

TRIPs 与我国的知识产权法律制度

李顺德

1999年11月15日,中美两国政府就中国加入世界贸易组织(WTO)达成双边协议,大大加快了我国加入世界贸易组织的进程。我国加入WTO以后,将要全面执行WTO的一系列协议,TRIPs就是其中十分重要的一个协议。

一、TRIPs的主要内容和特点

世界贸易组织(WTO)的《与贸易有关的知识产权协议》(Agreement on Trade Related aspects of Intellectual Property rights)(简称TRIPs),是1993年12月15日通过,1994年4月15日正式签署,1995年1月1日起生效的,是关贸总协定(GATT)第八轮谈判(乌拉圭回合谈判)所通过的一揽子协议之一,也是所有WTO成员必须遵守和执行的协议之一。从整体上看,TRIPs可以说是当前世界范围内知识产权保护领域中涉及面广、保护水平高、保护力度大、制约力强的一个国际公约,因此受到各国和各个独立关税区的高度重视。

(一) TRIPs的主要特点

TRIPs主要有以下6个特点:

- (1) 内容涉及面广,几乎涉及到了知识产权的各个领域;
- (2) 保护水平高,在多方面超过了现有的国际公约对知识产权的保护水平;
- (3) 将关贸总协定(GATT)和世界贸易组织(WTO)中关于有形商品贸易的原则和规定延伸到对知识产权的保护;
- (4) 强化了知识产权执法程序和保护措施;
- (5) 强化了协议的执行措施和争端解决机制,把履行协议保护知识产权与贸易制裁紧密结合在一起;
- (6) 设置了“与贸易有关的知识产权理事会”作为常设机构,监督本协议的实施。

(二) TRIPs的主要内容

TRIPs的主要内容包括:

1. 提出和重申了保护知识产权的基本原则

重申的保护知识产权的基本原则主要有:

(1) 国民待遇原则:

这是在巴黎公约中首先提出,在TRIPs第3条中再次强

调,各个知识产权国际公约共同遵守的基本原则。

(2) 保护公共秩序、社会公德、公众健康原则:

这是立法、执法的一条基本原则,在TRIPs第8条第1款、第27条第2款等条款中又进一步作了明确和强调,对于违背这一原则的智力成果可以排除在知识产权保护之外。

(3) 对权利合理限制原则:

知识产权如同其他权利一样,是相对的,不是绝对的,应该有合理的、适当的限制。

TRIPs第8条第2款提出“可采取适当措施防止权利持有人滥用知识产权”的权利限制原则。在TRIPs第13条、第16条第1款、第17条、第24条第8款、第26条第2款、第30条中分别提出对版权、商标权、工业品外观设计权和发明专利权给予一定权利限制的前提条件:一是要保证第三方的合法利益,二是不能影响合理利用,三是不能损害权利所有人的合法利益。

(4) 权利的地域性独立原则:

知识产权具有地域性,各国的知识产权法是相对独立的。在TRIPs第1条第1款再次强调了这一原则。

(5) 专利、商标申请的优先权原则:

这是在巴黎公约中首先提出的,TRIPs中再次加以强调和肯定。

(6) 版权自动保护原则:

这是在伯尔尼公约中首先提出的,TRIPs中再次加以强调和肯定。

TRIPs新提出的保护知识产权的基本原则主要有:

(1) 最惠国待遇原则(Most Favoured Nation Treatment,简称MFNT):

这是在TRIPs中首次把国际贸易中对有形商品的贸易原则延伸到知识产权保护领域,对知识产权的国际保护产生深远的影响,这条原则来源于GATT第1条关于最惠国待遇原则,列于TRIPs第4条。

(2) 透明度原则:

这是在TRIPs中第63条规定的原则,来源于GATT第

10 条贸易基本原则。其目的是防止缔约方之间出现歧视性行为,便于各方对相互保护知识产权的措施尽快了解,以便加强保护。

(3) 争端解决原则:

即确认 GATT 原则运用于解决知识产权争端的原则,这是在 TRIPs 第 64 条中规定的,它把 GATT 中第 22 条、第 23 条关于解决贸易争端的规范程序,直接引入解决知识产权争端,可以利用贸易手段,甚至交叉报复手段确保知识产权保护得以实现。

