

中國內地法上的專利強制許可對澳門之啟示*

陳立毅 蔣磊

摘要：專利強制許可一直被視為專利法中“不合群”的存在，與創新激勵的專利法宗旨和目標大相逕庭。通過法教義學中“規範—利益衡量—體系解釋”的分析範式，對中國內地法上的專利強制許可的具體情形進行價值分析，發現強制許可情形中創新激勵的理念貫徹始終。從強制許可制度本身、專利法與強制許可關係以及專利法與反壟斷法的銜接進行審視，亦發覺強制許可對於創新促進的積極態度。澳門需要充分發揮專利強制許可的作用，看到專利強制許可與激勵創新之間的內在聯繫，協調整體專利制度，以造福民生。

關鍵詞：強制許可 創新 法教義學 利益衡量 體系解釋

The Compulsory License of Patent in Chinese Law and its Enlightenment to Macao

CHEN Liyi, JIANG Lei

(Faculty of Law, University of Macau)

Abstract: Patent compulsory license has been regarded as the existence of “antisocial” in patent law, which is quite different from the aim and goal of patent law. Based on the analysis paradigm of “norm – benefit measure – system interpretation” in legal dogmatics, this paper analyzes the specific situation of compulsory patent license in Chinese law, and finds that the idea of innovation incentive in compulsory license is carried out all the time. From the compulsory licensing system itself, the relationship between patent law and compulsory licensing, and the connection between patent law and anti-monopoly law, we also find the positive attitude of compulsory licensing to innovation promotion. Macao needs to give full play to the role of compulsory patent licensing, see the inherent relationship between compulsory patent licensing and incentives for innovation, and coordinate the overall patent system to benefit people’s livelihood.

Keywords: compulsory licensing, innovation, dogmatics of law, balancing of interests, system interpretation

收稿日期：2021年4月4日

作者簡介：陳立毅，澳門大學法學博士、廣西壯族自治區人民檢察院檢察員、助理研究員；蔣磊，澳門大學民法與知識產權法碩士，廣東一米律師事務所實習律師

一、問題的提出

(一)專利制度的本質

所謂專利 (patent)，即“專”和“利”，是某些特定主體所享有的專門的、專有的權利和利益。最初來源於拉丁文中的“*litterae patentes*”，意義為：指公開的文獻或信件，最初用於中世紀君王頒佈的特權證明，後也指英國女王所簽署發佈的獨佔權利證書。¹ 專利制度是一國知識產權制度的重要組成部分。對於專利制度的本質理解，最經典的就是林肯的名言：“專利制度是為天才之火添加利益之油”，形象的反映出了專利制度的內涵。馬忠法教授認為，專利是一種私人財產權並且始終為商業活動服務，專利制度的使命就在於促進專利技術轉化為現實的財富。進一步的，知識產權的本質就是促進技術的流轉和擴散，從而實現其經濟價值和社會價值。² 吳漢東教授認為，知識產權制度是對於創造性成果的調節和激勵機制，其本質和價值目標就是知識創新。³ 也有學者從細處着眼，認為專利制度是一種基於技術創新的“貿易壟斷權”，是一種私權，是一種“生意的手段”。⁴ 姜勝建對“貿易壟斷權”的觀點進行了批判，其認為，專利制度的本質內涵在於激勵創新和促進技術的社會化，創新就是需要推倒所有阻礙創新的“牆”，而壟斷就是阻礙創新的“牆”，因此壟斷絕對不是專利制度的本質。⁵ 張廣良從學理上的宏觀分析認為，知識產權制度包含了“實現正義、促進創新、人本主義和和諧發展等多元價值目標”，“蘊含人本主義與和諧發展的價值觀”，“是對知識產權法律精神的挖掘和昇華，亦是對正義、創新等諸多傳統價值的超越和發展。”⁶

筆者認為，前述觀點大多高屋建瓴，籠統的對專利制度或知識產權制度進行分析，並沒有着眼於專利和專利制度本身的特殊性，亦沒有制度的面向主體進行區分，辯證全面地看待專利制度的本質。相比之下，筆者更認同張偉君在《專利強制許可制度的合理性分析》一文中對於專利制度本質的理解。其認為，專利制度存在兩大價值目標，一是“激勵 (incentives)”，二是“獲取 (accessibility)”。⁷ 對於專利權人以及潛在的專利申請人來說，專利制度存在的意義就是促使其不斷進行創新和創造，並通過專利申請程序向社會公佈。對於社會大眾來說，激勵所產生的大量創新通過國家公佈技術方案的形式，可以便捷的到達大眾手中，並且可以在原有技術方案的基礎上進行再創新或二次創新。亦即，專利制度的本質並非是對於專利權人壟斷權的保護，而應該是對於創新的激勵與促進，最終實現科學技術進步與社會經濟發展。對此，在《專利法》第1條中也得到了體現

¹ 參見國家知識產權局：《專利》，2008年4月3日，http://www.cnipa.gov.cn/art/2008/4/3/art_2147_152059.html，2021年5月22日訪問。

² 馬忠法：《對知識產權制度設立的目標和專利的本質及其制度使命的再認識——以專利技術轉化率低為視角》，《知識產權》2009年第6期，第3-9頁。

³ 吳漢東：《知識產權法的制度創新本質與知識創新目標》，《法學研究》2014年第3期，第95-108頁。

⁴ 參見李銀惠：《爛泥中跳舞的專利人，你看清專利的本質了嗎？——談金獎專利被提無效》，2016年5月14日，<https://hfiplaw.cn/details/12799.html>，2021年3月5日訪問。

⁵ 姜勝建：《漫談專利的本質》，《今日科技》2016年第8期，第35-36頁。

⁶ 張廣良：《知識產權價值分析：以社會公眾為視角的私權審視》，《北京大學學報（哲學社會科學版）》2018年第6期，第142-149頁。

⁷ 張偉君：《專利強制許可制度的合理性分析》，《科學管理研究》2009年第4期，第95-99、111頁。

和映證。⁸ 誠然，促進創新的大方向和總基調是無可否認的。

(二)強制許可的角色扮演

所謂強制許可 (compulsory license)，是指國家根據具體情況，不需要經專利權人許可，許可他人實施專利的一種法律制度。⁹ 在《巴黎協定》、《TRIPS協議》以及《專利法》第六章中均有所規定。因強制許可 (港澳地區一般稱之為“強制授權”，本文不進行區分，二者同義) 制度的實施是國家公權力的直接介入，不需要經過專利權人同意，且會直接影響專利權人的直接利益，這與《專利法》第1條的宗旨以及專利制度的本質或價值取向有所“背離”，因此很多學者認為，該制度與創新激勵之間存在巨大矛盾。“強制許可制度發展至今，除了讓WTO成員在政治上認識到發展中國家的國家健康危機外，並不具有較高的解決健康危機的實踐價值。”¹⁰ “創新的核心是創新主體聰明才智的發揮，而專利強制許可存在的最大問題是剝奪了專利權人的專利排他權的確定性，限制了專利權人技術實施、成本回收利潤收穫的自主性，並對相關市場競爭產生影響，因而極易形成對創新的負面激勵。”¹¹ Watzinger、Martin等四位作者的文章中，利用1950年代貝爾受到政府反壟斷調查及其之後的一系列數據，用量化的方式評估了強制許可的效果。最終的結論是：強制許可導致了貝爾創新研發的輕微下降，但卻極大的促進了後續研究，增進的社會福利多達57億美元。¹² 如本文第一部分所述，專利制度的核心價值在於“激勵”和“獲取”，那麼專利強制許可制度作為專利制度的重要部分，其是否與專利制度的核心價值背道而馳？顯然沒有。中國《專利法》第1條關於立法目的的描述，是對於整部法律的概括與總結，當然包含了對於該部法律中部分內容 (強制許可部分) 的闡述。但是，在高舉“創新”旗幟的《專利法》中，強制許可制度是否顯得格格不入？強制許可又應該是怎樣的角色定位呢？本文認為，專利法對於智力成果的保護以及社會分享智力成果所帶來的利益的權利保護，貫徹着一種均衡保護或交叉保護的理念，即“知識財產獨佔權的保護與知識財產利益的合理分享”，構成了現代專利法的完整內容。¹³

二、專利強制許可的法效果檢視

(一)中國內地法上的強制許可規範

在中國《專利法》第六章中，對於強制許可制度進行了較為全面的規定。第53條至第56條主要規定了強制許可的類型，大致可以分為以下幾種情況：專利不實施、壟斷行為、公共利益、前手專利阻礙等。國家知識產權局也制定了《專利實施強制許可辦法》 (局令第64號)，對於專利強制許

⁸ 《中華人民共和國專利法》第1條：為了保護專利權人的合法權益，鼓勵發明創造，推動發明創造的應用，提高創新能力，促進科學技術進步和經濟社會發展，制定本法。

⁹ 吳漢東：《知識產權法學》，北京：北京大學出版社，2000年。

¹⁰ 梁金馬：《藥品專利保護與公共健康——對藥品專利強制許可的重新審視》，《科技與法律》2017年第3期，第39-46頁。

¹¹ 彭心倩：《專利強制許可下的專利權人權益保障論》，《政治與法律》2019年第5期，第16-28頁。

¹² Watzinger, M., Fackler, T. A., Nagler, M. & Schnitzer, M., “How Antitrust Enforcement Can Spur Innovation: Bell Labs and the 1956 Consent Decree,” *American Economic Journal: Economic Policy*, vol. 12, no. 4, 2017, pp. 328-359.

