

## 第二章 我國「智慧財產權」及「智慧財產權理論」概述

透過知識經驗的累積，人類文明才得以持續發展，人類精神創作的成果，對人類社會的進步及發展有著重要的貢獻。在一聯串保障人們表達智慧的過程裡，法律到底要保障什麼才能讓知識累積與進步，中國學者徐瑄在「知識產權的正當性—論知識產權法中的對價與衡平」一文說：「靠的不全是對知識形態占有的衝突和競爭，而是發現新內容、新價值、新意義、新功能並提高智慧和表達能力的衝突和競爭—擔心自己喪失新知識獲取能力而為學習支付成本；擔心自己因為無知而付出代價；擔心別人先於自己披露新發明而喪失競爭優勢。而對人類社會來說，會因為稀少新意義、新價值而失去發展的動力和目標。不斷追尋的意義和價值才是人類真正的稀少資源，不斷增長的創造力才是個人的競爭目標。鼓勵發明、激勵創造因此才成為知識產權法的立法宗旨和法律價值。」<sup>1</sup>。

我國致力透過「對精神創作的成果致力給予保護」來鼓勵發明、激勵創造，並將「為鼓勵並保障人類運用精神力從事創作活動，而對其創作的成果所賦予之權益」總稱為「智慧財產權」(Intellectual Property<sup>2</sup>，中國大陸稱為「知識產權」)<sup>3</sup>。

然，即便我們肯認「人類行為、成果」對人類文明的價值，亦不等於該行為、成果就應該被無條件的保障。以法律給予權利或利益保障的結果往往會造成「予一方保障，同時造成另一方自由之限制」一體兩面的情況，為此，對智慧財產權之保障應有明確的哲學思維、界限和條件。在檢視這個哲學思維、界限和條件之前，我們應更進一步了解「智慧財產權」的概念、「智慧財產權理論」的哲學基礎與該理論所造成的矛盾，並試著從我國憲法位階探討我國的智慧財產權觀點。

<sup>1</sup> 參閱徐瑄(2003)，知識產權的正當性—論知識產權法中的對價與衡平，中國社會科學4期，頁144~154+207。

<sup>2</sup> 「智慧財產權」源自英文的 Intellectual Property，Intellectual Property 在英文有兩種解釋，一是指智慧財產(即智慧財產權保護的客體，如專利技術、作品等)，二是指智慧財產權的權利本身(也就是對智慧財產享有的權利)。後有學者主張 Intellectual Property 應係指知識活動產生的權利作為智慧財產權的概括，這一派的學說對後來的國際公約產生影響，Intellectual Property 並於一九六七年「成立世界智慧財產權組織公約」大會被正式使用。

<sup>3</sup> 參閱謝銘洋(2004)，智慧財產權之基礎理論，翰盧圖書出版有限公司，頁59。

## 第一節 「智慧財產權」概述

### 第一項 「智慧財產權」的概念

「智慧財產權」所指為何，範圍又為何，我國法規並沒有明確的定義，直接以「智慧財產權」為規範對象者並不多見，民國八十二年公佈，主要目的在於規範貿易秩序之貿易法第二條<sup>4</sup>，雖對該法適用範圍明文規定包括「附屬其上之商標專用權、專利權、著作權及其他已立法保護之智慧財產權」，然並沒有直接對「智慧財產權」為定義<sup>5</sup>。

即便是為了保障智慧財產權，妥適處理智慧財產案件，促進國家科技與經濟發展，而在民國九十六年三月二十八日由總統公佈的「智慧財產法院組織法」及「智慧財產案件審理法」，此兩部專為「智慧財產權」案件處理所制定的作用法及組織法，亦未明確對「智慧財產權」做出定義，僅在「智慧財產法院組織法」第三條規定智慧財產法院管轄案件如下<sup>6</sup>：

一、依專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、營業秘密法、積體電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法所保護之智慧財產權益所生之第一審及第二審民事訴訟事件。

二、因刑法第 253 條至第 255 條、第 317 條、第 318 條之罪或違反商標法、著作權法、公平交易法第 35 條第 1 項關於第 20 條第 1 項及第 36 條關於第 19 條第 5 款案件，不服地方法院依通常、簡式審判或協商程序所為之第一審裁判而上訴或抗告之刑事案件。但少年刑事案件，不在此限。

三、因專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法涉及智慧財產權所生之第一審行政訴訟事件及強制執行事件。

