

知识产权国际保护 制度的变革与发展

吴汉东*

内容提要:知识产权国际保护制度是当代国际经济、文化、科技贸易领域中的一种法律秩序。国际保护标准在缔约方之间的一体化、国际保护规则从实体到程序的一体化、国际保护体系与国际贸易体制的一体化,反映了当代知识产权制度的基本特征。《知识产权协定》作为知识产权国际保护的主要法律制度,在其推行过程中显见不足,其主要表现是知识产权与其他基本人权(包括精神权利、表现自由、隐私权、健康权、发展权等)的冲突;此外,在知识产权国际论坛上,诸如传统知识、遗传资源、地理标志保护问题的争议,导致了国际知识产权领域中新的利益格局的形成,从而引发了知识产权国际保护制度的变革与发展。

关键词:知识产权国际保护 制度特征 制度缺失 制度变革

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。^[1]它以《保护工业产权巴黎公约》(1883年)、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》(1886年)、《知识产权协定》(1994年)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,从而对当代知识产权国际保护制度带来深

* 中南财经政法大学知识产权研究中心教授。

[1] 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。

远的影响:

1. 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^[2]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”。^[3]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,学者将上述情况称之为知识产权立法的“一体化”或“国际化”。

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的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》^[4]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

[2] 《知识产权协定》将缔约主体称为“缔约方”(成员),包括国家及其它非国家主体。

[3] 参见罗文正等:《试析国际知识产权的基本原则》,《湖南社会科学》2002年第4期。

[4] 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》。

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。

2. 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》等。^[5]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。^[6]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”。^[7]在知识产权实施方面,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,不能实现一体的保护。

与上述情形不同,世界贸易组织作为“经济联合国”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订者。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;在地理标记权领域,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合理使用相冲突,不得不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。即司法当局有权命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

[5] 参见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。

[6] 古祖雪:《国际知识产权法》,法律出版社2002年版,第62页。

[7] 参见孙皓琛:《WTO与WIPO:TRIPS协议框架中的冲突性因素与合作契机之探讨》,《比较法研究》2002年第2期。

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。

3. 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。^[8]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”,^[9]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。^[10]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,协定确立了期望减少国际贸易中的扭曲与阻力,需要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。^[11]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,专家小组、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。^[12]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。

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

[9] 石巍:《TRIPS效应评估与我国的因应对策》,《山东大学学报(哲社版)》1998年第1期。

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

[11] 参见《知识产权协定》序言。

[12] 参见前引[6],古祖雪书,第40页。

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”。^[13]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。^[14]

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。”^[15]这即是说,对于人权社会而言,创造者的权利应视为人权,不论他们是个人、群体还是社团。^[16]另一人权问题是,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) 精神权利与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,都是当作“人权”来保护的,因此与《世界人权宣言》一致。^[17]《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伸的权利,不受本协定保护,各缔约方应免除其权利和义务。”^[18]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:一是权利体系的失衡。《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

[13] 曹建明等:《世界贸易组织》,法律出版社1999年版,第312页。

[14] 张乃根:《论TRIPS协议框架下知识产权与人权的关系》,《法学家》2004年第4期。

[15] UN Commission in Human Rights, *Intellectual property and Human Rights*, 2000, E/CN.4/Sub.2/2000/7.

[16] 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》,《法学研究》2003年第3期。

[17] 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。

[18] 参见《知识产权协定》第9条第1款。

权利,但仅为《知识产权协定》的缔约方却可以未参加《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) 表现自由与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”,即看作是具有优先性的法价值。^[19]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。即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”。^[20]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到网络空间。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,何种限制或例外不被允许,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) 隐私权与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》的报告中做出了说明:“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”。^[21]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于此规定,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。^[22]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。”^[23]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

[19] 杜钢建:《论表现自由的保障原则》,《中外法学》1995年第2期。

[20] 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。

[21] 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页。

[22] 许文义:《个人资料保护法论》,台湾三民书局2001年版,第54页。

[23] 张新宝:《隐私权的法律保护》,群众出版社1997年版,第26页。

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。^[24]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(即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,即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。^[25]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) 健康权与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已经带来消极影响。^[26]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润回报的药品,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。联合国大学人权专家认为,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。“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。”^[27]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《关于知识产权协议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“国家处于紧急状态及其他极端紧急的情况”,诸如艾滋病、结核病、疟疾等传染病

