

中国专利强制许可制度的完善

林秀芹*

内容提要:专利强制许可制度是保护社会公众利益和防止滥用专利垄断权的重要手段。TRIPS 协议允许 WTO 的成员在一定情况下使用专利强制许可制度。我国社会保障制度不健全,现行立法对专利强制许可制度的使用限制亦过严,没有充分利用 WTO 规则所赋予的灵活性,许多规定甚至超过 TRIPS 协议的要求。这种状况与我国的经济水平和社会公共利益需要不相适应,有必要通过修订法律加以完善。

关键词:专利强制许可 TRIPS 协议 司法审查

专利强制许可制度近年来成为国际政治、经济和其他论坛的热门话题。《多哈宣言》以来的发展更将有关专利强制许可制度的争论推向高潮。争论的缘起在于 WTO 中的 TRIPS 协议提高了专利保护标准,同时对专利强制许可做了严格的限制,以致当许多发展中国家面临像艾滋病这样的公共危机时,因受到 TRIPS 协议的束缚,无法有效地利用强制许可制度为本国病人提供廉价的药品。于是,国际社会强烈要求允许 WTO 成员较灵活地运用专利强制许可,应对本国的公共健康危机。《多哈宣言》及其后的《总理事会决议》在这种呼声下应运而生。为了利用这些文件赋予的灵活性,我国除了专利法中规定的强制许可制度外,新近发布了《专利实施强制许可办法》和《涉及公共健康问题的专利实施强制许可办法》。但是,这些相关立法是否充分运用了 TRIPS 协议赋予的自主权、是否有利于我国灵活使用强制许可制度以适用公共利益需要,却存在很大的疑问。

一、我国专利强制许可制度的发展

我国于 1984 年 3 月 12 日颁布了第一部专利法。该法在保护专利权的同时,对授予专利权的例外和专利强制许可制度做了较宽泛的规定。此后,为了适应中国加入世界贸易组织的需要,先后于 1992 年和 2000 年对专利法做了两次重大修改。其结果是加强了对专利权的保护,但大大削弱了对专利垄断权的限制,特别是对专利强制许可制度做了严格的限制。下面简要回顾我国专利法在专利强制许可制度方面的主要变化。

(一)1984 年专利法

1984 年专利法规定了较为灵活的专利强制许可制度。构成专利强制许可的理由包括:(1)专利权人未在规定的期限内履行在中国实施专利的义务(第 51、52 条)。(2)依赖性专利(第 53 条)。

可见,1984 年专利法对使用强制许可制度的条件规定得比较宽松,但是该法存在一个严重的缺陷,即只规定了两种启动强制许可制度的情形,而对于专利权人滥用专利权的其他情形,如救济反竞

* 厦门大学法学院教授。

争行为的需要、公共利益需要等,均没有相应的规定。

(二)1992年修订

1992年9月4日,全国人民代表大会常务委员会决定对1984年专利法进行第一次修订。修订后的专利法加强了对专利的保护,如扩大了对方法专利的保护和专利保护客体的范围,将“食品、饮料和调味品”以及“药品和用化学方法获得的物质”列为可授予专利权的对象。同时,1992年专利法也增加了颁发强制许可的事由,具体体现在:

1. 拒绝许可

修订后的1992年专利法第51条规定:“具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利,而未能在合理长的时间内获得这种许可时,专利局根据该单位的申请,可以给予实施该发明专利或者实用新型专利的强制许可。”此外,第54条规定:“依照本法规定申请实施强制许可的单位或者个人,应当提出未能以合理条件与专利权人签订实施许可合同的证明。”这一规定与TRIPS协议第31条b项第1段基本上相同。这表明1992年我国专利法的修改很可能受到当时正在谈判中的TRIPS协议的影响。

2. 紧急情况和公共利益需要

修订后的1992年专利法第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。”这一规定的内容与措辞与TRIPS协议第31条b项第2段十分相似。从我国1992年专利法修订的时间及当时中国积极申请“入关”的背景来看,该条很可能是参照了当时TRIPS协议草案的规定。

3. 依赖性专利

1992年专利法第53条关于依赖性专利的强制许可完全保留1984年专利法的规定,未做任何变动。但是,1992年专利法取消了1984年专利法关于当地实施要求的规定,取消了将专利权人未在中国实施专利作为申请强制许可的理由。不可否认,这一变化受到当时TRIPS协议草案的影响。

