产品就可以在不违背第 31(f) 条款的前提下出口到需要这些产品的国家（如果必要的话，要为进口颁发强制许可证）。强制许可的授权也可以用于补救反竞争惯例（第 31 款 K 条款），在这种情况下，不会对出口实行限制。但是此方案要看产品供应国的情况，它们必须首先要有颁发强制许可证的合法理由，即有足够大的市场（出口量不超过总产量的 50%）并愿意出口。

尽管以上方案的选择将是政治的，但我们强烈表明我们的看法，即无论世界贸易组织采取什么样的法定方案，都应遵循以下原则。第一，该方案的执行应快捷、简易，并有望成为一项长期方案；第二，该方案应保证优先满足没有生产能力的发展中国家的贫穷人口需求；第三，该方案应努力创造条件，激励潜在供应国出口所需药品。

### 经济方面

无论实现《多哈宣言》的目标需要采取何种手段，发达国家都需要采取安全措施防止有关产品从其专向国家流失到其它国家的市场上，同时确保该产品的生产仅用于对有关国家的出口，而非在国内销售。他们也可能需要世界贸易组织采取行动，以公开的方式确保所有成员国都充分了解这种交易的本质所在。无论最终就哪种保护措施达成协议，最重要的问题是，向市场有限的某个国家供应产品所产生的经济利益可能不足以吸引潜在的非专利品供应商。而且如果强制许可情况下的供货价格尽可能低，定货时应有不止一个供货商在竞争，即使在实际供货时不存在这种竞争。因此为了达到一定的经济规模和竞争水平，小型市场尽可能集团化是很关键的。

对于对基本药品有类似需求的国家来说，形成集团是一个显而易见的解决方案。国际机构，包括世界卫生组织或全球抗艾滋病、肺结核和疟疾基金会，对促进和资助购买名牌厂家和非专利品生产厂家的药品也起着重要的作用。

必须找到一个使解决方案本质与以下目标协调的方式，即以尽可能低的价格提供具有一定质量的药品，否则法律解决方案将几乎没什么实用价值，强制许可也不会成为有力的谈判手段。

## 发展中国家立法

发展中国家利用知识产权解决公共健康问题的主要途径是要确保他们的立法能够提供适当的标准与惯例。至于何种方式是适当的，要看该国的环境及其发展水平。例如具备高水平研发能力或具有某种强度（如生物技术）的国家可能希望它们的保护措施比几乎只使用别国技术的国家“更为强硬”。

在采用发达国家的知识产权体制标准时，发展中国家不该有被迫感，或者干脆就是被迫。如果他们这样想，就可能会被压倒。1985年美国食品及药物管理局批准使用的新化学药品有近60种，2000年减少到27种，<sup>78</sup>而2000年为新药品合成物(424)颁发的专利却有6730个。<sup>79</sup>绝大多数的专利药品不是新治疗合成物，而是已知药品的生产工序变化、新配方或新结晶、新化合物和新使用方法。据报道，1989至2000年期间，美国食品及药物管理局批准使用的1035种新药品中，只有153种包含新的活性成分并对临床治疗有重大的改进，被定为稍有创新的药品也不过有472种。<sup>80</sup>

**根本原则应是专利授予标准严格化及缩小颁发的专利权利范围，其目的是：**

- **限制可授予专利权的主体范围**
- **采用以下标准：只有符合专利授予严格要求的产品才能成为专利品，每项专利的范围应当与其在发明方面所做的贡献和开发意义相一致**
- **通过限制专利权所有人对其他人制造或围绕受专利保护发明产品进行重新设计的禁止能力来促进竞争**
- **提供全面安全措施，确保专利权不受到不当使用。**

所有这些都助于尽可能地限制主要是为了保护市场和排除竞争，而非促进当地研发工作的专利制度的保护范围。而且如上所述，宽松的专利标准和操作力度可能通过阻碍他人的研究实际上抑制了创新。因为根据《与贸易有关的知识产权协议》，不可能区别对待不同的技术领域，我们将在第6章对这些原则的应用进行更详细的说明。

尽管如此，具体到药物领域，大多数发展中国家至少应当使用《与贸易有关的知识产权协议》<sup>81</sup>的有关条款，将对人或动物的诊断、治疗和外科处理方法以及已有产品的新使用方法（从本质上说，这等于治疗方法）排除在专利之外。因为大多数发展中国家现在还不能发展这些手段，所以如果不这样做的话，它们将一无所获。当然少数在这些领域有研究能力的发展中国家可能希望有这类保护措施，但我们应当注意的是大多数发达国家也把这些领域排除在专利之外。同时我们也建议发展中国家谨慎考虑像某些发达国家和发展中国家一样，通过放宽创造性的概念，允许为已知化学合成物的第一次基本或后来医学使用方法申请专利来稀释这种例外情况。<sup>82</sup>不过发达国家可能会认为，为了激励研究，应该同意这种正当请求，但我们认为，对于大多数研究能力有限的发展中国家来说，这样做的成本很可能会超过收益。

**大多数发展中国家，尤其是那些没有研究能力的国家，应当严格将诊断、治疗和手术方法排除在专利授权范围以外，包括现有产品的新用途。**

这里我们也要讲两个特别影响医药领域和非专利药品生产的问题。

## Bolar 例外

美国的《1984年药品价格竞争和专利条款修补法案》通过引用被人称为《Bolar 例外》（或《早期工作例外》）的条款和其它条款推翻了一项划时代的法庭判决（Roche 对 Bolar），从而使非专利品制造商在专利到期之前进口、制造和试验某种受专利保护的产品合法化，非专利品制造商因此也能够达到其所在国家在营销有关非专利品方面的法律要求。世界贸易组织 2000 年在解决欧盟与加拿大纠纷案件时确认了这一例外的合法性。<sup>83</sup> 对发展中国家来说，这是非常重要的，尤其当它们是非专利品的实际或潜在制造者的时候，一旦某项专利到期，它们可以将较低价格的非专利品投放市场。即使它们在可预知的将来不可能成为潜在的制造商，将这一例外纳入该国法律也是谨慎之举。例如某家外国公司为了获得法律批准可能需要进行试验。在我们考查的 63 个发展中国家中，只有 8 个国家明确将 Bolar 例外纳入该国法律，尽管其它国家可能也允许专利权一般例外情况下的“早期工作”（《与贸易有关的知识产权协议》第 30 款中有与此同义的措词）。<sup>84</sup>

**发展中国家应当将“早期工作”例外纳入本国法律有关专利权的条款，促进专利期满后非专利替代品投放市场。**

### 市场赞许

营销非专利药品的另一个重要步骤就是必须达到相关的法律要求。《与贸易有关的知识产权协议》第 39.3 款规定，各国有责任保护由公司获得法规机构（如美国食品及药物管理局）对新药物营销的批准而提交的新化学药品的秘密数据（如试验数据），以防止不正当的商业使用。

该条款的基本原理是，有关公司已为数据的编辑工作付出了“相当大的努力”。药品公司认为，如果它们花费了数百万美元进行临床试验和其它研究才制造出来的产品的有关重要资料被竞争者得到，竞争对手因此不必付出相当的开支就能获取营销批准的话，这是不公平的，公司的这种看法是可以理解的。与此相反，从公共健康的角度来说，这些资料应当置于公共领域，因为它们包含了其它地方不能得到的重要医疗信息，而对其过分的保密也会产生不良后果（如可能能够有效地重新分析这些数据，从而了解其副作用，而只有在营销后才会发现这些副作用）。而且从社会的角度来说，如果能够可靠地展示与该类型药物相关的生物制药原理，潜在的非专利品竞争者就没有必要重复成本十分高的试验。数据独占可以成为非专利药品进入市场的障碍，不管该药品处于专利保护期，还是专利期限已满之后。

《与贸易有关的知识产权协议》并不要求一定要独占数据，即这些试验数据，而只是保护专利免受不正当的商业使用。不过欧盟规定对这类数据给予 6 到 10 年的期限，并且正在考虑将期限延长到 10 年。有关条款的规定意味着，不经发明人同意，卫生部门不得批准其它方面使用这些数据。在美国类似的数据保护期限为 5 年。

依上所说，我们认为，为保护数据原创人的合法利益，尊重其所付出的“相当大的努力”，发展中国家应当保护试验数据免受不正当的商业使用。但《与贸易有关的知识产权协议》在该原则的实施方面给予了相当大的自由空间。

各国可以允许卫生部门批准等同的非专利替代品“依赖”原始数据进行生产。发展中国家应当实施促进非专利品竞争者进入市场的数据保护法律，对保密数据提供适当的保护，保护方法应与《与贸易有关的知识产权协议》一致。发展中国家不需要设立法律，在没有专利保护的领域内形成独占权或延长超过适当期限的专利独占有效期。

## 多哈精神在最不发达国家的推广

《多哈宣言》（第7段）指示《与贸易有关的知识产权协议》委员会允许最不发达国家缓期执行药品和保密试验数据的专利保护条款至少到2016年。我们赞成此段的目的，但它也产生并突出了许多异常现象。

最不发达国家至少有70%的人口生活在对药品提供专利保护的国内，非洲30个最不发达国家中有27个提供这种保护。这些国家必须修改本国法律，删掉有关药品保护的条款，充分利用缓期执行的权利。考虑到它们所获准的缓期期限，这样做正好符合它们的利益。但我们认为，它们对其法律的修改不需要具有追溯效力，因此当前的专利将仍是合法的。

而且一些国家对本国法律有关条款的修改将受到双边或三边协议的限制。例如：OAPI的12个最不发达国家成员国（有3个成员国不是最不发达国家）必须就管理OAPI的《班吉条约》的修改达成协议。同样，其它国家也会受到反对如此做法的双边协议的限制。

对于目前尚未实行专利保护的国内来说，我们质问它们在2006年实行全面知识产权保护制度（除医药方面外）是否有意义。由于医药领域占有所有专利申请的比例很大（例如：1994年至1999年期间，ARIPO颁发的专利有50%与药品有关）<sup>85</sup>，所以在以上国家是否值得花费仅在非医药领域实行知识产权制度所需的财力和人力。《与贸易有关的知识产权协议》第66.1款规定，《协议》委员会考虑到最不发达国家的“特殊需要和需求……经济、财政和行政管理约束，以及建立可行技术基础灵活性的需要”，可以批准延长执行有关条款的过渡期限。因此由于《协议》有关缓期期限的标准范围十分广泛，以公共健康为理由为单独授予某一领域缓期期限是十分不合逻辑的。

已经对药品提供专利保护的最不发达国家应当慎重考虑如何利用《多哈宣言》修订本国的立法。TRIPS理事会应当审议对最不发达国家做出的关于各种技术领域的过渡性安排，包括正在申请加入WTO的最不发达国家。

- <sup>1</sup> 美贸易代表处（根据《贸易法案》第 301 条款）对巴西（1987）、阿根廷（1988）及泰国（1991）没有为医药产品提供足够的知识产权保护进行的调查。  
来源：[http://www.ustr.gov/html/act301.htm#301\\_52](http://www.ustr.gov/html/act301.htm#301_52)
- <sup>2</sup> 瑞安·M（1998），《知识外交：全球竞争与知识产权政治》，布鲁斯金协会，华盛顿哥伦比亚特区，第 67 至 72 页。来源：<http://brookings.nap.edu/books/0815776535/html/>
- <sup>3</sup> 评审施尔雷·F·M（2001）中的证据，《医药中的专利制度和革新》，《德国经济的国际收入》（专刊，《医药专利、革新与公共健康》，第 109 至 112 页）。
- <sup>4</sup> 理查德·赛克斯在伦敦皇家国际事务学院的发言，2002 年 3 月 14 日。
- <sup>5</sup> 牛津饥荒救济委员会（2001），《漫天要价》，牛津饥荒救济委员会 4 号汇报文件，国际牛津饥荒救济委员会，牛津。来源：<http://www.oxfam.org.uk/policy/papers/priced/priced.html>
- <sup>6</sup> 世界卫生组织（2002），《传染疾病报告 2002》，世界卫生组织，日内瓦。  
来源：<http://www.who.int/infectious-disease-report/2002/framesintro.html>
- <sup>7</sup> 无境医疗（2001），《致命的失衡：治疗被忽略疾病的药品研发危机》，无境医疗机构，布鲁塞尔，来源：<http://www.msf.org/source/access/2001/fatal/fatal.pdf>
- <sup>8</sup> 可参见《经济学家》2002 年 6 月 8 日的《法庭纠纷》。来源：<http://www.economist.com/>
- <sup>9</sup> 宏观经济与健康委员会（2001），《宏观经济与健康：经济发展中的健康投资》，世界卫生组织，日内瓦，第 56 页。  
来源：<http://www3.who.int/whosis/menu.cfm?path=whosis,cmh&language=english;a>
- <sup>10</sup> 无境医疗（2002），《解开降价迷团：发展中国家购买抗逆转录病毒的价格指南》，无境医疗机构，日内瓦。来源：<http://www.who.int/medicines/organization/par/edl/access-hivdrugs.shtml>
- <sup>11</sup> 世界卫生组织新闻稿（WHO/581，2002 年 7 月 9 日）。  
来源：[www.who.int/inf/en/pr-2002-58.html](http://www.who.int/inf/en/pr-2002-58.html)
- <sup>12</sup> 参见《联合国艾滋病组织（2002），《2002 全球流行艾滋病病毒 / 艾滋病报告》，联合国艾滋病组织，日内瓦，第 151 页。来源：<http://www.unaids.org/barcelona/presskit/report.html>
- <sup>13</sup> 宏观经济与健康委员会（2001）。
- <sup>14</sup> 宏观经济与健康委员会（2001），第 77 页。
- <sup>15</sup> 参见术语表有关定义的内容。
- <sup>16</sup> 宏观经济与健康委员会（2001），第 86 至 91 页。
- <sup>17</sup> 宏观经济与健康委员会（2001），第 79 页，脚注 103 对各种评估意见进行讨论。
- <sup>18</sup> 无界医疗（2001），第 16 页。
- <sup>19</sup> 处方药研究发展纲要 2000，来源：[www.inpharm.com/intelligence/largesize/cmr020801a.gif](http://www.inpharm.com/intelligence/largesize/cmr020801a.gif)。但注意有关判断并非一致。按此来源，1998 年是 380 亿美元，按照全球健康研究论坛，1998 年是 305 亿美元。《全球健康研究论坛 2002》，《2001-2002 健康研究报告》，全球健康研究论坛，日内瓦，第 107 页。来源：<http://www.globalforumhealth.org/pages/index.asp>
- <sup>20</sup> 特鲁伊勒·P 等人（2002），《治疗被忽视疾病的药品开发：一个不完善的市场和一项失败的公共健康政策》，《手术刀》，第 359 卷，第 2188 至 2194 页。来源：<http://www.thelancet.com>
- <sup>21</sup> 无界医疗（2001），第 12 页。
- <sup>22</sup> 美国的医药研究和生产（2001），《RhRMA 行业概况 2001》，PhRMA，华盛顿哥伦比亚特区，第 16 页。
- <sup>23</sup> 全球健康研究论坛（2002），第 107 页。
- <sup>24</sup> 全球健康研究论坛（2002），第 107 页。
- <sup>25</sup> 无界医疗（2001），第 21 页。不太可能在中低收入发展中国家的 25 亿美元开支以上，再增加 12 亿美元以上。
- <sup>26</sup> 包括疟疾治疗，全球肺结核治疗药品开发联盟，国际艾滋病疫苗倡议，Leishmaniasis 和 Trypanosomiasis 治疗方案。
- <sup>27</sup> 兰竹·J 和科克伯恩·I（2001），《穷人的新药？关贸总协定的实验式证据》，《世界发展》，第 29：2 卷，第 265 至 289 页。
- <sup>28</sup> 参见联合国艾滋病（2002），第 105 页。

- <sup>28</sup> 疟疾疫苗倡议是另外一个公私合伙组织。有关研究的复杂情况详见 <http://www.malariavaccine.org/mal-vac2-challenge.htm>。并参见克拉克·A (2002), 《人口遗传学: 疟疾 (Malaria Varorium)》, 《自然418》, 第 283 至 285 页, 来源: [http://www.nature.com/cgitaf/Dynapage.taf?file=/nature/journal/v418/n6895/full/418283a\\_fs.html](http://www.nature.com/cgitaf/Dynapage.taf?file=/nature/journal/v418/n6895/full/418283a_fs.html)
- <sup>29</sup> 克雷默·M 和斯奈德·C (2002), 《疫苗预防和药物治疗的结果》, 草稿, 第 3 页, 来源: [http://www.iaen.org/files.cgi/6913\\_vaccines\\_snyder.pdf](http://www.iaen.org/files.cgi/6913_vaccines_snyder.pdf)
- <sup>30</sup> 细菌可以在体内数月或数年处于休眠状态而不被发现。
- <sup>31</sup> 全球肺结核治疗药品开发联盟 (2001), 《肺结核治疗药品开发的经济学》, 全球肺结核治疗药品开发联盟, 纽约, 来源: [http://www.tballiance.org/pdf/rpt\\_per.PDF](http://www.tballiance.org/pdf/rpt_per.PDF)
- <sup>32</sup> 该行业指出, 一种成功新药的发现与开发要花 10 到 15 年的时间, 而 10 种新药中, 可能只有 3 种可以获得较好的回报。每种药的开发可能需要花费 5 到 8 亿美元。不过对这些数字是有异议的。有关该行业的观点, 请参看以下网站的实例: <http://www.phrma.org/publications/publications/primer01>
- <sup>33</sup> 凯特勒·H (2002), 《使用新颖的措施, 通过使用现有知识产权体制, 以满足全球健康需求》, 《委员会背景资料 1a》, 伦敦, 第 24 至 26 页, 来源: <http://www.iprcommission.org>
- <sup>34</sup> 宏观经济与健康委员会 (2002), 第 85 页。
- <sup>35</sup> 据报道由于没有药品保护措施, 外国药品公司不愿意增加研发成本。另一方面有证据表明, 与利用印度熟练研究人员有关的投资最近几年有所增长。例如: AstraZeneca 最近在 Bangalore 成立了一个研究肺结核和其它疾病的中心。可参见库玛尔·N (2002), 《知识产权、技术与经济发展: 亚洲国家的经验》, 《委员会背景材料 1b》, 伦敦, 第 35 页, 来源: <http://www.iprcommission.org>。也可参见《药业脉搏快递》(2002 年 5 月 2 日)。来源: <http://www.expresspharmapulse.com/20020502/story3.shtml>
- <sup>36</sup> 国际农业研究咨询小组, 由世界银行的一个秘书处协调。来源: <http://www.cgjar.org/>
- <sup>37</sup> 请参见健康研究顾问委员会 (2002), 《经济学与世界健康》, 世界卫生组织, 日内瓦, 第 138 页, 来源: [http://www3.who.int/whosis/genomics/genomics\\_report.cfm](http://www3.who.int/whosis/genomics/genomics_report.cfm)
- <sup>38</sup> 阿拉兰·A 和吉尔斯派·怀特·L (2001), 《对抗逆转录酶病毒治疗药品进行专利保护, 限制非洲艾滋病治疗使用该药品》, 《JAMA》, 第 286: 15 卷, 来源: <http://jama.ama-assn.org/issues/v286n15/ffull/jsc10222.html>
- <sup>39</sup> 阿拉兰·A 和吉尔斯派·怀特·L (2001), 第 1891 页。
- <sup>40</sup> 参见联合国艾滋病 (2002), 第 189 至 201 页。
- <sup>41</sup> IFPMA 新闻稿, 日内瓦, 2001 年 12 月 20 日。来源: [www.ifpma.org/pdfifpma/CMH%20report-news%20release.pdf](http://www.ifpma.org/pdfifpma/CMH%20report-news%20release.pdf)。尽管开药单时并不需要考虑专利状况, 但却应该考虑治疗的总成本及成本效益, 所以一些从治疗角度讲十分重要但受专利保护的药品就有可能被忽略。有关这些标准, 请查看: <http://www.who.int/medicines/organization/par/edl/procedures.shtml#4>
- <sup>42</sup> 在很大程度上, 没有专利制度意味着最近没有对这些疾病进行研究。参见特鲁伊勒·P 等人 (2002)。
- <sup>43</sup> 美国医药的研究和生产厂家 (2002), 《发展中国的健康保健》, 美国医药研究和生产厂家组织, 华盛顿州哥伦比亚特区。来源: <http://world.phrma.org/ip.access.aids.drugs.html>
- <sup>44</sup> 美国医疗的研究和生产厂家 (2001), 第 61 页。
- <sup>45</sup> 例如 GSK 正牵扯进美国的诉讼案, 确定其药品 Augmentin 的专利权有效期, 它是在 2017 及 2018 年到期。非专利品制造厂商正在谋求在药品的第一项专利在 2002 年到期后进入市场。GSK 最热销药品 Paxil 的专利权最近被伦敦最高法院部分推翻。参见《Paxil 专利权判决对 GSK 的损害》, 选自 2002 年 7 月 13 日的《财经时报》。来源: <http://www.ft.com>。查看医药行业的专利诉讼综述情况, 请参见《医药领域失去了防范利器》, 选自 2002 年 6 月 19 日的《投资者编年史》, 来源: <http://investorchronicle.ft.com/IC/home>

- <sup>46</sup> 雷芬·D 和华德·M (2002), 《非专利药品行业的动态》, 美国联邦贸易委员会工作资料 248, 来源: <http://www.ftc.gov/be/workpapers/industrydynamicsreiffenwp.pdf>
- <sup>47</sup> 库玛尔·N (2002), 第 28 页。
- <sup>48</sup> 施雷·F·M 和瓦塔尔·J (2001), 《发展中国家〈与贸易有关的知识产权协议〉之后的专利医药使用方案》, 宏观经济与健康委员会背景资料第 45 页。来源: <http://www.icrier.res.in/pdf/schrerwatal62.PDF>
- <sup>49</sup> 施雷·F·M 和瓦塔尔·J (2001), 第 45 页。
- <sup>50</sup> 无界医疗 (2002), 第 6 页。
- <sup>51</sup> 芬克·C (2000), 《印度专利保护制度影响跨国医药行业的可能程度》, 《世界银行政策研究第 2352 号材料》, 世界银行, 华盛顿哥伦比亚特区, 来源: [http://wbln0018.worldbank.org/research/workpapers.nsf/0/5d9b67dfa0777405852568e80065f3c4/\\$FILE/wps2352.pdf](http://wbln0018.worldbank.org/research/workpapers.nsf/0/5d9b67dfa0777405852568e80065f3c4/$FILE/wps2352.pdf); 及瓦埃尔·J (2000), 《医药专利、价格和福利损失: 对世界贸易组织〈与贸易有关的知识产权协议〉影响下的印度政策方案模拟研究》, 《世界经济》, 第 23: 5 卷, 第 733 至 752 页。
- <sup>52</sup> 危机中的大陆, 麦克金塞公司 2000 年关于增加乌干达使用抗逆转录酶病毒治疗药品的报告。来源: <http://www.mckinsey.com/firm/people/feature/uganda/main/index.asp>
- <sup>53</sup> Oxfam (2002), 《非专利品的竞争、价格和医药的使用》, 牛津大学 Oxfam 第 26 号汇报材料。来源: <http://www.oxfam.org.uk/policy/papers/26generic/26generic.html>
- <sup>54</sup> 鲍莱尔·J-R 和瓦特尔·J (2002), 《专利制度对发展中国家使用艾滋病病毒/艾滋病治疗药品的影响》, 国际开发中心, 哈佛大学, 剑桥, 马里兰州, 《国际开发中心第 92 号工作资料》, 第 5 页。来源: <http://www2.cid.harvard.edu/cidwp/092.pdf>
- <sup>55</sup> 参见施雷·F·M (2001), 第 116 至 118 页, 回顾加拿大和意大利的经验。
- <sup>56</sup> 加拿大 2001 年的研发经费中, 有 16.1% 用于基础研究, 44.1% 用于临床试验, 7.9% 用于改进制造流程, 7.9% 用于潜伏期研究, 24% 用于药品用量建议、生物药效率研究和第 4 阶段的临床试验。《专利药品价格评定委员会 (2002)》, 《年度报告 2001》, 专利药品价格评定委员会, 渥太华, 第 28 页。来源: [http://www.pmprb-cepmb.gc.ca/english/06\\_e/06ann01\\_e.htm](http://www.pmprb-cepmb.gc.ca/english/06_e/06ann01_e.htm)
- <sup>57</sup> 特蕾腾伯格·J 和桑迪·M (2002), 《出现非核苷逆转录酶抑制剂的抗体: 是警告, 也是挑战》, JAMA288:2, 第 239 至 241 页。来源: <http://jama.ama-assn.org/issues/v288n2/ffull/jed20035.html>
- <sup>58</sup> 参见《印度的瘟疫: 低价药品可能会帮助数百万艾滋病患者, 但又伤害了多少人呢?》, 2001 年 12 月 17 日的《纽约人》。来源: <http://www.newyorker.com/>
- <sup>59</sup> 美国医药研究与制造厂商 (2002)。
- <sup>60</sup> 参见东非的基本药品使用会议报告, 《改善东非的基本药品使用状况: 专利权与全球经济中的价格》, 由无界医疗组织和国际卫生行动组织创办, 内罗必, 2000 年 6 月 15 日至 16 日。来源: <http://www.haiweb.org/mtgs/nairobi200006.html>
- <sup>61</sup> 参见世界卫生组织 2002 年 3 月 20 日第 19 号新闻稿和 2002 年 4 月 22 日的第 28 号新闻稿。来源: <http://www.who.int/inf/en/index-pr-2002.html>
- <sup>62</sup> 西素尔·缪桑古在 2002 年 2 月 21 日至 22 日伦敦委员会会议药品会议上的讲话。来源: <http://www.iprcommission.org>
- <sup>63</sup> 参见术语表中有关术语的定义内容。
- <sup>64</sup> 参见有关保护试验数据的讨论内容。下文有解释。
- <sup>65</sup> 有关的理论个案要比所指示的复杂得多, 具体随相对需求的弹性而定。在施雷和瓦特尔 (2001) 的第 45 至 49 页有充分论述。
- <sup>66</sup> 这些都是无界医疗 (2002) 中有关艾滋病病毒/艾滋病治疗药品的有价值资料, 见第 11 至 15 页。
- <sup>67</sup> 马斯库斯·K (2000), 《全球经济中的知识产权》, 国际经济协会, 华盛顿哥伦比亚特区, 第 210 页。
- <sup>68</sup> 施雷和瓦特尔 (2001), 第 28 页。

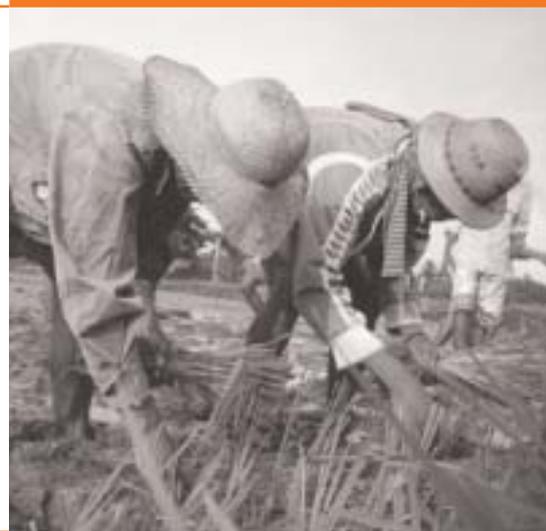
- <sup>69</sup> HHS 告诉我们：“美国可以不获取许可就购买产品，只要它进行了‘合理和完整的补偿’。部长没有必要行使这项权力。部长可以和拜厄谈成一项具有历史性的协议，以保证对 Cipro 的空前生产。当与拜厄的谈判悬而未决时，部长明确表示，如果他需要购买非专利品的权力，他可以向国会申请。准备与国会共同处理如此重要的个案不可能与‘威胁’一家公司并言。部长的行为适度，并考虑到了拜厄 Cipro 专利的问题。”与 HHS 的斯图亚特·南丁格尔博士 2 月 10 日的个人交流内容。
- <sup>70</sup> 联合国艾滋病 (2002)，第 145 页。
- <sup>71</sup> MSF、CPTech、OXFAM 和 HAI 会议上 MSF 法律顾问克里斯托弗·加里森的讲话，《执行有关〈与贸易有关的知识产权协议〉和公众健康的多哈声明：技术援助——如何理顺》，日内瓦，2002 年 3 月 28 日。
- <sup>72</sup> 专利法案的第 55 (1) 部分。来源：<http://www.piperpat.co.nz/patlaw/crown.html#s55>
- <sup>73</sup> 这主要取自《恩格尔伯格·A (2002)》，《执行〈多哈声明〉—处理与可购买药品相关的法律和经济壁垒的潜在策略》。来源：<http://www.cptech.org/ip/health/pc/engelberg.html>
- <sup>74</sup> 这包括非商业化的政府使用，《与贸易有关的知识产权协议》第 31 款对此进行了规定，还包括其它强制许可。
- <sup>75</sup> 这里或本部分其它处的政府/集团观点摘自世界贸易组织秘书处 2002 年 7 月 11 日的记录，该记录是对该组织成员国递交的声明与文件的总结。（世界贸易组织文件，代号：IP/C/W/363）。来源：<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/IP/C/W/363.doc>
- <sup>76</sup> 加拿大一药品的专利保护，世界贸易组织文件，文件号：WT/DS114/R。来源：<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/114R.DOC>
- <sup>77</sup> 此外，在延缓表态的情况下，另一成员国将不能对受益成员国提出诉讼。不过专利权所有人可以要求国家法庭实施受益成员仍必须遵守的条约义务条款。（这与放弃表态的情况不同，如果放弃表态，义务本身也随之中止）
- <sup>78</sup> 奥德塞继续：描绘医药 2010 之路，PwC 顾问西蒙·休斯在 2001 年 3 月巴塞罗那 DIA Euro 会议上的讲话。来源：<http://www.pwiconsulting.com/us/pwicons.nsf/viewwebpages/PharmalandTIndustry#Odyssey>
- <sup>79</sup> USPTO 网址。来源：[www.uspto.gov](http://www.uspto.gov)
- <sup>80</sup> NIHCM (2002)，《改变医药发明的格局》，NIHCM，华盛顿哥伦比亚特区。来源：<http://www.nihcm.org/innovations.pdf>
- <sup>81</sup> 《与贸易有关的知识产权协议》第 273 (a) 条款。来源：[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/t\\_agm0\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm)
- <sup>82</sup> 欧盟及包括 ARIPO 和 OAPI 成员国的许多发展中国家都接受这样的初次或进一步使用方法的专利申请。参见 ARIPO 专利号 AP868 和 OAPI 专利号 OA09495。
- <sup>83</sup> 《加拿大：医药产品的专利保护》，世界贸易组织文件，代号：No. WT/DS114/R。来源：<http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/114R.DOC>
- <sup>84</sup> 索普·P (2002)，《发展中国家对〈与贸易有关的知识产权协议〉的执行》，委员会背景材料 7，伦敦，第 20 页。来源：<http://www.iprcommission.org>
- <sup>85</sup> 索普 (2002)，第 8 页。





## 第 3 章

# 农业和基因资源



### 导言

#### 背景

在发展中国家，农业部门作为食物、收入、就业和外汇来源的重要性怎么说都不为过。和健康一样，一个经济效益高且能保持一定水平的农业部门对发展中国家实现经济增长和减少贫困人口是至关重要的。世界贫困人口大约有四分之三在农村生活、劳动<sup>1</sup>。除了农业对收入与就业的直接支撑作用以外，经济学家和政策制定者已多次讨论过农业，特别是农业的技术革新，对刺激整体经济增长的作用。提高农业生产力能够直接增加依靠农业的大多数贫困人口的经济收入和就业水平，也有助于为城乡的贫困人口（相对或绝对地）降低粮食价格。

从历史上看，农业已被视为（尽管有时有争议）城市和工业部门发展所需要的粮食、劳动力和财政源泉，国民收入的可持续增长有赖于此。如果粮食价格不提高到抑制工业发展和贫困减少的地步，那么实现这种过渡通常依靠提高生产力水平。在发达国家，农业技术与制度的变革被视为产业革命中重要的一环。

在发展中国家，技术进步通常发生在农场对传统农作物物种的实验、选育和改良过程中。<sup>2</sup> 之后是有目的的农作物新品种培育，主要通过杂交获取想得到的物种特征。在过去的三十年里，各国国家研究机构在国际农业研究咨询团体的关怀下，在国际研究机构网络的支持下，主要在公共部门开展了以上研究。正是这个最初以高产半矮水稻和小麦品种为基础的网络实现了 20 世纪 60 年代的“绿色革命”。尽管该技术对环境 and 分布造成的影响遭到了批评，但它在营养、就业和经济收入方面的影响却是受人赞许的，虽然主要是在具有适度灌溉保障能力的发展中国家。后来人们也曾尝试将这些技术推广到新的农作物和旱涝地区，但不太成功。

在更近的一段时期内，农业的技术与研究结构都发生了翻天覆地的变革。首先，生物技术（特别是基因工程）的到来在过去的二十年里在很大程度上扩大了农业研究的可能性（例如：为植物引进新基因特征）。其次，尽管近年来公共部门，至少是国际农业研究咨询团体，对公共研究的投资已趋于停滞，但私营部门的投资却有快速增长。<sup>3</sup> 市场越来越成为额外研究资金投入与定位的导向。

### 农业的知识产权

从历史观点上说，知识产权的保护制度主要应用于这种或那种形式的机械发明或艺术创作。对有生命的物种实施知识产权保护是较近一段时期由发达国家开始的。美国初次为营养繁殖植物授予专利也只是在 1930 年。对植物品种（或植物培育权）的保护是知识产权的一种新形式，直到 20 世纪下半叶才开始普及。因此这种对植物品种的保护机制是从农业的经济结构和环境中衍生出来的，现已流行于发达国家。该保护机制的形成反映了私人植物培育者在保护知识产权方面增长的权益。农民按照传统习惯年复一年地重新种植、交换和出售前一年的种子，这意味着在这种反复出售的过程中，培育者是难以收回改良品种的投资的。专利权或植物培育权通常会强行限制农民出售所收获的种子（有时也包括再使用这些种子），因此增强了培育者的种子市场。即使在发达国家，虽然按规定每年都需要采购许多农作物，种子的再利用行为仍十分普遍。在发展中国家，大多数农民都有再利用和交换种子，或向邻居非正式地出售种子，每年购买新种子的行为在大多数发展中国家是较少见的。

采用《与贸易有关的知识产权协议》后，发展中国家已通过专利制度或其他手段对植物品种进行保护，但却没有认真考虑这种保护是否对制造商和消费者都有益，以及这种保护对食品稳固可能产生的影响。如同医药一样，一个至关重要的问题是知识产权保护机制是否及如何帮助促进与发展中国家和贫穷人口需求有关的研究和革新。我们还必须问这样一个问题，知识产权保护机制如何影响农民对种子及其它必需品的购买成本和使用程度。

如果对植物品种进行保护是为了激励培育者，那么出现的一个问题就是，应如何认识和保护农民对植物基因资源的保存和发展所做的贡献。正规培育计划引入之前，品种及文化改良都要靠农民的选育和实验过程。正规培育计划正是利用了这些品种及知识，以发展产量高或有其它令人想要的特征的改进品种。问题是农民对农作物品种的保存和对革新所做出的贡献是否也应该受到保护或得到补偿。基于《生物多样性公约》的原则（我们将在下一章讨论该公约），新的《粮农植物基因资源国际条约》得以形成，并寻求制定有关原则以促进对植物基因资源的使用，建立公平公正的利益共享机构。

我们将在本章讨论以下问题：

- 对植物和基因资源进行知识产权保护是否有助于创造发展中国家农民所需的技术？
- 知识产权保护机制是否会影响农民对所需技术的使用？
- 知识产权保护机制如何支持《生物多样性公约》和《粮农植物基因资源国际条约》所奉行的享用权和利益共享原则？

## 植物与知识产权保护

### 引言

根据《与贸易有关的知识产权协议》，国家可以将可获取专利保护的动植物和生产它们的基本生物过程排斥在专利保护范围之外，但微生物不在此列。这些国家需要采取某种保护形式，或是专利保护或是单独适用保护，以保护植物的多样性。

《与贸易有关的知识产权协议》的措辞引起了许多有关定义的法律难题，例如某植物品种、某微生物或某基本生物过程的确切定义。但必须指出，《与贸易有关的知识产权协议》并未提及基因是否能够申请专利，无论是植物基因还是人体或动物基因。该协议提出的一个问题是，什么是与基因物质有关的发明？例如：是否能给隔离和净化后的某种在自然界发现的基因物质申请专利，因为它与非专利发现已经不同？这是国家立法机构需要解决的问题。除了微生物之外，唯一的特别要求就是对植物品种的保护。

总而言之，一些人出于伦理道德方面的理由反对为生命形式授予专利权，他们认为私人拥有自然界创造出来的物质是错误的，同时不符合世界不同地区的文化价值观。人类基因组的排序问题也引起了特别关注。我们认识到人们关注的这些问题，并将在第6章的“专利制度设计”部分对它进行进一步的讨论。有关为DNA发现授予专利权的伦理和立法问题在纳菲尔德生物伦理学委员会的近期报告中有所阐述。<sup>4</sup> 我们的首要任务是探索在农业领域授予专利权将会导致的实践和经济后果，以及它对贫穷人口生计的影响和对国家政策的意义。

关于植物物质的知识产权保护方式很多，主要如下：

- 美国的植物专利模式，与标准（效用）专利截然不同。
- 为植物或植物组成部分，如细胞，授予标准专利。
- 在美国和其它几个少有的国家（如：欧盟就没有）为植物品种授予专利的惯例。
- 对植物多样保护的单独适用制度，如植物培育权（如：欧盟或美国）或其它形式。
- 允许为DNA排列顺序、包括基因在内的基因构造、植物因基因构造变化而发生的改变、植物的种子和改良品种授予专利权。

此外专利权被广泛用于保护研究植物基因组所使用的技术。<sup>5</sup>

除使用专利保护和植物品种保护外，对植物的知识产权还可以通过技术手段得到保护。例如诸如商用杂交玉米<sup>6</sup>之类的农作物如果保持杂种产量和茁壮，就不允许再利用。一些杂交作物的这一特性提供了一种自然形式的保护手段，种子公司可以借此通过重复出售种子更容易地收回投资。而与此形成鲜明对照的是，其他品种的种子每年都可以重新种植，不会影响产量，因此可以重新种植自己收获的种子，而不需要重新购置。“绿色革命”的种子品种就属于这种性质，这也是其如此成功的原因之一。稻米与小麦杂交品种的研制成功也是最近一段时间的事。基因利用限制技术（通常称为 GURTs）是用于描绘植物基因活动不同控制形式的术语。所谓的“终结者”技术致使种子不能繁殖，因而从客观角度讲已不可能长出第二代作物<sup>7</sup>，这种技术是非常著名的，但还是能够控制作物的其他特性，无论是出于农业还是商业原因。技术保护所达到的效果与知识产权保护是相似的，但前者因具备自我强制的特性也许更便宜，当然也更有效。

## 研究与发展

与医学研究相比，发展中国家及与其相关的农业研发活动要多许多。例如据估计，在1995年发展中国家公共部门用于农业研究的总开支（尽管分布不均）高达115亿美元（按1993年的美元国际价值计算），而发达国家的相关开支只有102亿美元。<sup>8</sup> 这些研究绝大部分是在亚洲和拉丁美洲的一些技术较为先进的发展中国家进行的。此外1976年至1996年期间，这些国家的研究开支每年增长了5—7%，尽管非洲国家的相关开支出现停滞。<sup>9</sup> 与此形成鲜明对比的是，全球总计达115亿美元的私人农业研究开支中，只有7亿美元归属发展中国家。

这意味着，全球三分之一的农业研发活动是在发展中国家进行的，而与之形成鲜明对比的是，全球进行的健康研究中，发展中国家最多仅占5%。在这里必须说明三点：首先，全球用于农业研发活动的资金投入仅是健康研发活动所用资金的一半多一点<sup>10</sup>；其次，公共部门进行的农业研发活动是私营部门的两倍；而在医药方面，正如上述，私营部门的投资所占比例要大一些；最后一点，也是结果之一，发展中国家在农业研究中受益相对更多。

然而目前的发展趋势令人担忧。尽管国际农业研究咨询团体每年仅提供3.4亿美元的资金，但该团体却有着战略上的重要地位。例如：国际农业研究咨询团体的各中心在“绿色革命”中起到了至关重要的作用，目前它扮演世界上最大的有关发展中国家的基因库的护卫者角色，该库是未来农作物改良的主要基因材料来源。但国际农业研究咨询团体的活动资金是由捐赠机构提供的，自1990年就开始明显减少<sup>11</sup>，这不仅威胁到该团体的研究工作，而且影响到该团体保护基因库的能力或援助发展中国家保护本国基因库的能力。实际上联合国粮农组织和国际农业研究咨询团体的确有投入专项资金以确保这些基因材料在全球范围得到适当的保护。<sup>12</sup> 尽管来自援助捐赠机构的资金处于停滞状态，但私营部门是农业研发活动中的动态因素，但它们付出的努力与发展中国家的贫困农民几乎没什么直接关系。

## 植物品种保护的影响

我们将在本节讨论植物品种保护在发达国家和发展中国家产生的影响的证据，以及它能为发展中国家做些什么。

专利和植物品种保护对研究产生的影响的大部分证据来自发达国家，即使这些证据也是很少的。在推行知识产权保护前，私营部门的培育计划主要集中在杂交品种，特别是美国玉米的杂交品种上，因为“技术保护”是这些品种固有的要素。在美国 20 世纪 80 年代开始的一项研究指出，并没有证据表明总体的研发活动因植物品种保护的推行而有所增加，该保护形式对大豆，或许还有小麦产生了一些明显的影响。<sup>13</sup> 大部分植物品种保护证书是为大豆和小麦这两种作物颁发的。也有证据表明，植物品种保护被当作一种区分产品的市场策略使用，它同时也促进了种子行业的大规模合并。但是这些证据都不是肯定的，尤其不容易将该保护形式从其它正在进行的变化中隔离出来。即使现在，在杂交作物方面投入的研究费用作为销售份额的比例继续比非杂交作物多，这是植物品种保护的主要目标。<sup>14</sup> 近期的一项研究发现，美国对小麦的植物品种保护并没有增加私营部门在小麦培育方面的投资，但在公共部门却有。同时小麦的产量也没有增加。但私人培育出的小麦品种的播种面积有显著增加，可见植物品种保护的主要作用是一种行销手段。<sup>15</sup>

在中等收入发展中国家进行的一项重大研究<sup>16</sup> 几乎没有发现什么证据可以证明采用植物品种保护机制后农民可利用的植物原料范围有所扩大或革新有所增多。尽管对外国基因原料的使用水平有所提高，但有时这种使用受诸多限制，比如说在出口方面。一般而言，商务农场主和种子行业被认为是主要的受益者。贫穷的农民并没有从植物品种保护机制中直接受益，但他们将来可能会受到限制种子保留和交换规定的负面影响。

根据《与贸易有关的知识产权协议》，发展中国家可以选择植物品种保护“单独适用制度”，它们要做的一项重大决策就是确定一个适合于它们具体农业和社会经济环境的制度。保护植物新物种国际联盟公约（见文字框 3.1）是一种以欧洲和美国的立法为基础的可采用制度。需要考虑的问题是，虽然这种制度提供了一个现成的立法框架，但也有其不利之处，该制度是针对发达国家商业化的农业体系设计的。因此人们对在发展中国家应用保护植物新物种国际联盟制度表示担心，有些担心是针对所有形式的植物品种保护。

植物品种保护证书的授予准则需要比专利权所需标准更低的入门标准，尽管也需要新颖性和显著性，但并不需要不显而易见性（申请专利的要求）和效用性（工业适用性）。因此植物品种保护法规允许培育者保护具有非常相似特性的作物品种，意味着该制度的动力往往来自对产品区别和计划报废的商业考虑，而不是来自对真正改良农艺特性的考虑。<sup>17</sup> 发展中国家也许会考虑提高入门标准，特别是为只具有被认为有益于社会的特别特征（如增加产量、具有营养价值）的重大或重要革新提供该种保护。因此可能会加强特性这一条件，并加强作为农业政策目标的效用标准的条件。同时各国也可能对某几类植物保留较低的标准，以促进本国新兴的培育行业对植物品种保护机制的使用，并从该保护机制中获取商业和出口收益。

同时，保护植物新物种国际联盟之类的制度对一致性和稳定性的要求将农民培育的地方性品种排除在外，这些品种起源更加混杂，较少稳定性。但正是这些特性使这些品种更适合贫困农民生存的农业生态环境。此外发展中国家也可以制订制度，为符合适于贫困农民所依赖环境和作物条件的品种提供保护。但也许并不容易规定这些条件，该制度的运行也需要很高的成本。而且各国政府可能会认为，推行这样的制度也许对发展它们的农业体系不会起到什么积极作用。

另外一个问题是有关标准的一致性。支持者认为植物品种保护机制通过刺激新品种的产量实际上增加了生物多样性；而其他人则认为一致性的要求和确认基本类似的品种增加了作物的一致性，减少了生物多样性。当然这种担心不只是针对植物品种保护机制。许多国家的种子立法制度强加了严格的一致性要求，有时比植物品种保护立法制度的要求还要严格。此外对来自成功的“绿色革命”品种的更强一致性也有类似的关注，导致植物品种更容易受疾病的影响，及田间生物多样性的损失。但随着植物培育越来越成为私营部门的活动，新品种大规模地取代传统品种，产生了一个至关重要的问题，即应该如何保存和维护基因资源以备将来可能之需，是在田间还是在“基因库”？<sup>18</sup>

### 文字框 3.1 保护植物新物种国际联盟 (UPOV)

保护植物新物种国际联盟是国际认可的关于植物品种保护机制的协议。该联盟公约签署于 1961 年，后来经过三次修改。除了南非，加入该联盟的第一批发展中国家还有乌拉圭和阿根廷，它们是 1994 年加入的，当时该联盟总共有 26 个成员国。1994 年后，又有 24 个发展中国家加入了该联盟。尽管《与贸易有关的知识产权协议》只明确规定应该建立单独适用制度，该联盟公约已成为一种显而易见的选择，因为它为此类立法制度的建立提供了现成的解决方案。另外由于双边贸易协定的作用，各国已受到加入该联盟的压力（例如：美越近期达成的贸易协定责成双方成为该联盟的成员国，而美国已是成员国）。

该联盟公约旨在根据一套统一而明确的原则，通过授予植物新品种培育者专利权，确保该联盟成员国承认他们所取得的成就。

随着该联盟公约在 1978 年和 1991 年的先后修改，其保护范围有所扩大，保护期限有所延长。1991 年修改后，最短保护期限增长到 20 年（蔓生植物和树木品种的保护期限增长到 25 年），而以前只有 15 年（或 20 年）。与专利保护机制不同，植物品种保护的准则并不包括申请专利的发明过程。只要植物品种与众不同、始终如一、稳定（行话称为 DUS）、新颖（从优先的商业化角度看），它就有资格获得该种保护。

《1978 年法案》允许培育者将受保护的品种用作新品种的开发来源，而后新品种可以受到保护并自行上市销售。《1991 年法案》虽然保留了培育者例外条款，但他们的权利已扩展到“基本衍生”于受保护品种的各种品种，后者未经原品种专利权所有人允许不得上市销售。

《1978 年法案》为培育者提供了销售种子的生产、销售种子及生产的商业化方面的保护（第 5（1）款），因此该法案默许农民对种子进行再种植和交换（尽管并没有详细说明该项权利）。《1991 年法案》更加限制了农民的权利。目前培育者的权利除针对被宣传或被收获原料的销售外，已经扩展至生产或再生产（第 14（1）款）。一项可选择的农民例外减轻了这些条款给农民带来的压力，该规定允许“农民在自己的土地上，将通过自己在自己的土地上种植的受保护品种或‘基本衍生品种’的收获作物用于繁殖目的”（第 15（2）款）。<sup>19</sup>

给不同作物制定不同的保护标准可能也是有必要的。例如：具备重要商业和出口部门的国家可能会在这些部门对有关的农作物实行保护植物新物种国际联盟之类的标准以便鼓励革新和商业化。但它们可能对农民种植的粮食作物实行不同的标准，以保护农民对种子的保留、贸易和交换行为以及不正规的革新体系。例如在肯尼亚，植物品种保护的权益似乎主要是由鲜花与蔬菜的外国商业出口商申请的，它们是为了加强商业化的基础及加强出口。这可能对加强肯尼亚的工农商业出口是有益的，同时贫困人口也会间接受益。该机制可能对肯尼亚新品种增加有所帮助（如果没有这种保护机制，这些新品种可能就不会出现），但对当地研究的促进作用却微乎其微。目前看来，该制度与肯尼亚贫困农民直接关注的问题及他们种植的农作物并没什么关系。

因此，发展中国家应该考虑将本国的植物品种保护立法制度建立在对该制度如何有益于该国农业发展和食品稳固的客观评价基础上，并同时考虑本国农业在创造出口、外汇和就业机会方面的作用。他们尤其应该考虑对保护植物新物种国际联盟模式进行可能的修改以适应本国环境。<sup>20</sup> 许多国家已经通过或正在考虑制定具体体现以上原理的立法。<sup>21</sup>

单独适用制度的一个重要成分是对农民例外规定的范围。与专利权不同，植物品种保护法通常允许一项例外规定，正如 1978 年保护植物新物种国际联盟公约规定的那样，允许农民可以不经专利权所有者的准许对他们自己持有收获种子进行再利用。在美国这种例外规定的范围更广，允许农民出于播种目的向其他农民有限地出售收获作物。在发展中国家，由于没有立法制度，农民有非正式地交换和出售他们的种子。正如我们已经指出的，这是在发展中国家贫困农民中是非常普遍的，甚至在发达国家也仍常见。这些出售和交换体系是一种重要的机制，农民通过它用传统方法来选育并改良他们的作物品种，对这种权利的限制会阻碍作物改良的进程。尽管 1991 年版的保护植物新物种国际联盟公约规定，准许各个国家允许农民出于播种的目的对他们自己持有的作物进行再利用，但规定禁止非正式的出售或交换行为。而《与贸易有关的知识产权协议》仅要求对植物品种实施某种形式的知识产权保护，并未以任何方式确定受保护品种所有者权利的例外规定。

因此，各个国家和组织在该领域已试行了许多方案。例如：非洲联盟组织（现改为非洲联盟）已发表了典型立法，建议非洲国家将此立法适当地纳入自己的立法制度。该立法授予农民对农场保留种子的保存、使用、繁殖和加工权利，但不允许大规模地出售。<sup>22</sup> 印度政府最近决定试图加入保护植物新物种国际联盟，它的 2002 年植物品种保护法律第 39(1)(iv) 款规定：

