

第三章 我國智慧財產權的憲法觀點

第一節 智慧財產權在我國憲法的地位

世界人權公約之「世界人權宣言」(The Universal Declaration of Human Rights)¹第 27 條規定：「人人有權自由參加社會之文化生活，欣賞藝術，並共同分享科學進步及其利益。」²「人人對其本人之任何科學、文學或美術作品所獲得之精神與物質利益，有享受保護之權。」³；「經濟社會及文化權利國際公約」第 15 條規定：「本盟約締約國確認人人有權：(一) 參加文化生活；(二) 享受科學進步及應用之利益；(三) 對其本人之任何科學、文學或藝術作品所獲得之精神與物質利益，享受保護之利益。」⁴。

到底上開公約的內容是「智慧財產權之享受與保護條款」，或者只是國家應保障其利益之表述？美國是一個以憲法直接規範採取智慧財產權制度的國家，我國憲法並沒有直接規定智慧財產權制度，則：我國對智慧財產權的保障位階為何？是否有其憲法上的保障地位³？

第一項 與憲法基本權的關係

基本權是一個人生存所不可或缺且其核心為永久不可侵犯的權利，本文將於下探討智慧財產權與基本權的關係⁴。

¹ 「世界人權宣言」是第三屆聯合國大會於公元 1948 年 12 月 10 日通過，旨在維護人類基本權利的文獻。該文件並非強制的國際公約，但許多學者、法務實務者和法庭判決書仍常引述《世界人權宣言》中的一些條款；The Universal Declaration of Human Rights 原文，<http://www.un.org/en/documents/udhr/>，最後造訪日：2009 年 5 月 1 日

² 參閱楊智傑 (2008)，智慧財產權的憲法基礎—兼論智財權與言論自由的衝突，財產法暨經濟法，第十六期，頁 2~3，該書另引用周志宏 (2005)，「教育文化人權入憲之研究」，法政學報第 19 期，頁 90-91 中之翻譯，原文為：「Article 27.(1) Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits. (2) Everyone has the right to the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he is the author. 」，<http://www.un.org/en/documents/udhr/>，最後造訪日：2009 年 5 月 1 日。

³ 美國憲法第一條第八項第八款規定，國會有權：「為促進科學和實用技藝的進步，對作家和發明家的著作和發明，在一定期限內給予專屬權的保障」。

⁴ 參閱李惠宗 (2004)，「憲法要義」，元照出版社，頁 77。

第一款 人性尊嚴與人格自由發展

大法官釋字第 603 號解釋文開宗明義的指出「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值」，人性尊嚴已成為憲法價值體系的基礎原則。「人性尊嚴」的內涵是什麼，學者多認為「人性尊嚴」強調「人的主體性」與「人的自由意志應受尊重」，使人得以「自我決定」、「自我發展」、「自我形成」，但這個意義的解釋仍然是相應於該社會背景的變動，目前只可以被描述，仍無法被明確的定義⁵。

我國學者在探討、定義人性尊嚴時多參考德國立法資料及德國基本法第 1 條的規定，並輔以「人」的存在哲學意義加以觀察⁶。

德國聯邦憲法法院曾宣示：「人類的生命存在何處，人性尊嚴就在何處；而該主體是否意識到己的尊嚴並自己知道要去保護它，並非是決定性的因素

（verfGE 39, 1, 41）」蓋雖然精神病患「似乎」沒有基於自己的決定去意識自我、決定自我、形成自我的能力，但從其一開始作為一個人的存在，即具有的這種潛在的能力，就足以作為其人性尊嚴的依據。」而「人」的內涵為何？另一德國聯邦憲法法院判決指出：「基本法中人的形象，並非是一個孤立、自主的個人形象；而是基本法將個人與國家之間的緊張關係，以不侵犯個人之固有價值的方式，在個人的「共同體關連性」（Gemeinschaftsbezogenheit）「共同體連結性」（emeinschaftsgebundenheit）意義下，加以決定。」⁷。

本文從上述對人與人性尊嚴的闡述，及大法官 603 號解釋文將「維護人性尊

⁵ 參閱李惠宗，「憲法要義」，元照出版社（2004），頁 75~77—「人的主體性」是指：國家不可以將人當作一個客體或只當作一項工具來使用；「人的自由意志應受尊重」則應注意在個案上的形式的自由意志，這裡不代表人有完全的自由意義，必須進一步考量此種意志自由是否屬體制自由下的自由。…所謂的體制包含政治、經濟、社會或文化制度所形成的一種機制—例如資本主義的市場經濟下，勞工的工作權幾乎只剩下選擇雇主的機會，對於契約決定上無自由可言，在此情況下，國家應該介入保護，以避免人民的意志決定自由空洞化；參閱蔡維音（1992），德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討，憲政時代，第 18 卷第 1 期，頁 36~48；參閱我國大法官解釋「釋字第 603 號」解釋文，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=603，最後造訪日：2009 年 5 月 1 日。

⁶ 參閱李惠宗（2004），「憲法要義」，元照出版社，頁 74。

⁷ 參閱蔡維音（1992），德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討，憲政時代，第 18 卷第 1 期，頁 36~48。

嚴與尊重人格自由」同列為民主憲政秩序之核心價值可知，人性尊嚴與人格發展、人格權有密切的關係。然，德國基本法所宣示具有法秩序的最高法價值者為人性尊嚴，其基礎在於：

其一、基於文義解釋，人性尊嚴不具有可限制性，因為由文義來看，其係「不可侵犯」(unantastbar)，而非如其他基本人權只是「不可傷害」(unverletzlich)；

