

國立政治大學法學院碩士在職專班
碩士學位論文

行政介入智慧財產權之研究

On Study of Administrative Interference in
Intellectual Property Rights

指導教授：劉宗德博士

研究生：黃孝怡撰

中華民國 110 年 7 月

誌 謝

在個人進入專利行政工作後，深感自身法律知識之不足，「由做中學」之概念已不足以滿足工作上的法律知識需求，因此選擇進入專班以對法律進行系統化學習。在法律知識的學習過程中，感謝恩師劉宗德名譽教授之身教與言教，其中不論是公法學之系統知識，或是嚴謹的法律思辨過程，以及醍醐灌頂的啟發，老師認真、專注與孜孜不倦的教學與研究態度，與論文寫作的督促與指導，都給我個人相當大影響跟啟發。此外，同門學長姊俊榮、怡禎、崇斌、晉瑋、佩珊、伯生、昭雄、嘉慶、國儒、重慶、憲宗、家綺、祿恩、綉娟，以及博士班凡芹學姐的相互砥礪，讓學習充滿動力與樂趣。最後尤其感謝我的口試委員詹鎮榮教授與熊誦梅博士，一位是行政法學上的翹楚，一位是智慧財產權界的領導人物，兩位老師的啟發與指導，除了在口試時的建議讓本論文更臻於完善，更讓我對於行政法與智慧財產權有更深一層體悟。



中文摘要及關鍵字

行政介入智慧財產權之研究

研究生：黃孝怡 指導教授：劉宗德

國立政治大學法學院碩士在職專班

智慧財產權必須先獲得充分保障以及有效運用才能發揮功能，在尊重私法自治與契約自由之前提下，過去智慧財產權爭議都以法律訴訟途徑作為解決途徑，例如侵權、無效、所有權歸屬、授權金額等智慧財產權等紛爭，都是以司法途徑解決。此外，而智慧財產權之運用，行政機關也以不介入為原則。但徵諸以往實務經驗，司法途徑之解決不僅從時間上、費用上來看均難收即時之效，因此近年來訴訟外解決機制甚至以公權力排難解紛，成為疏減訟源、節省費用，迅速回復法律和平為考量之私權糾紛解決途徑。而以非訴手段解決智慧財產權糾紛的方式有很多，包括調解、調解、仲裁、行政指導、行政協調等。而美國的替代性爭端解決機制（ADR）是最著名的非訴爭議解決機制。

除了非訴訟糾紛解決機制外，行政介入也是解決智慧財產權民事糾紛的另一途徑。意即行政機關以公權力介入，協助爭議方進行調解、調處、仲裁等，此時因為行政權之介入，可能將提供較為公平、迅速且節約成本之解決機制，讓當事人能較快解決私權爭議。

本文提出以行政機關以行政介入手段解決智慧財產權之紛爭解決與強制授權問題。提出了行政干預解決知識產權糾紛的多種途徑，包括調解、調解、仲裁、行政指導、行政裁決等非典型行政行為。主要討論行政權介入智慧財產權之合憲性與合法性，法律關係與行為模式；並參考國外法律及國內案例，針對建立行政介入智慧財產權之機制提供薄見，以為未來主管機關修法或研究發展思路之參考。

關鍵字：行政介入、智慧財產權紛爭、強制授權、替代性爭端解決機制



Abstract and Key Word

On Study of Administrative Interference in Intellectual Property Rights

Intellectual property rights must be fully protected and deployed before they can bring into play function. Under the premise of respecting the private autonomy and freedom of contract ,in the past, the most of intellectual property disputes were resolved through legal litigation. In addition, administrative agencies also basically don't intervene in the use of intellectual property rights. However, based on past practical experiences, judicial proceedings are not only a waste of time but also a waste of cost. In recent years, the dispute resolution mechanisms by non-litigation has been used to resolve disputes, and it has become a way to resolve private rights disputes with the consideration of reducing the sources of litigation, saving Litigation costs, and quickly restoring peace. There are many ways to resolve Intellectual property disputes by non-litigation, including conciliation, mediation, arbitration, administrative guidance, administrative coordination. American Alternative Dispute Resolution(ADR) is the most famous dispute resolution mechanisms by non-litigation.

In addition the dispute resolution mechanisms by non-litigation, administrative interference is another path to resolve civil intellectual property disputes. It means that the administrative agency intervenes with public power to urge parties to negotiate to negotiate the disputes in mediation, mediation, arbitration, etc. Because administrative interference can provide a fair, rapid and cost-saving resolution mechanism, so that parties can resolve private rights disputes quickly.

This paper presents that some ways may resolve Intellectual property disputes and compulsory licensing by administrative interference, including conciliation, mediation, arbitration, administrative guidance, administrative adjudication and other non-typical administrative acts. This paper mainly discusses the Constitutionality and legality of administrative Intervention in intellectual property, and the legal relationships and legal behavior pattern of administrative Intervention in intellectual property. This paper also refers to foreign laws and domestic cases to provide insights on the establishment of a mechanism for administrative intervention in intellectual property rights, which can be used as a reference for future competent authorities to amend laws or research and develop ideas.

Keywords : Administrative Interference, Intellectual property disputes, compulsory licensing, Alternative Dispute Resolution

目 錄

目 錄	v
表目錄	x
圖目錄	xi
第一章 緒論	1
第一節 前言	1
第二節 研究動機與目的	6
第三節 研究範疇與研究限制	6
第四節 研究方法與研究架構	7
第二章 智慧財產權理論及其法律制度	9
第一節 智慧財產權之內涵	9
第一項 智慧財產權之發展歷程	9
第二項 智慧財產權之範疇與性質	12
第三項 智慧財產權之利弊	15
第二節 智慧財產權之理論	18
第一項 傳統財產權理論	18
第二項 從傳統財產權到智慧財產權	27
第三項 智慧財產權之法律經濟學研究	32
第三節 智慧財產權之法律與制度	38

第一項 智慧財產權法律架構	38
第二項 各國智慧財產權管理制度	39
第三項 各國智慧財產權發展概況	41
第四節 智慧財產權與公法、私法	44
第一項 公法與私法之關係	44
第二項 智慧財產權與公私法之關係	45
第三章 行政介入智慧財產權過程及其理論.....	48
第一節 智慧財產權之行政介入請求權	48
第一項 智慧財產權之形成	48
第二項 智慧財產權之私權運用	68
第三項 智慧財產權之公私權交錯	74
第四項 行政介入請求權	78
第二節 行政介入之法律關係與行為形式	88
第一項 法律關係與行為形式	88
第二項 行政介入之法律關係	99
第三項 行政介入之行為形式	102
第四項 行政行為介入之法律效果	107
第三節 行政介入之合憲性與適法性	109
第一項 行政介入之合憲性	109

第二項 行政介入之適法性	114
第四節 行政介入之效力與救濟	115
第一項 行政途徑	116
第二項 司法途徑	116
第三項 行政介入之延伸—行政立法請求權	117
第五節 小結	121
第四章 行政介入智慧財產權之比較法制.....	122
第一節 行政介入之主體	122
第一項 智慧財產權民事糾紛之行政介入	122
第二項 對智慧財產權權使用之行政介入	126
第三項 行政介入智慧財產權使用之主體	130
第二節 行政介入之標的	134
第一項 以行政裁決程序作為標的	134
第二項 以智慧財產權作為標的	134
第三節 行政介入之法律依據與程序	136
第一項 法律依據	136
第二項 行政介入請求權之法律形式	139
第三項 行政介入智慧財產權糾紛—以專利行政調解為例	140
第四節 行政介入之法律效果	142
第一項 智慧財產權行政介入之法律效果	142

第二項 科研成果行政介入之法律效果	144
第五節 小結	144
第五章 行政介入智慧財產權案例.....	147
第一節 著作權調解案例	147
第一項 著作權紛爭調解之法理	147
第二項 著作權調解案—臺灣臺北地方法院 99 年智字第 16 號民事判決	153
第三項 著作權調解案法理分析	158
第二節 專利強制授權案例	162
第一項 專利之強制授權	162
第二項 專利強制授權案—克流感疫苗事件	169
第三項 專利強制授權案之法理分析	171
第四項 專利強制授權案之小結	173
第三節 音樂著作公開演出及重製爭議案	174
第一項 音樂著作公開演出及重製爭議案	174
第二項 卡拉 OK 伴唱機著作權爭議案	178
第三項 法理分析	180
第四項 音樂著作公開演出及重製爭議案之小結	181
第四節 小結	181
第六章 結論與建議.....	182

第一節 結論－行政介入之法思維再塑	182
第二節 建議－行政介入之公私協力與自主規制	184
參考文獻	187



表目錄

表 1 智慧財產法院民事事件調解之終結情形	4
表 2 智慧財產法院民事事件調解終結情形—按訴訟種類區分	5
表 3 中國智慧財產權行政管理機構	40
表 4 主要國家智慧財產權專責機關	41
表 5 各類智慧財產權之形成	66
表 6 各類智慧財產權之私權運用手段	70
表 7 我國法律中行政介入之法律效果及法律依據	108
表 8 各國與我國關於智慧財產權民事糾紛行政介入之法制比較	145
表 9 各國與我國關於智慧財產權使用行政介入之法制比較	146

圖目錄

圖 1 發明專利審查及行政救濟流程圖(資料來源：經濟部智慧財產局)	58
圖 2 發明專利審查及行政救濟流程圖(資料來源：經濟部智慧財產局)	59



第一章 緒論

第一節 前言

近年來由於科技發展與國際情勢之變化，智慧財產權之重要性與日俱增。由科技層面觀之，包括人工智慧、第五代行動科技、量子技術等技術已由理論研究已成為實用商品化技術，對於智慧財產權之需求增加；由國際情勢層面觀之，國家間競爭越來越重視技術之發展與保護，例如在近年中美貿易戰爭中，科技發展與競爭成為雙方關注之焦點，無怪張忠謀先生曾說：「台積電變成地緣政治的兵家必爭之地」。而要維持國家在高科技技術之領先地位，智慧財產權之保護與運用甚為重要，因此各國莫不以強化智慧財產權之發展與保護，可從智慧財產權議題成為中美雙方重要爭點之事實得到印證。

在智慧財產權之相關議題中，紛爭解決與有效運用佔有重要之地位。舉凡侵權、無效、所有權歸屬、授權金額等智慧財產權紛爭，能得到公平、迅速而有效解決，才能使智慧財產獲得有效保障；而智慧財產權能夠合理而有效運用，才能促進科技進步與增進人類福祉。因為智慧財產權之設立旨在保障人類智力創造之成果：包括發明、文學、藝術作品，以及商業活動使用之符號、名稱、圖像和外觀設計等，其目的在於鼓勵投入智力創作，但另一方面也必須避免權利濫用與不合理之壟斷行為，避免影響技術進步與人類福祉。特別是世界早已進入全球化知識經濟時代，智慧財產權紛爭解決與運用已成全球化議題，各先進國家莫不加以重視並尋求解決之道。

以往在智慧財產權紛爭之解決，主要依賴訴訟作為最終解決之道，因為智慧財產權屬於私權性質，而私權爭議解決途徑主要為司法途徑，解決機關主要為法院。但徵諸以往實務經驗，司法途徑之解決不僅從時間上、費用上來看，均非紛爭解決之經濟解決途徑，因此近年來訴訟外解決機制如仲裁、調解、甚至以行政機關藉助公權力排難解紛，成為以疏減訟源、節省解決私權糾紛費用，迅速回復法律和平為考量之私權糾紛解決途

徑¹。而在智慧財產權運用方面，由於全球科技研發越來越傾向於高資本、高素質人力方向發展，使全球智慧財產權也越來越具有資本密集與技術密集之特性，也越來越具有被壟斷之可能。如多年來高通公司(Qualcomm Company)掌握全球通訊技術之基礎關鍵專利、孟山都(Monsanto Company)掌握多數基因改造種子專利、全球重要醫藥品專利為少數大型藥廠所掌握等事實。因此在面臨特殊狀況需要使用具專利權之產品時，常因專利權問題無法解決而產生不良影響，例如對愛滋病、流行性傳染病之醫療與防治，就可能因落後國家無法負擔高價之具專利權保護藥品而阻礙疾病之防治。相關議題一直在全球智慧財產權界引起討論，特別在去年新冠肺炎在全球蔓延後，相關藥品與疫苗之專利授權問題又引起各界之討論。

以上所述智慧財產權之兩大問題：紛爭解決與授權使用，其共通點為均屬於私權之運用，因此以往在尊重私法自治與契約自由之前提下，都以法律訴訟途徑作為解決之道。但如前所述，法律途徑解決具有曠日廢時、資源耗損等缺點，對於問題解決難收即時之效，因此透過訴訟外解決機制解決紛爭不啻為一可行之道。但目前常見之訴訟外解決機制，不論是和解、調解、仲裁，仍視當事人雙方之意願，進行反覆溝通協調，甚至多數和解仍是進入司法途徑後，才由法院促請其以訴訟外解決機制解決。此作法仍難突破前述所提之當事人時間與資源之浪費。另一方面，當進行私權之民事訴訟或和解、調解、仲裁時，具有優勢資源之一方通常具有訴訟之優勢，因此不論是判決結果或和解之結果，通常仍會引來外界與當事人對法律公平性之質疑。因此，近年來以行政機關介入私權爭議逐漸受到重視，意即當當事人間產生私權爭議時，行政機關以行政權介入，協助雙方盡速進行調解、調處、仲裁等，此時因為行政權之介入，可能將提供較為公平、迅速且節約成本之解決機制，讓當事人能較快解決私權爭議。

行政機關藉以公權力介入私權爭議之的類型與介入強度之類型不同，其類型主要涵

¹ 黃茂榮、張志銘、蔡宗珍，行政機關介入私權爭議之研究，行政院研究發展考核委員會委託研究報告，第V頁，2000年8月。

括行政調解、行政調處、行政仲裁、行政規制；而其介入強度除程序開始有任意與強制之別外，其決定方式除由當事人協議定之²。而行政機關介入之特點，在於雙方不能獲得協議時，行政機關依法令具有逕為裁決之權：且當事人對行政機關逕為裁決之結果不服時，可採取救濟。而某些被視為「準司法機關」之行政機關依法有時還得因檢舉或依職權就涉有民事爭議之事項採取行政規制措施，對於違反相關法律規定之行為進行處罰。我國法律中關於行政介入私權爭議之規定，包括調處、調解、仲裁等，均有相關之明文規定，本文將於後續章節中加以說明。而在智慧財產權領域中亦有相關之規定，例如著作權法中關於著作權爭議問題之專責機關介入調解之規定。惟智慧財產權包括之範圍甚廣，其他領域之智慧財產權是否亦能適用行政介入、且行政介入之適法性與合憲性、以及其法律效果和救濟途徑等議題，亟需系統性加以研究討論。

此外，從實務面觀之，我國以往因公、私法二元制，使得智慧財產權侵權糾紛與權利有效性兩者無法在同一訴訟程序處理而導致訴訟延宕，因此我國智慧財產訴訟，自 97 年 7 月 1 日設立智慧財產法院後，在智慧財產訴訟中採取可將行政、民事與刑事案件合併於同一法院審理之模式而改變公私法訴訟二元制³。其主要關鍵在於智慧財產案件審理法第 16 條所規定之當事人主張或抗辯智慧財產權有應撤銷、廢止之原因者，法院應就其主張或抗辯有無理由自為判斷，不適用民事訴訟法、行政訴訟法、商標法、專利法、植物品種及種苗法或其他法律有關停止訴訟程序之規定。但自智慧財產法院成立以來，仍有相當比例之民事訴訟案件透過法院之調解程序而獲得解決。根據智慧財產法院之統計⁴，97 年 7 月至 106 年 6 月總計，該院民事事件調解 836 件中，調解成立 265 件，其中以調解委員調解成立 256 件最多，調解不成立 485 件，撤回 81 件，調解成立比率為 35.33%。相關之統計可參考表 1-1，其中因為自 105 年起因應司法院實施民事訴訟事

² 同前揭註 1，頁 V。

³ 汪惠玲，智慧財產民事訴訟先決問題研究－以專利權利有效性為中心，國立高雄大學法律學系碩士論文，頁 V，2008 年。

⁴ 智慧財產法院統計室，智慧財產法院成立 10 年以來受理各類案件審理績效指標及相關訴訟制度之審理實務操作狀況分析，頁 66，2017 年。

件擴大調解方案，調解成立比率明顯提高⁵。

表 1 智慧財產法院民事事件調解之終結情形

項目別	總計	調解成立數	調解成立比率(%)
總計	836	265	35.33
97 年 7-12 月	13	5	62.50
98 年	82	35	47.37
99 年	199	55	28.80
100 年	76	22	32.84
101 年	130	59	53.64
102 年	85	26	32.91
103 年	101	15	18.07
104 年	76	11	16.67
105 年	47	22	48.89
106 年 1-6 月	27	14	56.88

(單位：件數)

(資料來源：智慧財產法院統計室，智慧財產法院成立 10 年以來受理各類案件審理績效指標及相關訴訟制度之審理實務操作狀況分析，2017 年)

此外，由表 2 中可以觀察得知，智慧財產法院民事事件調解案中，以著作權申請調解案件數量最多，申請調解之比率為最高，其次為商標案件與專利權案件，甚至有營業秘密之案件申請調解。其中商標權案之調解成立比率為最高，最低則為專利案，其原因應為案件涉及之專業程度與可能利益較為複雜有所關聯。透過智慧財產法院之統計，可以得知我國智慧財產權爭議案之當事人，對於和解、調解等訴訟外之解決手段具有相當之需求，且也具有相當之成功比率，若能將調解之程序提前至訴訟程序之前，鄉心對雙方當事人將更有助益。

然而，行政介入智慧財產權之私權爭議，以及介入智慧財產權之運用，雖能促進智

⁵ 同前揭註 4。

慧財產權紛爭之有效解決與推進智慧財產權之有效運用，惟對於公權力對私權之介入，仍須有所限制與規範。若容許行政權無限制干預私權之運作，則可能擴張政府行政權力的邊界，造成政府對自由市場與個人私有財產權之干預，甚至形成不當管制，影響市場正常運作及國際貿易自由化之發展。特別是在智慧財產權紛爭之本質，究竟為市場失序或是市場失靈，抑或是創作者和權利人之爭議或策略考量，如果交由政府判斷，可能因政府不瞭解產業性質而產生不當之干預。

表 2 智慧財產法院民事事件調解終結情形—按訴訟種類區分

項目別	調解成立數	調解不成立數	調解成立比率(%)
總計	265	485	35.33
著作權	122	215	36.20
專利權	51	176	22.47
商標權	91	87	51.12
營業秘密法	0	2	0.00
公平交易法	0	2	0.00
植物種苗	1	1	50.00
其他	0	2	0.00

(單位：件數)

(資料來源：智慧財產法院統計室，智慧財產法院成立 10 年以來受理各類案件審理績效指標及相關訴訟制度之審理實務操作狀況分析，2017 年⁶)

因此，對於行政介入智慧財產權，不論是私權紛爭或強制授權，都應對行政機關有所節制，主要包括以下兩者：一是其發動權非屬於行政機關，二是其紛爭解決之介入應由雙方當事人同意才能進行。在此前提下，人民對於行政介入具有請求之權利，稱為「行政介入請求權」。本文之研究主要即在於以「行政介入請求權」為核心之行政權介入智慧財產權，故將於之後章節說明「行政介入請求權」之內涵與功能。

⁶ 同前揭註 4。

第二節 研究動機與目的

行政機關與司法機關間之職能分工有所不同，故在於行政機關行使公權力介入私權爭議，有職務與權力劃分之問題。故對於行政機關行使公權力介入私權爭議，必須從規範面及運作面加以探討。特別是對於行政權介入智慧財產權之私權時，不論是私權爭議或是權力運用，都應該建立其應否介入之判斷標準、以及如何介入之準則。本研究試圖以行政法理論與實務，以「行政介入請求權」為核心，針對行政權介入智慧財產權之合憲性與合法性，法律關係與行為模式，並參考國外法律及國內案例，探討行政權介入智慧財產權之私權之可行性，並針對建立智慧財產權之私權之機制提供薄見，以為未來主管機關修法或研究發展思路之參考。

本研究預期的貢獻為：

1. 以行政介入請求權為核心探討行政介入智慧財產權之私權之規範思維。
2. 比較主要國家行政介入智慧財產權之私權之異同與發展趨勢。
3. 以行政法學理論與實務評析行政介入智慧財產權之案例。

第三節 研究範疇與研究限制

智慧財產權包括專利、商標、著作權、營業秘密等，其中專利、商標必須經過申請人向行政機關申請，再經行政機關審查核准並公告後，權利方可形成，故智慧財產權常被形容為公權力賦予之私權。而行政機關對於智慧財產權之申請受理、審查、准駁、公告等均屬行政行為。而以往關於智慧財產權之行政法之研究，多半集中在智慧財產權形成過程中行政行為，特別是關於准駁與智慧財產權無效之行政處分。然而智慧財產權之生命週期包括申請、保護、運用、訴訟等過程，故除了智慧財產權形成過程之行政程序如申請受理、審查、核准公告、權利確定之審查外，在智慧財產權形成後之運用、爭議處理等，亦有行政機關得以介入之空間。例如在專利權之運用，專利法中有強制授權之

規定；在著作權爭議發生時，著作權法中有行政機關調解單位規定與調解程序與調解效力之規定。

然而行政機關介入已形成之智慧財產權之項目、形式、行政行為不僅於此。故本文之研究目的，即在於系統性研究行政機關對已形成之智慧財產權之行政介入。此外，本文之研究範疇僅限於智慧財產權產生紛爭時之行政機關介入，以及智慧財產權運用之行政機關介入問題。前者主要在提供智慧財產權之私權糾紛時，行政機關藉由公權力解決私權爭議問題之途徑；後者在研究國家或社會公眾需要智慧財產權時，行政機關得以藉由公權力介入將智慧財產權提供公益使用之依據。

然而因為智慧財產權之本質為私權，且因為各類智慧財產權性質不同，故目前多數國家對於行政介入智慧財產權之規定並不普及於各類智慧財產權，相關之案例與判決也甚為有限，故本研究僅能於有限之資料與案例中，歸納整理出有限之結果。

第四節 研究方法與研究架構

本研究所採之研究方法主要為比較法輔以案例評析探討，我國行政公權力介入智慧財產權之架構及現況，以作為提出行政法學建議之參考，主要做法包括：

- 1.首先將蒐集國內關於「行政權力介入私權爭議」之相關研究報告、論文歸納文獻中對於「行政權力介入私權爭議」問題之看法。
- 2.其次本研究也就目前已有之規定類型，探討其依循之規範作為參考。
- 3.針對以行政公權力介入私人爭議之類型選擇代表性之案例，探討其在現行規令中解決之模式與法理依據。

本文之研究架構如下：

第一章為前言，敘述本研究之研究動機、目的、研究方法與架構；

第二章為智慧財產權理論及其法律制度，敘述智慧財產權之內涵，包括發展歷程、範疇性質與利弊，與智慧財產權之理論，包括自然權利理論、人格權理論、社會契約論，以及主要智慧財產權之法律經濟學研究方法介紹，並兼論智慧財產權之公法與私法關係；

第三章為行政介入智慧財產權過程及其理論，敘述智慧財產權之行政介入請求權、行政介入之法律關係與行為形式、行政介入之合憲性與適法性、行政介入之訴訟與救濟；

第四章為行政介入智慧財產權之比較法制，敘述行政介入之主體、行政介入之標的、行政介入之法律依據與程序、行政介入之法律效果，主要在探討美國、日本與中國大陸與我國之比較法制；

第五章為行政介入智慧財產權案例，敘述著作權調解案、專利強制授權案、以及汽車零組件侵權案，包括說明案件涉及之智慧財產權問題、法理之依據、行政介入之類型與法令依據、議及對案件之評析；

第六章為本研究之結論，提出公法之行政公權介入私權爭議思維再塑及相關法制之建議。

第二章 智慧財產權理論及其法律制度

第一節 智慧財產權之內涵

第一項 智慧財產權之發展歷程

一、智慧財產權產生歷史環境

智慧財產權產生與發展之過程，與人類社會中技術演進與商業活動發達息息相關。從歷史進程觀察，由於技術與商業活動發展促進貿易繁榮，使得各區域間人與人交流更加頻繁，至中世紀後促使歐洲傳統城市與行會組織產生改變。更重要是思想與觀念更容易傳播與溝通，進而促進了思想發展：如重商主義、功利主義、啟蒙思想等；另一方面產業組織與競爭環境也產生變化，統治者們開始重視產業政策而以行政權力介入市場。而這些思想觀念與產業環境之交會，才是智慧財產權制度萌芽並成長之豐沃土壤。因此在討論智慧財產權時，應該要從歷史角度出發，才能夠一窺智慧財產權演進全貌。

回顧智慧財產權之起源，可以追溯到中世紀歐洲某些行業之產業營業特權。中世紀歐洲從莊園經濟逐漸瓦解後，專門手工行業開始出現；商品貿易也逐漸繁榮起來，其中形成幾個主要貿易區，貿易區間並以航運連結成貿易網路。而此時歐洲各國也逐漸重視經濟與貿易，成為之後「重商主義」(Mercantilism)出現之重要因素。另一方面，歐洲出現之「科學革命」(Scientific Revolution)使現代科學開始萌芽，哥白尼、牛頓等科學家出現，使數學、物理學、化學、天文學、生物學等基礎學科出現突破性進程，更因此推動技術進步。例如威廉·吉爾伯特(William Gilbert)在 1600 年出版的「論磁力」⁷中對於礦業與冶金技術討論被運用到礦業技術上。這些從科學影響技術之例不勝枚舉，因此而促進了 18 世紀工業革命。

⁷ 李宗輝，歷史視野下的知識產權制度，知識產權出版社，頁 20，2015 年。

科學與技術間交互影響，使得人類逐漸形成以創新與研發來解決問題，然後把解決問題之手段形成發明，再以專利形式保護，並評估其商業價值⁸。此外智慧財產權能夠產生之關鍵在於知識生產與傳播，首先因為經濟需求與技術進步促成了知識生長環境，而專門手工業與科學技術之進步，使得從事科學技術創新之知識社群逐漸成型。此時歐洲各國之國家力量介入成立了官方學會或研究單位，使科學知識創造與交流更為普遍。另一方面，印刷術出現帶動了知識傳播與交流，透過技術與思想著作出版讓知識更容易普及，學術交流也更容易。此外印刷行業本身也因此成為重要產業，印刷專利成為中世紀重要特許經營模式。而印刷業帶動書籍流通，使得著作人、出版人權利也受到重視，對於後來著作權制度之產生有著重要影響。

從以上說明可以了解，智慧財產權制度與經濟和社會環境具有密不可分關係。智慧財產權之前身可以上溯自手工業時期歐洲國王給予特別行業之特權，例如英王愛德華三世(Edward III of England, 1327 年~1377 年)給予染織業者之市場保護、以及法律關於學徒規定上特權，這些規定旨在以防止業者技術外流之可能。而此類模式被稱為「特許狀」(letters patent)，其範圍不限於特權，亦包括土地、榮譽和其他特權等⁹。此為公權力進入市場競爭之早期模式。但「特許狀」模式之目的並非完全在獎勵發明，而是當商人在從事某種新興行業時，能夠得到王室給予之市場壟斷許可，讓商人之投資能夠回收且保障獲利；而授權之王室則希望能藉由此授權分享新興行業所獲利潤。因此，「特許狀」模式並非以創造發明為核心，真正與創造發明相關，反而應該是 1332 年威尼斯之特權風險基金¹⁰。

二、從威尼斯開始—專利成文法出現

一般公認之成文專利法，則是 1474 年在威尼斯所制定專利法。雖然早在此成文法

⁸ 同前揭註 7，頁 21。

⁹ 同前揭註 7，頁 30。

¹⁰ 同前揭註 7，頁 9。

之前，威尼斯已經有針對引進新興事業之商人授予獨占經營權，但充其量只能算是一種習慣¹¹。威尼斯所制定專利法則為成文法，其主要內容如下：

「我們中間有偉大的天才，易於發明和發現巧妙之裝置；鑑於我們城市之宏偉和美德，更多此類人士來到我們這裡。現在，如果為這些人發現之作品和裝置做好準備，以使其他可能看到其他人無法建造它們並奪走發明家之榮譽，那麼更多的人就會運用他們所擁有天才，會發現並建造出偉大之裝置，以產生效用並對我們聯邦帶來利益。因此：

採取行動，由本委員會授權，每個人都應在本市建造任何新的、巧妙之設備，而不是以前曾在本聯邦製造設備，並應將其通知我們之總福利委員會辦公室。精簡至完美，以便可以使用和操作。未經作者同意和許可，在我們任何領土和城鎮中，任何其他人都不得製造任何與上述裝置相符或類似的裝置，其期限為 10 年。如果有人違反本協議而建造它，則上述作者和發明人有權將他召集到本市任何地方法院，由該縣治安官限制該侵權人向他賠償一百隻達克特(duck)¹²；並應立即銷毀該設備。但是，在政府之活動範圍內，政府有權力和酌情權採取和使用任何此類儀器和工具，但條件是除提交人以外，任何人不得操作。」¹³

¹¹ 同前揭註 7，頁 25。

¹² 威尼斯金幣單位。

¹³ 「威尼斯專利法」英文版：

WE HAVE among us men of great genius, apt to invent and discover ingenious devices; and in view of the grandeur and virtue of our City, more such men come to us from divers parts. Now if provision were made for the works and devices discovered by such persons, so that others who may see them could not build them and take the inventor's honor away, more men would then apply their genius, would discover, and would build devices of great utility and benefit to our Commonwealth.

Therefore:

BE IT ENACTED that, by the authority of this Council, every person who shall build any new and ingenious device in this City, not previously made in this Commonwealth, shall give notice of it to the office of our General Welfare Board when it has been reduced to perfection so that it can be used and operated. It being forbidden to every other person in any of our territories and towns to make any further device conforming with and similar to said one, without the consent and license of the author, for the term of 10 years. And if anybody builds it in violation hereof, the aforesaid author and inventor shall be entitled to have him summoned before any magistrate of this City, by which Magistrate the said infringer shall be constrained to pay him [one] hundred ducats; and the device shall be destroyed at once. It being, however, within the power and discretion of the Government, in its activities, to take and use any such device and instrument, with this condition however that no one but the author shall operate it.

以上摘自 Vaver, D. (EDT), Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law, Routledge Press,p.

「威尼斯專利法」之意義在於與特許權限於特定對象不同，其具有通用性和普遍性，只要向政府提出申請之人，若經過審查通過，即可享有排他性權利。「威尼斯專利法」並提出類似現代專利法之新穎性和社會之利用性，以作為申請人滿足某些標準之審查基礎。此外也明訂專利之期限為 10 年並制定侵權者之罰則，以及作者和發明人提起訴訟之權利。故「威尼斯專利法」可視為現代專利之濫觴。

第二項 智慧財產權之範疇與性質

一、智慧財產權之定義

本文在前一節已說明智慧財產權之產生以及現代智慧財產權之基本架構，但是關於智慧財產權在法律上定義，仍然需要做明確之規範。智慧財產權中權利管轄雖然是屬地主義，但由於其性質為人類智慧結晶，必須由各國進行合作以及法律調和才能加以保護。因此現階段國際間透過條約簽署以及成立國際合作組織，以進行智慧財產權保護，故國際間對於智慧財產權之定義，必須有共同之定義與範疇。就本質而言，智慧財產權應該是法律對人類運用精神力量創作成果的保護，並且透過此類保護以維護產業正當競爭秩序，而國際間對於智慧財產權定義主要包括兩大體系，其中 1883 年在巴黎通過的「保護工業財產權之巴黎公約(Paris Convention for the Protection of Industrial Property)」，是人類歷史上第一個保護智慧財產權之重要公約¹⁴。而該公約中第一條第二項規定保護之工業財產權權利包括專利、實用新型、工業設計、商標、服務標章、商號名稱、產地標示或原產地名稱，以及防止不正當競爭等¹⁵。而 1967 年簽定於斯德哥爾摩所簽訂之「世界

26,2006/01/01.

¹⁴ 巴黎公約簽訂的同時，成立了巴黎聯盟；而依「世界智慧財產權組織（WIPO）公約」第二十一條之四，於巴黎聯盟所有會員國均成為本組織會員國後，該聯盟事務局之權利、義務及財產均應移轉至本組織國際事務局。

¹⁵ 見於 WIPO 網頁，「Summary of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883)」，https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary_paris.html，原文為：「The Paris Convention applies to industrial property in the widest sense, including patents, trademarks, industrial designs, utility models (a kind of "small-scale patent" provided for by the laws of some countries), service marks, trade names (designations under which an industrial or commercial activity is carried out), geographical indications

智慧財產權組織(WIPO)公約」第 2 條第 8 款規定之「智慧財產權」則包括以下之權利：「智慧財產權：指包括以下各點相關之權利：文學，藝術與科學之創作，表演藝術，圖像與廣播之演出，各個人類努力領域之發明，科學上之發現，工業設計，商標，服務標章，與商業名稱和設計，防止不公平競爭之保護，以及所有其它在工業，科學，文學或藝術領域之智力活動成果之權利。」¹⁶

除了「世界智慧財產權組織」(以下簡稱 WIPO)外，國際間還有另一個國際智慧財產權保護體系，即世界貿易組織(World Trade Organization，以下簡稱 WTO)，在其前身「關稅暨貿易總協定」(General Agree of Tariffs and Trade, GATT)時代完成烏拉圭回合談判後，於 1994 年所簽署「與貿易有關之智慧財產權協定」(The Agreement on Trade—Related Aspects of Intellectual Property Rights, 以下簡稱 TRIPs)協定中，其第二篇「關於智慧財產權有效性、範圍暨使用之標準」明定保護之智慧財產權標的包括：「1.著作權及其相關權利；2.商標；3.地理標示；4.工業設計；5.專利；6.積體電路之電路布局(拓樸圖)；7.未公開資料之保護；8.契約授權中反競爭行為之防制。」¹⁷

而我國關於智慧財產權定義，並非統一規範於一個法律中，而見於經濟部智慧財產局組織條例中之規定：「經濟部智慧財產局掌理下列事項：專利權、商標專用權、著作權、製版權、積體電路電路布局、營業秘密。」¹⁸

二、智慧財產權之性質

智慧財產權雖然被稱為「財產權」，然論其之性質卻不僅於財產權一項，本文以下

(indications of source and appellations of origin) and the repression of unfair competition.]「公約」的實質性條款可分為三大類：國民待遇(national treatment)，優先權(right of priority,)，共同規則(common rules)。

¹⁶ 中文版本依照我國經濟部智慧財產局所提供之「世界智慧財產權組織公約」中文本，網址：<https://www1.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=207090&ctNode=6778&mp=1> (最後瀏覽日：2021 年 2 月 21 日)。

¹⁷ 中文版本依照我國經濟部智慧財產局所提供之「與貿易有關之智慧財產權協定」中文本，網址：<https://www1.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=207100&ctNode=6780&mp=1> (最後瀏覽日：2021 年 2 月 21 日)。

¹⁸ 經濟部智慧財產局組織條例第 2 條參照。

將予以說明。

(一) 兼具財產權與人格權

智慧財產權通常被視為財產權之一種，也被稱為無形資產，但有學者認為，智慧財產權兼具財產權與人格權，如謝銘洋大法官¹⁹認為智慧財產權在於保護文化創作與技術創新，是人類精神創作成果，而精神創作為個人人格具體表現，因此法律除了保護創作之財產權以及經濟利益，另一方面對於人格權亦予肯定並加以保護。事實上此看法乃源自古典之智慧財產理論，從洛克、康德、黑格爾等著名哲學家論及智慧財產權之性質時、莫不加以闡述，本文將在後續章節中加以說明。

(二) 保障正當交易秩序

智慧財產權雖屬於財產權與法律保護之利益，但論其保護之標的與保護之目的，與實體財產權有所差異；實體財產權主要在保護公民於現代化社會之生存權，並能激勵經濟發展與個人努力；而智慧財產權保護之目的，則是保障正當交易秩序。謝銘洋大法官²⁰認為智慧財產權之目的在維護競爭秩序，例如商標權之排他權利之功能在表彰商品、為護轄秩序與保護消費者。但必須注意，某些智慧財產權如不正當行為之防止與營業秘密，所保護為利益而非法律權利，但此利益仍可為法律保護之客體²¹。

三、智慧財產權之成立要件

智慧財產權之成立要件，亦有學者稱之為智慧財產權之保護要件，於各個智慧財產權中各不相同。例如專利權成立要件包括必須為發明、必須具產業利用性、新穎性與進步性、必須為可受保護之客體等。創作人必須向機關提出申請，在程序完備並經審查符合以上要件後，才可以獲得專利權。商標權形成要件則包括具有識別性之標識，得以文

¹⁹ 謝銘洋，智慧財產權法，元照出版公司，頁 29，2020 年 9 月，10 版，。

²⁰ 同前揭註 19，頁 11—14。

²¹ 同前揭註 19，頁 148。

字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成，申請人亦必須向機關提出申請，在程序完備並經審查符合以上要件後，才可以獲得商標權。著作權成立之要件為必須有原創性、為人類精神上之創作、有一定表性形式即足以表現出作者之個別性等，在著作完成時即具有著作權。營業秘密成立之要件，包括是否為可用於生產、銷售或經營之資訊，非一般涉及該類資訊之人所知、具有實際或潛在之經濟價值者、所有人已採取合理之保密措施者等。

而政府授權方能獲得授權之智慧財產權如專利權、商標權，以行政法之角度而言，其審查過程與權利之授予必須符合行政法之法律原則，如明確性原則、依法行政原則、信賴保護原則等，否則可能因違反行政程序法而導致無效。而著作權及營業秘密之成立則因無審查之程序，故其成立無行政程序之問題。

第三項 智慧財產權之利弊

一、智慧財產權之功能

(一)激勵社會創新

關於智慧財產權之社會功能，美國加州大學教授 Menell(Menell, P. S.) 曾認為，技術發明之主要哲學理論為功利主義(Utilitarianism)；而在功利主義下產生產品，其主要社會價值在於其兼具有能有效或以較低成本滿足市場需求之能力，因此社會將尋求以功利主義之治理體制保護此類作品²²。專利做為創新激勵機制之例子可見於歷史，如前一節中所述威尼斯於 1474 年頒布了公認史上第一項專利法以獎勵只要提供可以被使用和操作、具新穎性裝置之製造者，就可獲得 10 年具有排他權之特許實施期。這樣做法引起其他各國的仿效，也影響了文學出版者和作者保護創作之方式²³。

²² Menell, P. S., *Intellectual property: General theories*. Encyclopedia of law and economics, 2, p.129-188(1999).

²³ *Id.* at 22

諾貝爾經濟學得主 Stiglitz (Stiglitz, J. E.) 則認為智慧財產權制度目的是藉由允許創
新者對使用之知識能加以收費，並限制創新者使用，從而激勵創新者能從期之投資獲得
回報²⁴。Stiglitz 也提到，但其實社會創新體系還有許多其他方式，如政府資助及支持大
學和研究實驗室。而透過商業模式、市場機制和社會制度可強化智慧財產權使用，例如
透過契約、授權、交互授權、策略聯盟等方式等將專利活化。給予是廠排他權並非唯一
之獎勵創新模式。

(二) 維護市場秩序

本文已於前述說明智慧財產權於市場上之功能，特別是商標權對維護市場秩序之功
能。至於專利權，學者往往認為專利權排他性可造成市場之壟斷力，而壟斷權力可以用
來刺激創作發明：因為如果任何人都可以模仿創新者之發明，因為模仿者無需付出發明
者付出時間和金錢，故創新者和模仿者承擔之固定成本差異將會有所差異，因此模仿者
可用較低價格出售產品，則發明家就會被對手驅趕出市場。但也有些學者²⁵認為寡頭壟
斷，亦即市場由少數企業壟斷，這些少數企業彼此競爭，可能才是對於創新造成最大激
勵。

(三) 因應國際競爭

近年來由於高科技快速發展，以及與產業全球化之影響，國際貿易競爭越來越趨強
烈。各國莫不在智慧財產權上強化保護，國際間之專利訴訟屢見不顯。因此，各國從國
家至產業、甚至廠商，均越來越重視智慧財產權之發展。

二、智慧財產權之負面影響

但並非所有人對於智慧財產權所造成影響，均持正面看法，例如 Menell²⁶ 使用上世

²⁴ Stiglitz, J. E., *Economic foundations of intellectual property rights*. Duke LJ, 57, p.1693,(2007).

²⁵ Burk, Dan L., and Mark A. Lemley, *Policy levers in patent law*, Virginia Law Review ,p.1575-1696(2003).

²⁶ Id. at 22

紀知名福利經濟學家庇古(Pigou)之「公共財」(Public Goods)概念評價智慧財產權；所謂公共財是指無競爭性(Non-rivalrousness)與無排他性(Non-excludability)之財貨，消費者可不受限使用公共財，而且如果某甲使用某公共財，並不會影響某乙使用該公共財。與之相反則為「私有財」(Private Goods)。庇古提出專利法目的在實現將邊際私有產品(Marginal Private Net Product)和邊際社會淨產品(Marginal Social Net Product)更緊密地結合在一起；通過對某些發明提供獎勵，但以上作法實際上並未明顯刺激大部分自發性創造性活動，而只是將其引導到一般有用管道。另外庇古認為以福利經濟學角度觀之，發明創新所帶來市場領先優勢所造成超額利潤，足以補償其發明活動所耗費成本，專利制度反而會因壟斷市場而減少社會整體的經濟福利。

另外一些學者則從競爭法之角度觀之，認為專利保護築起高牆防阻他人進入市場或與其競爭之狀態為「專利叢林」(Patent thicket)。專利叢林對後進者因為顧忌侵犯先前之專利而不願意投入現有技術之研發與改進，可能造成技術進步之阻力。

智慧財產權所涉及之另一更引起討論之議題為人類健康權之保障，近年來因為許多流行性疾病之防治與醫療，必須涉及專利權保護之藥品或疫苗，一般大眾要使用該藥品或疫苗時，均要向擁有藥品或疫苗專利權之藥廠付出高額權利金，讓許多無法支付之族群或國家之人民無法使用該些藥品或疫苗，對人類健康造成莫大威脅。雖然「TRIP 杜哈宣言」強調人類健康權之保障，但每逢人類面臨重大健康威脅時，智慧財產權對醫藥保護之議題就成為討論之焦點。

第二節 智慧財產權之理論

第一項 傳統財產權理論

一、自然權利理論

(一)自然法之概念

要探討財產權之觀念時，首先必須從自然法學派開始。自然法學派法學觀念以自然法則作為一切法律之根據，最早可以上溯到羅馬時期的西塞羅(Cicero，BC106年~BC43年)之自然法思想，其認為自然法源於自然，因此自然是永恆不變、理性和諧，也是最高之善。而所有人類就該生活在自然法律之下，而且在法律上一律平等。到了中世紀，自然法演變成神學之自然法思想，即以神學為自然法思想之核心，認為法律原理是正義與理性。及至近代，哲學與法學家們希望擺脫宗教對思想之影響，故而產生所謂古典自然法學派，其代表性人物包括英國之霍布斯(Hobbes)、洛克(Locke)、法國之孟德斯鳩(Montesquieu)、盧梭(Rousseau)等，他們主張自然法代表人類之理性或本性，是最高等法律。雖然古典自然法包括國家主義、個人主義兩大不同趨向，但都認為可以由人類普遍理性制定普遍適用之法律。此外古典自然法學派也提倡「天賦人權」、「社會契約」等觀念。在這樣背景下，古典自然法學派思想家們發展出不同之財產權觀念與學說，並對後世產生了巨大的影響。

古典自然法學派代表性人物是哲學家霍布斯(Thomas Hobbes，1588年－1679年)，他是十七世紀英國哲學家，人們最初生活在無國家和法律的自然狀態中，彼此敵對，為建立和平與等級，根據反映理性之自然法則，相互社會契約建立了國家，人民並且將所有權力和力量都交給統治者。因此，統治者的權力是絕對的和無限的，和不可轉讓和分割的。在財產權方面，霍布斯認為財產權是國家創造的，國家把東西分配給個人。而在國家中個人只有對事物有「我的」和「你的」之分時，才產生了所有權。

(二)自然法之財產權概念

霍布斯之後最重要的自然法學派代表人物則是洛克(John Locke, 1632 年~1704 年)，洛克主張在法律產生之前，人類處在一種和平、自由、平等之狀態，也就是「自然狀態」。在自然狀態下，人類必須遵從理性，並遵守理性之法則，即人類都是平等的、獨立的，任何人不得侵犯他人生命、健康，自由和財產。洛克主張天賦人權，因此為了生存人人可以佔有上帝給予人類為維持生存所需物品，此時在自然狀態下地球上所有東西，特別是土地和地表上之一切，都為人類所共同所有，也就是說財產權是一種與生俱來之天賦權利。但因為加入勞動之因素，使得財產的「共有」轉化為「私有」。

(三)洛克之勞動財產權理論

洛克討論財產權之目的主要是針對英國國王會未經國會同意即課予人民重稅，所以洛克乃強調在自然狀態下人們享有普遍之天賦權利，包括生命權，自由權和財產權，因此政府對人民之生命權、自由權和財產權不可任意剝奪。而人類之財產權是從何而來，洛克認為世界是上帝賜給全體人類，當上帝把世界賜給人們時，是把整個世界賜給所有人，而不是把世界某一部分賜給某個人。因此個人必須透過勞動，才能將公有土地劃歸私有。

因此洛克被認為提出了以神權理論為基礎之「勞動產權理論」(labor theory of property rights)，其重點包括：人是因為一己之勞動力加諸於公有土地上，讓該土地價值提升，故可以劃地為已有；而且其他無人占有的，還夠多、夠好以足夠使後續的人繼續以勞動取得以成為私人財產。

在「政府論次講」(Second Treatise of Government)中，洛克說明他對財產權的概念，如在第 26 節中，他提到²⁷：

²⁷ Sec. 26. God, who hath given the world to men in common, hath also given them reason to make use of it to
19

上帝將世界分享給了人類，也給予他們最大程度地理由去利用這世界以獲得生活和便利之理由，給予人類予地球及其一切都是為了支援他們之存在和使他們舒適。地球生產之果實及哺育之動物，都是由自然之手創造的，因此都該屬於人類共有；沒有任何人擁有屬於私人權利之基本權利可排除他人之使用，因為它們都是處於自然狀態。但它們是被人類使用的，在它們能被特定之人使用或產生利益之前，必須有方法讓它們專屬於某些特定人。美洲印地安人沒有圍籬和疆界，仍然是他們的領土之共同租戶，如果可以為該群人生活提供任何好處之前，水果和鹿肉須是他的，且應在沒有其他人保留權利情況下屬於他的，而他所有之部分不能再給他人任何權利。

在第 27 節中，洛克又提到²⁸：

雖然整個地球和所有低等生物唯所有人共同之財產，但每個人都擁有其個人之財產權，沒有其他人可以對其擁有權利。我們能說其身體和其雙手是嚴格屬於他的。所以當他從自然界提供之狀態取出一些東西時，就加入了一些自己之個人因素，然後以此方式得到其之財產。他已從自然界的共有狀態中將此物移出，然後經由將其勞動併入此物以排除其他人之普遍權利。而此勞動無疑是勞動者之財產。所以沒有其他人能對加入勞動

the best advantage of life, and convenience. The earth, and all that is therein, is given to men for the support and comfort of their being. And tho' all the fruits it naturally produces, and beasts it feeds, belong to mankind in common, as they are produced by the spontaneous hand of nature; and no body has originally a private dominion, exclusive of the rest of mankind, in any of them, as they are thus in their natural state: yet being given for the use of men, there must of necessity be a means to appropriate them some way or other, before they can be of any use, or at all beneficial to any particular man. The fruit, or venison, which nourishes the wild Indian, who knows no enclosure, and is still a tenant in common, must be his, and so his, i.e. a part of him, that another can no longer have any right to it, before it can do him any good for the support of his life. ,

以上引自 Locke, J., *Second treatise of government: An essay concerning the true original, extent and end of civil government*, John Wiley & Sons, p.11, 2014。

²⁸ Sec. 27. Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state nature hath placed it in, it hath by this labour something annexed to it, that excludes the common right of other men: for this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good, left in common for others..，引自同前註 27，p.11。

