



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

中国知识产权保护制度的发展和完善 (1)

李顺德

阅读次数: 5010

使用大字体察看本文

第一卷 我国知识产权法保护制度的立法现状与差距

第一部分 我国知识产权保护制度的立法现状

知识产权法律制度是历史发展的产物,是生产力发展的必然结果。

知识产权法律制度是随着社会生产力、科学技术的发展,不断调整、不断发展的。历史上每次重大科学技术的突破,都对知识产权法律制度提出挑战,同时也给知识产权法律制度的发展带来机遇。

知识产权法律制度既是社会生产力发展,特别是科学技术发展的必然结果,也是市场经济发展的必然产物,没有市场经济就没有知识产权法律制度。

新中国成立以来,由于我国实行计划经济体制,因此在很长一段时期内没有建立知识产权制度。七十年代末期,我国实行改革开放,开始向社会主义市场经济过渡,逐步建立市场经济体制,从而导致了知识产权法律制度的建立和发展。

知识产权法律制度作为市场经济法律体制的一部分,属于上层建筑领域,通过其反作用,对社会生产力、科学技术的发展,对市场经济的发展,产生了强有力的支持和推动。知识产权法律制度是市场经济发展的法律保障。

知识产权法律制度的发展程度、知识产权的实际保护水平,是一个社会、一个国家生产力水平的法律体现,它可以客观地反映出这个社会、一个国家的科技水平和经济实力。当前,世界各国知识产权法律制度的差异、知识产权实际保护水平的差异,实质上反映的是各国科技水平和经济实力的差异。从另一个方面说,只有通过知识产权的保护,科技、人才、信息优势才能得以实现和发展;借助于知识产权保护,科技、人才、信息优势才能转化为经济优势。因此,知识产权法律制度的完善程度、知识产权的实际保护水平将会成为反映和衡量生产力发展水平的重要标尺。

这就是说,一个国家和地区的知识产权保护水平应该与该国家或地区的生产力发展水平相适应,不可能也不应该超越生产力发展的相应水平,提出不切实际的要求。例如意大利等欧洲发达国家和我国的香港地区在法律中明确规定,对于买卖、使用盗版软件的单位或自然人追究刑事责任。如果将这一规定不加区分地引入我国实施,显然是脱离我国国情的。

但这仅是问题的一方面。另一方面是,随着经济全球化进程的加快,国内和国际市场的界限日益缩小,与此相适应的是要求在世界范围内对知识产权的保护应有一个基本水平的保障。这一要求充分体现在有关知识产权保护的国际公约中,特别是WTO的TRIPs协议当中。这就要求一个国家或地区必须履行所加入

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

的国际公约规定的义务，将知识产权保护水平达到其所参加的有关国际公约的要求。在这一点上，应该说存在矛盾的，这就需要一个国家或地区从全局利益出发，在知识产权保护方面有一个适当的平衡。这对于促进一个国家或地区的经济发展具有十分重要和积极的意义。

一、我国现代知识产权保护制度的建立和形成

中国的知识产权保护制度的筹备、酝酿，起始于70年代末期，是伴随着我国的改革开放而起步的。1982年出台的《商标法》是我国内地的第一部知识产权法律，标志着我国的知识产权保护制度开始建立。随着1984年《专利法》、1990年《著作权法》的推出，标志着我国知识产权保护制度的初步形成。

我国的知识产权法律制度，经过近二十年的努力，已经基本健全、完善，取得了令人瞩目的成绩。我国已经建立了具有专业水准的司法体制和行政执法队伍，审结和处理了一大批知识产权侵权案件。我国的专利年申请量已经超过10万件，商标的年注册申请量名列世界前茅。我国知识产权保护水平逐年提高，这是举世公认的事实。

二、我国现代知识产权保护制度的构成

知识产权法是调整人类在智力创造活动中因智力成果而产生的各种社会关系的法律规范的总称。通俗的说，知识产权法是规范知识产权产生、获得、使用和维护的法律。

我国的知识产权法律制度可包括两大部分，一部分是我国自行制订的知识产权法律法规，属于国内法，另一部分是国际法，主要包括我国参加的有关知识产权保护的国际公约，以及签署的双边或多边知识产权保护协议。

我国的知识产权法既是国内法，又是涉外法。

在我国的国内法中，知识产权法不是一个独立的法律部门，而是一个法律制度，属于民法部门。尽管其与民法基本原理之间还存在一些很明显的差异。从世界中大多数国家的现状来看，大都将知识产权法归为国内法民法法律部门中的一个法律制度。

知识产权国际公约属于国际公法范畴。国际法（又称国际公法）是调整国家及其他国际实体间相互关系的原则、规则和制度的总称。即各国公认的、在国际关系中对国家具有约束力的行为规范的总称。国际法与国内法在主体、调整对象、法的渊源、贯彻和实施方式等方面都存在许多差别。

有关知识产权的国际双边和多边条约，是知识产权法的重要组成部分。19世纪末期以来，知识产权的国际保护主要是通过国际双边和多边条约来实现的。作为国际公约，不同于民间的合同，对于参加公约的国家具有法律约束力，要求参加国要依照公约的规定，调整其相应的国内法，在以国内法对知识产权进行保护（包括涉外保护）时，不能违背国际公约。国际公约属于国际公法，国际公约的履行属于国际公法的法律关系。

我国所缔结的国际公约是我国国内法的重要组成部分。

《民法通则》第142条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结互助参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”

《民法通则》第238条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

从国际法的原则来讲，一个国家所缔结的国际公约（包括双边协定），除了该国特别声明保留且条约也允许保留的条款外，都应直接或间接地成为该国国内法的一个组成部分。

到2001年12月底为止，我国的知识产权法律制度主要包括：

中国内地主要的知识产权法律、法规和行政规章

1、商标法（1982年8月3日通过、1983年3月1日施行，1993年2月22日修改、1993年7月1日施行，2001年10月27日第二次修改，2001年12月1日施行）

商标法实施细则（1983年3月10日颁发、施行，1988年1月3日修订，1993年7月15日第二次修订，1995年4月23日第三次修订，2002年 月 日第四次修订）

2、专利法（1984年3月12日通过、1985年4月1日施行，1992年9月4日修改、1993年1月1日施行，2000年8月25日第二次修改、2001年7月1日施行）

专利法实施细则（1985年1月19日批准、公布，1985年4月1日施行，1992年12月12日修订，1993年1月1日施行，2001年6月15日第二次修订，2001年7月1日施行）

3、民法通则（1986年4月12日通过，1987年1月1日施行）（第五章第三节知识产权 第94条—97条，第88条第3、4款）

4、技术合同法（1987年6月23日通过、1987年11月1日施行）经修改并入1999年3月15日通过的合同法（第18章 技术合同），1999年10月1日施行

5、药品行政保护条例（1992年12月12日批准、1992年12月19日发布、1993年1月1日施行）

药品行政保护条例实施细则（1992年12月30日发布，1993年1月1日施行，2000年7月14日修改）

6、农业化学物质产品行政保护条例（1992年12月25日批准、1992年12月26日发布、1993年1月1日施行）

农业化学物质产品行政保护条例实施细则（1992年12月26日发布、1993年1月1日施行）

7、著作权法（1990年9月7日通过、1991年6月1日施行、1991年10月27日修改并施行）
著作权法实施条例（1991年5月24日批准，1991年5月30日发布，1991年6月1日施行，2002年 月 日修订）

8、计算机软件保护条例（1991年6月4日发布、1991年10月1日施行，2001年12月20日修改后重新公布，2002年1月1日施行）

9、实施国际著作权条约的规定（1992年9月25日发布、1992年9月30日施行）

10、反不正当竞争法（1993年9月2日通过、1993年12月1日施行）

11、知识产权海关保护条例（1995年7月5日发布、1995年10月1日施行）

12、特殊标志管理条例（1996年7月13日发布、施行）

13、刑法（1997年3月14日修订、1997年10月1日施行）第3章 第7节 侵犯知识产权罪（第213条—第220条）

14、植物新品种保护条例（1997年3月20日发布、1997年10月1日施行）

植物新品种保护条例实施细则（农业部分）（1999年4月27日通过、1999年6月16日发布、施行）

植物新品种保护条例实施细则（林业部分）（1999年8月10日发布、施行）

15、传统工艺美术保护条例（1997年5月20日发布、施行）

16、集成电路布图设计保护条例（2001年3月28日通过，2001年4月2日公布，2001年10月1日施行）

集成电路布图设计保护条例实施细则（2001年9月18日公布，2001年10月1日施行）

17、奥林匹克标志保护条例（2002年1月30日通过，2月4日公布，2002年4月1日施行）

中国加入的知识产权国际公约

目前已通过的世界性的知识产权国际公约有31个，其中有28个已生效（只有1个现已失效），大部分由世界知识产权组织管理。我国已经加入的15个有关知识产权保护的国际公约是：

1、《建立世界知识产权组织公约》，1967年7月14日于斯德哥尔摩签订，1970年4月26日生效，到2001年12月为止，已有177个成员国。我国于1980年6月3日加入该《公约》。

2、《保护工业产权巴黎公约》（简称《巴黎公约》）

1883年3月20日于巴黎缔结，1884年生效。，到2001年12月已有162个成员国。我国于1985年3月19日加入该《公约》。

3、《集成电路知识产权条约》，1989年5月26日于华盛顿签订，只有8个国家签字，至今尚未生效。我国于1989年5月26日签字加入。

4、《商标国际注册马德里协定》，1891年4月14日于马德里缔结1892年生效，到2001年12月为止已有52个成员国。我国于1989年10月4日加入。

5、《商标国际注册马德里协定有关议定书》，1989年6月27日通过，1995年12月1日生效，到2001年12月为止已有54个成员国。我国于1995年12月1日加入。

6、《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》（简称《伯尔尼公约》），1886年9月9日于伯尔尼缔结，1887年12月生效，到2001年12月为止，已有148个成员国。我国于1992年10月15日加入。

7、《世界版权公约》，1952年9月6日于日内瓦签订，到2001年12月为止已有98个成员国，由联合国教科文组织管理。我国于1992年10月30日加入。

8、《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》（简称《录音制品公约》或《唱片公约》），1971年10月29日于日内瓦签订，1973年4月18日生效，到2001年12月为止已有67个成员国。我国于1993年4月30日加入。

9、《专利合作条约》（PCT），1970年6月19日于华盛顿签订，1978年生效，到2001年12月为止，已有113个成员国。我国于1994年1月1日成为该《条约》的第64个成员国，中国专利局同时成为PCT的受理局、国际检索局和国际初审局。

10、《商标注册用商品和服务分类协定》（简称《尼斯协定》），1957年6月15日于尼斯签订，1961年4月生效，到2001年12月为止已有66个成员国。我国于1994年8月9日加入该《协定》。

