

Höstterminen 2007



LUNDS
UNIVERSITET

Språk- och litteraturcentrum

KINK01 – Kinesiska, kandidatkurs

Kandidatuppsats

知识产权

Implementering av immateriella rättigheter i Kina

One size does not fit all

Författare:

Karl Rogler

Handledare:

Michael Schoenhals

Abstract

Counterfeiting in China has been a subject of great international debate in recent years. This thesis will examine China's efforts to implement intellectual property rights in economic, political and historical contexts. Since joining the WTO, China has been required to extensively modify its laws, especially in the area of intellectual property rights. Positive and negative aspects of full implementation of these rules in the PRC will be analyzed.

提要

最近几年中国的盗版问题在国际上引起了激烈的辩论。本文从经济、政治，历史等角度分析中国为了加强知识产权保护付出的努力，进入世贸组织后在有关领域，特别是知识产权领域，如何修改了原有的法律条文，并在新法律充分生效后所采取的措施的积极、消极两方面的影响。

Keywords

TRIPS, piracy, intellectual property rights, WTO, patents, counterfeiting

Sammanfattning

Piratkopiering i Kina har varit ett ämne som flitigt debatterats internationellt de senaste åren. Denna uppsats ämnar analysera åtgärder vidtagna för att implementera immateriella rättigheter i Kina i en ekonomisk, politisk och historisk kontext. Sedan Kina gick med i WTO har landet varit tvunget att ändra sin lagstiftning inom många områden, speciellt rörande immateriella rättigheter. Positiva och negativa aspekter av full implementering av dessa regler i Kina analyseras även.

Nyckelord

TRIPS, piratkopiering, immateriella rättigheter, WTO, patent, varuförfälskning

Förkortningar

WTO – World Trade Organization

WIPO – World Intellectual Property Organization

IPR – Intellectual Property Rights

TRIPS – agreement on Trade Related aspects of Intellectual Property Rights

FDI – Foreign Direct Investments

NGO – Non Governmental Organization

DSB – Dispute Settlement Body

FoU – Forskning och Utveckling

USTR – The United States Trade Representative

LDC – Least Developed Countries

BNP – Bruttonationalprodukt

SIPO – State Intellectual Property Office

AB – Appellate Body

ABSTRACT.....	1
SAMMANFATTNING.....	2
FÖRKORTNINGAR.....	3
1. INLEDNING.....	5
1.1 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNING.....	7
1.2 AVGRÄNSNINGAR.....	7
1.3 METOD.....	7
1.4 KÄLLKRITIK.....	7
2. VAD ÄR IMMATERIELLA RÄTTIGHETER?.....	8
2.1 HISTORIK.....	9
2.2 DAGENS IMMATERIALRÄTT.....	11
3. GATT, WTO OCH TRIPS-AVTALET.....	12
3.1 GATT OCH WTO.....	12
3.2 TRIPS – INNEHÅLL.....	13
3.3 TRIPS – TILLÄMPNING.....	14
4. INTERNATIONELLA KONVENTIONER.....	15
5. STRATEGISKA ÅTGÄRDER FÖR ATT HINDRA PIRATKOPIERING.....	17
6. DEN OMFATTANDE PIRATVERKSAMHETEN I KINA.....	19
7. IMMATERIELLA RÄTTIGHETER UR ETT KINESISKT PERSPEKTIV.....	20
7.1 HISTORIK.....	20
7.2 KONFUCIANISM VS IPR.....	21
7.3 KOMMUNISM VS IPR.....	25
8. VAD GÖR KINA FÖR ATT FÖRBÄTTRA DET IMMATERIALRÄTTSLIGA SKYDDET?.....	27
9. USA STÄMMER KINA INFÖR WTO.....	29
9.1 VAD HAR HÄNT HITTILLS?.....	32
10. ANALYS OCH SLUTDISKUSSION.....	35
10.1 ANALYS.....	35
10.2 SLUTDISKUSSION.....	37
11. REFERENSER.....	39
11.1 OFFENTLIGT TRYCK.....	39
11.2 LITTERATUR.....	39

11.3 ARTIKLAR.....	39
11.5 INTERNETADRESSER.....	40
11.6 ÖVRIGA KÄLLOR.....	43
12. BILAGOR.....	44
12.1 INTERVJU MED MARK YOUNG.....	44
12.2 INTERVJU MED 法豆.....	46

1. Inledning

1976 avstannade kulturrevolutionen i Kina då kommunistpartiets ordförande Máo Zédōng (毛泽东) dog efter 27 år vid makten. Efter sig lämnade han en nation med illa fungerande infrastruktur bestående av en, till stor del, hårdnackad cynisk befolkning som genomlidit en period av tio hemska år, då vem som helst kunde råka ut för att bli anklagad och straffad för att vara en fiende till kommunistpartiet, arbetarklassens styrande företrädare. Med Máo dog snart också den tidigare ledande marxist-leninistiska politiken med kinesiska kännetecken, även kallad *maoism*. Då Máos efterträdare Dèng Xiǎopíng (邓小平) fick makten 1978, lade han om utvecklingen i riktning mot ett nytt system som skulle råda i Kina, innehållande både marknadsekonomi och socialism. Dèng påbörjade denna utveckling genom att utveckla speciella handelszoner som skulle fungera som marknadsekonomiska experiment. En av dessa handelszoner var den lilla fiskebyn Shenzhen som ligger på gränsen mellan Hong Kong och Guangdongprovinsen i södra Kina.

Sedan dess har mycket hänt. Idag är Shenzhen en fullt utvecklad industristad med glittrande skyskrapor och stor kommers. Från att ha varit ett stängt land med en unik kultur extremt olik de flesta andra länder, har Kina utvecklats till en, fortfarande med en unik kultur, kapitalistisk världsekonomi med en makalös tillväxt som verkar hålla i sig. Företag från hela världen har fullkomligen vallfärdat till det stora landet i öst för att sänka sina produktionskostnader och kunna ta del av den enorma och ständigt växande kinesiska marknaden. Ungdomar från hela världen åker till Kina för att studera kinesiska. Sedan början av 2000-talet skrivs det dagligen artiklar i svensk press om det kinesiska undret, och man har kunnat räkna ut att om det fortsätter i samma tempo kommer Kina att gå om

USA som världens största ekonomi inom överskådlig tid.¹ Kina har fått möjligheten att arrangera de olympiska spelen i Peking år 2008 och skall stå som värd för världsutställningen i Shanghai år 2010.

I och med att Kina gick med i Världshandelsorganisationen år 2001 har omvärlden kunnat ställa vissa handelsrelaterade krav på Kina. Idag blomstrar världshandeln, och detta kan delvis hänföras till det kinesiska undret. Sedan Kina öppnats upp för handel med omvärlden har fler människor lyfts ur fattigdom snabbare än någonsin tidigare i världshistorien (100 miljoner människor 1985-2005).² Dock kvarstår mörka moln kring ämnen som många andra länder i diplomatiska sammanhang på senare år uttryckt att de sätter ett högt värde på, såsom mänskliga rättigheter, miljötänkande, yttrandefrihet och immateriella rättigheter.

Eftersom landet varit isolerat från resten av världen så pass länge är det inte svårt att inse att alla dessa nya intryck från omvärlden, som kommer i en salig blandning, inte kan smältas och förstås (och därför kanske inte heller accepteras) över en natt för kineserna. På vissa områden finns det dock ett större internationellt intresse av att den existerande mentaliteten skall ändras snabbare. Immateriella rättigheter som patenträtt och varumärkesrätt är exempel på sådana områden. En anledning till att omvärlden sätter större press på dessa än till exempel yttrandefrihet, är förmodligen att det handlar om stora summor pengar. Denna uppsats skall specifikt utreda varför immateriella rättigheter har visat sig vara så svåra att implementera i Kina.

Meningen med immaterialrätt är att skydda individers skapelser – ett skydd som kan liknas vid en mänsklig rättighet som gagnar samhället genom nya innovationer som i slutänden leder till ökad tillväxt. Det finns de som argumenterar att samma immaterialrättsliga regleringar bör implementeras i utvecklingsländer, då det kommer att stimulera tillväxten och minska fattigdomen på samma sätt som sägs ha skett i industriländerna. Dock finns de som anser att nuvarande immaterialrättsliga regleringar inte kan jämföras med andra

¹ *How Solid Are the Bricks?* Global Economics Paper No 134, Goldman Sachs, 2005, s. 7

² *100 Mln People Lifted Out of Poverty in China in 20 Years.* Xinhua News Agency, publ. 2006-08-23

äganderätter, utan endast leder till monopol för dem som är starkast på marknaden, och istället är direkt skadliga för tillväxt, välfärd och personlig frihet. Det första förhållningssättet återfinns vanligen i näringsliv och hos regeringar i industriländer.³ Det senare representeras ofta av NGOs och representanter för utvecklingsländerna.⁴ Båda doktrinerna kommer att behandlas i denna uppsats, och i slutdiskussionen kommer författaren att analysera hur motsättningen mellan dem kan appliceras på fallet immateriella rättigheter i Kina.

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är belysa immateriella rättigheter i Kina, att analysera dem i en historisk, politisk och ekonomisk kontext samt att titta på vilka strategier företag som är verksamma i Kina kan använda för att handskas med immaterialrättsliga intrång.

Ett resonemang kommer att föras kring följande frågor: Varför är det så svårt implementera immateriella rättigheter i Kina? Har det konfucianska och kommunistiska arvet betydelse för svårigheten att implementera dessa immaterialrättsliga regler i Kina?

1.2 Avgränsning

Fokus kommer att ligga på utvecklingen av immateriella rättigheter i Kina efter 2001, då landet gick med i WTO.

1.3 Metod

I uppsatsen används en deskriptiv analytisk metod med hjälp av vetenskapliga artiklar, elektroniska källor och relevant litteratur på området. Intervjuer har även genomförts med experter på området. Dessa intervjuer återfinns i appendix.

1.4 Källkritik

³ Commission on Intellectual Property Rights: Executive Summary: Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, s. 8

⁴ ibid

I alla källor som används framförs vad som oundvikligen i någon mening är en subjektiv syn på immateriella rättigheters roll i Kina. Författaren tar genomgående detta i beaktande och försöker tolka källorna så balanserat som möjligt.

2. Vad är immateriella rättigheter?

Hela detta avsnitt 2.0 är en sammanfattande översättning till svenska av beskrivningen av immateriella rättigheter på WTOs hemsida.⁵

Immateriella rättigheter, intellectual property rights, är rättigheter som ges till människor för att skydda deras egna skapelser. De ger vanligtvis skaparen en exklusiv rättighet till hans eller hennes skapelse under en viss tidsperiod.

Immateriella rättigheter kan delas in i två delar: Den ena är upphovsrätt och rättigheter relaterade till upphovsrätt, och den andra är industriella rättigheter.

Upphovsrätt och rättigheter relaterade till upphovsrätt

Författarnas rättigheter till litterära och konstnärliga verk (såsom böcker och andra skrifter, musikkompositioner, målningar, skulpturer, dataprogram och filmer) är skyddade av upphovsrätten i minst 50 år efter författarens död.

Något som också är skyddat av upphovsrätt och relaterade rättigheter är rättigheterna för artister (skådespelare, sångare och musiker), producenter av fonogram (ljudinspelningar), radiostationer och TV-kanaler. Det huvudsakliga samhällsliga syftet med skydd av upphovsrätt och relaterade rättigheter är att uppmuntra och belöna kreativt arbete.

