



西南政法大学

21世纪知识产权法学系列

总主编 张玉敏

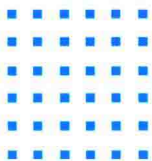
专利法

张玉敏 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



专利法

Z H U A N L I F A

张玉敏

主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

专利法/张玉敏主编. —厦门:厦门大学出版社,2017.1

(西南政法大学知识产权法系列)

ISBN 978-7-5615-6245-1

I. ①专… II. ①张… III. ①专利权法-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.42

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 320059 号

出 版 人 蒋东明
责任编辑 施高翔
封面设计 李夏凌 张雨秋
责任印刷 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181253(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmupress@126.com
印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

开本 720mm×970mm 1/16
印张 21.25
插页 2
字数 382 千字
版次 2017 年 1 月第 1 版
印次 2017 年 1 月第 1 次印刷
定价 45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

西南政法大学

21世纪知识产权法学系列

总主编 张玉敏

主 编 张玉敏

副主编 廖志刚

马海生

撰稿人（按撰写章节顺序排列）

张玉敏 （第一章、第四章第一节）

廖志刚 （第二章、第十一章）

马海生 （第三章、第五章）

牟 萍 （第四章第二~七节）

黄 汇 （第六章）

胡 波 （第七~九章）

康添雄 （第十章）

总 序

21 世纪是知识经济的时代,知识已经(在发达国家)或正在(在像我国这样的发展中国家)取代土地、机器设备、资金等有形资产的地位,成为推动经济发展的最主要的要素。与此相适应,知识产权法自 20 世纪中后期开始,在全球范围内呈现出强劲的发展势头,无论是在国际层面上还是在国内法律体系中,知识产权法的地位得到迅速提高。美国自 20 世纪 80 年代开始实施知识产权战略,通过立法促进技术的开发与转化,并在国际贸易中迫使贸易伙伴加强对美国知识产权的保护,迅速扭转了美国在国际贸易中的巨额逆差,实现了美国经济的长期稳定、高速发展。2002 年,日本公布实施知识产权战略大纲,成立了以小泉首相为首的知识产权战略本部,正式将“技术立国”的口号修改为“知识产权立国”。韩国等许多国家也都纷纷制定自己的知识产权战略,其目的非常明确,就是要在 21 世纪的国际竞争中抢占有利地位。我国政府十分重视知识产权保护工作,明确指出“21 世纪的竞争就是知识产权的竞争”,并开始制定中国的知识产权发展战略。

当我们大力推进中国的知识产权事业的时候,遇到的第一个问题就是人才奇缺——企业缺少合格的知识产权管理人才,司法机关缺少合格的知识产权审判和侦查人才,社会缺少高水平的专利代理、商标代理、无形资产评估等知识产权中介服务机构。在有条件的高校中设置知识产权专业博士点和硕士点,是国家为解决知识产权专门人才奇缺而采取的重要措施。我们的这套系列丛书就是为适应新形势下知识产权法教学需要而编写的。本套丛书共六本,包括《知识产权法原理》《著作权法》《专利法》《商业标志法》《商业秘密法》《知识产权法实践教学》。

对于中国来说,知识产权法是地地道道的舶来品。如果说法学在中国是一门幼稚学科,那么,知识产权法学就是幼稚学科中的幼稚学科。仅仅在二十多年前,当我国与美国谈判签订中美经济贸易和技术合作协议,美国谈判代表提出协

议中必须有知识产权保护条款,否则美国总统不批准的时候,中国人还不知道知识产权为何物。在外部压力和内部发展需求的双重推动之下,我们用二十几年的时间从立法上实现了“与国际接轨”,但是,从社会生活的层面上观察,知识产权保护远没有成为人们的自觉行动。另外,科学技术的迅速发展不断给知识产权法提出新的课题,知识产权的保护对象不断扩大,权利内容不断扩张,加剧了知识产权的拥有者和知识产品的使用人、知识产权的输出国和进口国在知识产权保护问题上的利益失衡,引发了人们对知识产权正当性的不断追问。丛书将系统地、全面地和力图深入地对知识产权法的基础理论、基本制度和前沿问题进行阐述,对立法和执法实践中的争议问题进行讨论,对知识产权的正当性和权利人利益与社会公共利益的平衡问题作出自己的回答。

