

2001 年大陸新修專利法現況研究

*簡維克

零、前言：

大陸在 2000 年八月二十五日由全國人大通過專利法的第二次修正，且於今年七月一日起正式生效。新修正之專利法條文在專利的保護實踐、行政管理機關職責以及司法審判上都作了大幅度的調整，以期與 TRIPS 協定更為接軌，符合世界上多數國家立法趨勢。據中共國家智慧財產權局局長王景川表示，本次專利法的修正，涉及的面很廣，原有的專利法一共是 69 條，經過這次修正後，新增了 4 條，刪掉了 4 條，並且對另外 28 條進行了實質性的修正。而在通過這次修正後，將可更明確地達成科學技術進步與持續創新，並符合為經濟發展服務的立法目的。本文將從此次專利法的修法緣由開始，依序對新制下的大陸專利法各規範面向做一完整檢視與探討。

簡介新修專利法之
內容。

壹、大陸專利法第二次修正之緣起

一 專利法之制訂背景

大陸的專利法是於 1984 年建立的，到目前為止共進行過兩次修正。第一次是在 1992 年，並於 1993 年 1 月 1 日起生

* 作者現為清華大學科技法律研究所研究生。資策會科技法律中心研究助理。

效。第二次修正則是於 2000 年的 8 月，而在今(2001)年的 7 月 1 日起開始施行。

當初之頒佈專利法的主要目的是因為大陸政府體認到專利制度是一種能規範正當競爭，促進國內經濟發展及國際交流的手段。所以在 1970 年代末，1980 年代初便醞釀了要建立專利制度。1984 年的專利法，是大陸第一次制訂的專利法，在實行之前大陸便已經加入了一些國際組織公約的簽訂，諸如智慧財產權組織公約以及巴黎公約。所以 1984 年頒佈的專利法，體現了一些巴黎公約的基本原則，如國民待遇原則等。從該次專利法內容來看，吾人可以發現其制訂方向仍然是遵循著以下幾個基本的原則：第一、適應大陸改革開放的需要。第二、大陸專利制度的建立仍須配合國家科技和工業發展的水平，亦即保護的標準不應一味與已開發國家相同。第三、要與國際標準接軌。

大陸專利法制定之目的且符合其國家之社會特色。

在這樣的特色之下，這部新出爐的專利法除了考量國際立法態樣之外，也自然地含有些許的計畫經濟特質。首先，在可給予專利的範圍上，對於化學物質、食品、飲料不施予專利。此乃因為這些影響公共利益與人民的生活、身體健康等程度比較大，在當時大陸有關領域的技術發展相對落後於其他國家時，使其受專利保護的範圍較窄是可理解的。其次，大陸對於專利權的期限也比較短。如世界大多數國家一般，大陸對於專利種類也分有三類，即發明專利、實用新型專利與外觀設計專利。其規定對於發明專利保護的期限是從申請日起 15 年，而一般國家是 20 年；另外對於實用新型和外觀設計，是從申請日起五年但可以續展三年。所以在期限的規定上，大陸有自己的規定以適用本身發展的需要。第三個則是為了配合經濟制度改革的起步。大陸原本是屬於計劃經濟的國家，為了適應當時社會現況，所以規定專利權分兩種，

專 利 - 專 論

一種是所有、一種是持有。大陸對於全民所有制¹的企業，規定其只可以持有專利權，而不可以有所有權。也就是它只有經營權，沒有所有權。在轉讓、處分專利權上，它仍需要經過上一部門的批准。第四個特點是，大陸在專利權人獨佔實施權上，禁止他人未經專利權人許可，使用或銷售專利產品。獨佔實施的權利是否包括了進口權，各個國家實踐上都不一樣。發展中國家一般規定是不包括進口權；而已開發國家一般都包括進口權。將專利權包含了進口權，雖然可以更加的保護專利權人，但是對於發展中的國家來說，就要承擔本國市場是否因此遭受外國專利權人壟斷的風險。當時大陸既是計畫經濟國家，還有許多計畫經濟所必要的現實環境，因此大陸雖然規定專利權人有專利獨佔實施的權利，但這卻不包含進口權。

就大陸專利的審查批准程序來說，其到目前為止都沒變。對發明專利，其採用了一般國際上通用的「早期公開請求審查制」，也就是從申請日起 18 個月內申請文件公開，而從公布日起，專利申請人便可以獲得臨時保護。另外兩種專利類別，實行初步審查制，也就是只進行形式審查，不進行實質審查。所以只要形式審查通過，便可獲得專利。²在大陸申請發明專利，一般來說要在提出申請後 2~3 年才能通過，而其他類型的專利只要提出申請，半年就可以獲得批准。至於專利權人義務，則跟他國相仿，必須要交年費，且要實施專利，若不實施，就要遭到強制許可的懲罰。

綜上所述，吾人可以發現大陸地區在短短十幾年中，專利制度從無到有，快速的建立起保護制度。從 1985~1991 這六年當中，在大陸申請專利的數量從 1985 的 14,072 件到 1992

未修改前之大陸專利法與他國不同之處。

¹ 全民所有制度的企業，亦即國營企業。

² 請參閱鄭成思，智慧財產權法，頁 35~37，四川人民出版社第二版，1989 年 11 月

年的 67,135 件，共增長了六倍。雖然其中還是以實用新型、外觀設計為主的專利，且發明專利占總專利數量的比例略嫌不足，但對於鼓勵科技創新，可謂踏出了成功的第一步。

二 專利法演進與第二次修正之目的

在 1992 年，大陸將實施已近十年之專利法作了第一次的修正。這次修正是在各界預料之中，因為法制必須配合社會發展，當社會不斷的變化，經濟也隨之提升時，法律就必然的要對此作修正。因此，1992 年的修正有其鮮明的時代特徵。從 1980 年代起，國際專利制度強化的趨勢非常明顯，這其中有幾個方面。如 1986 年起，聯合國中的「世界智慧財產權組織」(World Intellectual Property Organization, 簡稱 WIPO)，在會議中針對各個國家的專利權條件進行協調。³在烏拉圭回合談判中，各國則開始考慮要把智慧財產權協議的保護內容納入進去。而「與貿易有關的智慧財產權協定」(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods, 簡稱 TRIPs)便是第一個把智慧財產權與貿易牽連在一塊、把保障智慧財產權全面納入世界貿易體系的一個國際協定⁴。歸納起來，這個協定在智慧財產權保護方面引入了四個方面的重大變化⁵：一、提高了智慧財產權保護標準；二、第一次對本屬於成員國國內立法範圍內的行政、司法措施提出了明確要求；三、第一次將貿易爭議解決的機制引入到智慧財產權爭議解決的機制中；四、考慮各國經濟發展的差異，引入了有區別的承

