

教育部人文社会科学

基金项目（2002年—2004年）

“WTO与知识产权国际保护”最终成果

# INTELLECTUAL PROPERTY

知识产权研究书系 ①

# 知识产权

## 国际保护制度研究

■ 吴汉东 主编

ZHISHI CHANQUAN GUOJI

BAOHU ZHIDU

YANJIU

知识产权出版社

D913. 04/83

2007

教育部人文社会科学基金项目  
(2002年—2004年)  
“WTO与知识产权国际保护”最终成果

# 知识产权国际保护制度研究



知识产权出版社

## 内容提要

本书旨在探索知识产权国际保护制度产生、发展与变化的一般规律。全书共 20 章,从发展中国家、发达国家两大阵营对知识产权公约的国内立法转化与实施的实践出发,抽象出不同经济、文化和社会发展水平的国家在知识产权国际保护中的应对策略,为我国现阶段的经济和社会改革提供有益的参考与借鉴。

本书可供知识产权领域学习者、研究者、实务工作者参考使用。

责任编辑:刘 睿

责任校对:董志英

装帧设计:焕良设计

责任出版:杨宝林

### 图书在版编目(CIP)数据

知识产权国际保护制度研究 / 吴汉东主编. — 北京:知识产权出版社, 2007.6

(知识产权研究书系)

ISBN 978-7-80198-708-2

I. 知… II. 吴… III. 知识产权—保护—研究—世界

IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 052118 号

## 知识产权国际保护制度研究

吴汉东 主编

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:[bjb@cnipr.com](mailto:bjb@cnipr.com)

发行电话:010-82000893 82000860 转 8101

传 真:010-82000893

责编电话:010-82000860 转 8113

责编邮箱:[liunui@cnipr.com](mailto:liunui@cnipr.com)

印 刷:北京市兴怀印刷厂

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:720mm×960mm 1/16

印 张:42.25

版 次:2007 年 6 月第 1 版

印 次:2007 年 6 月第 1 次印刷

字 数:846 千字

定 价:68.00 元

ISBN 978-7-80198-708-2 / D·474

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

## 编委会

主 编:吴汉东

撰稿人:(以撰写章节为序)

吴汉东 曹新明 刘 笋 杨 明 张桂红

彭 涛 黄玉烨 李 扬 胡开忠 杨红军

张 今 彭学龙 肖志远 蔡 军 何 华

董炳和 严永和 朱雪忠 徐 伟

知识产权国际保护制度的产生,缘起于1873年奥地利维也纳的国际博览会,当时许多国家担心对其新技术或新产品的公开展示会遭致竞争对手的仿冒。为了打消此种顾虑,奥地利专门立法为参展的外国人的发明、外观设计和商标提供临时保护。此外,在奥地利政府的动议下,同年于维也纳召开的国际专利大会敦促各国政府尽早缔结保护工业产权的国际公约。以此为契机,工业产权国际会议于1878年在巴黎举行,世界上第一部知识产权国际公约——《保护工业产权巴黎公约》得以问世。

时至今日,知识产权制度在国内与国际两个层面都得到了长足的发展,国际社会日益重视对知识产权的法律保护,各种共识也日渐增多。从法律根据来看,知识产权的国际保护更多地依据国际公约,这大大突破了国内立法的空间范围;保护对象则不仅仅局限于1873年国际博览会临时保护的工业产权,还包含了版权等文学产权以及集成电路、植物新品种等新型权利客体,并且与《生物多样性公约》等国际公约发生制度关联。世界贸易组织框架下的《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPs)更是集知识产权国际保护制度之大成,将保护范围与保护水平推进到一个新阶段,开辟了知识产权国际保护的一个新时代。十多年来的国际经贸活动与知识产权保护实践为我们思考与反思知识产权国际保护制度提供了丰富的素材,《多哈宣言》等晚近文本的出现则进一步揭开了后TRIPs时代知识产权国际保护制度变革的序幕。本人主持教育部人文社会科学基金项目“WTO与知识产权国际保护”,旨在探索知识产权国际保护制度产生、发展与变化的一般规律;从发展中国家、发达国家两大阵营对知识产权公约的国内立法转化与实施的实践出发,抽象出不同经济、文化和社会发展水平的国家在知识产权国际保护中的应对策略,为我国现阶段的经济和社会改革提供有益的参考与借鉴。作为发展中国家与转型期间的社会主义市场经济国家,我国面临着与其他发展中国家一起推动知识产权国际保护制度改革的重要任务,其目的在于实现知识产权与知识传播、利用在国际层面的公平,协调不同经济和社会发展水平国家的利益,平衡知识产权权利人与社会公众之间的利益。

秉承上述基本思路,依照总论与具体制度相结合的分析框架,本人和所在的教育部人文社会科学重点研究基地——中南财经政法大学知识产权研究中心的各位研究员及部分博士生展开了研究,本书系此项研究的最终成果。书稿各章由作者各自执笔撰稿,由主编统稿审定。杨明、肖志远、熊琦协助主编做了许多工作,在全球经济日新月异的年代,知识产权国际保护制度经历了和正在经历着前所未有的变化,本书旨在以一个开放的视角对待开放的知识产权国际保护问题。文中错漏之处难免,请读者不吝指正。

