

## TRIPS 與羅爾斯的國際正義理論初探

王敏銓

### 摘 要

本文探討政治哲學家約翰·羅爾斯（John Rawls）於 1990 年代後期發展的國際正義理論如何適用於對「與貿易有關的智財權協定」（TRIPS）的訂定背景的分析，目的是在建立一個對於 TRIPS 加以批判的觀點。羅爾斯的國際正義理論主要發展於他的「人民間法」（The Law of Peoples）一書，但與羅爾斯以前的著作，包括「正義論」（A Theory of Justice）與「政治自由主義」（Political Liberalism）有脈絡上密不可分的關係。本文試圖應用在這些著作中提出的概念，包括第二（國際）原始立場、無知面紗、暫時狀態與重疊共識的區別等。在另一面，TRIPS 的訂立過程呈現的問題，如貿易與智財權的連結、對於國際智財權體制的功能的基本不合意、對開發中國家的不平衡負擔等，都是「政治自由主義」所要解釋的問題，也就是基於暫時協定的體制，如何能克服穩定性上的困難，而達成重疊共識的目標。本文係針對此問題所提出的初步的看法。

關鍵字：約翰·羅爾斯、國際正義、人民間法、與貿易有關之智財權協定

Cite as: 1 Tech. L. Rev. 163 (2004)

## **The TRIPS Agreement and John Rawls's Theory of International Justice**

Eric Min-Chiuan Wang

### Abstract

The topic of this article is how the theory of international justice developed by political philosopher John Rawls in the mid-1990s can be applied to analyzing TRIPS, the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, and its drafting process. The purpose here is to construct a point of view for the critique of TRIPS. Rawls's theory of international justice was primarily developed in his *The Law of Peoples* but also bore imprints from the previous works, including *A Theory of Justice* and *Political Liberalism*. The author of this article has intended to apply several concepts proposed by Rawls in these works, including the second stage of the original position, the veil of ignorance, *modus vivendi*, and overlapping consensus. Many issues relating to TRIPS' drafting process are in effect the questions that *Political Liberalism* has intended to answer; these issues include the fundamental disagreement over the function of an international intellectual property regime and the disproportionate burdens placed on the developing countries. This article concludes by suggesting that a process for reaching an overlapping consensus over the goal of international intellectual

---

Manuscript received: Dec. 12, 2002; Accepted: Nov. 14, 2003

property should be developed, probably, within the institutional structure of the WTO.

Keywords: John Rawls, international justice, the Law of Peoples, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

# 1. 背景：羅爾斯正義原則的國際適用與人民間法

## 1.1 羅爾斯正義原則的國際適用

適用羅爾斯的正義二原則到國際領域一直是許多學者有興趣的題目。然而，這類討論的出發點卻往往是對於羅爾斯忽略國際領域的不滿，特別是對於羅爾斯以封閉社會——亦即許多個人共存於同一「時間中的有限地理領域」——作為建構正義原則的背景。在現代的國際政治、經濟、文化之密切互動之下，羅爾斯的封閉社會的假設的可信度已逐漸減弱，某種可適用於國際的正義原則似乎在現代有其必要性。

許多學者對差別原則適用於國際領域特別感興趣。這些學者主張差別原則，或者某種差別原則的修正版本，應該是適當的國際分配正義原則。論證差別原則適用於國際可以有數種方式。在一方面，這些學者主張，國際的經濟互賴所產生的全球合作體制，由於經濟上之合作而增加了個人與國家之財富，必須有類似於國內的分配正義原則——特別是差別原則——適用於國際，以從事對合作所產生的利益與負擔的分配。另一方面，這些論者自全球經濟的極端差距、貧窮國家的極端窮困情況，以及富有國家救濟貧窮國家的微小成本，來主張類似於國內差別原則的救濟——尤其是在富國所負擔的矯正成本極低時<sup>1</sup>。

雖然有其他學者的熱心主張，在 1993 年的「人民間法」（*The Law of Peoples*）出版之前<sup>2</sup>，羅爾斯本人對於討論國際法議題具有相當的保留，而

<sup>1</sup> BRIAN BARRY, *THE LIBERAL THEORY OF JUSTICE: A CRITICAL EXAMINATION OF THE PRINCIPAL DOCTRINES IN A THEORY OF JUSTICE* 130 (1973); Thomas W. Pogge, *Priority of Global Justice*, in *GLOBAL JUSTICE* 6, 15-16 (Thomas W. Pogge ed., 2001).

<sup>2</sup> 此論文後經集結出版於 JOHN RAWLS, *COLLECTED PAPERS* 529 (Samuel Freeman ed., 2001).

刻意侷限其理論範圍於國內社會。羅爾斯表示他滿足於探討國境內的正義問題，並且認為國家間的正義原則可能必須要由不同的方式產生<sup>3</sup>。雖然國際原始立場的觀點在正義論中即已出現<sup>4</sup>，但羅爾斯在這一階段對於國際法問題的探索可以說是初步與有限的<sup>5</sup>。

## 1.2 人民間法作為國際的政治原則

羅爾斯對於國際間正義問題的忽略，於 1990 年代有重大突破。隨著「人民間法」的出版，羅爾斯進一步闡述他對國際法與國際實務的立場。「人民間法」是羅爾斯試圖把他以前的理論建構，包括正義論與政治自由主義，延展到他以前未充份處理的問題，亦即可適用於國際的正義概念。

這個國際的正義概念以適用於自由主義的人民為中心，再延展到對非自由人民的對待。為了產生一個國際的正義概念，羅爾斯創造了一個國際的原始立場。在此原始立場中，各個自由主義社會的代表共同採取一套人民間法。在此羅爾斯一方面刻意區別人民與國家，主張人民間法的適用對象是在人民之間<sup>6</sup>。另一方面，這個國際正義概念的創造使用來自羅爾斯在以前的著作中所設計的裝置與概念，例如原始立場及其相關的無知面紗的設計、在原始立場中的代表為合理與理性等。

在正義論中主張的分配正義是否如羅爾斯所主張的，不應適用到全球，

<sup>3</sup> JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 7 (1999).

