



# 全球化的笼中之鸟： 解析印度知识产权悖论

余成峰\*

## 目 次

- 一、印度知识产权悖论与诸种解释范式
- 二、全球共振网络：民族国家、跨国公司与非政府组织
- 三、系统分化、世界社会与人权机制
- 四、印度知识产权全球化的经验和启示

**摘 要** 印度知识产权在演化过程中，形成了一个版权法与专利法立场有别的悖论体系。这与印度特殊的法律全球化进程有关。印度的民主宪制结构推动其社会功能系统的分化，社会民众特别是草根群体能够积极介入和影响法律议程的设定。特别是在药物专利领域，通过动员各种全球性的道德共振网络和人权话语，通过灵活利用各类国际论坛、大众舆论和正义评价机制，印度对接了世界社会的各类功能媒介和权利资源，来制衡西方国家和跨国公司对知识产权规则的单向解释，从而为经济发展和民众福利赢得了自主保护空间。在全球化与国家主权的双重网络机制下，通过跨越世界与本土的公共商谈和大众博弈，印度知识产权形成了演化的独特动力。它为反思法律移植理论提供了生动的案例，也为中国的法律全球化提供了深刻的启示。

**关键词** 印度知识产权 法律全球化 全球共振网络 人权机制 功能系统分化

## 一、印度知识产权悖论与诸种解释范式

按照正统的印度知识产权叙事线索，一般将其划分为以下几个发展阶段：首先是英国殖民地时期，以英国知识产权为模板的法律移植；第二时期是甘地和尼赫鲁执政阶段，在印度民族

\* 北京航空航天大学法学院、人文与社会科学高等研究院副教授，法学博士。

独立解放之后，主要受到不结盟运动和民主社会主义思潮影响，在一定程度上对于知识产权的搁置；第三时期则是 20 世纪 70 年代之后，印度重新承认知识产权，但也在很多领域做了法律保留；第四时期，则是 1995 年加入 WTO，印度知识产权开始全面进入全球化。<sup>(1)</sup>

但此种叙事线索，会错失把握印度知识产权核心特征，错失解读印度知识产权演化悖论的机会。印度知识产权在发展过程中，并未遵循统一的演化模式，在其内部存在张力和矛盾，而并非主流叙事所描绘的从近代到加入 WTO 之后，一个线性连贯的统一的知识产权演进历程。在线性进步主义（法律与发展运动）的观察视角下，1999 年《专利法修正案》的出台（效力回溯至 1995 年 1 月 1 日），最终完成了包括地理标志、生物多样性、植物多样性、种植者权利、集成电路设计、使用新型、商标和版权方面在内的各领域知识产权立法，成功实现了印度知识产权与 Trips 协定严苛标准的对接。历史轮回，印度再次融入了法律全球化进程。<sup>(2)</sup>

但是，这无法解释一些悖论现象。2018 年 2 月，美国商会全球知识产权中心发布了第 6 版国际知识产权指数报告。报告通过专利、版权、商标、商业秘密等一系列指标对 50 个国家的知识产权保护环境进行分析。综合评分中，印度排名末列，只得到 40 分中的 12.03 分，远远低于中国的 19.08 分。<sup>(3)</sup> 印度一方面是 IT 软件产业的重要龙头国家，另一方面却在美国的知识产权排名中位列倒数。印度是如何在一个被视为全球保护最糟糕的知识产权体系之下，成为全球化时代的软件王国和世界办公室的？<sup>(4)</sup>

同时，在专利法领域，为何加入 WTO 10 年之后，印度直到 2005 年才开始提供对药品、农业化学品和食品的专利保护？并且，继续通过“强制许可”原则以及对“发明创造”法律条款的严格限缩解释，来规避西方跨国企业的专利要求，采取了一种极其强硬的民族主义保护政策？<sup>(5)</sup> 比较流行的解释范式，会把印度知识产权的特殊性，归结为尼赫鲁和甘地夫人统治时期的社会主义传统的延伸，认为它是印度 1995 年之前特殊知识产权政策的延续。但社会主义传统的解释，并不具有充分的说服力。因为，作为社会主义国家的中国早在 1992 年第一次修订专利法时就开始提供相关领域的专利保护。而且事实上，在国际论坛中印度更多是在突出其“发展中国家”而非“社会主义国家”的色彩。<sup>(6)</sup> 况且，在软件版权保护领域，印度也丝毫并非表现出社会主义传统的特色。印度于 1994 年修订《版权法》，将计算机软件作为文字作品予以保护，并对软

(1) See Santanu Mukherjee, *The New Indian Patent Law: A Challenge for India*, 1 INTERNATIONAL JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY MANAGEMENT 131 (2006).

(2) See Shamnad Basheer, *India's Tryst with TRIPS: The Patents (Amendment) Act, 2005*, 1 INDIAN JOURNAL OF LAW AND TECHNOLOGY 15 (2005).

(3) See The U. S. Chamber of Commerce, GIPC, *U. S. Chamber International IP Index (2018)*, [http://www.theglobalipcenter.com/wp-content/uploads/2018/02/GIPC\\_IP\\_Index\\_2018.pdf](http://www.theglobalipcenter.com/wp-content/uploads/2018/02/GIPC_IP_Index_2018.pdf).

(4) See Anthony P. D'Costa, *Software Outsourcing and Development Policy Implications: An Indian Perspective*, 24 INTERNATIONAL JOURNAL OF TECHNOLOGY MANAGEMENT 705 (2002).

(5) See Suresh Koshy, *The Effect of TRIPS on Indian Patent Law: A Pharmaceutical Industry Perspective*, 1 BOSTON UNIVERSITY JOURNAL OF SCIENCE AND TECHNOLOGY LAW 123 (1995); Janice M. Mueller, *Taking TRIPS to India—Novartis, Patent Law, and Access to Medicines*, 6 NEW ENGLAND JOURNAL OF MEDICINE 541 (2007).

(6) See George K. Foster, *Opposing Forces in a Revolution in International Patent Protection: The US and India in the Uruguay Round and Its Aftermath*, 3 UCLA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW AND FOREIGN AFFAIRS 283 (1998).



