



摘 要：本文就中国专利法演进的动因以及相关立法的知识供给状况做出解释。从1985年第一部专利法出台以后，中国专利法的初期发展以中国经济改革、建设市场经济制度这样的政策导向为基础，1992年和2000年的两次修改是最明显的表现，而2006年的修正草案则着眼于确定性和可预见性，具有司法导向的效果。在这样一个演进过程中，关于市场经济制度建设的激励理论对1985年至2000年专利法的发展具有相当的解释作用，另一方面，中国恢复GATT缔约国地位和加入WTO的外部要求也成了中国专利法发展的一个诱因。在这个演进过程中，借鉴西方国家的专利法实践和满足中国加入的国际条约的外部要求构成了中国专利法发展的知识源泉。专利法的这种发展路径在中国众多的法律演进历史中具有代表性。

关键词：专利法演进；激励理论；知识供给；外部要求

中图分类号：D92 **文献标识码：**A **文章编号：**1006-1894(2008)04-0050-06

今天我们所谈论的专利制度和专利法律，其起源、发展和成熟都不是始于中国。从专利制度的历史发展来看，在不同地区或国家，其最初的动因可能是君王的奖赏，或是君王授予的贸易特权，或是通过君王的授权进行的私有财富的分配。^①从1985年到现在，中国专利法律制度经历了从无到有、从粗线条到精确化这样的历程，也是逐渐从市场经济的政策导向向司法导向转变，尽管这种转变的阶段不是十分清晰，是一种渐进的过程。今天，定义精确、高保护水平、高门槛的专利授权条件已经成为共识。一种完全是西方的法律制度最终在中国完全被接受，最后达到同美国、欧洲发达国家和地区相当的水平。专利法在中国发展的动因是什么？有关完善的专利法的知识是怎样获得的？本文试图回答这些问题。

一、中国专利法的发展和激励理论

从经济学角度看，财产权法律涉及的是财产权的创设和界定，而财产权是对有价值资源进行排他性使用的权利。^②知识产权被认为是财产权。财产权的规范性功能是消除不确定性，确立产权人的收益期望，使资源得到最佳的利用。在这个前提下，专利权被认为是对发明人的奖励，进而激励着人们的创造。

激励理论在普通法中是描述性的，这适合一个自发秩序衍生的情况。激励理论也可以作为一种规范理论，作为具有特定社会或经济价值取向的基础。假定激励理论同样适用专利法在中国发展的契机，但是鉴于专利制度并非源于中国的自发秩序，因此制定专利法律制度就具有规范性特点，所以用激励理论解释中国专利法，必须有一个前提，那就是中国有意识制定的政策目标同激励理论

相吻合。

专利制度的激励效应必须有一个隐含的前提,即专利权必须作为私权(其本身又建立在“经济人”的假设之上)。但上个世纪70年代末80年代初中国酝酿专利法的时候,这种“私权”前提并不存在。当时的出发点是“坚持社会主义原则,要适合我国是发展中国家的国情”,“要适应经济体制和科技体制改革的需要”。^③计划经济的计划性和专利权的专有特性难以兼容,因此当时出于激励机制来制定专利法的理由并不充分。但当时中国正在酝酿经济体制的改革,以此可以认为建立专利制度是经济体制改革的一部分。这种经济体制改革的目标是通过强调“自主性”使经济具有活力。80年代初企业的自主性和今日的市场化确实不可同日而语,但在初步意义上,自主性和专利的专有性是吻合的,这样在中国经济改革的初期制定专利法,激励确实可以被视为1985年出台的中国专利法一个大致的出发点。^④

1992年专利法的第一次修改,正值中国建设市场经济制度开始启动,但专利法的修改并没有反映出这种政策取向。原因可能在于,此次修订专利法的时候市场经济目标处于刚刚确立的初期,还来不及反映在专利法的宗旨中。根据中国立法的大致规律来看,一般是先确定政策目标、再通过法律予以固定,二者之间存在一个时间差。另一种可能性就是此次专利法的修订,主要“为恢复关贸总协定缔约国地位创造条件,同时也为了履行我国在《中美知识产权谅解备忘录》中作出的承诺”。^⑤本次修改的主要内容包括:扩大了可申请专利的主题,扩大了权利人的权利范围(如进口权)、延长了权利期限(发明专利的保护期从15年延长至20年)、将授予专利权前的异议程序改为授予专利权后的撤销程序、初步完善了强制许可制度。此次修改的功利性非常明显,它不是为刚刚酝酿的市场经济秩序目标所激发,而是恢复GATT缔约国地位的目的。但此次修改也为下文所说的中国专利制度向发达国家标准靠拢迈出了实质性的一步。

