

逢甲大學學生報告 ePaper

報告題名：

從智慧財產權法與公平交易法看授權金之爭議

TO ANALYZE THE CONFLICTS OF ROYALTY FROM THE DIFFERENCE
BETWEEN IPR LAW AND FAIR COMPETITION ACT

作者：余賢東

系級：財經法律研究所碩士班二年級

學號：M9300838

開課老師：葉德輝 教授

課程名稱：智慧財產權授權專題研究

開課系所：財經法律研究所

開課學年：九十四學年度 第二學期

中文摘要：專利法與公平交易法之區分界線，乃正當行使專利權利與濫用之區別，兩者關係之核心乃在於「強制授權」部分。本文從授權金的角度去探討權利人與利用人之關係，並對發明第 129988 號即「克流感」專利權特許實施處分，提出個人意見以供參考。

關鍵字：授權金、強制授權、特許實施、禽流感、克流感、反托拉斯、反壟斷、國家緊急情況。

目次

一、「反托拉斯 (Antitrust)」與「授權金 (Royalty)」之關係-----	P.2
二、「智慧財產權」與「公平交易法」之關係-----	P.4
三、專利之「強制授權」-----	P.8

正文

一、「反托拉斯 (Antitrust)」與「授權金 (Royalty)」之關係

「反托拉斯」為「反壟斷」之意，係規範市場交易競爭秩序法規 (competition law) 之一¹；「授權金」則係智慧財產權行使之一種報酬形式，不論在專利、商標、著作權等等領域均有相關規定。正當行使智慧財產權權利時，所約定收取之授權金不會涉及、亦不會產生「反托拉斯」之爭議，惟此等「正當」與否之判斷，不僅易產生授權人與被授權人間之爭執，還進一步地造成行政及司法系統的負荷。

基於私法契約自由原則，被授權人所應支付權利金之多寡，係由其與授權人共同約定之²。易言之，「授權金」之最適價格應視市場機

¹ 劉孔中，公平交易法，第 1-2、8 頁，台北，自版，2003 年。

² 謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，台大法學叢書 (84)，第 276 頁，台北，自版，1995 年。

制而定，可從經濟學之「需求與供給 (Demand and Supply) 理論」及「市場均衡 (Market Equilibrium) 理論」加以分析及獲得驗證；大部分的經濟學家認為唯有市場失靈之際，例如「壟斷」等之強大市場力量，導致實際交易無法公平地進行時，政府才有干涉的必要。然而，智慧財產權由於其為無體財產權之特性，客觀上難以界定其過去研發的成本、現在使用的利潤與未來收益之價值，雖然有關鑑價之學說及實務作法眾多，惟仍未見有一能使各方均信服者。政府若未建立週妥的仲裁制度，而貿然地介入雙方當事人的私權紛爭，除了耗損國家行政資源，並在處理涉外案件時易破壞己身國際形象之外，更因為審理人員對於此等無體財產權鑑價專業知識不足，而可能作出一造不服、或是兩造都不服的處分。更何況智慧財產權原本就是一種法律所賦予的壟斷性權利，使得判斷其行使權利之「正當」與否更加困難。

智慧財產權權利人行使權利之形態，可粗略地分為以下三種：第一、正當行使智慧財產權時，授權人向被授權人收取約定授權金之行為，符合市場供需原則，且在法律所欲保護範圍之內，並無反托拉斯法之適用餘地。第二、權利人若欲不正當行使其智慧財產權時，除了具有不可替代性的技術或物品外，通常權利人很難與相對人簽訂授權契約，若雙方協議不成，相對人只能放棄該技術或物品，轉而尋找其它替代方案。第三、延續前述第二點情形，相對人除了尋求替代性技術或物品，或是接受權利人所提出之鉅額授權金之外，唯有依反托拉斯等法律規定，訴諸行政或司法機關循救濟程序解決，最後得到能否「強制授權」的處分或裁判。在第一種與第二種情形下，反托拉斯法並無適用的機會，唯有在第三種情形時，反托拉斯法才有適用之機會，並且與智慧財產權法規所賦予的權利範圍產生法規上的衝突；因此，本文認為「反托拉斯」與「授權金」關係之核心乃在於「強制授權」。將在本文第三點中，予以進一步地討論。