“农民应被视为有权以在本法案生效前的权利方式对其农产品进行保存、使用、播种、再播种、交换、分享或出售，其农产品包括本法案所保护品种的种子

前提是农民无权销售本法案所保护品种的有商标的种子。”<sup>23</sup>

植物品种保护机制规定的培育者例外条例也与专利法规有所不同，培育者未经准许可以将某种受保护品种用作培育另一品种的基础（后者可以获取保护）。因此植物品种保护机制提供的保护没有专利保护机制多，对研究的激励作用也微乎其微，但相应地，它对进一步后续革新的限制也比专利保护机制要少。另外发展中国家可以自由选定一些例外条例。说极端一些，植物品种保护机制授予的是一项高级种子执照或一枚图章，受保护人有权使用图章独家销售种子。但受保护人无权阻止对种子以后的使用或销售，只要这些种子不是按该执照销售的。这项权利比商标或种子执照高，但它并不限制后来以任何形式对所收获作物的再使用行为。这种制度也许是使植物品种保护机制适合贫困农民需要的一种制度，但它对培育者的激励作用较小<sup>24</sup>。

## 专利保护的影响

只有美国、日本和澳大利亚采用植物品种专利法，其中美国使用最频繁。《美国 1930 年法案》为营养繁殖原料引入了一种特殊种类的植物专利，而美国现在也可以为植物品种授予常规效用专利。专利权是知识产权保护的最强形式，因为它通常允许专利权所有人通过限制农民对其所种植种子的销售和再利用权利、限制其它培育者将其种子（或受专利保护的中间技术）用于进一步的研究和培育目的来行使最大程度的控制。但专利法可以提供与植物品种保护机制类似的例外规定。例如：《欧盟生物技术指令》尽管不允许授予植物品种专利，但它做出了农民例外规定，即有关基因原料的专利将以其他方式阻止对它在农场的再利用。它还包括一项有条件的强制许可规定，即如果不是这样的话，培育者对原料的使用就会触犯专利权。<sup>25</sup>

植物品种专利制度在美国尤其重要，因为在宣布具有专利权后，专利品种持有者就可以禁止其他人使用自己的专利品种进行培育实验。这是与植物品种保护制度的重大区别之处。要证明一个新品种符合专利标准是非常困难且成本高昂的，而获得植物品种保护资格就相对容易。通过一项包容广泛的专利来获得专利保护是很常见的，该项专利往往包括基因，影响技术改革的遗传媒介或载体等等，往往包括许多有该基因在内的潜在多样性或综合作物。从实用角度出发，这和为整个植物颁发专利有同样的效果，因为专利通常会包括：“包括该产品在内的所有材料”。<sup>26</sup>

无论专利权对研究有怎样的激励作用，市场影响力将成为私人投资的直接动力，这是最真实的潜在利润所在。然而与医学研究相比，农作物对各公司更具吸引力的潜在原因是这些作物大面积生长在发展中国家。投资费用相对低于医学研究费用，潜在的市场相对更大些。例如稻米在印度的产值超过美国的玉米市场，成为国家或国际公共机构的培育者的农作物之一（主要是国际农业研究咨询团体）。此后私人投资机构对稻米研究越来越感兴趣。蒙森特和赛因甘塔正在研究世界两大稻米品种的基因组排列顺序。美国每年都统计稻米品种的专利数量，2000 年的品种数量已经从 1995 年的 100 种以下增长到 600 种以上。<sup>27</sup>

迄今为止，大约 80 % 的转基因作物试验均是在发达国家进行的，世界上四分之三的基因改良作物均生长在发达国家。多国合作的品种培育战略本质上是以发达国家农业市场和中等发展中国家（例如巴西，阿根廷或中国）商业发展的需求为导向的。诸如是否研发除草剂容许量这样的基因特征，所获商业利益的大小起主要决定作用，而不考虑是否能够帮助发展中国家的贫困农民。尽管无论在发达国家还是在发展中国家推行基因改良作物新品种都引起争议，但一些发展中国家认为那些推行基因改良作物的公司可能会给他们带来潜在的利益（例如，有昆虫抵抗能力的 Bt 菌基因）。<sup>28</sup> 目前已有至少五个发展中国家种植了 Bt 棉花或 Bt 玉米，其他的国家如果能够解决环境问题，也许也会感兴趣。例如最近印度已经获准种植 Bt 棉花。各公司也有为发展中国家捐献适当的技术（例如通过使用费全免的许可），包括那些关于富含维生素 A 的营养米（金米）和木薯的种植技术。一些公司在其染色体组研究的基础上出版科学论文，但因没有将原始数据储存在公共数据库里而引起了一些争议。由于公司为了实现最大商业价值而希望限制对这些数据成分的使用，使有关将它们储存在公共数据库内的谈判复杂化。<sup>29</sup>

由私营部门投资进行的农业技术发展潜能将超过给发展中国家商业行业带来的利润。但如

果利用公共部门提供的资金进行发展和应用的绿色革命不能有效地提高处于各种农业生态环境中的贫困农民的生活水平，那么很显然由私营部门领导的生物技术相关研究更不可能达到这个目的。因此需要更多的专门以这类农民需要为目的的公共部门研究。1998年国际农业研究咨询团体组织耗资2500万美元进行各类育种实验，而比较之下，蒙森特投资12.6亿美元用于此类实验。<sup>30</sup>

对与贫困农民有关问题进行研究除了缺乏动力之外，有证据证明，专利及在某种程度上植物品种保护制度对促进全球种子和农业投入产业的巩固起到了不小作用。这些巩固看上去是受技术变革的驱动，以纵向横向结合为目标，通过对控制分配渠道进行更好的控制，包括辅助性农业投入（例如除草剂），使用于研究的投资金额实现最大价值。

公司获得专利授权后，就能够保护本公司的投资研究成果并阻止其他公司的侵权行为。同样，其他公司的专利权也能阻止他人盗用自己的研究成果。例如，仅Bt菌技术就有几百个相似的专利权，至少四个公司拥有保护Bt转型玉米技术的专利权。<sup>31</sup>最近赛因甘塔在美国提出两项诉讼，控告许多竞争者侵犯其所拥有的相关Bt技术的数项专利权，尽管这些公司已经多年使用这些技术，出售综合Bt技术的种子。<sup>32</sup>可以使用交叉许可<sup>33</sup>或战略联盟作为克服专利冲突的执行机制，<sup>34</sup>但合并或收购是获得在某特定领域内自由使用研究技术的最有效手段。所有这些方法（不仅最后一种）都能够减少竞争。由于各大型跨国农业化学公司掌握越来越多的基本所有权技术，使进行技术革新面临着难以克服的障碍。<sup>35</sup>在80年代，美国专利机构批准通过的关于Bt技术的专利权中的50%是由大学和公共部门研发的。到了1994年，独立生物技术公司和个人研发的Bt技术专利则占77%，但在1999年，仅六大公司的研发成果就占67%（由于AstraZeneca的农业部门与Novartis合并组成赛因甘塔，因此目前已经变成五大公司）。更有甚者，这些公司1999年获得的Bt技术专利中的75%是通过采购小型生物技术公司和种子公司而获得，这证明这些公司的控制能力有加强。<sup>36</sup>

在发展中国家里，也呈现出跨国公司快速兼并和收购小型生物技术公司和种子公司的趋势。例如在巴西，随着1997年推行植物品种保护制度（大概也与计划允许种植基因改良作物有关系），1997年至1999年，蒙森特公司的玉米种子市场销售份额从0%增长到60%。它收购了巴西三个本地公司（由于是一项国际交易，也包括卡基尔公司在内），同时Dow公司和Agrevo公司（现更名为Aventis公司）也通过收购增加了他们在巴西的市场份额。仅有一家巴西公司保留了5%的市场份额。<sup>37</sup>这种现象在发展中国家将会越来越普遍。<sup>38</sup>

因此，行业的迅速集中化引发了严重的竞争问题。如果专利技术售价过高使小农场主没能力购买，或没有新技术的其它来源，尤其是来自公共部门的新技术，都会对粮食稳固性造成相当大的威胁。此外技术的趋向集中，公共部门和私营部门在申请植物技术专利时引起的纠纷等等都会对研究起限制作用。在私营部门一般通过联盟或收购来解决，而公共部门的难题是如何在不违反知识产权的前提下获得研究所需的技术；而且如果他们发展了新技术，应该以什么条件提供。美国农业部最近出台的一份评估报告指出，“我们并不清楚，当前的知识产权制度到底是激励还是阻碍研究发展。”<sup>39</sup>我们将在第6章再次讨论这个问题。

## 结论

因此根据《与贸易有关的知识产权协议》的要求，发展中国家在履行其保护植物品种的职责时，可以有以下三个选择，既可择一使用，也可组合使用：

- 保护植物新物种国际联盟模式的立法制度，以其 1978 年或 1991 年的协定为依据（尽管他们现在只能加入 1991 年的协定）
- 另一种形式的“单独适用保护”制度，包括或不包括动物品种改良
- 植物品种专利保护制度

我们对专利可能造成的影响的担忧不仅限于植物品种专利保护，也包括对动植物的总体担忧。目前极少例证可以证明为生物技术相关发明提供专利保护是真正符合大多数发展中国家的利益，这些国家鲜有能力或根本没有能力研发这种类型的技术。因此我们建议，在符合《与贸易有关的知识产权协议》要求的前提下，尽可能将这些发明排斥在专利保护范围之外，以便最大限度利用这些发明技术。甚至连《与贸易有关的知识产权协议》要求进行专利保护的技术，例如微生物技术，发展中国家仍有余地可以自行限制保护的範圍。特别是对“微生物”的定义缺乏普遍认可时，发展中国家仍可以自由选择一個限制所包容物质的範圍的可信定义。<sup>40</sup>

因为专利可能限制农民和研究机构对种子的使用，所以发展中国家一般不应当对动植物提供专利保护，这也是《与贸易有关的知识产权协议》27.3(b) 允许的。相反发展中国家应当考虑不同形式的植物多样性保护的单独适用制度。

技术力量薄弱的发展中国家应当采取与《与贸易有关的知识产权协议》相符的措施，限制农业生物技术领域专利的适用范围，应就“微生物”的定义采取限缩解释。

但是拥有或希望发展生物技术相关产业的国家可能希望对这一领域提供某些专利保护。如果这样做的话，应当对植物育种和研究领域做出排他性权利的具体例外规定。同时必须审慎研究适用于收割作物的专利权授予范围。重要的是在立法中对专利权做出明确的例外规定，允许农民再利用种子。

对《与贸易有关的知识产权协议》条款 27.3(b) 的不断审查应当允许各国保留不对动植物授予专利的权利，包括基因和经过基因改良的动植物。《与贸易有关的知识产权协议》还应当允许各国建立适合于本国农业体系的单独适用的植物品种保护法规，应当允许为进一步研究和育种的目的使用受保护的物种，规定农民有保留和再次播种种子的权利，包括非正式的出售和交换。

由于育种业日趋集中，应当重视加强对农业和国际农业领域的公共研究，增加这方面的资金投入。应当确保研究以贫困农民的需要为中心，公共部门的物种可以与私营企业的物种互相竞争，同时要保护全世界的植物基因资源。此外，针对私营企业的高度集中现象，各国也应考虑将竞争法规适用于这一领域。

## 利用植物基因资源和农民的权利

### 引言

正如上述，未来农业研究的关注重点是通过田地，国家和国际组织来保存基因资源，在保证研究者使用的同时，认可发展中国家的农民在保存，改良和有效利用这些资源方面做出的贡献。

联合国粮农组织于 1983 年对保护植物基因资源下了保证书，它是确保保存、使用及有效利用植物基因资源的国际行动奠基石。随后，在意识到知识产权授予现代植物品种培育者的权利和农民获得的权利之间存在严重失衡的现象，而农民一直以来负责提供植物基因资源，培育者的研究成果莫不源于此，因此“农民的权利”<sup>41</sup>这个概念被提交联合国粮农组织进行讨论。第二个关注点为：使对作为人类共同财产的植物基因资源的使用与从这些资源的其它物种中所获私家专利权之间保持一致。

1989 年联合国粮农组织同意认可这些担忧，“由于农民在过去、现在和将来为保存、改良和开发植物基因资源所做出的贡献，特别是在起源和多样化中心的贡献”，因此承诺将农民的权利纳入保证书中。<sup>42</sup>将通过国际植物基因资源基金实现农民的权利，该基金将为相应的农业活动提供资金，将特别针对发展中国家。随后联合国粮农组织同意，“将根据保护植物新物种国际联盟公约规定为‘植物培育者’提供权利……它与国际保证书并不是不可兼顾的”，这种措辞反映了某些发展中国家对保证书和保护植物新物种国际联盟之间的基本一致性一直有所怀疑。<sup>43</sup>

在 1992 年签署《生物多样性公约》之后，根据它将保证书转化为一项条约，即最终在 2001 年达成协议的《粮农植物基因资源国际条约》<sup>44</sup>。该条约的具体目标是，为获得共同利益，促进对由各成员国或国际收藏者控制的植物基因资源的有效利用；认识到这些植物基因资源是作物基因改良不可缺少的原料，许多国家依赖的基因资源往往都起源于别处。考虑植物基因资源的具体特性体现出《生物多样性公约》已经生效。现存的大多数物种，特别是由公共培育计划培育出的品种包含的基因材料来源广泛，通常来自基因库的基因材料，而它们本身也有多样化的起源。

《粮农植物基因资源国际条约》也认可了农民在保存、改良和保持这些植物基因资源有效性方面做出的贡献，它是农民权利的基础。它并没有以任何形式限制农民享受保存、使用、交换和出售农场收获的种子的权利。同时也陈述了参与有关这些资源使用的决定制定权利，并从中获得公平及平等的利益（参阅文字框 3.2）。

### 农民的权利

《粮农植物基因资源国际条约》完全允许国家政府实现农民的权利（见第 9.2 段）；因此具体贯彻农民的权利并不是一项国际义务，与《与贸易有关的知识产权协议》规定的职责不同。

关于农民权利的辩论主要集中在公平性和经济性方面。植物培育者和世界各国通过农民对植物基因资源的保持和发展获得巨大利益，但是农民却没有因其作出的贡献而获得经济回报。也许可以把农民的权利当成是给他们的激励，鼓励他们继续提供生物多样性的保存和维护服务。如上所述，植物品种的保护所遵循的固有趋势是鼓励一致性及减少生物多样性，而农民的传统习惯则是此趋势的平衡力。应支持农民，认可他们保存基因资源的服务带来

的目前市场体系尚未认可的经济价值，并在某种程度上受技术变革和植物培育者被保护范围扩大的威胁。此外知识产权保护范围的扩大的确带来限制农民再利用、交换和出售种子的权利，而这是农民用于保存和发展植物基因资源的传统习惯。

农民的权利虽然不是知识产权，但它们对植物培育者通过正式的植物品种保护制度或专利权所获权利起到了重要的平衡作用。然而决定在全国范围内如何实现这些权利是复杂的，因此我们将在下一章的《生物多样性公约》中进行讨论。公约允许建立由捐助和商业化收益集资的财务机构，实行帮助“在食品和农业领域保存及可持续性地利用植物基因资源的农民”的协议计划和项目。<sup>45</sup>

### 文字框 3.2 《粮农植物基因资源国际条约》中的农民权利（论文九）

- 9.1 条约成员国已认识到地方及本土社区和全世界各地区农民做出的巨大贡献,特别是在起源中心和作物多样性方面，他们已经并将继续致力于保持和发展植物基因资源，在世界范围内建立了食品和农业生产的基础。
- 9.2 条约成员国一致认为,国家政府机构有责任实现农民的权利，涉及与食品和农业有关的植物基因资源。依照农民的需求和优先权，每一个成员国都应当在适当且服从国家立法制度的前提下，设法保护和提高农民的权利，包括：
- (a) 保护食品和农业领域与植物基因资源有关的传统知识；
  - (b) 公平分享食品和农业领域利用植物基因资源所得利益的权利；
  - (c) 参与全国范围内就植物基因资源的保护和可持续利用问题做决策的权利。
- 9.3 在服从国家立法及合理的前提下，本论文没有任何内容可以被认为是限制了农民保存、使用、交换和出售收获种子或传播基因材料的权利。

## 多国体系

根据条约要求，各国已同意从附录中统一列举的作物清单中提供对植物基因资源的使用，这对食品稳固性很重要。通过签署条约，各国政府同意将原先由其直接控制的资源纳入“多国体系”。他们也会鼓励不受他们直接控制的机构去这样做。尤其重要的是，在国际农业研究咨询团体的支持下，大规模收集对发展中国家有用的基因材料，当然许多国家的基因材料是有全球性价值的，无论是发达国家还是发展中国家；除此之外还有在农民田地里贮存的多样化基因。

关于知识产权，条约中有潜在争议的部分涉及到对多国体系基因库资源的保护。条约最终的协议如下：

“从跨国机构基因库的基因材料所得形式取得的成果不得申请专利权或其他形式的权利来限制利用植物基因资源或基因部分或成分用于食品 and 农业的发展。”<sup>46</sup>

这种措词体现出不可避免的外交妥协，反映出绝大部分发展中国家希望避免出现因受到知识产权的制约而限制利用基因资源的情况，而一些发达国家根据现存的国家标准允许申请基因材料专利权。关键词“从……所得形式”表示取自基因库的材料不能申请专利或其他形式的权利，但材料经修改后（无论是怎样定义）是允许申请专利的。

无疑这种妥协性的措词不允许为取自种子库的种子申请专利权，但可以为从该材料隔离开的基因申请专利的程度是很有争议的。在条约磋商期间，一些国家认为这篇论文的观点将被人们视为排斥该类型的专利。其他国家则认为，“基因隔离型”（其作用已经证实）有别于“从……所得形式”，因此应当可以申请专利。因此制定申请基因材料专利权的规定，措词变得非常重要，无论是在发达国家还是在发展中国家。即专利申请所要求的发明实质、创造性地使用该材料的申请实质、以及这些专利申请可能会限制基本基因材料的使用。我们将在第六章进一步讨论这个问题。

同时条约也制定了一项重要原则，即任何材料使用者都将签署《标准材料转让协议》，<sup>47</sup> 该协议由条约的主管团体制定，将根据条约协议综合各使用条件（段落 12.3），根据条约要求建立基金组织，公平分享利用植物基因资源所获利益。提出以多边而非双边安排的方式建立具体的利益均分机制，远远超出了《生物多样性公约》的规定。

发达国家和发展中国家都应当加快批准“有关食品和农业的植物基因资源”的联合国粮农组织条约的步伐，尤其应当执行公约相关条款：

- 不给来自多国体系为框架的所得形式材料授予专利权。
- 各国还应当执行全国性措施保护农民的权利，包括：(a) 保护食品与农业领域与植物基因资源有关的传统知识；(b) 公平分享食品和农业领域利用植物基因资源所得利益的权利；(c) 在全国范围内就植物基因资源保护和可持续利用问题参与决策的权利。

<sup>1</sup> 国际农业基金组织 (IFAD) (2001), 《农村贫穷报告 2001 — 结束农村贫穷之挑战》, IFAD, 罗马, 第 14 至 15 页。源自: <http://www.ifad.org/poverty/>

<sup>2</sup> 参见术语表的有关定义。

<sup>3</sup> 参见下一部分。

<sup>4</sup> 参见 Nuffield 生物伦理学理事会 (2002) 《申请 DNA 专利的道德规范: 讨论文件》, Nuffield 生物伦理学理事会, 伦敦, 第 21 至 23 页。

源自: <http://www.nuffieldbioethics.org/filelibrary/pdf/theethicsofpatentingdna.pdf>

<sup>5</sup> 参见术语表的有关定义。

<sup>6</sup> 参见术语表的有关定义。

<sup>7</sup> 该技术还没有被以商业方式使用。

<sup>8</sup> Pardey, P. 与 Beintema, M. (2001), 《慢速魔法: 孟德尔之后 100 年的农村研发》, 国际食品政策研究所, 华盛顿州哥伦比亚特区, 第 10 页。

源自: <http://www.ifpri.cgiar.org/pubs/fps/fps36.pdf>. 请注意, 这些数字是以购买力平价汇率为基础的, 作者认为这可以更准确地反映相对值。按普通的美元汇率, 发达国家的那一部分就高了许多 (69%, 而不是 44%, 参见第 5 页。)

<sup>9</sup> Pardey · P. 与 Beintema · M. (2001), 第 4 页。

<sup>10</sup> 有关与健康相关的研发数据, 请参见宏观经济与健康委员会 (2001) 《宏观经济与健康: 为了经济发展投资健康》, 世界卫生组织, 日内瓦, 脚注 103, 第 124 页。

源自: [http://www3.who.int/whosis/cmh/cmh\\_report/e/report.cfm?path=cmh,cmh\\_report&language=english](http://www3.who.int/whosis/cmh/cmh_report/e/report.cfm?path=cmh,cmh_report&language=english)

- <sup>11</sup> Pardey, P. & Beintema, M. (2001), 第 8 页。
- <sup>12</sup> Geoffrey Hawtin 在世界食品峰会上的讲话, 2002 年 6 月 13 日。  
源自: [http://www.fao.org/worldfoodsummit/top/detail.asp?event\\_id=12899](http://www.fao.org/worldfoodsummit/top/detail.asp?event_id=12899)
- <sup>13</sup> Butler · L. 与 Marion · B. (1985), 《对美国种子行业和公共植物培育的专利保护影响》, 食物系统研究集团第 16 号专论, 威斯康星大学, 麦迪森。
- <sup>14</sup> Shoemaker · R. et al (2001), 《生物技术中的经济问题》, ERS 农业信息第 762 号公告, 美国农业部, 华盛顿哥伦比亚特区, 第 36 页。
- <sup>15</sup> Alston · J. 与 Venner, R. (2000), 《美国植物品种保护法案对改良小麦基因的影响》, EPTD 第 62 号讨论文件, 国际食品政策研究协会, 华盛顿哥伦比亚特区。  
源自: <http://www.grain.org/docs/eptdp62.pdf>
- <sup>16</sup> Van Wijk · J. 与 Jaffe · W. (1995), 《植物培育者权利对发展中国家的影响》, 美洲国家间农业合作协会, 圣何塞, 阿姆斯特丹大学。
- <sup>17</sup> Rangnekar · D. (2002), 《遗传资源的享用权、以基因为基础的发明、农业》, 委员会背景材料, 3a, 伦敦, 第 39 页。源自: <http://www.iprcommission.org>
- <sup>18</sup> Louwaars · N. 与 Marrewijk · G. (1996), 《发展中国家的种子供应系统》, 农业和农村合作技术中心, Wageningen 农业大学, Wageningen, 第 99 页。
- <sup>19</sup> 国际保护植物新品种联盟 (UPOV) 1978。  
源自 <http://www.upov.int/eng/convtns/1978/pdf/act1978.pdf>.;  
UPOV 1991。源自: <http://www.upov.int/eng/convtns/1991/pdf/act1991.PDF>
- <sup>20</sup> PGRI 已经出示了一份有帮助的文件, 讨论了发展中国家在采用单独适用制度时应该考虑的问题。国际植物遗传资源研究所 (IPGRI) (1999), 《决策者面对的关键问题: 根据 WTO 〈与贸易有关的知识产权协议〉保护植物品种》, IPGRI, 罗马。  
源自: [http://www.ipgri.cgiar.org/publications/pubsurvey.asp?id\\_publication=41](http://www.ipgri.cgiar.org/publications/pubsurvey.asp?id_publication=41). 我们使用的另外一份内容更加详尽的评论是 Leskien · D. 与 Flitner · M. (1997) 的《知识产权和植物基因资源: 单独适用制度的选择方案》, 遗传资源的第 6 个问题, IPGRI, 罗马。  
源自: [http://www.ipgri.cgiar.org/publications/pubfile.asp?ID\\_PUB=497](http://www.ipgri.cgiar.org/publications/pubfile.asp?ID_PUB=497)
- <sup>21</sup> 例如可查看国际基因资源行动组织 (GRAIN) 的网址。  
源自: <http://www.grain.org/publications/nonupov-en.cfm>
- <sup>22</sup> 《非洲保护本土社区、农民和培育者的权利、规定生物资源享用权的典型法律》, 非洲一体化组织 (Organisation of African Unity), 2000, 第 26 款。  
源自: <http://www.grain.org/publications/oau-model-law-en.cfm>
- <sup>23</sup> 《保护植物多样性和农民权利的法案》, 印度政府, 2000。  
源自: <http://www.grain.org/brl/pvp-brl-en.cfm>
- <sup>24</sup> 该概念引自 Leskien and Flitner (1997)。
- <sup>25</sup> 欧洲议会和理事会 1998 年 7 月 6 日关于合法保护生物技术发明的《指令 98/44/EC》, 《官方杂志 L213》, 1998 年 7 月 30 日, 第 13 至 21 页 (第 11 款和 12 款)。  
源自: [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31998L0044&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31998L0044&model=guichett)。这些条款于 2002 年在英国履行。源自: <http://www.patent.gov.uk/about/ippd/notices/biotech.htm>
- <sup>26</sup> 请参见《指令 98/44EC》, 第 9 款 (及第 8 款)。
- <sup>27</sup> Barton, J. 与 Berger, P. (2001), 《农业专利》, 《科学技术中的问题》, 2001 年夏季刊, 第 4 页。  
源自: [www.nap.edu/issues/17.4/p\\_barton.htm](http://www.nap.edu/issues/17.4/p_barton.htm)
- <sup>28</sup> 在 Nuffield 生物伦理学理事会上 (1999 年) 讨论了 GM 作物在发展中国家的潜在利益和风险, 《改良基因的作物: 伦理和社会问题》, Nuffield 生物伦理学理事会, 伦敦, 第 4 章。  
源自: <http://www.nuffieldbioethics.org/filelibrary/pdf/gmccrop.pdf>
- <sup>29</sup> 例如: 可参见 Normile, D. (2002), 《Syngenta 公司同意大范围发行》, 《科学》, 第 296 卷, 第 1785 至 1787 页。源自: <http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/296/5574/1785b?ijkey=pUrgaGgEb0z7.&keytype=ref&siteid=sci>

- <sup>30</sup> Pardey · P. 与 Beintema · M. (2001), 第 19 页。
- <sup>31</sup> Barton · J. 与 Berger · P. (2001), 第 4 页。
- <sup>32</sup> 源自: [http://www.syngenta.com/en/media/printer.asp?article\\_id=234](http://www.syngenta.com/en/media/printer.asp?article_id=234)
- <sup>33</sup> 请参见术语表的有关定义。
- <sup>34</sup> 例如: 可参见 2002 年 4 月 2/3 日宣布的两项协议, 一项是 Monsanto 和杜邦之间; 一项是 Monsanto 和 Ceres 之间。  
源自: <http://www.monsanto.com/monsanto/media/02/default.htm>
- <sup>35</sup> 六大公司一般指 AstraZeneca、Aventis、Dow、杜邦、Monsanto 和 Novartis, 2000 年变为五个, 其中 Novartis 和 AstraZeneca 两者的农业部门合并。
- <sup>36</sup> De Janvry · A., Graff · G., Sadoulet · E. 与 Zilberman · D. (2000), 《农业技术变革与减少贫穷》, 加利福尼亚大学, 伯克利。WDR 关于贫穷与发展的概念文件 2000/2001, 第 6 至 7 页。  
源自 <http://www.worldbank.org/poverty/wdrpoverty/background/dejanvry.pdf>
- <sup>37</sup> Wilkinson · J. 与 Castelli · P. (2000), 《巴西种子行业的国际化: 生物技术、专利和生物多样性》, 巴西行动援助, 里约热内卢, 第 49 页。源自:  
<http://www.actionaid.org.br/e/pdf/seed.pdf>
- <sup>38</sup> Byerlee · D. 与 Fischer · K. (2001), 《享用现代科学: 发展中国家农业生物技术的政策与选择方案》, 《今日知识产权战略》, 第 1 号, 第 2 页。源自:  
源自: <http://www.biodevelopments.org/ip/ipst1hr.pdf>
- <sup>39</sup> Shoemaker · R. et al (2001), 第 37 页。
- <sup>40</sup> 基因不是微生物, 按狭义的概念细胞系也不是微生物, 尽管有些法律如英国专利法认为后者是微生物。请参见英国专利局专利实践手册第 1.40 节。也可参见 Adcock · M. 与 Llewelyn · M. (2000) 《微生物按照〈与贸易有关的知识产权协议〉的定义和选择方案》, 2 号临时文件, QUNO, 日内瓦。
- <sup>41</sup> 参见术语表中的有关定义。
- <sup>42</sup> IUPGR 决议 5/89。源自: <http://www.mtnforum.org/resources/library/iupgr91a.htm>
- <sup>43</sup> IUPGR 决议 4/89。
- <sup>44</sup> ITPGR 文件, 源自: [Source: http://www.fao.org/ag/cgrfa/IU.htm](http://www.fao.org/ag/cgrfa/IU.htm)
- <sup>45</sup> ITPGRFA 第 18.5 款。
- <sup>46</sup> ITPGRFA 第 12.3 d 款。
- <sup>47</sup> 材料供收方之间达成的合同协议, 规定了转让条件。



## 第 4 章

# 传统知识和 地理标志



### 导言

人类社会一直在创造知识，并对之进行完善和代代相传。这些“传统知识”<sup>1</sup> 通常是人类社会文化特征的一个重要部分。传统知识在绝大多数人的日常生活中已经并仍在扮演着一个极其重要的角色。传统知识对发展中国家的食品稳固和数百万人口的健康是极其必要的。在许多国家，传统药品是贫穷人口唯一买得起的治疗方法。在发展中国家，高达 80% 的人口依靠传统药品帮助他们的健康需求。<sup>2</sup> 另外有关植物治疗特性的知识已经成为许多现代药品的来源。正如我们在第 3 章提到的，当地农民对植物品种的使用和不断发展、对这些品种的共享和传播以及与此相关的知识对发展中国家的农业系统起着非常重要的作用。

但国际社会寻求对传统知识的承认与保护却只是最近的事情。1981 年，世界知识产权组织和联合国教科文组织通过了《民间传说典范法律》；1989 年，联合国粮农组织将“农民权利”概念引入《国际植物遗传资源保证》；1992 年，《生物多样性公约》(CBD) 强调了促进和保护传统知识的必要性。<sup>3</sup> 尽管这些工作已持续了二十年，却还没有形成最终被普遍接受的传统知识保护和促进方案。

《生物多样性公约》也制定了一些有关遗传资源及相关知识使用及其带来的利益的共享原则。因此我们是在传统知识和其它知识以及遗传资源的背景下，考虑知识产权制度和《生物多样性公约》的使用与利益共享原则之间的关系。

我们也要考虑，地理标志是否有助于促进发展，并促进解决参加《与贸易有关的知识产权协议》理事会目前有关该问题讨论的发展中国家的相关问题，尽管这很大程度上是另一个分开的问题。

因此我们将在本章讨论以下问题：

- 传统知识和民间传说的本质是什么？保护它们意味着什么？
- 如何使用现有的知识产权制度保护和促进传统知识？
- 知识产权制度的哪种修改方式可以促进对传统知识的保护？
- 知识产权制度如何支持《生物多样性公约》所奉行的使用和利益共享原则？
- 地理标志保护对发展中国家重要吗？

### 文字框 4.1 生物盗版

“生物盗版”没有公认的定义。侵蚀、技术与集中行动小组 (The Action Group on Erosion, Technology and Concentration, ETC Group) 给它下的定义是：“寻求独占控制农业及本地社会的知识及遗传资源（通常是专利权或植物种苗权）的个人或机构对该知识资源的占用。”

以下行为已经被描写为“生物盗版”：

- a) **“不当”专利的授予。**获取专利的发明既没有新颖性也没有创造性，而且与公众领域已经存在的传统知识有关。这些专利的授予要么是因为专利核准阶段的疏忽，要么只是因为专利核准人员不具备有关方面的知识。后者要么是因为虽然这些知识是书面的，但核准人员以其可用工具无法获得，要么是因为这些知识不是书面知识。世界知识产权组织发起了一项将传统知识归档分类的计划，以解决部分问题。
- b) **“适当”专利的授予。**可以依照有关衍生于社会传统知识或遗传资源发明的国家法律，正确授予专利。由于以下原因，该行为可以被认为构成“生物盗版”。
  - 专利标准过低。例如：有些获取专利的发明充其量比发现强一些。或者国家专利制度（如美国的国家专利制度）可能未能将传统知识的一些公开形式看作先前技术。<sup>4</sup>
  - 即使该专利代表的是一项真正的发明，但无论如何未作任何安排来获取提供知识或资源的社区的事先知情同意 (PIC)<sup>5</sup>，也未按照《生物多样性公约》作任何安排使这些社区分享商业化利益的回报。

## 传统知识

### 背景

许多与传统知识相关的案例已经吸引了国际关注。因此，传统知识问题已被带到有关知识产权的长期争论的前列。这些案例包括通常被指称为“生物盗版”(biopiracy)的行为(见文字框 4.1 和 4.2)。例如：姜黄、印楝和灵藤水/阿亚华斯卡的案例，阐明与已存在于公共领域的传统知识相关的发明获取专利保护时产生的问题。对于这些案例，已颁发的专利是无效的，因为专利核准人员并不了解与之有关的传统知识。再例如，一种名叫丽杯角属的植物品种被授予了专利。对此，问题并不是该不该授予专利，而是培养了此发明基础的传统知识的被称作桑人的当地人是否有权充分分享商业化所产生的任何利益。

部分出于这些著名案例的原因，许多发展中国家、传统知识持有者及有关机构正在许多论坛中敦促更好地保护传统知识。例如：这些努力已经促使世界知识产权组织成立了一个关于知识产权和遗传资源、传统知识和民间传说的政府间委员会。对传统知识和民间传说的保护也正被在《生物多样性公约》的框架中进行讨论，并在其它国际机构得到讨论，这些机构包括联合国贸易与发展会议、世界卫生组织、联合国粮农组织和联合国教科文组织。<sup>6</sup>另外《多哈世界贸易组织部长会议声明》也强调了《与贸易有关的知识产权协议》在保护传统知识方面发展进一步工作的必要性。<sup>7</sup>

### 传统知识的性质和保护传统知识的目的

如何定义传统知识？虽然从代代相传的意义上讲，绝大多数知识都是陈旧的，但知识本身也在不断推陈出新，正如现代科学的进步不是大跃进式而是持续增长式。在我们的会议上，有一位代表发言认为，“民间传说”一词应被更合适的“文化表现形式”一词取代，后者表现的是活生生的、实用的传统，而不是过去的纪念品。大多数传统知识和民间传说是口头相传，但其中一些知识，如纺织品设计和印度草医学医药知识，也被编成了法典。传统知识的持有者多种多样，个人、团体或社会团体都可以是保管者。这些团体可能是当地土生土长的，也可能是后来定居者的后裔。知识的性质也是多种多样的，包括诸如文学艺术或科学著作、歌曲、舞蹈、医疗实践和农业技术技巧等。

虽然人们提出了许多定义传统知识和民间传说的方式，但却没有一种定义被大家公认。人们的争论之所以陷入困惑不只因为传统知识的范围广大，而且因为“保护”的定义和目的模糊。肯定不应该将其与知识产权意义上的“保护”一词直接划等号。世界知识产权组织<sup>8</sup>在对一系列寻证任务的报告中，试图将传统知识保管者关注的问题总结如下：

- 担心传统生活方式和传统知识一去不返，担心社会上的年轻人不愿意继承传统习惯
- 担心传统知识及其保管者得不到足够的尊重
- 担心对传统知识的盗用，包括不进行利益分享的使用或以贬损的方式使用
- 对保护和促进传统知识的进一步使用的必要性缺乏认识

## 文字框 4.2 涉及传统知识和遗传资源的有争议的专利案例

### 姜黄

姜黄 (*Curcuma Longa*) 是一种姜科植物，其根茎呈藏红花色，可以用作印度烹饪的调味品。它的其它特性使其成为医药、化妆品和染料的一种有效成分。姜黄作为一种药材，传统上被用于治愈伤口和皮疹。

- 1995 年，密西西比大学医疗中心的两名印度公民被美国授予第 5401504 号专利，专利内容是“使用姜黄治愈伤口”。
- 印度科学和工业研究理事会 (CSIR) 要求美国专利商标局 (USPTO) 重新审核该专利。
- 印度科学和工业研究理事会认为，姜黄被用作治愈伤口和皮疹已经有数千年之久，因此它的药用用途没有新奇性。
- 该理事会的主张得到了传统知识的书面证明，其中包括一篇古梵语的文章和 1953 年在印度医疗协会的期刊上发表的一篇论文。
- 尽管专利权人有争议，但美国专利商标局还是认可了印度科学和工业研究理事会的反对意见，废除了该专利。

评论：姜黄案是一个里程碑，发展中国家对基于其传统知识的专利挑战的第一次成功。据印度政府核算，印度为本案付出的法律成本大约是 1 万美元。

### 印楝 (Neem)

印楝 (*Neem, Azadirachta indica*) 是源于印度以及南亚、东南亚其它地区的一种树。由于它具备天然药品、杀虫剂和肥料的特性，所以现在广种于热带。印楝提炼物可以被用来抵御袭击粮食作物的许许多多的害虫和真菌疾病；树种榨出的油被用来治疗感冒和流感；将油混在肥皂里，据说能够以低成本缓解疟疾、皮肤病甚至脑膜炎的病情。

- 1994 年，欧洲专利局授予美国 W.R. Grace 公司和美国农业部第 0436257 号专利，专利内容是“借助疏水印楝提取液控制植物真菌疾病的方法”。
- 1995 年，国际非政府组织的一个团体和印度农民代表对该专利提起诉讼。
- 他们提交的证据表明，印度农业已知悉印楝树种提取液的杀菌效果并将其用于庄稼保护达数个世纪，因此，EP257 所认可的发明并没有新颖性。
- 1999 年，欧洲专利局决定，根据证据，“此项专利的所有特性在专利申请前已向公众公开……（该项专利）被认为没有创造性”。
- 2000 年，欧洲专利局废除该专利。

### 灵藤水 / 阿亚华斯卡

祖祖辈辈，亚马逊盆地本土部落的巫师都用 *Banisteriopsis caapi* 树皮制作一种庆典用的饮品，这种饮品被称为“灵藤水” (*ayahuasca*)。巫师在宗教和疾病治疗仪式上用灵藤水（“灵魂之藤”的意思）诊断和治疗疾病、通灵、占卜未来。

1986 年 6 月，一位名叫洛伦·米勒的美国人获取了美国第 5751 号植物专利，专利内容是被他称为“Da Vine”的 *B. caapi* 的变种。专利说明称：“该植物被发现长在南美洲亚马逊雨林的一个家庭花园里”。该专利权人声称，“Da Vine”是 *B. caapi* 的一个新的、独特的品种，主要是因为它的花的颜色有特色。

亚马逊盆地本土机构协调组织 (COICA) 是一个代表 400 多个本土团体的伞式组织，该组织 1994 年得知以上专利。国际环境法中心 (CIEL) 代表该组织提交了专利复审申请。该中心主张对先前技术的审核显示，“Da Vine”既不新也不独特。他们还认为，该专利的授予违背了《专利法案》的公共和道德要求，因为 *Banisteriopsis caapi* 在整个亚马逊地区都具有神圣的性质。该中心还提交了广泛的新的先前技术证据，1999 年 11 月，美国专利商标局拒绝了该专利要求，承认“Da Vine”与国际环境法中心提交的先前技术是没有区别的，因此该专利原本是不应该颁发的。然而专利权人进一步的辩论说服了美国专利商标局撤销了该决定，并于 2001 年早期宣布该专利应该维持不变。

**评论：**由于专利归档的时期，该专利没有被包括在美国关于特别案件 (inter partes) 再审查的新规定中。因此国际环境法中心无法就专利权人的论点发表意见，该专利就得以维持。

### Hoodia 仙人掌

生活在非洲南部喀拉哈里沙漠的桑人在打猎的长途旅行中传统上靠吃 Hoodia 仙人掌充饥止渴。1937 年，研究桑人的一位荷兰人类学家记录下 Hoodia 的这种用法。南非科学工业研究理事会 (CSIR) 的科学家只是最近才发现他的报告并开始研究这种植物。

1995 年，南非科学工业研究理事会为 Hoodia 的胃口抑制成分授予了专利 (P57)。1997 年，该理事会特许英国一家生物技术公司 Phytopharm 经营该专利。1998 年，一家药品公司 Pfizer 从 Phytopharm 获得了把 P57 当作一种潜在的减肥药品和肥胖症的治疗药品（这是一个价值超过 60 亿英镑的市场）进行开发和营销的权利，特许使用费高达 3200 万美元，是一个里程碑式的高价。

当桑人一知道他们的传统知识可能被利用了，就威胁要对南非科学工业研究理事会提起法律诉讼，根据是“生物盗版”。他们声称自己的传统知识被盗用了，南非科学工业研究理事会没有遵守《生物多样性公约》的法规，法规要求征得所有利害关系者的事先知情同意，包括原始发现人和使用人。

Phytopharm 已经进行了广泛的咨询，但未能发现任何“知识持有者”。而没有被询问的桑人显然当时正生活在离他们部落土地 1500 里远的帐篷营里。南非科学工业研究理事会声称，他们已经计划通知桑人有关研究和利益分享的事宜，但想首先确认药品研究的成功性。

2002 年 3 月，南非科学工业研究理事会与桑人之间达成协议，根据协议内容，桑人被承认为是与 Hoodia 植物相关的传统知识保管者，将分享任何未来的专利权使用费。尽管桑人可能只拿到最终销售额的非常小的一部分，但鉴于市场的潜在规模，桑人拿到的总额仍会相当可观。该药品不可能在 2006 年以前进入市场，而且可能在临床试验阶段时宣告失败。

**评论：**该案显然表明，只要各方有善意，是可以就有关使用与利益共享的共同可接受方案达成协议的。知识产权获取未来利益的重要性显然已得到各方的承认，包括桑人。

另一个组织将保护传统知识的这些和其它可能原因做了更简洁的分类：

- 公平：如果传统知识带来了商业利润，其保管者应得到公平的补偿。
- 保护：保护传统知识是为了更远大的目标，即保护环境、生物多样性和可持续发展的农业实践。
- 珍存：珍存传统实践和文化。用对传统知识的保护来促进知识和有知识人士在社区内外的地位。
- 阻止：阻止未经准许的各方将传统知识据为己有或避免“生物盗版”。
- 促进：促进发挥传统知识的用途，提升传统知识对发展的重要性。<sup>9</sup>

不可能期望某项单一的方案来解决如此广泛的问题，实现如此众多的目标。阻止盗用传统知识的措施与鼓励广泛使用这些知识所需采取的措施未必相同及协调。几乎肯定会需要许多补充措施，其中许多措施将超出知识产权的领域之外。确实争议的背后可能有更重大的问题，如：当地社区在其所处国家更大经济与社会中的地位及其对其传统居住地的使用权或所有权。从那种意义上讲，对传统知识的保存问题和传统知识保管者生活方式的延续问题，可能代表了这些社区面对外界压力所面临的根本问题。

然而，我们还是想把注意力集中在知识产权制度帮助解决这些问题的方式上。有关这个主题已经写了很多，许多国际组织，特别是世界知识产权组织，已经开始思考现有的知识产权制度是否起作用，是否需要新的保护形式。

### 处理有关传统知识的争论

正如上面所提到的，许多组织，包括世界知识产权组织、生物多样性公约、联合国贸易与发展会议和世界贸易组织，都正在讨论对传统知识的保护问题。这些争论更集中于对该问题的理解，而不是国际准则的制定。只有当国家或地区有了更深的理解和更多的实践经验后，国际传统知识保护制度的制订才是现实的。为了避免不必要的重复、保证争论中有尽可能多的不同意见，所有对该问题关注的机构都有必要合作。就此，有人向我们建议：象世界知识产权组织的这样一个机构，它只是处理知识产权的问题，也许不是全面研究传统知识的最合适的论坛。<sup>10</sup> 然而我们认为，哪个单独的组织都不可能有足够的专业能力、专门技术或资源处理有关传统知识全方位的问题。实际上在我们看来，为了保护、保留和发扬传统知识，将有必要采取多种多样的措施，尽管其中只有一部分与知识产权相关。

**在起始阶段就这个问题进行讨论将获益匪浅，可能使各方在原则问题上逐渐达成协议，取得事半功倍的效果。**

### 利用现有的知识产权制度保护和发扬传统知识

正在出现的一些例证表明如何使用现有知识产权制度来将传统知识商业化或阻止传统知识的滥用。例如：澳大利亚的土著居民和托雷斯海峡的岛上居民中的艺术家已经获得了一项国家认证商标。<sup>11</sup> 和其它商标一样，该认证商标或真实性标签是用来帮助销售他们的艺术和文化产品的，也可以阻止谎称土著居民原版产品的销售。

在最近对现有传统知识和民间传说保护措施的投资中，许多国家已经提供了更多的例证说明知识产权手段如何被用于发扬和保护传统知识和民间传说。<sup>12</sup> 这包括加拿大利用著作权保护措施保护基于传统知识的发明创造，如：土著艺术中的面具、图腾和录音带；利用外观设计保护物品的外观，如：哈萨克斯坦的头饰和地毯；利用地理标志保护传统产品，如：委内瑞拉和越南的烈性酒、调味品和茶。

商标寿命的无限期延长能力以及商标权集体所有制的可能性表明，商标权特别适合于保护传统知识。地理标志也一样，它可以被用来保护传统产品或传统工艺，如果这些产品的特性归于其特别的地理起源的话。然而商标和地理标志只能阻止对受保护商标或标记的使用，并不保护知识本身以及包含该知识的技术。

其它知识产权，特别是那些需要某种新颖形式或保护期限相当有限的知识产权，似乎不适合于保护传统知识。然而通过这些调查和其它研究，有一点是清楚的：现有的知识产权制度对保护传统知识是有一定作用的。至于这种作用是否重大还有待于继续观察。其它方面的经验表明这种作用并不大，尤其因为获取和实行这些权利的成本是不低的。如果发达国家的大多数小型企业已经发现知识产权制度（特别是专利制度）没有吸引力<sup>13</sup>，那么发展中国家的地方社区或其中个人似乎是不可能获取许多收益的。

## 保护传统知识的单独适用制度

一些国家已经断定现有的知识产权制度本身不足以保护传统知识。许多这样的国家已经制定或正在制定保护传统知识的单独适用制度。<sup>14</sup>

菲律宾已经制定了法律，并正在考虑更多的条款<sup>15</sup>，授予本土社区对其传统知识的权利。这些权利被推广到了对祖传土地的使用以及对与这些资源相关的生物、遗传资源和本土知识的使用。其它各方的使用必须根据惯例法获得相关社区的事先知情同意。来自遗传资源或相关知识的任何收益将被公平分享。然而此法律谋求的是保持当地社区之间生物多样性的自由交流，也在谋求确保本土社区能够参加各级决策制定的权利。

尽管这些法规的主要目的是承认、保护和促进社区与土著居民的权利，其中包括与生物资源和有关传统知识相关的权利，但它们也承认利用这些资源的潜力。然而除此之外，危地马拉法律也在谋求保护和促进本国传统知识的更广泛使用，该法律置国家文化表现形式（包括医学知识和音乐等）于国家的保护之下。<sup>16</sup> 根据法律，这些文化表现形式不能被出售，其使用是无偿的。因此一些国家正在制定不同种类的模式，以求法律和实践适应当地的需要。

一个特别重要的问题是，传统知识的任何保护形式对知识逐步形成所遵守的惯例法的承认程度问题。诸如孟加拉等国和非洲联盟<sup>17</sup> 等组织正在考虑制定单独适用法律，规定以社区为基础的对生物资源和相关传统知识的权利，并谋求对有关社区的文化和实践惯例给予更多的承认。菲律宾保护传统知识的单独适用制度也考虑到惯例法。

在某个著作权侵权个案中，澳大利亚联邦法庭已经考虑惯例土著法律及实践的相关性。尽管法庭发现自己并不能“识别对那种按照土著居民法律存在于当前申请者艺术品所用的梦幻故事和肖像之中的传统持有者所有权的侵权行为”，但它在考虑赔偿金时的确考虑到了土著艺术家在其文化环境中所蒙受的伤害。<sup>18</sup> 尽管这种判定对惯例法给予了某种程度的承认，但其程度显然并未如某些人所愿。在我们有关该论题的磋商中，一些人要求给予惯例法更多的承认。<sup>19</sup>

不管惯例法是否与传统知识有具体关系，对它们的承认提出了超越本报告范围的问题。然而我们相信与传统知识有关的惯例法应该得到尊重，而且如果可能的话，得到更广泛的承认。实现这些目标所需的进一步工作，如第6届《生物多样性公约》有关各方会议最近所批准的工作，应该得到支持。<sup>20</sup>

这些不同国家的制度在逐步形成时是否有足够的共同特性以形成一项国际单独适用制度，还令人拭目以待。我们承认，在建立一项国际单独适用制度方面一直存在着压力，发展中国家15国集团会议最近清晰明白地指出了这一点。<sup>21</sup>

**保护的**对象如此之多，“保护”理由的差异如此之大，一项保护传统知识的包罗万象的单独适用制度可能过于具体而缺乏灵活性，不能充分考虑当地的需要。

正如我们已经讨论过的，保护、促进和利用传统知识的能力不一定有赖于知识产权的存在，将地方革新者和企业家等结合起来可能会更有用。不管采取何种措施或何种工具，开发利用本身就很可能提高传统知识和当地发明在各社区中的形象，并鼓励社区的年轻人更多地参与，特别是如果产生了切实的经济报酬，就更容易有这种效果。但应切记，并非所有传统知识的持有者都想看到自己的知识被这样利用。来自秘鲁的一位 Kechuan 印第安人参加了我们的一个专家研讨会，并向委员会阐明了这个观点。他解释说，对于许多本土社区来说，其财富的概念与西方世界迥然不同。对于这些社区来说，当务之急是能够确保它们的传统知识和管理这些知识的惯例法得到保护和尊重，而不是得到金钱补偿。他还指出，传统知识的持有者可能还会对其知识的可能经济价值有不切实的期望。Hoodia 案之类的高知名度案显然提高了这种期望（文字框 4.2）。

## 传统知识的盗用

传统知识的本质是它的传播主要是通过口头而不是通过书面文字形式。当未经知识持有者准许的某方想要获取该知识的知识产权时，就会产生一些特殊的问题。在没有可使用的书面记录情况下，另一个国家的专利审核人员就不能使用可能会向基于传统知识的某项申请的新颖性或独创性挑战的文件。如果受损害方是知识的持有者或其代表人，那么其唯一的选择就是经国家法律允许，在专利授予过程中或专利授予后对专利权提出挑战。例如印度政府通过废除美国的巴斯马蒂白香米（见文字框 4.5）和姜黄专利权实现了这个目标。

