

美國 301 條款與中國大陸智慧財產權政策之評析

江庭緯*

摘要

美國 301 條款一直以來都被視為是單邊貿易主義的象徵。2017 年 8 月，美國貿易代表署即依據 301 條款，啟動對中國大陸技術移轉、智慧財產權及創新相關政策的調查，並於 2018 年 3 月公布的調查報告中，認定其政策屬不公平貿易行為，近期更宣布對約 2,000 億美元的中國大陸進口產品加徵關稅。中國大陸對進口技術之侵權責任和改進成果歸屬的規範，以及允許中外合資企業的中方於技術轉讓契約到期後繼續使用外國技術的作法，可能違反與貿易有關之智慧財產權協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS）下的國民待遇原則和專利權授予的規範。本文將介紹 301 條款的運作方式，並評析本案調查報告中所指出的智慧財產權政策與世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）有關之協定的合致性。

關鍵字：301 條款、世界貿易組織、WTO、與貿易有關之智慧財產權協定、TRIPS 協定、國民待遇原則

* 作者為國立交通大學科技法律學院法學碩士。
本文相關論述僅為一般研究探討，不代表本局之意見。

壹、前言

2017 年 8 月 18 日，美國貿易代表署（Office of the United States Trade Representative, USTR）根據總統所簽署的備忘錄，正式對中國大陸（以下簡稱中國）啟動「1974 年貿易法」（Trade Act of 1974）第 301 至 310 條（以下簡稱 301 條款）之調查¹，以評估中國有關技術移轉、智慧財產權及創新的法律、政策和措施是否對美國的貿易利益造成傷害（以下簡稱中國智慧財產權政策調查案）²。該條款允許 USTR 於認定外國有不公平貿易措施後，逕行課徵關稅或實施進口限制等單邊報復性貿易制裁。

自 WTO 成立以來，會員間有關智慧財產權政策的爭議，多透過 WTO 所建立的機制加以解決，因此美國發動 301 條款調查及單邊制裁的案例逐漸減少。2001 年後，除本次中國智慧財產權政策調查案外，美國更僅啟動過兩次 301 條款調查，其中一次是在 2010 年，調查中國綠色科技及再生能源相關政策是否違反 WTO 補貼暨平衡措施協定（Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM）³，最終美國並未進行貿易制裁，而是將案件提交至 WTO，中國在協商階段即同意取消相關補貼。

美國貿易法於 1988 年修法後，將制裁分為兩種情形：強制性措施（mandatory action）及裁量性措施（discretionary action），前者係指當受調查國違反與美國簽訂之貿易協定義務時，USTR 應強制採取制裁措施；後者則指受調查國所採取之措施雖不必然違反貿易協定，但係不合理或歧視且對美國商業產生負擔或限制時，USTR 得裁量是否進行制裁。本次中國智慧財產權政策調查案的特別之處在於，USTR 並非依據涉及貿易協定或智慧財產權保護之程序，而係以裁量性措施之規定為依據，不強調中國違反貿易協定之義務來啟動調查。此外，調查時程係依貿易法第 304（a）（2）（B）條之規定，於啟動調查後 12 個月內作成決定，而非按照涉及貿易協定或智慧財產權保護之程序。

¹ 美國貿易法於 1974 年通過後，雖經 1984 年、1988 年、1994 年等法案數次增修，始成為本次調查的法律依據，惟一般仍慣以「1974 年貿易法」（或本文簡稱之「貿易法」）稱之。

² Initiation of Section 301 Investigation; Hearing; and Request for Public Comments: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation, 82 Fed. Reg. 40,213 (USTR 2017).

³ Initiation of Section 302 Investigation and Request for Public Comment: China-Acts, Policies and Practices Affecting Trade and Investment in Green Technology, 75 Fed. Reg. 64,776 (USTR 2010).

此舉是否表示美國欲迴避 WTO 爭端解決機制之管轄，或是認為本次調查之爭議無關 TRIPS 協定⁴之義務，而有意對中國進行單邊貿易制裁，引發各國廣泛關注。最終 USTR 於 2018 年 3 月 22 日發布本案的調查報告⁵，認定中國的數項智慧財產權政策構成不公平貿易措施，並於同年 6 月及 8 月二度發布中國進口產品報復清單，影響其年貿易總額高達 500 億美元⁶。

本文將研究上述議題，首先介紹 301 條款的調查目的、流程、對象、制裁方式，以及 301 條款於中美智慧財產權談判歷程中所扮演的角色。接著將介紹本次中國智慧財產權政策調查案之背景及 USTR 之調查報告，並分析其智慧財產權相關措施與 WTO 協定之合致性，以提供我國政府及相關產業作為參考。

貳、301 條款與中美智慧財產權談判

一、立法目的及歷程

自 1960 年代開始，由於經濟全球化及貿易自由化的發展，使得二戰後美國主導世界生產及消費秩序的地位受到挑戰，出口競爭加劇，甚至於 1971 年首度出現貿易逆差。為了確保美國企業能與外國企業公平競爭和貿易，國會便於 1974 年通過貿易法，授權總統對採取不公平貿易手段的國家，以提高關稅、限制進口等方式進行單邊制裁。

⁴ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, 1869 U.N.T.S. 299, 33 I.L.M. 1197 (1994).

⁵ USTR, *Findings of The Investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation under Section 301 of The Trade Act of 1974*, Mar. 22, 2018, <https://ustr.gov/sites/default/files/Section%20301%20FINAL.PDF> (hereinafter USTR 301 Report into China's IP Policies).

⁶ USTR, *USTR Issues Tariffs on Chinese Products in Response to Unfair Trade Practices*, June 15, 2018, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/june/ustr-issues-tariffs-chinese-products>; USTR, *USTR Finalizes Second Tranche of Tariffs on Chinese Products in Response to China's Unfair Trade Practices*, Aug. 7, 2018, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/august/ustr-finalizes-second-tranche>.

由於執行成效不彰，國會便於 1988 年通過「綜合貿易暨競爭力法案」(Omnibus Trade and Competitive Act of 1988) 對 301 條款進行修正，除了將總統執行制裁之權限移交 USTR 行使外，更訂定強制性措施以限縮 USTR 不進行制裁的權限，並新增特別 301 及超級 301 條款之認定標準。

特別 301 條款(貿易法第 182 條⁷) 要求 USTR 針對智慧產權保護或市場開放程度不足之國家，按嚴重程度於特別 301 報告中分列為「優先指定國家」(Priority Foreign Country)、「優先觀察名單」(Priority Watch List) 或「觀察名單」(Watch List)，並立即對優先指定國家啟動 301 條款調查及協商談判。我國曾在 1990 及 2000 年代先後被列於優先觀察名單及觀察名單之中，經設立智慧財產法院及多次修法始被除名。

超級 301 條款(貿易法第 310 (a) 條⁸) 則是要求 USTR 認定妨害貿易自由化的優先措施及優先國家，惟原條文已於 1991 年失效，後多次經行政命令延長適用。最近一次修法在 2015 年的「貿易便捷化暨貿易執行法案」(Trade Facilitation and Trade Enforcement Act of 2015)，該法案將超級 301 條款常態化，規定 USTR 須對外國政府違反貿易協定或對美國貨品、服務或投資產生貿易障礙之措施作成年度報告，列為貿易執法優先對象。這一系列修法的目的，在於迫使受調查國開放市場或檢討貿易相關政策，以促進美國出口經濟成長及降低失業率。

在加入 WTO 時，美國亦明確表示上述 301 條款除了將用以調查違反 WTO 協定之案件外，也會用於處理 WTO 協定沒有涵蓋到的不公平貿易手段⁹。特別是在勞工權利、環境保護、競爭政策等不存在多邊貿易規範的部分，仍須繼續使用 301 條款¹⁰。

二、調查程序

如圖 1 所示，啟動 301 條款調查之方式有三：最常見者，係經具有利害關係之私人提出調查申請書，並載明外國不公平貿易措施之事實，USTR 須於收到申

⁷ 19 U.S.C. § 2242.

⁸ 19 U.S.C. § 2420(a).

⁹ *United States to Use GATT Dispute Settlement Aggressively*, 11 INT'L TRADE REP. 30 (Jan. 5, 1994).

¹⁰ *USTR Says Accord Preserves Section 301: Gephardt Pledges Support for GATT Deal*, 11 INT'L TRADE REP. 1 (Jan. 5, 1994).

請後 45 日內決定是否啟動調查程序，並將啟動與否之決定公告於聯邦公報，若決定啟動，則須提供利害關係人表達意見之機會，包括於公告後 30 日內舉辦公聽會等；其二，由 USTR 徵詢貿易政策暨談判諮詢委員會（Advisory Committee of Trade Policy and Negotiations，ACTPN）之意見後，決定是否自行啟動調查；第三，若一外國已被特別 301 條款認定為對智慧財產權保護嚴重不足之「優先指定國家」，則 USTR 應於認定後 30 日內主動開始 301 條款調查，並於調查程序中諮詢著作權局局長、專利商標局局長等相關人員。

