



世界貿易組織「智慧財產權爭端解決」 之法律與政治策略探討

王琇慧*

摘要

冷戰後智慧財產權（Intellectual property rights, 簡稱 IPR.）為當代知識經濟之主要核心，先進國家亦藉此為獲取強權之利器，並加速推動智慧財產權國際化，自「關稅暨貿易總協定」（General Agreement on Tariffs and Trade；簡稱 GATT）時代起即逐步將智慧財產權納入國際公約保護，成立世界貿易組織（World Trade Organization，簡稱 WTO）時更同步訂定「爭端解決規則與程序瞭解書」（Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute，通稱 WTO 爭端解決機制，簡稱 WTO/DSU），架構起一項多邊爭端解決機制以執行智慧財產權保護並確保國家之競爭優勢。現今以美國為首之先進國家仍始終不間斷地推行其智慧財產權保護政治策略，其影響力擴至全球。

本文內容先介述國際智慧財產權爭端解決與博弈理論之政治策略應用，再分析 GATT、APEC、WIPO 智慧財產權爭端解決之政治策略特色，最後分析說明有關 WTO 智慧財產權法律「與貿易有關之智慧財產權協定」（Agreement On Trade-Related Aspect On

收稿日：99 年 9 月 7 日

* 作者現為經濟部智慧財產局法務室科長。



Intellectual Property Rights 簡稱：TRIPS) 以及 WTO/DSU 結構之相關政治策略，綜衍出：當面對 WTO 之智慧財產權爭端時，不但須了解 WTO/TRIPS、WTO/DSU 之形式法律規範，並應對該規範及操作該規範之政治策略有所了解，俾可進一步擬定適當策略以避免淪為博奕下之「輸家」，並進而尋求互利共贏之結果。

關鍵詞：智慧財產權、爭端解決、爭端解決規則與程序瞭解書、政治策略

壹、前言

目前 WTO 有 153 個會員而其「爭端解決機制」(DSU) 於成立約屆 15 餘年之際，檢視其累積之爭端案例竟已高達 411 件。此結果是否顯示 WTO 此一閃亮明珠——「爭端解決機制」已經蒙塵？GATT 與 WTO 前任秘書長與總幹事 ARTHUR DUNKEL, PETER SUTHERLAND 等，於 2001 年 2 月 1 日在世界經濟論壇上提出意見認為：WTO「爭端解決機制」被用於 WTO 所未規範之任何場合，換言之，存在過多使用訴訟代替談判之趨勢，此種趨勢本身就是一種危險，應該由成員政府自己去談判其應承擔之各種義務，「爭端解決機制」固然是 WTO 的成功之一，但是現在案件負荷太重，會員發生爭端時不宜以 WTO「爭端解決機制」為首要選擇，而應優先考量善意諮商或雙方談判¹，渠等此一說明顯然卸下 WTO「爭端解決機制」之「美麗面紗」。則究竟推砌、規範 WTO「爭端解決機制」法律之初衷是否僅純粹基於法律之「正義」、「公平」價值考

¹ WTO(2001), Joint statement on the multilateral trading system, http://www.wto.org/english/news_e/news01_e/jointstatdavos_jan01_e.htm。(最後瀏覽日：99/09/02)。



量？倘答案是肯定的，則何以 WTO 成立後竟先有南北對抗繼有當前之杜哈會議的挫敗？準此，值得以新的角度視野予以觀察分析。

何謂「策略」，歷來已有許多中、外學者下過定義²，主要之概念要義係指：為確認自己欲達成某項目標，評估自身之優、劣點、了解對手的情況，了解自身所處的環境，進而規畫、設計行動以順利完成目標。在管理學上策略思維為企業未來發展重要之一環³；就政治學領域而言，「策略」更廣泛存在個人與個人、個人與團體間以及國家間之國際關係中⁴，各類政治學理論對「政治」有其一定之定義，就博弈理論而言，可做為研究衝突或合作之可能性情勢下，理性選擇決策之可能後果，決策單位可能為個人或公司或任何正規或非正規之機構⁵。博弈理論之「策略」係指：不論為個人或機關之博弈者（players），均具有明確目標之理性實體，並擁有某種籌碼，進而如何運用此等籌碼。

謝林（Thomas C.Schelling）在其所著之《衝突的策略》一書中所定義「策略」一詞之義涵為：「『策略』一詞僅涉及武力嚇阻（potential force）而非武力使用。另外，此處所指的衝突雙方也不是完全誓不兩立的敵人，而是互存疑慮與分歧的夥伴。這裡關注的不是衝突雙方的利弊得失，而是如何達到一個實現衝突雙方最大利益

² 趙忠傑（2008），《何謂策略》，載於南華大學非政府組織研究中心公共政策與公民社會論壇網站

<http://tw.myblog.yahoo.com/ajackperson-2006/article?mid=115&prev=116&next=114>（最後瀏覽日：2010/09/02）。

³ Michael A. Hitt, R. Duane Ireland and Robert E. Hoskisson 著，吳淑華、李國璋譯（2007），《策略管理》，2 版，頁 4-5，台北：湯姆生。

⁴ 譚志堅（2006），《世界最偉大的博弈理論》，頁 4，台北：德成國際。

⁵ 彭懷恩（2003），《政治學方法論 Q&A》，頁 187，台北：風雲論壇。



的結果。」⁶，可見謝林係以求得爭端雙方可以接受之結果為其「策略」核心目標。

又本文之所以討論「政治策略」而非「經濟策略」⁷，主要係基於 WTO/DSU 其主體為政府與政府之間，並鑑於「政治」具有社會普遍價值的權威配置特性，理論上生活於社會範圍內的每一分子均會受到政治權威配置結果之影響。由於政治輸家必須被迫放棄自己原有價值，同時也被迫接受其對手之價值⁸。因此，政治競爭場合中的輸家必須面對比經濟輸家更深的打擊，基此，本文爰以博奕理論為說明工具，從新的角度觀察智慧財產權爭端解決機制之相關事項，希藉以有助於我國未來在 WTO 國際舞台面對智慧財產權爭端事件時，於分析問題採取立場及運作方式時能納入政治策略思維，俾於國際智慧財產權爭端事項中爭取本國利益之最大化。

貳、智慧財產權與爭端解決機制納入 WTO 之兩種對立理論

依據「WTO 設立協定」第二條規定 WTO 所轄之範圍包括四大類：(1) 貿易措施之規範含：「貨品貿易多邊協定」(含 GATT1994 及農業協定等 12 項協定)、「服務貿易總協定及其附錄」(含 GATS 第二議定書金融服務等 4 項協定)、「與貿易有關智慧財產權協定」

⁶ Thomas C. Schelling 著，張華、高銘淞譯 (2006)，《入世賽局：衝突的策略》，頁 5，台北：五南。

⁷ 學者李英明提出之類似見解，認為：國家間之互動並非類似經濟理性下的博奕選擇，其更大之程度係屬於社會理性下的博奕活動，應該以社會關係為思考之博奕起點，而非純然的經濟人式的博奕。李英明 (2004)，《國際關係理論的啟蒙與反思》，頁 ii，台北：揚智。

⁸ 吳秀光 (2001)，《政府談判之博奕理論分析》，頁 108-109，台北：時英。



TRIPS)」等。(2) 爭端解決規則與程序瞭解書 (3) 規範貿易政策檢討機制 (4) 複邊貿易協定 (含「政府採購協定」與「民用航空器貿易協定」) 共計約 25 項協定⁹。其中爭議最大者即為「與貿易有關智慧財產權協定 (TRIPS)」與「爭端解決機制」的納入協定保護，而相關爭議自 WTO 成立迄今十餘年仍未停歇，其間並衍生出「提升保護智慧財產權一致化論」與「智慧財產權保護政治策略化論」二種不同之對立理論。

(一) 提升保護智慧財產權一致化論

主張智慧財產權以及確保智慧財產權執行的「爭端解決機制」均應納入 WTO 協定以達到一致化保護之目標，就國家言：係以美國為主之西方國家為代表，渠等基於在科技發展之全球保護觀點推展全球化以及卻除貿易壁壘，故強烈主張將此二項議題納入國際協定保護。此從美國不斷地在 1986 年至 1994 年之 GATT 烏拉圭回合談判中之提案與主張即可明瞭¹⁰。

而學者間持此一論點者亦不在少數，例如：例如 Ernst-Ulrich Petersmann 即主張 WTO 成立後，會員國之智慧財產權保護應符合 WTO/TRIPS 規範，並應儘量適用 WTO 的爭端解決機制 (WTO/DSU) ¹¹；Dencho Georgiver, Kim van der Borght 亦與 Ernst-Ulrich

⁹ 各項協定之詳細法律文件內容可見 WTO, WTO legal texts, retrieved January 9, 2008, from the website of WTO: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#dispute (最後瀏覽日：2010/09/06)。

¹⁰ 相關之提案收錄於 TRIPS History: Derestricted Uruguay Round Negotiating Documents - 1986-1994, retrieved January 9, 2008, from the website of IP Mall - Pierce Law Center: http://www.ipmall.info/hosted_resources/lipa/trips.asp (最後瀏覽日：2010/09/06)。

¹¹ See Ernst-Ulrich Petersmann, The GATT/WTO Dispute Settlement System:



Petersmann 之見解¹²相同。而 Adam Isaac Hassonyk 更提出積極之見解認為：縱然 WTO/TRIPS 被批評為美國基於私利所訂定之國際保護智慧財產權規範，但各會員國仍有義務遵守，以達智慧財產權保護一致化之目標¹³。

另外，學者認為：雖然成立 WTO 之前許多國家，尤其是開發中之國家對智慧財產權保護之程度不高、制度亦不健全，亦缺少爭端之解決機構，而於 WTO 成立後於 TRIPS 上明確訂定智慧財產權保護之標準，並設置爭端解決機制使相關問題得以改善，使得會員間之對智慧財產權保護得在國際間取得一致化之保護¹⁴。對此亦有學者持相同之論述¹⁵。更有學者表示：WTO 運作迄今雖亦遭逢西雅圖與杜哈會議之失敗，且成員仍存在經貿發展程度不一，大國小國貧富不均之問題，但無損於 WTO 在促進世界貿易發展與維持貿易秩序之成效¹⁶。

International Law, International Organizations, and Dispute Settlement, London: The Hague. Boston: Kluwer Law International, 76 (1997).

