



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

知识产权法

制度·理论·

(第二版)

徐棣枫 解 亘 李友根 编著



科学出版社

普通高等教育“十一五”国家级规划教材

知 识 产 权 法

——制度·理论·案例·问题

(第二版)

徐棣枫 解 亘 李友根 编著

科 学 出 版 社

北 京

内 容 简 介

本书全面深入地介绍与评论了知识产权的基本制度、理论及相关实务问题,涉及专利法、著作权法和商标法。本书以现行法律法规、司法解释为依据,以国内外最新的理论共识为参照,由浅入深,引导学生掌握该科知识,并为其今后从事相关的法律实务工作提供基本的训练。

本书适合法学专业及相关专业的师生,以及对法学专业感兴趣的读者阅读。

图书在版编目(CIP)数据

知识产权法:制度、理论、案例、问题/徐棣枫,解亘,李友根编著.
—2版.—北京:科学出版社,2011.3

普通高等教育“十一五”国家级规划教材

ISBN 978-7-03-030316-5

I. ①知… II. ①徐…②解…③李… III. ①知识产权法-中国-高等学校-教材 IV. ①D923.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第024977号

科学出版社出版

北京东黄城根北街16号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

北京市农林科学院有限公司印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2005年10月第 一 版 开本:B5(720×1000)

2011年3月第 二 版 印张:26 1/4

2011年3月第六次印刷 字数:520 000

印数:7 801—10 800

定价:49.00元

(如有印装质量问题,我社负责调换)

作者简介

徐棣枫 男，1965年4月生，江苏淮安人。理学士、法学学士、法学博士。美国威斯康辛大学访问学者。曾任南京大学专利事务所专利代理人，在《法学杂志》、《南京大学学报》、《南京大学法律评论》等刊物发表学术论文30余篇，撰有《专利权的扩张与限制》（知识产权出版社2007年版）、《企业知识产权战略》（知识产权出版社2010年版）等著作和教材。现为南京大学法学院教授、研究方向为知识产权法学。

解 亘 男，1967年10月生，陕西宝鸡人。1989年毕业于西安交通大学材料工程系，获工学学士学位；1991年毕业于中国人民大学法学院，获法学学士学位；2000年于日本京都大学法学部博士毕业。曾在《中外法学》、《知的财产法政策学研究》（日本）、《环球法律评论》、《南京大学法律评论》等刊物发表学术论文10余篇，译著有《民法讲义I：总则》（北京大学出版社2004年版）。现为南京大学法学院副教授，研究方向为民法学、知识产权法学。

李友根 男，1967年11月生，浙江温岭人。1987年毕业于南京大学法律系，获法学学士学位；1990年毕业于南京大学法律系，获法学硕士学位；2002年毕业于中国人民大学法学院，获法学博士学位。曾在《法学研究》、《法律科学》等刊物上发表学术论文40余篇，撰有《怎样打知识产权官司》（河海大学出版社1993年版）、《人力资本出资问题研究》（中国人民大学出版社2004年版）等著作。现为南京大学法学院教授、博士生导师，研究方向为经济法学、知识产权法学。

编著者说明

本书为普通高等教育“十一五”国家级规划教材，是在2005年9月第一版的基础上修订编写完成的，依照下列指导思想而编著。

第一，紧密结合法学本科教学的实际情况确定基本内容，由专利法、著作权法、商标法三篇构成。《知识产权法》作为教育部确定的法学专业16门核心课程之一，依照《知识产权法教学基本要求》的规定，应包括知识产权概述、著作权法、专利法、商标法、反不正当竞争法、与知识产权有关的国际公约六篇。但是我们认为，在我国的法学本科教学实践中，反不正当竞争法或者包含在《经济法学》课程之中，或者单列为一门选修课，很少将该内容纳入《知识产权法》的教学内容之中。兼之专利法、著作权法、商标法三部分的内容本身已经非常充实，教学任务在本科教学有限的课时中已经显得较为紧张，因此本书未将反不正当竞争法的内容包含在内。此外，有关国际公约的介绍已经体现在相应的制度阐述之中，亦未单独设篇予以介绍。