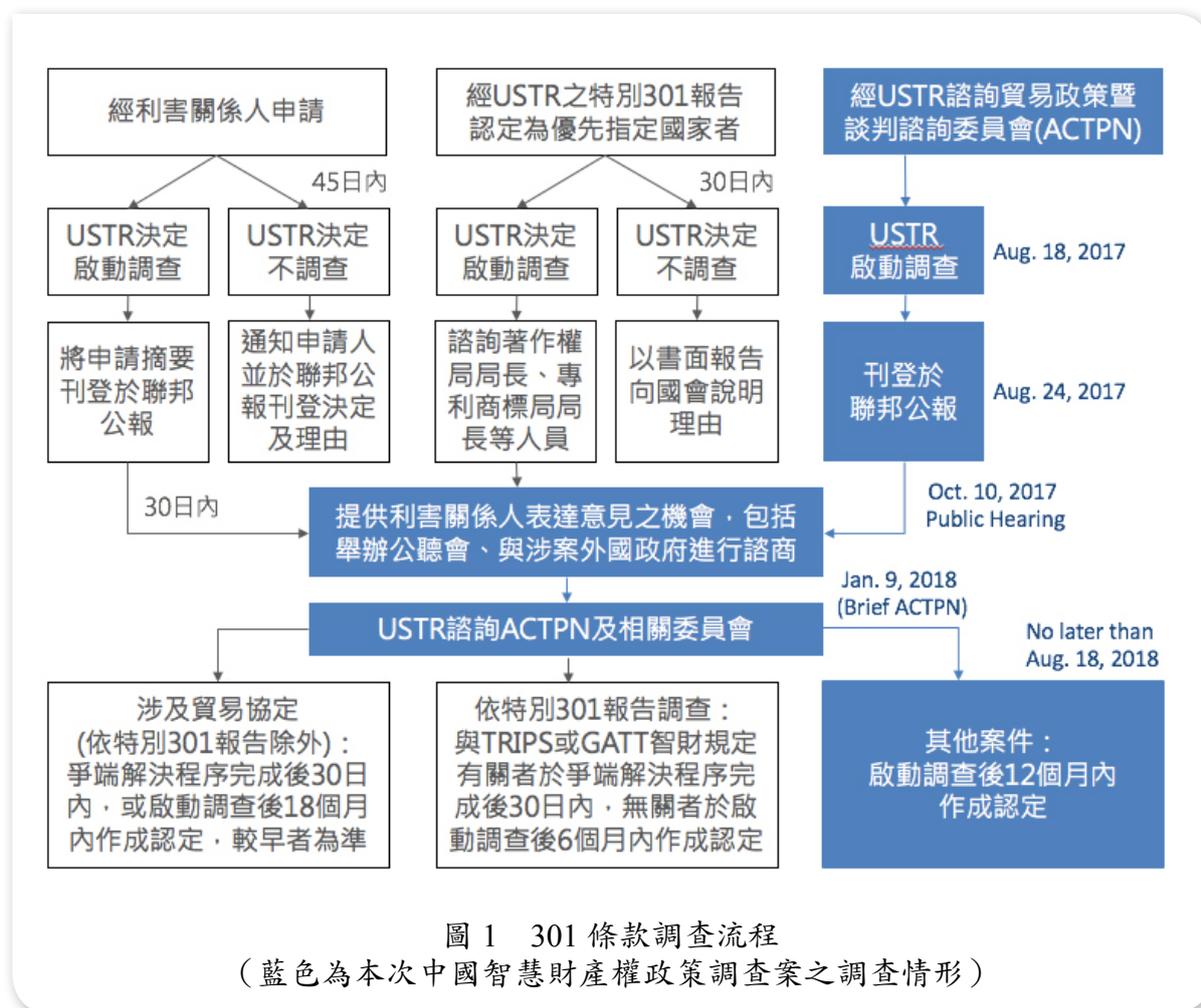


圖 1 301 條款調查流程
(藍色為本次中國智慧財產權政策調查案之調查情形)

三、調查對象

申請 301 條款調查者，應主張外國之行為、政策或措施符合下列情形之一：

(一) 違反與美簽訂之貿易協定之義務

若外國與美國簽訂貿易協定，而美國依該協定應享有之權利受到否定；或該外國之行為、政策或措施違反協定之義務或拒絕授與美國應享有之利益時，USTR 應採取強制性制裁措施。此所謂貿易協定，包含美國所簽署之多邊（如 WTO）、區域（如北美自由貿易協定 North American Free Trade Agreement, NAFTA）或雙邊貿易協定。例如我國透過與美國之雙邊協定，承諾自 1986 年起採行以交易價格為基礎之關稅估價制度，但至該年 7 月 1 日實施之法律仍未履行，因此被認定為違反貿易協定之義務¹¹。

若爭議涉及 WTO 協定義務之違反，根據爭端解決規則與程序瞭解書（Dispute Settlement Understanding, DSU）¹² 第 23 條之規定，美國不得逕行認定違反行為已發生或其利益已受損害，而應遵循 DSU 之程序與其他會員進行諮商或交由小組及上訴機構認定之。

(二) 不正當且對美國商業產生負擔或限制

所謂不正當（unjustifiable），係指外國之行為、政策或措施違反美國於國際法上應享有之權利，例如拒絕授與國民待遇、最惠國待遇或智慧財產權等情形。所謂國際法上之權利，並不限於違反與美國之間的條約或協定，外國縱未與美國訂定特定條約或協定，但有違反國際性之規範、宣言或實施通例，亦可加以調查¹³。惟早期實務上最常見之主張，仍係違反特定協定之義務，例如美國曾調查韓國保險法禁止外國保險業者在韓國營業，是否違反美韓友好通商航海條約（U.S.-Korea Treaty of Friendship,

¹¹ Memorandum of Aug. 1, 1986, for the USTR, Determination Under Section 301 of the Trade Act of 1974, 51 Fed. Reg. 28,219 (1986).

¹² Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401, 33 I.L.M. 1226 (1994).

¹³ 羅昌發，美國貿易法中三〇一報復條款之研究，美國貿易救濟制度，頁 22，元照出版社，1994 年 1 月。

Commerce and Navigation) 第七條之國民待遇原則而屬不正當政策¹⁴，亦曾調查日本排除外國菸商在日本製造或進口菸品的措施是否違反美日友好通商航海條約的國民待遇原則¹⁵。

外國之行為、政策或措施除不正當外，尚須對美國商業產生負擔或限制，始得加以制裁。所謂商業，包括美國的工業、農業、服務業（例如資訊傳輸服務），以及與貨品或服務貿易有關之直接對外投資。有關負擔或限制之要件，通常係指美國貨品或服務之出口遭到外國取代、自外國進口之貨品或服務增加或進口之原料減少等情形。此外，條文特別明定，外國政府直接或間接提供補貼給商用船舶製造業，用於該國與美國間之貨品運送，也可能對美國商業構成負擔或限制¹⁶。此要件亦適用於措施係不合理或歧視之情形。

（三）不合理且對美國商業產生負擔或限制

不合理係指外國之行為、政策或措施，不必然違反美國於國際法上之權利，但屬不公平（unfair）且不公正（inequitable）者。此定義非常廣泛，依條文規定，外國政府不予設立企業之機會、不予適當且有效的智慧財產權保護（即便符合 TRIPS 協定之規範）、不予市場機會（例如外國政府系統性地容許廠商的反競爭行為，使美國貨品或服務無法進入其市場）、持續性地（persistent）未能有效執行與美國之間的承諾等皆屬之。例如阿根廷政府給予其郵政局國際商務限時文件遞送之專營權¹⁷、加拿大稅法規定向美國電視及廣播台購買廣告之費用不得自所得中扣除¹⁸，皆曾被認定為不合理之措施。

¹⁴ Korea's Restrictions on Insurance Services, 50 Fed. Reg. 37,609 (USTR 1985) (initiation).

¹⁵ Japan's Practice with Respect to the Manufacture, Importation and Sale of Tobacco Products, 50 Fed. Reg. 37,609 (USTR 1985) (initiation).

¹⁶ 19 U.S.C. § 2242(d)(2).

¹⁷ 48 Fed. Reg. 52,664 (USTR 1983) (initiation); Memorandum of Nov. 16, 1984, for the USTR, Determination Under Section 301 of the Trade Act of 1974, 49 Fed. Reg. 45,733 (1984).

¹⁸ 43 Fed. Reg. 39,610 (USTR 1978) (initiation); Memorandum of July 31, 1980, for the USTR, Determination Under Section 301 of the Trade Act of 1974, 45 Fed. Reg. 51,171 (1980).

此外，國會亦將出口導向（export targeting）明定為不合理之行為，指政府透過計畫協調一系列的措施，以協助特定企業、產業或一群產業提升某類商品的出口競爭力。較特別者，係勞工權利之保護也被納入 301 條款中。當外國之行為、政策或措施持續性地：否定勞工之結社權、團結權或協商權、允許任何形式的強制勞動、未規定就業最低年齡、最低薪資、最低工時及職業安全及健康等標準時，即可能被認定為不合理之情形。惟國會要求 USTR 於認定時，應考量受調查國之經濟發展程度，以及其是否已採取相關勞動措施而確實有重大進展。若外國之勞動保障符合其經濟發展現況、且有持續朝國際標準改進，則不應被認定為不合理。

（四）具歧視性（discriminatory）且對美國商業產生負擔或限制

具歧視性指外國之行為、政策或措施拒絕授與美國之貨品、服務或投資以國民待遇或最惠國待遇。

四、制裁方式

如前所述，301 條款依不同的案件情形將制裁分為強制性和裁量性措施，若外國之行為、政策或措施係違反貿易協定之義務，或屬不正當且對美國商業產生負擔或限制，則 USTR 應採強制性制裁措施；若係不合理或具歧視性，並且對美國商業產生負擔或限制者，則 USTR 對採取制裁與否有裁量權。

雖然強制性措施的規定限縮了 USTR 的裁量權，但法條仍設有例外規定，允許 USTR 於以下任一情形發生時，不對外國進行制裁：（一）WTO 爭端解決機構或其他貿易協定之爭端解決程序已認定美國依貿易協定應享有之權利未受否定，或外國之行為、政策或措施並未侵害美國之權利或利益；（二）USTR 認定外國已採取適當措施賦予美國依貿易協定應享有之權利；（三）USTR 認定外國已同意除去系爭行為、政策或措施，或已同意立即解決對美國商業所生之負擔或限制；（四）若無法達成上述（二）、（三）之結果，但該外國已同意補償美國之貿易利益；（五）在特殊情形下，若採取強制性制裁措施對美國經濟之負面影響和制裁所得利益顯不成比例時；（六）若採取強制性制裁將對美國國家安全造成嚴重傷害時。

USTR 於執行前述強制性或裁量性措施時，得採取以下四種制裁方式¹⁹：（一）暫停或撤回對受調查國之關稅減讓；（二）對受調查國之貨品課徵關稅或採取其他進口限制，或對其服務課徵費用或採取其他限制；（三）若受調查國之措施不符合普遍化優惠關稅制度（Generalized System of Preferences, GSP）²⁰、加勒比海盆地經濟復興法（Caribbean Basin Economic Recovery Act）²¹ 或安地斯貿易優惠法（Andean Trade Preference Act）²² 中免稅待遇之條件，撤回、暫停或限制該免稅待遇；（四）與受調查國達成協議，除去或逐步淘汰系爭行為、政策或措施，或除去其對美國商業造成的負擔或限制，或補償美國相當之貿易利益。

此外，美國總統亦得於其權限範圍內（如貨品或服務貿易、任何其他與外國有關的領域），指示 USTR 採取任何其他適當且可行的作為（all other appropriate and feasible action），以除去受調查國之行為、政策或措施。倘若 USTR 決定採行進口限制之制裁，則應優先考慮課徵關稅，並逐漸以課徵關稅之方法取代其他的進口限制措施²³。惟多數案件中，受調查國皆會同意修正或讓步，以換取美國撤回 301 條款調查，故實際進行制裁的情形並不多。

五、301 條款於中美智慧財產權談判歷程之重要性

301 條款可說是美國解決中美雙邊智慧財產權爭議最重要的工具之一。自 1988 年增訂特別 301 條款以來，美國就多次認定中國並未提供智慧財產權充分且有效的保護，雙方亦就相關問題展開多次談判並達成協議。

1989 年，中國首度被 USTR 列為優先觀察名單，特別 301 報告中並指出中國的專利及著作權制度存在嚴重問題。同年 5 月，雙方代表簽署諒解備忘錄，中國承諾將加強對智慧財產權的保護，包括制定著作權法、修正專利法，以及參與智慧財產權相關的國際公約等。

1991 年，美國於特別 301 報告中，將中國從優先觀察名單中升至優先指定國家，並對中國專利、著作權及營業秘密保護等政策啟動 301 條款調查。同年 12 月

¹⁹ 19 U.S.C. § 2411(c)(1).