其二、基於體系性解釋，第 79 條第 3 項也賦與人性尊嚴的保護規定，不得以修憲途徑變更的無限保障，「人性尊嚴」與「人格發展」的概念並不在同一條文裡⁸。

許玉秀大法官在大法官釋字第 603 號的協同意見書中，針對「人性尊嚴條款的定位」提出釐清：「多數意見開宗明義揭示維護人性尊嚴與人格發展自由是自由民主憲政秩序的核心價值，隱私權則衍生自人性尊嚴與人格發展自由，因而是憲法第 22 條應該保障的基本權。此種解釋論述，與本院大法官歷次解釋對人性尊嚴的價值僅約略提及有所不同，隱然有德國基本法第 1 條及第 2 條第 1 項規定的影子。人性尊嚴的維護規定在德國基本法第 1 條，人格發展自由規定在基本法第 2 條第 1 項，所謂人格發展自由包含狹義的人格權。

由於人格發展自由與人性尊嚴概念有重疊之處，德國憲法文獻在評釋該國聯邦憲法法院判決時，尤其當審查刑罰規範的判決只引用基本法條第 2 條第 1 項所規定的人格發展自由時，不免提及基本法第一條的人性尊嚴條款也應該加以引用。在我國憲法沒有相同規定的情況下，人性尊嚴條款應該解釋為未明文的基本權概括條款，而屬於基本權規則的上位原則，人格發展自由可以解釋為蘊含於人性尊嚴條款之中，人格權則屬於憲法第 22 條所保障的其他基本權⁹。

憲法對於基本權的規定應該解釋為例示規定，其他沒有規定的基本權，可能屬於憲法第 22 條的範圍，人性尊嚴條款則是概括條款，是具有補充性質的補充法，當憲法各個基本權規定不敷使用時，可以援引人性尊嚴條款作為解釋依據。」

⁸ 參閱蔡維音（1992），德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討，憲政時代，第 18 卷第 1 期，頁 36-48。

⁹ 參閱李惠宗（2008），憲法要義，元照出版社，頁 339-345。

10。

從德國基本法、德國聯邦憲法法院、我國大法官解釋等對「人性尊嚴」的規定與探討，我們知道：

「人性尊嚴存在的基礎在於，人基於其心智與自己的決定去意識自我、決定自我、形成自我，此與智慧財產權保護個人是基於智慧所發展的思考力、創造力等有相同的意義，促使個人的人格得以自由發展，使個人的存在價值因而得到肯認相同」。

另本文贊同許玉秀大法官的見解，認為人性尊嚴條款應該解釋為未明文的基本權概括條款，而屬於基本權規則的上位原則，人格發展自由可以解釋為蘊含於人性尊嚴條款之中，人格權則屬於憲法第 22 條所保障的其他基本權。基此，本文將與人性尊嚴密切的人格發展與人格權分開，在本款標題「人性尊嚴與人格自由發展」中說明「人格自由發展」係智慧財產權重要的人性尊嚴展現，之後並另於第 3 款再闡述人格權與智慧財產權的關係。

第二款 自由權

我國憲法對自由權之保障規定在第 8 條至第 14 條中，傳統學者將之分類為人身自由、行動自由、思想及表現自由、秘密通訊自由、宗教自由、集會結社自由等¹¹。

然，我國對自由權之保障，並不以上開列舉為必要，仍以第 22 條對其他自由權利補充其保障之不足。

¹⁰ 參閱蔡維音（1992），德國基本法第一條「人性尊嚴」規定之探討，憲政時代，第 18 卷第 1 期，頁 39—基本法第二條第一項後段之規定：人格自由發展的權利，係在不傷害他人權利、不違反憲法秩序及道德律的前提下才獲得保障，因而未經思慮的活動自由與在法的意義上的自由所必要的交互關係是不合致的。從另一個角度看，國家負有保護人性尊嚴的義務，個人作為負有保護義務的團體的成員，亦負有保護義務，否則國家之保護義務無從實現；參閱我國大法官解釋「釋字第 603 號」解釋文附件—603 抄本(含解釋文、理由書、城大法官仲模、廖大法官義男、許大法官玉秀、林大法官子儀分別提出之協同意見書；許大法官宗力、曾大法官有田共同提出之協同意見書；余大法官雪明提出之部分協同部分不同意見書與楊大法官仁壽、謝大法官在全分別提出之不同意見書、聲請書及其附件)，<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/抄本 603.doc>，最後造訪日：2009 年 5 月 1 日。

¹¹ 參閱李惠宗（2004），「憲法要義」，元照出版社，目錄。

基於傳統分類之不足，晚近有學者採用綜合性之分類者，將性質相同的自由權利歸在一起，如區分為下列幾列：「人身自由」（主要論述人身自由權等不受任何奴役、拘束之自由）、「經濟自由」（如職業選擇自由、營業自由及財產自由），及「精神自由」（又可區分為「內部精神自由」，包含思想良心自由、宗教信仰自由以及學問自由，及「外部精神自由」，亦即表現自由，主要探討言論、出版、集會、結社及其他一切之表現自由）¹²。

與智慧財產權密切相關者，為「精神自由」和「經濟自由」中之「財產自由」，財產自由本文擬於第四款財產權中一併說明，本款僅先討論精神自由與智慧財產權的關係。

精神自由即任何人自由形成意識、自由表達並可自由與他人溝通、交換意見等一切精神性活動之自由，可再分為：

一、內部精神自由：乃指人類內心世界的思想、信仰，與外在環境或對象，例如他人、社會與國家無直接關涉，存在個人內心世界的活動之謂，例如思想自由、良心自由、宗教信仰自由、與學術自由。

