

编者：在 WTO 中，知识产权问题占有极其重要的地位。知识产权与国际贸易已经结为一体，并与“货物贸易”、“服务贸易”一起构成世界贸易组织（WTO）的三大支柱。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。为适应 TRIPs，我国的知识产权法律制度作了哪些修改和完善？本刊特邀专家为您解答。

TRIPs

与我国的知识产权法律制度（下）

主讲人 李顺德 北京 100720

（中国社会科学院知识产权中心 副主任 中国社会科学院法学所知识产权法研究室 主任 研究员 博士生导师）

（二）我国商标法的第二次修改

我国于 2001 年 10 月 27 日通过了对商标法的第二次修改，2001 年 12 月 1 日起施行。此次修改，共计 47 项，其中为适应 TRIPs 要求的修改为 12 项。具体包括如下几个方面。

1、明确了对集体商标、证明商标和地理标志的保护。

我国原商标法中对集体商标、证明商标和地理标志的保护均没有作出规定。直到 1993 年 7 月修订的商标法实施细则第六条中才明确对集体商标、证明商标的保护，而实际实施是根据 1994 年 12 月 30 日国家工商行政管理局发布的《集体商标、证明商标注册和管理办法》于 1995 年 3 月 1 日开始的。

此次修改对集体商标、证明商标的注册保护作出明确规定，并对集体商标、证明商标的含义作出明确限定。同时也对地理标志的保护加以明确：商标中有商品的地理标志，而该商品并非来源于该标志所标示的地区，误导公众的，不予以注册并禁止使用；地理标志是指标示某商品来源于某地区，该商品的特定质量、信誉或者其他特征，主要由该地区的自然或者人为因素所决定的标志。

2、增加了对立体商标和颜色组合商标的保护。

我国原商标法仅保护平面商标，而且构成商标的要素仅限于“文字、图形或者其组合”。这与 TRIPs 的规定是有差距的。TRIPs 第 15 条第 1 款规定：“任何能够将一个企业的商品或服务与其他企业的商品或服务区分开的标记或者标记组合，均应能够构成商标。这类标记，尤其是文字（包括人名）、字母、数字、图形要素、色彩的组合，以及上述

内容的任何组合，均能够作为商标获得注册。”根据 TRIPs 这一规定，将此条修改为：“任何能够将自然人、法人或者其他组织的商品与他人的商品区别开的可视性标志，包括文字、图形、字母、数字、三维标志和颜色组合，以及上述要素的组合，均可以作为商标申请注册。这一修改虽然增加了对立体商标和颜色组合商标的注册保护，但对有些国家给予保护的声商标、气味商标仍然不予保护，也不保护单一颜色商标，当然这并不违背 TRIPs 的规定。

3、明确禁止以官方标志、检验印记作为注册商标。

禁止将官方标志、检验印记作为商标注册，这在巴黎公约中有明确规定，TRIPs 对此给予了肯定。我国在实际运作中虽然已经执行了这一规定，但在原商标法中并没有加以明确。此次修改，对商标禁用标志的规定中增加了这一项：与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，不能作为商标注册，但经授权的除外。

4、明确规定了对驰名商标的特殊保护。

此次修改明确规定：就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予以注册并禁止使用；就不相同或者不类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标所有人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

5、明确规定禁止代理人或者代表人恶意注册他人商标。

对于代理人或者代表人未经商标所有人授权而以自己的名义注册该商标的行为，应该禁止注册，并禁止其使

● 业务讲座

用,这在巴黎公约中早有明确的规定。在我国原商标法和实施细则中无此规定,鉴于我国恶意注册他人商标的现象日益增多,此次修改明确规定:未经授权,代理人或者代表人以自己的名义将被代理人或者被代表人的商标进行注册,被代理人或者被代表人提出异议的,不予注册并禁止使用。

6、增加了有关注册商标申请优先权的规定。

此次修改,依照巴黎公约第4条增加了优先权的规定:商标注册申请人自其商标在国外第一次提出商标注册申请之日起六个月内,又在中国就相同商标以同一商标提出商标注册申请的,依照该国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约,或者按照相互承认优先权的原则,可以享有优先权;依照前款要求优先权的,应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明,并且在三个月内提交第一次提出的商标注册申请文件的副本;未提出书面声明或者逾期未提交商标注册申请文件副本的,视为未要求优先权。