编写一套用于研究生教学的知识产权法丛书是一项开创性的工作,意义很大,困难不少。好在我们有多年来培养硕士和博士研究生生的经验,有业界朋友的关心和支持。由于知识产权法学从整体上来说仍然十分幼稚,以及我们的能力所限,丛书在内容和结构上难免存在一些问题甚至错误,我们衷心希望各位方家和读者不吝赐教!您的批评是对我们最好的帮助。

感谢厦门大学出版社的同人,他们为中国知识产权法学教育事业做了一件好事。没有他们的热情推动和精心组织,本套丛书是不可能面世的。

张玉敏

2006年7月20日

目录

Contents

第一章 专利权与专利法	1
第一节 专利权概述.....	1
第二节 专利制度的产生与发展	17
第三节 我国的专利立法	24
第四节 专利法的基本原则	32
第二章 专利国际保护体系的建立和发展	38
第一节 巴黎公约	38
第二节 WTO《与贸易有关的知识产权协定》.....	43
第三章 专利权的保护对象	48
第一节 专利权保护对象概述	48
第二节 可专利主题	50
第三节 不授予专利权的主题	55
第四节 专利实质条件	63
第四章 专利申请	92
第一节 专利申请行为的法律性质	92
第二节 专利申请人	95
第三节 专利申请前的准备工作.....	104
第四节 专利申请原则和申请文件的撰写.....	107
第五节 专利申请的流程.....	113
第六节 国际申请.....	118
第七节 香港的专利注册制度.....	121
第五章 专利申请的审查授权程序	124
第一节 专利审查制度概述.....	124
第二节 专利授权原则.....	127
第三节 专利的审查授权程序.....	132
第四节 专利复审.....	149

第六章 专利权的内容	154
第一节 概述.....	154
第二节 发明和实用新型专利权的内容.....	157
第三节 外观设计专利权的内容.....	167
第七章 专利权的运用	177
第一节 专利实施许可.....	178
第二节 专利权转让.....	187
第三节 专利权质押.....	191
第八章 专利权的限制	195
第一节 概述.....	195
第二节 专利权的例外.....	198
第三节 强制许可.....	213
第四节 专利权滥用的规制.....	224
第五节 专利权的外部限制.....	229
第九章 专利权的消灭	234
第一节 专利权期限届满.....	234
第二节 专利权的无效宣告.....	240
第十章 侵犯专利权的行为	246
第一节 侵犯专利权行为的分类和构成要件.....	246
第二节 侵犯专利权行为判定的基本方法和原则.....	257
第三节 侵犯专利权的抗辩.....	273
第十一章 专利权的保护	283
第一节 专利权的民事保护.....	283
第二节 临时措施.....	302
第三节 侵犯专利权纠纷的民事诉讼程序.....	308
第四节 诉讼时效和权利失效.....	314
第五节 专利权的行政保护与刑事保护.....	321

第一章 >> 专利权与专利法

本章导读:专利权是专利制度的核心,专利法的各项制度设计都是围绕专利权展开的。因此,本章首先对专利权的概念、特征进行讨论,然后讨论专利法的作用和专利制度的产生、发展历史,以及我国的专利立法。本章的重点是专利权的概念特征、我国专利法的立法历程和我国专利法的基本原则。

第一节 专利权概述

一、专利权的概念和法律特征

(一)专利的基本含义

中世纪的英国,国王经常使用一种被称为 letters patent 的文件,对臣民加封官爵,颁布大赦或者赐予各种特权,包括赐予对商业经营方面的垄断权。letters 意为“文件”,patent 意为“打开”,letters patent 即“可以公开的文件”。这种文件上盖有国王的玉玺,不封口,人人可以打开阅读。后来这个词简化为 patent,既保留了“公开”的本意,又被赋予了“独享”“首创”等意义。美国 P.D.罗森堡在其所著的《专利法基础》一书中则认为,“专利”这个词出自拉丁文 patere,意思是摆出来的衣服挂钩,而人们通常使用“patent”一词,是指公开给人看、敞开受公众审查的东西,来自拉丁文 litterae patentes。^①一般认为,汉语中的“专利”一词,是由英文“patent”翻译而来。汉语中“专利”一词,出自《国语》,其本来意