¹² Dencho Gerogiev and Kim van der Borght (Eds.), Reform and Development of The WTO Dispute Settlement System, Cameron May, 199 (2006).

¹³ Adam Isaac Hasson, Domestic Implementation of International Obligations: The quest for World Patent Law Harmonization, retrieved January 2, 2009, from the website of Boston College:
http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/lwsch/journals/bcicl/25_2/09_TXT.htm (最後瀏覽日：2010/09/06)。

¹⁴ 吳漢東 (2007)，《知識產權國際保護制度研究》，頁 1-21，北京：知識產權出版社。

¹⁵ 吳嘉生 (2008)，《國際經濟法析論》，頁 429，台北：文笙。

¹⁶ 張玉卿 (2004)，《WTO 新回合法律問題研究》，頁 1-2，北京：中國商務。



(二) 智慧財產權保護政治策略化論

智慧財產權與爭端機制應否納入國際公約保護之爭論，早於 WTO 前身 GATT 之東京回合談判 (Tokyo Round, 1973-1979) 與烏拉圭回合談判 (Uruguay Round, 1986-1994) 即已存在。當時贊成納入國際保護係以美國為首之歐盟西方歐、美國家外；而與其持對立立場的則以印度、巴西以及大陸為主。尤其在 1990 年開發中國家包括韓國、智利等均拒絕簽署歐盟提出對 TRIPS 所定訂之智慧財產權保護最低標準草案，並嚴厲批評該草案只適合以美國、歐盟、加拿大以及日本為主之 TRIPS 愛好集團者，就第三世界國家而言 (包括阿根廷、巴西、智利、哥倫比亞、埃及、印度、南斯拉夫、馬來西亞、奈及利亞等)，TRIPS 根本與 GATT 無關，不應該將 TRIPS 納入 GATT 保護之範疇¹⁷。

對於將智慧財產權與爭端解決機制納入國際公約保護，學者 Terence P. Stewart 即評價此之一事件根本就是美國在烏拉圭的策略¹⁸，其目的在設計有效及充分之智慧財產權保護標準，並且確保智慧財產權之執行以降低貿易障礙。學者陳潔、趙倩亦持同樣論點認為：美國鑑於發展中國家大量吸收與模仿已開發國家之新技術，直接對美國之造成國際貿易利益之威脅，因此，美國強烈要求各國必須高標準保護智慧財產權，歐、日亦認為如此對其本國亦有益處，

¹⁷ 開發中國家一向反對將智慧財產權納入 WTO 協定。See SUNS (1990), THIRD WORLD COUNTRIES SPURN EEC TRIPS PROPOSALS, retrieved August 8, 2008, from the website of SUNS – South-North Development Monitor: <http://www.sunsonline.org/trade/areas/intellect/04070090.htm> (最後瀏覽日：2010/09/06)。

¹⁸ Terence P. Stewart, *The GATT Uruguay Round: a negotiating history* (1986-1992), Kluwer Law International, 468 (1993).



而贊同美國之立場¹⁹。

將智慧財產權與爭端機制納入國際公約保護解讀為貿易大國之政治策略立論較鮮明者，例如學者王火山先生；其強調與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPS）主要是美國為主之已開發國家為實現其自身在智慧財產權國際保護中之巨大貿易與經濟利益下所推動之智慧財產權國際保護多邊協定²⁰。而持此一立論者，尚有學者李順德先生強調與貿易有關之智慧財產權協定（TRIPS）實際上是美國國內貿易法「特別 301 條款」的國際化和擴大化。美國係透過 TRIPS 將其智慧財產權法律及「特別 301 條款」轉變成一國際性公約，推向全世界²¹。

從該兩種立論觀察，渠等對智慧財產權與爭端機制納入 WTO 國際公約之看法顯然歧異，雖然 1994 年 TRIPS 仍成功的在 GATT 烏拉回合談判中被納入公約保護，繼而 1995 年 WTO 成立後 TRIPS 與爭端解決機制一併納入生效運作，然從當時各項談判會議資料提案以及報告分析，再輔證 WTO 運作迄今已經西雅圖之南北對抗以及目前杜哈回合談判之挫敗，從結果而論，此南北對立衝突最後仍是北方國家勝出，顯示較貼近「智慧財產權保護政治策略化」之立論立場。

¹⁹ 陳潔、趙倩（2001），《WTO 與知識產權法律實務》，頁 5-7，長春：吉林人民。

²⁰ 王火山（2001），《WTO 與知識產權爭端》，頁 441-447，上海：上海人民。

²¹ 李順德（2006），《WTO 的 TRIPS 協義解析》，頁 21-24，北京：知識產權。



參、國際智慧財產權爭端解決與博弈理論之政治策略應用

一、國際智慧財產權爭端解決之策略

何謂國際爭端 (International dispute) ? 依據 1924 年常設國際法院 (Permanent Court of International Justice) ; 亦為聯合國國際法院 (International Court of Justice) 之前身, 曾將之定義為: 「二個人格之間對法律會事實上觀點的不一致, 亦即法或利益之衝突」²², 且須由當事者之一方對另一當事者主張或明確積極表示反對時, 爭端始為存在。解決國際爭端之方式基本上有兩種方式, 即以和平之方式或強力之方式; 由於現代國際法已禁止以武力解決國際紛爭, 且行使武力行為已成為違反國際法行為, 因此, 國際社會傾向鼓勵以和平之方法解決紛爭, 常見之和平方式有以下五種策略模式:

(一) 外交交涉 (negotiation)

產生爭端後由當事國雙方直接進行溝通討論尋求雙方可接受之解決方案即通稱之外交交涉, 外交交涉係基於爭端國雙方之合意而進行, 為和平解決爭端最常用之方法, 「常設國際法院」也在其相關判決中強調當事國有談判之義務, 例如於「北海大陸礁層案」(North Shelf, 1969) 中即宣稱當事國有談判義務, 另於「立陶宛與波蘭間之鐵道交通案」之諮詢意見中, 亦強調雙方應進行談判甚至進一步訂立協定²³。

²² Nii Lante Wallace-Bruce, *The settlement of international disputes: the contribution of Australia and New Zealand*, Martinus Nijhoff Publishers, 3(1998).

²³ 吳嘉生 (2008), 同前揭註 15, 頁 410。



外交交涉之優點為其可由爭端雙方直接會談討論彼此間均可接受之解決方案，由於外交交涉以當事國自願為前題並無履行之強制力，故雖屬和平之協商方式，但不必然會取得共識，事實上亦常會受當事國自身實力支配之影響，因此，未必符合客觀上的公平或正義。

（二）斡旋（good-offices）

斡旋為係由第三人以非當事國之身分提供爭端雙方當事國交涉之談判環境，給予當事國協助以間接促使雙方透過言語之溝通進行爭端解決，但斡旋者自身並不介入爭議內容。因此，建立「中立性（neutrality）」對斡旋者而言即非常重要。

斡旋人之所以介入紛爭案件，可能是當事人雙方的囑託，亦可能僅由當事人一方進行囑託而已，由此可見斡旋程序之簡易性，亦可見斡旋程序係以當事人間之合意為基礎，若當事人不願配合斡旋程序之進行，則斡旋將無法產生任何結果。一般而言，斡旋程序並不拘任何形式，當事人之所以請求斡旋或同意斡旋，多因斡旋人具有該當紛爭事件所需之專業知識，能對當事人的紛爭解決方式，提供一定的專業意見。雖然斡旋人可以對紛爭之解決提供建議或決定斡旋程序之進行，但因為斡旋係基於當事人間合意之理念，斡旋人對於紛爭之解決並沒有決定的權利，或提出類似調解程序中具體的調解案之權利²⁴。亦即斡旋人並不是解決爭端者，其功能主要在提供談判環境，傳達並解釋雙方間之訊息。

²⁴ 財團法人台灣資訊智財權網路協會（2001），《整體著作權法制之檢討》，頁367-372，台北：經濟部智慧財產局。



由此知，從斡旋人所具有之專業及斡旋程序的簡易等層面來看，斡旋程序具有處理爭端案件時所需之專門性及迅速性，但在合意的基礎下所進行之斡旋程序，對當事人並不產生任何強制效力，導致以私權為重的當事人可能忽略公益之需求，且在交涉力量上居於優勢地位之一方當事人，可能不理會相對人有關進行斡旋程序之要求，較難使爭端解決有效進行。

（三）調停（mediation）

調停與斡旋類似，係由爭端國選定某一國家，而由他方選定的國家與其直接交涉。屬於居中協助爭端雙方當事國之角色，但其與斡旋有所不同的是，斡旋係以非當事國之立場進行協助，並不參與紛爭內容；調停則係以第三國立場參與紛爭內容，對紛爭事件內容予以釐清、提示各種不同的解決方案、並於程序最後提出具體的調停案，不過建議僅為勸告性質並無強制力²⁵，然當爭端雙方當事人合意接受該調停時，即屬調停成立，其結果與和解具有同等之法律效力，若爭端雙方或任何一方拒絕接受調停人所提出的方案時，調停不成立，紛爭內容回歸未為調停時之狀態。由此可知，與斡旋同樣，調停程序亦以爭端當事人間的合意為基礎，不同的是，調停程序之開始，必須經由雙方當事人的同意方可為之，而非斡旋程序時，僅由一方的申請，即可進行斡旋程序。