[24] 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。

[25] 刘江彬:《资讯法论》,台湾大学法学丛书,第214页。

[26] [美]奥德丽·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》,载国家版权局主编:《版权公报》2001年第3期。

[27] [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页。

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。

(五) 发展权与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,^[28]反映了第三世界民族主义的出现以及它对权力、财富以及其他重要资源在全球范围内分配的要求。^[29] 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%,70% 的版权和许可证收入为发达国家的跨国公司所获得。^[30]《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。^[31]

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”,要求当事人之间、个人与社会之间的利益分配应符合公平的价值理念,在制度层面上,它实际上同一定形式的权利限制、权利利用制度相联系。这就是说,出于公共利益的目标,出于对基本人权的尊重,在一定情况下应对知识产权进行必要的限制,以保证社会公众对知识产品的合理利用。对于知识产权与人权的冲突,已经引起国际组织的高度关注,同时也引发了多数国家对《知识产权协定》不足的深刻反思和完善知识产权国际保护制度的强烈愿望。可以认为,遵循“法益优先保护”原则和“利益衡平”原则,协调知识产权与人权的关系,平衡发达国家与发展中国家的利益,将是当代知识产权国际保护制度改革的重要话题。世界贸易组织部长会议通过的《多哈宣言》,其内容之一即在于解决公共健康与知识产权利用的问题,这是一个重要的标志,但也仅是一个良好的开端,后《知识产权协定》时代的制度改革尚任重道远。

[28] 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》。

[29] 参见夏旭东等主编:《世界人权纵横》,时事出版社 1993 年版,第 116 页。

[30] 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》,《版权公报》2001 年第 3 期。

[31] 参见上引,奥德利·R·查普曼文。

三、知识产权国际保护的制度创新与发展

知识产权国际保护制度现正处于知识经济的新时代。知识经济是以科学技术为第一生产要素的智力经济,它的出现不仅对以往资源经济时代形成的价值观念、分配原则、生活方式、管理机制、政府政策等带来冲击,而且会引起有关法律规范这一“游戏规则”在国际范围的重构。当代知识产权的国际保护,不仅凸现出现行制度的改革(如基因专利、网络版权、网络商标),而且面临着新制度的突破(如传统知识、遗传资源)。

在知识产权国际保护制度的发展与创新方面,世界知识产权组织发挥了积极作用。1996年,世界知识产权组织主持制定了《版权条约》和《表演与录音制品条约》,这个以信息网络传播权为中心的“因特网条约”对各国立法产生了直接影响;1999年,世界知识产权组织公布了关于国际因特网域名问题的最终研究报告,对全球域名系统的整体性改革提出了一系列的措施;2000年,世界知识产权组织成立了“知识产权与遗传资源、传统知识和民间文学艺术”的政府间专门委员会,着手探索有别于现代知识产权的传统知识保护问题。对于这一问题,世界贸易组织也给予了高度重视,2001年多哈会议的部长声明第18-19条已将传统知识问题列为下一次多边谈判考虑的议题。除此之外,在有关人权、文化、贸易、粮农、土著权利、劳工标准、可持续发展、土地、环境与生物多样性等问题的国际论坛中,诸如联合国教科文组织、联合国环境计划署、联合国粮农组织、联合国贸易与发展会议、联合国开发计划署、世界卫生组织、世界粮食计划署等国际机构对传统知识和遗传资源的保护问题也都进行了广泛的讨论。

在知识产权国际保护的 legal 框架中,地理标志的知识产权保护制度,其建立从《巴黎公约》到《知识产权协定》已有一百二十多年的历史,但这一制度并没有多少进展,反而在国际社会里一直存在着争论;而有关传统知识、遗传资源的保护则是制度空白,是否给予保护,给予何种权利保护,如何进行保护,在国际范围内并没有形成一致的意见。上述三类标的概与最新的知识形态有别,是非现代的、并与“传统”相关联的特殊财产。国际论坛上对此类问题的争议,不仅反映了一种新的利益格局的形成,同时也昭示着国际知识产权制度未来发展的走向。