¹³ 吳漢東：《知識產權的私權與人權屬性——以〈知識產權協議〉與〈世界人權公約〉為對象》，《法學研究》2003年第3期，第66-78頁。

可的給予、費用裁決和終止程序進行了規範。但該《辦法》只是對於《專利法》第六章中強制許可情形的簡單羅列，並未有實質細化或提供可操作性的指引，大部分都是關於申請強制許可的程序性事項的規範補充與細化。

雖然中國內地法上對於強制許可的實體規範大多是從國際條約上複製或稍加改動移植過來的，相對比較簡陋，但是在對於強制許可的限制使用和程序性要求上，卻是相對複雜和完善的。例如，對於專利未實施或者未充分實施的情況，《專利法》第53條第（1）項要求“無正當理由”，且需要同時滿足“專利權被授予之日起滿三年，且自提出專利申請之日起滿四年”的時間限制，不僅如此，對於“實施”的含義也並未明確，例如，“實施”的行為類型是否包括“進口”？同樣的，對於前手專利阻礙的情形，第56條第1款規定其強制許可的條件是“具有顯著經濟意義的重大技術進步，其實施又有賴於前一發明或者實用新型的實施”，也就是說，不僅要求後手發明具有極高的經濟價值和技術價值，而且對於後手發明和前手發明的技術依賴程度具有極為嚴格的要求。吊詭的是，何謂“顯著”、何謂“重大技術進步”、何謂“有賴於”，都並未有進一步的規範。另外值得一提的是，前述兩種強制許可的情形，均需要“具備實施條件的單位或者個人的申請”，經由國家專利行政主管部門的審查，才“可以”允許其強制許可。中國對於強制許可的審慎態度，由此可見一斑。

（二）國內實踐與國際實踐

從國際上看，21世紀以來，尤其是在2003年通過《總理事會決議》後，發展中國家在藥品領域實施專利強制許可呈現擴張態勢，實施的國家和地區在增加、實施的藥品範圍在擴張、各個國家實施的案例數量也在增多。¹⁴ 據不完全統計，截至2013年，世界各國頒佈的強制許可實施的案件多達70餘件。¹⁵ 雖然在世界範圍內來說，強制許可的絕對數量並不是特別多，但是考慮到各國幾乎都是在標榜着“保護知識產權”的《專利法》的許可下實施的，正常來說應當是以“保護私有財產權為主”、促進社會公共利益為輔的前提下進行的，作為“變態”情形出現的強制許可的實施數量仍然是值得警惕的。

反觀國內，就顯得“風平浪靜”很多了。自1985年《專利法》第一次通過時，就已經規定有“強制許可”，但是專利法實施了四十多年，卻沒有一例實施的案例，實屬“難得”。關於個中原委，有學者認為外界的壓力是一方面，例如世界貿易組織的規則約束、中美知識產權談判等；另一方面是因為中國的知識產權制度剛剛建立不久，恐強制許可的實施有礙知識產權規則與私權保護觀念的培育，因此只是在制度上留下了空間，但是卻沒有“膽量”輕易實踐。¹⁶ 同時，中國政府對於公共利益的強大整合能力也使得其對於強制許可的實施需求並不那麼強烈。在2020年進行的《專利法》修訂中，將以前的“強制許可”章節修改為“專利實施的特別許可”，進一步加強對專利權人合法權益的保護、促進專利實施和運用、完善專利授權制度等方面的規定，對充分激發創新活力、推動

¹⁴ 參見詹映：《專利強制許可制度的實施及我國的對策》，2017年8月11日，<http://www.nipso.cn/onews.asp?id=37373>，2021年3月10日訪問。

¹⁵ 肖鵬、姜暉：《專利未實施或未充分實施情形下強制許可的研究》，國家知識產權局條法司編：《專利法研究（2016）》，北京：知識產權出版社，2019年，第43-69頁。

¹⁶ 易繼明：《專利的公共政策——以印度首個專利強制許可案為例》，《華中科技大學學報（社會科學版）》2014年第2期，第76-82頁。

高質量發展具有重要意義。¹⁷ 也有學者專注於法律本身和法律之外的因素的區別，認為法外因素為限制中國強制許可實施的主要原因，而法律本身的原因（如立法缺陷或不完善）並非主要致因。其進一步指出，“國際貿易關係中發達國家構建的知識產權貿易壁壘”和“對專利權人創新積極性的損害”是上述“法外因素”的主要內容。¹⁸ 筆者認為，強制許可作為專利制度的一部分，與其他關於知識產權保護的內容一樣，本質目的都是為了促進或保護創新；至於中國對於強制許可制度“束之高閣”的做法，除了學者們所假設的實施強制許可以後可能產生的種種不安，更應當看到強制許可制度本身的“圖騰意義”。

但是，從目前的官方表態來看，政府似乎並不願意僅僅保持原來的狀態。2018年4月發佈的《國務院辦公廳關於改革完善仿製藥供應保障及使用政策的意見》（國辦發〔2018〕20號）中明確要求：在競爭關係方面，“加強知識產權領域反壟斷執法，在充分保護藥品創新的同時，防止知識產權濫用，促進仿製藥上市。”在公共利益的保護情形中，“在國家出現重特大傳染病疫情及其他突發公共衛生事件或防治重特大疾病藥品出現短缺，對公共衛生安全或公共健康造成嚴重威脅等非常情況時，為了維護公共健康”¹⁹，有關部門可以依法向知識產權管理部門實施強制許可的建議。並且，在前述文件中，對於藥品專利實施強制許可的路徑進行更進一步的指引。不得不說，該文件的出台，似乎就是藥品強制許可在中國內地即將實施的“預警號”。

三、強制許可和創新激勵的利益衡量

Cyril Ritter曾提出過六個理由來支持強制許可。第一，確保投資安全和競爭關係與保護知識產權這一私有財產同樣重要；第二，強制許可並非完全的對於專利權人的剝奪，專利權人仍然有權利要求公平的、合理的補許可費；第三，專利專有權的保護是一種寬泛的排他性權利，更多的保護並不意味着必然的創新；第四，與其他的因素相比，企業對於專利許可費的注重程度或者說專利許可費在企業的盈利結構中的重要程度並不突出，專利僅是眾多盈利工具之一；第五，對於專利的投資與研發並非完全基於“投入—產出”的模型進行，因為關鍵因素在不斷變化且不清晰；第六，強制許可會抑制創新是一種“狹隘”的看法，並沒有考慮到強制許可對於二次創新的影響。²⁰ 受羅伯特·阿列克西所總結的法教義學（Juristische Dogmatic）的分析範式的啟發，在對法律之概念一體系的研究時²¹，筆者認為需要詳細考慮法律條文背後的價值衡量，才能釐清對於制度細節取舍或創制的邏輯。因此，接下來將從專利強制許可的幾個具體情形展開。

¹⁷ 參見《激發創新活力助力高質量發展——全國人大常委會組成人員分組審議專利法修正案草案三審稿》，2020年10月15日，<http://www.npc.gov.cn/npc/c35679/202010/02df4a63175447aa9df14d365ebd8bb5.shtml>，2021年5月22日訪問。

¹⁸ 袁姣姣：《我國藥品專利強制許可零實施原因探析》，《廣西政法管理幹部學院學報》2019年第4期，第90-95、116頁。

¹⁹ 中華人民共和國中央人民政府：《國務院辦公廳關於改革完善仿製藥供應保障及使用政策的意見》（國辦發〔2018〕20號）。

²⁰ Ritter, C., “Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?” *World Competition*, vol. 28, iss. 3, 2005, pp. 281-298.

