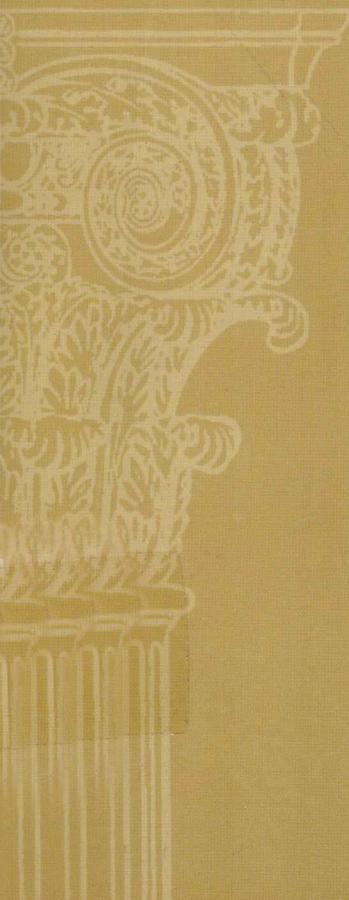


科技法学 论丛

易继明 主编

德国专利法研究

范长军 著



科学出版社

科技法学论丛

易继明 主编

德国专利法研究

范长军 著

科学出版社

北京

内 容 简 介

本书介绍了德国专利法的历史发展；德国专利法与欧洲专利公约、欧洲共同体法、德国宪法、民法、反不正当竞争法、卡特尔法的关系；专利保护的实质条件；发明人权利；专利申请、审查、授予与异议及在联邦专利法院及联邦最高法院的法律救济途径；专利权的内容、限制与终止；侵害专利权的行为、法律责任与诉讼；专利的转移与许可；化学物质、生物技术发明、医疗方法与物质及计算机软件等特别领域发明的专利保护。德国专利法为德国发展成为现代发达国家，作出了重大贡献。我国正在努力建设创新型国家，而完善成熟的专利制度是实现这一目标不可缺少的因素。深入了解德国专利法，必将促进我国专利立法、司法及行政执法。

本书适于高校法学专业本科生、硕士生、博士生，高校教师与研究所研究人员，知识产权行政管理机关工作人员与法院法官，专利事务所专利代理人与律师事务所律师，以及企业法务工作人员等。

图书在版编目(CIP)数据

德国专利法研究/范长军著. —北京: 科学出版社, 2010

(科技法学论丛)

ISBN 978-7-03-029625-2

I. ①德… II. ①范… III. ①专利法-研究-德国 IV. ①D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 225085 号

责任编辑: 徐 蕊/责任校对: 纪振红

责任印制: 张克忠/封面设计: 耕者设计

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码: 100717

<http://www.science.com>

张克忠印刷 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2010年12月第一版 开本: B5 (720×1000)

2010年12月第一次印刷 印张: 15 3/4

印数: 1—2 000 字数: 310 000

定价: 42.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

通向未来的法律世界

——《科技法学论丛》总序

1999年《中华人民共和国合同法》第11条规定，合同的书面形式是指可以有形地表现所载内容的形式，包括数据电文如电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等。2009年《中华人民共和国侵权责任法》第36条关于网络侵权问题，对于网络用户、网络服务提供者的责任分担进行了明确规定。应该说，从大陆法系传统的成文法典看，中国内地在民法典各编编纂过程中体现了技术进步和社会发展。但是，从实质性研究和法律实践来看，自20世纪60年代开始，西方社会对于科技发展所带来的一些社会问题，已经开展了较为广泛的探讨，甚至逐渐形成了法学研究或司法裁判中的一道前沿的风景区。之所以如此，不仅是技术引发的社会问题吸引人们的眼球，究其实质，是因为技术进步导致人们传统观念转变，行为模式变迁，引起了社会范式及社会关系的变化。

本来，法律作为一种保守的社会力量，总是在固守一个成熟社会的某些传统观念、行为规范及社会关系。但是，技术进步已然实实在在地改变了人们的行为及交往方式，而探讨由此引发的伦理冲突、价值背离、社会问题及其法律对策（如安乐死、试管婴儿、治疗性克隆、网络安全等），就成为消弭社会进步与法律传统之间裂痕的重要议题。同时，以经验事实为基础下的法律演绎，又成为促进社会进化的催化剂。日本法学家穗积陈重先生有言：“法律既为社会力，则社会变迁，法现象不能不与之俱变。”^①科技发展与社会变迁，自然也引起了法律现象的变化。特别是第二次世界大战以来，科技立法的发展，从某种程度上体现了当代法律发展的新趋向，也引发了传统法律的一些新变化。两者互为表里，又互为因果。