二、「智慧財產權」與「公平交易法」之關係

我國之法律規範並未對「智慧財產權」之範圍予以明確地加以定義，只能從相關之國際公約內容中，參考其範圍以利理解³；主要依照 1967 年在斯德哥爾摩簽訂之「成立世界智慧財產權組織公約」(Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, Signed at Stockholm on July 14, 1967) 第二條第八款關於定義之規定，「智慧財產權」包含與下列事項相關之權利：

- (一) 文學，藝術與科學之創作(literary, artistic and scientific works)。
- (二) 表演藝術，圖像與廣播之演出(performances of performing artists, phonograms, and broadcasts)。
- (三) 各個人類努力領域之發明 (inventions in all fields of human endeavor)。
- (四) 科學上之發現 (scientific discoveries)。
- (五) 工業設計 (industrial designs)。
- (六) 商標，服務標章，與商業名稱和設計(trademarks, service marks, and commercial names and designations)。
- (七) 防止不公平競爭之保護(protection against unfair competition)。
- (八) 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 (and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields)。

另外參考 1993 年年底達成協議之「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods) 第二篇「智慧財產權之有效性、範圍及使用標準」(PART II — Standards concerning the availability,

³ 謝銘洋，前揭書，第 9-10 頁。

scope and use of Intellectual Property Rights) , 納入智慧財產權範圍者亦有八項 :

- (一) 著作權及鄰接權利 (Copyright and Related Rights) 。
- (二) 商標 (Trademarks) 。
- (三) 產地標示 (Geographical Indications) 。
- (四) 工業設計 (Industrial Designs) 。
- (五) 專利 (Patents) 。
- (六) 積體電路之電路布局 (Layout-Designs 『Topographies』 of Integrated Circuits) 。
- (七) 未公開資料之保護 (Protection of Undisclosed Information) 。
- (八) 與契約授權有關之反競爭行為之防制 (Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licences) 。

從以上「成立世界智慧財產權組織公約」及「與貿易有關之智慧財產權協定」兩相比較下可以得知：牽涉到專利範圍者有前者第三、四、五項及後者第四、五、六項，牽涉到商標範圍者有前者第六項及後者第二、三項，牽涉到著作權範圍者有前者第一、二項及後者第一項，牽涉到公平交易範圍者有前者第七、八項及後者第七、八項；由此可證，「智慧財產權」之範圍遠大於「公平交易法」，甚至可以認為「公平交易法」僅僅是「智慧財產權」之一部份而已。

然而，此種體系上的比較解釋並不能妥適地解釋「智慧財產權」與「公平交易法」之關係，謝銘洋教授認為：將競爭秩序之維護納為智慧財產權之一部分，有其肇因於 1883 年巴黎公約的歷史背景，惟容易造成法律體系上之紊亂；且德國學者於論及智慧財產權所賦予之排他權與競爭法之關係時，即明白表示：「賦予排他權並不表示該權利不受一般競爭法之規範，權利之行使仍然必須與正當競爭之原則相

符合」⁴。易言之，智慧財產權之範圍，並不能自外於公平交易法規而漫無邊際。劉孔中教授則認為：智慧財產權是構成競爭得以開展之私有權產權的一種，反托拉斯法則是規範此種財產被投入於競爭後的事項，二者共同協助競爭發揮其經濟功能以及社會功能；儘管在目標上有所重疊，但是並不表示二者之間沒有存在著某種緊張關係⁵。

本文認為「智慧財產權」與「公平交易法」之關係雖然是互為補充關係，惟針對於智慧財產權授權爭議的案件，仍有適用上優先順序考量之問題；公平交易法所規範之權利濫用樣態眾多，絕不僅僅限於智慧財產權濫用範圍而已，且依中央法規標準法第十六條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」智慧財產權法基於特別法地位應優先適用，僅在智慧財產權法未規範之範圍，始得有公平交易法適用之餘地。