<sup>4</sup> *Id.* at 331-332.

<sup>5</sup> *See, e.g., id.* at 331-335.

<sup>6</sup> Mike Wiser, Book Note, 14 HARV. HUM. RIGHTS J. 299, 299 (2001) (羅爾斯的「人民」(peoples) 異於傳統的國家概念，人民欠缺某些傳統的國家權利)。本文作者感謝一位匿名評論者指出 peoples 翻譯為「人民」，以及 the law of peoples 翻譯為「人民間法」太過僵硬。作者已經對此問題思考甚久，但 peoples 顯然不能譯為「民族」或「國家」，因為羅爾斯特別摒除此二概念。The law of peoples 強調是在自由主義人民 (peoples) 「之間」適用的原則，而稱為「民間法」則與中文的「民間」二字的意義不符，因而作者最後仍然暫時維持原譯。

或應如許多其他學者所主張的，應該延展跨越國界，是人民間法的一個廣受爭議之處<sup>7</sup>。羅爾斯主張人民間的社會（此概念類似於國際社會，但強調構成單位是「人民」，而非國家）只適用協助義務，不適用差別原則。如果一個社會已能達到自由或良善的政體，則其他人民不再有義務對它提供協助。羅爾斯相信政治文化，而非自然資源分配，決定一個國家的經濟發展層次。在達成自由或良善的政體後（羅爾斯所謂的「目標」與「切斷點」），各人民應對它自己所作的政策選擇而產生的經濟效果負責，從而沒有一個人民可以正當地在切斷點後又要求財富的再移轉<sup>8</sup>。在「人民間法」一書中，羅爾斯特別提出並反對兩組在國際間適用差別原則的提議，即 Charles Beitz 的「資源重分配原則」與「全球分配原則」，與 Thomas Pogge 的平等原則<sup>9</sup>。批評者認為，在人民間法中之所以未能承認差別原則，原因在於羅爾斯的方法論上的失敗，也就是他未能貫徹在正義論中所建立導出正義原則的步驟，而非來自羅爾斯的基礎理論的失敗或這個理論對國際社會的不合適。從而批評者指出，「人民間法」雖已較完整處理羅爾斯前著中所引起的問題，但在此書中國際正義仍不是「公平即正義」（justice as fairness），而只是自由主

<sup>7</sup> Frank J. Garcia, *The Law of Peoples*, 23 HOUS. J. INT'L L. 659 (2001) (reviewing JOHN RAWLS, *THE LAW OF PEOPLES* (1999)).

<sup>8</sup> JOHN RAWLS, *THE LAW OF PEOPLES* 117-118 (1999). 羅爾斯主張人民間社會只適用協助義務，不適用差別原則的主要理由有三。第一個理由是關於財富的移轉。財富移轉的目的本在於確保明智且有效地行使自由，這個目的在自由或良善的政府建立後即已達成。第二個理由是關於自尊的傷害，即所謂「烙印」，這是在一群人民達成自由或良善政體前對它作財富移轉的理由，但不是已在達成該種政體後作財富移轉的理由。因為在達成此種政體之後，人民可以自行調整它的財富使用與重要性，所以各群人民都應自行對其財富的累積負責。第三個理由是關於人民間社會的政治平等，在此羅爾斯的立場或許可以解釋為財富的移轉會造成一群人民的政治程序被另一群人民所宰制，從而使「人民的代表希望保存其社會的獨立與對其他人民的平等。」*Id.* at 114-115.

<sup>9</sup> *Id.* at 116.

義人民的外交政策<sup>10</sup>。

### 1.2.1 人民間法的地位

「人民間法」是一個適用於國際的政治正義概念<sup>11</sup>。在「人民間社會」的合理與理性的人民（peoples），會相互同意在政治與經濟上合作的公平條件。正如同這個公平的合作條件在國內情況是「正義原則」，在國際的情況稱為「人民間法」<sup>12</sup>。羅爾斯列出 8 項人民間法的原則。然而，這 8 項原則不應被認為是人民間法的完全清單，例如羅爾斯即承認規範公平貿易的原則，雖不在此 8 項原則之內，但應屬於人民間法的內容之一<sup>13</sup>。

羅爾斯自己顯然認為人民間法為公平即正義概念的延伸<sup>14</sup>，而非與公平即正義截然不同的概念。人民間法的基本理念來自於公平即正義，但其適用範圍廣於公平即正義。人民間法亦「發展於政治自由主義之內」，是把國內政體的自由主義概念延伸到人民間的社會。其結果是產生一套國際的政治正義概念，作為抽象的原則，以支配自由主義人民的具體外交政策<sup>15</sup>。

人民間法，作為國際間的政治正義概念，支配「人民間關係之基本結

<sup>10</sup> Garcia, *supra* note 7, at 660.

<sup>11</sup> RAWLS, *supra* note 8, at 3.

