

□ 宋锡祥

海峡两岸新专利制度若干问题之比较

随着海峡两岸经贸交流的日益发展,台湾工商界为了拓展外贸市场,采取技术整厂输出的方式在大陆投资设厂,开办“三资”企业,因而专利申请就成了台商不可忽视的一个重要环节。进入九十年代,台湾同胞来大陆申请专利的数量呈上升趋势。在这种情况下,海峡两岸的中国同胞互相加强对各自新专利法的了解和研究,对于增进大陆与台湾经济技术的交流 and 经贸往来,进一步扩大彼此间在经贸领域里的合作,都具有十分重要的现实意义。

一、两岸专利法律制度理论基础的比较

从世界范围看,各国对专利法律制度的理论基础曾经有过各种不同的学说,但是影响最大、采用最为广泛的莫过于私有财产权理论和公共利益理论。私有财产权理论从个人权利本位出发,认为发明成果是发明人的一种私有财产,发明一旦完成,发明人理所当然地对其享有独占权。国家授予发明人的专利权,充其量是确认了一项业已存在的固有权利,并为之提供法律保障。这一理论盛行于十八、十九世纪,并为大多数欧洲国家专利法的制定起了重要的作用。^①公共利益理论则从社会利益本位出发,认为专利是国家出于产业政策或者发展经济的需要而授予发明人的一种特殊权利,以繁荣发明创造,推广和应用新技术,由此推动科学技术的进步和社会经济的发展。如果专利权人享有的专利权大到足以妨碍知识和科技的正常传播,就会违背社会公益,也难以发挥其应有的社会效用。因此,国家又要求专利权人为社会承担一定的义务,即对专利权加以适当的限制,以便有效地防止专利权过度扩张而有损于社会公共利益。

由于单纯以私有财产权理论作为专利立法的依据,恐怕难以解释国家为什么要对专利发明的范围、内容、条件、专利的有效期限,以及专利权人不实施专利发明的后果等做出某些限制性规定。当今世界各国一般都同时将公共利益理论也作为专利立法的一个理论依据。但是各国在制定专利法时,依循上述理论基础的程度究竟如何,很难从专利权本身作出回答,关键在于它所存在的国家和地区的社会性质,以及政治制度和经济制度的差异。一般来讲,大多数国家和地区在采纳这两种理论时均有所侧重,而非绝对地等量齐观或相提并论。

台湾专利法第1条明确规定,其立法目的是为了鼓励、保护、利用发明与创作,以促进产业的发展。这说明台湾专利法律制度的理论基础是在承认并保护发明人对其发明创造享有的合法财产权的同时,也强调对专利权的保护必须服务于台湾产业政策的发展需要,以体现专利权的公益性目的。在公共利益理论方面,还突出地表现在实行合理的特许制度上,即基于台湾紧急情况、增进公益的非营利使用之需,或申请人曾以合理的商业条件在相当期间内仍不能达成协议授权或专利权人有不公平竞争的情事经判决或处分的,才可向专利管理机构申请,准许其特许实施他人的专利权(第78条)。^②这样既加强了对专利权人权益的保障,避免他人任意申请特许实施其专利,又可确保岛内厂商认为有必要实施他人专利时,有合理的渠道可供使用,从而有利于繁荣发明创造,推广和应用新技术。但是与大陆不同,台湾实行的是以私有制为基础的市场经济,因此,相对来讲,台湾专利法的理论基础更侧重于对私有财产权的保护,反映在

专利权的推广和应用上,容易造成人为封锁的障碍,其表现主要有三:第一,除符合特许实施的条件外,专利权人享有排除他人未经其同意而制造、贩卖、使用或为上述目的而进口专利产品的权利(第56条),^⑧使其具有较大的利用独占权控制其发明的实施;第二,专利法仅作了三种情形的特许实施,表述内容过于原则和概括,表明立法者对公共利益的理论基础不够重视,条文本身也难以凸显专利权的公益性;第三,专利权归属上比较注重双方当事人的约定,如职务发明的专利申请权及专利权可依契约属于受雇人所有,体现了私法自治的理念。而大陆专利法对职务发明申请专利的权利只能归属于单位。

