

我国知识产权法律与 国家发展政策的整合

王冠玺 李筱苹*

内容提要:我国就知识产权保护议题在与发达国家谈判的过程中屡遭挫败,甚至制定出“超国际标准”的知识产权保护规范。知识产权法的立法意旨在于奖励创造与发明,进而促进科学及文化的进步,但是与发达国家一致的知识产权保护标准,并不能使发展中国家从中获益。然而并非所有的发达国家或国际组织在思考国际间知识产权保护政策的走向时均固守本位主义,他们的许多支持发展中国家利益的研究成果,对我国未来制定新的知识产权法规与政策均甚有助益。应就知识产权与人权之间发生的冲突,及其与宪法基本权冲突时的优位选择理论做出探索,以此作为我国日后制定知识产权法律及与发达国家进行相关谈判的政策依据

关键词:知识产权 WTO TRIPS 著作权 专利权

一、前言

发达国家与跨国大型企业多认为严格的知识产权制度可以促进科技发展,刺激经济成长,同时还能消弭贫穷,故此不遗余力地推动知识产权保护的国际化。世界知识产权组织(The World Intellectual Property Organization,简称WIPO)与世界贸易组织(World Trade Organization,简称WTO)是目前推动国际知识产权政策的主要国际机构。WIPO负责知识产权条约的谈判与管理,其任务在于促进各国知识产权保护的国际化,促使各国保护知识产权的法律趋于一致;WTO则因其具有知识产权争端解决机制,故对知识产权政策的执行有很大的影响力。我国在成为WTO的会员国后,必须遵守《与贸易有关的知识产权协议》(Trade-Related Agreements of Intellectual Property Rights,简称TRIPS)的各项规定;而依照乌拉圭回合的谈判结果,WTO的会员国还必须同时遵守《巴黎公约》、《伯尔尼公约》、《罗马公约》等有关工业财产权、著作权及著作邻接权之国际公约。^[1]除此之外,许多国家还缔结了双边或多边的知识产权协议。

但是在知识产权保护全球化的浪潮中,亦非没有抱持不同意见的发达国家团体;由英国国际发展

* 王冠玺,浙江大学法学院教师;李筱苹,中国台湾积体电路制造股份有限公司法务主任。

[1] TRIPS协议第2条、第9条及第14条的规定。参见WTO网站上与TRIPS协议有关的资料。<http://www.wto.org/english/tratop-e/trips-e/trips-e.htm#WhatAre>。

大臣 Clare Short 发起, John H. Barton 教授担任主席, 邀集国际级学者与政府官员所组成的“英国知识产权委员会”(The Commission on Intellectual Property Rights, 以下简称“委员会”)为了评估知识产权法制对发展中国家及第三世界的影响, 走访了中国、印度、巴西以及非洲等地, 并会晤了伦敦、日内瓦、布鲁塞尔以及美国政府的官方与非官方组织, 之后发表了以人权价值优先、共享文明成果为取向的报告, 题为“整合知识产权与发展政策”(Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy)。^[2]

该“委员会”主席 John H. Barton 教授近期接受了本文作者的专访,^[3]说明了发展中国家在国际知识产权谈判时的应有折冲之道。作者借鉴该报告及 John H. Barton 教授的建议, 讨论知识产权之权利依据在法律效力上的辩证关系, 及其与基本权利冲突时的法律位阶选择; 以及其应如何成为我国日后制定知识产权法律及国家发展政策的考虑依据。

二、知识产权保护的前瞻与界限

(一) 知识产权保护与国家发展的关系

从知识产权法制发展的历史观察可知, 欧洲国家早年对外国人实行较为歧视的规定, 而 19 世纪的美国亦未完全遵守欧陆国家所建立的知识产权法制。^[4] 同样地, 今日的我国(包括台湾地区)、南韩等处于发展阶段的国家或地区, 亦未严格落实知识产权保护措施。惟其迫于来自以美国为首的发达国家的重大压力, 发展中国家在目前的国际知识产权政策架构下, 必须服从主要为发达国家所制定的标准化规则, 而无法享受欧美国家多年前所曾享有的弹性选择。知识产权法为了奖励发明, 促进创新, 赋予发明创作人一定的成果独占权利, 期以达成提升科学文明的终极目标。然而在赋予发明创作人独占权保障的同时, 也限制了其它人对该发明创造的充分利用。由于发展中国家多为技术输入国, 并无足够的证据显示知识产权制度亦促进了发展中国家的发展与革新; 相反地, 因为保护标准一致的知识产权法律的存在, 发展中国家对科技的接近使用受到了很大的限制, 致使其为保护知识产权所付出的成本远远高出其所带来的收益, 这种情形在落后国家尤其明显。^[5]

“委员会”以日本、韩国以及我国台湾地区等地数十年来的工业及经济发展经验为例, 这些地区在知识产权保护制度较为宽松的情形下, 仍能达成可观的科技进步与经济发展; 由此可知, 知识产权制度非如欧美发达国家所云, 乃促进革新进步的唯一手段。^[6] 实际上, 某地区的产业革新及经济成长取决于该地区的科技能力, 唯有具备一定的科技能力, 构筑适于商业运作的平台, 方能有效地吸取并善用外来的技术与资源; 而科技能力取决于教育环境、资源、经费、法治情形及其它配套措施等等; 这些发展要素的具备, 又与得否利用知识产权的成果有密切关系。因此“委员会”认为, 发展中国家在未完全具备这些条件的情形下, 即被冒然要求实施严格的知识产权制度, 其结果仅能是使发达国家获利, 对发展中国家的进步并无帮助。^[7] 知识产权对知识经济的发展提供了制度性的保障, 在一定程度上加速了知识经济的发展,^[8] 但它最终的目的应在于促进整体社会的进步, 而非个人权利的极大

[2] 参见 <http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final-report.htm>

[3] John H. Barton 教授为本文作者李筱莘的博士生导师; 李筱莘并为 Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy 报告的中文版翻译教订人。

[4] The Commission on Intellectual Property Rights, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, 18 - 20 (2002).