<sup>4</sup> 參閱《貿易法》，民國 82 年 2 月 5 日公布，最新版本修正於民國 96 年 7 月 11 日。

<sup>5</sup> 參閱謝銘洋（2004），智慧財產權之基礎理論，翰盧圖書出版有限公司，頁 9。

<sup>6</sup> 參閱「智慧財產法院組織法」第一條（立法目的）—為保障智慧財產權，妥適處理智慧財產案件，促進國家科技與經濟發展，特制定本法。

四、其他依法律規定或經司法院指定由智慧財產法院管轄之案件。」

在經濟全球化下，智慧財產權的內容及範圍愈來愈受到國際關注，我國學者在討論智慧財產權時，多會參考國際立法或公約，國際間對「智慧財產權」的關注，最重要的有一九六七年七月十四日於斯德哥爾摩簽定，一九七〇年生效之「成立世界智慧財產權組織公約」(Convention establishing the world Intellectual Property Organization, 下簡稱 WIPO)及「關稅暨貿易總協定(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)」於一九九三年十二月十五日達成協議，一九九四年四月於摩洛哥簽署世界貿易組織協定中之「與貿易有關之智慧財產權協定(Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, 下簡稱 TRIPS)<sup>7</sup>。

WIPO 第二條第八點對有關「智慧財產權」的概念及相關權利作了規定，使「智慧財產權」的範圍包括與下列成果有關的權利<sup>8</sup>：

- 一、 文學、藝術及科學之著作。
- 二、 演藝人員之表演、錄音物及廣播。
- 三、 人類之任何發明。
- 四、 學術上之發現。
- 五、 產業上之新式樣。
- 六、 製造標章、商業標章及服務標章，以及商業名稱及營業標記。
- 七、 不公平競爭之防止。
- 八、 其他在產業、科學、文學及藝術領域中，由精神活動所產生之權利。

TRIPS 則將「智慧財產權」之範圍明訂為：

<sup>7</sup> 參閱國家保護知識產權工作組(編)(2008)，知識產權法律法規及國際規則匯編，(中國)人民出版社，頁313—世界知識產權組織(World Intellectual Property Organization, 簡稱WIPO)，為一政府間國際組織，總部設在瑞士日內瓦，其前身是由《保護工業產權巴黎公約》和《保護文學藝術作品伯爾尼公約》這兩個公約的管理機構合併而成的「保護知識產權聯合國際局」。1967年，該聯合國際局提議成立世界知識產權組織。同年7月14日，51個國家的代表在瑞士簽署了《成立世界知識產權組織公約》(Convention establishing the world Intellectual Property Organization)。

<sup>8</sup> 參閱謝銘洋(2004)，「智慧財產權之基礎理論」，翰盧圖書出版有限公司，頁9。

- 一、 著作權及相關權利(即保護表演人之權利、錄音物製作人之權利及廣播機構之權利等之鄰接權 neighboring rights)。
- 二、 商標。
- 三、 產地標示。
- 四、 工業設計(新式樣)。
- 五、 發明專利。
- 六、 積體電路之電路布局。
- 七、 未公開資訊之保護(營業秘密)。
- 八、 授權契約中違反競爭行為之管理(公平交易)。

由WIPO及TRIPS兩個重要的智慧財產權國際公約及我國提及智慧財產權之相關法規內容觀之，「智慧財產權」並沒有一個「統一、完整且一致」的定義與範圍，由「智慧財產法院組織法草案」第三條第四款之立法理由所述：「智慧財產權具有快速創新之特性，為因應將來新發生之智慧財產案件，爰明定第四款，以資概括<sup>9</sup>。」可知，「智慧財產權」仍係一發展中的概念，其內容仍具有變動性。雖上述法律或公約僅列舉「智慧財產權」的範圍，並沒有給予概念上的界定，然，其所列權利，多涉及對「人類運用精神力所創作之成果的保護」及「產業之正當競爭秩序所為之保護」，說明如下<sup>10</sup>：

#### 一、係法律對於「人類運用精神力所創作之成果」的保護

WIPO第二條第八款中「文學、藝術及科學之著作」、「演藝人員之表演、錄音物及廣播」、「人類之任何發明」、「學術上之發現」、「產業上之新型及新式樣」、「其他在產業、科學、文學及藝術領域中，由精神活動所產生之權利」及TRIPS在界定「智慧財產權」範圍時所列的「著作權及相關權利」、「工業設計」、「專利」、

<sup>9</sup> 參閱「智慧財產法院組織法」之立法院議案關係文書(院總第474號)，政8頁，<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lgmeetimage?cfc9cfcccecdcfcec5cec9cad2cdcfcfa>，最後造訪日：2009/5/1。