(三)2000年修订

2000年8月25日,我国专利法做了第二次修正。这次修订对强制许可制度做了更加严格的限制。具体体现在:

1. 拒绝许可情况下的强制许可

新法将1992年专利法第53条移到第48条,规定:“具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利,而未能在合理长的时间内获得这种许可时,国务院专利行政部门根据该单位的申请,可以给予实施该发明专利或者实用新型专利的强制许可。”新法原封不动地移植了1992年专利法第53条,在内容上未作任何修改。

2. 紧急情况和公共利益需要。

2000年专利法第49条完全移植1992年专利法第52条,内容未做变动。

3. 依赖性专利

2000年修订后的专利法第50条沿袭了1992年专利法第53条的框架,但在内容上有较大的变动。其中,新法第50条第1款规定:“一项取得专利权的发明或者实用新型比前已经取得专利权的发明或者实用新型具有显著经济意义的重大技术进步,其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的,国务院专利行政部门根据后一专利权人的申请,可以给予实施前一发明或者实用新型的强制许可。”可见,在依赖性专利情况下实行强制许可时,要求后一专利与前一专利技术相比必须“具有显著经济意义的重大技术进步”。而在此之前,对于依赖性专利的强制许可,只要后一专利的实施有赖于使用前一发明或实用新型专利,即构成颁发强制许可的理由。^[1]可见,2000年专利法第50条第1

[1] 1992年专利法第53条。

款的内容与 TRIPS 协议第 31 条 a 项完全相同。这无疑是中国为了适应加入 WTO 的需要而使国内法符合 TRIPS 协议的要求所做的努力。

4. 强制许可的程序、范围和期限

2000 年专利法第 52 条在 1992 年专利法第 55 条的基础上,做了较大的修改。规定:

“国务院专利行政部门做出的给予实施强制许可的决定,应当及时通知专利权人,并予以登记和公告。给予实施强制许可的决定,应当根据强制许可的理由规定实施的范围和时间。强制许可的理由消除并不再发生时,国务院专利行政部门应当根据专利权人的请求,经审查后做出终止实施强制许可的决定。”

可见,新修订的专利法要求主管机关将强制许可的决定及时通知专利权人,在程序上更为完善。同时,根据 TRIPS 协议第 31 条 g 项的要求,新法对强制许可的范围和期限做了规定。

(四)《专利实施强制许可办法》

国家知识产权局于 2003 年 6 月 13 日发布了《专利实施强制许可办法》(以下简称《办法》)。该办法共 5 章,39 条,主要包括:

(1)由国家知识产权局负责受理和审查强制许可、强制许可使用费裁决和终止强制许可的请求并做出决定。(2)驳回强制许可请求的理由,包括三种:第一,请求人不具备本办法第 4 条规定的主体资格;第二,请求给予强制许可的理由不符合专利法第 48 条、第 49 条和第 50 条的规定;第三,强制许可请求涉及的发明创造是半导体技术的,其理由不符合专利法实施细则第 72 条的规定。请求人对驳回强制许可请求的决定不服的,可以自收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。(3)强制许可使用费裁决请求的审查和裁决。专利权人或者取得实施强制许可的单位或者个人对强制许可使用费不能达成一致意见的,国家知识产权局应当自收到请求书之日起 3 个月内做出强制许可使用费的裁决决定。(4)终止强制许可的请求。《办法》第四章规定,强制许可的终止有两种情形:第一,自动终止。《办法》第 27 条规定,给予强制许可的决定规定的强制许可期限届满时,强制许可自动终止。第二,裁定终止。强制许可期限届满前,强制许可的理由消除并不再发生的,专利权人可以请求国家知识产权局做出终止强制许可的决定(第 28 条)。《办法》第 35 条规定:终止强制许可的请求经审查没有发现驳回理由的,国家知识产权局应当做出终止强制许可的决定。该条采用“终止推定”的做法,除非强制许可的被许可人能够举证证明终止申请应当被驳回,国家知识产权局就必须做出终止决定。这给被许可人增加了很重的负担,因为被许可人为了能够说服国家知识产权局驳回终止请求,必须证明两种情形之一:第一,强制许可的理由没有消除。如对“非典”药品实行强制许可的“非典”危机尚未消除;第二,强制许可的理由虽然暂时消除,但还会再次发生。在实践中,要证明强制许可的理由还会再次发生,十分困难。