²¹ [德] 羅伯特·阿列克西：《法律論證理論》，舒國滢譯，北京：中國法制出版社，2002年，第311頁。

(一) 競爭關係(衡平法視角下的私法規範)

在談到專利法中的強制許可時，有學者認為：專利保護和競爭關係的保護具有緊張關係，但是同具鼓勵創新之旨。²² 強制許可制度存在的意義就是調和競爭與專利的。專利法着重的是對於私人財產權的保護，指向的是對於個人壟斷性權利的排他使用；而競爭法是以國家公權力的面目出現的干預經濟、調節市場的“警察”角色。前者的壟斷性私權，與後者的嚴重影響市場秩序的“攪局者”，似乎界限並不是特別明晰。《專利法》第53條是對於出於調整競爭關係的強制許可制度的規范，要求實施強制許可的前提是專利權人已經存在“被依法認定為壟斷行為”的專利使用行為，並且還需要基於“為消除或者減少該行為對競爭產生的不利影響”的目的。

由於專利法側重專利權人的權利保護，自身並沒有內部的協調和制衡機制來對專利權人可能出現的濫用專利權、破壞市場秩序等妨礙正常競爭關係的行為，亦不能對私人利益和公共利益（僅指市場運行的語境下）進行有效的平衡，因此就需要反壟斷法從公共利益保護的層面上對專利權人的權利合理利用進行限制與調整。從利益衡量上來說，為了確保市場的自由競爭秩序，反壟斷法規則可以在特定的情況下對專利權人依專利法而取得的私人專有權進行適當的干預與限制。²³

但是，“兩種法律制度雖然在各自的維度內調整不同的社會關係，但它們不存在絕對的內在的衝突，並且在鼓勵創新、促進競爭和維護消費者福利方面具有一致性。”²⁴ 也就是說，將專利法放到衡平法的視野下進行審視，是為了維護競爭和激勵創新的共同需要。

(二) 公共利益(公共利益的“紅旗”姿態)

有學者認為在《專利法》中不應該保留“公共利益”的強制許可情形，因為“公共利益應該是專利強制許可制度乃至整個專利制度追求的價值目標”。“公共利益”概念具有的高度概括性、內涵豐富性及不確定性特徵，在專利制度中應居於統領地位，因此不應該作為需要具體操作落實的強制許可的頒發事由。²⁵ 本文並不這樣認為。首先，本文的“公共利益”並非是《專利法》第54條第二句中的“公共利益”，而是包括《專利法》中涉及專利強制許可全部情形的廣義的公共利益。²⁶ 因此，諸如“緊急狀況”、“非常情況”、“公共健康”等情形均屬於公共利益的範圍內。其次，從法條本身來看，第54條第一句只是列舉了“緊急狀態”和“非常情況”兩種情形，但是在後面一句卻是“為了公共利益的目的”，從單純的情況列舉到用目的來進行概括，顯然可見，後者是兜底性語言，是對於前兩種情形的進一步總結，目的是為了彌補語言的天然缺陷。因此，“公共利益”不管是在邏輯上還是語言的嚴謹性上，其存在都是必要的。

²² 楊宏暉：《基於競爭考量之強制授權——兼談競爭法與專利法之競合》，《公平交易季刊》第25卷第1期，第1-36頁。

²³ 韓偉：《反壟斷規制中的知識產權強制許可》，《價格理論與實踐》2013第6期，第29-30頁。

²⁴ 參見李煜：《反壟斷審查中的知識產權強制許可》，<http://www.competitionlaw.cn/info/1032/23120.htm>，2021年3月10日訪問。

²⁵ 李昌鳳：《我國藥品專利強制許可制度的缺陷及完善路徑》，《行政與法》2019年第2期，第95-105頁。

²⁶ 《專利法》第54條：在國家出現緊急狀態或者非常情況時，或者為了公共利益的目的，國務院專利行政部門可以給予實施發明專利或者實用新型專利的強制許可。《專利法》第55條：為了公共健康目的，對取得專利權的藥品，國務院專利行政部門可以給予製造並將其出口到符合中華人民共和國參加的有關國際條約規定的國家或者地區的強制許可。

應當看到的是，在專利法中，公共利益的保護始終處於強勢的地位，保持着“紅旗”姿態。若僅以藥品來說，公共健康是一個國家或地區的重要保障，對於促進社會正常發展、維護統治秩序具有重要意義。與之相對應的是，民眾共同的敵人是疾病，而不是金錢利益或是權利保護。“兼具公益和私益屬性的藥品價值最大化，包括其商業價值和社會公益價值，強制許可的合理性正在於生命法益的至上性。”²⁷ 因此，在寬泛個人的專利權的排他性保護和公共利益（更多的是國家應急管理）之間，立法者選擇了後者，並且將其置於強勢位置，呈現出“紅旗”姿態。

從國家與國家層面上來講，公共利益就演變為國家利益，其存在又包含了更多內容。以雅培公司與泰國政府的藥品強制許可糾紛案為例，有學者分析了國家利益的建構。²⁸ 在某些國家中，國家利益的內核就是私人利益。私人利益部門通過遊說、政治捐獻等方式將其利益訴求上升為國家利益，完成利益的“昇華”與蛻變，從而以國家名義對實施強制許可的國家進行施壓。在這種情況下，中國內地法將公共利益的位置放的如此顯眼和強勢，是否是對於國家利益與國家利益衝突情況的一種預防呢？

（三）專利不使用（微觀層面的個體調整）

專利不使用情形規定在《專利法》第53條第1項，在一定時間限度內（專利權被授予之日起滿三年，且自提出專利申請之日起滿四年），“無正當理由未實施或者未充分實施其專利”的行為。該情形也被稱為非實施性專利權主體（Non-Practicing Entities，縮寫為NPE）。NPE有“惡意的、善意的和實質的非實施性專利權主體之分”。²⁹ NPE不實施專利不僅會嚴重影響他人的使用，阻礙專利實際價值的實現，而且會造成社會資源的嚴重浪費，社會公共利益的嚴重損害。對於專利不使用的強制許可主要是對於“惡意的”和“實質的”NPE而言的。例如，專利蟑螂³⁰、專利流氓等。

本文認為，對於專利不使用所設計的強制許可規則，就是從《專利法》第1條第三句“推動發明創造的應用”的目的出發，對專利權人進行的限制。此種情形的強制許可，因其規制的行為層面並不是與前兩者情形相同的宏觀調整，而是從專利權人的個體實際使用出發，因此筆者認為其是對於專利法規範對象的微觀的、個體的、直接的激勵與促進。同樣的，專利的生命在於使用，也惟有此，才能實現其“激勵”與“獲取”的核心價值。因此，對於專利權人使用（或稱實施）的要求，依然是基於創新促進的目的。

另一個有趣的觀點是專利法的作用在於“迫使”創新。³¹ 一項專利獲得許可後，專利權人取得了專利的排他性權利，當然可以促進專利權人的創新。但另一方面，對於其他潛在的專利申請人來說，此排他性權利的存在，使得其相同或類似的方法或產品的法律保護被堵死，因此不得不迫使

²⁷ 袁姣姣：《我國藥品專利強制許可零實施原因探析》，第90-95、116頁。

²⁸ 曾瑞聲：《藥品強制許可與國家利益建構——以雅培公司糾紛案為例》，《醫學與哲學》2019年第9期，第70-73頁。

²⁹ 管榮齊：《論非實施性專利權主體的權利和行為限制》，《法律科學（西北政法大學學報）》2019年第3期，第147-156頁。

³⁰ 易繼明：《遏制專利蟑螂：評美國專利新政及其對中國的啟示》，《法律科學（西北政法大學學報）》2014年第2期，第174-183頁。

³¹ 參見張應剛：《專利制度的本質是迫使創新》，2019年6月27日，<https://www.shangyexinzhi.com/article/details/id-155502/>，2021年3月10日訪問。