(4) 对行政终局决定的司法审查和复审原则:

TRIPs 明确对于知识产权有关程序的行政终局决定,均应接受司法或准司法当局的审查(第 62 条第 5 款),或者有机会提交司法当局复审(第 41 条第 4 款)。对于发明专利的撤销和无效决定,应提供机会给予司法审查(第 32 条),对于异议不成立或行政撤销不成立,只要该程序的依据在无效诉讼中能够得到处理,不必对该决定提供司法审查(第 62 条第 5 款)。

(5) 承认知识产权为私权的原则:

在 TRIPs 的前言中明确提出“承认知识产权为私权”的原则,应该适用于各类知识产权。

2. 确立了 TRIPs 与其他知识产权国际公约的基本关系

TRIPs 把已有的知识产权国际公约分为 3 类:

(1) 基本完全肯定、要求全体成员必须遵守并执行的国际公约:

这类国际公约共有 4 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》、《保护表演者、录音制品制作者与广播组织公约》、《集成电路知识产权条约》。TRIPs 对这 4 个国际公约的个别条款作了修改和保留。

(2) 基本完全肯定、要求全体成员按对等原则执行的国际公约:

这类国际公约共有十余个,主要是巴黎公约的子公约。

(3) 不要求全体成员遵守并执行的国际公约:

凡是 TRIPs 没有提到的、也不属于上述两类的国际公约,均不要求全体成员遵守并执行,主要有《世界版权公约》、《录音制品公约》等。

3. 规定了成员保护各类知识产权的最低要求

TRIPs 从 7 个方面分别规定了成员保护各类知识产权的最低要求,包括:版权及其邻接权、商标权、地理标志、工业品外观设计、专利权、集成电路的布图设计、未经披露的信息(商业秘密)等,并涉及到对限制竞争行为的控制问题。

4. 规定和强化了知识产权执法程序

TRIPs 具体规定了有关知识产权执法的行政和民事程序及救济措施(包括禁令、损害赔偿、对被告的适当赔偿、其他救济措施等)、临时措施(包括对“即发侵权”的制止等)、边境措

施、刑事措施及惩罚等,加强知识产权的执法保护,这在有关知识产权的国际公约中尚属首次。

5. 有条件的将不同类型的成员加以区别对待

TRIPs 原则上将成员分为发达国家成员、发展中国家成员、正在从中央计划经济向市场经济转轨国家成员、最不发达国家成员等几类,在一些条款的执行上给予不同的限期。

二、我国知识产权法律制度与 TRIPs 存在的主要差距

TRIPs 如同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。

这里所讲的我国知识产权法律制度与 TRIPs 存在的差距,是针对 TRIPs 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) 我国专利法与 TRIPs 存在的主要差距及建议

《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 43 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 49 条),不允许向人民法院起诉,这与国际上通行

出版发行研究

2000年第7期

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:对于有关获得和维护知识产权的程序,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“个案处理”;

——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 14 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 62 条第 2 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。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。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。因此,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“促销”或“推销”,“提供销售”或“为销售而提供”,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)我国商标法与 TRIPs 存在的主要差距及建议

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 款和第 62 条第 5 款(前文已经引述)对于有关知识产权的行政终局决定应提供司法审查已经作出明确规定。

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. 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,以使有合法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,要海关中止放行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。

5. 没有制止“即发侵权”的规定

TRIPs 第 50 条第 3 款对制止“即发侵权”的规定(前文已经引述)是很重要的,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。

6. 缺乏对地理标记保护的具体、明确的规定

地理标记包括产地标记(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

出版发行研究 2000年第7期

和原产地名称有明确的规定。TRIPs 第 22 条、第 23 条、第 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。

7. “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。这里把“明知与应知”作为确认商标侵权的必要条件,与前文所述的“不知者不视为侵权”实质是一样的,与 TRIPs 的规定是相违背的,也应该加以修改。

8. 应强化“损害赔偿”的措施

如同我国的专利法一样,商标法对被侵权人的损害赔偿的规定也显得是单薄、无力的,应该参照 TRIPs 第 45 条(前文已经引述)加以补充、修改。

9. 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。

10. 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)我国著作权法与 TRIPs 存在的主要差距及建议

我国的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 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》或《世界版权公约》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。