吴汉东

2006年初夏于武昌南湖

# CONTENTS

## 目录

- 第一章 知识产权国际保护制度的变革与发展…………… 吴汉东(1)
- 第二章 知识产权国际保护制度的基本原则…………… 吴汉东(22)
- 第三章 知识产权国际化所面临的挑战…………… 曹新明(35)
- 第四章 后 TRIP<sub>s</sub> 时代的国际贸易体制与知识产权国际保护制度  
——后 TRIP<sub>s</sub> 时代知识产权国际造法运动及其影响…………… 刘 笋(63)
- 第五章 关于《知识产权协定》的反思与知识产权  
国际保护制度的改革…………… 杨 明(98)
- 第六章 WTO 与知识产权争端解决机制…………… 张桂红(133)
- 第七章 《知识产权协定》在发达国家的实施…………… 彭 涛(170)
- 第八章 《知识产权协定》在发展中国家的实施…………… 黄玉烨(204)
- 第九章 《知识产权协定》在我国实施的几个特殊问题研究…………… 李 扬(237)
- 第十章 版权的国际保护…………… 胡开忠(280)
- 第十一章 商标国际保护的现状及发展趋势  
——兼论全球化背景下的中国商标保护战略…………… 杨红军(316)
- 第十二章 专利国际保护制度的过去、现在与未来…………… 张 今(346)
- 第十三章 商业秘密的国际保护…………… 彭学龙(393)
- 第十四章 集成电路的国际保护:形成、发展与反思…………… 肖志远(444)
- 第十五章 植物新品种的国际保护…………… 蔡 军(487)
- 第十六章 商号的国际保护…………… 何 华(516)
- 第十七章 地理标志的国际保护…………… 董炳和(551)
- 第十八章 传统知识的国际保护…………… 严永和(579)
- 第十九章 遗传资源的国际保护制度及其立法例比较…………… 朱雪忠(610)
- 第二十章 《生物多样性公约》与知识产权保护…………… 徐 伟(632)

# 第一章

## 知识产权国际保护制度的变革与发展

吴汉东\*

知识产权国际保护制度,是指以多边国际公约为基本形式,以政府间国际组织为协调机构,通过对各国国内知识产权法律进行协调并形成的相对统一的国际法律制度。

知识产权国际保护制度,兴起于 19 世纪 80 年代,现已成为国际经济、文化、科技、贸易领域中的一种法律秩序。●它以《保护工业产权巴黎公约》(1883 年,以下简称《巴黎公约》)、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(1886 年,以下简称《伯尔尼公约》)、《与贸易有关的知识产权协定》(1994 年,以下简称《知识产权协定》)等代表性的国际公约为基本形式,以世界知识产权组织、世界贸易组织等相关国际组织为协调机构,对各国知识产权制度进行协调,从而在知识产权保护领域形成国际性的法律规则与秩序。知识产权国际保护制度的形成,标志着知识产权立法步入一个新的历史阶段,即各国独自产生的知识产权制度,在知识产权国际保护的框架下,逐渐走上一体化、国际化的道路。

### 一、知识产权国际保护的制度特征与功用

在当代知识产权国际保护体系中,世界贸易组织及《知识产权协定》发挥了主导作用,在关贸总协定“乌拉圭回合”谈判之前,知识产权保护体系在国内与国际上虽已普遍建立,但从总体上看存在以下问题:一是许多国家尤其是发展中国家的知识产权制度不甚健全,保护水平较低;二是许多知识产权公约的缔约方数目太少,相关条约缺少有效机构保证其实施,各公约之间缺乏协调机制等。以往的关贸总协定在知识产权国际保护领域基本上没有发挥作用。由于《知识产权协定》的形成并将这一协定置于世界贸易组织管辖之下,上述问题得到显著的改变,从而对当代知识产

\* 法学博士、教授、博士生导师,中南财经政法大学知识产权研究中心主任。

● 关于知识产权国际保护制度的历史分期,可参见张乃根:《国际贸易的知识产权法》,复旦大学出版社 1999 年版。

权国际保护制度带来深远的影响。

### (一) 知识产权国际保护标准在缔约方之间的一体化

关于知识产权的国际保护,国际公约确立了两个重要原则,即国民待遇和最低保护标准原则。国民待遇原则是众多知识产权公约所确认的首要原则。其基本含义是指在知识产权保护方面,各缔约方<sup>●</sup>之间相互给予平等待遇,使缔约方国民与本国国民享受同等待遇。国民待遇原则是不同社会经济制度和不同发展水平的国家都能接受的一项原则。这一原则本身既不要求各国法律的一致性(不涉及知识产权的保护水平问题),也不要求适用外国法的规定(不涉及国家主权的地域限制问题),只是要求每个国家在自己的领土范围内独立适用本国法律,不分外国人还是本国人而给予平等保护。

