



UNCTAD-ICTSD “知识产权保护与可持续发展项目”之政策研究指南

知识产权保护对发展之启示 概述

从上个世纪 90 年代初起，知识产权政策（IPR）成为国际舞台上最具利益纷争与政治争议的议题。由此引发的争议覆盖公共健康、食物安全、教育、贸易、工业政策、传统知识、生物多样性、生物技术、因特网、和娱乐媒体业等。对上述领域的大多政策制定者而言，知识产权的概念还相当陌生。诚然，如果追溯渊源，知识产权纯属律师、知识产权所有者或发明者独步的领地，与立法者似乎相关甚微。相应地，几乎很少发展中国家积累了与制定知识产权政策直接相关的经验；而已将知识产权纳入本国法律体系的发展中国家，也几乎未曾关注到知识产权政策将对本国经济发展可能产生的深远影响。

过去几十年里，由于发达国家将知识产权与财政、金融、贸易与工业政策、对外发展援助相挂钩，发展中国家在制定符合自身利益的公共政策中受制于人，承受了巨大的外部压力。在世界经济不断由知识经济推动的今天，强势经济国家将保护其具备比较优势的知识产权作为其竞争战略的首选。与知识产权相关的蛋糕的所有与分配无疑成为国际谈判中的至关重要的议题。

本研究报告着重探讨与发展中国家相关的知识产权问题，侧重于知识产权政策对经济发展、减贫和可持续发展的影响。值得一提的是，本报告既非阐述性质，也无意详尽无遗，其主旨意在为政策制定者提供新的视角，辅以广泛而有建设性的支持，澄清关键政策影响，从实证角度出发，回顾主要政策制定程序，针对争议问题提供相关信息指导。

本研究报告是联合国贸发会议（UNCTAD）—国际贸易与可持续发展中心（ICTSD）“知识产权与可持续发展”合作项目的主要成果之一。它由一系列独立的研究报告组成，针对与发展中国家特别相关的议题，如强制许可、地理标志、传统知识、技术转让和知识产权衡量指标等。本联合项目同时主持编撰了关于知识产权保护与发展的权威性指南，帮助理解与贸易有关的知识产权协定（TRIPS）。针对 TRIPS 协定的各项条款，本书分析了谈判历史、条文解释、现有判例、与其他国际公约关系和潜在的社会与经济影响。

本报告由三部分组成：第一部分简要介绍知识产权保护政策理论的假设条件和基本原理。该部分回顾了知识产权保护规则的历史沿革，陈述了涉及政府与工业企业关于知识产权政策适当的目标、特性和角色的各方观点。同时，对全球知识产权规则体系内的其它重要国际协定也进行了概述。

第二部分重点讨论了三个综合性问题和相应的潜在机会：创造与革新、新技术获取与使用和技术转让。关于知识产权政策与这些议题的关系的争论不仅局限于总的知识产权政策上，同时在于对发展中国家特别相关的领域。第三部分探索了这些对发展中国家特殊相关性的知识产权政策领域的挑战：健康、食品和农业、传统知识、民俗文化遗产和知识获取与科学信息。本概要浓缩了本报告各章节的讨论要点。它简要阐述了知识产权为何和怎样演变成为发展政策问题的关键问题。

什么是知识产权政策？

知识产权政策一般认为是针对知识产权的法律体系的设计、实施和执行的统称。这些法律体系采取许多不同的形式，包括专利、版权和相关权利、工业设计、商标、商业秘密、植物种植者权利、地理标志和集成电路布局设计权利等。其中，专利、版权和商标受到世间广泛关注。

通过对现有的国内法和国际法的调查显示，从广义层面说，知识产权政策的存在对社会的贡献主要体现在：

- (a) 促使广泛获取由创造革新活动产生的富有价值的商品，服务和技术信息；和
- (b) 促使实现建立在生产，流通和发展上的商品，服务和信息等经济活动的最高水平。

在这个广义范围外，大量的争论集中于何种知识产权政策将最有助于促进上述目标的实现。由于政府致力于对各项目标的平衡，各国知识产权政策和特定目标大相径庭。

许多知识产权法律体系拥有共同的概念基础与假设条件，即对那些投资创新活动的人给予法定权利保障以促使进一步的知识创新与发展。知识产权通常给予投资者一定时期内的垄断特权，以促进革新并使之转换为商业利益。在一定时期后，这些法定权利将被终止，于是这些目前受保护的发明活动将成为公共资源并被其他人自由使用。

基于各国不同国情，政府对奖励和促进创新、保护工业投资和国际竞争优势，奖励外国技术进口商，促进新知识传播、激励未来创新和技术购买力等给予不同程度的重视。在缺乏创新能力的国家，鼓励技术信息的流动对该国技术能力建设的帮助远甚于单纯强化知识产权保护。

同样，相关利益集团和人士提出了一系列不同的目标和他们认为知识产权政策应当扮演的相应角色。例如，对知识产权持有者而言，知识产权政策的首要目的或许是收回投资成本，并发展和维护其所获的市场势力与主导优势。对政策制定者的主要挑战是，如何既满足发明者与投资者的要求，又满足研究者和消费者等知识产权用户的需求，实现二者间的利益均衡。由于巨大的经济利益，知识产权法律体系的设计已不单纯是经济利益的简单计算，更是政治力量之间的角力结果。

知识产权政策缘何成为发展议题？

IP 政策并非刚刚诞生，它们已在发达国家和众多发展中国家存在了数十年甚至上百年。然而，IP 政策中最大的不同在于，它与公共政策其他领域经常争论的议题相对独立，其中主要原因是其复杂的法律特性。毫无疑问，该现象近年来有所改变。IP 政策变成了全球性关注，并很难再被世人忽略。