大陆专利法开宗明义是为了保护发明创造专利权,鼓励发明创造,有利于发明创造的推广应用,促进科学技术的发展,适应社会主义现代化建设的需要(第1条)。这表明大陆专利法律制度也明确表达其立法目的,其理论基础兼有既承认非职务发明创造的合法存在,保护这些属于个人所有的无形财产,同时强调对专利权的保护必须服务于国家的科学与经济发展政策和现代化建设的需要。由于大陆专利权是以社会主义公有为主体,因而其专利法律制度更侧重于强调公共利益理论。这主要体现在强制授权的两种情形:一是“特殊的强制授权”,即根据专利法第52条规定:“在国家出现紧急状态或者非常情况时,或者为了公共利益的目的,专利局可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可”;二是“指定强制授权”,即专利法第14条规定:对于全民所有制单位持有的专利,国务院有关部门及省、直辖市、自治区人民政府有权根据国家计划决定其本系统的推广。对于集体所有制单位和个人所有的专利,只有国务院有权在一定前提下(即该专利对国家利益或公共利益有重大意义)决定其推广问题。这样大陆专利法有别于以企业为优先、重视私有权的台湾专利制度,与其相比,大陆的专利权具有较大的相对性,即专利权人利用独占权控制发明的实施可能性较小。上述规定势必有利于打破人为的技术封锁,增加了推广应用专利技术的内外部压力,使发明创造迅速转化为生产力,推动大陆科学技术的大发展,促进整个国民经济的腾飞。同时,大陆对持有者的专利,又不是在全国都可以自由利用的,而要在一定系统(国务院各部门)、一定地域(省、直辖市、自治区),分别经过批准,由指定单位按照国家规定向专利权人支付使用费的情况下,才能够利用。也就是说,大陆的指定强制授权,并不是随意性的,而是有严格规定的。至于非本系统和企业,则仍要象一般国家利用专利那样,征得专利权人的同意和支付使用费。由此可以看出,大陆专利法除了便于专利技术的推广和应用以外,还兼顾到保护专利权人利益和保障有偿使用技术人的权益。但是,从根本上讲,上述两种强制授权的实质都是为了使独占性的专利权适应社会公共利益的需要,防止出现专利持有人对专利技术的垄断或其他不良倾向。

二、两岸专利权授取制度的比较

(一)授予专利权的实质条件

新颖性是专利条件中最基本的条件,各国专利法毫无例外地将新颖性规定为发明获得专利权的首要条件。海峡两岸专利法律制度也不例外,都认为授予专利权的发明、实用新型,应当具备新颖性、创造性和实用性;授予外观设计必须具备新颖性。但在判断新颖性的地域标准上两岸是有差异的。目前,世界各国和地区对新颖性的要求,大致有三种立法例:一是世界新颖性,即要求发明在世界范围内未被公开出版和未被公众所知和公开使用(简称公知公用);二是相对新颖性,要求发明只具有本国的新颖性,即在本国范围内发明未被公开出版和未被公知和公用;三是混合新颖性,对公开出版的范围要求是绝对的,即发明既未在国内也未在世界范围内出版;对公知公用的范围要求则是相对的,仅限于国内未公开使用和公众所知。