²⁰ 19 U.S.C. § 2462(b), (c).

²¹ 19 U.S.C. § 2702(b), (c).

²² 19 U.S.C. § 3202(c), (d).

²³ 19 U.S.C. § 2411(c)(5).

3 日，USTR 宣布延長調查期間，同時公布貿易報復清單，要求中國於隔年 1 月 16 日前與美國達成協議，否則將進行報復，同天，中國公布反報復清單²⁴。1992 年 1 月 16 日，雙方簽署「中美關於保護知識產權的諒解備忘錄」，中國承諾加入伯恩公約（Berne Convention）及保護錄音物之日內瓦公約（Geneva Convention）並對著作權法作相應的修改、以專利法保護藥品及農業化學物質，以及制定反不當競爭法等，美國則承諾終止根據特別 301 條款所啟動的調查，並取消將中國列為優先指定國家。

1994 年，美國再度依據特別 301 條款將中國列為優先指定國家，並於 1995 年 2 月 4 日公布價值逾 10 億美元的貿易報復清單，預計自 2 月 26 日起對中國進口貨品課徵 100% 的報復性關稅，中國亦於同日公布反報復清單。最終雙方於 2 月 26 日達成「關於知識產權的協議」²⁵，化解了可能的貿易戰。中國承諾立即打擊光碟盜版活動、確保智慧財產權的有效執行，並減少美國智慧財產權產品進入中國的市場准入障礙²⁶。美國也承諾撤回 301 條款之調查、將中國自優先指定國家的名單中移除，並提供中國政府相關技術援助。

1996 年，USTR 認為中國並未確實執行 1995 年的協議內容，故又一次將其列入優先指定國家的名單中，協商未果後，公布了價值 20 億美元的貿易報復清單，包括中國進口的紡織品、消費性電子產品、腳踏車等，中國亦宣布將對美國的農產品、汽車、通訊設備等實施反報復²⁷。同年 6 月 17 日，雙方就智慧財產權問題達成協議，中國重申將遵守 1995 年的協議，並表示已依法調查及關閉盜版工廠、且已採取措施防止盜版光碟進出口²⁸。美國同樣表示會將中國移出優先指定國家名單，且不實施報復。

²⁴ Wayne M. Morrison, *The China-U.S. Trade Agreement on Intellectual Property Rights: Implications for China-U.S. Trade Relations*, 2-3 (Apr. 5, 1995), http://www.ipmall.info/sites/default/files/hosted_resources/crs/95-463_950405.pdf

²⁵ Agreement Regarding Intellectual Property Rights, Feb. 26, 1995, P.R.C.-U.S., 34 I.L.M. 881 (1995).

²⁶ *Id.* at 4-5.

²⁷ Peter Yu, *The Second Coming of Intellectual Property Rights in China*, 13, available at http://ebooks.lib.ntu.edu.tw/1_file/Peter%20K.%20Yu/99041024/2dcoming.pdf (last visited Nov. 2, 2018).

²⁸ *People's Republic of China Implementation of the 1995 Intellectual Property Rights Agreement*, June 17, 1996, P.R.C.-U.S., available at http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005361.asp (last visited Nov. 2, 2018).

2004 年 4 月，中國在第 15 次美中商貿聯合委員會 (US-China Joint Commission on Commerce and Trade, JCCT) 中承諾，將加強取締盜版及假冒等侵犯智慧財產權的非法活動，並成立跨部門的「國家保護知識產權工作組」與美國進行相關合作。2005 年初，USTR 對中國上述承諾進行不定期檢討 (out-of-cycle review)，認定中國並未解決智慧財產權保護及執行面的關鍵問題，且侵害智慧財產權的情形仍然嚴重，故將中國列入優先觀察名單之中²⁹。此後，中國連續 13 年 (2005-2017 年) 皆名列特別 301 報告的優先觀察名單。

2007 年，美國首度在 WTO 針對中國的智慧財產權保護及市場准入分別提起兩起訴訟。在中國—智慧財產權 (*China – Intellectual Property Rights*) 案中，爭端解決小組最終認定兩項規定違法³⁰：第一，中國於 2001 年修正通過著作權法第 4 條「依法禁止出版、傳播的作品不受本法保護」之規定，違反 TRIPS 協定第 9.1 條 (即伯恩公約第 5.1 條)³¹ 及第 41.1 條應保障作品受著作權保護及享有執行情序之規定；第二，中國知識產權海關保護條例賦予主管機關於移除侵權商標後拍賣侵權物品之權力，違反 TRIPS 協定第 59 條及第 46 條第 4 句「單純除去物品上之違法商標，並不足以允許侵權物品進入商業管道」之規定。

另一個案件係中國—出版品及視聽產品 (*China – Publications and Audiovisual Products*) 案。審理後，爭端解決小組認定中國若干措施不符合 WTO 協定的要求，且小組所作成之決定為 WTO 上訴機構所支持：首先，中國禁止外資及私人公司從事出版品、音樂及電影等產品進口之措施，違反中國入會議定書開放貿易權 (trading rights) 的承諾，且中國無法證明系爭措施有關稅暨貿易總協定 (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)³² 第 20 (a) 條保護公共道德 (public moral) 的必要性；其次，中國對外國服務提供者於其境內配銷上述視聽產品之限制，違反服務貿易總協定 (General Agreement on Trade in Services, GATS) 第 16

²⁹ USTR, 2005 Special 301 Report, available at <https://ustr.gov/sites/default/files/2005%20Special%20301%20Report.pdf> (last visited Nov. 2, 2018).

³⁰ Panel Report, *China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, WTO Doc. WT/DS362/R (Jan. 26, 2009).

³¹ TRIPS 協定第 9.1 條規定：「會員應遵守伯恩公約 (1971) 第 1 條至第 21 條及附錄之規定。但會員依本協定所享有之權利及所負擔之義務不及於伯恩公約第 6 條之 2 之規定所賦予或衍生之權利。」

³² General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153 (1994).

條市場准入及第 17 條國民待遇原則；第三，中國規定進口之書籍及報章雜誌必須透過訂閱且由中方獨資公司進行配銷，違反 GATT 第 3.4 條國民待遇原則³³。

由上可見，過去中美智慧財產權雖曾產生許多爭議，但最終大多能透過協商及 WTO 所建立的多邊貿易體系加以解決。然而，此次 USTR 發布 301 條款調查報告後，中美雙方經多次談判均未能獲致滿意的結果，甚而導致關稅貿易戰的發生，實值吾人關注。

參、中國智慧財產權政策調查案之評析

一、案件背景

根據 2017 年 4 月 USTR 所發布的特別 301 報告³⁴，中國被列為對智慧財產權保護及市場開放程度不足之「優先觀察名單」³⁵。該報告指出，中國經常透過創新及產業政策鼓勵技術移轉，甚至要求研發活動在其境內進行，或要求特定類型的智慧財產權僅得授權給中方或由中方持有。例如「技術進出口管理條例」規定，任何進口技術的改良成果應歸屬於改良者，且進口技術之侵權責任必須由技術持有人承擔。再者，中國對於外商獨資公司或中外合資公司從事數位內容傳播的限制，扭曲了私人間的商業安排，這些措施包括：外國線上內容的配額、禁止外國公司直接傳播線上內容，以及其他行政管制。除此之外，中國持續推動自主、本土創新的政策，例如「中國製造 2025」計畫將中國轉型成擁有自主先進技術的製造強國、給予高新技術企業稅收優惠等，亦不利於外國公司的競爭。這些發現促使 USTR 進行後續的調查。

³³ Panel Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WTO Doc. WT/DS363/R (Aug. 19, 2009); Appellate Body Report, *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WTO Doc. WT/DS363/AB/R (Dec. 21, 2009).

³⁴ USTR, 2017 Special 301 Report, available at <https://ustr.gov/sites/default/files/301/2017%20Special%20301%20Report%20FINAL.PDF> (last visited Nov. 2, 2018).

³⁵ 有關 USTR 對中國智慧財產權相關法規及執行政策之意見，可參考 USTR, *2017 Report to Congress On China's WTO Compliance*, at 107-117 (Jan. 2018).

同年 8 月，USTR 主動對中國技術移轉相關政策啟動 301 條款調查。按聯邦公報中所公布的內容，初步調查將針對以下四類的行為：（一）透過行政審批（審查）程序、合資要求、外資持股限制、採購或其他措施，強制或迫使美國企業將技術移轉給中國企業；（二）限制中美企業間技術授權契約或協商內容，例如技術進出口管理條例要求進口技術讓與人須擔保其技術未侵權、且能達成約定技術目標，並明定進口技術之改進成果歸屬於改進者；（三）政府指示或促進中國企業系統性地投資或收購美國企業，以取得先進技術或智慧財產權；（四）調查中國政府是否支持非法入侵美國商業電腦網路，以竊取智慧財產權、營業秘密或商業機密資訊。

如前言所述，本案的特殊之處在於，其法源係依據裁量性措施的規定，亦即 USTR 的調查方向，並非中國違反特定貿易協定（如 TRIPS 協定）之義務與否，而是中國的行為、政策或措施是否屬不合理或具歧視性，並且對美國商業產生負擔或限制。惟相關措施仍有可能違反 WTO 協定之義務，故本文亦將一併討論。

二、美國各界之主張

USTR 於決定啟動 301 條款之調查後、作成決定前，必須提供利害關係人表達意見之機會。本案中，USTR 於 2017 年 10 月舉辦公聽會，邀請社會大眾對中國有關技術移轉、智慧財產權及創新的法律、政策和措施表示意見，最終發布的調查報告亦廣泛引用了公聽會的文件。本文將各界之主張分類並摘要如下：

（一）限制外國投資及服務提供

美中貿易全國委員會（The US-China Business Council）指出，在外國公司能夠 100% 持有中國子公司股份的產業中，外國公司通常能夠保有自己的技術，避免將技術移轉給中國競爭者。但根據中國「外商投資產業指導目錄」，包括製造、服務、能源及農業等重要產業都設有外資持股上限，且必須與中方合資成立公司³⁶。以雲端運算服務為例，中國除了要求外國雲端運算業者和中方成立合資公司、且不得持股超過 50% 以外，

³⁶ The US-China Business Council (USCBC), *Section 301 Investigation: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property and Innovation*, at 6 (Sept. 28, 2017).

