

专 利 讲 义

一 九 八 四 年

目 录

- 第一讲 专利概论
- 第二讲 获得专利的实质条件
- 第三讲 发明专利的申请, 审查和批准
- 第四讲 实用新型专利与外观设计专利
- 第五讲 专利权与专利诉人
- 第六讲 专利代理
- 第七讲 专利实施与专利许可证贸易
- 第八讲 中国专利法介绍
- 第九讲 六国专利制度介绍
- 第十讲 巴黎公约与国际专利制度
- 第十一讲 专利文献检索

第一章 概 论

第一节 工业产权

专利是工业产权的一种，工业产权是国外广泛使用的一个概念，我们学习专利，也得懂得这个词的意思。

工业产权这个词最早出现在法国1791年的专利法中。在这以前，英国和法国称专利权为特权或垄断权。当时法国专利起草人德·布拉害怕特权或垄断权的提法会遭到资产阶级革命后建立起来的立法议会的反对，也会受到反对封建特权的人民的反对，所以改称为工业产权。后来1883年签订保护工业产权巴黎公约，这个词获得了国际上的公认。

工业产权这个概念包括的范围比较广，根据保护工业产权巴黎公约，第一条规定工业产权保护的对象有发明专利、实用新型专利、外观设计专利、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称、制止不正当竞争共九种。这几年正在修订巴黎公约，苏联要求将发明人证书增加进去，还没有通过。我国现在有法律保护的只有一种，即商标。将来专利法通过后，还要增加三种，即发明、实用新型、和外观设计专利。这里要说明一下，工业产权的工业一词，应当广义来理解，公约规定，它适用于工业、商业、农业、采掘业以及一切制成品和天然品，实际上适用于各个产业部门。

工业产权中最重要的一种专利，也就是发明专利。除发明专利外，商标也是一种重要的工业产权。这两种，以及其他一些工业产权有一些共同的特点，这就是：

(1) 专有性，也叫独占性，即这些权利具有排他性，只有权利人独占，其他人不经权利人同意不能使用受到保护的工业产权，这种独占权与一般财产权不同，一项发明只能有一个专利权，其他人做出同样的发明，不能再得到专利权。而一般财产权则不同，一个表可以有一个财产权，多少个表可以有多个财产权，并不排斥。

(2) 地域性，一国批准的专利或注册的商标只在该国范围内有效。而其他的财产权即使到另一个国家也不消灭。

(3) 时间性，不论什么工业产权，都有一定的期限。如商标可以无数次续展，若不续展则会终止。这与一般财产也不相同，譬如房子，只要它没有烧掉，财产权总还存在。

工业产权和版权合在一起称为知识产权，这也是国外广泛使用的一个概念。版权所保护的是文学、科学和艺术的作品，包括范围很广，如书籍、绘画、雕塑、照像、电影、唱片、录音带等等。版权也是一种专利权、独占权，其他任何人要复制、翻译、改编、演出等都需要得到版权人的许可，否则是非法的。

版权和工业产权之所以称为知识产权，是因为它们保护的客体都是人的脑力劳动创造的成果，是智力的成果，法律上都把它们作为财产来加以保护，所以叫知识财产，也叫知识产权。

第二节 专利制度的历史

专利制度最早是从西方开始的，也就是从欧洲开始的。发明专利最早是在十五世纪意大

利的某些国家开始实行的。具体地讲，佛罗伦萨共和国在1421年第一次给了发明专利。1474年威尼斯共和国最早制定了关于专利的法令。这种做法逐渐传播到了欧洲的其它国家。在以后的二百年中，随着商品经济的发展和技术的日益进步，各国授予发明专利越来越多，也越来越经常，起初这种专利权是根据统治者的统治权，而不是根据专门的法令授予的。例如，在英国，伊丽莎白一世女王颁发了发明的特权、关于进口和建立本国新工业的特权以及有关某些商品的垄断权。因为封建王室是借此增加财政收入，发得太滥，引起议会不满，于是1623年制定了《垄断法》，限制了英王颁发的这种垄断权，但是作为例外，允许英王有权对于新发明授予专有权，期限是十四年。授予这种专有权的文件，任何人都可以打开来看，英文Patent就是公开的意思，“专利”两字是我国过去翻译的词。从这以后，在英国授予发明专利就相当经常了。所以这种制度是逐渐从实践中发展起来的，而不是先有一个法律，然后再建立起制度的。

正式的、系统的、全面的专利法直到十八世纪末才出现，在美国是1790年，在法国是1791年。美国专利法是新建立的共和国的一个民主行动的表现；法国的专利局从过去国王特权改变为一项人权；法国专利法明确宣告发明人对他的发明有取得专有权的自然权利（当时是法国资产阶级革命的高潮）。在美国，由于独立后各州联合组成联邦，有必要规定联邦政府有授予专利的权力。美国1787年宪法规定：国会“有权‘为了促进……有用技术的进步，在一定期间内，保障……发明人对……发明有独占权’”。美国第一部专利法就是根据这个规定制定的。英国和美国、法国三部专利法的影响很大。

在十九世纪，其它国家也先后制定专利法，荷兰（1809）、奥地利（1810）、沙俄（1812）、巴伐利亚（1812）、普鲁士（1815）、瑞典（1826）、西班牙（1826）、墨西哥（1832）、巴西（1840）、智利（1840）都制定公布了专利法。英国直到1852年才制定一部一般性的专利法。德国先是各个邦有专利法，成立联邦后制订了一部统一专利法，于1877年生效。日本的专利法于1885年制定。

据统计，全世界各国制定专利法的，在1873年有22国，在1900年有45国，1925年有73国，1958年有99国，1973年有120国，到1980年底共有158国家和地区有专利法，到现在没有专利制度的国家不过十个左右。