11、《国际承认用于专利程序的微生物保存条约》（简称《布达佩斯条约》），1977年4月28日于布达佩斯签订，1980年8月19日生效，到2001年12月为止已有50个成员国。我国于1995年7月1日参加该《条约》。

12、《工业品外观设计国际分类协定》（简称《洛迦诺协定》），1968年10月8日于洛迦诺签订，1971年生效，到2001年12月为止已有40个成员国。我国于1996年9月19日参加该《条约》。

13、《专利国际分类协定》（IPC），1971年3月24日于斯特拉堡签订，1975年生效，到2001年12月为止，已有49个成员国。我国于1997年6月19日加入该《协定》。

14、《保护植物新品种国际公约》，1961年12月2日于巴黎签订，到2001年12月为止，已有47个成员国。在此公约的基础上，成立了“保护植物新品种联盟”（简称UPOV）。我国于1999年4月23日加入。

15、《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPs）1994年4月15日签订，1995年1月1日生效，到2001年12月底为止已有145个成员。我国于2001年12月11日加入该《协议》。

在知识产权保护方面，已经通过的最重要的国际公约主要有以下5个：《保护工业产权巴黎公约》、《保护文学艺术作品的伯尔尼公约》、《与贸易有关的知识产权协议》（TRIPs）、《世界知识产权组织版权条约》（WCT）、《世界知识产权组织表演和录音制品条约》（WPPT）。上述5个公约，除了TRIPs是

第二部分 我国知识产权保护制度存在的差距

在课题组从事本课题的研究过程中,恰逢我国正在对专利法、商标法和著作权法等主要知识产权法进行重要的修改。正确分析我国知识产权保护制度存在的差距,是修改、完善我国知识产权保护制度的最重要的前提条件。课题组对我国知识产权保护制度存在的差距,作了全面、深入地分析,为修改、完善我国知识产权保护制度提供了重要的参考依据。

这里所讲的我国知识产权保护制度存在的差距,主要是针对TRIPs 和我国已加入的知识产权国际公约而言的。TRIPs和其他的知识产权国际公约一样,其实体内容可以分为3类:一是基本原则,这是全体成员必须遵守的;二是最低要求,这是全体成员必须达到的;三是一般要求,这是可以根据各成员的具体情况选择适用的。

我们所讲的我国知识产权保护制度存在的差距,是指在专利法、商标法和著作权法等主要知识产权法进行重要的修改之前存在的差距,是针对TRIPs和我国已加入的知识产权国际公约的基本原则和最低要求而言的。

从总体来讲,差距主要体现在以下5个方面:

- 1、对部分有关知识产权的行政终局决定,缺乏必要的司法审查和监督,这个问题主要体现在商标法和专利法中
- 2、对知识产权的侵权行为,特别是对假冒和盗版行为的打击力度不够,对受害人的救济措施还不完善
- 3、对知识产权权利人的权利限制过多、过宽,不合理地损害了权利人的合法权益,这个问题主要体现在著作权法中
- 4、在各类知识产权的保护内容和保护水平上存在着不同程度的差距,主要是还没有对集成电路布图设计提供专门的法律保护
- 5、缺乏对知识产权滥用的必要的、完善的限制措施

一、我国1992年专利法与TRIPs存在的主要差距

《中华人民共和国专利法》及其实施细则从1985年4月1日施行以来,已经十多年了。十多年的实践证明,我国专利法的制定和实施与建立社会主义市场经济的需要是互相适应的,对我国的改革开放起到了很大的促进作用。中国专利法,特别是经过1992年修订以后的专利法,从总体水平上已经达到国际先进水平,与国际标准接轨。但是,我们也应该看到,与世界正在发展中的国际专利制度相比,特别是与TRIPs的要求相比,我国的专利保护制度还存在着一些差距,主要体现在以下几个方面:

1、对于实用新型、外观设计的行政终局决定应该提供司法审查机会:

世界上大多数国家对于实用新型,外观设计实行登记制或形式审查制(这与我国的作法是一样的),但对于无效诉讼及侵权诉讼的最终确权由法院通过司法认定。按照我国专利法的规定,专利复审委员会对申请人、专利权人或者撤销专利权的请求人关于实用新型和外观设计的复审请求所作出的决定为终局决定(法第四十三条),专利复审委员会对宣告实用新型和外观设计专利权无效的请求所作出的决定为终局决定(法第四十九条),不允许向人民法院起诉,这与国际上通行的做法是不一致的,也不符合TRIPs的有关规定。在TRIPs第41条第4款中规定:对于行政的终局决定,以及(在符合国内法对有关案件重要性的司法管辖规定的前提下)至少对案件是非的初审司法判决中的法律问题,诉讼当事人应有机会提交司法当局复审;在第62条第5款中规定:对于有关获得和维持知识产权的程序,以及国内法规定的程序、行政撤销及诸如当事人之间的异议、无效和撤销程序所作出的终局行政决定,均应接受司法或准司法当局的审查。但在异议不成立或行政撤销不成立的场合,应无义务对该决定提供司法审查,只要该程序的依据能够在无效诉讼中得到处理。中国专利法应该根据TRIPs的这些规定,作出相应的修改。

2、对强制许可的限制应更加严格:

中国专利法中对强制许可的限制与TRIPs是不矛盾的,但是TRIPs的限制条件更多,更严格,主要有:

----对于强制许可,必须“各案处理”;

----对于半导体技术专利的强制许可,还要增加一些特殊的限制条件;

----对于从属专利的强制许可更要严加限制。

以上限制条件,在中国专利法中尚未列入或是虽已列入还不够明确,应增补进去。

3、“计划许可”不应保留:

中国专利法第十四条对于“国家计划许可”的规定,是我国“计划经济”的产物。我国正在由“计划经济”向“市场经济”过渡。关贸总协定(GATT)和世界贸易组织(WTO)都是以市场经济为前提的,计划经济国家只有完成向市场经济的转轨,方能按GATT和WTO的机制正常运转。作为GATT和WTO的一个重要协议,TRIPs也完全体现着这一原则。在TRIPs第31条中规定,只有在进入国家紧急状态,或在其他特别紧急情况下,或在公共的非商业场合下,才允许政府直接介入专利的强制许可,包括政府使用或政府授权的第三方使用。我国专利法所规定的“计划许可”应该说是一种特殊的强制许可,显然不属于TRIPs所允许的强制

许可范围，与TRIPs的规定是有冲突的。因此，专利法中有关“计划许可”的条款不应保留。

4、应该增加对“即发侵权”的制止措施:

TRIPs第50条第3款中规定: 司法当局应有权要求临时措施之请求的申请人提供任何可以合法获得的证据, 以使该当局自己即足以确认该申请人系权利持有人, 确认其权利正在被侵犯或侵权正在发生在即, 该当局还应有权责令申请人提供足以保护被告和防止申请人滥用权利的诉讼保证金, 或提供与之相当的担保。

这实际上是对允许权利所有人对于“即发侵权”采取的措施及向司法或行政当局申请保护所作的规定。所谓“即发侵权”是指那种即将会发生、但是尚未发生的侵权行为。这种通过阻止“即发侵权”力争把侵权行为消灭在萌芽状态的做法, 是值得肯定的。而在我国专利法及其相关的法律中尚未有此类规定, 应该在今后修改专利法时将其补充进去。

5、“不知者不视为侵权”的规定应予以修改

我国专利法第六十二条第(二)款规定: 使用或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品的, 不视为侵犯专利权。这种“不知者不视为侵权”的规定, 在外国的专利法、商标法、版权法中也是极为罕见的。按照TRIPs的规定, 这种“不知者不视为侵权”只是作为一种例外, 一般仅适用于集成电路的布图设计和商业秘密, 前者是因为它极为复杂, 又很微小, 难于分辨, 后者是由于持有人采取了保密措施, 普通人无法知晓。对于专利而言, “不知者”这种“侵权”行为, 一般可视为是一种“善意侵权”, 但其前提是认定为“侵权”, 仍是非法的, 只是可以不负侵权损害赔偿或部分免除侵权损害赔偿责任。这种“不知者”变为“已知者”以后, 就应该立即停止这种“侵权”, 并向权利持有人支付合理的费用, 否则就要承担相应的侵权损害赔偿责任。在中国专利法中也没有这种规定, 应该补充。

在这里还涉及到这样一个理论问题, 即: 在知识产权的范围内, “侵权认定”与“侵权损害赔偿责任的认定”是有所区别的两个问题, 针对同一行为而言, 其“认定”原则未必相同, 不可将两者混为一谈。

6、应强化“损害赔偿”的措施

TRIPs第45条规定: 已知或有充分理由应知自己的行为已构成侵权的侵权人, 应向权利持有人支付足以弥补因侵犯知识产权而给权利持有人造成之损失的损害赔偿费。司法当局还应有权责令侵权人向权利持有人支付其开支, 其中可包括适当的律师费。在适当场合即使侵权人不知、或无充分理由应知自己的行为是侵权, 司法当局仍可责令其返还所得利润或令其支付法定赔偿额, 或二者并处。

相比之下, 我国专利法第60条的规定则很简单, 只有“赔偿损失”这四个字, 显得单薄、无力度, 很有必要参照TRIPs的上述条款加以修改。

7、应增加对专利权持有人滥用专利权的限制

TRIPs第48条第1款规定: 如果一方当事人所要求的措施已经采取, 但该方滥用了知识产权的执法程序, 司法当局应有权责令该当事人向误受禁止或限制的另一方当事人对因滥用而造成的损害提供适当赔偿。司法当局还应有权责令原告为被告支付开支, 其中包括适当的律师费。第2款规定: 在对涉及知识产权的保护或行使的任何法律进行行政执法的场合, 只有政府当局及官员们在这种执法的过程中, 系善意采取或试图采取特定的救济措施时, 成员才应免除他们为采取措施而应负的过失责任。

我国专利法中, 对于专利权持有人滥用专利权的的行为, 缺少如上所述的限制性规定, 应予补充。

8、专利权应包括“许诺销售”的权利

“许诺销售”的英文对应是“offering for sale”, 也有人将其译为“提供销售”

或“为销售而提供”。我认为将其译为“促销”或“推销”更符合中文的习惯。其含义是指那种明确表示愿意出售某种产品的行为, 包括以各种方式、通过各种途径的表示, 如进行广告宣传、将产品陈列、展览、演示、让顾客免费试用等, 涉及的范围很宽。