<sup>12</sup> *Id.* at 35（合理與理性的人民相互要約公平的政治社會合作條件）。

<sup>13</sup> *Id.* at 37-38. 這 8 項原則是：「1. 人民為自由與獨立，且它們的自由與獨立應被其他人民所尊敬。2. 人民應遵守條約及承諾。3. 人民是平等的，且為拘束它們的合意的當事人。4. 人民應遵守不介入的義務。5. 人民有自衛權利，但無權因自衛以外的理由起始戰爭。6. 人民遵守人權。7. 人民遵守某些於戰爭中的行為限制。8. 對於活在不利條件中，而無法成為公正或良善的政治社會體制的其他人民，人民有協助的義務。」  
*Id.* at 37. 羅爾斯對待此組原則為某程度上既定的，主張此 8 原則優於其他原則。但相對於正義論中提供詳細的論證以證明正義二原則優於其他選擇，羅爾斯並未提供對選擇此 8 原則的有力論證。

<sup>14</sup> *Id.* at 3（自公平即正義導出）。

<sup>15</sup> *Id.* at 9（人民間法發展於政治自由主義之內，為國內的自由主義概念的延伸）。

構」，或「人民間法合作的基本條件」<sup>16</sup>。根據羅爾斯，作為國際間的政治正義原則的人民間法，其功能在一方面是作為管制各個良序人民的行為的基本規範或憲章<sup>17</sup>，另一方面它涵蓋人民的相互往來及其組織，於此羅爾斯明白承認「貿易的公平標準與其他合作機構」應為國際政治正義原則的標的之一<sup>18</sup>。因而我們可以推知，民間法所承認並假設會產生的超國合作組織應包括如 WTO 之類的組織<sup>19</sup>；同時，聯合國屬於在政治方面的此種超國合作組織。

### 1.2.2 第二原始立場的功能

羅爾斯構想人民間法——國際間的政治正義原則——產生自與國內的正義原則相似的機制。於二情況中雖選擇不同的原則，但都使用原始立場<sup>20</sup>。於國際的，即「第二層的」原始立場，羅爾斯顯然縮小了可得的選擇。當事人於國內的原始立場得以對原則本身行使選擇權——即當事人得選擇自由主義原則或其他原則（例如功利主義）；若選擇自由主義觀點時，可選擇自由正義原則的不同公式。相對地，於第二原始立場的當事人僅得選擇對事先決定的 8 項原則作詮釋<sup>21</sup>。

人民間法是第二原始立場思索的課題<sup>22</sup>。在第二個，或國際的，原始立場中，各群人民之代表，置於與國內原始立場相同之條件下，同意其彼此間

<sup>16</sup> *Id.* at 33.

<sup>17</sup> *Id.* at 37.（羅爾斯認為這些人民間法的原則，會被良序人民共同採納為支配其行為的政治正義原則）。

<sup>18</sup> *Id.* at 38. 羅爾斯稱這種人民間的合作機構為「人民邦聯」（The Confederation of Peoples），此語被羅爾斯用來與世界國相對。羅爾斯認為人民間同意的平等原則會導致鬆散的合作組織，而不會產生一個全球性的國家。*Id.* at 36.

<sup>19</sup> 關於人民間的經濟合作組織，羅爾斯雖未提及 WTO，但提及 GATT 與世界銀行。

<sup>20</sup> *Id.* at 32.

<sup>21</sup> *Id.* at 39-42（於第二原始立場中當事人只辯論 8 原則的詮釋）。

<sup>22</sup> *Id.* at 33（第二原始立場的五個特徵）。



的政治正義原則<sup>23</sup>。不論第一個或第二個原始立場，都是一個代表的模型，因為它代表在當事人之間的公平條件，基於此公平條件，當事人（在此為各群人民的代表）得以選擇支配其相互關係的人民間法<sup>24</sup>。

原始立場，以其無知面紗的裝置，濾去不適當的理由——即足以令代表未能考慮被代表者為自由平等的理由<sup>25</sup>。在第二原始立場中，無知面紗的作用原理與國內情況相同，但所允許與不允許的資訊則調整至國際間的事務：當事人不知其所代表國家的特殊資訊，例如不知道他所代表人民的領域大小、人口及相對於其他人民的強弱，但知道民間社會的一般事實<sup>26</sup>。

值得注意的是，羅爾斯特別指出經濟發展的層次、自然資源，或「其他如此資訊」屬於應被國際的無知面紗濾出的資訊<sup>27</sup>。我們可以推測關於各國的智財權的特殊事實亦屬於被濾出的資訊，因為這些資訊，相同於各國的經濟發展層次，屬於各個被代表人民的特殊資訊。然而，智財權的性質，與其對國家經濟扮演的角色，屬於一般的資訊，而在當事人應有認識之列<sup>28</sup>。

## 2. 關於 TRIPS 的已開發與開發中國家爭議

### 2.1 TRIPS 的正反觀點

把智財權納入國際貿易的體制，是產生自己開發國家——特別是美國——的倡議<sup>29</sup>。把智財權納入 GATT/WTO 規範的過程充滿了政治的爭議。在這個過程中衍生一群關於智財權與發展關係的新興論述。已開發國家的談

<sup>23</sup> *Id.* at 32.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> *Id.* at 31.

<sup>26</sup> *Id.* at 32-33.

<sup>27</sup> *Id.* at 33.

<sup>28</sup> *Id.* at 32-33.

<sup>29</sup> See generally Robert W. Kastenmeier & David Beier, *International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks, and Reality*, 22 VAND. J. TRANSNAT'L. 243, 305 (1989).

判代表發展這一群論述，其目的似乎是為了說服開發中國家去相信貿易與智財權的連結是為了任何國家——包括開發中國家——的長期利益。然而，開發中國家似乎未被以上論點說服<sup>30</sup>。TRIPS 的締結並不是來自雙方對於智財權達成價值上的合意，而是來自所謂的「連結」機制的運作。

開發中國家的主要論點可分為實用論點、政治論點與連結論點：

1. 實用論點：開發中國家主張，智財權的高度保護不必然能增加外國投資。反之，高度的投資往往不是發生在有高度智財權保護的國家<sup>31</sup>。

2. 政治論點：開發中國家主張，智財權的高度保護是已開發國家用來阻止科技流入開發中國家，藉以貫徹科技上南北分工的工具<sup>32</sup>。

3. 連結論點：第三個論點則是對國際貿易與智財權的連結的反對。這個反對反映在開發中國家對於以 GATT 處理智財權問題的反對。這些國家主張 TRIPS 不在 GATT 的機構目的之內，應該屬於 WIPO 的管轄範圍<sup>33</sup>。但更深的動機則是反對智財權與貿易的連結。這個連結使開發中國家在談判中居於不利的地位，已開發國家於國際貿易上的優勢權力使開發中國家的談判地位相對弱勢。