聯合國世界人權宣言第 18 條規定：「人人有思想、良心和宗教自由的權利；此項權利包括改變他的宗教或信仰的自由，以及單獨或集體、公開或祕密地以教義、實踐、禮拜和戒律表示他的宗教或信仰的自由。」我國憲法對於思想、良心之自由並未有條文列舉保障，在憲法解釋上，應包含在基本權利保障範圍內，我國大法官釋字第 567 號的解釋理由書即指出：「思想自由」保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害¹³。

所謂思想，是指個人內心之精神活動透過一定的組織與推理而形成之對事物

¹² 參閱許慶雄（1992），「憲法入門」，元照出版社，頁 80。

¹³ 參閱我國大法官解釋「釋字第 567 號」解釋理由書，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=567，最後造訪日：2009 年 5 月 1 日。

的看法或主張，保障思想自由之主要目的在於使任何人皆不致因其所擁有之思想與觀念，如世界觀、人生觀、意識形態等，而受到不平等、不利之對待或禁止。

二、外部精神自由：外在精神自由是指個人將其內在精神活動之結果或精神生活方式，以語言、文字、圖畫、肢體動作或其他任何媒介表達於外，而使他人或社會得以知悉其內心意念的自由，例如言論、出版、著作、集會、結社等自由。外部精神自由因表現在外，必然與他人人權或各種人權有所關聯或衝突，亦因此，表現自由應有一定的界限。

智慧財產權是人類在精神活動中所產生之權利，與精神自由之保護關係密切。以我國著作權與專利權，兩個同為保護人類智慧財產之法規為例，著作權法存在的目的是為獎勵創新、鼓勵資訊與言論的自由流通，以達成促進人類科學文化的進步，基於此等鼓勵創新的觀點，重點在於保護思想與情感的「表達形式」，但是不保護思想本身；專利權則以鼓勵產業發展為目的，保護範圍可以包括「製造程序、思想、原理」等等，這兩部法規雖依不同立法目的有不同的保障內涵與保障方式，然此等保護均涉及對人類「精神創作」之物提供思想自由、言論自由、表現自由等「內部精神自由」或「外部精神自由」之保護¹⁴。

第三款 人格權

人格權是指權利主體所固有的，以維護其獨立人格所必備的，關於生命、健康、人性尊嚴、人身自由，以及姓名、肖像、名譽、隱私等各種權利。人格權因為直接與權利主體的存在和發展互相聯結，對人格權的侵害就是對權利者自身的侵害，所以它在權利體系中，占有相當重要的地位，而其內容亦隨著社會發展，人權思想日益加強，保護的範圍日益擴大。

智慧財產權與人格權關係甚密。智慧財產權存在的目的，在上一章的智慧財產權理論中提到從康德、黑格爾的著述中引申而來的「人格論」中可知，智慧財產權存在的合理性在於保護那些創作者的「意志」的作品不會被侵占或篡改，以最能滿足人們這些需要的方式，來創造資源的授權，將之妥善的分配，從而有益

¹⁴ 參閱我國專利法第 21 條：「發明，指利用自然法則之技術思想之創作」。

於人類生活的繁榮。我們要了解智慧財產權體系及法規中對人格權的保障，可從國際公約及本國法之相關規定觀察之：

如關於智慧財產權保護之國際條約中之伯恩公約（Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works）對著作人格權即有完整的保障：伯恩公約第 6 條之 1 規定：「著作人格權為「姓名表示權」及「禁止不當改變權」，(1) 上述權利，不受著作人著作財產權的影響，甚至在財產權轉讓後，著作人仍保有其著作人身份的權利，並享有反對他人扭曲、破壞、改變，或貶損其著作，致損害其名譽或聲譽之權利。(2) 前項權利，於著作人死亡後，應至少延續至其著作財產權屆滿時，並由依主張保護之當地國法律享有相當權利之個人或團體行使之。但如有國家於批准或加入本修正案時之法律，並未規定前項所定各權利於著作人死亡後仍悉受保護者，得規定上開權利特定部份於著作人死亡後即行消滅。(3) 為保障權利，其救濟方式，從主張保護之當地國法律規定」¹⁵。

我國現行的智慧財產權法亦對於創作人的人格權給予不同程序的保護，只是這些保護係以具有精神創作成果為前提（須具備受保護之要件才能享有），與民法規定之人格權只要有權利能力者皆能享有並不相同，如：著作權法第 10 條規定：「著作人於著作完成時即享有著作人格權」；著作權法第 18 條規定：「著作人死亡後，因著作人格權之保護，視同生存或存續，任何人不得侵害」；著作權法第 85 條規定：「侵害著作人格權者，負損害賠償責任。雖非財產上之損害，被害人亦得請求賠償相當之金額。前項侵害，被害人並得請求表示著作人之姓名或名稱、更正內容或為其他回復名譽之適當處分」；商標法第 63 條第三項規定：「商

¹⁵ Article 6bis Moral Rights: 1. To claim authorship; to object to certain modifications and other derogatory actions; 2. After the author's death; 3. Means of redress (1) Independently of the author's economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation. (2) The rights granted to the author in accordance with the preceding paragraph shall, after his death, be maintained, at least until the expiry of the economic rights, and shall be exercisable by the persons or institutions authorized by the legislation of the country where protection is claimed. However, those countries whose legislation, at the moment of their ratification of or accession to this Act, does not provide for the protection after the death of the author of all the rights set out in the preceding paragraph may provide that some of these rights may, after his death, cease to be maintained. (3) The means of redress for safeguarding the rights granted by this Article shall be governed by the legislation of the country where protection is claimed.；參閱洪雅濤（2009），私法上關於著作人格權保護之探討—以我國及美國法制為中心，世新大學法律學系碩士論文，頁 8~10。