Industriella rättigheter

Industriella rättigheter kan delas in i två områden:

- Detta område berör skydd av distinkta märken, speciellt varumärken (vilka skiljer varor och tjänster från ett företag från ett annat) och geografiska markeringar (vilka identifierar ursprunget hos vissa varor, då varor som tillverkats i en speciell ort har en speciell egenskap). Målet med skydd av sådana distinkta märken är att stimulera

⁵ *What is intellectual property rights?*, WTO:s hemsida

och säkerställa den rättvisa konkurrensen samt för att skydda konsumenter, genom att låta dem göra väl avvägda val mellan ett flertal varor och tjänster. Skyddet kan verka på obestämd tid, förutsatt att märket i fråga fortsätter att vara distinkt.

- Andra typer av industriell egendom är skyddad främst för att stimulera innovation och design av teknologi. Denna kategori berör uppfinningar (skyddade av patent), industriell design och handelshemligheter. Det samhälleliga syftet är att erbjuda skydd för resultaten av investeringar i utvecklingen av ny teknologi, som sålunda ger incitament och skäl till att finansiera aktiviteter inom forskning och utveckling. Ett fungerande immaterialrättsstyre bör även främja överföring av teknologi i form av utländska direktinvesteringar (FDI), samriskbolag (joint ventures) och licensiering. Skydd ges vanligen för en given bestämd tidsperiod (typiskt är 20 år då det gäller patent).

2.1 Historik

Immaterialrättens utveckling tar sin början vid slutet av medeltiden då boktryckarkonsten började utvecklas.⁶ Vid denna tid kom en del nya uppfinningar, bland annat boktryckarkonsten som gjorde det möjligt att massproducera litterära verk. En människas vilja att skydda sin egen skapelse från kopiering fanns även långt innan denna teknik utvecklades, men nu medförde kopiering och kommersialisering av andras verk att stora summor pengar gick förlorade.⁷ Detta är troligen anledningen till att behovet av immaterialrättsliga regleringar blev större vid denna tidpunkt än tidigare. Antikens mest inflytelserika rättssystem – den romerska rätten – innefattade exempelvis inte någon immaterialrätt.⁸ Att kopiering uppfattades som omoraliskt även före boktryckarkonsten är klart. Det uppfattades dock inte som rättsintrång.⁹ Vid studier av den romerske poeten *Martialis* framgår detta tydligt. Ordet ”plagiat” är för övrigt hämtat från denne man,¹⁰

⁶ KOKTVEDGAARD M. & LEVIN M. *Lärobok i Immaterialrätt*. Stockholm, Norstedstedts Juridik, Åttonde upplagan, 2004, s.26

⁷ *ibid.*, s. 25

⁸ *ibid.*, s. 26

⁹, KOKTVEDGAARD, s. 26

¹⁰ *ibid*

Marcus Valerius Martialis levde omkring 40-100 e. Kr. Han misshagades så starkt när andra tog hans dikter – hans andliga barn – att han liknade det vid människorov, ”plagium”. Den särskilda brottstypen föll senare bort, och ordet kunde därmed efter hand utvecklas till en allmän benämning på ”andlig stöld”.

De tidiga regleringarna på det immaterialrättsliga området var dock väsentligt skilda från det system vi (i TRIPS-avtalet) har idag. Samhället var inte demokratiskt, och människorna var underkastade den lokala härskarens maktutövning.¹¹ Ville man få skydd för sin produktion var man därför tvungen att ansöka hos denne om tillstånd. Fick man detta tillstånd skedde det i form av *privilegium*.¹² Dessa privilegier innebar dock ofta ett förläggarskydd (tillstånd att ge ut ett verk och skydd mot att andra inte ger ut samma verk), och inte ett författarskydd (rätt till ersättning då andra ger ut ditt verk).

Upphovsrätten tog form i den engelska lagen *Statute of Anne* (1709).¹³ Som världens första upphovsrättslag gav den ett skydd i 14 år, med möjlighet till 14 års förlängning, för de verk som publicerades efter lagens ikraftträdande, och 21 år för redan publicerade verk.¹⁴ I och med den industriella revolutionen under 1800-talet kom dock immaterialrätten på allvar igång som en allmän och viktig rättsdisciplin.¹⁵ Massproduktionen satte igång och immaterialrättens betydelse ökade kraftigt. Den skotske uppfinnaren *James Watt* ses ofta som en av den industriella revolutionens pionjärer genom sin uppfinning ångmaskinen. Watt såg till att få patent för uppfinningen, som revolutionerade effektiviteten i hela industrin. Dock argumenterar *Boldrin & Levine* i artikeln *Against Intellectual Monopoly* att Watts patent var direkt skadligt för den industriella utvecklingen.¹⁶ Under denna tid arbetade många uppfinnare med att utveckla ångmaskinen, men hindrades att kommersialisera sina uppfinningar på grund av Watts patent. När patentet löpt ut fullkomligen exploderade marknaden av nya och mer effektiva ångmaskiner. *Boldrin & Levine* argumenterar att den industriella revolutionen sköts upp ca

¹¹ *ibid*

¹² *ibid*

¹³ *Ibid*, s.27

¹⁴ R. Deazley, The myth of copyright at common law, Cambridge Law Journal, Mars 2003, s. 107

¹⁵ KOKTVEDGAARD, s.27

¹⁶ BOLDRINE M. & LEVINE K.. *Economic and Game Theory, Against Intellectual Property*, 2007, s.1

30 år beroende på Watts skydd av sin uppfinning. Watts ångmaskin var inte den mest effektiva, men fick skydd för att han först patenterade den.¹⁷

2.2 Dagens immaterialrätt

Utvecklingen pekar på ett tydligt samband mellan förekomsten av immaterialrätt och den tekniska utvecklingen.¹⁸ Och i och med att den tekniska utvecklingen går hand i hand med ekonomiska intressen är det lätt att inse att immaterialrätten främst är ett system för den industrialiserade delen av världen. Med detta i beaktande kan man se att immaterialrätt inte är lika utvecklingsfrämjande i utvecklingsländer som den är i industriländer. Denna relation är dock inte svart eller vit, och utvecklingsländerna bör inte heller ses som homogena grupper. Kina skiljer sig markant från till exempel Botswana och Brasilien, då dessa länder har mycket olika kulturer, industrier och förutsättningar.¹⁹ Dagens Kina kan heller inte klassas vare sig som utvecklingsland eller fullt utvecklad industrination. Exempelvis skiljer sig den moderna storstadsmetropolen Shanghai markant från de underutvecklade regionerna i västra Kina. Undantag från den globala immaterialrätten bör därför formuleras olika för olika typer av utvecklingsländer.

Stora ekonomiska intressen ligger bakom skydd av både patenträtt och varumärkesrätt. Tidigare ansågs upphovsrätten främst röra finkulturens smala lyxprodukter, men idag beräknar EG-kommissionen att skyddade produkter utgör cirka fem procent av BNP i medlemsländerna (2003).^{20 21}

Immaterialrättens samhällseliga berättigande är ett ämne som diskuteras ofta. I den digitaliserade världen, där fritt informations- och kulturutbyte alltmer betraktas som en självklarhet, ses de invecklade rättsliga regleringarna kring immaterialrätten snarast som ett hinder för utvecklingen.²² Eftersom syftet med immaterialrätten bland annat är att den

¹⁷ BOLDRINE, s. 1

¹⁸ KOKTVEDGAARD, s.28

¹⁹ Commission on Intellectual Property Rights: Executive Summary: Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy, s. 8

²⁰ ibid, s.29

²¹ ibid

²² KOKTVEDGAARD, s.29

skall främja konkurrensen (som är ett naturligt inslag i en marknadsekonomi), är det därför av extra stor vikt att kräva särskilda grunder och motiv för immaterialrättsliga ensamrätter.

3. GATT, WTO och TRIPS-avtalet

3.1 GATT och WTO

WTO-avtalet är en vidareutveckling av GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). Från 1948-1994 reglerade GATT en stor del av världshandeln. Den ursprungliga tanken med utvecklandet av GATT var att skapa en tredje institution, som tillägg till "Bretton Woods"²³-institutionerna"; *Världsbanken* och *Internationella Valutafonden*. GATT skulle hantera de handelsrättsliga frågorna kring ekonomiskt samarbete. I nästan ett halvsekel var GATTs regler oförändrade från de som fastslogs 1948.²⁴

WTO-avtalet utarbetades under den berömda Uruguay-rundan (1987-1994).²⁵

Handelsministrar från samtliga GATT-länder samlades i december 1986 i Punta del Este, Uruguay. De kom till slut överens om en förhandlingsagenda, som innehöll i stort sett alla utmärkande frågor gällande principer för handel.²⁶ Samtalen skulle utöka handelssystemet till flera nya områden, bl.a. handel med tjänster och immateriella rättigheter. Det var från början tänkt att samtalen skulle ske under en period om fyra år, men när ministrarna träffades i Bryssel i december 1990, hade de fortfarande inte kunnat komma överens om principerna gällande handel med jordbruk.²⁷ Motsättningarna låg främst mellan USA och EU.

Vid ett möte i Marrakesh, Marocko, den 15 april 1994 skrevs avtalet till slut under av ministrar från de 123 deltagande staterna. WTO ersatte GATT som organisation, men GATT finns fortfarande kvar som avtal under WTOs "paraplyavtal" (där ingår även *TRIPS*, se nästa avsnitt) för handel med varor. I och med att avtalet slöts, löstes inte alla

²³ Nationalencyklopedin: "Bretton Woods-avtalet, avtal från 1944 rörande internationellt ekonomiskt samarbete."

²⁴ *Understanding the WTO, The GATT years*. WTO:s hemsida

²⁵ *Understanding the WTO, What is the World Trade Organization?* WTO:s hemsida

²⁶ *ibid*

²⁷ *ibid*

handelsrättsliga problem, men man kom överens om en plan för när olika problem skall vara lösta, och inte minst en struktur för var och hur handelsrättsliga tvister skall lösas.

Ett exempel på en deadline som sattes gällde den immaterialrättsliga frågan om ursprungsmärkning av viner. Man bestämde att WTO-länderna skulle ha kommit överens om en lösning gällande detta område senast 1997. Det lyckades man inte med, och frågan är nu en del av *Doha-rundan* (Förhandlingar mellan WTO-länderna om TRIPS-avtalets utformning som påbörjades vid den fjärde ministerkonferensen i ordningen, i Doha, Qatar, 2001). De flesta länder i världen är idag medlemmar i WTO, och ett flertal håller på att ansöka om medlemskap.²⁸ Varje medlemsstat är skyldig att ratificera WTO-avtalet, och inga förbehåll kan göras.²⁹ Eftersom utvecklingsländerna och de minst utvecklade länderna (LDC) inte har haft samma förutsättningar som de industrialiserade länderna att implementera TRIPS-avtalet har utvecklingsländerna (däribland Kina) fått dispens till och med 2005 att uppfylla kriterierna och LDC-länderna till 2016.³⁰ Kina är således numera bundet till att uppfylla sina åtaganden enligt WTO-avtalet och dess underliggande avtal, däribland TRIPS.