[5] 同上书, 第 20 页以下。

[6] 同上书, 第 20 页。

[7] 同上书, 第 24 页以下。

[8] 罗玉中:《知识与法律》, 北京大学出版社 2001 年版, 第 6 页。

化满足,此点在 WTO 协议与 TRIPS 协议等知识产权条约中均有所体现。^[9]

(二) 知识产权的保护与商业利益正当性的研究^[10]

1. 专利权保护的界限

知识产权法制的立法意旨在于奖励发明与创造,进而促进科学及文化进步,其手段则是赋予发明创作人一定的独占权利以为发明创造之动机。以专利权为例,依据 TRIPS 协议第 27.1 条规定,任何技术领域之物品发明或方法发明,只要具有产业利用性、新颖性与进步性,皆可获得专利之排他权利。其中依据 TRIPS 协议第 28.1 条规定,物品发明专利权人享有禁止第三人在未得其同意下,而为该物品之制造、使用、买卖之要约、贩卖或为前述目的而进口该物之权。方法发明专利权人则享有禁止第三人在未得其同意下,而使用其方法,以及为使用、买卖之要约、贩卖或为前述目的而进口直接由该方法所获得之物品。将制造方法之保护扩及至因该方法所直接获得之物品上,加强了对专门技术所有人的权利保护。

知识产权法以独占权所能带来的商业利益作为诱因,以达成提升科学文明的终极目标,这在医疗、生化、电影以及音乐等产业方面表现得尤为显著。据统计,全美上市公司的资产总值中,有将近 3/4 是包括知识产权在内的无形资产;这大约是 20 年前无形资产所占比重的两倍。此外,美国每年的技术授权收入总值高达 450 亿美元,而全球每年的技术授权收入总值则高达 1000 亿美元,并且仍在快速成长中。^[11] 由此可知,知识产权的保护除了促使经济成长外,亦涉及巨大的商业利益,而这群既得利益者往往也是对知识产权保护最有力的拥护者。

尽管商业利益是知识产权法内在的诱因,也是为了达成知识产权法终极目标的“必要之恶”,但是不合理的知识代价与商业利益的确也在不断地遭到众人诟病。以汽车工业为例,其大致可区分为:设计研发、生产制造、销售及维修服务等四种型态;针对其所生产的产品,又可分为正厂零件及售后服务件。所谓正厂零件系指所生产之零件销售给汽车原厂,该零件有严格的质量标准,主要安装于新车使用;而所谓的售后服务件,系指所生产之零件乃销售给坊间修车厂及其上游供货商。一般而言,售后服务件的质量略逊于正厂零件。以生产售后服务件之厂家而言,无论外观或者内装之钣金组件,大多系透过逆向工程以获取加工时所需数据,再利用此一数据来制造生产所需模具,之后再利用模具以生产相关零件。此种过程在汽车业界已习以为常,但假设钣金件被原厂制造商申请了新式样专利保护,则上述生产售后服务件的厂家就必须通过专利授权的方式来取得制造该产品的权利;如此一来,生产售后服务件的厂商的低价竞争优势即告消灭。汽车的专利权与该企业之命脉关系密切,因其所享有之专利保护年限得以限制其它车厂有关零组件的制造,从而并影响了整个汽车工业。因此大型汽车企业无不挖空心思,希冀整个汽车的上中下游产业均能受其控制,期以获取巨额的商业利益;然而这种带有高度法律技术的商业手段,显然有滥用知识产权保护的嫌疑,同时也间接地损害了一般消费大众的权益。

在医疗保健方面,最引人重视的就是对 HIV 的防治;^[12] 落后国家由于人才不足、资金匮乏以及医疗系统不健全,对于 HIV 的防治效果极差,感染者和发病者均有快速增长的趋势。发达国家虽然致力于研发控制 HIV 的药物,但由于这些药物的专利权多属欧美大药厂所有,其它药厂在专利法的限制下不得生产、贩卖同质药品(俗称“学名药”),而欧美药厂的药品价格又远非落后国家病患所能负担;所以在落后国家里,艾滋病患者数以千万计的大片死去。实际上,高额药价是导致病患无法获得治疗的重要障碍,而此障碍的来源则是失衡的专利权保护。以享有专利的鸡尾酒三重疗法为例,每人

[9] 参见郑成思:《WTO 知识产权协议逐条讲解》,中国方正出版社 2001 年版,第 68 页以下。

[10] 参见王硕汶:《汽车产业之专利策略》, < <http://www.apipa.org.tw/Article/Article-ViewADA.asp?intADAArticleID=146&strSortTarget=adaCreateDate> >; < <http://economicexplanation.tripod.com/Economic-explanation2.html> >

[11] *A Market for Ideas: A Survey of Patents and Technology*, *The Economist*, October 22, 2005.

[12] Barbara Hooks, *Steps for the Future: A Miner's Tale*, *The Age* (Melbourne), November 7, 2002.