我国目前仅把外国计算机程序作为文字作品给予保护,对本国计算机程序仍按《计算机软件保护条例》保护,也就是说不是作为文字作品保护。这显然是与 TRIPs 的要求不相符合的,应予修改。

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。

我国的著作权法第 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. 对追溯保护的规定还须明确

TRIPs 第14条第6款规定:对版权的追溯保护,应在原则上适用于表演者权及录音制品制作者权。

在我国著作权法中,没有关于追溯保护的规定。1992年,我国加入伯尔尼公约后,仅对外国作品给予了追溯保护,并对外国的录音制品给予追溯保护。这与 TRIPs 的要求是相背的,也应加以明确规定。

6. 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。

7. 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条至第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。

8. 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,该特例不应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 存在的差距和建议

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

在优势互补中做大 出版产业蛋糕

——出版社书刊的共生效应

朱胜龙

书刊合一：一加一大于二

在世纪之交的市场竞争平台上，中国的出版业在以书刊合一为“创业板”的出版资源整合中得到了新的发展。这里所说的书刊合一，并不是图书和期刊功能的简单相加，而是图书和期刊的功能在新的营销层面上的重组和拓展，图书和期刊在新的营销层面上通过互相渗透、取长补短，产生了新的书刊共生效应，其原有的优势在互补中得到了进一步的延伸，生成了新的营销优势。

新闻出版署提出“社刊工程”的目标，将办刊从出版社的生财之道提高到发展出版产业的高度来认识，并因此制定了一系列的优惠政策，如鼓励出版社兼并和吸纳非出版单位主办的期刊，在新刊审批中向出版社倾斜等，给社办期刊带来了前所未有的发展机遇。新闻出版署提出的这一重大部署，顺应了出版产业发展的新形势，表明出版社所独具的书刊合一、共存一体的文化生态环境，为社办期刊的发展提供了得天独厚的条件，而这样的文化生态环境，是任何非出版社的期刊主办单位所不具备的。有人说这是因为新闻出版署直接管出版社，因此偏爱社办期刊，这句话只说对了一半，偏爱社办期刊的原因，说白了，就是同样的期刊资源，社办期刊能使期刊资源在

市场竞争中得到更优化的配制，产生更为可观的效益。因此，出版社办刊人员要从更高的文化层面上认识发展社办期刊的深远意义，不断深化对新时期社办期刊功能的认识，努力探索社办期刊的办刊规律，让植根于出版社沃土的期刊产业成为出版产业强有力的经济支柱。

在我国对出版物实行审批制的特殊政策下，出版图书、期刊作为一种国家赋予的专有权，成了出版社的宝贵资源。审批制其实也是保护制。一方面，图书、期刊所具有的意识形态属性及在宣传先进思想、传播科学文化知识、维护社会稳定中所起的举足轻重的作用，使其受到党和国家的高度重视和政策扶持，如国家在财政收入并不宽裕的情况下，多年来一直对图书出版社及部分期刊实行所得税返还等优惠经济政策，就是一个例证。另一方面，图书、期刊的产业属性及在满足人民群众多元化精神文化需求，促进、刺激精神消费，扩大内需方面所起的作用，使其得以在市场化运作中实现效益的最大化。图书、期刊在市场化运作中各具优势，图书以知识、信息密集、积累文化见长，期刊则以灵活的刊期、全方位的表现空间和鲜明的品牌形象等领先。在图书出版社同时拥有图书、期刊的情况下，图书、期刊则能在共存一体的利益格局中实现优势互补，并在优势互补的书刊共生效应中生成新的优势，使各自的优

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（拓扑图）的知识产权保护，TRIPs 比《集成电路知识产权条约》有了进一步的提高，在肯定该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。

国内对集成电路布图设计的知识产权保护在法律上尚无明确规范，也就是目前从法律上还不给予保护，已起草的《半导体集成电路布图设计保护条例》(征求意见稿)与 TRIPs 的

要求相比基本一致，也保护到第三层次。我国一旦加入 WTO，必须全面执行 TRIPs，因此，对集成电路布图设计的保护应达到第三层次的水平。

应当指出的是：这一条例一旦出台，直接受到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，而且还会涉及到其他行业的整机产业。因此，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。

(本文作者单位：中国社会科学院知识产权中心)