更要求中方必須掌握技術和流程，使得外國公司必須將營業秘密和中方分享，否則無法取得在中國境內營運的執照³⁷。

美國服務業聯盟（Coalition of Services Industries）則進一步說明外國公司在中國境內投資所受到的限制³⁸。例如，外國公司僅能有限度地參與中國文件快遞服務市場，且受到高度監管，必須接受開箱檢查、X光檢查、托運人身分查驗，並向各地方郵政主管機關登記。對銀行及證券業的投資方式亦有諸多限制，例如美國銀行不得單獨持有 20% 或共同持有 25% 以上之中國銀行股份³⁹、兩年後符合特定條件（例如持有總資產超過 100 億美元）始得擴展業務範圍、外國銀行在中國必須以分行（而非子公司）形式經營等。電信服務方面，「電信業務分類目錄（2015 年）」將行政監管措施擴及雲端運算、內容分發網路（content delivery networks）、互聯網資源協作服務⁴⁰ 等新興數位服務，且基礎及增值電信服務仍分別設有 49% 及 50% 的外資持股上限。

全國對外貿易委員會（National Foreign Trade Council）亦指出，中國的網路管理政策不利外國公司的競爭。例如，2016 年「關於規範雲服務市場經營行為的通知」⁴¹ 及 2017 年「工業和信息化部關於清理規範互聯網網絡接入服務市場的通知」等措施，可能使外國雲端服務提供者（Cloud Services Providers, CSPs）無法進行以下活動⁴²：1、提供雲端服務；2、

³⁷ *Id.*

³⁸ Coalition of Services Industries (CSI), *Initiation of Section 301 Investigation: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation*, at 3-4 (Sept. 28, 2017).

³⁹ 中國銀監會中資商業銀行行政許可事項實施辦法第 11 條。

⁴⁰ 互聯網資源協作服務業務屬於「互聯網數據中心業務」之一，指「利用架設在數據中心之上的設備和資源，通過互聯網或其他網路以隨時獲取、按需使用、隨時擴展、協作共享等方式，為用戶提供的數據存儲、互聯網應用開發環境、互聯網應用部署和運行管理等服務」。

⁴¹ 關於規範雲服務市場經營行為的通知第 4 條：「雲服務經營者與有關單位開展技術合作，應向電信管理機構書面報告雲服務合作事項。合作過程中不得存在以下行為：（一）以任何形式向合作者變相租借、轉讓電信業務經營許可證，以及為合作者非法運營提供資源、場地、設施等條件；（二）由合作者直接與用戶簽訂合同；（三）僅使用合作者的商標和品牌向用戶提供服務；（四）違法向合作者提供用戶個人信息和網路數據；（五）違反法律法規規定的其他行為。」

⁴² National Foreign Trade Council (NFTC), *Comments Regarding Section 301 Investigation: China's Acts, Policies and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property and Innovation*, at 3-4 (Sept. 28, 2017).

直接與中國用戶簽約；3、使用獨立品牌或商標行銷其服務；4、和中國網路服務提供者簽約；5、在中國境內廣播 IP 地址；6、提供客戶服務給中國用戶。此外，外資也不得直接持有中國 CSPs 股權，並必須向主管機關揭露和中國企業合作之細節。

（二）限制技術授權內容

許多產業都對中國的技術進出口管理條例存有疑慮⁴³，與 USTR 調查報告之結論一致。該條例第 2 章為技術進口管理之規範，其中第 24 條第 3 項⁴⁴規定：「技術進口合同的受讓人按照合同約定使用讓與人提供的技術，侵害他人合法權益的，由讓與人承擔責任。」第 27 條規定：「在技術進口合同有效期內，改進技術的成果屬於改進方。」對技術進出口之條款構成限制，且有利於取得進口技術授權的中方。此外，全國對外貿易委員會也指出，除了專利授權外，該條例是否適用於技術資訊（technical information）的移轉並不清楚⁴⁵。

即使授權條款的內容合理，外國仍可能面臨無法收取全部授權金的結果，因為中國政府有時會限制經常帳戶交易資金之跨境流通、部分中國企業之記帳程序也不符合一般公認會計原則（Generally Accepted Accounting Principles）⁴⁶。

（三）營業秘密保護不足

中國用以保護商業秘密（即我國法所稱之營業秘密）的「反不正當競爭法」，亦被指存在許多問題。首先，該法僅適用於從事商品經營或營利性服務的法人、其他經濟組織和個人（即「經營者」），而是否可規範竊取公司商業秘密的現任或離職員工仍有疑義⁴⁷。其次，依該法第

⁴³ National Association of Manufacturers (NAM), *Re: Request for Comments on Section 301 Investigation into China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property and Innovation*, at 9 (Sept. 28, 2017); USCBC, *supra* note 38, at 9-10.

⁴⁴ 依中國立法法第 61 條規定，法律應以「條、款、項、目」依次表述，與我國慣行之「條、項、款、目」次序不同，為方便我國讀者閱讀，本文一律以我國方式表述之。

⁴⁵ NFTC, *supra* note 44, at 6-7.

⁴⁶ USCBC, *supra* note 38, at 10.

⁴⁷ NFTC, *supra* note 44, at 5.

10 條之規定，商業秘密持有人除須證明其技術或經營信息（資訊）「不為公眾所知悉」、「能為權利人帶來經濟利益」且「經權利人採取保密措施」外，尚須證明其「具有實用性」，此實用性的要件不當加重了原告的舉證責任⁴⁸。再者，依中國刑法第 219 條之規定，商業秘密的刑事責任方面著重行為結果而非行為本身，換言之，須不法手段對商業秘密權利人造成重大損失或特別嚴重後果者，始得處以刑罰或罰金，更使權利人無法有效透過刑事程序保全或取得證據。根據美國國際貿易委員會（United States International Trade Commission）的評估報告，光是 2009 年，美國因中國侵害智慧財產權行為的經濟損失就高達 482 億美元，其中有 366 億美元（76%）為銷售機會的喪失，另外 116 億美元為授權金和其他損失⁴⁹。

中國有關申請產品許可或制定技術標準的行政程序，可能洩露美國企業持有的營業秘密或商業機密資訊。在產品許可或認證之程序中，外國公司應主管機關或專家評審委員會之要求，提供產品內容或生產相關之敏感資訊，可能因此洩漏營業秘密⁵⁰。2013 年中國實施的「國家標準涉及專利的管理規定（暫行）」亦要求參與標準制定的組織或個人披露其擁有和知悉的標準必要專利（Standard Essential Patents, SEPs）⁵¹。此外，其國家安全法第 25 條要求「實現網路及信息核心技術、關鍵基礎設施和重要領域信息系統及數據的安全可控」，可能迫使外國持有相關技術或生產相關設施的公司向政府揭露程式碼或其他機密資訊⁵²。

上述公聽會文件雖未舉出具體案件說明中國政府有洩漏外國公司提交之資料，但過去已有許多案件顯示，中國政府涉嫌指示他人入侵美國企業網路以竊取重要商業機密。美國鋼鐵公司（U.S. Steel Corporation）就指出，5 名中國解放軍軍官因駭入 6 家美國核能、金屬及太陽能等企業

⁴⁸ 惟反不正當競爭法已於 2017 年修正，將第三人侵害商業的情形納入規範，並刪除商業秘密須「具有實用性」的要件，詳如後述。

⁴⁹ USITC, *China: Effects of Intellectual Property Infringement and Indigenous Innovation Policies on the U.S. Economy*, USITC Publication 4226 (2011).

⁵⁰ USCBC, *supra* note 38, at 4-5.

⁵¹ NFTC, *supra* note 44, at 6.

⁵² NAM, *supra* note 45, at 4.

（包含美國鋼鐵公司），竊取商業機密及營業秘密並提供給中國數家國營企業，而於 2014 年 5 月 19 日遭到美國政府依違反經濟間諜法（Economic Espionage Act of 1996）⁵³ 等罪名起訴，但被告卻無法被引渡至美國受審⁵⁴。

在其他案件中，美國亦發現許多被告會將竊取之營業秘密交給中國政府或國營企業。例如在 2011 年的 *United States v. Chung* 案中，被告鍾先生為美國波音公司的結構工程師，因提供六份涉及波音公司營業秘密的文件給中國政府，且依該文件內容對中國政府機關進行一場公開演講，被法院判決違反經濟間諜法而有罪⁵⁵。*United States v. Huang* 案的被告是一名中國公民，於 2003 年至 2008 年任職美國陶氏益農公司研究員期間，竊取該公司有機農藥的機密資料，並交給與中國政府關係密切的大學，被告認罪後獲判 7 年 3 個月的有期徒刑⁵⁶。在 *United States v. Liew* 案中，美國杜邦公司的前員工趙先生承認，將該公司製造二氧化鈦的技術提供給中國國營的攀鋼集團，並協助攀鋼集團在中國設計一間每年可生產 10 萬噸相關產品的工廠⁵⁷。*United States v. Xu* 案的被告徐先生，於 2010 年至 2014 年間擔任 IBM 中國子公司的工程師，因涉嫌提供該公司有關檔案管理系統的機密軟體及程式碼給中國國家衛生和計畫生育委員會而遭到起訴，被告承認犯下經濟間諜罪及竊取營業秘密罪後，遭判刑 5 年⁵⁸。

⁵³ 18 U.S.C. § 1831.

⁵⁴ United States Steel Corporation (USS), *Re: United States Steel Corporation's Response to the United States Trade Representative's Request for Information on the Initiation of Section 301 Investigation: China's Acts, Policies, and Practices Related to Technology Transfer, Intellectual Property, and Innovation* (Sept. 28, 2017). See U.S. Department of Justice, *U.S. Charges Five Chinese Military Hackers for Cyber Espionage Against U.S. Corporations and a Labor Organization for Commercial Advantage* (May 19, 2014), <https://www.justice.gov/opa/pr/us-charges-five-chinese-military-hackers-cyber-espionage-against-us-corporations-and-labor>.

⁵⁵ See *United States v. Chung*, 659 F.3d 815 (9th Cir. 2011).

