



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

◎知识产权经典译丛

国家知识产权局专利复审委员会组织编译

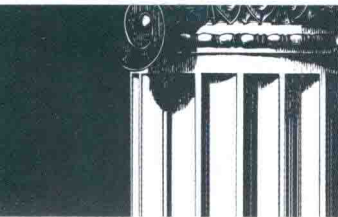
专利法

(第6版)

——德国专利和实用新型法、
欧洲和国际专利法

[德]鲁道夫·克拉瑟◎著

单晓光 张韬略 于馨淼 等◎译



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

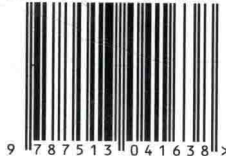
责任编辑◇卢海鹰 封面设计◇张 冀



上架建议：知识产权
新浪微博：@知识产权编辑室



ISBN 978-7-5130-4163-8



9 787513 041638 >

定价：280.00元



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

◎知识产权经典译丛

国家知识产权局专利复审委员会组织编译

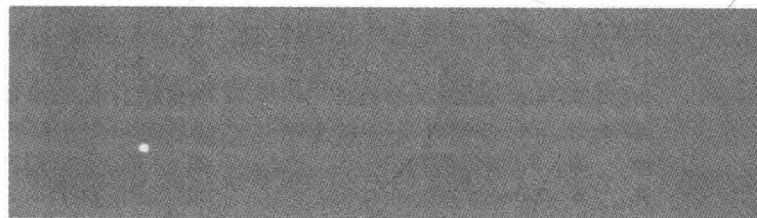
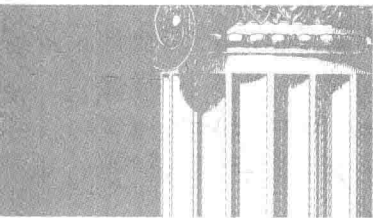
专利法

(第6版)

——德国专利和实用新型法、
欧洲和国际专利法

[德]鲁道夫·克拉瑟◎著

单晓光 张韬略 于馨淼 等◎译



图书在版编目 (CIP) 数据

专利法: 德国专利和实用新型法、欧洲和国际专利法: 第6版/ (德) 克拉瑟 (Krasser, R) 著; 单晓光等译. —北京: 知识产权出版社, 2016. 5

(知识产权经典译丛)

原书名: Patentrecht

ISBN 978-7-5130-4163-8

I. ①专… II. ①克… ②单… III. ①专利权法—研究—德国 IV. ①D951.63

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 084218 号

内容提要

本书为德国学者鲁道夫·克拉瑟的德国专利法经典著作。本书分为六个部分, 分别从基础问题、专利和实用新型保护的前提条件、发明权、专利和实用新型的产生与丧失、专利和实用新型的效力及其实施、发明权的交易等角度出发, 全面介绍了德国专利法的历史沿革, 专利和实用新型的授权及实施, 以及欧洲专利法、国际条约等方面的理论与实践, 是全面学习德国和欧洲专利制度的经典之作。本书为“知识产权经典译丛”的一册, 入选“2015年国家出版资金”资助项目。

© Verlag C. H. Beck oHG, München 2009

责任编辑: 卢海鹰

责任校对: 谷洋

执行编辑: 王玉茂 可为

责任出版: 刘译文

审校: 李海

知识产权经典译丛

国家知识产权局专利复审委员会 组织编译

专利法 (第6版)

——德国专利和实用新型法、欧洲和国际专利法

[德] 鲁道夫·克拉瑟 著

单晓光 张韬略 于馨森 等译

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄55号 邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8122

责编邮箱: lueagle@126.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm×1000mm 1/16

印 张: 75.75

版 次: 2016年5月第1版

印 次: 2016年5月第1次印刷

字 数: 1440千字

定 价: 280.00元

ISBN 978-7-5130-4163-8

京权图字: 01-2015-7778

出版者专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序

当今世界，经济全球化不断深入，知识经济方兴未艾，创新已然成为引领经济发展和推动社会进步的重要力量，发挥着越来越关键的作用。知识产权作为激励创新的基本保障，发展的重要资源和竞争力的核心要素，受到各方越来越多的重视。

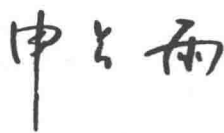
现代知识产权制度发端于西方，迄今已有几百年的历史。在这几百年的发展历程中，西方不仅构筑了坚实的理论基础，也积累了丰富的实践经验。与国外相比，知识产权制度在我国则起步较晚，直到改革开放以后才得以正式建立。尽管过去三十多年，我国知识产权事业取得了举世公认的巨大成就，已成为一个名副其实的知识产权大国。但必须清醒地看到，无论是在知识产权理论构建上，还是在实践探索上，我们与发达国家相比都存在不小的差距，需要我们为之继续付出不懈的努力和探索。

长期以来，党中央、国务院高度重视知识产权工作，特别是十八大以来，更是将知识产权工作提到了前所未有的高度，作出了一系列重大部署，确立了全新的发展目标。强调要让知识产权制度成为激励创新的基本保障，要深入实施知识产权战略，加强知识产权运用和保护，加快建设知识产权强国。结合近年来的实践和探索，我们也凝练提出了“中国特色、世界水平”的知识产权强国建设目标定位，明确了“点线面结合、局省市联动、国内外统筹”的知识产权强国建设总体思路，奋力开启了知识产权强国建设的新征程。当然，我们也深刻地认识到，建设知识产权强国对我们而言不是一件简单的事情，它既是一个理论创新，也是一个实践创新，需要秉持开放态度，积极借鉴国外成功经验和做法，实现自身更好更快的发展。

自2011年起，国家知识产权局专利复审委员会携手知识产权出版社，每年有计划地从国外遴选一批知识产权经典著作，组织翻译出版了《知识产权经典译丛》。这些译著中既有涉及知识产权工作者所关注和研究的法律和理论问题，也有各个国家知识产权方面的实践经验总结，包括知识产权案件的经典判例等，具有很高的参考价值。这项工作的开展，为我们学习借鉴

各国知识产权的经验做法，了解知识产权的发展历程，提供了有力支撑，受到了业界的广泛好评。如今，我们进入了建设知识产权强国新的发展阶段，这一工作的现实意义更加凸显。衷心希望专利复审委员会和知识产权出版社强强合作，各展所长，继续把这项工作做下去，并争取做得越来越好，使知识产权经典著作的翻译更加全面、更加深入、更加系统，也更有针对性、时效性和可借鉴性，促进我国的知识产权理论与实践探索，为知识产权强国建设作出新的更大的贡献。

当然，在翻译介绍国外知识产权经典著作的同时，也希望能够将我们国家在知识产权领域的理论研究成果和实践探索经验及时翻译推介出去，促进双向交流，努力为世界知识产权制度的发展与进步作出我们的贡献，让世界知识产权领域有越来越多的中国声音，这也是我们建设知识产权强国一个题中应有之意。



2015年11月

《知识产权经典译丛》

编审委员会

主 任 申长雨

副主任 杨铁军

编 审 葛 树 诸敏刚

编 委 (按姓氏笔画为序)

于 萍 马文霞 王润贵 石 竞

卢海鹰 刘 铭 汤腊冬 李 琳

李人久 杨克非 高胜华 蒋 彤

温丽萍 樊晓东

主要译者简介

单晓光 同济大学法学院/知识产权学院教授、博士生导师。1982年毕业于中南矿业学院（现中南大学）勘探地球物理专业，获工学学士。1988年毕业于中南工业大学（现中南大学）科技哲学专业，获哲学硕士。1995~2000年获德国艾伯特基金和知识产权协会资助，在德国慕尼黑马普知识产权法及税法研究所与慕尼黑国防军大学进行知识产权方向研究。2000年5月获德国慕尼黑国防军大学经济暨社会学博士学位（Dr. rer. pol.）。主要学术兼职：中国知识产权研究会副理事长，中国知识产权法研究会副会长，中国科技法学会副会长，国家知识产权咨询委员会委员，上海市知识产权咨询专家，上海市高级人民法院特邀咨询员，上海知识产权法院特邀咨询专家等。

张韬略 中国政法大学法学学士，北京大学法学硕士，同济大学管理学博士。德国洪堡基金会德国联邦总理奖学金获得者（2008~2009）。同济大学法学院副教授，同济大学知识产权与竞争法研究中心副主任，国家知识产权战略实施研究基地（同济大学）办公室副主任、《知识产权与竞争法研究》副主编。主持国家社科基金、教育部人文社科、上海哲社等国家级、省部级课题多项；是《软件与互联网法》和德国多部专利法律的译者；在《知识产权》《专利法研究》等杂志发表文章40多篇。

于馨森 德国哥廷根大学法学博士，现为同济大学法学院副教授，院长助理，上海市法学会竞争法研究会常务理事，国家知识产权战略实施研究基地研究员，同济大学德国研究中心研究员，同济大学法学院中德国际经济法研究所副主任。主持省部级课题3项，参与中欧创新合作对话相关课题研究，发表《搜索引擎与滥用市场支配地位》等文章及出版著作3部。

刘晓海 1979.10~1983.08 中国人民大学法律系毕业，获学士学位；1990.03~1992.07 德国汉堡大学法律系毕业，获硕士学位；1992.10~1999.04 德国汉堡大学法律系毕业，获博士学位。

1983.07~1990.02 复旦大学法律系任教，经济法教研室主任；1996.01~1998.12 德国马克斯—普朗克学会慕尼黑知识产权法、竞争法和税法研究所从事商业秘密法研究；1999.05~2003.07 国浩律师集团事务所合伙人，主管知

识产权事务。2003.07 至今任同济大学知识产权学院教授；2006.04 至今任同济大学中德学院拜耳知识产权基金教席教授。

武卓敏 德国慕尼黑马普创新与竞争研究所博士奖学金获得者，慕尼黑大学博士论文涉及生物技术知识产权的比较法研究（导师 Joseph Strauß 教授），海德堡大学法学硕士。德国泰乐信律师事务所高级顾问。中德 IP 领域有 9 年实务经验，处理 10 余起中国大型企业针对国际 NPE 在德国的标准专利谈判和侵权诉讼。作为中国商务部特聘纠纷调解专家，处理德国国际展会纠纷 500 余起。

范长军 德国拜罗伊特大学法学博士，华中科技大学法学院讲师。研究知识产权法、竞争法。在《法学家》《法商研究》及《知识产权》等学术刊物上发表论文 20 余篇。专著《德国反不正当竞争法研究》（法律出版社 2010 年 11 月）、《德国专利法研究》（科学出版社 2010 年 12 月）；译著《德国著作权法》《德国商标法》（知识产权出版社 2013 年 1 月）。主持国家社科基金及其他各类科研课题 6 项。

原版序言

(第6版)

在本次新的版本中，阐述了依据2000年修订2007年12月13日生效的《欧洲专利公约》（欧洲专利公约2000），以及在2007年12月13日生效的欧洲专利法及其实施细则的最新文本。

在德国的立法方面，除了个别的修改之外，还包括：2005年1月25日的《转化生物技术发明法律保护指令法》，这部法律的某些方面与在本书第5版中介绍的草案有所不同；2006年6月21日的《关于修改专利法异议程序和专利费用法的法律》；2007年8月24日的《转化〈欧洲专利公约〉修订文档法》，以及2008年7月7日的转化了相应欧洲指令的《完善知识产权执法法》。对于最为重要的有关观点可能要参照2008年6月公布的《专利法简化和现代化法草案》。应该考虑的还有完全适应了欧洲共同体法的2005年的新《反限制竞争法》以及2004年改革的《外观设计法》和《反不正当竞争法》。在国际层面，讨论了TRIPS的补充协议，这就是允许向有公共健康问题的区域授予出口药品强制许可的规定。在欧盟范围内，早在该补充协议生效之前就已经通过一个条例进行了转化。此外，在发明保护领域共同体法的执法并没有取得进展，是否以及什么时候引入共同体专利仍然无法预见。关于保护实施计算机程序的发明的指令建议最终被欧洲议会在2005年否决，因此，对于欧洲专利局、联邦最高法院以及联邦专利法院的有关新判决就需要给予特别的关注。

当然，欧洲专利局与德国法院还在对于发明保护的许多其他问题达成了诸多方向上的或者至少有价值的共识。由于德国联邦最高法院在其有关保护范围的判决中参考了联合王国判决的基本原则，因此，我们扩大了在这方面的阐述。

在本书的新版工作中，要特别感谢法学助手 Kerstin Lehner 女士，她在直至2007年底，有的甚至超过这个期限的文献和判例的查询和汇总乃至校对方面给予了我很多的帮助。还要感谢马克斯普朗克知识产权、竞争法和税法研究所，尤其是 Joseph Strauß 博士教授，他们给我提供了帮助，并使我能够

是使用该所的设施。

本书的写作还得到了我家人的鼓励，首先要谢谢的是我的夫人，她没有被不断再版所无法预料的挑战而吓到。

鲁道夫·克拉瑟 (Rudolf Kraßer)

2008年8月于慕尼黑

译者序

1996年初，我获得德国艾伯特基金会（Friedrich - Ebert - Stiftung）和德国知识产权协会（GRUR）资助，来到著名的德国慕尼黑马普知识产权与竞争法研究所（现德国慕尼黑马普创新与竞争研究所），师从当时也在该所任职的德国慕尼黑国防军大学的 Hanns Ullrich 教授，撰写有关技术转让法律制度比较研究方面博士论文。为了学习研究德国专利法，我征询时任该所东亚部主任 Dietz 教授有关德国专利法的代表性著作，Dietz 教授毫不犹豫地推荐了慕尼黑工业大学的 Rudolf Kraßer（鲁道夫·克拉瑟）教授的这本《Patentrecht: Ein Lehr- und Handbuch zum deutschen Patent - und Gebrauchsmusterrecht, Europäischen und Internationalen Patentrecht》。2003年同济大学成立知识产权学院，我和我的同事，同济大学法学院/知识产权学院与同济大学中德学院拜耳知识产权法教席刘晓海教授（德国汉堡大学法学博士）又向知识产权学院名誉院长、时任德国马普知识产权法与竞争法研究所所长 Joseph Strauß 教授咨询，哪些著作可以作为德国专利法研究和教学的权威性著作，他也首先推荐了鲁道夫·克拉瑟教授的这本书。于是，在时任国家知识产权局局长、同时兼任同济大学知识产权学院名誉院长的田力普教授的鼓励下，我们一群曾在德国留学过的朋友，同济大学法学院/知识产权学院的刘晓海教授、华中科技大学法学院的郑友德教授以及西门子中国研究院的知识产权总监曲晓阳先生决定翻译鲁道夫·克拉瑟教授的这部著作。尽管对于翻译学术著作，尤其是翻译德语法学著作的难度有所思想准备，但翻译这部巨著的困难和工作强度仍然超过了我们这帮年龄上早已不是初生牛犊的人的预想：一千多的页码、繁多的专业术语、鲁道夫·克拉瑟教授学术并略带古式的德语等，使我们的翻译工作进展极其缓慢，时断时续。后来，郑友德教授、曲晓阳先生由于有更重要的工作又退出了本书的翻译工作，这使得我们不得不再招兵买马。我的同事，同济大学法学院/知识产权学院的张韬略副教授（德国联邦总理奖学金获得者）、于馨淼副教授（德国哥廷根大学法学博士）、王倩助理教授（德国不莱梅大学法学博士）、赵守政助理教授（德国明斯特大学法学博士）以及德国泰乐信律师事务所高级顾问、慕尼黑马普创新与竞争研究所博士奖学金获得者武卓敏、华中科技大学法学院的范长军老师（德国拜罗伊特大学法学博士）、浙江财经大学法学院李伟教授

先后加盟本书的翻译团队，本书的翻译才能最终完成。

需要说明的是，为了使读者能够准确地找到本书所涉及的文献，我们保留了书中纯列举式和引注式的文献原文，只翻译了重要的解释性的脚注。此外，2004年我们开始翻译的是本书的第5版，而在2009年本书出版了第6版。据说，由于年事较高等原因，鲁道夫·克拉瑟教授已不再撰写出版本书的后续版本。尽管时至今日，德国乃至欧洲专利制度都发生了不小变化，但对于其基本理论和制度演进，本书都有全面深入的论述和先见之明的预测。比如，对于欧洲统一专利制度、欧洲专利法院等内容，本书都有很准确的预判和分析，因此，本书仍不失是研究和学习德国和欧洲专利制度的经典之作。

本书最后由单晓光教授主持翻译，具体分工如下：§1~9（单晓光），§10~15（于馨淼），§16（单晓光、李伟），§17（单晓光、李伟、王倩），§18（单晓光、李伟、王倩、赵守政），§19~21（武卓敏），§22~23（单晓光），§24~26（张韬略），§27~30（刘晓海），§31（张韬略），§32（范长军），§33（刘晓海、单晓光），§34（单晓光），§35~39（张韬略），§40~42（单晓光）。此外，刘晓海教授还校对了部分章节的译稿，张韬略副教授也负责组织了协调部分章节的翻译工作。

本书的出版计划于2007年在知识产权出版社正式立项，其后历经从第5版到第6版的版次变化，译者团队的流动更迭，甚至连承担此项目的责任编辑也变更了人选，时至今日，八年有余，可谓费尽周折。值得欣慰的是，本书不仅入选由国家知识产权局专利复审委员会组织的“知识产权经典译丛”项目，而且入选国家级出版项目——“2015年国家出版基金”资助项目。而今付梓，终令此项目的所有参与者“修成正果”。

我们要特别感谢尊敬的 Joseph Strauß 教授，他不仅积极鼓励我们翻译这部著作，而且还主动与鲁道夫·克拉瑟教授联系，获得了他的翻译许可；还要感谢知识产权出版社有限责任公司，尤其要感谢负责本书的责任编辑卢海鹰女士，没有她的不断鞭策、督促，甚至是“压榨”，很难想象本书最终能够翻译完成和顺利出版。

最后，绝不是客套话，鉴于我们的学术能力以及本书的翻译强度和难度，翻译的缺陷肯定难免。我们诚惶诚恐，真诚恳求高人指正，希望有机会再版改正。

单晓光

于同济大学四平路校区

2016年4月

目 录

第 1 部分 基本问题

第 1 章 法律与经济制度中的专利与实用新型	(3)
§ 1 联邦德国专利制度的主要特征	(3)
§ 2 专利法和实用新型法与其他法律的关系	(16)
§ 3 对专利保护的 legal 和经济政策的评价	(43)
第 2 章 历史发展	(67)
§ 4 从特权制度到专利法的立法	(68)
§ 5 德国 1877 年《专利法》之前的历史	(76)
§ 6 1877 年之后的德国专利立法	(82)
§ 7 国际专利法的发展	(100)
第 3 章 法律渊源和组织	(130)
§ 8 专利和实用新型法的法律渊源	(130)
§ 9 专利行政机关和司法机关	(137)

第 2 部分 专利和实用新型保护的前提条件

第 1 章 技术发明导论	(147)
§ 10 实质保护的前提条件的功能和法律规定	(148)
§ 11 发 明	(153)
§ 12 发明的技术特征	(173)
第 2 章 技术发明可保护性的限制	(229)
§ 13 工业实用性、可实施性	(230)
§ 14 生物技术发明受保护性的限制	(242)
§ 15 作为保护阻却事由的公共秩序和善良风俗	(309)

第3章 新颖性和创造性	(327)
§ 16 现有技术	(329)
§ 17 新颖性	(351)
§ 18 创造性成果	(371)

第3部分 发明之上的权利

§ 19 发明人原则与发明者权	(413)
§ 20 发明者权的保护	(443)
§ 21 雇员发明	(478)

第4部分 专利和实用新型的产生与丧失

§ 22 导论 概述	(521)
第1章 德国专利商标局的专利和实用新型	(536)
§ 23 专利局和专利法院程序的一般规则	(536)
§ 24 在德国专利商标局的申请	(587)
§ 25 在德国专利商标局获得专利授权和实用新型登记	(642)
§ 26 德国专利商标局废除已授予专利和已登记实用新型	(704)
第2章 欧洲专利法	(772)
§ 27 欧洲专利局程序的一般规则	(772)
§ 28 欧洲专利申请	(787)
§ 29 欧洲专利局的授权程序	(807)
§ 30 欧洲专利的失效	(838)

第5部分 专利和实用新型的效力及其实施

§ 31 概要——侵犯保护权的标准和制裁	(867)
§ 32 专利与实用新型的保护范围	(872)
§ 33 侵害保护权的行为	(913)
§ 34 第三人的实施权	(1005)
§ 35 侵犯专利或者实用新型之请求权	(1037)
§ 36 侵犯专利或者实用新型之诉	(1084)
§ 37 因实施专利申请公开主题的补偿请求权	(1108)

- § 38 故意侵犯保护权的可刑罚性 (1119)
- § 39 保护权的广告和没有根据的警告 (1122)

第6部分 发明权的交易

- 引 论 (1145)
- § 40 转让、权利负担、许可 (1146)
- § 41 源于转让和许可合同的义务 (1161)
- § 42 利用发明权的限制竞争行为 (1177)
- 编辑手记：坚持的力量** (1191)

第 1 部分

基本问题

第 7 章 法律与经济制度中的专利与实用新型

- § 1 联邦德国专利制度的主要特征
- § 2 专利法和实用新型法与其他法律的关系
- § 3 对专利保护的法律和经济政策的评价

第 8 章 历史发展

- § 4 从特权制度到专利法的立法
- § 5 德国 1877 年《专利法》之前的历史
- § 6 1877 年之后的德国专利立法
- § 7 国际专利法的发展

第 9 章 法律渊源和组织

- § 8 专利和实用新型法的法律渊源
- § 9 专利行政机关和司法机关

第 1 章

法律与经济制度中的专利与实用新型

§ 1 联邦德国专利制度的主要特征

A. 专 利

I. 专利是国家授予的独占权

1. 根据《专利法》第 1 条第 1 款，对于所有技术领域内新的、基于创造性活动的以及工业上可应用的发明，都可以授予专利。在提起相应的请求（申请）之后，由德国专利商标局授予专利。申请可以以任何自然人或者法人的名义递交，不受国籍、居所或营业所的限制。

《专利合作条约》（PCT）缔约国的国民或者在这些缔约国有居所或者营业所的人，还可以依据 PCT 提出国际申请，请求德国专利商标局授予专利。

2. 《专利法》第 9 条规定，专利的效力是，只有权利人有权实施受专利保护的发明，其他人未经其同意不允许实施该发明：是否实施、由谁来实施以及怎样实施发明，都由专利权人决定。但是，专利权人的权利并非不受限制（参见 § 33, § 34）。尤其是在为公共利益的情况下，还可以不顾权利人的意愿，通过法官判决的途径准许其他人实施受专利保护的发明（强制许可，《专利法》第 24 条）。

当然，必须在现行法律的框架之内实施发明。尽管这是一个总是有效的原则，但 2005 年以来《专利法》还是在第 9 条第 1 款第 1 句中对此进行了明确的规定。这样，就像《民法典》第 903 条一直以来对所有权进行的说明一样，《专利法》也对专利权进行了澄清。《民法典》在第 903 条中规定，所有权的权限受到法规与第三人权利的限制。

3. 由于联邦德国是《欧洲专利公约》的缔约国，因此，还可以通过依据《欧洲专利公约》建立的欧洲专利局授予在其领土内的专利。为此，需要递交一个欧洲专利申请，在该申请中——单独指定德国，或者像大多数情况那样，除了指定其他缔约国之外还——指定德国。

申请欧洲专利的权利同样不受国籍、居所或者营业所的限制（《欧洲专利公约》第58条），也可以在前面第1点提到的前提条件下通过PCT提起欧洲专利申请。

根据《欧洲专利公约》第52条第1款，授予欧洲专利的实质条件与依照《专利法》第1条第1款授予德国专利的实质条件是一样的。根据《欧洲专利公约》第64条第1款，在被授予了欧洲专利的任一缔约国，欧洲专利的效力与该国的专利效力是一样的。如果是对德国授予的欧洲专利，那么就是德国《专利法》第9条规定的、受德国《专利法》规制的、排除他人实施发明的权利。

根据已不再生效的《共同体专利公约》，在该条约缔约国的整个地域内将授予一种统一的欧洲专利，即共同体专利。为了能在欧盟的所有成员国都实现共同体专利，欧盟委员会已提出了一个《理事会关于共同体专利条例的建议》。该建议第7条规定的共同体专利的效力（与该条所依据的1989年《共同体专利公约》第25条一样），与《专利法》第9条的规定在实质上一致的。

4. 无论是依照欧洲的法律，还是根据德国的法律，专利的效力是有时间限制的。专利的效力开始于授予专利的时候，最迟结束于申请专利之后的20年。专利的存续还取决于是否支付年费，其数目随着保护期限的持续而递增。

依据欧共体的条例规定，药品或者农药专利可以通过补充保护证书最多延长5年（对于儿童药品的专利可以延长5年半）的保护期。

在空间上，德国专利的效力及于联邦德国的领土。对于德国授予的欧洲专利，其空间上的效力与德国专利也是一样的。

5. 总的来说，根据德国有关授予专利和专利效力的规定，专利一般可以看作一种由国家或者由依据国际条约所授权的国际机构所授予的、有领土与时间限制的、实施发明的独占性权利，而这种权利的独占性就在于禁止其他人实施发明的权限。

对专利和“源于专利的权利”进行区分，就像《专利法》第15条第1款想要区别的那样，在现行的专利制度中已经没有必要。今天“专利”，已不再像它在历史上的来源所表示的那样，是指一种证书（参见§4.6）——指的是一种根据《专利法》（第58条第1款）与《欧洲专利公约》（第97条第1款与第3款）通过授予专利并公告而创设的权利。有关权利客体的信息记载在专利

文献上。除了公告专利文献之外，德国专利商标局（《德国专利商标局条例》第25条第1款）与欧洲专利局（《欧洲专利公约实施细则》第74条）还颁发专利证书，但这种专利证书对于专利权的产生是没有意义的，对于专利权的实施也不是必要的。

6. 当代所有先进的工业国家以及其他许多国家的立法都规定了上述意义上的专利制度；专利是由国家授予的，在某些国家还可以由区域机构（比如，欧洲专利局）授予。

II. 作为专利客体的发明

1. 在联邦最高法院所做的一个原则性判决之后，30多年来的司法判决、德国专利商标局的实践以及大多数文献都认为，德国专利法意义上的发明是“一种为了直接取得有因果关系的可预见性结果，运用可控自然力按计划行为的原理（指令、规则）”。因此，德国专利法中的发明广义上被称为关于技术行为的原理（参见§11 I）。但是，联邦最高法院最新的判决却预示，至少在运用计算机程序解决问题的领域内，即使是没有直接运用自然力、原理也可以视为技术性的（参见§12 III c dd）。

欧洲专利局同样认为技术性特性是专利法中发明概念的必要特征，并不认可与技术无关的对于发明的定义（参见§12 I c）。

2. 由于依照发明的原理的行为有望获得经济上的优势，所以发明是一种有经济价值的财产。^[1]但是，发明具有无形的性质。因为是无形财产^[2]，所以不仅要注意将其与有形的载体，如书面的描述及类似的东西区分开来，而且还要注意其与实现了发明的实物的区别，比如，一个依照发明的原理制造与运行的机器、依照发明合成的化学物质、根据方法发明生产的产品。由于这些实物的市场价值所依赖的是发明的本质特性，对实物的交易与使用就意味着在经济上对发明的利用，因此专利权人的禁止权就扩展到了涉及这些实物的行为。但是，这并不就是说，这些实物本身就是保护的客体。此外，需要注意的是，如果依照发明所生产的实物是经过专利权人同意之后投放到市场的，那么对这些实物的销售与使用就不再受专利禁止权限的约束（即所谓权利利用尽原则）。

不过，专利产品的说法也非常普遍，《专利法》第9条第2句第1项本身的用语“专利客体的产品”，就是这样的。这种说法简单来说就是：对发明的独占性权利，包含了对于实现作为技术原理的发明的实物的某些权限。因此，

[1] 即使发明没有获得专利而未能成为“权利的客体”，发明也是一种“生活财产”，参见 Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 49ff.