所有東西主張權利，至少在還有足夠的、夠好的東西為其他所有人共有之狀況。

在第 45 節中，他提到：

勞動從開始就賦予了財產權，無論任何人樂於將其普通使用，……儘管此後，在世界上某些地方(在人和庫存的增加，使用金錢、土地稀缺的地方，具有一定價值)，這些社會處理他們各自領土之界限，並通過內部法律來規範社會上私人財產之財產權；通過契約和協議，解決了勞動權和工業開始產生。在幾個國之間建立之聯盟，無論是明示還是默示地放棄了對其他財產之所有權和土地所有權，共同同意都放棄他們原本擁有之自然共同權利的主張。

在第 45 節中，他提到²⁹：在政府中，法律規定了財產權，土地所有權由積極的憲法決定(for in governments, the laws regulate the right of property, and the possession of land is determined by positive constitutions.)。

整體來說，自然法之財產權說主張「既然任何由人民心血付出的結果，均該由人民享有之下，對既存問題的新解決手段，自然應由費盡心力之創作人所有，而類同於創作人之所有物」³⁰。洛克主張「財產權之存在，乃是因為人類將自身力量，作用於自然界之物上，使該物脫離自然狀態，和自身勞動相混合，而增加了原先所沒有的其他價值。」

²⁹ Sec. 45. Thus labor, in the beginning, gave a right of property, wherever any one was pleased to employ it upon what was common, which remained a long while the far greater part, and is yet more than mankind makes use of. Men, at first, for the most part, contented themselves with what unassisted nature offered to their necessities: and though afterwards, in some parts of the world, (where the increase of people and stock, with the use of money, had made land scarce, and so of some value) the several communities settled the bounds of their distinct territories, and by laws within themselves regulated the properties of the private men of their society, and so, by compact and agreement, settled the property which labor and industry began; and the leagues that have been made between several states and kingdoms, either expressly or tacitly disowning all claim and right to the land in the others possession, have, by common consent, given up their pretences to their natural common right, which originally they had to those countries, and so have, by positive agreement, settled a property amongst themselves, in distinct parts and parcels of the earth; yet there are still great tracts of ground to be found, which (the inhabitants thereof not having joined with the rest of mankind, in the consent of the use of their common money) lie waste, and are more than the people who dwell on it do, or can make use of, and so still lie in common; tho' this can scarce happen amongst that part of mankind that have consented to the use of money.，同前揭註 27, p.16。

³⁰ 黃致穎，從我國判決論職務發明下研發成果之歸屬—以美國法為借鏡，臺北大學法學論叢，91 期，頁 1-58，2014 年。

³¹ 洛克為私有財產提供了強有力之自然權利理由，迄今仍然是目前財產權理論之核心支柱。

二、人格權理論

人格權亦是智慧財產權之主要理論之一，也是著作權理論之基礎，其概念主要來自康德 (Immanuel Kant)和 18 至 19 世紀的德國哲學家黑格爾 (Georg Wilhelm Friedrich Hegel)之著作，主要觀點來自將創意作品視為創作者個性的體現。事實上大部分評論在引用以上兩位學者作品時，常視為一體而不特別區分。

(一)康德思想簡介

康德(Immanuel Kant, 1724~1804)的哲學被稱為「先驗哲學」，在「純粹理性批判」(Critique of Pure Reason)中認為自己的學說為或「先驗的觀念論」(Transzendentaler Idealismus)³²。康德認為一切人類的知識是來自經驗的，但知識根本條件不是來自感覺經驗之實際內容，而是來自領悟所需要之建構能力；而一切知識必須是具有經驗之內容又獨立於經驗存在的，也就是靠領悟能力而非經驗本身要素，而由經驗內容建構客觀真實內容³³。例如對外部世界之理解，康德稱無法為人所知之外在世界為「物自體」(Things in themselves)，然而透過感性觀念與領悟性概念，將外在世界的感覺與因果系統結合，形成對客觀世界之有用知識。因此在獲得知識之方法上，康德是通過知識之性質分析、進而判斷知識價值是普遍有效還是客觀真確；知識本身涵攝一切有關判斷是有獨立於經驗之先天客觀條件，則知識之價值是普遍有效的³⁴。對於判斷知識價值是普遍有效的還是客觀真確的之審查，則是一種「批判的方法」(Kritische Methode)³⁵。

³¹ 同前揭註 30。

³² 傅偉勳，西洋哲學史，三民書局，頁 383，1990 年，12 版。

³³ 鄭昆如，哲學概論，五南圖書出版公司，頁 157，1991 年。

³⁴ 同前揭註 32，頁 387。

³⁵ 同前揭註 32，頁 387。

康德之思想主要包括三個部分；純粹理性批判(知識哲學)、實踐理性批判(知識哲學)、判斷力批判(美學與目的論)。關於道德與法律的哲學，康德認為道德法則是合於理性建立在先驗原則上，所以是必然且有效之法則，此並非由經驗中學得到的。康德對於法律和國家理論之論證乃是基於其實踐理性之觀點，其認為實踐理性僅規定了人的內在自由、而且涉及人類共存一致性之外在自由，並因此形成了理性之法律權利概念。而在其法律權利概念之下，自由個體之財產權先於國家存在，因為在自然狀態中，存在理性之思想結構特徵，而能在自由之本體理智世界與感性之現象世界間形成了財產權；而國家則是基於對財產權之保護而形成機制。只有在國家存在前提下財產權才能變為穩固之權利。也就是說財產權不僅僅作為個體自由之基礎，亦成為討論國家存在理由之核心命題。

(二)康德之財產權概念

康德亦通過實踐理性之概念闡釋人格權，在實踐理性觀點下，人之自由區分為具自由意志之內在自由以及任意之外在自由；所有權概念則屬於任意之外在領域。如前所述，財產權是在自然狀態中，在自由之本體理智世界與感性之現象世界間形成，因此財產權之佔有形式包括理性佔有和感性的有。而財產權與人類自由相關，康德以「我的」和「你的」來代表其之財產權概念，因此財產權也包括內在之「我的」和「你的」、以及外在之「我的」和「你的」；前者是與生俱來的自由和生命，後者則是財產的佔有關係³⁶。

康德財產權理論之特色在於其建立餘純粹理性概念之上，而不主張財產權與國家之關係。至於如何產生財產之問題，康德提出占有包括經驗性之獲得佔有、法律上之據為己有和兩者之間中介作用之關係。康德認為財產權原始產生是從對土地和地上物之共有開始，所有人在任意法律權利之前就處於對土地之合法佔有，也就是說，具體之個人無論是在肥沃土地還是貧瘠土地，都是屬於所有人共同佔有之性質。但這種原始財產所有關係僅是臨時性的，只有在國家建立之後才能最終獲得法律之保證。

³⁶ 許世一，康德法權哲學與實證法權的關係，東海大學哲學系研究所博士論文，2016年6月。

(三)黑格爾思想簡介

黑格爾是十九世紀重要哲學家，其哲學觀點被稱為觀念論(German Idealism)，其主張「正、反、合」之辯證法(dialectical method)，並提出物理世界是由「質」與「量」作為互相「正」、「反」辯證之基礎，以此基礎作為存在而進一步建構了具體之世界，從而進化到精神領域。而在精神領域之上，最高的領域是絕對精神(Absolute Spirit)之運作³⁷。

黑格爾認為整個世界都是屬於辯證系統或過程，舉凡獨立存在之事物都是構成概念之一部分，而概念則是事物之本質。透過絕對精神設定，可以解決以往哲學中主體與客體之問題、現象與本體之問題以及唯心論與唯物論之爭論³⁸。

黑格爾哲學體系可以分為三大體系：論理學(Logik)、自然哲學(Naturphilosophie)與精神哲學(Philosophie des Geistes)，其被定位為及德國觀念論之大成³⁹。其中精神哲學包括人類學、精神現象學。黑格爾認為法律(Recht)是一種客觀精神(Der objektive Geist)，法律人格(Person)是指個人具有並能使用權限，法律的命令則是：「成為一個人，並尊重他人為人。」⁴⁰ 而個人之人格包括財產等所有權，因為在黑格爾看來，所有權是個體獨立人格的基礎。人格概念也被帶入在黑格爾之法哲學體系中，作為法律概念之出發點和終結點。黑格爾認為法律是由人之意志所構成，因此唯有人才能成為法或權利之主體。而人之本質是人格，因此人格權本質上就是物權，物權就是人格本身之權利。

作為黑格爾哲學核心問題乃關於人之意志、特質和自由之觀念。根據 Hughes⁴¹ 之看法，對於黑格爾來說，個人持續地在世上尋求現實(Wirklichkeit)即有效意志是個人生存之核心。可以通過意志的自我實現來識別「人格」(Personality)。黑格爾認為一個人必須

³⁷ 郭鴻德，對黑格爾法哲學的辯證分析與反思，國立臺灣師範大學政治學研究所博士學位論文，2015年1月。

³⁸ 王鳳才，黑格爾法哲學：作為規範的正義理論，復旦學報(社會科學版)，6期，頁19-27，2009年。

³⁹ 同前註30，頁167。

⁴⁰ 翟楠，李長偉，教育的倫理精神—黑格爾「法哲學原理」中的道德教育思想探析，當代教育科學，頁1-5，2007年。

⁴¹ Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, Geo. Law. J. 287, p.331-339(1988).

將其自由轉化作為一個理念而存在之外部領域，而主觀上人格是超越自身限制並賦予自己真實性，或者把外部世界當作自己所有之特性。

(四)黑格爾之財產權概念

關於人之意志與財產權關係，Hughes⁴²認為根據黑格爾想法，意志在不同之思想活動水平上與外部世界互動。諸如認知、分類、解釋和記憶之類心理過程可以被大腦視為與外部世界互動，然而，認知和由此產生之知識卻是世界強加於人之大腦。意志卻不為這些印所象束縛。此時財產權之真正目的是通過將自我強加於世界來尋求以不同方式適應外部世界。黑格爾暗示個人意志會將自我視為財產之一種，而如果自我是一種財產，則這種內部財產與財產之間區別在於後者可以被疏離。如果將個人財產核心收縮至人格領域(例如生命，肢體和自由)則將允許人格概念之擴展以涵蓋被認為是財產之主體。

至於財產和個人意志之關係，Ritter⁴³說明黑格爾認為應該視一個人有權將其意志置於任何事物，其就是該事務所代表財產之所有者⁴⁴。黑格爾認為所有權是將主體之抽象權利轉化為現實權利、實現自由意志、以及使人格具有客觀性之基本關鍵。黑格爾所有權理論包括取得與佔有、物之使用、所有權之轉讓三大部分。個人一旦宣稱某物為「我的東西」，個人也就可在該物上實現其意志，該物就成為該個人人格之一部分，這一過程即為「佔有」，而被該個人意志支配之物即成為該個人之「所有物」(Eigentum)。這也正是黑格爾所說「唯有人格才能給予對物之權利」。亦即此時個人在所有權中被視作以理性而存在，其人格之主觀性就沒有如此重要。而個人通過對財產之佔有、分配、處分等行為之聯繫，才能表達自己之人格。個人通過勞動及財產權將自己之意志客觀化，並表達了其對於他人和社會整體的需要。另一方面，人格權也是物權之基礎，因為個人把意志體現在某物內部時，某物因為具有所有者之意志因此具有法律上意義。

⁴² *Id.* at 41.

⁴³ Ritter, J., *Person and Property in Hegel's Philosophy of Right (§§ 34-81)*, PIPPIN, Robert B.; HÖFFE, Otfried. Hegel on Ethics and Politics. Londres: Cambridge, pp101-123(2004).

⁴⁴ *Id.* at 43.

但黑格爾拒絕因為滿足物質需要而建立財產制度之任何需要，因為其認為社會賦予之財產權不會觸發自我實現；它們只是保護個人最初掌控世界之一種手段。就的目的而言財產權是防止人們永遠陷入內心衝突中，從而試圖保護自己在自我實現中之嘗試不受侵害。財產作為意志表達，而成為人格之一部分，並為進一步採取自由行動創造條件。因為具有財產保障，人們才得以在非財產領域追求個人自由，或者他們可以通過利用財產向自己希望成為人之類型而繼續。黑格爾曾說；「除非有收購、投資或計劃之儲蓄支持，否則我們對未來自我想像力與幻想或白日夢則是無法區分。任何希望進行投資者可以通過圍繞自己住所周圍或看著自己衣櫥開始盤點自己之慾望(Anyone who wishes to conduct an inventory of his desires may profitably begin by walking round his own dwelling or looking into his wardrobe)。」⁴⁵

三、社會契約論

一般公認社會契約論最重要之代表性人物為法國哲學家盧梭(Jean-Jacques Rousseau)，其於 1762 年所出版之「社會契約論」可謂社會契約之代表性觀點。其對於社會契約之詮釋，可見其「社會契約論」之第六章「論社會公約」。盧梭在其中提出⁴⁶：「我預測人類曾達到過這樣一種境地，當時自然狀態中不利於人類生存之種種障礙，在承受上已超過了每個個人在那種狀態中為了自存所能運用力量。於是，那種原始狀態便不能繼續維持；和人類如果不改變其生存方式，就會消滅。然而，人類既不能產生新力量，而只能是結合併運用已有力量；所以人類便沒有別的辦法可以自存，除非是集合起來形成一種力量的總和才能夠克服這種阻力，由一個唯一的動力把它們發動起來，加強這些共同協作。」因此，社會契約所要解決根本問題即是；「要尋找出一種結合形式，使它能以全部共同力量來衛護和保障每個結合者之人身和財富，並且由於這一結合而使每一個與全體相聯合的個人又只不過是在服從自己本人，並且仍然像以前一樣地自由。」

⁴⁵ *Id.* at 41.

⁴⁶ 盧梭，社會契約論，何兆武譯，上海商務印書館，頁 25，1982 年。

盧梭進一步說明社會契約之內涵為⁴⁷:「我們每個人都以其自身及其全部力量共同參與公意的最高指導之下，並且我們在共同體中接納每一個成員作為全體之不可分割之一部分。只是一瞬間，這一結合行為就產生了一個道德與集體之共同體，以代替每個訂約者個人；組成共同體成員人數就等於大會中所有票數，而共同體就以這同一個行為獲得了它的統一性，其公共該由全體個人結合所形成之公共人格，以前稱為城邦，現在則稱為共和國或政治體；當它是被動時，其之成員就稱其為國家。」

由以上內容可以看出，盧梭認為國家之形成即為社會契約之結果，公民為了集體生存而以契約形式結合力量，如此才能保障公民之人身和財富。在社會契約之觀點下，財產權不完全屬於個人，而是必須藉由社會之保障而加以確認。而智慧財產權與社會契約之關聯，本文後續將進一步加以說明。

第二項 從傳統財產權到智慧財產權

一、自然權利理論

如果以洛克勞動產權理論，套用在智慧財產權之取得上，則可以解釋作為生產智慧財產基礎之訊息為公共資源，透過勞動可產生智慧財產權。而作為公共資源之訊息這類無形資產，相對於土地和資源而言更加之寬裕，更足以讓後繼者投入創新來擁有。另外個人在加諸知識努力後賦予之財產權，更容易與原始智慧區分。因此似乎勞動學說更加適用於智慧財產權：因為智慧財產權的無形性特徵使得它容易將公有領域的東西和勞動者創造的價值兩者分割開來。洛克的財產權勞動學說實際上蘊涵近代以來市民社會之兩個基本原則：財產私有原則與自由主義原則。

⁴⁷ 同前揭註 46。

二、人格權理論

(一)康德之智慧財產權概念

對於人格跟智慧財產權之關係，康德採用區別主體/人和客體/事物之二分法，認為所有人都被視為自主之主體，而不是作為實現其他客體的手段⁴⁸。康德定義人的特點是：他們有能力行使自由意志，並在道義上對自己行為負責。康德並認為人是一個抽象之權利持有人，沒有個人偏好，能力和歷史。而與之對比，客體在本質上則沒有自由、而是被自由意志行動之主體所取代⁴⁹。而落在客體層面之才能被視為財產，因為財產違反每個人被視為主體而不是手段之原則⁵⁰。但康德亦承認個人可以在外部事務中擁有合法之所有權益，亦即康德雖然尊重財產權，但與此相反，在個人意志範圍內展現之任何事物均是屬於主體—客體二分法之主體層面，故而不能被視為財產⁵¹。

康德思想反映人格於任何方面都不能被視為財產，因此關於智慧財產權、特別是著作權，康德認為作者在著作中使用之文字，屬於作者意志之行使與自我表達之延伸⁵²，所以作者對於自己作的權利是身分上之權利而非財產權。換言之在康德哲學理論下，著作權之所以保護著作人，實質上乃是為了保障「個人表達自我」之自由，其權利本身是一種個人權利，而不依附在任何客觀物體上。

(二)黑格爾智慧財產權概念

關於智慧財產權，黑格爾不認為可以藉由物質之財產權觀念類推之，他提到：「智力、博學、藝術技巧，甚至是宗教性之事務(例如講道、群眾、祈禱、祭品等奉獻)，發明等成為契約之主體，通過買賣而成為事物一部分。若從法律之角度而言，藝術家、學

⁴⁸ Yoo, C. S., *Copyright and personhood revisited*, U of Penn Law School, Public Law Research Paper, p.12-39, (2012).

⁴⁹ 同前揭註 48。

⁵⁰ 同前揭註 48。

⁵¹ 同前揭註 48。

⁵² 黃致穎，從我國判決論職務發明下研發成果之歸屬-以美國法為借鏡，臺北大學法學論叢，第 91 期，頁 1-58，2014 年。

者等之地位及其藝術、博學、講道、唱歌能力是否具有法律地位。……我們可能會猶豫稱這種能力成就，能力可作為是商業交易和契約主體的”事物”，……」⁵³

黑格爾認為智慧財產權可通過「物化」(Materializing)提供了解決此問題之方法：他認為記憶、博學、知識等等，是自由心智所擁有之內在而非外在的，通過表達它們也可以在外在和疏離它們之事物上體現自由心智。例如雕塑家或畫家在介質中體現其意志並產生一件藝術品，當另一位藝術家複製此作品時，黑格爾認為手工製作之複本實質上是複製者以自己心理狀態和技術能力產生之作品，並且不侵犯原始藝術家之作品。智慧財產權產權創造者不能像藝術家那樣將自己之意志體現在一個物體上，作家只能通過不需要任何才能之機械過程以「一系列抽象符號」體現自己意志成「事物」(Thing)⁵⁴。在此情況下作者保留了自己所要表達的，而售出複本是用於買方之消費。黑格爾並確定了工具主義勞動(instrumentalist—labor)之合法性作，反對授予個人複製品購買者作品全部複製權。黑格爾承認保護智慧財產權是純粹消極，但主要為促進科學和藝術發展之手段。他宣稱智慧財產權是一種「資本資產」，但並沒有將「資本」概念作進一步發展⁵⁵。

如果我們將黑格爾人格權應用於智慧財產權上，我們可以很容易想像：某些類別之智慧財產權似乎可以成為人物個性之載具，如詩歌、故事、小說和音樂作品、雕塑，繪畫，甚至是小說的腳色。但 Huges⁵⁶敘述上個世紀 80 年代有關晶片光罩保護之報告中，美國眾議院司法委員會討論過對晶片設計的保護，認為晶片設計進行佈局是種技藝，如同編寫程式一般，同樣之功能可能有十種方法，十種選擇中任一種都可能表現出不同個性。

至於智慧財產權之轉讓問題，黑格爾提出「疏離」(Alienation)概念，即將智慧財產權與其副本分離開來，創作者可以透過一次出售財產之所有權利將其全部轉讓；或是財

⁵³ *Id.* at 41.

⁵⁴ *Id.* at 41.

⁵⁵ *Id.* at 41.

⁵⁶ *Id.* at 41.

產複本之完全轉讓，但對這些副本之使用方式有所限制：例如出售受著作權保護之作品，顯示商標之物體或使用專利技術之授權。

智慧財產權之「異化」(Alienation)(商標，專利或著作權之所有權利)與物理對象之異化具有相同之矛盾問題。如果個人不擁有作品之個性，則為什麼要確定由何者發表、推銷或表演作品；如果發明人預見一項發明既不會體現其對世界之看法，也不作為其身份之表達，責為和個人應該從中獲得經濟價值。與有形財產一樣，在大多數情況下，完全轉讓智慧財產權是對財產權利之行使，這種行為從其性質上就否認必要之人格利益。

三、社會契約論

關於社會契約論之財產權觀點，可參見盧梭「社會契約論」之第九章「論財產權」⁵⁷之論述。盧梭提出：「集體中每個成員，在集體形成之那一瞬間，便把當時實際情況下所存在之自己本身和其之全部力量，以及他所擁有財富作為構成其中一部分而全部獻給集體。這並不是說，由於這一行為，所有權便在轉手之際會改變性質而成為主權者手中之所有權；然而城邦之力既無可比擬地要大過於個人之力量，所以公共之版權雖然沒有任何合法性，至少對於外邦人模仿，但實際上卻更加堅強而有力和更為不可改變。」亦即群體中之成員，因為向群體提供部分財產權，而藉助群體力量使權力更受保障。

盧梭又提出：「因為就國家對其成員而言，國家由於有構成國家中一切權利基礎之社會契約，便成為成員全部財富之主人；但國家對其他國家而言，則國家只是由於它從個人那裡獲得來最先佔有者之權利，才成為財富之主人的。最初佔有者之權利，雖然要比最強者之權利更真實些，但也唯有在財產權得以重新之後，才能成為一種真正之權利。」從盧梭之財產權觀點，智慧財產權是創作人提供自己之精神創作以及智力成果，向國家交換一定期限之保護。此即惟專利權之對發明之充分揭露，以使該領域其他具有通常知識者，可以在專利期限到期後據以實施。

⁵⁷ 同前揭註 46。

四、憲法與智慧財產權

智慧財產權之概念雖然與古典之財產權概念有密切關係，但智慧財產權乃近代所產生之財產權概念，與實體財產權之財產權概念是否完全相同，而為國家所必須保障之財產權，仍須進一步分析；以下本文將從我國憲法與司法院解釋中關於財產權之概念加以探討。

我國憲法第 15 條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」憲法第 23 條則規定以法律限制之財產權等權利之條件為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者。但憲法並未明文規定財產權之定義與內涵，更遑論對於智慧財產權是否屬於憲法保障之財產權。而司法院釋字 213 號解釋中提到專利權之性質為：「國家為促進產業之發達，對於新發明具有產業上利用價值者或對於物品之形狀構造或裝置首先創作合於實用之新型者，均依法給予專利權，以鼓勵發明與創作。」此外，司法院釋字 594 號解釋中亦提到商標權之性質為：「商標權為財產權之一種，依憲法第十五條之規定，應予保障。又商標或標章權之註冊取得與保護，同時具有揭示商標或標章所表彰之商品或服務來源，以保障消費者利益，維護公平競爭市場正常運作之功能。」因此司法院解釋認為專利權與商標權，均屬於憲法第 15 條中之財產權，國家必須加以保障⁵⁸。

然而，因為專利權之性質為排他權，故專利權人在實施其權利時，有可能影響公眾利益，故必須立法加以限制。但是此限制必須符合憲法第 23 條規範之比例原則，亦即在防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益之考量下，方能加以限制。

⁵⁸ 司法院釋字 213 及 594 號解釋參照。

第三項 智慧財產權之法律經濟學研究

一、法律經濟學之基礎

(一) 經濟學之基本觀點

在討論法律經濟學之前，必須先理解經濟學之核心思維，一般而言，經濟學被認為是研究人類行為、特別是決策行為的科學，其最基本的假設是社會上的資源具有稀少性(Scarcity)和人類具有理性(Rationality)。其中資源包括財貨與勞務，而資源供給方與需求方在市場上透過雙方滿意之條件進行交易，此條件即為價格。而人類具有理性之假設則假設人類具有偏好、並會在經濟活動中追求自己利益最大化。因此人類在決策時都盡量以最小代價去獲得最大利益。此原則被稱為「成本—收益原則」，而經濟學中人之決策就是在存之約束條件下做出利益最大化決定。另一個重要經濟學概念是經濟學家帕雷托(Pareto, Vilfredo Federico Damaso, 1848 年—1923 年)提出的「效率」(Efficiency)概念，稱為帕累托效率(Pareto Efficiency)、或是帕雷托最佳化(Pareto Optimality)。其內涵是指在資源分配過程中，固定之一群人和資源，從一種分配狀態改變到另一種狀態時，如果在沒有任何人情況變壞之前提下，至少使得一個人情況改善，則稱為具有「帕雷托效率」。另一種效率概念稱是 Kaldor—Hick 效率，指雖然有人在改變過程中受損害，但因為總收益超過損失，所以受益人應該補償受損人，如此所有人將不會受到損害而得有利益。

如果從經濟觀點來看法律，我們可以認為法律制度是在進行社會上稀缺資源之配置，因此從法律經濟學觀點，法律必須以有效配置資源及效率最大化為法律之目的，用因此可以使用經濟學方法來研究法律活動，包括以經濟學方法預測法律之效果；使用經濟學方法判斷法律是否有經濟效率；並以經濟學上之效率原則制定法規，再透過此方法追求社會資源配置最大效益，為了達成以上目的而形成了法律經濟學。

(二)法律經濟學之產生

雖然在古典經濟學發展過程中，對於法律問題的研究重要的課題，如著名學者亞當·斯密(Adam Smith，1723 年—1790 年，英國經濟學家)、李嘉圖(David Ricardo，1772 年—1823 年，英國政治經濟學家)等，雖然 20 世紀 20~30 年代作為經濟學主流之新古典經濟學派，把社會與法律制度問題視為資源配置問題而較少重視，但由於在 19~20 世紀大量壟斷性產業的出現和 20 世紀 30 年代經濟大蕭條，導致一些國家頒佈了反壟斷法律，並針對公共領域事業領進行管制，因此此時經濟學對於法律之關注重點在於反壟斷法律和公共事業管制有關法律。隨著經濟學者對於法律議題越來越關注，特別是如何決定財產權與其他權利的歸屬問題，例如經濟學者認為權利取得不是如中古世紀法學者所說係屬自然法(Natural law)之議題，其性質並非實證法制(Positive legal system)，而提出「權利是依附在經濟及社會條件」(Rights were contingent upon economic and social conditions.)之論述⁵⁹。當經濟學者對法律問題之關注越來越提昇時，現代法律經濟學觀念也逐漸開始萌芽。

而目前所公認關於法律經濟學產生，可以追溯到上個世紀 60 年代初，通常指科斯(Ronald Harry Coase，1910 年—2013 年)於 1961 年發表了「社會成本問題」(The Question of Social Cost)一文，提出完善定義之財產權可以解決外部性問題。另一個法律經濟學指標人物是波斯納法官(Richard Allen Posner，1939 年—)，他於「法律的經濟分析」一書中提出假設，人不僅在經濟事務上，而是在所有生活領域中，都是理性追求利益最大化的人，因此人對於激勵會有所反應，也就是說當外在環境條件改變時，人會從事增進其效用之行為⁶⁰。另一個指標則是 1958 年芝加哥大學法學院之刊物「法律與經濟學」創刊，並列為法律經濟學產生之關鍵。而因為法律經濟學主要盛行在美國，因此對於法律經濟學之

⁵⁹ 林三元，法律經濟學之發展特別報導--從有效率的公平正義出發，科技法學評論，1 卷 2 期，頁 249-293，2014 年。

⁶⁰ Posner, Richard 著，蔣兆康譯，法律的經濟分析，中文二版，法律出版社，頁 4，2012 年。

討論比較偏重其在美國之發展，但在德國以及包括英國在內之歐洲法學界，經濟分析並未如同在美國一樣盛行⁶¹。

(三)法律經濟學之內涵

從法律經濟學之研究範圍來看，法律經濟學對法律制度問題研究基本上覆蓋了整個法律領域，包括民事、刑事和行政程式；懲罰理論及其實踐、立法和管制的理論及其實踐；法律的實施和司法管理實踐；以及憲法、海事法、法理學等各個方面。但是法律經濟學研究重點是以普通法為中心之內容一如財產、契約和侵權。按照波斯納說法，經濟學家以前對法律之研究基本局限在反托拉斯法和政府對經濟實行公開管制領域，而法律經濟學的研究重點則轉向了並不公開管制的法律領域。

二、法律經濟學之主要理論

(一)科斯之交易成本分析

科斯在「社會成本的問題」一文中，提到以往經濟學之觀點，都假設在市場交易中，是不存在交易成本的；但在交易過程中，必須要了解希望交易對象是誰、必須告訴人們交易之願望和方式、以及在簽訂契約中進行討價還價，此外還要監督條約之履行；這些都需要交易成本。為了降低這些市場交易成本，可以採用替代性之經濟組織，因此企業就應運而生了。企業產生使得交易成本下降，例如企業內部必須透過內部行政指令，協力合作將生產要素組合；此時可降低討價還價的過程與成本⁶²。

關於科斯交易成本理論，後續的學者歸納成為「科斯定理」(Coase Theorem)⁶³，例如

⁶¹ 王鵬翔，張永健，論經濟分析在法學方法之運用，臺大法學論叢，第48期第3卷，頁791-871，2019年。

⁶² Coase著，盛洪、陳郁譯校，社會成本的問題，載：Coase著、盛洪、陳郁譯校，企業、市場與法律，格致出版社，頁96-152，2009年。

⁶³ 科斯本人曾提出最先提出「科斯定理」此一名詞的是另一位諾貝爾經濟學獎得主 Stigler，但科斯認為 Stiglitz 對其理論的詮釋並不相同。Stigler 的「科斯定理」主要觀點為：當交易成本為零，並且個人是合作行動時，法律權利的任何分配都是有效率的；如果交易成本不為零，不同的產權界定意味著不同

Cooter 等人(2012)在「法和經濟學」中提到當一方行為受其他方行為影響時，法律必須決定一方有無權利影響或是一方有權利不受影響，但法律造成之權利分配不會帶來最有效率之資源應用；相反的，如果權利受影響之雙方進行談判成功，則雙方會節約防止損害之成本，而且會達成最大資源利用效率。因此科斯提出在其他條件不變情況下，應該要以法律規則提高土地使用效率，他也提出以談判交流之成本為「交易成本」，認為在交易成本為零時談判會成功，資源使用效率也可以最大化。而交易成本之內涵為何？他認為通常包括搜尋成本、執行成本和談判成本。科斯之觀點通常被稱為「科斯定理」，其一般形式可表示為：

「當交易成本為零時，無論財產在法律上如何安排，私人談判都會導致資源的最佳配置。」⁶⁴

而在交易成本不為零時，財產權的安排對資源使用效率就非常重要，因此要考慮財產權法，此時科斯定理之推論為：

「當交易成本很高會阻礙談判時，有效率的資源利用取決於全的安排。」⁶⁵

(二)波斯納之效率分析

波斯納採用之效率概念是 Kaldor–Hick 效率，也就是效率最大化。舉例來說，如果 A 將一個產品定價為 50 美元，而 B 將其定價為 120 美元，但真正銷售價如果是 100 美元， 則 A 認為自己獲得 50 美元之境況改善，B 認為自己獲得 20 美元之境況改善，則此交易創造了 70 美元之收益。當假設第三方因此交易產生之損失不超過 70 美元時，這個交易就是有效率的，也就是說獲利者可對損失者進行補償⁶⁶。

的資源配置和經濟效益。

⁶⁴ Robert Cooter、Thomas Ulen 著，史晉川、董雪兵等譯，法和經濟學，格致出版社，頁 77，2012 年，6 版。

⁶⁵ 同前揭註，頁 77。

⁶⁶ 同前揭註 60，頁 17。

波斯納也提到，在忽略財產權之成本情況下，所有權代表排除他人使用資源和使用權本身之絕對權；而且當如果任何人對有價值資源具有排除他人之權利，且所有權可以自由轉讓時，資源價值才能最大化。但財產權是有實施成本的：例如對於土地設施和管理費用，特別是在沒有土地登記制度時，財產權實施費用可能比財產收益還高，因此財產權就不會有靜態效益。而在進步社會中，對於財產權發展要比落後社會興盛，而且和其收益與成本之間的關係有關。

波斯納認為智慧財產權和有形資產兩者對經濟學家來而言，並沒有不一致之處，例如發明新產品時，如果沒有專利制度之存在，仿冒者可以使用較低之價格與發明者競爭，如此將降低發明人之利潤，降低其發明之意願，就像農人看不到收穫就不會播種一樣。因此如果沒有智慧財產權，發明人除了將發明活動保密，也會先生產投資較小的產品⁶⁷。但專利也會產生以下問題：包括專利並非永久性而是有期限的，專利應該在其商品化實施前授與，以免重複投入研發成本；而法律的制定應該要降低這些問題成本⁶⁸。

三、智慧財產權之法律經濟分析

Menell 從經濟學理論分野之角度而言，經濟學上關於智慧財產權之分析主要有兩大方向⁶⁹：

(一)以傳統新古典主義分析為基礎的市場失靈問題：

智慧財產權市場失靈問題之例為如果書籍是公共財，任何人可以複印，則著作權人無法保護自己權益，如此將導致著作權人會降低出版著作意願，造成書籍市場供給不足，形成市場失靈；而以著作權法保護著作權則是一個解決方式。此議題即屬於市場之效率問題。

⁶⁷ 同前揭註 60，頁 61。

⁶⁸ 同前揭註 60，頁 61。

⁶⁹ *Id.* at 22

(二)芝加哥學派傳統產權研究：

此即為前述科斯(Ronald Harry Coase)於「社會成本問題」提出之產權研究架構，如果產權清楚且交易成本為零，且能自由交換時，即使由法律規定的權利分配不當時，市場會通過自由交換得以修正。而智慧財產權作為一種無形資產產權，因此成為產權研究的重要主題之一。科斯之研究觀點經過數十年之發展與演進，已成為重要菁英學派之一，稱為芝加哥學派產權研究。

其他重要專利研究，則惟 2018 年諾貝爾經濟學獎得主諾德豪斯(William Dabney Nordhaus, 1941 年—)於 1967 提出之專利年限研究課題最重要。諾德豪斯將專利保護分成三個階段：第一階段時各企業處於完全競爭狀態，產品平均成本和邊際成本相同。第二階段有企業從事技術創新研發而獲得專利，而此專利會造成此階段市場完全壟斷。雖然諾德豪斯認為此階段造成完全壟斷的原因，是由於擁有專利者技術創新，使得企業平均成本低於其他企業，因而將其他企業逐出市場。例如握有專利先驅藥廠在專利連結制度下能有效阻止或拖延後續競爭者(學名藥廠)獲得 FDA 核發藥物上市許可證，因而形成暫時性市場壟斷，也造成醫藥專利擁有壟斷市場之能力。而此第二階段期間長度也等於專利保護期長度。到了第三階段，專利保護到期時，其他企業都能無償使用專利技術，市場又回到完全競爭狀態；但由於專利技術被普遍採用，該專利保護之產品生產成本會下降，市場中產品價格也會下降。

諾德豪斯進一步以社會總體福利角度來探討專利最佳保護期限，由於專利到期後，專利的技術可以讓其他企業使用而造成成本下降，商品售價也下降，因此消費者福利增加，所以全體社會福利也會增加。根據以上的推導，諾德豪斯提出了以下結論：

- 專利保護期內整體社會福利變小。因此縮短專利保護期才能對社會有益；
- 一旦專利保護期限達到六年以上才會產生福利效應。

第三節 智慧財產權之法律與制度

第一項 智慧財產權法律架構

關於智慧財產權之法律體系，各國有所不同，概括而言可分為憲法層、智慧財產權法律層次，以及其他相關法律層次。

一、憲法層次

如美國智慧財產權相關法律可以上溯至憲法層次，美國憲法第1條第8款第8項⁷⁰：「為促進科學和實用技藝的進步，對作家和發明家的著作和發明，在一定期限內給予專利權之保障；」

二、智慧財產權法律層次

智慧財產權相關法律，包括專利法⁷¹、商標權法、著作權法、營業秘密法，反不正當競爭法等，以上法律共同建立智慧財產權法律體系。此外、有些國家如日本、俄羅斯、法國等國具有法典化之智慧財產權法。如日本與2002年12月4日頒布「知的財產基本法」旨在促進與創造，保護和利用智慧財產權有關措施，以及為此目的應採取之措施。。

⁷⁰ 參照「美利堅合眾國憲法」第八款全文，美國在臺協會，「美利堅合眾國憲法」，<https://web-archive-2017.ait.org.tw/zh/us-constitution.html>（最後瀏覽日：2021年2月21日）。

⁷¹ 美國主要專利法規包括：

「聯邦法規第35號(Code of Federal Regulations Title 37)」，位階等同於我國專利法，Congress Library 「Code of Federal Regulations: Finance, 35 C.F.R」，<https://www.govinfo.gov/app/details/CFR-1999-title35-vol1/CFR-1999-title35-vol1-chap-id2>（最後瀏覽日：2021年2月21日）。
「聯邦法規第37號(Code of Federal Regulations Title 37)」，位階等同於我國專利，商標和著作權之施行細則， U.S. Copyright Office，「Code of Federal Regulations Title 37 — Patents, Trademarks, and Copyrights」，<https://www.copyright.gov/title37/201/index.html>（最後瀏覽日：2021年2月21日）以及「專利審查準」(Manual of Patent Examining Procedure, MPEP) 。

三、其他與智慧財產權相關法律之層次

除了智慧財產權法律，許多國家另有其他與智慧財產權相關法律，包括邊境保護、貿易公平與公平競爭等之保護。以美國為例，美國與智權保護與管理之相關法律包括：「出口管制條例」(Export Administration Regulations, EAR)、「1930 年關稅法第 1337 條」(Section 337 of the Tariff Act of 1930)、「1974 年貿易法第 301 條」(Section 301 of the Trade Act of 1974)。

其中關稅法第 1337 條是美國智慧財產權人可資運用藉以保護其權利避免受到侵害二項訴訟工具之一由於該條款提供迅速、廣泛救濟措施使得告訴人利用來尋求救濟。貿易法授權美國總統實施保護措施，以避免國內產業遭受國外競爭壓力影響，其方法包括對進口產品設定高關稅、限定或減少進口配額等經濟政策。美國國會更於 1988 年提出「綜合貿易與競爭法」(Omnibus Foreign Trade and Competitiveness Act of 1988)，在原先的 301 條款基礎上，發展出聚焦於智慧財產權相關的「特別 301 條款(Special 301)」，受調查貿易最後未能達成共識，美國政府往往會提高關稅以作為報復性懲罰。

第二項 各國智慧財產權管理制度

關於智慧財產權之管理制度，各國雖然有所不同，但主要以各國專利商標局為主。例如我國經濟部智慧財產局依組織法規掌理專利權、商標專用權、著作權、積體電路電路布局、營業秘密及其他智慧財產權政策、法規、制度之研究、擬訂及執行事項。日本政府之智慧財產權管理體制，以管理發明、實用新型，設計和商標有關之經濟產業省特許廳⁷²為主，著作權由文部省著作權委員會主管，營業秘密規定於「不正競爭防止法」第 2 條第 1 項第 4 款至第 9 款規定，由經濟產業省主管。

另外，中國大陸之智慧財產行政管理體系為世界上最複雜之管理系統之一，甚至在

⁷² 日本「經濟產業省設置法」第三節第二十二條：「特許廳的任務是開展與發明，實用新型，外觀設計和商標有關的事務，以促進經濟和工業發展。」

一般之智慧財產權管理體系外，另設有國防知識產權局。中國大陸各類智慧財產權行政管理機構可以見表 2—1。而主要國家智慧財產權專責機關之比較見於表 2—2。

表 3 中國智慧財產權行政管理機構⁷³

智慧財產權類型	行政管理部門
專利權、集成電路布圖設計專有權	國家知識產權局專利局
商標權	國家知識產權局商標局
著作權	新聞出版總署版權局
制止不當競爭	工商行政管理總局公平交易局
原產地標記	質量監督檢疫檢驗總局
農業植物品種	農業部
林業植物品種	林業部
國際貿易智慧財產權	商務部
與科技有關智慧財產權	科技部
與進出境有關智慧財產權	海關總署
國防知識產權	中央軍委裝備發展部國防知識產權局 ⁷⁴

⁷³ 董希凡，知識產權行政管理機關的中外比較研究，工作研究，16 卷 93 期，頁 39-44，2006 年。

⁷⁴ 黃孝怡，中共國防知識產權制度與戰略研析，國防雜誌，第 30 卷第 1 期，頁 101 -121，2015 年。

表 4 主要國家智慧財產權專責機關

	專利	商標	著作權	營業秘密
我國	智慧財產局	智慧財產局	智慧財產局	智慧財產局
美國	專利商標局	專利商標局	國會圖書館 版權局	司法部
日本	特許廳	特許廳	文部省	經濟產業省
中國大陸	國家知識產權 局專利局	國家知識產權 局商標局	新聞出版總署版 權局	工商行政管理總 局公平交易局

第三項 各國智慧財產權發展概況

一、美國

美國是全世界最重視智慧財產權、也是知識經濟最發達之國家；雖然沒有明定完整之國家級戰略，而是以國家政策調整國家智慧財產權策略與方向。美國早期因為對智慧財產權具有市場壟斷力有疑慮，對於智慧財產權保護並非一開始就十分積極，甚至直到 1989 年才加入「保護文學藝術作品伯爾尼公約」(Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)。但在 20 世紀 80 年代，因為經濟競爭力下降，美國檢討本身經濟體質後決定發揮其在高科技及創新方面的優勢，全力發展知識經濟。因此採取「親專利」(Pro-patent)政策：建立了聯邦上訴巡迴法院(CAFC)、並改革美國專利商標局、實施專利池政策等政策與制度的調整。美國專利法 35 U.S.C. §2 規定美國專利商標局，受商務部長政策指導，負責專利的授予和發行以及商標的註冊等事務。

美國專利局更在 2012 年制定四個目標進行智慧財產權戰略布局，包括：追求專利

品質及核准時間之最佳化、追求商標品質及核准時間最佳化、提供全球和世界之智慧財產權保護，並促成美國智慧財產權為主要之領導機構以及內部管理組織最佳化。在 2013 年 6 月白宮也發布名為「專利主張及美國創新」(Patent Assertion and U.S. Innovation)報告，針對俗稱的專利蟑螂(Patent Troll)提出多項行政規畫及修法建議。此外美國在國際上對本國智慧財產權保護不遺餘力，利用美國龐大的市場與外交力量優勢，透過在國內對外國廠商之訴訟、國際經貿談判、多邊貿易協定等方式，全面性保護美國的智慧財產權，並有效達成了威嚇效果。

二、日本

日本智慧財產權之基本精神為採取「追隨策略」，自二次世界大戰後由政府策略性引進並推廣工業技術，並集中資源在日本具優勢技術項目進行研究發展，希望能在重點產業上追趕並超越原來技術領先國家。在保護本國專利方面，則技術性延長外國專利獲得時間，並以「專利網」策略，即以多個專利保護重點技術。「追隨策略」多年下來的確有助日本產業與經濟發展，但自美國於 1980 年後積極發展知識經濟，重新尋回技術競爭力優勢後，原來的日本智慧財產策略戰略明顯遭遇瓶頸。

因此，日本政府於 2002 年提出日本要朝向「知的財產立國」之戰略方向，於 2003 年成立智慧財產權戰略委員會，並制定智慧財產權戰略大綱；其中包括創造戰略、保護戰略、活用戰略、充實人力基礎、確立實施體制等五大方向。創造戰略要強化創造智慧財產權並兼顧智慧財產權品質，並推動高價值智慧財產權的創造與成功商業化；保護戰略要強化智慧財產權之保護架構，有效提升國內專利及智慧財產權之水準並與國際接軌；活用戰略要強化整體智慧財產權產出績效，並整合包含財務、技術、管理、人才等各資源，針對新創公司以及產學研各界提供必要之協助；充實人力基礎則是支持以智慧財產權為議題研究之相關研究人員，並進一步促成智慧財產權人力資源快速發展；確立實施體制則是由內閣會議確立基本方針，並設置「智慧財產戰略本部」負責專責推動，並每年訂定「智慧財產推進計畫」。綜觀日本的智慧財產權戰略，最大的特色是能針對國內

產業環境與需求，提出有效的智慧財產權方案協助國內的產業提升技術，並能針對環境改變而進行調整；而且制定的智慧財產權戰略涵蓋面廣，並兼顧戰略的執行面與實施過程。

三、中國大陸

中國之智慧財產權制度可源自清朝末年，1944 年南京國民政府頒布專利法，主要包括專利權從特許權轉變為私權、專利權內容更加豐富、專利申請的條件與程序更加完善、專利體例更加完善等特點⁷⁵。但此後中國大陸之智慧財產權法律與制度均呈現中斷，至 20 世紀 80 年代改革開放後，從 80 年代初到 90 年代初，中國大陸先後頒布商標法、專利法、著作權法、「反不正當競爭法」等，初步建立智慧財產權法律體系。而為加入世界貿易組織，更全面修訂以上法律，並於參加 WTO 同時加入「與貿易有關智慧財產權協定」(TRIPS)。另外並修訂與智慧財產權相關之「信息網絡傳播權保護條例」、「集成電路布圖設計保護條例」、「植物新品種保護條例」，並制定「商業秘密保護法」、「商號法」、「特殊標誌保護法」等。

在智慧財產權發展策略上，中國大陸在 2008 年提出「國家知識產權戰略綱要」，戰略目標是到 2020 年，把中國建設成為知識產權創造、運用、保護和管理水準較高國家；以及知識產權法治環境進一步完善，市場主體創造、運用、保護和管理知識產權能力顯著增強，自主知識產權的水準和擁有量能夠有效支撐創新型國家建設。其指導方針則是激勵創造、有效運用、依法保護、科學管理，另一方面也強調防止知識產權之濫用。具體之戰略措施則包括：提升知識產權創造能力、鼓勵知識產權轉化運用、加快知識產權法制建設、提高知識產權執法水準、加強知識產權行政管理、發展知識產權仲介服務、加強知識產權人才隊伍建設、推進知識產權文化建設、擴大知識產權對外交流合作等。總體來說，中國之「國家知識產權戰略綱要」明確將知識產權戰略與「建設創新型國家」

⁷⁵ 陳福初，1944 年民國政府《專利法》研究，福建論壇：人文社會科學版，第 9 期頁 102-107，2012 年，。

之國家發展目標結合，並同時重視創造、運用、保護和管理的能力⁷⁶。

第四節 智慧財產權與公法、私法

第一項 公法與私法之關係

關於智慧財產權與公法之關係，是智慧財產權研究領域中重要課題之一。由於大陸法系國家之法律體系，向來有公法與私法區分，其中公法如行政法為規範人民與國家之間關係，而私法如民法規範人民與人民之間關係，兩者區別原本甚為明顯。但由於社會變遷以及跨領域之法律問題出現，有時不免產生模糊空間，故有必要加以釐清。例如以經濟領域為例，原本以法律規範私經濟主體之經濟活動之權利義務者如公司法、消費者保護法等之私法為主，但後來為針對違反經濟秩序，影響所需保護之社會法益與個人法益訂定之特別刑罰，如金融法之特別背信罪、內交易罪等刑法；以及國家為實現特定經濟、社會、環境保護政策，以及其他各式之公益目的，有必要透過立法以及行政措施，對各式經濟活動，進行形成、調控、管制、監督，以及引導等各種形式之干涉之行政法規，使得整個經濟法領域，發展成為包括經濟公法、經濟私法以及經濟刑法之法律體系。其中經濟公法包括經濟憲法與經濟行政法，後者係指依據經濟憲法所確定之基本經濟原則而訂定之具體的行政法體系⁷⁶。

再從現代行政法角度觀之，由於現代國家行政範圍擴大以及行政內涵越來越複雜，行政法除了規範國家行政有關事項，也包括國家與人民的權利義務關係。國家之行政亦分為公權力行政與私權行政，並非所有行政均由國家做為統治主體以公法從事行政行為，亦即所謂「公權力行政」(Offentliche Verwaltung)；有時政府在如提供貸款、出售/出租國民住宅、提供大眾交通服務、提供勞務支援、採購與交易等行為時，並非處於公權力地位行使統治高權，而是處和私人相當之法律地位，並接受私法規範，此時稱為私經濟