其通過其他的方式規避現有專利權，從而產生其他的專利或設計。從這種意義上講，一個專利權的出現，會衍生出很多個專利的出現，這也就是該觀點認為的專利迫使創新的邏輯和效果。而若出現專利不使用的情况，就會導致最先出現的專利無法投入工業生產或改進，雖然迫使其他專利申請人創新的效果依然就會存在，但是對於原專利權人手中的專利來說，專利制度的價值就大打折扣。因此，在是否全面實現專利制度的創新激勵效果的價值衡量面前，毫無疑問，追求更全面、有效的創新激勵是更明智的選擇。

(四)前手專利阻礙(線性創新鼓勵的路徑選擇)

關於專利前手阻礙的強制許可情形，主要規定在《專利法》第56條。在前述的專利不使用情形中，一個專利權的存在，會迫使其他人不得不尋求另外的規避原有專利權的方式去創新，但是，並非所有的產品或方法都能如此。專利阻礙的情形就是為此而產生。某些產品、方法、設計的產生，並不能繞過某些必要的專利，但憚於國家對於專利權的強保護，又只能“望洋興嘆”。在此背景下，強制許可制度將專利的前手阻礙納入進來，就是為了促進無法規避專利權卻又“具有顯著經濟意義的重大技術進步”的專利的出現。第56條宣示了存在專利阻礙的二次專利的專利可能性，給廣大的潛在創新者吃下了“定心丸”。

之所以認為此強制許可情形是一種線性的創新激勵，是因為制度的關注點是已經存在的專利權與即將出現或可能產生的專利權之間的關係，對此二者在創新激勵的前提下進行了微弱的調和。雖然目前並未針對該情形頒佈強制許可，但可以預見的是，因為有此規定的存在，必將促進大眾在已有專利的基礎上不斷進行二次創新、多次創新。專利會不斷的隨着線性鏈條的拉長促進社會技術的不斷進步，也就實實在在的實踐專利制度的創新激勵功能，促進社會的發展和福利的進步。

四、體系解釋：強制許可和創新的互動

(一)專利制度的核心在於促進創新

首先，不可否認的是，強制許可規範是專利法規範的一部分。《專利法》及其相關專利規範是知識產權規範的重要組成部分，從權利的私人屬性上講，應當屬於典型的私法。這一點從《專利法》第1條第一句便可以看出來，該法的目的是“為了保護專利權人的合法權益”。但是，在如此典型的私法規範中，卻又有着強制許可如此否定《專利法》私法屬性的內容，不免讓人疑惑。規範國家與人民關係的公法規範與規範人民之間權利義務關係的私法規範，本來應該各有領域，並且在二者的理念的形與概念、制度的發展上，各有各的脈絡與紋路，應該不會有規範的交叉或者衝突才對。但是在社會發展的現代化的同時，帶動了公領域和私領域的逐漸擴張，兩者之間的關係不再是封建社會時期的涇渭分明，而是越來越多的交錯與融合，應然面的法律體系和法律規範，很自然的也從公法與私法的二元變成了多元。借用蘇永欽教授的話來說，應當從動態法規範體系的角度看公私法的調和。³² 多階與多元規範的產、理念修正形成新興法域、管制與自治相互工具化等原因使得無論是立法還是司法的技術面上都對公私法的交融格外青睞。無論是法律行為，還是事實行為，公法規範都能夠為它們提供界線。而如此的多元規範通過單純的規範向法律實務的轉化，再向社會

³² 蘇永欽：《尋找新民法》，台北：元照出版有限公司，2008年，第251-306頁。

實務轉化，就實現了規範的整合。³³

專利規範中的強制許可規範也一樣。專利法規範中關於專利專有權保護的相關私法規範與專利的申請、取得以及強制許可等公法規範相互交融，其二者所分別代表的價值取向也在不斷調和，由此出現了一個作為整體的專利制度呈現在人們面前。而這整個專利制度本身，核心價值就是促進創新。也就是說，強制許可雖然具有公法性質，但是通過對於專利保護施加公權力壓力的方式，對權利人的行為界限進行明確，從而成為了動態的法規範體系。而這個法規範體系的主要目標或核心價值，就是前述的《專利法》第1條所述的“保護專利權人的合法權益，鼓勵發明創造，推動發明創造的應用，提高創新能力，促進科學技術進步和經濟社會發展”。

(二)制度本身的圖騰意義

許多歐美國家的學者以及國內的部分學者認為，“強制許可已經喪失其存在價值”。³⁴ 主要基於知識產權的私權屬性不應由國家介入，以及在市場主體之間往往更傾向於使用談判合作的方式來解決彼此之間的問題，公權力的介入並不是最優選擇。但應該闡明的是，通過對於強制許可情形的分析，並非是學者所謂可以由市場主體自主解決的問題。另一方面，強制許可也一直保持着謙抑的狀態，這從中國《專利法》實施四十多年卻從未有一例強制許可便可以看出來。而另一部分學者認為，國家應當“建立申請人動因缺陷的補救措施”、明確強制許可的補償標準、縮短審查時限、建立完善相關的配套和監督機制，從而促進強制許可制度在中國的實施（尤其是藥品專利），用以提高民眾對於專利產品的可及性和可支付性。³⁵

但是，兩種觀點都忽略了專利強制許可的制度“圖騰”意義。強制許可的制度效用並不能從其是否實施來衡量。Ladas認為，專利法中強制許可規則的存在，可以“威脅”專利權人以合理價格達成許可協議，由此促進該專利在本國的實施或促進市場主體的利用。Beier也認為，強制許可制度和整套程序的存在，有利於增加專利權人自願許可的意願。³⁶ 在藥品專利中，因為有了強制許可，專利權人在專利藥品價格的談判上，就不得不有所顧及，並很有可能為了長遠利益而在短期內作出一定的讓步。³⁷ 因此，強制許可制度本身有獨特的類似於“圖騰”的意義，不能僅僅依據強制許可沒有實施，就否定該制度的效力和存在的意義。反而在某種程度上，強制許可可以直接促進技術的應用和擴散。³⁸ 強制許可的效用不一定可以被直接的量化，但卻可以通過系統性的考量進行理解。

³³ 蘇永欽：《尋找新民法》，第251-306頁。

³⁴ 劉麗娟：《專利強制許可辨》，《電子知識產權》2015年第3期，第60-67頁。

³⁵ 趙利：《我國藥品專利強制許可制度探析》，《政法論壇》2017年第2期，第146-151頁。

³⁶ Ladas, S. P., *Patents, Trademarks, and Related Rights: National and International Protection*, Cambridge: Harvard University Press, 1975, p. 427.

³⁷ 李閣霞：《對藥品專利及其強制許可的研究——以“達拉斯買家俱樂部”的困境為視角》，《知識產權》2015年第6期，第61-67、77頁。

³⁸ 張偉君：《論對未實施或未充分實施專利的強制許可制度的完善》，《中國發明與專利》2018年第11期，第65-71頁。

(三) 專利法與反壟斷法的銜接

中國《反壟斷法》第55條³⁹將除了濫用知識產權排除、限制競爭的行為以外的知識產權使用行為排除在外，主要是出於“知識產權是一種私人壟斷財產權”的考量。另外，因為知識產權的特殊性，其制度存在中有“合理使用”等特殊制度，與《反壟斷法》關於一般性的“預防和制止壟斷行為，保護市場公平競爭”目的難以融合，因此立法者將知識產權分離出來，單獨用知識產權規則加以規範。但是濫用知識產權、排除限制競爭的行為卻與其他的市場壟斷行為無異，因此仍然保留，這也是為了保證《反壟斷法》在市場行為規範中的核心地位。強制許可制度便是對於《反壟斷法》所難以規範的知識產權破壞市場秩序行為的特殊性規範。強制許可制度立足於知識產權規範的獨特性，有針對性的從專利權人的權利與義務制衡中對其進行限制，以實現《反壟斷法》在知識產權規範中所難以調節的規制內容。可以說，強制許可與《反壟斷法》相互輝映，“翩翩起舞”。若把強制許可視為一種《反壟斷法》在知識產權法中的延伸，那麼其宗旨與目的依然是“提高經濟運行效率，維護消費者利益和社會公共利益，促進社會主義市場經濟健康發展”⁴⁰，依然是為專利法的有效實施創造良好的市場環境。從這個角度來說，與《反壟斷法》藕斷絲連的強制許可，也是在某種程度上為了促進《專利法》上的創新，亦即“鼓勵發明創造，推動發明創造的應用，提高創新能力”。相對來說，專利強制許可在反壟斷領域更能有所作為，不會像其他方面一樣是停留在條文中的“紙老虎”⁴¹，強制許可將在反壟斷領域更有活力和生命力，亦更值得社會所期待。⁴²