第一次專利法修改
之時代背景以及國
際情勢。

³ 後來因烏拉圭回合中 TRIPs (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights 簡稱 TRIPs)所簽訂的協定已經大幅的超過原先產權組織之規定，故未作修正。

⁴ 詳細關於 TRIPs 與大陸專利權法之間的探討，見下節。

⁵ 參閱高盧麟，論中國加入世界貿易組織與知識產權保護，中國專利與商標，第六十六期，頁 3，2001 年 3 月

擔協議義務期限。在 TRIPs 的協定當中，它是非常全面的決議，既包括著作權、商標、專利的條件，除了智慧財產權執法方面也包括管理方面。而爲了要加入國際組織，避免被孤立在外，所以大陸修正其專利法可謂是不得不然。另外還有一原因是由於 1970 年代起，科技發展以及智慧財產權的強化，使已開發國家迫切需要保護其國內的智慧財產權，以免因爲各國保障標準不一而造成貿易的扭曲。所以美國開始了與其貿易伙伴進行雙邊談判，以貿易制裁威脅，要求他國將智慧財產權的保護標準修正成與美一樣高。在這個情況下，美國自然也要求大陸儘速修正專利法，不然就要對它實行貿易制裁。是故，在這多方原因下，大陸專利法便進行了第一次的修正。修正重點諸如擴大專利保護之範圍、延長專利保護之期限、增訂了優先權規定、把取得專利權前的異議程序改爲取得權利後的撤銷程序、對宣告專利權無效作出補充規定、增加對專利侵害的處罰等等，而這都強化了對專利的保護。總體來說，第一次專利法的修正，使大陸的專利保護基本上達到了國際水準。

距 1992 年第一次專利法的修正到 2000 年共歷經了八年。在這期間中，大陸專利業務方面也有長足的進步。首先是專利申請量的高度成長，如在 1998 年時，其一整年的申請量爲 121,986 件，比 1997 年增長 6.8%；到了 1999 年，其年申請量則增爲 134,320 件，又比 98 年增長了 10%。到了 2000 年，申請量是 170,690 件，比 99 年增長了 27.2%。⁶所以就專利申請增長的幅度來看，大陸專利業務增加率確實是在逐漸上升的。另外其國內每年發明專利也都維持一穩定的申請量

第一次修改後，增加了諸如擴大專利保護範圍、增訂了優先權制度、異議程序改爲撤銷程序等。

⁶ 相關數據資料引自大陸國家知識產權局副司長文希凱，於 2001 年 6 月由資策會科法中心所主辦之海峽兩岸科技法律論壇演講內容。

⁷。在專利業務高度發展情況之下，大陸本身專利法對於其本身專利保護的不足，也漸漸展露出來，諸如對侵權的事先遏止、或是對專利判定無效的終局認定等。是故，爲了本身對於專利權保護更爲完善，同時也符合國際上普遍立法規定，第二次專利法的修正也就在如何達成更有效的保護專利權人之措施下開始進行。在這次的修正中，其不但針對實施八年的專利法有缺失之處，作了大幅更動，同時正如參與修正的官員所述：「1992年，實施僅7年的專利法匆匆進行了第一次修正，把發明專利的保護期延長到了20年；藥品、化工產品等進入專利保護的領域……結果，有了一句評價：中國專利法，基本符合TRIPs協定的要求。而這第二次修正，我們的要求不僅僅是“基本符合”，而是達到了新高度。」⁸這使得經過第二次改造後的大陸專利法更加的與TRIPs協定接軌。如果吾人將1992年第一次修正視爲其迫於外界壓力，免遭外貿報復的權宜之計；那麼專利法第二次的修正，更多的原因就在於大陸自身發展的需要。從根本上來說，此專利法的修正也爲大陸創新技術、繁榮經濟提供了一個激勵機制，進而使得大陸科技得以發展。下文先就修正過後之大陸專利法與TRIPs協定是如何接軌進行探討。

第二次專利法修正
目的是希望能更保
護專利權人，此乃出
自於大陸本身之需
求，而非外國壓力。

⁷ 至2000年為止，國內發明專利數量達25280件，實用新型專利為68461件，參閱中國專利與商標，第六十五期，頁95，2001年2月

⁸ 詳見中國人民報，第三版，2000年7月29日

貳、國際上相關協定之比較

一、WTO 背景研究

世界貿易組織⁹ (World Trade Organization, 簡稱 WTO) 是於 1995 年 1 月 1 日正式成立, 迄今(2001 年 7 月 26 日)共有 142 個會員國, 另外約有 10 餘個國家正進行入會談判程序, 包括台灣、大陸、及俄羅斯等。由於 WTO 會員間貿易佔全球總值 90%以上, 因此贏得「世界經貿聯合國」之稱。

WTO 成立之背景始於 1993 年 12 月烏拉圭回合談判, 在該次談判中各國達成最終協議並通過成立世界貿易組織之協定。故 1995 年 1 月 WTO 正式誕生, 取代原有之「關稅暨貿易總協定」(General Agreement on Tariffs and Trade, 簡稱 GATT), 並將其功能強化, 以便能夠有效地管理及執行烏拉圭回合之各項決議。在烏拉圭回合最終協議中「建立世界貿易組織協定」前言即指出, WTO 的宗旨為:「提高生活水準, 保證充分就業, 大幅度及穩定地增加實際收入和有效需求, 擴大貨物及服務的生產與貿易, 依據永續發展目的, 有效運用世界資源, 保護並維護環境, 並依不同經濟發展程度之需要, 加強採取各種因應措施。¹⁰」具體言之, WTO 之主要功能包括:

世界貿易組織乃是以強化並且落實烏拉圭回合談判為其成立宗旨。

(一)具有國際法人地位, 可監督、管理及執行 WTO 各項協定

(二)提供會員進行諮商、尋求擴大貿易機會的重要場所; 定期檢討各會員體之貿易政策, 使各會員體貿易政策更

⁹ 其前身為 GATT, 係於二次戰後由美國主導提出之構想, 原本之目的係希望藉由成立國際貿易組織、國際貨幣基金、及國際復興暨發展銀行三個組織組成的完整體系, 以達到振興戰後經濟成長、對抗貿易保護主義浪潮, 進而重建國際經濟秩序的目標。

¹⁰ 經濟部國貿局, 「我國加入 WTO 對產業的影響與因應措施」, 民國 87 年 10 月

加透明化

(三)提供會員間解決貿易爭端的場所，有效且迅速地解決各國間貿易糾紛

(四)與其他國際組織合作，決定全球之經貿政策

由以上主要功能延伸可以發現，WTO 規範之範圍除包括 GATT 下之商品貿易外，更擴大至服務業及智慧財產權之貿易、爭端調解等，本文在此只針對與智慧財產權有關的面向進行介紹。

TRIPs 之成立並非是取代現有國際上之智慧財產權公約，而是強化爭端解決機制。

二 TRIPS 原則研析

早在 1970 年，國際間便針對智慧財產權的保護方面，成立 WIPO (世界智慧財產權組織)，其係於 1970 年 5 月 26 日生效，1974 年 12 月 17 日正式成為聯合國的專門機構之一。目前 WIPO 直接管理的有 20 多個聯盟或條約，已成為世界智慧財產權方面，各國國際條約的行政執行機構。既然如此，為何又在 WTO 或在 GATT 的架構下制訂出 TRIPs 的協定來處理所有會員國的智慧財產權相關問題？事實上，對於智慧財產權之保護問題是否列為議題之一，在 1978 年 GATT 東京回合談判時，開發中國家及已開發國家已呈壁壘分明的態勢。開發國家認為國際商務日益發達，商品及服務之流通經常跨越數個領域，而一國之智慧財產權之制度確實在相當程度上會構成貿易障礙或貿易扭曲現象，本質上為一貿易問題。加上現有的智慧財產權保護相關公約如巴黎公約、伯爾尼公約皆無法提供有效保護，亦無可靠有效的爭端解決程序。反之，GATT 有其傳統之爭端解決程序，其結論之達成除由第三者之爭端解決小組作成建議性之判斷外，尚須倚賴諮商及 GATT 會員國之共識而以解決，而其爭端解決機制較現有其他國際組織更具效力，且能有效解決。因此，1985 年烏拉圭回合宣言最後將智慧財產權保護之問題納入 GATT 談判，其談判之結論將智慧財產權作為貿易體制之一環。

瞭解前述 TRIPs 所制定之背景後，很明顯可以發現 TRIPs 所制約之目的並非是取代現有國際上的智慧財產權公約，而是強化及爭端機制之解決。尤其將「貿易自由化」作為各國修正智慧財產權法制的最高指導精神。¹¹由於其設計構想並非取代而在強化，因此，除了 GATT 所揭示的貿易自由化精神外，其他現有之智慧財產權國際公約原有之原則，均構成 TRIPs 之原則或規範事項。

已開發國家之所以極力主張簽訂 TRIPs，其主要目的希望提出一套有效遏止假冒商品國際貿易所引起之問題，特別是假冒商標商品的問題。因此在 TRIPs 第 42 條至 51 條鉅細靡遺的規定了在行政、民事、刑事之救濟程序。第 42 條包括了一項基本義務，即 WTO 的成員應為提供 TRIPs 協定所包括的任何智慧財產權的保護範圍，提供可執法的民事司法程序。例如：專利權人、商標權人或外觀設計的權利人應當有機會對侵犯其權利的人提起民事訴訟。根據國民待遇義務，這種機會對本國權利人和外國權利人是均等的。尤其是請求頒布禁令，對與智慧財產權有關的工商界來說，第 44 條具有極其重要的意義。它保證了權利人能在所有的 WTO 成員中有權要求司法機關頒布禁令。阻止這些假冒商品在該國商業通路中流通。

TRIPs 之規定中包含了行政、民事、刑事、之救濟程序。而這對於本國人或外國人都是均等的。

三 大陸專利法與 TRIPs 協定之比較

前文提到，在外在國際因素下，大陸專利法第一次之修正就其內容而言帶有著非常強烈的國際色彩，並且也盡量與 TRIPs 規定相符。至於第二次修正，雖然其主要修正理由並非來自於國際間的壓力。但其本身為了符合國際趨勢以及更有效的保護專利權人，是故修正方向亦與 TRIPs 相一致。以

¹¹ 在 TRIPs 的前言中，便明確指出了：「咸欲減少國際貿易之扭曲與障礙，顧及對智慧財產權之有效及適當保護之必要性，並確保執行智慧財產權之措施與程序，使之不成為合法貿易之障礙」

下就分別針對大陸專利法第一次及第二次的修正配合 TRIPS 的規定進行介紹：

首先在 1992 年的第一次修正中，主要具體方面有：

(一)延长了專利權的保護期限

原來大陸的發明專利保護是 15 年，而根據 TRIPs 第 33 條的規定，對於發明專利的保護從申請日起至少要改成 20 年。¹²且實用新型跟外觀設計也從 5 年伸展為 10 年。

將大陸第一次修正之專利法與 TRIPs 相關規定作一比較。

(二)明確規定專利權人有進口權

這同樣也是 TRIPs 的規定。依據 TRIPs 第 28 條規定：「專利權人享有下列專屬權：物品專利權人得禁止未經其同意之第三人製造、使用、要約販賣、販賣或為上述目的而進口其專利物品。」在未修正前，大陸為了確保其本身產業發展，因此並不將進口權列入專利權人的專屬權之中。

(三)放寬可專利領域

原本對於專利的領域有限制，如食品、飲料、化學物質、農藥，在這次修正後也都開放給予專利了。TRIPs 則是於第 27 條規定了「於受本條第 2 項及第 3 項規定拘束之前提下，凡屬各類技術領域內之物品或方法發明，具備新穎性、進步性及實用性者，應給予專利保護」

