



BOSHI WENKU

〔民商法〕

# 交易成本视野下的 专利强制许可

JIAOYI CHENGBEN SHIYEXIA DE  
ZHUANLI QIANGZHI XUKE

刘强 著

知识产权出版社



BOSHI WENKU  
〔民商法〕

# 交易成本视野下的 专利强制许可

JIAOYI CHENGBEN SHIYEXIA DE  
ZHUANLI QIANGZHI XUKE

元 00.82 ; 份 宝

字 午 340 横

ISBN 978-7-80547-052-2/G · 309 (5822)

交易成本 视野下的 专利强制许可

知识产权出版社 出版

北京市西城区德胜门内大街2号 100088

发行所 北京市西城区德胜门内大街2号 100088

印刷厂 北京市西城区德胜门内大街2号 100088

开本 787mm×1092mm 1/32

字数 340千字

印张 10.5

版次 2008年10月第1版

印次 2008年10月第1次印刷

定价 82.00元

ISBN 978-7-80547-052-2/G · 309 (5822)

知识产权出版社 出版

北京市西城区德胜门内大街2号 100088

知识产权出版社

## 内容提要

本书对专利强制许可制度的现状,从国际法和各国的比较法角度做了较全面的梳理,特别对技术壁垒相关标准化、国际贸易相关公共健康领域的专利强制许可制度做了较详尽的实证研究。

责任编辑:纪萍萍

图书在版编目(CIP)数据

交易成本视野下的专利强制许可/刘强著. —北京:  
知识产权出版社, 2010.3  
ISBN 978-7-80247-926-5

I. ①交… II. ①刘… III. ①专利制度—研究②专利  
权法—研究 IV. ①G306.3②D913.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第031037号

## 交易成本视野下的专利强制许可

刘 强 著

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村1号

网 址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

责编电话: 010-82000860-8130

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

开 本: 880mm×1230mm 1/32

版 次: 2010年4月第1版

字 数: 340千字

邮 编: 100088

邮 箱: [bjb@cnipr.com](mailto:bjb@cnipr.com)

传 真: 010-82000860-8240

责编邮箱: [jpp99@126.com](mailto:jpp99@126.com)

经 销: 新华书店及相关销售网点

印 张: 15.125

印 次: 2010年4月第1次印刷

定 价: 38.00元

ISBN 978-7-80247-926-5/G·309 (2855)

出版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。



## 序

刘强博士的学术专著《交易成本视野下的专利强制许可》即将付梓。2006年9月，他考入复旦大学，在我指导下攻读国际贸易的知识产权法方向（国际法学专业）博士学位。由于他本科物理专业毕业后，先后获得理学和法律专业硕士学位，具有文理科交叉优势，因此入学后我特意请他负责有关专利转让与技术标准的研究课题。他不仅出色完成该课题，而且在研究中萌发了以专利强制许可作为博士学位论文题目的想法，得到了我的支持。此后，从论文定题到通过答辩，历时约两年半，期间他作为中德联合培养博士生赴德国马克斯-普朗克知识产权法研究所（慕尼黑）从事过专题研究。2009年7月毕业后，他在中南大学法学院任教，锲而不舍，再接再厉，以其学位论文为基础，补充、修改，终于完成本书。这真是可贺可喜。

在目前国际贸易中，与技术标准或公共健康相关的专利强制许可问题，十分引人瞩目。2005年5月我国政府在世界贸易组织的《技术性贸易壁垒协定》委员会递交了“关于标准中的知识产权问题”提案，要求就发达国家或地区对发展中国家的进口货物设置技术标准壁垒，展开必要讨论。该提案列入了2006年12月的该委员会审议报告。2005年12月在中国香港举行的世界贸易组织第六次部长级会议通过了《TRIPS协定



第31条修正案》协议，允许对公共健康相关药品专利实施强制许可及专门的贸易安排。我国于2007年10月批准加入该协议，并在2008年12月通过新的专利法，包括针对滥用专利权和应对公共健康，国家允许强制许可实施专利。对于这一切国际、国内的法律制度新变化，非常值得进行深入、系统的研究。

