

# 我国知识产权法律制度与 TRIPS 协议 存在的差距及其完善综述

刘远山

(海南大学 法学院, 海南 海口 570228)

**摘 要:** 基于目前对我国知识产权法律制度与 TRIPS 协议存在的差距及其完善的学术探讨, 着重从 TRIPS 协议在我国的实施包括立法和司法的完善两个方面对知识产权各部门法进行了全面的总结和述评。

**关键词:** TRIPS 协议; 立法和司法的完善; 专利法; 商标法; 著作权法; 网络知识产权; 知识产权犯罪; 综述

中图分类号: DF523

文献标识码: A

文章编号: 1002—3933(2002)06—0029—08

## Synthetical Reviews on Differences between TRIPS Agreements and Chinese Laws of Intellectual Property Rights and Perfection

**Abstract:** Based on the present, the differences between TRIPS Agreements and Chinese laws of intellectual property rights and perfection are expounded, along with comprehensive summing-ups and reviews on the various department laws of intellectual property rights especially, in the two respects, legislation and jurisdiction.

**Key words:** TRIPS Agreements; perfection in legislation and jurisdiction; *the Patent Law of PRC*; *the Trade-mark Law of PRC*; *the Copyright Law of PRC*; intellectual property rights for network; crimes against intellectual property rights; synthetical reviews

中国经过十五年的漫漫征程终于于 2001 年 12 月 11 日成为世界贸易组织(WTO)的正式成员。WTO 协议究其实质属国际条约范畴, 这就涉及到 WTO 规则在我国的实施(或我国如何履行条约义务和相关承诺)的问题。国际条约在国内的实施在理论上有“一元论”和“二元论”之说, 在实践中各国做法不一, 主要有直接适用和转化适用两种方式。我国宪法对国际条约在国内法中的地位未作出明确规定, 不过, 有些部门法中有直接适用规定。目前, 学术界大多数学者主张我国对 WTO 协议应采取转化适用方式, 即通过制定或修改国内法予以实施, 其理由主要有: WTO 协定中没有直接适用的要求; 美国、欧盟、日本和某些发展中国家成员方均采用转化适

用方式; WTO 协议的性质及其内容的复杂性以及我国的经济、政治和法制国情等原因使然。但少数学者认为对 WTO 的某些协议或某些条款在某些条件下可以直接适用。笔者倾向于前者观点, 限于篇幅, 恕不赘述。WTO 法中的 TRIPS 协议(即《与贸易有关的知识产权协议》)亦不例外, 应采取转化适用方式。目前, 不少专家和学者对 TRIPS 协议与我国知识产权法律制度存在的差距及其完善发表了不少观点和看法。下文不揣挂一漏万之嫌, 就此展开总结和评述, 以期对有关人士了解此方面现状、存在的问题以及把握其未来的研究方向和重点有所裨益。

一、关于我国知识产权法律制度与 TRIPS 协议存在的差距及其完善的总体认识

收稿日期: 2002—06—05

作者简介: 刘远山, 男, 海南大学法学院讲师, 国际法专业博士生, 研究方向为国际刑法和国际知识产权法。

目前,学术界的主流观点是我国知识产权法律制度与 TRIPS 协议的差距颇大,需尽快加以修改、制定和完善,但也有少数不同之音。综合起来,大致有如下一些概括性认识:我国知识产权立法经过 1992—1993、2000—2001 年两次大规模的制定和修改,其实体保护方面已与 WTO 基本相当,但在司法程序方面还须进一步完善和细化(包括司法解释),诸如诉前禁令、临时措施中的证据保全,权利人获取信息权,对知识产权侵权的法定赔偿,对侵权物品的严厉制裁手段等<sup>[1]</sup>;我国知识产权司法保护的执法水平要逐步接近 TRIPS 协议规定的最低水平,而不是超过其保护水平;我国的相关法律和司法解释并没有明确地确立知识产权的请求制度,民法通则和各项知识产权法律中未赋予权利人以类似于发达国家民法或知识产权法中规定的禁止请求权和排除请求权等如同物上请求权的权利;我国现行知识产权法都存在行政味较浓而民法味不足的缺陷;有学者认为知识产权(主要是著作权)侵权损害赔偿应包括精神损害赔偿;司法解释应对原告恶意滥用诉权给被告造成实际损失的合理赔偿作出规定;行政诉讼法对知识产权的司法管辖审级没有作出全面规定;我国有关知识产权的法规对海关工作人员由于执行公务给当事人造成损失的补偿或赔偿和免责以及进口人提供保证金请求放行货物等未作出规定或规定过于简单;对诉前临时措施的申请,应当走执行审查程序而不应当进入审判程序,执行命令可以采用格式化的司法文书;我国相关法律应对行政机关作出的有关知识产权侵权的各种决定的执行给予明确的归类 and 规范;我国司法解释应对在诉讼中的先予执行的适用范围、条件和程序以及知识产权价值评估标准作出比较具体的规定和说明;目前我国的知识产权法律对各种知识产权的权利重叠与冲突的解决没有规定或规定不够明确、全面或各单行知识产权部门法各自为阵(即只规定了某些偏向自己的协调和救济原则)<sup>[2]</sup>;我国知识产权的权利体系既要适应 TRIPS 协议的要求,同时亦不应局限于其限制;从 TRIPS 协议的有关条文中可以推断出对知识产权侵权赔偿的归责原则是过错推定责任原则,那么,我国在修改有关知识产权法时应确立过错推定责任原则,最高法院可通过司法解释对行为人的注意标准予以确定<sup>[2]</sup>(郑成思先生推论为无过错责任原则<sup>[3]</sup>);我国现行的有关知识产权法律尚无无过错责任的明确规定,但从其有关条文中可推知,我国知识产权侵权责任的归责原则是完全的过错责任原则;最高人民法院民三庭(原知识产权庭)蒋志培庭长认为,中国法官通过司法实践完善和丰富了知识产权侵权理论,高度重视过错推定原则在确定侵权民事赔偿责任中的运用<sup>[4]</sup>;对无过错责任人判返还不当得利虽与其它国家及 TRIPS 协议的要求相符,但在我国法律中找不到依据,同时在实践中难以掌握;郑成思先生建议我国知识产权立法中应明确规定无过