⁵⁶ Judgment as to Kexue Huang, *United States v. Huang*, No. 1:10-CR-00102 (S.D. Ind. Jan. 5, 2012).

⁵⁷ Federal Bureau of Investigation, *Former DuPont Scientist Pleads Guilty to Economic Espionage* (Mar. 2, 2012), <https://archives.fbi.gov/archives/sanfrancisco/press-releases/2012/former-dupont-scientist-pleads-guilty-to-economic-espionage>.

⁵⁸ U.S. Department of Justice, *Chinese National Sentenced for Economic Espionage and Theft of a Trade Secret From US. Company* (Jan. 18, 2018), <https://www.justice.gov/opa/pr/chinese-national-sentenced-economic-espionage-and-theft-trade-secret-us-company>.

(四) 限制跨境資料傳輸

全國製造商協會認為，中國資訊安全法規限制跨境資料流通，對外國公司在其境內提供服務造成影響，特別是網路安全法第 37 條，要求「關鍵信息基礎設施的運營者在中華人民共和國境內運營中收集和產生的個人信息和重要數據應當在境內存儲。因業務需要，確需向境外提供的，應當按照國家網信部門會同國務院有關部門制定的辦法進行安全評估」⁵⁹。

(五) 發展自主技術及產品之政策

為促進技術在地化 (technology localization) 及技術自主 (indigenous technology) 的產業政策，可能對外國智慧財產權密集的產業造成影響，例如「中國製造 2025」計畫對其國內製造及科技設定明確目標，預計於 2025 年自製 70% 的關鍵零組件及材料，並列出十大重點領域，包括資訊科技、新能源汽車、農業機械及機器人等⁶⁰。全國對外貿易委員會則關心中國在政府採購法規中所推動的「自主創新產品認證制度」，要求政府優先採購具有自主智慧財產權或自主品牌的產品，會對外國企業構成歧視⁶¹。

除了表達上述顧慮外，美中貿易全國委員會也特別強調，對中國進口產品課徵關稅或實施其他貿易報復，雖然能補償美國企業的損失，但無法根本解決中國政策所造成的問題，故美國政府應考慮透過國際貿易法規或協商（如雙邊投資協定）來處理中美貿易的問題。此外，對於中方收購美國企業或資產的問題，仍應遵循美國外國投資委員會 (Committee on Foreign Investment in the United States, CFIUS) 的審查程序，但國家安全考量不應該淪為貿易保護的工具，以避免中國同樣以國家安全為由拒絕外資進入其市場。

⁵⁹ NAM, *supra* note 45, at 4.

⁶⁰ NAM, *supra* note 45, at 3.

⁶¹ NFTC, *supra* note 44, at 3.

三、301 條款調查報告

USTR 於 2018 年 3 月 22 日公布中國智慧財產權政策調查案的調查報告，較 2018 年 8 月 18 日之法定發布期限（如本文圖 1 所示）提早將近 5 個月，顯示美國政府對本案的重視。該報告首先指出中國科技產業政策的目標，是透過提升自主創新能力及對外國技術的再創新（re-innovation）成為全球先進科技的領導者⁶²。例如「國家中長期科學和技術發展規劃綱要（2006－2020 年）」第 8 條第 2 項就明確指出，必須「加強對引進技術的消化、吸收和再創新」，並「通過國家重大建設工程的實施，消化吸收一批先進技術，攻克一批事關國家戰略利益的關鍵技術，研製一批具有自主知識產權的重大裝備和關鍵產品」⁶³。

基於以上觀察，調查報告進一步根據初步調查所列之四大方向分別指出其構成不公平貿易措施之理由，其中絕大部分皆與上述公聽會之主張相同，故本文僅摘要整理如下：

（一）不公平的技術移轉制度

報告指出，中國強制外國企業進行技術移轉的主要手段可分為兩大類：第一，透過外國持股限制，例如「外商投資產業指導目錄」對石油及天然氣探勘、電信、銀行、醫療機構等產業的合資企業要求⁶⁴，以及對汽車及航太等產業的投資限制⁶⁵，迫使美國企業移轉技術給中國企業。根據這些限制，外國投資人必須和中國企業合資（且有時中資必須為控制股東）才能進入特定產業。第二，透過恣意且不透明的行政審批及授權程序，例如要求商務部於審核合資企業設立申請時，考慮該投資是否符合國家經濟發展需求或產業政策目標⁶⁶，迫使美國企業進行技術移轉或揭露敏感的技术資訊，以換取在中國進行商業活動的許可⁶⁷。

⁶² USTR 301 Report into China's IP Policies, at 10.

⁶³ 中華人民共和國國務院，國家中長期科學和技術發展規劃綱要（2006－2020 年），2006 年 2 月 9 日。

⁶⁴ USTR 301 Report into China's IP Policies, at 26.

⁶⁵ *Id.* at 29.

⁶⁶ *Id.* at 36-37.

⁶⁷ *Id.* at 19.

在 2001 年中國加入 WTO 以後，上述技術移轉的要求便由明文規定轉為非公開的口頭指示⁶⁸，使得外國政府難以證明其存在，而且外國企業也因為害怕會損失商業機會或遭到中國政府的報復，而不敢舉報⁶⁹。此外，在某些案例中，中國的私有企業也會依中國政府的指示，要求外國企業進行技術移轉⁷⁰。特別是有關中外合資企業的行政審批程序，時常必須由中國企業擔任申請人，因此外國投資人和中國政府溝通的管道皆被中國企業所控制⁷¹。

（二）歧視性的授權限制

除了在行政審批程序中要求技術移轉外，中國也剝奪美國企業在技術授權和科技相關的談判中自由協議市場條款的能力。如前述技術進出口管理條例之規定，對於沒有能力評估侵權訴訟風險的美國小型企業的影響尤其嚴重⁷²。且該條例使得獲取技術授權的中方只要對技術加以改進而能和原有技術區分，就能取得改進技術之權利⁷³。然反觀中國的合同法並沒有要求中國企業間相互授權時，必須由授權人負侵權責任或將改進成果歸於改進者，故上述兩項規定對於外國企業顯然構成歧視性的差別待遇⁷⁴。

此外，中外合資經營企業法實施條例第 43 條規定：「合營企業訂立的技術轉讓協議，應當報審批機構批准。技術轉讓協議必須符合下列規定：…（三）技術轉讓協議的期限一般不超過 10 年；（四）技術轉讓協議期滿後，技術輸入方有權繼續使用該項技術；…。」⁷⁵ 此規定不但使中方可以無限期使用外國企業輸入的技術，也提供中國官員詳細查閱外國技術文件，並迫使外國企業將技術移轉給中方的機會。

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.* at 21.

⁷⁰ *Id.* at 20.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.* at 49.

⁷³ *Id.* at 49-50.

⁷⁴ *Id.* at 49.

⁷⁵ *Id.* at 50.

(三) 對外投資

報告指出，中國指示且不公平地促進對美國企業及資產的系統性投資和收購，藉此完成大規模的技術移轉。雖然中國的直接對外投資有一部分是基於拓展市場、提升效率或取得自然資源及其他策略性資產等市場動機，但仍廣泛受到政府的干預⁷⁶。主要的干預性政策和措施包括：鼓勵科技產業進行海外併購並設立研發中心的「走出去戰略」⁷⁷、促進製造業海外投資的「一帶一路」等國際合作計畫⁷⁸、影響中國企業對外投資決定的行政審批制度⁷⁹、引導特定產業對外投資的「境外投資產業指導政策」及「關於進一步引導和規範境外投資方向的指導意見」⁸⁰、透過對外投資促進自主創新和技術移轉的「中國製造 2025」計畫⁸¹，以及國有和私有企業、銀行、投資公司等與政府間的密切配合（例如銀行提供大量低利率資金供對外投資使用）⁸²。這些政策對美國工業的競爭力構成威脅，影響美國公司持續創新的能力，且扭曲了潛在投資標的及智慧財產權市場的價格⁸³。

報告更進一步指出上述政策確實影響了中國企業在美國投資的活動。根據美國經濟分析局（U.S. Bureau of Economic Analysis）的資料，中國對美國直接投資之金額已從 2011 年的 11 億美元成長至 2016 年的 103 億美元⁸⁴。Rhodium Group 更指出，近年來中國對美的投資模式，已從過去自行新設公司的綠地投資（greenfield investment）轉以收購（acquisition）美國企業和資產的方式為主，特別是對美國航太、積體電路、資訊科技及電子產品、生物科技、工業機械及機器人、再生能源、汽車等科技創新相關產業的投資成長最多⁸⁵。

⁷⁶ *Id.* at 62-63.

⁷⁷ *Id.* at 66-68.

⁷⁸ *Id.* at 68-69.

⁷⁹ *Id.* at 70-77.

⁸⁰ *Id.* at 77-78.

⁸¹ *Id.* at 79.

⁸² *Id.* at 80-97.

⁸³ *Id.* at 150-52.

⁸⁴ *Id.* at 98.

⁸⁵ *Id.* at 99-100.

(四) 非法入侵美國商業電腦網路並竊取智慧財產權和商業資訊

許多私有網路安全公司的報告皆指出中國進行且支持入侵美國商業電腦網路的活動，藉此非法取得具有商業價值的資訊。根據 Verizon 的報告，2012 年智慧財產權竊取案件有 5 分之 1 與中國政府有關，且超過 95% 的經濟間諜案件的發動者來自中國⁸⁶，Mandiant Group 的報告則指出中國人民解放軍的 61398 部隊已竊取超過 115 個美國組織的敏感資料，包括資訊科技、能源、金融服務、糧食和農業、金屬和採礦、電子產品及化學品產業中的產品研發、生產流程、商業計畫、政策分析、電子郵件等資料⁸⁷。2014 年 5 月，美國司法部起訴了 5 位該部隊的成員，認為他們非法入侵西屋電氣（Westinghouse Electric Company）、美國太陽能世界（SolarWorld Americas, Inc.）、美國鋼鐵公司、阿勒格尼技術公司（Allegheny Technologies, Inc.）、美國鋁業公司（Alcoa Inc.）和美國鋼鐵工人工會（United Steel Workers）等 6 間企業的電腦網路⁸⁸。此外，中國政府更建立一個資訊交換系統，將入侵所取得的資料提供給有需要的國有企業。根據美國政府的資料，中國海洋石油公司曾分別在 2012 年 1 月、7 月向中國政府提交正式申請，以取得數家美國石油及天然氣公司的營運情報和頁岩氣技術的開發情形⁸⁹。

雖然在 2015 年 9 月中美達成不進行或支持網路入侵的協議後，相關活動有減少的趨勢，但仍未完全停止。2016 年，網路間諜組織 APT10 藉由滲透主要的資訊科技代管服務供應商（IT managed service providers），間接入侵數千家使用這些服務的公司⁹⁰。2017 年，美國司法部對 3 名任職於廣州博御信息技術公司的人員提起訴訟，認為他們非法入侵了穆迪分析（Moody's Analytics）、西門子（Siemens AG）和天寶公司（Trimble Inc.）等三間美國企業的電腦網路，並竊取機密商業資訊及工作成果⁹¹。

⁸⁶ *Id.* at 155.

