

國立交通大學

科技法律研究所

碩 士 論 文

智慧財產權的全球化：開發中國家如何妥善運用
專利制度

The Globalization of Intellectual Property Rights: How to Use
the Patent System Properly in Developing Countries

研 究 生：王天心

指導教授：王立達 教授

中 華 民 國 一 百 零 一 年 七 月

智慧財產權的全球化：開發中國家如何妥善運用專利制度

The Globalization of Intellectual Property Rights: How to Use the Patent
System Properly in Developing Countries

研究生：王天心

Student : Tien-Hsin, Wang

指導教授：王立達

Advisor : Dr. Richard Li-Dar Wang

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

A Thesis

Submitted to Institute of Technology Law

College of Technology Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master

in

Intellectual Property Law

July 2012

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國一百零一年七月

學生：王天心

指導教授：王立達

智慧財產權的全球化：開發中國家如何妥善運用專利制度

國立交通大學科技法律研究所碩士班

摘要

自 1994 年世界貿易組織所轄——與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPS）制定以來，建立了智慧財產權的寰宇最低標準。開發中國家在國際智慧財產權的立法上面對許多困境，例如某些國家在藥商的高獲利之下，面臨著嚴峻的公共健康問題。雖然 WTO 發表杜哈宣言，但開發中國家在立法上的主權卻不斷受到侵蝕。此外，許多開發中國家的科技水準與專利數量亦未成長，而專利的權利卻掌握在外國人之手。而肇致這些困境的背後因素則是全球化現象與知識經濟的革新。

由於資訊與科技的變遷，已開發國家必須藉由改變國際情勢以鞏固自身於全球知識經濟體系中的地位，其中一條途徑即是掌控國際智慧財產權的立法以藉規範對開發中國家發生影響力。例如由美國貿易代表署主導的美國政府與歐盟藉由簽訂區域自由貿易協定（FTA）以控制開發中國家的國內法規。如此造成的結果為國際智慧財產權標準無止境的攀升，建立許多「超 TRIPS 協定條款」（TRIPS-plus provisions），限制了運用 TRIPS 彈性機制的的能力。此種似無止境的攀升，是否能達致知識經濟中的弱勢國家內各項生活水準的發展，而確實能達成散佈知識與科技移轉之目標，容有疑問。

本論文先由抽繹分析國際智慧財產權的立法現象開始，討論由開發中國家可能變化局勢的各種途徑，再詳細探討於規範上是否各該建議確能改變開發中國家所面臨的劣勢，而文末以呈現近年開發中國家與已開發國家在國際智慧財產權的立法上的折衝，並探討各種途徑的可能發展作結。

The Globalization of Intellectual Property Rights: How to Use the Patent System Properly in Developing Countries

Student : Tien-Hsin, Wang

Advisor : Dr. Richard Li-Dar Wang

Submitted to Institute of Technology Law

College of Technology Management

National Chiao Tung University

Abstract

Since 1994, attention has been focused on WTO's Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) as the most influential international intellectual property rights (IPR) agreement. It establishes minimum universal standards in all areas of intellectual property, and secures universal patent protection. But the implementation of TRIPS has put developing countries in various predicaments. The profit-driven pharmaceutical companies became less willing to tolerate compulsory licenses. Their extensive influence thus forced some states to struggle against public health crisis. Although WTO adopted the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health, the sovereign capacity of developing countries are still being gradually eroded. In developing countries, the proportion of patent grants to foreigners tends to be much higher than patents granted to their own nationals, and royalties paid to foreign countries do not necessarily lead to an increase of technology transfer. The enormous transformation in the IPR law-making context

was the consequences of globalization and technology revolution in the information age.

Developed countries make use of changing international norms in order to consolidate their status in global economy, which results in higher and higher intellectual property standards. However, the effect of this one-way ratchet in elevating the degree of development in poorer countries is dubious. The global ratchet for IP consists of waves of bilateral trade negotiations. A number of developing countries finally had to agree to free trade agreements that contained TRIPS-plus provisions and forego or limit their right to use TRIPS flexibilities. The US Trade Representative (USTR) has principal responsibility for administering U.S. trade agreements because they serve to ensure the profit of the US's intellectual property-related industry. The EU also seeks to secure TRIPS-plus provisions through similar mechanisms.

This paper analyzes international IPR law-making activities, outlines several possible approaches for developing countries, and discusses the practical aspects of these solutions. In the final part, this research will demonstrate the conflicts in international IPR law-making activities between the North and the South, and concludes by reevaluating the approaches presented.

誌 謝

在這裡感謝我的父母，尤其是我的母親。

特別要感謝我的指導教授王立達老師，還有科技法律所上的各位老師，雖然此處並未臚列全部，但是在我心中一個也沒有少。

天 心

目 錄

中文提要	i
英文提要	ii
誌謝	iv
目錄	v
表目錄	xii
圖目錄	xiii
第壹章	緒論.....	1
1.1	全球化：並未創新的古老概念.....	1
1.1.1	地理大發現時代至資訊時代：全球化的各種面向.....	1
1.1.2	關貿總協、世界貿易組織及 TRIPS 協定之建立.....	5
1.1.2.1	布列敦森林體系（Bretton Woods System）與固定匯率制度.....	5
1.1.2.2	關貿總協及 TRIPS 之建立.....	6
1.2	世界貿易、資訊商品與國際法之互動.....	11
1.2.1	全球化、開發中國家與法律.....	11
1.2.2	智慧財產權的全球化.....	14
1.2.3	智慧財產權與全球治理（Global Governance）.....	15
1.2.3.1	何謂全球治理？.....	15
1.2.3.2	WTO 與全球治理.....	16
1.2.3.3	智慧財產權的全球治理.....	17
1.2.4	開發中國家與發展議題.....	19
1.2.4.1	WTO 與發展議題.....	19
1.2.4.2	WIPO 與發展議題.....	21
1.2.5	開發中國家就智慧財產權所面臨之困境.....	24
1.2.5.1	藥物近用問題纏結難解.....	24
1.2.5.2	專利數量並未隨之增加.....	26
1.2.5.3	管制主權之實行受到限制.....	27
1.3	開發中國家與 TRIPS：文獻綜覽.....	28
1.3.1	經典批判法學論述（Classical Legal Criticism Works）.....	29

1.3.2	經濟學研究文獻.....	31
1.3.3	全球法律多元主義 (Global Legal Pluralism)	32
1.3.4	懷疑論述 (Skepticism)	33
1.3.5	其他社會科學論述.....	35
1.4	開發中國家的對策.....	36
1.4.1	WTO 框架下的條文解釋對策.....	36
1.4.2	競爭法管制體制的利用.....	36
1.4.3	利用專利法以促進創新.....	37
1.4.4	實驗免責與知識散佈.....	37
1.5	本論文之研究方法與架構.....	38
1.5.1	研究動機.....	38
1.5.2	分析架構.....	39
1.5.2.1	全球化現象：本論文之研究脈絡.....	39
1.5.2.2	本論文之研究架構.....	41
1.5.2.3	本論文之研究方法.....	44
1.5.3	研究目標.....	44
第貳章	全球智慧財產權體系的國際政治經濟分析.....	46
2.1	國際智慧財產權體系之建立.....	46
2.1.1	國際智慧財產權體系 (International IPR Regime) 之建立過程...	46
2.1.1.1	地域性保護時期.....	46
2.1.1.2	國際性保護時期.....	47
2.1.1.3	全球性保護時期.....	48
2.1.2	智慧財產權與貿易：兩情相悅的結合？.....	50
2.1.2.1	歷史發展層面：大型跨國企業的遊說進程.....	51
2.1.2.2	學術研究層面：智慧財產權與外國直接投資.....	52
2.1.3	全球現實層面：智慧財產權——在貿易之外.....	56
2.2	智慧財產權的全球體系：一個關於權力的觀點.....	57
2.2.1	開發中國家在國際智慧財產權體系中遭遇的權利分佈不對稱...	57
2.2.2	開發中國家在 WTO 體制中遭遇的權力不對稱.....	58
2.2.2.1	TRIPS 制定歷程中的權力不對稱.....	58

2.2.2.2	WTO 爭端解決機制的權力不對稱.....	60
2.2.3	雙邊主義下的世界現實.....	61
2.2.3.1	單邊壓迫手段：美國 301 條款與特別 301 條款.....	61
2.2.3.2	區域協定與新雙邊主義.....	62
2.2.4	小結.....	63
2.3	智慧財產權的全球體系：從各種理論以觀.....	65
2.3.1	現實主義（Realism）及其衍生學派.....	65
2.3.2	自由主義（Liberalism）及其衍生學派.....	66
2.3.3	制度主義（Institutionalism）.....	67
2.3.4	建構主義（Constructionism）.....	68
2.4	開發中國家可能提出的對應主張.....	69
2.4.1	傾競爭途徑（the Pro-competitive Approach）.....	69
2.4.2	人權途徑（the Human Rights Approach）.....	70
2.4.3	公共領域途徑（the Public Domain Approach）.....	71
2.4.4	新重商主義途徑（the Neomercantilism Approach）.....	74
2.5	國際智慧財產權立法的現象分析.....	74
2.5.1	共同的戰略可能：建制移轉（Regime Shifting）.....	75
2.5.2	智慧財產權的社會動員（Social Mobilization）.....	77
2.5.3	小結：國際智慧財產權立法的各種圖像.....	79
2.6	本章結論.....	81
第參章	智慧財產權體系的本質與目的分析.....	83
3.1	智慧財產權的特性.....	83
3.1.1	無體財產權（intangible property）.....	83
3.1.2	非敵對性（Nonrivalrousness）.....	83
3.1.3	非排他性（Nonexcludibility）.....	84
3.1.4	智慧財產權的體系定位與智慧財產權的問題.....	85
3.2	來自西方的各種主流智慧財產權與專利權觀.....	86
3.2.1	洛克的（Lockean）財產權觀.....	87
3.2.2	黑格爾的（Hegelian）財產權觀.....	88
3.2.3	都鐸王朝的英國的專利權實踐概觀.....	90

3.2.4	傑佛遜的(Jeffersonian)專利權觀.....	91
3.2.5	專利權的報償理論(reward theory).....	93
3.2.6	專利權的契約理論(contract theory).....	95
3.3	本章結論：如何看待專利權在國際智慧財產權體系之角色.....	96
3.3.1	自然權利理論的不足.....	96
3.3.2	報償理論於後工業化時代的可能受到之批判.....	98
3.3	小結：實定法下的智慧財產權定位與專利權之角色.....	99
第肆章	以責任法則作為促進創新之手段.....	102
4.1	財產法則與責任法則.....	102
4.1.1	財產法則(property rules).....	102
4.1.2	責任法則(liability rules).....	104
4.1.3	禁制法則(inalienability rules).....	105
4.1.4	小結.....	105
4.2	個案研究：美國 eBay 案.....	107
4.2.1	案件經過.....	107
4.2.2	美國最高法院之決定.....	108
4.2.3	協同意見書之見解.....	109
4.3	責任法則在智慧財產權上之適用性.....	110
4.3.1	專利強索(patent hold-up)之啟示.....	110
4.3.2	智慧財產權的特性.....	110
4.3.2.1	強索策略(hold-up strategy)與智慧財產權之特性.....	110
4.3.2.2	財產權的範圍問題.....	111
4.3.3.3	專利作為智慧財產權的之特殊性.....	112
4.4	責任法則面臨之批判.....	113
4.4.1	補償不足以致侵蝕獲利動機.....	113
4.4.2	評價價格不是不可能實現，就是無端增加法院負擔.....	113
4.4.3	另有其他機制可解決高交易成本之問題.....	114
4.4.4	對於批判之回應.....	115
4.5	以責任法則作為促進開發中國家創新之手段.....	116
4.5.1	禁制令(Preliminary Injunction)之層面.....	117

4.5.1.1	責任法則之啟示.....	117
4.5.1.2	專利體制之修改——專利非顯著性之利用.....	117
4.5.2	責任法則適宜促進創新之其他原因.....	119
4.5.3	責任法則是否合乎 TRIPS 協定之規定？.....	120
第五章	知識散佈、全球知識財與專利制度.....	122
5.1	全球知識財.....	122
5.1.1	全球知識的特性.....	122
5.1.2	公共領域 (Public Domain) 之意義.....	122
5.2	美國法上的試驗免責例外.....	125
5.2.1	試驗免責之意義.....	125
5.2.1.1	普通法上的試驗免責例外.....	125
5.2.1.2	成文法上的試驗免責例外.....	126
5.2.2	試驗免責案例舉隅.....	126
5.2.2.1	Madey v. Duke University 案.....	128
5.2.2.2	Integra Lifescience v. Merck KGaA 案.....	128
5.2.3	上述案例法對試驗免責例外解釋之影響.....	129
5.3	拜杜法案 (Bayh-Dole Act) 與科學社群制度的變化.....	130
5.3.1	拜杜法案之立法背景簡介.....	130
5.3.2	拜杜法案受到之討論與批評.....	132
5.3.3	拜杜法案之反思：對科學社群產生之衝擊.....	133
5.3.3.1	科學社群的體制變化：從公有主義到知識獨占.....	133
5.3.3.2	上游研究對未來研究的潛在威脅：封鎖、阻擋與延宕.....	135
5.2.3	上述案例法對試驗免責例外解釋之影響.....	129
5.4	小結：開發中國家與知識散佈.....	136
5.4.1	開發中國家是否需要試驗免責條款？.....	137
5.4.2	開發中國家是否需要拜杜法案？.....	137
5.4.3	試驗免責例外與拜杜法案對開發中國家的啟示.....	139
5.4.4	小結：朝向更蓬勃的公共領域途徑發展.....	141
第六章	開發中國家與競爭法、專利制度的交錯.....	144
6.1	開發中國家與競爭法法制.....	144

6.1.1	競爭法與智慧財產權的交錯.....	144
6.1.2	美國與歐盟：兩種體制的選擇.....	145
6.1.3	國際競爭法的和諧化(Harmonization).....	147
6.2	競爭法與專利權之交錯.....	149
6.2.1	競爭法上獨占與專利權獨占意義之不同.....	149
6.2.2	競爭法上禁止獨占與專利法上專利濫用之交錯.....	151
6.2.2.1	專利濫用與反競爭行為.....	152
6.2.2.2	對於專利濫用之批評.....	153
6.2.2.3	專利濫用之救濟.....	154
6.2.3	歐盟競爭法上之拒絕授權.....	154
6.2.3.1	歐盟競爭法與智慧財產權.....	154
6.2.3.2	關鍵設施原則之適用.....	155
6.2.3.3	歐盟競爭法對於使用智慧財產權構成濫用優勢地位之救濟.....	157
6.3	個案研究.....	157
6.3.1	台灣歐盟飛利浦案.....	157
6.3.1.1	案例事實簡述.....	157
6.3.1.2	本案與競爭法相關問題之檢討.....	158
6.3.2	藥商「霸凌」案.....	161
6.3.2.1	南韓 Gleevec 案.....	161
6.3.2.2	菲律賓 Norvasc 案.....	161
6.3.2.3	討論：藥商行為構成反競爭行為之疑慮？.....	162
6.4	小結：目前國際競爭法發展之問題.....	163
6.4.1	開發中國家與競爭法.....	163
6.4.2	檢討與展望：競爭法在開發中國家執行時可能發生之限制.....	165
第柒章	和諧與歧路：全球智慧財產權體系的展望及未來.....	169
7.1	閨雲籠罩的國際情勢.....	169
7.1.1	新雙邊談判的壓迫：自由貿易協定.....	169
7.1.2	新的國際智慧財產權立法模式：ACTA.....	172
7.1.3	國際智慧財產權立法的改變.....	174
7.1.3.1	全新的論壇移轉方式.....	174

7.1.3.2	新的社會動員與語言詮釋.....	175
7.2	和諧與歧路：TRIPS 協定永遠不足夠.....	176
7.2.1	搏扶搖羊角直上者九萬里：標準不斷攀升的龍捲風.....	176
7.2.1.1	自由貿易協定中各種有利於製藥產業的規定.....	178
7.2.1.2	專利保護範圍之擴張.....	181
7.2.2	歧路亡羊：TRIPS 協定例外與衡平規定之不足.....	184
7.2.2.1	TRIPS 協定第七、第八條.....	184
7.2.2.2	TRIPS 協定例外與衡平規定之不足.....	185
7.2.3	大敵當前：公共選擇理論與機關虜獲.....	186
第捌章	結論：開發中國家可行之對策檢討.....	190
8.1	傾競爭途徑（the Pro-competitive Approach）.....	190
8.2	全人權途徑（the Human Rights Approach）.....	191
8.3	公共領域途徑（the Public Domain Approach）.....	191
8.4	新重商主義途徑（the Neomercantilism Approach）.....	192
8.5	結語.....	193
參考文獻	198
自傳	209

表 目 錄

表一	開發中國家貿易成長率表·····	2
表二	全球化現象之各種現象概觀表·····	5
表三	TRIPS 協定中的各項實質智財權標準一覽表·····	10
表四	相關文獻分類略示表·····	35
表五	世界智慧財產權重要事件表·····	49
表六	實證學術研究中 FDI 與智慧財產權保護強度關係解釋表·····	55
表七	開發中國家可能採取之途徑優缺關係表·····	74
表八	智慧財產權與專利的各種理論表·····	96
表九	2000 年後簽訂之部分自由貿易協定中超 TRIPS 協定條款示意表··	183

圖 目 錄

圖一	本論文對全球化現象定義示意圖.....	40
圖二	本論文研究架構示意圖.....	43
圖三	各經濟體的人均所得與研發投入關係圖.....	142
圖四	獨占的價格與產量表示圖.....	150
圖五	1970 年後亞洲人與美國人申請專利准許數量比較圖.....	193

第壹章 緒論

一、全球化：並未創新的古老概念

1.1.1 地理大發現時代至資訊時代：全球化的各種面向

全球化 (globalization) 並不是個陌生的概念，然而，全球化究竟是什麼卻是個難以精確定義的概念。全球化的整體樣貌，與其細部的現象難以以寥寥數字呈現，本文嘗試由定義全球化的方式切入，提供一概括簡史。首先，全球化的第一層定義可能是指全球眾多國家彼此來往的情況，許多人跨越了本身所處的國境，與身在他國、素昧平生，或許人種與國籍皆不相同的人群接觸的情形。但這樣的情況自人類有交通工具以來，就已經開始，最為和平與頻繁發生的情形是人們透過貿易彼此往來。然而在歐洲探險家的地理大發現之前，這種往來相較之下較為零星，而絲路可能是地理大發現之前距離最長的商道。因而影響力也侷限於某些區域，推移的腳步較為緩慢。

如果我們選擇第二種定義，則全球化的意義為全球資本、勞力、貨物、商品，以及人口的大量流動。¹十七世紀時，東方的瓷器及織錦大量流入西歐，而西歐人將美洲的煙草與白銀、南方的香料，以及罌粟花製品運往東方。這是海權時代的全球化，是如格勞秀斯等國際法學者初出茅廬嶄露頭角時代。²這種大量的流動始自於頻繁的貿易，但伴隨的是文化的衝擊，甚或為一時頻繁的武裝衝突，可能造成的是法制上的改變。海權時代的地理大發現對當時亞、歐洲，以及「初為歐洲人所發現」的新大陸而言，造成巨大的影響，為當地人們觀看世界的方式奠下了一定的基礎。

這種大量的流動受到自由貿易的刺激而全力衝刺，一直至數十年前，國際金融、跨國公司成長得仍十分快速，資本流動地更為迅捷。這種資本流動稱為國外直接投資 (Foreign Direct Investment, FDI)³，在 2011 年開發中國家⁴吸收了近半數全球國外直接

¹ See e.g. Paul S. Berman, *Global Legal Pluralism*, 80 S. CAL. L. REV. 1155, note 50 (2007).

² See generally TIMOTHY BROOK, *VERMEER'S HAT: THE SEVENTEENTH CENTURY AND THE DAWN OF THE GLOBAL WORLD* (Bloomsbury 2008). The eminent Sinologist Timothy Brook provides a very fascinating version of the global trade activities during 17th century, which combines Chinese exporting goods and reaction in Netherlands together to illustrate a big picture of the Age of Expedition.

³ Other translation may be: 外國直接投資、境外直接投資、外人直接投資、對外直接投資、海外直接投資。

⁴ The term “developing countries” may refer to states having an inadequate access and quality of governmental services, social services, education programs, life expectancy, and standard of living. There is also an unequal

投資流入量，創下了國外直接投資量的紀錄，其中大部分是北方向南方國家所為之投資。⁵通常，對於經濟上較為弱勢的國家而言，他們是國外直接投資的接受者，如迅速崛起的亞洲開發中國家。

表一：開發中國家貿易成長率表（1991-2003）

開發中國家貿易成長率（1991-2003）			
國家或區域	1991-1995	1996-2000	2001-2003
出口成長率			
世界	8.7	4.8	5.8
開發中國家	12.2	7.7	7.4
低度開發國家（LCD）	3.8	10.1	8.4
非洲低度開發國家	0.1	7.3	10.2
低收入國家	8.7	9.6	8.1
非洲低收入國家	2.8	12.6	4.2
進口成長率			
世界	8.1	5.2	6.0
開發中國家	13.3	5.3	8.1
低度開發國家（LCD）	5.8	3.3	12.0
非洲低度開發國家	3.1	1.9	13.3
低收入國家	9.2	4.4	12.8
非洲低收入國家	5.2	0.9	16.1

來源：WORD BANK AND IMF, GLOBAL MONITORING REPORT, (Washington D.C.: 2005).

distribution of income in developing countries, and their factors of production are not fully utilized. These countries whose economies are characterized by cheap, unskilled labour and a scarcity of investment capital generally have low levels of technology and little in the way of an industrial base.

The World Bank's main criterion for classification is gross national income (GNI) per capita. Based on its GNI per capita, every economy is classified as low income, middle income (subdivided into lower middle and upper middle), or high income. Developing country usually has per capita incomes are below 5000 USD and often less than 1500 USD. Around 70% of the world's population live in the developing countries.

Since no single definition of the term developing country is recognized internationally, the WTO allows its members to announce for themselves whether they are "developed" or "developing" countries. However, other members can challenge the decision of a member to make use of provisions available to developing countries. There are still nations with a relatively high level of material well-being are categorized under the term "newly industrialized countries, NICs." The most typical instances would be South Korea and Taiwan.

⁵ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2011* (July 26, 2011), available at http://unctad.org/en/docs/wir2011_embargoed_en.pdf (last visited June 31, 2011).

為便利資本市場中的資金流動，國外股本證券投資（foreign portfolio equity investment, FPEI）亦大幅飆升，各種證券組合基金使得資本大量流向外國。東歐出身的索羅斯（George Soros）主導的量子基金（Quantum Fund），是引起 1997 年前後捲起亞洲金融風暴，讓東南亞民眾飽受經濟破產後的煎熬的推手之一，就是這種大量流動狀況最好的例證。自 1980 年開始的全球化現象，遠比自 1870 第一次世界大戰期間視為第一波全球化更為廣泛，廣袤的全球疆域等於是在經濟上縮小了不少距離。

二十世紀以降，自西元 1970 年開始的四十年間，海權時代已然驟變為資訊時代。衝擊與衝突隨著大規模戰鬥的結束，逐漸成為依存與整合，全球市場的界線逐漸消靡，並不受到國家的疆界所拘束。因而全球化的第三種定義方式，則是強調市場及區域的整合與相互依賴（interdependence）。⁶因 1970 年代的經濟衰頹（詳下段所述）使得經濟大國的利潤滑落，在 1980 至 1990 的十年間，美國的淨利潤率（net profit rate）從 22% 跌至 10%，法國從 18% 跌至 10%，日本從 44% 跌至 13%。⁷在不確定的全球市場中，資本主義大國開始尋找「解除管制的金融體系」，與「對商品更強的保障」。Maskus 指出，在這樣的全球整合的環境中，科技、資本的流動障礙更低，知識及科技更形重要。⁸在這樣的脈絡下，我們可以推知「對商品更強的保障」將會是保障知識、訊息、內容等無形資訊的智慧財產權。

如果我們論及全球化的第四種概念，則是一種批判，這種論述則認為全球化徒為霸權國家（hegemons）在工業化歷程中對開發中國家的壓迫，而壓迫遍及價值、經濟，乃至於法制規範（norms）。⁹來自霸權的壓迫徒然將全球整合為一更為巨大的單一市場，將工業化中更細緻的分工建立在對無能為力的外國人民的剝削上。17 世紀時範圍影響擴及他國，而數個影響深入地球其他角落的大型商業私人機關已經成立，如東印度公司¹⁰與哈德遜灣公司（the Hudson's Bay Company）。20 世紀後在交通與信息傳播都特別快速的狀況下，跨國企業（multinational corporation, MNC）¹¹提供其他國家人民工作機會，然

⁶ See KENICHI OHMAE, *THE END OF THE NATION STATE: THE RISE OF REGIONAL ECONOMIES* (New York: Simon and Schuster Inc. 1995).

⁷ KEITH FAULKS, *POLITICAL SOCIOLOGY: A CRITICAL INTRODUCTION* 53 (NYU Press 2000).

⁸ Keith E. Maskus, *The Role of Intellectual Property Rights in Encouraging Foreign Direct Investment and Technology Transfer*, 9 *DUKE J. COMP. & INT'L L.* 109, 110 (1998).

⁹ Paul S. Berman, *From International Law to Law and Globalization*, 43 *COLUM. J. TRANSNAT'L L.* 485, 553 (2005). Professor Berman mentions this point of view in the article for an introductory perspective to revalue the phenomena in the process of globalization. However, he concludes:

"This version of culture as a static homogeneous system, resist to change, differs dramatically from models of culture developed in anthropological literature over the last two decades."

¹⁰ The subject both refers to the English East India Company and the Dutch East India Company (Dutch: Vereenigde Oost-Indische Compagnie, VOC).

¹¹ Other terminology with the same meaning may be multinational enterprise, MNE, or transnational cooperation, TNC.

而跨國企業利用國際分工及資金的自由流動，以降低其生產成本和投資風險，並藉由拆除貿易障礙，以達到擴張市場的最終目的。然而跨國企業出境後，從此不受內國法體系價值與強制力的約制。一位評論者如此書寫：

我將全球化定義為企業更快速地移動金錢、工廠和產品，在全球尋找更廉價的勞動力、原物料等，以及願意忽視消費者權益、勞工及環境保護法規的政府的過程。作為一種意識形態，它在相當程度上是不受道德或倫理考量所羈束的。^{12 13}

在自由化經濟下，跨國企業的影響力對全球產生了什麼影響，是全球化理論中廣為辯論的一個議題，但終歸理論的焦點仍然是在資本流動更為便捷、商品與金錢交換更為快速的狀況下，對所有國家中的個人產生了影響。著名評論家 Korten 在談及「刺激經濟成長以解決貧窮」的觀點，提出的見解如下：

而那造就了兩件事：第一是對地球環境系統再生能力破壞的加速；第二是使富者與貧窮對剩餘資源的競爭加劇。我現在相信，國內生產毛額（GNP）所真正衡量的，是經濟上強者剝奪弱者的資源而將資源變成產品的速度，這些產品隨之卻快速成為富人的垃圾。隨著企業用科技取代勞工，企業獲得更大的力量。……這就是全球競爭的真正意義——社群和勞工與對方競爭以吸納最能以低成本生產且最能獲利的公司。¹⁴

從前述的四個定義中，我們發現了全球化的四個不同的面向：接觸、流動、整合，甚至是壓迫。事實上，時間發展至現代為止，全球化的本質亦可以說是一種競爭：個人間的競爭、實業間的競爭、經濟體間的競爭，以及國家及管理國家的法制間的競爭，只

¹² Mark Ritchie, Globalization vs. Globalism, International Forum on Globalization, available at <http://actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/globe/kirsh.htm>. (last visited Dec. 31, 2011) The original text is as follows:

“I will define globalization as the process of corporations moving their money, factories and products around the planet at ever more rapid rates of speed in search of cheaper labor and raw materials and governments willing to ignore or abandon consumer, labor and environmental protection laws. As an ideology, it is largely unfettered by ethical or moral considerations.”

¹³ For a contrast perspective of the MNCs' effect and future, Cf. ANTHONY GIDDENS, THE THIRD WAY AND ITS CRITICS (John Wiley & Sons 2000).

¹⁴ Quotes from famous critic and author David Korten, See WAYNE ELLWOOD, THE NO-NONSENSE GUIDE TO GLOBALIZATION 67-68, (Verso, 2001) (2001). The excerpted texts are provided without citations. The quoted text is as follows:

“And that does two things: it accelerates the rate of the breakdown of the planet's ability to regenerate its natural systems. And it intensifies the competition between rich and poor for the resources that remain. I now believe that what Gross National Product (GNP) measures is the rate at which the economically powerful are expropriating the resources of the economically weak in order to convert them into products that quickly become the garbage of the rich.As corporations replace workers with technology they gain even more clout.This is what global competition is really about – communities and workers compete against each other to absorb even more of the production's costs of the world's powerful and profitable companies.”

是範圍擴大為全球。當新興市場一個接著一個開放時，全球資本與產品迅速地流動，新興市場彼此相互競爭，如同全球化理論名家 Anthony Giddens 所談論的一般，這樣的競爭最後切實地影響到地球上的每一個個人。¹⁵而也就像是 Giddens 所主張的一般，我們必須將視角放得更廣，過往對於資本與市場（或許可稱為右派）、勞工與階級（或許可稱為左派）的論述尚不足以使我們得到解決這些問題的方案。¹⁶

表二：全球化現象之各種現象概觀表

全球化現象之概觀	特 色
接觸	個人跨越了本身所處的國境，與人種與國籍皆不相同的人群接觸，透過貿易彼此往來。
流動	全球資本、勞力、貨物、商品，以及人口的大量流動，晚近國際金融、跨國公司、資本流動成長得仍十分快速。
整合	全球市場的界線逐漸消失，跨國企業必須前往本國以外的地區尋找市場方能生存，經濟體的榮衰彼此影響甚大。
壓迫	跨國企業在全球尋找更廉價的勞動力、原物料，提供其他國家工作機會，然而願意忽視自身消費者權益、勞工及環境保護法規的國家與政府將助其一臂之力。
競爭	市場範圍擴大為全球，新興市場一個接著一個開放，國家或區域成為彼此競爭的經濟體。

來源：作者整理。

1.1.2 關貿總協、世界貿易組織及 TRIPS 協定之建立

1.1.2.1 布列敦森林體系（Bretton Woods System）與固定匯率制度

第二次世紀大戰結束後，為了加強國際經濟合作，重建國際貨幣秩序，恢復國際貿易的自由進行，1944 年 7 月 44 個國家的代表們在美國新罕布夏爾州的布列敦森林（Bretton Woods）舉行會議，以建立國際貨幣與金融交易的標準。布列敦森林會議的成果是成立「國際貨幣基金」（International Monetary Fund, IMF）及「國際復興開發銀行」

¹⁵ Anthony Giddens owns an enormous bibliography written about globalization. See generally Nicholas C Georgantzis et al., *Giddens' globalization: Exploring dynamic implications*, 27 SYS. RES. & BEHAV. SCI., 622 (2010).

¹⁶ See ANTHONY GIDDENS, *THE THIRD WAY AND ITS CRITICS* (John Wiley & Sons 2000).

(International Bank for Reconstruction and Development, IBRD, 即後來世界銀行的前身之一), 並且建立稱為「可調整的固定匯率制度」(Adjustable Fixed Exchange Rate System), 實際上便是在不恢復金本位的條件下, 各國貨幣緊釘住美元的另一種固定匯率。可調整的固定匯率制度目的是為了促進貿易的暢通, 並順利進行資本積累, 以幫助第三世界的國家重建戰後的經濟體系。

原本擬定納於布列敦森林機構中的經貿組織包括: 世界銀行 (World Bank)、國際貨幣基金、以及國際貿易組織 (International Trade Organization, ITO) 等等。當時 ITO 的二十三個創始會員在 1947 年展開關稅減讓談判, 談判結果達成多項關稅減讓決議。後包括美國在內之各國最後協議, 將該關稅談判結果, 加上原 ITO 憲章草案中有關貿易規則之部分條文, 成為「關稅及貿易總協定」(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT 1947)¹⁷; 各國同意以「暫時適用議定書」(Provisional Protocol of Application) 之方式簽署 GATT, 其性質乃是一個多邊協定, 由許多國家針對貿易相關的事項表示同意。¹⁸GATT 為論壇所進行之歷次多邊談判, 雖以關稅談判為主, 惟均是對原有協定之修正, 每一次之多邊談判乃稱為回合談判。

世界貿易在此時期顯著成長, 在 1970 年代資本主義卻遭遇了意料外的變化與不安, 最關鍵的原因是 1973 年發生導致油價暴漲及經濟重挫的石油危機。可調整的固定匯率制度顯示了建立在貨幣與財物交換上的世界經濟必須隨美國一同沉浮, 一旦美國經濟自身難保, 其他國家也不能倖免。而固定匯率制解體的原因, 主要也是美元供需與黃金儲備之間的矛盾造成的, 美國的經濟衰頹迫使美國更換為浮動匯率制 (Floating Exchange Rate System)。同時自 1980 年開始, 智慧財產權商品的重要性也逐漸增加, 是故在 1974 年美國國會制定了貿易法, 對智慧財產權商品的侵權國予以單方面制裁 (詳本論文第二章單邊主義的現實部分), 美國可單方決定是否對侵權國實行經濟報復。智慧財產權商品的問題也在東京回合談判時被提出, 相關的問題在 WTO 回合談判中浮上檯面。

1.1.2.2 關貿總協及 TRIPS 之建立

自西元 1970 年開始, 資訊相關的產品重要性逐漸增加。1988 年, 美國貿易代表署 (Office of the United States Trade Representative, USTR) 開始要求美國國際貿易委員會

¹⁷ General Agreement on Tariffs and Trade, October 30, 1947, 55 U.N.T.S. 194 [hereinafter GATT 1947].

¹⁸ GATT 1947 is an international multilateral agreement by its nature. The agreement and all of its documents virtually formed a *de facto* international regime. The principle ideals of GATT 1947 are to promote the liberalization of global trade activities and to coordinate the disputes between the participating states. However GATT 1947 is not a legal subject *de jure*.

(International Trade Commission, ITC) 調查美國企業在開發中國家就智慧財產權所受的損失，經過 ITC 的調查發現，於 1986 年美國企業在境外就智慧財產權的損失介於 43 至 61 億美元之間。這些因侵權發生的損失主要來自於新興工業國，而最容易發生侵權的商品為：藥品、電腦軟體，與娛樂相關產品。¹⁹

在 1979 年東京回合談判之後，已開發國家早已非常關切開發中國家內發生的「搭便車」(free-riding) 盜版侵權商品問題。開發中國家時常發生製造品質低劣、冒用著名商標的盜版商品，以及銷售可代替高科技產品的廉價代用品等問題。當地消費者傾向購買較已開發國家跨國企業販售之更為低價而品質較劣的商品，使得美國等科技、內容產品出口國的商業利益受到侵蝕。原本 GATT 1947 之中第九條及第二十條(d)段已經和有與智慧財產權商品有關之規定，²⁰但並未擁有關於「反仿冒法」(anti-counterfeiting goods code) 或與智慧財產權相關的多邊協定存在。1982 年的部長級會議就已涉及智慧財產權的討論，談判的壓力增加則來自於已開發國家談判者對智慧財產權商品的重視，²¹因而建立國際智慧財產權體制的新架構在烏拉圭回合談判成為重要議程。²²針對開發中國家內盜版商品橫行的狀況，烏拉圭回合一系列談判目標遠包括：擴大和統一智慧財產權保護範圍、延長並統一智慧財產權保護期限、反對強制授權等等。

第八回合談判於烏拉圭舉行，稱為烏拉圭回合談判，自 1986 年開始，於 1993 年 12 月 15 日完成，為 GATT 史上規模最大、影響最深遠之回合談判，亦為對世界智慧財產權影響最為重大之 GATT 回合談判。在烏拉圭回合談判後，會員國決議成立世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO)²³，各國部長在 1994 年四月於摩洛哥馬爾喀什簽署「烏拉圭回合多邊貿易談判藏事文件」(Final Act Embodying the Results of the Uruguay

¹⁹ L Danielle Tully, *Prospects for Progress: The TRIPS Agreement and Developing Countries After the DOHA Conference*, 26 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 129, 133 (2003)

²⁰ GATT 1947 Article IX. The article reads:

“The contracting parties shall co-operate with each other with a view to preventing the use of trade names in such manner as to misrepresent the true origin of a product, to the detriment of such distinctive regional or geographical names of products of the territory of a contracting party as are protected by its legislation.”

Article XX(d) reads:

“necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trademarks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;”

²¹ See Robert W. Kastenmeier & David Beier, *International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks, and Reality*, 22 VAND. J. TRANSNAT'L L. 285 (1989).

²² See Carlos Alberto Primo Braga, *The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View From the South*, 22 VAND. J. TRANSNAT'L L. 243, 247-253 (1989).

²³ WTO 第四屆部長會議於同年 11 月 11 日通過採認我國入會案，我國以在對外貿易關係上具自主權地位的「台灣、澎湖、金門及馬祖個別關稅領域」之名入會，於 2002 年 1 月 1 日成為 WTO 第 144 個會員。所有 WTO 成員必須自動接受所有烏拉圭回合協議，因此 WTO 各項協定，包括 TRIPS 亦為我國所須遵守的協定之一。

Round of Multilateral Trade Negotiations)，WTO 於此依上述之設立。歷年來各次回合談判對該協定所作之增補、解釋與決議，稱為「GATT 1994」，成為有別於 GATT 1947 之另一個獨立協定。²⁴WTO 所轄之貿易協定除了 GATT 1994 之外，尚包括其他許多協定，例如：服務貿易總協定（General Agreement on Trade in Service, GATS）、與貿易有關智慧財產權協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS）²⁵、及爭端解決規則與程序瞭解書（Dispute Settlement Understanding, DSU）²⁶等。烏拉圭回合談判一個關鍵的發展是建立 WTO 爭端解決機構。²⁷

在一系列烏拉圭回合談判會議發生的時候，美國有許多動機在彼時對其他國家主張將智慧財產權加入世界貿易組織的文件體系中，美國並拉攏日本與歐洲共同體成為其奧援。²⁸在美、歐、日數年的遊說下，智慧財產權成為烏拉圭回合談判的焦點，而關於智慧財產權的談判幾乎是在烏拉圭回合談判的中心議題。²⁹最後烏拉圭回合談判達成協議之範圍，遠超出 GATT 1947 及東京回合談判規約的範圍，終於將與貿易有關之智慧財產權納入規範。智慧財產權保護範圍除原有之專利、商標、著作權外，並擴及工業設計、積體電路佈局、產地標示、營業秘密保護等，保護的年限顯然增長，保護範圍也擴大許多。一如 Reichman 所總結，因為 WTO 機制的運作，已經使得 TRIPS 協定的規範成為一套「寰宇最低標準」（universal minimum standards）³⁰。

TRIPS 協定為世界智慧財產權體制（global intellectual property regime）落定成形的重要里程碑，但也同時為開發中國家與已開發國家就智慧財產權發聲的爭執拉開了序幕。以往未特別關切智慧財產權的開發中國家，在完成 TRIPS 協定規範的各項義務過程中，逐漸發現自身處於不利的地位。然而 TRIPS 已然訂立，為一須受遵守的國際條約。事實上，開發中國家的不利地位實為全球化現象不可分割的一部分，關於開發中國家與

²⁴ GATT 1994:General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, Legal Instruments—Results of the Uruguay Round 17 (1999), 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153 (1994) [hereinafter GATT 1994].

²⁵ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments—Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 81 (1994) [hereinafter TRIPS].

²⁶ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, Legal Instruments—Results of the Uruguay Round, 31, 33 I.L.M. 1226 (1994) [hereinafter DSU].

²⁷ 爭端解決機構立於第三方聽取會員國對貿易爭議問題的主張，其裁決將對各會員國發生拘束力，會員國必須遵行爭端解決機構對於兩國貿易爭議問題的指示與決定。參閱羅昌發，國際貿易法，元照出版社，（1999）。

²⁸ See SUSAN K. SELL, PRIVATE POWER, PUBLIC LAW: THE GLOBALIZATION OF INTELLECTUAL PROPERTY (Cambridge University Press 2003) [hereinafter SELL, THE GLOBALIZATION OF IP].

²⁹ See *id.*

³⁰ See Jerome. H. Reichman, *Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection Under the TRIPS Component of the WTO Agreement*, 29 INT'L LAW. 345 (1995).

國際知識財（global public goods），³¹及科技移轉（technology transfer）等問題，將是本論文探討的問題焦點。



³¹ See generally Keith E., Maskus and Jerome H. Reichman, *The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods*, 7 J. INT'L ECON. L. 279 (2004).

表三：TRIPS 協定中的各項實質智財權標準一覽表

TRIPS 協定中各項智財權實質最低標準	
會員國義務	說明
國民待遇	不得對於其他會員國國民之智慧財產權保護有低於本國國民之歧視待。
最惠國待遇	原則上一會員國給予任一其他會員國人民之任何關於智慧財產權保護方面之特權或豁免權，將無條件地給予所有其他會員國人民。
著作權及其相關權利之重大變更	
著作人格權	TRIPS 不包括伯恩公約第六條之一有關著作人格權之保護。
50 年基礎保護	伯恩公約僅為 20 年。
電腦程式	依著作權中之文學著作保護。
資料編輯 (data compilations)	資料內容之選擇和編排構成智慧之創作，也應受保護。
鄰接權	就表演人之保護義務僅及於定著「錄音物」上之表演。
出租權	電腦程式與錄音著作之著作權人應享有出租權，視聽著作之出租行為「不致使著作因廣遭重製而致著作人於會員國內重製權受到重大損害」時，方不在禁止之列。
商標權及其相關權利之重大變更	
著名商標	包括註冊及未註冊之著名商標，提供著名商標跨越非類似性商品或服務之保護。
未使用商標	未使用滿三年，原則上得撤銷其註冊。
禁止強制授權	
地理標示	保護擴及葡萄酒及烈酒之地理標示。
專利權及其相關權利之重大變更	
保護範圍	包括物品及方法專利。
微生物以外之動、植物 生物科技	不以專利保護時，得以個別立法 (sui generis) 之方式保護之。
育種權	植物產品主要生物育成方法之保護同上。
禁止進口	物品專利權人得禁止進口。
保護期限	至少 20 年。

方法專利舉證責任之轉置	司法機關有權要求被告舉證係以不同製作方法製成。
強制授權之嚴格化	必須給予權利人相當補償。
積體電路布局	
保護期限	至少十年。
未經公開資料之保護	
申請資料之保護	保護向行政機關申請新化學原料其醫藥品、農藥品資料不受侵害。
反競爭行為之管制	
不得違反 WTO 協定	可限制專屬性之回歸授權、禁止對有效性異議之條件及強制性之包裹授權等反競爭行為。
智慧財產權之執行	
執行方法	會員國應採行有效之行動，但應注意「避免對合法貿易造成障礙」。
執行程序	應公平且合理，且其程序不應造成無謂之繁瑣或過度之耗費。
執行期間	不應予以不合理之時限或任意的遲延，決定儘可能應以書面為之，並應使當事人均能迅速取得該書面。

來源：作者依 TRIPS 自行整理並刪改、重新註解自 KEITH E. MASKUS, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE GLOBAL ECONOMY (Washington, DC: Institute for International Economics 2000)。

二、世界貿易、資訊商品與國際法之互動

1.2.1 全球化、開發中國家與法律

全球化的過程中，市場變得更為整合。除了因自然發展而發生的推動力（如交通運輸科技的改善）外，某些面向上政府的作為也十分重要，如減少對資本的管制，加強私有化，改革稅制等等。然而在全球政治的觀察上也許會發現民族國家的勢力趨向衰弱，某些極端的論述甚至認為，在全球化的過程中，跨國企業的影響力甚至超過了國家。跨國企業不僅得以控制內國的政治，對外國政府也以國外直接投資的形式對外國有影響力。這類論述也指出，因為大筆的資金投入於生產，跨國企業的影響力穿越了國界與政

府對當地的勞工與生活產生影響，區域經濟體也會取代國家的機能成為決策者。³²

在討論智慧財產權的全球化上，我們也可以發現這樣的實例：之所以促使美國等強權國家注重 GATT 的回合談判的原因，即是來自於企業的遊說者影響了華盛頓方面的決策。³³Gervais 則指出，TRIPS 協定乃是一包裹協定，當時的回合談判的代表來自於全世界 20 到 30 個國家，但半數以上的談判代表為已開發國家的代表，³⁴然而開發中國家的數目在世界上遠比已開發國家為多。Oddi 亦指出，實際因為 TRIP 協定的制定而獲利者，不外乎是已開發國家的跨國企業，尤其是藥商等。³⁵因此可以觀察到，當跨國企業的利益是國家的重要利益時，跨國企業的行為會影響國家的行為，最後藉由全球貿易談判，影響了世界大部分的角落。這樣的論述都顯示了因為跨國企業的投資、市場競爭與國家政策，而導致不同國家體制之差異及產業的國際分工。

以 Giddens 為代表的論者認為，全球化是推動社會、政治和經濟轉型的主要動力，並且正在重組現代社會和世界的秩序。Giddens 認為國家仍然是強力的行動者，因為國家控制了一國的疆域，不論是個人或團體，國家均可以利用法律作為工具（sustaining an apparatus of law）以達成目標。³⁶然而國家與法律可能成為跨國企業與私部門尋租（rent-seeking）³⁷的法門，Giddens 也不認為應放鬆對於跨國企業的管制，而主張對於其力量的節制有助於跨疆域的民主（transnational democracy）。³⁸對全球化下危險提出警訊的論述亦就指出，有效的國際貿易措施將會把其影響力推向國界以外的邊界。³⁹Kutter 則認為，雖然在一國之中公民的權利受到法律的規範，法律使得商業順利進行，有時也限制絕對的權利的行使，可以壓抑權利人或強者的力量。雖然在國際貿易建制中，法律的功能不如在主權國家中那麼明確，但仍然可以形成某種粗略的平衡，利用各種不同機制增加弱者對抗強者的槓桿能力。⁴⁰

Sell 認為，固然可以從 TRIPS 制定史中發生的現象群（詳下段敘述）續述國際智慧

³² KENICHI OHMAE, *THE END OF THE NATION STATE: THE RISE OF REGIONAL ECONOMIES* (New York: Simon and Schuster Inc. 1995).

³³ Daniel J Gervais, *Intellectual Property, Trade & Development: The State of Play*, 74 *FORDHAM L. REV.* 505, 510 (2005).

³⁴ *Id.* at 507.

³⁵ A. Samuel Oddi, *Nature and Scope of the Agreement TRIPS - Natural Rights and a "Polite Form of Economic Imperialism*, 29 *VAND. J. TRANSNAT'L L.* 415, 455 (1996).

³⁶ Giddens, *supra* note ____, at 122.

³⁷ 指企業等尋求經濟收益，如利潤最大化機會，通過政治過程以獲得特權，而構成對他人利益的損害。這種追求利潤的方式，創造了少數持有特權者透過不平等競爭方式。

³⁸ Giddens, *supra* note 16, at 124.

³⁹ John H. Jackson, *The Perils of Globalization and World Trading System*, 24 *FORDHAM INT'L L.J.* 371, 374 (2000).

⁴⁰ Robert L. Kutter, *Development, Globalization, and Law*, 26 *Mich. J. Int'l L.* 19, 20 (2005).

財產權體系建立的種種細節，然而從宏觀的層面來看，國際智慧財產權體系的建立應可歸因於不可阻擋的全球化過程中的一隅現象。這樣逐步建立 TRIPS 協定的進程為商業組織意欲拓展的國際貿易鑿除了主要障礙。TRIPS 協定的制定顯示私部門與工業組織的力量正逐漸擴大，而這些組織運用了這樣的力量得到了他們想要的東西，最後使得成功被制定的包裹協定 TRIPS 在國際法諸協定中列位明堂之上。⁴¹（詳本文第二章所述）由此得知，私部門與工業組織和工業化國家的互動是有擴散性的，藉由了國際協議的影響力而擴散到開發中國家。

Draho 認為智慧財產權的全球化過程帶來了三種結果：效率（efficiency）、分配（distributive），以及自律（autonomy）。效率的問題在於，就全球的規格而言，是否因設立智慧財產權的統一規範，而發生全球總的福利效果（welfare effect）的淨成長，將是一個值得思考的問題。其次，第二個結果促使吾人思考動態效率（dynamic efficiency）中的國際分配正義問題。而第三種結果 Draho 將之視為「自律倫理」或「自律主權」⁴²的問題，國際智慧財產權的統一標準將有可能迫使開發中國家採行有違倫理或主權的法律制度。⁴³

在英國政府於 2002 年對智慧財產權作出的政策白皮書報告中，智慧財產權委員會（the Commission on Intellectual Property Rights）的成員——英國專利法院（UK High Court Patents Judge）的法官 Hugh Laddie 對發展與智慧財產權作出了發言⁴⁴，他指出：

聯合國千禧年發展目標（The Millennium Development Goals）認識到了減少貧困和飢餓、改善健康與教育，以及確保環境的永續性的重要性。因此，國際社會已承諾應於 2015 年減少貧困人口的比例至原先的一半。在 1999 年，估計全球有 1.2 億人以不到一美元渡過一日，而有 2.8 億人生活以每天不到兩美元的花費渡過一日。這些人們有 90% 身處於南亞、東亞或撒哈拉以南的非洲。愛滋病、結核和瘧疾肆虐，奪走百萬條性命。對於 120 多萬的學齡兒童而言，教育是遙不可及的。儘管我們總是遺忘一不證自明的事實——開發中國家彼此間同質性並不高。他們的科學和技術能力各不相同，社會與經濟結構不一致，而其收入和財富亦不平等。然而造就他們的共通決定因素是貧困，因此適當的政策是有助於解決此一問題，雖然各個

⁴¹ See SELL, THE GLOBALIZATION OF IP, at 2-3.

⁴² Professor Draho uses the terms “moral autonomy” and “moral sovereignty” to express his concern.

⁴³ Peter Draho, *Thinking Strategically About Intellectual Property Rights*, 21, 203-204 TELECOMM. POL'Y 201 (1997).

⁴⁴ See Comm'n on Intell. Prop. Rights, Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy 17-18 (2002), available at http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm (last visited: June 5, 2012).

國家之間的情況並不相同。而這些目標同樣適用於對智慧財產權的政策。⁴⁵

1.2.2 智慧財產權的全球化

全球化把世界政治、經濟和價值秩序匯集成為一個無國家疆界的場域，國家、市場與社會的關係、社會平等或價值分配的問題，重新給予被評價。全球化與全球智慧財產權體系的建立是範圍廣及全球的事件，而其中發生的事件群為社會現象的一部分，這些社會現象是全球政治與經濟勢力交互影響的結果。智慧財產權表面上只是法律給予權利與否的問題，而只涉及國家政策、立法程序與市民社會意見表達的運作，最後由一國的立法機關制定成為成文的智慧財產權法典。然而法律的程序性並非僵著不變，如同一灘死水，而是一種隨著時空背景、社會環境變動的調節機制，因此法律最後呈現的面貌會顯現社會環境變動的狀態。一國的法制狀況、法典內容會隨著政黨意見與人民回饋而變化，在全球智慧財產權體系上問題則演變得更加複雜，法典內容甚至受到了全球政治勢力與經濟貿易的影響。

在 WTO 問題上，TRIPS 協定的制定是世界貿易情勢變化的結果，因為產業結構與生產方式的改變，貿易內容也有所改變。本來尚且難以催生一國際性的智慧財產權條約，但美國私部門的活動者說服了歐洲、日本的私部門，因而達成了 GATT 談判將成為適宜論壇的共識，最後制定了 TRIPS 協定。因為全球資本的移動與勞工的型態有深厚的關係，而經濟全球化獎勵的就是擁有較高技術與創新能力的勞工。全球智慧財產權亦跟隨產生了巨大變動，而許多開發中國家改變自身智慧財產權體制的的能力已被限制，尤其是被 TRIPS 這樣的貿易協定所限制。因為全球化的關係，私部門的企業經營者需要的保護擴張範圍到了全球，以保護其經濟利潤。因此國家也成為私部門尋找幫助的對象，國家為確保經濟利潤移轉至國內，在全球推動國際條約的制定，以保護其權利，建立足夠的屏障。

在智慧財產權的變動上，立法狀況的確有漸趨嚴格的趨勢。但這些嚴格的限制對開

⁴⁵ “The Millennium Development Goals recognise the importance of reducing poverty and hunger, improving health and education, and ensuring environmental sustainability. Accordingly, the international community has committed itself to reducing the proportion of people in poverty by half by 2015. In 1999, an estimated 1.2 billion people survived on less than one dollar a day, and nearly 2.8 billion people lived on less than two dollars a day. About 90 percent of these people were in South or East Asia or sub-Saharan Africa. HIV/AIDS, tuberculosis, and malaria claim millions of lives in these countries every year. For more than 120 million children of primary school age, education is out of reach. Developing countries are far from homogeneous, a fact which is self-evident but often forgotten. Not only do their scientific and technical capacities vary, but also their social and economic structures, and their inequalities of income and wealth. The determinants of poverty, and therefore the appropriate policies to address it, will vary accordingly between countries. The same applies to policies on IPRs.”

發中國家造成了什麼難題、困境如何浮現，與開發中國家如何在國際體系中面對這些難題，本文接下來將呈現一概括的短期變化之描繪。

1.2.3 智慧財產權與全球治理（Global Governance）

1.2.3.1 何謂全球治理？

全球治理的概念由學者 J. N. Rosenau 所發軔，Rosenau 並創立了《全球治理》期刊來宣揚其認為世界需要更新的秩序，而在概念上「治理」（governance）比「統治」（government）更為適宜描述及解釋國際政治的現象。就 Rosenau 本人的定義為：涵蓋各種層次的人類活動（從家庭到國際組織）的規範系統，這些規範透過控制參與者的行動來追求各種目標，進而對各種層次的人類目標活動產生跨國性的影響。⁴⁶如果全球治理是有效的，那麼這就代表國家必須與其他國家、國際非政府組織（Non-Government Organizations, NGOs）分享權力，這對原本國家的主權造成了挑戰。因此 Rosenau 將全球治理界定為「欠缺政府的治理」（govern without government）。Dingwerth 及 Pattberg 在釐清全球治理的概念時，過去的研究僅以國家的行為作為主軸，但全球治理則包納各種不同的行動者進入分析架構中，使得論述可以脫離國家/國際（national/inter-national）的二分法，進一步理解超越國家的程序與規範及其效力問題，尤其是非政府組織的角色，而非將焦點置於國家或國家間的關係。⁴⁷

現今涉及全球性的治理議題逐一浮現，諸如經濟貿易合作、人權或人道援助、溫室效應、環境保護問題、野生動植物保育、醫療衛生等等，由於具有國際的共通性，發生和影響的範圍並未受到國家主權的框架限制。跨越國家疆域與公、私部門界限的合作漸成常態，跨國企業與非政府組織在全球治理中扮演的份量愈趨重要，有時甚至能與國家政府分庭抗禮，這些現象都呈現了一個與過往不同的圖像。⁴⁸曹俊漢認為，國際組織在全球治理上可能行使的影響力有：設置議程及規制形成的影響、發展非約束性規範，進而再影響國家發展政策。⁴⁹這些影響力在智慧財產權的領域皆表現得非常顯著。

全球治理這種概念的出現代表了人類在科技不斷發展的同時，也逐步朝更多已知或

⁴⁶ Cf. Lawrence S. Finkelstein, *What Is Global Governance?*, 1 GLOBAL GOVERNANCE 367 (1995)

⁴⁷ Klaus Dingwerth and Philipp Pattberg, *Global Governance as a Perspective on World Politics*, 12 GLOBAL GOVERNANCE 185, 199 (2006)

⁴⁸ 關於全球治理之概念中文文獻可參閱張亞中，「全球治理：主體與權力的解析」，問題與研究，第 40 卷第四期（2001）。或袁鶴齡，「全球治理與國際合作：論其策略與困境」，全球政治評論，第四期（2003）。

⁴⁹ 曹俊漢，「全球治理下國際關係的新思維：全球治理角色運作機制的分析」，包宗和主編，國際關係理論，五南出版社，初版，頁 505（2011）。

未知的風險邁進。這些風險管理需要可能是溫室氣體排放的抑制，可能是全球傳染病的控制，也可能是生活水準及工業化的達成。為了處理這些可能擴散至全球的風險，需要的是國家與國家間的合作，以及各種專業組織的參與。可能涉及的問題是找出需要管制的領域，以及共同標準的決定。然而要怎麼制定這樣的標準，方能符合各個成員的需要；以及如何確保規範的理解與服從，使得強勢的參與者不會利用壓迫行為來追求部分區域的利益，則有賴各個國家的溝通、妥協與自覺。

1.2.3.2 WTO 與全球治理

WTO 成為國際貿易的實際監控者，更是貿易衝突時的仲裁者，凡是加入 WTO 的國家均須嚴格遵守自由貿易的原則，因而出現的疑慮即為探討 WTO 是否適宜成為實現全球治理的主要場域，倡議者希望利用 WTO 的規則系統將全球化的正面影響予以保存或形塑。WTO 的前身是 1947 年的 GATT，為一就關稅與貿易訂下之國際協議，導因於其成功地吸收會員國，並且擁有特殊的裁判和執行機制，因此使得各方的行動者對 WTO 「超越貿易」的角色產生期待。由於製造商品無可避免地會對一地的環境永續發展、資源利用、勞工標準、居民收入等造成影響，涉入相關議題討論的有志之士皆想利用 WTO 達成各自的價值理念，但也引起學界思考，如此的期待是否也會超越 WTO 的能力與負荷。Guzman 就大膽主張，由於 GATT 的諸文件中已經涵蓋了服務和智慧財產權等層面，同時環境保護議題也充分受到重視，不如就此區分不同的主題部門進行回合談判，進而擴充 WTO 的整體組織建制，形成一「世界經濟組織」(World Economic Organization)。

50

關於是否應整合非貿易議題一事，一部分學者和非政府組織的作為主要在於對 WTO 爭端解決小組 (panel) 與上訴機構 (the Appellate Body) 提出建言，主張爭端解決小組與上訴機構在解釋 GATT 條文內容時，應將各種社會價值納入考量。WTO 爭端史上最著名的例子即為美國的蝦與海龜一案 (the Shrimp/Turtle case)⁵¹，學者和環保非政府組織建議上訴機構納入維也納條約法 (the Vienna Convention on the Law of Treaties) 第 31 條⁵²的精神，而不應將 GATT 與國際法上其他條約割離解讀。⁵³但也有一部分論述

⁵⁰ Andrew T. Guzman, *Global Governance and the WTO*, 45 HARV. INT'L L.J. 303, 303 (2004). Cf. John O. McGinnis, *Against Global Governance in the WTO*, 45 HARV. INT'L L.J. 353 (2004).

⁵¹ WTO Appellate Body Report on U.S. – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (October 12, 1998), available at http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/distabase_e.htm.

⁵² Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 31, 1155 U.N.T.S. 331 (May 23, 1969).

⁵³ James Thuo Gathii, *Institutional Concerns of an Expanded Trade Regime: Where Should Global Social and Regulatory Policy Be Made?: Re-Characterizing the Social in the Constitutionalization of the WTO: A Preliminary Analysis*, 7 WIDENER L. SYMP. J. 137, 156 (2001).

將熱情參與建言的一方指為過度的「司法積極主義」(judicial activism)，籲上訴機構毋須踐踏渾水⁵⁴，或是認為考量與貿易無關之議題將使得 WTO 的爭端解決程序「去法制化」(delegitimizing)。⁵⁵Bhagwati 更主張，將 WTO 的大門敞開予與貿易無關之議題，且考慮與市場無關的標準，無異於打開了潘朵拉的盒子，並不值得鼓勵。⁵⁶另一種憂慮則是考量 WTO 未擁有足夠的專業人員，以支應環境保護等專業問題⁵⁷，而且在整體的組織與預算上，WTO 並不如世界銀行等組織一般，有相當人數的雇員與組織足以應對各式各樣的爭議。

1.2.3.3 智慧財產權的全球治理

如上段所述，反對將 WTO 議題範圍過度擴張的學派認為，如果已經有適宜討論該議題的國際組織，就應該將討論議程置於該國際組織之論壇中。以勞動議題為例，如果已有國際勞動聯盟 (International Labor Organization) 存在，那麼就不應該在 WTO 中談論勞動議題。依此觀點，智慧財產權議題則應當交由聯合國智慧財產權機構——國際智慧財產權組織 (WIPO)⁵⁸全權負責，但只將智慧財產權議題交由 WIPO 討論決定的話，則會產生幾個疑慮：

第一、WIPO 的預算資金來源為會員所繳納的全球專利申請費用，但世界專利集中在寥寥數個科技霸權國手中，因而 Sell 提出 WIPO 將有受到利害關係強勢方影響的疑慮存在，恐形成機關虜獲 (Agency Capture) 的現象。⁵⁹在機關虜獲的情況下，原本應當成為世界各國就智慧財產權討論領導者的 WIPO，將會為了專利申請費用，而站在科技霸權國之側，盲目地促使所有會員一致提高智慧財產權保護標準。

第二、在貿易合約中設立寰宇最低標準，是霸權國家國內與政府勢力運作的結果，如果承認應當交由 WIPO 全權負責，那麼就會得到「整個 TRIPS 協定並無適當立基」之結論。如此的全盤否定論，將會使國際多邊條約本就受質疑的拘束效力更加立於危殆之

⁵⁴ See generally Robert Howse, *The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate*, 27 Colum. J. Envtl. L. 491 (2002).

⁵⁵ Jeffrey L. Dunoff, *The Death of the Trade Regime*, 10 EUR. J. INT'L L. 733 (1999).

⁵⁶ See Jagdish N. Bhagwati, *Afterword, the Boundaries of the WTO: The Question of Linkage*, 96 AM. J. INT'L L. 126 (2002).

⁵⁷ See J. Patrick Kelly, *The WTO and Global Governance: The Case for Contractual Treaty Regimes*, 7 WIDENER L. SYMP. J. 109, 129 (2001).

⁵⁸ World Intellectual Property Organization has been the principle administrative body of the most important multilateral agreements of intellectual property such as the Paris Convention for the Protection of Industrial Property and the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works. Before the WTO, WIPO has been the central forum in setting international intellectual property standards.

⁵⁹ See Susan K. Sell, *The Quest for Global Governance in Intellectual Property and Public Health: Structural, Discursive and Institutional Dimensions*, 77 TEMP. L. REV. 363, 385-386 (2004) [hereinafter Sell, *Global Governance in IP & Public Health*].

地。

第三、若出現對智慧財產權採取仇視態度的國際組織，而開發中國家加入此組織，可能會製造開發中國家敵視高科技公司的形象，儘管未能證明高標準的智慧財產權能確實促進發展，但對開發中國家招商必然有所影響。因而在多方的考慮下，Guzman 認為只在廣泛有世界各國參與的國際建制（International Regime）中，方有可能對各個參與會員國形成有效的制衡，而像 WTO 在這樣的國際建制其論壇，才能使會員國將貿易與其他議題相提併論。⁶⁰

然而 Guzman 認為將全球治理的各種議題帶入 WTO 之中，並不代表該議題在個別的其他國際建制已然失去討論的空間，相反地，如果其他的國際建制的討論結果能對 WTO 造成影響，也相對加強了其他國際建制的整體影響力⁶¹，在智慧財產權上尤為如此。事實上，在杜哈宣言（the Doha Declaration）⁶²的決議過程中，世界衛生組織（World Health Organization, WHO）的態度不可忽略。從 1996 年開始，世界衛生組織在決議中採納開發中國家的建議，表示其甚關注必要藥物近用問題，發表了對於 TRIPS 協定的批評。由於專利藥物受到專利保護，世界知名藥商不願讓步，貧窮國家無法獲得治療國內人民疾病所需要的藥品，尤其是治療 HIV/AIDS 之藥物。WHO 建議會員國可以利用平行輸入或強制授權等方式，來降低無法獲得專利藥物之影響。1998 年辛巴威的健康部長廣邀非政府組織專家⁶³為其研擬「更新藥物策略」，WHO 內亦開始討論，並且在 1999 年發表 WHA 52.19 決議⁶⁴表明了支持藥物近用的態度。2001 年辛巴威大使要求 TRIPS 委員會（TRIPS Council）討論藥物近用問題，而學者與貴格聯合國駐日內瓦辦事處（The Quaker United Nations Office in Geneva）亦提供法律及經濟上的技術援助，而 TRIPS 委員會則不斷討論 TRIPS 彈性機制（TRIPS flexibilities）⁶⁵的運用可能性。美國與部分歐洲國家質疑 WHO 進入此議題之立場，尤其是美國藥物研究與生產商協會

⁶⁰ See Guzman, *supra* note 50, at 314-315. (discussing the negative impact that might happen when developing countries join a powerful labor organizations. This same rationale could be also compared to IPR. Professor Guzman thinks compensation should be offered to developing countries, but WIPO is unable to provide such concessions from developed countries since negotiation related to other topics are not involved.)

⁶¹ *Id.*, 329.

⁶² World Trade Organization, Ministerial Declaration of 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 41 I.L.M. 746 (2002) [hereinafter Doha Declaration] available at http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm.

⁶³ For example, James Packard Love is the director of Knowledge Ecology International (KEI), which is a not for profit non governmental organization that searches for better outcomes, including new solutions, to the management of knowledge resources.

⁶⁴ WHO, Revised Drug Strategy (Mar 13 2000), available at http://who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA53/ea10.pdf.

⁶⁵ TRIPS 彈性機制（TRIPS flexibilities）是指於 TRIPS 條文中未就該問題規定而可由各會員國自行立法處理的部分，另外也指 TRIPS 允許低度開發國家使國內法達成 TRIPS 要求的寬限期間。

(Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, PhRMA) 格外不安，大力反對，然而由於美國當時正面臨炭疽熱的恐怖攻擊，正須與羅氏藥廠談判強制授權，因此態度開始轉變。最後杜哈宣言發表，大幅採納了非政府組織與 WHO 的見解，認為 TRIPS 不應成為近用藥物之障礙。⁶⁶WHO 可謂是杜哈宣言之背後重要推手。

由於 WTO 的規範體系以成文法構成，但在 WTO 會員國的互動中，對話、主張，乃至於對抗都是將來可能且現在已經不斷發生的。WTO 設立後，由於其下眾多協定所涵蓋議題甚為廣泛，涉及許多非貿易問題，已非 WTO 所能單獨處理，因而需要借助其他國際組織的能力、資源及標準，始能達成目標。⁶⁷WTO 有位階的規範體系和其他國際建制並不完全相同，而相較於其他國際建制，WTO 和世界銀行、國際貨幣基金的合作也較密切，亦有授權基礎，除了 GATT 1994 中第三條第五項，尚有相關法律及政治文件作為細節之補充，可見 WTO 的運作並非完全獨立，不受任何其他國際建制或國際組織之影響，WTO 更要求與世界銀行、國際貨幣基金合作追求「全球經濟政策之一致性」，彼此有深厚的協調關係。此外，WTO 透過觀察員制度及工作關係，與其他國際組織進行資訊交換、技術協助、專案計畫等多方面合作，已漸次增加其常態。雖然爭端解決機構不設觀察員，設若端解決機構無法以軟法 (soft law) 上形成的共識作為爭端解決之依據，可能將使得 WTO 的觀察員制度形同繡花枕頭般派不上用場。因此，本文認為，WIPO 以及其他的國際建制，應對 WTO 有一定之拘束力，且 WTO 應與各智慧財產權組織協調，一如 WTO 與世界銀行與國際貨幣基金協調，使得 WTO 的成文法體系有接受外部文件影響之機會。

1.2.4 開發中國家與發展議題

1.2.4.1 WTO 與發展議題

WTO 的體制與智慧財產權的結合形成了特殊的國際建制運作方式，Chon 認為這種結合是一種深層的整合，在整合了商品的生產與服務的提供外，甚至整合了一國對內政策的形成。而在智慧財產權以前 WTO 就貿易議題的整合祇可說是淺層的整合，關注的是國界，而非實質的國際標準。⁶⁸

在烏拉圭回合談判時有所謂的「十四國集團」(Group of 14)，由十四個開發中國家

⁶⁶ Sell, *Global Governance in IP & Public Health*, at 388-397.

⁶⁷ 請參閱周旭華，「世貿組織與其他國際組織之合作：政經背景、法律基礎與效能影響」，全球政治評論，第三十二期 (2000)。

⁶⁸ Margaret Chon, *Intellectual Property and the Development Divide*, 27 CARDOZO L. REV. 2821, 2841 (2006).

所組成，他們主張必須注重開發中國家發展的需要，而給予開發中國家較多裁量自由的第七、第八條就是在這樣的局面下被納入 TRIPS 協定當中。⁶⁹2001 年 WTO 第 4 屆部長會議於卡達杜哈通過「杜哈發展議程」(Doha Development Agenda, DDA)，同意展開新回合談判。杜哈回合談判中，發展已經成為杜哈宣言開門見山的問題，是故杜哈回合談判又被稱為「發展回合」(development round)，希望能給予開發中國家各種優惠待遇與技術協助，以協助其在自由化過程中追求發展。然而 WTO 會員僅就解決開發中國家藥品取得困難之公共衛生議題達成共識，如依杜哈宣言修改 TRIPS 協定及開發中國家國內配套修法等。

2002 年坎昆(Cacun)回合時，因生物多樣性公約(Convention on Biological Diversity, CBD)採行波昂準則(the Bonn Guidelines)⁷⁰，11 個開發中國家要求 TRIPS 承認波昂準則，以防止 TRIPS 與生物多樣性公約產生體系衝突。開發中國家的態度十分積極，甚至要求所有 WTO 會員國於申請有關傳統知識(Traditional Knowledge)⁷¹及公約相關生物科技時，必須揭露資訊。⁷²歐體與瑞士支持此提議。同時，非洲國家也提議傳統知識必須納入 TRIPS 之保護。然而此次之修正因坎昆回合談判破裂而未達成，有評論認為是因為此次開發中國家的組織不若杜哈回合時堅強使然，不過開發中國家卻組成了「二十一國集團」(Group of 21)，並且得到非政府組織的支持。⁷³

2005 年第六屆香港部長會議的主要任務在檢視 WTO 杜哈發展議程、重新規劃杜哈談判時議，以及補強重要議題的談判架構。而香港部長會議的重點包括：尊重個別會員國家政策目標和發展水準、給予開發中國家會員適當的承諾彈性、加速開發中國家對於服務貿易的參與，及認許低度開發國家的特殊需要，並且接受不要求他們做進一步承諾等等。雖然「貿易與發展」議題成為談判焦點，但措施集中在減免關稅、配額之優惠待遇上，智慧財產權不與焉。對於香港部長會議的結果，各界普遍認為進展有限，尤其非

⁶⁹ *id.*, at 2842.

⁷⁰ 全名為「關於獲取遺傳資源並公正公平分享通過其利用所產生惠益的波昂準則」(Access to Genetic Resources and Benefit-sharing Bonn Guidelines) 網路資源位於：
<http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/benefit/bonn.asp>。

⁷¹ Traditional knowledge (TK), indigenous knowledge (IK), traditional environmental knowledge (TEK) and generally refer to the immense knowledge and understanding of the indigenous people of the world. The Convention on Biological Diversity (CBD) recognized the value of traditional knowledge in protecting species, ecosystems and landscapes, and incorporated language regulating access to it and its use. Advocates suggest that intellectual property laws should be implemented to preserve, protect, and promote indigenous people's traditional knowledge.

⁷² *The Relationship Between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity and the Protection of Traditional Knowledge*, para 10, WTO Doc. IP/C/W/356 (2002).

⁷³ Helfer, *Regime Shifting*, at 65-68.

政府組織更認為其結果對低度開發國家沒有實質助益。⁷⁴

2009 年第七屆的日內瓦談判延續香港談判的主題之一，WTO 秘書長拉米（Pascal Lamy）呼籲針對杜哈回合議程加強雙邊談判，拉米冀希在 2010 年完成發展議程談判卻不能實現。日內瓦談判的重要內容包括「檢討包含杜哈工作計畫在內之 WTO 活動」，⁷⁵但關於智慧財產權相對較少達成結論。2011 年 WTO 通過第八屆部長會議「政治指導要點」（Elements for Political Guidance）⁷⁶中，承認杜哈發展議程談判陷入僵局，西雅圖和坎昆談判上存在的各種矛盾在後續談判上依舊存在。而更因為杜哈回合議程以「單一認諾」（single undertaking）之途徑進行，⁷⁷由於單一認諾代表整體協議需經全體會員認可，整體杜哈套案須由會員檢視後同意，以達成符合平衡原則之最終套案，增加了許多談判困難。在智慧財產權上，要點包括延長 TRIPS 協定中對低度開發國家予以寬限的第 66.1 條之過渡期。TRIPS 中的非違反控訴（non-violation complaints）⁷⁸適用期限將予以延長。

雖然自坎昆、香港等回合談判以來，各會員國普遍認同「發展」是 WTO 各項工作的核心。然而六個核心會員（美國、歐盟、日本、澳洲、巴西、印度）坐困於農業、非農業、服務業市場進入等議題，不僅談判議題過於廣泛，負荷過重，部長會議更承認杜哈發展議程談判已陷入僵局，許多 TRIPS 協定的問題仍擱置或未受重視。有鑑於此，開發中國家於智慧財產權上歧路徬徨的情形，自杜哈到日內瓦，可謂在此 10 年中並未在回合談判中找到指引之路標。而低度開發國家只受到直接的金錢援助，或關稅減免，其知識經濟生產中弱勢的地位，並未因回合談判而得到多少改善。

1.2.4.2 WIPO 與發展議題

烏拉圭回合談判時，開發中國家認為 WIPO 方為適合的論壇，並且也已在 WIPO 的討論中提出幾項修正國際智慧財產權標準的提議（詳本論文第二章所述）。TRIPS 在第

⁷⁴ 張靜貞、陳逸潔，「淺談香港部長會議對我國農業之影響」，中華經濟研究院台灣 WTO 中心電子報，網路資源位於：http://www.wtocommerce.org.tw/SmartKMS/www/Epaper/epaper_05se/epaper_05se_s2.htm（最後造訪日：2012/02/19）。

⁷⁵ 張毓欣、鄭琇囊，「WTO 於今年 11 月底舉行第七屆部長會議」，經貿法訊，第 95 期，政大商學院國際經貿組織暨法律研究中心，頁 1-2（2009）。

⁷⁶ WTO, Elements for Political guidance, WT/MIN(11)/W/2, 1, December 1 (2011).

⁷⁷ Doha Declaration, paragraph 47 reads: "With the exception of the improvements and clarifications of the Dispute Settlement Understanding, the conduct, conclusion and entry into force of the outcome of the negotiations shall be treated as parts of a single undertaking. However, agreements reached at an early stage may be implemented on a provisional or a definitive basis. Early agreements shall be taken into account in assessing the overall balance of the negotiations."

