

刘激扬编

# 发明创造与专利

中国发明创造者基金会  
中国预测研究会

17  
7

N 17  
7

# 发明创造与专利

刘激扬 编

053144

## 编者的话

本书是根据编者在北京、无锡、鞍山、广州、深圳以及中央电视台等地讲学的讲稿改写而成。应听讲人要求，仍以讲义形式印刷，暂定名为《发明创造与专利》。现奉献给读者，可作为发明创造的启迪和学习工业产权法规的辅助读物。

《中华人民共和国专利法》颁布和施行以后，引起了国内外各界人士极大的关注，国内外的专利申请案纷纷而来，预计到1985年底可超过一万件。但是，如何保证发明创造申请文件的质量，避免补正或驳回，这本书可以帮助发明人、申请人、代理人以及广大科技人员、法律工作者学习或弥补这方面的知识。

工业产权是企业管理、科技管理的一个重要方面，它关系到国家的经济发展和技术进步，亦涉及到企业家、科技人员的切身利益，是当前我国经济界、科技界、法律界探讨最为热烈、最受关注的问题之一。近几年来，这方面的文章，发表的数量逐渐增多。为了节省读者的时间，编者除保留一些基础理论外，尽量避免重复，力争在探讨中多提出一些新问题、新观点。在我国，对工业产权的研究时间还不很长。书中除较系统地介绍了我国第一部社会主义专利法规外，还尽可能地搜集和汲取了中外工业产权专家学者的学术论点和有借鉴意义的历史素材，以飨读者。

书中一些资料主要选自中国专利局文件和出版物，涉及的作者有黄坤益、沈尧曾、汤宗舜、朱晋卿、贺儒英等同志，恕不一一注明。由于编者水平有限，难免有欠妥之处，恳请读者指正。

成书期间，承蒙沈尧曾、朱晋卿同志指导和审阅，藉此表示感谢。

编者

一九八五年五月

# 目 录

|   |      |
|---|------|
| <b>第一章 绪论</b> .....                     | (1)  |
| 第一节 专利的定义和种类.....                       | (1)  |
| 第二节 专利制度的历史概况.....                      | (4)  |
| 第三节 专利制度与现代化.....                       | (7)  |
| <b>第二章 专利制度的理论和实践</b> .....             | (9)  |
| 第一节 专利制度原始理论的变化.....                    | (9)  |
| 第二节 专利制度的理论基础.....                      | (9)  |
| 第三节 专利制度的实践和作用.....                     | (11) |
| <b>第三章 专利法基础</b> .....                  | (15) |
| 第一节 专利法的定义.....                         | (15) |
| 第二节 专利法的主要内容.....                       | (16) |
| 第三节 专利法体系及其特点.....                      | (25) |
| <b>第四章 中国专利法与几个代表性国家(地区)专利法比较</b> ..... | (27) |
| 第一节 中国专利法特点.....                        | (27) |
| 第二节 中国专利法与几个代表性国家(地区)专利法比较.....         | (28) |
| <b>第五章 授予专利权的实质条件</b> .....             | (53) |
| 第一节 新颖性.....                            | (53) |
| 第二节 创造性.....                            | (56) |
| 第三节 实用性.....                            | (59) |
| 第四节 “三性”判断的统一.....                      | (61) |
| 第五节 授予外观设计专利权的条件.....                   | (62) |
| <b>第六章 发明的单一性</b> .....                 | (64) |
| 第一节 发明单一性的意义和必要性.....                   | (64) |
| 第二节 适用于发明单一性的种类.....                    | (64) |
| 第三节 判断合并发明单一性的法律依据.....                 | (65) |
| 第四节 发明单一性的判断.....                       | (65) |
| 第五节 分案申请.....                           | (66) |
| <b>第七章 技术发明与科学发现</b> .....              | (67) |
| 第一节 发明的定义.....                          | (67) |
| 第二节 发现的定义.....                          | (68) |
| 第三节 技术发明依赖于科学发现.....                    | (68) |
| 第四节 发明、发现与专利保护.....                     | (69) |
| <b>第八章 专利申请</b> .....                   | (72) |
| 第一节 专利申请人资格.....                        | (72) |
| 第二节 专利申请前的准备工作.....                     | (73) |

|             |                    |       |
|-------------|--------------------|-------|
| 第三节         | 发明和实用新型专利申请文件的撰写方法 | (74)  |
| 第四节         | 外观设计专利申请           | (77)  |
| <b>第九章</b>  | <b>专利的审查、复审和诉讼</b> | (119) |
| 第一节         | 专利审查程序             | (119) |
| 第二节         | 复审程序               | (122) |
| 第三节         | 专利诉讼               | (123) |
| <b>第十章</b>  | <b>专利代理</b>        | (126) |
| 第一节         | 代理的概念              | (126) |
| 第二节         | 专利代理人资格            | (127) |
| 第三节         | 专利代理人的地位和作用        | (127) |
| 第四节         | 专利代理人的业务范围         | (130) |
| <b>第十一章</b> | <b>专利权人的权利和义务</b>  | (133) |
| 第一节         | 专利权人的权利            | (133) |
| 第二节         | 专利权人的义务            | (134) |
| <b>第十二章</b> | <b>专利实施与许可证贸易</b>  | (136) |
| 第一节         | 专利实施               | (136) |
| 第二节         | 专利许可证贸易            | (138) |
| 第三节         | 技术秘密合同 (know-how)  | (144) |
| 第四节         | 技术秘密与专利的关系         | (147) |
| <b>第十三章</b> | <b>专利制度的国际化</b>    | (149) |
| 第一节         | 专利制度国际化的标志         | (149) |
| 第二节         | 巴黎公约与中国专利法         | (152) |
| 第三节         | 三项基本原则             | (154) |
| 第四节         | 专利文献管理和利用的国际化      | (155) |
| <b>第十四章</b> | <b>专利文献与专利分类法</b>  | (156) |
| 第一节         | 专利文献的种类            | (156) |
| 第二节         | 专利文献的价值和作用         | (162) |
| 第三节         | 专利文献的检索            | (163) |
| 第四节         | 专利分类法              | (165) |
| <b>第十五章</b> | <b>商标</b>          | (170) |
| 第一节         | 商标的定义和种类           | (170) |
| 第二节         | 商标的设计              | (171) |
| 第三节         | 商标的作用              | (172) |
| 第四节         | 商标注册               | (173) |
| 第五节         | 注册商标的续展、转让和使用许可    | (174) |
| 第六节         | 商标的使用及罚则           | (175) |
| 第七节         | 商标注册的撤销            | (176) |