⁷⁶ 李憲宗，金融監理之管制革新—兼論金融監理沙盒制度之落地機制，政治大學法學院碩士在職專班學位論文，2020年1月。

行政 (Fiskalische Verwaltung)。

公法與私法之區分起源，來自十八世紀孟德斯鳩提出三權力分立理論，其主張國家中立法權、行政權、為司法權權間分立且制衡。孟德斯鳩理論影響了美國獨立革命及法國大革命，並導致法國法院二元制之產生，後來歐陸各國如德國、奧地利等國亦紛紛仿效。而我國亦為公私法二元制，特別是在法院體系分設普通法院及行政法院而形成二元訴訟制度。如司法院釋字第 448 號解釋認為：「依憲法第十六條人民固有訴訟之權，惟訴訟應由如何之法院受理及進行，應由法律定之，業經本院釋字第二九七號解釋在案。我國關於行政訴訟及民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，行政訴訟與民事訴訟分由不同性質之行政法院及普通法院審理。關於因公法關係所生之爭議，由行政法院審判，因私法關係所生之爭執，則由普通法院審判。」釋字第 466 號解釋亦重申此意旨。

第二項 智慧財產權與公私法之關係

關於智慧財產權與公私法之關係，必須先釐清智慧財產權之法律性質，亦即智慧財產權究竟屬於公權、私權亦或兼具二者性質。我國智慧財產案件審理法第十六條第一項之立法理由謂：「……智慧財產權屬私權，其權利有效性之爭點，自係私權之爭執，由民事法院於民事訴訟程序中予以判斷，在理論上即無不當。」而熊誦梅法官認為智慧財產權由行政機關授予，其行政處分之性質主要為⁷⁷：

一、須當事人協力之形成行政處分

專利權、商標權之授予一般認為係形成私法關係之行政處分，且為須經相對人申請之處分，即一種須相對人協力之行政處分。我國行政法領域中關於當事人協力義務研究，始於陳敏教授於 1988 年關於租稅課徵程序中，課予納稅義務人協助機關探知課稅事實

⁷⁷ 熊誦梅，行政機關授予智慧財產權之性質與效力，法令月刊，58 卷 7 期，頁 98-106，2007 年。

或闡明租稅法律關係之義務。關於行政法中當事人協力義務則是基於憲法保障人民基本權利與法治國原則下，由職權調查原則，可要求當事人履行協力調查義務。而就專利審查過程之實務面來看，智慧財產局於審查發明專利時，申請人有限期補充、修正說明書或圖式，並配合面詢及申復之義務。就商標審查實務觀之，商標及其指定使用之商品或服務，申請人申請後可以減縮指定使用之商品或服務。而因為以上當事人之協力義務並未影響行政機關處分之內容，故其處分仍應屬單方行為，即專利、商標權之授予係一種須當事人協力之行政處分。

二、第三人效力之行政處分

智慧財產權之授予，以當事人之立場可視為一授益行為，然從第三人角度觀之，行政處分可能對第三人產生不利益，故應稱為第三人效力處分。又依行政機關受法律拘束之程度，行政處分可分為羈束處分與裁量處分，熊誦梅法官認為⁷⁸：「在審查應否授予專利、商標、品種權時，固有依其專業判斷之自由，惟一旦判斷法定要件該當時，即應授予權利，行政機關並無裁量空間，為一羈束處分，亦不得加附款。」但實務上之見解如100年度行專訴字第55號判決認為依專利法規定申請專利之發明，經核准審定後，申請人應於審定書送達後3個月內，繳納證書費及第1年年費後，始予公告；屆期未繳費者，不予公告，其專利權自始不存在。申請專利之發明，自公告之日起給予發明專利權，並發證書。是故專利核准審定書係行政程序法第93條第2項第2款所規定之附停止條件之行政處分，於條件成就時，發生效力。故行政關於審酌專利與商標申請案時，於判斷法定要件該當與否具有裁量空間，但判斷法定要件該當時行政機關並無裁量空間；惟當事人仍需於完成審定書送達後3個月內繳納規費使程序完備後，專利即商標權始生效力。

綜上所述，智慧財產權之性質應為行政機關授予之私權，如有相關爭議發生，應受

⁷⁸ 同前揭註77。

私法之規範，以民事訴訟解決爭議。惟著作權之侵害，有刑事上之罰則規定。然當行政機關在授予智慧財產權之行政處分，惟政府與當事人之關係，如有爭議，應採行政訴訟之途徑。

但對於智慧財產權之撤銷程序，各國法制有所不同；我國目前可由公眾向專責機關提出智慧財產權無效之舉發，由專責機關審查後做出否准之行政處分；或於侵權訴訟時提出智慧財產權無效之訴訟。但其他國家如日本於特許廳設置裁判部進行專利無效之第一審，之後才由高等裁判所進行裁決，與行政處分之性質不同⁷⁹。但因非本文所研究之重點，故僅作概略性之說明。



⁷⁹ 大渕哲也，特許審決取消訴訟基本構造論，東京都有斐閣，頁 11-16，2003 年。

第三章 行政介入智慧財產權過程及其理論

第一節 智慧財產權之行政介入請求權

本章之內容主要在探討行政機關介入智慧財產權爭議與智慧財產權運用之行政法問題，故本章所指之智慧財產權，是指經過行政機關審查、核准、公告後已形成私權之智慧財產權。然而智慧財產權在形成過程中之行政法問題，諸如智慧財產權形成之要件、行政處分之性質等，仍然有再詳加討論之必要，因此本章第一節仍討論智慧財產權之形成過程中之行政法問題。

第一項 智慧財產權之形成

一、智慧財產權形成之性質

(一) 智慧財產權之行政性質

1. 智慧財產權之行政類型

智慧財產權是由公權力賦予人民之私權，而智慧財產權法律規定相關之行政事務由智慧財產權專責機關負責，法有明文。而關於本文所研究之主要智慧財產權：專利權、商標權、著作權以及營業秘密，於我國相關法規之規定均由智慧財產權專責機關專責管理⁸⁰。雖然僅專利權、商標權為行政機關審查後授予之權力，然而因法律仍規定專責機關掌理專利權、商標專用權、著作權、營業秘密及其他智慧財產權政策、法規、制度之研究、擬訂及執行。因此專利權、商標專用權、著作權、營業秘密等智慧財產權均屬於國家之行政事務。

智慧財產權之行政屬於公權力行政，而非私經濟行政。因為智慧財產權行政，均為

⁸⁰ 「經濟部智慧財產局組織條例」第2條參照。

國家以統治主體之地位，以公法規定為基礎從事之行政行為，符合公權力行政之定義⁸¹。而公權力行政之特徵，翁岳生大法官認為在於常以抽象之命令或個別處分等方式，課予人民一定之義務，必要時並得採取強制手段以達成行政目的。至於公權力之行為方式，翁岳生大法官認為包括有行政命令、行政處分、行政契約及行政計畫等。而在智慧財產權形成階段，除了法律保障著作完成即享有著作權、以及營業秘密法所規定之營業秘密定義外，均需由專利權、商標權做出准駁之行政處分，故智慧財產權之行成為公權力行政。

2. 智慧財產權形成之行政法性質

(1) 為作用法性質

對於行政機關之行政行為，應先分析其為內部組織法關係或為外部作用法關係。組織法關係與作用法關係之差異，劉宗德教授認為組織法關係為：「主體與主體之間的關係，組織法內的主體可享受權利與負擔義務。」⁸²，至於作用法關係，劉宗德教授認為：「有謂行政法律關係中如有一造為人民時，即是作用法關係。另外，作用法關係也可於兩機關之間發生。」⁸³但組織法關係與作用法關係並非以行政機關與人民作區分，如劉宗德教授認為：「若在行政法律關係裡沒有人參與者，即是組織法關係。但是，依行政程序法規定，人民也可受行政機關之託而行使公權力，而進入組織法關係。」⁸⁴

若探究智慧財產權之形成在法律上之屬性，無疑是屬於一種行政作用，故因屬於作用法範疇，其中行政主體是行政機關，為達成預期任務之行政目的，對其相對人即一般人民，實施各種行政活動，而此類活動並於兩者間產生法律關係。亦即舉凡有關權利利益之保護、行政權於行使公權力之限制、公正性與公益性之確保等行政權與一般人民的

⁸¹ 翁岳生主編，《行政法（上）》，元照出版公司，頁23，2020年7月，4版。

⁸² 劉宗德，行政法學方法論—兼論行政程序法之行為與制度，載：「制度設計型行政法學」，元照出版公司，頁2~47，2012年。

⁸³ 同前揭註82。

⁸⁴ 同前揭註82。

關係。

(2) 為公權力性質

公權力分為狹義與廣義，狹義公權力特別指行政機關用命令、強制的手段，造成人民自由、權利受到限制，或被課加義務、負擔並造成人民「不利益」之部分。廣義公權力係指：「行政機關以片面決定造成相對人權利義務的變動，此一公權力的外觀，有可能係法律行為之決定，如許可、執照等。」⁸⁵，亦即通常係一單方之決定而造成人民權利義務之變動。智慧財產權之形成為行政機關以法律行為決定，具有許可性質，因此應屬於廣義公權力。

另，公權力可以包括授益的公權力、負擔的公權力(侵害的公權力)、法律行為的公權力、事實行為的公權力。智慧財產權之形成為行政機關以法律行為決定授予相對人對他人實施排除全之許可，故對相對人而言為授益的公權力。惟對其他第三方而言，在智慧財產權人之權利保護期內，其使用智慧財產權人智慧財產權之權利受到限制，故應被視為一種「不利益」之公權力行為。

(3) 為公法性質

依我國現行法律之規定，關於民事訴訟與行政訴訟之審判，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。而行政權實施的主要依據為公法，故行政權一般不介入民事糾紛。另，行政行為基本上可分為公法行為與私法行為，而公法行為中，包括對外頒布抽象之法規命令，以及作成具體行政處分或行政指導等對外規制手段；或對內制定行政規則、行政計畫以及給予公務員具體指令等對內規制手段。此外私法性質之行政行為中，則包括締結行政契約等行政手段。智慧財產形成為行政機關

⁸⁵ 同前揭註 82。

作成之具體行政處分，故為公法關係。

(二) 智慧財產權形成之行政處分

而智慧財產權形成之行政處分，依許宗力大法官對行政處分之分類⁸⁶，可知具有以下性質：

1. 形成處分

行政處分可分為下命處分、確認處分及形成處分。下命處分為課與相對人特定作為、不作為或忍受義務之行政處分；形成處分為變更或消滅某具體法律關係之行政處分；及確認處分為確定某特定權力或法律上重要意義之身分地位或能力存在與否之行政處分⁸⁷。智慧財產形成為行政機關作成具體行政處分之公法關係，故為形成處分。

2. 授益處分

授益處分指對相對人產生設定或確認權利或法律上重大利益之行政處分，如核發執照、准予專利商標註冊等⁸⁸。智慧財產形成為行政機關作成具體行政處分，對相對人產生設定或確認權利或法律上重大利益，故為形成處分。而請求授益處分遭到拒絕，應以提起課以義務之訴途徑尋求救濟。

3. 需當事人參與之處分

以專利權為例，原智慧財產權法院熊誦梅法官提出專利權為以公權力所授予財產權之所有、使用、收益為主之私法上財產權⁸⁹，世界各國專利權之取得都必須經過申請人申請與審查，並由專利主管機關經審查核准後，對外公告並發給專利證書才完成授予專

⁸⁶ 許宗力，行政處分，翁岳生主編，行政法（上），元照出版公司，頁 634-640，2020 年 7 月，4 版。

⁸⁷ 同前揭註 86。

⁸⁸ 同前揭註 86。

⁸⁹ 熊誦梅，當公法遇上私法：臺灣智慧財產訴訟制度之今昔，當公法遇上私法 I—台灣智慧財產訴訟制度之今昔，元照出版公司，頁 9，2011 年。

利權之程序。另外熊誦梅法官認為專利權授予被視為一種需當事人申請之處分⁹⁰，因此屬於行政法中當事人協力處分。發明人在申請專利時以申請專利範圍表達其欲享有支派他權範圍，而專利專責機關代表社會公眾進行審查，在考量申請人主觀意思及對相對人權利保護範圍後，再判斷其意思表示內涵⁹¹。

4. 要式處分

要式處分乃法律有無要求行政處分之作成應遵循一定方式，若不依法定方式，即有合法性之瑕疵。依專利與商標法規定，智慧財產權形成為行政機關作成具體行政處分，必須發給核准審定書，亦即書面通知，均為要式處分⁹²。

5. 裁量處分

智慧財產權主管機關可依其法律規定之權限，進行專利商標之各項審查事項之管理⁹³，但智慧財產權主管機關針對智慧財產權形成之行政處分裁量權，應該僅限於程序事項，如資料補正期限、答辯期限、面詢日期等。關於否准之行政處分，端視其要件是否符合，應無裁量空間。

(三)智慧財產權形成程序之常見爭議

1. 當事人適格性判斷問題

智慧財產權形成過程中，不論是申請權人或當事人，都必須為法規中明定之適格者，如我國專利申請之資格，由法律及法規命令規定之⁹⁴，而除專利法另有規定或契約另有

⁹⁰ 同前揭註 77。

⁹¹ 李素華 & 張哲倫，專利之制度目的及權利本質——法院在其中之關鍵角色及功能，月旦法學雜誌，232 期，頁 191-222，2014 年。

⁹² 前揭註 86。

⁹³ 經濟部智慧財產局組織條例第 2 條參照。

⁹⁴ 關於發明專利之申請權，我國專利法第 5 條規定：「專利申請權人，除本法另有規定或契約另有約定外，指發明人、新型創作人、設計人或其受讓人或繼承人。」「專利審查基準」規定：「有權提出專利申請之人，包括之態樣如下：(1)發明人：除專利法另有規定或契約另有約定外，發明人即為有權提出專利申請之人。(2)發明人之受讓人：發明人可以把專利申請權讓與他人，受讓取得專利申請權者，

約定外，發明人即為有權提出專利申請之人，但發明人之認定常有爭議。例如廠商之技術概念、圖說等相關提案而提出資訊為招標者使用，提案人是否可主張具有共同專利申請權成為一大爭點。

在智慧財產法院 103 年行專訴字第 94 號行政判決中，智慧財產法院認為第三方若已於申請權人於往來文件中與簽訂相關合約時有提出具體產品概念、圖說或實體產品等相關資訊予申請權人，則提出具體產品概念者應為共同發明人，亦具有發明專利申請權。亦即我國法院對共同發明人之認定採較為寬鬆之標準。

2. 智慧財產權行政程序之當事人範圍

在發明專利申請更正專利權讓與登記程序中，請求更正之提出是否僅限於當事人，利害關係人是否可提出申請，此一問題實務上有不同見解，依行政程序法第 46 條第 4 項規定僅有「當事人」得請求更正，而不包括「利害關係人」。但智慧財產法院 106 年度行專訴字第 13 號行政判決中引蔡茂寅、李建良、林明鏘等學者主張，行政程序法第 46 條第 4 項中「當事人得請求更正，而不包括利害關係人」之規定，應屬立法上之疏漏，如不許利害關係人更正，其權益勢必將受到不利之影響，更重要影響行政機關保有之資料或卷宗內容之正確性⁹⁵，故智慧財產權行政程序之當事人應包括利害關係人。

3. 智慧財產權行政程序代理人之資格

智慧財產權行政程序代理人之資格具有法規限制，以律師為例，律師辦理商標相關業務之資格，法務部於民國 106 年 8 月 21 日以法檢字「第 10600124710 號函釋」指出，

可具名申請專利。(3)發明人之繼承人：指發明人死亡後，依民法第 1148 條規定繼承該專利申請權之人。(4)雇用人：受雇人於僱傭關係中之工作所完成之發明、新型或設計，其專利申請權屬於雇用人。(5)出資人：一方出資聘請他人從事研究開發者，得約定專利申請權屬於出資人所有。」而在獲得專利申請的權利先後而言，又分為先送件申請的日期來判定可否獲得該項專利的先申請主義；和以誰先發明的日期來判定專利歸屬的先發明主義。

⁹⁵ 106 年度行專訴字第 13 號行政判決進一步說明：若僅限於當事人才能請求更正，則在當事人已不存在之情形下，例如繼承之情形，無法再由被繼承人出面請求更正，然該等錯誤之事項可能會影響繼承人，若不許利害關係人之繼承人請求更正，將影響其權益，也與該項規定之目的在確保行政機關保有資料或卷宗內容之正確性有違，是該項規定不應限於「當事人」，而應擴張及於「利害關係人」。

律師辦理商標相關業務僅需加入經濟部智慧財產局所轄區域內任一法律公會即得於執行該局職務，由於智慧局所轄區域及於全國，因此依本號函釋，律師加入全國任一法律公會，即得於智慧局執行職務。

4. 專利審查之協力單位與業務委外性質

我國智慧財產局有兼任審查委員制度⁹⁶，以協助專利之審查，兼任審查委員之性質與審查效力亦是一重要討論課題。兼任審查委員依專利法規與審查基準，乃按智慧財產局指示處理審查事務。惟其行為雖歸屬該委託行政機關，本身並不具公權力，非獨立之行政機關，亦不直接與第三人發生法律關係，故與公權力受託人尚屬有別⁹⁷，一般稱之為行政助手。

二、智慧財產權形成之法律程序

智慧財產權是由國家保障、公權力授予之私權，因此智慧財產權的形成，都必須符合一定之法律程序，不論是要經過行政機關核准、向行政機關登記、或者是直接產生效力，都必須符合法律規定之要件才能成立。以下本文將說明主要智慧財產權：專利、商標、著作權以及營業秘密形成之法律程序。

(一) 以公權力審查之決定因素

依我國智慧財產權相關法律規定，本文所研究之主要智慧財產權：專利權、商標權、著作權以及營業秘密，其形成可以區分為兩大類：需經公權力審查與毋須經公權力審查兩大類。其中專利權、商標權之形成需經公權力行政審查，著作權以及營業秘密之形成則毋需經公權力行政審查，至於智慧財產權之形成是否需要經由公權力之審查，主要關鍵在於其權利歸屬之決定、權利取得之難易以及權利實施之社會成本等三個面向來觀察，以下分別說明。

⁹⁶ 經濟部智慧財產局兼任專利審查委員承審及退審注意事項參照。

⁹⁷ 最高行 104 年度判字第 490 號判決參照。

1. 從權利優先歸屬決定面向觀之：

當不同智慧財產權人擁有相同或接近之智慧財產權時，則能夠取得法律保護資格之判斷，在專利權採「先申請主義」，即最先申請者准予發明專利⁹⁸；在商標權採「註冊主義」⁹⁹，即相同或近似之商標不得註冊，同日申請不能達成協議以抽籤方式定之；在著作權採「創作保護主義」¹⁰⁰，即著作人於著作完成時享有著作權。

2. 從權利取得之難易面向觀之：

以「創作保護主義」形成之智慧財產權最容易取得，甚至無法避免完全相同之創作取得保護之權利，甚至其效果均為法律所保障，如最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決¹⁰¹所稱：「著作權所保護者，為著作人獨立創作之作品，兩作品只要其均來自獨立之表達而無抄襲之處，縱相雷同，亦僅巧合而已，仍均受著作權法之保護。」而以「註冊主義」、「先申請主義」取得之智慧財產權，由於必須經由申請人向行政機關提出申請，並經由行政機關認定程序完備後，再進行實質之審查，如專利之實質審查稱為「實體審查」。實體審查包括初審、再審查兩階段，後續申請人如有不服，可以採行訴願、訴訟等救濟措施。

3. 權利實施之社會成本面向觀之：

從歷史角度依循歐美先進國家之經驗，可觀察智慧財產權權利實施之社會成本，如以美國經驗來看¹⁰²，對專利只進行形式審查而不進行實體審查之結果，將使多數專利處

⁹⁸ 專利法第 31 條參照。

⁹⁹ 商標法第 22 條參照。

¹⁰⁰ 著作權法第 10 條參照。

¹⁰¹ 參見最高法院 81 年度台上字第 3063 號判決：「按著作權所保護者，為著作人獨立創作之作品，兩作品只要其均來自獨立之表達而無抄襲之處，縱相雷同，亦僅巧合而已，仍均受著作權法之保護。不得僅以客觀上之雷同類似，即認定主觀上有抄襲情事……苟非抄襲或複製他人之著作，縱二作者各自獨立完成相同或極相似之著作，因二者均屬創作，皆應受著作權法之保護。」

¹⁰² 從歷史的經驗來看，以專利制度發展最完善的美國為例，也經歷過不進行實體審查的時期。在 1790 年美國制定的專利法中，是由申請人向國務卿提出專利申請，然後由國務卿、司法部長、戰爭部長(國防部長前身)等人組成的專利委員會進行審查；經過此審查程序通過後，再由司法部長針對其合法性進

於法律權利不確定狀態；如此將使專利買方負擔較高風險，買方往往因此對專利交易望而卻步；也使得具有真正高價值專利之專利權人，無法在市場上反應出其專利之真正價值。另從制度經濟學角度來看，則是因為發明技術之產權無法確定，使得交易雙方可能承擔較高風險；而為了降低風險，雙方可能尋求法院進行專利效力之審查，如此提高了交易時間成本和金錢成本，也增加法院負擔而提高了社會成本。

另一方面從專利法理觀點而言，澳洲智慧財產權學者 Peter Drahos 在其「知識的全球化治理」(The Global Governance of Knowledge)¹⁰³一書中提到，專利登記制度和專利自然權利論有關，也就是專利權屬於專利權人，國家之角色僅限於提供登記並向大眾提供相關訊息，亦即類似著作權之概念。但如果從社會契約論來看，政府是透過授予發明人或專利權人一定期間之市場壟斷權，以促使專利權人揭露更多保密技術內容給社會大眾。而專利專責機關則被視為是公民之代理人(agent)，負責代表公眾執行相關業務以替

行確認。依當時的美國專利法規定，獲得專利的條件是具備先前不為人知或不為人使用的新穎性，以及足夠的實用性；並且經由專利委員會中的二位成員認可即可。但這樣的運作模式因為委員會中的高層官員本業繁忙，及相關成員中對於專利授權持保守態度，使得專利授權的工作不易推展，委員會的成員工作不堪負荷，也引起了申請人的不滿。在多方都不滿意的情形下，促成了 1793 年美國專利法的修改。

在 1793 年美國專利法的修改中，主要的思考在於不增加新的機構或官員來負責專利事務，也避免負責的官員工作負擔過重。因此專利的授權仍由國務院負責，但專利有效性的審查責任則轉移到法院。在申請過程中增加專利權人必須對自己是該發明真正發明人進行宣誓。當發明人向接受宣誓的人提供資料並由證人證實後，國務院不再審查發明內容就可辦理授權手續，也就類似於今日的形式審查。而專利實質效力的審查方式則是：當任何申請人向專利權人居住地法院申請某個專利效力審查時，法院會根據申請人申請要求專利權人提出其專利符合法律規定(包括新穎性及實用性)的證明，否則其專利可能會被判失效。

但在 1793 年美國專利法實施後，相關的問題卻一一浮現：包括許多申請人以抄襲或複製的現有技術來申請專利；一發明有多人重複申請；以及專利註冊人發現不符合專利條件的申請。但這些專利都無法予以核駁，造成一些不肖人士利用制度上的漏洞招搖撞騙，向不知情人士提出侵權訴訟。而這些訴訟向法院提出時，法院又必須先進行專利效力的審查，如此既增加法院的工作負擔，又使專利訴訟的過程更為漫長。

對此，美國專利委員會在 1836 年 4 月針對專利法的修法向參議院提出報告，報告中提到自 1793 年專利法實施後，使用註冊制度造成真正具有新穎性和實用性的發明，反而因此而嚴重的貶值。因此該報告建議為了避免弊端，應該建立專利審查制度。此報告促成了美國 1836 年專利法的修訂，其中規定設置專責的專利審查人員針對申請的專利進行是否符合法律標準的審查，並建立專門的專利審查制度。到了 1952 年，美國專利法第 103 條再將「非顯而易見性」(non-obviousness)，即我國專利法中的「進步性」納入專利要件審查後，現代的專利審查制度架構可以說是至此完備。

¹⁰³ Peter Drahos, *The global governance of knowledge: Patent offices and their clients*, Cambridge University Press(2010)

人民增加福利。而以目前專利法精神而言，各國都較傾向於後者而不是自然權利論。故綜合歷史經驗、交易成本理論、及專利法哲學角度，各國之發明專利仍採實體審查有其意義。

綜上所述，公權力審查之功能在確保智慧財產權之有效性，以及減少實行時之訴訟風險，惟相對而言，創作人取得權利之程序將較為複雜，取得之權力也可能較小。

（二）智慧財產權形成之程序

1. 專利權形成之法律程序

專利審查程序是由申請人提供文件並繳費，經程序完備後開始進行，因此申請人為專利審查程序之發動者，專利法第 25 條規定，專利申請人申請專利時，必須提供申請書、說明書、申請專利範圍、摘要及必要之圖式。且以上提出之說明書、申請專利範圍及必要之圖式係取得申請日之文件。說明書應記載之事項規定於「專利法施行細則」第 7 條第 1 項。以發明專利審查程序而言，如圖 4-1 所示，包括程序審查、早期公開、實體審查、再審查及行政救濟等法律程序，以取得專利權。

2. 商標權形成之法律程序

商標權之取得，為申請人提出商標註冊申請案後，經程序審查、實體審查、行政救濟程序等程序取得商標。與專利申請程序相同，若經行政機關核准審定，申請人應繳納註冊費後由行政機關公告註冊，並核發註冊證。如果申請人期限內未繳納註冊費，將不予以註冊公告並不核發商標註冊證。

發明專利案審查及行政救濟流程圖

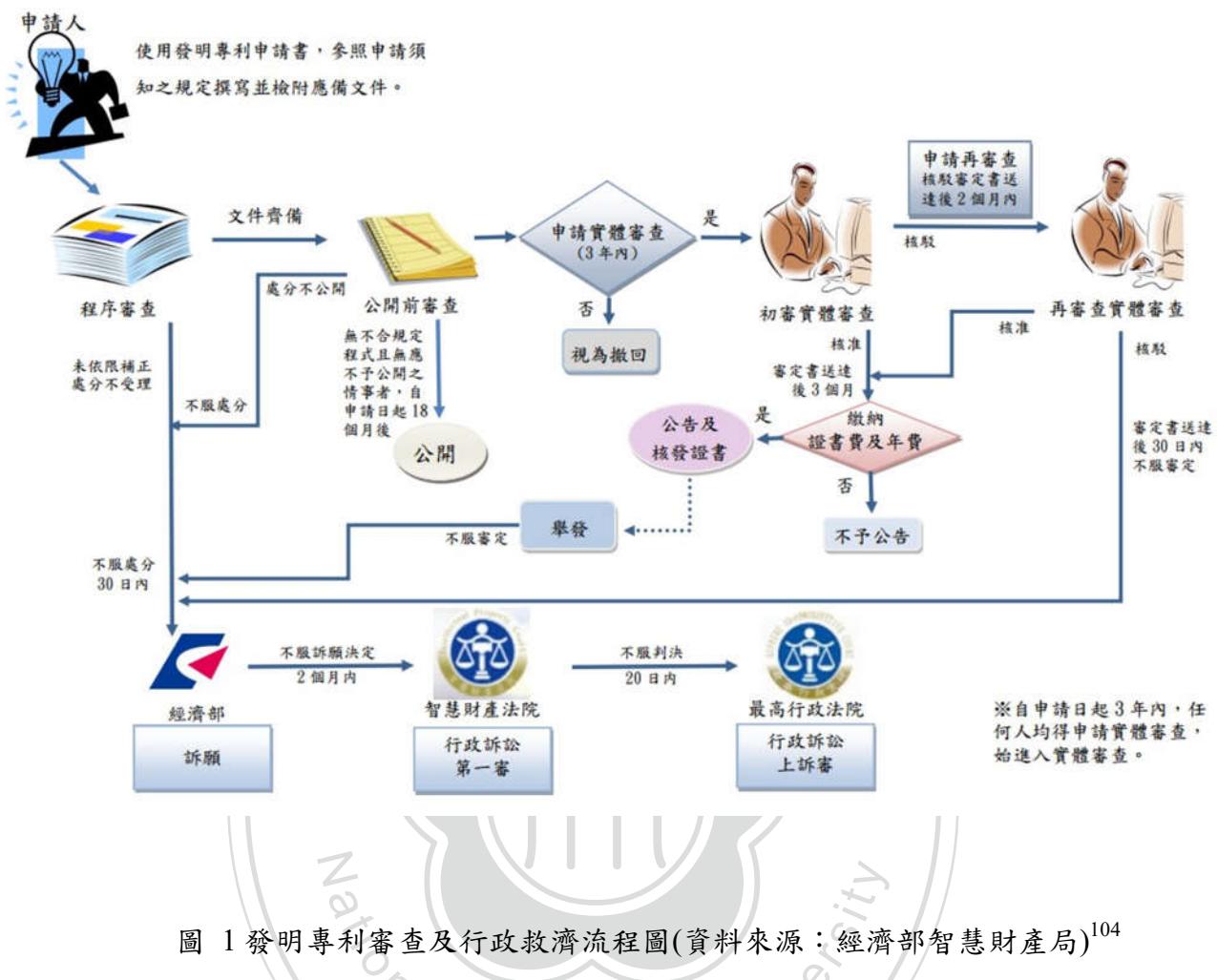


圖 1 發明專利審查及行政救濟流程圖(資料來源：經濟部智慧財產局)¹⁰⁴

3. 著作權形成之法律程序

關於著作權保護，最早之「伯恩公約」初採「註冊保護主義」，但於 1908 年之柏林修正案時改採「創作保護主義」，即「著作權利之享有及行使，不得要求須履行一定形

¹⁰⁴ 參見經濟部智慧財產局，發明專利審查及行政救濟流程，

<https://www.tipo.gov.tw/tw/cp-56-802499-1c58f-1.html> (最後瀏覽日：2021 年 1 月 24 日)。

式要件。」而我國舊著作權法亦由「未經內政部核准著作權註冊，不得享有著作權」之規定，修正為「著作人不必經核准著作權註冊，自著作完成時即取得著作權」；甚至至 87 年修正之著作權法才完全取消著作權登記制度。因此，著作人若依著作權法第 10 條「著作人於著作完成時享有著作權。但本法另有規定者，從其規定。」之規定，於著作完成時，其著作權法律程序即已完備，亦即形成著作權。

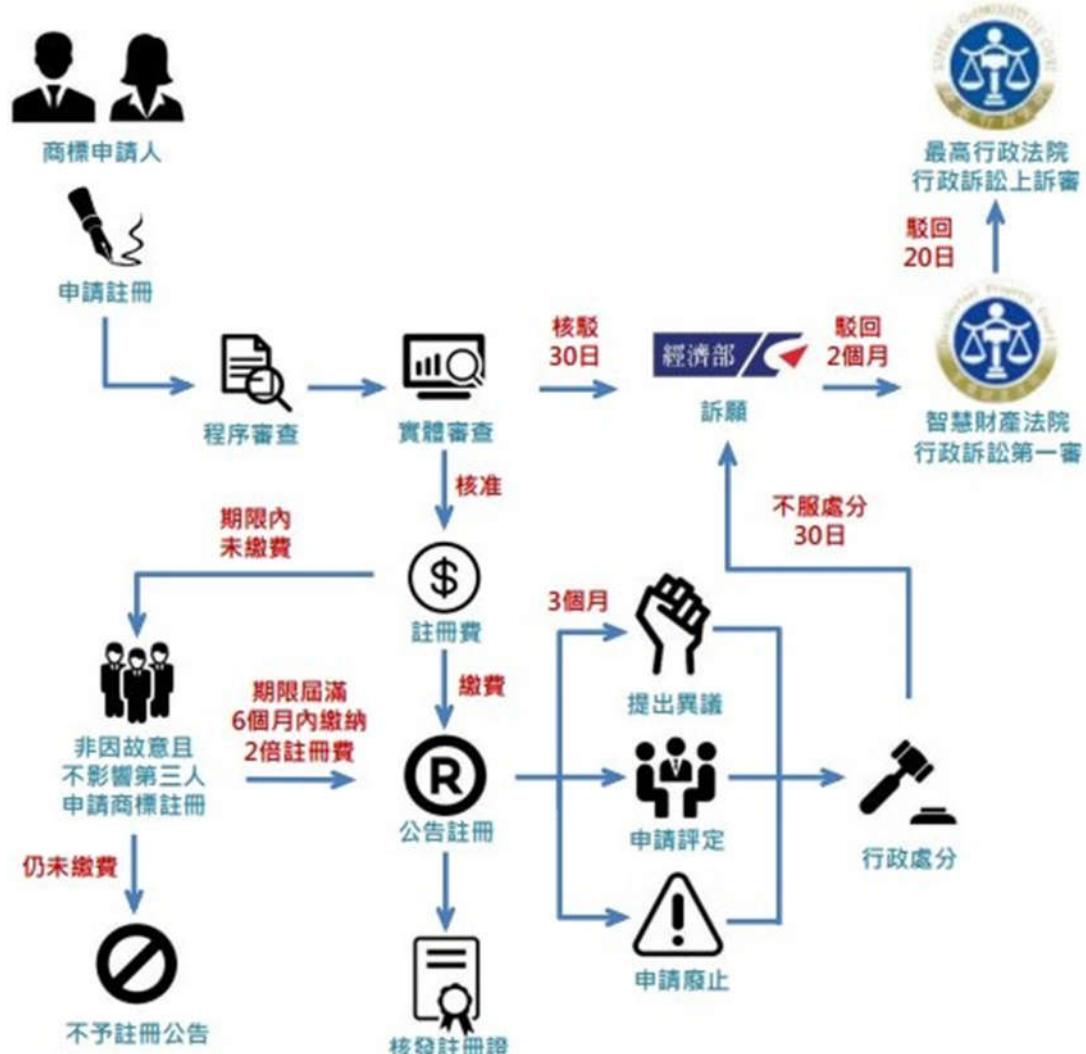


圖 2 發明專利審查及行政救濟流程圖(資料來源：經濟部智慧財產局)¹⁰⁵

¹⁰⁵ 同前揭註 104。

4.營業秘密形成之法律程序

依營業秘密法規定，營業秘密符合要件為：非一般涉及該類資訊之人所知者、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者、所有人已採取合理之保密措施者¹⁰⁶。由此觀之，營業秘密成立之最關鍵條件，即為採取法院認可之「合理之保密措施」。

(三) 智慧財產權形成程序之相關爭議

1. 審查結果之性質與審查結果法律效力

智慧財產權之審查為多階段行政程序，如專利審查包括形式審查、早期公開、審查意見通知、核准或核駁通知等階段，專責機關為符合行政法之明確、充分陳述等原則，於審查之最終結果前，均會將審查之結果通知相對人，而各階段審查結果，何者才為具有法律效力之行政處分，智慧財產法院於 100 年度行專訴字第 55 號判決說明認為依行政程序法第 93 條第 1 項訂有行政機關作成附停止條件之行政處分，於條件成就時，發生效力；附解除條件者，於條件成就時，失其效力之規定。依專利法規定申請專利之發明，經核准審定後，申請人應於審定書送達後 3 個月內，繳納證書費及第 1 年年費後，始予公告；屆期未繳費者，不予公告，其專利權自始不存在。申請專利之發明，自公告之日起給予發明專利權，並發證書。是故專利核准審定書係行政程序法第 93 條第 2 項第 2 款所規定之附停止條件之行政處分，於條件成就時發生效力¹⁰⁷。

2. 審查過程結果通知之性質

¹⁰⁶ 營業秘密法第 2 條參照。

¹⁰⁷ 參見 100 年度行專訴字第 55 號判決：「按行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款。行政程序法第 93 條第 1 項前段定有明文。附款乃行政機關以條件、負擔、期限或保留廢止權等方式附加於行政處分之內容的意思表示，其作用在於補充或限制行政處分之效力。附停止條件之行政處分，於條件成就時，發生效力；附解除條件者，於條件成就時，失其效力。又按申請專利之發明，經核准審定後，申請人應於審定書送達後 3 個月內，繳納證書費及第 1 年年費後，始予公告；屆期未繳費者，不予公告，其專利權自始不存在。申請專利之發明，自公告之日起給予發明專利權，並發證書。……專利核准審定書係行政程序法第 93 條第 2 項第 2 款所規定之附停止條件之行政處分，須俟申請人於審定書送達後 3 個月內，繳納證書費及第 1 年年費後，始會予以公告，並因而取得專利權。」

如前所述，智慧財產權之審查為多階段行政程序，如專利審查包括形式審查、早期公開、審查意見通知、核准或核駁通知等階段，專責機關為符合行政法之明確、充分陳述等原則，於審查之最終結果前，均會將審查之結果通知相對人。而該些通知並非最終之結果通知，是否為行政處分可能產生爭議。以專利為例，最高行政法院「107 年度裁字第 2009 號行政裁定」¹⁰⁸認為 依專利法第 43 條、第 46 條第 2 項規定，審查意見通知函乃通知抗告人限期提出修正、申復說明或相關反證資料，相對人就該專利申請案認為不符專利要件之意見說明，及通知抗告人限期提出修正、申復意見，應屬觀念通知，並未對抗告人之申請作成任何准駁之決定，自非行政機關就公法上具體事件所為對外直接發生法律效果之單方行政處分，非訴願法第 3 條第 1 項所稱之「行政處分」。即審查意見通知函，並非行政處分，抗告人對之提起訴願、行政訴訟，均不合法。

3. 第三人參加訴訟之權利

第三人向智慧財產局申請智慧財產權無效，如專利之舉發、商標之異議成立時，原有智慧財產權人若提起行政訴訟，第三人參與訴訟之權利。依最高行政法院 103 年 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議認為¹⁰⁹：(1)為撤銷訴訟之結果第三人之權利或法律利益將受損害者，得依職權命其獨立參加訴訟；(2)第三人因該行政處分而取得之權利或法律上利益，因該行政處分經判決撤銷或變更對該第三人亦有效力，且其權利或法律上利

¹⁰⁸ 參見 107 年度裁字第 2009 號行政裁定：「審查意見通知函認為該專利申請案有不予專利之情事，乃依專利法第 43 條、第 46 條第 2 項規定，通知抗告人限期提出修正、申復說明或相關反證資料，逾期未提出，將依現有資料續為審查。相對人就該專利申請案認為不符專利要件之意見說明，及通知抗告人限期提出修正、申復意見，應屬觀念通知，並未對抗告人之申請作成任何准駁之決定，自非行政機關就公法上具體事件所為對外直接發生法律效果之單方行政處分，非訴願法第 3 條第 1 項所稱之『行政處分』，抗告人對上開通知函提起訴願，有違訴願法第 1 條第 1 項規定，亦不合法為由，認抗告人就相對人所為系爭 8 件專利初審『不予專利』之處分，或者未提起訴願，直接提起行政訴訟，或者未經再審查程序即提起訴願，其訴願為不合法，經濟部所為『訴願不受理』之決定，並無違誤。審查意見通知函，並非行政處分，抗告人對之提起訴願、行政訴訟，均不合法。」

¹⁰⁹ 高行政法院 103 年 11 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議：「(1)為撤銷訴訟之結果第三人之權利或法律利益將受損害者，得依職權命其獨立參加訴訟，行政訴訟法第 42 條第 1 項前段定有明文；(2)如依訴訟之法律關係，原告與其所請求撤銷或變更之行政處分之相對人(第三人)利害關係相反，該第三人因該行政處分而取得之權利或法律上利益，成為裁判對象，該行政處分經判決撤銷或變更者，對該第三人亦有效力(行訴§215)，其權利或法律上利益因撤銷或變更判決而消滅或變更。為保障該第三人之訴訟防禦權，以踐行正當法律程序(憲§16)，行政法院應依職權命該第三人獨立參加訴訟。」

益因撤銷或變更判決而消滅或變更者。以上兩者均有參加訴訟之權利。故商標異議人因異議成立而取得或恢復之權利，成為撤銷訴訟之裁判對象，此時第三人既如同訴訟當事人般受裁判，即應享有訴訟權。

三、智慧財產權形成要件及內涵

(一)智慧財產權形成要件

1.專利權形成要件

專利法第 46 條規定不符合取得發明專利之事由包括：第 21 條發明定義、第 22 條發明新穎性與發明進步性、第 23 條擬制喪失新穎性性、第 24 條非不予發明專利事由、第 31 與第 32 條一案兩請、第 33 與第 34 條發明單一性、第 43 與第 44 條修正相關規定等。意即申請人向行政機關提出申請審查，在程序完備並經審查符合以上要件後，則可以獲得專利權。

2.商標權形成要件

商標法第 18 條規定符合商標權之要件包括兩個要件：其中第一部分說明商標之定義：指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成。第二部分說明商標識別性指足以使商品或服務之相關消費者認識為指示商品或服務來源，並得與他人之商品或服務相區別者¹¹⁰。意即申請人向行政機關提出申請商標註冊，在程序完備並經審查符合商標之定義及商標符合識別性後，則可以獲得商標權。

3.著作權形成之要件

¹¹⁰ 商標法第 18 條規定符合商標權之要件包括兩個要件：其中第一部分說明商標之定義為：「指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成。」第二部分說明商標識別性之定義為：「前項所稱識別性，指足以使商品或服務之相關消費者認識為指示商品或服務來源，並得與他人之商品或服務相區別者。」

依著作權法¹¹¹著作人於著作完成時，其著作權法律程序即已完備，亦即形成著作權。

4.營業秘密形成要件

營業秘密成立之要件，在於是否符合營業秘密要件，營業秘密法定義之營業秘密¹¹²，指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：非一般涉及該類資訊之人所知者；因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者；所有人已採取合理之保密措施者。

(二)專利權之權利內涵

1.專利權之權利內涵

專利權主要權利內容為排除其他人實施專利權¹¹³，而其所謂發明之實施指製造、為販賣之要約、販賣、使用或為上述目的而進口該物之行為；方法發明之實施指使用該方法及使用、為販賣之要約、販賣或為上述目的而進口該方法直接製成之物。

2.商標權之權利內涵

商標之定義指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成。我國商標法對商標保護採「先註冊主義」，即申請人將所擁有商標向主管之行政機關申請註冊，經審查通過公告後取得商標權。故商標權為一種排除他人實施商標之權，而實施之內涵如前所述¹¹⁴。

3.著作權之權利內容

著作權法中著作權人主要權利內容即著作權人針對其音樂、戲劇、美術、攝影、圖

¹¹¹ 著作權法第 10 條參照。

¹¹² 營業秘密法第 2 條參照。

¹¹³ 專利法第 58 條參照。

¹¹⁴ 商標法第 18 條參照。

形、視聽、錄音、建築、電腦程式表演等各類著作享有重製權、公開播送權、公開演出權、改作權、編輯權、出租權、公開傳輸權、散布權、重製權、公開播送權、以錄音、錄影或攝影重製其表演之權利¹¹⁵。

4.營業秘密之權利內涵

營業秘密法規定下列情形被視為侵害營業秘密須加以保護：侵害營業秘密：以不正當方法取得營業秘密者；知悉或因重大過失而不知其為前款之營業秘密，而取得、使用或洩漏者；取得營業秘密後，知悉或因重大過失而不知其為第一款之營業秘密，而使用或洩漏者；因法律行為取得營業秘密，而以不正當方法使用或洩漏者；依法令有守營業秘密之義務，而使用或無故洩漏者。

(三) 智慧財產權形成要件之常見爭議

1.智慧財產局之審查基準對內外之拘束力

為使專利與商標之審查具一致性且供審查人員有法律之依據，智慧財產局定有專利及商標審查基準，惟其之拘束力常於行政訴訟時產生爭議。專利及商標審查基準屬法規命令之性質，依「行政程序法」第 161 條之規定，具有拘束訂定機關、其下級機關及屬官之效力，故為專利與商標審查人員所依循。但智慧財產法院「109 年行專訴字第 11 號判決¹¹⁶認為：「專利審查基準為內部審查規範，法院審理時並不受其拘束，.....僅為規範

¹¹⁵ 著作權法第 3 條參照。。

¹¹⁶ 參見智慧財產法院 109 年行專訴字第 11 號判決：「(十)審查專利進步性之原則：

原告固主張「舉發審定書」、「訴願決定書」所引用之審查基準版本有誤，本件適用 103 年 1 月 22 日修正公布、103 年 3 月 24 日施行之專利法對應之 2014 年審查基準版本有關進步性之判斷步驟，未明確記載有關有動機能結合複數引證之相關規定，反觀 2017 年審查基準版本第二篇第三章第 3.4.1.1 明確記載有關有動機能結合複數引證之態樣，其判斷方式係考量複數引證之技術內容之關聯性或共通性云云。惟被告所編之專利審查基準為其內部審查規範，本院審理時並不受其拘束。尤其在法條內容未變更之情形，用以判斷進步性專利要件之審查基準，僅為規範內部審查時所應遵循判斷標準。新版審查基準係就原有法規有關進步性要件之判斷作闡明補充，系爭專利之進步性判斷，其於新、舊審查基準，文字描述雖非完全相同，然實質上所採用判斷原則，並無不同，無論採新或舊審查基準，均不會影響最後進步性判斷結果，是原告主張不足為憑。」

內部審查時所應遵循判斷標準。」故專利與商標審查人員於審查時之基準，依行政自我拘束原則，其對外效力有所限制。

2.申請人之切結、申報、承諾與行政機關之法律關係

在智慧財產權審查過程中，申請人本應誠實提供重要資訊，如美國之專利申請，若不符誠實信用原則而被法院認為其具有「不正行為」之該當，則可能導致專利無效。我國之專利法則無此規定，僅於程序上有切結書之規定，如在印章之補正時，切結申請書或證明文件上之簽章確為其親自簽署或有權之人簽署。惟其僅當次申請事項發生個案之效力¹¹⁷，且不影響行政處分之結果及雙方之法律關係，故不具行政契約之性質，僅為智慧財產局於程序上之行政指導。

3.營業秘密審查依據之形成要件

如本文先前所述，營業秘密並無須經由審查僅須符合法律規定之要件即可，但實際之判斷往往形成爭議，故應參考法院之判決。至於法院認可之合理保密措施標準，從近年來判決，合理保密措施標準主要包括：

- (1)應衡酌該營業秘密之種類、事業實際經營情形及社會共識或通念，依具體個案之情形而為判斷¹¹⁸；
- (2)所有人已採取合理之保密措施，應係指所有人按其人力、財力，依社會通常所可能之方法或技術，將不被公眾知悉之情報資訊，依業務需要分類、分級而由不同之授權職務等級者知悉而言¹¹⁹；

¹¹⁷ 智慧財產局，「同一件專利申請案，從提出申請到領取專利證書的每項申請文件都要蓋同一顆印章嗎？印章遺失或更換印章要如何辦理？」之說明，

<https://topic.tipo.gov.tw/patents-tw/cp-783-872177-df94d-101.html>（最後瀏覽日：2021年1月24日）

¹¹⁸ 參見最高法院108年度台上字第36號民事判決：「營業秘密所有人採取之保密措施是否達合理之程度，應衡酌該營業秘密之種類、事業實際經營情形及社會共識或通念，依具體個案之情形而為判斷，如客觀上足使一般人以正當方法無法輕易探知，即難謂非合理之保密措施。」

¹¹⁹ 參見最高法院102年度台上字第235號民事判決：「所有人已採取合理之保密措施」，應係指所有人按

(3)與員工簽訂到職切結書及離職切結書，課予員工保密之契約義務，使員工明確知悉該公司有將營業秘密資訊加以保護之主觀上意思及客觀上作為¹²⁰；

(4)合理保密措施，係指營業秘密之所有人文觀上有保護之意願，且客觀上有保密的積極作為，使人了解其有將該資訊當成秘密加以保守之意思¹²¹；

(5)合理之保密措施係指營業秘密所有人已盡合理之努力保護資訊之秘密性，無須達到滴水不漏或銅牆鐵壁之保密程度¹²²。

茲整理前述各類智慧財產權形成之程序、要件、權利內容、實施之比較於表 5。

表 5 各類智慧財產權之形成

	專利	商標	著作權	營業秘密
--	----	----	-----	------

其人力、財力，依社會通常所可能之方法或技術，將不被公眾知悉之情報資訊，依業務需要分類、分級而由不同之授權職務等級者知悉而言；此於電腦資訊之保護，就使用者每設有授權帳號、密碼等管制措施，尤屬常見。」

¹²⁰ 參見智慧財產法院 108 年度民營上易字第 1 號民事判決：「考量個案中資訊所有人为中小型企業，且資訊內容已限制僅有少數人可以接觸、知悉，對於公司電子信箱亦透過限制使用人員及設定密碼之方式加以保護，並與員工簽訂到職切結書及離職切結書，課予員工保密之契約義務，使員工明確知悉該公司有將營業秘密資訊加以保護之主觀上意思及客觀上作為，整體觀之，應認為公司已針對系爭資訊採取合理之保密措施。」