⁷⁸ 該機制係指甲會員因乙會員未完全遵守其承諾或實施其義務，導致其權益受損，即使乙會員可援引其他例外條款而主張並未違反協定規定，雙方仍可訴諸於爭端解決規則與程序瞭解書，以尋求雙方滿意之解決方案。

68 條⁷⁹亦納入整合 TRIPS 大會（TRIPS Council）與 WIPO 架構的救命。論者則有採取批判的立場以為，近來 WIPO 有採納過高智慧財產權標準的傾向，而採取較利於生產者側而非消費者的態度。⁸⁰

2004 年在 WIPO 第 31 次大會時，採行了部分由亞、非、中南美開發中國家等等組成「發展之友」(Friend of Development)⁸¹所提出的「發展議程」(the Development Agenda)⁸²，開始宣示須加強檢視發展之層面。WIPO 最後決定建立新的發展議程，於 2005 年的大會則將藥物近用問題納入討論。2005 年的會議中，較富有的「B 集團」(Group B)⁸³和亞、非開發中國家皆挑戰了 WIPO 面對發展問題的態度。B 集團雖然認為 WIPO 不應該一味提高保護標準，但也不認為 WIPO 應該處理發展問題，然而 B 集團亦被認為想擺脫發展相關議題。⁸⁴開發中國家及非政府組織則強調智慧財產權上藥物近用、教育資源，與經濟發展的重要，抨擊身為聯合國分支機構的 WIPO 輕忽聯合國所認為重要的發展問題。2005 年的會議情勢仍然劍拔弩張，美國並不支持開發中國家所提出的一系列主張。⁸⁵

發展之友的意見認為智慧財產權標準的提高不必然伴隨發展，而在標準提高的過程中，WIPO 對知識的獲取、科技及技術秘密 (know-how) 的傳播表現得過於樂觀。發展之友主張智慧財產權本身不是目的，而只是保護公共利益 (public interest) 的手段，但 WIPO 的討論卻忽略了公共利益的層面。他們更主張智慧財產權標準只有在能確保創新和科技移轉的時候方能提高，因此要求 WIPO 必須檢視提高智慧財產權標準時，對南方國家及北方國家所增加的社會成本。發展之友強調 WIPO 在提高智慧財產權標準時，前所未有地限制開發中國家依國內需求調整自身智慧財產權制度之能力。⁸⁶

WIPO 的區域發展委員會 (the Provisional Committee on Proposals Related to a WIPO Development Agenda ,PCDA) 在 2006 年二月於日內瓦舉辦，不同的集團皆提出不同的

⁷⁹ TRIPS Art. 68.

⁸⁰ Chon, *supra* note 68, at 2844-2848.

⁸¹ The total fourteen countries Group comprises Argentina, Bolivia, Brazil, Cuba, Dominican Republic, Ecuador, Egypt, Iran, Kenya, Peru, Sierra Leone, South Africa, Tanzania and Venezuela.

⁸² Press Release 397, WIPO (Oct. 5, 2004), available at www.wipo.int/edocs/prdocs/en/2004/wipo_pr_2004_397.html.

⁸³ The United Kingdom along with the U.S., Canada, Australia, Japan, Switzerland, and other wealthy OECD countries are known as “Group B.” See, e.g., Posting of Isabelle Scherer to Intellectual Property Watch, <http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=3> (last visited Feb. 2, 2012).

⁸⁴ Chon, *supra* note 68, at 2839-2840.

⁸⁵ *Id.*, at 2848.

⁸⁶ Martin Khor, Developing countries present comprehensive plan to reform WIPO (Apr. 11 2005), available at <http://www.cptech.org/ip/wipo/khor04112005.html>.

發展議題意見，集結成長達 100 頁的報告。⁸⁷甚至包括美國在內亦與非洲國家、智利、哥倫比亞等共同聯名提出 44 頁的報告內容，這樣的參與可謂是在 WIPO 論壇中對抗與衝突的實際成果。2007 年，發表了日內瓦 WIPO 未來發展宣言 (the Geneva Declaration on the Future of WIPO)⁸⁸。WIPO 在 2007 年的大會上，通過了 45 項關於發展的建議⁸⁹，表明將遵循「聯合國千禧年發展目標」(United Nations Millennium Development Goals)，在 A 群集中 (Cluster A) 中討論了科技援助與能力建立 (capacity building) 的問題，在 B 群集與 C 群集中則達成了部分公共領域與知識近用的共識。

其中，第 15 個建議為：

「規範制定活動應是：

- 包容以及由會員所驅動的；
- 慮及不同發展程度的；
- 慮及成本效益平衡的；
- 是一個參與的過程，慮及 WIPO 所有會員國和其他利益相關人 (stakeholder) 之觀點，包括經認可的政府間組織 (IGO) 和非政府組織的利益及優先要求；以及，
- WIPO 秘書處將保持中立。」

第 17 個建議為：「WIPO 於各種包括制定規範之活動中，應顧及國際智慧財產權協定，特別是開發中國家及最低發展國家之彈性運用。」

第 21 個建議為：「WIPO 應當進行非正式的、開放、平衡的協商；倘若適當，特別於針對開發中國家及最低發展國家之狀況時，應於任何新的制定活動前，藉由會員驅動的過程，來促進會員國專家之參預。」

這些建議是一種國際智慧財產權規範制定活動中知識強權與知識後進國妥協的結果。開發中國家及最低發展國家仍然在遵守 WIPO 個項協定及智慧財產權國際協定的框架下，探討規範間彈性、智慧財產權與競爭之關係、技術轉讓，以及針對最低發展國家特殊條款的可能性。WIPO 和其他智慧財產權規範的發展，應建立在更好的社會經濟實際證據上，也應該減建立在不同國家和利益相關人的成本效益基礎上。WIPO 作為一個國際組織，運作也將更加民主，並增加秘書處與其他活動運作上的透明度。

⁸⁷ Provisional Committee on Proposals Related to a World Intellectual Property Organization Development Agenda, 1st Sess., Geneva, Feb. 20-24, 2006, available at http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/pcda_1/pcda_1_www_56972.pdf.

⁸⁸ See Geneva Declaration on the Future of World Intellectual Property Organization, available at <http://www.cptech.org/ip/wipo/futureofwipodeclaration.pdf>.

⁸⁹ See The 45 Adopted Recommendations under the WIPO Development Agenda, available at <http://www.wipo.int/ip-development/en/agenda/recommendations.html>.

1.2.5 開發中國家就智慧財產權所面臨之困境

開發中國家因加入 WTO 而簽定 TRIPS 協定，在智慧財產權的立法問題，尤其是專利體系上，遭遇了不少困境。就本文之歸納，有幾個面向：

1.2.5.1 藥物近用問題纏結難解

低度開發國家在藥商的高獲利之下，面臨著嚴峻的公共健康問題，據統計每年約有超過 1000 萬人死於傳染性疾病，其中超過 90% 居住於低度開發國家，而導致非洲、亞洲、南美洲人民死亡之主要疾病，則包括瘧疾、肺結核及愛滋病。據 WHO 與聯合國愛滋病防制計畫發表的報告指出，僅 2000 年一年中，約有 300 萬人死於愛滋病，其中 80% 居住於南撒哈拉地區。⁹⁰

據統計一些較常使用的抗愛滋藥物有三分之二以上在非洲取得專利，且更有一些抗愛滋藥物常常需使用兩種以上藥物混合，而所混合之成份中至少含有一個以上的專利權，如果為了避開專利權而改用其他代替品，將會降低治療之效果。⁹¹低度開發國家在流行病肆虐之下，卻因為先進國家藥廠之專利權行使，無法以低度開發國家政府以及人民可負擔的價格取得必要藥物，突顯出智慧財產權之保障與公共衛生、人權保障間之衝突，針對此類衝突國際上已引發諸多討論。有些國家如巴西、古巴、與泰國等，已經從印度的製藥公司進口製藥原料，並且公開地製造自己的抗反轉錄病毒學名等藥物。⁹²巴西透過政府生產學名藥物，以及積極地與專利所屬公司協商用低廉價格取得其品牌藥雙管齊下的方式，讓有需要的民眾得以取得藥物治療愛滋病。

這些國家如果無法以低廉的價格取得必要藥物（essential drugs），因必要藥物的製造販賣受到智慧財產權法律的保障，必須支付權利金予藥商方得製造。如果政府或法院核準某些機關或廠商製造，必須經過所謂「強制授權」之基制。根據 TRIPS 協定之規定，WTO 會員之內國法得規定，未經專利權人同意得由國家准予第三人或由國家實施發明，但應符合 TRIPS 協定第 31 條各款要件及程序。TRIPS 協定第 31 條限於申請人曾以「合理商業條件」與權利人協商而無法於「相當期間」內取得同意者，方得由國家機關授予權利，並給予權利人合理之補償金。⁹³但 TRIPS 協定第 31 條(b)款設有例外，因「國

⁹⁰ 林彩瑜，「WTO TRIPS 協定下醫藥專利與公共健康之問題及其解決方向」，政大法學評論，第 78 期，頁 273（2004）。

⁹¹ 王美花，「智慧財產權最新國際發展之評析」，智慧財產權，第 74 期，頁 19（2005）。

⁹² 倪貴榮，「WTO 智慧財產權保護與公共健康議題之發展趨勢」，經社法制論叢，第 31 期（2003）。

⁹³ TRIPS Art.31

家緊急情事」(national emergency)或「其他極度迫切情況」(other circumstances of extreme urgency)或因公益之非營利使用(public non-commercial use),不以先行協商為必要。⁹⁴ 惟依據同條(f)款規定,強制授權必須以供應會員內市場需要為主。⁹⁵

在必要藥物的需求上,由於涉及到赤貧國家國民最低人性尊嚴的深層道德哲學議題,國際已經引起廣泛的討論,WTO也發表了杜哈宣言以處理此問題,其第六段涉及WTO會員可經由強制授權制度限制醫藥專利及解決必要藥品需求問題。WTO總理事會遂於2003年8月30日依杜哈部長宣言,作成執行杜哈部長宣言第6段之決議

(Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health),即TRIPS協定第31條第(f)款強制授權以供應國內市場為主之條件,在特定條件下將予豁免;並對TRIPS協定第31條第(h)款補償金之衡量標準予以調整,以防止雙重補償。在TRIPS協定未完成修正前,各會員得依據本決議執行,使得開發中國家能儘速及低價進口愛滋病、肺結核或其他疾病之治療藥品。

在杜哈宣言中,雖承認智慧財產權保護對新型藥品開發具有重要性,但也承認智慧財產權此私權之保護,不應大於對普世價值人權的保護,各WTO成員有保護公眾健康的權利,尤其是促進藥品的使用程度,故各會員批准強制授權的權利和確定強制授權範圍的自由,並能自由決定對專利權耗盡採取何種耗盡原則,亦即TRIPS協定不應排除會員國基於確保藥物取得與滿足公共衛生需要所採取之措施。

前揭TRIPS協定之法制突破,強制授權將成為國際間促成跨國藥品近用之重要制度。2005年12月6日WTO會員更達成進一步協議,將「執行杜哈TRIPS協定與公共衛生宣言第六段決議」新增於TRIPS第31bis條,使藥品專利強制授權不再是暫行性的決議,而為明定於TRIPS協定之具體條文。此項規定在性質上可被歸類為WTO下處理健康議題的規範之一;然而開發中國家利用杜哈宣言來強制授權或平行輸入學名藥的權利,卻不斷因為因藥商的遊說活動與新雙邊協定受到限制,這些協定的內容對開發中國

⁹⁴ Article 31(b) of the TRIPS Agreement sets forth preconditions to the granting of a compulsory license. These are:

“such use may only be permitted if, prior to such use, the proposed user has made efforts to obtain authorization from the right holder on reasonable commercial terms and conditions and that such efforts have not been successful within a reasonable period of time. This requirement may be waived by a Member in the case of a national emergency or other circumstances of extreme urgency or in cases of public non-commercial use. In situations of national emergency or other circumstances of extreme urgency, the right holder shall, nevertheless, be notified as soon as reasonably practicable. In the case of public non-commercial use, where the government or contractor, without making a patent search, knows or has demonstrable grounds to know that a valid patent is or will be used by or for the government, the right holder shall be informed promptly.”

⁹⁵ TRIPS Art.31(f)

家運作平行輸入的權力，或是決定何謂國家緊急權限的定義權力構成了直接的限制，因而開發中國家受到杜哈宣言保障的運用權限恐受到架空。

1.2.5.2 專利數量並未隨之增加

即使如前文所述一般，開發中國家吸收了近半數全球國外直接投資流入量，創下了國外直接投資量的紀錄，然而這件事實並未更進一步促成北方國家對南方國家的科技移轉，或是直接導致南方國家研發能力的提升。實則，FDI 的增加不必然造成「適度的」科技移轉 (technology transfer)。雖然某些學派認為提高智慧財產權規範標準，即有利於增加一地 FDI 的流入，而有利於開發中國家；然而亦有學派認為智慧財產權規範標準之提高與 FDI 的流入間關係曖昧，無法證明提高智慧財產權規範標準就會使得開發中國家得到來自國外的資金挹注。⁹⁶況且，智慧財產權規範標準之提高，不見得會對開發中國家有助益，甚至不可能去增進開發中國家當地的工業競爭。

在國際專利分佈的情況顯現了開發中與已開發國家在權利分佈上巨大的不對稱。在 1970 年代時，就全球約 350 萬的專利中，開發中國家所擁有之專利僅佔 1%，當時開發中國家中有效的專利近八成為已開發國家的權利人所擁有。⁹⁷另一項資料顯示：開發中國家的已核准專利只佔世界總數的 1%，且其中本國專利只佔所有專利權的七分之一，雖然超過 90% 的外國專利從未在開發中國家的生產程序中使用過。⁹⁸其他資料則顯示，在 1997 年至 2004 年間，已開發國家的權利人獲得自美國專利局 (the United States Patent and Trademark Office, USPTO) 核准的專利超過九成，而來自美國、日本及德國的權利人即佔八成，來自其他國家的權利人僅佔 7%，而其中 5% 的專利權由南韓及台灣的權利人所擁有。⁹⁹

由以上的數據可以得知，FDI 的增加即使與智慧財產權規範標準的提高有關，但是和專利數量的提高之間，可能並無正向關係。否則，在一開發中國家履行了 WTO 義務依 TRIPS 提高標準後數年間，吾人應可自然觀察到該國的專利數量「自然且穩定地」增加，然而目前的數據並未顯示有此現象。可見，一國專利申請數量的增加應有其他理由，並非單純在於智慧財產權規範標準的提高。各項國際條約規範標準的提高最直接的效果就在於開發中國家所繳交的權利金之攀升、藥價之區隔，與對於科技近用限制的增加。

⁹⁶ 參閱本論文第二章部分。

⁹⁷ Deere-Birkbeck, *The Pre-TRIPS Context*, at 7.

⁹⁸ Cecilia Oh, *The Health Crisis In Developing Countries*, available at <http://www.twinside.org.sg/title/twr131a.htm> (last visited July 2, 2012).

⁹⁹ Kenneth C. Shadlen, *Intellectual Property, Trade, and Development: Can Foes be Friends?*, 13 *Global Governance* 171, 173 (2007).

1.2.5.3 管制主權之實行受到限制

開發中國家在面對國際智慧財產權規範標準不斷提升之局面，所遭受的犧牲是開發中國家對於國內事務管理權限的稀釋，其為自身設定標準的能力因而折損，不論是國內行政機制或司法裁判亦然。¹⁰⁰在 ACTA 此一新國際協定出現後，開發中國家甚至連海關的執行標準與方式都受到了限制。¹⁰¹南方國家在經濟狀態尚未發展至北方國家的水準時，即必須接受北方國家的標準，是否合適，爰有爭議。當國家想要合理控制國內的創新體系時，卻會受到 TRIPS 與相關國際協定的羈絆。¹⁰²每一開發中國家的狀況本就不相同，不應適用「一條鞭式」(one-size-fit-all) 標準劃一的相同管制。TRIPS 協定相關隱含的意識型態顯示了國際對於智慧財產權的看法認為必須「一統」(universal)，而這樣的管制架構必然會對開發中國家有利。¹⁰³

1.2.5.4 立法標準隨和諧化水漲船高

智慧財產權的「和諧化」(harmonization) 現象是指透過國際條約或協定的制定，使得各國的智慧財產權標準不斷提高，往全世界最高標準的國家(通常是北方國家)看齊，趨向一致的現象。美國總是藉由 301 條款的壓迫，使得世界其他國家與美國的規定趨向一致，然而歐盟卻也不遑多讓。美國和歐盟不斷地利用自由貿易協定(Free Trade Agreements, FTA)取得了對於智慧財產權更強的保護。約於過去二十年間，主要以美國、歐盟、日本等三巨頭為主的知識經濟強權國，與開發中國家簽訂了許多自由貿易協定，試圖影響開發中國家的立法，設立了許多超過 TRIPS 內容所訂的規範標準(TRIPS-plus, 或稱「超 TRIPS 協定」)。

FTA 的談判可謂是一場開發中國家由杜哈宣言所確立的權利遭受蠶食鯨吞的歷程。然而，論述與準備都不足的開發中國家在回合談判中面對力量較強的已開發國家，或許只得出此下策。亦有文獻認為是因為開發中國家急於在 GATT 體制中爭取紡織與農產品市場。¹⁰⁴開發中國家願意接受如此嚴苛的條款往往是因為開發中國家期望利用超

¹⁰⁰ Peter Drahos, *BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property*, 4 J. OF WORLD INTELL. PROP. 791, 803 (2008)

¹⁰¹ Susan K. Sell, *The Global IP Upward Ratchet, Anti-Counterfeiting and Piracy Enforcement Efforts: The State of Play* 12 (IQsensato, Occasional Paper No. 1, 2008), available at http://www.iqsensato.org/wpcontent/uploads/Sell_IP_Enforcement_State_of_Play-OPs_1_June_2008.pdf

¹⁰² Keith Aoki, *Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection*, 6 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 11, 20 (1998).

¹⁰³ Ruth L. Gana, *The Myth of Development, The Progress of Rights: Human Rights to Intellectual Property and Development*, 18 LAW & POL'Y 315, 334-335 (1996).

¹⁰⁴ Dirk De Bièvre & Lars Thomann, *Forum Shopping in the Global Intellectual Property Rights Regime*, (Arbeitspapiere - Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung Working Paper No. 13, 2010) at 7,

TRIPS 協定之規範，來換取比 WTO 談判中更加有利的市場進入機會。在這條道路上，智慧財產權的標準只是有增無減。¹⁰⁵在 1980 年代以後，在美國的雙邊主義談判強力運作之下，智慧財產權的標準上升的程度如滾雪球一般越滾越大。¹⁰⁶並沒有實證資料證實開發中國家或低度開發國家因標準提升而因此得到利益。¹⁰⁷

三、開發中國家與 TRIPS：文獻綜覽

目前關於 TRIPS 協定與開發中國家互動的研究尚未完全深入國內，但國內已有許多重要文獻發表，而研究範圍主要集中在關於公共健康議題的專題討論，如：「探討因應醫藥品專利之合理措施」¹⁰⁸、「WTO 智慧財產權保護與公共健康議題之發展趨勢」¹⁰⁹、「從 TRIPS 協定與公眾健康爭議論專利強制授權之功能與侷限」¹¹⁰、「WTO TRIPS 協定下醫藥專利與公共健康之問題及其解決方向」¹¹¹等等。¹¹²以上文獻均關切開發中國家的藥物近用需要，以及以專利權及強制授權作為解決方式是否適宜的問題。其他關切開發中國家與已開發國家智慧財產權法制上衝突，並以傳統知識保障作為議題之文獻亦甚有貢獻。¹¹³我國學者也甚為關切 TRIPS 與 GATT 等規範在國際法上之解釋問題，並探討 TRIPS 與 GATT 等規範中例外條款能於何種狀況下為最大之利用。¹¹⁴

與本論文研究主題相關性較高的碩士論文文獻較諸其他議題而言，數量亦不為眾，

available at <http://www.mzes.uni-mannheim.de/publications/wp/wp-132.pdf>.

¹⁰⁵ PETER DRAHOS, EXPANDING INTELLECTUAL PROPERTY'S EMPIRE: THE ROLE OF FTAs 55 (2003), available at <http://ictsd.net/downloads/2008/08/drahos-fta-2003-en.pdf>.

¹⁰⁶ *Id.*, at 8.

¹⁰⁷ CAROLYN DEERE-BIRKBECK, THE IMPLEMENTATION GAME: THE TRIPS AGREEMENT AND THE GLOBAL POLITICS OF INTELLECTUAL PROPERTY REFORM IN DEVELOPING COUNTRIES 99 (Oxford University Press, USA 2007).

¹⁰⁸ 陳文吟，「探討因應醫藥品專利之合理措施」，國立中正大學法學集刊，第八期（2002）。

¹⁰⁹ 倪貴榮，前揭註 92。

¹¹⁰ 王立達，「從 TRIPS 協定與公眾健康爭議論專利強制授權之功能與侷限」，科技法學評論，第一卷（2004）。

¹¹¹ 林彩瑜，前揭註 90。

¹¹² 其他非常值得研究者參考之國內文獻如：李素華，「落實 WTO 醫藥專利強制授權決議——加拿大研擬專利修正」，科技法律透析，第 16 卷（2004）；鄭師安，「醫藥品強制授權歐盟提出新規定」，生計與醫療器材報導月刊，第 66 期（2004）；榮民，「WTO 公共健康議題談判成果：執行的障礙和部分成員的實踐」，WTO 經濟導刊，第 11 期（2004）；范建德、陳丁章，「從我國現行法制論專利強制授權實施」，科技法律透析，第 17 卷（2005）。

¹¹³ 請參閱郭華仁等，「我國遺傳資立法之探討」，科技法學評論，卷四（2007）；陳昭華等，「原住民族傳統生物多樣性知識立法方向之探討」，月旦法學雜誌，第 143 期（2007）。

¹¹⁴ 請參閱王立達，「TRIPS 協定之例外條款——以概括型例外條款為中心」，政大法學評論，第 107 期（2008）；倪貴榮，「WTO 會員設定強制授權事由的權限：以維也納條約法公約之解釋原則分析飛利浦 CD-R 專利特許實施事由與 TRIPS 的相容性」，臺大法學論叢，第 39 卷第三期（2010）。另關於全球化情形下 GATT 中公共秩序與公共道德之例外條款之解釋方法請參閱彭心儀，「全球化與多元價值——論 WTO 公共道德例外條款」，臺大法學論叢，第 36 卷第二期（2006）。

近年完成者如「智慧財產權之保障：開發中國家與已開發國家之衝突與妥協」¹¹⁵正面提出開發中國家與已開發國家相對抗的情勢，關切開發中國家的不利地位，批判也許不應將已開發國家對智慧財產權的論述視為唯一正典；較早期完成之研究如「以貿易手段保護智慧財產權之法律問題——以美國貿易法為例」¹¹⁶雖然發現 GATT 1994 談判中的南北衝突，但不認為 TRIPS 協定將對開發中國家帶來難以解決的困擾，而舉出需以 WTO 多邊協議作為保護智慧財產權之手段的必要性，¹¹⁷並且建議我國「充份」保護智慧財產權，以矯正我國人民搭便車的心態。¹¹⁸

由於全球智慧財產權體系為一國際性議題，是故本論文主要的分析以參考英文文獻為主，但不侷限於法學和美國研究，就可得之歐洲研究與社會科學研究亦一併參閱。依本文分類，將英美法學與社會科學的研究文獻約略分為四大類，分別為經典批判法學論述、新自由主義論述、法律多元主義論述、懷疑論述及其他。經典批判法學論述在法學論述中動 TRIPS 協定產生的效應先行發聲。經濟學的見解已有一套既定分析模式，許多文獻追隨特定的研究方法，故主張「解除管制、經濟自由化」與「以法律和權利為工具加強管制侵權行為」，認為「強的智慧財產權保護」有助資本之自由流動。法律多元主義則發現了許多國際建制中建制互動（interplay）之現象，鼓勵以多元體制或國際建制解決爭議，開發中國家甚至可以以此作為策略性工具。懷疑論述對現今流行的見解如何看待智慧財產權的角色之方式提出質疑，但彼此間立場並不統一。

不論是中文或外語，學界有力著述多如星塵，而知也無涯，難以窮盡，是故本文僅提出筆者主觀認為相對而言較有影響力或較為特殊之論著予以概略之介紹。

1.3.1 經典批判法學論述（Classical Legal Criticism Works）

在探討全球智慧財產權體系與全球化問題的著述者首推 Jerome H. Reichman 教授與 Ruth L. Okediji 教授兩位。他們關切開發中國家在國際智慧財產權體系中的地位許久，並且主張應該由開發中國家作為先行者，由開發中國家決定如何推動其國際地位。Reichman 教授初始在烏拉圭回合談判時即對於全球智慧財產權體系規範標準的提高是

¹¹⁵ 林雅慧，智慧財產權之保障：開發中國家與已開發國家之衝突與妥協，國立中正大學財法所碩士論文（2008）。

¹¹⁶ 廖文忠，以貿易手段保護智慧財產權之法律問題——以美國貿易法為例，政治大學法律研究所碩士論文（1993）。

¹¹⁷ 前揭註，頁 42-45。

¹¹⁸ 前揭註，頁 175。

否對於開發中國家有利提出質疑，並撰寫多篇著述討論此問題。¹¹⁹Okediji 教授則提出「新雙邊主義 (Neo-bilateralism)」揭露美國在雙邊談判中，其壓迫政策對於開發中國家的威脅。¹²⁰Frederick M. Abbott 教授可以說是因此衍生的南北議題領域研究的先驅之一¹²¹，另一有力之批判則來自於學者 Carlos A. Primo Braga 對於北方智慧財產權政策嚴厲的批判¹²²。Abbott 教授更長期關注區域自由貿易協定對於開發中國家可能造成的威脅，不斷警示過高標準造成的不當。Abbott 教授並且討論了強制授權的作用與專利制度在藥業的角色是否對開發中國家有益。¹²³關於以上之議題亦可參考布宜諾塞利斯大學教授 Carlos M. Correa 的著作。¹²⁴

至於探討全球智慧財產權體系形成的專書著作則首推 Daniel J. Gervais 教授對於 TRIPS 制定史之研究¹²⁵，提供自草案以及談判過程的資料。該著作描述了 TRIPS 條文的演變和其談判的歷史、解釋及適用上之困難、實務須考量之問題，並且評估了 TRIPS 對全球智慧財產權體系其未來發展可能產生之影響。以及 Carolyn Deere-Birkbeck 對於全球智慧財產權體系形成歷史的研究¹²⁶。Deere-Birkbeck 教授認為全球智慧財產權規範是一場政治性的遊戲，因此該本專書著作蒐集自 1995 年以降至 2007 年的實證資料，以說明開發中國家在全球智慧財產權規範中尋找出路的歷程。在 TRIPS 制定後的十數年間，此類法學研究意在討論智慧財產權保護與公共利益的平衡，而後續發展漸次蓬勃，¹²⁷，茲不贅述。

¹¹⁹ Jerome H. Reichman, *Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement*, 29 INT'L L. 345 (1995); Jerome H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 11, 24 (1996-1997); Jerome H. Reichman, *Bargaining Around the TRIPS Agreement: The Case for Ongoing Public-Private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions*, 9 DUKE J. COMP. & INT'L L. 11, 24 (1998-1999); Jerome H. Reichman, *The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?*, 32 CASE W. RES. J. INT'L L. 441, 458-59, 461 (2000).

¹²⁰ See Ruth L. Okediji, *Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection*, 1 U. OTAWA L. & TECH. J. 125, 131-132 (2003-2004).

¹²¹ See Frederick M. Abbott, *Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework*, 22 VAND. J. TRANSNAT'L L. 689 (1989).

¹²² Primo Braga, *supra* note 22.

¹²³ See e.g. Frederick M. Abbott, *The TRIPS-Legality of Measures Taken to Address Public Health Crises: A Synopsis*, 7 WIDENER L. SYMP. J. 71 (2001); Frederick M. Abbott, *The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health*, 99 AM. J. INT'L L. 317 (2005).

¹²⁴ See e.g. Carlos M. Correa, *Bilateralism in Intellectual Property: Defeating the WTO System for Access to Medicines*, 36 CASE W. RES. J. INT'L L. 79 (2004). Carlos M. Correa, *The Politics and Practicalities of a Disclosure of Origin Obligation* (Quaker United Nations Office, Occasional Paper No. 16, 2005).

¹²⁵ DANIEL J. GERVAIS, *THE TRIPS AGREEMENT: DRAFTING HISTORY AND ANALYSIS* (Sweet & Maxwell 2008).

¹²⁶ DEERE-BIRKBECK, *supra* note 107.

¹²⁷ See e.g. Ruth L. Gana, *Prospects for Developing Countries under the TRIPS Agreement*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 735 (1996); Pamela Samuelson, *The U.S. Digital Agenda at WIPO*, 37 VA. J. INT'L L. 369 (1997); Graeme B. Dinwoodie & Rochelle C. Dreyfuss, *TRIPS and the Dynamics of Intellectual Property Lawmaking*, 36 CASE W. RES. J. INT'L L. 95 (2004); Rochelle C. Dreyfuss, *TRIPS-Round II: Should Users Strike Back?*, 71 U. CHI. L. REV. 21 (2004); Graeme B. Dinwoodie, *The International Intellectual Property Law System: New Actors*,

1.3.2 經濟學研究文獻

值得注意的是，1990 年代的經濟自由化勢力與提高智慧財產權保護的呼聲似乎是同時興起。經濟自由化勢力的呼聲，以經濟上的新自由主義為代表。新自由主義強調自由市場的機制，主張自由市場、自由貿易、和不受限制的資本流動，認為這樣將能創造出最大的社會、政治、和經濟的利益。這種形式的新自由主義主張將政府的開支、稅賦最小化，與解除管制，使政府的干預減到最小。部分研究專注於提高保護標準與 FDI 流動的關係。¹²⁸雖然本來經濟學研究文獻以此類研究為主流，爾後經濟學研究文獻則開始關注如專利體系是否會造成過度保護之問題。在專利的研究上，最經典的研究首推 William D. Nordhaus 於 1969 年所完成的研究，Nordhaus 認為最完美的專利保護均衡將會是邊際動態利潤（marginal dynamic benefit）所得與邊際靜態效率（marginal static efficiency）之喪失相等時。¹²⁹

經濟學研究文獻的研究方法為以簡化的經濟學算式推導結果，探求最佳之智慧財產權保護均衡。普林斯頓大學的經濟系教授 Gene M. Grossman 與香港大學的經濟系教授 Edwin L.-C. Lai 長期研究智慧財產權議題，在他們合作的研究¹³⁰中將問題意識設定在「為何智慧財產權在北方『被保護得較好』？」，他們假設當北方國家的研發能力較南方國家為強而研發市場較大時，分析得到的結果是北方國家會較保護其智慧財產權。¹³¹而在全球智慧財產權體系問題上，當全球智慧財產權保護標準提高時，對於北方國家較為有利；使得南方國家標準提高至北方國家標準的國際協議，會以南方國家的利益作為代價使北方國家得利。¹³²

在智慧財產權領域研究甚有成就的 Suzanne Scotchmer 教授則利用了經濟分析討論為何智慧財產權會有「和諧化」（harmonization）¹³³的現象，Scotchmer 教授以「政府投資研發」作為切入點，分析得到乃是因為北方國家的政府對於研發與學術挹注的資金無法回收，是故必須藉由和諧化的方式在國外取得智慧財產權的保護，以將已移轉至外國

New Institutions, New Sources, 10 INTELLECTUAL PROPERTY L. REV. 205 (2006); Margaret Chon, *Intellectual Property and the Development Divide*, 27 CARDOZO L. REV. 2821 (2006); Peter K. Yu, *A Tale of Two Development Agendas*, 35 OHIO N.U. L. REV. 465 (2009).

¹²⁸ 參閱本論文第貳章。

¹²⁹ See generally WILLIAM D. NORDHAUS, *INVENTION, GROWTH, AND WELFARE: A THEORETICAL TREATMENT OF TECHNOLOGICAL CHANGE* (Cambridge MA: MIT Press 1969).

¹³⁰ Gene M. Grossman & Edwin L. C. Lai, *International Protection of Intellectual Property*, 94 Am. Econ. Rev. 1635 (2004).

¹³¹ See *Id.*, at 1636.

¹³² See *Id.*, at 1637.

¹³³ 意指因國際條約或協定使得各國的智慧財產權標準不斷提高，往全世界最高標準的國家（通常是北方國家）看齊，趨向一致的現象。

消費者的外溢效果（spillovers）轉回北方國家手中。¹³⁴然而 Scotchmer 教授並未對此種結果賦予價值判斷，而在探討和諧化的成形過程，所提出的原因「政府投資研發」亦屬特別之論理。

相較於其他經濟學文獻傾向作出單面向的解釋，而意在尋找均衡點，世界銀行與 WIPO 的經濟學顧問 Keith E. Maskus 教授的研究則傾向提供各種不同面向的解釋。Maskus 教授在《智慧財產權與世界經濟》一書¹³⁵中如此作結：

「經濟分析顯示了在政策上的基礎變化將造成複雜的效果。智慧財產權所運作的世界充斥市場失靈與不完美，因此，無法保證強的智慧財產權保護就會為所有國家帶來經濟利得。事實上，僅僅是智慧財產權的強力執行就會使部分國家情況變差。因而由此觀之，改革智慧財產權與經濟障礙的自由化相較起來是很不同的。」¹³⁶

1.3.3 全球法律多元主義（Global Legal Pluralism）

在法哲學、法理學中與國際法相關的「全球法律多元主義」鼓勵以多元體制或國際建制解決爭議。¹³⁷全球法律多元主義並不認為國際法必須建立如奧地利法學家凱爾森（Hans Kelsen）所論述的金字塔等級體系，因此每一種體系都可能有其權威來源，而能解決特別的國際問題。Laurence R. Helfer 在處理國際建制中許多議題重疊的現象時，認為建制移轉（regime shifting）是開發中國家可以採取的策略。開發中國家可以轉移特定議題至新的國際建制中，並且利用新成形的國際建制或論壇，藉由合縱連橫來形成有利於開發中國家的協議。建制移轉可以達到主張開發中國家權利之目的。

利用不同的國際建制或論壇來處理新議題符合法律多元主義的主張。Helfer 認為在國際組織之中不斷產生國際建制是「規範上可欲的」（normatively desirable），而將議題移轉至其他國際建制，如此機制可能可以成為開發中國家立法的安全閥，而可以對較可能實現其意圖之建制委以重任。Helfer 主張政府官員可以在建制中熔鑄相對立的諸主張，不斷協商至達到較有利之決議。¹³⁸雖然可能會降低國際建制彼此間條約規範效力的

¹³⁴ See Suzanne Scotchmer, *The Political Economy of Intellectual Property Treaties*, 20 J. L. ECON. & ORG. 415 (2004).

¹³⁵ KEITH E. MASKUS, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE GLOBAL ECONOMY* (Peterson Institute 2000).

¹³⁶ *Id.*, at 236.

¹³⁷ See generally Paul S. Berman, *Global Legal Pluralism*, 80 S. CAL. L. REV. 1155 (2007).

¹³⁸ Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 YALE INT'L L.J. 1, 56-58 (2004).

層級性，但利用產生新議題、新建制的效果是可以觀察的。¹³⁹

1.3.4 懷疑論述 (Skepticism)

懷疑論述基本上對前述大多的討論採取反對的立場，本文將懷疑論者主要的質疑分為兩類：溫和的懷疑論述 (mild skepticism) 與基進的懷疑論述 (fundamental skepticism)，前者認為智慧財產權制度有存在的必要，但應更注重社會利益的衡平；後者則甚至以為智慧財產權並無適當存在立基，應重新檢討智慧財產權之意義。

懷疑論述有認為現今不論是開發中國家智慧財產權，不但是帝國主義的遺毒，更是霸權國家權力的運作結果。如 A. Samuel Oddi 「客氣地」在〈TRIPS——自然權利與「經濟帝國主義的禮貌型式」〉一文中指出 TRIPS 協定雖不能完全說是「船堅砲利外交」的結果，至少也「帶了那麼點經濟帝國主義的味道」。¹⁴⁰更指出知識經濟的強權國的保護論者將自然權利 (natural right) 的概念¹⁴¹帶入 TRIPS 協定中，並且認為專利權是一種「弱化的自然權利」，因此不可「由盜版國家侵犯」，即使國家不建立專利系統，專利仍然會以自然權利的型式存在。然而這種說法忽略了專利的保護範圍、年限本來就可能有限制，而且依附於主權之下，本非放諸四海皆準，而且發明家的經濟所得往往與其科技貢獻不一定成正比。¹⁴²

Keith Aoki 則挑戰了很多約定俗成的法律概念，認為「智慧財產權」一詞本身及含有深刻的對立概念於其中，其一為由國家所支持、給予個人或企業的獨占，另一為自由市場經濟之概念。但批判經濟上的新自由主義 (Neoliberalism) 對於公部門與私部門予以過於絕對的區分，而利用有全球公共特性的 GATT 來保護智慧財產權——私部門的利益則是自相矛盾的邏輯，¹⁴³而貿易自由化不當然會帶來發展。¹⁴⁴在本篇文章中 Aoki 教授則提供數個例子指出北方國家在南方國家的生物探勘實為「生物殖民主義」 (biocolonialism)，徒然將南方國家的資源流入外國公司與西方國家的實驗室。¹⁴⁵該文並語重心長地提示了反共有效果¹⁴⁶對於智慧財產權的負面影響。

¹³⁹ *Id.*, at 82-83.

¹⁴⁰ A. Samuel Oddi, *TRIPS-Natural Rights and a "Polite Form of Economic Imperialism"*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 415, 470 (1996).

¹⁴¹ 參閱本論文第參章。

¹⁴² *Id.*, at 438-430.

¹⁴³ Keith Aoki, *supra* note 102, at 13-17.

¹⁴⁴ *Id.*, at 16-18.

¹⁴⁵ *Id.*, at 52.

¹⁴⁶ 參閱本論文第參章與第伍章。

然而懷疑論述對智慧財產權的重要性和角色卻採取不同的觀點，溫和的懷疑論述基本上認為智慧財產權制度有存在的必要，但應更注重社會利益的衡平。Peter Drahos 教授在與 John Braithwaite 在所合著的《資訊封建主義：誰擁有知識經濟？》一書¹⁴⁷中，從追蹤 TRIPS 協定簽訂的過程開始，發現在盜版商品與製藥過程等等與專利高度相關的問題中，跨國公司利用智慧財產權的保護增加了他們對資訊的控制，據「利」為王，猶如封建時代的領主，對知識經濟下未擁有資訊所有權的「農奴」課稅，削弱了個人與國家對資訊相關的福利其掌控能力。TRIPS 協定的層面，Drahos 教授則憂慮開發中國家在進行貿易談判時，可能會因為得到農業談判部分的讓步而忽略了自身在智慧財產權上的利益。¹⁴⁸Drahos 教授認為無體財產權擁有兩面性，雖然無體財產權是在受侵害後才能主張的被動權力（negative rights），但事實上無體財產權亦擁有干涉他人行為的積極面向，而須受到節制。¹⁴⁹

基進的懷疑論述則傾向懷疑智慧財產權正當性，如 Adam D. Moore 指出國際智慧財產權體系實則來自於美國盎格魯系統的效用主義（utilitarianism）思維，¹⁵⁰然而這種效用主義思維是有問題的，可以提出的問題如：是否可由政府資助作為研究動機的來源？¹⁵¹或是智慧財產權排他性是否將傷害創新？¹⁵²而 Adam D. Moore 認為現代的美國盎格魯效用主義思維將過多的控制權皆置於智慧財產權系統中。¹⁵³許多文獻有從開發中國家的原生文化去討論，認為目前的智慧財產權是以西方的科學知識準則為標準，而住民依本地文化產生的知識或作品，並不能完美與西方外來法律契合。這些則以與傳統知識相關的論著為主。

概括而言，基進的懷疑論述的口吻不是對當地文化懷有一種浪漫情懷，就是欲徹底顛覆了過往建構的脈絡卻不一定能夠再建構其他體系。總體而言，懷疑論述的批判性實則來自於比其他論述更深厚的同情心與人權關懷，然而部分懷疑論述所採取的敵視態度，卻不一定有利於開發中國家在國際社會中爭取權利。不過，對開發中國家而言，懷疑論述指出其所處的權力不對稱情勢，輔以對人權、原住民的訴求，將可能增加開發中國家主張的強度與動員能力，對開發中國家而言應是極為有力的論據。

¹⁴⁷ PETER DRAHOS WITH JOHN BRAITHWAITE, *INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY?* (New York: The New Press 2007)

¹⁴⁸ *Id.*, at 11.

¹⁴⁹ Peter Drahos, *Information Feudalism in the Information Society*, 11 *THE INFO. SOC'Y* 209, 220 (1995).

¹⁵⁰ Adam D. Moore, *Intellectual Property, Innovation, and Social Progress: The Case against Incentive Based Arguments*, 26 *HAMELINE L. REV.* 602, 606 (2003).

¹⁵¹ *Id.*, at 614.

¹⁵² *Id.*, at 616.

¹⁵³ *Id.*, at 629.

1.3.5 其他社會科學論述

政治學家 Susan K. Sell 教授關切國際智慧財產權體制發展的社會科學家所提出深沉之批判。Sell 教授在《私權、公法——智慧財產權的全球化》一書¹⁵⁴中，以社會學家 Margaret S. Archer 承襲自 Anthony Giddens 所建立的「能動者」(agent) 與「能動性」(agency) 的「結構二元性」模型來分析智慧財產權的全球化現象。隨著企業越來越清楚意識智慧財產權得以作為其利潤來源，他們不斷在政治面施加其影響力，以確保商業的控制權留在自己手中。Sell 教授搜集了美國大企業在 TRIPS 協定起草與形成過程中遊說華盛頓政府，以及與歐體和日本工商協會的歷史，以分析大企業等私部門如何利用國際條約來達到保障私人部門利潤的結果。而本研究也影響了許多法律學者對於 TRIPS 協定起草與形成歷史的看法。

表四：相關文獻分類略示表

文獻分類	代表性作者姓名—代表性文獻簡稱	說明
經典批判法學論述	Frederick M. Abbott, Jerome. H. Reichman, Ruth L. Okediji.	法學論述的先驅，關切開發中國家的不利。後續發展漸次蓬勃。
經濟學研究文獻	Keith E. Maskus, Suzanne Scotchmer, Gene M. Grossman, Edwin L.-C. Lai, Elhanan Helpman.	以簡化的經濟學算式推導結果，探求最佳之智慧財產權保護均衡。Maskus 的研究則提供各種不同的解釋。
全球法律多元主義論述	Laurence R. Helfer – Regime Shifting.	鼓勵以多元體制或國際建制解決爭議。
懷疑論述	Peter Drahos - Information Feudalism, Oddi - Polite Imperialism, The Romance of Public Domain.	對智慧財產權的角色及目的提出質疑，但彼此間立場並不統一。
其他社會科學論述	Susan K. Sell- The Globalization of Intellectual Property Rights.	探討私部門如何影響公部門與國際社會，以達到保護私部門企業利潤之結果。

來源：作者整理

¹⁵⁴ See SELL, THE GLOBALIZATION OF IP.

四、開發中國家的對策

本論文認為專利法之本質，乃是產業促進法。既然專利法之性質實為一產業促進法，則各國本就應依本國之產業發展狀況制定其立法政策，並以之修正法規。我們可發現在專利法在制定之初，各國本來就均依其本國產業之發展需要而制定法規，故法規內容隨國家之產業發展情形而有所差異。在全球化的背景下亦然，內國智慧財產權法律的型塑，可以為開發中國家創造有利科技發展和傳播的環境。已開發國家如美國、歐盟，早已利用國家力量在國際社會的影響力，為自身開創對於自己較有利的國際法制環境。因此，開發中國家必須對於這樣的國際情勢更為警醒，並且在國際法制允許的空間下，型塑有利於己的科技創新環境，促進科技的創新才是使開發中國家能扭轉在貿易南北歷史發展中歷經的不平等。

於此整理文獻中學者提出對於開發中國家智慧財產權法律的型塑的建議，包括：

1.4.1 WTO 框架下的條文解釋對策

TRIPS 協定於開發中國家關切的部分只反映在第七條與第八條。¹⁵⁵TRIPS 協定第八條允許會員國採取必要的措施，以增進國內的公共衛生、社經情況及科技發展有重要性的公共利益。¹⁵⁶TRIPS 協定第七條保障會員國對智慧財產權的執行「以增進社會經濟福利的方式為之，並平衡權利義務，符合使用者及製造者雙向科技知識上的利益」。¹⁵⁷有許多學者基於實質平等的追求，認為開發中國家應盡可能主張 TRIPS 第七、第八條的例外與立法精神，主張 TRIPS 協定第七、第八條允許開發中國家就各國的需要設計法制，以在 WTO 框架下得到較有利於開發中國家的解釋結果。然而也有學者指出 TRIPS 協定第七、第八條的例外原則適用上有其難度存在，其體系設計並非立即可用。不過由於本論文的主題限縮在專利制度的探討，是故對於 TRIPS 協定第七、第八條的解釋問題僅於最末章為提示性的討論。

1.4.2 競爭法管制體制的利用

對於反競爭行為的管制，在競爭法的領域本就有各種工具作為國家抑制不公平競爭

¹⁵⁵ Gervais, *supra* note 33, at 509.

¹⁵⁶ TRIPS, at art. 8.

¹⁵⁷ TRIPS, at art. 7.

的手段。世界各開發中國家對於競爭法的操作，有許多仍然在摸索途中。依據 GATT 之規定，各會員國訂定自己的國際貿易政策來規範跨國貿易的企業競爭行為，而對國內企業之行為的規範則是依據各國之競爭法。GATT 只就部分的反競爭行為設有規範。¹⁵⁸ TRIP 協定 S 當中也未規定應如何處理智慧財產權與競爭的關係，僅給予一些較為指導性的原則。學者認為，多數的國家並沒有有效的競爭法以制衡獨占對於市場力量的濫用，競爭法可以禁止智慧財產權權利人向消費者索求高價；Reichman 就認為，開發中國家在遵守 TRIPS 協定的最低國際標準外，其實可以以競爭法作為管制工具。TRIPS 協定本身之中其實留有所謂的「灰色地帶」，其中並未規範的部分是開發中國家可以運用的。為了防止市場力量的濫用，開發中國家應以「量身裁定」(tailor-made) 的競爭法用以管制濫用行為。¹⁵⁹關於學者知建議是否可行，本文於後續章節將就此一策略為討論。

1.4.3 利用專利法以促進創新

學者認為，已開發國家近來也受到低品質的專利核發件數增加所煩擾，而這種狀況在開發中國家可能更為嚴重。但外國低品質專利的累積將對開發中國家工業發展的進入障礙。但因為 GATT 與 TRIPS 協定中國民待遇的保障，開發中國家無法對本國國民與他國國民施加不同之對待，因此國內的保障標準究應如何設立，非常值得探討。¹⁶⁰

因此，必須建立可以促進開發中國家科技創新的「第二層機制」(second-tier protection)，來保護較小規模的發明。¹⁶¹本文在後續之章節將會介紹如何以「責任法則」(liability rules) 來作為其運作之機制。此外，責任法則對於智慧財產權，尤其是專利，其應用最重要的問題在於禁制令 (injunctions) 的核發與否，這將會對後續之利用者構成極大之障礙。本文也會深入探討禁制令對智慧財產權之意義。

1.4.4 實驗免責與知識散佈

如何使開發中國家更快速地工業化，涉及科學及科技知識的的利用問題，此一流程包括知識取得、知識轉換、知識應用與知識保護。尋求在公共領域 (public domain) 的知識利用與智慧財產權保護之間的最佳平衡點並非易事，是否應該針對個別智慧財產權

¹⁵⁸ See General Agreement on Tariffs and Trade, October 30, 1947, Art. VI, XVI, TIAS 1700, 55 U.N.T.S. 194.

¹⁵⁹ Jerome H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 11, 28 (1997)

¹⁶⁰ See Jerome H. Reichman, *Intellectual Property in the Twenty-First Century: Will the Developing Countries Lead or Follow?*, 46 HOUS. L. REV. 1115 (2009).

¹⁶¹ See *Id.*, at 1145.

類型，考量其不同的市場競爭程度、商業模式、研發成本等問題，設計不同的保障機制，以提供最適度產業發展誘因，或是開發中國家應將這些特殊的智慧財產權類型納入專利法中保護，本研究將在之後之章節討論。

五、本論文之研究方法與架構

1.5.1 研究動機

智慧財產權賦予權利人一種排他性效力的權利，透過智慧財產權的保護，足以使權利人享有「法律上的獨占性地位」，其後伴隨的是鉅大的經濟利益。智慧財產權制度固然提供業者一個誘因，鼓勵其從事研發，但最終之目的在於透過研發使社會得到整體之進步與發展，更重要的是其後公共利益的考量。¹⁶²一般來說，所謂的公共利益可能囊括倫理、道德、環境、生態、資源等等，然而開發中國家開始提出「發展」也是一項不應被犧牲的價值，必須與其他公共利益同受盱衡。在國際政治經濟的場域上，我們看到智慧財產權標準的決定深深受到各國勢力的影響。全球化大為提高世界各地市場整合的程度，知識和資訊逐漸資產化，各國擁有的知識和資訊成為和其他地區競爭的「國富」來源，智慧財產權是科技後進國「存活的唯一希望」¹⁶³。不僅如此，擁有智慧財產權的大型公司，在外國亦能藉由國際協議得到保護。他們為了牟利，並不會特別關注世界貧富差距的現實，而輕易放棄在貧窮國家利潤之攫取，而獲取利潤是他們唯一的目標。這些逐漸浮現的問題引發了 WTO 杜哈回合談判的爭議，引起了藥物近用的議題，但最終的背景卻是富國與窮國在「知識資產」積累上的「實質不平等」所導致。

我國雖然躋身為「新興科技國」(Newly Industrialized Countries, NIC)之一，然而在知識經濟上，仍然屬於科技後進國，且主要產業專注於代工，研發積極性與知識資產的積累並不能和科技先進國相比。研究許多開發中國家在智慧財產權國際協議的場域如何合縱連橫，有助於我國更進一步了解世界情勢，在有利於自身利益的議題上選擇策略，並且對智慧財產權的意義與價值重新思考。本論文的問題意識在於探討全球化的情境下，開發中國家面對因 TRIPS 協定之制定，造成的外國權利人與主權的衝突，將如何利用立法作為策略性工具，以促進國內之發展。本文認為真正的不平等，存在專利的不平等中。由於專利的排他效力十分強大，是故調整專利制度，使得專利制度有助於開發中

¹⁶² 謝銘洋，「生物技術之智慧財產權保護」，科技發展之智慧財產權議題，翰蘆圖書出版有限公司，初版，民 94 年，頁 48。

¹⁶³ 謝銘洋教授語，見前揭註，頁 48。

國家創新是可行的諸多策略之一。

1.5.2 分析架構

1.5.2.1 全球化現象：本論文之研究脈絡

工業時代所帶來的許多世界性的問題，包括：人口爆炸、貧窮、飢餓、人權保護、自然資源貧瘠化、環境保護、溫室效應、動物保育及生物多樣性銳減等，都尚未得到解決。雖然有所謂反全球化的聲浪存在，但全球化毋寧只是一種可觀察到的現象，而且也是正在變化中的現象。全球化也是許多政治經濟現象中最為普遍的原因，無論是經濟、環保、社會，或是政治領域的議題，全球化的效應無所不在。而就像 Giddens 等一派論述所主張的，即使全球化在結構上的影響力是不可避免的，但是各個行動者的能動性（agency）賦予了行動者改變結構的能量，使得結構能反過來被改變。

本文將全球化定義為「一種現象」，包括訊息、資本、人口、資源等大量在全球流動的現象。全球化的用語使用在學術上並沒有統一或通行的定義，展示了許多面向，已如本文初始段落所述。在某些文獻的觀點中，全球化被視為一種「同化運動」，這種觀點認為全球化是指西方霸權強將「自由民主」、知識經濟、社會福利、文化論述等「亟欲同化」的一股力量。¹⁶⁴然而本文認為，所謂的現象是一種不斷在發生中的行動、對話、表徵的集合，是故同化運動可能只是全球化現象的一部分，而全球化現象也可能伴隨的是割裂的「分化現象」（fragmentation），區域主義、基本教義的想法也可能會加強。全球化的未來將會如何變化，是難以預見的。

全球化現象是不斷在發生的，因而全球每一個行動者都有可能去改變這樣的現象。不論是個人、政府、國家、國家代表，或是非政府組織，他們的主張或是權力/權利衝突，皆會對彼此造成影響，因而改變了對方的作為以及想法。這樣的改變會產生新的想法與論述，而新的想法與論述將會再形成新的行動、對話、表徵，因而有可能改變全球化現象的內容與本質。但當全球化現象的內容改變時，每一個行動者又會有所回應，如此一來，週而復始，不斷循環，這就是本文對全球化現象的界定。

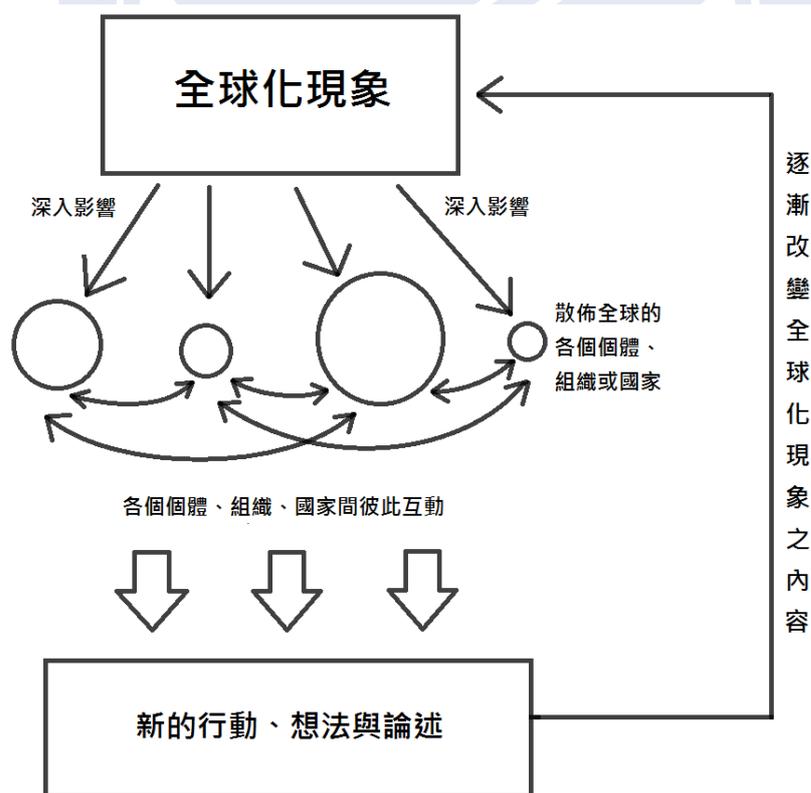
以全球智慧財產權體系為例，當跨國企業（行動者）在全球尋找市場的開放，因而開始面對仿冒商品與廉價代用品的挑戰的時候，跨國企業尋求了國家政府的幫助（作為以及想法）。而知識經濟的出口國尋求彼此的承諾，因而形成了同盟（改變了對方的作

¹⁶⁴ 周慶華，《反全球化的新語境》，秀威資訊，民國 99 年四月，頁 7。

為以及想法)。最後制定了 TRIPS 協定，改變了舊有的全球智慧財產權規範（全球化現象的改變）。全球化是一個相互對話及影響的過程，當非政府組織提示開發中國家應該利用自身主權與立法權來回應藥物近用或傳統知識保護時，商業部門也開始了行動，他們嘗試說服開發中國家的政府接受美國化的智慧財產權制度。有研究稱此為這是一個「社會化」的歷程。¹⁶⁵

當開發中國家意識到 TRIPS 協定帶來的挑戰的時候，也產生了新的主張，如要求國際建制承認藥物近用與強制授權的允許性，並在 WTO 和 WIPO 中對知識經濟的出口國提出正面的挑戰。在許多的對話，甚至於是對抗後，最後 WTO 會員國在杜哈宣言中承認發展的必要，這必然又會造成跨國藥商的新行動。這樣的改變相當符合本文對全球化現象的界定與認知。許多觀察家認為全球化對於可能對發展是有幫助的，當我們可以借重這個相互對話及影響的過程時，全球化的內容與本質也將不斷改變。

本文對全球化現象的界定可以以下述簡圖表示之：



圖一：本論文對全球化現象定義示意圖

來源：作者繪製

¹⁶⁵ Jean-Frédéric Morin, Kevin Daley and E. Richard Gold, *Having Faith in IP: Empirical Evidence of IP Conversions*, 3 WIPO J. 93, 96 (2011).

那麼為什麼這一個相互對話及影響的過程是重要的？因為本文認為它將會改變全球化現象的本質與內容。法哲學家哈伯瑪斯（Jürgen Habermas）也認為法律取得其正當性，與溝通行動之間具有相似的結構性。法不是道德之具體化，法比道德更具複雜的結構，並且包含有集體目標設定。因此當集體的目標設定改變時，法律的內容亦可能發生改變。¹⁶⁶是故，一旦全球化現象的本質與內容改變時，法的內容也有可能發生改變。本論文研究全球化的脈絡，就是為了觀察與發現法律體系改變的循環與契機。

1.5.2.2 本論文之研究架構

本論文首先擬以政治經濟分析之方式，呈現開發中國家與已開發國家在國際局勢上，所面對知識經濟的政治壓迫與經濟挑戰。由於人的經濟生活並非只存在基於利益的「效率」面向，雖然以「市場」作為經濟交換的機制，強調的是自願交換可引導出效率的結果，但經濟生活中尚有許多非自願交換的部分，而受到了「權力」的導引。所謂「政治的經濟學」(political economy)，就是探討權力在經濟場域的作用。因而本文在第貳章試圖探討各種國際政治與社會中的權力，如何藉由智慧財產權制度影響經濟，而知識經濟又如何影響了國際政治與社會中的行動者，使其改變了全球智慧財產權體系。

有鑑於前文文獻分析部分所整理的各種懷疑論述對於智慧財產權理論基礎與全球智慧財產權體系建立根基的挑戰，本論文在第參章所提出的問題為：「智慧財產權的本質是什麼？何以吾人需要智慧財產權？」並且就較為主流的見解進行討論。由於受限於篇幅，本論文聚焦於專利制度之層面，是故僅就專利制度的立基為檢討。在探討過專利制度的立基後，本論文對開發中國家可能採取的途徑進行較深入的檢討，而將可能的諸多方向，大略地分為三個，並於第肆、伍、陸章中一一進行檢討。

就本文於第貳章整理出開發中國家可行之對策，提出了的四大途徑，分別為：傾競爭途徑、人權途徑、公共領域途徑，與新重商主義途徑。而本文整理出的三大議題為：競爭法之管制、責任法則之應用，與促進科技轉移與鼓勵研究創新，依三大議題為經，四大途徑為緯，本文以第肆章、第伍章，與第陸章分別探討三大議題。由於四大途徑中，人權途徑與新重商主義途徑的呼籲雖多，但具體落實發展上尚難稱得上成熟，並未有具體的解決方案。¹⁶⁷因此本文僅於第壹、第貳，與第陸中提示這些途徑的呼籲，而就其他

¹⁶⁶ 參閱李俊增，「多元分歧與正當性：對 Habermas 程序主義法理論之驗證」，政治與社會哲學評論，第 11 卷（2004）。

¹⁶⁷ 根據筆者蒐集所得的文獻資料，人權途徑對開發中國家的處境關切甚深，而告知了世人單方面提高智慧財產權標準可能對開發中國家的公共健康問題與發展造成阻礙，然而除了呼籲已開發國家的廠商捐獻藥物，以及容許國家就嚴重傳染病為強制授權外，人權途徑尚未有較有體系的法律論述。新重商主義途

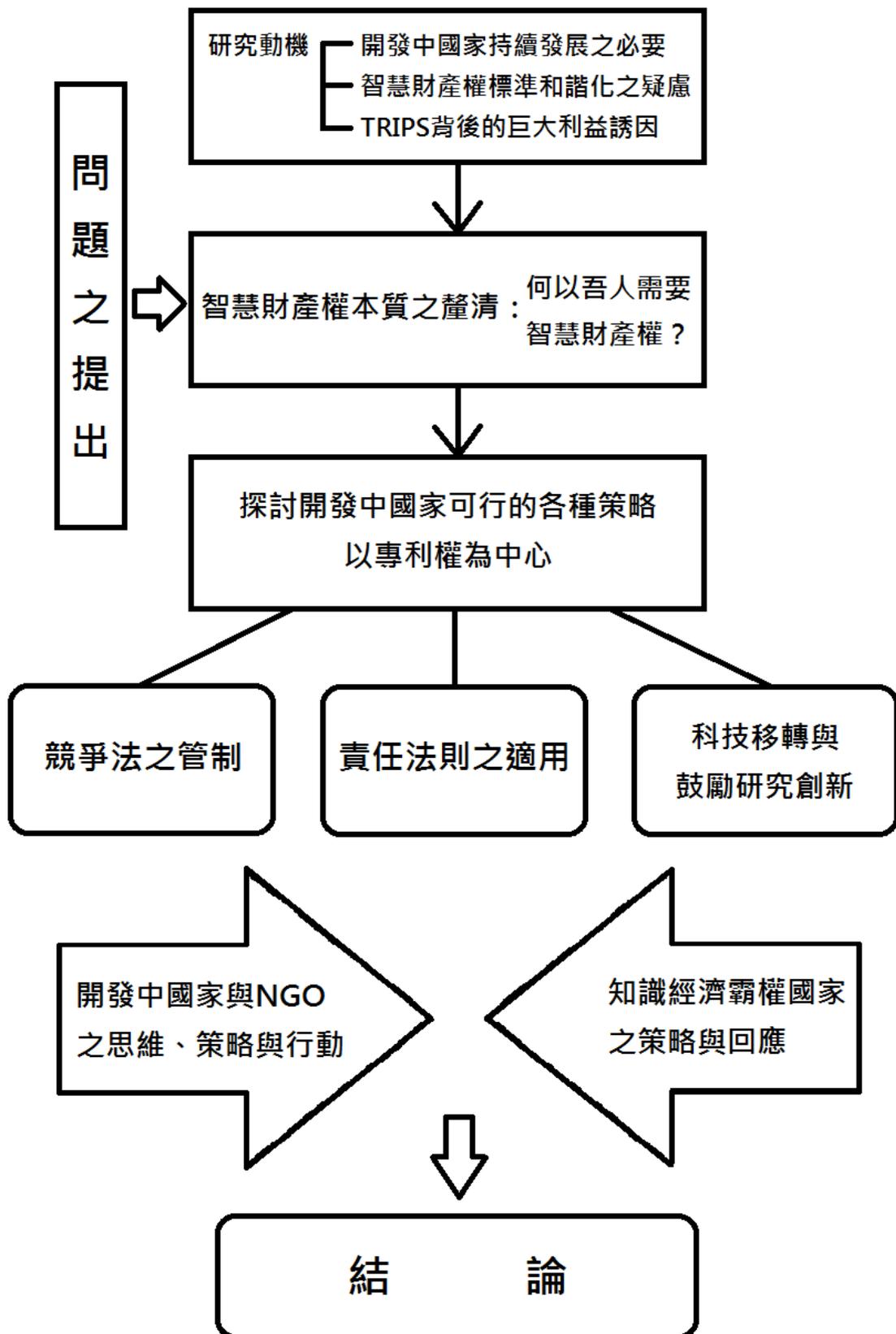
兩途徑為檢討。公共領域途徑中本論文將討論鼓勵研究創新的法律體制，而提出傾競爭途徑的 Reichman 教授的主題涵蓋較廣，包括競爭法之管制與專利法制具體的改造提議。Reichman 教授就專利法制具體的改造之提議設計了應用責任法則的法律體制，本文將於第肆章討論；關於競爭法之管制的角色與難處本文安排於第陸章討論。

由於國際情勢不斷改變，來自知識經濟霸權國家主當保護智慧財產權的論者，與知識經濟霸權國家本身，也會對於開發中國家的實際作為有所回應。在這些回應當中，也可能發生開發中國家、非政府組織與提高智慧財產權保護論者間思想上的衝突與對立。本論文先由國際潮流探討智慧財產權權利範圍與保障時間擴張，呈現對創新與知識流通的衝擊，因而突顯 TRIPS 彈性機制在此背景下的重要性。在對這樣的新的對立情勢作出檢討後，本論文於第柒章中就所有章節中可能提出的看法作一總結。

本論文的架構，僅以下圖示之：



徑的困境在於如何防禦國家支持淪為保護主義的攻擊，該途徑尚未就此為回應。



圖二：本論文研究架構示意圖

來源：作者繪製

1.5.2.3 本論文之研究方法

本論文研究回顧現有文獻對於合理使用理論基礎的探討，主要的研究方法為文獻分析法。文獻研究法是根據一定的研究目的或課題，通過調查文獻來獲得資料，從而全面地、正確地瞭解掌握所要研究問題的一種方法。文獻研究法被廣泛用於各種學科研究中。其作用有如：能瞭解有關問題的歷史和現狀以幫助確定研究課題、能得到現實資料的比較資料、有助於瞭解事物的全貌等等。在尋求歷史資料、檢視歷史紀錄並客觀地分析、評鑑這些資料的歷程中，研究者可以解釋社會現象。當研究者對資料進行蒐集、檢驗與分析後，更可以從了解、重建過去所獲致的結論中，得到對未來社會現象的預測。

本論文之研究在本章首先蒐集國內外與智慧財產權之全球化有關的相關文獻及期刊資料進行歸納及分析，並且由第貳章呈現開發中國家與已開發國家在國際局勢上，所面對知識經濟的政治壓迫與經濟挑戰，並歸納初步途徑，以作為進一步尋找可行解決方案的依據。最後本論文再就最近數年的國際情勢變化，與第貳章所提出的途徑進行檢討，提出本論文議題的回顧與對未來之展望。

1.5.3 研究目標

與民、刑法相較，智慧財產權的立法歷史相對是短的，也因而智慧財產權的研究歷史相對也是短的。然而由於「和諧化」的結果，標準不斷提高，使得全球智慧財產權的發展越來越與美國的法制靠攏，呈現一種「單線演化」的趨勢。事實上，全球有相當數量的國家對於智慧財產的理念與法制不同於美國的觀點。Kitch 就指出，開發中國家在面對增進國內科技能力時，所面對的就是他們必須接受 GATT 協定所要求的美國智慧財產權系統。¹⁶⁸

這種「單線演化」的趨勢，有其成因，也會造成影響。本論文的分析脈絡——全球化的主要後果之一，為國際貿易的擴大，而全球化將貿易壁壘降低和管制放鬆的市場不斷開放予來自世界各國資本實力雄厚的企業。在法制上則經過 TRIPS 協定與自由貿易協定，全球的智慧財產權標準不斷攀升，更有利於出口智慧財產權商品的國家。本論文研究之目標在於探討這樣趨勢的演變歷史、分析造成如此結果的各種因素、提出可能的改變方式，並且進行替代制度的評估並提出制度上的建議。本文所關切的問題意識為：「全球化情境下，開發中國家面對因 TRIPS 之制定造成的外國權利人與主權的衝突，將如何

¹⁶⁸ Edmund W. Kitch, *The Patent Policy of Developing Countries*, 13 UCLA PAC. BASIN L.J. 166, 167 (1994).

利用各種策略性工具，以促進國內之發展？」

本研究的目的如下：

1. 探討及提出「智慧財產權的全球化」下專利制度的變化與角色。
2. 建立「智慧財產權的全球化」下開發中國家可行的策略途徑。
3. 討論「智慧財產權的全球化」下開發中國家可行的策略途徑是否可行。
4. 對「智慧財產權的全球化」下國際局勢的變化提出預警。



第貳章 全球智慧財產權體系的國際政治 經濟分析

一、國際智慧財產權體系之建立

2.1.1 國際智慧財產權體系（International IPR Regime）之建立過程

TRIPS 協定的簽訂，是全球智慧財產權體系建立的重要里程碑，但智慧財產權的發展，和法制的「擴散」，在 TRIPS 協定前即已開始，在 TRIPS 協定底定後亦為結束。Drahos 將國際智慧財產權體系的發展依範圍廣狹分為三個階段：地域性的、國際性的、全球性的保護時期，¹而下文將依此分類，以歷史為經，地域範圍為緯依次介紹。

2.1.1.1 地域性保護時期

最早的智慧財產權通常因獎勵發明或給予榮耀而賦予，如伽利略（Galileo Galilei）曾就其光學器材利用義大利一般法律取得權利金，而於 1486 年威尼斯議會（the Council of Venice）將出版的專屬權限給予了 Marco Coccio。歐洲在 15, 16 世紀時，發明之特許仍是一種君王的恩惠，而陸續產生的權利如 1474 年的威尼斯專利法（Venetian Patent Act）、1624 年英國的獨占法（Statute of Monopolies）、1643 年英國出版商工會（Stationers' Company）向議會提出的請願書、安妮法案（Statute of Anne；即 1709 年英國著作權法）、1787 年美國憲法中的專利與著作權條款、1790 年美國的專利法與著作權法、1791 年法國的專利法等。²

對於開發中國家而言，智慧財產權的立法通常始於殖民時代帝國的管理。但在拉丁美洲地區，智慧財產權的立法始於 19 世紀早期獨立意識的覺醒。西元 1809 年巴西以拿破崙民法典作為民事法的基礎，於此基礎上成為全球在英、美、法之後第四個擁有智慧財產權法律的國家。1832 年墨西哥通過了工業財產法，至 1850 年為止，有八個拉丁美

¹ See Peter Drahos, *Thinking Strategically About Intellectual Property Rights*, 21 TELECOMM. POL'Y 201, 203-204 (1997).

² 何孝元，工業所有權之研究，三民出版社，頁 7（1991）。

洲國家已經擁有成文智慧財產權立法。³

在大英帝國的管理下，印度於 1856 年制定了專利法，英國其後並起移植了其 1911 年制定的著作權法於馬來西亞及奈及利亞。至此時期殖民地的法律，包括智慧財產權的立法在內，絕大部分均仿效殖民國立法，或在殖民國的意志下訂立，而模仿的對象不外乎英、法兩國。⁴法國也將其智慧財產權立法移植至殖民地，尤其是非洲國家，而由法國智慧財產機構（French Institute of Intellectual Property, INPI）作為處理諸事務的中央權威機關。美國在取得對菲律賓的控制權後，亦以美國法作為審查當地申請專利之基礎，並且在佔領南韓後於 1946 年將專利法移植至當時本適用日本法體系之南韓。⁵

2.1.1.2 國際性保護時期

設若一國的智慧財產權既經立法，其效果只能保護國內的權利人，而無法保護外國人，因此「國民待遇」（national treatment）、「最惠國待遇」（most favored nation treatment）就成為 19 世紀時許多雙邊條約所希冀達成的目標。⁶也因此促成國際協約的訂立，最重要之兩者為 1883 年簽訂的巴黎公約（the Paris Convention）⁷與 1886 年簽訂的伯恩公約（the Berne Convention）⁸，兩者皆將國民待遇原則納入其中。巴黎公約與伯恩公約後來形成所謂的 BIRPI 體系（兩公約合稱「國際聯合智慧財產保障局」⁹，為世界智慧財產權組織 WIPO¹⁰之前身），現在此二合約由聯合國轄下機關 WIPO 負責掌理。當時加入伯恩公約的開發中國家僅有海地、利比亞及突尼西亞，加入巴黎公約的開發中國家有巴西、厄瓜多、薩爾瓦多、瓜地馬拉及突尼西亞，主要為法屬殖民地。¹¹從 19 世紀以降至 1970 年，雖然國民待遇仍有一定影響力，但總的而言，對於條約的法典化及擴張保護範圍的腳步相對是緩慢的。¹²

³ Carolyn Deere-Birkbeck, *The pre-TRIPS context for developing country perspectives on intellectual property in the WTO: Setting the Context*, at 1-2 (2009), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1405430 [hereinafter Deere-Birkbeck, *The Pre-TRIPS Context*].

⁴ 中國最早的智慧財產權為 1896 年（光緒 22 年）頒布的商標試辦註冊章程，而著作權法於 1910 年（宣統二年）由清帝溥儀訂立，但未制定專利法。專利法為民國元年由北洋政府所制定的獎勵工藝品暫行章程。1896 年的立法政策改變乃受到維新運動影響，酌採重商主義思想所致，為之後「新政」之一部分，直到宣統時期清廷仍陸續頒布各種模仿英美歐洲國家體制之各別商事法。

⁵ *Id.*, at 2.

⁶ Gervais, *From the Very Old and the Very New*, at 936.

⁷ Paris Convention for the Protection of Industrial Property, 828 U.N.T.S. 305(Mar. 20, 1883).

⁸ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, 828 U.N.T.S. 221(Sept. 9, 1886).

⁹ BIRPI is an acronym for “le Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle” (French for “United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property”).

¹⁰ Acronym for World Intellectual Property Organization

¹¹ Deere-Birkbeck, *The Pre-TRIPS Context*, at 3.

¹² Gervais, *From the Very Old and the Very New*, at 938.

60 至 70 年代開發中國家的國家意識和區域合作意識增強，開始思考智慧財產權的角色與定位。1962 年舊日的法屬非洲國家決議成立非洲與馬達加斯加專利機構（the African and Malagasy Patent Rights Authority, OAMPI），幾經遞嬗後更名為非洲地區智慧財產權組織（the African Regional Intellectual Property Organization, ARIPO），主要負責範圍擴及迭有爭議的基因資訊（genetic resources）與傳統知識（traditional knowledge）保護活動。¹³自從去殖民化思潮興起，拉丁美洲國家對智慧財產權的改革提出了「改革者議程」（the ‘reformist’ agenda），於 1970 年，包括智利、哥倫比亞、玻利維亞、厄瓜多及祕魯在內的國家採行「安地斯第 24 號決議」（The Andean Community’s Decision 24），目標之一為對與外國直接投資相關的專利、商標權設下限制。安地斯組織並禁止成員就智慧財產政策單獨與非成員國家或國際組織進行協議。¹⁴印度政府則由專家組成委員會，批判專利制度並未實質使印度的科技創新或增進發展，且 90% 的專利權為外國人擁有，使得外國人對印度市場的排他控制權力大增。於是在 1970 年印度修正了專利法，強調特殊的國內發展需求。總體而言，1970 年代開發中國家的立場大多是希望對國內權利人予以優於國外權利人的保護。當時世界上除了美國之外，僅有極少數國家對於醫藥、生技專利予以保護，是故這樣的背景對於世界大藥廠而言構成了威脅。¹⁵

2.1.1.3 全球性保護時期

1967 年，在斯德哥爾摩外交會議（the Stockholm Diplomatic Conference）中，各會員國決議將 BIRPI 體系轉為世界智慧財產權組織（World Intellectual Property Organization, WIPO）。1974 年聯合國與 WIPO 簽訂協議，使 WIPO 成為聯合國分支機構，其目的在於「推廣智慧財產權之保護，促進工業產權的科技移轉，以加速經濟、社會，以及文化發展」。至 1980 年代，亞洲地區國家才開始加入 WIPO 體系。1968 年開始，就巴黎及伯恩公約的修訂，會員國在斯德哥爾摩舉行了會議（the Stockholm Revision Conference of 1968），並簽訂了新版本的巴黎及伯恩公約。雖然新版本的巴黎公約以前所未有的速度生效，但至 1994 年 TRIPS 協定簽訂後就為 TRIPS 協定所取代。

在 1970 年代時，開發中國家即已就巴黎及伯恩公約的內容，發起一系列自開發中國家立場出發的修訂，然而智慧財產權利人及批評者或有認為 WIPO 執行力不足。1980 年代初期，開發中國家試圖在 WIPO 中發起降低專利保護程度、加強強制授權運用、增加某些例外條款，以及在條文之中取得更多運作空間的一系列修訂。雖然開發中國家期

¹³ See African Regional Intellectual Property Organization, available at <http://www.aripo.org/>.

¹⁴ Deere-Birkbeck, *The Pre-TRIPS Context*, at 4-5.

¹⁵ *Id.*, at 5.