^① P.D.罗森堡:《专利法基础》,郑成思译,对外贸易出版社 1982 年版,第5页。

义是“独专其利”，不含有“公开”的意思。^① 因此，在我国推行专利制度之初，许多人常常望文生义，将“专利”混同于“技术秘密”。由于这个原因，时任世界知识产权组织总干事的鲍格胥博士曾经建议中国在汉语中找一个与 patent 相当的，既有“独占”含义又有“公开”含义的词来代替“专利”，以免引起人们对专利制度的误解。^② 但是，在汉语中很难找到这样的词。不过，随着《专利法》的实施和宣传，越来越多的人从实践中认识了专利和专利制度，专利作为一个专用的法律术语，已经脱离了汉语的原意而具有了自己特定的内涵——发明创造的所有人以公开自己的发明创造为代价，换取政府授予的在一定期限内独占实施其发明创造的制度。集公开和独占于一身，是专利制度的特点，也是专利优于商业秘密的主要之处。我们在学习专利法的时候，一定要牢牢抓住这一特点。

在专利法的范畴内，人们往往在三种意义上使用“专利”这个词：其一，作为专利权的简称。如当人们说某人“取得了一项专利”时，实际上指的是某人取得了一项专利权；“专利保护”可以理解为某项技术或设计取得了专利权，受到专利权的保护；专利权的申请往往被简称为“申请专利”等。其二，指代取得专利的发明创造。《专利法》第14条规定：“国有企业事业单位的发明专利，对国家利益或者公共利益具有重大意义的，国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府报经国务院批准，可以决定在批准的范围内推广应用，允许指定的单位实施，由实施单位按照国家规定向专利权人支付使用费。”这里的“专利”一词，实际上指的是取得专利的发明创造。其三，指专利文献。“查阅专利”“专利检索”所称的“专利”指的就是记载发明创造内容的专利文献。

一词多义在法学领域是一种常见现象，如“合同”一词既可以用来表示当事人之间的合同关系，又可以用来表示合同文本。由于“专利”一词具有多种义项，所以在判断其含义时，应考虑其使用的具体场合。

（二）专利权

各国的专利法并没有给专利权下定义。多数教材也没有专门讨论专利权的定义，而是通过专利权的保护对象、主体和权利内容来描述和界定专利权，如郑成思教授主编的《知识产权法教程》、刘春田教授主编的《知识产权法》、汤宗舜先生所著司法部统编教材《专利法教程》等。这种方式有其合理性，便于初学者学习，而且可以避免不必要的争议。但是，作为进一步的研究，给出一个专利权的

① （西周大夫）芮良夫曰：“夫荣公好专利而不知大难。……今王学专利，其可乎？匹夫专利，犹谓之盗，王而行之，其归鲜矣。”（《国语·周语》）

② 参见郑程思：《知识产权法通论》，法律出版社1986年版，第1页。

定义还是必要的。概念是反映事物及其本质属性的思维形态,是思维的最小单位,是构成判断、推理的要素。每一门科学都要使用一定数量的概念。黄茂荣先生指出,概念的作用在于特定价值之承认、共识、储藏,从而使之构成特定文化的一部分,减轻后来者为实现该特定价值所必须之思维及说服工作的负担。^①王伯琦先生早在四十多年前,就强调指出法律概念的重要性:“我可不题地说,我们现阶段的执法者,无论其为司法官或行政官,不患其不能自由,唯恐其不知科学,不患其拘泥逻辑,唯恐其没有概念。”^②诚然,正如黄茂荣先生所言:“对于我们所处的这个比较落后的法律社会而言,通常具备一种特征:即一方面倾向于以一种比较纯逻辑,或比较拘泥于法律文字的方式来了解法律、适用法律,以致常常受恶于法律。反之,当基于这个认知而试图容许引用较富弹性之价值标准或一般条款来避免被法律概念僵化的法律之恶时,却又发现这个容许很容易流于个人的专断。其结果使得许多法律规定本来所拟达到的公平或正义,不能在实际运作中,真正地被实践出来。”^③我们现在所处的正是这样一个比较落后的法律社会,具有黄茂荣先生所指出的这种社会的特征。在这样的社会背景之下,法学研究不应当舍弃对概念的研究而片面专注于法律的价值和原则,而应当将二者很好地结合起来。因此,虽然下定义是一件费力不讨好的事情,我们还是想尝试着给出自己的定义。