至于我们中国，清朝光绪29年8月18日（1903），中美续议通商行船条约第10款规定“美国允许中国公民将其创造之物在美国注册，发给创造执照，以保自给自用之权利。中国政府今亦先允许将来设立专管创制衙门。俟该专管创制衙门既设，并定有创制专律之后，凡在中国合并售卖创制各物，已经美国给以执照者，若不犯中国人所先出之创制，可由美国人缴纳规费后，即给以专照保护，并以所定年数为限，与所给中国人之专照一律无异”。可见当时已经议定中国要建立专利制度。

我国最早具有“专利法”性质的法律是1912年12月工商部公布的“奖励工艺品暂行章程”，对于发明或改良过的新产品授予五年内的专利权，或给予名誉上的褒奖。1923年3月农商部公布“暂行工艺品奖励章程”，不仅对产品而且对方法也给专利三年或五年。此后1928年2月，1932年9月也都分别制定过条例，内容比以前完备些，专利期限也长一些。

解放前第一次正式公布“专利法”是在1944年，授予的专利包括发明、新型和新式样三种。

解放后，1950年政务院颁布“保障发明权与专利权暂行条例”，实行的是苏联式的双轨

制，曾批准过6件发明权和4件专利权，其中有候德榜的联合制碱法专利，不过不久这个条例就停止实行了，以后就改采用奖励办法。到1978年以后实行对外开放政策，要鼓励发明创造，引进先进技术以实现四个现代化，所以国务院领导指示国家科委筹建专利制度，1979年3月成立小组起草专利法，1980年1月国务院批准国家科委关于建立专利制度的报告，成立了中国专利局，1981年3月国家科委和专利局将专利法草案上报国务院审议，因为有的部门有不同意见，审议工作停了下来。1982年9月国务院常务会议再次作出了在我国实行专利制度的决定。赵总理在五届人大五次会议上的报告中宣布要“制定和施行专利法”，现在专利法草案正在国务院审议之中，有希望在今年内由人大常委会通过公布。

第三节 世界各国专利制度的类型

资本主义国家，不论是发达的国家还是发展中的国家，都实行传统的专利制度，对发明的保护采取授予专利权的方式。这种专利权绝大部分归合营企业所有，而且大部分是归大企业、垄断企业所有。专利权人享有独占的利用权，自己可以利用，也可以不利用，可以许可其他人利用，也可以不许可其他人利用。专利权成了合营企业垄断的工具。

苏联自1931年后，对发明的保护采取授予发明人证书或专利权的方式，原则上申请人可以选择申请发明人证书，或者申请专利权，即实行所谓双轨制。对本国单位工作人员的职务发明和某些发明（例如药品、化学物质等）只授予发明人证书，不授予专利权。在实践中，外国人都选择申请专利权，本国人都选择申请发明人证书。获得专利权的，专利权人享有独占的利用发明的利权。获得发明人证书的，发明人可以得到奖励和报酬，但发明的所有权归国家所有，本国的任何单位都可以无偿使用。作出发明的任何单位不能从发明得到任何补偿，不利于调动其继续研究的积极性。

在第二次世界大战结束时，所有东欧国家都采用了苏联的双轨制。经过一段时期的实践以后，南斯拉夫、匈牙利、波兰、罗马尼亚、东德等国先后对它们保护发明的法律进行了修改，实行了与苏联不同的制度，情况如下：

（1）罗马尼亚对发明的保护采取授予专利权的方式，不授予发明人证书。本国社会主义组织工作人员作出职务的发明和某些指定的发明，其专利权归社会主义组织所有。一般的专利权人享有独占的利用发明的权利，但专利权属于社会主义组织所有时，其他社会主义组织可以由于利用该专利发明，不需支付任何费用，只要通知发明局即可，没有其他手续。东德对于本国社会主义组织作出的职务发明和某些指定的发明授予经济专利，发明与专利局有权决定由哪一企业实施，实行的企业有义务负担一部分经济补偿。这两个国家形式上实行专利保护，但是就社会主义组织的专利权而言，实际上和发明人证书没有多少不同。

（2）波兰对发明的保护也是采取授予专利权的方式。本国各公有化经济单位工作人员的职务发明的专利权授予发明人所属的单位。实施公有化经济单位的专利发明应与该单位订立合同，该单位不得拒绝。

（3）南斯拉夫对发明的保护也是采取授予专利权方式。在国内，这部专利权过去大部分属于个人，只有小部分属于联合劳动组织。新的专利法开始改变这一状况，并规定任何一个联合劳动组织都有权利利用其他联合劳动组织的专利发明，条件是必须事前就利用的条件和收入分配订立协议。

(4) 匈牙利对发明的保护也采取授予专利权的方式。这种专利权,无论是公有制单位或其他人所有,都具有独占权的性质。使用公有制单位的专利发明,应得到该单位的许可,并付给使用费。这种专利制度与西方国家的专利制度基本上相同。

至于捷、保、朝、越、蒙、阿等国则仍实行苏联式的双轨制。

第四节 谁有权取得专利

按世界各国的专利法,发明人都有权申请并取得专利权。特别是美国的专利法,它贯彻了这个原则。只有发明人才能申请专利,单位不能申请专利,除非发明人把申请权转让给了单位,所以美国的专利说明书上没有申请人,只有发明人和受让人。在过去,发明比较简单,所需的设备比较少,需要的资金也不多,个人有力量作出发明,而且个人作出的发明占的比重比较大,例如爱迪生一生就作出了一千多个发明,取得了一千多个专利权。但是现在的技术越来越复杂,作出一项发明需要比较长期的研究,要有比较好的设备,还要有相当多的资金,除小发明外,个人的力量是很难办到的。所以现在的发明很多是国家科研机构或工厂企业的研究机构完成的。发明人是这些单位的工作人员。

各单位工作人员作出的发明,谁有权取得专利权呢?这是一个复杂的问题,各国的立法制度也不相同,有的国家在专利法中规定,工作人员的发明,按不同情况由单位或发明人取得专利,如法国和日本。有的国家则有详细的单行法律来规定单位和发明人各自的权利,如西德和瑞典,也有的国家的专利法或其它法律都不作规定,完全由法院按照普通法的原则根据双方的合同处理,如美国。