<sup>10</sup> 參閱謝銘洋(2004)，「智慧財產權之基礎理論」，翰盧圖書出版有限公司，頁19~40。

「積體電路之電路布局」，即是對「人類運用精神力所創所之成果」之保護<sup>11</sup>。

## 二、係法律對於「產業之正當競爭秩序」所為的保護

WIPO 第二條第八款「智慧財產權」的範圍所列的「製造標章、商業標章及服務標章，以及商業名稱及營業標記」、「不公平競爭之防止」及 TRIPS 所界定的「智慧財產權」範圍中所列的「商標」、「產地標示」、「授權契約中違反競爭行為之管理」、「未公開資訊之保護」，即是對「產業之正當競爭秩序」之保護。

### 第二項 「智慧財產權」的性質與特徵—從知識的經濟特質談起

知識的累積與延遞，對人類社會文明及國家競爭力甚為重要，各國均致力對知識的發明、創造給予鼓勵，對累積知識過程使用的手段與競爭給予審視與保障。鼓勵與保障方式、手段，與智慧財產權的性質與特徵息息相關，然，與智慧財產權的概念一樣，國內諸多學者對「智慧財產權的特性」亦有不一樣的描述與著重：

學者李復甸與鄭中人認為智慧財產權的特性為：一、不可分性；二、無排他性；三、無收取性；四、外部性經濟；五、預期結果的不確定性；六、複製與傳遞成本低；七、價值差異性<sup>12</sup>。

學者吳嘉生則認為智慧財產權的特性為：一、無形性；二、專屬性；三、重

---

<sup>11</sup> 參閱章忠信，智慧財產權基本概念介紹，智慧財產權論壇，數位典藏國家型科技計劃網站 [http://www2.ndap.org.tw/newsletter06/news/read\\_news.php?nid=731](http://www2.ndap.org.tw/newsletter06/news/read_news.php?nid=731)，最後造訪日：2009/4/19 一就「人類精神活動之成果」之保護而言，「人類精神活動之成果」如果僅是指「體力」，而無「精神智慧」之投注，例如僅作資料之蒐集整理，而沒有創意之分類、檢索，並不足以構成「人類精神活動之成果」。又此一「人類精神活動之成果」如不能「產生財產上的價值」，也沒有以法律保護之必要，必須具有「財產上的價值」，才有如一般財產加以保護之必要。

<sup>12</sup> 李復甸、鄭中人（2001），「智慧財產權導論」，五南出版社—「不可分性」是指知識不會因使用而消耗，不同的人可以同時同地或異時異地或同地分別使用，此即知識的共用性或消耗的非競爭性。其次，知識是根據現有知識創造的，亦即知識被使用時會擴張，若從生產函數來看，知識是生產要素，同時也是產出；「外部性經濟」是指知識不會因使用而消耗減損，也不會被新的知識取代或淘汰，持續地隨時間累積下去給予社會無法估計的正面外部經濟；「預期結果的不確定性」是指預期結果的不確定性，指在決定投資生產時，無法預測其產出。如知識是技術，無法預測一定能完成預定的結果；如知識是著作，在創作時不能預測其售價與銷售費用；「複製與傳遞成本低」是指原則上知識一旦產生，複製或傳遞成本和知識的生產成本相較，微不足道幾近乎零，經濟學者稱為知識的邊際成本為零；「價值差異性」是指知識對消費者的邊際效用依其相關性、了解與吸收能力而不同，因此知識的價格隨消費者而有別。

製性；四、公開性；五、地域性；六、時間性；七、經濟性<sup>13</sup>。

學者章忠信則認為智慧財產權的特徵為：一、兼具人格權之特徵；二、不具有形物體；三、分散性；四、屬地性；五、國際化<sup>14</sup>。

在諸多學者提出不同的智慧財產權的特徵裡，「經濟性」是相對重要的。以知識產能為基礎而形成的專利、商標及著作權等智慧財產權裡，「財產權」是精神創作人最重要的權利，因為創作人藉著法律所賦予的財產權以及具有絕對性、排他性之權利內容，始得以實現其「經濟性」與「經濟利益」，得到實質的鼓勵。

本文不擬逐一檢視或分析各學者對智慧財產權所做的定義的差異，而擬從知識經濟學（Economics of Knowledge）的角度，來理解以「知識」為主要內涵的「智慧財產權」的「經濟性」特質，並依此特質，在接下來的各章節，進一步反過來省思智慧財產權及專利制度之原理及內在矛盾：