首先，关于 IPR 的国际规则体系的重大调整，极大地促进了人们对 IP 政策的广泛关注。或许最引人注目的变化来自于将与贸易相关的知识产权保护协定 (TRIPS) 纳入 WTO 的一揽子协定当中。其次，对发展中国家施加的在其本国法层面实施知识产权保护的压力，引发了国民就 IP 保护适当程度的广泛争论。

第三，IP 政策是当今国际法体系中最具动态性的领域。在 TRIPS 协定之外，新签定的重要国际性、地区性和双边性协定都在进一步强化 TRIPS 的最低保护标准。这些协定的共同趋势是扩大受保护主体，产生新权利义务和对知识产权保护基本特征的规范化。结果，全球有关 IPR 国内法体系都因发达国家压力被迫与其标准相统一。

对发展中国家而言，这些 IP 政策体系上的变化反映着进一步强化知识产权持有者的利益。因发达国家不断要求加强 IP 保护，这类压力引发了 IP 政策与一系列其它有关发展的政策交叉部位的广泛关注。

关于强化 IP 政策对发展中国家可能产生何种影响可谓众说纷纭。一方面，主张高保护的人声称 IP 保护对发展中国家是不可或缺的。他们称强化 IP 法将帮助发展中国家建立有效的激励机制，促进知识革新与传播、技术转让及资本流入。在不断增强的国际竞争压力下，企业越来越关注外国公司从其它公司技术投资中获取好处的“搭便车”现象，因为影响其竞争力。IP 政策被视为保持私人投资者从对创新中获得必要回报的机制。

另一方面，反对者对高知识产权保护的合理性表示怀疑。一些评论家表示，当前全球性 IP 体系对发展中国家无论近期还是远期都将产生负面影响，包括将基本药品价格提高到超出穷人承受力的水平，限制发展中国家大中小学学生教育材料的可及性，对传统知识的侵犯行为合法化以及破坏资源匮乏的农民赖以生存的基础。

一些评论家关注增强 IP 保护将加强主要发达国家的市场势力，并强调建立反垄断机制的必要性。一旦 TRIPS 被完全实施，评估显示，每年以版权、药品专利使用费、计算机芯片设计等形式从发展中国家转入主要技术发明国家，特别是美国、德国和法国的知识产权费用总计将超过 200 亿美元。而无法预知这部分实际损失能够与未来收益相持平，例如，吸收 FDI 就需花费较长周期，而且引进规模很难预料，因为多种经济与政策影响着 FDI 流入。此外，他们注意到由于限制外国竞争者市场准入机会，IPR 事实上会抑制而不是扩大贸易流动。

从根本上说，一些评论家对 IPRs 是创新科技投资的必要条件这一假设前提表示怀疑。一般说来，那些对现有的 IPR 体系可能带来的冲击持有疑虑的人，并不是赞成或反对知识产权本身。相反，他们寻求更科学的方法，检验 IP 政策为什么目标服务、为谁服务和在什么情况下为此服务。

WTO 发展中国家所关注的焦点是，发达国家曾依靠灵活的 IP 政策作为其国家发展工具的局面，发展中国家却无法拥有。历史表明，许多发达国家过去在缺乏国际标准时，都是根据本国发展的需要采纳适应其发展水平的保护模式。同时有证据表明，专利制度或许对促进发展和技术传播确有帮助，而一国主要受益于对适合本国的保护模式的自由选择。

简而言之，对发展中国家而言，不断增强的全球 IP 体系对其可自行安排的政策“空间”上了严格的紧箍咒。为了充分认识到推行强 IPR 机制对发展中国家可能产生的利弊，搜集相关数据自然不

可或缺。当前,证据远不足以表明,更强的 IPR 保护产生如支持者所宣称的收益将向发展中国家转移。更具争议的是,与科技追随国相比,显然科技先导国从发展中国家的 IPR 体系中赚得盆满钵盈。

全球知识产权保护体系

正如第二章所述,国际 IP 保护在过去几十年里得到稳步扩展。今天,世界大多数国家被加入了何为最佳知识产权规则体系的争论当中。这个体系包括一系列交叉的国际协定和几个强有力的国际机构,最重要的组织是世界贸易组织(WTO) 和世界知识产权组织(WIPO)。全球性 IPR 体系正在不断发展当中。

与贸易相关的知识产权协定 (TRIPS)

TRIPS 协定设置的实质性义务与规则被广泛视为国际 IPR 体系核心。这篇政策报告回顾了“与贸易相关”的知识产权这一概念的历史背景。对寻求更高 IP 保护与实施标准的人而言,将 IPR 议题纳入 GATT/WTO 意味着一个将所有 IPRS 放到一揽子协议中的不可多得的机会。这也第一次意味着,如 WTO 成员不实施并强制执行 TRIPS 最低标准,将面临在 WTO 争端解决机制败诉的风险。此外,由于将 IPR 议题纳入了 WTO 范畴,成员第一次被迫在实施 IP 法时要符合最惠国待遇(MFN) 与国民待遇 (NT) 原则。这意味着一国 IPR 保护与实施体系对本国产权所有者而言必须是非歧视的。成员也必须将授予本国国民的任何利益延伸到任何其他 WTO 成员的国民当中。

TRIPS 协定的支持者对发达国家和产业相当熟悉。协定序言提到包括发展和技术目标在内的国家政策优先权的重要性。它也突出强调需要一套针对打击国际假冒伪劣商品贸易的多边框架的原则与规则。协定的正式宗旨有: IPRs 的保护和执行, 促进技术革新和技术的转让和传播。协定阐明国家可以采取保护措施保护公共健康与营养, 促进对其社会、经济和技术发展至关重要产业的公共利益。