3.2 TRIPS – Innehåll

TRIPS (*agreement on Trade Related aspects of Intellectual Property Rights*) är ett underliggande avtal till WTO-avtalet som reglerar handelsrelaterade aspekter av immateriella rättigheter. TRIPS utarbetades under Uruguayrundan som ett underliggande avtal till WTO-avtalet. Av artikel 1.1 framgår att det rör sig om en minimistandard för rättsskydd av immateriella rättigheter,³¹

Members shall give effect to the provisions of this Agreement. Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this

²⁸ SETH, T. *WTO och den internationella handelsordningen*, Studentlitteratur, Lund, 2004, s. 58.

²⁹ ”Ratifikation” i Nationalencyklopedin: ” en regerings godkännande av en tidigare framförhandlad internationell överenskommelse (traktat). Härigenom blir traktaten folkrättsligt bindande för den ratificerande staten från den tidpunkt då den enligt sin ordalydelse träder i kraft.”

³⁰ Ledendal, Jonas: Immaterialrätt, föreläsning om TRIPS, Institutionen för handelsrätt, 2007-12-11

³¹ TRIPS- avtalet, art. 1.1

Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement. Members shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within their own legal system and practice.

Som framgår i artikeln äger medlemmarna frihet att själva besluta om lämplig metod att genomföra avtalsbestämmelserna i sin egen rättsordning och praxis. De är fria att införa ett mer vidsträckt skydd än vad som föreskrivs i avtalet, så länge det inte motverkar bestämmelserna i avtalet.

3.3 TRIPS - Tillämpning

I och med att avtalet ligger under WTO, är varje medlemsstat tvungen att implementera och inkorporera avtalet i sin nationella lag. Om en medlemsstats lag inte stämmer överens med TRIPS, så är de med andra ord, vid förlust i en tvist, bundna att ändra lagen så att den stämmer överens med TRIPS. TRIPS är ett folkrättsligt instrument som används mellan olika stater, och kan inte åberopas av enskilda inför nationella domstolar.³² Det är således bara medlemsstater i WTO som har så kallat *locus standi* (talerätt) inför tvistlösningsorganet DSB. Om exempelvis ett svenskt företag stämmer ett kinesiskt företag vid en kinesisk domstol för intrång i dess immateriella rättigheter, och den kinesiska domstolen i domen meddelar att det kinesiska företaget inte brutit mot kinesisk lag, kan det svenska företaget inte hänvisa till TRIPS, eftersom det är de immaterialrättsliga delarna av den kinesiska lagen som är tillämpliga. Om de trots allt vill gå vidare, måste de övertyga den svenska regeringen att ansöka om samråd med Kina inför WTO:s tvistlösningsorgan DSB (*Dispute Settlement Body*). Om parterna inte skulle komma fram till en bilateral lösning, kan de begära att DSB skall tillsätta en panel bestående av internationella experter på området som skall undersöka sökandens spörsmål. Om Sverige skulle ”vinna” denna tvist mot Kina i DSB kan Kina överklaga panelens utlåtande till WTO:s högsta beslutande organ, the Appellate Body (AB). Om Sverige skulle få rätt även i denna instans, och Kina trots detta inte skulle ändra sin lagstiftning har Sverige enligt TRIPS rätt att vidta ”hämnåtgärder” i form av sanktioner. Denna situation är dock ytterst

³² ”Folkrätt” i Nationalencyklopedin: ”juridisk term som betecknar en rättsordning mellan folken till skillnad från den inomstatliga rätten, som gäller för en stats medborgare”

ovanlig. Vi återkommer till denna procedur i avsnitt 7, där det aktuella fallet då USA håller på att stämma Kina inför DSB behandlas.

4. Internationella konventioner

Kina har anslutit sig till de flesta stora internationella konventioner rörande immateriella rättigheter:

- 1980 – Kina ansluter sig till WIPO
- 1984 – Pariskonventionen
- 1989 – Madridprotokollet
- 1989 – Washingtonkonventionen
- 1992 – Bernkonventionen
- 1992 – The Universal Copyright Convention
- 1993 – The Geneva Phonograms Convention
- 1994 – The Patent Cooperation Treaty
- 2000 – The 2000 Patent Law Treaty
- 2001 – Kina går med i WTO och ansluter sig till TRIPS

När Kina gick med i WTO 2001 skapade det ett väsentligt större utrymme för västerländsk påverkan på landet. Då många västerländska juristfirmor sedan dess har etablerats i landet, har kinesiska företag fått tillgång till mycket kunskap på det immaterialrättsliga området. Kinesiska näringsidkare har fått stor kännedom om vilka rättigheter de har för att skydda sina produkter, rättigheter som är en naturlig del av en marknadsekonomi, men som tidigare inte existerat i de flesta kinesers begreppsvärld. De utländska juristfirmornas närvaro i landet har ökat förutsättningarna för både kinesiska och utländska företag att lösa tvister på lokal nivå.

En annan organisation som bidrar till strömmen av information om immateriella rättigheter i Kina är *World Intellectual Property Organization* (WIPO). WIPO³³ är en specialiserad

³³ *What is WIPO?* WIPO:s hemsida.

enhet inom FN som arbetar med att utveckla ett internationellt balanserat och tillgängligt system för immateriella rättigheter, som belönar kreativitet, stimulerar innovation och bidrar till ekonomisk utveckling, samtidigt som det skyddar det allmänna intresset. Kina är sedan 1980 medlem av WIPO, tillsammans med 183 andra nationer. För att kunna implementera och stödja WIPO:s standarder i Kina, har speciella kontor för industriell egendom och upphovsrätt etablerats.

Multinationella företag verksamma i Kina påverkar också utvecklingen av immateriella rättigheter i landet. Kina är just nu en av världens största mottagare av utländska direktinvesteringar (FDI), något som tycks innebära att de flesta företag inte ser den potentiella risken att bli kopierade som ett tillräckligt stort hinder för att investera i landet.

³⁴ Denna trend kommer förmodligen att förändras med tiden. För företag inom exempelvis läkemedelsindustrin är det av yttersta vikt att varor som säljs under deras namn är äkta och kvalitetssäkrade. Om piratkopieringen av just läkemedel fortsätter, kan det tänkas att många företag i denna bransch lägger ned produktionen i Kina och flyttar den till länder som är bättre på att skydda IPR. Vissa företag i läkemedelsindustrin har redan gjort detta. De har lagt sin affärsverksamhet i andra länder i Asien, till exempel Singapore, och exporterar numera till Kina från dessa länder.³⁵ Det är uppenbart att Kina här förlorar affärsmöjligheter och vetenskapligt utbyte på grund av misslyckanden i att upprätthålla rådande lagar rörande immateriella rättigheter.

Fram till nyligen har verksamheten med piratkopierade produkter i Kina främst varit en fråga för internationella företag. Men i takt med att den kinesiska ekonomin och dess olika marknader utvecklats, har också behovet av patent- och varumärkesskydd vuxit hos de kinesiska företagen. I takt med att FoU och marknadsföring av dessa företags produkter blir allt mer sofistikerade, växer även behovet av ordentlig implementering och upprätthållande av IPR. Enligt tidningen *The Economist* kom år 2006 det första fallet då ett

³⁴ *China, India Still Top FDI Spots*. Red Herring, 2007-12-13

³⁵ *The problem with made in China*. *The Economist*, vol. 382, nr. 8511, 2007, s. 69.

företag från det kinesiska fastlandet stämt ett amerikanskt företag för patentintrång.³⁶ I samma artikel understryks även hur utländska direktinvestorer drar nytta av att Kina nu börjat betrakta immateriella rättigheter mer seriöst,

... the American government estimates that Chinese violations of foreigners' IPRs cost international firms at least \$60 billion a year—as much as the entire annual foreign direct investment into China.

Det är rimligt att tro att utländska och kinesiska företag har stor chans att påskynda utvecklingen av ett mer effektivt system för att skydda immateriella rättigheter genom att arbeta tillsammans mot samma mål. I takt med att den kinesiska ekonomin utvecklas, kommer kinesiska företag i allt större utsträckning utveckla egen FoU, som torde ge dem starkare incitament för att ställa krav på ett hållbart system som skyddar nya uppfinningar.

5. Strategiska åtgärder för att hindra piratkopiering

I artikeln ”*Intellectual property abuses: How should multinationals respond?*”³⁷ lägger författarna fram tio olika strategier utländska företag bör beakta då de har att göra med immaterialrätt i Kina. Dessa strategier kan vara mycket användbara för företag verksamma i landet; tre av dessa strategier har valts att belysas:

Första strategin är att skydda en produkt från kopiering genom att göra designen antingen för dyr eller för svår att kopiera. Detta kallas för *Budweiserstrategin*, syftande på ölproducentens speciella flaskor som varit svåra att kopiera. Den andra strategin är att, då produktionen sker i samarbete med ett kinesiskt företag, ha ett noggrant utformat kontrakt, där båda parter skyldigheter och åtaganden klart framgår. Problemet med denna strategi är att den kinesiska och exempelvis den europeiska synen gällande kontrakt skiljer sig ganska kraftigt åt. För att ett samarbete skall fungera väl mellan två företag tycker kineserna att det är viktigare med en god relation mellan parterna, än ett kontrakt som

³⁶ *The boot is on the other foot*. The Economist, vol. 379, nr. 8471, 2006, s. 62.

³⁷ Yang, Sonmez och Bosworth, “Intellectual Property Abuses: How should Multinational Respond?“, 2004

binder dem samman. Det är hursomhelst en bra strategi för att klargöra vilka förväntningar respektive part har på samarbetet. Den tredje strategin kallas för Coca-Colastrategin. Då Coca-Cola introducerades i Kina 1928 var den alldeles för dyr för vanligt folk att köpa.³⁸ Kopior började dyka upp, vilka var mycket billigare och smakade ungefär likadant. Detta tvingade Coca-Cola att sänka priset på drycken för att kunna konkurrera med efteraparna. En annan lösning är, om en sänkning av priset för originalprodukten är utesluten, att introducera ett underliggande varumärke som också bär samma namn, men som särskiljer sig som ett billigare alternativ, och som kan produceras till en lägre kostnad.

I vissa branscher där företag måste låta de anställda ta del av företagshemligheter är det vanligt att man har med en så kallad non-competition-klausul i anställningskontraktet.³⁹ På så sätt kan ett företag skydda sig mot att den anställde tar med sig viktig information från företaget efter att denne slutat och sedan börjar använda den i kommersiellt syfte. Ett tips från Lehman är att vara extremt specifik när dessa kontrakt utformas.⁴⁰ Han föreslår till och med att man bör nämna sina konkurrenter vid namn i denna klausul, eftersom ju tydligare kontraktet är utformat, desto större chans att det vinner laga kraft i domstolarna

Eftersom många kinesiska arbetstagare byter jobb ofta, är anställningskontraktet en viktig del i att skydda sig mot piratkopiering av företagets produkter. En bra strategi är också, i den mån det är möjligt, att fördela informationen om känslig företagsinformation över flera anställda. På det sättet tillses att en enskild individ aldrig kan ha total översikt över ett företags teknologi. Den höga omsättningen av anställda i Kina beskrivs i China IP Bulletin,

41

In China, the high turnover rate of employees is a key factor that leads to the leaking of trade secrets. For example, an employee who switches to a competitor will use the secret information he knows to serve his new employer; or an employee who possesses key secret

³⁸ *Debunking the translation horror stories*, Dialect Brand Translation, 2006.

³⁹ *Does China's New Labor Contract Law Better Protect Intellectual Property Ownerz?* Lehman, Lee & Xu – A PRC Law Firm, publ. 2007-07-19.

