

解讀中國的專利司法保護

—羅納德 S. 費爾南多—

一、引論：角度的轉換

…中國幾乎所有的高層官員都有工科教育背景。用英特爾公司前任首席執行官貝瑞特的話說：“他們懂行”，他們明白科技發展與生產製造、大學教育及基礎設施“生態系統”之間的聯繫。¹

對中國知識產權制度的學術評估與跨國公司在中國開始設立研發機構的步調並不相符。學術分析一致認為中國知識產權法的內容達到甚至超過了按照《與貿易有關的知識產權協議》²(TRIPS 協議)的規定中國所應達到的保護水平，但由於中國政府並未認真對待維權問題³，維權仍然不夠充分和有效。學術分析人士稱，由此產生的總的後果便是：跨國公司由於擔心失去有價值的知識產權而不太願意在中國投資⁴。然而，有着 980 家跨國公司在中國設立研發機構的現狀顯示，中國正吸引着大量的研發投資⁵。

例如，英特爾公司現任總裁、首席執行官保羅·歐德寧在 2007 年 3 月宣佈英特爾計劃投資 25 億美元在中國大連建立微型芯片生產工廠⁶。據《紐約時報》稱，除此之外，英特爾公司在全球只有七家同樣規模的微型芯片生產廠。據《人民日報》報道，爲了給這家新工廠招聘員工，英特爾公司已與當地政府及大連大學聯手組織培訓與設計教學大綱⁷，在該投資項目中增加技術轉讓內容。

2000 年至 2005 年間，松下公司（松下電器公司的母公司）在中國新設立的研發機構比在日本本土還要多⁸。隨着在中國設立的研發機構在一些高科技行業的研發活動中已經處於領先地位，人們已經意識到由這類投資所帶來的益處⁹。此外，研發投資沒有僅僅局限在高科技行業。許多國際汽車製造商最近也已在中國設立研發機構，其中實力強大的美國通用汽車公司是最積極向中國轉移技術的¹⁰。此外，製藥行業的一些著名公司如強生公司和諾華公司也在中國投入了大量的研發資金¹¹。

中國現已是僅次於美國的研發投入第二大國，其 2007 年投入的研發資金爲 1360 億美元¹²。預計到 2020 年，中國的研發投資在中國國民生產總值（GDP）中所佔的比重將從 2005 年的 1.34% 增長到 2.5%¹³。

儘管有大量的研發投資流入，但回顧學術文獻卻看到其中有大量的對中國知識產權制度有效性的詰難¹⁴。這一歧見的原因是以往的研究工作均基於一個過於概括的分析框架，從而導致了對工業創新活動在中國是否能夠得到有效的專利保護這一問題的誤導性認識。換言之，對現有專利制度的分析是建立在對中國整個知識產權制度的整體分析基礎之上的，而對中國專利維權制度的具體情況缺乏研究¹⁵。因此，以往的研究工作有許多不足，必須克服這些不足才能推進這一領域的研究工作。

以往研究工作的不足包括以下幾方面。首先，如前所述，以往對中國專利維權制度的評價被納入到對中國整個知識產權制度的整體分析之中。這或許是以往研究工作的最大缺陷，因爲這是存在的許多其它不足的根源。其次，基於對中國商標及版權維權方面遇到的問題所做的猜測，中國的專利維權的有效性被低估了¹⁶。第三，以往研究工作忽視了內在的制度結構和爲不同種類知識產權的取得和維權所設置的分工¹⁷。第四，以往研究工作未能充分釋明中國的雙軌制專利維權制度¹⁸。第五，以往研究工作是從普通法的角度來分析中國專利維權的司法途徑¹⁹，而忽視了中國司法機關內部對法律的創制²⁰。第六，關於司法機關實行地方保護主義的說法明顯缺乏經驗證據的支持²¹。

本論文旨在探討這些不足並邁出全面分析中國專利執法制度的第一步。依照這些目標，沿用了由皮特曼·波特製定的用於考察中國法律體系下制度權能發展的綱要²²。波特認為，在評價制度權能發展時應該考察的四個主要因素包括：制度目的、地理位置、制度定位以及連貫性。爲實現本論文的廣義的宗旨，對這四個因素做了評價，目的是衡量中國專利維權制度下的制度權能的水平。一開始就值得注意的是，中國專利維權制度不

像美國的制度,因為美國的制度是依賴於普通法的發展來實現有效專利維權的。因此,評價中國的制度時必須避免適用普通法的標準才能理解有效的專利維權所要求的制度權能是如何發展的。²³

本論文其餘部分的結構如下:第二章介紹關於專利維權在中國為何應該被單獨評價這一論點的實踐與理論論據。第三章回顧了中國把提供有效的專利維權作為發展和鞏固相對優勢的途徑的經濟動機。第四章描述了中國專利維權制度的組織結構與運作、法律淵源、以及司法機關的法律創制功能。第五章給出結論性意見並對未來研究工作提出建議。

二、聚焦中國專利司法維權

以往對中國現有專利維權制度的分析是建立在對中國整個知識產權制度整體分析的基礎之上的,其中主要受關注的是對商標與版權的侵權行為。因此,針對專利維權得出的結論是有誤導性的。本章就保護主題、基本專利政策以及中國目前的維權趨勢諸方面,對區分中國專利司法維權與其它知識產權的維權給出初步的解釋。

1. 保護主題

知識產權是根據保護主題來進行分類的,並且這一分類方法被規定在 TRIPS 協議內,這表明這一分類方法是被全世界所普遍接受的。除了商業秘密法是一個唯一的但也很有限的例外之外,只有專利權能為工業創新提供有意義的保護。商標法及版權法不保護工業創新。雖然人們承認有時需要依靠版權來保護軟件的源代碼或目標代碼²⁴,但也必須記住,源代碼或目標代碼所實現的新功能並不受版權的保護²⁵。