### 第一款 知識有共享性<sup>15</sup>

知識的使用具不衝突性（Non-rival），當知識被創造並公諸於世，多一個人習得此項知識的邊際成本，基本上為零。換言之，知識不像其他資源具有稀少性，原創者只要生產一次，眾人就可以無限次地利用它<sup>16</sup>。

---

<sup>13</sup> 吳嘉生（2007），「智慧財產權之理論與應用」，五南出版社，頁 89~92—「無形性」是指智慧財產權的存在，不以「可觸摸到」或「可感知到」的具體的實體為準，所以它具「無形性」；「專屬性」是指智慧財產權賦予權利人「排他權」，將智慧財產權獨立於「公有的」財產權之外；「重製性」是指智慧財產權之所以能成為某種財產權，是因為這些權利被利用後，能夠體現在一定產品、作品或其他物品的複製活動上。也就是說，這種權利要靠一定的、有形的去固定，去體現；「公開性」是指這些權利的獲得與賦予法律上的保障，在於它們當初讓權利人擁有之前，必須以書面提出申請。著作權方面，多半在發表或出版之後，才真正享有著作權的保護；「經濟性」是指給予創作者一定的經濟利益，作為其創作之誘因。此經濟利益就是「經濟性」。

<sup>14</sup> 參閱章忠信，智慧財產權基本概念，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=1&act=read&id=37>，最後造訪日：2008年9月1日—「分散性」是指一般物權具有獨占之特質，任何人占有該物則排除他人占有及使用，智慧財產權則無此問題，除法律上限制必須經授權始得利用外，其實際上無法被專有獨占，反而得同時被不同的人使用，甚至越多人使用更能增加或突顯其重要性。

<sup>15</sup> 參閱許牧彥（2001），「從知識的經濟特質談台灣專利制度的演進」，台灣產業研究，第四期，頁 297~352。

<sup>16</sup> 參閱李誠編著（2001），「知識經濟的迷思與省思」，天下文化，頁 23。

這個性質是「知識」投入能夠推動經濟持續成長的原因，因為任何有形的投入都有規模報酬遞減的情形，唯有知識投入能夠有規模報酬遞增的效果。由於知識具有無限的可利用性，因此扣除產品的知識投入的固定成本，產品的銷售量越大，利潤也就越大。從這個「知識只需要生產一次就可以了，第二次以後的生產對社會來說就是浪費」的角度來看，知識相應的制度應注意到下列兩點：

### 第一目 創新成果應儘速擴散

知新的創新結果應促使（激勵）其向社會公開並進行披露，如此一來即可避免重複的研發投入，並且使其他人在已發明的基礎上再繼續研究、發明、創作。

### 第二目 應獎勵優先發明者

「發明」多少會外溢給他人共享，所以應該給予補助與獎勵。然而，重複發明不值得獎勵，應該只獎勵第一個發明者，這樣也才可以激勵發明者彼此競爭爭先，讓知識提早問世，早日為社會所利用；但獎勵如果過大，使得參與競爭者過多，促進競爭的成本（所有陪跑者的投入）也就會太高了。專利制度基本上就是因應這兩個要求而產生的，我們將後面的章節會繼續討論。

### 第二款 知識具無體性，必需藉助有體性的載具來呈現

智慧財產權不同於一般物權，不是有體物，然他往往必須要藉助有體性的載具來呈現。因為知識的無體性，知識更易於實現共享性，但也正因為知識的無體性需要有體性的載具來呈現，才能從原創生者身上傳遞出去，因此，知識的共享性將受限於原創生者將之呈現出來的意願及其是否具備將所知道的知識完整地呈現出來的能力<sup>17</sup>。

### 第三款 知識具不同程度的可排他性<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> 參閱許牧彥（2001），「從知識的經濟特質談台灣專利制度的演進」，台灣產業研究，第4期，頁297~352—這些載具包括實體產品或設備、各式各樣的文件、人及組織，其中最重要的是人；因為，人是知識的生產者與消費者，不論透過哪一種載具來轉移，知識都是由人發出、由人接收。

<sup>18</sup> 參閱許牧彥（2001），「從知識的經濟特質談台灣專利制度的演進」，台灣產業研究，第4期，頁297~352；參閱鄭中仁，智慧財產權法概論—智慧財產權的特性之一是無排他性的，所謂的無排他性是指，不付費的利用資訊。通常銷售資訊必須讓客戶檢視資訊性質，然而客戶一旦看過資