《办法》的发布使我国专利法规定的强制许可制度更具可操作性。但是,该办法也存在许多不足:第一,并没有澄清专利法的一些模糊之处。如对于申请人事先请求自愿许可,在合理期限内未获成功情况下的强制许可,《办法》第 4 条仍未澄清“合理的期限”究竟是多长。第二,该办法似乎对申请强制许可的理由做了过严的限制。《办法》第 13 条第 2 项规定:请求给予强制许可的理由不符合专利法第 48 条、第 49 条和第 50 条的规定的,应当驳回强制许可申请。这实际上将申请强制许可的理由限定为四种:拒绝许可、国家紧急状态和非常情况、公共利益需要和依赖性专利,而没有包括反垄断需要、当地实施需要等。但实际上,TRIPS 协议是允许成员规定更广泛的强制许可的情形的。第三,《办法》似乎更倾向于便利专利权人,其中许多条款是关于不受理强制许可申请、驳回强制许可申请、终止强制许可申请的规定,对强制许可的被许可人施加了更重的举证责任。^[2]

(五)《涉及公共健康问题的专利实施强制许可办法》

[2] 如《办法》第 13 条、第 21 条、第 28 条、第 31 条。

为了解决我国面临的公共健康问题,落实《关于 TRIPS 协议与公共健康的宣言》(以下简称《多哈宣言》)和世界贸易组织总理事会《关于实施 TRIPS 协议与公共健康的多哈宣言第 6 段的决议》(以下简称《总理事会决议》),国家知识产权局于 2005 年 11 月 29 日以第 37 号令发布了《涉及公共健康问题的专利实施强制许可办法》(以下简称《健康办法》),自 2006 年 1 月 1 日起施行。《健康办法》的主要内容如下:(1)界定了“传染病”和“药品”的范围;(2)明确规定特定的公共健康危机构成颁发强制许可的理由。(3)允许为了公共健康需要利用强制许可进口有关专利药品(第 6 条)。(4)关于强制许可补偿费的规定。《健康办法》第 7 条规定:“国家知识产权局授予本办法第 5 条所述强制许可的,被许可人应当向专利权人支付合理的报酬。但该药品的生产者已经向该专利权人支付报酬的,被许可人可以不向专利权人支付报酬。”(5)在一定条件下允许利用强制许可生产的药品出口。“健康办法”第 9 条规定:“世界贸易组织成员按照总理事会决议确定的机制通报世界贸易组织 TRIPS 理事会,希望进口治疗某种传染病的药品的,或者非世界贸易组织成员的最不发达国家通过外交渠道通知我国政府,希望从我国进口治疗某种传染病的药品的,国务院有关主管部门可以请求国家知识产权局授予强制许可,允许被许可人利用总理事会决议确定的制度制造该种药品并将其出口到上述成员或者国家。”据此,我国可以在遵守《总理事会决议》规定的前提下,向缺乏生产能力的国家出口利用强制许可生产的药品。

由上可见,我国的《健康办法》较全面地落实了《多哈宣言》和《总理事会决议》赋予的灵活性,允许在公共健康需要时,利用强制许可制度为病人提供价格较低的药品。同时,允许利用强制许可的专利药品在一定的条件下出口到缺乏生产能力的国家。

综上所述,我国专利法历来对专利强制许可做较严格的限制。1984 年专利法的规定就比《巴黎公约》关于强制许可的规定更加严格,没有将未实施专利以外的滥用专利垄断权的情形列为强制许可的理由。以后,经过 1992 年和 2000 年两次重大修订,法律的天平明显偏向于保护专利权,却对使用强制许可制度做严格的限制。但是,国家知识产权局其后发布了《涉及公共健康问题的专利实施强制许可办法》,对于为公共健康需要颁发强制许可生产和销售专利药品做了较为灵活的规定。