错责任原则并明确其适用范围,以与外国的立法例和 TRIPS 协议的规则接轨;有学者主张,我国相关知识产权法律与 TRIPS 协议的最大障碍就是赋予行政机关终局裁决权;我国知识产权问题的国际私法制度严重残缺,有关司法实践不仅缺乏规范性,而且也不尽合理,其总的表现为,对跨国知识产权案件仍坚持立法和司法管辖权的绝对地域性原则,建议不能一概坚持涉外知识产权案件由我国专属管辖并适用我国法律的顽固做法,目前,我国参加的有关知识产权的国际条约的主要任务是解决某成员国国内对外国人的知识产权如何保护的问题,而不是对国际立法管辖权冲突的协调,把解决传统民商事领域的国际私法适用于知识产权领域是远远不能解决问题的<sup>[2]</sup>;由于各种新技术的迅猛发展及其不确定性,因此,知识产权的立法应更具有前瞻性和灵活性<sup>[5]</sup>;我国知识产权法律制度与 TRIPS 存在的差距主要体现在为 TRIPS 协议的基本原则和最低要求方面;还有的学者认为,我国知识产权法律与 TRIPS 协议及 WTO 有关规定的差距,从根本上看,真正主要的挑战来自执法;TRIPS 协议要求我国的知识产权代理机构全部可以从事涉外知识产权代理业务,而目前我国的做法与此不符;对于 TRIPS 协议关于知识产权权利穷竭的规则,虽然我国可以暂时依靠合同法来处理,但是在合同中没有明确规定的情况下应如何处理就需要立法机关加以考虑了<sup>[6]</sup>;有学者认为,我国目前的知识产权法在执法方面远远没有达到公开和公正以及效率要求,其中突出的原因之一就是政出多门且地方保护主义日益泛滥;有学者认为,我国完善知识产权法律体系时应增加 TRIPS 协议中关于举证责任的规定;有学者提出,我国应根据 TRIPS 协议规定的过渡期建立我国知识产权保护的阶梯标准和逐步接近的时间表;我国现行知识产权保护法律体系与 WTO 的 TRIPS 协议相比较,无论在基本原则、实体权利,还是在执法程序上都存在一定差距;我国现行的知识产权法律保护中还存在某些“超国民待遇”问题;对于 TRIPS 协议中“禁令”措施的规定,理想的方法是在我国民法中规定行为保全措施,可分为行为保全和先予执行两种制度,行为保全既可在诉前适用,也可在诉讼中适用,而先予执行只能在诉讼过程中适用<sup>[7]</sup>;TRIPS 协议支持更多的用司法程序提供对知识产权的保护,这与我国偏向行政保护的立法倾向有别;有学者还认为,TRIPS 协议的保护范围已大大超过我国知识产权法律的保护范围,例如,关于未公开信息的范围,TRIPS 协议把提供给政府的数据包括未公开的实验数据都列入其内;TRIPS 协议对知识产权民事保护中的赔偿救济的要求比我国法律要严厉得多,分为无过错和有过错两种情况的赔偿;我国有关法律虽有类似 TRIPS 协议中“禁令”的措施,但我们的“先予执行”必须是在当事人已提起诉讼,在诉讼中或诉讼结束后法院作出命令,而非如 TRIPS 协议规

定的那样可于诉前提起;我国有关知识产权法律、法规中没有司法审查的程序规定,这将会导致当事人在得不到应有的司法救济程序时将其争端提交到 WTO<sup>[8]</sup>。

上述认识和观点颇为中肯,亦较为全面,虽有许多相互差异之处,但大多数专家和学者均认为,我国现行知识产权法制与 TRIPS 协议的规定和要求存在颇大差距,需要根据 TRIPS 协议尽快修改和完善或制定知识产权法律、法规以符合 TRIPS 协议的要求。笔者需要特别强调的几个方面是:我国相关知识产权法律要尽快引入“即发侵权”的规定,并且“即发”之意应为“实际侵权”的即发,而非“实际损害”的即发;我国目前的有关法律虽有某些即发侵权的实体规定,但却没有程序上的相应规定,尤其是诉前证据保全,可见我国实体规定与程序法未能衔接好。我国知识产权法律制度在知识产权侵权归责原则上应以无过错责任原则为主,辅之以过错推定责任原则,这是我国履行 TRIPS 协议义务的基本要求,也是知识产权本身特殊性使然,而且符合加强遏制和有力打击我国严重泛滥的知识产权侵权和犯罪的客观需要,有助于扭转我国国际形象。我国相关知识产权法律对侵权人制裁不力的主要表现为,要求侵权人主观上有过失(即“知道”或“应当知道”),这与 TRIPS 的有关规定存在差距。在今后修改知识产权法律时要充分考虑到保证权利人及时获得侵权信息的权利,增加临时措施和诉前证据保全程序等规定,同时也应作出对原告滥用诉权的规定。随着技术尤其是数字技术的发展,我国知识产权法制和 TRIPS 协议将共同面临着许多新的问题,为了适应数字技术、网络技术和信息经济迅猛发展的需要,我国尤其应重视和加强对计算机软件和电子商务中知识产权的立法完善和司法保护。我国目前的相关知识产权法律规定的侵权赔偿数额不大且不具体,可操作性不强,所以需要予以立法和司法完善,尤其要在加强对知识产权侵权的制裁力度上下功夫。另外,我国知识产权法律中并没有明确规定在对交往中普遍实施唯有 TRIPS 协议这一国际知识产权条约规定的无条件的、多边的、永久的最惠国待遇原则。