⁴⁰ *ibid*

⁴¹ *Trade Secrets: The Secret to Guarding Yours in China cont.* China IP News, 2007.

information of an enterprise can set up his own enterprise to compete with his previous employer after he resigns.

Vissa företag använder sig av så kallade *trademark agents* för att bevaka marknaden för eventuella intrång i dess immateriella rättigheter. Denna bransch har växt oerhört mycket i Kina under de senaste åren och det finns nu många juristfirmor, både kinesiska och utländska, som erbjuder denna tjänst. För att lyckas på området har det även visat sig framgångsrikt att gå in i olika nätverk med företag i samma bransch för att utarbeta *dels* en gemensam strategi för att komma åt piratmakarna, *dels* ett nära samarbete med lokala myndigheter. Om ett ärende av någon anledning drar ut alldeles för länge på tiden kan en bra strategi vara ”if you can’t beat them, buy them (or join them)”, vilket resulterar i en direkt del av den marknad där konkurrenten verkar.⁴²

6. Den omfattande piratverksamheten i Kina

Enligt USTR:s årliga rapport 2007 visar de senaste undersökningarna att av alla upphovsrättsliga produkter som såldes i Kina år 2006 var 85 till 93 procent pirattillverkade.⁴³ Detta visar att om Kina har lyckats minska antalet sålda pirattillverkade varor är denna minskning högst marginell.⁴⁴ Enligt *Global Survey on Counterfeiting and Piracy* är Kina tillsammans med Ryssland i särklass sämst i världen på att bekämpa immaterialrättsintrång.⁴⁵ I genomsnitt ca 15–20 procent av alla konsumentprodukter som inhandlas i Kina är i genomsnitt förfalskade och de förfalskade produkternas omsättning beräknas idag utgöra ca åtta procent av Kinas BNP.^{46 47}

⁴² Yang, Sonmez och Bosworth, “Intellectual Property Abuses: How should Multinational Respond?“, 2004, s. 460-69

⁴³ *2007 Report to congress on China’s WTO compliance*. USTR, 2007, s. 6.

⁴⁴ *ibid*

⁴⁵ *Global survey on counterfeiting and piracy*, International Chamber of Commerce, publ. 2007-01-13, s.3.

⁴⁶ CHOW, Daniel C.K.. *Counterfeiting and China’s economic development*. The Ohio State University of Law, 2007, s.2.

⁴⁷ *IPR Toolkit*, Amerikanska ambassaden i Pekings hemsida

7. Immateriella rättigheter ur ett kinesiskt perspektiv

För att kunna göra någonting åt de intrång i IPR som dagligen sker i Kina är det viktigt att skaffa sig kunskap om hur människor ser på dessa ”rättigheter” i Kina, rättigheter som aktörer i många andra länder ser som självklara. För att skapa en större förståelse för den kinesiska synen måste dess historia kort belysas. Värt att ta i beaktande är även huruvida det konfucianska och kommunistiska arvet påverkar kinesernas förhållningssätt gentemot IPR.

7.1 Historik

De immaterialrättsliga reglernas huvudsakliga historia i Kina tar sin början i slutet av 1800-talet under den så kallade *The westernization movement*, som var en rörelse under Qing-dynastin då utländska tekniker och uppfinningar togs in i landet. Som en produkt av denna rörelse etablerades nya företag i Kina, och de allra bästa studenterna vid universiteten blev utbildade till tekniker och yrkeskunnig arbetskraft. Yang beskriver detta i boken *Intellectual property and doing business in China*,⁴⁸

In order for this process to evolve, additional incentives and motivation for inventions and creations became necessary in order to provide the basis for modern industries. From 1882, therefore, Emperor Guangxu approved a ten-year protection of industrial techniques for some manufacturers. The protection covered mechanized techniques in weaving (1882), papermaking (1889), winemaking (1895) and yarn spinning (1895).

1910 blev konceptet immaterialrätt presenterat för det kinesiska folket genom införandet av en ny lag; *Qingdynastins lag om upphovsrätt*.⁴⁹ Dock hann lagen inte gälla speciellt länge, då Qingregeringens styre föll ett år senare. I maj 1923 introducerades regleringar avseende registrering och administration av varumärken i Kina. Den första patentlagen i kinesisk historia kungjordes av Guomindang-regeringen i maj 1944.⁵⁰ Under införandet av

⁴⁸ YANG, D. *Intellectual property and doing business in China*. Bradford University School of Management, 2003, s. 17-18

⁴⁹ YANG, s. 19

⁵⁰ *ibid*, s. 17-18.

denna lag avskaffades även den tidigare rådande bestämmelsen som förbjöd utlänningar att ansöka om patent i Kina.

I den numera klassiska boken *Stealing a book is an elegant offence* av William P. Alford, pekar författaren på att den populära doktrinen bland världens forskare inom immaterialrätten säger att upphovsrätten uppkom i samband med utvecklandet av trycktekniken. Alford hävdar att detta inte stämmer, utan att upphovsrätt fanns i Kina redan under Tangdynastin (618–906 e.v.t.).⁵¹

7.2 Konfucianism vs IPR

Konfucianism är en kinesisk livsfilosofi som härstammar från Konfucius, eller Kōng Fūzǐ (孔夫子). Konfucius föddes i Shāndōngprovinsen (山东) och levde ca 551-479 f.v.t..⁵²

原来秘密也者，乃天下之公有财富，不论有德无德者都得以分享之。⁵³

Detta är ett gammal konfucianskt talesätt som innebär att, *om någon besitter en hemlighet skall han dela med sig av den hemligheten till alla människor, oavsett dygd, ty jordens rikedomar tillhör folket, och skall således åtnjutas av dem alla.*

För att förstå den kinesiska synen på varuförfalskning, är det enligt många forskare av stor vikt att skapa sig en grundläggande förståelse för den konfucianska filosofin. Enligt Debroyer skall det företag eller den uppfinnare som blir utsatt, sett ur det konfucianska perspektivet, känna sig hedrade då deras produkter blir kopierade.⁵⁴ De skall känna sig hedrade eftersom just deras produkter (snarare än konkurrenternas) har ansetts vara så pass bra att de är värda att kopieras. Ett exempel på detta förhållningssätt till piratkopiering och

⁵¹ ALFORD, William P. *Stealing a book is an elegant offence – Intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford University Press, 1995, s. 9.

⁵² Nationalencyklopedin

⁵³ 孔捷生 (Kōng Jiěshēng), 升官图 (*Shēngguāntǔ*), 人民文学 (Rénmín Wénxué), No. 12, 1986, s.1.

⁵⁴ *Innovation and IP in China*, Debroyer, IPR Center, 2006

varuförfalskning beskrivs av Peter Rosta i Tony Fangs bok *Att göra affärer i dagens Kina*.

⁵⁵ Rosta beskriver en situation då han upptäcker att hans produkter håller på att bli kopierade i Kina. Upprörd över dessa nyheter reser han till Chengdu i Sichuanprovinsen i nordvästra Kina, där ryktet säger att hans produkter håller på att bli kopierade. Han hittar fabriken och personen som är ansvarig för brottet,

När jag framfört hot om rättsliga åtgärder, ställde han sig oförstående och undrade varför jag gjorde så stor sak av detta. Han tog mig med ut i fabriken och förevisade ”vår produkt”, som sakta rörde sig framåt på den moderna produktionslinjen. Sedan förklarade han att eftersom vi inte hade någon produktion i Kina, så föll det sig naturligt att de började tillverka själva. Lika självklart var det att produktionen skulle baseras på den bästa förebilden som fanns på marknaden, nämligen just vår produkt.

En forskare som också dragit slutsatsen att det i Kina finns en kulturell krock mellan västerländska immateriella rättigheter och det konfucianska tänkandet är John Alan Lehman.⁵⁶ Han menar att immaterialrättens natur, som växte fram under 1800- och 1900-talen i Europa, är fundamentalt i konflikt med den traditionella kinesiska synen på de intellektuellas roll i samhället. Vidare säger Lehman att de som inte tar dessa skillnader i beaktande, utan har som avsikt att endast överföra västerländska regleringar till Kina utan att se till dessa underliggande sociala konstruktioner, själva delar ansvaret för bristen på framgång i området immateriella rättigheter.

En förklaring till varför immateriella rättigheter är så svåra att implementera i Kina är att piratkopiering har en lång tradition i landet. I motsats till i många västerländska länder är kopiering av andra människors verk faktiskt väl respekterat. Som ett exempel bygger traditionell kinesisk konst mycket på att lärjungar kopierar sin lärares verk för att själva lära sig måla.

⁵⁵ FANG, Tony. *Att göra affärer i dagens Kina*. Stockholm, SNS Förlag, 2006, s. 55-56.

⁵⁶ LEHMAN, John Alan. *Intellectual Property Rights and Chinese Tradition Section: Philosophical Foundations*. *Journal of Business Ethic*, 2006:69, 2006, s. 1.

I den konfucianska samlingen Analekterna säger Konfucius,⁵⁷

子曰，述而不作，信而好古，窃比于我老

Enligt Legge översätts denna mening på följande sätt,⁵⁸

The Master said, "A transmitter and not a maker, believing in and loving the ancients, I venture to compare myself with our old P'ang."

Vem denna "P'ang" är framgår inte, men är inte heller relevant för innebörden denna fras fått som förklaring för en stor del av forskningen kring svårigheter att implementera immateriella rättigheter i Kina. Konfucius fäster här stor ära vid att sprida vidare de klassiska verken istället för att skapa något nytt.

Tanken att det konfucianska arvet skulle vara en orsak till brist på respekt för immateriella rättigheter i Kina delas dock inte av alla. Juristen och bloggaren Fä

Dòu (法豆) säger,

从了解的情况看，儒家哲学可以被作为回答“中国为什么没有产生现代知识产权法”的一个原因，但没有充足的证据证明：儒家哲学是影响中国知识产权法律执行的一个主要原因。儒家思想中的确包含您所说的观念，但这种观念不仅在中国，而是在全世界都是存在的。国际知识产权体制并不拒绝对优秀知识产品的模仿，而只是禁止那些非法的模仿行为。将知识产权侵权行为的普遍存在归咎于儒家思想的观点，需要更多的实证研究资料来支撑。

Såvitt jag kan förstå kan den konfucianska filosofin vara en orsak till varför dagens immaterialrätt inte växte fram i Kina, utan i västvärlden. Det säger dock inte att den konfucianska filosofin är en huvudsaklig anledning till svårigheterna med att implementera immaterialrättslig lagstiftning i Kina. Men detta koncept (att lärjungar

⁵⁷ Alford, William P., *Stealing a book is an elegant offence – Intellectual property law in Chinese civilization*, Stanford University Press, 1995, s. 9

⁵⁸ Konfucius, *Analekterna*, Translated by James Legge, 1893

kopierar sina mästare) *existerar inte bara i Kina, utan i hela världen. Det internationella immaterialrättsliga systemet förbjuder inte imitation av konstnärliga verk i allmänhet, utan endast den olagliga kopieringen. För att kunna ha ståndpunkten att den konfucianska filosofin bär skulden till de vitt spridda immaterialrättsliga intrången krävs fler empiriska bevis.*

Peter Ganea håller med den nu bortgångne professor Zheng Chengsi (郑成思) då han avfärdar Alford's resonemang att det skulle finnas ett samband mellan intrång i immateriella rättigheter och den konfucianska traditionen att lärjungar kopierar sina mästare,⁵⁹

In a critical review of William Alford's book "To Steal a Book is an Elegant Offence" Prof. Zheng rejected this view, and he was right to do so. This is because equating the personal effort to become as perfect as the old masters in calligraphy, arts and literacy with the industrial reproduction of phonograms makes not much sense.

