



TRIPS体制下的专利强制许可制度研究

Patent Compulsory Licensing under the TRIPS Agreement

林秀芹 著

School of Law



Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



林秀芹 著

Patent Compulsory Licensing under the TRIPS Agreement

TRIPS体制下的专利强制许可制度研究

School of Law

Xiamen University



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

TRIPs 体制下的专利强制许可制度研究 / 林秀芹著.

—北京:法律出版社,2006.10

(厦门大学法学学术文库)

ISBN 7-5036-6673-0

I. T... II. 林... III. 世界贸易组织—专利制度—研究

IV. G306.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 111285 号

© 法律出版社·中国

**厦门大学法学
学术文库**

**TRIPs 体制下的专利
强制许可制度研究**

林秀芹 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 孙 杨

开本 A5

版本 2006 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 15.25 字数 386 千

印次 2006 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6673-0/D·6390

定价:37.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



林秀芹，女，
1965年出生，法学
博士，厦门大学法
学院教授，厦门联
合信实律师事务所

律师。2004年12月至今，厦门大学法学院教授，讲授经济法，知识产权法专题，工业产权法专题（硕士研究生）。2004年9月至今，任厦门大学嘉庚学院法律系主任。1999年10月—2002年9月，英国牛津大学法学院，研究硕士。攻读英国公司法、知识产权法。1999年5月—1999年7月，英国剑桥大学Jesus学院访问学者。1998年5月—1999年5月，英国伦敦大学亚非学院访问学者。从事公司法、知识产权法教学和研究工作多年，并获得了丰硕的成果。自回国以来，用英语全程讲授外国公司法，受到修课学生的欢迎。个人专著：《中国公司法》，（厦门大学出版社1995年版）；参编：《经济法》（副主编，厦门大学出版社2002年版，公司法、企业法部分的作者），在国内外知名刊物上发表论文多篇。

厦门大学法学学术文库编委会

编委会主任

廖益新

编委会成员

(以姓氏笔画为序)

卢炯星 齐树洁 朱福惠 宋方青 陈晓明
李兰英 徐国栋 徐崇利 曾华群 蒋 月

总 序

——八十周年院庆与学术文库的诞生

迄今为止,尚未求证厦大法学院是不是距离大海最近的法学院,只知道近得抬眼一望就看见惊涛骇浪,俯身触摸就是温柔的海滩;尚未求证厦大法学院是不是享受阳光最充裕的法学院,只知道所有的教师工作室都是向南面海,从日出东山的那一刻就开始接受阳光的恩赐,即使在黄昏的瞬间,也能收揽最后一缕光芒!

海纳百川,自然会赋予她宽广浩瀚的胸怀;阳光普照,更使她天生充满了博爱与无限生机。厦大法学院就是在大海与阳光的厚爱中悄然迎来了八十周年华诞,更为欣喜的是伴随生日庆典的到来,厦门大学法学学术文库犹如一个新的生命宣告诞生!

翻开厦大法学院八十年的历史画卷,值得回眸和感慨的片段有很多:1926年6月,厦门大学设立法科,下设法律学、政治学、经济学三系。1930年2月,厦门大学改科为院。1934年6月,法学院与商

学院合并为法商学院。1937 年底,法商学院中的法科停办。1940 年复办法律学系。1950 年,厦门大学文学院、法学院合并为文法学院。1953 年全国院系调整,法律学系再次停办。1979 年法律学系再次复办。1984 年 12 月,法律学系与哲学、政治学与行政学系成立了政法学院。1998 年 9 月政法学院正式更名为法学院。直至 2003 年 11 月,才在法律学系的基础上组建了现在的法学院。

从某种意义上讲,厦大法学院的历史就是中国近现代法律发展历程的缩影:她命运坎坷,多次起落于创办、停办、复办的变化之中;她成长曲折,在不同的阶段分别与文学、商学、政治学联姻,以文法学院、法商学院、政法学院的姿态出现。这看似厦大法学院的悲哀,抱憾于以往多年未以能独立的法学院实体和学术形态面世,却无意中塑造了厦大法学院所拥有的海纳百川的气魄与心存千智的人文品格。

古人云:长风破浪会有时,直挂云帆济沧海。告别了沉重的历史,迎来了灿烂的今朝。自 1979 年厦门大学复办法学专业以来,经过两代法律人二十余年的奋斗,法学院有了长足的进步,特别是进入二十一世纪后,厦大法学院得到飞速发展。秉承“自强不息,止于至善”的校训,坚持以“学术建院、民主治院”为宗旨,法学院在创造民主和谐的工作氛围的同时,更致力于提高科研水平,提升学术品位。厦门大学法学学术文库的建立就是一个良好开端和鲜明的例证。她的问世,不仅是献给法学院八十诞辰的贺礼,更意味着“海阔凭鱼跃,天高任鸟飞”;虽不足回报八十年中为法学院的今天做出卓越贡献的前辈,却能激励为法学院的未来努力开创的新人!