## 二、关于我国知识产权法律制度完善的具体认识

基于上述观点和认识,我国知识产权法律制度应结合 TRIPS 协议在我国的实施进行修改、补充或制定等完善工作。下面从知识产权法的各部门及其突出问题展开总结和论述。

### (一) 专利法。

我国《专利法》经过 2000 年第 2 次修改后,可以说是我国知识产权法律体系中与 TRIPS 协议差距最小的部门法了。在某些规定上已与 TRIPS 协议相同或相近,例如,增加了与 TRIPS 协议第 50 条极为相似的第 61 条,从而完成了引入禁止“即发侵权”

概念的过程;第 60 条明确规定了侵犯专利权赔偿数额的确定标准等<sup>[9]</sup>。但是与 TRIPS 协议相比较,仍然存在一定的差距,需要进一步完善。专家和学者们主要有下述观点:某些条款规定得过于原则,可操作性不强,这就需要最高法院尽快作出相关司法解释予以具体化;在《专利法实施细则》中对应由哪些地方人民政府管理专利工作的部门具有专利行政执法权没有规定的情况下,人民法院在审理专利行政诉讼案件时就应逐案报请最高法院批复;我国专利法可保留 TRIPS 协议未规定的实用新型权;要注意区分《专利法》中“许诺销售”(Offering for sale)和合同法意义上的“销售要约”(Offer)这两个不同概念;我国专利法的修改要考虑延长对专利的保护期限,并适当扩大专利保护范围,至少应达到 TRIPS 协议的要求;我国第二次修改的《专利法》仍未提及软件的专利保护问题,那么,与软件有关的“商业运作方法”<sup>①</sup>获得专利保护的可能性就更少了;虽然国家专利局曾发布了一份针对含有计算机程序的发明专利申请的“审查指南”,但是对授予软件专利权的条件是比较严格的,何况这份“审查指南”并无法律效力;我国专利法律制度中缺乏对假冒专利行政处罚的准确界定;我国目前的《专利法》没有关于禁止外观设计的实质上的复制的规定,关于强制许可的规定与 TRIPS 协议的相关规定(主要是对强制许可的严格使用条件)也不相吻合;等等。

### (二) 商标法。

我国《商标法》虽经 1988 年和 1993 年两次修改,但由于时间较早及其它原因,因此与 TRIPS 协议的差距颇大(可以说是 3 部知识产权法中差距最大者),急需尽快修改予以完善。专家和学者的主要观点和认识如下:应对驰名商标<sup>②</sup>、地理标志、商号和未公开信息<sup>③</sup>的保护作出明确规定(或)由最高法院作出相应的司法解释;时至今日,我国立法还没有建立起明确的统一的冒牌货概念,对“假冒行为”的限制过窄,对假冒侵权主权未予界定,立法上没有明确“冒牌货”与“伪劣商品”的关系,没有将反冒牌货同保护知识产权直接联系起来;《商标法》及其实施细则未对主观有过错经销冒牌货的经营者及侵权货物作出处理规定,未对集体商标、证明商标的保护作出规定;仅保护平面商标且构成商标的要素仅限于“文字、图形或者其组合”,排除了立体商标注册的可能性,以致人们对此理解不一;对商标侵权和假冒商标行为没有明确区分,也没有相应解释;我国有关商业秘密权的保护规定低于 TRIPS 协议的保护标准;我国是否应在《商标法》等法律中明文禁止“平行进口”<sup>[10]</sup>还有争论;我国商权法制度缺乏对与商标权有关的权利滥用的必要的、完善的限制措施。“平行进口”是否适用“国际权利穷竭”的原则?我国可从保护消费者的角度出发,禁止商标的“平行进口”。从商标权的理论和国际实践趋势以及在我国长期内仍将是低价位市场来看,我国不宜过早在立法中禁

