

本书为 2011 年度教育部人文社会科学研究基地重大项目
《中国专利制度中的理论问题研究》(11JJD820003) 的成果

专利法的法益研究

刘 磊 著



辽宁人民出版社

专利法的法益研究

刘磊 著

 辽宁人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

专利法的法益研究 / 刘磊著. — 沈阳: 辽宁人民出版社, 2017.7

ISBN 978-7-205-09050-0

I. ①专… II. ①刘… III. ①专利法—研究—中国 IV. ①D924.424

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 150022 号

专利法的法益研究

版权所有 侵权必究

出版发行: 辽宁人民出版社

(地址: 沈阳市和平区十一纬路 25 号 邮编: 110003)

联系电话: 010-88019650

传 真: 010-88019377

E - mail: fushichuanmei@mail.lnpgc.com.cn

印 刷 者: 北京亚通印刷有限责任公司

经 销 者: 各地新华书店

幅面尺寸: 170mm×240mm

字 数: 239 千字

印 张: 17

出版时间: 2017 年 7 月第 1 版

印刷时间: 2017 年 7 月第 1 版

责任编辑: 欧剑

责任校对: 杨利群

封面设计: 大名文化

版式设计: 贺天

责任印制: 高春雨

如有质量问题, 请速与印务部联系 联系电话: 010-88019750

ISBN 978-7-205-09050-0

定价: 48.00 元

前 言

专利制度是开发和利用科技信息资源的基本制度。它通过合理确定人们对于发明创造技术信息的权利,调整人们在创造、运用科技信息过程中产生的利益关系,激励创新、鼓励技术信息公开,并通过推动发明创造的应用,最终实现经济社会发展的目的。另外,由于法律是由国家制定和认可,法律的实施由国家强制力保证,任何国家的任何法律的制定,都是以国家本位为出发点,都是从国家自身的利益出发。因此,作为法律的《专利法》,也肩负着实现本国利益最大化的责任。

在《专利法》的实际实施当中,由于来自制度设计以外的各个方面因素,往往会对专利权人给予保护,却难以实现其设计初衷的情况,即“法律失灵”。比如,国际竞争环境下专利保护对发展中国家经济发展的阻碍、“专利蟑螂”的产生及其对经济发展的影响、侵犯专利权归责原则对于技术实施的负面影响,以及药品专利保护对于大众获取药品所形成的壁垒,等等。

关于专利法“法律失灵”问题解决途径的思考,常常被学者所采用的两种理论分别是“特殊国情理论”和“利益平衡理论”。前者的理论认为发展中国家由于经济基础和科技水平的限制,如果对于专利保护采用较高的水平,将有害于自身的经济和社会发展,因此在发展的初期阶段,应当以学习、借鉴发达国家的技术为主,采用低水平的专利保护策略,从而稳步提升自身实力,随着经济和社会的发展逐步地提高专利保护水平。然而,“特殊国情理论”过于片面强调在当前阶段降低专利保

护的程度。事实上,如果不能为专利权提供切实的法律保护,其结果将严重影响发展中国家正常的社会、经济秩序,干扰发展中国家吸收外资和引进先进技术的法律环境。另外,在专利制度偏向于社会共享的背景下,如果再不有效地保护专利权不受侵犯,势必严重伤害发展中国家自身的技术改良和引进能力。

“利益平衡理论”的主要思路是:通过分析专利法对专利权人的利益和社会公众的利益的平衡,透视专利法背后的机理,研究专利法中专利权人利益与公众利益的内涵,以及两者平衡的表现、机制、规范形式、实现方式等。以利益平衡为基点,围绕专利权的专有性与社会公众对知识产品的合理需求这对基本矛盾,探讨利益平衡机制在专利法中的正当性与合理性。同时,通过剖析专利法中所涉及的各种权利配置和利益分配,提出并构建一个以利益平衡原则为基础和核心的专利法的理论框架和体系。然而,就专利制度而言,仅平衡专利权人的利益和社会公众的利益是远远不够的,因为这一思路只是将专利权的保护与公众利益相对立。事实上,专利权设置的终极目的就是扩充公众的利益,只是在一定时间内(专利权保护期内),两者似乎相互矛盾。也就是说,专利权的保护和公众利益的扩大是一种辩证统一的关系,而不仅仅是对立的关系。