標權人之業務上信譽，因侵害而致減損時，並得另請求賠償相當之金額」；專利法第 84 條第 4 項規定：「發明人之姓名表示權受侵害時，得請求表示發明人之姓名或為其他回復名譽之必要處分」等。

以上，從國際公約暨國內相關法規即可看出智慧財產權與人格權的密切關聯，此等人格權人保障條文亦是大法官釋字第 603 號解釋中「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值」之具體落實。

第四款 財產權

我國憲法第 15 條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴¹⁶，我國憲法第 15 條對財產權的保障具有雙重功能，除具制度保障與個人保障外，並具存續保障與價值保障之功能。此觀我國大法官釋字第 652 號解釋葉百修大法官提出之部分協同意見書：「憲法保障財產權之主要目的，並不在於禁止對財產權之無補償的剝奪，而是在於確保財產權人能擁有其財產權，藉以對抗國家之違法侵害。因此，財產權保障原則上是一種存續保障，祇有在國家基於公益上需要，依法加以合法侵害（如公用徵收）時，財產權之存續保障，始由價值保障替代之」甚明¹⁷。

財產權是個人生存和發展的需要，也是促進社會進步和繁榮的必要條件之一，如同前一章「智慧財產權理論」所述，在極大程度上各該智慧財產權理論是依附財產權理論而建構起來，智慧財產權已是重要的財產權，此亦可下述的大法官解釋觀察之：

大法官釋字第 213 號解釋理由書中指出「國家為促進產業之發達，對於新發明具有產業上利用價值者或對於物品之形狀構造或裝置首先創作合於實用之新

¹⁶ 參閱我國大法官解釋「釋字第 400 號」解釋文，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=400，最後造訪日：2009 年 5 月 1 日。

¹⁷ 參閱我國大法官解釋「釋字第 652 號」解釋部分協同意見書，[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/652 部分協同意見書\(葉大法官\).doc](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/652%20部分協同意見書(葉大法官).doc)，最後造訪日：2009 年 5 月 1 日。

型者，均依法給予專利權，以鼓勵發明與創作。專利權之給予，關係專利申請權人及利害關係人之權益，對公眾之利益亦有影響。」從該解釋文之內容可看出大法官認可專利制度是為了促進產業之發達，鼓勵發明與創作所設計的一種財產權的態度。這種態度在大法官釋字第 594 號解釋文更為明確：「商標權為財產權之一種，依憲法第 15 條之規定，應予保障」¹⁸。

雖著作權與專利權並沒有像商標權一樣，有直接指出為財產權的大法官解釋，不過，依據各該法規明文給予權利人之財產權規定，智慧財產權應屬基本權之財產權。

第二項 「智慧財產權」應為憲法明定的基本權或其他基本權

如同上述各款所示，智慧財產權的「權利」大多分散在我國憲法各基本權利中，然我國憲法並未如美國憲法，直接表明採取智慧財產權制度，在憲法中直接給予獨占權。則，我國的智慧財產權，以「專利權」為例，到底是不是「憲法上的基本權」，而得享有「憲法明文給予專用、獨占的資格地位」，即有疑義。現僅就美國法的觀察及本國法的探討分述如下。

第一款 美國法的觀察

從美國憲法觀察，美國憲法第 1 條第 8 款明定：「國會有權保障著作人及發明人於特定期間內，就其著作及發明享有排除權，以促進科學及實用技藝的發展」¹⁹。此係由國家以憲法位階之保障、賦予專利權，在專利權的保障下，使專利權人擁有可以在一定期間內排除他人利用其專利之「排他權」，而願意日公開其發明內容，以促進科技的發展。

由這個條款分析可知，專利制度係基於產業政策，為了「促進科學及實用技藝的發展」的考量而發展來的，具有濃厚的公益色彩，然即便此一公益色彩被普

¹⁸ 參閱我國大法官解釋「釋字第 594 號」解釋部分協同意見書，http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=594.doc，最後造訪日：2009 年 5 月 1 日。

¹⁹ 原文：「Congress shall have the power to promote the Progress of Science and useful Arts by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries.」

遍的認同，美國學者仍有不同的論辯，依我國學者楊智傑分析，此一條款，在美國學者眼中有四種立場²⁰：

一、該條款中「為促進科學和實用技藝的進步」只是一個前言，是智慧財產權的目的，但對智慧財產權沒有限制作用，重要的是「給予專屬權保障」。

二、該條款中「為促進科學和實用技藝的進步」應該是一個限制，若是不能達到促進科學或實用技藝的進步，政府就不該給予智慧財產權。

三、在比較美國憲法原文第一條第八項後其他各款後，英文中的 TO，應該是對國會的授權，而 BY 則是一種限制的手段，限制國會只能用該手段來達到前述授權，故，該條款中「為促進科學和實用技藝的進步」應該是一個限制，而「給予有限時間的專屬權保障」則是一種限制。

四、亦有學者認為，應該將該段文字分解成兩部份：一部分是著作權，為了促進科學進步，而給予作者對其著作一定期限的保障；另一部分是專利權，為促進實用技藝的進步，而給予（發明者對其發明一定期間的保障）。