(一)关于传统知识保护

传统知识是传统部族在千百年来生产、生活实践中创造出来的知识、技术、经验的总称。按照世界知识产权组织的说法,传统知识是指基于传统所产生的文学、艺术或科学作品,表演,发明,科学发现,外观设计,标记、名称及符号,未公开的信息,以及一切来自于产业、科学、文学艺术领域内的智力活动所产生的基于传统的创新和创造。^[32]所谓基于传统,意思是说上述知识体系,创造、创新和文化表达,通常附属于特定的民族或地区,世代相传并且为适应环境而不断发展。传统知识的具体类型包括农业知识,科学知识,技术知识,生态知识,医学知识,有关生物多样性的知识,民间文学艺术表达,名称、标记及符号,以及其他未固定的文化财产。^[33]从其范围来看,几乎囊括《成立世界知识产权组织公约》所规定的一切知识财产形式,包括知识产权法所保护的作品、技术、标记等各种类型。其区别在于,传统知识这个概念深刻地表明了该类知识的本源性和文化特性(附属于特定部族或地区而不是个人的智力成果)。

长期以来,传统知识一直被简单地归属于公有领域,任由他人自由而免费获取、利用。现行知识

[32] 参见 WIPO Intergovernmental Committee on IP and GR, TK and F, Sixth Session (Geneva, March 15 to 19, 2004), Revised version of TK policy and Legal Options, P. 6.

[33] WIPO, Intellectual Property Needs Expectations of Traditional Knowledge and Holders, WIPO Report on Fact - Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998 - 1999), Geneva, April 2001, p.25.

产权制度的保护对象限于最新知识即智力创造成果本身,而不能涵盖传统知识即智力创造源泉。这种保护机制忽视了对文化与知识多样性保护的原则,导致一些国家或地区、一些民族或种族应有权利的丧失。近年来,国际社会十分重视传统知识的保护问题,并对这种制度安排进行了有益的探讨:

一是采用现行制度保护。根据世界知识产权组织对一些国家的调查,许多国家包括北美、西欧的一些发达国家认为现行知识产权制度原则上适用传统知识保护。^[34]知识产权现有形式下的保护方式包括:著作权及邻接权(以民间文学艺术表达为主的传统知识为保护对象)、专利权(以遗传资源的利用、开发有关的产品和方法为保护对象)、植物品种权(以改进原生状态物种的新植物品种为保护对象)、外观设计权(以传统的手工艺产品为保护对象)、商标权(以含有传统知识的商品或服务所采用的个体或团体标记为保护对象)、地理标记权(以各类天然、传统和工艺品所采用的社区标记为保护对象)、反不正当竞争(以未公开的传统知识为保护对象)。^[35]必须看到,现行知识产权制度无法对所有形式的传统知识提供保护,且在实施过程中在主体确认、客体保护条件、权利保护期限、利益分配等方面存在着诸多困难,因此,适用现行制度保护,只能是应急之策,恐怕难为长远之计。

二是采用专门制度保护。一些学者和非政府组织强烈建议的方法是建立一种专门制度,即为适应传统知识的本质和特点而创设独立法律制度。制定专门法的途径,有两种制度选择:(1)单一保护制度,即建立一种涵盖传统知识保护各个方面的综合性制度。一些国家和某些区域性的政府间组织和机构,尝试创设所谓的“社区权”、“社区知识产权”、“传统资源权”制度,对土著文化社区的传统知识给予保护。例如,安第斯组织正在起草的“保护传统知识的共同制度”,非洲联盟组织制定的“保护社区、农民和育种者权利的示范法”,太平洋岛国拟议中的“传统知识和文化表达的示范法”以及菲律宾、厄瓜多尔、巴西、委内瑞拉等国的宪法和法律中关于“社区权”的相关制度。^[36]这种保护制度受到国际社会的关注,但其实际施行却进展甚微。有鉴于此,一些发展中国家建议构建专门的“数据库保护制度”,即将传统知识在整体上作为特殊的数据库加以保护。这种特殊数据库除获得一般数据库的著作权外,还包括对数据库实际记录的知识本身所享有的权利,对已经登记的知识表达形式复制和具体内容利用所享有的权利。^[37]这种保护制度是著作权与未公开信息保护制度相结合的产物,既保护了思想表达,又可保护思想内容,有其合理性。(2)多种保护制度。考虑到单一保护制度要处理传统知识的不同主题(如作品、技术或标记等),较难对其制定共同规则,一些国际组织以及部分国家建议对传统知识中易限定的部分(特别是民间艺术创作、传统医药等),先行给予专门保护。^[38]例如,1996年世界知识产权组织在其《表演与录音制品条约》中将民间文艺列入受保护的表演范畴;2000年,欧洲委员会提出“关于知识产权法下民间文化表现形式的国际保护报告”以及泰国制定的《传统泰药知识法》、中国制定的《传统工艺美术保护条例》等。这种制度保护对象明确,权利界定清楚,其立法有可资借鉴之处。