件盗版的行为和处罚作了详细说明。而根据新《版权法》，任何使用盗版软件的行为将受到严厉惩罚，使用非法复制的计算机软件将被判处 7 天至 3 年的监禁，并课以 5.5 万至 2000 万卢比的罚金。印度《版权法》甚至被称为“世界上最严厉的版权法”之一。<sup>(7)</sup>

另外一种流行的解释范式，则会将印度专利法进行文化论解释，认为它源自宗教法传统与特殊的印度文化。比如一位印度学者如此总结“印度一直信奉中间路线。这可以追溯到我们文化背景的一种倾向，即在任何思想过程中都试图避免极端。知识产权也不例外。我们尽量与 WTO 要求下的国际规范相一致。但我们进行了特定的变通以适应我们的情况。”<sup>(8)</sup> 基于此种文化论解释，则会进一步得出诸如改变民众的法治观念，从而更好推进印度知识产权发展的结论。但文化论解释存在倒果为因的问题，它把本身需要解释的问题直接循环归因于文化特殊性，从而回避了问题本身。

可以说，印度知识产权为我们生动展现了法律全球化涉及不同社会阶层利益的博弈和平衡，乃是政治与法律衡平的技艺。软件业发展和版权保护有利印度的知识精英阶层，而自主的专利权执行则可以保障底层草根群体的利益。核心的悖论就在于：为何 WTO 所要求的统一知识产权保护标准，在印度法内部会形成一种在软件版权和药品专利之间高度不对称的保护结构？印度是如何构造出这样一个“断裂”的知识产权保护体系的？同时，它又是如何被涵括到 Trips 协议的统一规则之下，而没有被“全球法”所排斥？印度知识产权与全球化知识产权之间，通过哪些特殊的机制予以衔接？印度法在全球化过程中是如何通过斗争、谈判、协调与获得认可的？概言之，印度知识产权，绝非简单的部门法移植问题，必须从世界看印度，从印度看世界，将印度法置于整个全球化进程和传统文明国家现代转型的视野下考察。

## 二、全球共振网络：民族国家、跨国公司与非政府组织

在印度与西方跨国药企围绕专利展开的系列诉讼战中，其中最大的行动者变量就是跨国性的非政府组织网络。<sup>(9)</sup> 依据 WTO 规则的印度《专利法》规定，申请撤销专利的主体应当是“利害关系人”。而印度专利局就是通过引入这些跨国非政府组织，对“利害关系人”概念进行了创造性的扩张解释，认定支持印度反专利诉求的第三世界网络（Third World Network）、卫生全球获取项目（The Global Health Delivery Project）、无国界医生组织（Medecins Sans Frontieres）等国际机构，所代表的乃是“全球患者团体”，而这些“全球患者团体”，当然也应当是真正的专利权“利害关系人”。在系列诉讼战中，正是借助这些全球共振的组织评价网络和人权道义舆论平台，使得印度自主的专利法政策突破了狭隘的民族国家贸易保护的话语层次，获得了全球

---

(7) 据国际上最有影响的软件反盗版组织——商业软件联盟（BSA）的年度监测报告，印度的 PC 软件盗版率自印度软件业起步以来在发展中国家中一直保持较低水平，远远低于中国。See *BSA Global Software Report (2018)*, [https://gss.bsa.org/wp-content/uploads/2018/05/2018\\_BSA\\_GSS\\_Report\\_en.pdf](https://gss.bsa.org/wp-content/uploads/2018/05/2018_BSA_GSS_Report_en.pdf).

(8) B. K. Bhuyan et al., *Emerging IPR Consciousness in India: Strengthening IP and Open Source Systems of Technological Innovations*, 2 *VIKALPA* 71 (2008).

(9) See Dwijen Rangnekar, *Context and Ambiguity in the Making of Law: A Comment on Amending India's Patent Act*, 10 *THE JOURNAL OF WORLD INTELLECTUAL PROPERTY* 365 (2007).

普世的“人权”意义的价值提升，从而赢得了来自“国际社会”层面的正当性认可。<sup>(10)</sup>

在一些案例中还显示，这些跨国网络甚至不只是消极等待印度政府的求助，比如“无国界医生组织”2015年就直接发表声明，抨击美国前总统奥巴马访印时的知识产权政策建议。“无国界医生组织”声称，奥巴马访问将迫使印度采用与美国和欧盟相似的知识产权措施，而这将导致印度以及依赖印度生产可负担仿制药的国家面临无法承受的药品高价。而且，“无国界医生组织”也同时批评了印度2014年的国家知识产权政策草案，因为该草案强调了“专利垄断是创新的主要驱动力”。<sup>(11)</sup>可以看到，跨国组织网络在今天已开始深入干预和影响民族国家的外交、经济和法律政策，不仅诉诸于道德话语，同时也通过各类科学调查报告和法律专家意见，来提升自己的话语影响力。<sup>(12)</sup>

例如，发展中国家政府间组织日内瓦—南方中心（South Centre），就向美国提交正式意见书，批评美国贸易代表对印度知识产权法律及实践开展的不定期审查。有趣的是，这个意见书的提交，本身就是在“遵循”美国贸易法的相关程序性规定，这项程序规定要求：当美国贸易代表发起特别301不定期审查时，为认清和评估相关政府在知识产权相关问题上的表现，美国贸易代表需要遵循要求各界提供一切必要及相关信息的程序。南方中心的意见书，就是根据这一程序性规定而提交。<sup>(13)</sup>

首先，报告认为美国对印度专利法的审查违背了世界贸易组织《TRIPS与公共健康多哈宣言》的精神，报告指出，TRIPS协定可以并应当朝着推动“公共健康”目标的方向进行阐释，而且TRIPS协定的任何内容均不得妨碍各国实施促进公共健康及药品获取政策的权利。其次，意见书认为，印度已经为权利人行使其知识产权提供了充分的司法和行政救济：例如，跨国制药公司诺华此前对8家印度企业分别提起诉讼，声称侵犯了自己对维格列汀（vildagliptin）持有的专利，而其中4起案件都获得了法院禁令。默克公司在主张西他列汀（sitagliptin）专利遭侵犯而提起的7起诉讼中，其中6起都获得了禁令救济。同时，1995到2014年间，印度共受理了366件版权侵权案件，其中80件为外国版权人提起，而且法院在其中的52件都依据印度法律做出了有利于权利人的判决。第三，在商标领域，1995年至2014年印度共受理案件1593件，其中449件为外国商标权利人提起，并且302件都依据印度法律做出了有利于权利人的判决。第四，在版权法领域，南方中心指出，与特别301报告所指出的问题相反，国际消费者协会（CI）的知识产权观察列表报告从2009年至2012年一直将印度的版权机制评为对消费者最为友好的前3名，这意味着印度的版权体系对知识获取友善，而不是通过过度的版权保护限制对知识的获取。而且，在印度制定一部专门的禁止盗录法也无必要，因为当前实施的《1957年版权法》已将盗录电影规定为违法行为。此外，印度版权法中关于法定许可的条款完全符合《伯尔尼公约》

(10) See Pooja Van Dyck, *Importing Western Style, Exporting Tragedy: Changes in Indian Patent Law and Their Impact on AIDS Treatment in Africa*, 6 NORTHWESTERN JOURNAL OF TECHNOLOGY AND INTELLECTUAL PROPERTY 138 (2007).