刘强博士的专著紧扣时代发展脉搏，理论结合实际，从专利强制许可制度的历史考察入手，探讨了该制度产生、发展中折射的基本理论问题，尤其是试图运用法与经济学的交易成本观念和方法，揭示专利强制许可的经济原因及其合理性。记得他最先想通过研究私权公法化（即通过强制许可的公法手段将专利的私权为公共利益所用）来说明专利强制许可的原因与途径，但是我建议鉴于专利本身具有显著的私权与公权双重性，私权公法化的提法拟商榷。他在德国研究期间转而采用交易成本理论探索专利强制许可的原因，这也是本书命题的缘故。这或许是前人涉足不多之处。我衷心期望刘强博士能够在今后结合教学进一步研究，在加深、拓宽该领域学术方面有所创新。同时对自己原先的私权公法化观念，可结合知识产权的运用问题作些探讨。学术研究，需要理论联系实际，更要理论创新。

本书对专利强制许可制度的现状，从国际法和各国的比较法角度作了较全面的梳理，特别对技术壁垒相关标准化、国际贸易相关公共健康领域的专利强制许可制度，作了较详尽的实证研究；最后结合我国现行专利强制许可制度，分析了面临的困难及对策，提出了应对国际贸易中专利强制许可的建议。我相信这些研究成果对于我国政府有关部门及从事国际贸易的企业和法律服务机构，会有用处。

从学术研究的高标准看，刘强博士的专著还有不少需改进



之处。我一直对自己的学生说，在校期间我有责任审阅你们的每一篇学位论文，甚至必要时斟字酌句地修改，但是，一旦你们毕业后出版自己的学术著作，我不再做任何修改，文责自负。或者说，你们都已经像在蓝天下自由飞翔的雄鹰，完全可以把握前进的方向了。

期望刘强博士永不满足，不断前进。谨为互勉。

张乃根

2009年11月28日

于复旦园

## 前 言

自从专利强制许可制度于 19 世纪七八十年代建立以后，围绕该项制度就充满了争议。由于涉及专利制度的核心价值 and 权利人的重要利益，专利强制许可始终成为以政府为代表的社会公众和专利权人之间利益博弈的焦点。经过一百多年的演变，在现有的世界贸易体制中专利实施强制许可可作为对专利权的重要限制，是各国专利制度和国际贸易知识产权保护制度的重要组成部分，也是防止专利权人滥用垄断权、保护社会公众利益的重要手段。<sup>①</sup> 国际法律框架下的专利强制许可制度在 TRIPS 协定生效以后经历了重大变化，而专利强制许可制度在我国也有了最新发展。2008 年 12 月 27 日，全国人大常委会对专利法进行了第三次修改，对有关强制许可部分也作出相应修改。因此，我国能否充分利用国际法律框架下专利强制许可制度，以及我国专利法的修改是否符合该制度发展和有效实施的要求，值得深入分析。我国必须通过有效利用强制许可，促进国际技术转移并利用国际贸易满足本国及他国的公共健康需要。正是基于这样的制度背景，本书提出并开展了对专利强制许可制度的研究。

<sup>①</sup> 胡滨斌：《国际贸易中的知识产权限制研究》[D]，上海：复旦大学，2007：7。

专利强制许可制度在两个领域有重要进展，而本书的研究也将在这两个方面展开。首先需要研究的是国际技术标准专利化背景下的专利强制许可。技术标准作为公共产品，在当今国际贸易中越来越多地与专利权结合起来。贸易技术壁垒中的技术标准专利化将私权融入公共产品，而专利强制许可则是基于其他人的合法利益或公共利益而对私权进行限制。《与贸易有关的知识产权协定》（以下简称《TRIPS 协定》）第 7 条对该协定目标方面的规定允许各成员在此方面采取有效措施。在国际贸易关税和配额壁垒逐步削弱的背景下，技术性贸易壁垒的作用和影响日益受到各国政府和企业的重视，同技术标准有关的专利权是否会成为新的贸易障碍需要进行具体的分析。中国作为国际贸易大国，面对技术壁垒应当采取更为积极的态度，充分利用我国及他国的强制许可制度，有效解决技术转移中的专利障碍问题。

本书研究的另一领域是与国际贸易相关的药品专利强制许可问题。国际贸易的发展为在世界范围内通过技术转移解决公共健康及其相关的其他基本人权问题提供了契机，然而包括专利权在内的知识产权在促进技术开发的同时，限制了技术的流动及其作用的发挥，并且有可能会成为发展中国家解决有关社会问题的障碍。<sup>①</sup>《TRIPS 协定》及其后《TRIPS 与公共健康多哈宣言》（以下简称《多哈宣言》）和《关于实施多哈宣言第 6 段的总理事会决议》（以下简称《总理事会决议》）为有效利

<sup>①</sup> Duncan Matthews, WTO Decision on Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health—A Solution to the Access to Essential Medicines Problem [J]. Journal of International Economic Law, 2004, 7 (1): 73-107.