第二，围绕制度、理论、案例、问题而展开介绍与研讨。为了更好地体现理论与实践的结合，强调实用性，本书在介绍我国现有知识产权法的各种制度的同时，着重从理论角度予以阐述与分析，揭示出知识产权制度设计的理论基础及可能存在的问题。同时，结合制度的内容，以较为典型的案例引出知识产权实务所提出的问题，并从制度与理论的角度加以分析与研讨。每章后所附的思考题是汇集实务中面临的各种疑难问题、教材正文中未能涉及的理论问题，供读者复习思考之用，并可以作为进一步研讨的素材。也正是从实用性角度出发，本书未安排“知识产权概述”或“知识产权总论”这一部分内容，一方面是有关内容在实践中并无太多的实用意义；另一方面是真正关涉总论的问题，需要在专利法、著作权法、商标法的具体制度中加以体味。

第三，本书三篇相对独立，由三位教师分别撰写，因此在撰写的体例、风格上有所区别，望读者们予以谅解。本书的编著者分别是：徐棣枫（第一篇专利法）、解亘（第二篇著作权法）、李友根（第三篇商标法）。

本书的上述内容安排与撰写思路，有别于国内现有的知识产权法教材，因此必然存在着各种问题与不足。诚望广大读者多提宝贵意见，以利我们在修订时予以完善。

编著者

2010年10月
于南京大学

目 录

作者简介
编著者说明

第一篇 专 利 法

第一章 专利法概述	1
第一节 专利制度的历史渊源.....	1
第二节 有关概念.....	6
第三节 中国专利制度的建立和发展.....	9
第二章 专利权的客体	13
第一节 立法体例	13
第二节 发明	14
第三节 实用新型	17
第四节 外观设计	20
第三章 获得专利权的实质性条件	24
第一节 新颖性	24
第二节 创造性	31
第三节 实用性	34
第四节 不授予专利权的情形	36
第四章 专利申请	41
第一节 专利申请的原则	41
第二节 专利申请文件	46
第三节 专利申请的提交	55
第五章 专利申请的审批	58
第一节 审批制度概说	58
第二节 专利的审批	60
第六章 复审与无效程序	68
第一节 复审	68
第二节 专利权无效宣告	71
第七章 专利保护的主体	75
第一节 发明人或者设计人	75

第二节 专利申请人和专利权人	77
第八章 专利权	83
第一节 专利权人的权利	83
第二节 专利权的限制	89
第九章 专利权的保护	99
第一节 专利侵权行为	99
第二节 发明和实用新型专利侵权的判定	102
第三节 外观设计专利侵权的判定	112
第四节 专利侵权诉讼中的特殊问题	115
第五节 专利侵权的民事责任	123
第二篇 著作权法	
第十章 总论	125
第一节 著作权法的目的	125
第二节 著作权法的理念	126
第三节 著作权法的两大体系	128
第四节 著作权制度的历史	129
第五节 著作权制度的危机	134
第六节 与相关民事权利的关系	135
第十一章 作品	141
第一节 著作权法保护的客体——思想内容还是表达形式	141
第二节 作品的概念	144
第三节 作品的类别	148
第四节 著作权客体的排除领域	160
第十二章 作者及著作权人	166
第一节 作者	166
第二节 著作权的原始主体	169
第三节 著作权的继受主体	179
第十三章 著作权的内容	181
第一节 著作财产权	181
第二节 著作人身权	198
第十四章 邻接权	208
第一节 总论	208
第二节 表演者权	209
第三节 录音录像制作者的权利	213

第四节 广播组织的权利·····	214
第五节 有关出版者的权利——版式设计权·····	215
第十五章 权利期间 ·····	217
第一节 著作权的起点·····	217
第二节 著作权的终点·····	218
第三节 邻接权的保护期间·····	223
第十六章 权利的限制 ·····	226
第一节 总论·····	226
第二节 合理使用·····	227
第三节 法定许可·····	239
第四节 强制许可·····	242
第五节 对著作人身权的限制·····	243
第十七章 权利处理 ·····	248
第一节 许可·····	248
第二节 转让·····	252
第三节 信托·····	256
第四节 质押·····	256
第十八章 救济 ·····	257
第一节 民事救济制度的体例·····	257
第二节 拟制侵权·····	259
第三节 著作权侵害的民事效果·····	262
第四节 时效·····	273
第五节 抗辩·····	274
第六节 行政责任·····	275
第七节 刑事责任·····	277
第十九章 集体管理 ·····	278

