



- 科研成果
- 教师论著
- 经济法与法律经济学教室
- 金融法教室
- 财税法教室
- 竞争法教室
- 宏观调控法教室
- 工业产权法教室
- 环境法教室
- 获奖成果

### 林秀芹：专利当地实施要求的法律思考

作者：林秀芹

本文来源：厦门大学经济法学研究中心

摘要
WTO成员国专利法中的“当地实施要求”条款是否违反TRIPS协议的规定？美国与巴西就此展开了针锋相对的斗争。本文分别从“当地实施要求”的立法史和条约解释学的角度分析专利“当地实施要求”的合法性，指出：“当地实施要求”并不违反TRIPS协议或者《巴黎公约》的规定。在中国力求与WTO规则接轨的当今，这一分析具有相当重要的理论和现实意义。
关键词
专利-当地实施要求-TRIPS协议-《巴黎公约》

专利法中的“当地实施要求条款”[1]历来是发达国家和发展中国家争论的一个焦点[2]。近年来，美国以“当地实施要求”违反TRIPS协议[3]为由，屡次促使其他国家取消专利法中的“当地实施要求”条款。在各种压力下，中国在1992年[4]修订《专利法》时取消了原来1984年《专利法》第51条关于“当地实施要求”的规定[5]。在2000年美国诉巴西一案中[6]，美国指控巴西“工业产权法”第68条关于“当地实施要求”的规定违反TRIPS协议，试图迫使巴西取消该条款。于是，“当地实施要求”是否符合TRIPS协议的规定近年来引起许多学者的关注[7]。但是，美国与巴西关于专利“当地实施要求”一案以双方庭外和解的方式而告中止，WTO的争端解决机构并未裁决双方当事人的争端[8]，因此，对这一问题的争论将不可避免而且可能更加激烈[9]。本文将从立法史和条约解释学的角度评析美国诉巴西案，论证“当地实施要求”的合法性。这一问题涉及到WTO规则是否允许发展中国家利用“当地实施要求”，以实现本国的社会公共目的。因此，本文对于澄清理论是非以及维护发展中国家的正当利益具有相当重要的理论和现实意义。

#### 一、引子：美国诉巴西案

##### (一) 案情经过

美国诉巴西一案是因争议双方对“当地实施要求”是否符合TRIPS协议的规定而引起的。1996年5月14日，为了实施TRIPS协议的规定及避免美国“特别301条款”[10]的制裁，巴西颁布了新修订的“工业产权法”[11]。该法增加了对药品及其生产方法的专利保护[12]，同时，该法第68条第1款将“未在当地实施专利”明确列为启动强制许可制度的情形之一。如果专利权人在获得专利权之日起3年内未在巴西充分实施其专利，第三人可以申请强制许可。这种规定曾是许多国家防止专利权人滥用其专利权的重要手段[13]。

在艾滋病泛滥的今天，“当地实施要求”对巴西等发展中国家降低药品价格、克服艾滋病危机具有特别重要的意义。如巴西政府在2001年2月宣布，如果治疗艾滋病的两种专利药品（Stocrin 和 nelfinavir 或Viracept）[14]的价格未大幅度下降，该国将强制许可本国企业生产这两种药品[15]。后来，巴西政府于2001年8月宣布强制许可可在本国生产专利药品nelfinavir，因此可减少该药品价格的40%，免费提供给该国四分之一的艾滋病患者[16]。通过强制许可，巴西本国的企业生产治疗艾滋病的11种混合药品中的8

种，其价格可比国际市场上的专利产品低70%。由于巴西这些卓有成效的措施，低价或者免费向艾滋病患者提供药品，艾滋病危机在该国得到有效的遏制。如自1997年到2001年，巴西的艾滋病感染率和死亡率均下降了50%[17]。

但是，在制药商的游说之下[18]，美国于2000年6月以巴西“工业产权法”第68条有关“当地实施要求”的规定违反TRIPS协议为由，向WTO的争端解决机构起诉，要求将“当地实施要求”宣布为非法。然而，巴西并没有屈服于美国的压力而是据理力争。同时，美国政府强硬地维护美国药厂的经济利益、阻挠发展中国家使用TRIPS协议允许的制度和为病人提供低价药品的行径，遭到国际社会的强烈批评[19]。

在强大的国际压力下，美国政府于2001年6月5日在“不影响双方（对当地实施要求）的立场”的条件下，向WTO撤回了对巴西的起诉[20]。但是，美国在撤诉时要求巴西承诺：双方将有关争端通过在WTO机制以外的双边协商途径解决；同时，美国仍然保留再次向WTO起诉的权利，以便双边协商未果时，将争端提交WTO的争端解决机构。此外，巴西在其运用其“工业产权法”第68条对美国专利颁发强制许可证时，应提前10天通知美国[21]。

可见，此案并未解决巴西“工业产权法”第68条是否符合TRIPS协议这一问题。美国的撤诉并不意味着它放弃反对“当地实施要求”的立场，而是美国在国际舆论对其不利的情况下所采取的权宜之计。

## （二）美国和巴西的主要争议

美国和巴西争议的焦点问题是：巴西“工业产权法”第68条关于“当地实施要求”的规定是否符合TRIPS协议？对此，美国和巴西的立场截然相反。

美国声称，巴西工业产权法第68条关于“当地实施要求”的规定有违自由贸易精神和WTO的许多规则，其中包括TRIPS第27条第1款[22]和第28条第1款[23]的规定。美国认为，巴西“工业产权法”第68条要求专利权人在巴西“实施”其专利，并且将“实施”专利解释为“在巴西制造、充分制造专利产品或者使用专利方法”。在美国看来，巴西“工业产权法”的这一规定实际上构成对在巴西持有专利的美国人的歧视，因为该条款实质上禁止专利权人将产品“进口”到巴西，而只能在巴西“制造”有关专利产品，以满足“当地实施要求”。美国认为，只要专利产品“进口”到WTO的某一成员国，即是专利已在该国“实施”。如果要求专利权人必须在专利授予国“生产或制造”专利产品，则会构成对进口专利产品的歧视，因此，违反TRIPS协议第27条第1款和第28条第1款的规定。

然而，巴西认为，以“当地实施要求”强制许可实施专利并不违反TRIPS协议的规定。TRIPS协议试图平衡知识产权所有者和使用者之间的利益。这种平衡清楚地表明，巴西专利法第68条完全符合TRIPS协议的规定。然而，如果按照美国的解释，将破坏这一平衡[24]。美国的要求超出了TRIPS协议的规定。此外，巴西认为，其“工业产权法”第68条是巴西克服艾滋病危机的不可或缺的重要组成部分。通过该条款，巴西可以要求专利权人在本国生产有关药品或者使用专利方法，有利于克服公共健康危机。如果取消该条款，将严重损害巴西防止艾滋病危机恶化的努力[25]。