行政或准司法专利对抗或再审程序的出现已经促进了这些专利的推翻。在没有这些程序的情况下，必须在相关法庭动用诉讼程序，这需要花费一定的成本及时间。即使有了这些程序，发展中国家监视和对抗世界范围内颁发的知识产权也是极为困难的，需要付出高昂的成本。在本章的后半部分，我们提议了一种帮助各国监控发明专利授予情况的可行办法。这些发明包括获取的生物材料和相关知识，或是从这些材料和知识开发出来的。

为公共领域已经存在的传统知识申请的专利不应予以承认。问题是这些知识往往没有文件证明，或者，即使有文件证明，专利审核人员也不可能轻易得到。特别是在专利办公室评定新颖性和独创性时依赖最多的基于专利的信息中，不可能找到有关传统知识的信息。为了解决这个问题，世界知识产权组织和以印度和中国为首的一些发展中国家正在谋求建立传统知识数字图书馆（见文字框 4.3）。该数字图书馆将不只以书面形式详细记录公共领域中已经存在的大量传统知识，而且还会考虑到国际分类标准（世界知识产权组织的国际专利分类(IPC)制度），以便专利审核人员能轻易查用这些资料。

世界知识产权组织也在考查因特网上已有多少有关传统知识的信息。该组织的初步发现表明，因特网上与传统知识有关的信息量相当可观，而且还在增长。但由于形式方面的问题，专利审核人员还是不能搜索到或使用其中的许多信息。<sup>22</sup>

### 文字框 4.3 传统知识数字图书馆 (TKDL) — 印度的观点

1999 年，在印度最终成功地但代价昂贵地挑战美国专利局批准的姜黄和巴斯马蒂白香米专利后，印度国家科学通讯研究所(NISCOM)和印度医药与顺势疗法系统局(ISM&H)获准合作，建立一个传统知识数字图书馆。

传统知识数字图书馆最初计划只是针对印度草医学（一种传统的印度医疗体系），该计划建议将公共领域的知识（现有的印度草医学著作）以数字化的形式存档。来自大约 35,000 Slokas（诗歌散文）和系统所阐述的信息将被输入一个数据库，据估计，该网页大约将有 14 万页有关印度草医学的知识。人们可以看到几种不同国际语言的版本（英语、西班牙语、德语、法语、日语和北印度语）。

传统知识来源分类 (Traditional Knowledge Resource Classification, TKRC) 是一种创新的、有结构的分类制度，旨在促进传统知识数字图书馆信息的系统布置、散播和检索。传统知识来源分类是以国际专利分类制度(IPC)为基础的，将传统知识按部、大类、小类、主组、分组来分类，以便于国际专利审核人员使用。但它通过将国际专利分类主组（例如：与医药植物相关的 AK61K35/78）扩充到大约 5000 个分组，授予传统知识信息更广泛的定义。

传统知识数字图书馆将给予现有的传统知识以合法性，而且，通过确保专利审核人员易于检索与传统知识有关的信息，该图书馆有希望阻止对公众领域中已经存在的主体事物的专利批准，如前面提到过的姜黄和印楝。

国际知识产权组织也正在从事这类图书馆方面的工作，该组织有一个专门的特别工作组，由来自中国、印度、美国专利局和欧洲专利局的代表组成，该工作组正在研究这些图书馆如何能够被并入专利办公室使用的现有搜索工具。

对传统知识进行更多的归档不仅有助于阻止不当专利的批准，而且可能有助于对传统知识的保护、发扬和可能的利用。在这方面至关重要，归档过程不应损害被归档材料中可能存在的知识产权。印度的国家革新基金会 (National Innovation Foundation) 为尝试解决这些问题提供了一个范例。<sup>23</sup> 世界知识产权组织和一些发展中国家就该组织发现的许多数据提出了一些担忧，其中之一是，这些信息的记载是否经过了知识持有者的事先知情同意。在世界知识产权组织有关传统知识归档的讨论过程中，<sup>24</sup> 发展中国家关于能够或应该纳入数据库的数据类型的意见也明显不同。例如一些国家主张，这种数据库只适用于那些已经以整理格式公开的信息。而其它国家主张，那些尚未整理的传统知识也可以纳入数据库。

**应当尽快将传统知识数字图书馆纳入专利机关的最基本研究文件清单，从而确保这些机关在处理专利申请时能够考虑这些图书馆中包含的数据。在决定是否将传统知识纳入数据库时，应当重点考虑传统知识持有人的意见，他们有权从这些信息的商业利用中获取利益。**

传统医药这个领域有许多值得归档的东西。例如在老挝人民民主共和国，政府建立了传统医药资源中心 (Traditional Medicines Resource Centre, TRMC)，该中心正在与地方医治者合作，将所有传统医药的详细资料存档，目的是促进老挝内部的医术分享。该中心还与国际合作生物多样性团体 (International Co-operative Biodiversity Group, ICBG) 合作，努力发现预期的医疗产品。合作过程中由植物和知识实现的任何收益、利润或使用费收入都将与有关的所有社区分享。<sup>25</sup>

知识产权制度对利用基于传统医药的产品显然可能起到一定作用。但其主要目标必须是通过这些知识的应用来促进人类的健康，而不是为了获得收入。的确，如果以商业化为基础的收益分享结果是以限制穷人最需要的药品使用权为代价使少数人变得更加富有，那将是非常不幸的。世界卫生组织 2002 至 2005 年的传统药品策略明确注明了公众健康的目标。<sup>26</sup> 应该自由分享由此或其它类似的创意中吸收的经验，而且还应该提供技术援助，以帮助其它国家处理有关知识存档的创意。

然而，有一点必须认识到，许多传统知识将继续没有存档。因为有了绝对新颖性的概念，所以世界各地的任何发现，包括通过使用才有的发现，是足以毁灭一项发明的新颖性的，因此绝对新颖性概念仍不失为一种必要的安全保障。没有这种保障，专利权就会继续被授予给公共领域中已经存在的传统知识，虽然这些传统知识不是通过书面方式公开的。一些国家并不将别国的使用当作“先前技术”。

**那些只将国内使用的传统知识规定为先有技术的国家应当给予其他国家的使用人同样的待遇。在进一步发展国际专利制度时，应考虑到许多传统知识的非书面性质。**

对于一些社区来说，批准知识产权（如批准关于他们知识的专利权）会令他们感到受到侵犯。尽管大多数国家有基于道德根据阻止批准某些知识产权的条款，知识产权办公室能否将这些条款用于小型本土社区仍值得怀疑。例如：尽管拒绝商标应用的道德根据在新西兰已经存在了一段时间，但现在人们认为有必要更清楚地明确该条款的范围。人们正在考虑的修改意见将阻止下列商标的注册：即有合理理由相信，该商标的使用或注册可能会侵犯社会的某一重大阶层，包括毛利人。诸如此类的措施，加上对公共领域已经存在的传统知识的可搜索数据库的更多使用，应该对阻止给无新颖性、显而易见或可能造成侵权的发明授予知识产权起到一定的作用。

然而，正如我们已经提到的，还有另一类材料或其它一些知识产权引起了关注。这些权利基本上符合申请专利和受专利保护的常规标准，但是，

- 这些权利是基于非法或未经持有人同意而获取的材料，或包含此类材料。
- 这些权利没有完全承认其他人对发明所做的贡献，这可能表现在对这些权利的所有权上，也可能表现在受专利保护发明的商业化所产生的任何利益的分享之中。

不过，这些关注不只是针对与传统知识有关的专利权及根据《生物多样性公约》，在本领域最引起争议的专利权很可能是那些与生物资源和/或与这些资源相关传统知识有关联的专利权。对于 Hoodia 案，这种关注本质上不是针对是否应该授予专利权，而是针对桑人是否得到了应该得到的那份商业化收益。在下文中，我们将就如何实现一个更公平的平衡讨论一些可能的方法。

## 传统知识的使用与商业化收益的分享

### 背景

正如我们已经看到的，在有关传统知识的争议中，一个主要的问题就是知识产权保护和与作为知识产权基础的知识相关联的所有权及权利之间的关系。我们有关本问题的讨论就是要看如何促进与《生物多样性公约》所阐明的收益分享和事先知情同意相关的目标。因为尽管国际社会有一些重要的例外规定，已经认可了《与贸易有关的知识产权协议》和《生物多样性公约》，所以我们有义务保证它们之间能够互相促进，而不是互相矛盾。

### 《生物多样性公约》(CBD)

1992年通过的该项公约的目的是促进生物多样性保持和遗传资源利用而产生的利益的公平分享。<sup>28</sup> 该公约维护国家对国家资源的主权以及国家为促进国家资源的可持续使用、改良使用以及共同使用而按照国家法律决定资源使用权的权利。《公约》指出，对遗传资源的使用应以事先的知情同意为基础，以及以使各方能够公平分享研发成果和资源商业化及利用所取得的收益达成的协议为根本。<sup>29</sup> 《公约》还呼吁对传统知识使用所产生的收益的公平分享。<sup>30</sup>

关于知识产权，《公约》规定遗传资源的使用和转让应该与“充足而有效的知识产权保护措施”相一致。政府应该实行政策以保证特别是发展中国家对遗传资源的使用权以共同同意的条款为基础。《公约》指出专利权和知识产权可以对《公约》的执行造成一定影响，政府之间应该（按照国家和国际法律）进行合作以保证这些权利支持而不对抗《公约》的目标。<sup>31</sup>

《公约》的主管团体现在已就使用权与利益分享的指导方针达成协议，并以该协议为各国起草国家法律的指南。<sup>32</sup> 但各国在实施利益分享时，不管是在实践上，还是在概念上，都面临艰难的选择。首先，与问题相关的资源通常不归个别一方“所有”，而是一个或多个社区的遗产，这些社区未必是聚合在一起的，也未必共存于一个国家。其次，虽然一些遗传资源能够寻根到十分具体的区域和产地，而在其它情况下，它包括来自许多国家的组成成分，这样一来，利益分享的安排就完全不切实际了。其三，由于国家环境的多样性和那

些与其文化、经济或制度条件等方面有关的国家内部环境的多样性，非常难以制订能够以有利于执行这些措施的方式涵盖这些多样性的法律和惯例。实际上，不管是为了商业化还是为了科学研究，为了确保试图实行《生物多样性公约》的法律和惯例不会没有必要地限制或阻碍遗传资源的合法使用，是有必要谨慎行事的。有些证据表明，一些国家对限制的加强已经阻碍了进行有关研究的生物学家对遗传资源的使用。<sup>33</sup>

认识到了这些困难，我们关注的焦点就集中在以下这个问题：为了对资源使用和相关利益的分享提供支援，应该如何修改发达国家和发展中国家的知识产权规则？许多人认为，因为《与贸易有关的知识产权协议》中只字未提《生物多样性公约》，反之也是一样，所以，二者之间没有冲突。此外，一些人认为，《与贸易有关的知识产权协议》是支持《生物多样性公约》的，因为专利的授予往往会造成产生利益的商业化，而这些利益是任何利益分享安排的一个先决条件。另外一些人对这种观点表示反对，他们指出，因为根据《与贸易有关的知识产权协议》允许以遗传资源的使用为基础获取专利权（需要符合专利获取标准），而专利获取的标准并不包括事先的知情同意或共同同意的利益分享条款，所以这样做并不支持《生物多样性公约》。尽管《生物多样性公约》支持国家对遗传资源的主权，但《与贸易有关的知识产权协议》却并没有为《生物多样性公约》的这些目标提供支持。尽管外国公司可以获取源自国家资源的私人权利，但是《与贸易有关的知识产权协议》对《生物多样性公约》要求的义务却没有表态。

然而即使那些（主要是来自工业界的）认为《生物多样性公约》与《与贸易有关的知识产权协议》之间没有冲突的人，也广泛支持《生物多样性公约》的根本原则。特别是，由于《生物多样性公约》支持国家对其自然资源的主权原则，所以那些对利用遗传资源感兴趣的行业必须保证它们的勘探行为建立在事先知情同意和利益分享协议的基础上。如果它们忽视了这些原则，那么对这些资源的任何使用都可能是不合法的。

由于发展中国家在有关资源使用和利益分享的法律制订和实施方面所面临的难题，因此我们持这样一种观点：发达国家与发展中国家应该做更多的工作以保证它们的知识产权制度有助于促进《生物多样性公约》的目标，有助于改善遗传资源提供者与使用者之间潜在的共同利益，这些提供者主要在发展中国家，而使用者主要在发达国家。

### 在专利申请过程中公开遗传资源的地理起源

一种建议是，由遗传资源组成或由遗传资源开发出的知识产权的申请者应该明确说明这些资源的出处，并提供证据表明这些资源的获取是经其来源国事先知情同意的。文字框 4.4 介绍了一些在其法律中采用了这些规定的国家。

专利的地域性质意味着，上述要求只适用于那些特定国家或地区授予的专利。例如：它们对美国或日本授予的专利没有任何影响。有人认为，这正说明有必要为这个问题提供更国际化的解决方案。

有人认为，所有专利法中有关专利申请人公开遗传资源最初来源以及提供事先知情同意证据的规定，都可以增加透明度，并且，仅只通过提供信息，就有助于任何资源使用和利益分享协议的实施。这可能也揭示了一些类似于 Hoodia 案的案件。

反对人士认为，通过专利法抵制非法使用或未经准许的使用的企图并不能解决不涉及专利审批的情况。而且，只对遗传资源及其相关知识引入这种要求会意味着歧视对待其它情况，即专利的获取是通过非法或未经准许活动获得的。有人还认为，这将导致更多的法律不确定性，并“在实践中”制造“严重的难题”，因为“生物样本的起源往往是不清楚的。”<sup>34</sup>即使人们已知材料的直接来源，这也未必是它的原始来源，特别是在普通情况下，材料的获取是从多年积累的非原生境收藏中得到的。

判断这些不确定性的真实程度是不容易的。当某家公司对某种特定的遗传资源感兴趣时，由于资源与其可利用性（如当地人口的使用方式）之间的联系，该公司会尽力发现有关该资源的尽可能多的信息。在这些情况下，很可能了解到资源的地理起源；而在其它情况下，可能有困难确定个别资源的准确地理起源。然而，特别是对1992年以后获取的资源来说，有关某一特定资源地理出处的信息似乎是不可能得不到的。根据《生物多样性公约》的条款，提供资源的国家可以分享资源使用所产生的任何利益，不管该资源是否真地源于该国。<sup>35</sup>正如我们已经看到的，粮食和农业植物遗传资源国际条约 (ITPGRFA) 为多种起源的植物遗传资源实施另一种机制。

有关公开原始出处和持有人事先知情同意的要求有一些注明的目标，其中之一是鼓励遵守《生物多样性公约》有关资源使用和利益分享的原则。然而，也有其它机制和激励措施能够实现这个目标。比如：如果不能获取获得和使用这些材料的准许，按照盗用或违约原则，就可能导致法律诉讼。但通过这种方式寻求报偿既费时又费钱，而且对许多传统知识持有者作用有限。另外，被指为“生物盗版”也是一种耻辱，这也可以刺激各个组织努力保证其活动的正当性。一旦发现有人违反《生物多样性公约》，他将被拒绝继续使用有关材料。孟加拉已经在考虑使用这种制裁手段。<sup>36</sup>材料的供应者可以全体同意只向准备在任何专利申请过程中公开提供所有使用合同全部详细材料的组织提供材料。这些激励措施自身可能已经足够了。使用或提供生物材料或传统知识的公司和组织已经采取或正在考虑采取涵盖与《生物多样性公约》有关活动的行为规范。<sup>37</sup>

然而，我们认为认识到《生物多样性公约》作用的重要性，即使目前只有几个国家实施了具体的资源和利益分享法律。因此我们得出结论，如果一个国家已经建立了明确的法律体系，管理生物材料及/或传统知识的享用问题，那么这个国家应该能够就从本国非法获取的材料或知识被授予知识产权的情况采取行动。

的确，在支持《生物多样性公约》的目标方面我们还有更多论据。我们认为，任何人不得从包含或基于非法获得或未经准许使用的遗传资源或相关知识的知识产权中获益。目前正在考虑这个问题的组织应该调查现有的国际框架中可能有什么措施能实现这个目标。我们建议，既要考虑拒绝申请或废除权利的可能性，又要考虑声明这些知识产权的不可实施性。<sup>38</sup>美国已经在根据“脏手”(unclean hands) 和不公正行为条例实施这种制裁。根据该条例，在专利申请人“净手”之前，或补救了任何不公正行为或欺诈行为之前，将拒绝授予他们专利权。在解释这些条例时，法庭已经指出，最重要的利益在于确保专利产生于“无欺诈和无其它不公正行为的环境”。<sup>39</sup>美国最高法院也指出：

“公正的法庭只在道德支配下行事；如果原告的行为侵犯了固有正义，那么无论他拥有什么权利，无论他在法庭如何使用这些权利，在公正的法庭上他总是不可救药的。”<sup>40</sup>

平等原则规定，通过违法手段取得基因资源或相关知识的人无权从基于这些资源或知识的知识产权中获益。在这种情况下，知识拥有者一般应承担举证责任，证明知识产权持有人采取了不当行为。不过，首先要有人意识到有错误行为才会产生起诉。正是为了帮助解决这个问题，我们认为，以上所讨论的信息公开要求是必要的。

各国的立法都应当作出规定，专利申请人应当在申请书中披露该项发明所依据的基因资源的地理来源。此要求应有合理的例外规定，例如在某些情况下确实无法查清基因物质的地理来源。只有在专利所有人未能披露所知信息或故意误导来源地的情况下，才能对其进行制裁〔可能是上文所讨论的那种制裁〕。TRIPS 理事会在考虑这个问题时，应当以《多哈部长级会议宣言》的第 19 段为《与贸易有关的知识产权协议》为依据。

还应当考虑建立一套制度，使专利机关在审查申请书时可以查明基因资源或传统知识的地理来源，并将这些信息传给有关国家或世界知识产权组织。后者可以作为与专利有关的此类信息的保管机构。通过这些措施，可以更严密地监督对基因资源的利用和不当利用。

#### 文字框 4.4 要求公开遗传资源地理起源的专利法例证

**印度：**经《专利第二次修改法案(2002)》修订后的《1970 年专利法案》的第 10 部分（说明书的内容）规定：申请人必须公开任何代替说明而交存的生物材料的出处和地理起源。而经修订的第 25 部分（反对授予专利）规定：如果“完整的发明物说明没有公开或没有正确提及发明所用生物材料的出处或地理起源”，就允许对该专利提出反对。

**安第斯社区：**《安第斯第 486 号决定》在第 26 款中规定：专利申请必须向有法定资格的国家专利办公室作出，并且：

h1 如果专利申请针对的产品或过程是从遗传资源获得或发展的，或是从源自某一成员国的产品获得或发展的，则应有一份使用合同的拷贝；

i1 如果可实施的话，根据《第 391 号决定》及其有效的修正条款和规章，应有一份证明申请人获准使用成员国本土、非裔美洲和本土社区的传统知识的文件拷贝，在这些成员国，要求保护的产品或过程是在源于任一成员国的知识的基础上获得或发展的。

**哥斯达黎加：**《第 7788 号生物多样性法律》第 80 款（责成的事先咨询）规定：“国家种子办公室和知识与工业产权的登记单位，在批准对与生物多样性成分有关的创新的知识或工业产权保护之前，必须与（生物多样性管理）委员会的技术办公室进行磋商，它们必须一贯出具该办公室发放的原产地证明书和事先知情同意的证明书。来自技术办公室的正当反对意见可以阻止某项专利的注册或某项创新的专利保护。”

**如果不能提供在以上提到的各种情况下必要的信息，那么，将会导致不能申请或撤消专利**

**欧洲：**有关生物技术发明法律保护的《指令 98/44》第 27 条叙述条款规定：专利申请应当在适当时包括有关生物材料地理起源的信息（如果知道的话）。但这完全是自愿的，因为它不会影响到专利申请或被批准专利权利的有效性。

## 地理标志

### 背景

在本章的开头部分，我们考虑了地理标志与保护传统知识的关系。不过地理标志有更广泛的使用范围，构成了一些国家最重要的知识产权种类。这些在《与贸易有关的知识产权协议》中有所反映。

### 地理标志与《与贸易有关的知识产权协议》

有关《与贸易有关的知识产权协议》的地理标志条款的谈判是最困难的部分之一。<sup>41</sup> 这是由于《与贸易有关的知识产权协议》的主要支持者（美国和欧盟）之间存在着明显的分歧。另外正如《协议》理事会后来讨论所证实的，其它发达国家之间和发展中国家之间也存在着分歧。《协议》的终稿反映了这些分歧，并在要求进行下一步工作时承认在一些重要的领域无法实施该协议。

结果，《协议》目前的规定只提供了基本的保护标准，并专门为葡萄酒和烈性酒规定了一个较高的标准。采用这种较高标准并不是由于葡萄酒和烈性酒具有独特的特性，而是谈判所达成的一种妥协。这种保护的不均衡致使包括印度、巴基斯坦、肯尼亚、毛里求斯和斯里兰卡在内的一些国家要求获得额外的保护。<sup>42</sup> 而诸如阿根廷、智利、危地马拉之类的其它国家则认为向其它产品提供额外的保护将为所有世界贸易组织成员国强加额外的财政和行管负担，这些负担将超过它们的任何贸易收益。它们认为，这些负担将沉重地落在发展中国家肩上。

如果没有可靠的经济评估手段，难对以上两种观点的优点进行评价。当然这两种观点也反映了发达国家和发展中国家对经济利益认识的不同。少数国家（如埃及和巴拉圭）已经指出，其国家法律将规定使有关葡萄酒和烈性酒地理标志的额外保护适用于其它产品。<sup>43</sup> 我们将拭目以待，在没有国际承认的情况下，提供如此广泛的额外保护是否会导致重大的额外成本或收益。

### 地理标志的多边登记机构

《协议》既增加了对葡萄酒和烈性酒的地理标志保护，也要求《协议》理事会就建立葡萄酒地理标志的多边登记机构进行磋商。多哈部长级会议另外要求就建立一个包括烈性酒地理标志在内的多边登记机构进行磋商。这个登记机构的宗旨目前还没有明确。正如下文将指出的，各国家集团的观点仍存在分歧。一些国家集团希望该机构能作为一个正式的国际登记机构，责成所有成员国对符合登记要求的地理标志提供保护。而其它一些国家集团则希望该机构成为一个自愿性质的登记机构和信息资源。

至今，已有三种有关建立该多边登记机构的提议。欧盟设想，该机构应对世界贸易组织的所有成员国有效，不管它们在该登记机构是否有地理标志在案。<sup>44</sup> 任何反对将某个地理标志在该机构登记在案的成员国必须通知有关国家，并就解决分歧进行谈判。匈牙利提议，如果有一个成员国根据某种具体理由已经成功地反对把某一地理标志在该机构登记在案，那么其它成员国就没有必要保护该地理标志。<sup>45</sup> 在这两项提议中，将某种地理标志在该机构登记在案，都将使其被假定有资格受到任何世界贸易组织成员国保护地理标志的任何法律手段的保护。

与此形成鲜明对比的是美国、加拿大、智利和日本的联合提议认为，该登记机构制度应该只对寻求参加的那些成员国有约束力。<sup>46</sup> 成员国可以在例如审核包括地理标志或由地理标志组成的商标申请时利用该机构。鼓励未参加的世界贸易组织成员国对该机构进行类似的使用。根据最近举行的多哈世界贸易组织部长级会议精神，关于该登记机构的谈判将于2003年在墨西哥召开下次会议时完成。

《协议》理事会秘书处已经开始公布许多世界贸易组织成员国，包括一些发展中国家，是如何根据《协议》尽其义务的。<sup>47</sup> 绝大多数提供信息的国家已制订了涵盖地理标志的具体法律，尽管尚不清楚这些法律是否直接源自《协议》，或是为了满足双边义务而早就制定的。

对于那些目前没有保护规定的国家，实施新法律的行政负担不会显得那么大。因为《协议》目前并没有要求各国制定关于地理标志的正式登记制度，因此强制实施所产生的负担和成本会落在地理标志持有者的肩上，而不是政府肩上。不过正如下面提到，保证遵守质量标准 and 在国外促进、执行地理标志所需要的成本可能会很大。

### 地理标志所产生的经济影响

发展中国家在考虑讨论多边登记机构和扩大保护范围的立场时，必须仔细考虑潜在的成本与收益。的确，正如我们在其它地方已经表明的，我们认为，发展中国家在引入任何新的与知识产权相关的义务之前，必须进行全面的经济影响评估。

对发展中国家所产生的经济后果是不容易评估的。地理标志的主要经济收益可以作为一种质量标记，这对提高出口市场和收入有一定作用。但增加保护，特别是在国际范围内，可以对当地企业起到反作用，因为这些企业目前正在使用的可能是被另外一方保护的地理标志。因此对于生产地理标志保护产品的代用品的国家来说，将会构成损失。地理标志的扩散往往会降低这些代用品的价值。

也有人已经建议地理标志对于许多在农业产品和加工食品、饮料方面可能产生或能够实现相当优势的发展中国家来说是有特别利害关系的。<sup>48</sup> 对于这些国家来说，在国外寻求和实施对地理标志的保护可以获取经济利润。然而这些行动，特别是实施行动所需要的成本可能会过分高昂。另外在国外寻求保护之前，制定和保护原产国的地理标志是不无必要的。为确保地理标志所涵盖产品的要求质量、名誉或其它特性得到开发和保持，可能必须要动用一些资源。也需要努力确保地理标志不成为人人可自由使用的公认的通用术语（文字框 4.5）。

以我们的观点来看，这些国家是否可以从地理标志的应用中获取很大收益还远未清楚。例如：《里斯本协议》是一项世界知识产权组织为保护原产地名称的国际保护制度，是1958年通过的一项协议。<sup>49</sup> 到此为止，只有20个国家（其中7个是发达国家）加入了该协议，截止到1998年，该协议共保护原产地名称766个，其中95%是欧洲的。

即使考虑到对《里斯本协议》已详尽引证的弱点，如缺少一项针对已经通用的地理标志的适当的例外规定，使该协议对发达国家和发展中国家都没有吸引力，各国的兴趣水平，即使是那些认为该协议值得参加的发展中国家，似乎也是十分有限的。<sup>50</sup>

在世界贸易组织关于建立一个多边登记机构的讨论框架中，有人建议，对于引入欧盟提议的那种登记框架的可能成本应该给予更多的考虑和其它关注。<sup>51</sup> 在世界知识产权组织最近的讨论中，许多发展中国家提出类似的要求，呼吁进行此类分析。<sup>52</sup> 然而，目前敦促在世界贸易组织进行此类分析的那些国家还没有对此提供必要的支持。和其它人一样，我们认为只有进行了此类分析，发展中国家，特别是低收入国家，才能够在有关地理标志的持续争论中，特别是在世界贸易组织内部，处于知情位置。<sup>53</sup>

## 文字框 4.5 地理标志：巴斯马蒂白香米案

巴斯马蒂白香米（Basmati）是印/巴旁遮普省出产的一种稻米，原产于该地区的一种带有香味的细长粒的粮食品种，是印巴两国的主要出口粮食作物。年出口值约 3 亿美元，代表了千万农民的生计。

巴斯马蒂白香米之战始于 1997 年，当时，美国稻米培育公司稻米技术有限公司（RiceTec Inc.）被授予了一项有关一些植物和种子的专利，该公司谋求对多种稻米品种（包括一些特性与巴斯马蒂白香米类似的品种）的专利权。出于对该专利权对本国出口影响的担心，印度于 2000 年要求对该项专利进行重新审核。专利权人对此要求做出反应，废除了几项专利权，其中包括那些有关巴斯马蒂白香米品种的权利。当美国专利局再次提出关注后，专利权人又取消了一些权利。不过对专利权的争议已经转移到对 Basmati 名字的滥用上。

在一些国家，Basmati 一词只用于印巴种植的带有香味的长粒水稻。美国稻米技术有限公司在英国注册 Texmati 商标时声称，Basmati 是一个通用术语。对该公司这种说法的反对得以成功，英国已经建立了营销稻米的惯例法。沙特阿拉伯（世界上最大的 Basmati 稻米进口国）也对 Basmati 稻米的商标有类似的规定。

规定称，“消费者、贸易界和科学界认为真正 Basmati 稻米的独特性只能在印度和巴基斯坦北部得到，因为那里的环境、土壤、气候、农业习惯和 Basmati 品种的遗传学能够得到独特的合成。”

但美国稻米联合会 1998 年承认，Basmati 是一个通用术语，是指一种带香味的稻米。为此，美国的一个团体和印度的民间社会组织提交诉状试图阻止美国种植的稻米使用 basmati 一词做广告。美国农业部和美国联邦贸易委员会于 2001 年 5 月驳回上诉，既不认为“美国种植的 Basmati”做为稻米商标令人误解，也不否认 Basmati 一词是一个通用术语。

问题不只出在美国，澳大利亚、埃及、泰国和法国也种植 Basmati 品种的稻米，并随着美国将 Basmati 正式作为一个通用术语。

Basmati 名称（和印巴出口市场）可以通过将 Basmati 注册为一个地理标志而受到保护。不过印度和巴基斯坦必须解释在过去的 20 多年中，针对 Basmati 逐渐被用为一个通用术语，它们为什么没有采取行动。例如：当美国联邦贸易委员会正式宣布 Basmati 这一通用术语时，印度并没有提出正式抗议。

事不宜迟，应该尽快由适当机构，诸如联合国贸易与发展会议 (UNCTAD) 对发展中国家的以下方面加以评估：

- 实施《与贸易有关的知识产权协议》现存地理标志规定的实际或可能成本
- 地理标志在这些国家的发展中所起的作用
- 将目前对葡萄酒和白酒的额外保护扩展到其它产品的可能成本和收益
- 在设立对地理标志的多边登记机构方面，所提各种建议的成本和收益

<sup>1</sup> 本章其余部分提到“传统知识”时也包括民间传说，除非另有说明。

<sup>2</sup> 世界卫生组织 2002 年 6 月第 271 号情况说明书，

源自：<http://www.who.int/medicines/organization/trm/factsheet271.doc>

<sup>3</sup> 《生物多样性公约》第 8j 款规定“公约成员应尊重、保护和维持本土社区之传统知识、革新和实践，其生活方式与保护和持续使用生物多样性密切相关，并在这些知识、革新和实践持有者的同意和参与下促进其应用的推广，并鼓励对利用这些知识、革新和实践所获的利益进行公平分享。”

源自：<http://www.biodiv.org/convention/articles.asp>

<sup>4</sup> 参见术语表有关定义。

<sup>5</sup> 参见术语表有关定义。

<sup>6</sup> 若想更多地了解各种正在进行的争辩，可以参见诸如《有关传统知识的争论情形》、联合国贸易与发展会议秘书处为传统知识（特别是传统药品）保护和商业化制度国际研讨会准备的背景资料。会议时间为 2002 年 4 月 3 日至 5 日，新德里。

源自：[http://www.unctad.org/trade\\_env/test1/meetings/delhi/statedebateTK.doc](http://www.unctad.org/trade_env/test1/meetings/delhi/statedebateTK.doc)

<sup>7</sup> 《多哈世界贸易组织部长会议声明》的第 19 段（世界贸易组织文件，代号为 No. WT/MIN(01)/DEC/1），2001 年 11 月 14 日通过，呼吁《与贸易有关的知识产权协议》理事会审核保护传统知识和民间传说的问题。

源自：[http://www.wto.org/english/thewto\\_e/minist\\_e/min01\\_e/mindecl\\_e.doc](http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.doc)

<sup>8</sup> 世界知识产权组织 (1999) 《知识产权的需要与传统知识持有者的期望》，《世界知识产权组织关于取证任务的报告 1998-1999》，驻日内瓦的世界知识产权组织（出版号：768E）。

源自：<http://www.wipo.int/globalissues/tk/report/final/index.html>

<sup>9</sup> 科里·C (2001)，《传统知识与知识产权》，驻日内瓦的 QUNO 组织。

源自：<http://hostings.diplomacy.edu/quaker/new/doc/tkcol3.pdf>

<sup>10</sup> 该委员会 2002 年 1 月 24 日传统知识研讨会的会议记录，

源自：<http://www.iprcommission.org>

<sup>11</sup> 源自：<http://www.niaaa.com.au/label.html>

<sup>12</sup> 2002 年 3 月 25 日世界知识产权组织对现有传统知识与民间传说知识产权保护的审核报告，传统知识部分（世界知识产权组织文件，代号 No. WIPO/GRTKF/IC/3/7），

源自：[http://www.wipo.org/eng/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3\\_7.doc](http://www.wipo.org/eng/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3_7.doc)），民间传说部分

（世界知识产权组织文件，代号 No. WIPO/GRTKF/IC/3/10），

源自：[http://www.wipo.org/eng/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3\\_10.doc](http://www.wipo.org/eng/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3_10.doc)）。

<sup>13</sup> McDonald · S. (2001)，《考察专利的隐藏成本 2001 年 5 月 16 日在日内瓦 Quakers House 的讲话记录》，QUNO 第 4 号临时文件，驻日内瓦的 QUNO。

源自：<http://hostings.diplomacy.edu/quaker/new/doc/OP4.pdf>

<sup>14</sup> 单独适用保护制度是一种为适于传统知识或民间传说的特性而专门制作或修正的独特制度。一些领域已经采用了单独适用保护制度，如：植物品种的保护（UPOV 制度）、数据库的保护（1996 年 3 月 11 日的欧盟指令），

源自：[http://www.eurogeographics.org/WorkGroups/WG1/eu\\_directive.pdf](http://www.eurogeographics.org/WorkGroups/WG1/eu_directive.pdf)）。

- <sup>15</sup> 《共和国法案第 8371 号 - 1997 年本土人民权利法案》，  
源自：<http://www.grain.org/docs/philippines-ipra-1999-en.pdf>，《号参议院法案 - 第 18411994 年社区知识产权保护法案》（未决），  
源自：<http://www.grain.org/docs/philippines-cirpa-1994-en.pdf>
- <sup>16</sup> 《国家文化遗产保护法律》（第 26 至 97 号，1998 年修订），解释见《世界知识产权组织文件 No. WIPO/GR 传统知识 F/IC/3/7》，  
源自：[http://www.wipo.org/eng/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3\\_7.doc](http://www.wipo.org/eng/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3_7.doc)
- <sup>17</sup> 《保护本土社区、农民和培育者权利、规定生物资源享用权的非洲典范法》，《OAU 典范法》，2000。源自：<http://www.grain.org/publications/oau-model-law-en.cfm>
- <sup>18</sup> 《Milpurrurru 及其他人对 Indofurn Pty 有限公司及其他人》（1995），30 IPR 209。
- <sup>19</sup> 委员会关于传统知识研讨会的会议记录，2002 年 1 月 24 日。  
源自：<http://www.iprcommission.org>
- <sup>20</sup> 第 6 届生物多样性公约各方会议，荷兰海牙，2002 年 4 月 7 日至 19 日。《决议 VI/24 C3 (b)》要求进一步考虑与保护遗传资源和传统知识、革新和实践有关的惯例法和实践的作用，以及它们与知识产权的关系。源自：<http://www.biodiv.org/decisions/default.asp?lg=0&m=cop-06&d=24>
- <sup>21</sup> 15 国专家会议关于科学技术的联合声明，《生物多样性、传统知识和保护制度的可持续使用》，2002 年 4 月 3 日至 5 日。源自：<http://www.mct.gov.ve/g15/declaracionbioingles.htm>
- <sup>22</sup> 包括传统知识文件数据的现有在线数据的详细目录（《世界知识产权文件 No. WIPO/GR 传统知识 F/IC/3/6》，2002 年 5 月 10 日，  
源自：[http://www.wipo.org/eng/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3\\_6.doc](http://www.wipo.org/eng/meetings/2002/igc/doc/grtkfic3_6.doc)
- <sup>23</sup> 例如，印度国家革新基金会寻求在向第三方传播革新知识之前，获得当地革新者或传统知识持有者的事先知情同意。利益分享形式也得以通过。源自：<http://www.nifindia.org/benefit.htm>
- <sup>24</sup> 世界知识产权组织关于知识产权和遗传资源、传统知识和民间传说的政府间委员会第三次会议，2002 年 6 月，日内瓦。源自：[http://www.wipo.int/eng/meetings/2002/igc/index\\_3.htm](http://www.wipo.int/eng/meetings/2002/igc/index_3.htm)
- <sup>25</sup> Riley · M (2000)，《传统医疗研究中心 - 老挝传统和部落医疗知识的一种潜在保护手段》，《文化生存季刊》，第 24：4 卷，源自：<http://www.cs.org/publications/CSQ/244/riley.htm>
- <sup>26</sup> 《世界卫生组织 2002 至 2005 年传统医疗战略》《世界卫生组织文件 No. WHO/EDM/TRM/2002.1》，  
源自：[http://www.who.int/medicines/library/trm/trm\\_strat\\_eng.pdf](http://www.who.int/medicines/library/trm/trm_strat_eng.pdf)
- <sup>27</sup> 有关商标法案的讨论，  
源自：<http://www.ruddwatts.com/newsroom/publications/ip/newtrademarksbill2001.asp>
- <sup>28</sup> 《生物多样性公约》第 1 款。
- <sup>29</sup> 《生物多样性公约》第 15 款。
- <sup>30</sup> 参见上述第 3 条尾注。
- <sup>31</sup> 《生物多样性公约》第 16 款。
- <sup>32</sup> 《有关遗传资源享用权和遗传资源使用所产生利益的公平公正分享的波恩指南》。  
源自：<http://www.biodiv.org/decisions/default.asp?lg=0&m=cop-06&d=24>
- <sup>33</sup> Revkin, A, 《生物学家曾寻求一个条约，现在却开始挑剔》，《纽约时报》，2002 年 5 月 7 日。  
源自：<http://www.nytimes.com>
- <sup>34</sup> 《专利申请人对他们申请专利的生物材料应该公开原始出处吗？他们应该为使用这些生物材料展示事先知情同意吗？》，ICC2002 年 4 月的政策声明（文件号 No. 450/941，第 10 次修改），  
源自：[http://www.iccwbo.org/home/statements\\_rules/statements/2002/should%20patent%20applicants.asp](http://www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2002/should%20patent%20applicants.asp)
- <sup>35</sup> 《生物多样性公约》第 2 款
- <sup>36</sup> 《孟加拉生物多样性和社区知识保护法》第 13(3) 款，国家植物遗传资源委员会提议的草案，1998 年 9 月 29 日，源自：<http://www.grain.org/docs/bangladesh-comrights-1998-en.pdf>
- <sup>37</sup> 参见《给参与植物园的通用政策指南》和 Laird · S. (ed.) (2002) 在《生物多样性和传统知识实践中的公正伙伴关系》中所强调的其它例证，Earthscan, 伦敦，第 51 至 53 页。
- <sup>38</sup> Pires de Carvalho · N. (2000)，《要求在不触犯〈与贸易有关的知识产权协议〉的基础上在专利申请过程中公开遗传资源的原始出处和事先知情同意：问题与解决方案》，华盛顿大学法律和政策杂志，第 2 卷，第 371 页至 401 页。  
源自：<http://www.law.wustl.edu/Journal/2/p371carvalho.pdf>

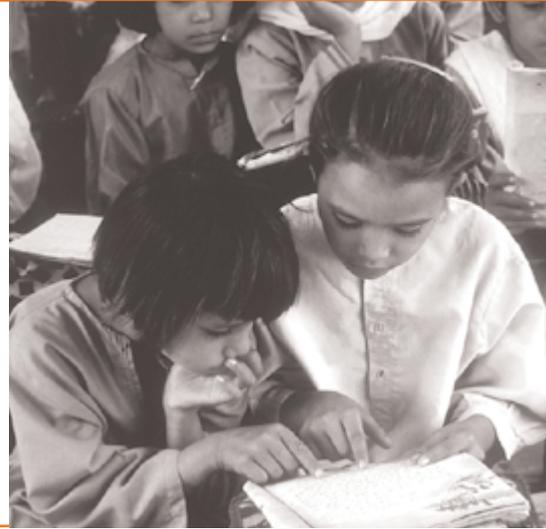
- <sup>39</sup> 精密仪器 Mfg 公司反对汽车修理器械公司, 324 US 806 (1945)。
- <sup>40</sup> Keystone 钻孔机公司反对通用开凿机公司, 290 U.S. 240, 245 (1933), 引自 Deweese 诉 Reinhard, 165 U.S. 386, 390 (1887)。
- <sup>41</sup> Escudero · S. (2001), 《地理标志和发展中国家的国际保护》, 第 10 号贸易工作论文, 南方中心, 日内瓦。源自: <http://www.southcentre.org/publications/geoindication/toc.htm>
- <sup>42</sup> 《世界贸易组织文件 No. IP/CW/308/Rev.1》,  
源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/IP/CW308R1.doc>
- <sup>43</sup> 《世界贸易组织文件 No. IP/CW/278/Add.1》,  
源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/ip/c/w278a1.doc> 和《世界贸易组织文件 No.IP/CW/231》, 源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/ip/c/w231.doc>
- <sup>44</sup> 《世界贸易组织文件 No. IP/CW/107/Rev.1》,  
源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/ip/c/w107R1.doc>
- <sup>45</sup> 《世界贸易组织文件 No. IP/CW/255》,  
源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/ip/c/w255.doc>
- <sup>46</sup> 《世界贸易组织文件 No. IP/CW/133/Rev.1》,  
源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/ip/c/w133R1.doc>
- <sup>47</sup> 《对问题一览表反应的总结》, 《世界贸易组织文件 No. IP/CW/253》,  
源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/ip/c/w253.doc>
- <sup>48</sup> 世界银行 (2001), 《全球经济展望和发展中国家 2002: 使贸易造福于世界上的贫穷人口》, 世界银行, 华盛顿哥伦比亚特区, 第 143 至 144 页,  
源自: <http://www.worldbank.org/prospects/gep2002/full.htm>
- <sup>49</sup> 原产地名称是“一个国家、地区或地点的地理名称, 该名称用以指明某项产品源于该国家、地区或地点, 该产品的质量和特性单纯来源于或主要来源于其地理环境 (其中包括自然和人文因素), 《保护原产地名称里斯本协议》第 2 款,  
源自: <http://www.wipo.org/treaties/registration/lisbon/>
- <sup>50</sup> Blakeney · M. (2001), 《地理标志和〈与贸易有关的知识产权协议〉》, 《QUNO 8 号临时文件》, 教友会驻联合国办事处, 日内瓦,  
源自: <http://www.geneva.quno.info/new/doc/OP8%20Blakeney.pdf>
- <sup>51</sup> 《根据〈与贸易有关的知识产权协议〉第 23.4 款的谈判的讨论问题》, 《美国向〈与贸易有关的知识产权协议〉理事会上交的文件》, 2002 年 4 月 10 日, 《世界贸易组织文件 No. TN/IP/W/2》,  
源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/tn/ip/W2.doc>。
- <sup>52</sup> 阿根廷、苏丹、马来西亚和墨西哥。世界知识产权组织关于商标、工业设计和地理标志的常务委员会第 7 次会议, 2001 年 12 月, 《世界知识产权组织文件 No. SCT/7/4 Prov.2》,  
源自: [http://www.wipo.org/sct/en/documents/session\\_7/pdf/sct7\\_4.pdf](http://www.wipo.org/sct/en/documents/session_7/pdf/sct7_4.pdf)
- <sup>53</sup> Rangnekar · D. (2002), 《地理标志: 〈与贸易有关的知识产权协议〉理事会提议审核》, 草稿文件, 联合国贸易与发展会议/国际技术与科学发展会议, 日内瓦,  
源自: [http://www.ictsd.org/unctad-ictsd/docs/GI\\_paper.pdf](http://www.ictsd.org/unctad-ictsd/docs/GI_paper.pdf)





## 第 5 章

# 著作权、软件和因特网



### 导言

关于知识产权及其发展的主题，任何认真的探索都必须考虑到著作权和基于著作权的行业（包括出版业、电影业、电视业、广播业、音乐业，现在还要包括软件业）在知识和基于知识的产品的发展和传播中所起到的至关重要的作用。这些行业为科学创新、以及教育教学提供着知识“原材料”，并通过帮助创造基于信息的产品来促成生产力的显著增长，这些产品包括桌面排版软件、电子邮件和精密科研电脑数据库等。此外，在以知识为基础的全球经济中，基于著作权的行业已经成为财富和就业机会的一个巨大来源。例如，在美国，这些行业的总体组合价值 (overall combined value) 在过去的二、三十年内已经取得了飞速进展。目前，在美国国内生产总值中，4600 多亿美元是这些行业创造的。在 1999 年的出口额中，有将近 800 亿美元来自这些行业。<sup>1</sup>

对于发展中国家来说，这既提供了巨大的机遇，也带来了巨大的挑战：

“由于信息与知识向工业后经济的集中，知识产品的生产和占有越来越重要。提出著作权这一概念原本是为了保护书籍的作者及出版商的利益，现在这种概念已经延伸到其它知识产品，如：计算机程序和电影...著作权已成为规范国际思想和知识产品传播的一个重要手段，并将是二十一世纪知识行业的一个核心手段。在方兴未艾的以知识为基础的全球经济中，著作权控制方拥有不可忽略的优势。事实上，著作权所有权主要由一些大型工业化国家和多媒体公司所掌握，这使人平均收入较低的国家 and 较小的经济体处于一种明显的劣势。”<sup>2</sup>

对著作权的法律保护可以追溯到 18 世纪的《安妮法令》(Statute of Anne)。19 世纪末,《伯尔尼公约》(Berne Convention) 也奉行著作权的法律保护。虽然该公约提议了一个保护作者和艺术家权利的范例,但在许多情况下,著作权并不属于个人,而属于他们受雇的公司。实际上,著作权是出版商、电视和唱片公司以及软件生产商商业模式中的一个主要元素,因为它们给予权利人复制和销售受保护著作的独占权和其它权利。新的信息与通信技术 (ICTs), 尤其是因特网, 使人得以擅自制造受保护著作的无限、完整和无须成本的复制品, 并可在全球几乎同时销售。这对著作权法构成了空前的挑战。一些人认为, 将来当各行业转向以技术为基础的保护手段时, 著作权的重要性将减少许多。这些保护手段包括加密和反欺诈措施, 辅之以合同法和数据库知识产权保护的单独适用制度。

我们认为, 当发展中国家进入信息时代、力争加入以知识为基础的全球经济时, 与著作权有关的问题会对它们越来越重要及相关。当然一些发展中国家有些长期的忧虑, 如对书籍和学习材料的著作权保护可能会使它们更难实现自己的教育和研究目标。在 1967 年《伯尔尼公约》斯德哥尔摩会议上可以明显看到的忧虑至今仍然存在。

目前, 著作权应该得到特别的关注。这不仅因为数百万的贫困人口仍然缺少书籍和其它受著作权保护著作的享用权, 也因为在过去的十年内, 信息和通信技术飞速发展, 使信息的生产、传播和储存面目一新, 随之而来的国家和国际著作权保护手段也得到了加强。实际上, 主要是由于这些技术变革, 发达国家的一些以著作权为基础的行业有为《与贸易有关的知识产权协议》、《世界知识产权组织著作权条约》(WIPO Copyright Treaty) 以及数据库单独适用保护体系 (1996 年由欧盟建立) 而游说。对于发展中国家来说, 这些趋势既可能产生正面作用, 也可能产生负面影响, 了解其对这些国家的影响是不无重要的, 特别是对穷人的影响。

对于发展中国家来说, 关键的问题是适当平衡以下两方面。其一, 保护著作权。其二, 保证充分享用知识和基于知识的产品。对发展中国家来说, 尤其重要的是使用成本和对“合理使用”和“合理交易”例外情况 (exemptions) 的解释。由于著作权延伸至软件业和数字材料, 情况更是如此。为确保发展中国家在寻求全民教育、推动科研、提高竞争力、保护文化表现形式和减少贫困的过程中能够享用重要的知识产品, 就必须解决这些问题。

我们将在本章讨论以下问题:

- 著作权对刺激发展中国家文化行业和其它行业的重要程度
- 著作权如何影响作为国外产品 (尤其是包括因特网在内的教育材料) 消费者的发展中国家?
- 发展中国家应该如何实施著作权?
- 软件著作权如何影响发展中国家?