# 第一章 绪 论

## 第一节 专利的定义和种类

### 1. 专利的定义

“专利”一词的英文“patent”来自拉丁文“literae patentes”，意思是发布公开信，即将最新技术发明公开，以供公众阅读使用。为了换取这种公开，后来就形成了以专利形式给予一定期限的保护。发明专利一旦公布，公众便知道了该技术。专利保护期限一终止，公众便可自由地使用该发明。为了保障专利权人的独自享有的权利，致使公众暂时不能随意使用该发明，专利便成为一种动力，在不侵害专利权人权利的情况下，促使新的技术发明的涌现。除公开的意思之外，一般所说的专利，是指专利权，同时也指的获得专利权的发明创造，还有时指的是发明说明书、专利证书等文件。

专利权是专利局代表国家依法授予发明人对一项发明创造在规定的保护期限内享有的专有权。这种专有权属于排他性的独占权利。未经许可，任何人不得随意使用。专利权同时具有时间性和地域性的特点。专利权只在规定的期限内有效，保护期限届满，专利权便自然终止和消失，任何人可无偿使用；专利权在哪个国家批准，只受该国法律保护，越过该国地域便失去效力。因此，一项发明创造只能获得一项专利权。如果别人也做出相同的发明，则不能再取得专利权。这是知识产权的最大特点。知识产权属于最初构思的发明人和作者。这种无形的财产权可以使用或放弃，公开或保密，保存或转让。

知识产权包括工业产权和版权两大类。版权，有的叫著作权，还有的叫文学艺术产权，还有一种“精神产权”的说法，无须统一。由于版权的主题通常是文学艺术作品，其保护对象亦包括：文学作品、音乐作品、艺术品、摄影作品、地图、技术图纸、电影、舞蹈动作、录音、录相片，以及磁盘、光盘等。保护范围和期限根据各国版权法而定。在版权保护期限上，按照伯尔尼公约规定，版权保护期限至作者死后50年，按照世界版权公约的规定，版权保护到作者死后25年。

“工业产权”(propriété Industrielle) (法语)这个词最早出现在法国1791年的专利法中。在此以前，英国和法国称专利权为特权或垄断权。后来，“工业产权”(Industrial property) 英语这一词正式写入1883年在巴黎外交会议上签订的《保护工业产权巴黎公约》中，从此这个词获得了国际上的公认。工业产权保护对象包括：发明、实用新型、外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称，以及制止不正当竞争。上述指的是工业产权的范围，要根据各国的法律来决定保护其中的部分或全部。按照中国专利法第二条规定：“本法所称的发明创造是指发明、实用新型和外观设计。”说明了中国法律同时保护着三种专利。这是工业产权最主要的保护对象。此外，中国商标法保护注册商标专用权。中国商标法第三条规定：“经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。”专利申请由中国专利局受理和审查并授予专利权，商标由国务院工商行政管理局商标局负责注册和管理的工作。中国已加入《保护工业产权巴黎公约》，从此我国要履行保护工业产权的国际义务。

## 2. 专利的种类

目前，世界上以专利法保护的专利大致可分为发明专利、实用新型专利和外观设计专利三种，但同时保护三种专利并写进一部专利法中是极少数国家。多数国家由于保护对象不同，对发明专利、实用新型专利和外观设计专利分别立法。还有极少数国家设有工业模型专利（实际上就是立体外观设计）。从立法角度来划分专利种类基本上可分为三大类型：一类以美国为代表的多数国家，分别立法保护发明专利和外观设计专利；另一类是以联邦德国、日本为代表的先后分别立法保护发明专利、实用新型专利和外观设计专利；再一类就是以我国为代表的专利法同时规定保护三种专利。据不完全统计，全世界保护发明专利（兼保护其他种专利）的有158个国家和地区；保护实用新型专利的有14个国家和地区（其中包括有与实用新型专利类似保护形式的法国和澳大利亚）；保护外观设计的有110个国家和地区。

发明专利是指专利权人对其发明的独占使用权。这里提到的“发明”，世界各国尚无统一的明确定义。德国法学家柯勒（Aller kohler）说：“所谓发明，就是人类在技术上所表现的精神创作，是征服自然，利用自然力使之产生一定效果的行为。”日本专利法是列有发明定义的少数国家专利法之一。它说，发明是“利用自然规律作出的具有高度水平的技术思想的创作。”多数国家专利法却从反面规定了不属于发明的内容或规定不授予发明专利的范围。尽管各国的专利历史和实践各有不同，但他们几乎一致公认取得专利权的实质条件（即专利性），把发明专利限定在一定的技术范围之内。凡同时具备新颖性、创造性和实用性的产品、方法或其改进所提出的新的技术方案，均可申请和获得专利权。并不是所有的发明都可以获得专利。发明专利通常分为由产品构成的发明和由工艺方法构成的发明两种。它们相应的叫法分别为“产品发明专利”和“方法发明专利”。因此，可以获得专利的发明对象可以归纳为：新设备、新产品、新方法、新物质，以及将已知的设备、方法、物质应用于新的用途。新的未公知公用的微生物菌种、运用微生物菌种及其方法制备的产品和专用于计算机并与其相结合的不可分的软件均亦应列为取得专利权的发明。