TRIPs第28条第1款明确规定: 专利应赋予其所有人的专有权包括“许诺销售”的权利。

我国专利法第11条所规定的专利权人的权利中没有“许诺销售”的权利, 这是应该增加上的一种权利。

二、我国1993年商标法与TRIPs存在的主要差距

我国的商标法及其实施细则自1983年3月实施以来已经有十余年了, 实践证明这一法律与我国的国情基本上是相适应的, 它促进了我国的改革开放, 推动了经济建设的发展。特别是经过1993年2月22日修改后的商标法, 从整体上已经达到国际先进水平, 但是与TRIPs等国际公约相比, 仍然存在差距, 主要有:

1、缺少对驰名商标保护的具体、明确规定

在巴黎公约第6条之二中规定, 各成员国对于驰名商标要给予特殊保护, 与之相同或近似的标识在相同或类似的商品上禁止使用和注册; 如果已被他人抢先注册, 驰名商标所有人有权在自注册之日起至少5年内提出取消这种商标注册的请求; 如果在先注册是恶意的, 可以不受5年规定时间的限制。这些规定是针对商品商标的, 不包括服务商标。

TRIPs第16条作了进一步的规定, 将巴黎公约对驰名商标的特殊保护扩大到服务商标, 将驰名商标的保护范围有条件地扩展到不类似的商品或服务, 并提出确认驰名商标应顾及有关公众对其知晓程度, 包括在该成员地域内因宣传该商标而使公众知晓的程度这样一个原则。

我国商标法及细则均无对驰名商标保护的的规定, 只是由国家工商行政管理局在1996年8月14日发布、施行了一个《驰名商标认定和管理暂行规定》, 应将其纳入商标法。

2、应增加对商标行政终局决定的司法审查

TRIPs第41条第4款中规定：对于行政的终局决定，以及（在符合国内法对有关案件重要性的司法管辖规定的前提下）至少对案件是非的初审司法判决中的法律问题，诉讼当事人应有机会提交司法当局复审；在第62条第5款中规定：对于有关获得和维持知识产权的程序，以及国内法规定的程序、行政撤销及诸如当事人之间的异议、无效和撤销程序所作出的终局行政决定，均应接受司法或准司法当局的审查。但在异议不成立或行政撤销不成立的场合，应无义务对该决定提供司法审查，只要该程序的依据能够在无效诉讼中得到处理。

按照我国商标法的规定（涉及到第21条、第22条、第29条、第35条、细则第23条等），有关商标确权的终审权都留给了商标评审委员会，没有必要的司法审查监督，这是与TRIPs的规定不相符的，应该相应加以修改。

3、对商标显著性的规定不够全面

具有显著性（识别性）是商标可以取得注册的基本条件之一。

TRIPs第15条第1款规定，即使有的标记本来不能区分有关商品或服务，成员也可依据其经过使用而获得的识别性，确认其可否注册。

巴黎公约第6条之五C项第1款也规定，决定一个商标是否适合于保护，必须考虑到一切实际情况，特别是商标已使用期间的长短。

我国商标法第7条对显著性的规定，比较笼统，也有些绝对，缺少对通过长期使用而具有显著性的标记可取得商标注册的规定，应该加以补充。

4、对侵权和假冒商品的打击力度不够

TRIPs中对于打击侵权和假冒商品作了较为详细的明确规定。

TRIPs第46条规定：“为了对侵权活动造成有效威慑，司法当局应有权在不进行任何补偿的情况下，将已经发现的正处于侵权状态的商品排除出商业渠道，排除程度以避免对权利持有人造成任何损害为限，或者，只要不违背现行宪法的要求，应有权责令销毁该商品。司法当局还应有权在不进行任何补偿的情况下，责令将主要用于制作侵权商品的原料与工具排除出商业渠道，排除程度以尽可能减少进一步侵权的危险为限。在考虑这类请求时，应顾及第三方利益，并顾及侵权的严重程度和所下令使用的救济之间相协调的需要。对于假冒商标的商品，除了个别场合，仅将非法附着在商品上的商标拿掉，尚不足以允许这类商品投放商业渠道。”

TRIPs第61条规定：“在适当场合，可采用的救济还应包括扣留、没收或销毁侵权商品以及任何主要用于从事上述犯罪活动的原料及工具。成员可规定将刑事程序及刑事处罚适用于侵犯知识产权的其他情况，尤其是有意侵权并且以商业规模侵权的情况。”

为了有力地打击侵权和假冒行为，TRIPs明确规定，应赋予司法当局“销毁侵权商品”的权利和“将主要用于制作侵权商品的原料与工具排除出商业渠道”的权利。我国商标法中尚无此类规定，仅授予工商行政管理部门“责令侵权人立即停止侵权行为，赔偿被侵权人的损失”以及对侵权人进行罚款的权利，应该加以补充。

除了查处侵权和假冒商品、主要原料和工具以外，规定法定赔偿额也是打击侵权和假冒的有力措施之一。TRIPs第45条第2款中规定：“在适当场合即使侵权人不知、或无充分理由应知自己从事之活动系侵权，成员仍可以授权司法当局责令其返还所得利润或令其支付法定赔偿额，或二者并处”，明确提出“法定赔偿额”。我国的商标法中尚无这一规定，也是一个重要的缺陷。

5、缺少对进口的假冒商品进行海关扣押和禁止流入商业渠道的规定

TRIPs第51条规定，成员均应在符合该协议有关规定的情况下，采用有关程序，以使有合理理由怀疑假冒商标的商品或盗版商品的进口可能发生的权利持有人，能够向主管的司法或行政当局提交书面申请，要海关中止放该商品进入自由流通。对其他侵犯知识产权的活动，成员也可以规定同样的申请程序，只要其符合本节的要求。成员还可以提供相应的程序，对于意图从其地域出口的侵权商品，由海关当局中止放行。

TRIPs所规定的“边境措施”，主要是针对假冒商标的商品和盗版商品的，按照TRIPs的注脚（13）的解释，不适用于对“平行进口”行为的控制。

TRIPs第59条规定，对于假冒商标的商品，除个别场合外，主管当局不得允许该侵权商品按照原封不动的状态重新出口，或以不同的海关程序处理该商品。主管当局有权在不妨害权利持有人有自由采取行动的其他权利，并使被告有权寻求司法当局进行复审的前提下，依照TRIPs第46条的原则，责令销毁或处置侵权商品。

TRIPs在第44条、第46条、第50条、第61条等条款中，对禁止侵权商品（包括假冒商品）流入商业渠道作了较详细的规定，除了民事、行政、刑事程序以外，还包括“临时措施”。

我国商标法中，没有关于对进口假冒商标商品进行海关扣押的规定。1995年7月5日国务院发布、1995年10月1日起施行的《知识产权海关保护条例》，对禁止侵权商品（包括假冒商标商品）进出口作了规定，但仍有必要在商标法中加以具体强调和明确。

我国商标法中，对于禁止侵权商品流入商业渠道的规定，过于笼统、原则，也应该加以充实和补充。

6、没有制止“即发侵权”的规定

TRIPs第50条第3款中规定：司法当局应有权要求临时措施之请求的申请人提供任何可以合法获得的证据，以使该当局自己即足以确认该申请人系权利持有人，确认其权利正在被侵犯或侵权正在发生在即，该

当局还应有权责令申请人提供足以保护被告和防止申请人滥用权利的诉讼保证金，或提供与之相当的担保。

这实际上是对允许权利所有人对于“即发侵权”采取的措施及向司法或行政当局申请保护所作的规定。所谓“即发侵权”是指那种即将会发生、但是尚未发生的侵权行为。这种通过阻止“即发侵权”力争把侵权行为消灭在萌芽状态的做法，是值得肯定的。在我国商标法中没有这一规定，无疑是一缺陷，应该增加这一条款。

7、缺乏对地理标志保护的具体、明确的规定

地理标志包括产地标记（即货源标记）和原产地名称两类。

巴黎公约第1条、第10条、第10条之三对保护产地标记和原产地名称有明确的规定。

TRIPs第22条、23条、24条作为一节，专门规定了对地理标志的保护，它所强调的是原产地名称，而不是产地标记。

我国目前尚无对地理标志保护的专门法规，是作为证明商标纳入商标法间接加以保护的。但是，在商标法及其细则中并无此规定，在《集体商标、证明商标注册和管理办法》中规定的也不明确，只是在对上述“管理办法”的解释中才作了明确规定。这一现状与TRIPs的要求差距较大，应该加以解决。

8、“明知与应知”不是确认商标侵权的必要条件

我国商标法第38条第2项规定，销售明知是假冒注册商标的商品属于侵犯注册商标专用权的行为之一；在商标法细则第41条第1项中规定，经销明知或者应知是侵犯他人注册商标专用权的商品属于侵犯注册商标专用权的行为。这种“不知者不视为侵权”的规定，在外国的商标法中也是极为罕见的。按照TRIPs的规定，这种“不知者不视为侵权”只是作为一种例外，一般仅适用于集成电路的布图设计和商业秘密，前者是因为它极为复杂，又很微小，难于分辨，后者是由于持有人采取了保密措施，普通人无法知晓。对于专利而言，“不知者”这种“侵权”行为，一般可视为是一种“善意侵权”，但其前提是认定为“侵权”，仍是非法的，只是可以不负侵权损害赔偿或部分免除侵权损害赔偿。这种“不知者”变为“已知者”以后，就应该立即停止这种“侵权”，并向权利持有人支付合理的费用，否则就要承担相应的侵权损害赔偿。在中国商标法中也没有这种规定，应该补充。把“明知与应知”作为确认商标侵权的必要条件，与TRIPs的规定是相违背的，也应该加以修改。

在这里还涉及到这样一个理论问题，即：在知识产权的范围内，“侵权认定”与“侵权损害赔偿责任的认定”是有所区别的两个问题，针对同一行为而言，其“认定”原则未必相同，不可将两者混为一谈。

9、应强化“损害赔偿”的措施

TRIPs第45条规定：已知或有充分理由应知自己的行为已构成侵权的侵权人，应向权利持有人支付足以弥补因侵犯知识产权而给权利持有人造成之损失的损害赔偿费。司法当局还应有权责令侵权人向权利持有人支付其开支，其中可包括适当的律师费。在适当场合即使侵权人不知、或无充分理由应知自己的行为是侵权，司法当局仍可责令其返还所得利润或令其支付法定赔偿额，或二者并处。

相比之下，我国商标法对被侵权人的损害赔偿的规定显得单薄、无力度，应该参照TRIPs第45条加以补充、修改。

10、缺少对无辜被告“适当赔偿”的规定

TRIPs第48条规定：“如果一方所要求的措施已经采取，但该方滥用了知识产权的执法程序，司法当局应有权责令该当事人向误受禁止或限制的另一方当事人对因滥用而造成的损害提供适当赔偿。司法当局还应有权责令原告为被告支付开支，其中包括适当律师费。”