(11) 《奥巴马访印将对印度施压 使印度专利法迎合美国利益》，中国知识产权保护网，<http://www.ipr.gov.cn/article/ydypzl/201501/1846860.html>，2018年9月13日访问。

(12) See Hagai Katz & Helmut Anheier, *Global Connectedness: The Structure of Transnational NGO Networks*, 6 GLOBAL CIVIL SOCIETY 240 (2005).

(13) See South Centre, *South Centre Views on US Review of Indian IPR Policy (2014)*, [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2014/11/Stat\\_141031-SC-Submission-USTR-OCR-India\\_EN.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2014/11/Stat_141031-SC-Submission-USTR-OCR-India_EN.pdf).



第9(2)条的规定。第五,针对最具争议的印度《专利法》第3(d)节,意见书特别强调:“一国政府制定专利授予标准(正如印度《专利法》第3(d)节所规定的以及印度最高法院在诺华案中所阐释的)、颁发强制许可以及对授予前和授予后异议程序的使用等,都是以捍卫公众健康为目的重要的灵活性措施,符合TRIPS协定。”<sup>(14)</sup>

意见书还进一步指出,印度最近做出的驳回已知药品的专利或对抗癌药物颁发强制许可的所有决定,均未在世界贸易组织争端解决机构方面受到质疑。而且,印度也不是唯一一个对药品颁发强制许可的国家,包括巴西、厄瓜多尔、厄立特里亚、加纳、印度尼西亚、马来西亚、莫桑比克、泰国和赞比亚在内的许多其他国家都颁发过强制许可,以此确保对廉价药品的获取,满足公共健康的需要。<sup>(15)</sup>最关键的是,意见书特别强调,印度药企的仿制药生产不仅关涉印度人民健康,而且对于印度以外成百上千万人民特别是发展中国家人民的健康都起到了极为重要的作用,它特别指出,印度仿制药企为艾滋病患者提供的廉价仿制药(其中很大一部分都是由全球基金及其他慈善基金资助生产的)帮助挽救了非洲及其他地区数百万患者的生命。因此,在报告书看来,印度专利法不仅符合世贸组织的相关规定,它还在国内和国际层面履行了特殊的公共健康职能。

最后,针对药物专利之外的其他强制许可使用,意见书也同样做出了有力的辩护。针对印度制造业政策中的强制许可制度,南方中心将其与全球环境议题相挂钩,认为制造业领域的专利强制许可,是印度应对气候变化和环境问题推进清洁能源转型所需要的制度配套,因为气候变化已是全球问题,所以有必要通过全球的技术转移,推动印度的工业清洁转型,而“专利强制许可”就是其中的必要步骤。意见书通过援引《联合国气候变化框架公约》的有关义务规定说明了这一点,而且还特别指出《美国清洁空气法》第308节采取的推动使用强制许可的行为,实际也出自与印度相同的用意。意见书最后总结,美国对印度采取的不定期审查,必须采取“更广泛的视角,将印度及全世界的公众利益、特别是发展中国家人民的利益考虑在内”。<sup>(16)</sup>

正如前述,这些跨国组织网络不只是“西方国家”的敌人,有时也会成为“印度政府”的挑战者。比如,它们就公开指责印度卫生部专家委员会提出的专利建议,因为它阻碍了民众(包括其他国家)对可负担药品版本的获取。<sup>(17)</sup>而印度的立法和行政官僚显然也积极回应了这些呼声,在一则媒体报道中,印度食品药品监督管理局局长 Mahesh Zagade 甚至表示,该局会通过药剂师向医生发布处方开具指导意见,要特别推动仿制药在穷人中的销售。<sup>(18)</sup>食品药品监督管理局的指导意见明确允许和鼓励药剂师提供仿制药作为专利药物的替代品,并认为只有这样,才能驱散药剂师对违背医生处方方向患者提供仿制药的恐惧心理。很难想象,印度的行政官僚竟然为了帮助“穷人”,主动鼓励药剂师“违法”来规避专利保护。

事实上,与这些跨国组织呼应的不只是印度政府,更重要的行动者,还来自印度的本土企

(14) 同上注,第4页。

(15) 同上注,第3页。另可参见 Robert C. Bird, *Developing Nations and the Compulsory License: Maximizing Access to Essential Medicines while Minimizing Investment Side Effects*, 37 THE JOURNAL OF LAW, MEDICINE & ETHICS 209 (2009)。

(16) 同上注,第5页。

(17) 同前注(11)。

(18) 参见《印度食品药品监督管理局局长鼓励药剂师开具仿制药》,中国保护知识产权网, [http://www.ipr.gov.cn/article/ydypzl/201407/1830781\\_1.html](http://www.ipr.gov.cn/article/ydypzl/201407/1830781_1.html), 2018年9月13日访问。

业与资本力量。<sup>(19)</sup> 在近期公布的一份文件中，印度制药协会秘书长沙哈（D. G. Shah）就公开指责，美国贸易代表办公室（USTR）之所以将菲律宾从其2014年《特别301报告》观察国名单中移除，而仍然把印度保留在优先观察国名单中，根本的原因就是因为印度实行了强制许可制度，而菲律宾仅仅只是由于缺乏相应的仿制药生产能力，所以不得已采取了平行进口制度。沙哈指出，印度必须保留这一弹性的自主政策空间，反对西方跨国企业的专利“常青”。<sup>(20)</sup> 我们需要解释，在印度国家与全球性的各类组织网络之间，在霸权国家、跨国企业、主权政府、民族资本与本土社会之间，为何会形成这些特殊的联盟和制衡关系，并且最终塑造了一个充满悖论现象的印度知识产权？

### 三、系统分化、世界社会与人权机制

首先，借助德国学者卢曼的社会系统理论<sup>(21)</sup>，印度实际上已经形成了一种特殊的功能分化的社会结构，其突出的表现是，经济系统的代码分化，已不能决定政治法律系统的运作逻辑。印度民主拥有了与其经济发展水平极不相称的动员潜力，由此，经济上的弱势群体经常可以转换为政治场域的强势群体。广大农村地区和落后邦州的利益诉求，可以通过政治法律系统的语意转化，通过功能分化的社会运动系统，以及活跃的大众媒体系统，并且充分利用各个全球化的跨国功能系统网络，包括人权话语、卫生健康话语、正义道德话语，来对抗各类全球化运作的经济与法律系统的功能迫令。而这一切实现的前提，正在于世界社会层面不同功能系统的分化，以及由早熟的民主化进程推动的印度不同社会系统的功能分化，两者形成了特殊的交互激励和结构耦合机制。这使得那些无法从全球贸易和投资系统中获益乃至受损的阶层，可以通过相对独立于经济系统宰制的政治法律系统空间，来为自己争取到各种保护性和对抗性的权利资源。