二、我国专利强制许可制度存在的问题

如上所述,在专利强制许可问题上,中国数次专利法的修订主要是为了适应中国加入 WTO 的需要,较少考虑本国社会公共利益需要。因此,我国关于专利强制许可的规定存在许多不足,如对强制许可限制过严、程序过于繁杂,许多规定超过 TRIPS 协议的要求等。^[3]主要体现在:

(一)对强制许可申请人的资格要求过高

我国现行专利法第 48 条规定:具备实施条件的单位以合理的条件请求专利权人自愿许可,在合理长的时间内未成功获得这种许可时,可以实行强制许可。《办法》第 13 条还规定:请求人不具备本办法第 4 条规定的主体资格,即不具备实施条件的,做出驳回强制许可请求的决定。可见,强制许可申请人必须是“具备实施条件的单位”,这是主管机关颁发强制许可的前提条件。

我国专利法上述规定对主体资格限制过严:第一,此种规定要求申请人必须是“单位”,因而排除了个人作为申请人的可能性。第二,要求申请强制许可的单位必须“具备实施条件”。虽然立法没有解释申请人需要具备何种实施条件,但这一规定无疑要求申请单位在资金、设备和技术等方面具备实施有关专利技术的条件。

可见,我国专利法对强制许可申请人资格的规定超出了 TRIPS 协议的要求。TRIPS 协议第 31 条 b 项仅规定“拟使用者”(proposed user)这一概念,并没有对强制许可申请人的资格做任何要求。因

[3] 中国对强制许可的某些限制,如对强制许可申请人资格的限制,甚至超出 TRIPS 的要求。

此,任何有意实施某项专利发明的人均可以申请强制许可。WTO许多成员的立法也如此规定,并没有限制强制许可申请人的资格。例如,英国、印度和加拿大专利法均规定,强制许可的申请人可以是“任何人”,包括任何企业、政府部门和个人,甚至被许可人。即使被许可人与专利权人的协议禁止被许可人申请强制许可,被许可人也不受此约束。英国1949年专利法第37条曾经要求申请人必须是“任何利益相关者”(any person interested),但是,英国1977年专利法放宽了对申请人的资格要求,在第48条第1项规定,“任何人”(any person)均可以申请强制许可。

我国专利法还要求申请人必须“具备实施条件”。这一要求也超出TRIPS协议的要求,比英国、加拿大、印度、巴西〔4〕等WTO成员国的要求严格。这些国家均没有要求申请人在申请强制许可时必须具备任何实施条件,而是由主管机关在决定是否颁发强制许可时,将申请人具备实施条件作为颁发强制许可的条件。诚然,如果申请人不具备实施条件,即使获得强制许可也无法真正将专利技术付诸商业实施,但是,这种过高的资格要求会引起许多弊端:首先,将许多可以通过努力而具备实施条件的单位排除在外;其次,根据我国现行专利法第48条的文字含义,如果中国缺乏某一方面的技术,也没有相应的本国企业具备“实施条件”(如相关的技术、设备、人才),则无法产生合格的申请人,因此,无法充分利用强制许可条款制止垄断行为,保护公共利益。

为了克服上述弊端,我国应当借鉴英国、加拿大等在使用强制许可制度上经验较丰富国家的做法,扩大强制许可申请人的资格,规定“任何人”均可以申请强制许可。然后,由知识产权局在决定是否给予强制许可时审查申请人是否“具备实施条件”。

(二)对强制许可的理由限制过死

TRIPS协议第31条提出颁发强制许可的数项事由,如拒绝许可、国家紧急状态和极其紧急情势、非商业性的公共使用、依赖性专利等,但是,TRIPS协议没有限制成员规定使用强制许可制度的理由,这是WTO成员及学者的普遍共识。因此,只要在遵守TRIPS协议要求的条件下,WTO成员可以灵活地规定启动强制许可制度的理由。