第三篇 商 标 法

第二十章 商标与商标法概述 ·····	283
第一节 商标的概念与特征·····	283
第二节 商标的种类·····	293
第三节 商标法的基本原则·····	305
第二十一章 商标注册 ·····	310
第一节 商标注册概述·····	310
第二节 商标注册的实体条件·····	312

第三节	商标注册的程序条件·····	332
第二十二章	商标评审·····	343
第一节	商标评审概述·····	343
第二节	撤销注册商标的评审·····	343
第三节	对商标局撤销注册商标决定的评审·····	347
第二十三章	商标权的内容·····	356
第一节	商标权的概念与性质·····	356
第二节	商标权的内容与行使·····	361
第二十四章	商标权的保护·····	371
第一节	商标侵权行为的种类·····	371
第二节	商标侵权行为的法律责任·····	393
第三节	商标权保护中的程序问题·····	400

第一篇 专 利 法

第一章 专利法概述

【问题与思考】

人类长期以来对知识的使用采取的是“共享”规则，为什么后来会出现专利制度对符合特定条件的发明创造提供排他的“独享”权？

第一节 专利制度的历史渊源

一、威尼斯元老院 1474 法案——第一部最接近现代专利制度的法律

14 世纪早期，威尼斯就给石磨设计授予了专利，而在 1421 年的佛罗伦萨，著名的建筑设计师 Brunelleschi 就因其配备有起重机的石料运输船而被授予专利。“专利”一词也就是在那个时候出现的。威尼斯元老院于 1474 颁布法案，对“专利”进行规范。^①

本元老院特规定，任何在本城市作出了新颖而精巧的机械装置者，而且在本城邦内前所未有的，一旦其发明经改进已臻完善，则应向市政厅报告，以便使该项发明得以利用及运作。以后十年内，我辖区内的其他任何人，未经发明者许可或授权都不得制作任何与其发明相同或相类似的事物。如果有人以违法的方式制作该物，上述作者或发明人有权向本城长官控告此人，而长官应令侵权人付发明者 100 金币，且立即销毁伪造品。^②

威尼斯元老院 1474 法案是世界上第一部最接近现代专利制度的法律，之所以仍不能把它称为专利（patent）法，主要因为它的出发点是把工艺师们的技艺当做准技术秘密加以保护，而 patent 本身则是“公开”的意思。^③

二、专利制度在英国确立

（一）特别专利制度及其滥用

14 世纪，英国国王为排除行会的干预，使外国的先进技术和投资能在英国

① [美] 罗伯特·P. 墨本斯等：《新技术时代的知识产权法》，齐筠等译，中国政法大学出版社，2003 年，第 101 页。

② [美] 蔓蒂奇：“威尼斯的专利”，参见 [美] 罗伯特·P. 墨本斯等：《新技术时代的知识产权法》，齐筠等译，中国政法大学出版社，2003 年，第 101 页。

③ 郑成思：《知识产权论》（第 3 版），法律出版社，2005 年，第 4 页。

经营,并将技术传授于英国工人,常向外国技工颁发专利证书,授予垄断权利。可见,当时的专利主要是为了从外国引进新的工业和技术,而不在于保护新的发明^①。这就是一般所说的“特别专利制度”。该制度实施后,确实为英国的产业技术水平的提升创造了条件,缩短了英国和欧洲大陆国家的差距。

但是,到了伊丽莎白女王时代(1558~1603年),这种制度曾一度被滥用,王室或者为虚假申请所欺骗,或用来对身边宠臣进行封赏,或以此作为王室的财源,甚至对那些公知技术也授予了专利。这种情况受到国民的严厉谴责,1601年爆发了下院抗议,为平息抗议,女王不得不到下院进行演说,并宣布取消这种极为有害的专利权,同时也宣布国民可以随时向法院起诉,获得由于别人行使权利不当而应得到的救济。^②