(四)強制許可方面的規定

TRIPs 於第 31 條規定了「特許實施申請人曾就專利授權事項以合理之商業條件與權利人極力協商，如仍無法於合理期間內取得授權者，方可准予特許實施……(略)。」大陸亦

¹² 第三十三條 專利權期間自申請日起，至少二十年

將此規定納入其第六章，¹³

總計在 1992 年的修正，共修正了 19 條，而其中 18 條都是跟履行 TRIPS 協定有關的。

至於第二次的修正方面大致可分兩方面，第一、前已提到該次修正係爲了增強大陸本身專利權的保護力道。第二、在司法與行政組織的權限劃分上面，作了大幅的調整，不但使專利權的最終認定回歸至司法體系，並且也使得行政體系得以建立更有效率的團隊。以下分別介紹之：

專利權的保護方面：

TRIPs 相關的規定方面，於第 28 條條文中，將授予專利權人的權利範圍包括了要約銷售¹⁴（即允諾銷售）；於第 50 條第 1 項第 3 款（暫時性措施）規定了：「司法機關應有權於僅有一造陳述意見之情況下，特別是在任何延宕有可能對權利人造成無可彌補之傷害，或顯見證據可能被銷燬之情形下，依其情形之適當與否，採取暫時性之措施。」且在第 45 條中，規定了侵權人應負合理之損害賠償。¹⁵針對此 TRIPs 協定所制訂的規範，大陸新修訂具體條文有：

第 11 條「發明和實用新型專利權被授予後，除本法另有規定的以外，任何單位或者個人未經專利權人許可，都不得實施其專利，即不得爲生產經營目的製造、使用、許諾銷售、

大陸第二次修正後之專利法在專利權的保護方面與 TRIPs 規定比較。

¹³ 第五十一條 具備實施條件的單位以合理的條件請求發明或者實用新型專利權人許可實施其專利，而未能在合理長的時間內獲得這種許可時，專利局根據該單位的申請，可以給予實施該發明專利或者實用新型專利的強制許可。

¹⁴ 第二十八條第一項：「專利權人享有下列專屬權：物品專利權人得禁止未經其同意之第三人製造、使用、要約販賣、販賣或爲上述目的而進口其專利物品。」

¹⁵ 第四十五條規定：「司法機關亦應有權命令侵害人賠償權利人相關費用，該費用得包括合理之律師費；而於適當之情況下，會員並得授權其司法機關，命侵害人賠償權利人因其侵害行為所失之利益以及（或）預設定的損害，縱使侵害人於行為當時，不知或無可得知其行為係屬侵害他人權利時亦同。」

銷售、進口其專利產品，或者使用其專利方法以及
使用、許諾銷售、銷售、進口依照該專利方法直接獲得
的產品。」

第 60 條「侵犯專利權的賠償數額，按照權利人因被侵權
所受到的損失或者侵權人因侵權所獲得的利益確定；被侵權
人的損失或者侵權人獲得的利益難以確定的，參照該專利許
可使用費的倍數合理確定。」

第 61 條「專利權人或者利害關係人有證據證明他人正在
實施或者即將實施侵犯其專利權的行為，如不及時制止將會
使其合法權益受到難以彌補的損害的，可以在起訴前向人民
法院申請採取責令停止有關行為和財產保全的措施。」

專利權限劃分方面：

TRIPs 協定中相關條文為：

第 32 條：對撤銷或失權之決定，應提供司法審查。

第 41 條：會員應確保本篇所定之執行程序於其國內法律
有所規定，以便對本協定所定之侵害智慧財產權行為，採行
有效之行動，包括迅速救濟措施以防止侵害行為及對進一步
之侵害行為產生遏阻之救濟措施。(節錄)

有關智慧財產權之執行程序應公平且合理。其程序不應
無謂的繁瑣或過於耗費，或予以不合理之時限或任意的遲延。

就案件實體內容所作之決定應儘可能以書面為之，並載
明理由，而且至少應使涉案當事人均能迅速取得該書面；前
揭決定，僅能依據已予當事人答辯機會之證據為之。

當事人應有權請求司法機關就其案件最終行政決定為審
查，並至少在合於會員有關案件重要性的管轄規定條件下，
請求司法機關就初級司法實體判決之法律見解予以審查。但
會員並無義務就已宣判無罪之刑事案件提供再審查之機會。

大陸第二次修正後
之專利法在專利權
限劃分方面與
TRIPs 規定比較。

專 利 - 專 利

大陸對此所做之修正則有：

國務院專利行政部門及其專利復審委員會應當按照客觀、公正、準確、及時的要求，依法處理有關專利的申請和請求（節錄）

第 43 條 專利申請人對專利復審委員會的復審決定不服的，可以自收到通知之日起三個月內向人民法院起訴

第 55 條 專利權人對國務院專利行政部門關於實施強制許可的決定不服的，專利權人和取得實施強制許可的單位或者個人對國務院專利行政部門關於實施強制許可的使用費的裁決不服的，可以自收到通知之日起三個月內向人民法院起訴。

第 57 條 未經專利權人許可，實施其專利，即侵犯其專利權，引起糾紛的，由當事人協商解決；不願協商或者協商不成的，專利權人或者利害關係人可以向人民法院起訴，也可以請求管理專利工作的部門處理。管理專利工作的部門處理時，認定侵權行為成立的，可以責令侵權人立即停止侵權行為，當事人不服的，可以自收到處理通知之日起十五日內依照《中華人民共和國行政訴訟法》向人民法院起訴。（節錄）

第 66 條 管理專利工作的部門不得參與向社會推薦專利產品等經營活動。管理專利工作的部門違反前款規定的，由其上級機關或者監察機關責令改正，消除影響，有違法收入的予以沒收；情節嚴重的，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依法給予行政處分。