八十华诞,对于自然人来说意味着饱经沧桑,已近暮年,但对于法学院而言,则彰显出丰富的历史和深厚的底蕴,而法学文库的诞生犹如新生的婴儿,代表着新的起点,预示着新的希望。浏览首批出版的学术论著,既有青年教师的锐利创新,又有年长学者的沉稳深邃;既有对于某一学科前沿问题的瞻望,又有对古老法律思想的深刻挖掘;既有对历史线索的回顾与梳理,又有对当今世界范围内重大法律问题的思考与回应。

或许,这套学术论著看起来还有些单薄和稚嫩,可因为每位作者都怀着真诚与谦逊,宽容与执着,倾注心血而著,故而,值得读者们去阅读和品味;或许这套论著称不上是“流诸笔端的天籁”,更难为“无以伦比的杰作”,但我们相信她能够给读者一个清新的感受,学术的交流,思想的碰撞……

我们期待着日益接受大海的熏陶和阳光普照的厦大法律人不断地推出优秀的法学著作,让厦大法学学术文库成为集中、及时展现法学院教师的具有创新性、思辨性、建设性研究成果的学术窗口。

我们期待着学术文库不懈努力追求超越与成功,而非简单的重复与成名。欲求成名相对容易,只要运用现代传播工具,即能声名远播,饮誉一时;而欲求成功,则另当别论,需要卓越的天赋以及孜孜不倦的刻苦追求。

我们期待着厦大法律人在灿烂的朝阳前,绚丽的黄昏中,碧蓝的海水边和细致的沙滩上,还有火红的凤凰花树下,不断激发灵感,永葆创作激情,让大海和阳光见证厦大法学学术文库永远充满希望、富有朝气!

衷心祝福您,蒸蒸日上的厦门大学法学院!

诚挚感谢您,鼎立推助文库面世的法律出版社!

也特别祝福您,明知道我们并不完美,但依然给予厦大法学学术文库鼓励和关注的读者们!

厦门大学法学学术文库编委会

2006年8月18日

序

钱重要还是命重要？这一显而易见的问题在专利强制许可的语境下却显得扑朔迷离。专利强制许可制度作为防止滥用专利垄断权、保护社会公共利益的重要武器，历来是各国专利制度的重要组成部分。各国专利法在赋予技术所有者以专利垄断权的同时，利用强制许可制度防止专利垄断权可能造成的危机，保护公共健康和安全。但是，WTO 体制下的 TRIPs (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) 过度保护专利权人的利益，严格限制强制许可制度的使用。特别是，TRIPs 迫使所有的 WTO 成员将历来备受争议的药品纳入专利保护范畴。这样，当艾滋病在亚、非、拉的许多发展中国家泛滥时，这些国家的病人因 TRIPs 的限制无法获得价格上可以负担的救命药品。于是，产生了本段开头令人心酸的问题。这种状况引起国际社会对 TRIPs 第 31 条的广泛关注，纷纷指责该条款的不足。为了克服弊端，2001 年 11 月 WTO 成员部长会议通过的《多哈宣言》、2003 年 8 月 WTO 总理会通

过的《实施多哈 TRIPs 与公共健康宣言的决议》以及 2005 年底 WTO 部长会议通过的关于修订 TRIPs 第 31 条(f)项的《香港宣言》,重申了专利强制许可制度的重要性,放宽了以公共健康需要为由使用强制许可的限制。但是,这些法律文件只是放宽对药品专利强制许可的限制,并没有从根本上纠正 TRIPs 第 31 条的不足。