[2] S. Godenhielm, GRUR Int. 1996, 327 ff.

对于旨在改变生物作用的发明的专利，就被有些人称为“对于生物”的专利，甚至被称为“对于生命”的专利。^[3]由此可见，这里就存在错误理解专利保护的客体与专利保护的效力方式的危险（参见 § 15 III b 2）。

3. 由于发明是无形的财产，所以它可以被任何人同时利用，而不会有任何物质上的损失。任何知悉发明原理的人都可以运用该发明、依照该原理行动，即使已经有许多人这样做，也不受影响。因此，对于发明人就会产生这样的危险：随着对该创新了解的深入以及对其运用能力的扩大，尽管发明人有该创新所提供的经济上的优势，但该创新在市场上的交换价值却会相应地丧失。但是，如果发明人取得了专利，那么他就可以自己充分地利用这种优势。他可以以收取报酬的方式允许其他人实施其发明或者依据专利提供的独占性地位自己利用该发明，以依发明能生产的产品或带来的其他给付价款的方式，取得发明的价值。

4. 只有当发明在申请中由专利授予机关公开了，才可能获得专利。但确定无疑的是，完成了的发明首先只是存在于发明者的头脑里，而不会有任何外在的表现、应用等。但是，专利中的发明，却只可能是已经脱离了发明者、能够不依赖于发明者、作为人身之外的客体可以继续存在的发明。

不过，发明脱离发明人不仅仅是由于申请专利，在大多数情况中也不是首先因为要申请专利才会发生。事实上，在实施发明的过程中，在不少情况下甚至在发明产生的过程中，发明就已经脱离了它的发明人。发明脱离发明人的直接后果是一虽然并不是必然的：其他人就可能获知和实施这个发明。一旦发明被利用，那么要想通过保密来阻止其他人知悉和实施这个发明，长久来看，一般就不再可能了。^[4]因此，发明人及其授权的使用人必须考虑的风险就是，发明的创新很快就会被其他人所采用。

5. 只有当发明在申请专利的时候还是新的，也就是说还没有对公众公开的时候，才允许授予其专利。但另一方面，授予专利的程序又必然要求——如果发明不是因为国家安全的利益必须保密的话——公布发明从而使公众可以知悉发明。要获得专利，其代价只能是放弃对知悉发明的所有限制。发明人往往

[3] So schon im Titel *Baumgartner/Mieth* (Hrsg.), *Patente am Leben?* 2003; *Wöhlermann* (Hrsg.), *Das Biopatentrecht der EU am Beispiel von Patenten auf Leben*, 2004; *Wolters*, *Die Patentierung von Menschen. Zur Patentierung humanbiologischer Erfindungen aus dem Bereich moderner Biotechnologie*, 2006.

[4] *Harabi*, in: *Harabi* (Hrsg.), *Kreativität – Wirtschaft – Recht*, 1996, S. 95 ff. 根据 *Seuß* 的研究，生产的转移、企业的兼并与收购以及员工的流动，越来越威胁到保密的可能性，尤其是对于化学方法的保密。因此，他建议，应当比以前要更好地善于利用专利保护制度。参见 *Seuß*, *Mitt.* 2006, 398, 400.

期望依据源于发明行为的事实上的独占关系能够阻止其他人实施发明，但这种期望总是会面临各种风险，而授予的专利就赋予了禁止其他人实施该发明的权利。^[5]

6. 专利所涉及的是作为无形财产的发明，属于无形财产权。^[6]专利所赋予的禁止权表明，发明作为存在于专利权人人身之外的客体，是以一种排除他人的方式归属于专利权人的。禁止权作为专利外部的、“否定的”一面，对应于专利权人对于发明的法律关系内在的、“肯定的”一面，^[7]二者一起构成了专利对于发明的独占权。在结构上，专利的独占权相当于有形物的所有权。^[8]

专利使得即使公开了的发明其市场价值也不会受到影响，这样，专利就保护了发明人（及其权利继受人）能够充分利用发明的经济优势。简单来说就是，专利保护发明。^[9]

III. 发明人原则与发明人权

1. 满足了法律规定的前提条件，授权机关就会将专利授予申请人（专利申请人）。但是，根据《专利法》（第6条）和《欧洲专利公约》（第60条第1款），申请专利的权利最初是属于发明人的，如果有共同发明人，则属于共同发明人共有。发明人只能是自然人。通过转让或者继承可以将申请专利的权利转移给作为权利继受人的自然人或者法人。职务发明的发明人雇主可以通过单方声明的方式收回申请专利的权利，而这时发明人的雇主负有申请专利以及

[5] 要做到这一点，其前提条件是这些具有充足可靠性的权利实际上是可执行的。由于在某些国家还做不到这一点，因此，Ann 建议应当进行权衡考虑：在个别情况中，将发明进行保密是否会比将发明申请专利并公开（由此也是对偷盗者的公开）能更好地阻止对其发明的“盗取”。但是，这种方法所产生的效果却是，在那些专利权可以得到可靠执行的国家也不能申请专利了，而且不能避免这种保密迟早会失效的风险；还有可能出现独立的平行发明并获得专利保护的情况，而这时如果保密的发明没有取得先用权的话，那么实施该发明就会受到专利保护的阻止。参见 Ann. FS Schilling, 2007, S. 1, 8ff.

[6] Zu diesem ursprünglich von Josef Kohler geprägten Begriff eingehend Schönherr, Zur Begriffsbildung im Immaterialgüterrecht, FS Troller, 1976, S. 3 ff.; Jänich, Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum?, 2002, S. 90 – 102; jeweils mit zahlreichen Nachweisen; zu seiner Entstehung auch Fikentscher/Theiss, Josef Kohler und das Monopol: Ein Schlüssel zu TRIPS vs. WIPO?, in: Adrian/Nordemann/Wandtke (Hrsg.), Josef Kohler und der Schutz des geistigen Eigentums in Europa, 1996, S. 55 ff.

[7] Vgl. Schönherr, aaO, S. 12 ff.; dazu auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 254; Kraßer, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, 1971, S. 99 ff., 102, 172 ff. – Dagegen verneint Walz, Der Schutzzinhalte des Patentrechts im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1973, insb. S. 221 f., daß dem Patentinhaber ein Gegenstand in der Weise zugeordnet sei wie die Sache dem Eigentümer; gleichwohl sieht er das Patent als subjektives Recht an (S. 228 ff.). – Kein subjektives Recht ist das Patentrecht nach Ansicht von Balz, Eigentumsordnung und Technologiepolitik, 1980, S. 378.

[8] Umfassender Vergleich der Rechte des geistigen Eigentums einschließlich des Patents mit dem Sacheigentum in dem Werk von Jänich (FN 6).

[9] 有关著作权法中的相应表述方法，参见 Ulmer, Urheber – und Verlagsrecht, 3. Aufl., S. 5.

支付适当报酬的义务。

2. 无论是德国的专利授予程序，还是欧洲专利的授予程序，都不审查申请人是否有申请专利的权利，专利局是将申请人作为有申请专利的权利的人来对待的（《专利法》第7条第1款，《欧洲专利公约》第60条第3款）。如果申请专利的权利确实不属于申请人，真正的权利人可以根据法律规定的救济手段来主张他的权利。他不仅可以要求撤销授予无权申请人的专利，而且也可以要求将无权申请人的申请或者专利转让给他，或者要求将非法申请的优先权给予由其本人所递交的申请（参见§20），并以这些方式最终获得自己的专利。

尽管授予专利的程序（暂时）不考虑申请专利的权利的问题，其目的是简化专利商标局的审查程序，但是专利制度最终所关心的还是要（尽可能地）使那些作出发明的人或者发明人的权利继受人能够获得专利。在这个“发明人原则”里，发明人与发明之间的联系不仅被认为是一种事实认定，而且也是法律所认可的。发明一旦完成，无需履行形式上的手续，发明创造者就获得了对于发明的权利。这种权利习惯上被称为（一般）发明人权。除了申请专利的权利之外，发明人权还包含有一定人格权的权限。即使转让了发明人权，这种人格权的权限仍归属于发明人，保护其被承认为发明人的利益。

发明人权的效力，包括上述阻止非法申请以及要求申请人和专利局承担的写明发明人的义务。在适当的情况下，被错误当作发明人的第三人也有承担写明发明人的义务。但是，专利法中的发明人权并不能阻止其他人实施发明。在专利法中，要阻止他人实施发明，更多的是依赖于授予专利，授予的专利确认并强化了这种建立在发明行为基础之上的权利。^[10]

IV. 平行发明、排他效力

1. 可能会有多人相互独立地作出同样发明的情况，这些人并不是共同发明人，而是双重或者多重发明人，也许将其称为平行发明人更为恰当。他们每个人都享有独立的发明人权（共同发明人则共有—个发明人权）。在这种情况下，申请专利的权利只属于首先将发明在专利局提出申请的发明人（或者权利继受人）（《专利法》第6条第3句，《欧洲专利公约》第60条第2款）。发明行为并不取决于时间的先后顺序；任何人不能因为仅仅提出他（或者先前权利人）比申请人（或其先前权利人）更早完成发明，就能依据德国专利法或欧洲法对他人的专利申请或专利提出异议。第一个申请人的优先权的目的就

[10] Vgl. Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 453 ff. Zum wettbewerbs- und deliktsrechtlichen Schutz des Erfinderrechts unten § 2 I e bb und IV b 3.

是要促使尽快地将新发明申请专利，从而尽早地使公众获悉该发明。

2. 如果将一项发明申请了专利，而且申请的内容也由专利局公开了，那么对于后来同样发明的申请就不能再授予一项（有效的）专利，即使该申请所依据的是独立的平行发明并且发明人也有自己的发明人权，也同样如此（《专利法》第3条第2款，《欧洲专利公约》第54条第3款）。

3. 如果第一个申请人获得了专利保护，那么他还可以阻止其他独立地作出该发明的人或者从平行发明人那儿获得发明的人实施该发明。也就是说，专利的效力不仅仅在于阻止那些直接或者以某种间接的方式从发明人或者专利权人那儿知悉发明的人实施发明，专利还可以阻止拥有自己发明人权的权利人实施其发明。专利的这种广泛效力，被称为排他效力。只有对那些以正当手段获得发明信息，一比如独立的平行发明人及其权利继承人一并在申请专利之前就已经开始实施发明或者已经为实施做好了充分准备的人，专利的排他效力才受到了限制。这些人享有“先用权”：即使对发明授予了专利，还允许这些人继续实施该发明（《专利法》第12条）。

V. 保护的前提条件及其审查

1. 在授予专利之前，德国专利商标局和欧洲专利局不仅要审查申请是否符合形式上的规定，而且还要审查申请的客体是否满足《专利法》或者《欧洲专利公约》中的实质性保护前提条件。但是，只有提出专门的且缴纳一定费用的请求，才会进行并完成这种全面的审查。如果在规定的期限内没有提出这种请求，那么就视为撤回了专利申请，这样就不再可能授予专利。无论是否提出了审查请求，专利局都会最迟在递交申请之后的18个月内公布申请的内容。申请人只有在此前撤回其申请，他才可能阻止专利局对其申请内容的公布。对于在发明公布之后实施发明的第三人，申请人拥有要求合理补偿的请求权。只有当专利授予申请人了，并将这种情况公告之后，申请人才享有禁止权。

2. 实质审查的内容包括，发明的客体是否是新的、是否基于创造性活动以及是否在工业上可运用，而且还要审查发明的客体是否由于一些特殊理由而被排除在专利保护的范围之外。实质审查的首要目标，就是要将专利权人的独占权与已有技术知识以及未来将发现的新技术知识的界限，限制在由发明人创造的成果范围之内。因此，审查实践中特别重要的要求是要有新颖性和基于创造性活动。如果一项发明属于在其申请之前就已完全公开了的现有技术，那么它就不再是新的，因此是不可授予专利的。此外，即使发明是新的，但是对于掌握现有技术的专业人员来说是显而易见的，是无需创造性活动就可以做到的，那么这种发明也是不可授予专利的。对于这些问题以及其他实质性保护前

提条件的某些方面，必须要在广泛掌握相关技术知识的基础上，才能对其进行充分可靠的判定。

在授予专利之前，通过拥有精通专业的技术人员和必要文献的机关对发明进行审查，不仅对于申请人和专利权人，而且对于所有有意利用已申请专利或者已授予专利的发明的人，都是非常重要的。在有些国家存在专利“登记制”，在这种制度中，专利局并不事先审查实质性保护前提条件就授予专利。在这种制度下，只是在事后，也就是在因侵权诉讼产生了对发明可专利性争议的时候，才需要对发明进行事后审查。在这种制度中专利的授予机关并不是为审查发明而设立的，因此，审查是由普通法院负责的，普通法院在审理案件时会视情况邀请技术专家参加。相较于经过专利局广泛的事先审查，登记制给予当事人的权利的稳定性是很差的。你只能凭自己对现有技术了解来判断：法院是否会认为发明满足了保护的前提条件，是否会因此而判定专利是有效的或者是无效的。

3. 在预先审查制中，法律本来应当可以高度地确保权利的稳定性，无需在授予专利之后再审查在基准时间点（授予专利的时间点）发明是否满足了实质性前提条件，但是，《专利法》与《欧洲专利公约》都还没有达到这种程度。

《专利法》与《欧洲专利公约》都允许，在授予专利之后的一个确定的相对较短的期限内，任何人都可以因专利客体没有满足实质性前提条件而提起异议。专利局负责对异议作出回应。如果确认了专利的客体没有（完全）满足这些前提条件，那么专利局就会撤销该专利，而且这种撤销是有溯及力的。

在过了异议期并且已提起的异议也已处理完毕之后，还可以提起对专利客体没有满足实质性保护前条件的无效之诉。在联邦专利法院既可以提起对德国专利，也可以提起对就德国所授予的欧洲专利的无效之诉。如果联邦专利法院认定该专利没有满足《专利法》或者《欧洲专利公约》授予专利的实质性前提条件，就会宣告该专利无效，这种无效宣告也是有溯及力的。但是对于欧洲专利，专利法院只能宣告对德国所授予的欧洲专利无效。

但是，在普通法院，特别是在侵权诉讼中，原则上不能主张，专利没有满足实质性保护前提条件而无效。如果专利局没有撤销专利或者专利法院没有宣告专利无效，那么普通法院必须将该专利当作有效专利来对待。就此而言，专利享有一定程度的、但只是相对的存续保障。

总而言之，在长时间之后也能撤销那些实质上不公正的专利，比要求权利的稳定性更为重要。通过专利局仔细可靠的预先审查，至少奠定了只在满足了实质性保护前提条件才授予专利的高度可能性，在很大程度上也实实在在地保

障了专利权的存续性。

为了不授予实质上不公正的“平庸专利”，就要进行谨慎且可靠的审查。这里的决定性因素除了要组织和配备专利审查员之外，首先要考虑的是要对可专利性条件中的创造性成果标准提出合理的要求。^[11]

B. 实用新型

I. 实用新型是专利制度的一部分

1. 实用新型所保护的是新的、基于创造性方法且在工业上可运用的发明（《实用新型法》第1条第1款）。要获得实用新型的保护，首先要将作为实用新型保护的发明在德国专利商标局申请登记，德国专利商标局将该发明在实用新型登记簿上登记之后，该发明就获得了实用新型的保护。

还可以根据 PCT（参见 A I 1）通过国际申请的途径，申请在德国专利商标局登记实用新型，但是并没有与授予欧洲专利程序相应的授予在多国有效的实用新型的跨国程序。

实用新型登记的效力是，在联邦德国的地域内只有实用新型的权利人才有权实施实用新型的客体（《实用新型法》第11条第1款第1句）。

在该表达方式中，“实用新型”的概念似乎指的是通过登记所产生的权利。因此，只有将受保护的发明视为这种权利的客体，才是符合逻辑的。但是，根据《实用新型法》第1条第1款，发明是作为实用新型来保护的，似乎实用新型指的又是保护的客体。在新修改的法律中就出现了这种不一致的术语（参见 §6 III 3），比如，在《实用新型法》的第11条与第24条及以下条款的关系中，也出现了这种不一致。

从逻辑上来看——如果对于这种保护权找不到比“实用新型”更好的表达方式——《实用新型法》第1条第1款就必须这样来表述：发明是通过实用新型来保护的。对可受保护的以及可能已受到保护的发明使用实用新型的表述——与专利中的相应实践一样，是一种口语式的不精确表达，这是法律语言必须避免的。因此，在我们的阐述中，实用新型指的是保护权，保护权的客体则指的是发明。

2. 实用新型的效力始于登记之日，最迟在申请之后的10年内结束。在第3、6、8年之后如果要维持实用新型，需要缴纳（递增式的）维持费。

3. 因此，与专利一样，实用新型也是一种有地域与时间限制的发明

[11] Zur Problematik eingehend Pagenberg, Trivialpatente – eine Gefahr für das Patentsystem?, FS Koller/Stauder, 2005, S. 251 – 261.

的独占权（参见前面 A I 5）。但是，实用新型并不保护所有可专利的发明：方法就不能“作为”（正确的表述应当是：通过，参见第 1 点）实用新型来保护（《实用新型法》第 2 条第 3 项）。根据《实用新型法》第 1 条第 2 款第 5 项，生物技术发明也“不能视为第 1 款意义上的实用新型客体”，尽管生物技术发明在实用新型保护的例外规定中本身就被称为发明，但这里似乎又不将其作为发明对待（参见第 1 点）。不过，除此之外，专利法上的发明概念（参见本节 A II 1）对于实用新型法还是很重要的。受实用新型保护的发明与受专利保护的发明一样，都是保护权的客体（参见 A II 2~6）。专利与实用新型是本质上相同的保护权，两者共同构成了专利保护制度，都是对技术发明的保护。

4. 只在很少的几个国家，除专利之外，还有与实用新型类似的保护技术创新的保护权制度。^[12]在这些国家中，有关这种保护权的称呼、适用范围、保护的前提条件以及授予程序，都有很大的不同。欧盟委员会已经——迄今为止还没有实现——尝试过在欧盟范围内协调这些保护权机制（参见 § 7 II d bb 5）。

II. 发明人原则与发明人权

1. 发明人原则以及专利局将申请人作为有权申请专利的人来对待的规则，也同样适用于实用新型（《实用新型法》第 13 条第 3 款以及《专利法》第 6 条、第 7 条第 1 款）。由于指出实用新型保护权瑕疵的程序不同于专利法中的规定，所以，在规制没有申请人的申请与登记方面，实用新型法是不同于专利法的（《实用新型法》第 13 条第 2 款与第 3 款，第 15 条第 2 款，参见 IV 2, 3）。

2. 实用新型法不要求写明发明人，因此，也就没有关于写明发明人的规定。不过，即使对于那些只能申请或者授予实用新型保护的发明来说，如果申请了实用新型或者获得了实用新型的保护，其发明人权也并不是没有人格权内容的（参见 § 20 IV c）。

III. 首次申请人的优先地位，排他效力

1. 在实用新型法中，原则上也只有首先将发明申请实用新型的平行发明人才能获得法律的存续性保护（参见本节 A IV）。如果实用新型保护的客体是先前专利或者实用新型申请的客体，那么该实用新型就是无效的，经过请求是可以被注销的（《实用新型法》第 13 条第 1 款，第 15 条第 1 款第 2 项）。但是，尚未公开的在先申请对在后实用新型申请的抵触作用，与专利法不一样，并不是由于在先申请的事后公开，而只是该在先申请被授予了（具有法律稳

[12] Angaben bei Kraßer, in: Adrian/Nordemann/Wandtke (FN 4) S. 73, 79 ff.

定性的)专利或者被登记为实用新型的情况下,它才会对在后的实用新型申请产生抵触作用。

2. 与专利一样,实用新型也有对抗独立平行发明人及其权利继承人的效力(“排他效力”,参见本节A IV 3),而这种排他效力同样也可能受到先用权的限制。

3. 在前的实用新型申请以及由此产生的登记只有在公布了实用新型客体的时候,也就是在专利局将实用新型登记在实用新型登记簿上的这一时间点之后,才会对同样客体的在后专利申请产生抵触作用。如果在后的专利申请虽然是在实用新型的申请之后,但并不是在实用新型的申请公布之后,那么由此产生的实用新型登记只会对该在后专利产生阻碍性作用。这时并不能撤销该专利,也不能宣告该专利无效。但是,只要该实用新型存在,如果要实施该专利,就需要得到实用新型权利人的许可(《实用新型法》第14条)。《实用新型法》在这里主要考虑的是专利与实用新型相比具有更长的保护期。在这种情况下,如果实用新型与在后专利的权利人是同一人,那么该实用新型对在后专利的阻碍性影响就没有意义了。

IV. 专利局的预先审查,事后的有效性审查

1. 在对实用新型登记之前,专利局只审查申请是否符合形式上的规定(《实用新型法》第4条,第4a条,第8条第1款第1句),并不审查申请实用新型的发明是否是新的、是否基于创造性方法、是否在工业上可运用(《实用新型法》第8条第1款第2句)。也就是说,专利局这种预先审查并不审查实质性保护前提条件,因此,既不检索现有技术,也不将申请的客体与现有技术进行对比。但是,专利局的预先审查并不阻止审查申请的客体是否是《实用新型法》意义上的发明以及是否是因特别规定(比如,发明是有关步骤的发明)而被排除在实用新型保护之外的发明。由于一般情况下可以对此不作进一步的审查,因此,大多数情况是在申请之后的几个月内专利局就作出申请实用新型的发明是否可以登记的决定。

2. 在实用新型登记之后,如果发现登记的客体并不完全满足实质性的保护前提条件或者是以前已经申请了保护权的发明(《实用新型法》第15条,第16条),那么任何人都可以请求注销该实用新型。专利局的实用新型部负责对注销的请求作出一审裁决,如果不服专利局的裁决,才会启动在联邦专利法院的申诉程序。由此可见,请求注销实用新型的程序在一定程度上就相当于专利法中的异议程序。不过,提出注销的申请是没有时间限制的,因此,它还解决了在实用新型法中并没有规定的无效诉讼程序的问题。

3. 与专利不同的是,如果发现缺乏实质性保护前提条件或者存在在前的

权利，那么任何人，比如，侵权诉讼中的被告，就可以据此抗辩登记的实用新型不构成保护权（《实用新型法》第13条第1款）。如果法院就此认为该实用新型是无效的，其效力只能在诉讼当事人之间有效，而实用新型的注销（参见第2点）却具有全面的效力。因此，在取决于实用新型效力的争议解决中，还是应当考虑启动注销程序（《实用新型法》第19条）。

4. 由于登记实用新型并不预先审查实践中最重要的保护前提条件，因此，相比于授予专利，实用新型登记所提供的权利稳定性就要低得多。因此，对于实用新型权利人和第三人，就存在该实用新型被确认为无效的高风险。但可以借助于专利局（《实用新型法》第7条）或者通过其他方式，检索作为标准的现有技术，从而降低这种风险。不过要完全排除这种风险，即使再仔细也难于做到。除此之外，判断保护的客体是否基于创造性方法也非常困难。授予专利之前进行的审查也只能减少这种类型的风险，并不能消除这种风险。即使专利经过一次或者几次异议，甚至无效之诉后还依然有效，仍不能排除该专利还会成为某个（其他）无效之诉的牺牲品。任何有利于专利权人的裁决只是在一定程度上降低了这种风险，但并不能彻底地消除这种风险。

因此，对实用新型预先审查的局限性，只是意味将判断发明是否具备保护前提条件的负担（首先）转嫁给了权利人与第三人。这样做的优点是可以迅速地获得一种形式上的保护。如果权利人不希望发明在注销或者侵权之诉程序中受到否定，不希望自己因此而赔偿他人的重大损失，而是希望能够对实施发明的人采取措施，那么他就要事先尽可能准确判断其发明是否具备获得保护的条件的。这样的话，正如经验所显示的那样，滥用已登记但因缺乏保护前提条件而无效的实用新型的危险，就变低了。

在签订实用新型许可合同以及进行投资的时候，当事人的决策是以实用新型的权利存续为基础的，因此也应在作出决策之前仔细地审查实用新型的有效性。

通过实用新型登记获得一种没有经过全面预先审查但却有形式审查的保护权，是立法者一项值得称赞的决策。它有利于小微企业和个体发明人控制为发明获得法律保护而投入的费用。而且，依据实用新型制度，只是当出现了模仿、合同谈判或者投资意向决策，发明由此显示出经济利益的时候，才有必要审查发明是否具备保护的条件的，这也是有利于控制费用的。

对于实用新型制度，认为具备可获得保护条件的客体只是在专利局作出决定之后才获得保护，因而批评其不进行全面预先审查，是没有道理的。事实上，如果申请人将满足全部前提条件的发明依照申请的形式规定进行了申请，并以专业人员可以仿造的方式公开了，那么申请人这时实际上就已经获得了保

护。至于申请之后在什么时候、以什么方式审查已经申请实用新型发明的可保护性的单个前提条件，尤其是，事后谁将会尽力去避免发明被确认为不可保护的风险，则完全可以从实际的角度来考虑。

V. 同一发明的实用新型与专利

1. 专利与实用新型保护的客体和效力在本质上都是一样的（参见本节 I），但是由于实用新型并不保护方法和生物技术发明，所以实用新型的适用范围要小一些。此外，实用新型对于新颖性与——不过这是有争议的观点——创造性成果的要求也低于专利：

现有技术—不同于专利法中的现有技术—不是所有以任何方式在任何地点公开的技术，而只是通过书面描述或者国内实施公开了的技术。

此外，《实用新型法》认为来源于申请人或者其先前权利人但不属于现有技术的信息范围也要大于《专利法》的规定。

与这种范围更小的现有技术相对应，实用新型中的发明并不需要基于创造性活动，而只要基于“创造性方法”。至于这是否就是说，实用新型对创造性成果的要求低于专利对创造性成果的要求，还是有争议的。即使认为实用新型要求较低的创造性成果是有理由的，但几乎没有道理的是，实用新型的最长保护期只有 10 年，而专利的最长保护期则有 20 年。

2. 由于在涉及现有技术的保护前提条件方面存在差别，因此只要不是方法和生物技术发明，就有可能存在这样的发明：它没有得到专利的保护，但却有可能通过登记为实用新型而获得了（权利存续性的）保护。为作用不是很大的技术创新开启一扇保护之门，从而对专利法进行补充，这是引入《实用新型法》的主要原因（参见 § 6 I 2）。

3. 如果已申请专利的发明在授予程序或者异议程序中被判定为不具备获得专利保护的条件，专利申请人还可以考虑申请实用新型保护这条退路。专利申请人也可以在授予专利之前将申请专利的发明申请登记实用新型，从而获得全方位的保护。申请人可以在申请专利的同时递交对同一发明的实用新型申请，这样就可以实现这一目的。此外，如果先申请了专利的，《实用新型法》还规定实用新型的申请要求先前申请专利的申请日，只要在专利申请程序期间或者是在专利申请程序结束之后短期之内提出的，且两者的客体又是同样的，则是特别允许的（“分案申请”，《实用新型法》第 5 条）。在这种情形下，该实用新型保护期最长就是专利申请日之后的 10 年。由于在所有的这些情况中，两种申请有着同样的申请时间，因此，它们以及据此而授予的保护权的效力，就不会相互抵触。

§ 2 专利法和实用新型法与其他法律的关系

I. 无形财产权——知识产权

参考文献: Ahrens, H. - J., Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?, GRUR 2006, 617 - 624; Götting, H. - P., Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353 - 358; Jänich, V., Geistiges Eigentum - eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, 2002; Ohly, A., Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545 - 554; ders., Gibt es einen numerus clausus der Immaterialgüterrechte?, FS Schricker, 2005, S. 105 - 121; Seifert, F., Geistiges Eigentum - ein unverzichtbarer Begriff, FS Piper, 1996, S. 769 - 786.