2000年专利法的修改面临双重目的:适应市场经济体制的完善、满足加入世界贸易组织对专利法提出的标准。^⑥此次修订基本上展现出了专利法潜在的激励理论,这同建立从1992年以来就确立了的市场经济制度目标是一致的,这在2000版本的宗旨可以看出。2000年的修订和1992年修订背景之一类似,一个重要的任务就是加入WTO。完善市场经济制度和加入WTO这两个宗旨能否很好地协调呢?也就是说在一次修订专利法律过程中能否同时满足这两个目标呢?答案似乎是明确的。加入WTO的隐含前提条件是市场经济制度。^⑦如果专利法的修订能满足加入WTO的要求,应该说专利法的修改也就能够有助于完善市场经济制度这个目标。如果单就完善市场经济制度这个目标而言,此次修改的相当部分内容确实表达了专利制度中激励理论的一面,例如,明确专利法的立法宗旨包括促进科技进步与创新;完善发明创造归属制度,允许发明人或者设计人与所在单位对利用本单位物质技术条件完成的发明创造约定权利归属;取消全民所有制单位对专利权持有的规定,使全民所有制单位与其他经济主体一样作为专利权人享有权利。此次修订能满足加入WTO标准尚且不论,但对职务发明、全民所有制单位发明的规定,确实做了市场化的处理。^⑧

2006年中国知识产权局主导下提出了修订2000版专利法的动议,并公布了征求意见稿。核心的变化是专利授权条件、等同原则和全面覆盖原则、禁止反悔、职务发明、紧急状态下的强制许可、纳入TRIPS实践所形成的权利,等等。这些修改动议最后要获得通过仍有待于充分讨论。

中国专利法从1985年初次通过到2006年期间,先后有3个生效的版本,一个明显的发展方向就是对计划经济色彩较浓的全民所有制单位、国有企事业单位逐步作出了市场化的处理,到2006年的修改草案中,全民所有制单位、国有企事业单位这样的提法取消了,演变成“承担国家投资的科研项目完成的发明创造”,在这种措辞中,发明主体也就成了市场主体,计划特色和所有制特色消失了。在上个世纪经济改革之初强调搞活经济,强调“单位”的自主性,根据经济人的假定,这需要通过角色的转换才能达成目标。经过20多年的发展,这种角色的转

换在专利法中得到了完全的体现。另一个大的变化是职务发明的内涵逐渐精确化,到2006年修改动议中就最后定位在“执行本单位的任务或者主要是利用本单位的技术秘密所完成的发明”。还有一个值得注意的制度变化就是一个明确的“专利行政管理部门”浮出水面。2000版本已经赋予一个“管理专利工作的部门”若干职权,但仍然含混。但这种发展表明政府转变为市场管制者的角色。在2006年修正草案中,一个身份逐渐明确的执法机构“专利行政管理部门”具有充分的授权:询问、调查;查阅、复制有关资料;实施现场检查;查封或者扣押;没收侵权产品和用于实施侵权行为的专用设备。^⑨

1985年伊始,专利法从与一个大致经济改革轮廓相适应的粗线条的法律逐步演化至2000年稍微成熟的版本。2006年修改动议的方向是条文精确化、可执行性强、具有司法导向的文本,主要表现在专利授权条件严格、精确(借助“现有技术”标准)、确定了专利侵权的标准(等同原则、全面覆盖原则)、规定抗辩理由等方面。可以预料,包含这些条文的专利法生效后,会给侵权纠纷的解决、司法工作提供一个确定的制度性框架。总的来看,中国专利法的发展经历了从政策定向(经济改革所需要的激励机制)向司法导向方向的演进,也是从粗线条向精确化方向发展。那么这种演进所需要的知识从何而来呢?鉴于专利法是一种舶来品,其演化的历程具有典型意义,所以这种知识的获得值得考察,它可以给我们提供一种中国法律制度发展的重要参照系。

二、中国专利制度发展的知识供给和需求模式

2006年的专利法修改动议内容表明,中国专利法将要迈入一个颇为成熟的门槛。要解释这个发展过程需要明白几个方面:对中国而言什么是一个有效的专利制度标准,其次是有关这个标准是怎么获得的。这两个问题可以表述为另外一个问题:专利制度发展所需要的知识的供给及需求机制如何在中国发生作用?