¹²¹ 參見智慧財產法院 108 年度民營訴字第 11 號民事判決：「所謂合理保密措施，係指營業秘密之所有人文觀上有保護之意願，且客觀上有保密的積極作為，使人了解其有將該資訊當成秘密加以保守之意思，例如：與可能接觸該營業秘密之員工簽署保密合約、對接觸該營業秘密者加以管制、於文件上標明『機密』或『限閱』等註記、對營業秘密之資料予以上鎖、設定密碼、作好保全措施（如限制訪客接近存放機密處所）等，又是否採取合理之保密措施，不以有簽署保密協議為必要，若營業秘密之所有人文觀上已為一定之行為，使人了解其有將該資訊作為營業秘密保護之意，並將該資訊以不易被任意接觸之方式予以控管，即足當之。」

¹²² 參見智慧財產法院 107 年度民營上字第 1 號民事中間判決：「合理之保密措施係指營業秘密所有人已盡合理之努力保護資訊之秘密性，無須達到滴水不漏或銅牆鐵壁之保密程度。合理之保密措施可包括：在員工僱傭契約中明確約定秘密資訊之範圍及保密義務，與有必要接觸秘密資訊之供應商或往來客戶簽訂保密協議，企業內部制定各項保護營業秘密之工作規則，採取門禁管制，機密資訊分類分級並加以適當之標示，設置專責之保管人員及專門之保管處所，設定接觸及使用機密資訊員工之層級及權限、限制機密資訊之存取等。」

<u>法律</u>	<u>審查後公告</u>	<u>審查後註冊</u>	<u>著作完成</u>	<u>司法審查</u>
<u>程序</u>	申請專利之發明經審查認無不予專利之情事者，應予專利，並應將申請專利範圍及圖式公告之。 申請後經專責機關審查核准後繳費公告(第 46 條)。	商標註冊申請案經審查無 32 條第一項規定之情形者，應予核准審定。 申請後經專責機關審核准審定註冊(第 32 條)。	著作人於著作完成時享有著作權。但本法另有規定者，從其規定(第 10 條)	本法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合下列要件者： 三、所有人已採取合理之保密措施者。 (第 2 條)
<u>形成件</u>	符合專利要件	符合商標要件	著作完成	符合營業秘密要件 ¹²³
<u>權利內容</u>	發明： 申請專利範圍 新型： 申請專利範圍 設計：	指任何具有識別性之標識，得以文字、圖形、記號、顏色、立體形狀、動態、全像圖、聲音等，或其聯合式所組成。(商標法第	指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作 ¹²⁴	營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊(第 2 條)

¹²³ 營業秘密法第 2 條參照。

¹²⁴ 著作權法第 3 條參照。

	圖式	18 條)		
權利 實施	排除他人實施專利之權(第 58 條)。	排除他人實施商標之權，而商標之使用，指為行銷之目的，而有下列情形之一 ¹²⁵ ，並足以使相關消費者認識其為商標(第 5 條)	指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權(第 3 條)	禁止他人：以不正當方法取得；知悉或因重大過失而不知而取得、使用或洩漏；取得後知悉或因重大過失而不知其為第一款之營業秘密而使用或洩漏；因法律行為取得而以不正當方法使用或洩漏 ¹²⁶ 。

第二項 智慧財產權之私權運用

一、智慧財產權私權之實施態樣

1. 授權

專利權人向被授權人授予專利使用權，被授權人對目標專利無擁有權、只有使用權。授權(license)又分為「專屬授權」和「非專屬授權」。

2. 技術標準

以歐洲電信標準協會(European Telecommunications Standards Institute，簡稱 ETSI)

¹²⁵ 參見訴願法第 5 條：

- 一、將商標用於商品或其包裝容器。
- 二、持有、陳列、販賣、輸出或輸入前款之商品。
- 三、將商標用於與提供服務有關之物品。
- 四、將商標用於與商品或服務有關之商業文書或廣告。

前項各款情形，以數位影音、電子媒體、網路或其他媒介物方式為之者，亦同。

¹²⁶ 營業秘密法第 10 條參照。

為例，其所定之智慧財產政策第 15.6 條中明確定義，所謂之「標準必要專利」係指在製造符合該標準之產品時，技術上不可能不侵害該專利，該專利即為標準必要專利¹²⁷。

3. 買賣或讓與

專利購買者向專利權人購買目標專利及其他專利、擁有權；或專利權人將專利轉移讓與(assign)給他人。讓與和授權的區別實益在於，授權時專利權人並未因此而喪失其發明之所有權，讓與時專利權人因此而喪失其發明之所有權¹²⁸。

4. 技術移轉

所謂「技術移轉」(Technology transfer)，即是由技術提供者、技術擁有者透過簽訂技術移轉合約或其他契約方式，對技術需用者或技術接受者根據約定提供技、機器設備、技術資料、製程資料或其他資訊與服務，使技術需用者或技術接受者能夠據以實施該等技術¹²⁹。

5. 設質與貸款

專利權可設質權乃是有鑑於無體財產權之重要性日增，且限制專利權不得設質亦不利於專利權人，故仿效商標法准許商標設質之規定¹³⁰，亦即准許專利權可以為權利質權

¹²⁷ ETSI, *Intellectual Property Rights Policy*, <http://www.etsi.org/images/files/ipp/etsi-ipr-policy.pdf>
(最後瀏覽日：2021年2月21日)

¹²⁸ 馮震宇，論實施專利權的相關問題與其限制（上），智慧財產權，頁13-26，2000年9月。
馮文中提出：「有關讓與暨授權區別之實際差異，請參見行政法院五十九年判字第四七〇號判例。該判例指出，「本件契約訂明原告等僅在中華民國等二十個國家取得發明之專利權益，至於美國、加拿大及契約列舉以外之國家，默克藥廠仍保持其發明之權益，依此約定，可知默克藥廠並未因訂立該契約而喪失其發明之所有權，原告等所取得者，僅為特定地區使用此項發明之專利權而已，故該契約名曰買賣契約而其性質實屬專利權之使用契約，從而原告等付與默克藥廠之美金五十萬，自為所得稅法第八條第六款所定使用專利權之權利金，而非買賣之價金。」

¹²⁹ 經濟部智慧財產局，2002 產業競爭力—專利商品化之挑戰，
https://pcm.tipo.gov.tw/PCM2010/PCM/02_publish/publish_compete1.aspx (最後瀏覽日：2021年1月
24日)。

¹³⁰ 同前揭註 128。

之標的物¹³¹。而專利權可設定質權，仍有相關限制，包括：發明專利權人以其發明專利權讓與、信託、授權他人實施或設定質權，非經向專利專責機關登記，不得對抗第三人。發明專利權為共有時，除共有人自己實施外，非經共有人全體之同意，不得讓與、信託、授權他人實施、設定質權或拋棄。專利申請權，不得為質權之標的。

6.與市場中介者合作

專利因為具有相當的專業性與抽象性，因此和一般的商品不同，在交易時專利市場中賣方(專利所有人)與買方(使用者)常因訊息的不對稱而無法順利完成交易，或是因此增加交易成本，此時可能須借助中介機制以媒合，並協助完成交易。專利市場中介者(Intermediary)之定義為：不從事研發或專利之產出，亦不實施專利之技術，主要業務在於參與專利之買賣或授權並從中獲利者¹³²。但目前許多專利中介者為非專利實施體，顧名思義本身並無專利之發展與實施，純粹以媒合交易、興起專利訴訟為主要業務，因此而具有相當之爭議，故常被稱為「專利蟑螂」(Patent Troll)。

表 6 各類智慧財產權之私權運用手段

	授權	標準專利	購買	技術移轉	與市場中介者合作
主體	專利權人、被授權人	標準組織、專利權人	專利權人、專利購買者	專利權人、專利購買者	非專利實施體、專利權人
客體	目標專利	目標專利	目標專利及其他專	專利、技術、營業秘密	目標專利及其他專利

¹³¹ 專利法第 6 條規定：「以專利權為標的設定質權者，除契約另有約定外，質權人不得實施該專利權。」

¹³² 林鵬飛，防禦型專利集合之創新商業模式：RPX 個案研究，智慧財產權月刊，第 189 期，頁 70-108，2014 年 9 月。

			利		
權 利	使用權	擁有權、使用 權	擁有權	使用權	擁有權
類 型					

二、智慧財產權私權之侵害救濟

智慧財產權之私權爭議包括侵權、仿冒、抄襲、盜版、竊取等，處理爭議的途徑包括司法途徑與行政途徑。

1. 司法途徑

智慧財產權之侵害救濟，無論國內外、歷來都是以司法途徑為主，當智慧財產權人發現己身權利遭受侵害時，可提起訴訟請求損害賠償，並要求除去侵害事由。主要規定於專利法、著作權法、商標法、營業秘密法中，受侵害者主要之請求權包括：

(1)損害賠償請求權

關於智慧財產權人之損害賠償請求權，法律中有明文規定¹³³。

(2)停止侵害請求權

關於智慧財產權人之停止侵害請求權，法律中有明文規定¹³⁴。

(3)回復名譽請求權

關於智慧財產權人之回復名譽請求權，法律中有明文規定，其中停止侵害請求權均見於商標法與專利法¹³⁵，被害人並得請求表示著作人之姓名或名稱、更正內容或為其他

¹³³ 專利法第 96 條、著作權法第 85 條、商標法第 69 條、營業秘密法第 12 條參照。

¹³⁴ 專利法第 96 條、著作權法第 84 條、商標法第 69 條、營業秘密法第 11 條參照。

¹³⁵ 專利法第 96 條、商標法第 85 條、商標法第 69 條參照。

回復名譽之適當處分。

(4)請求權之消滅時效

請求權之消滅時效，專利法、商標法、營業秘密法均規定損害賠償請求權，自請求權人在知有行為及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自行為時起，逾十年者亦同。¹³⁶。

2.行政途徑

(1)邊境保護

依商標法第 72 條、第 78 條規定，商標權人對輸入或輸之物品有侵害其商標權之虞者，得申請海關先予查扣。依著作權法第 90 條規定，著作權人、製版權人對輸入或輸出侵害其著作權或製版權之者，得申請海關先予查扣。依專利法第 97-1 條規定專利權人對進口之物有侵害其專利權之虞者，得申請海關先予查扣，但必須申請書面釋明侵害之事實及提供相當於海關核估該進口物完稅價格之保證金或相當之擔保。

(2)貿易保護

依「貿易法」第 17 條規定出進口人不得有侵害我國或他國依法保護之智慧財產權、商標或申報不實之行為。

(3)公平交易

「公平交易法」第 22 條規定事業就其營業所提供之商品或服務，不得以著名之他人姓名、商號或公司名稱、商標、商品容器、包裝、外觀或其他顯示他人商品之表徵，於同一或類似之商品，為相同或近似使用，致與他人商品混淆，或販賣、運送、輸出或輸入使用該項表徵之商品。

¹³⁶ 專利法第 96 條、著作權法第 89-1 條、商標法第 69 條、營業秘密法第 12 條參照。

3.侵害救濟之爭議

而智慧財產權侵害救濟較常見之爭議如下：

(1)司法途徑之爭議

智慧財產權侵害訴訟救濟最常見之爭議，在於賠償金額之計算。以專利侵害賠償為例，實務上其賠償金額之計算法源包括¹³⁷：依民法第 216 條規定損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限；依專利法第 85 條第 3 項規定之原告自得請求該段期間之懲罰性賠償金；專利法第 84 條第 1 項、專利法第 85 條第 1 項規定之侵害人不能就其成本或必要費用舉證時，以銷售該項物品全部收入為所得利益等。且判斷之標準，依法院見解：「基於辯論主義與處分權主義，本院自應依原告擇定之順序判斷，惟就各該款應如何計算，核屬證據取捨及如何證明之問題，法院自得就當事人所提證據，依各該款所定之方式計算損害賠償額。」¹³⁸由此可知我國智慧財產權爭議賠償之金額計算因個案有所不同，且與國際標準仍有落差。

(2)行政途徑之爭議

智慧財產權侵害訴訟救濟最常見之爭議，在於必須由權利人提出請求行政機關執行之模式，可能所遭遇之行政執行問題，特別就行為或不行為義務言，劉宗德教授¹³⁹說明行政執行就行為或不行為義務言，於「間接強制」之方法，原則上有兩種執行方式：代履行(行政執行法第二十九條)、怠金(行政執行法第三十條)。必須先經過間接強制無效之後，才能轉換到直接強制。除非有緊急之狀況存在，例如司法院釋字第 112 號解釋：「行政官署對於違反行政執行法第四條所定行為或不行為義務者，經依該法規定，反覆科處罰鍰，而仍不履行其義務時，尚非該法第十一條所稱不能行間接強制處分。自難據

¹³⁷ 參見智慧財產法院 100 年民專訴字第 61 號民事判決。

¹³⁸ 參見智慧財產法院 100 年民專訴字第 61 號民事判決。

¹³⁹ 劉宗德，行政上法執行制度之合法性論議，月旦法學雜誌，225 期，頁 103-129，2014 年 2 月。

以逕行直接強制處分。」即除非緊急之狀況存在，否則間接強制轉為直接強制的情形，必須符合事件所適用之特別個別法律程序。故行政執行可能會有緩不濟急之效果。

第三項 智慧財產權之公私權交錯

一、智慧財產權形成與公權力

(一)智慧財產權之主體與客體

1.智慧財產權之主體

我國智慧財產權相關法律規定，智慧財產權，包括專利¹⁴⁰、商標¹⁴¹、著作權¹⁴²、營業秘密，主管機關均為經濟部，並由經濟部指定專責機關辦理。

2. 智慧財產權之客體

如前文所述，關於智慧財產權之定義，主要見於「與貿易有關之智慧財產權協定」(簡稱 TRIPS)協定第二篇，被列入為智慧財產權的標的包括：1.著作權及相關權利、2.商標、3.產地標示、4.工業設計、5.專利、6.積體電路之電路布局、7.未經公開資訊之保護、8.契約授權時有關反競爭行為之控制。而我國法律中並無統一之智慧財產權法以定義智慧財產權，而是見於「經濟部智慧財產局組織條例」第 2 條之規定。本文則僅討論著作權、商標、專利、及營業秘密。

(二)智慧財產權形成之公權力行為

1. 行政機關之第一次判斷權

對於智慧財產權中最重要之公權力行為，為對智慧財產權形成與否之行政處分。包

¹⁴⁰ 專利法第 2 條參照。

¹⁴¹ 商標法第 3 條參照。

¹⁴² 著作權法第 2 條參照。

括對於專利與商標之駁回、授予、撤銷、終止等，以及對智慧財產權權利變更登記等。於做成相關處分前，必須經過相關之法律程序如審查、再審查，以及相關之救濟程序包括訴願與行政訴訟。而當公權力授予專利權人與商標權人權利後，一般公眾得以經由法定程序對已經公告之智慧財產權進行舉發、異議及評定程序。國家公權力可以針對舉發、異議及評定之案件決定是否撤銷專利或商標。此類行政行為乃行政機關就公法上具體事件，行使第一次判斷權，作成行政處分，對外直接發生法律效果¹⁴³。

而在此階段中之行政管理作為，如提供智慧財產權法律諮詢、專利商標檢索服務、專利商標政策宣導等。以及為企業與民眾提供法律與政策諮詢服務，提供專利檢索服務、指導協助企業掌握專利檢索與說明書撰寫、建立相關行業專利商標資料庫、檢索系統等。以及為縮短發明專利申請案等待審查時間，專利申請人得申請(僅有專利申請人得提出申請)「發明專利加速審查」等行政指導。

以上所述公權力決定智慧財產權是否成立之相關程序，包括行政權與司法權。例如專利在形成階段主要為行政機關之准駁之行政處分，公權介入程度高。權利確認採行政、司法雙軌制，行政救濟方式包括訴願、行政訴訟。商標在形成階段主要為准駁之行政處分，公權介入程度高。權利確認採行政、司法雙軌制，行政救濟方式包括訴願、行政訴訟。著作權在形成階段主要為不須行政行為，公權介入程度低。權利確認採司法訴訟雙，行政救濟方式無。營業秘密在形成階段主要為不須行政行為，公權介入程度低，權利確認採司法訴訟雙，行政救濟方式則無。

2.智慧財產權形成之法律效果

公權力形成之智慧財產權之本質，亦即智慧財產權中商標與專利權之准駁處分，是一種對被授予權利之人有利、但相對也產生剝奪其他大眾取得該權利之不利益法律效果，

¹⁴³ 蔡惠如，行政訴訟理論與專利審查原則之交錯適用，專利師，第五期，頁 1-21，2011 年 4 月。

因此，授予智慧財產權之處分，應該係一種第三人效力處分¹⁴⁴。

3. 智慧財產權形成之行政行為

公權力影響智慧財產權之形成過程，除前述所述直接具有法律效力之行政處分與法律審查之外，國家行政機關針對相關智慧財產權之形成與管理，必須進行相關之行政行為，涵蓋作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實施行政指導及處理陳情等行為之行政程序。

二、智慧財產權之公權力干預

(一) 公權力干預智慧財產權之成因

智慧財產權之本質雖為私權，但因近年來智慧財產權已為國際間重要之經濟貿易與科技發展之議題，智慧財產權保護更是國際經貿領域中具有約束力之遊戲規則。近年來智慧財產權發展趨勢朝向國際化、跨領域，除了國際智慧財產權法律制度之調和，也必須符合區域經貿組織與協定之要求，更要面對新興科技應用如大數據、物聯網、雲端運算的挑戰。再加上國際產業的競爭壓力，使得世界主要智慧財產權大國政府不僅除了調整並完善本身之智慧財產權法律與制度，更針對國家全局整體利益，設定策略與行動目標，並透過預測、規劃、評估、執行等作為，以期達成設定的策略目標，這就是目前所謂智慧財產權戰略化之趨勢¹⁴⁵。

¹⁴⁴ 專利法第 62 條、商標法第 42 條、專利法第 71 條、商標法第 48 條參照。

¹⁴⁵ 我國則在 2012 年由行政院核定「智慧財產權戰略綱領」，並於 2013 年提出 6 大行動計畫，主要包括六大戰略：戰略一：創造運用高價值之專利；戰略二：強化文化內容利用；戰略三：創造卓越農業價值；戰略四：活化流通學界智慧財產權；戰略五：落實智慧財產權流通及保護體制；戰略六：培育量足質精的智慧財產權實務人才。並規畫多項重大政策如成立跨部門「重點專利布局小組」、啟動專利佈局開放研發創新平台、強化專利申請品質、建構產學研智慧財產權營運管理提昇合作體系、推動產學技術聯盟合作計畫、強化產業智管理與流通運用、暢通智慧財產權流通資金取得管道、強化智慧財產權訴訟支援與因應能力、強化智慧財產權管理能力評估體制、完善智慧財產權專業人才培育機制等。

(二)公權力干預智慧財產權之手段

行政機關在法律授權下得依當事人申請，以行政行為而非以司法程序解決智慧財產權糾紛。主要包括智慧財產權侵權糾紛、智慧財產權權屬糾紛、智慧財產權契約糾紛及其他民事糾紛。主要手段包括行政調解、行政調處、行政仲裁、行政處分等行政手段。另一方面，智慧財產權行政機關依法對有關行政相對人實施強制之行政處分。例如強制授權，是指在法定條件下強制實施專利權人的專利的權力¹⁴⁶。

(三)公權力干預對私權之影響

本文前述已說明智慧財產權之性質為公權力創設之私權，惟關於智慧財產權之私權與公權力之關係，在行政行為中仍有不同之法律關係。例如發明完成申請專利過程中，申請人有接受專利之權利，進而向行政單位申請審查或登記，其中之權利性質有不同之學說¹⁴⁷：有學說認為「接受專利之權利」乃是對國家要求授予專利權之權利，而登錄則是依據本權利而發生之創設行為；有學說認為「接受專利之權利」是一種實體之私權，即由於發明或創作之完成而請求國家保護該私權之權利，而登錄乃是對接受專利之權利之確認行為；有學說認為實際上之發明權與程序上之確認請求權應同時成立，並以前者為公權，後者為私權。

另一方面，由於行政處分直接發生之法律效果，不以公法上之法律效果為限；即行政機關行使公權力所為之決定，直接發生私法之法律效果者，亦為行政處分。此等行政處分之作用，在於形成私法之法律關係。故行政機關對權利之核准審定書雖具有公權力性可對申請人產生設權之法律效果，惟設定之權利乃為私權；故當權利人發覺其權利遭受侵害時，必須尋求民事救濟途徑。但在某些情況下，法律又允許公權力之直接介入，其對權利人之私權，會造成不利益之效果。智慧財產法院 108 年行著更(一)字第 3 號

¹⁴⁶ 專利法第 87 條參照。

¹⁴⁷ 彭國洋，專利行政行為及其行政救濟之研究，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，2008 年；中引朱明春，日本專利制度之研究，文化學院日本研究所碩士論文，1971 年 6 月。

判決¹⁴⁸之見解即認為著作權屬私權，音樂著作強制授權係於未經著作財產權人同意之情形下，由國家公權力介入，對著作財產權人課予容忍他人利用其音樂著作之負擔，而產生法律上之不利益。因此在使用著作權集體管理團體條例決定人民財產上之利益，自有徵詢熟稔相關市場行情之權利人、利用人等意見之必要，始能及時掌握著作權授權實務上相關資訊，避免造成任一方利益之損害¹⁴⁹。

第四項 行政介入請求權

一、行政介入之內容

(一) 行政介入之產生

現代法治國家中，行政權對於民事紛爭之處理，通常保持不介入原則；亦即行政機關對於私人事務，通常並不會加以干預，這種不干預民事上法律關係之原則，也被稱為傳統行政法上之不介入原則。在此原則下，有關私人間的法律紛爭，通常是由司法機關將產生糾紛的雙方視為平等之兩個法律主體，而在法院進行訴訟，透過法院之裁定、判決，或是訴訟外解決機制處理民事紛爭；而一般人民也很少支持由行政權介入私人事務，而較習慣由司法機關解決民事紛爭。

而所謂行政權不介入，最明顯例子當屬警察權行使不介入私人事務。因為常見民事紛爭諸如個人財產權之行使、親屬權之行使、民事契約之履行等，僅僅是私人事務，所涉及多為民事上法律關係；如果以上各類民事法律關係產生爭議問題，包括財產權、親屬權遭受侵害，對合約不履行等等，以上均不屬於警察權可以干預之事項，人民應該尋

¹⁴⁸ 參見智慧財產法院 108 年行著更(一)字第 3 號判決：「即音樂著作強制授權係於未經著作財產權人同意之情形下，由國家公權力介入，逕行授權他人利用該音樂著作錄製錄音著作，而對著作財產權人獨占排他權利加以限制，是許可強制授權處分除對相對人授予利益外，亦對著作財產權人課予容忍他人利用其音樂著作之負擔，而產生法律上之不利益。」

¹⁴⁹ 參見智慧財產法院 108 年行著更(一)字第 3 號判決：「著作權究屬私權，以被上訴人之公權力決定人民財產上之利益，自有徵詢熟稔相關市場行情之權利人、利用人等意見之必要，始能及時掌握著作權授權實務上相關資訊，避免造成任一方利益之損害。」

求司法權救濟。而警察權不介入私權，被認為是警察公共原則中重要一環。所謂警察公共原則，依照日本學者田上穰治之看法，是指警察存在目的是限於維持社會公共安全結果，警察只與和社會公安與秩序發生關係之對象有關，而對於人民之一般行為狀態包括生活範圍內事務，因與警察存在目的無關，警察都不應該介入；只有當民事關係影響到公共安全與秩序時，才成為警察權可以介入之領域。此即私生活自由原則，也就是警察公共原則¹⁵⁰。而警察依據警察公共原則不介入人民私權領域，如此做法主要目的，在約束警察權之行使。

另一個行政不介入原則之原因在於：行政權與司法權權力分立理論。我國在司法訴訟中，採取司法二元化制度，即存在一般法院與行政法院。主要來自於國民政府為實現五權憲法之理念，在民國 22 年於司法院之下設置行政法院，並於同年 11 月 17 日公佈「行政訴訟法」而後於同年 6 月 23 日施行¹⁵¹。至 1932 年再另行公佈「行政訴訟法」，並於 1933 年生效實施，同年成立行政法院後確立採司法二元化制度。是故台灣關於民事訴訟與行政訴訟審判，依現行法律規定，分由不同性質之法院審理。而關於兩者之區分，司法院釋字第 466 號解釋說明：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟究應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依我國現行法律之規定，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。」¹⁵²由此可知，民事糾紛因係私法關係所生之爭執，由普通法院審判；行政法院審判公法關係所生之爭議。而行政權實施的主要依據為公法，故行政權一般不介入民事糾紛。

¹⁵⁰ 朱源蓀，警察執行集會遊行時之法律界限，警學叢刊，32:2 期)，頁 71-90，，2001 年 9 月引（日）田上穰治，警察法，有斐閣，昭和 59 年。

¹⁵¹ 劉宗德、賴恆盈，台灣地區行政訴訟：制度，立法與案例，浙江大學出版社，頁 1，2011 年。
其間行政訴訟事件曾由設於行政權下之懲吏院、審政院審理，或由監察院兼理。

¹⁵² 司法院釋字第 466 號解釋參照

惟隨著社會環境發展與演變，及行政法規範內容改變，以往行政權不介入民事紛爭觀念被認為過於消極。首先是行政權不再只被認為是政府高權，政府除了必須保障公共利益與保護公民權益外，還轉變成各種服務之提供者，即政府增加「給付行政」之功能。因此，行政權開始逐漸介入私人事務領域。例如國家必須保護人民基本生存權益，故德國、日本等國家出現所謂「國家基本權利保障義務理論或保護義務論」，認為國家必須針對暴力、歧視、個人隱私權等人民基本權利進行保護，政府必須對限制侵害人的行為，因此行政機關不得不開始介入等屬於個人私領域的事務。

另一方面，公民對於行政權，除了請求其排除不合法管制，以及請求政府給予其一定給付之權力外，為了要求國家保護其基本權利、避免行政機關行政怠惰，也應當有權利請求行政機關行使公權力以預防或解決民事糾紛。行政機關預防或解決民事糾紛可以降低人民面對風險、排除人民面對之立即與潛在威脅、保護人民合法權益；另一方面可以加快民事糾紛之處理程序、減輕人民負擔。而人民關於行政機關行使公權力介入私人領域事務、以預防或解決民事糾紛的權利，被稱為「行政介入請求權」，其內涵將於本文後續內容中再加以說明。

除了對於個人之保護，由於全球資本主義高度發展，以及現代科技與商業模式進步，以往許多國家採行尊重市場供需機制之自由放任政策，面臨許多挑戰而必須加以改變。行政機關在某些情形下必須介入國民經濟活動，以保障市場經濟秩序以及人民基本權益。因此現在行政機關在勞動權、財產權等領域之經濟活動，都會以行政手段加以介入。該些手段包括合約的規範、糾紛之調解、調處、仲裁等等。這些行政權介入雖然會限制國民經濟活動之自由，但目的在保護於經濟活動中居於弱勢一方，另一方面也可減少人民在以司法程序處理民事糾紛上之時間與金錢成本。但為了減少行政介入對國民經濟活動之限制，行政機關的介入手段通常採取「比例原則」。即政府在考量保障商業自由與維護公共利益平衡，對個人經濟活動之介入時機、如何規制不過度侵害國民經濟活動之自由、以何種行政手段進行介入或規制等，都必須採取必要的最小限制手段。一如本文先

前所述警察機關改變其不介入原則，對於人民的某些行為，特別是對於某些營業之介入原則與介入手段，是否有違反警察消極目的原則或警察不介入民事紛爭原則，是行政權介入最常見的例子¹⁵³。

行政機關以公權力介入私權紛爭，主要目的在以國家力量保護人民的基本權利與義務，並藉以實現公益行與保護人民基本權益。因此在行政權介入私權紛爭時，最重要條件即是「依法行政」，行政機關必須在法律規範下，以合法手段與程序進行介入，才能保護人民權益；而相關行政程序也必須接受司法之審查。如果行政機關在相關介入手段及程序上有違法或違失之狀況時，人民亦得尋求救濟，才符合法治國之原則。

至於智慧財產權，其本質雖然屬於私人財產權，但近年來由於國際產業競爭越趨激烈，舉凡著作權、專利、營業秘密，無不涉及龐大商業利益，也牽涉到市場競爭公平性以及當事人刑事責任。因此如何能及時而有效保障公眾利益，既不使當事人因曠日廢時之法律訴訟影響權益，又能避免不公平競爭，故也有越來越多行政介入態樣產生。

(二) 行政介入之定義

「行政介入」、又稱為「行政權介入」或「行政機關介入」。關於行政介入之定義，黃茂榮教授等人認為：「『行政機關介入』或簡稱『行政介入』，則是一般性地指稱在前所界定之私權爭議發生後，至相關當事人就該糾紛於民事法院起訴前，行政機關基於法律規定，因當事人一方或雙方之請求，或依職權而參與調停或干預、裁決其紛爭之過程與措施。」¹⁵⁴。以上定義主要是在解決私權上之爭議，因為通常解決私權糾紛時，通常是以法院做為解決機關而以司法途徑解決；但司法途徑對於當事人而言，可能有時間長、費用高之問題，並不是最有利解決途徑。因此除在決私權糾紛之訴訟外，還有仲裁、調解，甚至以行政機關藉由公權力解決私權問題之途徑。

¹⁵³ 呂美嫻，生活安全產業規制手法之研究，中央警察大學警察政策研究所博士論文，2015年

¹⁵⁴ 同前揭註1，頁5。

因此，本文認為「行政介入」是指政府在涉及公益性質之私權事件中，在法律與制度許可之前提下，透過行政機關公權力之介入及時發揮排難解紛功能，並以兼顧時效及民眾權益為原則，以達成獲取各方最大利益為目的之行政手段。行政介入手段具多樣性，透過該些行政手段達到藉由公權力有效率的解決私權問題，除了一般常見的行政行為，還可以包括行政仲裁、行政調解、行政調處、行政仲裁、行政規制等¹⁵⁵。日本學者畠山武道另提出直接規制的手法、自主行動的手法、計畫的手法、合意的手法、誘導和指導的手法¹⁵⁶等分類。但行政權之行使必須受到依法行政原則所支配，因此行政權得以介入私權之理由、介入程度、介入手段、介入效力、介入主體等等問題，仍必須應取決於法律與制度的規定。

行政介入在法律屬性上屬於行政作用，屬於作用法範疇，作用法關係乃指：「行政主體或行政機關，為達成預期任務之行政目的，以一般人民為相對人，實施各種行政活動所生之法律關係。」也就是舉凡有關權利利益之保護、行政權於行使公權力之限制、公正性與公益性之確保等行政權與一般人民的關係。

至於符合行政介入包含之行政行為類型，本文認為應該從民事紛爭處理之模式來說明。由於我國在司法訴訟中，採取司法二元化制度，在解決民事事件紛爭以確定私法上權利義務關係時，是由一般法院審判，其程序法上之準據是民事訴訟法；在解決人民與行政機關間公法上權利義務關係爭議時，原則上由行政法院裁判，程序法上準據是行政訴訟法。雖然私權糾紛是由司法機關作成最終判斷，但除訴訟外還有仲裁、協調、調解、調處等訴訟外解決機制，以期待縮短解決民事紛爭時程，降低解決民事紛爭的成本，特別是針對具有公益性質之私權爭議事件以更有效率之方式解決紛爭，如此可增加公益特性。

而利用訴訟外解決機制解決民事紛爭，除了進入訴訟階段後由法院主導進行外，還

¹⁵⁵ 同前揭註1，頁1。

¹⁵⁶ 畠山武道著、魯鵬宇譯，行政干預的形態，當代法學，26卷5期，頁47-56，2012年。

可以在進入訴訟程序之前，透過行政機關以公權力介入，將較涉公益性質之私權爭議案件，以行政仲裁、行政協調、行政調解、行政調處等訴訟外解決機制，較司法程序較為快速的解決相關紛爭，發揮迅速排難解紛的功能。而行政機關以公權力進行行政介入私權爭議時，其解決方式、介入強度、介入程序、介入標的並不會完全一致。例如解決方式包括行政仲裁、行政協調、行政調解、行政調處等，而介入強度有程序開啟時之任意與強制區別，介入程序依不同行政程序而亦有所不同、介入標的也會因不同法律客體而有所差異。

(三) 行政介入之要件

行政介入之要件應該要包括以下的要件：

1. 必要性

行政介入私權通常是作為一種司法訴訟上的程序選擇權，主要效益在節省以司法途徑解決私權爭議上之時間與費用，諸如國家在「防範重於治療」、「協助弱勢」以及「實現公共利益」之法政策思維下，防止私權損及社會公益，或是因為契約自由造成不公，國家行政權因而得以介入¹⁵⁷。例如消費者與企業間產生之消費爭議、員工與僱主間勞動契約爭議等。行政介入與法律訴訟間之選擇，主要有以下規範型態：前置關係或擇一關係。為了考量公共利益如社會安全、程序經濟的條件時，應該強制由行政介入取代訴訟，稱為強制主義或前置關係；為了考量協助弱勢時，應該採取由行政介入取代訴訟則稱為擇一關係¹⁵⁸。

2. 中立性

行政介入私權是一種公權力行使行為，在執行過程中應避免對私權產生不良影響，也應避免違反契約自由原則。因此行政機關應力保其地位之中立性，在進行調解、調處、

¹⁵⁷ 同前揭註1，頁123。

¹⁵⁸ 同前揭註1，頁123。

仲裁甚至規制時，以中立角色適當選擇極性的介入，也就是「強調」或「建議」，或是積極性介入，即「限制」或「強制」¹⁵⁹。

3. 合法性

行政介入私權是一種公權力行使行為，因此必須依法行政。依法行政必須符合「法律優位原則」及「法律保留原則」。「法律優位原則」又稱為消極的依法行政原則，即行政行為及與行政相關之活動，均不得與法律抵觸。憲法第 172 條規定：「命令與憲法或法律抵觸者無效。」因此行政機關之行政命令及行政處分，均不能違法憲法及法律。而「法律保留原則」常被視為積極的依法行政原則，強調若無法律授權，行政機關之行政行為即無法合法化。

二、現行法規中之行政介入

對於人民私權相關之民事事件，行政機關必須依照法律明文規定才能介入。現行法律對於行政機關藉以公權力介入私權之規定，主要包括¹⁶⁰：

(一) 鄉鎮市調解事件

如鄉鎮市調解條例第 1 條規定鄉、鎮、市公所應設調解委員會，辦理民事事件及告訴乃論之刑事事件調解事件。第 12 條規定調解委員會可調解事件包括：1. 民事訴訟法第 403 條第 1 項規定之事件，2. 適宜調解之刑事附帶民事訴訟事件，3. 其他適宜調解之民事事件。

¹⁵⁹ 黃明陽，我國行政機關 ADR 制度之理論探討—以行政調解制度為中心（下），政大法學評論，90 期，頁 119-170，2006 年。

¹⁶⁰ 尤重道，消費爭議處理程序與法律效果暨實務見解分析，消費者保護研究，第 16 輯，頁 365-404，2010 年 12 月。

(二)土地爭議事件

包括市地重劃¹⁶¹、農地重劃¹⁶²、不動產糾紛¹⁶³ 等事件。

(三)公害糾紛處理事件

如公害糾紛處理法第 3 條規定公害糾紛得依規定申請調處及裁決。第 4 條規定直轄市、縣(市)政府各設公害糾紛調處委員會調處公害糾紛。

(四)消費爭議事件

如「消費者保護法」43 條規定消費者與企業經營者因商品或服務發生消費爭議時，消費者得向企業經營者、消費者保護團體或消費者服務中心或其分中心申訴。另消費爭議調解辦法 2 條第 1 項規定消費者對於消費爭議事件，經「消費者保護法」第 43 條規定申訴未獲妥適處理者，得向直轄市或縣(市)消費爭議調解委員會申請調解。相關規定中之「申訴」或「調解」，即是允許行政機關介入保護私權之規定。

(五)智慧財產權事件

如關於著作財產權人的權利保護，我國著作權法第 81 條規定著作權集體管理團體之組成。著作權集體管理團體條例第 24 條至第 26 條關於使用報酬率的規定中集體管理團體之作用，本文於後將在詳細說明。

¹⁶¹ 如平均地權條例第 60 條之 2 規定：「...③土地所有權人對於重劃之分配結果，得於公告期間內向主管機關以書面提出異議；未提出抗議者，其分配結果於公告期滿時確定。③前項異議，由主管機關調處之；調處不成，應報請上級主管機關裁決之。」

¹⁶² 如農地重劃條例第 26 條規定：「土地所有權人對主管機關之調處如有不服，應當場表示異議。經表示異議之調處案件，主管機關應於 5 日內報請上級機關裁決之。②在縣設有農地重劃委員會或農地重劃協進會者，前項調處案件，應先發交農地重劃委員會或農地重劃協進會予以調解。」

¹⁶³ 如土地法第 34 條之 1 第 6 項規定：「依法得分割之共有土地或建築改良物，共有人不能自行協議分割者，任何共有人得申請該管直轄市、縣（市）地政機關調處。不服調處者，應於接到調處通知後 15 日內向司法機關訴請處理，屆期不起訴者，依原調處結果辦理之。」

三、行政介入請求權之規範

關於行政權之不作為而造成之人民之損失，人民可請求在國家賠償法中。劉宗德教授指出公務員怠於執行職務所生國家賠償責任之種類，視是否須待人民之申請始能為之，而可區別為以下三類¹⁶⁴：

1. 對於人民申請之不作為

人民權益因該公務員之違法不受理或擱置申請而受有損害者，惟如人民依法並無「申請權」者，行政機關之不受理或擱置申請，往往難以認為構成違法。於人民依法享有申請權情形，因人民對該國家機關得提起訴願及行政訴訟，請求應為申請內容之處置（課予義務訴訟或一般給付訴訟）。

2. 人民享有(實體)公法上請求權(權利)者

公法上請求權係指實體法上之請求權，與前述申請權係程序上之請求權者有所不同。蓋有申請權者未必當然享有公法上請求權；反之有公法上請求權者，當然有申請權。故如認為人民對於公務員為特定職務行為有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行致其自由或權利受有損害者，當然得請求國家賠償。

3. 公務員未主動執行職務

不問有無申請權或曾否請求公務員執行職務，人民認為其權益因公務員怠於執行職務而受有損害時，請求國家賠償之情形。公務員執行職務與否，另涉及他人利益情形，發生於各種管制或規制權限之行使或不行使，涉及「實施管制國家機關」、「受管制之人民」、「因管制而受益之人民」。

是故，為因應現代行政法確立國民「違法排除請求權」，以使能對行政權之不作為

¹⁶⁴ 劉宗德，行政不作為之國家賠償，政大法學評論，35期，頁95~137，，1987年載：「行政法基本原理」，頁269-338，學林文化事業公司，2000年。

請求公權力之適正發動，日本學者原田尚彥所創設之「行政介入請求權」（亦稱「公權力發動請求權」）¹⁶⁵。在國家賠償法中，若發生行政權之不作為之情形，則必須負「不作為之國家責任」，國民則可以發動「課予義務之訴」之行政訴訟。

行政介入請求權即是在保障人民安全、消除人民安全風險、維護社會公益之前提下，人民向行政機關要求介入的權利。我國「國家賠償法」第2條第2項亦規定：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同。」即明定行政機關未履行義務規範而造成人民自由或權利損失時，國家應負損害賠償責任。如前所述，在日本亦有相同規定：在某些情況下，不執行行使職權政府機關會因違反義務構成非法，並且由於違法而使人民獲得賠償¹⁶⁶。日本法院認為當法律賦予行政機關一定權力時，行政機關自行決定是否行使該權力以及以何種行使該權力，但在某些情況下，不行使權力可能違反其工作義務、或是侵權及違法，此為損害賠償責任的前提¹⁶⁷。而在德國，要求行政機關行使其權力的權利如要求行政干預之權利和要求人身保護之權利，也被視為國民之個人權利¹⁶⁸。

德國雖無明文之行政介入權之規定，但在警察法中規定有類似概念¹⁶⁹：「唯有在無法即時獲得司法保護，且非得警察之協助，無法遂行其權利，或權利之施行將更為困難時，警察方有依法維護私法上權利之責。」即具不可遲延性(Unaufschiebbarkeit)，且須是在無法即時獲得司法保護時，基於補充性原則(Subsidiaritätsprinzip)為補充或輔助¹⁷⁰。在

¹⁶⁵ 同前揭註164。

¹⁶⁶ 今村哲也，行政介入請求権をめぐる新動向，一橋論叢, 89(1)，頁167-175，1983年。

此案主要發生在千葉縣，一名四歲的嬰兒在購物時被野狗咬死，因此1952年1月17日東京高等法院在判決縣知事沒有適當行使行政權力，根據縣法規捕獲、拘留或狩獵野狗。因此法院裁定，該縣應根據「國家賠償法」第1條承擔損害賠償責任。

¹⁶⁷ 同前揭註164。

¹⁶⁸ 同前揭註166。

¹⁶⁹ 李震山，行政權得依法介入私權爭執之法理基礎，台灣本土法學雜誌，43期，頁123-127，2003年2月。

¹⁷⁰ 同前揭註169。

程序上須經當事人請求，警察不得主動為之此處私法權利保護之主旨，在於支援而非干預(Eingriffen)，而協助之目的在於使日後之司法救濟程序得以順利進行¹⁷¹。學者張錕盛引用德國學者 Otto Mayer 之看法¹⁷²，認為應從法律關係理論思考，將所有法規範與行政之關係，區隔為：以「行政為相對人之授權規範」與「義務規範」。一般而言，人民雖然沒有所謂法律執行請求權，但如果行政之某個合法性要件是一個義務規範，則做為具有主觀權利之相對權利主體，得請求其履行該義務，此時主觀權利性質應是請求權。

第二節 行政介入之法律關係與行為形式

第一項 法律關係與行為形式

一、行政法律關係概述

(一)行政法律關係之定義

所謂法律關係(Rechtsverhältnis)，是指二個或二個以上之法律主體，就具體事件依法律規定所成立之法律上關係¹⁷³。而其中依行政法規定而成立者，即是所謂「行政法律關係」。行政法律關係可能發生在行政主體與人民之間、亦可能在行政主體或人民相互間¹⁷⁴。對於行政行為，應先分析其為內部組織法關係或為外部作用法關係¹⁷⁵。組織法關係為主體與主體之間關係，而行政法律關係中如有一造為人民時，即是作用法關係；若在行政法律關係裡沒有人參與者，即是組織法關係。但是，依行政程序法規定，人民也可受行政機關之託而行使公權力，而進入組織法關係；另外，作用法關係也可於兩機

¹⁷¹ 同前揭註 169。

¹⁷² 張錕盛，行政法學另一種典範之期待：法律關係理論，月旦法學雜誌，121 期，2005 年 6 月，頁 54-87。

¹⁷³ 陳敏，行政法總論，頁 215，2016 年 9 月，9 版。

¹⁷⁴ 同前揭註 173。

¹⁷⁵ 劉宗德，行政法學方法論—兼論行政程序法之行為與制度，制度設計型行政法學，元照出版公司，，頁 2~472012 年。

關之間發生¹⁷⁶。

程明修教授則以德國行政法上「法律關係」之定義來說明行政法律關係之社會意義，他提出德國行政法上「法律關係」是指「由法規範所形成(rechtsnormgestaltete)兩個或者多個主體間之關係」¹⁷⁷。程明修教授認為：「根據對此『法律關係』之理解，個人之間社會關係由法規範加以形成，從而社會領域就包含法律領域，各種法律關係也同時表示社會關係。同時也不用對「規範制訂主體與規範適用主體之間(zwischen Normsetzungs- und Normanwendungssubjekten) 法律關係」再作概念決定(Begriffsbestimmung)，因為它本來就屬於法律關係之一個(而且僅可以是其之一個)下位概念……因此我們也可以說，法律關係其實就是以「法」作為手段所規律的社會關係。」¹⁷⁸

而至於行政法律關係與行為形式之關係，由於發生之法律關係並非限於行為形式之行為才能產生，其他行為如事實行為可能成為法律關係發生原因。因此行政法不再只是規制行政，而是「規制所有以行政為規範對象之一端，其與法規範所承認之其他相對法主體的法律關係，都是行政法律關係所關注的對象之法」¹⁷⁹。行政法律關係理論會基於具體個案而做類型化區分，因此，行政行為形式與行政法律關係，並非相互排斥之理論¹⁸⁰。而行政法律關係也關心法律關係變動之過程，以及多邊法律主體，包括第三人之法律地位，因為在現代行政法中，法律關係主體不僅限於行政與行政行為相對人，還包括涉及競爭者與鄰人等複數利益之「多邊法律關係」。

(二) 行政法律關係之內涵

1. 行政法律關係之類型

¹⁷⁶ 同前揭註 175。

¹⁷⁷ 程明修，德國行政法學上法律關係論的發展－以公務員法律關係為例，公務人員月刊，35 期，頁 27-40，1999 年 5 月。

¹⁷⁸ 同前揭註 177。

¹⁷⁹ 同前揭註 172。

¹⁸⁰ 同前揭註 172。

行政法律關係之類型，依劉宗德教授之分類，可區分為作用法與組織法關係、公權力與私權力關係、公法與私法關係、一般權力關係與特別權力關係、作用法與組織法關係¹⁸¹。

(1)作用法與組織法關係

對於行政機關之行政行為，應先分析其為內部組織法關係或為外部作用法關係。組織法關係與作用法關係之差異，劉宗德教授認為組織法關係為：「主體與主體之間的關係，組織法內的主體可享受權利與負擔義務。」¹⁸² 至於作用法關係，劉宗德教授認為：「有謂行政法律關係中如有一造為人民時，即是作用法關係。另外，作用法關係也可於兩機關之間發生。」¹⁸³ 但組織法關係與作用法關係並非以行政機關與人民作區分，如劉宗德教授認為：「若在行政法律關係裡沒有人民參與者，即是組織法關係。但是，依行政程序法規定，人民也可受行政機關之託而行使公權力，而進入組織法關係。」¹⁸⁴

(2)公權力關係與私權力關係

公權力分為狹義與廣義，狹義公權力特別指行政機關用命令、強制的手段，造成人民自由、權利受到限制，或被課加義務、負擔並造成人民「不利益」之部分。廣義公權力係指：「行政機關以片面決定造成相對人權利義務的變動，此一公權力的外觀，有可能係法律行為之決定，如許可、執照等。」¹⁸⁵ 亦即通常係一單方之決定而造成人民權利義務的變動。智慧財產權之形成為行政機關以法律行為決定，具有許可性質，因此應屬於廣義公權力。另公權力可以包括授益之公權力、負擔之公權力(侵害之公權力)、法律行為之公權力、事實行為之公權力等類型。

¹⁸¹ 同前揭註 82。

¹⁸² 同前揭註 82。

¹⁸³ 同前揭註 82。

¹⁸⁴ 同前揭註 82。

¹⁸⁵ 同前揭註 82

(3)為公法關係與私法關係

依我國現行法律之規定，關於民事訴訟與行政訴訟之審判，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。而行政權實施之主要依據為公法，故行政權一般不介入民事糾紛。另行政行為基本上可分為公法行為與私法行為，而公法行為中，包括對外頒布抽象之法規命令，以及作成具體行政處分或行政指導等對外規制手段；或對內制定行政規則、行政計畫以及給予公務員具體指令等對內規制手段。此外私法性質之行政行為中，則包括締結行政契約等行政手段。智慧財產形成為行政機關作成之具體行政處分，故為公法關係。

(4)一般權力關係與特別權力關係

特別權力關係又稱為特別服從關係，乃是指「對於一般統治關係或一般法律關係，係基於法律之特別原因及權力服從關係，係指當事人之一方，在一定範圍內有命令強制之權力，而義務相對人從而負有服從義務之法律關係，若是其權利受到侵害或限制，也不得提起司法救濟。」¹⁸⁶惟智慧財產權中各方服從義務之法律關係，故僅為一般權力關係。