为了消除上述两种理论潜在的弊端,解决专利法的“法律失灵”问题,本书拟将“法益”的概念引入专利法的权利保护与目的实现的关系分析之中,从而形成以专利权保护为基础的专利权权利法益和以专利法目的为基础的专利法目的法益,并在此基础上形成权利法益与目的法益的协调理论,即“法益协调理论”。

本书分为上下两篇,上篇为专利法法益的理论研究,具体包括第一章至第四章。

第一章法益初论。在这一章中,对法益概念的起源、发展进行了较为全面的梳理,大致分为两大部分:一是对于“法益”概念在刑法领域

的起源、确立、精神化转变和物质化回归等变化的归纳;二是对德国、中国台湾和中国大陆对于民法领域“法益”概念研究的总结。在此基础上,给出了本书对于法益、权利法益、目的法益、直接性目的法益和间接性目的法益等概念的界定,并阐述了法益分类研究的价值。

第二章专利法的法益研究基础。在本章中,首先从劳动财产权理论与专利权、激励理论与专利法的目的两个方面阐述了专利法的基本原理。尔后,提出了所要解决的问题,即专利法的“法律失灵”现象,并对现有解决理论及其不足进行了介绍。最后,将“法益”概念引入专利法的研究中,并界定了专利权的权利法益和专利法的目的法益,并在此基础上提出了专利法的“法益协调理论”。

第三章专利法法益的历史分析。在这一章中将专利制度的发展变化分为三个阶段,即专利制度的萌芽阶段、近代专利制度形成阶段和专利制度垄断与自由博弈阶段。对于专利制度萌芽阶段,主要结合欧洲中世纪的社会历史经济背景,对当时专利法的权利法益和目的法益进行了归纳。对于近代专利制度形成阶段,主要从自然权利兴起和功利主义系统化两种理论出发,探讨了专利法的权利法益和目的法益。对于专利制度垄断与自由竞争博弈阶段,首先结合《国富论》和《政治经济学及赋税原理》从理论上分析了形成博弈的理论根源,而后列举了当时各国关于垄断与自由竞争的功利主义分歧,最后利用法益理论分析了垄断与自由博弈的影响。

第四章专利制度法益的经济学分析。本章中,首先强调了经济分析法在法益研究中的意义,并提出了专利法益研究的经济分析法进路。然后,分别从微观经济学和宏观经济学角度对专利法的法益进行分析。其中,微观经济学角度主要是从专利权人的成本和收益等方面对专利权的权利法益进行考量。宏观经济学角度分别从专利法直接性目的法益的宏观经济学意义、专利权权利法益的宏观经济学意义进行分析,并由此形成了经济学角度权利法益与目的法益的关系。

本书的下篇为专利法法益的实证分析，具体包括第五章至第九章。

第五章国际竞争中的专利法法益协调。

第六章法益视角下侵犯专利权民事责任归责原则。

第七章法益视角下的专利间接侵权制度。

第八章职务发明创造奖励制度的法益检视。

第九章特定领域分析——法益视角下的药品专利保护。

本书第五章至第九章分别针对不同具体问题，从法益理论的视角分析“法律失灵”的具体原因，最后通过“法益协调理论”给出相应的解决途径。

目 录

前 言

导 言	1
从WIPO的《世界知识产权指标报告》说起	1
为什么要对比专利数量	2
中国的专利制度很成功吗	3
专利法的“法律失灵”问题怎么解决	6
法益研究及其对于解决专利法“法律失灵”问题的价值	8

上篇 专利法法益的理论研究

第一章 法益初论	12
第一节 法益概念的历史考	12
第二节 近现代民法领域的法益研究	23
第三节 “法益”概念的界定与讨论	30
第二章 专利法的法益研究基础	45
第一节 专利法的基本原理	45
第二节 专利法的“法律失灵”	54
第三节 专利法的法益考量	67
第三章 专利法法益的历史分析	77
第一节 历史法学的基础理论	77
第二节 专利制度萌芽阶段的法益分析	79
第三节 近代专利制度形成阶段的法益分析	86
第四节 专利制度垄断与自由博弈阶段的法益分析	93
第四章 专利法法益的经济学分析	103
第一节 经济分析法学及其在法益研究中的意义	103