望建立不同的智慧財產權規範，然而進展不彰。¹⁶WIPO 執行大會（Director General）提議為巴黎公約加入附件（complementary agreement），以改革專利國際規範，並於 1991 年在海牙召開會議，但這次修正並未有所成果。

在埃斯特角宣言（Punta del Este Declaration）宣言時，各國僅強調了對仿冒品問題的談判必要，¹⁷但在 1990 年後的 GATT 回合談判中，美、歐、日開始針對全球智慧財產權規範之起草提出建議（詳本文之後章節所述），保護範圍大為增加，囊括專利權、著作權及商標權，並廣及電腦軟體、積體電路佈局及生物科技。雖然經過數次談判破裂，但最後 TRIPS 成為 GATT 1994 諸協定的一部分，並且隨 WTO 成立而塵埃落定。因 WTO 體系運作逐漸走向以規範為基礎（rule-based），因而 TRIPS 協定被稱為「裝上了牙齒」的智慧財產權規範，但相對於其他貿易爭議而言，與 TRIPS 協定相關的爭議在 WTO 中被提起爭訟的次數並不算多。¹⁸而經過各種國際建制的運作，許多國際建制也參與了智慧財產權規範之制定活動，顯示了國際智慧財產權規範制定的許多動力（dynamics）來源（詳本文之後章節所述）。WIPO 在這些規範制定活動中角色也十分鮮明，本來 WIPO 欲推行「實體專利法條約」（Substantive Patent Law Treaty, SPLT）之制定，但最後並未成功，國際智慧財產權規範仍十分活躍地在各種國際建制中進行。

¹⁶ Daniel J. Gervais, *The Internationalization of Intellectual Property: New Challenge from the Very Old and the Very New*, 12 FORDHAM INT'L L.J. 929, 942 (2002). [hereinafter Gervais, *New Challenge*]

¹⁷ *Id.*, at 945.

¹⁸ See Joost Pauwelyn, *The Dog That Barked But Didn't Bite: 15 Years of Intellectual Property*, 1 J. INT'L DISP. RESOL. 389 (2010).

表五：世界智慧財產權重要事件表

世界智慧財產權大事紀	
1200s	13 世紀威尼斯給予製絲機器 10 年的特許權。
1449	英國給予製玻璃機器最早之專利。
1474	威尼斯制定最早的專利法。
1624	英國以「獨占法」(Statute of Monopolies) 的方式給予特許。
1790	美國制定專利法與著作權法。
1791	法國制定專利法。
1850s	許多拉丁美洲國家已經擁有成文智慧財產權立法。
1856	印度制定專利法。
1883	各國簽定巴黎公約。
1886	各國簽定伯恩公約。
1947	專利檢索機構——國際專利學院 (International Patent Institute, IPI) 依海牙協議成立。
1967	WIPO 成立。
1970	各國在華盛頓簽訂專利合作條約 (Patent Cooperation Treaty)。
1974	WIPO 成為聯合國分支機構之一。
1979	美國制定拜杜法案 (Bayh-Dole Act)，允許學術機構擁有研發成果的專利權並授權給私部門。
1986	烏拉圭回合談判開始
1994	各國簽定 TRIPS。
2001	WTO 發表杜哈宣言。

來源：作者整理

2.1.2 智慧財產權與貿易：兩情相悅的結合？

美國及世界上其他的科技霸權國家有動機將智慧財產權加入關貿總協的諸文件中，然而這種結合在論理上的聯結，與其發生的效應是否合理，是一個值得討論的文題。全球最有效的智慧財產權規範為「與貿易有關智慧財產權協定」(TRIPS)。然而 GATT 諸文件中，卻獨獨在智慧財產權上有所規範，察諸文件，卻不見有「與貿易有關漁業權協定」或「與貿易有關礦物協定」等等文件出現。此處不禁提出一疑問：究竟貿易是怎麼與智慧財產權「有關」的呢？

2.1.2.1 歷史發展層面：大型跨國企業的遊說進程

貿易與智慧財產權「有關」的原因實為已開發國家就國際貿易獲利方式的巨大改變，獲利最大的產業逐漸成為各種依賴內容或科技的產品製造商。1980 年代數個大型跨國企業開始思考將貿易與智慧財產權聯結，他們認識到開發中國家在 WIPO 等國際組織已經陸續發聲，當時的輝瑞（Pfizer）大藥廠執行長 Edmund Pratt 是帶頭倡議者，他向美國聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission, FTC）等美國機關提出各項建言，認為必須將貿易與智慧財產權相聯結看待並加強保障。數個輝瑞高階主管亦步亦趨跟進，在各種商業聯盟內積極活動。輝瑞大藥廠利用美國貿易談判諮詢委員會（the Advisory Committee on Trade Negotiations, ACTN）的政策形成機制，將其主張散佈至 USTR 等美國政府機關中，Pratt 並於關鍵的六年中銜任 ACTN 之主席。受到輝瑞藥廠的言論影響，杜邦公司（Du Pont Corporation）與 IBM 的董事長 John Opel 也開始活動。這樣的歷程中，美國前貿易代表尤特（Clayton Yeutter）卻曾經向 Pratt 與 Opel 兩位表示過，他尚且不認為可以支持將貿易與智慧財產權結合這種想法。¹⁹

由輝瑞、IBM、杜邦、通用汽車等公司計 12 位執行長為首的智慧財產權委員會（Intellectual Property Committee, IPC）於 1986 年成立，而成為遊說進程的最大推手。²⁰昇陽電腦（Sun）與網景（Netscape）等科技資訊產業公司亦開始向柯林頓政府、國會、在日內瓦的代表，及由 WIPO 組織的地區會議等遊說。²¹智慧財產權結合了不同的公司和組織之間共同利益，除了美國的藥品製造商協會（PMA）曾不輟遊說國會外，大型跨國公司亦形成智慧財產權委員會（IPC）等跨產業組織，成員包括默克藥廠、嬌生公司、IBM、惠普、通用汽車公司、通用電氣公司、杜邦公司、孟山都化學、華納公司等等。所有這些團體和跨國公司的支持者將智慧財產權的保護推往最前線。²²

美國政府也藉此一段歷程認識到，利用已有一定制裁機制的 GATT 體系作為最有力的全球談判論壇（forum），並且藉由世界各國加入貿易協定中，將是對美國最為有利的策略。²³跨國企業的遊說代表團成功地說服日本和歐盟，使他們成為烏拉圭回合談判中

¹⁹ See Peter Drahos, *Expanding Intellectual Property's Empire: The Role of FTAs*, GRAIN, Nov. 2003, available at http://www.grain.org/rights_files/drahos-fta-2003-en.pdf (last visited 2012/05/30).

²⁰ See SELL, *THE GLOBALIZATION OF IP*, at 1-2.

²¹ *Id.*, at 27.

²² Edmund J. Pratt, *Intellectual Property*, at http://www.pfizer.com/pfizer/about_public/mn_about_intellectualpropfrm.jsp. Edmund Pratt, Chairman Emeritus of Pfizer, also stated that, “[t]he committee helped convince U.S. officials that we should take a tough stance on intellectual property issues, and that led to trade-related intellectual property rights being included on the GATT agenda[.]” *Id.*

²³ See Robert W. Kastenmeier & David Beier, *International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks,*

智慧財產權新標準制定的支持者。²⁴日本由企業雇主組成的經濟團體聯合會（經団連，KEIDANREN），及歐洲工商聯合會（Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe, UNICE）也在 GATT 架構下提出反仿冒法（Anti-Counterfeiting Code）的議程。他們與美國的智慧財產權委員會組成了所謂的「三巨頭」（Trilateral Group）²⁵，展現了烏拉圭回合談判中經濟強勢者側的龐大勢力。

在其關於美國私部門在 TRIPS 協定的影響力研究中，Sell 認為，如果美國的力量在國際中不是如此強大，其國內機構的能動性就不會在國際上產生如此大的影響。如果美國政府決策者並未感受到來自全球資本主義結構的挑戰與變化，他們就不會如此樂於接受私人部門的戮力請願。²⁶原本尚且難以催生一國際性的智慧財產權條約，但美國私部門的活動者說服了歐洲、日本的私部門，因而達成了 GATT 談判將成為適宜論壇的共識。Sell 對這樣「以少制多」的進程有如下評論：「他們將智慧財產權提升至美國貿易議程的最高層，美國藉由其巨大的國內市場，最大限度地利用了『智慧財產權－貿易』此一槓桿。」²⁷

1.2.2 學術研究層面：智慧財產權與外國直接投資

對於貿易將與智慧財產權「有關」的學術論理認為智慧財產權確保了跨國企業的科技研發（research and development, R&D）投資能夠回收，而不致在開發中國家中受在地廠商的「搭便車」（free riding）行為²⁸侵蝕殆盡，因此許多文獻將「強的智慧財產權保護體系」（strong IPR regime）和外國直接投資（FDI）的成長相聯結，²⁹認為「弱的智慧財產權保護體系」使得跨國企業不願投資，因而增加智慧財產權的「力量」（strength）將有助於增加 FDI，而 FDI 的增加有助於增進開發中國家經濟成長。2001 年 WTO 發表

and Reality, 22 VAND J. TRANSNATL L. 285, 293-300 (1989).

²⁴ Drahos, *Expanding IP's Empire*, at 5.

²⁵ Dirk De Bièvre & Lars Thomann, *Forum Shopping in the Global Intellectual Property Rights Regime* 25 (Arbeitspapiere - Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung Working papers No.132 2010) available at <http://www.mzes.uni-mannheim.de/publications/wp/wp-132.pdf>.

²⁶ *Id.*, at 33.

²⁷ See SELL, THE GLOBALIZATION OF IP, 49.

²⁸ 「搭便車」（free riding）行為意指利用他人努力或投資，不勞而獲以取得利益。然而科技後進國對於科技先進國的技术利用，是否為搭便車行為，可能有討論餘地。See Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX. L. REV. 1031 (2004); Jerome H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 11 (1997).

²⁹ 學說上稱為「正向的 FDI-IPR 關係」（FDI-IPR positive relations）。

While another school of research articulates that the “strength” of this kind of relationship depends on the type of industry receiving the investment. Generally speaking, high-tech, pharmaceutical and chemical industries heavily rely on the protection of IPRs. See Beata Smarzynska Javorcik, *The Composition of Foreign Direct Investment and Protection of Intellectual Property Rights: Evidence from Transition Economies*, 48 EURO. ECON. REV. 39 (2004).

的杜哈宣言 (the Doha Declaration)³⁰ 涉及投資部分的第二十段更直接指示：「基於承認多邊架構對於長期性跨國投資 (特別是外人直接投資) 而言可以提供透明、穩定及可預期的環境，而跨國投資對於貿易的擴張亦有貢獻……」³¹ 談及智慧財產權問題被加入烏拉圭回合談判的議題當中時，Helpman 指出，雖然許多開發中國家有工資較低的優勢，但是這類的產業較不需要技術水準較高的勞工，然而資訊相關產品的增長速度卻遠超過傳統產業³²，是故資訊相關產品受保護的需要大增。Hoekman 則指出，在經濟自由化的狀況下，僅僅是自由貿易不足以保護跨國貿易，尚須有其他的措施。市場通路可能被政府保護不足的管制措施所阻擋，³³ 保護不足的管制措施其中之一即為「弱的智慧財產權保護體系」。Maskus 則認為許多開發中國家之所以爭相加強智慧財產權立法的保護強度，其原因就是為了確保在全球市場中資本與科技的競爭地位。³⁴

經濟學論據上有一類研究以實際數據支持「強的智慧財產權保護體系」有利 FDI 的增加，³⁵ 但是這樣的論述往往具有社會科學研究方法論上的問題，³⁶ 而這類研究通常強調智慧財產權的「力量」會帶來外溢效果 (spillover effect)，其中如增進創新、增進競爭等。³⁷ Maskus 區分跨國企業的商业方式為許多種，跨國企業可以選擇不在當地製造而以出口的方式將商品銷往國外，或將在他國製造的商品銷往開發中國家，這些行為都會受到強的智慧財產權保護體系所保護，但不見得會對開發中國家有助益，甚至不可

³⁰ World Trade Organization, Ministerial Declaration of 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 41 I.L.M. 746 (2002) available at http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm.

³¹ *Id.*, paragraph 20 reads:

“Recognizing the case for a multilateral framework to secure transparent, stable and predictable conditions for long-term cross-border investment, particularly foreign direct investment, that will contribute to the expansion of trade, and the need for enhanced technical assistance and capacity-building in this area as referred to in paragraph 21, we agree that negotiations will take place after the Fifth Session of the Ministerial Conference on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that session on modalities of negotiations.”

³² Elhanan Helpman, *Innovation, Imitation, and Intellectual Property Rights*, 61 *ECONOMETRICA* 1247, 1248 (1993).

³³ See Bernard Hoekman, *Focal Points and Multilateral Negotiations on the Contestability of Market* (Paper Written for a Conference, “Quiet Pioneering: Robert M. Stern and his International Economic Legacy,” Held in University of Michigan, 1995).

³⁴ See Keith Maskus, *Intellectual Property Rights And Foreign Direct Investment*, (Centre for International Economic Studies Working Paper No. 22, 2000) available at <http://192.43.228.130/cies/papers/0022.pdf>; Keith E. Maskus, *The Role of Intellectual Property Rights in Encouraging Foreign Direct Investment and Technology Transfer*, 9 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 109, 118 (1998-1999).

³⁵ See Jeong-Yeon Lee and Edwin Mansfield, *Intellectual Property Protection and U.S. Foreign Direct Investment*, 78 *REVIEW OF ECONOMICS AND STATISTICS* 181 (1996). The study used survey and data from 14 developing countries to support a strong FDI-IPR relationship.

³⁶ See *Id.*, at 124. (indicating that many of the economic research articles may be methodologically problematic because of their shortage to capture the incentive afforded by a system of laws, regulations, and enforcement in a virtually meaningful index.) See Carlos A. Primo Braga and Carsten Fink, *The Relationship Between Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment*, 9 *DUKE J. COMP. & INT'L L.* 163, 177-183 (1998). See also Edmund W. Kitch, *Elementary and Persistent Errors in the Economic Analysis of Intellectual Property*, 53 *VAND. L. REV.* 1727 (2000).

³⁷ See *Id.*, at 121.

能去增進開發中國家當地的工業競爭，³⁸這就是智慧財產權的全球化最大的問題之一。

智慧財產權確實在貿易上保護了跨國企業的銷售，增進跨國企業進出口和投資的意願，然而根據 Maskus 的洞見，智慧財產權不當然增進一國的工業化，並且，最值得深思的是「強的智慧財產權保護體系」帶來的外溢效果可能不是增進競爭，這樣的外溢效果對開發中國家當地的企業家精神的鼓勵性也著實啟人疑竇。有論述觀點則是從併購切入，發現 FDI 有大部分是用以購買國營事業、當地公司股權，或融通併購案。為了要將利潤匯回總公司，FDI 的增加也可能使外匯淨流出增加，尤其是在跨國企業並未在本地生產時，將會對當地的生產商造成排擠。³⁹

「強的智慧財產權保護體系」可能並不當然能夠建立開發中國家的國民工業，但必然會使得國民的技術達成某種程度的增進，並且使開發中國家國民接受低工資成為跨國企業的僱員。然而，FDI 的增加不必然造成「適度的」科技移轉 (technology transfer)，以電子產品為例，今日跨國資本可能選擇在 A 國生產鍵盤，B 國生產主機外殼，並在 C 國組裝出口，然而關鍵零組件如積體電路等可能是在跨國資本的原生國研發，以上所言跨國企業對 A、B 國之鍵盤、主機外殼等低成本、低科技密度的技術移轉，可能對於 A、B 國當地的整體工業化意義甚微。

但引用各種實證數據的經濟學研究文獻並不單單顯示智慧財產權保護與 FDI 的增加有關，也有一部分研究指出智慧財產權保護與 FDI 的增加間其關係是「曖昧的」(ambiguous)。⁴⁰而 FDI 的增加其原因千百不等，⁴¹一地的勞工薪資水平及市場大小甚至可能凌駕智慧財產權保護體系的考量，使得企業增加於該地之投資。⁴²如前所述，引用實證資料的經濟學研究文獻喜好的用語是「強的智慧財產權保護體系」，並且強調所謂智慧財產權的「力量」，但這樣的用語可能是出自於經濟學研究文獻對法律體系過於概括的理解，以致於無法真正以「指數」(index) 來顯示各種不同的法律機制所提供作

³⁸ See *Id.*

³⁹ WAYNE ELLWOOD, *THE NO-NONSENSE GUIDE TO GLOBALIZATION* 61-62, (Verso, 2001) (2001).

⁴⁰ Keith E. Maskus, *How trade-related are intellectual property rights?*, 39 J. INT'L ECON. 227 (1995).

⁴¹ Economic analysis of IPR often uses a generally accepted framework called "ownership-location-internalization" theory. The theory deals with incentives for MNEs to decide to invest overseas instead of licensing. The foreign country must offer MNEs possessing *ownership advantages* with "*location advantages*" (e.g. low trade, labor or energy costs, low tax burden, low input prices) that make local production more profitable than exporting. See generally JOHN H. DUNNING, *THE INTERNATIONAL ALLOCATION OF ECONOMIC ACTIVITY* (London and Basingstoke: Macmillan 1977).

⁴² See Peter K. Yu, *Intellectual Property, Economic Development, and the China Puzzle*, *INTELLECTUAL PROPERTY, TRADE AND DEVELOPMENT: STRATEGIES TO OPTIMIZE ECONOMIC DEVELOPMENT IN A TRIPS PLUS ERA* 173-220, (Oxford University Press, D. J. Gervais eds. 2007), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=978301.

用不同的保護。⁴³以專利法為例，對於申請專利範圍（claim）的建構在在影響了專利的強度，但申請專利範圍的建構方式不同卻極難以數字表達。經濟學文獻研究杜哈回合談判時以保護年限長度、保護廣度（如對植物種苗或活體研究是否提供保護）、參加國際公約數目等來「計算」所謂智慧財產權的「力量」⁴⁴，可能是對於智慧財產權法律實質內容的一種誤解，而無法呈現保護的全貌及其後續所產生的影響。Watkins 及 Taylor 在一項 2010 的研究中就發現，自 2000 年後全球化的腳步加劇，但運用各種指數做最小平方方法的迴歸分析（ordinary least squares regression）時，發現於新興經濟體的智慧財產權規範強度其與自美國流入的 FDI 之關係上，在統計上其影響力並不顯著。⁴⁵

表六：實證學術研究中 FDI 與智慧財產權保護強度關係解釋表

FDI 與智慧財產權保護「強度」關係	可能之解釋
正向關係	智慧財產權規範強度愈強，流入經濟體之 FDI 愈多。
產業特定關係	在某些特定產業，例如製藥、化學工業，當政府提升智慧財產權規範保護強度，流入經濟體之 FDI 則愈多。
曖昧關係	在某些情況下智慧財產權規範強度愈強，流入經濟體之 FDI 愈多，但在某些情況下智慧財產權規範強度與 FDI 之流入多寡無關。
無顯著關係	智慧財產權規範強度並不會特別影響流通經濟體之 FDI 其增減。

來源：作者整理

⁴³ See James Mitchell Watkins and Mark Zachary Taylor, *Intellectual Property Protection and US Foreign Direct Investment in Emerging Economies*, 15 J. INTELL. PROP. RTS. 415, 416-417 (2010). See also Carlos A. Primo Braga and Carsten Fink, *The Relationship Between Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment*, 9 DUKE. J. COMP. & INT'L L. 163, 182-184 (1998).

⁴⁴ There are two major competing indexes to measure “the strength of IPR regime” within a country. The Ginarte-Park index incorporates five considerations: the extent of coverage of patent protection, membership in international treaties, provisions for loss, and enforcement mechanisms. The other index is the WEF index, which uses data from the Executive Opinion Survey. The survey asked respondents to rate the degree of their countries’ IPR protection. Both of them are not perfect enough in explaining the strength of IPR regime. In my opinion, the Ginarte-Park index is very dangerous because the index only looks the formal and text-based aspects of IPR laws. This index might finally distort the results that a researcher wants to measure.

⁴⁵ See Watkins and Taylor, *supra* note 43.. They also found that the researches conducting a positive IPR-FDI relationship usually use the Ginarte-Park index.

2.1.2.3 全球現實層面：智慧財產權——在貿易之外

無論如何智慧財產權是與貿易產生關聯了，然而在 WTO 的角色定位上有一古典的課題即是：究竟在 WTO 的論壇內，只應討論與貿易有關的議題，或是同時應該討論貿易以外的議題（non-trade issues）⁴⁶呢？此一問題意識被稱為 WTO 的「憲法化」（constitutionalization）。⁴⁷在這些「與貿易無關」的問題上，最早產生困惑的即是智慧財產權相關的問題，因為智慧財產權涉及各種實質的、整合的標準設定，而非只在關稅減讓上有所合縱連橫。⁴⁸在討論 WTO 的角色定位時，Guzman 認為：「『與貿易有關的智慧財產權協定』與貿易自由化有重要的關聯，但智慧財產權的本質則使得吾人無法只以貿易條件來嚴格地檢視它們。」⁴⁹智慧財產權可以說是最初也是最顯著將貿易以外的議題整合進入 WTO 的例子，WTO 杜哈回合談判宣言更在與貿易無關的議題上有所決議，⁵⁰主要在第三段部分確保了開發中國家對於必要藥物的近用（access to essential drugs）問題，並且將此考量標高於貿易之上。

當吾人重新思考智慧財產權的立基何在時，Alston 指出：「貿易相關的智慧財產權利乃是基於工具性理由而賦予個人的權利。被視為經濟單元的個人因經濟政策的特殊目的而被賦予權利。」⁵¹Alston 將 TRIPS 協定視為工具主義（instrumentalism）的一種機制，其目標在於推動特定的經濟政策，是故智慧財產權之所以「與貿易有關」，是為了在經濟政策上提供個體生產「智慧有關商品」的動機。⁵²不同的發展狀況，對於如何應用這種工具理性，也應該因不同的政策目的而因地制宜。也因此，採取包裹簽訂協定的方式，無視於各開發中國家不同的經濟狀況，將 TRIPS 協定所包含的所有「寰宇最低標準」強加於各開發中國家，必定會產生齟齬。Chon 則認為，這種寰宇最低標準的整合的結果

⁴⁶ The most contentious non-trade related issues are "fair trade issues," such as competition policy, environment and labor rights issues.

⁴⁷ See James T. Gathii, *Re-characterizing the Social in the Constitutionalization of the WTO: A Preliminary Analysis*, 7 WIDENER L. SYMP. J. 137 (2001).

⁴⁸ Barbosa, D. Borges, Marfret Chon, & Moncayo von Hase, *Slouching Towards Development in International Intellectual Property*, 2007 MICH. ST L. REV 71, 79 (2008).

⁴⁹ Andrew T. Guzman, *Global Governance and the WTO*, 45 HARV. INT'L L.J. 303, 303 (2004).

⁵⁰ See Doha Declaration, paragraph 3.

⁵¹ See Philip Alston, *Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann*, 13 *Yt. J. Int'l. L.* 815, 826 (2002), professor Alston stresses that:

"...should not be considered to be analogous to human rights. Their purpose is fundamentally different. Human rights are recognized for all on the basis of the inherent human dignity of all persons. Trade-related rights are granted to individuals for instrumentalist reasons. Individuals are ...empowered as economic agents for particular purposes and in order to promote a specific approach to economic policy.....Instrumentalism should not be confused with a human rights approach."

⁵² However Professor Alston's most concern is the danger of "epistemological misappropriation." He is dubious about the idea that the realization of WTO ideals will naturally bring development to developing countries and the least-developed countries (LDCs).

僅僅是將貧窮國與世界經濟的市場化緊密連結，但卻忽視了許多人權需要。⁵³

WTO 的建立基礎理論其中之一是亞當·斯密（Adam Smith）與李嘉圖（David Ricardo）的經濟理論，認為自由市場經濟將使資源配置達到最適。⁵⁴然而，貿易自由化在開發中國家造成的效應卻是模糊的，尤其是在低度開發國家。對於開發中國家而言（尤其是低度開發國家），貿易自由化或許是值得追求的眾多目標之一，但在貿易自由化之外，發展可能是更值得追求之目標。Dreyfuss 認為，國家間相對比較利益是有可能變動的，因此不應該將比較利益予以僵固化的認定。⁵⁵甚且，貿易自由化對開發中國家的影響效果，可能並非如同原本預期的一般引發經濟成長，而得以使低度開發國家得以脫離赤貧，對於開發中國家而言，更需要與貿易自由化成套的發展計劃。Chon 指出，主流論述中談論的「發展」，可能早已被經濟上的新自由主義（Neo-liberalism）所影響，僅將效率作為唯一考量，而非考量社會正義。⁵⁶

當然智慧財產權並非「與貿易完全無關」，對已開發國家而言，當資訊商品成為出口重要商品的時候，智慧財產權的角色是保護資訊出口商品的策略手段。羅昌發認為，由於各國對於貿易均有重大之利益，以往貿易人士成功地將其他領域之事務納入貿易體系（如將智慧財產權保護規範納入 WTO）目的在於藉由貿易之利益與貿易組織強大的執行力，促使相關國家遵守規範。是故從此一層次而言，以貿易促進人權有其合理之期待。⁵⁷然而也同時提示，人權與貿易結合的論理常為美國所主張，但主要仍為美國之政治考慮。⁵⁸是故在審查一問題是否真為人權問題時，應該從多方面探討不平等的因素，以及國家對於弱勢的保障能力，以減少無法永續發展的商業貿易造成的弊害。

二、智慧財產權的全球體系：一個關於權力的觀點

2.2.1 開發中國家在國際智慧財產權體系中遭遇的權利分佈不對稱

法律學者在論述理想的法律體制和對策時，時常將其分析目標或論述結果置於一「無慮於權力」（power-free）的架構下，但現實則是權力無所不在。TRIPS 協定的談判

⁵³ Margaret Chon, *Intellectual Property and the Development Divide*, 27 CARDOZO L. REV. 2821, 2841 (2006).

⁵⁴ DAVID RICARDO, *THE PRINCIPLES AND POLITICAL ECONOMY AND TAXATION* (1817), available at <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/ricardo/Principles.pdf>.

⁵⁵ Rochelle C. Dreyfuss, *TRIPS Round II: Should Users Strike Back?*, 71 U. CHI. L. REV. 21, 29 (2004).

⁵⁶ Chon, *supra* note 53, at 2861-2874.

⁵⁷ 但羅昌發大法官同時也指出，人權問題十分複雜困難，並非智慧財產權問題可以比擬。但智慧財產權問題其實較想像中更為複雜，並且與人類知識的利用直接相關，且許多權利意圖利用智慧財產權保障，以獲得接近完全私有的權利。羅昌發大法官此一結論可能過度簡化了智慧財產權的功能與角色。

⁵⁸ 羅昌發，*國際貿易法*，元照出版社，頁 886-887（2004）。

實則深受國際政治因素影響，而由於 WTO 標榜規則為本（rule-based）的解釋體系，因此就 TRIPS 協定而言，包括其立法經過、影響，及未來之解釋，可說是政治力與法理水乳交溶下的產物。也正好是因為智慧財產的保護已經藉由 TRIPS 等國際協定提升至全球的層次，因此在吾人觀察「權利」擁有情勢時，權利分佈的不對稱狀況可以說是驗證「權力」是否存在最好的石蕊試紙。

區分「開發中」或「已開發」國家最好的標準是專利，在其他智慧財產權的領域，開發中國家並非僅是利用者，如在著作權的領域，開發中國家也是生產者。在國際專利分佈的情況顯現了開發中或已開發國家在權利分佈上巨大的不對稱。在 1970 年代時，就全球約 350 萬的專利中，開發中國家所擁有之專利僅佔 1%，當時開發中國家中有效的專利近八成為已開發國家的權利人所擁有。⁵⁹另一項資料顯示：開發中國家的已核准專利只佔世界總數的 1%，且其中本國專利只佔所有專利權的七分之一，雖然超過 90% 的外國專利從未在開發中國家的生產程序中使用過。⁶⁰其他資料則顯示，在 1997 年至 2004 年間，已開發國家的權利人獲得自美國專利局（the United States Patent and Trademark Office, USPTO）核准的專利超過九成，而來自美國、日本及德國的權利人即佔八成，來自其他國家的權利人僅佔 7%，而其中 5% 的專利權由南韓及台灣的權利人所擁有。⁶¹由此可見，開發中國家可用以創新的知識與新技術，絕大多數已被已開發國家的權利人「以專利之形式」所佔有。專利的特性也使得開發中國家立於較為不利的地位，首先，專利權並非自動發生，而必須由申請人申請，再由行政機關中的專利局所審核，國際上通用的準則為「先申請主義」（first-to-file rule）。依照 TRIPS 協定中的國民待遇原則，可由外國人申請。專利權最大的特性是權利人有一「排他權」，可以利用訴訟程序要求國家排除其他使用相同技術的產品上市販賣，使得知識與技術的後進發展者處於非常不利的地位。

2.2.2 開發中國家在 WTO 體制中遭遇的權力不對稱

2.2.2.1 TRIPS 制定歷程中的權力不對稱

開發中國家在 WTO 體制中遭遇的權力不平等發生在烏拉圭回合談判前及回合談判後。回合談判時，許多論述指出開發中國家集團與已開發國家在談判地位上並不平等。

⁵⁹ Deere-Birkbeck, *The Pre-TRIPS Context*, at 7.

⁶⁰ Cecilia Oh, *The Health Crisis In Developing Countries*, available at <http://www.twinside.org.sg/title/twr131a.htm> (last visited July 2, 2012).

⁶¹ Kenneth C. Shadlen, *Intellectual Property, Trade, and Development: Can Foes be Friends?*, 13 GLOBAL GOVERNANCE 171, 173 (2007).

但從已開發中國家的立場看來，開發中國家在談判時採取不合作的態度，認為 WIPO 才是制定智慧財產權的專屬機構，並不應該將智慧財產權相關問題納入議題。⁶²Gervais 關於 TRIPS 起草歷史的研究指出，回合談判的 20 至 30 人代表中半數以上的談判代表來自已開發國家，然而開發中國家的數目在世界上遠比已開發國家為多。⁶³此外，初始美國提出智慧財產權議題時，GATT 體制中並未有足夠的專家以支應國際智慧財產權規範之起草工作。在 1990 年初期秘書處（the Secretariat）採用了美國、歐體與日本起草的版本（部分由澳洲與瑞士參與修訂），雖然也列出開發中國家的提案，但並未整合在條文中，而是分列在本文的其他部分。雖然至 1993 年以前回合談判的衝突常發生在農業相關議題，但 1993 年末 TRIPS 條文已整合進入新 GATT 協定的包裹當中。⁶⁴

原本談判中的 TRIPS 協定以原則組成，但起草的版本有所變更，範圍開始擴及各種非傳統、以特別法保護的智慧財產權（如積體電路佈局），關於以 WTO 爭端解決方式的爭議解決與執行機制也包括在內。起草國為歐洲共同體、美國、日本、瑞士，及澳洲，Gervais 認為這樣的結果起因於參與成員為非常有限的談判團體所致，⁶⁵握有主導權力的集團與國家是美國、日本與歐洲共同體，開發中國家集團只有香港地區與東南亞國家協會（Association of Southeast Asian Nations, ASEAN）願意加入。⁶⁶文獻指出，由於開發中國家因為迫不及待想結束該回合，因此在 TRIPS 協定及許多新領域對已發開國家作出讓步。⁶⁷

雖然許多開發中國家提出另一版本的條文，為了發展的目標而維持條文的彈性也是非常重要的，最後的 TRIPS 協定於開發中國家關切的部分只反映在第七條與第八條。⁶⁸TRIPS 協定第八條允許會員國採取必要的措施，以增進國內的公共衛生、社經情況及科技發展有重要性的公共利益。⁶⁹TRIPS 協定第七條保障會員國對智慧財產權的執行「以增進社會經濟福利的方式為之，並平衡權利義務，符合使用者及製造者雙向科技知識上的利益」。⁷⁰這樣包裹式的起草過程是有疑慮的，或許有許多開發中國家並未通盤了解協定通盤之內容，無論如何，在 TRIPS 協定仍設下了過渡期間（transitional periods），使

⁶² See Kastenmeier & Beier, *supra* note 23, at 292.

⁶³ Gervais, *The State of Play*, at 507.

⁶⁴ Gervais, *New Challenge*, at 945-946.

⁶⁵ Gervais, *The State of Play*, at 507.

⁶⁶ Kastenmeier & Beier, *supra* note 23, at 292.

⁶⁷ B. K. Zutshi, *Bringing TRIPs into the Multilateral Trading System*, in *THE URUGUAY ROUND AND BEYOND: ESSAYS IN HONOUR OF ARTHUR DUNKEL 48* (Jagdish Bhagwati and Mathias Hirsch ed., New York: Springer, 1998).

⁶⁸ Gervais, *The State of Play*, at 509.

⁶⁹ TRIPS, at art. 8.

⁷⁰ TRIPS, at art. 7.

得開發中國家得以修改國內法律以符合 TRIPS 協定的「最低寰宇標準」。對於大部分的開發中國家而言，期限為 2000 年一月。⁷¹

論者或有對於 TRIPS 乃一包裹協定提出批評，並且質疑談判過程的公平性與透明性，但為 TRIPS 協定辯護的論點則以為，開發中國家在利益交換中，得到了開啟已開發國家市場大門的好處，那麼使外國得到國民待遇的智慧財產權保護只是相對之付出而已。⁷²然而 Guzman 指出，當一部分的國家自國際智慧財產權體系建立時蒙受損失時，一般而言他們願意接受任何形式的補償，包括外交上的讓步。⁷³Drahos 的憂慮即是開發中國家並未釐清自身處境，在進行貿易談判時，可能會因為得到農業談判部分的讓步而忽略了自身在智慧財產權上的利益。⁷⁴

2.2.2.2 WTO 爭端解決機制的權力不對稱

除了在 TRIPS 條文中開發中國家遭遇了不平等，在 WTO 的制裁機制上也出現了不對稱 (asymmetry) 的情勢。綜合而言，根據目前的爭端解決機制規定，會員國可以選擇以磋商、斡旋、調解和調停等形式藉由政治方式來解決問題。根據 TRIPS，如果有一會員國對另一會員國提起爭訟，而在爭端解決機構 (Dispute Settlement Body, DSB) 的爭端解決小組 (panel) 與爭端解決上訴機構 (Appellate Body, AB) 審理後，裁決某一造敗訴，該造卻不願意更改國內不符合 GATT 諸文件的規範 (或同意進行相當的賠償方式) 時，則勝訴的一造可以在「合理期間」過後，對敗訴的一造等進行如提高關稅貿易報復。⁷⁵

學說普遍認為較諸 GATT 1947 而言，TRIPS 的成型形最大的影響因素和結果差別也是在於爭端解決小組有權對於違反規則的會員國與施予制裁力。⁷⁶然而，在智慧財產權相關的商品以及開發中國家的貿易中，觀察情勢即得了解，若是開發中國家與已開發國家已經產生貿易依賴的情形時，將貿易問題訴諸 WTO 爭端解決機制可能對依賴之一方產生過大的風險。尤其是開發中國家時常身為進口國，依賴美國與歐盟之進口商品。即使爭端解決之結果對開發中國家有利，而開發中國家制定了對這些大型出口國的貿易報

⁷¹ For the least developed countries, the transition period extended to 2016 according to the Doha Declaration.

⁷² See Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutionalism and International Organizations*, 17 NW. J. INT'L L. & BUS. 398 (1996-97).

⁷³ Andrew T. Guzman, *Global Governance and the WTO*, 45 HARV. INT'L L.J. 303, 317 (2004).

⁷⁴ PETER DRAHOS WITH JOHN BRAITHWAITE, *INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY?* 11 (New York: The New Press 2007)

⁷⁵ Mark Clough, *The WTO Dispute Settlement System--A Practitioner Perspective*, 24 FORDHAM INT'L L.J. 252 (2000)

⁷⁶ See Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and. New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 YALE INT'L L.J.1, 23-24 (2004) [hereinafter Helfer, *Regime Shifting*]

復條款，最後結果恐怕對大型出口國的經濟影響是微乎其微。⁷⁷

2.2.3 雙邊主義下的世界現實

2.2.3.1 單邊壓迫手段：美國 301 條款與特別 301 條款

美國最為人詬病的是所謂「301 條款」的單邊報復立法。於 1974 年美國國會以當時已施行之 1962 年貿易擴張法 (Trade Expansion Act) 為基礎，制訂貿易法第 301 條與 302 條⁷⁸，使總統得以報復行動解決當時之經濟挑戰。1974 年的貿易法 (Trade Act) 強化貿易擴張法下總統報復的裁量權，使其得對外國不公平及不合理之貿易障礙進行報復。1979 年國會進制定貿易協定法 (Trade Agreements Act) 第 302 條至 306 條⁷⁹，授權 USTR 調查外國對美國出口的限制行為、作成判定，並向總統提出應如何報復的建議。1984 年國會復制定貿易及關稅法 (Trade and Tariff Act) 第 301 至第 307 條⁸⁰，增加 USTR 之權限，使其不但可被動地接受產業界之申訴，亦得主動展開調查。

1988 年的「特別 301」⁸¹則是綜合貿易法 (Omnibus Trade and Competitiveness Act) 中關於 USTR 享有外國智慧財產權保護監督措施的授權規定，乃針對貿易法中第 182 條所為之修正，為專為對智慧財產權保護不力的貿易國量身訂作。當外國被 USTR 認定為對智慧財產權保護不周時，必須於六個月內與美國諮商解決，否則將面臨 301 條款下之報復行動。特別 301 條款囊括全球 77 個與美國有貿易關係的國家。每年的評估報告對此 77 個國家中被評定為智慧財產保護不力的國家，依情節輕重，列入優先觀察名單 (Priority Watch List)、觀察名單 (Watch List)，或「306 條監督名單」(306 Monitoring)。306 條監督名單可謂是美方的「最後通牒」，被列入之國家須依美國制定之時間談判，若不能達成合意則會遭受美國單方面的貿易報復。

自 1970 年代開始，美國製造業之出口市場面臨日本及西歐業者之強勢競爭，國內保護主義者遂疾呼令美國政府採取有利於國內生產者之措施，以保護其內國生產者之利益。事實上特別 301 條款乃一植基於貿易政策之立法，目的在排除劣質低價的外國產品之競爭，為知識經濟下的強勢美國產業創造海外投資機會，增加出口貿易量。彭心儀認

⁷⁷ Shadlen, *supra* note 61, at 175-176.

⁷⁸ Pub. L. No. 93-618, 19 U.S.C.S. §§ 301-302, 88 Stat.1978, 2041 (1975).

⁷⁹ *See id.*, §§ 302-06.

⁸⁰ Trade and Tariff Act of 1984, §§ 301-307, 98 Stat. at 3004 2412(b) (1988).

⁸¹ Special 301 provides additional protection for intellectual property rights and is codified at 19 U.S.C. S 2242. *See generally* Judith H. Bello & Alan F. Holmer, "Special 301 ". *Its Requirements, Implementation, and Significance*, 13 FORDHAM INT'L L.J. 259 (1989-90).

為不論系爭會員國是否違反 TRIPS 協定下之義務，美國皆視 301 條款為有效之智慧財產權保護工具，換言之，特別 301 條款被美國視為對 TRIPS 協定之補充。⁸²

曾經有一時流行的見解認為 WTO 與新 GATT 協定的制定，是一種多邊主義的新氣象，而 WTO 的事務經由法規化的爭端解決，能夠舒緩權力政治（power politics）所造成的不良後果。然而在 GATT 1994 簽訂後，美國並未將與 301 條款相關的所有機制全部廢止，USTR 在 1994 年時，仍然宣稱作為烏拉圭回合談判的結果，將「更有效率地」執行 301 條款相關機制。⁸³1996 年在著名的「歐體香蕉案」（*EC-Bananas*）中⁸⁴，歐體就曾針對美國 1974 年貿易法第 306 條之修正向 WTO 爭端解決小組提起爭執，認為修正後之 306 條款授權 USTR 得自行判斷其他會員國有無遵行爭端解決機構意見，對其他未遵行之會員國，得暫停或威脅暫停實施 WTO 下之義務，是不符合 GATT 1994 規範體系的，顯然違背爭端解決程序瞭解書第 23 條第二項 a 款。306 條是在 WTO 多邊架構控制之外，不符合爭端解決機構授權範圍之片面非法報復，因而破壞了在 GATT 1994 中各國建立的歷史成就。但爭端解決小組審理後認為，301 系列條款之規範範圍事實上涉及美國全面之對外貿易關係，包括 WTO 涵蓋協定外之關係，且為國會所認可，因而轉化了 301 系列條款的法律效果，而 301 系列條款有賴 USTR 之裁量解釋，在實務上符合 WTO 協議。彭心儀認為美國以行政裁量權「包裝」301 系列條款，凸顯了保護主義與全球化之間著實具有跨越不過的鴻溝，且爭端解決小組審理過程其辯證迂迴弔詭，再次顛覆了所謂 WTO 爭端解決機制「以規則為導向」之迷思。⁸⁵

2.2.3.2 區域協定與新雙邊主義

世界貿易從地理大發現時代開始顯著增加，而最初的貿易交流具有「特許」性質。個人如果希望與外國人交易，國家多半經由特權、專屬交易權或獨占交易地位的給予，而建立貿易關係。這時國際經濟法上兩大基石：國民待遇原則與最惠國待遇原則就有重要地位，因此各國經由此二原則就可得到相同的交易權利。許多貿易的優惠條件皆由兩國協商，將條款訂定於雙邊協議中。初始「雙邊主義」（*bilateralism*）此名詞指的是各國依此於建國後乃至 20 世紀前半所談判之協議。⁸⁶以美國為例，這些協議多半以「友好通

⁸² 參閱彭心儀，「評析 WTO 爭端解決小組對於「美國貿易法第三〇一至三一〇條款」案之報告」，進口救濟論叢，第 18 期（2001）。

⁸³ Peter Drahos, *BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property*, 4 J. OF WORLD INT'L PROP. 791, 792 (2008) [hereinafter Drahos, *BITS and BIPS*].

⁸⁴ See European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, complaints by Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico and the United States (WT/DS27).

⁸⁵ 彭心儀，前揭註，頁 23。

⁸⁶ Ruth L. Okediji, *Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection*, 1

商航海條約」(Friendship, Commerce and Navigation Treaties, FCN)之形式完成。談判力量較強的國家在 FCN 中可以得到實質的智慧財產權保護。FCN 對美國而言是外交政策的前驅，因此即使美國並未加入伯恩公約體系，仍然能藉由 FCN 在某些家得到同等的保護。⁸⁷在 1970~1980 年代時，美國則多與他國簽訂雙邊投資條約(bilateral investment treaties, BIT)來取得對他國比 FCN 更為實質之約束。美國同時藉由一般的雙邊協議對與智慧財產權相關之事項加付他國義務，許多與智慧財產權相關之事項也規定在雙邊投資條約中，⁸⁸

在二次戰後的雙邊投資協議多半以「恢復開發中國家經濟榮景」之名訂定，伴隨著進入開發中國家的資本，開發中國家被告知得以拯救其弱勢之經濟。在 TRIPS 協定之後，美國及歐洲仍然以自由貿易協定(Free Trade Agreement, FTA)之方式取得較 TRIPS 協定內容為多之保障，其形式仍然是雙邊的。尤有甚者，如果開發中國家拒絕提供美國智慧財產權保護，私部門面臨的危險將是被告知經濟援助可能撤除。雖然美國以 301 條款為手段的壓迫方式曾經一度在 WTO 中被挑戰，但採取壓迫的態勢並未因此消失，可能僅是變得較為溫和。⁸⁹因此 Okediji 名之為「新雙邊主義」(new bilateralism)。這些實際的發展是對於開發中國家在智慧財產權法制上可以運作的空間的侵蝕。Okediji 認為新雙邊主義之所以為「新」，在於談判上較為強勢的國家對於自由貿易協定採取了更有策略的運用方式，因為這些自由貿易協定的目的就是為了克服在 TRIPS 協定上可能遇到的難題，而明顯地標準只有升高鮮少降低。⁹⁰新雙邊主義可以說是保護主義擴張的結果。

2.2.4 小結

早在一百多年前，馬克思在共產黨宣言中已經很明白的指出：「美洲以及環繞非洲航路底發現，新興資產階級開闢了新的活動場所。東印度和中國的市場、美洲的殖民化、對殖民地的貿易、交換工具以及一般商品的增加，賦予商業、航海業和工業一種空前未有的刺激，因而也就使得崩毀中的封建社會裡產生的革命元素迅速地發展起來……資產階級由於需要有不斷增加的產品銷路，乃不得不奔走於全球各地。資產階級既已榨取著全世界市場，於是就使所有一切國度的生產和消費都成為世界性的了。」⁹¹

U. OTAWA L. & TECH. J. 125, 131-132 (2003-2004) [hereinafter Okediji, *Back to Bilateralism?*].

⁸⁷ Okediji, *Back to Bilateralism?*, at 133-134.

⁸⁸ See Drahos, *BITS and BIPS*, at 791. Carlos M. Correa, *Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreement Implications for the Granting of Compulsory Licenses*, 26 MICH. J. INT'L L. 331 (2004).

⁸⁹ *Id.*, at 136-142.

⁹⁰ *Id.*, at 141.

⁹¹ KARL MARX AND FREDERICK ENGELS, *THE COMMUNIST MANIFESTO* (1848), available at

資本主義在二次世界大戰後已產生質變，資本家不僅僅是在世界各個角度尋找控制原物料的方法，而是汲汲於控制「與知識有關的資產」(knowledge-based assets)，並且從中掘取利潤。因此找尋可以徹底利用與知識有關的資產的體制(institutions)成為國家與政府的任務。⁹²如此的改變是隨著經濟上全球化現象而來的。在這樣的脈絡下，知識的生產隨著產品的製造而變化。而這些變化在政治上是重要的，因為全球資本的移動與勞工的型態有深厚的關係，而經濟全球化獎勵的就是擁有較高技術與創新能力的勞工。全球智慧財產權亦跟隨產生了巨大變動，而許多開發中國家改變自身智慧財產權體制的的能力已被限制，尤其是被 TRIPS 這樣的貿易協定所限制。

在智慧財產權的變動上，立法狀況的確有漸趨嚴格的趨勢。與知識有關資產的擁有者紛紛畫地限權，增加權利的專屬性(exclusivity)，以排除他人的利用。學者 Benkler 與 Boyle 分別撰文，直稱其為「圈地運動」(enclosure movement)。⁹³這樣的強化智慧財產權保護的趨勢，是否有利於消費者和使用者，毋寧是有疑問的。因此 Dreyfuss 主張應在 TRIPS 協定中建立「使用者權」(user's right)，以反擊過度擴張的智慧財產權。⁹⁴Gerhart 則認為國際談判的模式對於國際、國內智慧財產權的立法而言，可謂有弊無利，因此稱其為「TRIPS 協定的悲劇」。⁹⁵

「本質上政治與經濟是互動而不可分離的：政治因素會影響經濟過程與經濟生活，而經濟利益也會影響政治過程與政治決策。」⁹⁶智慧財產權演變地更政治化原因來自於全球整體的社會、經濟情勢的改變，現代智慧財產權的變動顯示了新的階級與新的差距。這樣的背景可能被標籤為資訊社會、網路社會、後工業化社會，或知識社會。因為全球經濟生活的改變，導致了經濟生活中活動的各部門向政府要求保障其權利，而改變了法律與規範；因為全球化的關係，私部門的企業經營者需要的保護擴張範圍到了全球，以保護其經濟利潤。因此國家也成為私部門尋找幫助的對象，國家為確保經濟利潤移轉至國內，在全球推動國際條約的制定，以保護其權利，建立足夠的屏障。在過往如此「樹立屏障」的行為主要由美國這樣的霸權國家所主導，並且由歐、日兩地區提供支援，但開發中國家也漸次覺醒，藉由在國際體系中的活動、條約的簽訂、權利的主張來

<http://marx.thefreelibrary.com/Communist-Manifesto>.

⁹² See Birgitte Andersen, *If 'Intellectual Property Rights' Is the Answer, What is the Question? Revisiting the Patent Contrivances*, 13 ECON. INNOV. NEW TECHN. 417, 417 (2004).

⁹³ Yochai Benkler, *Free as the air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354 (1999); James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, LOW & CONTEMP. PROBS., (Winter/Spring 2003).

⁹⁴ Dreyfuss, *supra* note 55.

⁹⁵ Peter M. Gerhart, *The Tragedy of TRIPS*, 2007 MICH. ST. L. REV. 143 (2007).

⁹⁶ 蕭全政，*政治與經濟的整合*，頁 37-67 (1988)。

加強經濟利潤的移轉，歐盟在面臨危機後也轉變論述，而這些過程都是政治的。

在下文中，本文將介紹如何從各種理論來分析國際智慧財產權的規範制定現象，並且提出文獻及筆者對這些現象有何觀察，有可以從何種論述途徑來展望國際智慧財產權的未來變動，並提出本章節筆者之結論。

三、智慧財產權的全球體系：從各種理論以觀

國際關係研究成果作為 WTO 分析工具有其適宜性，而多邊貿易談判之研究，涉及國際組織、國際政治經濟關係、外交談判等，而這些議題皆為國際關係學門所關注之重點。⁹⁷國際上的經濟問題與國內的法制程序亦無法完全切割，國內的法制將影響國家在國際上的談判策略與談判力量。全球化啟始於私部門在全球市場中對於經濟上最大利潤的追求，而私部門在追求最大利潤的同時，也追求一套對其最有利的制度，國際上智慧財產權的擴張當然地影響私部門可以追求的利潤。國際上智慧財產權制度可以是國際關係學門研究的對象，相對地，從國際關係來分析國家的行為時，也同時可以理解國際法上的變化，因此以下本文將以國際關係的幾個主流學派來分析國際上智慧財產權制度是如何演進成今日的變化。

2.3.1 現實主義 (Realism) 及其衍生學派

國際關係上的現實主義對於人性、國家的行為，以及國際體系的本質是從霍布斯 (Thomas Hobbes) 式「人人為敵」的思想出發，而國家的一切動機皆是自利，國家間的衝突將無法避免。對於國家而言，最有利的就是和其他國家形成同盟、簽訂協約，或利用外交手段來爭取國內的利益。在國際關係的論述上，古典現實主義論者則認為只有在遵守國際法對於國家有強大的利益時，國家方有動機去遵循。⁹⁸新現實主義 (Neo-realism) 則強調相對利得 (relative gains)，認為國家在國際體系中主要關切者並非是自己獲得多少利益，而是他國所得是否會超過自己，因而限制了國家的合作意願。

99

現實主義的邏輯是國家越強大，越可能在談判中占盡優勢。依現實主義的觀點來分

⁹⁷ 參閱：周旭華，「多邊貿易談判的政治脈絡：國際關係理論作為 WTO 政策研究工具之初探」，東吳政治學報，第 28 卷第二期 (2011)。

⁹⁸ 關於現實主義國際關係理論可參閱：明居正，「古典現實主義之反思」，包宗和主編，國際關係理論，五南出版社，初版，頁 30-46 (2011)。

⁹⁹ 包宗和，「結構現實主義的論點、辯述與反思」，包宗和主編，國際關係理論，五南出版社，初版，頁 53 (2011)。

析，將會發現知識經濟國在智慧財產權的談判中具有雄厚的實力。TRIPS 協定的制定，也可以說是由美國所主導，在談判桌上與歐體、日本組成同盟，因而定下了國際智慧財產權的標準。新現實主義者 Kenneth N. Waltz 認為國家的功能是類似的，國家與國家之間所不同的是能力 (capabilities)，能力包括人口、領域、資源及競爭力等。¹⁰⁰由此觀之，擁有智慧財產權保障的「知識資產」就是國家的資源，而在知識經濟體中科技業發展的成熟度，就是該國的競爭力。在 TRIPS 協定的制定過程中，對來自美、歐、日等知識經濟國的談判者而言，利益即存在於「最大化」知識商品 (knowledge goods) 可得之報酬。尤其甚者，知識經濟國的談判者並不會考慮智慧財產權對於他國的國民或消費者將產生什麼影響，而只會考量本國工商業的利益，這也符合古典現實主義者 Hans Morgenthau 「利益即權力」的看法。是故，談判者們的目標，將是攫取本國創新事業可能在外國得到的利潤，而國外的智慧財產權保護，將能保障國內生產者利益。

而 Gerhart 認為，雖然對知識商品的進口國而言，降低知識商品對國內消費者可能產生的花費亦為其談判目標。然而一旦超越了主權的疆界，創新事業對利潤的攫取將得到國家的支持。此時談判者的「國富」形同於「國內生產者的財富」，增加國富本身就是「目的」，而不似在主權國家中，智慧財產權只是「促進創新所利用之手段」，且必須與國內消費者的利益平衡看待。¹⁰¹我們可以發現 Gerhart 對於「國富移轉」的觀察，是符合新現實主義者的看法的相對利得 (relative gains) 觀點。知識經濟中能力強國，雖然在國內可能會因為消費者、競爭秩序或使用者利益而限制生產者對於智慧財產權主張的能力，但是到了國際體系中，為了加強財富移轉往國內，因而協助國內生產者指控外國的生產者「搭便車」，以限制外國生產者運用科技的能力。

2.3.2 自由主義 (Liberalism) 及其衍生學派

自由主義者的分析架構中強調國家是自利的，且國家並非國際體系中的唯一行動者，其他非國家行動者更能夠藉由其他正式或非正式的彈性途徑解決國際間、區域間，以及團體間的衝突。此一學派所關切的問題意識為：國家為什麼合作？古典自由主義認為國家經過理性選擇，會希望通過與其他國家彼此的合作與互賴，實現雙贏。自由主義者也強調非政府組織 (Non-Governmental Organizations, NGO) 在國際體系中的角色，有許多非政府組織在國際智慧財產權立法的場域中活動，不論在論壇建築物的內或外，皆可以看到非政府組織成員的身影。非政府組織成員對於型塑議題、表明所欲維護之利

¹⁰⁰ Kenneth N. Waltz, *Realist Thought and Neorealist Theory*, 44 J. INT'L AFF. 21(1995).

¹⁰¹ Gerhart, *supra* note 95, at 155-157.

益、安排談判議程、建構實質規範等，皆有相當的影響力。自由制度主義（liberal institutionalism）則更關切國際組織在國際關係上的影響，認為國際組織是一個具有影響力的獨立變數，能夠改變國家的利益與行為。除了原有的雙邊關係會影響兩國於國際組織中的互動外，國際組織的制度與規範對兩國的互動也有很大的影響。在自由主義的各個學派發展後期，Stephen Kranser 對國際制度有新一層的界定，以較為廣泛的「國際建制」（international regime）作為分析概念，認為正式及非正式的規範與習慣，是支持國際組織成立與運作的基礎。

國際組織的各種規範與習慣中，比較有特色的譬如在軟法（soft law）對於國際規範的影響力上，其運作方式使得開發中國家在國際中的活動可能得到有利於自身之結果。Helfer 就認為，在國際智慧財產權立法上，軟法能達成的優點有許多，如資訊蒐集、個案研究、工作小組（workshops）討論、起草指導原則等等。這種國際立法的方式，加上非政府組織廣泛的參與，與國家派兵代表談判的模式，較能保障包括個人在內的所有國際成員的利益。¹⁰²而藉由軟法的立法方式，將可能對 WTO 或 WIPO 中的智慧財產權談判造成影響，如對放棄某種特殊權利的保護將可能作為其他權利的交換籌碼，更可以利用 WTO 的執行機制來主張在其他建制中尚未形成之權利。¹⁰³

開發中國家在國際建制的運作中可能遭遇不利的層面，但也可能因為因國際建制的論壇機能而受惠，Helfer 甚至提議開發中國家可利用「建制移轉」（Regime Shifting）¹⁰⁴的策略以達成有利於自身的協議。¹⁰⁵雖然在現實主義者的理論中，只有強權國家善於操縱國際建制，然而 Helfer 認為弱國與非政府組織亦可以利用建制移轉來達到目的。這種策略在近數十年的發展中，格外受到「議題密度」（issue density）的影響，增加了各國對於國際建制的依賴程度。¹⁰⁶建制有助於減少交易成本與增進資訊流通，不論開發中國家或已開發國家都利用建制來最大化各自的立法目標（關於建制移轉詳本章第四節所述）。

2.3.3 制度主義（Institutionalism）

制度主義所談論之制度可以包括國際的法律機關、價值準則、道德規範，或身份認

¹⁰² Helfer, *Regime Shifting*, at 32-34.

¹⁰³ *Id.*, at 60-61.

¹⁰⁴ 國際建制（international regime）之翻譯另有其他譯法，有將 regime 譯為體系、體制的例子。至於 Helfer 的自創語「建制移轉（Regime Shifting）」，於翻譯上，本文依孔恩（Thomas Kuhn）理論的「典範移轉」（Paradigm Shift）之翻譯，翻為形似之「建制移轉」。

¹⁰⁵ See Helfer, *Regime Shifting*.

¹⁰⁶ *Id.*, at 7-8.

同等等，而這些規則與規範彼此之間將產生不斷地互動，並產生衝突、相容或相得益彰的關係，而最後機制和制度所體現的權威，會對行動者發生新的作用。在制度主義者看來，國際制度可以通過影響國家的利益和價值判斷，進而塑造國家的國際行為。然而 WTO 的體制，卻可能是不利於開發中國家的，許多研究就對 WTO 的制度觀察提出了批評。但開發中國家如何能夠利用國際建制（international regime）來達成發展的目的，也有研究提出了觀察和建議。徐斯勤指出，如果將「制度」部分可以決定之思維推到極致，那麼國家偏好只可說是大同小異，其意義即居於次要地位，國際制度的功能在大多數情形下能決定國家間策略互動的結果。¹⁰⁷許多的文獻中也論述了在 WTO 此一國際建制的交換機制可能造成對開發中國家不利的後果。

從冷戰結束後迄今，國際關係在法規化（legalization）的發展上有逐漸強化的傾向，成為國際制度的一種趨勢。WTO 最大的特色在於擁有獨立於爭訟國之外的制裁機制，並且依據成文協定來進行裁決，是一法規化的國際建制，其交換機制建立在利益互惠的交換上，Gerhart 以為這樣的機制在關稅與非關稅貿易條件上可以運作順利，並且達致全球性的效率，¹⁰⁸不過這樣的機制並不適合智慧財產權的談判來利用。Gerhart 所持的理由為在 WTO 中，談判力量（bargaining power）其分佈之不均，徒然導致貧富不平等得以延續。WTO 中的談判力量與一國的市場大小有關，市場較大者擁有較大之談判力量，市場較小者較小者則反之。市場較大者往往可以打破小市場之國家所形成的聯盟，市場較大者總是擁有較多的資源籌碼，得以利用關稅優惠的槓桿作用來達成互惠交換。相反地，智慧財產權的談判中，卻只是去決定「多少知識已經產生且必須被保護」，而非「多少知識必須被創造」。這種決定充其量僅能劃定整體財富中的部分應如何被移轉，只是「分了餅」（split a fixed pie）而並非「把餅做大」（make the pie bigger）。¹⁰⁹

2.3.4 建構主義（Constructionism）

以學者溫特（Alexander Wendt）為首的建構主義是國際關係研究帶來新的氣象。相較於現實主義和自由主義的國際關係理論將國際關係視為一種客觀之存在，而各自採取了不同的途徑來討論這種客觀存在。建構主義者則回到知識論（epistemology）的層次，思考學說的論述和國際現實形成的關係。建構主義者一方面認為國際關係的存在某種

¹⁰⁷ 徐斯勤，「新自由主義與新自由制度主義」，包宗和主編，國際關係理論，五南出版社，初版，頁 119（2011）。

¹⁰⁸ Besides, Professor Gerhart mentioned that each country is better off in tariff negotiations because of the increase export opportunities and benefit from lower import price.

¹⁰⁹ Gerhart, *supra* note 95, at 167-171.

「客觀性」，但在另一方面，則認為這種客觀現實性是由國際社會中的行動者通過實踐所建構起來的，是一種社會性建構（socially constructed）。這樣的建構從而反過來對行動者也形成結構的制約力。建構主義者認為國際體系是各個行為者實踐各自意志的場域，國際體系的內容與型態，不是客觀給定的，透過不斷的實踐，可以形成新的價值，亦可能形成新的規範，來劃定各自的權利範圍。在國際建制上，建構主義要探討的則是透過持續性的行為弱勢國家可影響到建制，而相信建制的改變最終可以改變建制角色，注重思想在建制改變中之角色。

開發中國家不論在 WTO 或 WIPO 中皆試圖以強調「發展」重要性的方式批判現行智慧財產權體制可能對其造成的福利損失。經由開發中國家不斷地主張與運作，在 WTO 談判中「杜哈發展議程」（Doha Development Agenda, DDA）以成為重要談判主題之一；「聯合國千禧年發展目標」（United Nations Millennium Development Goals）也為 WIPO 所接受。在 2004 年 10 月 WIPO 大會（General Assembly）上，WIPO 即採納巴西與阿根廷的建議，決定建立新的發展議程，並發表了日內瓦 WIPO 未來發展宣言（the Geneva Declaration on the Future of WIPO）。該日內瓦宣言可以說是開發中國家利用體制中的各種原則達成目的的好例子，原本「經濟自由化」與「市場途徑」在 WTO 與國際貨幣基金等等國際組織的運作中，是各國追求的主流目標。但在智慧財產權的爭議上，已開發國家與開發中國家不斷折衝，開發中國家挑戰「經濟自由化」主張的實質意涵，因而使得「發展」成為國際組織中一項漸漸有力的論述基礎。

四、開發中國家可能提出的對應主張

雖然部分理論強調合作的重要性與制度或實踐對國家產生的約制性，但是整體而言開發中國家仍然居於劣勢。縱觀上文中所討論的情勢，乃是從巨觀的層面對開發中國家所受到的約制性為一分析，以了解實在面中，國與國的互動是如何影響了開發中國家。而在此我們可以把目光轉移到開發中國家上，就較為微觀的角度出發，觀察他們在規範（normative）與法制層面可以提出何種主張，以轉變開發中國家所處的劣勢。以下本文將介紹開發中國家可能提出的對應主張：

2.4.1 傾競爭途徑（the Pro-competitive Approach）

傾競爭途徑基本上認同智慧財產權最基本的概念，認為法律的目的是在於提供「動機」（incentive），即由法律提供發明者一定的保護可促使資本投入科技產業，進而促進科技

創新。¹¹⁰但傾競爭途徑認為智慧財產權是一種法律所給予排他或獨占的地位，若不予以妥善的限制，將可能造成權利人濫用這種地位。Reichman 指出，現有的各種文獻在討論創新上所犯的錯誤為「將創新的力量視為理所當然」，如果智慧財產權法並不提供任何在發明人和模仿者間的制衡或平衡因素，那麼在創新上可能經歷的風險會昇揚至無法接受之高點，因為追根究柢智慧財產權內在的「公共財」(public goods) 特性才是創新的根源。太過偏袒發明人的管制將會成為使用者及競爭者的負擔，因為藉由逆向工程而得到的知識，引起後進者的接續創新 (sequential innovation) 不僅是法律上允許的行為，而且對於開發中國家而言應該屬於被鼓勵的行為，卻會因為法律過度限制資源之利用而無法達成。¹¹¹過度的保護可能會成為削弱國家創新和競爭力量的障礙。

Reichman 認為，如果開發中國家在法律上進行改變，採取一「傾競爭策略」(pro-competitive strategy)，將可使開發中國家從便車乘客 (free-rider) 成為公平交易的參與著者。¹¹²這種傾競爭途徑主張認為開發中國家可利用「TRIPS 彈性機制」(TRIPS flexibilities)，因 TRIPS 協定的條文中本就存在「運作空間」(wiggle room) 供開發中國家發展較適合國內之法制。¹¹³如巴西在強制授權上採取較寬之規定，更加地保國內之著作權。南非則採納了比 TRIPS 更嚴格的專利保護但得利用防衛 (safeguard) 之機制，以更方便近用必要藥物 (essential drugs)。¹¹⁴其他關於利用 TRIPS 彈性機制的好例子是印度的專利法。印度本不允許藥品可申請專利，因此成為世界上前幾強之學名藥生產國，然而為了符合 TRIPS 協定之規定，必須於 2005 年修改專利法，使藥品得以申請專利。印度為了顧及國內學名藥廠的利益，因此對於得申請專利之主體規定的較為狹隘。¹¹⁵

2.4.2 人權途徑 (the Human Rights Approach)

人權途徑的啟始可以說是來自於哲學家哈伯瑪斯 (Jürgen Habermas) 對於「國際關係憲政化」(constitutionalization of international relations) 的一系列觀點，哈伯瑪斯認為可以將人權視為一種法律原則，而對國家的特權施加限制，進而邁向世界內政。哈伯瑪

¹¹⁰ See L Danielle Tully, *Prospects for Progress: The TRIPS Agreement and Developing Countries After the DOHA Conference*, 26 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 129 (2003).

¹¹¹ Jerome H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 11, 24 (1997)

¹¹² See *Id.*.

¹¹³ Jerome H. Reichman, *Bargaining Around the TRIPS Agreement: The Case for Ongoing Public-Private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions*, 9 DUKE J. COMP. & INT'L L. 11, 24 (1998-1999).

¹¹⁴ CAROLYN DEERE, *THE IMPLEMENTATION GAME – THE TRIPS AGREEMENT AND THE GLOBAL POLITICS OF INTELLECTUAL PROPERTY REFORM IN DEVELOPING COUNTRIES* 13 (Oxford University Press 2009).

¹¹⁵ Amy Kapczynski, *The Access of Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property*, 117 YALE L.J. 804, 875 (2008).

斯以辯證法的論證方式透過「生活世界」(lifeworld)的「開放與閉合」來分析全球化，認為人類生活的所有團體，包括各個國家，向周邊的世界進行開放與閉合，進而改變了視界與生活空間。全球化的動力使國家對外(向國際組織)開放，但正確的回應應該是在開放與閉合之間取得平衡，因為世界社會的政治文化缺少共同的倫理基礎，因此必須從國際協商體系的組織形式中去尋找正當基礎。¹¹⁶

有些文獻是由「人類可能性途徑」(the human capabilities approach)來論述對於發展的觀點，這種關於發展的論述首先比較世界各國的個人得以何種方式生存，而認為一國的國內人均所得(Gross Domestic Production, GDP)不能反映該國真正的經濟發展。開始依此一途徑論述的政治經濟學者 Amartya Sen 認為所謂的「可能性」(capability)指的是：「……一個人能達到的功能之結合，而其所能選擇的總體。」可能指的是基礎的生理物理需要是否能被滿足，但也可以指自尊或與社會整合的程度。根據論者的觀點不同，產生的人權清單亦不同；相同的是，這些人權的實現被視為代表了人類社會的可能性，Sen 被認為是從福利經濟的觀點出發，而另一採取相同途徑的學者 Nussbaum 則從羅爾斯式的分配正義、女性主義理論，及後殖民思潮對普同主義(universalism)及相對主義的思辯影響，主張人有權利得到來自教育和物質的支援，而有可能性得以實現人類所有功能。¹¹⁷

人權途徑為聯合國發展計劃(United Nations Development Programme)所接受，在聯合國的人權發展(Human Development Report)報告中，利用「人類發展指數」(Human Development Index)來衡量世界各國的人權發展水準。近來對於人權與智慧財產權最大的兩個議題分別為原住民傳統知識保障，與對 TRIPS 協定之省思之問題。在前者的問題上，此途徑的討論者對於智慧財產權抱持著懷疑的態度，除了承認保護的必要外，同時也檢討了外來者將智慧財產權作為不適當利用手段之行為，使得智慧財產權的立基受到一再的檢視。而在後者的討論上，包括學界、非政府組織及聯合國人權團體皆加入省思，而結論上認為當 TRIPS 協定與人權目標產生衝突時，在位階上 TRIPS 協定應遜位於後者，使人權成為立法上的優先目標。¹¹⁸

2.4.3 公共領域途徑 (the Public Domain Approach)

¹¹⁶ 林炫向、陳牧民，「國際關係規範理論」，包宗和主編，國際關係理論，五南出版社，初版，頁 189-191 (2011)。

¹¹⁷ Chon, *supra* note 53, at 2875-2878.

¹¹⁸ Helfer, *Regime Shifting*, at 45-52. See also Laurence R. Helfer, *Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property*, 40 U.C. DAVIS L. REV. 971 (2007).

「公共領域」此一法律名詞的興起不過是數十年之內的事，有文獻甚至指其出現於 80 年代。¹¹⁹公共領域指的是不受智慧財產權保護，可以為任何人所利用的知識。例如著作權與專利權皆有保護期限，超過保護期間而不受智慧財產權保護的知識與資訊，或是權利人自主放棄受保障的作品與發明，即屬於公共領域。若法律給予的保護年限越長，公共領域內的知識與資訊其範圍就越狹小。作為對抗法律給予排他性權利的代表名詞，擴充公共領域的主張者認為公共領域可以提供更多人利用知識，而得以迴避「反共有的悲劇」(the Tragedy of the Anti-commons)。¹²⁰

如果將「公共領域」內的知識界定為公共財的話，經濟上的討論問題意識在於政府是否對公共財提供不足。然而經濟學上對於公共財的界定範圍較狹窄，在其他社會科學學術上討論的公共財的討論範圍則較廣，只要具有「非敵對性」(non-rivalry)、「無排他性」(non-exclusionary)的財貨，皆可稱為公共財。經濟學在智慧財產權的討論上又分為靜態效率(static efficiency)及動態效率(dynamic efficiency)。靜態效率指的是以最低成本達到最佳化的利用，而及動態效率指的是達到更有效率的生產與組織，最終達到更低的產品價格。智慧財產權制度被認為是犧牲了靜態效率(如造成產品價格上升)，來造就動態效率(如造就更多創新)。「公共領域」的思維也是經濟自由化下的新產物，其關鍵在於「如何限制私人的權利以達到公眾的利用，最後達成最大的效率」？¹²¹

公共領域途徑的主張者認為，智慧財產權在未被國家以實定法賦予權利以前，其性質是屬於存在公共領域中、人人可得利用的知識與資訊。如果將知識的保護範圍或保護期間縮減，知識將被釋回公共領域，而有意利用者將得自由利用。Boyle 對公共領域下了一句點評：「吾人自然需要公共領域，否則誰可無中生有？」因此採取此途徑者主張公共領域的內容越多，意味著創新可得之資源越豐富。因而對於公共領域途徑在最近數十年開始為非政府組織等利用，主要的目標在於加強知識之散佈。核心的議題將會是：誰擁有知識？這一波運動被稱為知識近用(access to knowledge, A2K)運動，運動者關切的不再只是對於公共財提供不足的問題，也包括近用權不平等、不當利用、未受利用等問題。

¹¹⁹ Kapczynski, *supra* note 115, at 855.

¹²⁰ This term originally appeared in Heller's 1998 article. "Anticommons" appears when new property rights are allocated without mechanisms for resolving ownership disputes. This "tragedy" refers to the existence of a large number of intellectual property rights applicable to a single good or service unduly retarding or even preventing its provision. See Michael A. Heller & Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 SCIENCE 698 (1998).

¹²¹ Chon, *supra* note 53, at 2880.

2.4.4 新重商主義途徑 (the Neomercantilism Approach)

17 與 18 世紀重商主義盛行，在尋求地租的社會 (rent-seeking society) 中帝王、政府與商人勾結，可能導致帝國的擴張，卻不一定能形成合理的政治與經濟體制間的關係，徒然造成腐敗。¹²²在二次大戰後，各國採取對品管、環境保護、社會福利政策設限（但不樹立關稅障礙）的政策，一方面實行獎勵投資、增加公共投資等措施，學說上概括稱為新重商主義 (Neomercantilism)。¹²³Skocpol 認為，從國際的視野以觀，任何將政府與經濟體制囊括在內的政體，皆同時處於以武力為基礎的「競爭性國家系統」(system of competing states)，以及以生產技術為基礎的「世界資本主義系統」(world capitalist system) 中，政府與企業的關係即受到兩大系統的激發。在兩國接觸的開始，強國將依其國家利益去塑造、改變弱國的經濟、政治，與社會關係。¹²⁴蕭全政則指出，當國家的交易條件較差時，越可能採取保護政策以改善其交易環境，但是當交易條件變好時，則有可能轉向世界主義傾向的自由經濟政策。¹²⁵這是重商主義的背景。

Kuttner 則認為世界的較富裕的國家在經濟發展初時，事實上對於國內市場與經濟成長的不穩定性早有認識，因此已由國家扮演主導的角色來促進經濟發展。這些國家一方面由國家主權主導發展，一方面卻也部分地迎向自由貿易及外國資本。他們並未委身於全球市場洪流中任由浮沉，也從未接受完全將控制權交由產業決定這種奇想。然而今日這些強權國家已經不願意承認他們曾經採取的是混合式的經濟政策，但亞洲國家所採取混合資本主義與新重商主義的經濟策略，卻確實帶來了成功，¹²⁶中國即是其中一例。在學術上已有許多文獻探討中國是如何利用混合的經濟策略以帶來經濟成長¹²⁷、適應國際智慧財產權體制¹²⁸，或是利用所謂「宏觀調控」的方式來維繫經濟成長的穩定。¹²⁹

但新重商主義遭受到的批評為過度保護產業，使其免於競爭壓力，成為短視近利的企業，並且造成政府官員的貪污腐敗。蕭全政則認為只要能迴避財政性和獨占性的重商

¹²² 蕭全政，台灣地區的新重商主義，業強出版社，頁 27-29 (1997) [以下簡稱為：台灣地區的新重商主義]。

¹²³ 前揭註，頁 32-34。蕭全政教授指出台灣過去所用的策略即是長期貶值的匯率政策以利出口，參頁 82。

¹²⁴ THEDA SKOCPOL, STATES AND SOCIAL REVOLUTIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF FRANCE, RUSSIA, AND CHINA 19-24 (Cambridge University Press 1979).

¹²⁵ 蕭全政，台灣地區的新重商主義，頁 26。

¹²⁶ Robert L. Kuttner, *Development, Globalization, and Law*, 26 Mich. J. Int'l L. 19, 28 (2005).

¹²⁷ See e.g. Ronald J. Gilson & Curtis J. Milhaupt, *Sovereign Wealth Funds and Corporate Governance: A Minimalist Solution to the New Mercantilism*, 60 STAN. L. REV. 1345 (2007-2008).

¹²⁸ See Peter K. Yu, *Piracy, Prejudice, and Perspectives: An Attempt to Use Shakespeare to Reconfigure the U.S.-China Intellectual Property Debate*, 19 B.U. INT'L L.J. 1 (2001). Peter K. Yu, *From Prates to Partners: Protecting Intellectual Property in China in the Twenty-First Century*, 50 AM. U. L. REV. 131 (2001).

