

专利法研究

中国专利局专利法研究所编

1996



专利文献出版社

402314

专 利 法 研 究

中国专利局专利法研究所 编

专利文献出版社

图书在版编目(CIP)数据

专利法研究 1996/中国专利局专利法研究所编. —北京:
专利文献出版社, 1996. 12

ISBN 7-80011-207-1

I. 专… II. 中… III. 专利法学—研究—年刊 IV. D912.

101

中国版本图书馆 CIP 数据核字(96)第 22289 号

专利文献出版社 出版发行

(100088 北京蓟门桥西土城路 6 号)

中央党校印刷厂印刷 新华书店发行所经销

1996 年 12 月第一版 1996 年 12 月第一次印刷

开本: 787×1092 毫米 1/16 印张: 22.25

字数: 340 千字 印数: 0—2000 册

ISBN 7-80011-207-1/Z·198 定价: 35.00 元

前 言

《专利法研究》是中国专利局专利法研究所编辑的学术性年刊。首期于 1991 年 9 月发行。“专利法研究”主要刊登与专利保护的理论和实践有关的学术性论文及部分有关译文。

1996 年以来，强化知识产权保护仍是国际社会最为关注的话题之一。从 1995 年 12 月至 1996 年 6 月，世界知识产权组织召开了两次专家会议讨论“专利法条约”，使在 WIPO 主持下的自 1992 年因种种原因中断的专利法协调，以专利申请的形式条件协调为突破口重新开始。这是一个值得注意和肯定的动向。我国支持国际专利保护协调的新动向，积极参加 WIPO 组织的缔结专利法条约的讨论。我们认为这对进一步发挥专利制度在促进世界经济一体化中的作用，简化专利局的程序，减轻申请人负担都将起到积极作用。中国政府也紧密关注高科技的发展对传统专利制度的挑战。对于专利保护的主体，已把研究关贸总协定知识产权协议中植物品种的保护问题等提到了议事日程上。我国关注最新信息技术，正不断提高专利工作自动化水平，研究电子文件申请。我国还将根据本国的经验并参照国际标准，通过修改专利法进一步调整我国的专利审查和批准程序，使专利保护更便捷、有效。1996 年 6 月 17 日，我国政府向世界知识产权组织总干事递交了《国际专利分类斯特拉斯堡条约》和《建立工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》加入书，这两个条约将分别于 1997 年 6 月 19 日和 1996 年 9 月 19 日在中国生效。这些都证明，我国在始终不断努力使我国的专利保护水平向国际标准靠拢。1996 年我国强化专利保护进一步取得积极成果，中国专利局、人民法院、专利管理机关、专利教学及科研和代理部门通过在实践中学习和总结经验，在专利审查、专利执法、专利保护方面都收获颇丰。本期“专利法研究”刊登的 28 篇稿件从各个角度反映了我国的专利制度正在不断成熟和与国际标准接轨，反映了我国专利保护

的力度正在不断加强。我们也希望他们能引起读者的共鸣、争鸣和深层次思考。

应当特别说明，本刊物文章中提出的论点和建议均属作者本人的观点和看法，不是官方文件，读者阅读时请特别注意。公布这些文章旨在按照“百花齐放，百家争鸣”的方针活跃学术气氛，总结我国专利工作的实践，探讨专利法律的理论和其他专业性法规的交叉，为巩固和完善适合中国国情的专利制度做些有益的工作。我们希望，本学术性刊物能够成为一方沃土，让所有热心于知识产权法律研究的“种子”都能在此生根、开花，并结出丰硕的果实。

最后，我们诚恳地欢迎读者对本刊文章中的缺点和错误提出批评和建议，供今后编写时参考。我们也藉此机会诚邀全国一切有志于专利法研究的同仁、专家、学者、研究人员为本刊撰稿，使您们的工作体会、研究心得、立法或修改法律的建议能通过《专利法研究》得到关注，引起共鸣，汇入我国不断完善的专利保护制度、强化专利保护、与国际标准接轨的共同事业。来稿请于1997年6月1日前寄到中国专利局条法部《专利法研究》。由于本刊人手有限，请自留底稿，凡在1997年7月15日前，或寄出稿件后一个半月内未接稿件采纳通知的，可以自行处理稿件。