由于种姓制度和殖民地传统的影响，印度当然还不是西方意义上完全的功能分化社会，它依然保留鲜明的块状式分化与层级式分化的传统社会特征，种姓、血缘、宗派、村社、部落、城乡、宗教、性别、种族依然都是阻碍印度发展和导致法律腐败的重要原因。但是，在民主化和宪制化的政治系统与法律系统率先实现功能分化之后，上述看似落后的社会多层次和多中心结构，相反与社会系统的功能分化形成了一种特殊的耦合效应，从而转变为对抗国家中心主义、政府中心主义和资本中心主义的有利因素，它经常阻碍了市场和资本力量的迅速扩张，但同时也成为了社会自我保护的结构基础。

其次，印度也较为熟练地掌握了各种全球性的组织网络和权利话语，其法律全球化不局限于单一的经济主义视角，这使它能充分利用不同权利范式的动员潜力。<sup>(22)</sup> 在知识产权实践中，

(19) See Shalini Randeria, *The State of Globalization: Legal Plurality, Overlapping Sovereignties and Ambiguous Alliances between Civil Society and the Cunning State in India*, 24 *THEORY, CULTURE & SOCIETY* 1 (2007).

(20) 参见《印度制药组织认为 USTR 曲解印度知识产权政策》，中国保护知识产权网，[http://www.ipr.gov.cn/article/ydypzl/201407/1831631\\_1.html](http://www.ipr.gov.cn/article/ydypzl/201407/1831631_1.html)，2018年9月12日访问。

(21) 参见（德）鲁曼《社会中的法》，“国立编译馆”主译、李君韬译，（台湾地区）“国立编译馆”2009年。

(22) See Balakrishnan Rajagopal, *The Role of Law in Counter-Hegemonic Globalization and Global Legal Pluralism: Lessons from the Narmada Valley Struggle in India*, 18 *LEIDEN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 345 (2005).



印度就灵活运用了不同的权利解释来捍卫利益,它有时主张社会经济文化权、有时强调民族生存权与发展权,有时又高扬普遍世界人权。它可以在贸易、投资、环境、劳工、人权、文化、生物多样性这些多元的权利话语之下,通过动态解释知识产权的原则内涵,激发出法律规范的多重可能性,因而避免了知识产权保护单向服务于本土精英和西方跨国资本的盈利需求。

因此,印度知识产权悖论产生的关键,既不在于印度法律移植的不彻底性,也不在于经济民族主义和法律沙文主义的强力保护,甚至也不是印度知识产权专家的特别高明。它首先得益于一个率先孕育的政治民主体制的建立,这推动了印度的政治和法律系统与其他社会系统实现了分离和脱嵌,因而可以制衡住经济系统过度扩张的资本逻辑,杜绝其与政治权力形成相互循环的腐败关系,从而直接宰制法律发展的路径。<sup>(23)</sup> 由于不同社会系统的功能代码都可以成为贯通全社会的沟通媒介,因而,弱势群体同样也可以利用经济系统之外的其它各类系统功能资源,将其转化为政治和法律系统层面的身份、权利与权力,从而可以与资本—政治精英抗衡,共同参与和影响知识产权立法、执法与司法的过程,共同竞争立法与司法解释的权力。

而且,印度社会的功能系统分化同时呼应于世界社会的功能系统分化,这使它可以顺畅地对接到世界社会层面运作的不同社会系统及其相应的媒介与资源,印度可以经由它获得世界社会认同的“宪法身份”,取得利用各类全球化的社会系统功能资源的入场券。由此,印度就更容易赢得世界层面的法律认同与进入资源,与西方国家、跨国企业及各类跨国网络争夺法律解释权,通过各种国际论坛、大众舆论、全球网络与人权话语来对冲霸权国家和全球资本对印度本土社会的直接冲击。<sup>(24)</sup> 只有如此,我们才能解释为何西方世界能够接受这样一个具有高度自主性的既积极融入又灵活对抗的知识产权法,才能解释它在法教义学视野下显而易见的矛盾结构。

假如印度没有一个早熟的民主宪法体制,我们很难想象那些脱离全球化经济进程的广大农村内陆地区的印度民众,能够对抗拥有强大专利池保护的西方跨国企业,以及制衡依附西方的本土政商精英的权利话语。如果没有民主宪制,那些仍然发挥重要影响的传统社会分层逻辑,就会转而成为巩固不正义的经济法律秩序的因素,从而把印度知识产权转变为一种强强联合压制弱者的剥削体制。如此,印度知识产权就可能呈现为一幅完全不同的面貌,沦为一部特别“全球化”的知识产权法与一种配合权贵交易的“本土化”逻辑的特殊结合。被排除在政治法律系统之外的弱者,就不再有任何“权利”武器来反抗宰制。<sup>(25)</sup>

他们会由于高度依附性的印度外向型经济,从而支付高额的软件版权费用、种子专利使用费,以及高额的专利药物价格。一方面,印度国家本身无法抗衡全球化运作的跨国资本、霸权国家与知识产权的联盟,另一方面,印度国内的草根阶层,也无法对抗“再种姓化”的特权群体的支配。在这样的发展中,印度在经济全球化中的后发地位,将会不断激化社会矛盾和阶级分裂,从而进一步推动印度在法律民族主义和法律全球主义之间不断摇摆幅度的加大,乃至最终的崩裂。

(23) 有关印度民主,可参见 Rajendra Vora & Palshikar Suhas, *INDIAN DEMOCRACY: MEANINGS AND PRACTICES*, Sage Publications, 2004; A. Kohli ed., *THE SUCCESS OF INDIA'S DEMOCRACY*, Cambridge University Press, 2001。

(24) 有关人权话语在反制全球化霸权中的实践运用,可参见 Mark Goodale & Sally Engle Merry eds., *THE PRACTICE OF HUMAN RIGHTS: TRACKING LAW BETWEEN THE GLOBAL AND THE LOCAL*, Cambridge University Press, 2007。

(25) See Balakrishnan Rajagopal, *Pro-Human Rights but Anti-Poor? A Critical Evaluation of the Indian Supreme Court from a Social Movement Perspective*, 8 HUMAN RIGHTS REVIEW 157 (2007)。

与其他部门法不同，知识产权体系的多部门性质，先天决定了难以用单一的权利定义来把握它的属性。知识产权法，一定会根据其指向的不同产业部门和规则领域，形成在其内部充满矛盾和张力的有待不断解释的文本，惟其如此，才能更好凸显其作为政策工具的特征。而作为公共政策工具，它所要实现的社会功能，却最终取决于一个国家的民主化机制。而印度知识产权的悖论特征，其实恰恰是印度的宪制民主结构存在的标志。可以说，假如没有印度宪法的全球化，没有印度政治系统的民主化，以上悖论机制就无法真正形成和展开。