在另一方面，已開發國家則主張數點：智財權的保護有助於外國投資的流入；隨著智財權的高度保護，在長期而言開發中國家自己擁有的智財權數目會增加；而且，智財權與國際貿易的連結是正當的，以市場接觸換取智財權的保護，是開發中國家與已開發國家雙方正當的交易。

隨著 TRIPS 的通過，對於國際智財權保護的學術與政策研究興趣增

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> Evelyn Su, Comment, *The Winners and the Losers: The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and Its Effects on Developing Countries*, 23 HOUS. J. INT'L. 169, 207 (2000).

<sup>32</sup> *Id.* at 202 n. 189 (citing Carlos Alberto Primo Braga, *The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A view from the South*, 22 Vand. J. Transnat'l L. 243, 252 (1989)).

<sup>33</sup> *Id.*

加，一些關於高度智財權保護與經濟成長、技術移轉、外國投資等的研究已陸續發表。這些研究中有許多支持已開發國家的立場，即肯定智財權保護與發展、投資等的正面關係<sup>34</sup>。

## 2.2 貿易與智財權的連結

TRIPS 與其他所謂「貿易相關」的議程，被學界稱為連結現象<sup>35</sup>。TRIPS 是在貿易領域日漸增加的連結現象之一。把 TRIPS 納入 WTO 憲章的附錄之一，明白顯示智財權的體制自此與貿易體制連接在一起<sup>36</sup>。在國際貿易上，互換（trade-offs）與妥協被認為是一常態。在談判的過程中通常少有國家獲得全勝，各參與者只是希望在妥協之中能獲得在某些特定部門的收穫<sup>37</sup>。因而，貿易與其他部門的連結並不是一種新的現象，而且連結的數目正在日漸增加之中<sup>38</sup>。

<sup>34</sup> *Id.* at 207-208 (citing Carlos A. Primo Braga & Carsten Fink, *The Relations between Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment*, 9 DUKE J. COMP. & INT'L L. 163 (1990); Owen Lippert, *One Trip to the Dentist is Enough: Reasons to Strengthen Intellectual Property Rights through the Free Trade Area of the Americas*, 9 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 241 (1998).

<sup>35</sup> Jagdish Bhagwati, *Afterword: The Question of Linkage*, 96 AM. J. INT'L L. 126, 127 (2002); Jose E. Alvarez, *The WTO as Linkage Machine*, 96 AM. J. INT'L L. 146 (2002); Frank J. Garcia, *Trade and Justice: Linking the Trade Linkage Debates*, 19 U. PA. J. INT'L ECON. L. 391 (1998); David W. Leebron, *Linkages*, 96 AM. J. INT'L L. 5 (2002); Frank J. Garcia, *The Trade Linkage Phenomenon: Pointing the Way to the Trade Law and Global Social Policy of the 21st Century*, 19 U. PA. J. INT'L ECON. L. 201 (1998).

<sup>36</sup> Brian F. Fitzgerald, *Trade-Based Constitutionalism: The Framework for Universalizing Substantive International Law*, 5 U. MIAMI Y.B. INT'L L. 111, 134 (1996-1997) (新的 WTO 憲章不但復甦了 GATT 體制，更把智財權與貿易體制繫縛在一起)。

<sup>37</sup> Ruth L. Gana, *Prospects for Developing Countries under the TRIPS Agreement*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 735, 739 (1996).

<sup>38</sup> Frank J. Garcia, *The Trade Linkage Phenomenon: Pointing the Way to the Trade Law and Global Social Policy of the 21st Century*, 19 U. PA. J. INT'L ECON. L. 201, 201 (1998) (在貿易領域的連結現象的日益增加)。

然而，連結可能繞過對規範問題的解決，從而只是隱藏對規範價值的基本不合意<sup>39</sup>。連結規則的產生可能來自跨部門的談判，或所謂的連結談判外交。此種現象通常見於多邊的貿易體系，GATT 與 WTO 即為其中最顯著的例子。由於連結規則是產生自貿易談判的機制，而不是來自對於特定的被連結部門的外交合意。在 TRIPS 的談判過程，明白地以貿易談判的外交取代對於智財權本身「功能特定」的外交（function-specific intellectual property diplomacy）<sup>40</sup>。因而，連結規則的產生很可能隱藏在其中對於被連結規則——在此，為智財權的國際規則——的基本價值不合意<sup>41</sup>。

智財權與貿易體制的連結，與其說是來自智財權與貿易二者間的內在邏輯關係，不如說是發展中國家——特別是美國——因為他們的經濟發展需求，而導致貿易與一個極嚴格的智財權體制結合<sup>42</sup>。然而，國際的智財權體制，本來並非必然傾向 TRIPS 訂定的方向。在某些發展中國家的觀點，反而是應該傾向另一個方向——即較寬鬆、對各個國家較有彈性——的方向發展<sup>43</sup>。

現在 TRIPS 與其他貿易項目的關係，已被廣泛承認是已開發國家與開發中國家的談判交換<sup>44</sup>。在一方面，開發中國家希望獲得對於某些特定產業的公平貿易規則，在另一方面，已開發國家則希望確保國際對智財權的高度保護。TRIPS 因而產生在貿易與智財權之間的談判交換。然而，這個交換，

<sup>39</sup> *Id.* at 202.