1. 专利和实用新型保护的效力就是通过授予(主观)的无形财产权, 而将无形的客体独占性地归属于确定的权利主体(参见§ 1 II 6)。工业产权保护的其他领域也同样如此(参见本节II)。与工业产权保护相关的是著作权法(参见本节III)。著作权法通过赋予文学、科学、艺术作品、计算机程序以及某些可传播作品的成果的独占权, 保护作者和邻接权人对于这些无形客体的利益。工业产权保护与著作权法一道, 构成了(客观意义上的)无形财产权。

无形财产权常常被称为知识财产权, 或者简称为知识产权^[1], 包含了有关知识产权规定的法律则被称为知识产权法。在德国, 这些概念早期曾由于法律教条原因常常被否定^[2], 而现在则越来越多地被用在了官方文件中。^[3]在国际上, 这些概念早就成了习惯用法, 比如, 世界知识产权组织(World Intellectual Property Organisation, Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle)与TRIPS(Agreement on Trade - Related Aspects of Intellectual Property Rights)。知识产权可划分为工业产权(Industrial Property, Propriété industrielle)与文学和艺术产权(Propriété littéraire et artistique)。^[4]

2. 如果“知识产权”的概念只是指权利客体的“无形”性质, 那么知识产权概念与无形财产权概念在这方面是一致的。但如果知识产权概念是指由人的智力创造的权利客体, 那么它就只涉及无形财产权的一部分。比如, 授予商

[1] Umfassend zur Entstehungsgeschichte dieses Begriffs Jänich, S. 69 ff.

[2] S. Jänich, insb. S. 82 - 107; Ohly, JZ 2003, 546 f.; Götting, GRUR 2006, 354, 355 f.

[3] 例如, 1990年的《强化知识产权与禁止盗版法》以及2001年的《清理知识产权领域收费规定法》。

[4] 在英语中, 该概念没有相应的习惯用法, 此法律领域是用版权的概念来表述的。这些不同的术语表明, 相比于作品使用者的利益, 欧洲大陆法系比英美法系更重视作者的利益。

标权、企业标识权以及著作权中的一部分“邻接权”，并不是因为它们的客体是由人的智力活动新创造的，而是因为其中反映了特殊的企业经营成果。

3. 除了在描述方面使用知识产权的概念之外，主要是用在历史发展方面，但现在还用在了法律政策方面。任何智力活动意义上的客体可以归属于某个人，并不是将该客体在法律上独占性地划归于此人的充分理由。认为是知识产权就必须将其独占性地划归，或者甚至认为这种独占性划归与法律的规定无关，这就落入了循环论证的怪圈了。事实上，知识产权也只是在法律规定的基础上才存在的。

但是，从法律政策的角度看，却可以要求立法者引入对于迄今为止没有考虑的无形客体的知识产权，并将其赋予那个——因为该客体的产生应归功于他——理应得到对于该客体独占权的人。但是到底要在多大程度上实现这种要求，只有在考虑自由竞争的原则下才能作出决策。

4. 偶尔也会提出这样的问题，知识产权（或者无形财产权）是否适用物权法定原则（*numerus clauses*）。^[5]这就是说，在明显承认这些权利的法律特别规定之外，是否还存在这种权利。这就是指某个权利主体因某个可被定义的无形客体而产生优势地位：其他人的某些使用或者损害该客体的行为被视为是侵权或者不正当竞争行为，是受到禁止的。例如，对秘密的保护（参见本节 II e aa 4）以及竞争法对成果的补充保护（参见本节 II e bb）。^[6]这里保护的客体及其划归所间接依据的行为规范的具体内容，既可以从司法判决也可以从一般的指示性或者禁止性规定中推导出来。因此，可以这样来充实这种行为规范的框架：增加的规范既是对其所涉及客体的权利的保护，又是相应地适用某些适用于无形财产权的规则。^[7]但是，如果仅仅因为某些行为规范总得可以理解为是对一种权利的保护，就认为不再可以从现行规定中创建补充的行为规范了，这就超出了合法续造法律的范畴。立法者若要让新的独占权成为行为规范的渊源，那么还要承受和扩展建立在以前行为规范基础上的司法判决结果。^[8]

5. 知识产权与物的所有权都是将非人格的客体独占性地划归于某个权利

[5] 这种表述让人想到了限制物权的物权法定原则，并因此将毫无相关的问题联系在一起。在物权法方面，在此讨论的是对由法律行为创设的权利的限制，即物权种类法定（*Typenzwang*）；而知识产权法方面在此讨论的是对无形财产的权利是否是原始权利，而非由于法律的明确规定而产生。参见 *Jänich*, S. 234 ff. 此外，从权利的安定性的角度来看，无疑可以将这两个问题联系起来，参见 *Ohly*, FS *Schricker*, S. 106 f., 116 f.

[6] Vgl. *Ohly*, FS *Schricker*, S. 110 f., 114 mit weiteren Beispielen.

[7] S. *Ohly*, aaO S. 111.

[8] Vgl. *Ohly*, aaO 114 und FS *Ullmann*, 2006, S. 810.

主体，在这方面它们是类似的。在这种直接的——并不是通过一个其他的权利主体（如债务人）才形成的——个人对于客体的关系的基本结构中，它们也是一致的，尽管这里一种客体是有形的，而另一种是无形的。因此这完全可以说是一种客体性权利，很难适用物权的总概念，应当保留的是所有权以及由此导出的对物权的概念。

这种客体性权利的基本结构是，权利的客体可以独立于某个确定的人而存在，因此需要对其进行划归。主观权利就无需这样做，这是因为主观权利必须归属于某个确定的人，无需进行划归。^[9]至于针对某些权利的权利，只有当其依存的权利也是客体性的，它才是客体性的。但它同样是——局限于——相关（全部的）权利的客体的权利。^[10]因此，权利不适合作为无形财产权（知识产权）的客体。

6. 《民法典》中财产权的概念是以定义为有形客体的物为前提条件的。由此可见，知识产权并不是《民法典》意义上的财产权。因此，如果在权利交易的领域，由于特别法没有规定而需要适用《民法典》的话（参见本节IV），则可适用的是有关权利的一般规定，而不是有关财产权与受到限制的对物权的規定。

II. 专利保护^[11]与其他工业产权的法律保护

专利与实用新型法都属于工业产权的法律保护范畴，是技术保护法的一部分。半导体保护法和植物品种保护法也可以归入技术保护法。此外，工业产权的法律保护还包括外观设计法、标识法以及反不正当竞争法。

a) 半导体保护

1. 1984年美国对半导体产品给予了一种特别的保护。^[12]外国人只有在其本国也给予美国国民同等保护的前提下，才可能在美国获得半导体的保护。为了确保欧洲经济共同体成员国都保护半导体产品，欧共体理事会在1986年颁布了一项相应的指令。^[13]该指令在联邦德国被转化成1987年的《半导体保

[9] 有些人所说的权利的“支配权”事实上就是权利的本身，参见 Jänich, S. 200。

[10] Dagegen ist das Pfandrecht an einer Forderung so wenig gegenständlich, dinglich oder gar absolut wie die Forderung selbst; es verschafft dem Pfandgläubiger (unter entsprechender Beschränkung der Befugnisse des Gläubigers) lediglich Rechte gegenüber dem Schuldner. Daß seine Bestellung auch Dritten gegenüber wirkt, folgt daraus, daß sie Verfügungswirkung hat, d. h. die Verfügungsmacht über die Forderung teilweise verbraucht und so der Wirksamkeit späterer mit dem Pfandrecht kollidierender Verfügungen des Gläubigers entgegensteht.

[11] 该概念包括实用新型保护，参见 § 1 B I 3。

[12] Semiconductor Chip Protection Act vom 8. 11. 1984, deutsch in Bl. f. PMZ 1985, 131.

[13] Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 16. 12. 1986 über den Schutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen (87/54/EWG) Bl. f. PMZ 1987, 127.

护法》。^[14]1989年，在华盛顿的一个会议上，与会者制定了一个有关集成电路知识产权的国际条约。^[15]

2. 根据《半导体保护法》（第1条第1款第1句），只要微电子半导体产品的三维结构（拓扑图）（即所谓的半导体芯片）具有独特性，它就可以得到法律的保护。拓扑图中可独立使用的部分以及布图，尤其是用于制造这种产品的“掩膜”，都可以得到相应的保护（第1条第1款第2句）。由于芯片和芯片系统的设计需要花费大量的时间与成本，而它们一般又达不到专利或者实用新型的创造性成果要求，因此给予半导体芯片以特别的保护权是很有必要的。^[16]因此，半导体保护是对那种可用专利保护，但大多数情况下还没有达到专利保护条件的客体的一种补充保护。半导体保护的前提条件与保护范围是与这一目标相适应的。此外，半导体保护制度的设计还大量参照了《实用新型法》。

半导体保护的实践意义远远没有达到人们所期望的程度。在刚引入半导体保护制度的时候，人们估计每年会有500件申请，^[17]但德国专利商标局的统计表明，在过去的19年内，总共只有1259件申请，而且还呈现出——尤其是最近——下降的趋势。^[18]

3. 只要拓扑图是智力劳动的结果，不是纯粹复制其他拓扑图生产的，也不是常见的，那么它就具有独特性（第1条第2款）。如果拓扑图是对常见部分的一种组合，那么只要这种组合具有独特性，其就可以得到保护（第1条第3款）。由此可见，半导体获得保护的门槛要明显低于专利或者实用新型。

4. 如果还没有将拓扑图投入商业上的利用，或者只是投入了秘密的商业性利用，那么向德国专利商标局提出申请，^[19]就可以获得对该拓扑图的保护

[14] Gesetz über den Schutz der Topographien von mikroelektronischen Halbleitererzeugnissen (Halbleiterschutzgesetz) vom 22. 10. 1987 BGBl. I S. 2294 = Bl. f. PMZ 1987, 366, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7. 7. 2008 BGBl. I S. 1191. – Die §§ des Halbleiterschutzgesetzes werden im vorliegenden Unterabschnitt ohne Zusatz zitiert.

[15] Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits of May 26, 1989, GRUR Int. 1989, 772; dazu A. Krieger/Dreier, aaO 729 ff.; Busse/Keukenschrijver Einl. HlSchG Rdnr. 7. Das TRIPS – Ü verweist in Art. 35 auf den Vertrag und enthält in Art. 36 – 38 zusätzliche Bestimmungen.

[16] So die amtliche Begründung, Bl. f. PMZ 1987, 374, 375f.

[17] Amtliche Begründung (FN 6) 374 r.

[18] 1995年：106件；1996年：79件；1997年：99件；1998年：54件；1999年：64件；2000年：62件；2001年：59件；2002年：41件；2003年：12件；2004年：4件；2005年：6件；2006年和2007年：每年各2件；至2007年底有效的登记状况：109件，参见 Helein, E. P., Die Bedeutung des Rechtsschutzes für integrierte Halbleiterschaltkreise in der Praxis, 2003.

[19] Zu den Erfordernissen der Anmeldung § 3 iVm der Verordnung zur Ausführung des Halbleiterschutzgesetzes (Halbleiterschutzverordnung – HalblSchV) vom 11. 5. 2004 BGBl. I S. 894 = Bl. f. PMZ 2004, 318, geändert durch VO vom 17. 12. 2004 BGBl. I S. 3532 = Bl. f. PMZ 2005, 45, 48.

（第5条第1款第2项）。否则的话，当将拓扑图首次投入非秘密的商业利用的时候，它就获得了保护。也就是说，对拓扑图的保护首先是没有形式要求的。但如果要维持这种保护，那么就必须在首次非秘密的商业利用之后的两年内向专利局提出申请（第5条第1款第1项）。此外，如果要主张这种没有形式要求的保护权，无论如何都应向专利局申请对拓扑图的保护（第5条第3款）。

专利局在对申请的拓扑图进行形式审查后，就会对其进行登记（第4条）。在此，登记的效力——与实用新型不同——只是宣告式的，这是因为这种保护权无论如何会在登记之前就已经产生了。

对半导体的保护终止于保护开始那年年底之后的第10年（第5条第2款）。如果拓扑图在有首次记录——申请登记或者首次利用——之后的15年之内没有取得保护，那么该拓扑图就不能再获得保护了（第5条第4款，第8条第1款第3项）。

5. 拓扑图保护的客体只是拓扑图本身，而不是拓扑图的设计图、制造方法、系统、技术或者芯片里储存的信息（第1条第4款）。

这种保护的效力就是利用拓扑图的独占权。未经权利人的同意，第三人不允许复制拓扑图，不允许许诺销售、投放市场或者发行拓扑图或含有拓扑图的半导体产品，不允许为投放市场、发行的目的进口拓扑图或含有该拓扑图的半导体产品（第6条第1款）。由于这里的禁止权所禁止的只是复制，而不是制造，因此，对半导体的保护没有排他效力。如果独立创造出与他人半导体保护权保护客体相同的拓扑图，那么无需得到该半导体保护权权利人的同意就可以利用该拓扑图。

在其他方面，半导体保护的范围也远小于专利保护：它保护的并不是一般的实施，而仅仅只是利用，尤其是没有规定使用拓扑图要取得权利人的同意。^[20] 法律规定不予保护的例外情况，除了私人领域非商业目的的行为之外，还有为分析、评价或者教学目的的复制，以及通过分析或者评价获得的（换句话说就是通过“逆向工程”获得的）具有独特性的拓扑图的商业利用（第6条第2款）。半导体产品的购买者如果不知道或者不应知道该产品包含了受保护的拓扑图，就不受禁止权的约束。一旦他知道或者应当知道该拓扑图是受保护的，要继续利用的话，那么就应视情况对权利人承担合理的补偿义务（第6条第3款）。

b) 品种保护

对于植物品种，可以根据《品种保护法》在一定的前提条件下给予其

[20] Vgl. die amtliche Begründung (FN 17) 381 I.

(国内的)品种保护;或者根据欧共同体(原文为“欧共同体”,1992年后欧共同体被称为欧盟,以下按原文的表述翻译——译者注)的条例给予其共同体的品种保护。有关这方面的详细内容,将在分析植物培育技术的专利保护时再一道阐述(参见§14 II a)。

c) 外观设计保护

有关2004年《外观设计法》的文献: *Bulling/Langöhrig/Hellwig*, *Geschmacksmuster. Designschutz in Deutschland und Europa*, 2. Aufl. 2006; *Eichmann/v. Falckenstein*, *Geschmacksmustergesetz*, 3. Aufl. 2005; *Rehmann*, *Geschmacksmusterrecht*, 2004.

1. 根据2004年3月12日的《外观设计和模型保护法》(《外观设计法》)^[21],新的和具有独特性的外观设计受到法律的保护(第2条第1款)。

2001年12月12日的理事会《关于共同体外观设计的第6/2002号条例》^[22]使得在整个欧盟范围内设立统一的外观设计权成为可能。根据该条例,在德国也可以获得外观设计保护。

共同体法有关外观设计保护的前提条件和制度安排,规定在1998年10月13日通过的旨在协调成员国国内法的欧洲议会和理事会《关于外观设计与模型法律保护的第98/71号指令》中^[23],德国通过2004年的《外观设计法》对该指令进行了转化。

2. 外观设计法意义上的外观设计,是指产品或者产品零部件通过产品本身或其装饰件的线条、轮廓、色彩、构造、表面结构或材料的特征表现出的平面或立体的外观形式(第1条第1项)。第2条第2款与第3款定义了新颖性和独特性的要求;而对于什么是不损害新颖性的公开,则规定在第5条与第6条。

3. 根据《外观设计法》,在德国专利商标局的外观设计登记簿上对中外外观设计登记之后就产生了对外观设计的保护(第27条第1款)^[24]。登记的申请可以递交给德国专利商标局或者递交给司法部公布的获得许可的专利信息中心(第11条第1款)。在申请中,原则上(参见第6点)必须要包含适合于公布

[21] BGBl. I S. 390 = Bl. f. PMZ 2004, 207, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. 6. 2006 BGBl. I S. 1318 = Bl. f. PMZ ↑. Vorschriften des GeschmMG werden in diesem Unterabschnitt ohne Zusatz zitiert. 该部法律的前身就是经过多次修改的,在1986年又进行过重大修订的1876年11月1日的《关于外观设计与模型的著作权法》。

[22] GRUR Int 2002, 221 = Bl. f. PMZ 2002, 152.

[23] GRUR Int 1998, 959 = Bl. f. PMZ 2004, 260.

[24] Nähere Bestimmungen über die Anmeldung und das Eintragungsverfahren enthält die gem. § 26 GeschmMG erlassene Verordnung zur Ausführung des Geschmacksmustergesetzes (Geschmacksmusterverordnung - GeschmMV) vom 11. 5. 2004 BGBl. I S. 884 = Bl. f. PMZ 2004, 264, geändert durch VO vom 17. 12. 2004 BGBl. I S. 3532 = Bl. f. PMZ 2005, 45, 48.

的外观设计的再现（第11条第2款第3句）；这种再现对于确定申请外观设计保护的客体的特征是至关重要的（第37条第1款）。

只要缴纳了规定的第一个5年期以及之后的每个五年期的费用，外观设计的保护期限自申请日起持续25年（第27条第2款）；如果未缴纳费用，则外观设计的保护期限就随之结束（第28条第1款与第3款）。

4. 依据《关于外观设计的条例》，一个未经登记的外观设计，如果它满足了实质性的保护条件并在共同体范围内公开了，换句话说就是，如果以公开的方式应用或者以其他方式公开，使得共同体内相关经济领域的专业人员可以在正常的商业交往中知道该外观设计，那么该外观设计也可以获得保护。但是，如果一个外观设计只是在明示或者默示的保密条件下公开的，那么就不能视为是公开。对于这种未登记的外观设计的保护始于其在共同体内首次公开的那天，结束于从当天起算之后的第3年。即使未登记的外观设计只是在共同体中的一个成员国内公开，由此而产生的共同体法的保护范围也涵盖了共同体的整个地域（《关于外观设计的条例》第11条第2款第2句）。^[25]

5. 外观设计保护赋予了权利人实施以及禁止第三人未经其同意实施登记的外观设计的独占权（第38条第1款第1句）。这里实施的概念包括生产、许诺销售、投放市场、进口、出口和使用那些采用或者应用了外观设计的产品，还包括为上述目的而占有这类产品（第38条第1款第2句）。保护的效力扩展到知情用户没有形成不同于已登记外观设计的整体印象的任何外观设计，这里考虑的是被控侵权的外观设计的设计人自由设计的程度（第38条第2款）。

由这些规定可以看出，外观设计保护是有排他效力的，这不仅指在（即使是无意的）知悉受保护的外观设计之后的仿造，而且还包括独立创造但落入了已登记的外观设计保护范围的外观设计。

6. 在申请登记时通常要求再现外观设计（第20条）。不过，可以在申请登记时请求，自申请日起延迟30个月再公布含有外观设计的再现（第21条第1款）。在这种情况下，登记首先只有一种反对模仿的保护效力（第38条第3款），也就是说没有排他效力。如果在延迟期限到期之前还没有根据第21条第2款与第3款将保护扩展到法律规定的保护期限，这种登记的保护效力也就失效了（第21条第4款）。要扩展到法律规定的保护期限，其必要条件是要缴纳费用并（如果还没有递交和公布外观设计的再现）公布现在递交的含有外观设计再现的申请。如果满足了这些条件，那么这种对外观设计的保护就有了排他效力。《关于外观设计的条例》中也有相应的规定（第50条，第19条第3款）。

[25] *Eichmann/v. Falckenstein*, Allg Rdnr. 18.

同样,对未登记的共同体外观设计(参见第4点)的保护也只是禁止实施仿冒的结果(《关于外观设计的条例》第19条第2款第1句)。但是,如果有理由认为设计者是在不知悉权利人公开外观设计的情况下独立设计的结果,就不视为仿冒(第19条第2款第2句)。

7. 根据《外观设计法》第3条第1款第1句,完全由产品技术功能所形成的产品外形特征是不受外观设计保护的。对此,共同体外观设计也有相应的规定(《关于外观设计的条例》第8条第1款)。^[26]根据以前的德国法律,司法判决否定了完全由技术功能形成的形状给予外观设计的保护。^[27]但是,只有实现产品的技术方案所必然正好形成的外观形式,才是完全的技术功能形成的外观形式。在这种——很少的——情况下,即使这种外观形式是新的且具有独特性,也只能考虑给予其发明保护。但是在大多数情况中,实现发明的思想是可以采用多种不同的产品外形的。因此,外观设计的保护也并不排斥这样的情况:“产品形状的关键特征同时或者甚至主要是为了促进产品的使用”,也就是说,“美感的内容已经融入了根据产品目的而形成的使用形式”。^[28]因此,一件完整的产品可以具有专利法或者实用新型法保护的技术特征以及外观设计法保护的外观形式的特征。两种保护权是各自依其自己的规则来评判和主张的,它们可以属于不同的权利人。如果丧失了其中的一种权利,只要另一种权利还在,那么只允许自由实施不含仍受保护技术特征的产品或者自由实施不同于受保护外观形式的产品。

d) 标识保护

参考文献: *Berlit*, Markenrecht, 6. Aufl. 2005; *Fezer*, Markenrecht, 3. Aufl. 2001; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 2. Aufl. 2003; *Lange*, Marken - und Kennzeichenrecht, 2006; *Ströbele/Hacker*, Markengesetz, 8. Aufl. 2006.

1. 1994年的《商标法》对商标^[29]和企业标识^[30]的保护,就是保护表达了某种企业经营成果的符号。商标法的目的是要阻止其他人通过使用同样或者容

[26] Vgl. *Eichmann*, GRUR 2000, 751, 757 ff.

[27] BGH 1. 10. 1980 Haushaltsschneidemaschine GRUR 1981, 269, 271 r.

[28] So BGH 1. 10. 1980 aaO.