前面已经说明,中国专利制度的发展,是两个动机的组合:一是自身经济改革的需求(一种效率原则的取向),二是为加入WTO而不得不满足的外部标准要求。^⑩幸运的是这两个动机能很好地协调。这是到2006年专利制度所发展的状况。这两个动机也提供了两种获得有效专利制度知识的路径。从下面的分析可以看出,中国专利制度发展可以满足这样一个定理:只要保持制度上的开放,对相关知识供给(有关专利制度的信息)持自由放任态度,那么就会获得什么是有效专利制度的知识。

这里有必要对开放的具体内容作一些限制。在本文中,开放意味着持续不断地追求经济效率;进行相关制度建设(包括立法)有助于追求效率;加入WTO有助于促进制度建设;接受WTO相关规则是制度建设的一部分。

假设上个世纪80年代初中国酝酿专利制度的时候是出于追求经济效率的目的,也知道专利制度的一些基本框架,但对于一种专利制度在中国能否起到作用(比如,是否有利于促进效率,是否能够满足经济改革中自主权的要求),没有经验验证,也无从知道。所以中国初次专利立法就是一个非常粗线条的框架。比如,申请专利的主题就排除了药品、食品、饮料、调味品以及方法专利所涉及的产品。但随着实践经验的增多,就发现它不切合中国实际的社会环境、不能满足经济改革的目标。在这种情况下,我们自然就会关注如何才能发挥专利制度的激励作用。鉴于专利制度的源头并不在中国,如果考察一下这个源头的专利制度的具体运作情况,就是一个获取有效专利制度知识的路径。实际上,中国制度改革的参照系就是诸如美国、欧洲、日本等世界上发达工业化国家和地区的某些制度,专利制度建设也不例外。这些国家和地区都有一套运作良好的专利制度。其次,一些国际条约就是在这些工业化国家和地区的主导下建立起来

的,反映了它们的知识产权利益。所以当中国在完善自己的专利制度时候,有一个现成的知识供给源泉:英国、美国、日本、德国、法国这些工业化国家的专利法,调整国家间知识产权利益协作的《巴黎公约》、《专利合作条约》、《世界知识产权组织公约》、世界贸易组织框架下的《同贸易有关的知识产权协议》(TRIPs)等等。中国专利法的发展无论是直接还是间接、自愿还是被迫,都取自于这样的知识供给中心,中国成了知识消费者一方。

例如,关于中国专利法中侵权定义的发展历史可以说明这个问题。2000版专利法没有对专利侵权做出定义。理所当然,侵权从字面意思来理解就是侵犯权利人的权利,所以侵权是参照专利权人的权利来理解的,即“任何单位或者个人未经专利权人许可,都不得实施其专利,即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品,或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品”。出现侵权概念的地方仅仅是第47条专利无效宣告不具有溯及既往、第57条侵权纠纷处理。在这里,侵权概念被视为理所当然,没有经过定义。实践中,较为复杂的专利侵权一般是未经许可制造专利产品,但什么样的制造行为才构成了侵权?在没有外来参考的情况下,从1985年到2000年,我们并不知道什么样的专利侵权定义才是有效的专利制度。或者说,没有经过长时间的自然演化,我们难以知道什么才是专利制度所需要的侵权定义。2001年出台的《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第17条确立了中国在司法实践中适用等同原则,而且得以广泛适用。^⑩2006年专利法修改草案正式提出了用“等同原则”来判断专利侵权。尽管这个原则得益于中国专利法的实践,但更有理由相信国外的专利法制度有很大影响。^⑪

从美国专利法来看,其《美国法典》第35编第271条规定了侵权的情形,但对什么是构成侵权的制造也没有言明。以等同原则来判断侵权是一个司法实践的产物,尤其是美国最高法院于1950年在Graver Tank Mfg. Co. v. Linde Air Products Co.案中的判决确立了判断专利侵权的等同原则,^⑫并在1997年的Warner-Jenkinson Company, Inc. v. Hilton Davis Chemical Co.案件中对适用问题作了进一步的澄清。^⑬根据英美法律的实践,法院的判决构成先例,具有约束力。负责知识产权上诉的美国联邦上诉法院在司法实践中也长期遵循该原则,所以等同原则构成了美国专利侵权的一个法律标准。等同原则并不是美国国会制定的法律,而是法院案例确立的实践经验,根据大的政策环境和价值取向的变化,法院还是可以通过新的案例改变,相对国会立法而言,这样做的成本比较少。

中国专利制度建立的初期,具有重要经济价值的发明专利较少,复杂的专利侵权案件很少,因此对于专利纠纷中构成侵权意义上的制造很少出现复杂难断的情况。但到2006年时候,随着中国在科研经费上的投入越来越多,企业的技术、创新水平提升很快,市场竞争越来越激烈,经济价值高的发明专利逐渐增多,在这个时候,成为侵权意义上的制造就会出现越来越复杂的情况,所以确有明确的必要。