綜上，專利制度的本質在於激勵創新，強制許可是專利制度的有機組成部分，二者成為一個整體共同實現促進創新的目標。中國內地法上的幾種強制許可情形中均存在利益衡量，但最後的結果都指向了創新。從法律的體系解釋出發，通過檢視強制許可制度本身、強制許可和專利權保護以及專利法與《反壟斷法》之間的關係，發現強制許可制度始終是創新激勵的忠實捍衛者。

五、澳門專利強制許可

澳門法上的專利強制許可規定主要在《工業產權法律制度》⁴³第109條、第110條至第116條等，分別就強制許可之允許、強制許可之一般規則、因沒有實施或沒有充分實施而授予之強制許可、從屬許可、公共利益、強制許可之申請、強制許可之取消及重新審查、有關授予強制許可之通知及上訴，以及強制許可之拒絕授予或取消等進行了規範。與中國內地法的規定內容並無太大區別，專利強制許可的情況是“沒有實施或沒有充分實施已授予專利之發明”、“專利間有從屬關係”、“存在公共利益”等三種情形。⁴⁴

³⁹ 《中華人民共和國反壟斷法》第55條：經營者依照有關知識產權的法律、行政法規規定行使知識產權的行為，不適用本法；但是，經營者濫用知識產權，排除、限制競爭的行為，適用本法。

⁴⁰ 《中華人民共和國反壟斷法》第1條：為了預防和制止壟斷行為，保護市場公平競爭，提高經濟運行效率，維護消費者利益和社會公共利益，促進社會主義市場經濟健康發展，制定本法。

⁴¹ 周敏超：《知識產權強制許可在反壟斷中的適用》，《廈門大學法律評論》2016年第2期，第142-161頁。

⁴² 劉麗娟：《專利強制許可辨》，第60-67頁。

⁴³ 參見第97/99/M號法令《工業產權法律制度》。

⁴⁴ 參見第97/99/M號法令《工業產權法律制度》。

(一)沒有實施或沒有充分實施

《工業產權法律制度》第111條規定的是專利不使用的強制許可情形。該條文對於此類型強制許可的抗辯只能為“正當理由”或“合法依據”，對於時間的要求是“專利申請日起計之四年內”或“自獲授予專利日起計之三年內”（兩者取其長）。同時，對於“未開始實施”有“未為此而進行實際準備工作”或“對在本地區或在作為世界貿易組織成員之其他國家或地區已獲授予專利之發明未授予許可”的制約，對於“實施發明”亦要求“透過使實施之結果滿足本地區市場需求之方式”。

(二)專利間有從屬關係

該法第112條規定的是有從屬關係專利的強制許可。該情形要求後手專利具有“明顯在技術上先進之情況”。這表明在後的專利實施起來必須依賴在前的專利，為了實現專利的經濟效益和社會效益，因此允許將在前的專利強制許可給在後的專利。同時，基於公平的原則，“任一權利人均有權就另一權利人之專利要求強制許可”，也就是說，在前的專利也可以要求將在後的專利強制許可給自己。此種強制許可又可以稱為交叉強制許可。

(三)存在公共利益

該法第113條規定的是基於公共利益的強制許可。在對於公共利益的判斷或理由上，《工業產權法律制度》明確要求為“如開展、增加或推廣發明之實施或就進行之實施改善有關條件對公共衛生或公共安全有極大之重要性”。同時，應當看到的是，“10月20日第43/97/M號法令訂立之《公用徵收法律制度》中之規定，經作出適當配合後，予以適用。”即澳門存在公共利益的強制許可和專利權徵收兩種情形。專利權被徵收後，原專利權人便失去了專利權，但與此不同的是，專利權被強制許可後，專利權人仍然擁有專利權，只不過被強制許可人可以實施該專利而已。這是兩者最大的區別。

(四)中國內地法上的專利強制許可與澳門之比較

第一，澳門法上的專利強制許可與中國內地法上的強制許可含義一致。《工業產權法律制度》第110條第1款規定“僅在具備取得許可條件之人為從專利權人處以可接受之商業條件獲取一項合同許可已作出努力，但該等努力在一合理期間內未獲成功之情況下，方得授予強制許可。”中國《專利法》第53條規定出現特定情形時，“國務院專利行政部門根據具備實施條件的單位或者個人的申請，可以給予實施發明專利或者實用新型專利的強制許可”。第二，澳門法上的強制許可情形與中國內地法一致。中國內地法上的專利強制許可情形在形式上比澳門的專利強制許可似乎多一種情形，但筆者認為澳門法上的“存在公共利益”情形可以將反壟斷情形納入。《工業產權法律制度》第113條第2款對“公共利益”進行了有限列舉，“如開展、增加或推廣發明之實施或就進行之實施改善有關條件對公共衛生或公共安全有極大之重要性，則視為存在公共利益方面的理由”，但該條款僅為象徵性的有限列舉。在109條第3款中進行的強制許可之允許的總體性規定，其內涵與外延均不僅限於此。第三，澳門法上的專利強制許可與中國內地法的後果一致。新修訂後的中國《專利法》中加入了一種“準強制許可”情形——國有企事業單位的強制授權。主要規範在第49條：“國有企業事業單位的發明專利，對國家利益或者公共利益具有重大意義的，國務院有關主管

部門和省、自治區、直轄市人民政府報經國務院批准，可以決定在批准的範圍內推廣應用，允許指定的單位實施，由實施單位按照國家規定向專利權人支付使用費。”進一步完善了特別許可制度，增加了“對專利權人繳納專利年費相應給予減免”的規定，有助於促進專利的實施和運用。即便是對於國有企事業單位的獨特規範，仍然要求實施單位按照國家規定支付使用費。《專利法》第62條對於強制許可中實施單位的義務亦進行了明確，要求“取得實施強制許可的單位或者個人應當付給專利權人合理的使用費，或者依照中華人民共和國參加的有關國際條約的規定處理使用費問題。”同時，針對數額的確定給予了救濟方式，“付給使用費的，其數額由雙方協商；雙方不能達成協議的，由國務院專利行政部門裁決。”同樣的，在《工業產權法律制度》中，第110條第3款要求，“作為強制許可對象之專利之權利人有權作出下列行為：a) 按許可之經濟價值，就每一具體個案取得一項適當報酬；b) 要求對有關給予或不給予上述報酬之決定作出司法覆核。”除了目前中國《專利法》修訂後增加了對於國有企事業單位的特殊要求外，其他與中國內地法上的相關規定基本一致。

六、啟示

(一) 充分發揮“一國兩制”制度優勢

眾所周知，澳門為中國兩個特別行政區之一，在社會制度上具有較大的靈活性。鑑於中國整體社會主義的意識形態特徵，許多西方國家忌憚於社會主義國家“集中力量辦大事”且重視公共利益的國家強制力的巨大影響，不願意或不敢於將先進技術在中國內地進行實施。但澳門二十多年的發展歷程表明，“澳門之所以成為中央高度肯定的‘一國兩制’實踐的‘榜樣’和‘熱土’，根本原因就在於始終堅守‘一國’之本、善用‘兩制’之利，始終嚴格按照憲法和基本法辦事，始終弘揚愛國愛澳、民主和諧的主流社會意識，始終保持繁榮穩定的大局。”⁴⁵ 澳門在“一個中國”前提和基本法框架下，具有無可比擬的靈活性優勢，不至於讓其他境外或國外因素不敢進入。

尤其是今次的新冠疫情，在後疫情時代，國際局勢出現了“逆全球化”和“再全球化”的獨特趨勢，各國或地區均不同程度的加劇了知識產權博弈。⁴⁶ 澳門需要充分發揮其“一國兩制”的制度優勢，充分利用本澳已有的技術優勢（例如中醫藥防疫）、區位優勢（亞太地區的重要中轉地區），滙集全球的重要技術，打造國際技術融合高地，為澳門的經濟多元化發展提供新的借鑑與基礎。

(二) 重視專利制度作用，強化創新激勵

專利制度的初衷是激勵創新，其最主要的作用為固定專利權人的排他性權利，澳門應當注重對於市場主體、科研機構等的積極引導，注重發揮專利制度的巨大激勵作用。以標準必要專利為例，由於標準極大地提升了專利知名度，節約了技術傳播成本，增強了技術壟斷性，已經成為實現專利效益最大化的最佳途徑。⁴⁷ 專利固化在技術標準中所形成的標準必要專利，可以說是標準與知識