关于专门制度的法律属性,即是否属于知识产权保护机制的范畴,国际上有不同的认识。有的认为这是一种“专门的知识产权制度”,尽管它的学理基础、规范方法与典型的知识产权制度有较大的差异;也有的认为,这种制度“处于现行知识产权体系的保护之外,它实际上归属于国际社会正在讨论的一个更为宽泛的权利系统——传统资源权”。“如果说现行知识产权制度是对智力创新的激励,那么传统资源权就是对智力源泉的涵养”。^[39]可以认为,关于传统知识专门保护制度,或者就是一种新型

[34] 有关资料可参见朱雪忠:《传统知识的法律保护初探》,《华中师范大学学报(社科版)》2004年第3期。

[35] 参见 Carlos Correa:《传统知识与知识产权》,国家知识产权局译, www. biodiversity. gov. cn.

[36] 参见 Carlos Correa:《传统知识与知识产权》,国家知识产权局译, www. biodiversity. gov. cn.

[37] 参见宋红松:《传统知识与知识产权》,载《电子知识产权》。

[38] 参见 Carlos Correa:《传统知识与知识产权》,国家知识产权局译, www. biodiversity. gov. cn.

[39] 龙文:《论传统知识产权权利的实现形式》,载国家知识产权局条法司编:《专利法研究》(2004),知识产权出版社2004年版。

的知识产权制度,或者说是类似于知识产权的产权制度,无论如何,它是当代知识产权国际保护制度发展过程中的新问题,其研究尚有待深入。

(二) 关于遗传资源保护

在国际公约的有关文件中,遗传资源是与传统知识相关联并经常出现的一个专用术语。按照《生物多样性公约》的说法,遗传资源是指具有实际或潜在价值的遗传材料,包括来自植物、动物、微生物或其他来源的任何含有遗传功能单位的材料,例如植物遗传资源、动物遗传资源、人类遗传资源等。世界知识产权组织秘书处在其文件中有着“遗传资源及相关传统知识”的表述,显见两者的含义是有区别的:传统知识由基于传统所产生和发展的知识构成,或者说是一种与传统有关的知识体系,是传统部族创造的且有价值的文化资源;而遗传资源是具有遗传功能、含有遗传信息的物质材料和资料,它作为一种“人类自然遗产”,则是传统部族独有的、具有稀缺性的物质资源。在传统资源名义的统领下,传统知识与遗传资源也有着密切的联系:遗传资源特别是人工培育的动植物物种资源,往往是某些传统知识的物化载体,是后者利用所产生的结果;而传统知识特别是传统医药知识、农业知识、生态知识等,则可能是某些遗传资源的价值体现,是后者存在或发展的条件。可以说,包括传统知识和遗传资源在内的传统资源,是社会财富的重要组成部分。

关于遗传资源的保护,有着深刻的国际背景。2003年,世界知识产权组织召开会议,提出“关于与遗传资源和传统知识有关的公开要求问题的技术研究报告草案”,明确指出“生物技术日益重要,与生物技术相关的发明的专利授权数量不断增加。由此可见,遗传资源及相关传统知识作为原材料对某些生物技术发明具有潜在的价值;然而,有大量技术可用遗传资源作为投入,并可对传统知识加以利用,因此其重要性和价值不仅限于生物技术本身”。^[40]生物技术产生的特点之一是资源依赖性与资源信息化。正如有的学者所言,这就决定了在生物技术时代,谁掌握了地球上的有限遗传资源,谁就能在生物经济的发展中取得主动,从而成为新的财富拥有者。^[41]为了保护遗传资源,制裁“生物剽窃”行为,国际社会做出了一些重大努力。1992年,《生物多样性公约》的实施,2001年《粮食和农业植物遗传资源国际条约》的通过,表明遗传资源保护法律框架的构建取得了一些进展。以上述公约为基础,其保护机制与产权设定主要有以下两种形式:

一是国家主权与“事先知情同意保护机制”。《生物多样性公约》秉承1962年联合国《自然资源永久主权宣言》的精神,“确认各国对其自然资源(包括遗传资源)拥有的主权权利”。^[42]这意味着遗传资源隶属于国家主权控制,对它们的处置、开发和利用的决定权属于国家政府并依照国家法律行使。国家主权不具有私权性质,为此一些国家的相关立法将这一原则引伸至私法领域。有的国家规定了对生物资源及其有关的传统知识的“国家所有权”,如菲律宾;有的国家则规定主权控制下的国家、私人土地主或传统部族的“分别所有权”(如哥斯达黎加)。在《生物多样性公约》中,与遗传资源归属的国家主权制度相关联,有一个遗传资源获取的国家保护机制,即“事先知情同意保护机制”,它包括三个方面的内容:(1)事先知情同意。《生物多样性公约》规定:“遗传资源的取得须经提供这种资源的缔约方事先知情同意,除非该缔约方另有规定。”^[43]这就是说,非权利人在获取遗传资源、对遗传资源进行商业性利用前,必须事先通知有关国家和传统部族社区,使其知晓该类利用的有关情况,并须获得依该国法律确定的有关政府部门或部族社区的同意。有关申请及授权许可,应当采用书面文件形式。(2)标明来源。《生物多样性公约》缔约方大会做出决定,“如申请的主题涉及或在开发中使用了遗传资源,在知识产权申请中鼓励公开遗传资源的原产国”。世界知识产权组织秘书处编拟的相关文

[40] 世界知识产权组织秘书处:《关于与遗传资源和传统知识有关公开要求问题》,载国家知识产权局条法司编:《专利法研究》(2004),知识产权出版社2004年版。

[41] 参见朱雪忠等:《基于遗传资源所产生的知识产权利益分享机制与中国的选择》,《科技与法律》2003年第3期。

[42] 参见《生物多样性公约》第15条第1款。

[43] 参见《生物多样性公约》第15条第5款。

件,对此要求是“专利申请人在向专利局递交的发明说明书中公开促成发明的生物样品的国家来源”。^[44]上述规定说明,非权利人利用遗传资源作出的发明而提出专利申请的,要在有关文件中标明所使用的遗传资源的来源国或社区的名称。(3)利益分享。《生物多样性公约》提出惠益分享约定制度,即遗传资源的利用方与提供方,应按照共同商定的条件,“公平分享研究和开发此种资源的成果以及商业和其他方面利用此种资源所获的利益。”^[45]传统部族社区参与遗传资源商业化利用过程中的利益分享是该公约的宗旨之一。“国家主权原则”为这种利益分享设定了权利基础,而“事先知情同意原则”则为利益分享提供了制度保障。关于利益分享的具体方式和比例,公约未作规定,而交由缔约方的国内法来解决。

二是农民权与粮农植物遗传资源保护机制。根据《粮食和农业植物遗传资源国际公约》的规定,农民权是指农民,特别是原产地和粮农植物多样性中心的农民,“源于过去、现在和将来在保存、改良和提供植物遗传资源方面所作的贡献而产生的权利”。权利由缔约方政府按照其国内法采取措施保护,包括(1)传统知识保护权。即保护农民享有与植物遗传资源有关的传统知识的权利。(2)利益分享权。即平等地参与分享因利用植物遗传资源而产生的利益的权利。(3)决策参与权。即在国家层面上就与植物遗传资源的保护和可持续利用的有关事项参与决策的权利。^[46]这种规定似乎不是农民权内容的全部,为此一些缔约方和学者提出建议:除上述权利外,还应包括“事先知情同意权”、“来源标记权”以及公约已有规定的农民特权(主要是储存、利用、交换和销售种子或繁殖材料的权利)。^[47]