⁸⁷ *Id.* at 155-56.

⁸⁸ *Id.* at 157.

⁸⁹ *Id.* at 164-65.

⁹⁰ *Id.* at 169-70.

⁹¹ *Id.* at 166.

上述網路入侵活動造成美國企業的重大損失，且往往無法透過司法程序加以彌補⁹²。

除上述調查結論外，報告也列出其他利害關係人仍存有疑慮的措施，包括：國家安全或網路安全相關法規對跨境資料傳輸及儲存的要求⁹³、對營業秘密、商標權及專利權之保護及執法不力⁹⁴、反壟斷法對濫用智慧財產權的定義過寬且執法缺乏透明度及正當程序⁹⁵、標準化法可能使外國企業在參與標準制定時必須揭露或以非市場條款移轉其智慧財產權⁹⁶、政府提供資金使企業能以高於市場四至五倍的薪資從美國高科技公司和大學中挖角高階經理人和專業人才⁹⁷。

四、中國智慧財產權相關措施與 WTO 協定之合致性

USTR 發布 301 條款報告後，美國隨即於 WTO 針對中國的技術進出口管理條例以及中外合資經營企業法實施條例提出協商要求⁹⁸。申言之，美國認為技術進出口管理條例第 24 條、第 27 條、第 29 條第 1 項第 3 款可能違反 TRIPS 協定第 3 條之國民待遇原則及第 28.2 條有關專利權保護之規定⁹⁹；而中外合資經營企業法實施條例第 43 條第 2 項第 4 款則可能違反 TRIPS 協定第 3 條之國民待遇原則及同協定第 28.1 (a)、(b) 或第 28.2 條有關專利權保護之規定¹⁰⁰。

本文將分析美國上開主張是否有理由，即中國的智慧財產權相關措施是否可能違反中國於 WTO 協定下之義務：

⁹² *Id.* at 173-76.

⁹³ *Id.* at 177-79.

⁹⁴ *Id.* at 179-80.

⁹⁵ *Id.* at 180.

⁹⁶ *Id.* at 181.

⁹⁷ *Id.* at 181-82.

⁹⁸ Request for Consultations by the United States, *China — Certain Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WTO Doc. WT/DS542/1 (Mar. 26, 2018).

⁹⁹ *Id.* at 2.

¹⁰⁰ *Id.*

（一）技術進出口管理條例之規定違反 TRIPS 協定之國民待遇原則

國民待遇原則是 WTO 的基本原則之一，係指對本國及外國國民間之不歧視待遇。在智慧財產權保護上，TRIPS 協定第 3.1 條亦要求各會員對於其他會員之國民給予的待遇，不得低於其給予本國國民的待遇。

首先，依中國合同法第 353 條之規定：「受讓人（被授權人）按照約定實施專利、使用技術祕密侵害他人合法權益的，由讓與人（授權人）承擔責任，但當事人另有約定的除外」，即原則上技術讓與人應承擔侵權責任，但允許當事人以特約排除上開規定。然而，若外國國民欲進口技術至中國時，依合同法第 355 條規定應優先適用技術進出口管理條例，而依該條例第 24 條之規定，進口技術之侵權責任應由讓與人承擔，且無法以特約排除。系爭條文使得欲進口技術之外國國民，必須承擔其技術侵權之風險，與前述合同法對於中國國民間移轉技術之待遇相比顯然較差，故有可能違反 TRIPS 協定之國民待遇原則。

其次，依中國合同法第 354 條之規定：「當事人可以按照互利的原則，在技術轉讓合同（契約）中約定實施專利、使用技術祕密後續改進的技術成果的分享辦法」，即當事人可以自行約定改進技術成果的分享辦法（實務上常見的辦法，例如禁止受讓人改進技術、改進成果歸讓與人所有，或是改進成果歸受讓人所有，但應回饋授權給讓與人等）。但是，技術進出口管理條例第 27 條及第 29 條第 1 項第 3 款卻要求進口技術之改進成果應歸屬於改進方，且技術進口契約中，不得限制受讓人改進讓與人提供之技術或使用所改進之技術。系爭條文使得受讓進口技術之中國國民必定可以對外國所進口之技術加以改進，且當然享有改進後之成果，當事人無法透過協商限制中方行使上述權利，其對於外國國民之待遇較合同法對於中國國民間移轉技術之待遇更差，故亦有違反國民待遇原則之虞。

雖然中國或可依 TRIPS 協定第 8.2 條¹⁰¹ 及第 40.2 條¹⁰²，主張若允許進口技術讓與人透過協議排除侵權責任，或是允許當事人約定改進成果之歸屬，將對市場競爭或技術之國際移轉產生負面影響，故應予以限制。但若參酌上述有關合同法第 353 條、第 354 條的討論，則會發現中國國民之間訂立技術契約時，皆得以特約排除侵權責任，並自行約定成果歸屬。由此可見，技術進出口管理條例相關規定的目的，並不在於維護市場公平競爭或防止專利權濫用，而是在於保護中國國民於取得外國進口技術時無須負擔侵權責任，且中國國民可以自行改進該項技術，甚至享有改進成果。再者，中國僅得在符合 TRIPS 協定規定的情形下，依 TRIPS 協定第 8.2 條或第 40.2 條限制不合理授權條款，但如前所述，技術進出口管理條例第 24 條、第 27 條及第 29 條第 1 項第 3 款並不符合 TRIPS 協定下的國民待遇原則，故其若主張第 8.2 條或第 40.2 條，也難以通過檢驗。

除了可能違反美國所提出的國民待遇原則外，系爭條文亦有可能違背中國加入 WTO 時於入會議定書中所做的承諾。根據中國加入 WTO 時的工作小組報告，當時部分 WTO 會員就對中國政策可能影響外國技術移轉及投資決定有所顧慮，這些會員認為，若外國公司於投資中國時有技術移轉之需求，相關條款應由投資人與被投資人自行決定，政府不應該干涉，更不應該將技術移轉列為核准外商投資的條件¹⁰³。中國代表亦承諾將遵守 TRIPS 協定及與貿易有關之投資措施協定（Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs）之規範，且有關技術移轉、製造程序或其他未公開資訊之契約條款，應由投資各方協議決定¹⁰⁴。依據中國入會議定書第 1.2 條及工作小組報告第 342 段之規定，上述承諾與入會議定書皆為 WTO 協定的一部分，故中國如有違反情事，其他會員皆可向

¹⁰¹ TRIPS 協定第 8.2 條規定：「在符合本協定規定下，可採取適當措施，以防止智慧財產權持有人濫用其權利；或在實務上不合理限制交易，或對技術之國際移轉有不利之影響。」

¹⁰² TRIPS 協定第 40.2 條規定：「本協定並未限制會員得於立法時，明定某些授權行為或條件，因對相關市場之競爭產生負面影響，而構成智慧財產權的濫用。依上開規定，任何會員得在其國內相關之法律與規章中，採行與本協定其他條款不相牴觸之適當方法，以防止或管制此等授權行為，例如：專屬之回饋授權、禁止對有效性異議及強制包裹授權等。」

¹⁰³ Report of the Working Party on the Accession of China, para. 48, WTO Doc. WT/MIN(01)/3 (Nov. 10, 2001).

¹⁰⁴ *Id.* para. 49.

WTO 尋求爭端解決¹⁰⁵。以此觀之，技術進出口管理條例可能違反上述中國政府不干涉投資協議的承諾。

此外，中國入會議定書第 7.3 條亦明定：「中國應確保其國家及地方主管機關對進口許可證、配額、關稅配額或對進口、進口權或投資權的任何其他批准方式，不以下列內容為條件：此類產品是否存在與之競爭的國內供應者；任何類型的實績要求（performance requirements），例如自製率（local content）、補償、技術移轉、出口實績或在中國進行研發。」¹⁰⁶而技術進出口管理條例第 27 條要求改進技術成果歸屬於改進方，實質上等同以「改進技術成果之移轉」為進口之條件，故可能違反上開入會議定書之承諾。

（二）中外合資經營企業法實施條例之規定違反 TRIPS 協定之國民待遇原則及專利權保護之規定

美國第二個有疑慮的規定是中外合資經營企業法實施條例第 43 條第 2 項第 4 款。以下將分別討論系爭規定是否違反 TRIPS 協定第 3 條的國民待遇原則，以及同協定第 28 條關於專利權授予的規定。

就國民待遇部分，中國合同法並未規範技術轉讓協議期滿後，技術受讓人是否得繼續使用該項技術的問題，表示本國之當事人得自行協議。而對於持有技術而欲轉讓給中方的外國國民而言，則應優先適用技術進出口管理條例及中外合資經營企業法實施條例之相關規定。其中，技術進出口管理條例第 28 條：「技術進口合同期滿後，技術讓與人和受讓人可以依照公平合理的原則，就技術的繼續使用進行協商。」據此規定，僅進行技術轉讓的外國國民，應可以和受讓技術的中方就契約期滿後是否得繼續使用該項技術的問題自由協商；然中外合資經營企業法實施條例第 43 條第 2 項第 4 款卻要求與中方合資在中國經營企業的外國國民，必須在轉讓技術給中方（即條文中所謂之「技術輸入方」）的契約中，

¹⁰⁵ Accession of the People's Republic of China, art. 1.2; Report of the Working Party on the Accession of China, para. 342.

¹⁰⁶ Accession of the People's Republic of China, art. 7.3, WTO Doc. WT/L/432 (Nov. 23, 2001).