关于专利权的定义,见诸教材的主要有如下几种:

专利权是指法律赋予专利权人对其得到专利的发明创造在一定范围内依法享有的专有权利。^④

专利权是专利法的核心内容,它是国家专利主管部门依据专利法授予发明创造人或合法申请人对某项发明创造在法定期间内所享有的一种独占权或专有权利。未经专利权人许可,他人不得利用该专利技术。^⑤

专利权是专利权人排除别人在竞争中使用该发明、自己可以进行独占性实

① 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑,东升美术印刷有限公司印刷,1993年7月增订3版,第58页。

② 王伯琦:《论概念法学》,载台湾大学1960年印行之《社会科学论丛》,转引自王泽鉴:《法律思维与民法实例》第11页。

③ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,台湾大学法学丛书编辑委员会编辑,东升美术印刷有限公司印刷,1993年7月增订3版,第42页。

④ 吴汉东主编:《知识产权法》,中国政法大学出版社1998年版,第141页。

⑤ 张平:《知识产权法详论》,北京大学出版社1994年版,第33页。

施的财产权。^①

从方法论的角度而论,法学概念应当对所欲定义对象的特征穷尽地列举出来。所谓穷尽地列举出来,是指所列举的特征是在该概念涵摄上不可缺少、不可替代的特征,这些特征是将一个具体的事物涵摄于法律概念之下的充分而必要的条件。而所谓将定义对象特征穷尽地列举出来,并非是对定义对象的一切重要特征都列举出来,而是要根据规范目的,对已经认知的特征加以取舍,并将经过取舍的特征确定为充分而必要的特征。

根据各国专利法的规定,专利权有如下特征:(1)保护对象是发明创造。(2)专利权具有排他性。我国著述一般认为,专利权包括实施权或曰独占实施权(积极的权利)和禁止他人实施的权利(消极的权利)。^②德国学者也持这种认识。^③而美、英等国专利法理论则从禁止他人实施的角度理解专利权,认为专利法只规定了排除他人实施的“消极权利”,专利权人自己实施专利可能还需要取得其他相关专利的权利人许可,更没有资格授权他人实施。^④尽管以上两种解释看问题的角度不同,但是都肯定了除法律另有规定者外专利权人具有禁止他人实施其专利的权利,即承认专利权具有排他性。(3)具有法定的时间性。(4)可分地域取得和行使(具有地域性)。(5)权利的取得须由主管机关依法批准。(6)须受公共利益的限制等。在这些特征中,须受公共利益的限制是所有权利都具有的题中应有之义,不属于专利权独有的特征,从定义的角度讲是非必要的特征。其他5项均属于必要的特征,因此,专利权的定义应当将这些特征涵摄其中。据此,我们可以对专利权给出如下定义:

专利权是民事主体依法取得的在法定的期限和地域内支配其取得专利的发明创造,并禁止他人为生产经营目的实施其专利的排他性权利。

这个定义指出了专利权是一种民事权利,须依法取得;指出了专利权是在法定期限和地域范围内禁止他人为生产经营目的实施其专利的排他性权利,即将

① 纹谷畅男编:《专利法五十讲》,魏启学译,法律出版社1984年版,第23页。

② 参见吴汉东主编:《知识产权法学》,北京大学出版社2000年版,第190页。刘春田主编:《知识产权法》,中国人民大学出版社2002年版,第232页。

③ 参见范长军:《德国专利法研究》,科学出版社2010年版,第93页。

④ Robert L. Harmon: *Patent and the Federal Circuit*, the 2nd edn, Willian Brinks Olds Hofer Gilson & Lione Ltd, Chicago, Illinois, 1993, p.211.