我國主管智慧財產權機關經濟部智慧財產局商標權組組長王美花認為：「不公平競爭法是補充智慧財產權法的概念：不公平競爭法是補充智慧財產權法的概念應該予以澄清，如此，在適用公平法或商標法之時，概念上才會清楚。另外，不公平競爭的範圍又不僅限於對智慧財產權的補充保護而已，因此，除了假冒影射之外，對於他人技術或營業秘密的保護，甚至不實廣告、贈品、折扣等等也都屬於不公平競爭法的一環，此在許多國家的不正競爭法中都可以見到相關規定。⁶」王組長之看法可謂是修正學界通說後的見解，亦即「智慧財產權」與「公平交易法」之關係雖然互為補充，但是涉及智慧財產權

⁴ 謝銘洋，前揭書，第 12-13、200 頁。

⁵ 劉孔中，前揭書，第 275 頁

⁶ 王美花，「商標法案例研究」，經濟部智慧財產局編，九十四下半年度商標法令宣導說明會教材，第 30-31 頁，台北，經濟部智慧財產局，2005 年。

之案件當然以適用「智慧財產權」法規為主，「公平交易法」僅居於輔助之地位。至於兩者間之灰色地帶應適用何種法規為優先？例如：某甲為一專利權人，若某甲認為其每年之專利授權金應有五千萬元之價值，某乙願以該金額與某甲簽訂授權契約，某丙卻僅願以三千萬元協議授權，某甲之行為是否構成專利權濫用而有公平交易法獨占之嫌？這個問題若進一步地延伸，將關係人某乙去除，僅剩下某甲與某丙，得到的答案會不會與前者不同？本文以為：前者與後者均應適用智慧財產權法規，因為專利之過去研發的成本、現在使用的利潤與未來收益之價值均涉及權利人主觀的認定，豈容商場上有競爭關係之利害關係人置喙？退一步言，某丙難道命中注定非得從事該專利產品之生產不可？某甲若不授權某丙生產該專利產品，難道就會有違反公共秩序、善良風俗甚至破壞公平交易秩序之虞？

若以有體物的觀念來檢視無體物 - 智慧財產權權利行使的情形，也可以得到一些啟發，例如 A 先生擁有一間房屋，欲以每月五千元出租，C 先生認為該房屋每月房租合理價格應為三千元，屋主 A 先生不肯將房屋出租予 C 先生，寧願將房屋閒置待價而沽，則 A 先生有無濫用權利之嫌？依一般具有理性人士的見解，只有在 A 先生任意堆置垃圾、或飼養豬羊、或開設靈骨塔等與房屋用途顯不相當之行為時，且有影響附近其他居民權益時，才有成立權利濫用的可能；若只是 A 先生所要求的房租過高，依照「需求與供給理論」及「市場均衡理論」，A 先生勢必降價以求，否則房屋將一直閒置，無法使 A 先生獲得利潤，更罔論使其利潤最大化。以上述的觀點來檢視前段某甲認為其專利每年之授權金應有五千萬元價值之假設性案例，可以得到某甲應無權利濫用的結論，亦即某甲之行使專利權利行為適用智慧財產權法規即可，毋須適用公平交易法規。本文以為，有體物與無體物性質仍有不同之處，以 A 先生擁有一間月租五千元之房屋案例

而言，即使 A 先生將房屋閒置到天荒地老，其行為也不可能產生如我國專利法第七十六條規定之「國家緊急情況」，最多僅能成立「增進公益之非營利使用」或「申請人曾以合理之商業條件在相當期間內仍不能協議授權」等情形；然而，以「克流感」專利為例，若該專利權人或其專屬授權人故意不在我國生產、授權或銷售該專利產品，則有可能使我國在禽流感疫情爆發之際喪失數以萬計的寶貴人命，進一步地構成我國專利法第七十六條第一種之「國家緊急情況」，此乃因專利與房屋之性質迥然有別，自不可相提並論而使得專利權權利範圍沒有上限。若屬我國專利法第七十六條第二種及第三種情況，本文仍以為應適用智慧財產權法規、傾向有利於專利權人方面解釋為宜，行政權及司法權均應自我節制，避免過度地介入而破壞私法自治原則。