¹²⁹ 參閱陶儀芬，「從『放權讓利』到『宏觀調控』——後鄧時代中央、與地方金融關係的轉變」，收錄於丁樹範主編，胡錦濤時代的挑戰，頁 235-262。

主義，避免過度保護產業，也許新重商主義也能形成「產業性的重商主義」，而關照國民經濟的發展。¹³⁰印裔學者 Ghosh 站在開發中國家的立場，提議了另一種「新重商主義」，也不同於古典重商主義的狹隘。其目的在使市場經濟中各個成員之財富能極大化，在全球市場中利用智慧財產權來平反全球市場中報酬的傾斜，將智慧財產權制度作為財富重分配的工具。畢竟 TRIPS 協定實為一種管制體制之基礎，國家提供某種力量而不是將市場置於「完全自由」的規則下運作。如果採取新重商主義途徑則會允許政府擁有更多的權力以決定國內居民的權益為何，並且更偏重於國家財富之極大化。¹³¹

表七：開發中國家可能採取之途徑優缺關係表

開發中國家可能採取之徑路	傾競爭途徑	人權途徑	公共領域途徑	新重商主義途徑
概 述	在 TRIPS 彈性內運用智慧財產權制度以鼓勵國內產業發展。	注重國內與人權相關的各種情況發展，於 TRIPS 之情況特別為藥物與知識之近用。	縮減智慧財產權保護知識與資訊之幅射範圍，以促進知識之利用，加強創新。	由國家扮演主導角色促進經濟發展，以智慧財產權制度保護特定產業交易環境。
優 勢	遵守 TRIPS 且能給予產業誘因，促進其發展。	為聯合國發展計劃所認同，顧及弱勢團體利益。	符合智慧財產權制度基本概念，加強知識之利用。	極大化各個國家之財富，調整國際財富分配不平等。
缺 失	法制設計非常複雜，欠缺專業人才時即難以操作。	理想陳義過高，並未真正改善弱國經濟體制與生產環境。	產業及特殊團體之利益落入公共領域不受保護時將發生抗爭。	政府機能成為產業尋租利器，產業依賴補助積弱不振。

來源：作者整理

五、國際智慧財產權立法的現象分析

本節將解讀發生在智慧財產權立法的國際現象，雖然開發中國家將可以採取建制移轉（regime shifting）作為共同戰略。相對於工商業界總是以高呼提高保護的必要，在非

¹³⁰ 蕭全政，台灣地區的新重商主義，頁 86。

¹³¹ Shubha Ghosh, *Globalization, Patents and Traditional Knowledge*, 17 COLUM. J. ASIAN L. 73, 85-88 (2003).

政府組織與開發中國家的聯盟中，「智慧財產權」也成為動員時論述共同的框架。法律對這些反對智慧財產權過度保護與權利人獨占地位的運動者們而言具有一種「引力」般的效力，能將其集結於一堂。雖然彼此皆以智慧財產權作為大依歸，但微觀看來卻有許多細膩的操作值得探討。

2.5.1 共同的戰略可能：建制移轉（Regime Shifting）

Krasner 對國際建制下了一個較為通行的定義：「一套明示或默示的原則、規範、規則、決策制定程序，依此，行為者在國際關係特定議題領域產生了共同的期望。」¹³²綜上可知，國際建制的四個構成元素為：原則、規範、規則、決策制定程序，是故國際建制所代表的是討論規則的論壇，在論壇中形成的規則，以及規則內涵的價值。Krasner 認為在國際建制的經濟動力中，訊息交換的機制其影響力可能更勝於權力。¹³³在智慧財產權的國際建制上則出現了一種單一議題在多元論壇被提出的現象，而在不同時期則有相異的論壇各領風騷，Raustiala & Victor 發現談判者總是傾向將國際議題範圍擴張，國際建制涉及範圍時常重疊，因而將這種議題重疊、範圍擴大的現象，以「建制情結」（Regime Complex）稱之。¹³⁴Helfer 在關於國際建制的著名研究中，提出了名為「建制移轉」的概念，來描述這種現象。¹³⁵Helfer 更進一步建議開發中國家與非政府組織可利用其作為策略性手段，發展軟法並提出他們所關切的主張。¹³⁶

國家在國際建制保護傘下的時常有策略性競爭策略的考量，如加強談判力量，或在國際建制中進行利益交換，以換取簽訂合約上的妥協。如此往往製造許多爭議問題，並且成為改變國際建制的動力。¹³⁷Helfer 主張：國際建制中的霸權國家總是主導國際政策制定，但其他參預者也有機會利用創造「對立建制」（counter-regime）來取得談判中的權力，原體制討論議程意見不一致產生之處對於不同意參預者而言即是機會。¹³⁸在國際智慧財產權體系下，這兩個互相成對的國際建制就是世界貿易組織中的貿易相關智慧財

¹³² Stephen D. Krasner, *Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables*, INTERNATIONAL REGIMES 2 (Stephen. D. Krasner eds., NY: Cornell University Press 1983).

¹³³ Stephen D. Krasner, *Global Communications and National Power: Life on the Pareto Frontier*, 43 WORLD POL. 336 (1991).

¹³⁴ Kal Raustiala & David G. Victor, *The Regime Complex for Plant Genetic Resources*, 58 INT'L ORG. 227 (2004). See also Karen J. Alter and Sophie Meunier, *The Politics of International Regime Complexity*, 7 PERSP. ON POL. 13 (2009).

¹³⁵ See Helfer, *Regime Shifting*.

¹³⁶ *Id.*, at 58.

¹³⁷ Cf. Raustiala & Victor, *supra* note 134, at 279-281 (considering about the difficulty to negotiate new standards against an array of existing rules, which will be obstacles for governments to orchestrate strategies to achieve particular aims but only create transaction cost).

¹³⁸ Helfer, *Regime Shifting*, at 15.

產權條約大會 (TRIPS Council)，與世界智慧財產權組織 WIPO。議題的廣度也會影響參預者建立反對組織的能力。根據 Helfer，開發中國家可以有意識地、策略性地利用建制移轉來達成以下幾個目的：¹³⁹

1. 達成所欲之政策目標。
2. 紓解立法過程中可能會遭遇的來自對立建制之壓力。
3. 產生對立建制。
4. 將衍生之諸對立建制整合進入 WTO 與 WIPO 中。

國際建制的本質是討論國際議題的論壇，而在國際建制中活動的行為者（包括國家與非政府組織）可以藉由移轉論壇的方式獲得注意，討論本可能被策略性忽略的議題而 Raustiala & Victor 稱之為「不一致策略」(strategic inconsistency)。¹⁴⁰例如在烏拉圭回合談判時，開發中國家的主張是應該以 WIPO 作為適宜談判的論壇，在 1970 年代時，開發中國家即已就智慧財產權諸公約的內容，發起一系列自開發中國家立場出發的修訂，但是來自美國的利益團體藉由遊說政府等手段，建議將論壇轉移至 GATT 框架底下，因而促成了烏拉圭回合談判後 TRIPS 協定的訂立，¹⁴¹可謂是一建制移轉的實例。而在 TRIPS 制定後建制移轉最好的例子是關於植物基因資源 (plant genetic resources, PGR) 之保護與生物多樣性公約 (Convention on Biological Diversity, CBD) 的修訂。

起先植物基因資源 (plant genetic resources) 被視為是一種「人類共同遺產」(common heritage)，而任何人皆得使用，但植物基因資源的智慧財產權化問題，卻掀起了國家爭奪規範制定權的多年抗戰。國家間爭執的標的是販賣種子的商機、育種權 (plant breeder's right)，及形成新作物、藥物所需的雨林新種植物基因。育種權其爭議起源於 1920 年代，因由政府贊助的農業研究漸漸衰退，而育種企業開始興起。原本育種企業利用其培育的植物內在之繁殖力衰退機制控制農民，迫使農民必須在培育數代後重新向育種企業購買種子。雖然育種企業如此之法得以防止敵對競爭者無斷利用其商品，但仍然無法防止競爭者利用其商品上之植物基因成為研發資源。¹⁴²1961 年的植物新品種保護國際聯盟公約 (the International Union for the Protection of New Varieties of Plants, UPOV Agreement) 正式建立了植物育種權，反映了工業化國家的利益。此時開發中國家即開始將論壇轉往聯合國糧農組織 (the United Nations Food and Agriculture Organization, FAO)，開發中國家

¹³⁹ *Id.*, at 53

¹⁴⁰ Raustiala & Victor, *supra* note 134, at 297-299.

¹⁴¹ See generally SELL, THE GLOBALIZATION OF IP. Helfer, *Regime Shifting*, at 19-23 (suggesting that the superficial multilateralism of the U.S. claiming to cede authority to an inter-governmental organization is often suspicious).

¹⁴² Raustiala & Victor, *supra* note 134, at 286-287.

抱怨大型種子企業利用其國內的植物基因資源，卻未對提供該資源的國家予以補償，並且試圖建立「農人權」(farmer's right)。然而開發中國家所得僅為工業化國家不願實行之承諾¹⁴³，FAO 仍無法成功協調其中齟齬。

1960 至 1980 年間，環保議題逐漸抬頭，1992 年聯合國里約峰會時，決議採行生物多樣性公約，其保護範圍涵蓋植物基因資源。因為生物多樣性保護思潮的興起，使得利用智慧財產權保護基因資源的議題發展了新的場域，公約締約國大會 (the Conference of the Parties, COP) 成為新論壇。具有豐富雨林生物多樣性資源的開發中國家試圖利用公約，作為其保護其資源之後盾。開發中國家不欲被來自科技強國的生物科技公司進入國土帶走國內的基因資訊，而控訴這樣的行為是在「生物剽竊」(biopiracy)。最後在生物多樣性公約中，科技發展程度較低的國家要求工業化國家加強移轉科技，以及增進科技和資訊的公開，而這些都是不曾被列入 TRIPS 協定義務中的要求。¹⁴⁴同時也因為論壇的移轉，開發中國家達到了未在 TRIPS 協定談判中達成之目標。原本通行的人類共同遺產原則在生物多樣性公約中也轉變為國家主權原則。¹⁴⁵

然而當科技落後國的農民們赫然發現生物多樣性公約無法平等地保障每一種作物時，這些農業國家又轉往國際農業研究諮商組織 (the Consultative Group on International Agricultural Research, CGIAR)，要求利用生物材料移轉契約 (material transfer agreements, MTA) 作為授權基礎以進行種子交換，乃是由於國際農業研究諮商組織擁有一國際種子基因銀行，其中有相當大量的資源所致。最後在 2001 年的「國際農糧用植物遺傳資源條約」(ITPGR)¹⁴⁶中，建立一特殊的多邊機制，使得會員國間可以交換種子，而開發中國家只要向條約管理小組 (Treaty's Governing Body) 掌理之基金 (fund) 支付使用費，就得近用科技先進國種子集管 (seed pool) 內之植物基因資源。整體而言，2001 年的 ITPGR 條約建立了較平衡的利益交換機制。該條約之目的在於公平合理地分享利用糧食與農業植物遺傳資源。

2.5.2 智慧財產權的社會動員 (Social Mobilization)

就國際智慧財產權的變動現象，Amy Kapczynski 則引入 Erving Goffman 的「框架理

¹⁴³ FAO. 1995. CPGR 6/95/8: Revision of the International Undertaking on Plant Genetic Resources. Known as the International Undertaking on Plant Genetic Resources.

¹⁴⁴ Helfer, *Regime Shifting*, at 28-30.

¹⁴⁵ CBD Art. 15.1

¹⁴⁶ The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture Organization, Nov. 3, 2001, available at <http://www.fao.org/ag/cgrfa/IU.htm> [hereinafter ITPGR].

論」(frame theory)作為分析架構。¹⁴⁷框架理論定義「框架」為一個「詮釋基模」(schema of interpretation),允許利用框架的人去定位、理解、確認、標誌他們自己的社會經驗與事件,但卻不似意識型態(ideology)一般區別性強烈。框架允許集體行動以之為共同認知,卻得以避免行動中的成員因為意識型態的差異而造成對立。¹⁴⁸Kapczynski認為整體國際智慧財產權的變動,其框架應是由「高度的智慧財產權保護/圈地運動」到「知識近用」。許多非政府組織與開發中國家發起了起草制定「知識與科技近用條約」(Treaty on Access to Knowledge and Technology)的呼聲。框架有助於各個團體建立支援、募集同盟,與運用政治槓桿。¹⁴⁹

在智慧財產權論述的變化上,最早由法律經濟學者 Landes & Posner 做出的解釋認為「公共選擇」(public choice)是造成智慧財產權立法的結果。¹⁵⁰Landes & Posner 意識到「可能成為『複製者』之人與權利擁有者間內在的不對稱»,指出:「(專屬權)能傾注經濟租(economic rent)於權利擁有者上,複製者則僅僅希求得到競爭收益(competitive return)。」¹⁵¹經濟利益於是緩慢地經由立法歷程轉移到了資訊擁有者上,Landes & Posner 認為這是 1970「自由市場(free-market)意識型態」所造成的結果。Kapczynski 認為工業界將權利保護的必要作為他們的語言,「智慧財產」的語彙就是他們的集體行動框架,這樣「尋租」的歷程使他們將智慧財產權作為奧援。「智慧財產」的語彙興起其實不過數十年,否則以美國法的傳統用語多以「工業產權」或「獨占」來稱呼這種排他性的權利。而保護與自由市場的思潮高峰期是 1980 年代,自利的企業經營者自然會採取此類論述以要求給予智慧財產更似有形財產的保護。工商業界的集體行動也發生在國際場域,將外國的複製者塑造為「小偷」。¹⁵²在保護思潮高峰時,觀念普遍認為只有智慧財產權才能保障廠商或企業在研發上的投資得以回收。當投資得以回收時,廠商才有動機進行研發,因而科技方能有創新的可能。

以杜哈回合談判為例,藥商的主張是高標準的智慧財產權保護將有利於開發中國

¹⁴⁷ Kapczynski, *supra* note 115.

¹⁴⁸ *Id.*, at 813-814.

¹⁴⁹ *Id.*, at 851.

¹⁵⁰ 公共選擇的分析架構以理性選擇(rational choice)論為中心,認為人皆以理性尋找對自身有最大效益之結果。然而個人理性的加總,並不必然能帶來有利全體之後果,此後果更可能是反常而非理性的。由於處理公共事務的官員對於狹隘利益的追求,使得吾人更無法相信其行為能為全體帶來福祉。此外,理性選擇論中認為強而有力的利益團體其尋租(rent-seeking)行為,使得利益團體以遊說等等手段追求權利與利益補助,其結果亦是無效率的。Hovenkamp 教授曾經說:「公共選擇理論似乎是為專利法量身訂作的。」See Herbert Hovenkamp, *Innovation and the Domain of Competition Policy*, 60 ALA. L. REV. 103, 117 (2008-2009).

¹⁵¹ WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE POLITICAL ECONOMY OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW* 14 (American Enterprise Institute Press 2004).

¹⁵² Kapczynski, *supra* note 115, at 842-848.

家，而開發中國家的基礎醫療資源不足加重了 HIV/AIDS 疾病危機。藥商運用了舊有的智慧財產權保護論述框架，再三強調藥物近用主張可能侵蝕其利潤。然而諷刺的是當藥商發現無法面對非政府組織與開發中國家的質疑，以及提供捐贈藥物的策略無效時，藥商採取的另一行動居然是降低藥價，「侵蝕」自己可能獲得的利潤。最後，藥商開始運用其專屬權，減少對學名藥廠授權的件數。非政府組織在搜集證據上十分小心，他們發現全球近 90% 的藥品研發基金只投注在 10% 的疾病上，其利潤下滑的因素較可能為市場過小。這些證據成功打破了藥商的「創新框架」。¹⁵³

相較於工商業界對「智慧財產」的強調，社會運動者則以要求對於知識的接近使用作為其框架。當工商業界建立了他們的語言時，這些語言也反過來為新一代的智慧財產權的社會運動者所利用。曾經來自知識經濟強國的工商業將他們塑造為「搭便車」者，主張保護傳統科技及基因資源的論述時也將進入其國境帶走特殊植物的跨國生技公司塑造為生物資源小偷，仿佛是一個以子之矛攻子之盾的歷程。¹⁵⁴來自不同分野的智慧財產權社會運動者都借力於「知識近用」的框架，主張藥物近用的團體認為藥物的「必要性」比權利保護更值得考慮，主張保障「農人權」的團體認為植物或生命體不能成為專利申請標的，主張原住民文化保障的團體認為外來工業商品的大量交易非其所欲，這些團體都從他們的敵人處得到論述的靈感。「法律」或是「權利」將他們結合在一起，提供了論述的共同基礎。當「智慧財產」的概念開始固著時，卻也為反動論述提供了組織的基礎建築。¹⁵⁵

2.5.3 小結：國際智慧財產權立法的各種圖像

建制移轉是近數十年間國際智慧財產權立法中十分特殊的現象，有論者對議題擴張憂心忡忡，如 Raustiala & Victor 認為議題擴大與重疊的現象增加了各種國際規則的不確定性，而談判的難度增加將不利於開發中國家，建制情結將會增加智慧財產權的交易成本。¹⁵⁶這種不確定性如在 TRIPS 協定的談判中，開發中國家反對制定第 27 條 3b 項，而最後談判在美、歐的壓力下規定為「以個別立法 (*sui generis*) 之方式保護」，但在生物多樣性公約的談判中，開發中國家卻又興起一智慧財產權保護的呼聲。在不同的論壇中，國家的策略卻不一致。此外，雖然有許多非政府組織在國際智慧財產權立法的場域中活動，國際論壇的議程可能由非政府組織的領袖所主導，卻不一定直接有利於開發中

¹⁵³ *Id.*, at 850.

¹⁵⁴ *Id.*, at 849.

¹⁵⁵ *Id.*, at 853-854.

¹⁵⁶ Raustiala & Victor, *supra* note 134, at 279-281.

國家。Helfer 則採取了較為樂觀的態度，認為建制移轉是中性策略，亦可以由開發中國家策略應用，以推翻前一規範中的守舊思想。而規範上的不一致只是「不幸的意外」，可以由立法中增加連貫性的探討所治癒。Helfer 稱其為「整合者策略」(‘integrationist’ strategy)。¹⁵⁷Sell 對建制移轉的現象則提出疑慮，認為建制移轉與產生對立建制的動態平衡中，增加了全球治理的不確定性。在欠缺權威指導原則的狀況下，建制移轉可能付出的代價為使最終結果淪落墮入結構上強勢者的控制中。¹⁵⁸

Kapczynski 則提供了一個以客觀出發的觀察，發現關於主張智慧財產權保護與否的運動者與產業界人士，在語言運用上有各自不同的框架，而法律是他們結合的基礎。智慧財產權與政治纏結日益深厚的現象是無可避免的，這是來自於反全球化、人權運動、環境保護與網路理想國 (cyberutopianism) 的思維論述動力交互作用導致的結果。

¹⁵⁹Kapczynski 指出，法律對這些反對智慧財產權過度保護與權利人獨占地位的運動者們而言具有一種「引力」般的效力，能將其集結於一堂。尤其像 WIPO 這樣的國際組織，或是 TRIPS 大傘一般的保護，更使得他們有了得以辨識的共同反對對象。¹⁶⁰

即使美歐先進工業國對智慧財產權的銳意保護，使得非政府組織與開發中國家有了團結奮戰的共同理由，智慧財產權的論述在遭遇傳統科技以及基因資源時，卻產生了巨大的分歧。人權論述以及可能性途徑都認為保護人權是一項不可退讓的目標，而因而其中有論述認為應利用公共領域的特性，將部分資訊歸類為已屬於公共領域，使開發中國家得以自由利用。但主張保護傳統科技及基因資源的論述提出「生物剽竊」，將跨國公司塑造為資源小偷，控訴其竊取了原本屬於開發中國家的資源。因而 Chander & Sunder 在名為〈公共領域的羅曼史〉¹⁶¹之研究指出，若將傳統科技及基因資源歸於公共領域，那麼持有這些資訊的開發中國家人民亦不能蒙受其利。

知識近用的主張者也希望建立有別於「圈地運動」的「公共領域」。反對權利擴張的主張也時常訴諸此一論述，認為「公共領域」可作為反抗智慧財產權過度拘束的號召大旗。不過就如同 Boyle 所說的一般：「『公共領域』在被拯救前必須要先被創造出來。」

¹⁶²Chander & Sunder 則指出：「將資訊與靈感保留給公共領域只加強了『符號民主』——

¹⁵⁷ Helfer, *Regime Shifting* at 59.

¹⁵⁸ See Susan K. Sell, *The Quest for Global Governance in Intellectual Property and Public Health: Structural, Discursive and Institutional Dimensions*, 77 TEMP. L. REV. 363, 397-398 (2004).

¹⁵⁹ Kapczynski, *supra* note 115, at 853-854.

¹⁶⁰ *Id.*, at 864.

¹⁶¹ Anupam Chander and Madhavi Sunder, *the Romance of Public Domain*, 92 CAL. L. REV. 1331 (2004).

¹⁶² James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, LAW & CONTEMP. PROBS., Winter/Spring 2003, at 52.

是一個全人類（並非僅有有權者）擁有能力創造文化意涵的世界。對於公共領域在幾世紀間剝削未被賦權者——窮人、有色人種、非西方世界，與女人之勞力的事實，法律從此眼盲。」¹⁶³因而 Chander & Sunder 認為如果意圖使有色人種或非西方世界的知識得以利用私有化取得金錢或利益分配，就不能任由利用之人主張這些知識或資訊應該歸屬於公共領域。

知識近用的主張者們並非認為全面性地推翻智慧財產權有其必要，他們主張的是法律上補償性的責任法則（liability rules）、創新競賽獎項（innovation prize）、競爭中間組織（competitive intermediators）等等仍然以自由化經濟作為其基礎的機制，只是必須更加強持續創新（sequential innovation）與迴避獨占權利之濫用（monopolist abuse）。¹⁶⁴這些主張關注的是在規範之中如何使創新系統到達社會福利最大化。反對權利擴張的論述挑戰的是兩種思維，他們主張：第一是並非只有在完全競逐最大利潤的體制下得以使創新達到最佳化；第二是必須保障窮人或弱勢取得知識的途徑。如此方能知識的私有與社會福利達成一合理平衡。

事實上，不論是對論述的主張者、非政府組織，或開發中國家而言，開發中國家都握有參預國際論壇的必要條件——在生物多樣性公約與國際植物基因資源公約的談判中，開發中國家的資源皆囊括在內。¹⁶⁵當開發中國家立於國際談判場上時，其實已經取得了「入場券」，之後的策略與談判戰略，端看開發中國家如何運用。因此，杜哈宣言是重要的，因為宣言正是開發中國家集體聯盟的結果。開發中國家可以考慮「建制移轉」此一戰略，而 Guzman 也認為在 WTO 體制中雖然不可能消除所有的貿易偏差，但有助於國際建制間彼此制衡。¹⁶⁶這些策略性的手段如果可以加強開發中國家的談判地位，那麼世界財富的不平等，其影響力是可能減低的。

六、本章結論

二十世紀以降，自西元 1970 年開始的四十年間，世界經濟已然驟變為資訊時代。衝擊與衝突隨著大規模戰鬥的結束，逐漸成為依存與整合，全球市場的界線逐漸消靡，並不受到國家的疆界所拘束。全球化的其中一種對定義方式，就是強調市場及區域的整合與相互依賴（interdependence）。在這樣的全球整合的環境中，科技、資本的流動障礙

¹⁶³ Chander and Sunder, *supra* note 161, at 1334-1335.

¹⁶⁴ See Geneva Declaration on the Future of World Intellectual Property Organization, at 1, available at <http://www.cptech.org/ip/wipo/futureofwipodeclaration.pdf>.

¹⁶⁵ See Okediji, *The International Relations of IP*, at 363.

¹⁶⁶ Guzman, *supra* note 49, at 314.

更低，知識及科技更形重要。「對商品更強的保障」將會是保障知識、訊息、內容等無形資訊的智慧財產權。然而，對全球化的批判見解認為，來自霸權的壓迫徒然將全球整合為一更為巨大的單一市場，跨國企業出境後，從此不受內國法體系價值與強制力的約制。並且，跨國企業無所不用其極，利用遊說等等手段，不斷地壓迫催促主權國家保障其可能得到的利潤。

智慧財產權在 WTO 諸協定與貿易產生了關聯，然而它不僅是經濟的問題，也是政治的問題。主權國家為了確保財富的移轉，在國際體系的談判桌上，對知識財產的出境與在外國的利用設下了重重限制。擁有智慧財產權的大型公司，在外國亦能藉由國際協議得到保護。他們為了牟利，並不會特別關注世界貧富差距的現實，而輕易放棄在貧窮國家利潤之攫取，而獲取利潤是他們唯一的目標。這些逐漸浮現的問題引發了 WTO 杜哈回合談判的爭議，引起了藥物近用的議題，但最終的背景卻是富國與窮國在「知識資產」積累上的「實質不平等」所導致。

事實上知識的積累有一種內生的「集體性」(inherently collective) 特質。就像牛頓所說的一般，科學的成就是「站在巨人的肩膀上看世界」。而這一個巨人，事實上是由古往今來無數個個人匯聚而成，他們各提供了或多或少顯著性不一的成就，因而造就了現代科技的進步與便利的生活。每個人都有許多貢獻，而新的科學發現建立在對前人貢獻的理解上。正所謂「前人種樹，後人乘涼」，然而吾人卻不見得知道種樹者的姓名，也並未以重金利誘其種樹。智慧財產權只是一種制度，權利的內容有很大一部分是工業財產權，而設置這樣的財產權的目的是試圖給予產業界誘因，使其投入科技研發。古典的智慧財產權思潮在於從科技群體成就中使從事創新的個人獨立，並且給予更多的利基，然而新生的智慧財產權思潮在於使這些獨立的個人再次回到他們所遠離的群體，並且告知未來從事創新的投入者智慧並不適合排他。

智慧財產權這種制度，得以因為各種公益理由予以限制。但是在全球體系當中，我們看到國際間尚無所謂的「立法機關」去權衡「全體/全球」消費者的利益。這些不僅僅是公益的問題，我們必須去思考是否有更深入的「分配正義」(distributive justice) 值得吾人追求。促進科技移轉與知識散佈，可能就是分配正義追求的目標之一。而當智慧財產權制度能達成這樣的目標時，方能認為此制度促進了社會福利的最大化。開發中國家在科技移轉上，所要的不是一種「聊勝於無」的進步。智慧財產權究竟能否幫助開發中國家達成工業化、增進發展、減少環境破壞、獲得必要藥物以改善國民健康，以及增進知識近用，吾人必須進一步討論，方能體現智慧財產權制度在國際社會上的真實意義。

第參章 智慧財產權體系的本質與目的分析

一、智慧財產權的特性

3.1.1 無體財產權 (intangible property)

人的「智慧」難以被定義，「智慧」可能以「資訊」的方式表現。資訊是無形的，可以附著於物上，但資訊為人類所理解後，在人類的大腦與神經系統間以電子化學訊號的方式傳遞，就是無形的。與資訊有關者，包括名譽、資料、智慧等等，皆是無體或無形的，對這些無形的資訊給予法律保護，稱之為無體財產權。

智慧財產權係指人類精神活動之成果而能產生財產上之價值者，由法律所創設之一種權利。因此，「智慧財產權」必須兼具「人類精神活動之成果」，以及能「產生財產上價值」之特性。「無體財產權」，亦即其保護客體並無一定之有形物體，純屬法律上抽象存在之概念。無體財產權是一種獨立於有形物以外，且與物之所有權並無直接關聯的權利，其得、喪、變、更並不與有形物有特定的關聯。有體物並非必然成為智慧財產權之客體，智慧財產權係透過法律所創設而生，不受限或必然依附於任何特定具體之有形物。¹傳統上我國的智慧財產權觀念認為智慧財產權所保護者包括表現心智之精神創作，而精神創作固然須透過一定的有形物方能表現而使人得以感受欣賞，但有形物本身並非智慧財產權保護之客體，而是其上之抽象精神創作，有形物是精神創作的媒介。因此智慧財產權和用以表現之有體物，可能屬於同一人所有，亦可能屬於不同之人所有。在權利的侵害上，有體財產與無體財產權的侵害亦須有所區隔。對於智慧財產其他重要的特性，下文將介紹之。

3.1.2 非敵對性 (Nonrivalrousness)

經濟學家認為，智慧財產權保護範圍所及之智慧、知識與資訊，具有「公共財」之

¹ 謝銘洋，「從相關案例探討智慧財產權與民法之關係」，科技發展之智慧財產權議題，翰蘆圖書出版有限公司，初版，頁 3 (1995)。

性質。²公共財之特性其一為「非敵對性」，指的是該財貨數量上不適宜細分，所提供之利益，也不易分割由個別消費者獨占享有，故由數人以上聯合消費較符合其性質，多人共想並不會損及其中任何人的效用。最重要的是，多增加一人消費對於該財貨的消費，原來消費者消費量並不會因此而減少。換言之，多增加一人消費並不增加財貨提供的成本，即隱含該財貨之邊際成本為零。以食料為例，若給予甲消費者食用，乙消費者則無法食用甲已食用完畢之食物，則該食料即不具有「非敵對性」。又例如國防不具有「非敵對性」，然而全民健保則否。

如果智慧財產權保護範圍所及之智慧、知識與資訊，那麼智慧財產權保護保護的客體即具有非敵對性。舉例而言，使甲技工學習受專利保護的技術 A，則乙技工並不會因為甲已經學會了技術 A，就從此無法習得技術 A。專利權人丙將其技術 B 應用於商品 C 之上，在排除法律條文的規範效力之狀況下，其他之生產者丁仍然可以在其商品 D 上應用技術 B 來製造，丙的應用並不會使得技術 B 從此消失。不過精神創作亦有這種特性，因人類必須以大腦之作用方能「消費」精神創作之財貨，在大腦內完成「欣賞」之歷程。舉例而言，甲欣賞了電影「羅馬假期」，並不會使得尚未欣賞「羅馬假期」的乙從此不能欣賞該電影。

3.1.3 非排他性 (Nonexcludibility)

公共財之特性其二為「非排他性」，意指此財貨具以不能排除他人使用，或排除他人消費的特質。³即使自己不支付價款，也不會被排除使用，經濟學上認為可能因此而造成使用者不付費，出現免費享用者。較經典的例子如國防這種公共財，由支付稅金的人民來集體購買，但沒有支付稅金的人民亦得享有。無體財產權可能會具有非排他性，但亦可能無。例如無鎖碼的空中電視電波屬於公共財，而衛星電視則否。然而，經濟學家 Stiglitz 指出，如果知識本身具有「非排他性」的話，任何人將可以立即享受到資訊的內容，理解知識的意義，如此會使得知識的價格下降為零。而世上確實存在某些可以排他的智慧財產權，如營業秘密，但保有該秘密的廠商卻必須負擔相當大的風險以防

² 經濟學上的純公共財是指在同一期間，可以同時提供效益給二個以上的經濟個體，而具有集體消費滿足公共欲望，並由政府預算提供的財貨，但此處討論所謂「公共財之性質」，所指的知識與資訊，並不似純公共財一般須由政府提供，方能達到最大效益。然而可以探討的是使部分知識與資訊由政府提供，或降低私人擁有的控制權限，以使效益達到最佳或次佳。See Inge Kaul, Isabelle Grunberg and Marc Stern, *Introduction*, GLOBAL PUBLIC GOODS: INTERNATIONAL COOPERATION IN THE 21ST CENTURY 3-5 (Inge Kaul, Isabelle Grunberg and Marc Stern ed., Oxford USA 1999) available at <http://web.undp.org/globalpublicgoods/TheBook/globalpublicgoods.pdf>.

³ Because of the excludability of Intellectual Property can be temporarily erected, thus Intellectual Property may be categorized as “impure public good.”

止秘密洩露。此外以專利而言，不管廠商申請專利與否，事實上產品本身就帶有可以為其他人所理解的訊息。⁴意即，不可能達成完全的排他。

在智慧財產權的問題上，有認為一旦智慧財產權保護的內容為他人所感知，則要排除他人重製、抄襲的機會極低。如果專利保護的內容是技術，那麼關於技術的知識內容可能由他人理解，而方法甚多，可能是由專利權人的揭露而得知，卻也可能是因為相同領域的工作者以「逆向工程」(reverse engineering)之方式習得，⁵並非全然是「搭便車」(free-riding)⁶之問題。是故在 TRIPS 制定期間，許多已開發國家的廠商控訴開發中國家的廠商，就其技術發生「搭便車」，此控訴可能不盡然得以證立。如果令已開發國家的廠商就某項技術主張類似「先佔」的效力，那麼不論開發中國家的廠商是否已經得知外國有此技術，從此對於科技的學習皆必須支付「價款」，有其不合理之處。

3.1.4 智慧財產權的體系定位與智慧財產權的問題

由於智慧財產權保護的內容本質上具有非敵對性與非排他性，因此可以認為智慧財產權保護的內容為「公共財」。如果將資訊或知識視為公共財，所面臨的問題就會是：第一、提供這種公共財到什麼程度才能達到最適？第二、可以如何提供這些公共財？提供公共財的方式有許多種，如稅賦、政府補助、公營企業等。Maskus and Reichman 認為政府亦可藉由競爭政策的方式管制市場或控制價格來達到這樣的目標。⁷Maskus and Reichman 所提議的次佳的解決方案是藉由解決排他性(excludability)——或專用性(appropriability)來達成。⁸

智慧財產權若以資訊的形式表現，原本究其性質，應該是非排他性的。然而法律為了創設智慧財產權的保護，賦予其具備法律上排他的性質。依照法律上排他性的強弱來區分，最強者為專利權(同一技術僅能給予一專利)，再次為商標權，接續為著作權與營業秘密。在法律定義的性質上，智慧財產權的排他性可分為兩層面來觀察，一是保護上的排他性，二為取得保護後的排他效力。前者指的是單一保護客體應由一人或數人享有權利之問題，後者所指為排除他人侵害的能力——如果有人侵害智慧財產權，權利人

⁴ Joseph E. Stiglitz, *Knowledge as Global Public Good*, GLOBAL PUBLIC GOODS: INTERNATIONAL COOPERATION IN THE 21ST CENTURY 310, (Inge Kaul, Isabelle Grunberg and Marc Stern ed. 1999), Oxford USA.

⁵ See Pamela Samuelson and Suzanne Scotchmer, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, 111 YALE L.J. 1575 (2002); Suzanne Scotchmer, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, 5 J. ECON. PERSP. 29 (1991).

⁶ See Mark A. Lemley, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, 83 TEX. L. REV. 1031 (2004).

⁷ Keith E. Maskus and Jerome H. Reichman, *The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods*, 7 J. Int'l Econ. L. 279, 284 (2001).

⁸ *Id.*, at 285.

可以請求法院判決禁止銷售販賣有智慧財產權附著的商品。智慧財產權可能產生對公益造成的侵害，也以後者為甚，因為這種排他效力不是使得其他人無法利用該知識或資訊，就是使得他人在取得權利的過程中付出過於高額的代價，最後在銷售時轉嫁這些費用至消費者上。

謝銘洋教授亦指出，智慧財產權賦予權利人一種排他性效力的權利，透過智慧財產權的保護，足以使權利人享有「法律上的獨占性地位」，其後伴隨的是鉅大的經濟利益。智慧財產權制度固然提供業者一個誘因，鼓勵其從事研發，但最終之目的在於透過研發使社會得到整體之進步與發展，更重要的是其後公共利益的考量。⁹許多研究皆意識到智慧財產權的排他性將阻礙到公眾利用，然而各家論述對此問題的意識程度不盡相同，對嚴重性的觀察亦不相同。由於本論文關切的主題在專利，因此以下將在探討智慧財產權時以專利權為中心，探討各種哲學思想與歷史背景下的財產權觀，先尋找出何種財產權觀念最適宜開發中國家，並在這種財產權觀念上發展對開發中國家最適宜的體制。

二、來自西方的各種主流智慧財產權與專利權觀

開發中國家從伯恩與巴黎公約開始接受智慧財產權的觀念，而智慧財產權是來自於威尼斯、英國等西方國家，¹⁰東方國家並未發展出有體系的智慧財產權觀念，而殖民地關於智慧財產權的概念也繼受自母國。Oddi 甚至認為 TRIPS 協定中關於專利權所隱藏的意涵，是「禮貌的經濟帝國主義」。¹¹本文擬以專利權觀念的發展為主，討論智慧財產權在西方社會中發展的始末，以思考開發中國家在繼受 TRIPS 協定中的法律規範體系時，通古鑑今，來理解以開發中國家的立場可以對此體系進行合種思想上之修正，並篩選出對於本國最適合的財產權觀念，而非將外國的財產權觀念囫圇吞棗地全盤繼受。

智慧財產權最初始的三種權利為商標權、著作權與專利權，然而三種權利雖然有共通之處，但實則性質與作用相差甚多。其共通的特性是並不一定存續於實際的物體之上，和一般的動產、不動產大不相同，甚至在英美法國家有「不是財產」之質疑。自西元 15 世紀以後，智慧財產權的應用與觀念不斷在變化，因此法院在解釋智慧財產權的時候，也煞費苦心，必須為智慧財產權找到立論之基礎。Mossoff 認為，以自然權利理

⁹ 謝銘洋，「生物技術之智慧財產權保護」，科技發展之智慧財產權議題，翰蘆圖書出版有限公司，初版，頁 48（1995）。

¹⁰ A. Samuel Oddi, *TRIPS-Natural Rights and a "Polite Form of Economic Imperialism"*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 415,419 (1996) [hereinafter Oddi, *Polite Form of Economic Imperialism*].

¹¹ See *id.*

論流行的程度而言，在判決用字中可以發現法官確實受到自然權利理論之影響，¹²在此之後，更將專利權與著作權以財產權理論解釋之。¹³然而自然權利理論是否確實適用於智慧財產權卻開始受到討論，許多學者究其實定法的性質和工具理性論開始提出反對見解。¹⁴

由於本文所關切者為專利權對於開發中國家的影響，是故之後將以專利權作為中心，討論各種哲學思想與歷史背景下的財產權觀在專利權上的適用性，並且嘗試尋找適合開發中國家的權利觀。

3.2.1 洛克的（Lockean）財產權觀

洛克在《政府論次講》中第五章〈論財產〉中，提出了所謂「財產移交的勞動力理論」（the labor theory of importation）。洛克的理論從「上帝交給人類的共有出發」，認為為了使人類追求生活最大的方便，可以使勤勞的勞動者獲取對於共有的權利。透過勞務的付出，可以使財產脫離共有成為私有的狀態。勞動所得物是勞動者的財產，勞動者對自己所從事的勞動產出物享有所有權，這是洛克的自然法基礎。然而須注意的是，洛克有時後會混用財產權的概念，其用語中的財產權，狹義上僅指不可徵稅，廣義上則包括人類所有的生命、自由、財產。¹⁵

基督教神學啟迪了洛克的財產權觀，洛克的財產權觀中因此寓有宗教倫理。洛克認為就自然理性而言，人類甫自出生即享有生存的權利，因而必須擁有保障生存的物品。從《聖經·創世紀》中的記載可以得知，上帝已經為人類提供了可以管理的豐裕萬物，塵世萬物為人類所共有，萬物由人類的使用而使人類得以存續。¹⁶因此進一步推理，塵世萬物若不能設定私有產權，使每一個人現實使用，那麼使人類存續的上帝旨意將會從此落空。人類擁有雙手以及理性，必須開拓利用塵世萬物，充分增加人類所共有的總體財產；而勞動使得該物品與存在於自然之中的其他之物產生了區別，因而勞動者可以宣稱該物品為他的財產。因此，人類締結社會契約所建立的國家必須保障人民的財產權，

¹² See Adam Mossoff, *Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800*, 52 *Hastings L. J.* 1255 (2001). [hereinafter Mossoff, *An Intellectual History*]

¹³ Adam Mossoff, *Who Cares What Thomas Jefferson Thought About Patents? Reevaluating the Patent "Privilege" in Historical Context*, 92 *CORNELL L. REV.* 953, 989-998 (2007). [hereinafter Mossoff, *Reevaluating the Patent "Privilege"*]

¹⁴ See Philip Alston, *Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann*, 13 *Yet. J. Int'l. L.* 815, 826 (2002); Oddi, *Polite Form of Economic Imperialism*.

¹⁵ Laura S. Underkuffler, *On Property: An Essay*, 100 *YALE L. J.* 127, 138 (1990).

¹⁶ See JOHN LOCKE, *S SECOND TREATISE ON CIVIL GOVERNMENT* Sect. 56-58 (1690) available at <http://oregonstate.edu/instruct/phl302/texts/locke/locke2/locke2nd-a.html>.

此財產權為一「自然權利」。¹⁷而人類建立國家的目的，只是為了克服在自然狀態中的行使財產權利方面的不便。實則洛克的財產權觀裡藏有一縷信仰的靈魂，因而洛克所建構的塵世國家也僅僅有著一副世俗的軀殼。

在洛克的財產權觀下，未經允許利用受專利保護的技術或製造仿冒品可以以偷竊視之，而財產權的利用本質上是排他的。社會也適宜承認智慧財產權有財產的性質，以便他人辨識財產的所有人為何，不致侵犯屬於他人的財產。¹⁸然而對於洛克的自然權利理論是否確實影響了英、美盎格魯系統的智慧財產權體制則向來有所爭論。¹⁹在專利權上，有支持自然權利理論確實有影響的見解指出，法院認為專利權為發明家勞心勞力之所得，因而得以發現前人所未發現之技術，具有不可剝奪之性質，因此政府必須保護之。²⁰人民的訴狀中也時常可以見到引述自然權利理論之主張，認為發明為自己的勞動所得，是故可以主張財產權。²¹在美國的實踐中，法院時常引述的用語則為「報償」(reward)，將專利權視為發明家以勞務交換所得之報償。在 1845 年的 *Brooks v. Bicknell* 案件判決之中，巡迴法院法官 McLean 指出：

「本條文（指美國 1836 年的專利法第 18 條）立意良善。其意在扶植才士並嘉其德惠。惡之甚者莫過於偉大發明者之貧困。……1836 年之國會知之甚詳，且上述條文若非以自由之道處之，則必以公正之道予以發明者。……或曰其為慷慨之誼，然則從禮觀之，得以端正義行計之。」²²²³

McLean 法官特別指出：「惡之甚者莫過於發明者之貧困」，因此，Mossoff 秉此認為，美國法院在南北戰爭以前，可能受到了自然權利理論所影響，因此認為專利權為發明家的勞務所得，為發明家個人生活存續的來源，乃至於發明家與其家人均賴以為生，²⁴是故國家必須保護之。

3.2.2 黑格爾的（Hegelian）財產權觀

¹⁷ See *id.*

¹⁸ Fritz Machlup and Edith Penrose, *The Patent Controversy in the Nineteenth Century*, 10 J. ECON. HISTORY 1, 10 (1950).

¹⁹ See Mossoff, *Reevaluating the Patent "Privilege."*

²⁰ Mossoff, *An Intellectual History*, at 1255-1256.

²¹ *Id.*, at 1291-1292.

²² "The policy of the statute is a benign one. Its design is to foster genius and reward merit. Nothing can be more notorious than the poverty of great inventors....This was known to the congress of 1836, and the above act was provided to deal justly, if not liberally, with inventors....Some may call it a munificent act; but with much greater propriety it may be denominated an act of justice."

²³ *Brooks v. Bicknell*, 4 F. Cas. 253, 255 (C.C.D. Ohio 1845) (No. 1,945).

²⁴ Mossoff, *An Intellectual History*, at 1264-1265.

大陸法系的民法與私權觀念認為個人意志自由和人格尊嚴的價值體現在個人對財產權之支配上，認為人格權利就是對財產自由地佔有、使用、收益和處分的權利，對人格的尊嚴意味著對他人財產的尊重，著實為受到德國法律哲學家黑格爾（Georg Wilhelm Friedrich Hegel）的財產權觀點所影響。²⁵消極自由是英國自由主義者的特徵，積極自由的概念則突出表現了黑格爾和其他大陸法系學者的觀點。對於洛克來說，勞動乃權利之源；然而對於黑格爾而言，權利來自於主體的意志。黑格爾的哲學觀寓於他對世界的認知，因此他強調的是人在與他人互動中的主體性。²⁶黑格爾的政治與財產的哲學觀念有許多實證主義的面向，法律的作用在黑格爾的想法裡限制了絕對的個人自由，但也是一種便利個人自由的制度。²⁷

黑格爾認為個人——身為一主體，擁有自治能力與積極的自由，通過與外界不斷地對立，賦予自己現實性，因而主張外部世界成為自身的。然而在人將其意志展現於外部之前，意志欠缺具體的實存，所以「外在環境」勢必「適於人來體現意志」。²⁸因此黑格爾認為人可將其意志加於任何或一切物品中，並占有該物品。由於物品本身不具備先天用途，因此物品的命運和靈魂取決於占有之人其意志，人擁有對其自由使用、收益及處分之權能。因此，財產權產生的目的，就是人格的自我實現（self-actualization），所有權無非擴展到物上的我的人格的外緣而已。黑格爾認為，「財產是自由的初始體現（first embodiment），亦是實質目的」。²⁹

黑格爾批判了自由主義自霍布斯（Thomas Hobbes）以來的「自然狀態」假設，認為自然狀態的理論只是因無法處理論證權利上之困難而產生，但實為循環論證，非先驗存在。事實上自然狀態絲毫不「自然」，是毫無根據的「虛構」。自然狀態理論最大的意義就在於，人類必須走出自然狀態，在社會中實現其意志。因此黑格爾的論證之關鍵為「契約」之概念，黑格爾認為契約體現了兩個權利主體的意志。在法律效力下，意志與意志的關係仍必須經由「物」的交換來體現。「物」在契約之中為個人意志與個人意志之中介，一物在契約中同時隱含了來自兩個主體的意志。³⁰黑格爾認為，人與人，兩個

²⁵ 黑格爾的哲學體系首先論述個人之間的關係，個人是指在財產、契約和犯罪之下，有自由意志的抽象自治的實體。作為主觀實體的個人擁有意識和道德感，將個人意志直接指向主觀的善的觀念。然而在家庭、市民社會和國家中的個人，體現到客觀倫理秩序乃由習俗、歷史和民族精神組成。黑格爾認為，當個體意志與客觀倫理秩序的一部分——「絕對精神（Geist）」結合，而得以表達自己時，最終的個人自由即得以實現。

²⁶ Jeanne L. Schroeder, *Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property*, 60 U. MIAMI L. REV. 453 (2006).

²⁷ 路易·杜蒙，個人主義論集，黃柏棋譯，聯經出版社，頁 151（2003）。

²⁸ See Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957, 972 (1981-1982).

²⁹ *Id.*, at 973.

³⁰ Schroeder, *supra* note 26, at 478-481.

主體之間只有關涉到共同欲求的「物」，才會彼此相互承認。然而這樣的相互承認，卻是一種「偶然」，人因「偶然」而「共同」。有別於所有自然法理論，黑格爾將契約對象嚴格限定在財產上，認為契約對象乃是個別外在的「物」，法規範、人與人之間關係等等，無法成為契約對象。

和洛克不同的是，黑格爾不認為權利是初始即存在，並且理所當然地應該受到保護的，³¹因此，可以由實定法來決定什麼應受保護，因此實定法也可以決定什麼是財產而其他則否。³²這種概念大部分為大陸法系的國家所接受。我國著作權法中為人所熟悉的「著作人格權」也來自於黑格爾對智慧財產權的討論（黑格爾稱其為 *droit moral/moral right*，或 *Urheberpersönlichkeitsrecht/author's personality right*）。黑格爾認為雖然作者將作品的權利以契約授予他人，著作人格權並未隨之而分離，仍然由作者所享有，並不是已授權作品的一部分。³³黑格爾將權利內涵視為道德權利（*moral right*），並認為應賦予藝術家享有阻止作品的所有權人篡改和毀壞作品的權利。我國專利法亦於第七條第四項規定有專利申請權及專利權歸屬於雇用人或出資人者，發明人或創作人仍享有姓名表示權。這樣的概念和黑格爾的智慧財產權觀是相符合的。我國法律觀念中認為智慧財產權和用以表現之有體物，可能屬於同一人所有，亦可能屬於不同之人所有，也是源自於黑格爾的財產權觀念。

3.2.3 都鐸王朝的英國的專利權實踐概觀

大約在 16 世紀中期的英國都鐸王朝，由國王的名義對貿易、製造行業以及發明創造授予專利，漸漸成為當時王權的經常性事務，專利的給予至 1623 年的「獨占法」（*the Statute of Monopoly*）達到高潮。伊莉莎白一世與詹姆士一世等君王利用自己享有不受議會控制的特許權，頒發特許狀給予公司或個人，予以其獨家製造或銷售某種貨品的權利，在當時的英國此種排他性特許被稱為「獨占」（*monopoly*）。³⁴然而王室如此避開國會監督的作風，也引起當時國會與王權的爭鬥。³⁵伊莉莎白一世所發給的專利包括肥皂、毛料、製鹽、紙、鐵、硫磺等十二個項目的商品生產和流通部門，內容不一而足。

從現在觀察過往，這種權力的運作其背景可能與當時歐洲各國的重商主義勃興有關，而都鐸王朝的重商主義也為資本主義揭開了序幕。當時將專利權視為是一種「皇室

³¹ Radin, *supra* note 28, at 973-974.

³² Schroeder, *supra* note 26, at 498-499.

³³ *Id.*, at 500-502.

³⁴ Machlup and Penrose, *supra* note 18, at 2.

³⁵ *Id.*, at 3-4; Mossoff, *An Intellectual History*, at 1283-1286.

恩典」(royal prerogative)³⁶，然而專利權的准發是有所限制的，當時仍認為王權必須恰當地利用此種特權，只授予發明者或者將發明或貿易從國外引進之人獨占權。因此，當時給予獨占權利的不只是新發現，也包括將某種生產方式引進外國發現的企業家。專利的權利人的資格原本是有所限制的，只包括「事業的啟始者與介紹者」，甚至不包括「對技術予以改進之人」。³⁷16世紀的法學家科克(Sir Edward Coke, 1552-1634)是這麼描述技術改進者無法獲得專利的理由：「只是在舊外套上裝新鈕扣」(to put but a new button to an old coat)。³⁸

當時排他的專利權其合理性在於介紹新技術進入英國國內，削減技術和市場中的不確定性，使創新者享有不與競爭者競爭的優勢。專利制度的關鍵目標之一是促使資本家訓練英國籍的學徒，是故「實施」專利保護的技術與進行受保護的商業是非常重要的，因此不能將專利給予英國境內已有之事業，也鮮少給予外國人。最初給予專利的目標完全放在「將新事業引進英國」。在1562年由伊莉莎白一世授予之專利所附之條件為必須於兩個月內實施，否則專利將失其效力。在1567年授予之關於製造窗戶玻璃的專利予法國人，但附有條件，法國專利權人必須使該事業最後在英國成為一自給自足的新產業。³⁹

然而專利「由王權給予」的特性仍非常強烈，伊莉莎白一世在1581至1603之間開始將專利給予某些政治上有裙帶關係之人。Edward Darcy就紙牌銷售取得專利一案受到相當大的批評。Darcy取得全英國境內遊戲牌的獨占銷售權，然而這對英國的工業與民生發展無特殊裨益。對造質疑系爭專利權的有效性，並且指稱系爭專利純屬「女王的樂趣(her Majesty's pleasure)」，但女王認為給予專利就像「女王花園裡為首的花與冠冕上之飄帶」。⁴⁰最後在1623年時，內閣通過獨占法以節制王權，詹姆士一世亦表示了不悅，認為其權力不應由法院來衡量適當與否。⁴¹

3.2.4 傑佛遜的(Jeffersonian)專利權觀

³⁶ 由於 prerogative 與 privilege 在中文中皆翻譯為「特權」，無法在字面上有所區別。然而在普通法系統中，兩者的意義不盡相同。因此本文將 prerogative 譯為「恩典」，以彰顯 16 世紀時專利權對於當時英國人之意義。

³⁷ Mossoff, *An Intellectual History*, at 1062-1065.

³⁸ *Id.*, at 1263.

³⁹ Mossoff, *An Intellectual History*, at 1061-1063.

⁴⁰ *Id.*, at 1064-1067.

⁴¹ *Id.*, at 1270-1272.

在美國最高法院的 *Graham v. John Deere Co.* 一案⁴²中，法院首次將美國建國先賢之一的傑佛遜（Thomas Jefferson）致麥佛森（Isaac McPherson）的信件⁴³引用為判決內容。在 *Graham* 一案中，判決意見對傑佛遜甚為推崇，將其冠上「美國專利制度的發明者」的稱號，同時也認為他是 1793 年專利法的起草者。克拉克大法官（Justice Clark）所執筆的多數判決意見中認為傑佛遜本身是發明家，因此其對於專利制度的看法是「值得參考的」。克拉克大法官並且指出，美國獨立革命由波士頓茶黨反對獨占而爆發，是故傑佛遜和一般的美國人一樣對獨占「有著本能上的反對」（instinctive aversion），其厭惡並且延伸至專利。判決意見另外引用數封傑佛遜致另一位美國國父麥迪遜（James Maddison）的信件指出，傑佛遜認為獨占之好處也是可疑的，所帶來的好處仍無法勝過其「概括的壓迫」（general suppression）。克拉克大法官認為傑佛遜「反對自然權利理論」⁴⁴，因此專利權的公益面向在於向社會揭露有意義的發現，是故判決意見認為必須提高專利非顯而易知性的標準，而可專利性的要求也必須提高。爾後美國最高法院多次引用傑佛遜的信件作為判決佐證，⁴⁵學者也認為早期開疆闢土建立美國的國父們深刻意識到了「獨占」的危險，因此對專利權的獨占力量採取了貶抑的觀感。⁴⁶

該信件中，傑佛遜認為本質上無法對思想或發明給予財產權，並且如此描述了美國專利制度：

「思想應自由在全球中傳播，是為了人類倫理的及相互的教化，以利提升個人之狀態。它似乎是大自然專門、仁慈的設計，像火一樣蔓延至整個空間，散佈在任一空間時皆不降低其濃度；又如同空氣一般，吾人可在其中呼吸、活動和生存。它不能被限制，或被排他性地利用。爰此，發明本質上並不能夠成為財產權之客體。社會就鼓勵人類追求致生效用的思想而產生之利益，仍能給予一排他性的權利，然而這僅能經由社會的意志與便利來完成，且不能夠不經過任何人的對權利的宣稱或訴訟就能主張。……慮及發明排他性權利並非自然權利，而是為社會利益為之，我充分

⁴² 383 U.S. 1, 7–11 (1966).

⁴³ Letter from Thomas Jefferson to Isaac McPherson (Aug. 13, 1813), in 13 THE WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON 326, 334–35 (Andrew A. Lipscomb ed., 1903) available at <http://www.let.rug.nl/usa/P/tj3/writings/brf/jefl220.htm>.

⁴⁴ 事實上，傑佛遜在致麥佛森的信件中的確說過：「這將是很『有趣的』：如果思想——逃逸自一個人大腦的騷動，能夠成為自然權利，且被宣稱為排他的穩定財產。」（“It would be curious then, if an idea, the fugitive fermentation of an individual brain, could, of natural right, be claimed in exclusive and stable property.”）

⁴⁵ See *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 U.S. 141, 147 (1989); *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303, 308–09 (1980).

⁴⁶ LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE 240 (2004).

理解在具有公眾價值與不足以享有排他專利的尷尬間劃清界線的難處。」⁴⁷

傑佛遜對於專利權的理解和現代學者對專利制度缺陷的批判是類似的，傑佛遜對於專利主要的關懷也置於「排他性的權利」(exclusive right)上，而不似於與他同時，乃至於受英美法教育的現代人一般，主要以「獨占」(monopoly)來描述專利的性質。獨占是自英國皇室創立專利制度以來較古老的用語，而排他性的權利則更能精確描述專利權的特色。從傑佛遜在致麥佛森的信件中對於各種技術的描述中可看出，可以發現他對於專利的認識集中在我國專利法中的「發明專利」上，所以他認為「發明本質上並不能夠成為財產權之客體」。因此在發明專利上，傑佛遜可謂否定了「專利權是自然權利」的看法。

然而 Mossoff 不能同意美國最高法院高標傑佛遜的觀點，認為此說法並未釐清歷史。他引用各種判決立證，認為傑佛遜的說法在南北戰爭以前的美國知識界並非如此流行，而自然權利理論仍然支配了法院。Mossoff 指出，現代主張檢討專利權的呼聲指出專利是一項應受節制的「特權」(privilege)，但是當時的人對於「特權」一字的使用方式與現代不同，當時人認為「特權」為「用以確保民事權利之稱號(title)或特殊私權」，在專利權則是以憲法和實定法的規範確保發明者能享受發明的果實。⁴⁸南北戰爭以前的美國法院常將專利權與著作權以財產解釋，⁴⁹譬如在 1846 年的 *Hovey v. Henry* 一案⁵⁰中，巡迴法院法官 Woodbury 就認為：「發明者持有其發明中的財產作為稱號，就好似農人持有其農地及牲畜。」⁵¹

3.2.5 專利權的報償理論 (reward theory)

美國法院在判決時經常使用「報償」(reward)此一字眼來描述專利制度對於發明者之意義。這種見解一般認為發明者得到排他性的權利作為其致力於發明的報償。然而「報

⁴⁷ “That ideas should freely spread from one to another over the globe, for the moral and mutual instruction of man, and improvement of his condition, seems to have been peculiarly and benevolently designed by nature, when she made them, like fire, expansible over all space, without lessening their density in any point, and like the air in which we breathe, move, and have our physical being, incapable of confinement or exclusive appropriation. Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody.Considering the exclusive right to invention as given not of natural right, but for the benefit of society, I know well the difficulty of drawing a line between the things which are worth to the public the embarrassment of an exclusive patent, and those which are not.”

⁴⁸ See Mossoff, *Reevaluating the Patent "Privilege."*

⁴⁹ *Id.*, at 992-998.

⁵⁰ *Hovey v. Henry*, 12 F. Cas. 603, 604 (C.C.D. Mass. 1846) (No. 6,742)

⁵¹ “...an inventor holds a property in his invention by as good a title as the farmer holds his farm and flock.”

償」究竟所指為何，在各種狀況的使用下似有不同的解釋，而法院體系也會改變見解。Mossoff 在解釋自然權利理論對於南北戰爭以前的美國法院的影響時，發現法院認為「報償」指的是對於發明者生存所需的金錢，前述所引之 1845 年的 *Brooks v. Bicknell* 案件判決中，巡迴法院法官 McLean 指出：「其意在扶植才士並『嘉』其德惠」，『嘉』所使用的用語就是“reward”。在 1868 年的 *Blake v. Stafford* 一案⁵²中，地方法院也認為：「關乎此議題之特權……於發明者乃是無價。一旦失卻，彼與其後代所有之巧技與勞力當無所賴，而其所賴乃專利法須供給者。」⁵³Mossoff 稱之為法院的「勞力報償政策」（labor-rewarding policy）。⁵⁴Oddi 亦認為報償理論的基礎乃是因為社會將發明者的權利視為自然權利之故。⁵⁵

然而現今自然權利理論在美國並不流行，⁵⁶法院也多次排除自然權利理論的主張。在美國最高法院的 *Graham* 一案⁵⁷中，多數意見認為專利制度乃是「一種報償，一種勸誘，以促進新知。社會創造了給予排他權利的制度——以揭露思想的自由本質作為賭注——並且不是自由給予的。只有在發明或發現拓展了人類的知識，並且是嶄新而有用之時，得以正當化其作為限制私有獨占的特殊勸誘。」⁵⁸雖然法院的用語是「勸誘」（inducement），但檢視 *Graham* 一案的多數意見可以認為美國最高法院認同的是所謂「動機理論」（incentive theory）。這種說法和法律經濟分析的觀點是相符合的，一般而言，經濟人是指運用純粹工具理性來滿足其隨心所欲的愛好和慾望的個體，所以鼓勵發明最快速的方式就是給予排他性的權利作為「勸誘」人民從事發明的工具性手段。藉由給予發明者排他性的財產權保障，使得發明者得以回復從事發明的投資，並且更取得其他的金錢報酬。⁵⁹而此理論的支持者認為，如果未保障發明者擁有適當的報償，企業經營者

⁵² *Blake v. Stafford*, 3 F. Cas. 610, 612 (C.C.D. Conn. 1868) (No. 1,504).

⁵³ “privilege of surrender..... invaluable to inventors, for without it they would often lose that protection for the offspring of their skill and labor which it is the immediate object of all patent laws to afford.”

⁵⁴ Mossoff, *Reevaluating the Patent "Privilege"*, at 1006.

⁵⁵ A. Samuel Oddi, *Un-Unified Economic Theories of Patents – The Not-Quite-Holy Grail*, 71. NOTRE DAME L. REV. 267, 274-275 (1996). [hereinafter *The Not-Quite-Holy Grail*]

⁵⁶ *Id.*, at 274.

⁵⁷ 383 U.S. 1, 7-11 (1966).

⁵⁸ “Rather, it was a reward, an inducement, to bring forth new knowledge. The grant of an exclusive right to an invention was the creation of society - at odds with the inherent free nature of disclosed ideas - and was not to be freely given. Only inventions and discoveries which furthered human knowledge, and were new and useful, justified the special inducement of a limited private monopoly.”

⁵⁹ Professor Kitch dubbed this the “reward” theory. See Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J. L. & ECON. 265, 266 (1977). Professor Oddi makes distinctions between the reward theory and the patent-induced theory, and the latter would only permit to grant patent to inventions actually induced by the patent system. But here I think the Supreme Court viewed the “reward” of the patent as the “inducement,” and it is very difficult to tell if the inventions are really induced by the system at the same time. See Oddi, *The Not-Quite-Holy Grail*, at 277.

對於研發（R&D）的投入將會不足，以致社會的科技創新亦呈現不足之狀態。⁶⁰然而亦有見解指出，該「報償」所給予發明者的權利，可能過大。⁶¹

3.2.6 專利權的契約理論（contract theory）

契約理論認為發明家傾向隱匿自己的發現，如果發明家將科學與技術的秘密藏諸名山，該秘密就會隨發明家的死亡化為塵土。而為了社會的進步，社會應與發明家締約，以排他性的權利來交換技術發明者或科學發現者公開（disclose）自己的發明或發現。⁶²雖然有理論認為契約理論關注到的智慧財產權「非敵對性」本質，而專利權只是「暫時性」地給予發明者排他的權利，並且此理論是有助於知識散佈的。然而觀察國際上智慧財產權協議的變化，對專利年限的保護僅有加長，而不見有縮短的趨勢。已開發國家致力於尋租的生產者，利用國際智慧財產權協議，近乎達成了普世保護年限延伸的結果。在產品已經成功上市後，科學與技術的秘密在大部分的情況下終將全盤為競爭對手所知，20年間的專利權保護是否使得對手在授權契約談判失敗下從此無法利用該技術，或是增加對手的生產成本，因而發明者所得到的權利是否過大，即有疑問。TRIPS 中對專利權人予以 20 年間的保護，和發明者所揭露科學與技術的秘密其價值彼此是否對等，這就是契約理論將會面臨的問題。⁶³換句話說，發明者將可能以不久之後亦可以為他人「發現」或「理解」的「點子」，交換了過於碩大的「果實」。

Denicolò and Franzoni 認為實證資料顯示將這種知識作為秘密（所謂的「自然領先時間」/natural lead time）⁶⁴方為對產業比較有效的方式，而在 TRIPS 中增加營業秘密的保障對產業來說才是比較有效的，然而契約理論的論據與這樣的方式相左。⁶⁵Strandburg 也認同這個觀點，營業秘密對於研發者而言反而是較穩固的保障，營業秘密本身可能即足以誘發創新。⁶⁶Denicolò and Franzoni 分析的結論是，專利雖然可以減少複製，而完全複製對社會來說是無謂損失（Dead Weight Loss），然而專利所增加的成本反而在長期增

⁶⁰ Robert M. Hunt, *Economics and the Design of Patent Systems*, 13 MICH. TELECOMM. & TECH. L. REV. 457 (2006-2007); Rebecca S. Eisenberg, *Patents, Product Exclusivity, and Information Dissemination: How Law Directs Biopharmaceutical Research and Development*, 72 FORDHAM L. REV. 477 (2003-2004).

⁶¹ Samuel Vermont, *Independent Invention as a Defense to Patent Infringement*, 105 MICH. L. REV. 475, 489 (2006).

⁶² Machlup and Penrose, *supra* note 18, at 10.

⁶³ See Timothy R. Holbrook, *Possession in Patent Law*, 59 SMU L. REV. 123 (2006).

⁶⁴ See generally, Jerome H. Reichman, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, 94 Colum. L. Rev. 2432 (1994).

⁶⁵ Vincenzo Denicolò and Luigi A. Franzoni, *The Contract Theory of Patents*, 23 INT'L REV. OF L. & ECON. 365, 366-68 (2004).

⁶⁶ Katherine J. Strandburg, *What Does the Public Get? Experimental Use and the Patent Bargain*, 2004 WISC. L. REV. 81, 105 (2004).

加了無謂損失，因此最佳的制度必須在無謂損失的增與減之間尋求平衡。此即意謂著較短年限的專利保障較可能達到最佳狀態。並且，當市場生態中創新已逐漸成為常態時，該產業反而更不需要專利保護。⁶⁷⁶⁸

表八：智慧財產權與專利的各種理論表

智慧財產權與專利的各種理論		
名稱	意涵	爭議
自然權利理論 (洛克的財產權觀)	發明者在發明或發現上勞心勞力，所以勞力之成果將成為其財產，是一自然權利。	英美專利法之解釋是否相當程度受到洛克理論影響迭有爭議。
黑格爾的智慧財產權觀	何謂財產可以由立法者定義，智慧財產權應區分出人格權部分，該部分不能成為財產。	只在歐陸法系流行，歷史上尚未為普通法體系全盤接受。
傑佛遜的專利權觀	技術創新屬於思想，本質上不能成為財產，但是有特別大的發現時可由立法給予排他性的權利。	同時代之人（包括法院）似乎未普遍認同美國國父傑佛遜的想法。
都鐸王朝的專利權觀	重商主義色彩重，必須在英國國內引入或建立前所未有的新事業。	後淪為王室任意性質的酬庸工具。
專利的報償理論	專利是發明者得到的報償，社會必須給予發明者適當的利潤以誘發更多創新。	法院的用語「報償」隨時代不同有不同的意義；最後報償的來源、多寡也引發論戰。
專利的契約理論	鼓勵發明者揭露其發現和創新，所以給予排他性權利。	發明者得到的利益與其貢獻失去適當平衡。

來源：作者繪製

三、本章結論：如何看待專利權在國際智慧財產權體系之角色

3.3.1 自然權利理論的不足

⁶⁷ *Id.*, at 368.

⁶⁸ 關於科學社群、秘密與專利，本論文將於第五章討論。

洛克對於財產權的想法有許多歷史、宗教與信仰的背景。論者指出洛克為英國的光榮革命提供了解釋，是他的思想開始流行的原因之一。⁶⁹此外，曾國祥教授認為，洛克處理的是對基督徒在非基督教地區，是否應一視同仁平等對待的問題，中心思維包括了對於殖民擴張政策的思辯，而最後得到了支持英國殖民政策的結論。也因此「勤勞理性的歐洲人」對「未善加利用美洲土地的印地安人」可以主張土地的私有權。⁷⁰客觀來看，洛克的思想是非常「英國式的」，以英國的立場出發，去為時政和當時某些新興勢力提供論理上的正當性基礎。

如果去討論洛克所強調的勞動力所指為何的話，在「支持英國殖民政策」的脈絡下，可以發現洛克所探討的比較近似於勞動力，指的是對於土地的耕作和經營，可能和當時法院在處理「專利」時，所認為的「知識的勞力」(intellectual labor) 較不近似。或許在發明時不斷的實驗較近似於此處所謂的勞動力，然而若是將智慧財產權界定在「保護人民創作的結晶」而關注在「成果」或是「結晶」時，就不能適用自然權利理論，創作性的智力活動也和屬於勞動力與否的問題無關。

洛克的思想也與個人主義的興起有所關係。洛克將私有財產制寓於霍布斯所說的「自然狀態」，經由「自然權利」與「社會契約論」的結合，私有財產制不再是社會的某一制度，而成為個人自主性必然的意涵。⁷¹個洛克論述自然權利的特點在於自然法概念經過他處理之後，完全融入個人的自然權利——生命、自由與財產之中。人、人格、勞動、成就、進步等等概念主導了啟蒙時代的想法，而在 19 世紀以前的英國法院在利用自然權利理論解釋專利權時，也高標了發明者的成就，⁷²顯示了這種「將發明成就歸於個人榮耀」的時代思考體系。

最著名的則是諾齊克 (Robert Nozick) 對自然權利理論所提出的比例性假設疑問。諾齊克問道：「如果我將一杯蘋果汁，倒入海洋，我是否因而擁有整片海洋？到底我對公有地所付出的勞力該有多大，我才能取得該片土地呢？」洛克本人其實並未回答此一問題，⁷³然而此問題意識對於現在的專利權體系而研是非常重要的。由於科技的不斷發展，因而產生了一高科技產品中，存在許多不同的專利權的狀態。其中一技術的擁有者

⁶⁹ Mossoff, *An Intellectual History*, at 1297-1298.

⁷⁰ 曾國祥，「古典自由主義：政治思想與國際關係的對話」，包宗和主編，國際關係理論，五南出版社，初版，頁 103-104 (2011)。

⁷¹ 路易·杜蒙，前揭註，頁 122。然而亦有見解認為洛克是英國社會主義的起源，洛克的看法卻受到了 Leo Strauss 與 Crawford B. Macpherson 批判，視其為「占有性的個人主義」。

⁷² Mossoff, *An Intellectual History*, at 1311-1312.

⁷³ 楊智傑，「智慧財產權差別取價之研究—以藥物專利與電影著作為例」，財產法暨經濟法季刊，第 24 期 (2010)。

即可以行使排他性的權利以阻止產品的銷售，將產生非常不公平的結果。學者對此多有討論，或名之以「反公有的悲劇」(the Tragedy of the Anticommons)⁷⁴，或稱其為「專利壟持」(patent holdup)⁷⁵。⁷⁶

3.3.2 報償理論於後工業化時代的可能受到之批判

關於專利權的報償理論，可以將其分為兩個面向來看待。首先是在美國南北戰前受到洛克與啟蒙時代思想的法院解釋，Mossoff 所謂法院的「勞力報償政策」；第二則是 20 世紀以降所流行的將「報償」視為誘發發明者創新「動機」之理論。在前者的部分，當時的法官似乎認為若不能確保發明者享有專利權的保障，則發明者將無以為繼，無法養活，並且指出：「惡之甚者莫過於發明者之貧困」。

然而在傑佛遜致麥佛森的信件中是這麼談論這種以供給發明者生活為基礎的權利：「他們持續假裝（尤其是在英國），發明者針對自己的發明，擁有自然而排他的權利，不僅僅是為了他們自己的生活，並且是為了他們的繼承人而存在。」⁷⁷吾人可以藉由觀察發現，在後工業化時代，「發明者」所面對的生活型態與發明的方式，與 19 世紀前的狀況相較，存在著巨大的不同。

洛克之所以認為私人從公有地取得財產，是為了維繫其生存，但若比照到智慧財產權上，智慧財產權的取得是否與維繫生存有關呢？對於這一問題的答案，不可諱言，在後工業化時代，「智慧財產權的發生」與維繫生存有關，然而「智慧財產權的取得」卻是超越了維繫生存的必要。後工業化時代也同時進入了「資訊時代」，許多商品的生產建立在人類科技的衍進上，而這些科技實則具有「集體貢獻」的特色。過往吾人可能得以知道偉大發明家如愛迪生與貝爾的聲名，然而後工業化時代中，許許多多的發明者以「研發工程師」的身份為企業效力，他們是勞動者的一份子。發明者維繫生存的確保是僱傭契約所生的報酬請求權，最低薪資保障、薪資請求權與專利權相較，前者甚至是保護發明者不淪為貧困較有效的手段；而發明者的貧困確可能源自於被排除在巨大專利利潤的分享之外。

或許我們可以將「勞力報償政策」視為一種過時的歷史殘跡，然而審視「動機誘發」

⁷⁴ See Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV. 621-688 (1998).

⁷⁵ See Mark A. Lemley & Carl Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 85 TEX. L. REV. 1991 (2007).

⁷⁶ 此問題詳本論文本章及後續之討論。

⁷⁷ “It has been pretended by some, (and in England especially,) that inventors have a natural and exclusive right to their inventions, and not merely for their own lives, but inheritable to their heirs.”

理論時，會產生的疑問即是：「最終的報償」究竟從何而來？Oddi 認為，只要該受專利保護的產品已經有一定銷售市場，並且有一分佈體系，稍微的改進就可能享有商業上的成功⁷⁸（如今日不斷改進的 i-phone 與 i-pad 等世代產品）。因此，Oddi 指出，真正誘發商品不斷改進和上市的，就是市場本身。換言之，「最終的報償」並非來自於專利制度，而是來自於市場。同時，有許多商品並不是因為廠商重視專利制度才推出，只要市場持續維持競爭，「非受誘發商品」就可能出現在市場上。⁷⁹事實上，也有研究指出，作為一種誘因，專利權保護只在少數市場上能提供誘因，在某些市場中也能提供少量的誘因。

80

Oddi 又指出，發明者的報償由產品商業上的成功，與限制其產量的獨占性定價（monopoly pricing）兩件事所決定。因此若是發明者想要就其報償「收獲」，就必然將其發明商品化。然而在專利權的排他性權利下，這類商品可能在當時些許領先於其他商品，然而衡量它們對社會的貢獻時，卻發現它們不成比例地受到報償。⁸¹同時，Oddi 亦認為報償理論的弱點在於將「排他性的無體財產權」建立在無可耗盡性（inexhaustibility）的型式上，然而這樣的財產其「效用」與「價值」會同時增加，越使用則越昂貴。昂貴卻不是因為本質上稀少，對於想要使用該財產的人而言，卻變得更加稀少。⁸²

3.3.3 小結：實定法下的智慧財產權定位與專利權之角色

從專利權最早開始的發展，以都鐸王朝時代的專利權觀，與傑佛遜對專利的看法看來，最初的專利權和其別稱——工業產權所表彰的一般，其目的在於鼓勵工業發展。然而因為當時政治與哲學氛圍的種種因素，使得自然權利理論開始興起，因而改變了法院與學者對專利的看法。現代流行對於專利的看法則是認為專利保障了投資研發的動機，使得產業願意從事研發。無論如何，我們發現專利權最早的發展是啟始於重商主義，而重在「事業的啟始者與介紹」，並且以實施為要件，給予外國人專利權的附加條件可能是「在國內實施並訓練本國人實施此技術」。因此從國家的角度看來，專利權原本就十足具有策略性與促進工業發展的特色。

然而在專利權的法律地位固定後，卻發生權利存續過久、權利不斷增多的現象。使

⁷⁸ Oddi, *Polite Form of Economic Imperialism*, at 441-443.

⁷⁹ *Id.*, at 441.

⁸⁰ Herbert Hovenkamp, *Innovation and the Domain of Competition Policy*, 60 ALA. L. REV. 103, note 83 (2008-2009).

⁸¹ See Oddi, *The Not-Quite-Holy Grail*, at 275.

⁸² *Id.*, at 275.

得技術的創新與利用受到限制的，可能就是專利權的排他性質。在財產權理論中，有所謂「共有的悲劇」(Tragedy of the Commons)的說法，這個情境由美國生物學家哈汀(Garrett Hardin)所提出，他認為當一項資源(如土地、漁場)是為大眾所擁有時，每個利用人以自身利益最大化為行動原則，榨取資源上每一寸利潤，追求的是短期的優先享受與利用，而無人關心財貨產出的永續性(sustainability)，最後導致的是資源消耗殆盡的悲劇(如土地受到毒害污染，或漁獲資源耗盡)。因此必須由國家以財產權制度來劃分管理權限，由財產權人基於自利動機以維護資源的永續利用。⁸³ Heller則利用這個主題，提出了「反共有的悲劇」(Tragedy of the Anticommons)的理論。⁸⁴ Heller主張一物上可能存在許多財產權，而每一財產權人擁有排他權以驅逐他人之利用。利用人無法得到所有財產權人的同意就無法變更物的整體。最後導致的是只擁有整體一小部分的單一財產權人可以憑藉排他權向有意利用之人索求天價，否則該財產權人就可以主張其排他權訴諸國家公權力，阻撓任何人對於整體財產的利用。專利制度的發展，衍生至一終端產品上存在過多發明專利，其中一權利人主張排他權就可以阻擋整個產品上市，就是「反共有的悲劇」其適例。

智慧財產權的使用上，不必然在所有的財產權體制中皆有需要將知識轉換為私有，因為知識不具有排他性與敵對性。尤其是「共有的悲劇」理論更不可能適用於智慧財產權所保護的真正抽象內容，因為知識並不具有「可耗盡性」⁸⁵。所以吾人須注意的是必須防範知識利用上反共有效果的發生。是故某些懷疑論述(skepticism)認為即使不存在智慧財產權，產業界仍然有其他動機從事研發，而智慧財產權中排他性的賦予會使廠商藉由訴訟壓迫對手，不正當地打擊對手可得的利潤，因此智慧財產權並無存在的必要。這些不正當的手段是確實存在的，然而智慧財產權的制度只是一種誘因，是諸多鼓勵產業發展的手段之一而已。

相對的，黑格爾將財產權更抽象地建構於對於人格的承認以及對於自由的追求上，主張遵守交易以及契約即可以示現彼此人格的存在。並且認為財產權可以由國家來定義，以決定智慧財產權的意義。智慧財產權中有關人格權的保護，是不可更動的部分，然而其他的權利內涵則可以由法律來決定。黑格爾的觀點將我們從自然權利古老的禁錮中釋放，並且更提升制度設計者的立足點，得以以更高的層次來觀察排他性的賦予是否

⁸³ See Garrett Hardin, *The Tragedy of the Unmanaged Commons*, 9 TRENDS IN ECOLOGY & EVOLUTION 199 (1994).