TRIPS 协定对实施十分重视, 它要求各国建立公平公正的法律程序, 以“允许有效打击 IPR 侵权行为”, 并且“不得过于复杂、昂贵或费时”。司法机关必须有权要求侵权者补偿相应损失, 提供刑事程序与罚金(补救措施可为监禁或罚金)。对许多发展中国家特别是最不发达国家而言, 实施和维持有效的 IP 体系管理和执行费用产生巨大经济负担。对最不发达国家而言, 耗资尤其巨大, 因为管理者和法院缺乏相关领域的经验。结果, 相关的法律技术必须新开发或引进, 国家被迫从双边和多边援助机构取得外部财政、法律和技术协助。

在 WTO, TRIPS 理事会是 WTO 成员管理协议遵守与否的场所。重要的是, TRIPS 并非一成不变的。TRIPS 理事会可回顾协定在过去 2 年间隔时期内的实施, 也能根据相关新发展承担额外回顾, 以保证协议的修改或修订。例如, 在 2001 年多哈部长级会议上, WTO 成员同意: 谈判建立一个对葡萄酒和烈酒的地理标识的多边通知和注册系统; 讨论 TRIPS 与生物多样性公约(CBD) 以及保护传统知识和民俗文化之间关系; 建立审查贸易与技术关系工作组; 并重申发达国家必须履行对在其领土内的团体机构, 提供向最不发达国家成员提供技术转让激励这一义务。成员也同意《多哈宣言》中就 TRIPS 和公共健康的表述, 确保 TRIPS 协定不妨碍发展中国家在公共健康紧急状态下获取药品的能力。

超 TRIPS 标准

TRIPS 协定只是与 IPRs 相关的多边、地区和双边协定、条约这个广义的规则体系中的一个。这些条约对不同 IPRs 主体设立了基本保护标准，它们包括：保护工业财产的《巴黎公约》，保护文学和艺术作品的《伯尔尼公约》，保护演出及音像制品的《罗马公约》和 1996 年《互联网公约》。所有上述公约均由 WIPO 管辖。

此外，多边条约还包括关于全球保护系统协定，以促进 IPRs 在多国的申请或注册（即关于商标国际注册与专利合作条约的《马德里协定》）。最后是管理发明、商标和工业设计等信息，使之易于恢复到被标注的易处理的管理体系的各分类条约（即关于国际专利分类的《斯特拉斯堡协定》）。

地区和双边协定采取了多种形式并亦可设置全球先例，有时也被纳入全球性协定当中。此外，非单独 IP 协定的贸易协定，也管理双边 IP 关系。就象其它地区性协定一样，它们可以包括超出 TRIPS 义务的条款，如将专利保护延伸到新主体上、削减例外条款和要求比 TRIPS 更快和更高的标准进行保护。此外，这些协议可能要求缔约方加入某些国际协定。

全球 IPR 体系也包含几个特定产业与机构。例如，世界卫生组织(WHO) 积极对健康与 IP 政策领域提供建议与技术协助。还有由三个国际协定组成的关于保护植物多样性和基因资源知识产权的框架体系：《保护植物新品种国际公约》(UPOV 公约)；《生物多样性公约》；和粮农组织的《国际粮食和农业植物遗传资源公约》。

总之，在过去几十年里，以下主要趋势可以概括全球知识产权体系的演变：被保护主体被扩大；适应技术革新的新权利被创造，和 IPRs 在各国的一体化与标准化。

正在进行的多边谈判意味着，各国是顶着强大的压力来确认该国在不同领域的 IP 利益。试图发展一致、有效和可持续性 IPR 政策及谈判策略，在多边、地区性和双边层面变得越来越困难，尤其是对那些资源匮乏国家。许多发达国家希望提高和强化 IPRs 标准。而一些发展中国家在认识到 TRIPS 协定对发展的制约同时，也在富有创造性地利用该协定存在的灵活性。其他国家则致力于降低那些强制性标准。当前，不断演变的国际 IPR 体系继续提高超出 TRIPS 协定标准之上的 IPRs 最低保护标准。这各“超 TRIPS 标准”将使发展中国家可选择的政策空间大幅缩小。

综合性问题：发展中国家发展适合本国条件政策的种种机会

促进发展中国家发明与创新行为

发展中国家是重大创新性活动的主人，特别在纺织品设计、植物种植、医学、软件和音乐等领域。许多创新是在有效的 IPR 体系不存在的情况下发生的。发展中国家面临的一个关键问题是，在将它们转换成能增加就业和出口机会的商业产品时，什么样的 IPR 政策能够有效促进更多创新。

正如第三章阐述的，IPR 政策中有些部分能有效促进发展中国家特定部门的工业发展（如软件、纺织品和音乐等）。

专利和两层专利系统：效用模型

缺乏强技术基础的国家可认真考虑采用专利体系的例外说明与限制,譬如效用模型的二层面专利系统。因 TRIPS 对这类 IPR 没有具体规定,许多国家采用了这一体系,而其特征各国不尽相同。通常说来,它们与传统专利体系共存,这类知识产权一般授予那些显示了本地或地区性创新力的发明活动,而对创造力的要求相对较低。该类保护周期从 6 到 20 年不等,且发明无需检测或注册。有证据表明,经济快速的二层面专利保护体系可帮助中小规模企业,特别是那些没有参与主要发明活动但作出了增量创新或改善贡献的地方工业或生产部门(如,玩具制造业、钟表制造业、光学、微技术和微力学等)。对当地小型企业,二层面专利系统处理申请的方式更经济(主要因为免除考试)。也就是说,二层面专利体系仍依赖较好的激励体系以保证对创新的保护;他们也要求专利律师有能力替客户处理申请。当然,免考本身也会导致过宽的申请,反过来对其他发明者产生不确定性,并降低其他权利持有人安全感。

