

# TRIPs与我国的知识产权法律制度(上)

## 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关税独立区的高度重视。

### (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,在许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):

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(Most Favoured Nation Treatment,简称MFN)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原则,这是在TRIPs第64条中规定的,它把GATT中第22条、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三类：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。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以下几个方面的差距：

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：

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:司法当局应有权利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)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版图设计和商业秘密,前者是因为它极为复杂,又很微小,难以分辨,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。在中国专利法中也没有这种规定,应该补充。

在这里还涉及到一个理论问题,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受害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,包括适当的律师费。第 2 款规定:在对涉及知识产权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权利,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”,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。(未完待续)

中国  
律师

## 《发展和管理一家成功的律师事务所》出版

司威克(加)著 冯秀梅译

为了帮助中国律师更多地了解加拿大和美国的律师事务所管理经验,国际著名律师事务所管理问题专家、加拿大律师司威克先生将其出版的新作《发展和管理一家成功的律师事务所》和这本书的版权赠送给了中华全国律师协会。全国律师协会副秘书长冯秀梅及时将该书译成了中文,以让所有对律师事务所管理感兴趣的业内外人士都能早日分享司威克先生关于事务所管理的思想、理念和实践。

该书以在知识经济时期律师事务所向市场经济提供中介服务为基点,分 7 个部分,全面阐述了律师事务所管理中的对内、对外各种关系的发生、性质,以及对这些关系的最佳处理。在阐述中,原则与具体,理论与实务紧密有机结合。该书资料丰富,立论中肯有据,且有超前性。在国际上,该书亦是律师事务所管理方面的名著之一。应该特别提出的是,由

于译者精通外文与业务,该书中文译本达到了极高水平的信、达、雅。由此,该书对完善和发展我国律师事务所的管理有重要的参照价值,其中的一些具体措施甚至可以直接用于我国律师事务所的管理实务,如该书中关于信息管理部分。

第二、三届全国律协会长任继圣为本书作序,他认为该书的出版,对中国律师事业的发展恰似“雪中送炭”,并认为该书是“良师益友”,“不可不读”,读后必有收获。

欲购该书者,请与中国律师杂志社联系。该书定价 28 元(含邮费)。

联系电话:(010)64060211 84020356

邮政编码:100007

邮购地址:北京市东城区东四十条 24 号青蓝大厦 503 室  
中国律师杂志社发行部收