各国立法规定的强制许可理由很多,包括拒绝许可、公共利益需要、紧急状态和非常紧急情势、政府使用、纠正反竞争行为、依赖性专利、专利权人未在当地实施专利、本国对专利产品的需求没有得到满足等。但是,我国专利法对使用强制许可的理由限制过死,只照搬了TRIPS协议规定的四种理由:拒绝许可、公共利益需要、紧急状态和非常情况、依赖性专利。从我国专利法第六章的逻辑结构及第48、49、50条的措辞来看,我国立法对强制许可的理由采用了列举式的规定,而没有一条灵活性的规定概括可颁发强制许可的其他理由。再者,《办法》进一步将专利法规定的这四种理由固定化,似乎表明颁布强制许可的理由仅限于上述四种情形,其第13条第2项规定,“请求给予强制许可的理由不符合专利法第48条、第49条和第50条的规定的”,国家知识产权局应当驳回强制许可请求。据此,如果请求给予强制许可采用的是其他理由,如为了救济反竞争行为或公共利益需要,国家知识产权局也将驳回强制许可的请求。这表明,我国专利法已经将申请强制许可的理由“锁定”,而将专利法未列举的理由如公共利益需要、救济反竞争行为的需要、制止其他滥用专利权的行为等排除在强制许可的理由之外。这无疑严格地限制了TRIPS协议赋予我国的自主权,放弃了WTO规则赋予我国与滥用专利垄断权做斗争的利器。这种过度的自我约束不符合我国社会公共利益的需要,而且当专利权人滥用其专利垄断权损害我国的经济和社会公共利益时,我们将束手无策。如近来引起我国民众广泛关注的DVD专利使用费争议即是一个典型的例子。

(三)强制许可的程序过于繁琐

TRIPS协议第31条对强制许可的程序很少做强制性的要求,只是要求进行个案审查,有关强制许可的决定必须经司法审查或者上级行政机关复审,其它程序性问题则留待WTO成员国内法自主

〔4〕 Industrial Property Law, 14/05/1996, No. 9. 279, art 73.

确定。而我国专利法在程序方面的有些规定似乎超出了 TRIPS 协议第 31 条的要求,不利于强制许可制度的利用。具体体现在:

1. 选择司法审查而不是行政复议

TRIPS 协议第 31 条第 i、j 项规定,当事人可以就强制许可决定的有效性和有关专利使用费的决定提交“司法审查”或者“成员国上级独立机构审查”(以下简称行政复议)。据此,TRIPS 协议的成员可以采用两种审查程序中的一种:一是司法审查,二是上级独立机构的审查,即由原来做出决定的机关以外的上级行政机构独立审查。^[5]

然而,根据我国专利法第 55 条及《办法》第 26 条的规定:对国家知识产权局做出的给予强制许可的决定不服的,专利权人可以向法院起诉;对于实施强制许可的使用费裁决不服的,专利权人和强制许可申请人均可以向法院起诉。此外,《办法》也没有排除法院对有关专利强制许可的决定实行两审终审制。因此,我国对有关强制许可的程序较复杂。

2. 司法审查的范围较宽

根据 TRIPS 协议第 31 条 i 项的规定,关于强制许可的“任何决定的法律有效性”(legal validity)应当受到进一步审查。^[6]可见,TRIPS 协议要求成员做到的是,必须允许专利权人对有关强制许可的任何决定的“法律效力”请求进一步审查,而没有要求将有关强制许可的“任何决定”置于进一步审查之下。比较 TRIPS 协议第 31 条 i 项与 j 项的表述,i 项是对进一步审查范围的有意识的限制。与 i 项明显不同,j 项明确规定:关于强制许可补偿费的“任何决定”应受到进一步审查。这样,强制许可补偿费的计算方法是否合理、数额是否合理及其有效性等,均应当受到进一步独立审查。

然而,根据我国专利法第 55 条的文字含义,专利权人对“实施强制许可的决定”不服都可以向法院起诉。比较我国专利法第 50 条与 TRIPS 协议第 31 条 i 项可以看出,“实施强制许可的决定”的外延似乎比所有决定的“法律效力”宽。“实施强制许可的决定”除了决定本身的法律效力外,还包括措施的适当性等。按照 TRIPS 协议第 31 条的规定,后者似乎不在司法审查的范围。

3. 将颁发强制许可的决定与专利使用费的裁定截然分开

我国的《办法》将颁布强制许可的决定与强制许可使用费的决定分为两个独立的程序。国家知识产权局做出颁发强制许可的决定后,专利权人与被许可人就强制许可使用费协商无法达成协议的,可以向国家知识产权局申请裁决;对裁决不服的,申请人和被许可人均可以在收到决定之日起 3 个月内向人民法院起诉(第 24 条)。对一审法院判决不服的,应当可以上诉。这种程序费时费力,超出 TRIPS 协议的要求。这种马拉松式的程序很可能使有意申请强制许可的单位望而却步。