知識具有不同程度的可排他性—完全可排他、完全不可排他及部分可排他。完全可排他的，例如可口可樂的配方；完全不可排他的，例如健康教育書籍，交通狀況廣播，因為這類知識的發展或是訴諸於私人的無私及利他動機，或是由政府發展（或資助）為公共財者；部分可排他的，這類的知識可以由私人發展，但是私人發展意願不足，故應由政府以專利（或研發抵稅）等方式鼓勵（或贊助）私人發展。由於該知識有部分是不可排除者，這就是研發的外溢效果。這種外溢效果可合理化稅賦的減免以及專利的保護。知識排他性的程度，決定了該知識最適當的生產方式及生產主體為何以及政府的法令政策該扮演的角色。知識具有不同程度的可排除性是不同類型的智慧財產權之所以產生的根本原因。

## 第二節 「智慧財產權理論」概述

### 第一項 智慧財產權理論

根據美國哈佛大學法律學院貝克曼網路與社會中心（The Berkman Center for Internet and Society at Harvard Law School）主任William Fisher教授，在其著名的Theories of Intellectual Property一文中，對現代西方智慧財產權理論所做的考察與分類，計有下列四個重要的理論<sup>19</sup>：

效益論（utilitarian）

勞動論（labor theory）

人格論（personality theory）

和社會規劃論（social planning theory）

本文擬先就這四個理論之內涵及其歷史淵源做一簡介，了解不同理論的優勢

---

訊，可能就不需要購買了。另一種不必付費的情形，是採用部分資訊創造新的資訊，像大部分的文學或藝術著作，使用者也許只給所引用的著作之作者評價，而未給付金錢的報酬，這種情形包括一般合法使用他人著作以創造另一個著作，以及根據他人著作創造衍生著作。無排他性的資訊，無法從市場取得消費者給予其資訊的價值，結果可能造成資訊生產不足或種類太少等市場失靈問題。

<sup>19</sup> 參閱 Fisher, William W 著（2002），黃海峰譯，知識產權的理論，中國知識產權評論，第1卷。



與不足及諸理論帶來的衝撞與矛盾<sup>20</sup>。

### 第一款 效益論

效益論者認為：立法者在設計財產權利時應以社會福利的最大化為目標。智慧財產權的授予，為智慧財產權的創造者帶來了鼓勵，促使其願意創造知識產品，進而使社會大眾能夠充分利用這些產品，進而促進整體社會利益達到最大化，使整個社會繁榮與進步。社會收益的最大化，對效益論而言，就是智慧財產權制度的正當來源。

### 第二款 勞動論

勞動論也可稱為「智慧財產權自然法理論」或是「勞動應得理論」(labor desert)。這個思想源自John Locke，他認為人們施勞動力於「無主的」或是「公有的」資源，應使之對其勞動成果享有自然的財產權利。這個想法後來被廣泛運用在智慧財產權領域，因為這個領域裡，原始建構的思想、事實和概念，亦近似「公有的」，且其運用思想、事實和概念等後所生智慧勞動力之實施，對社會產生價值。論者認為這些智慧財產創造者的勞動，在道德上應當獲得回報，而回報的方式便是賦予他們對於那些智慧財產的獨占性權利—智慧財產權<sup>21</sup>。

### 第三款 人格論

---

<sup>20</sup> Utilitarian 一詞，亦有不少學者譯為「功利論」(如：饒明輝(2008)，「當代西方知識產權理論的哲學反思」，(中國)科學出版社)，這裡採用效益論學者的譯法(如：黃海峰(2002)，知識產權的理論，中國知識產權評論，1, 2002:1)，是同意其「強調效益與目的論的精神」。

<sup>21</sup> 參閱Fisher, William W著(2002)，黃海峰譯，知識產權的理論，中國知識產權評論，第1卷，頁4；參閱田村山之(日)著，李揚、許清譯，智慧財產法政策學初探，<http://www.fengxiaqingip.com/ipteseluntan/luntan1/lt1lilun/1zhexue/20090111/3117.html>，最後造訪日：2009年2月1日。田村山之對洛克的理論提出兩點反駁：此論述有這樣的前提命題，即上帝為了使人類利用“自然”，而將“自然”這種共有物給予人類，因此，在其腐爛之前，人們通過勞動在自然物的基礎上生產出與之相區別的物品，為了利用該物品而得以對其主張所有權，這並不需要共有物其他相關者的同意。但智慧財產的情況與此不同，它不像有體物那樣可以只由一人佔有，智慧財產權這種形式即使不對他人的利用主張排他權，自己也能夠加以利用，因而不會發生腐爛。由此可見，在智慧財產的情況下，洛克勞動所有權理論的這種前提命題不成立。再者，洛克的勞動所有權理論是以這樣的推理作為前提展開的，即人們既然對於自身享有所有權，也就應當對自己身體的勞動和自己的雙手所從事的工作享有所有權。這裏所說的自身所有的原理，也就是說除自己以外的人對於這個“自身”不得主張權利。而智慧財產權是一種直接或間接制約他人身體活動自由的權利，承認這一點的話，就和勞動所有論的理論基礎—自身所有的原理相矛盾了。因此，從這個意義上也可以認為，通過勞動所有論為智慧財產權尋找理論根據是很困難的。