工业设计保护

工业设计保护的则是与技术功能相对应的产品外观。大多数工业设计法都是以注册为基础的。在设计这一系统时,决策者需要考虑对设计者和艺术家潜在挑战的范围(如确保注册程序不过于繁琐)。对那些生命周期较短的产品设计,如玩具、时装、家庭用品和家具、纺织品工业等易于被模仿,需要快速保护。最常见的保护是非注册设计权或版权(见下文纺织品工业部分),而不是注册设计权。

商业秘密

商业秘密为发明者提供了方法保护其不被未经授权而擅自使用其发明所侵害(特别对那些无法授予专利或授予专利成本过高的类别)。它同时也保护信息不被公开。对发展中国家而言,一部有助于竞争的商业秘密法可包括一些条款降低工业间谍行为,或允许对离职的专业技术人员采取合理限制。这些法律也给其他研究人员和发明者提供了在商业秘密项下“反向研究”产品的绝对权利,从而独立发现、复制和对未公开发表的研究专利化。然而商业秘密会对进入某些行业产生绝对或长期障碍。这就是为什么政府常常更倾向于专利系统,并强调以固定时期的独占权来换取技术革新突破的公开。

商标

商标保护能提供有效工具来帮助发展品牌识别和对来自发展中国家的高质量手工艺品、服装和音乐产品商业化。它也能帮助公司区分产品质量,提高增值效用。

第三章回顾了对发展中国家某些产业部门有特殊利害的 IP 政策选择。

软件

在软件领域,发展中国家面临着平衡许多不同目标的诸多挑战。版权法就为此目标服务。对那些希望扩大平均规模和使当地软件业增值发展,版权保护可能正当其时。然而保护程度适当与否基于所生产的软件特性。一些软件公司会希望保护能有助于补偿投资,另一些公司会希望通过对现有产品或产品要素的再使用来节省成本。诚然,通常同一公司也希望既保护其软件,也指望使用现有的产品。这样一来,版权法就需要能在当前革新与未来革新中获得足够平衡。

纺织品

发展中国家纺织品和服装工业也可从提高 IP 保护中受益。在 TRIPS 协定下，各国可以使用版权或设计新法来保护这些产品的设计。对生命周期较短的生产而言，版权可能更具吸引力，由于易被模仿，快速自动的保护机制不可或缺（特别对依赖增量提高而不是大规模设计发展类别而言）。这是因为设计新法可能比版权更复杂昂贵，尤其鉴于其相对较高的保护标准而言（如原创性和新颖性），

音乐产业

在音乐产业方面，发展中国家与生俱来拥有丰富的音乐资源。虽然发展空间巨大，音乐出口增长迅猛，但相对说来，很少国家能够在国内外市场中通过灌制音乐获利。版权保护政策是帮助繁荣和保护发展中国家音乐产业的一种手段。甚至当版权保护已就其位时，决策者仍需要对主要角色（如作曲家，演奏家，发行商和录制公司）提供有效、透明和完全可计算的版权征收和分配机制。大量的讨论集中在如何设计出联合管理体系，使当地艺术家和生产者利益最大化（而不是只为大的外国公司充当收集机器）。很明显，发展具有国际竞争力的音乐产业必须依靠大范围的公共政策来支持技术再生工艺、市场营销战略、合资企业、当地产品要求、减少当地广播工业规则和国内外音乐界合作。

新技术

在过去几十年里，具有发展潜能的新技术，特别是生物技术和信息产业技术（ICT）引起了大量关注和争议，这样也促进了整体发展。发展中国家的研发中心、大学和商业部门在产生新技术发明的能力上，各国均有极大不同。这些问题在第四章里进行了阐述。

生物科技

当前，发展中国家对将生物科技在一系列不同活动的可能应用逐渐产生了兴趣，希望能因此带来新的工业和贸易机会。然而，到目前为止，最实际和最有利益前途的工业应用如制药业，无论从研究贡献还是从对最终产品的购买上，都大大超过了众多发展中国家的问鼎能力。

在未来许多年里，许多实际因素可拆除发展中国家涉足生物科技的障碍，发展中国家可能逐步变成本领域创新的重要力量。在判明生物科技是否和如何对经济发展做出贡献之后，发展中国家需要制定好 IP 政策，作为总政策框架的重要组成部分。对将对生物技术研究做出积极贡献的国家而言，制定一整套坚实的国家创新体系不可或缺（如基本的研发资金，技术人员和强有力的教育体系等）。无疑，IP 政策不能独立于影响一国增长发展的政策与机制体系之外。

TRIPS 协定没有明确涉及生物科技领域，但协定中有与之相关的重要条款，特别是第 27.3 (b) 条款提到的有关专利问题。它对各国如何定义生物科技的专利发明明确了一系列义务。这篇报告详细回顾了各项要求，并强调了各国为发展生物科技这一目标而在定义专利发明中可利用的大量灵活性。广义说来，各国可选择对生物科技提供宽而强的专利保护，或者将一定产品（如植物与动物）与生产过程（如提炼动植物产品的生物过程）置于保护之外。同时，也可制定自成一体的保护植物多样性的专利体系。

在一些发达国家，只要可靠的使用得以公布，法律允许授予独立 DNA 序列专利。其它还包括新颖性等标准，使自然存在的独立状态不足以表明新颖性。扩大对基因和基因序列等专利保护在发达国家科学界引起了极大争议，主要因该领域专利提高了进一步研究的成本，并且对加快革新步伐产生障碍。一些评论家从道德和伦理角度提出异议，因为它不仅对基因还对动植物和其它所谓的“生命形式”也授予专利。

信息与通讯技术(ICT)