TRIPs第50条第7款中规定：“如果临时措施被撤销，或因申请人的任何行为或疏忽失效，或事后发现始终不存在对知识产权的侵犯或侵权威胁，则根据被告的请求，司法当局应有权责令申请人就有关的临时措施给被告造成的任何损害向被告提供适当赔偿。”

这对于限制知识产权的权利人滥用权利是十分必要的。我国商标法中尚无此类规定，也应考虑增加。

11、应增加对官方标志、检验印记的保护和对展览会的临时保护

巴黎公约第6条之三对禁止将官方标志、检验印记等标记作为商标注册和使用，作了明确的规定；第11条对在某些国际展览会上首次展出的商品商标给予临时保护，也作了明确的规定。对此，TRIPs第2条已经明确加以肯定。

我国在实践中虽已照此办理，但在商标法中尚无明文规定，应加以补充。

12、应增加有关优先权的规定

优先权原则是知识产权保护的一项基本原则，最早见于巴黎公约第4条，也得到TRIPs的肯定。我国虽已执行了这一原则，但并没有在商标法中明确，应该明文加以规定。

三、我国1990年著作权法与TRIPs存在的主要差距

我国的1990年著作权法及其实施条例自1991年6月1日施行以来，尚未作过修改，只是以法规和行政规章的形式作过一些补充。从总体上看，我国的著作权法对著作权及其邻接权的保护水平已经基本上达到有关国际公约的要求，但是与专利法、商标法相比，著作权法与TRIPs等国际公约的差距是最大的，主要体现在对本国作品与外国作品实行的是“双重待遇”这一问题上。

我国对外国作品的保护水平与TRIPs的要求差距不大。这里所讲的“外国作品”是指作者或作者之一、著作权人或著作权人之一是《伯尔尼公约》成员国的国民或者在该国有经常居所的居民的作品，以及

在该国首次发表或同时发表的作品。

与TRIPs的要求差距较大的是我国对本国作品的保护，在某些方面甚至还没有达到《伯尔尼公约》的要求。上述差距主要体现在以下几个方面：

1、存在极不合理的“合理使用”

我国著作权法第43条规定：“广播电台、电视台非营业性播放已经出版的录音制品，可以不经著作权人、表演者、录音制作者许可，不向其支付报酬。”这种对录音制品“合理使用”的规定，是极不合理的，它明显与《伯尔尼公约》第11条所规定的表演权和第11条之二所规定的广播权相冲突，侵害了录制为该录音制品的原作品著作权人对其作品的表演权、传播权和获得报酬权。

2、对计算机程序应作为文字作品给予保护

TRIPs第10条第1款规定：“无论以源代码或以目标代码表达的计算机程序，均应作为伯尔尼公约1971年文本所指的文学艺术作品给予保护。”第11条规定：“至少对于计算机程序及电影作品，成员应授权其作者或作者之合法继承人许可或禁止将其享有版权的作品原件或复制件向公众进行商业性出租。……对于计算机程序，如果有程序本身并非出租的主要标的，则不适用本条义务。”

我国原《著作权法》第三条规定：本法所称的作品，包括计算机软件。明确将计算机软件保护列入了著作权保护。第五十三条规定：“计算机软件的保护办法由国务院另行规定。”

据此，国务院于1991年6月4日发布、1991年10月1日起施行了《计算机软件保护条例》（以下简称《条例》），对计算机软件的著作权保护作出具体、明确的规定。

1992年10月15日、10月30日，我国先后加入了《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》和《世界版权公约》。这标志着我国的著作权保护已经达到国际先进水平。

针对这一情况，我国国家版权局于1992年9月30日发布并实施了《实施国际著作权条约的规定》，其中第7条规定：“外国计算机程序作为文学作品保护，可以不履行登记手续，保护期为自该程序发表之年年底起50年。”

从此，我国对计算机软件的版权保护，出现了双重标准，即对外国计算机软件的版权保护，按照伯尔尼公约对文学作品的规定办理，已经基本达到了TRIPs的要求；而对国内计算机软件的版权保护，仍执行《计算机软件保护条例》，与TRIPs的要求尚存在一定的差距。这两种保护标准的主要差距是：

（1）保护期不同

国外计算机软件的版权保护期与文学作品一样，为作者终生及其死后50年；如为单位作品，或单位享有著作权的职务作品，保护期为首次发表后50年；但作品创作完后50年内未发表的，不再保护。

国内计算机软件的版权保护期为25年，截止于软件首次发表后第25年的12月31日，保护期满前，软件著作权人可以向软件登记管理机构申请续展25年，但保护期最长不超过50年（《条例》第15条）。

（2）享有的权利不同

国外计算机软件可以享有著作权法赋予文学作品的全部权利，包括隐含在发行权中的出租权（著作权法实施条例第5条第5项规定：“发行，指为公众的合理需求，通过出售、出租等向公众提供一定数量的作品复制件”）。

国内计算机软件只能享有《条例》赋予计算机软件的全部权利，不包括出租权。

（3）履行登记手续的要求不同

国外计算机软件可以不履行登记手续，就自动取得著作权的保护。

国内计算机软件向软件登记管理机构办理软件著作权的登记，是提出软件权利纠纷行政处理或者诉讼的前提（《条例》第24条第1款），凡已办理登记的软件，在软件权利发生转让活动时，受让方应当在转让合同正式签订后三个月之内向软件登记管理机构备案，否则不能对抗第三者的侵权活动（《条例》第27条），中国籍的软件著作权人，将其在中国境内开发的软件权利向外国人许可或者转让时，应当报请国务院有关主管部门批准，并向软件登记管理机构备案（《条例》第28条），软件进行登记是续展软件保护期的前提条件（《条例》第15条）。

1993年12月24日，最高人民法院发布《关于深入贯彻执行〔中华人民共和国著作权法〕几个问题的通知》，其中第3项规定：“计算机软件著作权案件，按分工由各级人民法院民事审判庭受理（设立知识产权审判庭的，由该庭受理）。凡当事人以计算机软件著作权纠纷提起诉讼的，经审查符合《中华人民共和国民事诉讼法》第108条规定，无论其软件是否经过有关部门登记，人民法院均应予以受理。”这就是说，国内软件提起诉讼也不以进行登记作为前提条件了，但是对于行政处理软件纠纷，仍需以进行登记作为前提条件。

3、对于数据库等汇编作品的保护条件需要修改

TRIPs第10条第2款规定，数据或其他材料的汇编，无论采用机器可读形式还是其他形式，只要其内容的选择或安排构成智力创作，即应予以保护。这类不延及数据或材料本身的保护，不得损害数据或材料本身已有的版权。这与伯尔尼公约第2条第5款对汇编作品的保护条件是有所区别的。按照伯尔尼公约的规定，汇编作品的构成素材本身应该是享有版权的作品，而且“其内容的选择与编排构成智力创作”，才能作为汇编作品受到保护。

我国在著作权法第14条中的相应规定，与伯尔尼公约第2条第5款相近，但是没有包括“其内容的选择与编排构成智力创作”这一要件，此外把汇编作品表述为“编辑作品”，也是不妥的。因为“编辑”的本意是指文字加工、删改等，被视为是一种非创作性劳动，不能产生新的版权。而“汇编”才是“指根据特

定要求选择若干作品或者作品的片断汇集编排成为一部作品”，是一种创作性劳动，可以产生新的版权。按照我国著作权法的上述规定，以数据和其他材料构成的数据库，大部分是不能作为汇编作品取得著作权保护的。这显然是不符合TRIPs的基本要求的，应该加以修改。

4、对出租权的规定还须明确

TRIPs第11条规定，至少对于计算机程序和电影作品，成员应授权其作者或作者的合法继承人享有其作品原件或复制件的出租权；第14条第4款规定，第11条的规定原则上适用于录音制品制作者及其他合法权利持有人。

按照我国著作权法第10条的规定和实施条例第5条第5项的解释，出租权是包含在发行权之中的，可以适用于所有受到著作权保护的作品，当然包括电影作品，通过对著作权法第3条第8项和《计算机软件保护条例》第9条第3项的解释，也可适用于计算机程序，但是不能适用于录音制品。此外，我国所规定的出租权只适用于“复制件”，而没有明确是否包括作品“原件”。我国所规定的享有出租权的主体，不仅有著作权人，也包括经合法许可取得作品“发行权”的权利持有人，这种扩大如果没有严格的限制，有可能损害电影作品、计算机软件版权所有人的合法权益。这些都是需要修改和明确的。

5、应该增加“适当补偿”的规定

TRIPs第48条第1款（前文已经引述）规定：对于知识产权权利人滥用知识产权执法程序，给予被告当事人造成的损害，应提供“适当补偿”。

在我国著作权法中，没有这种“适当补偿”的规定，应予以补充。

6、应该加大对盗版、侵权的打击力度

与TRIPs的有关规定相比，我国的著作权法在打击盗版、侵权方面，存在的差距是很明显的。

TRIPs第61条规定：全体成员均应提供刑事程序及刑事处罚，至少对于有意以商业规模假冒商标或对版权盗版的情况是如此。成员可规定，将刑事程序及刑事处罚适用于侵犯知识产权的其他情况，尤其是有意侵权并以商业规模侵权的情况。

我国的著作权法没有规定盗版、侵权的刑事责任，虽然在1997年修改的新刑法当中，已经作了补充，但是在著作权法中还应加以明确。

我国的著作权法没有如TRIPs第50条第3款（前文已经引述）那样的制止“即发侵权”的规定，应该相应加以补充。

与TRIPs第42条至49条所规定的对于侵权行为的“行政与民事程序及救济”相比较，我国的著作权法还存在不少问题，主要是不及TRIPs的规定具体细致，可操作性差，救济手段多样性和灵活性也不够。

TRIPs第50条中对制止侵权活动的“临时措施”作了具体规定，这种“临时措施”主要是由司法当局采取的，针对流通领域的侵权商品，对于制止侵权行为更为迅速、有成效。在我国著作权法中，应考虑增加相应的条款。

TRIPs中几次提到“法定赔偿额”（如前文已经引述的第45条），这一规定是十分必要的，因为在许多情况下，计算侵权人的“非法利润”或被侵权人的实际损失是很困难的，完全由法官处理，也很难办。在这种情况下，采用“法定赔偿额”是比较合适的。我国的著作权法应作出相应的规定。

TRIPs的第51条至60条对有关“边境措施”作了详细具体的规定，这对于版权保护而言，主要是针对“盗版商品”。我国在1995年发布施行的《知识产权海关保护条例》中，对禁止侵权产品（包括盗版商品）进出口作了具体规定。但仍有必要在著作权法中加以强调和明确。