以往的研究工作中所採用的對不同知識產權進行混合分析的方法,混淆了專利保護的功能與其它知識產權的功能。因此,諸如 Peter K. Yu 和 Daniel Chow 等中國評論家將現存的商標及版權維權方面所遇到的問題揉入到關於知識產權保護不力的整體討論中,從而低估了中國對工業創新的專利保護。

2. 契約論

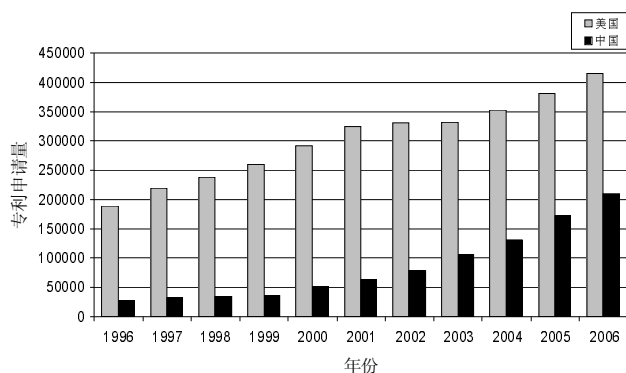
Yifie Sun 認為:中國的專利制度比其它專利制度更側重於技術的傳播²⁶。很難理解 Sun 是如何得出這一結論的,因為

中國沒有對眾所週知的專利契約論作出任何修改。專利契約論並不是一個現代的概念,它可以追溯到 1623 年《壟斷法》之前的英國,當時的國王以充分公開新發明為交換條件,授予發明人有限的壟斷權²⁷。

這種契約論並沒有構成其他知識產權的基礎,而只是用來促進因有用信息的傳播而出現的廣義的經濟活動,否則發明人可能就沒有動機公開這些信息。然而,由於全球化的原因,專利契約已經演化為專利權人與市場經濟國家群體之間的契約,在這些國家當中,專利權人承擔着在世界範圍內獲得同樣專利權的負擔。目前的困難是每個國家只能授予在其境內才能夠主張的專利權,但公眾卻是不受任何一國所授予專利權的地域性所限制的全球公眾。這一點很重要,因為有些有價值的創新向全球公眾公開,但並沒有尋求其在中國(和其它一些國家)的專利保護。

我們來看一下如圖 1 所示從 1996 年到 2006 年中國與美國專利申請量的差距²⁸。在每年提交的發明專利申請數量上,美國持續領先於中國且差異顯著。這種差異表明,有相當一部分發明只在美國,而不是在中國尋求專利保護。減少這種差異的責任在於這些尚未在中國提交專利申請的專利權人而不在中國政府。

圖 1:在美國和中國提交的專利申請量



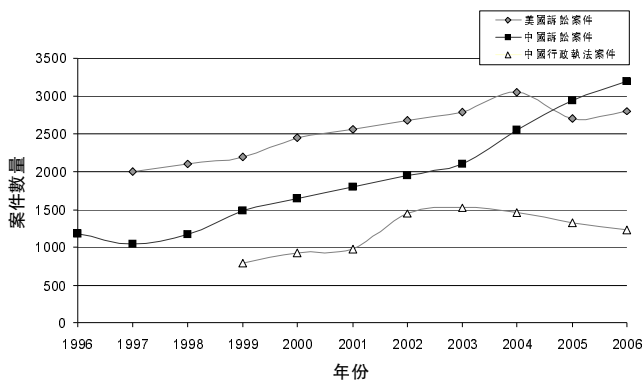
3. 維權與各種數字

以往研究工作的一個重大缺陷便是其假設專利糾紛的裁決和商標與版權糾紛一樣主要是由行政機關來處理的。其實正好相反,專利糾紛因其保護主題的技術複雜性而主要是在司法系統處理的。

圖 2 顯示出 2000 年至 2006 年間每年由美國地區法院、

中國各級法院及中國地方行政機關所處理的一審專利糾紛的數量²⁹。地方行政機關處理的專利糾紛的數量,即使在 2003 年的最高點,也總是低於中國法院所處理的數量。值得注意的是,儘管中國每年的專利申請數量少的多,但目前中國的專利訴訟數量卻與美國持平。

圖 2 中美維權訴訟



此外,權利人調查及啟動自我維權行動的責任是關於中國知識產權維權問題的討論中經常被忽視的問題。和美國的情況一樣,專利權人負有以最有效的途徑獲知侵權行為及追究被訴侵權人的責任。令人驚訝的是,在 2006 年的 3196 件一審專利糾紛案中,只有不到 5% 的案件涉及外國專利權人³⁰。在專利糾紛中外國訴訟當事人所佔比例極小,說明外國專利權人想要在中國獲得必要的市場知識去維護其專利權,還有很長的路要走。

三、中國在經濟上對有效的專利司法維權的需要

Potter 評論道,中國的法律機構是為履行政府制定的政策而運行的,並且法律改革主要受經濟增長的要求驅動³¹。尤其是,中國領導人已經認識到國內創新能力的提高對經濟的持續增長是至關重要的³²。從這個角度講,為鼓勵更高層次的創新所制定的法律程序和相關國家經濟政策的共同目標決定了專利司法維權的有效性。

中國正處於一個政府極力避免其勞動力停留在世界工廠層面的過渡期。Robyn Meredith 指出,目前中國效益最好的企業中許多都為外國人所擁有,並且外國投資的主體已被引導到低附加值的製造業³³。據估計,中國每出口 100 美元的產品,其