⁸⁴ See Heller, *supra* note 74.

⁸⁵ Claude Henry & Joseph E. Stiglitz, *Intellectual Property, Dissemination of Innovation and Sustainable Development*, 1 Global Pol'y 237, note 26 (2010).

有其必要。Henry & Stiglitz 就認為，如果必須要將專利的利益最大化，並且最小化專利制度可能對社會造成不利的影響，就必須謹慎設計專利體系中的保護年限、專利範圍等。而較狹小的專利範圍與較短的保護年限是可期的，如此將使得專利範圍彼此重疊的可能性減少。⁸⁶ Henry & Stiglitz 如是說：「沒有理由與動機要重新發明已經存在的東西」。⁸⁷

這些論述對於開發中國家而言必然有相當大的啟示。如果開發中國家意圖利用專利制度來鼓勵工業發展，即可以從專利體系中的保護年限、專利範圍等等進行設計，以使專利制度。並且以已開發國家的制度缺陷作為借鏡，並且提防排他性所造成反共有的悲劇。目前國際上的智慧財產權已發生權利存續過久、權利不斷增多的現象，使得開發中國家廠商在科技發展邁步向前的階段，就必須持續支付已開發國家廠商「佔有」舊科技所發生的權利金，而相對於資力上陷於困窮。因此，關於專利權對於開發中國家所造成的「悲劇」，是否吾人可以這麼說：「惡之甚者莫過於徒然支付高額權利金之貧困」？

⁸⁶ *Id.*, at 240-241

⁸⁷ “There is no point in creating incentives to reinvent something that already exists.” *See Id.*, at 340.

第肆章 以責任法則作為促進創新之手段

一、財產法則與責任法則

財產法則（property rules）與責任法則（liability rules）為美國耶魯大學教授暨第二巡迴法院法官 Calabresi 及學者 Melamed 在 1972 年以〈財產法則、責任法則與禁制法則：魯昂主教堂一景〉一文所提出¹，Calabresi & Melamed 於該文中以法國印象派畫家莫內（Claude Monet）所繪製多幅不同日光下的魯昂主教座堂（Rouen Cathedral）為例，認為同樣的問題可以採取多種不同的角度觀察。本文以為，這樣的態度亦適用於關於智慧財產權體制的設計。

該文獻提出，國家制定法律以調合各種利益衝突時，首要決定者係將何種權利歸屬予何人，而稱為「設權」（entitlement）；即當人們利益相衝突時，由法律上的法則來決定權利之歸屬，以避免強權即公理的發生。²法律（設權）的作用是：國家決定對某一利益創設權利後，必須要去執行自己之決定，因此國家可能以不同之程度介入私人紛爭之解決。

該文指出，國家選擇一種設權法則，並不僅僅只是依照經濟效率來決定市場應該如何運作，也可能出於其他的理由，而追求某種社會利益。³也許完全的經濟效率無法追求，但「柏瑞圖最適」（Pareto optimality）⁴仍然非常值得追求。社會福利在衡量上的最大困難，在於我們無法客觀的比較人與人間的效用或滿足感。任何政策只要對某些人不利，縱對大多數人有利，但因不同人間的利害難以比較，從而我們就無法算出這一政策對整個社會來說是否有利。因此財產制法則的選擇，應該是社會成本與社會福利間相互衡量比較的結果。⁵原因乃是因為並不存在人人絕對平等的社會，因而「設權」這一行動的本身，就會決定了財富初始的歸屬。也就是初始的財富配置影響了財產制的選擇，

¹ Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972)

² *Id.* at 1090.

³ *Id.* at 1093-1096.

⁴ 在現有的設計點上要改進某一個子目標，勢必要在其他子目標上有所犧牲，現有的設計點在某種意義上，是一個最佳解，即稱作柏瑞圖最佳解。社會科學上引用此數學概念稱最佳化目標所能達到的最好結果為柏瑞圖最適。

⁵ Calabresi & Melamed, *supra* note 1, at 1097-2000.

而非經濟效率。

Calebrasi & Melamed 的理論運用了所謂「寇斯定理」(Coase Theorem)⁶作為建構基礎，寇斯在 1937 年提出之「廠商的本質」一文中，指出經濟學價格理論之盲點在於，自由市場內價格制度之運作是必須付出成本的，而這成本會影響交易之進行，該成本即稱為「交易成本」(transaction cost)。寇斯認為為了進行一項市場交易，人們必須尋找他願意與之進行交易的對象；告知交易的對象與之進行交易的意願以及交易的條件，與之議價並敲定價格，這種搜尋成本即是所謂的交易成本。在交易成本為零的世界中，不論財產權如何界定，資源運用都會達到最有效率的境界。⁷

由 Calebrasi & Melamed 於該文中提出的解決的法則有三種：財產法則、責任法則，與禁制法則 (inalienability)。禁制法則或稱「不可讓與性」，是指國家就部分地或完全地禁止權利的轉讓，譬如自然人身體的完整性。該文獻探討以下兩個問題：(1) 在什麼情況下國家應給予特殊的權利？以及 (2) 國家在什麼情況下應該依照這三種法則以保護一種權利？

以下則就本文之主題介紹財產法則與責任法則：⁸

4.1.1 財產法則 (property rules)

根據 Calebrasi & Melamed 的論述，在財產法則的運作規則中，權利必須由買方和賣方在自願購買交易中，依約定的價格來購買財產。價格由雙方經由寇斯式的談判來達到共識，因此當談判破裂而無共識時，已經給付的部分可以依買方的主張由國家返還予買方。在財產法則中，國家的介入為最小。當國家完成設權後，毋須決定權利的價格。雙方當事人表達出系爭權利對自己有多重要，而當買方出價不夠時，賣主有否決交易的機會。⁹

因此當財產權經財產法則所保障，則任何人欲介入利用他人之財產，必須先經該權

⁶ 英國經濟學者寇斯 (Ronald H. Coase) 是法律經濟學的祖師，他五十年前發表的論文—「社會成本的問題」—使他得到諾貝爾獎。

⁷ Ronald H. Coase 著，陳坤銘、李華夏譯，廠商、市場與法律，遠流，頁 16 (1995)。

⁸ 除了 Calabresi & Melamed 介紹的三種法則之外，尚有討論的包括「零責任法則」(Zero-price rule)，但文獻上大多認為此一法則並不會帶來太多的福祉，而會產生較大的社會成本，因此本文於此將不介紹此一法則。See generally Stewart E. Sterk, *Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty About Property Rights*, 106 MICH L REV 1285 (2006).

⁹ Calabresi & Melamed, *supra* note 1, at 1091-1092.

利人之同意，而此同意基礎乃是經由自願性之協商。從財產權保障之觀點，則法律欲保障 B 之財產，就可能無法保障 A，甚至可能損害到 A 之財產，故我們所要決定的問題是，到底應該准許 A 去介入利用 B 之財產？還是准許 B 去介入利用 A 之財產？當法律制度允許 A 與 B 自願交換時，資源總會趨於朝向其最有價值的使用，而在競爭者中出價最高者，會給予擁有財產之人最大的利益。藉著自願交換的過程，資源被移動到給予其評價最高之人的手中，財產的價值是以主觀上的支付意願來衡量，對資源評價最高者，將會對資源予以最有效的利用。

在智慧財產權的議題上，大多數的法律議題都是由執行智慧財產權及其後的效應所產生。傳統上皆以財產法則較強的救濟措施來保障權利人事前（*ex ante*）的創新動機，在專利上則是將允許授權與否的決定賦予權利人。然而，學術上對專利權適用財產法則的想法，大多以為權利人和潛在被授權人於授權談判時不會發生過多障礙。若專利適用財產法則，則將以法院核發禁制令（*injunction*）作為救濟方式。因為權利人必須藉由授權方能獲得投資的補償，因此財產法則的支持者則指出，由法院來決定專利侵權的損害賠償，常會導致法院錯估專利的價值、對創新的價值認知不夠而無法保障權利人，是故以禁制令來維護權利人權利較為合適。此外，論者以為由財產權權的擁有者來證明創新的價值最為合適。¹⁰

4.1.2 責任法則（*liability rules*）

當初始權利的配置較有人容易破壞時，如果破壞之人願意支付一客觀價值，就可允許權利的變動的話，這就稱為責任法則。意即，在一客觀合理的價格下，想要介入利用財產之人只要支付一定價格就可以取得所有權人之財產利用權。換言之，當法律將財產權賦予某人之後，該財產權並非神聖不可侵犯，而是在一客觀合理價格下，可以移轉該財產之利用權。因此，任何人皆可介入利用他人之財產，只要相對人願意作適當的補償即可。

責任法則是由買方和賣方自主決定是否交易，而買方必須支付一筆費用以購買客觀價值持有人的權利。但相對於財產法則的價格決定上，責任法則對於財產的價值則是由客觀的方式決定，這種價值是一種集體的決定，並不依照買方主觀的意志定價。責任法則中國家介入的部分較財產法則為多，必須由某個國家機構（法院或行政機關）來決定

¹⁰ Sterk, *supra* note 8, at 63.

財產的客觀價值為何。¹¹在責任法則下，法律允許政府部門可對交換行為為一定之干涉，亦即財產權一方面受到法律的保護，但另一方面法律允許政府部門得到決定利用財產之客觀支付價格。選擇責任法則目的是在使商品製造人得以更有效率地利用其財產。在衍生的應用上當一方當事人的權利被侵害時，加害人必須支付該權利客觀的價值金額。

責任法則在執行問題面向上，並不認為所有的情況皆應允許權利人適用全面性排除他人近用專利技術，認為只要給予權利人適當的金錢補償，就足以保護權利人的智慧財產權。責任法則的一個特色就是其高度依賴權利人、權利近用人、國家官員以及法官對權利以及資源配置了解的程度。責任法則的支持者認為責任法則最大的意義在於，其足以解決在財產權交易上發生的遲遲不願開價，或定價過高的「強索」(hold-out)，以及隱藏私人交易訊息等問題。¹²

4.1.3 禁制法則 (inalienability rules)

禁制法則，又稱為不可讓與性、不可讓與法則，是指財產權即使出自所有權人自願出售或他人自願購買的情況下亦不得移轉。按禁制法則，法律不但可以決定那些財產權受到禁制法則的限制，並應盡保護的責任，同時該財產權一旦被侵犯時，亦應決定補償範圍。換言之，法律之干預包括保護、限制與強制。財產權界定後，不論該財產之權利人是否同意，或雙方是否曾有事先協議或決定事後賠償，均不得侵犯其財產權。在此法則運作之下，不但決定了財產權賦予之對象，及當財產權受侵害時侵權者應賠償多少，並且嚴格禁止關於此項財產之交易。例如在人權國家，人格權、身份權是不可以買賣的，通常此種觀點被歸為「道德主義」(moralism)。因人格及身份權不可買賣，故當然不能用財產或責任法則來作為保護手段，而必須適用禁制法則。禁制法則的適用與否，較涉及哲學與倫理學之觀念，已不涉及財產利用的效率問題。

4.1.4 小結

為何某些情況我們選擇的是財產法則，但某些情況卻選擇責任法則？以下列出可能考慮的幾個重要因素：

- (1) 談判的可能性：實則財產法則使當事人擁有較多可以討價還價的轉讓權利。因此

¹¹ Calabresi & Melamed, *supra* note 1, at 1092-1093.

¹² H. E. Smith, *Property and Property Rules*, 79 N. Y. U. L. REV. 1719, 1732-1733 (2004).

當事人佔有權益擁有不動產或動產時，基本需求在於可能是在保護其財產權利，但當買主出現時，當事人可能期望有人購買其財產，因而開始抬價——「強索」(hold-up)。¹³另一方面，責任法則更適合在談判不可能發生，或代價非常昂貴的情況下適用，例如美國的車輛碰撞乃是以責任法則處理，因為車禍發生時，當事人雙方互為陌生人，賠償是唯一可行的機制保護的權利。

- (2) 損害難以估計：例如在著作權法中，未發行著作之侵權。
- (3) 行政成本：責任法則要求的損害賠償制度其執行成本可能較為昂貴。包括蒐集證據、評價事實。而若適用財產法則即無法要求當事人支付行政成本。

不同財產權保障型態之賦予，意謂著財產權有不同的保障程度，相對地亦有著不同程度的義務。換言之，財產權的保障是相對而非絕對，有時甚是混合的。據 **Calebrasi & Melamed** 的論述有一點極大之貢獻，該文在探討財產權或權利的界定时，指出「權利」(rights) 並不只是吾人一般對法律上何者可為、何者不可為的概念，當社會決定某種價值偏好的時候，等於就決定了某一「權能」、「優勢」、「賦權」(entitlements) 的初始分配。在賦權的初始分配上優於他人的人，就是這個社會上的富人。舉例而言，盛讚聰明狡黠的社會，其初始分配就會與要求人戮其才駢死槽櫪的社會相異。一般而言，英俊美貌之人，其初始分配和他人必然有所不同。然而社會卻不會對這種賦權初始分配差異予以補償。¹⁴

社會資源的分配目標通常是昂貴且不容易達成的，它所涉及的是一個社會的價值偏好。個人可能有各自不同的主觀偏好，例如有人認為種姓制度是合理的，有人認為這是不公平的。故當兩個對社會的分配目標有著天差地別見解的人，雙方就很難達成協商共識。因此當偏好成為唯一的指標時，社會上不過徒然散落著成千上萬的不同個人偏好，這時平等 (equity) 與效率 (efficiency) 就會成為遙不可及的目標。假若得知每一個人的偏好差異是不可行的，那麼就永遠無法經由縝密的計算得知究竟應補償賦權初始分配不利益之人的實際價額。在無法得到完美平等的情況下，社會必然無法僅以主觀偏好作為衡量事物之唯一標準。此時，法律原則之選定將會決定社會分配的意涵，可以由法律來「賦權」，而使得特定的目標得以藉由法律原則之選定來達成。¹⁵

¹³ Calabresi & Melamed, *supra* note 1, at 1106-1109.

¹⁴ *Id.*, at 1098-1099.

¹⁵ *Id.* at 1098-1100.

現行法律設計上，雖多以財產法則為常見，責任法則多為補充財產法則之不足，但兩法則之運用並無絕對的優先劣後之關係。誠如寇斯所言，當交易成本高到足以阻礙自願性的協商時，效率就無法達成。故責任法則之所以存在，乃是因交易成本太高，與其讓當事人間的協商無法進行，還不如由法院定一集體價格（collective determination of the value），由介入利用者以此價格作為對被侵害者之賠償，來達到效率。由於現實世界交易成本是無所不在，當雙方的協議存在著高交易成本，或天生的貪婪心態造成協商破裂，則除非有強大的第三者強迫或引誘其達成協議，否則通常無法理性的分配。此種由第三者來迫使協議的方式，即責任法則之原理。Calebrasi & Melamed 的重要結論即在於，當雙方的協議其交易成本甚高時，所應適用的法則即是責任法則，其目標在於避免不必要的社會成本。

二、個案研究：美國 eBay 案

4.2.1 案件經過

MercExchange 擁有三件關於線上拍賣技術的專利權，分別為美國專利第 5845265 號專利、第 6085176 號專利，以及第 6202051 號專利。2001 年 MercExchange 指控 eBay 及其子公司 Half.com 使用「立即購」（Buy It Now）技術，主張 eBay 侵害其兩項專利，在維吉尼亞州東區聯邦地方法院（US District Court for the Eastern District of Virginia）提起訴訟。2003 年美國維吉尼亞州東區地方法院法官作成 MercExchange 勝訴之判決，認定 eBay 侵權，應賠償 MercExchange 共 3500 萬美元，但另一方面卻拒絕 MercExchange 之永久禁制令（permanent injunction）之聲請，判決理由認為原告並未利用專利從事生產並商品化，永久禁制令之救濟並無意義。¹⁶

本案後由 MercExchange 向聯邦巡迴上訴法院（Court of Appeals for the Federal Circuit, CAFC, CAFC）提起上訴。聯邦巡迴上訴法院推翻此一部份判決，維持 eBay 侵權之裁定，但撤銷地方法院拒絕發給永久禁制令之決定。¹⁷聯邦巡迴上訴法院認為，地方法院既已判定被告 eBay 構成專利侵權，則依專利排他的基本原則與專利法 271 條規定，一旦專利權受到侵害之事實，與專利權有效性等經裁定確認後，除非在少數特殊狀況外，否則地方法院即應依核發永久禁制令。聯邦巡迴上訴法院指出地方法院僅說明

¹⁶ eBay Inc v. MercExchange, L.L.C., 275 F. Supp. 2d 695 (2003).

¹⁷ eBay Inc v. MercExchange, L.L.C., 401 F. 3d 1323, 1339 (2005).

其駁回此禁制令之聲請乃基於公眾利益之考量，卻未提出具說服力之理由來支持其駁回禁制令聲請之裁判。¹⁸2005年，eBay向聯邦最高法院提起上訴，認為作出侵權裁定後即頒布禁制令的現行作法並不合理，要求法院改變現有之慣例。2005年11月28日最高法院受理eBay對本案提起之移審令（writ of certiorari）。至2006年5月，美國聯邦最高法院做出終審判決¹⁹，認為即使陪審團認定侵犯專利成立，法官並無一定要依原告請求核發永久禁制令的義務。

4.2.2 美國最高法院之決定

最高法院判決的多數意見認為，永久禁制令乃是依據長久以來所建立的衡平法原則而核發。根據傳統上實行已久的衡平原則（principles of equity），原告要求法院發出永久禁制令時，必須就下列四要素（four-factor test）負舉證責任，亦即原告必須證明：（1）原告已遭受到不可回復之損害（irreparable injury）；（2）原告在法律上所可用的救濟方式無法適當地填補其所受損害；（3）對原告和被告雙方面對的困難性衡平考量後，該衡平法的救濟是合理且正當的；（4）准許核發永久禁制令不會危及公眾利益。²⁰

多數意見認為，專利法本就授權法院「得」允許發給永久禁制令。法院應於依據專利法時之爭議發生時適用四要素判斷法。最高法院認為地方法院與上訴法院在本案中，有關永久禁制令是否同意或拒絕的裁定上，均未公平援用傳統的四要素判斷法準則來判斷。地方法院應適用四要素判斷法，上訴法院則應審查地方法院是否有裁量濫用之情事。專利侵權訴訟中，專利權人有意願申請專利與缺乏實施專利於商業活動中，並不立即代表專利權人並不會受到不可回復之損害，因為專利權人若欲以授權方式賺取權利金，也會落入此一範疇中，但法院應依衡平法理判斷專利權人是否不合理地拒絕授權。上訴法院認為只有在極其例外的狀況下方能拒絕發給永久禁制令，此見解亦屬不當。地方法院的錯誤在於過於廣泛檢測「不實施」此一要件的歸類錯誤，而上訴法院的錯誤則在於自始不應允許發給永久禁制令。²¹

美國法院實務長期以來，就專利權人主張排除侵害請求權是否有據，並得否進而核

¹⁸ 35 U.S.C. §271(a).

¹⁹ eBay Inc v. MercExchange, L.L.C., 547 U.S.C. 388 (2006)

²⁰ *Id.*, at 390.

²¹ *Id.*, at 391. Justice Thomas, the author of the Court's opinion, noted that this observation finds express statutory support in the Patent Act, which states that district courts "may" issue injunctions "in accordance with the principles of equity." 35 U.S.C. §283.

發永久禁制令命令加害人停止且不得續行加害行為等乙節，通常是在確認專利權之有效性與侵權事實之存在後，通常即會准予核發永久禁制令。本案主要討論的法律為美國專利法 283 條及永久禁制令的適當使用時機。多數意見認為本件最大的判斷關鍵在於衡平法理的判斷，而適用衡平法理後得到不應依權利人之請求允許發給永久禁制令之結論。

22

4.2.3 協同意見書之見解

Roberts 大法官獲得 Scalia 大法官與 Ginsburg 大法官的支持，傾向支持禁制令之頒發。他們認為自 19 世紀初期起開始，對於專利侵權的案件允許發給永久禁制令是常見的救濟方式。但四要素判斷法中第一及第二項之判斷甚為困難，而所謂裁量權並非法官全權決定或一時興起的念頭，而是必須依據法律標準來協助促進基本的公平原則，以限制裁量權的行使，因此類似的案件就必須有相類似的裁定。當察覺專利案件能適用這些準則時，「過去裁定的歷史案例有其參考價值，甚至勝過運用邏輯推敲的結果。」²³因此，當案件情況與之前訴訟相似時，歷史慣例的經驗是最有幫助且最具啟發性的。²⁴

Kennedy 大法官獲得 Stevens 大法官、Souter 大法官，與 Breyer 大法官的支持，他們認為早期的案件藉由建立允許發給永久禁制令以阻止侵權者侵權，此一幾近理所當然之慣例模式，其實也只是顯示出當時的時空環境中普遍盛行四要素判斷法的結果。高等法院允許發給永久禁制令的判決，正是反映了當時一般案件的實際情況，但此份意見書指出法院應考慮科技日新月異，時空環境已大不相同的狀況。因此，傾向拒絕發給永久禁制令的法官認為，只有當法院目前所面對的案件類型與過去的案件有可類推的情況時，過去做法的經驗才最具參考價值。禁制令的危險在於成為談判的工具，而成為過當的槓桿力量 (undue leverage)。在一些方法專利上的影響甚大，在四要素判斷法上更須小心。尤其，本案中的 MercExchange 是一家不實施專利而專靠授權專利獲取利益的企業，當專利不過是佔公司主要產品中的一小部分，甚至所佔比例甚微時，永久禁制令可能成為專利權人用來威脅談判的不當籌碼與手段時，此時法律上的金錢賠償就可能即足以彌補

²² *Id.*, at 391. Justice Thomas, the author of the Court's opinion, noted that this observation finds express statutory support in the Patent Act, which states that district courts "may" issue injunctions "in accordance with the principles of equity." 35 U.S.C. §283.

²³ Justice Holmes: "A page of history is worth a volume of logic."

²⁴ *eBay Inc v. MercExchange, L.L.C.*, 547 U.S.C. 388 ,395 (2006).

侵權損害。因此發給永久禁制令或許並不符合公眾利益。²⁵

三、責任法則在智慧財產權上之適用性

4.3.1 專利強索 (patent hold-up) 之啟示

專利強索 (patent hold-up)²⁶係指專利權人消極隱藏或積極欺瞞其專利於技術標準 (standard) 上之存在，誘使技術標準制定組織 (standard setting organization) 將其專利技術採為技術標準，並藉由技術標準普遍實行以取得支配市場之力量，進而可能在行使專利權時濫用市場力量，構成濫用獨占地位之違法。²⁷因為技術標準的影響力很大，一旦許多國家都採用了相同的技術標準，其影響力甚至遍及全球。因此握有該技術一部分的專利權人，因為技術不可或缺的專利，等於是可藉其不可或缺的專利槓桿力量操控整個技術標準的運行。這樣的力量使得專利權人可向組成技術標準多個專利的其他權利人與潛在被授權人強索專利權利金。

強索顯示了專利權遭遇了一種危機：當一個小範圍的權利可能影響到非常廣的範圍的時候，小範圍的權利人就擁有相當大的槓桿力量，得以「以小搏大」，向利用人（可能之侵權人）要求支付權利金。頗有古代山賊寨主據地為王「若要此路過，留下買路財」的味道。實務上許多廠商也遭遇所謂的「專利蟑螂」(patent troll) 問題，此一名詞本用來形容積極發動專利侵權訴訟以取得利益之公司，常見的手段為以專利侵權訴訟作為要脅，以增加談判力量。這種強索的策略之所以得以奏效，與永久禁制令的範圍有關。若適用財產法則，則法院對侵權人將理所當然地允許發給永久禁制令以阻止侵權者侵權，但這是否適用於現代科技下的智慧財產權，不無疑問，本文深入探究此一問題。

4.3.2 智慧財產權的特性

4.3.2.1 強索策略 (hold-up strategy) 與智慧財產權之特性

²⁵ *Id.*, at 395 (Roberts, C.J., concurring) (explaining that the "long tradition of equity practice is not surprising, given the difficulty in protecting a right to exclude through monetary remedies that allow an infringer to use an invention against the patentee's wishes — a difficulty that often implicates the first two factors of the traditional four factor test.").

²⁶ 專利強索 (patent hold-up) 或有譯為「專利箝制」、「劫持行為」，hold-up 其語意意指勒索，藉端敲詐財物，或要脅惡意抬高價錢。中國大陸文獻或有譯為「敲竹槓」，十分傳神。

²⁷ See generally Mark A. Lemley & Carl Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 85 TEX. L. REV. 1991 (2007).

傳統上，用來處理智慧財產權問題的仍是財產法則，如同 *eBay* 案中羅伯茲大法官等的意見書中所指出的一般，自從 19 世紀以來，專利權人就專利擁有一排他權，可以禁止侵權人之銷售、販賣，救濟的方式是由法院發給永久禁制令以阻止侵權人之銷售、販賣。永久禁制令可說是適用財產法則救濟方式的一個表徵。然而，時代和專利的累積狀況卻有所改變，如同 *eBay* 案中甘迺迪大法官等的意見書所指出的一般：

- (1) 科技日新月異，時空環境已大不相同。
- (2) 禁制令的危險在於成為談判的工具，成為過當的槓桿力量。

反觀 *Calebrasi & Melamed* 的論述，則可以理解到：

- (1) 達成交易協議中可能經驗的難度與所面臨的交易成本甚大。
- (2) 若適用財產法則，賣方很可能利用策略性行為以增加其在利潤中分享的比例。

Calebrasi & Melamed 在責任法則的討論中，很確實地討論到所謂策略性行為造成的交易成本過高的問題。在智慧財產權的特性上，極有可能造成的問題是，當專利權人採取「強索策略」²⁸時，就可能利用永久禁制令以在訴訟前就取得超越財產價值過多的和解金。²⁹在 *eBay* 案中不論是多數意見或不同意見書都將著作權與專利權可能遇到的困難同時併陳，這種困難即是財產不再受利用的危險，社會可能受到的損害是非常大的。

4.3.2.2 財產權的範圍問題

財產法則最大的正當化事由中，最重要的條件取決於所保護的財產是否能有效執行。在現代的科技產業中，使用財產法則最大的難題即在於是否能夠有效地確認財產的範圍並執行之。學者從財產權的認定範圍去觀察，認為當財產權的範圍無法確定時，適用責任法則將會優於財產法則許多。³⁰智慧財產權適合適用財產法則的理由為專利和實體的土地財產權差別甚大，區別就在於「權利的界線」。實體的土地財產權有明確的分界，但無體財產權則欠缺該種界線。

如此永久禁制令所製造的將是超乎想像的錯誤。一個無法確切定義財產範圍、界限

²⁸ Calabresi & Melamed 使用的用語為“hold-out”，但 Mark A. Lemley, Carl Shapiro 及 Philip J. Weiser 的著作中均使用“hold-up”，在本文中且將“hold-out strategy”與“hold-up strategy”二詞解為同義。

²⁹ Mark A. Lemley & Philip J. Weiser, *Should Property or Liability Rules Govern Information?*, TEX. L. REV. 85, 783, 784 (2007).

³⁰ *Id.* at 786.

不明的永久禁制令，不是對財產過度保護，就是可能造成保護不足。³¹如果法院無法確定土地的界限，那麼法院要如何限制非財產權擁有者不能入侵土地的範圍？學者認為保護過度的問題來自於「資訊失靈」(Information Failure)。對於專利的潛在利用人而言，資訊失靈的危險在於利用專利或請求授權時，無法事先知道某一專利的確切範圍，因此非常容易成為專利侵權人。³²而永久禁制令的結果，因為無法確切掌握專利所占一整個產品的疆界資訊，使得法院不得不在保護過度或保護不足中選擇。

既然智慧財產權法律的功能在於促進產業發展，並不是一種基於實存物體產生的天賦權利³³，具有一定之政策性，法律所應注意的應該是不應濫用此一法律體制，而非將適用於實存物體的法律機制單純套用於其上。如果智慧財產權和有體財產確實存在相當大差距，在法律體制的推及適用上就必須十分謹慎。

4.3.3 專利作為智慧財產權之特殊性

當專利權利人已經得知自己可利用永久禁制令來禁止科技產品的銷售時，這種對專利侵權人而言非常不利的條件，使得專利權人可以藉此向專利侵權人要求非常高額的和解金。學者指出，這種高額的和解金或權利金比率，可能是超過「一般標準」(benchmark)的。³⁴Lemley & Shapiro 的研究中，發現和解的權利金比率，可能上升至一般標準的兩到三倍。³⁵這就是策略性行為保護過當所造成的社會成本。

在 Calebrasi & Melamed 的論述中，所舉的例子涉及的財產都有明確的界限，因此當法院決定允許發給永久禁制令時，能夠與受救濟的財產範圍吻合。在土地等財產上適用財產法則，代表的是非財產權擁有者不能入侵土地的範圍；但在專利權的問題上，一個產品上可能存在多個專利，如果針對一個專利允許發給永久禁制令，結果卻可能擴及一整個科技產品，對生產產品的廠商而言應是甚為不公。

傳統的專利法所想像的適用範圍是一個單一的新穎產品，然而在最久遠的專利法制定至今，專利申請的型態和科技產品的型態可謂滄海桑田，已有重大的變化。尤其是現代的科技產品，時常利用到微處理器(microprocessor)之技術，而高科技的微處理器上，存在有許多不同的高科技專利。從手機到 3C、3G 產品，適用之技術與專利難以累計。

³¹ *Id.* at 792-797.

³² *Id.* at 794-795.

³³ 參閱本論文第參章。

³⁴ Lemley & Weiser, *supra* note 29, at 795.

³⁵ Lemley & Shapiro, *supra* note 27.

如果一個電子科技產品中某一晶片有專利侵權之事實，但受到永久禁制令影響的卻是一整個科技產品。此外，電子科技產品中，權利金堆疊（royalty stacking）的現象漸漸普遍，一項電子科技產品，所涉及的權利範圍甚廣，可能是層層專利累積起來的。專利權層層堆疊的問題將會擴大產品專利權上財產權界限不明的現象。

此外，專利的範圍是由申請人所撰寫的申請專利範圍（claim）所決定。一開始決定該申請專利範圍之人為主管機關，但若進入訴訟則將由法院再予以審視。該申請專利範圍的界限可能有變動之情形，異時異地由不同之人為認定或詮釋，就有不同之範圍，歷史和時間也可能改變眾人對用語的認知。並且，專利權人可能會隱藏專利訊息，和土地界線一旦變動時即可觀察得知的狀況不同，在透明度上有很大的差別。³⁶

四、責任法則面臨之批判

4.4.1 責任法則面臨之批判

4.4.1.1 補償不足以致侵蝕獲利動機

著名的學者艾普斯坦（Richard A. Epstein）提出了對責任法則的反對見解，該見解被稱為「艾普斯坦法則」（Epstein's Law）³⁷，Epstein 認為對權利人補償不足的問題甚為普遍，這將會侵蝕獲利動機。在這種情況下，潛在的購買者一定會較為傾向責任法則的制度，因而在政府組織中展開尋租行為（rent-seeking）。而由政府機關或法院來為責任法則把關的體制只是一「廉價的選擇」，潛在的購買者在政府組織中展開尋租行為目的是為了本身能夠取得更好的市場地位。

4.4.1.2 評價價格不是不可能實現，就是無端增加法院負擔

論者指出，如果要適用責任法則，就必須由法院或一行政機關來決定財產的價格，當院或行政機關無法決定此一公平價格時，責任法則的適用就顯無實益。而財產法則的支持者則認為委諸交易雙方方能衡量市場上各種因素，決定最有效之價格。

Polinsky 認為只有當邊際責任在每一處均等於邊際損害時，適用責任法則才會有效

³⁶ Ben Depoorter, *Property Rules, Liability Rules and Patent Market Failure*, 1 ERASMUS L. REV. 59, 67-69 (2008).

³⁷ See Richard A. Epstein, *A Clear View of The Cathedral: The Dominance of Property Rules*, 106 YALE L.J. 2091, 2103-05 (1997).s

率。³⁸根據 Polinsky 以經濟學模型顯示，責任法則使一方利用他方的權利，並且賠償他方的損失，結果造成了原始設權點（entitlement point）的偏離。並且，賠償的數額是由一權威機構所決定。如果交易點與有效率的結果不能完全在圖形上吻合，交易就會造成某一不合理的利得。因此從這個原因可以看出，如果要適用責任法則，必須保證得到財產近用權利的一方將有效利用一切從交易的收益，方能夠達成經濟上的效率。³⁹責任法則最可能造成的結果，就是過度補償與補償不足，兩者皆是經濟上的無效率。⁴⁰並且，也無法假設決定價額的權威機構完全中立，其偏好不會偏離社會的偏好。不論雙方如何談判，只要雙方損害賠償分配的結果並非過於不對稱，一般適用財產法則就會和責任法則運作最好的結果結論相似⁴¹。

根據 Polinsky 的研究，責任法則可以適用的情形非常有限，在最佳解時，決定價額的權威機構的偏好與科技的外部性不能過於偏離分佈上的偏好（distributional preference）。當最佳解可以達成時，賠償的數額必須比實際的損害略低或相等，否則交易的雙方仍然可能有策略性行為。但是當賠償的數額比實際的損害略低時，並無優點，因只要從不同的設權點開始就可達到與實際的損害相等的結果。當最佳解無法達成時，賠償的數額必須比實際的損害略高，才能限制雙方過度討價還價的行為。⁴²

4.4.1.3 另有其他機制可解決高交易成本之問題

Robert Merges 則指出，責任法則所假設的情況是交易成本非常高時，應適用責任法則。但 Merges 認為認為，智慧財產權應可採財產法則，因為即使交易成本非常高，產業的參與者仍然有動機去投資成立一降低交易成本的機構。⁴³正因為智慧財產權交易的頻度，正好使這樣的機構得以興起。事實上在智慧財產權產業的實務層面，降低交易成本之機構也的確存在，如美國音樂產業的作曲家與出版商協會（The American Society of Composers, Authors and Publishers, ASCAP）⁴⁴及廣播音樂協會（Broadcast Music

³⁸ See A. Mitchell Polinsky, *On the Choice Between Property Rules and Liability Rules*, 18 *Econ. Inquiry* 233 (1980).

³⁹ *Id.*, at 235-238.

⁴⁰ *Id.*, at 239.

⁴¹ *Id.*, at 241-243.

⁴² *Id.*, at 243.

⁴³ See Robert P. Merges, *Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property*, 94 *COLUM. L. REV.* 2655, 2675-58 (1994) [hereinafter *Of Property Rules, Coase, and IP*]. See also Robert P. Merges, *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property, Rights and Collective Rights Organizations*, 84 *CAL. L. REV.* 1293 (1996).

⁴⁴ ASCAP 為美國作曲家與出版商協會，會員超過 40 萬人，由協會負責授權和處理權利金，以授權他人公開演出成員受著作權保護之作品。

Incorporated, BMI)⁴⁵。除了這兩個機構以外，例如專利集管（patent pool）的興起，即是以財產法則做為底線，利用契約使財產法則變更為責任法則。⁴⁶而這種組織的成立正是因為採取較嚴格的財產法則方能造就。

4.4.2 對於批判之回應

「艾普斯坦法則」認為潛在的購買者一定會較為傾向責任法則的制度，潛在的購買者在政府組織中展開尋租行為目的是為了本身能夠取得更好的市場地位。然而在專利及其他智慧財產上，確實有財產界限不明確的問題。在這種狀況下，市場仍單純為一完全能放心倚賴的機制嗎？此點令人懷疑。也有意見認為法院不應該干涉權利人如何「拆帳」，因為只要是經過市場機制，買方和賣方不論從交易中得到什麼，對於雙方而言就是應得的利益。但責任法則並非在於介入雙方分享利益，而是在處理永久禁制令的問題，因為永久禁制令所涉範圍過廣，如此一種概括的禁止，在發給後將會「傷及無辜」。

47

相對於反對責任法則的論述，本文提出智慧財產權適合適用財產法則的理由如下：處理專利權問題責任法則的支持者則認為，科學的進步立基於前人的貢獻，正所謂每一個發明者都是「站在巨人的肩膀上看世界」。當有其他人較專利權利人更擅於利用該科技時，應使他人得以利用，而以責任法則保護發明家的投資動機。當發明家授權得越廣泛時，發明家的回報就越高，因此發明家有動機多多授權。⁴⁸

相對於 Polinsky 認為責任法則會造成補償不足。Calebrasi & Melamed 在研究中指出，適用財產法則不易完成交易的理由，在於賣方可能會抬高價格，以從買方處賺取更多利潤。該研究指出，在財產法則下，賣方可能會表達對交易標的擁有一種「情感上的眷戀」，因此買方必須支付價格買下賣方的眷戀，如果適用這樣的主觀性法則，反而會造成對賣方的過度補償。同時，賣方也可能會對買方隱藏交易之資訊。⁴⁹

⁴⁵ 廣播音樂協會（BMI）為美國的音樂著作權管理組織，傳統的廣播電台播放錄音著作時，僅透過著作權仲介團體廣播音樂協會來收取權利金。

⁴⁶ Merges, *Of Property Rules, Coase, and IP*, at 2661.

⁴⁷ Lemley & Weiser, *supra* note 29, at 796.

⁴⁸ Jerome H. Reichman & Tracy Lewis, *Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries: Application to Traditional Knowledge*, in INTERNATIONAL PUBLIC GOODS AND TRANSFER OF TECHNOLOGY UNDER A GLOBALIZED INTELLECTUAL PROPERTY REGIME 315-316 (Keith Maskus & Jerome H. Reichman ed., Cambridge University Press, 2005).

⁴⁹ Calabresi & Melamed, *supra* note 1, at 1105-1111.

在責任法則增加了法院的負擔此一問題的確可謂是責任法則的阿基里斯踵，但是否能夠決定與智慧財產相應之價格，其問題在於是否存在輔助決定價格的一般標準。如果存在一般標準，將會便利法院作出評價。即使責任法則在決定價格上有所不足，但智慧財產所面臨的危險在於財產法則可能更無法運作。⁵⁰ Lemley & Weiser 認為行政機關在決定價格上可能比法院更為適合，其原因在於：(1) 強索策略使授權與被授權雙方難以達成合致。(2) 行政機關比法院更容易或更有能力取得關於價格之資訊。(3) 在定價方式不適當時，行政機關比法院擁有較多的彈性以實驗各種不同的價方式。雷姆利與威澤也建議可由競爭法法院來審查定價行政機關決定的適合性。⁵¹

責任法則的支持者多半認為責任法則足以解決專利問題上交易成本過高的問題。雖然 Merges 認為，財產法則造成的高交易成本，反而有助於產業的參與者仍然有動機去投資成立一降低交易成本的機構。不過很明顯，Merges 的用語為「投資」(invest)，顯示了這對開發中國家的潛在被授權人而言，就是另一項實質成本上的負擔。並且，開發中國家專利權利人也許力量不若已開發國家強大，權利保護意識和商業上的能動性皆較低，收益和授權發生的頻度亦較低，那麼自主性地在無外力或事件影響下成立此種降低交易成本的機構，似乎為天方夜譚。因此 Reichman 認為開發中國家可由政府來協助成立這樣的中間機構。⁵²或是甚至由法規來成立一第三人機構以協助降低交易成本。此中間機構可以在申請人申請時收取費用，形成基金用以支付各種行政管理需要之花費。⁵³

此外，Merges 認為，專利集管有助於交易雙方利用契約使財產法則變更為責任法則。然而就台灣發生的飛利浦公司光碟授權案而言，授權方乃是由飛利浦公司所管理的專利集管，雙方卻仍然發生價格無法達成共識的問題，可見，專利集管之性格和降低交易成本的機構應該有所不同。此外，在許多標準制定的案件中，也發生專利伏擊 (patent ambush) 與專利強索的事件，使參與者困擾不堪，由此可以發現，專利體制中的降低交易成本的機構也許運作並不像想像中一般順利，在降低交易成本的同時，卻也增加了某些始料未及的交易成本。

五、以責任法則作為促進開發中國家創新之手段

⁵⁰ Lemley & Weiser, *supra* note 29, at 815-824.

⁵¹ *Id.*, at 820-821.

⁵² Jerome H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 11, 16 (1996-1997) [hereinafter *From Free Riders to Fair Followers*].

⁵³ A. Samuel Oddi, *TRIPS-Natural Rights and a "Polite Form of Economic Imperialism"*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 415, 461 (1996)

4.5.1 禁制令（Preliminary Injunction）之層面

4.5.1.1 責任法則之啟示

智慧財產權在未被國家以實定法賦予權利以前，其性質是屬於存在公共領域中人人可得利用的知識與資訊。因此對於永久禁制令而言，更大的危險性是在於，當侵權人利用智慧財產的結果，可以創造比原發明人更大之價值時，卻因為專利權人可利用永久禁制令來禁止科技產品的銷售，造成已生產的產品必須回收，而侵權人必須重新設計，所影響的範圍已經從單一零件擴及到全部產品。如果廠商生產研發新產品時，無法以設計迴避（design around）之方式來製造新產品，那麼將會面臨侵害專利權的問題，永久禁制令的威脅十分巨大，自然會使得權利人採取強索態度的談判。

美國法院所適用的四要素判斷法的其所設定之基本四要件為：勝訴可能性、無法彌補之損害、利益衡平與公共利益，其中公共利益的意義甚是值得吾人思考。若無各智慧財產權法的規範，則智慧財產權的內容應屬於公共領域，人人得以自由地利用，這就是所謂的公共利益。以開發中國家的立場而言，增加公共領域中可資利用的知識以促進利用、增進創新，對於技術的研發者而言，應是較為有利的安排。如果對於知識的利用，能夠採取責任法則，使得有意利用者，只要支付一定價格就可以利用，對創新而言，自然是較財產法則為優。智慧財產權必須為他人利用才能顯示智慧財產權的價值，對於國家整體創新方有意義，因此採取財產法則方能促進知識的利用，而促進科技創新。責任法則可謂是一種「取用並支付原則」（take and pay principle）⁵⁴，妥善的支付當然可以促進妥善的利用。

4.5.1.2 專利體制之修改——專利非顯著性之利用

如何利用專利非顯著性與責任法則結合來促進創新，Reichman & Lewis 為開發中國家提出了可能的建議。若是關於如果只有「次等可專利性」（subpatentable）的微小發明（small-scale innovation）應如何處理的問題，開發中國家可以利用修改專利法的方式，建立專屬於「次等可專利性」的微小發明所適用的責任法則體系。「次等可專利性」的微小發明指的是在國內法的體制中尚未達到專利非顯著性（nonobviousness）⁵⁵水準的發

⁵⁴ Reichman & Lewis, at 338.

⁵⁵ 美國專利法第 103 條有關於「非顯著性」（Non-Obviousness）（或譯為非顯而易見、非顯而易知）之規定，指發明要成為合法專利，其技術內容與其申請前已知的技術相較之下，就熟習該技藝人士（persons skill in the art）而言，必須「不能輕易得知或完成的」。歐洲專利的「進步性」（Inventive Step）、中國專利的「創

明，因為未能成功證實該技術與先前技術（*pri-art*）相比有進步性，是故無法成功在申請後獲得專利。⁵⁶雷克曼教授認為僅有次等可專利性的微小發明在先進國家中，時常為設計保護法（*design protection laws*）或效用模型立法（*utility model laws*）等個別立法保障。⁵⁷

Reichman & Lewis 設計的模型乃是利用責任法則為基礎，設計了一「補償責任法則模型」（*Compensatory Liability Rule Regime, CLR*）⁵⁸，在設計時，有幾個考量點是重要的：（1）何種發明需要被保護？（2）保護期間（3）金錢賠償之方式，與（4）改善與交互授權條款。首先，補償責任法則模型主要的適用主體為發明之「次利用人」（*second commers*），並非消費者。補償責任法則模型主要的運作方式是在於給予初始發明人一定之補償，適用在特定的期間，依次利用人對於初始發明的改善所增加之價值為之。⁵⁹

補償責任法則模型有兩個假設前提，第一是將次利用人對發明的利用區分為大、中、小三種幅度；第二是將適用的範圍限制在次等可專利性的微小發明上。⁶⁰對於次利用人可受允許的對於初始發明之改良，只限於對初始發明部分之使用，若是對初始發明全盤相同、一模一樣、分毫不差的複製，則必須受到法律之禁止。第三利用人對次利用人的發明的利用比照辦理，並且也須對次利用人為一定之補償。最後，在這個補償責任法則模型中設有「自主回饋授權條款」（*built-in grant-back clause*），乃一「反防堵授權」（*anti-blocking license*），是獨立的授權契約，也適用在外國管轄權下有可專利性的發明改善。⁶¹

Reichman & Lewis 強調，技術知識（*know-how*）和接續發明對於工業的發展而言非常重要。因此當著眼於後續之發明時，責任法則確保了後續之發明得近用最初的發明，因而將形成一種互惠的體制，使每個發明家都能夠參與科技的改善，並且利用彼此的發明，將更有利於科技創新。最早申請專利之發明家，將無法阻檔或封鎖後續之發明，

造性」（*Inventiveness*）、台灣專利法第 22 條第四項的「非能輕易完成」，在 *TRIPS* 中均為同義詞。在其審理過程中，判斷標的申請案或專利案技術內容，是否能由多數先前技術輕易的結合，仍涉及主觀的心證問題，但此種非絕對客觀的判斷方式，卻會對關係人的權益產生重大影響。*See KSR Int'l Co. v. Teleflex, Inc.*, 550 U.S. 398 (2007).

⁵⁶ Reichman & Lewis, at 348-351.

⁵⁷ *See* Jerome H. Reichman, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, 94 Colum. L. Rev. 2432 (1994) [hereinafter *Legal Hybrids*].

⁵⁸ 「補償責任法則模型」之設計前身為 Reichman 教授的「綠鬱金香模型」。*See generally* J. H. Reichman, *Of Green Tulips and Legal Kudzu: Repackaging Rights in Subpatentable Innovation*, 53 VAND. L. REV. 1743 (2000).

⁵⁹ Reichman & Lewis, at 349-350.

⁶⁰ 對於創新水準甚高，已達非顯著性之要求，則應核發專利。

⁶¹ *Id.*, at 351.

使得發明的成果，得為科技社群中的每一份子所分享。⁶²Reichman & Lewis 指出，這樣的模型在經驗證據上其實已被日本專利法所採納，使得專利的利用人交互授權成為可能，並已成功施行多年並且促進日本科技的創新。⁶³

補償責任法則模型是一種促進競爭的模型。假設欠缺這樣的體制，次利用人對於自己改良的授權，只能採取營業秘密的授權方式來授權技術知識，但授權的廣狹難以認定，而且次利用人若欲利用營業秘密的被授權人（即第三利用人）所改善的部分，又必須再次取得授權。這些對科技的利用者而言，都是交易成本。補償責任法則模型可以對發明人、次利用人、第三利用人提供一類似專利但並非專利的保障，並且有鼓勵發明之效果。它是互惠的，而且可以避免微小發明的市場失靈（market failure）之情形。⁶⁴補償責任法則模型更有其他的優點，除了建立如同科技池（technology pool）一般的「次共享」（semicommons）的資源可資科技社群利用外，也可以減輕智慧局審查的壓力，使微小發明直接尋求法律的保護，更可減少品質窳劣劣化之專利數量。

Calebrasi & Melamed 的論述中認為，「權利」並不只是吾人一般對法律上何者可為、何者不可為的概念，當社會決定某種價值偏好的時候，等於就決定了某一「權能」、「優勢」、「賦權」（entitlement）的初始分配。補償責任法則模型可以改善次利用人與第三利用人「賦權」的初始分配，在責任法則的利用上，以法律制度提升了接續發明活動的價值偏好，因此是十分值得我國立法者深思以及採納的。

4.5.2 責任法則適宜促進創新之其他原因

開發中國家在設計專利法時，應盡可能考慮將責任法則的各種理念納入考量，而非適用傳統上對禁止和禁制賦予強大力量的財產法則。Lessig 就指出，他認為關於個人隱私之事項，應該以財產法則保護，原因在於如此方能保障每個個人對自己個人資訊不同的評價。⁶⁵這一個概念對於解決本章問題意識相當有貢獻。其原因在於，科技與知識有一種公共財的特性，因此本應還諸公領域，不應由私人占據。但本於給予發明人金錢報酬，以促進發明之立場，是故才誕生了專利法的制度。然而，發明人所「發現」的科技，應該是屬於公領域，不具私人性質。發明人對該科技所抱有的，不論是「情感上的眷戀」，或是在發現過程中的回憶，應該都屬於發明人的「隱私」，可以與該科技切割以觀。發

⁶² *Id.*, at 352.

⁶³ *Id.*, at 339.

⁶⁴ *Id.*, at 352.

⁶⁵ LAWRENCE LESSIG, CODE VERSION 2.0 (BASIC BOOKS 2006).

明人的隱私，可以如 Lessig 說的一般，適用財產法則保護，分享與否，任由發明人開價。但科技並不應該適用主觀性以評價。

當然，對科技未來可以利用的範疇、獨立的價值，除了主觀的判斷以外，使科技社群得以給予客觀的判斷較為妥當。因此增加科技受利用的可能，與避免對權利人過度補償，乃是適用責任法則的目標。論者指出，就如同「反公有的悲劇」(the tragedy of the anticommons) 此理論描述的一般，當過度將產業私有化時，造成財產權過度分散，任何一位擁有人均享有可阻止他人使用的權利。是故就這種外溢效果而言，責任法則有其必要。⁶⁶責任法則可以避開這種問題，而可以避免申請許多策略性或防禦性的專利。⁶⁷

其他支持責任法則的理由如有提出創新的不確定性致使專利的價值難以估計等，認為首先發展科技的發明家之貢獻，與對科技有所改進的研發者之貢獻，很難清楚地劃分並各別衡量其價值。此類不確定性致使專利的潛在被授權人於談判中更加傾向於質疑專利之價值，如此一來更加深了談判意見合致之難度。並且，由經濟學家亞羅 (Kenneth Arrow) 的「資訊悖論」(the Paradox of Information)⁶⁸以觀，改善者在談判過程中會拒絕揭露資訊，因為專利權利人擁有自由利用專利之權利，一旦權利人得知改善技術之資訊，權利人即可自由利用毫不受限。⁶⁹

寇斯所假定的零交易成本的世界，是建立在有眾多潛在買受人和出賣人的世界裡，然而，少量的買受人和出賣人的世界，就可能使寇斯定理無法運作。尤其是在專利的領域，國家在一定時間內，只給予一位專利權利人合法的獨占，這使得可能的賣方急遽地減少成為一人。如同 Calebrasi & Melamed 的論述一般，出現強索行為是非常可能的。寇斯對於交易的自然與順利發生可能懷抱了過度的期望。

4.5.3 責任法則是否合乎 TRIPS 協定之規定？

在 TRIPS 協定中，並無特別之條款限制專利非顯著性之範圍與立法模式⁷⁰，因此學

⁶⁶ Reichman & Lewis, at 340-348.

⁶⁷ Reichman, *Legal Hybrids*, at 32.

⁶⁸ 亞羅所提出的資訊悖論 (paradox of information) 為：如果某一個賣家擁有一特別的資訊，該資訊有商業之價值。該賣家試圖在市場中兜售該資訊，然而買家因為不知道資訊的內容為何，是故不知應出價多少購買，方不致虧本成了冤大頭。然而當賣家必須展示待價而沽的資訊的價值時，必然要揭露資訊的內容，如此一來買家就得知了想要的資訊內容，就再也不可能向賣家購買資訊。

⁶⁹ *Id.*, at 67-69.

⁷⁰ See Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments—Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 81 art. 27(1) (1994).

者建議，對於開發中國家有利之立法方式乃是將非顯著性門檻設計得較高，以便於對不落入專利保護範圍（scope）內的技術知識為使用者利用。⁷¹根據學者研究，已開發國家在不同之工業發展時期，也採取不同的非顯著性標準，以促進產業之發展。⁷²最重要的區別在於辨識「基礎發明」與「尖端技術」之差異，使得「尖端技術」受到較強的保護，而穩定成長、市場固定的工業技術，較不需要高標準的保護。⁷³前文所述補償責任法則模型就是對於這種基礎發明與尖端技術的區別，對微小發明所設計特別之保護。

在 TRIPS 協定所要求的專利保護之外，建立可以促進開發中國家科技創新的「第二層機制」（second-tier protection），來保護較小規模的發明，應是符合 TRIPS 協定之規定的。並且，這種防止完全複製的法律機制，其實具有競爭法規範之層面。TRIPS 協定本身之中其實留有灰色地帶，其中並未規範的部分是開發中國家可以運用的。如果將此種立法適用在專利制度之中，很可能會立即受到 WTO 其他會員國與爭端解決機構的關注，但如果以個別立法的方式為之，則各國擁有相當高的自由度。

在永久禁制令的核發層面，TRIPS 協定第 44 條至 48 條列舉了幾種民事與行政程序及救濟：禁制令、損害賠償、沒收或銷毀。TRIPS 協定第 41 條第一項訂定各會員應確保本篇所定之執行程序於其國內法律有所規定，以便對本協定所定之侵害智慧財產權之行為，採取有效之行動，達可迅速救濟及防止侵害之目的。⁷⁴由 TRIPS 協定這些規定觀之，所保留給立法者與實務之空間還算寬敞，因此依照責任法則的結論設立基準應有可為之餘地。

⁷¹ Reichman, *From Free Riders to Fair Followers*, at 29.

⁷² *Id.* at 32.

⁷³ Oddi, *supra* note 53.

⁷⁴ TRIPS Art. 41.

第五章 知識散佈、全球知識財與專利制度

一、全球知識財

5.1.1 全球知識的特性

哲學家休姆（David Hume）曾經在《人性本質論》（*Treaties on Human Nature*）討論了「共善」（the Common Good）的概念，全球知識作為一種不純粹的公共財¹，對人類整體而言具有共善的特性。公共性是知識的本性，而知識是人類邁向發展的基本條件之一。當知識能展現其「共善」的特性時，才最能發揮其效用。因而智慧財產權法對知識的保護必須適合於知識的公共性，使得知識得以為更多人所利用。知識在本質上是社會的，而不是個人的。美國國父之一的傑佛遜也認為無法對思想給予財產權，並且如此描述了美國專利制度：

「思想應自由在全球中傳播，是為了人類倫理的及相互的教化，以利提升個人之狀態。它似乎是大自然專門、仁慈的設計，像火一樣蔓延至整個空間，散佈在任一空間時皆不降低其濃度；又如同空氣一般，吾人可在其中呼吸、活動和生存。它不能被限制，或被排他性地利用。」

因為知識只有首先是主體間可交流、可傳達的時候，才有可能被社會所公共認可、驗證，並且進一步被廣泛地應用於生產和生活中時，才能成為完全意義上的知識。追根究柢智慧財產權內在的「公共財」（public goods）特性才是創新的根源。太過偏袒發明人的管制將會成為使用者及競爭者的負擔，吾人必須認知的是，過度的保護將會成為削弱國家創新及競爭力量的障礙。給予一項專利的同時，雖然是一項科技的公開，但也同時對公眾劃定了一定的限制，更何況所公開的可能是已經周知的技術。智慧財產權依賴的是人類自利的動機，而過度鼓勵自利動機將會失去與公眾利益間的平衡。因此智慧財產權的設置和制度安排，必須在對知識創造人的激勵與促進社會公共利益發展之間達成恰當的平衡。

5.1.2 公共領域（Public Domain）之意義

¹ 請參閱本論文第三章的論述。

能彰顯全球知識最明顯的區塊就是公共領域，由於 TRIPS 協定的規定，使得專利保護邁向全球化，因而我們得以約略區辨出在落在專利保護範圍之外屬於公共領域的知識。而公共領域的用語可以說是創始於 20 世紀。²公共領域一詞在智慧財產權法發展後，在美國法上似乎持成為一普通法上的觀念。³例如在美國最高法院的 *Aronson v. Quick Point Pencil Co.*一案⁴中，多數判決意見表示：

「第一、專利法試圖刺激與獎勵發明；第二、它促進發明的揭露，以刺激更多創新，並且允許這些創新在專利無效後進入公共領域；第三、專利保護嚴格的要件保障了公共領域中的思想可以自由為公眾所利用。」⁵

*Graham v. John Deere Co.*一案⁶中，多數判決意見亦表示：

「國會不可能授權有將知識自公共領域中移除效果之專利申請，或是限制已可以取得的素材之自由近用。創新、進步，與有用知識的加總，是專利制度的固有要件，憲法亦飭命必須『促進……有用技藝的進步』。此在憲法中已明文規定，不可漠視。」⁷

公共領域的第一層意涵在於區分法律所欲保護，與所不欲保護的創作、資訊與知識，當法律決定終旨保護年限時，該部分的創作、資訊與知識就會落入公共領域。⁸Benkler 更進一步定義公共領域，指出在公共領域中的知識，無人能主張排他權利。在公共領域中的知識，任何人均享有同等的權利以利用。⁹過往對於公共領域的認識時常只侷限在不受著作權法所保護的內容，¹⁰但經過學者陸續的討論與闡釋，現代對於公共領域的定義逐漸擴張到不受智慧財產權法限制的各種資訊與知識。¹¹就近年的學術論著而言，學

² About the differential meanings of public domain, see Pamela Samuelson, *Enriching Disclosure of Public Domain*, 55 DUKE L. J. 783 (2006).

³ A. Samuel Oddi, *The Tragicomedy of the Public Domain in Intellectual Property Law*, 25 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 1 (2002-2003).

⁴ 440 U.S. 257, 262 (1979).

⁵ “First, patent law seeks to foster and reward invention; second, it promotes disclosure of inventions, to stimulate further innovation and to permit the public to practice the invention once the patent expires; third, the stringent requirements for patent protection seek to assure that ideas in the public domain remain there for the free use of the public.”

⁶ 383 U.S. 1, 7–11 (1966).

⁷ “Congress may not authorize the issuance of patents whose effects are to remove existent knowledge from the public domain, or to restrict free access to materials already available. Innovation, advancement, and things which add to the sum of useful knowledge are inherent requisites in a patent system which by constitutional command must “promote the Progress of . . . useful Arts.” This is the standard expressed in the Constitution and it may not be ignored.”

⁸ Oddi, *supra* note 3, at 6. Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on the Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, 358 (1999).

⁹ *Id.*, at 360.

¹⁰ See Jessica Litman, *The Public Domain*, 39 EMORY L.J. 965, 968 (1990).

¹¹ For example, the fair use doctrine is an affirmative defense in copyright law, and it creates privilege for users

者所擔心的是知識的私有化會造成所謂的知識的「圈地運動」(enclosure movement)¹²，而使得公眾利用知識的途徑受到限制，公眾必須支付更高的費用才能取得資訊與知識。不僅如此，因為公共領域的縮小，也使得利用公共領域的廠商成本增加，進而轉嫁到消費者身上。學術領域的研究有很大的外溢效果(spillover effects)，而且應領先於產業科技發展。研究成果原本是公開的、非排他的、無可耗盡性的，一般認為應該出版的，本來也除了著作權的保護外也未被獨占性地利用，符合公共領域的特色，但卻因為法制與體制(norm)的變化，使得知識的散佈受到了很大的影響。

Dreyfuss 指出，現代出現了三大因素使得保護公共領域的方法更應盡可能被考慮及討論，這些因素第一是 20 世紀後生物科技的發展；第二是組織間知識的轉移，尤其是生物科技產業間的知識轉移；第三是資訊產業的政治經濟現象，使得公共領域陷入危險中。¹³原本美國最高法院對於科學的進步與專利制度沒有牽扯，而認為只有終端商品可以取得專利。如在 *Brenner v. Manson* 一案¹⁴中，最高法院也嚴守只有終端商品可以取得專利的立場，認為專利不是研究的「報償」(reward)，而是對於商品化成功的補償。美國最高法院初始清楚的二分法，使得與最終商品無關的知識得以進入公共領域，且可以順利應用試驗免責例外(experimental use exemption)。但是這樣的操作方式在近年卻逐漸模糊，這顯示了 20 世紀後科學發展的特色。出現一些商品，它們既是研發市場(innovation market)中的終端商品，但它們也被用來研發其他終端商品，因此被稱為「研究工具」(research tool)。¹⁵由於美國國會意圖以拜杜法案(the Bayh-Dole Act)促進大學研究成果的商品化，使得學說開始探討給予研究工具專利，是否會阻擋後續研究，對於知識發展造成不必要的延宕。

在美國法的運作上，試驗免責例外的適用範圍縮小，與拜杜法案的立法這兩大趨勢，正不斷地壓縮公共領域。因而有學說開始質疑對於科技之近用，將因拜杜法案而受到傷害。因此，本文對於擬從第貳章所述的公共領域途徑出發，關於此二問題對於全球知識與公共領域的影響，與開發中國家可以採納的對策，逐一進行探討。

to make use of the protected contents under certain conditions. However such an institutional public figure exception may not as well exist in other domain of property-like laws. The other exemptions are much more restrictive, like the experiment use exemption which will be discussed below.

¹² See David Lange, *Recognizing the Public Domain*, 44 LAW & CONTEMP. PROBS. 147, 150 (1981); Benkler, *supra* note 8; James Boyle, *Fencing off Ideas: Enclosure & the Disappearance of the Public Domain*, 131 DAEDALUS 13 (2002); James Boyle, *The second Enclosure movement and the Construction of the Public Domain*, 66 LAW & CONTEMP. PROBS. 33 (2003).

¹³ Rochelle C. Dreyfuss, *Protecting the Public Domain of Science: Has the Time for an Experimental Use Defense Arrived?*, 46 ARIZ. L. REV. 457, 462 (2004).

¹⁴ *Brenner v. Manson*, 383 U.S. 519 (1966).

¹⁵ Dreyfuss, *supra* note 13, at 462-463.

二、美國法上的試驗免責例外

5.2.1 試驗免責之意義

5.2.1.1 普通法上的試驗免責例外

美國普通法上試驗免責例外（experimental use exemption）¹⁶來自於 Story 法官於一 1813 年發生之案件——*Whitteore v. Cutter*¹⁷中所下之判決：「立法者之意圖決計不是為了懲罰一製造機器僅僅是為了哲學實驗，或驗證所述機械效率果真如實之人。」Story 法官區辨了「因利潤而製造機器」與「因哲學實驗製造機器」兩種行為的不同，根據後人的詮釋，Story 法官所謂哲學實驗之意義與現代之自然科學相同，¹⁸或許在中文中更精確的詮釋可為「對基礎科學的探索」。於 *Whitteore v. Cutter* 一案中，雖然當事人構成侵權，但卻因為例外而免責。爾後一百多年來，美國法院實務持續在不同個案闡釋此等專利權行使限制之適用範圍，但對於普通法上試驗免責例外適用範圍卻逐漸限縮，逐漸成為「商業」與「非商業」的二分法，而商業的使用將無法主張試驗免責例外。法院認為追求知識理論或消遣娛樂之試驗行為，均可主張試驗免責例外。¹⁹

普通法上適用試驗免責例外的情況可能區分為二，其一為研究者基於非營利性的目的而利用專利保護之標的，其二為為了專利技術之改良（improvements）。在前者的情況下，由於法院嚴守二分法的判斷，通常侵權人可以主張試驗免責例外。然而法院的判斷卻漸趨嚴格，而下文介紹之案例 *Madey v. Duke University*²⁰中研究工具則落入尷尬之窘境，但法院仍不允許大學就利用研究工具主張試驗免責例外。專利技術之改良的情況則有相當大的爭議，雖然支持改良可以主張試驗免責例外的意見認為允許試驗為專利法之立法目的，是故基於效用之思想應允許侵權人主張試驗免責例外。²¹這一派學者主張雖然試驗時必然侵範專利，然而一旦試驗成功，商品成功上市時，當時試驗之一方成為商品的生產者，專利權人必然可以從生產者處得到權利金。²²

¹⁶ This article is not going to discuss the experimental use exemption as defense to the public use here.

¹⁷ 29 F. Cas. 1120 (C.C.D. Mass. May 1813).

¹⁸ See *Integra Lifesciences I, Ltd v. Merck KGaA*, 331 F.3d 860, 874-875 N.8 (Fed. Cir. 2003) (Newman J., dissenting).

¹⁹ 307 F. 3d 1351 (Fed. Cir. 2002), cert. denied, 539 U.S 958 (2003).

²⁰ *Id.*

²¹ Rebecca S. Eisenberg, *Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use*, 56 U. CHI. L. REV. 17 (1989). [hereinafter *Exclusive Rights and Experimental Use*]

²² *Id.*, at 1075-1076.

5.2.1.2 成文法上的試驗免責例外

美國專利法在立法之初，並無明文規定專利權行使限制之試驗免責例外，然而技製藥相關專利的取得，往往可以阻擋其後所有的企業或人進行類似研發（research and development, R&D），造成市場獨佔效果實質上的擴大，因此許多國家的專利或藥事法規，有針對製藥產業之試驗實施行為訂定特別規定，准許第三者於特定條件下，實施仍受保護之專利內容。在美國最著名的就是關於學名要上市的規定。成文法上的試驗免責例外起因於 *Roche Products v. Bolar Pharmaceutical. Co.* 一案²³，被告 Bolar 取得羅氏大藥廠（Roche Products）專利藥物的其中一種成份，為了準備美國食品藥物管理局（the Food and Drug Administration, FDA）所負責審核的「新藥上市申請」（New Drug Application）中所要求的生理相等性（bioequivalency）資料，Bolar 利用該成份以資測試。Bolar 不願意等到羅氏藥廠的專利保護期限屆至才開始實驗，而羅氏藥廠亦不願意市場受到威脅，於是就該藥物全體專利對 Bolar 提起侵權訴訟。聯邦上訴巡迴法院審理後認為開發藥物為被告之事業，Bolar 基於實施事業的意圖進行試驗，不能允許 Bolar 可以主張普通法上的試驗免責例外。法院指出，傳統試驗免責例外的適用範圍是「真正狹窄的」。²⁴

Roche Products v. Bolar Pharmaceutical. Co. 一案突顯學名藥廠進行 FDA 審查所需資料時，無法在不侵犯眼下有效的專利之情況下試驗。為了解決因「聯邦法律所要求、且為合理相關之測試行為」²⁵（指 FDA 新藥上市申請中指定的資料）所產生的尷尬，美國國會在學名藥上市的 Hatch-Waxman 法案中通過第 202 條，後來並且將之納入美國專利法²⁶規定，此即藥品相關的成文法試驗免責例外，通稱為「Bolar 條款」。該法將新藥上市簡化為「簡易新藥上市申請」（Abbreviated New Drug Application, ANDA），使學名藥廠免除提出耗資耗時的臨床試驗資料義務，並且規定測試行為若包含其他目的，則無法主張試驗免責例外。美國國會為了平衡專利藥廠的利益，另准許專利藥廠得申請就專利期限享有「回復或展延」期間，俾能實質擴張專利之保護期限。²⁷ Bolar 條款從此則成為學名藥廠商的安全港（safe harbor）條款。

5.2.2 試驗免責案例舉隅

5.2.2.1 *Madey v. Duke University* 案

²³ *Roche Products v. Bolar Pharmaceutical. Co.*, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984).

²⁴ *Id.*, at 860.

²⁵ “solely for uses reasonably related to the development and submission of information under a Federal law”

²⁶ 35 U.S.C. § 271(e)(1).

²⁷ 35 U.S.C. § 156.

John Madey 博士原本於 1980 年代任教於美國史丹佛大學，後來轉往杜克大學任教，於近十年間擔任杜克大學「非固定式電子雷射實驗室」(“Free Electron Laser” laboratory) 之實驗室主任。Madey 博士在史丹佛大學時就其儀器設備擁有兩項專利（受雷根政府資助研發之外太空武器系統「微波電子槍」等）²⁸，並且將之應用於杜克大學的實驗室設備，裝設於儀器內。但杜克大學與 Madey 博士就實驗室管理發生爭執，Madey 博士稱大學欲利用實驗室設備從事政府資助計劃範圍外之研究，杜克大學則表示 Madey 博士對實驗室的管理欠缺效率。1997 年杜克大學免除 Madey 博士的實驗室主任之職位，在 Madey 博士離去之後，杜克大學仍繼續使用系爭專利置入之儀器作為研究、學術及教學之用，故 Madey 博士對杜克大學提起訴訟。

原本下級法院判決駁回 Madey 博士的起訴，認為杜克大學可就未取得授權之部分主張普通法上的試驗免責例外，而杜克大學的使用目的是實驗的、學術的、非營利的。Madey 博士在下級審中則主張該使用有商業性質，乃是因為杜克大學「利用學術研究之成果，從事取得專利並發展使其成為應用商品之事務」。²⁹下級法院駁回 Madey 博士之主張，認為杜克大學所從事的事務是「教學、研究與散佈知識」，主要仍非在於利用學術研究成果發展專利或其他應用商品。

上級法院審理後，多數判決意見認為杜克大學對於系爭專利的用途不應由 Madey 博士來證明，並且同意 Madey 博士一造之主張，強調普通法上的試驗免責例外其適用範圍非常狹窄。多數判決意見指出，杜克大學對於系爭專利的使用只是利用「科學探求的偽裝」(guise of scientific inquiry)，而於實質上可辨認其具商業用途。判決意見並引用 *Embrex Inc. v. Service Engineering Corp.* 一案的協同意見，將「隱含一絲商業意涵」(the "slightest commercial implication") 的使用排除在試驗免責例外的適用範圍外。³⁰

最後杜克大學在本案無法主張試驗免責例外的原因，在於多數判決意見認為研究型大學所從事的基礎科學研究某種程度上足以誘發更多來自商業的資本投入。判決意見指出如同杜克大學一般的研究型大學，固然時常涉入原本並非意在發展應用商品的研究計劃，這些研究計劃當然可以同時滿足大學「教學、研究與散佈知識」的「法定事務」(legitimate business)，然而這些研究計劃卻也能增加大學的聲望，因而能「吸引更多營利研究」(lure lucrative research grants)、教員與學生。這些研究所涉行為並非單純僅僅

²⁸ See U.S. Patent No. 4,641,103 (issued Feb. 3, 1987); U.S. Patent No. 5130994 (issued July 14, 1992).

²⁹ “Duke is in the business of obtaining grants and developing possible commercial applications for the fruits of its `academic research.”

³⁰ *Embrex Inc. v. Service Engineering Corp.*, 216 F.3d 1343, 1353.

為了娛樂、好奇心，或「嚴格的哲學探索」的目的而從事。³¹

5.2.2.2 Integra Lifescience v. Merck KGaA 案³²

原告 Integra 生技公司擁有五項與人體肝細胞所製造之 Fibronectin 蛋白片段相關之專利，包含了氨基酸序列 Arg-Gly-Asp 胜肽鏈 (peptide)，又稱為 RGD。RGD 所控制影響的生理反應包括胚胎發生、免疫反應、凝血功能、傷口癒合以及腫瘤發生。Scripps 研究機構 (Scripps Research Institute) 為非營利之公益法人，其免疫學研究中心的 David Cheresh 博士發現 RGD 序列可以與人體中的 α v β 3 受體結合，透過抑制血管某些機能，使癌細胞因營養不良而停止生長，此研究對於抗癌有重大貢獻。

1994 年時，Cheresh 博士將部分研究成果投稿並登載於數種知名的學術期刊中。德國的默克藥廠 (Merck KGaA) 在獲悉前述研究成果後，即與 Scripps 締約，由默克藥廠提供 Cheresh 博士的研究計劃所需之資金與默克藥廠所擁有之 RGD 氨基酸序列，使 Cheresh 博士得進行相關研究。協議目標期望先由 Scripps 進行生物體內與體外之藥物試驗，以利接下來能上市新藥。在協議中後續的毒理學研究將由默克藥廠完成。1996 年默克藥廠持所有的研究成果，分別進入美國以及歐洲的新藥申請審核程序。1997 年間 Integra 得知 Scripps 與默克藥廠之研究後，發現該藥物相關之研究會侵害 Integra 所有之專利，乃向 Scripps、Cheresh 博士與默克藥廠提出專利授權要約，惟雙方無法達成專利授權合意。Integra 於授權契約談判破裂後向法院提出專利侵權控訴，默克藥廠則援引 § 271(e)(1) 之規定主張協議中的研究活動乃為蒐集 FDA 所要求之相關資訊，應屬法律所允許之試驗行為。

對於聯邦巡迴上訴法院而言，法律議題的關鍵在 Scripps、Cheresh 博士與默克藥廠的研究協議中涉及的臨床試驗資訊 (pre-clinical research) 是否可以主張法案中的試驗免責條款。下級法院不認為默克藥廠可以主張 Hatch-Waxman 法案中的避風港條款。最後聯邦巡迴上訴法院亦認定不可主張避風港條款。由 Rader 法官執筆的判決意見指出被告亦未主張要適用普通法上的試驗免責例外，然而 Rader 法官的結論是兩者皆不能適用。³³Rader 法官在論理中指出 Hatch-Waxman 法案的立意在於使學名藥迅速上市，是故允許因聯邦法規要求所需之試驗行為，但不能將適用範圍漫無限制地擴大，使臨床試驗資訊亦可主張避風港條款。本案上訴到美國最高法院，最高法院廢棄前審判決並且改判。由

³¹ 307 F. 3d 1351, 1362-1363 (Fed. Cir. 2002), *cert. denied*, 539 U.S. 958 (2003)

³² *Integra Lifescience I, Ltd. v. Merck KGaA*, 331 F.3d. 860 (Fed. Cir. 2003).

³³ *Id.*, at 872.