编 者

1996年9月

目 录

工作论坛

试论中国专利法与国际发展趋势的协调·····	乔德喜	(1)
专利法及实施细则修改的若干问题研究·····	袁 德	(12)
试论发明尤其是化学领域发明的新颖性·····	张清奎	(35)
试论用方法特征定义的产品权利要求·····	尹新天	(56)
论专利案件的处分决定与专利申请人及专利权人的对策·····	赵春山	(72)
专利局的具体行政行为·····	韩晓春	(86)
浅论实用艺术作品的著作权保护与外观设计保护的关系 ···	许 超	(112)
论民事诉讼中的证据 ·····	程永顺	(118)
论知识产权中的“平行进口” ·····	李 直	(135)

争鸣与探讨

知识产权若干问题再析 ·····	郑成思	(139)
关于撤销程序和无效程序的修改建议 ·····	吴伯明	(161)
专利侵权诉讼不应中止审理 ·····	郝 力	(168)
涉及专利无效、撤销程序时是否中止侵权诉讼应注意 的问题 ·····	刘继祥	(173)
外观设计的专利保护探讨 ·····	温 旭	(178)
对专利侵权诉讼时效方面相关问题的探讨 ·····	孙德生	(193)
有关专利侵权纠纷处理中若干问题的建议 ·····	陈乾康 吴继道	(200)
专利侵权诉讼与行政处理问题的探讨 ·····	袁有楼	(206)
完善侵权赔偿计算方法切实保护专利权人经济权益 ·····	陈耀忠	(213)
有关冒充专利行为的认定与处理等问题的探讨 ···	刘志菊 赵 杰	(217)
关于制定我国用于专利程序的微生物发放办法 的思考 ·····	王甦 卢素华	(225)

外国专利法和专利制度

日本专利法的修改及对我们的启示	丁英烈 (234)
美国专利实践中的等同原则	马 浩 (246)

国际条约

专利法条约（草案）介绍	文希凯 (263)
与贸易有关的知识产权协议综述	陈仲华 (298)
欧洲议会和外观设计法律保护委员会 的 EC 指示（草案）	张 艳 (313)
专利法条约（草案）	(325)
欧亚专利公约	王燕红 (339)

试论中国专利法与 国际发展趋势 的协调

乔德喜

摘 要

中国专利法的实施已经取得了举世瞩目的成绩。成功的重要原因之一就是中国专利法在起草过程以及 1992 年的修订中都始终注意并强调了结合我国的实际,坚持与国际专利制度的发展趋势协调一致。国际专利制度的发展趋势,最集中地体现在国际公约、条约或国际组织为此开展的活动中。

在即将开始的对中国专利法第二次修订中,我们仍应坚持这一重要指导原则。这是我国专利制度成功实施的一项基本经验。

本文作者:中国专利局条法部

《中华人民共和国专利法》于1984年颁布。自1985年4月1日施行，至今已经11年了。实践表明，中国专利法的实施已经取得了举世瞩目的成绩。世界知识产权组织总干事鲍格胥对此评价：中国的专利制度运行得十分出色，它已被中国的发明人和工业界以及外国的发明人和工业界广泛地运用。因此，中国专利法的立法宗旨“保护发明创造专利权，鼓励发明创造，有利于发明创造的推广应用，促进科学技术的发展，适应社会主义现代化建设的需要”，已经初步得到显示。

中国专利法之所以能成功地得到实施的一个十分重要的原因，就在于该法从起草开始直至以后的修订，始终十分注意与国际发展趋势的协调一致，并以此作为一项极其重要的指导原则。

一、关于专利法的制订

80年代初期，在起草中国专利法时，适应国际专利法发展趋势，在当时最重要的是与《保护工业产权巴黎公约》（下称“巴黎公约”）的一致。

巴黎公约是专利领域最重要的一个国际公约。该公约规定的重要原则上已构成当代国际专利法的基础。因此，以改革开放为基础的中国专利法理所当然地要考虑与巴黎公约原则的协调。

1. 关于国民待遇

巴黎公约第2条、第3条关于国民待遇的规定包括：成员国国民在其它成员国内，不论其在该国是否有居所或营业所，应享有各该国法律规定授予其国民的各种利益，享有同样的保护，但成员国法律有关司法和行政程序、管辖权以及关于指定送达地址或委派代理人，均明确予以保留；非成员国国民在成员国内有住所或营业所的，应享有与成员国国民同样的待遇（见巴黎公约第2条及第3条）。