每年约需耗费 10,000 美元用以治疗艾滋病;治疗由艾滋病引起的脑脊膜病变的专利药品 fluconazole 则需要每人每年耗费约 3,000 美元。^[13] 依据 WHO 估计,大多数的药品是以该药品边际成本的 20 - 100 倍的价格销售;另依据联合国的数据显示,150 毫克的 fluconazole 在印度的售价是 55 美元,因为该药品在印度并未受到专利权保护;而在受到专利权保护的马来西亚与菲律宾,则分别售价为 697 美元及 817 美元。

由于印度尚未建立严格的知识产权保护制度,其药厂惯以低价生产同质药品营销至其它发展中国家牟利;^[14] 惟其有助于压低 HIV 药物或其它专利产品的价格,使得发展中国家的穷人普受其惠;^[15] 但是依据 TRIPS 协议第 66.1 条规定可知,印度最迟在 2006 年前必须采取专利保护制度,届时许多药品价格势必大幅上扬。此问题一直具有很高的争议性,欧美国家坚称若无专利保护则不可能有创新的发明,所以专利权不容侵犯;但是利益取向的另一端,却为人命攸关的重大人权问题。^[16]

知识产权法中固然有“强制授权”(compulsory licensing)以及“权利穷尽”(exhaustion)等制度可以弹性运用,以适度减弱独占之效果,但它们都有一定的局限性与争议性。所谓“权利穷尽”系为避免知识产权人控制整个销售体系,而规定权利人于首次将产品交易流通过后,即失去对该产品的营销控制权,第三人则可透过真品平行输入等方式取得产品。但究竟应采“国内穷尽”(national exhaustion)还是“国际穷尽”(international exhaustion)的原则,WTO 的会员国间并无共识。因此,TRIPS 协议第 6 条规定,知识产权穷尽的问题不得诉诸争端解决程序处理;换言之,TRIPS 协议虽然承认知识产权穷尽为一个“争议事项”(issue),相关调整规范却完全留予会员国自行决定,这是因为各会员国对处理方法无法达成共识。发达国家在其国内法制中偏好实行知识产权“领域穷尽”或“国内穷尽”原则,发展中国家则偏好更自由的权利“国际穷尽”原则。“穷尽原则”的适用对国际知识产权的保护与商品在国家间自由移动而言极为重要,以贸易自由化的角度观之,若采取权利“国际穷尽”原则,专利权人所丧失的,不仅为国内的转售权,亦包括输出权;于此情形,第三人以自国外进口产品之方式,将相当程度地改善产品的“可取得性”(accessibility)。^[17]

所谓“强制授权”则是指在一定的情形下,政府可强制知识产权人授予权利,例如发生公共卫生危机时,政府可要求专利权人允许其它药厂制造同样的药物,而由其它药厂支付给专利权人一定权利金;如此一来,低收入国家就可以较低廉的价格购买药品。^[18] 美国向来不支持强制授权制度,但在 2001 年遭遇恐怖攻击又遭逢炭疽热事件后,意识到此一问题的严重性。由于治疗炭疽热药物供不应求,而该药物的专利权又掌握在德国拜耳药厂手中,若紧守专利法将缓不济急,美国因此认为专利制度不得不有所调整;相关议题在同年 11 月于多哈召开的 WTO 部长级会议也被提出讨论,该会议最后宣示会员国应该有权利使用强制授权,^[19] 但由于欧美大药厂的强烈反对,目前尚未有发展中国家正式引用过强制授权的特权。

不过随着禽流感对全球卫生的威胁日长,目前唯一能够治疗禽流感的药物“达菲”价格高昂并且

[13] United Nations, Report of the High Commissioner of the Human Rights Commission on Economic, Social and Cultural Rights, *The Impact of the Agreement on Trade - Related Agreements of Intellectual Property Rights on Human Rights*, UN Doc E/CN.4/Sub.2/2001/13 at 14, para 44 (2001). 转引自林彩瑜:《WTO TRIPS 协议下医药专利与公共健康之问题及其解决方向》,台湾《政大法学评论》第 78 期,2004 年 4 月。

[14] Biswajit Choudhury, *Patent Row TRIPS Up Indian Drug Company*, Gemini News Service, February 2001, at <http://www.panos.org.uk/aids/gemininewstories/PuzzlingOverPatents.htm>.

[15] Nadia Natasha Seeratan, *The Negative Impact of Intellectual Property Patent Rights on Developing Countries: An Examination of the Indian Pharmaceutical Industry*, 3 Scholar 339, 367 (2001).

[16] 前引 [13], 林彩瑜文, 第 292 页以下。

[17] 同上文, 第 279 页。

[18] 前引 [4], 第 42 页。

[19] Amy Harmon, *In the 'Idea Wars,' a Fight to Control a New Currency*, N. Y. Times, November 11, 2001; Robert Weissman, *Problems with Current U. S. Policy*, Foreign Policy in Focus, June 3, 2002.

存货不足,类似的问题再次浮上台面。拥有此药物专利权的瑞士药厂 Roche 对授权与否持保留态度,而相关国际组织对于各国是否得主张强制授权亦未正式表态。^[20]依据巴西的法律,只要巴西政府认定相关药品对公共健康有利,就可以打破西方制药公司的专利,自行生产该种药物。而印度的西普拉制药公司总裁优素福·哈密德日前表示说,这家公司已经开发出“达菲”的替代品,基于人道主义精神,该药品的价格将会相对便宜。我国台湾地区在寻求 Roche 授权遭到拒绝后,主管卫生单位已率先表示不再理会 Roche 药厂的专利权,将自行生产“达菲”。^[21]由于此一议题的争议性极高,未来的发展正考验着相关国际组织的智慧与魄力。

2. 著作权保护的界限

为了提高创作动机,进而促进文化发展,著作权法赋予著作人具有排他性之专属权利,使著作人得以利用“其它财产权”之方式,就其著作获取一定对价,享受财产上的利益,并排除他人的侵害。然而著作权法的目的并不专在于保护著作人,其终极目标系在于促进文化的持续发展。由于文化的进步经常必须奠基在前人的智慧结晶之上;故此,世界各国的著作权法多规定在符合一定要件时,可以不经过著作权人的同意而使用其著作,此即“合理使用”制度,又称为公平使用、自由使用^[22]或“合理处遇”(fair dealing)。^[23]其目的在于保障公众的信息利用自由,寻求私利与公益之间的平衡点。