因而，知识产权全球化不只是某一部门法的全球化，知识产权规则最后的解释和实施效果，实际还取决于这个国家的宪制结构，而这种宪制结构又呼应于它和宪法全球化进程的对接。作为私法的知识产权的正当性，取决于它的规范性预期能否匹配于社会的规范性预期，取决于能否回应广大社会成员的正义诉求。在现代性社会条件下，只有具备民主宪制结构，才能有效地将不同社会群体的声音，置入对重大法律议程的讨论和制定，由此才能激发和塑造社会成员对于本国法律的认同和忠诚，而不是将法律全球化管理理解为统治者武断性的战略决策或对全球化单向度的主权确认。

法律全球化不是被动的法律移植，而是一个商谈性的政治过程和法律过程。作为全球化的知识产权，因此绝不是对 Trips 协议的照搬照抄，而是要求民族国家本身具有充分的自主性，从而可以形成一个具有价值平衡和正义调节能力的制度框架。法律文本充满了再解释的空间，但关键在于，受其影响的社会人群是否有权力能够参与到这个不断商谈的宪制结构之中。

印度知识产权悖论展现的第三个启示来自人权法的视角。知识产权是全球化的，人权法同样也是全球化的，但其全球化形式不同。知识产权及其所附属的贸易权，背后主要指向的是市民自由权和财产权，它主要通过以 WTO 为代表的世界贸易系统的司法争端解决机制加以实证化。而人权法的全球化所需要的实证化机制，目前则仍然主要依赖民族国家的宪制结构。这与业已率先实现全球化的世界贸易系统不同，它通过超国家的贸易争端解决机制，已有效突破了民族国家设置的各种主权壁垒。

因此，要与此种全球化的贸易权（知识产权）对抗，一方面需要依靠领土分化的民族国家拥有将普世人权话语在其国内实证化的宪制法治结构；而一方面，则需要其他全球化运作的各种跨国网络的支持，从而弥补人权法话语作为道义性规范“没有牙齿和武器”的弱点。知识产权全球化之所以能够突破印度的主权疆界，本质上得益于西方国家为全球贸易体系设定的总交易模式，这种总交易模式通过开放西方国家的农业与纺织品等领域市场来换取印度对其弱势领域的全面开放。<sup>(26)</sup> 由于在乌拉圭回合谈判中成功将贸易与知识产权（逐步包括其它劳工、环境等保护标准）相捆绑的策略，因此，它可以把包括知识产权在内的各类贸易性权利话语和机制，不断通过经济全球化进程刺穿民族国家坚硬的保护壳。而经济系统的全球化，则又不断带动其他社会系统的全球化，这些社会功能系统的全球化不断获得加速。但是，其中的核心矛盾在于，由于政治系统依然遵循领土分化的逻辑，因此，任何一个社会功能系统的全球化，不会普惠于普遍意义的抽象人类整体，所有世界人口，目前为止依然会按照国籍和领土原则被分化为不同国家的公民主体，因而，不同社会系统的全球化，必然就会形成对于不同民族国家公民的非对

(26) 参见（美）西尔维亚·奥斯特里《世界贸易组织：压力下的体制》，丁开杰译，载（美）斯蒂文·伯恩斯坦、威廉·科尔曼主编《不确定的合法性：全球化时代的政治共同体、权力和权威》，丁开杰等译，社会科学文献出版社 2011 年，第 119-141 页。





称效应，而这就特别需要不同国家通过其政治系统以及其他全球化的社会系统机制，来对抗那些更有利西方国家与跨国资本的全球化议程。

印度知识产权就是其中较为成功的例证。正如前述，印度的政治系统率先实现了卢曼意义上的功能脱嵌，因此它能够发挥民主化机制，从而反映与吸纳不同社会阶层的声音。<sup>(27)</sup> 正如前述，领土分化所带来的主权归属，不会自动带来对国家全部人口的同等保护，不仅会有不同国家人民在全球化进程中形成的福利差别，同样也会有国家内部不同阶层在面对全球市场和资本冲击的不同利害得失。国家一方面提供了国内人口面对各种全球化力量的主权保障，而另一方面，它自身也可能同时制造国家法律的内部正义问题。

这就尤其需要国家法律系统的实证化和国家政治系统的民主化，让它们能够形成一种致密的结构耦合，而印度相对早熟的民主化进程推动了这一点。知识产权规则的涵义不是被先天决定的，而只有相互连带且存在张力的权利体系，在当代条件下，它依然只有首先通过内嵌于领土分化的民族国家的民主宪制结构，才能被充分激发出各种可能性，从而可以对抗压制性的法律议程设定与规则主导权。概言之，如要对抗业已高度全球化的负外部性，就需要一个同样朝向世界社会的具备民主宪制结构的民族国家的正外部性。

知识产权本身并不是古典市民法意义的私人权利，而更多是在知识产权主体、知识增益分配与社会公益之间利害平衡的法律体系。<sup>(28)</sup> 而在司法实践中，“社会公共利益”并不一定能成为保障弱势群体权益的原则，它同样可能被解释为促进国家经济发展或为强势精英集团保驾护航；在药品专利法案件中，“公共健康”概念就可能被解释为只有在严格保障药企的研发动力前提下才能获得更好保障。即使例如防治传染性疫病的“迫切性”，也可能被保守派视为有碍经济利益的“民粹主义”煽动。<sup>(29)</sup>

虽然印度专利强制许可制度的推动，一定包含着印度本土药企的利益冲动，但它们的公共政策游说，也必须首先诉诸一种具有普世性、超越性和道义性的权利话语，而无法直接诉诸狭隘的利益表达。因为，后者在今天已不能与通行的世界法律语言衔接，由于欠缺“权利化”的转译机制，这种声音缺乏国际层面的正当性，反而只会激发起世界贸易系统和民族国家的经济报复。民族主义话语在今天难以成为世界社会功能系统的媒介语言，它无法被有效识别、确认、涵括和包容，从而无法成为有效的激扰社会功能系统运作的权利话语，而只能逐渐沦为特殊主义的本土性和伦理性概念，而只有“权利话语”，才是可以被普世通用而且耦合到包括全球贸易系统在内的各类跨国社会系统的操作语言，而这套权利语言，在当前还主要依赖民族国家宪制结构对其具体实证化，因而，也就尤其需要国家的政治民主机制作为激活它的内在动力。

这也深刻依赖于国际社会对于一个国家宪法完备与法治独立程度的衡量。因此，一国的知识产权全球化，首先有赖于一国法律系统的整体全球化，尤其是宪法系统和基本权利的全球化；同时，这个国家还需要积极融入其它世界性的社会功能系统网络之中。概而言之，印度知识产权区别于其他发展中国家知识产权的关键，就在于印度宪法体系与世界宪法系统的对接和适应。

(27) 同前注〔21〕，〔德〕鲁曼书，第9章。

(28) 参见余盛峰《知识产权全球化——现代转向与法理反思》，《政法论坛》2014年第6期，第20-21页。

(29) See Philippe Cullet, *Patents and Medicines: The Relationship between TRIPS and the Human Right to Health*, 79 INTERNATIONAL AFFAIRS 139 (2003); Bernard Pecoul et al., *Access to Essential Drugs in Poor Countries: A Lost Battle?*, 281 JAMA 361 (1999).