(二) 1602年达西诉阿廉案——现代专利的起点

1602年在英国发生了一件非常著名的诉讼案,即达西(Darcy)诉阿廉(Thomas Allen)案。该案涉及一项扑克牌专利,又被称为“垄断案”。

原告人达西获得了女王给予的制造和销售扑克牌的专利证,而被告人阿廉是伦敦市一个小杂货商,在店里也制造和销售扑克牌。因此,原告以侵犯专利权为理由提出了诉讼,被告作了如下答辩:“作为伦敦市的一个小杂货店店员,在英国国内可以自由地制造销售扑克牌,这早已成为惯例,被告是店员中的一员,所以当然完全有这个自由。况且,原告的专利证,实际是攫取了别人既得职业,因此理应宣布无效。在英国承认这种专利的条件应该限于如下情况,即不论任何人,只要是通过自己的费用和劳动,或通过自己的知识而创造的发明,在国内创办新兴事业;或者是研究出在国内过去从未有的手段,对国内事业有所促进,由此而对国家有所裨益时,国王可根据发明人的贡献,在该发明为一般国民掌握之前的适当时期内授予发明人以专利权。但除此之外的情况,则不能授予专利证。”法院同意了被告的看法,结果宣布达西的专利无效。^③

(三) 1623年《垄断法规》——第一部现代含义的专利法

英国议会于1623年颁布了《垄断法规》(Statute of Monopolies),以控制和限制对专利的滥用,规定一切垄断都应被拒绝,同时以该法第6条规定的情况作为例外,新产品的最初提出者可以获得14年的垄断权。^④

① 汤宗舜:《专利法教程》,法律出版社,2001年,第7页。

② [日]吉藤幸朔:《专利法概论》,宋永林、魏启学译,专利文献出版社,1990年,第18页。

③ [日]吉藤幸朔:《专利法概论》,宋永林、魏启学译,专利文献出版社,1990年,第19页。

④ [英]蒂娜·哈特、琳达·法赞尼:《知识产权法》(英文版),法律出版社,2003年,第7页。

《垄断法规》被认为是世界上第一部现代含义的专利法，它宣布以往君主所授予的发明人的特权一律无效。它规定了发明专利权的主体、客体、可以取得专利的发明主题、取得专利的条件、专利有效期以及在什么情况下专利权将被判为无效。这些规定为后来所有国家的专利法划出了一个基本范围，其中的许多原则和定义一直沿用至今。^①

《垄断法规》的实施意义非凡。首先，在法律上，实现了专利由封建的特权发展为现代的民事权利的转变。其次，专利制度的实施，保护和刺激了技术创新，大量大机器的发明涌现出来，为产业革命爆发奠定了技术基础。^②

三、专利制度的普及和国际协调

（一）推广与普及

继英国之后，美国于 1790 年、法国于 1791 年、俄国于 1814 年、德国于 1877 年、日本于 1885 年先后颁布了专利法。目前，世界上绝大多数国家都建立起了专利制度。而且自 1883 年签定《保护工业产权巴黎公约》（以下简称《巴黎公约》）开始，专利制度走向了全球协调的道路，特别是世界贸易组织的《与贸易有关的知识产权协议》，更进一步使专利制度向国际化发展。

由于最初的专利法只对本国发明给予保护，或虽给予保护但附加一定的限制，且其效力仅限于一国之内，给发明人造成了极大的不便。随着专利制度的推广和普及以及国际贸易和技术交流的不断扩大，出现了协调统一专利法的需求。

（二）国际协调

1. 国际协调的开端——《巴黎公约》

1873 年奥匈帝国邀请一些国家参加在维也纳举办的国际博览会。由于各国参展厂商提出“工业产权得不到国际保护，不能放心地展出其新发明的产品”；美国驻维也纳大使向奥地利外交部提出照会，对奥地利的立法保护感到不满；参展国提出召开国际保护工业产权会议……结果奥地利政府只好颁布一项特别法律，为参展的发明、外观设计、商标等提供临时保护。会后在维也纳讨论了专利权的国际保护问题，由于各国间的利害冲突，当时会议毫无结果。几经周折，1881 年在巴黎召开的会议上，通过了一项保护工业产权的公约草案，1883 年 3 月 21 日在巴黎召开的外长会议上，由比利时、巴西、意大利、法国等 11 个国家

^① 郑成思：《知识产权论》（第 3 版），法律出版社，2005 年，第 3 页。

^② 尽管人们对专利与工业革命之间的关系有不同的看法，但是，专利制度实施后，英国产生的发明创造数量激增。有学者对工业革命中专利所发挥的不可替代的作用进行了考察。参见金海军：《知识产权私权论》，中国人民大学出版社，2004 年，第 58～82 页。