美国和巴西各执一词，针锋相对。下面将先回顾“当地实施要求”立法史，然后从条约解释学的角度分析美国的立场。

## 二、“当地实施要求”制度的立法史

从历史的角度来看，“当地实施要求”并不违反《巴黎公约》的规定。

### （一）“当地实施要求”是早期专利法的重要组成部分

自从专利制度产生时起，所有国家都意识到，没有限制的专利权将对社会构成无法承受负担；授予外国人的专利权尤其如此。因此，在授予专利权的同时，都要求专利权人履行一定的义务，其中包括要求专利权人在本国实施其专利技术[26]。否则，如果专利权人未在授予其专利的国家“实施”其专利技术，其专利可能被撤销或强制许可。“当地实施要求”产生的主要依据在于：如果没有“当地实施要求”，外国专利权人可能在东道国取得专利后并不实施其专利，而是将东道国作为其产品的出口市场，这样，可能人为地提高专利产品的价格并阻碍东道国的工业发展和技术进步。许多国家认为“当地实施要求”能够克服这一弊端。

早在1474年的威尼斯专利法—被普遍认为世界上最早的专利法中，就有关于“当地实施要求”的规定。该法在授予新产品或者新工艺的发明者10年垄断特权的同时，要求专利技术必须在一定期限内“实施”，否则，专利应被撤销[27]。

在英国早期的专利法中，“当地实施要求”是授予专利权的重要条件。如13世纪的专利证书就有关于鼓励实施其新技术的规定[28]。伊丽莎白一世时期的许多专利证书要求专利权人在一定期限内将专利投入“工业实施”[29]。授予外国人的专利证书通常还包含“学徒条款”，要求专利权人培训一定人数的本国学徒[30]。“学徒条款”不仅要求外国专利权人在英国实施其专利，还要求将专利技术“本土化”，即培养一定数额的学徒，确保在外国专利权人撤走或者专利期限届满后，本国的工业能够继续发展[31]。此

外，专利申请人在申请说明书中强调他准备实施专利或者已经采取实施新技术和新工艺的措施[32]。

后来，1623年的“垄断法令”第6条规定：对于在英国“实施”（working）或者制造（making）新工艺、新产品者，或者新技术的最先发明者，给予14年以下的专利权。但是专利权的授予“不得提高商品在国内的价格、损害贸易或造成其他不便而对国家有所不利”[33]。否则，专利可能被撤销。英国专利法学者戈顿指出：“在整个17世纪，专利法的一项重要原则是：专利权人有义务提供足够数量的专利产品，有义务维持足够的货存、保证质量，并以相当于标准价格的合理价格出售；否则，专利将被撤销。”[34]这一时期的专利证书通常记载：“如果授予的专利权对国王的臣民有损害或者不便时，皇家枢密院可以撤销该专利。”在17世纪，许多专利因为没有付诸实施而被撤销[35]。当地实施要求是英国专利法的一个重要组成部分[36]。

其他国家早期专利法也有关于“当地实施要求”的规定。例如，法国早期由国王授予的专利垄断权均以专利权人在本国实施其专利技术为条件[37]。1762年法国国王发布的专利令也明确要求专利权人履行在当地实施专利的义务[38]。在德国，实施专利技术（work）在16世纪时是授予专利的重要条件[39]。

## （二）18世纪以来当地实施要求的发展

到18世纪后期，许多国家颁布了专利法[40]。这些立法都规定严格的当地实施要求和专利撤销制度，其中，对“进口专利”尤其如此。如法国1791年专利法规定，专利权人必须在法国实施其专利技术，否则，其专利可能被撤销。此外，如果专利权人在法国取得专利权后又其他国家取得专利权，该法国专利权应被撤销[41]。美国在殖民时代的专利法也强调专利权的授予是为了促进本国的经济发展，吸引外国发明者在本国实施专利技术[42]。美国的第一项专利法案——1790年专利法中，也规定了所谓的“进口专利”条款，要求外国人在本国实施专利，否则，其专利不受保护[43]。可见，正如海尔伍德指出，到《巴黎公约》出台前夕，绝大多数国家的专利法都有关于“当地实施要求”的规定。因为各国专利法的目的是促进本国的经济发展，而不是保护外国的专利[44]。

## （三）当地实施要求在《巴黎公约》的确立和发展

在《巴黎公约》谈判过程中以及随后的100余年里，“当地实施要求”一直是争议最激烈的问题[45]。1873年的维也纳会议决议确定：在公共利益需要时，可以实行强制许可。但是，此次大会否决了“当地实施要求”原则[46]。后来1878年的巴黎大会确定：“为公共利益需要征收财产的原则”应该适用于专利权；此外，如果专利权人在一定期限内未在授予专利权的国家“制造”专利产品，特别是在专利权人不能说明其不实施专利的正当理由时，该国可以撤销专利[47]。

后来在1880年的巴黎大会上，“当地实施要求”成为争议最激烈的问题。比利时、英国、俄罗斯、土耳其等强烈反对当地实施要求，认为“当地实施要求”与“公约”的目标不符[48]。但是，大多数国家（包括瑞士、法国）支持当地实施要求，认为取消这一制度将有损于国家的经济发展[49]。瑞士代表指出：在“当地实施要求”问题上，有必要考虑每一国家的利益。如果比利时和英国的情形需要取消“当地实施要求”，那么，对瑞士而言却不是这样。如果瑞士取消“当地实施要求”，专利权人则很可能在法国生产专利产品，然后销售到瑞士。这样，外国专利权人可能控制瑞士的重要行业[50]。两种意见斗争和折衷的结果是：大会增补了《公约》第5A（1）款，禁止对“进口专利”实行撤销，即当专利权人将专利产品从他国进口到授予专利权的国家时，该进口行为不构成撤销专利的理由。但是，专利权人有义务按照授予其专利权的国家的法律“实施”其专利”[51]。

可见，1880年大会明确要求专利权人在专利权授予国“实施”其专利。但是，这里的“实施（to work）”应如何解释？它是指“制造和销售”，还是仅“销售”即满足实施的要求？在1880年关于讨论《巴黎公约》的大会上，大会主席、法国参议员波哲里安（Bozerian）称，“实施（法文exploiter，英文to work）”一词在公约里应解释为“销售（法文vendre，英文to sell）”。但是，彭若斯认为，这一解释不论按法律解释原则还是按常理都是完全错误的[52]。如法国代表在1878年关于“巴黎公约”的报告中明确地指出：

“只有在专利权人有效地实施其专利、为授予专利权的国家带来利益时，授予专利权人的专利垄断权才能得到合法的承认。法律上规定对未实施专利实行撤销的制裁足以确保专利得到实施。有两种可能：一是专利权人进口制造于外国的专利产品数量很少，不会影响专利技术在授予专利国的正常实施；另一种可能大量从外国进口专利产品以致专利没有在授予专利的国家实施，或者只是形式上的实施。在后一种情况，可以以未实施为由撤销专利，这样才能保护本国工业。