正如哈贝马斯所言，民主和法治一体同源，公共自主与私人权利相互创生。<sup>(30)</sup> 印度知识产权的悖论性特征，其原因就在于通过公共商谈与大众参与，为不同视角的权利解释提供了充分的法律空间，它们在相互竞争解释权的过程中塑造了知识产权本身。自由贸易权、知识财产权、社会福利权与公共健康权，以及作为第三世界和印度人民的生存权和发展权都囊括其中。全球法与全球法、全球法和国家法、国家法与国家法、国家法和地方法的多重碰撞、冲突和协调，都在影响有关知识产权的具体解释。这也是其他法律部门很难具有的复杂性特征。而印度立法和司法进程在时间上的延宕，非但不是通常所批评的没有效率的民主机制的弊病，而是经由充分的立法辩论、专家意见、民众参与和社会运动，更好地反映和吸纳了不同声音。政治主权意志和立法科层官僚的一声令下，并不反映法治的正义和信念，而恰恰可能造成水土不服、难以回应本土诉求，最终伤害国家分享全球化的红利。立法本身不是目的，法律移植以及与国际规则的一致化也不是根本目的，更重要的，是能够实现真正功能分化的现代社会逻辑，使民族国家的法律体系既符合这一现代性演化的规律，又能积极回应国家领土内特定的社会结构和民意需求，进而形成一种弹性自主、错落有致的多层次法律机制。

正如卢曼所言，法律的首要功能在于稳定规范性预期。<sup>(31)</sup> 知识产权的创制，本身就是为了保护知识主体对其知识财产权的预期，进而保护其研发和投资积极性，从而推动社会创新。但与此同时，知识产权也要帮助社会形成对公共知识和知识财产边界的稳定预期，从而反向保护公共领域和那些不适合完全资本化与商业化的知识空间。这也同样需要形成一个充分的公共商谈和民主辩论的空间，能够通过对抗性的司法诉讼结构，不断经由法律解释来动态调整公共知识与财产化的私有知识的边界，通过对知识产权法律概念、原则和价值的不断澄清，来持续重塑现有的知识产权法律体系。

#### 四、印度知识产权全球化的经验和启示

中国 1993 年生效的《专利法》，立即删除了对药品不授予专利权的规定。中国专利法一步到位，在入世几年前，对医药发明的专利保护就已达到“国际水平”，满足了 TRIPS 协议的相关要求。而印度，则充分利用了国际规则赋予的法律空间，赢取时间来给予国内药企独立发展的产业保护和法律支持。<sup>(32)</sup> 在专利法领域，印度企业通过对政府游说，使改革后的印度专利法中始终保有一个提出异议的条款，即任何企业和个人都可以向印度专利检查部门提出专利无效的异议。利用这一规则，在 2005 年和 2006 年期间，印度制药企业就提出了 100 多项异议申请，使外国制药公司的专利无法在印度生效。<sup>(33)</sup>

根据美国专利法的相关规定，在“国外”公共使用和销售并不能构成公开存在，而只有在

(30) 参见〔德〕哈贝马斯《在事实与规范之间：关于法律与民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店出版社 2003 年，第 105 页。

(31) 参见前注〔21〕，〔德〕鲁曼书，第 3 章。

(32) See Dinar Kale & Steve Little, *From Imitation to Innovation: The Evolution of R & D Capabilities and Learning Processes in the Indian Pharmaceutical Industry*, 19 *TECHNOLOGY ANALYSIS & STRATEGIC MANAGEMENT* 589 (2007).

(33) 参见刘兴华《TRIPs 与国内知识产权制度改革：中国与印度的比较研究》，《南亚研究》2010 年第 1 期，第 84 页。



国外专利已存在或是在国外已经对发明进行公开发表才构成公开存在。这一拗口的法律规定，显然就是针对印度这样的后发国家的“传统知识”，它们虽然“公共使用和销售”，但由于未被“专利化”，因此在美国专利法框架下就不构成真正受保护的知识产权，美国企业自然就可以对这些尚未被专利化的国外知识进行“先占性”的法权确认。本国的公共性知识和他国的公共性知识，美国实际上根据自身的战略利益，在知识产权规则设计上进行了精巧的区分和安排。<sup>(34)</sup>正是针对这个威胁，印度 2005 年《专利法》修正案中特别规定，“新发明指的是在提交完整的专利申请日之前，这项发明和技术没有在任何地方发表过或是在国内外使用过，也就是说，此项发明和技术没有进入公共领域”。<sup>(35)</sup>

另外，在 TRIPS 的规定中，专利申请人没有义务向申请部门披露应用材料和知识的地理来源，也没有强制要求专利申请人提交生物资源和传统知识法定所有人的知情同意书。而这实际上也正是美国利用 TRIPS 所谓“只提供国际最低程度的知识产权保护标准”的策略用意所在。对此，印度《专利法》也专门做出规定，如果申请专利的产品所使用的传统知识已经进入了公共领域，或是没有获得知识来源当地居民或集体的知情同意，就等同于对知识的非法占有。<sup>(36)</sup>

但是，这一法律规定，实际也无法阻止西方企业或个人对印度那些没有主体权利归属的地方性知识一件件发起专利申请，因为印度专利法不能事先阻止、也不能有效识别或者没有精力去逐一发现那些在西方国家被申请，而且经由抽象晦涩的专利术语所包装的传统知识。<sup>(37)</sup>对本国传统知识的保护，如果仅仅从世界贸易系统或知识产权法律系统的逻辑出发，都难以获得充分反制此类“专利海盗”行为的可能性。事实上，印度最后是借助科学系统的建构，通过将传统知识进行科学主义分类，采纳现代图书馆的档案信息检索技术，完成了对传统知识的科学化和真理化固定，才获得了对抗专利法根据其固有的“新颖性”、“创造性”等原则进行法律确权的能力。

实际上，正是借助科学系统与专利法系统的结构耦合，印度通过其 TKDL 体系实时回应和支持全球专利注册部门的交叉专利审查。<sup>(38)</sup>在世界任何一个专利部门所进行的针对印度传统药物知识的注册申请，都会被系统立刻识别和发现。比如，欧盟专利局（EPO）审查员现在也使用这套系统来防止对印度传统知识进行注册的行为。<sup>(39)</sup>截至 2010 年 10 月 13 日，EPO 根据 TKDL 所撤销的涉及印度传统药物知识的专利就有 28 件，印度因此不必再花费大量的人力、物力和时间来争回原本就属于自己的“知识产权”。<sup>(40)</sup>而如果没有这套现代科学方法与数据库技术的帮助，印度就只能诉诸于政治主权的抗议，诉诸于法律系统围绕争端和诉讼展开的繁琐确权、诉

(34) See Shubha Ghosh, *Reflections on the Traditional Knowledge Debate*, 11 CARDOZO JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 497 (2003).

