

## 第四章 我國智慧財產權的經濟公法觀點—以專利權為核心

### 第一節 經濟法與經濟公法

#### 第一項 經濟法概說

經濟行為是人類社會的重要活動之一，藉著各種經濟交易而形成複雜的法律關係。我國學者陳櫻琴教授認為經濟法是「行政主體以立法政策規範或以行政作用方式介入經濟活動，有時稱為經濟管制法」；我國學者廖義男教授則認為「經濟法之認識與研究，不能單從私法學之觀點，以人民為經濟活動主體之立場，討論其所涉及之問題，而以企業法、關係企業法及營業競爭法為限；並且也不能僅以公法學之觀點，強調國家應對整體經濟之形成與發展負責，而專門討論經濟監督、經濟指導與管理、經濟自治與經濟團體等問題，而必須兩者兼顧，並以經其本體制中所揭示之人民經濟活動為基本權利以及國家經政策之任務為基礎，展開各種經濟法規措施之討，始可明瞭經濟法之體系全貌」<sup>1</sup>。

德國學者Dr. Utz Schliesky教授對經濟法 (Wirtschaftsrecht) 的定義為「對經濟活動有重要意義的所有法律規範的總和」，他並指出「經濟法是經濟私法、經濟公法和經濟刑法的上位法」<sup>2</sup>。

中國學者馮果在「經濟法本質探微—經濟法概念界定和制度構建的理性基礎分析」一文中分析德國經濟法時，係以「規範政府干預經濟之法」的角度出發（或許他說的經濟法其實僅是指德國的經濟公法？），在他的觀察裡，德國的經濟法具有很強的經濟性和社會性特徵，他認為「經濟性」和「社會性」是德國經濟法的兩個本質屬性（其中，「經濟性」是指「經濟法係政府干預（調節、協調、管理）社會經濟之法」；「社會性」是指「經濟法係維護社會整體經濟利益為最終

<sup>1</sup> 參閱陳櫻琴（2000），「經濟法理論與新趨勢」，翰盧圖書出版有限公司，頁1，7~8。

<sup>2</sup> Dr. Utz Schliesky 教授認為，這裏的「經濟法」應與德國基本法中提到的「經濟的法」區別。德國基本法第74條第1款第11項把有關「經濟的法」的競合立法權賦予了聯邦立法機關。雖然對該條款中的「經濟的法」可以依據聯邦憲法法院的判例作寬泛的理解，即包括所有調整經濟生活和經濟活動的法律規範，但範圍其實較為狹窄—參閱烏茨·施利斯基 (Dr. Utz Schliesky) 著（2003），喻文光譯，經濟公法，（中國）法律出版社，頁4。

價值的目標之法」)<sup>3</sup>。

由上開學者對經濟法的論述可知，經濟法的定義為何，是公法或是兼含私法，在國內仍是一個新興的研究領域，國內學者對經濟法的內涵、研究範圍和內容體系等，尚無定論。本文鑑於經濟憲法及經濟公法乃首見於德國學者之討論，德國並有相關完整之論著及實務討論經驗，因此，本文在討論經濟法、經濟公法之內涵、範圍及這樣的體系是否合用於我國之前，將先以對經濟法、經濟公法發展較早亦較完整的德國法為主要核心，並以 Dr. Utz Schliesky 教授對德國經濟法的定義及體系分析為主要參考及比較資料。

## 第二項 德國之經濟法體系

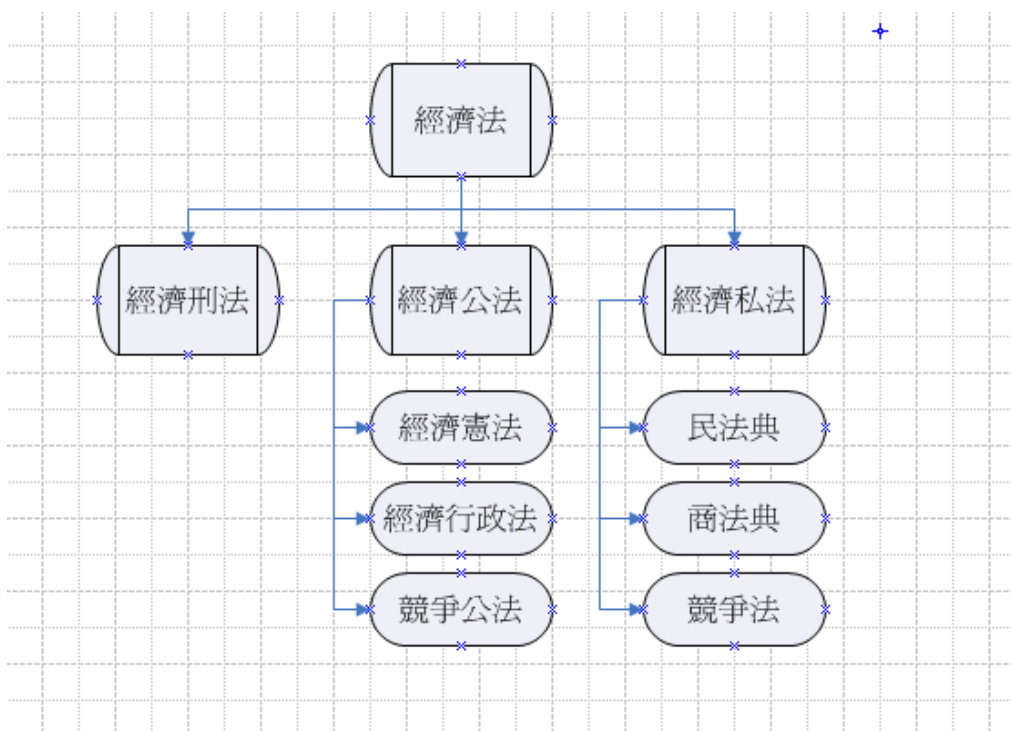
按 Dr. Utz Schliesky 教授在經濟公法一書介紹的德國經濟法及經濟公法體系，經濟法是經濟私法、經濟公法和經濟刑法的上位法（亦即，經濟法體系下可分為經濟私法、經濟公法和經濟刑法三個分支，見下圖 4-1），然這樣的分類其實有著公、私法二元分類上的難點，Dr. Utz Schliesky 教授指出：

「國家承擔了對市場的全面的總體責任，這裡將之分類為經濟公法或經濟私法，在實踐和案例分析中非常棘手，因為涉及了傳統的公、私法的分類爭點。依照較新的特別法理論，是否歸屬於經濟公法，取決於某個調整經濟過程的法規在具體適用時，是否單方面地使某個國家權力主體享有權利，負有義務，或對該主體的組織結構進行規範，如果是，那麼該法規就是公法；如果某法規適用的最終主體是私人，則為私法。而經濟法領域的特別難點在於，有些法律條款把執行、貫徹經濟法律的職能時而賦予私人，時而劃給國家行政機關，從而出現了某些法律規範，既可能是公法性的，又可能是私法性的，其可以被歸類為中性法。對於那些法律屬性只有在具體個案中才能明確的法律規範，我們可以藉助主體理論（從實質意義上理解）來分別確定其屬性。例如：（德國）反不正當競爭法第 1 條既可以是經濟私法，也可以是競爭公法。又如：根據（德國）反限制競爭法第 32 條，卡特爾局可以根據該法禁止企業和企業聯盟的某個行為，在此，該條款

<sup>3</sup> 參閱馮果，經濟法本質探微—經濟法概念界定和制度構建的理性基礎分析，<http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=42998>，最後造訪日期：2009 年 6 月 1 日。

是公法；另據（德國）反限制競爭法第 33 條和第 19 條，某企業的競爭者可以因為該企業濫用其市場統治地位而要求該企業不作為，在此，該法第 33 條和第 19 條則為私法性條款。」<sup>4</sup>。

依這樣的分類，Dr. Utz Schliesky 教授繼續說明德國「經濟私法、經濟公法及經濟刑法」的內涵為：



圖表 4-1：參Dr. Utz Schliesky教授經濟公法後本文整理之德國經濟法體系表<sup>5</sup>

## 第一款 經濟私法

經濟私法是指調整私人經濟領域的法律規範的集合，經濟私法產生的原因是：國家為經濟過程制定了特定的法律規範，這些法律規範並不由國家自己來執行或是監督，而是由參與市場經濟法律關係的主體自己遵行。市場主體者在此過程中如果要尋求法律救濟，則必須通過國家基於司法保護職能所提供的民事訴訟途徑。

<sup>4</sup> 參閱烏茨·施利斯基 (Dr. Utz Schliesky) 著 (2003)，喻文光譯，經濟公法，(中國)法律出版社，頁 4~5。

<sup>5</sup> 參考資料同前註，頁 4。

經濟私法的特徵及設計是，參與市場經濟活動的主體間，人人地位應平等、自由和互利性。在市場經濟中，每個人各自完成經濟決定，且每個人的決定都應理性而利己。而這樣的理性且利己之追求，能有效的促進社會的利益。我們從經濟學家亞當斯密在 1776 年出版的國富論中提出了「看不見的手」論調即知：「每一個人...既不打算促進公共的福利，也不知道自己是在什麼程度上促進那種利益，他所盤算的也只是他自己的利益。在這種場合下，像在其他許多場合一樣，他受著一隻看不見的手的指導，去盡力達到一個並非他本意要達到的目的，但最終能更有效地促進社會的利益。」<sup>6</sup>。

這一類的法規有：民法典、關於消費者保護的法律規定、商法及公司法等<sup>7</sup>。

## 第二款 經濟公法（及其任務與目標）

經濟公法的範圍包括：所有調整經濟的法律和所有把國家和其他公權力主體納入調整範圍的法律規範，他和經濟私法的最大區別在於，國家對經濟的影響和作用是否透過國家機關來實現<sup>8</sup>。

經濟公法存在的背景為何，美國經濟學大師 N. Gregory Mankiw 教授在其著作的「經濟學原理」一書中論述說：「只有財產權與交易規則得到保障，市場才能運行，市場的基本規則，例如私有財產權、契約自由與誠實信用等基本原則，需要國家法律的保護。儘管市場通常是組織經濟活動的一種好方式，但是市場也有其局限性，正是市場經濟自身的局限性、盲目性以及短視性促進了公共經濟法的誕生。這種現象之一，經濟學家們用市場失靈（market failure）來描述，所謂的市場失靈是指市場本身發生了自己不能有效配置資源的情況。」 N. Gregory Mankiw 同時指出市場失靈表現在<sup>9</sup>：

---

<sup>6</sup> 參閱 N. Gregory Mankiw 著（2006），梁小民譯，經濟學原理（第三版），（中國）機械工程出版社。

<sup>7</sup> 參閱烏茨·施利斯基（Dr. Utz Schliesky）著（2003），喻文光譯，經濟公法，（中國）法律出版社，頁 5。

<sup>8</sup> 參考資料同前註，頁 6。

<sup>9</sup> 參閱 N. Gregory Mankiw 著（2006），梁小民譯，經濟學原理（第三版），（中國）機械工程出版社，第一章導論。

一、市場外部性 (externality)：外部性是一個人的行為對第三人福利的正面的或者負面的影響。負外部性的例子如產品生產過程中的污染環境，同時損害了周圍居民的健康權；正外部性的例子如就是智慧財產權，一個人對軟體的使用毫不妨礙他人對同一軟體的使用，但如果法律不給予保護，就會導致仿冒行為以及搭便車行為；如果不打擊盜版，就沒有人願意去創新。