另補充陳敏教授依存續時間之法律關係分類如下¹⁸⁷：

(1)一時之行政法律關係；

行政法律關係內之權利與義務，因一次實施而結束者。

(2)持續之行政法律關係；

行政法律關係內之權利與義務，不因一次實施而結束，可重複實施者。

¹⁸⁶ 吳庚，盛子龍，行政法之理論與實用，三民書局，頁 70，2019 年 4 月，增訂 15 版。

¹⁸⁷ 同前揭註 173。

以及依當事人數目分類：

(1)二極行政法律關係；

通常一方為國家，一方為個別人民或利害關係相同之多數人民。

(2)多極行政法律關係：

通常一方為國家，一方為利害關係不同之多數人民，國家作成的為「有第三人效力之行政處分」。

3.行政法律關係之主客體

行政法律關係之主體可以是公法人、行政機關、自然人或私法人，甚至是非法人團體。

4.行政法律關係之成立與消滅

行政法律關係之成立，依陳敏教授分類，包括¹⁸⁸：

(1)因法律規定而成立

係指因法律、法規命令所規定之事實關係而成立。

(2)因行政處分而成立

為實務上最常見與最主要原因，行政機關具體之單方對相對人做成有關之行政處分行政行為而成立。

(3)因締結行政契約而成立

人民與行政主體、或行政主體間以契約方式成立之行政法上法律關係。

¹⁸⁸ 同前揭註 173，頁 286-289。

(4)因事實行為而成立

發生事實上效果的公權力行為，如相對人因而受有損害，發生損失補償或損害賠償關係成立。

而行政法律關係之消滅，依陳敏教授的分類，則包括¹⁸⁹：

- (1)因法律關係主體之死亡或解散而消滅；
- (2)因法律關係標的物之滅失而消滅；
- (3)因作成行政處分而消滅；
- (4)因履行而消滅；
- (5)因權利之拋棄而消滅；
- (6)因時間經過而消滅。

二、行政行為形式概述

(一)行政行為之定義

劉宗德教授認為解決行政案例之手段（行為方式）稱為行政行為，而解決行政案例之手段形式，亦即行政行為該以如何手段來解決行政案例，稱之為「行政行為形式」¹⁹⁰。亦有學者認為普遍而言，中文中所謂之行政行為、行政作用或行政行為方式等概念，在學界被當做是同義詞而交互使用；但論其核心概念，不外是行政主體為達到行政目的所為的一切行為之總稱。而關於行為形式，學者張鋐盛認為行政行為形式即是：「將行政的行為獨立於具體事實而依程序方法、功能與法律效果所形成的結構。」¹⁹¹ 而且若要

¹⁸⁹ 同前揭註 173，頁 286-289。

¹⁹⁰ 同前揭註 82。

¹⁹¹ 同前揭註 172。

將行政活動分類成特定的行政行為形式，「則須回溯到一體規制行為前提與法律效果的特別規範基礎之上。」¹⁹²

一般所稱行政行為形式之內涵，主要包括「行政程序法」第2條第1項所規定之行政程序，包括行政機關作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實施行政指導及處理陳情等行為之程序等。其相關內容規定在行政程序法之第二章行政處分，第三章行政契約，第四章法規命令及行政規則，第五章行政計畫以及第六章行政指導中。此五種行政程序總稱為「行政行為形式」。如從規定觀之，此五章明定五個行政行為之程序。深究各類行政行為形式產生之原因，主要在於行政主體即行政機關在履行其行政業務時，因其面對對象、行為方式之不同，以及適用法規性質之不同，而產生不同之行政行為。行政行為基本上可分為公法行為與私法行為，公法行為與私法行為均包括事實行為與法律行為。而公法行為中，包括對外頒布抽象之法規命令，以及作成具體行政處分或行政指導等對外規制手段；或對內制定行政規則、行政計畫以及給予公務員具體指令等對內規制手段。此外私法性質之行政行為中，則包括締結行政契約等行政手段。

行政行為形式中最重要者為行政處分(Verwaltungsakte)，而現行行政法中行政處分之概念受到德國學者 Otto Mayer (1846年—1924年)著作「德意志行政法論」重大影響。Otto Mayer 主要依循法治國準則，建構以行政處分作為行政法中心之德國行政法之概念體系。Otto Mayer 認為行政行為是以高權行為、當事人間不對等為特徵，有別於國庫行為。除公權力間訂約外，人民與行政權力間不可用契約取代行政處分。Mayer 並曾提出著名之「憲法消逝，行政法長存」之口號¹⁹³。

而後世學者依循 Mayer 之理論架構，就其提出行政處分概念後發生之行政活動，以及 Mayer 未考慮之行政活動，依循 Mayer 提出之行政處分架構，發展出現行行政手段之

¹⁹² 同前揭註 172。

¹⁹³ 陳新民，公法學劄記，新學林出版公司，頁 6，2005 年。

各類態樣，形成不同類型之行政行為形式概念化與法律效果。此一發展脈絡形成之行政法理論架構被稱為被稱行政行為形式理論。

行政機關從事一定行政行為後，還必須視其行為有效與否；如果無效則須檢視所違反之法規命令，而該些不法如何排除或是如何補救，都是關於行政行為法律效果所要討論議題。確認行政機關行政行為違法後，行政機關可採取行政行為之治癒、轉換、廢棄，以及透過法院之審查以保護人民權利。由上可知，行政行為形式概念主要功能在於判定不同行政案例中，公法領域與私法領域屬之判斷、所應受約束之法律、以及爭訟救濟途徑之決定；以及其行政行為之合憲性、合法性要件，以及法律效果的判斷有直接關聯。特別是我國採取私法二元化制度，行政行為形式對於民事與行政訴訟的區分十分重要。司法院釋字 758 號解釋說明¹⁹⁴：「我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，就因私法關係所生之爭議，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，由行政法院審判。」

(二) 行為形式之分類

依「行政程序法」，一般行政機關所行使公權力時之行政行為形式分類如下：

1. 行政處分

行政行為形式論中最重要性的行政行為，「行政程序法」第 92 條第 1 項¹⁹⁵中明確規定行政處分必須滿足以下要件：

¹⁹⁴ 參見「司法院釋字 758 號解釋；「我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理。除法律別有規定外，就因私法關係所生之爭議，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，由行政法院審判（本院釋字第 448 號、第 466 號及第 695 號解釋參照）。土地所有權人依民法第 767 條第 1 項請求事件，核其性質，屬私法關係所生之爭議，其訴訟應由普通法院審判，縱兩造攻擊防禦方法涉及公法關係所生之爭議，亦不受影響。」

¹⁹⁵ 行政程序法第 92 條第 1 項定義行政處分為：「係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」

- 中央或地方機關；
- 必須限於公法上具體事件，私法事件及抽象事件則不屬；
- 行政處分可以係屬法律行為之「決定」，或係事實行為之「措施」；
- 對外直接發生法律效果，但不限於公法上之效果，即亦有私法上效果之行政處分，如專利、商標等智慧財產權之賦與。
- 行政機關單方行政行為。

行政機關作成行政處分，必須遵守兩大重要程序，一是「行政程序法」第 96 條第 1 項規定之法規依據及符合法定之格式¹⁹⁶，以及第 39 項規定之給予當事人陳述意見之機會¹⁹⁷。

2. 行政契約

行政契約之定義，依陳敏教授看法¹⁹⁸：「是行政契約係二以上之法律主體，以設定、變更或消滅行政法法律關係為目的，互為意思表示而合致成立之法律行為」。但依李建良教授看法¹⁹⁹：「我國行政程序法使用「行政契約」用語，相當於德國法制上之公法契約(Verwaltungsvertrag)。但「公法」契約一詞因概念上除行政法上之契約外，尚可囊括國際法上契約(國際條約)、憲法上契約(邦際或區際條約)、刑事法上契約(認罪協商)，以「行政」契約對應行政機關就行政法上法律關係所締結之契約，符合法明確性原則，較諸德國立法例為優。」

¹⁹⁶ 行政程序法第 96 條第 1 項參照。

¹⁹⁷ 行政程序法第 39 條參照。

¹⁹⁸ 同前揭註 173，頁 568。

¹⁹⁹ 李建良，臺灣行政契約法的路徑依賴？— 比較行政法方法論的局部反思，載：李建良主編「2012 行政管制與行政爭訟」，臺北 中央研究院法律學研究所專書（20），頁 1-61，2016 年 6 月。
李建良教授並認為公法契約一詞，在德國並非統一之法律概念，而是指涉行政機關締結之各種契約，屬於描述性概念。部分學說以之作為上位概念，涵蓋行政機關締結之私法與公法二種契約，為學理上之概念。

3. 法規命令

「行政程序法」第 150 條²⁰⁰定義法規命令重點包括一是須有法律授權；二是對外用於人民之外部行政。法規命令為行政部門基於法律授權，對一般事項所制定之普遍抽象法規範，是屬於行政立法行為。法規命令制定公布後，即具有對外效力，行政機關與人民之間形成具體的權利義務關係。

4. 行政規則

行政規則之定義、範疇、可規範對象及效力見於「行政程序法」第 159 條至第 161 條²⁰¹。行政規則亦為抽象性規範，但拘束範圍限於行政機關內部，是上級對下級行政機關或行政機關內部人員之一般性規範。但在一些領域如智慧財產權領域，其行政規則如「專利審查基準」、「商標審查基準」等，對機關外部人員如申請人通常也有拘束力。

5. 行政計畫

「行政程序法」第 163 條²⁰²定義行政計畫，但究其方法、步驟或措施，可能包括法律、以及前述法規命令、行政規則、行政處分、行政契約等，其範圍與性質是行政程序中難以明確定義的。

三、法律關係與行為形式之關聯

行政行為形式理論經過多年之發展，對於將行政行為類型化之方法雖然可以使權利義務關係明確化、並確定制度之穩定性。但行政行為形式研究行政處分、行政契約、法規命令與行政規則時，並未將焦點放在最後決定作成前所發生之協商、當事人參與、討論、聽證等過程，而關注於行為過程中最後階段之行為。另一個行政行為形式理論之問題，則在於傳統行為形式理論，只將行政與法之關係做連結，而未思考其他法主體間之

²⁰⁰ 行政程序法第 150 條參照。

²⁰¹ 行政程序法第 159 條、第 161 條參照。

²⁰² 行政程序法第 163 條參照。

具體法律關係；因此未能有效分析各合法性要件的屬性，以及法主體間各自相對義務或權利主體為何。

此外，現代國家肩負照顧人民基本生存與生活之職責，故除了依傳統行政法中之行政處分以干預人民權利、限制人民自由或財產、或課予人民義務外，近年來也有給付行政之出現。給付行政又稱為服務行政或福利行政，其內涵為提供人民給付、服務或利益給人民之行政，給付行政可區分為供給行政、社會行政以及助長行政。司法院釋字第 455 號解釋進一步說明給付行政意義及國家實施給付行政之原則如下：「近來因國家職能之擴張，給付行政漸受重視，故以法律給予人民一定利益或賦予人民向國家請求給付之權利等情形亦日益增多，人民據此所取得之權利與其信賴利益，應受保障。而給付行政因涉及國家財政資源分配，於不違背憲法之原理原則之前提下，立法者得作合理的調整。」

在國家實施給付行政活動中，行政機關和給付相對人均是屬於法規範下行政法律關係之法律主體，具有同等法律地位，故均必須承受權利與義務，並得以此法律地位形成法律關係。在此邏輯下行政機關與人民關係為具有法規範秩序之對等法律關係，而非權力隸屬關係。學者張鋐盛說明政機關和給付相對人間在給付行政行為中產生之可能法律效果如下：「行政機關基於一個給付請求、直接的給付意思表示或直接為給付許可，常常會同時出現至少兩個以上法律效果：一方面在給付機關與給付相對人間，發生一個給付或拒絕給付的法律關係；另一方面，同時在行政與競爭者間，也可能同時發生一個不法侵權的法律關係。」²⁰³

²⁰³ 同前揭註 172。

第二項 行政介入之法律關係

一、行政介入之法律關係概述

行政機關對於私權行政介入之行政法律關係之討論，首先應該從法規範之角度檢視其是否符合法律之規定，其法律關係才能存在。行政程序法第3條第5款中規定：「有關私權爭執的行政裁決程序不適用行政程序法有關之規定」。學者黃茂榮教授等²⁰⁴認為該款「有關私權爭執的行政裁決程序」所指即是行政介入私權爭議之處理程序。因此該款規定隱含規定行政機關有裁決私權爭執之權能，但經行政裁決程序後，私權爭執事件仍歸民事法院審判。而行政介入之法律關係，如同本文前述所說明，在不同案例有不同之類型。

關於行政機關實施介入權，原本並不限於對人民權利之介入，亦包括對其他機關介入其他機關應處理事務之情況。如詹鎮榮教授所述「行政機關在特定要件滿足下逕自代行處理本應由他行政機關自行處理之行政事務的『自我介入權』(Selbsteintrittsrecht)」²⁰⁵，和行政程序法第15條²⁰⁶規定行政機關得依法規將其權限之一部分，委任所屬下級機關執行之。行政機關因業務上之需要，得依法規將其權限之一部分，委託不相隸屬之行政機關執行之。其意義均為管轄權移轉有所不同。詹鎮榮教授認為「自我介入權」旨在「使行政機關享有以自己名義執行”他人權限”(fremde Kompetenz)之權，而非釋出自己權限予他機關，由他機關之名義執行之」²⁰⁷。例如地方制度法第76條所規定之：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）依法應作為而不作為，致嚴重危害公益或妨礙地方政務正常運作，其適於代行處理者，得分別由行政院、中央各該主管機關、縣政府命其於一定期限內為之；逾期仍不作為者，得代行處理。但情況急迫時，得逕予代行處理。」此上級監督機

²⁰⁴ 同前揭註1，頁5。

²⁰⁵ 詹鎮榮，論行政機關管轄權之移轉—以其對行政作用法及行政爭訟法之影響為中心，載：「行政管制與行政爭訟—法學專書系列之四」，頁189-247，2007年10月。

²⁰⁶ 行政程序法第15條參照。

²⁰⁷ 同前揭註209。

關之代行處理即為「自我介入權」。但本文所討論之行政介入範圍主要不在於行政體系內之監督，而以行政機關對司法訴訟前置程序的干預為主。

綜上所述，可以得知行政介入之行政法律關係屬於屬人性質之行政法律關係，即與多邊當事人之司法訴訟前置程序之行政法律關係。至於行政主體與人民之地位是否對等，依案例不同而有所不同。如行政調解與行政調處，以及和行政規制之行政主體與人民的地位關係即不相同。另外一般而言，傳統上行政介入之行政法律關係主要為公權力行政之法律關係，較不屬於私經濟行政法律關係，但如果公權力介入私權，會對私權之權利人產生不利益之效果，本文前已說明故不再贅述。

二、行政介入智慧財產權之法律關係

行政處分係指行政機關就公法學上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。以處分之內容為區分，行政處分可分為下命、形成及確認三種，而專利權、商標權之授予，一般認為係形成私法關係的行政處分。從實務上來看，專利權的授予被視為一種需當事人申請之處分，因此是當事人協力處分。其中最主要的是關於申請專利範圍之解釋，申請專利範圍解釋相近於當事人之意思表示，發明人在申請專利時以申請專利範圍表達其欲享有支排他權範圍。而專利專責機關代表社會公眾進行審查，在考量申請人主觀意思及對相對人保護後，再判斷其意思表示內涵。

智慧財產權之行政法律關係類型依標的而言，可能會被誤認為「關於財產之行政法律關係」，然而智慧財產權之法律關係並非為政府與人民之財產給付義務及金錢支付義務關係，究其權利本質，實為規範智慧財產權人於市場中使用排除他人使用自己合法專利、商標、著作權之權利與義務，以及保障他人不得妨害其專利、商標、著作權、以及營業秘密之權利，因此其智慧財產權之行政法律關係類型應為關於行為之行政法律關係。

若依存續時間而言，智慧財產權之行政法律關係內之權利與義務，不因一次實施而

結束，為在一定期間內可重複實施者。且對智慧財產權做終局規制，不附未來另有規制保留之行政法律關係。若以影響權利人之數目而言，智慧財產權為國家授予一方權利，而此權利會影響其他利害關係不同之人民，因此國家作成之智慧財產權行政處分為「有第三人效力之行政處分」，故為多極之行政法律關係。

若探究智慧財產權之形成在法律上之屬性，無疑是屬於一種行政作用，故因屬於作用法之範疇，其中行政主體是行政機關，為達成預期任務之行政目的，對其相對人即一般人民，實施各種行政活動，而此類活動並於兩者間產生法律關係。亦即舉凡有關權利利益之保護、行政權於行使公權力之限制、公正性與公益性之確保等行政權與一般人民關係。智慧財產形成為行政機關作成之具體行政處分，故為公法關係。

如同前述智慧財產權之行政法律關係類型，行政介入智慧財產權之行政法律關係類型依標的而言，究其權利本質實為行政機關以公權力改變、修正原來規範智慧財產權人於市場中使用排除他人使用自己合法專利、商標、著作權之權利與義務，以及保障他人不得妨害其專利、商標、著作權、以及營業秘密之權利；而當以上之公權力保護之私權產生爭議時，行政機關以公權力介入人民智慧財產權之爭議，因此其行政介入智慧財產權之行政法律關係類型亦應為關於行為之行政法律關係，其性質亦為公權力。智慧財產權之形成為行政機關以法律行為決定授予相對人對他人實施排除權之許可，故對相對人而言為受益公權力。惟對其他第三方而言，在智慧財產權人之權利保護期內，其使用智慧財產權人智慧財產權之權利受到限制，故應被視為一種「不利益」之公權力行為²⁰⁸。故智慧財產權形成之處分為多極之行政關係，但行政介入智慧財產權不一定為對特定方產生不利益效果。

若依存續時間而言，行政介入智慧財產權之行政法律關係內之權利與義務，通常因一次實施而結束，不為在一定期間內可重複實施者。且對智慧財產權亦非做終局規制，

²⁰⁸ 參見智慧財產法院 108 年行著更(一)字第 3 號判決。

未來另有規制保留之行政法律關係。若以影響權利人之數目而言，行政介入之智慧財產權為國家授予一方權利，而此權利會影響其他利害關係不同之人民，因此國家作成之智慧財產權行政處分為「有第三人效力之行政處分」，故為多極之行政法律關係。

第三項 行政介入之行為形式

一、行政介入行為形式概述

一般而言，行為形式可稱之為「法律形式」、「法律手段」等，主要涉及具體的權利義務關係之形成方法，或者與私人之間的法律關係的產生、變更、消滅之方法²⁰⁹。但另一方面，行政法也包括法的構造、法系統、及法制度等。因此行政法法律行為不只限於行政行為，例如，塙野宏教授將行政立法、行政處分、行政契約、行政指導、行政計畫視為「行政行為形式」，而將行政上之義務履行確保、即時強制、行政調查、行政程序、行政資訊管理作為「行政上的一般制度」²¹⁰。更明確而言，畠山武道認為行為形式論具有提供行政活動的實體法理論和權利救濟理論的重要功能，另一方面也必須考量具備探討市民參與、信息公開、說明責任、政策手段選擇、政策評價與制度評價等分析性功能之行政手段²¹¹。

而如前所述，行政行為之範疇除了包括行政處分、行政契約、行政指導、行政計畫等行為形式，亦具有政策手段選擇之性質。但行政介入之行為形式並非包括所有之行政行為形式。如行政機關介入解決民事紛爭方法之選擇、資源使用之選擇等。故阿部泰隆教授認為行政介入所使用之行政手段包括監督、服務、土地利用規制、經濟的手法、資訊的收集管理和保護、補貼、指導、資訊提供、行政上的強制與制裁、刑事罰、民事手法、紛爭的解決等²¹²。至於行政介入，畠山武道認為行政介入可考量之行政手段可以分

²⁰⁹ 同前揭註 156。

²¹⁰ 同前揭註 156。

²¹¹ 同前揭註 156。

²¹² 同前揭註 156。

為五種類型：直接規制手段、自主行動手段、計畫手段、合意手段、誘導與指導手段。

其詳細內涵說明如下²¹³：

(一)直接規制手段

直接規制手段包括許可、認可、特許、申報、登記與檢查等制度，且任何一制度均非由單一行為形式構成，而是由規制基準設定、事前申請與申報、內部審查、審查結果通知、確認合法調查、違法行為改正指導或命令、行政處罰等行為形式和程序等組合而構成。

(二)自主行動手段

指以適度行政干預為前提，亦即行政機關主導推動私人自主行動，如強制經營者進行自主規制、企業對消費者的信息提供義務、自主行動團體締結協定、設立公益法人與強制加盟等。

(三)計畫手段

指行政機關訂立目標，並系統設計為實現特定目標之組織、財源、各主體任務、行動方案，從而實現經濟活動與市民生活長期而有序之發展。行政計畫數量眾多，諸如國土計畫、地方財政計畫、科學技術基本計畫等等。

(四)合意手段

行政主體與私人或者私人相互之間達成協議，基於協議內容自主採取行動以實現行政目的手法，其基本單位為行政契約，例如行政機關對私有財產權之徵用方式，可以以行政契約方式訂之。

²¹³ 同前揭註 156。

(五)誘導與指導手段

指行政機關引導私人採取自主行動，以實現行政機關之預期目標。誘導手法形態主要包括：建議、指導、啟發、團體與人員培養、設施與資訊提供等事實行為，以及稅制優惠、獎勵金、公益基金設立、補助金協助融資等財政和金融措施等等。

另一方面，隨著時代進步與環境改變，行政行為形式理論也受到很大挑戰，由行政行為形式逐步邁向新理論—行政法律關係理論。此一趨勢也對行政介入造成影響，以下本文將進一步說明。

據上所述，行政介入之範疇與內涵不僅限於行政行為形式理論，而因包括更廣泛之內容。而且在行政介入之行為形式上，傳統之行政行為也不能完全適用於行政介入之行為形式。例如行政契約就極少用於行政介入解決私權之爭議。本文認為畠山武道所主張行政介入可考量之五種行政手段在法理與應用上堪稱完備且具可行性，因此本文認為行政介入可考量之行政手段包括直接規制手段、自主行動手段、計畫手段、合意手段、誘導與指導手段。但若針對行政介入智慧財產權之行為形式類型，因智慧財產權行政之特性，並非以上五種類型均能適用，以下本文將進一步討論。

二、行政介入智慧財產權之行為形式

本文先前已說明為了因應國際間競爭，國家為了強化競爭效率以及維護社會公益，行政機關在某些情形下必須介入國民經濟活動中勞動權、財產權等領域之經濟活動，包括經濟合約規範、私權糾紛調解、調處、仲裁等等。但為了減少行政介入對國民經濟活動之限制，以及避免行政機關濫權之可能，行政機關介入手段通常採取「比例原則」，以及「依法行政」，行政機關必須在法律規範下，以合法的手段與程序進行介入，才能保護人民的權益；而相關行政程序也必須接受司法的審查。因此行政介入智慧財產權時，舉凡對於著作權、專利、營業秘密，均必須符合必要性、中立性、合法性三個要件。是故行政介入智慧財產權時，應視不同權利性質、不同情勢、不同主體與客體而有不同之

行政介入形式。

而本文先前曾說明畠山武道認為行政介入可考量之行政手段可以分為五種類型：直接規制手段、自主行動手段、計畫手段、合意手段、誘導與指導手段。但在行政介入智慧財產權之行為形式中，由於畠氏所提之誘導與指導手段、計畫手段較偏向於行政機關於智慧財產權形成之相關行政手段，非屬行政介入之範疇，因此本文認為行政介入智慧財產權之行為形式依介入強度可區分為低強度之自主行動手段、中強度之合意手段、以及高強度之直接規制手段。

(一)自主行動手段

是指以適度行政干預為前提，亦即行政機關主導推動私人自主行動，如強制經營者進行自主規制、企業對消費者之資訊提供義務、對制定行動基準之建議和勸告、與自主行動團體締結協定、設定外部限制、給予補貼、設立公益法人與強制加盟等。智慧財產權中之集體管理即屬此類²¹⁴。

(二)合意手段

合意手段指行政主體與私人或者私人相互之間達成協議，基於協議內容自主採取行動以實現行政目的之手法。智慧財產行政機關在訴訟前置程序介入民事事件，如調解、調處、仲裁，然後根據雙方合意，智慧財產行政機關在對糾紛在以事實為根據下進行調解、調處，並製作調解或處理決定書，該文書之性質屬於私人間之契約。行政介入智慧財產權之合意手段，為我國法律所明文規定²¹⁵。

(三)直接規制手段

直接規制手段包括許可、認可、特許、申報、登記與檢查等制度，其手段由規制基

²¹⁴ 著作權法第 81 條參照。

²¹⁵ 經濟部智慧財產局組織條例第 2 條規定事項六參照。

準設定、事前申請與申報、內部審查、審查結果通知、確認合法調查、違法行為改正指導或命令、行政處罰等行為形式和程序組合構成。直接規制、徵稅與課徵金、行政處罰等具有威懾和預告功能，故稱之為高強度之直接規制手段。

行政介入智慧財產權之直接規制手段包括：

1. 智慧財產權之保護

(1) 智慧財產權之邊境保護

專利法第 97—1 條：「專利權人對進口之物有侵害其專利權之虞者，得申請海關先予查扣。」美國美國國際貿易委員會 ITC 可依「關稅法」337 條下達「禁止進口令」、其他還有歐盟「有關保護智慧財產權之邊境措施規則」、日本「關稅法及關稅法施行令」、韓國「不公平國際貿易行為調查及工業損害賠償法」以及中國大陸「知識產權海關保護條例」。

(2) 特殊智慧財產權之保護

關於植物品種保護，「植物品種及種苗法」第 2 條規定植物品種主管機關：在中央為行政院農業委員會；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。因此領域非本文討論之重點，故不做進一步說明。

(3) 智慧財產權保護之執行

行政介入智慧財產權保護之執行屬行政執行範疇，本文前述已引劉宗德教授說明行政執行可能發生之問題，亦即就行為或不行為義務言，必須先經過間接強制無效之後，除非有緊急之狀況存在才能轉換到直接強制。因此以行政介入智慧財產權之保護，固然因其屬直接規制行為而具有高度強制性，但論其執行面仍需行政機關之積極配合，方能達成具體之功效。

2. 智慧財產權之公權運用

(1) 徵用

徵用權利類型包括擁有權、使用權，可行之行政行為包括行政處分或行政契約，國家給付類型包括補償或國家賠償，救濟手段包括訴願、行政訴訟。

(2) 強制授權

強制授權之權利類型為使用權，可能之行政行為包括行政處分或行政契約，國家給付類型包括補償或國家賠償，救濟手段包括訴願、行政訴訟。以專利的強制授權為例，專利法第 87 條²¹⁶規定強制授權時機為一、增進公益之非營利實施。二、發明或新型專利權之實施，將不可避免侵害在前之發明或新型專利權，且較該在前之發明或新型專利權具相當經濟意義之重要技術改良。三、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。著作權之強制授權見於著作權法第 69 條規定²¹⁷，亦為智慧財產權專責機關之法定權限²¹⁸。

第四項 行政行為介入之法律效果

本文先前於討論行政規制之法律效果時，從提出黃茂榮教授等學者提出行政介入之法律依據及效果包括如下：

- (1) 非經調解、調處，不得起訴；
- (2) 調處不成時未規定其後續程序；
- (3) 調處不成，由主管機關決定之，不服者得請求行政救濟；
- (4) 調處不成，由主管機關決定之，不得再提異議；

²¹⁶ 專利法第 87 條參照。

²¹⁷ 著作權法第 69 條參照。

²¹⁸ 經濟部智慧財產局組織條例第 2 條參照。

(5)就調處、仲裁、起訴擇一聲請；

(6)私人應服從調處機關之命令；

(6)任意行政仲裁；

(7)強制行政仲裁；

(8)行政規制。

黃茂榮教授等學者提出行政介入之法律依據，依照不同法律案例，由不同的法律規定，如下表所規定：

表 7 我國法律中行政介入之法律效果及法律依據²¹⁹

行政介入法律效果	法律效果
非經調解、調處，不得起訴	土地法第五十九條、土地法第一百零一條、土地法第一百二十二條、耕地三七五減租條例第二十六條、公害糾紛處理法第三十二條
調處不成時未規定其後續程序	水土保持法第十五條、漁業法第五十條
調處不成，由主管機關決定之，不服者得請求行政救濟	平均地權條例第六十條之二、農地重劃條例第二十六條、森林法第二十條、礦業法第八十一條、漁業法第三十八條、漁業法第五十條、鐵路法第十七條第二項、電信法第十六條第三項、第四項
調處不成，由主管機關	平均地權條例第五十六條、農地重劃條例第七條、新市鎮開

²¹⁹ 同前揭註 1，頁 58-59。

關決定之，不得再提異議	發條例第五條、建築法第四十五條
就調處、仲裁、起訴擇一聲請	海商法第一百四十五條、海商法第一百六十一條
私人應服從調處機關之命令	民用航空法第四十七條
任意行政仲裁	海商法第一百六十一條、身心障礙者保護法第七條第四項
強制行政仲裁	民營公用事業監督條例第十五條、證券交易法第一百六十六條、勞資爭議處理法第三十五條
行政規制	消費者保護法第四十二條、公平交易法第二十六條

至於行政介入智慧財產權時，依法律規定多半無強制性，也非訴訟前置程序，因此其法律效果僅包括：(1)調處不成時未規定其後續程序，以及(2)調處不成，由主管機關決定之，不服者得請求行政救濟。前者發生於著作權管理使用之訴訟，後者則適用於智慧財產權之強制授權，相關內容本文將在第五章以案例詳細說明。

第三節 行政介入之合憲性與適法性

第一項 行政介入之合憲性

行政介入私權涉及人民權益保障、國家機關權責劃分、以及人民訴訟權益保障等關於憲法之權利保障；因此關於行政介入是否合憲性，必須從以下三方向觀察：

1. 國家介入私人權利之權限；
2. 司法權與行政權之權限分配；

3. 人民訴訟權利之保障；

以下將詳細說明各項之內涵。

一、國家介入私權之權限

憲法中與私權相關之保障，最主要體現在第 15 條：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」而如果私權受到侵犯，第 16 條保障人民有請願、訴願及訴訟之權利。關於人民權利被公務員侵犯時，憲法第 24 條規定公務員必須受法律懲戒外，以及負刑事及民事責任；並得依法律向國家請求賠償²²⁰。因此，國家介入人民之私權時，必須依法介入，並保障人民權利。而人民間之私權爭議，因為通常指私人間之法律關係爭議，亦即是以私法為依據之法律關係爭議，依私法自治原則是以司法途徑由訴訟進行救濟，而非以國家公權力介入。

如司法院釋字第 540 號解釋：「國民住宅條例，條例第 21 條第 1 項規定：國民住宅出售後有該條所列之違法情事者，『國民住宅主管機關得收回該住宅及基地，並得移送法院裁定後強制執行』，乃針對特定違約行為之效果賦予執行力之特別規定，此等涉及私權法律關係之事件為民事事件，該條所稱之法院係指普通法院而言。對此類事件，有管轄權之普通法院民事庭不得以行政訴訟新制實施，另有行政法院可資受理為理由，而裁定駁回強制執行之聲請。」司法院釋字第 763 號解釋：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序。」

因此，根據憲法，法院掌有解決人民之私權爭議之憲法上權限，但有學者認為：「以私權爭議之解決為主要任務的民事訴訟審判權，是否為法院之固有權限或獨占性權限，

²²⁰ 中華民國憲法第 15、16、24 條參照。

構成憲法上之「司法保留」，為其他權力機關所不得染指？又私權爭議之解決是否因而完全屬於掌理民事訴訟審判權之法官的權限範圍，凡屬私權之爭議，僅法院享有介入解決之權限？不無疑義。」²²¹對於此一問題，憲法第 77 條明定：司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務之懲戒。」因此黃茂榮教授等學者認為「由法官所行使的民事訴訟審判權以對於訟爭標的擁有最後且具有潛在終局拘束力之紛爭解決權為其核心內涵……。行使司法權之法院的關鍵性權力存在於對爭議事件的『最後決定權』〈Das letzte Wort〉，而非『第一手發言權』〈Das erste Wort〉。」²²²

而司法權意義與司法保留之範圍為何，憲法第 77 條明定之司法權至少包括民事訴訟審判權、刑事訴訟審判權、行政訴訟審判權、公務員懲戒決定權，第 78 條包括解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。是故即使憲法對於法院之審判權符合法律保留原則，但審判權應該限於最終終局拘束力。但對於訴訟程序或訴訟前置程序，若非屬法院在憲法上之固有權限，則行政機關在訴訟前置程序介入民事事件，如調解、調處、仲裁、或是行政裁定等，應該可以留有立法空間。在某些前提條件下，立法者應該可立法賦予行政機關介入私權之可能，但該行政介入之權限及其界限，仍應該尊重司法權，亦即行政權之介入仍須經由司法審查。

二、司法權與行政權之權限分配

國家應該由何種機關介入人民私權，涉及憲法上權力分立原則。劉宗德教授認為：「憲法上『機關功能最適原則』之意義，在於判斷憲法機關間之權限分配是否符合權力分立原則。除行政機關與立法機關間之權限爭議外，於行政機關與司法機關間亦有適用。」

223

²²¹ 同前揭註 1，頁 10-11。

²²² 同前揭註 1，頁 13。

²²³ 劉宗德，台灣轉型正義之制度設計芻議—兼論「政黨財產處理條例」之合憲性，台灣法學雜誌，313 期，頁 98-110，2017 年 2 月。

另一方面，人民既為私法上之權利主體，於訴訟或其他程序亦居於主體地位，應享有程序處分權及程序選擇權。司法院釋字 591 號解釋文」說明：「現代法治國家，基於國民主權原理及憲法對人民基本權利之保障，人民既為私法上之權利主體，於訴訟或其他程序亦居於主體地位，故在無礙公益之一定範圍內，當事人應享有程序處分權及程序選擇權，俾其得以衡量各種紛爭事件所涉之實體利益與程序利益，合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議。仲裁係人民關於一定之法律關係，及由該法律關係所生之爭議，依當事人協議交付仲裁庭依規定之程序為判斷，以解決私法爭議之制度(仲裁法第一條、第二條及第三十七條參照)。」是故人民可基於當事人之合意為基礎，本於契約自由原則，選擇依訴訟外之途徑處理爭議問題，以解決爭議。而行政機關在某些情形下，可主動介入促成此爭議處理程序，應不違反憲法保障人民私權之原則。

而關於行政權介入民事事件之司法審查，應該隸屬於何種法院，司法院釋字第 466 號解釋文」指出：「我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之……(後略)」因此劉宗德教授認為：「僅由行政法院認定行政處分之合法性，並非終局認定私人財產權歸屬之適切途徑，況由行政機關以行政處分認定私人財產權之歸屬，更難謂符合機關功能最適原則之精神。」²²⁴而且私權爭議之解決機制主要在於民事訴訟審判權，因此行政權介入民事事件之司法審查，人民做為私法上、訴訟上之主體地位，應享有程序處分權及程序選擇權，故不能排除負責民事訴訟之普通法院。

三、對於人民訴訟權之影響

對於人民而言，發生私權爭議時如果行政權介入是否對訴訟權造成影響，或是人民可以依憲法上所享有之訴訟權保障，發生私權爭議時，有權逕向法院起訴，並拒絕行政

²²⁴ 同前揭註 223。

機關介入私權爭議，這是行政介入之另一個重要議題。要釐清此一議題，要從人民之訴訟權之意義內涵、行政介入私權爭議對訴訟權之影響兩個層面來釐清。

關於訴訟權之定義，黃茂榮教授等學者認為是「指人民認為其權利受侵害或有受侵害之虞時，為尋求其權利之保護，而向國家法院提起訴訟，請求為一定之裁判的權利。一般稱之為『司法人權』或『司法上的受益權』。」²²⁵司法院釋字第 507 號解釋文」進一步說明：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，此項權利自亦包括人民尋求刑事司法救濟在內，是故人民因權利遭受非法侵害，加害之行為人因而應負刑事責任者，被害人有請求司法機關予以偵查、追訴、審判之權利，此項權利之行使國家亦應提供制度性之保障。其基於防止濫訴並避免虛耗國家有限之司法資源，法律對於訴訟權之行使固得予以限制，惟限制之條件仍應符合憲法第二十三條之比例原則。」訴訟權不能以其他法律或規定限制，如司法院釋字第 507 號解釋文」所述：「專利法前述規定以檢附侵害鑑定報告為行使告訴權之條件，係對人民訴訟權所為不必要之限制，違反憲法第二十三條之比例原則。」

人民之訴訟權包括使用司法程序的權利，以及受公平審判之權利。憲法保障人民有權進入法院，依法定程序提起訴訟以解決包括人民與國家、人民與人民間之紛爭，以尋求權利之救濟。訴訟權也保障人民享有由法官公平審判之權利，以及應享有法定之程序保障。而人民間私權爭議如無法經由協議，得由爭議雙方自己和平解決，如無法由當事人間自行解決，自得向法院請求裁判以解決糾紛。行政介入之意義於此相同，只要行政介入未解決人民之爭議時，仍得向法院尋求救濟，而訴訟權提供人民最後有得據以請求保護其權利之司法救濟途徑。是故立法者立法容許行政機關介入私權爭議，是對於訴訟程序之形成自由，並無違憲之虞。因此司法院釋字第 540 號解釋文」說明：「立法機關亦得依職權衡酌事件之性質、既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛

²²⁵ 同前揭註 1，頁 14 頁。

爭程序另為適當之設計。」因為非憲法上權利而僅為法定權利，故如行政介入中之行政調解必須配以司法審查制度，才不致侵害人民的訴訟權²²⁶。

第二項 行政介入之適法性

依法行政原則是支配現代法治國家行政權之基本原則，「行政程序法」第4條規定行政行為應受法律及一般法律原則之拘束²²⁷。故行政介入必須依循法律之規定，亦即必須具有合法性，殆無疑義。行政權介入私權之合法性主要在於不違反私法自治原則，而具體反映在契約自由。劉宗德教授指出：「所謂私法自治，得由「實體法層次」與「訴訟法層次」分別觀察，前者以契約自由為中心，後者則以訴訟當事人程序處分權為代表。」

²²⁸

以契約自由而言，契約自由仍然得以法律限制。司法院釋字第576號解釋指出：「契約自由亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。」而以訴訟當事人程序處分權而言，司法院釋字第591號解釋文解釋理由書指出：「人民既為私法上之權利主體，於訴訟或其他程序亦居於主體地位，故在無礙公益之一定範圍內，當事人應享有程序處分權及程序選擇權，俾其得以衡量各種紛爭事件所涉之實體利益與程序利益，合意選擇循訴訟或其他法定之非訴訟程序處理爭議。」

故立法機關基於制度制定自由，制定行政權介入私權之相關法律；而行政機關依法以行政權介入私權，均具有合法性。至於行政介入之法規範，黃茂榮教授等學者認為行政介入在下述情形必須有法律之明文依據作為規範基礎²²⁹：

²²⁶ 黃明陽，我國行政機關ADR制度之理論探討—以行政調解制度為中心（下），政大法學評論，90期，頁119-170，2006年。

²²⁷ 行政程序法第4條參照。

²²⁸ 同前揭註227

²²⁹ 同前揭註1，頁63。

- 1.其介入擬採前置主義(強制主義)者，
- 2.在調解或調處不成立時，不論裁決效力是否繫於當事人未在裁決後一定期間內起訴，規定行政機關得對於私權爭議逕為裁決者，
- 3.擬介入多數債權人之債務之清理者。

但另一方面，李震山教授則認為²³⁰私法範圍內適用私法自治、契約自由，乃在創設於國家不得介入之空間；在公法領域內，國家有下令權、形成權，國家意思有拘束力、強制力。但工業及資本主義之興起，造成社會中許多契約雙方不對等性，使經濟上弱者處於不利地位。為實現社會正義與人權保障，故以國家權力限制所有權或相關私權，即對契約自由原則予以修正限制，由國家介入擔任分配指導角色以推行福利國政策。但李震山教授亦認為²³¹在國家以立法手段使公權力得介入私權爭執前，首應考量「基本權利第三人效力」(Drittwirkung der Grundrechte)理論，需先由普通法院負起保障基本權利之責任，不宜逕以立法方式將原本純私法範疇之侵犯行為列入公法範圍而加以刑法化、行政法化或其他形式之公法化，過度侵犯「私法自治」、「契約自由」之精神。

故總結以上看法，行政介入有其法理上之依據，惟其應以依法行政為要件，並尊重私法自治之精神，以及立法者立法之權限。我國目前可供行政介入之項目，多半都有法律之依據，已如表 4—4 所說明。

第四節 行政介入之效力與救濟

行政介入屬於一種公權力之實施，在實施公權力時，首先必須具備法律依據或授權；其次公權力必須履行正當法律程序。如果公權力未具備法律依據或授權，或未履行正當法律程序時，可循特定法律救濟。行政介入之訴訟與救濟，主要分為行政途徑與司法途

²³⁰ 同前揭註 169。

²³¹ 同前揭註 169。

徑，相關內容於以下詳述之。

第一項 行政途徑

行政介入主要可分為調解、調處、裁決、仲裁或行政規制。調解、調處主要目的在使促成當事人達成協議以解決紛爭，如果雙方不達成協議，原則上行政調解程序終結進入司法訴訟；而在行政調處程序中行政機關可採取逕由行政機關依職權裁決。原本當事人間協議應該為雙方合意，但某些行政機關介入之程序對某些當事人而言非出自自願，如破產法上之強制和解。此外行政規制雖非對於私權爭議產生直接影響，而是因其附隨之反射作用使爭議當事人間關於爭議事項之實體關係有發生、變更或消滅之效力²³²。這些公權力行為之救濟包括合法公權力行為下之損失補償、以及違法公權力下之國家賠償，當事人可以提起訴願以及行政訴訟尋求救濟。

另一方面，若是行政機關依職權或依申請而行使介入權對當事人行使介入權，如科技基本法之介入權，因其行政介入屬於行政處分，則就該行政處分不服之權利人，即得提起撤銷之行政訴訟。若申請人申請行政機關行使介入權遭否准，則應提起課予義務訴訟，請行政機關為介入之決定²³³。

第二項 司法途徑

行政機關介入私權，其法律效果視其態樣不同而定。如果涉及「程序選擇權」或「當事人處分權」，如法律規範當事人一方得申請行政機關裁斷者，或需當事人雙方共同申請者(如勞資爭議之仲裁)，當事人不選擇訴請法院裁判，而向行政機關申請裁斷，此為其「程序選擇權」，則必須有司法救濟途徑作為訴訟權保障之擔保²³⁴。不論行政機關介

²³² 同前揭註1，頁25。

²³³ 林昱梅，科技基本法之介入權及其行政訴訟相關問題之研究，台灣法學雜誌第147期，頁58-82，2010年3月。

²³⁴ 劉宗德，公權力關係所生爭議利用仲裁解決之論議，月旦法學雜誌，285期，頁55-85頁，2019年2月。

入私權僅是先行程序(Vorverfahren)，或是前置程序，原則上最後還是應接受司法審查²³⁵。而因我國採行司法二元主義，因此關於民事訴訟與行政訴訟之審判，分由不同法院審理，私法關係所生之民事糾爭，應由普通法院審判。至於行政介入中所作法律事實的認定對法院是否有拘束力，則視不同案例而定。

至於救濟程序，參照司法院釋字第 418 號解釋文亦表示：「訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。」而法律規範一方當事人申請仲裁，另一方不得拒絕或行政機關得依職權交付仲裁，亦極類似「強制仲裁」效果者，最終可提起撤銷仲裁判斷之訴訟，仍有司法救濟作為訴訟權保障之擔保²³⁶。而智慧財產權之行政介入之救濟，主要與智慧財產權爭議之私法途徑相同，當事人若不服行政介入之結果，如為民事爭議事件，則續行訴訟程序；若為智慧財產權之強制授權，則可進行行政訴訟；本文將在第五章以案例詳細說明。

第三項 行政介入之延伸—行政立法請求權

一、行政立法權之產生

行政介入之初衷為防止行政機關不作為時，國民可行使介入請求權以促請行政機關介入解決私權之紛爭，或預防對人民之損害，本文先前以詳加說明。但如前所述，行政介入之手段包括行政調解、行政調處與行政規制等，均屬於行政程序之手段。但若行政手段無法解決相關問題，而需要以行政機關以行政立法方能處理；或是當行政機關對立法者授權予其行政立法之權限，而行政機關可能立法懈怠時，以上兩種情形均可能造成人民生命財產之損害。特別是第二種立法懈怠態樣，更因明顯違反立法者之授權而妨礙法律之執行，進而造成行政管理上之困難，最終導致利害相關之人民在生命、身體或財

²³⁵ 同前揭註 1，頁 58-82。

²³⁶ 同前揭註 235。

產上受有損害之虞。

然而在法治國觀念下，一般憲政國家均將行政權與立法權有所區隔，以避免行政權擴張而成為專制國家。立法之權力與行政之權力屬於不同之機關，立法權由人民所選舉之立法機關行使，而行政機關僅能法律範圍內，對於未限制人民權利或未增加人民負擔之事項之進行裁量。然而近年來由於社會環境變遷，立法權之立法效能面臨以下考驗：

(1)立法機關討論法案時間不足：以我國立法院為例，通常一個會期要通過多個法案，因此關於法案討論時間明顯不足。

(2)立法機關專業能力有限：立法機關無法廣納各類人才作衛立法者諮詢，使立法機關專業能力受到影響。

(3)立法機關非常態開會：以我國立法院為例，通常採「會期制度」(session system)每年兩個會期，雖然有延長會期與臨時會之機制，但仍然不足以反應面臨突發情況與變局。

(4)立法機關無法擺脫政黨色彩：以我國立法院為例，通常不免以透過「政黨協商」、「包裹表決」方式通過法案，難免產生如政治學中歐美國家常出現之「肉桶立法」、「蠟燭選區」等偏向政黨利益之立法結果。

(5)立法機關無法因應各地特殊需要：國會制定全國一致之法律，但各地情形不同，依地方自治原則地方政府可制定自治條例以補齊不足，但有時不免有所扞格。

有鑑於立法權之效能有時無法因應之需求，因此憲法賦予行政機關制定法律之空間，即所謂「行政立法」(Administrative rule-making)，指行政機關具有得以制定法規命令和行政規則之權力，亦即機關得訂定、修正或廢止法規，而人民依憲法規定亦享有請求行政機關制定法規命令之權利，此權利即「行政立法請求權」，而我國的學者通常稱之為「規範制定請求權」或「法規命令制定請求權」。

二、行政立法請求權

依「行政程序法」之規定，行政機關可制定之法規包括法規命令與行政規則，「行政程序法」第 150 條規定之法規命令指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定，故其對一般人民及其他機關有拘束力²³⁷，而「行政程序法」第 159 條亦規定之行政規則指上級機關對下級機關、或長官對屬官，規範機關內容執行與運作之一般抽象規定，因此行政規則非直接對外發生法規範效力。由上述可知人民對於法規命令制定請求權之標的，應限於對外發生法律效果之法規命令²³⁸。

而「行政程序法」第 152、153 條，則規範人民對於「法規命令制定請求權」之實施²³⁹，「行政程序法」規定法規命令之訂定得由人民或團體提議為之，人民或團體以書面敘明法規命令訂定之目的、依據及理由，並附具相關資料即可提出。而理提議之行政機關，應根據是否為主管機關、是否得以法規命令規定、以及是否有訂定法規命令之必要等情況進行判斷後，認為有訂定法規命令之必要者，應即著手研擬草案。

三、行政立法之條件及限制

關於「法規命令制定請求權」之法理依據，學者有正反兩面不同意見。學者吳志光提出從行政訴訟之觀點而言，「由於法規命令係針對不特定之對象、抽象之事件，人民若尚未成為依該法規命令所為行政處分之相對人或利害關係人，而欲主張其權益受該法規命令之侵害，進而提起行政爭訟自有一定之困難。」²⁴⁰為解決此一困境，故「行政程序法」第 152 條以下規定關於人民提議訂定(或修正、廢止)法規命令之程序，如果在遭到

²³⁷ 行政程序法第 150 條參照。

²³⁸ 行政程序法第 159 條參照。

²³⁹ 行政程序法 第 152、153 條參照。

²⁴⁰ 吳志光，行政訴訟法案例系列(10)--行政機關依法律授權為補充法規範內容公告之行政爭訟途徑，法學講座，第 17 號，神州圖書出版有限公司，頁 35-42，2003 年 5 月。

行政機關拒絕且符合一定要件者，人民乃得以提起行政訴訟救濟²⁴¹。

但學者盛子龍提到關於「法規命令制定請求權」否定說之主要兩種看法：一是認為「立法者授權行政機關制定法規命令，而制定法規命令的行為實質上仍是法規範的制定、創造行為，因此行政機關在此所享有的係『規範制定的裁量』，與實質上仍屬於法律執行行為之行政裁量(法律效果裁量)有顯著區別。....基於權力分立原則，如果容許人民可以向法院起訴請求行政機關制定法規命令，勢將使得行政機關的規範制定裁量權轉移至法院之手。」²⁴²另一方面否定說也認為「由於法規命令係抽象一般性之法規範，其所規範的對象係不特定事件及不特定多數人。因此法規命令制定之目的基本上是為了維護或促進公益。因此受規範者自無請求制定法規命令的公權利。」²⁴³

而「法規命令制定請求權」之成立要件，依學者盛子龍之看法，應包括以下要件²⁴⁴：

(一)行政機關有制定法規命令之義務

立法者透過法律授權行政機關制定法規命令，除了賦予行政機關制定法規範的權能外，也可以同時課予其一個行為義務。而這此行為義務必須由檢視授權母法與法規命令之功能關聯、授權母法之整體規範結構以目的以定之。

(二)授權規範必須具有保護個人利益之意旨

公權利成立仍應依「保護規範理論」，亦即授權規範課予行政機關制定法規命令之義務之規範目的，不僅於為了維護公共或大眾利益，而必須是尚具有保護個人利益之意旨才足以當之。

²⁴¹ 行政程序法第 152 至 158 條參照。

²⁴² 盛子龍，行政訴訟法上「請求法規命令制定之訴」初探，收於當代公法新論（下）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，頁 193-213，2002 年，。

²⁴³ 同前揭註 242。

²⁴⁴ 同前揭註 242。

(三)行政機關未於相當期間內履行其訂定法規命令之義務

在授權規範本身已明定有制定期限時，行政機關只要逾期仍未完成其制定法規命令之義務，個人之法規命令制定請求權即告成立。而在智慧財產權領域中，其行政介入之範疇是否包括「行政立法請求權」，由於我國智慧財產相關法律並無明文規定，因此若依「行政程序法」之規定，應該無法予以排除。其主要之爭亦應在於請求權實施之標的是否符合專責機關主觀之法規命令，以及是否符合前述「法規命令執行請求權」之要件。

第五節 小結

在本節中，本文詳述行政介入之基本理論，包括法律關係、行為形式，以及其合憲性與適法性。並說明行政介入智慧財產權之可行之行為形式、產生之法律關係、以及產生之法律效果和救濟。行政法角度而言，行政介入智慧財產權過程具合憲性與適法性，並特別側重於行政介入請求權之行使，必須經由當事人請求及雙方當事人同意才可實施，以免造成公權介入影響私權之結果。而國外智慧財產權較為發達之國家，對於行政介入智慧財產權，亦有不同程度之規定，本文將在第五章中加以比較說明。

第四章 行政介入智慧財產權之比較法制

因各國法制與國情不同，故有不同之行政介入之型態。本文將以主要智慧財產權國家；美國、日本之行政介入法制，包括行政介入之主體、行政介入之標的、行政介入之法律依據與程序、以及行政介入之法律效果進行說明。

第一節 行政介入之主體

第一項 智慧財產權民事糾紛之行政介入

關於行政介入之定義與範疇，本文已於第三章說明，主要指行政機關對民事糾紛處理時進行行政干預，惟行政介入必須由當事人主動加以請求，並經由當事人同意，透過行政調處、行政調解、行政仲裁等方式，產生雙方當事人均同意之結論，以契約方式達成協議，而此協議為私人契約之效力。但徵諸各國法制，對於行政介入民事糾紛之規定已經有所不同，對於行政介入智慧財產權爭議之適用，更具有相當大之差距，故有必要加以比較分析，以下本文將根據各國不同類型之法制加以比較。

一、低度行政介入型

低度行政介入智慧財產權民事糾紛之國家，可以美國做為代表。美國為高度保護智慧財產權之國家，亦為訴訟高度發達國家，但其對於智慧財產權之保護，多集中在於法律訴訟，特別在於民事侵權訴訟。而智慧財產權之訴訟程序複雜、專業程度高，特別是關於專利之訴訟，涉及科技之進步與商業競爭，往往有緩不濟急之情況。因為聯邦法院並無配備處理專利侵權中出現的複雜問題之人力與設備，而借重技術專家卻造成互相矛盾證詞屢見不鮮，缺乏技術專長之法官和陪審團成員常為此感到困惑，且因缺乏解決矛盾主張背景而導致冗長的審判和不正確判斷。

特別是美國法院系統設計目的並非準確、高效解決重大糾紛如專利侵權案件，故前

大法官 Warren E. Burger 亦曾說：「依靠對抗過程作為解決手段糾紛是必須糾正的錯誤……對於某些糾紛，審判將是唯一的手段，但是對於許多索賠而言，對抗競賽必須及時走上遠古審判的道路通過戰鬥和鮮血。我們的系統太昂貴、太痛苦、太具有破壞性，對於一個真正的文明人民來說太低效了。」²⁴⁵因此，近數十年來，美國之智慧財產權紛爭，逐漸採取訴訟外解決機制(Alternative Dispute Resolution，簡稱為 ADR)之途徑，特別是在 1996 年後陸續通過「行政爭議解決法」(Administrative Dispute Resolution Act)，「協商式法規制定法(Negotiated RuleMaking Act)、「仲裁法」(Arbitration Act)之訴訟外解決機制相關法規後，政府與民間之糾紛、以及民事糾紛都有越來越依靠訴訟外解決機制之趨勢。

而美國關於智慧財產權之民事糾紛之處理，一般而言，除了與貿易相關部分由國際貿易委員會(International Trade Commission，簡稱 ITC)於關稅法 337 條款中有進行政調解之事例²⁴⁶外，不論聯邦與州之行政機關較少進行行政干預，亦無人民向行政機關請求主動介入促請各方當事人進行調解、仲裁等程序之規定，故可以稱美國為智慧財產權民事紛爭中，為低度行政介入行之國家。

在由國際貿易委員會有關行政裁決之過程中，一方當事人可以促請國際貿易委員會進行調解，此促請之權利與國際貿易委員會介入雙方紛爭處理之法律意義，應與本文所述行政介入之定義相同，故美國並非在智慧財產權民事紛爭處理中，完全不具行政介入之性質。至於相關之程序與法律依據，將在本章後續各節中說明。

二、特定領域行政介入型

於特定領域才適用行政介入民事糾紛之國家，可以日本做為代表。日本之訴訟外解決程序相關法規「ADR 利用促進法」雖然在 2007 年才通過，但早在 1980 至 1990 年代，

²⁴⁵ Paradise, Gregg A., *Arbitration of Patent Infringement Disputes: Encouraging the Use of Arbitration Through Evidence Rules Reform*, Fordham L. Rev. 64, p.247-280(1995).