与国民待遇原则有关的还有一个最惠国待遇原则,这是《知识产权协定》独有而其他知识产权公约未予涉及的一项原则。其基本含义是:任何一个国家(不限于缔约方成员)的国民在一个缔约方所受到的而其他缔约方享受不到的待遇(包括任何利益、优惠、特权或豁免),都应当立即和无条件地给予其他缔约方的国民。质言之,不应优待某一特定国家的国民而歧视其他国家的国民。国民待遇原则和最惠国待遇原则都是针对外国人知识产权保护所设定的规则,但两者含义有所不同:前者意在给予外国人与本国人以同等的待遇,解决的是“内外有别”的不平等待遇问题;后者意在给予其他外国人与特定外国人以同等待遇,解决的是“外外有别”的歧视性待遇问题。

最低保护标准原则则是对国民待遇原则的重要补充,其意思是指各缔约方依据本国法对该条约缔约方国民的知识产权保护不能低于该条约规定的最低标准,这些标准包括权利保护对象、权利取得方式、权利内容及限制、权利保护期间等。在知识产权国际保护领域,国民待遇原则基于各国经济、科技、文化发展不平衡的现状,承认各国知识产权制度的差异,从而保证了知识产权制度国际协调的广泛性和普遍性。但是这种国际协调不仅要求有普遍性,而且要求做到有效性。“如果将这一原则推向极端,将导致各国在知识产权保护水平方面差异过大,造成缔约方之间权利义务的不平等,进而使国际条约的有效实施成为不可能”。<sup>●</sup>最低保护标准原则,旨在促使各缔约方在知识产权保护水平方面统一标准。缔约方以立法形式将知识产权公约(国际法)的相关规定转化为该国知识产权制度(国内法)的具体规范,遵循的即是最低保护标准原则。正是这一原则的适用,才导致各国知识产权制度出现统一保护标准的可能,学者将上述情况称为知识产权立法的“一体化”或“国际化”。

● 《知识产权协定》将缔约主体称为“缔约方”(成员),包括国家及其他非国家主体。

● 罗文正等:“试析国际知识产权的基本原则”,载《湖南社会科学》2002年第4期。



知识产权立法的一体化,寓意着知识产权保护的基本原则与标准在全球范围内的普适性。这一现象虽非始自今日,但当代知识产权制度一体化的潮流有着自己的显著特征:(1)立法一体化的基础是国际法高于国内法。19世纪下半叶签订的知识产权公约确立了知识产权保护的基本标准,并在强调国民待遇的基础上承认国内法在保护知识产权方面的优先地位。在这一时期,法律的一体化主要表现为国家间法律(国际法)的形成以及国际法与国内法的相互影响。而在当代,《知识产权协定》拟定了新的知识产权保护的国际标准,并以此作为各缔约方国内立法的原则和依据。这一时期法律的一体化,则体现为国内法遵从国际法以及国内法与国内法之间的一致性。(2)立法一体化的结果是知识产权保护的高标准化。最低保护标准原则的适用,导致立法一体化趋势的出现。这种“最低标准”的实质意义在于各缔约方在保护标准上的一致性,与知识产权保护水平的高低并无绝对的关联性。与知识产权国际保护制度的草创阶段不同,现有的国际公约包括《知识产权协定》以及《因特网条约》<sup>①</sup>等所确定的最低保护标准,体现了权利的高度扩张和权利的高水平保护,更多地顾及和参照了发达国家的要求和做法。换言之,现今的最低标准即一致性标准,决不是低水平,它在很多方面超越了发展中国家的科技、经济和社会发展的阶段。从国际保护领域看来,知识产权立法的一体化,实质上是由发达国家积极主导、发展中国家被动接受的制度安排。

## (二)知识产权国际保护规则从实体到程序的一体化

世界知识产权组织对知识产权公约有着基本的分类,即依据条约缔约的目的,将相关条约分为三类:第一类是建立国际保护的条约,例如《巴黎公约》、《伯尔尼公约》等;第二类是促进国际保护的条约,例如《专利合作条约》、《商标国际注册马德里协定》等;第三类条约是用于分类体系和改进革新分类系统的程序,如《专利国际分类协定》、《为商标注册目的而使用的商品与服务的国际分类尼斯协定》(以下简称《尼斯协定》)等。<sup>②</sup>按照国际法学者的见解,在上述三类条约中,第一类条约属于实质性规范条约,是进行知识产权制度协调的基本法律依据;第二、三类条约可称为程序性规范条约,是进行知识产权制度保护国际合作和服务的基本法律依据。<sup>③</sup>世界知识产权组织管理的《巴黎公约》和《伯尔尼公约》,主要规定了知识产权国际保护的实体内容,较少涉及知识产权实施程序的规定,尤其是缺乏必要的执法措施和争端解决机制,以至于一些条约成为没有足够法律约束力的“软法”。<sup>④</sup>在知识产权实施方面,

① 国际知识产权界将《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演与录音制品条约》合称为《因特网条约》。