一般来说,工作人员的发明可以分为三类:

(1) 职务的发明:工作人员的工作合同包括有发明的任务,他在执行工作合同过程中作出的发明,或者在从事分配给他的工作任务中作出的发明,是职务的发明。

(2) 从属发明:发明虽不是由工作人员按照工作的合同的规定所作出,但是在履行其职务期间作出的,或者是在企业的业务范围以内,而且利用了企业设备、装置或数据资料等而作出的发明。

(3) 自由发明:即工作人员在企业的业务范围以外,在没有得到企业帮助的情况下作出的发明。

上述三类发明中,第三类发明毫无疑问发明人有取得专利的权利,单位没有任何权利可言。第一类发明原则上属于单位所有,单位有取得专利的权利。第二类发明争论较大,有的国家规定由单位取得专利权,对发明人给予报酬,有的国家规定由发明人取得专利权,单位则有免费使用权。

如果发明是由几个人共同作出的,就是说几个人对发明的完成都有创造性贡献,而不是在发明人指挥之下画画图、作些计算、制造模型、作些试验等等辅助性劳动,那就是共同发明。对共同发明权的取得,要看这种发明是否职务发明或非职务发明他定。如果是职务发明,由单位取得专利权,如果是非职务发明,则由共同发明人取得专利权。

至于外国人(包括外国企业或其他外国组织)是否也可以申请取得专利?因为国际贸易和技术交流关系,专利和商标一样都具有国际性,如果因为是外国人而不承认他们可以享受专利权,这当然是不妥当的。但是反过来,是不是说所有的外国人都必须无条件和本国国民一

样待遇？各国的制度有这样几种不同做法：

(1) 所有的外国人可以无条件和本国国民一样待遇。如美国，不要求外国人所属国家是巴黎公约缔约国，也不要求有双边条约关系，也不根据对等原则。

(2) 对外国人附有各种各样的条件：

①外国人在本国有住所或营业所，即使他所属的国家不是巴黎公约缔约国，也给予国民待遇。

②对巴黎公约缔约国国民给予国民待遇。这是指参加巴黎公约的国家而言。

③外国人所属国家与本国有双边条约的关系，互相给予国民待遇。

④外国人所属国家对本国也采取对等原则的，则给予国民待遇。

这里有一个问题，同一个发明如果有二个以上的发明人分别提出申请时怎么办呢？一个发明只能批准一个专利，那么这一个专利给谁呢？按照各国的制度有两种做法，一种是以发明先后为标准，即专利批给第一个发明人。这叫先发明原则。另一种做法是不问发明先后，只以申请先后为标准，把专利批给第一申请人。这叫先申请原则。

先发明原则保护最先的发明人，所以从奖励发明的角度来看，似乎比先申请原则具有优越性。但是实行这个原则要证明谁先发明，手续很复杂，而且费时费钱。先申请原则简便易行，避免了谁是先发明人的争论，这是一大优点。对申请人来说，也避免了担心权利不稳定的问题。而且先申请原则保护为公众利益而尽早公开自己发明的人，从专利制度的目的来说，是一个更为合适的原则。而先发明原则却有助长保守秘密的倾向，是一个缺点。所以全世界除美国、加拿大和菲律宾三国外，几乎都采用先申请原则。

第五节 可以取得专利的发明

什么叫发明？大多数国家的专利法都没有从正面下定义。只有日本、苏联等少数国家的专利法有定义。有一个定义有好处，因为专利法上的发明是有法律意义的，比通常一般人所说的发明意义要窄，是有限制的，但是另一方面，下一个定义也不容易，说得太笼统，不解决什么问题，说得太具体又经不起推敲，而且要冒风险，有可能由于技术的发展进步而显得定义太窄。所以大多数国家没有下定义。实际上不规定定义影响不大。大家都知道，发明就是对技术问题的解决方案，从专利法规定的反面可以看得出来。

从对专利的保护来说，发明需要具备什么样的条件，这个问题更为重要。从国际上来说，1963年斯特拉斯堡公约第一次对这些条件作了明确的规定。根据这个条约，发明取得专利的条件有三：

(1) 必须是新的发明

(2) 必须是具有创造性的发明

(3) 必须是能在工业上应用的发明

这是总结历史经验得出来的。在这以前，各国专利法没有这样明确提过。

下面分别对这三个条件解说一下：

(1) 新颖性

要求发明是新的发明、这是当然的。因为给予专利保护的目的是鼓励发明人把他的新发明公开出来。如果是早已公开了的发明，别人已经知道了的发明，就无需再给专利权。

所谓新颖性，就是指现有技术中所没有的发明。现有技术就是公开的技术。公开可以有几种方式，最重要的公开是书面公开，也就是在出版物上发表。但是这种出版物必须是普通人（即不是特定的人）有可能看到的才算公开，在图书馆书架上有一本就是公开了。如果只是发给特定范围的人看的，那就不算公开。其次是口头公开，就是用报告、讲课、广播、电视等方式公开，但是这种说话也要一般人有可能听到，而不尽是特定范围的人能够听到，才算公开。还有一种公开通过使用，就是公开的使用。一般认为向公众出售就等于公开使用，因为买到的人可以进行观察。这里要注意的是，不管是那种公开，公开的技术内容必须清楚、详细而且完整，使在这方面具有一般技术水平的人能够理解而且实施，这样公开的技术知识才是现有技术的一部分。

现有技术可以说是用来评定发明的新颖性时应该加以考虑的技术知识。现有技术是在不断发展的，那么判断一项发明的新颖性应以什么时候为标准呢？在采用先发明原则的国家，是以发明日为标准，在采用先申请原则的国家是以申请日为标准，在有优先权的情况下是以优先权日（提出作为优先权基础申请的申请日）作为标准。发明只要在申请日或优先权日是新的，就是具有新颖性的发明。