依照巴黎公约第11条,此次修改还增加了对展览会临时保护的规定:商标在中国政府主办的或者承认的国际展览会展出的商品上首次使用的,自该商品展出之日起六个月内,该商标的注册申请人可以享有优先权;依照前款要求优先权的,应当在提出商标注册申请的时候提出书面声明,并且在三个月内提交展出其商品的展览会的名称、在展出商品上使用该商标的证据、展出日期等证明文件;未提出书面声明或者逾期未提交证明文件的,视为未要求优先权。

7、增加了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。

这一对商标显著性的重要规定,是在TRIPs中提出的,虽然这仅是TRIPs的一个可选择的一般要求,不是具有强制性的最低要求,但是从我国实践来看,已经在事实上采用了这一原则,授权给许多原来不具显著性的商标,如“两面针”、“草珊瑚”、“冷酸灵”等。此次修改明确了这一规定。

8、取消了商标评审委员会的终局决定裁定权,增加了对其决定的司法审查。

此次修改,依据TRIPs删除了原商标法中关于商标评审委员会的决定、裁定为终局裁定的规定,增加了当事人可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉的规定。这一修改是有深远意义的。

9、增加了工商行政管理部门对商标侵权行为的查处权。

我国原商标法对于工商行政管理部门查处商标侵权

行为的授权,仅限于责令停止侵权行为和罚款。为了加大对商标侵权和假冒商标的打击力度,此次修改,依据TRIPs规定,增加了工商行政管理部门可以没收、销毁侵权商品的规定,并把现行商标法规定的工商行政管理部门有权责令侵权人“赔偿被侵权人的损失”,修改为“可以就侵权商标专用权赔偿数额进行调解”。并规定:有本法第五十二条所列侵犯注册商标专用权行为之一,引起纠纷的,由当事人协商解决;不愿协商或者协商不成的,商标专用权人或利害关系人可以向人民法院起诉,也可以请求工商行政管理部门处理。工商行政管理部门处理时,认定侵权行为成立的,责令立即停止侵权行为,没收、销毁侵权商品和专门用于制造侵权商品、伪造注册商标标识的工具,并可处以罚款。当事人对处理决定不服的,可以自收到通知之日起十五日内依照《中华人民共和国民事诉讼法》向人民法院起诉;侵权人期满不起诉又不履行的,工商行政管理部门可以申请人民法院强制执行。进行处理的工商行政管理部门应当事人的请求,可以就侵犯商标专用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。

10、加大了商标侵权赔偿的力度。

原商标法第三十九条规定,商标侵权的“赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润或者被侵权人在被侵权期间所受到的损失”。

此次依据TRIPs第45条作出相应修改:侵犯商标专用权的赔偿数额,为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益,或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失,包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。并规定:侵权人因侵权所得利益,或者被侵权人因被侵权所受到的损失难以确定的,由人民法院根据侵权行为的情节判决给予五十万元以下的赔偿。

TRIPs第45条第2款所规定的侵权损害赔偿的方式之一“法定赔偿”,虽不是最低要求(仅是一个一般要求),但是许多国家的实践都证明这确实是一个打击侵权和假冒、迅速解决有关纠纷的有效手段。结合我国的实际国情,对于商标侵权,至少是对于假冒商标,设置“法定赔偿”是非常必要的。

11、增加了采取“临时措施”的规定。

此次修改,依据TRIPs第50条,作出规定:商标专用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注册商标专用权的行为,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。并规定:为制止侵权行为,在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,商标注册人或者利害关系人可以在起诉前向人民法院申请保全证据。

12、将商标注册主体扩大到了自然人。

我国原商标法将商标注册人的范围限制于“企业、事业单位和个体工商户”,实质上是限制了自然人作为商标的权利主体。商标权作为知识产权的一种,本质上是一种民事权利,是一种私权。TRIPs的引言中明确提出“承认知识产权为私权”的基本原则。对于自然人应该享有的这样一种私权,是不应该剥夺的,否则有悖于TRIPs的基本原则。世界上绝大多数国家的商标法和有关国际公约都是允许自然人作为商标权的权利主体的。此次修改,已将商标注册主体扩大到自然人,顺应了这一潮流,也符合TRIPs的要求。