② 世界知识产权组织编:《知识产权纵横谈》,世界知识出版社1992年版,第41页。

③ 古祖雪:《国际知识产权法》,法律出版社2002年版,第62~63页。

④ 孙皓琛:“WTO与WIPO:TRIP:协议框架中的冲突性因素与合作契机之探讨”,载《比较法研究》2002年第2期。

上述公约并无统一的国际规则可供遵循,主要是由各缔约方通过国内立法采取种种不同措施,制裁侵权行为。这就使得知识产权往往不能得到充分有效的保护,而且因国而异即不是一体的保护。

与上述情形不同,世界贸易组织作为有“经济联合国”之称的国际组织,超越各国立法者的主权管辖,成为知识产权保护规则的新的主导者和制定者。其管辖的《知识产权协定》改变了以往国际公约注重协调的传统,从实体到程序实现了知识产权保护规则的一体化。

在实体性规范方面,《知识产权协定》主要规定了知识产权保护的国际标准。其具体表现为:(1)权利范围的拓展。在著作权与邻接权领域,将计算机软件与数据库作为文字作品给予保护,新增加了计算机作品、电影作品、录音制品的出租权;在商标权领域,规定具有“识别性”的任何标记或其组合在一般情况下均应能获得商标注册,对驰名商标予以特别保护,并将驰名商标的适用范围扩大到服务商标;在地理标志权领域,要求成员负有禁止混淆地理标记(尤其是在酒类或酒精类商品上)的义务;在外观设计权和专利权领域,授予权利人以进口权;在集成电路布图设计权领域,规定的保护范围超出了布图设计和由布图设计构成的电路本身,进而延伸到使用布图设计的物品;在商业秘密权领域,规定此类知识产权保护应涉及药品和农业化学产品。(2)保护期限的延长。包括计算机软件在内的作品的著作权保护期限至少为50年,专利权保护期限不少于20年,工业品外观设计权保护期限不少于10年,集成电路布图设计权保护期限亦不少于10年。(3)对权利限制进行限制。尽管该协定允许成员基于社会公益、防止权利滥用等考虑,对知识产权进行限制,但同时又对这种权利限制给予反限制,即明确要求权利限制不得与权利的正常使用相冲突,不得合理地损害权利人的利益,不得损害第三人的合法利益。

在程序性规范方面,《知识产权协定》强化了知识产权的执法程序和保护措施,以促使各缔约方加强知识产权保护制度的实施。其主要内容是:(1)司法复审制度。即对于行政性的终局决定以及至少是对案件的初审司法判决的法律问题,诉讼当事人有权提请司法复审。(2)民事程序。即实行公平、公正的民事程序,要求保障被告的诉讼权利,允许当事人聘请律师参与诉讼,保证当事人的证明权,对秘密信息进行识别和保护。(3)损害赔偿。即司法当局有权判令侵权人向知识产权人支付足以补偿其损失的损害赔偿金。(4)临时措施。即司法当局或行政当局对于“即发侵权”之类可预见到的又并非无根据地推断出来的侵权准备活动,采取诉前禁令、财产保全和证据保全的“临时措施”。(5)边境措施。即由司法当局对进出口的侵权产品采取由海关执行的中止放行的措施。

总之,《知识产权协定》首次将原本属于国内立法的知识产权保护的实施程序,转化成为公约规定的国际规则,从而使它们与实体规范一起成为各缔约方必须严格

履行的国际义务。

### (三) 知识产权国际保护体系与国际贸易体制的一体化

在《知识产权协定》诞生之前,知识产权国际保护与国际贸易是由两个不同的国际法律体系分别处理的国际事务。长期以来,以世界知识产权组织及其所辖公约为中心的知识产权国际保护制度,致力于知识产权方面的国际交流与合作,知识产权国际保护主要以智力创造领域为其活动空间,与国际贸易并无直接关联。

与上述国际组织及国际公约不同,世界贸易组织及其制度框架则将知识产权保护纳入到国际贸易体系之中。按照美国、日本、欧洲共同体在乌拉圭回合谈判的一份文件的说法是,在关贸总协定框架内解决知识产权问题,不是知识产权法的协调,而应是消除由于一些国家未能将其知识产权保护制度提高到国际标准而造成的贸易扭曲现象。<sup>①</sup>显然,发达国家与发展中国家在知识产权方面享有的利益很不平衡,因而在国际磋商和对话中所持立场与既定目标也相距甚远。东西方国家围绕着知识产权问题所展开的斗争,经过乌拉圭回合谈判,最终形成了包括《知识产权协定》在内的一揽子协定。《知识产权协定》的形成,使知识产权保护成为国际贸易体制的组成部分。这意味着,在世界贸易组织框架内,实现了国际贸易“知识化”与知识产权“国际化”,<sup>②</sup>即依赖缔约方的国家强制力和世界贸易组织的国际强制力,得以将缔约方所承诺的知识产权保护与缔约方参加的国际贸易体制紧密联系起来。

《知识产权协定》的全称应为《与贸易有关的知识产权协定》。其实,该协定的基本条款并未直接涉及贸易问题,全部都是知识产权保护的内容。从一定意义上说,“与贸易有关的知识产权协定”是名不符实的。<sup>③</sup>尽管如此,学者们普遍认为,《知识产权协定》不同于传统的知识产权公约,其本身即是新国际贸易体制的重要组成部分,并以推进经济全球化与立法一体化为主要目标。