而不論採用哪一種解讀方式，美國的智慧財產權探討都是在憲法層次，甚至在國會通過的法律過度保障智慧財產權時，而認為違憲。

第二款 本國法探討

憲法是國家根本大法，應將所有可能的人權皆予以保障，並無所謂的「憲外人權」，也就是所有的人權，均應在憲法基本權條款中找到保護的依據。因此，憲法人權條款的立法例，以「列舉及概括」的方式，使所有的「人權」均能納入憲法的保障範圍，準此，本文認「智慧財產權」有其特殊性，應為憲法明定的基本權，而在未明列之前，亦應以憲法第 22 條所規定之概括權利條款使之成為憲法所保障之基本權利，說明如下：

第一目 憲法明定的基本權

²⁰ 參閱楊智傑（2008），智慧財產權的憲法基礎—兼論智財權與言論自由的衝突，財產法暨經濟法，第十六期，頁 4~7。

我國憲法並未如美國憲法，直接表明採取智慧財產權制度，在憲法中直接給予權利人排他權。關於對發明的鼓勵，在憲法第 166 條及第 167 條之基本國策中雖有提及（詳見本文第三章第一節第三項說明），然前述條文僅係規定科學發明創造及學術或技術發明者之獎勵，係規範國家應依照該條規定，對科學發明創造及學術或技術發明者為相當之獎勵措施，自憲法體系之觀之，並非在規範人民基本權，故尚不足以構成憲法上就發明給予基本權之依據。

「智慧財產權」一詞，雖依國際公約有可以被描述的範圍與內容，然其仍屬不斷建構中的概念，已於本文第二章詳述。儘管如此，對於已經確定並透過制度設計給予專用權之智慧財產權，如著作權、專利權等，此類權利是否應如同美國憲法一樣「明文於憲法」，本文認為有其必要。

雖我國憲法關於人民基本權利之規定通常僅為原則（Prinzip）之宣示，而欠缺具體之規制（Regel）²¹，許多權利亦可透過解釋找到其受保障之範圍，如：大學自治屬於憲法第 11 條講學自由之保障範圍（釋字第 380 號與 450 號解釋）、新聞自由屬於憲法第 11 條言論自由之保障範圍（釋字第 364 號與 509 號解釋）、營業自由屬於憲法第 15 條工作權與財產權之保障範圍（釋字第 514 號解釋）、商品標示具有資訊提供、意見形成進而自我實現之功能，與其他事務領域之言論並無二致，應屬憲法第 11 條言論自由保障之範圍（釋字第 577 號解釋）等²²，然著作權、專利權等具有獨占性質的智慧財產權並不相同，因其權利雖包含了數個權利（依本文第三章第一節第一項所述，智慧財產權與憲法人性尊嚴與人格自由發展關係密切，其內涵透過解釋分別具有自由權、人格權、財產權的性質），然：一般學者多認智慧財產權即便有財產權的性質，但更貼切的說，係屬「無體財產權」，與「財產權」仍有差別，且智慧財產權中具

²¹ 參閱我國大法官解釋「釋字第 414 號」解釋部分不同意見書，http://www.judicial.gov.tw/CONSTITUTIONALCOURT/P03_01_detail.asp?expno=414&showtype=意見書，最後造訪日：2009 年 5 月 1 日。

²² 呂炳寬，基本權保障在憲法教學之應用，<http://web.thu.edu.tw/lu.bk/www/ins/6.pdf>，造訪日期：2009 年 6 月 29 日。

有的「排他權」之權利性質尚未找到明確的憲法位階²³。

該等智慧財產權，是政策考量下，包含了為增進公共利益給予的排他權，該等權利之行使易與其他基本權產生衝突，故其權利泉源及權利之限制，自有特別表徵，並定出憲法位階之權利範圍的必要。當然，憲法亦可只訂出原則的宣示，其他的權利行使之範圍及限制可由其他法律加以補充，但本文認為，此種因政策考量，為增進公共利益給予的排他權，一方權利的行使即會限制了其他公眾相關權利的行使，應有更明確的憲法位階來表彰權利來源及該權利之憲法界限，避免有透過法律制定或行政命令等方式，擴張專用權的範圍，侵害多數人之基本權而不自知，故宜在憲法位階直接處理這類特殊性質的「權利」之權利泉源及權利限制及範圍。

第二目 憲法第二十二條之「其他基本權」

依我國憲法第 22 條之規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」，係將第 7 條至第 18 條所列舉以外之一切權利，使用概括規定加以保障。

本條有基本權構成要件的意義，學說上稱為「憲法直接保障主義」，亦即憲法保障所有自由權利，凡是符合此要件之自由權利即受憲法所保障，而非待憲法所賦予，惟「不妨害社會秩序與公共利益」是抽象之法律概念，無法列舉，應藉由實務針對國家與社會發展之需要，漸次形成，如國家之增加稅收所形成之財政充（釋字第 345 號解釋）、法獨立所形成人民對司法之信賴（釋字第 228 號解釋）、防止走私對經濟秩序的維持（釋字第 324 號解釋）、交通安全秩序的維護對人民行動之助益（釋字第 223 號解釋）等，皆可認為是社會秩序與公共利益；本條亦有一般自由權推定的意義，其功能於德國基本法第 2 條之「一般行為自由」或「人格發展自由」同義。德國基本法該條之規定，學說上稱為剩餘基本權