4. 没有规定强制许可决定生效的时间

我国专利法和《办法》都没有规定强制许可决定何时生效。从专利法第六章和《办法》的相关规定来看,如果专利权人就强制许可决定向人民法院起诉,似乎要等二审法院做出终审判决才能生效。如果这样,势必造成时间的拖延。根据英国专利法的规定,强制许可一经做出,即生效,尽管当事人可以向法院起诉。除非专利权人与申请人就强制许可的条件达成一致,专利局长应就许可条件做出裁决。强制许可从专利局长做出决定或者对许可的条件做出裁定之日起开始生效。^[7]

(四)关于强制许可的一些规定不够明确

2000 年修订后的我国专利法第六章的内容和表述方法基本上照搬 TRIPS 协议第 31 条,因而带

[5] 如在 TRIPS 协议谈判过程中,澳大利亚代表明确指出这一点。Note by the Secretariat, Meeting of Negotiating Group of 12 - 14 July 1989, Negotiating Group on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, GATT, MIN, GNG/NG11/14, 12 September 1989, para 83.3 - 83.7

[6] 英文原文为: The legal validity of any decision relation to the authorization of such use shall be subject to judicial review or other independent review by a distinct higher authority in that member.

[7] *Geigy SA's Patent*, [1966] RPC 250.

有该条的一些弊端,如一些规定比较模糊。主要体现在:第一,我国专利法第48条规定,当具备条件的申请人以合理的条件请求自愿许可,专利权人“未能在合理长的时间内”授予申请人自愿许可,政府可以给予强制许可。对于何为“合理的条件”、“合理长的时间”,该条款与TRIPS协议一样,没有明确的规定。第二,我国专利法第49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,可以给予专利的强制许可。但是,对于如何解释“非常紧急情势”和“公共利益”,专利法、专利法实施细则以及《办法》均没有具体的原则和指南。第三,我国专利法第50条规定的依赖性专利的情况下,且后一项专利技术与前一项专利技术相比“具有显著经济意义的重大技术进步”,可以实行强制许可。但是,何为“具有显著经济意义的重大技术进步”,现行的立法没有提供任何解释性的指导原则。

(五) 缺乏对滥用专利权的救济

《巴黎公约》第5条A4项及TRIPS协议第31条k项均允许WTO的成员为了救济反竞争的做法颁发强制许可。但是,我国尚未颁布反垄断法,而现有的反不正当竞争法和专利法均没有规定为了预防和救济反竞争行为采用强制许可制度,这使我国无法有效地利用TRIPS协议赋予的强制许可制度制止滥用专利垄断权。

三、改善我国专利强制许可制度的具体思路

中国是仍然是一个发展中国家,社会保障制度尚不健全,反垄断法尚未出台,需要规定较为灵活的强制许可制度和救济滥用专利垄断权的行为。因此,关于强制许可的规定应有利于发挥这一制度的威慑作用。^[8]为此,我国应当放宽限制,澄清立法中的一些含糊之处,增强立法的可操作性,并填补我国立法中重要制度如政府使用、制止滥用专利权等的缺位。

(一) 放宽强制许可申请人的资格限制

我国专利法应当规定“任何人”可以申请强制许可,取消申请人必须“具备实施条件”这一限制。

(二) 对启动强制许可的理由做更灵活的规定

我国专利法和《办法》对实施强制许可的理由限制过死,仅限于四种情形:拒绝许可、公共利益需要、紧急状态和非常情况、依赖性专利。为了充分利用TRIPS协议赋予的自主权,保护我国的社会公共利益,我国专利法应更加灵活地规定颁发强制许可的理由。在这方面,印度2002年专利法修正案为发展中国家提供了一个可选择的模式。该法对强制许可的理由做了灵活的规定。^[9]

印度2002年专利法仍然保留着十分广泛的强制许可理由,包括:专利权人未实施专利、未充分实施专利、公众对专利产品的合理需要没有得到满足、专利产品价格过高以致公众无力承担、保障公共健康和营养、印度关键技术部门的发展、专利权人在技术转让中滥用专利垄断权、国家紧急状态和极