这里顺便解释一下优先权的意义。优先权是巴黎公约规定的，按照巴黎公约，就发明来说，这个权利意味着申请人在一个缔约国提出一个申请后，可以在十二个月内向其他缔约国申请专利，而以后的申请视为在第一个申请的申请日提出。换句话说，这些以后的申请比有同样发明的其他申请人在十二个月期限内可能提出的申请优先。这种权利的目的是为了确保持以后提出的申请取得专利的条件，证明它比其他申请人的申请提出早，按照先申请原则可以取得专利。

判断发明有无新颖性有一个时间标准，此外还有一个地理标准，即申请前发明必须已经在什么地区内公开时才没有新颖性。这有三种制度，一是全世界原则，即一项发明必须全世界所有地方都还没有公开，才认为有新颖性。二是本国原则，即一项发明只要本国还没有地方公开，就认为有新颖性，即使国外有地方已经公开，也不须考虑。三是混合原则，即有形出版物的公开采用全世界原则，其他形式的公开则采用本国的原则。在理论上，全世界原则应该是一个比较理想的制度，因为如果一项发明全世界某些地方已经公开了，那么严格地说在其他地方就不应该再认为具有新颖性了，但是要证明在其他国家是否已经使用或已经公知，困难很多。本国原则可以使在全世界虽已不具有新颖性，但在本国还是新发明的东西仍然可以得到专利，这样也可以鼓励本国的创造发明。但是这个原则不能适应今天通讯和交通十分迅速和便利的世界环境。比较而言，还是第三个原则好一些。

大家公认，对于公众已经知悉的东西或者是现有技术一部分的东西给予专利，这是违反公共利益的。然而发明人在提出申请前自己公开了发明，因此剥夺他对发明应取得的专利权，这也是不公平的。因为发明人早期公开他的发明，对科学技术的发展是有利的。

这是一种公共利益，因此导致许多国家对发明人规定了一个优惠期（也叫宽限期），在这优惠期内申请专利的，即不认为丧失新颖性，这是例外规定。一般国家规定的例外通常分三种：

①一项发明在政府举办或承认的国际展览会上展出的，如果发明人在展出之日起一定期限内提出专利申请，就不认为丧失新颖性。实际上，从展出之日起发明就已经成为现有技术

的一部分，不过对有权取得专利而且是展出的单位或个人，则不影响其新颖性，所以这个期限是一种宽限期。

②一项发明未经申请人或前权利人同意而由第三人泄露了内容的，就不认为丧失新颖性。例如发明人将自己的发明向一个人作了解释，目的是希望这个人购买他的发明，但这个人没有购买，相反却在刊物上发表了这项发明，在这种情况下，如果发明人在公开之日起一定期限外提出申请，该发明应该认为没有丧失新颖性。

③在学术会议上首次发表自己的发明，或在学术杂志上首次发表自己的发明，有的国家也规定给予优惠期（如日本、美国）这对于促进学术交流，促进技术的发展是必要的，但有的国家不保护，有一定风险，所以应用这个规定应该慎重。

（2）创造性

一项发明要取得专利，仅仅是前所未有的，还是不够的。所谓发明就含有创造的因素，所以取得专利的第二条件是创造性。

所谓创造性是这样的意思，即所说的发明必须不同于现有技术中的类似东西。这种不同之点有两方面，其一必须是独创的，是创造性构思的结果，其二必须比现有技术前进了一步，即含有实质性的因素有明显的、可以注意到的距离。由于技术的发展和工业的进步，对普通技术人员能自然地或自动地做到的微小的进展或新的改进不能给予专利垄断，因为专利太多了就会束缚工业界的活动自由。所以一项发明要取得专利还必须有创造性、先进性或者称为非显而易见性的东西。什么叫创造性呢？法国专利法、西德专利法都规定：“如果从现有技术水平来看，一项发明对熟悉该项技术的人不显而易见的就应认为具有创造性”。美国专利法不说创造性，而直接说非显而易见性，意思也一样，如果一个人对一项技术感到惊奇，说“我从来没有想到过这样一种解决办法，发明人真聪明”。这样就达到了非显而易见性的标准，但是这个人应该谁呢？应该是一个知识渊博的高级专家呢？还是一个普通人呢？根据大多数国家的专利法，这个人应该是熟悉有关技术的人。这是法律上一种假设，是想象的具有中等水平的人，实际上就是审查员。不过审查员不能只靠个人知识判断，应估计到同行入应该具有的知识。

（3）实用性

发明要取得专利的第三个条件，是发明必须能在工业上应用，这就是说，发明必须能在工业上制造或使用。这里所说的工业是广义的，包括工、商、采矿业、农、林、手工业、渔业、畜牧业、交通运输业。

如果发明是一项产品或产品的一部分，那么这种产品必须是能够制造的，如果发明是一种方法或方法的一部分，那末这种方法必须能在工业上应用。

上面关于实用性的说明把下列之类科研成果排除在可以取得专利的发明以外。

①科学发现、科学原理、数学方法、计算机程序

②美术创作

③智力活动的规则或方法，如游戏规则、经营商业方法、诊断医疗方法等

第六节 不能取得专利的发明

按照各国专利法的规定，并不是所有发明都可以取得专利。妨碍发明取得专利的原因概

括起来可以说有两个方面，一是发明的采用或公布违反法律、公共利益或道德，二是按照国家政策以不授予或暂不授予专利为宜。

(1) 违反法律、公共利益或道德的发明不能取得专利，道理是很明显的。有的是发明本身目的就违反法律、公共利益。例如伪造货币的机器、赌博用的工具。有的是发明本身目的虽不违法、违反公共利益或道德，但如果不按原来目的使用，也可能有害于公共利益或道德，例如如果游戏器具是可以用来赌博的，就不能给予专利。