惟依照公平交易法第四十五條（不適用本法之情形）規定：「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定。」從法條的表面文意看起來，似乎可以解釋為：涉及智慧財產權之案件，僅有正當行使時適用「智慧財產權」法規，若有灰色地帶及不正當行使時均適用「公平交易法」，使得公平交易法適用的範圍較大；本文認為此等行使權利之爭議案件，均有其產業特性與協議授權之時空背景考量等因素，然就政府為鼓勵創新發明而賦予智慧財產權利之目的來看，除了因應國家緊急情況或增進公益之非營利使用的情形外，應該給予權利人較大的決定空間，讓市場機制去決定「最適價格」，方能達到經濟學上「效率」及利益「最大化」之目的。因此，公平交易法第四十五條宜作較廣義之解釋，使得行使智慧財產權的案件回歸智慧財產權法為妥，並避免行政及司法機關過度地介入雙方當事人的私權紛爭之中。

三、專利之「強制授權」

專利權人不可濫用其專利權，否則即不得實行該專利，但依美國專利法第二七一條(d)款規定，因專利權之侵害或幫助侵害之發生，而有權受救濟之專利權人，不因從事下列之行為之一即應被視為專利權之濫用或不法之擴張，而不得實行其專利取得救濟，其行為共有五種，其中第四種規定：拒絕將其專利權限授權他人或供他人使用⁷。此項規定著重在保護專利權人之訴訟權利，對於專利權人本身有無實施該項專利並無進一步的討論，惟應可區分為第一、自己不生產、使用、銷售，但也禁止他人為之；第二、自己生產、使用、銷售，但禁止他人為之等兩種情形。在商業實務之中，前者狀況最為少見，因為對於專利權人而言最為不利；後者一般並不會產生反托拉斯法的問題，因為專利法並未強制專利權人必須授權使用其專利 - 即使專利權人在相關產品市場中已具有可壟斷市場之力量。亦即專利權人可自由決定獲其授權之對象，即使在反托拉斯法規制定之後，亦不因此代表專利權人喪失正當行使其權利之能力，故仍可於授權時有所選擇與限制⁸。

前段針對專利權人本身有無實施該項專利之情形中，第一種「自己不生產、使用、銷售，但也禁止他人為之」情形，在民國四十九年五月十二日修正之專利法中曾有明文規範，第六十七條規定：「核准專利滿三年，無適當理由未在國內實施或未適當實施其發明者，專利局得依職權撤銷其專利權，或依關係人之請求，特許其實施，並通知專利權人。但特許實施人對專利權人應予以補償金，其數額有爭執時，由專利局定之。」本條規定之理由應自專利法之立法目的中尋求

⁷ 陳家駿、羅怡德著，公平交易法與智慧財產權—以專利追索為中心，第 114 頁，台北，五南出版社，1999 年；其條款原文為：「Refused to license or use any rights to the patent.」

⁸ 陳家駿、羅怡德，前揭書，第 141-142 頁。

解釋，亦即專利的本質之一是要“利用”的，不管是自己利用或是授權別人利用，決不可以濫用專利權而阻礙產業發展。另外，第六十八條第一、二款規定：「有左列情事之一者，認為未適當實施：第一款、核准專利之發明品，可在國內使用而未為大規模製造，且不能提出充分理由者。第二款、專利權人以其發明完全或大部分在國外製造，輸入國內者。」以及第七十條第一項規定：「核准專利之發明品，足以代替國內最需要之物品，雖經適當實施製造，仍不能充分供給時，專利局得規定期限令其擴充製造，逾期得取銷其專利權。」雖然本段所述之民國四十九年五月十二日修正之專利法法條規定均已刪除，惟可藉以了解專利必須要被“利用”的本質，甚至用來補充現行專利法規上強制授權條文不足之處；以舊法的法條來檢視稍後將討論的「克流感」專利強制授權案件，則前述第六十八條第一、二款與第七十條第一項規定都似乎可以完全地適用，而使得我國更為理所當然、理直氣壯地作出准予強制授權之處分，此部份留待稍後再行討論。