用公共健康中的专利强制许可问题提供了法律基础，而 2005 年《TRIPS 协定》修正案是这轮在国际贸易领域促进药品可获得性的国际法律制度改进的高潮。WTO 主要协定首先在此领域作出修正的努力，说明了国际贸易对于解决公共健康问题的重要性，也体现了强制许可在解决该问题中不可忽视的作用。与此同时，生物医药领域专利权的不断出现和累积在为药品研发提供动力的同时也会产生阻碍作用，在其他专利权限制制度难以发挥有效作用的情况下，专利强制许可可以为解决专利实施问题提供帮助。

上述两个领域的研究涉及专利强制许可对于专利的私权保护与公共利益的平衡及其在国际贸易中的运用。已有的研究并未注意到强制许可在技术转移中应当发挥怎样的作用以及如何发挥作用，特别是专利权及强制许可制度在减少技术交易成本方面的贡献被忽视。新制度经济学中交易成本理论的核心是说明法律制度对产权交易和资源配置的至关重要性，而平衡私权与公共利益的法律制度本身也是基于交易成本原理产生的。在专利强制许可同国际贸易密切联系的背景下，研究如何实现促使专利制度价值取向由保护私人权利到实现社会价值转变的过程与方式显得尤为重要。上述方面尚缺乏研究，有必要从此角度出发对专利强制许可制度进行分析和研究。

包括专利权在内的知识产权作为私有权利性质已经为各国

包括立法<sup>①</sup>和司法判决<sup>②</sup>在内的国内法，以及包括条约<sup>③</sup>和国际习惯<sup>④</sup>在内的国际法所承认和贯彻。但是，作为私权保护的专利权，能否在所有国家起到其起源和发展初期阶段在西方国家所产生的对经济增长和社会发展的促进作用，是存在疑问的<sup>⑤</sup>。特别是 WTO 体制下的 TRIPS 协定，以促进国际贸易为动力，规定了各国包括专利制度的最低保护标准，并在较大程度上提高了世界各国特别是发展中国家的专利保护水平。本书要重点讨论的专利强制许可制度也属于专利制度重要利益的平衡机制，特别是在国际贸易背景下，由于专利权与包括技术标准和公共健康在内的议题产生互动，专利强制许可不仅应当使得专利权避免成为解决有关技术与社会问题的障碍，而且有必要促使专利权能够发挥更为积极的作用。上述问题值得深入分析与研究。

① 例如，《美国宪法》第 1 条第 8 款规定，国会有权针对文学和技术成果设定有限时期内的私人专有权利。《美国专利法》第 261 条规定，专利权具有动产的属性。

② 例如，美国最高法院 1989 年在 *Bonito Boats, Inc v. Thunder Craft Boats, Inc* 案中就重申了美国宪法对于确认专利权为独占性的私人权利的规定。

③ 包括《保护工业产权巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（以下简称《伯尔尼公约》）等 26 个世界知识产权组织（以下简称 WIPO）管理的公约，以及世界贸易组织（以下简称 WTO）管理的《TRIPS 协定》。

④ 对于知识产权作为基本人权正形成一种国际习惯，从 1948 年《世界人权宣言》以后国际法的发展可以看到这一点。以前知识产权本身的正当性需要通过其他途径来证明，而今天是否能够有效地保护知识产权成为具体法律制度优劣的判别标准。

⑤ 用以论证专利制度合理性的劳动财产理论、人格理论和激励理论都无法在论证过程中充分纳入专利与经济增长的互动关系。参见冯晓青，知识产权法哲学 [M]．北京：中国人民公安大学出版社，2003。