原則上，調停程序較諸斡旋程序更為正式，且因有調停案的提示使得其解決方式更為具體可行，此等優點再加上與斡旋程序同樣的專業性與迅速性，令其比起斡旋更適合作為爭端解決之機制。然而，與斡旋程序同樣地，無法有效實踐公益性之要求。此外，調停

²⁵ 吳嘉生（2008），同前揭註15，頁412。



者提出解決方案，其僅係以勸告之方式推動爭端雙方交涉。又因調停者係以第三國立場參與紛爭，故未必能確保其客觀性。

（四）仲裁（arbitration）—類司法解決

對於爭端之解決由當事國以合意選定裁判官進行裁判，即為一般所稱之仲裁。仲裁早在 1974 年即英、美兩國基於詹森條約成立仲裁裁判，而 1899 年之國際紛爭處理條約更進一步設置常設仲裁法院，由各締約國任命裁判官並將該名簿置海牙國際事務局內，於須進行仲裁時再由當事國從該名單中選擇裁判官，該仲裁判決可拘束當事國。由於仲裁官係當事國自行選擇，判決較易為當事國接受，解決爭端之成功率較大，且其進行仲裁之主體並不以國家為限，尚包括國際組織以及國家與私人間之國際商務衝突，一般而言較易接受仲裁之結果。

就國際智慧財產權爭端而言，管理國際智慧財產權公約之專門機構—國際智慧財產權組織（The World Intellectual Property Organization 簡稱 WIPO）早於 1922 年在日內瓦針對當事人間之智慧財產權糾紛，採行非政府機構之仲裁及其他司法機以外之方式解決，召開二次工作小組會議進行討論²⁶。

²⁶ 蔡坤財，〈美國專利仲裁之運用—兼論我國專利仲裁之可行性〉，中華民國商務仲裁協會編（1998），《商務仲裁論著彙編（四）智慧財產權篇（I）》，頁 190。台北：編者。



(五) 司法解決 (judicial settlement)

司法解決係指就國際爭端由依法組成之國際法院，依法律之適用予以解決，目前海牙國際法院為唯一之國際司法常設司法機構，為聯合國之主要司法機關。依據聯合國憲章第十四章規定，聯合國所有會員國均為國際法院之當然當事國；但非聯合國會員之國家亦得經安全理事會之建議成為當事國。國際法院管轄之事項包括訴訟案件以及提供諮詢，但就訴訟案件之管轄必須以爭端當事國同意為前提要件，亦即須是當事國主動提交，國際法院始具有管轄權；至於非聯合國成員如同意接受聯合國安理會所決定之條件者，國際法院亦得受理其案件，且不得使該當事國在國際法院中處於不平等之地位²⁷。

司法解決與其它和平解決爭端策略有幾點不同，就其效果而言；司法解決紛爭之目的在確認「法」的決定，而其它之和平解決爭端方式則側重於考慮政治、經濟及其他條件，目的在尋求和解。另外司法解決係由第三者即裁判官以判決為之，基本上具有拘束爭端當事國之「法」的效力，當事國有履行判決之義務；而其它之和平解決爭端方式，則無此強制力，係以透過各種方式促成當事國和解為目的。

智慧財產權之發展源遠流長，最早之國際智慧財產權公約（保護工業產權巴黎公約）亦於西元 1883 年訂定²⁸。雖然各國因社會、文化發展之不同，因有智慧財產權規範保護之差異性。由於知識無

²⁷ 吳嘉生（2008），同前揭註 15，頁 413-415。

²⁸ WIPO, 〈Paris

Convention〉, http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary_paris.html。(最後瀏覽日：2010/09/06)。



國界之限制，隨著人類科技文明的發展，賦予智慧財產權之國際保護已為重要之發展趨勢，而國際間之智慧財產權爭端亦隨之而生。舉例而言：專利權為智慧財產權保護客體之一，倘有墨西哥人在未經加拿大之專利權人同意或授權之下製造該專利物品並更進一步將該物品銷售至台灣、日本或美國，則加該拿大人之專利權人如遭受侵害而擬請求救濟時，勢須進行跨國爭訟。

GATT 時代之烏拉圭回合談判不但開始納入智慧財產權諮商議題，且一併同時討論 GATT 爭端解決機制的革新，並於 GATT 轉化成 WTO 時一併簽訂《與貿易有關之智慧財產權協定》(TRIPS) 及《爭端解決規則與程序瞭解書》(DSU)，因此，此二份文件即為涉及世界貿易組織國際智慧財產權爭端時之主要架構。

又依據 WTO 爭端解決機構之說明，關於世界貿易組織之國際爭端；係指 WTO 會員政府相信另一會員政府違犯 WTO 成員間之協議或其在 WTO 已為之承諾時，爭端即為產生。而此爭端亦須經由爭端解決機構進行解決²⁹。因此，WTO 成員依其確信其對手會員違反 WTO 成員間之協議或其在 WTO 已為之承諾時，即可向 WTO 爭端解決機構提起申訴解決爭端。

因此，所謂「國際智慧財產權爭端」就 WTO 而言係指會員或會員地區之間，就智慧財產權保護問題產生的爭端，而非指權利人之間或權利人與非權利人之間的爭端，且該爭端係依據 1994 年關稅貿易總協定第 22 條和第 23 條定規定予以解決。簡言之，世界貿

²⁹ See World Trade Organization [WTO], Dispute settlement, retrieved February 8, 2009, from the website of WTO:
http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm. (最後瀏覽日：2010/09/06)。



易組織國際智慧財產權爭端所指涉的對象係為世界貿易組織會員之政府與政府間之 TRIPS 智慧財產權爭議。

二、博奕理論之政治策略應用

博奕理論為特殊型式之決策理論，最初應用於數學、物理學，之後應用於經濟學、政治學乃至國際政治學等。傳統之博奕理論係建立於人類理性行為之假設，藉由數學及邏輯結合之抽象推理形式，而於衝突情勢下，如何為策略之選擇³⁰。2005年獲諾貝爾經濟學獎的羅伯·奧曼（Robert Aumann）對「博奕理論」（Game Theory）下定義，說明「博奕理論」（Game Theory）又可稱為「互動決策理論」（Interactive Decision Theory），亦即針對一群決策者在決策時所面臨的問題與戰略行為，所進行的一套有系統的分析方法。

事實上「博奕理論」係首度於1944年由美國普林斯頓大學數學教授馮紐曼（John Von Neumann）與莫根斯坦（Oskar Morgenstern）合著出版的《賽局與經濟行為》提出³¹，其主要觀點在於主張：經濟為一種完全科學性之行為，需要由數學理論予以進行規範，因此，以「博奕理論」做為分析之工具以實現利益之最大化。

傳統博奕理論於為策略分析時，係將關於動機、行為、手段和目的之間的關係具體化，而此互動狀況將呈現；博奕之一方A為選擇其最佳行為方案，其不僅須了解作為對手之B之利益所在，還必須了解B對A的選擇，將採取何種因應方案；同樣的B的對應方案亦必須考慮A之反應。然而，此種必須「知己知彼」的情形如一

³⁰ 沈玄池（2004），《國際關係》，頁39，台北：高立。

³¹ Thomas C. Schelling 著，張華、高銘淞譯（2006），同前揭註10，頁1。



直延下去，就會發生邏輯上難以擺脫之「無限回歸」(infinite regression)之夢魘，導致此種策略分析無法操作之困境³²。

針對傳統博弈理論之困境至 1950 年代學者約翰·納許 (John Nash) 提出「納許均衡」(Nash Equilibrium) 之創新理論，才破除此一迷思。「納許均衡」理論係就博弈形式採取選擇模式，其認為博弈雙方任何單方面選擇其他行為，僅會使自己獲得更不好之結果，故任何一方均應無單獨選擇其他行為之動機。依理性選擇概念而言，博弈雙方在納許均衡中的行為選擇都是各自對對方選擇的最佳回應。非零和賽局較零和賽局更接近實際之真實世界，一般以囚犯困窘例子為說明；囚犯間無法事先進行溝通或協調，就會選擇對己有利之認罪策略，但卻會得到壞的結果。可以顯示出博弈之雙方面臨選擇合作策略或對抗策略之兩難「困境」³³，最後決定選擇合作或對抗則須視雙方之信任與誠實程度而定。

謝林則認為現實世界多屬於「非零和博弈」，有可能雙方是「誓不兩立」之雙輸狀態，亦可能有雙贏之結果，因此可以運用博弈理論思考雙方可以接受之結果，謝林在其《衝突的策略》一書中提出相互依存決策理論 (the theory of interdependent decision)，主張三大論點包括：「有效的嚇阻」(credible deterrence) 理論、「邊緣運用策略」(Brinkmanship) 以及談判中建立「可信的承諾」(credible commitment) 等。其內容就第一論點：「有效的嚇阻」(credible deterrence) 策略而言：謝林認為嚇阻係指一方採取有效方式影響對方之決策，同時並須讓對方相信己方之反應將取決於對方之行為。

³² 彭懷恩 (2003)，同前揭註 5，頁 189。

³³ 張國忠 (2006)，《談判：原理與實務》，4 版，頁 59，台北縣：前程文化。



且嚇阻存在之前提係雙方同時具有衝突及共同利益，因此，在國際關係中友好國家與敵對國家之間都存在嚇阻之可能性。就第二論點：「邊緣運用」(Brinkmanship)策略而言：謝林主要係利用「不確定之威脅」以便於與對方溝通，並藉製造形勢失控之策略迫使對方屈服妥協。就第三論點談判中建立「可信的承諾」(credible commitment)策略而言：謝林主張以雙邊對等之契約方式承諾，可促使雙方從雙贏之角度做選擇。例如：博弈雙方中如果實力較強之一方能主動釋出善意，提出可信之承諾，主動向一方表示合作，則可使得合作成為博弈之均衡點，且雙方互動機會越頻繁，越有可能建立互信達到合作之結果³⁴。