(35) Patents (Amendment) Rules, 2005, [http://www.wipo.int/wipolex/zh/text.jsp?file\\_id=128115](http://www.wipo.int/wipolex/zh/text.jsp?file_id=128115).

(36) See Kasturi Das, *Combating Biopiracy-The Legal Way*, <http://www.indiatogether.org/biopiracy-environment>.

(37) 参见余成峰《分裂的法律：探寻印度知识产权谜题》，《学海》2018年第3期，第172页。

(38) 有关传统知识专利化与 TKDL 技术，可参见 Sita Reddy, *Making Heritage Legible: Who Owns Traditional Medical knowledge?*, 13 INTERNATIONAL JOURNAL OF CULTURAL PROPERTY 161 (2006)。

(39) See EPO, *India's Traditional Knowledge Digital Library (TKDL): A Powerful Tool for Patent Examiners*, <http://www.epo.org/topics/issues/traditional.html>.

(40) 参见《印度利用医药数据成功阻止了英国的专利申请》，中国保护知识产权网，[http://www.ipr.gov.cn/article/ydypzl/201201/1274243\\_1.html](http://www.ipr.gov.cn/article/ydypzl/201201/1274243_1.html)，2018年9月29日访问。

诸于其他全球系统网络的共振和支援。

流行的观点多认为，印度 IT 软件产业的异军突起源自印度版权的严格保护，突出特点是刑事惩罚力度强，因此跨国公司在对印度进行软件外包时更有信赖。而事实上，印度软件获得西方青睐不只是国家相关立法的严苛，同时也是印度国内相关利益集团的推动。在软件行业知识产权战略的制定中，印度国家软件和服务公司协会（NASSCOM）就扮演了重要角色，这已得到许多学者和业界人士的一致公认。NASSCOM 成立于 1988 年，截至 2008 财年，其成员的销售收入已超过印度软件产业总收入的 95%，其麾下的软件专业人员超过 224 万人。正如评论所言，NASSCOM 不仅在推动政府出台软件产业扶持政策、提高印度软件企业的管理水平和质量标准、向世界积极推介印度软件产业、成功塑造印度软件业的良好形象等方面有口皆碑，其在促进和协调印度软件行业知识产权保护方面更是主要推动者。<sup>(41)</sup> 正是因此，2003 年 IBM 将其美国本土 4000 多个编程的工作岗位转移到印度，并于 2005 年进一步扩大了在印度的外包规模。<sup>(42)</sup>

除了专利法和版权法之外，普通法传统也赋予印度知识产权一种特殊的灵活性。例如，通过印度合同法和普通法的相关条款，国外 IT 企业的商业秘密就可以在普通法传统下根据公平原则，将一切“违反信任”的行为界定为侵权，而不论主合同是否成立。<sup>(43)</sup>

本文标题所描绘的印度作为“全球化的笼中之鸟”，具有多重涵义。首先，在晚近经济全球化条件下形成的世界贸易的“总交易模式”，实际是一种更为抽象的法律知识/权力型霸权形态，它通过大量复杂的法律规则来构建贸易体制，将愈益无形和虚拟的跨境贸易形态纳入全球体系，进而形成一系列“与贸易有关的知识产权协议”（TRIPs）、“与贸易相关的投资措施”（TRIMs）、“与贸易有关的服务总协定”（GATS）等等。<sup>(44)</sup> 正是因此，印度参与全球化所需要应对的，就不只是本国经济产业和社会福利的总体提升问题，而同时也是法律移植对本国长远战略利益以及不同社会阶层的风险分配问题。

正是因此，民族国家的主权之笼，也就具有了提供社会保护的潜能，这是“全球化的笼中之鸟”的第二重涵义。印度采取了弹性执行相关知识产权协议的做法，一方面基于总体经济利益考虑（做大蛋糕）加入了全球贸易体系；另一方面，通过“以时间换空间”战略，以 10 年为期限逐步修订专利法，同时在实践中进行灵活法律解释，规避那些对本国弱势阶层的不利条款规定（风险分配）。<sup>(45)</sup> 而印度按照自己的理解有弹性地执行知识产权协议，当然会遭到西方国家的阻碍，首当其冲是美国。在整个 20 世纪 90 年代，美国动辄单方面使用惩罚性的超级 301 和特级 301 条款，制裁不严格执行专利保护的印度，其次则是当时的欧共体，在 1998 年世贸组织日内瓦会议上，它们公开指责印度没有建立起一项保护医药和农业化学产品框架。1995 年，拉

(41) 参见詹映、温博《行业知识产权战略与产业竞争优势的获取——以印度软件产业的崛起为例》，《科学学与科学技术管理》2011 年第 4 期，第 101 - 104 页。

(42) 胡水晶、余翔《印度服务外包中的知识产权保护及启示》，《电子知识产权》2009 年第 9 期，第 59 页。

(43) 同上注，第 59 页。在离岸外包中，大约 70% - 80% 的发包方认为商业秘密比其他知识产权重要，See Carl J. Pacini et al., *Fighting Economic Espionage with State Trade Secret Laws*, 3 INTERNATIONAL JOURNAL OF LAW AND MANAGEMENT 121 (2008)。

(44) See Richard Higgott & Heloise Weber, *GATS in Context: Development, An Evolving Lex Mercatoria and the Doha Agenda*, 12 REVIEW OF INTERNATIONAL POLITICAL ECONOMY 434 (2005)。

(45) 同前注〔37〕，余成峰文，第 174 页。



奥总理也曾试图说服人民院同意修改印度的专利法，以使印度知识产权法符合世贸组织的规定，但最后惨遭失败。<sup>(46)</sup>

在全球化和国家主权的三重网络机制下，印度知识产权形成了一种悖论性的结构：一方面，版权强保护一般并不直接影响较少与 IT 软件业发生联系的内陆民众；另一方面，通过设置具有社会保护功能的自主专利机制，则为印度参与经济全球化获得了隐性的正当性支持。它在全球贸易系统的总交易框架中找到一个更有利印度的平衡点，在外部世界和国内社会之间形成了一种双重的交易和平衡机制。