在保护发明的所有方式中，专利保护是其中最重要的一种。在有些国家也有例外，如采用双轨制的苏联以“发明人证书”形式保护发明；民主德国则用另一种名称，叫“经济专利”。发明专利与发明人证书对发明的条件基本相同，其区别仅在于受益人不同。发明专利权归专利权人，发明人证书的受益者是国家和发明人。

实用新型专利是指对产品的形状、构造或其结合提出的适于实用的新方案依法授予的专利权。实用新型的概念与发明几乎没有实质上的差别。两者专利性的审查条件是相同的。实用新型只不过是技术的先进程度上较发明专利偏低些。实用新型多以机械领域内的装置、工具和器件为对象，也就是机械领域内的发明，一般亦称“小发明”。它只保护有形状的物品发明，而不保护方法发明，也不保护物质发明。因此，实用新型发明所要求的技术进步要低于发明所要求的标准；同时它所受最长的保护期限一般要比发明专利的最长保护期限要短得多。中国专利法第四十五条规定，发明专利权的期限为十五年，自申请日起计算。实用新型和外观设计专利权的期限为五年，自申请日起计算，期满前专利权人可以申请续展三年。

目前，世界上保护实用新型专利的国家和地区有：中国（包括台湾省）、联邦德国、日本、巴西、意大利、菲律宾、波兰、葡萄牙、南朝鲜、西班牙、乌拉圭、墨西哥，以及澳大利

亚和法国。实用新型专利与发明专利相互交织同时并存已有近百年的历史。实用新型是有投资少、见效快的特点。日本是重视小发明的国家之一。资源小国变成经济大国，很可能与其颁布“实用新案”的法律有关。它激励人们思考问题，潜在的发明人日益增多。群众性发明创造活动活跃，参加“星期日发明学校”搞发明创造的人数竟以百万计。实践证明，实用新型确为日本经济发展和人民生活所必需，使其电子产品、仪器仪表、个人和家庭用品以及小汽车在国际市场上颇有盛名。实用新型是日本占领国际市场的一个重要手段。

外观设计专利是工业产权保护对象之一。常有这种情况，顾客一进商店，首先看到的是商品的外观。这对商品的销路有着直接的影响。这种商品的形状、图案、色彩或其结合作出的富有美感并适于工业上应用的新设计称为外观设计。申请外观设计专利不需要写发明说明书，只需提交请求书以及该外观设计的复制品（不同角度不同侧面或者不同状态的照片或图片），并说明使用该外观设计的产品及其所属的类别。例如，用于瓷器上的图案设计申请了专利，只限于保护该瓷器这一类产品，如果有人把同样的图案用于热水瓶上，则不视为这种行为是侵权。因此，申请外观设计专利的必须是独立的产品，并且能够以工业的方法重复制造。

怎样估价外观设计的作用呢？外观设计已成为各厂商相互竞争的武器。无论男女老幼人人都喜爱美观。商品形状美观与否直接影响着其销路。以大家熟悉的派克钢笔为例。派克所以能从一个小小作坊一跃变成了“派克钢笔公司”，从而垄断了这个行业，就是因为他改变了上下直径一样粗的直筒形状的钢笔为上下细中间略粗的流线形钢笔，人们感到它富有美感，纷纷去购买，成了一时的畅销货，竟一跃出售了十万支。外观设计专利制度对工业、商业和外贸的发展起着积极推动作用。

### 3. 三种专利之间的关系

发明专利、实用新型专利和外观设计专利是工业产权的主要保护对象。由于对其保护形式的不同，多数国家在法律上对发明、实用新型和外观设计分别立法，以示三种专利的区别，但保护发明是在工业产权保护形式中最重要的一种。我国专利法规定的三种保护对象均属于工业产权范畴，明确了发明创造的所包括的具体对象。这三种工业产权对象都以专利的形式予以保护并合写在一个专利法中长期并存，既统一、简化了立法手续，又考虑到了三种专利的区别和联系。这给执法过程中的申请、审查和批准带来方便。

发明与实用新型在功能上均属于技术范畴。外观设计有时可能是一种新的技术造型，但主要是具有美学特征，即在外观感觉上的功能。发明和实用新型是要求利用自然规律提供解决课题的新技术方案；外观设计则要求提供产品外观美的享受。从保护内容上，发明包括产品发明和方法发明；实用新型只有产品，并且是具有一定形状、构造的产品，绝大多数是一些机械领域内的小发明。有的国家（联邦德国）规定发明与实用新型在申请过程中可以转换。

### 4. 其他几种工业产权对象

“工业产权”一词，除由“工业”的意义来确定外，还要从广义上来理解。按照《保护工业产权巴黎公约》规定，它不仅包括字面上狭义的工业，还包括商业、农业、采掘业和一切制成品或天然产品；例如酒类、谷物、烟叶、水果、牲畜、矿产品、矿泉水、啤酒、花卉和面粉。工业产权保护范围要由各国立法而定。