<sup>40</sup> Michael P. Ryan, “The Function-Specific and Linkage-Bargain Diplomacy of International Intellectual Property Lawmaking,” 19 U. PA. J. INT’L ECON. L. 535 (1998) (TRIPS 的外交過程顯示功能特定外交實務的死亡)。

<sup>41</sup> Garcia, *supra* note 38, at 204 (多邊跨部門談判常是結連通常產生之處)。

<sup>42</sup> Fitzgerald, *supra* note 36, at 150 (連結的關鍵原因是智財權對於美國經濟成長的價值)。

<sup>43</sup> *Id.* at 152-153 (發展中國家曾經呼籲發展適合其發展需求的國際智財權體制，也就是不嚴格、較有彈性的智財權體制)。

<sup>44</sup> Gana, *supra* note 37, at 739.

亦即貿易與智財權的連結，預先排除對國際智財權規範本身達成共識。亦即，這個本應具有的達成共識過程因為連結與交換的過程而被跳過。

由於對智財權本身無共識，貿易與智財權的連結僅為工具性的性質<sup>45</sup>。貿易與智財權的連結，在開發中國家的眼中，只是一種手段，而不是一個目的<sup>46</sup>。在 TRIPS 的談判過程，開發中國家雖然取得紡織品、農產品等部門的利益，但是它們對於 TRIPS 的基本價值的關心，特別是高度智財權保護與發展的關係，在 TRIPS 的判談結果中並未反映。對於智財權部門的談判結果本身，開發中國家可以說是不平衡地被施加負擔，而未取得任何實質的發展利益<sup>47</sup>。從而可以說，在 TRIPS 的情況，連結的功能是經由交換不同領域的利益，使對於智財權的暫時協議成為可能。然而，由於對智財權的重疊共識<sup>48</sup>並未達成，使得參與者對於原有議題的關心仍未改變<sup>49</sup>。

<sup>45</sup> *Id.* at 737 (主張發展中國家視烏拉圭回合中的貿易與智財權的合併為手段而非目的，此連結只使衝突轉向，而未解決真正的議題)。

<sup>46</sup> *Id.* at 737.

<sup>47</sup> *Id.* at 740. See also Fitzgerald, *supra* note 36, at 152 (TRIPS 協定對於發展中國家面臨的困境並未作適當的調節)。

<sup>48</sup> 羅爾斯主張在合理多元主義 (reasonable pluralism) 下，對於一個民主政體的接受不能只是一個暫時協議 (modus vivendi)，而必須到達重疊共識 (overlapping consensus) 的地步。換句話說，在多元社會中公民可能持有不同的合理全面原則 (reasonable comprehensive doctrines)，也就是有不同的宗教、哲學、道德原則。為了要使這樣的社會得以「為正確的理由而穩定」(stable for the right reasons)，這些合理全面原則必須能夠從自己的立場支持該社會的政治正義原則。所謂的暫時協議是指相互爭戰的國與國之間，因為力的平衡而暫時達到停戰的狀態。在此，穩定性是基於條件的未改變。一旦力的均衡改變，任何一方即可能採取追求己利的行動而損害另外一方。所謂的重疊共識，則是基於道德理由的同意。基於重疊共識的穩定性則不會因為政治權力的改變而有所改變。JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* xxxix-xl, 147-148 (1993, 1996). 闡述或應用暫時協議與重疊共識區別的文章有 Robert Justin Lipkin, *In Defense of Outlaws: Liberalism and the Role of Reasonableness, Public Reason, and Tolerance in Multicultural Constitutionalism*, 45 DEPAUL L. REV. 263 (1996); Robert Lipsky etc., *Ethical Foundations of International Law*, 81 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 415 (1987); W. Michael Reisman, *Unratified Treaties and Other Unperfected Acts in*

### 3. 關於 TRIPS 締結的討論

#### 3.1 TRIPS 與四階段序列

於國內正義的情況，爲了簡化正義二原則的適用，羅爾斯設計了所謂的「四階段序列」。四階段序列是去想像一連串的中間階段，以簡化正義原則的具體化於社會制度的程序<sup>50</sup>。這四個程序包括原始立場、憲法會議、立法階段、法律之適用與遵守階段<sup>51</sup>。當事人於決定正義原則後，自原始立場移到憲法會議，以決定符合正義原則的憲法。然後再移到立法階段，再移到法律的執行與適用階段。這些階段各自表示於某個適用程序下，對考慮問題的適當觀點及對資訊的適當限制：無知面紗在各階段中被逐漸揭開，當事人因而獲得在各階段中制定公正之規則所需要的資訊<sup>52</sup>。

類比於國內正義原則的適用情況，我們亦可假設國際原始立場的當事人，於決定極抽象的國際正義原則後，移到某個國際的「憲法會議」，以決定國際間往來的政治形式。在此並非建議一種世界政府的模式，但是這種國際性的立憲場合確實已經存在。國際間的往來確實已建立某種政治的「憲章」性的原則，甚至組織，例如聯合國憲章與 WTO 協定即爲適例。這些「憲法」，不只管制鬆散的「人民邦聯」之構成組織與組織的活動，亦管制其會員的活動。

羅爾斯構想的立憲階段是描述國內的情況。與國際法的情況有別。然而，一國際規範是否定義上可被認爲是「國際憲法」或「國際立法」的界定

---

*International Law: Constitutional Foundation*, 729 VAND. J. TRANSNAT'L L. 729 (2002).

<sup>49</sup> Gana, *supra* note 37, at 740 (除了於其他貿易領域之交換，發展中國家於 TRIPS 中少有實質收獲，而其對智財權對發展的影響的關注仍未改變)。

<sup>50</sup> RAWLS, *supra* note 3, at 172.

<sup>51</sup> *Id.* at 172-175.