关于遗传资源权或农民权的法律属性,国际上较为流行的观点是将其排斥在知识产权体系之外,也有人主张将其改造成为一种新型的知识产权。^[48]应该承认,将遗传资源视为精神产物,并相应将该项权利归入知识产权体系,这种观点在理论上还难以为人接受。这是因为,遗传资源所附载的生物体与一般有体物的法律属性无异,而遗传资源所含有的遗传信息在分解后却可能成为生物技术样态的知识。可以说,在“原地条件”^[49]下的遗传资源,即是遗传信息与生物材料的结合体,它既不是一般意义上的物,也不是特殊意义中的知识,因此现行物权和知识产权制度无法提供保护。但是,将上述权利与知识产权完全隔绝也是不恰当的。笔者认为,至少有两点值得考虑:第一,遗传资源及其有关的传统知识,如果符合保护条件的,其本身即可取得知识产权,如专利权、植物新品种权;第二,遗传资源及其有关的传统知识,对生物技术发明或新品种培育有重要价值,就其产权链接来说,遗传资源权或农民权往往是某些知识产权的在先权利。因此,我们可以在物权、知识产权以及其他专有权的相关法律框架内,对该类权利进行学理研究和制度构建。

(三)关于地理标志保护

地理标志是标示产品来源地的商品性标记。按照《知识产权协定》的说法,地理标志是指标明某商品来源于某一缔约方的地域或该地域的某一地区或地点的标志,并且该商品的特定质量、信誉或其他特征与该地理来源有实质上的关联。地理标志的核心构成要素是客观存在的“地理名称”。这种“地理名称”从其存续时间来看,是“传统”的而不是新近的;从其存在状态来看,是客观的而不是臆造的。从某种意义上说,地理标志也是一种与现代知识有别的“传统资源”。一般而言,地理标志的构成主要有两种形式:一是由具体的地理名称与商品名称组合而成,如“瑞士手表”、“北京烤鸭”等;二是以

[44] 世界知识产权组织秘书处:《关于与遗传资源和传统知识有关公开要求问题》,载国家知识产权局条法司编:《专利法研究》(2004),知识产权出版社2004年版。

[45] 参见《生物多样性公约》第15条第7款。

[46] 参见《植物遗传资源国际公约》第9条第2款。

[47] 参见 Carlos Correa:《传统知识与知识产权》,国家知识产权局译;陈仲华译校。

[48] 有关观点可参见詹映等:《国际法视野下的农民问题初探》,《法学》2003年第8期。

[49] 《生物多样性公约》规定的“原地条件”,意指遗传资源生存于生态系统和自然生境之内的条件。

具体的地理名称直接作为地理标志,如香槟(champagne)既是法国的一个省名,又是产于该地的一种起泡白葡萄酒的地理标志。因此,地理标志具有地缘性、客观性、永久性的特点。

地理标志是各国知识产权的共同保护对象,但由于历史、经济、文化等因素的影响,各国在立法模式上的选择并不相同:

一是专门法保护。即将地理标志作为一种特殊工业产权看待,采用专门立法的方式给予保护。其代表性法律首推法国《原产地名称法》。^[50]在专门法保护模式下,地理标志权被认为是一种“集体财产权利”,^[51]由国家颁布法令规定地理标志的检测方式和程序;地理标志不认为有通用性,该标志以及任何使人产生与其联想的其他说明都不得在任何类似商品上使用;地理标志权不能视为公产,并且不受时效限制。

二是商标法保护。即将地理标志作为证明商标、集体商标,纳入到商标法体系。美国及一些普通法系的国家采用这一方式。在商标法保护模式下,地理标志不能作为普通商标注册,但可将其注册为证明商标、集体商标,从而取得专用权保护;主管机关对地理标志即证明商标、集体商标的主体有明确的资格限制,一般应是对商品特点品质有检测和监督能力的法人组织;证明商标权和集体商标权归注册人所有,其中,集体商标注册人可以在自己经营的商品上使用该商标,而证明商标只能由注册人授权符合使用条件的经营者使用。