中只有約 10 美元的價值是在中國附加的,而這部分價值又只佔成品零售價值的約 2%³⁴。評論家指責中國對此事的反應忽視了它在 TRIPS 協議中所負的義務,從而使中國的國內產業能夠培養出提陞價值鏈所需的仿造能力³⁵。然而,這種說法忽視了中國要吸引跨國公司的研發投資所必須提供的經濟刺激,而且與中國已經到達了必須通過專利保護制度在國內外保護中國的創新產品從而促進國內經濟增長這樣一個階段的結論是相矛盾的³⁶。

可以用產品周期理論來理解中國提供有效專利司法維權的經濟動機³⁷。從整體上看,產品周期的各階段形成了所謂的“價值鏈”,其中較早的階段因其固有的豐厚利潤空間和所涉勞動類型的聲譽而被認為更有價值。當這一理論在 20 世紀 60 年代由哈佛商學院的 Raymond Vernon 教授首次提出時,發達國家在產品開發的早期比發展中國家擁有明顯的相對優勢。在那樣一種簡單的形勢下,處在出現大量創新的產品周期早期的公司會賺取準租金³⁸。在晚期,這些準租金將蕩然無存,因為該階段特有的相對優勢屬於使用標準化技術的發展中國家。

這一理論不能解釋過渡期國家(如中國和印度)所處的中間期,因為該理論所依賴的許多假設反映的是國際事務的靜態方面³⁹。首先,它假設發展中國家在創新能力方面永遠不會“迎頭趕上”。正如近來日本和韓國的歷史所證明的那樣,發展中國家能提陞價值鏈,也能改變全球貿易的現狀。全球貿易持續的變化經常伴隨著聲稱這些變化並不公平的含糊其詞的斷言。哥倫比亞大學的 Jagdish Bhagwati 教授認為,這反映了一個國家在世界經濟中失去霸權時的心理狀態⁴⁰。

其次,該理論是在認可對外國所有權和外國投資不加限制的前提下做出的⁴¹。當外資企業只向發展中國家轉移標準化技術時⁴²,對外國所有權不加限制的負面影響就會增加。結果是培訓和再投資減少,從而制約了提陞價值鏈使其越過“最快的仿製者”這一階段所必需的創新能力的發展。

產品周期理論的缺點已經受到了諸如日本、韓國,現在又受到中國等國家的辯駁,這些國家鼓勵外國公司以轉讓技術作為投資條件⁴³。中國領導層也在貫徹國家知識產權戰略,這一戰略包括提高專利司法維權的有效性,以鼓勵外國公司轉讓技術,也讓國內企業有獲得和維護專利權的積極性⁴⁴。

儘管有這些相反的信號,Chow 仍然認為中國沒有動機來提供有效的專利維權,以使中國工業既能更快地提陞價值鏈⁴⁵,同時又不會由於有效的專利保護而遭受短期的經濟損失⁴⁶。因此,對外國直接投資的吸引被歸因於其它地域優勢,這些優勢據稱能夠彌補專利保護的不足⁴⁷。這一假設或許有助於理解外國直接投資流向低技術行業或勞動密集型行業。然而,這些其它地域因素必須特別突出才足以解釋何以研發型公司在沒有充分專利保護的情況下願意將其研發活動移至中國並培訓當地勞動力,因而損害其未來競爭力。

此外,地方行政機關實行地方保護主義的說法經常會支持那種認為中國專利維權制度不夠有效的觀點,這種地方保護一直被公認為是商標和版權維權所遇到的問題⁴⁸。據說地方行政機關偏袒當地假冒或盜版商品(受商標和版權保護的商品)的生產企業,因為這些企業是重要的雇主和納稅人。然而,前面講過,專利糾紛主要是由司法系統處理的。司法系統中的地方保護主義與吸引外國研發投資和建設知識經濟的目標相悖。具體說,地方保護主義在專利維權問題上會製造一個悖論,即,當當地的主要雇主是一家外國公司時專利維權會阻礙中國更高層次的發展計劃。如果該外國公司的影響在當地被濫用,就會損害當地勞動力的開發,對同行業中其他潛在生產企業的進入設置很高的壁壘,從而嚴重限制積極的帶動作用。這對於中國和該外國公司來說都是很不好的結果,因為兩者都有意開發當地人才庫,從中既可以選拔勞動力,又可以設立新公司以支持該大型公司的運作。

這並非是排除中國司法機關中地方保護主義的可能性。但是如果地方保護主義確實存在,則必定會得到經驗分析的證實,類似於對美國地區法院所作裁決的評估⁴⁹。Yang 在一項相關的實證研究中證明,國內外的發明專利申請在中國的授權有大體相同的滯後,但國內申請比國外申請被授權的可能性更大⁵⁰。Yang 還指出,類似的專利授權方面的不公正也存在於英國、美國和德國⁵¹。

從實際操作的角度看,對這些差異的另一種解釋便是專利申請人在選擇欲獲得專利保護的保護範圍和國家時,是在以一種理性的、節省費用的決策方式進行自我選擇。有可能至少一部分申請人在其本國更願意做出修改而限制權利要求的範圍,

從而獲得專利授權,而同一申請人的相應外國專利申請在遇到國外專利局的是非含混的駁回時,則更可能放棄。

四、中國專利維權制度:結構與運作方式

“不管黑貓白貓,捉住老鼠就是好貓。”⁵²

關於中國專利司法維權制度有效性的誤導性描述,一部分是源於對維權機制的組織結構與運作的忽視,以及從普通法角度來評價該制度的慣性思維⁵³。本章將介紹中國專利維權制度的機構與運作、法律淵源和司法機關的法律創制職能。