[29] 商标的定义规定在《商标法》第3条第1款。依据共同体《商标条例》也可以在德国获得商标保护。根据该条例,在内部市场的(商标、外观设计和模型)协调机关(HABM)注册之后,就可以获得整个欧盟范围内的统一商标权。依据这一体系的商标保护的前提条件以及——空间效力除外——效力在本质上是与《商标法》相协调的,这是因为1988年12月21日《关于协调欧共体成员国商标规定的第89/104/EG号指令》(GRUR Int 1989, 294)已在《商标法》中进行了转化。

[30] 定义规定在《商标法》第5条第2款。

易混淆的标识，从而获取受保护符号所建立的交易信任的好处，并由此同时损害这种信任。

因此，这些工商业标识只是在其与产品、服务或者企业的关系中才成为独占使用权的客体。^[31]标识能否获得保护与标识是否是一个新造的单词还是一个新创作的图形是没有关系的。即使标识是新创作的，但这里起决定作用的还是请求保护的标识对于商品种类、服务种类、商业门类的识别力以及取得该标识权的优先权。此外，这种权利客体的功能和特性也决定了对其规定最长的保护期既没有必要，也没有意义。

不过，通过注册（参见第3点）而形成的商标保护，与是否已经取得企业经营成果或者是否确立了与注册为商标的标识相联系的交易信任，是没有关系的。对注册商标保护的目的是还是要建立起一种不使用与注册商标一致或者混淆的标识的商业交易观，即商标所指向的是值得信任的企业经营成果。

这种注册的功能被欧根·乌尔姆（Eugen Ulmer）认为是“有利发展的”，除此之外，与以前的德国商标法相比，现行商标法在要求商标与企业经营成果的联系方面已经松动：商标的注册不要求商标与“企业”相联系，不转让企业也可以转让由注册所产生的权利。由此可见，商标就转化成了一种独立的资产，其价值不仅仅可以源自于企业经营成果，还可以产生于标识自身独特形状，比如，以容易记住及有力方式刻画了商品或者服务类型和独特性的，但并不是纯粹描述性的新造的词。由此，——只要还没有因为不使用而使得商标失效（《商标法》第49条第1款）——商标申请人还可以这样来利用商标：自己不使用，但却愿意“出售”。

2. 一个标识对于其所涉及的客体（商品、服务、企业），可以因为其独特性或者选择从而一开始就具有识别力，也可以通过标识获得的交易认同而产生识别力（《商标法》第8条第3款）。换言之，在相关消费者中有足够的人认为，该标识所标识的所有商品或者服务来源于同一个企业，或者该标识所标识的企业不仅属于同一类型，而且还具有同一性。

3. 只是在部分情况下，取得商标权是有形式要求的。在将作为商标的标识在德国专利商标局的注册簿上注册之后，就产生了对商标的保护（《商标法》第4条第1项，第32条及以下条款）。商标的保护期自申请之日起持续10年，但可以任意延长，每次可以延长10年（《商标法》第47条）。如果一个在商业交易中使用的标识，在相关交易范围内获得了作为商标的交易认同（《商标法》第4条第2项）或者获得了《巴黎公约》第6条之二意义上的驰

[31] *Ann., GRUR Int.* 2004, 597, 598 I; *Hilty, FS Ullmann*, 2006, S. 643, 663.

名度（《商标法》第4条第3项），那么无需任何形式上的要求，就产生了对该商标的保护。如果构成工商业企业的名称、商号或者特殊标识（商业标识）（不是为了获得识别性而是获得必要的交易认同）以这样的一种功能进行了公开使用，那么就产生了企业标识权（《商标法》第5条第2款第1句）。在商业注册簿上的注册行为也可以看作使用，但是这种注册要求含有商号。商业标识以及其他用于区别一个商业企业的某些标识，^[32]只有当它们作为商业企业标识被用于相关交易领域内的时候才受到保护（《商标法》第5条第2款第2句）。

4. 商标独占权（《商标法》第14条第1款）的效力，首先是禁止第三人将与受保护商标相同的标识用于与使用该商标的商品或者服务相同的商品或者服务（《商标法》第14条第2款第1项）。其次，如果一个标识与受保护的商标是相同或者类似的，而且该标识与商标所标明的商品或者服务也是相同或者类似的，对于公众产生了混淆的危险，那么也禁止第三人使用该标识（《商标法》第14条第2款第2项）。

企业标识独占权的效力是，禁止第三人在商业交易中未经授权使用会导致与受保护的标识相混淆或者类似的标识（《商标法》第15条第2款）。

驰名商标和驰名企业标识的保护效力可以超出该保护效力产生时所涵盖的商品、服务或者经营范围以及与此类似的商品、服务或者经营范围：对于一个国内知名的商标，如果没有正当理由，使用该商标将会不公平地对该驰名商标的识别力或者声誉进行利用或者产生损害，那么第三人也不能将与该国内驰名商标相同或者类似的标识用于与该驰名商标所标识的商品或者服务非类似的商品或者服务（《商标法》第14条第2款第3项）。在同样的前提条件下，对于国内驰名企业标识的保护是：即使不存在混淆的危险，也不能使用相同或者类似的标识（《商标法》第15条第3款）。

5. 依照受保护的发明所生产的产品或者按照专利方法所提供的服务，都可以使用受保护的商标。在这种保护的竞合中并没有什么特殊之处。如果出现了竞争性的产品或者服务，那就需要对技术性保护权与商标权分开进行审查，要看是其中的一种权利受到了侵犯，还是两种权利都没有受到侵犯或者两种权利都受到了侵犯。由于两种权利的客体是不同的，所以对一种权利审查的结果，对另一种权利的审查是没有影响的。

商品的形状也可以作为商标受到保护（《商标法》第3条第1款）。但是，完全由商品本身的性质所决定的形状（第3条第2款第1项）、达到某种技术

[32] Beispiele bei Hubmann/Götting, § 45 Rdnr. 6.

效果所必需的形状（第3条第2款第2项）^[33]或者赋予了商品主要价值的形状（第3条第2款第3项），是不能作为商标保护的。即使这种形状在交易中已经指示了商品是来源于某个企业，也不能作为商标保护。^[34]

根据欧洲法院的判决^[35]（该判决还是解释转化了《商标法指令》^[36]的《商标法》条款的关键性文件），《商标法指令》第3条第1款字母e的第2项（转化到了《商标法》第3条第2款第2项）所追寻的“公共利益目标是，如果某个形状的实质特征适合于某个技术功能，并且又被选用来实现这个功能，那么大家都可以自由使用该形状……”^[37]也就是说“不允许个别人通过注册商标来取得或者维持对技术方案的独占权”。^[38]但是，并不能由上述规定得出结论：如果能提供其他可以产生同样技术效果的形状的的证据，就可以取得对该形状的商标的保护。^[39]如果有证据表明，商品形状的实质功能特征只产生这种技术效果^[40]，那么即使可以通过其他的形状取得这种技术效果，上述规定也排除了将这种形状所构成的标识注册为商标的可能性。^[41]

因此，如果产品的形状只是由在产品中实现的技术方案所形成的，那么该

[33] Zu § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG BGH 14. 12. 2000 SWATCH GRUR 2001, 413; Ströbele/Hacker, § 3 Rdnr. 93 - 99; Fezer, § 3 Rdnr. 229 ff.; Busse/Keukenschrijver, § 1 PatG Rdnr. 86; Loschelder, GRUR Int. 2004, 767 ff.; Körner/Gründig - Schnelle, GRUR 1999, 535, 537; Eichmann, GRUR 2000, 751, 756 ff. - Im wesentlichen Gleiches galt nach der Rechtsprechung vor Einführung des MarkenG; vgl. BGH 17. 11. 2005 Scherkopf Bl. f. PMZ 2007, 76 mit zahlreichen Nachweisen; Fezer, § 4 Rdnr. 47 ff. und GRUR 2003, 457, 467 f.

[34] BGH 17. 11. 2005 Rasierer mit drei Scherköpfen Bl. f. PMZ 2007, 78, 79 r.; Große Beschwerdekammer des HABM 10. 7. 2006 GRUR Int. 2007, 58, 59 (Nr. 32), die nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. e der GemeinschaftsmarkenVO (dem § 3 Abs. 2 MarkenG entspricht) der Form des „Lego“ - Spielzeugbausteins wegen ausschließlich technischer Bedingtheit den (Gemeinschafts -) Markenschutz versagt; für Berücksichtigung der Verkehrsdurchsetzung im Fall des § 3 Abs. 2 Nr. 3 jedoch Kur, Alles oder nichts im Formmarkenschutz?, GRUR Int. 2004, 755 - 761.

[35] 在一项判决中，法院否决了对飞利浦公司一款带有三个装在等边三角形上的旋转刀头的电动剃须刀上部表面形状和特征的商标保护，参见 Urteil vom 18. 6. 2002 C - 299/99 GRUR Int. 2002, 842, 848 r. (Nr. 80 - 84) 在另一项判决中，欧洲法院驳回了一项涉及吸尘器外部表面零件的透明容器或者吸尘桶所有可想象形状的商标申请：该申请的客体不是《商标法指令》上的“标识”，因此也不是该指令意义上的商标，参见 Urteil vom 25. 1. 2007 C - 321/03 GRUR Int. 2007, 324.

[36] FN 40.

[37] EuGH aaO Nr. 80.

[38] Vgl. auch HABM (FN 34) Nr. 35.

[39] EuGH aaO Nr. 81.

[40] Zu dieser Voraussetzung und der Bedeutung von (abgelaufenen) Patenten in diesem Zusammenhang HABM (FN 34) Nr. 37 - 54.

[41] EuGH aaO Nr. 83, 84; dazu auch HABM (FN 34) Nr. 56 - 63 mit ausführlicher Erörterung für den „Lego“ - Stein.

形状就不能作为商标保护。^[42]

6. 如果对发明成果长时间地, 比如直至专利保护到期之后, 只使用某个特定的商标, 那么即使在该发明失去保护之后, 那些没有该商标的人想要用这些发明成果在市场站稳脚跟, 也是很困难的, 因为消费者已经习惯于用他们所熟悉的商标选择有益的发明。因此, 这里就提出了这样一个问题: 在发明失去保护之后继续存在的商标保护是不是不公正地使得发明得到了永久的保护^[43]? 在这种情况下, 只有当其权利人通过在商业交往中的作为或者不作为, 使得商标变成了其所注册商品或者服务的通用标识的时候, 对该商标的保护才会失效(《商标法》第49条第2款第1项)。如果在发明保护的有效期内市场上只有一个供应商, 那么这种情况不仅不会促进, 反而会阻止发明使用的商标发展成为不受保护的商品名或者普通名称。司法判决只是在非常少的情况中以及严格的前提条件下承认这种情况的商标会演变成商品名称或类别标识。^[44]因此, 对发明的保护并不限制对标识的保护。

e) 反不正当竞争

参考文献: *Berlit*, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2005; *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, 7. Aufl. 2004; *Fezer (Hrsg.)*, Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2005; *Gloy/Loschelder (Hrsg.)*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Aufl. 2005; *Götting*, Wettbewerbsrecht, 2005; *Harte - Bavendam/Henning - Bodewig (Hrsg.)*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2004; *Heermann/Hirsch (Hrsg.)*, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2006; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007; *Piper/Ohly*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl. 2006.

aa) 概述

1. 反不正当竞争也是保护工业产权, 间接地也属于无形财产法。^[45]虽然对反不正当竞争不授予主观独占权, 其也可以保护无形财产权,^[46]是客观意义上的无形财产法, 但严格来说还不是(主观)无形财产权。^[47]

[42] Im Schrifttum gehen die Meinungen über die Tragweite des in § 3 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG vorgesehenen Schutzausschlusses auseinander. So treten *Ströbele/Hacker*, § 3 Rdnr. 95 f. und *Körner/Gründig - Schnelle*, GRUR 1999, 535, 537; für ein eher extensives, *Fezer*, § 3 Rdnr. 230 a, für ein eher restriktives Verständnis ein.

[43] Vgl. *Hubmann/Götting*, § 5 Rdnr. 20; *Greif*, WuW 1974, 303 ff., 312; *Deutsch*, GRUR Int. 1983, 489; RG 18. 6. 1920 RGZ 100, 3, 9.

[44] *Ströbele/Hacker*, § 49 Rdnr. 30; *Fezer* § 8 Rdnr. 279 ff.

[45] Vgl. insbesondere Art. 1 Abs. 2 PVÜ, Art. 2 viii WIPO - Übereinkommen.

[46] Zu dieser Frage *Hubmann/Götting*, § 4 Rdnr. 17.

[47] S. *Jänich*, Geistiges Eigentum - eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, 2002, S. 191 f., 239.

2. 根据2004年7月3日生效的《反不正当竞争法》^[48]第1条,《反不正当竞争法》所保护的是竞争者(定义在第2条第3项)、消费者和其他市场参与者(定义在第2条第2项)免受不正当竞争的侵害,保护公众在合理竞争中的利益。该法就像先前的版本,即经过多次修改的1909年《反不正当竞争法》一样,是反对滥用自由竞争行为的基础。尽管有某些限制,但这是联邦德国法律与经济制度的基本原则,它要求——简单来说就是——试图与他人进行交易的经济主体应当不断努力改善其自身的履约行为,因为对方在试图与第三人进行交易时,第三人同样有此需求。这里的目的是要以不断完善的方式供给市场财富,从而满足市场的需求。但是,如果竞争的参与者运用某种手段设法使其履约行为取得了优势,而实际上却并没有改善其履约行为,那么这种目的就会受到威胁。

因此,《反不正当竞争法》禁止扭曲第1条所说的市场参与者和公众利益所期待的竞争结果的行为。对于某些违法行为,《反不正当竞争法》赋予了竞争者(第8条第3款第1项)、促进工商业利益的团体(第8条第3款第2项)、工商业与手工业协会(第8条第3款第4项)以及作为“适格机构”登记的消费者协会停止侵害请求权(第8条第3款第3项,对此还有《停止侵害诉讼法》第4条),而在其他情况中,则只有被侵害者才有停止侵害的请求权。受侵害者可以要求赔偿损害,一些违法行为还有受到刑事处罚的风险。

3. 《反不正当竞争法》第3条禁止足以损害竞争者、消费者或者其他市场参与者的竞争而对竞争造成并非轻微损害的不正当竞争行为。该法第2条第1项定义了什么是竞争行为。现行《反不正当竞争法》不再用公序良俗那样的一般标准(比如1909年《反不正当竞争法》第1条)来规定,在什么前提下竞争行为是不正当的。因此第4~7条列举了一系列第3条意义上的不正当行为。比如,误导广告(第5条第1款)以及给市场参与者施加不合理期待的骚扰(第7条第1款),都是不正当的行为。第5条第2~5款以及第7条第2~3款对此还有详细的规定。从第6条中还可以得出,在什么情况下对比广告是不正当的。如果不满足这些所谓的更大的构成要件群,则首先要看是否是第4条所列举的不正当竞争行为。即使不属于这些行为,根据该法的文义,也不能排除某种行为是第3条意义上的不正当竞争,因此是不允许的行为。

[48] BGBl. I S. 1414 = Bl. f. PMZ 2004, 358, geändert durch Gesetz vom 21. 12. 2006 BGBl. I S. 3367 = Bl. f. PMZ 2007, 91. – im Mai 2008 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des UWG beschlossen, durch das die Richtlinie 2005/29/EG vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken umgesetzt werden soll. Die vorgesehenen Änderungen dienen in erster Linie einem verbesserten Verbraucherschutz. Den ergänzenden Leistungsschutz (s. unten bb) berühren sie nicht.

4. 《反不正当竞争法》并没有赋予非人格性客体的独占性权利。《反不正当竞争法》第 17 条及以下条款对商业和经营秘密的保护，^[49]本质上是对由其秘密性而产生的事实上的优势地位的保护，但是，一旦秘密被公开，法律对它的保护也就随之结束。即使公开是违法的，并且有人也因此而承担了责任，对商业和经营秘密的保护也同样随之终止。对商业和经营秘密的保护，只是针对那些从权利人那儿获取秘密的人，并没有排他效力。但这并不排除一些有关财产权的规则也可以相应地适用于企业秘密，特别是在对它进行交易时可以适用。^[50]

如果并且只要技术发明是处于保密状态，依据《反不正当竞争法》对于秘密的保护也可以对技术发明予以保护。这种对于技术发明的保护并不需要专利或者实用新型保护的实质性前提条件。即使缺乏《专利法》或者《实用新型法》意义上的新颖性，也不一定就不能获得作为秘密的保护，这是因为，缺乏这种新颖性并不一定就等同于众所周知。相反，一旦专利或者实用新型申请的内容被公开，对发明的秘密保护就终止了，而这是最迟在递交专利申请 18 个月之后就会发生的事，也就是说，在大多数情况下，在作出授予专利或者登记实用新型的决定很早之前，就不能对发明作为秘密进行保护了。

但是，如果根据《专利法》第 50 条或者《实用新型法》第 9 条的规定签发了保密令，那么对同一发明的专利或者实用新型保护就会与秘密保护产生竞合。

用竞争法保护秘密并不只限于对技术性行为指令的保护，被排除在受发明保护之外的商业性创新也可以适用竞争法的秘密保护（参见 § 12 IV b 3）。

bb) 竞争法对成果的补充保护

参考文献： Götting, H. - P., Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz - Ein Überblick, Mitt. 2005, 15 - 20; Hilty, R. M., „Leistungsschutz“ - made in Switzerland? - Klärung eines Missverständnisses und Fragen zum allgemeinen Schutz von Investitionen, FS Ullmann, 2006, S. 643 - 667; Jacobs, R., Von Pumpen, Noppenbahnen und Laubheftern - Zum wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz bei technischen Erzeugnissen, FS Helm, 2002, S. 71 - 86; Körner, E., Das allgemeine Wettbewerbsrecht des UWG als Auffangtatbestand für fehlgeschlagenen oder abgelaufenen Sonderschutz, FS Ullmann, 2006, S. 701 - 715; Kur, A., Nachahmungsfreiheit und Freiheit des Warenverkehrs - der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts, FS Ullmann, 2006, S. 717 - 735; Loschelder, M., Der Schutz technischer Entwicklungen und praktisch-

[49] Zusammenfassend hierüber jüngst Ann, Know - how - Stiefkind des Geistigen Eigentums?, GRUR 2007, 39 - 43; vgl. auch Kraßer GRUR 1970, 587 ff. und 1977, 177 ff.

[50] Vgl. Pfister, Das technische Geheimnis „Know - how“ als Vermögensrecht, 1974; Ann, aaO 42 f.

er Gestaltungen durch das Marken - und Lauterkeitsrecht, GRUR Int. 2004, 767 - 771; Lubberger, A., Grundsatz der Nachahmungsfreiheit?, FS Ullmann, 2006, S. 737 - 754; Ohly, A., Klemmbausteine im Wandel der Zeit - ein Plädoyer für strikte Subsidiarität des UWG - Nachahmungsschutzes, FS Ullmann, S. 795 - 812; Wiebe, A., Unmittelbare Leistungsübernahme im neuen Wettbewerbsrecht, FS Schrickner, 2005, S. 773 - 783.

1. 依据以前的《反不正当竞争法》，通过适用禁止违背公序良俗的竞争行为的一般条款（1909年《反不正当竞争法》第1条），法院判决给予了特别法不保护的产品一定的保护，即在一定程度上禁止对特别法不保护的产品的模仿。现行《反不正当竞争法》第4条第9项规定：

“第3条意义上的不正当竞争行为特别是指，如果行为人
.....

9. 提供的商品或者服务系仿冒了竞争者的商品或服务，如果他因此
- a) 在企业身份方面欺诈了购买者，而这种欺诈是可以避免的，
 - b) 不适当地利用或者损害了被模仿商品或者服务的声誉，或者
 - c) 以不诚实的方式获得了模仿所需的知识或者资料；
.....”

2. 与过去一样，现在仍然适用模仿自由原则^[51]：考虑到自由竞争的原则，因此，模仿竞争者产品或者服务，只要没有特殊情况表明这种模仿是不正当的，就不能禁止。^[52] 2004年《反不正当竞争法》第4条第9项就包含了这种特殊情况的重要情形，该条款也确认了依据先前法律的法院判决。由于《反不正当竞争法》第4条并不是穷举式的列举，因此，根据这部法律的条文似乎并不能排除某种模仿由于具有《反不正当竞争法》第4条没有提到的特殊情况，从而会被认为是第3条意义上的不正当竞争行为而受到禁止。^[53]

[51] Herzu Wiebe, FS Schrickner, S. 776 ff.; kritisch zum Grundsatz der Nachahmungsfreiheit Müller - Laube, ZHR 156 (1992) 480 ff., der gleichwohl (aaO 496 ff., 510) für technisch bedingte Gestaltungen einen wettbewerbsrechtlichen Schutz gegen Nachahmung ablehnt; ohne solche Einschränkung Lubberger, FS Ullmann, S. 737 ff.

[52] Vgl. zum früheren Recht BGH 22. 2. 1990 Rollen - Clips GRUR 1990, 528; 26. 9. 1996 Prospektalter GRUR 1997, 116, 118 r.; 12. 7. 2001 Laubhefter GRUR 2002, 86, 89; OLG Düsseldorf 31. 3. 1998 Fahrradkoffer GRUR 1999, 72; Benkard/Scharen, vor § 9 bis 14 PatG Rdnr. 4 - 12; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, § 1 UWG Rdnr. 439 ff.; D. Reimer, in: Ulmer (Hrsg.), Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Bd. III: Deutschland, 1968, Nr. 266 ff.; Nirk, S. 370 ff.; Bopp, GRUR 1997, 34 ff.

[53] Zur Möglichkeit des Zurückgreifens auf § 3 UWG und ihren Grenzen Ohly, FS Schrickner, S. 119 und FS Ullmann, S. 810 f. m. Nachw.; grundsätzlich ablehnend Wiebe, FS Schrickner, S. 778, 781.

3. 采用一个解决问题的技术方案, 即使该技术方案完全是按比例模仿或者“照葫芦画瓢式”照搬了竞争者在经过诸多努力和投入之后首次创造的技术方案, 并非本身就是不正当的。^[54] 这种情况并不是“特别的”情况, 而是模仿中的典型情况。

在这部法律中所列的不正当理由中, 以不正当的方式获取模仿所必需的知识或者资料(《反不正当竞争法》第4条第9项字母c)的不正当理由, 毫无疑问也可以适用于模仿技术性特征的情况; 在这种情况下, 常常还会违反秘密保护的规定(《反不正当竞争法》第17条及以下条款)。至于可避免的身份混淆(《反不正当竞争法》第4条第9项字母a)、不适当的利用或者损害竞争者的声誉, 是否也是模仿技术性特征时不正当的理由——正如依据以前法律的司法判决所得出的结论一样——判断的前提条件是, 模仿的特征是与他人的商品或者服务的“身份和品质相像”相联系的特征, 换句话说, 模仿的特征是他人商品或服务在一定程度上具有“竞争性的独特性”。由某种技术方案所必然产生的特征常常是不足以实现这些功能的。^[55] 即使存在由技术方案必然产生的特征实现了这种功能的情况, 还必须注意的是, 竞争法禁止模仿非技术性的方案, 它既不能替代也不能扩大相关的, 尤其是专利或者实用新型法的特别法保护。^[56] 这里首先要考虑的是, 判定可避免的身份混淆、不适当的利用或者损害声誉这些行为是否正当, 一般是要看模仿者是否还能采用其他的行为。^[57] 对于技术性的特征, 如果不影响技术可使用性的前提下还有其他选择, 这样才可以认为模仿者是能采取其他行为的。^[58] 此外, 法院判决认为, 采用属于现有技术的技术特征, 即使它不是技术上绝对必不可少的, 原则上也不是不正当的。^[59] 为了取得适当的技术方案而采用属于现有技术的技术特征, 可以说是正当的。^[60]

[54] *Wiebe*, aaO S. 780.

[55] *Jacobs*, FS Helm, S. 74.

[56] *Kur und Ohly* (见 FS Ullmann, S. 726 f. bzw. 809) 指出, 如果在有关特别法中已考虑到了这些不正当的理由, 那么只要没有侵权, 竞争法就不能禁止模仿。

[57] *D. Reimer* (FN 52) Nr. 290; *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 4 UWG Rdnr. 9.45 - 9.47; *Benkard/Scharen*, vor § § 9 bis 14 PatG Rdnr. 8.

[58] *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, § 4 UWG Rdnr. 9.49; BGH 14. 12. 1995 Vakuumpumpen GRUR 1996, 210; 8. 11. 2001 Noppenbahnen Mitt. 2002, 248, 250; 7. 2. 2002 Bremszangen GRUR 2002, 820, 821 f. m. Nachw.; OLG Karlsruhe 22. 2. 1995 Lüftungsgitter GRUR 1995, 495.

[59] BGH 3. 5. 1968 Pulverbehälter BGHZ 50, 125; 14. 1. 1999 Güllerpumpen GRUR 1999, 751, 752 f.; 8. 12. 1999 Modulgerüst GRUR 2000, 521, 523 r., 525 f.; 8. 11. 2001 (FN 58); 7. 2. 2002 (FN 58); *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, aaO mwN; *Körner*, FS Ullmann, S. 706.

[60] BGH 12. 7. 2001 (FN 63) 90 l.; 7. 2. 2002 (FN 69) 822 l.; 24. 3. 2005 Handtuchklemmen GRUR 2005, 600, 603; vgl. auch Götting, Mitt. 2005, 15; *Jacobs*, FS Helm, S. 75 f.

另外,如果仅仅是由于模仿行为采用了不受保护技术特征而造成了可避免的身份混淆、不合理的利用或者损害声誉,就认为模仿不正当,也可能是没有根据的。^[61]不过,模仿者有义务在可行的范围内采取合适的措施防止产生这种后果的危险。^[62]

依据这些标准,就几乎完全排除了对采用技术方案给予竞争法的保护。这不仅是指专利或者实用新型保护到期之后或者被拒绝的情况,而且还包括那些具备可保护性但却没有申请保护的发明。

与此不同的是,胡曼(Hubmann)建议^[63],根据1909年《反不正当竞争法》第1条,对于在技术上具有独创性成果特性的产品,在实用新型的保护期所不能企及的时间段并且没有排他效力的时候,原则上要保护其免受模仿。但是,由于这种对于技术创新的保护,不要求专利和实用新型法的前提条件,没有形式上的要求——也不管模仿者的行为资质情况——因而是一般情况下能够获得的保护,因此会威胁到那些特别法所要求的目的,尤其会损害自由竞争。^[64]

II. 专利保护与著作权保护

参考文献: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 2006; Loewenheim (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2003; Rehbinder, Urheberrecht, 15. Aufl. 2008; Schack, Urheber – und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. 2005; Schrickler (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2006 mit Ergänzungsband 2007; Ulmer, Urheber – und Verlagsrecht, 3. Aufl. 1980; Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2008.

a) 著作权保护的客体及适用范围

1. 《著作权和邻接权法》(简称《著作权法》)^[65]所保护的是文学、科学和艺术作品作者的著作权(《著作权法》第1条)。《著作权法》中的作品指的只是个人智力的创作成果(《著作权法》第2条第2款;第2条第1款以非穷举的方式列举了作品的种类)。要注意区分的是作为无形客体的作品和体现了

[61] BGH 8. 12. 1999 (FN 59); 8. 11. 2001 (FN 58).