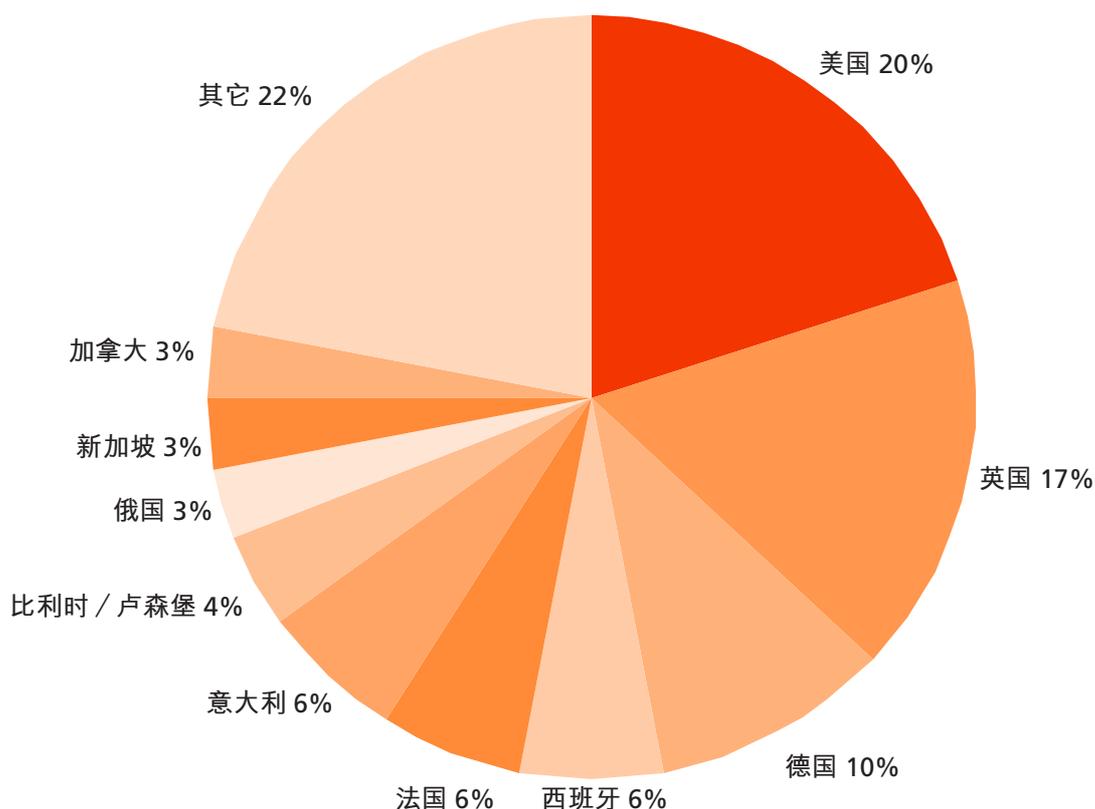
## 著作权对发明的促进作用

正如世界知识产权组织，联合国教科文组织和世界银行指出的，发展中国家建立机制来保护其过去和现在创造性劳动的商业利用并从中获益是非常重要的。在这一点上，著作权通过确保对复制和销售独占权的报酬，可以对发展中国家的文化行业发展起着重要的作用。<sup>3</sup>我们在第4章中讨论了与保护发展中国家传统知识相关的问题，其中大部分也适用于本章，因为传统知识和创造性可能也受著作权保护。

从全球的角度来讲，著作权保护的直接回报主要流向欧洲和北美的出版业，娱乐业和软件业。正如表 5.1 中所示，1998 年，美国、英国、德国、西班牙、法国和意大利出口的书藉几乎占全球总量的 2/3。但有些发展中国家以著作权为基础的行业也欣欣向荣，并分享一部分这样的回报。

印度软件业或许是最为人知的例子。印度软件业总收入在 1994 至 1995 年是 7.87 亿美元，2001 至 2002 年度增长至 102 亿美元（其中大部分是软件出口收入，94-95 年度是 4.89 亿美元，01-02 年度是 78 亿美元），截止 2002 年 3 月，印度软件和服务业共有雇员 52

表 5.1 1998 年的十大书籍出口国市场份额图



资料来源：联合国教科文组织（2000 年）

万人。<sup>4</sup> 当然，发展中国家有大量富有创造性的人才，如马里和牙买加的音乐家以及尼泊尔的传统画家，引导和利用他们可以为新兴经济创造更多的财富。但前提条件是当地拥有文化业基础设施，如出版业和唱片公司。目前，发展中国家的许多作家和音乐家（尤其是在非洲）还不得不依赖国外的出版商和唱片公司。

印度软件业是个成功的例子。但与此同时，虽然一些发展中国家数十年来作为《伯尔尼公约》的成员一直实施着著作权保护措施（如贝宁或乍得，于1971年加入该公约），但这些国家以著作权为基础的行业和本国人创造的受著作权保护的著作却没有明显的增长。

该证据表明，著作权保护只是发展中国家发展本国生存能力的出版、娱乐和软件业的一个必要条件，而非充分条件。对于这些以著作权为基础的行业可持续发展来说，还有许多其它重要的因素，例如，对于非洲出版业，这包括政府和赞助商购买书籍的不可预见性、本地企业的管理不力、印刷设备和纸张的成本高昂以及融资不力等等。这些因素可能会继续在可预见的未来极为严重地制约着许多国家的发展。<sup>5</sup>

而且，如果考虑到许多发展中国家的市场规模比较小这一事实，那么从商业的角度来说，是否有著作权保护对出口市场要比对国内市场更为重要，尽管在这样的市场上发展中国家的作家和公司在需要实施其权利时可能会付出难以承受的代价。当然，在比较大的发展中国家，如印度、中国、巴西和埃及，国内市场上的著作权保护对于国家出版业、电影业、音乐业和软件业来说显然是极为重要的。但正如我们已经提到的，在19世纪，美国也曾通过不承认外国著作权人的权利来寻求帮助其国内出版业的发展。

## 收费协会

为实现著作权的潜在利益，一些发展中国家已经成立了收费管理协会，它代表艺术家、作家和演员的利益，负责收取受著作权保护作品的著作权费。目前，只有少数发展中国家采取了这一做法，而人们对收费管理协会价值的看法大相径庭。世界知识产权组织和一些赞助机构积极提倡和支持这些协会，一些发展中国家政府也如此（例如加勒比海地区）。发达国家以著作权为基础的行业集团也认为，发展中国家成立复制权利组织 (Reprographic Rights Organizations) 有助于通过以适于当地市场的复制速度，促进受保护著作在更大范围的使用。

另一方面，一些评论家认为，虽然发展中国家的这种组织可以为当地的作家和艺术家收取版税，但它们很可能为发达国家的权利人收取更多的版税。而后者通常占著作权市场的大多数。例如，在南非（与其它低收入发展中国家相比，该国的比例情况可能还要更好一些），其戏剧、艺术和文化权利组织 (Dramatic, Artistic and Literary Rights Organization, DALRO) 共向本国的权利人支付了将近74,000欧元，其中约20,000欧元是从外国收费协会得到的；而在同一时期，它向外国的权利人支付了约137,000欧元。<sup>6</sup> 重要的是认识到：收费管理组织能够发挥巨大的市场潜力，而且可能以反竞争的方式行事。这是那些制度能力不足和法规体系不力的发展中国家尤其要关注的问题。

最终，发展中国家必须在成立收费管理组织的利弊方面作出自己的判断。那些对其基于著作权的行业之产品有着巨大市场的发展中国家，无论是国外的还是国内的市场，建立这样的制度能够为著作权人带来财政收益。而对其它国家来说，建立这样的制度对其公民的净利益与对外国公民的净利益相比意味着可能很难证明值得付出成立收费管理组织的成本。无论如何，发展中国家建立和运作这种机构的全部开支从一开始就必须是透明的，并且作为直接受益人的著作权人应负担这一开支。而且，只有在能够同时建立正常运转的著作权和竞争专家法庭情况下，才可能成立这些收费管理组织。

虽然在某些情形中，一些发展中国家发展以著作权为基础的行业所带来的潜在利益可能是诱人的，但根据从整个发展中国家世界得来的证据看，我们难以否认：更为强硬的著作权保护对世界大多数贫困人口的负面影响很可能更为直接和明显。当今，最富有的那些国家和最贫穷的那些国家之间存在着巨大的“知识差距”。正如世界银行指出：

“如果知识差距加大，那么世界将会进一步分裂，这不仅是资金和其它资源方面的不平等，而且也是知识方面的不平等。资金和其它资源将会越来越多地流向那些拥有更强知识基础的国家，从而加剧上述不平等状况。此外，还存在着国家内部尤其是发展中国家内部知识差距加大的危险——少数幸运者可以利用因特网，而他人却还处于文盲状态。但是危险和机遇是并存的。如果我们能够缩小这种知识差距并解决在信息方面存在的问题……那么收入和生活水平就可能以超出以前想象的速度提高。”<sup>7</sup>

从长远的角度来说，更为强硬的著作权保护可能有助于促进发展中国家本国文化业的发展，前提是也必须具备其它影响此类行业发展的条件。但是从短期和中期来看，这可能会减少发展中国家和贫困人口通过在其可能支付的范围内获得所需书籍、科学信息和计算机软件以缩小差距的能力。

## 著作权规则是否允许发展中国家缩小知识差距？

从理论上来说，国际著作权规则应当能够解决这种使用问题，因为它们允许有关国家在某些情况下可以在其国内法律中规定对著作权的例外和放宽。比如说，《伯尔尼公约》第9和第10款中规定：各国可以为国家立法中所规定的某些特定目的如教学、研究和私人使用，在未经授权的情况下对著作权作品进行有限的复制，只要这样做不会妨碍著作权人对其作品的正常利用（见第5.1文本框）。

在1967年的《伯尔尼公约》斯德哥尔摩会议上，发展中国家要求在国际著作权规则中有更多的灵活性，因为他们需要进行大规模全民教育。这次会议制定了一份协议，允许发展中国家，为翻译成本国语言的作品（最有争议的是为教育与科研目的而使用的受保护作品）提供缩短为25年的保护期限并提供强制许可。但斯德哥尔摩协议（Stockholm Protocol）因发展中国家和发达国家缺乏一致意见而从未能得到批准。各国最终于1971年在巴黎达成协议，为发展中国家制定了一套削弱的免除规定，实质上允许授予翻译成本国语言的作品有限强制许可。此项规定列于《伯尔尼公约》的附录中，但是它不会给发展中国家带来直接的利益，事实是，只有屈指可数的发展中国家在其国家法律中包含了这些特殊规定。<sup>9</sup>

中心问题是，现存国际规则框架内的免除和限制能否允许发展中国家达成适当的平衡，在保护著作权的同时满足其特殊的发展需求。这值得令人怀疑的。正如一位著名的国际著作权专家所说：

“在一个发展中国家决定进入国际著作权关系时，一般来说它将会发现在满足其需要（教育和知识的传播）和诸如《伯尔尼公约》等的多边体系保护标准之间依然存在着显而易见的差距。”<sup>10</sup>

实际上，通过与厉害相关者咨询和查阅有关证据，我们发现，问题最为严重的是：当地出版业或赞助计划不能满足教育材料的需求及计算机软件的使用，而这是利用信息和在全球经济中竞争的前提。数字时代的到来为发展中国家获取信息和知识提供了巨大的机遇，例

## 第 5.1 文字框数字时代的“合理使用”和“合理交易”

国际著作权规则需要对作者、艺术家及其它创作者的专利权以及广泛传播知识这一社会目标加以平衡，为此，该规则允许各国对以下权利进行限制，即防止某些指定范围内擅自使用和复制行为的权利。例如，《伯尔尼公约》第 2 段第 9 款规定，“各国法律应允许特定情况下对此类著作进行复制的行为，前提是这些复制行为不会与著作权的正常利用发生冲突，也不会无端损害作者的合法利益。”

因此，大多数国家的国家著作权法都包括一些基于“合理交易”原则或美国“合理使用”原则的例外规定。这些例外规定是用于出于以下目的的复制行为：个人使用、研究、教育、档案复制、馆藏和新闻报道。部分由于各国的法学理论不同，这些例外规定的范围、能力和灵活性因国家和地区的不同而存在很大差异，但一般来说都集中在以下条件方面：

- 用途的目的和性质：复制必须出于私人或其它非商业目的。只能进行一次或少量复制。
- 复制著作所占比例：复制应当只限于著作的部分内容。完整著作的复制只能在市场上没有原著的情况下才能进行。
- 对硬拷贝著作的复制通常只能通过复印流程。在电子作品复制方面也存在着一些自由，比如说电视节目的时移 (time-shifting) 或对计算机软件进行存档。
- 如果对馆藏或存档用途有例外规定，那么有关机构必须是对公众开放的而且不是以商业形式运作的。
- 必须考虑到权利人的合法利益，即对著作的潜在市场的影响。

然而，数字技术的发展与传播现在已允许对受保护作品进行无限制的、完整的、无需付出代价的非法复制以及几乎即时的在全球范围内销售。著作权行业对此做出回应，通过加密技术和反欺诈措施，并加之合同法和数据库保护的单独适用形式。评论家认为这些措施有效地限制了“合理使用”，并且可能会减少教师、学生、研究员以及消费者获取信息的能力，在发展中国家更是这样。在这一点上，需要采取新的措施来确保适当的“合理使用”例外规定能够在数字作品方面得到保留。<sup>8</sup>

如：数字化图书馆和档案的发展，以因特网为基础的远程教学计划以及科学家和研究员能够即时使用先进的网上技术信息数据库，这仅是其中数例。但数字时代的到来也给知识的使用和传播带来一些新的，严重的威胁，特别是发展中国家确实面临丧失在因特网方面的潜能的危险，因为权利人可以利用技术通过付费浏览系统来限制公众对因特网的使用。

## 以著作权为基础的行业和对受保护著作的复制

正如我们在本章开头所说，包括出版业和计算机软件业在内的以著作权为基础的行业在全球知识经济中占据着主要的地位，他们所提供的产品和服务对推动创新并在总体上推动社会 and 经济发展起到了中心作用。这些行业的巨大增长反映了它们的成功，它们创造了数百万的高薪工作和数十亿的财政收入，包括在一些发展中国家。计算机软件业本身也是创新的一个非常重要的来源，并且其成员认为在过去的十年左右时间内他们在许多商用软件产品的性能和功能方面创造了巨大的增益，而与此同时价格依然保持稳定，甚至有所降低。

来自这些行业的代表向我们强调了以下两方面的重要性：著作权法，以及为防止非法复制以鼓励在创造及创新以及产品及技术发展方面投资而实施的强劲保护措施。在发展创造性作品并投入市场方面的投资规模的确是相当大的。例如，据出版商协会称，英国现在共出版书籍约 60 万册。这对于创新行业以及整个社会来说都是具有巨大价值的知识资源。因此，比如计算机软件业认为对其产品收取著作权费才能产生公司用于进一步研发的收入。

防止非法复制一直都是发展国际著作权规则的最重要目标，现在仍然是这样。对有著作权的作品的非法复制（著作权人通常称之为“piracy”——“盗版”）已有很长的历史，并且依然是一个国际现象，不仅发生在发达国家，也发生在发展中国家。例如，美国在 19 世纪一直拒绝对外国作家授予著作权保护，因为这对满足该国对知识和启蒙的需求是必不可少的。有趣的是，虽然产业界宣称当前非法复制的比率在某些发展中国家和转型经济国家是最高的，<sup>11</sup> 而权利人最大的财政损失依然发生在发达国家，因为他们的市场大得多。<sup>12</sup> 数字时代的到来使著作权业担心：它们的新网络书籍、DVD 电影、音乐 CD 或者是计算机程序也许只能卖出一份，然后就会被完美廉价地非法复制，并且通过计算机网络和因特网在全球范围内轻易传播。

然而，过去有证据显示著作权执行的不力对整个发展中国家世界的知识和某些基于知识的产品（比如计算机软件）的传播有重大的影响。实际上，虽有争议但我们可以说，发展中国家的许多贫困人口只能通过使用比正版产品原价价格低很多的非法复制品来使用某些受著作权保护的著作。因此我们担心：对《与贸易有关的知识产权协定》规定的国际著作权规则和其它相关事物的更强劲保护和实施无意产生的影响，将只能减少发展中国家对知识产品的使用，给贫困人口带来灾害性的后果。

针对上述担心，以著作权为基础的行业内代表提出了他们正在为发展中国家实施的特殊计划，如针对对成本敏感的使用者的捐助计划和对书籍以及计算机程序“廉价”版的发行，这些方式是对发展中国家的一种推进而不会减弱国际著作权规则及其执行措施。例如，出版业现在正在支持越来越多的计划，旨在增加发展中国家对其购买力范围内书籍和杂志的使用，并建立与较不发达国家出版商的伙伴关系以鼓励当地出版业的发展。<sup>13</sup> 同样，在计算机软件业内，一个主要的软件公司正向南非 32000 所公共学校无偿提供数种软件产品，从而在帮助南非师生精通 IT 的同时，帮助建立其未来的市场。

但最终商业公司要对其股东负责。他们不是也不打算成为慈善机构。因此各公司认为，应该由发达国家的政府以及各发展机构负责，满足发展中国家为教育和知识传播需要而对受著作权保护著作的使用给予补助，增加其使用的需要。在1977年向英国国会提交的一份报告中以及英国著作权法庭最近的一项决议中都提到：从未有人建议笔记本、圆规和直尺的制造商应当无偿向教育机构提供这些用品，<sup>14</sup> 那么为什么以著作权为基础的行业应当容忍这种对其书籍、杂志、计算机软件和科学数据库的大规模非法复制呢？

我们对此进行了细致的考查。我们认识到由产业界自愿为发展中国家实施的计划很有价值，并且认为在这一领域还有更多可做的工作。总之，对不同发展中国家的观察使我们相信：即使是从权利人的角度来说，目前对产品的定价也未必是最好的。由于复制（尤其是商业规模的复制）受出售价格和复制开支之间比率所驱使，发展中国家应该有余地使用对有关制作业税收中性化，甚至税收有利的更大差别定价。事实是，出版商已准备支持为发展中国家的机构提供低花费或无偿网上出版物的多种计划，这表明他们认识到在适当安全防范的情况下，差别定价方面存有余地。在他们全面接受著作权人和其它产业界一样有权利从其投资中获取适当回报这一观点的同时，我们认为从公共政策的角度来说，确保发展中国家的人民能够更好地使用知识和确保他们能够使用其它维持发展最基本的供给，如食品，水和药品一样重要。我们不太清楚出版商和软件生产商在促进发展中国家对其产品的使用方面与其对股东的承诺已达到了适当的平衡。

出版公司，无论是硬拷贝、网上书籍或杂志以及软件生产商应当考虑它们的定价策略，以减少发展中国家的盗版行为，降低这些国家购买其产品的费用。出版公司主动采取的降低发展中国家读者购买费用的举措很有意义，我们鼓励更多的公司采取此类举措。在这方面将向发展中国家提供的在线免费服务扩展到所有学术期刊的做法不失为好榜样。

## 著作权与使用权

### 教育材料

近年来，发展中国家的初级和中级教育的扩大令人鼓舞，援助也集中于这些部门。虽然在实现全民教育这一目标方面仍面临着一些重大挑战，发展中国家及其赞助伙伴正在这一方面取得重大的进步。<sup>15</sup> 一些国家在初中级教育书籍和阅读材料的使用方面也得到了提高。这是因为用于初级教育的国际书籍赞助计划的公共开销水平不断增长，如国际书籍援助会(Book Aid International)。还有一个重要因素是，一些国家也得益于本国出版业的发展，虽然还只是处于萌芽阶段，但它们能够生产低成本的学校用书和阅读材料。<sup>16</sup>

然而，在许多发展中国家人们对书籍和学习材料的使用依然是一个现实的问题。1999年，由赞助者和发展中国家组成的一个联盟“非洲教育发展协会”(ADEA)在研究中发现，缺少校内外使用的适用而低成本的书仍然限制那些国家提供高质量的教育。的确，非洲教育发展协会的研究结果非常令人沮丧：

“使用教学和学习材料的机会非常不均匀，没有足够的用于发展关键读写技能的阅读材料，学生与书籍之间的比率不合理，这些现象仍然是很普遍的。其经济环境趋向于鼓励进口书籍从而排挤国产书籍，因此非洲出版商仍然处于劣势。”<sup>17</sup>

但对书籍和阅读材料的使用对教育系统的其它部分也是重要的。因为发展中国家需要受过适当教育的公民，如医生、护士、律师、科学家、研究员、工程师、经济学家、教师和会计人员。如果没有这些领域的专门人才以及一个终身学习和教育系统，发展中国家将更不能吸收新的技术，创新并参与全球知识经济的竞争。例如，即使发展中国家能够获得廉价医药，它们仍需要熟练的医生和护士来正确使用这些药品救死扶伤。

但在许多发展中国家，尤其是撒哈拉沙漠以南的非洲国家，高等教育部门水平已经降低到不久将不能提供最基础的教学和研究的程度，并且在这一段时间内，大学入学的需求不断增加。<sup>18</sup> 考虑到许多发展中国家已经把其国民生产总值的很大一部分用于教育，它们也许不能追加任何用于维持现有高等教育入学水平的资金，更不用说提高教学质量。很明显著作权不是导致薄弱高等教育基础设施的唯一问题，但书籍和器材的高昂价格以及因特网资源使用的限制仍是现在不断恶化的危机中很重要的一部分。

在高等教育部门，有证据显示在发展中国家使用教育和研究书籍以及其它材料仍是一个很严重的问题，特别是那些最贫穷的人口。大多数发展中国家仍然严重依赖进口教科书和参考书，因为对那些国家本已经挣扎度日的出版商来说，打入高等教育部门市场在商业上仍然是不可行的。这类书籍的价格超出了大部分学生的购买能力。

## 图书馆

大学图书馆应当在支持研究和确保发展中国家的贫困学生能够使用受著作权保护书籍、杂志以及网上材料中起重要作用，但是他们一般都处于不景气状态。赞助机构已提供资金，用于一些国家的图书馆的现代化改造和增加存书，包括提供因特网连通和复印设备。<sup>19</sup> 仍然急需更多这样的援助，但是赞助系统速度太慢且官僚主义严重，不能维持图书馆对最新教科书的收藏。一般来说，贫困发展中国家大学图书馆的现状依然很暗淡，<sup>20</sup> 特别是在非洲。近来联合国教科文组织称：

“在过去十年左右的时间内，非洲国家的经济处于低迷时期，这对几乎全是公立的学术机构图书馆服务质量产生了毁灭性影响。大多数人没有能力购买新书，很大一部分杂志订阅被取消。与无法转向新的信息技术相应。非洲的学术界，特别是非洲的大学图书馆面临着一个不容乐观的前景。”<sup>21</sup>

在咨询中我们也发现，诸如南非等发展中国家中较有财力的大学图书馆有时也存在严重的问题，因为不得不为获得师生们所需的材料而获取著作权许可证和支付版税。并且，我们研究过的证据表明即使是这类有财力的图书馆为支付维持最新藏书的高昂开销，也不得不大幅减少杂志的订阅。的确，即使是发达国家中财力丰富的图书馆在维持师生所期待的品种齐全的杂志方面也面临巨大的困难。在发达国家，订阅学术杂志的价格正在迅速增长，出版业内不断进行的兼并也引发了很多关于研究员如何才能维持所需材料使用的讨论，以及关于网上出版（如“生物医学中心” BioMed Central 等）的发展和可替代模式的讨论<sup>22</sup>。

但发展中国家也需要有更多的自由来挣脱国际著作权规则的限制，满足自己国家的教育和研究需要。正如我们已经提到过的，斯德哥尔摩会议代表提出一揽子计划对 1967 年《伯尔尼公约》有关内容进行修订。发达国家拒不接受这一提议，因为它们认为这对著作权保

护的限制太过于偏激。30年后重新审视这一事件时，我们明显发现，对发展中国家的特殊规定，虽然已作为附录写入了1971年《伯尔尼公约》，但是没有付诸实施。因此需要进一步的改革，并且重要的是要采取不同措施来满足每个国家的特殊需求。正如一位评论家所说：

“在某些情形中，以补助价格在有限时间内获得对科学杂志和书籍的使用将有很大帮助。而在其它情形中，市场有限的本国出版商需要能便利和低廉地使用外国书籍以便将其翻译成本国语。在别的情形中，为服务于本国懂英语或法语但买不起进口书刊的人口，就必需获得许可来翻印工业化国家的原版书籍。对一些国家来说，它们缺少形成其本国出版业的大部分因素，因而需要从头开始构建。著作权也许不是所有这些情形中的主要因素，但却起着重要的作用。”<sup>23</sup>

为扩展受著作权保护作品的使用范围并实现教育和传播知识的目标，发展中国家应当制定鼓励竞争的著作权法，这些法律应保留或规定对教育、研究和图书馆使用作品的广泛例外条款。发展中国家在执行国际著作权标准时应适当考虑本国提高这些作品使用范围的迫切需要，以及这些作品对社会和经济发展的重要意义。

## 著作权及计算机软件

正如其他人已经指出，在发达国家和发展中国家之间存在着数字化分界。在全球知识经济中，计算机技术是获取和使用信息、加快技术传播和促进生产力增长的基本条件。同时，计算机软件产品可能是最受保护的基于知识的产品。根据《与贸易有关的知识产权协议》，计算机程序现在和其它文学作品一样有资格受到著作权的保护，同样也受到其它形式的知识产权保护，包括受到一些国家的专利保护，如在美国。

当然，发展中国家的工业、医院、学校和政府机构需要各种各样的计算机应用软件。但最普遍的情况是它们需要使用支付得起的现成商用软件包，比如文字处理、电子制表、电子邮件和因特网浏览产品等。欧洲和北美的公司，以微软公司为其主要代表，在这些产品的全球市场中占据主要地位。发展中国家的软件工业大多没有占据现成成套计算机程序的市场，即使是印度也一样。<sup>24</sup>

著作权在计算机软件工业内对现成的商业应用软件来说最为重要。不像定制的应用软件，这些产品拥有一个大众市场、而且很容易复制。著作权保护使各公司能够防止复制、限制竞争并对这些产品实行垄断价格。这在发展中国家内产生了两大问题：

第一，由于当前在发展中国家存在大范围的复制现象，同时其本国购买力的水平较低，因此人们担心更为强硬的保护措施及其实施是否会对此类技术的传播更受限制。这可能是个特别的危险，因为商业应用的网络效果往往会加强现有软件生产商的垄断地位。然而在研究有关证据时，我们的结论是，如果发展中国家采取正确的步骤，是可以克服这一问题的。例如，政府和赞助机构可以检查其软件采购政策，更多地考虑价格低廉的商用软件产品，包括可以广泛使用和获取的通用和开放源码产品。<sup>25</sup>

第二，当软件的源码也受到保护时，这使依据本国需要对产品进行改造变得更为困难，可能也会制约在互操作应用软件开发（通过逆向工程后的进一步创新）方面的竞争。《与贸易有关的知识产权协议》允许发展中国家有软件逆向工程的灵活性，因此如果能够制订适当的国内著作权法，就可以避免这个问题。作为另一项实用措施，可以考虑在更大范围内使用各种开放源码软件产品，<sup>26</sup> 因为不同于著作权软件，它们的源码是可以公开利用的。<sup>27</sup> 在另一方面，工业界有人认为，如果实施更为强硬的著作权措施，那么封闭源码所有权产品的开发者可能会更愿意使发展中国家的软件开发者获得源码。

很明显，向发展中国家推荐采购计算机软件应当遵循的政策超出了我们的授权范围。例如，虽然价格低或开放源码的软件与所有权软件相比按理可能具有费用和其它方面的优势，但除软件许可费以外的许多因素都会影响 IT 系统的总成本，如为满足客户的特殊需要而定制系统，以及为该系统所提供的服务和维护。因此，考虑到发展中国家对信息和通信技术有相当大的需求但其可利用资金的有限性，有关政府和赞助机构当然应该考虑支持可以提高低成本方案（包括开放源码软件）意识的计划。

**发展中国家及其援助国应当重新审视计算机软件采购政策，确保对低价及 / 或开放式软件产品作适当考虑，谨慎评估这些政策的成本和收益。发展中国家应当确保国家著作权法在遵循它们已加入的相关知识产权条约的情况下，允许进行超出互操作性所要求的计算机软件程序的逆向设计。**

## 释放因特网促进发展的潜能

我们有理由希望，信息技术革命拥有增加发展中国家对信息和知识使用的潜能。在以下两个主要技术领域的飞速进步——数字信息存储 / 处理以及卫星 / 光学纤维通信——为在全球范围内获取和使用知识提供了更为快捷和便宜的途径。因特网的增长就是一个最好的例子。1993 年中期，因特网上只有不到 200 个网站，但是到 2000 年下半年已有 2 千万个；到 2005 年因特网用户的数量可望达到 10 亿，虽然大多数仍集中于发达国家（联合国开发计划署 2001 年）。表格 5.1 显示出发达国家、发展中国家和最不发达国家之间在因特网使用上的明显差别。

因特网的增长为发展中国家提供了使用和传播知识的良机。例如，数字化图书馆规模的扩大以及数量的增加为全面使用全世界任何地方的出版信息提供了前所未有的机会。将来，发展中国家或许有能力建立国家数字网络为每一个偏远的村庄提供全球范围内的图书馆资源，澳大利亚正在这样做。<sup>28</sup> 同样，诸如建立“非洲虚拟大学”（AVU）之类的动议显示出因特网在发展中国家作为远程教学工具和资源的潜能。从 1997 年成立以来，来自 17 个非洲国家的 24000 多名学生已通过非洲虚拟大学完成了分学期的技术、工程、商业和科学课程。同时它还为学生提供了一个使用网上数字图书馆的机会，该图书馆有 1000 多本全文杂志，目前，非洲虚拟大学网页平均每个月受到不止 1 百万人次点击。<sup>29</sup>

表格 5.1: 2000 年发达国家和发展中国家的因特网连通情况

	因特网用户 (以百万为单位)	人口 (以百万为单位)	每一万人中因 特网用户的数量
发达国家	253.2	860	2944
发展中国家	107.0	4500	238
最不发达国家	0.7	780	9
总计	360.9	6140	588

资料来源: 国际电信同盟 (2001 年), 引自《Story (2002)》的附录 4。

## 技术限制

但是, 这些技术方面的变化也对知识和技术的使用与传播造成了威胁。在出版和软件业内有这样一种不断增长的趋势: 在网上分发内容, 以及通过加密技术等数字化权利管理系统对使用做出限制。这种先进的技术保护形式取消了以数字形式对著作权作品进行浏览、分享或复制以为个人使用的传统的“合理使用”权利, 因为这些作品不付费是不能使用的, 即使是合法的使用。在因特网连通有限并且支付不起网上资源订阅的发展中国家, 技术保护形式将会完全排除对网上材料的使用并构成一个沉重的负担, 从而延迟那些国家对全球知识社会的参与。

在知识产权规则的这一趋势和因特网促进发展的潜能之间的关系方面, 有三个因素对发展中国家来说具有更为深远的意义。

第一、世界知识产权组织《著作权公约》建立了新的规则, 不久将可能成为国际标准。<sup>30</sup> 它阐明了著作权人对其材料在网上的排他性权利, 明确呼吁各国提供有效的法律补救措施来防止对技术保护措施的欺诈, 以限制非经著作权人授权和国家法律允许的使用类型。到 2002 年 4 月为止共有 35 个国家批准了这一公约, 其中包括布基纳法索, 马里和加蓬。我们在这方面的一个有重要性的担心是: 发展中国家将会受到压力——例如在与发达国家的双边协议方面 (参见第 8 章)——而不得不加入世界知识产权组织著作权条约, 或者甚至不得不对对技术保护系统的欺诈采用更严厉的禁止手段, 因而实际上减小数字媒体的传统“合理使用”的范围。

在美国, 1998 年的《数字千年著作权法》(Digital Millennium Copyright Act, DMCA) 通过了《世界知识产权组织条约》, 但是超出了这一《条约》的规定。特别是它通过宣布规避出版商使用的技术保护或者是开发或散布相关器材的行为为非法行为来强力推动对技术保护的使用。即使此类行为是为了迄今为止还没有侵犯著作权的用途, 也是非法的 (《世界知识产权组织条约》中没有这样的规定)。这严重危及到著作权项下传统的“合理使用”原则, 也违反了“一次销售用尽” (first sale) 的原则。比如一本书, 你可以向任何人转售, 但技术保护可能会阻止同等的数字化行为。最后, 技术保护是无限期的, 而著作权却是有限时间限制的 (虽然其时限似乎在不断增长)。

第二、这些“内容”行业的某些部门正在呼吁政府制定法律要求计算机技术的制造商内置防止对数字化作品进行非法复制的设备。例如，迪斯尼公司董事长兼首席执行官迈克尔·艾斯纳在2002年3月25日金融时报的一篇文章中宣称：

“我们现在正处于一个十字路口。首要目标必须是内容创作者和计算机技术的创造者在用适当技术防止对著作权材料的非法复制和传播方面携手合作并达成协议。美国政府可在其中扮演一个重要的角色，它可以规定一个合理的最后期限，如果在此之后仍没有任何进展的话，美国政府将插手实施技术标准，防止著作权作品受到非法利用。”

第三、具体在科学或技术电子数据库方面，发展中国家有可能被鼓励除了提供《与贸易有关的知识产权协议》和《伯尔尼公约》项下的有限保护（见文本框5.2），还采用一个知识产权保护的特殊体制。15个欧盟国家在1996年采用了这样的一个单独适用的保护体制。<sup>31</sup>加之欧盟的数据库体制只在互惠的基础上为外国人提供保护，所以类似的提议在几年前就在美国国会中提出过（例如：1996年的《数据库投资和知识产权反盗版法案》草案）。欧盟和美国在1996年世界知识产权组织外交会议上还提议就数据库保护实行一项国际条约。

数字化以及即时、低成本的全球通信潜能已为科技数据库在发展中国家的传播和使用创造了与世界其它国家一样的新的巨大机遇。的确，为研究目的而使用现存数据库并对其进行摘录和重组的能力已经成为科学进程的一个关键部分。然而，商业私营部门一般希望对数据库的非法使用加以控制，使它们从订费中获得最大程度的收入，即使其中包括的一些数据可能已存在于公共领域或是通过公共资助的研究收集得来的。在这方面，我们主要的担心是：若是既加强国际水平的数据库知识产权保护，又鼓励在新的商用数据库产品和服务方面增加投资，可能会同时大大减少发展中国家的科学家和研究员对其中所包含数据的使用，因为他们通常缺少支付必要订费的财力。

很明显，与通过因特网使用信息和知识相关的问题已逐渐涌现出来。在某些方面，它们对许多发展中国家的直接影响是有限，因为那些国家的因特网连通有限。然而，因特网问题对于发展中国家的大学和科研机构来说是至关重要的，并且不久可能会成为发展中国家中等、甚至于初级教育的中心问题，因为因特网接入与建造图书馆存储图书相比成本要低廉的多。因特网有着强大的促进发展的潜能，保证这种潜能不被丧失是势在必行。

我们需要对保护数字化内容和权利人利益的最佳手段做更多分析，同时承兑那些确保消费者能充分使用和“合理使用”的原则。更具体来说，决策者需要进一步认识对内容进行网上分发和技术保护这一趋势对发展中国家的影响。很多这样的材料可能将受到技术手段或作为使用条件而强加的合同条款的保护。如何使“合理使用”的合理要求得到保障，目前还没有明确的答案。

考虑到存在极大程度的不确定性，我们的结论是：要求发展中国家现在就在这一领域制定超出《与贸易有关的知识产权协议》的标准还为时过早。我们认为，发展中国家签署《世界知识产权组织著作权条约》可能是不明智的，除非它们有非常具体的原因需要签署，而且它们应该保留在技术措施方面立法的自由。我们进一步的结论是：发展中国家，或者甚至其它发达国家，不应当追随《数字千年著作权法》的先例而禁止对技术保护的一切欺诈。特别是我们认为：象《数字千年著作权法》这样的立法使利益的天平太过于偏向著作权材料的制造者，而不利于使用者的历史性权利行使。在全球范围内“复制”这种立法可能对发展中国家使用其自身发展所需的信息和知识非常有害。同样，我们也可以得出这样的结论：《欧盟数据库指令》在对材料的集合提供保护方面走得太远，并且这将会过度限制发展中国家对科学数据库的使用。

## 文本框 5.2 数据库知识产权保护

由于计算机信息服务在全球扩散，数据库知识产权保护已成了科研、改革和创新领域极为重要的问题。信息与通信技术的进步，使得事实性信息的数字化数据库成为使知识加速度增长和产生新发明的潜在资源。因特网的扩展推动了对数字化数据库的广泛传播及便利使用。同时，同样的技术也使得对有价值的数据库的非法使用和大规模盗用变得相对简单。中心问题是：一方面是在数据库创建者对创造动机的关注及对新数据库产品和服务的投资之间保护的平衡；另一方面，是维护科学、教育和图书馆界的用户对数据库产品所包含数据的惯常使用。

在多数国家，数据库有资格通过商标法和著作权法受到知识产权保护（事实上它们可能也会受到数据库用户和服务提供商之间合同的保护）。然而，著作权法对数据库的保护是有限的。《伯尔尼公约》保护著作的编辑与收集，但却没有对除本身受著作权保护的作品之外的材料的收集做出保护规定。在 1991 年费斯特出版公司诉农村电话服务公司的这一著名案例中，美国最高法院否决了对一本电话簿的保护，理由是其中收集的姓名、地址和电话号码不是原创作品。

根据欧盟 1996 年采用的单独适用体制，数据库创建者有权保护其数据库内容在 15 年内不会被全部或大部分摘录，而且如果有实质性的变化（如通过增加其它数据）这一保护期限是可以更新的。有人认为欧盟体制旨在保护投资而非保护原创著作，这种看法有以下事实为证：为获得保护，创作者仅需要证明他们在开发数据库中作了大量的投资。

发展中国家的因特网用户应享有正当使用权，如为教育和研究目的打印和分发网上资料及其复制品的权利，以及合理摘录注释和评论的权利。电子信息或软件供应商如果试图通过与电子资料分发有关的合同条款来限制“正当使用”权，这些条款可被认为无效。如果供应商试图通过技术手段进行类似限制，应当采取措施规定这种技术保护手段的非法性。发展中国家在加入《世界知识产权组织著作权条约》前应慎重考虑，不应追随美国和欧盟，制定与“数字千年著作权法”或“数据库指令”类似的法律。

<sup>1</sup> Story · A.(2002), 《著作权、软件业和因特网》，委员会第 5 号背景文件，伦敦，第 11 页，  
源自：<http://www.iprcommission.org>

<sup>2</sup> 联合国教科文组织 (1998), 《世界信息报告 1997/1998》，联合国教科文组织，巴黎，第 320 页。  
源自：[http://www.unesco.org/webworld/com\\_inf\\_reports/wirenglish/chap23.pdf](http://www.unesco.org/webworld/com_inf_reports/wirenglish/chap23.pdf)

<sup>3</sup> 可参见例如 Oman · R (2000) 所著《著作权：发展的发动机》，联合国教科文组织，巴黎。请注意：它有网上的电子书版本，定价 10.67 欧元；读者可以在线阅读，但不可以打印成硬拷贝，这是因特网技术保护的一个典范。源自：<http://upo.unesco.org/ebookdetails.asp?id=3004>

<sup>4</sup> 资料来自于印度软件和服务公司全国协会 (NASSCOM)。  
[http://www.nasscom.org/it\\_industry/sw\\_industry\\_home.asp](http://www.nasscom.org/it_industry/sw_industry_home.asp)

<sup>5</sup> Bgoya · W. et al (1997), 《非洲教育材料出版的经济》，对非洲书籍发展的看法丛书，ADEA 书籍与学习材料工作组，伦敦。

源自：[http://www.adeanet.org/trans/Econ%20of%20publishing\\_ENG/Economic%20eng.pdf](http://www.adeanet.org/trans/Econ%20of%20publishing_ENG/Economic%20eng.pdf)

<sup>6</sup> Story · A.(2002), 第 53 页。

<sup>7</sup> 世界银行 (1999), 《1998/1999 年世界发展报告：知识促进发展》，世界银行，华盛顿哥伦比亚特区，第 14 页。源自：<http://www.worldbank.org/wdr/wdr98/>

<sup>8</sup> 有关该协议和附录的历史参见 Ricketson · S. (1987) 所著《有关文学艺术作品保护的伯尔尼公约：1986-1996》，Kluwer，伦敦，第 11 章。

<sup>9</sup> Ricketson · S.(1987), 第 591 页。

<sup>10</sup> Correa · C. M.(2000), “数字时代的合理使用”, 联合国教科文组织, 巴黎。

源自: [http://webworld.unesco.org/infoethics2000/documents/paper\\_correa.rtf](http://webworld.unesco.org/infoethics2000/documents/paper_correa.rtf)

<sup>11</sup> 例如, 商用软件联盟估计, 2000 年计算机软件侵权水平在越南和中国分别为 97% 和 94%。商用软件联盟 (2001) 《商用软件联盟第六届全球软件盗版研究年会》, 商用软件联盟。

源自: <http://www.bsa.org/resources/2001-05-21.55.pdf>

<sup>12</sup> 例如, 单单北美、西欧和日本因计算机盗版软件而导致的收入损失就占全球的 65% 以上 (商用软件联盟 (2001))。需要指出的是, 这些研究所使用的方法已经遭到了批评。它表明这些研究是以估计的安装软件数量和估计合法供应数量之间的差异为基础的, 而这二者都是按合法供应价格来评估的。但它并没有提到, 如果没有“盗版”行为, 额外的合法销售额必然会低很多。因此一些人认为, 对销售额收入损失的估计过高了。

<sup>13</sup> 此类动议的范围和数量决定了我们不可能对所有动议都进行叙述, 但是最为有名的例子就是世界卫生组织赞助的“健康因特网接入动议”(HINARI), 它为 100 个发展中国家提供网上免费使用的大约 1000 种主要医学杂志。如果你想获得更为详细的有关发展中国家此类接入动议方面的清单, 请查阅: [http://www.alpsp.org/htp\\_dev.htm](http://www.alpsp.org/htp_dev.htm) 或

<http://www.library.yale.edu/~llicense/develop.shtml>

<sup>14</sup> 委员会有关考虑著作权和设计权的法律报告, 于 1977 年提交英国议会, 那时该委员会主席是维特福特 (Whitford) 先生 (即《维特福特报告》)。英国著作权法庭对英国大学诉 CLA 的临时裁决, 2001 年 9 月。源自: <http://www.patent.gov.uk/copy/tribunal/uukvcla.pdf>

<sup>15</sup> 参见例如联合国教科文组织 (2001) 《全民教育监督报告》, 联合国教科文组织, 巴黎。

源自: [http://www.unesco.org/education/efa/monitoring/pdf/monitoring\\_report\\_en.pdf](http://www.unesco.org/education/efa/monitoring/pdf/monitoring_report_en.pdf)

<sup>16</sup> Altbach · P. (1995), 《著作权与发展: 信息时代的不平等性》, Bellagio 出版网络, 马萨诸塞波士顿; 以及 Bgoya · W. et al (1997)。

<sup>17</sup> 非洲教育发展协会 (ADEA) 书籍和教材工作组。

源自: [http://www.adeanet.org/workgroups/en\\_wgblm.html](http://www.adeanet.org/workgroups/en_wgblm.html)

<sup>18</sup> 20 世纪 80 年代, 撒哈拉以南非洲国家的高等学校学生的平均公共开销从 6300 美元降到 1500 美元; 20 世纪 90 年代, 又下降了大约 30%。Saint · W. (1998) 《撒哈拉以南非洲国家的高等远程教育与技术》, 非洲教育发展协会高等教育工作组, 华盛顿哥伦比亚特区。

<sup>19</sup> 例如, 根据联合国教科文组织 (1998), 世界银行批准向塞内加尔政府提供 1580 万美元的贷款用于改善达喀尔大学的图书馆服务。

<sup>20</sup> 例如, 在坦桑尼亚达累斯萨拉姆大学, 几百人班级追逐一本图书馆教科书是很普遍的, 而且收藏的教科书经常是两次新版之前的过期版本。Rosenberg · D.(1997) 《非洲的大学图书馆: 对他们的现状和未来潜力的审核》, 国际非洲学会, 伦敦。

<sup>21</sup> 联合国教科文组织 (1998), 第 4 章。

<sup>22</sup> 参见《杂志之争》, 《经济学家》刊物, 2001 年 5 月 10 日。

<sup>23</sup> Altbach · P. (1995), 第 7 页。

<sup>24</sup> 这一形势不可能得到迅速的改变。至少短期和中期内, 有相当多的与知识产权无关的障碍阻止了发展中国家的软件企业大规模进入现货市场。这些障碍包括发展中国家的国内市场狭小, 总共只占全球软件市场的不足 5%。经济合作与发展组织 (2000) 《2000 年信息技术展望》, 经合组织, 巴黎, 第 67 页。源自: <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/prod/it-out2000-e.htm>

<sup>25</sup> 例如据称, 由太阳公司 (Sun Corporation) 生产的一套“StarOffice”商用软件与微软十分流行的“Office”软件产品是全面兼容的, 且可以从该公司的网页免费下载。

<sup>26</sup> 参见术语表中的有关定义。

<sup>27</sup> 开放源码软件的一个典型例子就是“Linux”软件, 它是一种与 Unix 相似的个人计算机操作系统, 是由赫尔辛基大学于 1991 年开发的, 可以免费使用。Linux 系统分发时其源码只需要“通用公共许可证”。

<sup>28</sup> Lyman · P. (1996) 《数字图书馆为何物? 技术、知识产权还是公共利益?》, 《代达罗斯: 美国艺术与科学研究院期刊》, 第 125 卷第 4 条第 12 页

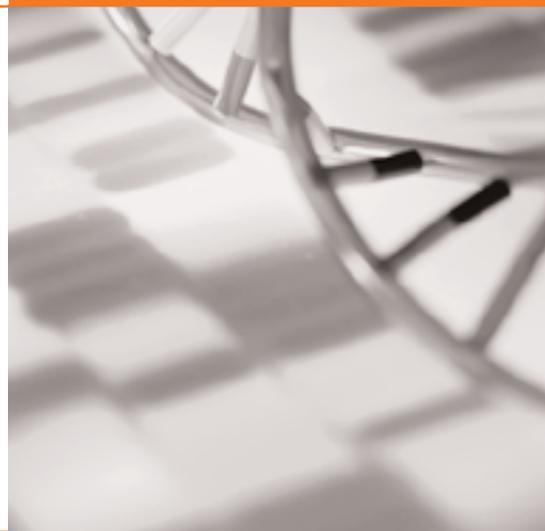
<sup>29</sup> 如果你想了解更多的内容, 请参见 [www.avu.org](http://www.avu.org)

<sup>30</sup> 1996 年 12 月世界知识产权组织外交会议产生了两项新公约: 《世界知识产权组织著作权条约》(源自: <http://www.wipo.org/eng/diplconf/distrib/94dc.htm>) 和《世界知识产权组织表演与唱片公约》(源自: Source: <http://www.wipo.org/eng/diplconf/distrib/95dc.htm>), 分别针对对作者的保护问题和对演出者、唱片人的保护问题。

<sup>31</sup> 欧洲议会和 1996 年 3 月 11 日的理事会会议关于数据库法律保护的《欧盟指令 96/9/EC》, 源自: <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/legreg/docs/969ec.html>



# 专利改革



### 导言

在美国宪法中，专利制度的原始“现代”概念是：“通过在有限的时间内保证作者和发明者对其作品和发明享有排他性权利，促进科学的进步和实用艺术的发展”。其目的是，通过授予发明者防止他人使用其发明的排他性权利来促进发明创造，这种授权形式的回报应该和有关发明对社会的有用程度相关。专利中公开的信息也被认为能够刺激技术的进步。

但随着时间的流逝，重点已经转移到把专利制度看作是为研究和发展活动提供经费并且保护投资的一种方法。由于专利制度是为其所涵盖的所有领域提供统一标准的保护，因而在授予某一特定发明的权利的价值和其研发的成本之间没有直接的联系。在这种对发明的垄断的价值和它的社会用途之间可能存在某种联系，如果认为市场需求是后者的可靠指标的话。但特别是对于发展中国家，情况远非如此。如果潜在的受益人支付不起专利使用费，并且别人不准备替他们支付，那专利制度就无法促进对社会有用的发明。

正如我们在概况中所说，有人对专利制度的演化方式表示担心，无论是在发达国家还是在发展中国家。这种担心尤其与专利制度在新一代技术、尤其是在生命科学和信息技术方面的应用有关。生物工艺学的发展伴随着更加广泛的生物专利，这种专利的合法性在美国最高法院 1980 年戴蒙得诉查克巴蒂案例<sup>1</sup>中得到了确认。同样，在美国信息和通信技术的发展及其日趋完善也伴以电脑软件专利权的扩展。

专利制度向新技术领域的扩展也带来了专利制度的更多应用。在美国，专利的授予数量在快速上升，世界范围内也是如此，但速度没有美国那么快。1981年到2001年间，美国获得批准的专利数量从71000增加到184000多项，增长率为159%。在过去的五年间，增长速度变得越来越快，获得批准的专利数量增长了50%以上，而在这之前五年间只增长不到14%。这种增长似乎反映了专利密度的增加（例如，投入到研究中的每一美元），而不是发明数量增长了50%。在二十世纪九十年代，美国研发经费实际增长近41%，而在1991年至2001年<sup>2</sup>的十年间所授予的专利数量增长了72%以上。

专利制度旨在为技术进步提供推动力，这种激励作用的有效性取决于激励机制的本质和技术发展的过程之间的适配程度。但尽管专利制度在对专利申请进行审核时都遵循统一的标准，但技术进步的形式却可能因领域的不同而大相径庭。专利制度最适合于以下进步模式：专利产品是某一线性研究过程中分立的结果，而又可开发成商品销售给消费者。安全剃刀和圆珠笔就是两个例子，新型药品也具有某些类似的特征。

相形之下，许多产业，尤其是在那些基于知识的产业中，创新的过程可能是累积和重复的，它吸收利用先前的各种独立发明的成果，同时又滋养着别人的进一步独立研究过程<sup>3</sup>。知识在许多头脑的应用中演化，经常是在他人的成果之上递增。艾萨克·牛顿爵士很久以前曾谦虚地写道：“如果我能够看得更远，那是因为我站在巨人肩膀上。”<sup>4</sup>而且，大量研究是对现有技术的例行发展。比如，基因测序从前曾是密集型的手工技术劳动，现在则是个完全自动化的过程，不需要任何创造性。软件的发展在很大程度上是一个在现有资源的基础上渐次前进的过程。事实上，开放源码运动（Open Source Software Movement）依靠的就是这个特性，即在将改进后的产品返还到共用资源库的前提下，借助由独立程序员形成的一个网络进行重复性的软件开发。

在实践中，很难区分“分立的”和“递增的”或是“累积的”研究过程，因为研究是以多种方式进行的并且经常有偶然性因素。但是对大多数研究工作来说，“累积”模式比“分立”模式要多。一个在“分立”模式的基础上建立起来的专利制度对“积累”模式来讲并不是最佳选择。因此，梅杰斯和纳尔逊指出：

“最终需要牢记的是，每个潜在的发明者同时也是一个潜在的侵权者。因此，对产权的“强化”并不总是能够激发发明创造的动力；对于某些先驱者而言，它可能会起到激发作用，但它同时也会极大地增加改进者成为被起诉对象的机率……当授予一个范围广的专利时……较之于更加接近发明者的实际成果的专利而言，其范围就会减少激励别人继续进行发明活动的动力。如果情况表明一方对以后发展活动的控制使随后发明更卓有成效，那也未尝不可。但我们认为，情况恰恰相反。”<sup>5</sup>

关键问题是，发展中国家被迫采纳已经在发达国家演变发展至今的专利制度，而这种专利制度究竟能在多大程度上激励发明创造。这里的主要难题之一是，大量专利被授予给可能是研究过程成果的技术，但它们也可能汇入一项或几项后续研究过程。例证之一就是给“研究工具”授予专利权的问题。<sup>6</sup>

与私营部门申请专利的增长相一致，公共研究机构也已经通过专利加快了他们所开发技术的转让。美国1980年通过的Bayh-Dole法案鼓励了这种做法，此后该政策也被其它发达国家采用，且慢慢地传到一些技术较为发达的发展中国家。美国大学每年所获得的专利几乎增长了十倍，从70年代时的不足350项到2000年时的3000多项。美国学术机构所获

得的专利数量占同期总量的比率也从 0.5 % 增长到 2 %。<sup>7</sup> 有人认为这一政策已经促进了院校发明及其商业化，并给社会带来了更广泛的经济利益。另外一些人则担心它是否会限制人们对研究成果的使用及利用，同时怀疑公共部门中研究项目的优先性可能会被扭曲，并对专利数量的增长是否意味着技术转让的加速表示怀疑。我们将考虑对发达国家专利制度的这些担忧对发展中国家有什么意义。

首先，为避免遭遇与发达国家相似的问题，发展中国家应该根据本国的经济和社会形势制定适合国情的专利制度。发展中国家的专利局和立法机构都应该充分认识到它们在制定和执行专利政策时所采取的措施会带来什么样的商业和社会冲击。技术上较发达的发展中国家也许会希望采用能够促进研究和发展的更广泛的专利保护制度。但另一方面，它们希望能够避免制度中对研究和发展的，尤其是随后的创新活动起阻碍作用的一面。它们还希望能够避免将资源转移到因专利的可疑性而引起的诉讼和争端上，并竭力避免专利人寻求可疑社会利益的寻租<sup>8</sup> 行为。这样的专利制度需要有足够的保障措施来保证有一个竞争的环境，并尽量减少消费者的成本。因为发展中国家大多数的科技专业人才和技术都集中在公共部门，所以需要慎重考虑研究机构和大专院校的专利申请的含义。考虑到科学和技术基础设施较差的国家需要进口大多数技术，它们就更没理由采取广泛专利保护制度了。

其次，一个相当棘手的问题是，如何将发展中国家的利益与当前要把国际专利制度与发达国家的标准统一化的压力相调和。有两方面的原因使这一问题更加凸显：一是专利申请数量剧增使许多专利局不堪重负，二是专利系统中存在的大量重复做功的现象，尤其是需要为同一个发明而向不同的授权机关递交多份专利申请。通过在检索和审核过程中统一标准和尺度，就可以避免这些重复现象。对有些申请人来说，其最终目标就是获得国际专利 - 只需经过一个单独的申请过程就可以在全球通用。但正如我们所争论的，如果应该鼓励发展中国家制定适合其自身情况和目标的专利制度，而这些情况和目标又因其发展阶段的不同而不同，那么这些国家应该如何着手呢？

从上面的讨论中可以看出，发展中国家应考虑的关键问题是：

- 发展中国家将如何制定自己的专利法规，在实践中应如何操作？从总体上讲，发展中国家应采取什么措施来最大限度地减小专利制度可能带来的负面影响？
- 发展中国家是否应该鼓励他们的公共研究机构为其发明申请专利？
- 专利制度会在何种程度上阻碍与发展中国家有关的研究活动？对研究工具授予专利对发展中国家是否是个问题？
- 发展中国家在专利统一化方面的最佳途径是什么？

## 发展中国家专利制度的制定

### 导言

我们认为，发展中国家在制定专利制度时应该采取一种鼓励竞争的策略，即应像一名观察员建议的那样，专利制度应向下一个竞争者倾斜，而不是向与之疏远的专利人倾斜。<sup>9</sup> 这一点在诸如制药和农业等技术领域显得尤其重要，因为正如我们已经论述过的，为这些领域提供强有力保护的成成本可能会是最高的。限制专利的保护范围是实现鼓励竞争战略的最佳途径。

在遵守国际和双边义务的前提下要实现这一点则必须：

- 限制可获专利的科目范围
- 严格控制专利授予标准，只有那些达到标准的申请才会被批准，专利的保护范围要与发明创新的贡献及其公开的内容相当
- 通过限制专利人禁止他人延伸或借鉴其专利发明的权力来推动竞争
- 提供多种保障条款，以确保专利权不受到不当利用
- 考虑其它保护形式的可行性，以鼓励本地的创新。

我们将在下文中讨论如何在实践中实现这些目标。

正如我们已看到的，在历史上国家通过修改专利制度来鼓励、阻碍或更多地是限制某一技术领域里的专利权。《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS) 的出笼要求对不同技术领域的专利申请采用更加一致的审核标准，<sup>10</sup> 这减少了专利立法者的可选择余地。不过专利立法者仍有许多可以利用的方法，即便其中有些方法已被 TRIPS 削弱。迄今为止已经出现了无数阐述在 TRIPS 下可供利用的选择方案的书籍和文章。<sup>11</sup> 在下文中我们将选择叙述其中某些部分，并讨论它们对我们为大多数发展中国家推荐的亲竞争专利制度的适用性。我们还将讨论如何实施前面关于健康和农业两章中提出的专利政策方面的一些建议。

## 专利授予范围

### 可申请专利的发明

TRIPS 规定：“专利授予应该考虑任何发明，无论它是属于哪一技术领域的产品或方法，只要这种发明是新颖的，并含有创造性步骤（并非显而易见的），并可以被工业采用（有用）。”<sup>12</sup> 但这里既没对“发明”这一术语做出界定，也没有对申请专利授予的三个标准做出界定。实际上我们发现，欧洲的不同法院即使在使用同一项法律时，对于某一专利是否属于显而易见的范畴时也会得出不同的结论，这种情况比比皆是。因此，发展中国家有足够的余地来自己决定应该按怎样的严格程度实施 TRIPS 制定的一般标准，以及举证的责任应由谁来承担。

发达国家和发展中国家在历史上都曾规定某些事物不能算作发明而受到专利权保护。其中包括《欧洲专利公约》(European Patent Convention, EPC) 第 52 款列举的以下几项：

- a) 发现、科学理论和数学方法；
- b) 美学创作；
- c) 进行脑力活动、游戏、商业活动、以及电脑程序的方案、规则和方法；
- d) 资料的表达。

EPC 第 52 (4) 条规定：适用于人类或动物的手术、治疗及诊断方法不应被视为可用于工业适用性的发明。EPC 第 53 (B) 条规定：植物或动物的种类或生产动物和植物的固有生物过程不应该被授予专利权。

即使之后的欧洲专利局 (EPO) 惯例和法学从某种程度上淡化了这些条款的范围,<sup>13</sup> 但对大多数发展中国家来说, 采用这一最低限度的排除清单是完全合理的。实际上, 我们已在第 3 章中更进一步断论, 发展中国家不应该授予任何关于动物和植物的专利保护。<sup>14</sup> 一些发展中国家已经开始寻求进一步限制可申请专利的发明范围。例如, 安第斯条约组织国家的一般工业产权制度规定下列内容不应被视为发明:

“自然界中的, 天然生物过程中的, 以及生物材料中的任何生物, 不管是一个完整的生物还是某个生物的一部分, 无论是存在于自然界中的, 还是能够分离的, 包括任何生物的基因组和种质。”<sup>15</sup>

巴西和阿根廷的立法里也有相似的条款。在下文中我们将进一步讨论适用于遗传物质专利的规定。

### 出于道德或伦理上的原因排除发明

关于某些发明特别是生物材料发明的专利保护的争论显然不只是经济上的争论。无论是在发达国家还是发展中国家, 对相当多的人来说, 为活的生物体申请专利的想法在道德上是错误的。这通常与以下观点有关, 即从定义上来说生物只能被发现而不能被发明, 因此生物不应该被授予专利。各个反对为生物体授予专利的组织都积极参与了最近欧洲关于为生物技术发明提供保护的讨论。<sup>16</sup> 出于道德方面的考虑, 《欧共体指令》(EC Directive)<sup>17</sup> 的定稿把一些种类的发明<sup>18</sup> 排除在专利保护范围之外, 但仍允许为动物、植物和遗传物质申请专利。发展中国家中也存在着类似的争论, 但若是这些国家中赞成为生物体授予专利的国内经济利益较弱, 同时其文化和宗教价值也不同于发达国家, 那么其争论的结果也会与发达国家不同。在这种情况下, 那些发展中国家就有可能基于道德原因, 决定不对为人类基因等遗传物质所作的发明申请授予专利。不过, 只有当认为有必要阻止对拒授专利的发明进行“商业利用”时, 才能根据 TRIPS 第 27.2 条道德例外支持上述一类排除。因此我们面临的难题是: 在对有关发明实行这种专利排除的同时, 是否应该允许对该发明进行销售或其它形式的商业利用?