就博弈理論而言，謝林之相互依存決策理論 (the theory of interdependent decision)，最大的特色在於其不僅適用於數學範疇或經濟學分析，更擴大範圍適用於社會學及政治學領域，外交之國際衝突分析亦深受該理論之影響³⁵。

由於國際爭端係以回歸和平解決為學說及實務上之趨勢，然而和平亦須付出努力，無法憑空求得，納許 (John Nash) 的均衡論，雖目標在求取有利於博弈雙方之最有利策略，然亦有學者批評其想法過於天真，因博弈雙方如均從自利之目的出發，很可能產生個人理性與集體理性之矛盾，而謝林所提出之相互依存決策理論 (the theory of interdependent decision) 主張之三大論點「有效的嚇阻」(credible deterrence) 理論、「邊緣運用策略」(Brinkmanship) 以及談判中建立「可信的承諾」(credible commitment) 在博弈賽局中則提

³⁴ 白波、郭興文編 (2005)，《博弈策略》，頁 II，台北：德威。

³⁵ See Thomas C. Schelling, *The Strategy of conflict*, London, Harvard University Cambridge, Massachusetts, VI (1980).



供更具彈性之策略途徑。

三、國際智慧財產權爭端解決之政治策略必要性

由於「政治」具有社會普遍價值的權威配置之特性，理論上生活於社會範圍內的每一分子均會受到權威配置結果之影響，除非退出這個社會否則無人能置身政治力之外。且因政治具有普遍化的意義，因此，政治競爭場合中的輸家必須面對比經濟輸家更深的打擊，因為政治輸家必須被迫放棄自己原有價值，同時也被迫接受其對手之價值³⁶。以國際智慧財產權之爭端案件從所保護之智慧財產權法律內容、執行受保護智慧財產權的規範，以及致因踐行此等智慧財產權規範所引發之爭端解決，無一不是此立論最佳之註腳。從具體事例觀察；即有以美國為首之開發中國家，將智慧財產權的保護價值高舉到貿易之上後，進而積極運作硬將與貿易性質截然不同的智慧財產權規範納入 GATT 協定，繼而進一步轉化成 WTO 之 TRIPS 協定，使智慧財產權從「化外之民」一躍為各國必須追求、捍衛之至高無上價值。甚至如不維護此一價值，即必須面臨強制力的制裁與懲罰。換言之，於該境況下其它國家並無法聲稱「退出競局（不保護智慧財產權）」而自外於該政策之執行。既然成為政治輸家將背負更多的不利益³⁷。因此，面對基於 TRIPS 之智慧財產權爭端解決相關事項，除須精熟相關法律規定外，即不能忽視政治策略之影響。

³⁶ 吳秀光（2001），同前揭註 8，頁 108。

³⁷ 吳秀光（2001），同前揭註 8，頁 109。



肆、GATT、APEC、WIPO 智慧財產權爭端解決 之政治策略特色

一、GATT/DSU—「第三國居中斡旋為主」之政治策略特色

GATT 為世界上少數擁有爭端解決架構之國際組織，然由於 GATT 本身之規範體例上規定有許多例外規定以及灰色區域措施，造成是否合於規定之認定困難，最後仍須透過政府間之談判才能落實實施，而談判之結果卻又往往取決於各國之政治、經濟實力的強弱，則要達到於公平之結果即趨於困難³⁸。

GATT 爭端機制所採取之基本精神為透過諮商第三國居中之斡旋來解決爭端，因此，缺乏強制之效能，其爭端之解決重在妥協，而影響仲裁之執行力。此外，就爭端之雙方亦參與解決程序之進行，使得當事人可以杯葛程序之進行，導致爭端案件之進行易受拖延難以推動。且 GATT 對案件審理沒有確定時間表亦是造成案件拖延的原因³⁹。且 GATT 對於爭端解決方案如涉及會員內國法之修正，亦常因當事國之內國立法形成不同意見，損害其執行效力。雖然學者 Hudec.R.E.認為 GATT 以談判解決爭端之原則是最好之解決⁴⁰，然因 GATT 性質上屬於臨時性之協定並非正式之國際組織，且其規則亦缺乏法律之拘束力，以致無法確實解決國際貿易爭端。

³⁸ 胡波、毛蔣興、張佳才（2001），《WTO 機制與爭端案例》，頁 14，廣西：廣西民族。

³⁹ 陳潔、趙倩（2001），同前揭註 19，頁 269。

⁴⁰ Robert E. Hudec, *Adjudication of International Trade Disputes*, London: Trade Policy Research Centre, 6 (1978).



二、APEC/DSU—「調解為主」之政治策略特色

(一)、非敵意和自願的模式

亞太經濟合作會議（Asia Pacific Economic Cooperation 簡稱：APEC）成立於 1989 年，為亞太地區高階政府官員之間的諮商論壇。迄今有包括澳大利亞、汶萊、加拿大、智利、中國、香港、印尼、日本、韓國、馬來西亞、墨西哥、紐西蘭、巴布亞紐幾內亞、秘魯、菲律賓、俄羅斯、新加坡、中華台北、泰國、美國及越南等 21 個經濟體參與。

有關 APEC 之爭端解決出現在「大阪行動綱領—執行茂物宣言」文件上，茂物宣言係 APEC 會員體經濟領袖於 1994 年 11 月在印尼茂物會議後所共同發表之宣言。該宣言揭諸三大目標即：加強開放之多邊貿易體系、促進亞太地區之貿易投資自由化、強化亞太技術合作。1995 年之「大阪行動綱領」基本上包括兩大部分，第一部分為自由化及便捷化，第二部分則為經濟與技術合作⁴¹。雖然 APEC 於 1995 年在貿易投資委員會（Committee on Trade and Investment，簡稱 CTI）下設立了爭端調解專家組。但 1996 年 2 月，APEC 在菲律賓召開的高官會議上亦就爭端調解機制問題續為討論，針對 APEC 爭端調解的性質和程序為更深入之探討。專家組亦經提供建立爭端調解服務機制之原則⁴²，即：（1）APEC 的爭端調解應以增強對建立世界貿易組織的馬拉喀什協議為目標，以強化 WTO 爭端

⁴¹ 包括人力資源發展、工業科技、中小企業、經濟基礎建設、能源、運輸、電信與資訊、觀光、貿易與投資、資料貿易推廣、海洋資源保育、漁業、農業科技等十三項。

⁴² The Osaka Action Agenda: Implementation of the Bogor Declaration, Part One, Section A.



解決機制之完整性；(2) APEC 的爭端調解不應對 WTO 協定下的權利和義務產生偏見，不應重複或違背 WTO 的機制和程序；(3) APEC 爭端調解應是自願的，鼓勵採取爭端雙方互利及顧及其他 APEC 經濟體利益基礎上的非敵意和自願的模式；(4) APEC 爭端調解工作應與 APEC 為之努力的貿易投資自由化、便捷化目標的工作保持一致；(5) 鼓勵 APEC 成員在現有國際協定和公約框架內解決涉及私營部門的爭端。透過適當的國內立法安排，使這些國際協定和公約的目的生效，包括適當執行這些協議；(6) 優先重視方便各經濟體獲取有關爭端調停、仲裁服務訊息工作。

(二)、爭端解決之效能

依 1996 年 CTI 所建立之原則，可以了解 APEC 對於爭端解決機制之建置仍以調解為核心精神。然而要注意的是各國對是否建立 APEC 爭端解決機制的問題，立場與態度並不一致；加拿大、韓國、菲律賓、中國、印尼等成員表示支持，美國、澳洲和日本等成員則強調利用現有的雙邊條約和協定來解決成員之間的爭端。所以 APEC 爭端解決機制迄今並未法制化。目前處理方式係將爭端提至 APEC 解決而是運用案例之分享方式處理。換言之，APEC 自 1995 年在貿易投資委員會（CTI）下設立了爭端調解專家組，雖迄今仍未法制化，但無礙會員體藉在 APEC 場域中進行溝通，發揮預先化解爭端之效能，況且可保持 APEC 傳統之和諧精神，此種預防爭端之調解策略，讓爭端雙方以最少成本取得共識，甚至進一步可達成雙方後續之國際合作機會，其效能相較於雙方之進入司法裁決更為理想。



三、WIPO/DSU—「仲裁暨調解為主」之政治策略特色

「世界智慧財產權組織」(World Intellectual Property Organization, 簡稱 WIPO) 為保護智慧產權聯合國國際局依據 1967 年簽訂之「成立世界智慧財產權組織公約」於 1970 年所組織成立，總部設在瑞士日內瓦，成為聯合國之第 16 個專門機構，至 2009 年 5 月止共有 184 個會員國。設立目的在促進並保護國際之智慧財產權，主要的任務為鼓勵成立新的國際性條約，集中管理工業產權、著作權以及商標等之國際性條約，目前所管理之條約有保護工業產權巴黎公約 (Paris Convention for the of Industrial Property 1883)、伯恩公約 (Berne Convention For The Protection of Literary and Aritistic Works 1979)、保護表演、攝影作品、廣播組織之羅馬公約 (Rome Convention ,1961 International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations) 等 24 個公約，堪稱是目前最重要之國際智慧財產權組織。