本书分别从不同的角度分析 TRIPs 第 31 条存在的问题,并提出改善的途径以及我国的对策。首先,历史回顾表明:专利强制许可制度自 19 世纪中叶以来一直普遍存在于各国立法中,是各国平衡专利权人和社会公众利益的重要手段。其次,TRIPs 的立法史显示:由于技术大国的肆意操纵,TRIPs 没有适当地平衡技术所有者和技术使用者的利益,过度强制专利权的保护,而对专利强制许可作过于严格的限制。再次,有关 TRIPs 第 31 条的两起国际争端表明:由于 TRIPs 对专利强制许可进行严格限制而且表述模糊,发展中国家使用强制许可制度时总是受到发达国家的干预和威胁。这可能加剧 TRIPs 自身的不平衡,使发展中国家的社会公共利益不能得到有效的保护。同时,这种不平衡也可能产生过高的经济成本。为了纠正这些不足,应当对 TRIPs 作扩大解释和修订 TRIPs,使 WTO 成员可以较灵活地使用强制许可制度,为本国的公共利益服务。最后,本书指出,中国仍是一个发展中国家,需要使用强制许可制度以保护本国的社会公共利益,而中国的立法对专利强制许可的使用限制过严,没有充分行使 TRIPs 赋予的自主权,为此,应当进行修订。

本书的研究对于澄清关于专利强制许可的困惑和误解具有相当的理论意义;同时,对中国关于专利强制许可的立法、执法以及制定参与 WTO 相关论题的谈判策略具有一定的指导作用。

本书的写作和出版得到国内外许多同行的帮助和支持,在此致以衷心的感谢。首先,本书的问世首先应当归功于牛津大学知识产权中心主任戴维·维弗(David Vaver)教授。我在牛津大学法学院聆听他的讲座之后才对知识产权法发生兴趣,从此开始学习、研究知识产权法。自 2001 年到本书成稿,期间多次造访牛津大学,得到维弗教授的指点,并获

准使用知识产权中心图书馆。其次,厦门大学法学院曾华群教授、古祖雪教授对本书的修订提出了中肯的意见,纠正了诸多不足。再次,我的研究生张文平、申志远、黄如辉、朱春雨、段小华、陈爱芳、曾臻、曹伟、林莲英、苏清枝、王琢等为我作了校对、目录整理等工作。最后,厦门大学法学院安排出版事宜,为我省却许多烦琐的工作。此外,写作过程中还得到许多挚友的鼓励和支持,在此一并谢过。