20世纪80年代末期，中国内地开始了专门的科技立法及其理论研究。以此发端，《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国科学技术进步法》、《中华人民共和国促进科技成果转化法》等层出不穷；国家一级学会即“中国科学技术法学会”成立，时任全国人民代表大会教育科学文化卫生委员会副主任委员的胡克实同志出任首任会长，《科技与法律》（第1期试

^① [日] 穗积陈重：《法律进化论（法源论）》，黄尊三、萨孟武、陶汇曾、易家铨译，北京：中国政法大学出版社，1997年12月第1版，第53页。

刊定名《科技法学》)杂志社创办,科技立法与科技法学研究呈现出一派繁荣的景象。但是,无论在科技发展自身,还是在法制建设(包括科技法制建设)方面,我们毕竟都是后来者。我国科技法学倡导者、华中科技大学法学院首任院长罗玉中教授曾经有过一个提法,认为科技法学是“墙内开花墙外香”,指称我国《中华人民共和国科学技术进步法》颁布之后,日本、越南、我国台湾等纷纷借鉴并出台相应的法案。按照这种说法,中国内地似乎是科技法学的首倡之地。诚然,环顾当今世界,似乎只有中国内地依然固守部门法体系,并且从这一体系出发来看待科技法或科技法学问题。但是,从一种研究角度分析,科技法学是一门开放性的学问,研究对象是与科技相关的法律问题。从这一视角看,其实墙外早已“花开花香”,自有其万千气象。在中国内地,过去由于科技远离大多数普通老百姓的日常生活,立法者和法学家也往往将注意力集中在那些社会转型所必需的基本法律制度设计上,“科技法学”或者“科技与法律”的议题,总是被一种异样的眼光所怀疑或者端详;至少,在相当长的一段时间内,此种议题没有引起人们的足够重视。

中国内地法学界——无论是科技法学界还是这一学科的外围学者们,首先在传统部门法体系的分析框架之下,进行了所谓的“科技法”与“科技法学”的区分。这种学科分类方法,继受原苏联,围绕着国家立法和行政构架体系进行划分,在20世纪80年代前期,曾经引发了一场大规模的讨论。^①不过,在90年代后期,学者们开始进行深刻反思。例如,李林教授就提出过一个问题:“毋庸置疑,将法律体系划分为若干个‘部门’,在学习、研究和实践上,都有一定的方便之处。但是,它也有一些令人不解之处。例如,为什么环境法、劳动法、社会保障法、权利保护法、知识产权法、科技法等是或不是一个独立的法律部门?”^②此种情形之下,在对待“科技法学问题”上,中国内地法学界呈现出了“先天不足”与“后天营养不良”的现象。所谓“先天不足”,正如“经济法”或“经济法学”一样,看似以“经济”而起,在部门法思维之下获得了一亩三分地,但迟早也会因为部门法思维下的“调整方法”、“调整对象”或“社会关系”上的不周延性,将渐次丢失殆尽。罗玉中教授倡导科技法或科技法学时,就是从这个角度进行分析的:“从部门法的角度看,科技法的调整范围比较窄一些,尤其是科技法与环境法调整范围的划分,至今还是探讨中的问题。”^③有些学者对于将科技法或科技法学作为一个部门法持否定态度,认为它同“经济法”概念一样,只是

① 张友渔:《法学理论论文集》,北京:群众出版社,1984年。

② 李林:《中国特色社会主义法律体系的构成》,载刘海年、李林:《依法治国与法律体系建构》,北京:中国法制出版社,2001年3月第1版,第1~32页。

③ 罗玉中:《科技法基本原理》,北京:中国科学技术出版社,1993年11月第1版,第64~72页。不过,近年来,笔者与罗玉中教授交流,发现先生的相关学术观点也在修正和发展之中。

“一个领域法律规范系统”，是“法学理论新概念的引入”^①。另外一种折中的意见，认为科技法或科技法学是一个相对独立的部门法。王家福先生认为，“所谓科技法，是指国家调整因科学技术所产生的各种社会关系法律规范的总称”。他认为科技法是“一个相对独立的包括科技行政法、科技民法、科技刑法、科技劳动法在内的综合法律”^②。其实，以部门法视角进行分析，虽然使得科技法学科获得了一定的地位，特别是在行政架构中获得了科技行政系统的一些资源，但动摇其根基的，也在于此。因为部门法思维下，除了刑事、行政和民事三种手段之外，别无他途，而与科技行政体系结合之后的科技法或科技法学，必然与行政法或行政法学千丝万缕，且得益于行政资源也必将受制于行政管理，最终使得科技法或科技法学理论研究沦为纯粹的政策性或对策性研究，无法获得独立的学术发展与学科认同。当然，最为重要的原因是，这种以科技法“必须有”或“必然有”抑或“根本无”所谓部门法属性的分析方法，实际上会消减我们分析和理解法律问题的能力，让我们在固有的部门法分析框架下失去把握社会和适应社会变迁的能力。