**商标** 商标是区分工商企业的商品的标志，经主管部门核准注册为注册商标，注册人享有商标专用权。商标由词、字母、图形、数字、拼合文字、签字、颜色等组成，其种类可分为商品标记、服务标记、集体商标和证明商标，以及联合商标和防御商标。

**厂商名称** 厂商名称亦称商业名称，是鉴别企业的名称，是经营单位的称号，由主管部门登记注册。

**原产地名称** 原产地名称是指代表生产制造某一产品的出处（国家、地区或某地理名称）。产品通常与该产地的天然条件和地理环境有密切关系。

**制止不正当竞争** 制止不正当竞争是指制止违反诚实经营的工商业竞争者的行为，如对竞争者的企业、商品发生混淆的行为，损害竞争者的信誉的虚假宣传以及可能引起对商品的性质、特征等误解的宣传等。

## 第二节 专利制度的历史概况

专利制度是国际上通行的一种运用法律的和经济的手段推动技术进步的管理制度。这个制度的依据是专利法。专利法是以调整发明创造和使用发明创造的人之间所产生的社会关系的一种法规，其实质是依据法律承认与保护发明创造的所有权，即依法对符合专利性的发明创造授予专利权，并将申请和批准的发明公布于众，在专利保护期限内，通过许可证贸易形式，进行技术转让和交流，以保护发明人或设计人对其发明创造的专有权。

### 1. 从技术发展史看专利制度的产生

专利制度是在商品生产的基础上产生和商品经济高度发达的条件下发展的。技术变为商品，承认脑力劳动成果是财富并以法律形式保护之。因此，它激励人们勇于为人类所需探索大自然的奥秘，利用自然规律不断做出发明创造，造福于社会。

#### (1) 人类在征服自然中不断有新的发明

早期文明揭示了人类征服自然的里程，新的发现和发明的不断出现反映了人类文明的进步。大约在公元前2500年有文字记载之前，人类就发现了火及其许多用途，之后车轮的发明、动物的饲养和驯服，各种生产工具的采用不断出现。人们从事各种生产活动，诸如农业、矿业、冶金、建筑和造船等等。这些都依赖于对大自然奥秘的发现和革新与发明。当然，在古代这方面的进展是极其缓慢的，直到西方进入希腊文明时期，才明显加快，如出现了滴漏（钟）、杠杆、秤、螺丝杆、测量仪、水准仪、水车、水泵、碾磨及作为兵器的石弩。继后，罗马帝国出现了公路建筑、有排水道的公共卫生设施、水凝水泥及新建筑物的设计原理。当时利用罗马城郊的火山灰沙作原料制成的水泥，其质量在19世纪前是首屈一指的。公元前400年之前，由于城市和广泛贸易的出现，促使各种公共设施、交通工具和各种小手工业发展起来，从而产生了具有工艺知识和熟练技术的手工业阶层。特别是从五世纪到九世纪，出现了不少技术发明，例如带烟囱的火炉、热风炉、马蹇，装有车轮的犁，以马代替牛犁地用的工具、马蹄铁、四轮载人马车、船闸、风车、船舵、罗盘和摆钟等等。以上事实说明，从古代起人类文明便在不断地发展，“发明”一词就是随着技术的发展缓慢形成的。

## (2) 早期专利制度的产生

随着技术向广度与深度发展，技术逐渐变为商品，专利制度应运而生。早期专利制度最初产生于十五世纪意大利的佛罗伦萨和威尼斯。当时，地中海一带具有手工业技术的能工巧匠纷纷云集到商业上盛极一时的欧洲的几个城市。据文献记载，1421年佛罗伦萨共和国，为了鼓励工艺技术发明创造，曾授予发明带有起重装置的装卸大理石驳船的人第一件专利，保护期为三年。相继，威尼斯共和国于1469年亦批准了名叫斯皮尔的印刷术发明专利。到1550年，共批准的发明专利已超过100件。1474年，威尼斯颁布了世界专利史上第一部专利法规。后来，地中海的工商业优势并没有持续多久。由于宗教迫害和战争原因，许多手工艺工匠成批地向欧洲其他报酬较高的地区流动。如当时欧洲最大城市之一——伦敦，就集中了许多这样的工艺技师。这有助于英国的技术引进，当时的统治者不断地对做出发明创造的人赐予类似专利的特权。英国于1623年制定了《垄断法》实际上就是专利权法，以法律保护的发明专利有独占、排他的意思。所以，“发明专利”一词的概念，既属于技术范畴，也属于法律范畴。

英国的专利立法的内容和经验对后来采用专利制度的国家深有影响。如果说威尼斯是历史上专利制度的原始雏型，那么英国则是有现实意义的传统专利制度的发源地，从而导致了十八、十九世纪欧洲、美洲以及亚洲的许多国家相继仿效，至今仍保留着其基本原则。

英国专利法的宗旨和基本概念所以被许多国家沿用至今，成为近代专利法的基础，是因为它适应了实现工业化的要求。英国专利法的基本原则是：(i) 把专利权授予真正的、最早的发明人；(ii) 专利权持有人得在国内独占地创造和使用发明的制品或方法；(iii) 专利权不得用于抬高物价、阻碍正常交易等违法行为或损害国家利益的行为；(iv) 专利权有效期限14年以内；(v) 禁止通过申请续展和再缴纳年费来延长保护期限。当时申请专利十分简单，并不要求有文字说明或图纸。但为了表达技术发明的特征，申请人主动写出发明说明书并逐渐成为惯例。由于专利制度的兴起，使得英国大批采用外国先进技术得到了发展，加速了向资本主义工业化过渡。特别是经过资产阶级革命（1640—1688年）。新兴的资产阶级为了巩固和发展其政治地位和经济实力，都不得不依靠新的发明创造发展工业生产。