[62] BGH 17. 6. 1999 Rollstuhlnachbau GRUR 1999, 1106, 1108 f.; 8. 12. 1999 (FN 59); 8. 11. 2001 (FN 59); 12. 7. 2001 (FN 52) 90 r.; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rdnr. 9. 49, 9. 54; Loschelder, GRUR Int. 2004, 7701.

[63] Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 1988, S. 279 ff.; ebenso Hubmann/Götting, § 50 Rdnr. 4 f.; in ähnlichem Sinn Schulte – Beckhausen, Das Verhältnis des § 1 UWG zu den gewerblichen Schutzrechten und zum Urheberrecht, 1994, insb. S. 232 ff.

[64] 胡曼认为,如果没有他所主张的竞争法保护,就不会有人能够承担创造特别成果的费用,对此,第二次世界大战之后德国由于暂时没有专利局对于发明给予特别法保护的情况,可以说就是一个例子。

[65] Vom 9. 9. 1965 BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. 11. 2006 BGBl. I S. 2587.

作品的作品载体。

著作权保护的基础就是将作品独占性地划归给作者，创作作品的作者无需履行任何形式就获得了（主观）著作权，它保护作者与其作品在精神上与人身上的联系、作者对作品的使用并保障其获得他人使用其作品的适当报酬（《著作权法》第11条）。因此，著作权包含作者人格权（《著作权法》第12~14条：发表权；承认作者身份权；禁止歪曲作品权）以及财产权，即以有形的方式（主要是通过复制或者发行的方式）利用作品的独占权（《著作权法》第15条第1款和第16~18条），以及以无形的方式公开再现作品的独占权，比如朗读、表演或者通过广播电台传播（《著作权法》第15条第2款和第19~22条）。作者的独占权是有某些限制的（《著作权法》第44a条及以下条款），不过，对于这种作者必须忍耐使用其作品的限制，在大多数情况下作者可以要求合理的报酬。

著作权一般在作者死后70年失效（《著作权法》第64条第1款，第69条）。作者并没有排他效力，如果谁独立创作了一部作品，谁就获得了自己对于这部作品的著作权；即使创作作品的基本特征与他人先前所创作的作品或者所公开的作品是一致的，也是如此。先前或已公开作品的著作权无权禁止使用这部新的作品。不过，这种相互独立创作的作品巧合一致的可能性还是非常小的。^[66]

2. 除了作品的著作权之外，《著作权法》还规定了“邻接权”（第70条及以下条款，第94条）。邻接权保护的不是文学、科学和艺术领域作品的成果，邻接权主要保护的是出版者、表演者、唱片制造商、广播企业和电影制片人——以有形或者无形的方式——再现主要是他人的、受著作权保护的，或者仅仅是由于作品的年限不保护或者不再保护的（公共领域的）作品时作出的成果。

依据在再现作品时作出的成果，《著作权法》第72条对照片给予保护，但这不是一种典型的再现作品的情况。在这里，成果是指照片的拍摄者以照相或者类似的方式对任意客体的照相。但是，在个别的情况中，这种照相的客体可能也是某种作品。

同样，在1997年引入的对数据库制作者保护（《著作权法》第87a条及以下条款）中，再现作品也只是偶尔的伴随现象。这种成果的基础不是独创性的活动，而是制作者在获取、审查或者表现数据库内容时所作出的投资。事实上，对这种投资给予著作权成果保护的观点在此之前就已经并不陌生了：即使法律中没有明显的规定，《著作权法》就是这样对唱片制造商和电影制片人、广播企业和表演者表演的组织者进行保护的。

[66] Vgl. Ulmer, S. 15; Loewenheim, in: Schricker, § 23 UrhG Rdnr. 28.

与著作权相比，邻接权的效力范围比较小，在某些方面也要弱些。

3. 专利保护和著作权保护的效力是通过将无形客体独占性地划归于确定的人来实现的。由于发明和作品都是通过人的智力劳动所创造的客体，所以专利和著作权保护才将发明和作品独占性划归于做出这些智力性成果的人。但是，这种对于专利和著作权保护的分析只是部分地适用于著作权的邻接权。著作权的邻接权不仅涉及人的智力劳动，而且还与经营组织成果有关，包括对此进行的投资，因此应当注意的是，利用他人这种类型的成果在一定的条件下是不正当的，也是不合法的。

b) 专利保护与著作权保护的区别

要是著作权保护没有在法律上认可计算机程序，没有对其进行特殊的规定，那么专利保护与著作权保护的差别就完全是接下来 aa 部分所阐述的那些特点。但是现在计算机程序却引出了这样一个问题：著作权保护在保护的客体和效力方面是不是可以延及传统上由专利保护所保留的领域（bb 部分）。

aa) 基本原则

1. 著作权保护的客体在性质和功能方面与专利保护的客体有着本质上的区别，在保护体系的结构安排方面也存在相应的区别。

通过运用可控的自然力取得确定结果的新规则，只能在这种自然力作用的原理内开发出来。但这并不是说，所有运用这些原理解决问题的方案在自然界是现成的，是无需创造的，只需去寻找就行了。事实上，发明者的活动也是创作性的，发明是一种智力性的创作（参见 § 11 I 2）。但是，相较于作家、作曲家、造型艺术家等，由于受到了客观条件的限制，发明者的发明空间受到了极大的限制。与《著作权法》意义上的作品不同，发明是很难烙上创作者个人特色的。^[67]因此，对作者与作品之间的精神和人身关系的保护，比起对于发明者相应利益的保护，其意义与范围就更为重要和宽广。

2. 所谓实施发明，就是通过依据由发明给出的、可理解和可掌握的指令创造出其他财富的行为：发明并不是目的本身，而是手段。^[68]相反，对于文学、科学和艺术作品以及受著作权法保护的成果的使用，则是直接接收再现这些作品或者成果的可感知信号，而这些信号则在接受的人中产生相应的印象，而且还会使其获得思想的内容。^[69]为了保护权利人对于受保护作品或者成果

[67] Tetzner, § 1 Anm. 1, 7; Bernhardt, S. 8 f.

[68] Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 66 f.; ders., CR 1987, 213, 217 f.

[69] Troller, Immaterialgüterrecht, Bd. I, S. 60, 66, wo Werke der Literatur und Kunst als „Gegenstand des ideellen Genusses“ bezeichnet sind.

的经济利益而让权利人所保留的行为，原则上只有以有形的方式以及以公开的无形方式再现所保护的客体（《著作权法》第15条，第77~79条，第85条，第87条，第87b条，第94条），并不包括通过感知受保护客体所可能引起的再现。《著作权法》所提供的保护在于限制那些使受保护客体公开的行为，并不限制使客体被应用的行为。^[70] 如果通过感知受保护的作品或者成果获得了信息，只要没有再现作品（受保护的客体），那么对这些信息的利用——例如依照作品中所阐述的行为指令进行的仿造——就与著作权法保护无关。^[71]

特别值得一提的是，科学技术文字作品或科学、技术的图示（参见《著作权法》第2条第1款第7项）的作者，如果其他人没有再现这些作品，那么这些作者就不能依据其著作权禁止其他人在经济上利用这些作品中所包含的科学知识或者技术方案。即使这些知识或者方案是由其新发明的（并且根据一般的或者发明人的人身权，拥有承认这一事实的请求权），也当然如此。相反，应用专利和实用新型保护的客体，即依照发明的原理的行为，则完全取决于其专利和实用新型权；但再现一个受专利保护的发明的文字或者图形描述，则并不侵犯专利权。^[72]

3. 在发明和作品涉及发明人或作者的个性影响、这些无形财产的功能、对它们保护的需求以及为此而设置的专利、实用新型和著作权效力方面，二者都存在差别。在《著作权法》中，并不需要保护发明所必需的排他效力，而且无需考虑优先权，也没形式上的要求，^[73] 就可以授予比发明长得多的独占权：由于作品具有很强的个性化特色，著作权保护又限于对融入了这种特色的作品特征的保护。因此，这就保证了实践中几乎不会出现独立创作的作品之间的权利冲突，现有的《著作权法》充分地考虑了文学艺术活动的空间，^[74] 给予科学技术发展以充分自由。

[70] 对戏剧、舞蹈、音乐作品的表演也不是在运用行为指令，而是再现作品和介绍对作品的欣赏。参见 Troller, CR 1987, 213, 218.

[71] D. Reimer, Zum Urheberrechtsschutz von Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art, GRUR 1980, 572 - 582; Engel, Persönlichkeitsrechtlicher Schutz für wissenschaftliche Arbeiten und Forschungsergebnisse, GRUR 1982, 705 - 714 (706 f.); jeweils mit zahlreichen Nachweisen; vgl. auch Leenen, Urheberrecht und Geschäftsmethoden, 2005, S. 92 ff., 146 ff.

[72] 如果是包含在专利说明书中的描述，那么也不侵犯著作权，这是因为它是一种《著作权法》第5条第2款意义上的官方作品。参见 Katzenberger, in: Schricker, §5 UrhG Rdnr. 46.

[73] Vgl. Ulmer S. 14.

[74] 对于改编者和表演者的创作可能会有某些阻碍。

bb) 计算机程序的特殊性

为了转化欧共体的指令，1993年，《著作权法》在第69a~69g条^[75]中引入了对计算机程序的保护，这种对于计算机程序的著作权保护就不适用前面aa)部分所阐述的有关专利保护与著作权保护之间的一般区别。这种对计算机程序的著作权保护，并不要求计算机程序要有个人智力创作的前提条件，所有作为作者自己智力创作结果意义上的独创性作品的计算机程序，都可以获得保护。不过，这并不是一个很重要的问题。因为这里对保护门槛的降低，虽然引出了是否在保护成果的问题，但是，这并不是说——看看对“小硬币”所给予的慷慨大方的保护^[76]——要离开著作权保护的体制。对于计算机程序具有重要意义的是，虽然计算机程序可以采用人能直接感知的表述形式，但是，一般来说，对计算机程序的使用并不是通过这种感知来进行的。对计算机程序的使用更多是以这样的方式来进行的：数据处理设备以一种对其“可读”的方式“感知到”程序，并在其中引发一系列的开关过程，从而通过使用数据处理设备达到设定的目的。^[77]对于一个并不想研究或者理解计算机程序，而只是要按规则使用计算机程序的人来说，计算机程序既不是其感知的客体，也不是其“享受的作品”，而更像是一种使计算机适用于某种用途的工具。^[78]由于对计算机程序的使用主要是以这种方式进行的，因此，对计算机程序的著作权保护就倾向于超越传统著作权效力的界限。但在这个界限之内，仍存在禁止制作复制件的权利，尽管这里的复制件是人无法直接感知的，而是“机器可读”的表述形式。但是，如果计算机程序复制件不是由复制件的占有人自己非法复制的，也就不受《著作权法》第98条的制约，只要没有对该程序进行继续发行、复制和公开再现，依据著作权的一般原则，就不能阻止占有人使用该复制件。^[79]这就像著作权的权利人不能禁止阅读其书籍或者听其唱片一样，作品的占有人以这种方式使用作品是不需要得到许可的。这不仅适用于得到权利人同

[75] 对在此之前计算机程序保护的前提条件以及保护的效力，就不在这里讨论了。

[76] Dazu *Loewenheim*, in: Schricker, § 2 UrhG Rdnr. 38 ff.

[77] So bereits *Ulmer*, *Der Urheberrechtsschutz wissenschaftlicher Werke unter besonderer Berücksichtigung der Programme elektronischer Rechenanlagen*, München 1967, S. 12.

[78] *Troller*, CR 1987, 278, 280 ff., 284; ähnlich *Sack*, GRUR 2001, 1095, 1100 f. – Das Problem, ob angesichts dieser Besonderheit der urheberrechtliche Schutz für Computerprogramme paßt, läßt sich nicht mit dem – gewiß zutreffenden – Hinweis von *Ulmer* (FN 88) S. 13 erledigen, daß dieser Schutz nicht auf Gestaltungen beschränkt bleibt, die den Schönheitssinn ansprechen.

[79] 联邦最高法院在1994年1月20日“木材交易程序”一案的判决中指出，“这种纯粹的使用——与使用技术性保护权不同——不是《著作权法》所包含的内容，这就是说，这种使用是与《著作权法》无关的过程”，参见GRUR 1994, 363, 364 f.

意生产并已投入流通领域的书籍或唱片，而且还包括那些“盗版品”。但如果使用者自己对这些非法复制的盗版也有责任，那就另当别论了。作为一条一般性的原则，也就是说，即使对于计算机程序，按确定目的使用其复制件，也不受《著作权法》禁止权限的约束。如果复制件的占有人只是实施了书中描述的行为指令，并没有发行这本书，也没有以有形的形式或者以无形的形式公开再现该书中受保护的独创性特征，那么就可以认为复制件的占有人什么都没做。因此，依照传统的著作权法原则，概念上可以视为复制的过程，如果其能够禁止正常的按照确定目的的使用，就不是著作权法意义上的复制。^[80]

但是，根据《著作权法》第 69c 条第 1 项的规定，计算机程序的独占权所包含的是任何持久的或者暂时的、全部的或者部分的复制。大多数文献并不认为这种复制仅仅是将程序“放置”于计算机上，^[81]而是将其看作在使用计算机程序的一般过程中不可避免地将程序输入计算机内存的行为。^[82]

有些人曾试图将正常的使用排除在独占性复制权的约束之外，但随着有关计算机程序保护的规定被引入，这种尝试就显得过时了。^[83]

根据现在几乎不再有的争议的观点，按照确定目的使用计算机程序一般至少要得到权利人的同意。从结果上来看，这里的保护效力还包括程序中所包含的、但本身不受保护的信息以及——如果有的话——行为指令。在过去，如果这种信息不是以需要经过权利人所保留的复制方式，而是以再现程序的方式获得的，那么只要不涉及程序中受保护的独创性特征，就可以使用这种信息。但现在这种使用无论如何需要花费大量的费用，而且还很有可能会侵犯程序的权利，因此，对于要正常使用计算机程序的人来说，是不会这样考虑的。

不过，如果在合同中没有拒绝的话，只要复制对于程序复制件授权使用人按照确定目的使用程序是必要的，那么就允许这种复制（《著作权法》第 69d 条第 1 款）。即使是合法获得的复制件，也不一定就有权使用程序，而是要看

[80] 联邦最高法院在 1990 年 10 月 4 日“营业系统”一案的判决中表示，“在使用计算机程序中，可能会发生多种纯技术性复制过程，对于这种复制，就并不完全是《著作权法》第 16 条规定的复制权所包含的内容”，参见 GRUR 1991, 449, 453。

[81] *Haberstumpf*, in: Lehmann (Hrsg.), *Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen*, 2. Aufl. 1993, S. 69, 136 f., Rdnr. 122 ff. m. Nachw.; a. M. *Dogan*, *Patentrechtlicher Schutz von Computerprogrammen*, 2005, S. 57. – Für die Annahme, daß der bloße Programmlauf noch nicht in das Urheberrecht eingreift, spricht auch der 2003 eingefügte § 44 a UrhG; vgl. *Loewenheim*, in: Schricker, § 69 c Rdnr. 9; *Dreier/Schulze*, § 69 c Rdnr. 8 f.

[82] *Haberstumpf* (FN 81) S. 133 ff., Rdnr. 117 ff.; *Loewenheim*, in: Schricker, § 69 c Rdnr. 8; *Dogan*, aaO S. 56 f.; jeweils mit zahlreichen Nachw.

[83] Vgl. *Loewenheim*, in: Schricker, 1. Aufl. 1987, § 16 UrhG Rdnr. 9 mit der 2. Aufl., 1999, § 69 c Rdnr. 9.

合同中权利人允许复制件购买人做什么。^[84]因此，如果占有复制件的人与权利人没有合同关系，那么法律就禁止对该复制件进行按照确定目的的使用。

因此，对计算机程序著作权保护的效力，就扩展到了如果没有其他独占权的保护，按照一般著作权原则本来可以自由使用的客体。特别值得一提的是，这种保护效力不仅导致了对需要运行计算机程序的技术行为指令的保护，而且，还会产生对那些不满足专利法中发明概念的信息和行为指令的保护。这些结果不仅仅是为了有效保护程序所必需容忍的例外的边缘现象，^[85]而且是在表明，著作权保护在很大程度上承担了专利保护的功能，而又无须受专利保护的前提条件和界限的约束。^[86]对计算机程序的著作权法保护没有排他效力并且——如果可能的话（参见 § 12 IV c bb 3）——其客观上的保护范围也要小些，这是不是就足以说明对计算机程序著作权保护效力的合理性呢？事实上，这是难以令人信服的。

c) 专利保护和著作权保护的竞合

如果在—件产品中既实现了技术发明，又体现了受著作权保护的作品，那么对于每种保护就应当分别进行评判。

由于著作权保护的效力存在前面提到过的界限（参见上述 b aa 部分），因此，原则上著作权法不能成为缺乏或还达不到专利或实用新型保护前提条件的替代保护。这主要是指那些由于缺少技术特性而不能视为专利和实用新型法意义上发明的智力成果，比如，发现、科学理论、数学方法、方案、规则和思维或者商业活动的方法（参见《专利法》第1条第3款，《实用新型法》第1条第2款，《欧洲专利公约》第52条第2款）。但是，如果在对智力成果的使用中，再现了受著作权法保护的、表达了智力成果的表述，那么著作权法在这里就可以起到间接保护的作用（参见 § 12 IV b 3）。

只要计算机程序中描述了——技术的或者非技术的——行为指令，那么对于程序的著作权保护就是：实施计算机程序一般需要得到程序著作财产权的权利人的同意，这样，对计算机程序著作权保护的效力就扩展到了本来是专利保护的—范围（参见上述 b bb 部分）。

根据新近德国和欧洲专利局的实践以及司法判决，使用了计算机程序的技

[84] *Loewenheim*, in: Schricker, § 69 d Rdnr. 1 ff., 4, 7; auch auf den „abredefesten Kern“ der Befugnisse eines vertraglich Nutzungsberechtigten, vgl. *Dreier/Schulze*, § 69 d Rdnr. 12, kann sich nur berufen, wem überhaupt ein Nutzungsrecht vertraglich eingeräumt ist.

[85] So aber *Haberstumpf* (FN 81) S. 137 f. Rdnr. 125.

[86] S. *Wiebe*, GRUR 1994, 233, 244; der Urheberrechtsschutz führt bei Software zu einem indirekten Schutz auch des Inhalts und der Funktionalität.

术方案，是可以获得专利保护的发明（参见 § 12 III b, c）。如果这种包含程序的发明，是由企业员工履行劳动或者服务关系的义务所完成的，那就出现一种困难的局面：一方面，由著作权保护所产生的财产权方面的权利毫无疑问地要移交给雇主或者老板，而且无需支付报酬（《著作权法》第 69b 条）；另一方面，雇主又只有通过正式的要求并支付报酬，才能获得对于职务发明的权利（参见 § 21）。

IV. 专利保护与民法

a) 概述：《专利法》与《实用新型法》中的私法和公法规则

1. 尽管《专利法》和《实用新型法》中大部分规范都有行政法和程序法的内容，^[87]但是专利法和实用新型法的核心部分，还是属于私法。^[88]将发明独占性地划归于专利或者实用新型权利人，就像将物独占性地划归于财产所有人一样，将一个客体与一个人联结了起来，并要求其他人不能对该客体进行某些规定的影响——当然不是指不能进行任何影响——除非得到权利人或者是法律规定所允许。^[89]如果对该客体进行非法影响，则可以请求停止侵害和损害赔偿（《专利法》第 139 条，《实用新型法》第 24 条）。由此可见，专利和实用新型就显示出了私法独占权的典型特征。^[90]

如果故意侵犯专利或者实用新型权，还有受到刑事处罚的风险（《专利法》第 142 条，《实用新型法》第 25 条）；但这就好像故意侵犯财产所有权也会受到刑事处罚一样，并不会改变其私法的性质。

2. 有关专利机关的组织 and 专利授予、撤销、无效宣告以及实用新型登记和注销程序的广泛规定是必要的，这是因为这种私法的保护效力还依赖于授予或者登记等公法行为。这些规定保障了国家对于发明的私法独占权的产生与存在进行必要的控制，使所有有兴趣的人都能知道这些权利，并提供有关新发明的广泛信息。

3. 有关授予专利的实质性前提条件的规定表明，对于一个符合规定正式提出的申请在什么时候可以授予专利，而且也必须授予专利：可授予专利的发

[87] 这些规范的表述（尤其在 § 23 部分）显现出了与一般行政法和程序法规范的关系，因此可以进一步研究专利法与公法的关系，其他学者则遗漏了这个问题，参见 *Fitzner/Waldhoff*, *Mitt.* 2000, 446, 447 FN 8。

[88] *Eingehende Begründung dazu bei Ann, Privatrecht und Patentrecht? – Gedanken zur rechtssystematischen Einordnung eines Fachs*, *GRUR Int.* 2004, 696 ff.

[89] 参见 § 1 A II 6。影响一个客体在这里也就是使用客体，至于是否影响到了权利人自己的使用，则无关紧要。

[90] *Zur wesentlich von Josef Kohler entwickelten privatrechtlichen Konzeption und älteren, öffentlichrechtlichen Deutungen des Patents ausführlich Walz (oben § 1 FN 7), S. 138 ff., 120 ff.*

明的申请人拥有了公法上的授予专利请求权。这些实质性保护的前提条件的基本作用是其公法上的功能，即作为判断是否具有授予专利请求权以及授予专利行为是否具有权利存续性的标准，但除此之外，它们还具有私法上的意义。它们将决定是否通过发明了技术行为的规则产生拥有“申请专利权”的发明人权（参见 § 1 A III）。依据这个权利，提起申请除了形成授予专利请求权之外，还有私法上的效力。相对于那些其权利人还没有提起申请的发明人权，提起申请则巩固了申请专利权（《专利法》第 6 条第 3 句，参见 § 1 A IV）。^[91] 申请的其他私法上的效力还有：对公开后的专利申请给予临时保护，借助于这种临时保护，就可以要求实施了已申请专利的发明的人给予补偿（《专利法》第 33 条，《欧洲专利公约》第 67 条以及《专利合作条约》第 2 条第 1 款）。

4. 对于实用新型，在其登记之前只审查部分的实质性前提条件（《实用新型法》第 8 条第 1 款第 2 句）。因此，不管是否满足了并不审查的前提条件，即新颖性、基于创造性方法和工业上可应用性，都会产生在申诉程序中可以主张的公法上登记实用新型的请求权。^[92] 但是，要享有包括申请实用新型保护在内的发明人权（《实用新型法》第 13 条第 3 款，《专利法》第 6 条），则必须是满足了所有保护前提条件的发明。相对于具有同样客体但却还没有提起实用新型申请的发明人权，申请则巩固了申请实用新型保护权。实用新型的申请并不能产生临时的保护，这是因为实用新型的申请是在登记之后才公开其内容的。

5. 根据《专利法》第 15 条的规定，申请专利权、授予专利请求权和专利权都是可继承和可转让的，还可以是许可的标的。欧洲专利法（参见《欧洲专利公约》第 60 条第 1 款第 1 句，71 条及以下条款，第 2 条第 2 款，第 64 条第 1 款）和实用新型法（《实用新型法》第 22 条）也有相应的规定。这些依据上述规定可流通的权利，除了由申请所产生的程序法上的地位，包括公法上授予专利或者登记实用新型请求权这些例外之外，都是私法上的权利。

从私法的角度来看，要求授予专利或者登记实用新型请求权以及欧洲专利的申请，就是通过申请巩固了的（可能还有因公开申请而享有临时保护的）申请专利权或者申请实用新型权。但是，转让、继承——并不包括许可——还

[91] 因此可以说，申请就形成了一种期待，参见 *Hubmann/Götting*, § 5 Rdnr. 6，不提出申请（与 *Hubmann/Götting*, § 15 Rdnr. 6 相反）就不能将申请专利权看作一种期待，参见 BGH 25. 11. 1965 Batterie BGHZ 44, 346, 356; kritisch hierzu *Bernhardt*, S. 76 f.

[92] Eine *Anwartschaft* (s. FN 91) begründet die Anmeldung nur, wenn alle Schutzvoraussetzungen erfüllt sind, da andernfalls die Gebrauchsmustereintragung wirkungslos ist (§ 13 Abs. 1 iVm § 15 Abs. 1 Nr. 1 GebrMG).