而所谓“后天营养不良”，就是因为在一个尚未完成基本法治秩序建构的社会里，基础性法制建设依然是法律人的主要任务。20世纪70年代末80年代初，中国内地提出“经济建设”与“民主法制”两手都要抓，时至今日30余年，中国特色社会主义法律体系也只能说基本形成。制度转型、治理模式转换及观念变迁，那是何其艰难的事情！此间，基本法律制度尚未构建，譬之若婴幼儿身体尚待发育、体格尚未健壮，谈不上心智健全，自然也无法让其领略毕加索油画的艺术魅力。因此，20世纪80年代后期，提出“科技立法”、“科技法”或“科技法学”范畴之时，中国内地尚缺乏相应的制度环境。同时，由于民用科技在当时没有普及，技术也没有切实地影响到人们的现实生活，也即缺乏相应的社会需求。事实上，90年代中期，对于中国内地的普通居民来说，发一封电子邮件，还是一件很奢侈的事情。所以，彼时的社会，迫切需要的，就是如何促进科技进步、如何促进科技成果转化问题。于是乎，我们的科技基本法，被旗帜鲜明地定名为“科学技术进步法”，我们也制定了中国内地独有的《中华人民共和国促进科技成果转化法》。及至20世纪90年代后期，国务院学位委员会办公室进行法学二级学科重新规划与整合，将科技法（即科技法学）主体纳入行政法学范畴，也

^① 陈仲、张勇健：《科技法性质新探——法学理论新概念的引入》，载《科技法学》（现更名《科技与法律》）1990年第2期。

^② 王家福：《为科技法学的繁荣而奋斗》，载《科技法学》（现更名《科技与法律》）1989年第1期（总第1期）。与王家福教授的这种分析不同，罗玉中教授明确提出，这种“认为科技法部门是由科技基本法、科技行政法、科技民法、科技劳动法、科技刑法等构成的”观点，是欠妥当的。又参见罗玉中：《科技法——一个新兴的法律部门》，载《科技法学》（现更名为《科技与法律》）1990年第2期。

就是情理之中的事情了。

然而，科技发展一日千里。即便如此，我们却也无法拒绝技术进步与社会发展，我们也不能总在别人后面亦步亦趋。当代西方社会今天所感受到的冲击，也就是我们正在面临或者至少明天必须面对的问题与挑战。“许霆案”、“人肉搜索”、“网络赌球”、“新疆7·5事件”等，告诉我们的不仅仅是技术平台的价值中立，它们还提出了一个重大命题：技术时代中的法律如何切入并进行有效的社会治理？因此，我们在进行基础性法制建构的时候，必须同时将“科技”元素纳入进去。更何况，科技对人类影响如此之深入与彻底，在压缩我们生存的时间和空间的同时，又在拓展它，并在这两个时空维度上深刻地改变着我们的生活方式。其实，只要我们稍微观察一下就会发现，无论是在东京还是在马拉喀什，人们对全球气候变化、知识产权保护、核试验的后果、新能源与新材料的开发与利用、外层空间技术和深海技术的运用与规制、人体器官移植、胚胎干细胞及“克隆人”的伦理与法律基础、电子商务的开展、个人隐私和信息安全问题等，都在进行广泛而热烈的讨论。在法律的忧虑与科技的乐观倾向之中，一切都在冲突中磨合与交融。世界性的舆论共识和法律理性，正在为我们地球村搭建一个一体化的社会生活平台。因为单靠科技，它只是为我们的生活（特别是以全球一体化为样态的生活）提供了某种“物理性质”的可能性，而且，有时还会附带着某种“离心力”。因而，要构建一个“有机的”（相对于原始的物理性质来说）现代性社会形态，这就有赖于法律和教育（包括直接关涉科技方面的）。这也是当代法国社会学家阿兰·图海纳（Alain Touraine）在谈论“现代性”的时候，试图向我们强调指出的问题。^①