二、公共產品供應不足：當市場無法有效地提供公共必需品時，國家應出手提供。

三、壟斷等市場勢力的存在：當市場並非是完全自由競爭的市場，壟斷的存在阻礙了市場的競爭時，國家需適度的干預市場競爭結構及不正當競爭行為。

四、私經濟體制下不一定能確保公平地分配經濟成果：因為市場個體的能力存在差異，由於資訊不對稱，存在機會不均等現象，此時可以透過經濟公法來糾正經濟過程中的偏差。

我們可以說，經濟公法正是在市場失靈的大背景下產生的，它是為了克服市場失靈而誕生的法律體系（但非僅為市場失靈而服務）。由公共經濟法克服市場失靈這一本質特徵所決定，經濟公法與經濟私法便有了差異：經濟公法始終具有全局性、宏觀性與社會本位屬性，而經濟私法則具有微觀性與個人本位屬性。」

在這樣全局性、宏觀性與社會本位屬性下，經濟公法由分布在不同法律中的大量法律規範所構成，沒有統一的法典。「經濟公法」亦常被稱為「經濟行政法」或「廣義上的經濟行政法」，主要包括「經濟憲法」、「經濟行政法」和「競爭公法」，說明如下<sup>10</sup>：

## 第一目 經濟憲法

「經濟憲法」是憲法中關於一個國家基本經濟制度的規定，是市場經濟的最高組織法，經濟憲法在經濟公法中具有核心主導的地位。和世界其他各國一樣，

<sup>10</sup> Rolf Stober 反對這樣說法，他認為：經濟公法包括經濟憲法、經濟行政法等，且經濟憲法是經濟行政法的上位法，故把經濟公法稱為經濟行政法是畫蛇添足，且混亂經濟公法的內涵—參閱羅爾夫·斯特博 (Rolf Stober) 著 (1999)，蘇穎霞、陳少康譯，德國經濟行政法，(中國) 中國政法大學出版社，頁 15。

沒有一個國家制訂單獨的「經濟憲法」，經濟憲法是由各該國之憲法中形成經濟管制的架構、體制與秩序等相關條文及其他符合人類共同生活所需的經濟法規範之總合。

在討論德國「經濟憲法」的概念前，我們必需知道他的定義與範圍。然，經濟憲法的概念在德國沒有被統一，Dr. Utz Schliesky教授指出，德國的「經濟憲法」有「形式（狹義）意義」及「實質（廣義）意義」兩種意義。形式意義是指：基本法中調整經濟生活秩序的規定；實質意義則有時被理解為調整經濟生活的所有法律規範。由於實質意義會混淆普通法律和憲法，故，Dr. Utz Schliesky教授採用形式意義的經濟憲法概念來做為這個詞彙的定義，即「指所有包括經濟內容並規定經濟制度的憲法規範」<sup>11</sup>。

同樣認狹義的（形式）經濟憲法是經濟行政法的上位法的德國經濟公法學者Rolf Stober教授<sup>12</sup>，更進一步的指出，經濟憲法的概念在德國實施的情形：「在德國經濟憲法的發展上，相對於威瑪共和國憲法專章規定「經濟生活（Wirtschaftsleben）」，在基本法上，並未以憲法原則或以國家目標的形式規定其經濟體系，以致於德國的憲法經濟秩序並不明確。而且基本法上所規定的「總體經濟的均衡義務（die Verpflichtung auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht）」也不能解釋為特定經濟秩序（Wirtschaftsordnung）的規定，因而德國的經濟憲法中沒有所謂的國家目標設定條款（Staatszielbestimmung）。但聯邦憲法法院的見解符合一般憲法解釋標準，就憲法文義而言，並不能直接得知憲法中的經濟體系，但是根據憲法的體系解釋，基本法中同時有具自由經濟式內涵（例如根據基本法第 2 條第 1 項與第 14 條的契約自由與財產權保障）與具中央經濟式內涵（例如根據基本法第 15 條與第 74 條第 1 項第 15 號之土地之社會

<sup>11</sup> Dr. Utz Schliesky 認為，這裏指的憲法，鑑於歐盟法的優先適用效力(BVerfGE 73, 339/374 f.; 75, 223/240 f.)，經濟憲法自然包括優先適用的歐盟法律規定，尤其是歐盟條約—參閱烏茨·施利斯基(Dr. Utz Schliesky) 著(2003)，喻文光譯，經濟公法，（中國）法律出版社，頁 7。

<sup>12</sup> 學者 Rolf Stober 所著作的經濟行政法教本，在德國研究經濟行政法領域中極具代表性，Rolf Stober 所著之較早期教本（至第五版）原來分為「經濟行政法」第一冊（總論與經濟憲法）與第二冊（個別經濟行政法的分支領域），之後改版（第六版至第十版）合訂為單冊之「經濟行政法」，一九九八年新版（第十一版）的教本則又再度一分為兩冊，第一冊為「經濟行政法總論（基礎與原則、經濟憲法）」第二冊則為「經濟行政法各論（競爭法與其他經濟分支、補助金法）」，本文所介紹的乃是一九九九年更新版的「德國經濟行政法」。

化規定)的條款。至於市場或競爭並非憲法保障的制度，憲法只是設定市場條件的框架。基本權利雖然保障市場不被完全取消，但是國家卻不限於只能從事符合市場的管制。另外，經濟憲法上的爭議其實也不限於基本法，因為歐體的經濟憲法具有位階優位性，所以必須考慮的是歐體對德國的經濟上拘束，這不但升高了德國經濟憲法定位的爭議，同時也使得德國經濟憲法極具開放性的說法不切實際。因為歐體經濟憲法的「社會市場經濟原則」與追求法律與經濟領域無限制之「單一市場」的目的間，其實是有衝突的」<sup>13</sup>。

儘管有上述的爭議，Rolf Stober教授仍認為，以經濟憲法作為憲法的分支，至少有如下的任務：「保障經濟自由權和平等權，為行使和監督私人經濟權利採取法律上的預防措施。形式經濟憲法，一方面使國家按經濟行政法所採取的行為合法化，另一方面使國家在維護公民的經濟自由和經濟平等權時受到一定的制約」<sup>14</sup>。

而為了避免混淆，本文從兩位德國經濟公法學者的見解，在對經濟行政法之探討中所稱之經濟憲法，僅是指集合了所有具有憲法位階的法規而成的形式經濟憲法，並從經濟行政法的內容與範圍，了解經濟公法所共建構的經濟原則、架構、體制與秩序。

## 第二目 經濟行政法

經濟行政法指「所有普通法上，對調整經濟的國家機構授與權力，賦予其義務或對這類調整、監督經濟的機構進行組織規範的法律規範的總和」，「一個國家主張調整其公民的經濟行為，那麼就有將經濟行政法作為一個法律實體的必要」，經濟行政法具體化經濟憲法，他必需執行經濟憲法的意旨<sup>15</sup>。

<sup>13</sup> 參閱程明修，德國經濟行政法體系之發展—羅夫·史托伯 (Rolf Stober) 著 (1999)：經濟行政法總論與經濟行政法各論，視野—德國明斯特大學臺灣學人季刊，第2期。

<sup>14</sup> 參閱羅爾夫·斯特博 (Rolf Stober) 著 (1999)，蘇穎霞、陳少康譯，德國經濟行政法，(中國)中國政法大學出版社，頁15。

<sup>15</sup> 參閱烏茨·施利斯基 (Dr. Utz Schliesky) 著，喻文光譯，經濟公法，(中國)法律出版社 (2003)，頁7~8；參閱羅爾夫·斯特博 (Rolf Stober) 著 (1999)，蘇穎霞、陳少康譯，德國經濟行政法，(中國)中國政法大學出版社。

然，迄今，德國學術界還不能令人信服的把「經濟行政法」這一法律部門與其他法律部門區分出來，據Rolf Stober教授的觀察，有下面幾個原因<sup>16</sup>：

一、經濟行政法不是典型的法律概念。這個用語包括歷史學的、社會學的、經濟學的、論理學的、地理學的、政治學的和行政學等學科的內容。因此，有學者即指出以經濟行政學來指稱會更合適。

二、經濟和行政這兩個名詞是中立的，因此，它包括私法、公法等各方面的法律。

三、經濟行政法是一個特具有動態的法律領域。由於技術的進步，新產品的研制、消費者需求的變化，以及法律政策的要求，經濟和行政都處在不斷的變化中。基於這種特點，要求在對其下定義時要留有一定的回轉餘地。

即便哪些法律應該被納入經濟行政法的範圍還存有爭議，德國學者還是多在承認經濟行政法為特別領域法律範圍的前提下，提出對經濟行政法的探討，內容包括經濟政策、內外部經濟監督、經濟調控、經濟促進、經濟信息、經濟計劃等<sup>17</sup>，大致可分為：

一、對整體經濟過程進行宏觀干預的法，亦包括一般及特別的行業經濟行政法，包括工商業法、手工業法、旅店餐飲業法、商店關門法、電信法、建築法、證券法等。

二、資源與環境法，其目的在於克服市場經濟的環境與資源外部性，保護經濟的可持續發展。

三、社會分配法，其目的在於克服市場經濟結果的外部性，保護經濟的穩定與可持續發展。

上述的分類只是按德國法學者對經濟行政法項目方便性的整理，鑑於市場經濟的複雜性，經濟行政法與經濟憲法和競爭公法相比，無論是分類或是法規名目及內容，具有很大的變動、調整彈性，這樣才能確保國家經濟的穩定運行。

---

<sup>16</sup> 參考資料同前註，頁7。

<sup>17</sup> 參考資料同前註，頁7。



### 第三目 競爭公法

要調控國家經濟行爲，Dr. Utz Schliesky 教授主張要把「競爭」作爲市場經濟的制度機制來看待。競爭法有公法和私法之分，區分競爭公法與競爭私法仍然具有重大的理論與實踐意義，因爲二者所適用的法律，解決糾紛的途徑都有很大的差異。

競爭公法旨在確保公平競爭的秩序，在於維護社會公共利益，因此其採用的手段通常是公法上的行政手段或者刑事手段，尤其是反壟斷法中的企業合併控制制度，更是體現了競爭公法對市場經濟的積極干預，這與競爭私法有著本質的不同；而競爭私法雖然也旨在確保公平競爭的秩序，但同時也在於維護個體合法權益，因此採用的手段通常是私法上的手段，例如停止侵害、賠禮道歉、恢復原狀或者損害賠償等。

爲維護市場經濟的公平競爭，競爭公法是經濟公法中最基本的也是最初級的法律形式，對市場經濟給予保護的同時，法律上對影響競爭的國家行爲仍應設定一個行爲有效的行爲界限，不僅考慮公共利益，同時也要充分顧及基本法所保護的市場競爭者的法律權益<sup>18</sup>。

### 第三款 經濟刑法

除了經濟私法和經濟公法外，還必須提到爲經濟法的另一獨立部門法的經濟刑法。嚴格說來，經濟刑法從功能上也可以歸類到經濟公法中，但按照德國法律體系的傳統，刑法一直是第三大部門法，所以在德國，在經濟法體系中被單獨列了出來（本文以爲：在我國可以僅用經濟公法的角度理解即可）。