## 2. 现行专利制度的形成与发展

由于技术不断发展与发明日益增多，专利的作用更引起了各国的重视。从十五世纪后期到十八世纪，英、法、德、美等国开始以法律形式制定出专利法。十九世纪以来又有更多国家制定了专利法规。据记载：法国于1699年建立全国性专利制度，指定法国皇家科学院对有权利要求争议的发明进行审查。美国第一件专利是1641年由麻省议会授给一个叫温斯罗的制盐方法专利，为期10年。

美国独立后，于1789年颁布了宪法，明文规定在限定时期内保护作者和发明人对其著作和发明享有专有权。1790年4月10日，由国会通过了第一个以先发明原则为特点的美国专利法，规定专利有效期限为14年，并授权国务院负责审查批准。美国采用完全审查制，首先提出了“三性”（新颖性、创造性和实用性）的审查思想，为专利审查的科学性提供了理论依据，成为各国专利审查基准国际化的基础。第一届专利审查委员中有国务卿、国防部长和司法部长。当时的国务卿、后任美国总统的杰斐逊说：“对新的发明授予专利权，结果又促进了更新的发明。这是我没有想到的。”

英国于1852年正式成立英国专利局，负责批准公布英国的专利，1872年开始系统地培训专利审查员，1905年开始审查发明内容的新颖性。

法国曾受佛罗伦萨的影响，于1711年先建立了工业品外观设计登记制度。1791年颁布了第一部专利法。法国虽然是世界上最早建立专利制度国家之一，但它却采用与英、美截然不同的登记制，对专利申请不进行“三性”审查。现行的专利法是1968年颁布的，1978年作了重大修改，由登记制改为半审查制或部分审查制，逐渐向审查制过渡。这样做的目的在于对专利申请在实质审查条件上的规定与欧、美各国一致起来。

苏联现行的是发明人证书制与专利证书制并行的双轨制。俄国最早制定专利法是在1812年。十月革命后，苏联为恢复国民经济的需要，于1919年6月30日由列宁签署了发明保护新法令。第一次采用了发明人证书制度，1920年曾建立外观设计保护制度，但没过多久又颁布了第二部发明专利法，采用单一的专利制度，承认专利权人的独占权。1931年又颁布发明与技术改进条例，重新恢复发明人证书制和专利证书制并存，规定发明人可任选其中之一。现行的苏联“发现、发明与合理化建议条例”是1973年批准，1978年修订的，除具有双轨制的特点外，还有“发现”、“合理化建议”的内容，将它们与发明合写在同一条例中，这是传统专利制度中所没有的。苏联是世界上第一个对科学发现实行登记制的国家。目前有这样的酝酿，拟将现行的苏联部长会议通过的“发现、发明与合理化建议条例”，升级为国家正式立法。

德国专利法是在1877年由各公国统一后的联邦共和国议会通过的。现行的专利法是1968年颁布的。联邦德国对发明、实用新型、外观设计以分别立法形式加以保护。这里提到的联邦德国专利法是指发明保护。联邦德国采用一种新型的审查制，即早期公开延迟审查制。德国亦是世界上最早实行实用新型制度的国家。德国的专利制度对日本、西欧各国颇有影响。

日本于1885年公布了专卖专利条例，从而开创了专利制度。这是“放弃闭关政策，努力学习西方文化”的结果。日本将保护发明创造的专利制度视为发展工业的原动力。它是目前世界上受理和批准专利申请最多的国家。日本专利法于1975年重新作了修订，实行“物质专利制度”，扩大了授予专利的范围。

我国的近代专利思想可追溯到十九世纪。据记载，太平天国官书《资政新篇》的作者洪仁玕是第一个提出近代专利思想的开拓者。中国第一部类似保护专利的法令是1898年颁布的“振兴工艺给奖章程”。相继，1912年由工商部公布的“奖励工艺品暂行章程”。1927年公布了“奖励工业品暂行条例”。1932年公布了“奖励工业技术暂行条例”。1944年5月29日公布了“中华民国专利法”，规定保护发明、新型和新式样三种专利。直至1947年9月才公布了“专利法施行细则”，但并没有实行。解放后，政务院于1950年颁布了“保障发明权与专利权暂行条例”，批准了6件发明权和4件专利权。1954年政务院又颁布了“有关生产的发明、技术改进及合理化建议的奖励条例”。1963年国务院颁布了“发明奖励条例”，经1978年重新修订后，1979年正式受理发明奖励审批工作。

《中华人民共和国专利法》经第六届全国人大常委会第四次会议通过，并于1984年3月12日由国家主席予以公布，1985年4月1日施行。这是一部具有中国特色的社会主义专利法，对符合条件的发明、实用新型和外观设计，依法授予专利权，国家给予法律保护。

目前，专利制度虽为世界绝大多数国家所广泛采用，但历来各国仍有争议。如十九世纪中叶，曾出现过一场大论战。具有代表性的是荷兰和瑞士。荷兰的专利法曾以妨碍贸易自由为由，于1869年被废除，而后来荷兰发现自己是唯一贸易出口率下降的国家。有人说，这与取

消专利制度有关。荷兰在1912年又重新恢复了专利制度。

回顾专利制度的历史演变过程，使人们认识到，世界各国专利制度的建立，一般都是在其工业现代化兴起阶段，迫切需要引进新技术，实行经济开放政策，促进本国的工业和商业的发展，以改变农业和手工业的自给自足的落后经济结构。正是在这样的时代背景下，专利制度才应运而生，以有效地起到促进技术进步的作用。