13、废除了以“明知”作为确认商标侵权必要条件的规定。

此次修改,将原商标法第三十八条第二项的规定修改为“销售侵犯注册商标专用权的商品的”即属于侵犯注册商标专用权的行为,并且规定:销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品,能证明该商品合法来源的,不承担赔偿责任。这样就明确地排除了以“明知”作为认定商标侵权的必要条件,即认定侵权不须考虑行为人是否存在主观过错(故意、过失),在确定侵权损害赔偿时,才应考虑行为人的主观过错是否存在。

14、强化了对在先权的保护。

针对商标权与他在先权的冲突,此次修改强化了对他在先权的保护,明确规定:申请商标注册不得损害他人现有的在先权利,也不得以不正当手段抢先注册他人已经使用并有一定影响的商标。并规定,对于与他在先权利相冲突的商标注册,可以在五年内提出撤销请求,对恶意注册的、驰名商标所有人不受五年的时间限制。这样既坚持了商标“申请在先”和“注册保护”原则,又达到了强化对他人合法在先权利保护的目的。

15、明确将商标的“反向假冒”行为作为商标侵权行为处理。

此次修改明确规定:将“未经商标注册人同意,更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场”的行为,即一般所说的商标的“反向假冒”行为,认定为属于商标侵权行为,追究法律责任。

总之,商标法的第二次修改大大缩小了我国商标法与

TRIPs的差距,这是毫无疑问的,但并不是说不存在任何可以探讨的问题。例如,TRIPs第48条具体规定了对知识产权权利人滥用其权利的限制,包括对被告“适当补偿”的规定,这是TRIPs的最低要求之一,而我国的商标法还没有这一规定。

(三)我国著作权法的修改

我国于2001年10月27日通过了对著作权法的修改,2001年10月27日起施行。此次修改,共计53项,其中为适应TRIPs要求的修改为12项。

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,我国的原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,但是与原专利法、商标法相比,原著作权法与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“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。通过对著作权法的修改,大大缩小了上述差距,主要体现在以下几个方面。

1、取消了极不合理的“合理使用”。

原著作权法第43条对录音制品“合理使用”的规定是极不合理的,它明显与《伯尔尼公约》所规定的表演权和广播权相冲突,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。此次修改,将该条改为:“广播电台、电视台播放已经出版的录音制品,可以不经著作权人许可,但应当支付报酬。当事人另有约定的除外。”这样就将“合理使用”改为“法定许可”。这一修改虽然仍与《伯尔尼公约》存在差距,但已属来之不易的一大进步。

2、对计算机程序的保护基本上达到作为文字作品给予保护的水平。

TRIPs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年文本所指的文学作品给予保护。我国原来仅把外国计算机程序作为文学作品给予保护,对本国计算机程序按原《计算机软件保护条例》保护,而不是作为文学作品保护。这显然是与TRIPs的要求不相符合的。此次修改,虽然并没有从文字上写明将计算机程序作为文学作品给予保护,但准备通过对《计算

● 业务讲座

机软件保护条例》的修改达到这一要求。

3、对于数据库等汇编作品的保护条件作了修改。

TRIPs 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》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。

在原著作权法第 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段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。按照我国原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。此次修改,已经达到 TRIPs 的这一要求。

4、明确了对出租权的规定。

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。

按照我国原著作权法第 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。

此次修改,已经明确出租权仅适用于电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音制品,达到了 TRIPs 的要求。

5、加大对盗版、侵权的打击力度。

与 TRIPs 的有关规定相比,我国的原著作权法在打击

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惩罚,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,将刑事程序及刑事惩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。

我国的原著作权法没有规定盗版、侵权的刑事责任,虽然在 1997 年修改的新刑法中已作补充,但也没有如 TRIPs 第 50 条第 3 款那样的制止“即发侵权”的规定;对于侵权行为的“行政与民事程序及救济”,与 TRIPs 规定的相比较,可操作性差,救济手段多样性和灵活性也不够,缺少 TRIPs 第 50 条中规定的对制止侵权活动的“临时措施”,缺少 TRIPs 中几次提到的“法定赔偿”。对于上述差距,此次修改已经基本解决。