⁴⁵ 《澳門：“一國兩制”彰顯制度優勢與生命力》，2017年3月31日，<http://www.chinanews.com/ga/2017/03-31/8188145.shtml>，2021年4月7日訪問。

⁴⁶ 易繼明：《後疫情時代“再全球化”進程中的知識產權博弈》，《環球法律評論》2020年第5期，第163-177頁。

⁴⁷ 羅蓉蓉：《技術標準化壟斷行為的法律規制研究》，北京：知識產權出版社，2019年，第48頁。

產權“聯盟”的產物。⁴⁸ 專利標準化是一把雙刃劍，在促進先進技術產業化，增強產業發展競爭力的同時，又往往帶來各類法律衝突，而協調不當又會抑制創新和產業發展。科塞曾說過，“衝突是一個激發器，它激發新的規範、規則和制度的建立。”⁴⁹ 我們必須要正確認識專利標準化所產生的各類衝突，直面這些挑戰，建立起衝突協調機制，在化解衝突的同時，豐富和發展相關法律制度。⁵⁰ 結合澳門社會整體氛圍，從目前澳門的專利情況可以看出，澳門社會對發展專利的緊迫感不強、對實施專利發展戰略重視不夠。

筆者利用Incopat資料庫，具體網址為：<https://www.incopat.com>。在“申請人或受讓人”、“當前權利人”、“申請人地址”欄目設置為“澳門”或⁵¹“Macau”，具體檢索式為“(((AP=(澳門)) OR (AEE=(澳門))) OR ((AP=(Macau)) OR (AEE=(Macau))) OR AP-ADD=(澳門) OR AP-ADD=(Macau) OR PATENTEE=(澳門))”。經檢索，共有結果6,561個，經篩選、確認後，實際有效結果為5,204個。從“技術構成”、“技術申請趨勢”、“技術公開趨勢”、“技術全球分佈”、“申請人專利價值”、“全球技術構成”等指標可以看出，目前澳門專利集中在A61K、A61P、G06F、A47L、H02J、H04L、A47G、G01N、H01M、H01R等領域，專利創造獨特性較差，大部分專利價值較低，缺乏核心技術，在核心領域話語權不夠，為澳門特別行政區發展貢獻乏力。因此，需充分利用澳門經濟及科技發展局、澳門科學技術發展基金、澳門基金會等政府機構或社會團體，重視專利制度的激勵作用，增強技術創新能力，打造標準必要專利，增強核心競爭力，為澳門的發展賦能。與中國內地一樣，在保證專利技術創造基數的基礎上，再尋求專利強制許可等制度的靈活調整空間，為特區發展的“宏觀調控”打下基礎。

(三)結合澳門現有條件和發展規劃，引導行業發展

從澳門專利發展的現狀上看，澳門專利中有以下特點：一是醫藥相關專利數量較多，發展迅猛，基礎較好。A61類超過421個，佔據了絕對優勢。該類別中的專利主要是“適用於將藥品製成特殊的物理或服用形式的裝置或方法”。居於其次的是A61P類，亦與“化合物或藥物製劑的特定治療活性”有關。二者相加的比例超過本文統計專利總數的13%。二是電腦系統及相關領域獨樹一幟，具有較大發展潛力。G06F〔電數字數據處理（基於特定計算模型的電腦系統入G06N）〕類單項排名第三，該類別至少具有273個相關專利。三是家用電器、電子設備相關行業專利數量較多，申請人或當前權利人較為集中。A47L、H02J、H04L、A47G、G01N、H01M、H01R等類別均與家用電器、電子設備相關。雖然各個單項類別的數量並不算很多，但前述幾個類別均與人們的日常生活息息相關，且功能與效用較為集中或相似。

從澳門的發展規劃上看，2019年初發佈的《粵港澳大灣區發展規劃綱要》對澳門特區有新的定

⁴⁸ 丁道勤：《專利標準化的法律規制研究：從專利至上主義到創新至上主義》，北京：中國法制出版社，2017年，第61-62頁。

⁴⁹ [美]科塞：《社會衝突的功能》，孫立平等譯，北京：華夏出版社，1989年，第144頁。

⁵⁰ 賈明順：《歐盟競爭法視域下標準必要專利規制問題研究》，《北京航空航天大學學報（社會科學版）》2021年第2期，第21-28頁。

⁵¹ 系統支持邏輯運算符“AND”“OR”“NOT”，可以分別對指定的關鍵字執行“與”“或”“非”的操作。在以下示例中，邏輯運算符全部顯示為大寫。但是，這並不是必要條件，這樣處理只是為了在視覺上區分運算符和周圍的關鍵字。

位，即建設世界旅遊休閒中心、中國與葡語國家商貿合作服務平台，促進經濟適度多元發展，打造以中華文化為主流、多元文化共存的交流合作基地。⁵² 從第一個“五年規劃”和第二個“五年規劃”可以看到，澳門希望打造“總部經濟”、中醫藥產業、國際金融產業、晶片及物聯網等新的城市名片。⁵³

澳門可以利用對價制度⁵⁴對強制許可設計“均衡對價”⁵⁵，利用對需要進行專利強制許可的專利權設置“多長多寬”⁵⁶的邊界，通過給付對價的方式調整澳門目前的產業發展，發展優勢產業。“在對價理論看來，強制許可措施既構成了專利權人支付給公眾的一部分對價的來源，也為公眾所獲對價不至於為負值提供了一定程度的保障。”⁵⁷ 因此，與中國內地法上的專利強制許可一樣，在澳門產業發展和專利權人利益保障，尤其是創新激勵上，具有私法利益與公共利益的平衡⁵⁸，二者並不衝突。

(四)充分發揮制度“圖騰”作用

從中國內地法上的專利強制許可可以看出，強制許可制度本身就是一種“圖騰”，對於具有利用專利本身的申請核准製造財富和壟斷嫌疑的市場主體具有極強的威懾力。一是要加強認識。對於專利強制許可制度不可簡單的歸結為對於專利人的限制或專利法律制度中偏居一隅的存在，要將專利許可制度本身視為專利法律制度不可缺少的重要一環，在對於潛在發明人或已經持有專利的專利權人要加強宣傳教育，使其認識到專利並非單向的權利認可，而是伴隨有統一的權利義務的強制性規範。二是要深化使用。這裏的使用並非是對於專利強制許可進行實際實施，而是深化對於制度表面的使用。例如，在中醫藥、微電子等澳門強勢領域的市場發展中，要進一步宣示這組安利強制許可的重要意義；在對於市場具有重大影響、對於澳門發展具有重大影響或對於專利制度設置初衷存在挑戰的談判中，可以考慮將強制許可制度本身作為籌碼，以社會公共利益作為重要抓手，促成進一步共識，改善市場發展秩序，真正發揮專利法律制度的獨特效用。三是要結合實際。從宏觀和微觀兩個層面出發，注重發揮澳門經濟及科技發展局、澳門司法警察局、檢察院、法院等部門作用，從執法、司法角度對於專利強制許可進行貫徹，加強市場主體對專利強制許可制度本身的認識和接受度，結合個案將專利強制許可制度的衡平作用發揮出來。

(五)保持審慎態度

專利強制許可並非用來扼殺創新，而是作為專利制度中協調專利權人與社會公眾利益的平衡工

⁵² 中共中央、國務院：《粵港澳大灣區發展規劃綱要》，2019年2月。

⁵³ 《賀一誠：澳門將發展“總部經濟”推動多元經濟》，2021年4月13日，<http://www.chinanews.com/ga/2021/04-13/9454133.shtml>，2021年4月13日訪問。

⁵⁴ 有關最優專利制度的研究為找到合適的均衡對價提供了理論依據。所謂均衡對價，就是要讓對價的水平正好能夠使社會實現財富最大化。在對價理論看來，與經濟學中“最優長度”和“最優寬度”的確定類似，專利制度下也存在最優均衡對價決定問題。最優長度和最優寬度的水平取決於社會對兩股此消彼長的對立力量的權衡。