十九世纪后，由于技术发明和工业革命的推动，世界上建立专利制度的国家数目直线上升：1873年有22个；1900年有45个；1925年有73个；1958年有95个；1973年达120个；目前总共约有158个国家和地区。据统计，十九世纪的发明专利数量，要比以往数个世纪的总和还要多，而二十世纪虽然经历了两次世界大战，发明专利的数量仍远远超过十九世纪，第二次世界大战后到1970年24年间，世界各国批准的专利共有700多万件，平均每年批准33万件，相当于现行专利制度建立以来的一百五十多年的发明专利总和。

### 第三节 专利制度与现代化

“专利制度是国际上通行的一种利用法律的和经济的手段推动技术进步的管理制度。这个制度的基本内容是依据专利法，对申请专利的发明，经过审查和批准，授予专利权，同时把申请专利的发明内容公诸于世，以利技术情报交流和技术有偿转让。”这种具有国际化和情报化特点的新技术管理制度与现代科学技术同步发展。一切科学技术的发展都是继承和突破的矛盾运动。人类的发明创造正是这种继承和突破的反映。专利制度所保护的對象都是具有新颖性的发明创造，这就揭示了专利制度与现代化的关系。专利制度有利于现代化建设。

人类在生产劳动中，由于体力有限，必须借助于“工具”来加大支配自然的力量。因此，就需要不断改进“工具”。“工具”和人类的技能的结合则构成了技术。现代技术的发展，由于专利制度的推动作用，更加突飞猛进。科学技术作为一种生产力对现代化建设是一个十分活跃和革命的因素。在商品经济条件下，技术与生产的关系越来越密切，技术推广应用的时间越来越短，这正是专利制度对现代技术的发展所起的促进作用。例如，蒸汽机从发明到生产整整用了100年（1680年—1780年），而蒸汽机车只用了34年（1790年—1824年），柴油机用了19年（1878年—1897年），滑轮喷汽发动机用了10年（1934年—1944年）。上述情况说明了一项新的技术从发明完成到推广使用要有个过程，即有一个基础研究，应用研究、中间试验，一直到生产、使用或出售的全过程。这个过程的拖长或缩短与管理制度和水平有着密切关系。据联邦德国有关部门的调查报告表明，假如没有专利制度，在被调查的发明中有21%则不可能搞出来，特别是那些在调查时经济价值还不清楚的发明比例很高（占42%）。这些发明在调查时，科研投资的作用还没有发挥出来，但很可能促进现代化建设发展。例如，DDT杀虫剂发明于1874年，但是1939年才被人们发现是一种高效杀虫剂，竟相隔了65年。有关调查报告表明，假如不实行专利制度，则将有1/4强的发明创造不向公众公开，进行保密。当然，这里所说的保密是相对的，不可能永远保密。但至少不能及时推广使用，不能服务于现代化建设。

在专利制度保护下，当代的科学技术正以空前的规模和速度向前发展。新技术是发明创造及其发展的结果，而新发明则直接改造工业生产工艺和自动化程度，使新工业产品不断出

现和更新。新发明的多寡标志着人类技术知识的发展水平。进化论创始人之一华莱士曾说，19世纪的主要发明比以往数世纪的总和还要多，而20世纪又远远越过19世纪。自七十年代以来，世界各国批准的专利每年约有35万—40万件，目前已累积3000万件以上，代表着人类发明创造的总和，在用之于四化、造福于人类中起着重要作用。

## 第二章 专利制度的理论和实践

世界上有关专利制度的理论繁多，各国在实践应用中反映不一。可以这样说，现在流行的专利制度理论是变化了的传统理论。这些理论仍然在世界各国的现行专利制度中有所应用。

### 第一节 专利制度原始理论的变化

从历史意义上讲，威尼斯是世界上最早建立专利制度的国家。从15世纪50年代开始，在威尼斯专利制度理论的讨论中曾确立了授予专利权的四种概念：（1）社会实用性；（2）对发明积极性的鼓励；（3）偿还发明人蒙受的损失；（4）发明人对其智力成果有享受的权利。1791年，在法国颁布的第一部专利法中曾强调一种概念，即发明人对其发明享有专利权，授予专利权只不过是“由国家承认这个权利”。法国专利法序言中写道：“任何新颖的想法，其实现或发展若可变为社会有用，则主要属于构思出这样想法的人。如果工业发明不应当作其创造者的财产，从本质来说，那将是违反人权的。”1810年，奥地利专利法在法律哲学标准上持有与法国恰恰相反的观点。在其“天赋模仿权”的思想指导下，声称：“发明人既对其发明没有任何产权，也对专利没有任何权利”。竭力抵制发明人对其发明有天赋权利的思想。各种专利理论观点的论战一直到1873年维也纳会议上才集中到从哲学概念转到经济概念上。于是奠定了授予专利权的理论基础：（1）通过各种可供选择的办法给发明人以公平合理的奖励；（2）鼓励个人的发明积极性；（3）促使发明人向社会公开其秘密，以扩大公众能接触到的知识宝库。上述观点尽管当时没有在实践中提供真凭实据的证明，但被许多国家所接受和采纳。授予发明人专利权是对其奖励的依据。重要的是，开辟了对发明人奖励的新途径。当然，给予发明人以奖励，可选择多种方法，通过专利制度只是其中的一种，但是这种方法经实践证明是重要的。正如联合国《英国专利制度……》一书所指出：“专利制度增加了成功利用发明给以奖励的可能性，”“它在鼓励个人进行发明以及鼓励组织去创造可以进行发明的条件方面确实起了作用，这是没有什么可怀疑的。”至于专利制度促使发明的公开在当时是一个颇有争论的题目。一种主要观点是，公开发明，让公众了解最新技术应是专利制度的基本目的。既然所公布的发明内容让全世界都知道，所公布的情报效果就不限于其公布所发明的国家。这就促使了专利合作的国际化。上述介绍了专利制度的原始基础理论的变化过程。但自从有了专利制度的理论，经过了几个世纪的实践和发展，得到西方国家广泛承认且有实际意义的可归纳为四大理论。