(2) 出于国家政策考虑，有些发明不宜授予专利，这也是当然的，因为专利制度总要符合国家的最大利益。如有下例这样一些物品不宜授予专利：

饮食品，是人们生活中不可缺少的，若给予专利，价格就可能提高，因为专利权人势必要把作出发明的投资和利润加在独占性的价格以内，而把价格提得很高。也有可能专利权人自己不制造，也不许可其他人制造其饮食品，于是就会影响人民的生活。

医药品，关系到人民的健康以至生命，不给专利的理由与饮食品相同。另外也是因为我国医药工业落后，西药基本上是仿造外国的，科研开发能力比较落后，若给专利，今后西药势必也都要买外国专利权人的许可证，药品价格就势必要提高。

用化学方法获得的物质，涉及面广、影响较大。如各种农药、塑料、化纤等等。化学物质可以用不同方法制造，不给专利可以鼓励研究不同的制造方法。不给专利主要是从保护本国工业的观点出发。因为如给专利，那么先进国家发明的化学物质专利在落后国家势必占压倒优势。对落后国家是极其不利的。

以上三种发明不授予专利的，只限于产品，生产这种产品的方法则可以获得专利，因为制造方法的效力仅限于这种方法以及用这种方法所制造的产品，不包括其他方法所制造的产品。如果对物品给予专利，则不用什么方法制造都是不许可的。

以上三种产品不给予专利，许多发展中国家和苏联东欧国家也都如此。西德在1968年以前，日本在1976年以前也是不给专利的。

植物新品种的生产基本上属于生物学的变化过程，许多国家不给以专利，英、法、德等国改由特别法保护，这是新趋势。美国虽有植物专利，但只限于无性繁殖的新品种。我国正在起草种子法，准备加以保护。动物新品种只有匈牙利、罗马尼亚用专利保护。其他国家都不用专利保护。

用原子核变换方法获得的物质，这种物质是核武器的材料，所以不授予专利。

第七节 对专利申请的审查

专利局受理专利申请以后要不要进行审查，国际上有三种作法：

(1) 登记制，主要是审查申请是否符合专利法上关于申请的形式要求，例如文件是否完备，填写是否符合要求，费用是否已经缴纳等等。一般不进行技术审查，只要形式要求符合，就给登记，授予专利权。好处是手续简单，节省人力物力。缺点是保护内容不可靠，发生侵权行为时专利权人往往败诉。而且本国对发明的技术水平不了解，起不到参考启发作用。

(2) 审查制，在进行形式审查合格后，即对发明进行技术审查，审查申请是否具备发明单一性，是否具备新颖性、创造性和实用性，从而对申请的发明说明书和权项的内容和措词，进行审核，或者修改，或者驳回，或者批准。对驳回的申请，申请人可以提出申诉；对

批准的申请，有的国家规定，第三人可以提出异议。

(3) 延迟审查制，申请经形式审查合格后，自申请日起满十八个月就公开，法律对申请人给予某种保护，申请人则须缴纳维持费，在延迟审查的一定期间内申请人可以考虑是否要求实质审查，如果期满，不要求审查即认为放弃申请。因此，可以减轻专利局审查工作的负担，而且申请满十八个月就公开，有利于技术交流。缺点是延迟审查的期间如果太长了，申请人的权利就长期不确定，对于同行业的其他人来说，也是不利的。

第八节 专利权人的权利和义务

专利申请经过审查合格以后，专利局就授予专利权发给专利证书，并将授予专利权的事项登记、公告。

专利权人的权利包括精神权利（人身权利）和物质权利（财产权利）两个方面。所谓精神权利，是指发明人本人能享有的权利，其中最重要的权利是在专利申请文件和专利文件中写明发明人姓名的权利，这是巴黎公约和许多国家的专利法中都有规定的。有的国家，特别是采用发明人证书制度的国家，例如苏联，发明人有权以本人姓名命名发明，根据法律对发明人授予功勋发明家称号，发明人有权免试进入高等学校学习，在规定的情况下可以获得博士或副博士学位等。这些权利只有发明人才能享受，不能转让或继承。

物质的权利是指因取得专利而产生具有经济内容的权利，第一个权利就是利用发明的专有权或独占权，有的国家叫做排除其他人利用其发明的权利。这种权利是一种独占权，所以其他人不能利用取得专利的发明，除非得到专利权人的同意。没有得到同意而利用了这种发明，就是非法的，要负法律责任。

专利权是一种财产权。这一点在有些国家专利法中是有明文规定的，例如美国专利法和英国专利法都认为专利权是动产。实际上专利权的权力和财产权是一样的，是对任何人都有效的。这和订合同享受权利，负担义务不同，由于签订合同而产生的权利义务只对合同双方有效，对第三人是没有效力的。而专利权则不同，一旦登记、公告，那就任何人都得尊重不能侵犯。假定一个专利权是关于一种新产品的，如果有人没有得到专利权人的许可，而制造了同样的产品，那么不问这个人是不是看了专利说明书以后制造的，还是自己发明的，都是侵权。我们说专利权是一种专有权，就是这个意思。

专利权作为财产权，其内容要看取得专利权的发明是产品还是方法而有不同。如果取得专利权的发明是一项产品，一般公认只有专利权人专有制造、使用和销售该项产品的权利，而不问制造这种产品所使用的方法。有的国家还规定专利权人专有进口取得专利权的产品的权利，例如日本、西德、英国、法国和瑞典等国。但是在国际上，对于专利权人是否有这种权利的问题是有争论的。同时，也很难说进口是一种独立的权利。因为专利权人在进口国可以禁止销售这种产品，所以只要有禁止销售的权利也可以达到同样的目的。禁止进口权是不必要的。不过承认有这种禁止进口权，专利权人在海关可以没收这种产品。另外，对于我国来说，外国人认为我们有些进口产品可以通过内部分配、调拨来销售。所以他们要求我国对专利权人给予进口权，否则他们就不放心。我们在专利法草案中对这一点也做了一点规定，就是在专利权人实施以后，其他人要进口他的产品，应该得到他的同意。