人格論是從康德、黑格爾的著述中引申而來的，論者認為私有財產權利是某些人類基本需要得以滿足的關鍵，因而政策的制定者，應努力創設並且分配對資源的權利，以最大程度的滿足人們的需要。基於這個立場，智慧財產權存在的合理性在於保護那些創作者的「意志」（意志常被視為『人格』的內核）的作品不會被侵占或篡改，以最能滿足人們這些需要的方式，來創造資源的授權，將之妥善的分配，從而有益於人類生活的繁榮。基於這個理論，相對於較低表達力的智力活動成果（例如基因研究），我們更傾向給予較高表達力的智力活動成果（如小說創作）予以法律保護；而創作人的「外部形象」，包括其身體形貌、個性等，是「人格的重要一部份」，應該受到法律的保障，儘管他跟勞力無關；且，創造者應當被允許出售或傳播其作品的復制品而從公眾那得到尊重、榮譽和金錢，但禁止其放棄他人歪曲作品或篡改其身分的權利<sup>22</sup>。

#### 第四款 社會規劃論

最後，是到晚期才發展起來的「社會規劃論」。此論的主張是基於如下的假設：即一般的財產權利和特殊的智慧財產權的安排，能夠並且應當以有助於培育和實現一種公正和令人嚮往的文化為目標。持此觀點的學者大多從折中的政治和法律理論家那裡得到靈感，這種思路在目的論的定位上與前述的效益論者很類似，但他更傾向使用可欲社會（a desirable society）的觀念，相較於效益論者使用的「社會福利」概念在內涵上更加豐富<sup>23</sup>。

#### 第五款 小結—「智慧財產權理論」的優劣互補性

智慧財產權理論係智慧財產權正當化的根據，日本學者田村山之認為，這些理論，說穿了就是自然權論（勞動所有論《即本文的勞動論》及精神所有權論《即本文的人格論》）和激勵論兩種相互對立的觀點。前者認為，人們對於自己創作的物品當然地享有權利；後者認為，如果過度地容許免費使用，對於後來的模仿者一方將太有利，從而可能導致意欲對智慧財產創作進行投資的先行者的數量減

<sup>22</sup> 參閱 Fisher, William W 著 (2002)，黃海峰譯，知識產權的理論，中國知識產權評論，第 1 卷，頁 5。

<sup>23</sup> 參考資料來源同前註，頁 6。

少，爲了防止這種現象應該考慮在一定程度上禁止免費使用<sup>24</sup>。

不論是優劣互補還是兩兩對立，任何一種被舉出的理論，都有不同的精神和不同的切入思考角度，各理論所擬倡導的智慧財產權制度背後的理論，在建構智慧財產權制度時，都或多或少的被採用，爲了正確的選擇制度所採用的理論思維，本文接著將探討智慧財產權理論的本質及矛盾。

## 第二項 「智慧財產權理論」的本質

智慧財產權理論的本質，與「財產權理論」、「當代政治哲學」、「與當代世界價值觀」及「利益平衡思維」有關，本文擬先從這幾個重要本質中觀察智慧財產權理論。

### 第一款 財產權理論的延伸

財產權理論自古希臘時期萌芽開始，便烙印在西方人的觀念中，財產權理論認爲，享有財產權是個人生存和發展的需要，也是促進社會進步和繁榮的必要條件之一，他能夠保護人們追求的自由與公平等價值。

借助財產權已奠定的保護觀念，使得智慧財產權得以快速的發展。更正確的說，是「財產權理論」先影響「智慧財產權理論」，在極大程度上各該智慧財產權理論是依附財產權理論而建構起來（例如，勞動論和人格論本身是財產權理論的兩大基本內容，當他們被適用於智慧財產權領域時，理論力量顯得更爲強大），之後，這種建構理論的方式再給財產權與智慧財產權帶來交互的影響。