中国专利法第18条规定：“在中国没有经常居所或者营业所的外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利的，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约（重点号为笔者所加），或者依照互惠原则，根据本法办理。”考虑到中国在制订该条文的当时尚未加入巴黎公约，但“共同参加的国际条约”已明确为适用该公约作了铺垫。事实上，中国政府在专利法施行前夕，在颁布专利法不到1年内，即已正式加入巴黎公约。因此，根据上述规定，外国国民在中国申请专利享有巴黎公

约规定的国民待遇，是明白无误的。

2. 关于优先权

优先权是巴黎公约规定的最重要原则之一。制订该原则的目的是为了方便公约成员国国民在公约成员国范围内提出跨国专利申请。依据该原则，申请人在某一成员国提出第一次申请后，可以在公约规定一定期限内（对于发明和实用新型 12 个月，对于外观设计 6 个月），就同一主题向其他成员国提出申请，而该在后的申请应被视为在第一次申请的申请日提出的。对于采用先申请原则的世界上绝大多数国家而言，同样内容的申请，专利权授予申请日在前的申请人。因此，优先权原则的重要性是不言而喻的。

中国专利法第 29 条第 1 款规定：“外国（1992 年修订时已删去——引者注）申请人自发明或者实用新型在外国第一次提出专利申请之日起 12 个月内，或者自外观设计在外国第一次提出专利申请之日起 6 个月内，又在中国就相同主题提出专利申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约（重点号为引者所加），或者依照相互承认优先权的原则，可以享有优先权。”

上述“共同参加的国际条约”，同样，在解释和适用时，即指巴黎公约。

从专利法第 29 条规定看，中国专利法关于优先权只是从原则上加以规定，至于巴黎公约有关优先权的其他具体规定的内容，则分别见之于专利法实施细则或者审查指南。

例如，实施细则第 33 条规定：申请人在一件专利申请中，可以要求一项或者多项优先权，要求多项优先权的，该申请的优先权期限从最早的优先权日起算。

实施细则第 43 条规定：依照本细则第 42 条规定提出的分案申请，可以保留原申请日，享有优先权的，可以保留优先权日，但是不得超出原申请公开的范围。

例如，审查指南在 2.4，1.4 第（3）款部分规定：要求外国优先权的申请中，除包括作为外国优先权基础的申请中公开的技术方案外，还可以包括一个或多个新的技术方案。……中国在后申请中有部分技术方案享有外国优先权，故称为外国部分优先权。”

3. 关于专利独立

专利独立原则是国际法中国家主权原则在专利法中的体现。巴黎公约第4条之2有关该原则的表述主要是：本联盟国家的国民向本联盟各国申请的专利，与在其他国家，不论是否本联盟的成员国，就同一发明所取得的专利是互相独立的。

中国专利法第3条明确规定：“中华人民共和国专利局受理和审查专利申请，对符合本法规定的发明创造授予专利权。”适用专利独立原则不仅符合巴黎公约的规定，而且也是中华人民共和国行使其主权的当然体现。

4. 关于发明人署名权

巴黎公约第4条之3规定：“发明人有权要求在专利证书上记载自己是发明人。”这种署名权属于一种“精神上的权利”。

中国专利法立法宗旨明确规定，是为了“保护发明创造专利权，鼓励发明创造……”因此，适用巴黎公约的上述原则是理所当然的事。该法第17条规定：“发明人或者设计人有在专利文件中写明自己是发明人或者设计人的权利。”如果说两者的规定有什么差异的话，那就是中国专利法规定的这种署名权，是在“专利文件”（“Patent document”），而不仅仅局限于巴黎公约规定的“专利证书”（原文为“Patent”）上。按常规解释，专利文件则不仅包括专利证书，而且至少还应当包括专利说明书等文件。当然，如果“Patent”一词译成“专利文件”，则两者便完全一致了。

5. 关于强制许可

强制许可原则是巴黎公约规定的最富刺激性因而也是最有争议的条款。该原则主要包含以下四层意思：1. 各国有权立法规定颁布强制许可，以防止由于行使专利所赋予的专有权而可能产生的滥用，例如不实施；2. 除强制许可的授予不足以防止上述滥用外，不应规定专利的取消。自授予第一个强制许可之日起2年届满前，不得提出取消或撤销专利的诉讼；3. 自提出专利申请之日起4年期满以前，或自授予专利之日起3年期满以前，以后满期的期间为准，不可以不实施或不充分实施为理由申请强制许可，强制许可的性质不得是独占性的；4. 有关强制许可的规定适用于实用新型，但不适用于外观设计。