有关基因技术的伦理关注可能只涉及到有人可能声称拥有该技术的垄断权, 而与该技术的商业利用无关。在这种情况下, 寻求排除于专利保护之外的最佳方式可能是加强专利申请标准的严格行使。正如上文所述, 这包括明确界定可以给什么样的发明授予专利, 什么样的发明不能授予专利, 以确保正确应用新颖性, 创造性和工业实用性这三个标准。我们认识到, 在实践中要对发现和发明做出清楚的界定并非易事, 这对立法者来说仍是个挑战。

专利中的道德问题不仅仅出现在生物技术领域。例如, 英国和肯尼亚最近决定出于道德方面的考虑, 拒绝授予有关地雷技术的专利。

## 专利授予标准

### 新颖性、创造性和实用性要求

在第 4 章我们建议制定有关新颖性的绝对标准, 作为新颖性评判依据的先前技术包括在世界各地使用中产生的发现。在第 2 章我们还告诫发展中国家不要从欧洲相对较新的法学中接受下列违反直觉的观念, 即如果某个产品被确认有某种新用途, 那么它就可以被认为是新产品。这种方法不在 TRIPS 的规定之内, 对于以这种方式扩展专利保护范围是否理想这个问题可以合理地持有不同看法, 发展中国家应慎重考虑。

在一定司法范围内，发明者在为其发明正式申请专利之前的时期内（通常是12个月）对其发明的公开并不会破坏该专利的新颖性。这个**宽限期**旨在让专利人寻求支持或为其发明作市场调查，宽限期内的公开行为可以是仅局限于国际认可的展览会上，或者任何形式的公开。不过国际上没有一个统一的宽限期，因此在不承认宽限期的司法范围内，发明者可能会由于在承认宽限期的司法范围内公开其发明而冒失去专利权的危险。所以对那些潜在专利人较少的发展中国家来说，给予宽限期益处很少。

目前，如果一项发明对该行业中的熟练人员<sup>19</sup>来说不是显而易见的话，它就会被认为是**创造性的**。也许有人会认为现在所用的标准太低，如美国专利商标局 (USPTO) 和欧洲专利局 (EPO) 标准，从而致使不重要的小发明专利泛滥，而这些小发明专利可能对专利制度最重要的目标——为了公众利益而推动科学进步——并无益处。

据我们所知，其它地区目前没有使用明显高得多的专利标准。不过过去倒是有更高标准的先例。例如在20世纪上半叶，美国曾执行过名为“创造天才之光” (flash of creative genius) 的专利标准。按照这一标准，目前所授予的多数专利都可能是无效的。

对于发展中国家来说，当前流行的低标准创造性有两个问题。第一，就像在发达国家中那样，低标准创造性会阻碍对发展中国家意义重大的研究。第二，将期望发展中国家会在其专利制度中应用相似的标准。我们会敦促发展中国家在这样做之前慎重考虑，并权衡使用更高标准是否会更理想。已提出的一个建议就是要求专利申请人证明其申请的发明的创造性比有关行业中通常的标准更高<sup>20</sup>。任何标准的目标都应该是，确保一般不应该给常规的知识增加（只涉及最低限度的创造性投入）授予专利。

发展中国家需要考虑较高的创造性标准对国内企业技术创新保护能力的冲击。当我们讨论诸如实用新型等二级保护的重要性时会再回到这个问题上。

发明须有**工业应用性 / 实用性**（在美国称**效用**）这一要求也许是唯一一项近来变得更加严格的专利许可要求。其原因主要是难以确定某些基于生物技术的发明（诸如涉及基因及蛋白质等的发明）是否真的具有工业应用价值。通常从发明本身不会明显地识别这类应用。美国专利商标局 (USPTO) 最近出台了关于在涉及脱氧核糖核酸 (DNA) 序列的案例中如何评定效用的指导原则<sup>21</sup>。在这些案例中，只有在专利申请揭示了一个明确、充实、可信的用途情况下，才能确认该发明具有效用。在某种程度上，欧洲专利局 (EPO) 现在也采用了这样的要求<sup>22</sup>。人们希望，这一新的标准将防止那些只公开其具有的推测效用的发明被授予专利权，但新的标准可能仍不够高，因此将需要密切监控上述新指导原则产生的影响。

**给生物技术发明提供专利保护的发展中国家应当评定有关发明是否有切实的工业应用价值，并在适当时考虑到美国专利商标局的上述指导原则。**

### 公开要求

授予专利是一项与社会达成的合同行为，作为对专利申请人完全公开其发明的回报，该人将会被授予对该项技术一定时限内的垄断权。申请人履行其合同责任而必须公开的程度因国家而异。在一些包括美国在内的国家中，申请人不但必须充分公开其发明，使其他人能够将该发明付诸实践，而且还必须公开将发明付诸实践的**最佳模式**。不执行该项规定者通常会受到取消专利权的制裁。

发展中国家也应采用最佳模式条款，以保证专利申请人不保留任何可能会对第三方有用的信息。

与公开有关的另一个问题是，可能要求公开我们在第4章里讨论的发明中使用的生物材料的来源。

公开的程度和所要求的保护范围或广度之间的关系是另一个重要的问题。专利制度通常要求在专利申请中对专利进行足够清楚和完整的公开，使该行业的熟练人员能够完成这种应用。提出的申请应有发明描述的支持。例如英国现用的标准是：公平的专利申请声明不应很宽泛，以至于超出了发明本身；也不应很狭窄，以至于剥夺了专利申请人公开发明所应得到的回报<sup>23</sup>。英国法庭最近又声称，公开必须充分，保证可以实施所申请的发明的所有方面，并且只公开将发明付诸实施的一种方法有时是不够的<sup>24</sup>。

但是宽泛的权利是什么意思？我们不妨以一种治疗头疼的新型复合药剂的发明者为例。她在专利申请中公开了复合药剂的潜在用途，但是她所申请的专利权的范围延伸至不只包括该复合剂的那个用途，而且包括该复合剂本身及其所有的潜在用途。在该专利的有效期内，有人发现该复合药剂对治疗心脏病效果也很好。然后专利人就能阻止别人在未获其许可的情况下为其所没有预见到的用途使用该复合剂，这是否合理？有限的公开能够证明这种宽泛的权利是正当的吗？

发达国家的专利法一般都会证明这种宽泛的权利是正当的，理由是发明者为他人提供了以下两样东西：复合剂本身及其首次使用。虽然权利范围是个普遍的问题，但它尤其与基因专利有关。如上所述，有人认为一个独立的基因（即使它的一个或多个功能已被确定）不应该被授予专利权，因为基因是天然存在的，应该算作发现而不是发明。不过如果一个国家选择允许对基因授予专利，确定保护的範圍就是个非常重要的问题。现在，如果某个研究者分离出某个基因并由于诸如该基因对某种疾病的诊断用途而被授予专利权，依靠专利申请中的准确描述以及当地法律对该专利的解释，她就或许能够宣布拥有对该基因所有用途的权利，包括那些尚未发现的用途。考虑到人类及其它基因的排序工作已经完成，分离并确认某种基因现在已成为一个比较常规的程序，该研究者因此会得到比其做出的贡献大得多的保护。而且由于其他人很难进行与此基因“相关的发明”，研究者可能会拥有庞大的垄断权。

最近的一份有关脱氧核糖核酸 (DNA) 的专利报告在仔细考虑该问题后，建议“应该考虑这样一种概念，即把声称拥有自然生成的 DNA 序列权利的产品的专利权仅限于专利申请中所指明的用途，其创造性的基础仅是关于该基因序列的用途，而不是该序列本身的来历或说明。”<sup>25</sup> 这将使研究者仅被授予有关说明中列举的用途的权利，而不是所有用途的权利。

这一问题既涉及发展中国家，也涉及发达国家。因此我们建议发展中国家自己进行调查，确保其司法范围内的专利权范围与有关发明公开的内容相一致。发展中国家可能也希望敦促在世界知识产权组织 (WIPO) 内考虑这一问题，可以是作为继续进行的专利更协调化的讨论的一部分。

如果发展中国家允许给基因本身授予专利，规章制度或指导原则就应该规定，该专利权仅限于在专利说明中切实公开的用途，以鼓励对该基因的任何新用途的进一步研究和商业应用。

但正如我们已指出的，解决宽泛权利问题的措施并不仅限于基因专利，而应该包括所有技术领域的专利权。虽然 TRIPS 已禁止对个技术领域的不平等待遇，从更普遍意义上说，确保宽泛权利不对任何技术领域的研究和竞争构成不公正的妨碍也是可取的。

### 标准的应用

迄今为止，我们已经建议发展中国家应该考虑采取比许多发达国家目前所规定的专利标准更高的标准。但是仅将这些标准编入法律是不够的，还必须实施它们。我们在第 7 章中谈到了与能力有关的问题，如缺乏合格的人员等，这可能会限制发展中国家有效执行专利政策。我们也讨论了可采用的形式，如将专利审核签约转包出去，可能能用这个办法来解决部分问题。我们也论述了重新注册在其它地方已经被授予专利权的可能性，虽然在实施这种方案时一定要确保在审核专利时要采用足够高的标准。

不管采取什么形式的制度，发展中国家都可能应该考虑提供某种形式的低成本反对或重新审核程序<sup>26</sup>。在第 4 章里，我们强调了这些程序在否定包含传统知识的无效专利方面的价值。发展中国家可能考虑采取的反对或重新审核程序形式可以是一些发展中国家，美国或欧洲国家现行制度的混合体。例如对其比较理想的专利制度可能是：允许在授予专利前提出反对，并允许在专利有效期内的任何时间因对该专利适当性的任何质疑而通过一种行政程序对该专利提出挑战。

在进行专利申请的审核时，发展中国家应慎重考虑要求申请人公开该发明在别处做出的其他相应申请的相关信息。发展中国家还应该考虑通过邀请其他专家对专利申请进行评论的方法来辅助专利审核人进行判断。在巴西，与药物有关的专利申请都送交卫生部进行评价，卫生部也许更有能力对此类有关发明的创造性等进行评价。

### 专利权的例外情况

在第 2 章中，我们建议发展中国家将所谓的“Bolar 判例的例外” (Bolar exception) 原则引入到专利权中，帮助他们早日进入制药业基因领域的竞争中。我们也曾经建议，建立国际穷尽制度（即允许对专利产品进行平行进口）可能对发展中国家有利。但它们并不是发展中国家唯一应该考虑的例外。例如大多数欧洲国家都规定，用于私人目的或非商业目的某些行为，以及就某项专利内容进行实验的行为（包括为了商业目的的行为）不应该被认为是侵权行为。这些同样适用于发展中国家的例外目的，需要通过让其他人能够利用或扩展专利发明，以鼓励进一步的创新。

一些发展中国家已有的另外一个例外情形允许将专利发明用于教学目的。这种例外的理论依据可能来自著作权领域，在该领域，出于教学目的而“合理使用”著作权物已是一种既定做法。实际上，随着专利权日益侵入先前由著作权独占的领域诸如电脑软件等，教育例外对专利权领域的影响可能会增加。

### 在专利政策中规定安全措施

迄今为止我们已经讨论了获得专利的条件和对专利权人权利的可能限制。我们下面讨论确保专利权不被不适当使用的工具。对其中的许多问题我们在第 2 章中已详细讨论过了，下面再做一些补充。

## 强制许可和政府使用

当专利人被认为以不当的方式行使专利权时，政府可以干预作出补救。这样的干预可以来自普通竞争机制，也可来自专利制度本身。正如我们在第2章中所述，专利法和TRIPS都明文规定，在未经专利人同意的情况下，有可能允许政府或第三方使用专利发明。TRIPS规定了上述“未经许可”的使用所须满足的几项条件，但并未规定以什么理由可以授权这些使用。因此发展中国家可以自己规定授予强制许可权的理由，或规定专利人权利的其它例外情况（例如发达国家的政府使用）。在考虑引进或修改立法时，他们可借鉴其它国家的专利法。例如，美国在100多个反托拉斯案件中使用过强制许可<sup>27</sup>。英国规定在下列情形下可以授予强制许可：

- 英国国内对有关专利产品的需求没有得到合理的满足
- 在英国国内对某项有巨大经济利益的重要技术进步的专利发明开发利用受到禁止或妨碍
- 英国国内商业或工业活动的建立或发展受到不公平的侵害。

当然发展中国家也不是一定要仿效诸如英国之类的国家的做法。其它已经被发展中国家采用的理由还包括“公共利益”和第三方未能在合理的条件下获得许可<sup>28</sup>。巴西和其它国家<sup>29</sup>已经规定或正在考虑规定，在对专利发明的需要基本上只有通过进口得到满足的情况下，可以执行强制许可。正如我们在第1章中提到的，发达国家在19和20世纪时曾采用过这类措施，用于限制由于给予外国人专利权而对国内工业造成的潜在损害。但该措施在与TRIPS的兼容性方面出现了问题，TRIPS使专利权享受无差别的对待，无论产品是进口的还是国产的<sup>30</sup>。包括英国在内的发达国家已经根据其自身对TRIPS协定的解释从它们的法令中删除了这条规定。

在理想的情况下，仅仅存在强制许可的可能性就应该足以鼓励专利人改变其行为。我们在第2章中提到，这种情况发生的前提条件是强制许可的威胁必须是可信的——因为有一个潜在的获得许可的人能够以比专利人更低的价格廉价提供专利产品。

考虑到专利制度程序的复杂性，强制许可不可能在发展中国家得到广泛应用。但正如我们在第2章中建议的，我们认为一个有效和可信的强制许可制度是任何专利政策不可缺少的组成部分。对于缺乏一个连贯或有效的一般性竞争政策的国家尤为如此。

## 对专利所有权的争议

在访问肯尼亚期间，我们了解到关于由英国药物研究会 (Medical Research Council, MRC) 提出申请的艾滋病疫苗专利的争论。争论的焦点尤其在于，内罗毕大学的研究员们对该专利发明的贡献在专利权中没有得到充分的认可。部分由于这一事件受到的公众压力，有关各方最终达成一个协议：药物研究会，内罗毕大学和国际艾滋病疫苗行动组织 (IAVI) 将共同享有该专利权以及未来所有涉及这项发明的专利权<sup>31</sup>。如果没有该协议，肯尼亚的研究员们将不得不考虑诉诸法律以获得他们对该专利及对该发明的可能利用带来的经济利益应该享有的合法权利。

大多数专利法（即使不是全部）都认为专利权应该授予给提出专利申请的人。例如根据英国的专利法，一个没有宣称自己为发明者的申请人就会被要求陈述他申请该专利的权利。

尽管第三方在专利获得批准之前或之后都可以提出质疑，但一般来说专利局不会尝试质询对专利权或发明人身份的最初声明。提出要求的成功性取决于第三方必须表明他要么是发明人，要么是该专利发明的合作发明人，要么根据协定或法律他对该发明享有权利。举证的责任几乎总是落在提出此项要求的人身上。

有人建议，在发明过程不是一目了然的情况下（例如在对生物材料申请专利权的一些案例中），要求申请人展示出他们的发明过程也许会有所助益<sup>32</sup>。这种 TRIPS 似乎允许的要求不同于目前对形容如何将发明付诸实践的要求<sup>33</sup>。虽然要求专利机构在调查专利合理性的问题上扮演更积极的角色可能会给已经超负荷运转的专利局增加额外的负担，但我们还是认为值得进一步研究这个建议。

## 鼓励国内创新

我们在这一章中提出的许多建议反映了这样一个事实：低收入发展中国家的国民提出的专利申请很少。但我们并不能据此认为在这些国家就没有创新；实际情况是当前的专利制度没有为保护他们的成果提供合适的方法。造成这种情况的一个原因可能是这类发明中创造性的成份还不够。另一个重要的原因是获得专利权的成本太高，程序过于复杂，特别是在外国市场上，尤其是在上法院维持权利的时候。

许多发达国家和发展中国家都已认识到有必要保护我们或许可称之为“子专利”（sub-patentable）型的发明，并因此引进了二级类专利保护制度。这种制度通常被称为**实用新型 (utility model)** 或**小专利 (petty patent)** 制度<sup>34</sup>。与正常的专利制度相比，实用新型或小专利制度所要求的创造性步骤水平较低，保护期更短，因为无需在授权前受到任何实质性审核，申请的成本也更低<sup>35</sup>。

上述特点旨在使该制度对那些既无意愿又无能力使用正常专利制度的中小型企业 (SME) 更有吸引力。这些组织中的创新活动可能更多地集中在对已有产品的相对较小幅度累积的改良上，而不是研究全新的产品。这些改进虽然不一定达到了正常专利保护所要求的创造性水平，但仍然有助于技术进步，因而也应该受到鼓励。这种改良最可能使多半是国内生产的机械产品之类的产品受益。当然它们不应该被用作正常专利（对此我们建议提高标准）的替代品。

我们很难证明实用新型制度对鼓励发展中国家创新有多么成功<sup>36</sup>。在访问肯尼亚期间，我们被告知肯尼亚国内的公司对肯尼亚最近引进的实用新型制度的兴趣低得令人失望。在其它发展中国家情况也是这样。由世界知识产权组织 (WIPO) 提供的数字表明，在阿根廷 2000 年仅注册了 38 例实用新型，在越南仅有 32 例。

除了当前应用的这些制度，还建议过其它各种方案以鼓励子专利或小幅度创新活动。其中一种建议是，当有关发明被使用时向使用者收取少量的专利权使用费，但是不可禁止其使用。这一举措旨在为创新寻求某种回报，同时减少对随后创新的阻碍。但是需要测试这种制度的管理和执行要求，以评估它们在发展中国家的实用性<sup>37</sup>。

与其降低专利申请标准来获得在许多发展中国家占主导地位的小幅度创新，这些国家的立法者和决策者更应该考虑建立实用新型保护以刺激和奖励这种创新。似乎应该进一步研究，评估实用新型保护或其它有相似目的的制度在发展中国的实际作用。

为了允许专利人获得对自己发明所做的改进的保护权，其它国家<sup>38</sup>还有一些别的保护措施。这些**改进专利**或**附加证书**与最初的发明专利同时到期，目的在于为那些尚未达到独立专利水平的改进提供保护。如果允许专利人在专利期间的任何时候扩大其保护的有效范围，那么这种情况可能产生的法律不确定性也许会阻止其他发明人在该专利的基础上进行发明创造。然而，一个既涵盖改进专利又包括较高水平创造性的专利制度能够防止在允许为小幅度改进单独授予专利的情况下可能发生的专利保护期的不公正延长。

## 结论

总之，我们在此列出可供发展中国家考虑的竞争式专利制度的基本要素，包括我们在其它章节中提出的一些建议。我们在文字框 6.1 中对它们一并加以总结。

## 专利制度在公共研究机构中的应用

### 导言

在发达国家的一个重大变化是对国家资助的研究机构或大学申报专利的鼓励。美国的 Bayh-Dole 法案规定，在能够加速研究商业化和促进创新的前提下，允许大学为联邦资助的研究项目的发明申报专利。随后，多数发达国家也出台了类似的政策。在那些技术比较发达的发展中国家中也有许多类似的专利申请活动。在部分发展中国家，一些大学或其分公司申报国际专利的活动（通过《专利合作条约》，简称 PCT）也呈上升趋势。举例来讲，中国在 2000 年大学和科研机构的专利申请数量占国内专利申请总量的 13.2%<sup>39</sup>。2002 年 5 月，中国政府明确宣布鼓励研究机构申报与政府资助的研究项目相关的专利<sup>40</sup>。2001 年，印度的主要科研机构—科学和工业研究委员会是发展中国家的第二大 PCT 申报机构。在排名前 30 位的发展中国家 PCT 专利申请机构中，有 8 个是大专院校或公共研究机构<sup>41</sup>。

制定这些政策的理论基础是，公共机构申报的专利及其向私人机构发放的技术独家（或有限）许可证可以提高知识的商业化应用率。对这种政策执赞成态度的观点认为，除非公司能获得对技术的独家使用权，他们不会投入将技术转化为能够投放市场的产品所必需的资源。反对的观点则认为，通过出版而实现最大限度的知识传播最有助于技术转让及商业应用利益的实现。

我们不能说哪个观点是完全正确的，哪个观点是完全错误的。正确与否要视具体情形而定。传统上“基础”科学被视作主要是公共机构或大学的研究领域，而“应用”科学则是私人机构的研究领域。对于前者而言，科学进步的动力来自久已形成的一种体系，即公开揭示、出版物、同行评论、升职以及作为首创人所带来的威望和声誉。对于后者而言，其动力及回报体系主要是商业和金融方面的，并以各种形式的知识产权保护措施来加以调节。在这两种体系之间有一种微妙平衡的共生关系<sup>42</sup>。大专院校不仅提供了推动科学进步的学问，而且还为私人机构提供了它们所需要的技术人才。

在现代化的时代，创新已经被认为是一个更加复杂和互动的过程。人们现在认识到，仅把知识从院校里传播出去而后坐享其成的做法已不足以鼓励应用有关知识获得经济和社会利益。因此专利制度的引入被认为是改进公共部门的激励制度以消除此缺陷的一个办法。基本科学和应用科学之间本来就不十分清晰的分界线现在变得越发混淆。生物技术的发展已

使一些基础科学领域诸如基因组学等被认为具有潜在的巨大商业价值。这两个因素共同致使尤其是在美国的大专院校（特别是生物医学领域）专利登记飞速增长。

## 来自美国的证据

迄今为止，美国方面有关 Bayh-Dole 法案对技术转让产生的影响的证据并不能作出定论。尽管正如我们已指出的，大专院校专利登记有了迅速的增长，但仅此一点并不能说明发明的商业化程度有了提高。没有可靠的证据能够表明：和实施 Bayh-Dole 法案之前的情况相比，美国大学的研究人员现在所作的发明更多或更好及更多发明被商业化和应用。Bayh-Dole 法案的支持者指出，不但专利登记的数量有了不可否认的增加，而且许可证收

### 文字框 6.1 关于专利体系的建议总结

#### 发展中国家

- 凡用于人类或动物疾病治疗的诊断，治疗及手术方法均不得授予专利
- 对动物或植物不得授予专利，并对微生物做出限制性界定
- 对电脑程序和商务方法不得授予专利
- 避免对已知产品的新用法授予专利
- 避免用专利制度保护生物多样化或（若可能的话）基因物质
- 支持国际专利权穷尽原则
- 确立有效的强制许可制度和适当的政府使用规定
- 为专利权提供尽可能广泛的例外制度，包括足够的研究免责例外及明确的“Bolar 判例例外”
- 实施严格的新颖性、创造性及工业应用或效用标准（考虑比发达国家现行专利制度更高的标准）
- 执行严格的专利授予标准及公开要求，防止专利申请中过分宽泛的专利权范围
- 提供低成本反对程序及重新审核程序
- 建立适当机制，防止授予或实施包含有以违背使用权法律或生物多样性公约 (CBD) 规定的方式获得的生物材料或相关传统知识的专利
- 考虑确立替代性保护形式以鼓励次专利型的当地创新

#### 发达国家和发展中国家

- 实施新颖性的绝对标准，世界任何地方的公开都可被认为是先前技术
- 对专利申请进行审核时更多地考虑到传统知识
- 在专利申请的法定信息公开中披露作为发明来源的生物材料的地理来源。

#### 最不发达国家

- 至少要推迟到 2016 年再为医药产品提供专利保护。那些现在已经为医药产品提供专利保护的國家应慎重考虑修正其法律。
- \* 这些建议是面向大多数发展中国家提出的。对那些寻求促进某些具体领域的技术发展的发展中国家来说，一套选择性更强的方法也许更为理想。

入及大学中分立出来的新兴 (start-up) 公司的数量也有不可否认的增长。据估计, 在 2000 年美国大学的专利权使用费毛收入高达 6.78 亿美元, 并且自 1980 年到 2000 年间创建的新兴公司超过 3000 家<sup>43</sup>。但专利登记和许可证活动的增加还归因于生物技术的发展以及 Diamond 诉 Chakrabarty 一案的裁决结果——该案促进了专利登记活动的增加, 因为大专院校开始进行更多有商业潜力的研究活动<sup>44</sup>。此外, 科研基金, 特别是由国家卫生研究院 (NIH) 划拨的基金, 在 1980 年至 2002 年间也有了大幅增长。美国学术机构的研发经费在 1980 年至 2000 年间按实值计算增长了 150%<sup>45</sup>。因此我们很难确定, 与假若没有该法案的情况相比, Bayh-Dole 法案在促进专利增长方面究竟起了多大的作用, 而且更重要的是, 该法案是否对技术转让及技术应用起到了促进作用。

在公共部门, 专利登记和许可证活动对技术应用既起到激励作用又起到抑制作用。对商业化的激励是基于把**专用特许**授予商业伙伴, 其基础是: 这种排他的专用特许能够向被许可人提供必要的激励, 使其承担投资于开发和商业化的风险。但是, 2000 年美国授予的许可证中有 50% 是**非专用特许**的<sup>46</sup>。就大专院校以非专用特许方式取得技术的专利而言, 可以说不会有利于技术转让, 因为较之于干脆把研究结果公布出来的做法, 许可证协议和有关成本限制了能够利用该技术进行进一步开发的商家数量。但是, 授予专用特许所带来的对进一步开发和商业化的激励作用就丧失了。非专用特许的本质是对技术使用者收税的做法<sup>47</sup>。专用特许看来会对需要投入大量深入研发工作的技术研发初期阶段比较重要。但与此矛盾的是, 专用特许授予的性质要求它“挑选优胜者”。一些记录在案的例证表明, 被许可方未能实现有关技术的商业化, 而其它潜在的开发商原本可能会更有能力对之加以利用。如果某大学开发出一种有明显需求的“即用型”技术, 那么它显然可通过获取专利来获得收入, 但是这同样没有额外的对技术转让的益处, 因为不管怎样这项技术都是会被私营部门利用的<sup>48</sup>。

对那些创造新产品和新工艺的大学来说, 取得专利是创收的一个有效渠道, 尽管这种收入必须弥补运营技术转让办公室所需的大量成本, 还要弥补专利申请和维持的成本。例如, 1999 年加利福尼亚大学 (UC) 从专利使用费和许可证费中获得了 7400 万美元的总收入, 而他们专利转让办公室的开支仅为 2400 万美元。在 5000 万美元的“利润”中有近 3000 万美元返还给该大学的发明者们, 余下的部分用作该大学的研究经费<sup>49</sup>。当然, 加利福尼亚大学是世界上最领先的研究类大学之一, 而美国来自专利使用费和许可证费的平均财政回报率要低得多。据估计, 1999 年美国的大专院校从许可收入中投入到新的研究项目中的经费仅为 1.49 亿美元, 而美国学术机构 2000 年的总研发支出为 300 亿美元<sup>50</sup>。

## 来自发展中国家的证据

美国缺乏证据证明大学的专利如何 (即使有的话) 影响研究的优先次序。在发展中国家, 因为专利活动很少, 这种证据就更少了。但我们认为, 发展中国家一方面需要保证研究机构的产品获得知识产权保护, 另一方面需要实现更广泛的社会目标, 特别是那些与财力弱的生产者的需要有关的目标, 因此这两种需要很可能发生矛盾。

由于缺乏书面证据, 我们以曾访问过的一个发展中国家的主要农业研究机构为例, 籍此阐明发展中国家在公共机构为使用知识产权制定政策方面将会面临的问题。我们既对该机构引入知识产权保护时的热情感到震惊, 也为他们改变研究领域的传统开放式文化的自觉努力而赞叹不已。他们对其政策的这一改变的设想是: 为该机构产生的所有资产提供保护, 以便它们可以被许可给别人使用来获得收入, 或者免费许可给参加政府项目的农民使用。虽然该机构的指导方针声称: 贯彻这一政策不应该以牺牲其社会任务为代价; 但他们也明确表示: 只在例外情形下不寻求保护, 按常规是要寻求保护的, 任何例外都必须经过其知

知识产权委员会的批准。他们的这一政策变化还有一些潜在的原因：政府要求该机构利用非政府资源解决其开支总额的 30%；政府近乎明确地强调要有关各方通过与农业综合企业合作来提高商业农业和出口农业的总体竞争力，特别是对转基因作物的研发是个关键的领域，因为该领域内急需的专利技术多为大型跨国公司所掌握<sup>51</sup>。

显然，现在断言新近刚引入的这一政策会怎样影响研究结果和研究优先次序还为时过早。我们注意到，该机构有意识地强调了其专利政策应该给研究人员提供财政利益，而且应该给整个机构提供激励机制。但我们认为，在对研究激励机制和文化进行这类重大调整时应该确保研究机构的社会职责不受到损害，这是非常重要的。Bayh-Dole 法案的宗旨是要加速技术的转让和应用，而不是为公共机构和研究人员募集资金。如果首要目的是财政收入，那么政府就会被诱使以有关机构有能力找到别的资金来源为由而减少对它的资助；或者，政府会仅提供与有关机构通过知识产权许可所获资金相当的资助。无论是这两种情况中的哪一种，都有将重点转向有最大潜在市场的研究的危险，在这个例子中即转向商业农业部门从而可能损害较贫穷的农民的利益。

基于上述考虑，我们认为在促进技术转让和应用方面，公共研究机构的知识产权可以发挥一定作用。在此过程中需遵循以下原则：

- 寻求替代性的资金来源不应是主要目标，主要目标应该是促进技术转让。
- 应确保研究机构特别是与穷人需要有关的农业或医疗技术机构不能以获取更多的许可收入作为主要的研究目的。
- 只有在鼓励私营企业的技术开发和应用所必需的情况下才授予和许可专利。
- 慎重考虑给重大发明颁发“防御性”专利的需要，特别是当辅助技术为私人拥有，需要通过交叉许可才能获取这些技术时，“防御”专利可以用作谈判筹码。
- 应该在公共机构发展知识产权保护的专门知识和技能，一改其无此知识和技能的传统，同时不能放弃研究这一公众政策目标。

## 专利制度对研究和创新的约束

### 发达国家面临的问题

我们认为，当专利制度适用到新的技术领域时，一个主要的问题是能否在以下两个问题之间获得平衡：一是激励对有用技术的真正发明，二是可能会阻碍他人研究的对小规模和中间技术或工艺的保护。很多人认为，现在的专利标准，尤其是美国的专利标准定得过低，以致于很多微不足道的发明都被授予了专利；或者，由于专利检验员的工作压力太大，授予了许多在法庭上将会被宣判为无效的专利<sup>52</sup>。

有人对美国的专利进行了如下描述：

“……我们的专利制度虽然从总体上讲激励了创新活动，但它也使拥有多项专利的专利人有权对新产品、新工艺、甚至新商务方法进行“课税”，这极可能对创新造成不必要的拖累。现在所授予的专利数量之多使一种产品面临侵犯众多专利权的真正危险。更糟的是，许多专利

权在授予时会涵盖已经被广泛应用的产品或工艺，这就使得经营商务和制造产品的公司很难再进行与该专利相近的发明。而且专利人还可以寻求禁止令缓解，即他可以威胁要让侵犯专利权的公司停业，这时专利制度的“阻碍”作用就再现实不过了。”<sup>53</sup>

从社会的角度来看，这会使公司或公共机构的行为显得有悖常理。有关组织申请专利的目的也许是为了阻止别人进入该研究领域，也许是为了确保其它组织不能阻碍自己的研究。他们也许会发展一些专利当作谈判的筹码——凭其来通过交叉许可获得其它公司的技术。这特别是小型高技术公司的典型做法。我们在第3章中已经讨论过这种战略在农业生物技术部门的重要意义，以及它在何种程度上会引发专利纠纷及诉讼并且可能对竞争及集中产生影响。

CISCO 系统公司的一位执行官在递交给美国联邦贸易委员会的材料中对这一问题进行了鞭辟入里的分析：

“许多人和公司是为了获得专利而获得专利，他们不是为了保护投入到研发中的资金，而是为了向没有意识到这些专利却又正在生产及销售这些产品的公司出售专利许可权，以此来获得收入。他们为其他人或公司将会无意间侵犯专利的发明申请专利，然后坐等这些公司把产品成功推向市场。他们是在往雷区中布雷。那些人和公司...先申请这些专利然后从成功的公司中收取专利许可费，把专利制度当成了一种赌博...专利局对申请审批的长期拖延也对他们有利，因为当别人在开发产品时，这种拖延使得对他们专利范围的最终界定长期模糊不清。他们还受益于高昂的诉讼费，方法是要求少于诉讼费的专利许可费，同时希望使用者即使不侵犯专利权也会付费给他们，而假若使用者侵犯了专利权，改变产品的费用又过于昂贵。这为胜诉酬金律师、授权公司及咨询公司提供了良机，这些律师和公司声称能帮人们在其专利（即使是连他们都尚未意识到自己拥有的专利）中布设“地雷”。很难看出这对促进科学和实用艺术的进步有什么作用。”<sup>54</sup>

当然，有人争论说这是为专利制度的激励作用付出的必然代价，并且可通过采取专利许可证战略来减少负面作用中最恶劣的部分。但虽然人们可能对这个问题的大小及其对研究激励机制的束缚程度有所争论，我们关心的焦点是发展中国家在自己的知识产权体制中尽可能避免出现类似问题。

研究工具的问题既适用于公共机构也适用于私营部门。研究工具被界定为包括“科学家在实验中应用的所有资源，但从另一个角度看，同样的资源也可以被认为是‘终端产品’”。<sup>55</sup> 这个问题在公共机构中尤为重要，例如，当一所大学希望获取另一所大学的专利技术用作研究用途时，有些人认为这有悖常理，因为这两所大学都是公立大学。但这是将专利引入大学的必然后果。这种潜在的问题存在于各个领域，大学可能想要得到私营部门的技术，反之也一样。正如我们已注意到，私营部门的公司想要得到彼此的技术时可能会遇到困难，在克服这些困难的尝试中会引发一些防御性战略。

最近在美国的调查显示，虽然药品发明所必需的研究工具（例如基因序列）的专利登记数量有所增加，但药品发明似乎并未受到重大的阻碍。<sup>56</sup> 已采取各种各样的策略以便减轻潜在的问题，包括：为可能会阻碍研究的专利办理许可；围绕着专利发明；转向自由度更大

的研究领域；将研究项目转向国外；或者就直接侵犯专利权（或非正式地启用研究免责（research exemption））。通过这些措施，有关机构基本上都能够解决这些问题，但研究的交易成本有所增加，并拖延了研究进程。应该首先识别将阻碍发明的使用的专利，然后与有关各方进行谈判，办理专利许可，并且为此付司法费用。但有些机构已经出台了相关的应对变革。正如我们提到的，美国专利商标局已经就对基因专利构成应用障碍的专利制度出台了新的指导原则。<sup>57</sup> 美国国家卫生研究所（NIH）已为缓解生物医学研究领域出现的问题而启用了新的指导原则。<sup>58</sup> 总而言之，我们的调查表明虽然研究工具造成了社会成本，但不太可能大于保护研究工具带来的积极的激励作用。<sup>59</sup>

## 在发展中国家的适用性

当然，我们并不是说即使该体制的益处受到了负面的影响，也不应该设法降低研究工具导致的社会成本。但正如我们在上文中指出的那样，发展中国家可以采用对基因专利加以限制和有适当研究免责的合适的专利制度来成功地减轻这些问题。但这些措施仍不足以完全解决问题。许多和发展中国家有关的研究可能是在发达国家进行的，或者在发达国家研究人员的协作下进行。在这种情况下，也与发达国家采用的规则将有关。

虽然从总体上讲专利对研究工具的影响可能不很重大，但与发展中国家有关的许多优先研究项目是局限于一些较狭窄的研究领域，而在这些领域中可能会有困难规避研究工具带来的问题。发展中国家遭遇研究工具困扰的例证之一是后来确认为在爱滋病毒（HIV/AIDS）传播过程中起重要作用的CCR5受体专利问题。

我们也曾简单谈及一个利用被授予专利的DNA序列治疗疟疾的例子。“疟疾疫苗计划”（MVI）发现了一种对疟疾疫苗的研发可能有重要作用的蛋白质抗原（MSP-1）。当对这种蛋白质专利的所有权进行调查时，人们大吃一惊：

- 该抗原DNA序列的专利授予非常复杂。在从MSP-1培育疫苗的过程中可能涉及到的专利种类多达39种。
- 在MSP-1研究的初级阶段，对有关专利的授予是基于后来发现为有谬误的科学基础。
- 许多有关的专利申请中对先前技术的引证是不完整的，因而很难判断各专利之间的关系。
- 以此为标准来看，一些专利可能是无效的（要通过法律程序或重新审核才可以证实）。总而言之，所要求的专利权范围（这一点将决定侵权的可能性）似乎比他们应该得到的更宽泛。<sup>60</sup>

在这种情况下，一个商业研究机构也许会决定转向其它研究领域。但在“疟疾疫苗计划”（MVI，该机构是用慈善基金建立的，旨在促进疟疾疫苗的研发）的这个案例中，他们别无选择，唯有以高昂的成本（包括时间和金钱）去设法理解并处理这个复杂的局面。在处理这件事的过程中MVI发现，虽然疟疾疫苗的商业价值并不会很高，但中间专利人常为他们的技术开出高得离谱的价格。这个问题可通过付给中间专利人一部分专利使用费来解决，但这又会形成“专利使用费堆积”的问题，即付给中介的费用较之于最终产品所获得的使用费可能过高。

在农业中也出现了类似的问题。主要与国际农业研究磋商小组 (CGIAR) 有关，主要问题出在 CGIAR 中心为研究而需要使用的技术上。<sup>61</sup> 有几次问题的关键在于专利人答应授予许可权的前提条件，包括有些协议规定该项技术“仅供研究”并且“延伸至”对应用该技术所研发的任何新发明有影响的前提条件。有一次一项专利许可权协议用了几年的时间才谈成，因为专利人已经允许另一家公司享有对该技术的专用特许使用权。还有一次，一个水稻品种基因组的所有权数据库的使用许可条件是无法令人接受的。CGIAR 在设法得到它所需的科学数据库时也曾受到限制，或曾付出过高的成本。在《欧盟数据库指令》生效后，这一问题变得更为严重。终于出现众所周知的金米一案（见表 3.6）。

金米案充分暴露出大家对于知识产权的区域性本质的普遍误解。位于发展中国家的国立或国际研究中心的研究人员也许会杞人忧天地担忧在境外有效但在该中心所在国不起作用的技术的专利。他们之所以担忧有时也许是因为他们既不想使技术提供者不满，因为他们可能需要利用其知识或技术，也不想与发达国家的赞助者对抗，因为在他们看来这些赞助者可能希望保护知识产权。

有几项计划仍在进行之中，它们旨在识别出有关各方在尽量减少受保护技术的获取问题并降低交易及其它成本方面的共同利益。制药公司虽然非常担心他们投放市场的产品会涉及到别人的专利，但一般都极力避免那些会不利于其研究工作的专利登记。因此，在 1999 年十家大型制药公司和英国的维康基金会 (Wellcome Trust) 一起成立了一个协会<sup>64</sup>，发现并绘制三十万个单核苷酸多态性 (SNP) 的图形<sup>65</sup>。这产生出一张以均衡地分布于人体基因组的 SNP 为标志物的图纸，该图纸质量高，范围广，对所有人公开，因而为人们所普遍接受，人们可用这张图中的许多标志物来找准药物研究的目标。最近，国际基因协会 (International Genetics Consortium)<sup>66</sup> 在许多制药公司、大学和基金会的支持下宣布要建造一个大型设施，对组织样本进行大规模的基因序列表现，开始阶段的主要项目是癌症。这一研究结果也将公之于众。

一些公私合伙关系 (PPP) 已制定有以下特征的知识产权战略，即旨在兼顾专利人的利益的同时让发展中国家的消费者也买得起。这一目标通常通过为可能产生的任何知识产权签订合同的方式来实现。例如，作为对授予该 PPP 实体在发展中国家的免除专利使用费许可的回报，可能会授予该商业伙伴在发达国家市场对该项知识产权进行商业化利用的权利。为了在 PPP 实体的目标和为商业伙伴提供有效激励的需要之间获得平衡，还可以采用很多其它的战略。全球肺结核病联合会 (Global TB Alliance)，国际艾滋病疫苗行动会 (International Aids Vaccine Initiative)，疟疾药品事业会 (Medicines for Malaria Venture)<sup>67</sup> 以及许多其它组织已经发展了许多这方面的专门知识。一个尚在建设中的名为医疗卫生研发知识产权管理中心 (MIHR) 的机构将对这一领域的“最优方法”进行研究并提供培训及配套服务。

在农业领域，有两个组织为使发展中国家受益而提供生物技术方面的知识产权支持和信息服务。其中，澳大利亚的国际农业分子生物学应用中心 (CAMBIA) 正在进行的活动之一是研发用户界面友好的数据库，以便研究人员可以轻易地在自己感兴趣的领域找到相关的专利。<sup>68</sup> 国际农业生态技术应用服务局 (ISAAA) 是一家旨在利用新的农业生物技术使发展中国家的贫困人口受益的非赢利性机构。这个机构是由公共机构和私人机构共同资助的，主要目的是对发展中国家进行适当的生物技术转让并协助它的应用，以及帮助南半球的机构和北半球的私营部门之间形成伙伴关系，并加强南南合作。<sup>69</sup> 已有人建议要创立更多的计划来加快农业生物技术研究的步伐。<sup>70</sup>

有必要建立更多的这类机构和战略，它们的目的是：促进和发展中国家相关的研究工作所需技术的研发和获取；最佳利用知识产权提供的机会；并帮助解决因研究工具专利的扩散而带来的困难。我们认为，在实施这些计划的过程中应该继续注意进一步完善发达国家及发展中国家的专利制度，以消除这些计划旨在解决的问题，这也是非常重要的。对发展中国家来说，游戏的规则和玩法都是非常重要的。

## 文字框 6.2 CCR5 基因专利

美国人类基因科学公司(HGS)在进行人类基因排序时分离出了 CCR5 基因。该公司在搜索了已知基因序列的同系物数据库后宣称他们已经找到了属于细胞受体家族的一个基因，并为该基因申请了专利。

美国人类基因科学公司于 2000 年 2 月因“多核苷酸编码人类 G-蛋白质趋化因子受体 HDGMR10（现称为 CCR5）”而被授予编号为 No.6.025.154 的美国专利权，该专利权范围宽泛，包括该基因及其所有的医学应用，诸如阻碍或提升该受体功能的治疗。

后来，来自其它几个学术中心（包括 Aaron Diamond AIDS 研究中心和美国卫生部）的科学家发现 CCR5 基因能够构成爱滋病 (HIV) 病毒用以进入免疫细胞的受体蛋白质。

该受体是免疫系统细胞表面的一个跨膜分子，能够使免疫细胞和被破坏的组织相结合。HIV 病毒正是利用这种受体才和细胞连接起来并进入到细胞之中的。

一种包含 32 个碱基缺失的 CCR5 基因突变能够造成 DNA 序列中碱基解读密码在读码框中移位。结果造成受体蛋白质被截短了许多，再也无法到达细胞表面，从而可阻止 HIV 病毒感染细胞或减缓细胞感染的速率。

CCR5 基因突变的人群因而就不易受 HIV 感染。这为确定为拥有这一基因的 HIV/AIDS 病人带来了一系列新的治疗方法，比如使用能够阻止这种受体基因的药物。