在國際條約的部分，「與貿易有關之智慧財產權協定」第五節「專利」第三十一條與前述美國專利法第二七一條不同，對於強制授權作出了原則性的規定，其前二項條文為：「未經權利人授權之其他使用：會員之法律允許不經專利權人之授權而為其他實施時，或經政府特許之第三人實施其專利之情形者，應符合下列規定：

- (a) 此類特許實施必須基於個案之考量；
- (b) 特許實施申請人曾就專利授權事項以合理之商業條件與權利人極力協商，如仍無法於合理期間內取得授權者，方可准予特許實施。會員得規定國家緊急危難或其他緊急情況或基於非營利之公益考量下，可不受前揭限制而准予特許實施，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。如係基於非營利之公益使用者，政府或其承攬人於未經專利

檢索之情況下，即可知或有理由可知有效之專利內容為或將為政府所使用，或基於政府之需要利用者，應即刻通知專利權人；」

在 (b) 項規定中，可以看出可准予特許實施的三種情形，第一種為國家緊急危難或其他緊急情況；第二種為非營利之公益使用者；第三種為特許實施申請人曾就專利授權事項以合理之商業條件與權利人極力協商，仍無法於合理期間內取得授權者。我國專利法第七十六條與 TRIPS 規定一致，其前二項條文為：「第一項：為因應國家緊急情況或增進公益之非營利使用或申請人曾以合理之商業條件在相當期間內仍不能協議授權時，專利專責機關得依申請，特許該申請人實施專利權；其實施應以供應國內市場需要為主。但就半導體技術專利申請特許實施者，以增進公益之非營利使用為限。第二項：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確定者，雖無前項之情形，專利專責機關亦得依申請，特許該申請人實施專利權。」

除了國家緊急危難或其他緊急情況、為非營利之公益使用者等兩種情形外，「強制授權」的主要爭執重點就在於「合理之商業條件」的判斷；若主管機關認為申請授權人所提出之商業條件合理，則權利人顯然有濫用權利或市場地位之嫌，應以公平交易法規處理之；若主管機關認為申請授權人所提出之商業條件並不合理，則權利人係正當行使其權利，應以智慧財產權法規保護之；惟此等法理上“一刀切”的論述方式並不能止訟息爭，實務上的案件又過於罕見，目前已知的僅有兩件，其一為「飛利浦 CD-R 授權案」，經公平會於九十一年四月二十五日以公處字第○九一○六九號處分書認定被處分人飛利浦公司等利用聯合授權方式，取得 CD-R 光碟片技術市場之獨占地位，在全球市場規模遠超出預期的大幅成長之市場顯著情事變更情況下，仍不予被授權人談判之機會，及繼續維持其原授權金之計價方式，違反公

公平交易法第十條第二款：「對商品價格或服務報酬，為不當之決定、維持或變更」有關獨占事業禁制行為之規定；及被處分人拒絕提供重要交易資訊及限制約款，亦未詳細告知被授權廠商相關專利之內容、範圍及有效期限等重要交易資訊內容，而憑恃其市場優勢地位，迫使被授權人接受授權協議，對於系爭技術市場，已有濫用市場地位之行為，核屬違反公平交易法第十條第四款：「其他濫用市場地位之行為」規定。本案例為國內首見之強制授權案件，其重要性不容忽視，有多位學者著文討論、亦有發表學位論文者；惟並未針對申請授權人所提出之商業條件是否合理進行審酌，實有遺珠之憾。

第二件強制授權案件則為數週前熱鬧登場的「克流感」案件，本文認為此案並非全然典型的強制授權案例，因為克流感並非專門治療禽流感的藥物，治療禽流感的藥物也非僅有克流感一種，況且克流感是否能有效治療禽流感也是一個疑問，而且主管機關的強制授權處分並未對於補償金之金額進行認定⁹，也未對申請授權人所提出之商業條件合理與否加以討論，茲將雙方當事人及主管機關意見整理如下：

(一) 羅氏大藥廠之意見

台灣羅氏大藥廠於 2005 年 10 月 20 日對克流感發表公開聲明稿，其中第三點提及目前的禽流感疫情並未達緊急程度：「作為一個負責任的公司，台灣羅氏大藥廠始終確保有足夠的存貨因應正常流感季節所需之克流感。然而在禽流感並未爆發，且目前對克流感的需求異常的狀況下，台灣羅氏大藥廠對於接到的訂單，會依據我們在過去四年間行銷克流感的歷史資料採取控管出貨。此方式最終將有益於防止濫用克流感所引發之抗藥性，並預防任何不負責任之個人或機構之不當