止“平行进口”<sup>[10]</sup>。也有学者认为“平行进口”并不违反商标法,但可能违反不正当竞争法<sup>[11]</sup>。在国际条约尚未对商标权利用尽问题达成一致及我国与有关国家尚无对等互惠安排之前,完全可以比照欧共体及其成员国的做法,只承认其国内用尽,暂且不承认“平行进口”<sup>[12]</sup>;商标侵权归责原则应确定为过错推定原则;TRIPS 协议中的商标权取得制度是以注册取得为主,辅之以使用取得(即驰名商标的使用取得);也有学者仅从 TRIPS 协议个别条文中得出该协议只承认商标权的注册取得;我国商标法实行的是严格的注册取得商标权制度,即确认和保护的是注册商标,未注册的商标即使使用在先并已产生相当的信誉,也不能对抗注册商标;从经 1993 年修改后增加的撤销不当注册的规定来看,对在先权利是否包括先用权没有规定,即没有明确确认商标的先用权;我国商标权取得制度应坚持以注册取得为主,同时对已在商业活动中使用并在相关产业领域内获得了声誉的商标(不能仅限于驰名商标)应适用使用取得商标权制度,即应确立一定条件下的商标权使用取得制度;商标权制度必须保证商标在社会中的使用是唯一的,允许商标在原有范围内继续使用的先用权制度是不科学的,即不能借用专利法中的先用权概念;目前正在进行的《商标法》修正应将商标权的最终确认权仅赋予司法机关,应全面确立对商标权有关的行政决定的司法审查制度,从而弥补我国商标法与 TRIPS 协议的主要差距;商标法的修改不仅要考虑保护范围,而且要强化对假冒商标的法律制裁手段,例如可以由海关扣压带有侵权商标的商品等;我国商标法律制度体现了重行政管理而轻诉讼权以及行政程序公正合理方面明显不足的色彩和倾向;关于商标侵权损害赔偿的范围是否包括律师费、调查取证等费用没有明确规定,导致实际执行中的不一致;我国《商标法》没有规定什么样的标识不能获得注册,但该法第 8 条却又非常广泛地规定了根本不能作为商标使用的标识<sup>[13]</sup>;不应强调商标使用者在后者的主观状态,TRIPS 协议并没有把后者的主观心理状态作为保护在先权的前提条件;TRIPS 协议关于就一个标记经使用而获得的识别性作为成员方是否允许注册的标记的规定对我国影响不大;我国商标法体系表明对侵权商标的执法采用的是“双轨制”(即司法机关和行政机关包括工商行政管理机关、海关等);对侵犯注册商标专用权的规定缺陷主要为关于“明知或应知”的条款,从而增加了权利人举证的困难<sup>[14]</sup>;郑成思先生认为,中国现有商标法的最大缺陷之一就是其有关条款将确认刑事责任的要件用来确认民事侵权责任,这给中外商标权人维护自己的权利造成了严重障碍,而应当根据商标侵权的不同情况同时适用“过错责任”和“无过错责任”两种原则<sup>[15]</sup>;由于商标法在传统上属于民商法,缺乏诉权的保障,因此,对商标所有人规定再多的实体权利,也难以切实得到实现<sup>[16]</sup>;我国

现行商标制度不允许我国自然人注册商标,导致对外国当事人提供“超国民待遇”;应规定在有关商标间“引起混淆的可能性”作为侵权认定标准;对故意假冒注册商标的严重侵权行为的赔偿应具有颇重的惩罚性。

上述观点和认识不乏中肯和丰富性,但也难免有偏激和武断之嫌。笔者认为,我国商标法律制度的构建和完善应紧扣 TRIPS 协议的标准和要求,还要注意与其它国际商标条约和各国通行立法例接轨,可借鉴第二次专利法修改的经验,尤其要注意对恶意抢注商标、故意侵犯商标专用权的各种行为的严格规范、有力遏制和制裁。

### (三)著作权法。

我国目前的著作权法与 TRIPS 协议的差距也是较大的,不过,相比较而言,其距离可谓处于《商标法》和《专利法》与 TRIPS 协议之间,是唯一没有赋予行政机关以终局裁决权的知识产权部门法。其差距及其完善的观点和认识大致有:我国著作权侵权损害赔偿应当包括精神损害赔偿;我国著作权法没有对国内实用艺术品给予保护的规定;版权(著作权)侵权归责亦应确定过错推定责任原则;与 TRIPS 协议相比,我国著作权法对权利人的权利限制过多、过宽,虽经有关行政法规取消了一些对外国作品著作权人的权利限制,但却容易导致对外国著作权人(包括港、澳、台人)的“超国民待遇”,因此,应在修改著作权法时明确权利限制的范围,并实行内外一致的标准;我国《著作权法》及其相关法规未赋予著作权人以出租权;入世后,文贼的抄袭剽窃活动可能会更加活跃,那么,抄袭剽窃者除依法须承担侵权责任外,还应承担对出版者的合同违约责任;等等。

### (四)计算机和网络中的知识产权问题。

随着数字技术的迅速发展,产生了有关计算机和网络知识产权的新问题。作为信息技术起步较晚的我国应结合 WTO 的相关协议和其它国家的通行做法,重视并加快有关计算机和网络环境中的知识产权的法律制定和完善。这方面的主要观点和认识如下:对计算机软件应像对集成电路布图设计那样采取交叉保护<sup>①</sup>;TRIPS 协议将计算机程序作为伯尔尼公约所指的文字作品给予保护,而我国仍按《计算机软件保护条例》的标准来保护;计算机程序的保护期限应为 50 年且不应强加任何强制性条件,特别是与“注册”有关的保护方面;信息服务业中涉及知识产权的一个重要方面是 ISP<sup>②</sup>的法律责任问题;主页可作为一种多媒体电子出版物看待,信息网络经营者视为著作权法中的出版发行商;我国目前有关信息网络的行政法规和规章均未明确规定保护信息知识产权的条款,但从其有关规定中可以推知,信息网络经营者应当尊重和保护他人的信息产权尤其是信息版权;我国在新千年以前对数字知识产权的法律保护方面是司法方面领先于立法或行政保护;