⁵⁵ 吳欣望：《對價視角下的專利制度》，《知識產權》2021年第3期，第69-83頁。

⁵⁶ 潘士遠：《最優專利制度研究》，《經濟研究》2005年第12期，第113-118頁。

⁵⁷ 吳欣望：《對價視角下的專利制度》，第69-83頁。

⁵⁸ 李天奇：《對專利權中的“強制許可”的初探》，《傳播與版權》2018年第5期，第184-185頁。

具，同樣也秉承着激勵創新、促進創造的初衷，印度專利強制許可的例子⁵⁹也證實了強制許可對於專利權人的事實激勵。⁶⁰ 但是很多學者都傾向於認為專利強制許可對於專利創造者具有消極影響（尤其是創新激勵方面）。⁶¹ 因此，澳門宜選擇與大多數國家或地區一樣的路徑，對於專利強制許可制度保持審慎態度⁶²，不可濫用。

但是，可以利用澳門的獨特社會治理方式達到良好效果。澳門具有獨特的“法團主義”特徵。⁶³ 社團不僅與行政部門合作提供公共物品以及參與社會管理，而且還廣泛參與澳門社會政治事務。換句話說，澳門社會政治事務以及社會管理需要社團參與，而社團運行與發展需要政府支持，它們之間相互合作，形成社會法團主義治理體制。⁶⁴ 同時，行業協會或專利相關社會團體是市場經濟關係深化發展和社會分工在市場領域細化的必然產物，是一種民間性、自律性、非營利性的社會仲介組織。健全的市場體系及市場運行機制，離不開行業協會和相關社會團體。作為政府、企業、市場之間聯繫的橋樑與紐帶，行業協會和社會團體既是企業走向市場的嚮導，也是企業權益和社會經濟秩序的維護者。建議澳門充分利用行業協會和社會團體的角色特點，指導和支持行業協會或相關專業社團制定本行業知識產權保護公約，妥善解決行業內的糾紛，依法維護會員的整體利益。同時，大力支持協會和社團工作，為本澳開展專利行業自律做出積極有益的探索，推動全澳科技創新、經濟發展。

(六)小結

綜上所述，加強專利保護、促進技術創新固然是澳門當前的要務，但對於專利權這種合法壟斷權的負面影響也不應忽視。正如博登海默指出的，“給予個人對權利主張以最大範圍的欲求，也許必須同要求公益的論點進行平衡。但是，專利的私權屬性決定了專利權人以個人利益為追求目標，要求專利權人自覺地以社會公共利益為追求目標，將公共利益置於個人利益之上，是不現實的。”⁶⁵ 因此，需要靈活運用專利強制許可，有一套切實可行的法律機制來保障社會公眾的權益。在嚴格規範其適用條件的前提下，通過適當推行專利強制許可，可以彌補現行創新激勵制度的不足，有利於促進專利技術的推廣應用，促進科技創新，維護公共利益需要。應當看到，專利強制許可與激勵創新之間並不是天然的對立，而是與專利制度本身的設置初衷一致——均有促進創新的影子。

澳門需要充分結合自身發展定位，發揮特別行政區“一國兩制”的制度優勢、中醫藥等行業的

⁵⁹ Bayer Corp. v. Union of India, (2009) LPA 443 (India).

⁶⁰ 事實表明，專利所有人事實上可以從許可該產品所帶來的銷售額的增加中獲得更大的利潤。例如，當Bayer公司的專利在印度遭遇到強制許可，導致的結果是：在該國藥品銷量的增加。銷售額的增加將會抵消Bayer因強制許可所遭受的收入損失。因此，強制許可專利會導致穩定的收入，因為在強制許可的情形下，獲得專利產品將會變得更加容易。

⁶¹ Yosick, J. A., “Compulsory Patent Licensing for Efficient Use of Inventions,” *University of Illinois Law Review*, 2001, pp. 1275-1292.

⁶² 朱真真：《FRAND許可制度完善研究——基於FRAND許可和強制許可比較》，《科技與法律》2018年第4期，第34-40頁。

⁶³ 婁勝華：《澳門現行社團法律制度的結構與特徵分析》，《比較法研究》2006年第5期，第102-112頁。

⁶⁴ 婁勝華：《轉型時期澳門社團研究——多元社會中法團主義體制解析》，廣州：廣東人民出版社，2004年，第14頁。

⁶⁵ [美] E·博登海默：《法理學——法律哲學與法律方法》，鄧正來譯，北京：中國政法大學出版社，2004年，第470頁。

技術優勢、東亞重要中轉點的區位優勢，在鼓勵技術創新、保護技術創新的同時，將專利許可制度的“圖騰”作用發揮出來，審慎進行專利強制許可實施，積極進行制度宣傳和教育，在個人利益充分保護和公共利益有效協調之間找到平衡點，激勵創新的同時又讓市場主體看到創新激勵的底線，從而真正實現專利法律制度的初衷，維持社會良好創新生態，促進社會創新有序進行、社會發展穩步推進、社會建設進一步提升和完善。

參考文獻 References:

- [美] E·博登海默：《法理學——法律哲學與法律方法》，鄧正來譯，北京：中國政法大學出版社，2004年。Bodenhimer, E., *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1962.
- 丁道勤：《專利標準化的法律規制研究：從專利至上主義到創新至上主義》，北京：中國法制出版社，2017年。Ding, D., *Research on the Legal Regulation of Patent Standardization: from Patent Supremacy to Innovation Supremacy*, Beijing: China Legal Publishing House, 2017.
- 朱真真：《FRAND許可制度完善研究——基於FRAND許可和強制許可比較》，《科技與法律》2018年第4期，第34-40頁。Zhu, Z., “Research on the improvement of FRAND License System – Based on the Comparison between FRAND License and Compulsory License,” *Science Technology and Law*, no. 4, 2018, pp. 34-40.
- 吳欣望：《對價視角下的專利制度》，《知識產權》2021年第3期，第69-83頁。Wu, X., “Patent System from the Perspective of Consideration Theory,” *Intellectual Property*, no. 3, 2021, pp. 69-83.
- 吳漢東：《知識產權法的制度創新本質與知識創新目標》，《法學研究》2014年第3期，第95-108頁。Wu, H., “The New System of Intellectual Property Rights Law and the New Catalogue of Intellectual Property Rights,” *Chinese Journal of Law*, no. 3, 2014, pp. 95-108.
- 吳漢東：《知識產權法學》，北京：北京大學出版社，2000年。Wu, H., *The Law of Intellectual Property Rights*, Beijing: Peking University Press, 2000.
- 吳漢東：《知識產權的私權與人權屬性——以〈知識產權協議〉與〈世界人權公約〉為對象》，《法學研究》2003年第3期，第66-78頁。Wu, H., “The Private Rights and Human Rights of Intellectual Property Rights: Based on the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and the World Convention on Human Rights,” *Chinese Journal of Law*, no. 3, 2003, pp. 66-78.
- 李天奇：《對專利權中的“強制許可”的初探》，《傳播與版權》2018年第5期，第184-185頁。Li, T., “A Preliminary Study of ‘Compulsory Licensing’ in Patent Rights,” *Communication and Copyright (Chuanbo Yu Banquan)*, no. 5, 2018, pp. 184-185.
- 李昌鳳：《我國藥品專利強制許可制度的缺陷及完善路徑》，《行政與法》2019年第2期，第95-105頁。Li, C., “On the Defects and Improving Path of Compulsory License System for Pharmaceutical Patents in China,” *Administration and Law*, no. 2, 2019, pp. 95-105.