⁹ 「與貿易有關之智慧財產權協定」第五節「專利」第三十一條(j)款規定：「有關權利金之決定，應由會員司法機關審查，或由其上級機關為獨立之審查。」與我國僅在補償金有爭執時，始由專利專責機關核定方式有所不同。

操作。」第四點則表示其願意授權的正面態度：「台灣羅氏大藥廠樂意為本地企業或政府，向羅氏集團企業總部轉達關於專利授權生產事宜，並且樂觀其成。」

台灣羅氏大藥廠於 2005 年 11 月 30 日再度發表公開聲明稿，對於近日泰國、印尼、及菲律賓等三地可自製治療流感藥物的訊息引起國人及媒體的關注，對此羅氏大藥廠特別提出說明：「羅氏大藥廠生產之克流感目前在泰國、印尼、及菲律賓皆未登記專利，因此這三個國家可自行製造克流感之學名藥，並無侵犯羅氏克流感專利權之虞，也無羅氏是否授權之疑慮。此外，至目前為止，羅氏大藥廠在全世界各地並未授權任何政府製造克流感。至於越南係向羅氏購買原料藥粉再自行製劑，製劑過程非羅氏專利權專有，故此生產模式不涉及專利授權。」本次公開聲明中，也提到了協議授權的進度：「鑒於全球可能爆發之禽流感疫情，及所需克流感之安全儲備量的提高，為全力配合全球防疫，羅氏大藥廠於十月份開闢網上接受全球各地製藥商申請製造克流感。目前全球已有總數超過 200 個製藥廠及政府提出申請，其中包括兩家台灣原料藥製藥廠。羅氏正審慎評估所有申請案件，預計將於十二月初公佈篩選名單。」最後，台灣羅氏大藥廠再度宣示了“愛台灣”的決心：「自國際衛生組織發佈禽流感警訊以來，羅氏大藥廠一直秉持對台灣地區居民生命健康之關心的一貫宗旨，全力協助台灣地區防疫工作，而對全球及台灣地區防疫作戰之允諾也決不會改變。希望藉此說明，讓社會大眾了解目前本公司授權情況，以避免不必要之誤會。」

（二）行政院衛生署的意見

接下來看看申請授權人 - 行政院衛生署的意見，在 2005 年 11 月 28 日發表了對申請特許實施克流感專利權之說明，茲摘錄部分內容如下：「

一、三次協商，沒有共識：

- (1) 11月17日，雙方首次接觸，針對「自願授權給台灣廠商」、「自願授權給衛生署」及「依法強制授權」三種方式，進行可行性之討論，結果沒有任何共識。
- (2) 11月21日，雙方再度協商，羅氏表示已決定授權給神隆公司，請衛生署直接向神隆公司訂購。
- (3) 11月23日，雙方三度協商，羅氏改稱神隆公司沒有製造能力，不可能授權給神隆公司，但承諾其會在明年六月之前，設法從其他之地方調貨，提供230萬人份之克流感給台灣，希望台灣不要強制授權。

二、自願授權，遙不可期：截至目前為止，全世界總共有150家公司或政府，要求合作製造克流感，但是沒有任何一家獲得羅氏授權。

三、羅氏承諾，不可憑信：

- (1) 承諾不等於履行、簽約不等於交貨，將來如出產國政府強制徵收、管制出口、工廠爆炸、機器故障或者工人罷工，均可能會導致羅氏屆時無法交貨。
- (2) 倘羅氏屆時無法如期交貨，而不幸又爆發禽流感大流行，極可能會造成我國數百萬人受到感染、數萬民眾因此喪命，而羅氏只需要負擔極少數之違約金。、、、