巴黎公约的上述规定显然是对专利权人权利的一种平衡。作为发展中国家的中国，在1984年制订其专利法时，很自然地几乎全部采用了有关

该原则的各项规定，有的方面甚至还有更明确的规定。例如，专利法原第 51 条规定：专利权人负有自己在中国制造其专利产品、使用其专利方法或者许可他人在中国制造其专利产品、使用其专利方法的义务。”例如，原第 52 条规定：“发明和实用新型专利权人自专利权被授予之日起满 3 年，无正当理由没有履行本法第 51 条规定的义务的，专利局根据具备实施条件的单位的申请，可以给予实施该专利的强制许可。”又如，第 56 条规定：“取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，并且无权允许他人实施。”

6. 其他

除以上原则外，巴黎公约其他规定，如第 3 条之 2 关于费用缴纳宽限期以及第 5 条之 3 关于交通工具临时过境不应认为是侵犯专利权的规定，中国专利法及其实施细则均有相应或类似的规定。

除与巴黎公约保持一致外，在起草专利法时，我们也注意力求适应当时国际专利制度其他发展趋势，例如采用先申请原则以及对专利申请审查采取早期公开延迟审查制度。

二、关于专利法的第一次修订

中国专利法于 1992 年 9 月进行了第一次修订，修订的专利法于 1993 年正式施行。该次修订的一个十分重要的指导原则，同样，是适应新形势下国际专利法的发展趋势。

（一）新形势下国际专利法发展趋势

自 80 年代后期开始，国际专利制度（包括整个知识产权制度）在巴黎公约的基础上开始进入一个新的更高水平的发展阶段。这个阶段的重要标志是关贸总协定知识产权协议（TRIPS 协议）和世界知识产权组织专利法协调活动。这一新的国际专利法的发展趋势，当时主要包括以下内容：

提高专利保护的标准或水平。其中最重要的是扩大专利保护的范围。TRIPS 协议第 27 条规定，“专利应适用于所有技术领域的发明”，但排除“人体或动物体的诊断、治疗和外科手术方法”，“除微生物外的植物和动物”和“除非生物和微生物方法之外的生产植物和动物品种的基本上属于生物学的方法”。强化专利权的效力。TRIPS 协议第 28 条规定，专利权人的独占权明确包括禁止第三方未经其允许“进口”专利产品，并规定方

法专利权人不仅可“禁止第三方未经其允许而使用该方法，并阻止下列行为：使用、推销、销售，或为这些目的进口由专利方法直接获得的产品。”延长专利权的期限：TRIPS 协议及协调法条约草案都明文规定发明专利权的期限最低为 20 年，自申请日起计算。TRIPS 协议还规定，外观设计保护期限最低为 10 年，自申请日起计算。全面而严格地规定给予强制许可的条件：TRIPS 协议草案第 31 条在“未经权利人授权的其他使用”标题下，全面并严格地规定了政府或政府批准的第三方根据强制许可而实施专利时应遵守的 12 条限制。以及，强调专利权人的权利应得到切实的行使，包括专利侵权的处理等。

方便申请人或专利权人。协调法条约关于专利文件的撰写、发明人的署名、单一性以及优先权的延迟请求等条文的规定都明显地体现出进一步方便申请人或专利权人的趋向。

在专利申请和审批程序、保护范围以及权利内容等方面力求规定统一的要求，明显地体现出协调和统一的趋向。

（二）第一次修订适应了当时国际发展趋势

中国专利法 1992 年的修订适应或基本适应了上述国际专利法发展趋势。

1. 关于专利保护的范围

修订的专利法第 25 条规定，专利保护的客体扩大到食品、饮料和调味品，以及药品和用化学方法获得的物质。实际上，通过对实施细则第 25 条的修订，微生物菌种也已明确纳入专利保护的范围。

2. 关于专利权的效力

修订从以下三方面强化了专利权的效力：

（1）增加了专利权人进口权的规定。

修订的专利法第 11 条增加一款，专门对进口权作了规定，刻意表达了强化专利权效力的意向：“专利权被授予后，……专利权人有权阻止他人未经专利权人许可，为上两款所述用途进口其专利产品或者进口依照其专利方法直接获得的产品。”这一表述与关贸总协定 TRIPS 协议有关进口权的规定是完全一致的。

需要注意的是：①进口权并不赋予专利权人可以进口其专利产品的当然权利，只是使专利权人有权阻止他人从事进口其专利产品的行为；②未经专利权人许可而进口其专利产品，是侵犯专利权的行为；③未经专利权