- 李閣霞：《對藥品專利及其強制許可的研究——以“達拉斯買家俱樂部”的困境為視角》，《知識產權》2015年第6期，第61-67、77頁。Li, G., “Research on Drug Patents and their Compulsory Licensing: From the Perspective of the Plight of the ‘Dallas Buyers Club,’” *Intellectual Property*, no. 6, 2015, pp. 61-67 & 77.
- 尚鵬、姜暉：《專利未實施或未充分實施情形下強制許可的研究》，國家知識產權局條法司編：《專利法研究（2016）》，北京：知識產權出版社，2019年，第43-69頁。Xiao, P. & Jiang K., “Research on Compulsory License under the Circumstances of Unexploited or Insufficient Enforcement of Patent,” in Department of Treaty and Law of China National Intellectual Property Administration (ed.), *The Study of Patent Law (2016)*, Beijing: Intellectual Property Publishing House Co., Ltd., 2019, pp. 43-69.
- 周敏超：《知識產權強制許可在反壟斷中的適用》，《廈門大學法律評論》2016年第2期，第142-161頁。Zhou, M., “the Application of Compulsory Licensing of Intellectual Property Rights in Antimonopoly,” *Xiamen University Law Review*, no. 2, 2016, pp. 142-161.
- 易繼明：《後疫情時代“再全球化”進程中的知識產權博弈》，《環球法律評論》2020年第5期，第163-177頁。Yi, J., “The Game of Intellectual Property in the Process of ‘Re-globalization’ in the Post-epidemic Era,” *Global Law Review*, no. 5, 2020, pp. 163-177.
- 易繼明：《專利的公共政策——以印度首個專利強制許可案為例》，《華中科技大學學報（社會科學版）》2014年第2期，第76-82頁。Yi, J., “Public Policy in Patent Regime: Citing the First Compulsory Licensing Case on Patented Drug in India,” *Journal of Huazhong University of Science and Technology (Social Science Edition)*, no. 2, 2014, pp. 76-82.
- 易繼明：《遏制專利蟑螂：評美國專利新政及其對中國的啟示》，《法律科學（西北政法大學學報）》2014年第2期，第174-183頁。Yi, J., “Curbing Patent Cockroaches: a Review of the New Patent Policy in the United States and its Implications for China,” *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)*, no. 2, 2014, pp. 174-183.
- 姜勝建：《漫談專利的本質》，《今日科技》2016年第8期，第35-36頁。Jiang, S., “The Essence of Patent,” *Today Science & Technology*, no. 8, 2016, pp. 35-36.
- 〔美〕科塞：《社會衝突的功能》，孫立平等譯，北京：華夏出版社，1989年。Coser, L. A., *The Functions of Social Conflict*, New York: The Free Press, 1956.
- 袁姣姣：《我國藥品專利強制許可零實施原因探析》，《廣西政法管理幹部學院學報》2019年第4期，第90-95、116頁。Yuan, J., “Analysis on the Reasons for the Zero Implementation of Pharmaceutical Patent Compulsory License in China,” *Journal of Guangxi Administrative Cadre Institute of Politics and Law*, no. 4, 2019, pp. 90-95 & 116.
- 馬忠法：《對知識產權制度設立的目標和專利的本質及其制度使命的再認識——以專利技術轉化率低為視角》，《知識產權》2009年第6期，第3-9頁。Ma, Z., “A Re-understanding of the Objectives of the Intellectual Property Rights System and the Aim of Patents, and the Mission of the System: Taking

the View of the Low Conversion Rate of Proprietary Technology,” *Intellectual Property*, no. 6, 2009, pp. 3-9.

婁勝華：《澳門現行社團法律制度的結構與特徵分析》，《比較法研究》2006年第5期，第102-112頁。Lou, S., “Analysis of the Structure and Characteristics of the Current Legal System of Associations in Macao,” *Journal of Comparative Law*, no. 5, 2006, pp. 102-112.

婁勝華：《轉型時期澳門社團研究——多元社會中法團主義體制解析》，廣州：廣東人民出版社，2004年。Lou, S., *A Study of Macao Associations in the Transitional Period: an Analysis of Corporatism in a Pluralistic Society*, Guangzhou: Guangdong People’s Publishing House, 2004.

張偉君：《專利強制許可制度的合理性分析》，《科學管理研究》2009年第4期，第95-99、111頁。Zhang, W., “Rationality Analysis of the Compulsory Patent Licensing System,” *Scientific Management Research*, no. 4, 2009, pp. 95-99 & 111.

張偉君：《論對未實施或未充分實施專利的強制許可制度的完善》，《中國發明與專利》2018年第11期，第65-71頁。Zhang, W., “Compulsory Patent License for the Ground of Failure to Work or Insufficient Working in China,” *Chinese Invention & Patent*, no. 11, 2018, pp. 65-71.

張廣良：《知識產權價值分析：以社會公眾為視角的私權審視》，《北京大學學報（哲學社會科學版）》2018年第6期，第142-149頁。Zhang, G., “An Analysis of Intellectual Property Value: Private Right Examined from the Perspective of the Public,” *Journal of Peking University (Philosophy and Social Sciences)*, no. 6, 2018, pp. 142-149.

梁金馬：《藥品專利保護與公共健康——對藥品專利強制許可的重新審視》，《科技與法律》2017年第3期，第39-46頁。Liang, J., “Medicine Patent Protection and Public Health – Rethink of Medicine Patent Compulsory Licensing,” *Science Technology and Law*, no. 3, 2017, pp. 39-46.

彭心倩：《專利強制許可下的專利權人權益保障論》，《政治與法律》2019年第5期，第16-28頁。Peng, X., “On the Protection of the Rights and Interests of Patentees in Compulsory Licensing of Patents,” *Political Science and Law*, no. 5, 2019, pp. 16-28.

曾瑞聲：《藥品強制許可與國家利益建構——以雅培公司糾紛案為例》，《醫學與哲學》2019年第9期，第70-73頁。Zeng, R., “Compulsory Licensing of Drug and the Construction of National Interests: Case Study on Drug Compulsory Licensing Dispute between Thai Government and Abbott Laboratories,” *Medicine and Philosophy*, no. 9, 2019, pp. 70-73.

楊宏暉：《基於競爭考量之強制授權——兼談競爭法與專利法之競合》，《公平交易季刊》2007年第25卷第1期，第1-36頁。Yang, H.-H., “Compulsory Authorization Based on Competition Considerations, and on the Concurrence of Competition Law and Patent Law,” *Fair Trade Quarterly*, vol. 25, no. 1, 2017, pp. 1-36.

賈明順：《歐盟競爭法視域下標準必要專利規制問題研究》，《北京航空航天大學學報（社會科學版）》2021年第2期，第21-28頁。Jia, M., “Research on the Regulation of Standard Essential Patent from the Perspective of EU Competition Law,” *Journal of Beijing University of Aeronautics and*

Astronautics (Social Science Edition), no. 2, 2021, pp. 21-28.

管榮齊：《論非實施性專利權主體的權利和行為限制》，《法律科學（西北政法大學學報）》2019年第3期，第147-156頁。Guan, R., “On the Right and Behavior Restrictions of the Subject of Non-practising Patent Right,” *Science of Law (Journal of Northwest University of Political Science and Law)*, no. 3, 2019, pp. 147-156.

趙利：《我國藥品專利強制許可制度探析》，《政法論壇》2017年第2期，第146-151頁。Zhao, L., “Implementation to Compulsory License System of the Pharmaceutical Patent in China,” *Tribune of Political Science and Law*, no. 2, 2017, pp. 146-151.

劉麗娟：《專利強制許可辨》，《電子知識產權》2015年第3期，第60-67頁。Liu, Li., “Compulsory Patent Licensing,” *Electronics Intellectual Property*, no. 3, 2015, pp. 60-67.

潘士遠：《最優專利制度研究》，《經濟研究》2005年第12期，第113-118頁。Pan, S., “On the Optimal Patent Protect,” *Economic Research Journal*, no. 12, 2005, pp. 113-118.

韓偉：《反壟斷規制中的知識產權強制許可》，《價格理論與實踐》2013第6期，第29-30頁。Han, W., “Compulsory License of Intellectual Property Rights in Anti-monopoly Regulation,” *Price Theory and Practice*, no. 6, 2013, pp. 29-30.

〔德〕羅伯特·阿列克西：《法律論證理論》，舒國滢譯，北京：中國法制出版社，2002年。Alexy, R., *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford: Clarendon Press, 1989.

羅蓉蓉：《技術標準化壟斷行為的法律規制研究》，北京：知識產權出版社，2019年。Luo, R., *Research on legal Regulation of Monopoly Behavior of Technology Standardization*, Beijing: Intellectual Property Publishing House Co., Ltd., 2019.

蘇永欽：《尋找新民法》，台北：元照出版有限公司，2008年。Su, Y.-C., *Looking for a New Civil Law*, Taipei: Angle Publishing Co., Ltd., 2008.

Ladas, S. P., *Patents, Trademarks, and Related Rights: National and International Protection*, Cambridge: Harvard University Press, 1975.

Ritter, C., “Refusal to Deal and Essential Facilities: Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?” *World Competition*, vol. 28, iss. 3, 2005, pp. 281-298.

Watzinger, M., Fackler, T. A., Nagler, M. & Schnitzer, M., “How Antitrust Enforcement Can Spur Innovation: Bell Labs and the 1956 Consent Decree,” *American Economic Journal: Economic Policy*, vol. 12, no. 4, 2017, pp. 328-359.

Yosick, J. A., “Compulsory Patent Licensing for Efficient Use of Inventions,” *University of Illinois Law Review*, 2001, pp. 1275-1292.