我国著作权法还未作出适应于互联网发展需要的及时调整,我国目前应尽快至少在行政法规和规章层面上作出涉及互联网作品及其权利人的保护方面的规定,尤其是关于ISP和ICP<sup>⑥</sup>的法律责任以及以电子媒介的联机形式为主的信息传递方式和计算机存储信息等电子化信息的法律效力和保护措施等方面,以填补我国信息产权急需法律保护的真空地带;TRIPS协议将具有独创性的数据库(无论是否为机器可读)视为汇编作品纳入到著作权保护范畴,我国亦然,但立法层次低;我国信息服务产业方面的法律制定和完善应注意借鉴有关发展中国家如印度的经验,即注重立法的前瞻性和本国特色,在条件不成熟的情况下,应充分鼓励信息产业发达的部分城市或地区进行全面性立法试点;我国应加强对开发具有自主知识产权的软件及其有关孵化器建设或R&D投入方面的法律保护力度;互联网的发展和电子商务的热潮不但使得在专利制度中早已存在的一些矛盾更加突出,而且互联网的无国界性也给专利制度带来了诸如软件及其“商业运作方法”<sup>⑦</sup>等的专利保护问题,这是因为互联网的出现改变了传统的信息传播和检索方式,增加了判断专利申请新颖性和创造性的公开信息源等原因的结果。但是,我国目前的专利法未提及软件的专利保护问题(我国主要采用著作权保护软件),更不要说与软件有关的“商业运作方法”了;我国关于互联网域名<sup>⑧</sup>注册管理方面的立法还很不完善,表现为:仅有少许效力低下的行政法规<sup>⑨</sup>,而且还存在许多不足,诸如注册条件十分严格,域名不可转让,域名与商标冲突时商标权人对域名注册享有异议权而未考虑域名及商标的注册时间,未规定如何解决争议,是否有权提起诉讼等;有必要依照ICANN<sup>⑩</sup>的《域名争议解决统一政策》对与解决域名争议相关的《商标法》等进行修改,增加有关条文或进行扩大解释,或者另起炉灶,重新立法;解决域名争议不能采用原先解决商标争议的方法<sup>⑪</sup>;互联网的飞快发展给版权制度带来了诸多新问题:网络环境下的作品如何分类,如何确定网络传输者的权利义务和在线服务提供者(On-line Service Provider)在版权保护中承担什么责任和义务,网络上的复制以及链接技术的法律问题等;在线服务提供者应对使用者通过网络进行风险低、效率高的著作权侵权承担直接法律责任,或代理侵权责任,或连带责任,或不承担法律责任;在线服务提供者提供的服务只不过是提供载体,成为一种“共用通道”;应将在线服务提供者视为电子出版者;文字链接本身并不是受版权法保护的作品,因为一个IP地址或域名,加上下划线即可成链接,这很难说是对智力成果的侵犯,图像链接也不能认为是侵犯著作权,视框链接造成的侵权以及因侵权受损失的网站的救济可适用反不正当竞争法而不宜适用著作权法处理,因为同样不能认定它侵犯了著作权;蒋志培先生指出:我国著作权法中“……等”字的条款实乃高明,使之

经受了世界上发生的石破天惊的“万维网”事件和电子商务浪潮的冲击,使我国著作权司法审判能灵活地面对网络信息时代的挑战<sup>⑫</sup>;我国入世和将加入WTO信息技术协议<sup>⑬</sup>将使我们应更加注重形成更多的自主IT(Information Technology Industry)产业知识产权并应加大对软件知识产权的法律保护力度<sup>⑭</sup>;陈传夫先生在其博士论文中认为:后TRIPS时代<sup>⑮</sup>版权发展的主要趋势将是全球化版权的形成,版权客体类型可简化为科学与艺术作品、事实作品和功能作品三类,侵权的无过错责任原则不适合于后TRIPS时代全球版权的实际,应避免版权中经济权利的过于扩张和精神权利保护的弱化倾向,版权法的变革应当在肯定传统版权原则的基础上走法律解释与修改的道路而不是重新设计新的版权框架,在国际法上应当考虑制定涉及数字空间的法律一般规则的“数字空间条约”;我国《著作权法》没有对数据库保护的规定;我国近期要加紧研究和制定《集成电路知识产权法》。

上述观点和认识既具有代表性、针对性和现实性,又不乏见地,亦颇为全面,其中某些主张和设想颇为大胆和新颖。总之,体现了专家学者对数字技术和网络环境下的知识产权这一崭新的、具有广阔发展前景的、亦颇为复杂的问题的探索精神和前瞻意识。笔者需要特别指出的是:TRIPS协议将计算机程序纳入到著作权保护之中并加强了对集成电路布图设计的保护,这必将促使我国对计算机软件及其相关内容提供并加强版权和专利权立法和司法保护。伴随着信息经济的脚步,于20世纪90年代兴起于美、欧等发达国家的一种新型贸易形式——电子商务作为WTO千年回合的四大议题之一已列出了工作计划,其立法范围包括与之有关的知识产权保护等方面内容。我国电子商务的立法起步晚,层次低,只有一些行政法规、部门规章和少数地方性法规,而且其所涉问题仅停留在网络发展的初期层面,某些地方性法规尚不成熟,《合同法》中的相关规定又过于简明。电子商务中知识产权的保护应成为电子商务法律中的重要组成部分,它涉及到网上知识产权的确认、使用和侵权及其制裁等;网上知识产权的侵权行为地由于网络虚拟空间的无地域性和无国界将颇难确定并且侵权人可以通过简单的手段改变侵权行为地,从而给司法管辖带来麻烦,而最高法院有关网络著作权侵权行为地的司法解释尚未突破民法的原则性规定<sup>⑯</sup>。网络上最常见的知识产权许可格式合同就是所谓的“点击许可证”(click-wrap license),可称之为“点击合同”(click-wrap contract)<sup>⑰</sup>,对这种新型的格式合同的效力认定应根据我国《合同法》中的有关条款并结合知识产权法律保护有限性的特点进行;由于知识产权贸易特别是著作权贸易非常适宜电子商务环境<sup>⑱</sup>,因而,其重要地位可能会超过有形资产的网上贸易,同时也会因此而出现各种形式的侵犯网络知识产权尤其是网络著