中国借鉴了国外判例法中确立的实践规则,准备将之通过立法予以固定,目的是避免专利法“缺乏足够的法律效力,难以成为人民法院和行政机关审理、处理专利侵权纠纷的统一标准”。^⑭为何要通过立法而非依赖法院实践来确立“等同原则”呢?一方面,中国法院的判例实践在原则上不具有约束力,确实缺乏足够的效力。另一方面,难以判断中国法院的判例能否演化出“等同原则”并不清楚。而且该规则的知识来源无疑有国外实践因素。^⑮直接在立法中引入等同原则的好处是可以立即解决法律规则不确定性问题,缺点是没有了英美判例法所具有的那种灵活性,如果遇到大的气候的变化需要更改的话,必须通过立法改变。但二者比较起来,就目前中国专利制度发展现状而言,法律规则确定性的重要性远远大于变化的灵活性。

同采用“等同原则”类似的路径,2006年修改动议将TRIPs实践确立的规则纳入中国专利

法。例如,草案第49条是援引了TRIPs协议和《关于TRIPs协议与公共健康的宣言》中的紧急状态作为中国进行强制许可的一个法定基础,并特别指明“流行病的出现、蔓延导致公共健康危机的,构成前款所述国家紧急状态。预防流行病的出现、控制流行病的蔓延或者医治流行病病人”属于为了公共利益目的的行为,成为强制许可的法定条件之一。此外,利用有关TRIPs实践结果,尤其是DSB专家组在“加拿大药品保护案”中裁决的部分精神也被纳入2006年修正草案。在加拿大保护案中,专家组的意见是加拿大的“审查管理例外”没有违反TRIPs的第30条有限例外的规定。^⑦所以2006年修正草案就规定,“行政审批所需要的信息而制造、使用、进口专利药品或者专利医疗设备的,以及为其制造、进口并向其销售专利药品或者专利医疗设备的”不视为侵犯专利权。^⑧值得注意的是,1992年专利法修改向谈判中的WTO的知识产权规则靠拢、2000年专利法修改向TRIPs靠拢,共同的目的是为了加入WTO。同样,2006年专利法修改草案纳入了TRIPs的许多相关实践规则,尽管不排除是为了使中国专利法与WTO规则一致,根据内容看,纳入的规则是WTO成员可以享受的权利。

因此,借鉴他国法律规则、纳入TRIPs规则具有双重意义:一方面,这种立法路径同中国制度建设的目的一致——追求效率(鼓励发明创造、建设社会主义现代化、建立创新国家)和公正(保护发明创造专利权),另一方面,这种立法路径为中国专利制度建设提供了知识上的来源和参照系。

三、结 论

中国专利制度演进的路径可以总结如下:(1)它是一种外来制度,具有经济学上的效率意义,其背后的哲学(尤其是权利哲学)是欧洲传统;(2)中国建立专利制度的历史同经济制度改革的历程相一致,专利的激励价值取向和经济制度建设的效率取向正好高度契合;(3)中国专利立法不停地向相关国际公约——尤其是后来的WTO框架下的TRIPs规则——靠拢,尽管是为了加入该条约体系,但后者确为中国专利立法提供了一个知识来源,让立法者了解到什么是有效的专利制度。

中国专利制度发展的路径比较特殊,但并不是唯一的。知识产权法律的其他部分,如著作权法、商标法等等,也都遵循了相似的路径。知识产权具有地域性特点,各个国家可以自主决定保护的方式和标准,但国际条约制度的制约使每个国家在建立相关制度时候自由选择受到了约束,结果导致了相关制度的趋同。^⑨

与知识产权制度受TRIPs规则影响相类似,中国要加入国际人权公约可能就会影响中国刑法等法律的立法议程。中国许多其他类别的法律制度也经历了类似的发展路径,尽管不像专利法必须符合TRIPs规则,例如海商法、票据法,都无不参照相关国际公约。撇开这些法律的立法宗旨不谈,有关这些法律制度的有效知识,基本上都来源于他国法律制度、实践和相关国际公约规定。中国法律制度发展模式借鉴他国法律和靠拢国际条约制度,有3种模式。(1)加入国际制度必须满足相应标准,或必须改变国内法律制度以便同该国际制度一致,中国专利法和未来国内其他法律须符合中国加入的国际人权法公约属于这一类。(2)全球化/国际一体化的发展,引发了越来越多的跨国交易的发展,各国的协作行为产生的跨国法会使全世界国内法趋同,如海商法、航空运输法、票据法、专利合作条约。(3)国内法律的自发发展需要满足某种价值和政策目标,虽然没有某种强制性的外部压力,但知识的全球扩散仍然提供了有效(最佳)法律制度的参照系,这样使国内法律的发展过程仍然从他国、国际公约那里获得了某种知识标准,如中国合同法对《联合国货物贸易公约》、《国际商事合同示范法》的借鉴,死刑之争废止、物权法中的争论焦点也如此。