其权利排他效力限定在商业性利用的范围之内,超出这个范围的行为,如为了科学研究而使用他人专利,专利权人无权禁止。

(三) 专利权的法律特征

与其他知识产权相比,专利权具有以下法律特征:

1. 专利权的保护对象是发明创造

著作权的保护对象是作品,商标权的保护对象是商标,专利权的保护对象是发明创造,包括发明、实用新型和外观设计。^① 保护对象的这种区别成为专利权区别于著作权和商标权的特点之一,也决定了专利权不同于著作权和商标权的一系列特点。

世界上有些国家的专利法的保护对象仅限于发明,外观设计由单独立法保护,有些则将技术发明和外观设计统一规定于专利法。我国采取后者,由专利法对发明、实用新型和外观设计统一规定。发明和实用新型都属于技术方案,即对要解决的技术问题采取和利用了自然规律的技术特征的集合,其区别在于发明的创造性高于实用新型,而且发明包括产品发明、方法发明和改进发明,实用新型则仅限于有形状的产品。外观设计则是一种设计方案,即对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合作出的富于美感并适于工业应用的设计方案。发明、实用新型追求的是技术效果,外观设计追求的是审美效果。专利法要求授予专利权的发明和实用新型应当具备新颖性、创造性和实用性,授予专利权的外观设计应当具备新颖性。唯其具备新颖性、创造性和实用性,能够推动全社会的技术进步和经济发展,法律才有给予保护,授予其专利权的必要。

由于专利权保护的是作为技术创新成果的发明创造,而先进技术的推广应用对于社会发展和公共福利十分重要,因而,专利法通过赋予专利权人在市场竞争中排他性利用其发明创造的权利,为发明创造提供激励。但是,专利权人得禁止他人实施其发明创造的权利可能对公共利益产生负面影响,特别是可能对发展中国家的经济发展和技术进步产生负面影响。所以,世界贸易组织(WTO)的《与贸易有关的知识产权协议》(简称“TRIPS 协定”)特别强调知识产权的保护应当有助于技术创新以及技术转让和传播,^②我国《专利法》也将“鼓励发明创造,推动发明创造的应用,提高创新能力,促进科学技术进步和经济社会发展”作为立法宗旨规定在第一条。而著作权保护的是思想的表达,不保护思想本身,著作权法原

① 《中华人民共和国专利法》第1条、第2条。

② 参见 TRIPS 协定第7条。

则上不需要就作品的推广应用予以特别规制。但是,为了发展文化教育事业和满足公众学习和娱乐的需要,法律对著作权的行使也有合理使用和法定许可等限制。商标权保护的目的是维护商标的显著性,以维护市场秩序,保护消费者利益,因此,商标法上不存在商标的推广应用问题。由于推广应用在专利法中的重要性,使得专利权的保护与著作权和商标权的保护有以下明显的差异:

其一,专利权的保护期最短。我国《专利法》规定,发明专利的有效期为20年,实用新型专利和外观设计专利的有效期为10年,均自申请之日起算。商标权因其可反复续展,实际上没有期限限制。这一差别的主要原因就在于专利权的保护期过长不利于发明创造的推广应用,而太短又不能有效激励发明创造的积极性。而保护商标的显著性与消费者的利益是一致的,商标权长期有效,既符合商标权人的利益,又符合消费者的利益和社会公共利益。著作权的有效期限是作者有生之年加上死后50年(有些国家规定为作者有生之年加死后70年),这个期限是否合适,也是一个值得研究的问题。实际上,大多数作品,特别是计算机软件的经济寿命只有几年、十几年,现在这样长的保护期,不利于作品的传播和信息的便捷交流。因此,有人建议给予较短的保护期,期满以后,如果作者认为其作品仍有保护的必要,可以通过登记予以续展。^①

其二,未经许可实施他人专利的行为不构成犯罪。我国《专利法》和《刑法》没有规定未经许可实施他人专利行为的刑事责任。大多数国家的法律也没有将侵犯专利权的行为规定为犯罪行为,而且将专利保护排除在海关执法范围之外。我国刑法仅规定了假冒专利罪,而没有规定侵犯专利权罪,也没有规定对侵犯专利权行为的行政处罚措施。这与侵犯著作权和侵犯商标权以及侵犯商业秘密明显不同。一些人主张将侵犯专利权情节严重的行为规定为犯罪,理由是侵犯专利权的行为给专利权人造成的损害不比假冒专利的行为造成的损害小,甚至损害更严重。应当说这是事实。但是,我们更应当看到,侵犯专利权行为所侵害的是专利权人的私人利益,不直接涉及公共利益,而且未经许可实施他人专利,使用的毕竟是专利技术,不存在对消费者的欺骗(如果商品质量有问题,则可以按制造、销售伪劣商品处理)。因此,通过追究民事责任,能够充分保护专利权人的利益。而侵犯著作权、商标权的行为在侵犯著作权人、商标权人利益的同时,都直接损害了消费者的利益和社会公共利益。^② 另外还需要考虑的一个问题是,