### 第二节 专利制度的理论基础

#### 1. 自然权利论（或工业产权论）

自然权利论，也称基本权利论，发明人享受其发明创造的成果是一种当然的权利。指自

然权利理论的人认为，发明人享有对自己的工业产权是天经地义的，如同其它物质财富一样不可侵犯。在公众的认识上，享受这种权利是客观的存在，而不是取决于国家的承认、颁发专利之后。代表政府的机构批准其专利权和颁发专利证书只是证明发明人已有的自然权利，通过公报的形式受到法律的承认和保护，而不是产生新的权利。这种理论在西方广泛得到承认，一直到十九世纪末期，已成为建立专利制度的西欧多数国家专利法的理论基础。由于自然权利论被广泛承认，逐渐成为1883年缔结的保护工业产权巴黎公约的指导思想。1879年9月召开的巴黎国际专利会议上确认了这种理论：“发明人以及生产事业的创立人，其作品的权利就是财产权，民法不是建立这种财产权的，而仅是加以明文规定。”

工业产权理论是将与物质产权理论同等看待，固然有其共同的地方，比如人类所创造出的精神、物质成果，都是付出了相应的劳动所取得，均应成为创造者的财产。但是这种理论没有指出它们不同，即有形的物质产权没有地域、时间限制和排他性；无形的工业产权则有保护地区、有效年限和专有权的规定，一项专有权只能享受一次，任何人再作同样的发明，则不能得到法律上的承认。

工业产权理论至今仍是许多国家包括专利法在内的经济立法的理论基础。各国专利法都规定了对专利权人的专利权的保护和侵犯专利权行为的制裁等等。

工业产权理论是知识产权理论的主要部分。知识产权理论是以比利时法学家皮卡第为代表，他强调发明人权利的特殊性，即对于文学、艺术、发明创造等智力劳动成果的权利产生是由于这些成果创立的事实本身，是和人身不可分离的，而不是由于法律确认的原因。知识产权的概念已被世界各国专利法和其它经济立法所承认和采用。“世界知识产权组织”（WIPO）名称就基于这一理论而命名。知识产权是专利权、商标权、版权等有关权利的总称。国际上一般把它分为工业产权和版权两大部分。

## 2. 报酬论（或奖励论）

报酬论基于“对有益的工作给以适当报酬”的伦理学思想。“有益的工作”就是发明人作出的发明创造向公众公开，对人类、对社会有益。对发明人的有益贡献应给予相应的报酬，以补偿其脑力劳动和体力劳动所付出的代价。因此，给予适当的报酬是合理的。“适当的报酬”，就是给发明人以一定时间限制的独占性的保护权——专利权。“适当的报酬”也可以理解为，在没有法律保护下不给予独占权，而只是给予适当奖励，这种奖励与发明人所付出的代价极不相应，也就是说，远不能补偿发明人所付出的劳动和其所消费的投资。在没有保护独占权的情况下，发明人的技术发明则会被其竞争对手相继仿制出同样的产品，廉价在市场上出售，给发明人带来危害和损失。此外，这种报酬不一定是“适当”的。对具有销售量很大的新产品，可以取得比其发明投资大得多的经济收益；对具有应用范围窄小，尽管是重大发明，可能出现所得报酬无几，甚至还不能补偿所支出的费用。这种“适当报酬”的理论所以产生“不适当”，还可能与技术发明的商品属性有关。

## 3. 激励论

这是一种刺激和鼓励发明人、设计人勇于从事发明创造活动的理论，是西方国家最流行的专利理论基础。它把专利权视为“促进技术和经济进步的手段。”为了公众的利益，加快工业的发展，就要鼓励发明创造，促进发明创造的实施。因此，要以法律形式刺激和鼓励发明人、设计人作出更多的发明创造，同时也鼓励各企业在技术开发和实施发明方面积极投资，以推动技术和经济的进步。这种法律形式就是专利保护。在专利制度的保护下，激励人们

(包括企业、科研单位)的发明创造活动并促使其发明创造的实施。

这一理论至今仍指导着发明创造实践,但在激励的对象的比例上有极大的变化。职务发明逐年增多,个人发明在减少。据有关部门的不完全统计:雇员的职务发明约占94%,这是因为很多发明都需要在昂贵的先进实验室,采用最新仪器和设备才能做出理想结果。当然,切不可忽视还会有一定数量的个人发明,但绝大多数可能是实用新型之类的小发明。像爱迪生一生中有1300多件发明,取得1093件专利的个人发明可能太少了。

#### 4. 契约论

契约论是促进发明人公开其技术最有效的专利理论基础。该理论在西欧各国,特别是法国法学界最为流行。契约论是在工业产权论的理论基础上形成和发展的。它对专利制度的内容产生重要影响。这个理论的出发点是,以契约的形式换取发明人的技术发明尽早地公开。这是为了使公众能够早日利用发明人的发明。当然,促使发明人公开其发明就要使发明人得到好处,这就是要授予发明人一定时间限制的独占权——专利权,于是,无形中发明人则与社会(或国家)签订了一项契约,契约的内容就是专利权。这是一种无形的特殊契约,它对社会和发明人都有利。契约理论被绝大多数国家专利法所采用,各国发明说明书中公布的实质特点就是根据契约理论而规定的。