“法律的生命不是逻辑,而是经验”。^⑩把美国霍尔姆斯法官这句名言引用到中国专利法发

展的大背景中,也非常贴切。上个世纪80年代设计的中国专利法到现在已经过3次修正,在此期间,支撑其发展的是中国在专利法领域中的司法经验,从更大的范围上讲,是中国的社会变革经验。

(作者单位:复旦大学)



注释:

- ① 参见 Nuno Pires De Carvalho, *The TRIPs Regime of Patent Rights*, Kluwer Law International, Hague, 2002, pp.8-15.
- ② 参见理查德·A·波斯纳,《法律的经济分析》,蒋兆康译,法律出版社,1997年,第39-41页。
- ③ 参见赵元果编著:《中国专利法的孕育与诞生》(节选),中华人民共和国知识产权局网站:
http://www.sipo.gov.cn/sipo/zxft/dsczlfxxg/bjzl/200701/t20070116_127294.htm
- ④ 1985年实施的专利法被认为是“对鼓励发明创造,引进外国先进技术,促进我国科技进步和经济发展,发挥了重要作用”。《专利法第二次修改的说明》,中国国家知识产权局网站:
http://www.sipo.gov.cn/sipo/zxft/dsczlfxxg/bjzl/200701/t20070116_127296.htm
- ⑤⑥⑩ 参见《专利法前两次修改的背景和主要内容》,中国知识产权局网站:
http://www.sipo.gov.cn/sipo/zxft/dsczlfxxg/bjzl/200701/t20070116_127297.htm
- ⑦ 在《关于中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》第9条“价格控制”规定,“中国应允许各个部门所交易的货物和服务的价格由市场决定,并应取消对这些货物和服务的多层次定价的做法”;第15条“确定补贴与倾销的价格比较”第a(2)规定被调查的产品在制造、生产和销售方面是以市场经济为主。这些规定的隐含前提就是WTO成员方的经济活动被假定是市场经济。
- ⑧ 2000年的专利法修正将发明人和权利人定位于市场角色。1992年修改的《专利法》第6条既规定了职务发明创造、单位专利所有权,同时又规定了全民所有制单位、集体所有制单位、外资企业、中外合资经营企业等单位为专利权所有人,这种分类是根据不同性质的所有制、不同类型的发明人。到了2000年,统一于“职务发明”、“单位持有专利”这样的提法。
- ⑨ 参见2006年修正草案第A4、A5条。
- ⑪ 根据“北大法宝”对适用《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第17条的司法裁判文书的统计来看,有104份判决引用了第17条的“等同原则”。参见:“北大法宝”网站:
http://10.52.1.138/claw/ApiSearch.dll?ShowRecordText?Db=chl&Id=0&Gid=35745&ShowLink=false&PreSelectId=725995064&Page=0&PageSize=20#m_font_0
- ⑫ 中国较早对美国司法实践中的“等同原则”进行介绍的文献,参见张乃根,《美国专利法判例选析》,北京,中国政法大学出版社,1995年,第218-231页。中国司法界最近对“等同原则”的适用的思考,可参见陈明明、刘琪,《等同原则在专利侵权案件中的适用》,载《青岛行政学院学报》2006年第4期。
- ⑬⑭ 参见 Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age*, 2nd, Aspen Law & Business, New York, pp.256-260.
- ⑮⑯⑰ 参见《关于〈中华人民共和国专利法修订草案〉(征求意见稿)的说明》,见国家知识产权局网站: www.sipo.gov.cn/sipo/bgs/img/he.pdf
- ⑰ 对“加拿大药品保护案”的分析,参见张乃根,《TRIPs协定:理论与实践》,上海人民出版社,2005年,第159-178页。
- ⑱ TRIPs就为各个WTO成员方的知识产权法的立法确立了一个外部限制条件,成员方的立法不能违反TRIPs规则。这在“印度专利案”和“加拿大药品保护案”可以得到证实。参见张乃根,《TRIPs协定:理论与实践》,上海人民出版社,2005年,第133-179页。
- ⑳ 小奥利弗·温德尔·霍尔姆斯,《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社,2006年,第1页。