第二节 专利权权利法益的微观经济学分析	106
第三节 专利法法益的宏观经济学分析	118

下篇 专利法法益的实证分析

第五章 国际竞争中的专利法法益协调	134
第一节 全球视野下中国专利竞争力分析	134
第二节 专利国际保护最大化趋势及中国所面临的压力	141
第三节 专利国际保护最大化的法益分析	146
第四节 专利国际保护最大化环境下法益协调途径的考量	152
第六章 法益视角下的 侵犯专利权民事责任归责原则	158
第一节 侵犯专利权民事责任的归责原则	158
第二节 侵犯专利权民事责任归责原则适用的法益分析	167
第三节 适用无过错归责原则的法益协调建议—— 构建侵犯专利权责任保险体系	173
第七章 法益视角下的专利间接侵权制度	178
第一节 专利间接侵权概念及专利间接侵权理论概述	178
第二节 专利间接侵权制度的法益分析	191
第三节 法益视角下专利间接侵权制度的选择与设计	208
第八章 职务发明创造奖酬制度的法益检视	218
第一节 职务发明创造奖酬制度概述	218
第二节 法益视角下的职务发明创造奖酬制度	222
第三节 关于职务发明创造奖酬制度的建议	229
第九章 特定领域分析—— 法益视角下的药品专利保护	232
第一节 中国专利药品可及性现状	232
第二节 药品专利保护所要实现的目的法益	234
第三节 药品专利权权利法益 对中国药品可及性的负面影响	236
第四节 药品专利权权利法益与 药品专利保护目的法益相协调的途径辨析	238
结 语	251
参考文献	253

导 言

从WIPO的《世界知识产权指标报告》说起

随着知识经济的兴起和经济全球化程度不断加深,知识产权已经成为各国参与国际竞争的重要资源、对外投资的重要资本和国家发展战略的重要组成部分。2006年世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization,简称WIPO)首次发布《世界专利报告》,根据全球专利统计数据介绍发明专利申请、授权、分布情况以及专利制度发展趋势。此后每年一期,至2008年共发布三期。2009年,世界知识产权组织在《世界专利报告》的基础上,将其扩展为《世界知识产权指数报告》。2012年的报告开篇提到“2011年,根据收到的发明、实用新型、商标和工业品外观设计的数据来计算,中国国家知识产权局和商标局首次成为世界上最大的国家局”。在最近一期公开的报告中,即2015年中,更是凸显了中国专利数量的发展速度,报告指出,中国申请量的增长是推动全球专利申请量增长的主要动力。其中的统计数据显示,中国受理的专利申请量多于美国专利商标局和日本特许厅受理申请量的总和,若照当前趋势发展,中国国家知识产权局将成为世界上首个年受理专利申请量达100万件的局,并且某些权威部门推测,过去十年里,世界专利活动的中心从欧洲和北美洲逐渐地向亚洲转移,甚至可以说是转移至中国(见图1)。

2011年,中国国家知识产权局收到发明和实用新型专利申请526 412件,与此相对应,美国专利商标局和日本特许厅的数量分别是503 582件和342 610件。中国专利申请数量的增加主要来自中国大陆居民申请的增长。2010~2011年,中国大陆居民专利申请量增长了41.9%,然而韩国和美国的相关数据仅分

别为 4.7%和 2.4%。

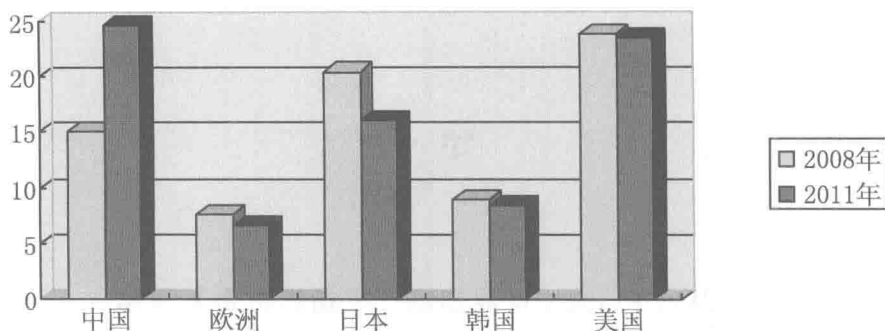


图1 2008年、2011年五大局专利申请数量在全球所占份额示意图

图2和图3分别为2013年和2014年全球专利申请数量分布图，^①其中2013年中国专利申请数量占全球专利申请数量的32.17%，接近1/3，而2014年这个比例为34.62%，即已经超过了全球申请量的1/3。