通过并签署了《巴黎公约》(于1884年7月4日正式生效)。后来,英国、突尼斯、厄瓜多尔等国家也宣布参加。该公约所称的“工业产权”包括发明专利、工业品外观设计、实用新型、商标、厂商名称、服务标记、产地标记、原产地名称以及反不正当竞争等。^① 中国于1985年3月19日加入该公约。

《巴黎公约》第2条第1项规定:“关于工业产权的保护,本联盟任何国家的国民在本联盟所有其他国家内应当享有各该国法律现在授予或者今后可能授予国民的一切利益;一切都不应损害本公约特别规定的权利。因此,他们应当享有和国民同样的保护,在他们的权利被侵犯时享有同样的法律救济手段,但是以他们遵守对国民规定的条件和手续为限。”^②

《巴黎公约》第4条A至I规定了专利、实用新型、工业品外观设计、商标、发明证书的优先权。根据规定,成员国的申请人在成员国提出第一次工业产权的正式申请后,在规定的时间内就同样的内容再向其他成员国提出申请的,其在今后申请在某些方面被视为是在第一次所提申请的申请日提出的。即该申请人的第一次申请日在规定的期限内相对于其他人的申请享有优先权,这个期限称为优先权的期间,对于专利和实用新型为12个月,对于工业品外观设计和商标为6个月。

《巴黎公约》第4条之二明确规定:“本联盟国家的国民在本联盟各国申请的专利,与在其他国家(不论是否本联盟的成员)就同一发明所取得的专利是相互独立的。”即专利权人在各国所获得的专利分别独立存在,各自是独立的,其生效、无效、失效由各国独立确定,相互之间没有必然的联系和影响。

《巴黎公约》的主要贡献在于确立了“国民待遇原则、优先权原则、各国专利独立”三大原则,为发明人到其他成员国申请专利创造了法律条件。

2. 地区性协调的典范——《欧洲专利公约》

《欧洲专利公约》(European Patent Convention, EPC)是由创始成员国于1973年10月5日在德国慕尼黑签订的,于1977年10月7日生效,至2003年1月该公约已有26个缔约国。根据《欧洲专利公约》所设立的欧洲专利局(EPO)和美国专利商标局(USPTO)以及日本特许厅(JPO)并称为世界三大专利局。

申请人只要向欧洲专利局提出一件欧洲专利申请,通过审查后可获得一个欧洲专利(European patent),经专利权人的指定,该欧洲专利可以进入所有缔约国,与各缔约国所授予的本国专利具有同等的效力而得到保护。《欧洲专利公约》为申请人在缔约国获得专利保护提供了方便、经济的途径,实现了一件申请多国有效的效果。申请人通过一件申请,获得了一束专利。需要注意的是,《欧洲专

^① 张乃根、陆飞:《知识经济与知识产权法》,复旦大学出版社,2000年,第50页。

^② 《巴黎公约》译文来自国家知识产权局条法司:《最新专利国际条约汇编(上)》,知识产权出版社,2002年,第5页。

利公约》没有涉及缔约国国内专利执法，也没有建立统一的欧洲专利法院，司法权力仍由缔约国行使。

3. 全球协调的中间成果——《专利合作条约》

《专利合作条约》(Patent Cooperation Treaty, PCT)是由美国提议，由创始成员国于1970年6月19日在华盛顿签订的，于1978年2月24日生效。中国于1994年1月1日加入该条约。

《专利合作条约》主要是为了解决向外国申请专利存在的重复申请和重复审查的麻烦，在专利申请的程序方面进行了协调。其解决方案是将向外国申请专利称为国际申请，而国际申请分为两个不同的阶段：国际阶段和国家阶段。

(1) 国际阶段。申请人向公约规定的受理局提出国际申请，启动国际阶段程序，由受理局进行形式审查、国际检索和国际公布以及对申请进行初步审查，初步审查由申请人自愿提出而实施。

(2) 国家阶段。在国际申请自优先权日起30个月（如果申请人在自优先权日起19个月内未提出国际初步审查要求的，时间为20个月）内提出进入指定国，并提交指定国要求的译文，由指定国按照本国专利法进行审查，通过后获得指定国的专利。