授權中方於契約到期後繼續使用該項技術。自文義觀察，上開規定對於與中方合資且欲輸入技術的外國國民應係構成較差的待遇，而有可能違反國民待遇原則。實際上，上開規定若與外商投資產業指導目錄中對於各產業的合資要求一併觀察，更能顯示出中國欲透過強制中外合資的政策來取得外國技術的目的。

就專利權授予部分，系爭規定亦有可能違反 TRIPS 協定第 28.1 條之要求，即各會員應授予專利權人排他專屬權之權利¹⁰⁷。依此規定，雖然外國專利權人與中方合資經營企業，並簽訂契約授權中方使用其專利，但是在該授權契約到期後，除非當事人另有約定，否則外國專利權人即應享有禁止合資中方未經同意而使用其專利之排他專屬權。然而中外合資經營企業法實施條例第 43 條第 2 項第 4 款卻使外國專利權人無法行使該權利，故並不符合 TRIPS 協定第 28.1 條之要求。

雖然 TRIPS 協定第 30 條允許各會員以例外條款對所授予的專利權加以限制，但該條同時規定例外條款必須符合以下三個要件：（一）必須有所限制（limited），即應考量例外條款對第 28 條所定之各項專利權的剝奪程度¹⁰⁸；（二）不應不合理地抵觸專利權的正常使用（normal exploitation）。所謂正常使用，係指專利權人應有權排除任何可能減損其於法定保護期限（即 20 年）內之獨占收益的競爭形式¹⁰⁹；且（三）不應不合理地損害專利權人的正當權益（legitimate interests），並應將第三人之正當權益納入考量。所謂正當權益，概念上較第 28 條的法定權益（legal interests）更廣，係指保護該權益的請求可以被相關公共政策或社會規範加以正當化¹¹⁰，例如許多國家（包含我國）皆認為以研究或實驗為目的而實施專利，並不會構成對專利權人的不合理損害¹¹¹，因為允許在研究

¹⁰⁷ 所謂排他專屬權，係指物之專利權人得禁止第三人未經其同意而製造、為販賣之要約、販賣、使用或為上述目的而進口該物；方法專利權人得禁止第三人未經其同意而使用其方法，並得禁止使用、為販賣要約、販賣或為上述目的而進口該方法直接製成之物。我國專利法第 58 條即同此規定。

¹⁰⁸ Report of the Panel, *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, WTO Doc. WT/DS114/R, para. 7.31 (Mar. 17, 2000).

¹⁰⁹ *Id.* para. 7.55.

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ 參見我國專利法第 59 條第 1 項第 2 款。

或實驗中實施專利可以促進科技創新此一公共政策目的。依此規定，中外合資經營企業法實施條例第 43 條第 2 項第 4 款對於專利權的限制，恐怕難以符合上述第二和第三個要件的要求，因為依照 TRIPS 協定第 33 條，專利權應享有自申請日起算 20 年的保障，而系爭限制使外國專利權人一旦將專利授權給合資之中方，無論該專利是否逾 20 年之期限，授權契約到期後就不得禁止中方繼續使用其專利，已經過度限制專利權的正常使用；此外，即便將第三人之正當權益和公正政策納入考量，中國也難以解釋為何系爭例外條款需要以損害合資企業裡外國專利權人之排他專屬權的方式，保護合資的中方繼續使用該專利的利益。綜上，中外合資經營企業法實施條例的規定無法透過 TRIPS 協定第 30 條正當化。

除上述兩項美國要求中國於 WTO 進行協商的措施外，以下將一併分析其他 301 條款調查報告中提及之措施與 WTO 協定下智慧財產權相關規範之合致性：

（一）營業秘密保護不足的問題涉及 TRIPS 協定和技術性貿易障礙協定¹¹² 對於未公開資訊的保護規範

TRIPS 協定第 39.2 條及第 39.3 條分別對保護「未公開資訊」(undisclosed information) 及「提交政府之資料」設有規範。第 39.2 條規定，自然人及法人對合法處於其控制下之未公開資訊，應有可能 (shall have the possibility) 防止他人未經同意而以違背誠實商業行為 (例如違反保密協議) 之方式揭露、取得或使用。所謂「未公開資訊」，係指符合以下三項要件之資訊：1、具秘密性，非一般人處理該類資訊所得知悉或取得者；2、因其秘密性而具有商業價值；且 3、合法控制該資訊之人已採取合理保密措施。依此規定，任何自然人或法人合法控制的未公開資訊皆應受到保護。

有鑒於此，中國於 2017 年 11 月 4 日修訂通過的反不當競爭法，將原本商業秘密須「具有實用性」的要件刪除，保留與 TRIPS 協定相符的三項要件。此外，除了原有要求從事商品經營或營利性服務的法人、其他

¹¹² Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT), Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1868 U.N.T.S. 120 (1994).

經濟組織和個人（即「經營者」）不得侵犯商業秘密外，將反不當競爭法第 9 條第 2 項修正為：「第三人明知或者應知商業秘密權利人的員工、前員工或者其他單位、個人實施前款所列違法行為，仍獲取、披露、使用或者允許他人使用該商業秘密的，視為侵犯商業秘密。」這兩項重大修正與美國於本次調查案中所主張的方向一致，顯示中國政府已因應美方要求作成調整¹¹³。

關於提交政府之資料，TRIPS 協定保護的範圍則較為有限。依 TRIPS 協定第 39.3 條規定，會員為核准醫藥品或農業化學產品上市，要求提供未公開之測試或其他資料，應防止該項資料受不公平商業使用（unfair commercial use）。該條規定僅適用於醫藥品及農業化學產品之相關資料，故為申請其他許可而提交給政府的資料並不受該條保護。

惟若 WTO 會員採取之措施構成 TBT 協定所稱「技術性法規」（technical regulations），則依該協定第 5.2.4 條規定，該會員於進行符合性評估程序（conformity assessment procedures）時，應確保對於其他會員所產生或提供之產品資料之機密性，與國內產品同樣受到尊重，並使其合法商業利益因此受到保護。

依此規定，按中國國家安全法第 25 條要求，於「銀行業應用安全可控信息技術推進指南」中，更揭示將建立安全可控指標及評價方法，並同時要求銀行業金融機構、信息技術企業應將基礎性、通用性測試、驗證工作提交監管部門統籌安排，且應將已完成的各類測試驗證和應用成果即時報送監管部門¹¹⁴，即可能違反 TBT 協定所定義的技術性法規¹¹⁵，故中國政府應確保相關測試、驗證、應用成果資料受到適當保護。若政

¹¹³ 但中國刑法第 219 條對於商業秘密須「具有實用性」的定義並未一併修改，且侵犯商業秘密之行為仍須對權利人造成重大損失或特別嚴重後果者，始受刑罰，故此次修法並未完全滿足美國期待，惟 TRIPS 協定並未要求會員對侵害未公開資訊之行為課以刑事責任，故美國恐難以於 WTO 主張上開中國刑法之規定違法。

¹¹⁴ 該指南於 2014 年公告後，外國政府、商會及企業隨即表達強烈擔憂，中國因而於 2015 年起暫停實施相關措施。參照中國銀監會辦公廳、工業和信息化部辦公廳關於印發銀行業應用安全可控信息技術推進指南（2014-2015 年度）的通知（銀監辦發 [2014]317 號），2014 年 12 月 29 日。

¹¹⁵ 部分 WTO 會員已將此議題提交於 TBT 委員會中進行討論。WTO, *Members Debate Cyber Security and Chemicals at Technical Barriers to Trade Committee* (June 14 and 15, 2017), https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/tbt_20jun17_e.htm.

府在符合性評估程序中取得其他會員提交的機密產品資料，並揭露給相關競爭者，將會損及外國廠商的合法商業利益，而可能違反 TBT 之規定。

(二) 限制跨境資料傳輸涉及 GATS 之國民待遇原則

隨著數位經濟的發展，跨國提供服務的公司通常需將用戶資料傳回本國的資料處理中心，經運算、分析後再回傳結果，故跨境資料傳輸已經是商業運作不可或缺的部分。但近年來，有越來越多國家重視隱私權及網路安全的保障，進而實施資料在地化（data localization）的措施，要求外國服務提供者將特定資料之儲存設備或處理中心設置在本國境內，或要求跨境資料傳輸必須經過政府評估。

以此次調查報告中指出的中國網路安全法第 37 條為例，該條便要求「關鍵信息基礎設施」運營者，應將在中國境內運營所搜集或產生之資料在境內儲存。而關鍵信息基礎設施所涉及的產業十分廣泛，依該法和 2016 年底國家互聯網信息辦公室發布的「國家網路空間安全戰略」¹¹⁶，公共通信和信息服務、廣播電視傳輸、能源、金融、交通、教育、科研、水利、工業製造、醫療衛生、社會保障、公用事業等領域和國家機關的重要信息系統，重要互聯網應用系統等皆屬之。有需要建置上述信息基礎設施的外國企業，大多是提供中國消費者相關服務的業者，且因網路安全法第 37 條僅規範在中國境內運營之人，並不涉及直接自境外向境內提供服務（即模式一）¹¹⁷ 的情形，故問題在於系爭資料在地化措施，是否會對 GATS 下的商業據點呈現（即模式三）構成限制。

¹¹⁶ 中國國家互聯網信息辦公室，「國家網路空間安全戰略」全文，2016 年 12 月 27 日，http://www.cac.gov.cn/2016-12/27/c_1120195926.htm。

¹¹⁷ GATS 第 1.2 條將服務貿易分為以下四種供給模式：模式一為在甲國境內之服務提供者，對位在乙國之消費者提供服務，稱為「跨境提供服務」（cross-border supply）；模式二為服務提供者仍在甲國，但乙國消費者到甲國境內接受服務，稱為「境外消費」（consumption abroad）；模式三為甲國之服務提供者，以在乙國境內設立分公司或辦事處等方式，對乙國消費者提供服務，稱為「商業據點呈現」（commercial presence）；模式四為甲國之自然人，移動到消費者所在的乙國境內提供服務，稱為「自然人呈現」（presence of natural person）。

以資料處理服務 (Data Processing Services) 為例，中國的特定承諾表對模式一之國民待遇限制記載為無限制 (none)¹¹⁸，因此對系爭服務即應遵守 GATS 第 17 條之國民待遇原則。然而其網路安全法要求資料處理服務提供者在境內購置相關設備以儲存及處理資料，顯然會增加外國服務提供者的成本，不利於他們和本國服務提供者間的競爭，因為跨國企業通常已在境外設有儲存設備，且資料也會傳輸回境外中心進行處理，無須在境內儲存及維護相關資料。因此，即使網路安全法第 37 條同樣適用於本國或外國營運者，仍可能改變兩者的競爭條件，對本國營運者較為有利，而違反國民待遇原則¹¹⁹。

當然，中國或可主張系爭措施符合 GATS 第 14 條一般例外之規定，例如為確保個人隱私或安全相關法規之遵行所必要者 (第 14 (c) (ii)、(iii) 條)。但是，已有許多研究指出，要求將資料儲存在境內並不會比境外更加安全，因為該國境內可得的資訊安全技術可能較差，且儲存地點越多將使資訊安全管理的資源越分散，增加被入侵的風險。所以，資料在地化措施可能並不符合第 14 條「不得對一般條件類似的國家間形成專斷或不合理的歧視」之要求，亦無助於達成隱私保護之目的，恐怕難以用例外條款正當化。

(三) 發展自主技術及產品政策未來可能涉及 WTO 政府採購協定¹²⁰之國民待遇原則

中國在 2006 年首度推出自主創新產品認證制度後，即遭美國批評而遲未實施，並於 2011 年正式宣布停止執行「自主創新產品政府採購預算管理辦法」、「自主創新產品政府採購評審辦法」、「自主創新產品政

¹¹⁸ 各會員加入 WTO 時，皆須在特定承諾表中，針對服務業別分別記載是否限制其市場進入 (market access)、限制國民待遇 (national treatment) 之適用及額外承諾 (additional commitments)。The People's Republic of China Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/135 (Feb. 14, 2002).