对这一理论持有不同看法的人认为,一是能够长期保密的技术发明是极少数,一律授予独占权,发明人取得的报酬太高,不尽合理;一是如果专利是一种契约,即自愿的协议,则双方都可拒绝签约。因此,专利契约理论“具有纯属法律上的错误。”

### 第三节 专利制度的实践和作用

专利制度是工业产权制度中最主要的一种制度。在工业产权制度主要包括的发明专利、实用新型专利、外观设计专利和商标四种产权中专利就占三种。有的国家(如日本)通常所说的专利制度,就指的是工业产权制度。

专利制度从产生、形成到发展,已有数百年历史,至今仍保持着旺盛的生命力。它的实践证明,专利制度可以服务于不同社会制度的国家和民族,是“促进技术进步,”“发展工业的原动力”,“进而造福于全人类”。近一百年来,特别是自从1883年缔结《保护工业产权巴黎公约》以来,专利制度被越来越多的国家和地区所采用。鉴于专利制度同各国的工业化有着相辅相成的促进关系,直到第二次世界大战,各国在改进和巩固各自的专利立法工作一直就没有停止过。与资本主义国家不同的苏联,在十月革命后实行了发明人证书和专利证书双轨制度。东欧各国于1945年以后也相继采纳和实行了与苏联相同的保护制度。六十年代,国际性与地区性的专利合作组织相继出现,例如专利合作条约和欧洲专利公约等,七十年代,大批发展中国家相继建立了专利制度。

从1474年威尼斯颁布的原始《发明人法》起,到1623年英国公布的传统《垄断法》,以至发展到现今形成的现代专利法,各国在实践中都证实了其专利立法的宗旨是正确的。联邦德国“马克斯普兰克外国与国际专利法、版权法与竞争法研究”所所长F·K·拜尔教授归纳出了各国专利立法的基本条款所包含的四个目标:

- (1) 承认发明的智力劳动成果;
- (2) 促进发明内容的公开交流;



(3) 给发明人以取得报酬的权利;

(4) 鼓励发明创造活动及其投资。

总的目标是为了国家技术、经济和社会的进步而服务。

F·K·拜尔在总结专利制度实践经验中认为,苏联和东欧各国都把保护发明、促进技术进步视为经济政策的主要目标之一,把包括引进外国先进技术在内的应用发明和革新技术列为重点建设项目。苏联和民主德国在专利立法的概念、原则和实施细则方面吸收了许多国家专利法的传统因素。尽管东西方的社会制度有着根本不同,但都同样认为保护发明是技术进步必不可少的条件,要保护发明就必须公开发明的技术内容,发明人对社会做出的有益贡献就应该获得奖励和报酬。在商品、研究、开发、生产以及分配方面,计划经济国家虽不象市场经济国家那样取决于市场调节作用,但实际上为了发展生产技术,计划经济仍需有一种适合市场需要的保护发明的制度。

在实践中得到了检验的专利制度对工业发展和技术进步起着巨大推动作用,这种作用可具体化为七个方面:

#### (1) 鼓励发明创造

各国专利法都规定了保证发明人及其专利权人有权取得来自使用其发明专利的一切利益,并禁止他人未经许可使用其专利。这极大地鼓舞和调动了广大公众发明创造的积极性。日本在总结1885年以前的历史经验时一位专利界人士这样说过:“长期推行的闭关自守政策,使工业技术陈旧过时,窒息了人们进行发明创造的意志。”近百年专利制度实践证明,日本是目前全世界受理专利申请案最多的国家,约占全世界总申请数的20%。这种现象的出现,说明了专利制度是一个鼓励发明创造至关重要的工具。这首先在于专利制度通过法律承认和保护智力劳动成果是一种财产。这种财产可通过出售许可证形式迅速收回其研制投资和大于投资的利润。这能充分调动人们从事科技研制的积极性。美国第十六任总统林肯曾说过:“专利制度就是给天才之火添加利益之油。”这句名言说明了专利制度对发明创造的鼓励作用。

#### (2) 公开新技术

专利制度具有公开新技术、向全球提供技术信息的作用。有一位专利专家曾这样说过,专利制度就是社会向发明人实行的赎买发明的制度。国家给发明人专利垄断权,这是国家、社会付出的代价;发明人为了换得专利垄断权,则必须把其发明的内容详细公布于众。因此,专利制度具有迅速公开、传播最新技术的情报化特点。经过科学审查批准的发明等专利每年约有100万件(包括重复出版)通过公报的形式予以公布。据统计,目前全世界已有90多个国家和地区专利局(工业产权局)用31种文字出版发明说明书。这对全球范围的任何一个用户制订计划、科研选题、申请专利、避免浪费、专利诉讼以及寻找技术基础和法律依据提供了良好的情报。专利文献是提供最新技术信息的主要情报源,一旦被人利用,将会产生预想的效果。对一项最新技术成果各国人民都有继承的权利和发展的义务,这种继承和突破的发明创造的循环运动正是一切科学技术发展的规律。

#### (3) 避免研制上的重复

由于技术研制上的重复浪费给国家、民族和个人都带来不利,各国专利法都规定了申请在先原则或发明在先原则(只美国、加拿大、菲律宾等少数国家),专利权授给最先申请或最先发明的人。中国专利法第九条规定:“两个以上的申请人分别就同样的发明创造申请专