首先,该协定确立了期望减少国际贸易中的扭曲与阻力,促进对知识产权充分、有效的保护,并保证知识产权执法措施与程度不至于变成合法贸易的障碍之目的。<sup>④</sup>这就是说,协定提升知识产权保护水平和统一知识产权保护制度的主要意图,在于推进世界贸易体制下知识产权的一体保护,使所有缔约方的保护水平达到以往只有发达国家才具备的标准。这样,通过世界贸易组织体系的有效运作,知识产权保护得以成为国际贸易制度的一部分。

其次,协定将关贸总协定与世界贸易组织关于货物贸易的原则和机制延伸到知识产权保护。例如,最惠国待遇原则作为国际贸易领域的首要原则,第一次引入知识

① 李小伟:“知识产权国际保护体制的变化及其影响”,载香港《信报:财经月刊》1996年第3期。

② 石巍:“TRIP:效应评估与我国的因应对策”,载《山东大学学报(哲社版)》1998年第1期。

③ 孔祥俊:《WTO知识产权协定及其国内适用》,法律出版社2002年版,第2页。

④ 参见《知识产权协定》序言。

产权公约,成为协定各缔约方必须履行的基本义务;透明度原则原为关贸总协定为实现贸易行为的公平性而要求缔约方承诺实施的基本原则,而在协定中引用这一原则则在于公开各缔约方的司法体系及制度,避免法律说明和冲突。

再次,世界贸易组织体制下的争端解决机制不仅直接适用于一般贸易的纷争,而且延伸适用于知识产权纠纷。世界贸易组织关于争端解决机制的基本程序,包括协商、斡旋、调解、调停、仲裁、专家组、上诉机构、争端解决机构的决定及其实施之监督。为保证上述程序的有效执行,《知识产权协定》引入了三项具有贸易规则色彩的专门制度:一是有条件的保留条款,即未经其他缔约方同意,不得对协定的任何规定提出保留。因此保留条款形同虚设。二是“倒协商一致”的表决制度。<sup>①</sup>除非理事会“一致意见反对”,否则争端裁决意见即付诸施行。三是“交叉报复”的制裁措施,即允许缔约方在知识产权受到侵害而未得到妥善解决和必要补偿时,可以采取贸易报复。这些制度增强了争端解决机制的强制性、可执行性和约束力。

综上所述,由发达国家所主导的知识产权国际保护制度,以《知识产权协定》的签订和实施为中心,将知识产权保护与国际贸易紧密联系起来。在经济全球化的国际社会,知识产权保护既是发展中国家平等地参与国际贸易的先决条件,更是发达国家维持其贸易优势的法律工具,这就导致了国际知识产权领域中国家间的利益失衡和权利冲突。

## 二、知识产权国际保护的制度缺失与改革

《知识产权协定》作为世界贸易组织的基本法律文件,对知识产权的国际保护作了新的制度安排,是迄今为止知识产权保护范围最广、保护标准最高的国际公约,堪称“知识产权保护的法典”。<sup>②</sup>同时,《知识产权协定》作为当代知识产权国际保护的核心法律制度,在其推行过程中也显见种种不足。从多哈会议通过的关于《〈知识产权协定〉与公共健康的宣言》,到坎昆会议前夕达成的关于该宣言第6段的实施决定,表明《知识产权协定》的法律框架在不断发展和完善,其推动力主要是知识产权与人权的冲突及其平衡。<sup>③</sup>

自进入后《知识产权协定》时代,国际社会十分关注知识产权与基本人权的关系问题。其实,国际贸易领域的知识产权问题与国际政治领域的人权问题,被喻为当代国际关系的两大热点问题。2000年,联合国人权促进保护小组委员会发表了《知识产权与人权》的协议,审查了《知识产权协定》对国际人权带来的影响,宣称:“由于《知识产权协定》的履行没有充分反映所有人权的基本性质和整体性,包括人人享有获

① 古祖雪:《国际知识产权法》,法律出版社2002年版,第40页。

② 曹建明等:《世界贸易组织》,法律出版社1999年版,第312页。

③ 张乃根:“论TRIPs协议框架下知识产权与人权的关系”,载《法学家》2004年第4期。

得科学进步及其产生利益的权利、享受卫生保健的权利、享受食物的权利和自我决策的权利,所以,《知识产权协定》中的知识产权制度作为一方与另一方的国际人权法之间存在着明显的冲突。”<sup>①</sup>这即是说,对于人权社会而言,一方面,创造者的权利应视为人权,不论他们是个人、群体还是社团;<sup>②</sup>另一方面,知识产权保护应与维护人类尊严和实现其他人权相一致。人权义务的位阶应高于一切经济政策与协定,具言之,国际知识产权公约的履行,应全面考虑国际人权公约所规定的义务;各国立法保护知识产权,其社会作用应符合国际人权义务。