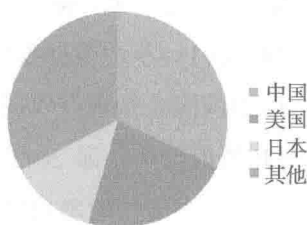


图2 2013年全球专利申请分布图

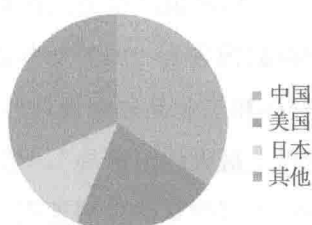


图3 2014年全球专利申请分布图

为什么要对比专利数量

为什么一些国家经济增长很快，而另一些国家经济状况很差？多年以来，这一直是一个经济学家试图解释的问题。经济学界对此曾经提出众多不同的理论和模型。自从欧洲工业革命以来，越来越多的人愿意相信技术和知识在经济增长中扮演着举足轻重的角色。20世纪，世界经历了一系列的技术突破，今天，被

^① 数据来自于世界知识产权组织发布的《2015年世界知识产权指数》。

很多人认为正在经历着第三次技术革命。在这场革命中，微电子、计算机、通信、新材料、机器人以及生物技术六个关键技术领域迅速发展并相互作用。专利制度的基本原理就是通过将科学技术与产权制度相结合，用基于科技产权形成的经济刺激，激励发明创造，推动技术的进步，进而促进经济的发展和满足人们的需求。美国前总统亚伯拉罕·林肯是朴素格言的大师，擅长用简单的表述阐明一个复杂的问题。“天才之火添加利益之油”便恰当地表达了专利制度的基本原理。“天才之火”在“利益之油”的催化下对于科学、技术和经济发展形成合力。

从专利制度设计的理论上来说，申请专利主要是为了保护具有创新性的技术归自己所有，从而获取相应的经济利益。没有创新性的发明创造，一方面，不能被授予专利权；另一方面，即便获得了专利授权，由于其技术与现有技术相比没有多大区别，专利权人也无法获得经济利益。基于此，申请人提出的申请在理论上应当是具有创新意义的发明创造。这样一来，专利数量的多少与创新技术的多少直接相关。创新越多，则社会生产率越高，经济随之发展，人们的需求也能得到更多的满足。总的来说，理论上，专利数量的多少可以作为创新能力的一个表征。

中国的专利制度很成功吗

《世界知识产权指数报告》显示，中国专利申请数量已经跃居全球第一，而且国内居民申请量占据多数。从理论上讲，依据这一数据直接得出的结论应当是中国国内居民的创新能力大大增强，中国科技进步迅速。然而我们发现，事实上，近些年与专利相关的经济方面和社会方面所展现的一些问题，却并非如报告中所显示的数据一样乐观。

虽然中国国内居民专利申请数量较多，然而其技术内容往往高度不够，高技术领域的发明专利很多都掌握在发达国家手中。发达国家不断推动专利国际保护向“更快、更高、更强”的方向发展。专利国际保护不同于奥运会的比赛，发达国家和发展中国家并不处在同一起跑线上，专利国际保护“更快、更高、更强”对于发达国家和发展中国家的意义和影响注定不同。对于经济实力雄厚的

跨国公司来说,将发展中国家纳入专利国际保护的体系,并不断推高保护的水平,意味着获得新的商品出口市场、低成本的制造基地,以及国际市场上更强的核心竞争力。在一批新兴发展中国家逐渐崛起的情况下,跨国公司在生产成本和传统制造业上已经丧失了优势,专利和技术创新能力成为决定市场竞争优势的关键。因此,跨国公司是最大化专利国家保护的真正赢家。由于发达国家的政策选择在很大程度上受跨国公司的左右,所以发达国家是专利国际保护最大化的坚定拥护者和推动者。

伴随着专利数量的急剧增长,专利诉讼案件数量也在同步增加。专利系统看起来日益成为不确定性和增加成本的源泉,而不是控制冲突和使冲突最小化的机制。与专利诉讼关联的不必要成本和风险已经严重加剧。这一环境给各企业带来了前所未有的不安,专利诉讼随时可能降临到企业的头上,而不管企业是否尽到了避免侵权的注意义务。在这样的环境下,迅速增加的专利诉讼将日益使律师而不是企业家和研究人员成为竞争性诉讼斗争的关键参与者,技术实施者会基于专利侵权的不确定性畏缩不前,进而影响技术的推广和实施,并在一定程度上导致专利系统偏离创新,而不再是激励创新的来源。

表 1 欧洲、美国和日本的药品研发支出情况表*

单位:百万美元

年度 地区	1990	1995	1997	2000	2001
欧洲	7871	10 787	13 441	17 202	18 869
美国	5342	9078	13 683	23 121	26 230
日本	2810	5221	4963	7499	7460
合计	16 023	25 086	32 087	47 822	52 559

随着人类社会的发展,自然条件也在相当程度上被人类所改变,但是人类

* 数据来自 Meir Perez Pugatch. The International Political Economy of Intellectual Property Rights[M]. Cheltenham,UK:Edward Elgar,2004. 77.