7、对“合理使用”规定的范围过宽

TRIPs第13条规定，其他成员均应将专有权的限制或例外局限于一定特例中，该特例应不与作品的正常利用冲突，也不应不合理的损害权利持有人的合法利益。

这一规定，虽未具体讲到什么是允许的权利限制，而仅仅是强调了版权限制的基本原则，实际上暗含着对伯尔尼公约已明文规定允许的几种“合理使用”也持保留的态度。这反映了当前国际上要求加强对版权的保护，严格限制对版权的限制，这样一种趋势。

我国著作权法对“合理使用”的规定，集中于第22条，不要说达到TRIPs的要求，就连伯尔尼公约的要求都没有完全达到。在国际公约中，对“合理使用”的规定，都是针对版权、邻接权分别制订的，因为这两种权利毕竟还是有所区别的。而我国著作权法将其放在一起，显得不够合理。伯尔尼公约只允许对“政治演说、法律诉讼中的演说”等口述作品用多种方式使用，对其他作品只能在有限制的条件下，以复制（包括摘录）、翻译和广播等三种方式使用，才能视为是“合理使用”，而我国著作权法没有加以上述限制。我国将“免费表演已经发布的作品”视为“合理使用”，也是直接与伯尔尼公约第11条所规定的“公开表演权”相冲突的。

此外，我国著作权法第32条、第35条、第37条、第40条所规定的准法定许可，都是与伯尔尼公约的规定直接冲突的。

对于我国著作权法的上述条款应按照TRIPs和伯尔尼公约的要求加以修改。

四、我国对商业秘密的保护与TRIPs存在的差距

1、对商业秘密构成要件的规定不够准确

我国《反不正当竞争法》第10条对商业秘密构成要件的规定是不够准确的，在新刑法的第219条中，沿用了《反不正当竞争法》的条款。这与TRIPs第39条第2款所规定的3个条件相比，多出了一个“具有实用性”的条件。这给商业秘密的认定增加了限制条件，大大限制了商业秘密的保护范围，使一大批本应属

于商业秘密的信息由于不具备“实用性”，而不能得到应有的保护。

2、缺乏对政府或政府代理机构保护商业秘密的规定

TRIPs第39条第3款专门对政府或政府代理机构保护商业秘密应承担的责任，作了明确具体的规定。在我国的相关法律中，却没有这种规定。

五、我国对集成电路布图设计的保护与TRIPs存在的差距

关于对集成电路布图设计（拓朴图）的知识产权保护，TRIPs在肯定《集成电路知识产权条约》的基础上提出了更高的要求。TRIPs第36条对集成电路布图设计有三个层次的保护要求：（1）布图设计本身，（2）含有布图设计的集成电路，（3）含有布图设计集成电路的物品，如：设备仪器等。

在2001年3月28日通过、10月1日施行的《集成电路布图设计保护条例》之前，国内对集成电路布图设计的知识产权从法律上尚未给予保护。新出台的《集成电路布图设计保护条例》与TRIPs的要求基本一致，也保护到这三个层次。对集成电路布图设计由不保护一下子变成三个层次的高水平保护，这无疑是一个很大的冲击。直接受到这一冲击的不仅是集成电路产业，还包括计算机、通信、电子仪器、电子设备、家用电器等产业，几乎涉及到信息产业的所有整机产业，这一冲击是不可低估的。

需要说明的是，我国现有的知识产权法律制度不仅是与TRIPs存在差距，与其他一些有关的国际公约也存在着差距，尤其是与近几年来新出台的几个国际公约差距更大，这是我们在修改现有法律时应该加以全面考虑的。

第三部分 对我国知识产权保护制度的立法建议

近两年来，从我国的实际国情出发，根据WTO的TRIPs协议的要求，适应新的科学技术发展的需要，我国对专利法、商标法和著作权法等主要知识产权法作了重要的修改，出台了《集成电路布图设计保护条例》等新的法规。这些法律、法规的修改和出台，使我国的知识产权法律制度从总体水平上基本达到了TRIPs所要求的国际先进水平。

本课题组成员从事本课题研究的过程，就是课题组成员直接参加和参与我国专利法、商标法和著作权法等主要知识产权法修改和制订的过程。课题组在课题研究中，不仅对我国知识产权保护制度存在的差距，作了全面、深入地分析，而且为修改、完善我国知识产权保护制度提出了许多重要的、切实可行的修改意见，其中大部分已被采纳，体现在新修改的专利法、商标法和著作权法等主要知识产权法之中。现结合新修改的专利法、商标法和著作权法等主要知识产权法，分别加以说明。

一、对专利法第二次修改的建议及修改的主要内容

2000年8月25日通过的对专利法所作的第二次修改，共计34项（实际应为36项，第十二条、第二十条的修改，在2000年8月25日第九届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过的“关于修改《中华人民共和国专利法》的决定”当中未作说明，应属一个疏漏），其中为适应TRIPs要求的修改为9项。现行专利法共计69条，进行实质内容修改的有31条，进行非实质性修改的有11条，未作修改的有27条；删去现行法的条款4条，新增3条，将现行法第63条改为第58条和第59条，总计仍为69条。

（一）对专利法根据TRIPs要求进行的修改

从被修改的条款数量上看，此次为适应TRIPs的要求所修改的条款仅占修改条款总量的三分之一左右；但从实质内容上看，此次修改主要是围绕着TRIPs的要求进行的，重大修改基本上都与TRIPs有关。此次修改，进一步缩小了我国专利法与TRIPs的差距，主要体现在以下几个方面：

1、为实用新型、外观设计的行政终局决定提供了司法审查机会

按照我国1992年专利法第四十三条和第四十九条的规定，专利复审委员会对申请人、专利权人或者撤销专利权的请求人关于实用新型和外观设计的复审请求所作出的决定以及对宣告实用新型和外观设计专利权无效的请求所作出的决定均为终局决定，不允许向人民法院起诉，这不符合TRIPs第41条第4款和第62条第5款的有关规定。

此次修改，将1992年专利法第四十三条改为第四十一条，第四十九条改为第四十六条，对相关内容作了修改，将上述有关专利复审委员会对申请人、专利权人关于实用新型和外观设计的复审请求所作出的决定以及对宣告实用新型和外观设计专利权无效的请求所作出的决定，改为非终局决定，并规定对上述行政决定不服的，当事人“可以自收到通知之日起三个月内向人民法院起诉”，为当事人提供了司法审查机会，达到了TRIPs的要求。

为了配合上述修改，北京市第一中级人民法院于2001年6月20日制订了《当事人专利行政诉讼申请指南》（征求意见稿），对具体问题作了进一步的说明。

2、对专利实施强制许可的限制条件更加严格

此次修改，参照TRIPs第31条的规定，对专利实施强制许可的限制条件作了更为严格的规定。

（1）对于依存专利的强制许可条件进一步加以限制

1992年专利法第五十三条规定，对于一项取得专利权的发明或者实用新型“其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的”（通常我们把这两者称为“依存专利”），后一专利权人可以经申请获得专利行政部门批准，通过强制许可方式实施前一专利或者实用新型，其条件为：后一专利要比前一专利“在技术

上先进”。这一条件是很容易达到的，甚至说前一专利都应具备，否则相对于前一专利来讲，不具备创造性，不符合授予专利权的实质条件。

此次修改，将第五十三条改为第五十条，将这一条件改为：后一专利要比前一专利“具有显著经济意义的重大技术进步”，加大了对“依存专利”实施强制许可的限制。这与TRIPs 第31条(L)项的有关规定是一致的。

(2) 对专利实施强制许可决定的范围、时间、终止增加了明确要求

在1992年专利法第五十五条基础上修改的第五十二条，增加了第二款：“给予实施强制许可的决定，应当根据强制许可的理由规定实施的范围和时间。强制许可的理由消除并不再发生时，国务院专利行政部门应当根据专利权人的请求，经审查后作出终止实施强制许可的决定。”这与TRIPs 第31条(c)项、(g)项的有关规定是一致的。

(3) 取消了“计划许可”

1992年专利法对于“国家计划许可”的规定，是我国计划经济的产物，实质上是一种特殊的强制许可，按照TRIPs第31条(b)项的规定，只有在进入国家紧急状态，或在其他特别紧急情况下，或在公共的非商业场合下，才允许政府直接介入专利的强制许可，包括政府使用或政府授权的第三方使用。我国1992年专利法所规定的“计划许可”，显然不属于TRIPs所允许的强制许可范围，与TRIPs的规定相冲突。

此次对专利法第十四条作了彻底的修改，改为：“国有企业事业单位的发明专利，对国家利益或者公共利益具有重大意义的，国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府报经国务院批准，可以决定在批准的范围内推广应用，允许指定的单位实施，由实施单位按照国家规定向专利权人支付使用费”，“中国集体所有制单位和个人的发明专利，对国家利益或者公共利益具有重大意义，需要推广应用的，参照前款规定办理”。这里，将这种特殊的强制许可，仅作为一种政府直接介入的专利强制许可来处理，从实质上取消了“计划许可”；在专利实施强制许可的条件上符合了TRIPs第31条(b)项的要求；此外，将这种特殊强制许可的对象由包括发明、实用新型、外观设计在内的“发明创造”专利，改为仅适用于“发明专利”，取消了对实用新型、外观设计的这种特殊的强制许可。

3、增加了对“即发侵权”的制止措施

对于那种即将会发生、但是尚未发生的侵权行为，我们通常称之为“即发侵权”。在我国现行专利法及相关的法律中，尚没有制止“即发侵权”的规定。新修改的专利法增加了一条，即第六十一条：“专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其专利权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施”，“人民法院处理前款申请，适用《中华人民共和国民事诉讼法》第九十三条至第九十六条和第九十九条的规定”。

这一条款是参照TRIPs第50条第3款的规定制订的。这种通过阻止“即发侵权”，力争把侵权行为消灭在萌芽状态的做法，是值得肯定的。

侵权法中的“即发侵权”理论与合同法中的“预期违约”理论是相应的。无论国内法还是国际公约，都不可能只引入一个而否定另一个。于是，同样是国际公约的Tri ps，与国际贸易合同领域的公约相应，规定了对“即发侵权”的制止，是理所当然的。已经在《合同法》中引入了“预期违约”的中国，在法律中认定侵犯知识产权时是否应引入“即发侵权”？答案应当是不言自明的。

修订中如果没有直接引入“即发侵权”这一概念，就会如《合同法》1998年前的草案中没有引入“预期违约”一样，将是个缺憾。有的人曾认为：中国知识产权法中原来已经有了禁止即发侵权的条文，无需再引入这一概念本身。而他们所举的条文(如专利法中对“制造权”的保护，版权法中对“复制权”的保护、商标法细则中对仓储、运输等等的禁止条文，等等)，实际上只是禁止到了一部分“尚未产生侵权损害”的行为，而并未禁止到“即发侵权”。因为，制造、复制等，显然均是“已发”的，即已经在实施的侵权行为。不引入一个已被国际上认可的总概念，极可能使我们这样的立法经验尚不足的国家“挂一漏万”。幸而在这次修订中，终于增加了与Tri ps协议第50条极为相近的(修订后的)专利法第61条，完成了引入禁止“即发侵权”制度的行程。