Författaren är benägen att delvis hålla med de senares syn på konfucianismens roll i den omfattande piratkopieringen i Kina. Piratindustrin i Kina omsätter miljardbelopp, och incitamentet att kunna tjäna stora summor pengar torde vara en rimligare förklaring till de immateriella intrången snarare än konfucianismens filosofiska prägel på landets kultur.⁶⁰ För att visa att konfucianismen inte enbart lovordar kopiering framför skapande kan detta citat av Tangpoeten och en av de största konfucianska författarna tillika, Hán Yù (韓愈)(verkade under Tangdynastin, 768-824 e.v.t.) beaktas,⁶¹

In our tradition, words should come from one self. Otherwise, one plagiarizes.

⁵⁹ GANEA, Peter. *Response to the presentation of Prof. Zheng Chengsi*. Tongji Daxue Zhishichanquan Xueyuan Wangzhan, 同济大学知识产权学院网站, publ. 2004-10-08.

⁶⁰ *China's pirate industry thriving*, CSMONITOR.COM, 2002.

⁶¹ SHAO Ke. *An alien of copyright? A reconsideration of the Chinese historical episodes of copyright*.

Intellectual Property Quarterly, 1999, s. 1.

Låt oss åter titta tillbaka på fallet då svensken Peter Rosta konfronterade den kinesiske tillverkaren i Chengdu som tillverkat det svenska företags produkter utan tillstånd. Om det inte var konfucianismen som var förklaringen till den kinesiske intrångsgörarens handling, vad var det då? Svaret är kanske att det bara är ett mänskligt beteende att använda den teknik som är tillgänglig för att kunna tjäna pengar. Lika lite som att det skulle finnas en djupare kulturell faktor som gör att svenska ungdomar olagligt delar filer på internet kan konfucianismen användas som förklaring till de utbredda intrången i immateriella rättigheter i Kina.

7.3 Kommunism vs IPR

Problemet med immateriella rättigheter i Kina är inte att det saknas tillräckligt väl utformade lagar på området, utan att de är dåligt implementerade, speciellt på provinsnivå. Provinsiella ämbetsmän har ofta inte något intresse av att bekämpa lokala fabriker som kopierar produkter med patent- och varumärkesskydd, då de ofta själva har en inkomst från piratindustrin. Dock är detta inte den enda förklaringen till att många kineser har svårt att respektera immateriella rättigheter. Ekkehard Rathgeber, vd i Bertelsmann Direct Group Asia beskriver tankegångarna hos många lokala tjänstemän på den kinesiska landsbygden,⁶²

My people are poor; people in western China are making RMB200 (US\$24) per month.
Now a bunch of foreigners want me to protect their Gucci handbags? I couldn't care less.

Den utbredda korruptionen i kommunistpartiet brukar pekas ut som den största anledningen till att kriget mot piratkopiering i Kina är svårt att vinna. Det är lätt att se att lågbetalda tjänstemän och poliser på landsbygden har starkare incitament att se till sitt eget bästa än att följa dessa relativt nya västerländska regleringar. Storleken på landet i samband med dess centralstyrning torde också spela en betydande roll i trögheten för nya lagar att implementeras fullt ut i hela riket. Detta är dock inte något nytt för Kina, och

⁶² FERNANDEZ J.A. & UNDERWOOD L. *China CEO: Voices of experience from 20 international business leaders*. John Wiley & Sons (Asia) Pte Ltd, 2006, s. 149.

beskrivs mycket väl i detta gamla kinesiska ordstäv; "山高皇帝远" ”*Bergen är höga och kejsaren är långt borta*” (shān gāo huángdì yuǎn).

Kinas kommunistiska arv i sig är en annan förklaring till synen på immateriella rättigheter. Bara en bokstavlig översättning av det kinesiska namnet för kommunistpartiet ger en antydning om dess inverkan: 共产党 = Det gemensamma egendomspartiet (gòngchǎndǎng)⁶³. Det kinesiska folket har sedan kommunisterna tog över 1949 blivit indoktrinerade i att i stort sett all egendom tillhör den styrande arbetarklassen, alltså staten. Detta beskrivs även av Fernandez och Underwood,⁶⁴

Chinese culture is based largely on the concept of supporting the collective group, rather than respecting individual. During the Communist era, in particular, individual rights and individual property were strictly limited or even non-existent. Thus, even now, the concept of IPR remains misunderstood or not well supported in many cases.

Sedan Máo Zédōngs död satte stopp för kulturrevolutionen 1976 och Dèng Xiǎopíng tog över ledarskapet i partiet 1978, och då öppnade upp landet mot omvärlden, har som sagt omvälvande förändringar skett. Landet har förändrats till en kapitalistisk världsekonomi och genomgått en egen industriell revolution på mindre än trettio år, en utveckling som har pågått under ca tvåhundra femtio år i den industrialiserade världen. Landets invånare exponeras hela tiden för nya intryck från andra länder, vilka alla får en kinesisk tolkning. Man skulle kunna beskriva Kina som en svart låda. Vad som än stoppas i lådan, vare sig det gäller kapitalism, kommunism eller västerländsk populärkultur, kommer det sedan ut som en något annorlunda produkt med kinesiska kännetecken. Immateriella rättigheter är här inte något undantag.

⁶³ *Property rights in China - China's next revolution*. The Economist, vol. 382, nr. 8519, 2007, s. 11.

⁶⁴ FERNANDEZ, s. 149.

Mark Young arbetar med immaterialrättsintrång för en riskhanteringsfirma i Shanghai. Han tror att ideologiska förklaringar kan ligga till grund för att många kineser inte respekterar immateriella rättigheter,⁶⁵

These concept is very prevalent in China, based on my observations. As a result, it seems that many individuals who are infringing on the IP rights of others do not seem to understand that what they are doing is an offence or civil issue.

8. Vad gör Kina för att förbättra det immaterialrättsliga skyddet?

Kinas åtaganden enligt WTO-avtalet innebär att nationen måste genomföra avtalet fullt ut i hela landet.⁶⁶ Genom kanske framförallt TRIPS-avtalet har landet förbundit sig till att leva upp till bestämmelser om ett korrekt rättsförfarande och oberoende domstolar.⁶⁷

Centralregeringen har visat en tydlig vilja att uppfylla sina åtaganden enligt WTO-avtalet och dess underliggande avtal, problemet har väl mest varit att få lokala partirepresentanter att implementera besluten. Kommerskollegiums rapport 2003 om Kinas WTO-medlemskap tyder på att centralregeringen visat stor vilja att implementera WTO-avtalets olika bestämmelser,⁶⁸

Från centralregeringen märks en tydlig vilja att implementera landets åtaganden. Denna motverkas dock till viss del av protektionistiska krafter i olika provinser vilket innebär att genomförandet går trögt, om än framåt. Implementeringen är en process som kommer att kräva tid. Det förutsätter ett visst mått av tålmod från övriga medlemsländer gentemot Kina.

Man får tänka på att Kina är ett extremt stort land, och trots att det är en totalitär stat (som borde ha makten att kraftfullt implementera nya regleringar) så tar det längre tid att *de facto* implementera nya bestämmelser över hela landet än att *de jure* implementera dem. Speciellt eftersom Kina inte anammar *Rule of law* i lika stor utsträckning som vi till

⁶⁵ E-mail korrespondens med Mark Young, 2007-08-07

⁶⁶ *Kina som medlem i WTO – 18 månader efter anslutningen*. Kommerskollegium, 2003, s. 1

⁶⁷ *ibid*

⁶⁸ *ibid*, s. 4

exempel gör i Sverige, är inte förutsägbarheten av en tvist lika tydlig eftersom man inte i lika stor utsträckning kan lita på att domstolen dömer enligt lagens bestämmelser. Eftersom kommunistpartiet i Kina har absolut makt, kan det om det anses nödvändigt ignorera gällande rätt för att bestämma utgången av ett visst rättegångsfall. Författaren spekulerar inte i hur ofta detta sker utan konstaterar bara att det är möjligt.

År 2001 införde Kina en ny patenlag med föreskrifter för hur den skall tillämpas, i stort sett förenliga med TRIPS.⁶⁹ Kina införde sin första patentlag 1984, och den har sedan dess ändrats två gånger (1992 och 2000) för att utvidga skyddets räckvidd. För att göra den nya patentlagen förenlig med TRIPS utökades till exempel tiden för skydd av patent till 20 år.⁷⁰ Kina använder ett *first-to-file*-system för patentansökningar vilket innebär att den som ansöker om patentet först i Kina får det även om de inte uppfunnit produkten.⁷¹ 2001 stiftades även nya lagar om varumärken och upphovsrätt.⁷² 1998 grundades State Intellectual Property Office, SIPO (中华人民共和国知识产权局).

Alla som har bott i Peking eller Shanghai vet att myndigheterna med jämna mellanrum gör stora räder där de gör tillslag mot alla affärer som säljer piratkopierade cd- och dvd-skivor. Dessa butiker brukar i regel vara stängda några dagar, innan de dyker upp igen då handeln fortsätter som vanligt. 2006 stängdes den berömda “fake-marknaden” Xiāngyáng Lù (襄阳路) vid shoppingstråket Huáihǎi Lù (淮海路) i centrala Shanghai. För turistande utlänningar i Shanghai var Xiāngyáng Lù ett av de absolut mest populära besöken under semestern. Varje dag kom turister från världens alla hörn till Xiāngyáng Lù för att fylla sina resväskor med mängder av dvd-skivor, förfalskade Gucci-, Armani-, Ralph Lauren- och Dolce & Gabbana-kläder som de köpt för en spottstyver av priset efter ett hetsigt förhandlande med de lokala försäljarna.

Att myndigheterna i Shanghai stängde Xiāngyáng Lù har dock inte lett till att det inte längre går att få tag på varuförfalskningar och piratkopierade varor i Shanghai. När “fake-

⁶⁹ Kina som medlem i WTO – 18 månader efter anslutningen, s. 50

⁷⁰ *IPR Toolkit*, Amerikanska ambassaden i Pekings hemsida

⁷¹ *ibid*

⁷² *ibid*

marknaden” stängde dök det upp nya marknader på andra platser i staden för att tillgodose behovet från stadens invånare och turister. Bland annat öppnade ganska omgående efter stängningen av Xiāngyáng Lù ett jättelikt varuhus i Pūdong (浦东) där de flesta varorna som säljs är piratkopierade eller förfalskade.