4. 专利保护标准趋向国际一体化——世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》

世界贸易组织《与贸易有关的知识产权协议》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs)于1994年4月15日在马拉喀什由原关贸总协定成员签署，在世界贸易组织正式成立之日——1995年1月1日生效。该协议是目前最为重要的关于知识产权的国际多边协议。与《巴黎公约》相比，由于该协议将知识产权与贸易联系，并建立了最低保护标准、透明度原则、争端解决机制等，使得该协议成为目前影响力最大的知识产权国际协议。中国于2001年11月10日世界贸易组织多哈部长级会议上被正式接纳为世界贸易组织成员，并于2001年12月11日生效。作为世界贸易组织三大法律文件之一的TRIPs，也对中国产生约束力。中国已根据TRIPs对《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)等进行了修订，以使其符合TRIPs的要求。

5. 未来的全球专利制度

发达国家已提出建立统一的全球专利法、统一的全球专利局和专利法庭，使得一次申请就能获得一个全球一体有效的专利权，在世界范围内获得专利保护。目前，世界知识产权组织(WIPO)和一些发达国家已提出这一希望，并进行了学术探讨和研究。由于全球专利制度可能损害各国主权，而且各国经济技术发展状况存在差异，使用统一标准，将使发展中国家在脱离本国国情的基础上高标准保护知识产权而背上过重的国际义务，对此应予高度警惕。

第二节 有关概念

一、专利

“专利”(patent)一词来源于拉丁文“patere”(开),意指君主授予的有关特权的公开文件。^①后来演变为“专利”。在中世纪的英国,国王经常通过一种称为 letters patent 的文件,对臣民加封官禄、颁发大赦及赐予各种特权, letters 意为“文件”, patent 意为“打开”,合起来即指“可以公开的文件”。这种文件上盖有国王印玺,不予封口,人人可以打开阅读。后来,这个词简化为 patent,并逐渐演变为专指授予专利权的法律文书。汉语中的“专利”一词即由 patent 翻译而来。^②其实,在汉语里早在《国语》中就出现了“专利”一词,如《国语》中有“荣公好专利”,即指一人把“利”都独占了,其含义显然与前者是不同的。世界知识产权组织前总干事鲍格胥(D. A. Bogsch)曾建议在汉语中也找一个与 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。^③

一般而言,汉语中“专利”一词具有以下三种含义;

(1) 专利文献。专利可以是指记载了具体技术方案的专利文献,包括说明书、权利要求书等。如当人们说去查专利,就是指查阅专利文献。

(2) 专利技术。专利是指获得专利法保护的由专利权人垄断使用的技术。如《专利法》第12条规定:“任何单位或者个人实施他人专利的,应当与专利权人订立实施许可合同,向专利权人支付专利使用费。被许可人无权允许合同规定以外的任何单位或者个人实施该专利。”该条中的专利,就是指专利技术。

(3) 专利权。专利的基本含义等同于专利权,指专利权人依据《专利法》所拥有的权利,即在专利的有效期内,专利权人所享有的排他性的权利,他人未经许可擅自为经营目的而实施。

二、专利制度及其学说

(一) 专利制度的概念

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

① [美] 罗伯特·P. 墨本斯等:《新技术时代的知识产权法》,齐筠等译,中国政法大学出版社,2003年,第101页。

② 刘建文、张里安:《现代中国知识产权法》,中国政法大学出版社,1993年,第317页。

③ 郑成思:《知识产权论》(第3版),法律出版社,2005年,第3页。

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创造的内容公之于世,以便进行技术情报交流和技术有偿转让。^①

(二) 专利制度的原理

建立专利制度的理论依据是什么,其正当性和合理性何在,学者们从不同角度对此进行了研究,形成了关于专利制度的不同理论。

1. 自然权利论

自然权利论认为,发明人对他的发明具有获得保护的“固有的”也就是“自然的”权利,专利法就是为了保护这种自然权利而制定的。1791年法国专利法的前言中就声称,如果工业发明不被认为是发明人的财产,从实质上来说,那是违反人权的。自然权利的理论虽然在历史上起过作用,不过作为专利制度的理论根据是站不住的。因为接受这种理论,那就难以解释为什么专利保护有时间限制。如果是自然权利,那么应该是无限期的。其次,如果几个人分别独立作出一项相同的发明,那么专利法应该承认这几个人每人都有一个专利权,而不应该像许多国家专利法规定的那样,只有第一个申请人享有专利权。^②