### 第三項 經濟公法在我國之適用

#### 第一款 概說

「經濟法」之相關理論，在我國學者間或實務間討論甚少，陳櫻琴教授在其

---

<sup>18</sup> 參閱烏茨·施利斯基 (Dr. Utz Schliesky) 著 (2003)，喻文光譯，經濟公法，（中國）法律出版社，頁 161~162。

所著作的「經濟法理論與新趨勢」一書中有較完整的分析。

陳櫻琴教授在該書中闡述其對本國經濟法及其相關基本原則、理論的見解，因為一般經濟法的分類包括經濟管制和經濟輔助，廣義的經濟管制，包括所有經濟活動的法律，包括傳統的公法、私法及融合公私之間的法律，故經濟法是一種統合的，概括性的觀念，具有混合法的性質，且至今尚無定論。而她認為：經濟法的研究，與行政法總論、各論關係密切，故她以「行政主體以立法政策規範或以行政作用方式介入經濟活動，有時稱為經濟管制法」定義經濟法，並以（經濟）公法的架構，論述經濟憲法、經濟行政法和兩者間之關係<sup>19</sup>。

本文將以陳櫻琴教授在「經濟法理論與新趨勢」一書中之觀點，分析我國經濟憲法與經濟行政法架構的可行性來分析經濟公法在我國適用的狀況。

## 第二款 學者觀點下的我國經濟憲法與經濟行政法<sup>20</sup>

### 第一目 經濟憲法

#### 一、形式經濟憲法

陳櫻琴教授認「經濟憲法」係指「憲法」有關經濟之規範，包括憲法規定之條文及憲法基本原理。我國憲法有關經濟秩序之基本規定，主要在第二章基本人權（最主要是第十五條人民之生存權、工作權及財產權，應予保障）及第十三章基本國策（最主要是第三節國民經濟，第一百四十二條至第一百五十一條）及增修條文第十條「修憲經濟條款」（補充基本國策）之規定。加上公平交易法關於規範競爭之總則性規定，屬經濟活動之基本法律，亦包括在經濟憲法之列。

依陳櫻琴教授列出我國經濟憲法之範圍，該規範經濟事項，包括經濟基本權、經濟活動、經濟管制、經濟監督、經濟輔助及經濟發展。政府可利用經濟政策引導經濟發展，在兼顧人民經濟基本權保障的前提下，以經濟管制或經濟輔助

<sup>19</sup> 參閱陳櫻琴（2000），「經濟法理論與新趨勢」，翰盧圖書出版有限公司，頁1。

<sup>20</sup> 以陳櫻琴教授在「經濟法理論與新趨勢」一書中之觀點為論述之。

的方式去實現政策目的，所利用的政策工具，包括法律手段和非法律手段，例如動用「紓困」或「補貼」方式，協助經濟活動進行。在法治國精神下，經濟管制活動過程中，應符合憲法、法律及命令之合憲秩序。

## 二、實質經濟憲法（經濟法的基本原則）

除了上述形式意義的經濟憲法外，陳櫻琴教授認，憲法關於經濟的基本原理原則，是人類共同生活所需的實質法規範，或稱為經濟憲法原則，是實質的經濟憲法，亦應被遵守，包括：一、經濟民主原則；二、經濟正義原則；三、經濟倫理原則；四、市場競爭原則；五、政府介入原則；六、利益衡量原則；七、補充性原則，說明如下（相關立法例如圖表 4-2）<sup>21</sup>：

1、經濟民主原則：指經濟政策的決定由參與者共同形成，包括企業內員工參與決定，產業政策符合工商企業和民眾需求，擴大民眾參與，經濟政策或經營決策配合民意基礎，實現由下而上的民主精神，有助於經濟法律制度或企業內部決策紀律有效遵行。

2、經濟正義原則：或稱經濟公平原則，透過租稅和財產社會化制度，對所得與財富進行公平而合理的分配，市場上經濟力強者應有其合理利潤，但禁止濫用市場優勢地位，或賺取超過合理利潤之暴利；而經濟弱勢者應有憲法基本權保障，包括生存權、工作權保障。各個經濟體立於公平立足點，透過市場競爭機能，藉以激發潛力。

3、經濟倫理原則：或稱經濟道德原則，商業道德原則。對從事經濟活動之行為人而言，其所應遵守者，除法律制度外，在經營時有關企業內倫理及道德，亦有待自覺性地提升。

4、市場競爭原則：自由經濟市場的基本機制之一是競爭機能，公平交易法公布施行後，就經濟發展有重要意義，確立以競爭法則為市場最高指導原則，經

---

<sup>21</sup> 李昌麒主編的經濟法學（《中國》法律出版社，2008年10月出版）一書中則認為：以「需要國家干預論」為立論基點，經濟法是國家干預經濟的基本法律形式，經濟法的基本原則為「一、資源優化配置原則；二、國家適度干預原則；三、社會本位原則；四、經濟民主原則；五、經濟公平原則；六、經濟效益原則；七、經濟安全原則；八、可持續發展原則。」。

濟活動中無壟斷利潤，市場功能充分發揮，對交易秩序有正面助益。因此公平法規定，為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，其所高舉的市場競爭原則，實為經濟法的帝王條款。

5、政府介入原則：給付行政國家要求下，在市場失靈時，政府介入市場有其必要，但要確認公私部門分際，行政介入界限和補充性原則等均有待實踐。

6、利益衡量原則：或稱調和原則，法律具有為各種利益之調和功能，經濟法必需調合於公共利益和私利之間，故經濟法「利益衡量」為一大特色。

7、補充性原則：補充性原則與行政介入原則為一體兩面，政府機能唯有在市場失靈時才發動，經濟管理行政是備位的、補充的角色。

圖表 4-2：經濟法之基本原則及立法例<sup>22</sup>

原 則	立 法 例
經濟民主原則	1、公司法第 235 條：員工分紅入股制度；第 267 條發行新股保留員工承購 2、勞動基準法第 83 條：勞資會議 3、工業團體法第 1 條：工業團體，以協調同業關係，增進共同利益並謀劃工業之改良推廣，促進經濟發展為宗旨 4、商業團體法第 1 條：商業團體，以推廣國內外貿易，促進經濟發展，協調同業關係，增進共同利益為宗旨 5、環境影響評估法第 7、8、9 條：重大建設對環境有重大影響之虞，應進行環境影響評估，開發單位應舉行公開說明會

<sup>22</sup> 參閱陳櫻琴（2000），「經濟法理論與新趨勢」，翰盧圖書出版有限公司，頁 64~66。

經濟正義原則	<ol style="list-style-type: none"><li>1、社會福利法制：達成社會公平正義</li><li>2、公司法第 156 條第 4 項：公開發行公司</li><li>3、電信法第 57 條：不得拒絕供電</li><li>4、自來水法第 61 條：用戶平等使用權</li><li>5、電信法第 16 條：禁止拒絕接續網路</li><li>    電信法第 21 條：禁止提供服務差別處理</li><li>    電信法第 22 條：禁止拒絕電信之接受與傳遞</li></ol>
經濟倫理原則	<ol style="list-style-type: none"><li>1、營業秘密法第 1 條：為保障營業秘密，維護產業倫理與競爭秩序，調和社會公共利益，特制定本法</li><li>2、標準法第 5 條：經中央標準局審查合格，加®字標記</li><li>3、商品標示法第 1 條：為促進商品正確標示，維護企業經營者信譽，並保障消費者權益，建立良好商業規範，特制定本法</li><li>4、律師法第 2 條：律師應砥礪品德、維護信譽、遵守律師倫理規範、精研法令及法律事務</li><li>5、會計師法第 17 條：會計師不得對於指定或委託事件，有不正當行為或違反或廢弛其業務上應盡之義務</li><li>6、建築師法第 20 條：建築師受委託辦理各項業務，應遵守誠實信用之原則，不得有不正當行為及違反或廢弛其業務上應盡之義務</li><li>7、正字標記管理規則第 2 條第 1 項：申請許可使用®字標記</li></ol>

<p>市場競爭原則</p>	<p>1、公平交易法第 1 條前段：為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法</p> <p>2、公路法第 41 條：公路主管機關得核准二家以上公路汽車客運業經營之。市區汽車客運業，應配合市區人口之比例及大眾運輸需要之營業車輛、設備，由公路主管機關視實際情形核准一家或二家以上共同經營之</p> <p>3、廣播電視法第 8 條：電臺應依電波頻率之分配，力求普遍均衡；其設立數目與地區分配，由主管機關會同交通部定之</p> <p>4、電信法第 12、15 條：第一類電信業務營運許可 電信法第 17 條：第二類電信業務營運許可</p>
<p>政府介入原則</p>	<p>1、國營事業管理法第 3 條第 1 項：本法所稱國營事業如下： 一、政府獨資經營者。二、依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營者。三、依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過百分之五十者。</p> <p>2、公平交易法第 41 條：限期命停止或改正或罰鍰</p>
<p>利益衡量原則</p>	<p>1、公平交易法第 12 條：對於事業結合之申報，如其結合，<u>對整體經濟利益大於限制競爭之不利益者，中央主管機關不得禁止其結合</u></p> <p>2、公平交易法第 14 條：事業不得為聯合行為。但有左列情形之一，而<u>有益於整體經濟與公共利益，經申請中央主管機關許可者，不在此限</u></p> <p>3、消費者保護法第 7、8、9 條：商品製造者無過失責任</p> <p>4、都市計劃法第 26 條：都市計劃實施變更及通盤檢討</p>

	<p>5、農業發展條例第 8 條：重要農產品設置平準基金</p> <p>6、民用航空法第 89 條：航空器失事之無過失賠償責任</p> <p>7、核子損害賠償法第 17 條：核子損害之無過失責任</p> <p>8、所有權社會化法制：如土地法、農業發展條例及都市計劃法等</p>
<p>補充性原則</p>	<p>1、國家賠償法第 2 條：公務員違法失職之國家賠償責任</p> <p>2、國家賠償法第 3 條：公有公共設施因設置或管理有欠缺之國家應負損害賠償責任</p> <p>3、核子損害賠償法第 26 條：政府應補足核子損害賠償之差額</p> <p>4、促進產業升級條例、產業技術輔導辦法、鼓勵民間事業開發工業新產品辦法等經濟輔助法令</p>

## 第二目 經濟行政法及其與經濟憲法間之聯結關係

我國有關經濟法體系及分類尚無定論，然因行政法與憲法的關係密切，經濟行政法應是經濟憲法的具體化。憲法條文諸多抽象，勢必要依賴行政法相關條文的制定及施行。我國在建立起自己的經濟憲法體系及相關原則後，即可繼續勾勒出執行經濟憲法的經濟行政輪廓。兩者間之關係，正如同德國經濟公法學者所說：「經濟行政法指『所有普通法上，對調整經濟的國家機構授與權力，賦予其義務或對這類調整、監督經濟的機構進行組織規範的法律規範的總和』<sup>23</sup>，『一個國家主張調整其公民的經濟行為，那麼就有將經濟行政法作為一個法律實體必要』<sup>24</sup>，經濟行政法具體化經濟憲法，兩者間有上、下法位階的聯結關係。