²⁴⁶ 朱淑娣主編，中美知識產權行政法律保護制度比較--捷康公司主動參加美國 337 行政程序案，知識產權出版社，頁 155，2012 年。

IBM 與富士通軟體版權爭議即已在美國國際商業仲裁協會(American Arbitration Association，簡稱 AAA)進行仲裁²⁴⁷。此後從 1990 年代後期，為強化日本在智慧財產權之糾紛處理效率，日本成立智慧財產權仲裁機構，使智慧財產權糾紛能以協調而非訴訟方式處理。而隨著「ADR 利用促進法」於 2007 年通過，民事糾紛各方當事人可透過 ADR 彌補司法訴訟固有之局限，並滿足國民對於糾紛解決手段多樣化需求。另一方面，在法院方面，東京地方法院和大阪區在法院建立了智慧財產權部門，並提升法官專業知識，此二地方法院對發明專利權和實用新型專利權訴訟擁有管轄權。而日本之智慧財產權 ADR，主要由智慧財產權仲裁中心進行²⁴⁸。

此外，如第三章所述，為因應現代行政法轉型之需求，使人民對於政府行政權不作為有請求發動之公權力，以使行政權能排除違法之侵害，故日本學者創設「行政介入請求之權利」²⁴⁹，承認公民在行政機關怠於行使行政權、履行預防糾紛的責任時可以依法請求行政機關發動行政權，亦即行政介入請求權。至日本於 2004 年修訂「行政事件訴訟法」時，乃於該法第 37 條明文賦予日本公民依法向行政機關申請對他人侵害行為加以行政介入之權力，即我國行政法之課予義務訴訟。至 2014 年，日本復又公布「行政不服審查法」，作為公民對行政不服申訴制度之直接法律依據來源，其中規定日本行政機關應更加積極地介入糾紛調處實踐，此一權力亦適用於行政機關對於民事糾紛介入之權力，如行政仲裁、行政調解等法律行為。

而日本之行政介入權，僅限於有限之紛爭，此事實表現在日本之行政型 ADR 僅包括處理勞動問題之中央與地方勞動委員會、處理公害問題之公害調解委員會、處理工程建設糾紛問題之中央與都道府縣建設工事紛爭審查會或東京都建築紛爭調停委員會、處

²⁴⁷ 詳細的案件情節及過程可以參考：坂井昭夫，アメリカの対日知的所有権戦略の展開（下），関西大学商学論集，34 卷 6 期，頁 849-888.，1990 年。

²⁴⁸ 中野俊一郎，仲裁を中心として --(第 3 部 シンポジウム)，特集知的財産権紛争と ADR(研究成果の中間報告)，頁 391 - 397，2005 年 05 月。

²⁴⁹ 同前揭註 164。

理苦情之都道府縣苦情處理委員會，以及獨立行政法人國民中心等。至於智慧財產權民事糾紛之處理，則與法律問題、交通事故、民間型 ADR(民間機構)：社團法人日本商事仲裁協會、財團法人交通事故處理中心、律師會仲裁中心、日本智慧財產仲裁中心等²⁵⁰。

但即使如前所述，日本之智慧財產權法制中，亦非完全無行政介入之空間，如日本著作權法中，亦有向文化廳促請裁決及提出協商請求之規定²⁵¹。如日本著作權法第 67 條即規定已發表著作物或一定期間內提示、提供給公眾的事實已明確之著作物，因著作權所有者不明及其他理由，雖付出相當努力但仍未能與著作權所有者取得聯繫時，經文化廳長官裁決。著作權法第 67 條第一款即規定欲廣播已發表著作物之廣播事業者，同著作權所有者就廣播許可提出協商請求，但未達成協議或不能協商時，經文化廳長官裁決，並向著作權所有者支付文化廳長官規定的相當於通常使用費數額的補償金後，方可對該著作物進行廣播。其中關於廣播事業者於無法與另一造進行協商時，提請文化廳長官裁決之程序，是否符合行政介入請求權之定義，本文將在後續進行討論。而由著作權法之規定可了解日本智慧財產權之領域中，關於著作權之使用與費用之爭議，行政權有介入之空間。

三、高度行政介入型

關於行政介入民事糾紛，特別是智慧財產權民事糾紛，中國採取高度行政介入之模式。首先關於行政介入之法理，中國學者如呂艷濱認為，基於行政法律關係多元化，對於行政機關而言，公民除了有權請求其排除對自己的違法管制和請求其給予一定給付之外，還應當有權請求行政機關發動一定之公權力²⁵²。故當應當承認公民在行政機關怠於

²⁵⁰ 黃靖媛，日本消費者紛爭之行政型 ADR 處理機制與現況，消費者保護研究，19 期，頁 27—67，2015 年 2 月。

²⁵¹ 日本著作權法，

<https://web.archive.org/web/20090505120849/http://apps.lib.whu.edu.cn/skdh/xx/zcywj/020.htm> (最後瀏覽日：2021 年 2 月 21 日)。

²⁵² 呂艷濱，我國民事糾紛的行政介入機制研究，公法研究，1 期，頁 97-133，2009 年。

行使行政權、履行預防糾紛責任時可以依法請求行政機關發動行政權，亦即承認行政介入請求權之存在。

關於中國之民事多元化糾紛解決機制，在「“十三五”國家知識產權保護和運用規劃」中首次提出要構建知識產權領域多元化糾紛解決機制，主要包括司法途徑、行政途徑、民間途徑三個途徑並存。關於智慧財產權民事紛爭之訴訟外解決，則包括仲裁及行政調解兩種方式。其中知識產權案件之仲裁機構包括綜合性仲裁機構如中國國際經濟貿易仲裁委員會和各地方仲裁委員會；另一種是知識產權專門仲裁機構²⁵³。以上機構雖可能具有官方色彩，但仍非屬於行政執行之主體，因此仲裁非具行政介入之性質，而屬於行政介入之性質者，實為行政調解制度。

中國之智慧財產權糾紛區分為司法調解、人民調解以及行政調解。智慧財產權行政調解之基本型態為：「行政主體以服務者身份介入到知識產權糾紛處理過程中，利用政府所特有的權威性和資源優勢進行居中調停。」²⁵⁴其中可調停之項目包括專利權及著作權，相關之規定並見於專利法第 60 條、著作權法第 85 條。2016 年 5 月國家知識產權局並發布「專利糾紛行政調解指引」，對調解程序作出詳細規定，並針對專利權屬糾紛、署名糾紛、獎酬糾紛、侵權損害賠償額計算等多個方面問題處理進行指導。故中國對於智慧財產權民事糾紛之行政介入，不論在廣度及效力上，均採取相較其他各國強度為高之模式。

第二項 對智慧財產權權使用之行政介入

除了對智慧財產權民事糾紛之行政介入，政府對於研發成果移轉與研發成果運用，在維護國家安全與社會公益之前提下，為了進行政管理監督，而允許主管機關得於必要

²⁵³ 詹映，邱亦寒，我國知識產權替代性糾紛解決機制的發展與完善，西北大學學報哲學社會科學版 48 卷 5 期，頁 71-79，2018 年。

²⁵⁴ 同前揭註 164。

時行使介入權(March-in rights)²⁵⁵。此類政府介入之公權力性質，類似於行政機關行使「強制徵用權」或「強制徵收權」。「介入權」其原意為政府資助大學或民間企業從事研究發展時，若研發成果權利歸屬於執行單位而非政府，若執行單位於合理期間內未將研發成果有效運用，則資助機關有介入授權第三人實施或收歸國有之權。而智慧財產權領域中，各國多有行政機關於必要時得以將智慧財產權強制授權之規定，亦可以視為對於智慧財產權之行政介入，以下本文將做進一步。

一、美國

美國關於科技研發成果之介入權，其主要法律依據為 1980 年通過之拜杜法案(Bayh-Dole Act)，該法案之主要重點在於²⁵⁶：

- 允許小型企業、大學等非營利性組織，取得政府資助所獲發明的專利權；
- 政府保留「介入權」(March-in Right)，亦即在特定條件下，聯邦政府保留決定是否收回受資助之發明之智慧財產權利之實施權；
- 大學應將技術轉移所得，以及全部專利授權所得利益，回饋於到教學和研究領域。

而准許接受聯邦資助研發之大學或其他非營利組織，得就其受資助之研發成果享有權利。拜杜法案第 203 條規定，政府對於小型企業或非營利組織根據拜杜法案獲得所有權之任何發明，若有以下四種情形，則政府得以進行介入：

- 1.研發單位或受讓人未採取或預計不會在合理時間內採取有效步驟以實現本發明在該使用領域之實際應用；

²⁵⁵ 鄧曉芳，我國政府研發成果之國家介入權行使法制研析-科學技術基本法第六條修訂之省思，科技法律透析，15 卷 9 期，頁 48-62，2003 年。

²⁵⁶ 葉雲卿，學研機構專利權共有型態與專利權歸屬之研究，智慧財產評論，15 卷 1 期，頁 1-68，2018 年。

2.政府採取必要措施才能減輕研發單位或受讓人或其許可人無法合理滿足的健康或安全需求；

3.政府必須採取行動才能滿足聯邦法規規定的公共使用要求，而承包商、受讓人或被許可人未合理滿足該要求；

4.是尚未獲得或放棄第 204 條所要求之協議，或者是因為在美國使用或出售任何主題發明專有權之被許可人違反了根據 204 條之協議²⁵⁷。

而以上介入權的行使，得由資助機關職權發動，亦得因第三人申請而發動，第三人亦得促請發動²⁵⁸。而第三人之申請發動與促請發動，是否屬於行政介入請求權之範疇，本文將在後續加以討論。

值得注意者，若研發成果為專利權時，何謂「實現本發明在該使用領域之實際應用有效步驟」？沈宗倫教授認為²⁵⁹：「以就美國專利判例法發展觀之，專利使用權為獨立排他權，即縱然第三人未從事專利物的製造行為，或其取得合法的專利物，未經專利權人同意使用該專利物或專利技術，均有可能構成專利的侵害。」因此若研發單位以研發成果之專利權向他人主張侵權訴訟，是否可被視為使用研發成果？應成為一值得考量之議題。

二、日本

日本之「科學技術基本法」中並無類似美國強制介入研究成果應用之規定²⁶⁰，僅在

²⁵⁷ 第 204 條是任何獲得任何主題發明所有權的小型商業公司或非營利組織以及任何此類小型商業公司或非營利組織的受讓人均不得將任何主題發明的專有權授予任何人。

²⁵⁸ 同前揭註 237。

²⁵⁹ 沈宗倫，專利法第五六條關於「使用」規範之初探與淺析—以美國專利法的發展為借鏡，月旦民商法雜誌，32 期，頁 92-106，2011 年。

²⁶⁰ 日本科學技術基本法，

https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=407AC100000130_20150801_0000000000000000&keyword=%E7%A7%91%E5%AD%A6%E6%8A%80%E8%A1%93%E5%9F%BA%E6%9C%AC%E6%B3%95（最後瀏覽日：2021 年 2 月 21 日）。

第十六條(發表研究成果等)中規定：「為了利用研究開發的成果，中央政府應當採取必要的措施傳播研究開發的成果，提供研究和開發的信息，並促進其適當的實際應用。」而類似美國介入權之規定，為專利強制授權(Compulsory Licensing)，稱為「特許實施」，乃係未經專利權人同意，藉由國家公權力的介入，將該專利強制授權予他人實施²⁶¹。

日本之專利強制授權主要規定在「特許法」中，其中第 83 條規定，發明專利在日本三年以上未得到適當實施，擬實施專利發明者可向專利權人提請授權協商，如果前款協商未成立或無法舉行，則擬實施專利發明者可要求特許廳長官作出裁決。「特許法」第 93 條²⁶²規定擬實施專利發明者出於公共利益考慮可向專利權人提請授權協商，如果前款協商未成立或無法舉行，則擬實施專利發明者可要求經濟通商大臣作出裁決。而「特許法」第 83、93 條擬實施專利發明者要求特許廳長官、經濟通商大臣作出裁決，是否屬於行政介入請求權之範疇，本文將在後續加以討論。

三、中國大陸

中國大陸之「中華人民共和國科學技術進步法」中並無類似美國強制介入研究成果應用之規定²⁶³，僅在第 6 條中規定國家鼓勵科學技術研究開發與高等教育、產業發展相結合，加強軍用與民用科學技術計畫的銜接與協調，促進軍用與民用科學技術資源、技術開發需求的互通交流和技術雙向轉移，發展軍民兩用技術。第 7 條中規定國家制定和實施智慧財產戰略，建立和完善智慧財產制度，營造尊重智慧財產權的社會環境，依法保護智慧財產權，激勵自主創新。

²⁶¹ 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，1 卷 1 期，頁 215-246，2004 年。

²⁶² 日本特許法第 93 条，
https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=334AC0000000121_20201001_501AC0000000003&keyword=%E7%89%B9%E8%A8%B1%E6%B3%95，(最後瀏覽日：2021 年 2 月 21 日)。

²⁶³ 中華人民共和國科學技術進步法，http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/05/content_5004592.htm，(最後瀏覽日：2021 年 2 月 21 日)。

而「中華人民共和國專利法」第 51 條至第 58 條²⁶⁴規範專利強制許可，在以下三種情況下，行政機關得以介入給予實施該專利強制許可：

一、發明和實用新型專利權人自專利權被授予之日起滿三年，無正當理由沒有履行本法第五十一條規定的義務的，專利局根據具備實施條件的單位的申請，可以給予實施該專利的強制許可(第五十二條)。

二、一項取得專利權的發明或者實用新型比前已經取得專利權的發明或者實用新型在技術上先進，其實施又有賴於前一發明或者實用新型的實施的，專利局根據後一專利權人的申請，可以給予實施前一發明或者實用新型的強制許可(第五十三條)。

三、在依照上款規定給予實施強制許可的情形下，專利局根據前一專利權人的申請，也可以給予實施後一發明或者實用新型的強制許可(第五十四條)。

而「中華人民共和國專利法」第 52 條至第 54 條中所稱「專利權人的申請」，是否屬於行政介入請求權之範疇，本文將在後續加以討論。

第三項 行政介入智慧財產權使用之主體

一、美國

一般而言，智慧財產權行政介入之主體，通常為智慧財產權專責機關，而各國智慧財產權專責機關因法規不同而有所不同，在於對智慧財產權行政管理有關之權責機關，包括智慧財產權專責機關以及其他行政機關。由於美國之智慧財產權政策以維護國家在全球貿易及科技優勢為目的²⁶⁵，因此美國與智慧財產權相關之行政機關，除主要之管理

²⁶⁴ 中華人民共和國專利法第六章第 51 條至 58 條參照。

²⁶⁵ 美國專利法 35 U.S.C. §2 原已規定：「美國專利商標局，受商務部長政策指導，負責專利的授予和發行以及商標的註冊等事務。」但在 20 世紀 80 年代，因為經濟競爭力下降，美國檢討本身經濟體質後決定發揮其在高科技及創新方面的優勢，全力發展知識經濟。因此採取「親專利」(Pro-patent) 政策：建立了聯邦上訴巡迴法院 (CAFC)、改革美國專利商標局、實施專利池政策等政策與制度的調整。美

專利與商標之美國專利商標局(United States Patent and Trademark Office, PTO 或 USPTO)、以及主管著作權之美國國會圖書館版權局(United States Copyright Office)外，多為與貿易與邊境管理相關之行政機關，並兼顧不正當競爭之管制。

根據美國與邊境管理、不正當競爭相關之法規如「出口管制條例」(Export Administration Regulations, EAR)、「1930 年關稅法第 337 條」(Section 337 of the Tariff Act of 1930)、「1974 年貿易法第 301 條」(Section 301 of the Trade Act of 1974)、「拜度法案」、「聯邦技術轉移法案」、「技術轉讓商業化法案」、「反托拉斯法」(Anti-trust Act)等法案，美國與智慧財產權管理相關之行政機關還包括主管著作權之不正當競爭司法部反托拉斯署(Antitrust Division, Department of Justice，簡稱 DOJ)及與貿易有關之聯邦貿易委員會(Federal Trade Commission, FTC)。

但如前所述，美國在智慧財產權之行政介入上，在關於智慧財產權之民事糾紛處理部分，並無人民向行政機關請求主動介入促請各方當事人進行調解、仲裁等程序之規定；僅在由國際貿易委員會(ITC)有關行政裁決之過程中，當事人可以促請國際貿易委員會進行調解，故國際貿易委員會(ITC)可作為智慧財產權之行政介入之實施主體。另一方面，在科技研發成果之行政介入，依照「拜杜法案」，聯邦資助機關如美國國家衛生研究所(NIH)等都可以作為科技研發成果之行政介入之主體。

基本上，美國在國際上對本國智慧財產權權保護不遺餘力，利用美國龐大的市場與外交力量的優勢，透過在國內對外國廠商的訴訟、國際經貿談判、多邊貿易協定等方式，全面性的保護美國的智慧財產權，並有效的達成了威嚇的效果。

國專利局更在 2012 年制定四個目標進行專利智慧財產權戰略布局，包括：追求專利品質及核准時間之最佳化、追求商標品質及核准時間最佳化、提供全球和世界之智慧財產權專利保護，並促成美國智慧財產權為主要之領導機構以及內部管理組織最佳化。在 2013 年 6 月白宮也發布名為「專利主張及美國創新」(Patent Assertion and U.S. Innovation) 的報告，針對俗稱的專利蟑螂提出多項行政規畫及修法建議。

二、日本

日本政府之智慧財產權管理體制，以管理發明、實用新型，設計和商標有關之經濟產業省特許廳為主，著作權由文部省著作權委員會主管，營業秘密規定於「不正競爭防止法」第2條第1項第4款至第9款規定²⁶⁶，由經濟產業省主管並於2003年1月公布「營業秘密管理方針」。根據「經濟產業省設置法」第三節第二十二條²⁶⁷：經濟產業省特許廳之主要工作為「開展與發明，實用新型，外觀設計和商標有關的事務，以促進經濟和工業發展。」同法第二十三條²⁶⁸：「為了履行前條規定的職責，特許廳應當對有關工業產權的申請文件進行正式審查，對工業產權進行登記，對工業產權進行審查，作出判斷和指導以及對其他工業產權進行保護。」

但如前所述，日本僅在著作權法中有向文化廳促請裁決及提出協商請求之規定，且於著作權法中明文規定為由經文部省文化廳長官裁決。故文部省文化廳作為智慧財產權民事糾紛行政介入之主體。另一方面，在科技研發成果之行政介入，依照「特許法」，特許廳可以作為智慧財產權行政介入之主體。

三、中國大陸

中國政府之智慧財產權管理體制，包括主管專利權之國家知識產權局和各省市知識產權局專利局。國家知識產權局包括專利局、商標局與複審委員會，主管國家專利、商標工作和統籌協調涉外智慧財產權事宜，國家知識產權局主要負責推動智慧財產權保護體系建設，負責商標、專利、原產地地理標誌的註冊登記和行政裁決，指導商標、專利執法工作等工作。省市知識產權局是省市政府直屬機構，負責相關地方性法規、政府規

²⁶⁶ 林依璇，日本營業秘密法制之研究—以刑事責任為中心，《智慧財產權月刊》，178期，頁35-66，2013年。

²⁶⁷ 日本政府總合窗口網，經濟產業省組織規則（平成十三年經濟產業省令第一号），https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=413M60000400001#T（最後瀏覽日：2021年2月21日）。

²⁶⁸ 同前揭註267。

章草案、政策措施。負責對商標的印製和使用進行監督管理，監督管理知識產權代理機構，承擔知識產權對外轉讓審查工作，推動專利權、商標權質押工作。一般對智慧財產權確權問題（智慧財產權有效性）問題，由省市知識產權局負責受理，故智慧財產權糾紛之行政調解也通常在省市知識產權局進行。另外，中國大陸另有「國防專利條例」定義國防專利，其主管機關為中央軍事委員會裝備發展部國防知識產權局²⁶⁹。

主管版權部門之國家知識產權局及國家版權局和地方版權局，主管商標權是國家知識產權局和各省市知識產權局，集成電路佈局設計是國家知識產權局，制止不正當競爭權由國家工商行政管理總局公平交易局負責、地理標記權由國家質量監督檢驗檢疫總局負責、農業植物新品種權由農業部負責、林業植物新品種權由國家林業局負責、國際貿易中的知識產權由商務部負責、與科技有關的知識產權由科技部負責、與進出境貨物有關的知識產權由海關總署負責。

而如本文先前所述，依照專利法第 60 條、著作權法第 85 條，中國之智慧財產權行政調解可調停之項目包括專利權及著作權，故中國對於智慧財產權民事糾紛之行政介入，其主體應為知識產權局專利局及版權局。另一方面，在科技研發成果之行政介入，依照專利法，國家知識產權局可以作為智慧財產權行政介入之主體。

此外，中國大陸介入處理民事糾紛如消費糾紛、企業名稱糾紛、廣告糾紛、土地權屬糾紛之調解通常以普通行政機關為主。而智慧財產權民事糾紛之介入機關，則為具專門性之機關如專利複審委員會、商標評審委員會等。因為這些機構專業性和獨立性較高，可確保糾紛處理的專業性和公正性。（例子）

²⁶⁹ 黃孝怡，中共國防知識產權制度與戰略研析，國防雜誌，30 卷 1 期，頁 101-121，2015 年。

第二節 行政介入之標的

第一項 以行政裁決程序作為標的

以美國為例，由於美國對於僅在由國際貿易委員會(ITC)有關行政裁決之過程中，一方當事人可以促請國際貿易委員會進行行政調解，因此美國在智慧財產權民事紛爭處理行政介入之標的，僅為行政裁決之程序。而在科研成果之介入權上，行政介入之標的為承攬者研發之成果，包括發明及可能產生之專利權。如以第 201 條(f)款之法定義所謂之「實際運用」(practical application)而言，其研發成果可能包括合成物或產品、製程或方法、機器等²⁷⁰。

第二項 以智慧財產權作為標的

一、日本

日本智慧財產權民事糾紛之行政介入之標的為智慧財產權。日本之智慧財產權以其相關法律來定義，原本以被稱為日本工業所有權四法之「特許法」、「實用新案法」、「意匠法」、商標法為主²⁷¹，另包含著作權法、「不正競爭防止法」、「關稅法」與「關稅定率法」²⁷²。為了更強化智慧財產權之觀念與應用，日本 2002 年 12 月 4 日頒布「知的財產基本法」旨在促進與創造，保護和利用智慧財產權有關措施，以及為此目的應採取之措施。

「知的財產基本法」第 2 條中，定義「智慧財產」乃指人類創造性活動(發現或闡明的自然法則或現象)所創造的發明、思想、植物的新品種、外觀設計、作品和其他事物(包括具有工業潛力的商標)、商標、商品名稱和其他顯示用於商業活動的商品或服務的項

²⁷⁰ 同前揭註 237。

²⁷¹ 黃文儀，日本特許廳之判定制度，智慧財產權月刊，147 期，2011 年，第 5-72 頁。

²⁷² 林廷機，日本政府反仿冒之法制體系與政策導向，智慧財產權月刊，94 期，頁 36-57，2006 年。

目，以及商業秘密和其他對商業活動有用的技術或商業。而「智慧財產權」是指專利權，實用新型權，培育權，設計權，版權，商標權和其他法律規定或受法律保護的知識產權獲利的權利²⁷³。

關於智慧財產權之糾紛處理，「知的財產基本法」第 15 條規定：「鑑於隨著經濟社會對知識產權的利用的發展，司法機構在保護知識產權方面應發揮的作用越來越重要，國家政府將對與智慧財產權有關的案件提起訴訟。應採取必要措施，進一步完善和加快程序，完善法院的專門處理制度，擴大法院外的爭議處理制度。」²⁷⁴

但如本文先前所述，日本關於智慧財產權糾紛之行政介入，只限於部分著作權之活化使用，故日本智慧財產權紛爭行政介入之標的，僅為部分之著作權。而強制授權之標的，如本文先前所述，則為專利權。

二、中國大陸

中國大陸智慧財產權民事糾紛之行政介入之標的為智慧財產權，而其智慧財產權概念及內涵是從二十世紀最後二十年起逐步發展而成。從 80 年代初到 90 年代初，中國先後頒布了商標法、專利法、著作權法、「反不正當競爭法」(1993 年)等，建立智慧財產權法律制度體系。並在加入世界貿易組織前，全面翻修了著作權法、專利法、商標法，另頒布「植物新品種保護條例」、「集成電路布圖設計保護條例」等。但亦如本文先前所述，中國大陸關於智慧財產權糾紛之行政介入，只限於專利權之紛爭調解，故中國大陸智慧財產權紛爭行政介入之標的，僅為專利權。而強制授權之標的，如本文先前所述，亦為專利權。

²⁷³ 知的財產基本法第二條參照：

https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=414AC0000000122_20160401_427AC0000000066&keyword=%E7%9F%A5%E7%9A%84%E8%B2%A1%E7%94%A3%E5%9F%BA%E6%9C%AC%E6%B3%95，(最後瀏覽日：2021 年 1 月 24 日)

²⁷⁴ 同前揭註 273，知的財產基本法第十五條參照。

第三節 行政介入之法律依據與程序

第一項 法律依據

一、智慧財產權民事糾紛之行政介入

(一)美國

美國財產權民事糾紛之行政介入，主要在於美國國際貿易委員會(ITC)訴訟中之行政調解。美國國際貿易委員會(ITC)訴訟即依據美國「關稅法」第 1337 條之邊境保護措，當產品進口有不公平行為或使用不公平競爭方法，而可能對美國產業造成實質危害時，關稅法 1337 條即賦予原告一請求權基礎，得據以向美國國際貿易委員會提出調查申請，範圍包括著作權、商標、專利等侵權行為²⁷⁵。此外，1974 年「貿易法」賦予美國國際貿易委員會處理侵權行為之管轄權，並可對侵權行為簽發排除命令(Exclusion Order)與暫停及停止銷售命令(Cease and Desist Order)，排除命令得排除系爭侵權產品進入美國海關，暫停及停止銷售命令得禁止被告為特定行為，例如禁止被告繼續在美國販售或經銷輸入侵權商品。

國際貿易委員會爭訟流程中，若當事人無意願進入訴訟，則國際貿易委員會可以採取調解方式促使雙方進行和解。200810 月 29 日，國際貿易委員會對 337 案件啟用了調解試行程序(pilot mediation program)，以提供 ITC 案件當事人「保密、無風險之機會」解決爭端、促成 337 案件當事人和解。而 ITC 之調解程序是參照美國聯邦上訴巡迴法院(Court of Appeals for the Federal Circuit)之調解程序制定²⁷⁶。

²⁷⁵ 經濟部智慧財產局，美國專利訴訟教戰手冊進階版，2013 年 3 月。

²⁷⁶ 顧萍，ITC337 條款專利調查中的調解程序—解決爭端並終止 ITC 的 337 專利案件的新途徑，今日財富，中國知識產權，11 期，頁 64-66，2010 年。

(二)日本

日本關於智慧財產權民事糾紛之行政介入，主要在著作權方面。如日本著作權法第 67 條至第 70 條²⁷⁷中，即為向文化廳促請裁決及提出協商請求之規定。著作權法第 67 條第一款即規定因著作權所有者不明及其他理由，雖付出相當努力但仍未能與著作權所有者取得聯繫時，經文化廳長官裁決，並為著作權所有者寄存文化廳長官規定的相當於通常使用費數額的補償金後，方可通過與該裁決有關的方法使用該著作物。著作權法第 68 條第一款規定欲廣播已發表著作物之廣播事業者，同著作權所有者就廣播許可提出協商請求，但未達成協議或不能協商時，經文化廳長官裁決，並向著作權所有者支付文化廳長官規定的相當於通常使用費數額的補償金後，方可對該著作物進行廣播。著作權法第 68 條第一款規定商用唱片首次在國內銷售並自銷售日起滿 3 年後，欲獲得著作權所有者許可將該商用唱片中之音樂著作物錄製成其它商用唱片者，同該著作權所有者就錄音許可提出協商請求，但未達成協議或不能協商時，經文化廳長官裁決、並向著作權所有者支付文化廳長官規定的相當於經常使用費數額的補償金後，可進行該錄音。

由日本著作權法可知，日本在智慧財產權民事糾紛之行政介入，主要在著作之使用權，當使用者無法與著作權人達成協商時，由文部省文化廳介入裁決，讓使用者在付出一定之補償後，可以使用著作權。故此智慧財產權行政介入之基本精神，並非在解決高度紛爭之智慧財產權問題，而僅在於避免智慧財產權之無法運用。

(三)中國大陸

中國財產權民事糾紛之行政介入，主要在於智慧財產權之行政調解，其相關的主要專利法規包括：「中華人民共和國專利法」第 60 條²⁷⁸、「專利法施行細則」、「專利行政執

²⁷⁷ 日本著作權法第 67 條至第 70 條參照。

²⁷⁸ 中華人民共和國專利法第 60 條規定：未經專利權人許可，實施其專利，即侵犯其專利權，引起糾紛的，由當事人協商解決；不願協商或者協商不成的，專利權人或者利害關係人可以向人民法院起訴，也可以請求管理專利工作的部門處理。管理專利工作的部門處理時，認定侵權行為成立的，可以責令侵權人立即停止侵權行為，當事人不服的，可以自收到處理通知之日起十五日內依照中華人民共和國

法辦法」²⁷⁹第2、3、6和15條以及「專利糾紛行政調解指南」，而行政調解程序規定在「關於處理專利權歸屬爭議案件的通知」。「中華人民共和國專利法」第60條規定侵犯其專利權引起糾紛的，由當事人協商解決；不願協商或者協商不成的，專利權人或者利害關係人可以向人民法院起訴，也可以請求管理專利工作部門處理。管理專利工作的部門處理時，認定侵權行為成立的，可以責令侵權人立即停止侵權行為，即作出行政裁決²⁸⁰。「專利行政執法辦法」規定管理專利工作部門處理專利侵權糾紛案件時，可以根據當事人的意願進行調解。雙方當事人達成一致的，由管理專利工作部門製作調解協議書，加蓋其公章，並由雙方當事人簽名或者蓋章。調解不成的，應當及時作出處理決定。

但對於著作權和商標權，則沒有規定行政調解程序，如「中華人民共和國著作權法」第55條規定著作權糾紛可以調解或根據當事人達成書面仲裁協議或者著作權合同中的仲裁條款，向仲裁機構申請仲裁。若當事人沒有書面仲裁協議，也沒有在著作權合同中訂立仲裁條款的，可以直接向人民法院起訴。

由以上法規可知，中國大陸在智慧財產權民事糾紛之行政介入，主要在專利糾紛之解決，特別在於侵權糾紛之處理上，若調解不成，管理專利工作部門即可進行行政裁決。故此智慧財產權行政介入之基本精神，在以行政權直接解決專利紛爭，行政權之權力具有決定性之力量。

行政訴訟法向人民法院起訴；侵權人期滿不起訴又不停止侵權行為的，管理專利工作的部門可以申請人民法院強制執行。進行處理的管理專利工作的部門應當事人的請求，可以就侵犯專利權的賠償數額進行調解；調解不成的，當事人可以依照「中華人民共和國民事訴訟法」向人民法院起訴。

²⁷⁹ 中華人民共和國專利行政執法辦法第二條、第六條、第十五條參照。

²⁸⁰ 中華人民共和國專利法第60條規定侵犯其專利權引起糾紛的，由當事人協商解決；不願協商或者協商不成的，專利權人或者利害關係人可以請求管理專利工作的部門處理。管理專利工作的部門處理時，認定侵權行為成立的，可以責令侵權人立即停止侵權行為。而責令侵權人立即停止侵權行為級為一種行政裁決。

二、科技研發成果運用之行政介入

(一)美國

美國科技研發成果運用之行政介入之主要法律依據在於「拜杜法案」，關於「拜杜法案」之內容，已於本章前述內容簡要說明，在此不再贅述。惟「拜杜法案」與美國專利法規定是否有扞格，在美國法律界有不同之看法。至 2011 年美國最高法院在 Bd. of Trs.v.Roche Molecular Sys.案中，重申「拜杜法案」第 202 條該條之立法精神與意旨，認為拜杜法第 202 條之「retain」應解為「持有或繼續持有或使用」之一般定義，且承攬人即受贊助之學術機構只有「保留權利」(elect to retain title)之權，故計畫執行機構並無法直接擁有專利權²⁸¹。

(二)日本及中國大陸

日本及中國大陸專利法規中關於專利強制授權之內容，將在第五章詳細說明，在此將不贅述。

第二項 行政介入請求權之法律形式

行政介入之啟動需要行政介入請求權之行使，不論智慧財產權民事糾紛之行政介入，還是科技研發成果運用之行政介入之啟動，都需要行政介入請求權。劉宗德教授認為²⁸²原田尚彥所創設「行政介入請求權」主要在於因應現代行政法確立國民「違法排除請求權」，以使能對行政權之不作為時請求公權力之適正發動。劉宗德教授亦認為²⁸³，雖然行政訴訟主要目的從係保護個人之自由財產免受公權力之侵害，至現代具有保護公眾福祉之機能，但社會大眾仍然不能「課予義務之訴」事前積極請求規制權限之發動，而僅限於利害關係第三人事後消極請求撤銷違法之行政處分。至日本「行政不服審查法」中，

²⁸¹ 前揭註 260。

²⁸² 同前註 164。

²⁸³ 同前註 164。

明定「不作為」為「行政機關對於依法令之申請，於相當期間內不為處分、裁決或其他該當於公權力行使之行為」。至於私人侵權之防止，可以區分為以行政上之許可與認可制度規制私人活動者，以及不以私人許可與認可申請為前提者。

而智慧財產權民事糾紛之行政介入，在於提高解決紛爭之效率以保護被侵權者之財產，或是促進智慧財產之活化應用，俾能增進公眾利益。故符合「行政介入請求權」之基本精神。至於行政介入請求權之形式，並未有一定之規範，故在不同法律程序中，可能有不同之要求；故本文認為，前述各項針對行政權介入之請求或要求，均在防止私人侵權或增進公益而請求公權力介入，不論是要求調解、要求介入研發成果之運用、或是要求行政調解予裁決，均可以視為行政介入請求權。

第三項 行政介入智慧財產權糾紛—以專利行政調解為例

雖然本文先前已介紹美國、日本、中國之行政介入智慧財產權糾紛程序，但並非所有國家均有具體之行政介入，或是有明確之程序。其中以中國大陸之行政調解規定最為明確，故本文以下將以中國大陸之行政調解為例予以說明²⁸⁴。

1. 行政調解之主體

行政調解之主體為專利管理部門，如本文先前所述，包括國家知識產權局和省市知識產權局。但通常受理者為省市知識產權局為主，故行政調解亦多由省市知識產權負責。

2. 行政調解之範圍

專利權的行政調解範圍如下：(1)專利侵權糾紛；(2)專利侵權賠償金額；(3)專利申請權和專利權歸屬爭議；(4)發明人或創造者資格；(5)關於創造發明人或創造者之激勵

²⁸⁴ 独立行政法人日本貿易振興機構北京事務所知的財產權部，中国における知的財産権侵害に対する当事者間の紛争解決手段に関する調査，頁 17-32，2018 年 3 月。

語報酬爭議。

3. 可進行行政調解之條件

(1) 請願人為專利糾紛之一方或權利繼承人；(2)具有明確投訴和具體事實，且原因屬於受理案件之專利業務管理部門的案件受理範圍和管轄範圍；(3)當事人未就專利侵權糾紛向法院提起訴訟。

4. 行政調解之程序

(1) 提出調解申請書

當事各方必須向行政機關提出調解申請書，內容包括專利爭議主題、行政調解接受範圍和條件。

(2) 接受和進入調解程序

受理調解申請之專利業務管理部門收到請求後，將在 5 個工作日內將草案副本發送給相對人；相對人在收到請願書副本後的 15 天內提交意見書並進行調解。

(3) 委任調解員

當事各方必須任命一名負責調解之調解員，專利行政管理部門受理行政調解請求後，在接意見書提交後 5 個工作日內，雙方將協商並核對調解員名單，必須由三個調解員組成一個調解組並進行調解（“專利糾紛管理調解”）。

(4) 證明證據

負責專利業務管理部門應當依職權調查收集有關證據。

(5) 進行調解

調解開始後，調解員將閱讀調解規則，確認當事方的身份，並宣布當事方權利和義

務，確定調解員和記錄員，並向當事方申請迴避確認是否。在調解過程中，調解員聽取雙方的意見、調查爭議的基本事實，然後根據法律和政策，說服雙方達成其意願。調解計劃由當事方自己決定。專利管理部門必須建立調解記錄，調解記錄應包括調解日期和時間、地點、參與者、各方基本立場，協議和調解結果。

(6)暫停調解

若調解期間，一方當事人死亡、喪失民事行為能力或一方公司終止，如果尚未確定權利和義務法定代表人或繼承人，以至案件處理受到影響，則應各方當事人要求暫停調解。

(7)調解結束

如果達成調解協議，或則其中一方同意繼續進行調解、但另一方不願意調解，則以致無法達成協議，調解將終止。

第四節 行政介入之法律效果

第一項 智慧財產權行政介入之法律效果

關於智慧財產權行政介入之法律效果，各國之規定有依其介入之強度有所不同。其中中國大陸之行政調解規定最為完整，因此本章已介紹中國大陸之行政調解制度為主。至於我國在著作權行政調解之效力，將在第五章中加以說明。

一、行政調解之法律效果²⁸⁵

關於智慧財產權行政介入之法律效果，本文以中國大陸之行政調解為例加以說明。中國最高人民法院「關於建立健全訴訟與非訴訟相銜接的矛盾糾紛解決機制的若干意見

²⁸⁵ 同前揭註 249。

」²⁸⁶說明調解協議之司法確認，即經各類具有調解職能組織所達成之具有民事契約性質調解協議，可向法院申請司法確認。而由行政權介入調解達成之契約，與人民調解委員會以及其他第三方調解機構作出調解協議相同，只具有民事契約效力²⁸⁷。

二、行政調解與訴訟、非訴訟糾紛解決方式之銜接²⁸⁸

而在最高人民法院「關於建立健全訴訟與非訴訟相銜接的矛盾糾紛解決機制的若干意見」中也強調：「要充分發揮審判權的規範、引導和監督作用，完善訴訟與仲裁、行政調處、人民調解、商事調解、行業調解以及其他非訴訟糾紛解決方式之間的銜接機制。」因此，訴訟與非訴訟糾紛解決方式之銜接，在智慧財產權領域為訴訟與調解對接制度，主要包括調解協議之司法確認：指法院依據當事人申請對當事人經調解組織調解後達成調解協議進行審查，依法確認調解協議效力；當事人可依法院做出調解書、有效裁定請求法院強制執行協議內容。經法院、仲裁庭調解達成一致意見製作之調解書，與法院判決書、仲裁裁決書具有同等效力，不像由行政機關、人民調解委員會以及其他第三方調解機構作出的調解協議則只具有民事契約效力。

三、行政裁決與行政調解

中國之行政裁決與行政調解之法律效果差異在於行政裁決形成決定具備行政行為效力，亦即具有確定力、拘束力、公定力和執行力，若當事人不服，可以提起行政訴訟。而行政調解形成之行政調解書協議僅為契約性質，不具有強制執行之法律效力。如果糾紛當事人不願履行行政調解協議，對方可以提起民事訴訟。中國大陸關於專利糾紛案件之處理，根據 2000 年專利法第 57 條可以申請行政調解，若調解不成，則行政機關可以責令停止侵權行為，當事人如果不服可向人民法院提起行政訴訟，故行政調解可以被視

²⁸⁶ 「關於建立健全訴訟與非訴訟相銜接的矛盾糾紛解決機制的若干意見」屬於法規命令層級，對各級法院具有拘束力。

²⁸⁷ 同前揭註 257。

²⁸⁸ 同前揭註 257。

為專利糾紛訴訟之先行程序。

第二項 科研成果行政介入之法律效果

美國對科研成果行政介入之法律效果，乃是根據行政權介入裁決受到不利影響之任何承攬商、發明人，受讓人或專屬授權人，可在裁決發布後六十天內，向美國聯邦法院提交請願書，法院有權確認、推翻、還發或酌情修改聯邦機構之裁定²⁸⁹。

第五節 小結

本章所討論之以行政介入智慧財產權，在介入民事爭議方面，以美國之介入強度最弱、日本次之、中國大陸最強。美國僅在部分程序問題上，行政機關可介入調解；日本則在著作權領域上，以法律規定調解事項與程序；而中國大陸介入強度最強，在專利及著作權之領域中，如果行政介入調解不成功，政府可以行政力量做成裁決，規範當事一方之行為。與之相較，我國較偏向日本之法制，僅對於著作權法有行政調解之規定。但不論各國之行政介入強度為何，都必須由當事一方請求，雙方當事人同意，政府才能介入，亦即有行政介入請求權之成立。

而在各國智慧財產權之運用介入方面，美國僅在政府出資或委外之智慧財產成果或研發成果，規定有政府介入運用之空間，其他對於智慧財產權運用之行政介入如強制授權，美國及日本均不循此途徑，而交由企業以商業授權方式處理。而主要國家關於智慧財產權民事糾紛之行政介入，以及智慧財產權使用之行政介入比較，則整理與表 8 與 9。而我國與中國大陸均有強制授權之規定，我國並有實際之運用例，將在第五章詳細說明。

而綜觀各國法制中，關於智慧財產權之行政介入，仍有可強化之空間。如對於智慧

²⁸⁹ 同前揭註 237。

財產權爭議之仲裁，各國均無行政仲裁之規定與成例；美國偏向由法院主導之和解與仲裁，日本則賦予法人組織仲裁之權能。惟以上兩者各有利弊，且智慧財產權之仲裁是否全由行政機關或司法機關主導，並無定論；而日本之法人仲介機構已行之有年，應有許多經驗可供借鑑。若以公私協力角度觀之，以行政權介入結合民間團體提供仲介途徑，或許是依可行之道，本文中將在第六章加以討論。