如果取得专利权的发明是一种方法，专利权人有权禁止其他人使用这种方法。关于方法专利，专利权人的权力包括制造、使用和销售按照专利方法直接得到的产品。有些国家的专

利法中都有规定。但是在美国专利法中没有这样的一般规定，所以方法专利的专利权人对于其他人使用或销售按照专利方法直接得到的产品没有任何权利，除非他的专利说明书的权项中列有产品这一项。

专利方法是不是已经被其他人使用了，比较难于发现。唯一的线索是和使用该方法所制造的产品一样的物品。专利权人看到那种和他的产品一样的物品时就要作一番调查，分析那种物品，如果他能证明那种物品是用他的专利方法制造的，就可以禁止其他人销售那种物品，也可以向法院起诉。不过要求专利权人提供证明是困难的。所以这些国家专利法规定，如果发明是制造一项产品的方法，任何同样的产品，除第三人能提出相反的证明外，推定为依该项方法所制造。这就是把举证责任推给了第三人。专利权人无须提出证明。

以上说明，如果取得专利权的发明是一项产品，专利权人有制造、使用和销售 的专有权，其他人不得专利权人的同意不能制造、使用和销售，否则就是侵权。如果取得专利权的发明是一项方法，专利权人有使用的专有权，有的国家还规定，专利权的效力还扩大到依该项方法直接获得的产品。一般专利权人享有的专利权都是这样。不过在我们国家，按照我国专利法的草案，取得专利权的全民所有制单位，不能拒绝其他全民所有制单位利用其发明，就是说没有独占权，不过利用单位应该支付合理的使用费。

上面说的是专利权人的第一个权利，也就是最基本的权利。

第二，对侵权人有提起诉讼的权利。

任何人没有得到专利权人的许可而利用了有专利权的发明的，专利权人可以要求那个人停止利用，并赔偿损失，如果那个人不停止利用，专利权人有权提起诉讼要求法院命令停止侵权并赔偿损失，这是专利权人很重要的一项权利。没有这项权利，专利权就落空了。

第三，有订立许可合同的权利。

任何人利用专利权人的专利发明，必须得到专利权人的许可。专利权人给予许可的方式就是签订许可合同，规定双方的权利义务，包括使用费的支付在内。许可证有四种，一种叫独占许可证，即在一定的地域内，被许可人对他所购买的技术有独占的利用权，许可人（专利权人）和第三人都不能在该地区内利用该专利发明。这种情况和专利权转让还不相同，专利权仍然在专利权人手中，但他自己不能利用。第二种独家许可证，即在一定地域内，专利权人只许被许可人一家利用该发明，不再许其他人利用，但专利权人由己仍保留利用该发明的权利。第三种是普通许可证，即在一定地域内专利权人许可被许可人利用该专利发明，但他保留许可证再出售给其他第三人的权利，所以在一定地域内，同时可能有几个被许可人利用专利发明。第四种叫分许许可证。即在一定地域内，被许可人将该项发明的使用权转售给第三者，但被许可人出售分许许可证必须事前得到专利权人的同意。

第四，有转让专利权的权利。

专利权是一种财产权，专利权人可以把它转让给了其他的人。这种转让是指专利权转移给了第三人，原来的专利权人就不再享有专利权了，换了新的专利权人。这同技术转让不同。技术转让中的技术包括两类：一类是工业产权的技术，如专利、商标等等，另外一类是没有工业产权的技术，主要是指技术诀窍。在技术转让即技术贸易中，许可人出售的只是技术的使用权即允许被许可人使用其专利、商标或技术诀窍，而不是出售专利权、商标或技术诀窍本身。专利权、商标权本身一般是轻易不转让的。

一般国家的专利法要求转让专利权的合同要送专利局登记、公告，否则转让专利权对第三人无效。这是什么意思呢？不管转让合同是否送专利局登记，合同对于双方是有效的，但是没有登记、公告、第三人不知道，如果发生侵权情况，新的专利权人不能向侵权人要求停止侵权行为或赔偿损失。如果发生重复转让（转让后又转让一次），而第二个受让人又把转让合同送专利局登记、公告，第二个受让人就成了法律上的专利权人，他可以要求第一个受让人停止利用该发明，因为第一个受让人没有登记，没有真正取得专利权，只能向原来的专利权人要求赔偿。

专利权人的权利主要是上面这一些。

专利权人的义务：

（1）实施专利发明的义务

专利权人最重要的义务是在取得专利权的国家积极地实施他的发明。在过去，这是一项很严重的义务，因为如果不实施，专利权有可能被撤销。

在有些国家，专利权人根本没有实施的义务。美国就是如此。因为在美国，他们认为发明人或专利权人的自我利益会驱使他去实施，在苏联等国也没有实施义务，不过理由不同，因为这些国家授予发明人证书由政府督促企业实施，至于这些国家授予的专利权，发明人或专利权人自己不能实施。

在大部分国家，专利权人实施发明是一项义务，不实施达到一定年限的，是强制许可的一个条件。

什么叫实施，这个概念各国不一样。在有些国家，实行所谓“名义上的实施”，就是登载广告以适当条件出售许可证，或直接向有关企业提出订许可合同的提议就算满足了法律要求。不过大多数国家要求有“实际上实施”，就是在本国制造专利产品或使用专利方法，并且达到相当规模。

有的发展中国家专利法规定，输入专利产品或输入用专利方法生产的产品不是实施，因为这种实施对于本国经济的发展没有什么好处。

（2）缴纳年费的义务

专利权授予后，以及在实行延迟审查制的国家，专利申请公布后，为了维持申请和专利权有效，一般国家都规定要缴纳年费。理由：一是财政上的，给专利局提供一笔收入，二是提供一个方法，淘汰无价值或没有利用的专利，使公众可以自由利用该发明。

