

TRIPs与我国的知识产权法律制度(下)

(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

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

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 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

我国目前尚无对地理标记保护的专门法规,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,应该加以解释。

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 条对在有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。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的要求是相违背的,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。

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。

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。

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,因为在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

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 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。

(注:本文对 TRIPs 的引用,均是采用的郑成思教授的翻译文本)

中国
律师