對於專利司法維權制度的組織結構與運作方式的評價將有助於理解其制度權能,因為制度權能受制度目的、制度定位、地理位置以及連貫性的影響。具體地說,評價組織結構與運作有助於對兩個問題進行深入探究。第一個問題是地理上的差別對專利司法維權的負面影響,是否與對商標和版權糾紛的行政維權的影響相同。第二個問題是制度內部的實踐(即運作)在何種程度上強化或弱化制度權能。

以往的研究表明,中國的多樣性和衆多的人口培育出了一種根深蒂固的文化,那便是中央政府與分散的地方政府之間關係微妙,在這種關係中地方政府在運作中追求其自身的利益,因而時常罔顧中央政府的法令⁵⁴。以往的研究工作認為,其結果是地方保護主義阻礙了有效的知識產權維權。然而,專利司法維權方面的地方保護主義問題可能並不像其它領域知識產權維權中那樣普遍,因為司法維權是高度集中的。

因此,為了回答第一個問題,應該考慮這一集中結構是否足以克服所聲稱的地方保護主義傾向。但是就這一方面而言,不能將司法機關作為一個獨立於行政機關的單純實體來評價。就專利糾紛而言,司法機關的組織結構使其既能夠在最高人民法院的指導下高度集中,又能與地處北京的集中化行政機關協調運作。遺憾的是,在以往的研究工作中,後一特點造成了構成中國雙軌制的行政和司法途徑諸多方面的混淆⁵⁵。

本章其餘部分為上述兩個問題的答案提供了一點啓示,該部分的結構如下。首先,在中國知識產權制度中把專利制度劃分出來。其次,對於專利維權雙軌制做一個簡要介紹,然後再重點具體介紹專利司法維權制度。再次,討論法律的淵源問題和

司法機關創制專利維權相關法律的作用。

1. 在中國知識產權制度中識辨專利制度

中國知識產權制度包括一個由行政機關和司法機關構成的網絡,這些機關依照預定的分工而承擔各自的任務。結果產生的組織結構與美國的美國專利商標局和聯邦法院系統的結合方式是非常不同的。儘管其組織結構很複雜,但這些形成中國專利制度的彼此相關機構的組合,應當脫離中國知識產權制度的其它組成部分予以評價。

在重點介紹中國專利制度之前,簡要介紹一下美國專利制度的組織結構是非常有益的,因為可以把後者作為一個比較對象。在美國,美國專利商標局與聯邦法院系統是完全相互獨立的實體。在專利權的獲得與維持方面,美國專利商標局的職能是受理和審查專利申請、裁決抵觸申請案件⁶⁶、以及依請求對已授予的專利權進行複審⁶⁷。但是,即便就雙方當事人參與的抵觸申請程序和複審程序而言,美國專利商標局的裁決功能仍是非常有限的,而且對有效維權來說也不是必需的。相反,聯邦法院擁有純粹的裁決功能,並且可以推翻美國專利商標局審查員和美國專利商標局內的專利上訴委員會做出的決定。例如,聯邦法院可以宣告一項專利無效,或者在美國專利商標局不參與的情況下事後解釋一項已經被授予的專利權⁶⁸。

在中國,權力最終來自全國人民代表大會⁶⁹。根據中國《憲法》⁷⁰第三條,全國人民代表大會下面有三個主要的管理政府的國家機關⁷¹。首先,國務院的職能是政府的行政部門。其次,最高人民檢察院的職能是國家公訴人和法律監督機構;最後,司法機關設置在最高人民法院⁷²。最高人民法院除負責裁決外負有很多職能,包括制定法律、解釋法律、指導和管理下級法院⁷³。最高人民法院的裁決職能設置在司法系統中⁷⁴(與此相關的方面將在下一節中介紹)。

中國知識產權制度中的各種機構要麼受國務院領導,要麼受最高人民法院領導,但不會同時受兩者領導。在國務院的系統內,專利、商標、版權和域名都有各自獨立的行政機關負責處理。國家知識產權局主要負責專利審批和複審,也在有限的範圍內負責專利權的維權。國家工商行政管理局負責商標事務。國家版權局處理版權事務。中國經濟貿易仲裁委員會處理域名糾紛。這些機構相互獨立,每個機構都是為各自種類的知識產

權而設立的,都全面負責各自種類的知識產權的行政維權途徑。首先由行政途徑處理的糾紛可以根據每種知識產權的不同情況上訴到司法機關。例如,糾紛中的任何一方都可以在出現僵局時上訴到法院,也都可以在懷疑行政決定有偏向時請求法院審查該行政決定⁶⁵。

在司法系統中,在最高人民法院的領導下,各種知識產權糾紛的處理方式取決於涉案知識產權的種類⁶⁶。只有專利侵權糾紛直接由司法系統中專門的知識產權庭審理。所有其它知識產權糾紛(包括商標和版權糾紛)都可以由司法系統中的民事審判庭處理⁶⁷。下面將就專利司法糾紛中所涉及的法院和相關行政機關的結構和運作方式對知識產權庭做更詳細的介紹。

2. 專利的行政和司法執法

中國有着雙軌制的專利維權制度。專利的行政執法由地處全國各地的地方政府管理。專利司法執法制度在地理上也分佈於全國各地,但其運作卻高度集中且要求與專利複審委員會這一國家知識產權局下屬的行政機關合作。

中國《專利法》第十一條和第五十七條共同將侵犯專利權定義為未經許可而實施專利權⁶⁸。根據第五十七條,如果發生侵權(或懷疑有侵權),專利權人或利害關係人可以到法院起訴,或者請求管理專利工作的地方政府(地方知識產權局)處理⁶⁹。