這種影響在二十世紀開始轉爲明顯，人們對「財產」的概念，漸漸超越了固定不變、絕對權利的觀點，這與智慧財產權等無形財產不斷納入財產範疇的事實、觀念有關，人們不再認爲財產的概念必須是特定的有形物，外加知識經濟時代、網路時代的到來、智慧財產權法律的興起，都使智慧財產權理論繁榮起來，而智慧財產權理論的繁榮，人們將更有機會去思考智慧財產權理論和財產權理論

<sup>24</sup> 田村山之，日本北海道大學法學研究科教授；參閱田村山之（日）著，李揚、許清譯，智慧財產法政策學初探，<http://www.fengxiaoqingip.com/ipteseluntan/luntan1/l1lilun/1zhexue/20090111/3117.html>，最後造訪日：2009年2月1日。

的關係<sup>25</sup>。

## 第二款 智慧財產權理論與當代政治哲學

正如William Fisher所說，在討論智慧財產權問題時「理論家們是帶著政治學的眼鏡來看法律。當代哲學爭論中，自然論、效益論者通常採取對立的觀點。無怪乎那些熟稔這些立論的法律理論家們，把智慧財產權理論類型和當代政治哲學理論類型關聯起來，認為他們存在著對應關係，而這種對應關係，正反映出智慧財產權理論受到當代政治哲學影響。智慧財產權理論普遍打上當代西方政治哲學的烙印。」<sup>26</sup>。

以當代西方新自由主義和新左派對於網路著作權即有激烈論戰可略知一二<sup>27</sup>：

新自由主意認為，人類社會將從一個以資本、土地和勞動力為基礎的資本社轉而成為一個以知識為主的知識社會，在知識社會中，知識會取代資本而成為真正控制資源的「生產要素」，並成為一種新的財產權—智慧財產權。因此，網路空間的智慧財產權是不可以侵犯的。

然而，新左派卻持反對的看法。它們發起了「計算機平民化運動」，他們認為，信息不僅是商品，更是民主政治的生命線，而信息技術在某個程度上，變成了民主的工具。針對商業軟體，新左派集合世界各地技術人員，花時間編寫了自由軟體，然後在網路上公佈並開放源碼。他們認為，智慧財產權是獲取不義之財的方法，這種由智慧財產權創造出的人為稀有，會犧牲多數人的利益，並阻礙信息的傳播，知識原本是是全體人類的智慧結晶，商品化的知識追求「力量」、「利益和產權」，會加劇不平等。

由上述這兩種截然不同的觀點可知，網路空間的智慧財產權爭論，其實已經

---

<sup>25</sup> 參閱鏡明輝(2008)，「當代西方知識產權理論的哲學反思」，(中國)科學出版社，頁116-120。

<sup>26</sup> 參閱 Fisher, William W 著(2002)，黃海峰譯，知識產權的理論，中國知識產權評論，第1卷，頁11~12。

<sup>27</sup> 參閱鏡明輝(2008)，「當代西方知識產權理論的哲學反思」，(中國)科學出版社，頁120~123。

參雜了西方政治哲學爭論元素。

### 第三款 智慧財產權與當代世界價值觀

影響西方智慧財產權發展的西方價值觀甚多，重要者如「個人主義」、「自由」、「平等」、「理性主義」等，簡介如下<sup>28</sup>：

「個人主義」張調「個人在人類社會的經濟生活、政治生活和倫理生活等方面佔據著核心地位和相對於群體與整體的優先地位。」個體是人類社會價值觀的核心，當個體利益和社會整體利益發生衝突時，個體利益的優先地位然不可動搖，即使爲了公共利益的需要而對個體利益施予一定的限制，這種限制必需基於正當的理由、且施以對個體利益的限制與損害維持在最低限度的手段執行之。

「自由」是人類追求的普世價值，智慧財產權理論在論證智慧財產權合理性的過程中，尤其重視智慧財產權與自由的關連性，例如效益論者不否認自由，但著眼於智慧財產權實現最大多數人的最大自由；勞動論者對於智慧財產權和自由的關係是所有論者中最廣泛的；人格論者主張創造者的自由意志，並認爲智慧財產權是人格自由需要的產物；社會規論者則認爲由自由開展出的智慧財產權架構是理想的。

「公平」在西方先哲亞里士的眼裡，包括守法和平等，而不公平則是違法和 unequal。法律以追求公平爲使命，然而它所創制的智慧財產權是確保了公平，或是反而造就不公平一直是討論的話題，公平可以是分配的也可以是交換的，智慧財產權社會規劃論者主張分配的正義與公平，以建構公正的社會。