依照国际人权标准,知识产权国际保护制度有以下现实的或潜在的问题。

### (一)精神权利 VS.对作者权利保护的缺失

承认创造者通过智力劳动而获得精神利益和物质利益的权利,这是将知识产权视为人权的重要考量标准。《伯尔尼公约》对作者的经济权利和精神权利即“一体两权”给予同等保护,规定作者身份权和作品完整权的保护期应不少于经济权利的保护期。世界知识产权组织在1994年举办的“未来版权与邻接权研讨会”上指出:《伯尔尼公约》中无论对作者精神权利的保护,还是对其经济权利的保护,都是当做“人权”来保护的,因此与《世界人权宣言》一致。<sup>③</sup>《知识产权协定》将《伯尔尼公约》等主要国际知识产权公约的实体条款纳入,并作为该协定的基础性条款,但又声称“对于《伯尔尼公约》第6条之2规定的权利或对于从该条引申的权利,不受本协定保护,各缔约方应免除其权利和义务”。<sup>④</sup>这即是明确排除《伯尔尼公约》保护的精神权利。可以说,《知识产权协定》照顾了美国版权制度的固有传统,但却背离了国际人权法的一贯主张。这一规定造成两种后果:一是权项体系的失衡。《知识产权协定》强调与“贸易”有关的知识产权保护,而忽视“非贸易”的特别是不能用经济价值衡量的知识产权的存在。二是权利义务的不平等。兼为《知识产权协定》和《伯尔尼公约》的缔约方有义务保护精神权利,但仅为《知识产权协定》的缔约方却可以以未参加《伯尔尼公约》为由免除该项义务。其后果是,当后者对精神权利造成损害时,该案件不能适用世界贸易组织的争端解决机制。

### (二)表现自由 VS.对专有权利限制的限制

表现自由是世界各国普遍认可的宪法权利,意为表达思想和见解的自由。这是国际人权公约承认的公民应享有的一项政治权利。表现自由与著作权有着密切的联系,这是因为作为表现自由所涉及的信息包括消息、知识、资料、数据、观念、意见等,在著作权法中往往表现为享有专有权利的作品。当两种法益发生冲突时,如何确定

① UN Commission in Human Rights: Intellectual property and Human Rights, 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/7.

② 关于知识产权的人权属性可参见拙文:“知识产权的私权与人权属性”,载《法学研究》2003年第3期。

③ 转引自郑成思:《世界贸易组织与贸易有关的知识产权》,中国人民大学出版社1996年版,第96页。

④ 参见《知识产权协定》第9条第1款。

其优先保护的位阶?一般认为,表现自由在基本人权体系中占有突出重要的地位。相对于经济自由等权利,表现自由应当具有“优越地位”,即将其看做是具有优先性的法价值。<sup>①</sup>表现自由优于经济自由的原则在各国宪法理论与实践中都得到了承认。在这里即是说,著作权的专有属性不应构成思想表现和信息交流的障碍。对此,学者们认为:“著作权提供的保护可以对抗非法的竞争者,但不能阻碍公众对作品的合理使用”;“资讯的公开传播非常重要,因此不能使自由之公益和民主社会屈从于传统著作权观念下的私人独占权”。<sup>②</sup>虽然合理使用是各国著作权法的普遍制度,但现在发展的趋势是国际社会对这种专有权利的限制进行了严格的反限制。《知识产权协定》没有重复《伯尔尼公约》关于合理使用的有关规定,只是重申和强调了专有权利限制和例外的严格条件,即此等限制或例外:(1)应限于某些特殊情况;(2)不应与作品的正常利用相冲突;(3)不应不合理地损害权利持有人的合法利益。1996年世界知识产权组织的《因特网公约》,更是将限制合理使用的原则推及网络空间。上述公约的规定十分严格,但也比较笼统,何种限制或例外是为合理,何种限制或例外而不允许,各缔约方自有不同理解。总的说来,发达国家力主对印刷作品、电子作品以至数字作品的合理使用实行严格的限制,而发展中国家则较多考虑公众通过网络技术获得更多的信息。

### (三)隐私权 VS.信息数据库权利的扩张

隐私权是公民对其私人生活安宁与私人信息享有的不被非法侵扰、知悉、搜集、利用和公开的一种权利。它既是民法所规定的人格权,也是国际人权法所承认的基本人权。《世界人权宣言》第12条规定:“任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得任意干涉。”《公民权利和政治权利国际公约》第17条规定:“任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉。”关于隐私权保护的立法理由,1973年联合国秘书长在题为《尊重个人隐私》的报告中作出了说明:“大量的侵犯隐私的行为妨碍了人们的自由,而且经常是有意的。”这些行为“使人们产生了一种普遍的不安全感,它压抑着人们,使人们丧失责任心,迫使人们由于悲惧而趋于同一”。<sup>③</sup>与上述立法文件相似,学者将隐私权的内涵概括为三个方面:(1)基于宪法秘密通讯自由及其他有关规定,而由法律加以保护之隐私利益;(2)本于安适生活之需要,求为不受干扰之隐私利益;(3)基于现代自动化资讯处理之发达与普遍,为控制关于自己之资料之隐私利益。<sup>④</sup>自19世纪美国人沃伦和布兰代斯凭据私人信件法律保护提出隐私权这一概