尽管我们很容易理解技术对于现代社会的意义，并可以简单地将现代性特征赋予技术社会，但是，技术社会“有机性”的形成，有其社会学的理论动因。社会学理论中的批判结构主义（critical structuralism）是解释技术社会有机性形成的第一个因素。技术进步及其运用，对于普罗大众来说，首先是被动地接受技术的某种安排，正如网络技术对人的生存方式的影响一样，我们被技术操纵、扭曲和恣意妄为，首先表现为单纯的应对性。科学技术作为生产力，构成了社会的经济基础，我们个体行动者成为“由历史之线操纵的木偶”^②。但是，构成“历史之线”又是双重的：当下的技术进步与往昔制度设计中的个体的利益表达或追求。由于人们总是不满足于被技术被动地安排，因而统合在“历史之线”中的两

① [法]阿兰·图海纳：《我们能否共同生存——既彼此平等又互有差异》，狄玉明、李平译，北京：商务印书馆，2003年6月第1版，第170～179页。

② [澳]马尔科姆·沃特斯：《现代社会学理论》，扬善华等译，李康、扬善华校，北京：华夏出版社，2000年4月第1版，第11页。

方面，始终处于博弈之中。这就牵扯出了影响技术社会有机性之形成的第二个因素，即功利主义（utilitarianism）。功利主义在第一层次中所表达的是马歇尔的“需求”、个人欲望或目标；而帕累托的学说则阐释了一个问题，即对个人满足的追求能否生发出集体性的安排。这一问题，直接将个人利益表达与社会制度之间联系起来，在“我”与其他行动者之间、在个体与社会制度之间，建立了某种关联性。这一认识，构成了功利主义思想的第二层次。后续的功利主义者如霍曼斯等，沿着第二层面思想和研究路径，致力于表明这一个观点：从寻求实现各自目标的行动者之间的互动当中，可以形成稳定的、制度化的关系。^①从这种意义上讲，结构主义是从社会是一个整体出发的，带有浓厚的集体主义倾向；而功利主义则从个体出发，具有鲜明的个人主义特质。然而，在对功利主义的进一步追问中我们发现，没有“他者”的个体是不存在的，也是不可能实现或满足自己的欲望、利益的。这样，在客观意义上，批判结构主义和功利主义是一个问题的两极。

从功利主义出发，个人对技术调试中，往往会运用传统的生活理念。比如，本人两三年前曾在 263. net 网站开设了个人收费邮箱，但 2008 年 10 月 28 日进入邮箱时，弹出一个对话框称：本收费邮箱今天到期，需要续费；如果 12 月 28 日之前没有续费，将删除原邮箱所有的内容。同时，就在当天，本人已经不能进入这个邮箱了。毫无疑问，这是技术对人们生活的强制。两三年前购买的一个收费邮箱，按照网络生活的常识，我们不会去关注两三年之后的某一天会被突然关闭。显然，263. net 网站应该被赋予提前告知义务，或者需要在期限届满之后提供一个适当的延展期。本人电话给 263. net 网站那一端的工作人员，告知正如网站不能在今天突然解雇他，他也不能在今天突然辞职不干一样，网站的这种义务是必需的。我们假设一下：263. net 网站为了让原客户续费，继续采取了这种“突然袭击”的方式；而我本人因不满 263. net 网站这种营销网络邮箱的方式，改投其他网络服务商；但其他网络服务商均采取 263. net 网站模式。这样，我们对于网络生存环境就有了一个不好的评价：技术及技术垄断的暴力。

显然，无论是个人还是网络服务商，在此都是一个个体，而整个网络生活环境和秩序，却具有整体性。那么，随之而来的问题有两个：第一，这种网络生活环境是我本人或网络服务商所要构建的吗？第二，这种网络生活秩序符合我们技术进步的初衷吗？第一个问题涉及建构主义（constructionism）；第二个问题涉及功能主义（functionalism）。建构主义因素是从个体主观出发的。无论是邮箱购买者（网络用户）还是网络服务提供者，他们都是网络社会的行动者，他们参

^① [澳] 马尔科姆·沃特斯：《现代社会学理论》，扬善华等译，李康、扬善华校，北京：华夏出版社，2000 年 4 月第 1 版，第 10 页。

与网络生活，有着自己主观上的动机和期待，都在积极主动地创造或者建构网络社会。而功能主义因素则是从整体的客观效果进行分析的。如果技术所构筑的网络生活环境在客观上背离了我们的初衷，那就使得我们在主观上与网络社会越来越疏离，乃至产生排斥心理。不过，构建主义在社会心理学上建立起了一种沟通理论，即米德的“符号互动论”（symbolic interactionism）。而功能主义分析在利益互惠与渗透中重塑了关系社会理论。而在“主观”与“客观”之间、在“整体”与“个体”之中完成“链接”的，就是那些裹挟了历史与文化的法律。从这个角度说，通向未来的技术世界，不仅仅是一些技术规则；更多地，是需要法律去构筑的。