人许可而进口其专利产品，是侵犯专利权的行为。

(2) 将方法专利的效力延及依该方法直接获得的产品。

原专利法第 11 条对方法专利的保护只限于该方法本身，即任何人未经专利权人许可不得使用其专利方法，仅此而已。但是，由于专利方法的使用往往难以发现，也难以证明，同时，第三人在该方法不受保护的国家使用该方法，然后将依该方法制得的产品输入我国销售或使用，则专利权人对这种行为不能采取任何措施。因此，仅对专利方法本身加以保护是不充分的。

将方法专利的保护延及依该方法直接获得的产品，究其本质而言，仍然是对方法专利的保护，因为相同产品而用非专利方法制造，或者并非用专利方法直接获得，凡不在延及的效力范围之内。至于这种延及的含义，修订的专利法第 11 条在原条文“或者使用其专利方法”之后，加上了“以及使用、销售依照该专利方法直接获得的产品”，在该条增加的有关进口权的规定中，也同样加上了：“或者进口依照其专利方法直接获得的产品，”对其作了说明。这一修订，与 TRIPS 协议体现的国际发展趋势是完全一致的。

(3) 延长专利权的期限。

为了更好地保护专利权人的正当权益，修订的专利法延长了专利权的期限，即将发明专利权的期限由原 15 年改为 20 年，将实用新型专利权及外观设计专利权的期限由原来 5 年加 3 年（经续展）改为 10 年，都自申请日起计算。

这一修订使我国专利法关于专利权期限的规定完全符合了关贸总协定 TRIPS 协议的要求。

3. 关于专利实施的强制许可

专利法及其实施细则的修订删去了原专利法第 51 条（专利权人有在中国制造专利产品和使用专利方法的义务）和第 52 条（违反上述义务的，可以给予强制许可）的规定，重新规定了颁发强制许可的条件。

经修订的专利法第 51 条规定：“具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能合理长的时间内获得这种许可时，专利局根据该单位的申请，可以给予实施该发明专利或者实用新型专利的强制许可。”第 52 条规定，“在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，专利局可以给予实施发明或者实用新型的强制许可。”经修订的专利法实施细则第 68 条，还以 5 款的篇

幅,就颁发强制许可的其它条件,诸如应当限定强制许可的范围和时间、限定强制许可的实施应主要为供应国内市场的需要,以及当强制许可的理由消除或者不再发生时应终止实施强制许可,作了相当全面的补充。

因此,在强制许可的问题上,可以说修订的中国专利法及其实施细则的规定适应了当时国际专利法发展的趋势;TRIPS 协议在这个问题上的 12 点条件,在我国专利法及其实施细则中基本上得到体现。

4. 关于撤销专利权程序

协调条约草案第 18 条原规定,专利权经实质审查颁布后,任何人有权请求专利局基于不符合新颖性或创造性的理由而撤销该专利权,并明文规定禁止各国采用授权前的异议程序。

修订的专利法废除了原采用的异议程序,在第 41 条规定了撤销专利权的程序,并在实施细则第 55 条中明确规定可以提出撤销的理由是,①授予专利权的发明和实用新型不符合专利法第 22 条规定的,即不具备新颖性、创造性和实用性的;②授予专利权的外观设计不符合专利法第 23 条规定的,即不符合不相同或者不近似的要求。

专利法第一次修订大大提高了中国专利法的保护水平,使中国专利制度与国际专利制度基本实现接轨。

三、关于专利法的第二次修订

中国专利法的第二次修订已列入本届全国人大立法工作计划。如同专利法的制订及第一次修订一样,坚持与国际专利法发展趋势协调一致,依然是本次专利法修订应当遵循的一个重要指导原则。

与第一次专利法修订时相比,当今的国际专利制度又有了新的新发展。例如,关贸总协定知识产权协议 (TRIPS) 已正式签署并生效;世界知识产权组织发起的专利法国际协调已新的基础上取得进展,以及专利合作条约有了进一步发展,而中国已在 1994 年 1 月 1 日正式成为其成员国,中国专利局同时成为该条约国际申请的受理局、国际检索单位和国际初审单位。当然,强化专利权保护以及方便申请人等依然是当今国际专利法发展趋势的主流。

1. 关于专利保护的技术领域

1992 年专利法的第一次修订,扩大了我国专利法的保护范围,从而使我国专利法在这一问题上的规定与国际发展趋势保持一致。这具体体现

在专利法第 25 条的条文变动。但是,从目前情况看,我们仍然需要考虑在这个问题上是否需要进一步扩大。具体的,就是要考虑是否需要在专利法的修订中明确对植物或植物品种施行专利保护问题。