然而这一平衡机制在数字时代受到了挑战;WIPO 于 1996 年底通过了《世界知识产权组织著作权条约》(The WIPO Copyright Treaty,简称 WCT)及《世界知识产权组织表演及录音物条约》(The WIPO Performances and Phonograms Treaty,简称 WPPT)^[24]后,其会员国陆续依据前述国际条约之要求,对规避著作人用以保护著作之技术措施,以及篡改他人著作权管理信息同一性的行为加以限制。^[25]以美国于 1998 年 10 月 28 日由克林顿总统签署通过的《数字千禧年著作权法》(Digital Millennium Copyright Act,简称 DMCA)为例,有关受保护著作技术措施的规定已超出了传统著作权法之范畴,等于是在著作权法所赋予的专属权之外,再加上了一层权利保护;犹有甚者,实务见解更大幅缩小了“合理使用”的成立空间,认为“合理使用”的抗辩不适用于 DMCA 所禁止之行为。换言之,若干被传统著作权法认为“合理”之使用,却可能违反 DMCA 的禁止规定。^[26]

许多发展中国家的盗版诚然极为猖獗,但“委员会”指出,盗版软件所造成的损失经常被跨国企业高估,而计算机软件的高价位使得发展中国家的一般人难以在合法的情形下接近使用,才是盗版猖獗的真正主因。^[27]例如微软中文版的 Windows98 在中国的售价是人民币 1998 元,而美国的人均 GDP 超过中国达 30 倍以上,该软件在美国的售价却仅是 109 美元(以当时的汇率计算,折合人民币约 1000 元)。^[28]而在电影、唱片等产业的施压下,许多国家对著作权的保护亦日趋扩张,^[29]如美国最

[20] Marwaan Macan - Markar, *World Bank Gets Cold Feet on Bird Flu Drug Patent*, Inter Press Service News Agency, November 4, 2005 <http://www.ipsnews.net/news.asp?idnews=30885>

[21] *Taiwan to Ignore Flu Drug Patent*, BBC News, October 22, 2005 <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/4366514.stm>

[22] 黄怡腾:《著作权法上合理使用原则之研究》,台湾政治大学博士论文,1996年,第66页。

[23] 英国、加拿大及澳洲著作权法上之“合理处遇”(fair dealing)抗辩仅适用于因为报导时事或新闻而使用他人著作之情形;美国著作权法上之合理使用原则可适用的范围则较广,为批评、评论、新闻报导、教学、学术、研究等目的而使用他人著作时,均可能构成美国著作权法上之合理使用,并不仅限于报导时事或新闻。Brian F. Fitzgerald, *Digital Property: The Ultimate Boundary?* 7 Roger Williams U. L. REV. 47, 116 (2001).

[24] WIPO Doc. CRNR/DC/94 (Dec. 23, 1996); WIPO Doc. CRNR/DC/95 (Dec. 23, 1996).

[25] Article 11 of the WCT; Article 18 of the WPPT.

[26] 李筱苹:《著作权与言论自由保障的界限》,台湾大学硕士论文,2002年,第131页。

[27] 前引[4],第104页。

[28] 倪振峰:《知识与知识产权》,《上海大学学报(社会科学版)》2003年第3期。转引自伍静:《知识产权垄断与反垄断立法分析》,《当代法学》2004年第5期。

[29] Christopher Norgaard, *Recording - Industry Group Pushes Past Copyright Limits*, Daily Journal, July 21, 2005.

高法院曾于1984年的 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* ^[30] 案中表示录放机虽然可作为侵害著作权的工具,但因其同时具备得为其它合法用途之功能,因此可享有合理使用的保护,但在最近2005年6月的 *MGM v. Grokster* 案中,它却转而认为因为 *Grokster* 网站上提供的软件可被用以下载非法音乐或电影,所以 *Grokster* 网站有可能构成著作权的侵害。继此判决后,南韩、我国台湾、澳洲等地陆续有类似判决出笼,^[31] 纷纷否定了档案分享软件之合法性。这些判决对著作权人而言是一大胜利,但是却进一步限缩了“合理使用”的空间。如此一来,发展中国家教学、科研,以及使用图书馆的成本势必将大幅提高,知识的传播亦将受到重大影响。

三、知识产权法律效力与基本权利保障的辩证关系及解决方式

由于发达国家坚持全球应遵守同一标准的知识产权法律,其结果导致发达国家与发展中国家对目前的状态均同感不耐,并且成效不彰;许多发展中国家的社会对侵害发达国家的知识产权普遍抱着宽松的氛围,这也是那些侵害知识产权的侵权行为得以猖獗存在的重要原因之一。这种情形令人感到沮丧与迷惑,然而以法理学上验证法律实际效力之方式,即可清楚地说明其源由;其中涉及宪法基本权利问题所为之分析,则犹能说明一体遵守同一标准知识产权法律的不合理性。

法律制定之后,通常得以下列数个面向来分析其效力:^[32]

(一)以法律规范逻辑的角度探讨其效力

1. 妥当性:即法律规范在法律体系中作为调和之一部分,不与上位规范抵触的概然性。

(1) 知识产权法主要规定与科学和技术发展相关的无体财产权问题,故其规定很少涉及其它领域的法律;然而人权条约也未就知识产权对人权的影响有所规定。当知识产权与人权两种权利发生冲突时,大部分的WTO成员既是TRIPS协议的缔约方,同时也是国际人权条约的缔约方,根据善意履行国际条约义务的国际法原则,WTO成员不能为了实施WTO协议所规定的义务就不履行其根据国际人权条约所承担的国际义务,而且国际人权法规则是各文明国家所早已承认的一般法律原则的宣告,具有国际强行法的特征。^[33] 当国家依据有关知识产权协议行使权利与国家所承担的人权义务发生冲突时,自应优先承担人权义务。^[34]

知识产权法律表面上似乎符合了法律体系的上下位规范,但实际上并非如此。由于知识产权保护虽系以私人为主体的,但是多以国家之力达到保护目的,故应先以国家为利益主体来说明。德国学者Böhm认为,国家对于经济最重要的任务就是维护竞争,他把竞争当成营业自由和财产权保护背后的必要条件;而Kurt Biedenkopf教授将此一观点极致发挥,认为财产权的大小应视当事人市场地位强弱而定,市场地位越强者,其财产权越要受到限制;^[35] Wolfgang Fikentscher教授则认为控制经济强权、防止滥用独占力的机关,应该完全独立而受到宪法保障。^[36] 受到后面二位学者及其它学者的学

[30] 464 U. S. 417 (1984).