²³ 參閱呂文詮（2005），專利權之本質研究—論專利權之社會化，中原大學財經法律學系碩士論文，頁 115—專利權之排他權係「不允許他人為特定之實施、利用行為的權利」之概念，則該概念必須能透過擴張解釋財產權之排他性權利，使其涵攝其中，即無需自補遺權當中尋得保護領域。但就專利權而言，因為其客體沒有被侵奪之可能，而他人之干擾、妨害卻也不影響專利權人對其專利發明之實施或利用，所造成之影響較嚴重的係經濟上的競爭行為。如此，欲藉著擴張解釋財產權之排他性權利使其包括專利之排他權似乎過於牽強。

(補遺權)，個人之行爲首先應屬於個人自由之推定，結果是國家對於個人自由應予尊重，國家欲限制人民之一般自由權利時，須有令人信服的更高層次的目的，特別是有助於公共利益²⁴。

既然憲法第 22 條以消極的定義方式稱「不妨害社會秩序公共利益」之自由權利，即受憲法保障，故在解釋上，基本權存在，只要消極的不對社會共同體造成侵害即可受憲法之保障。反過來，如國家擬給予限制，即應符合法律保留原則。因此，此一規定在憲法解釋上，可以視為基本權構成要件，只是此種構成要件是消極性的，即不論是基本權之內在本質之限制或外在行使方式，只要「不妨害社會秩序公共利益」即應沒到保障。²⁵

準此，智慧財產權及其排他權即應為憲法第 22 條之其他基本權，然其「不妨害社會秩序公共利益」的界限應為何？因智慧財產權多涉及公益政策目的，故，探討社會秩序、公共利益時，宜參考各智慧財產權政策目的，如專利法第 1 條之立法目的「為鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展，特製訂本法」並透過法律保留與比例原則，對於社會秩序與公共利益勾勒出最符合社會需求之輪廓。

綜上，我國憲法應明訂不同智慧財產權的基本權已如上述，然，在未明訂之前，「智慧財產權」依不同之權利別，如著作權、專利權等，依其內容及屬性，應分別認屬憲法第二十二條之「其他基本權」，並依各智慧財產權政策目的及法律保留與比例原則等為其「不妨害社會秩序公共利益」的界限。

第三項 與基本國策的關係

「基本國策」是一個國家為整個國家的經濟和社會發展而制定出事關總體的和長期性的重大決策。基本國策除了做為國民總體意志的宣示以及政府對於此等國家基本政策的重視之外，從憲法的內容來說，基本國策屬於與「基本權利保障

²⁴ 參閱李惠宗 (2004)，「憲法要義」，元照出版社，頁 339~341。

²⁵ 參考資料同前註，頁 340。

憲章」以及「政府組織」並列為憲法主要內容的「國家基本價值之承諾」²⁶。

國內憲法學界對於基本國策中的各項條款之效力，或有認為僅係用來吸納各方要求而具宣示效力者²⁷；

有認為根本不具備任何規範效力者²⁸；

有認為具備憲法規範效力者²⁹；

有認為不能一概而論，應視個案決定是一切施政活動的方針條款，或是立法裁量的界限，並得為憲法解釋或法令解釋之基準。在討論關於智慧財產權之基本國策規範之效力前，我們應先確認智慧財產權的憲法位階，是否有來自基本國策之規範³⁰。

第一款 促進經濟發展之基本國策

智慧財產權具有知識經濟的特質，透過智慧創新、創作，得以促使國家經濟競爭力提昇，與國家經濟發展息息相關。我國歷次修憲針對國家經濟發展與社會變遷之事實與需要，增定若干關於國民經濟與社會安全之基本國策，主要表現在增修條文第 10 條第 1 項中：「國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，推動農漁業現代化，重視水資源之開發利用，加強國際經濟合作。」。

「憲法中國民經濟一節的要義，在於界定且規範整體經濟體制的基本特質和運作秩序，以發展健全的國民經濟體制。基本上，其要點在於強調整個經濟體制的存在、運作與發展，是以照顧全體國民的生活和生計為目的。化解各種經濟、社會團體間的衝突，並提升整體經濟資源的有效利用；對外而言，則希望因而強

²⁶ 參閱吳榮義主持（2005），「憲法基本國策中有關經濟政策之檢討」，行政院研究發展考核委員會，頁 1。

²⁷ 參閱葉俊榮（2003），九七憲改與台灣憲法變遷的模式，民主轉型與憲法變遷，元照出版社，頁 111~156。

²⁸ 參閱謝瀛洲（1971），中華民國憲法論，頁 277。

²⁹ 參閱賴英照（2004），憲法與國民經濟問題，中樞慶祝行憲暨國父紀念月會專題報告。

³⁰ 參閱李惠宗（2004），「憲法要義」，元照出版社，頁 620~622。

化經濟主體性和整體性，以便有效對抗外來經濟壓力，或促成對外發展。」基本國策除了人權保護之憲章以及政府組織之外，尚有宣示國家基本價值之目的與功能，透過與經濟國策相關之憲法條文及大法官會議解釋，對智慧財產權的發展產生莫大的影響。

第二款 促進文化科學發展之基本國策

我國致力追求教育、科學與文化的發展，因為憲法中給予人民的自由權，是指人民關於生命中的選擇可以自主負責作成決定，而這些選擇將在發展教育、推動科學、承認多元文化發展的脈絡下才會更顯的具有意義。我國為確保國家及各地方自治團體對於人民之教育、科學與文化生活得有穩定而必要的公共支出，憲法第 164 條明確規範中央及地方之教育科學文化之預算，須達預算總額之一定比例。增修條文第 10 條第 10 項規定：「教育、科學、文化之經費，尤其國民教育之經費應優先編列，不受憲法第 164 條規定之限制。」，除了設預算比例保障教科文的發展，憲法第 165 條及第 166 條亦規定「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。」及「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物。」來表彰了發展教育科學文化的決心。