四、業已兼顧，廠商權益：

- (1) 自製之克流感，必需於羅氏之供應量不足以因應國內防疫所需之情況下，才會使用，亦即，只要羅氏有該藥可供應，仍然會先使用該公司之產品。
- (2) 自製之克流感，將來如拿來用，亦會給予羅氏合理之補償費。

五、較諸他國，已屬保守：

- (1) 美國之專利法，根本未就特許實施專利權（強制授權）設立任

何條件。政府如未取得專利權人之同意而使用該專利，並不須向專利主管機關申請許可，專利權人也不得因此而控告政府侵權，而只得請求給予合理之補償金。

(2) 加拿大 1969 年至 1992 年，總共特許實施多達 600 多件有關藥品之專利權。、 、 、 」

從本次衛生署罕見的”措辭強硬”的公開說明中，我們能深深體會行政機關的用心良苦，也能了解到我國政府重視生命權遠遠勝於保護智慧財產權，即使未來我國並未有任何一人感染禽流感，政府也該頒個”為民喉舌”或是”文官下轎、武官下馬”的匾額掛在衛生署的大門上，路過的民眾也應該給衛生署拍拍手、加油打氣一番。

(三) 經濟部智慧財產局的意見

事情發展至此，我們可以看到”原告 - 衛生署”與”被告 - 羅氏大藥廠”都使出渾身解數、拼命相搏演出，可是，扮演”法官”的經濟部智慧財產局，始終冷靜以對，讓我們看看智慧局的說法：

經濟部智慧財產局於 2005 年 11 月 25 日發布「『克流感』專利特許實施第二次審查會議」之新聞稿，其全文如後：「行政院衛生署為因應禽流感疫情，於今(94)年 10 月 31 日依據專利法第 76 條之規定，向經濟部智慧財產局提出專利特許實施申請案。本案深受各界關注，經濟部智慧財產局前於 11 月 18 日與專家學者所組成之諮詢委員會進行審查，認雙方皆有洽談自願授權之意願，惟因時間急迫尚未談妥，故應給予一週期間再進行協商，乃定於今日(11 月 25 日)進行第二次審查會議。本案專利權專屬被授權人羅氏大藥廠表示，會分階段於 95 年 6 月底以前提供達到我國人口百分之十(230 萬人份)所需之克流感之藥品；行政院衛生署感謝羅氏大藥廠之協助，但為顧及禽流感疫情爆發或羅氏藥廠供應不及，致影響時我國抗疫所需藥品，故仍希望能取得特許實施，以應防疫需要。本會議經雙方當事人充分陳述，

並經諮詢委員充分討論後，在兼顧專利人權益及國家防疫需求下，作成有條件之特許實施，主要內容包括：特許實施之期限至 96 年 12 月 31 日止並以國內防疫所需為限；特許實施之藥品應俟衛生署向羅氏藥廠所購得之克流感或其原料藥供應不足防疫所需時，方得使用該特許實施所製造之藥品；如期間雙方達成授權協議時，本特許實施得予以廢止；另盼雙方儘速就補償金問題進行協商。」

以該新聞稿的內容而言，僅僅一句「在兼顧專利人權益及國家防疫需求下」理由，主管機關作成了特許實施處分，如果這樣的理由是可以成立的，那麼法院以後審理民、刑事案件時，在兼顧原告及被告的需求下，就通通「打五折、對半分」就行了，還要法律制度、學說理論何用？更何況，如果衛生署有恃無恐、刻意拖延與羅氏藥廠的協議，雙方無法協商出可接受的補償金金額，又該如何處理？

進一步的內容，仍要細細探究智慧財產局於民國 94 年 12 月 8 日所做出的審定書，其中針對申請人：行政院衛生署、相對人：美商吉李德科學股份有限公司 (Gilead Sciences, Inc.)、參加人瑞士商羅氏大藥廠 (F. Hoffmann-La Roche Ltd.) 等三方面的意見詳加研究，並將雙方當事人之主要爭點略為下列七點：

- 一、答辯期間是否違反專利法第 76 條第 3 項前段之規定？
- 二、申請人是否為適格申請人？
- 三、羅氏藥廠提出答辯之立場為何？
- 四、專利法第 76 條第 1 項所定國家緊急情況之要件是否存在？
- 五、參加人承諾將提前提供我國克流感以供防疫所需之數量，是否能解除前述之「國家緊急情況」？
- 六、是否可選用克流感以外之其他藥劑？
- 七、特許實施是否能較參加人再授權他人實施更為迅速、有效？