行政處理時,若地方知識產權局認定被訴侵權成立,有權責令立即停止侵權。地方知識產權局也可根據雙方的自願要求進行調解⁷⁰。如果調解不成或是懷疑調解過程有徇私舞弊行為,任何一方都可提起法律訴訟。

專利行政維權途徑受到的限制,最好與商標事務的行政維權進行比較來加以理解。對於商標事務,國家工商行政管理局設在北京,並且在全國範圍內建立了受其領導的地方行政機關(工商行政管理局⁷¹)。各工商行政管理局負責本地的商標權及不正當競爭的執法、工商註冊和地方市場管理⁷²。對於專利事務,也已經在全國範圍內建立起知識產權局。然而,不同的是,工商行政管理局隸屬於國家工商行政管理總局(行政機關),而知識產權局所做的是配合司法系統而不是為國家知識產權局工作。

設立知識產權局提供了除法院之外解決專利糾紛的另一種途徑,但是知識產權局所擁有的權力卻遠不如工商行政管理

局⁷³。例如,地方知識產權局不能決定損害賠償⁷⁴,並且一般只有在制止明顯的侵權行為時較為有效,比如外觀設計侵權的情況。如果所涉及的技術很複雜而且要求損害賠償,向法院起訴往往是唯一的選擇⁷⁵。此外,知識產權局可能需要請求法院強制執行其決定⁷⁶。

再來看專利司法維權制度。《人民法院組織法》第二條和第十二條設立了“四級兩審制”⁷⁷的司法系統。也就是說,司法機關分為四個等級,最高級別的是最高人民法院,以下依次為高級人民法院、中級人民法院和基層(區級)法院。目前有 3000 多個基層法院,400 多個中級人民法院和 50 個高級法院⁷⁸。司法系統的進一步佈局是在中央政府領導下的各省、自治區、經濟特區、主要開放城市和直轄市都有的一個三級法院系統,這個系統由高級人民法院、中級人民法院和基層法院組成⁷⁹。這些法院當中只有一小部分有權審理專利糾紛案。第十二條的“二審”制度規定當事人一般只能上訴一次。儘管有此條規定,最高人民法院仍保留審理有關國家利益案件的權力⁸⁰。

在各級法院中有進一步的司法分工。具體地說,設立了各種不同的法庭來審理各具體種類的案件。例如,在最高層,最高人民法院內的司法系統包括刑事庭、民事庭、行政庭和知識產權庭,等等⁸¹。每個法庭有一個庭長,目前知識產權庭的庭長也是最高人民法院的審判委員會委員⁸²。

知識產權庭由最高人民法院建立,而且也一直受到最高人民法院的密切監督,因為專利糾紛案通常涉及相對較新的法律和複雜的技術主題。人們覺得集中的組織結構有助於統一司法標準和集中積累專利糾紛審理經驗⁸³。事實上,知識產權庭是作為唯一能夠審理涉及侵權的專利司法糾紛的法庭而出現的⁸⁴。

總體上說,只有高級人民法院和部分中級人民法院設有知識產權庭。目前,所有 50 個高級法院和僅 49 個中級法院擁有審理專利糾紛案所必需的知識產權庭⁸⁵。在中國最大的幾個城市中的基層法院中有少數例外。最高人民法院在全國 3000⁸⁶ 多個基層法院中只批准了 14 個基層法院設立知識產權庭,並且這些基層知識產權庭只有權裁決商標和版權案。專利侵權糾紛案必須在中級或中級以上法院起訴⁸⁷。相比較而言,美國有 98 個地區法院和 13 個聯邦上訴法院審理專利糾紛案⁸⁸。然而,這些地區法院和上訴法院都沒有專門化到只審理知識產權案的

程度。

即使就專門負責專利糾紛案的機關而言,與美國相比,中國的專利司法權也是受到限制的。最重要的限制是法院無權宣告專利無效。宣告專利無效的權力屬於北京的國家知識產權局內的專利複審委員會⁸⁹。這更進一步集中了專利糾紛案的審理權,會減輕當事人選擇審理機關帶來的負面影響。

當事人選擇審理機關是指原告或是受到懷疑的潛在被告中的任何一方向據認為對己方有利的管轄法院提起法律訴訟或確認之訴(如不侵權確認)。在美國,經常被引用的例子便是德克薩斯東部地區的美國地區法院。據統計顯示,該法院是一個對專利權人有利的法院⁹⁰。在中國,更為常見的說法是被告所在地法院(住所地法院)往往對被告有利。根據《中華人民共和國民事訴訟法》⁹¹第二十九條,專利侵權案由被告住所地的法院或者侵權行為發生地的法院管轄。這對一個希望向被告主張專利權的原告來說,或許是一個兩難的選擇。在原告向一個沒有偏向的管轄法院或是原告可能受益於聲稱的地方保護的管轄法院提起訴訟之前,被告或許會向其本地的管轄法院提起不侵權確認之訴,以期從聲稱的地方保護中受益⁹²。

無論如何,如果懷疑某個司法單位中有地方保護,原告可以通過把被告引出其住所地而改變管轄,其做法是誘使被告在其住所地以外的地區銷售或使用侵權產品,最好是原告住所地(中國境內)或是一個大城市。例如,在上海、北京等大城市中,考慮到在這些城市開辦的公司的數目、法院受理專利糾紛的數量以及這些城市中法院固有的透明度⁹³,其知識產權庭已經日益成熟,偏向的可能性很小。