Scalia 大法官執筆的判決意見指出，只要是在合理的基礎上，進行符合 FDA 的 IDA 或 NDA 程序的實驗，即使是臨床試驗資訊亦可援引§271(e)(1)之規定主張避風港條款，因為條文的用義，在於提供研發新藥者嘗試與製造錯誤（*experiment and failure*）之空間。

34

聯邦巡迴上訴法院的 Newman 法官所提出的不同意見書也是本案重要之部分，她指出：「在地方法院時代理人曾口頭說明他們不願意援引此主張（普通法上的試驗免責例外），『部分也是因為一個最近的案例』。」³⁵不同意見書所指的「最近的案例」，可能就是 *Madey v. Duke University*。在 *Madey* 案中，普通法上的試驗免責例外的適用範圍非常狹窄，幾乎不能與商業行為「沾上邊」。Newman 法官認為 *Scripps* 與默克藥廠協議中之研究行為不是能主張避風港條款，就是能主張普通法上的試驗免責例外。Newman 法官闡釋專利系統最終將會允許對於受專利保護之實驗，不論實驗的目的是了解、改良或變更權利人所擁有之專利。雖然將研究結果上市必然會構成侵權，然而實驗本身是受到允許的。也必須區別各種實驗不同之目的，如果以受專利保護之物作為研究工具（*research tool*）時可能會構成侵權，但研究受專利保護之物本身時將不會構成侵權。³⁶

5.2.3 上述案例法對試驗免責例外解釋之影響

Madey v. Duke University 不僅僅是一個試驗免責例外的重要案例，它更是產業、學術、研究與教育關係的縮影，反映了現代先進科學研究的趨勢。試驗免責例外適用範圍的改變，實則為現代產學關係的改變。美國為一普通法國家，於實務上聯邦上訴巡迴法院將「隱含一絲商業意涵」的使用排除在試驗免責例外的適用範圍外，確實過嚴。從上述討論中，可以發現法院極度限制了試驗免責例外的適用，將試驗免責例外的適用侷限在一般人私下與工作無關而「絕對業餘」的試驗中。加之拜杜法案的立法事由，意在追求使研究成果商業化，使得學術機構與研究型大學從此改變了過去根深蒂固的角色，反倒成為「隱含商業意涵」的「非純粹非營利學術機構」。如果法院將試驗免責例外的適用範圍控制得如此嚴格，可以想見的是學術可以探索的領域，自然會產生相當程度的侷限。

在 *Integra Lifescience v. Merck KGaA* 一案判決與 Newman 法官的意見中則可以發現，技術研發或產品與技術的改進，無法避免地存在觸及專利權所保護技術內容的可能

³⁴ *Merck KGaA v. Integra Lifescience I, Ltd.*, 125 S Ct. 2372, 2383-2384 (2005).

³⁵ *Id.*, at 878.

³⁶ *Id.*, at 877-878.

性。從現今的生技產業發展狀況來看，新藥開發的過程不可能完全不用到前人所研發的研究成果。甚且有越來越多的研究工具已取得專利權。前階段所發展的研究成果或研究工具在受到專利保護後，若無法適用試驗免責規定，將限制後階段藥品改良、新藥開發及生技產品之發展。昔日的發明可謂為今日的實驗鋪下了障礙。由於專利法體系所賦予權利人的是排他性的權利，對於後階段專利權實施與下游產業發展將產生某種程度的限制，因而在國際間適度限制專利權效力的思潮開始興起。如果依照 Rader 法官執筆的判決意見，則臨床試驗前的研究行為不得援引試驗免責，那麼專利權人在藥品開發的上游階段時，即能利用排他阻絕或限制研究活動之進行，那麼所產生的阻擋效果將難以想像。雖然 *Integra* 一案最後在美國最高法院的解釋下，能適用因配合聯邦法規蒐集需要之資料實驗之法條明文規定，最終能主張避風港條款，然而當研究機構在初始實驗時若欠缺向 FDA 提出申請之意圖，就會造成解釋困難，因而無法斷定是否能適用避風港條款。如此一來，在灰色地帶而商業意圖較不明確的實驗，允許範圍就會受到相當大的限縮。

三、拜杜法案（Bayh-Dole Act）與科學社群制度的變化

5.3.1 拜杜法案之立法背景簡介

美國聯邦政府長期贊助許多科學研究計劃，然而 1980 年代以前，聯邦政府並未有組織地利用這些研究計劃的成果。³⁷，始自 1940 年代羅斯福總統開始，自 1960 年代起各種爭議增加，行政機構與美國國會持續在尋找統一的科技移轉指導原則，得以解決聯邦政府所擁有的研究計劃成果，並釐清與聯邦政府締結研究契約的私人機構間的法律與智慧財產關係。³⁸然而資料顯示僅有 4% 實際申請專利的智慧財產確實有為私人機構所使用。³⁹

根據當時歷任的總統備忘錄顯示，總統指派對科技移轉指導原則提出建議的見解分為兩派，其一為「授權政策」(the license policy)，其二為「權利人政策」(the title policy)。在前者的模式中，由與政府合作的機構取得專利權，而反過來授權政府使用，倡議者認為如此可以提供該機構繼續改善研究成果並商品化之商業動機；後者的模式中，由政府

³⁷ Rebecca S. Eisenberg, *Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in Government-Sponsored Research*, 82 VA. L. REV. 1663, 1665 (1996) [hereinafter *Public Research and Private Development*]

³⁸ *Id.*, at 1671-1686.

³⁹ *Id.*, at 1702.

機構享有專利權利人之頭銜 (title)，倡議者認為如此可以使政府居於調節公眾利益之角色，將研究成果以非排他的授權方式 (non-exclusive license) 供公眾使用，或者使研究成果得以進入公共領域。⁴⁰

1979 年的卡特政權最後做了「利於工業創新」的決定，將專利權轉交予與政府合作的機構，即使先前權利人政策似乎在爭議中較佔上風，並且使得政府得利用此策略取得權利金。當時大部分的美國政府機關原本是利用所謂的「產業專利契約」(Industrial Patent Agreement, IPA) 來與合作機構商談權利。爾後，由於生物科技漸漸發展，美國健康教育與福利部 (the Department of Health, Education and Welfare, HEW, now the Department of Health and Human Services) 與產業界產生許多授權爭議，標準不一的問題亟待解決。⁴¹ 相對地，美國國防部 (the Department of Defense, DoD) 則廣泛地與大學締結研究契約，但授權卻仰賴耗時冗長的個案判斷，儘管大學似乎皆得到了研究成果的專利權，然而學界卻也不甚滿意，因為在成功申請專利前他們往往已經公開其發明與研究成果。⁴²

最後美國國會通過「拜杜法案」(the Bayh-Dole Act) 與「史帝文森—魏德勒科技創新法」(the Stevenson-Wydler Technology Innovation Act)⁴³ 以茲處理此類爭議。⁴⁴ 拜杜法案的提案者參議員 Birch Bayh 注意到非營利研究機構與小型企業談判地位相對較弱，較難從資助機關處取得權利，而卡特政府也認為大學與小型企業與大企業相比，更有動機進一步改善發明並將其商業化，⁴⁵ 立法歷程中也有意見擔心法案中納入大型企業將導致來自消費者的反彈與競爭律師的批判。⁴⁶ 是故拜杜法案於通過時，僅鼓勵受政府機關資助的大學與小型企業就其研究成果申請專利，大型企業被排除於法案之外。⁴⁷ 然而 1983 年雷根政權時因為該法受到來自大型企業強烈的抨擊，該法納入大企業的修正案在 1984 年悄然於國會通過。⁴⁸

拜杜法案制定後在學界受到了歡迎，大學認為擁有專利將能使其更容易將科技移轉至產業界。拜杜法案立意在於關切研究成果商品化的問題，原本的立法意旨

⁴⁰ *Id.*, at 1673-1674.

⁴¹ *Id.*, at 1689-1692.

⁴² *Id.*, at 1692-1693.

⁴³ Stevenson-Wydler Technology Innovation Act of 1980, Pub. L. No. 96-480, 94 Stat. 2311 (codified as amended at 15 U.S.C.A. §§ 3701-3717 (1998 & Supp. 2005)).

⁴⁴ 史帝文森—魏德勒科技創新法允許聯邦所擁有的實驗室能跟私人實驗室合作，而合作後的研發成果可歸屬於私人機構。

⁴⁵ Eisenberg, *Public Research and Private Development*, at 1695.

⁴⁶ *Id.*, at 1691.

⁴⁷ Bayh-Dole Act, Pub. L. No. 96-517, 94 Stat. 3015-28 (codified as amended at 35 U.S.C. §§ 200-212 (2000 & Supp. II 2002)).

⁴⁸ Eisenberg, *Public Research and Private Development*, at 1694-1695.

(justifications) 中認為大學並不是適宜將研究成果商品化的組織，但是必須吸引更多的投資來為研究成果創造更多附加價值。若使大學擁有研究成果的專利將會利於後續之授權。然而亦有參議員認為大學所從事的是基礎科學的研究，若使他們成為商品的授權者會使大學立於危險的地位，畢竟其所從事的是上游研究。⁴⁹無論如何，拜杜法案仍然為研究型大學帶來權利金，對大學而言是可觀的利益。⁵⁰

5.3.2 拜杜法案受到之討論與批評

Eisenberg 對於拜杜法案有卓越的研究貢獻，而她最早對拜杜法案的質疑即是因此產生了「雙重課稅」(double tax paying) 的問題。此問題即在於政府利用稅捐所得挹注大學之研究，然而大學將專利授權後，再由廠商將成本之提升轉嫁給消費者，形同對人民課徵兩次稅賦。⁵¹此論爭的基礎在於，人民在政府資助大學研究時，所欲取得的「利益」並非「研究商品化」，而拜杜法案將造成公帑之浪費。

當初在立法之時，就有疑慮認為拜杜法案將連邦贊助的研究作為專利並給予私人機構的作法只是將對公共財產轉贈給私人機構。⁵²Dreyfuss 指出，現代許多大學認為自己必須將研究成果申請專利，若能收取權利金以減輕學生學費的負擔，然而專利多寡甚至反向成為學術成果的一種計算方式，大學漸漸演變成為商業界中的一員。⁵³有資料顯示，自 1998 年至 2003 年間，因大學的授權活動而成功上市的商品共有 2547 件。⁵⁴在 1980 年美國最高法院的 *Diamond v. Chakrabarty* 一案⁵⁵後，將專利延伸至活體保障，美國的潮流漸漸為利用專利權來保障生物科技成果，如人造細菌或植物活體保障等。生技產業發展所帶來的龐大利益使得大學逐漸成為一為自己利益而計算的「準營利機關」，而這樣的狀況也與試驗免責例外的限縮適用有關，使得法院開始質疑許多研究是否純粹為「基礎科學的探索」。

Heller & Eisenberg 在論及拜杜法案授權問題發生在生命科學所產生的困境時，歸納了三個因素：談判時過高的交易成本、權利擁有者利益的異質性，以及研究者的認知偏差。在研究者的認知偏差上，展望過度的研究者往往高估自己研究的商業價值，而且與

⁴⁹ *Id.*, at 1696-1699.

⁵⁰ See generally Thomas A. Massaro, *Innovation, Technology Transfer, and Patent Policy: The University Contribution*, 82 VA. L. REV. 1729 (1996).

⁵¹ Eisenberg, *Public Research and Private Development*, at 1666.

⁵² Chester G. Moore, *Killing Bayh-Dole Act's Golden Goose*, 8 TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. 151, 154 (2006).

⁵³ Dreyfuss, *supra* note 13, at 457.

⁵⁴ Moore, *supra* note 52, at 155.

⁵⁵ *Diamond v. Chakrabarty*, 447 US 303 (1980).

生技公司相較，研究者在談判時較不傾向於妥協。⁵⁶此點使得拜杜法案一開始的立意——授權與科技移轉，反而更不容易達成。有學說主張當交易成本過高時集體授權的機制會順應而出現，⁵⁷一些小規模而零星的授權組織確實在農業研究領域開始出現，如「公共農業資源智慧財產權」(The Public Intellectual Property Resources for Agriculture, PIPRA)致力於促進其成員集體管理智慧財產權時必須注重公共利益；⁵⁸此外另有「必要藥物大學聯盟」(Universities allied for Essential Medicine)所發展的「平等近用授權」(the Equitable Access License)模版，注重的是公衛相關科技授權上的人道利用考量等等。⁵⁹但生物科技的領域中真正廣泛組織似乎尚未形成，⁶⁰學者建議形成更多如專利集管(patent pool)一般的授權機制，而歷史上有許多專利集管是在政府的干預下而成立的。⁶¹

5.3.3 拜杜法案之反思：對科學社群產生之衝擊

5.3.3.1 科學社群的體制變化：從公有主義到知識獨占

Rai 的研究從十分特別的觀點出發，他認為拜杜法案與現代產、學界的關係，已經大幅改變了科學社群所遵從的體制(norms)。Rai 使用法律/體制⁶²的分析架構，作為觀察大學內科學社群態度變化的基礎。根據學術界較通行的認知，⁶³Rai 區分法律與體制的相同之處在於，團體內的成員皆會遵循法律與體制的規則。不同之處在於，就體制而言，團體內的成員遵循的理由是出於「義務感」。觸犯法律的行為將會受國家強制力處罰，然而違背體制規則的行為，則是由團體內的成員以特殊的行為機制來「懲治」。可

⁵⁶ See Michael A. Heller and; Rebecca S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, 280 SCIENCE 698 (1998).

⁵⁷ Robert P. Merges, *Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property*, 94 COLUM. L. REV. 2655 (1994).

⁵⁸ See The Public Intellectual Property Resources for Agriculture, <http://www.pirpa.org>.

⁵⁹ Universities allied for Essential Medicine, *Model Provisions for the Equitable Access and Neglected Disease License*, available at <http://www.essentialmedicine.org/EAL.pdf> (last visited June 30, 2012).

⁶⁰ Arti K. Rai & Rebecca Eisenberg, *Bayh-Dole Reform and the Progress of Biomedicine*, 66 LAW & CONTEMP. PROM. 289, 297-298 (2003).

⁶¹ Gary Pulsinelli, *Share and Share Alike: Increasing Access to Government-Funded Inventions Under the Bayh-Dole Act*, 7 MINN. J. L. SCI. & TECH. 393, 429-430 (2006).

⁶² Norms can be defined as “general principles upon which a certain vision of order is based. Value orientations are norm-based attitudes toward specific policy issues and types of behavior.” See Susan K. Sell, *Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World: Crisis, Coercion, and Choice*, 49 INT’L ORG. 315, note 1 (1995).

⁶³ Many celebrated Legal Philosophy scholars like Eric A. Posner, Cass Sunstein, and Robert C. Ellickson used the legal-and-norms theory to analyze the motivations, behaviors and collective actions of the members in specific groups. Some dubbed these scholarships the “New Chicago School.” See Eric A. Posner, *The Regulation of Groups: The Influence of Legal and Nonlegal Sanctions on Collective Action*, 63 U. CHI. L. REV. 133 (1996); Cass Sunstein, *Social Norms and Social Rules*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996); Robert C. Ellickson, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 J. LEGAL STUD. 537 (1998).

能的懲治行為自耳語、蔑視到排擠皆包括在內。體制內規的重要之處在於其可以克服集體行動的問題並降低交易成本。⁶⁴國家也可以藉由法律來改變體制的內規，最後形成國家所鼓勵的體制。⁶⁵

Rai 指出，1980 年代可謂是科學社群體制改變的分水嶺。1980 年代以前，科學社群的同質性較高，較不鼓勵將研究成果財產化。傳統的科學社群對公共領域較為重視，認為所有的科學知識必須由所有人自由利用，研究者可自由選擇研究主題，而科學發明也不受限制。知識是一種共享的資源，成為人類所共有的遺產。知識是累積的，而研究者負有出版研究成果的義務。⁶⁶這樣的研究體制被稱為「公有主義」(communalism)，最具代表性的是牛頓的一句話：「如果我可以看得更遠，是因為我站在巨人的肩膀上。」如果現在的研究者達成了任何成就，最主要的理由一定是從過往在公共領域的知識所得到的知識。

與公有主義相對的體制稱為「發現」(invention)，在公有主義下，最初的發現者不會被賦予非常大的聲名，然而在發現的體制下初始對科學做出貢獻之人會得到擁有極大聲望的優越地位。在發現的體制下，研究者將會爭相競爭成為初始的貢獻者。然而這樣的體制與公有主義的衝突之處在於研究者在最終發表自己較完整的研究前，會傾向隱藏研究成果，而這種行為也被科學社群視為是可以接受的。⁶⁷然而兩者對於科學進步而言接有貢獻，公有主義體制下的研究者可以自由取得更多研究基礎與靈感，但發現的體制則鼓勵競爭。

1980 年代以後，美國國會的立法改變了之前的體制。國會對於過往科學社群的研究成果無法迅速商品化的狀況感到不滿，國會甚至也認為將研究成果投入公共領域中將平白使得外國的產業競爭者可自由利用以發展新產品。⁶⁸最後拜杜法案使得研究者可將國家資助、研究者發展之知識申請專利，以財產權的形式存在。雖然大學可能未自行研發商品，但卻可能經由專屬授權來吸引潛在被授權人，由被授權人將來研發商品。這樣造成的結果是使得大學必須依照產業的喜好來完成研究。⁶⁹前文所述的大學與產業界密切接觸，造成角色模糊的情況，可謂是因為體制的改變而發生。

⁶⁴ Arti K. Rai, *Regulating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science*, 94 Nw. U. L. REV. 77, 81-84 (1999).

⁶⁵ *Id.*, at 86-88.

⁶⁶ *Id.*, at 88-91.

⁶⁷ *Id.*, at 92.

⁶⁸ *Id.*, at 96.

⁶⁹ *Id.*, at 96-99.

5.3.3.2 上游研究對未來研究的潛在威脅：封鎖、阻擋與延宕

由政府溢注資金進行研究，與專利系統可能造成本質上的衝突。由於專利系統本就為商業利益而生，因此廠商試圖以秘密保持「自然領先距離」(natural lead time)，若試用在研究上自然可能會延宕科學研究的進展。⁷⁰拜杜法案所發生的背景一部分來自於 20 世紀後期生命科學與 DNA、微生物科技的發展，關於生命科學研究的問題主要有三：第一是商品的未來潛力超乎過往的想像；第二是研究工具在歷史背景中時常成為專利申請之標的；第三則是學界與業界尚未形成一對授權的普遍觀念及體制 (norm)。第二個問題為生命科學的研究者帶來了過往其他研究未曾面臨風險，例如只要利用有專利保護的研究工具 (research tool) 之生物技術或生物材料 (biological materials) 進行研發時，不論商品最終是否與該專利內容有關，皆必須支付權利金；⁷¹第三個問題則對科學社群的體制與自我認同帶來了前所未有的衝擊。

Heller & Eisenberg 的研究就從「反共有的悲劇」(the tragedy of the anticommons) 理論出發，提出對生物科技領域研究的憂慮。該理論認為一財產上存有太多財產權，且其中一財產權的所有人擁有強大的排他權時，將會使得資源呈現利用不足的狀態。而現今的生命科學界就有此現象，因而阻礙了生命科學的進展。Heller & Eisenberg 認為危險尤其存在於在上游科技與基礎科學之處，若是使研究者 (例如大學) 擁有太多排他性財產權 (例如生物科技研究工具)，將會阻礙珍貴的研究成果進入公共領域，也會提升生技公司研發成本。如拜杜法案等等造成的趨勢，使得生命科學的研究者在進階研究上面臨過多研究的風險。⁷²甚至也有研究指出，當一新文獻申請專利成功後，受到引用的次數反而下降，Murray & Stern 稱其為「謙遜的反共有效果」(modest anticommons effect)。⁷³

Rai & Eisenberg 的研究則舉出史丹佛大學和加州大學共同擁有的 Cohen-Boyer 專利作為例子，提出生物科技的重要專利在授權上可能發生的兩種潛在效果：封鎖 (lock) 與阻擋 (block)，將使知識與研究體系遭遇不必要的犧牲。封鎖與阻擋的效果是指當該重要專利是上游科學研究的重要基礎時，研究者可能面對拒絕授權的問題，而無法獲得使用權。即使最終談判成功，在談判時耗費的時間成本亦會造成研究發表的延宕。事實上史丹佛與加州大學決定將 Cohen-Boyer 專利廣泛地以非專屬授權的方式授權予任何想利用之人，並且盡可能地減少對於授權之限制，如同該專利涵蓋之內容仍位於公共領域

⁷⁰ Pulsinelli, *supra* note 61, at 412.

⁷¹ Eisenberg, *Public Research and Private Development*, at 699-701.

⁷² *See id.*

⁷³ Fiona Murray & Scott Stern, *Do Formal Intellectual Property Rights Hinder the Free Flow of Scientific Knowledge? An Empirical Test of the Anti-Commons Hypothesis*, 63 J. ECON. BEHAV. & ORG. 648 (2007).

一般，然而大學仍收取了專利帶來的權利金，發生了前文所謂「雙重課稅」的效果。⁷⁴Rai 也提出拒絕授權可能遭遇的種種問題，認為在最上游的知識與研究工具將可能發生「脅持」(hold-up) 的效果，對想要利用的研究者與生技公司而言，是非常不利的狀況。⁷⁵

事實上 Cohen-Boyer 專利是一個很有趣的例子，如果以專利所保護的內容仍在公共領域中，和拜杜法案立法後的非專屬授權相比，則後續單純發生之事實僅為大學收取了權利金，而並非國會成功以立法促進私人企業將其商品化；如果專利所保護的內容仍在公共領域中，原本私人企業就可自由利用，拜杜法案立法後反而增加了原先所無的限制。若包括研究者在內人類如經濟學所假設的一般是自利的動物，那麼收取權利金的誘惑自然鼓勵了研究者往可以商品化的研究方向發展；然而對於私人企業無意圖將其商品化的研究而言，拜杜法案卻對該等研究產生了壓縮的效果，反而抑制了研究者對商品化價值較低之研究部分的研究動機。

四、小結：開發中國家與知識散佈

5.4.1 開發中國家是否需要試驗免責條款？

對於開發中國家而言，TRIPS 協定第 30 條明定專利權效力之例外，條文規定：「會員國得明定專利權限制之例外，但以其於考量第三人之合法權益下、未不合理牴觸專屬權之一般使用，且未不合理侵害專利權人之合法權益者為限」。據此，專利權效力是否應有例外規定、其具體適用之態樣為何，由 WTO 會員國自行決定。會員國之內國法若限制專利權行使，應該當要件有：(1) 未不合理牴觸專利權之一般使用；(2) 考量第三人之合法權益；(3) 未不合理侵害專利權人之合法利益」。在杜哈宣言(Doha Declaration) 中亦基於公共健康考量，由 WTO 決議強化專利法上的強制授權制度，以限制醫藥專利權效力。

相較於美國，日本法對於試驗免責例外的規定較為寬鬆。若是「基於營業目的」⁷⁶，多數說認為無法主張試驗免責例外。⁷⁷而「研究、教學或試驗」免責源自日本特許法第 69 條第 1 項的規定，而學說認為在對進步性、新穎性、功能性調查所為的實驗，以及以發展和改良為目的的試驗中，可主張試驗免責例外。在後者中，若是 (1) 滿足新穎性、

⁷⁴ Rai & Eisenberg, *supra* note 60, at 300-303.

⁷⁵ Rai, *supra* note 64, at 126-130.

⁷⁶ 「業として」の実施。

⁷⁷ 財団法人知的財産研究所，特許権の効力の例外及び制限に関する調査研究報告書，頁 12 (2005)。網路資料位於：<http://www.jpo.go.jp/shiryoku/toushin/chousa/pdf/zaisanken/165kouryoku.pdf>。

進步性等要件；(2) 以迴避專利為目的之試驗；(3) 對於技術上的進步具有貢獻，方能主張。⁷⁸關於專利藥與學名藥（日本稱為「先發醫藥品」與「後發醫藥品」）涉及之爭議，討論的議題與美國相同，在於後發醫藥品對先發醫藥品之實驗，於先發醫藥品專利期限末期能否適用日本特許法第 69 條第 1 項的規定。日本最高裁判所於 1999 年的判決⁷⁹中予以肯定。⁸⁰日本法的規定，可以說更為重視專利本質與制度目的，使得試驗免責例外能為競爭者主張，並且對受專利保護的技術或商品進行改良。而歐盟法因為受到德國判決的影響，也認為單單對受專利保護的技術或商品進行改良，可以主張試驗免責例外。必須在製造或販賣前對管制機關提出資料者，亦可主張。⁸¹⁸²

更廣泛地允許試驗免責例外，則有助於開發中國家大學與研究者的能力建設（capacity building）。在不斷地了解和試行錯誤（trial and error）中，得以使研究者更了解發明與技術的內容，並且得以改良。如同 Eisenberg 所言，在試驗成功後商品上市時，產品開發人，或是得到技術授權之人成為商品的生產者，專利權人仍然可以得到權利金，試驗免責例外自始就合於專利制度的立意。⁸³試驗免責例外對於知識的散佈問題而言格外重要，它調節了專利法體系與研究體系間的矛盾，解決了一部分知識分享的問題。而在基礎科學的部分更加需要此類的機制，以解決如反共有的悲劇一般的障礙。⁸⁴對於開發中國家而言，以立法的方式，以及司法解釋的方式，採行更為廣泛的試驗免責例外條款，策重試驗者對於專利的探究和改良意圖，無疑是較有利的。

5.4.2 開發中國家是否需要拜杜法案？

Boettiger & Bennett 指出，開發中國家的研究者是否會因大學擁有專利而受到限制，其實也取決於所謂的「南北關係」。⁸⁵大學傾向擁有專利不但可能對美國境內的後續研發

⁷⁸ 染野啓子，「試驗・研究における特許発明の実施（I）」，AIPPI，三號第 33 卷，頁 5（1988）。

⁷⁹ 最高裁小二法廷，平成 11 年 4 月 16 日判決（平成 10 年（受）153）（民事判決集 53 卷 4 号）。

⁸⁰ 然而在 2001 年時日本濱松醫科大學在實驗中使用受專利保護的美國藥廠開發之癌症老鼠，東京地方法院判斷並不落入第 69 條第 1 項的保護中。參閱東京地判，平成 13 年 12 月 20 日（東京地裁平成 11 年（ワ）第 15238 号）判例時報 1787 号，頁 145。

⁸¹ 財団法人知的財産研究所，前掲註，頁 89。

⁸² 我國目前亦有試驗免責的相關規定，分別散見於新修正之專利法與藥事法。根據現行專利法第 59 條第二款規定：「以研究或實驗為目的實施發明之必要行為」可以除外於發明專利權之效力。根據舊法，學名藥廠就專利保護成分的測試，並不落入舊法第 57 條第一項第一款的例外規定中，然而舊法第 51 條第一項卻有保障專利權人得以延長專利期限的規定，因此論者常有主張我國應制定相關避風港條款以保護學名藥廠。新修正之條文用語寬鬆，在適用上立法者給予的指示不明，未來如何解釋，只怕須留待司法實務發展。

⁸³ Eisenberg, *Exclusive Rights and Experimental Use*, at 1075-1076.

⁸⁴ See generally Eisenberg, *Exclusive Rights and Experimental Use*.

⁸⁵ Sara Boettiger & Alan Bennett, *The Bayh-Dole Act: Implications for Developing Countries*, 41 IDEA 261, 262-263 (2005-2006).

造成阻礙，對美國境外開發中國家的研究，也可能造成阻礙。雖然在 1980 年以前美國的大學對於專利的傾向不是如此明確，然而在拜杜法案立法後，大學取得智慧財產權逐漸成為趨勢。大學與非營利機構的角色，與開發中國家是否能有更廣泛的途徑近用知識，有相當大的關係。開發中國家的產業研發部門與學術研究機構在進行研究活動時，即面臨必須與美國大學接觸商談授權之情形。而原本屬於公共領域的研究資源與原先相較是有可能較為受到限制。有研究指出，世界上主要的 HIV 藥品專利其實為美國的耶魯大學、杜克大學、明尼蘇達大學(University of Minnesota)、Emory 大學(Emory University) 所掌握。⁸⁶

實則，有一股商業化的力量主導著全球的疾病研究。只有低於一成的全球疾病是受到藥廠與研究機構高度關注的。因此研究的公共利益在於，如果如研究型大學一般的研究機構可以將焦點放在高度獲利以外的疾病研究上，就可能拯救更多的生命。然而當研究也逐漸財產權化的時候，拜杜法案使得研究型大學更加注重商業化利益，而忽略了開發中國家可能的需要。也有研究指出，大學所申請的專利品質，正在逐漸下降。⁸⁷

美國的拜杜法案顯示了在美國大學中財產權的爭議發生得較早，法案在推行的同時，提出批評的學者認為最重要的是找出解套方式。⁸⁸有研究提議必須創設「學術研究例外」(academic research exemption)⁸⁹，但許多研究皆認為強制授權在拜杜法案之下是必要的。⁹⁰如果大學對所有欲使用之人皆普遍地授權，將會使得商業價值不大的專利可以為所有人利用，而商業價值較大的專利仍然能廣泛地吸引有意圖獲得授權的廠商並獲得權利金。當然政府介入也可能是重要的解套方式，⁹¹政府介入的意義在於建立專利集管以利授權，或是如著作權仲介團體——美國作曲家、作家與出版商協會(American Society of Composers, Authors and Publishers, ASCAP)一般的組織，⁹²使得廣泛授權成為可能，並且在利益分享上能雨露均霑。

財產權的爭議會發生，且有必要以新法案的方式確立財產權，顯示了美國產業界將大學研究成果商品化的實力甚強。然而開發中國家是否因此而有需要調整財產權結構，

⁸⁶ A. Kapczynski, E.T. Crone & M. Merson, *Global Health and University Patents*, 301 SCI. 1629 (2003).

⁸⁷ Adam B. Jaffe and Manuel Trajtenberg, *Patents, Citations, And Innovations: A Window On The Knowledge Economy*, 80 REV. OF ECON. & STAT. 119, 119 (1998).

⁸⁸ For example, Professor Katherine Strandburg makes distinction between “experimenting on a patented invention” and “experimenting with the patented inventions.” She designed different solutions for each kind of use. See Katherine J. Strandburg, *What Does the Public Get? Experimental Use and the Patent Bargain*, 2004 WIS. L. REV. 81 (2004).

⁸⁹ Moore, *supra* note 52, at 170.

⁹⁰ *Id.*, at 170-171; Rai & Eisenberg, *supra* note 60.

⁹¹ *Id.*, at 294-295.

⁹² Moore, *supra* note ____, at 171.

引進拜杜法案，並且使其成為國家政策，可能是一有待商榷之問題。Wolson 在討論非洲國家的學術成果科技移轉時，即發現非洲研究者通常不經由大學即與產業界定約，顯示了在體制與學術文化上與西方已開發國家背景上的異質性。⁹³美國的拜杜法案發生的必要條件為「產學合作的長期關係」與「公部門預算與機構的深入參與」，並且如生技、生醫一般的產業，商品之發展早已深受活躍的學術研究所影響。假若如此之活動在開發中國家尚未成為常態，那麼斷然立法並接受拜杜法案的影響：增加更多財產權、改變學術研究氛圍與體制、促進學術研究的秘密性……等等，是否是開發中國家所欲求的結果，不無討論之餘地。

對於開發中國家而言，急於建立多數財產權，不如先促進大學的研究發展，並且促進國家對於研究成果的資助。Chon 認為教育與公共衛生是開發中國家眾多能力建設目標中最為重要的，而教育是生產知識財貨的一項投入。彌縫開發中國家與已開發國家收入差異的答案在於填補兩者間的「知識鴻溝」(knowledge gap)，開發中國家政府應致力於散佈知識的基礎建設 (infrastructure)，而這種基礎建設將會影響發展的速度。⁹⁴Stiglitz 也指出，亞洲新興工業國 (Newly Industrialized Countries, NICs) 的政府在促進知識散佈中往往扮演重要角色。一些亞洲新興工業國已經實行的方法如：建立符合國際標準的實驗室、各種參與高科技商品力求達到全球市場所需的國際標準等、在對外開放投資時利用授權契約促成科技移轉等等。⁹⁵

開發中國家於研發上的能力建設是較為可行的目標，而強調研發和產學合作的企業文化也是可發展的方向之一。財產權在一定程度上可以引導產業界往國家所欲求的方向發展，但智慧財產權只是眾多解決方式之一，並不是絕對且唯一的方法。Boettiger & Bennett 認為，開發中國家各國情況不同，產學合作的方式也不同，是故拜杜法案並不一定適合每一開發中國家，且必須特別注意技術密集產業的發展情況。此外，拜杜法案原先立法的初衷——促進小型企業的發展，給予小型企業將研究商品化的動機，是相當值得考慮與重視的。⁹⁶

5.4.3 試驗免責例外與拜杜法案對開發中國家的啟示

⁹³ Boettiger & Bennett, *supra* note 85, note 49.

⁹⁴ Margaret Chon, *Intellectual Property and the Development Divide*, 27 CARDOZO L. REV. 2821, 2893–2900 (2006).

⁹⁵ Joseph E. Stiglitz, *Knowledge as Global Public Good*, GLOBAL PUBLIC GOODS: INTERNATIONAL COOPERATION IN THE 21ST CENTURY 317, (Inge Kaul, Isabelle Grunberg and Marc Stern ed. 1999), Oxford USA.

⁹⁶ *Id.*, at 278.

在美國法的實踐下，可以發現「商業—非商業」的二分法演變得十分絕對，在試驗研究之時，對研究者的「商業意圖」之判斷，可謂「一絲不苟」。從此對專利的保護範圍籠罩任何僅為可能而潛在的「商業意圖想像」。凡有「潛在的商業意圖」，試驗和研究發明時觸碰到專利最外緣的保護範圍，即必須支付專利權人權利金。在拜杜法案則使我們看到了研究體系與專利法體系內生而難解的的衝突：前者追求的是使所有人皆得以近用知識，後者卻鼓勵將資訊與知識私有化。科學研究體制希冀尽可能地散佈知識，使得知識廣泛地發生任何可以得到的效益，這也是政府資助研究並且增加此一公共財的主因；然而專利法制中賦予權利人排他權，鼓勵權利人利用科技與知識最大化自己之金錢利潤所得，最後使得權利人更積極去控制私有化的資訊與知識。在拜杜法案立法後，現今美國大學所從事之研究行為，是否仍能稱之為「單純為追求知識理論」，實有疑義。

美國的智慧財產權體制發展甚久，而科技與知識的場域已成為財產權遍地開花之處，一個顯著的效果是交易成本之提高。的確如同 Robert Merges 所說的一般，當交易成本過高時，特殊的授權機制可能會因為交易成本過高而形成。⁹⁷然而這些降低交易成本的體制，則存在一些特色：一是其可能只有區域性的效果，外國的廠商並不一定能廣泛受惠；二是這種機制可能需要政府的居中協調方能建立；三是當體制中的「懲罰效果」不夠強，而不能影響其成員的行為時，無差別的授權體制僅能仰賴體制利用人的善意。⁹⁸特殊而廣泛的授權機制之形成，其實存在相當大的不確定性。對於學術界而言，如果廣泛的非專屬授權機制尚未成形時，反共有的效果是隨時可能發生的。是故並無必要以類似拜杜法案的法律來促進反共有效果的生成，甚至應該考慮在反共有效果發生前即以其他法律規範防制之。

研究工具對於生物科技領域有重要的意義，如果不允許在科技探索的階段，使研究者得以對某些受專利保護的研究工具主張試驗免責例外，則研究空間將受到限制，將阻礙更多的創新發生。最直接的影響，則是公共領域的限縮。因此美國在生醫研究領域也有倡導「生物開放資源」(Biological Open Source, BiOS)的呼聲，可以說是與拜杜法案採取不同道路的解決方案。「生物開源」試圖建立可以供公眾使用的開放共享資源，並提供近用之平台與「開放近用授權」(open access license)，以防範反公有效果的發生。然而開放近用授權要求被授權人允許授權人也同樣可以利用對於專利之改良，此一條款在拜杜法案下卻對大學構成了挑戰，因為受到聯邦政府預算資助的大學在拜杜法案下必

⁹⁷ See Merges, *supra* note 57.

⁹⁸ Such as the noticeable topic “RAND licensing”

須遵循法案規定的各種義務。⁹⁹

5.4.4 小結：朝向更蓬勃的公共領域途徑發展

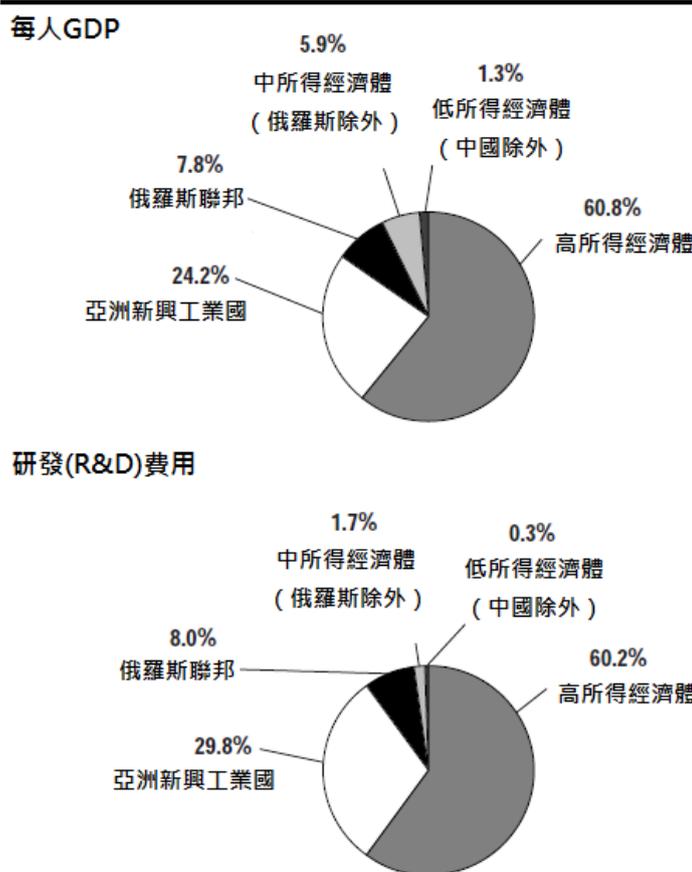
創新並非無中生有，相對地，創新自學習而來。對於一個研究者而言，公共領域應該是一片海洋，可以供想要探索知識的研究者航行其上。Hovenkamp 亦認為健康的創新其一大前提就是廣大的公共領域，因為所有的創新皆建立在前人的成就之上，¹⁰⁰創新不可能自貧乏的公共領域中產出，現今的所得是憑藉前人的努力，過度的保護反而會抑制創新的力量。由下圖可以發現，研發與各經濟體的收入間，似有一定關係。而不斷投入知識發展，正是亞洲新興工業國成功的原因。由政府來資助的研究計劃，也是值得鼓勵的。一如前文所言，國家對於教育的建設可填補開發中國家與已開發國家之間的知識鴻溝。Scotchmer 更指出，公共資助（public funding）為投入研發最有效的方式，這樣的投入也會進入公共領域，並且製造可以跨越國界的外溢效果（spillover effect）。¹⁰¹

⁹⁹ Boettiger & Bennett, *supra* note 85, at 274-275.

¹⁰⁰ Herbert Hovenkamp, *Innovation and the Domain of Competition Policy*, 60 ALA. L. REV. 103, 105 (2008-2009).

¹⁰¹ Suzanne Scotchmer, *The Political Economy of Intellectual Property Treaties*, 20 J. L. ECON. & ORG. 415, 436 (2004). However Professor Scotchmer states that since the spillover in public domain cannot be recouped, the public funding will be deficient. For Professor Scotchmer, harmonization is an efficient way to ensure the spillover produced from the public funding can flow back from what has already conferred on foreign consumers.

GDP與R&D關係 (1987年)



圖三：各經濟體的人均所得與研發投入關係圖

來源：Joseph E. Stiglitz, *Knowledge as Global Public Good*, in *GLOBAL PUBLIC GOODS* (Inge Kaul, Isabelle Grunberg and Marc Stern ed. Oxford USA., 1999).

研究者之間，也會建立彼此的行為共識，以便對方從自己提供的素材中得到下一步的理解和發想。拜杜法案傷害的是科學社群間公有主義的體制，促進的是秘密與私有，其害難以想像。此外，研究者必須要了解已受到專利保護的內容為何，才能接續創新，不斷改善現有技術。然而可以供技術開發人員利用的機制，卻逐漸縮減，如逆向工程（reverse engineering）或對專利保護的內容之試驗。因為藉由逆向工程而得到的知識，引起後進者的接續創新（sequential innovation）不僅是法律上允許的行為，而且對於開發中國家而言應該屬於被鼓勵的行為，卻有可能會因為法律過度限制資源之利用而無法達成。¹⁰²在美國法上，只允許基於「純娛樂、純業餘」的意圖進行對專利保護的內容之

¹⁰² Jerome H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS 協定 Agreement*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 11, 24 (1996-1997).

試驗，這樣的解釋結果卻是實質上將專利保護效力延伸至「潛在」競爭者的「未來」商品開發階段，是否合於專利體系之內在目的，深有疑慮。

Henry & Stiglitz 指出，能夠產出知識的「投入」，就是知識本身。如果牛頓是站在巨人的肩膀上才能看到世界，那麼就不應允許任何人「私有化」巨人的肩膀。¹⁰³對於公共領域的探求與理解是重要的，而公共領域中的內容應使人得以充分利用。現在公共領域所面臨的就是私領域的擴張，因此侵蝕了公共領域的範圍，巨人的肩膀受到了搖撼。並不存在任何理由，使人毫無懷疑地認同全球的知識社群必須因標準過高的智慧財產權而承擔過份的支出，以至於對知識的探求受到更廣泛的限制。

尋求在公共領域的知識利用與智慧財產權保護之間的最佳平衡點並非易事，而開發中國家應針對個別智慧財產權類型，考量其不同的市場競爭程度、商業模式、研發成本等問題，設計不同的保障機制，以提供最適度產業發展誘因。專利制度本是巨觀創新系統的其中一環，然而創新系統中及他部分的機制也十分重要，如政府的支持、研究機構的建制、實驗室設備建設與擴充、人才的召集委任、研究與創新競賽之舉辦等等。智慧財產權制度是一項可能的解決機制，然而並非唯一且經證實為最有效的解決機制。

¹⁰³ Claude Henry & Joseph E. Stiglitz, *Intellectual Property, Dissemination of Innovation and Sustainable Development*, 1 GLOBAL POL'Y 237, 240 (2010).

第陸章 開發中國家與競爭法、專利制度的交錯

一、開發中國家與競爭法法制

6.1.1 競爭法與智慧財產權的交錯

Robert Merges 在〈百年孤寂：智慧財產權法——19 世紀至 20 世紀〉一文中寫道：「法律的預設——一般的法則，為開放與自由之競爭。」¹競爭被視為非常基本的法則。²對於社會而言，競爭所帶來最大的好處就是創新。競爭法可以制裁不正當的商業行為，使得市場恢復秩序，為消費者帶來福利。Hovenkamp 亦認為價格的競爭將帶來經濟成長。³前述見解不僅為今日學者所採，亦為我國公平交易法第一條⁴及公平會審理技術授權協議案件處理原則前言⁵所揭示。從競爭法角度來看，專利權人透過智慧財產權保護取得法律上之獨占及排他性地位，似乎與競爭法促進競爭之目的有所扞格，惟進一步探究專利法與競爭法之立法意旨與緣由，其目的均為促進技術革新、確保消費者利益、使資源達效率配置。⁶兩者具有相同的目標，意在促進創新。

智慧財產權法律之中較少存在反托拉斯的規定，然而競爭法卻不限制於專利法或著作權法等領域。智慧財產權是一種法律所給予排他或獨占的地位，若不予以妥善的限制，將可能造成權利人濫用這種地位。Reichman 指出，現有的各種文獻在討論創新上所犯的錯誤為「將創新的力量視為理所當然」，如果智慧財產權法並不提供任何在發明人和模仿者間的制衡或平衡因素，那麼在創新上可能經歷的風險會昇揚至無法接受之高點。⁷原本著作權與專利權是競爭之海上的小島，但現在我們仿佛身處保護之海上而尋

¹ Robert P. Merges, *One Hundred Years of Solitude: Intellectual Property Law, 1900-2000*, 88 CAL L. REV. 2187, 2239 (2000).

² Herbert Hovenkamp, *Innovation and the Domain of Competition Policy*, 60 ALA. L. REV. 103, 103 (2008-2009).

³ *Id.*, at 104.

⁴ 公平交易法第一條：「為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法；本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」

⁵ 公平會審理技術授權協議案件處理原則前言：「……以技術交易為代表之專利、專門技術授權協議對於授權技術之充分利用，具有促進競爭之效果……。」

⁶ 關於智慧財產權保護制度與競爭政策關係

⁷ Jerome H. Reichman & Tracy Lewis, *Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries: Application to Traditional Knowledge*, in INTERNATIONAL PUBLIC GOODS AND TRANSFER OF

找競爭之島。而世界各開發中國家對於競爭法的操作，有許多仍然在摸索途中。Guzman 就指出，智慧財產權與競爭法在國際協約的立場上是近似的，因為兩者皆帶有策略性操作的意涵。⁸在專利權與競爭法交錯的部分，最值得討論的就是專利濫用與拒絕授權的問題，而美國與歐盟的競爭法的見解不同，在國際上並無定論。究竟開發中國家是否能藉由型塑自身的競爭法體制，藉由管制專利濫用、拒絕授權、濫用市場優勢地位等行為，建立一「傾競爭（pro-competitive）體制」，本文以下將討論此一問題。

6.1.2 美國與歐盟：兩種體制的選擇

世界各國目前對於競爭法的規範尚無較有影響力之條約或國際法原則，因為競爭法並帶有強烈的政策性，各國的競爭法體系各不相同。然則如果要尋找法治先進國家的競爭法，世界兩大經濟體美國與歐盟的競爭法規範在立場與功能上也有所差異。美國的競爭法制定時對獨占與經濟集中帶有敵意，歐盟的競爭法的設立目標則為打破各國藩籬、建立共同市場。歐盟的競爭法較著重於保護中小企業免於獨占企業的威脅，美國的競爭法則是受自由經濟思潮影響較著重市場功能的發揮。美國的休曼法（Sherman Act）第二條的「獨占」（monopolization）概念也與歐盟羅馬條約（Treaty of Rome）第 82 條「市場優勢地位（dominant position）之解釋不盡相同。

依據 GATT 之規定，各會員國訂定自己的國際貿易政策來規範跨國貿易的企業競爭行為，而對國內企業之行為的規範則是依據各國之競爭法。GATT 只就部分的反競爭行為設有規範。⁹TRIPS 協定當中也未規定應如何處理智慧財產權與競爭的關係，僅給予一些較為指導性的原則，如：禁止專屬性回饋授權（grant-backs）條款、禁止不可挑戰專利有效性之合意，及禁止強制包裹授權。¹⁰TRIPS 協定也認同強制授權可作為救濟反

TECHNOLOGY UNDER A GLOBALIZED INTELLECTUAL PROPERTY REGIME 345 (Keith Maskus & Jerome H. Reichman ed., 2005).

⁸ Andrew T. Guzman, *International Antitrust and the WTO: The Lesson from Intellectual Property*, 43 Va. J. Int'l L. 933, 935 (2002-2003).

⁹ See General Agreement on Tariffs and Trade, October 30, 1947, Art. VI, XVI, TIAS 1700, 55 U.N.T.S. 194.

¹⁰ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments—Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125, 1197 (1994) [hereinafter TRIPS]. TRIPS Art. 40 (2). (“Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member.”)

競爭效果之方式。¹¹另外，TRIPS 協定中規定會員國就反競爭行為之執行應經過協商與提供證據的發現程序。¹²

如果要選擇一個國際競爭法的範本，美國和歐盟的競爭法應該是首要的兩個選擇。雖然美國於 1890 年即訂立休曼法，然而休曼法並非初始時即為一部縝密的法律，應屬於一種經濟發展下為執行政策的產物，初始之時，休曼法關注的焦點為對於經濟力量集中之疑慮。爾後美國又制定克萊頓法（Clayton Act）來調節其他反競爭行為，因而管制競爭的條文散見於不同法案，在美國則總稱其為「反托拉斯法」。Fox 即指出，美國與歐洲的競爭法系出不同，而美國的競爭法在後續發展的操作上深受芝加哥學派（Chicago School）¹³的影響，較注重總體財富（aggregate wealth）的增加而非促進財富之分配。然而美國的競爭法近年來的操作演變為只著重企業水平聯合（cartels）與合併（merger）兩項行為，可謂近乎是廢止了部分的競爭法。¹⁴Fox 認為在美國學者眼中，競爭法的意義與開發中或低度開發國家的競爭法目標並不相同。甚至暗指美國的競爭法將形成一種「不公不義」的形象，因美國的競爭法並不考慮「不公平」的情形——如談判力量的差距。因為競爭法和環境法不同，競爭法的意義不在於追求「最低標準」之設定。如果最後美國的操作結論並非是傷害大企業以保護小公司，對於開發中國家而言或許是不能接受的結果。¹⁵

相對地，歐盟的競爭法著重的是對「市場優勢地位的濫用」之譴責。有許多受芝加哥學派認定的「正當交易行為」，在歐盟的操作上將可以被認定為「濫用市場優勢地位」。羅馬條約第 82 條的「市場優勢地位」不只包括獨占，寡占的情形也可能包括在內。市場優勢地位的發生，亦可能包括法律所形成的障礙，如給予智慧財產權的保護等等。濫

¹¹ TRIPS Art. 31 (c). (“the scope and duration of such use shall be limited to the purpose for which it was authorized, and in the case of semi-conductor technology shall only be for public non-commercial use or to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive;”) And TRIPS Art. 31 (k). (“Members are not obliged to apply the conditions set forth in subparagraphs (b) and (f) where such use is permitted to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anti-competitive. The need to correct anti-competitive practices may be taken into account in determining the amount of remuneration in such cases. Competent authorities shall have the authority to refuse termination of authorization if and when the conditions which led to such authorization are likely to recur;”)

¹² TRIPS Art. 41-43.

¹³ 芝加哥學派代表了支持「自由放任」（laissez faire）的經濟制度，反對任何形式的干預，反對社會主義計劃經濟與凱恩斯主義。在方法論上強調經濟學應是一門實證科學，支持新古典經濟學價值理論的經濟分析，主張以實證經濟學（positive economics）的方法來論證。著名人物有於 1976 年得到諾貝爾經濟學獎的 Milton Friedman 等。其他著名的理論家如主張解除管制的 George Stigler，以及 Ronald Coase 提出寇斯定理（Coase's theorem）等。

¹⁴ Eleanor M. Fox, *Trade, Competition, and Intellectual Property—TRIPS and its Antitrust Counterparts*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 481, 499 (1996) [hereinafter *TRIPS and its Antitrust Counterparts*].

¹⁵ *Id.*, at 496-498.

用市場優勢地位包括排他以及剝削，前者指的是非依正當模式侵犯競爭者利益或將競爭者驅逐於市場之外；後者指的是利用市場地位所形成的勢力直接迫害顧客。其樣態可能包括：拒絕交易、獨家交易、搭售，掠奪性定價、包裹價格等等。智慧財產權權利人若拒絕與潛在競爭者締結授權契約，而授權之標的於現實上並不存在其他可能的替代物時，權利人拒絕交易之行為將違反歐盟競爭法。¹⁶

單純從美國學者的眼光看來，即使競爭法的執行並不能夠證實更促進競爭或市場整合，歐盟競爭法仍然會以防範不正當競爭之名抹除某些智慧財產權。是故 Fox 直言，如果低度開發國家在選擇競爭法體制時，所欲求的目標是將智慧財產權保留在國內的話，對於智慧財產權管制較嚴格的歐盟競爭法可能較適合。尤其是許多美國競爭法的主張者總是認為制定更多限制權利與侵入自由領域的管制規則，是傷害競爭的。¹⁷

6.1.3 國際競爭法的和諧化 (Harmonization)

競爭法的和諧化¹⁸最早可以說是由 1940 年的哈瓦納憲章 (Havana Charter) 開始，然而在烏拉圭回合談判由於美國國會的反對並未完成談判。¹⁹國際貿易組織 (International Trade Organization, ITO) 憲章亦為國際間較早的「競爭共識」。該憲章第五章就「限制營業行為」加以規範。1976 年經濟合作暨開發組織 (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) 公佈多國籍企業指導方針也對多國籍企業競爭行為有所規範。聯合國大會依聯合國貿易發展會議 (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD) 通過「限制性商業行為之管制之多邊協議公平原則」(Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices) 之決議，也以美國和歐盟的規定作為模範。但聯合國大會之決議僅對會員國有建議之效力。²⁰

國際競爭法和諧化意義在於控制事實上跨國反競爭行為。跨國反競爭行為事實上是可能存在的，然而實行一國的競爭法時，效力有不能橫跨他國的疑慮，因為雙方國家採取的可能是內容不同的競爭法。雖然可以藉由雙邊協議等使各國達成一定的共識，但力

¹⁶ 陳建好，從獨占事業濫用優勢地位論過高價格之管制——以歐盟為例，中原大學財經法律學系碩士論文，頁 35-48 (2003)。

¹⁷ *Id.*, at 497-498.

¹⁸ 意指使國際間使各個種類相同之法律其實質內容趨向一致的立法行動。

¹⁹ World Trade Organization, *The GATT years: from Havana to Marrakesh*, available at http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm (last visited May 12, 2012).

²⁰ See The United Nations Set of Principles and Rules on Competition, at 3-5, available at <http://www.unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf> (last visited May 12, 2012).

量較微小的國家往往欠缺在談判桌上討價還價的能力。²¹最重要的是跨國反競爭行為會影響的是他國消費者的福利，不幸的是許多國家的競爭法只關切內國的效力與國內廠商的利益，徒然只是自利的競爭法。²²因此使國際競爭法和諧化有其必要在，國際競爭法和諧化有有助於為在他國的救濟行為取得正當性（*legitimacy*）。

WTO 是一促成國際競爭法和諧化可能的平台。²³於 1996 年 WTO 新加坡部長級會議時各國就將競爭法列為重要議題之一，並且成立貿易與競爭政策工作小組（*Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, WGTCP*）。2001 年在回合談判後所發表的杜哈宣言²⁴中授權指示貿易與競爭政策工作小組須釋明開發中國家與聯合行為（*cartels*）相關的透明原則、不歧視原則、程序正義等條文，並且協助其加強促進競爭相關制度之能力建設（*capacity building*）。²⁵巴西與印度等開發中國家認為應正視個別國家之性質與背景之不同，並且重視個案需求。²⁶

由於坎昆部長級會議談判破裂，以致各項工作與議程持續延宕。論者以為 WTO 貿易與競爭政策工作小組的兩大主要目標為禁止聯合行為與加強各國競爭法的一致化，而非在於達成各國的競爭法內容的和諧化。²⁷然而在多邊協議的架構下畢竟與獨立選擇競爭法不同。現在的 WTO 規範允許各國自行選擇競爭法體制，反對最終和諧化的見解則認為，若將各國的競爭法一致化，將犧牲實驗不同制度可能獲得的利益，並且一旦透過 WTO 體制所訂下之制度將有難以再次改變的可能性。²⁸Lee 則指出，WTO 的多邊談判架構有利於開發中國家的能力建設，因為操作競爭法需要受過訓練的經濟與法律專才，是故開發中國家在 WTO 的架構下可以得到較多援助。²⁹Fox 亦認為，杜哈架構較類似歐盟指令，具有原則性導向之功能，卻允許各國為不同之更動。³⁰由歐盟所提議的杜哈架構重視的是相互能力建設的支援與同儕審查（*peer review*）。³¹

²¹ Eleanor M. Fox, *International Antitrust and the Doha Dome*, 43 VA. J. INT'L L. 911, 916-917 (2002-2003) [hereinafter *International Antitrust and the Doha Dome*].

²² *Id.*, at 919.

²³ See generally Guzman, *supra* note.

²⁴ World Trade Organization Ministerial Declaration of November 2001, WT/MIN(01)/Dec/1, 41 I.L.M. 746 (2002) [hereinafter *Doha Declaration*].

²⁵ *Id.* paragraph 25.

²⁶ WTO, Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy [WGTCP], Report on the WGTCP Meeting of 19-20 April, WT/WGTCP/M/8, paragraph 20-22 (June 10, 1999).

²⁷ Jae Sung Lee, *Towards a Development-Oriented Multilateral Framework on Competition Policy*, 7 SAN DIEGO INT'L L.J. 293, 297 (2005-2006).

²⁸ John O. McGinnis, *The Political Economy of International Antitrust Harmonization*, 45 WM. & MARY L. REV. 549, 551 (2003-2004).

²⁹ *Id.*, at 307-308.

³⁰ Fox, *International Antitrust and the Doha Dome*, at 913.

³¹ *Id.*, at 926.

二、競爭法與專利權之交錯

6.2.1 競爭法上獨占與專利權獨占意義之不同

競爭法與專利權領域的交錯，並非從智慧財產權法立法後不久即發生。至 1914 年為止，美國競爭法尚未開始處理智慧財產權問題。³²到了 1931 年的 *Carbice v. Am. Patent* 一案³³中，美國最高法院的 Brandies 大法官利用獨占的概念來處理專利權，認為專利權是「法律所給予的獨占」，若權利人擴張專利權至無專利權保護等法律不允許的範圍，形同「擴張獨占力量」，³⁴這樣的見解卻受到芝加哥學派的批評。Hovenkamp 認為當時的法院在競爭法理論與智慧財產權理論的操作中飄移不定。³⁵直到 1942 年，美國最高法院才在 *Morton Salt v. Suppiger* 一案³⁶中才漸漸發展出「專利濫用」(patent misuse) 原則，並且認為將受專利保護的產品與未受專利保護的產品搭售 (tying) 將同時違反專利法與反托拉斯法。事實上，英法對專利權的概念上之「獨占」³⁷和經濟學與競爭法所使用之「獨占」其意義並不相同，下文將分述兩者間差異何在。

競爭法對於獨占的定義是從個體經濟學對市場的定義出發。在經濟學中市場是以「產品」作為歸類的，指的是生產某特定產品的廠商，及與廠商共同決定產品價格的消費者之集合。而市場分為不同的結構，有完全競爭市場、寡占市場，與獨占等分類。在獨占的平面模型中，需求線由左上傾斜至右下，意指廠商可能隨產量調整價格，當產量提高時價格將降低，反之產量降低時價格將提高。獨占廠商的平均收益線與需求線相同，邊際收益線則位於平均收益線下方。獨占廠商沒有供給曲線，廠商的最適產量（下圖之 Q）由邊際成本等於邊際收益決定，然後才依市場需求訂定產品價格（下圖之 P）。獨占廠商若欲達到最大收益，必須將產量與價格控制在邊際成本線與邊際收益線之交錯點，使邊際成本與邊際收益相等。由於市場需求為一負斜率的曲線，同一產量對應的價格將高於邊際收益，因此獨占廠商的最適產出不是最有效率的產出，能將造成若干無謂損失 (Dead Weight Loss, DWL)。個體經濟學對獨占的概念來自分析廠商與市場的關係，獨占是一種特殊獲利情形下產量與價格的控制模式。³⁸

³² Hovenkamp, *supra* note 2, at 108.

³³ *Carbice Corp. of Am. v. Am. Patents Dev. Corp.*, 283 U.S. 27, 34-35 (1931).

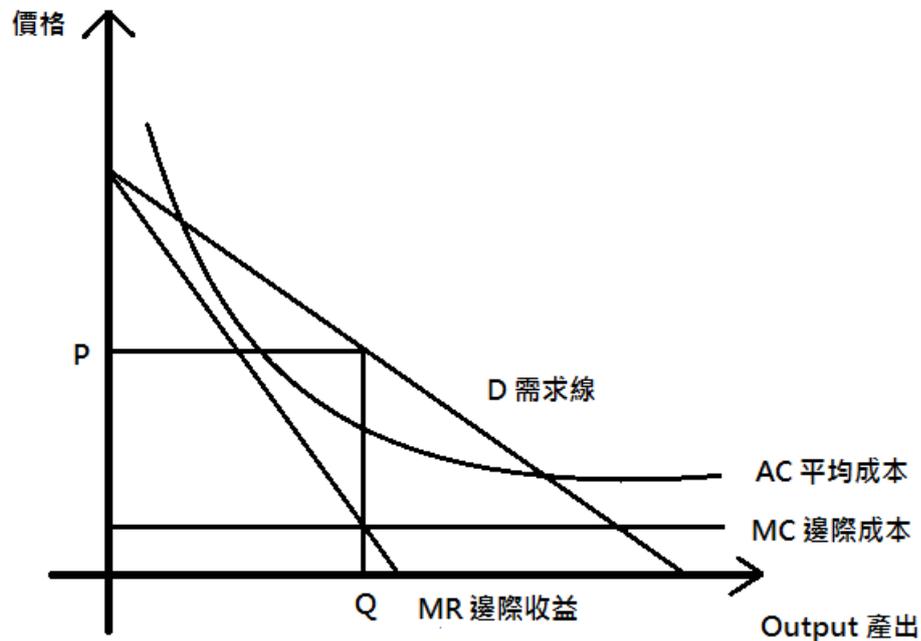
³⁴ *Id.*, at 31-32.

³⁵ Hovenkamp, *supra* note 2, at 112-113.

³⁶ *Morton Salt Co. v. G. S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488, 494 (1942).

³⁷ 請參閱本論文第參章。

³⁸ 一般關於市場結構的理論可參閱：Robert S. Pindyck & Daniel L. Rubinfeld 著，劉純之等譯，個體經濟



圖四：獨占的價格與產量表示圖

來源：作者繪製

智慧財產權的「獨占」概念來自 17 世紀英國都鐸王朝的一種重商主義商業措施，使人民得以取得特定期間的保護，進行獨家交易，目標在促進新事業的引進。在往後不斷運作中，權利人可以依照法律的規範將權利依授權契約條款轉移予他人使用，因而在非排他的授權之下，可能在市場中的所有生產者皆得以利用該項權利的內容。在這樣的情形下，所有的廠商在市場力量、產量與價格的分佈上仍然有各種不同的樣態，並不因為廠商取得智慧財產權而有巨大的不同。現今的競爭法學者也不認為僅僅擁有智慧財產權就會促成經濟上的獨占地位。³⁹專利權尤為如此，因單一產品上可能同時存在許多專利，而且也有可能擁有太多替代品，最後無法精確界定出市場何在。是故，智慧財產權或是專利的「獨占」概念並非一精確的描述，更為精確的定義應將智慧財產權稱為「排他性的權利」。⁴⁰爾後英美法在論述時仍然會將智慧財產權稱為「法律所給予的獨占」，

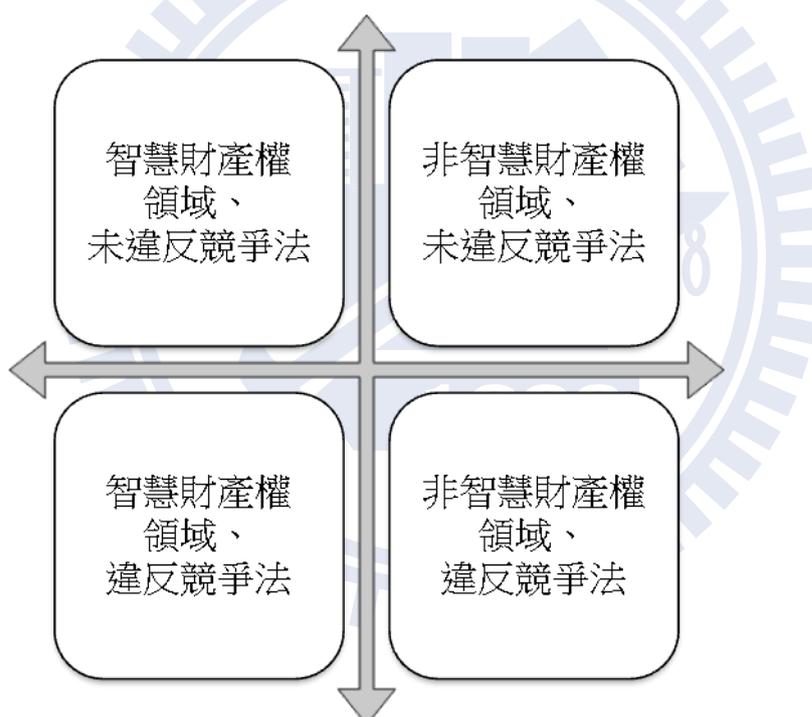
學，華泰文化，第六版，頁 355-382（2005）。

³⁹ Thomas F. Cotter, *The Competitive Interest in International Property Law*, 48 WM. & MARY L. REV. 483, 486 (2006-2007).

⁴⁰ See also Mark A. Lemley, *A New Balance Between IP and Antitrust* (Stanford Law School. Working Paper No. 340, 2007) available at <http://www.ipinfo.com/tiedostot/Lemley.Helsingfors.pdf>.

但本文認為這種用語毋寧是歷史的遺跡。⁴¹

1993年研擬設立WTO的期間，由德國反托拉斯專家和美、日、瑞士和波蘭學者組成稱慕尼黑小組（Munich Group），經過商討研究後共同推出的「國際反托拉斯法典草案」（Draft International Antitrust Code），⁴²國際反托拉斯法典草案於智慧財產權與競爭法的關係採用「四象限理論」（four-area theory），其區分方法如下圖所表示。在左下方的區域行使的權利落入智慧財產權領域且違反競爭法，在右上角未違反競爭法部分可以是單純的合法行為，或者是美國法上所稱的專利濫用。國際反托拉斯法典草案起草人之一的費肯雪（Wolfgang Fikentscher）教授認為，專利濫用並不違反競爭法。



圖五：國際反托拉斯法典草案四象限理論示意圖

來源：作者繪製

6.2.2 競爭法上禁止獨占與專利法上專利濫用之交錯

⁴¹ 有趣的是，日本法討論時，也會使用如「發明人基於獨占發明而實施」之用語，似將獨占之意義擴張得較為廣泛。

⁴² See Fox, *TRIPS and its Antitrust Counterparts*, at 499.

6.2.2.1 專利濫用與反競爭行為

美國法上關於專利濫用的理論是認為，若專利權實施行為是於專利權法定保護範圍之合理行使不會構成專利濫用，反之，若此一專利權實施行為不當擴張專利法所賦予其法定保護範圍，經法院以「合理原則」(rule of reason)判斷後，會對競爭秩序造成影響時，便會構成專利權之濫用。專利濫用的適用條件也比競爭法來的寬鬆，被告提出專利權濫用之抗辯無須證明其因為濫用行為而受有損害。⁴³然而因此卻對於專利濫用、不法擴張專利範圍的認定，卻有不確定性之危險存在⁴⁴，因此有造成投資動機減少之疑慮。⁴⁵ Feldman 指出在早期如 *Motion Picture* 等案⁴⁶中，美國最高法院並不利用反托拉斯法以判斷專利濫用，因為當時的法院認為專利範圍只及於利用專利技術發明的產品上。即使法院最後仍適用克雷頓法 (Clayton Act) 來判斷行為人違反禁止搭售之規定，*Motion Picture* 一案的基礎仍是以專利的原則作為判斷。⁴⁷ Feldman 並提及在 *Morton Salt* 一案中，最高法院也不認為構成專利濫用須同時違反反托拉斯法。⁴⁸ 法院強調專利法之目的乃為公共利益而存在。⁴⁹

在專利濫用的漸進發展中，行為人行使權利是否造成反競爭效果的問題逐漸浮上檯面。在 *Virginia Panel Corp. v. MAC Panel Co.* 一案中，法院意見則指出，判斷專利權濫用的核心問題，應是專利權人有無造成「不法擴張專利範圍，造成反競爭的效果 (anticompetitive effect)」。⁵⁰ 法院以合理原則對「反競爭的效果」，以及權利人是否對交易行為施加「不合理的限制」進行分析。之後許多法院認為構成專利濫用的行為，同時必須構成反競爭行為，因而法院在認定反競爭行為時，必須認定反競爭行為之行為人擁有市場力量。⁵¹ 在認定專利濫用時，法院必須判斷系爭行為之行使是否超越「專利權之範圍」⁵²——意即，是否權利人主張了本應落入公共領域之標的。⁵³

⁴³ See *Morton Salt Co. v. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488, 494 (1942)

⁴⁴ Jerome H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 11, 24, 52-54 (1996-1997).

⁴⁵ 在濫用地位的論述上一向存在種種困難，比較法上有許多例子。例如如何判定權利人收取何種價格為「過高」即有顯著的難度。至於歐洲法院對羅馬條約第 82 條 (a) 款的解釋，雖已承認收取較高之價格是合法的競爭，惟並未允許權利人可以毫無限制的訂定價格。

⁴⁶ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg.*, 243 U.S.

⁴⁷ Robin C. Feldman, *The Insufficiency of Antitrust Analysis for Patent Misuse*, 55 HASTINGS L.J. 399, 406-408 (2003-2004).

⁴⁸ See *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488, 490, 492 (1942).

⁴⁹ *Id.*, at 492.

⁵⁰ *Virginia Panel Corp. v. MAC Panel Co.*, 133 F.3d 860 (1997).

⁵¹ Cotter, *supra* note 39, at 488.

⁵² See, e.g., *Blonder-Tongue Labs., Inc. v. Univ. of Ill. Found.*, 402 U.S. 313, 343-44 (1971)

⁵³ Cotter, *supra* note 39, at 489.

美國國會之後的修法卻使得專利濫用操作更為困難，1988 年的「專利濫用改革法案」(the Patent Misuse Reform Act)⁵⁴修正了第 271(d)條，要求在搭售的情形主張專利濫用的被告須證明原告擁有市場力量，使得主張專利濫用的難度提高。由於國會在其他專利濫用的情形並未定下進一步指示，是故要求證明原告擁有市場力量一事仍陷於爭議。聯邦上訴巡迴法院在認定專利濫用時，則認為構成專利濫用的兩項要件為：「於法律准予的範圍外行使專利權」及「造成反競爭效果」。符合此兩項要件後，法院再適用合理原則判斷系爭行為是否有限制競爭之效果。⁵⁵是故被告必須證明系爭行為違反專利法與反托拉斯法。⁵⁶在極少數情況下，專利濫用和反競爭行為並非完全重疊，構成專利濫用並不意味著一定會構成反競爭行為⁵⁷；在非當然違法之情形，論者以為專利濫用和反競爭行為其意義相同。⁵⁸

Hovenkamp 指出，即使是今日的美國法院，對於專利濫用的認定，可能較反競爭行為為來得多樣。⁵⁹Hovenkamp 並不諱言，在專利權的領域競爭法能發揮作用之處並不如想像中廣泛。通常法院會判斷違反反托拉斯法的情形通常是權利人以詐欺之手段取得專利，或是提起爭訟時專利權已不能執行等情形。即使專利範圍本身存在矛盾，而可能受判斷為無效之專利，但法院仍然比較傾向於在專利權「明顯無效」時，方利用反托拉斯法進行判斷。在專利權協議時亦同，法院較不傾向干涉，只有在「當然違法」(*per se illegal*)之情形法院才會更為重視。⁶⁰

6.2.2.2 對於專利濫用之批評

專利濫用演變至後來成為美國法上用以處理發生在專利範疇反競爭行為的方式，然而專利濫用的操作卻非具有確定性與可預測性，Cotter 認為主要的原因是美國法院將專利濫用的構成要件設定為為：「於法律准予的範圍外行使專利權」。Cotter 稱其為「超越範圍論理」(the "beyond-the-scope" rationale)。首先，超越範圍論理並未說明為何於法律准予的範圍外行使專利權是一項不被允許的行為，以至於未受交易影響之人亦得主張專利濫用⁶¹。其次，在超越範圍論理中，法院必須確認權利人是否不合理地在專利範圍之

⁵⁴ 35 U.S.C. § 271(d)(4)-(5).

⁵⁵ See e.g. *Va. Panel Corp. v. MAC Panel Co.*, 133 F.3d 860, 869 (Fed. Cir. 1997).

⁵⁶ Cotter, *supra* note 39, at 429.

⁵⁷ 例如與無專利保護商品搭售之情形。

⁵⁸ Cotter, *supra* note 39, at 502.

⁵⁹ Hovenkamp, *supra* note 2, at 114.

⁶⁰ *Id.*, at 123.

⁶¹ 因此主張專利濫用者無須證明其有損害。參閱陳家駿、羅怡德，公平交易法與智慧財產權，五南出版社，頁 110 (1999)。

外行使權利，然而此種認定存在本質上之困難。專利範圍的功能在於可以界定專利權的界限，但決定發明是否確實落入專利範圍卻是十分困難的任務。Cotter 如是說明：「字面上的邊界總是在某些思想（ideas）與事實（facts）間停止。然而分辨何謂思想與何謂事實毋寧是一個基於政策（policy）而產生的結論。」——此處 Cotter 所指的政策即是競爭政策。⁶²Hovenkamp 亦認為專利制度本身的缺陷限制了競爭法可以作用的範圍，⁶³其中一項缺陷即是「智慧」此種「財產權」並不如土地等傳統財產權一般具備明顯的界線，而使得在專利爭議中對於越界之情形變得格外難以判斷。⁶⁴以至於在專利濫用之情形，法院比較傾向於對於專利有效期間或文義，以表面形式判斷來決定是否有「於法律准予的範圍外行使專利權」之情事。⁶⁵

Feldman 則對法院將專利制度與反競爭效果聯結作出了批評，認為兩部法典的初始目的並不相同，強行相互聯結則會使得專利制度所關切的利益無法被突顯。美國在操作反托拉斯法的時候只能檢視特定幾種反競爭行為，而不能顧及行使專利權時會發生之所有問題，是故將反托拉斯法的規則以及反競爭行為的測試套用在專利上，將會忽略專利制度重要之立意。⁶⁶因為反競爭行為重視的市場力量之認定，這和專利政策的考量並不相同，如果每一次在認定專利濫用時皆必須認定市場力量，恐怕將違背專利政策的需要。專利制度重視的是創新之鼓勵，但競爭法關切的是價格之升降效果，競爭法並非能迅速回應專利制度的考量。若是以競爭法來判斷系爭行為對於專利制度的不良影響，將使得裁斷者陷於目盲。⁶⁷

6.2.2.3 專利濫用之救濟

一旦構成專利濫用，法院將禁止權利人之執行，直到專利濫用的效果消失為止。⁶⁸若權利人能「洗淨」（purge）專利濫用之行為，法院方判斷專利可以執行，回復其執行之效果。⁶⁹專利濫用的損害須以金錢賠償。

6.2.3 歐盟競爭法上之拒絕授權

6.2.3.1 歐盟競爭法與智慧財產權

⁶² Cotter, *supra* note 39, at 504-505.

⁶³ Hovenkamp, *supra* note 2, at 123.

⁶⁴ *Id.*, at 120-121.

⁶⁵ Feldman, *supra* note 47, at 414.

⁶⁶ *Id.*, at 400.

⁶⁷ *Id.*, at 401.

⁶⁸ *See, e.g.*, C.R. Bard, Inc. v. M3 Systems, Inc., 157 F.3d 1340, 1372 (Fed. Cir. 1998).

⁶⁹ Cotter, *supra* note 39, at 488.

歐盟競爭法對於優勢地位濫用之解釋中包括形成過度的進入障礙，如擁有某項關鍵技術，或者是擁有極為重要的資訊，或是最小有效規模（minimum efficient scale, MES）佔市場比例過大，潛在進入者進入前後產品的價格差異過大，使得潛在進入者負擔的風險過高，進入的可能性太小等等情形。⁷⁰ 歐盟競爭法認為授予某些特定廠商智慧財產權，使得其他廠商必須負擔較多研發成本，因此仍然有可能構成競爭障礙。擁有智慧財產權的廠商可以利用排他權排除競爭者一段時間，是故有競爭之利益。但不代表廠商因擁有智慧財產權即擁有市場優勢地位。依法律而授予的智慧財產權是一種專屬權、排他權，而市場優勢地位並非發生法律效力即存在，必須從事實上進行各種證據的確認與驗證。如果發現授予智慧財產權已經無法達到新穎以及創造之目的，仍然授予某些特定廠商智慧財產權，將形同授予優勢地位，因而有損鄰近市場之競爭，⁷¹ 例外地形成優勢地位之濫用。在某些案例之中主管機關認為擁有智慧財產權並且因此而提高價格，不當然構成優勢地位之濫用。若是將定價抬得過高則否，廠商因擁有智慧財產權而向消費者榨取高額營收，仍然會違反競爭法。⁷²

關於拒絕授權所涉及之優勢地位濫用，乃美歐及我國智財權與競爭法學者專家所關注之焦點。如歐盟執委會於 2003 年七月對歐洲大藥廠 AstraZeneca 正式展開調查，初步認定專利藥廠藉由專利權行使而阻礙學名藥上市行為，構成優勢地位濫用。⁷³ 早期較有名的案件如 Magill 案⁷⁴，電視廣播公司 ITP、與原告 RTE（Radio Telefis Eireann）和英國廣播公司（BBC）拒絕將其節目資訊給予電視周刊出版者 Magill TV Guide, Ltd.。歐盟執行委員會決定 ITP、RTE 及 BBC 必須將節目資訊授予 Magill 使用，於是原告向歐盟法院提起訴訟，要求撤銷執委會該決定。當時北愛爾蘭可收看 ITP、RTE 及 BBC 的節目，但沒有綜合性的電視周刊，收視戶若想要取得節目表，必須分別查閱。各電視台對其節目表擁有著作權，受智慧財產法保護。Magill 於 1985 年出版其電視周刊，並刊載各電視台節目表，三家電視台即向北愛爾蘭法院提起禁制令以禁止 Magill 之違法使用。法院認同執委會之決定，因為三家電視台未能提出拒絕授權的合理事由，為濫用其著作權，自屬濫用支配地位，駁回 RTE 之主張。

6.2.3.2 關鍵設施原則之適用

⁷⁰ 陳建好，前揭註，頁 73-75。

⁷¹ 陳家駿、羅怡德，「美國反托拉斯法適用智慧財產權基本原則探討」，公平交易季刊，第二卷第四期，頁 24-25（1994）。

⁷² 陳建好，前揭註，頁 89-90。

⁷³ 參閱李素華，「歐洲製藥大廠阻礙學名藥上市行為被控優勢地位濫用」，科技法律透析，頁 4-6（2003）。

⁷⁴ Radio Telefis Eireann and Independent Television Publications Ltd v. Commission, Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P, [1995] ECR I-0743.