[31] Jennifer Bayot, *Grokster File - Sharing Service Shuts Down in Settlement*, N. Y. Times, November 7, 2005.

[32] 此一分析架构,乃参照我国台湾地区杨日然大法官生前教授法理学时于课堂中所介绍之方法。

[33] 万鄂湘、石磊、杨成铭、邓洪武:《国际条约法》,武汉大学出版社1998年版,第324、328页。

[34] 《联合国宪章》第1条、第55条、第56条明确规定了缔约国保护人权的条约义务,第103条规定缔约国对宪章所承担的义务优先于根据其它国际条约所承担的义务。转引自万鄂湘、冯洁菡:《知识产权国际保护的新发展》,《法律适用》2003年7月。

[35] Biedenkopf, *Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht*, FS Böhm, 1965, 135ff. 转引自苏永钦:《经济宪法作为政治与经济关系的基本规范》,载《走入新世纪的私法自治》,台湾元照出版社2002年版,第128页。

[36] Fikentscher *Wirtschaftskontrolle - ein Verfassungsgrundlagenproblem*, FS F. Günther, 1971, 789 - 797. 转引自同上书,第129页。

说影响,市场竞争的价值无线上纲,竞争法被戴上经济宪法的光环。^[37]但无论如何,竞争法对市场经济的积极促进作用,已无庸争辩。

此一理论给我们带来的启示是,因为发达国家的市场地位较大,故其财产权应受到较多限制;限制经济强权,防止其滥用独占力,应该上升到宪法规范的层级。那么反过来推论,在发展中国家利用发达国家的知识产权成果时,就应受到较低的标准限制,而当发达国家利用发展中国家的知识产权成果时,则应受到与发达国家一致的限制标准。

(2)基本权利或基本人权也可简称为基本权,^[38]基本权除为对抗国家的权利之外,也应包含制度性保障、分享的权利、请求权基础等。^[39]而从基本权性质所导出的功能之一,则为分享功能。分享权除分享各种自由权外,也有对给付义务的受益性质,其中包括物质的(如社会福利)及精神的(如教育、文化、训练等设施)。但应注意,依照传统理论,适用基本权利必须具备两个要件:第一、必须是国家的行为;第二、必须是国家基于公法上统治关系而行使之高权行为。^[40]然而实际上,私人与私人间之私法行为也有可能造成基本权利受到侵害,因此有所谓“基本权利对第三人效力(Drittwirkung der Grundrechte)理论产生,此一理论已为许多欧洲国家所接受,欧洲人权公约中虽未对其作出明文规定,但实务发展已大体肯定了某种主要表现为“保护义务”的第三人效力,亦即间接效力。^[41]德国学说通说及我国学者王泽鉴,均采基本权利间接效力说,亦即基本权利虽是客观的价值秩序,具有放射效应(Ausstrahlungswirkung),任何民事法规不得作与之相反的解释,但基本权条款仍须透过民法的概括条款方能进入民事法律关系而间接适用之;^[42]但学者吴庚、许宗力认为承认基本权利的直接效力,将使宪法与人民权利的保障有更为积极密切的关系;^[43]即便是国库行为亦应受基本权利的限制。^[44]

我们对基本权利应采“效应历史意识”(wirkungsgeschichtliches Bewusstsein)^[45]的诠释方法,即解释宪法并不是要探求制宪者的意识(Will der Verfassungsgeber),而应该是探求宪法的意识(Will der Verfassung);对基本权的解释更应考虑人民的权利意识、社会发展的现况与人权的普世趋向。在此基础上,加上前段的推论可知,无论知识产权保护的争端发生主体为国家或私人,人的基本权利均不应因知识产权法的规范而受到侵害;这也是任何法律都必须一体遵守的宪法原则,因此若是制定了某一个知识产权法规、或是缔结了某一个国际多边条约,只要其内容侵害了基本权,我们几乎用不着上升至法理学的说明层级,即可判定其因为违宪而无效。此外从《联合国宪章》的前言、以及“联合国人权委员会”所建构的国际人权法律体系可知,基本权利已有国际化的倾向,人权不仅受国内法保障,亦渐有受国际法保障之趋势。^[46]因为基本权不仅可能受到本国国家的侵害,亦可能受到外国的侵害;而基本权利具有国际性,是各国的宪法上的义务。因此当人民的基本权利受到其它国家的侵害时,自然得以基本权利对抗之。

2. 有效性:亦即某规范的妥当性被有权机关认定的概然性。

[37] 前引[35],苏永钦书,第129页。

[38] 吴庚:《宪法的解释与适用》,台湾地区作者2003年自版,第85页。

[39] Ossenhühl, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW, 1976, S. 2100 - 2106. 转引自同上书,第88页。

[40] 许宗力:《基本权力对国库行为之限制》,载《法与国家权力》,台湾月旦出版社1993年版,第2页。

[41] 苏永钦:《民事裁判中的人权保障》,《宪政时代》2004年10月。

[42] 前引[38],吴庚书,第153页。

[43] 同上书,第156页;前引[40],许宗力书,第47页以下。

[44] 前引[38],吴庚书,第1页以下。

[45] “效应历史意识”即对作品的解释必然地在不同的时期有不同的理解。参阅 Vgl. Grondin, aaO., S. 147. 前引[38],吴庚书,第448页。