信息与通讯技术是一个在极短时间内获得巨大发展的领域。主要的革新来自于软件、硬件、半导体和通讯产业。相关工业如电子技术处理和通讯等与 IP 政策也有利害关系，即网络服务提供商，内容供应商，创造内容者，国际互联网浏览器和电子商务。它们对 IP 保护均持不同观点，如内容供应商倾向于较高的版权保护；而网络服务提供商则倾向于反对较强保护，尤其因为它们因此可能要对侵犯其他用户的版权承担责任。

虽然一些发展中国家也是 ICT 创新的主要来源，但总的来说，信息摄入比革新发展更重要。发展中国家的创新性公司在高度集中的 ICT 市场已经举步维艰。即使发展中国家是主要的生产中心，但他们不过是那些从设计和产品销售中攫取了主要利润的发达国家的合作伙伴而已。

ICT 技术革命从不同方式促进了 IP 政策的发展。TRIPS 协定要求各国通过版权法对软件进行保护。软件数据发展商倾向于用版权作为既保护表达方式，同时也限制信息摄取的方式。例如在美国，软件发展商可以对其未公开程序代码进行版权保护（也可通过商业秘密法保证对源代码不被公开等方式寻求保护）。TRIPS 并没有明确规定各国必须对软件给予专利保护，但一些双边贸易协定对一些国家设置了这样的要求。在欧盟，计算机程序并不受官方专利保护，但事实上仍有许多程序获得了专利。TRIPS 还要求各国对自成一体的半导体芯片设计进行保护与实施。

对发展中国家而言，关键问题是确保网络信息用户享有“公平使用”的权利，如从电子资源上制作和传播一定数量供教育或研究用的印刷品，包括在评论或批评中的合理引用等。各国也需要对数字信息供应商采用的特殊方法予以重视，这包括采取过于限制性和缺乏灵活性的许可证形式（如对软件或电子杂志资源的获得），和对复制设置技术性障碍等。这些新的“防盗”措施不仅限制用户进入作品本身，也使 IPR 持有者剥夺了用户公平使用信息的合法权利。比如政府可能希望确保对那些出于公平目的而作的防盗技术努力不被视为非法行为，这样，也就不应视生产、使用和传播旨在防盗的技术为非法行为。

技术转让

许多发展中国家一直都是新技术和新产品的净进口国，因此，技术转让便成为促进其提升生产过程技术和使生产方式多样化的战略之关键。现代技术革新大多为发达国家的公司、研究机构、大学或个人所有，如专利权就朝发达国家一边倒。大量的国际专利都继续由坐落在北美、西欧和日本的公司申请应用着。

第五章指出，技术转让是与诸多核心组成部分相关的复杂过程，包括分享技术、知识、技术诀窍和管理技术。从字面上看，技术转让区分了非正式转让和正式转让两方面。总的说来，非正式技术转让指“模仿”行为，它是日本、韩国等国获得技术提升的强大武器。正式技术转让通常是商业

运作，通常以公司间协议实现，并伴随包附着于产品（如机器设备销售）、思想、技术信息和技能（通过许可、特许经营或配送协议）的知识流动，以及专家和技工的自然流动。

TRIPS 的一个关键假设条件是“保护和实施知识产权”将有助于“技术转让和传播”。协定规定发达国家将为最不发达国家的企业和机构提供激励，以促进和鼓励技术转让。主张发展中国家实行强 IP 保护者宣称强 IP 法和严厉的的实施也将扩大 FDI 向发展中国家的流动，以及通过研发形式产生更广泛创新。

经验研究表明，强 IP 保护与技术之间的相关性仍是非决定性的。然而有的研究显示，IP 政策与技术转让间关系基于一国经济发展水平，特定技术领域水准和公司吸收技术行为与能力。同时还有研究显示，在非正式和正式技术转让模式之间，强 IPR 机制的冲击影响可能大不相同。

就正式技术转让而言，对专利、商标和贸易的强 IP 保护与实施可能使外国公司建立信心：其技术将得到该国保护与控制，这样，它们将进一步提高正式技术转让和 FDI 投入。而就非正式技术转让而言，TRIPS 实施则可能会使进行传统意义上的模仿等受到制约。同样，这方面的经验研究也非终局性的。提高保护和加强对外国 IP 所有者本国法律权利可能只是加强他们封锁本国技术摄取能力或者对本国公式收取更高的许可费用。此外，必须记住的是，对技术转让来说，并非只有专利信息或获得专利产品才算重要，同样重要的是多数公司全力保护的相关技术诀窍。确实，从流入发展中国家的 FDI 中可见，跨国公司无论在本国或其母国均控制其核心技术。此外，目前所获的数据表明，FDI 决策由 IP 政策之外如总投资环境等诸多因素决定，当然，这仍属非终局性结论。

总而言之，很明显，各国不应简单接受强化实施 IPR 将促进创新、FDI 和技术转让的假设。许多国家经验说明，至少有许多其它因素与从上述过程中受益同样重要。因此，强化 IP 保护的影响往往基于它与其他因素关系，如国内市场规模、特定技术领域、公司行为和吸收能力、要素供应结构、生产基础、国家发展水平和宏观环境稳定程度等。该假设对某些产品或许适用，但发展中国家应仔细明辨其再三强调的 IP 政策与创新、FDI 和技术转让的正相关关系。

特别话题：实施新 IP 标准对发展中国家的挑战

健康

正如第 6 章所讨论的，IP 政策与获取药品之间的关系成为 IP 领域中最具争议的话题。对许多发展中国家特别是最不发达国家而言，获取能负担得起的药品是其首要问题。有些障碍致使获取药品变得令人很伤脑筋，如不足的公共健康设施、无效的营销配送网络、无效投资、繁琐的规则体系和药品的昂贵价格。药品的高价问题已经产生了关于公共健康领域现存的巨大专利垄断问题的大量质疑。尤其是制药公司未对在 HIV/AIDS 边缘垂死挣扎，缺乏获得抗病毒药品的数百万百姓提供足够帮助，受到了众多非政府组织和政府的谴责。其他谴责还有，制药公司只安排了极低的研发资金来研究穷人受影响大的疾病；对发展中国家政府施加压力，防止当地生产或从那些专利体系不健全的国家进口其生产的便宜药品或复制药品。