第二次專利法修改後之實質條文內容，承認國有企業亦可以享有專利權。

參、第二次修正後之專利法探討

一 專利權人之認定與專利權效力

(一) 與專利權人有關之修正

職務發明的突破使得員工可以藉由契約，享有專利權或是報酬。

在專利權人的認定上，可以分兩方面來作說明。第一方面、即國有企事業（全民所有制企業）專利所有權的開放。由於大陸為計畫經濟國家，故其於早年大多是以國有企事業為發展，在舊有之專利法規定下，國有企事業是不得有專利所有權的，其只可以「持有」專利。其若需轉讓、處分專利權上，需要經過上一部門的批准。之所以對於國有企事業專利權保護採取較寬鬆的原因，吾人可從當時專利法立法理由觀之。依照原先修正前的專利法第 1 條¹⁶規定，專利法除了保護專利權人的經濟利益外，尚有將專利技術推廣至社會的積極功能。所以國營企業持有的專利技術，因本身只有持有權，便可在國內以較寬的條件下被推廣。¹⁷但隨著市場經濟的洗禮，不但越來越多的私有企業取代了國有企事業，國有企事業本身也有改造的醒悟。在這樣情況下，若只給予私人企業專利權，對於國有企事業反而只能持有專利，無疑的將壓縮了國有企事業的發展能力。正如吾人所知，大陸正在建立社會主義市場經濟，其為了適應形勢，而根據新的專利法，明確地規定國有企事業單位得作為市場經濟競爭的主體，故在申請和取得專利的權利和義務方面應與非國有企事業享有同等待遇。也就是使它在符合法律規定下得自由處分其專利權，這對於未來加入 WTO 之後，國有企事業參與國際競爭

¹⁶ 第一條規定「為了保護發明創造專利權，鼓勵發明創造，有利於發明創造的推廣應用，促進科學技術的發展，適應社會主義現代化的需要，特制定本法」。

¹⁷ 鄭成思，知識產權法，頁 31，四川人民出版社第二版，1989 年 11 月

是非常重要的。

第二方面，便是職務發明的突破。在未修正前，員工若為執行該單位的任務或者主要是利用該單位的物質條件所完成的職務發明創造，則不論事先是否有約定，專利的申請權利一律屬於該單位。新修正專利法第 6 條引入「合同優先原則」。這代表著，即使是職務發明，只要和單位協商同意，發明成果可歸個人獨享。除此之外，修正後的專利法不僅保留了對職務發明人的獎勵措施，還增加了對他們的報酬的規定。¹⁸原來作為專利權人的企業單位，若拿到了專利證書，依舊專利法是要獎勵發明人或者設計人。新法加了「報酬」兩個字，意義將有所不同。因為獎勵是單方性的，並沒有強制力。但現在屬性改為勞動報酬，則是具有強制力的。企業單位通過專利權獲利，必須從這種收益當中，拿出一定的比例，作為報酬來付給職務發明人。經過這樣條文的修正後，將給企業獎勵發明人提供更多的空間。至於專利法條文中所規定的「合理」報酬應如何定義？在配套的「專利法實施細則」裡已經將其落實，很多甚至明確到了百分比。¹⁹

以上的一些修正，將極大地調動大陸企事業單位和研發人員科技創新的積極性。特別是關於對職務發明人所取得的專利技術，經過在實施以後的收益當中獲取一定的報酬，將會極大地推動專利技術的產業化進程，進而一步地促進大陸的發明創造和科技進步。

專利權的權利範圍上，增加了許諾銷售的規定，此將可以更確保專利權人的權益。

¹⁸ 第十六條 被授予專利權的單位應當對職務發明創造的發明人或者設計人給予獎勵；發明創造專利實施後，根據其推廣應用的範圍和取得的經濟效益，對發明人或者設計人給予合理的報酬

¹⁹ 專利法實施細則第七十五條「...每年應當以實施該項發明或者實施該項外觀設計專利所得利潤納稅後提取不低於 2%.....作為報酬支付發明人或者設計人；或者參照上述比例，發給發明人或者設計人一次性報酬。」

(二) 專利權效力

誠如上章所提到的，在第一次的修正後，專利權人的權利範圍始包括了進口權。因此任何人在未得專利權人同意前，不得為生產經營目的製造、使用、銷售、進口其專利產品，或者使用其專利方法以及使用、銷售、進口依照該專利方法直接獲得的產品。然而，這樣的保護仍有其不足之處，專利權人對於第三者尚未銷售的物品，無法主張侵犯其專利權。必須等到實際發生侵權的行為，如銷售或是使用時，方得受專利法的保護。因此在第二次的修正中，便給予專利權人禁止「許諾銷售」的權利，亦即當商品所有人對於買賣仍在要約階段，便可以主張其侵權。藉由這樣事前的防止將更可以有效的確保專利權人的專利權。而在這台灣也是有相同的規定的²⁰。

本次修法對三種專利之專利要件均未作改變，惟獨就外觀設計增定授予專利權之外觀設計「不得與他人先取得之合法權利相衝突」。

除了擴張了專利權的範圍以外，對於專利權本身成立撤銷的程序，新法亦作了大幅更動，以下分別討論之：

(1)專利要件：本次修法對三種專利之專利要件均未作改變，惟獨就外觀設計增定授予專利權之外觀設計「不得與他人先取得之合法權利相衝突」²¹。在增列這項後，將可以防止他人因專利權的保護，進而對他人合法權利進行侵害。如惡意將他人的商標外觀予以申請外觀設計專利，藉此侵害商標權人原有合法之權利。在增列這段文字之後，應可以減少相關爭議。然對於上述爭議現象，並不排除有反不正當競爭法可茲運用，因此在法條的適用上，究竟關係是競合或是可同時主張，仍有其值得注意之處。

²⁰ 第一百二十八條 明知為未經新型專利權人同意所製造之物品而販賣，或意圖販賣而陳列，或意圖販賣而自國外進口者，處三個月以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三萬元以下罰金。

²¹ 專利法第二十三條「授予專利權的外觀設計，應當同申請日以前在國內外出版物上公開發表過或者國內公開使用過的外觀設計不相同或者不相似。並不得與他人先取得的合法權利相衝突」

(2)專利權自公告日生效：關於專利權之期限在本次修法時並未調整，三種專利之期限分別是發明專利 20 年，實用新型及外觀設計均為 10 年，都是自申請日起算。本次修法進一步明定三種專利權之生效日係自公告日起算。²²一般來說，從公告至頒發專利證書，皆須 3 個月以上，因此若生效日由公告日起算，將可使專利權人更早便獲得保護。