「理性主義」認爲人類的理性是人類社會一切生活的決定因素，人類社會的一切規矩、制度、習俗等皆來自人的理性，只要是人的理性設計，就會確定的出現人們預料的結果。學者們在解釋智慧財產權的合理性時，亦會以理性主義爲架構人類行爲的基石。

---

<sup>28</sup> 參閱鏡明輝(2008)，「當代西方知識產權理論的哲學反思」，(中國)科學出版社，頁 123~149。

### 第三項 智慧財產權理論的矛盾<sup>29</sup>：

#### 第一款 智慧財產權個體性與社會性的矛盾

知識是智慧財產權的重要內涵和基本單位，知識自身的屬性矛盾必然給智慧財產權帶來影響：

##### 一、知識的個體性與社會性矛盾

###### (一) 知識的個體性

知識生產，尤其是知識的創造，具有十分鮮明的個人特色，人類知識，也是由具體的個人，一個一個創造出來的。如果沒有單一個人對智慧的貢獻，就沒有人類共同智慧的發展。因此，智慧的私人性是其自然屬性。

###### (二) 知識的社會性

共享是知識的客觀屬性，某個人對某一知識的使用，並不妨礙他人對該知識的同時使用，甚至，隨著使用的日漸頻繁而越來越豐富。我們將這種特性稱為知識的共享性。知識創造的基礎來自於社會。知識雖然是創造者個人的創造性勞動，但根本上係依附社會提供的資源基礎（素材）。文化是知識和知識產品產生和積累的一個重要因素，文化則是由人類群體創造出來的，單獨的個人不可能有所謂的「文化」，知識和知識產品具有不可獲缺的社會價值。

##### 二、構成智慧財產權基本矛盾的原因

知識的個體性與社會性的矛盾是一切智慧財產權理論矛盾的開端。當知識的個體性超越社會性時，智慧財產權的發展必然是強勁的，對於作者，發明人和商標持有人的保護成為立法重點，作者發明人和商標持有人等權利人的自由價值實現蓋過了智慧財產權法的平等價值追求。當知識的社會性超過個體性時，智慧財產權發展必然是弱勢的，對於社會公眾的保護成為立法重點，社會公眾的平等價值實現蓋過了權力人的自由價值。

---

<sup>29</sup> 本項下列各款的整理參閱饒明輝（2008），「當代西方知識產權理論的哲學反思」，（中國）科學出版社，頁 154~181。

## 第二款 自由與平等的矛盾

知識一旦受到智慧財產權的保護，智慧財產權人就享有某種排他性的獨占權，排除了智慧財產權人之外的其他人對於相關知識平等取得的權利。我們更進一步的觀察這種矛盾，如何具體的表現在市場自由與壟斷議題上：市場自由就是一切市場主體在市場中從事商品生產、交換、消費等活動時所享有的不受國家干預的自由。市場自由往往和「經濟自由」同義，經濟自由的基本含義則為在運用一個人的私有財產，包括個人自己的知識和勞動時所享有的自主權；而壟斷（monopoly）和競爭是相對的，例如專利，專利權人因為專利有效期的存在，相對應的形成一種暫時性的不平等現象，這種壟斷造成社會的不競爭，但該有益於社會的專利知識卻能透過說明書公開，並得於專利期間屆滿後，任由自由使用。

除非根據不同的知識創造難度和交換知識的共享程度給予智慧財產權人不同的權利、條件保障，否則權利授予專用造成的市場壟斷，對自由經濟秩序造成很大的危害。

## 第三款 小結—利益衡平原則

智慧財產權制度的建立必須有充分的合理性，除了符合法治原則和精神，符合一般公平、正義、理性的價值觀外，更重要的，還要能讓人們的權利在制度規範下能得到合理的分配與保障。上述智慧財產權理論矛盾中，不論是知識的個體性與社會性，智慧財產權人對其創造的知識可以專用壟斷，相對於人們對知識的合理需要及知識的延遞對人類文明有極大的助益，自由與平等間的矛盾，均提醒了我們一個智慧財產權理論的建構的重要思維，即，該等矛盾其實可以透過私益與公益間的利益衡平，對價平衡來解決。本文在之後的章節中，更深入的探討利益衡平原則，並將以這個原則的思維，分析智慧財產權在我國憲法中及經濟公法中的地位，及其對專利權耗盡理論的影響。