这一报告是1878年巴黎大会讨论的基础文件，应成为解释“实施”一词的重要依据[53]。

《巴黎公约》出台后，成员国仍然针对“当地实施要求”进行激烈的论争[54]。一些发达国家一直试图取消第5条关于“当地实施要求”的规定，但均未成功。在1886年的罗马会议上，比利时代表重提取消“当地实施要求”；意大利也持类似观点，认为专利权人只要在一个成员国实施其专利，即完成实施要

但是，反对取消“当地实施要求”的力量仍十分强大。两种意见折衷的结果是：对“实施”一词实行一种表述、多种解释。每一成员国有权自主地解释“实施”的含义[55]。

在1890年的马德里会议上，美国重提比利时前述取消“当地实施要求”的意见；瑞典和挪威也认为，要求专利权人在每一成员国实施专利既不公平也对东道国没有益处。这些国家还进一步建议，以强制许可制度取代“当地实施要求”是调和不同利益的最佳途径[56]。在1897年和1900年的布鲁塞尔会议上，美国建议在“当地实施要求”方面实行互惠制，而不是国民待遇原则。“保护知识产权国际联盟”[57]则建议在“公约”第5条中增补以下内容：“只能在获得专利后至少3年且专利权人未能说明未实施的正当理由时，才可以以未满足实施要求而撤销专利。如果专利权人在足够著名的出版物上公开表明愿意以公平的条件许可他人使用其专利技术，但这些公开邀请未能奏效，这些行为应被视为未能实施专利的充分理由。”[58]但是，美国和“联盟”的建议均未被采纳。

在1911年的华盛顿大会上，美国和德国再次强烈要求取消“当地实施要求”，但是，英国、荷兰、西班牙、澳大利亚和法国强烈反对[59]。“联盟”则建议以强制许可制度代替“当地实施要求”[60]。最后，经过激烈的论战，会议采纳了“联盟”在布鲁塞尔会议上提出的方案，规定可以以强制许可作为对未实施专利的制裁，但是，必须遵守两个条件：一是必须在专利权人申请专利之日起3年之后方可申请强制许可；二是专利权人无法证明未实施专利的正当理由[61]。

此后，关于取消或者保留“当地实施要求”的论争继续。在1925年关于修订“公约”的海牙会议上，一些要求试图进一步限制“当地实施要求”的国家建议：应以“强制许可制度”作为主要方法确保专利权人实施其专利技术；只有在强制许可制度不足以达到目的时，方可使用专利撤销制度[62]。彭若斯认为，如果不是日本、波兰和前南斯拉夫等国的强烈反对，“当地实施要求”可能在海牙会议上被彻底取消[63]。后来，在借鉴英国专利法的基础上，美国和英国代表建议，允许每一成员国采取其认为必要的措施防止“对专利垄断权的滥用”[64]。按照当时英国法的概念，“滥用专利垄断权”包括下列行为：拒绝以合理的条件许可他人使用专利技术；实施专利的条件过于苛刻以致国内市场供应不足、专利产品的价格过高和未实施专利等[65]。由于难以将这些概念翻译成法语，因此，“公约”的表述扩大为：“可能因行使专利垄断权而导致的滥用，如未使用（use）专利技术”[66]。

在1934年的伦敦会议上，“联盟”管理局和一些成员国试图取消以撤销专利作为对“未实施专利”的制裁。但是，其他一些国家却建议对“滥用专利权”实行其他制裁措施。如西班牙建议实行不须付补偿费的强制许可制度；墨西哥则建议减少专利的保护期限。经过激烈的争论，决定仍然采用海牙会议形成的文本，只是在最后补充规定：在实行强制许可之后的2年内不得撤销专利[67]。

20世纪60年代以来，随着《巴黎公约》成员国的增加，“公约”的组成和力量对比有了实质性的变化[68]。发展中国家在《巴黎公约》论坛上有逐渐占上风的趋势。一些发达国家如加拿大和西班牙也公开地表明其支持发展中国家在当地实施要求问题上的立场[69]。美国等取消“当地实施要求”的企图难以得逞。相反，在1980年修订《巴黎公约》的大会上，成员国就扩大适用强制许可的理由达成了一致意见，规定：为了保护“公共利益”或“促进专利技术的利用”，可以实行强制许可。[70]此后，在1982年《巴黎公约》修订大会上，发达国家试图取消或者限制“公约”第5条关于当地实施要求的规定，但是，77国集团（发展中国家）强烈反对，致使大会无限期地休会。

#### （四）在TRIPS协议谈判过程中关于“当地实施要求”的争议

在乌拉圭回合谈判过程中，美国等发达国家企图将“当地实施要求”确定为非法，声称：“当地实施要求”已经过时，应予废除；“当地实施要求”歧视或者排斥进口专利产品。[71]但是，发展中国家坚决要求保留《巴黎公约》第5条A款的规定。日本也建议保留“当地实施要求”，但提高《巴黎公约》关于实施强制许可的期限[72]。斯堪的纳维亚国家也认为，许多国家没有给专利权人充分的时间在当地“实施”专利[73]。欧盟草案则建议，“如果专利权人能够表明存在法律、技术或商业原因无法在当地实施其专利技术时，不得使用强制许可”[74]。在1990年底形成的TRIPS协议草案中也体现了这一立场。如该草案第32条第3款中规定，专利权人有下列义务：“（1）确保专利发明的（实施，working）（利用，exploitation）以满足公众的合理要求。（在本协议中，成员国可以解释：‘实施’一词通常指制造专利产品或者将专利方法投入工业运用，不包括进口有关专利产品。）”[75]此外，第34条第n款基本纳了《巴黎公约》第5条第A（4）款规定，即“在申请专利之日起4年内或者批准专利之日起3年内，以较长者为准，不得以未实施或未充分实施专利为理由强制许可使用专利。如果专利权人能够提供其未履行实施要求的正当理由，包括法律、技术或经济原因时，不能实行强制许可”[76]。最后，由于美国的强烈反对，上述草案中的内容未在TRIPS协议中体现。这是在GATT的成员国无法达成共识的情况下所采取的做法。如丹尼尔·德维斯指出，TRIPS协议的这一做法并不是立法者的疏忽，而是在成员国难以就“当地实施要求”的涵义达成共识的情况下，仔细斟酌之后决定不具体阐明“实施”的定义，而是留待成员国具体规定[77]。