① 请参见威廉·M.兰德斯、理查德·A.波斯纳:《知识产权法在经济结构》,金海军译,北京大学出版社2005年版,第273~284页。

② 参见尹新天:《专利权的保护》,知识产权出版社2005年版,第5~6页。

由于专利权的保护对象是发明创造,其侵权认定比侵犯著作权和商标权的认定复杂得多,对侵权行为施以刑事制裁,一旦发生认定错误,对被告造成的损害几乎是无法补救的;如果再考虑专利权人滥用刑事程序打击竞争对手的可能性,对于“入罪论”更应当保持高度的警惕。因此,从社会整体利益考虑,我国专利法仅规定假冒专利罪是明智的选择。

2. 专利权保护的发明创造具有公开性

专利法的立法目的是促进技术的发展和推广应用,因此,专利权的取得以申请人充分公开其发明创造为前提条件,技术公开不充分是请求宣告专利权无效的理由之一。不唯如是,专利权的保护范围也是由以说明书中公开的技术为基础的权利要求界定的。充分公开其发明创造是专利权人换取社会给予一定期限内独占实施其专利的对价,保密的技术只能作为商业秘密受反不正当竞争法的保护,因此,专利文献成为最及时、最丰富、最宝贵的技术信息库。据统计,世界上90%~95%的技术成果都是通过专利申请文件首先公开的。充分重视和利用专利文献,对于企业和科研院所的科学研究、新产品开发甚至市场开拓都具有十分重要的意义。

3. 专利权是支配权

支配权是相对于请求权而言的一种权利分类。支配权是权利主体得支配其权利保护对象,享受其利益并排斥他人干涉的权利。只要权利人的支配行为不违反法律的规定,不侵害他人的合法权益和社会公共利益,其行为即受法律保护。支配权属于绝对权(对世权),除权利人之外,其他所有人都是义务主体,负有不侵害其权利的消极义务。请求权是权利人得请求特定的义务人为一定行为或者不为一定行为,以实现自己的利益的权利。请求权属于相对权,义务主体是特定的,义务主体的义务包括积极义务(为一定行为)和/或消极义务(不为一定行为),权利人权利的实现有赖于义务人履行义务。支配权是一种排他性的权利,即除法律另有规定外,其他人未经许可不得实施其专利。

知识产权的教科书通常将专利权的这一特征表述为专有权或者独占权。我们不主张用专有权来表达专利权的这一特点,因为专有权不符合民法对民事权利分类的标准,而且“专有权”的称谓也不科学。独占权形象地表达了权利人对权利保护对象的独占性支配,符合专利权的特点,但是我们仍然不主张采用这种表达。我们主张用支配权来表达专利权的这一特点,理由是:其一,支配权符合专利权的特点;其二,支配权是民法理论对民事权利的分类,有明确的概念和特征归纳,用支配权表达专利权的这一特点,便于学习和掌握;其三,知识产权是私权,这已经在世界范围内达成共识。所谓私权,即民事权利,运用成熟的民事权

利分类理论研究知识产权,可以强化知识产权对民事权利的归属感,并为运用民法制度和理论研究知识产权奠定认识论上的基础。

4. 专利权具有法定时间性

知识产权中凡创造性成果的权利都具有法定时间性,^①这是因为对创造性成果的无限期独占有损社会公共利益,规定其权利的有效期是为了平衡权利人的利益和社会公共利益。专利权的保护对象是技术发明和产品的外观设计,属于创造性成果,其权利应有法定期间,自属当然。法定期间届满,专利权即归于消灭,作为专利权保护对象的技术发明和外观设计进入公有领域,^②任何人都得自由使用,不需要经过许可,也不需要支付费用。