作权的纠纷案件;网络著作权侵权案件将主要涉及网络联线服务提供者的法律责任的确认,在司法实践中可依据相关法律尤其是著作权法及其理论以及网络商在侵权时的不同情况并借鉴国际上的司法实践经验来进行;与有关版权的国际条约和有关国家的网络版权立法相比较,我国有关数码版权立法严重滞后,不过我国的司法实践已将网络上的著作权侵权纠纷纳入审理之中;世界知识产权组织(WIPO)的两个新条约<sup>⑧</sup>并未提到在线服务提供者的责任问题,而美国和欧盟将在线服务提供者一分为三进行区别对待,规定其不同的责任,这是十分明智的,我国的立法可借鉴之。当今的信息技术尤其是国际互联网络对商标法律制度的影响主要有两个方面:域名的使用与商标权尤其是驰名商标权之间的冲突;网络环境下商标事实上的扩大和商标权国别地域间的矛盾。互联网将促进商标权地域性的弱化和国际化的加强。在商标法中的修改和完善中应注意确立商标所有人的域名使用权,即禁止他人未经许可可将驰名商标用于域名以从事不正当竞争行为。笔者认为,我国应尽快弥补有关网络环境和数字技术中的著作权和商标权以及专利权立法空白,应根据WTO有关协议并借鉴其它国家的立法经验加紧构建我国与网络知识产权法相配套的电信法、集成电路布图设计法和网络交易法等。网络上的知识产权主要涉及到著作权,也与商标权和专利权有关,所以须综合运用这3个部门的法律手段予以规制和调整。

#### (五) 知识产权犯罪问题。

TRIPS协议对知识产权的保护规定了强有力的措施,包括利用刑事司法程序,自然,我国的知识产权法律制度和刑事法律及其司法适用也应达到其要求。关于我国知识产权犯罪的立法和司法存在的问题及其完善,专家和学者们提出了下述观点和主张:有关商标侵权(主要指冒牌货)违法与犯罪间的模糊性地带太大,以致于刑事侦察、起诉和定罪量刑的立案标准(主要是数额标准)不清,量刑标准不明;将违法所得或非法经营额的多少作为盗版犯罪与非罪的界线是不恰当的,主张只要行为人主观方面有盗版的故意,有营利行为的发生,即使行为人只做了少量侵权制品,违法所得或非法经营额很少也应构成犯罪;侵犯知识产权罪应属一种内含定量限制的罪,司法解释单以数额来确定是否构成犯罪是一种比较机械的做法,还应当考虑生产、制造和复制知识产权产品的侵权行为是否具有“商业规模”(可理解为我国法中的严重危害程度)以及是否为累犯等综合因素进行解释和界定;应当在立法上对生产盗版罪和销售盗版罪予以严格区分;在司法解释中应当明确,受害人自己就知识产权犯罪提起刑事诉讼的,人民法院应当依法受理,同时还应对罚金数额作出原则性规定,具体数额可由各地方根据当地的发展情况自行掌握;应通过司法解释逐步明确假冒

商标犯罪与一般商标侵权行为的界线;我国对知识产权保护的刑事立法是单轨制模式(即主要规定于刑法典中),为了与TRIPS协议有关规定更好地接轨并避免刑法中规定的知识产权犯罪中的侵权与知识产权法律、法规中的侵权相冲突,可将罪与刑统一于知识产权法律中,具体而言,就是可在《商标法》、《专利法》和《著作权法》等有关知识产权的法律中分别直接规定假冒注册商标罪、假冒专利罪和侵犯著作权罪等罪的犯罪构成和应处的刑罚<sup>⑨</sup>;我国不能一味地追求TRIPS协议所规定的刑事执法的一些高标准,而应根据国情保持对知识产权刑法保护的现实性和科学性;广义的侵犯知识产权犯罪还可包括知识产权领域中的渎职和玩忽职守等犯罪;我国有关法律中有必要保持对侵犯知识产权犯罪刑罚处罚的谦抑性;在知识产权犯罪的司法实践中可扩大罚金刑的适用范围,鼓励刑事附带民事诉讼;等等。

上述观点和认识不乏新颖性,但个别主张似乎有点偏激。笔者认为,知识产权的保护关键在于执法,而提高对知识产权侵权的打击力度无疑不能缺乏刑法这一最严厉、也是最后的手段。鉴于TRIPS协议设定了包括刑事程序在内的强有力的保护知识产权的措施和我国目前知识产权侵权尤其是盗版和假冒行为十分严重的局面,加强运用刑法手段对知识产权犯罪予以有力打击是必要的,也是应该的,这样既达到了TRIPS协议规定的最低标准,符合其精神,又有助于遏制和警戒知识产权侵权泛滥的始作俑者。同时我国还应尽快制定和完善网络知识产权犯罪的法律<sup>⑩</sup>。

### 三、综述

#### (一) 目前研究存在的问题和不足。

从上述介绍和分析来看,目前围绕TRIPS协议与我国知识产权法律制度的差距及其完善进行的研究,总的来说较为全面和深入,并且提出了一些合理质疑和颇具价值的观点和主张,是对我国有关立法和司法的有力的学术支持。虽然有些不乏新颖、独到,然略显偏激的见解以及就某些问题尚未形成统一认识或存在歧义,但仍瑕不掩瑜,而且体现了法律学人难能可贵的探索精神和前瞻意识以及历史责任感。不过,关于这个问题的研究目前还存在某些不尽如人意的地方:其一,尚缺乏专门系统的综合研究,几乎大都在有关WTO的著作和其它专著中附带涉及到该问题,至多有一章内容而已,有些博士论文也只是对TRIPS协议有所涉足或仅就知识产权中的某一项知识产权进行了专题论述,因此,可以说专门就整个知识产权法律制度与WTO有关知识产权规则(主要体现于TRIPS协议中)的关系进行全面、系统的研究专著尚付阙如,自然也就影响了研究的整体性和理论深度。虽有关于TRIPS协议与我国知识产权法律制度问题的专门学术论文,但数量尚不多,有些质量尚不高,其中人云亦云的重复性观点和论述不难找到,并且有些法律底蕴不足。其二,