為因應日益繁多之國際商務與智慧財產權爭議案件，世界智慧財產權組織於 1990 年召開 WIPO 大會，檢討設置有關智慧財產權國際紛爭解決機制之可行性。WIPO 秘書處並就此種紛爭解決機制的相關問題進行討論，並於 1992 年 5 月至 1993 年 6 月間在日內瓦召開三次的工作會議⁴³。由秘書處擬定「WIPO 仲裁服務之建置」草案，向 1993 年 9 月召開的 WIPO 大會提出，經決議通過，世界智慧財產權組織仲裁暨調解中心，總部設於瑞士日內瓦，於 1994

⁴³ 此一工作會議的正式名稱如下：「Working Group of Non-Governmental Organizations on Arbitration and Other Extra-Judicial Mechanisms for the Resolution of Intellectual Property Disputes Between Private Parties」。



年 10 月起正式始運作。該中心管轄「世界智慧財產權組織仲裁規則」、「世界智慧財產權組織調解規則」以及「世界智慧財產權組織快速仲裁規則」⁴⁴等三項爭端解決程序規則，並建立「仲裁暨調解中心」之組織架構，策略上具有以下之特色：

(一)、由公正第三人裁判

WIPO「仲裁暨調解中心」對爭端解決之策略上設計四種模式即：(1) 調解、(2) 仲裁、(3) 快速仲裁、(4) 調解與仲裁併用等四種爭端解決機制，以提供所有國家之企業及人民利用。爭端當事人可自行選擇使用何種爭端解決模式。特別要注意的是 WIPO「仲裁暨調解中心」較之於傳統的調解或仲裁制度增訂一創新規則；即假設爭端當事人間未能自行選定調解人或仲裁人、或未能於規則所定之期限內選定調解人或仲裁人時，該中心就可代為選任適當的調解人或仲裁人，以避免案件拖延。另外，由於國際仲裁程序趨於法律化、及納入過多之法院訴訟程序而導致仲裁程序過於繁瑣冗長，連帶使仲裁費用偏高，亦導致仲裁之靈活迅速性及費用經濟等基本優點隨之喪失。為改善此一問題，WIPO 之快速仲裁機制乃應運而生；其有兩項特色即：(1) 仲裁庭之組成採獨任制；既可免除程序拖延之缺點又可發揮減省仲裁費用之效果。(2) 縮短仲裁程序期限，以發揮仲裁快速解決爭端之功能⁴⁵。此外，對選擇調解與仲裁併用程序之當事人之間可以自行約定，如於一定期間內，無法完成調

⁴⁴ WIPO 著，徐盛國、陳思好、趙化成譯（2003）。《世界智慧財產權組織調解規則、仲裁規則、快速仲裁規則及推薦之爭議解決條款》，頁 1，台北：經濟部智慧財產局。

⁴⁵ 陳煥文，〈世界智慧財產權組織快速仲裁規則評釋〉，中華民國仲裁協會編（1998），《商務仲裁論著彙編（四）智慧財產權篇（I）》，頁 76。台北：編者。



解者，可依當事人一方之申請，逕付仲裁程序解決爭議。

(二)、爭端解決之效能

雖然 WIPO「仲裁暨調解中心」對國際智慧財產權爭端案件，提供較一般仲裁程序更為創新進步之仲裁以及快速仲裁機制，但是其本質上仍是仲裁程序，因此，是否進行此等程序以解決當事者爭端，仍然要由渠等自願、合意，WIPO「仲裁暨調解中心」並無主動發動權，倘當事者一方具有較強之優勢地位，不願協商時，亦無任何強制力要求其接受。再者 WIPO「仲裁暨調解中心」商業氣息濃厚，主要在於提供跨國交易所衍生智慧財產權之爭端，往往容易忽視國家間之文化差異性，對於爭端解決方案之策略考量未必能貼近爭端當事者需求。

伍、WTO/TRIPS 之相關政治策略

GATT 性質上本為一國際性領域的條約，目的在排除國際間之關稅貿易障礙。該協定於 1947 年簽定後，舉行數次之多邊回合談判，其談判之主要目標多在於降低關稅之問題上；惟 1986 年在烏拉圭發起迄 1993 年結束之第八回合談判通稱烏拉圭回合談判（Uruguay Round），其中由瑞士等 20 個國家提案將商品貿易、服務貿易、智慧財產權列入議題。

對於將智慧財產權納入 GATT 保護，成員間存在相當大之歧異，主要是以美國為首之已開發國家持贊成意見，而開發中國家則由印度為代表持反對意見⁴⁶。就美國與歐體提交 GATT 日內瓦會議之

⁴⁶ Carlos M. Correa and Abdulqawi A. Yusuf (Eds.), *Intellectual Property and Interational Trade: The TRIPS Agreement*, 2008(2), New York: Woltewrs Kluwer,



建議書渠等表明立場；主張認為倘若欠缺對智慧財產權的保護法令與執行程序規範，將導致貿易的扭曲並傷害現行諮商承諾，且現行之世界智慧財產權公約、伯恩公約、巴黎公約並不足以遏止仿冒對世界貿易經濟造成之傷害，因此，美國建議訂定邊境執行措施以防止侵害智慧財產權貨品、勞務之流通，建立保護智慧財產權之標準規範，防止對貿易造成障礙之不當規範，並應擴大際諮商、資訊交流以及設立爭端解決程序以保障智慧財產權⁴⁷。

歐體基本上肯定美國之立場⁴⁸，認為現行之 GATT 有關規定並無法完全解決智慧財產權問題，有必要就智慧財產權保護建立新的規範，為達此一目標應納入國民待遇及不歧視原則，並尋求保護智慧財產權措施的明確化及具體化，同時建立諮商及爭端處理程序，以避免貿易障礙並防止權利濫用。

又如何保障智慧財產權？美國更提出具體意見建議認為⁴⁹：對於任何新技術之物品或方法應給予 20 年之專利保護期限，專利之強制授權僅能以個案考量，並給予專利權利人充分之補償，商標必須經使用於商品，始能給予商標註冊專用權，且不應給予商標之強

4-7 (2008).

⁴⁷ SUNS (1987), FAR-REACHING U.S. PROPOSALS ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT, retrieved January 2, 2009, from the website of SUNS – South-North Development Monitor:
<http://www.sunsonline.org/trade/areas/intellect/03280087.htm> (最後瀏覽日：2010/09/06)。

⁴⁸ SUNS (1993), A LONGER HAUL IN URUGUAY ROUND, GATT GOES HEAD-HUNTING?, retrieved January 2, 2009, from the website of SUNS – South-North Development Monitor:
<http://www.sunsonline.org/trade/areas/intellect/02031093.htm> (最後瀏覽日：2010/09/06)。

⁴⁹ 賴源河 (1991)，《貿易保護下之智慧財產權》，頁 35-36，台北：黎明。



制授權。就著作權部分則應給予著作完成時加 50 年之權利，至於對權利的限制與排除則須符合伯恩公約之規定，就營業祕密與半導體電路布局亦許須給予保護。歐體對於智慧財產權之具體保護則強調應建立法律體系，尤其對於執行智慧財產權保護的程序與機構應由政府介入，俾制定迅速、有效且無歧視之機制以便於智慧財產權人權利之施行。此外，並應建立機制加強與世界智慧財產權組織（WIPO）合作，以便於各國資訊交流促進技術合作。

不過以印度為首之開發中國家立場卻顯然不同於已開發國家，渠等認為美國的建議報告意見目的只在透過對第三世界國家的限制以保護美國的專利和商標權利，並藉此建立新的 GATT 協定規範，加重第三世界國家之義務。雖然美國亦同時建議給予印度、巴西等補償或是提供教育訓練等措施，但巴西仍堅持對智慧財產權之保護是要透過國際公約或其國家法律？應由會員自己決定，關貿總協定不應強加對其強加義務履行，否則有害貿易自由化。巴西代表並宣稱對仿冒貨物之問題上，應該先從在關貿總協定現有規範依據來考量。古巴則堅持智慧財產權問題應屬世界智慧財產權組織（WIPO）所應考量之議題。印度強調對智慧財產權的保護並未成為合法的貿易的障礙，且建立智慧財產權保護之新標準係屬於世界智慧財產權組織（WIPO）的任務，故仍反對將智慧財產權保護納入 GATT 諮商⁵⁰，雖肯定與否認之立場鮮明。但探究相關事件背景，可歸納美國為達成其智慧財產權保護目標，實施如下策略：

⁵⁰ ELIZABETH K. KING, COMMENTS THE OMNIBUS TRADE BILL OF 1988: "SUPER 301" AND ITS EFFECTS ON THE MULTILATERAL TRADE SYSTEM UNDER THE GATT, [http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume12/issue2/King12U.Pa.J.Int'l Bus.L.245\(1991\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume12/issue2/King12U.Pa.J.Int'l Bus.L.245(1991).pdf)。(最後瀏覽日：2010/09/06)。



1. 創設、掌控議題策略—將無關貿易之智慧財產權納入 GATT

由於 1972 年起美國出現貿易赤字，經其學者分析報告提出主要之理由是因為美國之智慧財產權未能受到國際間之其它多數國家保護故造成龐大之貿易損失。為通盤性解決此一問題，美國乃修改其貿易法案之規定，即美國先透過其國內貿易法案之修訂，再於 1994 年舉行之 GATT 烏拉圭第八回合談判中，將該貿易法案之內容納入諮商議題，極力將智慧財產權議題推向國際，目的在要求其貿易對手國與其遵守同一套之智慧財產權保護標準⁵¹。

美國為智慧財產權的製造國及輸出國，故於 1974 至 1979 年之 GATT 東京回合談判即與歐體聯合推動仿冒商標商品之流通，接著於 1982 年 GATT 部長會議中提出智慧財產權提案，但遭受印度、巴西等開發中國家之質疑。由於印度、巴西持續反對智慧財產權諮商，美國乃在 1989 年最後對巴西祭出特別 301 之報復後才開始有進展⁵²。

2. 製造新籌碼策略—建構特別 301 法案以進行威脅嚇阻

針對外國不公平之貿易障礙，美國於 1974 年訂定貿易法案，其中第 301、302 條款即規定可對外國之貿易障礙採取報復措施，1988 年之綜合貿易暨競爭力法案（Omnibus Trade and Competitiveness Act）修正該貿易法之第 182 條規定，凡對美國及其他外國人之智慧財產權保護不周之貿易對手國，美國之貿易代表署

⁵¹ Terence P. Stewart, *The GATT Uruguay Round: a negotiating history* (1986-1994), 496(1999).