歐盟競爭法主管機關將硬體設備設施的關鍵設施原則（Essential Facilities Doctrine）⁷⁵援引至專利權之拒絕授權個案。關鍵設施原則亦有稱之為樞紐設施理論、基礎設備理論、瓶頸設施理論、瓶頸獨占理論（the bottleneck monopoly theory）等。援引關鍵設施理論者必需證明該當如下嚴格的要件：（1）關鍵設施由獨占者所控制（control of the essential facility by a monopolist）；（2）競爭者無法實質的或合理的複製該關鍵設施（a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility）；（3）拒絕競爭者使用該設施（the denial of the use of the facility to a competitor）；（4）提供該設施乃可行的（feasibility of providing the facility）。

原本關鍵設施所指的是交通要道上有樞紐地位的某個機具，或者是如 Port of Rødby 一案⁷⁶中唯一通往外地的港口。若是競爭者不能使用該關鍵設施，即不能與原本操縱該關鍵設施的廠商競爭以提供消費者同類服務。是故操縱該關鍵設施的廠商限制競爭者使用將構成優勢地位之濫用。然而歐盟主管機關認為某些技術或受智慧財產權保護的標的，具有極強的不可取代性時，會將該智慧財產權保護標的認定為「關鍵設施」。此涉及所謂「關鍵設施原則」於智慧財產權保護標的適用上之爭議，⁷⁷形成歐盟競爭法在處理智慧財產權時的一大特色。

在微軟的拒絕授權案⁷⁸中，歐盟的決定引起非常大的爭議。微軟拒絕將其工作站電腦作業系統的原始碼授權給昇陽電腦公司（Sun Microsystems Inc.），因而昇陽電腦向歐盟提起本案。主管機關自 2003 年起至 2008 年，陸續對微軟處以數億歐元的罰金，並勒令微軟提供互用性（interoperability）介面資訊，以及不包含 Windows Media Player 此一播放軟體的視窗版本予消費者。微軟向歐盟法院提起爭訟，希望能撤銷裁罰規定。本案的議題在於系爭原始碼是否具有「不可替代性」（indispensability），以符合認定關鍵設

⁷⁵ 美國法上並不承認關鍵設施原則，法院通常適用合理原則審理。法院會綜合判斷被告反競爭行為對市場之影響，以及消費者福利之增進等。反對關鍵設施原則的學者認為若是輕易允許原告主張關鍵設施原則，將會有所疏失，而形成一種單純對獨占敵視的行為。See Phillip Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 ANTITRUST L.J. 841 (1989-1990). 然而近來美國也有見解認為可將關鍵基礎科學研究視為「關鍵設施」。See Claude Henry & Joseph E. Stiglitz, *Intellectual Property, Dissemination of Innovation and Sustainable Development*, 1 Global Pol'y 237, 241 (2010).

⁷⁶ Commission Decision of 21 December 1993 Port of Rødby (*Port of Rødby*), OJ No L 55, 26. 2. 1994

⁷⁷ 美國有許多學者對於關鍵設施原則的適用，尤其是於智慧財產權的適用，抱持反對的態度。此派學者認為智慧財產權乃是法律所授予之權利，是否經過授權契約予他人使用涉及權利擁有者的自由意志。拒絕交易、拒絕授權都只是拒絕締約的一種態樣，而擁有財產權之人，本來就有權就財產法的法理禁止他人未得同意使用其財產權利。只有在極為明顯且意圖惡劣的拒絕授權，法院會予以干涉。See *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

⁷⁸ Case COMP/C-3/37.792 Microsoft, available at <http://www.microsoft.com/en-us/news/download/legal/europeancommission/03-24-06EUDecision.pdf> (last visited May 22, 2012).

施的要件。2007 年的判決中，法院認定昇陽電腦的工作站電腦為了與微軟的工作站電腦進行同等聯結以便處理大量資訊，是故昇陽電腦需要系爭原始碼與微軟的作業系統達成共同作業，因此系爭原始碼具有不可替代性。⁷⁹批評者以為，本件中所涉層次實不及不可替代性，因市場中事實上存在可資替代之產品，最後的問題是昇陽電腦的產品能達成的聯結品質優劣問題，並非昇陽電腦尋求不得有該效用的產品。⁸⁰

6.2.3.3 歐盟競爭法對於使用智慧財產權構成濫用優勢地位之救濟

1980 年代後半以來，歐盟法院（The Court of Justice of the European Communities, ECJ）與初審法院（the Court of First Instance, CFI）對於濫用市場優勢地位之行為人，將做成強制授權決定，以限制專利權行使，來達成或恢復競爭環境之可能。在拒絕授權的案例中，歐盟競爭法主管機關通常作成強制授權決定，使得競爭者可以利用該智慧財產權。

三、個案研究

6.3.1 台灣歐盟飛利浦案

6.3.1.1 案例事實簡述

根據我國未修正前的專利法第 78 條第一項，潛在之被授權人若以合理商業條件向專利權人提出授權要約，在相當期限內不能達成授權，可由主管機關作成強制授權（舊法稱為「特許實施」）決定。我國廠商國碩科技股份有限公司（下稱為「國碩」），由於生產可錄式光碟（即所謂 CD-R 與 CD-RW），必須向日商新力公司、太陽誘電公司，與荷蘭皇家飛利浦公司（Koninklijke Philips Electronics N.V，下稱為「飛利浦」）所擁有的專利集管（patent pool）取得授權，而該專利集管由飛利浦所管理。國碩本自該集管取得授權，並簽訂授權契約。然而因為國際光碟價格顯著下滑，因此國碩向飛利浦要求調整專利權利金未果，飛利浦終止授權契約並向我國法院起訴。2001 年我國競爭法主管機關公平交易委員會曾就本案為處分，認為飛利浦等三家公司利用聯合授權取得獨占地位，違反公平交易法。⁸¹台北高等行政法院、最高行政法院分別駁回公平會處分。⁸²2002

⁷⁹ Case T-201/04, Microsoft v. Commission, para 230, 374.

⁸⁰ VERONICA HAGENFELDT, EC COMPETITION LAW - THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE: TO WHAT EXTENT IS THE ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE ESTABLISHED IN COMMUNITY LAW AND HOW HAS ITS APPLICATION UNDER ARTICLE 82 EC EVOLVED OVER TIME? 17 (GRIN Verlag, 2011).

⁸¹ 參閱公處字第 91069 號處分書。

年國碩則本於修正前專利法第 76 條第一項，向主管機關經濟部智慧局請求准予特許實施。飛利浦不服，遂於訴願受駁回後，向台北高等行政法院以智慧局為被告提起訴訟。

83

飛利浦在本件陸續的攻防之中，曾請求歐盟貿易障礙管制委員會實施「貿易障礙調查」，作成「台、澎、金、馬地區可錄式光碟貿易障礙調查報告」⁸⁴。報告中指摘我國專利法特許實施之規定及實行，違反 TRIPS 協定中規定之義務，並言明若我國未於兩個月內以修改專利法等作為變更，將建議歐盟執行委員會於 WTO 向爭端解決小組提起爭訟。我國政府不願與歐盟在 WTO 進行爭訟，因此將修改強制授權事由之規定納入新專利法修正案中。新法於立法院通過後，本案告終。

6.3.1.2 本案與競爭法相關問題之檢討

本案與競爭法相關的議題在於：一、飛利浦拒絕授權的行為是否違反我國公平交易法？二、飛利浦所管理的專利集管是否構成獨占？三、飛利浦的拒絕授權行為是否有反競爭效果？四、以強制授權作為反競爭行為之救濟，目的是否在保護國內產業？和構成貿易障礙間的必然關係何在？⁸⁵

首先，我國公平會所處理的案件由巨擘科技股份有限公司所檢舉，適用法條可能為公平交易法第 10 條與第 14 條，第 10 條規範獨占事業禁止行為，第 14 條規範聯合行為之禁止。而根據最高行政法院 96 年第 553 號判決（下稱「系爭判決」）認為彼此間不具有競爭關係，故不構成聯合行為。又認定專利集管中三家公司所有之專利具互補關係，故三家公司不形成獨占地位。根據我國公平交易法第 10 條，有「妨礙他事業參與競爭」（第一項）與「其他濫用市場地位之行為」的概括規定，如認為符合本條，則必須先認定三家公司有獨占地位。

⁸² 最高行政法院 96 年第 553 號判決。

⁸³ 台北高等行政法院 95 年度訴字第 2783 號判決。

⁸⁴ Trade Barriers Regulation Committee, *Examination Procedure Concerning an Obstacle to Trade, within the Meaning of Council Regulation (EC) No. 3286/94, Consisting of Measures Adopted by the Separate Customs Territorial of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu Affecting Patent Protection in Respect of Recordable Compact Discs* (Jan. 30, 2008), available at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/january/tradoc_137633.pdf (last visited: May 28, 2012).

⁸⁵ 關於本案是否違反 TRIPS 協定中強制授權之規定，我國討論可參閱王立達、江國泉，「不同標準，合理齟齬？——評台北高等行政法院飛利浦可錄式光碟專利特許實施案判決」，月旦法學雜誌，第 165 期（2009）。倪貴榮，「WTO 會員設定強制授權事由的權限：以維也納條約法公約之解釋原則分析飛利浦 CD-R 專利特許實施事由與 TRIPS 協定的相容性」，臺大法學論叢，第 39 卷第三期（2010）。江國慶，「藉國碩案階層化討論強制授權」，科技法律透析（2010）。以上學說論著對於此議題討論甚詳，由於 TRIPS 協定中強制授權包括因公益、國家緊急危難而為授權，非只作為競爭法救濟之手段，因此本文於此處並不討論之。

第二、系爭判決在本案之判斷有所違誤，因本案中應受認定之「獨占事業」，其主體並非新力公司、太陽誘電公司或飛利浦任一，而是「飛利浦所管理的專利集管」。因此三家公司彼此間是否具有競爭關係，並非本案應認定之內容。若依歐盟標準「不可替代性」以認定，則生產可錄式光碟所不可或缺之專利均由該專利集管所囊括，故應認定該專利集管為一「獨占事業」。王立達教授與江國泉所著一文中認為我國法院之判斷有所齟齬，其根源在於我國舊專利法第 76 條第一項未以巴黎公約第五條第二項(a)款中的「專利濫用」作為特許實施事由。⁸⁶然而若以美國法上的「專利濫用」作為判斷基礎，其一要件為「於法律准予的範圍外行使專利權」，若認為專利權人採取「不公平授權條件」為法律所不容許者，⁸⁷則飛利浦的授權條件是否為法律准予，有討論餘地。若認為飛利浦不合理侵蝕被授權人商業利益，則飛利浦之行為構成於法律准予的範圍外行使專利權。

第三、若以美國法上的「專利濫用」作為判斷，第二要件為系爭行為「有反競爭效果」。在本案中權利人是否對交易行為施加「不合理的限制」，以致產生反競爭效果，本就為整體案件中重要爭點之一。本案當事人在其他法院爭執專利法第 76 條第一項特許實施事由時亦就權利金收取之合宜與否為攻防。王立達教授與江國泉認為，不同的審查密度對於法院對事實的認定，顯然具有關鍵的影響力。⁸⁸如果將審查密度放得較寬，似可得到權利人是否對交易行為施加不合理的限制之結論。若依歐盟法來觀察，由於光碟業生產設備占固定成本高、退出障礙高、專利權人以邊境保全措施作為威脅手段等強勢要求被授權人接受授權條件，⁸⁹是可能構成優勢地位之濫用，而有反競爭效果。

第四、本案是一個比較美國與歐盟競爭法規範的好例子。本案如依歐盟標準，較容易得到具反競爭效果之結論。然而若依美國法上專利濫用為審查，則在法院審查密度甚為寬鬆時，方能得到具反競爭效果之結論。否則專利權人不願依被授權人所提條件締結授權契約時，自可終止授權契約，並行使排他權以防止侵權產品販售。⁹⁰事實上，問題

⁸⁶ 王立達、江國泉，前揭註，頁 190。

⁸⁷ 范建得、莊春發，公平交易法第二冊：不公平競爭，漢興出版社，頁 78（2009）。然而，若依認為決定授權與否或權利金多寡為專利權人之權利者，就不會認為以過高的權利金作為商業條件，或是拒絕授權乃是「於法律准予的範圍外行使專利權」。是故，依美國法上某些見解及論理，可能會得到較有利於專利權人之結論，而認為如何授權不應由法院干涉。然而如此之見解若是過度擴張，是否有利於市場競爭，殆有疑問。

⁸⁸ 王立達、江國泉，前揭註，頁 178。然而若以較高之審查密度來審查專利權人之行為，確實也可能得到系爭行為無反競爭效果之結論。

⁸⁹ 前揭註，頁 188。

⁹⁰ 歐盟亦於前述貿易障礙調查報告書中提出此種觀點，該報告認為依 TRIPS 協定第 28 條第 2 項已載明專利權人享締結授權契約與否之「權利」而非義務，是故拒絕授權為專利權人之權利。See Trade Barriers Regulation Committee, *supra* note 84, paragraph 86. 然而較美國而言，歐盟競爭管制史上對拒絕授權行為有

確實如王立達教授與江國泉所言，因我國舊專利法未以專利濫用作為特許實施事由，公平法亦未就智慧財產權案件為處理，以強制授權作為反競爭行為之救濟方式，是故僅能「勉強適用」舊專利法第 76 條第一項為特許實施事由。⁹¹然而本案亦可以就以強制授權作為反競爭行為之救濟之情形下為討論，若我國舊專利法以特許實施作為專利濫用之救濟，是否歐盟可以遽將此種救濟方式指為「保護國內產業、構成貿易障礙」？舊專利法第 76 條第一項之規定疏漏，確實是我國立法之缺失，然而若以該項特許實施作為我國矯正專利濫用之特別規定，當無構成貿易障礙之可能，反倒是意在促進競爭。況且是否所有專利濫用皆須搭配「反競爭效果」，在美國法上，如前文所述為一仍在爭論中的問題。⁹²

本案例可以彰顯的問題是，如果以 Reichman 教授所主張的「傾競爭途徑」而討論我國的策略，⁹³將發現我國過去由於立法技術不佳，是故未能順利運用 TRIPS 彈性所給予的立法空間（wiggle room），⁹⁴以建構出恰當的強制授權事由，因而遭受歐盟貿易障礙管制委員會攻擊舊專利法的缺失。而傾競爭途徑最大的困難即在於熟悉國際條約規範，並且理解科技強國法制，以建構出不與科技強國法制觀念衝突，復能有利於開發中國家自身的規範體系。假若開發中國家與我國一般有條文未盡明確之處，相信來自科技強國的攻訐並不會因此減少。不夠熟稔世界智慧財產權法制或國際條約的開發中國家，可能就會因此屈服於來自科技強國的政治壓迫而修改法制，因而喪失運用 TRIPS 彈性的機會。然而歐盟貿易障礙管制委員會由條文疏漏推理至貿易障礙，該調查報告書可能仍有過度推論之嫌。該報告亦指摘由於我國廠商將生產設備外移至泰國，以至於並無必要准予特許實施。⁹⁵如果將本案置於反競爭救濟而准予特許實施的假設之下，當主管機關以及法院認定反競爭行為後，並裁定強制授權是適當的救濟方式，無可避免地必須選擇對雙方當事人其一為授權。如果接受強制授權的被授權人是當地廠商，必然就會產生「惠益當地廠商」的效果，不過若以外觀觀察，表面上看來卻是政府在「保護國內產業」。而外國廠商是有可能「無法接受這種結果」，因而指陳此為「貿易障礙」。相信所有裁定

較多之「矯正」，此亦為不容否認之事實。

⁹¹ 我國過去就專利法與公平交易法在於智慧財產權與競爭法交錯部分之規定，就審查權限、適用法律事由、救濟方法等尚有規定不明之情形。新專利法就強制授權事由於第 87 條已增列第三款「專利權人有限制競爭或不公平競爭之情事，經法院判決或行政院公平交易委員會處分」，相信未來以法院與公平交易委員會之努力，可以以實踐建構出我國在專利法權與公平交易法交錯領域的處理體系。

⁹² 前述貿易障礙調查報告書亦指摘我國舊專利法第 76 條第一項未言明「反競爭效果」，規定不夠詳盡。See Trade Barriers Regulation Committee, *supra* note 84, paragraph 89.

⁹³ 參閱本論文第貳章部分。

⁹⁴ See J.H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 11, 28 (1997) (contending that the TRIPS Agreement leaves developing countries 'wiggle room' to implement national policies favoring the public interest in free competition).

⁹⁵ Trade Barriers Regulation Committee, *supra* note 84, paragraph 22.

強制授權與本國廠商的開發中國家，不論強制授權的事由為何，或是否符合國際條約規範，都有可能如本案一般，面臨外國專利權人「重商主義、保護國內產業、構成貿易障礙」的指控。

6.3.2 藥商「霸凌」案

6.3.2.1 南韓 Gleevec 案

Gleevec 為白血病用藥，而在開發過程中藥品專利權人瑞士藥商諾華藥廠 (Novartis) 受到美國政府的協助。根據美國「孤兒藥法案」(Orphan Drug Act)，美國政府將為此類孤兒藥的臨床試驗 (clinical trials) 支付一半的費用。2001 年諾華藥廠與南韓政府談判 Gleevec 的價格不成，諾華藥廠要求在南韓 Gleevec 須以一錠 19.5 美元的價格銷售，而此價格為美國、日本與瑞士所接受。諾華藥廠曾經與南韓的白血病患者接觸，要求白血病患者說服南韓政府接受該價格，諾華藥廠可以提供他們部分優惠，但為南韓的白血病患者拒絕。最後談判破裂，諾華藥廠遂停止 Gleevec 在南韓之銷售。⁹⁶

本事件受到全球與公共衛生相關的非政府組織的注目，非政府組織認為本件已傷害韓國的白血病患，因此向南韓智慧局 (the Korean Intellectual Property Office) 請求，要求南韓智慧局裁定由印度進口 Gleevec 之學名藥，並且准予非專屬授權。過程中美國貿易代表署 (the United States Trade Representative, USTR) 官員站在維護專利藥價格的立場，與諾華藥廠同一陣線，並且與南韓政府就本件積極接觸。最後南韓政府駁回非政府組織此項請求，原因為「白血病並非傳染病，並且對國家無緊急之危害」(意即不合於 TRIPS 協定第 31 條強制授權之要件)。⁹⁷

6.3.2.2 菲律賓 Norvasc 案

美國輝瑞 (Pfizer) 藥廠擁有治高血壓的藥品 Norvasc 之專利，而在菲律賓輝瑞藥廠是 Norvasc 唯一的供應商，然而在菲律賓 Norvasc 的價格近乎是印尼及泰國的兩倍。菲律賓自印度進口了 200 錠的 Norvasc，這些藥品尚未上市。菲律賓食品藥物管理局 (the Bureau of Food and Drug) 向輝瑞藥廠允諾在 Norvasc 的專利過期前不會銷售進口之藥品。2006 年輝瑞藥廠於是對菲律賓食品藥物管理局與其官員提起訴訟請求損害。輝瑞藥廠對該輸入藥品提起訴訟的理由在於，輝瑞藥廠並不相信印度的供應商提供的藥品已得

⁹⁶ Susan K. Sell, *TRIPS was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAs, ACTA and TPP*, 18 J. INTELL. PROP. L. 447, 469 (2010-2011) [hereinafter *TRIPS was Never Enough*].

⁹⁷ *Id.*, at 469.

輝瑞藥廠之允許。菲律賓政府則提起反訴。⁹⁸

6.3.2.3 討論：藥商行為構成反競爭行為之疑慮？

專利藥廠在全球尋求更廣泛的智慧財產權之執行時有許多戰略可資應用，上自要求所屬國政府與開發中國家政府簽訂對其有利的自由貿易協定（Free Trade Agreement, FTA），下至親至開發中國家對開發中國家政府機關或個人提起訴訟，其方式十分廣泛。Sell 質疑這些行為為藥商對於開發中國家政府及當地病患之「霸凌」（bullying）。⁹⁹

在 Gleevec 案中，專利藥廠有疑問之行為可能涉及「價格區分制」。該制度允許廠商進行市場區隔的理由在於，已開發國家中人民負擔價格的能力較高，故藥價較高；反之開發中國家人民收入較低，是故藥商收取低價。學說上又稱為「Ramsey 定價法」（Ramsey pricing）。學說上原本關切的是已開發國家價格較高是否有不公平之現象，¹⁰⁰然而本件中藥商負擔最重的研發費用部分已由孤兒藥法案資助，相對來說較無價格區分之必要。藥商在 Gleevec 案中，進行的應是「市場區隔」（market segment）。進行市場區隔就必須與政府訂定協議，其中一項即為議價。雖然過往對於議價行為，競爭法有「價格固定」（price fixing）的理論，然而這價格固定協議都發生在同一國的國境內，因此並沒有任何篇章在討論「廠商與外國政府價格固定之協議」。因此 Gleevec 案中，美國、日本與瑞士政府與諾華藥廠藥廠所達成的價格相關之協議，吾人並不知曉應如何就此行為適用競爭法。競爭法也未討論全球市場之中市場區隔行為是否違反競爭之本質。此外，諾華藥廠藥廠擁有受法律保護的專利，因此可以獨家銷售專利藥品。如果依照美國傳統上「專利是法律所特別授予的獨占」與「獨占在合理原則分析下並不當然構成違法」此二基本原則來解釋，那麼諾華藥廠對專利藥品制定價格的行為，以及撤除在南韓銷售的行為，皆為合理行使其智慧財產權。然而這樣的結論似與吾人直觀上的法感情有相當扞格。

至於 Norvasc 案最大的問題在於，輝瑞藥廠是當地唯一的供應商，當地並無他人與輝瑞藥廠「競爭」之狀況。因此當吾人欲得到傷害競爭之結論時，卻苦思不得「被傷害的競爭」到底何在。在 TRIPS 協定的規範中，平行輸入（parallel import）為 TRIPS 協定所允許之行為，¹⁰¹適用權利耗盡原則（exhaustion of intellectual property rights）¹⁰²而被

⁹⁸ *Id.*, at 471.

⁹⁹ *Id.*, at 468, 471.

¹⁰⁰ 參閱陳文吟，「探討因應醫藥品專利之合理措施」，國立中正大學法學集刊，第八期，頁 94-96（2002）。

¹⁰¹ TRIPS Art. 6. (“For the purposes of dispute settlement under this Agreement, subject to the provisions of Articles 3 and 4 nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights.”)

¹⁰² Rights exhaustion occurs at the moment when the intellectual property rights holder’s control over the use and disposition of goods ceases in order to permit free transfer of goods across national borders.

認為合法，各國可自行訂定平行輸入相關規定。在支持平行輸入的理論中認為，如無違反商標法之情事，商品為同一廠商所製造，那麼平行輸入品與廠商在當地銷售的商品可以產生合理之競爭，禁止平行輸入則會影響到市場的自由競爭，是故此種商品學理上稱為「真品平行輸入」(genuine products parallel import)。藥商為維護其利潤，通常主張並非真品的藥物輸入其未允許之地，可能因品質良莠不齊而對該地人民的身體健康產生不良影響，¹⁰³然而所造成的結果卻是各國藥價相差懸殊，價格由藥商所控制。陳文吟教授也認為，藥商以「假藥傷害國民健康」為由，假公共政策之名，行市場區隔之實，與開放市場競爭原則相牴觸。¹⁰⁴Norvasc 案中，輝瑞藥廠秉持「對於真品品質之確認」，仍然可以持其專利權向法院提起訴訟，退萬步言也至少有騷擾開發中國家政府與個人之效果。一如前文所述，藥商有許多戰略可資應用，例如透過遊說或與外國政府、廠商直接接觸以協議銷售條件，或要求母國政府與外國政府訂定自由貿易協定，協議由外國政府對平行輸入施加限制。¹⁰⁵關於此類自由貿易協定造成之影響，本論文將於下一章討論。

四、小結：目前國際競爭法發展之問題

6.4.1 開發中國家與競爭法

許多對開發中國家採行競爭法必要性提出質疑的論點在於，無法將競爭政策與加速貿易兩者形成穩當的聯結。開發中國家可能認為以競爭法相較，工業化較有可能助其達成目標。尤有甚者，某些反競爭行為是有可能幫助經濟體達成某種程度的規模經濟。¹⁰⁶有研究認為，就亞洲與東歐的國家採行競爭法的經驗觀察，仍無法證立「採行競爭法」和「發展」間的聯結關係。¹⁰⁷該論點質疑過往並未詳細討論競爭法是否確實能更加促進資源最適配置，因此與其採取貿易與競爭的混合策略，開發中國家更傾向採取有利科技移轉與外國投資的策略。¹⁰⁸

主張競爭法可以加速發展的理論認為，適當的競爭政策可以達到資源的最適配置，並且加強動態平衡。競爭加劇將為企業提供降低成本及提高生產率之動機。積極實施競

¹⁰³ 就美國法而言，通常利用「經專利權人允許」此一要件來確認平行輸入的合法性，而廠商為維護利潤，只要不同意，平行輸入品即為違法，因此結論上可認為美國法並不允許平行輸入。

¹⁰⁴ 陳文吟，前揭註，頁 98。

¹⁰⁵ See e.g. AUSFTA, Art. 17.9(4); U.S. – Singapore FTA, Art. 16.7(2).

¹⁰⁶ Lee, *supra* note 27, at 301.

¹⁰⁷ See Kim Them Do, *Competition Law and Economic Development in Developing Countries*, 8 MANCHESTER J. INT'L ECON. L. 18, 29 (2011).

¹⁰⁸ *Id.*, at 27.

爭政策也會直接作用於長期的經濟表現，至少在一有競爭法管制之市場，市場中的行為不可能被限制。¹⁰⁹更有見解主張，競爭法的施行可以防止利益團體的不良影響，使開發中國家得以迴避「政治市場失靈」(political market failure)。¹¹⁰ WTO 貿易與競爭政策工作小組將台灣列為競爭政策有助於市場自由化的範例之一，¹¹¹而認為我國競爭法管制機關(即公平會)在開放市場的過程中扮演要角。

Sell 對於開發中國家智慧財產權立法與競爭法立法的研究發現，與受到來自美、歐等壓迫因而改變智慧財產權標準的歷程不同，開發中國家對於競爭法的立法自主性較強，改善競爭法的動機可能源自開發中國家的「經濟民族主義」(economic nationalism)。¹¹²競爭法的思維體系與 1980 年代世界的新自由主義經濟思潮是相同的，開發中國家認為促進國內市場競爭與經濟自由化最終對其有利。開發中國家的智慧財產權立法政策的轉向時常是受到美國等強權的施壓，然而部分開發中國家採行競爭法卻是自願向「政府間專家集團」(Intergovernmental Group of Experts, IGE) 尋求協助。¹¹³開發中國家採用競爭法是因為國內開始追求社會風氣的革新，以祛除腐敗習氣，而市場效率的促進、國營企業私有化、解除管制、加強科技創新和貿易自由化，被當時的開發中國家認為可以迴避「國家失靈」(state failure)。¹¹⁴

欠缺競爭政策的壞處，本文將於下一小節說明。然而有學者指出，真正的問題在於開發中國家欠缺競爭法立法與執行的方針，執行也無效率，政府在決策過程中常過度干預，主管機關於做成裁定時欠缺參考依據等等。¹¹⁵開發中國家競爭法立法取決於是否有足夠的體制資源以幫助其形成具體的條文。開發中國家也認為其在能力建設上十分匱乏。競爭法的審查與執行需要操作法律的技術，而欠缺經驗的國家需要發展成熟國家的支援與指導。¹¹⁶WTO 貿易與競爭政策工作小組也認為競爭政策的執行需要各個政府機關間的合作，且必須維持國家高度的獨立性。¹¹⁷

¹⁰⁹ Lee, *supra* note 27, at 303.

¹¹⁰ *Id.*, at 304.

¹¹¹ The other two examples are Korea and Singapore; See WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy [WGTCP], *Annual Report of the WGTCP to the General Council*, paragraph 34, paragraph 45, 109, WT/WGTCP/2 (1998).

¹¹² Susan K. Sell, *Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World: Crisis, Coercion, and Choice*, 49 INT'L ORG. 315, 319 (1995).

¹¹³ *Id.*, at 333-334.

¹¹⁴ See Do, *supra* note 107, at 26.

¹¹⁵ *Id.*, at 23.

¹¹⁶ Lee, *supra* note 27, at 299-300.

¹¹⁷ Alan W. Wolff, Remarks on Launching Competition Policy Negotiations in the WTO: Relevant Considerations (before Global Business Dialogue at the Cancun WTO Ministerial September 13, 2003), available at http://www.dbtrade.com/publications/launching_competitionpolicy.htm.

6.4.2 檢討與展望：競爭法在開發中國家執行時可能發生之限制

諾貝爾經濟學獎得主 Stiglitz 指出，一方面在討論智慧財產權的寬嚴標準時，更應該注意的是權利擁有者是否有反競爭行為，而應加強反托拉斯法的執行。Stiglitz 並且認為，多數的國家並沒有有效的競爭法以制衡獨占對於市場力量的濫用，且收入較低的國家並沒有妥善的國際競爭政策。競爭法對於開發中國家而言是一種防衛措施 (safeguards)，可以禁止智慧財產權權利人向消費者索求高價。¹¹⁸持這種意見的學者並不在少數，¹¹⁹Reichman 就認為，開發中國家在遵守 TRIPS 協定的最低國際標準外，其實可以以競爭法作為管制工具。TRIPS 協定本身之中其實留有所謂的「灰色地帶」，其中並未規範的部分是開發中國家可以運用的。為了防止市場力量的濫用，開發中國家應以「量身裁定」(tailor-made) 的競爭法用以管制濫用行為。¹²⁰這一派不論是主張高標準的智慧財產權有其必要性的學說，或是認為現行智慧財產權標準已經失衡的學說，皆認為嚴格執行的競爭法有助於平衡過強的智慧財產權力量，而眼下的混亂來自於競爭政策的怠慢。

然而本文認為此一策略有現實上的難處，因而無法達成學者所冀求的效果。原因在於：

- 第一、 競爭法上之獨占和英美法所指的專利獨占，其意旨大異其趣，擁有智慧財產權不代表當然擁有市場力量。學者欲求的「壓制獨占對於市場力量的濫用」，若是依競爭法的標準，恐怕只在極少數的情況下方能發生。
- 第二、 開發中國家可以學習的競爭法體制主要包括美國法與歐盟法。然而美國法對於專利濫用的解釋漸趨狹窄，實務上也有許多問題無法確立，如：行使專利的數種反競爭樣態為何？不合理地行使專利是否必須同時具有反競爭效果方構成專利濫用？專利濫用的反競爭效果是否和反托拉斯法中的反競爭效果完全相同？¹²¹ 歐盟法雖然利用「關鍵設施原則」與「不可替代性」作為處理智慧財產權問題的

¹¹⁸ Joseph E. Stiglitz, *Knowledge as Global Public Good*, GLOBAL PUBLIC GOODS: INTERNATIONAL COOPERATION IN THE 21ST CENTURY 315 (Inge Kaul, Isabelle Grunberg and Marc Stern ed., Oxford USA 1999) available at <http://web.undp.org/globalpublicgoods/TheBook/globalpublicgoods.pdf>.

¹¹⁹ Susan K. Sell, *The Quest for Global Governance in Intellectual Property and Public Health: Structural, Discursive and Institutional Dimensions*, 77 TEMP. L. REV. 363, 368-370 (2004) [hereinafter *The Quest for Global Governance in IP and Public Health*].

¹²⁰ Reichman, *supra* note 44, at 28.

¹²¹ 須注意的是，TRIPS 協定中對於構成濫用的智慧財產權實施行為，必須要「對相關市場之競爭產生不良影響」(having an adverse effect on competition in the relevant market)。See TRIPS Art. 40.

解釋工具，但不可替代性的寬嚴標準何在¹²²，仍然有待更多案例來釐清。截至目前為止歐盟法似乎仍然無法完全建構出「不合理行使權利」的各種情境，並且能運用關鍵設施原則的案例也屬於少數。

第三、 假若開發中國家有條文未盡明確之處，相信來自科技強國的攻訐並不會因此減少，而不夠熟稔世界智慧財產權法制或國際條約的開發中國家，可能就會因此屈服，接受科技強國的要求，而喪失運用 TRIPS 彈性的機會。

第四、 在部分國際藥品使用的案例中，藥商以「假藥傷害國民健康」為由，假公共政策之名，行市場區隔之實，與開放市場競爭原則相牴觸。根據目前較為主流的法律解釋，藥商與各國協議價格之行為，以及藉遊說透過本國政府與他國政府訂定自由貿易協定協議禁止平行輸入，皆為合法。

TRIPS 協定當中本允許各會員國以立法的方式，限制或裁罰有反競爭效果的智慧財產權授權「措施或情況」。¹²³然而開發中國家的各種促進競爭措施在實施後，仍可能受到來自科技強國各方面的壓迫，迫使開發中國家放棄促進競爭措施或決定。本文於本章所欲探討的「傾競爭途徑」，就是在此種國際情勢下無法施展。開發中國家本來可以充分利用 TRIPS 協定未為指示或允許例外的條文空間進行國內立法，以達成所欲求的結果，但卻因為科技強國的其他「手段」，使得 TRIPS 彈性受到壓縮。最好的例證之一就是開發中國家對於平行輸入允許與否的自由決定權受到許多國際間「TRIPS 之上」

(TRIPS-plus) 協議的侵蝕。¹²⁴¹²⁵其他在非關競爭法的案例如泰國適用 TRIPS 協定第 31 條的例外與杜哈宣言，作成 HIV/AIDS 藥物的強制授權決定，美國貿易代表署卻在 2007 年四月因該等強制授權決定將泰國納入 301 條款觀察名單中。¹²⁶這些壓迫手段在國際上係屬政治問題，是否吾人即可以如此質疑：國際間反競爭制裁的弱化，可謂是一種「全球政治市場失靈」？

¹²² 例如，因為權利人拒絕授權，競爭者不得不尋求其他可替代的中間商品或智慧財產權，卻導致終端產品的品質大幅下降，無法與權利人本身生產的產品競爭。此種案例中，系爭智慧財產權是否有「不可替代性」？所謂「大幅下降」，其標準又何在？

¹²³ TRIPS Art. 40 (1) (“Members agree that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights which restrain competition may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology.”) Art. 40 (2). (“Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market.”)

¹²⁴ For example, WIPO assisted in formulating the revised Bangui Agreement for the Organisation Africaine de la Propriete Intellectuelle countries. This agreement goes further than TRIPS 協定 by placing greater restrictions on the issuance of compulsory licenses and prohibiting parallel imports. See Sell, *The Quest for Global Governance in IP and Public Health*, at 385.

¹²⁵ 本論文將於第柒章討論此議題。

¹²⁶ Sell, *TRIPS was Never Enough*, at 471.

如果要求全球在競爭法上有相似之規範，獲利較多的恐怕仍是已開發國家，因為已開發國家企業本身已具有較強的競爭實力，在貿易自由化的背景下是實質的獲利者。競爭法試圖給予競爭者公平的競爭環境，但是開發中國家的產業發展與已開發國家相比仍有不平等之處存在。在已開發國家強勢的經濟實力下，開發中國家的廠商似乎注定只能在夾縫中求生存。Okediji 就直言美、歐的競爭法準則對開發中國家而言，只是「邏輯上合理」。即使美、歐的競爭法重視的是與授權相關的反競爭行為，開發中國家並不會欣然信賴與美、歐等富國廠商締結的契約，會受到競爭法嚴格的檢驗，或是美、歐廠商的跨國反競爭行為將受到競爭法的制裁。畢竟沒有一國會自願傷害國內廠商的利益，而在外國製造更多競爭，以幫助外國廠商對於科技之近用。若是有論述主張已開發國家願意將福利讓渡於開發中國家，可能也是不能輕易令開發中國家信服。¹²⁷

在藥品的案件上，由於藥品受到專利的保護，藥商通常打著「對於真品品質之確認」、「對開發中國家國民健康之關懷」大旗作為名義，認為其合法行使專利，並且可以本持專利的保護在各國設定所欲求之價格。甚至直接遊說政府，要求其母國政府與外國政府簽訂協議禁止「可能發生」之競爭。過往的競爭法理論中，由於涉及智慧財產權之保護，並未將此類行為解釋為違反競爭法。雖然有學說質疑「為何專利權人擁有禁止真品平行輸入之權利？」，但尚未將本議題提升至全球層次討論。本文認為，上述這些行為可能具有反競爭的效果，非常值得學理上更深入之討論，以及進行針對藥商獲利、市場確實之影響做更進一步的實證研究。然而與前述案例所發生的共同困難在於，在全球治理的時代之中，由於不能確認在國家之上、法位階更高的建制為何，因此難以由更高位階的機關來確認政府與廠商之協議為「違法」。

而智慧財產權的案例中，其實可主張競爭法的問題仍有許多，專利權人透過授權協議，限制被授權人就授權技術之製造、使用或銷售範圍，此等約定應屬智慧財產權行使之正當行為。惟部份限制約款之目的若為限制競爭、劃分市場範圍或交易對象，則可能構成權利濫用之不公平競爭或限制競爭情事。Hovenkamp 認為已經擁有市場力量的獨占廠商不宜使其任意主張可以更加強其市場力量的專利權，但非排他的授權(non-exclusive license)將是可允許的。尤其是在科技上擁有阻礙(block)力量的廠商，不論其市場大小，都不應允許主張非排他的授權以外的授權方式。¹²⁸其他違反競爭法的行為如：不實施(non-use)或拒絕授權、搭售、固定價格等等，故 Hovenkamp 建議涉及此類爭議時，仍應積極主張以競爭法處理。過往法院對於專利權利爭議向以「侵權」的觀念處理，但

¹²⁷ Ruth L. Okediji, *Balancing Acts: Antitrust for Economic Development*, 48 ANTITRUST BULL. 921, 936-939 (2003).

¹²⁸ Hovenkamp, *supra* note 2, at 130.

專利權對於社會造成的效益是未來可多加考慮的層面。¹²⁹

本於以上討論，本文以競爭法為經，以專利法為緯，所為之建議如下：

- 一、 仍然有更多智慧財產權的相關爭議值得競爭法介入，美國與歐洲的競爭法尚且仍有發展餘地，必須累積更多討論，進一步類型化可能發生之案例。而選擇歐盟競爭法體系對於開發中國家可能較為有利。
- 二、 專利法與競爭法乃是兩個基本架構不相同的法體系，雖然兩者最終的目標均在於追求創新，然而是否可以有不同的操作，是可以考慮的問題。對於市場力量和反競爭效果，都可以探索與過往不同的認定方式。例如 Henry & Stiglitz 認為受到保護的商品上市後，若是足以拉大本身與可替代商品間的差異，即可以認為該創新商品有市場力量。¹³⁰
- 三、 開發中國家在學習操作競爭法的過程中，需要更多的能力建設支援，尤其是傾競爭途徑的運用，非常需要對於法律的理解及巧妙的立法技術，而 WTO 是可能提供開發中國家支援的平台之一。
- 四、 開發中國家在實際操作競爭法，以制裁跨國反競爭行為時，需要來自國際上的支持。而廠商與政府的協議，甚至於廠商所屬政府與消費者所屬政府間的協議，其效力與正當性是值得懷疑的，必須由一法位階更高的公正裁決體系來決定其是否無效。

¹²⁹ *Id.*, at 128-129.

¹³⁰ *See* Henry & Stiglitz, *supra* note 75, at 240.

第柒章 和諧與歧路：全球智慧財產權體系的展望及未來

一、闇雲籠罩的國際情勢

7.1.1 新雙邊談判的壓迫：自由貿易協定

2001 年諾貝爾經濟學獎得主 Stiglitz 於 2006 年所著《世界的另一種可能》一書曾言：「如今正如我們所看到的，TRIPS 協定 讓美國和歐洲強迫全世界接受這種霸道的智慧財產權制度。我認為智慧財產權制度演變至今，不僅對美國和歐盟沒有好處，對開發中國家更是不利。」¹TRIPS 協定²在施行後，是否即如 Stiglitz 教授所言一般，對美國和歐盟及開發中國家皆有全盤不利之影響，乃一值得討論的問題。但 Stiglitz 教授自烏拉圭回合談判結束後十多年後仍對 TRIPS 協定抱持疑慮，顯見 TRIPS 協定所引起的各種現象並不如烏拉圭回合談判時已開發國家主張的那般單純，也並非僅僅帶來一個美好的科技發展願景。然而國際局勢的發展確實是有 Stiglitz 教授所不能預測之處，國際智慧財產權制度演變對美國和歐盟而言並非沒有好處。在智慧財產權制度演變的過程中，美國和歐盟不斷地利用自由貿易協定（Free Trade Agreements, FTA）取得了對於智慧財產權更強的保護。約於過去二十年間，主要以美國、歐盟、日本等三巨頭為主的知識經濟強權國，與開發中國家簽訂了許多自由貿易協定，試圖影響開發中國家的立法，設立了許多超過 TRIPS 協定內容所訂的規範標準（TRIPS -plus clause，或譯為「超 TRIPS 協定條款」）。

以美國與新加坡簽訂的自由貿易協定（U.S.-Singapore Free Trade Agreement）³為例，該協定課予新加坡方在智慧財產權方面高標準的義務，因此新加坡於簽署本協定後，即陸續修訂與發布相關國內法規，以履行其協定義務。2004 年 7 月，新加坡修訂其既有之

¹ 轉引自江念慈、程法彰，「論我國智慧財產權之立法政策——一個集體行動的分析架構」，科技法律評析第一期，頁 4（2008）。

² Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments—Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 81 (1994) [hereinafter TRIPS].

³ Free Trade Agreement, The United States – Singapore Free Trade Agreement, U.S.-Sing., Jan. 15 2003 [hereinafter U.S.-Singapore FTA], available at http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/singapore/asset_upload_file708_4036.pdf.

商標法、專利法、積體電路布局設計法 (the Layout Designs of Integrated Circuits Act)、註冊設計法 (Registered Designs Act)。同時新加坡新的植物新品種保護法 (the Plant Varieties Protection Act)、光碟製造管理法 (the Manufacture of Optical Discs Act) 亦於此時生效上路。2005 年，新加坡又修訂著作權法及廣播法 (Broadcasting Act.)，並簽署了多項與智慧財產權保護相關之國際公約。⁴以美國與澳洲簽訂的 FTA (the Australian United States Free Trade Agreement, AUSFTA) 為例，當中美國要求澳洲將著作權從國際的 50 年標準變更為 70 年，⁵澳洲因此必須變更其 1968 年修正的著作權法，使得大筆權利金流向美國地區，並且限制了國內創新的資源。⁶同時澳洲也必須修正其關於鄰接權之規定，⁷而這些標準來自於美國因過度保護內容產業而備受爭議的「數位千禧年著作權法」(The Digital Millennium Copyright Act of 1998, DMCA)。⁸

以雙邊或區域為基礎的自由貿易協定 (Regional Trade Agreement, RTA)，主要包括「優惠安排」(Preferential Arrangement)⁹、自由貿易協定，以及關稅同盟 (Customs Union) 等三大類這些超 TRIPS 協定的規定並非自 FTA 開始，許多開發中國家為了吸引外國投資，也簽訂了許多雙邊投資協議 (Bilateral Investment Agreement, BIT)。雙邊投資協議屬於比較簡約的投資協定，強調去除既有障礙與降低投資相關的不確定性。但有學者亦強調雙邊投資協議和外國直接投資 (FDI) 流入之間並無正向、一定之關係。¹⁰這些雙邊投資協議的簽訂意在確保外國公司可以在被投資國取得對資本更實際的控制權，其中有許多內容甚至將保護範圍擴張到被投資國內未經註冊或申請的智慧財產權，如申請資料等。¹¹Drahos 指出，美國經常利用雙邊投資協議來「誘使」開發中國家簽訂限制條文更

⁴ 中華經濟研究院台灣 WTO 中心，「WTO 與自由貿易協定爭端解決機制規範與實務運用之比較：主要國家之策略與經驗」，100 年度國際經貿事務研究及培訓中心計畫子計畫一執行成果報告書 (2011)。

⁵ The Australian United States Free Trade Agreement, U.S.-Austl., art. 17.11(27), May 18, 2004, 43 I.L.M. 1248, Art. 17.4.4, available at http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file148_5168.pdf [hereinafter AUSFTA].

⁶ Ruth Mayne, *Realism, Bilateralism and "TRIPS Plus" Agreements: The Treat to Developing Countries*, (Human Development Report Office Occasional Paper Fourth Draft, 2005) available at http://hdr.undp.org/docs/publications/background_papers/2005/HDR2005_Mayne_Ruth_18.pdf.

⁷ AUSFTA, Art. 17.4.7.

⁸ See Robert Burrell & Kimberlee Weatherall, *Exporting Controversy? Reactions to the Copyright Provisions of the U.S.-Australia Free Trade Agreement: Lessons for U.S. Policy*, 2008 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 259, 267-270 (2008).

⁹ 優惠安排成立要件較為寬鬆，只有開發中國家方能適用優惠安排，而此乃援引 GATT 「授權條款」(enabling clause) 而來。

¹⁰ Carlos M. Correa, *Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreement Implications for the Granting of Compulsory Licenses*, 26 MICH. J. INT'L L. 331, 332 (2004).

¹¹ *Id.*, at 338-341.

多的雙邊智慧財產權協議 (bilateral intellectual property agreements, BIP)¹²。美國廠商往往只在雙邊投資協議允許某項貨物的優惠價格或給予補助，卻與開發中國家協議對其國內的整體條文設下全面性的限制，例如不斷縮減可以強制授權之事由。¹³

對外投資的動機不外乎三種，包括：尋求當地市場、尋求更低生產成本，以及尋求天然資源。與智慧財產權相關的自由貿易協定內容大部分在便利已開發國家中的廠商尋求當地市場，目的卻非在於促使貿易自由化，而是在於盡可能排除當地廠商與已開發國家中的廠商競爭的可能性。雙邊貿易協議的談判本就冗長耗時，即便是經濟實力較為雄厚的國家往往最後也只得接受傷害國家利益的流血合意。¹⁴而談判力量較弱的開發中國家甚至無法以規範促使已開發國家中的廠商為科技移轉，以美國與尼加拉瓜簽訂的雙邊投資協議中並不允許政府對廠商的科技移轉或生產程序施加任何限制，僅有在反競爭行為之救濟時方可。¹⁵

一般而言，開發中國家願意接受如此嚴苛的條款往往是因為開發中國家期望利用超 TRIPS 協定條款，來換取比 WTO 談判中更加有利的市場進入機會。¹⁶這些進入機會對於開發中國家而言是非常重要的，尤其是以第一級產業作為主要出口商品的國家。僅有少數國家擁有已有規模的製藥產業，並且以藥品為出口大宗，因此開發中國家較不可能立於保護國內製藥產業之立場。¹⁷開發中國家即為渴求將國內的產品輸往市場較大的美國或歐盟，因而喪失了對等的談判地位。當開發中國家希望成為北美貿易協定 (the North American Free Trade Agreement, NAFTA) 或歐盟的成員時，其談判力量更為薄弱。如前述所舉出的澳洲與新加坡兩例，較強的經濟體在貿易協定的談判中亦無法抵抗來自美方的壓力，更遑論國際中經濟上與政治上皆處於較弱勢地位的開發中國家。在許多 FTA 的爭端解決機制中亦設有法庭選擇 (choice-of-forum) 條款，使得較有可能提起爭訟的已開發國家得藉由專家建議選擇對其較為同情之機制解決，對開發中國家更形不利。¹⁸

自完成 GATT 的談判以來，特別 301 條款的效力對於開發中國家而言並非只是「餘

¹² However not all of the BIPs contain TRIPS 協定-Plus clauses.

¹³ Peter Drahos, *BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property*, 4 J. OF WORLD INT'L PROP. 791, 795 (2008) [hereinafter *Bilateralism in IP*].

¹⁴ *Id.*, at 794.

¹⁵ *Id.*, at 796.

¹⁶ Susan K. Sell, *TRIPS was Never Enough: Vertical Forum Shifting, FTAs, ACTA and TPP*, 18 J. INTELL. PROP. L. 447, 453 (2010-2011) [hereinafter *TRIPS was Never Enough*].

¹⁷ Frederick M. Abbott, *The Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health and Contradictory Trend in Bilateral and Regional Free Trade Agreements 3* (Quaker United Nations Office, Occasional Paper 14, 2004) available at <http://www.quno.org/geneva/pdf/economic/Occasional/TRIPS協定-Public-Health-FTAs.pdf> [hereinafter *Contradictory Trend in Bilateral and Regional FTA*].

¹⁸ Beatrice Lindstrom, *Scaling Back TRIPS Plus: An Analysis of Intellectual Property Provisions in Trade Agreements and Implications for Asia and the Pacific*, 42 N.Y.U. INT'L L. & POL. 917 (2009-2010).

悸猶存」，而是如 Okediji 所說的「新雙邊主義」一般¹⁹，輔以美國等政府方更堅定的支持，301 條款等機制威嚇迴盪在談判力量較弱的開發中國家中。雖然多邊談判與多邊條約的益處已為國際法學說所肯任，並且也是較有利於全球治理與全球民主的體制，全球智慧財產權標準的發展卻與此背道而馳。雖然有學者建議必須使開發中國家對於智慧財產權標準的增加擁有否決權，²⁰然而在只適用殘酷叢林法則的國際社會中，似乎無法預見美、歐等國會願意接受此種制度設計，開發中國家似乎依舊前途多舛。

7.1.2 新的國際智慧財產權立法模式：ACTA

在 2003 年日本首相小泉純一郎就致力於領導日本政府成為「建立在智慧財產權平台上的國家」。2005 年時，小泉純一郎於在蘇格蘭舉行的 G8 峰會上提議簽訂新協議以對抗盜版。²¹約在 2006 年左右，日本代表於全球海關組織（World Custom Organization, WCO）與 WIPO、Interpol 所負責舉辦的「全球對抗仿冒與盜版會議」（the Global Congress on Combating Counterfeiting and Piracy, GCCC）上提議訂立一反盜版條約，²²受到了美國與歐盟的響應。在經歷 11 輪談判後，以美、歐、日、瑞士等主要參與成員國完成談判，在 2011 年四月十五日簽訂「反仿冒協議」（the Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA）²³。

ACTA 的主要內容集中在第二章與第三章，分別為民、刑事的處罰與執行措施之規定。ACTA 的重點以著作權為主。已開發國家甚為重視以刑罰作為違反著作權的懲戒方式。第二章的法律架構中包括多種懲罰方式，若故意為盜版行為應受刑事處罰，可處以罰金。²⁴ACTA 亦甚為有意就 2000 年以後的數位電子環境為規範，納入了好些超 TRIPS 協定協定的內容，如與規避科技保護措施行為（the circumvention of an effective technological measure）²⁵相關的規定，以及網路服務提供者（internet service providers ,ISPs）相關的取下違法內容的條款²⁶。ACTA 中也有保護電影相關產業的「反

¹⁹ See Ruth L. Okediji, *Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection*, 1 U. OTAWA L. & TECH. J. 125, 133-134 (2003-2004).

²⁰ PETER DRAHOS WITH JOHN BRAITHWAITE, *INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY?* 208 (New York: The New Press 2007)

²¹ See Peter K. Yu, *Six Secret (and Now Open) Fears of ACTA*, 64 SMU L. REV. 975, 980 (2011).

²² *Id.*, at 977-978.

²³ Anti-Counterfeiting Trade Agreement, *opened for signature May 1, 2011, available at* http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147937.pdf [hereinafter ACTA].

²⁴ ACTA, Art. 24, 25.

²⁵ ACTA, Art. 27.6.

²⁶ ACTA, Art. 27.4.

盜錄條款」，而條文「建議」可以以刑事罰處罰盜錄之行為人。²⁷

Sell 分析來自美國的 ACTA 談判者之目標在於加強政府間對於反盜版資源的運用與協調、建立更有效率的行政體系、加強機關間資訊共享、增加海關權限與加強海關人員訓練，然而 Sell 認為最後 ACTA 與海關相關的規定將可能違背正當法律程序(*due process of law*) 原則，因其將執行範圍擴張至海關，給予海關近似法院的權力，而過於減輕了權利人的舉證責任。²⁸

ACTA 的批評者以為，ACTA 的談判模式總是因循 TRIPS 協定時代的舊習，各方談判代表將自己條文的版本置於談判桌上，而談判者在於鑄鑄各個版本的差異時，經常耗盡心思而無法達到結論。²⁹然而 ACTA 在談判時，參與談判的成員國數量很有限，不能顯示各國的需要。³⁰2007 年美國貿易代表署(*the United States Trade Representative, USTR*) 官員 Susan Schwab 就表示美國正與「一些關鍵貿易伙伴」開始更高智慧財產權的談判，該談判「並不會經由現有的任何國際組織」。³¹原始的談判成員除了美、歐、日以外僅包括墨西哥、加拿大、南韓、紐西蘭與瑞士。³²ACTA 受批評為「密室談判」，甚至歐盟議會、新加坡與南韓也因 ACTA 的談判欠缺透明性，與排除為數眾多的國家此兩大程序缺失表達了憂慮與關切。³³ACTA 的封閉性談判模式，只反映了政府(接受遊說之一方) 其利益，並未反映使用者之利益。

批評者復質疑 ACTA 並非單純為反仿冒之目的而簽訂，而其目標在於加強 TRIPS 協定中權利擁有者其既得利益。ACTA 的條款類別繁多、包山包海，將著作權、專利、商標法混同討論，並非專門為反仿冒之目的而設計。³⁴於 2010 年舉行的 TRIPS 大會中，巴西與印尼均對 ACTA 表達了關切，認為 ACTA 傷害了 TRIPS 協定所提供的防衛機制(*safeguards*)，而對抗盜版的方式有許多，執行可能並非唯一解決方式，更遑論各個國家中經濟與社會的狀況彼此差距如此之大。³⁵

²⁷ ACTA, Art. 27.3.

²⁸ Sell, *TRIPS was Never Enough*, at 457.

²⁹ Kimberlee Weatherall, *ACTA as a New Kind of International IP Lawmaking*, 26 *AM. U. INT'L L. REV.* 839, 843 (2011).

³⁰ Susan K. Sell, *TRIPS-plus Free Trade Agreements and Access to Medicines*, 28 *LIVERPOOL L. REV.* 41, 59 (2007); *See also* Abbott, *Contradictory Trend in Bilateral and Regional FTA*, at 3.

³¹ Emily Ayoob, *Recent Development: the Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, 28 *CARDOZO ARTS & ENT. L.J.* 175, 179 (2010-2011).

³² Yu, *supra* note 21, at 984.

³³ *Id.*, at 987, 1009.

³⁴ Weatherall, *supra* note 29, at 849-850. Yu, *supra* note 21, at 1034.

³⁵ Yu, *supra* note 21, at 997.

7.1.3 國際智慧財產權立法的改變

7.1.3.1 全新的論壇移轉方式

一如 Helfer 所提出的「建制移轉」(regime shifting) 理論³⁶，國際社會的強勢參與者利用國際建制中的權力來主導談判，相對地其他參與者也會創造「對立建制」(counter regime) 來取回談判中的權力。不論開發中國家或已開發國家都會從事建制移轉的行為，以便使自己的國家在國際社會的談判桌上更有影響力。開發中國家一度曾經利用建制移轉的策略性行為製造有利的情勢，並且 WIPO 也發表了發展議程，承認開發中國家要求的重要性，然而美國與其他已開發國家並非只是束手坐視這些發展。甚至美國商會的全球智財中心 (the US Chamber of Commerce's Global Intellectual Property Center) 也察覺到了開發中國家利用論壇的增生來運作談判勢力，因而有意識地想要重建美國的「全球支援」，並且將世界衛生組織等機構稱為「反智財勢力」(anti-IP forces)。³⁷

ACTA 就是建制移轉的最佳實例，「全球對抗仿冒與盜版會議」就是已開發國家 (尤其是美、日、歐等三巨頭) 在 TRIPS 大會外所形成的新論壇。G8 國家³⁸首先同意了日本的提議，美、日、歐等三巨頭將與 TRIPS 協定高度相關的仿冒與盜版議題轉往新論壇中談判。原本於 2002 年，WIPO 組成了新的「執行建議委員會」(the Advisory Committee on Enforcement)，但受到如巴西等開發中國家主張遵循發展議程的影響，因此美國主導力量似乎顯得較小。³⁹美、日、歐、瑞士等國家曾於 2006 年提交與執行 TRIPS 協定有關的建議予 TRIPS 大會，然而當 ACTA 的談判宣佈開始時，提議國從此在 WTO 就噤聲不語。⁴⁰而 ACTA 在談判時，參與談判的成員國數量有限⁴¹，即使是如澳洲一般自認智慧財產權標準為高的已開發國家，也迫於必須從美國得到某些開放市場的讓步，因而同

³⁶ 參閱本論文第壹章與第貳章。See Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPS Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 YALE INT'L L.J.1 (2004).

³⁷ Global Intellectual Property Center of Chamber of Commerce, Intellectual Property, available at <http://www.uschamber.com/issues/ip/intellectual-property> (last visited June 20, 2012). The Center noted:

“anti-IP forces are pressing their attacks in the U.S. Congress, in a growing number of key nations, and in multilateral forums like the World Trade Organization, the World Health Organization, and the World Intellectual Property Organization, harming both developed and developing countries and their people. The U.S. Chamber, as the voice of the broader business community, has launched a comprehensive campaign to rebuild global support for fundamental intellectual property rights.”

³⁸ The Group of 8 is a forum for the governments of France, Germany, Italy, Japan, the United Kingdom, the United States, Canada, and Russia.

³⁹ Yu, *supra* note 21, at 994-995.

⁴⁰ *Id.*, at 990.

⁴¹ It is worth noting that the issue was initially introduced in the meeting of G8. However Russia, the G8's newest member and one of the BRIC countries, was excluded from the discussion of this specific treaty probably because of its predicament of wide spread piracy.

意了不利於自身的內容。⁴²ACTA 並且設有條約之治理機關與秘書處，在 TRIPS 大會與 WIPO 上建立了新的治理實體，使得彼此的立場更加複雜。⁴³在 ACTA 的建制移轉過程則顯示了知識經濟中的霸權國家達到了前所未有的勢力高峰。⁴⁴

Drahos 指出，現在 FTA 等雙邊談判的嘗試（尤其是美國），原因就是來自於 2001 年後已開發國家在 TRIPS 大會中遭遇開發中國家的反對，以及受到杜哈宣言（Doha Declaration）發表的影響。由於 TRIPS 協定的運作逐漸民主化，因此開發中國家可以藉由結盟強化彼此的立場，並且抵抗來自於已開發國家更進一步標準提高的提議。⁴⁵開發中國家曾利用建制移轉的策略，將論壇從植物新品種保護國際聯盟公約（UPOV agreement）轉往聯合國糧農組織（FAO）及國際農業研究諮商組織（CGIAR）⁴⁶。但當開發中國家有效該策略而不簽署 UPOV 時，包括日本與歐洲在內的已開發國家利用談判 FTA 的機會，迫使其採行 UPOV 中的規範，使得結果與加入條約相同，開發中國家必須接受同等的規範。⁴⁷

Sell 則發展了 Helfer「建制移轉」的概念，區分為「水平的建制移轉」（horizontal regime shifting）與「垂直的建制移轉」（vertical regime shifting）。Helfer 原始「建制移轉」的概念只探討不同國際建制中議題重疊的問題，Sell 將其稱為「水平的建制移轉」，而此論壇轉換的策略較有利於弱國結盟以對抗強國。然而美國以開放市場的許諾作為誘餌，並輔以經濟壓迫作為訓誡方式，這種同時使用糖果與鞭子的策略使開發中國家簽署更多提高標準的協議，Sell 則稱其為「垂直的建制移轉」。垂直的建制移轉涉及許多體制建構與規範設定的行為，最後使得開發中國家無法完成其目標。⁴⁸

7.1.3.2 新的社會動員與語言詮釋

Kapczynski 提出的見解認為不論是「智慧財產權最大化論者」（IP-maximalists）或「知識近用論者」（A2K advocates）都利用語言與語彙去建立團體內共同認同的框架，作為論述的共同基礎，以對抗提出反對主張的「敵人」；而他們也從敵人的語言使用中得到靈感，借用為自己論述的新基礎。⁴⁹在 ACTA 的談判中，來自已開發國家的談判者

⁴² Weatherall, *supra* note 29, 854-858.

⁴³ Sell, *TRIPS was Never Enough*, at 458.

⁴⁴ Weatherall, *supra* note 29, at 841-842.

⁴⁵ Peter Drahos, *Expanding Intellectual Property's Empire: The Role of FTAs*, at 9 (Nov. 2003) [hereinafter *The Role of FTAs*] available at <http://ictsd.net/downloads/2008/08/drahos-fta-2003-en.pdf>.

⁴⁶ 參閱本論文第貳章。

⁴⁷ 參閱本章第 2.1.2 節。

⁴⁸ See Sell, *TRIPS was Never Enough*, at 449-452.

⁴⁹ 參閱本論文第貳章。See Amy Kapczynski, *The Access of Knowledge Mobilization and the New Politics of*

除了如以 1980 年代一般主張保障智慧財產權就是增加競爭力外，更加入了所謂「全球安全」的論調。⁵⁰此外，ACTA 利用刑罰來嚇阻仿冒的方式，則在 G8 於 2007 年於德國海利根達姆（Heiligendamm）舉行的峰會所發表之宣言中受到確認，G8 認為其必須打擊「危險」的，如盜版 DVD 等「嚴重且有組織的犯罪」（serious and organized crime）。⁵¹ G8 認為其反盜版的目的在於「保護消費者」。⁵²智慧財產權最大化論者顯然是認為自己與消費者同在，而必須與便宜而侵權的產品奮戰，宛如消費者的守護者，儘管有許多消費者在購買時已明知自己正在購買盜版商品。

與藥商關係密切的智慧財產權最大化論者在這一波語彙使用中扮演要角。來自美國貿易代表署而現在成為藥商聯盟的遊說者主張「超 TRIPS 協定條款是誤導的說法」，因為超 TRIPS 協定條款並未違反 TRIPS 協定的規定。⁵³藥商也甚為關切來自加拿大所生產的學名藥所製造的「仿冒品危機」，而認為其目的是在守護消費者的健康。⁵⁴學者將這些語言稱為「策略性模糊」（strategic obfuscation），而憂慮語言受到濫用的可能性。⁵⁵然而目前為止似乎知識近用論者還未找到有效的反擊之道。

二、和諧與歧路：TRIPS 協定永遠不足夠

7.2.1 搏扶搖羊角直上者九萬里：標準不斷攀升的龍捲風

智慧財產權的「和諧化」（harmonization）現象是指透過國際條約或協定的制定，使得各國的智慧財產權標準不斷提高，往全世界最高標準的國家（通常是北方國家）看齊，趨向一致的現象。美國自 1980 年代起即藉由 301 條款的壓迫，使得世界其他國家與美國的規定趨向一致。近年來更藉由簽署 FTA，在協定文件中要求雙邊協議之另一方將智

Intellectual Property, 117 YALE L.J. 804 (2008).

⁵⁰ Susan K. Sell, *The Global IP Upward Ratchet, Anti-Counterfeiting and Piracy Enforcement Efforts: The State of Play* 3 (IQsensato, Occasional Paper No. 1, 2008), available at

http://www.iqsensato.org/wpcontent/uploads/Sell_IP_Enforcement_State_of_Play-OPs_1_June_2008.pdf

[hereinafter *The Global IP Upward Ratchet*].

⁵¹ G8 Summit, Declaration on Growth and Economic Responsibility in the World Economy (June 7, 2007) available at

http://www.g-8.de/Content/EN/Artikel/_g8-summit/anlagen/2007-06-07-gipfeldokument-wirtschaft-eng_templateId=raw,property=publicationFile.pdf/2007-06-07-gipfeldokument-wirtschaft-eng.pdf. Paragraph 38 in the

declaration noted:

“(c) We endorse the recommendations aimed at improving G8 member countries’ cooperative actions to combat serious and organized intellectual property rights crimes and the further work on their basis to facilitate structured international cooperation regarding the investigation and prosecution of those crimes.”

⁵² *Id.*, at paragraph 37.

⁵³ Sell, *TRIPS was Never Enough*, at 455.

⁵⁴ *Id.*, at 460.

⁵⁵ *Id.*, at 460-461.

慧財產權法制協調至與美國相等。然而歐盟卻也不遑多讓，⁵⁶在歐體與墨西哥簽訂的 FTA 中，歐體直白地要求雙方在智慧財產權上必須提供合乎「最高國際標準」的保護。⁵⁷Drahos 指出，美國的跨國企業與美國的行政部門向來致力於使得全球的標轉向美國看齊。⁵⁸來自美國各企業的遊說者試圖建立一「全球智財管制的攀升道路」(a global regulatory ratchet for intellectual property)，在這條道路上，智慧財產權的標準只是有增無減。⁵⁹在 1980 年代以後，在美國的雙邊主義談判強力運作之下，智慧財產權的標準上升的程度如滾雪球一般越滾越大。⁶⁰

在 GATT 1994 的規定外，TRIPS 協定在第四條中亦獨立設有最惠國待遇原則 (Most Favored Nation, MFN)⁶¹，若 TRIPS 協定會員國對某一國予以「優待、偏惠、特權或豁免」(advantage, favor, privilege or immunity)，則同樣的標準依最惠國待遇原則亦必須適用於其他 TRIPS 協定會員國。在 GATT 1994 前簽訂的 FTA 文件並不包括在該條的效力中。GATT 1994 本身於第 24 條中將自由貿易區與關稅同盟除外於貨物交易 (trade in goods) 中，然而由於 TRIPS 協定設有獨立的最惠國待遇，是故任何國家一旦簽訂了含有超 TRIPS 協定條款的文件，優惠待遇即會因 TRIPS 協定第四條而適用於其他會員國。當美國與開發中國家談判簽訂了超 TRIPS 協定條款，歐盟就會因此受惠，反之當歐盟與開發中國家談判後，美國亦能受惠。標準堆疊之後，已開發國家將能不斷從中受惠。論者以為，一旦智慧財產權標準水漲船高之後，就形成一條永不回頭的不歸路，而這是一個「永不停止向上攀升的螺旋」(a spiral endlessly moving upwards)。⁶²

由於在烏拉圭回合談判後，TRIPS 協定被視為一套「寰宇最低標準」(universal minimum standards)，但是在 TRIPS 協定實行後，標準之提高並沒有減緩的趨勢。是故學界在討論 TRIPS 協定時，比喻其為「智慧財產權標準的地板 (floor)」，⁶³而國際標準似乎永遠無法找到「天花板」(ceiling)——即「最高標準」(maximum standard)。Sell 評論道：「許多國家相信他們正在談判智慧財產權的天花板條款，但很快他們只是在談判智慧財產權的地板條款。」⁶⁴如印度等開發中國家，認為 TRIPS 協定第 1.1 條⁶⁵的規

⁵⁶ Weatherall, *supra* note 29, at 844. Drahos, *Bilateralism in IP*, at 803.

⁵⁷ See the EC-Mexico FTA, Art 12.

⁵⁸ PETER DRAHOS WITH JOHN BRAITHWAITE, *INFORMATION FEUDALISM: WHO OWNS THE KNOWLEDGE ECONOMY?* 143 (New York: The New Press 2007).

⁵⁹ Drahos, *The Role of FTAs*, at 55.

⁶⁰ *Id.*, at 8.

⁶¹ TRIPS Art 4.

⁶² Weatherall, note 25.

⁶³ Daniel J Gervais, *Intellectual Property, Trade & Development: The State of Play*, 74 *FORDHAM L. REV.* 505, 510, 524-525 (2005).

⁶⁴ Sell, *TRIPS was Never Enough*, at 448.

⁶⁵ TRIPS Art. 1.1 states:

定稱：「會員國不應有義務執行超越本協議外更廣泛之保護……」，是故 TRIPS 協定第 1.1 條可解釋為保障開發中國家的「天花板條文」，⁶⁶但這項見解並未為多數國家接受，也有待在 WTO 的後續案件中為更進一步之解釋與闡述。

由於 TRIPS 協定僅是以若干國際間既有的智慧財產權條約為基礎，規定一最低之保護標準，各國仍可以自行提供較高的保護，但必須符合 TRIPS 協定中揭示的兩項重要的國際智慧財產權保護基本原則。⁶⁷TRIPS 協定允許會員國以其觀點決定國內是否符合 TRIPS 協定之標準，例如在第 27.3 條中就允許會員國自行就是否合乎第 27.1 條「可專利性」標準為定義(“option-creating standards”)。為了維持公共秩序與道德，包括人畜植物健康與環境等，則可加以排除於可專利之外。此即為所謂「TRIPS 彈性機制」之一例，會員國可就國內需要自行立法。然而 FTA 的疑問就在於已開發國家藉由經濟勢力的壓迫，迫使開發中國家訂立協定，以保護標準的提高交換更廣泛的市場開放。

至於自 TRIPS 協定制定以來各種保護標準的提高，也有文獻提出了「與 TRIPS 彈性機制不衝突」的結論，認為提高保護標準亦為實踐 TRIPS 彈性機制的一種樣態。Ruse-Khan 對 TRIPS 協定的衝突採取狹義解釋，認為國際的智慧財產權關係並不需要選擇法庭或體制解決，一旦決定了「天花板」，就會知道應適用何種條款，而決定了該當的法律關係。而維也納條約法公約 (The Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT) 第 41 條中認為對條約的修正於解釋時應優先適用，如此一來解釋可得知 FTA 必須先於 TRIPS 協定條文而解釋，因其為雙方當事人對 TRIPS 協定條款之修正。⁶⁸然而如此的解釋方法純粹只考慮條文字面上之解釋，並不考慮國際關係中弱肉強食的現實層面。由於 FTA 文義解釋上不會與 TRIPS 協定相衝突，是故 FTA 成為一種急速提升智慧財產權保護標準的策略應用。

7.2.1.1 自由貿易協定中各種有利於製藥產業的規定

FTA 的談判可謂是一場開發中國家由杜哈宣言所確立的權利遭受蠶食鯨吞的歷程。這些條文除了與海關等相關的邊境執行措施以外，⁶⁹有相當大的比例是在製藥產業

“Members may, but shall not be obliged to, implement in their law more extensive protection than is required by this Agreement, provided that such protection does not contravene the provisions of this Agreement.”

⁶⁶ Peter K. Yu, *TRIPS 協定 and Its Achilles Heel*, 18 J. INTELL. PROP. L. 479, 519-520 (2011).

⁶⁷ TRIPS Art. 1.1.

⁶⁸ Henning G. Ruse-Khan, *The International Law Relation Between TRIPS and Subsequent TRIPS-PLUS Free Trade Agreements: Towards Safeguarding TRIPS: Toward Safeguarding TRIPS Flexibilities*, 18 J. INTELL. PROP. L. 325, 338-341 (2010-2011).

⁶⁹ 參閱本論文表八——2000 年後簽訂之部分自由貿易協定中超 TRIPS 協定條款示意表。

與藥業專利與管制程序相關的保護。在 TRIPS 協定制定以前，有多達 40 個國家出於管制國內公共衛生與健康之理由，並未允許可就藥品申請專利。⁷⁰全球智慧財產權體系在藥品的保護上，因 TRIPS 協定的制定而有相當程度的變化。然而貧窮國家由於無法支付藥價，就公共衛生與健康的管理上有很大的財政負擔，是故杜哈宣言⁷¹允許各個會員國就強制授權之事由享有決定權。⁷²杜哈宣言中確定了會員國可自由就 TRIPS 協定條文為解釋應用的彈性機制，但卻因為 FTA 的簽訂生效而受到侵蝕。

專利的授權以自願合意之授權為原則，以強制授權為例外，是故 TRIPS 協定就強制授權在第 31 條有嚴格之規定。在杜哈宣言發佈後，開發中國家可以以國內健康問題作為事由，WTO 大會在 2003 年更就 TRIPS 協定第 31 條(f)款的限制設下例外，使得國內欠缺製藥能力的國家亦可自外國進口學名藥，⁷³達成杜哈宣言所給予的保障。然而 FTA 卻限制了各個國家准予強制授權之事由，只得因國家緊急情勢、反競爭之救濟與公共非商業使用而准予強制授權。⁷⁴而這些條款也是超美國標準的 (U.S.-plus)，美國本身的條文中並未就強制授權為如此多的限制。此外，美國方所擬定 FTA 條款中尚有其他規避強制授權之方式，如要求非專利權人之藥品銷售商必須取得專利權人之同意，⁷⁵如果專利權人拒絕同意，銷售商就無法銷售學名藥。

藥商保護自己利益的第二條路是限制學名藥的平行輸入進入他國。在 TRIPS 協定的規定下，平行輸入是受到允許的；⁷⁶在杜哈宣言中，會員國平行輸入的權利更受到保障。在杜哈宣言的第五段更明言：「...各會員國建立的權利耗盡體系不容挑戰...」。⁷⁷然而在部分 FTA 中給予專利權利人否准之權，得以授權、契約或其他方式限制平行輸入。⁷⁸此類否准之權係一實質的權利，是否侵越該國國會立法權，容有疑問。

⁷⁰ WHO, *WTO and the TRIPS Agreement*, http://www.who.int/medicines/areas/policy/wto_TRIPS協定/en/index.html (last visited June 21, 2012).

⁷¹ World Trade Organization, Ministerial Declaration of 14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, 41 I.L.M. 746 (2002) [hereinafter Doha Declaration].

⁷² *Id.*, at paragraph 5.

⁷³ General Council, *Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/L/540 (Aug. 30, 2003).

⁷⁴ See e.g. AUSFTA, Art. 17.9(7); U.S. – Singapore FTA, Art. 16.7(6).

⁷⁵ See e.g. AUSFTA, Art. 17.9(6); U.S. – Singapore FTA, Art. 16.9(5).

⁷⁶ TRIPS Art. 6 states:

“For the purposes of dispute settlement under this Agreement, subject to the provisions of Articles 3 and 4 nothing in this Agreement shall be used to address the issue of the exhaustion of intellectual property rights.”

⁷⁷ Doha Declaration, paragraph 5(d) states:

“the effect of the provisions in the TRIPS Agreement that are relevant to the exhaustion of intellectual property rights is to leave each Member free to establish its own regime for such exhaustion without challenge, subject to the and national treatment provisions of Articles \ 3 and 4.”