两岸专利法对此采用不同的作法。大陆是采“部分世界新颖性”或“混合新颖性”原则,法律规定:“新颖性是指申请日以前没有同样的发明或者实用新型在国内外出版物上公开发表过、在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知”。“授予专利权的外观设计,应当同申请日以前在国内外出版物上公开发表过或国内使用过的外观设计不相同或不相似”(第22、23条)。台湾则采“世界新颖性”或“绝对新颖性”原则,其专利法规定:凡是“申请前已见于刊物或已公开使用,或者陈列于政府主办或政府认可之展览会,于开会之日起,逾六个月尚未申请专利者,即丧失新颖性”(第20、98、107条),而并未对三种专利的新颖性地域标准在文字上作出限制。除新颖性标准不同外,两岸专利法在具体要求上仍有不同规定。第一,根据台湾专利法规定,因研究、实验而发表于刊物的,于发表之日起在六个月宽限期内申请的,不丧失新颖性。而依大陆专利法,除非是在申请日以前六个月在规定的学术会议或者技术会议上首先发表,否则不论何种原因在国内外出版物上发表,即丧失新颖性。第二,依大陆专利法,在申请日前,在国内公开使用或者以其他方式为公众所知的技术,不具有新颖性。而台湾专利法则有因研究、实验而公开使用,在使用之日起六个月内不丧失新颖性的规定。^④在创造性方面,大陆对于发明和实用新型的要求也是有区别的,实用新型的实质性特点和进步不必是“突出的”和“显著的”;而台湾对二者的非显而易见性要求相同,即二者都不能是“运用申请前既有之技术或知识,而为熟习该项技术者所能轻易完成且未能增进功效”的(第20、98条)。台湾对新式样专利除与大陆一样,规定其须有新颖性外,还要求其具有独创性和美感性,故较之大陆的规定要严格得多。

(二)对专利申请项目的限制

尽管大陆与台湾的专利法律制度均对专利客体范围作出一定的限制,但是,随着时间的推移和现实情况的发展变化,尤其是两岸科学技术的发展和经济实力的进一步增强,现在海峡两岸的专利法均呈现出扩大保护专利权客体范围的趋势。如台湾1994年以前的专利法基于国民利益及产业政策的考虑,明文对专利申请项目进行限制,即饮食品、嗜好品等不得申请专利权。这势必碍于这些领域创新机制的形成,使岛内有些企业不可能摆脱不利困境,在国际市场上占有一席之地,唯一的途径是改变申请专利的范围过于窄狭的状况,否则,新产品就难以问世。而现行的专利法则取消了某些限制,允许对饮食品、嗜好品、微生物新品种、物品新用途等的专利保护,从而扩大了专利技术领域。^⑤大陆修改前的专利法对“食品、饮料、调味品以及药品和用化学方法获得的物质”不授予专利权,只是对这些产品的生产方法授予专利权。修改后的专利法扩大了专利保护范围,对食品、饮料品、调味品、药品和化学物质,不论是产品或是生产方法,都给予专利保护。之所以对上述产品也授予专利权,主要是考虑到大陆化学、医药、食品工业的整体水平还比较低,如果不把药品和化学物质的保护提高到发达国家的保护水平,就会延缓医药和化学工业的自主开发和借鉴外国先进经验的进程。

(三)专利审查制度

一项发明要取得专利法的保护,必须向专利局提出申请,并经过专利局依法律规定的程序进行审查和批准。世界各国和地区对于专利审查的程序和内容的法律规定不尽相同,出入较大,但概括起来不外乎有三种形式:(1)形式审查制,亦称登记制。这种审查制度,只进行形式审查,而不审查发明的新颖性、创造性和实用性。其优点是申请人不用交纳昂贵的审费;专利主管机关也不必设置庞大的审查机构和资料文献库,因而简单省事,但不足之处在于,批准的发明物水平不高;他人往往不愿购置;在专利权人和第三人发生纠纷而诉诸法律时,专利权人易于败诉。(2)实质审查制,即对申请案进行形式审查后再作严格的技术审查,主要是审查其是否符合“三性”的要求,并将审查结果公之于众,让公众进行审查,只有在无异议或者异议不成立时,