4、对“不知者不视为侵权”的规定作了修改

我国1992年专利法第六十二条第(二)项规定：使用或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品的，不视为侵犯专利权。

此次修改将第六十二条第(二)项改为第六十三条第二款：“为生产经营目的使用或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，能证明其产品合法来源的，不承担赔偿责任。”

按照TRIPs的规定，这种“不知者不视为侵权”只是作为一种例外，一般仅适用于集成电路的布图设计和商业秘密，前者是因为它极为复杂，又很微小，难于分辨，后者是由于持有人采取了保密措施，普通人无法知晓。对于专利而言，“不知者”这种“侵权”行为，一般可视为是一种“善意侵权”，但其前提是认定为“侵权”，仍是非法的，只是可以不负侵权损害赔偿责任或部分免除侵权损害赔偿责任。这种“不知者”变为“已知者”以后，就应该立即停止这种“侵权”，并向权利持有人支付合理的费用，否则就要承担相应的侵权损害赔偿责任。

《专利法》修订后第63条，把不知而售侵权产品的行为，从过去的“不视为侵权”，改为“不负赔偿责任”。这一改动看起来与我国侵权法理论的“主观要件”(即无过错不构成侵权)离得远了，却与绝大多

国家的知识产权保护制度离得近了。

我国《民法通则》第106条第二段，将侵害人的主观状态(进而及于“实际损害”、“违法与否”等要件)与侵权的“民事责任”相关联。这几乎是我国大多数侵权法理论及教科书的基本点与出发点。据说这一段是在吸收了德国民法典823条，法国民法典1382条，意大利民法典2043条等等“经典民法”的基础上产生的。而细看这几部外国法典的相关条文，却均是把主观要件(或再加其他要件)仅仅与“赔偿责任”相关联，绝不联及其他民事责任(诸如停止侵权、恢复原状等等)。我国《民法通则》第134条列举的“民事责任”又远不限于“赔偿责任”。那么，我们过去的侵权法研究，是否存在误区？它对制止侵权是否有利？等等一系列问题，就值得我们认真研究了。《专利法》修正案的有关增删及改动，只是给我们开了个头。

Trips协议并无条文直接规定侵害知识产权的归责原则。但协议中却有条款明确规定了在哪些特殊场合，“有过错”方才负侵权责任或无过错就不负侵权责任。较典型的，一是第37条(1款)，即有关对集成电路知识产权保护的条文；另一是第44条(1)款，即对进口、购买或订购侵权物品的情况所作的规定。

从逻辑上讲，如果Trips主张认定侵权的总原则是“过错责任”(即有过错方负侵权责任)，那就完全没有必要再专门在有限的几处点出无过错则不负侵权责任(如37条、44条那样)。既然有专门点出过错责任的条款，就应推断凡未点出之处，均暗示着“无过错责任”(即只看侵权事实、不看行为人的主观状态)。例如，无论从Trips第11条增设的版权保护、第16条1、3两款强调的商标保护、第28条开列的专利权排他范围，均得不出“有过错方构成侵权”的结论。

但由于对知识产权领域的侵权归责问题，在中国一直有争议，上述推论就很难被一部分人所接受了。

中国民法理论界过去一直从解释《民法通则》第106条出发，基本无争议地在知识产权领域适用着过错责任原则。只是从1996年底开始，理论界对这种解释才真正提出质疑并开展了广泛的讨论。应当明确指出的是：知识产权领域的“无过错责任”论者，从来没有坚持过在知识产权领域要全面适用“无过错责任”。对于“在线服务公司”这种新服务提供者、对于在某些侵权活动中被追加的第三者、共同被告或间接侵权人，“无过错责任”论者依旧认为他们只应负过错责任。而“过错责任”论者，则始终认为一切知识产权的侵权，均只有具备“过错”方可构成，只存在“过错责任”。因为这是从传统民法理论的所谓“侵权四要件”顺理成章地推出的。这种传统理论认为，除《民法通则》中点出的几条例外之外，一切行为若被认定为侵权，必须具备四个条件：加害行为的违法性；侵权事实；行为人的主观过错；实际损害(也有的著述表述为“加害行为与所造成损害之间的因果关系”)。

在1996—1998年，亦即讨论的开始阶段，“过错责任”论者一直坚持上述传统理论，即只有四要件具备，才构成侵害知识产权。不过在讨论过程中，一部分人渐渐看到了以“侵权四要件”来认定侵权，在实践中多有说不通之处。于是有人提出了“认定侵权无须看有无主观过错；判定是否承担侵权责任，要看有无主观过错”。以这种方式解释“过错责任”，比传统的“侵权构成四要件”理论在知识产权执法实践中应当说是进了一大步，也显得更可行一些，但在逻辑上仍有值得研究之处。因为，这种解释，等于说相当一部分被认定为侵权的侵权人，并无侵权责任可负。这在逻辑上似有不通。

实际上，这种解释是以侵权中的“赔偿责任”这一点，代替了侵权责任的全部。侵权责任决不仅仅包含赔偿责任。被侵害人到司法机关诉侵权人，也决不仅仅要求损害赔偿。他们会首先要求司法机关认定自己是权利所有人，要求对方停止侵害活动(例如中止生产或查封其生产线等等)，封存或没收、销毁其侵权产品及直接用于侵权活动的物品，然后才是要求损害赔偿。有的原告，甚至只要求停止生产、查封生产线及销毁侵权物就够了。可见在权利人看来，侵权人应负的侵权责任，不仅仅是赔偿，而且首要的并不一定是赔偿(当然，“赔偿”对多数权利人又并不是可有可无的)。认为侵权责任仅仅是赔偿责任，有以偏盖全之嫌。而且，在诉讼中，侵权人往往是将“物上请求”(认定权利归属、停止侵权等)与“债权请求”(即损害赔偿)一并提出的。如果司法人员在处理案件时仅仅把注意力放在“债权请求”上，仅仅要侵权人相应负赔偿责任，就是“舍源逐流”或“舍本逐末”了。那就会事实上不可能真正制裁侵权，也不可能制止侵权活动的继续。

Trips协议的“执法”部分，对损害赔偿的具体规定并不多，大量条款却对停止侵权生产、停止侵权销售活动，销毁冒牌及盗版产品等，作了相当具体的规定。它要求各成员着眼的“侵权责任”重点在何处，也是不言而喻的。

中国过去的立法中，也并非没有“赔偿”之外的、无过错者应负的侵权责任的观念。例如《计算机软件保护条例》第三十二条第一段第2句话即是。无过错的持有者，必须销毁(自己花钱买来的)软件。虽然可能只有一件，非常微不足道，但毕竟是要持有者负侵权责任的一种方式。

至于传统民法理论所称一切侵权的认定均须以已经造成的实际损害为条件，“无损害即无责任”，等等。这些适用到知识产权领域，麻烦就更大了。在多数外国似未见到采用这一要件的知识产权立法。在中国，若适用这一条件，现有的专利法、商标法、著作权法恐怕都要重新起草。例如，专利法中规定专利权人享有“制造权”这一条，在多数场合就无法适用“实际损害”这一要件。未经许可的制造者如果仅仅处于制造他人专利产品这个阶段，而尚未推向市场，即未出售(也就是尚未侵犯到专利权人的“销售权”)，则在大多数场合不可能对专利权人造成什么实际损害。按照过错责任的这一构成条件的要求，专利法中的使用权与销售权是必要的，“制造权”则是无意义的了。因为权利人若无法证明他人的制造行为给自己带来了什么样的“实际损失”、他指对方行为“侵权”就不能成立。

所谓“侵权四要件”，其（至少在知识产权领域）不恰当之处是十分明显的。

中国的民法论著论及外国民法常说及的“加害行为（*tortious action*）是否违法”这一要件，它的外文原文已先认定了这是一种“侵权”行为（*tort*即英文中的“侵权”）。再要讲它是否违法，其意义已经不大。“四要件”就只剩下一个了——侵权事实。

在实践中，我国的多数执法部门也正是这样做的。当他们发现显然未经权利人许可的生产线时，总会立即设法把它停下来；发现库存的仿制专利品或冒牌货、盗版书时，总会立即封存、或没收、销毁。就是说，一经发现侵权事实，大都会首先认定这是侵权，并使侵权人尽早负其部分侵权责任，而不是依照陈腐的“法理”去先探究有关人员的主观状态，以及是否给权利人造成了实际损失。如果所有执法人员真的都按“四要件”去执法，中国知识产权保护现状恐怕比现在更糟。正如上面举的那个实例，就在眼看假酒即将注入瓶中时，只能听之任之，而等到其进入市场后才可以去没收、销毁。届时实际已收不完、毁不尽了。

已经走到世贸组织门前的中国，其法学界确应重新认识一些传统理论了。否则，不仅中国知识产权立法与国外有差距，中国的理论、立法与自己的执法本身也有了较大的差距。这并不是从根本上否定“四要件”。归纳上面的议论，其一是说，它至少在知识产权领域难以完全适用。其二是说，在认定侵权和决定一部分主要的侵权责任时，不应考虑主观状态及已有的实际损害。这并不排除在确定“侵权赔偿”这种责任时，应把有无主观过错和已造成的损害当成考虑或依据的重要内容。

5、强化了专利侵权“损害赔偿”的措施

1992年专利法中对侵权“损害赔偿”的规定过于简单，仅在第六十条中有“赔偿损失”这四个字，显得单薄、无力度，也与TRIPs第45条等规定不相符合。

此次修改，不仅对第六十条作了相应修改，作为第五十七条，还增加了一条，作为第六十条：“侵犯专利权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；被侵权人的损失或者侵权人的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。”

这一修改，不仅具体规定了专利侵权“损害赔偿”的计算方法，增强了可操作性，而且允许“参照该专利许可使用费的倍数合理确定”赔偿数额，应该说，这是一个大的突破，加大了对专利侵权惩罚的力度。