表 8 各國與我國關於智慧財產權民事糾紛行政介入之法制比較

	美國	日本	中國大陸	台灣
主體	國際貿易委員會	特許廳文部省 文化廳	國家知識產權局	智慧財產局
客體	關稅法之裁定 程序	著作權法定義 之著作權爭議	專利 著作權	著作權法定義 之著作權爭議
法律依據	關稅法	著作權法	專利法、著作權法	著作權法
強度	低	中	高	中
法律效果	僅達成程序協議	與法院判決、仲裁 裁決書具有 同等效力	與法院判決、仲裁 裁決書具有同等 效力	與法院判決、 仲裁裁決書具 有同等效力

表 9 各國與我國關於智慧財產權使用行政介入之法制比較

	美國	日本	中國大陸	台灣
主體	政府出資單位	特許廳	國家知識產權局	智慧財產局
客體	政府出資研發成果 (包括專利權)	不論政府出資與否之所有專利權	不論政府出資與否之所有專利權	不論政府出資與否之所有專利權
法律依據	拜杜法案	特許法	專利法	專利法
使用模式	強制運用	強制授權	強制授權	強制授權

第五章 行政介入智慧財產權案例

第一節 著作權調解案例

第一項 著作權紛爭調解之法理

一、著作權紛爭之產生

現代法治國概念認為法律存在之目的在於保障人民長久福祉，故對於人民之財產權必須加以保護，已是現代化國家之基本任務。本文先前已論及著作權之性質包涵財產權與人格權，故法律必須對著作權加以適切之保護。但另一方面，無形資產特別是智慧財產權，乃人類智慧結晶與精神創作，為促進國家社會進步及文明之推進，此類無形資產必須適當加以推廣運用，並供大眾傳播、使用，甚至再創作。惟於大眾對於無形資產之傳播與運用時，應對於創作者及權利人之權利有所保障，特別在於人格權之保障，以及給予著作權人適當之回饋報酬。而智慧財產權之相關法律，必須為保障創作者之依據。

然而在智慧財產之運用，可能影響創作人與權利人之權利；其中發生之原因可能包括使用者有意為之或是無意從事之行為，甚或是與權利人對於使用條件認知不同而發生爭議，故其行為必須以法律加以規範。如著作權法認定對於著作權或製版權之侵害者，包括：以侵害著作人名譽之方法利用其著作者，侵害製版權之物而散布公開陳列或持有，輸入未經著作財產權人或製版權人授權重製之重製物或製版物等形式²⁹⁰。但著作權法中第 55 條規定非以營利為目的、未對觀眾或聽眾直接或間接收取任何費用²⁹¹，以及第 65 條著作之合理使用之情形下，不構成著作財產權之侵害²⁹²。

然著作權之紛爭除法律認定之侵害外，亦包括使用報酬之爭議。如著作權法中規

²⁹⁰ 著作權法第 87 條參照。

²⁹¹ 著作權法第 55 條參照。

²⁹² 著作權法第 65 條參照。

範之著作人得請求使用報酬包括：公開演出其語文、音樂或戲劇、舞蹈著作，各級學校或教育機構為教育目的之必要使用他人已公開之著作，經申請著作權專責機關許可、強制授權利用音樂著作另行錄製錄音著作等²⁹³。而使用報酬或報酬率之決定，包括使用者與權利人之協議、或主管機關決定、以及團體協商等方式。雖然相關法律已有規範，但於實務上關於使用報酬之決定仍不免產生爭議：其中第一種常見情況在權利人不明之情況下，使用者無法進行使用報酬之協商；第二種情況為著作為多人侵害，如音樂著作之演出與播送、影片之播放，以致著作權人侵權訴訟成本過高，求償不易等問題。

二、著作權紛爭之特性

如前所述，著作權之紛爭主要包括侵權以及報酬決定之爭議，而該些紛爭之特性，與一般民事紛爭之特性有所不同，而紛爭之特性不免影響訴訟之程序與結果，而本文認為著作權之紛爭不易解決之原因如下：

(1)事實認定不易

著作權之紛爭尤其關於侵權之認定，於法律實務上常面臨相當之困難，例如著作完成之時間攸關抄襲之事實認定，但著作完成之時間即為一難以認定之事實；而是否為共同創作或共同創作之分工，亦為訴訟上重要爭點。特別在於未出版之著作、戲劇或影音著作之腳本等，對原創者之認定有相當之困難。特別在此類訴訟時，常出現創作之個人面對大型企業訴訟之情境，難免產生訴訟雙方當事人在資源不公平而產生武器不對等之情形：反之亦可能造成某些個人針對大型企業任意提出著作權訴訟，以謀取利益之情形，造成文化事業發展停滯或企業聲譽受損。為避免以上所述訴訟不平等或濫訴之情形，較佳之方式可能為採取訴訟外解決機制解決爭議。

(2)當事人認定不易

²⁹³ 著作權法第 26 條、第 47 條、第 69 條參照。

著作權之紛爭另一重點在於無法確定著作權人，除前述共同創作者之情形，個別共同創作者對作品之貢獻度難以認定外，最常見之情形為無法決定著作權歸於何者之情形，通常稱之為「孤兒著作」。孤兒著作之產生會造成預付費使用著作者，無法找到可進行授權協議之對象；如此將使文化創作之使用受到限制，實乃社會整體之損失。此時如有解決機制，以公正之角度提供使用者付費使用之空間，不失為一解決之道。

(3)賠償金額決定不易

無形資產與有形資產最大之差易，在於無形資產之價值認定較有形資產之價值認定困難。因此在智慧財產權，特別是著作之價值認定更為困難。因為著作權涉及文化創意產業，許多著作因改編影音作品，並帶動周邊商品而可能產生巨大之產值；或是音樂作品供未來大眾使用而可能產生之權利金，此皆為訴訟時雙方當事人所難以推估計算。甚或有時亦涉及商業機密而不能公開，更形成裁判上之困擾。此時若以解決商業糾紛之調解、仲裁等方式，可以採取保密方式，應較採取訴訟途徑為佳。

三、著作權紛爭之調解

綜上所述，著作權之紛爭於法院訴訟途徑可能造成訴訟之困難，以致訴訟過程曠日廢時，除了對雙方均造成影響並消耗司法資源。為解決此一問題，著作權法第 82 條中規定著作權調解程序，並明定調解機關應由著作權專責機關設置審議及調解委員會進行²⁹⁴。其中可調解之事項包括：使用報酬爭議之調解、著作權或製版權爭議之調解；但所定爭議之調解涉及刑事者，以告訴乃論罪之案件為限。目前我國著作權爭議之調解機關為依「經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會組織規程」設立之「經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會」(以下簡稱調解委員會)，而規程屬於法規命令位階，具有強制力與拘束力。以下詳細說明調解委員會之組織、調解之程序以及調解之效力。

²⁹⁴ 著作權法第 82 條參照。

(一) 調解委員會之組成

依「經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會組織規程」第3條，調解委員會之組成包括主任委員一人及委員二十一人至二十九人，其中主任委員由智慧財產局局長兼任；委員包括有關機關代表、學者、專家、權利人代表、利用人代表及智慧財產局局業務有關人員兼任²⁹⁵。因此，調解委員會可說具有高度官方色彩。

(二) 調解程序之請求與啟動

依著作權爭議調解辦法第4條²⁹⁶，調解之程序由當事人之一方以書面申請方式申請著作權專責機關調解，其書面必須檢具當事人基本資料、調解事由、爭議要點。著作權專責機關受理調解之申請後，應將調解申請書繕本送達另一方當事人，通知是否接受調解，如屆期不為表示者，視為拒絕調解；如另一方當事人接受調解申請，著作權專責機關再提交委員會調解²⁹⁷。由調解辦法可知，對於專責機關介入雙方當事人爭議之調解，應由認一方當事人以書面提出申請，故可視為當事人對於行政介入請求權之行使；而另一方有拒絕調解之權利；而僅在雙方均同意調解之情況下，行政機關才介入調解，而調解之程序須由專責機關下設之調解專門單位即調解委員會進行調解。

(三) 著作權調解之效力

另依著作權爭議調解辦法第12、13條，調解程序包括調解委員詢明雙方當事人之意見、對當事人為適當之勸導，再就實際情況及爭議重點加以調解，如果調解成立時應作成調解書²⁹⁸。而著作權法第82—1條規定調解書須經由法院審核，法院除了違反法令、

²⁹⁵ 有關機關代表、學者、專家包括：公平會、法務部、經濟部、教育部等有關機關代表、著作權、會計、經濟、資訊領域之學者專家及2位智慧局業務有關人員。見於章忠信，經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會功能之探討，2010年9月，

<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=54&aid=2224>（最後瀏覽日：2021年2月21日）。

²⁹⁶ 著作權爭議調解辦法第4條參照。

²⁹⁷ 著作權爭議調解辦法第6條參照。

²⁹⁸ 著作權爭議調解辦法第12、13條參照。

公序良俗或不能強制執行者外，應儘速審核調解書，並發還著作權專責機關送達當事人。如果法院未予核定，應將其理由通知著作權專責機關。若調解經法院核定後，則具有以下效力：

1. 視同民事確定判決

著作權法第 82—2 條²⁹⁹規定調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴。前項經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力。

2. 具有執行名義

著作權法第 82—2 條³⁰⁰規定經法院核定之刑事調解，以給付金錢或其他代替物或有價證券之一定數量為標的者，其調解書具有執行名義。

(四) 調解之救濟

著作權之調解結果雖經法院核定後成立，但若當事人不服，仍可由當事人於法院核定之調解書送達後三十日內，向原核定法院提起宣告調解無效或撤銷調解之訴。亦即調解之救濟僅為向法院提起訴訟之途徑。

四、國外之著作權爭議解決機制

(一) 美國

美國之著作權爭議解決機制，主要在解決著作權權利金之問題。原依據 1976 年美國著作權法第 801 條之規定，立法部門下設置著作權權利金法庭，獨立行使其職權，黃俊傑教授認為著作權權利金法庭為美國「行政程序法」(Administrative Procedure Act)上所稱之行政機關³⁰¹，而其實務運作上，至少必須做出二種性質上屬於行政處分之決定：

²⁹⁹ 著作權法第 82-2 條參照。

³⁰⁰ 著作權法第 82-2 條參照。

³⁰¹ 黃銘傑，著作權仲裁機制之研究，經濟部智慧財產局委辦計畫，載於「整體著作權法制之檢討研究報

其一為有關強制授權金費率設定或調整之決定，另一則為有關該等金額應如何分配之決定。而不服著作權權利金法庭所為之任何最終決定者，得於該決定公告於聯邦公報後三十日內，向美國上訴法院(United States Court of Appeals)提起上訴³⁰²。但因內部人員而因意識型態不同而發生紛爭，使著作權權利金法庭遭到裁撤。目前非如以往著作權權利金法庭時代設置由任期七年之專任委員，而是於有需要或遇有請求、申請時，由國會圖書館館長版權局局長推薦，國會圖書館館長依其職權召集並組織臨時性任務編組之著作權權利金仲裁小組審議做出決定³⁰³。

(二)日本

日本關於著作權爭議，在著作權法第 105 條至第 111 條設有斡旋制度³⁰⁴，目的在簡易且迅速解決當事人間有關著作權之爭議。根據著作權法，著作權主管機關文化廳內設著作權爭議解決斡旋委員會成員，爭議案件發生時，當事人可以向文化廳長官申請斡旋。文化廳長官將委託具有版權或鄰接權相關事務學術經驗之三名委員進行斡旋。斡旋委員由最合適之委員中挑選三人以下委員組成。而必須經由他方當事人之同意，主管機關始得將該申請案交付斡旋，當事人之間必須進行溝通，以確認雙方主張要點，並根據實際情況進行斡旋解決。

但實際運作上斡旋機制並非有效之機制，故日本於 2000 年 11 月通過「著作權等管理事業法」以取代仲介業務法³⁰⁵。有關使用費率之問題交由市場競爭機制與當事人間之協商予以解決³⁰⁶。如「著作權等管理事業法」第 23 條第 1 項規定「指定著作權等管理

告」，頁 380 至 402，2001 年 9 月。

³⁰² 同前揭註 301。

³⁰³ 同前揭註 205。

³⁰⁴ 日本著作權法，<https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=345AC0000000048>
(最後瀏覽日：2021 年 2 月 21 日)。

³⁰⁵ 陳錦全，日本著作權等管理事業法之研究，智慧財產權月刊 83 期，頁 21—53，2005 年 11 月。

³⁰⁶ 同前揭註 297。

事業」。「著作權等管理事業法」第 23 條之 1 條至之 5 條³⁰⁷規定，「指定著作權等管理事業」在接獲使用人團體要求就其使用費率規程條件進行協商時，必須與該團體進行協商。若指定管理事業不回應使用人團體有關協商之要求，或雖有協商無法達成合意者，主管機關關於接獲使用人團體申請後，得命令指定管理事業與使用人團體再次進行協商。若協商成立，則管理事業應依協商內容修改其使用費率規程；而若協商未成立則當事人可請求主管機關，就使用費率規程進行裁定³⁰⁸。

(三)中國

中國大陸對於著作權侵權及許可費上存在分歧時，均可由行政機關進行調解。行政機關對於發生糾紛當事方間，依程序進行調解。行政調解之程序已於前文所述，在此不再贅述³⁰⁹。

第二項 著作權調解案—臺灣臺北地方法院 99 年智字第 16 號民事判決

一、事實梗概

(一)原告主張

被告社團法人台灣音樂著作權人聯合總會係依舊著作權仲介團體條例(99 年 2 月 10 日修正公布為著作權集體管理團體條例)所成立之音樂著作權仲介團體，原告頌國際公司等為廣告音樂著作之著作財產權人，於 91 年 1 月 1 日與被告簽訂音樂著作財產權專屬授權委託管理契約書，約定由其等將享有著作財產權之廣告音樂著作，包括公開播送、公開演出及重製權委託被告代為管理，而被告應於每年 6 月 30 日及 12 月 31 日，以該半年度實際收到之使用報酬結算 1 次，並於結算後 30 日內，依被告所制訂之公開

³⁰⁷ 日本著作權等管理事業法，

https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=412AC0000000131_20190914_501AC0000000037&keyword=%E8%91%97%E4%BD%9C%E6%A8%A9%E7%AD%89%E7%AE%A1%E7%90%86%E4%BA%8B%E6%A5%AD%E6%B3%95，(最後瀏覽日：2021 年 1 月 8 日)

³⁰⁸ 同前揭註 305。

³⁰⁹ 同前揭註 288。

播送、公開演出及重製之分配方式，計算使用報酬交予原告。

92 年度及 93 年度中視等 6 家電視台依概括授權契約支付著作權使用報酬予被告，共有兩種計費方式，第一種 3 家電視台 93 年度是以單曲計費支付，第二種則是其他 3 家電視台係以年金方式支付。扣除被告應得之 25% 管理費及電視台預扣之 15% 所得稅稅金，即可得出被告應給付原告頌國際公司 401,608 元、1,899,758 元、19,517 元等等支不同金額。

因被告拒不給付 92 年至 93 年音樂著作權使用報酬，原告遂於 95 年 1 月 9 日向經濟部智慧財產局(下稱智慧局)申請調解，並於 95 年 5 月 2 日調解程序中將潤利艾克曼國際事業有限公司(下稱潤利公司)所製作各電視台廣告檔次明細委請律師以經緯 95 靜字第 17 號函寄交被告，惟經調解仍不成立。故原告主張渠等乃依系爭管理契約及舊著作權管理條例第 27 條第 4 項規定，請求被告給付使用報酬；並聲明；願供擔保，請准宣告假執行。

(二)被告主張

本件原告所請求債權係著作權使用報酬，依舊著作權仲介團體條例第 34 條第 1、2 項規定，核屬一年定期給付之債權，除原告李銘杰係請求 94 年之著作權使用報酬外，其餘原告均係請求 92、93 年著作權使用報酬，惟遲至 99 年 8 月 5 日始提起本件訴訟，顯然已罹於時效，再為本件請求顯無理由。

又原告所主張之廣告歌曲或旋律，其長度為數十秒或短短幾秒，其形態應屬「罐頭音樂」或罐頭音樂之衍生品，缺乏原創性，自不屬音樂著作，原告應舉證以實其主張。退步言，縱原告音樂著作符合著作權要件，惟其請求使用報酬方式，業與前秘書長在職時所主導分配比例不同，本件原告請求比例及計算方式，顯然不同於原告等人尚未退會時之分配比例，不符系爭管理契約第 2 條約定，且與其退會前之分配比例顯然不同，其單方面主張並無根據，且原告主張計算方式，亦未考量電視公司支付予被告之音樂著作

權使用報酬，是包含節目及廣告音樂所有會員，而收入大部分之金額只給付於極少數會員之原告，實不公平亦不合理等語，資為抗辯。並聲明：駁回原告之訴及其假執行之聲請；如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

二、法院判決

(一)一審結果

民國 102 年 4 月 3 日「臺灣臺北地方法院 99 年智字第 16 號民事判決之判決，法院認為爭點為：

1. 原告之著作使用報酬請求權是否罹於時效？原告及訴外人直接公司、天空工作室之音樂著作是否具有原創性？
2. 除原告李○○以外之其他原告及訴外人直接公司、天空工作室是否已受分配？
3. 原告請求被告給付如附表二所示金額及利息，有無理由？

法院見解如下：

1. 原告已於 99 年 2 月至 4 月間向被告為使用報酬付款請求，原告之使用報酬請求權已因請求而中斷時效，原告復於 6 個月內之 99 年 8 月 6 日起本件訴訟，則原告之使用報酬請求權已因請求而中斷時效，被告抗辯原告李○○以外之其他原告之使用報酬請求權已罹於時效而消滅云云，顯非可採。
2. 被告有向電視台等收取原告創作之廣告歌曲使用報酬，參諸被告復未提出原告及訴外人直接公司、天空工作室創作之廣告歌曲等非音樂著作之相關證據，足見原告及訴外人直接公司、天空工作室即黃嘉琦創作之廣告歌曲係屬有著作權之音樂著作，被告辯稱原告未享有音樂著作權云云，洵非足取。
3. 參酌被告未提出依被告分配委員會、董事會或總會決議，已交付應分配予原告李銘杰

以外之其他原告及訴外人直接公司、天空工作室有關中視、八大、緯來、三立、聯意 93 年度及年代 92 年、93 年度使用報酬之相關證據如分配金額明細、匯款紀錄等，則被告辯稱原告李銘杰以外之其他原告及訴外人直接公司、天空工作室本件請求已受分配云云，自非可採。

4. 原告 A 公司請求被告給付 401,608 元，原告 B 公司請求被告給付 1,899,758 元，原告 C 公司請求被告給付 375,485 元，原告 D 公司請求被告給付 2,268,127 元，原告何○○請求被告給付 19,517 元，原告周○○請求被告給付 523,691 元，原告賴○○請求被告給付 305,954 元，原告章○○請求被告給付 287,494 元，原告曾○○請求被告給付 2,303,521 元，原告賴○○請求被告給付 167,072 元，原告葉○○請求被告給付 296,105 元，原告李○○請求被告給付 284,107 元，及均自起訴狀繕本送達被告翌日即 99 年 8 月 24 日起至清償日止，按年息 5% 計算之利息，洵屬有據，應予准許，原告逾此部分之請求，即非正當，應予駁回。

(二)二審結果

二審判決為智慧財產法院 102 年民著上字第 16 號民事判決，裁判日期：民國 103 年 5 月 16 日，法院認為爭點為：

1. 被上訴人得否請求上訴人給付著作權使用報酬？
2. 被上訴人所請求之音樂是否為具原創性之音樂著作？
3. 本件使用報酬之計算所應適用之分配辦法為何？
4. 被上訴人頌國際公司等 11 人、直接公司、天空工作室是否已受分配著作權使用報酬？

而法院見解為：

1. 被上訴人主張被上訴人之廣告音樂具有原創性，乃著作權法所保護之音樂著作等語，

堪以採信。

2. 本件使用報酬之計算所適用之分配辦法，應依上訴人 92 年 5 月 21 日分配委員會會議紀錄所示之「單曲計費」分配方法，而非上訴人所指與節目音樂對拆之分配方式。
3. 被上訴人頌國際公司等 11 人、直接公司、天空工作室並未受分配著作權使用報酬。上訴人應給付被上訴人所得請求之使用報酬。
4. 被上訴人頌國際公司等 11 人之著作使用報酬請求權並未罹於時效：
5. 被上訴人即附帶上訴人以新臺幣壹拾叁萬貳仟元為上訴人供擔保後，得假執行。但上訴人如於假執行程序實施前以新臺幣叁拾玖萬叁仟零柒拾柒元為被上訴人即附帶上訴人預供擔保，得免為假執行。被上訴人即附帶上訴人其餘假執行之聲請駁回。

(三)三審裁定

三審為「最高法院 104 年台上字第 663 號民事裁定」，裁判日期為民國 104 年 4 月 16 日，而法院見解為：

本件上訴人對於原判決提起第三審上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使所論斷：被上訴人於民國九十九年二月至五月間即經訴外人向上訴人請求給付系爭著作權報酬，其請求權自未罹於時效。又依修正前著作權仲介團體條例第四條第一項第三款、第八條第二項、第十五條第一項、第三項第二款等規定，可知上訴人之會員大會、董事會及分配委員會均應依原「使用報酬之分配方法」、兩造簽訂之「音樂著作財產權專屬授權委託管理契約書」分配使用報酬，非可由其分配委員會自訂分配比例。倘先前之分配辦法、分配方法或比例有變更，應依上開規定變更、公告，並送主管機關即經濟部智慧財產局備查，非可由其分配委員會自訂分配比例。上訴人曾於九十二年五月二十一日進行廣告音樂使用報酬分配之分配方法，既未經會員大會決議變更，分配辦法自仍應依「使用報酬之分

配方法」、兩造簽訂之「音樂著作財產權專屬授權委託管理契約書」分配使用報酬為分配等情，指摘其為不當，並就原審命為辯論及已論斷者，泛言謂為違法，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，更未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。

故法院裁定結果為：

被上訴人依系爭管理契約第 2 條、及上訴人所示之「使用報酬之分配方法」第 2 條第 1 項規定，被上訴人依系爭管理契約第 2 條、上訴人如附件三所示之「使用報酬之分配方法」第 2 條第 1 項規定、及債權讓與之法律關係，請求上訴人給付著作權使用報酬，於法有據。故上訴人應給付被上訴人 401,608 元，及均自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率 5% 計算之利息，為有理由，應予准許。逾此所為請求，為無理由，應予駁回。原審就上開被上訴人即附帶上訴人應准許部分，僅命上訴人給付 284,107 元本息，自有未洽，被上訴人即附帶上訴人之附帶上訴意旨指摘原判決此部分不當，聲明廢棄改判，為有理由，應由本院將原判決此部分廢棄，改判如主文。

第三項 著作權調解案法理分析

一、本案由於音樂著作使用報酬分配之爭議，依本文先前之分類，應屬於強度中度之行政介入。本案中為音樂著作使用報酬分配之爭議向智慧局申請調解，經智慧局著作權審議及調解委員會調解不成立後，然後原告提起訴訟。其過程符合著作權法第 82 條與著作權爭議調解辦法第 4、6、7、12 條規定之調解之標的、調解之機關、及調解之效力。

(一) 調解之標的

智慧財產權之爭執，最終往往仰賴法律訴訟而由法院判決解決相關爭議。但著作權紛爭因為被侵權者所獲其實際賠償不大，且又須專門知識以作為正確之判斷，故著作權

訴訟在訴訟中常以和解作為解決手段³¹⁰。惟訴訟外紛爭解決機制雖然包括民法之和解、民事訴訟法之調解、和解及商務仲裁條例之仲裁，但著作權法規定著作權之爭議，得由當事人申請主管機關調解之，其調解辦法由主管機關定之，此規定乃仿日本之立法例³¹¹。本案爭執之標的為著作權報酬給付，特別是關於「使用報酬之分配方法」、以及分配是否符合先前兩造所簽訂之「音樂著作財產權專屬授權委託管理契約書」，故調解之標的屬於著作權之爭議並無疑義。

(二) 調解之機關

著作權之調解受理機關依各國規定而有所不同，如日本著作權法規定係向主管機關申請，而韓國著作權法則是規定向審議調解委員會申請。我國著作權法規定之審議調解制度則偏採韓國制，受理申請者為審議調解委員會，與鄉鎮市調解條例第9條相同，因此我國在智慧財產局下設有著作權審議調解委員會³¹²。本案之原告於95年1月9日向經濟部智慧財產局申請調解，並於95年5月2日調解程序中提出相關資料函寄被告，惟經調解仍不成立，原告依系爭管理契約及舊著作權管理條例第27條第4項規定，向被告提出給付之訴。

至於調解之作用，應是在雙方當事人在調解委員之協調下，互相讓步，尋求共識提出解決方案，就重點爭議事項如支付授權金或賠償金達成共識即可。且由於亦有可能發生權利人或利用人之一方不願接受調解，或調解時就爭議事項無法達成共識而調解不成立之情形，此時如當事人有訴諸法院之意思，仍應尊重其有提起司法訴訟之權³¹³。

此外從實務面觀之，依著作權法第82條之規定，著作權專責機關應設置之著作權審議及調解委員會，辦理事項包括著作權集體管理團體與利用人間，對使用報酬爭議之

³¹⁰ 蕭雄淋，新著作權法逐條釋義，五南圖書出版公司，1999年4月，2版。

³¹¹ 同前揭註310。

³¹² 同前揭註310。

³¹³ 經濟部智慧財產局，令函案號：電子郵件 1090609，2020年6月9日，<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-407-878302-ce146-301.html>(最後瀏覽日：2020年12月20日)。

調解、著作權或製版權爭議之調解、及有關著作權審議及調解之諮詢³¹⁴。惟我國在著作權相關爭議之訴訟中，實際進行調解之案例較少，著作權審議及調解委員會之功能多在於著作權審議及調解之諮詢。

(三) 調解之效力

著作權之調解效力，依各國規定有所不同，如日本著作權法僅有民法和解之效力，而韓國著作權法與訴訟上之和解有同一效力³¹⁵。我國鄉鎮市調解條例第 27 條規定調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴；且經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力³¹⁶。故我國著作權法第 82-2 條中有關調解之效力，亦規定調解經法院核定後，當事人就該事件不得再行起訴、告訴或自訴；經法院核定之民事調解，與民事確定判決有同一之效力³¹⁷。主要原因在於「審議調解委員會既屬專業機關，對著作權法之素養應不遜於法院，況調解並非對爭執法律問題而為判決，著作權侵害多告訴乃論之罪，理應爭取時效，故本法之調解，當有與確定判決同一效力為宜。」³¹⁸故本案原告於 95 年 1 月 9 日就其與被告間關於 92 年至 93 年之使用報酬分配之爭議向智慧局申請調解，經智慧局著作權審議及調解委員會調解不成立，並做成紀錄在案，然後原告提起訴訟。此與著作權法第 82 條與著作權爭議調解辦法第 4、6、7、12 條規定之意旨相符。

二、著作權爭議之行政介入調解態樣

我國對於智慧財產權相關爭議，一向以法院訴訟為主要解決途徑，較少採行訴訟外解決機制。即使雙方願意進行和解，亦多為法院訴訟階段。行政機關之行政介入，故僅限於著作權爭議之調解。而該行政介入之調解程序亦非訴訟之先行程序，非具有強制性，

³¹⁴ 著作權法第 82 條參照。

³¹⁵ 同前揭註 314。

³¹⁶ 鄉鎮市調解條例第 27 條參照。

³¹⁷ 著作權法第 82-2 條參照。

³¹⁸ 同前揭註 314。

其開啟、進行、成立須當事人雙方合意採行。故行政機關介入著作權爭議調解時，可分為調解成立與調解不成立兩個態樣。

(一)一方不同意之態樣

以智慧財產法院 102 年民著訴字第 20 號民事判決為例，本案之原告為多家衛星電視頻道業者，因其就著作權授權爭議一案，於 100 年 5 月間，以中華民國觀光旅館商業同業公會名義，代理所有 79 家會員，依著作權法第 82 條規定向經濟部智慧財產局申請調解，申請意旨表示：「茲代表中華民國觀光旅館商業同業公會所屬之 79 家觀光旅館，而針對觀光旅館向頻道商申請『得就於其所經營之頻道上所播放之視聽著作』再播送予旅客收視時所生之種種爭議，向著作權審議及調解委員會申請調解。」理由為「從過去十餘年到現在為止，頻道商係將授權觀光旅館得再播送頻道節目予旅客收視該項業務委託九太公司而為執行，而觀光旅館亦是僅能透過九太公司取得實施前述利用行為之合法權限。然而，九太公司於執行前述之再播送授權業務時，卻是存有下列諸多欠缺公義之不合理作為：未有正當理由而對觀光旅館施予差別待遇，致使觀光旅館若欲再播送與一般旅館完全相同之頻道節目時，卻必須支付較一般旅館高出近十倍之費用(含授權費成本及訊號取得成本)。」但原告等電視台，對於中華民國觀光旅館商業同業公會調解之申請，拒絕調解，因此智慧財產局表示：「有關貴會申請與三立電視股份有限公司等 7 家衛星電視頻道業者就著作權授權爭議一案，因相對人逾期未回復，視為拒絕調解，爰將本案予以發還，請查照。」³¹⁹

(二)雙方同意之態樣

雙方同意調解時，調解機關依著作權法第 82 條之 1 第 1 項之規定辦理調解會議，雙方當事人在調解委員之協調下，尋求共識、提出解決方案，就重點爭議事項達成共識，然後由調解機關調解成立在案，再由雙方當事人簽署「經濟部智慧財產局調解書」，然

³¹⁹ 參見智慧財產法院 102 年民著訴字第 20 號民事判決。

後由經濟部智慧財產局將調解書 1 式 4 份依法送請法院審核，調解成立後依法送請法院審核之內容，主要包括³²⁰：法律依據、調解之時間地點、以及敘明調解成立在案，雙方當事人訂已簽署「經濟部智慧財產局調解書」簽署之事實。

法院收到智慧財產局之函時，按著作權法第 82 條之 1 第 2 項之規定，除有違反法令、公序良俗或不能強制執行者外，法院應儘速審核調解書，並應由法官簽名並蓋法院印信，除抽存一份外，發還著作權專責機關送達當事人³²¹。

三、行政機關介入調解具有社會公平與效率。

由本案之訴訟過程觀之，本案因調解不成，進入司法程序後，歷經一、二、三審，訴訟期間長達兩年，而訴訟金額不超過一百萬台幣，可謂曠日廢時。若以行政機關介入調解，可節省雙方之時間與金錢，且調解機關具有專業能力，在調解過程中對於著作權人之財產權和人格權，應有一定之保障能力。故依本文第二章所述之社會效率最大化概念，亦即 Kaldor—Hick 效率所強調之概念。亦即若透過調解過程，雙方當事人根據各自利益，面對面協調出符合雙方最大化之利益，如此雙方之權益都不至於受損，因此社會整體之利益亦為正面，此時稱為具有社會效率。固有關著作權之爭議，應重視行政介入調解之功效，以增進社會效率。

第二節 專利強制授權案例

第一項 專利之強制授權

一、專利強制授權之法理

專利法中之「強制授權」又稱「特許實施」(Compusory Licensing)，主要目的在於防

³²⁰ 經濟部智慧財產局，令函案號：智著字第 09516002700 號，2006 年 7 月 19 日，

<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-407-851764-db822-301.html> (最後瀏覽日：2020 年 12 月 20 日)

³²¹ 著作權法第 82 條之 1 參照。

止專利權人濫用其專利，並緩和專利權人所享有之獨占權利與地位，以增進公益，促進國家社會之發展³²²。強制授權主要意義乃係未經專利權人同意，藉由國家公權力之介入，將該專利強制授權予他人實施。該制度原本設定之制度功能，在於抑制專利權濫用³²³。強制授權發生之條件，通常為政府為因應國家緊急危難或其他重大緊急情況、增進公益之非營利實施、或有限制競爭與不公平競爭之情事³²⁴，專利專責機關得依申請人之申請，根據法定程序與要件，強制專利權人同意申請人得於支付適當金額之補償後，即可在專利專責機關核准下實施其專利權³²⁵。

而學者 William R. Cornish 則從發明之角度，進一步將專利強制授權之目的分為三類³²⁶：第一類是再發明，亦即就他人發明為基礎進行發明，此時前項發明之專利稱為稱第一專利(First patent)，而在發明之專利稱為第二專利(Second patent)，其實施時必須取得原發明專利之授權，否則將被視為侵害原發明專利權。但專利權之目的為促進產業發展、鼓勵技術公開使用，為避免先前存在之專利阻礙後進者進行之研發，故設計強制授權之機制以避免原發明人拒絕授權而導致他人無法運用其公開之技術內容。

第二類為專利權在國內人未充分獲合理使用期專利權，且經欲使用者以合理條件申請協議，但經過相當期間而無法達成者，可向行政機關申請准予強制授權。但若在國家緊急狀態或其他緊急狀態下，得未經請求協議授權之前述如請求授權之前置程序，各國政府可直接准予強制授權³²⁷。第三類之強制授權目的為非營利公益使用(Public non-commercial use)，與第二類之差異主要在於，通常為政府基於國家安全與公眾利益，在

³²² 馮震宇，論實施專利權的相關問題與其限制（下），智慧財產權，頁 34-46，2000 年 10 月。

³²³ 同前揭註 264。

³²⁴ 同前揭註 323。

³²⁵ 專利法第 87 條參照。

³²⁶ 同前揭註 264，引用 WILLIAM RODOLPH CORNISH, INTELLECTUAL PROPERTY: PATENTS, COPYRIGHT, TRADE MARKS AND ALLIED RIGHTS 209, n.18, 2d ed. (1989)。

³²⁷ 同前揭註 323。

國防、醫藥等技術領域用專利。這類強制授權除亦無須前述協議授權之前置程序³²⁸。

專利制度中關於強制授權機制之設計，主要在於專利權人依專利法可享有依定期間內在市場上排除他人使用該技術之獨占權利，自不免對整體社會福利造成影響，為衡平專利權人之私益與社會整體利益，乃有強制授權之設計。但強制授權仍有其限制，主要限於高度創作之發明專利，對於新型專利與設計專利則無強制授權之適用³²⁹。

二、專利強制授權之國際規範

(一)巴黎公約

「保護工業產權巴黎公約」(Paris Convention for The Protection of Industrial Property)，簡稱「巴黎公約」，是第一個國際間重要智慧財產權條約，1883 年在法國巴黎訂立，其最新版本是 1979 年 10 月所修訂。其中關於強制授權之內容見於第五條第 A 項³³⁰，其中規定各同盟國家得立法規定強制授權，以防止專利權人濫用權利如未實施專利之情形。強制授權不具排他性，不得移轉，除非與其經營授權之企業或商譽一併為之。亦不得再授權。但關於強制授權之規定對各國並不具有強制力，因此在人類面臨流行疾病威脅時，許多落後國家無法獲得先進國家藥廠的逼藥品授權，使得國民面臨重大健康威脅。如在 1990 年代中期在部分國家盛行之愛滋病，因為雞尾酒療法需使用多項專利醫藥品，致使如南非與巴西等部份 WTO 會員國因無法負擔高額藥價而危及人民健康，並因此引發對

³²⁸ 同前揭註 323。

³²⁹ 同前揭註 326。

³³⁰ 經濟部智慧財產局，「巴黎公約解讀」，<https://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/8314173926100.pdf>，(最後瀏覽日：2021 年 1 月 8 日)

第五條第 A 項：

- (1)專利權人不因其於任一同盟國內所製造之專利物品，輸入於獲准專利之國家而喪失其專利。
- (2)各同盟國家得立法規定強制授權，以防止專利權人濫用權利之情形，例如未實施專利。
- (3)除非強制授權不足以防止前揭濫用，否則不得撤銷該專利權。於首次強制授權之日起兩年內，不得執行專利之喪失或撤銷專利程序。
- (4)自提出專利申請之日起四年內，或核准專利之日起三年內（以最後屆滿之期間為準），任何人不得以專利權人未實施或未充分實施為由，申請強制授權。倘專利權人之未實施或未充分實施有正當事由者，強制授權之申請應予否准。前揭強制授權不具排他性，不得移轉，除非與其經營授權之之企業或商譽一併為之。亦不得再授權。

愛滋病藥品強制授權之爭議³³¹，以致產生 TRIPS 之強制授權規定。

(二)TRIPS 強制授權規定

1995 年生效之「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)，在其第 31 條有關於「未經權利持有人授權之其他使用」，亦即強制授權之規定。TRIPS 強制授權之演進可以分為三個階段，首先是 TRIPS 第 31 條之初始規定，繼而是為促進全球人類健康權而產生之「杜哈宣言」(Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)，以及「杜哈宣言」之落實，其演進之過程與形成之原因，以下本文進一步加以說明。

1. TRIPS 第 31 條之規定

TRIPS 第 31 條有關於「未經權利持有人授權之其他使用」，亦即強制授權之規定。主要規定「會員之法律允許不經專利權人之授權而為其他使用時，包括政府使用或政府授權第三人實施」，應遵守下列規定³³²：

(1)此類使用僅在使用前，意圖使用之人已經努力向權利持有人要求依合理之商業條款及條件獲得許可，但在合理期限內未獲成功，方可允許。

(2)會員處於國家緊急情況或其他極為緊急情況，或基於非營利之公共使用。

(3)其因國家緊急危難或其他緊急情況而准予特許實施時，須儘可能速予通知專利權人。

由 TRIPS 之條文可知，其規定主要在規範會員國之義務，會員國必須將相關規定以法律程序完成國內法律制定之程序，方能實行。

³³¹ 牛惠之，杜哈公共衛生宣言遇上 TRIPS-Plus—藥品專利連結是否會阻礙強制授權的實施？，第十九屆國際經貿法學發展學術研討會論文集，2019 年 6 月。

³³² 經濟部智慧財產局，與貿易有關之智慧財產權協定（中文版），

<https://www.tipo.gov.tw/tw/cp-128-207126-bb3f9-1.html>，= (最後瀏覽日：2010 年 1 月 13 日)。

2. 2001 年 11 月 14 日世界貿易組織「杜哈部長宣言」

但由於 TRIPS 第 31 條之規定過於空泛，例如對於「會員之法律允許不經專利權人之授權而為其他使用」，此其他使用未明定包括強制授權或政府使用之情況，使得各國政府對於強制授權基於防止被貿易報復之心理，不敢貿然實施³³³。而許多國家，特別是一些發展較為落後之國家，其時因為愛滋病等流行疾病威脅其國人健康權，但又無法負擔昂貴之具有專利權之藥物，故針對醫藥相關問題，在 2001 年 11 月世界貿易組織杜哈部長會議中，發佈「TRIPS 協定與公共衛生宣言」(Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)，宣言中強調 TRIPS 協定之解讀與實施應能支持公共衛生，包括促進現有藥品之使用、促進新藥之研發，並認可 TRIPS 各國利用 TRIPS 第 31 調之彈性規定：如強制授權及平行進口³³⁴。

3. 2003 年 8 月 30 日世界貿易組織「執行杜哈部長宣言第 6 段之決議」

2001 年之「TRIPS 協定與公共衛生宣言」雖然對 TRIPS 第 31 條之使用規定有所放寬，但對於無製藥能力之國家，實質意義並不大き。在 2003 年 8 月 30 日世界貿易組織總理事會提出「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)，針對 TRIPS 第 31 條提出兩項豁免(waive)：

(1) 第 31 條之不只限於供應該授權會員國內市場之需要；

(2) 在考慮有關授權之經濟價值下，不必重複給付相當補償金予權利持。

以上兩項豁免從此使使具有製藥能力國家，其政府得以利用強制授權機制製成藥品，

³³³ 汪家倩，克流感與專利強制授權（上），萬國法律第 145 期，頁 36-46，2006 年 2 月。

³³⁴ 同前揭註 333。

出口至無製藥能力或製藥能力不足之國家³³⁵。但並非所有國家都使用這項 WTO 會員國權利，包括美國、日本等多個已開發國家宣布無論任何情況下均不會利用此決議的機制成為進口國；歐盟(EU)國家則宣布只會在國家緊急危難(National emergency)或其他極端危難(Other circumstance of extra—emergency)情形利用此機制，我國亦採取在國家緊急危難或其他極端危難情形利用時才使用此機制之立場。TRIPS 之此項決定對於我國影響深遠，亦是我國克流感藥物強制授權案產生之基礎。

三、我國之專利強制授權

(一)我國關於專利強制授權之規定

我國為世界貿易組織之會員，故遵守 TRIPS 相關強制授權之規定。其中強制授權之發動，主要來自兩種情形³³⁶：

- (1)為因應國家緊急危難或其他重大緊急情況，專利專責機關應依緊急命令或中央目的事業主管機關之通知，強制授權所需專利權，並儘速通知專利權人。
- (2)為增進公益之非營利實施、針對發明或新型專利權具相當經濟意義之重要技術改良、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等情形，而有強制授權之必要者，專利專責機關得依申請強制授權。

其中第一類為政府強制授權，第二類則為政府經申請後強制授權。強制授權之相關規定還包括³³⁷：專利專責機關於接到強制授權申請後，應通知專利權人並限期答辯；而強制授權之實施應以供應國內市場需要為主：強制授權不妨礙原專利權人實施其專利權；強制授權不得讓與、信託、繼承、授權或設定質權；強制授權之實施應以供應國內市場

³³⁵ 同前揭註 333。

³³⁶ 專利法第 87 條參照。

³³⁷ 專利法第 87、88 條參照。

需要為主。

而強制授權之停止，主要包括以下兩種情況³³⁸：

- (1) 經中央目的事業主管機關認無強制授權之必要時，專利專責機關應依其通知廢止強制授權。
- (2) 作成強制授權之事實變更致無強制授權之必要；被授權人未依授權之內容適當實施；被授權人未依專利專責機關之審定支付補償金時，專利專責機關得依申請廢止強制授權：

至於醫藥品相關之強制授權，專利法第 90 條特別規定為協助無製藥能力或製藥能力不足之國家，取得治療愛滋病、肺結核、瘧疾或其他傳染病所需醫藥品，專利專責機關得依申請，強制授權申請人實施專利權，以供應該國家進口所需醫藥品³³⁹。由專利法之規定可見我國落實 TRIPS 之規範，而由我國關於專利強制授權之規定中，「有強制授權之必要者，專利專責機關得依申請強制授權。」之規定亦符合行政介入之態樣，亦即由申請人向專責行政機關提出，由行政機關做成裁定後實施。

(二) 我國專利強制授權實施案例

我國第一件核准之專利強制授權案為 2004 年之荷蘭商飛利浦電子 CD-R 專利強制授權案³⁴⁰，申請人為我國廠商國碩科技公司。國碩公司於 2002 年 7 月 30 日以「曾以合理之商業條件在相當期間內仍不能協議授權」為由，向我國專利專責機關經濟部智慧財產局聲請特許實施，智慧局於 2004 年 7 月 28 日審定准許，但特許實施之範圍以供應國內市場需要為主。智慧財產局核准之主因為：從考量如何促使技術擁有者與技術利用者互相調和、專利制度保護私權之目的與利用人之需用性間尋求合理平衡點、以促進我國

³³⁸ 專利法第 89 條參照。

³³⁹ 專利法第 90 條參照。

³⁴⁰ 汪家倩，克流感與專利強制授權（下），萬國法律第 146 期，頁 41-57，2006 年 4 月。

產業之繼續發展、故准予國碩公司針對飛利浦公司五項 CD-R 專利權所提出強制授權申請。但飛利浦公司不滿該裁定，並於 2005 年向經濟部提出訴願。本案之態樣為專利法第 87 條中規定針對發明或新型專利權具相當經濟意義之重要技術改良而有強制授權之必要，由申請人向智慧局申請強制授權，而智慧局依專利法進行行政介入，要求荷蘭商飛利浦電子進行授權。

第二項 專利強制授權案—克流感疫苗事件

一、事實梗概

2005 年 11 月 25 日，台灣創下國際首例，針對克流感學名藥(Oseltamivir)進行強制授權。當時之新聞報導如下³⁴¹：「台灣昨天創下全球首例，成為第一個取得克流感學名藥(Oseltamivir)強制授權的國家，即日起實施。.....經濟部、衛生署、羅氏藥廠、吉李德科技公司各方代表歷經數小時激辯，智慧局副局長盧文祥表示，昨日在『克流感專利特許實施審查會議』已做成決議，通過衛生署取得『克流感』特許授權，特許時間至九十六年十二月三十一日。」當時之時空背景為全球面臨禽流感之嚴重疫情，而我國之相關藥物生產量不足以因應，且外購之藥物數量無法保證，當時之行政院衛生署視為國家重大威脅，故希望藉由強制授權克流感學名藥在國內生產，以提供足夠之藥物。

二、當事人之主張

當時衛生署申請強制授權之主因在於：台灣市售之 Oseltamivir 藥劑，乃專利權人美商吉李德公司授權瑞士商羅氏藥廠(F.Hoffmann—La Roche Ltd.)所生產製造之克流感(Tamiflu)，衛生署為能達到世界衛生組織所建議之藥劑安全存量，故於 2005 年初即與羅氏接觸洽商購買克流感，但羅氏表示至 2007 年才能供應至臺灣 10% 人口的劑量。故

³⁴¹ 自由電子報，2005 年 11 月 26 日，全球首例 我強制克流感授權，
<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/45181> (最後瀏覽日：2020 年 12 月 20 日)。

臺灣行政院衛生署於 2005 年 10 月 17 日致函羅氏大藥廠要求對授權製造克流感進行協議衛得到結果，為爭取防疫時效，衛生署決定以當時「專利法」第 76 條第 1 項規定，以「國家緊急情況」為由向智慧局提出強制授權之申請。其中專利權人美商吉李德公司、專屬被授權人羅氏大藥廠為關係人³⁴²。

而羅氏藥廠主張其係經美商吉李德科學股份有限公司授權，為本件專利之專屬被授權人。依專利法第 84 條第 2 項規定，自有權就本件申請提出答辯。而衛生署之申請為專利法第 76 條第 6 項所限制之轉讓或再授權行為³⁴³。羅氏藥廠並提出四項條件：第一是僅限於國內使用需求；第二是只能在羅氏藥廠藥物不敷使用時，衛生署才能釋出自製克流感；第三是一旦羅氏與衛生署達成自願授權，則智慧局可以視情況廢止特許實施；第四是衛生署應盡快與羅氏藥廠協調補償金事宜³⁴⁴。

三、智慧財產局之裁定

而智慧局之裁定主要內容包括³⁴⁵：

(一)准許申請人實施發明第 129988 號專利權(申請第 85107487 號專利案；專利名稱：新穎化合物，彼之合成法及治療用途)，特許實施期間自核准實施之日起至中華民國 96 年 12 月 31 日止。

(二)本特許實施所製造之產品以供應國內防疫需要為限。

(三)本特許實施限於相對人或其被授權人不能即時充分供應申請人「克流感」膠囊或其原料藥時，申請人始得釋出依特許實施所製造之產品。

³⁴² 陳豐年，論醫藥品強制授權：兼評 2011 年臺灣專利法相關修正，智慧財產權月刊，175 期，頁 55-99，2013 年 7 月。

³⁴³ 經濟部智慧財產局，經濟部智慧財產局審定書智法字第 09418601140 號，中華民國 94 年 12 月 8 日，<https://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/372310223969.pdf> (最後瀏覽日：2020 年 12 月 20 日)。

³⁴⁴ 同前揭註 343。

³⁴⁵ 同前揭註 343。

(四)特許實施期間內，如相對人或其被授權人與申請人已達成合意授權登記者，本局得廢止本特許實施。

(五)申請人應依法給付適當補償金予相對人。

第三項 專利強制授權案之法理分析

一、本案之介入模式為高強度之行政介入，其中行政院衛生署是否具作為申請人之適格性？及因應國家緊急危難請求緊急強制授權之法律性質為何？

本案中由於政府強制授權專利權人授權，依本文先前之分類，應屬於高強度之行政介入。

本案中關於申請人之適格性，智慧局裁定書認為：「申請人行政院衛生署為我國之最高衛生主管機關，對於國民健康之維護負有專責，基於防治禽流感之任務需用系爭專利而依專利法第 76 條有關國家緊急情況，申請特許實施，其所申請之事項由其處理核屬適當。」因此，衛生署作為申請人洵為適格。而論其行政程序之性質，行政院衛生署乃是依民國 92 年 2 月 6 日修正公布、93 年 7 月 1 日施行之專利法(以下簡稱「92 年專利法」)之 76 條第 1 項規定之：「為因應國家緊急情況或增進公益之非營利用……，專利專責機關得依申請，特許該申請人實施專利權。」但是否無論是行政機關或一般民間人士，都適用請求權，由申請人向專責機關申請，促請專責機關做成強制授權之處分？