<sup>52</sup> *Id.*

對適用羅爾斯的四階段序列並非必要。真正的問題是無知面紗及其部分揭除的設計是否應適用於國際規範。羅爾斯自己提供了線索。在訂立國際的政治正義原則上，包括國際組織的設計，羅爾斯承認「第二原始立場」的適用。不論 WTO 協定及其實質條款（包括與貿易連接在一起的 TRIPS 協定）之採行屬於國際的立憲或立法階段，均可以討論無知面紗及其部分揭除的設計如何適用於此訂立階段。所以產生的問題是：TRIPS 的訂立是否遵守憲法會議或立法階段的程序正義，即此二階段的無知面紗所加的限制。這問題產生對 TRIPS 的批判。

### 3.2 在無知面紗之後

原始立場的功能是在確保當事人能達成公平的合意<sup>53</sup>。為達成這種目的，當事人被隔離某種知識，但容許某種知識。如前所述，在第二原始立場，無知面紗會適當地調整以適應國際的場合。在第二原始立場中的人民代表不知其所代表的人民的個別情況，如它的大小、人口與所代表人民的強弱。但正如國內原始立場的代表知道國內社會的一般事實，國際原始立場的當事人亦應知道國際社會的一般事實。

於原始立場中決定關於智財權法的公平國際規範，首先當事人必須要被排除對自己國家是富有智財權或缺乏智財權的事實的認知。羅爾斯曾以此例例示無知面紗中對知識的限制：「若一人知道他為富有，他可能認為，去促進認定課稅為不正義的原則，是理性的；若一人為窮困，則可能提議相反原則<sup>54</sup>。」於智財權的情況是相同的情況，若某當事人知道他代表富有智財權的人民，則它會傾向主張維持智財權的財產價值，而減少稀釋智財權的原則；若某代表知道它代表的國家鮮少有智財權，而傾向依賴他國的智財權，則他會傾向對智財權限制，甚至剝奪。這些知識正是羅爾斯所謂「使人們對

<sup>53</sup> *Id.* at 15.

<sup>54</sup> *Id.* at 17.

立，且使他們被其偏見所引導的偶然性」，對這種偶然性知識的排除，是無知面紗達成的自然方式<sup>55</sup>。

無知面紗隔絕某些知識，但同時容許某些知識。被隔除的知識使當事人於選擇原則時不會從自己個案的觀點去考量。但要基於一般考量而評估原則的選擇，當事人必須知道其所處社會的一般事實<sup>56</sup>。

在第二原始立場之中，可以推知當事人應知道關於人民間社會的一般事實。尤其，於選擇關於智財權的國際原則時，應該知道國際社會中關於智財權的一般事實，羅爾斯明白表示，正義概念必須被調整適應：「它所規範的社會合作系統的特徵<sup>57</sup>。」這些國際間的一般事實，例如：科技生產的研發成本的日益增加、智財產品於國際貿易中的比重的日益增加、生產智財產品的高度外部性。在另一方面，智財權在南北分布的極端不均，以及開發中國家對已開發國家生產的科技的高度依賴等事實<sup>58</sup>。

TRIPS 作為國際經濟活動的一新規範，可以且應該被檢查是否符合「公正的程序」，以確保產生的原則為公正<sup>59</sup>。由於在憲法會議或立法階段中無知的面紗被部分地揭除。這意謂著當事人具有多於在原始立場中的某種知識，但仍然不具有對特定事實的完全知識。所以可以推知，在訂立國際智財權體制的立憲會議上，代表們會知道關於國際智財權的一般事實，例如智財權極不平均地分布於不同開發程度的國家，某些智財權的昂貴研發成本，與某些國家對於智財權的急迫依賴等。但不知道特定的事實——特別是他們所

<sup>55</sup> *Id.* (“One excludes the knowledge of those contingencies which sets men at odds and allows them to be guided by their prejudices. In this manner the veil of ignorance is arrived in a natural way.”)

<sup>56</sup> *Id.* at 118.

<sup>57</sup> *Id.* at 119.

<sup>58</sup> CARLOS CORREA, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, THE WTO AND DEVELOPING* 5 (2000) (南方國家高度依賴北方國家生產的科技革新)。

<sup>59</sup> RAWLS, *supra* note 3, at 118 (「原始立場」為設立一公正程序，使任何被同意的原則為公正)。



屬的國家在智財權分布的位置。也就是說，國與國之間的特定偶然性必須被無效化，在國際智財權的情況，這個特定的偶然性是各「人民」代表知道他的人民為智財生產者——所謂的已開發國家——或智財的依賴者。當「人民」代表知道他的人民是智財生產者或智財依賴者時，會傾向利用這種偶然性以達己利。無知的面紗因而會傾向無效化這種對於偶然性的知識<sup>60</sup>。

#### 4. 從暫時協議到重疊共識

羅爾斯的政治自由主義，出發點是一個所謂的「政治自由主義的問題」。這個問題是：「自由與平等的公民，具有合理但不相容的宗教、哲學、道德原則，如何能共存於一個穩定與公正的社會？換言之，對立但合理的全面原則（comprehensive doctrines）如何能共存，而且都肯定一憲法體制的政治概念？能夠獲得如此的重疊共識的政治概念的結構與內容是什麼？」

在國際智財權的場合，更適合問政治自由主義的問題：如何使國際社會的成員，能出自他們自己的政治理念與價值，去全心支持一個關於智財權的制度架構；而不只是因為政治力的平衡，而去附和這個智財權的體制。也就是說，各國在存有深刻歧異背景下——即關於智財權對其經濟上的存活與發展的影響有極不同的觀點——他們如何能夠共存於一個穩定且公正的國際智財權體制之下<sup>61</sup>？

TRIPS 的訂定過程及因此訂定過程而產生的問題，觸及了政治自由主義的最基本的問題，也就是穩定性的問題，與法的正當性的問題。如羅爾斯一再重覆地問：社會的成員如何能夠全心支持該社會的政治理想與價值，而不只是因為政治力的平衡而默認與妥協<sup>62</sup>？由於 TRIPS 的規範是基於已開發國家的智財權法的模式，因應已開發國家的產業需求，自始就不是去尋求一組

<sup>60</sup> *Id.* at 118.