為落實憲法第 165 條、第 166 條及憲法增修條文第 10 條第 1 項「國家應獎勵科學技術發展及投資」之宗旨，立法院在民國 87 年 12 月 29 日三讀通過「科學技術基本法」，並經總統於民國 88 年 1 月 20 日正式實施。該基本法第 1 條即明文指出「為確立政府推動科學技術發展之基本方針與原則，以提升科學技術水準，持續經濟發展，加強生態保護，增進生活福祉，增強國家競爭力，促進人類社會之永續發展，特制定本法。」等發展智慧財產權及科技等之決心³¹。

有問題者，除了前述之人性尊嚴、人格權、財產權之規定外，憲法第 165 條「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。」，憲法第 166 條「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、

³¹ 「科學技術基本法」全文，http://www.nsc.gov.tw/rule/S&T_law.html，最後造訪日：2009 年 5 月 1 日。

文化、藝術之古蹟、古物。」，及憲法增修條文第 10 條第 1 項中：「國家應獎勵科學技術發展及投資，促進產業升級，推動農漁業現代化，重視水資源之開發利用，加強國際經濟合作。」之規定，是否是智慧財產權的憲法基礎？

學者楊智傑並認專利法第 1 條立法目的：「為鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展，特制訂本法。」及著作權法第 1 條立法目的：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制訂本法。」與憲法第 165 條及第 166 條精神有關。他並認為：「專利法和著作權法的立法目的，都未提到保障財產權，可見專利和著作並不是固有的財產權，而是新創的、爲了要符合這兩個法律的目的才制訂出來的制度。故智慧財產權的憲法基礎，未必僅能是憲法第 15 條財產權，而還可以是憲法基本國策的第 165 條及第 166 條之規定，然，與美國憲法第 1 條第 8 項第 8 款，憲法授權給國會爲了促進科學文化進步，而建立智財權制度的條文相較，我國憲法第第 165 條及第 166 條之規定係「由國家獎勵（補助）科學文化」的制度，而非如美國憲法，直接規定給予獨占權，明文採取智慧財產權制度³²。

本文認爲智慧財產權的權利種類及制度設立目的並非完全相同，「成立智慧財產權制度」或是「由國家直接補助的制度」並不影響國家發展教科文的的基本國策，且此兩個制度並非不可兩立，以我國現行的專利制度，依情況亦可個案換成或同時輔以「由國家直接補助的制度」。學者許牧彥即指出：如果政府能事先開出新科技的規格，那麼政府就可以獎金的方式來獎勵最先達到這個規格的發明者。如果政府能事先知道新科技的價值，那麼政府就可以採購這個新發明，提供給全社會來使用。但一般而言，政府既不能事先開出新科技的規格也不能事先知道新科技的價值，Wright（1983）認爲這就解釋了爲何今日政府用來促進研發的主要方式是專利制度（Patent）而非獎金（Prize）或採購（Procurement）。透過現行的專利制度，政府既不必事先開出新科技的規格也不必事先知道新科技的價

³² 參閱楊智傑（2008），智慧財產權的憲法基礎—兼論智財權與言論自由的衝突，財產法暨經濟法，第十六期，頁 1~40；參閱Section 8-8 of The United States Constitution—To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries; <http://www.usconstitution.net/const.html#A1Sec8>, 最後造訪日：2009 年 5 月 1 日。

值，但仍然能有效地促進了「新穎性，進步性，及有用性」的科技發展。本文認為「以公開技術資訊來向政府交易一個未知的市場範圍」亦是一種對價，應可解釋為另一種獎勵形式³³。

綜上，憲法第165條、第166條及增修條文第10條之規定「國家應保障教育、科學、藝術工作者之生活，並依國民經濟之進展，隨時提高其待遇。」及「國家應獎勵科學之發明與創造，並保護有關歷史、文化、藝術之古蹟、古物。」不應由「獎勵」的用語，即認為我國要保障的智慧財產權僅設限於「由國家直接補助的制度」上。現行的專利制度，包括專利權的內容，與專利權人交換的市場範圍都仍是政府的對智慧財產權保障、促進發展的政策（亦應解釋為附有對價關係的獎勵），這個政策的落實、解釋或修正，其精神亦是建構在憲法對教科文的保護之相關條文及基本國策下。故憲法及其增修條文所表彰的促進文化科學發展之理念與基本國策亦是智慧財產權（包括任何因應而生的制度）建立的憲法基礎。

第三款 維護正當交易秩序之智慧財產權政策

我國為規範經濟體制，在憲法中規範經濟秩序，如憲法第13章「基本國策」第3節「國民經濟」及增修條文第10條。除了這幾個明確的條文，憲法保障人民的基本自由權利，如人身自由、契約自由、居住及遷徙自由、生存權、工作權及財產權，加上第22條「其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」，亦使經濟機制完善，而得以造就自由競爭的機能與秩序，落實市場經濟制度的實現。

智慧財產權具有知識經濟的特質，透過智慧創新、創作，得以促使國家經濟競爭力提昇，與國家經濟發展息息相關，已如前述。做為與經濟發展密切相關的權利，在智慧財產權的制度設計及實施在本質上是否有維護交易秩序的機制，是否有憲法位階上的義務及規範應遵循，是本款要討論的重點：