此外,由於司法機關無權宣告專利無效,所以如果有人提出無效宣告請求,司法機關就有可能中止審理而等待專利複審委員會對專利進行重新審查的結果⁹⁴。這對任何懷疑某一特定管轄法院有偏向的一方都是有利的。專利複審委員會位於北京,是國家知識產權局的一部分,最終受國務院領導。原專利複審委員會高級審查員唐鐵軍認為,專利複審委員會特別清楚公正正在專利糾紛中的重要性。又由於專利複審委員會在北京,靠近中央政府,這種公正性得到了加強⁹⁵。如果專利被專利複審委員會無效掉,那麼該專利被視為自始即不存在⁹⁶。另一方面,如果專利被維持,專利複審委員會給出的意見通常會包括對事實

認定問題的詳細解釋,其中涉及結合現有技術加以考慮的權利要求中所引述的技術特徵。法院會十分重視專利複審委員會所做出的事實認定,並在有了這些事實認定後將其作為賴以判定是否侵權的權利要求解釋的基礎⁹⁷。鑒於專利複審委員會的這一作用,通過提出無效宣告請求而把部分訴訟分流到北京,會減少北京以外的法院實行地方保護的可能性,因為這些法院將受專利複審委員會所做出的事實認定的約束。

專利複審委員會做出的決定可以上訴到法院⁹⁸。然而,在這一訴訟中專利複審委員會是被告,不可能把專利複審委員會引出其住所地(北京市海淀區),這實際上加強了制度的公正性。對專利複審委員會的決定提起上訴的理由僅限於專利複審委員會沒有正確適用法律,具體而言是指專利複審委員會在做出決定時沒有嚴格遵守《審查指南》。基於事實認定不正確的理由提起上訴成功的可能性很小⁹⁹。中國法院很尊重專利複審委員會對技術問題做出的事實認定,因為專利複審委員會被認為擁有法院所不具備的專業技術知識。事實上,原法官張廣良解釋說,全國各地的法官都經常希望得到專利複審委員會人員的指導,幫助他們理解專利中的複雜技術問題。

這種對行政機關專業知識的依賴受到了普通法系偏愛者的批評,這些人認為普通法系中的司法審查和制衡能夠保證更好的裁決¹⁰⁰。然而,熟悉美國的權利要求解釋方法的人都會承認,通過司法審查和制衡保證更好的判決的理念常常由於上訴法庭的做法而大打折扣。上訴法院絲毫不尊重美國地區法院的法官所做出的事實認定,因為對權利要求的解釋是從頭審理的¹⁰¹。美國地區法院的法官在對證據審理了數天甚至數周後才做出的事實認定,如果完全不予理睬,似乎是近乎愚蠢的行為。此外,美國沒有任何法院有任何尊重美國專利商標局所做出的決定的義務。

儘管如此,考慮到美國制度和中國制度共有的一些問題,美國制度的成績為如何合理預期中國制度的成績提供了良好的基準點。Bob Cote 和 Rodger Sadler 對顯示各美國地區法院間差異的大量的統計結果進行了評估¹⁰²,特別涉及到有關提起專利訴訟案件地點、專利權人在陪審團審議中勝訴和敗訴的比例、審結速度和簡易判決可能性的統計結果。他們的分析結果顯示,在德克薩斯東部地區,專利權人在佔當時總量 90% 的陪

審團審議中勝訴,而在威斯康星西部地區、加利福尼亞中部地區和特拉華地區,專利權人相應的勝訴比例分別約為 50%、67% 和 71%¹⁰³。德克薩斯州東部地區在審結速度和簡易判決可能性方面也為專利權人提供了類似的優勢¹⁰⁴。Cote 和 Sadler 認為,這些因素影響了美國提起專利訴訟案件的地點。例如,他們注意到,德克薩斯東部地區在其轄區內提起專利訴訟案件的數量增長了 355%,而威斯康星西部地區、加利福尼亞中部地區和特拉華地區同期相應的變化分別為增長 10%、下降 6% 和下降 17%¹⁰⁵。

很難確定法院的具體勝訴和敗訴比例應該是多少。但是如果設想全美國專利案件的勝訴和敗訴比例應當大致相同也並非是不合理的。上述統計結果並不表明美國專利司法維權肯定不如中國的專利司法維權制度,或者中國的制度甚至還與美國的制度不相上下。但這些數字確實說明即使是在世界上經濟最為發達的國家,在專利司法維權制度中也存在不一致性,而理性的被告和原告會試圖對這種不一致性加以利用。這一事實應當有助於從正確的角度認識中國的司法維權系統中的不一致性。從這一角度講,外國公司在中國進行有效專利維權有困難的原因之一是他們對當地的不一致性不夠熟悉,而這正是採取有效的專利維權行動所必須的。相比較而言,提起大多數專利訴訟的當地專利權人顯然擁有這方面的知識並且能夠利用司法維權途徑。

另外,中國不像英美那樣必須相信外行陪審團決定技術問題的能力¹⁰⁶。中國也曾公開承認法官在涉及複雜技術問題的專利糾紛中進行事實認定時所受到的局限,並且相應提出了四個解決該問題的辦法。

首先便是建立了前已論及的知識產權庭。知識產權庭的法官所獲得的一部分審判經驗就是逐漸熟悉技術問題。預計,通過審理更多的案件,知識產權庭的法官會學到更多的有關技術問題的知識以及如何解決技術問題。其次,法院可以傳喚專家證人作為獨立於糾紛各方當事人的法庭顧問。事實上,法院既可以傳喚技術專家也可以傳喚法律專家,就具體的技術或法律問題提供意見,但不就案件的是非做出判定¹⁰⁷。第三,法院可以委託技術專家或是相關的機構對具體技術問題做出中立的鑒定¹⁰⁸。中立鑒定是否必要,由哪家機構來做鑒定,由法院決定。