<sup>61</sup> See RAWLS, *supra* note 48, at xxxix (政治自由主義的問題)。

<sup>62</sup> See RAWLS, *supra* note 8, at 149.

獨立的政治正義概念，而是一方理念的普遍化，伴隨另一方無太大效果的抗爭，開發中國家的默認可說只是「政治力的平衡」。以這種方式產生的智財權規範，無法達成使各方都能從自己的理由去支持的目的，只能認為是一個暫時協議，尚未達到重疊共識的層次。一個非重疊共識的國際智財權規範，則會具有穩定性的問題。這個穩定性的問題反映在某些發展中國家對於 TRIPS 規範，只會尋求表面上的、技術上的符合，但於實際上則是試圖規避該規範的真正貫徹<sup>63</sup>。

一個理想的國際智財權立法過程，是承認合理多元的國際社會，對智財權的看法有合理但對立的，甚至難以妥協的看法。這些看法應被置於國際的無知面紗之後，從而求得一個關於智財權獨立的政治正義概念，以作為重疊共識的對象<sup>64</sup>。TRIPS 的制定過程未能合乎這個原則，導致 TRIPS 的穩定性產生問題。但接下來的 TRIPS 檢討階段及未來的履行階段，則不應該只是以已開發國家的優勢力量壓迫開發中國家履行 TRIPS 的規定，而應該問能否以檢討與履行階段使國際智財權規範脫離暫時協議而走向重疊共識。

如何從暫時協議移向重疊共識？羅爾斯未提供詳細的步驟，但提供了一個大致的方向：

一旦一個憲法共識已經存在，政治團體必須進入政治討論的政治論壇，訴求於其他不分享他們的全面原則的團體。這個事實使他們能移出他們的觀點的狹窄圈子，發展政治概念，以此政治概念他們能對更廣大民眾解釋與正當化他們的政治偏好，而形成一個多數。當他們如此做，他們走向形成政治的正義概念，這些概念提供討論的共同語彙，以及用以解釋各個團體所支持

<sup>63</sup> JAYASHREE WATAL, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE WTO AND DEVELOPING COUNTRIES* 84 (2000).

<sup>64</sup> See, e.g., RAWLS, *supra* note 8, at 32, 45 (「把各人民的全面原則放在無知面紗之後，以發現一個政治正義概念，此概念可作為重疊共識的焦點，而作為在一合理多元社會中的正當化的公共基礎」)。

的政策與原則的意義與後果<sup>65</sup>。

換句話說，爲了能夠自暫時協議移向重疊共識，參與者必須移出他們各自的全面原則，而試圖產生某些政治概念，以此政治概念爲基礎，經由討論與說服的過程，達成能夠由觀點不同的各群體都能從他們各自的觀點而支持的「獨立的政治正義概念」。羅爾斯並且主張法官或其他從事法律詮釋活動者應該發展政治的正義概念，以之作爲詮釋憲法與決定重要案件的依據<sup>66</sup>。亦即，羅爾斯肯定在法律的詮釋階段——不只是在制定的階段——亦可產生政治的正義概念，而作爲重疊共識的基礎。

因爲國際智財權體制的履行，就長遠來說，並非經由政治力的壓迫即可達成穩定性。正確的智慧財產體制的穩定性，依賴於開發中國家，即令從他們自己的立場，都願意自願符合國際智財權條約的規定。要達成這個「爲正確理由而穩定」的要求，必須尋求各方都能接受的關於智財權的政治正義原則，作爲共識的焦點。TRIPS 的法學仍在詮釋發展之階段，已開發國家與開發中國家仍有機會利用審查程序中的對於議題的澄清過程，與 WTO 的爭端解決程序的詮釋過程，發展可作爲共識焦點的政治正義概念，以彌補 TRIPS 的出生瑕疵。

在審查的階段，TRIPS 理事會應朝向作爲論壇的功能。由於在審查時，在有歧義的領域仍可提出問題加以澄清。而且 TRIPS 仍留有一些開發中國家可操作的空間，某些不同程度的履行立法仍可認爲已滿足 TRIPS 的義務<sup>67</sup>。基於此種可能，在審查過程中，TRIPS 理事會仍可試圖作爲一個建立價值共識的論壇<sup>68</sup>，而不只是一個討價要價的場所。

<sup>65</sup> RAWLS, *supra* note 48, at 165.

<sup>66</sup> *Id.* at 165.

<sup>67</sup> Watal, *supra* note 53, at 49 (某些條款，例如「有效行動」、「快速救濟」、「充份補償」，留有操作的空間)。

<sup>68</sup> *Id.* at 57 (主張應視 TRIPS 理事會爲一個論壇，在審查階段可以討論澄清仍有歧義的領域)。See also Robert Lipsky et al., *Ethical Foundations of International Law*, 81 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 415 (1987).