(3)廢除撤銷制度：將現行之撤銷制度廢除係本次專利法修正變更巨大的部份。大陸專利法於 1985 年實施時，係採與我國現行實務相當之異議制度，任何人對公告當中的專利案都可以提起異議，當專利案在公告 3 個月期間未被他人提起異議或異議不成立時，才會授予專利權。異議制度於第一次專利法修正中被廢除改以公告後 6 個月任何人均可提起撤銷的先授權後撤銷的制度。本次修法將相關撤銷的條文予以刪除，並就相關之現行第 43 條、第 50 條第 3 款配合修正，使撤銷制度走入歷史。對於不符專利案件之公告案，往後應循宣告無效途徑處理。這樣的規定是因為「撤銷程序」與「無效程序」其本質都是對已授予之專利認為有瑕疵，因此在兩者並行下，造成程序上的重複。且依據專利法實施細則規定，對於已經提出撤銷請求但尚未做出決定前請求無效宣告的，專利複審委員會不予受理。因此要是有人惡意使用撤銷程序，就會使有理由提起無效的人無法進行請求。

由於專利權的撤銷程序與無效程序其實差異不大，因此本次修法取消了事後對專利權提出的撤銷程序。

二 擴大專利權之救濟管道

(一) 訴前臨時禁令之研討

這次專利法之修正，其中一個重要的目的就是希望能擴大私法救濟機制。因此在新條文中，對此作了許多新規範，而其中保護力道最大的，便是增加了訴前臨時責令停止有關

²² 詳見專利法第三十九條、第四十條

行為的規定，即專利法第 61 條的訴前臨時禁令。²³最高人民法院在 2001 年 6 月 12 日於上海舉行的全國法院智慧財產權審判工作會議上中，便要求在審理智慧財產權案件時，應要積極慎重採取訴前停止侵犯專利權行為的措施²⁴，從此處可見其對該新制之重視程度。

之所以提出這樣的制度，是因為大陸的智慧財產權保護採取行政和司法保護雙軌制。在未修正專利法前，由於大陸並未有類似歐美的訴前禁令或假處分措施，所以執法機關無法在起訴前，禁止他人的侵權行為，不利於有效保護專利權人。而這與 TRIPs 的規定也是不一致的。故修訂後的專利法，增加了這樣的一個規定，並明確說明了這樣的措施適用「民事訴訟法」有關訴前財產保全的規定。但是專利法並未賦予行政執法機關採取類似措施的權利，依照新法第 57 條規定，管理專利工作的部門作為行政執法機關，只有確認專利侵權確實存在時，方得作出責令侵權人立即停止侵權行為的決定。也就是說，行政執法機關在未確定侵權行為成立的情況下，不能採取臨時保護措施；權利人或利害關係人要在訴前迅速制止侵權行為，只能向法院申請訴前責令相對人停止有關行為。要補充說明的是，按照第 61 條的立法原意，訴前責令可以停止有關的是「即發侵權」行為，這也是大陸智慧財產權立法上的第一次。²⁵「即發侵權」是指智慧財產權立法禁止的侵權行為以外的，但也會導致侵權行為發生的行為，因此未修正前的「許諾銷售」便屬即發侵權。（但現在已經

訴前臨時禁令之新增，乃是為了防止專利權人無以彌補之損害發生。

²³ 第六十一條 專利權人或者利害關係人有證據證明他人正在實施或者即將實施侵犯其專利權的行為，如不及時制止將會使其合法權益受到難以彌補的損害的，可以在起訴前向人民法院申請採取責令停止有關行為和財產保全的措施。

²⁴ 參閱「加強專利保護，大陸專利法增訂訴前臨時保護措施」，智識網 <http://www.ipnavigator.com.tw/2001/7/6>

²⁵ 參閱劉曉海，知識產權的臨時保護，中國商標與專利，頁 25，第 66 期，2001 年 3 月

成爲專利法第 11 條所規定的侵權樣態之一種) 面對這種「即發侵權」, 當事人因爲尙未受到侵權行爲所產生的損害, 是故無法以停止侵害、損害賠償作爲訴訟請求。對「即發侵權行爲」提起訴訟, 應從大陸的民法通則第 134 條規定的承擔民事責任的方式中尋找訴訟請求, 而分析第 134 條所列的 10 種主要方式, 在此應適用「消除危險」作爲訴訟請求。

對於這樣一個可以充分保護專利權人的新制度來說, 除了瞭解上述立法目的外, 吾人必須分兩部分, 即實質要件與程序要件來分別探討, 才能充分掌握相關之規定與如何適用。第一、在實質要件部分, 申請人申請訴前責令停止有關行爲時, 應當符合(1)被申請人正在實施或者即將實施侵權行爲; (2)如不及時制止, 申請人的合法權益將會受到難以彌補的損害。對於應如何證明這兩點, 最高人民法院於 2001 年 6 月 5 日通過「最高人民法院關於對訴前停止侵犯專利權行爲適用法律問題的若干規定」, 其中的第 4 條, 作了完善的說明。較特別的一點是, 如果提出的申請涉及實用新型專利的, 申請人應當提交國務院行政部門出具的檢索報告。²⁶第二、在程序要件部分, 按專利法第 61 條第 2 項, 訴前責令停止有關行爲適用民事訴訟法訴前財產保全的規定。因此在裁定之前, 申請人必須提供擔保, 若不提供即駁回申請。²⁷ 人民法院必須在申請提出後 48 小時內作出裁定, 責令停止有關行爲的, 應當立即執行。²⁸ 由條文觀之, 人民法院在作出裁定前無須聽取被申請人的意見, 僅根據申請人提供的證據作出裁定。又最高人民法院已明確規定了, 停止侵犯專利權行爲裁