³³ 參閱許牧彥（2001），從知識的經濟特質談台灣專利制度的演進，台灣產業研究，第4期，頁297~352。

一、在智慧財產權的範圍裏，本即有一塊是為「維護交易秩序」而存在的智慧財產權，即在本文第二章智慧財產權的概念中所論述的「法律對於『維護交易秩序』所為的保護」這一類的智慧財產權。

對這一類智慧財產權而言，「維護交易秩序」是其本質任務，權利的行使本身即應負起「維護正當交易秩序之智慧財產權政策」之任務，如 WIPO 第二條第八款「智慧財產權」的範圍所列的：製造標章、商業標章及服務標章，以及商業名稱及營業標記、「不公平競爭之防止」及 TRIPS 所界定的「智慧財產權」範圍中所列的「商標」、「產地標示」、「授權契約中違反競爭行為之管理」、「未公開資訊之保護」，即是對「產業之正當競爭秩序」之保護。

二、而對於另一類的智慧財產權，即「法律對於『人類運用精神力所創作之成果』的保護之智慧財產權」，如 WIPO 第二條第八款中「文學、藝術及科學之著作」、「演藝人員之表演、錄音物及廣播」、「人類之任何發明」、「學術上之發現」、「產業上之新型及新式樣」、「其他在產業、科學、文學及藝術領域中，由精神活動所產生之權利」及 TRIPS 在界定「智慧財產權」範圍時所列的「著作權及相關權利」、「工業設計」、「專利」、「積體電路之電路布局」等，因為智慧財產權制度設計的本身，即是拿知識專有權來換取知識的共用權，給予智慧財產權利的目的，很重要的一部分是為確保專用權的授予能換來知識共用的最大利益，並最大限度地增進社會的整體福利。因而，這類的智慧財產權在制度設計及權利實施上，亦有本質上的，憲法位階上的義務及規範應遵循，即權利之行使應「在知識專有權和知識共用權之間進行利益平衡，確保專用權的授予能換來知識共用的最大利益，並最大限度地增進社會的整體福利」，而這個要求，在另一面向亦是對正當交易秩序的追求。

第二節 憲法對智慧財產權的限制

「智慧財產權」依不同之權利別，如著作權、專利權等，依其內容及屬性，分別認屬憲法第 22 條之「其他基本權」，並依各智慧財產權政策目的及法律保留與比例原則等為其「不妨害社會秩序公共利益」的界限，此界限亦即憲法對智慧財產權的限制，說明如下：

第一項 智慧財產權政策目的與公、私利益衡平原則

任何政策決定，必然涉及諸多利益的衝突，如何在公、私益間取得平衡，達成政策的共識，常常是立法上需要注意的原則。在智慧財產權制度設計上更是如此，因為智慧財產權本來就是一個利益衡平機制，在智慧財產權的設計上，給私益專有權的利益，其實是要交換公益，於是，公私利益間的抵換，包括政策制定、實際執行的結果是否衡平，均應被謹慎的評估³⁴。

以我國相關智慧財產權法為例：專利法第 1 條：「為鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展，特制訂本法。」；著作權法第 1 條：「為保障著作人著作權益，調和社會公共利益，促進國家文化發展，特制訂本法。」，促進產業發展、調和社會公共利益；商標法第 1 條：「為保障商標權及消費者利益，維護市場公平競爭，促進工商企業正常發展，特制定本法。」可知，智慧財產權的立法目的中都包含了對公益的追求，沒有對公共利益的保障，智慧財產權的立法宗旨將無從實現。

準此，政策目的及其所欲達到的「公私利益衡平」應做為智慧財產權的憲法位階之權利內涵的標準或限制：「在『智慧財產權制度設計的本身』及『智慧財產權制度的實施上』，是否達到知識專用權和知識共用權的利益平衡，確保專用權的授予能換來知識共用的最大利益，並最大限度地增進社會的整體福利」。

第二項 憲法基本權限制時的原理原則

一、智慧財產權作為憲法基本權之一，應適用憲法基本權限制時的原理原則，說明如下³⁵：

(一) 實質正當（公益原則）：憲法第二十三條規定，欲限制人民之基本權利，必須符合「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共

³⁴ 參閱羅伯特·考特、湯瑪斯·尤倫合著（1911），法和經濟學，上海三聯書店，頁 22—用法律經濟學的觀點看，是指每一方都同時達到最大目標而趨於持久存在的相互作用形式。

³⁵ 參閱呂炳寬，基本權保障在憲法教學之應用，<http://web.thu.edu.tw/lu.bk/www/ins/6.pdf>，造訪日期：2009 年 6 月 29 日。

利益」之情狀。

(二) 比例原則：即憲法第二十三條條文中所述之「必要時」。為前述四大情狀之目的限制人民基本權利，其手段與目的間必須符合比例原則，亦即手段必須能達成目的（妥適性），選擇損害最小之手段（必要性）以及手段與目的必須相稱（狹義比例性）。

(三) 法律保留原則：依據法治國原則，法律保留原則為確保依法行政所必須遵守者。所謂法律保留原則，指的是國家行為必須有法律之依據，也就是說當國家欲限制基本權利時，必須以法律為之。

第三項 小結

智慧財產權應為憲法第 22 條之其他基本權，因智慧財產權多涉及公益政策目的，故對該等權利之限制之「不妨害社會秩序公共利益」的界限，應參考各智慧財產權政策目的，並透過實質正當原則、法律保留與比例原則等，確認知識專用權和知識共用權的利益平衡，確保專用權的授予能換來知識共用的最大利益，以最大限度地增進社會的整體福利。