## （五）小结

“当地实施要求”立法史表明，尽管不同国家、不同集团在“当地实施要求”上存在重大利益分歧，但是，包括美国在内的几乎所有国家都曾把“当地实施要求”作为保护民族工业、防止专利权人滥用垄断权的重要手段。《巴黎公约》也确认“当地实施要求”的合法性。其次，上述历史回顾表明，《巴黎公约》并没有取消“当地实施要求”。虽然一些技术出口大国如美国、德国极力主张废除或者限制“当地实施要求”，以保证其国民的专利权不受东道国“当地实施条款”的威胁。但是，大多数工业较不发达、技术出口有限的国家如瑞士、波兰都曾坚持保留“当地实施要求”条款，作为防止滥用专利垄断权、保护民族工业的有力武器。斗争和妥协的结果是：一方面，《巴黎公约》允许成员国规定“当地实施要求”条款；如果专利权人未在授予其专利权的国家实施专利，该国可以强制许可实施该专利技术。另一方面，成员国以专利权人“未实施专利”为由使用强制许可制度受到一定的限制，即在一定期限内，不得以专利权人“未实施专利”或者“未充分实施专利”为由实行强制许可。同时，如果专利权人能够说明未实施专利的正当理由，不得实行强制许可。此外，“公约”发展历史充分地显示：《巴黎公约》允许成员国对第5条A款的“实施（work）”一词作不同的解释，既可以解释为将专利产品“进口”到本国，也可以解释为在本国“生产或制造”专利产品和“使用”专利方法。

### 三、从条约的解释学看“当地实施要求”的合法性

美国一再声称，“当地实施要求”违反TRIPS协议的规定。但是，从解释国际条约的规则来看，美国的说法并不成立。

#### （一）条约解释的一般原则

TRIPS协议的解释应遵守《维也纳条约法公约》[78]。在美国诉印度“关于药品和化学农药专利保护”纠纷案中[79]，WTO的争端解决机构明确指出：根据WTO有关争端解决条约的规定[80]，争端解决机构对WTO有关协议（包括TRIPS协议）的解释应遵照国际公法上条约解释的一般原则，即1969年《维也纳条约法公约》（以下简称“条约法公约”）确定的规则解释[81]。“条约法公约”第31条规定：“应根据条约文字的一般含义并按照条约的上下文（Context）以及条约的目标（Object）和目的（Purpose）善意地解释。”据此，解释TRIPS协议的第一项原则是文义解释原则，即根据文字的自然和一般含义解释[82]。同时，应根据条约的上下文[83]及目标和目的解释。因此，在解释TRIPS协议时，有必要确定有关条款的文字含义以及条约的上下文、目标和目的。为了弄清TRIPS协议第31条和第27条的真正含义，首先应理解这些条款的文字含义，并考虑条款的上下文，即考虑TRIPS协议的前言、总则以及WTO的其他协议。这里的其他协议包括《关税贸易总协定》、《关于成立WTO的协议》及《关于保护工业产权的巴黎公约》等[84]。此外，“条约法公约”还确定，条约成立的历史和背景文件可以作为解释条约的辅助资料[85]。

关于TRIPS协议的目的，TRIPS前言第5款规定：“成员国承认各国制定其知识产权制度所依据的社会公共利益，包括发展和技术进步。”同时，在总则部分的第7条规定：“知识产权的保护和执行应有助于促进技术创新、技术转让和传播，同时促进技术创造者和使用者双方的利益并对社会和经济福利有所贡献，并平衡权利和义务。”此外，TRIPS总则第8条规定，“成员国在制定和修订国内法时，在遵守本协议的前提下，可以采取必要的措施保护公共健康和卫生；通过发展对其社会经济和技术进步起重要作用的关键部门促进社会公共利益。”根据这些原则，“当地实施要求”并不违反TRIPS协议。下面根据这些原则具体分析“当地实施要求”的合法性。

#### （二）TRIPS协议及《巴黎公约》第5条的解释

为了弄清“当地实施要求”是否符合TRIPS协议的规定，不仅应解释TRIPS协议第31条和第27条，而且要结合《巴黎公约》第5条A（4）款进行解释。因为TRIPS协议第2条第1款规定，成员国在遵守TRIPS协议的同时，必须遵守1967年斯德哥尔摩大会修订后的《巴黎公约》第1条至12条以及第19条的规定。据此，《巴黎公约》第5条被纳入TRIPS协议，成为TRIPS协议的一部分，成员国必须遵守。

从TRIPS协议第31条的规定来看，除了半导体技术专利外，并没有具体规定强制许可只能在哪些情况下使用，也没有具体规定在何种情况下不得使用强制许可。换言之，TRIPS没有限制使用强制许可的情形，而是由成员国在国内法中自主确定。因此，TRIPS协议第31条虽然没有将专利权人未在本国实施专利技术列为滥用专利权的行为，但它并没有禁止成员国采用“当地实施要求”。此外，在TRIPS协议谈判过程中，美国等发达国家试图取消“当地实施要求”，但是，因为大多数成员国的反对而未能得逞。结果，TRIPS协议对“当地实施要求”保持沉默。这样，根据TRIPS协议第2条的规定以及条约解释的基本原则，对“当地实施要求”合法性的判断应考虑1967年修订的《巴黎公约》第5条A（2）、（4）款的规定。

《巴黎公约》第5条A（2）款明确将专利权人“未实施专利”列为滥用专利垄断权的典型行为，因此，允许成员国通过强制许可制度甚至专利撤销制度对“未实施专利”施以制裁。同时，“公约”第5条

第A(4)款的规定,在专利权人申请专利之日起4年内或者在取得专利3年内不能实行强制许可。根据该条款的文义解释,《巴黎公约》明确规定了专利权人在授予专利权的国家“实施”专利技术的义务,并允许成员国对“未实施专利”的专利权人进行制裁。此外,前述《巴黎公约》关于“当地实施要求”的立法史表明,尽管美国等发达国家自“公约”酝酿时起一直试图取消“当地实施要求”制度,但是,在大多数成员国的斗争下,直到TRIPS出台时“当地实施要求”仍在《巴黎公约》中“劫后余生”,在“公约”中得以保留。为此,“国际工业产权保护局”的局长波登豪森(Bodenhausen)指出:《巴黎公约》第5(A)2款的规定允许成员国以“当地实施要求”实行强制许可[86]。加拿大学者海尔伍德还颇为信服地论证:“以当地实施要求”实行强制许可并没有违反TRIPS协议和《巴黎公约》的规定,而且“当地实施要求”是启动强制许可制度最重要的情形[87]。

### (三) TRIPS协议第31条与第27条的解释

美国主张,TRIPS协议第31条虽然没有禁止“当地实施要求”条款,但是,TRIPS协议第27条第1款和第28条却禁止成员国强迫专利权人在其国内实施其专利[88]。一些国家还声称:在TRIPS第27条和第31条的关系上,前者优于后者。对这一牵强附会的解释,许多学者作了有力的批驳。如保尔·钱姆泼和阿米尔·阿塔伦在关于“美国诉巴西案”的长篇评论中指出:TRIPS协议第27条第1款和第28条不能单独解释,而是应当与第30条和第31条结合起来解释。第27条和第28条是“一般”条款。第27条规定对专利权保护的一般原则,即不得因发明的地点和技术领域而在专利保护上有所歧视;第28条规定专利权的具体内容。与此同时,第30条和第31条是“特别”条款。第30条确定了第27条第1款专利权保护的例外;第31条进一步明确,在一定条件下,专利权的保护应受到限制。根据“特别法优于一般法”的原则[89],当第27条与第30条和第31条有矛盾时,后者优先[90]。