2. 受益权论

受益权论又称“报酬论”。该理论认为,鉴于发明人通过创造性劳动对社会做出了有益的贡献,社会理应对发明人给付报酬。允许发明人在一定期限内独占实施发明的权利,从而使之得以暂时排除竞争,获得相当的经济利益,这便是社会对发明人的报酬。^③受益权论无法解释专利制度中的先申请原则和地域原则,而且,发明人从市场所获得的利益很难与其投入相当,两者之间并不存在直接的相关关系。

专利制度本身在事实上并不体现“按劳分配”或者“按资分配”的原则。无论是“按劳分配”或者“按资分配”,只要有投入就应当有回报。而按照专利法,每一发明创造只能授予一项专利权。其他的发明人尽管也同样完成了发明创造,但却得不到相应的权利。可见专利权在性质上并不是智力劳动的报酬或者资本投入的回报,报酬说也难以成立。^④

3. 激励论

激励论认为,通过专利而授予的垄断权,是鼓励发明活动和财政支持的必要

① 参见《关于〈中华人民共和国专利法(草案)〉的说明》。

② 汤宗舜:《专利法教程》,法律出版社,2001年,第12页。

③ 刘建文、张里安:《现代中国知识产权法》,中国政法大学出版社,1993年,第320页。

④ 刘春田:《知识产权法》,中国人民大学出版社,2000年,第138页。

的经济刺激,同时,具有专有性的财产权对于鼓励发明者将发明向社会公开也是一个必要的刺激。^①正如林肯所言,专利制度给天才之火添加了利益之油。^②这种理论假定发明是一种社会产品,它们造价很高,一旦问世便很难控制。于是,如果缺乏专利保护,发明人就会没有足够的动力投入到创造、改进和销售新产品中去。专利法提供了一种市场驱动力来激励对创新的投入,准许发明人享有其发明的全部经济收益。^③

4. 契约论

契约论又称秘密公开论或代价论。该理论认为,专利制度实际上是一种发明人与社会间订立的契约,按照这种契约,发明人以公开其最新的发明创造作为对价,来换取社会对其专利权的承认^④。因此,专利制度可以简单地用一句话概括,即“以授予发明人独占权为代价,换取发明对公众的公开”。这种契约关系可用图 1.1 表示。

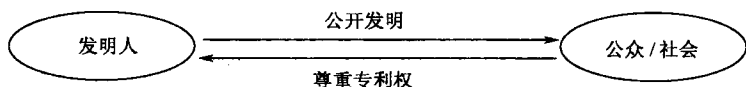


图 1.1

此外,还有防止不正当竞争论、发展经济论、非物质财产论等。各种关于专利制度的理论学说都从不同的方面阐述了专利制度建立的正当性和合理性,不再一一详述。

我们认为,可以将激励论和契约论结合,从利益平衡的角度来阐述专利制度的机制和正当性。

人类发明的历史可以分成两个阶段,以 14 世纪为分野,与发明的两个阶段相对应的,是不同的发明模式。发明的第一个阶段可称之为实践模式的发明,技术发明是基于实践经验,其获得往往是偶然的,是生产活动的副产品,几乎无成本。随着技术进步,发明进入第二个阶段,发明模式由实践模式发展为实验模式即“试错和改错”,产生发明的概率是由发明者的科学知识存量和可供发明用的材料以及周围物质环境决定的,科学知识本身也是科学研究中不断“试错和改

① 冯晓青:《知识产权法哲学》,中国人民公安大学出版社,2003 年,第 268 页。

② *The patent system added the fuel of interest to the fire of genius.* 转引自[美]贾尼丝·M. 米勒:《专利法概论》(英文版),中信出版社,2003 年,第 22 页。

③ [美]罗伯特·P. 墨本斯等:《新技术时代的知识产权法》,齐筠等译,中国政法大学出版社,2003 年,第 1111 页。

④ 刘春田:《知识产权法》,中国人民大学出版社,2000 年,第 138~139 页。