一般国家都收年费，有的国家不是每年缴，叫维持费，例如美国。

年费都是按年递增的，开始时数额少，以后逐年增加。

不缴纳年费专利权即告终止，但有一个宽限期，巴黎公约规定至少六个月，可以在这个期内补缴，但必交一笔滞纳金，算是处罚。有些国家规定，专利权人因未在期限内缴费而专利权终止的，如果不缴费情有可原的话，可以在一定期限内要求恢复原状。

节九第 专利权的期限

（1）正常期限

专利权在各国都是有期限的，因为给了专利权人以垄断的权利，如果没有期间限制，那是不符合公众的利益。

关于期间，各国的制度一般是不问发明的价值或重要性，也不问发明是简单还是复杂，

期间的长短是一样的。这个期间一般是考虑了发明人作出发明所花的劳力时间和金钱，也考虑了尽量把垄断期限缩短，使社会上一般人能及早自由地利用发明，所以期间不能太长，也不能太短，太短了不能鼓励发明人的兴趣，因为他不能利用专利权收回他的投资，太长了影响社会上的利用。

现在专利权比过去有些延长，例如英国，原来在1919年以前是十四年，1919年改为十六年，1977年改为二十年。西德原来是十五年，1968年改为十八年，1976年改为二十年。

现在世界各国规定的专利权期间大体自十年到二十年。工业发达国家的期间大多在十五年至二十年之间。有些小国，专利权的期间不是固定的，申请人可以根据发明人的重要性选择一个期间，例如在阿根廷、伊朗和土耳其等国，申请人可以在五、十、十五年三个期间内选择一个。有些国家，对某些发明的专利期间要比一般的短一些，例如食品和药品的方法发明，在埃及等国只有十年，在印度只有五年。

专利权期间起算日期，有的自申请日起算，有的自批准日起算。自申请日起算，并不是说自申请日起专利权就受到了保护，这不过是作为计算期间的一个起算点而已。

(2) 提前终止

专利权在正常期间届满之前也可以因为有下列原因提前终止：

①没有按规定缴纳年费的。

②专利权人以书面声明放弃其专利权的。但放弃专利权的声明，应取得被许可人的同意，也不能影响其他人的合法利益。

第十节 对专利权的限制

(1) 非工商的利用

各国专利法大多承认不是工业上或商业上利用取得专利的发明，不算侵权，所以可以说是对专利权的限制，不过这种行为的确切含义在各国专利法上并不相同。一般说来，出于私人或试验目的而利用取得专利的发明，不认为是工商业的利用，如专为科学研究和实验而利用取得专利的发明就是这样一种利用。

(2) 先用权

在申请人申请专利前，有人已先制造相同产品或已先使用相同方法，或已经为制造或使用作好准备的，可以在原有的范围内继续制造或使用，即使后来专利批准也不视为侵犯专利权，这叫做先用权。许多国家的专利法都有明文规定。当然，首先这种使用或制造在那时还不是公开的，否则发明就失去了新颖性，不可能取得专利权。其次，先用权人只能自己实施，不能转让，除非连同使用该发明的企业一起转让。其三，先用权必须是善意地取得的，这就是说，先用权人没有从专利申请人那里得到关于发明的情报，也没有从发明人那里得到关于发明的情报。

先用权在采用先申请原则的国家一般是得到承认的，这种专利存在于专利申请人申请前，如有优先权的，存在于优先权日之前，而不是存在于优先权期间。

(3) 运输工具

外国海空运输工具临时通过一国领域，运输工具上使用的发明如果本国专利权人有权禁止，那对于交通自由会造成很大的不便。外国运输工具所有人可能完全不知道本国有关该发

明的专利，如果要求他向本国专利权人取得使用该发明的许可证，那就未免过于严格。所以巴黎公约第五条之三规定，船只、飞机或陆地车辆暂时或偶尔进入一国领域，它们所用的发明不认为侵犯本国的专利权。所谓“暂时或偶尔”的意思，不仅指偶然和非故意的进入，而且也指故意和定期的进入，但是不能长期停留。

不是巴黎公约缔约国的国家专利法一般也都有类似的规定。

（4）因国防需要而施加限制

许多国家的专利法规定，对有关国防的发明可以采取某些措施，一是对这样的发明予以保密，不予公布，甚至扣发专利证书。二是对这样的发明的专利申请不进行审查，对它进行保密，三是禁止对这样的发明加以利用。通常这些措施都是临时或暂时性质的，过一些时候国防部门或其它主管部门可能会撤销这些限制。但是，如果一项发明的公布对国家安全有损害，则这种限制也可能会无限期保持下去。发明人因保密命令或政府使用而受到损害的，一般有权取得损害赔偿。

在许多国家，发明人或发明的所有人向外国申请有关国防的发明专利是遭到禁止的。专利法大多规定，在向外国申请专利前应取得本国专利局的许可。

（5）强制许可

对于专利权人的垄断权利的最重要限制是强制许可。各国专利法规定的强制许可可以分为下列三类：

①发明专利不实施时的强制许可

巴黎公约第五条规定，缔约国都有权采取立法措施规定授予强制许可，以防止由于行使专利所赋予的专有权而可能产生滥用，例如不实施。并且还规定，自申请之日起满四年，或者自授予专利之日起满三年（以后到期者为准，取得专利的发明没有正当理由而没有实施或没有充分实施的，根据请求可以给予实施的强制许可。在实行审查制的国家，特别是实行延迟审查制的国家由于审查需要时间所以定为自授予专利之日起满三年，才能申请强制许可。

②从属专利的强制许可

有时候一项取得专利的发明的实施有赖于前一发明的实施，根据后一发明专利权人的申请，也可给予实施前一发明的强制许可。从公共利益观点，从技术发展的观点看，这是应该的，不过有一个条件，后一发明比前一发明技术上确有重要的进步。还有，在后一发明专利权人取得强制许可的情形下，根据前一发明专利权人的申请，也可以给予实施后一发明的强制许可。