但是,上述观点并非没有争议。如美国和瑞士曾在欧盟诉加拿大一案中向WTO的争端解决小组提出,TRIPS协议第27条第1款是一个“绝对”条款,不得受第31条的贬低和限制。如果采用其他任何解释,将违反条约解释的基本原则,并使第27条第1款失去意义。这一主张似乎得到WTO的争端解决小组的支持[91]。

然而,TRIPS协议第27条第1款是“神圣不可侵犯”的“绝对”条款这一说法似乎并不成立,与条约解释的原则有所不符。首先,根据条约解释的第一项原则——文义解释原则,TRIPS协议第27条第1款并没有超越TRIPS协议其他条款的“绝对效力”。TRIPS协议第27条第1款规定,“专利权的授予与享受不得因发明的地点或者其所属技术领域而有所不同”。该条旨在保护专利权人的利益,禁止成员国对外国专利或者一些特别领域的发明(如药品和食品)[92]在专利保护上实行歧视。但是,该条款的文字表述并没有规定第27条第1款是一“绝对”条款。其次,根据条约解释的第二项原则——目的解释原则,即在文义解释不足以明确确定条约条款的含义时,应根据条约的上下文、目的和目标进行解释。为此,TRIPS协议的解释应结合TRIPS协议第7条、第8条的规定。其中,TRIPS在总则部分第7条旨在平衡专利技术的发明者与使用者之间的权利和义务;第8条允许成员国为了保护本国的公共利益(如公共健康、环境保护等)对专利权作一定的限制。从这些规定看,TRIPS协议并不只是为了保护专利权人的“绝对”权利,而是试图在保护专利权的同时,促进技术转让和传播,保护技术使用者的利益。相应地,专利权人在享受专利垄断权的同时,应履行相应的义务,包括实施其专利。因此,专利权人的垄断权并非“绝对的”,而是应当受到一定的限制。如果将TRIPS第27条解释为不受任何限制的“绝对条款”,则有违TRIPS协议的宗旨和目的。

### (四) “实施”专利的含义

在美国诉巴西案中,除了对“当地实施要求”的合法性存在争议外,双方对“实施”一词的解释也存在分歧[93]。美国认为,“实施”一词可以指专利权人将有关专利产品“进口”到授予专利权的国家[94];而巴西则主张,“实施”是指在授予专利权的国家“制造”专利产品,仅仅将专利产品“进口”到授予专利权的国家不构成“实施”专利技术。[95]

从“实施”一词的文字含义来看,这是一个松散的概念,可以指“进口”专利产品、或者在当地“制造”专利产品或者二者兼而有之。因此,根据文义解释的原则,难以确定“实施”一词的确切含义,需要借助其他条约解释原则。根据条约的目的解释原则,“实施”一词应该指专利权人在专利授予国“制造”专利产品或者将专利方法投入工业运用。

如前所述,“当地实施要求”旨在迫使专利权人在专利授予国“实施”其专利,从而促进对专利授予国的技术转让和经济发展。如果将“当地实施要求”理解为“商业使用”,仅仅要求专利权人将专利产品进口到该国,那么,这种要求则失去意义。因为它无法通过“当地实施要求”迫使专利权人在专利授予国将专利技术投入工业运用。

从《巴黎公约》的发展历史看,“实施”一词是一个灵活的概念,由成员国根据本国的需要具体确定。如前所述,在1886年的罗马会议上,不同成员国代表要求对“实施”采取不同解释,最后,折衷的结果是:对“实施”一词实行一种表述、多种解释。每一成员国有权自主地解释“实施”的含义。[96]以后历届的成员国大会没有改变这一立场。对此,著名的国际知识产权法学者拉达斯(S Ladas)也指出,

《巴黎公约》第5条中“实施”的含义并未在条约中具体地明确规定，由成员国自行确定[97]。正常情况下，“实施”专利是指将专利投入工业使用，即“生产专利产品或将专利过程投入工业使用”；进口有关专利产品一般不能称为“实施”专利。[98]在TRIPS协议谈判过程中，有的国家主张对“实施”一词采取灵活的解释，这一主张被载入1990年12月形成的TRIPS协议草案第32条第3款中。该款允许成员国将“实施”一词解释为：“制造”专利产品或者将专利方法投入“工业运用”，不包括进口有关专利产品。”[99]可见，无论从“当地实施要求”的目的，还是《巴黎公约》和TRIPS协议发展的历史来看，仅仅进口专利产品不足以构成“实施”专利，专利权人必须在专利授予国“制造”专利产品或者使用专利方法。

#### 四、 结束语

专利“当地实施要求”关系到技术出口国和技术进口国的根本经济利益，成为专利法发展史上南北争议最激烈的条款，它的保留或者废除在《巴黎公约》这一论坛中经历了一个多世纪的论战，仍然众说纷纭。在TRIPS协议的谈判过程中，这种纷争也十分激烈。由于TRIPS协议条款本身以及TRIPS协议和《巴黎公约》的关系的复杂性，“当地实施要求”是否违反TRIPS协议的规定成为一个易于产生分歧的难题。这种分歧集中地体现美国诉巴西一案中。美国认为“当地实施要求”违反TRIPS协议的规定，而巴西却主张“当地实施要求”的合法性。双方针锋相对。本文从“当地实施要求”的发展历史和条约解释学的角度分析了美国诉巴西案中存在的主要分歧，认为，“当地实施要求”并不违反TRIPS协议的规定。历史回顾表明，《巴黎公约》第5条A(4)款明确将“未在本国实施专利”列为滥用专利权人行为，允许成员国通过强制许可或者专利撤销制度予以制裁。TRIPS协议虽然没有明确规定“当地实施要求”，但是，TRIPS协议第31条并没有禁止成员国以“当地实施要求”对专利实施强制许可。从条约的解释原则看，TRIPS协议第27条和第28条并不是所谓的“绝对”条款，并没有否认“当地实施要求”条款合法性的效力。美国等发达国家阻挠巴西等发展中国家使用“当地实施要求”制度，实际上是要求发展中国家承担超出TRIPS要求的义务。

#### 注释

[1] “当地实施要求”是指专利权人必须在授予其专利的国家充分实施其专利；否则，东道国可以强制许可实施甚至撤销该专利。专利的强制许可，又称为非自愿许可（involuntary licensing），是指在一定情况下国家机关依法向第三人颁发许可证书，允许该第三人未经专利权人的同意使用受专利保护的技术，包括生产、销售、进口有关专利产品等。同时，强制许可的使用人通常向专利权人补偿合理的使用费。强制许可制度是对专利权的重要限制，是保护公众利益的重要手段。关于强制许可的定义，参见：“WTO Fact Sheet TRIPS and Pharmaceutical patents”，p 4，