糾紛各方當事人也可請求做中立鑒定,並且可以就鑒定機構的選擇進行協商,但最終必須經法院批准¹⁰⁹。

最後,很少用的辦法是專家陪審員¹¹⁰。只有在一審案件中,專家陪審員才可以與法官一起參與到審判程序中。專家陪審員通常是專利複審委員會的資深審查員,並且要在法官的指導下在知識產權庭工作一到兩年才能做專家陪審員¹¹¹。因為專家陪審員是從專利複審委員會的人員中選擇的,他無疑將具有與被訴專利案件所屬技術領域相符的技術背景。

3. 專利法律的淵源與發展

本節將討論影響專利執法的法律淵源問題。六個淵源法律按重要性排序為:1)《專利法》;2)《專利法實施細則》;3) 國家知識產權局制定的《審查指南》;4) 司法解釋;5) 高級法院的意見(指導性意見);6) 法學理論。前三個法律淵源多產生於國務院下屬的政府職能部門,而後三個法律淵源是由最高人民法院下屬的司法系統制定的。後三個淵源對專利司法維權途徑的運作是至關重要的,但以往的研究工作並沒有將其考慮在內,因此缺少對重要信息的評估。

回憶一下,在中國,全國人民代表大會被認為是權力的最終來源。因此,全國人民代表大會主要負責制定法律,如《專利法》。國務院設立不同的委員會制定法律,最高人民法院也經常在制定法律之前參與法律草案的起草和審議。這一過程反映了中國政治的主導意識形態,即政府的執法機關和司法機關應當保持一致¹¹²。

《實施細則》是輔助《專利法》的。像西方一樣,細則的構成是使該細則在不對其所輔助的法律進行重大修改的情況下就可以進行修改。中國的《實施細則》與美國的《專利細則》¹¹³類似,都是規定《專利法》的具體條款應該怎樣執行。在中國,國務院和國家知識產權局共同協作,在需要時對《實施細則》進行修改。

《審查指南》由國家知識產權局制定。美國相對應的文件是《專利審查操作手冊》(MPEP)。但是儘管《專利審查操作手冊》中引用了判例,美國專利商標局的審查員在進行專利審查時也要遵守《專利審查操作手冊》,該《專利審查操作手冊》仍然不具有法律的效力。相比較而言,中國國家知識產權局所制定的《審查指南》卻確實具有法律的效力。《審查指南》詳細解釋了如何

審查專利申請以及專利性的標準。因此,當中國法院審理對專利複審委員會的決定提起的上訴時,法院要確定專利複審委員會是否正確適用了《審查指南》,而在沒有明顯的事實錯誤時不去質疑專利複審委員會做出的事實認定。

此外,司法系統集中的組織結構造就了一種軍隊式的司法機關,其中最高人民法院對下級法院擁有很大的控制權,其中一部分控制權授予了高級人民法院,而高級人民法院又密切監督其下級法院。這種自上而下方式的影響在全國的知識產權庭中被放大了。結果,當在專利糾紛案件中遇見新問題時,下級法院往往向上級法院請示,從而確保所做出的決定符合政策目標。這種做法受到一些人的批評,他們認為中國應當努力建立一個擁有更大司法獨立性的系統¹¹⁴。這些批評常常忽視了最高人民法院在政府中的地位以及在中國這樣一個大國管理司法系統的現實情況,尤其是對專利事務而言。在中國,因為只有一個司法系統,所以需要考慮的是確保全國司法實踐的一致性。

為了解決這一問題,中國司法系統對於該司法系統中哪些部門可以創制法律是很嚴格的。只有最高人民法院可以創制法律,這些法律以司法解釋的形式進一步解釋法院應如何解釋和適用法律¹¹⁵。司法解釋的目的是填補《專利法》、《專利法實施細則》和《審查指南》的漏洞。

就專利事務而言,司法解釋並不是由法令頒佈的,而是由從高級人民法院和業界收集的反饋達成共識而得來的。對重大案件的探討也能促進司法解釋的發展。例如,目前在行業內散發的一個討論稿就是即將出台的一個有關專利事務的司法解釋的草稿¹¹⁶。具體地說,這個討論稿所涉及的問題包括權利要求解釋原則、等同原則和中國特有的現有技術抗辯。

另一個出自中國司法機關的法律淵源是高級人民法院的“意見”。原高級法官張廣良認為,嚴格講高級人民法院的“意見”甚至沒有軟法的效力。但是無論如何,“意見”在下級法院和業內常常有無可置疑的說服力,因為該“意見”是衡量司法觀念走向的晴雨表。“意見”一般由高級法院編寫。例如,北京高級人民法院因審理其轄區內專利糾紛案(包括對專利複審委員會的決定提起的上訴案件)的數量衆多而被認為是處理專利糾紛的權威法院。北京高級人民法院在 2001 年頒佈的一份“意見”便構成了上述討論稿的重要部分¹¹⁷。

最後，法學理論也是中國法律的淵源。在成文法、司法解釋和“意見”組合起來仍有明顯漏洞的場合，便運用法學理論。實際上，下級法院很少求助於法學理論。然而，法學理論在專利維權上是有用的。在中國，引入等同原則作為專利侵權判定的補充在很大程度上就是運用法學理論使其合理化的。等同原則的運用隨後得到了北京市高級人民法院和最高人民法院的認可。

有人認為中國應該採用普通法制度代替司法解釋和“意見”¹¹⁸。例如，張琪曾經提議過一種把判例作為僅次於成文法的正式法律淵源的制度。在他的提議中，法院應受判例的約束並且也應根據遵循先例原則在判決中引用判例。他認為這樣的制度對於依法治國和法律的進步都是必要的。