<sup>23</sup> 參閱烏茨·施利斯基 (Dr. Utz Schliesky) 著 (2003)，喻文光譯，經濟公法，(中國)法律出版社，頁 7~8。

<sup>24</sup> 參閱羅爾夫·斯特博 (Rolf Stober) 著 (1999)，蘇穎霞、陳少康譯，德國經濟行政法，(中

圖表 4-3：以憲法增修條文第 10 條第 1 項為例<sup>25</sup>

憲法條文	經濟憲法	經濟行政法	說明
增修條文第 10 條第 1 項	獎勵科學技術發展	科學園區管理條例；技術合作條例；智慧財產權法制度	鼓勵科技產業之投資政策；健全相關智慧財產權法制…等

## 第二節 智慧財產權的法經濟學觀點

### 第一項 智慧財產權的經濟性質

智慧財產權具有知識經濟的特質，透過智慧創新、創作，得以促使國家經濟競爭力提昇，與國家經濟發展息息相關。

在以資訊與知識之創造、建置、擴散和分配為主要價值的經濟社會中，每一個人隨時都會生產、取得、並且交換大量的資訊與知識。資訊及知識對經濟的推動作用、依賴及影響越大，促進智慧財產權產品的增加就越顯重要，而智慧財產權制度之優劣將決定知識和技術之創新與使用存量能否快速增長。

智慧財產權制度的目的就是要為知識的生產和供給提供激勵，在知識產權的法經濟學上，就是要探討一種適宜的法律制度，使促使知識產品的供給得以最大化。而在選擇智慧財產權制度之前，我們先透過胡良榮教授在「知識產權法新論」一書中對知識產權的法經濟學基礎的分析，了解知識產品的經濟性質<sup>26</sup>：

「知識產品是與物質產品相對應而存在的客體範疇，在經濟學上，知識產品具有自身獨特的性質，這些性質影響甚至決定了相應的法律制度安排。按照使用和消費性的不同，產品可以分為私人物品和公共物品。早在 1959 年，尼爾森（Nelson）就討論了知識產品的公共財性質，隨後阿羅（Arrow）在討論信息經

國）中國政法大學出版社。

<sup>25</sup> 參閱陳櫻琴（2000），「經濟法理論與新趨勢」，翰盧圖書出版有限公司，頁 46。

<sup>26</sup> 參閱胡良榮（2006），「知識產權法新論」，（中國）中國檢察出版社，頁 32~37。



濟學時也討論了知識的公共財性質，後來許多經濟學家，如達斯古普塔和大衛都進一步討論了知識產品的公共性。他們的理由主要有以下幾點：

一、知識產品在消費上具有某種程度的無排他性：知識產品同時可以供應無數人使用，在很多情況下，人們無法排除他人使用其創造的知識。在人類歷史上，無論任何國家，任何地區、任何方面的知識首先得到發展，最終都必將造福於全人類。但是，知識產品的這種非排他性不是絕對的，一些形式的知識具有排他性。譬如，一些行業存在的商業秘密。

二、知識產品在消費上具有某種程度的非競爭性：一個人對知識產品的消費不會妨礙其他人的消費。

三、知識產品具有巨大的正外部性，或者稱有益的外部性：在經濟學中，所謂外部性，就是指不通過影響價格而直接地影響他人的經濟環境和經濟利益。有益的外部性商品，除了滿足消費者的需求外，還能帶來有益的社會效應，且生產的收益低於他應當得到的收益。知識產品具有明顯的有益外部性。從生產上來講，知識產品的生產會給他人帶來積極影響。譬如，一個人完成了一項新的發現或發明，並由此而產生更大的生產力時，整個社會都為此而獲得利益。從消費上來說，知識產品在消費的過程中也會對其他產生有利影響。當一個人掌握了更多的知識時，一般而言它的創造力就會相應提高，會為整個社會提供更好的服務。

第四、知識產品具有創造性。知識產品是知識勞動產生的創造性活動的成果。知識勞動是在繼承前人知識的基礎上，創造出新的，更有價值，更深層次的知識，是人類知識的深化過程。科學上的發現是人們對自然界的新認識，技術上的發明是人們對原有技藝的改造與創新。

第五、知識產品具有擴散性。實務產品擴散需要追加投入，而知識產品一旦生產出來，其所有者很難控制它的傳播。

第六、知識產品具有邊際收益遞增性。知識產品作為一種生產要素投入到生產中，不僅會使原有的技術得到改善，而且能夠提高其他投入利用率，同時還可以通過利用知識產品的技術得到改善，而且能夠提高其他投入利用率，同時還可

以通過利用知識產品後的附加信息反饋增加其本身的價值，所以即使在其他投入不變的情況下，邊際收益也會不斷上升。

第七、知識產品具有非消耗性。物質產品在使用過程中會被消耗，價值降低，但是知識在使用過程中本身不會被消耗，可以多次被重複使用而不減損其價值。」

從上面的論述及本文第二章所描述的智慧財產權的特性，我們知道知識產品具有公共財的性質，但，這不表示他是免費的，因為知識產品還是具有一定程度的排他性，如果創作人沒有誘因要創作知識產品公布出來，則該知識產品的公共效益就很難展現，且知識產品的學習、創作、產品都需要成本，當知識經濟大環境下，一公佈知識產品就很容易被散佈及複製，而散佈及複製成本又遠低於原始創作產品之總產品成本時，創作知識產品的動力就被受影響。知識的經濟效益，不是只靠他的經濟本質即足，仍需透過散佈、傳播與使用。

更何況，我們只著重在知識產品在散佈、傳播上的特性，我們仍應注意，知識產品因為具有公共財及私有財的雙重性質，在生產階段仍有別於其他產品<sup>27</sup>：

「一、知識產品的生產具有首次有效性。對於任何一項發現，發明，創造或者創新來說，一旦有人取得成功，這個成功者就會作為發現者或首創者永久地贏得和擁有這項知識的首創權和首創利益，同時也就排斥或剝奪了其他人對這項知識的首創權利。

二、知識生產具有不確定性、風險性。知識生產即新知識的發現和創造，要求所生產的任何成果都必須是前所未有的，所以任何一項發現和創造都必然會遇到各種困難。這種性質的存在必然對知識生產者提出更高的要求，他們不僅要具有知識生產資料和創造性思維能力，而且還要具有遠見卓越和勇氣，冒險知識和毅力。在知識生產的函數中，作為內生變量的生產要素不僅包括生產者現有知識，思維能力，而且還包括有承擔風險的勇氣和抑制等精神要素。

三、知識生產過程監督的困難性。由於知識生產的不確定性，生產者就會機會主義傾向，把生產失敗的原因歸咎為客觀現實條件。另外，知識生產者腦力勞

---

<sup>27</sup> 參閱胡良榮(2006)，「知識產權法新論」，(中國)中國檢察出版社，頁32~37。

動的支出不像體力勞動那樣容易觀察和計量。

由於知識生產的複雜性，許多經濟學家對相關的制度安排各執一詞。從私有產權的激勵作用出發，有人認為私有產權有利無害；從發明的首先有效性出發，有人認為，「爭先」的費用增加對社會也是有害的。從知識產品的公共性出發，有人認為發明專利的收取使用費不易，所以要求政府援助，知識既然具有共享性，私有產權就會在邊際上減少發明的使用，這對社會無益。」

了解知識的特性後，透過制度的設計來使得知識得以公開共享是重要的，學者林登立在發表「技術研究的課題：創新、使用的技術、或技術能力」演講<sup>28</sup>時，曾提及「對國家的經濟和公眾最大的效益，不是發生在創新之際，而是散佈一段時間後」這個觀念，他舉大衛·艾傑頓（David Edgerton）的技術史史學提綱，關於創新與使用的技術（technologies-in-use）的區分：創新即是新技術的出現，但是對經濟發展的歷史而言，最有意義的事物應是技術的廣泛採用。大衛·艾傑頓反駁一個國家創新愈多，則其經濟之成長將更快速之說；大衛·艾傑頓承認創新對生產力的成長有很大的影響，但通常不是在創新之時，而是在離創新出現的時間已有一段時日，並且快速傳播使用之時。…問題是，即便一個通用技術知識是公共財貨，我們仍可能無法看到它被生產出來。因為，技術知識可能在洩漏出來之前，有一段時日被保持為私有財貨。況且，創新廠商能透過專利權或著作權的運作，而獲得其所產出之技術知識的獨占權力。雖然有溢出效果，但亦存有某些機制，以使創新廠商能有某長度的時間，對通用技術知識保有相當程度的控制或優勢。結果是，通用技術知識不可能免費的任由模仿廠商取用。」

這也是接下來本文要探討的另一個關於智慧財產權制度法經濟學觀點的議題—「智慧財產權法律制度選擇的合理性的經濟分析」，看如何透過智慧財產權制度設計，使知識得最大化的公開共享。

## 第二項 智慧財產權法律制度選擇的合理性的經濟分析

<sup>28</sup> 參閱朝陽科技大學工業設計系林登立助理教授於台灣科技與社會跨領域計劃主辦之科技、軍火工業與經濟發展論文發表會發表之演講，題目為「技術研究的課題：創新、使用的技術、或技術能力」，相關演講檔案見 <http://sts.nthu.edu.tw/tsts/tech.ppt>。

當一種產品同時具有私有財和有公共財的屬性時，要如何綜合考慮在成本既定的情況下實現效率最大化，我們先回顧本文第二章「智慧財產權理論的矛盾」中所討論到的關於「知識的個體性和社會性的矛盾」。在知識產品生產過程中，存在知識個體性和社會性的矛盾：沒有合法的知識產品壟斷就不會有足夠的知識生產出來，但有了合法的壟斷又不會有足夠的知識。智慧財產權制度必須有助於解決這個矛盾，智慧財產權法在調整知識產品時，必須在公有產權和私有產權制度裡做調和，並在公益與私益間進行平衡。

如何做制度的選擇，本文將從胡良榮教授在「知識產權法新論」一書中對知識產權的法經濟學基礎的分析所提供的分析框架，依不同的知識，對報酬機制的適用可行性來探討其應選擇的制度<sup>29</sup>：

首先，我們把知識分類，「科學理論知識在性質上只能以抽象的理論型態存在，不能直接轉化為現實生產力，無法直接表現在具體的有形物品上，作為純粹的思想更多的接近公共物品。從報酬機制上看，由於該知識不能直接體現在具體的有形物上，無法直接商品化，不能給其生產者帶來直接的經濟收益，因此，難以通過市場機制為其生產者提供激勵，即便對其作保密或專利權制度安排，也無法提供出刺激生產科學理論知識的動力來。所以，對此不宜做私有產權制度的安排，而係透過非市場機制的制度設置為其生產提供激勵，如由政府財政撥款設立非營利性研究機構，從事基礎理論性，應用基礎理論性知識的生產，並將其成果供全社會共同使用」<sup>30</sup>。

「對於應用技術之而言，它具有可保密性，客觀上該技術的生產者能夠獨占該技術，能將技術轉換成商品，通過具體的物品體現出來，並利用時間優勢獲取市場利益，因而有可能用私有產權制度調整（即便他人可以通過反向工程等破解技術秘密，但在達到破解的這一段時間內仍有上述的獨占利益）以透過市場機制獲得報酬」<sup>31</sup>。