[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_etripsfactsheet\\_pharma.pdf](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_etripsfactsheet_pharma.pdf) (2002年4月20日)；M Halewood, “Regulating Work Requirements and Compulsory Licences at International Law” (1997) 35 Osgoode Hall L J 245, p 246；J Dratler, “Licensing of Intellectual Property”，<http://www.westlaw.com> (2002年4月20日)，sec. 3.03, p 1。

[2] 自1883年《关于保护工业产权的巴黎公约》（以下简称“巴黎公约”）签订以来，成员国围绕着“当地实施要求”进行了长期激烈的斗争。E T Penrose, *The Economics of The International Patent System* (Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1951), p 137-161；Stephen P Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights: National and International Protection*(Harvard University Press, 1975), p519。最近美国和巴西关于当地实施要求的争端，参见，P Champ and A Attaran, “Patent Rights and Local Working Under the WTO TRIPS Agreement: An Analysis of the US-Brazil Patent Dispute” (2002) *The Yale J of Int’ l L* 365。

[3] 该协议的英文全称为“Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”，以下简称TRIPS或TRIPS协议。该协议从中国加入WTO时起对中国具有约束力。见WTO文件，“Protocol on The Accession of the People’s Republic of China”，WT/L/432, 2001年11月，Part I, para 3, Part III, para 2。

[4] 在1992年1月中国和美国签署的知识产权谅解备忘录中，中国政府承诺限制专利法中的强制许可制度。此后，专利法第51条和第52条被列为修订的重点。Zheng Chengsi, “The 1992 Amendment of the Chinese Patent Law” (1993) *European Intellectual Property Review* 26, p 28。

[5] 1984年《中华人民共和国专利法》第51条规定：“专利权人负有在中国制造其专利产品、使用其专利方法或者许可他人在中国制造其专利产品、使用其专利方法的义务。”第52条规定：“发明和实用新型专利权人自专利权被授予之日起满三年，无正当理由没有履行本法第五十一条规定的义务的，专利局根据具备实施条件单位的申请，可以给予实施专利的强制许可。”这些关于“当地实施要求”的规定在1992年修订专利法时被取消。1992年修订后的专利法没有关于当地实施要求的规定。这意味着中国放弃以“当地实施要求”迫使专利权人实施专利这一防止滥用专利权的利器。有识者曾经指出，根据1984年专利法的规定，如果专利权人在取得专利后起3年内未充分实施其专利或者3年后停止实施专利，没有相应的制裁手段。可能导致专利权的滥用。参见Zheng Chengsi and M D Pendleton, *Chinese Intellectual Property and Technology Transfer Law* (London, Sweet & Maxwell, 1986), p 69。可以想象，中国1992年完全取消“当地实施要求”后，对专利权人不实施专利的不当行为可能束手无策。

[6] “Brazil—Measures Affecting Patents Protection,” (2000年6月8日，立案)，WTO Doc, WT/DS 199/1, WT/DS/199/3; WT/DS199/4; G/L/454; IP/D/23/Add. 1, 2001年7月19日（美国撤诉）。

[7] M Halewood, 前注1, p 246; P Champ and A Attaran, 前注2, p 365; N A Bass, “Implications of the TRIPS Agreement for Developing Countries: Pharmaceutical Patent Laws in Brazil and South Africa in the 21st Century” (2002) *George Washington Int’l L Rev* 191。

[8] 该案并未完全终结，因为在美国与巴西政府签订的和解协议中，美国在撤诉的同时保留将来就此争端使用WTO争端解决机制的权利。也就是说，在美国认为必要时，可以再一次因当地实施要求条款的合法性起诉巴西。参见IP/D/23/Add. 1, (2001年7月19日美国撤诉)。

[9] P Champ and A Attaran, 前注2, p 365; J Love “Compulsory Licensing: Models for State Practice in Developing Countries, Access to Medicine and Compliance with the WTO TRIPS Accord” , prepared for the United Nations Development Programme (2001年1月21日), <http://www.cptech.org/ip/health/cl/recommendedstastpractice.html> (2002年6月23日)。

[10] “特别301条款”是美国1988年“贸易与竞争法”的规定。该条款授权美国贸易代表每年对美国的贸易伙伴国家的知识产权保护情况进行审查，然后将其认为保护不周的国家列为“优先观察国家”，并分别列在“优先观察名单”和“观察名单”。“Omnibus Trade and Competitiveness Act”，1988, 19 U.S.C sec. 2242，(1990)。特别301条款的观察名单是美国实行贸易制裁（如对有关国家的产品增加关税或限制进口）的线路图和前奏曲。此外，被列入上述名单本身也可能构成一种制裁，因为它可能对有关国家的对外贸易和外国直接投资造成负面影响。

[11] Brazil’s 1996 Industrial Property Law, 9279号法律, 1996年5月14日颁布, 1997年5月生效, 转引自P Champ and A Attaran, 前注2, p 365, 381。

[12] 巴西1971年专利法未对药品产品及生产方法提供专利保护。NA Bass, 前注7, p 206。

[13] M Halewood, 前注1, p 251-2。如英国1977年专利法第48条曾有此规定。

[14] Stocrin由美国的默克（Merck）公司持有专利；而nelfinavir的专利则由瑞士的罗切（Roche）公司持有。这些专利药品的价格一般很高。如1998年，罗切公司出售给巴西药品的销售额占巴西治疗艾滋病总经费的25%。M Jordanb, “Brazil Makes a Name for Itself—Pumping out Cheap AIDS Drugs”, <http://interactive.wsj.com/articles/SB988318940250231621.htm> (2001年4月27日访问)。

[15] P Champ and A Attaran, 前注2, p 381; G Dyer, “Brazil Defiant over Cheap AIDS Drugs”, *Fin. Times*, Feb. 9, 2001, p 10。

[16] 巴西的艾滋病患者人数在拉丁美洲最多，约20万，每年的医疗费用约3亿美元，其中25%用于购买罗切公司的专利药品nelfinavir。2001年初，巴西与罗切公司协商，要求对方降低该药品的价格。但罗切公司只同意降低13%，巴西政府认为这一降价太少。于是，决定强制许可本国企业生产这种药品。

“Brazil to Break Aids Patent”, *BBC News*, 2001年8月23日, GMT 04:44 UK。

[17] P Davis, Health GAP Coalition, Act Up Philadelphia, “Brazil’s Threat to Break Roche Patent on Nelfinavir (Viracept)”, 2001年8月23日, <http://www.pwhe.net>。

[18] 2000年，美国制药商说服克林顿政府反对巴西工业产权法中的“当地实施条款”。Press Release, “Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, PhRMA Applauds USTR Action Against Argentina and Brazil” (2000年5月1日), <http://www.phrma.org>。

[19] 如总部设在巴黎的、曾获“诺贝尔和平奖”的组织“无国界的医生”在2001年WTO争端解决机构决定审查“美国诉巴西”一案时，批评WTO的这一决定，说：美国反对巴西利用TRIPS协议允许的在某种情