当美国人类基因科学公司分离出 CCR5 并为之申请专利时，该公司未曾意识到这种受体是 HIV 病毒进入人体细胞的一种途径。但该专利被授予的宽泛程度意味着美国人类基因科学公司对任何对该基因的应用享有权利，这就使他们能够从专利权许可合同中收取专利使用费。

虽然事实上美国人类基因科学公司已经同意了几项利用 CCR5 受体基因进行新药研制的专利使用许可，但这一例证表明了将专利授予名为发明实为发现的危险性，而有关专利人在还不完全了解该基因的功能时就宣称它的用途只不过是一种投机。

## 文字框 6.3 金米案

为生存而种植或出售给发展中国家贫穷消费者的农作物对跨国公司来说是没有什么商业价值的，有些公司曾经许可农业公共研究机构为了发展中国家贫困农民的利益免费使用它们的专利技术。金米案就是一个众所周知的例证。

金米中富含维生素 A。这一点使金米对有一亿多人（主要是儿童）维生素 A 摄入量不足（可使人致盲）的发展中国家来说有着重要的健康价值。1999 年 8 月共同为 Rockefeller 基金会赞助的一个研究项目工作的两名科学家，Ingo Potrykus（瑞士联邦技术局）和 Peter Beyer（Freiburg 大学），成功地在稻米的基因组中注入了三个基因——两个来自水仙花，一个来自细菌——于是 beta 胡萝卜素，维生素 A 的前体，就在稻米中表现了出来。

但根据 2000 年 ISAAA 的一份报告<sup>62</sup>，金米技术涉及 70 个工艺及产品专利，其所使用的基因和方法属于 32 家公司和大学的知识产权范畴。只有通过进一步的研究、测试后金米才能够推向市场，但理清这一系列复杂的专利所需的法律程序对有关科学家来说太过于复杂和麻烦，于是在 2000 年 5 月他们和 AstraZeneca 公司（现在是世界最大的农业生物技术公司 Syngenta 公司的一部分）达成了协议。

Syngenta 公司获得了金米的专利权，并被允许利用这一技术的商业价值，但条件是允许发展中国家年收入在一万美元以下的农民在免除专利使用费的基础上购买金米。该公司通过在 2000 年与其它掌握金米关键专利技术的公司（包括 Bayer 和 Monsanto）的合作，使它们也承诺作出类似的免除专利使用费式的“捐献”。

但在一项技术还不受当地的知识产权保护的国家，任何人都可以自由地使用它，不管是出于生计还是商业目的，也不管该项技术在别处是否受知识产权的保护。关于这一技术的知识产权的进一步调查揭示，多数发展中国家都没有或者很少有和金米有关的专利。<sup>63</sup> 所以不管外界如何宣传跨国公司的许可式捐献，发展中国家的研究人员和农民本来就可以自由地研究、种植、出售金米，而不会侵犯任何知识产权，也不会因此而被起诉。当然，对于想要把金米出口到该技术受专利保护的国家的生产者则需另当别论了。

## 专利法的国际协调

### 背景

商贸日益全球化，同时专利法及专利实践进一步国际协调化，专利合作条约 (PCT) 体系下的申请程序也得到简化，这些因素共同导致了专利申请数量的迅猛增加。图 6.1 中所示的需求增加势头已延续到二十一世纪。

专利申请数量的激增导致专利局积压的专利申请数量越来越多，而获得专利批准的时间也越来越长。例如，中国专利局现在审批一项专利需要的时间平均为 46 个月，其它的大型专利局也大概需要这么长时间。所有的大型专利局都计划在近期内招募新的专利审核员（美国专利商标局在 2001 年招募了 460 名新专利审核员，并计划在 2002 年再招募 600 名）。即使是在那些新增了专利审核员的专利局，其专利系统仍不太可能满足对提供快捷廉价高质量的专利的需要。

在近期和中期，专利局可能会开始相互承认对方已经为相应专利申请（实质上关于同一主题的专利申请）所作的工作。例如，如果一项专利在美国提出申请并经过了搜索，那么欧洲专利局 (EPO) 就可能不必再亲自为向其递交的相应申请进行搜索，而仅参照美国的搜索结果就行了。这一既能节约申请人的成本又能减轻专利局工作量的相互认可制度对所有各方都很有吸引力。

在 2002 年 3 月<sup>71</sup>世界知识产权组织关于国际专利制度的会议上，相互认可制度显然引起了与会者的极大兴趣。会上对各主要专利局搜索工作的质量进行了比较。显然，将于近日形成主要专利局之间的某种形式的相互或单边（一国的专利局无条件地接受另一国专利局的搜索结果）搜索认可的趋势已不可避免。但由于在专利授予条件方面，特别是在诸如生物技术和电脑软件等高新技术领域方面仍然存在着重大的差异，因此还需要进一步协调各主要专利局对审核报告的相互认可制度。这种协调可能也是朝着某些人眼中专利制度的“圣杯”迈进的看似很小却非常重要的一步，这个神圣目标意味着一个国家授予的国际专利将在全球通用。

### 世界知识产权组织 (WIPO) 的实体专利法条约

关于实体专利法进一步协调化的谈判目前正在世界知识产权组织 (WIPO) 内进行，我们在前文中已经略述过谈判所可能产生的结果。在 1991 年世界知识产权组织几乎达成了—个实体专利法条约。在那次会议上，虽然发展中国家提出了一些建议，但最终的条约实质上是发达国家特别是美国和欧盟流行专利法的混合物。正如一位发展中国家的代表所说的，在协调过程中存在一个要求多数国家以少数国家的法律为标准的悖论。

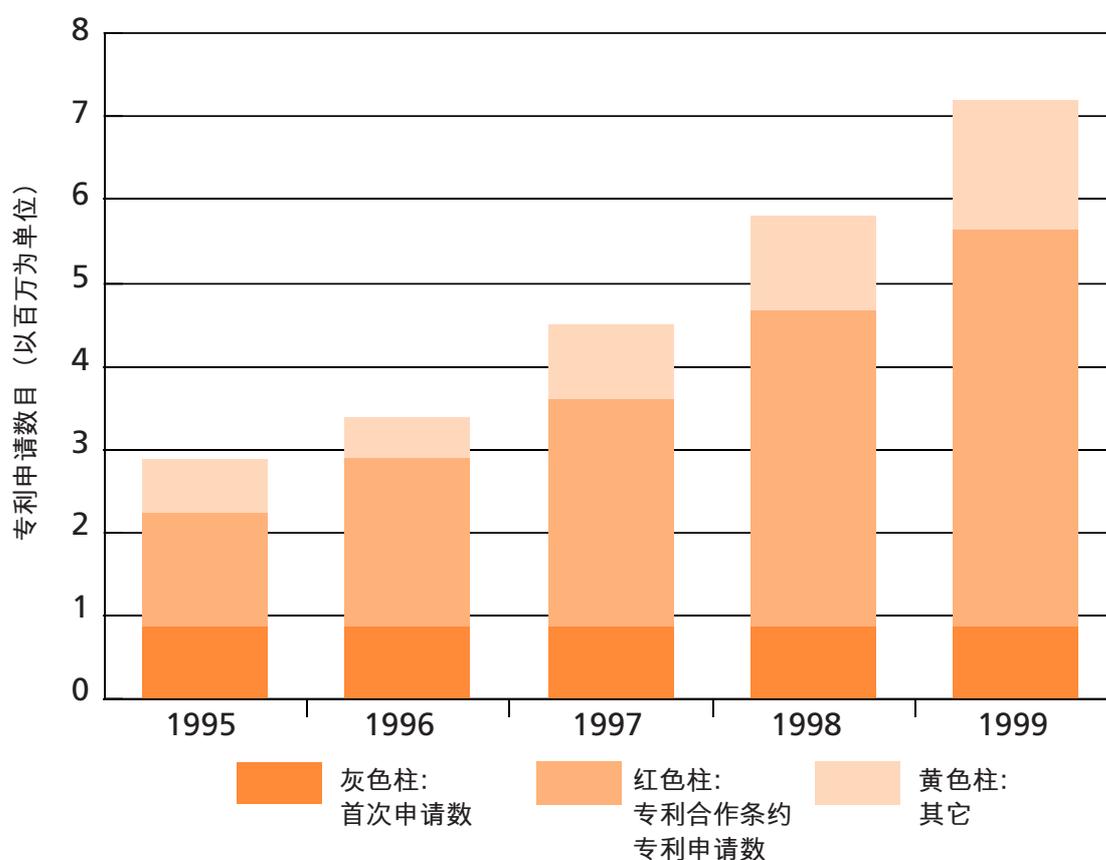
尽管这些谈判以失败告终，但各国旋即签订了《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)，这一协议将协调世界各国实体专利法的进程向前推进了一大步。但即使是在《与贸易有关的知识产权协议》中，许多国家，包括美国和欧盟的专利法之间也存在着分歧。于 2001 年上半年开始的世界知识产权组织新一轮谈判正是为了消除这些分歧。但要签订的条约会是什么形式？发展中国家又该以何种态度对待这些谈判呢？

虽然谈判尚处于初级阶段，但从世界知识产权组织<sup>72</sup>出台的草案及主要国家透露的态度来看，条约将在“先申请原则”(first-to-file)<sup>73</sup>的基础上产生，并附有一个合适的宽限期。他们也许会尽力取消我们在前文中提及的 TRIPS 现在提供的一些灵活性。例如，条约中可能会规定符合专利要求的发明的标准，并对发明的新颖性、创造性和工业应用性做出界定。

对发展中国家来说，他们关心的焦点显然是要确保这些灵活性不被取消，除非能够表明采用新的国际规则从而进一步限制他们制定知识产权的自由是符合他们的利益的。前文中已经介绍过我们认为符合发展中国家利益的专利制度。正如我们在第 7 章中介绍的那样，在贯彻专利制度过程中，发展中国家面临着巨大的困难。如果寻求采用更严格的专利审批标准，他们的机构和行政管理问题就可能会更加令其不堪重负。

世界知识产权组织 (WIPO) 协调化带来的标准可能没有考虑到发展中国家的利益，这些国家需要针对这个问题制定处理方针，可以尝试将反映本报告建议的标准作为国际标准，也可以继续灵活掌握 WIPO 标准，或如果 WIPO 协调化的结果不符合发展中国家利益，它们则应反对这些程序。

图 6.1 1995 年至 1999 年全球专利申请需求情况



复制自 EPO/IPO/USPTO 三方的网站。

资料来源 <http://www.jpo.go.jp/saikine/tws/tsr2000/graph3-1.htm>

但我们相信，我们所提出的许多完善专利制度的建议对发达国家也是有用的。因为太多的专利申请已使专利制度不堪重负，而这些申请中相当大的一部分在我们所建议的专利改革中将是不符合专利标准的。

迄今为止，本报告关于专利改革和协调的讨论主要集中在：如何通过革新程序，消除重复性工作以及追求更广泛的协调，提高全球现行专利制度<sup>74</sup>的效率。但本报告很少虑及：已经授予的专利的质量、执行和挑战专利权所耗费的资源、以及在多大程度上专利制度在促进技术进步方面起到的作用将超过其经济、管理和执行成本。报告认为，对专利的持续增长需求有权得到满足，而要满足这种需求只有靠提高授予程序的出产率，这可能要以降低专利的质量为代价。我们认为，发达国家及发展中国家的决策者应该把工作重心由专利数量转移到专利质量上来。能够在法庭上保持其有效性的专利虽然数量少了，但质量更高，从长远的角度来看，这是减轻大型专利局工作负担的最有效方式，更重要的是能够获得对专利制度的更广泛支持。

<sup>1</sup> 虽然这是一个里程碑式的案例，但有有机体及单个自然产品相关的工艺在此之前就曾被授予过专利。Nuffield 生物伦理学委员会 (2002), 《DNA 专利中的伦理学：一篇讨论式论文》，Nuffield 生物伦理学委员会，伦敦，23 页-28 页。

源自：<http://www.nuffieldbioethics.org/filelibrary/pdf/theethicsofpatentingdna.pdf>

<sup>2</sup> 国家科学基金会 (2002), 《科学及工程指标 2002》，NSF，华盛顿哥伦比亚特区，第 4 章，附表 4.6。源自：<http://www.nsf.gov/sbe/srs/seind02/c4/c4s1.htm>。Patent data from USPTO. 专利数据采自美国专利商标局 (USPTO)。源自：[www.uspto.gov](http://www.uspto.gov)

<sup>3</sup> 这段话引自 Merges · R. & Nelson · R. (1990) 所著《论专利范围的复杂经济因素》，《哥伦比亚法律评论》，第 90 期，839 页-916 页。源自：<http://sp.uconn.edu/~langlois/E382/Scope.html>

<sup>4</sup> 《致罗勃特·胡克的一封信》，1676 年 2 月 5 日

<sup>5</sup> Merges 与 Nelson (1990)》，916 页

<sup>6</sup> 参见术语表中有关定义。

<sup>7</sup> 国家科学基金会 (2002)，第 5 章。源自：<http://www.nsf.gov/sbe/srs/seind02/c5/c5h.htm>

<sup>8</sup> 寻租是一个经济学用语，指市场参与者会如何体验负面的激励作用(从社会的角度来看)，这种负面作用是由于政府对市场的干预造成了“垄断出租”而导致的。知识产权即是这种干预的例证之一。该术语源自：Krueger, A (1974), 《寻租社会的政治经济学》，《美国经济评论》，第 64 期，291-303 页。

<sup>9</sup> Reichman · J. (1997), 《从自由骑士到公平的拥护者：〈与贸易有关的知识产权协议〉下的全球竞争》，《纽约大学国际法律和政治期刊》，第 29 期，

源自：<http://www.nyu.edu/pubs/jilp/main/issues/29/b.html>

<sup>10</sup> 参见《与贸易有关的知识产权协议》第 27(1)款。

源自：[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/t\\_agm0\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm)

<sup>11</sup> 例如联合国贸易与发展会议 (1996) 《〈与贸易有关的知识产权协议〉和发展中国家》，联合国贸易与发展会议，日内瓦，文件号：UNCTAD/ITE/1；Correa · C. (2000), 《知识产权，世界贸易组织和发展中国家》，Zed 系列图书，伦敦与第三世界网络，槟榔屿；Heald, P. (2002), 《第三世界国家的知识产权战略：TRIPS 框架下的灵活，杠杆和自助》(mimeo) 》。

<sup>12</sup> 《与贸易有关的知识产权协议》第 27(1) 款。

<sup>13</sup> 例如，《欧洲专利公约》第 54(5) 款规定，新颖性的规定并不能妨碍为现有技术中的任何物质或合成物根据第 52 款第 4 段中的用法申请专利，只要现有的技术水平中还没有这一用法。法院还进一步规定允许已知合成物的第二种用法或进一步医学用法。法院在做这些决定时是以一种“特殊的眼光来看待现有技术水平这一概念的”，《欧洲专利局决议 G83/0005》。

源自：<http://www.european-patent-office.org/legal/epc/gdehtml/en/g583.htm>

<sup>14</sup> 分别由《与贸易有关的知识产权协议》第 27(3) 款 (a), (b) 两部分所允许。

<sup>15</sup> 《安第斯共同体通用知识产权制度》第 486 号决议第 15(b) 款。

源自：<http://www.comunidadandina.org/ingles/treaties/dec/D486e.htm>

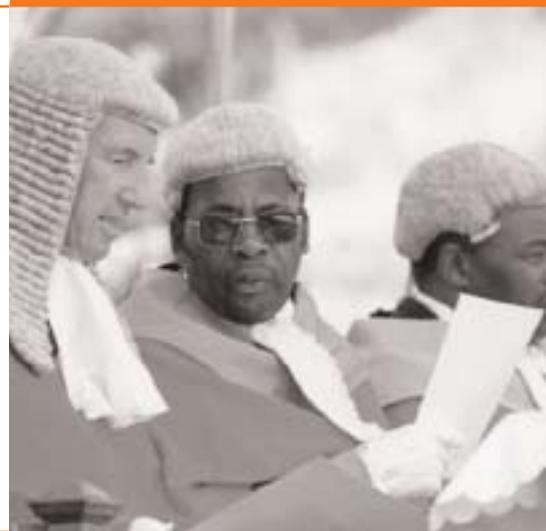
- <sup>16</sup> 我们已经收到许多非政府组织 (NGO) 成员有关该主题的呈递材料, 他们打算就《与贸易有关的知识产权协议》中关于生物专利的规定做出修订。
- <sup>17</sup> 1998年7月6日理事会和欧洲议会关于对生物技术发明法律保护的《指令 98/44/EC》, 《官方期刊 L213》, 1998年7月30日, 13页-21页。  
源自: [http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31998L0044&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=31998L0044&model=guichett)
- <sup>18</sup> 《欧盟生物技术指令》(EU Directive 98/44) 的第5、6款限制了关于人类和动物基因材料专利的审批。
- <sup>19</sup> 《欧洲专利公约》第56款, 35USC S103。根据《欧洲专利公约》, 某一技术领域的技术人员指的是该领域内了解该技术方面的常识, 但缺乏创造性的一名从业人员。加拿大法律规定, 技术人员具有以下特点: 懂得技术, 但没有创造性和想象力, 机敏, 有演绎能力, 缺乏自觉, 大脑左半球发达。Beloit Canada Ltd 诉 Valmet OY 案, 1986年, 8CPR (3d) 289。
- <sup>20</sup> Barton, J. (2001), 《非显而易见性》(出版中)。  
源自: <http://emlab.berkeley.edu/users/bhhall/ipconf/Barton901.pdf>
- <sup>21</sup> 美国专利商标局《联邦注册委员会效用审核指导原则》, 第66卷, 第4号。2001年1月5日。  
源自: <http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/notices/utilexmguide.pdf>
- <sup>22</sup> 欧洲专利局撤销 EP0630405 的反对决定 (ICOS 公司)。2001年6月20日。(未报道的)
- <sup>23</sup> 《英国专利局专利实践手册》第14.143部分。  
源自: [http://www.patent.gov.uk/patent/reference/mpp/s14\\_16.pdf](http://www.patent.gov.uk/patent/reference/mpp/s14_16.pdf)
- <sup>24</sup> Biogen Inc 诉 Medeva plc House of Lords 案, [1997] RPC 1。
- <sup>25</sup> 纳菲尔德生物伦理学委员会 (2002), 第73至74页。
- <sup>26</sup> 在日本, 在专利被批准后的六个月内任何人都可对该专利提出质疑。欧洲专利局规定可在专利批准后的九个月内提出质疑。而美国专利商标局则规定在专利的有效期内如对专利授予的合法性有任何重大疑问均可要求对该专利进行重新审核。印度尼西亚专利法第45款 (No.14, 2001) 和安第斯共同体 2000年9月14日通过的第486号决议第42款规定了专利授予前的反对程序。
- <sup>27</sup> Scherer · F.M. (2001), 《制药中的专利制度及创新》, *Revue Internationale de Droit Economique*, (特辑, 《药物专利、创新和公共健康》), 119页。
- <sup>28</sup> 例如, 《中国专利法 2000》第48款和49款规定, 出于公共利益, 或某一实体在合理的条件下向专利拥有人提出利用该专利的要求, 而该申请没有在合理的期限内被批准, 则可以授予强制许可。
- <sup>29</sup> 埃及提交给 WTO 的法律草案 IP/CW/278 (源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/IP/CW/278.doc>; Jamaica's draft law as notified in IP/N/1/JAM/I/1); 牙买加提交的法律草案 IP/N/1/JAM/I/1 (源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/IP/N/1/JAM/I1.doc>)
- <sup>30</sup> 在一个专门小组还没来得及就地区性要求和 TRIPS 的兼容性做出决定时, WTO DSP 程序 (IP/D/23) 就已被终止了。源自: <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/G/L/385.DOC>
- <sup>31</sup> 源自: <http://www.iavi.org/press/63/p20010824a.asp>
- <sup>32</sup> Correa · C. (尚未出版)《对传统药剂的保护和改良》, 南部中心, 日内瓦。
- <sup>33</sup> 作为获得专利权的条件之一, 《与贸易有关的知识产权协议》第62款规定, 允许成员国要求专利申请人遵循合理的程序。在世界贸易组织关于美国统一拨款法案的争端解决案例中指出, 如果申请人不像各国的法令规定的那样是商标的所有人, 《与贸易有关的知识产权协议》允许成员国申请人对某一商标的注册 (世界贸易组织第 No. WT/DS176/R 号文件第 8.56 段)。这一规定也适用于专利法。
- <sup>34</sup> WIPO 目前批准了 49 个国家采取的保护措施。  
源自: [http://www.wipo.int/sme/en/ip\\_business/utility\\_models/where.htm](http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/utility_models/where.htm)
- <sup>35</sup> 有些国家的立法机构, 比如德国, 对小专利发明的创造性的要求和正式专利中的一样。
- <sup>36</sup> 参见第 1 章。
- <sup>37</sup> Reichman · J. (2000), “绿郁金香和合法的野葛: 次专利发明中的重新包装权。《范德比尔特法律评论》, 第 53 期, 1743 页-1798 页。  
源自: <http://law.vanderbilt.edu/lawreview/vol536/reichman.pdf>

- <sup>38</sup> 可参见 1996 年修订后的《巴西工业产权法》，No 9279/96，第 76 款。  
源自：<http://www.inpi.gov.br/idiomas/conteudo/law.htm>
- <sup>39</sup> 中国国家知识产权办公室(2001)《2000 年年度报告》，国家知识产权办公室，北京，第 29 页。  
源自：[http://www.sipo.gov.cn/sipo\\_English/gftx\\_e/ndbg\\_e/2000nb\\_e/nbbg\\_2000\\_e/12-1-b2-e.htm](http://www.sipo.gov.cn/sipo_English/gftx_e/ndbg_e/2000nb_e/nbbg_2000_e/12-1-b2-e.htm)
- <sup>40</sup> 《中国研究机构‘可拥有知识产权’》，贾和平，2000 年 5 月 21 日。  
源自：<http://www.scidev.net>
- <sup>41</sup> 资料由世界知识产权组织提供，引自 2001 年的专利申请统计数据。
- <sup>42</sup> Dasgupta · P. and David · P. (1994)，《向科学的新经济迈进》，《研究政策》，第 23 卷，第 487 页-521 页。
- <sup>43</sup> 大专院校技术管理者联合会 (2002)《大专院校技术管理者 2000 财年年度调查：总结》，大专院校技术管理者联合会，Northbrook IL。  
源自：<http://www.autm.net/surveys/2000/summarynoe.pdf>
- <sup>44</sup> Mowery · D. et al (2001)，《美国大学专利申请及许可的增长：对 1980 年 Bayh-Dole 法案影响的评估》，《研究政策》，第 30 卷，第 99 页至 119 页。  
源自：<http://www.sipa.columbia.edu/RESEARCH/Paper/99-5.pdf>
- <sup>45</sup> 国家自然科学基金会 (2002)，附录表 4.04。  
源自：<http://www.nsf.gov/sbe/srs/seind02/append/c4/at04-04.xls>
- <sup>46</sup> 大专院校技术管理者协会 (2002)，第 10 页。
- <sup>47</sup> Colyvas · J. et al (2002)《如何将大学的发明付诸实践》，《管理科学》，第 48 卷，第 67 页。  
源自：<http://www.vannevar.gatech.edu/pdfs%20of%20publications/mans126.pdf>
- <sup>48</sup> Colyvas · J. et al (2002)。
- <sup>49</sup> 《加利福尼亚大学技术转让办公室 2000 年年度报告》。  
源自：<http://www.ucop.edu/ott/ttimport.html>
- <sup>50</sup> 《国家自然科学基金会 (2002)》，第 5 章，正文图表 5-25。  
源自：<http://www.nsf.gov/sbe/srs/seind02/c5/c5h.htm>
- <sup>51</sup> Sampaio · M. 与 Brito da Cunha · E 《Embrapa 知识产权管理：对政策的质疑及思维的转变》，Cohen · J. (ed.) (1999)《对农业生物技术的管理：满足研究需要及政策解读》。ISNAR/CABI，海牙，240 页— 248 页。
- <sup>52</sup> 参见 David Martin 2001 年 5 月 10 号递交给国会圆桌会议的讨论材料。在材料中他说 30% 以上的美国专利有和其它专利重叠的现象。  
源自：[http://www.house.gov/judiciary/martin\\_051001.htm](http://www.house.gov/judiciary/martin_051001.htm)
- <sup>53</sup> Shapiro · C 《领航专利制度：交叉许可，专利共用及标准设定》，Jaffe · A., Lerner · J. and Stern · S. eds. (2001)《创新政策和经济：第一卷》，马里兰州剑桥的麻省理工学院出版社。第 3 页。源自：<http://haas.berkeley.edu/~shapiro/thicket.pdf>
- <sup>54</sup> 2002 年 2 月 28 日的证辞。源自：<http://www.ftc.gov/opp/intellect/barrrobert.doc>
- <sup>55</sup> 国家健康协会 (1998)，《研究手段工作组的报告》，国家健康协会，华盛顿哥伦比亚特区。源自：<http://www.nih.gov/news/researchtools/>
- <sup>56</sup> Walsh. J. et al (2000)《研究手段及生物医疗创新专利制度》，国家科学学会，华盛顿哥伦比亚特区。源自：[http://www7.nationalacademies.org/step/Walsh\\_et\\_al\\_paper.pdf](http://www7.nationalacademies.org/step/Walsh_et_al_paper.pdf)
- <sup>57</sup> 《专利应用：效用审核指南》，联邦注册机构，2001 年 1 月 5 日 (第 66 卷, No. 4)，第 1092 页-1099 页。源自：<http://www.uspto.gov/web/offices/com/sol/notices/utilexmguide.pdf>
- <sup>58</sup> 国家健康协会 (1998)，《国家健康协会执行指南》，1999 年。  
源自：[http://ott.od.nih.gov/NewPages/RTguide\\_final.html#guide](http://ott.od.nih.gov/NewPages/RTguide_final.html#guide)
- <sup>59</sup> Walsh. J. et al (2000)第 31 页。
- <sup>60</sup> Greg Galloway (Falco-Archer) 递交给委员会会议的材料，伦敦，2002 年 2 月 21 日至 22 日；Melinda Moree (PATH) 递交给研究手段工作组的材料，伦敦，2002 年 1 月 22 日。  
源自：<http://www.iprcommission.org>
- <sup>61</sup> Victoria Henson-Appolonio 递交给研究工具委员会工作组的材料中的例证，伦敦，2002 年 1 月 22 日。源自：<http://www.iprcommission.org>

- <sup>62</sup> Kryder · R., Kowalski · S. 与 Krattinger · A. (2000) 《富含维它命的稻米（金米）中的知识产权及技术产权问题：初期自由使用审核》，ISAAA No. 20 简报，农业生物技术应用获得国际服务处，纽约。源自：[http://www.isaaa.org/publications/briefs/Brief\\_20.htm](http://www.isaaa.org/publications/briefs/Brief_20.htm)
- <sup>63</sup> Pardey · P. et al (2000) 《南北贸易，关于农业主要谷物研究成果自由使用的知识产权权限》，EPTD No. 70 论文。国际食品政策研究会，华盛顿特区。  
源自：<http://www.ifpri.cgiar.org/divs/eptd/dp/papers/eptdp70.pdf>
- <sup>64</sup> The SNP Consortium Ltd. 源自：<http://snp.cshl.org/>
- <sup>65</sup> SNP 是单核苷酸多形态体的缩略形式。它们是 DNA 最基本构成物质（单对碱基）的变体，与致病因素及基因突变有关。
- <sup>66</sup> 国际基因协会。源自：<http://www.intgen.org/>
- <sup>67</sup> Wheeler · C. 与 Berkley · S. (2001) 《从公共机构和私人机构伙伴关系在制药和疫苗研究过程中得出的初步经验》，《世界卫生组织公报》，第 79:8 卷。  
源自：<http://www.who.int/bulletin/pdf/2001/issue8/vol79.no.8.728-734.pdf>
- <sup>68</sup> 国际农业分子生物学应用中心 (CAMBIA)。源自：<http://www.cambia.org/>
- <sup>69</sup> 农业生物技术应用获得国际服务处 (ISAAA)。源自：<http://www.isaaa.org/>
- <sup>70</sup> Krattiger · A. (2002) 《公共机构和私人机构的伙伴关系在促进私有生物技术的有效转化及增长私人机构的投资方面的作用》，《今日知识产权战略》，No. 4。  
源自：<http://binas.unido.org/binas/reviews/Krattiger.pdf>
- <sup>71</sup> 世界知识产权组织国际专利制度会议，日内瓦，2002 年 3 月 25 日-27 日。  
源自：<http://patentagenda.wipo.int/meetings/2002/program/index.html>
- <sup>72</sup> 世界知识产权组织国际联络处出台的实体法草案 (WIPO No. SCP/7/3 文件)。  
源自：[http://www.wipo.org/scp/en/documents/session\\_7/pdf/scp7\\_3.pdf](http://www.wipo.org/scp/en/documents/session_7/pdf/scp7_3.pdf)
- <sup>73</sup> “先申请体制”意即把专利授予第一个提出专利申请的人。目前大多数国家都采用这一制度。但与之不同的是，美国采用的是“先发明体制”，在这种制度下专利将被授予给第一个发明该技术的人。
- <sup>74</sup> 参见《国际专利制度发展日程》，世界知识产权组织总裁备忘录，日内瓦，2001 年 8 月 6 日。（世界知识产权组织文件，文件号：No. A/36/14）。  
源自：[http://www.wipo.int/eng/document/govbody/wo\\_gb\\_ab/pdf/a36\\_14.pdf](http://www.wipo.int/eng/document/govbody/wo_gb_ab/pdf/a36_14.pdf)



# 制度能力



### 引言

发展中国家按照《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS) 实施知识产权保护时面临着可怕的制度性挑战。由于大多数发展中国家技术和科研能力有限，在实施该协议的中期往往收效甚微，所以它们担心的主要问题是阻碍知识产权制度建立所需的人力和资源成本。与此同时，这些国家还要确保其国家知识产权制度是为了公共利益，并接受有效的管理。对于技术水平较为先进的发展中国家来说，它们还希望其知识产权制度能够弥补和促进它们鼓励技术发展和革新的广泛政策。

挑战包括：制定适当的政策和立法；根据国际要求管理知识产权；以适于本国发展水平的亲竞争手段规定和实施知识产权。当然，所有国家都面对着许多这样的与知识产权相关的制度与政策性挑战，但许多发展中国家的感触尤为深刻。而且，重要的是，对于根据《与贸易有关的知识产权协议》修改知识产权制度的经济与制度环境来说，发展中国家和发达国家是迥然不同的。

发展中国家面临着艰难的选择。因为缺乏资源，它们该不该满足于重新注册 (re-registering) 在发达国家已经批准过的专利？或者，它们该不该努力发展本国审核专利的能力，以应用我们认为合适的不同的专利申请标准？在目前这种环境下，对于大多数的发展中国家来说，这是建立知识产权管理制度的一个十分艰难的任务。

我们将在本章讨论以下问题：

- 在发展中国家建立有效的知识产权政策和立法有什么要求？
- 发展中国家应怎样执行知识产权政策并行使知识产权权益？
- 发达国家和国际机构如何能为发展中国家提供行之有效的技术援助？

## 知识产权政策的制定与立法

由于大多数发展中国家，包括最不发达国家，或已是世界贸易组织成员国或者正在努力成为该组织的成员国，所以在执行《与贸易有关的知识产权协议》过程中，需要修改其工业产权和著作权立法。某些领域的变化会相对较小，而对于其它领域则需要彻头彻尾的新立法。一些发展中国家已经在 2000 年 1 月的最后期限前完成了对其知识产权法规的修订，使之与《与贸易有关的知识产权协议》相符。迄今为止，只有很小部分最不发达国家已经完成立法和制度改革，实现了执行该协议的要求。除了该协议，那些还不是诸如《巴黎公约》和《伯尔尼公约》(Paris and Berne Conventions) 等国际协定成员国的国家也许可以选择加入这些协定，但这要求他们加深立法改革的力度。

发展中国家同时也面临着其它一些与知识产权相关的改革，例如：为植物多样性和植物基因材料制定适当的保护制度；在正规的知识产权制度范畴内是否、如何保护传统知识；在遵守《生物多样性公约》的前提下，如何规定有关国家生物资源的使用和利益分享制度。迄今为止，只有少数国家通过了该领域的立法。这反映了立法或能力方面的问题，同时也反映了政策的采用缺乏一致的政治意见。除了修改与知识产权相关的立法外，发展中国家还需要考虑对国内管理环境的相关领域进行补充性改革，诸如科技政策和反托拉斯法。

### 综合政策制定

在许多情况下，发展中国家在制定一项有关知识产权的全面协调政策时面临着一些特殊的困难。这种政策对许多国家来说还是公共政策的一个较新领域。<sup>1</sup> 这些国家修改有关知识产权的政策主要是来自国际协议的压力（它们是这些国际协议的签署国），而在本国内实行（如《与贸易有关的知识产权协议》或《生物多样性公约》）时却不一定有着一致的思想。对于各国政府来说，知识产权是一个典型的“交叉性问题”（cross cutting issue），政策各部门有不同的立场和利益，它们之间必须达成妥协。糟糕的是，一些对该问题有着特定兴趣或观点的工业团体和其他民间社会组织也在部门间游说。更有甚者，一些外国政府当发现它们的自身利益受到影响时也在施加正式或非正式的压力。因此知识产权政策的制定过程谈何容易。<sup>2</sup> 理论上，发展中国家制定知识产权政策是以对以下问题的正确理解为基础的，即如何利用该制度促进发展目标？这需要对国家产业结构、农业生产模式以及健康教育需求进行分析。但当寻找所需的专家和必要证据时，却发现往往少得可怜。

目前存在的现实情况是，许多发展中国家的制度能力较弱，尤其缺乏有经验且资深的官员。大多数的发展中国家可以考虑依靠技术援助，由世界知识产权组织和其他组织以草案法、专家建议和解释新草案法规的形式提供技术援助。<sup>3</sup> 用一名评论员的话来说，就是

“最不发达国家尤其没有本国的专家来评估国际法的模式是否适用于本国的经济、社会与文化环境。最不发达国家往往缺少起草法律的专家，从而依赖于外来的法律起草专家。这些专家往往来自西方的法律体系，最不发达国家便与这种体系有了历史的渊源。这些专家在最不发达国家充当顾问，或者以合同方式履行一段时间的义务。对于知识产权来说，这个问题尤其尖锐，因为兼备以下两种能力的人极少极少，一是法律起草的专业技术能力，二是知识产权法律的专门技术能力。”<sup>4</sup>

因此，由于决策过程复杂及技术需要，一些政府可能会使法律制定过程“短路”，特别是面临着国际一致同意的最后期限时。因此，这些政府可能委托本国的知识产权专家（如果有的话）去制定知识产权法律，政府间的磋商也就很少。它们也可能依靠外国专家。不管怎样，知识产权法律与发展政策的一致性都得不到充分的考虑。

因此发展中国家在进行与知识产权相关的改革过程中，政府间的政策协调能力是至关重要的。资料显示，一些国家已经建立了相应的机制来提高政策制定与磋商之间的协调性，主要的参与机构均为政府中的关键性部门，大多包括卫生部门、司法部门、科研部门、环境部门、农业、教育或文化部门（主要为著作权及其相关权益）。然而，这些机制通常仅仅处于发展初期，其作用还不明显——特别是在知识产权问题与经济发展政策其它领域的协调方面。这常常反映出如此的协调机构无法轻松地提供所需的技术建议和专家意见，但它也将反映出政府部门内部存在的利益分歧。

### 文字框 7.1 共同参与制定政策：南非

自 20 世纪 90 年代后期起，南非政府已经开始考虑本国的著作权立法改革。过去，出版业是主要的利益群体，参与立法程序，影响政府制定著作权政策。但在近些年来，教育部门起到越来越多的积极作用，呼吁修改立法，强调电子著作权，要求为远程教育、特殊教育项目和残疾人（如盲人）教育需求等制定相关规定。

1998 年，贸易工业部公布了《规章草案》，修改了附在《著作权法案》后面的规章。教育部门做出响应，由南非大学副校长协会 (SAUVCA) 和技术校长委员会 (CTP) 主办并赞助成立了“著作权特别工作小组”。赞助者被邀请递交有关草案规章的论文，并阐述有关评论意见。由于该草案只限于教育领域，所以该“著作权特别工作小组”只是从教育部门的角提了一些评论和反对意见。最终该草案被中止实行。

2000 年 5 月，贸易工业部再次公布提案修改《著作权法案》。南非大学副校长协会/技术校长委员会成立了“电子著作权特别工作小组”，专门负责处理该提案及它不包括的一些其它问题（已在第一段中提及）。提案仍只限于教育领域。电子著作权特别工作小组和贸易与工业部、教育部、交通部和艺术文化科技部等四个政府部门进行了讨论，撤销了许多更有争议的修改意见。

2001 年 1 月，两个特别工作小组均解散，重新成立了两个更具长期性的知识产权委员会来代表教育部门，即南非大学副校长协会知识产权委员会 (SAUVCA IP Committee) 和技术校长委员会知识产权委员会 (CTP IP Committee)。从那以后，这些委员会与贸易工业部，南非出版家协会，国际出版家协会和商业软件联盟等组织举行了各类讨论。南非大学副校长协会知识产权委员会目前正在准备一份关于“公平使用”和“用于教育目的的多次复制”的工作文件，并将与决策人员展开进一步讨论。

发展中国家的知识产权改革过程中应该强调的是政策制定过程本身的重要性，政府内外参与修改政策和制定新法规的决策者的能力高低也是非常重要的。在一个极端，如印度这样的国家，它们具备广泛的基础和完备的体系可以进行公共磋商和讨论（包括开设公共论坛来讨论诸如保护生物多样性和传统知识之类的问题），这样的国家同时也拥有高水平的学术、商贸和立法方面的专家人士。在另一个极端，如撒哈拉以南的非洲国家，新著作权法的通过只是走一下技术性的起草程序，几乎没有经过公共磋商或讨论。

例如，像肯尼亚这样的发展中国家，在制定知识产权政策方面有着更悠久的传统，有众多了解知识产权的律师、学术团体和感兴趣的民间社会组织，从某方面看，它正处于发展的中期阶段。在我们访问期间，见到了新近成立的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS) 下属委员会。该委员会由各政府部门和私营部门的代表组成，负责研究肯尼亚如何实施《与贸易有关的知识产权协议》。但我们相信，对许多发展中国家来说，在建立真正的知识产权政策改革参与进程中仍有很大的改进空间。各国政府和赞助者应该更加重视这个问题。

发展中国家及其援助国应当共同努力，确保国家性知识产权改革进程与其它发展政策的适当“对接”。同样地，应进一步鼓励国内各利益群体更多地参与改革进程。在提供技术支持方面，援助国除了提供国际专家和法律咨询外，还应关注当地机构掌握研究知识产权政策及与各利益群体进行对话的能力的需要。

## 知识产权的管理制度

### 导言

各发展中国家知识产权申报和批准的数量大不相同（见表 7.1），这与知识产权行政机构有着重要的关系。专利的申报部分取决于该国家是否是专利合作条约组织 (PCT) 或其他国际协定或地区组织的成员国。但是，在大多数的发展中国家，按照这些协定申请的知识产权只有很小一部分进入“国家阶段”，即主要的批准和注册阶段。其它因素包括国家知识产权法及规章（申报人可能觉得这些法律及规章更有 / 没有吸引力）与跨国企业知识产权政策之间的差异。

世界知识产权组织 (WIPO) 1996 年<sup>5</sup> 调研了 96 个发展中国家，研究发现，其中三分之二以上的国家的工业产权管理是由其工业贸易部或司法部的一个下辖部门执行的；其中 10 个国家拥有独立的政府部门专门负责工业产权的管理；其中三分之一的国家的著作权管理是由其教育部或文化部内部的一个部门执行的；其中 15 个国家有专门的著作权管理机构。有趣的是，另外三分之一的国家政府机构根本没有专门部门负责著作权管理事宜。

但一些发展中国家已经着手建立专门的、半自治的知识产权制度，负责管理工业产权和著作权，这样的国家现在多了许多。牙买加和坦桑尼亚就是两个典型例证。关于在合适的政府部门的监督下，建立专门的、半自治的知识产权管理办公室，有一些较好的建议。包括政策与管理职能的分离；更面向商业的成本回收和开支控制手段（包括资金投资战略和以市场为基础的人员报酬标准）；在不同知识产权领域实行更好的政策协调带来的潜在利益。

表 7.1 8 个发展中国家的申报专利数量及批准情况（1996 年至 1998 年）

国家	1996		1997		1998	
	申报数量	批准数量	申报数量	批准数量	申报数量	批准数量
<b>专利权</b>						
中国 *	52714	2976	61382	3494	82289	4735
危地马拉	104	8	135	15	207	17
印度	8292	1020	10155	N/a	10108	1711
牙买加	79	23	70	21	60	16
吉尔吉斯斯坦 *	20305	125	25103	133	33905	91
马拉维 *	39034	117	49934	49	67760	80
苏丹 *	39061	97	49920	37	67719	64
越南 *	22243	61	27440	111	35748	N/a
<b>商标</b>						
中国 **	150074	121475	145944	217605	153692	98961
危地马拉	8206	5490	10588	6369	9988	4806
印度	N/a	4436	43302	N/a	36271	4840
牙买加	1537	1346	1883	2195	2005	1966
吉尔吉斯斯坦 **	2803	3297	3008	2592	3112	2760
马拉维	624	316	819	422	582	320
苏丹 **	1508	1508	1482	1482	1514	1514
越南 **	8440	6615	7830	5174	2838	2534

摘自:世界知识产权网站 [www.wipo.int](http://www.wipo.int)

\*在此期间为专利合作条约组织的成员国。 \*\* 在此期间为马德里协定或协议组织的成员国。

注意: 根据《专利合作条约》, 指定国家的费用微乎其微, 因此申请者例行公事地指定了许多国家; 所以虽然在《专利合作条约》成员国内专利申请数量很大, 但只有很小一部分能够进入“国家阶段”(national phase), 需由国家办公室采取行动, 处理在有关国家批准有重大意义的专利。

## 人力资源

各个发展中国家从事知识产权管理的人员数量各不相同。厄立特里亚仅有一名来自贸易工业部且未受过专业训练的人员管理知识产权, 而印度则拥有 800 多人的专门管理机构, 管理人员由政府三个部门派出。为达到《与贸易有关的知识产权协议》所要求的最低管理标准, 一个能够处理少量知识产权申报事务的基础机构要求拥有大约 10 名专业人员或相近人数的管理/支援机构; 而且随着知识产权申报数量的不断增加, 要求也将不断提高。

几乎所有的发展中国家在进行全国性知识产权事务的处理过程中, 都会面临专业人员短缺的难题。在一些最不发达国家和一些较小的、低收入的发展中国家里, 可使用的技术和法律专家一直处于短缺状态。即使有法律专家存在, 也未必通晓知识产权专业。在一些比较先进的或大型的发展中国家, 通常拥有相对多一些的知识产权法律专家, 特别是在商标领域。

## 文字框 7.2 组成人员：7 个发展中国家知识产权办公室的人员组成情况

**印度：**专利权申请办公室共有大约 300 人（其中包括 40 名专利审核人员），而按规定应有 530 人（其中包括 190 名专利审核人员）。商标注册机构共有 259 名，而按规定应拥有 282 名。著作权办公室有 12 名工作人员，其中 9 名为专业人士。

**牙买加：**近期组建的知识产权办公室隶属于工商与科技部，下设 51 个职位，目前将近一半职位空缺。

**肯尼亚：**知识产权协会共有 97 名工作人员，其中 26 名为专业人员，71 名为行政管理 人员。

**圣卢西亚岛：**公司与知识产权注册处隶属于司法部，该机构共有 9 个职位，目前空缺一个。

**特立尼达和多巴哥：**知识产权办公室应拥有 23 名工作人员，目前 6 个职位空缺。修改后的组织结构计划增加工作人员至 54 名，以便能处理目前的工作量。

**坦桑尼亚：**商业注册与许可局知识产权处共有 20 名工作人员，其中 11 名专业人员，9 名行政管理 人员。

**越南：**工业产权国家办公室共有 136 名工作人员，其中 87 名专业人员，49 名行政管理 人员；著作权办公室还设有另外的 22 名工作人员。

**源自：**Leesti · M. 与 Pengelly · T. (2002) 《委员会背景文件》第 27 页，题目为《发展中国家在知识产权的政策制定，行政管理和执行过程中所面临的制度问题》

## 信息技术

目前，对于有效的知识产权管理来说，信息技术系统是一个至关重要的要素。有了这些系统，使用者就可以轻而易举地获取有关知识产权政策主题的广泛资料以及诸如世界知识产权组织和一些主要专利办公室的在线专利数据库和图书馆。所以，信息技术系统是国家制度能力的一个重要决定因素。尽管一些小型知识产权办公室的基本硬件要求相当有限，必要的软件是举手可得的，但这些办公室的自动化和互联网连通率却低得惊人。<sup>6</sup> 虽然一些较大的、较高收入的发展中国家拥有完全自动化的搜索和申请程序系统，但许多国家还是使用以人工和纸张为基础的系统。这不仅阻碍了知识产权申请的有效处理程序，而且使有关的重要数据和管理信息的收集工作复杂了许多。

## 审核制度相对于登记注册制度以及合作安排

工业产权的行政管理涉及到接受申请表格、正式审核（如果符合申请条件）、知识产权的批准或注册、出版发行以及处理可能出现的反对意见。如果一些知识产权期满后要继续展，那么，就还要经过更多的步骤以完成续展程序和有关决定的存档。然而著作权和相关权利所需的公共管理水平是最低的，因为这些权利是自动生成的、不需要续期。

到目前为止，最具挑战性的就是专利申请的实质性审核工作，既要确保申请专利的新颖性、创造性和工业实用性，申请者还需满足披露的要求。目前，一些专利申报的技术材料多达数千页，涉及的技术领域广泛，而实质性的审核不仅需要专业/技术能力，而且需要国际专利信息电脑数据库的使用能力。对制度能力的这些需求已远远超出了发展中国家大多知识产权管理机构的能力所及（有几个国家例外）。仅有极少数的发展中国家能够进行广泛技术领域的实质性审核。

发展中国家解决这个难题的一个方法就是使用一项登记注册制度，根据该制度申请专利无须实质性的审核，而只要接收和批准即可。这可能只是简单的评估以便确保合乎正规的法律程序。这种方法应该能够大幅度削减专利申请机构的开销，降低专利机构对人力资源的要求。但注册制度缺乏筛选性，可能会造成大量滥用专利权的恶果。如果假定一项专利有效，那么证明该专利无效的负担就落在了公共部门或受影响的竞争者身上。这种负担也许过于沉重了。另外，建立一项地方审核制度，即使资源有限，能够建立起草和阅读专利文件的能力，并将它们作为一种信息来源。专利办公室人员的高流动性往往保证了这些能力能够转移到私营部门或研究机构。

## 区域或国际合作

许多发展中国家已经决心在知识产权管理方面进行区域和/或国际合作，这是降低成本、提高效率的根本方法。特别在专利管理方面，许多国家或多或少依靠欧洲专利局和美国、日本专利局，以上专利局共同负责对全球的大部分专利申请进行实质性的审核。在实践中，发展中国家进行地区或国际合作有三种主要途径。

### 《专利合作条约》

首选是成为《专利合作条约》(Patent Co-operation Treaty) 组织或马德里系统的成员国。这样做可以尽可能降低本国专利机构的调查、审核和出版工作量，而且可以在其它成员国申请国际专利保护，所需成本较低（另外，发展中国家的居民还可以免交75%的所有条约费用）。马德里系统成员国在商标权管理方面的优势与《专利合作条约》的成员国是相似的。<sup>7</sup>

某些国家也许考虑到由外国专利机构实施的审核，其申请标准与本地区正在使用的标准大不相同，特别是在医药品和生物工艺学等重要领域，因此仅仅选择实施条约第一章（国际申请和调查），而不选择第二章（国际预备审核）。

### 签约转包

次选是将本国的专利管理工作签约转包，由其他国家或国际的专利机构或私人组织负责。例如，欧洲专利局为东欧的一些国家提供专利调查和审核服务。虽然有类似的专利制度提供给发展中国家，但目前尚无任何国家利用这种制度。发展中国家也可以向世界知识产权组织下属的专利信息服务部 (WPIS) 寻求帮助，请求其提供调查和审核个人专利申请的服务。<sup>8</sup> 此外，还可利用地方大学中的专家（如果有的话）为专利申请提供技术审核，例如：智利就有这样的实践。同样，在巴西，根据法律规定，卫生部有义务帮助工业产权协会 (Industrial Property Institute) 进行药品专利审核。

## 地区组织

第三种选择是成为地区工业产权体系的一部分。目前在发展中国家有四个地区工业产权组织。东欧及中亚地区的欧亚专利局 (Eurasian Patent Office) 共有 9 个成员国；阿拉伯地区的海湾合作委员会专利局 (Gulf Co-operation Council Patent Office) 共有 6 个成员国；非洲地区有两个地区工业产权组织，一个是非洲知识产权组织 (OAPI)，一个是非洲地区工业产权组织 (ARIPO)，它们分别有 16 和 15 个成员国。此外，《安第斯协定》(Andean Pact) 的 6 个成员国已经制定了共同的知识产权法律（尽管仍由各国政府分别管理）；加勒比海地区和东南亚地区也正在倡议组建地区联合组织。目前拉丁美洲地区、加勒比海地区、太平洋地区、南亚和东南亚地区仍没有地区性工业产权管理组织。目前，大半最不发达国家（49 个中的 27 个）都不是地区性知识产权组织的成员国。

尽管地区合作为发展中国家提供了一些优势，但这些合作主要集中在知识产权的管理领域。这仍要求各国机构履行与制定政策、参与国际法规制定、执行和协调知识产权协议有关的重要职能，因此，地区组织可以起到补充而不全盘取代有效的国家知识产权基础机构。

同时，地区性或国际性合作对发展中国家也有一些潜在的不利因素。首先，作为地区体系的成员之一，依赖该机构及为迎合成员国国家利益的灵活政策，可能会导致单个发展中国家在申请知识产权权益以满足本国利益时遭受更多的困难（例如，在某些技术领域，各国有不同的保护能力和保护条件）。例如，非洲知识产权组织 (OAPI) 中的最不发达国家成员国不能利用《与贸易有关的知识产权协议》规定的延长过渡期限或《多哈宣言》(Doha Declaration) 批准的有关药品保护的更长过渡期限，除非最新版的《班吉协定》(Bangui Agreement) 得到修改以达到此目的。对于非洲工业产权组织 (ARIPO) 体系的最不发达国家成员国来说，情况就不是这样了，这些成员国有更多的灵活性建立自己的专利法律和实践。<sup>9</sup> 第二，如果某个发展中国家是某个地区或国际专利体系的成员国，当它要行使有效的反对制度以挑战某项专利的有效性时，就会遇到更多的困难。最后，对地区机构的依赖可能会阻碍本国培养所需的知识产权专家和建立本国的制度能力（例如在制定、执行和协调政策方面的能力）。