也正因如此，我们不愿看到未来世界里的法律的缺位（果如是，那是一个充满技术暴力、人被物化的社会），自2005年便组建《科技法学论丛》编委会，先是集中国内地与台湾学者，在北京大学出版社出版了他们的一些研究成果。随后，我们计划还依托科学出版社、华中科技大学出版社等，向汉语世界之外拓展，形成一系列的研究成果，为构筑未来的法律世界贡献绵薄之力。这里，除了向那些潜心的研究者致以敬意之外，谨向杨立范、邹记东、姜新琪、徐蕊等编辑致谢——只有在获得他们的支持之后，我们编委会的这些设想，才能够逐渐变成现实。

易继明

2010年7月

于北京颐和山庄寓所

引文中的主要德文与中文译名

- Ansgar · Ohly 安斯加尔·奥利
- Auflage 版次
- BB Betriebsberater 《企业顾问》
- Begr Begründung 理由
- Begr RegE Begründung des Regierungsentwurfs 政府立法草案理由
- BGB Bürgerliches Gesetzbuch 民法典
- BGH Bundesgerichtshof 联邦最高法院
- BGHSt Entscheidungen des Bundesgerichtshofes 《联邦最高法院刑事裁判集》
in Strafsachen
- BGHZ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes 《联邦最高法院民事裁判集》
in Zivilsachen
- Bl. PMZ Blatt für Patent-, Muster-, und Zeichenwesen 《专利、模型及标志
公报》
- BPatG Bundespatentgericht 联邦专利法院（专利法院）
- BPatGE Entscheidungen des Bundespatentgerichts 《联邦专利法院裁判集》
- BT Bundestag 联邦国会
- BT-Drucks 联邦国会印刷品
- BVerfG Bundesverfassungsgericht 联邦宪法法院
- BVerfGE Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 《联邦宪法法院裁
判集》
- BVerwG Bundesverwaltungsgericht 联邦行政法院
- BVerwGE Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts 《联邦行政法院裁
判集》
- CR Computer und Recht 《计算机与法律》
- DPA Deutsches Patentamt (vor 1998) 德国专利局（1998年之前）
- DPMA Deutsches Patent- und Markenamt (seit 1998) 德国专利与商标局
（1998年以来）
- Drucks Drucksache 印刷品
- EG Europäische Gemeinschaft 欧洲共同体（欧共体）
- EPA Europäisches Patentamt 欧洲专利局

EuGH Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften 欧洲法院

EuGHE Entscheidungen des EuGH 《欧洲法院裁判集》

f, ff folgende 以下

FS Festschrift 纪念文集

GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und 《工业产权保护与著作权》
Urheberrecht

GRUR Int Gewerblicher Rechtsschutz und 《工业产权保护与著作权》(国际
部分) Urheberrecht-Auslands- und International Teil

GRUR-RR GRUR-Rechtsprechungs-Report 《工业产权保护与著作权》(裁判
集)

Hrsg Herausgeber 主编

IZ Juristenzeitung 《法学家报》

Kommentar 评注

LG Landgericht 州法院

Mitt. Mitteilung der Deutschen Patentanwälte 《德国专利代理人通报》

OLG Oberlandesgericht 州高等法院

Rn. Randnummer 边码

RG Reichsgericht 帝国法院

RGSt Entscheidungen des Reichsgerichts 《帝国法院刑事裁判集》
in Strafsachen

RGZ Entscheidungen des Reichsgerichts 《帝国法院民事裁判集》
in Zivilsachen

RPA Reichspatentamt 帝国专利局

S. Seite 页

Tz Textziffer 编码

Urt. Urteil 判决

v. vom 在某日

Verlag 出版社

序 言

安斯加尔·奥利*

专利法保护与促进技术创新。对于现代国民经济具有核心意义的研发活动，通常需要巨额投资。如果没有专利保护，发明一进入市场就会成为公共财产，不需要为研发活动花费成本的模仿者的产品价格将低于发明人的产品价格。因而发明人的投资将得不到回报，许多创新也难以实现。此外，专利法还具有重要的信息功能。因为需要公布专利申请，所以专利登记簿成为了公众可以进入的技术进步数据库。同时，发明也得以具有可交易性：专利所有人可以转让专利或盈利性地许可专利。由此可见，专利制度利用了市场规律以促进技术进步。德国在19世纪中期认识到了这一点，而之前的反专利运动认为专利是不合理的封建特权并限制了竞争因而拒绝专利。1877年，德国颁布了第一部专利法，并相继于1891年与1936年进行了改革。