况下采取的强制许可措施，严重影响巴西卓有成效的艾滋病控制措施及成千上万病人的生命。参见：J Zarocostas, UPI Science News: "U.S. Brazil Differs on Aids Drugs at WTO", Geneva, 2001年2月2日, 参见：<http://www.survivreausida.org/news/2001/02/010202a.html> (2002年1月10日访问)。著名慈善机构“牛津饥荒救济委员会”(OXFAM)美国分部的主席也在美国撤回对巴西的起诉时指出，“美国的撤诉是发展中国家及贫穷的艾滋病患者的胜利，但这并未改变世界贸易重金钱轻人命的现实，同时，美国政府和药厂应该将专利权利和经济利益让位于基本人权。” OXFAM America, "Victory in Battle to Provide Affordable Drugs to the Poor" (2001年6月25日), <http://www.oxfam.org/>, (2002年1月1日访问)。

[20] WTO文件, WT/DS199/4, G/L/454, IP/D/23/Add.1 (2001年7月19日美国撤诉)。美国撤诉的当天正是联合国有关艾滋病问题纽约峰会的首日。当时, 许多反全球化和艾滋病的活动组织已准备就美国与巴西案进行示威游行, 支持巴西、反对美国。参见P Champ and A Attaran, 前注2, p 365, 381。

[21] Press Release, Office of the United States Trade Representative, "United States and Brazil Agree to Use Newly Created Consultative Mechanism to Promote Cooperation on HIV/AIDS and Address WTO Patent Dispute" (2001年6月25日), <http://usinfo.state.gov/topical/econ/group8/summit01/01062512.htm>。

[22] TRIPS协议第27条的标题是“专利保护对象”, 该款规定“可以享受的专利权不能因发明的地点、技术所属的领域或者产品是进口的或是当地生产的而受歧视”。TRIPS, art. 27 (1)。

[23] 在TRIPS第28条“授予的权利”标题下, 第1款规定: “1, 一项专利应赋予专利权人下列专利权: (a) 如果是产品专利, 应排除第三人未经专利权人许可从事下列行为之一: 制造、使用、要约销售、销售专利产品或者为这些目的进口专利产品; (b) 如果是方法专利, 应排除第三人未经专利权人许可使用这些方法以及下列行为: 使用、要约销售、销售或者为这些目的进口以专利方法获得的产品。TRIPS, art. 28 (1)。

[24] "Documents submitted to Dispute Settlement Body by Delegation of Brazil", in "Brazil - Measures Affecting Patent Protection" (2001年2月1日), <http://www.cpt.org>。

[25] "US-Brazil War Of Words Over Pharmaceuticals and Intellectual Property" 7, ICTSD Bridges (2001年5月8日), Vol. 6, No. 17, 参见: <http://www.ictsd.org/html/weekly/>。

[26] 甚至美国1886年专利法也规定, 外国专利权人必须在美国实施其专利。E T Penrose, 前注2, p 137; S P Ladas, *The International Protection of Intellectual Property* (Cambridge: Harvard University Press, 1930), p 252。

[27] B Sodipo, *Piracy and Counterfeiting: GATT TRIPS and Developing Countries* (London, Kluwer Law International, 1997), p 18, n 61。

[28] E W Hulme, 33 LQR 71, 180。

[29] E W Hulme, "On the Consideration of the Patent Grant, Past and Present" (1897) 13 LQR 313, p 314。据休默记载, 伊丽莎白时代许多专利证书要求专利权人在一定期限内实施专利技术, 如硝酸钾专利, 1年; 挖掘技术 (dredging), 3个月; 炉子, 2个月; 矿区排水, 3年; 窗玻璃, 3个月; 土地排水, 3年; 供水, 3年等。这些记载足以说明, 英国早期专利证书中包括当地实施条款。

[30] Ibid。如下列专利证书包括“学徒条款”。1634年第71号专利; 1686年第249号专利; 1688年第261号专利; 1698年第356号专利。这些“学徒条款”只适用于外国专利。

[31] E T Penrose, 前注2, p 138。

[32] E W Hulme, (1897) 13 LQR 313, p 315。

[33] "Statute of Monopolies", 21 Ja. 1, c. 3, A.D. 1623-4; 载于 J W Gordon, *Compulsory Licenses* (London, Steven & Sons Ltd, 1899), Appendix II, p 283-4。

[34] J W Gordon, *ibid*, p 165。

[35] W Aldous et al (eds), *Terrell on the Law of Patents* (London: Sweet & Maxell, 13th edn, 1982), 287; E W Hulme, 13 LQR 313; 33 LQR 71。

[36] W Aldous, *ibid*。

[37] E T Penrose, 前注2, p 139。

[38] *Ibid*, p 9。

[39] 彭若斯认为, 这里的“实施专利”(work a patent)是指采用专利技术制造产品。E T Penrose, 前注2, p 3。

[40] S Thorley et al, *Terrell on the Law of Patents* (London: Sweet & Maxell, 15th edn,

[41] U Anderfelt, *International Patent Legislation and Developing Countries* (Hague: Martinus Nijhoff, 1971), p 15。

[42] 如美国1641年马萨诸塞专利法和1672年康那狄克立法均作类似的规定。E T Penrose, 前注2, p 11。

[43] M Halewood, 前注1, p 245, 246, 251; C Twinomukunzi, "The International Patent System—A Third World Perspective" (1987) 72 *Indian J of Int' l L* 31, p 42。

[44] C Twinomukunzi, p 65-66; M Halewood, 前注1, p 252。

[45] Stephen P Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights: National and International Protection*(Harvard University Press, 1975), p319。

[46] E T Penrose, 前注2, p 47, 51。

[47] E T Penrose, 前注2, p 51。

[48] E T Penrose, 前注2, p 79-80。如比利时代表杜杰斯 (M Dujeux) 认为 , 大会的目的是达成知识产权国际保护的法律规则, 所有联盟成员国形成一个统一的法律区域。专利权人只要在其中一个成员国实施专利技术, 即视为满足实施要求。另一比利时代表杜默 (Dumeur) 也持类似的观点, 认为要求专利权人在每个成员国实施其专利是错误的。

[49] E T Penrose, 前注2, p 79。

[50] *Ibid*, p 80。

[51] E T Penrose, 前注2, p 75-76。

[52] E T Penrose, 前注2, p 75。

[53] 根据《维也纳条约法公约》第32条的规定, 条约的谈判历史及谈判的背景文件可以作为解释条约的辅助手段。参见本文下面第三部分。

[54] 如拉达斯指出, 《巴黎公约》第5条的历史就是“公约”联盟的历史。S P Ladas, 前注2。

[55] E T Penrose, 前注2, p 81。

[56] *Ibid*。

[57] 以下简称“联盟”, Union for Protection of Industrial Property, 相当于《巴黎公约》的常设机构。E T Penrose, 前注2, p 49, n 18。