始终无法避免某些足以威胁生命的疾病。为了使患者获得对症的相应药品成为可能,首先要研发出相应的药品,这就是在药品中引入专利保护的根本目的。值得注意的是,在药物研究开发成功后,公共健康是否能够受益还离不开另一个因素,即药品的价格因素。当然影响药品价格的因素较多,也相对复杂,其中涉及市场流通环节的加价等因素,然而专利垄断造成药品的价格高昂的问题也是不可回避的。

制药行业本身是一个高风险行业,药品研发需要投入大量的资金和人力,而且收回成本及获取利润的周期相对其他行业来讲明显要长。但是,从另一个方面来说,一旦一种药品研发成功,制药企业往往会基于人们对于药品的刚性需求和专利制度垄断的性质获取巨额的经济利润。表 2 显示了 2001 年全球利润排名前十的制药公司的利润率,其中 Merck&CO 的利润率竟然达到了 61.8%,而这十家公司的平均利润率也达到了 34.3%。

表 2 2001 年全球利润率排名前十的制药公司利润、销售额情况表*

排序	公司	国籍	利润/ 百万美元	销售额/ 百万美元	利润率 (%)
1	Merck&CO	美国	12 200	19 732	61.8
2	Pfizer	美国	10 936	26 949	40.6
3	Johnson&Johnson	美国	4928	14 851	33.2
4	Eli Lilly	美国	3552	10 856	32.7
5	Takeda	日本	2176	60 741	32.3
6	Schering-Plough	美国	2523	8369	30.1
7	Wyeth	美国	3504	11 717	29.9
8	Abott Laboratories	美国	2358	8177	28.8
9	Novartis	瑞士	3365	11 963	28.1

* 数据来自 Meir Perez Pugatch. The International Political Economy of Intellectual Property Rights[M]. Cheltenham,UK:Edward Elgar,2004. 79.

续 表

排序	公司	国籍	利润/ 百万美元	销售额/ 百万美元	利润率 (%)
10	GlaxoSmithKline	英国	6203	24 791	25
	合计		51 745	198 146	
	平均				34.3

从表 1 和表 2 我们可以看出, 制药行业比较活跃的企业在 21 世纪初期主要集中在经济最为发达的欧美和日本, 这种状况仍然持续至今。可以想象, 没有相当规模的公司, 如何能够实现巨额的资本投入和承受长期的回收周期。中国的经济虽然近十年来可以用腾飞来形容, 然而制药企业的规模远远落后于欧美和日本, 这就决定了在专利制度框架下, 制药行业的经济利润一边倒地偏向于发达国家, 更为重要的是药品的获取, 相对低收入的中国患者会直接面临倾家荡产, 有一部分患者由于经济问题放弃药品的获取, 甚至根本无法获得药品。

专利法作为一种国内法, 其制定的目的主要在于促进国家经济的发展和满足国民的物质需求。然而, 前面所述的几种情况, 显然与专利法的立法目的相悖。也就是法律在制定并付诸实施后, 所收获的效果却与当初制定时的初衷并不相符, 这种现象我们称为专利法的“法律失灵”。

专利法的“法律失灵”问题怎么解决

对于“法律失灵”问题解决途径的思考, 常常被学者所采用的一条思路就是特殊国情。就专利领域来讲, 对于国情分析的结论往往是由于中国的发展中国家水平, 并在此基础上提出降低专利保护力度以适应当前情况的结论。

比如, 有学者指出, “发展中国家由于经济基础和科技水平的限制, 如果对于专利保护采用较高的水平, 将有害于自身的经济和社会发展, 因此在发展的初期阶段, 应当以学习、借鉴发达国家的技术为主, 采用低水平的专利保护策略, 从而稳步提升自身实力, 随着经济和社会的发展逐步地提高专利保护水平。在早期阶段, 发展中国家专利保护水平低于发达国家, 在相当多的情况下