<sup>29</sup> 參閱胡良榮（2006），「知識產權法新論」，（中國）中國檢察出版社，頁 32~37。

<sup>30</sup> 參考資料同前註，頁 34。

<sup>31</sup> 參考資料同前註，頁 34~35。

至於「文學、藝術等知識產品」，可以直接表達在有形載體上，可以商品化。但是，胡良榮教授認為「文學、藝術之是具有消費的非競爭性，非排他性，外部性，擴散性等，公共財的性質較強，而且文學藝術作品不具有商業價值，同時它還承載著陶冶情操，感化教育，提高人的素質等社會功能，這些功能不能完全通過市場機制實現，所以不能完全商品化，必須把經濟效益與社會效益有機地統一起來」，本文採不同的看法，因為文學、藝術等知識產品，不一定係非競爭性、非排他性且不具商業價值的（可能甚至是非常具商業性產品），應該原則上透過市場機制處理，讓創作者在政策和法律允許的範圍內，自主經營，自我發展，自我補償即可。至於某些教育性，基礎性，藝術性，公益性較強的知識產品，如教科書，藝術專著，在市場機制補償不足的情況下，再以其他的國家政策處理之。

對不同屬性的知識產品，應以不同的智慧財產制度安排，如何安排，胡良榮教授認為應考慮「市場機制的」和「非市場機制的」制度安排的合理性，說明如下：

一、「市場機制的」私有產權制度安排的合理性<sup>32</sup>：

法律對知識產品的私有產權制度安排的形式主要有三種：專利權，商業（營業）秘密制度和版權（著作權）。其中專利權和商業（營業）秘密制度適用於應用技術知識，版權（著作權）則適用於文學藝術知識產品。這三種制度設計都是授予知識生產者以壟斷權，使生產者在法定時間內或者可以保密的時間內獨占該種知識產品的使用和銷售。這種制度設置可以使生產者通過市場機制獲得足夠報酬，對生產者有利，從而為生產者生產知識提供激勵。

胡良榮教授認為：「專利制度的保護效能與創新之間具有顯著性的關連<sup>33</sup>，

<sup>32</sup> 參考資料同前註，頁 35~36。

<sup>33</sup> 參閱專利制度在我國科技進步中的作用及其政策研究，中國國家科委軟件研究報告（1991）；學者林秀芹亦於「專利制度的經濟成本與效益分析」（中國—現代法學，第4期）一文中指出，英國貿易部組織的專利法調查委員會及美國專利委員會對專利制度對科學進步有積極作用，其中「英國貿易部組織的專利法調查委員會」認為，專利制度四個方面的積極作用：（1）鼓勵發明者公開技術發明，而不是將發明保留為商業秘密；（2）刺激更多的科學研究；（3）通過補償開發專利產品的成本，鼓勵將新發明投入商業生產；（4）通過市場獨佔權鼓勵對新產品的投資，使原來在競爭狀態不能獲利的產品具有投資潛力；「美國專利委員會」提出了一份報告（Report of the President's Commission on the Patent System, To Promote the Progress of Useful Arts (Washington,

但是，這只是問題的一個方面，如果這種制度對生產者有利，而整個社會卻為此付出了很大的代價，對知識的消費者不利，就不能達到經濟學上的Pareto principle，那麼這種制度的設置還是不合理的<sup>34</sup>。

因此還必須證明專利、版權（著作權）和商業（營業）秘密對社會也是有益的。」，這裡的「有益」，本文認為應證明到符合公益與私益衡平，以達到經濟學上的Pareto principle<sup>35</sup>。

由於專利權和版權（著作權）都是在一定期間內給予壟斷權力（專用權），兩者具有同質性，其區別在於適用的對象和期限不同，所以，胡良榮教授認僅在

---

D.C., Superintendent of Documents, 1966), 3)，在該報告中表示：「專利制度能夠繼續刺激科學研究和發展」，「該制度的作用是獨一無二的，沒有其他實際可行的辦法能夠替代」。

<sup>34</sup> 參閱維基百科，

<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%B8%95%E7%B4%AF%E6%89%98%E6%9C%80%E4%BC%98>，最後造訪日：2009/6/5—Pareto principle（帕累托最優），是經濟學中的重要概念，指資源分配的一種理想狀態。假定固有的一群人和可分配的資源，如果從一種分配狀態到另一種狀態的變化中，在沒有使任何人境況變壞的前提下，使得至少一個人變得更好，這就是帕累托改善。帕累托最優的狀態就是不可能再有更多的帕累托改善的狀態；換句話說，不可能再改善某些人的境況，而不使任何其他他人受損。

帕累托最優只是各種理想態標準中的“最低標準”。也就是說，一種狀態如果尚未達到帕累托最優，那麼它一定是不理想的，因為還存在改進的餘地，可以在不損害任何人的前提下使某一些人的福利得到提高。但是一種達到了帕累托最優的狀態並不一定真的很“理想”。比如說，假設一個社會裏只有一個百萬富翁和一個快餓死的乞丐，如果這個百萬富翁拿出自己財富的萬分之一，就可以使後者免於死亡。但是因為這樣無償的財富轉移損害了富翁的福利（假設這個乞丐沒有什麼可以用於回報富翁的資源或服務），所以進行這種財富轉移並不是帕累托改進，而這個只有一個百萬富翁和一個餓死乞丐的社會可以被認為是帕累托最優的。

經濟學理論認為，如果市場是完備的和充分競爭的，市場交換的結果一定是帕累托最優的，並且會同時滿足以下三個條件：

- 1、交換最優：即使再交易，個人也不能從中得到更大的利益。此時對任意兩個消費者，任意兩種商品的邊際替代率是相同的，且兩個消費者的效用同時得到最大化。
- 2、生產最優：這個經濟體必須在自己的生產可能性邊界上。此時對任意兩個生產不同產品的生產者，需要投入的兩種生產要素的邊際技術替代率是相同的，且兩個消費者的產量同時得到最大化。
- 3、產品混合最優：經濟體產出產品的組合必須反映消費者的偏好。此時任意兩種商品之間的邊際替代率必須與任何生產者在這兩種商品之間的邊際產品轉換率相同。

如果一個經濟體不是帕累托最優，則存在一些人可以在不使其他人的境況變壞的情況下使自己的境況變好的情形。普遍認為這樣低效的產出的情況是需要避免的，因此帕累托最優是評價一個經濟體和政治方針的非常重要的標準。

<sup>35</sup> 參閱胡良榮（2006），「知識產權法新論」，（中國）中國檢察出版社，頁 35。

該論著中證明專利制度對社會具有，版權（著作權）制度的有益性也就得到了證明。胡良榮教授認為，在專利期限內，生產費用的降低會直接導致產品價格下降。對這種消費者會因購買的產品價格便宜而得到好處。對於競爭企業來說，平均總成本等於價格，競爭企業並未獲得超額利潤，但是發明者卻獲得了專利使用費（權利金）收入。他並因此論證：在專利權期限內，包括消費者和發明者立意在內的社會利益還是增加了，在專利期限屆滿後，對於發明者來說，在專利期限內已經收回了發明成本，對消費者來說，價格的降低亦使消費者剩餘增加，社會利益將進一步增加。因此專利制度原則上對整個社會都是有利的」<sup>36</sup>。

當然，這只是看到專利制度「有利於鼓勵發明創造，促進經濟發展和技術進步」正向的一面，尚無法推出專利制度符合公益與私益平衡，能達到經濟學上的 Pareto principle 的結論，此部分本文將在下一節進一步的說明之。

最後，在商業（營業）秘密部分，「商業（營業）秘密是一種客觀存在，即使法律不與保護，它還是可以以秘密的形式存在。發明人一旦完成了某種發明，如果擔心他人也利用該技術，而且他人又不易利用產品通過反向工程獲得該技術，就會對該技術保密。此時，他人通過反向工程破解秘密的費用就成為防止他人利用其技術的成本。如果秘密不被破解，其保護期限可以無限長。從社會利益的角度看，商業（營業）秘密有一個發明專利所沒有的害處。外人見到商品後，知道秘密的存在，以「公平方法」去發掘是合法的。這鼓勵了外人付出代價去再次「發明」，這種「發明」實質是一種浪費。另外，商業（營業）秘密的保密性妨礙了知識的傳播和擴散。但無論如何，商業（營業）秘密還具有合理性；首先，有些商業（營業）秘密無法申請專利，如買賣合同，客戶名單等經營秘密。還有一些商業（營業）秘密屬於技術秘密，由於技術秘密面臨被破解的風險，因此這類商業（營業）秘密數量不多，對社會造成的影響不大。如果在很長的時間內該技術秘密都不能被破解，說明該技術的創造性程度很高，理應得到更長期的保護。有些商業（營業）秘密達不到申請專利的條件或者申請專利的成本太高，所以只能以秘密的形式存在。這樣商業（營業）秘密制度實質上具有選擇功能，他

---

<sup>36</sup> 參考資料同前註，頁 35~36。

把創造性程度高的發明創造與創造性程度低的發明創造區分開來，給予不同的保護。商業（營業）秘密保護的這類技術無需申請專利，節省了社會專利申請和審查的成本。其次，商業（營業）秘密始終存在被破解的壓力和可能性。因此，這種知識的生產存在競爭性，迫使包含商業（營業）秘密的產品降低價格，亦會使消費者受益」<sup>37</sup>。

## 二、非市場機制的制度安排的合理性<sup>38</sup>

至於對那些具有較強的公共財性質的科學理論知識和外部性較強的，不易商品化的部份文學、藝術、知識，胡良榮教授認為，經評估後應該採用非市場機制的報酬制度，為知識的生產提供激勵。非市場機制的制度設置主要有三種：優先權報酬制度、國家回收補貼制度和政府購買制度：

「優先權報酬制度主要適用於科學發現等科學理論知識產品。科學家通過在某一領域內的研究和探索，取得了研究的新成果後，透過優先權的獎勵，促使他立即的向公布研究成果，以獲得與優先權有關的各項報酬。

但，由於科學家理論知識無法直接市場化，不能通過市場機制獲得報酬和動力，而非市場的優先權報酬制度又無法解決第二流，第三流的科學家的報酬和激勵，因此，許多經濟學家認為國家的稅收補貼亦是科學裡知識生產和供給不可缺少的組成部分。

政府購買制度是在知識產品生產出來以後，由於有些知識產品不能市場化或者不能完全市場化，或者由於這類知識非常重要，對社會作用重大，由政府為了獎這些知識的產出，在這些知識生產出來之後由政府購買這些知識產品。」

### 第三節 專利制度的經濟公法觀點

#### 第一項 專利制度概說

##### 第一款 專利制度的起源

---

<sup>37</sup> 參考資料同前註，頁 36~37。

<sup>38</sup> 參考資料同前註，頁 36~37。



探討專利制度的起源的目的，可以更清楚該制度如何納入法規體系，及探求立法者係以何種價值制定該法制，藉以知悉該制度的真正宗旨。

專利制度的起源可以從「letters patent」這個詞了解起。「Patent」來自拉丁文「patere」，其意為「公開」(to be open)；而「letters patent」，係指公開的文件上有官封臘印，不須撕去封印，即可得知其內容者(open letters)。其不同於「letters close」，即拉丁文「litterae patent」，該類文件經摺疊封印後，必須開啓臘印，始得閱覽其內容。letters close多用在私人或秘密通信，至於letters patent之頒予目的，多為給予某種權利，例如，國家予公司之成立、土地之權利及發明取得之權利等項目。因letters patent代表獨占經營權，故日後英文之「patent」即源自於此<sup>39</sup>。