När författaren själv besökte ett av dessa varuhus i april 2007 i jakt på ett golfset av märket Callaway upptäcktes snart många olika typer av skickligt gjorda imitationer av berömda golfvarumärken, men inte något av märket Callaway. Efter en kort diskussion med en av försäljarna om varför de inte hade Callaway, förklarade denne att de visst hade Callaway, men att de gömde dessa bakom affären,

Om polisen ser att jag säljer Callaway kan jag hamna i fängelse

berättade försäljaren. Detta är ett tydligt exempel på att Callaways samarbete (lobbyverksamhet) med lokala myndigheter har resulterat i att lokala försäljare är mer rädda för att sälja dessa produkter än andra. Det visar väl kanske också på att ett mer generellt immaterialrättsligt skydd är ganska långt borta. Fenomenet att nya affärer dyker upp direkt efter andra stängs tyder väl på att dessa tillslag mest är något för myndigheterna att visa upp externt, för att visa på att de faktiskt gör något åt saken. Om de ville slå till hårt mot piratkopieringen i Shanghai skulle de exempelvis ha kunnat stänga det enorma varuhuset på Pūdong samma dag det öppnade. Att myndigheterna stängde just Xiāngyáng Lù ledde inte till något annat än en geografisk förflyttning av handeln.

9. USA stämmer Kina inför WTO

Hela avsnitt 9.0 (undantaget sista stycket) är en sammanfattad översättning av beskrivningen av den aktuella tvisten på WTO:s hemsida.⁷³

⁷³ *Dispute DS362, China — Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*. WTO:s hemsida, Dispute Settlement, publ. 2007-08-20.

Den 10 april 2007 sökte USA samråd med Kina angående vissa åtgärder för att skydda och upprätthålla immateriella rättigheter i Kina. De fyra punkterna USA ville diskutera var följande:

- miniminivån som måste uppnås för straffrättsliga sanktioner för varumärkesförfalskning och piratkopiering av upphovsrättsskyddat material;
- varor som inskränker immateriella rättigheter som är konfiskerade av de kinesiska tullmyndigheterna, speciellt konfiskering av sådana varor och borttagandet av dess inskränkande egenskaper;
- räckvidden av bevakning av kriminalprocesser och straff för icke tillåten reproduktion eller distribution av upphovsrättsskyddade verk; och
- nekandet av upphovsrättsskydd och rättigheter relaterade till upphovsrätt, samt upprätthållandet av kreativa verk som författarskap, ljudinspelningar och framföranden som inte blivit tillåtna att publiceras eller distribueras i Kina.

USA hävdar att möjliga oförenligheter till TRIPS uppstår, med hänseende till de ovan nämnda punkterna;

- som ett resultat av den aktuella miniminivån, förefaller bristen på kriminalprocesser och straff för varuförfalskning på kommersiell nivå och piratkopiering i Kina, oförenlig med Kinas åtaganden enligt artiklarna 41.1 och 61 i TRIPS-avtalet.
- kravet att inskränkande produkter lanseras i kommersiella kanaler, är under de framlaga omständigheter som mätts i fallet, oförenliga med Kinas åtaganden enligt artikel 46 och 59 i TRIPS-avtalet.
- författare av verk vars publicering eller distribution inte har getts tillåtelse (vars publicering eller distribution således är förbjuden) förefaller inte ha fått det skydd som minimistandarderna i Bernkonventionen särskilt anslår avseende dessa verk (de kommer kanske inte heller få något sådant skydd om verket inte är tillåtet för publicering eller distribution i den formen som framlagts för granskning). Dessutom förefaller rättigheterna till författare av verk, vars publicering eller

distribution är bundna att genomgå ”pre-publication”- eller ”pre-distribution”granskning, framgångsrikt klara sig igenom sådan granskning. Detta förefaller vara oförenligt med Kinas åtaganden enligt artikel 9.1 i TRIPS-avtalet. Därtill förefaller Kinas upphovsrättslag vara oförenlig med artikel 14 i TRIPS, då skydd av så kallade relaterade rättigheter till artister och producenter som gör ljudinspelningar, nekas under perioden innan eventuell publicering och distribution äger rum. Vidare förefaller kinesiska medborgares verk och framställningar genomgå en annorlunda granskning än utlänningars. Det verkar resultera i ett tidigare eller annars ett förmånligare skydd eller tillämpning av upphovsrätt eller relaterade rättigheter för kinesiska författares verk, kinesiska artisters framträdanden och kinesiska producenters ljudinspelningar. Dessa åtgärder förefaller vara oförenliga med Kinas åtaganden enligt artikel 3.1 i TRIPS-avtalet. Dessutom leder innehållet i artikel 4 i Kinas upphovsrättslag till att utländska författares verk, vars publicering eller distribution inte blivit tillåten, inte åtnjuter samma rättigheter som kinesiska författare. Dessa åtgärder förefaller vara oförenliga med Kinas åtaganden enligt artikel 9.1 i TRIPS-avtalet (det är åtminstone oförenligt med Kinas åtaganden enligt artiklarna 5(1) och 5(2) i Bernkonventionen). Då artikel 4 i Kinas upphovsrättslag gör det omöjligt för rättighetsinnehavare att upprätthålla sina rättigheter eller relaterade rättigheter gällande verk, framträdanden eller ljudinspelningar som inte blivit tillåtna för publicering eller distribution, förefaller även Kina att agera oförenligt med artikel 41.1 i TRIPS-avtalet.

Låt oss särskilt titta på den fjärde punkten i USA:s ansökan. Denna punkt handlar om USA:s missnöje både med att amerikansk film, musik och litteratur som inte blir godkända av de kinesiska granskningsmyndigheterna inte får säljas på den kinesiska marknaden, och att om dessa icke tillåtna produkter piratkopieras, kan de enligt kinesisk lag inte heller få något upphovsrättsligt skydd. USA resonerar då att om det inte är ett upphovsrättsligt intrång att tillverka och sälja dessa produkter så ger det ökade incitament för intrångsmakarna att sälja just dessa filmer. Detta argument kan inte anses väga speciellt tungt. Pondera att någon bestämmer sig för att enbart piratkopiera film och litteratur som

inte är tillåten enligt den kinesiska censuren. Denne person riskerar då förmodligen värre sanktioner från kinesiska myndigheter för spridning av icke tillåtet material, snarare än för upphovsrättsligt intrång. Om denne person är medveten om att dessa filmer inte är tillåtna enligt den kinesiska censuren så minskar snarare incitamentet för denne att sälja just dessa filmer.

9.1 Vad har hänt hittills?

USA sökte som sagt samråd med Kina den 10 april 2007 för att diskutera implementeringen av i föregående avsnitt nämnda delar av TRIPS-avtalet. Under juni och juli förde de båda länderna samtal angående USA:s spörsmål om handelsbegränsningarna. Kinas censur leder till att USA inte kan sälja vissa filmer, böcker och tidningar på den kinesiska marknaden, som landet anser strida mot Kinas åtaganden enligt TRIPS-avtalet.⁷⁴ Eftersom dessa förhandlingar inte ledde någonstans ansökte USTR om tillsättandet av en panel för att utreda frågan i DSB.⁷⁵ Den 25 september tillsattes en sådan panel. USA tillkännager vid denna tidpunkt att Kina gjort stora ansträngningar för att få kinesisk lag att stämma överens med TRIPS, men att de bilaterala förhandlingarna inte lett till någon överenskommelse gällande de nämnda spörsmålen som är orsaken till förfrågan om tillsättandet av en panel.⁷⁶ Detta var andra gången USA ansökte om tillsättandet av en panel för att utreda frågan. Kina motsatte sig USA:s ansökan om tillsättandet av en panel vid USA:s första ansökan. Ett medlemsland i WTO har dock bara rätt att motsätta sig tillsättandet av en panel en gång. Eftersom de bilaterala förhandlingarna mellan USA och Kina inte ledde till någon överenskommelse valde USA att åter ansöka om tillsättandet av en panel i DSB. Kina uttrycker vid denna tidpunkt att det är beklagligt att USA ansöker om tillsättandet av en panel en andra gång, och tillade att de fortfarande hävdar att de vidtagna åtgärderna i lagreformen är förenliga med TRIPS-avtalet. Kina säger även,⁷⁷

the US attempted to impose on developing countries extra obligations going beyond the TRIPS Agreement. China concluded it would defend its interests throughout the process.

⁷⁴ *US Requests Second WTO Panel On China's IP Protection*, Intellectual Property Watch, publ. 2007-10-11

⁷⁵ *ibid*

⁷⁶ *DSB establishes a panel on China's protection of IPR and a compliance panel to review US implementation in "zeroing" case*. WTO:s hemsida, publ. 2007-09-25.

⁷⁷ *ibid*

Japan, Mexico, EU, Kinesiska Taipei och Argentina reserverade platser som "third participants" i tvisten. Värt att notera här är att Kinesiska Taipei, eller Taiwan som det i andra sammanhang brukar kallas, är medlem i WTO sedan 2002. Detta är kontroversiellt eftersom Taiwan inte erkänns som en suverän stat av de flesta länder, och att Kina tidigare motsatt sig dess alla försök att delta i FN:s olika organ.⁷⁸ Ett nytt sådant försök planeras just nu av det styrande partiet på Taiwan, 民主进步党 (det Demokratiska Progressiva Partiet, Mí nzhǔ Jìnbùdǎng), som planerar en folkomröstning i samband med presidentvalet i mars 2008, om huruvida Taiwan skall ansöka om medlemskap i FN under namnet Taiwan.⁷⁹ Detta skall dock inte utredas ytterligare i denna uppsats, men vi återkommer nedan till Taiwan då landet kommer att spela ytterligare en roll i denna tvist.

Panelen skulle gå igenom fallet den 19 november i Geneve, men blockerades av Taiwan som lade in sitt veto.⁸⁰ Detta väckte stor uppståndelse då alla andra länder ville att man skulle gå vidare med förhandlingarna. Taiwans blockering hade såvitt det går att bedöma av vad som skrivits om saken, ingenting med tvisten mellan Kina och USA att göra, utan med tillsättandet av en kinesisk domare, Zhāng Yuèjiāo (张月姣) i WTO:s Appellate Body. Taiwan ansåg att tillsättandet av en kinesisk domare i AB skulle leda till partiskhet, och lade därför in ett veto. Detta ledde till att förhandlingarna fick avbrytas, vilket i sin tur ledde till att panelen inte kunde ta ställning i tvisten mellan USA och Kina.⁸¹

En dryg vecka senare, den 27 november, drog Taiwan tillbaka sitt veto och Zhāng Yuèjiāo och tre andra internationella kollegor, valdes in som domare i WTO:s högsta beslutande organ.⁸² Förutom ett brev som skickats till regeringen i Taipei från WTO-generalen Pascal

⁷⁸ *Taiwan blocks Chinese WTO judge*. BBC News, 2007-11-19.

⁷⁹ *US to push China on new Iran resolution*. Yahoo News, publ. 2008-01-17.

⁸⁰ *Taiwan blocks Chinese WTO judge*

⁸¹ *ibid*

⁸² *Taiwan drops opposition to Chinese Appellate Body judge, unblocking WTO dispute system*. Bridges Weekly, Volume 11, No. 41, publ. 2007-11-28.

Lamy där han försäkrat AB:s opartiskhet, framkommer inte vad som fått Taiwan att ändra inställning i frågan.⁸³ Detta lämnar författaren åt andra att utröna.

Panelen fortsätter här efter sitt arbete med att utreda huruvida Kina har uppfyllt sina åtaganden angående de nämnda punkterna i USA:s ansökan. Vid tiden för färdigställandet av denna uppsats har panelen ännu inte kommit med något utlåtande i frågan.