在研究方法上需要说明的是，本书在利用制度经济学进行专利强制许可制度分析的时候，采用规范经济学的分析方法，而并不采用实证经济学或者数理经济学的方法。以科斯、波斯纳为代表的法与经济学（法律的经济分析学派）以规范经济学为理论分析工具，仅在有必要说明的情况下采用数理模型。而本书的重点在于揭示专利许可中交易成本问题的存在及用强制许可解决的重要性，因此更多的是从定性角度进行分析，而并未构建模型加以研究，以免陷入对模型本身的假设和论证是否合理的争论。事实上这也可以作为进一步研究的基础。



## 目 录

第一章 专利强制许可制度的历史考察和交易成本分析·····	1
第一节 专利强制许可制度的历史发展·····	2
第二节 专利强制许可制度的基本理论·····	30
第三节 专利强制许可的交易成本分析·····	61
本章小结·····	109
第二章 专利强制许可制度的现状研究·····	111
第一节 国际法层面——以《TRIPS 协定》第 31 条为中心·····	112
第二节 发达国家国内法层面·····	136
第三节 发展中国家国内法层面·····	193
本章小结·····	213
第三章 专利强制许可制度与国际技术标准的专利化·····	215
第一节 国际技术标准的专利化及其应对·····	216
第二节 标准化组织、国内法及国际法层面应对 标准专利化·····	228
第三节 国际技术标准实施中的专利强制许可制度·····	255
第四节 与标准有关的专利强制许可中应当 解决的问题·····	296
本章小结·····	320



第四章 专利强制许可与公共健康问题	322
第一节 国际贸易领域专利权对公共健康的影响	323
第二节 公共健康领域专利强制许可制度的现状和分析	343
第三节 公共健康领域发展中国家实施专利强制许可的困境	374
第四节 公共健康领域发展中国家在专利强制许可方面的对策	390
本章小结	406
第五章 中国专利强制许可制度及其完善	407
第一节 中国专利强制许可制度的演变和发展	408
第二节 我国现行专利强制许可制度特点和问题分析	421
第三节 我国实施强制许可面临的困难及对策	430
第四节 我国专利强制许可制度的完善建议	441
本章小结	448
结 论	450
参考文献	453
后 记	470

# 第一章 专利强制许可制度的历史 考察和交易成本分析

专利强制许可 (Compulsory Patent Licensing), 又称为非自愿许可 (Non-voluntary Patent Licensing), 通常是指在一定情况下国家行政机关或者司法机关依法向第三人颁发专利许可, 许可该第三人未经专利权人的同意使用受专利保护的技术, 包括生产、销售、进口有关专利产品等。根据《元照英美法词典》的解释, 专利强制许可是指: “为实现某种政治或者社会目标而由政府强迫知识产权所有人 (专利权人) 允许他人使用其知识产品 (专利技术); 而使用费由政府根据其认为 ‘合理’ 的标准加以确定。知识产权所有人 (专利权人) 不得拒绝许可或者就使用费进行谈判。”<sup>①</sup> 可见, 强制性仍然是强制许可的主要特点, 这种特点是与市场交易中的自愿许可相对应的。

专利强制许可制度是专利制度的重要组成部分, 有必要从其历史发展角度考察其起源和演变过程。在专利制度创始之初并没有设立专利强制许可, 而是在事隔数百年以后的 19 世纪末才引入该项制度, 用以替代此前存在的专利撤销制度, 这体

<sup>①</sup> 薛波. 元照英美法词典 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 273.

现了专利强制许可的复杂性和促进专利制度适应新的经济发展需要的重要性。1883年《巴黎公约》是专利制度国际协调的历史起点，也是专利强制许可制度成为各国广泛接受的专利保护平衡机制的重要体现。随着WTO于1995年1月1日建立而生效的《TRIPS协定》则是专利强制许可在20世纪末专利权由不断加强私人权利保护转变为促进社会目标实现的重要契机。

专利强制许可在专利制度中有重要作用，而从理论上分析该制度的合理性也必须建立在对专利制度合理性分析的基础之上。洛克创立的财产权劳动理论和当代专利制度所普遍奉行的激励理论都可以作为专利制度合理性的理论依据，而这两项理论对专利制度进行论证时所存在的缺陷和设定的限制也能够成为专利强制许可存在的依据。由于专利权的设定是为了促进技术交易，并以此为基础促进技术创新，而专利权在减少技术交易成本方面的贡献和存在的局限成为专利强制许可颁发和发挥作用的基础和重要领域。国际技术交易中，交易成本的特殊性也将成为强制许可发挥作用的重要依据。以上内容将在本章中加以分析。