[46] 参见法治斌、董保城:《宪法新论》,台湾元照出版社2004年版,第129页。

“联合国经社理事会促进和保护人权分会”(以下简称“人权分会”)就知识产权与人权的冲突,于2000年8月提出了解决方案。其指出知识产权与人权间现实存在或可能发生的冲突包括以下几点:(1)妨碍使用知识产权制度向发展中国家转让技术;(2)植物种植者对植物新品种享有权利的后果及对遗传改良生物授予专利,给对食品所享有的基本权利所带来的影响;(3)“生物海盗”(bio-piracy)行为,即跨国公司掠夺社区尤其是土著社区对其自然资源以及文化遗产的控制;(四)对获得专利药品的限制及对享有健康权的冲击。该解决方案要求所有WTO的成员,均应遵循国际人权公约,承担起应尽的义务,并对土著的传统知识、文化价值以及遗产给予充分的保护。

“人权分会”于2001年8月就知识产权与人权、及TRIPS协议对人权的冲击做了报告,要求联合国人权事务高级官员在WTO中寻求观察员的位置,以监督对TRIPS协议的审查。该“人权分会”指出,由于TRIPS协议的实施并未充分地反映所有人权的基本性质和不可分割性,包括人人有权享有科学进步及其应用所带来的利益,及健康权、食品权、自决权等等,因此TRIPS协议所体现的知识产权制度与国际人权法之间有着明显冲突,^[47]致使各国难以制定同时符合其国内经济发展,及人权和环境保护需求的知识产权法律与政策。令人沮丧的是,知识产权保护一向所寻求的发明者权利与公共利益间的平衡点,如今已明显地朝向满足发明者经济利益的方向倾斜。

在知识产权法规被制定后,因为发达国家与发展中国家之利益取向差异太大,相互之间协调极为困难,发展中国家最终多是迫于现实的利害关系,而不得不勉强接受一致的规范标准,^[48]在此一拉距交战的过程中,双方均耗损了极大的交易成本,而且至少截至目前为止,双方其实还是各说各话,相互指责,因此在此规范被有权机关认定的概然性上,并不太高。回溯知识产权立法的历史可知,在东京回合期间,美国与欧洲国家曾经联合提出了《关于制止假冒商品进口措施的协议》(Agreement on Measures to Discourage the Importation of Counterfeit Goods)^[49]草案。该协议草案主要系为解决在边境上对假冒商品的拦截,及在商业渠道外对这些假冒商品的处置。此为知识产权问题引入WTO体制的开端,发达国家均支持此一草案,几无例外,但是以巴西、印度为主的许多发展中国家却对GATT具有争端解决机制表示了强烈的反对意见,认为应该由WIPO来解决争端。实际上,这样一种分歧的背景在于有争端时,发达国家均怀疑WIPO将偏袒保护发展中国家之利益。总之,发达国家力求完善地保护知识产权,但是发展中国家却对知识产权的过度保护将使其难以获得前沿技术而深感忧虑;其并认为,发展中国家的发展需求重要性并不亚于知识产权所有人的经济利益。^[50]

(二)从社会学角度探讨其效力

1. 实定性:指某规范的强制措施(制裁)被有权机关执行之概然性。

“联合国经济、社会和文化权利委员会”在2000年就健康权问题明确指出,国家不应采取与其在先所承担的国际法律义务明显不相容的措施,^[51]而根据1976年《经济、社会和文化权利国际公约》第15条第1款的规定:“国家必须承认所有人民的下列权利:(1)参与文化生活;(2)享用科学进步及其应用所产生的利益;(3)对其本人的任何科学、文学或艺术作品所产生的精神上和物质上的利益应享受被保护之利益。”由此可知,在人权与知识产权的关系问题上,国际人权条约首先确认的是普通大众对智力产品享有合法的利益,对创作者利益的保护不能超越对其它大众基本人权的保护。其次,人

[47] See *Intellectual Property Rights and Human Rights*, Sub-commission on the Promotion and Protection of Human Rights, 52 session, agenda item 4, E/CN.4/Sub.2/2000/7, adopted 17 August (2000). 转引自前引[34],万鄂湘等文。

[48] 沈木珠、乔生:《论中国大陆知识产权保护的问题与对策》,台湾《政大法学评论》第70期。

[49] Terence P Stewart, *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History*(), 2260(1993). 转引自魏姝:《TRIPS协议:在什么程度上“与贸易有关”》,载《北大法律评论》第5卷第1辑,北京大学出版社,第163页。

[50] 同上文,第165页。

[51] See Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14, *The Right to the Highest Attainable Standard of Health*, UN Doc E/C12/2000/4(2000). 转引自前引[34],万鄂湘等文。

权条约也承认科学和技术发展的重要性,以及私人利益和社会公共利益在分享科学进步所带来的利益方面可能存在的冲突;而国家的政策制定者,应在发明创作者的利益与社会公共利益之间谋求平衡,这其中又以公共利益的保障为先,因为知识产权制度的目的不仅在于确保发明创造者得以从中获益,更在于藉其成果促进整个社会的科技、文化与经济进步。但是由前述的论证可知,发展中国家本就无意接受严格的知识产权保护规范标准,仅是在非自愿的情形之下认定了其有效性,所以发展中国家的执法机构必然没有严格执行的积极性,甚且为了经济发展,还会采取一定程度的放任侵害其它国家知识产权的国家保护主义态度。而发达国家为其自身利益或受迫于国内企业压力,又会不断施加压力,促使发展中国家严格执行法律规范,由此致使双方矛盾加深,并导致国际不安等因素。