1973年，随着《欧洲专利公约》的签署，在德国专利法之外出现了欧洲专利制度。设在慕尼黑的欧洲专利局在统一的审查与授予程序中授予欧洲专利。但是，这里涉及的不是统一的、在欧洲范围内生效的专利权，申请人可以决定，在其间的38个成员国的哪些国家申请专利保护，而在授予之后这些专利很大程度上如同各成员国的国家专利。因而可以说这是“束专利”：申请人基于统一的欧洲授予程序获得的是一束国家专利。对于因侵害欧洲专利而产生的请求权甚至欧洲专利的无效宣告由成员国的国内法院管辖。目前，《欧洲专利公约》的成员国正在致力于建立统一的欧洲专利法院体系。在欧盟范围内，长久以来就存在统一的、自动在全体欧盟成员国生效并仅受欧盟法律约束的欧盟专利计划。但是，1975年签署的《共同体专利协定》从未生效。尽管此后一直不断努力，但谈判仍然举步维艰，主要因为各欧洲国家很难就语言规则达成一致。

虽然《欧洲专利公约》与《共同体专利协定》形式上没有使成员国承担修改其国内法的义务，然而德国及其专利法在1976年及1979年大范围地与欧洲法律协调一致。如同根据欧洲法律，根据德国法专利仅授予发明即技术问题的技术方案；发现及非技术主题如数学方法被排除于专利保护之外（《专利法》第1

* 安斯加尔·奥利 (Ansgar Ohly)：法学博士，LL.M (剑桥)，德国拜罗伊特 (Bayreuth) 大学民法、专利法、著作权法与竞争法教授。

条第3款,《欧洲专利公约》第52条第2款)。引发困难的是软件是否可专利的问题。《欧洲专利公约》与德国《专利法》虽然将计算机程序“本身”排除于保护之外,但是与计算机相关的发明可以获得专利保护。欧洲专利局与德国法院现时的出发点是,如果计算机程序对现有技术作出了技术贡献,则可以获得保护;如果是经济的或人文科学类型的贡献,则不能获得保护。1998年的一项欧盟指令规定了生物技术发明的保护;在德国法中该指令转化为《专利法》第1a条、第2条及第2a条。人类身体及其组成部分不可专利,而已分离的人体组成部分可以成为专利的客体(《专利法》第1a条第1、2款)。其利用将违反公共秩序或善良风俗的发明不可专利(《专利法》第2条第1款),而《专利法》第2条第2款包含了对生物技术发明的特别排除原因,不过该规定通常难以适用。虽然欧洲专利局认为胚胎干细胞不可专利,但能设想的是,负责对1998年指令予以解释的欧洲法院在一件当时尚处于系属的案件中获得另外的结果。

发明仅是新的、基于创造活动及可工业实用时,才能获得专利(《专利法》第1条,《欧洲专利公约》第52条)。德国法与欧洲法中的“新颖性”概念是绝对的:发明一旦在世界的任何地方、任何时间为公众所知,便不再具有新颖性。然而,在研究结果越来越经常以欧洲之外的语言发表的研究的全球化时代,新颖性越来越难以确定。这里存在只有通过世界范围内的专利工作人员的紧密合作才能解决的实际问题。专利的保护期限为20年,然而基于一项欧盟条例,药品可以获得补充保护证书。补充保护证书授予最高为5年的附加保护并以此平衡药品法的审批程序上的时间损失。

专利的效力范围通过专利权利要求书确定(《专利法》第14条)。在此根据德国的理解,不仅仅在被控侵权的实施方式落入权利要求书的字面规定时存在专利侵害,等同效果即专业人士基于权利要求书而作为具有相同技术效果对待的实施方式,也侵害了专利,这与不承认等同原则的英国法存在区别。此外,德国法与其他国家法律不同的是,专利侵害与专利无效由不同的法院管辖。针对专利侵害向普通法院提起诉讼,这些法院无权宣告专利无效。关于专利无效的诉讼仅由配备了精通法律的法官与精通技术的法官的联邦专利法院管辖。管辖专利侵害的法院对专利的有效性存在疑问时,应中断诉讼程序,直至联邦专利法院对专利的有效性作出裁判。