專利制度之起源有不同的說法，有認為來自亞里斯多德的政治學一書的論點，其認為應給創新者鼓勵及報酬，私人因創新所得利益，必須使社會能夠獲得更多有用的事物。此為專利制度具有調和私益與公益之重要特性；有認為來自希臘 Sybaris 城邦法律，該法律予廚師所創新研發之食譜，享有一年的排他權，作為發明的誘因。

頒給個別專利之歷史，可追溯至 13 與 14 世紀許多歐陸國家之檔案，目前被多數學者公認最早的專利法，是公元 1474 年的威尼斯共和國《專利法》。依據該法之規定，該共和國對於具有實用性、新穎性及進步性要件之創作或發明，予 10 年期間之專利權，非經發明人之同意或授權，禁止他人於威尼斯境內，製作與其相同或類似之器械，科學家伽侖略，即在威尼斯共和國獲得了揚水灌溉機的 20 年專利權。

之後，公元 1642 年英國頒佈了《壟斷法》，繼英國之後，其他資本主義國家陸續頒佈了專利法。如美國是 1790 年，法國是 1791 年，德國是 1877 年，日本是 1885 年。二次大戰後，許多發展中國家也紛紛制定了自已的專利法。同時，為便於國際合作與交流，產生了不少的國際條約與國際組織，如《保護工業產權

---

<sup>39</sup> 參閱林洲富 (2008)，專利制度之經濟分析，法學叢刊，第 209 期，頁 99~100。

巴黎公約》、《專利合作條約》、《歐洲專利條約》、世界知識產權組織、歐洲專利局等。

基於上述，自歷史發展的過程觀之，專利制度保障專利權人之權利，係個人主義與資本主義之產物，其與產業技術之發展密切相關，具有促進經濟發展之功能<sup>40</sup>。

## 第二款 專利制度的目的與手段

智慧財產權制度的目的就是要為知識的生產和供給提供激勵，在智慧財產權的法經濟學上，就是要探討一種適宜的法律制度，使促使知識產品的供給得以最大化，身為智慧財產權體制之一的專利制度即是要激勵創造跟發明，說明如下<sup>41</sup>：

### 第一目 專利制度的目的<sup>42</sup>

本文將從林洲富教授的「專利制度之經濟分析」一文，探討專利制度的目的：

#### 一、鼓勵發明創作

##### (一) 精神與經濟之報酬

為鼓勵發明創作之目的，專利制度賦予發明人或創作人就其發明或創作取得姓名表示權，獲得社會相當之肯定，並於權力存續期間取得獨占實施，使用其發

<sup>40</sup> 參閱林洲富 (2008)，專利制度之經濟分析，法學叢刊，第 209 期，頁 99~100。

<sup>41</sup> 參閱林秀芹，專利制度的經濟成本與效益分析，(中國)現代法學，第 4 期—E T Penrose, *The Economics of The International Patent System* (Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1951), 55, 76-79 認：專利制度存在的主要原因是專利制定能促進新的發明創造和社會財富，且其經濟效益超過社會成本。除了經濟理論外，支持專利權的理論還有：第一，自然權利說，即認為專利權是發明創造者對其新發明的一種自然權利；第二，經濟獎勵說，認為發明創造為社會福利作貢獻，社會授予其對發明的獨占權控制權，作為一種獎勵。第三，勞動所得說，即一個人應該享有其勞動成果。如約翰·洛克主張，人對其創造的成果應享有財產權。因此，發明人對其勞動成果應享有自然的控制和權利—換言之，由於一個人對其身體擁有財產權，因此，應對其勞動成果享有財產權。見 J Locke, *Second Treatise of Government*, chap. 5。這也許是對專利制度最具本能性的解釋。第四，主權和隱私權說。如羅奈爾得·多金認為，人的生存需要使用和消耗一些物質，而個人對某些物品擁有主權對於人的尊嚴至關重要，擁有私人財產權使個人獲得自主權、隱私權和安全。因此，法律應賦予個人以智慧財產權。

<sup>42</sup> 參閱林洲富 (2008)，專利制度之經濟分析，法學叢刊，第 209 期，頁 101~104。

明創作之權力，創造出是市場價值，此種精神上與經濟上之報酬，驅使人人積極從事研發工作，追求發明創作之成果。

## (二) 市場獨占之誘因

發明或創作本來就不存在之事務，帶來社會大眾新穎及實用性之技術或知識，發明人或創作人獨享其發明或創作所產生之市場價值，其並未剝奪社會大眾之既有權益。因此，專利法賦與專利權人獨占其發明或創作市場，以專利技術市場之獨占為誘因 (incentive)，期能鼓勵資源投入得取專利之發明或創作活動。因知識經濟時代之來臨，對於智慧財產權之保護，以成為知識經濟之必要條件。

## 二、促進經濟發展

增加社會財富之方法有二，其一是「增加才貨使用及收益」；其二是「促進才貨之流通」。專利制度是增加社會財富之方法，理由有二，說明如下：

### (一) 長期動態利益之取得

專利制度鼓勵發明創作之無形財產，取之不盡，用之不竭，經由市場機能進行自願交易，於契約關係之基礎上，消費者願意付出代價取得專利物品或方法滿足需求，專利權人提供專利技術而取得財富，促進才貨之流通，進而將資金轉為投資，促進經濟發展。就財產之經濟理論而論，其得就靜態或動態兩方面觀之。靜態分析 (static analysis) 將所有變化之調整，均假設發生於瞬間；而動態分析 (dynamic analysis) 重視調整變化之時間持續性。就靜態分析而言，專利制度係犧牲短期之靜態利益，致社會大眾不能使用或發明或創作之利益，惟其得促進長期之動態利益，始不斷發生新發明或創作。故，整體而言，其有助於促進經濟發展。

### (二) 增進投資與研發技術

專利制度應具有建立投資發展與技術移轉之功能，其得促進經濟與產業升級，提升物質生活。促進產業發展之目的在於提高經濟成就，而經濟成就受到制度之影響，經由制度之運作，構成廠商間交易之動機或降低交易之不確定性。個

別廠商之永續發展，可成就整體之產業發展。而透過成本控制，廠商之獲利始得有所期待，進而得進行更多之投資，以獲得相對之利益。專利法保護專利權之規範，得降低廠商成本不確定性，始廠商樂於投資，以達成促進產業發展的目的。

### 三、資源有效率分配

#### (一) 成本與收益之互動

對於有限的天然資源，經濟學提供選擇與分析之方法，研究如何將有限之資源做最有效率之配置，其方法有二：「生產效率」與「配置效率」。前者，係以成本最低之方法生產；後者，係指消費者願付出之價格與生產者生產該單位產品之成本，兩者形成等值。因發明創新需要投入人力與物力，動用既有資源之結果，必須考慮成本負擔，其常須冒試驗失敗之風險，倘發明完成後，缺乏專利制度之保護，一旦技術公開後，如社會大眾均得以無償利用，則發明人或創作人從事研發所投入之資源將無法回收，其將導致從事發明創作驟減。為此，專利制度賦予發明人或創作人時之專利權之排他權利，使專利權人獨占專利技術之利潤或使用權，使其投入之資源得以回收，以激勵從事發明創新。並透過專利制度，改變社會投入發明活動之資源配置與方向，經由市場供需原則，成為決定發明創作活動之資源分配機制。

#### (二) 研發與市場之橋樑

專利制度揭露專利技術之結果，使發明或創作向社會大眾公開，其可減免該相關技術領域人士，重複研發投資之浪費，專利制度必須向大眾公開專利技術，故自專利說明書之內容，得知悉專利技術之詳細發展與其過程，對其未來技術之預測提供有價值之參考指標，是研發與市場之橋樑。

## 第二目 專利制度的手段

本文將從許彥牧教授所著作的「從知識的經濟本質談知識產權的原理」一文，專利制度的理論基礎看專利制度使用的手段<sup>43</sup>：

<sup>43</sup> 參閱許彥牧(2003)，從知識的經濟本質談知識產權的原理，科技發展政策報導，頁442~455。

「爲了達到激勵創造和發明的目的，專利制度靠著的是「兩面手法」，即一方面保障發明人在一定期限內得以獨占其發明而激勵其發明的意願；另一方面又要求發明人公開其發明內容，以避免他人重覆研究並提供他人作爲進一步改良或研發的參考」。我們從這個兩面手法，可以看出公益與私益的併存：「保障發明人在一定期限內得以獨占市場」使私人得到利益；「要求發明人公開其發明內容」則能避免他人重覆研究並提供他人作爲進一步改良或研發，以達到知識的快速累積及傳遞則使公眾受益。

公益實踐的過程，是透過專利說明書：「專利制度要求發明人在申請專利時，須填寫的專利說明書來解釋他的發明，這份專利說明書非但對外公開，且其中的解釋要詳細到使他人有能力複製他的發明。」爲何發明人會願意將他的發明，如此詳實的公開呢，這裡即是透過制度，利益交換的結果。

專利制度爲了保障發明人，在他人因爲發明人的「公開」而有能力複製他的發明時，以「某個時間及範圍」內使他有權排除他人去製造、使用及販賣（enable others to repeat BUT exclude others from making, using and selling）的未知市場做交換。這個「某個時間」通常是固定的，但是那個「某個範圍」卻不是固定的，其疆界的認定是關鍵所在。但不論是固定的時間，或是不固定的市場範圍，都是專利制度擬用來交換公益的「對價」。

爲了確認這個對價是否合理，發明人在申請專利時，除了專利說明書外也必須要填寫一份專利請求（Claims），宣告他自以爲的疆界所在。專利當局的審查人員依據專利說明書及專利請求來判斷：「1、專利說明書上所描述的發明是否實際有用？ 2、專利說明書上所描述的發明是否新穎？世界上所有已獲，或未獲專利之發明中可否找到相同者？ 3、專利說明書上所描述的發明是否具獨創性？是否顯而易見？相較於世界上所有已獲，或未獲專利之發明中是否具有進步性？ 4、若要給予該發明專利權，該專利說明書所揭露是否能支持該專利所請求的範圍？ 5、若要給予該發明專利權，範圍該多廣，才不會與現有專利的範圍相衝突？」

上開許彥牧教授所列舉的審查內容中，前三項是與所謂的「可專利性」

(Patentability) 有關，後兩項是與「專利範圍」(patent scope) 有關；前者是「給或不給」專利的決定，後者是「給多少」的裁奪。「一般而言，專利說明書所舉例的技術範圍較窄，而專利請求所宣告的理想範圍又有膨脹之嫌；審查人員所裁奪的專利範圍通常介於兩者之間。但這並不表示當專利當局授與發明人專利權時是給他一塊固定的範圍，因為該發明的市場大小並不確定；其次，類似功能的替代者或是仿冒者也會來搶奪市場。專利當局所授與發明人的事實上只是一個消極的權利 (Negative right) 去排除他人使用他的發明。專利所有人可以經由法院訴訟或行政救濟程序告發仿冒嫌疑者的侵權，仿冒嫌疑者也可舉發該專利不成立的理由或是抗辯專利範圍的認定，最終，真正的專利範圍是靠這些排他行動塑造出來的。