是一种理性的选择。”^①

另外,还有学者将日本曾经采取的专利保护政策作为例子,指出,“日本在其早期的经济起步阶段,专利保护一直处于较低的水平,利于日本本国对于全世界范围内的先进技术的利用,从而快速发展自身经济。中国目前在全球经济发展水平中所占的地位虽然已不再是起步阶段,然而距离美、日、欧等发达国家仍有巨大的差距,尤其是在众多科技领域,因此,在专利保护的取向上采取低水平的专利保护策略应当为明智之选。”^②

还有美国学者也阐述过美国早期曾采取的弱保护专利政策,指出,在19世纪大部分时间里,美国是一个纯技术进口国,美国认为在经济发展阶段最佳的政策是对外国知识产权放松执行,而当19世纪后半期美国公司在技术上实现重要突破时,对知识产权的弱保护的情况发生了变化。^③

事实上,对于“特殊国情”这一思路完全符合辩证法中的“具体问题具体分析”,然而在特殊国情的伞盖下,一味强调在当前阶段降低专利保护的程度,未免过于片面。如果不能为专利权提供切实的法律保护,其结果将严重影响中国正常的社会、经济秩序,干扰中国吸引外资和引进先进技术的法律环境。另外,在专利制度偏向于社会共享的背景下,如果再不有效地保护专利权不受侵犯,势必严重伤害中国自身的技术改良和引进能力。也就是说,这一做法仅仅是在考虑中国专利保护的问题时,采用了具体问题具体分析的思路,而在处理问题时,却没有深入分析问题所在,只是生硬地采取了相同的解决办法,往往会造成与专利法立法目的相悖的结果。

近些年来,在针对知识产权制度的思考中,“利益平衡理论”逐渐升温。2008年修改《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)时,将第一条原来所述的“保护发明创造专利权”修改为“保护专利权人的合法利益”,“这体现了

① 徐朝阳. 技术扩散模型中的发展中国家最优专利保护[J]. 经济学(季刊), 2010(2).

② 吴欣望. 专利经济学[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2005: 153.

③ [美] 苏珊. K. 塞尔. 私权、公法: 知识产权的全球化[M]. 董刚, 周超, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 63.

中国对专利制度属性和作用的认识有了进一步深化。不能认为建立了专利制度,就只能一味地强调对专利权的保护。专利制度不仅要充分维护专利权人的权利法益,也要充分顾及社会和公众的合法利益,需要在两者之间实现一种合理的平衡,避免对专利权人权利法益的保护偏离了专利制度的目的法益。”^①

“利益平衡理论”的主要思路是:通过分析专利法对专利权人的利益和社会公众的利益的协调,透视其背后的利益平衡机理,研究专利法中专利权人利益与公众利益的内涵,以及两者平衡的表现、机制、规范形式、实现方式等。以利益平衡为基点,围绕专利权的专有性与社会公众对知识产品的合理需求这对基本矛盾,探讨利益平衡机制在专利法中的正当性与合理性。同时,通过剖析专利法中所涉及的各种权利配置和利益分配,提出并构建一个以利益平衡原则为基础和核心的专利法的理论框架和体系。

洛克的财产理论提到,有必要保留一些资源供所有人免费使用,即占用公共财产必须留下“足够和良好的”东西供他人享用。因此,如果没有对公共财产的同时认可,财产的自然权利也就不能存在。^②诚然,专利权的“利益平衡理论”与洛克的哲学相呼应,在一定程度上也反映了专利法拓展公有领域技术信息的立法精神。然而就专利制度而言,仅平衡专利权人的利益和社会公众的利益是远远不够的,因为这一思路只是将专利权的保护与公众利益相对立。事实上,专利权设置的终极目的就是扩充公众的利益,只是在一定时间内(专利权保护期内),两者似乎相互矛盾。也就是说,专利权的保护和公众利益的扩大是一种辩证统一的关系,而不仅仅是对立的关系。

法益研究及其对于解决专利法“法律失灵”问题的价值

“法益”一词是源于德国的法学专业,早期主要用于刑法领域。在“法益”的发展历史过程中,其曾经分别与利益和立法目的相联系。在被引入民事法律后,“法益”概念主要被用于表征民事权利所体现的利益和权利之外整部法律所

① 尹新天. 中国专利法详解[M]. 北京: 知识产权出版社, 2011: 10.

② 薛虹. 十字路口的国际知识产权法[M]. 北京: 法律出版社, 2012: 243.