很明显，发展中国家必须衡量建立地区和国际合作的有利和不利因素，选择最适合本国环境的专利制度。同时，这有助于与知识产权有关的地区/国际合作的提倡者显示如何克服及缓解发展中国家将遇到的某些潜在困难，更加积极和全面的争论有助于发展中国家了解地区/国际合作的有利和不利因素，以做出正确的决定。

## 成本与收益

### 一项知识产权制度所需的成本

发展中国家建立和运作知识产权基础设施涉及到一系列的一次性成本和经常性开支。其中一次性成本用于购买办公场所和自动化（硬件和软件）办公设备、获取顾问服务（政策研究、新法律的草拟、自动化策略的设计和改革的管理等等）和训练政策/法律的制定、管理与实施机构的工作人员。经常性开支包括工作人员的薪水和津贴、公共设施的使用费用、信息技术设备维护、通讯服务（包括制定年度报告和开发网站）、参加国际组织或地区组织会议的差旅费用和每年向世界知识产权组织和地区性组织缴纳的会费。

对发展中国家以上成本的规模做出总体的结论是十分困难的，主要因为各国的知识产权申请量不同、各地的劳动力和膳宿成本不同、各国在设计本国知识产权基础设施时所选择的具体政策也不同。例如，对于那些执行实质性专利审核制度的国家来说，与只有登记注册制度而无审核制度的国家相比，其成本自然会高出许多。

联合国贸易与发展会议 (UNCTAD) 1996 年进行的一次调研报告对一些发展中国家因遵守《与贸易有关的知识产权协议》而付出的制度成本进行了评估。<sup>10</sup> 在智利，升级知识产权基础设施的额外固定成本大约是 71.8 万美元，每年的经常性开支增加到 83.7 万美元；在埃及，固定成本大约是 80 万美元，额外的年度训练成本在 100 万美元左右；在孟加拉，预计的一次性成本仅为 25 万美元（用于起草法案），每年用于司法工作、设备与执行的开支大约为 110 万美元（其中不包括训练开支）。世界银行最近做了一项估计，发展中国家如果对知识产权制度进行全面升级，其中包括训练，那么，将需要 150 万至 200 万美元的资金开支，尽管世界银行 1999 年的一项调查报告认为，这些成本可能会远远高于这个数目。<sup>11</sup> 据最近关于牙买加知识产权制度现代化的一项报告估计，仅初期自动化成本就在 30 万美元左右。<sup>12</sup>

## 支付成本

在大多数发展中国家，知识产权管理机构收取各种各样的费用，即知识产权申请的处理程序费用和批准后续展服务费用。对于一些较大的发展中国家来说，这些费用数目庞大，远远超出了它们的运转开支。例如智利的工业产权管理机构 1995 年服务费收入高达 600 万美元，而其同期的经常性开支仅为 100 万美元。<sup>13</sup> 在一些发达国家，知识产权机构通常能获得大量的盈余，为该国财政注入了大量资金。

我们的调查显示，在许多发展中国家，服务费收入尽管在不断增加，但一直不多。<sup>14</sup> 例如，印度 1999/2000 财年的知识产权服务费收入为 250 万美元，肯尼亚为 62.9 万美元，特立尼达岛为 23 万美元，坦桑尼亚为 21.4 万美元，牙买加为 16.2 万美元。这些收入中，商标管理费占很大部分，相比较而言，批准专利和其他的知识产权服务费收入要少许多。这种现象在低收入的发展中国家尤为突出。

当然，至关重要的财政问题是收支平衡。正如世界银行指出，发展中国家不应将本已捉襟见肘的医疗和教育经费转用于知识产权体系的管理。然而，对于小型或低收入发展中国家来说，建立相关系统仍是个实实在在的风险，这些国家在未来许多年里将处理的知识产权数量很可能会很少。在我们调查的 8 个发展中国家中，4 个国家通过收取的知识产权管理费有充足盈余，能够支付管理开支，至少可以维持机构运作。然而，牙买加的知识产权机构目前仍在赤字运行（1999/2000 财年赤字大约是 12 万美元），因此仍需纳税人的帮助；而在我们调查的其它 3 个国家，因为没有足够的的数据，无法得出结论。<sup>15</sup>

大多数发展中国家的知识产权系统可能需要建立分阶段的资金投资计划，确保服务收费水平能够保证知识产权制度全面财政成本的回收。因此严格的财政管理与会计制度是非常重要的，也必须定期审核管理费标准。我们调查的证据表明，一些发展中国家还没有具备这些条件。例如，乌干达专利费标准的最后一次修订是在 1993 年。

因为高额的收费标准可能阻碍几类申请人获取知识产权，所以许多国家已经采取了分阶层收费制度 (tiered-system of charges)。一些非营利组织、个人和小型商业机构可以交纳较少的费用。这些小型商业机构的员工人数或资金周转额比设定的最低标准还要低。这似乎是一项十分明智的成本回收政策，因为在不给各国公共财政增添更多负担的情况下，它提供了一种发展各国知识产权基础设施、改进用户服务的手段。一些国家可能垂涎于对发达国家的申请人收取更高的费用，但这与《巴黎公约》(Paris Convention) 和《与贸易有关的知识产权协议》规定的国民待遇原则是相背的。但由于在大多数发展中国家的绝大多数专利申请人来自国外，因此可以采用分阶层收费制度获取一笔不小的收入。

随着时间的推移，在一些国家通过自动化和地区性或国际性合作使知识产权管理机构更加精简，可能会有助于更多的专利申请和批准，从而收取更多的费用。当然，由赞助者提供技术和财政援助显然是一种方法。但这种援助对发展中国家并不是万能药：首先，这种援助没有保证；其次，由于资源有限，其它重要事项可能会变得更加紧迫；其三，这种援助主要只是针对一次性的投资成本，而是不针对运营预算的经常性赤字。

**发展中国家应制定目标，通过向使用人收取费用收回该国知识产权基础设施升级和维护的全部费用。这些国家还应考虑建立累进式知识产权注册制度。定期审查向使用者收取的费用，确保收回全部管理费用。**

## 实施

### 在发展中国家实施知识产权制度

只有很好地实施知识产权制度，才会对权利人有价值，这就意味着法律制度必须健全。同时，法律制度必须具备废除无效知识产权（如不顾先前技术的存在而批准的专利）的能力。《与贸易有关的知识产权协议》为实施知识产权制度制定了详细的最低标准。对于大多数发展中国家来说，特别是低收入国家，遵守《与贸易有关的知识产权协议》的这些条款对其司法制度、民事和刑事司法程序及执行机构是个很大的制度性挑战。另外，如果强制实施导致了贫困消费者消费价格的提高，或威胁了一些行业（违反了《与贸易有关的知识产权协议》的行业）的就业，甚至威胁到税收，那么，从政治方面讲，这将具有高度的敏感性。

对于许多发展中国家来说，诸如知识产权之类的商法专业领域是对该国司法制度的一个挑战。在这些情况下，法院很可能尤为有困难管理知识产权法，因为法官和律师需要具备复杂技术和法律概念的深层知识。这种情况可能会造成发展中国家知识产权权利“不能充分行使”或“过于充分行使”的危险状况。

诸如商业软件联盟 (Business Software Alliance) 和国际知识产权联盟 (International Intellectual Property Alliance) 之类的产业协会评估认为，在发展中国家经常出现严重的知识产权侵权行为<sup>16</sup>。有关发展中国家知识产权侵权程度的证据并没有盖棺定论，因为往往没有可靠的官方统计数据。然而，人们普遍认为，在大多数最低收入国家，知识产权侵权程度在著作权领域（盗版产品，如电脑软件和音乐磁带这些容易复制的产品）和商标权领域是最严重的。有一点必须指出，在收入流失方面，盗版产品在发达国家的使用意义更为重大。<sup>17</sup>

我们同意，发展中国家知识产权制度的实施必须更加有效地处理严重的侵权行为。这对保护该制度对知识产权持有者的激励作用是不无重要的。但发展中国家在制度制定过程中，必须采取均衡及利于竞争的方式。更重要的是，发展中国家的制度实施机制必须有权决定某些知识产权是否有效、并抵制由诸如“战略性诉讼” (strategic litigation) 之类的限制性经营行为对知识产权的潜在滥用。例如，发展中国家迫于压力成立了一些令禁止令易获得的系统，但这样做的危险是知识产权持有者可能会滥用起诉权利，妨碍合法的竞争活动。因为发展中国家的知识产权执行制度根据《与贸易有关的知识产权协议》得到了加强，因此适当强调保护公共利益和制定公正争端处理程序是非常重要的。

知识产权行使的有效程度与收入水平往往是水涨船高的关系，因此，最穷困的国家在知识产权行使方面表现的最弱。例如，在坦桑尼亚和乌干达，很少有涉及知识产权侵权的案件通过司法系统处理；而在肯尼亚，海关当局最近查封了 50 项假冒商品，其中 20 项与知识产权有关的刑事案件已被交给法庭处理。<sup>18</sup> 在一些发展中国家，例如泰国和中国，已经更进一步完善体制，组建了专门法庭来审理与知识产权相关的案件，以提高该国执行机构的办事能力，尽管《与贸易有关的知识产权协议》并没有做此正式要求。对于发展中国家来说，更有吸引力的方式可能是，建立（或加强）商业法庭，由其专项审理与知识产权相关的案件和其它案件，为整个商贸行业提供更加完善的司法保障。无论如何，在大多数发展中国家，需要对司法部门和其他执行机构进行大规模的专项知识产权训练。<sup>19</sup>

知识产权的“私有”本质意味着通过庭外和解和根据民法解决两方争端的重要性。的确由于国家知识产权执行制度是个需要强大资源的活动，因此发展中国家应强调通过民事程序、而不是刑事司法制度来实施知识产权制度。这将为政府在处理大规模伪造案件时减轻实施负担，尽管仍要求政府制度执行机构进行介入。我们注意到，发展中国家已经感受到一种来自于主张基于国家对侵权行为的起诉建立知识产权实施制度的行业的压力。应该抵制这种压力，知识产权所有者应该承担行使其私人权利所需的成本和工作。

**发展中国家应确保最大限度地通过行政诉讼和民事程序实施知识产权制度，尽量避免使用刑事司法体系。实施程序应当公平、公正地对待双方，避免知识产权人不适当地利用禁令和其他措施阻碍合法竞争。应将公共资金和捐助计划主要用于改进知识产权制度的实施，作为广范加强立法和司法制度的一部分。**

## 在发达国家实施知识产权制度

至此为止，本章仅仅集中关注知识产权制度在发展中国家实施的相关情况。这反映出我们所查阅的文献中有大量关于制度实施主题的讨论。与此形成鲜明对比的是，似乎极少部分的文献篇幅讨论或认识到发展中国家的知识产权持有者在诸如英国、美国或日本这样的国家维护其权益所面临的难题，例如，诉讼费用也许高得令人望而却步。这意味着发展中国家的公司在发达国家竞争时在更易受到涉及知识产权的战略性诉讼。另一个相关的难题是，如姜黄案（见第 4 章的文字框 4.2）所示，第三国批准的以发展中国家的先前技术为基础的无效知识产权。发达国家必须考虑如何改善发展中国家在有关知识产权的个案中对发达国家司法制度的使用。

发达国家应采取步骤，帮助发展中国家的发明人有效利用发达国家的知识产权制度，包括有利于贫穷或非赢利性发明人的差别费率、免收使用费制度、案件胜诉方收回律师费的政策安排，及将适当知识产权实施费用计入技术协助计划等措施。

## 知识产权的管理

在制定公共政策和建立制度基础设施时，应高度优先考虑对知识产权的管理，特别当它涉及到包含特殊公共利益的事宜（如：强制许可）或是涉及到控制权利所有者反竞争实践的事宜。除了建立适当的管理体制，有效管理的一个重要部分是经常定期对国家知识产权制度进行检查，以确保它仍然适用和恰当。

发展中国家应该建立这种有关知识产权的管理制度和手段，其基本原理已有大量文献论述过。<sup>20</sup> 实际上，我们也许忽略了这样一个事实：发达国家在竞争体制的背景下已经推出更有力的知识产权保护制度和其它确保知识产权不会损害公共利益的管理制度。特别是在美国，同样在其它发达国家，赞同竞争的知识产权规定和相关限制性商业实践的控制规定是其反托拉斯法律的主要内容，并通常由法院、竞争机构和其它相应政府机构实施。

然而，从制度观点来看，发展中国家要想按在发达国家普遍的标准来有效地调节知识产权，这对发展中国家决策者、行政管理者和制度执行机构来说都很可能会是个重大的挑战。我们在 8 个发展中国家亲自作的调查证明了这一点，我们发现，没有记录表明曾有任何有关知识产权的案例根据与竞争相关的法律被提交法庭处理。<sup>21</sup> 正如一名评论员近日指出的：

“.....在大多数发展中国家，旨在控制限制性经营实践或知识产权滥用的机制是薄弱的，甚至根本不存在。同样地，发展中国家通常没有准备或无力中和因建立或加强知识产权而使价格上升这个问题对受保护产品使用产生的影响，特别是对低收入人口。”<sup>22</sup>

目前，仅有大约 50 个发展中国家和过渡经济体实行了具体的竞争法。不过，更多的发展中国家，其中包括乌干达之类的最不发达国家，目前正在制订这种法律。其它的发展中国家在其现有的知识产权法中可能已包括了有关知识产权管理的条款。但发展中国家有了解决竞争问题的法律并不意味着能够有效解决复杂的与知识产权有关问题的有力制度就真地已经到位。

例如，强制许可管理所需要的工作技巧和判断能力（如：确定构成“合理商业条款”和“授权 (authorization) 经济价值”的内容）是十分高深的，这可能大大超出了许多发展中国家现有制度的能力，这样讲的原因是发展中国家几乎没有使用过强制许可（尽管可以说，单单威胁要使用这种许可方式就足够了，或该国权力机构不愿意使用这种许可手段）。

发展中国家显然处于一种两难境地。一方面，建立包括竞争政策在内的有效管理体制是实施更有力的知识产权保护措施的重要补充步骤。另一方面，尽管一些较大的发展中国家（例如印度）正在努力加强和提高它们在知识产权领域的制度能力，但对于许多国家而言，这可能与建立一个知识产权体制没有什么两样，都是复杂和困难的任务。在发达国家，人们普遍认为，只有当知识产权制度得到有效竞争政策体制的补充时，它才能达到预计的目标。这就提出了这样一个问题，知识产权制度本身对发展中国家是否是一个值得追求的目标。

解决这个难题没有捷径可言。最不发达国家有充分的理由延长引入知识产权制度的过渡期，我们将在第 8 章阐述这个问题。而对于其它发展中国家来说，制定竞争法的理由并不只是因为竞争政策与知识产权的关系。发达国家和发展中国家都已意识到，实行有效竞争政策的另外一个强有力的原因是，在过去的二十年里，国有工业私有化成为普遍现象，许多市场的集中现象有增无减。因此，我们得出结论，发展中国家应该更加重视加强竞争政策。

协助发展中国家制定知识产权法律的发达国家和国际机构应同时协助这些国家建立适当的竞争法律及执行体系。

## 技术援助和能力构筑

### 现行计划

根据《与贸易有关的知识产权协议》第 67 款，世界贸易组织的发达国家成员国有义务向发展中国家提供技术与财政援助以利于该协议的实行。大多发达国家向发展中国家提供着某种形式的与知识产权有关的技术援助。这种援助可以是双边的（主要由国家专利局提供），也可以是多边的。参与向发展中国家提供与知识产权有关的技术援助的主要国际组织包括世界知识产权组织 (WIPO)，欧洲专利局 (EPO)，世界银行 (World Bank)，联合国开发计划署 (UNDP) 和联合国贸易与发展会议 (UNCTAD)。许多非政府组织也积极参与在知识产权领域进行研究并向发展中国家提供技术援助。

援助组织为发展中国家提供的技术援助类型不外乎下列几种：一般性和特殊性训练；为准备法律草案提供法律咨询和援助；促进发展中国家知识产权管理办公室和收费管理系统的现代化；使用专利信息服务（包括搜索和审核）；法律制定者和法官之间的信息交流；促进当地的改革与创新。由于多数的援助组织在当地没有执行机构，因此它们一般派遣短期顾问和顾问代表团去发展中国家从事计划、演说和项目监控活动。

训练和人力资源开发已经成为一个主要焦点，一个重要的例子就是 1998 年在日内瓦成立的世界知识产权组织世界学院 (WIPO Worldwide Academy)。近来，帮助发展中国家知识产权管理机构和地区知识产权组织实现自动化也变得十分重要。特别需要指出，世界知识产权组织网络 (WIPONet) 计划已由世界知识产权组织实施，为期 5 年，预计耗资 2000 万美元。该计划将向全球 154 个知识产权办公室提供许多在线服务，诸如因特网连通、各国知识产权网站主机空间租用、安全电子邮件、知识产权数据交流等等。很显然，世界知识产权组织网络 (WIPONet) 计划有产生巨大收益的潜能，尽管现在判断其影响程度还为时过早。

### 评估技术援助的影响力

由于目前尚无有关的评估活动，不容易对各种援助组织在特定国家或地区进行的技术合作产生的影响和效果进行权威性的评论。然而，各援助组织在项目管理的循环内以单独或集体的方式例行进行评估活动对确保其有效性和钱花得有价值是不无重要的。同出一辙的是，能够确认与知识产权相关的技术援助的“最佳实践”文献少而又少。这与诸如环境和贸易之类的部门形成了鲜明的对比，在那些领域，援助组织和发展中国家已经走到了一起，共同参加诸如经济合作与发展组织 (OECD) 发展援助委员会之类的论坛，并制定了一整套国际公认的指南。以与知识产权相关的技术援助为焦点的类似活动将可能会有很大价值。

显而易见，在过去的 5 到 10 年里，发展中国家在知识产权基础设施现代化与联合人力资源的开发方面已经取得了一些令人瞩目的成就。各个不同专业领域内的很多人都已接受了知识产权科目的常规和专业训练。这对教育系统和执业律师界尤为重要，因为它们使国家能利用本国的知识产权体制，有效参与国际谈判并与外国技术供应商积极协商。同样的，许多发展中国家已经全面修订了本国知识产权法，并已充分利用象《专利合作条约》

(PCT) 和“马德里系统”(Madrid systems) 这样的国际合作机制来极大地提高其效率及服务水平。也许受影响最大的地区是拉丁美洲和东欧，但像中国、摩洛哥、越南、特立尼达、多巴哥和印度这些发展中国家的制度能力也取得了重大进展。

同时，许多低收入国家，特别是最不发达国家，在发展本国知识产权基础设施的过程中，依然面临着巨大挑战。考虑到这种情况，就必须立即着手解决一些有关与发展中国家（特别是最贫穷国家）技术合作的融资、筹划和交付的重要而普遍的问题。

## 为进一步的技术援助融资

由于许多发展中国家将在未来几年里挣扎着执行《与贸易有关的知识产权协议》，因此必须为它们必要的制度改革和能力构筑提供更多的资金。尽管我们相信此项资金数目将非常庞大，但尚不能做出精确的判断。需要单独评估每个国家能力构筑所需的资金。世界银行近期的估计可以提供一个粗略的数字，即每个国家进行知识产权制度全面升级大约需要150万至200万美元，我们似乎可以把这个数目作为一个合理的起点。但为评定和使有关需要具体量化，援助国和发展中国家显然还需要做很多工作。

当然一个相关的问题是，所需的额外资金应从哪里获得？正如我们在本报告的前文中已经论述过，大多数发展中国家的知识产权创造水平很低，所以与加强知识产权保护的有关技术援助的与众不同点在于，它的大部分直接受益人是主要来自发达国家的外国知识产权持有者。此外，在最不发达国家和其它低收入国家里，极低的人力和经济开发水平意味着应该首先增加用于贫穷人口基本健康与教育服务的援助资金支出。

考虑到上述观点，我们相信会得出说服力很强的结论，即实现国家知识产权基础设施现代化所需的资金应当由知识产权权利人担负。这正是世界知识产权组织、欧洲专利局和一些发达国家的专利机构已经在做的事情，即基本上是通过为知识产权持有人提供保护服务收取管理费，从而获得收入用于实施技术援助计划。<sup>23</sup> 通过这个办法，可以相对容易地获得用于技术援助所需的额外资金。<sup>24</sup>

世界知识产权组织、欧洲专利局和发达国家应增加与知识产权有关的技术援助计划，所需额外资金可以通过适度增加专利合作条约费用等知识产权使用费筹集，而不能通过减少本已吃紧的援助预算筹集。援助国还应根据最不发达国家的具体需要向它们提供更多的技术支持，帮助这些国家制定知识产权法律和有效执法所需的机构设施。

## 确保技术援助的有效交付

通过与相关人士的讨论，我们感觉到，在提供和协调为知识产权领域所作的援助方面还有很大的改善余地。许多不同的机构已通过各种各样的方式投入大量资金，但效果似乎与所付出的努力并不相称。必须改进为发展中国家设计和提供与知识产权相关的技术援助的方法，它需要与具体国家全面的发展策略更好地结合起来。与知识产权相关的技术援助在很多时候似乎都是在与其它发展计划隔离的情况下单独策划和提供的。例如，类似世界知识产权组织的专业机构可能为那些国家准备了新的知识产权立法，但由于大型主流发展机构并未参与，所以执行新体制的基础机构设施并未到位。另一方面，由世界银行资助在巴西、印度尼西亚和墨西哥进行的国家知识产权基础设施的升级项目则采取了一种更整体化的方式。在这些实例中，知识产权制度的现代化只是更大范围的政策改革和能力构筑计划的组成部分之一，那些计划的目的在于激励对研究和发展的投资并提高竞争力。

多个援助方或受援国有时协调不足。这造成重复性的努力，更甚者则建议相左。例如在越南，8个不同的援助机构在1996年至2001年间均为越南提供了援助。<sup>25</sup> 问题的焦点在于，主要的知识产权援助组织（如世界知识产权组织和欧洲专利局）没有工作人员驻扎在受援国，因此在某种程度上妨碍了援助的策划和提供工作的协调。出于这方面原因，也许援助国可以考虑试点性地在有关发展中国家或地区派驻国家内或地区内实地经管人员，以便在发展中国家实地改善其与知识产权相关的技术援助的协调工作。

在我们看来，为最不发达国家提供的《与贸易有关的技术援助综合框架》(Integrated Framework for Trade-Related Technical Assistance) 似乎是改善援助国之间的协调以及将与知识产权相关的援助计划更好地和国家发展策略相结合的重要机会。此倡议集合了多边和双边援助组织（包括世界银行，联合国开发计划署，联合国贸易与发展会议以及世界贸易组织，但不包括世界知识产权组织和欧洲专利局），以便为贸易能力的发展和贸易改革进行共同需求评估与规划。因为《与贸易有关的技术援助综合框架》在理论上已经包含了对最不发达国家实施《与贸易有关的知识产权协议》的帮助，它看来是加强与知识产权相关的援助组织之间协调的适当手段。从实践角度来看，迈出的第一步可以由世界知识产权组织和欧洲专利局正式加入《与贸易有关的技术援助综合框架》核心援助组织的行列。

**应当根据每个国家的具体发展需要和重点，组织与知识产权有关的技术援助。方法之一是将技术援助纳入综合框架，使国家发展计划与援助国的支持相结合。**

最后，为了应对这些新挑战，援助国和发展中国家必须寻求更有效协调工作的新方法。特别应更加有效地利用现存的国家级、地区级和国际级的制度机构，以了解发展中国家与知识产权相关能力构筑的需求，在执行技术援助计划时共享信息，并合作进行部门级评估，不断追求最佳实践。

**援助国应加强对知识产权发展合作计划的监管和评估。作为重要的第一步，应成立援助国及发展中国家工作组，检查1995年后在全球范围内为发展中国家提供的与知识产权有关的技术援助的效果审议报告，此报告应当由外部评估小组制作。**

我们将在下一章回到国际和国家机构提供的技术援助内容适当性这个问题上来。

- <sup>1</sup> 需要指出的是，许多发达国家在调节其知识产权政策时也面临诸多困难，但通常并不是因为缺乏技术专业知
- <sup>2</sup> Petit·M.等人于2001年编写了一份有关植物遗传资源领域的趣味性个案研究报告：《政府无法制定政策的原因：国际大舞台中植物遗传资源的个案研究》，化学工业出版社(CIP)，利马。  
源自：<http://www.cipotato.org/market/whygov/FlyerGR1.pdf>
- <sup>3</sup> 自1996年1月至2000年12月，119个发展中国家和地区组织接受了世界知识产权组织的援助，完成了知识产权立法草案的准备工作。参见《世界知识产权组织(2001a)》，《1996年1月至2000年12月31日为执行〈与贸易有关的知识产权协议〉，世界知识产权组织为发展中国家提供立法和技术支援》，世界知识产权组织，日内瓦。  
源自：[http://www.wipo.org/eng/meetings/2000/ace\\_ip/pdf/wipo\\_trips\\_2000\\_1.pdf](http://www.wipo.org/eng/meetings/2000/ace_ip/pdf/wipo_trips_2000_1.pdf)
- <sup>4</sup> Drahos,P(2002)《发展中国家和国际知识产权标准设定》，《委员会背景文件8》，第21页，伦敦。  
源自：<http://www.iprcommission.org>
- <sup>5</sup> 经济研究协会(1996)《对发展中国家关于执行〈与贸易有关的知识产权协议〉的资金和其他相关内容的研究》，世界知识产权组织，日内瓦。
- <sup>6</sup> 根据世界知识产权组织研究报告获悉，目前全世界共有154个知识产权机构需要实现互联网连通，世界知识产权组织(2001b)《2002年至2003年草案修订计划与预算》，世界知识产权组织，日内瓦。  
源自：[http://www.wipo.org/eng/document/govbody/budget/2002\\_03/rev/pdf/introduction.pdf](http://www.wipo.org/eng/document/govbody/budget/2002_03/rev/pdf/introduction.pdf)
- <sup>7</sup> 在编写这篇报告时，马德里体系共有70个成员国，远低于专利合作条约组织的成员国数量，后者为115个成员国。
- <sup>8</sup> 通过世界知识产权组织网站获悉：“WPIS为发展中国家的广泛用户对已承诺提供援助国家的工业产权机构的搜索需求工作提供了一个渠道。这些搜索是免费的。就某些搜索工作而言，例如非洲知识产权组织，也会完成审核工作。自1975年计划开始实施至2001年7月底，免费为90个以上的发展中国家和14个政府间组织和处于过渡阶段的国家进行了15000项搜索要求。仅2000年就有39个国家提出1315项研究要求。这些报告也包括对新奇研究的特殊要求和对中国国家专利申请能力的详细深入审核，以及非洲知识产权组织提交的搜索及审核某些专利申请的特殊要求。二十世纪九十年代，大部分的要求来自亚太地区的专利权使用者；近期主要是来自拉丁美洲国家，其要求更加迫切”。
- <sup>9</sup> 有关非洲知识产权组织和非洲工业产权组织这两个地区工业产权体制的更多讨论，参见Leesti·M.与Pengelly·T.(2002)《发展中国家知识产权政策制定，管理和执行过程中的制度问题》，委员会背景文件9，第38至39页，伦敦。源自：<http://www.iprcommission.org>
- <sup>10</sup> 联合国贸易与发展会议(1996)《〈与贸易有关的知识产权协议〉与发展中国家》，联合国贸易与发展会议，日内瓦。
- <sup>11</sup> 世界银行(2002)《2002年全球经济展望与发展中国家》，世界银行，华盛顿哥伦比亚特区，第五章，《知识产权：动力与竞争手段相平衡》。  
源自：<http://www.worldbank.org/prospects/gep2002/full.htm>
- <sup>12</sup> Lehman·B.(2000)《牙买加知识产权制度现代化》，国际知识产权协会，第62页，华盛顿哥伦比亚特区。源自：<http://www.iipi.org/activities/research.htm>
- <sup>13</sup> 联合国贸易与发展会议(1996)。
- <sup>14</sup> Leesti·M.与Pengelly·T.(2002)，第109页。
- <sup>15</sup> Leesti·M.与Pengelly·T.(2002)，第3.5节。
- <sup>16</sup> 例如，2000年对越南和中国的计算机软件著作权侵权程度进行评估，得出结论分别为97%和94%。商业软件联盟(2001)《第六次商业软件联盟全球软件盗版年度研究报告》，商业软件联盟。  
源自：<http://www.bsa.org/resources/2001-05-21.55.pdf>
- <sup>17</sup> 例如，北美、西欧和日本全球版权收入总额65%以上因盗版计算机软件而流失，商业软件联盟(2001)。
- <sup>18</sup> Leesti·M.与Pengelly·T.(2002)，第95页。

<sup>19</sup> 例如在美国，法院根据传统公正法学四部分试验来决定是否或不颁布初期禁令，包括分析如果被告人挑战说是无效的，该专利是否可能是有效的。法律假设会对专利持有人造成伤害，但将它与侵权人当此项权利被错误地颁发时将受到的伤害相平衡。也要重视批准某项禁令对公共利益（例如，有权用药）带来的影响。禁令按 *inaudita parte* 批准是十分例外的情况。参见 Chisum · D. (2000) 《奇萨姆关于专利权的论述：关于专利权，合法性与侵权的立法论文》，美国莱克赛斯出版社。

<sup>20</sup> 例如联合国贸易与发展会议 (1996) 和 Correa · C. (1999) 《知识产权与强制许可的使用：发展中国家的选择》，日内瓦南方中心。

源自：<http://www.southcentre.org/publications/compliance/toc.htm>

<sup>21</sup> Leesti · M. & Pengelly · T. (2002)，第 32 页。

<sup>22</sup> Correa · C. (1999) 第 1 页。

<sup>23</sup> 世界知识产权组织 2002/3 年计划收益总额为 5.3 亿瑞士法郎，其中包括专利管理费 4.55 亿瑞士法郎。

<sup>24</sup> 如果专利合作条约组织的专利管理费保持 1996 至 1997 年两年间的水平——避免大幅度减少——计划该组织 2002 至 2003 年两年间的管理费收入将超过 2.79 亿瑞士法郎。参见《世界知识产权组织 2001 (b)》。

<sup>25</sup> Leesti · M. 与 Pengelly · T. (2002)，第 44 页。



# 国际架构



### 引言

我们的分析显示，对发展中国家最有利的方式是根据其具体的经济和社会情况来制定其知识产权制度。正如发达国家现在有许多不同的知识产权执行制度，而且过去种类更多，发展中国家也应该自由地制定自己的知识产权制度。的确这点对发展中国家来说可能更为重要，因为它们承受不起错误政策的高昂代价。但关键问题是，我们如何在复杂的具有多边、地区性和双边的知识产权规则和标准的国际框架内实现这一目标。这些规则和标准给各国自由采取适合自己的制度强加的限制程度是史无前例的。（参见文字框 8.1）

不仅现有的规章制度存在这个问题，而且目前正在讨论的未来的规章制度也可能存在这个问题。正如第 6 章所述，当前世界知识产权组织 (WIPO) 内有关专利制度更全面国际和谐化的辩论提出了这样一个紧迫问题：发展中国家的利益如何能够在国际体系内得到适当的保护和增进。换句话说，我们认为，国际社会有责任检查所实施的多边和双边知识产权标准谈判机制是否充分考虑了发展中国家和贫困人群的利益。我们认为，该体制框架并不能最好地适应这项任务，需要对这些问题有更大程度的敏感性。

我们将在本章讨论以下主要问题：

- 主要的国际机构，尤其是世界贸易组织和世界知识产权组织，是否在充分理解发展中国家和贫困人群特殊需要的基础上提供足够的意见和分析？
- 在发达国家与发展中国家的双边关系中，前者是否充分考虑到知识产权对后者，尤其是这些发展中国家的贫困人口的影响？
- 发展中国家本身是否充分认识到自身利益所在，以及是否有能力在双边和多边谈判中保护这些利益？

## 文字框 8.1 国际知识产权框架：多边、地区性和双边规则

全球知识产权制度框架变得越来越复杂，包括各种不同的多边协议、国际组织、地域性协定和双边协议。

### 多边协议

世界知识产权组织管理大部分该类协议，它们分以下三种类型：

- i. 标准制定协议：它规定了各方同意的基本保护标准。这种协议包括《巴黎公约》(Paris Convention)，《伯尔尼公约》(Berne Convention) 和《罗马公约》(Rome Convention)。这种类型的非世界知识产权组织的重要协议还包括《保护植物新物种国际公约》(UPOV) 和《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)。
- ii. 全球保护体制协议：它有利于在一个以上国家中记录和保存知识产权。这些协议包括《专利合作条约》(PCT) 和《商标国际注册马德里协定》(Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks)。
- iii. 分类协议：为方便查找，它把有关发明、商标和工业设计的信息组织成为有索引的易于管理的体系。《国际专利分类斯特拉斯堡协定》(Strasbourg Agreement Concerning the International Patent Classification) 就是一个这样的协议。

有关知识产权的其它国际协议包括《食品与农业植物遗传资源国际条约》(International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture) 和《生物多样性协定》(Convention on Biological Diversity)。

### 区域性条约和手段

这类协议包括例如《欧洲专利公约》(European Patent Convention)，《非洲地区知识产权组织框架内的哈拉雷专利与外观设计协议》(Harare Protocol on Patent and Industrial Designs within the Framework of ARIPO) 和《安第斯地区工业产权通用制度》(Andean Community Common Regime on Industrial Property)。

### 区域性贸易协议

区域性贸易协议一般都有专门的章节规定知识产权标准。例如，北美自由贸易组织(North American Free Trade Association)，已提议的美洲自由贸易区，EU/ACP 科托努协议(EU/ACP Cotonou Agreement)。

### 双边协议

具体来说，这些协议包括那些将知识产权只作为部分问题处理的双边协议。最近美国和约旦达成的《2000年自由贸易协议》就是这样一种双边协议，但还有许多这样的协议。(参见表格 8.1)。

来源：《联合国贸易与发展会议 / ICTSD (2002)》<sup>1</sup>

为回答这些问题，我们有必要获得一些有关知识产权 (IP) 的国际框架知识。诸如在这个层次上如何制定规则以及这些机构如何帮助将它们纳入各国法律。

## 国际标准制定：世界知识产权组织和世界贸易组织

全世界有多个国际机构参与知识产权标准的制定。世界知识产权组织是负责知识产权公约谈判的组织及其执行的主要国际机构。由于乌拉圭回合的谈判包含《与贸易有关的知识产权协议》，知识产权也受到世界贸易组织（前身为《关贸总协定》）的保护，因此也许有人认为世界知识产权组织的影响已因此而减少。在世界贸易组织体系内成立了《与贸易有关的知识产权协议》特别理事会来执行此协议。

世界知识产权组织和世界贸易组织的秘书处为受其成员国支配的组织服务。国家政府决定谈判的政策并判断其结果。但实际上，正如任何管理体系分散的官僚机构一样，秘书处及其领导在决定重大事宜和一系列可能的解决方案时拥有或多或少的权利。同时世界知识产权组织和世界贸易组织也会对正式管理体制外的外界影响做出反应，包括来自成员国和包括工业、工业协会和非政府组织 (NGO) 等在内的外部压力集团的影响，当然有些成员国的影响可能会比其它国家大一些。

各国政府和其它机构都认为世界贸易组织作为制定有约束力的贸易规则的机构来说是尤为重要的。这是因为其范围的广泛性以及它有权实施能给国内政策施加重大影响的制裁措施。这就是发达国家选择关税贸易总协议 / 世界贸易组织 (GATT/WTO)，而不是世界知识产权组织作为通过《与贸易有关的知识产权协议》实施知识产权保护全球化的适当机制的原因。举例来说，这也是《〈与贸易有关的知识产权协议〉和公众健康多哈宣言》受到工业界、各国政府和非政府组织如此重视的原因。在知识产权规则制定方面，世界贸易组织的重要性不仅在于它在知识产权国际标准制定方面的特殊能力（虽然它拥有一个高质量的知识产权部门），而是在于其争端解决机制是一种潜在的工具，成员国能够利用它来强迫贸易伙伴履行《与贸易有关的知识产权协议》的职责，而且可以辅之以贸易制裁的威胁。到现在为止世界贸易组织参与的 24 个有关《与贸易有关的知识产权协议》的争端解决案件，绝大多数是由美国和欧盟提出的。<sup>2</sup>

相对而言，世界知识产权组织在知识产权方面有着更深层的专业技术。但是它是一个极为不同的组织，原因有如下两点：首先，其 90% 的基金不是由成员国政府提供的（不象世界贸易组织和联合国其它分支），而是私营部门通过《专利合作条约》项下的专利申请人以支付会费的方式来提供的——实际上是由专利权人<sup>3</sup>提供的。其次，世界知识产权组织根据它的成立宪章只关注知识产权的促进，它的目标和职责并不包括发展目标。<sup>4</sup>

正如世界知识产权组织对其使命所作的阐释一样（参见文字框 8.2），该组织强烈提倡在发展中国家实施更严厉的知识产权保护。事实上，世界知识产权组织出版的不同政策文件中的分析都极少考虑这种保护可能产生的负面影响，大体上知识产权都不容置疑被其说成是有益的。例如，世界知识产权组织网站的一篇名为“知识产权——经济增长的强有力工具”的文章中写道：

“专利权与发展中国家无关或它与发展中国家的经济目标不相容，这一说法是非常有害的。因为它给人的印象是可以简单选择不参与国际专利体制而仍然能实现经济的发展。这是个错误，因为专利权是经济战略的一个重要部分，无论是发达国家，还是发展中国家。”<sup>5</sup>

不应应对这样的个别陈述想得太多，但我们认为它可以反映世界知识产权组织盛行的一种看法。从这份报告显然可见，毫无疑问在知识产权保护和发展之间有着比此类陈述所说的更为复杂的联系。我们承认世界知识产权组织有职责促进知识产权。然而，我们认为应当以更敏感的方式来完成这一职责，这样才能与联合国和国际社会所承诺的经济和社会目标保持全面一致。应采用更均衡的方法来分析知识产权以及世界知识产权组织的各项计划，这将会对该组织和发展中国家都有好处。世界知识产权组织的大部份成员国是发展中国家。

世界知识产权组织应当更为明确地承认知识产权保护既有好处，也要付出代价；并更加强调整需要按发展中国家的个别情况为其度身订做适当的知识产权体制。我们认为这将需要在为发展中国家实施《与贸易有关的知识产权协议》提供援助方面更具敏感性，并且借用其它措施来确保知识产权符合公众利益。

## 文字框 8.2 世界知识产权组织 (WIPO)

世界知识产权组织成立于 1893 年，当时被称为 BIRPI（国际联合工业产权保护局的法语首字母缩写词）。该机构主要是为管理有关工业产权和著作权的《巴黎公约》和《伯尔尼公约》而成立的，仅在 1974 年才调整重组为联合国的分支机构。

正如导致其成立的公约中所说，世界知识产权组织的目标在于“在全世界范围内促进对知识产权的保护。”从这一目标出发，其第一职能为“促进那些旨在帮助全世界范围内对知识产权有效保护的措施的发展，以及协调各国在该领域的立法。”<sup>6</sup> 它“坚信有必要确保发展中国家……完全融入国际知识产权体系。”它认为“应该寻求调谐有关建立知识产权的国家政策，目的是实现全球范围的保护”<sup>7</sup>。它正是以这个观点出发，管理其与发展中国家的合作和技术援助活动。

现在，世界知识产权组织的主要职责是为国际知识产权条约谈判提供一个论坛，执行这些条约，同时运作诸如专利合作条约 (PCT) 和马德里体系等全球保护体系，并且为发展中国家和处于转型期的国家提供技术援助和培训。

专利合作条约旨在简化获得国际专利权保护的程序和减少其费用。通过填写专利合作条约项下的国际专利申请，申请人可以同时向 100 多个国家寻求对其发明的保护。该条约公报有公布新的专利合作条约申请，以利于公众获得技术信息。

世界知识产权组织网络 (WIPONET) 是一个为增加信息交换而提供网络基础设施和服务的全球数字信息网络，它汇集了全世界知识产权业内的知识产权信息来源、程序与体系，尤其是成员国知识产权办事处的详细资料。世界知识产权组织网络同时也是进入该组织其它系统的门户，如知识产权数字图书馆 (IPDLS)，最终可以根据专利合作条约进行在线文件归档。

互联网域名及规约编号指配组织 (ICANN) 管理解决有关商标的域名争端的系统，及域名注册机构最佳实践系统，旨在避免上述冲突。

世界知识产权组织全球学院是一个提供有关知识产权的教学、培训、咨询和研究服务的机构。

资料来源：<http://www.wipo.int>

为实现上述目的，我们认为，世界知识产权组织若能吸引更广泛的对知识产权制度感兴趣的支持与赞助者（比如消费者）组织参与其决策过程，则会对它大有好处。世界知识产权组织一直都对大量使用知识产权的行业需求反应灵敏。但在我们看来，它对受知识产权保护的产品的消费者和使用者利益的反应就不那么灵敏。在这方面，至关重要的是世界知识产权组织不应该使人感到它只对可以从加强知识产权保护中受益的机构做出反应。<sup>8</sup>

最近，世界知识产权组织成立了两个咨询机构：政策咨询委员会 (PAC) 和产业咨询委员会 (IAC)。我们对这些机构的成立表示欢迎，它们的作用在于为世界知识产权组织提供专业建议。我们也欢迎它承认有必要在决策中代表更广泛的观点（具体说明见下文）。但我们认为这些组织的成员国组成应当更系统地反映社会中对知识产权感兴趣的不同利益团体。这样，工业界的代表、科学家、消费者团体和其它民众社团组织、还有知识产权专家和政府代表将使世界知识产权组织在推动与其广泛利益相关的赞助者对话方面可能起到更有效的作用。除了使用者和利益集团的更广泛的参与，还可以与其它相关国际组织密切合作，如 WHO（尤其在执行《多哈宣言》方面），联合国粮农组织，联合国贸易与发展会议和世界银行，这些机构起到辅助作用。<sup>9</sup>

世界知识产权组织应当将发展目标纳入促进发展中国家知识产权保护工作之中。应当清楚认识到知识产权保护的收益和成本以及发展中国家相应调整其国内法律的必要性，确保成本不会高于收益。确定实现这个目标所必需采取的步骤是世界知识产权组织的职能，但它至少要保证其咨询委员会成员的多元化。此外还应当与相关国际组织开展更密切的合作。

如果世界知识产权组织采取我们建议的步骤，它将面临的问题就是该组织现有的宗旨是否允许它这样做。许多国际组织制订的目标都是广泛的，多方面的，如果成员国为适应不断变化的外部环境而希望改变组织的行动，那么在阐释方面存在着相当大的灵活性。与其它许多国际组织不同的是，世界知识产权组织在其宪章内有非常明确的要求——促进全世界知识产权的保护，包括与各国立法的协调一致。我们不能肯定此宪章是否允许该组织为适应平衡知识产权保护的收益与支出这一经济需求而调整其在发展中国家的工作方式。

如果世界知识产权组织成员国不能根据现有章程将发展目标纳入运作范围，成员国则应相应地修订该组织章程。

## 《与贸易有关的知识产权协议》

在有关《与贸易有关的知识产权协议》是否属于世界贸易组织职权范围这一问题上颇有争议。一些评论家认为世界贸易组织从本质上来说是一个自由贸易组织，而全球知识产权标准在社会和经济发展水平悬殊的不同国家的执行不应当属于其职权范围。他们认为知识产权不是一个有关贸易的事宜，他们进一步提出，既然《与贸易有关的知识产权协议》主要对发达国家有利，这就削弱了世界贸易组织作为一个为所有国家利益促进自由贸易的机构的可信度。这一观点的主要代表是 Jagdish Bhagwati:

“《与贸易有关的知识产权协议》不涉及到相互获益；它使世界贸易组织主要成为跨国公司的一个与知识产权相关的使用费征收人。这有损世界贸易组织的形象，而且在许多群体（特别是非政府组织）看来，反映了世界贸易组织是受跨国公司控制的。”<sup>10</sup>

其它人不同意这种观点，他们认为知识产权保护一直是贸易和商业外交的一部分。根据这一观点，《与贸易有关的知识产权协议》被说成是各个主权国家交涉的产物，是更广泛的所有各方都应该受益的折衷方案的一部分。虽然不是所有的发展中国家都参与了《与贸易有关的知识产权协议》谈判，但他们有参与的自由，而且主要的发展中国家（最显著的有印度和巴西）都积极参与了这一谈判。

我们看到，尽管有乌拉圭回合谈判的教训和发达国家和发展中国家之间在谈判能力和力量方面存在的不对称性，《与贸易有关的知识产权协议》很可能仍是世界贸易组织体系的不可分割的一部分。虽然我们在把《与贸易有关的知识产权协议》标准扩展到所有发展中国家这一问题上有所保留意见，我们也承认任何世界贸易组织成员国希望就该协议举行重新谈判的可能性极小。许多成员国害怕，为寻求特定的修订，他们将被迫在其它方面作出让步，那将可能不会给他们带来净利益。正如世界贸易组织其它协议一样，《与贸易有关的知识产权协议》也会受到定期审查，并且，有关改善《与贸易有关的知识产权协议》规定以有利于发展中国家的实质性建议也必须得到认真的考虑。但是除了这些一般性问题之外，我们希望从有关《与贸易有关的知识产权协议》的证据以及我们的咨询中得出另外两个具体的结论。

### 帮助发展中国家实施《与贸易有关的知识产权协议》

首先至关重要的是，世界贸易组织成员国应完成其对《与贸易有关的知识产权协议》中有关公众健康的灵活性的解释，使发展中国家能够利用协议中的这些和其它灵活措施。自1995年以来，发展中国家引入了许多新的知识产权立法，一些评论家<sup>11</sup>对没有充分利用《与贸易有关的知识产权协议》中的灵活性来反映本地需要这一问题表示担忧。我们在对大约70个发展中国家和不发达国家的现行知识产权法或草案的调查中发现，举例来说，只有大约1/4的国家把动植物明确排除在专利保护之外，不到一半的国家提供对专利权的国际耗尽制度，而且只有不到1/5的国家对专利权明确提供所谓的“Bolar判例的例外”。<sup>12</sup>当然发展中国家不愿意利用这些灵活性可能有其原因，因为它们是在事先知情的情况下决定不作利用的。他们利用灵活性的自由也可能受到其它义务的限制，比如双边协议。

但这也可能是因为那些主管立法程序的人没有注意到这些可以利用的选择方案，或者没有完全理解这些选择方案的含义。正如我们在第7章中所说，发展中国家从各种各样的国家和国际机构接受知识产权领域内的技术援助，如欧洲专利局（EPO），美国专利商标局（USPTO）以及发达国家的知识产权机构。但是作为一个负责促进知识产权的国际机构，世界知识产权组织通过范例法和所提供技术援助的性质在制定这个领域的标准方面起到关键的中心作用。因此，我们在这一问题方面的评论应针对世界知识产权组织，但是它们也适用于就知识产权问题向发展中国家提供建议的所有其它机构。

我们发现，虽然有些人（尤其是发展中国家知识产权办事处）非常看重世界知识产权组织的技术援助，但有些人和组织也对该组织所提供的援助是否总是适应有关发展中国家的国情提出了大量担忧。<sup>13</sup>迄今为止，世界知识产权组织官员和发展中国家之间进行的磋商是保密的，而且世界知识产权组织又缺乏一个正式的有关其技术援助性质的政策声明，因此难以评估这些担忧是否有道理。此外，世界知识产权组织没有公布其知识产权范例法及注解，这些资料本应能显示该组织提供的建议在多大程度上符合《与贸易有关的知识产权协议》包括的全部灵活性。还有证据表明，在世界知识产权组织的援助已得到承认的案例中，

其结果并没有利用《与贸易有关的知识产权协议》的所有灵活性。例如，非洲知识产权组织(OAPI)国家的《班吉协议》(Bangui Agreement)修订案(世界知识产权组织的援助得到了承认)就受到了来自各个方面的批评，说它超出了《与贸易有关的知识产权协议》的范围。它迫使认可它的最不发达国家(绝大多数是OAPI成员国)在需要前就采用《与贸易有关的知识产权协议》；它对强制许可证颁发的限制超出了《与贸易有关的知识产权协议》要求的程度；它没有明确允许平行进口；它把国际植物新品种保护联盟(UPOV)1991的部分内容归入该协议内并且提供作者死后70年的著作权期限。

然而，最近世界知识产权组织在其网站上发表了一篇描述其有关《与贸易有关的知识产权协议》和《多哈宣言》的立法援助文章，这有助于减轻上述的一些担忧。除了允许他人使用该组织的知识产权范例法以外，世界知识产权组织也表示：

“世界知识产权组织的建议考虑了《与贸易有关的知识产权协议》的所有成员国可以利用的灵活性，其中包括那些在《多哈〈与贸易有关的知识产权协议〉协议和公众健康部长级宣言》(“多哈部长级宣言”)中确认的灵活性。世界知识产权组织的建议考虑到每个国家的特殊国情，因为成员国拥有不同的法律系统和不同的政治文化体系。世界知识产权组织在给予书面法律意见后，还在它及其有关成员国的主要利害关系者之间互动磋商。在过去4年里，为加强《与贸易有关的知识产权协议》实施步骤，世界知识产权组织增进了利害关系者之间的国家级互动交流，例如，使其范围扩大到法律改革委员会官员、商会和行业联盟人员，研发机构人员、议员以及贸易部、农业部、卫生部、科技部、文化部、司法部和环境部的高级官员。<sup>14</sup>

世界知识产权组织在上述声明中承诺向发展中国家提供考虑到《与贸易有关的知识产权协议》的灵活性以及每个国家特殊国情的建议，对此我们表示欢迎。此外，正如我们在前一章所说的那样，我们认为在每个国家知识产权立法的发展和演变方面采取广泛的咨询步骤是非常重要的。如果知识产权法律的制订要符合农业、卫生与工业发展目标，这样的咨询是必不可少的。不过，我们认为这只是使世界知识产权组织真正响应发展中国家特别需求的第一步。例如，我们认为世界知识产权组织现在有关专利的范例法要得到进一步的完善，才能在发展中国家如何利用《与贸易有关的知识产权协议》的灵活性方面提供最好的指导。<sup>15</sup>为在实践中执行这些新政策，可能还必须作出其它机构和程序上的变革。知识产权技术援助的其它提供者也需要以同样的方式考虑他们的政策。