有公法的一面。对于因非法申请而出现的“返还请求权”的情况（《专利法》第8条，《专利合作条约》第2条第5款，《实用新型法》第13条第3款），如果没有因公开而产生临时保护，那么转让请求权所具有的就是一个纯公法的地位。

b) 民法的补充适用

与一般民法相比，专利法和实用新型法的私法内容构成的是一种特别规则，相对于一般民法规则，要优先予以适用。如果专利法和实用新型法没有规定，而根据专利法和实用新型法的意义和目的又不排除适用一般民法的规定，那么就可以用这些规定进行补充。

1. 专利法和实用新型法需要民法进行补充的领域主要是在权利流通方面。在这方面，《专利法》《欧洲专利公约》以及《实用新型法》基本上^[93]都对此进行了充分的规定。根据这些规定，某些权利可以继承、有限制或者无限制地转让、以独占或者非独占方式许可（参见本节 a 5）。至于可以什么方式进行继承、转让或者许可，则应依照民法的规定。在这里要适用的不是关于所有权和其他（有形）物权的規定，而是关于权利的一般规定（特别是《民法典》第413条）。根据这些一般规定，由对发明的权利的可转让性可以得出，还可以在对发明的权利上设定有限制的权利。

对于参与转让、许可或者设定负担各方之间的债权债务关系，同样主要适用民法的规定，在这方面《民法典》广泛地给予当事人的意思以优先地位。如果没有约定，那么就可以根据具体情况适用（必要时要进行类推适用）有关特殊债务关系的规定，比如有关买卖或者租赁的规定。此外，还可以适用有关债务关系的一般规则。

2. 专利或者实用新型权利人可以根据《专利法》第139条或者《实用新型法》第24条的规定，对侵犯其权利的行为提起停止侵害请求，并要求侵权者给予损害赔偿。但是，这种赔偿义务的内容和范围，则应按照《民法典》第249条及以下条款的规定来确定。由于用这些规定来确定赔偿的内容和范围可能会有一些困难，因此，对于侵犯专利或者实用新型的情况（就像侵犯其他无形财产权的情况一样），法院判决长期以来允许用合理的许可费或者侵权所得作为计算损害赔偿的基础。但这种计算的方法是否属于民法体系的范畴，却并不是没有问题的（参见 §35 IV c, d）。

要消除由侵权所造成的状态或者再次侵权的危险，则可以适用《专利法》第140a条及以下条款或《实用新型法》第24a条，请求销毁侵权产品和生产

[93] 《欧洲专利公约》第72条是一个例外，它要求转让欧洲专利申请要有书面形式。

侵权产品的设备以及回收这些产品。但是这些特别规定并不排除类推适用保护所有权以及其他绝对权利的排除妨害请求权的其他内容，不过，只是在例外的情况下才需要进行这种类推适用。

《专利法》和《实用新型法》中没有规定不当得利返还请求权，尽管如此，人们还是认为《民法典》中有关不当得利的规定也可以适用于侵犯技术性保护权的情况。

3. 专利和实用新型是《民法典》第823条第1款意义上的其他权利。但是《民法典》的这个规定并不适用于侵犯专利和实用新型权的情况，这是因为《专利法》和《实用新型法》全面规定了在什么样的前提条件下侵权人要承担损害赔偿义务。

原则上《民法典》第823条第1款是适用于发明人权的，但必须要注意专利法和实用新型法对发明人权已经认可的保护，如果出现了侵犯发明人权的情况，就应当依照这些规定处理。

对发明人权的侵犯，主要表现是非法的申请和违反专利法领域内有关发明人署名的规定。由于专利法和实用新型法这些特别法并没有对侵犯发明人权的法律后果予以全面的规定，因此，在上述侵犯发明人权的情况中，完全可以依据民法的基本规定赋予发明人权的权利人损害赔偿和停止侵害请求权。

但是，这些关于发明保护的特别法却规定了与合同关系以及侵犯秘密无关的、禁止其他人实施发明或者要求实施人给予补偿的请求权的前提条件。如果不满足这些前提条件，又没有侵犯秘密的情况，那么无论实施人是否拥有自己的发明人权，对于没有得到发明人权的权利人同意实施发明的情况，既不能根据民法的规定将这种情况看作侵权，也不能提起损害赔偿、停止侵权、排除妨害或者不当得利补偿请求权。^[94]

如果持秘密保护的观点，认为禁止他人使用秘密是有道理的，那么将未经许可使用秘密的情况视为侵权，似乎就是合理的。《反不正当竞争法》第17条及以下条款就规定了对商业和经营秘密的保护，法院判决还根据以前的《反不正当竞争法》第1条在民事法律方面对此进行了一定的补充。根据现行的《反不正当竞争法》第4条第9项字母c，提供模仿了竞争者的商品或者服务的人，如果其是以不诚实的方式获得模仿所必要的知识或者资料的，那么他进行的就是不正当的行为。至于是否有必要以及在多大程度上允许《反不正当竞争法》第3条补充适用于秘密保护，是可以不在这里讨论的，因为根据《反不正当竞争法》第4条的条文，并没有排除这种适用。

[94] Vgl. Hubmann/Götting, § 15 Rdnr. 5; abweichend Bernhardt, S. 77 f.

至于秘密保护是否还有主观权利的基础，即是否具有专利法或者实用新型法中可保护发明的发明人权以及其他的特别“秘密权”，或者一般企业权（营业权），实际上只不过是一种教条的理论问题。对于这个问题的回答并不影响其保护的前提条件和范围，这是因为在秘密保护的界限中所表达的评价准则也是确定主观权利内容要考虑的。^[95]需要特别指出的是，对于既不侵犯技术性保护权，又不违反秘密保护规定的实施发明的行为，是不能依据企业权来处理的。

此外，侵犯秘密的法律后果，即是不是可以将其看作侵犯主观权利的问题，也并不是很重要。鉴于法律上已经认可并已得到保护的秘密所有人事实上的独占地位，无论是适用在侵犯无形财产权案件中认可的计算损害的特殊方法（参见第2点），还是主张不当得利请求权，都是有道理的（参见本节 II e aa 4）。

4. 如果发明依照专利法和实用新型法不能获得保护，假如发明人要求实现发明的精神利益，而不主张禁止实施发明请求权（或者实施发明的补偿请求权），这并不会影响到专利法和实用新型法所保证的模仿自由原则。相应地，也就没有理由认为专利法和实用新型法是完全封闭的。因此，也可以将那些专利法和实用新型法没有考虑到的对精神利益的损害，视为对发明人权的侵犯，可以根据民法的规定主张防卫和赔偿请求权。例如，在专利局程序之外的^[96]否认、掠夺和抹杀发明人身份的行为，也许还包括对发明人成果虚假描述并给发明人声誉造成极大损害的行为。

对于不能获得发明保护的智力成果，特别是科学研究成果，也可以以相应的方式对其精神利益给予保护。^[97]至于在这里是否类推适用发明人权和著作人身权或者一般人格权，则并不是很重要的。^[98]

§ 3 对专利保护的 legal 和经济政策的评价

参考文献: Adrian, J., Patentrecht im Spannungsfeld zwischen Innovationsschutz und Allgemeininteresse, 1996; Badura, P., Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des „geistigen Eigentums“, FS Maunz, 1981, S. 1 - 16; Balz, M., Eigentumsordnung und Technologiepolitik, 1980; Beier, F. - K., Die herkömmlichen Patentrechtstheorien und die sozialistische Konzeption des Erfinderrechts, GRUR Int. 1970, 1 - 6; ders., Die Bedeutung des Patentsystems für den tech-

[95] Vgl. Kraßer, GRUR 1970, 594 ff. und 1977, 188 f., 192, 194 f.

[96] Vgl. Hubmann/Götting, § 15 Rdnr. 3; Näheres unten § 20 IV c.

[97] Darüber eingehend Engel (FN 71) mit zahlreichen Nachweisen.

[98] Vgl. Engel (FN 71) 710 ff.

nischen, wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt, GRUR Int. 1979, 227 – 235; *ders.*, Probleme der wirtschaftlichen Verwertung von Ergebnissen der Grundlagenforschung, Angewandte Chemie 94 (1982), 109 – 117; *ders./Straus, J.*, Das Patentwesen und seine Informationsfunktion – gestern und heute, GRUR 1977, 282 – 289; *Bernhardt, W.*, Die Bedeutung des Patentschutzes in der Industriegesellschaft, 1974; *Brandt, K.*, Die Schutzfrist des Patents, 1996, S. 49 – 71, 151 – 171; *Bußmann, J.*, Patentrecht und Marktwirtschaft, GRUR 1977, 121 – 135; *Dahmann, G.*, Patentwesen, technischer Fortschritt und Wettbewerb, 1981; *ders./Zohlhüfer, W.*, Erfindungen, Patentwesen und Angebotskonzentration: Theoretische Grundlegung und empirische Illustration, FS Röper, 1980, S. 135 – 153; *Dam, K. W.*, Die ökonomischen Grundlagen des Patentrechts, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovationen, 1994, S. 283 – 318; *Dölemeyer, B./Klippel, D.*, Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, GRUR – FS, S. 185 – 237; *Fechner, F.*, Geistiges Eigentum und Verfassung, 1999; *Gaster, J.*, Kartellrecht und geistiges Eigentum: Unüberbrückbare Gegensätze im EG – Recht?, CR 2005, 247 – 253; *Godt, C.*, Eigentum an Information. Patentschutz und allgemeine Eigentumstheorie am Beispiel genetischer Information, 2006; *Grefermann, K.*, Patentwesen und technischer Fortschritt, in: Hundert Jahre Patentamt, 1977, S. 37 – 64; *Greipl, E./Täger, U.*, Wettbewerbswirkungen der unternehmerischen Patent – und Lizenzpolitik, 1982; *Harabi, N.*, Determinanten des technischen Fortschritts: eine industrieökonomische Analyse, in: Harabi (Hrsg.), Kreativität – Wirtschaft – Recht, 1996, S. 61 – 120; *Heinemann, A.*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, S. 1 – 31; *Hilken, A.*, Innovation und Patentschutz auf dem EG – Arzneimittelmarkt, 1989, S. 85 – 122; *Hirsch, H.*, Patentrecht und Wettbewerbsordnung, WuW 1970, 99 – 143; Ifo – Institut für Wirtschaftsforschung: Patentwesen und technischer Fortschritt, Teil I: Die Wirkung des Patentwesens im Innovationsprozeß (von K. Grefermann u. a.), 1974; *Jabbusch, W.*, Funktionsfähigkeit des Patentschutzes und Patentgesetzgebung, GRUR 1980, 761 – 766; *Janson, B.*, Patentstrategien und wettbewerbskonforme Reform des europäischen Patentsystems, 2002; *Kaufert, E.*, Patente, Wettbewerb und technischer Fortschritt, 1970; *ders.*, Innovationspolitik als Ordnungspolitik, in: Ott/Schäfer (s. bei Dam), S. 1 – 32; *Kirchhof, P.*, Der verfassungsrechtliche Gehalt des geistigen Eigentums, FS Zeidler, 1987, S. 1639 – 1661; *Kirchner, C.*, Patentrecht und Wettbewerbsbeschränkungen, in: Ott/Schäfer (s. bei Dam), S. 157 – 184; *ders.*, Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter, GRUR Int. 2004, 603 – 607; *Kraft, A.*, Patent und Wettbewerb in der Bundesrepublik Deutschland, 1972; *Krieger, A.*, „Innovation“ im Spannungsfeld zwischen Patentschutz und Freiheit des Wettbewerbs, GRUR 1979, 350 – 354; *Kurz, P.*, Weltgeschichte des Erfindungsschutzes, 2000, S. 575 – 586; *Lafontaine, C.*, Die rechtliche Stellung des selbständigen

Individualerfinders im europäischen Patentrecht, 2002, S. 24 - 100; *Loewenheim, U.*, Wettbewerbskonforme Gestaltung des Patent - und Gebrauchsmusterrechts, GRUR 1977, 683 - 685; *Machlup, F.*, Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts, 1962 (= GRUR Int. 1961, 373 - 390, 473 - 482, 524 - 537); *Maunz, T.*, Das geistige Eigentum in verfassungsrechtlicher Sicht, GRUR 1973, 107 - 115; *Oppenländer, K. H.*, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Fortschritts, in: Hundert Jahre Patentamt, 1977, S. 3 - 36; *ders.*, Die Wirkungen des Patentwesens im Innovationsprozeß, GRUR 1977, 362 - 370; *ders.*, Die wirtschaftspolitische Bedeutung des Patentwesens aus der Sicht der empirischen Wirtschaftsforschung, GRUR Int. 1982, 598 - 604; *ders.* (Hrsg.): Patentwesen, technischer Fortschritt und Wettbewerb, 1984; *Pfanner, K.*, Förderung der technischen Entwicklung und gewerblicher Rechtsschutz, GRUR Int. 1983, 362 - 370; *Prahl, K.*, Patentschutz und Wettbewerb, 1969; *Pretnar, B.*, Die ökonomische Auswirkung von Patenten in der wissensbasierten Marktwirtschaft, GRUR Int. 2004, 776 - 786; *Prosi, G.*, Entspricht der Patentschutz noch den Wettbewerbsforderungen? WuW 1980, 641 - 648; *Rott, P.*, Patentrecht und Sozialpolitik unter dem TRIPSÜbereinkommen, 2002; *Säger, M.*, Ethische Aspekte des Patentwesens, GRUR 1991, 267 - 273; *Schulte - Beckhausen, T.*, Das Verhältnis des § 1 UWG zu den gewerblichen Schutzrechten und zum Urheberrecht, 1994, S. 65 - 87; *Söllner, A.*, Zum verfassungsrechtlichen Schutz des geistigen Eigentums, FS Traub, 1994, S. 367 - 374; *Strohm, G.*, Wettbewerbsbeschränkungen in Patentlizenzverträgen, 1971, S. 15 - 54; *Täger, U.*, Zum Patent - und Lizenzverhalten der deutschen Investitionsgüterindustrie, GRUR Int. 1982, 604 - 609; *Ullrich, H.*, Wissenschaftlich - technische Kreativität zwischen privatem Eigentum, freiem Wettbewerb und staatlicher Steuerung, in: Harabi (Hrsg.), Kreativität - Wirtschaft - Recht, 1996, S. 203 - 273; *Untenburg, G.*, Die Bedeutung der Patente in der industriellen Entwicklung, 1970; *Weidlich, A./Spengler, A.*, Patentschutz in der Wettbewerbswirtschaft, 1967; *Wiebe, A.*, Information als Schutzgegenstand im System des geistigen Eigentums, in: Fiedler/Ullrich (Hrsg.), Information als Wirtschaftsgut, 1997, S. 93, 99 - 110.

I. 利益格局

1. 赋予发明独占权——对此，我们下面简称为专利保护——对那些能够善于利用创新带来经济优势的个体来说，有着直接的好处。这不仅对发明人，而且对授权的利用发明的人也是有利的。在现代社会中，大多数情况中发明人与利用发明的人并不是同一个人。

利用发明的人能够在市场上拥有一个专利或实用新型赋予的、依照发明提供产品或者服务的独占地位，借助这一专有地位，在相应需求下，发明的利用人就获得了更好的效益。假如发明的利用人没有这个独占地位，也就是说，还有竞争者提供给市场同样的产品或者服务，他就不能取得这样高的效益。这

就使得发明的利用人能够认为，利用发明不仅能够偿付为这个创新所付出的特别费用，而且还能获得盈利。^[1]

自己并不利用发明的发明人，可以将申请保护权或保护权转让给其他人或者允许其他人实施其发明并收取报酬，从而依据专利保护从他的成果获得对价。如果是职务发明，当发明人的雇主或者老板要求获得申请保护权或者实施权限的时候，发明人也获得了一种对价。

2. 技术创新利用人的竞争对手最感兴趣的是要能够尽快和免费地同样实施该技术创新。这种兴趣的强度取决于创新的影响范围，特别是，创新在多大程度上对竞争者能提供的产品的需求产生了消极的影响。但如果竞争者自己也有能力用技术创新进入该市场，并且享受到了保护技术创新带来的优势，那么，这种针对专利保护的利益也就获得了一种平衡。

3. 公众所关心的主要是要不断改善对需求的满足以及改善成本与收益之间的关系。从这一角度来看，迅速而不受限制地使用技术创新一般就比授予规定了利用类型和范围的私权更为有利。乍一看，在原则上自由竞争的经济体制中，给予利用创新的完全自由似乎比按照个人的意愿限制利用创新更符合公众的利益。但另外一方面，站在公众的立场上问题随之而来，如果任何人都能够立刻得到创新，并免费随意地利用创新，是否就能够充分不断地创造和获得公众希望的满足需求的创新呢？此外，如果自由竞争所表示的是可以不受限制地免费剥削他人的成果，那么，自由竞争是否能以最佳方式产生其所期待的效果，这也是不确定的。

4. 假如人们不是停留在肤浅的层面观察，就会发现竞争者的利益，特别是公众的利益，并不像发明人和发明的授权使用人支持专利保护那样，明显地与专利保护相对立。这就是说，无论应当优先考虑哪些利益，在任何情况下从公众利益的角度来看，专利保护的优点至少抵销了专利保护的缺陷。

II. 专利权理论

长期以来，赞成专利保护的观点层出不穷。首先是弗里茨·马赫鲁普（Fritz Machlup），^[2]大概他是第一个以批判审视的眼光并运用通俗易懂的方式对此进行阐述的人，在这之后的观点大体可以概括为四种专利权理论。^[3]

[1] 由于发明的利用者因为寡头垄断的特殊关系而无须考虑消减价格，因此他可以借助于专利保护，在任何情况下阻止他的竞争者从他那儿夺走需求，并通过节省创新投入的办法而获得比他能得到的还要高的盈利，参见 Prosi, WuW 1980, 643。

[2] An Economic Review of the Patent System (1958) = Machlup, S. 19ff.

[3] 胡曼采用了另外一种划分的方法，参见 Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Aufl. 1988, S. 50f.; ebenso Hubmann/Götting, § 5 Rdnr. 8.

1. 财产权理论或者自然权利理论认为,任何智力创造天生就是创造它的人的财产。因此,根据自然人权的原则,技术发明应当归属于它的发明人。没有得到发明人的许可就利用他的发明,就是“智力的偷盗者”。发明人的智力财产原则上应当得到像实物财产那样的承认和保护,因此,从实质上来看,具有独占权的专利就是这种合适的保护形式。

2. 根据奖励理论,从公正的角度来看,对公众所做出的任何贡献都应当按照贡献效用给予奖励:被称为“国家的教师”^[4]发明人,做出了智力成果并将其公之于众,从而增加了公众可以得到的技术知识,理应获得国民生产总值的合理部分。最好的办法是这样来确保发明者得合理部分:让他在一定的时间内独占地保留在经济上利用发明的权利。

3. 激励理论主要考虑的是通过技术创新满足公众不断提高的需求,简单来说,就是促进技术进步。激励理论认为,只有在有可能获得所期待的收益的情况下,才会产生和利用发明。如果发明很快就会被竞争对手所采用,那么他获取收益的前景就变得非常不确定了。专利保护在一定的时间段内就能阻止这种情况的发生,从而巩固他获取收益的期望,提高了他为发明和利用新技术方案进行努力和投资的积极性。由此可见,授予个体专利保护,就是一种为了公共利益促进技术进步特别简单合理和有效的手段。

4. 公开理论所强调的是,只有当发明者将他的新的技术知识公之于众的时候,才授予其专利保护。因此,虽然大多数的这些知识并不能长期保密,但专利保护在许多情况下还是极大地提前了公众获得这些知识的时间,否则的话,人们要得到这些知识,可能还要长期等待。提前公开也使得发明人的知识能够较早地促进技术的进一步发展,虽然只有当专利到期之后,人们才可以自由地利用这些技术,但提前公开也是对技术发展有利的。从这一观点来看,给予发明的独占权似乎是公众为发明人放弃保密所给予的一种回报。因此,人们又常常将这种理论称为契约理论。

5. 这些不同的专利权理论并不是相互排斥的,而是相互关联相互补充的。前两种理论旨在说明专利保护是公正的要求,发明人个体的利益是应当得到保护的;而后两种学说则说明了专利保护对于公众的效用。至于这些理论最终是否有说服力,只有在备受争议的专利保护中来判定。

III. 发明人对于其成果的经济价值请求权

1. 经常用于反对智力财产权理论的观点是,对于无形客体不可能存在像

[4] Vgl. Weidlich/Spengler, S. 27; Beier, GRUR Int. 1970, 2.

对于实物那样的财产权。^[5]但这并不是事情的本质，无形物上的独占权在某些方面肯定不同于实物财产权；但就排他性效力而言，无形物的独占权是可以与实物所有权相比较的；^[6]而对独占权的时间上的限制，就充分地表明了其客体的性质。对于财产权理论来说，关键的问题是，通过发明行为本身是否就能将发明像财产权那样划归于其发明者。从实证法的角度来看，这种划归是没有根据的；否则的话，财产权理论（它正好是支持这样的划归规则的）就是一种循环论证。用被接受的前或者超实证的规范进行的推导，无法消除人们对这种推导的可认识性和约束性的怀疑。^[7]现行的法律几乎完全接受了专利保护制度：专利保护依赖于公法上的行为，通过排他效力剥夺了平行发明人对其发明的“所有权”。尽管如此，还不能由此说这是一种普遍的法律确信，认为发明人通过发明行为就已经拥有了排除他人实施发明的权限。^[8]

总的来说，财产权理论的意义主要是一种宣传性的作用。自法国大革命以后，^[9]财产权理论对于推出一种对发明人和作者的现代保护做出了贡献^[10]（参见 § 4 10）。我们只能这样来理解财产权理论的内容：它承认了发明人，^[11]而且认为，如果授予了发明人独占权，那么这种独占权本来就是属于发明人的，而不能理解为必须要有一种授予发明人才拥有独占权。

2. 对改善了满足人们需求的个体发明人成果给予特别的奖励，认为这是公正的，这种观点在今天原则上也是没有争议的。但是，发明正如奖励理论所假定的那样，是否总是可以归属于确定的单个发明人，却是令人怀

[5] *Fechner*, S. 106 ff.; *Götting*, GRUR 2006, 353 ff.; *Nachweise zum Schrifttum des 19. Jahrhunderts bei Dölemeyer/Klippel*, Rdnr. 65.

[6] So schon *Josef Kohler* an den von *Adrian*, *Mitt.* 1995, 329, 330 f. wiedergegebenen Stellen; s. auch *Fechner*, S. 113 f.; *Heinemann*, S. 2 ff.; oben § 2 I.

[7] Diese Bedenken bestehen auch gegen die Annahme eines vorpositiven umfassenden Rechts des Urhebers an seinem Werk, von der BGH 18. 5. 1955, BGHZ 17, 266, 278 ausgeht. – Ausführlich zum Problem *Fechner*, S. 121 ff. s. auch *Geiger*, 37 II C 371, 379 (2006).

[8] A. M. scheinbar *Lafontaine*, S. 40 FN 80, der jedoch die obenstehende Textstelle dahin versteht, daß sie sich gegen die Zuordnung der Erfindung an den Erfinder ausspreche. Das trifft nicht zu, wie auch der folgende Abs. (a. E.) zeigt.

[9] In 18. Jahrhunderts der deutschen Literatur beginnt auch die Abgrenzung des realen Eigentums von dem geistigen Eigentum, s. *Kirchhof*, S. 1640 f.; *Dölemeyer/Klippel*, Rdnr. 18 ff.

[10] *Nachweise bei Dölemeyer/Klippel*, Rdnr. 35 ff.; *Ann*, Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen, GRUR Int. 2004, 597–603; *Pahlow*, in: *Pahlow* (Hrsg.), die zeitliche Dimension des Rechts, 2005, S. 243, 246, 251.

[11] Vgl. *Beier*, GRUR Int. 1970, 2. *Ann* stellt aaO – nicht ohne Kritik – fest, daß in der heutigen Ausgestaltung des Erfindungsschutzes dessen „idealistische Wurzeln“ weitgehend von rein ökonomischem Denken überlagert seien.

疑的：^[12]在现代的情况下，无论如何大多数的发明都是一个超越了自我发展的结果，或者是由无数人在一个有组织的活动领域内合作的结果。现行的专利法是通过两个方面来处理这个难题的：一方面，专利法要求发明要有新颖性和创造性活动，专利法的这种要求不仅不对直至申请日的现有技术给予保护，而且还排除了对显而易见的、常规的改进进行保护；另一方面，专利法只认可那些对于一般专业人员没有期待的创新做出了自己的思想上贡献的人为（共同）发明人。^[13]相应地，在实用新型法中，除了有发明人原则之外，也要求发明有新颖性和基于创造性方法。迄今为止的实践表明，在运用这些规则的时候，不可避免地还有一些界限不清的问题需要解决（参见 § 18, § 19 III）。

虽然给予发明人奖励是合适的，但并不意味着就需要专利法来确保对发明人进行奖励。假如还有其他给予奖励的方式，那么支持或者反对专利保护的决策就转化成了哪种选择是更合适的问题。比如，苏联、民主德国以及其他社会主义国家就曾经认为独占性的专利是社会主义经济体制的怪物，从而在很大程度上排除了将独占性专利授予国内的发明人，而只授予他们作者证书或者发明人证书（在民主德国则是“经济专利”），这种发明证书除了承认其为发明人之外，还给予其报酬请求权。^[14]即使在那些曾广泛允许国内发明人取得独占性专利的社会主义国家，发明人最终大多数也只有作为雇员的报酬请求权。^[15]甚至在现行德国法律中，如果所涉及的是职务发明，雇主或老板对该发明拥有不受限制的请求权，其结果在很大程度上也是与社会主义国家类似的。^[16]因此，尽管现在职务发明占有很大的比例，也只有相对较少的发明人成为独占性专利的权利人。

应当如何确定给发明人奖励的合适数额，也是作出支持或者反对专利保护决策时需要考虑的问题。^[17]如果对发明人奖励的数额是由国家来确定和分配的，那么国家将会依照其政治目标所评判的社会利益来确定，而并不依据专利保护。而对于那些不能或者不应该有这种权威测算的地方，按照发明带给单个

[12] Vgl. Bernhardt, Patentschutz, S. 9 f.; Kaufert, S. 158 f.

[13] 这种划归的客体只是新颖且不显而易见的可专利化的发明，因此，就不能像有的学者提出的那样，因为做出发明的人依据了不是由其所创建的现有技术，而反对奖励理论，参见 Perlzweig, Die Patentwürdigkeit von Datenverarbeitungsprogrammen, 2003, S. 142.

[14] Vgl. Dietz, Die Patentgesetzgebung der osteuropäischen Länder, GRUR Int. 1976, 139 - 146, 265 - 275; Lebedeva, Der Erfinderschein - seine Rechtsnatur, GRUR Int. 1982, 699 - 706.

[15] Vgl. Dietz (FN 14).

[16] Vgl. Straus, Der Erfinderschein - Eine Würdigung aus der Sicht der Arbeitnehmererfindung, GRUR Int. 1982, 706 - 713.