2. 实效性:某规范所预定之目的或社会效果被实现的概然性。

在发展中国家,从政府机关到一般人,基于各种不同的理由,对于知识产权法规普遍欠缺法的确信,所以不但主动遵守的积极性不高,甚至有不少人认为,此一法规范对发展滞后的群体而言,根本是恶法,所以无遵守之必要。故此一法规所预定之目的或社会效果被实现的概然性自然极低。我们以简单的经济学理论分析即可说明其中源由:社会中,某人之行为不仅涉及个人之成本与收益,并可能给其它人施加成本或带来收益,我们称此为外部性。经济学者把行为主体个人直接承担的成本称为“私人成本”,个人直接享受的收益称为“私人收益”;相对的,将私人成本施加于外部成本之和称为“社会成本”,私人收益与给他人带来的外部收益之和称为“社会收益”。理性人的决策是基于私人成本与私人收益的比较做出的,个人最优决策在边际私人成本等于边际私人收益点达到,而“帕累托最优”^[52]意味着社会最优在边际社会成本等于边际社会收益点到达。因此,除非一种行为没有外部性(即社会成本等于私人成本;社会收益等于私人收益),否则理性人的个人最优决策一般不会等于社会最优决策(边际社会成本等于边际社会收益)。帕累托改进(Pareto improvement)是指一种变化,在没有使任何人境况变坏的前提下,使得至少一个人变得更好。帕累托最优是指没有进行帕累托改进的余地的状态;帕累托改进是达到帕累托最优的路径和方法。^[53]

假设某发展中国家人甲卖盗版碟,成本5元,售价15元;乙卖来自发达国家授权的正版碟,成本30元,卖40元。买家第三人丙看到甲和乙出售的货品一样,但是价格却不同时,根据理性人的决定,会选择购买甲的盗版产品,因为如此可省下25元,此即为丙所获得的利益;甲亦因此赚得10元利润;乙因为没有卖出货品,所以无收益;总计甲、乙、丙三人的社会收益是35元。就成本而言,甲的成本是5元;乙的成本是30元,外加上丙因为没有向乙购买,而损失了10元的机会成本,所以其成本为40元;丙为消费者,无制造或进货成本,故总计社会成本是45元。由于社会成本大于社会收益,所以这个行为对整体社会有害。简化而言,在此的外部成本,即为甲与丙的收益都来自于给乙所施加的成本。尽管甲和丙是遵循最优选择而获益,但该选择并不等于乙的最优选择。乙唯有调降售价,使得丙在做选择时,会愿意购买乙的产品,这样甲与丙转嫁在乙之上的外部成本才有降低的可能,此即帕累托改进;但此系针对买方丙和卖方乙而言,对甲而言,其不需做任何改变,因为甲有价格优势,单以价格和买方(丙方)心态来说,其(甲和丙)已达到帕累托最优。如果我们利用艾吉渥斯箱形图(Edgeworth Box)或博弈论予以分析说明,亦可得到相同的结论。乙当然也可用其它的方法降低甲、丙间为盗版买卖的可能性,使丙最终转而购买乙的产品,并使甲放弃出售盗版产品。但由前述推论可知,在发展中国家此一方法仍是成效不彰。^[54]

穷国与富国以及穷人与富人之间的差别不仅在于穷国和穷人所获得的资本较少,也在于他们所

[52] 转引自维基百科,自由的百科全书网页(2005. 1. 21 访问)。http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%B8%95%E7%B4%AF%E6%89%98%E6%9C%80%E4%BC%98。

[53] 张维迎:《作为激励机制的法律》,载《信息、信任与法律》,三联书店2003年版,第70页。

[54] 本小节之完成获益于我国台湾东吴大学经济系王正中先生,在此表示致谢。

获得的知识较少。^[55]知识的分配是社会不平等的原因和结果。有权利的人比较容易接近知识。在知识社会,接近知识也就传递了影响,甚至传送了权利。^[56]穷国因为没有制定规则的权力,甚至欠缺话语权,不像美国一样,在遭到“炭疽热”攻击后,能够重改游戏规则,他们只能穷尽一切方式,祈求先保住性命。美国至今仍然拒绝签署《京都议定书》,就是发达国家选择性遵守国际规范的一大明证,如果美国的行为是可以被认可的,那么,一般发展中国家的老百姓是否能够不必主张“间接的”紧急避难即可购买或是制造未经授权的救命药品;或是主张购买盗版的软件是合理的甚至是必然的选择呢?

(三) 小结

知识产权在与基本权相互冲突时,因知识产权法的位阶次于宪法,所以凡是抵触宪法之部分,我国司法机关均应裁判为无效。所以困难者在于如何建构一套既符合知识产权保护目的,又符合人权保障要求的知识产权法律,同时并能将其真正地落实在判决之中,这一点有赖于学界与实务界的持续共同努力。为此,我国应团结与我国有一致利害关系的发展中国家,并结合发达国家中具正义感如“英国知识产权委员会”的组织,在共谋人类社会和谐发展的前提下,共同推动制定与适用知识产权法律的新思维,将其逐步落实在国际公约与各国法律之中。

四、结论——我国知识产权法制与政策的因应之道与展望

综观全文可知,发达国家中以美国为代表,通过发展高科技,垄断产业核心技术,拉大其与世界其它国家的数字鸿沟,以获取高额知识附加价值,从而巩固其在水世界经济中的主导地位;并通过控制技术扩散的阀门,实现其对国际分工和世界各国经济发展水平的调控,保证它们在国际经济体系中长久地居于最佳地位。知识霸权是美国软权力的基石,而软权力又是当今美国建立国际新秩序的重要手段。自上个世纪90年代起,随着信息革命的发展和美国建立国际新秩序的需要,软权利理论开始出现。美国哈佛大学教授、前助理国务卿 Joseph S. Nye 认为,“软权力和硬权力一样重要,如果一个国家可以使它的权力在别的国家眼里看来是正当的,其在实现预期愿望时阻力便会减少;如其文化与意识形态是有吸引力的,其它国家就会更愿意追随;如其可以建立与其它社会相一致的国际惯例,则此种国际惯例就不太可能被改变;如其可以建立一系列使其它国家希望开辟或限制它们的行为的组织,并且这种方式也是占主导地位国家所希望的,硬权力运作的巨大成本就会被节省。”^[57]由此可知,发达国家正是在通过知识产权法律控制发展中国家的各种资源与其发展进程,这确实并非是发展中国家为了抗拒一体适用的知识产权保护标准而对发达国家的凭空诬陷。