⁵² The U.S. Special 301 Reports, 1989 to 2010, http://keionline.org/sites/default/files/ustr_special301_1989.pdf (最後瀏覽日：2010/09/06)。



必須於六個月內與該國諮商解決，倘無法達成諮商即可依 301 條款予以報復⁵³。

3. 擴大談判範圍策略—單邊報復與多邊諮商同步運用

為促使 1989 年至 1990 年之 GATT 烏拉圭回合談判之智慧財產權議題有所進展，美國當年度竟宣稱該年度美國將不指認特別 301 名單，其目的在避免危及多邊諮商之達成共識，惟當年度舉行之烏拉圭回合智慧財產權議題談判最後仍無法達成共識，美國之後即仍對泰國、印度以及中國大陸提出特別 301 之指控並要求諮商。顯示美國固然以特別 301 法案為其智慧財產權諮商單邊報復之主要手段，但其在運用策略上卻同步運用多邊談判，多管齊下使用各項策略以便掌控貿易對手國，使其無法置身事外。

從美國修改 301 貿易法案與其推動 IPR 入 GATT 之時間流程對照表（如下附表）分析，可以看出美國在策略運用上之細緻與遠見，從對照表觀察可發現，美國 1962 年所實施之貿易擴張法，內容尚無智慧財產權事項；相對的由於美國的積極推動，1986 年 9 月 GATT 通過部長宣言，將智慧財產權納入討論；美國則於 1988 年通過修正綜合貿易暨競爭力法案（Omnibus Trade and Competitiveness Act）修正該貿易法之第 182 條規定，凡對美國及其他外國人之智慧財產權保護不周之貿易對手國，美國之貿易代表署將於六個月內與該國諮商解決，即一般所稱之特別 301 調查程序，

⁵³ Omnibus Trade And Competitiveness Act Of 1988 ;
<http://www.asycuda.org/cuglossa.asp?term=Omnibus%20Trade%20and%20Competitiveness%20Act%20of%201988>（最後瀏覽日：2010/09/06）。



事實上美國此一程序至今仍對多數國家形成貿易上之重大壓力⁵⁴。

附表：美國訂定特別 301 法案與推動 IPR 納入 GATT 之時間對照表

美國修改貿易法案—301	美國推動 IPR 納入 GATT
1962 年貿易擴張法 (Trade Expansion Act) 第 252 條授權總統可對外國之不公平農業貿易障礙進行報復。	
1974 年貿易法 (Trade Act) 第 301、302 條取代 1962 年貿易擴張法 (Trade Expansion Act) 第 252 條對外國之不公平、不合理貿易障礙之報復對象擴大不區分農產品與非農產品。並要求美國貿易代表署每六個月向國會提出報告。	

⁵⁴ Nicole Telecki, THE ROLE OF SPECIAL 301 IN THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AFTER THE URUGUAY ROUND, 155(1996).



美國修改貿易法案—301	美國推動 IPR 納入 GATT
1979 年貿易協定法 (Trade Agreement Act) 第 302 至 306 條明定美國貿易代表署可調查外國對美國出口之限制行為，並向總統提出如何報復之建議。	
1984 年貿易及關稅法 (Trade and Tariff Act) 第 301 至第 307 條規定美國貿易代表署毋須等產業申訴可以主動展開調查。	
	1986 年 9 月通過《烏拉圭回合談判部長宣言》將對與貿易有關之智慧財產權問題進行討論。
1988 年綜合貿易暨競爭力法案 (Omnibus Trade and Competitiveness Act) 修正該貿易法之第 182 條規定，凡對美國及其他外國人之智慧財產權保護不周之貿易對手國，美國之貿易代表署必須於六個月內與該國諮商解決。即一般所稱之特別 301 調查程序。	1988 年於加拿大舉行 GATT 部長會議通過全面性之智慧財產權協議。



美國修改貿易法案—301	美國推動 IPR 納入 GATT
	1989 年 TRIPS 委員會主席提出 TRIPS 主席文件併同不同意見文本進行討論，TRIPS 之基礎結構得以成立。
	1990 年布魯賽爾部長會議進行智慧財產權，GATT 納入智慧財產權已成定局。
	1991 年於日內瓦通過 TRIPS 草案。
	1994 年 TRIPS 正式與 WTO 協議一併簽署。
	1995 年 1 月 1 日與 WTO 組織一起正式生效運作。

作者自行繪製



4. 延長談判期限策略—持續不斷製造諮商籌碼

美國 301 法案性質上並非國際法而是標準之美國國內法，各國對基本上並無遵行之義務⁵⁵，因此，美國在操作上除將其內容強力置入 GATT 協定內，藉由貿易關稅互惠為誘因，同時運用特別 301 法案保護其智慧財產權，再與國際協定 GATT 合流，雖可強化保智慧財產權之力度，但為使貿易對手國願意接受，美國亦深感到不能僅依賴單一之籌碼，因此，增加以同意貿易對手國加入區域性貿易協定為策略使對方願意配合。例如墨西哥為加入北美貿易自由協定而同意配合大幅改善其智慧財產權保護。

5. 「威脅」與「合作」併用策略—「威嚇」與「承諾」齊行

保護智慧財產權基本上是由已開發國家為渠等經貿利益所必須積極推動之國際貿易目標，但對技術、經濟尚非完善的開發國家，要求踐行高度發展國家之標準，對其國家之財政負擔其實耗費甚大，為了使開發中國家得以建立起保護機制，美國雖然不惜於 1989 年 5 月對印度、巴西動用“特別 301”之諮商除威脅嚇阻渠等不為反對 GATT 烏拉圭回合談判中的智慧財產權協定外；另一方面又承諾開發中國家所要求的服務協議、給予開發中國家更長之公約過渡適用期，以及強化 GATT 之爭端解決機制等⁵⁶，以做為換取開發國家同意之交換條件。且亦主動同意經由雙邊協定下提供開發中國家之技術及財政協助，同時搭配技術移轉、投資之誘因並進一步督促該國立法保護以建立其執行機制。

⁵⁵ 吳嘉生 (2001)，《美國貿易法三〇一條款評析》，頁 222-223，台北：元照。

⁵⁶ 陳潔、趙倩 (2001)，同前揭註 19，頁 7。



綜合 TRIPS 協定之成立諮商歷史背景觀察，主要仍在於以美國為主之已開發國家之強烈要求⁵⁷，目的在於將 TRIPS 納入 GATT 後再續轉入為 WTO 協定，以達成其主張將智慧財產權納入國際協定（GATT）保護之目標，從而透過此一途徑讓美國之智慧財產權得到國際之保護⁵⁸。而在整體談判博奕之過程中，美國對此事件運用了 1.「創設、掌控議題策略」、2.「製造新籌碼策略」、3.「擴大談判範圍策略」、4.「延長期限談判策略」以及 5.「威脅與合作併用策略」等策略。將其欲達成之目標—智慧財產權之全球保護，以議題之方式在 GATT 國際多邊諮商場合中提出，進而以其內國法架構特別 301 法案對 GATT 成員之貿易對手國施壓威嚇，採用單邊報復與多邊諮商同步運用，延長談判期限，給予談判對手國相關之讓步與允諾，最後成功達成其將 TRIPS 納入國際保護之目標。

推究此五項策略內涵，在「創設、掌控議題策略」、「製造新籌碼策略」以及「威脅與合作併用策略」方式上，彰顯運用「威嚇」策略之效果，且提供貿易對手國之財政援助以及技術移轉等，亦顯示美國在諮商談判過程中彈性運用「可信度承諾策略」，雖然 TRIPS 公約原本並不在貿易體系保護範圍內，然在美國多年諮商談判之策略運用下，智慧財產權之保護終究納入國際貿易組織體系保護，其影響範圍廣大且深遠。

⁵⁷ Ruth L. Gana, *Prospects for Developing Countries under the TRIPs Agreement*, 29 *Vand. J. Transnat'l L.* 735, 753 (1996); McManis, *supra* note 15, at 266.

⁵⁸ 李順德（2006），同前揭註 21，頁 21。



陸、WTO/DSU 結構之相關政治策略

一、第一階層結構：協商策略

WTO 爭端解決機制 (DSU) 係依據 1947 年 GATT 之第 12 條及第 13 條關於爭端解決原則及處理規定予以修改。目的在提供多邊貿易體系中安全且可供信賴的爭端解決中心機制，並闡明現存於國際法規上會員國之權利及義務，然 DSB 所為之任何建議不得增加或減損會員國在協定下所取得之權益⁵⁹。

WTO 爭端解決機制之基礎原則係經由政治、法律等非強制性之方式，讓成員履行其權利與義務為目地。因此，相關規範之設計即納入許多國際公法所採用的政治外交方法，例如：諮商、斡旋、調解及調停等，同時為增進爭端解決之執行效能，亦納入相關法律方法，例如：仲裁、專家審議、上訴審議等。

為辦理爭端案件，WTO 爭端解決機制成立一行政監督執行機構 (Dispute Settlement Body 簡稱：DSB)，該機構有權成立審議小組 (panels)、採納審議小組及上訴機構 (Appellate Body) 之報告，監督規則及建議書的執行，以及停止在協定下所授予之專屬權利或義務。對任何有關協定之爭端發展，DSB 須知會 WTO 相關之會議或委員會⁶⁰。又若屬複邊協定 (Plurilateral Trade Agreement) 所引發之爭端，DSB 所為爭端解決之行政規定，僅對接受之會員具有拘束力⁶¹。

⁵⁹ DSU Article 3 General Provisions.