大體上而言，智慧局所持之看法與民眾感受相同，台灣為候鳥必

經之地，又非 WHO 之會員國，羅氏大藥廠之庫存劑量嚴重不足，若不准予特許實施，確有發生「國家緊急情況」之虞。本文高度贊同智慧局勇於任事之作法，惟針對授權金部分持有不同之意見；本文以為：衛生署及智慧財產局若有意保護本國國民生命及健康，則應無懼於作出全世界第一件「克流感」專利強制授權處分的壓力，關於授權金的部分也應以本地時價或全世界平均價格計算、扣除羅氏大藥廠生產的成本後乘以所需儲備之藥品份數為準；亦即不僅保全羅氏大藥廠既有庫存「克流感」產品之利潤，進一部地對於其可得之「預期利潤」也予以百分之百地保護。在初步的計算之下，約需耗費新台幣數億元即可以使相對人與參加人心悅誠服；如此一來，一則對各國宣示我國隨時可能爆發禽流感疫情的高度風險，二則表彰我國保護智慧財產權人權益之堅強決心，還可以作為世界各國效法的典範。當然有人會質疑本文的看法：為何如此偏袒專利權人？甚至要我國政府去當個「凱子」拿著白花花的銀子送人？本文作者在此保證沒拿到羅氏大藥廠任何的好處，也沒有囤積任何「克流感」疫苗，只是以「舉重以明輕」的邏輯思考著：軍購、金援外交、高捷弊案、、、等等的金額如此龐大，與之相較新台幣數億元只不過是零頭而已，若用區區零頭可以買來正面的國際形象，有何不可呢？如果衛生署預算不夠，還可以行文建請外交部編列這一項「提升我國國際形象」的預算吧？

或者以加拿大之藥品特許實施案件為借鏡，以其補償金平均比例或最高比例為本案之計算標準，也許只要付新台幣幾百萬就已然足夠。另外，若依前段所言，百分之百地保護專利權人的權利，則專利權人恐有怠於運送藥品供應我國防疫需求之慮，且我國製造之藥品品質及效果恐不及專利權人製造之藥品；本文以為前者可於處分中要求專利權人或相對人需依其先前協商內容，履行運送藥品至我國儲放；後者則可認為該項專利並未完全揭露其內容，而欠缺具體實施之產業

上利用性，乾脆就由衛生署提起舉發，撤銷該項專利，那麼就一毛錢也不用付了！

智慧財產局於審定書中，針對授權金部分亦有說明，其引用我國專利法第 76 條第 5 項規定：「特許實施權人應給與專利權人適當之補償金，有爭執時，由專利專責機關核定之」；認為本件申請人行政院衛生署因此有給付適當補償金之義務，惟此時雙方就補償金若干尚未洽談，亦難推定已有爭執而須由本局於本件審定時直接核定之情事，故命申請人應依法給付適當補償金予相對人，並就金額部分盡速協商。此等做法與「與貿易有關之智慧財產權協定」第五節「專利」第三十一條(j)款規定雖有所差異，然為一恪遵「依法行政」原則之行政處分，並未逾越權力分立原則所賦予之職權範圍，足以認定智慧局恰如其分地” 扮演”了其應有的角色。

最後，由於本案尚在進行中而無確定結論，申請人與相對人或參加人之間是否會達成協議？仍有待觀察後續發展。

參考書目

1. 劉孔中，公平交易法，台北，自版，2003 年。
2. 謝銘洋，智慧財產權之基礎理論，台大法學叢書(84)，第 276 頁，台北，自版，1995 年。
3. 王美花，「商標法案例研究」，經濟部智慧財產局編，九十四下半年度商標法令宣導說明會教材，第 30-31 頁，台北，經濟部智慧財產局，2005 年。
4. 陳家駿、羅怡德著，公平交易法與智慧財產權 - 以專利追索為中心，第 114 頁，台北，五南出版社，1999 年。