另外，在爭端解決程序，由於 TRIPS 的實行寬限期的緣故，WTO 的爭端解決程序尚未大量處理有關於 TRIPS 的案件，尤其尚未大量處理已開發國家與開發中國家，關於 TRIPS 的詮釋爭議<sup>69</sup>。但爭端解決程序仍有可能在未來成爲一個促成關於 TRIPS 的重疊共識的場所。對於是否已經履行 TRIPS 的要求，各會員國有其自行解釋的空間。這個解釋會反映在爭端解決程序中當事國的主張與答辯<sup>70</sup>。爭端解決小組與上訴機構固然可能肯定或否定當事國的見解，但此過程可能促成對於 TRIPS 的基礎原則的再辯論，而有助於形成關於國際智財權的政治正義原則。例如，在印度「郵箱」案中，爭端解決小組的意見，認爲訂定 TRIPS 的目的，與「WTO 會員國對於 TRIPS 協定的合理期待」，可用於 TRIPS 條文的詮釋<sup>71</sup>。此二者——「訂定 TRIPS 的目的」與「會員國對 TRIPS 協定的合理期待」，均可能導致對 TRIPS 的基本原則的辯論，而持續尋求在 TRIPS 訂立過程中所未能達成的重疊共識。基於此觀點，在運作關於 TRIPS 的爭端解決程序時，不應只是如上訴機構在印度「郵箱」案中的見解，只依據條文用詞的「通常意義」，而應該對 TRIPS 的目的與合理期待都納入考慮。

## 5. 結論

TRIPS 的訂定過程，所呈現的不是一個基於對獨立的政治正義原則合意所達成的重疊共識，而只是已開發國家與開發中國家雙方基於當時的力量平衡所達成的暫時協議。從而，TRIPS 產生所謂的穩定性問題，即開發中國家可能只是表面附從，實際上尋求技術規避的方法，導致 TRIPS 的履行過程有可以預料的困難。本文建議，鑑於 TRIPS 的出生瑕疵，在 TRIPS 的未來

<sup>69</sup> Watal, *supra* note 53, at 67.

<sup>70</sup> *Id.* at 68 (例如在印度「郵箱」案中，印度的答辯是它已經符合 TRIPS 的規範)。關於印度郵箱案的摘要，可參見 Jose Felgueroso, *TRIPS and the Dispute Settlement Understanding: The First Six Years*, 30 AIPLA Q.J. 165 (2002).

<sup>71</sup> Watal, *supra* note 53, at 76.

履行過程中應致力於形成各方可以合意的正義原則，而這個目標在 TRIPS 的檢討過程以及 WTO 的爭端解決程序中都是可以努力的目標。

## 參考文獻

### 英文書籍

- BARRY, BRIAN, *THE LIBERAL THEORY OF JUSTICE: A CRITICAL EXAMINATION OF THE PRINCIPAL DOCTRINES IN A THEORY OF JUSTICE* (1973).
- CORREA, CARLOS M., *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, THE WTO AND DEVELOPING COUNTRIES* (2000).
- POGGE, THOMAS W., "PRIORITY OF GLOBAL JUSTICE," IN *GLOBAL JUSTICE* (THOMAS W. POGGE ED., (2001).
- RAWLS, JOHN, *A THEORY OF JUSTICE* (1971, 1999).
- \_\_\_\_\_, *COLLECTED PAPERS* (SAMUEL FREEMAN ED., 2001).
- \_\_\_\_\_, *POLITICAL LIBERALISM* (1993, 1996).
- \_\_\_\_\_, *THE LAW OF PEOPLES* (1999).
- RYAN, MICHAEL P., *KNOWLEDGE DIPLOMACY: GLOBAL COMPETITION AND THE POLITICS OF INTELLECTUAL PROPERTY* (1998).
- WATAL, JAYASHREE, *INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN THE WTO AND DEVELOPING COUNTRIES* (2000).

### 英文論文

- Alvarez, Jose E., *The WTO as Linkage Machine*, 96 AM. J. INT'L L. 146 (2002).
- Bhagwati, Jagdish, *Afterword: The Question of Linkage*, 96 AM. J. INT'L L. 126 (2002).
- Braga, Carlos Alberto Primo, *The Economics of Intellectual Property Rights and the GATT: A View from the South*, 22 VAND. J. TRANSNAT'L L. 243 (1989).
- Felgueroso, Jose, *TRIPS and the Dispute Settlement Understanding: The First Six Years*, 30 AIPLA Q.J. 165 (2002).

- Fitzgerald, Brian F., *Trade-Based Constitutionalisms: The Framework for Universalizing Substantive International Law*, 5 U. MIAMI Y.B. INT'L L. 111 (1996-1997).
- Gana, Ruth L., *Prospects for Developing Countries under the TRIPS Agreement*, 29 VAND J. TRANSNAT'L L. 735 (1996).
- Garcia, Frank J., *The Law of Peoples*, 23 HOUS. J. INT'L L. 659 (2001) (reviewing John Rawls, THE LAW OF PEOPLES (1999)).
- \_\_\_\_\_, *The Trade Linkage Phenomenon: Pointing the Way to the Trade Law and Global Social Policy of the 21st Century*, 19 U. PA. J. INT'L ECON. L. 201 (1998).
- \_\_\_\_\_, *Trade and Justice: Linking the Trade Linkage Debates*, 19 U. PA. J. INT'L ECON. L. 391 (1998).
- Kastenmeier, Robert W. & Beier, David, *International Trade and Intellectual Property: Promise, Risks, and Reality*, 22 VAND. J. TRANSNAT'L L. 285 (1989).
- Leebron, David W., *Linkage*, 96 AM. J. INT'L L. 5 (2002).
- Lipkin, Robert Justin, *In Defense of Outlaws: Liberalism and the Role of Reasonableness, Public Reason, and Tolerance in Multicultural Constitutionalism*, 45 DEPAUL L. REV. 263 (1996).
- Lipsky, Robert etc., *Ethical Foundations of International Law*, 81 AM. SOC'Y INT'L L. PROC. 415 (1987).
- Ryan, Michael P., *The Function-Specific and Linkage-Bargain Diplomacy of International Intellectual Property Lawmaking*, 19 U. PA. J. INT'L ECON. L. 535 (1998).
- Su, Evelyn, Comment, *The Winners and the Losers: The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and Its Effects on Developing Countries*, 23 HOUS. J. INT'L L. 169 (2000).
- Wiser, Mike, Book Note, 14 HARV. HUM. RTS. J. 299 (2001).