专利权法定期间的确定,是专利法上最重要的政策性问题之一。专利权的法定期间实质上是专利权人得排斥他人而独占市场的期间,合理的期限应当使专利权人能够收回新产品开发的投资并获得有足够激励的利润,同时又不会造成对后来创新者的不适当限制。我国 1984 年颁布的《专利法》规定发明专利的有效期为 15 年,实用新型和外观设计专利权的有效期为 5 年,期满可请求延长 3 年。1992 年修改《专利法》时,为了与正在协议中的 TRIPS 相一致,修改为发明专利有效期 20 年,实用新型和外观设计有效期 10 年,均自申请之日起计算。在技术更新速度加快,新技术的经济寿命日益缩短的时代,专利权的有效期限不但没有缩短,反而延长,这是一个值得思考的问题。

5. 专利权可分地域取得和行使

这一特点通常被表述为地域性,即一项发明创造的所有人可以依照法律规定的程序,在不同的国家(地区)分别取得专利权并分别行使。

作为专利权的保护对象的技术发明和外观设计是一种信息,具有一般信息所具有的可共享性,或者说具有公共产品属性,其使用在事实层面上不具有排他性,凡了解该发明创造并具备实施条件的人均可以实施,这是专利权可以分地域取得和行使的事实条件,也是非物质性的信息与物质财产的重要区别。物质财产由于其物质性、特定性和唯一性,决定了其权利在全世界范围内的唯一性,即一项物质财产在全世界范围内不能同时存在两个以上的所有权。发明创造的所有人希望在这个世界上凡有商业利益的地方排他性地使用自己的发明创造以谋求利

① 技术秘密没有法定时间性。但是,我们认为技术秘密不是知识产权家族中的一种权利,而是反不正当竞争法保护的利益。

② 这里所说的“公有”,与我国通常所说的与“私有”相对应的“公有”是两个不同的概念,其含义是指不属于任何主体所有,而属于人类社会公有,任何人得自由利用。

益的最大化,使发明创造的域外保护成为必要,《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)就是在这种要求的推动之下建立起来的。《巴黎公约》和其他国际保护制度的建立使专利权的域外保护成为可能。因此,在今天的国际条件下,同一项发明创造可以在不同的法域内分别取得专利权,并分别行使。

有些关于知识产权的著述中对知识产权地域性的解释是,依据一国法律所取得之知识产权仅在该国范围内有效,在其他国家不发生效力,这是由知识产权须经法律直接确认这一特点决定的,因为一国法律没有域外效力。^①这一解释并未揭示出知识产权不同于其他财产权的特征。实际上,所有民事权利都具有上述特点。一个人的权利如物权,在外国得到保护,不是因为它有域外效力,而是因为依照该国的法律亦承认和保护个人的权利,不过同样的权利在不同的国家,其权利内容、取得方式、消灭的原因以及保护方法可能有所不同。如果一种财产在某国不受保护,个人将在本国享有所有权的该项财产带到该国,不但不能得到保护,甚至可能受到惩罚,如私人拥有和携带枪支在美国是合法的,但是,如果所有人将其枪支带到中国,就是违法的,其对枪支的所有权在中国不能得到保护。我们不赞成对知识产权地域性的这种解释,因此用可分地域取得和行使来表达专利权的这一特点。^②

由于专利权的取得须经主管机关依法批准,所以,专利权的地域性与著作权的地域性有重大的差异。由于著作权的取得实行的是自动取得原则,作品完成后,在《伯尔尼公约》成员国和世贸组织成员的地域内即可自动取得著作权。而发明创造完成后,权利人必须到各该国申请,或者通过国际申请,并通过该国的审查,才能取得专利权。

6. 专利权须由主管机关依法批准

专利权是支配权,具有强烈的排他性,对他人利益和社会公共利益均有重要的影响。为了保护社会公共利益和他人的合法权益,专利法不仅对取得专利的发明创造的类型和条件作了明确的规定,而且规定专利权的取得须由申请人依法提出申请,并由主管机关依照法定的程序进行严格审查,对于那些符合专利法规定条件(包括实质条件和程序条件)的发明创造,依法予以批准。

① 吴汉东主编:《知识产权法》,法律出版社2003年版,第7页;刘剑文、张里安主编:《现代中国知识产权法》,中国政法大学出版社1993年版,第6页;汤宗舜:《专利法教程》,法律出版社1996年第2版,第6页。

② 参见张玉敏:《论知识产权的概念和法律特征》,载《现代法学》2001年第5期。