在内容上,有拾人牙慧的较多重复研究;对我国相关立法完善的探讨较多,而对我国司法实践的特有影响钻研不够(仅有曹建明教授主编的有关专著和某些司法实务部门人员的有关文章、讲话);局限于对条约条款和法律、法规条文的诠释过甚,而对其法理研究不够;对随着数字技术和信息经济以及生物工程技术等的迅猛发展而产生的知识产权领域中的一些全新课题,诸如域名、计算机程序、集成电路布图设计、电子商务中的知识产权、植物新品种等研究十分不够,仅有少许硕、博士论文或报刊文章有所涉猎并且研究或缺乏精确性或论述浮浅,或从法律角度切入不当或不深,此乃这些新兴领域正处于不断变化和发展之中之故,且与研究者缺乏深厚法律功底或不熟诸相关科技知识有关;缺乏对知识产权犯罪的深入、全面研究或虽有所涉及但却是蜻蜓点水式的,大都集中于一般侵权违法行为及其民事救济方面;另外,引进有关研究 TRIPS 协议和知识产权的国外研究成果甚少,大都局限于国内有限的学术积累和研究基础以及研究思路;绝大部分学者的研究局限于 TRIPS 协议,而实际上除 TRIPS 协议外, WTO 法中的其它某些协议和规则也涉及到知识产权问题,这一点几乎为所有学者所忽视。其三,在研究方法上,存在采用法条诠释式研究方法过重的倾向,而相应的法理学研究方法运用不够(即对知识产权法的基本概念、基本原理、基本理论及其特点和规律的精深阐述不足);运用对比和综合的研究方法不够,即对我国知识产权法律制度与外国包括发达国家和发展中国家知识产权制度的异同及其可资借鉴之处以及知识产权法领域各部门法主要是专利法、商权法和版权法之间的相互关系的研究不够全面、深入和细致(不过,郑成思先生的两部专著注重了对上述两种研究方法的运用,堪称权威);注重历史的系统研究方法不够,即对我国知识产权法律制度的历史沿革及其特点和原因的探究不够深入、系统;由于不少研究者国际法知识底蕴不深甚或是非法学界学人,因而,有些研究缺乏或短少法律学研究方法或国际法视角。

## (二) 建议。

基于上述问题和不足,笔者设想关于 WTO 知识产权规则在我国实施问题今后研究的重点和思路如下:其一,要加强对随着新技术尤其是数字技术和互联网以及信息经济的发展而产生的有关知识产权的具有广阔发展前景的新问题(诸如域名与商标、计算机软件的著作权和专利权、集成电路布图设计与专利、电子商务中的知识产权、植物新品种和新特药

品等)的研究,这是 WTO 面临的新课题之一(其有关内容已列入 WTO 新千年回合谈判的立法计划之内),同时也是我国立法和司法以及学术研究的新课题和薄弱环节;其二,应注重对有关知识产权犯罪和刑罚尤其是在网络环境下的知识产权犯罪的专题研究,以弥补我国在此方面研究的空白并为相关立法和司法提供学术支持,这也是遏制和打击日益严重的知识产权违法犯罪尤其是假冒和盗版方面的客观需要;其三,知识产权法制的关键在于执法,因而要重视对知识产权法律制度的司法实践的研究,从司法适用的实务中发现新问题,总结经验和不足,为理论研究提供素材,同时理论研究又为司法实务提供参考和指导价值,总之,要注意两者的相互良性回应;其四,要加强对知识产权领域几大部门法甚至包括与其它相关部门法之间的相互关系的对比、综合和系统研究,因为它们本身既有各自的特点和相互差异性,又具有内在联系,某一项知识产权往往需要它们的交叉保护和综合平衡,所以,应力争在此方面早出、多出高质量的论文和学术专著。其五,还应注意译介和研究有关 WTO 知识产权规则和其它国际知识产权制度以及外国知识产权法律制度方面的研究著作和论文,以收他山之石可以攻玉之效,进而促进和提高我国的学术研究水平,并力争取得领先地位;同时要不断跟踪国际知识产权法制的演进和发展,及时加以研究并提出立法建议和对策促使立法机关通过及时进行修改、补充、制定和完善工作,以使我国知识产权法律制度时刻保持与国际通行规则和惯例接轨。其六,有关知识产权法律制度尤其是新领域的知识产权的学术研究既要注意善于提出问题和质疑,准确把握我国知识产权法制与国际和他国知识产权制度之间的相互差异,并发掘其中有利于作为发展中国家的我国的规则和待遇以及不利于我国的歧视性规定,客观推论并勇于提出合理建议和对策,同时有必要在充分研究、科学分析和仔细考量的基础上提出具体的、附有条文注释的相关法律草案。其七,在研究方法和思路上,要注重法理学和国际法学、理论和实务相结合的研究方法,多运用对比的、历史的、系统的研究方法,加强科技的、经济的分析方法的运用,同时还应保持前瞻性研究思路。总之,应注意研究方法的不断拓展和跨学科的综合性研究方法的广泛应用以及视角的独特性,以期更好地为研究内容的深度和广度以及质量服务,进而为推进我国知识产权法制建设和更恰当地履行相关国际条约义务提供更强有力的学术支持。

注释:

- ①简言之,是指主要从事网上商业活动的互联网公司所创立的一种销售模式以及对销售的管理。通俗而言,是指这些新兴公司新创的能产生商业利润的“点子”系统。
- ②1996 年国家工商局颁布《驰名商标认定和管理暂行规定》只作了简单的原则性规定,例如,没有关于驰名商标常用的防御商标和联合商标的规定等,这些规定达不到 TRIPS 协议规定的要求,也不能适应形势发展的需要。到目前为止,商标局认定的驰名商标尚不包括外国人在中国注册、使用和有影响的商标。另外,如何协调司法认定与工商认定体制间的关