[17] Vgl. Bußmann, GRUR 1977, 131 f.

利用人的利益来确定奖励的数额似乎是一种合适的办法。如果发明的利用人是独立的市场参与者，那么他的利益最后是与市场有关的，会受到竞争关系的影响；而专利保护则会有助于提高这种利益，提高的部分就相当于需求者对创新价值的评估。通过市场评估的利益就会影响到对发明人奖励数额的高低，无论发明人获得的奖励是其自己运用发明所取得的盈利，还是从其他发明利用人那里取得的报酬，都是如此。相反，如果没有专利保护，那么体现发明价值的特别市场收入就会有根本不可能出现的危险，创新的好处就会无偿地给予最终的消费者，而发明人将一无所获。^[18]虽然人们可以要求发明的利用人承担支付报酬的义务，而他又可以将其作为成本的一部分转嫁给消费者，从而避免上述情况。但是，如果没有专利保护，缺乏与市场相关的谈判报酬的办法，就不会有合适的标准来确定报酬的高低。^[19]

由此可见，总的来说，专利保护并不是对发明人给予公正奖励的唯一可能途径。但是，在市场经济体制中，专利保护却是以最简便以及最有效的方式达到了这个目的，这是因为对专利保护给予的奖励高低体现了发明的市场价值。^[20]但是，在发明的市场价值与其“社会利益”之间——从或多或少已得到认可的价值观来评判——有时也会存在某种程度的失衡。当然，这不是因为专利保护的原因，而是由需求状况所造成的。无论如何，发明人是有理由要求获得报酬的，并不只是因为发明的报酬完全是由其等值的社会利益所保证的，^[21]而是因为如果拒绝让发明人参与分享利用其智力成果所取得的收益是不公正的。

3. 许多像技术性发明一样值得给予奖励的智力成果，并不能获得专利的保护，这常常受到了人们的批评。^[22]在这里，人们所强调的是基础研究的成果得不到专利保护。此外，某些为一定目的行为的有用规则，例如，由于没有运用可控的自然力，因而缺乏技术特性的商业方法，也不能得到专利的保护（参见 § 12 II c）。

专利法不考虑这些领域智力成果的主要原因，是人们努力要将专利所授予的禁止权范围控制在一个可预见的界限之内，这也是由专利的独占效力所决定

[18] Vgl. Hirsch, WuW 1970, 115.

[19] 相反，在现行的体制下对于职务发明的报酬以及《专利法》第 23 条、第 24 条、第 33 条规定的情况，则可以参照在独占权基础上缔结的许可合同来计算。

[20] 18、19 世纪的一些重要的英国理论经济学家就已经提出了这种思想，参见 Brandt, S. 57 ff., hinweist; vgl. auch Kurz, S. 318 f.

[21] 有学者对“奖励理论”有着不同的看法：“发明人因独占性使用专利发明的盈利而获得的奖励，应当与其社会效益有着合适的比例”，参见 Perlzweig (FN 13) S. 143 f.

[22] Dazu aus verfassungsrechtlicher Sicht eingehend Fechner, S. 373 ff.

的。但是人们仍然要问的是，是否可以用一个不是独占权的奖励体制，平等对待所有丰富了可直接或间接转化成人行为的的知识成果。这又提出了由谁来支付报酬以及如何测算报酬这样的问题。如果没有权威的机构来确定和分配报酬，^[23]那么就只有将报酬的支付和测算与单个的利用过程进行挂钩。但是，实际上除了直接涉及应用的知识，只有那些在自然科学领域也能获得专利保护的，至少是“接近应用”的知识，才可能与利用过程挂钩。^[24]而对于基础知识，要确定其几乎是以间接方式取得的经济利益的界限，是没有办法的。因此，对于基础研究的成果，即使给予了其专利保护，但要提出具体的与利用相关的报酬请求权，几乎也是不可能的。此外，也必须通过与基础研究结果收益无关的途径对基础研究对技术和经济进步做出的贡献给予嘉奖，从而促进科学研究。促进科学研究并不完全是国家的任务，以各种各样方式从基础研究中获利的经济界也有加强支持基础研究的义务，而且应当是以一种与研究的结果无关的方式支持，而不是为了获得比自己开发更为便宜的成熟适用成果，只是支持委托研究。

由此可见，是否寻求一个与应用利益有关的但没有独占权的报酬体制，实际上只对非技术性的行为指令有意义。要回答这个问题，首先要回答的是，专利保护能否朝着对合法利益给予充分奖励的方向扩张的问题（关于这一点参见 § 12 IV b 2）。即使人们否定了这个问题，那么取代专利保护的可能也不会是包含了技术性发明与非技术性行为指令的报酬体制，而最多就是一个对专利保护进行补充的、限制在非技术性行为指令方面的报酬体制。不过这种体制的可操作性和效用还是令人怀疑的。

4. 在谈到专利保护的公正性的时候，人们必然要问，专利保护是否也是宪法所保障的。^[25]《基本法》第 14 条对财产权的保障可以说就是专利保护的宪法基础，宪法所保障的不仅有制度上的财产权，而且还包括存在的具有财产价值的权利。

宪法保障个人的权利，由此人们可以推出，发明人由发明所获得的具有财产价值的地位，是不能违背发明人的意志不予补偿就予以剥夺的。但是，假如没有专利保护，如果发明人能够在经济上利用发明，而又可以不将发明实际上

[23] 苏联及其他社会主义国家对科学发现的承认、登记和奖赏，就是一个例子，参见 *Beier/Straus*, *Der Schutz wissenschaftlicher Forschungsergebnisse*, 1982, S. 37 ff. 1978 年 3 月 3 日通过的《科学发现国际登记日内瓦条约》，至今仍未生效，该条约不保护发明或者对发明给予奖励，参见 *Beier/Straus*, aaO, S. 57 f., und den Vertragstext, dort S. 87 ff.

[24] Vgl. *Beier/Straus* (FN 21), S. 54 ff.; *Beier*, *Angewandte Chemie* 94 (1982), 116.

[25] Dazu die Arbeiten von *Maunz*, *Badura*, *Kirchhof*, *Söllner* und *Fechner*.

泄露给公众，发明人才会有具有财产价值的特殊地位。因此，如果没有专利保护，宪法上所不允许的，也只是强迫发明人无偿地将发明转让给其他无法获得该发明的人。发明人还需要的保护有，禁止其他人利用或者扩散从发明人那儿获悉的没有公开的发明的知识。不过，对秘密的保护就能满足这些要求，并不需要专利保护。因此，准确地说，如果依据财产权的制度保障，由发明人成果所产生的经济收益在发明成果公开之后也属于发明人，这样才可以说专利保护是宪法所要求的。

对于著作权，虽然联邦宪法法院在许多判决^[26]中认可，立法者有权在一个较宽广的范围内安排这种财产权上的权限，但同时也强调，这种安排并不是随意的：为了维护财产权保障的基本内容，宪法法院要求，创作性成果中具有财产价值的结果原则上归属于作者，作者可以自由地处分这种结果，并自己承担责任。^[27]但是，宪法法院并不要求所有使用作品的形式都要受作者禁止权的制约，至少在一些边缘领域，宪法法院允许将作者的权限限制在报酬请求权之内。如果还要排除作者的这一权限，就必须要有重大公共利益的理由。^[28]

在对发明人的保护方面，联邦宪法法院^[29]最开始只是确定了一条规则。根据这一规则，任何专利的申请都要在18个月之后——并不是在专利局确认申请可被授予专利之后——公开。联邦宪法法院肯定了在该规则生效之前递交的申请也要受该规则的约束，认为这是符合宪法的。其理由主要是要给发明人撤回申请从而避免公开的机会，不过首要的理由还是《专利法》规定了如果在申请公开之后其他人实施该发明，那么发明的申请人就有权要求给予补偿。^[30]对此，联邦宪法法院的一般态度是，发明人的“技术性著作权”（在授予专利之前就已经）可以看作《基本法》第14条意义上的财产。^[31]联邦宪法法院的一个新的判决进一步确证了这一态度。^[32]

因此，如果第三人利用了发明人的成果，就必须认为发明人原则上拥有的获得公正补偿的请求权是宪法所赋予的。^[33]至于发明人是否还拥有对于发明的

[26] Vom 7. und 8. 7. 1971 E 31, 229 ff.; ferner vom 25. 10. 1978 E 49, 382; dazu Melichar, in: Schrickler (Hrsg.), Urheberrecht, 3. Aufl. 2006, vor § § 44a ff. UrhG Rdnr. 7 ff.

[27] BVerfG 7. 7. 1971 (FN 26) 241.

[28] BVerfG 25. 10. 1978 (FN 26) 400, 403.

[29] Entscheidung vom 15. 1. 1974 E 36, 281.

[30] BVerfG 15. 1. 1974 (FN 29) 295.

[31] BVerfG 15. 1. 1974 (FN 29) 290 f.

[32] BVerfG 24. 4. 1998 Mitt. 1999, 61; das Recht ist hier (aaO 62 r.) bezeichnet als „das allgemeine Erfinderrecht an der fertigen und verlautbarten Erfindung“.

[33] BVerfG 15. 1. 1974 (FN 29) 290.

独占权，这倒是一个不好明确回答的问题。由于宪法上的财产概念的外延要宽于民法中的财产，因此，宪法中的财产保障并不必须要求也要有禁止权限。但是，联邦宪法法院的判决表明，根据《基本法》的规定，著作权的实质必须是独占权，而发明人权就不一定同样是独占权。著作权是不能转让的（《著作权法》第 29 条），而且即使授予了其他人使用权，著作权也还是保留在作者那儿。但职务发明的雇主却能够——除了承认发明人身份的权利之外——不顾发明人意志取代发明人的地位，而只留给发明人一种报酬请求权。由于作品与发明之间存在前面所说的区别（参见 § 2 III b aa），因此，从宪法的角度来看，著作权与发明人权的这种区别是有道理的。由于有这种区别，为了维护发明人的合法利益而将发明人与其智力成果之间捆绑得像作者与其作品之间那样紧密，是没有必要的。如果有充分合理的理由，又给予发明人补偿，那么相对于雇主的合法经济利益，发明人权的约束就可以退居次要的位置。联邦宪法法院认为，从宪法上来看，将发明的经济价值归属于发明人，是由发明人对于雇主的补偿请求权担保的。^[34]

因为专利保护是由宪法所要求的，因此，只需要说明的理由是，为了确保能对发明给予合理的奖励，赋予发明人独占权是必要的。而有关在市场经济体制中赋予发明人独占权是必要的论述（参见第 2 点），就可以支持专利保护原则上是由《基本法》第 14 条保障的观点。

如果立法者——无论其是否承担了宪法上的义务——要给予专利保护，那么立法者在专利保护的制度安排方面必须注意到宪法对财产的保护：^[35]专利权作为宪法意义上的财产，其基本特征是：正如联邦宪法法院最近所指出的，将创造性成果具有财产价值的结果以私权规范的方式原则上划归于专利权人，并且专利权人可以自负其责地对其自由处分。这就是基本法对专利权保护的核心。只要保留了这个核心，立法者还是有立法空间的。依据上面提到的联邦宪法法院的判决，专利权人不能禁止他人为了科学实验的目的进行涉及发明客体的行为的规定（《专利法》第 11 条第 2 项）以及联邦最高法院对此的解释，都是与《基本法》第 14 条相一致的。同样，赋予第一个申请人的排他效力以及对专利保护的时间上的限制，这些都是为了公共利益，也是符合宪法的。

IV. 专利保护与技术进步

1. 尽管现在还是有人认为技术进步完全是不值得的，但与过去一样，当几乎所有人——包括大多数的技术进步批评者——获得了被认为是当然的生活

[34] BVerfG 24. 4. 1998 (FN 32) 63 r.

[35] Entscheidung vom 10. 5. 2000 Klinische Versuche GRUR 2001, 43, 44 l.

条件,并且这些生活条件还随着变化的价值观念得到了改善的时候,绝大多数的人还是坚信,技术进步尤其对于人口稠密、资源有限的国家是必不可少的。^[36]此外,要排除由某些常用技术设备和过程所引起的危险,而又要不影响这些物品的供给的话,也只有通过新技术才能实现。因此,就公众的利益而言,技术进步是必不可少的。如果专利保护促进了技术进步,专利保护就是有利于公众利益的。尽管从经济学的观点来看,新的理论和经验研究在原则上完全肯定了专利保护促进技术进步的作用,但对于某些情况也许还需作进一步的解释。^[37]

2. 从经济学的角度来看,技术进步是取得新的或者新式的生产方法、创造新产品或提高产品质量^[38]的过程,它包含三个主要阶段:产生或者发明、发展或者创新以及传播或者扩散。^[39]经常被人们用到的概念“研究和发展”所包含的主要是前两个阶段。^[40]至于专利保护在这三个阶段的每一阶段是如何起作用的,从而又是怎样在总体上对技术进步产生影响的,这不仅需要看专利保护提供信息的作用,而且还要考虑专利保护的保护效果。

3. 有各种各样的理由怀疑专利制度是否对于提供技术信息做出了有价值的贡献。^[41]这是因为人们认为,大多数发明本来就不可能长时间保密,而要能够保密的发明又不会去申请专利保护。此外,申请书和专利说明书的陈述常常不足以达到成功实施发明的程度,它们是以很强的专利保护的为目的而撰写的,对于一般的专业人员来说是很难理解的。

即使没有专利制度,肯定也会有大量技术创新迟早会被公众知悉和利用。尽管如此,还是应该承认专利制度大大地扩大和加速了技术信息的发展。由于专利制度有新颖性的要求,并且在先的申请者优先,这就会促使产生很强的尽

[36] Vgl. die Beiträge von Zypries, v. Pierer und Schröder in Bl. f. PMZ 2004, 417 - 422.

[37] Vgl. Oppenländer, GRUR Int. 1982, 604.

[38] Näheres bei Harabi, S. 66 ff.

[39] Vgl. Oppenländer, in: Hundert Jahre Patentamt, S. 6, 22, 33; Strohm, S. 21 ff. Strohm, S. 21 ff. - Verschiedentlich finden sich andere, differenziertere Aufgliederungen, vgl. Ifo - Institut, S. 5 f.; 类似的划分参见 Beier, Angewandte Chemie 94 (1982), 112; 还有 Käufer, S. 44 f.; Dahmann, S. 128 ff. - Abweichend Hilty, Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter (Bericht in GRUR Int. 2004, 607 - 609); Er unterscheidet zwischen (1.) Innovation als Suche nach Neuem, (2.) Anwendung als Nutzbarmachung des Neuen und (3.) Produktion als Vermarktung des Neuen. Immaterialgüterrechte seien nur in der ersten Phase zweifelsfrei und in der zweiten nur unter der - oft nicht gegebenen - Voraussetzung von Substitutionswettbewerb gerechtfertigt. In der dritten Phase könne es nur um einen Investitionsschutz durch Sonderschutzrechte gehen. Kritisch zu dieser Aufgliederung Ahrens, GRUR Int. 2004, 610 r./611 l. Vgl. auch unten VI 5.

[40] 否则的话,创新就很难再说是发展;对此,有不同的观点认为整个研究和发展包含了从应用开发结束直至投资阶段,参见 Ifo - Institut, S. 5。合适的划分是,创新阶段应当包括开发新的知识直至成熟应用的过程。

[41] Ausführlich Janson, S. 193 ff.

早申请的动机。因此，在许多情况下，技术发明就很可能比在没有专利制度的情况下提前公开。此外，还有许多可能长期处于保密状态的发明，也会相对较快地为公众所知悉。另外对于职务发明而言，由于可以无限制地要求发明人承担定期申报义务，这样就可以阻止将技术保密的倾向。Ifo 经济研究所在企业中所做的广泛调研证实了这样的推测：如果没有专利保护，大量的发明就会秘而不宣。^[42]

如果在申请中没有充分公开发明，那么就违反了《专利法》《实用新型法》或《欧洲专利公约》的明确规定，从而就构成了专利撤销、无效、注销实用新型的理由。专利局会严格地执行这些规定。但是对于说明书的内容和范围的要求也不能过分，在此并不要求说明书详细描述生产的过程，说明书的实质是要清楚和完整地告知新发明的知识（参见 § 24 V）。

由此可见，专利制度开辟的不仅是关于单个技术方案，而且更是关于技术发展趋势的一个重要技术信息来源。^[43]不过迄今为止的经验表明，实际运用专利制度信息来源的效果还不令人满意。^[44]为此，近年来，德国专利商标局以及有关方面正在努力改善和尽可能地让公众了解专利信息（参见 § 9 I a 2）。

专利信息所起的作用对于促进技术进步主要表现在发明阶段。在获悉他人的发明之后，可以激发进一步开发或者寻找其他解决办法的努力和投入，还可以节省对已解决问题的无益投入。在技术进步的扩散阶段，由于没有了专利保护，专利信息就会有利于对专利的自由模仿。

4. 专利制度的保护作用与它的信息作用一道可以对技术进步的发明阶段产生这样的影响：由于有了他人的申请或者保护权，这就会激发出发明自己的而又不侵犯他人（已申请的）保护权的技术创新的努力。对受保护的创新进行相关改进是值得的，它可以用作向权利人寻求许可合同的基础。至于偶尔出现的风险，即为了“规避”受保护的创新，但又没有取得最好的技术方案，从而浪费了为此所投入的资金，对最终没有取得成功的研究从总体来看，这种因不成功的浪费风险几乎是微不足道的。

[42] 平均的比例是 26%，对于产品发明是 15% ~ 19%，对于方法发明是 40% ~ 55%；参见 Ifo - Institut, S. 34；positive Bewertung des Informationseffekts auch bei Pretnar, GRUR Int. 2004, 778, 781.

[43] Dazu Greif/Potkowik, Patente und Wirtschaftszweige, 1990.

[44] Vgl. Oppenländer, GRUR Int. 1982, 600；Grefermann, in: Hundert Jahre Patentamt, S. 44 ff.；Häußer, Die Existenzbedingungen technisch - naturwissenschaftlicher Information in der Bundesrepublik Deutschland, Mitt. 1983, 41 - 48；Merkle, Patentinformationen als Frühindikatoren technologischer Entwicklungen, DB 1984, 2101 - 2107；Scheffler, Monopolwirkung und Informationsfunktion von Patenten aus heutiger Sicht, GRUR 1989, 798 - 802；Zitscher, Zur Erweiterung der Informationsfunktion des Patentsystems, GRUR 1997, 261 - 269.

5. 评价专利制度特别重要的问题是，在多大程度上专利制度的保护作用在发明和创新阶段激发了假如没有专利制度就不会出现的创造性的努力与投资。

专利保护会带来可能的盈利，这在原则上就鼓励人们探求新的技术创新。不过，专利保护的这种意义是要打折扣的，因为发明人自己内在的科研欲望就提供了足够的创新动机，或者正如现在的大多数情况，发明人在组织好了的科研机构进行研究。因此，仅仅是因为专利制度能够获得奖励而决定进行创造性努力的情况，就整体而言，是很少的。这里还需要注意的是，几乎90%的发明是职务发明，^[45]而对于职务发明，发明人仅仅享有报酬请求权。

保护作用对于投资型企业具有重要意义。进行发明，尤其是在创新阶段，是需要非常高的投入的。^[46]专利保护增强了人们收回投资和获取盈利的期望，因此，这就提高了人们进行这样投资的积极性。但也有人认为，企业是为了提高其竞争能力才被迫不断对技术创新进行投资的。此外，进行创新的企业——由于其拥有特别的、竞争者没有得到的而它却知道的经验——也能在市场上获得一个“自然的”时间优势。这是因为，当模仿者将它的生产也转移到生产创新的时候，创新企业常常已经获得了足够的收益。不过，这里的模仿成本并不会很高，大多数情况不会高于为发明所投入的费用。

有观点认为，如果专利保护不能确保对技术创新的结果在一定时间内的独占实施，对技术创新的投资常常就会停止。这一论断肯定是过于夸张了。同样一般也不能认为，专利保护对于激励技术创新的投资完全起不到有价值的作用。专利保护对于投资动机的重要程度，更多的是取决于创新的类型和市场的状况。^[47]这里起决定作用的是投资人的判断，而不是经济学家事后的评判。即使经济学家相信没有专利保护投资同样也是值得的，但这并不能排除专利保护的激励作用，因为专利保护减少了投资人期望收益的不确定性。^[48]最后，认为很有必要参与竞争的人，就会充分考虑对（符合专利保护条件的）创新进行投资，这样就不必去容忍竞争对手模仿其创新而分享他的投资。^[49]

现在的经济研究认为下面的情况至少是非常可能的：对于许多发明来说，

[45] Vgl. Ifo - Institut, S. 51.

[46] Angaben dazu bei Weidlich/Spengler, S. 13 ff. 根据研究者的调研，将一个发明转化成创新，一般来说需要比取得发明多10~20倍的费用，参见Kaufer, S. 114。

[47] S. Harabi, S. 86 - 95; Hilken, S. 114, 117 f.; zur Sicht der Großindustrie v. Pierer, GRUR 1999, 818 f. und Mitt. 1999, 422 ff. 有学者指出，专利保护对于企业的投资决策只有很小的意义，因为取得和维持专利保护都存在不确定性，参见Huch, GRUR Int. 1991, 345, 346。

[48] Kirchner, in: Ott/Schäfer, S. 167, 171 f.

[49] Vgl. Pretnar, GRUR Int. 2004, 780, 784.

如果没有专利保护,所谓的“尚未反应的时间”,即从发明投放市场到模仿产品进入市场之间的时间,还不足以补偿为做出发明的投入。^[50] Ifo 经济研究所的调研表明,企业的知识产权保护主要是作为阻止仿造的手段,这种作用是很重要的。^[51] 调研还显示,如果没有专利保护,企业中的许多发明就不会产生,而且企业的规模越大,这个比例就越高。^[52]

从经济学的角度来看,专利保护激励作用的负面影响会带来这样的风险:大量的市场参与者都会对同样的创新进行投资,如果竞争者中某个人获得了专利保护,那么对其他因此而不允许利用该创新的人来说,这种投资就会是一种资源浪费。^[53] 但是,需要说明的是,实际上这种“浪费”在科学和发展的竞争中又是不可避免的。^[54] 即使在德国和欧洲的专利制度中,尽管有首次申请人原则^[55]、对申请的提前公开以及赋予在先的实施人继续实施权(《专利法》第12条)等措施,也不能避免而只能是限制这种浪费。

由于专利保护制度构建方面的限制,从实践的角度来看,专利保护就不可能在任何情况下都确保有准确必需的“尚未反应的时间”。^[56] 因此,必须而且也允许确立一个较大的专利保护尺度,从而也给予那些投资巨大、特殊的以及高风险的创新以盈利的机会。^[57] 因此,在有的时候给予比必要的时间更长的专利保护,甚至对似乎并不需要专利保护激励的发明,也给予专利保护,是可以接受的。^[58]

[50] *Prahl*, S. 112 ff.; *Kaufner*, S. 217; *Prosi*, WuW 1980, 642 ff., 647; *Kirchner*, GRUR Int. 2004, 604; vgl. auch *Bernhardt*, Patentschutz, S. 12 f., 19 f.

[51] *Greipl/Täger*, S. 53 ff.; 这个结论同样适用于中型企业,参见 *Scheffler*, Mitt. 1989, 126 ff.; *Koblum/Scheffler*, GRUR 1988, 360 ff.

[52] 平均比例是21%,参见 Ifo-Institut, S. 113; weitere Nachweise bei *Brandt*, S. 151 ff. vgl. auch *Kirchner*, in: *Ott/Schäfer*, S. 171 ff., 176 f.

[53] Vgl. *Janson*, S. 34 ff.; *Dam*, S. 304 ff.

[54] *Dam*, S. 308.

[55] *S. Dam*, S. 309.

[56] *Hilken*, S. 120 ff.; *Pretnar*, GRUR Int. 2004, 782; *Janson*, S. 40 ff.; kritisch zu Vorschlägen, die in diese Richtung gehen, *Brandt*, S. 66 ff.

[57] Vgl. *Kaufner*, S. 167 ff., 173.

[58] 达曼 (*Dahmann*) 对于剃须刀产业的调研得到了这样一个结论:专利保护并没有促进剃须刀产业的技术进步。但是,并没有证据表明,专利保护对于整个经济的发展是不必要和没有用的。皮尔茨威格 (*Perlzweig*) (原书本节脚注13)认为,如果专利保护对技术进步是有积极作用的(他在第191页及以下几页、第197页又对此提出怀疑),并因此而被认为原则上是有合理性的,那么由于计算机软件的创新过程具有与技术进步不同的特殊性,专利保护对于计算机软件就是不合适的,参见 *Perlzweig*, S. 202 ff., 214 ff., 218, 246 ff., 254。与达曼不同的是,皮尔茨威格不是依据经验数据,而是在预测的基础上阐述这种观点的,至于他所担心的负面影响,即是否可以通过严格控制授予专利的前提条件而得以避免,他没有作进一步的研究。

如果只给予报酬，而不授予独占权，在大多数的情况中做不到对投资的必要激励。如果是这样的话，投资者能期待的报酬只能是投入的成本，而且它的数额还不是由投资者确定的，因此，在许多情况下很可能是远远不够的。^[59]这样一来，企业常常就宁愿等待其他人的发明，当觉得这些发明是成功的和有价值的时候，他们才愿意以支付报酬的方式实施发明。

6. 表面上看，专利保护对于新技术知识的传播更多的是阻碍作用。但是，在大多数情况中，专利权利人自己感兴趣的是尽可能地利用社会需求来应用发明。而专利保护就有助于建立许可关系，因为专利保护使得保密成为多余，专利保护使得发明变成了完整意义上的可流通的财产。^[60]因此，专利保护为技术转让奠定了重要基础，专利保护的这种作用在国际经济流通中具有特别重要的意义。

专利保护的这种意义从下面的事实也可以看出：即使社会主义国家也授予外国的申请独占专利，而对其国内的申请原则上只给予报酬请求权。^[61]大部分发展中国家也都支持专利保护，尽管专利保护的发明大多数来源于工业化国家。但发展中国家为了他们自己的经济利益，也在努力争取对专利保护采取广泛的干预措施，特别是强制许可制度。有关这方面的谈判，在1980年开始的关于修改《巴黎公约》的会议上就一直在进行，但却没有任何结果。^[62]相反，在《关税及贸易总协定》（GATT）的框架内却产生了《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPS）（参见§7 I g）。TRIPS——对发展中国家规定了过渡期——要求世界贸易组织（WTO）成员承担义务，满足保护技术发明的适用范围与效力的最低要求，并且规定了授予强制许可的限制条件。^[63]

7. 专利制度是国家促进研究和发展的间接手段，除此之外，国家的直接促进措施也在增加。^[64]但专利保护的重要性并没有因此而受到太多的影响。如果这些措施是针对基础研究的，就像前面所提到的，那么它就是对专利制度的

[59] Vgl. Bußmann, GRUR 1977, 131 f.; Bernhardt, Patentschutz, S. 22.