印度知识产权与全球知识产权的互动与冲突，一方面帮助我们理解印度法律演化的全球化根源，另一方面也帮助我们观察到印度国家和社会的特征及其内在问题。它深刻揭示了法律战略设计论与精英主导论解释范式的局限：印度知识产权的高明更多不在于少数法律精英的预先战略设计，而是首先立足于上述特定的政治、宪法和社会结构的约束变量，从而塑造了印度知识产权的特殊演化路径。没有这些社会政治条件作为前提，再有战略视野的政治法律精英也没有渠道和机会改变立法议程和司法政策导向。出于同样的道理，通行的专家知识解释范式也存在局限，没有充分的经验证据表明，印度专家相比其他发展中国家具有压倒性的法律知识优势。概言之，印度知识产权发展不是加入《伯尔尼公约》与《巴黎公约》的被动过程，也不是简单的 TRIPs 规则移植过程，在这个意义上，它也为我们进一步深化比较法和法律移植理论提供了生动的案例。

20 世纪 90 年代中期之后，印度软件产品和服务不断进入国际市场，为印度带来了可观的外汇收入。而只有制定严格的版权保护规则，才能为印度赢得更大的国际软件外包市场。因此，印度版权法就主要供给班加罗尔这样的 IT 产业中心，助推出口型产业发展。而例如药品专利法则主要针对那些仍然落后的内陆地区的底层民众，特别是要保护他们基本的生存发展和健康福利权。因此，正如本文所描绘的，印度知识产权不是基于统一的法律指导原则，它并不出自国家立法机关的单向主权决断，而是基于多元利益、多头对抗所形成的一个多中心制衡机制。而印度不同利益集团之所以能够介入到对法律政策的塑造，就深刻得益于印度发展半个多世纪的民主宪制结构，由此，它才在知识产权发展中形成了一种隐性的内部博弈与平衡机制，而不是像在其他后发国家那样形成对国内不同社会阶层的非对称风险分配。

相比于印度的知识产权故事，中国的知识产权发展则更接近传统的法律移植论模式。其内在原因，就在于中国立法过程尚无法充分吸纳不同社会利益集团的声音，因此经常是根据强行动员来朝向某个统一的政治目标和政策方向。而印度国内的利益群体在民主市场上的重要分量，则不断在影响和塑造其国内法的规范内涵，并与类似 TRIPs 这样的全球法形成持续的互动和型构。

究其根本，印度法和中国法发展模式的不同，其内在原因就源于国家、市场与社会三者之间关系的深刻差别。<sup>(47)</sup> 这最终反映在印度知识产权，就是一个看似悖论的版权法与专利法有

(46) 印度立法必须通过人民院和邦立法院的双重同意，人民院由邦立法院成员选举组成，而农业发展又是各邦的核心事务。See *Patent Ruling Against India*, CHEMICAL WEEK, October 15, 1997, at 4; Rao in a Bind, ECONOMIST, April 1, 1995, at 30.

(47) See Julia Ya Qin, *China, India, and the Law of the World Trade Organization*, 3 ASIAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW 1 (2008).

别、不同阶层有别、不同部门和不同产业有别的法律体系。专利“低保护”有利本土制药行业和本国底层民众，版权“强保护”则助推了软件外包产业发展，而这套相互矛盾的自主性法律系统却也被“全球社会”接受。印度知识产权启示我们，与世界贸易系统及其相应的知识产权法律系统接轨，并不意味着需要整齐划一地提高所有类型知识产权的保护标准，而完全可以在既有法律框架中，寻找更有利本国产业和社会民众的保护空间。IT软件和电影产业是印度参与全球化的龙头领域，因而其版权法保护程度较高，甚至被认为制定了全世界最为苛刻的版权制度。<sup>(48)</sup> 而由于专利制度牵涉印度的仿制药产业发展以及本土民众的健康福利，印度就充分利用了全球和国内社会的道德共振网络，借助民主动员机制激活人权话语从而可以游刃于不同国际论坛，充分利用 TRIPs 给予的过渡期保护，并且在过渡期满后进一步通过对“发明创造”条款的严格解释以及对“强制许可”制度的灵活运用，并且通过类似 TKDL 科学检索技术的引入，为印度的经济发展和民众福利赢得更大的有利空间。在商业秘密领域，印度一方面不予专门立法进行保护，另一方面则通过普通法的相关原则灵活处理，并且依据保护服务外包的业务特性，另外制定《信息技术法》特别对待，而在除此之外的其他行业领域，服务外包领域的商业秘密保护标准则不予应用。<sup>(49)</sup> 印度知识产权的悖论，实际也正是其成功的表现。

这也正是作为“全球化笼中之鸟”的印度不得不“全球化”，却又必须如此“全球化”的内在逻辑所决定。正如论者所言，从 20 世纪 90 年代开始，印度经济才开始面向国际投资和贸易开放，在后发的全球化战略影响下，印度逐渐将知识产权的战略定位调整为依赖型创新，即为海外跨国公司提供全方位服务并帮助其在全球市场提供技术支持。此种发展模式的重点，需要建立在一个相对单一的知识阶层的智力基础上，最优秀的资源往往都集中于高精尖领域的研发和软件编程等高附加值领域，而在基础教育和农业生产领域则只能采取“守势”。<sup>(50)</sup> 因此，印度知识产权的战略重心始终围绕有利全球化出口创汇的软件服务业打造，当药物专利法不断遭遇国际反对时，印度政治高层总体还是更倾向有利软件服务业发展的知识产权战略，这是由印度全球化战略的基本处境所决定的。

究竟根本，印度知识产权发展，不是由国家和政府单向性地主导进程，它也同时让企业与社会融入到全球化进程，让不同的利益群体深度参与到国家法律议程的设定和全球规则解释的博弈。惟其如此，才最终创造出一个既积极融入又灵活自主的法律空间。<sup>(51)</sup>

(48) See WTO, *Trade Policy Review-Report by India* ( WT/TPR/G/182 ), in TRADE POLICY REVIEW BODY, April 18, 2007, at 30.

(49) 例如，印度法院在 2006 年就要求可口可乐公司公布其传统配方。同前注〔42〕，胡水晶、余翔文，第 61 页。

(50) 参见董佳《论金砖四国知识产权战略》，吉林大学 2011 年博士论文，第 98-99 页。

(51) 在一些研究者看来，这种由外而内的战略布局，已经进入了中间阶段，近期以来印度在空间、核能、生物技术等核心技术领域迅速逼近的现象，正是由于之前通过外部互动得到的技术衍生支持的结果。同上注，第 99 页。