才能授予其专利权。实行这种制度要有一套完整的专利文献资料,需要配备大量高水平的既熟谙法律又通晓技术的专家担任审查工作,从而保证发明专利的质量,促进专利发明的实施和转让,减少引发专利纠纷案件。但是,如果没有足够的高水平的审查人员,就会拖延审查时间,造成申请案的大量积压。(3)延迟审查制,也称早期公开,延期审查制,即先进行形式审查,形式审查合格的申请,自提出申请之日起十八个月内,公开专利申请内容。如果在一定期限内,申请人要求实质审查,专利局再开始实质审查。延迟审查制度能够克服前两种制度之不足。

大陆专利法在审查程序上对不同的专利采取不尽相同的审查制度。具体来说,对发明专利采用延迟审查制,即专利局收到发明专利申请后,经初步审查认为符合要求的,自申请之日起,经过一定期限(18个月),专利机关将该项申请在专利公报上登载,称之为早期公开。其主要目的是让发明早一天与公众见面,以利于使用发明;同时公开的发明可使公众受到启迪,尽快做出新的发明。在以后的期间内(3年)申请人可随时要求对发明进行实质性审查,并交付审查费用。当然,如果专利局认为必要时,也可自行对其发明专利申请进行实质审查。一旦实质性审查合格,申请人即可获得专利权;申请人无正当理由,逾期不提出请求的,视为自动撤销。这种先进的审查制度之所以切实可行,主要是它兼备形式审查制和实质审查制的优点,即申请人有充裕的时间根据其发明的经济和技术价值,斟酌考虑是否请求实质审查,在考虑期限内仍享受几年临时保护,若其他发明人提出同样申请案时,他即可以申请在先为由,取得优先权;同时也大大减轻了专利机关的工作量,有些经不起时间考验的专利申请,将不再进入实质审查,从而缩短了合格项目的审查时间。然而,我们也应看到,在专利申请公开后到正式授予专利这段时间,对专利申请虽然一般地给予了临时保护,但终因其法律地位未能最后确定,往往也会产生一些麻烦,因而这种审查制度也并非是完全善尽美的。对于实用新型和外观设计两种专利的申请,大陆则采取较为简便的形式审查制。如果没有发现驳回理由的,专利局应当作出授予专利权的决定,发给专利证书,并登记和公告,自公告之日起六个月内,任何单位和个人均可以提出异议,请求专利局撤销错误的专利权,被撤销的专利权视为不存在。由于这两种专利的申请量较大,技术水平比较低,因此,不必花更大的精力去进行实质审查。

按照台湾专利法的规定,三种专利的申请(发明、新型和新式样)一视同仁,不加区分地一律采取附加异议的实质审查制度,即专利主管机关在接到专利申请后,无须申请人的请求,则直接进行形式审查和实质审查。经审查认为可以授予专利的,即将审定书连同说明书、图示予以公告,并通知申请人。而异议程序仅仅适用于经过实质审查并作审定公告的发明专利申请,或已公开的新型和新式样。如果有人认为该申请不符合专利的条件,可以自公告之日起3个月内提交申请书并附具证件,向专利局提出异议,请求再审查。公告期限届满,无人提出异议或异议不成立时,即视为审查确定,并可授予专利权。

比较和分析两岸专利审查程序,不难发现,大陆的专利法已完全与国际接轨,符合国际专利制度的最新发展。台湾在修改其专利法时,可以借鉴大陆对不同的专利申请采取宽严有别、繁简不一的审查制度,以顺应当代专利立法的新趋势。

注:

①乌·安德费尔特:《国际专利法和发展中国家》(英文版),荷兰尼霍甫出版社,1971年版,第13页。

②④台《法令月刊》第45卷第3期法令,第117至119页。

③种明钊等:《海峡两岸专利法律制度之比较研究》,《法学家》1994年第4期,第67页。

⑤李小伟:《大陆1993年新专利法主要内容详析》,台《法律与你》1993年第8期,第58页。