当前国际知识产权法的架构,多半牺牲了发展中国家的发展需求;发达国家及相关国际组织应尽力协助发展中国家,使其得依各自的发展需求采取合适本国发展现况的知识产权法律,而非压迫它们必须以欧美国家的法制为模板。我国在制定与执行知识产权政策时也应考虑我国的发展现状与国情,不宜完全以欧美法制为范本。在专利法方面,应注意生物科技及医药等重要领域的长期发展目标,加强这些方面的研究,并灵活运用在目前国际及双边协议架构下我国所能享有之选择弹性,避免太过严苛的立法阻碍我国研究、创新与提升科技能力的机会。另应注意,外国企业在我国高新技术领域通过技术专利化、专利标准化等方式申请了大量的相关专利,以强化其贸易壁垒;同时藉其技术垄断地位,对消费者实施价格歧视,并收取高额专利许可费,此皆滥用知识产权保护的惯用伎俩。故此,我国在出台反垄断法时,应将限制知识产权滥用情形予以一并规范;^[58]在著作权法方面,为避免妨

[55] 1998/1999年世界银行发展报告:《知识与发展》,中国财经出版社1999年,第1页。转引自前引[28],伍静文,第78页。

[56] [美]尼科·斯特尔:《知识社会》,殷晓蓉译,上海译文出版社1998年版,第353页。转引自前引[28],伍静文,第78页。

[57] Joseph S. Nye, *Soft Power*, *Foreign Policy*, Fall 167(1990).

[58] 乔生、陶绪翔:《我国限制知识产权滥用的法律思考》,《现代法学》2005年第1期。

碍知识的传播及文化发展,实务上不宜对“合理使用”解释过严,尤其是出于研究教学需要以及图书馆的利用应享有较大的合理使用空间。

要言之,一国的知识产权法制应与其社会、经济及科技的发展程度相配合,适当的知识产权保护标准可以促进社会的发展,过当的标准则会阻碍科技发展及知识的传播。^[59]尤其应注意者,因为发展中国家经常未被充分告知其于 TRIPS 架构下所能享有的选择弹性,如得对可专利性采取较严格的认定标准及限缩专利标的范围,所以可能会制定出超过其发展程度的知识产权保护标准;我国即是其中适例,^[60]特别是在行政执行与司法判决等实践上,犹有甚之。^[61]有鉴于此,“委员会”期望其研究报告对发展中国家能具有教育的功能,在制定或未来修改知识产权法时能与本国的发展政策密切结合,并广纳建言;^[62]而在知识产权法的执行上,尤须建立健全的司法体制,并尽量以行政及民事途径解决知识产权争议,不宜仰赖刑事司法手段,以免推行知识产权保护制度的成本过高。^[63]在符合人权价值优先的前提下,建构并推行我国新的知识产权法律与政策,势必会与发达国家产生一定程度的紧张关系,除了提升经济实力以增加谈判的筹码外,真正能够帮助我们的应该是综合法律所赋予我们的各式权利,在国际场合据理力争,并广为宣传。当然,在此过程中,我国亦应严惩从整个生产以至消费过程,均系纯为获取商业利益的侵害知识产权不法行为,以向国际社会证明我国所抱持立场之严正。唯有在此基础之上,以人权价值优先的“新”知识产权保障推展运动才有成功的可能。

Abstract : As a developing country , China has been pressured by developed countries to increase the levels of Intellectual property (IP) protection and to adopt IP rules that even go beyond international minimum standards. IP regimes are established to promote advances in science and culture by rewarding creation and invention. However , developing countries do not necessarily share appropriately in the benefits from the harmonization of IP protection standards around the world. Fortunately , not every developed country or international organization is concerned with its own interest when evaluating the tendency of international IP protection policies. In fact , they have made many studies or findings in favor to the concerns and interests of developing countries. This article investigates the conflicts between IP rights and human rights , as well as the validity of IP laws under constitutional arguments , with the purpose to provide new strategic policy arguments in China 's future amendments to IP laws and related negotiations with developed countries.

Key words : intellectual property , WTO , TRIPS , copyright , patent right

[59] 前引[4],第66页。

[60] 例如,国务院于1992年颁布的《实施国际著作权条约的规定》就软件的登记及保护期,实行了对外保护高于对内保护的“超国民待遇”标准;1995年颁布的《知识产权海关保护条例》针对的是一切侵权商品,比TRIPS协议的要求还严格。转引自胡祖刚:《中国〈知识产权海关条例〉与TRIPS之比较研究》,《世界贸易组织动态与研究》1996年第4期。1995年国家版权局发布的《关于不得使用非法复制的计算机软件的通知》,其中的“非法复制”概念等同于“未经授权”,亦即任何用户只要持有“未经授权”的软件即构成侵权责任,此一保护的严格程度,超越了发达国家标准。见前引[48],沈木珠等文。

[61] 例如,1999年《大学生》杂志社诉首都在线网络服务商案、香港PU公司/京研公司诉广州雅芳公司案、罗马磁砖公司诉荣联陶瓷工业公司案,以及日本圆谷株式会社诉上海某购物中心销售“天美时”闹钟侵犯“奥特曼”著作权案,见前引[48],沈木珠等文。

[62] 前引[4],第140页。

[63] 同上书,第146页以下。