Ordföranden för det statliga organet för immateriella rättigheter, SIPO (State Intellectual Property Office) Tián Lì pǔ (田力普) uttrycker den tredje juli (vid denna tidpunkt förde USA och Kina bilaterala förhandlingar rörande de aktuella spörsmålen) att Kina gjort stora ansträngningar för att slå till mot piratkopiering och för att stärka det immaterialrättsliga skyddet.⁸⁴ Han uttrycker att USA:s stämningsansökan är grundlös och att den således borde dras tillbaka,⁸⁵

没有道理，应该撤诉。

Tián Lì pǔ anser att USA genom denna stämningsansökan ignorerar Kinas stora ansträngningar att implementera WTO:s bestämmelser i kinesisk lag och att den således borde dras tillbaka. Vidare säger han att eftersom detta är första gången Kina står inför denna sorts tvist, är det mycket svårt att förutspå utgången. Klart är i alla fall att Kina helt och hållet har uppfyllt sina åtaganden enligt WTO-avtalet. I artikeln nämns att USA:s klagan delvis beror på begränsningen av tillträdet av amerikansk film, litteratur och musik på den kinesiska marknaden.

Tián Lì pǔ avfärdar sammanfattningsvis USA:s klagan, men förklarar inte någonstans i artikeln exakt varför USA har fel. Utan att gå in på några detaljer uttrycker han att, eftersom Kina har gjort stora ansträngningar för att förbättra det immaterialrättsliga

⁸³ *Taiwan drops opposition to Chinese Appellate Body judge, unblocking WTO dispute system*. Bridges Weekly, Volume 11, No. 41, publ. 2007-11-28.

⁸⁴ CUI Jìng (崔静), Guójiā Zhīshì Chǎnquán Jú Júzhǎng: Měiguó Yīng Chèxiāo Zài WTO de Qǐsù (国家知识产权局局长：美国应撤销在 WTO 的起诉), Xīnhuáwǎng (新华网), publ. 2007-07-04.

⁸⁵ *ibid*

skyddet borde USA dra tillbaka sin ansökan. USA:s spörsmål angående att de inte kan sälja vilken musik, litteratur eller musik de vill på den kinesiska marknaden har ju att göra med den kinesiska censuren. Att Tián Lì pǔ varken nämner eller bemöter det argumentet i denna artikel behöver kanske inte förklaras. Tián Lì pǔ poängterar även att,⁸⁶

中国近年来的涉外知识产权案件数量大幅增加，且规呈现模越来越大、范围越来越广的特点，许多案件还与境外犯罪集团有关。

De internationellt relaterade fallen rörande immateriella rättigheter i Kina har ökat dramatiskt de senaste åren, och de tenderar att bli större och större i omfattning, och bredare och bredare i räckvidd. Många av dessa fall är även relaterade till utländska brottssyndikat.

På frågan om omvärlden har orealistiska förväntningar på den kinesiska regeringens förmåga att minska piratkopieringen svarar Fǎ Dòu,

不但是中国，世界上没有任何一个国家政府能仅仅通过制定严格的法律和处罚非法行为来减少盗版（及仿冒）行为。WTO 争端解决机构对具体的贸易纠纷是有效的，但希望用这种机制去促成一个体制性的、宏观层面的进步是很难的。

Det är inte bara Kina, det finns inte någon regering i världen som kan reducera piratkopiering eller varuförfalskning endast genom strikta lagar och hårda straff. WTO:s Dispute Settlement Body är effektivt då det gäller att lösa specifika handelstvister, men inte för att göra generella systematiska förbättringar av en regim.

10. Analys och slutdiskussion

10.1 Analys

Peking brottas dels med problemet att tillgodose intressen från utländska investerare och dels från sin egen befolkning i de olika delarna av det stora landet. Kina behöver hålla sig väl med omvärlden för att de är beroende av utländska direktinvesteringar (FDI), som

⁸⁶ Cūi Jìng (崔静)

sedan landets öppnande mot omvärlden stadigt strömmat in på grund av landets stora reserv av billig arbetskraft samt dess enorma konsumentmarknad. De behöver ha ett gott anseende hos befolkningen för att bevara stabiliteten och hålla samman landet. Landets snabba ekonomiska tillväxt har lett till att många människor lyfts ur fattigdom, men också att klyftan mellan fattiga och rika har växt lavinartat. Denna klassklyfta är en av anledningarna till den ökade sociala oro som råder i landet. Missnöje med lokala korrumperade partipampar, miljöförstöring och tvångsförflyttning av människor etc. ledde år 2005 till ca 87 000 massincidenter (upplopp) på landsbygden, vilka i många fall lett till att polis tillkallats.⁸⁷ Dessa incidenter har kommit att ge utlopp för de minst bemedlade människornas känslor av hopplöshet och att vara orättvist behandlade. Kommunistpartiets framtid som enväldigt parti bygger mycket på att man lyckas ha en befolkning som är någorlunda nöjd och därmed behålla stabiliteten i landet. För att lugna befolkningen på landsbygden och för att låta dem ta del av landets tillväxt, lanserade Kinas president Hú Jǐ ntāo (胡锦涛) 2006 ”den nya socialistiska landsbygden” 社会主义新农村 (Shèhuì zhūyì Xīn Nóngcūn) som skulle ge ökade investeringar, ökade jordbruksbidrag och förbättrat socialt arbete på landsbygden.⁸⁸

Då Hú Jǐ ntāo enligt Leijonhufvud, systematiskt försämrat Kinas utveckling mot demokrati, är det lätt att förstå att reduceringen av antalet nämnda incidenter på landsbygden är helt central för kommunistpartiets framtida överlevnad.⁸⁹ Piratindustrin omsätter som tidigare nämnts miljardbelopp och håller flera miljoner människor i sysselsättning. Kraftfulla åtgärder som skulle leda till att dessa fabriker skulle stängas, och i sin tur att miljontals människor skulle bli arbetslösa skulle sannolikt inte minska den sociala oron i landet. Om partiet verkligen skulle vilja skulle de kunna stoppa intrången i immateriella rättigheter i mycket större utsträckning än de gör idag. Dessa fabriker måste vara enorma, och således inte svåra att lokalisera. För att partiet skall kunna bevara stabiliteten, upprätthålla en god relation till viktiga utländska handelspartners och säkerställa sin egen maktställning i

⁸⁷ *The new socialist city scape*. Asia Times Online, publ. 2006-03-28.

⁸⁸ *China vows to create a 'new socialist countryside' for millions of farmers*, The Guardian, 2006-02-22

⁸⁹ LEIJONHUFVUD, G. *Svensk entreprenör guidar till Kina*. DN Kultur, 2006, publ. 2006-11-15.

landet är det dock inte orimligt anta att hanteringen av piratkopiering i Kina förblir en kompromiss mellan utländska och inhemska intressen.

10.2 Slutdiskussion

Varför är det då så svårt att implementera immateriella rättigheter i Kina? En del av förklaringen har getts i analysdelen. Som tidigare nämnts är detta koncept relativt nytt i Kina, lokala partitjänstemän har ofta ett direkt ekonomiskt intresse i att inte implementera dessa regleringar eftersom piratindustrin är en stor del av deras egen inkomst. En avveckling av den lokala fabriken som tillverkar piratkopierade produkter skulle leda till missnöje och potentiella protestaktioner bland lokalbefolkningen, vilket man vill undvika. Den ideologiska indoktrineringen av marxist-leninism och maoism torde ha påverkat landets befolkning i dess syn på privat äganderätt i allmänhet, vilket bör göra det svårare att få till en allmän respekt av immaterialrätten.

Som nämnts tidigare torde den konfucianska filosofins inflytande på den kinesiska kulturen spela en högst marginell roll i svårigheter att implementera immateriella rättigheter. Det rör sig snarare om grundläggande ekonomiska variabler som utbud och efterfrågan. Det finns en enorm global efterfrågan på billiga kopior av märkesprodukter och därmed stora incitament att tillgodose detta behov. Att denna piratindustri är lokaliserad i Kina torde inte ha något med konfucianism att göra, utan beror helt enkelt på att Kina just nu är världens verkstad på grund av de låga produktionskostnaderna. Konfucianismen kan vara en orsak till att immaterialrätten inte har växt fram i Kina på samma sätt som den gjort i Europa och USA, men inte för att förklara de mekanismer som ligger bakom dagens piratkopiering.

När ett företag gör en riskanalys över huruvida man bör lägga över produktionen till Kina bör således risken att företagets produkter blir kopierade beaktas för att avgöra om det är värt att flytta över produktionen överhuvudtaget. Trenden att de flesta industrier flyttar över någon del av sin tillverkning till Kina och har kvar den där, tyder på att det lönar sig ändå.

Eftersom tvisten mellan USA och Kina inte är löst ännu är det svårt att säga vad den kommer att ha för betydelse för immaterialrätten i Kina. Dock kan man konstatera att det redan nu går att se att kinesisk lag på vissa håll inte kan anses stämma överens med TRIPS-avtalets bestämmelser. Att Kina tillämpar censur torde dock inte ha kommit som en överraskning för varken Världshandelsorganisationen eller USA, vilket gör denna stämningens ansökan lite märklig. Full implementering av WTO:s olika avtal bygger mycket på att medlemsstaterna har en genomskinlig samhällsstruktur. Man skulle lika gärna kunna stämma Kina inför WTO för att det inte är någon demokrati. Att Kina skulle ta bort censureringen av filmer och böcker för att denna censur inte är ”TRIPS compliant”, är ungefär lika troligt som att de skulle förändras till en demokrati av samma anledning. Ett sätt att undvika detta scenario skulle vara att bara tillåta demokratiska stater att bli medlemmar i WTO. Att Kina trots detta erkänts som medlem är en kompromiss som görs på grund av de handelsrelaterade fördelar de andra medlemsländerna drar av Kinas medlemskap. / 完

Stort tack till Jonas Grimheden, Ulrika K. Engström, Jonas Ledendal, Lars Ragvald, Niklas Dougherty, Lars Berge Andersen, Mark Young, ” Fǎ Dòu”, min handledare Michael Schoenhals och Mamma.

11. Referenser

11.1 Offentligt tryck

TRIPS-avtalet, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm

11.2 Litteratur

ALFORD, William P. *Stealing a book is an elegant offence – Intellectual property law in Chinese civilization*. Stanford University Press, 1995, s. 9.

FANG, Tony. *Att göra affärer i dagens Kina*. SNS Förlag, Stockholm, 2006, s. 55-56.

FERNANDEZ J.A. & UNDERWOOD L. *China CEO: Voices of experience from 20 international business leaders*. John Wiley & Sons (Asia) Pte Ltd, Singapore, 2006, s. 149.

孔捷生 (*Kǒng Jiéshēng*), 升官图 (*Shēngguāntǔ*), 人民文学 (*Rénmín Wénxué*), No. 12, 1986, s.1.

KOKTVEDGAARD M. & LEVIN M. *Lärobok i Immaterialrätt*. Norstedstedts Juridik, Åttonde upplagan, Stockholm, 2004, s.25-29.

SETH, T. *WTO och den internationella handelsordningen*, Studentlitteratur, Lund, 2004, s. 58.

YANG, D. *Intellectual property and doing business in China*. Bradford University School of Management, 2003, s. 17-18

11.3 Artiklar

CHOW, Daniel C.K.. *Counterfeiting and China's economic development*. The Ohio State University of Law, 2007, s.2.

How Solid Are the Bricks? Global Economics Paper No 134, Goldman Sachs, 2005, s. 7

LEHMAN, John Alan. *Intellectual Property Rights and Chinese Tradition Section: Philosophical Foundations*. Journal of Business Ethic, 2006:69, 2006, s. 1.