① 杜钢建:“论表现自由的保障原则”,载《中外法学》1995年第2期。

② Harry N·Rosenfield: *the American Constitution, Free Inquiry, and the Law, Fair Use and Free Inquiry*, Ablex publishing Co.1980,p302;[日]古泽博:“关于利用他人的著作权问题”,载日本《独协法学》1977年10月22日。

③ 转引自王利明等主编:《人格权与新闻侵权》,中国方正出版社1995年版,第405-406页。

④ 许文义:《个人资料保护法论》,台湾三民书局2001年版,第54页。

念以来,隐私权已从传统的“个人生活安宁不受干扰”的消极权利演变为现代的具有积极权利意义的“信息隐私权”“资讯隐私权”。但与此同时,“社会不是在向着有利保护公民个人隐私的方向发展,相反,现代科技尤其是电子信息技术的发展以及大众传播媒介对市民生活深刻而广泛的影响,使得公民隐私权的保护变得更为迫切”。<sup>①</sup>隐私道德基础的关键,是控制有关自己信息的权利,但是这一权利在数字技术进步的过程中正处于危险的境地。其主要原因是:在信息社会里,信息已经成为一种商品。诸如个人偏好、通讯记录、疾病记录、性格倾向、信用记录、违法记录、雇佣资料等可以进行数字化处理并存储到数据库中。上述信息如不进行有效控制,个人隐私就会在信息的商品化中变得透明。信息商品化在知识产权领域即是数据库问题。国际版权界认为对数据库提供汇编作品保护是一种“弱保护”,因为任何人可以自由地使用原汇编作品的材料,用以制作与其竞争的数据库。在这种情况下,一些发达国家正努力构建数据库的特殊权利保护,也就是一种独立于著作权的专门权利制度,其目的在于保护数据库投资者的利益。<sup>②</sup>在著作权界注重数据库投资者与利用者之间利益协调的同时,我们不能忘记从人权角度考量数据库来源者(被他人作为信息收集的数据主体)与所有者之间的权利冲突。概言之,这即是隐私权与著作权的冲突。解决这一问题的关键在于加强个人数据的法律保护,即扩充隐私权的内涵,赋予公民以信息控制权或资讯自决权。具言之,即是个人资料收集之限制、资料之精确、查询及更正之权利、接受资料收集通知的权利及确知资料存在之权利,不仅应使其不受他人干扰,更在于对其所有之资料能加以控制与支配。<sup>③</sup>总之,在创设数据库权利制度、促进信息产业发展的时候,立法者必须对于数据主体即隐私权主体的利益给予更多的关注。

#### (四)健康权 VS. 药品专利利用的障碍

健康权是指有生命的主体依法享有健康的权利。它作为一项普遍接受的人权,得到众多国际人权公约的承认。1948年《世界人权宣言》第25条规定,人人有权享受为维护本人和家属的健康和福利所需的生活水准,包括食物、衣着、住房、医疗和必要的社会服务。1966年《经济、社会和文化权利国际公约》第12条承认人人有权享有能达到的最高标准的身体和心理健康,同时规定缔约方为充分实现这一权利而应采取的目标步骤。按照国际人权公约的人权标准,现今知识产权制度对健康权的实现

① 张新宝:《隐私权的法律保护》,群众出版社1997年版,第26页。

② 目前,数据库特别权利保护正在三个层次上推进,即美国试图建立的国内保护、欧盟已经建立的区域保护、世界知识产权组织拟议的国际保护。参见薛虹:《网络时代的知识产权法》,法律出版社2000年版,第94页。