在国际层面上,自1883年以来《保护工业产权巴黎公约》就已经包含了相关规定;首要的是,该公约要求成员国将其他成员国的国民当作国内国民对待。但是,重要的专利法上的最低标准主要包含于作为世界贸易法一部分的1994年的TRIPS协议的第27条以下规定:专利必须适用于所有技术领域,在各具体的技术领域之间及国内发明与国外发明之间不可以存在歧视(TRIPS第27条第1款)。仅在严格条件之下才允许强制许可(TRIPS第31条)。对于这些严厉规

定，发展中国家表达了保留意见。这些国家担心，强制专利保护将阻碍获取生命攸关的资源，特别是药品。为此世界贸易组织成员国在多哈宣言（2001年）中肯定：为采取保护公共健康的措施，所有世界贸易组织成员国可以利用 TRIPS 协议的灵活性；此外，允许成员国偏离 TRIPS 第 31 条 f 项，在一定的条件下为了供应国外市场也可授予强制许可。

Einleitung

Ansgar Ohly*

Das Patentrecht schützt und fördert die technische Innovation. Forschung und Entwicklung, die für eine moderne Volkswirtschaft von zentraler Bedeutung sind, erfordern oft erhebliche Investitionen. Gäbe es keinen Patentschutz, so würden Erfindungen Allgemeingut, sobald sie auf den Markt gebracht werden. Nachahmer, die keine Kosten für Forschung und Entwicklung aufwenden mussten, könnten die Preise des Erfinders unterbieten. So würde sich dessen Investition nicht lohnen, und viele Innovationen kämen nicht zustande. Außerdem hat das Patentrecht eine wichtige Informationsfunktion. Patentanmeldungen werden veröffentlicht, daher ist das Patentregister eine allgemein zugängliche Datenbank des technischen Fortschritts. Zugleich werden Erfindungen handelbar; Der Patentinhaber kann sie verkaufen oder gewinnbringend lizenzieren. Das Patentsystem nutzt also die Gesetze des Marktes zur Förderung des technischen Fortschritts. Diese Erkenntnis setzte sich in Deutschland in der Mitte des 19. Jahrhunderts durch, nachdem zuvor eine Antipatentbewegung Patente als ungerechtfertigte Privilegien und Wettbewerbsbeschränkungen abgelehnt hatte. Das erste deutsche Patentgesetz wurde 1877 erlassen, es wurde 1891 und 1936 reformiert.

Neben das deutsche Patentrecht trat 1973 mit Abschluss des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ) das Europäische Patentsystem. Das Europäische Patentamt (EPA) mit Sitz in München erteilt in einem einheitlichen Prüfungs- und Erteilungsverfahren europäische Patente. Dabei handelt es sich aber nicht um einheitliche, europaweit geltende Rechte. Der Anmelder kann entscheiden, für welche der inzwischen 38 Mitgliedstaaten er Patentschutz beantragt, und nach der Erteilung werden die Patente weitgehend so behandelt wie ein nationales Patent des jeweiligen Mitgliedstaats. Man spricht daher von einem "Bündelpatent":

* Prof. Dr., LL. M. (Cambridge), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Patent-, Urheber und Wettbewerbsrecht an der Universität Bayreuth.

Der Anmelder enthält aufgrund eines einheitlichen europäischen Erteilungsverfahrens ein Bündel nationaler Rechte. Für Ansprüche wegen Verletzung und sogar für die Nichtigerklärung europäischer Patente sind die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten zuständig. Zurzeit bemühen sich die EPÜ-Vertragsstaaten darum, ein einheitliches europäisches Patentgerichtssystem zu schaffen. Innerhalb der Europäischen Union gibt es seit langem Pläne für ein einheitliches EU-Patent, das automatisch in sämtlichen EU-Staaten gilt und nur europäischem Recht unterliegt. Das 1975 abgeschlossene Gemeinschaftspatentübereinkommen (GPÜ) trat aber nie in Kraft. Auch wenn es seitdem immer wieder neue Bestrebungen gab, bleiben die Verhandlungen schwierig, vor allem, weil es den europäischen Staaten schwerfällt, sich auf eine Sprachenregelung zu einigen.