SHAO Ke. *An alien of copyright? A reconsideration of the Chinese historical episodes of copyright*. Intellectual Property Quarterly, 1999, s. 1.

Kina som medlem i WTO – 18 månader efter anslutningen. Kommerskollegium, 2003, s. 1, 4, 50.

LEIJONHUFVUD, G. *Svensk entreprenör guidar till Kina*. DN Kultur, 2006, publ. 2006-11-15.

Property rights in China - China's next revolution. The Economist, vol. 382, nr. 8519, 2007, s. 11.

The problem with made in China. The Economist, vol. 382, nr. 8511, 2007, s. 69.

The boot is on the other foot. The Economist, vol. 379, nr. 8471, 2006, s. 62.

11.4 Internetadresser

2007 Report to congress on China's WTO compliance. USTR, 2007, s. 6,
http://www.ustr.gov/assets/Document_Library/Reports_Publications/2007/asset_upload_file625_13692.pdf

Taiwan blocks Chinese WTO judge. BBC News, 2007-11-19,
<http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/7102347.stm>, besökt 2008-01-08

China, India Still Top FDI Spots. Red Herring, 2007-12-13,
<http://www.redherring.com/Home/23304>, besökt 2008-01-17

Trade Secrets: The Secret to Guarding Yours in China cont. China IP News, 2007,
<http://www.wjnco.com/downloadFile/ipen0702.pdf>, besökt 2007-08-07

China's pirate industry thriving, CSMONITOR.COM, 2002,
<http://www.csmonitor.com/2002/0109/p6s1-wosc.html>, besökt 2008-01-06

China vows to create a 'new socialist countryside' for millions of farmers, The Guardian,
2006-02-22, <http://www.guardian.co.uk/china/story/0,,1715078.00.html>, besökt 2008-01-03

Konfucius, Analekterna, Translated by James Legge, 1893, <http://www.sacred-texts.com/cfu/conf1.htm>, besökt 2008-01-06

Innovation and IP in China, Debroyer, IPR Center, 2006,
http://www.birchbob.com/flex4ipr/ipr_center.html, besökt 2007-08-05

Debunking the translation horror stories, Dialect Brand Translation, 2006,
http://www.dialectbrand.com/article_nova.shtml, besökt 2007-08-06

What is intellectual property rights?, WTO:s hemsida,
http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intell_e.htm, besökt 2007-11-16

US Requests Second WTO Panel On China's IP Protection, Intellectual Property Watch,
publ. 2007-10-11, <http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=779>, besökt 2008-01-08

Global survey on counterfeiting and piracy, International Chamber of Commerce, publ.
2007-01-13, s.3,
http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/BASCAP/Pages/BASCAP%20Survey_%20Final%20Report_29%20January07.pdf, besökt 2007-08-07

IPR Toolkit, Amerikanska ambassaden i Pekings hemsida, http://beijing.usembassy-china.org.cn/protecting_ipr.html, besökt 2008-01-09

Does China's New Labor Contract Law Better Protect Intellectual Property Owners?
Lehman, Lee & Xu – A PRC Law Firm, publ. 2007-07-19,
<http://www.lehmanlaw.com/press-room/china-law-news/china-law-news/article/1/does-chinas.html>, besökt 2007-08-06

BOLDRINE M. & LEVINE K.. *Economic and Game Theory, Against Intellectual Property*, 2007, s.1, <http://www.dklevine.com/papers/anew01.pdf>

GANEA, Peter. *Response to the presentation of Prof. Zheng Chengsi*. Tongji Daxue Zhishichanquan Xueyuan Wangzhan, 同济大学知识产权学院网站, publ. 2004-10-08,
<http://web.tongji.edu.cn/~ipi/communion/reportGanea.htm>, besökt 2008-01-07

CUĪ Jìng (崔静), Guójiā Zhīshì Chǎnquán Jú Júzhǎng: Měiguó Yīng Chèxiāo Zài WTO de Qǐ sù (国家知识产权局局长：美国应撤销在 WTO 的起诉), Xīnhuáwǎng (新华网), publ. 2007-07-04, <http://news.qq.com/a/20070704/000080.htm>, besökt 2007-10-03

Taiwan drops opposition to Chinese Appellate Body judge, unblocking WTO dispute system. Bridges Weekly, Volume 11, No. 41, publ. 2007-11-28,
<http://www.ictsd.org/weekly/07-11-28/story2.htm>, besökt 2008-01-09

The new socialist city scape. Asia Times Online, publ. 2006-03-28,
<http://www.atimes.com/atimes/China/HC28Ad03.html>, besökt 2007-10-15

US to push China on new Iran resolution. Yahoo News, publ. 2008-01-17,
http://news.yahoo.com/s/afp/20080117/pl_afp/chinausdiplomacytalks, besökt 2008-01-17

DSB establishes a panel on China's protection of IPR and a compliance panel to review US implementation in "zeroing" case. WTO:s hemsida, publ. 2007-09-25,
http://www.wto.org/english/news_e/news07_e/dsb_25sep07_e.htm, besökt 2008-01-08

Understanding the WTO, What is the World Trade Organization? WTO:s hemsida,
http://www.wto.int/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm, besökt 2007-11-23

Understanding the WTO, The GATT years. WTO:s hemsida,
http://www.wto.int/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm, besökt 2007-11-23

Dispute DS362, China — Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights. WTO:s hemsida, Dispute Settlement, publ. 2007-08-20,
http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds362_e.htm, besökt 2007-11-27

100 Mln People Lifted Out of Poverty in China in 20 Years. Xinhua News Agency, publ. 2006-08-23,
<http://www.china.org.cn/english/features/poverty/178868.htm>, besökt 2007-09-25

What is WIPO? WIPO:s hemsida, http://www.wipo.int/about-wipo/en/what_is_wipo.html,
besökt 2007-08-05

11.5 Övriga källor

Ledendal, Jonas: Immaterialrätt, föreläsning om TRIPS, Institutionen för handelsrätt, 2007-12-11

E-mailkorrespondens med Mark Young, 2007-08-07 (se bilaga)

E-mailkorrespondens med Fǎ Dòu (法豆) (se bilaga)

12.1 Bilagor

12.2 Bilaga 1 - E-mailkorrespondens med Mark Young

1. Could you give a short description of what you are doing in your work regarding intellectual property rights in China?

I am a consultant with a risk management consulting firm operating in Shanghai. One of our main areas of focus is investigating intellectual property (IP) violations for our clients.

2. It is in many occasions argued that the Confucian philosophy and its impact on the Chinese culture is one of the major factors that IPRs in China are so hard to implement. This doctrine argues that if one want to achieve excellence, he must imitate the works of the one who is doing the best work in that specific field. What are your views on this explanation on IPRs infringements?

I think that this type of imitation is more human nature than it is a by-product of Confucianism.

3. The communist heritage is also one of the common explanations why the Chinese have such a hard time to cope with western views on IPRs. (The name of the Chinese Communist Party in Chinese, Gong Chan Dang = the public property party). What are your views on this ideological explanation?

These concept is very prevalent in China, based on my observations. As a result, it is seems that many individuals who are infringing on the IP rights of others do not seem to understand that what they are doing is an offense or civil issue. Infringement becomes more tangible when you track how the know-how in an IP case came into the hands of the infringer. In many cases, the infringing party used to be employed by our client. Well written labor contracts can impress upon potential infringers the consequences for absconding with an employer's IP.

4. What do you think differ China from other developing countries regarding hardships of implementing IPRs?

China is advancing more rapidly than other developing countries. This means that they are producing more scientists and engineers. Hence, new products and developments are greater as well. This makes for a greater range of infringing products as well as greater know-how.

5. The Chinese often claim that they take the problem seriously, and do all within their power to crack down on piracy. Is this in your view true? What could they do more?

I think that the Central Government is doing there best to crack down on piracy – it is an embarrassment to a country that wants to be accepted by the international community. However, this is generally not the case at the local government level.

6. With regard to question nr. 4, the U.S. (or Hollywood, Microsoft and the US medical industry) are currently filing a lawsuit against China at the WTO:s Dispute Settlement Body, because they feel that China has not done enough on IPR infringements. Do you think that western countries have unrealistic expectations of the Chinese government's ability to reduce piracy?

Yes I do think that Western countries are unrealistic in their expectations for China in this respect are unreasonable and are too inclined to use China's perceived lax in enforcing IPR.

12.2 Bilaga 2 – Emailkorrespondens med Fǎ Dòu (法豆)

问题: 请介绍一下您自己。

回答: 我是云南大学的教师。同时，我是中国政法大学知识产权研究中心的研究人员。目前我在香港从事研究工作。

问题: 很多人认为儒家哲学及其对中国文化的影响是知识产权难以在中国得到保障的原因之一。因为儒家哲学中认为，如果一个人希望成功，他就应当模仿他的行业中最优秀的人的作品。对这一观点，你怎么看？

回答: 从我了解的情况看，儒家哲学可以被作为回答“中国为什么没有产生现代知识产权法”的一个原因，但没有充足的证据证明：儒家哲学是影响中国知识产权法律执行的一个主要原因。儒家思想中的确包含您所说的观念，但这种观念不仅在中国，而是在全世界都是存在的。国际知识产权体制并不拒绝对优秀知识产品的模仿，而只是禁止那些非法的模仿行为。将知识产权侵权行为的普遍存在归咎于儒家思想的观点，需要更多的实证研究资料来支撑。

问题: 人们普遍认为共产主义思想是另一个令中国难以接受西方观念下的知识产权的原因（共产党的名字就蕴涵着“公共财产”的意思）。你对这种意识形态角度的解释怎么看？

回答: 共产主义意识形态也来源于西方。用它的名字来解释共产主义的想法过于简单化了。从我的知识来看，共产主义包括三个部分，辩证唯物主义哲学、马克思主义政治经济学和列宁主义。中国共产党认为其在中国的革命和建设发展中发展了这些理论。在 1980 年代以前，的确可能有一些口号、理论和制度是反知识产权的，但如果不根据当时的社会背景进行具体分析，我们很难笼统地说这些东西是否来源于共产主义。

问题: 中国人（在国际谈判中）常常声称他们已经对（知识产权）问题十分重视，（政府）使用了权力范围内的所有能力去打击盗版。你认为这是真的吗？他们还可以做哪些？

回答: 如果我们把盗版和侵权分开理解的话，我认为行政机关已经尽力地反盗版了。问题在于：法律所规定的标准往往太严格（或在立法技巧方面规定得太没有效率或缺乏逻辑性），以至于人们都很难达到法律的要求。因此，公权力机构就职能选择性地执法和处罚。这是对法治的损害。所以，中国应该着重检讨既存的法律规则和政策，加强其中的法律技术，而非仅仅颁布听上去“先进”新的规则。此外，解除对经济主体的不必要的负担也应成为工作的重点。

问题: 与上个问题相关，美国（或者好莱坞、微软和美国制药产业）目前正在 WTO 对中国进行诉讼。他们认为中国在知识产权制度的执行方面做得不够。你认为西方国家是否对中国政府减少盗版的能力有不现实的估计？

回答: 是的我同意这种说法。不但是中国，世界上没有任何一个国家政府能仅仅通过制定严格的法律和处罚非法行为来减少盗版（及仿冒）行为。WTO 争端解决机构对具体的贸易纠纷是有效的，但希望用这种机制去促成一个体制性的、宏观层面的进步是很难的。