③ 刘江彬:《资讯法论》,台湾大学法学丛书。

已经带来消极影响。●其主要表现是:第一,由于专利权的垄断性,权利持有人可以控制药品的生产和销售。专利药品的昂贵价格通常超出贫穷患者的承受限度,从而影响不发达国家的居民获得治疗。第二,由于专利实施的限制性条件,权利持有人可以阻止他人获得药品专利技术,甚至在其政府的支持下限制贫困国家及其人民获得强制许可。第三,由于专利权的利益推动,制药业的研发投资者首先投向市场上最有利利润回报的疾病,而不会当然考虑贫穷国家的需求。第四,由于专利授予适用于具有新颖性但疗效与在先专利药品相似的产品,从而导致某类专利药品的生产和分配日益集中于少数企业之中。上述情况表明,新药品创造者的专利权与该药品的消费者的健康权存在明显的冲突。联合国大会人权专家认为,这两种权利之任何一种在其自身的背景中都是有价值的,都是国际社会承认的基本人权。但是遵循人权优先性的尺度,在特定的情况下,某些人权可以优先于其他人权。具言之,“那些同人生死攸关的产品一经产生,便成为全世界的财产,但创造者因而有权获得补偿”。●在这种例外情形中,健康权应高于包括专利权在内的知识产权。围绕着专利权与公共健康问题上的争端,在第三世界国家的力争下,世界贸易组织部长会议于2001年1月在多哈通过了《关于知识产权协定与公众健康问题的宣言》。在多哈会议上,以南非为代表的发展中国家关于尊重人的生命权、健康权、维护公共利益的呼吁,得到发达国家在知识产权领域的善意回应。《多哈宣言》确认困扰许多发展中国家和最不发达国家遭受痛苦的公共健康问题的严重性;强调知识产权保护对于新药品开发的重要意义,也承认这种保护对价格的影响所产生的状态;同意《知识产权协定》不应成为缔约方采取行动保护公众健康的障碍。维护公众健康的“行动”,是通过阐释《知识产权协定》关于公共利益的灵活性条款来实现的:(1)缔约方有实施“强制许可”的权利,并且有权决定实施“强制许可”的理由;(2)缔约方有权认定何种情况构成“国家处于紧急状态或其他极端紧急的情况”,诸如艾滋病、结核病、疟疾等传染病造成的公众健康危机,即构成这种“紧急状态”;(3)缔约方有权在遵守最惠国待遇和国民待遇条款的前提下,构成自己的“权利用尽”制度;(4)发达国家应促进和鼓励其企业组织向最不发达国家转让技术,最不发达国家对于药品提供专利保护的时间可推迟到2016年。《多哈宣言》的诞生是国际知识产权领域发生的重大事件。宣言秉承公共利益原则,以人权优先性的尺度,协调药品专利权与公众健康权之间的冲突,这一做法无疑是后《知识产权协定》时代对知识产权制度的重要调整。

● [美]奥德里·R.查普曼:“将知识产权视为人权:与第15条第1款第(3)项有关的义务”,载《版权公报》2001年第3期。

● [斯里兰卡]C.G.威拉曼德里主编:《人权与科学技术发展》,知识出版社1997年版,第209~210页。



### (五) 发展权 VS. 专有技术转让的阻滞

发展权是第三代人权即集体人权的重要内容,按国际人权公约的说法,是所有人民“自由谋求他们的经济、社会和文化的发展”的权利,<sup>①</sup>反映了第三世界民族主义的出现以及它对权力、财富和其他重要资源在全球范围内分配的要求。<sup>②</sup>1974年的《各国经济权利和义务宪章》对发展权作了明确诠释:发展权是普遍的权利,即“每个国家有权分享科学技术进步和发展的利益,以加速其经济与社会发展”;发展权对发展中国家尤为迫切和重要。该宪章要求“所有国家应促进发展中国家取得现代科学和技术成果”,“帮助发展和改造发展中国的经济”。然而,发展中国家的发展权并没有在知识产权国际保护体系中得到充分的实现。1978年在日内瓦召开了关于制定《技术转让国际守则》的国际会议,由于知识产权的利益分歧等问题,发达国家与发展中国家未能达成协议;反之,1994年《知识产权协定》的生效,则实现了发达国家建立一个较高标准和有力保障的知识产权制度的战略目标,进一步维系了发达国家在国际贸易中的技术优势,——一个以知识产权为后盾的技术优势。据资料统计,在全球经济中,工业化国家当前拥有全部专利的97%,另外,70%的版权和许可证收入为发达国家的跨国公司所获得。<sup>③</sup>《知识产权协定》虽然对促进技术转让和知识传播作了原则规定,并强调发达国家应鼓励其企业和机构对最不发达国家进行技术转让,但《知识产权协定》实施后的事实表明,这些原则规定并没有真正落实。国际人权专家认为,在知识产权高水平保护的条件下,主要受益者将是外国的跨国公司,而不一定会刺激当地的研究和革新。此外,由于发展中国家往往缺乏利用先进技术的设施和力量,无力充分地分享科学技术进步带来的利益,从而在社会发展问题上总是处于不利的地位。<sup>④</sup>

从上述几类基本范畴的分析,我们可以得出处理知识产权与人权关系的一般性结论。一是关于权利的冲突,即奉行“法益优先保护”的原则。上述各项人权或是人作为主体存在所不可欠缺的自由,或是人之生存发展的必需条件。相对于知识产权这一财产权利而言,此类基本人权应当具有优越地位。实行“法益优先保护”的原则,意味着现代知识产权法不仅要符合国际知识产权公约的规定,而且不应与国际人权标准相冲突。二是关于权利的协调,即遵循“利益衡平”的原则。就人权体系而言,知识产权本身也是一项人权,进而言之,包括知识产权在内的私人财产就是人权的基础性权利。这是我们实现权利协调的一个重要条件。知识产权法所强调的“利益衡平”,

① 参见1966年《公民权利和政治权利国际公约》和1966年《经济、社会和文化权利国际公约》。

② 夏旭东等主编:《世界人权纵横》,时事出版社1993年版,第116页。

③ 联合国开发计划署:《1999年人类发展报告》。转引自[美]奥德利·R.查普曼:“将知识产权视为人权:与第15条第1款第(3)项有关的义务”,载《版权公报》2001年第3期。

④ [美]奥德利·R.查普曼:“将知识产权视为人权:与第15条第1款第(3)项有关的义务”,载《版权公报》2001年第3期。