③为了公共利益的强制许可

在许多国家，不问专利权人有无适当的实施，为了公共利益的原因，例如为了国民经济、公共卫生或者为了国防的利益可以授予强制许可。所谓公共利益的涵义在各国也不相同，它是有伸缩性的，要据各国的需要和政策而定。

第十一节 对专利权的侵犯

在各国专利法中通常都有专利权的定义，也都有侵犯专利权的定义。例如美国的专利法第一百五十四条规定，专利证书授予专利权人，“排除其他人在美国各地制造、使用或销售发明品”的权利，第二百七十一条规定，除另外规定外，“任何人在美国境内，在专利期限

内，未经许可而制造，使用或销售取得专利权的发明品时，即为侵犯专利权”。在其他国家的专利法中也有类似的规定。专利权受到侵犯后，专利权人有权要求侵权人停止侵犯和赔偿损失，或向法院提起诉讼。

据一般原则，专利权人一旦行使了他的权利以后，就不能对于他的取得专利的产品交易再施加控制。以产品专利为例来说，一旦专利权人制造了产品并投放到市场上以后，他的专利权就行使过了，任何人以后就可以任意处理这种产品。他可以使用、再出售、或把产品转移到这个专利权有效的任何地方，专利权人不能再进行干涉。这叫做“专利权”用尽的原则。这在有些国家的专利法中有明确规定，在有些国家专利法中虽无明确规定，但认为是当然的。

专利权用尽原则的基本要求，是产品是由专利权人或他所授权的人(被许可人)合法地投放到市场上的，那就是说，产品不是从专利权人那里偷来的，也不是侵权仿造品，同样，被许可人只有制造的许可证而没有销售的许可证的，那末他把产品投放到市场上是不合法的，是侵犯了专利权人的专有销售权。

前面讲过，专利权有严格的属地性质，专利权只在授予这种专利权的国家有效，也就是只在授予这种专利权的国家内受到保护。所以在这样的国家以外，就不发生对这种专利权的侵犯问题。另一方面，一种产品即使是在对它没有专利权保护的国家内制造的，如强把它输入到对它有专利权保护的国家，那就侵犯了后一国家的专利权，要负法律责任。

专利权受到了侵害，专利权人所能享受的救济办法是由发生侵权行为地的国家法律决定的，这可以是民事的，也可以是刑事的。

侵犯专利权主要是民事的侵权行为，所以是由适用于侵权行为的法律决定的。一旦发生了侵权行为，专利权人可以要求赔偿损害，而且还可以适用民法所规定的其他制裁办法，例如没收和销毁侵权的产品或用来制造侵权产品的机器，退赔侵权人所赚得的利益等。

美国专利法对侵犯专利权的行为只有民事赔偿责任，不负刑事责任，所以不判徒刑也没有罚金。但是在一些大陆法国家，除规定民事赔偿外，还规定了刑罚，例如西德专利法第一百四十二条规定，任何人没有得到专利权人的许可，而制造、出售、使用或进口取得专利的产品的，应判处一年以下徒刑或罚金。这种刑事处罚，专利权人告诉的才处理。

以上只讲发明专利，关于实用新型和外观设计，因时间关系，同时还有其他同志专讲这方面的问题，这里就不涉及了。

第二章 授予专利的条件

几乎世界各国的专利法都规定：对具备新颖性、创造性和工业实用性的发明，方可依法授予发明专利权。这就是人们通常简称为“三性”的取得专利权的实质性条件。在实行审查制的国家里，对一项发明的审查是很严格的。只有在懂得专业，富有实践经验的审查员确认发明符合上述三项标准后，方可授予专利。西欧一些国家，部分工业产权专家还认为：专利保护的客体——发明，也属于专利性条件之一，即取得专利所需具备的条件不是三个，而是四个。他们认为，专利授予的对象是发明。只有符合发明这一标准的，才有可能获得专利。如果不是发明，没有这个前提，后面所谓的“三性”也就谈不上了。但这种观点并没被全世界绝大多数国家所接受，所以我们现在仍分开谈一下专利保护的客体及对发明专利的判断。

第一节 专利保护的客体

（1）发明

①发明的定义：

发明专利保护的客体是发明，这是众所周知的。那么什么是发明呢？大多数国家的专利法都未对发明的概念正面下过定义。世界知识产权组织1979年出版的发展中国家发明示范法对发明正面下过一个定义，但这个定义对其他国家并没有约束力。其定义是：发明是发明人的一种思想，这种思想可以在实践中解决技术领域里特有的问题。日本专利法也定义说：发明是“利用自然法则对技术思想的高度创造。”

多数国家的专利法未从正面给发明下定义。他们是从反面加以定义的，即提出不属于发明范畴的内容借以说明发明。当然弄清楚什么是不属于发明范畴的内容，对于专利申请人来说也是十分重要的。可是各国的专利法规定很不统一，对发明概念的理解也有差异。有的国家列入发明保护范围的，有的国家则不允许。下面我们就一些基本的情况作些介绍。

②不属于发明的内容：

根据多数国家的专利法，包括欧洲专利法在内不属于发明的有：

- a.发现，科学原理和数学方法；
- b.美术创作；
- c.智力活动、游戏、或经济领域内的图纸原理和方法、计算机程序；
- d.情报之传播（如电视，磁带等传播新闻的方式）

以上需要解释一下的是，发明与发现的区别。发明指的是设计和制造前所未有的东西。发现则指揭示出已有的。但人们尚不知的东西。比如牛顿对两个物体间万有引力定律的发现。就不能授予专利，因为在牛顿宣布这个著名定律之前，这种引力关系是一直存在着的。然而如果因运用或从万有引力定律受到启发而做出的发明，如测锤，离心机等是可以取得专利的。

另外，由计算机问世以来，计算机程序到底算不算发明，究竟给不给专利，一直是专利局和各级法院之间激烈争论的问题。尤其在美国，这类案件已发生了几十起，可由于观点一