## 第一节 专利强制许可制度的历史发展

### 一、早期发展

专利权最初是一种由国王或者封建领主所恩赐的封建特权。<sup>①</sup> 早在中世纪许多欧洲国家的国王或者王室就有授予臣民

<sup>①</sup> 郑成思：《知识产权论》[M]，三版，北京：法律出版社，2003：3。

贸易垄断权的所谓公开“专利信”（拉丁文 *Litterae Patentis*，英文 *Letters Patent*，原意指不用启封皇玺的授予特权信）。<sup>①</sup> 某些“专利信”是针对奖励技术发明而颁发的，使得被授予者可以在一定时间内排除他人而独占使用其发明创造。这种制度是现代专利权的起源。但是，这种利益保护的必须服从于君主授予专利特权的需要，即使君主通过某种法律或者特许状使其获益，也不能认为这些法律或者特许状所规定的权利属于现代知识产权法上的私权。<sup>②</sup> 由于专利权由国王授予，国王也可以随意撤销专利权，并可以将同一项技术的专利授予数人，<sup>③</sup> 专利权受到立法保护以后，并没有设置强制许可制度的用处和必要。当时撤销专利权主要出于两个方面原因，首先是国王任意设置的专利权损害了自由资本主义发展的基础，引起社会不满；其次是专利权制度化以后为了克服其所授予的垄断权带来的危害，<sup>④</sup> 需要在没有实施专利权等情况下撤销专利权予以应对。在1474年威尼斯共和国颁布世界上首部专利法的时候，就开始有了平衡个人和国家之间利益的一次早期尝试。该法案保留了国家在不补偿权利人利益的情况下，使用获得经营特权的发明装置的权力。该法律同时规定，发明装置必须在一定期限

① Robert A. Choate, etc, *Patent Law including trade secrets-copyrights-trade-marks*, 3<sup>rd</sup> [M]. St. Paul: West Publishing Co., 1987: 65.

② 金海军. 知识产权私权论 [M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 47.

③ 林秀芹. TRIPS体制下专利强制许可制度研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2006: 22.

④ 英国1602年 *Darcy v. Allen* 案，当时英国女王法院认为原告所有的由国王颁发的纸牌独占权严重限制了他人就业和产品流通，没有合法理由，因此在普通法上是无效的。



内实施，否则应被撤销。<sup>①</sup> 法国 1791 年专利法要求专利权人必须在本国实施专利技术，否则其专利权可能被撤销。<sup>②</sup> 为了促进专利权在本国的实施，美国等国家初期制定的专利法都将进口行为排除在实施范围以外。由于当时专利制度尚不完善，在保护社会公众利益和专利权人利益之间通常采用完全保护或者撤销的极端做法，因而取其折中的专利强制许可作为一种制度尚未形成。随着资本主义法律制度在欧美各国得以不断确立，并且专利法制定和实施的范围逐步扩大，专利权撤销制度也成为各国应对专利权不实施等滥用情况的重要制度，并逐步演变成现代的专利强制许可制度。但是，当时的专利撤销制度不同于专利强制许可制度，因为后者在不撤销专利的前提下强制许可他人使用。

国内立法中规定专利强制许可制度的动议肇始于近代以来反对该制度最为强烈的美国。在 1790 年美国第一届国会拟定专利法时，曾有参议员提议规定如下条款：“当专利权人由于疏忽而没有在美国提供销售足够数量的产品、机器、设备、技术或者仪器及其改进技术，或者以超过充分回报的价格销售产品，联邦最高法院或者任何两个法官可以根据书面申请满足其审查的要求；作出决定时，法院或者法官应当充分考虑到并保障专利权人在合理时间内以合理价格提供销售足够产品的行为，并作为附件提供；如果专利权人拒绝提供上述资料，法院或者法官有权授予申请者完全的生产和销售许可。”<sup>③</sup> 但是，

① 参见《1474 年威尼斯专利法》。Edith Tilton Penrose. *The Economics of the International Patent System* [M]. The Johns Hopkins Press, 1951: 4.

② Stephen P. Ladas, *Patents, Trademarks, and Related Rights-National and International Protection* [M]. Harvard University Press, 1975: 427.

③ Edith Tilton Penrose. *The Economics of the International Patent System* [M]. The Johns Hopkins Press, 1951: 165-166.