这是对民事赔偿的“填平原则”在「消费者权益保护法」之后，再次作了突破尝试。

修订后的专利法第60条，首次使专利的侵权人在中国可能有所“失”了。

按照传统民法理论的“填平原则”，侵权赔偿额或以权利人“实际损失”为准，或以侵权人侵权收入为准，或以正常状态下的许可合同使用费为准。这种计算貌似“公平”，实则不仅对权利人不公，而且对老老实实与专利权人缔结许可合同后再实施专利的人也不公。想想看，如果我见到别人有了一项有效益的专利，就擅自实施起来，如果被权利人发现了，他要经过“协商”、“调解”、“处理”、“诉讼”等不应其烦的过程，还不能保证胜诉。即使胜诉了，我只消把得到的不法收入还给他，我自己作为侵权人倒是“恢复原状了”，没受到任何额外损失。如果权利人抓不到我的把柄，我就算捡着了。于是作为侵权人毫无风险，作为权利人则有开发技术的风险、诉讼中失败的风险，等等，老实的被许可人也有合同谈不成、许可费自认过高等风险。在这种情况下，法律等于鼓励人们不经许可就用，抓着了再说。这样的专利“保护”制度难道不应改变吗？

6、增加了发明和实用新型专利权中“许诺销售”的权利

“许诺销售”的英文对应是“*offering for sale*”，也有人将其译为“提供销售”或“为销售而提供”。其实将其译为“促销”或“推销”更符合中文的习惯。其含义是指那种明确表示愿意出售某种产品的行为，包括以各种方式、通过各种途径的表示，如进行广告宣传、将产品陈列、展览、演示、让顾客免费试用等，涉及的范围很宽。

TRIPs第28条第1款明确规定：专利应赋予其所有人的专有权包括“许诺销售”的权利。

此次修改，在第十一条中增加了发明和实用新型专利权“许诺销售”的权利，将1992年专利法第六十二条修改为第六十三条，并作了相应的补充。这一修改达到了TRIPs的要求。

（二）对专利法其他重要的修改

第二次对专利法的修改，除了依照TRIPs的要求作了上述必要的修改以外，还作了以下重要的修改：

1、对外观设计与其他“在先权”的冲突问题作出明确的规定

由于外观设计处于传统工业产权和版权的边缘地带，兼有传统工业产权和版权的双重特性，在许多方面有别于发明和实用新型，而与商标和可以受到版权保护的美术作品、实用艺术品倒是更为接近，有许多相似之处。对于商标权和版权来说，是十分重视与“在先权”的冲突问题的，在商标法和版权法中对此都有明确的规定。国外制订的外观设计专门法中，一般对“在先权”也有明确的规定。

我国将外观设计纳入专利法进行保护，但是在原有的专利法中并未对外观设计的“在先权”问题作出明确规定，这给执法实践带来了许多麻烦。对于发明和实用新型而言，依据“新颖性”的规定就可以排除与“在先权”的冲突，然而对于外观设计仅依据“新颖性”的规定就无法排除与“在先权”的冲突。因为外观设计的“新颖性”要求是与产品的类别密切结合在一起的，只要产品的类别是不相近似（包括不相同）的，即使外观设计的造型、图案、色彩与在先已有的其他产品的外观设计完全相同，仍然具有“新颖性”，可以取得外观设计权。至于那些未经许可，就擅自使用他人的美术作品、实用艺术品或者商标设计图形用于自己的外观设计，具有“新颖性”取得外观设计权更不成为问题了。这种外观设计权，依照现行

的专利法是完全合法的，但是也确实构成了对他人的美术作品、实用艺术品的版权或者商标设计图形的商标权的侵害。这给司法机关和专利复审委员会处理这类纠纷带来了困惑。面对这一困惑，中国社会科学院知识产权中心的专家学者，在专利法的第二次修改中率先提出这一现实问题，并提出具体修改建议。这一建议得到广泛赞同，最终被采纳，体现在专利法第二十三条中增加了“授予专利权的外观设计”“不得与他在先取得的合法权利相冲突”的规定，较好的解决了这一问题。

就发明专利与实用新型专利而言，有了“新颖性”这一前提，基本上可以避免与任何“在先权”的冲突，何况更有原法第62条对“先用权”的照顾作补充。原因是在技术领域，只要某一技术占了先，它便会几乎无例外地排除了相同技术再获专利或保持专利有效的可能性。

而在工业产权与版权相交叉（乃至相重叠）的外观设计领域，“新颖性”的要求就远远不足以避免外观设计专利与“在先权”的冲突了。未经许可拿了他人的美术作品，与自己的产品相结合，去申请外观设计专利的情况，近年在中国越来越多。以至专利复审委员会都感到十分棘手。申请者的未经许可行为显然属于侵犯版权；如果该美术作品已被他人合法注册为商标，则还可能属于侵犯商标权。但申请人的这种独有的首次与某产品结合，则可能符合“新颖性”要求。于是当年作为最终确权的主管---专利复审委员会该不该宣布这类已获专利的外观设计无效，就在理论界及行政主管部门都发生了争议。一部分人认为：侵权行为不产生新的权利，完全可以依《专利法》第5条定其无效。另一部分人则认为：侵权行为也可以产生“在后权”，它可与“在先权”并存，尤其是版权与工业产权不会冲突，因此坚决反对依《专利法》第5条定其无效。

中、外知识产权法乃至国际公约，均只承认及维护“在先权”而从不涉及怎样去维护基于侵害他人的在先权利而产生的所谓“在后权”，决不是立法者及起草国际公约的专家级缺少“创造性”。打个比方：甲公司是一块地皮的所有人，它可能准备在上面盖平房。而乙公司未经甲的许可，却在上面盖了二层楼。是否从“公平”原则出发避免使乙白费力气，就必须承认及维护乙的这种“在后权”，而认为应当承认这二层楼的合法存在呢？如果丙未经乙许可在二层上又加了一层，那么是甲有权出来主张权利，还是乙有权出来主张权利？

从民法中，侵权人均负有“恢复原状”民事责任的原则看，乙的二层楼是应当拆除的。因此乙当然地无权向丙主张权利。只有在侵权后果按“恢复原状”处理将极其不平衡时（如乙所盖是摩天大厦、社会又需要它），才可能在侵权人负侵权责任的前提下，承认这种特殊的侵权结果。而人们在对待知识产权侵权结果时，往往忘记了“恢复原状”的原则。在担心如果不承认第一侵权人的侵权成果合法、第二侵权人可能受不到制裁时，他们完全忽视了真正权利人（即被侵权人）的存在。最典型的议论还是在版权领域：如果不承认未经许可的翻译作品享有版权，难道不经许可复制该译作就合法了吗？提问者显然忘记了第二侵权人同样侵犯了原作者的版权。

虽然“在后权”论者显然忽略了在民法中侵权人均负有“恢复原状”民事责任的基本原则。但这种“理论”确实有一定市场。至少不可能在没有明文确认保护在先权利人的法出现之前，使版权人与商标权人（以及其他可能涉及的在先权利人）的合法权利处于安全地位。

由于大多数国家并不将外观设计作为“专利”保护，故起草专利法而参考外国成例时未注意到这一问题，是并不足怪的。但专门规范外观设计的其他外国法中，则早有成例可循。例如，欧盟的《外观设计保护指令》中，虽已有“外观设计不得违反公共秩序及道德”的第8条（相当于我国专利法第5条），却仍另有第11条（即不允许侵害版权等其他在先权）另作出专门规定。日本《意匠法》也有类似条文。

国内的实践与国外的成例均告诉我们：想要有效地保护知识产权，就应当有针对性地作尽可能细化的规定，而不能依靠差距很大、并不确定的法解释学。在争论是否仅仅有《专利法》第5条就足够这一问题时，一位执法人员反问过：全部民法，是否能以《民法通则》第4条的存在，就认为足够了？那么我国的立法任务就真可以大大减轻了。当然，在学者中提出同样疑问的也早有人在。实际上，相似的问题，在重刑法的我国古代，就已在实践中讨论过。刘邦入关后“约法三章”，有人认为已经够了。但这种过于原则的“法”，易于留在口头上而无从实施。正如后来鲁迅所说：“法三章者，话一句耳”。汉刘邦之后，中国又有“汉律”、“唐律”、“明律”等等，即是很好的说明。

简言之，《专利法》2000年修订文本第23条增加了防止外观设计与“在先权”冲突的规定，应当说是理论上有一个进步。

2、取消了撤销程序，简化了专利确权争议流程

我国1984年专利法中，本无“撤销”程序，1992年专利法修改时，为了加快专利审批，取消了授权前的“异议”程序，增加了授权后的“撤销”程序，并规定提出撤销请求的有效期限为自专利局公告授予专利权之日起六个月内（1992年专利法第四十一条）。在实施细则第五十五条中规定，可以提出撤销的理由仅限于缺乏专利性。

通过实践，发现上述规定存在以下问题：我国专利法对提出行政撤销的根据，没有严格规定必须有文件证明（国际上一般是限定要有文件证明），因此给撤销请求的审查增加了复杂性，难于迅速作出判断和结论，延长了审查时间。对于撤销请求的决定不服的，还可以自收到通知之日起三个月内请求复审。对于复审决定，如果是有关发明专利权的，还可以在接到通知三个月内向人民法院起诉（1992年专利法四十三条）。待撤销请求作出终局决定以后，还可以向复审委员会提出无效宣告的请求（1992年实施细则第六十六条）。因此，对于一项专利如果依据其缺乏专利性对其专利权提出争议，可能要经过相当长的时间才能得到最终处理结果，使一项专利权长期处于一种争议未定的状态，这样可能会给专利权人、提出争议的人或

其他利害关系人带来很大的损失，对于各方都不利。此外，还存在一个撤销与无效宣告程序的衔接的问题，当撤销请求尚未审结时，无效程序无法启动（1992年实施细则第六十六条），这就出现了专利权利人利用撤销程序，拖延时间，导致其他利害关系人无法启动“无效”程序来及时保护自己合法权益的多起案例。此次修改取消了“撤销”程序，从根本上解决了这一问题。

3、增设了实用新型检索报告的规定

第二次修改的专利法第五十七条第二款中规定：“专利侵权纠纷”涉及实用新型专利的，人民法院或者管理专利工作的部门可以要求专利权人出具由国务院专利行政部门作出的检索报告。”这就在实用新型专利的侵权诉讼中向权利人提出了提供实用新型检索报告的要求。由于我国对实用新型的授权不进行实质审查，大大降低了实用新型的可靠性，由此也引发了实用新型侵权纠纷的大量增加，并导致一些实用新型权利人对其权利的滥用。这种现象的存在对于维护实用新型权利人和社会公众的合法权益都是不利的。增设这一规定，有助于减少那些轻率的实用新型侵权诉讼发生，避免不必要的人力、物力的浪费，也有利于防止实用新型权利人对其权利的滥用。

4、明确了通过有关国际条约提交专利国际申请的要求

在我国1992年修改专利法时，我国尚未加入PCT等国际公约，因此无法就通过PCT等国际公约提交专利国际申请作出规定。此次修改，在第二十条中作了明确的规定，这就使这一问题在专利法中有了法律依据。