林秀芹

2006年5月于厦门

目 录

导 言 /1

一、TRIPs 第 31 条存在的不足 /2

二、TRIPs 第 31 条与第 30 条的关系 /15

三、本书的研究对象和内容概要 /16

四、本书的理论和现实意义 /18

第一章 专利强制许可制度的发展 /20

第一节 专利强制许可制度的起源 /20

第二节 专利制度和强制许可制度的发展 /22

一、皇赐特权阶段：国王可以随意撤销专利 /22

二、国内法保护阶段：专利撤销制度的普遍存在
(1790 ~ 1883) /27

三、专利的国际保护阶段——强制许可制度取代专利
撤销制度 /30

第三节 《巴黎公约》上下 115 年关于强制许可的
论争(1873 ~ 1988) /31

一、1873 年维也纳会议：对强制许可制度的认可 /32

二、《巴黎公约》第 5 条：专利撤销制度向强制许可制
度的转变 /33

第四节 强制许可制度在一些国家的发展 /42

一、强制许可制度的普遍存在 /42

二、强制许可制度在英国的发展 /43

三、强制许可制度在加拿大的发展 /49

四、强制许可制度在美国的发展 /51

第五节 专利强制许可制度的新近发展 /55

第二章 TRIPs 中强制许可制度的立法史
及不平衡性 /59

第一节 在 TRIPs 谈判过程中关于强制
许可制度的争论 /62

一、TRIPs 谈判中的争端概述 /62

二、TRIPs 谈判中关于专利强制许可的争论 /66

三、发达国家主张限制强制许可的原因 /73

四、发展中国家要求扩大强制许可的原因 /75

第二节 TRIPs 的不平衡性及其在强制
许可制度上的体现 /76

一、TRIPs 签署前后关于专利权的国际保护 /76

二、TRIPs 的不平衡 /85

三、TRIPs 的不平衡在强制许可上的体现 /93

第三节 TRIPs 不平衡的原因 /96

一、美国企业的游说和操纵 /98

二、美国的贸易制裁威胁 /100

三、欧共体的威胁和制裁措施 /103

第三章 有关 TRIPs 第 31 条的案例分析 /105

第一节 南非《药品和有关物质管理法》
第 15 条第 C 款争议案 /105

一、案情背景 /105	
二、案情经过 /108	
三、美国政府与南非政府的主要争议:第15条第C款 是否违反 TRIPs /110	
第二节 巴西《工业产权法》第68条争议案 /112	
一、案情经过 /112	
二、美国和巴西的主要争议 /115	
三、关于美国与巴西案的法理分析 /117	
 第四章 专利强制许可制度的法律经济学分析 /125	
第一节 专利制度的法律经济学分析 /126	
一、专利制度的经济影响概述 /126	
二、专利制度的潜在效益:专利制度存在的 理论依据 /128	
三、专利制度潜在的巨额成本 /130	
四、专利制度的经济得失:没有结论的“结论” /138	
第二节 专利强制许可制度的法律经济学 分析 /141	
一、概述 /141	
二、强制许可制度的作用 /143	
三、加拿大1992年取消广泛的药品专利强制许可的 影响 /147	
四、对强制许可制度的批评和反驳 /149	
第三节 专利国际化背景下强制许可制度的法律 经济学分析 /152	
一、加强专利国际保护的直接经济影响 /152	
二、加强专利保护对发展中国家的间接影响 /164	
三、小结 /169	
四、在专利国际化背景下的强制许可制度 /171	

第五章 颁发强制许可的事由 /173

第一节 概述 /173

一、TRIPs 签订之前的情形 /173

二、TRIPs 的规定及其含义 /175

三、TRIPs 关于启动强制许可情形的 谈判过程 /176

第二节 拒绝交易 /180

一、拒绝交易概述 /180

二、合理的商业条件 /182

三、争取自愿许可 /184

四、拒绝交易与公共利益 /185

五、拒绝交易与滥用市场垄断地位 /186

第三节 国家紧急情况 /188

第四节 反垄断或救济反竞争行为 /190

一、TRIPs 的规定及阐释 /191

二、反垄断法与知识产权法的冲突与协调 /193

三、美国关于以反垄断为由颁发强制许可的实践 /197

四、欧共体的相关实践 /199

五、英国专利法的相关规定 /208

第五节 政府使用 /210

一、概述 /210

二、TRIPs 谈判过程中关于政府使用的讨论 /212

三、一些国家的立法和实践 /213

第六节 依赖性专利 /222

一、概述 /222

二、TRIPs 签署前的情形 /222

三、TRIPs 的规定及相关评价 /224

第七节 公共利益需要 /225

一、概述 /225

二、公共利益需要的概念和特征 /226	
三、《巴黎公约》中关于“公共利益”的争论 /236	
四、TRIPs 的有关谈判历史 /240	
第八节 未实施专利 /241	
一、概述 /241	
二、当地实施要求的法理分析 /242	
三、当地实施要求的发展历史 /243	
四、未实施专利或者未充分实施专利 /254	
五、当地实施要求在 TRIPs 体制下的合法性 /258	
 第六章 颁发强制许可的条件和程序 /261	
第一节 颁发强制许可的条件 /262	
一、TRIPs 的规定 /262	
二、颁布强制许可的主要条件 /264	
三、评析 /271	
第二节 颁发强制许可的程序 /271	
一、申请强制许可的主体 /272	
二、强制许可的申请 /279	
三、案件的受理和审理 /280	
四、申请强制许可的程序与侵权诉讼或撤销专利之诉 并存 /285	
五、就强制许可申请作出决定 /288	
六、上诉 /291	
七、申请撤销和终止 /292	
第三节 强制许可决定 /293	
一、强制许可决定 /293	
二、起草强制许可决定应注意的问题 /295	
第四节 强制许可补偿费的决定 /297	
一、其他国家关于强制许可使用费的决定程序 /297	
二、中国《专利实施强制许可办法》规定的程序 /298	

第七章 专利强制许可的补偿费 /301

第一节 专利使用费概述 /302

一、专利使用费的定义 /302

二、专利使用费的数额和相关概念 /304

第二节 强制许可的补偿费标准 /313

一、概述 /313

二、《巴黎公约》论坛关于专利使用费的争议 /314

三、TRIPs 谈判过程中关于专利使用费的争论 /314

四、“充分的补偿”阐释 /316

第三节 强制许可补偿费的计算方法 /316

一、概述 /316

二、可比价格法 (comparables Approach) /318

三、市场价格法 (Going-Rate Method) /322

四、共享利润法 (Profit-Sharing Approach) /324

五、成本加利润法 /329

六、侵权损害赔偿计算法 /336

七、固定比例法 /339

八、多种方法综合考虑 /341

第四节 确定专利补偿费应考虑的因素 /342

一、许可的经济价值 /342

二、发明的性质 /344

三、个案的情况 /345

第五节 确定补偿标准的程序 /348

第六节 具有代表性国家的相关实践 /349

一、加拿大 /349

二、印度 /351

三、菲律宾 /351