因专利而得的独占权使公司能设定并保持高价位。制药公司称，专利是其从研发投资中获得回报的重要途径，也是促使其投资到高风险高投入的新药上的动力所在。从发展中国家角度看，主要

的政策关注是帮助确保医生、医院和个人能在较低价格获取到药品。促进早期普药竞争，是促进竞争，减低价格和扩大药品进入的重要方式。近年来，人们关注专利和 TRIPS 协定中与公共健康相关的条款。TRIPS 协定迫使 WTO 各成员国对药品授予专利。在 TRIPS 协定之前，没有任何国际法规定过类似义务，也就是说，至少 50 个国家未对药品给予任何保护，而且还有很多国家只提供了远低于 TRIPS 标准的弱保护。TRIPS 除了要求成员提供产品专利外，还要求保证其为营销与药品审批而提交的信息不被不公平地商业利用。TRIPS 中包括的新义务还有：从专利申请日起授予不低于 20 年专利保护期，限制专利权及其义务的例外范围，通过管理和法律手段对专利权有效强制实施。总体说来，这些规则极大改变了制药商业化和发展中国家获取低价药品的全球框架。

然而，TRIPS 允许各国在实施义务时采取满足人类健康的必要方式。为促进竞争，TRIPS 协定通过重要的灵活条款提供了许多回旋余地，使成员可以采取的措施，降低由专利授予产生的独占权影响。发展中国家有许多方式来降低对制药产品专利导致的成本。首先，在国家紧急状态下，或其它极端紧急态势下，TRIPS 协定允许国家即使不与权利所有人协商条件下，实现强制许可（或对公共非商业使用授权）。协定明确这项授权必须“主要供应于国内市场”，因而限制了一国以供应第三国为目的的强制许可能力。在许多条件下，威胁进行强制许可也可作为发展中国家可利用的有效工具。强制许可的真正作用是强化政府和第三方讨价还价能力，即使这些许可实际上未被授予。第二，TRIPS 协定也允许各国在专利产品可从外国获得时，对其进行较低价位的平行进口（专利业已存在）。第三，各国可制定对独占权的例外规定，如早期工作方式例外，即允许普药公司在专利药品到期前提出并获得行销许可。

作为对政府和民间团体关注的回应，WTO 成员于 2001 年通过了“关于 TRIPS 协定与公共健康”的《多哈宣言》。《宣言》明确指出，TRIPS 不应阻碍成员采取措施以保护公共健康，并重申各国完全有权利用 TRIPS 中有关条款，即允许各成员“发放强制许可和决定许可发放条件的自由裁量权”。它同时允许 WTO 成员自行建立关于知识产权“权利利用尽”的体系。然而，《宣言》没有提到当国家缺乏制药能力或有效利用强制许可十分困难时该如何解决。《宣言》第 6 段只要求 TRIPS 委员会“迅速找到相应的解决办法”。

食品与农业

在过去几十年里，新的 IP 规则可能造成的潜在冲击，以节就食品安全、农业和生物多样性立法成为发展中国家 IP 政策的关注焦点。第 7 章对这些问题进行了分析。

植物新品种保护、获取和利益共享

有一系列政策工具与保护植物新品种有关，且政策形式在不断发展着。最重要的是，TRIPS 协定要求所有 WTO 成员国为植物新品种提供 IP 保护，或以专利形式，或通过自成一体形式（即自行设计），原则说来，允许各国就保护植物新品种发展自身的规则体系。一些国家正致力为之，其它一些国家则选择采用由《保护植物新品种国际公约》(UPOV)制定的立法模式。

关于 UPOV 的立法模式产生了大量争论。许多发展中国家对植物种植者权利方法表示不满，称它是为满足发达国家资本密集型、大规模商业化农业体系而设计的特殊特征。在本报告中，有关部门此类保护显示，它不足以解决贫穷农民的利益问题，因为它未充分承认传统意义上的农民对植物新品种的历史贡献，而且它将进一步减少基因资源的可用性。有对保护植物新品种过程减低了分

享植物新品种前景的关注，它可能将对基因研究有所贡献。最后，PBR 体系更多促进的是集约化研究，而没有就当地环境和社会经济条件进行针对性研究。

在有关 PBR 的争论之上，还有关注在于，强化植物新品种的 IP 保护将使研究型基因材料进一步私有化、农业研究私有化，使种植原料、研究工具和技术不断集中于少数超大型公司之手，并缩减无所有权的公共研究份额。但不管何种关注，许多发展中国家发现，在双边和地区贸易谈判中，采用 UPOV 型植物新品种保护方式受到重重压力。如非洲联合体组织发展了模型法来保护当地社区、农民和种植者权利，并对获取生物资源定产出规则。在 2001 年，印度议会通过了保护植物新品种和农民权利法案。

第 7 章还谈到《生物多样性公约》(CBD) 和 FAO 针对实施 IP 政策而颁布的新的《国际粮食和农业植物遗传资源条约》(ITPGRFA)。实践证明，TRIPS 与这两个协定关系非常复杂。因 TRIPS 协定使 IP 保护合法化，垄断植物基因资源也因此合法化；然而，FAO 和 CBD 这两个协定均认可国家主权高于一切。CBD 建议以双边协定形式促进基因资源的获取，FAO 协定则致力于在各国中创造出利益共享、问题共担的多边体系。FAO 协定中的关键议题是，是否应将主张限制获取植物基因资源的 IP 权利纳入本协定。在 CBD 协定中，IP 只明确指导向技术转让领域，而 IP 政策常讨论如下议题：基因资源的获取，利益共享和知识、革新和本土单一民族惯例。