世界知识产权组织应当采取措施兑现其声明政策，使它的知识产权建议更加适合受援助的发展中国家的具体条件和需要。我们也建议该组织及有关国家政府在制定知识产权法律时，应当允许更多的利害关系人参与，听取政府内外部的意见以及知识产权的潜在发明创造人和使用人的意见。向发展中国家提供技术援助的其他各方也应采取类似步骤。

### 《与贸易有关的知识产权协议》的实施时间表

我们有关TRIPS的第2个结论是，与这份报告的整体分析一致，我们不同意以下论点：处于不同阶段的发展中国家必须采取同一具体的日期(发展中国家为2000年1月，最不发达国家为2006年1月)，届时他们须在本国知识产权制度内提供达到TRIPS标准的保护，无论他们在建立可行的技术基础方面的进展程度。相反，我们认为有很强的理由应考虑到各国的经济、社会和技术发展水平，在确定加强知识产权保护的最佳时机方面授予更大的灵活性。

TRIPS 理事会在 TRIPS 中规定可以延长最不发达国家的过渡期，尽管我们的论点认为将它延伸至更广泛的低收入发展中国家将更有逻辑学。<sup>16</sup> 我们认为，可以通过利用这些规定进一步考虑最不发达国家的特殊需求来完善 TRIPS。这些国家需要更长的时间来制定适当的知识产权制度，并建立必要的行政和机构基础设施以及建立所需的管理体制，包括竞争法等补充立法。这些挑战是巨大的，发展中国家如果急于建立一个不适应其发展水平的知识产权体制的话，将会付出惨重代价。同时非常明显，许多最不发达国家（尤其是撒哈拉沙漠以南的非洲国家）的政府，在诸如卫生、教育和食品安全等关键领域面临着更为迫切的需求。

我们认为在《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS) 问题上给予最不发达国家更长的转型期将不会从本质上损害发达国家的利益。《多哈宣言》已开始了这一步骤，同意延长最不发达国家的过渡期，最早在 2016 年对医药品提供专利保护。一个似乎合乎逻辑的结论是，现在应将过渡期延长扩展到整个 TRIPS 的实施——TRIPS 理事会应当很容易完全按照该协议第 66.1 款现行规定对之加以实行。而且，我们认为，TRIPS 理事会也应当考虑引用适当标准以判定最不发达国家应该在什么基础上在 2016 年之后履行对 TRIPS 的义务。这些标准可以包括经济发展和科技能力指标，这与“对建立一个可行的技术基础的灵活性需求”这一条款中的具体标准相关。<sup>17</sup>

**应当允许最不发达国家延长执行 TRIPS 协议的过渡期限，至少要推迟到 2016 年。TRIPS 理事会在上述期限后决定进一步延长过渡期时，应考虑采用基于经济和技术发展指标的标准。如果已经采用 TRIPS 协议规定的知识产权保护标准的最不发达国家希望在过渡期内修订其立法，应当允许它们这样做。**

## 双边协议和地区协议中的知识产权

以美国和欧盟为代表的发达国家努力寻求鼓励发展中国家遵循国际知识产权公约，或者采取有关知识产权保护的更高标准。过去曾对那些知识产权制度没有达到发达国家贸易伙伴要求的发展中国家取消贸易折扣并实行贸易制裁。<sup>18</sup> 最近在发达国家中有这样一种趋势，即在与发展中国家的双边和地区贸易与投资协议中，越来越多地寻求对知识产权标准的超越 TRIPS 以外的承诺。<sup>19</sup> 我们可以在下面的表格 8.1 看到一些例子。

我们承认，在一定程度上，发达国家在其贸易伙伴的知识产权标准方面有其合法的兴趣。我们的看法是地区和双边协议的优越性比制订多边标准要少得多。在多边标准中，虽然发达国家和发展中国家谈判能力依然不对称，但数量上的优势和构建联盟的能力弥补了这一点。而且地区和双边协议可能会通过常规限制发展中国家对 TRIPS 的灵活性和例外的使用，有破坏多边体系的危险。特别是最惠国原则意味着通过双边和地区协议达成的条款必须在同样的基础上供其它世界贸易组织成员国采用。

认为知识产权标准设立将会从双边和地区商业外交中完全消失的想法是不切合实际的。那么发达国家就务必确保其在地区 / 双边贸易协议中有关知识产权标准的政策目标确实与他们在促进国际发展和减少贫困方面的广泛目标相一致。从这一方面来说，我们会鼓励发达国家，而不是发展中国家（见第 7 章），让更广泛（无论是在政府内或者非政府）的利害关系者参与其知识产权决策。知识产权政策也必须包括对发展的考虑，这应当由发达国家和发展中国家共同完成。发展中国家不应该被迫接受由发达国家强加的，超出他们当前在国际协议中所承诺的知识产权限制。发达国家的谈判者在考虑给自身工业带来的利益的同时，必须考虑到发展中国家实施更高的知识产权标准要付出的代价。

**表格 8.1. 超越 TRIPS 标准的双边协议实例**<sup>20</sup>

协议	日期	《与贸易有关的知识产权协议》附加规定的实例
美约（旦）自由贸易协议 (US-Jordan Free Trade Agreement)	2000 年	各方必须实施世界知识产权组织著作权公约和世界知识产权组织表演和唱片公约以及国际植物新品种保护公约（1991）协定中相关的规定。双方不允许把动植物排除在专利权保护范围之外，同时必须提供专利期限的延长来赔偿不合理的管理批准拖延。
美国与柬埔寨贸易关系与知识产权协议 (US-Cambodia Agreement on Trade Relations and IPRs)	1996 年	各方必须同意国际植物新品种保护公约，必须将某些案例的著作权保护期限延长至出版之日后 75 年或成书之日后 100 年（《与贸易有关的知识产权协议》在这两方面的要求都只是 50 年），并且各方在一般不少于 5 年的合理期限内不能允许它方使用为药物管理目的提供的的数据。
美越贸易关系协议 (US-Vietnam Agreement on Trade Relations)	2000 年	各方都不能把包括一种以上的动植物物种的发明排除在专利保护范围之外。

由于发达国家已经在其政策框架内给发展目标予更高的优先权（正如多哈和蒙特雷宣言所示），那么如果允许知识产权政策主要受发达国家的国内工业和商业利益集团的影响，这就是不明智的，因为发达国家关于什么适合于发展中国家的观点在很大程度上带有维护自身利益的色彩。发达国家政府必需依靠所有证据来形成自己的观点，即关于他们自身的商业利益和发展中国家的发展利益如何能得到最佳协调的证据。当然这将会是个等于零的对策。我们的观点是，大多数发达国家在制定其国际知识产权政策时对发展目标考虑不周。

更具体地说，我们认为发达国家应当放弃用地区 / 双边协议作为在发展中国家建立《与贸易有关的知识产权协议》附加知识产权体系的显然途径。<sup>21</sup> 发展中国家应当能够在《与贸易有关的知识产权协议》的范围内自由选择建立什么样的知识产权体系。

发展中国家在是否提前遵守或采用高于 TRIPS 协议的保护标准问题上有选择权。但如果它们认为提前行动符合它们的利益，发达国家应重新考虑对发展中国家的地区 / 双边商业政策，确保不强加给发展中国家超出 TRIPS 规定的标准或时间期限。

## 发展中国家的参与

发展中国家的积极参与对于确保标准设定的合理性以及这些标准对处于不同发展阶段的国家的适应性都是至关重要的。《多哈宣言》的部分成就包括：发展中国家能够提出符合世界贸易组织规则的谨慎而具体的提议。一个明显的问题是（也是我们很多实地调查中显现的一个主题），发展中国家需要更有效地参与国际知识产权谈判的能力，并应经常参加，而不只是偶尔参加。

为进行有效参与，发展中国家必须同时具备四个因素，这分别是：有驻日内瓦的永久代表；有人员配置适当的专家代表团能够参加会议和谈判；有足够的政策分析技术支持；在有关首府具有政策协调与讨论的运行机制。在第7章中，我们讨论了发展中国家有必要进行更多“联合”决策的问题，以及当务之急是提高发展中国家国家机构的知识产权决策专业技术知识。我们在此讨论另外两个问题。

### 日内瓦的常驻代表

驻日内瓦的永久代表对以下方面极为重要：确保高质量的信息流回各首府；参与非正式的磋商与谈判；与相似国家建立联盟；具备主持会议资格；更好地从秘书处获得服务和援助。最近由英联邦秘书处 (Commonwealth Secretariat) 公布的一项研究<sup>22</sup>表明：有36个发展中国家（无论是世界贸易组织成员国还是那些正处于加入过程的国家）在日内瓦没有任何永久代表，这是因为他们不能承受建立和运行一个代表团的高额成本。<sup>23</sup> 我们自己的分析表明，所有45个最不发达国家中，有20个已经是世界知识产权组织或者世界贸易组织的成员国，或正处于加入世界贸易组织的过程中，但它们目前在日内瓦仍没有永久代表。至于有永久代表的那些发展中国家，其代表团的规模也只是发达国家规模的一半。<sup>24</sup> 发展中国家的参与能力存在着二重性。包括巴西、埃及、印度在内的大约30到35个发展中国家以及诸如孟加拉国等一些最不发达国家都是世界贸易组织和世界知识产权组织的积极参与国，并对这些组织的规则制定过程具备相应的影响力。其它发展中国家，还有许多最不发达国家，如果出席的话，当前最多只不过是世界贸易组织和世界知识产权组织的观察员。

### 专家代表团

从理论上来说发展中国家应当从其政府派遣专家代表团参加有关不同知识产权主题的国际协商会议。对大多数发展中国家来说，最根本的约束就是缺乏支付差旅费的财政资源，尽管世界知识产权组织有关于财政援助的计划。<sup>25</sup> 即使来自有关政府的代表团真正参加会议，他们的专家意见也仅限于知识产权管理，而不是作为发展政策工具的有关知识。我们认为，在进行相关的知识产权会议和谈判时如果更多的发展中国家能够在其代表团中有经济、卫生、环境和农业专家的话，那将会有很大帮助。

我们认为这是一个很重要的问题，可能会带来一些令人不快的结果，必须得到解决。一些赞助国正在支持某些重要的以项目为基础的计划，<sup>26</sup> 并且有几个发展中国家正在取得重大的进步（例如，博茨瓦纳于2001年向日内瓦派遣了一个代表团，现在定期参加《与贸易有关的知识产权协议》理事会会议）。但还需要进一步的努力才能使许多发展中国家都取得明显进展。

以下我们提供两个建议，它们旨在大幅度增加发展中国家对国际知识产权标准制定的参与。第一个建议旨在确保贫穷的发展中国家，尤其是最不发达国家，也有机会从其政府向世界知识产权组织和世界贸易组织《协议》理事会派送代表。我们建议应当在相对宽松和不付出过多成本的前提下，通过扩展世界知识产权组织目前为某些会议提供的补助计划来实现这一目标。新的计划应当主要面向最不发达国家，因为它们在日内瓦最缺乏代表性，并且在派遣代表团参加国际知识产权谈判会议时面临最严重的财政限制。但此计划也应当面向所有低收入发展中国家。

**世界知识产权组织应当在现有基础上增加对发展中国家代表提供的资金，确保他们在影响本国利益的世界知识产权组织和世界贸易组织各种会议上能够有效代表发展中国家的立场。世界知识产权组织及其成员国应当考虑采取这些措施的最有效方法，并从世界知识产权组织自身的预算中提供资金。**

我们的第二个建议的目的是改进发展中国家参与的质量方式，因为它们的代表可能缺乏国际知识产权标准制定和知识产权与其国家利益关系评估方面的专业知识和相关经验；他们可能不太熟悉世界知识产权组织和《与贸易有关的知识产权协议》理事会所讨论的一些技术议题。为解决这一问题，我们建议在联合国贸易与发展会议驻日内瓦办事处增设两名知识产权全职顾问（一名负责工业产权，另一名负责著作权，传统知识和其它知识产权专题）。在仔细考虑之后，我们得出结论，联合国贸易与发展会议是最适合完成这项任务的机构，因为其职权范围广泛，不仅限于知识产权而且横跨整个贸易与发展领域技术援助和开发。重要的是，我们注意到联合国贸易与发展会议对发展中国家可能成为此类服务的主要客户很有信心。事实上，这个措施有一个显著的先例——联合国贸易与发展会议最近在联合国国际发展部的财政援助下，在世界贸易组织服务贸易谈判中设立了一个类似职位给发展中国家。

**联合国贸易与发展会议应当新设两个知识产权咨询顾问职位，在国际知识产权谈判中为发展中国家提供建议。英国国际发展部考虑为这两个职位提供第一笔资金，作为目前向联合国贸易与发展会议提供的与 TRIPS 协议有关的项目资金的后续行动。**

我们强调这些措施决不是旨在替代在发展中国家政府机构内部对与知识产权相关的管理与分析能力的加强。事实上，我们的意图是这些建议应当支持第 7 章中所述内容。

## 民间团体的作用

我们对近来非政府组织在知识产权方面的活动范围和影响感到震惊。我们认为非政府组织在宣扬发展中国家所关注的问题方面已做出并将能够继续做出积极的贡献。在《多哈部长宣言》的谈判中，支持发展中国家的那些发展与健康领域的非政府组织所作的宣传活动是一个重要的因素。在农业、遗传资源和传统知识等领域，某些非政府组织集团在强调和分析发展中国家关注事宜方面扮演一个非常重要的角色。

当然，各种非政府组织多种多样、不一而别，它们所代表的利益，倡议和研究活动之间的平衡关系，以及在代表自身利益方面的传播效果都有不同。曾提出一些合理的问题：非政府组织究竟代表谁？他们应对谁负责？有时我们认为应该对有些问题采取更加反思的方式。但事实是非政府组织已帮助提高人们对知识产权问题的意识，一些组织比发展中国家的许多官员更有能力获得这一领域的专业知识。关键问题是确保非政府组织在正确了解发展中国家利益方面起到建设性的作用，同时它们在有关此类问题的国际对话方面被赋予适当的职责。

也有人担心这样一个问题：有些非政府组织在国际对话中充当发展中国家政府的代言人。但是其他人指出，发展中国家在寻求非政府组织援助方面拥有或应当拥有选择权。无论以什么样的形式提供援助，最重要的是，应该帮助发展中国家识别并宣扬其自身利益。我们认为，对发展中国家最有利的是，让它们拥有可帮助其制订知识产权政策和参与谈判的各种各样的资源。

非政府组织当然是这类援助的一个来源，但是他们当前所起的作用反映了它们在某种程度上是在填补一个空白这一事实。正如上文所说，我们认为其它提供这种援助的机构，尤其是包括世界卫生组织 (WHO) 和联合国粮农组织 (FAO) 在内的相关国际机构必须确定如何使其政策建议和技术援助更加适应发展中国家知识产权领域的需要。同时，应当通过给予非政府组织和其它民间团体更多机会参与有关进程，让它们起到更有建设性的作用。

世界贸易组织和世界知识产权组织应当为民间社团组织提供更多机会，让它们在合法范围内尽量发挥建设性的作用。例如，邀请非政府机构和其他相关民间团体列席相应的咨询委员会或担任观察员，就非政府机构可以参加的当前主题组织定期的公开对话。

## 加深对知识产权及其发展的了解

知识产权国际规则正在迅速发展。正如我们在第5章中所说，在达成《与贸易有关的知识产权协议》大约一年之后，世界知识产权组织又签署了两项有关著作权和互联网的国际公约。在世界知识产权组织这些复杂的事宜是由政府间知识产权与遗传资源、传统知识与民间传说委员会处理的。最近，世界知识产权组织成员国已开始集中考虑国际范围专利体系的未来。在这些规则不断演变时，只有将决策稳固地建立在证据上，而不是建立在对价值或发展中国家规则的偏见上，才能对它们的实际和潜在影响有正确的理解。

存在着以下两方面挑战。首先，正如我们所说，需要更多的证据证明有关发展中国家引入更为强硬的知识产权保护措施的效果，尤其是那些缺少可行技术基础的低收入国家。其次，需要对知识产权保护与发展需要之间的一系列广泛新问题加以分析和理解。例如，下面略举今后5到10年内的议程上的一些议题：

- 发展中国家全面实施《与贸易有关的知识产权协议》的后果，其中也包括与执行有关的规定。
- 专利体系在国际范围趋向协调化与一体化的含义。
- 专利权和其它知识产权对新的、迅速发展的技术领域的影响，如生物技术与软件。
- 对互联网上对发展起到关键作用的信息获取的影响，其中包括出版商和其它内容供应商提供的技术保护，以及反欺诈法。别的问题还有，如何在各国为影响外国服务器在互联网上散布信息的方式，而试图对这些服务器行使司法权限时作出反应。
- 可供发展中国家选择的知识产权保护模式。
- 提高发展中国家知识产权决策、管理以及执行能力的最佳方式——赞助国如何才能更为有效地提供援助。

当前，有关知识产权的研究工作由不同的公办和私人组织赞助和实施——这包括大学，非政府组织，工业协会，知识产权机构和发展机构。世界知识产权组织确有委托对具体的课题和某些研究论文进行研究（比如它完成了一项非常有用的传统知识领域的个案研究计划），但是我们感到惊奇的是它没有援助针对该领域新出现问题的进一步深入研究计划。当前世界知识产权组织世界学会主要集中于培训，但是研究也属于其职权范围。我们认为，一项很有价值的工作是：世界知识产权组织增强其世界学会的研究工作，并通过此举来使其自身和成员国更好了解知识产权对处于不同发展阶段的发展中国家所造成的影响。正如我们前面所说，针对低收入发展中国家的研究实在是太少了，而由发展中国家的组织作为国家计划的一部分自己开展的研究更是少而又少。

我们认为，只有当我们能更深入理解知识产权与发展之间的关系，才能说该系统从发展的角度得到了改善，因此，对于全世界的研究赞助者和从事者来说，能够迎接这种挑战是很重要的。对于诸如我们以上列举的课题来说，肯定有必要对国家个案进行更多的研究与整理，但这决不是一份最后清单。在这些资源与研究优先性问题之外，我们认为无论是发达国家还是发展中国家的研究赞助者与参与者在该领域更好的协调与合作也会有颇多益处。

我们打算建立一个汇聚发展机构、发展中国家政府、知识产权研究者以及非政府组织在内的国际网络与合作动议，目标是识别优先问题；增强研究计划的协调性；增加参与者之间的知识共享；通过对出版、会议与网际资源的赞助来推动调查结果的广泛传播。可由一个筹划指导委员会对该动议的实施进行监督，并且可针对具体的课题组成不同的工作组。为增加效益，这一动议可能需要一个小型的秘书处，但最好设在某个参与机构之内。

包括世界知识产权组织在内的研究资助机构应当提供资金，支持就本报告指出的知识产权与发展的关系进一步开展研究工作。建立由研究资助机构、发展中国家政府、发展机构和知识产权领域的学术组织共同组成的国际网络，通过确定和协调研究重点促进知识的共享和广泛传播。在起始阶段，我们建议英国国际发展部先与其他各方共同确定此项行动的框架。

- <sup>1</sup> 联合国贸易与发展会议 / ICTSD (2001) 《知识产权及其发展》，联合国贸易与发展会议，日内瓦，第 57 - 62 页。源自：<http://www.ictsd.org/unctad-ictsd/outputs/policypaper.htm>
- <sup>2</sup> 对《与贸易有关的知识产权协议》的概述请参见文字框 0.1。
- <sup>3</sup> 世界知识产权组织 (2001) 《2002 - 2003 年修订草案计划和预算》，世界知识产权组织，日内瓦。源自：[http://www.wipo.org/eng/document/govbody/budget/2002\\_03/rev/pdf/introduction.pdf](http://www.wipo.org/eng/document/govbody/budget/2002_03/rev/pdf/introduction.pdf)
- <sup>4</sup> 《世界知识产权组织成立公约》，1979 年修订，第 3、4 条。源自：<http://www.wipo.int/clea/docs/en/wo/wo029en.htm>
- <sup>5</sup> 世界知识产权组织网站。源自：[http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/abstract\\_ip\\_pub.htm](http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/abstract_ip_pub.htm)
- <sup>6</sup> 见公约第 4 条款。
- <sup>7</sup> 摘自《世界知识产权声明》，世界知识产权组织 (2000 年)。源自：<http://www.wipo.int/about-wipo/en/>
- <sup>8</sup> 例如，世界知识产权组织大会上的国际非政府组织观察家主要都是产业人士。见《世界知识产权组织文件》，文件号：No. A/36/INF/3 (2001 年 10 月 3 日)。源自：[http://www.wipo.int/news/en/index.html?wipo\\_content\\_frame=/news/en/conferences.html](http://www.wipo.int/news/en/index.html?wipo_content_frame=/news/en/conferences.html)
- <sup>9</sup> 这同时也是世界卫生组织和欧盟的观点。他们在 2002 年 6 月 6 日布鲁塞尔会后发表了一项联合声明。声明中称：“如果时机许可，世界卫生组织也将寻求在对发展中国家的技术援助问题上与世界贸易组织和世界知识产权组织密切合作以实现《多哈宣言》项下的《与贸易有关的知识产权协议》协议。”源自：<http://www.who.int/inf/en/pr-2002-45.html>
- <sup>10</sup> 纽约哥伦比亚大学，Bhagwati · J. (2000) 《如何使发展中国家进入新一轮的多边贸易谈判》，第 21 页。源自：<http://www.dfait-maeci.gc.ca/eet/02-e.pdf>
- <sup>11</sup> 例如 Correa · C. (2000) 所著《知识产权、世界贸易组织和发展中国家：〈与贸易有关的知识产权协议〉与政策选择》，Zed Books, 纽约和第三世界网络，槟榔屿。
- <sup>12</sup> 参见 Thorpe · P. (2002) 所著《发展中国家〈与贸易有关的知识产权协议〉的实施》，《委员会背景资料》第 7 号文件，伦敦。源自：<http://www.iprcommission.org>
- <sup>13</sup> 由 MSF, CPTech, HAI 和牛津饥荒救济委员会 (Oxfam) 共同主持的会议，《多哈宣言中关于〈与贸易有关的知识产权协议〉和公众健康的实施情况：技术援助—如何使之步入正轨》，日内瓦，2002 年 3 月 28 日。源自：<http://www.haiweb.org/campaign/access/ReportPostDoha.pdf>
- <sup>14</sup> 源自：<http://www.wipo.int/cfdiplaw/en/trips/index.htm>
- <sup>15</sup> 最新的示范法律，同时也是我们现在所看到的版本的修订版。这一示范法律无论在内容还是在附带的对几个主要事宜的解释中都仍没有作出具体说明，包括计算机程序和诸如基因及其它在自然界中存在的生物材料的可专利性。比如说，我们建议法律应当重点（至少应在附带的注释中）强调其它诸如农民的权利，专利物产物的权利以及其它专利权的例外情况（如用于教育）的不同地位。也可能会讨论一些国家提供强制许可的不同依据，包括与国际协议不相容的任何可能必需资格。其它可能会更公开提出的事宜将包括对新颖性，发明步骤和工业适用性的可能解释（见第 6 章）以及生物材料来源地的公开（见第 4 章）。
- <sup>16</sup> 《与贸易有关的知识产权协议》第 66.1 条款。
- <sup>17</sup> 参见 Lall · S. 与 Albaladejo · M. (2001) 所著《发展中国家知识产权相对重要性指标》，联合国贸易与发展会议 / ICTSD, 日内瓦。源自：<http://www.ictsd.org/unctad-ictsd/docs/Lall2001.pdf>。这份报告提出了发展中国家科技容量衡量的不同方法。
- <sup>18</sup> Drahos, P. (2001) 《发展中国家与国际知识产权标准框架》，《委员会背景材料》第 8 号文件，伦敦。源自：<http://www.iprcommission.org>

<sup>19</sup> 2002 年贸易法规 (fast-track authority), HR3009, 中称: “美国与贸易有关的知识产权主要的谈判目标是:

(A) 通过以下途径, 进一步提供充足、有效的知识产权保护, :

- (i) (I) 确保与贸易有关的知识产权的全面, 快速实施。见乌拉圭回合协议法案 (19 U.S.C. 11 3511(d)(15)) 中的第 101(d) (15) 部分, 尤其是迎合该协议项下的强制义务;
- (II) 确保任何有关美国介入的知识产权的多边与双边贸易协议规定能够反映与美国国内法律相似的保护标准。
- (ii) 为知识产权领域内新出现的技术以及在传送和传播产品方面的新手段提供强有力的保护。
- (iii) 消除或减少对影响知识产权的应用性、获取、范围、维护、使用和执行方面的歧视。
- (iv) 确保保护与执行标准能够与技术发展保持一致, 尤其是确保所有权人能够拥有法律和技术手段来控制那些通过因特网以及其它全球通信媒体对其著作的使用, 同时防止对其著作的非授权使用。
- (v) 提供对知识产权的强制实施, 其中也包括使用可行的、快捷和有效的民间管理机构以及刑法手段;

(B) 给予依赖知识产权保护的美国公民以公正、公平和非歧视性的市场准入机会。

(C) 遵守有关 TRIPS 协议和公众健康的宣言, 2001 年 11 月 14 日在卡塔尔多哈举行的世界贸易组织第四次部长级会议接受了这一宣言。源自: <http://waysandmeans.house.gov/>

<sup>20</sup> 《美利坚合众国与柬埔寨王国关于贸易关系与知识产权保护的协议》,

源自: [http://199.88.185.106/tcc/data/commerce\\_html/tcc\\_documents/cambodiatrade.html](http://199.88.185.106/tcc/data/commerce_html/tcc_documents/cambodiatrade.html);  
《美约自由贸易协议》,

源自: <http://www.ustr.gov/regions/eu-med/middleeast/textagr.pdf>; 《美越贸易关系协议》,

源自: <http://www.ustr.gov/regions/asia-pacific/text.pdf>).

<sup>21</sup> 如美《2002 贸易法案》所反映, 这是美国贸易代表处的当前政策。

<sup>22</sup> Weekes · J. et al (2001), 有关没有日内瓦世界贸易组织永久代表的发展中国家的援助与代表研究, 伦敦联邦秘书处。

<sup>23</sup> 联邦秘书处研究估计在日内瓦成立和运作 3 到 4 人的代表团每年总共需花费大约 34 万美元

<sup>24</sup> Michalopoulos · C. (2001) 《世界贸易组织中的发展中国家》, 伦敦帕尔格雷夫。

<sup>25</sup> 在 PCT 和马德里协议两个由世界知识产权组织执行的条约基础上建立的联盟会议同意为每个成员国政府官员参加特别和日常会议的差旅和生活开支提供资金。除此之外, 在 1999 年世界知识产权组织成员国会议的决定之后, 世界知识产权组织还为来自不同的发展中国家和转型国家 (非洲, 亚洲, 拉丁美洲和加勒比海地区, 阿拉伯国家各一名, 共有 5 名; 亚欧一些国家, 其中一名来自中国) 参与选定委员会会议的 26 位政府官员提供了赞助。会议讨论了专利权、商标、版权以及传统知识等问题。参考 Leesti · M. 与 Pengelly · T. (2002) 《发展中国家知识产权决策, 管理与执行体制》, 《委员会背景材料》第 9 号文件, 伦敦, 第 17 号脚注。

源自: <http://www.iprcommission.org>

<sup>26</sup> 例如, 联合国贸易与发展会议和贸易与可持续发展国际中心协调, 当前实施一项计划, 为发展中国家提供有关《与贸易有关的知识产权协议》执行与最新的协议评论手册。这一计划受到英国国际开发部的资金援助。参见 Leesti. M. 与 Pengelly. T (2002) 第 39-41 页。



# 缩略语

AIDS	艾滋病（获得性免疫缺陷综合症）
ARIPO	非洲工业财产组织
ARV	抗逆转录酶病毒
CBD	生物多样性公约
CGIAR	国际农业研究咨询组
CMH	宏观经济与卫生委员会（世界卫生组织）
DMCA	数字千年著作权法
EPO	欧洲专利局
EU	欧盟
FAO	粮农组织（联合国）
FDA	食品和药品管理局（美国）
GATT	关贸总协定
GI	地理标志
GM	遗传改良
GSK	GlaxoSmithKline Plc（葛兰素史克公司）
HIV	人类免疫缺陷病毒（艾滋病病毒）
ICTSD	贸易与可持续发展国际中心
IFAD	农发基金
IP	知识财产
IPC	国际专利分类法
IPGRI	国际植物遗传资源学会
IPRs	知识产权
ITPGR	植物遗传资源国际公约
IUPGR	植物遗传资源国际计划
LDC	最不发达国家
MRC	英国医学研究理事会
MSF	Médecins sans Frontières
NGO	非政府机构
NIH	全国卫生研究所（美国）
OAPI	非洲知识产权组织
OAU	非洲统一组织
OECD	经济合作与发展组织
PBR	植物育种家的权利
PCT	专利合作条约
PIC	知情同意
PVP	植物物种保护
R&D	研究与开发
SME	中小型企业
STD	性传染病
TB	肺结核
TK	传统知识
TKDL	传统知识数码图书馆
TRIPS	与贸易有关的知识产权协定
UN	联合国
UNAIDS	联合国 HIV/AIDS 联合计划
UNCTAD	联合国贸易与发展会议
UNDP	联合国开发计划署
UNESCO	联合国教科文组织
UNIDO	联合国工业发展组织
UPOV	保护植物新物种国际联盟
USDA	美国农业部
USPTO	美国专利商标局
WHO	世界卫生组织
WIPO	世界知识产权组织
WTO	世界贸易组织



# 术语表

**生物盗版：**对此没有公认的定义。侵权、技术与集中行动小组（ETC 小组）将其定义为“个人或机构对知识以及农业和本地群落遗传资源的占有，以达到对资源和知识的独占控制目的（通常为专利权或植物育种家的权利）。”

**Bolar Exception：**对专利权的例外，允许第三方在没有得到专利权人授权的情况下为获得产品的官方批准而实施有关专利产品的法案。

**强制许可证：**应第三方要求由国家给予的使用专利发明的许可证，比如说为弥补专利权人对权利的滥用。

**版权（见第 1.1 文本框）：**文学、科学与文艺原创者的独占权利，不需经任何手续，随著作的产生而与生俱来的权利，并在一般情况下会持续作者的一生和死后 50 年（美国和欧盟为 70 年）。它不允许没有授权的复制、公开表演、录制、广播、翻译和改编，但在授权的情况下也要征收版权税。

**交叉许可：**专利权人相互交换许可证。

**数据库保护：**（见第 1.1 和第 5.2 文本框）自成一体的保护体系，是为防止数据编码的非授权使用，其中也包括对非原作的使用。

**差额或分层定价：**是指在不同的市场制定不同的价格，典型的是在高位市场实行高价，反之亦然。

**公布原产地：**（见第 4.4 文本框）要求专利申请人在其专利申报表中公布用于发明的生物资源的原产地。

**《多哈宣言》（有关《与贸易有关的知识产权协定》和公众健康方面）：**（见文字框 2.1）该宣言是在 2001 年多哈世界贸易组织部长级会议上产生的，规定应当以支持公众健康的方式理解和执行《与贸易有关的知识产权协定》，并澄清该协议为达到此目的允许的灵活性。

**审查（实质性审查）：**由专利审查人实施的对专利申请的全面审查，目的在于决定申请是否符合所有立法中规定的专利性要求。这类审查将考虑在调查中所发现的所有资料。

**权利终结：**在此原则下，权利人附属于产品本身的知识财产权利在产品由知识产权持有人或授权人员投入市场时被宣告终结（即他不能再行使任何权利）。

**公平使用或公平交易：**（见文字框 5.1）这是对版权的例外，允许第三方在适当的情况下使用版权资源。多数国家的国家版权法在“公平交易”与“合理使用”的基础上都有对下列例外情况作出了规定：为个人、研究、教育、档案、图书馆、新闻报道而进行的复制。

**农民的权利：**（见文字框 3.2）该权利来源于过去、现在和将来农民在保护、提高和保持植物遗传资源方面作出的努力，尤其是那些处于遗传与变异中心的物种。

**非专利药物：**它指的是专利药物的化学同等物。

**基因组学：**一门对染色体进行检测、排序与分析的学科。

**地理指标 (GI)：**（见文字框 1.1）是指在产品的某些质量、声誉或其它特性可能与其原产地相关时对产品原产地的特殊分析。例如有时食品制成品有与其产地和当地的环境因素相关的质量问题。地理指标不允许非授权方把受保护的地理指标应用到非原产地或者让公众误认为是原产地的产品。

**杂交品种：**是指两种不同植物的后代种子杂交而得出的品种。

**知识产权 (IPRS)：**（见文字框 1.1）社会给予个人或组织的发明、文学和艺术创作以及商用的标记、姓名、肖像和设计的权利。他们给予所有权拥有者防止其它人在限期内非法使用其财产的权利。

**土种：**一种植物栽培变种或动物物种，是由传统农学家在改进基因的情况下演变而成的，但未受现代培育行为的影响。

**开放源码：**一种源码可以公开获得的软件产品。

**平行进口：**从所有权人或其它授权方已介入的另一个国家市场上进口专利产品。例如，在欧盟内从葡萄牙的批发商购买产品到英国去零售是合法的，虽然这一产品在两个国家都有专利权。平行进口的合法地位是由国家来决定的，并与权利的终止密切相关。

**专利权：**（见文字框 1.1）发明者的专有权，以防止其它人在固定的期限内，在没有许可证或授权的情况下制作、出售、传播、进口或使用他们的发明。反过来，社会要求专利人对公众公布其发明。专利性通常有三个要求：新颖（具有新的特性，而不是先有技术），发明步骤与非显见性（对该领域的专家来说没有显而易见的东西）和工业适用性与有用性（美国）。

**植物育种家的权利 (PBRs)：**（见文字框 1.1）授予育种家在新的、不同的、持续稳定的植物变种方面的权利。通常他们有至少 20 年保护期。大多数国家为农民保存和重新播种他们的种子提供了例外，进一步研究和培育也是如此。

**植物变种保护 (PVP)：**参见植物育种家的权利。

**先有技术：**专利申请日之前就有此类的出版或其它公告，这是专利申请中发明新颖性和独创性的判断标准。

**知情同意 (PIC)：**一方在了解与某项行为有关的全部信息资料后给予该行为的承诺。《生物多样性公约》要求获得遗传资源必须服从于资源提供国的优先通知承诺。

**注册：**获得知识产权的正规程序中重要的部分是申请以及对申请的审核。某些知识产权，如版权等，不需要注册就能自动获得。某些国家专利申请在注册时只需进行基本的审查。

**研究工具：**包括在研究中要使用的所有资源、方法和手段。

**逆向工程：**为复制及改进某物而对其进行评估以了解其工作方法。尤其是在与版权相关的领域，软件的逆向工程可以确保它与其它软件的互动性。也适用于与半导体和遗传药物产品有关的领域。

**调查：**专利审查人对先有技术的调查，目的是引起专利申请人的注意，使后者了解前者是以某些文件来决定专利申请中的发明是否是新颖和有创造力的。主要调查的资料是其它专利申请的公开资料，但原则上也应包括所有形式的先有技术。

**独特性 (Sui Generis)：**“独特性”的拉丁文表达。例如对传统知识的保护体系是一个与现存的知识产权体系分隔开来的保护体系。

**技术保护：**即使用技术手段防止复制和非授权使用。最普通的例子是数字化媒体中使用的保密形式，及在植物中加入一些成分使收获的种子产量降低，甚至不结果。

**商业秘密：**（见文字框 1.1）有关生产方式，商业计划和客户等有商业价值的信息。只要法律将它们定为是秘密的，就应该受到保护，防止它们被通过不公平的商业手段和非授权形式泄露出去。

**商标：**（见文字框 1.1）使用独特标记的独有权利，如符号、颜色、字母、形态和名称来识别产品的生产商，保护有关名誉。保护期限有所不同，但可以无限期地重新申请。

**传统知识 (TK)：**没有一个被广泛接受的定义，传统知识包括，以传统为基础的创造、创新、文学、艺术和科学作品、演出和设计。此类知识通常代代相传，且总是与一定的人群和领域有关。

**实用新型：**（见文字框 1.1）实用新型是一种注册权，是发明者对其发明的独有保护，与专利权类似。许多发达国家和几个发展中国家除专利体系外，都有实用新型的某些形式，但这些体系在形式上差别很大。一般说来，与专利权相比，如果要受到实用新型的保护，产品必须是新型的、有创造步骤以及能在工业中应用的发明。但它对创造性的要求一般比专利权要低。除此之外，在没有事先审查保证达到这些条件的前提下，也可以授予实用新型。

# 致谢

本委员会希望感谢在我们调查工作期间不吝赐教的众多人士，感谢他们投入宝贵的见解、专长和时间。撰写这份报告时，我们认真考虑了他们的所有意见。对我们在中国、印度、巴西、肯尼亚、南非、日内瓦、布鲁塞尔、华盛顿和伦敦访问过的所有人士，我们也表示由衷的感谢。而且非常感激所有参加了我们于 2002 年 2 月举行的国际会议的人士及其投入。对本委员会背景文件的作者以及那些参与我们专家研讨会的人士，我们也致以特别的谢意。

## 协商机构表

**巴西：** A2R 环境基金会 (A2R Environmental Fund)、巴西专利与商标代理商协会 (ABAPI)、巴西软件公司协会 (ABES)、巴西育种商协会 (ABRASEM)、巴西行动援助会 (Action Aid Brazil)、Bioamazonia、巴西国家图书馆、地区工程与农业理事会 (CREA)、Daniel & Cia 律师行、Dannerman 公司、Siemsen & Ipenema Moreira 公司、巴西农畜研究公司 (EMPRAPA)、Extracta 公司、圣保罗州研究基金会 (FAPESP)、国家研究项目筹资局 (FINEP)、奥斯瓦多克鲁兹基金会 (FIOCRUZ)、艾滋病非政府机构论坛 (Forum ONG Aids)、GlaxoSmithKline 医药公司、Grupo dela Vidda 公司、巴西环境局 (IBAMA)、巴西信息处理研究所 (IBPI)、联邦知识产权局 (INPI)、社会环境局 (Instituto Socio Ambiental)、巴西医药研究制造商协会 (Interfarma)、农业部、文化部、发展与工商部、环境部、外交部、卫生部、科技部、Monsen、Leonardos & Cia 律师行、巴西作曲家及作家协会 (SBACEM)、巴西知识产权管理与保护法协会 (SOCIMPRO)、Sun Microsystems 公司

**比利时布鲁塞尔：** 国际互惠基金协会 (AIM)、欧洲医药业及协会同盟 (EFPIA)、欧盟执行委员会发展总局 (European Commission – DG Development)、欧盟执行委员会贸易总局 (European Commission – DG Trade)。

**中国：** 北京高级法院、中国版权局、中国科学院、双鹤药业公司、复旦大学、联想集团、微软公司、国家科技部、植物新品种保护局、上海浦东知识产权中心、上海广电信息产业股份有限公司、上海生命科学研究院 (SIBS)、美国 Monsanto 公司、国家知识产权局 (SIPO)、同仁堂、清华大学、英国驻中国大使馆、联合基因研究院、美国驻北京总领馆、用友软件公司 (Yong You Software Company)。

**瑞士日内瓦：** 澳大利亚常设代表团、加拿大常设代表团、国际环境法中心 (CIEL)、加纳常设代表团、国际制药商协会联合会 (IFPMA)、印度常设代表团、马来西亚常设代表团、秘鲁常设代表团、教会会驻联合国办事处、第三世界网络 (Third World Network)、英国常设代表团、联合国贸易与发展会议 (UNCTAD)、世界卫生组织 (WHO)、世界知识产权组织 (WIPO)、世界贸易组织 (WTO)、世界野生动物基金会 (WWF)。

**印度：** 美国雅培公司 (Abbott)、Anand & Anand 公司、BDH Biotech 有限公司、生化技术中心 (Centre for Biochemical Technology)、CIPLA 有限公司、企业法集团 (Corporate Law Group)、印度医药与顺势疗法系统局、工业政策与宣传局、国家科技部、GlaxoSmithKline 医药股票上市公司、英国化学工业公司 (ICI) 印度分公司、印度国际经济关系研究委员会 (ICRIER)、印度制药商协会 (IDMA)、印度淡啤公司 (IPA)、Kumaran & Sagar 律师行、国家植物研究所、国家革新基金会 (National Innovation Foundation)、国家科学交流所 (National Institute of Science Communication)、国家专利法工作组 (National Working Group on Patent Laws)、Nicholas Piramal 印度有限公司、Novartis 有限公司、印度塑料加工商组织 (OPPI)、Pfizer 有限公司、Ranbaxy Laboratories 有限公司、Subramaniam 公司、Nateraj & Associates 公司、Themis Medicare 有限公司、Unichem 公司。

**肯尼亚：** 非洲技术研究中心 (ACTS)、非洲地区工业财产组织 (ARIPO)、非洲种子贸易协会 (AFSTA)、咖啡研究基金会 (Coffee Research Foundation)、Cosmos 医药有限公司、GlaxoSmithKline (GSK) 医药公司、经济事务研究所 (IEA)、肯尼亚农业研究所 (KARI)、肯尼亚工业财产局 (KIPO)、肯尼亚植物卫生检查服务 (KEPHIS)、肯尼亚获取基本医药联盟 (KCAEM)、肯尼亚全国农会 (KNFU)、农业部、卫生部 – 药剂主任、旅游贸易部、登记总署 (Registrar's General Office)、肯尼亚种子贸易协会 (STAK)、茶叶研究基金会 (Tea Research Foundation)。

英国伦敦（委员会国际大会及专题研究组）：行动援助会 (ActionAid)、行动青年会 (Actions Jeunesse)、非洲技术研究中心 (African Centre for Technology Studies)、国际保护工业产权协会 (AIPPI)、Amersham 股票上市公司、阿姆斯特丹国际法中心 (Amsterdam Center for International Law<sup>1</sup>)、动物疾病研究所 (Animal Diseases Research Institute)、Aslib-IMI 信息管理协会、国际植物育种者协会 (Assinsel)、大学教师协会 (Association of University Teachers)、阿斯利康 (AstraZeneca) 医药公司、澳大利亚国立大学 (Australian National University)、英国作家版权费收取协会有限公司 (Authors' Licensing and Collecting Society Ltd)、伯尔尼宣言 (Berne Declaration)、Biogenerics 有限公司、生物产业协会 (BioIndustry Association)、Bowdoin 学院、巴西驻英国大使馆、英国计算机协会 (British Computer Society)、英国版权委员会 (British Copyright Council)、英国音乐版权协会 (British Music Rights<sup>1</sup>)、英国唱片业协会 (British Phonographic Industry)、德国卫生医药促进组织 (Buko Pharma-Kampagne)、Burns、Doane、Swecker and Mathis 律师行、LLP、CAB 国际公司、Cafod、剑桥经济政策协会会员有限公司 (Cambridge Economic Policy Associates Ltd)、加勒比海地区协谈组织 (Caribbean Regional Negotiating Machinery)、哈佛大学国际发展中心 (Centre for International Development at Harvard University)、国际计划联系中心 (Centre for International Programmes and Links)、国际农业顾问集团荷兰农业研究国际服务中心 (CGIAR-ISNAR)、特许专利代理协会 (Chartered Institute of Patent Agents)、CIPLA 有限公司、国际作者和作曲者协会联合会 (CISAC)、英联邦秘书处 (Commonwealth Secretariat<sup>1</sup>)、英国工业联合会 (Confederation of British Industry)、保护非洲基金会 (Conserve Africa International)、美国消费者团体消费者科技计划 (Consumer Project on Technology)、国际消费者组织 (Consumers International)、环境、食品及乡村事务部 (DEFRA)、卫生部 (DOH)、国际发展部 (DFID)、道琼斯通讯社 (Dow Jones Newswires)、毒品研究团体 (Drug Study Group)、杜克大学法学院 (Duke University School of Law)、ECHO 国际医疗服务有限公司、非洲经济委员会 (Economic Commission for Africa)、英国工程和物理科学研究委员会 (EPSRC)、基本医药项目 (Essential Drugs Project<sup>1</sup>)、低成本电子教具项目 (e-TALC)、欧洲药物评审局 (European Medicines Evaluation Agency)、欧洲专利局 (European Patent Office)、Falco-Archer 公司、英国外交和联邦事务部、佛罗里达州立大学法学院、Foga、Daley & Co 公司、生物技术与食品安全论坛 (Forum for Biotechnology and Food Security)、国际环境法与发展基金会 (Field)、欧洲免费软件基金会 (Free Software Foundation European)、法国大使馆经济处 (French Embassy Economic Service)、基因运动组织 (GENE CAMPAIGN)、遗传工程联合会 (Genetic Engineering Alliance)、英国基因关注组织 (Genewatch UK)、德国专利和商标局 (German Patent and Trade Mark Office<sup>1</sup>)、GlaxoSmithKline 医药公司、全球肺结核病药物开发联合会 (Global Alliance for TB Drug Development)、Herbert Smith 律师行、英国财政部 (HM Treasury)、哈尼比发明创新者网络 (Honeybee Network)、上议院、国际唱片业协会 (IFPI)、印度管理学院 (Indian Institute of Management)、印度国家植物研究所 (Indian National Botanical Research Institute)、原住民族生物多样性网络 (Indigenous Peoples Biodiversity Network)、信息中继站组织 (Information Waystations and Staging Posts)、农业和贸易政策研究所 (Institute for Agriculture and Trade Policy)、全球保健研究所 (Institute for Global Health)、英国可耕作物研究所 (Institute of Arable Crops Research)、发展研究所 (Institute of Development Studies)、国际知识产权保护协会 (AIPPI)、国际贸易中心与国际商会 (International Centre for Trade and International Chamber of Commerce)、国际制药业联合会 (International Federation of Pharmaceutical Manufacturers' Associations)、国际红十字会与红新月会 (International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies)、国际印地安条约委员会 (International Indian Treaty Council)、国际政策网络 (International Policy Network)、国际植物新品种保护联盟 (UPOV)、国际疫苗研究所 (International Vaccine Institute)、公私合作保健计划全球保健研究论坛 (IPPPH - Global Forum for Health Research)、中介技术开发小组 (ITDG)、英国 John Innes Centre 实验室、肯特法律学校 (Kent Law School)、肯尼亚派驻世界贸易组织代表团、肯尼亚植物健康监察服务 (Kenya Plant Health Inspectorate Service)、肯尼亚植物育种者权利局 (Kenyan Plant Breeders Rights Office)、Ketchua-Aymara 可持续生活协会、Lakhanpal 制作公司、图书馆协会 (Library Association)、光年知识产权出口公司 (Light Years IP)、Limbe 植物园、Linklaters and Alliance 公司、利物浦大学、Max Planck 外国与国际专利、版权及竞争法律研究所 (Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law)、McDermot、Will and Emery 律师行、Médecins Sans Frontières、Merck & Co 公司、美国微软公司、美国 Monsanto 公司、泰国遗传工程与生物技术中心 (National Centre for Genetic Engineering and Biotechnology)、自然资源研究所 (Natural Resources Institute)、自然资源国际有限公司 (Natural Resources International Limited)、尼日利亚基本药物使用权联盟 (Nigerian Coalition for Access to Essential Medicines)、尼日利亚联邦医疗中心 (Nigerian Federal Medical Centre)、NM Rothschild & Sons 有限公司、反生命专利联盟 (No Patents on Life Coalition)、不盈利图书馆 (Non Profit Library)、刚果民主共和国、经济合作与发展组织 (OECD)、

英国开放大学 (Open University)、乐施会 (Oxfam)、乐施会知识产权研究中心 (Oxford IP Research Centre)、使用保健技术计划 (PATH)、辉瑞公司 (Pfizer)、葡萄牙工业产权协会 (Portuguese Institute of Industrial Property)、展望 (Prospect)、教友会驻联合国办事处 (Quaker United Nations Office)、玛丽女王知识产权研究所 (Queen Mary Intellectual Property Research Institute)、发展中国家研究信息系统 (Research & Information System for Developing Countries)、路透社、英国洛桑国际高级访问学者研究基金 (Rothamsted International)、Rouse and Co. 国际有限公司、英国皇家植物园 (Royal Botanic Gardens Kew)、皇家法庭 (Royal Courts of Justice)、欧盟食品科学委员会 (SCF)、SciDev. 网、柏林社会研究科学中心 (Science Centre for Social Research Berlin)、设菲尔德大学、秘鲁环境权协会 (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental)、“南部中心”发展中国家组织 (South Centre)、SSL 国际股票上市公司、斯坦福大学、Steptoe and Johnson 律师行、终止爱滋病运动 (Stop AIDS Campaign)、可持续发展 (Sustainable Development)、瑞士知识产权联邦机构 (Swiss Federal Institute of Intellectual Property)、英国医药业协会 (The Association of the British Pharmaceutical Industry)、英国文化委员会 (The British Council)、英国植物育种者协会 (The British Society of Plant Breeders)、The Burnhams Group 公司、经济学家杂志 (The Economist)、网上免费学术刊物基金会 (The Journal Server Trust)、柳叶刀医学杂志 (The Lancet)、专利局 (The Patent Office)、洛克菲勒基金会 (The Rockefeller Foundation)、英国皇家学会 (The Royal Society)、世界银行、第三世界网络 (Third World Network)、商标专利与设计联合会 (Trade Marks Patents and Designs Federation)、联合国艾滋病规划署 (UNAIDS)、联合国贸易与发展会议 (UNCTAD)、联合国开发计划署 (UNDP)、“独特方案” (Unique Solutions)、联合国协会 (United Nations Association)、伦敦大学学院公共政策学院 (University College London School of Public Policy)、西英格兰大学 (University of the West of England)、联合国大学高技术学院 (UNU/INTECH)、美国国家科学基金会 (US National Science Foundation)、美国贸易代表办公室 (USTR)、海外志愿服务组织 (VSO)、英国维康基金会 (Wellcome Trust)、英国维康基金会生物医学技术商务处 (Catalyst Biomedica)、Willoughby & Partners 律师行、世界卫生组织 (World Health Organization)、世界知识产权组织 (World Intellectual Property Organisation)、世界市场研究中心 (World Markets Research Centre)、英国世界媒体信息中心 (World Press Centre)、赞比亚驻日内瓦代表团 (Zambian Mission in Geneva)、Zikonda and Associates 律师行。

**德国慕尼黑：** 欧洲专利局

**美国华盛顿：** 美国企业研究所 (AEI)、BIO 公司、撼讯科技股份有限公司 (CPTech)、美国卫生与公共服务部 (Dept of Health and Human Services)、众议院立法委员会、国际知识产权联盟 (IIPA)、国际知识产权研究所 (IIPI)、Merck 医药公司、美国国家卫生研究院、PGFM 律师行、美国药物研究与制造商协会 (PhRMA)、参议院立法委员会、国务院、美国贸易代表办公室 (USTR)、Venable 律师行、世界银行。