[8] 强制许可的主要作用在于促使专利权人自愿地转让技术,促进技术传播和使用。

[9] 印度2002年专利法修正案第84条规定,自授予专利权满三年之后,有下列情形之一的,任何人可以申请强制许可:(1) 公众与专利发明有关的合理要求(reasonable requirement)没有得到满足;(2) 专利发明没有以合理可承担的价格提供给公众;(3) 专利发明没有在印度实施。

印度立法还规定,任何人可以主张公众对专利发明的合理要求没有得到满足,或者专利发明没有在印度领土内实施,没有以合理可承担的价格提供给公众。此外,印度2002年专利法修正案第83条还规定:“专利局长行使其权力颁发强制许可时,应当考虑到下列情形:(1) 授予专利是为了鼓励发明并确保发明在印度以商业规模实施,且实施应达到合理可行的最大限度,且不当有不当迟延;(2) 授予专利权不仅仅是使专利权人享有进口专利产品的垄断权;(3) 专利权的保护和实施应当有利于促进技术创新和技术的转让和传播,使技术知识的创造者和使用者相互受益,并以促进社会和经济福利,以及权利义务平衡的方式进行;(4) 专利的授予不应阻碍公共卫生和营养的保护并作为一项工具促进特别是对印度的社会经济和技术发展具有重要意义的关键部门的公共利益;(5) 专利权的授予不得以任何方式禁止中央政府采取保护公共健康的措施;(6) 专利权人或者从专利权人获得有关专利的权利和利益的人不得滥用专利权,并不得采用不合理地限制贸易或者对国际技术转让产生不利影响的做法;(7) 授予专利应当使公众以合理可承担的价格获得专利发明的益处。”

其紧急情势、非商业性的公共目的使用等。一些国家和跨国公司指责印度专利法的广泛强制许可制度受到极左思潮的影响。但是,上述规定中其实仍然可以看到英国专利法影响的痕迹。

鉴于我国的国情及所面临的国际压力,我国不一定要全盘照搬印度的做法。但是,也不应当做过严的自我约束,放弃 TRIPS 协议赋予的自主权。中国专利法应增加下列颁发强制许可的理由:

(1)为了反垄断或者救济反竞争行为

反垄断是 TRIPS 协议第 31 条 k 项明确规定的强制许可事由之一,而且其适用条件较宽。特别是为反垄断颁发强制许可的补偿费较低,甚至有时为零,如在美国。反垄断也是美国和欧共体颁发强制许可的主要理由。它是政府用以保护公共利益、制止滥用市场支配地位和实现经济政策的一种重要手段。在我国逐步与国际接轨、跨国公司云集的今天,利用 TRIPS 协议赋予的自主权,将反垄断确定为颁发强制许可的理由之一,就显得十分重要。为此,我国应尽快制定反垄断法,借鉴许多 WTO 成员的做法,将强制许可制度作为专利权人滥用专利权或者市场支配地位的救济手段。

(2)政府使用

政府使用是指政府本身或政府部门或其授权的人为了某种公共目的如国防、公共健康或国家安全,非经专利权人的许可直接使用或委托他人使用其专利技术,包括生产、销售或者进口有关专利产品。^[10]通常,使用者应当给予专利权人合理的补偿。过去,政府使用通常是指为了国防的需要使用专利发明,^[11]后来扩大到公共健康、^[12]空气清洁以及其他民用领域。例如,在 Pfizer 诉 Ministry of Health 案^[13]中,英国最高法院决:专利法第 46 条规定的“政府部门”包括国民健康署下属的医疗机构;“为国王服务”包括为医院的住院病人或非住院病人提供专利药品。^[14]但是,国有企业、邮电局、大学等一般不属于“政府部门”。从英美国家的立法来看,政府使用在实际效果上与强制许可相同,即允许第三人未经专利权人的许可使用专利技术。严格地说,英美国家的政府使用在法律上不属于强制许可,而属于 TRIPS 协议第 30 条所规定的“授予专利权的例外”或我国专利法中的“不视为侵犯专利权的行为”。然而,TRIPS 协议第 31 条 b 项将“非商业的公共使用”,即政府使用归入强制许可。