地理标识

IP 政策与食品农业和生物多样性类相关的议题还有地理标识(GIs)。TRIPS 协定将 GIs 定义为“识别一货物来源于一成员领土或该领土内一地区或地方的标识，该货物的特定质量、声誉或其他特性主要归因于其地理来源。”换句话说，地理标识能帮助鉴别和区分市场中各类产品。他们还可以帮助确立产品原产地与质量、声誉或其他特性的特殊关系。所有这些都对特定产品的收益与长期商业存在产生重大影响。TRIPS 协定就保护葡萄酒和烈酒保护等给予了区别对待。

在多哈 WTO 部长级会议中，成员国同意继续就将地理标识扩展到新产品进行讨论。欧盟和瑞士政府是 GIs 的积极倡导者，他们强调了一些对发展中国家特别对农村经济发展的潜在利益。对发展中国家来说，扩展地理标识范围，从而使产品保护应用到更广义范畴无疑有益。建立在地理原产地基础上（并防止其他人未经许可使用同一地理区域标识）的产品行销能力，将允许部分发展中国家商业生产者将其农产品与国际市场其它产品区分开来变得可能。特别是使用 GI 保护，将可能有助于这些团体维持长期的、集体性生产活动，并给予这些努力更大的经济回报。

另一方面，一些发展中国家也对扩展 GIs 心存疑虑。他们担心“真实性”和“原产地”等条件可能会成为其出口到特定分级市场的障碍。他们表示，与发达国家相比，只有很小一部分 GIs 能使发展中国家从这一扩展中受益，部分因为许多土特产品在发达国家都被视为普通类产品。一些已经进行自由公平产品仿造的发展中国家也担心他们将从扩展 GIs 造成的市场闭合中受损。

然而对发展中国家而言，当前潜在的地理标识是投机性的，因为这类 IPR 在欧洲之外只有很少国家使用。许多 GIs 只有很小的市场，国际贸易也非常罕见。欧洲经验显示，成功的商业化和 GIs 使用基于产品供应链上各公司的合作，并基于建立和管理产品质量标准的有效公共支持。此外，还需要对产品大量营销和推广，特别对拟出口产品的外国市场供求信息掌握上。

传统知识和民俗

发展中国家中传统意义中的人和社会为大量的医药植物、健康型草药和农业和森林的发现、发展和保存做出了贡献。传统知识（TK）也用于现代工业如制药业、植物药品、化妆品、农产品和生物杀虫剂的原材料。虽然估算 TK 的金钱价值极端复杂，但毫无疑问的是，它对发展中国家食品安全、就业、牲畜及出口做出贡献。此外，许多 TK 包含的文化与精神财富是无法用金钱衡量的。

在第 8 章中，总的说来，知识产权政策未能有效地衡量传统知识的价值。自九十年代初起，发展中国家和 TK 所有者就努力推动国际 IP 政策认可其价值和产地。许多发达国家跨国公司和研究人员经常未经允许使用 TK，且未在公平意义上分享随后产生的经济利益，其它则未经允许使用单一民族文化表达方式，未对创新活动来源予以补偿，甚至在并非真实的情况下把产品与作品冒充为真实表达。许多社团抱怨特殊庄严的、或宗教意义重大的知识和/或文化表达方式，都在被不可忍受的或道德混乱的方式被商业化。许多发展中国家政府就在其国家的公共领域存在了数百年的专利发明发起了挑战。

TK 目前是国际讨论中的特别议题。在多哈，WTO 成员同意检查 TRIPS 与保护传统知识和民俗的关系。与此类似，2000 年，WIPO 总理事会设立了知识产权与遗传资源和传统知识与民俗的政府间委员会。根据第 8j 条，CBD 也成立工作组，就 TK 和 IP 相关议题开展工作。本报告要求各国尊重、保存和维持知识、革新和单一与当地社区的惯例，并鼓励分享由使用这些资源获得的利益。FAO 的新 ITPGR 也指出政府应就保护 TK 采取的措施。最后，UNCTAD 也引导注重提高传统知识的保护，WHO 也有纲要促进传统医药和公平公正地分享从中获取的利益。

在国际上，目前有若干个具体问题正在讨论之中。第一个问题涉及原始素材的问题。虽然各个国家具体条文有所不同，但是大部分国家的知识产权保护体系都认为传统知识不属于任何特定个人。这就是说，他们假定传统知识是公共范畴。一个可能的解决方案是让专利官员对原始素材进行切实的研究。为此，一些发展中国家政府正在建立全国性或地方性的传统知识数据库。一些国家与 WIPO 合作以期改善这些数据库的信息存取能力。许多原住民组织认为这些数据库可以帮助专利研究人员剔除那些非原创性的发明。同时，他们也要求对传统知识的登记必须获得这些知识所有人的首肯，而且所建数据库必须留在当地，并由原住民自己来控制管理。对许多发展中国家而言，一个优先的相关政策是要求所有国家在专利申请中公开该发明所依据的基因资源的地理来源。

大多数原住民和地方传统社区看来都支持改善知识产权法规，以保证他们的知识不被滥用和盗用。然而，无论是用现有法律还是制定新的保护措施都具有争议性。基于过去的惨痛教训，原住民对于专利制度怀有敌意，并且感觉无力对付非法专利。对于许多原住民而言，无论是一个组织还是一个公司，甚至他们本身的社区，谁都不能宣称拥有由基因资源发展而来的发明创造的专有权，因为这违反了他们的价值体系和风俗。那些有意保护自己发明创造的原住民社区常常会遇到一般专利标准的适用性的问题，而且他们往往也不具备足够的资源来申请和保护他们的专利。