依法治國有許多要素。在西方，其含義中通常包括對政府權力的限制。理論上講，中國的法律和權力並不被視為是對立的¹¹⁹。政治現實是，法院是受中國共產黨領導的¹²⁰，因此中國是否能實現真正的司法獨立一直是有爭議的¹²¹。有人認為這使得法院不過是中國共產黨的一個工具而已¹²²，這使人對依法治國在中國的重要性產生了疑問¹²³。那些被認為是體現了這一立場的法院決定本來就有政治色彩，又被拿來展示中國在依法治國方面的局限¹²⁴。儘管有這些在本來就有政治色彩的案件中法院執行黨的路線的極端例子，但也常常可以肯定黨並不直接介入到具體案件中¹²⁵。

作為對比，也很難說美國的法法院系統不參與政治。包括目前的美國最高法院在內的各個法院都會因其決定中存在政治偏見而受到批評。這進而又引致了圍繞美國最高法院新法官的任命而上演的一場政治鬧劇，也引致人們批評美國（和其他西方國家）的政治立場正以一種破壞民主政治理念的方式通過法律程序而得以日益合法化¹²⁶。問題的關鍵在於，即使中國的司法機關在原本帶有政治色彩的案件中執行黨的路線，也並不能證明專利糾紛不能得到公正的裁決。事實上，考慮到第三章所討論的提供有效的專利司法維權的動機，這反而會有助於專利的司法維權。

有所爭議的是，下級法院不必給出法律推理。在普通法法院中，當法院偏離先例時要給出法律推理。實質上，對普通法的地位總是會有新的解釋。總會有一些突出的法律問題有待決定，而往往要等到法院遇到某個案件需要根據案情來回答這些

問題時，這些問題才能得到答案。在美國的權利要求解釋原則問題上，這種狀況很令業界失望¹²⁷。從菲利普公司訴 AWH 公司案¹²⁸的一致判決所受到的廣泛批評來看，即使法院意識到上述問題並把業界攪得混亂不堪時，仍不能保證法院會對這些突出的法律問題切實做出回答。因此，對美國地區法院判決的上訴大部分都涉及權利要求的解釋就不足為怪了，因為上訴法院與地區法院處理問題的角度看來是很不相同的。

另外，判例在中國的立法中不起作用的說法根本就是不正確的¹⁸。追求案件判決一致性的目標並不是普通法制度所獨有的，而是可以通過不止一種方式實現的。中國司法系統對判例取其精華去其糟粕，從有法理意義的案例和高級法院的“意見”中提煉一些原則，而將其制定為下級法院必須遵守的司法解釋。這就避免了普通法的缺點，使得下級法院無權背離最高人民法院頒佈的司法解釋的指導原則進行推理。

作為對比，我們來看一下美國 KSR¹²⁹ 判決之前的歷史。大多數情況下，專利糾紛司法程序的最後一站是聯邦巡迴上訴法院。美國最高法院並不經常提審案件，因而不足以確保聯邦巡迴法院不會越軌而遵從過去的先例。當最高法院決定提審一個案件時（如在 KSR 案中），那是因為聯邦巡迴法院已背離過去的先例過遠，時間過久，以至於已經實際上改變了業界對法律的理解。具體地說，在 KSR 案的判決中，法院引用了 1950 年以來的一系列案例，這些案例都假定普通技術人員具有一般程度的創造力¹³⁰。然而，多年來上訴法院一直忽視美國最高法院的指導，堅持認為普通技術人員完全沒有任何程度的創造力。2007 年的 KSR 判決有效地改變了業界循上訴法院的指導對非顯而易見性標準的理解。在中國制度的結構下就不會發生類似的事情。

五、結論

本論文主要討論了中國的專利維權制度，旨在糾正以往的研究工作關於中國對工業創新予以專利保護的有效性所做的誤導性描述。為此，可以對中國的專利執法制度做出一些正確的描述。首先，在中國，首選的專利維權方式是司法執法，這與以往的研究工作所做的假設相反，因為以往的研究工作是從整

體的角度分析中國的知識產權維權的。其次,中國的專利司法執法途徑是高度集中的,並且直接由最高人民法院領導。因此,如果司法機關內存在地方保護主義,則只要對設立於司法機關內部負責審理專利糾紛的知識產權庭所做決定進行實證分析,就必定會被揭露出來。由於在中國其他知識產權與專利的行政執法有所不同,如果設想司法機關以外的問題在司法機關內部也普遍存在是不可靠的。

最後,儘管中國實行大陸法系,但司法機關事實上參與法律的創制。最高人民法院在法律創制中的作用既包括起草和審議法律草案,也包括頒佈已制定法律的司法解釋。司法解釋不只填補了成文法的漏洞,也承載了從判例和將法律適用於新情況的實際操作中提煉出的一些原則。此外,司法解釋的制定過

程中有下級法院和業界的參與,而下級法院不能隨意背離政府和最高人民法院所提出的指導原則。進而,法律的發展儘管受到一些限制,但畢竟還是以類似於普通法的方式發展的。

鑒於本論文提供了看待中國專利制度的新視角,有很多的機會來繼續推進,從而進一步審視專利司法維權制度的運作和成果。具體地說,有兩個方面需要進一步探討。首先,有益的是比較一下中國與其他國家的權利要求解釋原則。由於美國在世界經濟中的主導地位,與美國的比較最為重要。其次,正如本論文中多次提到的,對中國所有知識產權庭的決定進行實證分析會揭示出司法機關縱容地方保護主義的程度。■

註:本文中文尾註與英文本尾註相同,見第 36–38 頁。