关贸总协定知识产权协议中明确规定,其成员可将动植物以及生产动植物的主要是生物的方法排除于专利保护之外,但成员应以专利制度或有效的专门制度,或以任何上述两种制度的组合,给植物新品种以保护。对本项规定应在“建立世界贸易组织协定”生效的 4 年之内进行检查。目前,我国有关部门已制订出关于以专门方式保护植物品种的立法草案,并已上报国务院审议。但是,在专利法修订中,我们是否应当同时考虑将专利保护直接扩大到植物品种(例如,像美国那样设立植物专利),或者虽不设立植物专利,但以颁布包含植物发明的发明专利的方式保护植物品种?我们应当对此进行研究。

当然,除植物品种外,计算机软件以及生物工程,特别是基因产品等,是否应当以及如何通过专利保护的问题,也需要修订时一并研究。

2. 关于外观设计专利申请复审及无效宣告的申诉

关贸总协定 TRIPS 协议第 41 条第 4 款规定,对于初审的司法判决,在符合一定条件的前提下,应使当事人有上诉提请复审的机会。而对于行政部门的终局决定或裁决,在任何情况下,都应使当事人有机会要求司法审查。

与此相对照,中国专利法关于专利复审委员会就外观设计和实用新型专利复审或无效所作决定却是“终局决定”。该法第 43 条第 3 款规定:专利复审委员会……关于实用新型和外观设计的复请求所作出的决定为终局决定。第 49 条第 3 款规定: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。

因此,为适用 TRIPS 协议的要求,中国专利法上述有关规定均应作相应修订,即为外观设计的复审或无效决定增加可向法院申诉的机会。虽然 TRIPS 协议并未提及实用新型,但根据我国的实际,对有关实用新型采取与外观设计同样的处理是适当的。

3. 关于强制(非自愿)许可

在中国专利法 1992 年修订时,有关专利的强制许可条文曾经作出重要的明显的修改。修订后的专利法及其实施细则有关条文的规定,基本上或实质上保持了与 TRIPS 协议的一致。不少措辞甚至可以明显看出直接

取自于上述协议。这一修订是必要的，它使中国专利法在这一重要问题上与国际公约保持了一致。但由于 TRIPS 协议后来在正式签署时又有所修改，因而，现在看来我国专利法在这一问题上的规定与 TRIPS 协议对照，仍然还有某些不相适应之处，尽管不是根本性或实质性的。其中有三点最重要的，一是关于依存专利强制许可，该协议对颁布这种许可的条件是，后一专利应比前专利“具有相当经济效益的重大技术进步”，我现行专利法并无这种要求；二是该协议还特别对半导体技术的强制许可规定了严格的条件，即“如果所使用的是半导体技术，则仅仅应进行公共的非商业性使用，或经司法或行政程序已确定为反竞争行为而给予救济的使用”。这在我现行专利法中尚未体现。三是关于强制许可的使用，中国专利法也没有类似于该协议“不得转让，除非与从事使用的那部分企业或商誉一并转让”的规定。在第二次修订专利法时，关于强制许可问题，似可考虑进一步加以完善。

4. 关于不知道的使用或销售侵权

中国专利法第 62 条规定了对不视为侵犯专利权的行为，其第 2 款为：“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”。该条文的规定不仅与我国当前强化知识产权保护的形势不符，而且与 TRIPS 协议有关条文的规定不符。

TRIPS 协议第 45 条在强调“对已知或有充分理由应知自己从事之活动系侵权的侵权人，司法当局应有权责令其向权利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”之后，还规定：“在适当场合即使侵权人不知、或无充分理由应知自己从事之活动系侵权，成员仍可以授权司法当局责令其返还所得利润或令其支付法定赔偿额，或二者并处。”

两者对照，差异明显。建议在第二次修订专利法时将中国专利法第 62 条第 2 款删除。

5. 关于专利管理机关执法力度

现行中国专利法及其实施细则并未具体规定赋予专利管理机关以强有力的执法手段。专利管理机关在处理侵权案件过程中往往不能有效地预防和制止某些情况的发生和发展，从而使作出的处理处罚决定的效力受到影响。这对于加强专利权的保护显然是不利的。

如果我们注意 TRIPS 协议第三部份“知识产权执法”，便会发现该部