為解決此一問題，自民國 100 年 12 月 21 日修正公布、102 年 1 月 1 日施行之專利法(以下簡稱「100 年專利法」)，強制授權之規定改為第 87 條，其因應國家緊急危難之強制授權改為：「為因應國家緊急危難或其他重大緊急情況，專利專責機關應依緊急命令或中央目的事業主管機關之通知，強制授權所需專利權」因此，因應國家緊急危難之專利強制授權可視為一多階段行政處分。亦即行政機關在作成強制授權處分之前，尚須其他行政主體或行政機關的協力才能作成，而此協力在專利法中明文規定為「通知」。

而多階段行政處分之申請救濟標的，原則上仍應以最後作成行政處分為救濟之標的。依最高行政法院 91 年判字第 2319 號判例要旨：「行政處分之作成，須二個以上機關本於各自職權先後參與者，為多階段行政處分。此際具有行政處分性質者，原則上為最後階段之行政行為，即直接對外發生法律效果部分。人民對多階段行政處分如有不服，固不妨對最後作成行政處分之機關提起訴訟，惟行政法院審查之範圍，則包含各個階段行政行為是否適法。」故人民如果對專利強制授權之處分不服，其訴願標的應為智慧局之強制授權處分，訴願對象應為經濟部。

二、本案中是否符合專利法規定限制之轉讓或再授權行為？

本案中專利權人為美商吉李德公司、專屬被授權人羅氏藥廠為關係人，其中關係人提出本案申請人行政院衛生署雖不擬直接生產欲取得授權之產品，而係委託其他廠商生產製造，固非屬申請人自己實施，而違反 92 年專利法之 76 條第 1 項所規定之特許該申請人實施專利權，而為轉讓或再授權行為。惟智慧財產局裁定書說明：「本案申請人雖不擬直接生產欲取得授權之產品，但將提供技術及原料，以委託製作方式交由合格藥廠製造特許實施產品，製造完成後再交由申請人統籌運用。因被委託藥廠對於製造特許實施產品並無獨立性，其受命於申請人之代工製造行為，充其量僅為申請人行為之延伸，該委託製作行為依其法律性質亦屬申請人自己實施，並非專利法第 76 條第 6 項所限制之轉讓或再授權行為。」

三、專利強制授權時，若涉及第三方利害關係人時，應如何處理？

本案申請人主張「92 年專利法」第 76 條規定之相對人均為專利權人，而本案中系爭專利登記之專利權人為美商吉李德科學股份有限公司，羅氏藥廠雖為專利權人之專屬被授權人，申請人主張羅氏藥廠仍非本案之相對人。但羅氏藥廠主張，其經美商吉李德科學股份有限公司授權，為本件專利之專屬被授權人。依「92 年專利法」第 84 條第 2 項規定，相對人自有權就本件申請提出答辯。

智慧財產局則認為³⁴⁶，依「行政程序法」第 20 條第 1 款規定，行政程序之當事人為申請人及申請之相對人，同條第 6 款規定，其他依該法規定參加行政程序之人亦為行政程序之當事人。本案就實體面而言，專利法第 76 條已明確規定其相對人為「專利權人」，故依法專利權專屬被授權人在本案中並無法律上之相對人地位。但依「行政程序法」第 23 條規定：「因程序之進行將影響第三人之權利或法律上利益者，行政機關得依職權或依申請，通知其參加為當事人。」羅氏藥廠於主張其具有系爭專利之專屬被授權，因此智慧局鑑於羅氏藥廠具有專利權專屬被授權人之身分，本案之結果對其難謂無法律上利益之影響，故智慧財產局指定羅氏藥廠以參加人之地位表示意見。

第四項 專利強制授權案之小結

克流感之強制授權案，其主要之爭點除申請人之適格性、羅氏藥廠惟關係人或為參加人，以及是否為申請人實施外。其核心爭議其實在於專利藥品之龐大商機，因此各廠必須設法排除他廠之生產製造而形成市場壟斷。故在智慧局做成強制授權之處分後，羅氏公司一方面發表聲明，質疑台灣自製克流感製程之生產率與品質，為具「相當不確定風險」，在全球克流感原料莽草酸短缺之際，台灣自製能力有待評估³⁴⁷；另一方面對授權補償金額表達不滿。

此外，本案關於「國家緊急危難」狀況之認定，本案由申請方行政院衛生署及智慧財產局認定，而其實並未有國家緊急命令之頒布，且由「國家緊急危難」狀況亦非由國家安全主管機關予以認定，不免流於爭議。惟近年來行政機關對「國家緊急危難」狀況之判斷已趨於明確，認定必須非由智慧財產局單方面能決定，而是由相關機關發布國家緊急命令，智慧局才可進行強制專利授權程序³⁴⁸。

³⁴⁶ 同前揭註 345。

³⁴⁷ 同前揭註 345。

³⁴⁸ 中時電子報，醫界籲強制授權 助呼吸器國家隊，

<https://www.chinatimes.com/newspapers/20200416000594-260110?chdtv>（最後瀏覽日：2021 年 1 月 14

第三節 音樂著作公開演出及重製爭議案

第一項 音樂著作公開演出及重製爭議案

一、音樂著作公開演出及重製之法律規範

(一)音樂著作公開演出及重製之定義

關於音樂著作之著作權問題，最常見者為問題。著作權法定義之公開演出指：「以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之公眾傳達著作內容。」³⁴⁹而能夠進行公開演出者，依著作權法之規定，為著作人及表演人。如著作權法第 26 條中規定專有公開演出其語文、音樂或戲劇、舞蹈著作之權利；而表演人專有以擴音器或其他器材公開演出其表演之權利。因此在公開場合演唱之行為，若未取得授權，即可能構成侵害音樂著作著作權之行為。

另一方面，著作權法中亦針對著作重製問題有所規範，著作權法定義之重製指：「以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」³⁵⁰而能夠進行公開演出者，依著作權法之規定，為著作人及表演人。如著作權法第 22 條中規定著作人專有重製其著作之權利；而表演人專有以錄音、錄影或攝影重製其表演之權利。

(二)違反音樂著作公開演出及重製規定之罰則

關於違反著作公開演出與重製之罰則，著作權法第 92 條規定擅自以公開演出之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬

日)。

³⁴⁹ 著作權法第 3 條參照

³⁵⁰ 著作權法第 3 條參照

元以下罰金；著作權法第 91 條規定以重製之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役，或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。因此利用人在使用他人著作前，必須依著作權法第 37 條之規定取得授權。然而對於音樂著作，同法第 37 條又有特別之豁免規定，即音樂著作經授權重製於電腦伴唱機者，利用人利用該電腦伴唱機公開演出該著作，不適用著作權法罰則之處罰；但此豁免不及於屬於著作權集體管理團體管理之著作。

(三)非營利活動之合理使用之規定

此外，公開演出並不一定構成侵害著作權，例如只要符合著作權法第 55 條關於非營利活動合理使用之規定，即得於活動中公開演出他人已公開發表之著作。然而關於非營利活動之合理使用之內涵，智慧財產局認為主要包括³⁵¹以下二款：一為：「非經常性之活動」，二為：「使用個人私有設備於街道、公園、建築物之開放空間或其他向公眾開放之戶外場所舉辦社會救助、公共安全、公共衛生及個人身心健康目的之活動」。而且在有下列條件下所辦理之經常性之非營利活動，如其活動的目的係基於社會救助、公共安全、公共衛生及個人身心健康；且活動地點是在街道、公園、建築物之開放空間或其他向公眾開放之戶外場所；並使用設備個人私有設備，則屬於合理使用，不需特別授權。以上相關規定已列入未來著作權法之修正草案，待立法院通過後即可實施。

二、常見音樂著作公開演出與重製爭議

由本文先前說明可知，若不符合現行著作權法之合理使用規定，且未獲得著作人壽權而於公開場所進行公開演出他人著作時，即可能構成對著作權之侵害。故除了商業演出，舉凡在公開場合歡唱卡拉OK、或歌唱班教唱等涉及公開演出而未向集管團體取得公開演出授權者，均可能構成對著作權之侵害。此外，若於公開演出時播放 CD、錄音

³⁵¹ 智慧財產局著作權組，非營利活動合理使用規定之修正，智慧財產權月刊，231 期，頁 93-99，2018 年。

帶或唱片，則 CD、錄音帶或唱片的錄音著作人或表演人可以要求播放的行為人，給付使用報酬，即所謂公開演出使用報酬請求權³⁵²。由於民眾日益重視休閒生活，且從事音樂活動時為避免對住宅區造成干擾，因此許多民眾會於公園、活動中心等公開場所群聚進行歌唱舞蹈等活動，因此可能侵犯著作人或表演人之權益，造成侵害著作權之爭議，如此事件屢見不鮮。

另一方面，一般民眾在進行歌唱活動時，最常使用之音樂來源為伴唱機，這將涉及另一個重製之問題，以下分為兩個情形說明如下：

- (1)若伴唱機是合法購買，伴唱機之音樂是合法由業者灌錄，則在公開場合利用伴唱機歌唱，並不涉及重製權授權問題，可能僅涉及公開演出權問題；
- (2)惟目前伴唱機業界市場生態，內含合法音樂之伴唱機多由少數伴唱機業者壟斷，而業者伴唱機之公開使用，其伴唱機多以出租之型態呈現，且出租價格並不低廉，導致若干使用者有偷偷在伴唱機灌錄熱門音樂之現象，如此將涉及侵害音樂著作之重製權³⁵³。

而最常見的公開演唱活動，就是於區民或里民活動中心等場所使用伴唱機之演唱活動，對於此類活動之法律問題，行政機關認為有可能涉及公開演出及重製問題，例如經濟部智慧財產局於 101 年 6 月 20 日之智著字第 10100050860 號函釋認為³⁵⁴：「依著作權法第 3 條第 1 項第 4 款規定，公眾係指不特定人或特定之多數人。但家庭及其正常社交之多數人，不在此限。由於區民或里民活動中心(下稱活動中心)等場所乃供民眾使用之公共空間，故對活動中心而言，區民、里民、各類社團或歌唱班等，均為不特定人或特

³⁵² 經濟部智慧財產局，「公開演出報酬請求權」之說明，

<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-410-855875-5f071-301.html>, (最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

³⁵³ 蕭雄淋，里民活動中心利用伴唱機歌唱引起的著作權問題，台灣法學雜誌，375 期，頁 5-11，2019 年 4 月。

³⁵⁴ 經濟部智慧財產局，智著字第 10100050860 號函釋，

<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-407-855207-79f16-301.html>, (最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

定的多數人。是以，所詢問題 1 及 3，在前述場所經常性提供公有電腦伴唱設備給民眾進行歡唱，或供社區舉辦之歌唱班教學使用，均已涉及著作公開演出的行為，而『公開演出權』乃著作財產權人專有的權能之一，如未取得著作財產權人或其授權之人(如著作權集體管理團體)公開演出的授權，則有構成侵害著作權之虞，恐要負民、刑事責任。」

而智慧財產局對於公用伴唱機如里民活動中心使用伴唱機之法律問題，提出以下法律建議³⁵⁵：

(1)確認廠商已取得合法授權，索取保證書不論是採購置或是用租賃，應於採購契約中明定廠商應提供電腦伴唱機出廠時已獲「合法重製授權」之保證書，以證明該電腦伴唱機中所灌錄之歌曲來源合法。

(2)里民活動中心後續灌錄新歌，仍須取得授權並支付重製費用方能合法利用。

準此，可知對於公用伴唱機之使用，必須確認具有合法重製之授權、並支付重製費用，方能灌製新歌曲。

三、國外關於伴唱機公開演出及重製之規範—以日本為例

台灣盛行之卡拉OK 和 KTV，其實可溯源至日本，因此對於日本卡拉OK 和 KTV 中對於伴唱機之授權制度及業者支付使用報酬費用之方式，可作為我國之參考。學者葉茂林分析日本各營業場所如居酒屋、餐廳、酒等所擺放之伴唱機設備取得之方式大致可分為三種³⁵⁶：

(1)直接購買：由營業處所直接向經銷商購買伴唱機，取得該伴唱機之所有權。不過，因考量曲目更新的問題，以及直接購買花費較高，故僅有少數業者採取此

³⁵⁵ 智慧局對里民活動中心使用電腦伴唱機著作權問題說明，
<https://www.tipo.gov.tw/tw/dl-19760-cd5b11613429456cb094d8f4c61c0abf.html>，(最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

³⁵⁶ 葉茂林，日本語文著作及音樂著作集體管理實務之研究，智慧財產權月刊，95 期，頁 27-52，2006 年。

方式；

(2)租賃(Leasing)：又可分為兩種，第一種為一般租賃，由營業場所業者按月繳交規定的租金給廠商。第二種則是所謂的「租買」(financial lease)，亦即業者雖然還是按月繳交租金，但租金金額較高；且在繳納一定期間後(例如：三到五年)，營業場所就能取得伴唱設備的所有權；

(3)租賃 (Rental)：和前述租買之差異在於租金較低，且機器一般是投幣式，然後就消費者投幣累積的金額，提供伴唱機的業者可以和營業場所拆帳。

而在法律責任方面，葉茂林認為依照日本的司法實務見解，提供伴唱設備之租賃廠商，於提供租賃設備予營業處所前，應先告知並確認該營業處所已向關著作權人團體申請公開演出授權；如嗣後發現營業處所仍未取得公開演出授權時，應立即將設備撤回或停止作品訊號之傳輸，或立即提供任何侵權協助。如租賃業者未行使前開注意義務，即應負擔幫助侵權之連帶損害賠償之責³⁵⁷。

第二項 卡拉OK伴唱機著作權爭議案

一、事實梗概

長期以來，台灣各鄉鎮市區的社區、里民活動中心(集會所)或社會福利照護機構，設置電腦伴唱機供里民、年長者進行歡唱聯誼十分普遍。但電腦伴唱機廠商陸續對里民活動中心寄發函文或存證信函，要求清查其設置電腦伴唱機內灌錄之歌曲是否合法，否則會涉及著作權侵權，使伴唱機著作權爭議不斷。2019年6月18日，各地歌唱協會、歌唱教師等團體及伴唱機業者集結至經濟部智慧財產局陳情要求修改著作權法，以解決此一問題。立法院民進黨團亦於2019年6月，針對民眾的陳情，以「社區、里民活動中心設置電腦伴唱機具有社交功能，促進身心健康，具有高度公益性，且屬非營利性質，

³⁵⁷ 同前揭註356。

對著作權人權益影響有限，不應以刑事責任相繩，如讓具公益性的社區非營利場所，因此陷入侵權糾紛，導致民怨，則法律應有予以調整之必要。」³⁵⁸為由，提案修改著作權法，使非營利場所伴唱機內音樂的重製除罪化。然而此提案引起音樂創作者強烈反彈，認為嚴重損及創作者權益，行政院決定中止修法。行政院長蘇貞昌並在臉書發文表示³⁵⁹：「聽了各界的意見，行政院跟黨團經過再三討論後，決定中止修改著作權法，重新強化溝通，釐清爭議與疑慮。接下來，負責的部會機關會跟灌歌的廠商加強宣導，政府也會好好思考再溝通，拿出雙贏的措施，讓大家放心歡唱，也保障音樂創作人的權利。」

二、政府之介入

對於伴唱機著作權爭議，在修改著作權法之提案中止後，後續之發展為政府機關以行政力量介入，採取的行政手段包括：

(1)著作權主管機關介入協商：經濟部智財局已邀伴唱機業者協商，業者同意給 4 個月緩衝期、不提告訴³⁶⁰；

(2)地方政府編列預算補助公播費：例如臺南市府就授權費編列 105 萬元預算作為公開播映費用，但並未針對活動中心伴唱機編列新歌灌錄重製費用³⁶¹。新竹市政府動用第二預備金投入約 97 萬經費，支付全市集會所及活動中心內的合法伴唱機的年度公播費，並盤點里集會所及活動中心現有伴唱機設備數量，共計約 170 台，屬於公有財產 77 台，近日已由區公所優先將伴唱機送回原廠，設定還原合法歌曲，讓所有機台合法化，後續也會在伴唱機上張貼禁止違法灌錄歌曲之標語，以

³⁵⁸ 立法院議案關係文書，院總第 553 號委員提案第 23454 號，

http://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/03/pdf/09/07/01/01/LCEWA01_09070101_00004.pdf, (最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

³⁵⁹ 中央社，2019/6/24，伴唱機強制授權爭議難解 政院中止修著作權法，

<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201906240222.aspx>, (最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

³⁶⁰ 自由電子報，2019/05/27，活動中心伴唱機未編新歌重製費！南市府：盤點使用需求，

<https://news.housefun.com.tw/news/article/182669238534.html>, (最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

³⁶¹ 同前揭註 360。

免侵犯著作權法³⁶²。

第三項 法理分析

一、行政機關之介入協商是否有法律效力？

關於著作權爭議之行政介入調解，本文在前文中已經有所說明。惟本案與第一節中所述著作權爭議不同處，在於本案例中，行政機關之行政介入並非解決爭議，而是針對爭議雙方之爭議處理程序進行協商，業者同意給4個月緩衝期不提告訴。然而此類型之協商並未明文載於法律規範中，且與著作權爭議之調解程序中，其開啟、進行、成立須當事人雙方合意採行之成立要件不同，故應無法適用現行著作權爭議調解之規定，一不具有調解之效力。論其性質，應為行政機關對於著作權團體之勸說，以為政府處理相關爭議爭取緩衝時間之手段。

二、地方政府出資補助伴唱機著作權費用之行政介入行為模式為何？是否適當？

關於行政機關行政介入智慧財產權之行政行為模式，本文已於前文中詳細討論。為本文認為關於智慧財產權之爭議，行政介入之主體應為智慧財產權主管機關，在我國亦即經濟部智慧財產局。然而本案例中出資補助著作權費用者為地方政府，並非行政介入之主體。且爭議發生之客體媒介，即伴唱機之所有權有屬於地方政府者、有屬於社區團體者；故地方政府一方面負責社區團體之監督、另一方面亦為爭議之當事人。故地方政府出資補助伴唱機著作權費用，對於產權屬於政府之伴唱機較無爭議；但對於產權屬於社區團體之伴唱機，地方政府或可以行政計劃手段，以計畫補助方式補助社區團體，但仍可能違反使用者付費原則，非屬允當。

³⁶² 新竹市政府市政新聞，2019/07/23，卡拉OK公播費市府買單 市長林智堅邀歌王歌后來里集會所活動中心安心開唱，https://www.hccg.gov.tw/ch/home.jsp?id=30122&parentpath=0,16,30121&mcustomize=municipalnews_view.jsp&toolsflag=Y&dataserno=201907230003&t=MunicipalNews&mserno=201601300187，（最後瀏覽日：2021年8月14日）。

第四項 音樂著作公開演出及重製爭議案之小結

本案例為關於著作權之公開演出與重製權之爭議，依照我國現行著作權法規定，可以請求著作權主管機關進行調解。當事人雙方可向主管機關提出調解請求，針對伴唱機公開演出與重製，依不同使用情況商議不同使用費率。待雙方達成共識後完成和解並送交法院，如此可達成具有法律效力之協議，方屬適當。

第四節 小結

本章所討論之三類型政介入智慧財產權案，包括行政介入著作權之私權爭議案、以行政介入之專利強制授權案、以及當行政介入手段尚不以解決紛爭時「人民是否可以訴求行政立法之案件」。此三者均有法律明文規定，經由非專責機關向專責機關申請，其申請者可為個人或團體，然後由專責機關決定是否以行政介入手段介入。因此可以視為均具有行政介入請求權。惟行政機關申請專責機關強制授權，由於專利法修正後對於專利強制授權修改為行政機關「通知」專責機關，因此應該視為兩階段行政處分。

而本章所討論之三個案例，其中行政調解成立與否，專責機關對當事人並無強制力，除非調解結果經法院認可，才具有法律效力。而強制授權為專責機關之單方面行政處分，被強制授權之專利權人可以申請行政救濟。若申請強制授權者為行政機關，其專利權之使用，可能委由其他自然人或法人實施，此時該行政機關可能採取行政契約方式為之。至於行政立法請求權，則屬於以行政機關制定法規命令之行政規制手段介入智慧財產權之爭議，在行政介入之各手段中限制最多，反對之意見也最多。

第六章 結論與建議

智慧財產權之紛爭解決與有效運用為智慧財產領域中極為重要之課題，由於智慧財產權為私權性質，當權利人之權利受到損害時，以往權利人通常只能借助司法訴訟途徑解決。另一方面，無論是權利人或第三人，在面臨智慧財產權之運用問題時，也可能面臨不同之法律問題。然而無論紛爭解決與私權運用，在透過法律途徑解決時，不免產生時程延宕、資源浪費之狀況。如在進入司法程序之前，有外部力量協助各方解決爭議、促成和解，則可以較為快速解決相關爭議。而此種外部力量，必須在法律規範下，以中立之立場介入，才能有效解決紛爭與避免產生其他爭議。因此當事人間產生智慧財產權之私權爭議時，如能以行政機關以行政權介入，協助雙方盡速進行調解、調處、仲裁等非訴程序，藉由行政機關提供較為公平、迅速且節約成本之解決機制，讓當事人能較快解決私權爭議，以達成以上所述智慧財產權之紛爭解決與促進運用之目的與功能。

第一節 結論—行政介入之法思維再塑

一、非訟解決紛爭之思維

我國在行政機關介入私權爭議之議題上，已不乏相關法律之規範。包括基層鄉鎮之調解組織、到特定法律領域之調解、調處過程，均有相關之法規範與前例。即使在智慧財產權之領域，亦有如著作權調解之事項，本文在先前亦已詳加說明。而以行政介入智慧財產權與其他領域之行政介入相較，主要有以下兩者不同；一是智慧財產權之專業性較高，無行政機關介入時，訴訟或其他法律程序相關人員必須具備相關專業；二是智慧財產權常涉及不同國家間之當事人，其解決方式必須考量與國際接軌。因此以行政介入如調解或調處爭議時，行政機關必須以其專業能力、採取與國際接軌之方式進行。而目前國際智慧財產權之爭議，也越來越重視調解與仲裁之功能。例如 WIPO 仲裁暨調解中心（WIPO. Arbitration and Mediation Center）統計自 2009 年至 2019 年共受理超過 650 個

調解、仲裁及專家決定等訴訟外解決機制案件，主要包括專利（25%，包括交叉授權、侵權、所有權等爭議）、資訊技術（22%）、商標（20%）、商業方法（20%，包括設計、配銷、能源、連鎖加盟等爭議）及著作權（12%）等，賠償金額則自 15,000 美金至 10 億美金不等³⁶³。

此外，因為智慧財產權屬於私權，因此即使透過訴訟外解決機制解決智慧財產權問題，不論是和解、調解、仲裁，仍然必須尊重私法自治與契約自由；以當事人雙方之意願為依歸，需由當事人表達以訴訟外解決機制解決，行政權方有介入之空間。而行政機關以公權力介入私權爭議可具有不同類型與介入強度，其類型主要包括行政調解、行政調處、行政協調處理、行政仲裁、行政規制等類型；而介入強度則依法律規範有所不同。本文在前文中，已針對智慧財產權領域中之行政介入問題詳加探討，包括行政介入之行政法律關係、行為形式、行政介入之適法性與合憲性、以及其法律效果和救濟途徑等。並列舉行政介入智慧財產權強度不同之美國、日本、中國大陸之法制與台灣法制進行比較，並以實例說明目前台灣在行政介入智慧財產權之實例。經由本文之研究可知，行政介入智慧財產權可以做為智慧財產權紛爭解決與智慧財產權有效運用之有效手段；且目前台灣在相關規範上，為了因應國際智慧財產權之競爭與國際上以訴訟外解決機制解決智財權糾紛之趨勢，台灣在以行政介入智財權之思維與手段，應該更具有積極性。因此本文接續將以公私協力與軟法治理之行政法學觀點，針對我國行政介入智慧財產權之法律思維建構與手段提出建議。

二、行政與司法機關分工之思維

本文先前已論及行政介入之合憲性與適法性問題，認為從國家以行政介入私人權利之權限、政府機關對私人權利之管轄權、人民訴訟權利之保障三個角度而言，藉由司法

³⁶³ 董延苗，調解在智慧財產權領域的發展－聯合國、世界智慧財產組織及歐洲單一專利法院制度，智慧財產權月刊，256 期，頁 6-18，2020 年 4 月。

審查之保障，人民可以透過行政介入迅速有效解決紛爭。而且行政介入並非侵犯司法權，而是增加人民於司法訴訟前之解決問題管道；而行政介入仍須經由司法之審查，故司法權仍具有最終之決定權。

三、增進社會效率之思維

依據本文先前之分析，適度之行政介入可提升智慧財產權運用效率，此效率指本文第二章先前所述之經濟學中所定義 Kaldor-Hick 效率，其概念為有效運用智慧財產權有助於整體社會效率之提升。亦即若透過調解等過程，雙方當事人可根據各自利益，面對面協調出符合雙方最大化利益之智慧財產權紛爭解決方案；如此雙方之權益都不至於受損，因此產生正面之社會整體利益。而行政機關介入調解與法院訴訟程序之比較，既不影響當事雙方之法律權益，並能節省雙方之時間與金錢，且調解機關以其專業能力，在介入過程中對於智慧財產權人可提供一定之保障，故能將社會效率最大化。故有關智慧財產權之爭議，應重視行政介入調解之功效，以增進社會效率。

四、整體立法架構之思維

如本文先前所述，現階段有關智慧財產權之行政介入之法規範，僅見於著作權法，此點與日本相同。惟目前關於智慧財產權之訴訟外解決機制，已成為國際間解決智慧財產權紛爭主要手段。為了因應國際間關於智慧財產權之競爭與和國際接軌，應該整體考量智慧財產權相關法律，在憲法的規範界限內，制定相關行政介入之條款。

第二節 建議—行政介入之公私協力與自主規制

行政介入智慧財產權雖然可提供當事人快速解決爭議，以及智慧財產權有效率運用之管道；但無可諱言，進行行政介入之行政機關必須具備相關之專業，且必須投入時間與人力資源以提供完善行政介入之效果，但如此亦會對行政介入之行政機關造成負擔，

並因此可能使行政效率不彰。為了改善此種可能，可藉由引入民間部門力量以補足或替代政府部門角色，亦即以公私協力等方式以處理相關問題。

所謂「公私協力」(Public Private Partnerships, PPP)，劉宗德教授認為係指來自公組織與私上體間所為持續，且具生命週期取向之合作。於此框架下，私人夥伴為達成共同之目標、實現合作效率及分擔風險下，於正式及以成果為導向之協議基礎上，提供實質、對公共任務執行具有超越單純財政資助外貢獻之給付。而國家則承接此等任務執行之擔保責任，又稱為「公私合夥關係」³⁶⁴。而公私協力之適用應考慮其界限；如德國基本法第 33 條第 4 項之功能保留原則，規定高權權能原則上應由公務人員行使：惟於例外情形，始允許私人參與，且於委託行使公權力模式下所進行之公私協力，亦須有法律保留原則之適用。而日本憲法則雖未明文規定禁止公權力委託私人行使或應將其保留專屬於行政組織，但可認為採國家獨占公權力原則。故須滿足以下要件時，始能例外委託私人行使公權力：(一)裁量權極為限縮；(二)得判斷受託主體之組織與職員能以客觀專門能力中立公正進行業務；(三)透過國會及行政機關，間接確保與對行政監督同等標準之監督措施³⁶⁵。

由於行政介入智慧財產權須經由當事人實行請求權才能進行，非單純之行政權行使，故其裁量權經過限縮，故得以具有專業人員與中立立場之單位，在行政監督同等標準之監督下，受政府委託以公私協力之方式進行行政介入。如本文先前所述，從 1990 年代後期起，為強化日本在智慧財產權之糾紛處理效率而成立智慧財產權仲裁機構，使智慧財產權糾紛能以協調而非訴訟方式處理。而日本之弁理士（相當於我國之專利師）可以參與侵權訴訟案件，成為法律顧問或訴訟代理人而於在法院訴訟時代表原告／被告。弁理士亦可以在日本 IP 仲裁中心成為仲裁人／調解人。再者弁理士被授權參與授權談判

³⁶⁴ 劉宗德，公私協力與自主規制之公法學理論，載：「法治行政與違憲審查」，元照出版公司，頁 110 -140，2013 年。

³⁶⁵ 同前揭註 364。

以及撰寫契約³⁶⁶。

而因為公私協力首重行政與私人合作以追求公共利益，其重點在於行政、進行協力行為之私人及公眾此三者之三面關係，故協力私人之自由權利及公眾之公共利益均應獲得保障。為避免對受規制者自由權利之不當干涉，自主規制因此應運而生。自主規制是當具有行政主體性之機關將行政事務委由民間組織處理之「民營化」或「私化」現象，例如具有行政主體性之將行政事務委由民間智慧財產權仲裁機構處理時，為了促進行政與私人合作以追求公共利益，並使協力私人之自由權利及公眾之公共利益均獲得保障，國家於一定法規範框架下，如國家與民間組織締結，協定事業者負有義務從事行政機關所欲之特定行為，形成所謂自主規制協定，此即為「公私協力」結合「自主規制」之典型作法。而如受委託之法人之規範，以及實行行政介入之規範，可以用軟法（Soft law）加以規範，例如調解的規則、行政指導、裁量基準等等，均可以採用非具強制性之法律加以定義。軟法可分為手段與組織兩層面，使用軟法手段如行政事實行為，包括警告、通知、行政指導等，相對於行政處分及法規命令等行之實行會更具有彈性，故可提升行政介入手段之靈活性與積極性。而透過以軟法規範之公私協力組織，可以達成活用非正式組織資源、學習民間效率，提升公私協力之效果。

因此，我國可以以「公私協力」結合「自主規制」之架構，將行政介入智慧財產權紛爭之行政事務，包括仲裁、調解等，委由類似日本之民間智慧財產權仲裁機構進行行政介入。而國家於一定法規範框架下與該等機構協定其從事行政機關所交付委託之行政行為，形成所謂自主規制協定；亦即以「公私協力」結合「自主規制」之方式，負責行政介入智慧財產權紛爭，如此可減輕行政機關之負擔，更使行政介入智慧財產權紛爭之程序如調解、仲裁等更彈性化，使智慧財產權的運用更有效率。

³⁶⁶ 谷義一，日本附記弁理士及弁理士在專利紛爭中的參與，專利師，特刊期，頁 24-29，2010 年 5 月。

參考文獻

一、專書

(一)教科書及研究報告

Paul H. Halpern、Craig Allen Nard、 Kenneth L.Port 著，宋慧獻譯，美國知識產權法原理，北京商務印書館，2013 年。

Peter Drahos 著，邵科，張南譯，知識的全球化治理，知識產權出版社，2013 年。

Richard Posner 著，蔣兆康譯，法律的經濟分析，法律出版社，中文 2 版，2012 年。

Robert Cooter、Thomas Ulen 著，史晉川、董雪兵等譯，法和經濟學，格致出版社，英文 6 版，2012 年。

Trevor Cook 著，王傲寒等譯，國際知識產權仲裁，知識產權出版社，2020 年。

江利紅，日本行政法學基礎理論，知識產權出版社，2008 年。

李宗輝，歷史視野下的知識產權制度，知識產權出版社，2015 年。

李明德，歐盟知識產權法，法律出版社，2010 年。

朱淑娣主編，中美知識產權行政法律保護制度比較——捷康公司主動參加美國 337 行政程序案，知識產權出版社，2012 年。

吳庚，盛子龍，行政法之理論與實用，三民書局，增訂十五版，2019 年。

南博方（日）著，楊建順譯，行政法，北京商務印書館，2020 年。

孫南申等著，美國知識產權法律制度研究，法律出版社，2012 年。

翁岳生主編，行政法（上），元照出版公司，4 版，2020 年 7 月。

翁岳生主編，行政法（下），元照出版公司，4 版，2020 年 7 月。

陳敏，行政法總論，105 年 9 月，9 版。

陳新民，公法學劄記，新學林出版公司，2005 年。

經濟部智慧財產局，整體著作權法制之檢討研究報告，2001 年 9 月。

鄒昆如，哲學概論，五南圖書出版公司，1991 年。

黃茂榮、張志銘、蔡宗珍，行政機關介入私權爭議之研究，行政院研究發展考核委員會委託研究報告，2000 年 8 月。

智慧財產法院統計室，智慧財產法院成立 10 年以來受理各類案件審理績效指標及相關訴訟制度之審理實務操作狀況分析，2017 年。

經濟部智慧財產局，美國專利訴訟教戰手冊進階版，經濟部智慧財產局出版，2013 年 3 月

謝銘洋，智慧財產權法，元照出版公司，10 版，2020 年 9 月。

傅偉勳，西洋哲學史，三民書局，12 版，1990 年。

蕭雄淋，新著作權法逐條釋義，五南圖書出版公司，2 版，1999 年 4 月。

盧梭著，何兆武譯，社會契約論，商務印書館，1982 年。

(二)論文集

Coase 著，盛洪、陳郁譯校，企業、市場與法律，格致出版社，2009 年。

田村善之（日）著，李揚等譯，田村善之論知識產權，中國人民大學出版社，2013 年。

竹中俊子（日）主編，彭哲等譯，專利法律與理論—當代研究指南，知識產權出版社，2013 年。

程明修，行政法之行為與法律關係理論，新學林出版公司，2 版，2005 年。

熊誦梅，當公法遇上私法：臺灣智慧財產訴訟制度之今昔，元照出版公司，2011 年。

劉宗德，制度設計型行政法學，元照出版公司，2012 年 5 月。

劉宗德，法治行政與違憲審查，元照出版公司，2019 年 10 月。

劉宗德，行政法基本原理，學林文化事業公司，2000 年 12 月。

劉宗德、賴恆盈，台灣地區行政訴訟：制度、立法與案例，浙江大學出版社，2011 年。

二、日文書籍

大渕哲也，特許審決取消訴訟基本構造論，東京都有斐閣，2003 年。

独立行政法人日本貿易振興機構北京事務所知的財產権部，中国における知的財産権侵害に対する—当事者間の紛争解決手段に関する調査，2018 年 3 月。

三、中文期刊論文

尤重道，消費爭議處理程序與法律效果暨實務見解分析，消費者保護研究，第 16 輯，頁 365-404，2010 年 12 月。第 365—404 頁

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，1 卷 1 期，頁 215-246，2004 年。

王鵬翔，張永健，論經濟分析在法學方法之運用，臺大法學論叢，48 卷 3 期，頁 791-871，2019 年。

王鳳才，黑格爾法哲學：作為規範的正義理論，復旦學報（社會科學版），6 期，頁 19-27，2009 年。

牛惠之，「杜哈公共衛生宣言」遇上 TRIPS—Plus——藥品專利連結是否會阻礙強制授權的實施？，第十九屆國際經貿法學發展學術研討會論文集，2019 年 6 月。

朱源葆，警察執行集會遊行時之法律界限，警學叢刊，32 卷 2 期，頁 71-90，2001 年 9 月。

林依璇，日本營業秘密法制之研究—以刑事責任為中心，智慧財產權月刊，178 期，頁 35-66，2013 年。

林廷機，日本政府反仿冒之法制體系與政策導向，智慧財產權月刊，94 期，頁 36-57，2006 年。

林昱梅，科技基本法之介入權及其行政訴訟相關問題之研究，台灣法學雜誌第 147 期，頁 58-82，2010 年 3 月。

林鵬飛，防禦型專利集合之創新商業模式：RPX 個案研究，智慧財產權月刊，189 期，頁 70-108，2014 年 9 月。

林三元，法律經濟學之發展特別報導——從有效率的公平正義出發，科技法學評論，1 卷 2 期，頁 249-293，2014 年。第 249—293 頁

林昱梅，科技基本法之介入權及其行政訴訟相關問題之研究，台灣法學雜誌第 147 期，頁 58-82，2010 年 3 月。

谷義一，日本附記弁理士及弁理士在專利紛爭中的參與，專利師，特刊期，頁 24-29，2010 年 5 月。

呂艷濱，我國民事糾紛的行政介入機制研究，公法研究，1 期，9-133 頁，2009 年。

汪家倩，克流感與專利強制授權（上），萬國法律第 145 期，頁 36-46，2006 年 2 月。

汪家倩，克流感與專利強制授權（下），萬國法律第 146 期，頁 41-57，2006 年 4 月。

李素華、張哲倫，專利之制度目的及權利本質—法院在其中之關鍵角色及功能，月旦法學雜誌，232期，頁191-222，2014年。

李震山，行政權得依法介入私權爭執之法理基礎，台灣本土法學雜誌，第43期，頁123-127，2003年2月。

李建良，臺灣行政契約法的路徑依賴？— 比較行政法方法論的局部反思，載：李建良主編「2012 行政管制與行政爭訟」，中央研究院法律學研究所專書（20），頁1-61，2016年6月。

沈宗倫，專利法第五六條關於「使用」規範之初探與淺析——以美國專利法的發展為借鏡，月旦民商法雜誌，第32期，頁92-106，2011年。

吳志光，行政訴訟法案例系列(10)——行政機關依法律授權為補充法規範內容公告之行政爭訟途徑，法學講座，第17號，神州圖書出版有限公司，頁35-42，2003年5月。

盛子龍，行政訴訟法上「請求法規命令制定之訴」初探，收於「當代公法新論（下）—翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集」，頁193-213，2002年。,

馮震宇，論實施專利權的相關問題與其限制（上），智慧財產權，頁13-26，2000年9月。

馮震宇，論實施專利權的相關問題與其限制（下），智慧財產權，頁3446，2000年10月。

陳福初，1944年民國政府「專利法」研究，福建論壇：人文社會科學版，第9期，頁102-107，2012年。

陳豐年，論醫藥品強制授權：兼評2011年臺灣專利法相關修正，智慧財產權月刊，175期，頁55-99，2013年7月。

黃文儀，日本特許廳之判定制度，智慧財產權月刊，147期，頁5-72，2011年。

黃靖媛，日本消費者紛爭之行政型ADR處理機制與現況，消費者保護研究，19期，頁27-67，2015年2月。

黃致穎，從我國判決論職務發明下研發成果之歸屬—以美國法為借鏡，臺北大學法學論叢，91期，頁1-58，2014年。

黃明陽，我國行政機關ADR制度之理論探討—以行政調解制度為中心（下），政大法學評論，90期，頁119-170，2006年。

黃孝怡，中共國防知識產權制度與戰略研析，國防雜誌30期1卷，頁100-121，2015年。

黃孝怡，策略性專利布局：從企業專利策略到專利布局，智慧財產權月刊，236 期，頁 5-29，2018 年。

智慧財產局著作權組，非營利活動合理使用規定之修正，智慧財產權月刊，231 期，頁 93-99，2018 年。

張錕盛，行政法學另一種典範之期待：法律關係理論，月旦法學雜誌，121 期，頁 54-87，2005 年 6 月。

程明修，德國行政法學上法律關係論的發展—以公務員法律關係為例，公務人員月刊，35 期，頁 27-40，1999 年 5 月。,

熊誦梅，行政機關授予智慧財產權之性質與效力，法令月刊，58 卷 7 期，頁 98-106，2007 年。

詹鎮榮，論行政機關管轄權之移轉—以其對行政作用法及行政爭訟法之影響為中心，載：「行政管制與行政爭訟—法學專書系列之四」，頁 189-247，2007 年 10 月。

詹映，邱亦寒，我國知識產權替代性糾紛解決機制的發展與完善，西北大學學報哲學社會科學版，48 卷 5 期，頁 71-79，2018 年。

劉宗德，行政上法執行制度之合法性論議，月旦法學雜誌，225 期，頁 103-129，2014 年 2 月。

劉宗德，行政不作為之國家賠償，政大法學評論 35 期，頁 95-137，1987 年，，載：「行政法基本原理」，學林文化事業公司，頁 269-338，2000 年。，第 269—338 頁

劉宗德，台灣轉型正義之制度設計芻議——兼論「政黨財產處理條例」之合憲性，台灣法學雜誌，313 期，頁 98-110，2017 年 2 月。

劉宗德，公權力關係所生爭議利用仲裁解決之論議，月旦法學雜誌，285 期，頁 55-85，2019 年 2 月。，第 55—85 頁

蔡惠如，行政訴訟理論與專利審查原則之交錯適用，專利師，第五期，頁 1-21，2011 年 4 月。

鄧曉芳，我國政府研發成果之國家介入權行使法制研析—科學技術基本法第六條修訂之省思，科技法律透析，15.卷 9 期，頁 48-62，2003 年。

葉雲卿，學研機構專利權共有型態與專利權歸屬之研究.，智慧財產評論， 15 卷 1 期，頁 1-68，2018 年。

董廷茜，調解在智慧財產權領域的發展—聯合國、世界智慧財產組織及歐洲單一專利法院制度，智慧財產權月刊，256 期，頁 6-18，2020 年 4 月。

翟楠，李長偉，教育的倫理精神——黑格爾「法哲學原理」中的道德教育思想探析，當代教育科學，頁 1-5，2007 年。

顧萍，ITC337 條款專利調查中的調解程序-解決爭端並終止 ITC 的 337 專利案件的新途徑，中國知識產權，11 期，頁 64-66，2010 年。

葉茂林，日本語文著作及音樂著作集體管理實務之研究，智慧財產權月刊，95 期，頁 27-52，2006 年。

蕭雄淋，里民活動中心利用伴唱機歌唱引起的著作權問題，台灣法學雜誌，375 期，頁 5-11，2019 年 4 月。

四、日文期刊論文

坂井昭夫，"アメリカの対日知的所有権戦略の展開(下)。" 関西大学商学論集，34 卷 6 期，頁 849—888，1990 年。

中野俊一郎，仲裁を中心として ——(第 3 部 シンポジウム)，特集知的財産権紛争と ADR(研究成果の中間報告)，頁 391-397，2005 年 05 月。

今村哲也，行政介入請求権をめぐる新動向，一橋論叢，89 卷 1 期，頁 167-175，1983 年。

五、博碩士學位論文

呂美嫻，生活安全產業規制手法之研究，中央警察大學警察政策研究所博士論文，2015 年。

汪惠玲，智慧財產民事訴訟先決問題研究—以專利權利有效性為中心，國立高雄大學法律系碩士論文，2008 年。

李憲宗，金融監理之管制革新—兼論金融監理沙盒制度之落地機制，政治大學法學院碩士在職專班學位論文，2020 年。

郭鴻德，對黑格爾法哲學的辯證分析與反思，國立臺灣師範大學政治學研究所博士學位論文，2015 年。

許世一，康德法權哲學與實證法權的關係，東海大學哲學系研究所博士論文，2016 年 6 月。

彭國洋，專利行政行為及其行政救濟之研究，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，2008 年。

六、英文專書

Coiston,Catherine &Middleton, Kirsty (2006),Modern Intellectual Property Law(second edition), Cavendish Publishing

Drahos ,Peter (2010), The global governance of knowledge: Patent offices and their clients.,Cambridge University Press

Vaver, D. (2006), Intellectual Property Rights: Critical Concepts in Law, Routledge Press

Locke, J.(2014), Second treatise of government: An essay concerning the true original, extent and end of civil government. John Wiley & Sons.

Takenaka, T. (Ed.). (2009). Patent Law and Theory. Edward Elgar Publishing.

七、英文期刊論文

Burk, Dan L., and Mark A. Lemley, *Policy levers in patent law*, Virginia Law Review ,p.1575-1696(2003).

Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, Geo. Law. J. 287, p.331-339(1988).

Menell, P. S. ,Intellectual property: General theories. Encyclopedia of law and economics, 2, p.129-188(1999).

Paradise, Gregg A., Arbitration of Patent Infringement Disputes: Encouraging the Use of Arbitration Through Evidence Rules Reform, Fordham L. Rev. 64, p.247-280(1995).

Ritter, J., Person and Property in Hegel's Philosophy of Right (§§ 34-81),PIPPIN, Robert B.; HÖFFE, Otfried. Hegel on Ethics and Politics. Londres: Cambridge, pp101-123(2004).

Stiglitz, J. E.,Economic foundations of intellectual property rights, Duke LJ, 57, p.1693,(2007).

Yoo, C. S., *Copyright and personhood revisited*, U of Penn Law School, Public Law Research Paper, p.12-39, (2012).

八、網站資料

WIPO 網頁，「Summary of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883)」，https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary_paris.html（最後瀏覽日：2021年2月21日）

經濟部智慧財產局，「世界智慧財產權組織公約」中文本，網址：<https://www1.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=207090&ctNode=6778&mp=1>。（最後瀏覽日：

2021 年 2 月 21 日)

經濟部智慧財產局，「與貿易有關之智慧財產權協定」中文本，網址：
<https://www1.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=207100&ctNode=6780&mp=1>（最後瀏覽日：2021 年 2 月 21 日）

ETSI， Intellectual Property Rights Policy, <http://www.etsi.org/images/files/ipr/etsi-ipr-policy.pdf> (最後瀏覽日：2021 年 2 月 21 日)

經濟部智慧財產局，2002 產業競爭力—專利商品化之挑戰，
https://pcm.tipo.gov.tw/PCM2010/PCM/02_publish/publish_compete1.aspx（最後瀏覽日：2021 年 1 月 24 日）

經濟部智慧財產局，「令函案號：電子郵件 1090609」，2020 年 6 月 9 日，
<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-407-878302-ce146-301.html>（最後瀏覽日期：2020 年 12 月 20 日）

經濟部智慧財產局，「令函案號：智著字第 09516002700 號」2006 年 7 月 19 日，
<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-407-851764-db822-301.html> (最後瀏覽日：2020 年 12 月 20 日)

經濟部智慧財產局，「巴黎公約解讀」，
<https://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/8314173926100.pdf> (最後瀏覽日：2021 年 1 月 8 日)

自由電子報，2005 年 11 月 26 日，「全球首例 我強制克流感授權」，
<https://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/45181> (最後瀏覽日期：2020 年 12 月 20 日)

經濟部智慧財產局，「經濟部智慧財產局審定書智法字第 09418601140 號」，2005 年 12 月 8 日，<https://www.tipo.gov.tw/public/Attachment/372310223969.pdf>(最後瀏覽日：2020 年 12 月 20 日)

中時電子報 2020 年 4 月 16 日，「醫界籲強制授權 助呼吸器國家隊」，
<https://www.chinatimes.com/newspapers/20200416000594-260110?chdtv> (最後瀏覽日：2021 年 1 月 14 日)

經濟部智慧財產局，「公開演出報酬請求權」之說明，
<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-410-855875-5f071-301.html>
, (最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

經濟部智慧財產局，智著字第 10100050860 號函釋，
<https://topic.tipo.gov.tw/copyright-tw/cp-407-855207-79f16-301.html> , (最後瀏覽日：2021

年 8 月 14 日)。

智慧局對里民活動中心使用電腦伴唱機著作權問題說明，
<https://www.tipo.gov.tw/tw/dl-19760-cd5b11613429456cb094d8f4c61c0abf.html>，(最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

立法院議案關係文書，院總第 553 號委員提案第 23454 號，
http://lci.ly.gov.tw/LyLCEW/agenda1/03/pdf/09/07/01/01/LCEWA01_09070101_00004.pdf，
(最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

中央社，2019/6/24，伴唱機強制授權爭議難解 政院中止修著作權法，

<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201906240222.aspx>，(最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

自由電子報，2019/05/27，活動中心伴唱機未編新歌重製費！南市府：盤點使用需求，
<https://news.housefun.com.tw/news/article/182669238534.html>，(最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。

新竹市政府市政新聞，2019/07/23，卡拉 OK 公播費市府買單 市長林智堅邀歌王歌后來里集會所活動中心安心開唱，
https://www.hccg.gov.tw/ch/home.jsp?id=30122&parentpath=0,16,30121&mcustomize=municipalnews_view.jsp&toolsflag=Y&dataserno=201907230003&t=MunicipalNews&mserno=201601300187，(最後瀏覽日：2021 年 8 月 14 日)。