Auch wenn das EPÜ und das GPÜ formal die Mitgliedstaaten nicht zur Änderung ihrer nationalen Gesetze verpflichtete, hat Deutschland sein Patentrecht doch 1976 und 1979 weitgehend an das europäische Recht angeglichen. Nach deutschem wie nach europäischem Recht werden Patente nur für Erfindungen, also technische Lösungen technischer Probleme erteilt. Vom Patentschutz ausgenommen sind Entdeckungen und nichttechnische Gegenstände, zum Beispiel mathematische Methoden (§ 1 III PatG, Art. 52 II EPÜ). Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob Software patentierbar ist. Das EPÜ und das deutsche Patentgesetz schließen zwar Computerprogramme "als solche" vom Schutz aus, doch sind computerimplementierte Erfindungen dem Patentschutz zugänglich. Mittlerweile gehen sowohl das EPA als auch die deutschen Gerichte davon aus, dass Computerprogramme dann geschützt werden können, wenn sie einen technischen Beitrag zum Stand der Technik leisten, nicht hingegen, wenn der Beitrag ökonomischer oder geisteswissenschaftlicher Art ist. Den Schutz biotechnologischer Erfindungen regelt eine EU-Richtlinie von 1998, die im deutschen Recht unter anderem in §§ 1a, 2 und § 2a PatG umgesetzt wurde. Der menschliche Körper und seine Bestandteile sind nicht patentierbar, isolierte Körperbestandteile können aber Gegenstand eines Patents sein (§ 1a I, II PatG). Erfindungen, deren Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder gegen die guten Sitten verstoßen würde, sind nicht patentierbar (§ 2 I PatG), § 2 II PatG enthält spezielle Ausschlussgründe für biotechnologische Erfindungen, deren Anwendung aber nicht immer leicht fällt. So hält das EPA embryonale Stammzellen für nicht patentierbar, doch ist vorstellbar, dass der Europäische Gerichtshof, der die Richtlinie von 1998 auszulegen hat, in einem derzeit anhängigen Fall zu einem an-

deren Ergebnis gelangt.

Erfindungen werden nur patentiert, wenn sie neu sind, auf erfinderischer Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind (§ 1 PatG, Art. 52 EPÜ). Der Neuheitsbegriff des deutschen und europäischen Rechts ist absolut; Wurde die Erfindung irgendwo auf der Welt zu irgendeinem Zeitpunkt bereits der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, so ist sie nicht mehr neu. Allerdings ist die Neuheit in Zeiten einer globalisierten Forschung, deren Ergebnisse immer öfter auch in außereuropäischen Sprachen veröffentlicht werden, immer schwieriger festzustellen. Hier liegt ein praktisches Problem, das sich nur durch eine verstärkte Zusammenarbeit der weltweit führenden Patentämter lösen lässt. Die Schutzdauer des Patents beträgt 20 Jahre, doch wurde aufgrund einer EU-Verordnung die Möglichkeit geschaffen, für Arzneimittel ein ergänzendes Schutzzertifikat zu erhalten. Es gewährt zusätzlichen Schutz von bis zu 5 Jahren und soll so den Zeitverlust während des arzneimittelrechtlichen Zulassungsverfahrens ausgleichen.

Die Reichweite des Patents wird durch die Patentansprüche bestimmt (§ 14 PatG). Dabei liegt nach deutschem Verständnis eine Patentverletzung nicht nur dann vor, wenn die angegriffene Ausführungsform unter den Wortlaut der Ansprüche fällt. Auch Äquivalente, also Gestaltungen, die ein Fachmann aufgrund der Ansprüche als technisch gleichwirkend erkennt, können ein Patent verletzen. Hier besteht ein Unterschied zum britischen Recht, das Äquivalente nicht anerkennt. Außerdem unterscheidet sich das deutsche Recht von anderen Rechtsordnungen dadurch, dass für die Patentverletzung und die Nichtigkeit unterschiedliche Gerichte zuständig sind. Gegen eine Patentverletzung wird vor den ordentlichen Gerichten geklagt. Diese Gerichte sind nicht befugt, das Patent für nichtig zu erklären. Hierfür ist nur das mit juristischen und technischen Richtern besetzte Bundespatentgericht zuständig. Hat das Verletzungsgericht Zweifel an der Beständigkeit des Patents, so setzt es das Verfahren aus, bis das Bundespatentgericht über die Wirksamkeit entschieden hat.

Auf internationaler Ebene enthält schon seit 1883 die PVü bestimmte Vorgaben; vor allem verpflichtet sie die Mitgliedstaaten dazu, Staatsangehörige der Vertragsstaaten ebenso zu behandeln wie Inländer. Wesentliche patentrechtliche Mindeststandards enthalten aber vor allem Art. 27 ff. des TRIPS-Übereinkommens von 1994, das Teil des Welthandelsrechts ist. Patente müssen für alle Gebiete der Technik verfügbar sein, und zwischen den einzelnen Technikbereichen und zwis-