¹¹⁹ Daniel Crosby, *Analysis of Data Localization Measures Under WTO Services Trade Rules and Commitments*, 8 (ICTSD and World Economic Forum Policy Brief 2016), available at <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Policy-Brief-Crosby-Final.pdf> (last visited Nov. 2, 2018).

¹²⁰ Agreement on Government Procurement (GPA), Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 4, 1915 U.N.T.S. 103 (1994).

府採購合同管理辦法」三個文件。但近年中國又有推動「創新產品政府採購制度」的主張¹²¹，且 2014 年修正通過的政府採購法第 10 條明定：「政府採購應當採購本國貨物、工程和服務」，但境內無法以合理條件獲取、或採購係為境外使用、或其他法規另有規定者除外。因此，仍有探討相關規定是否違反 WTO 規範之必要。

惟中國迄今仍未簽署 GPA，且 GATT 第 3.8 (a) 條明文規定政府採購不適用國民待遇原則、GATS 第 13.1 條亦規定最惠國待遇、市場准入及國民待遇之規定不適用於政府採購措施，故 WTO 多邊貿易體系對中國政府採購措施之規範仍屬有限¹²²。根據 2016 年 WTO 發布的貿易政策檢討 (Trade Policy Review) 報告，中國必須修改前述採購本國貨物、工程或服務的法律要求，始得加入 GPA¹²³。同理，若自主創新產品必須為「本國貨物」，則恐怕會成為中國加入 GPA 的另一個障礙。另值得注意的是，國有企業 (State-Owned Enterprises) 的採購仍未納入 GPA 的協商範圍，因為中國目前僅承諾開放部分依政府採購法進行的採購措施，而國有企業的採購是遵循「招標投標法」而非政府採購法。因此，中國加入 GPA 的協商的另一重點將是國有企業是否納入規範的問題。

¹²¹ 國家信息中心，恢復創新產品政府採購，引領供給側創新，2016 年 12 月 16 日，<http://www.sic.gov.cn/News/459/7326.htm>。

¹²² 若政府採購措施構成補貼暨平衡措施協定 (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM 協定) 第 3.1 (b) 條所稱「以使用國內貨品而非進口貨品為條件」之禁止性補貼，或構成該協定第三篇所稱之可控訴補貼，則仍有可能違反 SCM 協定而被禁止或得合法課徵平衡稅；惟此舉是否將使 GATT 及 GATS 排除國民待遇之規定形同具文，有待未來 WTO 爭端解決機構進一步認定。See John Linarelli, *Global Procurement Law in Times of Crisis: New Buy American Policies and Options in the WTO Legal System*, in *THE WTO REGIME ON GOVERNMENT PROCUREMENT: CHALLENGE AND REFORM* 773, 773-802 (Sue Arrowsmith & Robert D. Anderson eds., 2011).

¹²³ Trade Policy Review – China, para. 3.187, WTO Doc. WT/TPR/S/342 (June 15, 2016).

五、本案之救濟措施與後續發展

在 USTR 發布調查報告前，有消息傳出美國政府曾考慮依據「1977 年國際緊急經濟權力法」(International Emergency Economic Powers Act of 1977, IEEPA)，對中國建立互惠投資機制，以作為本案的救濟措施¹²⁴。根據 IEEPA 第 203 條，美國總統在國家安全、外交政策或經濟面臨異常嚴重的威脅時，可以宣布國家進入緊急狀態，並以行政命令限制外國在美國管轄權範圍內的金融交易及財產移轉¹²⁵。舉例而言，若中國對銀行業設有 49% 之外資持股上限，則美國可依據上述規定，對中國投資美國銀行設置相同限制，以此互惠機制要求中國政府開放外資¹²⁶。除此之外，關稅、數量限制、其他投資限制、出口管制、減少核發簽證給中國公民等，當時也曾在美國政府考慮實施的措施之中¹²⁷。

報告發布後，美國政府隨即於 WTO 提出協商，並於 2018 年 4 月公布預計對超過 1,300 項、總值約 500 億美元的中國進口產品加徵 25% 的關稅¹²⁸。雖然雙方曾於同年 5 月進行協商後發表聯合聲明，中國亦同意修訂專利法在內的相關法規¹²⁹，但是美國認為中國並未改善其相關政策及措施，故 USTR 仍決定採取傳統加徵關稅的方法，於同年 6 月公布正式的報復清單，第一部分為 4 月公布預定清單中的 818 項約 340 億美元的產品，已於 2018 年 7 月 6 日開始施行，並新增第二部分的產品，其中 279 項約 160 億美元的產品亦於同年 8 月 23 日起正式加徵關稅¹³⁰。近期美國再度加大報復力道，於 9 月 24 日起對 5,745 個稅目、總值約 2000 億美元的產品加徵 10% 的關稅，並自 2019 年 1 月 1 日起提高為 25%¹³¹。

¹²⁴ Jenny Leonard, *Sources: White House Considering Creation of Investment Reciprocity Regime with China*, INSIDE U.S. TRADE (Jan. 17, 2018), <https://insidetrade.com/daily-news/sources-white-house-considering-creation-investment-reciprocity-regime-china>.

¹²⁵ 50 U.S.C. § 1701.

¹²⁶ Leonard, *supra* note 127.

¹²⁷ Leonard, *supra* note 127.

¹²⁸ USTR, *Under Section 301 Action, USTR Releases Proposed Tariff List on Chinese Products*, Apr. 3, 2018, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/april/under-section-301-action-ustr>.

¹²⁹ 新華社，中美就經貿磋商發表聯合聲明，2018 年 5 月 20 日，http://www.xinhuanet.com/world/2018-05/20/c_1122857981.htm。

¹³⁰ USTR, *supra* note 8.

¹³¹ USTR, *USTR Finalizes Tariffs on \$200 Billion of Chinese Imports in Response to China's Unfair Trade Practices*, Sept. 18, 2018, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/september/ustr-finalizes-tariffs-200>.

為反制美國的加稅措施，中國也於 7 月 6 日起對美國進口的農產品、汽車、水產品等約 340 億美元的產品加徵 25% 的關稅¹³²，並於 8 月 23 日起對化工品、醫療設備、能源產品等約 160 億美元的產品加徵 25% 的關稅¹³³，復於 9 月 24 日起對 3571 個稅目產品加徵 10% 的關稅、另對 1636 個稅目產品加徵 5% 的關稅¹³⁴。此外，中國亦於 WTO 提出協商要求，主張美國貿易法的 301 條款違反 DSU 第 23 條即 WTO 協定之違反僅得由爭端解決機構認定，並認為美國的加稅措施違反 GATT 第 1.1 條之最惠國待遇原則及第 2.1 條之關稅減讓承諾¹³⁵。

肆、結論

301 條款長期被視為是 WTO 所建立的多邊貿易體系一大隱憂，雖然 WTO 的規範已大幅限制該條款的運作，但對於不在 WTO 協定範圍內之新興貿易問題，美國仍有空間利用該條款啟動調查並進行單邊貿易制裁。自美國總統川普競選及上任以來，便多次表示要對中國進行調查並課徵高額關稅，也確實於 2017 年 8 月啟動本次的中國智慧財產權政策調查案，經數個月的調查，決定自 2018 年 7 月起對中國進口產品加徵關稅。由於美國依據 301 條款所進行的單邊貿易制裁違反 GATT 或 GATS 規範的可能性極高，且過去各國通常會在制裁措施實施日之前與美國達成協議，因此以往美國實際執行制裁的情形並不常見，更凸顯本次對中國實施貿易制裁的特殊性。

經本文分析，雖然一開始並沒有朝向違反 WTO 協定的方向調查，但美國依據 301 條款調查報告於 WTO 提出的兩項主張，若進入爭端解決程序皆很有可能勝訴，因為中國技術進出口管理條例及中外合資經營企業法實施條例之相關規定

¹³² 國務院關稅稅則委員會關於對原產於美國 500 億美元進口商品加徵關稅的公告，稅委會公告〔2018〕5 號，2018 年 6 月 19 日。

¹³³ 國務院關稅稅則委員會關於對原產於美國約 160 億美元進口商品加徵關稅的公告，稅委會公告〔2018〕7 號，2018 年 8 月 9 日。

¹³⁴ 國務院關稅稅則委員會關於對原產於美國的部分進口商品（第二批）加徵關稅的公告，稅委會公告〔2018〕6 號，2018 年 8 月 4 日；國務院關稅稅則委員會關於對原產於美國約 600 億美元進口商品實施加徵關稅的公告，稅委會公告〔2018〕8 號，2018 年 9 月 19 日。

¹³⁵ Request for Consultations by China, *United States – Tariff Measures on Certain Goods from China*, WTO Doc. WT/DS/543/1 (Apr. 5, 2018); Request for Consultations by China, *United States – Tariff Measures on Certain Goods from China II*, WTO Doc. WT/DS/565/1 (Aug. 27, 2018).

並不符合 TRIPS 協定下的國民待遇原則和有關專利權授予的要求。此外，強制揭露未公開資訊、限制跨境資料傳輸等措施亦有可能涉及 TRIPS 協定、TBT 協定和 GATS 的相關規定。因此，中美雙方仍有空間，並且也應該在 WTO 爭端解決機制下處理有關貿易爭議。而對於 WTO 規範以外的貿易議題，例如開放市場准入、提供智慧財產權比 TRIPS 協定更多的保護、加入 GPA、外國投資審查等，則需要進一步透過雙邊或多邊貿易談判加以解決。

由本案發展情勢可知，過去中國對於智慧財產權政策大多願意同意美國協商要求的模式已有所改變，隨著其經濟實力提升，中美雙方達成貿易協議的困難度也增加不少。因此，本案救濟措施的後續發展及中美雙方於 WTO 協商的成果，仍會是各國未來持續關注的焦點。