在地理标志保护制度的历史发展过程中,由于各国在传统产业、传统工艺、传统产品方面的差异,对地理标志的保护亦有强弱之分。有些学者认为,在历史较为悠久的国家,如欧洲国家及一些传统产品较为出名的国家,存在着许多世界知名的商品,因而很早就倾向于通过对地理标志的严格保护来维护其固有的经济利益。反之,美国、加拿大、澳大利亚等新兴国家的经济发展中没有太多的传统地理和人文因素,地理标志并未给其带来较大的经济利益,故这些国家并未特别强化对地理标志的保护,而仅仅出于防止消费者受欺诈的动因做出规定。^[52]鉴于世界各国在地理标志保护方面的不同态度,国际上很早就开始了协调行动。1883年《保护工业产权巴黎公约》率先将地理标志列入工业产权保护的范畴,并对防止假冒地理标志的行为作了一些实质性规定。1891年《制裁产品虚假或欺骗性货源标志马德里协定》和1958年《保护原产地名称及其国际注册里斯本协定》,则分别对禁止利用假冒地理标志实施不正当竞争行为以及地理标志的国际注册程序和要求作了具体的规定。在世界贸易组织的《知识产权协定》框架中,地理标志是“与贸易有关的知识产权”之一。值得注意的是,在《知识产权协定》的谈判过程中,发达国家的立场和目标基本上是一致的,他们联合向发展中国家施加压力;但在地理标志保护的问题上却出现了严重分歧,欧盟及瑞士与美国有着不同的主张。《知识产权协定》关于地理标志的保护措施,尤其是对葡萄酒、烈性酒的特别保护,满足了欧盟及其他欧洲国家的基本诉求,^[53]但也顾及到美国等国家某些地理标志长期使用的现状,对地理标志的保护规定了多项例外。^[54]上述规定实际上是发达国家两大利益集团妥协的结果。

《知识产权协定》的形成,并没有完全解决不同国家关于地理标志保护问题的矛盾。为此,协定启动了有关谈判和审议机制,为某些缔约方之间就“单个地理标志”进行谈判奠定了法律基础。从具体实施的情况来看,“单个地理标志”问题,实际上是要解决在一些缔约方一般已被作为通用名称使用的葡萄酒和烈性酒地理标志的保护问题,显然这是历史“遗留”问题,而不是未来保护问题。在这种情况下

[50] 该法于1919年颁布,1990年、1996年先后修改。该法规定了原产地名称的概念、主管机构设置、认定程序以及法律诉讼程序等。参见马晓莉:《地理标志立法模式之比较分析——兼论我国地理标志的立法模式》,《研究与探讨》2003年第1期。

[51] 董炳和:《地理标志知识产权制度研究》,中南财经政法大学博士学位论文(2004)。

[52] 参见Lee Bendekgey, Caroline H. Mead, *International Property of Appellation of Origin and Other Geographic Indications*, TMR. vol. 82, p. 765. 转引自方彬彬:《产地标记之保护》,台湾三民书局1995年版,第29页。

[53] 参见《知识产权协定》第22、23条。

[54] 参见《知识产权协定》第24条。

下,地理标志成为2001年11月第四届世界贸易组织部长级(多哈会议)的一个重要议题。多哈回合的相关谈判议题有三:一是建立葡萄酒和烈性酒地理标志的多边注册制度,二是扩大关于葡萄酒和烈性酒地理标志特别保护的适用范围,三是《知识产权协定》理事会对实施有关地理标志规定的评审。^[55]对前两个问题,美国与欧盟存有分歧:欧盟主张建立一种有法律效力的、类似于《里斯本协定》所规定的国际注册制度,而美国不赞成建立多边注册制度,并提出即使建立这种制度也应只具有信息通报功能,即建立的是地理标志的数据库,而不是注册体系。关于酒类产品地理标志的特别保护措施,欧盟主张扩大其适用范围,而美国则表示反对。由于美欧之间严重的分歧,直至世界贸易组织第五届部长级会议(坎昆会议)召开之前,各缔约方关于地理标志问题的谈判依然没有取得实质性进展,这也成为2003年9月坎昆会议无果而终的重要原因之一。

国际社会注意到,从多哈会议到坎昆会议,发展中国家在地理标志谈判中的立场、观点发生了“分化”。在以往的知识产权问题上,发展中国家与发达国家各自作为一个整体而处于某种程度的对抗,但在地理标志问题上,众多发展中国家出于自己的利益需要,站在了不同的阵营:一部分站在美国一边(主要是中美及南美国家),另一部分站在欧盟一边(主要是中东欧及亚洲国家)。这就说明,地理标志的知识产权保护,与各国的经济发展水平无涉,但与产业或产品的“传统”有关。

综上所述,在地理标志保护方面,不再是以往的南北矛盾,而是所谓“新世界”国家与“旧世界”国家之间的矛盾。“新”“旧”两个世界中既有发达国家,也有发展中国家。^[56]美欧之间的矛盾与分歧以及发展中国家的分化,使得国际知识产权领域出现了一种新的更加复杂的利益格局。地理标志保护制度的建立已有一百余年的历史,不同的保护理念与不同的保护模式一直并存于两大法系的不同国家之中。如今这项老制度又出现了新的问题,这不仅影响到《知识产权协定》在缔约方的国内实施,也对后《知识产权协定》时代国际知识产权制度的发展增加了变数。