⁷⁸ See e.g. AUSFTA, Art. 17.9(4); U.S. – Singapore FTA, Art. 16.7(2).

其他非常有利於專利藥廠的規定涉及資料專屬之保護 (data protection; data exclusivity)。雖然 TRIPS 協定第 39 條規定，會員國必須保護權利人的未公開資訊以防止不公平競爭的發生。⁷⁹而在烏拉圭回合談判中，美國與某些國家曾經爭取專利申請人向管制機關遞交據以申請的資料應受到五年之保護，然而這樣的要求並未被納入 TRIPS 協定最後拍板定案的條文中。⁸⁰在美國專利藥廠享有五年資料專屬之保護，無論該資訊是否已經公開。最後這些條款被納入了 FTA 中，⁸¹如果允許專利藥廠恣意行使將使得藥商形同享有「市場專有」(marketing exclusivity)。⁸²這些關於資料專屬性的條款意義在於防止學名藥廠依靠專利藥廠在申請資料中的效用資料，而主張生體相等性 (bioequivalence)。資料專屬性並非專利體制中固有的保障，將會對學名藥的競爭造成傷害，並且箝制了國家的管制主權。⁸³

美國與澳洲簽訂的 FTA 對澳洲而言影響最大的莫過於必須修正 1948 年建立的「藥物福利計劃」(pharmaceutical benefit scheme, PBS)，大幅影響澳洲政府對於醫藥專利的管制主權。藥物福利計劃的目標在管理藥價與確保必要藥物的使用，以嚴格的成本定價評估審核藥價補貼，將藥物以可承擔的價格提供給國民。⁸⁴但這樣的體系對於美國藥業聯盟 (the Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, PhRMA) 而言必然是芒刺在背，而不希望該體系為任何開發中國家所模仿。在美國藥業聯盟與美國貿易代表署施壓之下，藥物福利計劃被要求加入多項修正。依據美澳自由貿易協定，澳洲政府在涉及藥業管理決定時，必須與美國食品藥物管理委員會 (the United States Food and Drug Administration, FDA) 討論是否會傷害該藥物的創新；⁸⁵也必須為藥商增設爭端解決機制，⁸⁶即使澳洲方未有違規行為時，美國也可以隨時提出爭訟與抗議。就有研究指出，在澳洲與美國簽訂 FAT 以後，超 TRIPS 協定條款造成了學名藥的延遲上市，導致了消

⁷⁹ TRIPS Art. 39.3. states:

“Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use.”

⁸⁰ Abbott, *Contradictory Trend in Bilateral and Regional FTA*, at 6.

⁸¹ See e.g. AUSFTA, Art. 17.10(1); U.S.-Singapore FTA, Art. 16.8(1).

⁸² Frederick M. Abbott, *Toward a New Era of Objective Assessment in the Field of TRIPS 協定 and Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism*, 8 J. INT'L ECON. L. 77, 90-93 (2005) [hereinafter *Toward a New Era of Objective Assessment*].

⁸³ Sell, *TRIPS was Never Enough*, at 453.

⁸⁴ See generally Peter Sainsbury, *Australia-United States Free Trade Agreement and the Australian Pharmaceutical Benefits Scheme*, 4 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 387 (2004). See also Thomas A Faunce et al., *Trans-Tasman Therapeutic Products Authority: Potential AUSFTA Impacts on Safety and Cost-Effectiveness Regulation for Medicines*, 37 VICTORIA U. WELLINGTON L. REV. 365 (2006).

⁸⁵ AUSFTA, annex 2C.4.

⁸⁶ AUSFTA, Art. 21.7.

費者損失了約一億五千萬美元。⁸⁷澳洲的學者也認為，澳洲本身就可以歸為智慧財產權保護標準較高的國家，在與美國簽訂的 FTA 中增加對智慧財產權的保護，其損失大於利益。⁸⁸

7.2.1.2 專利保護範圍之擴張

在 TRIP 制定之後，美國和歐盟在智慧財產權上，制定了許多個別立法(*sui generis*)，以鬆緩競爭法的管制，便利進一步的聯合研判方案。此外，歐盟也利用效用模型(*utility models*)之個別立法來保護工業設計，及其他在傳統上並不落入專利法保護範圍的智慧財產權。⁸⁹目前世界各國利用個別立法來保護智慧財產權，主要是在資料庫、植物種苗、遺傳資源，及傳統知識等層面，但卻引起過度擴張保護範圍之爭議。

歐盟在 1996 年 3 月 11 日向會員國提出「資料庫指令」(*European Database Directive*)要求各國在 1998 年 1 月 1 日以前執行指令，立法保護資料庫。指令採取雙軌制，以著作權保護資料庫的結構，以個別立法保護資料庫內容；對於投入相當人力、技術及財力的資料，給予十五年的保護權，有別於各國僅以著作權法為單軌制之保護。歐盟發佈的資料庫指令，就被某些批評者認為是以個別立法的體制，造就了一種「事實上的獨占」，將扼阻資訊交換而傷害競爭。⁹⁰由此可知，個別立法的效力，其危險在於對智慧財產權賦予過度保護而傷害競爭、損害消費者權利。

有很多新興的智慧財產權，因其保護範圍與專利法有重疊之處，究竟應以專利法或個別立法的方式保護，往往有許多不同之考量與顧慮。就植物種苗而言，究竟須以個別立法的方式保護，或以專利法保護，學者間也有爭論。因專利法的效力必須依專利申請範圍決定，而有文獻指出個別立法較能顧及農民權利，並不建議以專利法保護植物種苗。⁹¹此外對於很多學者認為應該針對電腦軟體設立個別立法(*sui generis*)的模式，以解決軟體程式保護不足或保護過度的問題。但也有學者認為，針對電腦軟體究竟應以著

⁸⁷ Mathew Turk, *Bargaining and Intellectual Property Treaties: the Case for a Pro-Development Interpretation of TRIPS but not TRIPS-Plus*, 42 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 981, note 138 (2009-2010).

⁸⁸ Weatherall, *supra* note 29, 853-855.

⁸⁹ Jerome H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement*, 29 NYU J. INT'L L. & POL. 11, 23 (1997).

⁹⁰ See G. M. Hunsucker, *The European Database Directive: Regional Stepping Stone to an International Model?*, 7 FORDHAM I. P., MEDIA & ENT. L.J. 697 (1997) However the main idea of the article is to illustrate that ameliorative measures available in the EC are sufficient to enable competition.

⁹¹ 參見鄧曉芳，「日本關於植物專利法制與實務發展沿革與相關案件」，專利法保護植物品種之法制趨勢研討會，行政院農委會主辦，臺灣大學農藝學系執行（2002）。

作權保護，還是要用專利權保護，學者素有爭論。⁹²雖然用傳統的著作權、專利權等模式，會造成保護不足或保護過度的問題，不過，使用個別立法的模式，也可能造成過度保護的結果。

在 TRIPS 協定第 27.3 條(b)款⁹³之下，容許各會員國對動物、植物，及主要是利用生物學方法，不予專利保護；至於非生物學以及微生物學之方法，則有給予專利保護之義務。1961 年簽署於巴黎的 UPOV 公約 (the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants, UPOV) 目標在保護全球植物新品種，由於具有足夠的知識進行育種的國家以已開發國家為多，UPOV 可謂是一個強勢者側的公約。已開發國家在許多 FTA 中就要求開發中國家必須加入 UPOV，即使開發中國家未加入 UPOV，但 FTA 卻使得開發中國家最後也採行了同等的保障。目前 UPOV 在最新的 1991 年公約中已經有了改變；最重要的改變有兩項，第一項為限制農人自行留種的免責行為，第二項為導入實質衍生品種概念，擴大育種家權利。日本更在某些 FTA 中要求開發中國家對於生物發明之可專利性須與 UPOV 1991 之規範一致。

⁹² 參見楊智傑，李憲隆，「重組智慧財產權體系：開放原始碼的另一條進路」，萬國法律，第 125 期(2003)。

⁹³ TRIPS Art. 27.3(b) states:

“plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective sui generis system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.”

表九：2000 年後簽訂之部分自由貿易協定中超 TRIPS 協定條款示意表

TRIPS 協定-Plus 條款	美國-越南 U.S.-Vietnam (2001)	美國-新加坡 U.S.-Singapore (2004)	美國-澳洲 U.S.-Australia (2005)	美國-寮國 U.S.-Laos (2005)	日本-印尼 Japan-Indonesia (2008)
國際公約	及時加入日內瓦、伯恩、巴黎、布魯塞爾公約，及 UPOV。	批准布魯塞爾公約、UPOV、WCT、WPPT、PCT、海牙協議、馬德里議定書 (Madrid Protocols)。使商標法條約 (Trade Law Treaty) 生效。	加入 WCT 與 WPPT。遵守日內瓦協定與專利條約 (PLT)。	及時加入日內瓦、伯恩、巴黎、布魯塞爾公約，及 UPOV。	盡力加入馬德里議定書、羅馬公約，與 UPOV 1991。
邊境措施	進口與出口均適用。	進、出口與轉口均適用。	只適用進口 (與 TRIPS 協定同)。	過境不適用。	進口與出口均適用。
民事與行政措施	對專利與著作權侵權人罰鍰，不論權利人是否確實受損害。		對專利與著作權侵權人罰鍰，不論權利人是否確實受損害。	與 TRIPS 協定同。	與 TRIPS 協定同。
刑事措施與救濟	與 TRIPS 協定相似。	與 TRIPS 協定相似，惟刑事處罰須適用於故意侵害，而非只適用於行為人自犯罪行為有所取得。	與 TRIPS 協定相似，惟刑事處罰須適用於故意侵害，而非只適用於行為人自犯罪行為有所取得，對特定著作權商品為商標冒用行為時亦然。	與 TRIPS 協定同。	與 TRIPS 協定相似，惟刑事處罰須適用於專利權、效用模型 (utility models)、工業設計、外型設計 (layout design) 之故意侵害。
專利期間	20 年，但因行政程序遲延者得延展之。	因行政程序遲延超過 4 年者延展期限上計可至 5 年。	因行政程序遲延超過 4 年者可延展之。	20 年，但因行政程序遲延者得延展之。	
平行輸入與權利耗盡		專利權利人得以授權、契約或其他方式限制平行輸入。			
生物發明之可專利性	特定動、植物不得自申請專利客體範圍中除外。	不得自申請專利客體範圍中對動、植物為概括除外條款。	以公序良俗、公共衛生與安全為事由時方可訂立除外條款。	不得自申請專利客體範圍中對動、植物為概括除外條款。	須與 UPOV 一致。

來源：作者整理自 Beatrice Lindstrom, *Scaling Back TRIPS 協定-Plus: An Analysis of Intellectual Property Provisions in Trade Agreements and Implications for Asia and the Pacific*, 42 N.Y.U. INT'L L. & POL. 917 (2009-2010).

7.2.2 歧路亡羊：TRIPS 協定例外與衡平規定之不足

7.2.2.1 TRIPS 協定第七、第八條

TRIPS 協定在起草過程中，由開發中國家組成的「十四國集團」(Group of 14) 就開發中國家的立場提出了 TRIPS 協定第七、第八條的條文。而最後在通過的版本中主要是以已開發國家起草的條文為主，TRIPS 協定於開發中國家關切的部分只反映在第七條與第八條。⁹⁴TRIPS 協定第八條允許會員國採取必要的措施，以增進國內的公共衛生、社經情況及科技發展有重要性的公共利益。⁹⁵TRIPS 協定第七條保障會員國對智慧財產權的執行「以增進社會經濟福利的方式為之，並平衡權利義務，符合使用者及製造者雙向科技知識上的利益」。⁹⁶Correa 認為 TRIPS 協定第八條中的「公共利益」構成了所謂「國際公序」(l'ordre public)，而可以凌駕於私人利益之上。⁹⁷

有許多學者基於實質平等的追求，認為開發中國家應盡可能主張 TRIPS 協定第七、第八條的例外與立法精神，主張 TRIPS 協定第七、第八條允許開發中國家就各國的需要設計法制，以在 WTO 框架下得到較有利於開發中國家的解釋結果。⁹⁸Reichman 建議可以將 TRIPS 協定第七、第八條解釋為「豁免權」(waiver)，或是經由嚴格的舉證向上訴

⁹⁴ Gervais, *supra* note 63, at 509.

⁹⁵ TRIPS Art. 8.1 provides:

“Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement.”

⁹⁶ TRIPS Art. 7 provides:

“The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations.”

⁹⁷ Peter K. Yu, *The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement*, 46 Hous. L. Rev. 979, note 57 (2009) [hereinafter *The Objectives and Principles of the TRIPS*].

⁹⁸ See e.g. Ruth L. Okediji, *Public Welfare and the Role of the WTO: Reconsidering the TRIPS Agreement*, 17 EMORY INT'L L. REV. 819, 914-915 (2003); Denis B. Barbosa et al., *Slouching Towards Development in International Intellectual Property*, 2007 MICH. ST. L. REV. 71 (2007); Peter K. Yu, *The Objectives and Principles of the TRIPS*; See also Ruth L. Okediji, *Toward an International Fair Use Doctrine*, 39 COLUM J. TRANSNAT'L L. 75, 167-68 (2000) (suggesting the use of the Articles 7 and 8 exceptions to construct an international fair use doctrine.)

機構證明在 TRIPS 協定第 64 條的爭訟中，有不可預見之情形以致構成不能履行之事由。⁹⁹Ruse-Khan 則認為可以利用 TRIPS 協定第七、第八條來檢驗超 TRIPS 協定條款是否與 TRIPS 協定的核心價值衝突，使 TRIPS 協定第七、第八條成為一規範性的原則性條文。並且可以利用 TRIPS 協定第七、第八條成為開發中國家的防衛機制。¹⁰⁰

然而也有學者指出 TRIPS 協定第七、第八條的例外原則適用上有其難度存在，其體系設計並非立即可用。Dreyfuss 指出儘管開發中國家可能主張利用 TRIPS 協定第七、第八條來立法管理國內的公共健康問題，然而首先 TRIPS 協定對於許多個別規範已經設下標準，如強制授權的規定較為嚴格等；再來這種解釋方法也必須得到上訴機構的支持。¹⁰¹在目前的實務解釋中，TRIPS 協定第七、第八條的例外原則解釋上相當嚴格。在 WTO 少數的智慧財產權爭訟——加拿大專利藥品案（*Canada-Patent-Protection of Pharmaceutical Product*）¹⁰²中，裁決小組也就加拿大方所提出應對 TRIPS 協定第七條為寬鬆解釋的論點進行了審理，不認為 TRIPS 協定第 30 條的限制應就 TRIPS 協定締約時的基本均衡重新調整。¹⁰³意即，裁決小組認為應採文義解釋，而否決了加拿大方認為應追求國家政策平衡的見解。

7.2.2.2 TRIPS 協定例外與衡平規定之不足

王立達教授指出，目前世界各國在智慧財產權法上，專利權部分所承認的例外範圍十分狹窄。著作權的合理使用例外較為寬廣，豁免範圍較大。¹⁰⁴而專利制度中少數的例外，如試驗免責（*research exemption*）在部分國家的實踐中，則被解釋得更加狹窄。¹⁰⁵學者也指出 TRIPS 協定目前的問題也在於例外與衡平規定之不足。在巴黎與伯恩公約時代，各國尚且於制定公約時討論是否應有例外，然而現在的全球智慧財產權立法環境已經與當時大不相同。國際法規範以不變為常態，以變動為例外，因而在標準訂立之後反而為更進一步的開放討論設下了障礙。Weatherall 指出，更由於訂約時例外條款並非雙

⁹⁹ Jerome H. Reichman, *The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?*, 32 CASE W. RES. J. INT'L L. 441, 461 (2000).

¹⁰⁰ Henning G. Ruse-Khan, *Time for a Paradigm Shift? Exploring Maximum Standards in International Intellectual Property Protection*, 1 TRADE L. & DEV. 56, 68-73 (2009).

¹⁰¹ Rochelle C. Dreyfuss, *TRIPS -Round II: Should Users Strike Back?*, 71 U. CHI. L. REV. 21, 23-27 (2004).

¹⁰² Panel Report, *Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products, Complaint by the European Communities and their Member States*, WT/DS 1 14/R (March 17, 2000).

¹⁰³ *Id.*, at paragraph 7.26.

¹⁰⁴ 參閱王立達，「TRIPS 協定之例外條款——以概括型例外條款為中心」，政大法學評論，第 107 期，頁 16 (2008)

¹⁰⁵ 參閱本論文第五章。

方共同利益之所在，所以國際條約往往難以形成例外條款。¹⁰⁶

TRIPS 協定第七、第八條的例外原則適用上的困難，一方面在於爭端解決機構目前傾向將其為表面文義解釋，使得各國可以主張的多樣觀點受到了限制，束縛了不同國家不同的管理需求。另一方面也在於條文本身即有模糊不清之處。¹⁰⁷開發中國家，甚至包括已開發國家所追求的，就是更大的管制主權，然而這樣的管制主權卻在各式各樣的限制中亡失了。是故也有學者提議修正 TRIPS 協定第七、第八條的例外原則，Max Plank 智財機構（the Max Planck Institute for Intellectual Property）的 Kur 有如下增訂之提議：

- (1) 各會員國於立法或修法時應將第七、第八條之目的與原則納入考慮。各會員國應確保給予私人經濟體、公共利益暨第三人權利間之平衡，
- (2) 各會員國應確保對於權利之利用應慮及權利之通常利用方式，且應經權利人之同意，該利用應非不合理歧視權利人之法定利益。¹⁰⁸

7.2.3 大敵當前：公共選擇理論與機關虜獲

法律經濟學者 Landes & Posner 做出的解釋認為「公共選擇」(public choice) 是造成智慧財產權立法的結果。公共選擇的分析架構以理性選擇 (rational choice) 論為中心，認為人皆以理性尋找對自身有最大效益之結果。公共選擇所應用的是方法論的個體主義 (methodological individualism)，假設個人是自利的個體，在尋求利益極大化的結果。然而個人理性的加總，並不必然能帶來有利全體之後果，此後果更可能是反常而非理性的。然而社會中每個個體都在尋求自身利益的擴張，不斷增加可運用資源與自身權力，在效用過度極大化之下，集體的行動反而可能破壞公共利益。更由於文官體系對於狹隘利益的追求，更無法使人信服其行為能為全體帶來福祉。此外，理性選擇論中認為強而有力的利益團體其尋租 (rent-seeking) 行為，使得利益團體以遊說等等手段追求權利與

¹⁰⁶ Weatherall, *supra* note 29, 879-880.

¹⁰⁷ 參閱王立達，前揭註 104。

¹⁰⁸ Annette Kur, IP in Transition – Proposals for Amendments to TRIPS, (presentation slides) available at http://193.174.132.100/shared/data/pdf/ipt_fuer_rom_maerz_07.pdf (last visited June 23, 2012). The proposed draft provisions are:

“(1) Members shall take due account of the objectives and principles set out in Articles 7 and 8 when formulating or amending their laws and regulations. In doing so, they shall ensure that the protection granted reflects a fair balance between private economic interests and the larger public interest as well as the interests of third parties.

(2) Members shall ensure that users may, without the consent of the right holder, use protected subject matter, provided that such use does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder, taking into due consideration the normal exploitation of the right.”

利益補助，其結果亦是無效率的。¹⁰⁹

在全球智慧財產權所建立的執行網下，潛藏著尋租可能性的危機。Hovenkamp 曾經說：「公共選擇理論似乎是為專利法量身訂作的。」¹¹⁰一方面，專利體系中公共選擇的問題已受學者提及，¹¹¹而美國憲法就決定貿易事務的權限屬於總統，而總統將之授權予美國貿易代表署（USTR）。然而美國的智慧財產權立法決定歷程與 USTR 協談貿易文件的議程中有相當大的公共選擇問題疑慮。¹¹²公共選擇理論強調官僚體系可能造成的弊害，大多數的公共選擇學者並不認為政府得以追求公共利益極大化，反而假設政府官員企圖追求私人利益之極大化。而他們利用管制的權力，在私人市場與政府部門建立了可以引領尋求自己利益極大化的個人達成目標的體制。在美國的實踐中，我們則是看到 USTR 與私人機構及利益的緊密聯結。Drahos & Braithwaite 就指出 USTR 的政策決策受到遊說團體「國際智慧財產聯盟」（the International Intellectual Property Alliance, IIPA）影響甚深，不論是特別 301 條款觀察名單之建議，或是提供 USTR 決策相關分析資料，IIPA 的角色都不容忽視，並且自 1980 年代開始就與 USTR 維持密切關係。¹¹³當私人部門與企業的利益主宰了政治與立法程序時，我們很難想像這將符合民主的理想，以及信賴其充分考量公共利益。

而 USTR 中機關虜獲（agency capture）¹¹⁴的情形甚為嚴重。政府機關在這樣的網路運作下僅能反映利益團體的意見，而操作這些遊說團體的就是美國藥業聯盟（PhRMA）。在 TRIPS 協定制定之後，獲利最多的可能是藥商。然而 Abbott 指出，美國藥商的藥品創新近年來已逐漸減少，而依賴如威而剛（Viagra）等暢銷藥物獲利。¹¹⁵雖然臨床試驗對於藥商而言是沉重的負擔，然而研究也指出藥商逐漸將臨床試驗外移至費用較便宜、管制較寬鬆的國家，如中國與印度。光是 2008 年一年中，就有 80% 的臨床試驗在美國以外的國家完成。¹¹⁶美國藥商至少從美國國家衛生研究院（National Institutes

¹⁰⁹ 一般理論可參閱 Gordon Tullock, Arthur Seldon and Gordon L. Brady 著，徐仁輝、陳敦源、黃光雄譯，*政府失靈：公共選擇的初探*，智勝文化出版社（2005）。

¹¹⁰ See Herbert Hovenkamp, *Innovation and the Domain of Competition Policy*, 60 ALA. L. REV. 103, 117 (2008-2009).

¹¹¹ Dreyfuss, *supra* note 101, at 26.

¹¹² Lindstrom, *supra* note 18, at 965.

¹¹³ PETER DRAHOS WITH JOHN BRAITHWAITE, *supra* note 20, at 91-99.

¹¹⁴ 此理論是指：在任何政策領域中，基於共同利益與態度而組合的個人，會有效地利用多數的例行性決策之機會，以影響公共政策，以取得有利於己的公共政策地位。他們所形成的網絡關係相當頑強，不僅是封閉性的，並極具排他性。政府機關在這樣的網路運作下僅能反映利益團體的意見，尤其甚者，管制機關還可能受到控制，成為利益團體與國會議員的禁錮，因而形成機關虜獲（agency capture）的現象。

¹¹⁵ Abbott, *Toward a New Era of Objective Assessment*, at 92.

¹¹⁶ IP Task Force of the U.S. Business Coalition for TPP, *Key Goals and Objectives (Draft)*,

available at

<http://www.wcl.american.edu/pijip/download.cfm?downloadfile=469D4589-E11E-18EE-A21EB9A1630511EC>

of Health, NIH) 得到 2.8 億美元的補助，而美國藥商也因政府資助大學與教學醫院在生物醫療科技上的研究而受惠不少。¹¹⁷由於國家預算、國家利益與藥商利益纏結得如此緊密，機關虜獲是極有可能發生的問題。在美國，與藥品管制相關的主管機關是美國食品藥物管理局 (Food and Drug Administration, FDA)，然而對於藥物出口的行政問題則由 USTR 一手包辦，並研擬有效的出口對策。

杜哈宣言中有關強制授權的條款使得藥商的利潤受到威脅，因而藥商找到新方法來處理此一危機，即是利用 FTA 來縮減開發中國家立法的自由。¹¹⁸然而 FTA 在提升全球智慧財產權標準的角色中是可疑的。藥商利用遊說，並且依循 FTA 的新方式，使 USTR 施加壓力將更高的保護標準寫入開發國家的立法時間表中，步步進逼從未放鬆。在 USTR 進行 FTA 研擬的過程中，過去從未將公共利益納入考量，而政策形成主要是經由產業貿易建議委員會 (Industry Trade Advisory Committees) 的建言而來。在美國的智慧財產權委員會 (Intellectual Property Committee) 的 19 位列席成員中，大部分是來自藥商與其他智財產業的成員。達成最終結論後方諮詢健康部門官員的看法。¹¹⁹在 2002 年所立法的「促進貿易機關權力法」(the Trade Promotion Authority Act)¹²⁰更是藥商利益的「特快車」，國會立法將作成決定的權力遜予總統，只有在總統提交國會諮議時投票決定是否反對。從此 FTA 即以前所未有的效率避開國會監督而完成其行政程序。

Smith & Lessig 指出，ACTA 的簽訂歷程主要由美國行政部門所主導，欠缺來自於國會的討論。美國行政部門繞道不經過國會同意，而只經過總統簽名就已上路。¹²¹美國貿易代表署的官員就多次宣示增加 IP 執行之決心，並且冠以「保護美國」之名。¹²²根據主張智慧財產權權利平衡的「智財正義」(IP Justice) 此一非政府組織所言，ACTA 早期的談判中美方邀集了少數大企業加入談判，但選擇性地忽略了主張公共利益的非政府組織與團體。¹²³Sell 認為，關於 ACTA 簽訂與談判「急行軍」的一層意涵即是：美國政

[&typename=dmFile&fieldname=filename](#) (last visited June 21, 2012).

¹¹⁷ Abbott, *Toward a New Era of Objective Assessment*, at 91-92.

¹¹⁸ Abbott, *Toward a New Era of Objective Assessment*, at 87-88.

¹¹⁹ Lindstrom, *supra* note 18, at 966-967.

¹²⁰ Trade Promotion Authority Act, 19 U.S.C. § 3803(c), 3804 (2006).

¹²¹ Jack Goldsmith & Lawrence Lessig, *Anti-Counterfeiting Agreement Raises Constitutional Concerns*, WASH. POST, March 26, 2010, available at

<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/03/25/AR2010032502403.html> (last visited: June 20, 2012).

¹²² Sell, *The Global IP Upward Ratchet*, at 7-9.

¹²³ ROBIN GROSS, IPJUSTICE WHITE PAPER ON THE PROPOSED ANTI-COUNTERFEITING TRADE AGREEMENT 4-5(2008), available at

http://www.ipjustice.org/wp/wp-content/uploads/IPJustice_ACTA-white-paper-mar2008.pdf (last visited: June 20, 2012).

府在利用美國納稅人的金錢以保護國內企業的利潤。¹²⁴ACTA 一切的過程就好似 TRIPS 協定在烏拉圭回合談判的歷程重新上演一般：大企業的遊說、知識經濟強權國的封閉性談判、雙邊談判壓力、已由強權國備妥的條約文本。Drahos 指出知識經濟強權國與跨國智財公司的這種策略即為「分節治理」(nodal governance)¹²⁵之適例，使得私部門可以利用國家的服從來保護私人利益。¹²⁶吾人必須正視這是一場假多邊談判之名而行壓迫之實的政治遊戲。



¹²⁴ Sell, *TRIPS was Never Enough*, at 457.

¹²⁵ 「分節治理」(nodal governance) 為一解釋社會中各個行動者如何利用各種資源統御及回應事件的理論。分節治理包括四個特徵：心理狀態 (mentalities)、科技 (technologies)、資源 (resources) 及體制 (institutions)。社會中的成員利用其知識，動員可利用之資源，以進行規範制定活動，並藉規範控制社會中其他成員。提出分節治理的學者們認為 TRIPS 協定即是分節治理之結果。因為分節治理的成功，使得受 TRIPS 協定所規制的公、私關係逐漸模糊，而此種治理方式既非民主亦不能追求最佳之公共利益。See generally Scott Burris et al., *Nodal Governance*, 30 AUST. J.LEG. PHIL. 30 (2005).

¹²⁶ See Peter Drahos, *Intellectual Properties and Pharmaceutical Companies: A Nodal Governance Approach*, 77 TEMP. L. REV. 401 (2004).

第捌章 結論：開發中國家可行之對策檢討

就本文於第貳章整理出開發中國家可行之對策，提出了的四大途徑，分別為：傾競爭途徑、人權途徑、公共領域途徑，與新重商主義途徑。而本文整理出的三大議題為：競爭法之管制、責任法則之應用，與促進科技轉移與鼓勵研究創新，依三大議題為經，四大途徑為緯，本文經過第肆章、第伍章，與第陸章探討過後所得到之結論如下：

一、傾競爭途徑（the Pro-competitive Approach）

專利等智慧財產權的本質即是工業財產權，而可由國家對之予以修正，在平衡權利人與第三人的利益後，適當地予以限制。此外，智慧財產權是帶有高度公共政策考量的，並非神聖不可侵犯之天賦權利，也不是不容限制的絕對權利。世界貿易組織 TRIPS 協定前言即示：「各會員國承認國內智慧財產保護制度的基礎公共政策目標，包括發展目標及技術目標。」傾競爭途徑著重於法制的設計，並且在 TRIPS 協定所允許的範圍下對國內法制進行設計。

智慧財產權的內容應屬於公共領域，人人得以自由地利用。以開發中國家的立場而言，增加公共領域中可資利用的知識以促進利用、增進創新，對於技術的研發者而言，應是較為有利的安排。如果對於知識的利用，能夠採取責任法則，使得有意利用者，只要支付一定價格就可以利用，對創新而言，自然是較財產法則為優。智慧財產權必須為他人利用才能顯示智慧財產權的價值，對於國家整體創新方有意義，因此採取財產法則方能促進知識的利用，而促進科技創新。責任法則可謂是一種「取用並支付原則」，妥善的支付當然可以促進妥善的利用。Reichman & Lewis 所研發的「補償責任法則模型」（Compensatory Liability Rule Regime, CLR），將專利客體進行區分，使得小幅發明不會取得過長的期間保護，近似於我國的「新型專利」。且該模型中著重初始發明之改良，與改良後為他人利用的可能性，對於科技研發實有裨益，可為開發中國家所採納。

至於學者提議應加強競爭法的執行，以建立利於廠商競爭的經濟環境，本文認為，學者欲求的「壓制獨占對於市場力量的濫用」，若是依競爭法的標準，恐怕只在極少數的情況下方能發生。然而開發中國家仍應積極主張以競爭法處理。過往法院對於專利權利爭議向以「侵權」的觀念處理，但專利權對於社會造成的效益是未來可多加考慮的層面。仍然有更多智慧財產權的相關爭議值得競爭法介入，美國與歐洲的競爭法尚且仍有發展餘地，必須累積更多討論，進一步類型化可能發生之案例。而選擇歐盟競爭法體系

對於開發中國家可能較為有利。

二、人權途徑 (the Human Rights Approach)

根據 WHO 統計，1957 年至 1999 年，總共有 14000 多種新藥物產生，其中只有 13 種是針對熱帶性疾。專利權制度無法解決低度開發國家的傳染病肆虐問題。¹在必要藥物的需求上，由於涉及到赤貧國家國民最低人性尊嚴的深層道德哲學議題，因疾病而早逝的性命，引發了國際間人道問題的考量。基於保護消費者權益或降低國家整體健康、衛生支出的立場，在專利藥價無法迅速下降的情況下，利用學名藥解決公共健康已成為開發中國家不可避免的衛生政策。

因為藥業強國運用其國際政治上的權力，塑造並引導了決策的過程，許多開發中國家的怨懟，直到杜哈回合談判時才終於得以實現。然而由於 FTA 來縮減開發中國家立法的自由，形同架空了開發中國家受杜哈宣言所保障的權利，使得開發中國家無法順利適用強制授權以利用學名藥，因而國內的疾病問題無法解決。而美國 FTA 繞道國會監督，其民主程序正當性亦有疑問。雖然國際法上有條約須被遵守原則 (*pacta sunt servanda*)，然而在經濟勢力壓迫之下犧牲的人權不足以證立 FTA 其正當性。雖然目前 WTO 的爭端解決機構對於 TRIPS 協定第七、八條仍然不願採取廣義解釋，但果真發生 TRIPS 協定的爭訟案件時，TRIPS 第協定七、八條的運用仍然值得開發中國家嘗試。或許可以如 Correa 所說一般，將 TRIPS 協定第八條中涉及有關人權問題的「公共利益」解釋為「國際公序」，以處理與人權相關的 TRIPS 協定問題。

三、公共領域途徑 (the Public Domain Approach)

在全球化的影響下，開發中國家必須尋求更高層次的技術來研發新產品，這些過程中涉及的是促進科技創新所需之知識之交流之問題。在龐大專利授權金額的層層堆疊下，開發中國家永遠尋求科技先進國家的授權並非優秀的長期發展策略。因此，如何使開發中國家更快速地工業化，涉及科學及科技知識的的利用問題，此一流程包括知識取得、知識轉換、知識應用與知識保護。學者認為開發中國家理應強化國內的各種基礎架構 (infrastructure) 以利於科學及科技知識的取得與散佈²。對開發中國家而言，最佳的

¹ 李素華，「第三世界必要藥品近用爭議與 TRIPS 協定專利強制授權決議之最新進展」，科技法律透析，第 16 期第 1 卷，頁 39 (2004 年)。

² Jerome H. Reichman, *The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?*, 32 CASE W. RES. J. INT'L L. 441, 458-59, 467 (2000).

減少科學科技出版物的長期策略為與科技先進國間建立出版品交換的管道。³

在許多科技的研發問題上，生物科技與 DNA 相關之知識尤然，若是基礎的專利阻擋後續的研究，這對研究者而言，產生了極高的交易成本。⁴如果開發中國家斷然模仿已開發國家的智慧財產權立法，在原來專利未保障之範圍建立財產權，並非促進產業發展的良策，恐怕是危機大於轉機。對於開發中國家而言，急於建立多數財產權，不如先促進大學的研究發展，並且促進國家對於研究成果的資助。開發中國家於研發上的能力建設是較為可行的目標，而強調研發和產學合作的企業文化也是可發展的方向之一。財產權在一定程度上可以引導產業界往國家所欲求的方向發展，但智慧財產權只是眾多解決方式之一，並不是絕對且唯一的方法。

更廣泛地允許試驗免責例外，則有助於開發中國家大學與研究者的能力建設（capacity building）。在不斷地了解和試行錯誤（trial and error）中，得以使研究者更了解發明與技術的內容，並且得以改良。試驗免責例外對於知識的散佈問題而言格外重要，它調節了專利法體系與研究體系間的矛盾，解決了一部分知識分享的問題。而在基礎科學的部分更加需要此類的機制，對於開發中國家而言，以立法的方式，以及司法解釋的方式，採行更為廣泛的試驗免責例外條款，策重試驗者對於專利的探究和改良意圖，無疑是較有利的。

四、新重商主義途徑（the Neomercantilism Approach）

雖然美國 USTR 與藥業的關係中公共選擇的問題嚴重，然而擁有世界前幾大學名藥產業的印度，學名藥廠亦戮力於遊說政府以將法律導向對自身有利，不禁令人質疑是否將發生舊重商主義受人批評的弊害。在舊重商主義之下，政府機能成為產業尋租利器，產業依賴補助積弱不振。然而是否能夠迴避尋租問題，乃是各國策略運用之結果。如同美國大幅資助生物科技研究，以研究為導向的發展策略，似乎甚為可行。許多零星的文獻指出，韓國的新重商主義甚為注重研發，受歸結為六字公式：模仿、創新、超越。⁵在比例上看來，中國大陸與印度受高等教育的人數均較美國為多⁶，或許在亞洲國家科學

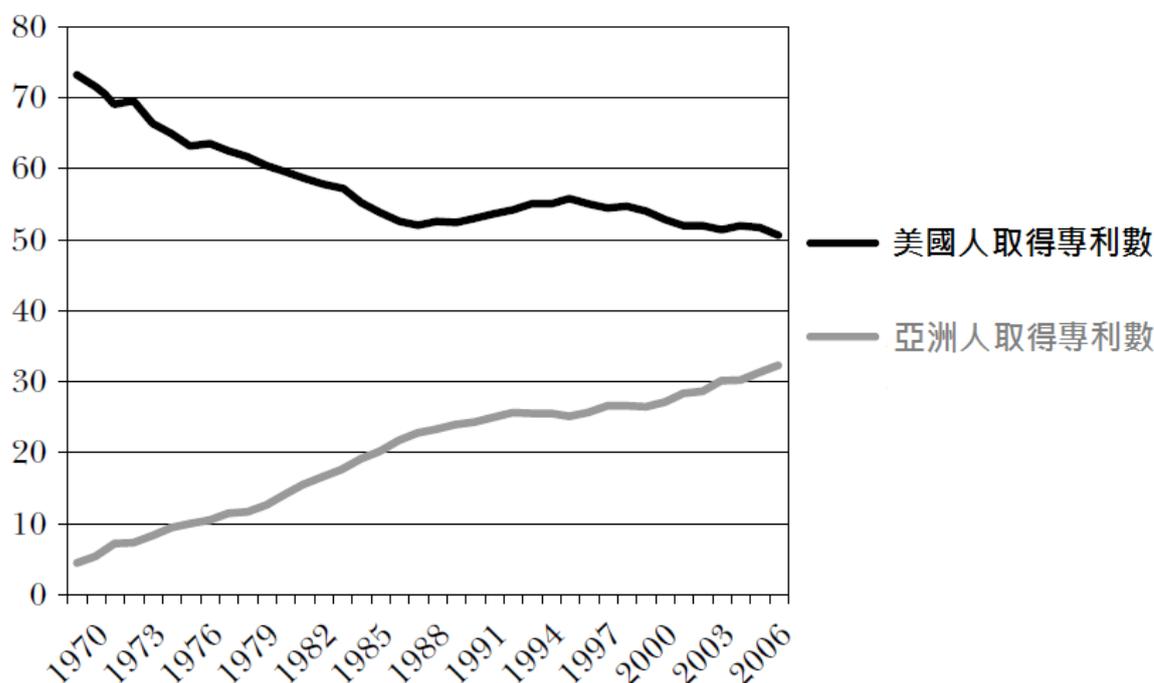
³ Jerome H. Reichman, *From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 11, at 48. [hereinafter *Global Competition Under the TRIPS*]

⁴ Jerome H. Reichman, *Intellectual Property in the Twenty-First Century: Will the Developing Countries Lead or Follow?*, 46 HOUS. L. REV. 1115, 1135 (2009).

⁵ 鄭博文，韓致勝公式：模仿創新超越，聯合報 A17 民意論壇，2012 年六月 20 日。

⁶ 以 2005 年的資料來看，中國有 600000 工程師所受為高等教育，而印度有 350000 人，但美國僅有 70000 人。See Beatrice Lindstrom, *Scaling Back TRIPS-Plus: An Analysis of Intellectual Property Provisions in Trade Agreements and Implications for Asia and the Pacific*, 42 N.Y.U. INT'L L. & POL. 917, 971 (2009-2010).

教育的品質與創新文化仍然不如美國，但由下圖中的專利申請數量的成長，知識之於創新的聯結關係似乎可在教育之上建立。



圖五：1970 年後亞洲人與美國人申請專利准許數量比較圖

來源：Beatrice Lindstrom, *Scaling Back TRIPS-Plus: An Analysis of Intellectual Property Provisions in Trade Agreements and Implications for Asia and the Pacific*, 42 N.Y.U. INT'L L. & POL. 917, 970 (2009-2010).

五、結語

謝銘洋教授認為，不可諱言在所有與智慧財產權相關的產業領域皆可以輕易找到利基，或雖有利基但風險甚高，透過法律建立智慧財產權制度仍有其實益。然而智慧財產權所賦予的排他性權利，在本質上與自由競爭的思想不符，權利行使往往會對競爭秩序造成不當影響，並非智慧財產權的最終目的。⁷根據 Maskus 的估計，自從烏拉圭回合談判後，世界因烏拉圭回合談判所得到的利得（gains）至少有 20% 因此 TRIPS 的制定而成為無謂損失。⁸本文所關切的問題意識為：「全球化情境下，開發中國家面對因 TRIPS

⁷ 謝銘洋，「農業生物科技之智慧財產權保護」，科技發展之智慧財產權議題，翰蘆圖書出版有限公司，初版，民 94 年，頁 126。

⁸ KEITH E. MASKUS, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE GLOBAL ECONOMY* 185-186 (Peterson Institute 2000).

之制定造成的外國權利人與主權的衝突，將如何利用各種策略性工具，以促進國內之發展？」。低度開發國家為技術之繼受國，智慧財產權之保護可能會限制其對科技的模仿學習機會，因為該等國家通常較貧窮，付不起高額之專利權利金。智慧財產權「可能」有鼓勵發明之功效⁹，但僅為一國經濟發展之必要條件，而非充分條件，經濟之發展仍須許多要素之配合。以我國身為一新興工業國家而言，尤其在對智慧財產權提供保護所產生的成本及效益加以比較、以及效益公平分配的考量之下，智慧財產權之保護應視國家之社會經濟狀況、科技發展程度適用不同的保護政策，而不應一體適用同一標準之專利政策。

TRIPS 協制定後，開發中國家是否將獲得更強的智慧財產權保護是一個有爭議的問題。贊成者認為在動態變化的過程中，智慧財產權的保護能為創新提供更多誘因。不論在國內或國外，廠商藉由授權均能彌衡其對創新之投資。然而 TRIPS 協定在長期的影響可能將導致窮國的收入移轉進入富國。對於開發中國家而言，改善整體投資環境對於外國投資的流入可能與單純致力於提高標準更有意義。Reichman 也認為在欠缺相對的要素秉賦 (endowments) 之下，單純地改變智慧財產權的保護標準，將不會產生科技改變或科技演進。¹⁰

是故，關於智慧財產權的全球化現象，我們可以得到以下四個總結：

第一、 保護標準提高並不意味發展程度亦會提高

WTO 中的國民待遇、最惠國待遇制度，使得各種有利知識經濟霸權國家的規範標準如推波助瀾一般水漲船高，思考 TRIPS 協定在智慧財產權上寰宇最低標準的提升，並不當然意味著各國國內法中所有最低標準（如環保標準、公共衛生標準等）也會等同提升，當然亦不意味開發中國家人均所得能夠一併的提升。保護標準的提高不必然帶來經濟發展之結果。保護標準的提高和 FDI 流入的關係必須一再受檢討，而其他社會機制造成 FDI 流入也應同等地受到重視。此外，保護標準的提高、FDI 之流入，也並不意味著科技將隨之移轉，而可能只造成全球經

⁹ 參閱范建得、莊春發、錢逸霖，「管制與競爭：論專利權之濫用」，公平交易季刊，第 15 卷第 2 期，頁 27 (2007)。該文採取較強烈之立場，質疑專利法鼓勵創新之功效，引用學者 Shpherd (1990) 與 Moser (2003) 見解指出，並未發覺專利法有提高創新活動的現象，反而是發現強烈的證據指出在沒有專利法的國家，發明者的創新活動愈集中於營業秘密，例如瑞士的鐘錶業，精細的施工方法與工具使對手廠商不易模仿，並非專利保護所致。在 1869 年因為自由貿易黨 (Free Trade Party) 壓力下，荷蘭的專利法被撤銷，食物生產的創新比例則由 11% 上升為 33%。See also Jerome H. Reichman, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, 94 COLUM. L. REV. 2432 (1994)

¹⁰ Jerome H. Reichman, *Taking the Medicine, with Angst: An Economist's view of the TRIPS Agreement*, 3 J. INT'L ECON. L. 795, 805 (2001).

濟體系更嚴密的階層分工。

第二、 保護標準的高低變化應與創新活動發展程度的高低變化有關

回顧歷史，美國也曾是智慧財產權商品的淨輸入國（net importer）。當時歐陸有許多知名作家的作品在進口至美國時，在美國發行的常是未經作者授權的版本，甚至連美國的作家也無法倖免。知名作家如狄更斯（Charles Dickens）、愛倫坡（Edgar Allan Poe）、歐文（Washington Irving）等都曾為盜版書籍所苦，狄更斯甚至與 25 名作家聯名向美國國會請願，但媒體認為他應該感謝盜版方使得他的作品如此受歡迎。¹¹美國現今的經濟出口也依靠強而有力的各種措施才得以建立，然而智慧財產權的發展可能是與經濟發展程度有關的，當創新與科技產業並未發展至某一程度時，一國可能並不需要如此高的智慧財產權標準。

第三、 多元體系與多邊談判是值得追求之目標

多邊主義（multilateralism）強調的是各國關係中的溝通與協調。因國際法是基於合意（consent）而來，而真正為多數國家認可的規範方具有國際法之效力。在壓迫之下大國迫使小國勉強同意的條款，無法避免尋租與分節治理之結果，國際協定的效力仍應建立在多邊談判的基礎上。以法律多元主義的立場，開發中國家基於國內的需要，對智慧財產權規定採取實驗性的法律制度，只要在尚未全面或過度侵蝕權利人利潤的情形下，應予以包容。並且依 TRIPS 協定七及第八條之解釋，認為並不違反 TRIPS 協定之規定。

第四、 能力建構是開發中應尋求的方向

出乎意料地和許多學者的主張不同的是，根據研究指出，在高度的智慧財產權保護與發展程度（以 GDP 人均所得衡量）之間，似無一正向之統計上關聯性。雖然部分經濟學者可能期望以高度的智慧財產權保護作為產業發展的驅力，但研究顯示教育、科學研究、科技訓練、整體國家體系結構的改善可能才是最重要步驟。高度的智慧財產權保護與國家發展程度的關係間，似乎比想像中來得複雜許多。¹²智慧財產權只是眾多解決方式之一，並不是絕對且唯一的方法。

智慧財產權的全球化現象，對於吾人則有更深一層次的涵義在其中，此隱含的寓意

¹¹ CLAIRE TOMALIN, CHARLES DICKENS: A LIFE 128–132 (Viking Adult, USA 2011).

¹² CAROLYN DEERE-BIRKBECK, THE IMPLEMENTATION GAME: THE TRIPS AGREEMENT AND THE GLOBAL POLITICS OF INTELLECTUAL PROPERTY REFORM IN DEVELOPING COUNTRIES 99 (Oxford University Press, USA 2007).

即在於過高的保護標準與貿易保護主義間的聯結關係。Reichman 就指出，吾人必須留意保護主義者的胃口已經成功延伸至行政機關與智慧財產權政策，而在這樣的情勢下，消費者與中小型企業的發明者形同寡頭經濟體擴張市場勢力下之禁燬。¹³ Aoki 就指出，若是依純然自由主義的標準，國家藉由法律來管制市場狀況是一種「干涉」——利用壓迫手段侵入私人領域，而使得市場機制無法順利運作的話，那麼國家藉由設定智慧財產權標準，就是利用決定財產的配置，使國家經由授權與合理使用得到「課稅」的權力。

14

電子業與半導體產業由於各家廠商彼此擁有許多互補或重疊之專利，因此達成一種彼此箝制的態勢。因為交易成本較高的關係，也較容易形成專利集管而使得其他廠商得以順利取得授權。TRIPS 協定第 58 條本就有關於執行之規定¹⁵，然而在 ACTA 與許多 FTA 運作之下，對於進口至大市場的外國廠商是不利的。因為其中的規定使得海關倚賴表面證據（prima facie evidence），就得以查扣他國進口之「疑似侵權」商品，¹⁶甚為保護具有高科技產業、大市場的國家，而這樣的國家首推美國與歐盟。Maskus 亦指出純粹身為進口一方的開發中國家實行 TRIPS 協定中所規定的所有執行措施只會提高其費用，¹⁷而開發中國家的海關執行更有貪腐與訓練不足之疑慮，恐無法達成公平的程序保護。在藥業之中，由於藥品的重要成份有專利保護，因此建立了一種實質、無人威脅的獨占銷售。試驗免責與允許真品平行輸入都是促進學名藥競爭的方式，但卻在在 FTA 中受到傷害。

Henry & Stiglitz 就指出，當我們思考保護過高的智慧財產權政策究竟使開發中國家得到什麼？難道 TRIPS 協定果真使得海外投資得到更多保障嗎？然而往違反理論結果的方向看去，會發現許多海外投資都流向了中國，而中國卻反被指控為一執行 TRIPS 協定不力之國家。¹⁸可見在這場遊戲中，市場大的國家永遠是贏家。其餘國家受投資的機較小，卻為了保障藥價市場區隔而支出了更多。

¹³ Jerome H. Reichman, *From Free Riders to Fair Follower: Global Competition under the TRIPS Agreement*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 11, 25 (1997)

¹⁴ Keith Aoki, *Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection*, 6 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 11, 15 (1998).

¹⁵ TRIPS Art. 58 states:

“Where Members require competent authorities to act upon their own initiative and to suspend the release of goods in respect of which they have acquired prima facie evidence that an intellectual property right is being infringed...”

¹⁶ Lindstrom, *supra* note 6, at 943.

¹⁷ Keith E. Maskus, *Intellectual Property Rights and Economic Development*, 32 CASE W. RES. J. INT'L L. 471, 493 (2000).

¹⁸ Claude Henry & Joseph E. Stiglitz, *Intellectual Property, Dissemination of Innovation and Sustainable Development*, 1 GLOBAL POL'Y 237, 244 (2010).

TRIPS 協定的制定並未使得全球智慧財產權標準趨向穩定，美國與歐盟不斷地將標準往上提升，在國際政治經濟勢力的潛在衝突下，開發中國家處於妥協的立場，更進一步的標準提高或和諧化趨勢，實乃開發中國家所應避免的的產業發展策略。我國專利法如同其他開發中國家一般，受全球化趨勢影響甚深。但我我國仍處於技術輸入國的地位，此種和諧化的立法政策實則並不利於我國。

開發中國家曾經利用建制移轉等策略，短暫地抵抗了智慧財產權標準不斷提高的壓力，並且得到杜哈宣言的保障、反對實質專利條約（**Substantive Patent Law Treaty**）進一步和諧化的談判，在 **WIPO** 中達成了進行發展議程的共識。然而智慧財產權標準不斷向上提升的龐大壓力就像是薛西弗斯的石頭（**the Stone of Sisyphus**），每日被奮力推往山頂之後又會再度滾落山巔。開發中國家即背負著這龐大的壓力而步履蹣跚。全球智慧財產權標準攀升是非常值得國際社會注意的問題，當我們回顧 **TRIPS** 協定制定了 20 年間演變發展歷史，令人不禁質疑是否對智慧財產權予以過度的保護，才是一種「新貿易保護主義」？



參 考 文 獻

中文專書（依出版時序排列）

- 陳家駿、羅怡德，公平交易法與智慧財產權，五南出版社，民國八十八年。
- 何孝元，工業所有權之研究，重印三版，三民書局，民國九十一年。
- 路易·杜蒙，個人主義論集，黃柏棋譯，聯經出版社，民國九十二年。
- 范建得、莊春發，公平交易法第二冊：不公平競爭，漢興出版社，民國九十八年。
- Robert S. Pindyck & Daniel L. Rubinfeld 著，劉純之等譯，個體經濟學，華泰文化，第六版，民國九十四年。
- 包宗和主編，國際關係理論，初版，台北，五南圖書公司，民國一百年。

中文期刊報章論文（依出版時序排列）

- 陳家駿、羅怡德，「美國反托拉斯法適用智慧財產權基本原則探討」，公平交易季刊，第二卷第四期，民國八十三年。
- 謝銘洋，「從相關案例探討智慧財產權與民法之關係」，科技發展之智慧財產權議題，翰蘆圖書出版有限公司，初版，民國八十四年。
- 謝銘洋，「生物技術之智慧財產權保護」，科技發展之智慧財產權議題，翰蘆圖書出版有限公司，初版，民國八十四年。
- 周旭華，「世貿組織與其他國際組織之合作：政經背景、法律基礎與效能影響」，全球政治評論，第三十二期，民國八十九年。
- 張亞中，「全球治理：主體與權力的解析」，問題與研究，第 40 卷第四期，民國八十九年。
- 陳文吟，「探討因應醫藥品專利之合理措施」，國立中正大學法學集刊，第八期，民國九十一年。
- 倪貴榮，「WTO 智慧財產權保護與公共健康議題之發展趨勢」，經社法制論叢，第 31 期，民國九十二年。
- 李素華，「歐洲製藥大廠阻礙學名藥上市行為被控優勢地位濫用」，科技法律透析，民國九十二年。
- 袁鶴齡，「全球治理與國際合作：論其策略與困境」，全球政治評論，第四期，民國九十二年。
- 王立達，「從 TRIPS 協定與公眾健康爭議論專利強制授權之功能與侷限」，科技法學評論，第一卷，民國九十三年。
- 李俊增，「多元分歧與正當性：對 Habermas 程序主義法理論之驗證」，政治與社會哲學評論，第 11 卷，民國九十三年。
- 林彩瑜，「WTO TRIPS 協定下醫藥專利與公共健康之問題及其解決方向」，政大法學評論，第 78 期，民國九十三年。

王美花，「智慧財產權最新國際發展之評析」，智慧財產權，第 74 期，民國九十四年。

張靜貞、陳逸潔，「淺談香港部長會議對我國農業之影響」，中華經濟研究院台灣 WTO 中心電子報，民國九十四年。

王立達，「TRIPS 協定之例外條款——以概括型例外條款為中心」，政大法學評論，第 107 期，民國九十七年。

江念慈、程法彰，「論我國智慧財產權之立法政策——一個集體行動的分析架構」，科技法律評析第一期，頁 4，民國九十七年。

張毓欣、鄭琇雲，「WTO 於今年 11 月底舉行第七屆部長會議」，經貿法訊，第 95 期，政大商學院國際經貿組織暨法律研究中心，民國九十八年。

江國慶，「藉國碩案階層化討論強制授權」，科技法律透析，民國九十九年。

倪貴榮，「WTO 會員設定強制授權事由的權限：以維也納條約法公約之解釋原則分析飛利浦 CD-R 專利特許實施事由與 TRIPS 的相容性」，臺大法學論叢，第 39 卷第三期，民國九十九年。

周旭華，「多邊貿易談判的政治脈絡：國際關係理論作為 WTO 政策研究工具之初探」，東吳政治學報，第 28 卷第二期，民國一百年。

鄭博文，韓致勝公式：模仿創新超越，聯合報 A17 民意論壇，民國一百零一年。

中文學位論文

廖文忠，以貿易手段保護智慧財產權之法律問題——以美國貿易法為例，政治大學法律研究所碩士論文，民國八十二年。

林雅慧，智慧財產權之保障：開發中國家與已開發國家之衝突與妥協，國立中正大學財法所碩士論文，民國九十七年八月。

陳建妤，從獨占事業濫用優勢地位論過高價格之管制——以歐盟為例，中原大學財經法律學系碩士論文，民國九十二年六月。

英文專書（依出版時序排列）

Inge Kaul, Isabelle Grunberg and Marc Stern, Introduction: Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century, Inge Kaul, Isabelle Grunberg and Marc Stern ed., Oxford USA, 1999.

Keith E. Maskus, Intellectual Property Rights in the Global Economy, Institute for International Economics, Washington, DC, 2000.

Anthony Giddens, The Third Way and its Critics, John Wiley & Sons, New Jersey, 2000.

Susan K. Sell, Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

Peter Drahos with John Braithwaite, Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy?, New York: The New Press, 2007.

Carolyn Deere, The Implementation Game – The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries, Oxford University Press, Oxford, 2009.

英文期刊報章論文（依作者姓氏與刊登時序排列）

A

Frederick M. Abbott, “Protecting First World Assets in the Third World: Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 22, No. 4, pp. 689-746, 1989.

Frederick M. Abbott, “The TRIPS-Legality of Measures Taken to Address Public Health Crises: A Synopsis”, Widener Law Symposium Journal vol. 7, pp 71-85, 2001.

Frederick M. Abbott, “The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health”, American Journal of International Law, vol. 99, no. 2, pp. 317–358, 2005.

Keith Aoki, Neocolonialism, “Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection”, Indiana Journal of Global Legal Studies, vol. 6, no. 1, pp. 11–58, 1998.

Philip Alston, “Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann”, European Journal of International Law vol. 13:4, pp. 815–844, 2002.

Karen J. Alter and Sophie Meunier, “The Politics of International Regime Complexity”, Perspectives on Politics, vol. 7. no. 1, pp. 13-24, 2009.

Emily Ayoob, “Recent Development: the Anti-Counterfeiting Trade Agreement”, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal |, vol. 28 pp. 175-193, 2010-2011.

B

Yochai Benkler, “Free as the air to Common Use: First Amendment Constrains on Enclosure of the Public Domain”, New York University Law Review, vol. 74, pp. 354-446, 1999.

James Boyle, “Fencing off Ideas: Enclosure & the Disappearance of the Public Domain”, Daedalus, Vol. 131, No. 2, pp. 13 – 25, 2002.

James Boyle, The second Enclosure movement and the Construction of the Public Domain, Duke University School of Law Law and Contemporary Problems, Vol. 66, pp. 33-74, Winter-Spring 2003.

Sara Boettiger & Alan Bennett, “The Bayh-Dole Act: Implications for Developing Countries”, IDEA The Intellectual Property Law Review vol. 46, pp. 259-279, 2005-2006.

Paul S. Berman, “From International Law to Law and Globalization”, Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 43, pp. 485-556, 2005.

Paul S. Berman, “Global Legal Pluralism”, Southern California Review, Vol. 80, pp. 1155-1237, 2007.

Barbosa, D. Borges, Marfret Chon, & Moncayo von Hase, “Slouching Towards Development in International Intellectual Property”, Michigan State Law Review, vol. 2007, pp.71–141, 2008.

Robert Burrell & Kimberlee Weatherall, “Exporting Controversy? Reactions to the Copyright Provisions of the U.S.-Australia Free Trade Agreement: Lessons for U.S. Polic y”, University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy , vol. 2008, pp. 259–319, 2008.

C

Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, Harvard Law Review, Vol. 85, No. 6., pp. 1089-1128, 1972.

Anupam Chander and Madhavi Sunder, “the Romance of Public Domain”, California Law Review, vol. 92, pp. 1331- 1373, 2004.

Carlos M. Correa, “Investment Protection in Bilateral and Free Trade Agreement Implications for the Granting of Compulsory Licenses”, Michigan Journal of International Law, vol. 331, pp. 332-353, 2004.

Carlos M. Correa, “Bilateralism in Intellectual Property: Defeating the WTO System for Access to Medicines”, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 36, issue 1, pp. 79-95, 2004.

Carlos M. Correa, “The Politics and Practicalities of a Disclosure of Origin Obligation”, Quaker United Nations Office, Occasional Paper No. 16, 2005.

Margaret Chon, “Intellectual Property and the Development Divide”, Cardozo Law Review, Vol. 27, pp. 2821-2912, 2006.

Thomas F. Cotter, “The Procompetitive Interest in International Property Law”, William and Mary Law Review, vol. 48 pp.483-557, 2006-2007.

D

Carolyn Deere-Birkbeck, “The pre-TRIPS context for developing country perspectives on intellectual property in the WTO: Setting the Context”, Research Handbook On The Protection Of Intellectual Property Under Wto Rules, Carlos Correa, ed., Edward Elgar: Oxford, 2009

Peter Drahos, “Information Feudalism in the Information Society”, The Information Society, vol. 11, pp. 209-222, 1995.

Peter Drahos, “Thinking Strategically About Intellectual Property Rights”, Telecommunications Policy, Vol. 21, Issue 3, pp. 201-211, April 1997.

Peter Drahos, “Expanding Intellectual Property’s Empire: The Role of FTAs”, GRAIN, pp. 2-7, Nov. 2003.

Peter Drahos, “Intellectual Properties and Pharmaceutical Companies: A Nodal Governance Approach”, Temple Law Review, vol. 77, pp. 401–424, 2004.

Peter Drahos, “BITS and BIPS: Bilateralism in Intellectual Property”, Journal of World Intellectual Property, vol. 4:6, pp. 791–808 (2008).

Vincenzo Denicolò and Luigi A. Franzoni, “The Contract Theory of Patents”, International Review of Law & Economics, Vol 23, No. 4, pp. 365-380, 2004.

Dreyfuss, “TRIPS-Round II: Should Users Strike Back? TRIPS-Round II: Should Users Strike Back?”, University of Chicago Law Review, vol. 71, no. 1, pp. 21–35, 2004.

Rochelle C. Dreyfuss, Protecting the Public Domain of Science: Has the Time for an Experimental Use Defense Arrived?, Arizona Law Review, vol. 46, pp. 457–72, 2004.

Graeme B. Dinwoodie & Rochelle C. Dreyfuss, “TRIPS and the Dynamics of Intellectual Property Lawmaking”, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 36, pp. 95-122, 2004.

Graeme B. Dinwoodie & Rochelle C. Dreyfuss, “The International Intellectual Property Law System: New Actors, New Institutions, New Sources”, Marquette Intellectual Property Law Review, vol. 10, pp. 205-214, 2006.

Klaus Dingwerth and Philipp Pattberg, “Global Governance as a Perspective on World Politics”, Global Governance, vol. 12, pp. 185-204 , 2006.

Ben Depoorter, “Property Rules, Liability Rules and Patent Market Failure”, Erasmus Law Review, vol. 1, pp. 59–74, 2008.

E

Rebecca S. Eisenberg, “Patents and the Progress of Science: Exclusive Rights and Experimental Use”, University of Chicago Law Review, vol. 56 pp. 1017-1086, 1989.

Rebecca S. Eisenberg, “Public Research and Private Development: Patents and Technology Transfer in Government-Sponsored Research”, Virginia Law Review, vol. 82, pp. 1663-1727 (1996).

Richard A. Epstein, “A Clear View of The Cathedral: The Dominance of Property Rules”, Yale Law Journal, 106, pp. 2091-2120, 1997.

F

Eleanor M. Fox, “Trade, Competition, and Intellectual Property—TRIPS and its Antitrust Counterparts”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 29, pp. 481-505, 1996.

Robin C. Feldman, “The Insufficiency of Antitrust Analysis for Patent Misuse”, Hastings Law Journal, December, vol. 55, pp.399-449, 2003-2004.

Thomas A Faunce et al., “Trans-Tasman Therapeutic Products Authority: Potential AUSFTA Impacts on Safety and Cost-Effectiveness Regulation for Medicines”, Victoria University of Wellington Law Review, vol. 37, no. 3, pp. 365-389, 2006.

G

Ruth L. Gana, “Prospects for Developing Countries under the TRIPS Agreement”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 29, pp. 735-775, 1996.

Daniel J. Gervais, “The Internationalization of Intellectual Property: New Challenge from the Very Old and the Very New”, Fordham Intellectual Property Media and Entertainment Journal, vol. 12, pp. 929–990, 2002.

Daniel J Gervais, “Intellectual Property, Trade & Development: The State of Play”, 7 Vanderbilt Law School Fordham Law Review, Vol. 74, pp. 505-535, 2005.

Peter M. Gerhart, “The Tragedy of TRIPS”, Michigan State Law Review, vol. 2007, no. 1, pp. 143–184, 2007.

Gene M. Grossman & Edwin L. C. Lai, “International Protection of Intellectual Property”, The American Economic Review, vol. 94, no. 5., pp. 1635-1653, 2004.

Andrew T. Guzman, “Global Governance and the WTO”, Harvard International Law Journal, vol. 45, no. 2., pp. 303-351, 2004.

Ronald J. Gilson & Curtis J. Milhaupt, “Sovereign Wealth Funds and Corporate Governance: A Minimalist Solution to the New Mercantilism”, Stanford Law Review, vol. 60, pp. 1345–1369, 2007-2008.

H

Garrett Hardin, “The Tragedy of the Unmanaged Commons”, Trends in Ecology and Evolution , vol. 9, no. 5, pp. 199-199, 1994.

Michael A. Heller, “The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets”, Harvard Law Review, Vol. 111, No. 3., pp. 621-688, 1998.

Michael A. Heller and; Rebecca S. Eisenberg, “Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research”, Science, vol. 280, pp. 698-701, 1998.

Laurence R. Helfer, “Regime Shifting: The TRIPs Agreement and. New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking”, Yale Journal of International Law, vol. 29, pp. 1-83, 2004.

Laurence R. Helfer, “Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property”, UC Davis Law Review, vol. 40, pp. 971–1020, 2007.

Herbert Hovenkamp, “Innovation and the Domain of Competition Policy”, Alabama Law Review, Vol. 60, p. 103-132, 2008-2009.

Claude Henry & Joseph E. Stiglitz, “Intellectual Property, Dissemination of Innovation and Sustainable Development”, Global Policy. Vol. 1, No. 3, pp. 237–251, 2010.

K

Robert W. Kastenmeier & David Beier, “International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks, and Reality”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 22, pp. 285-307, 1989.

A. Kapczynski, E.T. Crone & M. Merson, “Global Health and University Patents” , Science, vol. 301, p 1629 ,2003).

Amy Kapczynski, “The Access of Knowledge Mobilization and the New Politics of Intellectual Property”, Yale Law Journal, vol. 117, pp. 804–885, 2008.

Robert L. Kuttner, “Development, Globalization, and Law”, Michigan Journal of International Law, vol. 26, pp. 19-38 ,2005.

Kim Them Do, “Competition Law and Economic Development in Developing Countries”,

Manchester Journal of International Economic Law, vol. 8, pp 18-35, 2011.

L

Jessica Litman, "The Public Domain", Emory Law Journal, vol. 39: pp. 965-1023, 1990.

Mark A. Lemley, "Property, Intellectual Property, and Free Riding", Texas Law Review, Vol. 83, p. 1031, 2005.

Jae Sung Lee, Towards a Development-Oriented Multilateral Framework on Competition Policy, 7 SAN DIEGO INT'L L.J. 293, 297 (2005-2006).

Beatrice Lindstrom, Scaling Back TRIPS Plus: An Analysis of Intellectual Property Provisions in Trade Agreements and Implications for Asia and the Pacific, 42 N.Y.U. INT'L L. & POL. 917 (2009-2010).

M

Keith E. Maskus, "How trade-related are intellectual property rights?", Journal of International Economics, Vol. 39, pp. 227-248, 1995.

Keith E. Maskus, "The Role of Intellectual Property Rights in Encouraging Foreign Direct Investment and Technology Transfer", Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 9, pp. 109-61, 1998.

Keith E. Maskus, "Intellectual Property Rights And Foreign Direct Investment", Centre for International Economic Studies Working Paper No. 22, 2000.

Keith E., Maskus and Jerome H. Reichman, "The Globalization of Private Knowledge Goods and the Privatization of Global Public Goods", Journal of International Economic Law, vol. 7, pp. 279-320, 2004.

Thomas A. Massaro, "Innovation, Technology Transfer, and Patent Policy: The University Contribution", Commentary. Virginia Law Review, vol. 82, pp. 1729-1737, 1996.

John O. McGinnis, "The Political Economy of International Antitrust Harmonization", William and Mary Law Review, vol. 45, Issue 2, pp. 549-594, 2003-2004.

Robert P. Merges, "Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property", Columbia Law Review, vol. 94, pp. 2655-2673, 1994.

Robert P. Merges, "Contracting into Liability Rules: Intellectual Property. Rights and Collective Rights Organizations", California Law Review, vol. 84, pp. 1293-1393, 1996.

Adam Mossoff, "Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800", Hastings Law Journal, vol. 52, pp. 1255-1322, 2001.

Adam Mossoff, "Who Cares What Thomas Jefferson Thought About Patents? Reevaluating the Patent "Privilege" in Historical Context", Cornell Law Review, vol. 92, pp. 953-1012, 2007.

Adam D. Moore, "Intellectual Property, Innovation, and Social Progress: The Case against Incentive Based Arguments", The Hamline Law Review, vol. 26, pp. 602-630, 2003.

Chester G. Moore, "Killing Bayh-Dole Act's Golden Goose", Tulane Journal of Technology and Intellectual Property, vol. 8, pp. 151-172, 2006.

Fiona Murray & Scott Stern, “Do Formal Intellectual Property Rights Hinder the Free Flow of Scientific Knowledge? An Empirical Test of the Anti-Commons Hypothesis”, Journal of Economic Behavior and Organization, vol. 63, pp. 648-687, 2007.

James Mitchell Watkins and Mark Zachary Taylor, “Intellectual Property Protection and US Foreign Direct Investment in Emerging Economies”, Journal of Intellectual Property Rights, vol. 15, pp. 415-428, 2010.

O

Ruth L. Okediji, “Back to Bilateralism? Pendulum Swings in International Intellectual Property Protection”, University of Ottawa Law & Technology Journal, vol. 1, pp. 127-147, 2003-2004.

A. Samuel Oddi, “Nature and Scope of the Agreement TRIPS - Natural Rights and a "Polite Form of Economic Imperialism””, Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 29, pp. 415-70, 1996.

A. Samuel Oddi, “Un-Unified Economic Theories of Patents – The Not-Quite-Holy Grail”, Notre Dame Law Review, vol. 71, pp. 267–327, 1996.

A. Samuel Oddi, “The Tragicomedy of the Public Domain in Intellectual Property Law”, Hastings Communications and Entertainment Law Journal, vol. 25, pp. 1–64, 2002-2003.

P

A. Mitchell Polinsky, “On the Choice Between Property Rules and Liability Rules”, Economic Inquiry, Vol. 18, No. 2, pp. 233-246. , 1980.

Carlos Alberto Primo Braga, “The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View From the South”, Vanderbilt Journal of Trans-national Law, vol. 22, pp. 243-264, 1989.

Carlos A. Primo Braga and Carsten Fink, “The Relationship Between Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment”, Duke Journal of Comparative & International Law, vol. 9 163, pp. 163-186, 1998.

Gary Pulsinelli, “Share and Share Alike: Increasing Access to Government-Funded Inventions Under the Bayh-Dole Act”, Minnesota Journal of Law, Science & Technology, vol. 7, pp. 393- 482, 2006.

R

Arti K. Rai & Rebecca Eisenberg, “Bayh-Dole Reform and the Progress of Biomedicine”, Law & Contemporary Problems, vol. 66, no. 1–2, pp. 289–314, 2003.

Kal Raustiala & David G. Victor, “The Regime Complex for Plant Genetic Resources”, International Organization , vol. 58, pp. 277-309, 2004.

Jerome H. Reichman, “Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms”, Columbia Law Review, vol. 94, pp.2432 – 2558, 1994.

Jerome H. Reichman, “Universal Minimum Standards of Intellectual Property Protection under the TRIPS Component of the WTO Agreement”, The International Lawyer, vol. 29, pp.

345- 390, 1995.

Jerome H. Reichman, “From Free Riders to Fair Followers: Global Competition Under the TRIPS Agreement”, New York University Journal of International Law and Politics, vol. 29, pp. 11–93, 1996-1997.

Jerome H. Reichman, “Bargaining Around the TRIPS Agreement: The Case for Ongoing Public-Private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions”, Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 9, pp. 11–68 , 1998-1999.

Jerome H. Reichman, “The TRIPS Agreement Comes of Age: Conflict or Cooperation with the Developing Countries?”, Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 32, no. 3, pp. 441–470, 2000.

Jerome H. Reichman & Tracy Lewis, “Using Liability Rules to Stimulate Local Innovation in Developing Countries: Application to Traditional Knowledge”, International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime, Keith Maskus & Jerome H. Reichman ed., Cambridge University Press, 2005.

Jerome H. Reichman, “Intellectual Property in the Twenty-First Century: Will the Developing Countries Lead or Follow?”, Houston Law Review, vol. 46, no. 4, pp. 1115-85, 2009.

Arti K. Rai, “Regulating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science”, Northwestern University Law Review, vol. 94, pp. 77–152, 1999.

Henning G. Ruse-Khan, “The International Law Relation Between TRIPS and Subsequent TRIPS-PLUS Free Trade Agreements: Towards Safeguarding TRIPS: Toward Safeguarding TRIPS Flexibilities”, Journal of Intellectual Property Law, vol. 18, no. 2, pp. 325-66, 2010-2011.

S

Peter Sainsbury, “Australia-United States Free Trade Agreement and the Australian Pharmaceutical Benefits Scheme”, Yale Journal of Health Policy Law Ethics, vol. 4, pp. 387-99, 2004.

Pamela Samuelson, “The U.S. Digital Agenda at WIPO”, Virginia Journal of International Law, vol. 37, no. 2, pp. 369–440, 1997.

Pamela Samuelson and Suzanne Scotchmer, “The Law and Economics of Reverse Engineering”, The Yale Law Journal, vol. 111, pp. 1575-1663, 2002.

Panmela Samuelson, “Enriching Disclosure of Public Domain”, Duke Law Journal, vol. 55, pp. 783–834, 2006.

Jeanne L. Schroeder, “Unnatural Rights: Hegel and Intellectual Property”, University of Miami Law Review, vol. 60, no 4, p. 453-504, 2006.

Suzanne Scotchmer, “Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law”, Journal of Economic Perspectives, vol. 5, no. 1, pp. 29-41, 1991.

Suzanne Scotchmer, “The Political Economy of Intellectual Property Treaties”, Journal of Law, Economics, and Organization, vol. 20, no. 2, pp. 415-437, 2004.

Susan K. Sell, “Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World: Crisis, Coercion, and Choice”, International Organization, vol. 49, no.2, pp. 315-349, 1995.

Susan K. Sell, “The Quest for Global Governance in Intellectual. Property and Public Health: Structural, Discursive and Institutional Dimensions”, Temple Law Review, vol. 77, pp. 363–399, 2004.

Susan K. Sell, “TRIPS plus Free Trade Agreements and Access to Medicines”, Liverpool Law Review, vol. 28, pp 41-75, 2007.

Kenneth C. Shadlen, “Intellectual Property, Trade, and Development: Can Foes be Friends?”, Global governance, vol. 13, pp. 171-177, 2007.

H. E. Smith, “Property and Property Rules”, New York University Law Review, vol. 79, pp. 1719-1798, 2004.

Stewart E. Sterk, “Property Rules, Liability Rules, and Uncertainty About Property Rights”, Michigan Law Review, vol. 106, pp. 1285–1336, 2006.

Joseph E. Stiglitz, “Knowledge as Global Public Good”, Global Public Goods; International Cooperation in the 21st Century, ed. I. Kaul, I. Grunberg, M. A. Stern, NewYork/Oxford, Oxford University Press, 1999.

Katherine J. Strandburg, “What Does the Public Get? Experimental Use and the Patent Bargain”, Wisconsin Law Review, vol. 2004, pp. 81–155, 2004.

T

L Danielle Tully, “Prospects for Progress: The TRIPS Agreement and Developing Countries After the DOHA Conference”, Boston College International and Comparative Law Review, vol. 26, pp. 129-143, 2003.

Mathew Turk, “Bargaining and Intellectual Property Treaties: the Case for a Pro-Development Interpretation of TRIPS but not TRIPS-Plus”, New York University Law Review, vol. 42, pp. 981-1029, 2009-2010.

U

Laura S. Underkuffler, “On Property: An Essay”, Yale Law Journal, vol. 100, pp. 127–48, 1990.

W

Kenneth N. Waltz, “Realist Thought and Neorealist Theory”, Journal of International Affairs, vol. 44, pp. 21-37, 1995.

Kimberlee Weatherall, “ACTA as a New Kind of International IP Lawmaking”, American University International Law Review, vol. 26, pp. 839-901, 2011.

Y

Peter K. Yu, “Piracy, Prejudice, and Perspectives: An Attempt to Use Shakespeare to Reconfigure the U.S.-China Intellectual Property Debate”, Boston University International Law Journal, vol. 19, no. 1, pp. 1–88, 2001.

Peter K. Yu, “From Prates to Partners: Protecting Intellectual Property in China in the

Twenty-First Century”, American University Law Review, vol. 50, no. 1, pp. 131–243, 2001.

Peter K. Yu, “The Objectives and Principles of the TRIPS Agreement”, Houston Law Review, vol. 46, pp. 979-1046, 2009.

Peter K. Yu, “A Tale of Two Development Agendas”, Ohio Northern University Law Review, vol. 35, pp. 465–573, 2009.

Peter K. Yu, “Six Secret (and Now Open) Fears of ACTA”, SMU Law Review, vol. 64, pp. 975-1094, 2011. ;



自 傳

王天心

生於台灣，台北市。

師大附中高中部畢。

台灣大學法律系財經法律組學士。

台灣大學政治系政治理論組學士。