6、缩小了“合理使用”的范围。

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,也不应不合理地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,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。

我国原著作权法对“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。《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”,而我国原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。通过这次对著作权法的修改,上述问题已经得到不同程度的解决。

7、进一步限定了“法定许可”的条件。

原著作权法所规定的法定许可都是与《伯尔尼公约》的规定直接冲突的。此次修改,将第 35 条规定的法定许可取消,将第 37 条规定的法定许可由“已发表的作品”缩小到“已经合法录制为录音制品的音乐作品”,将第 40 条规定的法定许可由多种“使用”方式缩小到“播放”一种方式,这基本上达到了《伯尔尼公约》的要求。但是第 32 条未作修改,仍然存在问题。此次修改,新增加的第 23 条所规定的编写教科书所允许的法定许可,是符合有关国际公约要

求的,不存在问题。

此次对著作权法的修改,从总体上讲,大大缩小了我国与 TRIPs 的差距,这是毫无疑问的,尽管这样仍然存在一些问题,例如,TRIPs 第 48 条具体规定了对知识产权权利人滥用其权利的限制,包括对被告“适当补偿”的规定,这是 TRIPs 的最低要求之一,而我国的著作权法还没有这一规定。TRIPs 的第 51 条至第 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”。虽然我国在 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)进出口作出具体规定,但仍有必要在著作权法中加以强调和明确。此外,关于对国内作品和国外作品的“双重待遇”问题也没有完全得到解决。

(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,在新刑法第 219 条中沿用了《反不正当竞争法》的条款。这与 TRIPs 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

(上接第 14 页)2001 年 378 亿元,分别比上年增长 58%和 40%;高新技术产品出口 2000 年 6.14 亿元、2001 年 9 亿元,分别比上年增长 57%和 39%;高新技术产品创利税 2000 年 45 亿元、2001 年 68 亿元,分别比上年增长 56%和 9%。规模以上工业统计高新技术产业销售收入占工业销售收入的比重已达 21%。一是从事高新技术的生产并达到规模以上的生产企业共有 628 家,生产高新技术产品 255 种,认定市级高新技术企业 120 家,其中国家级高新技术企业 23 家。二是通过实施“双二十工程”,即每年扶持 20 家重点高新技术企业和培育二十家高新技术苗子企业,高新技术企业规模不断扩大,有亿元以上企业 32 家,5 亿元以上 4 家。三是引进开发高新技术产品产业化项目 600 多项,市科委列项支持的市级重点高新技术成果转化项目 104 项,市级以上高新技术新产品项目 103 项,列入国家级项目 38 项。四是支持科技型中小企业发展,得到国家科技型中小企业创新资金支持的项目有 25 项,获得资金支持 1860 多万元。全市不少高新技术企业上了水平、上了规模,继“成功信息”、“浙大海纳”通过上市公司资产重组,“波导股份”、“韵升集团”作为重点高新

相关法律中却没有这种规定。

(五)《集成电路布图设计保护条例》的颁布和实施

关于对集成电路布图设计(拓扑图)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。

2001 年 3 月我国出台的《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。这一条例已于 2001 年 10 月 1 日开始实施。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。

(注:本文对 TRIPs 的引用,均采用郑成思教授的翻译文本)□

(全文完)

责任编辑 张剑

技术企业于 2000 年成功上市,“舜宇集团”、“海天塑机”、“天安集团”、“华翔集团”、“天明电子”等高新技术企业上市推荐工作正在进行之中。

3. 技术创新促进了对技术创新体系和高新技术产业的投入。2000 年科技投入达 3 亿元,比上年增长 100%,占全市财政支出的 2.5%,其中市本级财政科技投入达 2.0 亿元,增长 100%以上,占市本级财政支出的 7.29%;全市科技三项经费达 8640 万元,增长 19.6%,占全市财政支出的 0.72%。全市财政科技投入的 8%以上都重点投向技术创新体系建设和高新技术产业化。通过政府加大科技投入,全年通过高新技术转化资金 1400 万元的贴息支持,引导带动了企业投入近 8 亿元开发高新技术产品和进行成果产业化。2001 年的科技三项经费达到 3640 万元,比上年增长 25.5%;科技投入又比上年增长 300%,达 12 亿元。□

责任编辑 郭晓岩