上述三个问题是知识产权国际论坛的重大话题。这三个主题所涉及的对象都与“传统”有关。正如有的学者所认识的那样,其相似之处在于:它们的主体均不是特定的自然人,同时,受保护的对象与现有的知识产权客体有很大不同。因此可以将它们尤其是传统知识和遗传资源作为知识产权的“新客体”。^[57]需要指出的是,地理标志保护尽管存有争议,但很早就纳入到知识产权保护体系;而传统知识、遗传资源却属于某种意义的“共同遗产”(common heritage)。从现有的法律理念来说,该类“共同遗产”的核心要素,“即无形要素都已处于公有领域,属于人人可以自由使用的对象”。^[58]其主要原因是:传统知识不具备现代知识的新颖性标准,遗传资源则属于缺乏创造性的客观物质材料;此外,它们或是其主体难以确定,或者没有书面文献记载权利,或者存续期限过于久远,这些都与知识产权保护个体创新的现存基本理念不符。现行知识产权制度的缺憾在于,它有效地保护了智力创新,却忽视了保护这种创新的智力源泉。为此,国际社会正在讨论一个新的权利系统——“传统资源权”。该项权利制度保护的是一种新型的“传统”财产,即“任何人对于特定群体所拥有的知识、发明和实践及其土地和领土上保存的生物资源的进一步使用和开发,应当通过协商达成公平的利益分享”。^[59]

传统资源权是一种保护“传统”(即维护文化和生物的多样性)的“新制度”。这种制度与现存的知识产权有关但又有区别,它可采取专门管理(公法)与权利保护(私法)相结合的法律模式:对于前者,即设立国家或社区的传统资源管理委员会,其管理职责主要是“保护”(protection)、“保存”(conservation)和利用(utilization)传统资源;对于后者,则建立“社区权”或国家、社区及部族的“分别所有权”,

[55] DOHA WTO Ministerial 2001: Ministerial Declaration, <http://www.wto.org/thewto/ministerial/doha/index.htm>. 2003. 6. 28.

[56] 前引[51],董炳和文。

[57] 参见郑成思:《传统知识与两类知识产权的保护》,《知识产权》2002年第4期。

[58] 唐广良:《遗传资源、传统知识及民间文学艺术表达国际保护概述》,载《知识产权文丛》第8卷,方正出版社2002年版。

[59] 前引[39],龙文文。

该项权利的主要内容表现为对传统资源利用的“知情同意”、“标示来源”以及“利益分享”。

对传统资源保护的制度选择,既涉及一国自身利益的考量,又事关国际协调机制的运作。对于中国而言,自进入世界贸易组织后,在《知识产权协定》的框架下过多强调知识产权的弱保护已无多少意义,关键在于我们如何利用国际协调机制对抗发达国家超越协定标准、超出我国国情的知识产权强保护要求,发挥传统文化与资源大国的优势,争得国际规则制定的话语权,为保存与发展传统资源而争取有利条件;在国际上,中国与发展中国家应致力于制度创新,对传统资源采用与现行知识产权制度有别的保护机制,避开倾覆知识产权制度根基的法律变动。同时,借用地理标志保护所形成的利益格局,争取更多国家的理解和支持,在达成共识的基础上逐步建立起传统资源知识产权利用与保护的法律制度体系。

Abstract : The international IPR system is a kind of legal order under the circumstances of contemporary international economy , culture and technology trade. Contemporary IPR have the following characteristics: the contracting parties having the common international IPR protection standards , there being not only the substantial rules but also the procedural rules , and the IPR protection system having being interacted with the international trade system. As the main legal system of international IPR , TRIPS has some deficiencies in the implementation which mainly include the conflict of IPR and other fundamental human rights including moral right , the freedom of expression , the right to privacy , the right to health and the right to development , etc. Furthermore , in the international forum of IPR , deputed about traditional knowledge , genetic resources and geographical indication etc , give rise to the new structure of interests in the field of international IPR and promote the reformation and development of international protection of IPR.

Key words : International Protection of IPR , Characteristics of IPR System , Deficiency of IPR System , Reformation and Development of IPR System