政府使用的特点是简便易行,无需经过繁杂的申请、批准、上诉程序。特别适合于急迫的非商业目的使用。我国是发展中国家中的大国,政府部门众多,政府部门承担的公共事务也非市场国家的政府部门可比。此外,我国的医院等事业单位也承担大量的公共机构的职能,在许多情况下,为了实现社会公共目的,需要使用专利发明。如果我国的立法引进发达国家普遍规定的“政府使用”制度,允许政府部门或其授权的人为了公共目的未经专利权人的许可使用专利发明,将具有重要的实践意义。

(3)中国公众对专利产品的需要没有以合理的条件得到满足;^[15]

(4)中国工商业活动的建立或发展受到不公平的损害;^[16]

(5)为了救济其他滥用专利垄断权的情形。此项内容十分重要,它使主管机关可以在实践中根据需要作灵活解释从而“留权在手”,取得主动。

(三)简化专利强制许可的程序

为保护社会公共利益和制止滥用专利垄断权,我国的专利强制许可程序应当做如下修改:

1. 改司法审查为行政复议

[10] W. R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights*, London: Sweet & Maxwell, 4th ed., 1999, 291.

[11] 例如,英国 1949 年专利法第 46 条;英国 1958 年国防合同法。

[12] 例如英国 1968 年健康服务与公共健康法。

[13] [1963]RPC 173 HC (ChD); [1965] RPC 261(HL).

[14] The Chartered Institute of Patent Agents, *Patent Law of The United Kingdom: Texts, Commentary and Notes on Practice*, Sweet & Maxwell, London, 1975, 212.

[15] 对此可参照英国做法,参见英国专利法第 48 条 A(1)(a)项。

[16] 对此可参照英国做法,参见英国专利法第 48 条 A(1)(b)(ii)项。

自1984年专利法开始,我国专利法规定对颁发强制许可决定实行司法审查程序,而不是像其他许多发展中国家那样由行政机关复审。为了简化程序,缩短时间,应以采用行政复议为宜。

2. 缩小复审的范围

我国现行专利法第50条规定,专利权人对“实施强制许可的决定”不服的,可以向法院起诉。而TRIPS协议第31条i项只要求将强制许可决定的“法律效力”提交司法审查或者行政复议。为了在遵守TRIPS协议条件下简化强制许可的程序,我国专利法应当缩小复审的范围,将复审的对象改为强制许可决定的“法律效力”。

3. 将颁发强制许可决定与强制许可使用费的决定合二为一

我国现行的专利法将颁发强制许可的决定与专利使用费的决定截然分开,造成程序过于繁琐、冗长。为了简化程序,应当将两个决定合二为一。专利法应当规定:国家知识产权局在做出强制许可决定的同时,应当就强制许可使用费做出决定,除非当事人已经就使用费达成一致意见。

4. 明确规定强制许可决定生效的时间

为了简化程序,我国专利法应当规定:强制许可决定自国家知识产权局做出之日起生效。如果专利权人向人民法院起诉,不影响强制许可决定的执行。

(四)明确解释一些重要概念,提高立法的可操作性

为了提高法律的透明度和可操作性,我国专利法应当对第48条中“合理的条件”、“合理长的时间”等做明确的解释。同时,对“非常紧急情势”、“公共利益需要”、“合理的补偿”等提供解释的指南。

综上所述,我国现行专利法对使用强制许可制度的条件和程序均做了严格的规定,这种状况不利于我国运用TRIPS协议赋予的自主权防止和制止对专利垄断权的滥用,保护我国的社会公共利益。为了使我国在遵守TRIPS协议要求的前提下,有效地发挥专利强制许可制度的作用,需要修订我国专利法的相关规定。

Abstract: As an important tool to curb the abusive use of patent monopoly and to protect the public interest, patent compulsory licensing is allowed in the TRIPS Agreement to be applied in certain circumstances by WTO members. In China, the effective social welfare system has not been accomplished, and the current legislation on patent compulsory licensing is too restrictive to take advantage of the flexibility in WTO rules, some of which even beyond the TRIPS Agreement. Thus, the current law does not fittingly adapt to the development of China's economy and the needs of the public, and should be revised accordingly.

Keywords: patent compulsory license, TRIPS agreement, judicial review