從上述專利說明書及專利請求的審查內容，許彥牧教授接著闡述專利制度的本質：「因此，從本質上來看，專利是一種交易契約。由發明者主動草擬一份與政府的契約，上面說明新科技的規格，並以公開技術資訊來向政府交易一個未知的市場範圍。如果政府能事先開出新科技的規格，那麼政府就可以獎金的方式來獎勵最先達到這個規格的發明者。如果政府能事先知道新科技的價值，那麼政府就可以採購這個新發明，提供給全社會來使用。但一般而言，政府既不能事先開出新科技的規格也不能事先知道新科技的價值，Wright (1983) 認為這就解釋了為何今日政府用來促進研發的主要方式是專利制度 (Patent) 而非獎金 (Prize) 或採購 (Procurement)。在專利制度下，政府既不必事先開出新科技的規格也不必事先知道新科技的價值，但仍然能有效地促進了「新穎性，進步性，及有用性」的科技發展。」

### 第三款 專利制度手段能達成目的之關鍵

只了解專利制度的目的與手段並不夠，許彥牧教授認為更重要的，還必需知道手段能達成目的之關鍵，即<sup>44</sup>：

一、專利只能保護發明人「能夠」符碼化在文件上的發明內容－專利制度是

---

<sup>44</sup> 參考資料同前註。

藉著符碼化的專利資訊來協調研發的機制：

專利知識本質上就是只有部分排他性（若能完全排除他人使用，發明人就會靠營業秘密法來保障），發明人藉著公開部分的資訊來交換政府的給的市場獨占利益和法律保障。政府所能保護的是發明人「能符碼化」出來、寫在專利證件上、被專利審查官或法官解碼之後所瞭解的技術。這與發明人的想法可能有落差，亦使得專利的申請、審查以及侵權訴訟過程被許多發明人視為畏途，甚至因此而否定設立專利制度的必要或不願申請專利，而對社會或發明人造成損失。

要解決這個問題，許彥牧教授認為要加強將技術符碼化成為法律文件以及解讀文件中的技術都需要專業的能力。他表示：「發明人及法官需要培養這種專業能力，或是需要有專業的代理人（專利師）作為溝通的橋樑。彼此如果能有更多的共同語言（例如審查基準），更能降低誤解。專利制度事實上應該要成為國家創新系統中的「協調機制」，給予發明人獨占特權只是啟動這個協調機制的誘導工具。雖然專利法賦予專利所有人可以排除他人運用的權利，但人為的排除方式畢竟有其限度；再加上專利的範圍本來就只是一個文字敘述，實質範圍是要在歷次的侵權訴訟中決定的。一個有效率的專利制度要確定的成本降到最低。」

二、專利要誘導發明人「願意」將發明內容符碼化在文件上－專利制度是藉著名利來誘導研發的機制<sup>45</sup>：

「專利制度運作的另一個關鍵在於它是一個誘導的制度而不是一個管制的制度。專利基本上是政府用一個未定的市場範圍去誘導發明者公開一個未知的技術資訊，以促進技術的共享、倍增技術的利用。這個機制要能成功，關鍵就在於要在保護的市場範圍與公開的技術資訊之間，應建立一個透明而穩定的對應關係。Anton and Yao (1995) 就指出，發明人對於專利保護的市場範圍越不確定，他們在專利說明書中所真誠揭露的資訊就越少。所以，專利申請人如果公開越多社會原本無法得知的技術資訊，專利的保護程度就該增加。反之，如果資訊公開得少，專利申請可能就過不了新穎性或進步性的審查；就算得到專利，也可能在

---

<sup>45</sup> 參考資料同前註。

侵權訴訟中被反證為刻意隱瞞資訊而被撤銷專利。專利當局（立法者及執行者）應當敏銳地掌握專利制度這種誘導的本質，專利制度的使用者（發明人及投資人）也該明白這項特質。」

掌握專利與發明符碼化的關係，及在保護的市場範圍與公開的技術資訊之間建立一個透明而穩定的對應關係，是專利制度手段能達成目的的關鍵後，我們仍應繼續思考一個問題：達成「激勵創造跟發明」的目的時，我們使用的手段，即拿來交換公益的對價，給發明人「某個時間及範圍」內得排除他人去製造、使用及販賣專利權標的之未知市場是否適當（如專利期限過長或專利權的範圍過泛或沒有限制或對專利理論如耗盡原則解釋、適用的不當影響），在產生專利制度效益的同時，因為過度保護專利不僅不能刺激發明，還影響新技術的傳播和使用，妨礙技術進步，造成不必要的社會成本？下面，本文將試著在利益交換的專利制度本質裡，說明「公私利益衡平的經濟分析的重要性」。

## 第二項 專利制度—經濟成本與效益分析

關於專利制度是否能刺激發明，不會造成不必要的社會成本，公益與私益之利益交換是否衡平，應從專利制度的經濟成本與效益分析著手。專利制度是否能產生符合交換給予私益的經濟效益（公益），刺激更多的發明創造，從而為社會增加從所未有的新產品或新方法，首先應分別評估：發明人與國家間，制度本身及因不同專利權標的取得專用權所得到的潛在效益及成本。

這個評估，實務執行上是有困難性的。除了與「智慧財產權法律制度選擇的合理性」息息相關外，申請專用權的個人是否有能力、財力，將取得專利的，繼續產品化並在取得專用的區域推展進而獲得利益，獲得的利益可以多大是未知的；是否被迴避、被模仿亦是不確定的。這就好比授予專用權以交換知識技術公開的國家，因該知識技術的公開而獲得多少公益，及遭受多少因缺少競爭而附帶附出的成本，亦是難以計算的。

但，在利益衡平的公式裡，效益與成本的評估，將是重要的兩端，於是，學者們還是用各種方法找出評估專利制度效益與成本的方法與數據。以下，本文將參閱中國學者林秀芹在「專利制度的經濟成本與效益分析」及我國學者林洲富



在「專利制度之經濟分析」一文中所做的分析整理，發明人與國家，關於專利制度所發生之經濟成本與效益分析<sup>46</sup>：

### 第一款 發明人取得專利權之成本與效益評估：

對發明人而言，效益與成本，不論是固定的時間，或是不固定的市場範圍，成本則是申請、維護專利的評估與費用支出（包括訟爭與授權成本）、公開專利說明書後知識不在私有的損失等，說明如下：

#### 一、申請專利前的成本與效益評估：

（一）申請專利權目的的評析：應評估申請專利的類型，是攻擊型專利還是防禦型專利，是為了避免被訴專利侵權，或是想拿專利權為產品行銷、獲利（得到授權金）的手段？

（二）申請專利權範圍的評析：應評估申請專利範圍內的內容為何，該被投資公司的產品與服務，是否涵蓋該專利所預期的範圍，所預期的是已確知的市場，或是單純的預期？有無可能判斷錯誤？所擬交換的壟斷範圍大小如何<sup>47</sup>？

（三）該專利之專利範圍是否容易被迴避：一個優良的專利案，可以保護得到最佳的專利範圍，可是如果保護太過狹隘，則很容易被他人輕易迴避而失去了保護作用，因為迴避設計本來就是競爭對手慣用的手段，在運用迴避設計的技巧去避開對手的專利，如果是很容易，那這個專利就不是一個有用的專利，則實質可得效益亦可能因而遞減甚至為零<sup>48</sup>。

<sup>46</sup> 參閱林秀芹（2004），專利制度的經濟成本與效益分析，（中國）現代法學，第4期；參閱林洲富（2008），專利制度之經濟分析，法學叢刊，第209期，頁97~140。

<sup>47</sup> 參閱林秀芹（2004），專利制度的經濟成本與效益分析，（中國）現代法學，第4期—為了鼓勵發明創造，國家通過專利制度賦予發明者對其專利技術以一定期限的專用權。這種專用權使專利人可以排除他人非經其許可使用（包括生產、銷售、要約銷售、進口有關專利產品）其專利技術。實際上，這種專用權使專利權人在一定期限內（TRIPS協議第33條規定至少20年。在TRIPS出臺前，許多國家規定為7年、10年或者15年不等）享有對專利產品的市場壟斷權，以確保專利權人收回研發投資並獲取利潤。

<sup>48</sup> 參閱無形資產評估之專利稽核，冠亞智財，<http://www.gainia.com/front/bin/ptdetail.phtml?Part=101-6.2>，最後造訪日期：2009年5月15日。

(四) 經公開後的專利是否容易被模仿、抄襲：發明創造以及其他知識產權的產生，需要投入大量的人力、物力。如發明創造產生公佈之後，其他人很容易模仿、抄襲，則其他競爭者就可以很低的成本進行仿冒。這就會產生一個“搭便車”(free-riding) 或者“外在化”的問題，即少數發明者承擔巨大的研究和開發成本，其他競爭者可以幾乎無償地使用和仿冒發明者的科研成果。這種狀況將影響發明者就其發明技術獲取利潤的能力，導致效益的外在化，可能損害個人或企業投入資源從事科研創造的積極性。

(五) 是否有最佳的獲利方式(如不公開的營業秘密)，該專利是否有善用市場專用權的獲利能力。

## 二、獲准專利後的成本與效益評估：

獲准專利後的成本與效益評估，亦有評估上的難處，因為需控制諸多經濟上的變因。關於成本有一部分與申請時的評估相同，不過是如果該評估的情狀發生後的發生成本，至於效益則有許多不同但都有爭議的評估方式，以我國行政院國家科學委員會委托楊志海教授研究的，關於「創新環境、專利品質與專利價值」的專題報告為例，該報告即是用「廠商的專利權與研發資本等無形資產及其公司的市場價值的關係」來衡量專利對發明人的效益。在該研究使用的評估方法，係「先建立股票上市電子公司的panel data，應用Tobin's q理論，以計量的方式估計台灣電子廠商之專利與研發資本等代表技術創新之無形資產的市場價值。經由公司市值對於q值的平減，估計出創新的近似真實價值。另，為了控制廠商間，因創新環境差異對於技術創新活動的影響，該研究並藉由對廠商之問卷，引進衡量廠商創新環境差異的變數，對不同型態的專利亦建立權數，藉以減低不同型態的專利間的品質差異程度，增進專利與廠商市場價值之關聯的估計」<sup>49</sup>。

## 第二款 國家授予專利權之成本與效益評估(包括專利制度的潛在成本分析，如

---

<sup>49</sup> 參閱楊志海教授主持研究，主創新環境、專利品質與專利價值，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告(1999~2000)，  
<http://ir.lib.au.edu.tw/dspace/bitstream/987654321/572/1/892415H156004.pdf>，最後造訪日期：2009年5月15日。

## 壟斷成本)<sup>50</sup>

「要求發明人公開其發明內容」則能避免他人重覆研究並提供他人作為進一步改良或研發，以達到知識的快速累積及傳遞，使公眾受益是專利制度最典型的效益的例子，然，即便是制度的效益，反對制度論者認為，亦可能一體兩面的成為社會不必要的成本，即不論是有專利制度還是沒有專利制度都可能同時帶來效益或是成本，因為：