對於訴前禁令之相關規定, 全國人大亦作了司法解釋, 但其與母法間恐有衝突。

²⁶ 詳細規定可參閱中國知識產權報, 第三版, 2001 年 7 月 4 日

²⁷ 中華人民共和國民事訴訟法第 92 條第一款規定「... 人民法院採取財產保全措施, 可以責令申請人提供擔保; 申請人不提供擔保的, 駁回申請。」

²⁸ 同上註

定所採取的措施，不因被申請人提供反擔保而解除。²⁹值得討論的是，在專利法第 61 條第 2 項規定了相關措施應適用民事訴訟法第 93 條~第 96 條之規定，然於民事訴訟法第 95 條中，則規定了「被申請人提供擔保的，人民法院應當解除財產保全。」是故，在上述「關於訴前停止侵犯專利行為適用法律問題的若干規定」中，已經逾越了原母法，即專利法的規定。關於此之疑問，仍須視日後的司法判例，方能知其效力為何。³⁰

日後對於侵犯專利權的數額賠償將有明文規定賠償數額可達專利使用費之 1~3 倍。

(二) 賠償額計算明確化

專利法第 60 條修正後，侵犯專利權的賠償數額可按照權利人因被侵權所受到的損失或者侵權人因侵權所獲得的利益確定。此明確了專利權損害賠償確定標準可以以權利人被侵權所受到的損失確定，也可以以侵權人因侵權所獲得的利益確定，對於被侵權人的損失或者侵權人因侵權獲利難以確定的，參照專利許可使用費的倍數合理確定。這一規定亦符合 TRIPs 第 45 條規定的賠償金要「補償由於侵犯智慧財產權而給權利所有者造成的損害」的基本要求。過去雖然法院在實務上，也是按照這樣的判定標準去確認損害數額，但是缺乏法律的根據。因此對於「參照專利許可使用費的倍數合理確定」的規定，既是一項新的賠償計算方法，也是對過去司法解釋關於「專利許可使用費的合理數額」的進一步文字化，但其判斷基礎仍然是被侵犯的專利權的許可使用費。爲了足以彌補被侵權人的實際經濟損失，人民法院可以以一次專利許可使用費的倍數合理確定。依照 2001 年 6 月 19 日最高人民法院通過的「最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法

²⁹ 詳見「最高人民法院關於訴前停止侵犯專利權行為適用法律問題的若干規定」第 8 條之規定

³⁰ 同註 23

律問題的若干規定」第 21 條規定，人民法院可以根據專利權的類別、侵權人侵權的性質、專利許可的範圍等因素，參照專利許可使用費的 1~3 倍合理確定賠償數額，然最多亦不得超過人民幣 50 萬元。是故對於如何合理確定專利許可使用費的倍數以及沒有專利許可使用費標準可參照的，還需要人民法院在法律具體適用中總結司法實踐經驗，由最高人民法院作出新的司法解釋來予以明確。

(三) 其他保護面向

(1)救濟雙軌制：除了走司法途徑之外，新專利法第 57 條亦規定爭議雙方當事人可以向地方之專利主管機關請求處理，而地方專利主管機關得為侵權行為停止之處分或是就賠償數額進行調解。地方專利主管機關對侵權行為責令停止之處理，如當事人不服者，應在十五日內向法院起訴，與現行三個月的規定相較，期限縮短，如對此處分不起訴亦不停止者，地方專利主管機關可向法院申請強制執行。

(2)明確專利管理機關有處罰權：

對於專利侵權糾紛的處理，過去只規定為「可以由專利管理機關處理」。修正後，明確規定專利管理部門對「假冒他人專利」的行為擁有「責令改正」、「沒收違法所得」、「罰款」等多項處罰權。

(3)對於不視為侵權之態樣有兩項改變：

(A) 專利權人進口或經專利權人許可而進口或依專利方法直接獲得的產品於販賣後，增列為不視為侵權之態樣。(第六十三條第一款第一項)

(B) 為生產經營目的使用或銷售不知道是未經專利權人許可而製造銷售的產品能證明其來源合法者，可不承擔賠償責任。(第六十三條第二款)

修正後之專利法 21 條，要求行政部門對於專利管理更為迅速確實。

肆、專利權之行政與司法組織權限

一 加強專利行政部門執法責任

修正後的專利法在第 21 條中增加了新的第 1 款，便是要求國家專利行政各部門及專利復審委員會應當依照客觀、公正、準確、及時的要求，依法處理有關專利的申請和請求。在這新的規定中，對專利復審和無效宣告案件的審查工作提出了更高的要求。然而這種精神性的宣示口號，是否必然會加快審理案件的流程或提高素質，仍須觀察。

專利管理機關法定統一由「國務院專利行政部門」受理審查及申請。

二 完善行政司法職權分際

在行政機關方面，首先要說明的是新修正大陸專利法第 3 條將現行的專利專責機關，法定統一由「國務院專利行政部門」受理申請及審查，並由其負責全國的專利工作，而省、自治區、直轄市人民政府管理專利工作的部門負責本行政區域內的專利管理工作。亦即中央機關負責專利之受理和審查，地方機關則負責該行政區域內之專利管理工作。針對這樣的組織變化，專利法有關條文都一併做了修正。另外在第 57 條規定專利管理機關有權處理專利糾紛，此與未修正前不同之處在於以往專利管理機關可以處理侵權糾紛也可以決定賠償額。但現在為了更加釐清政府該作的事，也就是政府不宜作民事的決定，所以明確規定只能對侵權作決定。至於賠償額的問題，機關可以調解，但不能決定。至於專利復審的部分，原先專利復審委員會對於實用新型、外觀設計之專利申請案所作的決定視為最終決定，不得向法院起訴。但現在於新法第 41 條第 2 項中，規定了專利申請人，若不服專利復審委員會的審決，可於接到通知日起 3 個月以內向人民法院提起訴訟。因此只要是專利權人，不分是何種專利，一律皆可給予申請人及專利權人向法院提起訴訟的機會。是故，在

這樣的組織權限變動下，行政部門不能再以專利認定之最終者自居，此不但符合法治國家精神，也將更讓專利權人獲得保障。

在刪去了「撤銷制度」以及專利終局認定的權限回歸司法之後，可以顯而得知的便是對於專利複審委員會的工作量必定會有大幅增長。專利複審委員會除了多受理原本應當經由專利撤銷但今後將轉往專利無效的請求外，還會因對於複審委員會之複審不服的當事人向法院提起訴訟，而需要去法院應訴。據統計，歷年來有 27% 的當事人對專利複審委員會宣告發明專利權無效或者維持發明專利權的決定不服，向人民法院提起訴訟。按照此一數字，往後每年將有幾百件當事人不符起訴到人民法院的案件。在專利複審委員會受理請求量逐年增加的情況下，如何減少應訴工作對案件審查工作的影響，以防止在新的專利法施行後出現新的待審案件，進而達到新法強調的「及時性」要求，是必須妥善解決的問題。