[60] Vgl. Hirsch, WuW 1970, 111.

[61] S. Lippott, J., Die Strukturreform der Rechte an technischen Erfindungen beim Übergang zur Marktwirtschaft, 1998, S. 56 ff.

[62] S. die Voraufgabe, S. 34 m. Nachw.

[63] Zur Bedeutung der patentrechtlichen Bestimmungen des TRIPS - Ü für die und ihrer Bewertung aus der Sicht der Entwicklungsländer Pacón, Patentrecht und Entwicklungsländer, FS Kollé/Stauder, 2005, S. 77-94; Imam, How Does Patent Protection Help Developing Countries?, 37 II C 245-259 (2006); Klunker, Der Einfluss des WTO TRIPS - Übereinkommens auf die wirtschaftliche Entwicklung asiatischer Länder - das fünfte IP Forum in Shanghai, 26. bis 27. Oktober 2007, GRUR Int. 2008, 209-217; vgl. auch Beattie, 38 II C 6 ff. (2007).

[64] Dazu Hoffmann, ZHR 146 (1982), 377 ff. und Ullrich, ZHR 146 (1982), 410 ff.

必要补充（参见本节Ⅲ 3）。当这些措施促进了新的应用性知识的产生，并对这些知识进行保护，就会有助于企业将这些知识转化成扩大应用范围的有市场竞争力的产品。而如果公众都可以自由地利用这些知识，也许就没有人愿意花钱将这些知识转化为产品了。^[65]由此可见，从专利保护的角度来看，专利保护又是对国家直接促进措施的补充。

V. 专利保护与竞争

1. 专利赋予了其权利人在市场上阻止其他人提供依其发明生产的产品^[66]的权利，所以常常被称为垄断。^[67]但真实的情况却并非如此，就像任何其他绝对权一样，专利所授予的只是一个受法律保护的独占地位，因此，还不能视为经济学意义上的垄断。是否存在垄断，则要看市场的状况。一般来说，在相关市场上并不只有依发明所生产的产品，事实上，这种产品会面临一种替代竞争：在大多数情况中会有其他同类产品与其竞争；即使保护权所保护的是一种全新的产品，这种产品也要面对能满足同样需求的产品的竞争。由此可见，权利人最有可能获得垄断的情况是，受保护的产品第一次就满足了——现有的或者新激发的——需求，或者这种产品几乎完全吸引了由此而产生的需求。相应的前提条件是，在保护的范同之外，其他人没有开发并提供其自己的创新。因此，唯有保护权所涉及的是一个基础性的技术创新，一个全新的解决问题的原则（先导型专利），^[68]保护权才产生实际上的垄断作用。但在这些情况中，如果这些新的解决问题的原则还没有向公众公开，常常是么错过了申请保护的时间，么是将这些原则转化成具有市场竞争力的产品还需要很长的时间，其结果是当产品得以进入市场的时候，保护的期限么已经过了，么快要过了。

主要由经济学新自由主义学派所主张的观点，即具有垄断性的专利与自由竞争的原则是不一致的，^[69]所涉及的是一个法学和经济学的交叉领域。新的经

[65] Vgl. *Beier*, GRUR Int. 1979, 234 ff. 和 1982, 77 ff. mit weiteren Nachweisen.

[66] 这里相应地也适用于并不生产产品，而是运用方法的发明所产生的成果。下面对于这种情况不再特别强调。

[67] Vgl. *Fikentscher/Theiss*, Josef Kohler und das Monopol: Ein Schlüssel zu TRIPS vs. WIPO?, in: *Andrin/Nordemann/Wandtke* (Hrsg.), Josef Kohler und der Schutz des geistigen Eigentums in Europa, 1996, S. 66 ff. Zum Streit um den Monopolcharakter des Patents im 19. Jh. *Pahlow* (FN 10) S. 245 ff.

[68] Vgl. *Bernhardt*, Patentschutz, S. 27; 达曼还区分了“原始发明”和“基础发明”，而对于基础发明他又分了更多的层次，参见 *Dahmann*, S. 99, 以及 *Welte*, Der Schutz von Pioniererfindungen, 1991.

[69] Nachweise bei *Bernhardt*, Patentschutz, S. 1 f.

济学文献已经认可专利并不是垄断。^[70]在特殊情况中可能产生的垄断影响，也可以用专利法和实用新型法以及卡特法的手段进行规制（参见第4点）。

2. 专利保护禁止竞争对手实施发明，由此也就缩小了竞争的空间，这就使得专利保护遭受到了来自竞争政策方面的激烈批评。但新的经济学研究却抛弃了这一静态的竞争模型，正是主要基于这个静态模型才导致了这些激烈的批评。取代这一静态模型的是一个包含功能性竞争的动态模型，这个模型认为，并不是竞争，而是实现竞争所期待的功能才是目的本身。^[71]在这个模型中，专利保护显示出促进竞争的作用：虽然在应用发明的层面上它限制了竞争，但它却由此——以前面所描述的方式（参见本节IV 5）——在研究和发展的层面上激活了竞争。^[72]由此可见，相较于不受限制地自由模仿的环境，专利保护更好地实现了竞争的功能。^[73]由此可见，专利保护不仅与自由竞争的原则是一致的，而且还是自由竞争所期望的：“如果不能要求对享用某种成果支付对价，那么竞争就不会导致这些成果的产生”。^[74]

3. 尽管从竞争的原则来看，专利保护得到了正面的评价，但许多经济学和卡特法的研究还是认为专利保护存在偏离自由竞争的风险：授予给企业的专利，可能并不是为了保护其自己的发明，而只是为了阻止别人应用发明（阻止型专利）。单个企业，特别是大型企业有可能通过获取大量专利（专利群）的办法，试图完全控制某个领域的技术，从而使得其他人想要用新的创新在该领域站住脚，从一开始就显得希望渺茫。用不具备保护条件的创新申请专利，也可能获得形式上的权利地位，它会被滥用来恐吓竞争对手。如果企业间用技术保护权建立合同关系，还会产生其他的风险：许可合同的当事人之间可能会受到某些限制，结果使得他们的活动空间比没有许可合同的时候变得更狭小了。^[75]企业之间，尤其是专利联盟（专利联盟）之间的许可关系可能会导致类似卡特尔的影响或者形成卡特尔协议。最后，无论如何，专利制度有利于

[70] *Prahl*, S. 76 f., 94; *Kaufer*, Patente, S. 110, 220; *Prosi*, WuW 1980, 644 f.; *Dam*, in: Ott/Schäfer, S. 286 ff., mit Kommentar von Schanze, aaO S. 322, 326; *Pretnar*, GRUR Int. 2004, 776 ff.; *Riziotis*, GRUR Int. 2004, 367, 369 l., 370 f.; s. auch *Heinemann*, GRUR 2006, 705, 707 l.; *Busche*, FS Tilmann, 2003, S. 645, 649 mwN; *Lorenz*, WRP 2006, 1008, 1016.

[71] Vgl. *Prahl*, S. 16 ff.; *Kaufer*, Patente, S. 15 ff., 111; *Godt*, S. 525 ff.; *Kirchner*, GRUR Int. 2004, 605; *Heinemann*, S. 14 ff. mwN.

[72] *Kirchner*, in: Ott/Schäfer, S. 178, 181; *Dam*, S. 290 f.

[73] *Kaufer*, S. 212 ff., 220; *Oppenländer*, GRUR Int. 1982, 603; vgl. auch *Kraft*, S. 30 ff.

[74] *Hayek*, zitiert bei *Bußmann*, GRUR 1977, 129; 从“法律经济分析”发展起来的财产权理论认为，专利保护是“为了促进竞争而对竞争的限制”，参见 *Lehmann*, GRUR Int. 1983, 356, 360 ff.

[75] Vgl. insbesondere *Buxbaum*, WuW 1966, 193 ff.; *Kaufer*, S. 166.

大企业，会导致形成经济界不希望的集中，由此产生和强化他们的市场地位。

在多大程度上会出现这些令人忧虑的情况，很少有人进行过实证研究。Ifö 经济研究所的调研表明，阻止型专利的比例不到 4%，相对而言是比较低的，^[76]但这并不能排除这部分专利可能会包含某些重要的发明，在实践中应用这些发明对公众利益可能是至关重要的。调研还发现，专利的拥有量是与企业规模成正比的。这说明，相比于中小企业，大企业有更多的资金进行研究和发 展，有自己的专利部，能够强化和充分有效地运用专利保护。尽管如此，也有许多中小企业在运用专利保护制度，^[77]从而起到了阻止专利集中到大企业的作用。^[78]到底在多大程度上拥有大量专利的企业是为了完全占领整个技术领域，这还不清楚，不过，日本企业申请专利的实践就说明了企业是有这种企图的。但是，Ifö 经济研究所的调研表明，总的来说，愿意授予专利许可的企业还是非常多的。研究还表明，选择有一定能力的被许可人授予许可，比不加选择地授予许可更有利于技术的进步。^[79]不过，仍需特别注意的是发生在重要专利中的拒绝许可情况。

对于专利保护导致专利集中的作用程度，存在完全不同的看法。但主要的观点是，相比于导致专利集中的其他原因，特别是研究和发展的巨大资金需求，专利保护对于专利集中所起的只是一个次要的作用。

4. 为了防范出现上面所提到的风险，人们准备了一系列的规制措施。维护自由竞争不受过宽或者不合理的限制，首先是靠专利保护的实质性前提条件的控制。为了避免出现到处都是独占权的情况，发现、科学理论和数学方法就不能成为专利或者实用新型的客体。^[80]专利法规定现有技术或者专业人员可以显而易见得到的技术是排除在授予专利之外的，即使对于实用新型的保护，除了要求新颖性之外至少还要求有“创造性方法”，这些规定就是为了让得技术保护权只是在超出现有技术常规发展结果的创造性成果的范围内限制竞争。^[81]因此，依据发明贡献的大小来划定每个保护权客体和范围的界限，也是为了自由竞争（参见 § 11 III d 和 § 14 III d cc）。^[82]

[76] Vgl. Ifö - Institut, S. 78.

[77] Vgl. Greipl/Täger, S. 46 ff.

[78] Vgl. Prahl, S. 99 f.

[79] Vgl. Oppenländer, GRUR 1977, 368 f.; Grefemann, in: Hundert Jahre Patentamt, S. 57; dazu Greipl/Täger, S. 125 ff.

[80] Vgl. Pretnar, GRUR Int. 2004, 779 I., 781 I.

[81] Vgl. Dam, S. 311 ff.

[82] 有学者提出相反意见，认为只能依照经济的标准来测定应当保护的范 围，参见 Janson, S. 45 ff., 279.

对于不具备保护前提的创新滥用形式上权利地位的规制，首先，是要在所有应当审查实质性前提条件的程序中认真审查这些条件^[83]。其次，如果主张虚假权利进行威胁，将要承担赔偿责任，这也能起到威慑作用。此外，程序法上的一些规定也保护经济上处于弱势的一方，特别是《专利法》第144条和《实用新型法》第26条关于诉讼标的额优惠的规定。

对于阻止专利、阻止实用新型、具有极宽保护范围的保护权、保护权群所形成的阻碍，可以通过强制许可来排除。

此外，特别是下面排除保护或者限制保护效力的规定中，公众利益也是应当考虑的：

为了卫生保健的利益，医疗方法是被排除在保护之外的；根据医生条例，个别配制的药品也是不受保护效力约束的。同样，为了科学研究的利益，某些为试验目的的行为也是不受保护效力制约的。在农业领域，也有对保护权效力的某些限制。

如果保护的发明涉及的是产品，为了不影响商品的流通，那么对于由权利人或者经其同意在欧洲经济区已经投入市场的产品的销售，权利人就没有了控制权。

如果是为了必要的公共福利或者联邦德国国家安全的利益，还可以颁布国家实施命令来突破保护效力的约束。

在专利或者实用新型合同中约定限制竞争的条款，根据卡特尔法的规定（《反限制竞争法》第1~3条，《欧洲共同体条约》第81条），可能是无效的或者被行政机关禁止的。这些规定尤其适用于施加对被许可人的限制、专利联盟和交叉许可。如果企业因为拥有大量的保护权、单个专利的宽广保护范围或者受保护发明的不可或缺性而获得了市场支配地位，那么卡特尔局就会反对企业滥用这种地位（《反限制竞争法》第19条，《欧洲共同体条约》第82条）。专利的大规模集中过程也会受到卡特尔局的监督，卡特尔局将尽可能地阻止市场支配地位的产生和强化（《反限制竞争法》第35条及以下条款，《合并控制条例》）；此外，如果保护权被用作“结晶的核”（即合并的根本目的——译者注），也会受到卡特尔局的制止。^[84]

上面提到的各种措施，如果要追溯其关联性的话，实质上就是在《基本法》第14条第1款第2句意义上规定的发明财产权的内容和界限，并且还考虑到了《基本法》第14条第2款意义上发明的社会公益性。它们在某些细节上可能还需进一步的完善，但毕竟从整体上充分保证了专利保护在实际运用中

[83] 在实用新型保护中也可以做到这样，因为不经过实质审查是不能作出侵权判决的。

[84] Vgl. *Bernhardt*, Patentschutz, S. 32.

仍保留了公共利益为其所设定的目标，也确保了专利保护的副作用不会远远大于它的积极效果。^[85]另一方面需要注意的是，在运用任何规制措施的时候，都不应损害专利保护的积极效果。

从竞争政策上来看，没有独占权的报酬体制是没有任何优点可言的。尤其是它不会对大企业在发展和应用技术创新方面的优势地位产生实质上的影响，无论如何更不能避免集中的趋势。^[86]

5. 20世纪90年代，全世界范围内都没有了对专利保护在竞争政策上的担心，开始加强和扩大保护的趋势。^[87]比如，TRIPS就说明了这一点——除了发展中国家有过渡期之外——WTO成员有义务广泛地接受专利保护的适用和效力范围（第27~30条，第32~34条），并且它并不要求实施强制许可，而只是在严格的前提条件下才允许实施强制许可（第31条）。TRIPS虽然允许成员规制滥用知识产权、限制贸易或者国际技术转让的做法以及规制在发放许可时滥用限制竞争的行为，但这并不是义务（第8条第2款，第40条）。^[88]对生物和信息技术领域的保护，要求对TRIPS中有关专利保护适用范围的规定进行扩大解释。这样一来，传统上将基础知识和非技术性行为指令排除在专利保护之外的规定，就可能会有问题了（参见§12 III，§14 III）。

VI. 结论

1. 宪法要求应当对发明人给予公正的奖励，在市场经济中专利保护就是一种最适合于奖励发明人并同时还促进技术进步的途径。专利保护与竞争原则所促进的广泛目标也是一致的。专利保护在竞争政策方面的副作用可以通过专利法、实用新型法和卡特尔法的规定进行规制，而只给予报酬没有独占权的制

[85] 但是，有学者认为“目前的理论”忽视了公共政策以及宪法所规定的内容，也未能考虑“冲突目标之间的平衡，而进行这种权衡是立法者应当承担的义务，也是法律解释机构在解释简单法律规定时必须注意的”。由于并没有确定这种界限的方案，因此，尽管一般私法理论已经开启了对于这种紧张关系和价值决策的新思考，给予了这些矛盾的利益之间制度上的空间，但专利法理论却对这种新的理论发展视而不见。参见 *Godt*, S. 524 f., 538, 551, 557. 毫无疑问，传统的“专利法理论”（参见本节 II），可能就是这里指的“目前的理论”，是没有完整的、广泛的理论设计。但是，这些理论也并没有这样的要求，而只是列出对专利保护有利的理由。至于反对的理由，也是最终导致这些支持专利保护的理论产生的理由，在这里被认为是众所周知的。利益集团偶尔主张这种支持专利保护的理论，以支持其尽可能扩大保护的要求，是有可能的。不过，正如现在总体的规则及其在实践中的应用所显示出来的那样，这种专利法理论并没有阻止共同体条约的构建及其所确定的界限。

[86] Vgl. *Hirsch*, WuW 1970, 110 ff.

[87] Dazu *Ghidini*, „Protektionistische“ Tendenzen im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR Int. 1997, 773-781; s. auch *Frauenknecht*, Zauberlehrlinge des Patentschutzes. Läßt die Ausdehnung das System zusammenbrechen? Neue Zürcher Zeitung v. 25. 9. 2001, S. 12.

[88] Dazu *Heinemann*, Das Kartellrecht des geistigen Eigentums im TRIPS - Übereinkommen der Welthandelsorganisation, GRUR Int. 1995, 535-539.

度就只能部分地阻止这些副作用。对于如何测算报酬的高低，只给报酬没有独占权的制度也存在实质上的缺陷，在大多数情况下，它并不能充分激励人们的投资；这种体制是否能满足宪法对发明人应给予公正报酬的要求，也是令人怀疑的。

2. 专利保护保障了发明无须保密就具有交换价值，使得这些发明成为完全可交易的财产。这样，专利保护所促成的发明可交易性以及专利保护所要求的对发明的公开就共同促进了新技术的传播。^[89]而在只给报酬没有独占权的制度中，人们就会尽其所能地通过保密来争取独占的地位。

3. 如果为了促进某些技术，这些技术由于这样或那样的原因，比如为了环境保护、开发能源或者节约能源，是被期待的，专利保护也只能当这些技术有市场上的相应需求并可能获得足够收益的时候，才会对促进这些技术作出贡献。要促进这些技术的发展，可以通过国家义务、减免或者增加税负、直接促进的措施来实现或者强化。^[90]相反，在专利保护中优先对待“被期待”促进的发明，^[91]几乎不能对急需的投资决策产生影响。

4. 即使认为专利保护对于技术进步也许是无关紧要的，发明人对于其成果的经济价值享有的请求权表明了专利保护具有合理性。相反，仅仅是为了促进创新以及保护为此而进行的投资，也许还不能说明授予实施创新的独占权的合理性。

但是，20世纪70年代人们建议对“由成熟可用的创新客体和首次商业化行为构成的创新成果”赋予“创新保护”，而且只要有“国内使用的新颖性”（这就是说在国内没有公开在先的使用），就在一个视情况而定的时间段内给予保护。^[92]在这种制度下，是否要给独占权，给谁独占权，完全是由经济政策

[89] 有学者指出，“由独占权所促成的可转让性”“产生了决定性的法律后果”；这种（由流通性形成的）“商品化”“不再只是独占性权利的结果”，而是有了“自己的功能”。这种思维方式有助于“理解专利保护独占和交换这些相反的目标”，并“建立一种商品化而不是独占性”的“新概念”。参见 Godt, S. 565 f., 570, 554 f. 这种说法是故弄玄虚。事实上，“商品化”是通过独占实现的（参见第7点）。独占权也是为流通而授予的，这并不是——尤其是在多种情况中就是在这种意义上使用独占权概念的——什么新的知识。但是，权利人却可以原则上自由决定，他是否以及怎样支配他的权利，尤其是可以自由决定，是否以及这样允许他人实施其权利的客体。专利保护以交换为导向的目的只是在一般的强制许可时才是优先考虑的，而这种强制许可又是以上学者不支持的，强制许可在结果上倒是意味着专利不再是独占的了。

[90] Vgl. Prosi, WuW 1980, 646 f.

[91] Sie wird befürwortet z. B. von Horn, GRUR 1977, 329, 335 f.; vgl. auch Blum, GRUR 1972, 205. – Abgelehnt wird „Investitionslenkung durch Erfindungsschutz“ von Busse/Keukenschrijver, Einl. Rdnr. 66.

[92] Kronz, Mitt. 1975, S. 73; 1976, 41; 1983, 128; ähnlich Huch, GRUR 1974, 67; kritisch Adrian, Mitt. 1995, 329, 338; Brandt, S. 67 ff.

的目的所决定。在这种独占权中，没有了专利制度的特性规定，也就是说，它并不要求要获得以前没有掌握的想法并将其公开。另一方面，国家层面的经济调控却得到了极大的扩展。总而言之，就是回到了一种重商主义的特权实践（参见 § 4.8 及以下）。在市场经济体制中，这种形式的创新保护实在是一个另类。

5. 如果投资是为了获得和应用扩充了现有技术并且与现有技术相比并非显而易见的技术方案，专利保护才会给予其投资保护。在这里，专利保护就是将发明的经济价值划归给发明人及其权利继承人，这就要求保护的效力及于对实现了技术方案的产品和成果的市场营销，因为这也是在利用发明的经济价值（参见 § 1 II 2）。相反，给予投资以财产权的保护是没有道理的。^[93]

6. 在希尔缇（Hilty）^[94]对技术进步过程划分的阶段中，他认为，在第三个阶段，即作为“创新的市场化”的“生产阶段”，只能用特殊权利对投资进行保护。对此，首先应当批驳的是，如果无形财产权的保护不能使权利人保留使受保护的客体市场营销的行为，那么无形财产权的保护就是不完整的。其次，要问的是，为了补充无形财产权所担保的保护，是否就要对一般的投资进行保护。希尔缇承认，在某些特殊权利的保护中，特别是在对邻接权的著作权保护中，对投资的保护占据了重要的地位，而在其他领域则还是授予无形财产权，尤其是给予专利保护（参见本节 IV 5）。但是，另外一个问题是，是否需要投资保护的地方都授予“特别保护权”。希尔缇^[95]似乎认为，如果对获取投资带来的结果不加阻拦，就会剥夺投资者收回其投资的可能性，那么对投资的保护就是必要的。不过他也认为，获得他人投资结果的人是否通过利用他人的投资从而节省了自己的投资并因此而扭曲了竞争，也是一个重要的问题。^[96]但是，竞争法对成果的保护“既不能充分地保证收回投资”，也不能“防止他人的竞争”。^[97]但是他还说道，为了“对投资给予实在的保护”，就必定“总是有市场失灵的威胁”。“由于没有保护就不会有收回投资和盈利的希望或者希望渺茫，因此，仅有微乎其微回报可能性的投资就必然会停止”。

认为这些理由就充分说明了对投资给予保护的合理性，是难以令人信服的。首先要考虑的问题是，利用了他人投资或者只是通过竞争活动减少了他人投资收益的人，在这些情况中是否有不正当的行为，而这就完全取决于他人

[93] Kirchner, GRUR Int. 2004, 604 r., 606 f.

[94] S. oben FN 39.

[95] FS Ullmann, 2006, S. 643, 659.

[96] AaO S. 661.

[97] AaO S. 665.

投资的范围，更要看这里投资人为其他市场参与者带来了什么成果。应当坚持的原则是，竞争法对成果的补充保护与界限（参见 § 2 II e bb）。如果通过运用这些原则使得某些成果在一定的情况下获得了经常性的保护，那么立法者也许就可以通过引入一种相应的权利，为必要的行为规范建立一种被定义的参考客体 and 一般性基础。

7. 郭特 (Godt) (S. 563 ff.) 认为，保护投资和技术转让是专利保护的同等目标，而对于什么是发明的概念，则并不重要，因为专利保护的趋势是不再区分个人利益与社会进步的利益 (S. 566)。而对投资的保护凸现的则是个体从专利保护获取的利益，并清楚地表明了谁是这种权利地位的受益者。郭特认为应当对此进行平衡，“应当将技术转让作为专利保护的主要功能” (S. 568, 571)，控制专利申请人和权利人的范围，对专利申请人和权利人施加限制与义务。而要做到这一点，他建议一方面可以对现行规定进行解释，另一方面则可以提出法律政策上的建议。不过，“现代专利法”中的发明概念仍然是“评估新思想可专利性及是否值得专利保护的要件” (S. 571)。这是第一次清晰地表明了促进建立企业风险意识的目标。这种方案使得“独占请求权受到了三方面因素的约束，即技术转让的目标、政治上的考量，最后，但并不是最不重要的，对个人成果的保护” (S. 572, 557)。

专利保护除了保护（与发明有关的）投资之外，还促进技术转让，是很容易理解的。郭特的方案强调的两个方面完全忽视了发明中所包含的个人智力成果。虽然专利保护个人智力成果的激励作用也许并不是很大（参见本节 IV 5），但作为专利保护的目，这并不是不考虑奖励发明人的理由。而恰恰是个人智力成果这一点，才是对发明进行独占性划归的主要理由，即发明原则上应当归属于创造了成果的人。^[98]对于促进投资和技术转让，如果能够对技术转让的受让方给予投资保护，那么他也能从中获益，这在建立公正性思想的制度中仅能起到次要作用，但却提高了发明人从市场上获得奖励的期望。

[98] 郭特 (Godt) (S. 518 ff) 指出，如果发明是由多个人或者利用了他人已经取得的知识完成的，那么这种划归就会出现困难。但是，这些问题是可以得到解决的。假如发明用到了不能获得保护的科研成果，那么首先要看的是，在申请专利保护的时候，该科研成果是否属于现有技术。如果是属于现有技术，那么该科研人员就不能分享专利申请权；如果不属于现有技术，那么该科研人员就可能是共同发明人，并共有这种专利申请权。对此，在第一种情况中的可能受保护的客体，就比在第二种情况中受到更为严格的限制。对于职务发明，雇主可以收回申请专利的权利，这并不违背给发明人奖励的思想；给发明人奖励的思想更多的是通过发明人主张报酬请求权来实现的。