以沒有專利制度來看，使用發明的成本將大為降低，有利於新技術的廣泛運用，從這個意義上說，專利制度可能影響發明的廣泛運用，從而引起巨大的社會成本。然，因為無形資產是不影響他人共同使用的公共財，一個人占有或者使用無形財產不排除他人的同時占有和使用，共同擁有無形財產不會影響原來的擁有者將無形財產轉讓給他人或者自己使用該財產。在這種狀況下，授予發明人專有權，排除他人使用是否有其必要，如果必要性不足，則專利權之審查、專用權所造成的壟斷，就會變成有形無形的巨大成本。

學者林秀芹在「專利制度的經濟成本與效益分析」一文中，無法只憑簡單的推論就論證出專利制度效益與成本抵換的淨值。她認為上述關於專利制度經濟效益的理論，一方面可能過高地估計專利制度的作用，另一方面沒有充分估計專利制度的社會成本，因為專利制度鼓勵發明創造的作用受到許多限制，並使得專利制度的獲利具有局限性：

一、專利制度的主要作用在於鼓勵企業發明創造的積極性，具體表現為刺激企業增加研發投資的積極性。但質實，更多的研究是靠政府機構和非營利機構進行科研投入，並考慮國家的經濟和社會發展需要而來的，很少受專利壟斷權的利益驅使<sup>51</sup>。

<sup>50</sup> 參閱林秀芹（2004），專利制度的經濟成本與效益分析，（中國）現代法學，第4期。

<sup>51</sup> 參閱林秀芹（2004），專利制度的經濟成本與效益分析，（中國）現代法學，第4期—許多大型跨國製藥公司 Bristol Myers Squibb (BMS) 生產的治療愛滋病的專利藥品 d4T (Stavudine) 是由「密執安癌症研究基金會」運用一項國家研究基金取得的成果；這種藥品對愛滋病的治療作用是耶魯大學研究發現並取得專利的。又如，BMS 公司生產的另一種治療愛滋病的專利藥品 ddI 是美國「國家健康研究所」的發明成果，並以 5% 的專利使用費許可 BMS 公司生產。在這些情

二、即使是私人（個人和公司等商業機構）的發明創造，專利制度並非鼓勵創新研究的唯一途徑。除了專利制度外，還有許多其他因素（如市場領先地位、保密措施等）可以鼓勵發明創造。換言之，發明創造的產生並不完全依賴於專利制度的刺激作用<sup>52</sup>。

三、專利制度的必要性在於避免出現「搭便車」的問題。因為新技術一旦公開，容易被仿冒、抄襲，因此，需要專利壟斷權保護發明者。但是，在許多情況下，專利的商業實施可能需要關鍵的非專利技術（Know-how），因而，新發明技術的公開並不意味著其他競爭者可以仿冒。在此情況下，專利壟斷權的賦予就成為不必要。

四、專利一般只能在涉及到有意識地投入資源進行發明創造活動時發揮作用，對於偶然性出現的發明不起作用。專利制度只有在市場經濟條件下，發明創造活動完全按照市場規則行事時才適用。然而，在社會主義或混合經濟情況下，政府往往通過其他手段（如獎勵證書、獎金等）鼓勵發明創造；同時，政府控制下的企業對專利制度的誘導作用反應不敏感。因此，在此情況下，專利制度發揮的餘地有限。

五、專利壟斷權的成本：專利壟斷權在促進發明創造的同時，可能產生大量的社會成本。這個成本來自專利制度的矛盾，當以市場交換知識時，激勵發明創造與造成壟斷，就已是必然共存可預見的結果。我們看到鼓勵發明創造的公益，亦應檢討壟斷所帶來的不利，因為，允許專利權人排除其他競爭者使用專利技

---

形下，發明創造受專利制度的影響很小。

<sup>52</sup> 參閱林秀芹（2004），專利制度的經濟成本與效益分析，（中國）現代法學，第4期—英國的一項研究結果顯示：只有少數的發明創造依賴於專利保護，而且專利制度的影響程度因行業的不同而異。例如，專利對複雜的工程技術影響很小，而在化工、制藥等行業則影響較大。這可能是由於複雜的工程技術較容易採用保密措施，因而受專利保護的影響較小；反之，在化工、制藥等行業因專利技術易於被仿冒，技術擁有者難以保密，因而專利保護顯得比較重要。美國學者萊文還指出，保密及市場領先地位對新發明的保護比專利保護更重要。這些研究結果在一定程度上為最近澳大利亞的一項實證研究結果所認同，還得到部分實證證據的支援。例如，瑞典在 TRIPS 協議出臺前並沒有對藥品給予專利保護，但是，該國制藥行業的仍然興旺發達，此外，最近雪瑞爾教授和韋斯巴斯在研究義大利藥品專利的影響之後也發現：自 1978 年起實施的新法對藥品發明授予專利增強了企業申請專利的積極性，但是，沒有證據表明藥品專利刺激義大利制藥企業增加 R&D 投資。這些現象似乎應證了泰勒和席伯頓的研究結果，即：即使沒有專利制度，許多公司的科研活動將照樣進行；即使實行專利保護，並不一定增加企業投資於科研活動的積極性。

術，限制專利技術的使用，進而減少專利產品的數量以及將來可能在該專利產品基礎上開發的新產品，在這個觀點上，專利制度可能阻礙技術進步。另外，因為專利制度使專利權人能夠壟斷專利產品的產量和市場價格，專利壟斷權會使消費者承擔過高的壟斷價格<sup>53</sup>。

六、專利訴訟的成本：有關專利糾紛的成本也不可低估，愈來愈多的企業及專利權人用訴訟當成行銷產品的手段，用發動專利訴訟應訴的不便，來阻止他人進入市場或是遲緩進入市場。加上經濟全球化的結果，專利侵權亦常造成訴訟全球化，以我國歷年來在美國國際貿易委員會被依關稅法第 337 條發動專利侵權調查案件結果分析，我國廠商幾乎是以被告身分，且即便沒有侵權，亦因為鉅額的訴訟費用及不熟悉的訴訟程序考量，常常未經抗辯就主動放棄了廣大的美國市場。

### 第三項 專利制度的公法性質－從專利權授予之法律性質談起

專利權之取得，必須經過一定的申請、審查程序，核准後由主管機關授予專利權。因我國受到大陸法系的影響，關於訴訟程序採取司法二元制<sup>54</sup>，公法關係與私法關係的爭執分屬不同的法院審判，依據公私法的區分理論，並無法單獨、完整的表述專利權的性質，因為在專利制度的授予及審查階段，著重在公權力的行使，有國家行為的介入；但取得專利權後，又重在對專利權的財產價值的保障，具有私法上的性質。因此專利制度兼及公私法的性質，本文僅針對專利權的授予

<sup>53</sup> 參閱林秀芹（2004），專利制度的經濟成本與效益分析，（中國）現代法學，第4期一如：治療愛滋病用的“三合一”配方按美國藥廠的價格，每個病人每年需要2000美元；但如果由印度的工廠生產只需500美元，另加200美元的包裝費。又如，Bristol Myers Squibb（BMS）公司生產的治療愛滋病的藥品d4T在美國的銷售價格為每40毫克4.5美元；而巴西的平海諾（Pinheiro）藥廠可以以30美分的價格銷售同樣的藥品。印度的藥廠（Cipla）可以以每10毫克10美分的價格出售d4T藥丸，其藥價比BMS公司低98%，仍可獲得利潤。又如，加拉索（Glaxo Smith Kline）公司銷售的AZT，一種治療愛滋病的主要專利藥品的價格高達其製造成本的32倍。最近，一名為“美國家庭”的機構的調查表明：2001年，50種老年人常用的處方藥在美國的價格漲幅是同期通貨膨脹率的3倍；有的藥品（Metoprolol）漲幅超過8倍。其中，專利藥品的價格漲幅是非專利藥品的4.15倍（前者漲幅為8.1%，後者為1.8%）。

<sup>54</sup> 參閱我國大法官解釋「釋字第448號」解釋：「我國關於行政訴訟與民事訴訟之審判，依現行法律之規定，係採二元訴訟制度，分由不同性質之法院審理。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」。

探討專利制度的公法性質<sup>55</sup>。

專利權的授予行為，係由專利主管機關，就專利申請權人的申請，依其單方面的審查，所為之對外應否予以專利權之單方決定，而相對人對此行政機關之單方決定受有約束，因而，專利權之授予是國家公權力中之行政處分，此自行政程序法第 92 條第 1 項、訴願法第 3 條第 1 項的規定，行政處分是指「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的單方行政行為。」觀之自明<sup>56</sup>。

#### 第四項 專利制度與經濟公法的關係

依據德國 Rolf Stober 教授的見解，以經濟憲法作為憲法的分支，至少應達成下列的目標：「保障經濟自由權和平等權，為行使和監督私人經濟權利採取法律上的預防措施。一方面使國家按經濟行政法所採取的行為合法化，另一方面使國家在維護公民的經濟自由和經濟平等權時受到一定的制約」。

而經濟行政法應實踐經濟憲法，應輔助達成對整體經濟過程進行宏觀干預，克服市場經濟的環境與資源外部性，克服市場經濟結果的外部性，保護經濟的穩定與可持續發展。

因智慧財產權多涉及公益政策目的，故對該等權利之限制之「不妨害社會秩序公共利益」的界限，應參考各智慧財產權政策目的，並透過實質正當原則、法律保留與比例原則等，確認知識專用權和知識共用權的利益平衡，確保專用權的授予能換來知識共用的最大利益，以最大限度地增進社會的整體福利。達成這個目標，不能單靠一部「憲法」，基於智慧財產權的財產性質及市場外部性，透過經濟公法的機制是必要的，而國家對智慧財產權法律制度選擇的合理性的經濟分析及授予專利權之成本與效益評估…等，均是經濟公法的範疇。

<sup>55</sup> 參閱熊誦梅 (2003)，當公法遇到私法—從專利訴訟制度談起，法官協會雜誌，頁 37~38。

<sup>56</sup> 參考資料同前註，另參閱陳智超 (2000)，從行政程序法之制定論專利案之審查，智慧財產權月刊 13 期，2000 年 1 月，頁 59—關於專利案之審查，於專利審查委員做出一定之判斷時，不論其決定係為核准專利申請人專利，或是認為該專利申請案有未符專利要件或程序上要求之情事而核駁該專利之申請，或是對專利爭議案例如舉發程序所為之決定，甚至依專利法第 46 條第 2 項規定所做之再審查核駁前的先行通知書，均可謂行政程序法第 92 條第 1 項所謂「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獨行為」之行政處分。

以經濟公法的角度思考專利制度是必要的，這亦是建構「不妨害社會秩序公共利益」的憲法第 22 條基本權的界限之一。因為專利制度在產生潛在效益的同時，會有巨額的經濟成本，但沒有經濟學家，在全面實施專利制度的今天，敢肯定的說：目前的專利制度給社會帶來淨利益或者是淨損失，也因此，專利制度總體上到底是利大於弊，還是相反，現在並沒有最終的結論。但是，至少，我們可以在憲法及經濟公法「利益衡平原則」的要求下，努力做到「專利制度－經濟成本與效益分」的各點檢視，並依發明人取得專利權之成本與效益評估與國家授予專利權之成本與效益評估，尤其是壟斷成本評估的觀點，確保制度的本身，不會在服務知識，想要創造並加速累積知識的想法下，反而限制並侷限知識的可發展性，進而侵犯人們表達知識、追求知識的權利。