專利權保護在行政、司法雙管齊下的進行下，其利弊缺失探討。

三 雙軌制應進行即得之探討

大陸專利權制度建立以後，一直實行具有中國特色的專利權保護模式，即人民法院和專利管理機關在解決專利侵權糾紛過程中各自發揮作用，相互補充和協調。據統計，專利管理機關與人民法院受理專利糾紛案件的數量之比約為 4：6。對於行政管理和行政處罰的加強，應在專利制度實行之初，但在實行市場經濟和邁向法治國家的時期，則應該藉由嚴謹的司法程序來加強對專利權的保護。換言之，即認為大陸之行政機關處理民事糾紛因為相較於法院來說，沒有嚴格的程序性規定，難以保證客觀、公正，故較會出現權力濫用的現象。所以屬於民事權利的糾紛最終應通過司法途徑來解決，而不應由行政機關作出具有強制執行力的決定。

另一種觀點則認為，在大陸經濟轉型時期，專利管理機關處理專利侵權糾紛是一種適合大陸社會的做法。在即將加

入 WTO 之際，大陸智慧財產權制度面臨的首要任務是儘快增強人們的智慧財產權保護意識，強化對智慧財產權的保護，更加有效地制止侵權行為。因此專利管理機關處理專利糾紛的職能不但不應當削弱，還應當進一步明確其執法地位，強化行政執法手段。其觀點亦認為，處理專利侵權糾紛的難度進一步加大。一些不法廠商的侵權手段越來越狡猾，有的企業被處理後立即註銷，或同時註冊好幾個公司。這種情況下，僅僅只由法院採取消極等受害者提出告訴的方式，效果並不好。其次，群體侵權現象也越來越為嚴重。當侵權物品進入市場後，各地已有上百家企業生產一模一樣的產品。面對這種群體侵權的現象，專利權人往往是不堪訴累。專利糾紛處理時間過長，也是專利權人面對法庭躊躇不前的原因。並且專利侵權糾紛常常涉及較為複雜的技術問題，故被告若提出無效請求將往往耗費大量時間。此外，聘請專利律師、出庭也需要相當的費用與時間。於是，造成專利權人寧願放棄權利，也不願意打官司。而針對目前處理專利侵權糾紛所面臨的種種難題，專利行政管理機關便可以發揮處理專利糾紛的優勢，如主動出擊、有效地防止侵權人轉移、銷毀證據，及時制止侵權。

綜上所述，以大陸社會及民情來說，專利管理機關處理專利侵權案件仍舊有其需要性。故不應在立法時忽視行政方面之力量，而只單方的採用司法途徑。

四 其他

相關與專利行政管理工作有關的條文尚有：

1、管理專利工作的部門不得參與向社會推薦專利產品等經營活動。

2、管理專利工作的部門違反前款規定的，由其上級機關或者監察機關責令改正，消除影響，有違法收入的予以沒收；情節嚴重的，對直接負責的主管人員和其他直接責任人員依

法給予行政處分(第 66 條)

3、從事專利管理工作的國家機關工作人員以及其他有關國家機關工作人員玩忽職守、濫用職權、徇私舞弊，構成犯罪的，依法追究刑事責任；尚不構成犯罪的，依法給予行政處分(第 67 條)

伍、結論

這次修正將使大陸專利法與 TRIPs 協定日趨一致，為國外的專利申請人和專利權人提供了充分的國民待遇。其藉由專利法的修正將創造出一個好的法律和政策之環境，並可進一步擴大大陸的改革開放、更好地引進國外的先進技術和先進管理及吸引國外的商家到大陸來投資。而在這些外商進入投資之後，將會更加有利於推進中國的科技進步與創新，促進其經濟發展。國家智慧財產權局局長王景川表示：「隨著經濟全球化趨勢的不斷增強，擁有專利權的數量和質量以及運用專利制度的能力和水準已成為衡量一個國家和地區市場競爭力、綜合實力的重要指標。進一步完善專利制度，加強專利管理和保護，既是促進科技創新和經濟發展的迫切要求，又是我國參與經濟全球化、適應“入世”需要的重要舉措。」在此次專利法修正中，把世界上專利制度的一般作法(TRIPs 的相關規定)與一個發展中的社會主義國家的基本國情結合起來，不僅進一步適應了大陸生產力發展的需要，同時也達到了國際性所規定的專利保護標準。

整體來說，在這次專利法之修正後，專利權人不但可以向法院申請事先的侵權防止，避免無以彌補的損失，同時也可以訴請行政管理機關採取相關措施，有效率的遏止大規模的侵權發生。又專利權的終審認定也回歸至司法機關，使專利權人對於專利權的認定有更進一步的保護。唯在制定較以往更為周延之專利保護法律環境時，若無相關人力或是細則的配套，則仍是事倍功半。吾人可以發現，不論是專利權的

此次修正不僅適應大陸需求，並且也達到了國際上所規定的保護要求。

終局認定也好，或是行政司法並行的打擊侵權，此都須要相當多且素質高的人力。而大陸專利工作起步較晚，基礎稍嫌薄弱，目前在一些方面與國家經濟、科技、社會發展的要求還不相適應，現今狀況之下，大陸是否有足夠的人才可勝任此專利保護的司法或是行政工作，仍值得我們觀察。又在專利法修正之後，其爲了配合新法所作的若干解釋規則，其效力與母法或其他相關法規之間的適用發生競合時，到底位階如何排列，也是在探討大陸法律時所面臨之問題。在大陸尚未完全邁向法制化之國家時，是否有其他非法律因素而對專利權之保護亦造成影響的，吾人也應重視。因此，雖然大陸專利保護方面仍可能有上述之問題發生，但我國有關單位，亦可針對此次彼岸專利法修正之際，觀察其產業在新制下之發展，以作爲我下次修法之借鏡。

對於新訂之大陸專利法及其細則，究竟對其產業造成何種影響？值得我國有關單位參考。