⁶⁰ DSU Article 2 Administration.

⁶¹ 按 WTO 所涵蓋之協定範圍，主要以多邊協定為主，對會員具有拘束力，至複邊貿易協定則僅對接受之會員具有拘束力。



會員國得決定以協商改善並促進效率，每一會員國須基於雙方之考量及充分的機會來進行協商。除有其他雙邊協議之外，倘依據協定來進行協商，被告會員國須在接獲通知 10 日後本於善意進行諮商，並在 30 日內達成彼此滿意之解決方案。倘被控會員國未能於 10 日內回應，或未在 30 日內進行諮商，或雙方諮商後未達成協議，則原告國得直接請求成立審議小組⁶²。

對於協商上之所有之求均應通知 DSB、相關會議及委員會。在審議程序所提出之任何請求，應書寫摘要並載明理由，包括對爭議方式的定義及控訴之法制基礎。根據協定規則之審議程序，在斥諸爭端協定（共識）採取進一步行動之前會員國應盡力求事情之滿意公正的裁決。協商對任何會員國之權利及未來之程序須是被信賴且無偏見。

如果協商會議在受理提出之 60 天內未能解決爭議，原告國得要求成立審議小組，或是協商當事國認為無法解決爭議時，亦同。緊急情況時，包括考量易腐壞之貨品，會員國在接受請求未超過 10 天進入諮商時，倘協商會議在接受請求 20 天內未能解決爭議時，原告國得要求成立審議小組。在緊急情況下，包括考量易腐壞貨物，爭端當事國、審議小組及上訴組織均應儘可能致力加速擴大進程之可能性。協商會員間尤須對特殊之問題及開發中國家會員國之利益予以特別的注意，不論何時審議程序須考量，遵守 1994 年 GATT 第 12 條第 1 項實質貿易利益之規定。

⁶² DSU Article 4 Consultations.



此外，仍允許對爭端當事國進行貨物部門、和解斡旋及調停程序。程序進行涉及貨物部門、和解斡旋及調停程序，爭端期間藉由此等程序，處於一特殊之地位，在此等程序進行之中對任一造當事國之權益不應有所偏頗。任何爭端之當事國均得隨時要求進行或終止貨物部門、和解斡旋及調停程序，一旦貨物部門、和解斡旋及調停程序停止，原告會員國得要求成立審議小組⁶³。

在提起諮商後進入貨物部門、和解斡旋及調停程序，於要求成立審議小組之前，原告會員國須允許在 60 天內進行諮商。倘當事國在貨物部門、和解斡旋及調停程序，在 60 天內仍無法解決爭端，原告會員國得要求成立審議小組。在審議小組程序進行中，當事國仍得為貨物部門、和解斡旋及調停程序會員國亦得提出有關貨物部門、和解斡旋及調停之程序。

WTO 爭端解決機制 (DSU) 迅速解決爭端，並適當平衡爭端當事國之權利與義務，以維護會員國在協定下直接或間接之利益。DSB 所為之建議書或裁定須係圓滿達成爭端解決協議書 (DSU) 及所涵蓋協定為目標。任何解決之形式或仲裁書須與協定相符，不得廢棄、減損或防礙會員國依協定所擁有之利益。

另外為迅速解決爭端以允許爭端當事國採取仲裁作為解決爭端方式之一，如爭端當事國已經清楚界定爭端問題。爭端解決機制除另有規定外，雙方當事國如相互合意訴諸仲裁，則應在仲裁程序實際開始前，預先通知各會員。其他會員經同意訴諸仲裁當事國之合意，亦得成為仲裁程序之當事國。仲裁程序之當事國應同意遵守仲裁判斷。仲裁判斷應告知 DSB 及相關協定理事會或委員會，任

⁶³ DSU Article 5 Good Offices, Conciliation and Mediation.



何會員可就該判斷提出有關之意見⁶⁴。

二、第二階層結構：司法審議策略

如果爭端雙方無法在第一階段達成協商解決，則爭端進入司法審議階段，此階段涉及二部分即：專家審議小組（panel）的調查、上訴審議機構（Appellate Body）之復審及爭端解決機構（DSB）之裁定。即原告會員國可向 DSB 會議提出，並經 DSB 全體一致之同意成立審議小組。要求成立審議小組須以書面為之，並標明協商是否仍予存續，另簡述爭端之過程，及原控訴會員國當前問題之法制基礎。倘附隨有其他參考條件，則須另行提供提案之參考資料⁶⁵。

審議小組之成員組織包括政府或個人，代表 1947GATT 協定締約方之會議或委員會之領導者或秘書長，教授或出版國際貿易法或政策，或參與高階貿易政策之官員或會員。審議小組之成員係從具有安全及獨立觀念之會員中挑選出來，具有充分、廣泛之背景及經驗。除非取得同意否則不宜以第 10 條第 2 項之人擔任審議小組之成員⁶⁶。審慎挑選審議小組成員，秘書處應備有一份非正式之政府及非政府名單，以便從中挑選適當之審議小組成員，此份名單應包含 1984 年 11 月 30 日所建立之非政府審議小組人員值勤名單、及其他值勤名單，及任何涵蓋於協定所建立之間接名單，且須備有值勤人及執行 WTO 非正式人員之姓名。

會員國亦得先建議政府及非政府，包括提供國際貿易及包括知識資訊，對個別之名單須表明其個人對協定事務所研究之領域、主

⁶⁴ DSU Article 25 Arbitration.

⁶⁵ DSU Article 6 Establishment of Panels.

⁶⁶ DSU Article 8 Composition of Panels.



題及經驗。除爭議當事國同意於 10 天內成立審議小組（由五名審議委員組成）外，應由三名審議委員成立審議小組，小組成立後應儘速通知會員國。秘書處應提案推薦審議小組予爭議當事國，爭議當事國如無其它重大理由不得拒絕。成立審議小組後 20 天內如未達成任何協議，協議程序主持人、DSB 主席及相關會議委員會主席，得任命其等所指派之人成立審議小組，並於 10 天內通知會員國。

此外，會員國於一般原則下須允許其官員擔任審議委員。審議委員係貢獻其個人之能力而非為政府或組織之代表，會員國亦不應影響其在審議小組之相關事項。對開發中國家與已開發國家間之爭端審議小組，開發中國家可請求審議委員之成員，至少須有一人為開發中國家所選出。審議委員之費用，包括旅運費及生活費均由 WTO 預算下支出。

審議小組職在基於爭端議定書及協定以踐行其責任，審議小組應秉持案件事實及協定規範為一客觀之判斷，審議小組並須給予爭端當事國充分之機會以發展相互滿意之解決方案⁶⁷。

除爭端國諮商後審議小組為其他之裁決外，審議小組應依作業程序規定進行。審議程序應提供充分彈性的時間以便作成高品質之審議報告，但亦不得不當地拖延程序。爭端國進行諮商後，審議委員應儘速進行，並儘可能於一周內組成，審議小組同意參考項目，應明例於時程表，並審酌有無緊急案件，包括涉及易腐產品等應盡全力加速諮商程序之進行事項⁶⁸。

⁶⁷ DSU Article 11 Function of Panels.

⁶⁸ DSU Article 12 Panel Procedures.



就審議過程而言，審議小組應提供充分之時間，供爭端當事國準備提交議案。審議小組應嚴格執行當事國提案並尊重最後時程。每一當事國應提交一份書面摘要予秘書處俾迅速傳送予審議小組及爭端當事國。於爭端國進行諮商後，雙方當事國應同時提交首份摘要，除審議小組另有裁決外，原告國應摘陳首份回應國之建議議題，並排定於時程表內。首份摘要應予保留，審議小組並須設訂回應國之摘要，任何書面摘要應同時提出。

為促使程序更具效率，審議小組應於審議期間為引導與監督至雙方爭議之最終報告書完成，一般而言期間不得超過六個月，如情況緊急包括有易腐壞物品者，則對雙方爭議之最終報告書應於三個月內完成。

對審議小組之報告僅爭端當事國得提起上訴，第三國不得為之。但已依規定通知 DSB 其對此案件有實質利益之第三國，得向上訴機構提出書面意見，並得使上訴機構有機會聽取其意見。原則上，自爭端當事國一方通知其上訴決定起至上訴機構作成決定止，不得超過 60 日。在確定時間表時，倘有相關上訴機構，應參酌有無情況緊急包括有易腐壞物品之情形。當上訴機構認為無法 60 日內提出報告，應以書面告知 DSB 遲延之原因及提交報告之預估期間。惟此一程序最長不得超過 90 日。又提起上訴，限小組報告之法律爭議及小組所為之法律解釋爭議為範圍。而上訴機構報告應由 DSB 通過且當事國應無條件接受。



三、第三階層結構：執行策略

為確保爭端之有效解決並能迅速執行，須遵行 DSB 所作之建議或裁決。DSB 並應監督所通過之建議或裁決之執行。任一成員得在通過後任何時間向 DSB 提出建議或裁決之執行爭議。除 DSB 另有決定外，建議或裁決之執行爭議應於依本條規定決定合理期間之日後六個月內，列入 DSB 會議議程中討論，且應列入議題並應保留議題直至解決爭議為止。每次 DSB 開會前至少 10 日，相關會員應以書面向 DSB 提交建議或裁決之執行進展之現況報告。若所爭端案件係由開發中國家會員提出，DSB 應考慮採取適合此一情勢之進一步行動。若案件係由開發中國家會員提出，於考慮其應採取何種適當行動時，DSB 不但應考慮受指控措施之貿易層面，且應兼顧此等措施對相關開發中國家成員經濟之影響⁶⁹。

柒、建議代結論

回顧歷史，WTO 納入 TRIPS 並建制爭端解決機制主要係由貿易大國所主導，所建構之理論主要是以貿易自由化為基調，提倡擴大保護智慧財產權必須有一具體之機構，具有「公平」、「正義」、「快速」、「有效解決」WTO 成員間之爭端，包括智慧財產權爭端（TRIPS）。且強力對此爭端解決機構必須賦予傳統國際爭訟法上所無之「司法」強制力，始能確實發揮保護智慧財產權之執行。但是 WTO 的成員間每個國家之文化、政治、經濟條件未必相同，貿易大國所提出之「自由」、「公平」、「正義」理論是否確實對其他經濟、技術較低度之國家反而是一種斷傷？學者有以博奕理論進行論述

⁶⁹ DSU Article 21 Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings.