理论上说，相当大一部分传统知识可以通过贸易秘密法来加以保护。尽管在许多传统社会中知识的分享司空见惯，但是传统医生、其他一些特殊知识的所有者还有氏族宗亲一般不愿与外人分享他们的知识。作为一个例子，如果愿意的话，贸易机密可以储藏于不对外开放的数据库，只有那些签了标准合同的公司可以查询数据库，以保证与传统社区分享相应的经济利益。

一些政府呼吁使用特别的体系来保护传统知识，以便顾及其特殊性。大多数原住民认为这种特别的体系能够而且应该建筑在传统的乡规民俗之上。这些乡规民俗通常包括当地法律体系对于不同类型知识的分类、获取和分享知识的程序以及与拥有知识相应的权利和责任，而这一切又植根于当地特殊的文化、语言和环境。总体来说，大多数国家未能顾及到这些乡规民俗，更不用说考虑到原住民的知识和知识产权保护的问题。然而越来越多的国家正在成功地将乡规民俗纳入考虑范畴。尽管原住民社区拥有许多共同的价值观与原则，但是由于乡规民俗本身的复杂性和多样性，几乎不可能就传统知识制定某种单一和普遍适用的知识产权或国际法。

知识和教育、技术和科学信息的获取

对于发展中国家来说，知识产权政策的考量正成为公立教育的一个重要因素，同时对于进行科技研发的能力也至关重要。在科教界，发展中国家依然依赖于外文出版物、学术期刊（数字或非数字）、教学和研究软件、电子数据库和与互联网的连接。从发展的角度而言，人们有理由对近年来知识产权政策的发展趋势感到忧虑，因为这种趋势限制了发展中国家获取知识和教育、科学和技术信息的渠道，而这些信息对发展中国家发展本国科技研发和创新的能力是至关重要的。一些公司正在推行新的策略，以具有争议性的新技术和合约条款来加强知识产权政策对它们投资的传统保护。发展中国家的政府正处于一个相当困难的境地，一方面它们要保证信息和知识的获取，另一方面又要遵守对国际条约的承诺。第九章讨论了一系列发展中国家可能考虑的版权政策方案和例外情况，也涉及了不同价格体系可能造成的影响。

在教育领域，与知识产权相关的一个关键问题是发展中国家是否有能力复制并传播那些本国学生和公共教育体系所不能及的内容。价格问题不仅是获取外文资料的障碍，而且是中小学、大学和研究机构获取本国文献的一个现实问题。作为解决农村和穷困社区教育问题的一个方法，许多发展中国家开始对远程教育产生越来越大的兴趣，因而特别关注与互联网、教学软件及其他通讯技术相关的知识产权政策。

对于发展中国家来说，“合理使用”（*fair use*，美国用词）或者“合理交易”（*fair dealing*，英国和其他英联邦国家的术语）的概念得以全面实施非常重要。因为这些概念包含一些版权例外的情况，允许在某些条件下使用受到保护的作品（尤其是个人和非商用的目的，以及公共文件图书馆）。然而，从近期世界各国立法趋势来看，有越来越大压力对合理使用的可能性加以限制或排除，尽管国际公约如伯尔尼公约和 1996WIPO 版权公约（*WIPO Copyright Treaty, WCT*）。除此之外，伯尔尼公约的一个附件包括了一些适用于发展中国家的特别条款，以利用于教学、学术和研究目的的翻译以及用于教学活动的复制。然而，因为这些条款还带有限制和条件，实际上只有少数发展中国家目前利用了这些条款。

在努力保证发展中国家有公平使用机会的同时，越来越多的人认识到有必要对“收费组织”（*collecting societies*，这些组织从使用者那里收取费用，并分配给权益的所有者）的设计做重新考虑，以避免它们的反竞争行为。另外，也要使得建立和运行这类组织的费用由版权所有者来承担，特别是外国版权所有者来承担，因为后者是这些组织的主要受益者。

WCT 规定参约国实施相应法律，以确保作者和生产者们为防止自己作品被非法复制或使用时采取的技术措施不被破解。这些法律是应作者和出版商们的要求所设立，因为在互联网上控制其作品的传播和使用日益困难。美国“千年数字版权法案”（*Digital Millennium Copyright Act, DMCA*）比 WCT 更进一步，认定任何解码技术（甚至包括那些传统上被认为“合理使用”情况）为非法。

值得注意的是，**DMCA** 还列出了一些发展中国家在实施国内相关法律时可以考虑的例外情况，比如非赢利图书馆、执法机构、使软件兼容的技术、解码研究以及限制未成年人使用互联网的技术。

最后，科学研究和技术进步取决于知识在各国之间的自由流动。然而，由于发达国家通过知识产权和有关法规以加强其竞争性，其他国家获取相关知识的渠道日趋狭窄。举例来说，版权保护政策的实施方式科学出版物和杂志价格高昂，使得发展中国家的科学家和工程师们难以问津。特别是，一些科学杂志正在把纸版发行改为价格昂贵的电子订阅，给许多研究人员获取前沿知识、数据和论点造成了更多的困难。

同样，对信息数据库加强知识产权保护的新举措也会进一步增加信息成本，严重影响人们获取那些存储于受到保护的数据库的信息。例如欧盟独特的数据库保护体系，给予数据库作者以 15 年的保护，在此期间无论是全部或部分的数据下载歌载舞都不允许（而且一旦新的数据假如数据库，此类保护期限还可自动延长）。虽然此类政策的确切后果目前还难以确定，但是可以肯定的是，由于越来越多的信息被转换为电子数据库而只能通过互联网存取，发展中国家的研究机构和大学将面临更大的困难获取低成本的信息。（李轩 编译）

* * *