5、取消了全民所有制单位“持有”专利权的的规定

第二次修改的专利法第六条取消了全民所有制单位“持有”专利权的的规定。这一修改具有双重意义：一是解决了国有企事业单位与非国有企事业单位、自然人在专利权属问题上待遇不平等的现象，按照现1984年专利法的规定，全民所有制单位对其“持有”的专利权没有完全的处分权，转让其专利申请权和专利权须经上级主管机关批准，而个人(自然人)则可以自由转让；国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府可以不经全民所有制单位同意，将其持有的重要专利指定其他单位实施，而对一般个人只有经其许可方可实施专利；在这些方面，专利法给予全民所有制单位的待遇显然要低于一般国民，这与民法中关于法人和自然人是平等主体的原则是相悖的，也与市场经济所要求的法人和自然人平等竞争的原则不符，不利于企业法人自主经营、参与市场的平等竞争；二是在专利权的“所有”和“持有”的称谓和使用上与国际惯例取得一致。

与这一修改相适应的是对第八条、第十条、第十四条也作了相应的修改。

6、明确了管理专利工作部门的职能，加大了行政执法的力度

第二次修改的专利法最明显的特点之一就是多方面明确了管理专利工作部门的职能，加大了行政执法的力度。

(1) 明确规定了管理专利工作部门的职能

在第二次修改的专利法第三条中增加了第二款：“省、自治区、直辖市人民政府管理专利工作的部门负责本行政区域内的专利管理工作。”

(2) 理顺了处理专利侵权纠纷和行政执法的关系

按照1984年专利法第六十条第一款的规定：专利管理机关处理侵权纠纷时，“有权责令侵权人停止侵权行为，并赔偿损失”。在这里，“责令侵权人停止侵权行为”属于行政执法，而责令“赔偿损失”属于民事纠纷裁决，不应由行政机关作出。

2000年修改的专利法对上述条款作了修改（第五十七条第一款），修改为：“未经专利权人许可，实施其专利，即侵犯其专利权，引起纠纷的，由当事人协商解决；不愿协商或者协商不成的，专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉，也可以请求管理专利工作的部门处理。管理专利工作的部门处理时，认定侵权行为成立的，可以责令侵权人立即停止侵权行为，当事人不服的，可以自收到处理通知之日起十五日内依照《中华人民共和国行政诉讼法》向人民法院起诉；侵权人期满不起诉又不停止侵权行为的，管理专利工作的部门可以申请人民法院强制执行。进行处理的管理专利工作的部门应当事人的请求，可以就侵犯专利权的赔偿数额进行调解；调解不成的，当事人可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》向人民法院起诉。”

这里明确规定管理专利工作部门对所受理的专利侵权纠纷，有权作出以下处理：一是对是否构成侵权行为进行认定；二是责令侵权人停止侵权行为；三是向人民法院申请强制执行责令停止侵权的决定；四是就侵权的赔偿数额进行调解。这就取消了管理专利工作部门对专利侵权纠纷作出民事裁决的权力，理顺了处理专利侵权纠纷和行政执法的关系。

(3) 明确和扩大了管理专利工作部门查处假冒专利和冒充专利的行政执法职能

依据1984年专利法第六十三条的规定，对于未构成犯罪的假冒专利，即使是故意违法，也只能比照侵权处理。2000年修改的《专利法》第五十八条规定：“假冒他人专利的，除依法承担民事责任外，由管理专利工作的部门责令改正并予公告，没收违法所得，可以并处违法所得三倍以下的罚款，没有违法所得的，可以处五万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任”，直接明确规定管理专利部门有权查处假冒专利行为，并可没收非法所得，处以罚款。

依据1992年修改《专利法》时增加的第六十三条第二款，赋予专利管理机关查处冒充专利行为的权力，此次修改作为第五十九条单独列出，加以了强调，并明确了罚款的上限。

(三) 对《专利法实施细则》的第二次修改

根据2000年修改的《专利法》而进行的《专利法实施细则》的第二次修改从2000年9月开始。2000年12月22日，国家知识产权局将《中华人民共和国专利法实施细则修订稿（草案）》（以下简称《细则修订稿》）上报国务院审议。该《细则修订稿》共有11章128条，第一章总则（15条），第二章专利的申请（22条），第三章专利申请的审查和批准（21条），第四章专利申请的复审与专利权的无效宣告（14条），第五章专利实施的强制许可（2条），第六章对职务发明创造的发明人或者设计人的奖励和报酬（4条），第七章管理专利工作的部门（15条），第八章专利登记和专利公报（2条），第九章费用（9条），第十章关于国际申请的特别规定（18条），第十一章附则（6条）。在广泛征求意见的基础上，又进行了多处修改，于2001年6月15日通过，6月25日公布。

第二次修订的《专利法实施细则》（以下简称“细则”），共有11章122条，主要从以下几个方面进行了修改：

1、对新《专利法》的补充修改，以适应TRIPs的要求

- （1）根据TRIPs第二十七条对新《专利法》第五条作了明确限定（细则第九条）
- （2）根据TRIPs第二十七条对强制许可的条件作了进一步的限制（细则第七十二条第四款）

2、适应新《专利法》的规定，作出了相应的修改

- （1）删除了关于“撤销”程序的规定

删除了1992年《专利法实施细则》的第五十五条、第五十六条、第五十七条，对其他一些有关申请、审查、复查和无效条款作了相应修改。

- （2）删除了“专利权自颁发专利证书之日起生效”的规定（1992年《专利法实施细则》第五十四条），与2000年《专利法》第三十九条、第四十条所规定的“专利权自公告之日起生效”取得了一致。

- （3）提高了职务发明人和设计人的奖金额和报酬比例

在1992年《专利法实施细则》第七十一条至第七十三条的基础上，将发给职务发明人和设计人的最低奖金额增大了10倍，并限定了发放限期（专利权生效之日起3个月内）（见细则第七十四条）；报酬比例将原来的上限改为下限，大幅度提高了报酬比例（见草案第七十五条、第七十六条）。

- （4）对管理专利工作部门的行政执法和民事调解作出了具体规定

主要包括行政处理专利纠纷的范围（细则第七十九条），处理和调解专利纠纷的管辖（细则第八十一条），行政处理专利侵权纠纷的中止（细则第八十二条），查处假冒专利的范围（细则第八十四条），查处冒充专利的范围（细则第八十五条），这些条款大部分是新增加的。

- （5）对外观设计“在先权”作出了限定（细则第六十五条第三款）

- （6）对实用新型检索报告的具体程序规定（细则第五十五条、第五十六条）

- （7）对职务发明的条件作了进一步的限定（细则第十一条）

3、有关完善、简化审查程序的规定

- （1）修改了外观设计的定义（细则第二条）

- （2）为专利的电子申请方式制定了法律依据（细则第三条、第十六条）

- （3）进一步明确规定了对说明书、权利要求书等专利申请文件撰写的要求（细则第十八条、第二十条第二十四条）

- （4）对分案申请的条件和期限作了进一步限定（细则第四十二条）

- （5）对专利申请初步审查范围作了调整（细则第四十四条）

- （6）对专利申请文件主动修改的时间及要求作出了规定（细则第五十一条、第六十条）

- （7）对复审和无效程序作出了具体新规定

主要包括：对驳回决定的复审作了进一步的明确（细则第六十二条）；涉及专利侵权诉讼的无效宣告请求人可以在提出无效宣告请求之日起；以外观设计与他人在先权冲突为由提起无效请求，须先提交“生效的能够证明权利冲突的处理决定或者判决”（细则第六十五条第三款）；一个月内提供增加理由或补充证据（细则第六十六条）；明确在无效审查过程中，专利权人不得修改专利说明书和附图（细则第六十八条）；明确规定无效审理中的口头审理程序（细则第六十九条）；无效审理中指定的期限不得延长（细则第七十条）等。

- （8）明确了民事诉讼中专利权保全程序相关执行问题的规定（细则第八十七条）

- （9）规定了向外国人转让专利申请权或专利权的审批部门（细则第十四条）

- （10）对审查指南等有关规章的制订作出了明确的规定（细则第一百二十一条）

- （11）对专利登记和专利公报的内容作了补充和修改（细则第八十八条、第八十九条）

- （12）增加了实用新型专利检索报告费等新费种，改变了维持费的缴纳方式（不授权不必缴纳维持费）（草案第九十条、第九十五条、第九十七条等）

4、增加了关于专利国际申请的特别规定

主要是考虑与我国已加入的《专利合作条约》（PCT）、布达佩斯条约以及新通过的《专利法条约》（PLT）相互协调。

- （1）对生物材料保藏规定作了修改（细则第二十五条、第二十六条）

- （2）对说明书、权利要求书和摘要的撰写要求作了修改（细则第十八条、第二十四条、第二十五条）

- （3）严格限定无效审理中指定的期限不得延长（细则第七十条）

(4) 对专利国际申请作了具体规定

主要是针对国内受理的国际申请而制订的。

即：这些规定适用PCT申请进入中国（细则第九十九条）；国际申请日作为提交申请日（细则第一百条）；选定中国的国际申请进入国家阶段应办的手续（细则第一百零一条）；国际申请在中国的效力的终止（细则第一百零二条）；国际申请进入手续的补正（细则第一百零三条）；国际申请的修改要求（细则第一百零四条），对国际申请办理进入手续的要求（细则第一百零五条）；对涉及生物材料的国际申请的特殊要求（细则第一百零六条）；对已要求优先权的国际申请的规定（细则第一百零七条）；对要求提前处理和审查的国际申请的规定（细则第一百零八条）；办完进入手续的国际申请的修改（细则第一百零九条）；对申请文件中文译文的改正（细则第一百一十条）；国际申请进入中国的公布（细则第一百一十一条）；国际申请的分案要求（细则第一百一十二条）；国际申请的提交和缴费（细则第一百一十三条）；国际申请的优先权要求费和费用减缓（细则第一百一十四条）；国际申请的复查（细则第一百一十五条）；专利权保护范围的确定（细则第一百一十六条）。

相关文章：

[在中国世界贸易组织研究会、中国法学会世界贸易组织法研究会、北京大学联合举办“中国入世五周年高层研讨会”上的发言](#)

[李顺德谈WTO与知识产权\(实录\)](#)

[学习跨国公司的知识产权战略](#)

[中国知识产权保护法律体制](#)

[从非典病毒基因看知识产权之争](#)

[改革重点应首先是带有国家行政管理职能的事业单位](#)

[知识产权的保护与发展](#)

[高新技术与知识产权保护](#)

[TRIPS与我国的知识产权法律制度](#)

[网络环境对版权保护提出的新问题](#)

[更多>>](#)

网络版权：中国法学网www.iolaw.org.cn “学者专栏”

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

[RSS](#)