智慧財產權政策之國際博奕認為：WTO/TRIPS 在生效之前各國對其之智慧財產權政策制度尚有博奕空間，然一旦 WTO/TRIPS 生效後，因公約具有一定之強制力，即會縮小各國對其之智慧財產權政策制度策略之博奕空間⁷⁰。此外對 WTO 爭端解決機制滲入傳統國際爭訟法上所無之「司法」強制力，是否發揮了預期效果？在歷經數年之實施後其功能亦為學者所質疑。

澳洲學者 Peter Drahos 即言：每個國家都有權選擇智慧財產權所服務的目的或目標⁷¹。然以美國為首之已開發國家，積極推動 TRIPS 納入 GATT 國際協定而要求開發中國家加強專利保護，所持之論點多係以更強之專利保護可導致更多的創新，使全球皆受惠並且能促使專利技術向開發中國家擴散為理由。但是經學者 Lerner 研究 60 個國家在過去 150 年間所發生顯著之專利改革影響分析，其結論卻顯示強化專利保護，固然會使來自國外之專利申請有所增加，但並未發生本國專利申請增加之結果⁷²。申言之，對於提高智慧財產權保護未必就能提高專利技術，真正要提高專利技術者仍須要從創新技術去加強。就謝林相互依存決策理論以檢視說明，TRIPS 之誕生並非是智慧財產權保護普世價值之所趨，其主要之理由係基於已開發國家為保護其智慧財產權所產生之產品而設立之目標，並透過國際多邊談判與其對手—開發中國家數年博奕諮商之結果。在過程中將智慧財產權設計置入 GATT 之「多邊諮商」策略，同時併用特別三 O 一貿易制裁之「單邊威嚇」策略，在加以允諾給予開發

⁷⁰ 吳欣望 (2007)，《知識產權—經濟、規則與政策》，頁 135-136，北京：經濟科學。

⁷¹ 周林 (2007)，《知識產權研究》，頁 1，北京：知識產權。

⁷² Joshua Lerner (1994), The Importance of Patent Scope: An Empirical Analysis, RAND Journal of Economics, 25(2), 19-33.



中國家相關之承諾，最後完成智慧財產權成為國際協定保護之目標，更為確保智慧財產權保護之落實，而大力建構 WTO/DSU。因此，未來我國面對涉及國際爭端之智慧財產權案件所需要考量的，實無法僅單純從法律來著眼，必須剖析事實探究其後之背景，了解其所應用之法律與策略，才能針對現況提出適當之因應方案，爰提出建議如后：

一、擬定策略參與 WTO/TRIPS 公約之修正

就智慧財產權保護及爭端解決機制雙雙納入國際公約體系之發展歷程，如從博奕理論角度來觀察，可解讀此為一場先進國家與開發中國家之長期博奕賽局。而此整體的博奕賽局，先進國家已然成為「政治贏家」。因渠等並未採取強制武力或者戰爭方式以達成欲求取之目標；而是創造諮商議題、不斷地從事雙邊諮商、多邊諮商，將其所欲達成之目標—將智慧財產權保護與及爭端解決機制提昇為普世化之價值，以促使國際上多數國家依循此一「價值」。

目前 WTO/TRIPS 法律涉及之三大問題，就 1. 專利藥品保護與公共健康之衝突與調和，因涉及以專利藥品大國之已開發國家與利用專利藥品之開發中國家的公共衛生利益問題間存在利益衝突；2. 葡萄酒與烈酒之地理標示是否給予保護以及該保護範圍應否擴大至所有之地理標示，利益衝突則發生在歐盟、瑞士及匈牙利等具有保護地理標示悠久之歐洲國家與以美國為首之澳大利亞、紐西蘭等利用歐洲國家相同地理標示之新移民國家。以及 3. TRIPS 與生物性多樣公約存在著調和問題等⁷³，均有待會員談判解決。觀察

⁷³ Kaitlin Mara, Efficacy Of TRIPS Public Health Amendment In Question At WTO, Intellectual Property Watch 1 March 2010;



WTO/TRIPS 此三大法律問題，本質上均涉及博奕雙方之利益衝突。因此，基於維護本國利益，並促進國際合作，建議我國預為擬定策略方案參與公約修正諮商。

二、積極參與 WTO/DSU 規則之修正

WTO/DSU 已成為新的國際貿易多邊組織之重要機構，WTO 成員不論是已開發國家或開發中國家均適用此一程序，然開發中國家缺乏足夠之政治經濟力量。因此，在諮商談判中對維護權利、保護利益長期處於弱勢之地位，雖然 WTO/DSU 訂定之「反向共識原則」及「交叉報復」規範讓弱國得以貿易大國抗衡，但 WTO/DSU 之法律規範上目前仍存在許多問題有待會員談判解決。

我國於 2002 年成為 WTO 之一員，與會員發生之智慧財產權爭端時亦須適用此一機制，因此，充分了解 WTO/DSU 之規範內容，始能維護本國之權益，尤其 WTO/DSU 已於 2002 年啟動修法之諮商談判，雖然目前因杜哈會議之挫敗，而未續為積極開展，但畢竟 WTO/DSU 規範之完善與否，將影響會員之權益。所以宜將主動研究、積極參與 WTO/DSU 之修法談判列為我國策略目標之一。

三、建構互利共贏政治策略思維以因應國際智慧財產權爭議事項⁷⁴

為確保智慧財產權受到各國之保護，已開發國家運用各種政治策略先將智慧財產權納入 GATT，續而建立 WTO/TRIPS 並更進一步建構 WTO/DSU 以確保相關會員國落實智慧財產權保護之執行，

<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/03/01/efficacy-of-trips-public-health-amendment-in-question-at-wto/>。(最後瀏覽日：2010/09/06)。

⁷⁴ 此為筆者個人意見不代表智慧局立場。



使得各會員擔負遵守協定之壓力；面對先進國家以多邊組織（WTO）方式，強化雙邊之功能（例如：美國之特別 301 諮商）之策略，從南方國家持續就 WTO 相關議題表達無共識之態度觀察，顯然採取「退出競局」方式（即不進行諮商）亦可為破解博弈之有效策略。然對此形勢，歐美亦早在 2003 年 WTO 杜哈會議遲滯時，即開始進行自由貿易協定（Free Trade Agreement, 簡稱 FTA）之布局。到目前為止，美國已與澳大利亞在內的 17 個國家簽署 FTA 並已生效⁷⁵。另依 WTO 公布的資料顯示，到 2009 年 2 月為止，全球共有 421 個雙邊協定的 FTA，另外，大約還有將近 400 個正在協商當中⁷⁶。對此，可思考的是如何破解當前波濤洶湧之 FTA 浪潮？依筆者見解認為：應回到 WTO/DSU，亦即回到多邊機制並“治癒”WTO/DSU 之磋商程序因欠缺實際確定時間表，而無法迅速裁決、對於非政府組織之透明性不足以及上訴機構缺乏續行審查機制等瑕疵，否則爭端依舊不易解決⁷⁷。且數百個雙邊協定的 FTA 串連後，其效果將與多邊之 WTO 相當，終將走向 WTO 目前難以推展之窘境；且因 FTA 係由個別國家諮商，則對科技、文化輸入之國家在智慧財產權保護諮商上易居於弱勢，則 FTA 之簽署將成為負擔而非困境之突破，對此，爰建議宜建立政治策略思維，以因應國際智慧財產權爭議事項。

其實國際社會中各國難免以本國利益為優先目標，衝突自難以避免。如爭端雙方均立於絕對之立場，則除非回到傳統以武力為強勢解決，否則爭端將始終存在。鑑於國際關係中存在各國主權及其

⁷⁵ <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>.（最後瀏覽日：2010/09/06）。

⁷⁶ 林建甫，南韓與歐盟 FTA 的省思，財金（評）098-066 號，March 30, 2009.

⁷⁷ 韓立餘（2004），《WTO 案例及評析（2001）》，頁 1-5，北京：中國人民大學。



國家利益之現實考量，更需以誠信及合作解決爭端⁷⁸，因此，未來我國於辦理國際智慧財產權爭端實務上，宜就相關個案參考謝林之相互依存決策理論，以取得雙方可接受之方案為核心目標，彈性運用「威嚇」、「邊緣政策」及「可信度承諾」等策略⁷⁹，並納入和諧之思維，俾建構互利共贏之爭端解決策略，以爭取國家利益之最大化。

⁷⁸ 鄂曉梅（2006），《單邊 PPM 環境保護措施與 WTO 規則：衝突與協調》，頁 94，北京：法律。

⁷⁹ 1993 年美國國家科學院（National Academy of Science）曾特別頒獎予謝林，以獎勵其主張之理論對防止核戰具有重大貢獻。