系是驰名商标认定体制中必须解决好的问题。《商标法实施细则》虽涉及在注册方面保护驰名商标(有些学者理解为指“已为公众熟知的商标”),却又不恰当地强调了注册者的主观状态。

③严格地说,我国缺乏对未公开信息保护的专门法律,仅《反不正当竞争法》中有些关于商业秘密保护的规定是不够的。

④交叉保护是指根据被保护知识产权客体的特点,采用知识产权不同部门法乃至普通民法相关的部分对某种客体给予特殊保护。

⑤ISP(Internet Service Provider)是指互联网信息设备提供商。它们专门负责为拨号上网用户提供通信信道的接入服务,例如美国在线公司(AOL)和我国的瀛海威公司等。

⑥ICP(Internet Content Provider),是指互联网内容服务提供商,它们专门负责为上网用户提供信息内容的浏览服务,如美国的雅虎(Yahoo)和我国的新浪。

⑦同①。

⑧域名使用人总希望选择登记的域名与自己的商标接近或自己使用的商标来定义自己的域名,在这种意义上,可以说域名是一种网络商标;其实,域名本质上并不属于知识产权,只是随着网络的普及和用户的增加,法律才开始将某些知识产权的权利内容赋予给域名,域名不能等同于商标,但域名因善意在先注册或恶意抢注极易与商标权产生冲突。

⑨主要有1997年5月30日国务院信息办发布的《中国互联网络域名注册暂行管理办法》和中国互联网络信息中心(CNNIC)据之制定的《中国互联网络域名注册实施细则》。

⑩根据美国政府发布的域名管理白皮书,于加州成立的以取代经美国国会要求于1992年NSI公司(Network Solutions, INC)成立的国际互联网络顶级域名管理机构InterNIC,主要负责分配IP地址,指定协议参数(Protocol parameter)、管理域名体系以及根服务器的非营利性机构(Internet Corporation For Assigned Names and Numbers)。

⑪郑成思:《域名抢注与商标权问题》,载《电子知识报》,文中指出“尚没有哪个国家在商标法或商号法中明文规定,拿他人的注册商标或商号去进行域名注册,本身会构成侵权。”

⑫蒋志培:《论网络传输权设立》,http://www.chinaiplaw.com.

⑬即1997年3月26日,41个国家和地区就开放信息技术产品贸易达成的《信息技术产品协定》,这是乌拉圭回合服务贸易谈判中悬而未决的议题之一。

⑭大致是指TRIPS协议后未来10年左右的时间,见陈传夫博士论文:《后TRIPS时代国际版权制度研究》。

⑮见2000年11月22日最高法院审委会第1144次会议通过的《最高人民法院关于审理涉及计算机网络著作权案件适用法律若干问题的解释》第1条。

⑯简言之,即用户按照权利人网上电子代理人的提示,点击权利人网站上的相应按钮所达成的许可合同。权利人提供格式条款之后,用户要么全部接受,要么完全拒绝,没有讨价还价的余地。

⑰是指知识产权贸易的大部分均可通过网络直接进行交易而无需“网下”的物流配合,例如计算机软件、多媒体产品等无形资产。

⑱1996年12月,由WIPO主持缔结了《世界知识产权组织版权公约》和《世界知识产权组织表演和唱片公约》,从中可见数字技术的影响,例如,明确计算机程序按文字作品保护等。

⑲全国人大常委会在加紧审议《关于维护网络安全和信息安全的法律草案》,其中规定了对15种互联网犯罪将追究刑事责任。

参考文献:

[1]曹建明,贺小勇.世界贸易组织与中国的司法审判[M].法律出版社,1999.280—313.

[2]曹建明.WTO与中国法律制度问题研究[M].人民法院出版社,2001.51,91—100.7,77.

[3]郑成思.世界贸易组织与中国知识产权法[N].人民法院报,2000—03—25.

[4]蒋志培.中国知识产权的司法保护与展望[A].郑成思.知识产权研究·第7卷[M].中国方正出版社,1999.207.

[5]刘剑文.WTO与中国法律改革[M].西苑出版社,2001.402.

[6]张兴亮,郭潇.TRIPS协议与我国知识产权保护法律体系之比较[J].长春市委党校学报,2001,(3):77—80.

[7]江伟,王景琦.WTO协议与中国民事司法制度的完善[J].中国法学,2001,(1):34.

[8]曹建明.WTO法律制度与中国相关法律法规和政策措施比较[J].中国工商管理研究,2000,(9):4—7.

[9]曹建明.WTO与中国的司法审判[M].法律出版社,2001.19,21.

[10]郑成思.世贸组织与中国的知识产权法[N].中国知识产权报,2000—02—18.

[11]吴建创.从力士香皂商标案看“平行进口”[N].中国知识产权报,2000—06—09.

[12]黄晖.内外有别——商标权利用尽原则的判例与立法[J].国际贸易,1999,(4).

[13]郑成思.WTO与知识产权法研究[J].中国法学,2000,(3).

[14]黄中强.中国对商标专用权的保护现状[A].知识产权研究·第7卷[M].121.

[15]郑成思.知识产权法[M].法律出版社,1997.116;侵害知识产权的无过错责任[J].中国法学,1998,(1):17.

[16]陈建彬,李爱荣.新型商标侵权行为及其法律对策[J].社会与法律,2000,(2):3.

[17]余永定,郑秉文.中国“入世”研究报告:进入WTO的中国产业[M].社会科学文献出版社,2000.456,462.