[58] *Ibid*, p 82。

[59] *Ibid*。

[60] *Ibid*, 83。

[61] *Ibid*, 82。

[62] *Acts de la Conference de la Haye*, p 234, 转引自E T Penrose, 前注2, p 84。

[63] 波兰代表指出: “那些国家的工业远未西方国家发达, 这些国家的情况不允许它们取消当地实施要求。波兰有义务保护其国民经济的生产和发展。因此, 她无法同意那些通过进口专利产品而扼杀波兰工业的措施。” *Acts de la Conference de la Haye*, p 431; 转引自E T Penrose, 前注2, p 84。

[64] E T Penrose, 前注2, p 85。

[65] *Acts de la Conference de la Haye*, p 434; 转引自E T Penrose, 前注2, p 85。

[66] E T Penrose, 前注2, p 78。

[67] *Ibid*, p 86。

[68] 在1958年里斯本大会召开时, “公约”共有48个成员国。其中, 有24个工业发达国家; 7个社会主义国家; 17个发展中国家。但是, 到1984年“公约”诞生100周年时, 有61个发展中国家, 占成员国总数的三分之二; 7个社会主义国家; 24个发达国家。F K Beier, "One Hundred Years of International Convention -The Role of Paris Convention in the Past, Present and Future," 15 (1984) *IIC* 1, p 4-5。

[69] M Pacón, "What Will TRIPs Do for Developing Countries?", in F K Beier and G Schriker (eds) *From GATT To TRIPs* (Munich: Max Planck Institute, 1996), 329, p 340; Reinbothe & Howard, "The State of Play in the Negotiation on TRIPs (GATT/ URAGUAY Round)," (1991) 13 *EIPR* 162。

[70] M Pacón, *ibid* ; Reinbothe & Howard, *ibid*, 162。

[71] A S Dwyer, "Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights", in Terence P Stewart (ed) *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1994)*, Vol IV: The End Game (Hague etc: Kluwer Law And Taxation Publishers, 1999) , p 475。

[72] A S Dwyer, *ibid*, p 474 - 475.

[73] *Ibid*, 475.

[74] “Draft Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property”, Communication from the European Community, GATT文件, MTN/GNG/NG11/1/68, (March 29, 1990), art. 26.

[75] 括号处表明成员国之间存在不同意见。“Uruguay Round Draft Final Act”, 1990 Revision (1990年12月)。

[76] *Ibid*.

[77] D Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting Analysis and Negotiating History* (1998), p 165.

[78] 该条约于1980年1月27日生效, 当时有58个成员国。I Brownie, *Principles of Public International Law* (Clarendon Press, Oxford, 1990, 4th edn), p 604.

[79] “India -- Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products”, Report of the Panel, WT/DS50/R, (1997年9月5日); Appellate Body Report, WT/DS50/AB/R, (1997年12月9日)。

[80] DSU, art 3.2.

[81] 1969年《维也纳条约法公约》, 第31条、32条。据此, 争端解决小组应先根据条约的上下文以及条约的目标和目的按照条款的一般文字含义解释; 而且解决必须是“善意”的等。

[82] I Brownie, 前注78, p 628.

[83] 根据条约的上下文解释原则, 需要将某一条款放到条约中作为一个整体来解释。条约的上下文除了条款本身外, 还包括条约的前言(Preamble)、附录、其他相关协议、文件以及起草过程等。*Ibid*, 第629页。

[84] I Brownie, 前注78。 p 629.

[85] “条约法公约”第32条。

[86] Bodenhausen的观点被Halewood引用, 参见M Halewood, 前注1, p 253, 271.

[87] M Halewood, *ibid*.

[88] “Brazil-Measures Affecting Patents Protection” (2000年6月8日), WTO Doc, WT/DS199/1, WT/DS/199/3.

[89] 例如, WTO争端解决小组在“关于印度尼西亚专利法影响汽车工业的某些措施”一案中, 采纳了这一原则。“Panel Report on Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry”, WTO Doc., WT/DS64/R, para. 14.28 and note 649 (1998年7月6日), <http://www.wto.org>.

[90] P Champ and A Attaran, 前注2, p 385-390.

[91] “Panel Report on Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products”, WTO Doc., WT/DS114/R, para. 7.88-7.93, (2000年3月20日), <http://www.wto.org>。在该案中, 欧盟向WTO争端解决机构起诉称, 加拿大专利法的规定违反TRIPS协议第27条和第28条的规定。美国、巴西、印度、日本、瑞士以第三人的身份参与该案。加拿大专利法的有关条款规定: 在专利有效期限届满前, 其他人可以储存有关专利产品, 还可以办理有关生产和销售专利产品的批准或许可手续。加拿大认为, 其专利法的这些规定是TRIPS协议第30条所允许的。在该案中, 所有参与诉讼的各方同意, TRIPS协议第30条和第31条关于专利权的例外适用于第28条。但是, 欧盟及其他发达国家(美国、瑞士等)却认为, 第30条的例外不适用于第27条。对此, 瑞士解释, 第27条是“绝对”条款, 不受其他任何条款的限制。在这一点上, WTO的争端解决小组驳回加拿大的主张。

[92] 在TRIPS协议出台前, 许多国家未对药品提供专利保护。有的国家对食品也未提供保护。参见1984年颁布的《中华人民共和国专利法》第25条第1款。

[93] 许多国家曾对“实施”一词产生不同的理解。奥地利、意大利、法国和日本曾将“实施”理解为专利技术的“工业使用”(industrial use), 即包括生产和制造专利产品。如意大利法律曾规定, “在意大利销售产于外国的产品并不满足在当地实施专利的要求”。参见C M Fauver, “Compulsory Patent Licensing in the United States: An Idea Whose Time Has Come”, (1988) *Northwestern J of Int'l L and Business* 666, p 672。但是, 有的国家则将“实施”解释为商业使用(commercial use)。也就是说, “当地实施专利”的义务可以通过“进口”专利产品的方式完成, 并不需要在当地“制造”专利产品。如西班牙为了与TRIPS相一致, 修订了其专利法中关于强制实施许可的条款, 规定为: “通过进口在其他WTO成员国根据有关专利技术生产的产品实施专利与在当地实施

专利具有同等的效果。”

[94] “Brazil-Measures Affecting Patents Protection” (2000年6月 8日, 立案), WTO Doc, WT/DS 199/1, WT/DS/199/3; WT/DS199/4。

[95] Ibid.

[96] E T Penrose, 前注2, p 81。

[97] Stephen P Ladas, 前注2, p 525。

[98] G HC Boderhausen, Guide to the Application of Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as Revised at Stockholm in 1967 (Geneva: BIRPI, 1968), P 71。

[99] “Uruguay Round Draft Final Act, 1990 Revision”, art. 32(3), (1990年12月)。参见本文第二(三)部分。

作者介绍

发表刊物/时间

《法学研究》/2003年第5期

[编辑: 李刚 2005-04-10 访问次数: 759]

[返回列表](#)