

河南省“九五”哲学社会
科学规划项目研究报告

河南省工业产权保护现状与对策 研 究 报 告

一九九九年十二月二十日

河南省“九五”哲学社会科学规划项目

课题名称：河南省工业产权保护现状与对策研究

课题主持人：王莲峰，郑州大学法学院

课题组成员：王 锋，郑州大学知识产权研究中心

沈贵明，郑州大学法学院

金香爱，郑州大学法学院

李铁根，河南师范大学

李 宏，河南师范大学

付和平，郑州市中级人民法院

张雅平，河南省工商局商标处

楚明超，河南省专利局

冯喜荣，郑州工程学院

前 言

综观世界经济发展的成功经验,发达国家无一不重视对工业产权这一重要的经济资源和无形资产的法律保护。随着我国社会的发展和科学技术的进步,工业产权愈来愈显示出其旺盛的生命力及其对国民经济的巨大推动力。21世纪的钟声震撼着人们:知识经济时代脚步已迈进我们生活的门槛。如何有效地保护工业产权,以利于充分利用工业产权,适应知识经济时代的要求,是我们所面临的、亟待解决的一个重要课题。

工业产权是一种重要的知识产权,包括商标权、专利权和反不正当竞争权等。自我国商标法、专利法和反不正当竞争法实施以来,在河南省省委、省政府的领导下,我省商标、专利保护事业从无到有,健康发展。有关工业产权的各项工作,已成为发展我省经济建设、推进我省名牌战略工程的实施、拓展我省科技创新工作的重要组成部分。毋庸讳言,我省工业产权的保护工作在全国仍然是比较落后的,存在的问题较多,这就严重阻碍了我省知识经济的发展。为此,河南省哲学社会科学规划基金办公室下达了《河南省工业产权保护现状与对策》课题研究任务,由郑州大学法学院、郑州大学知识产权研究中心、河南师范大学、河南省专利局、河南省工商局商标处、郑州市中级人民法院等单位的有关人员共同承担。

本课题研究的宗旨是:对全省工业产权保护工作进行调查分析,从中了解、评价我省工业产权保护的现状,提出存在的问题并分析其原因。在此基础上,有的放矢,借鉴省外及国外的有关经验及策略,提出解决问题的对策和思路,为省委、省政府制定我省发展战略提供参考意见;为我省保护工业产权的立法工作提供参考意见及理论依据。我们期望本课题的研究将有助于完善我省的工业产权法律制度,有助于加快我省知识经济的发展步伐,有助于繁荣我省工业产权法学的研究和教育工作。

本课题的总题目为《河南省工业产权保护现状与对策研究》,共分五个子课题,分别为《商标保护中存在的问题及其对策》、《专利行政保护中存在的问题及其对策》、《专利司法保护中存在的问题及其对策》、《高校专利工作态势分析及其对策》、《反不正当竞争中存在的问题及其对策》。这五个子课题分别从不同侧面分析论证了我省工业产权保护工作中存在的问题,并提出了具体的建议和措施。

在本课题的调查和研究过程中,我们得到了省专利局、省工商局、郑州市中级

人民法院及有关企业事业单位的大力支持和配合，为我们提供了宝贵的资料和建议，在此表示诚挚的感谢。

“河南省工业产权保护现状与对策研究”课题组

一九九九年十二月

目 录

河南省工业产权保护现状与对策综合研究报告	1
一、河南省工业产权保护现状	1
(一)工业产权立法现状	1
(二)行政执法、司法组织机构和队伍的建设情况	2
(三)河南省商标注册及专利申请现状	2
(四)工业产权服务状况	3
(五)目前侵犯工业产权行为的主要类型和特点	3
二、河南省工业产权保护中存在的问题	4
(一)立法不健全,导致执法机构难以操作	4
(二)行政、司法组织机构力量单薄,减弱了保护工业产权的执法力度 ...	5
(三)企业、高校的工业产权意识淡薄	6
(四)地方保护主义助长了工业产权的侵权行为	7
三、河南省工业产权保护工作的对策和建议	7
(一)进一步完善我省工业产权的立法工作	7
(二)加大保护工业产权的行政与司法的执法力度,完善执法体系 和管理体系	10
(三)加强工业产权法制研究、教育和宣传工作,提高全社会工业 产权法律意识	13
(四)建立和完善我省工业产权工作的服务体系	13
专题研究报告	15
商标保护中存在的问题及其对策	15
专利行政保护中存在的问题及其对策	26
专利司法保护中存在的问题及其对策	32
河南高校专利保护现状分析与对策思考	41
反不正当竞争中存在的问题及其对策	62
附录	
参考书目	78

河南省工业产权保护现状与对策

综合研究报告

执笔：王莲峰 沈贵明

工业产权是一项重要的经济资源和无形资产，工业产权法律制度是国际上普遍采用的发展本国经济、推动科技进步的一项通用的法律制度。总结世界发达国家的成功经验，无一不重视工业产权的立法和保护工作，随着我国社会主义市场经济体制的建立、我国工业产权法律制度框架的初步形成以及人们对工业产权是一种重要的无形资产的意识的提高，工业产权必将对我国经济的腾飞发挥出重要的作用。

工业产权涵盖的内容很多，主要包括商标权、商号权、产地标记权、专利权、商业秘密权、集成电路布图设计权等。结合我省情况，本课题仅对商标、专利以及反不正当竞争加以研究。通过我们的调查，对河南省商标、专利、反不正当竞争保护的现状进行分析，找出存在的问题，参照发达国家和我国其他省、市工业产权保护的先进经验，“他山之石，可以攻玉”，结合我省实际，提出与我省科技、经济、社会发展战略目标相一致的对策和具体措施；并对构建我省工业产权保护的基本框架提出建议。

一、 河南省工业产权保护工作现状

自我国的《商标法》、《专利法》和《反不正当竞争法》实施以来，在省委、省政府和有关部门的关心和支持下，我省的工业产权保护工作，从无到有，不断发展，对我省的经济建设起到了积极的推动作用。

（一）工业产权立法现状

由于历史的原因，我省工业产权地方立法工作发展不平衡。

我省的商标立法十分薄弱，目前尚无有效的地方性法规可适用。我省仅有过一次有关商标管理方面的地方性法规是1990年由省政府发布的《河南省商标标识印制管理办法》。但是，随着国家工商局《商标印制管理办法》（1990年8月8日发布）的出台，《河南省商标标识印制管理办法》于1991年5月被宣布作废。1997年，省工商局起草了《河南省著名商标认定和保护办法》（草案）。这一地方性立法工作

是为了适应席卷神州大地的“名牌热”、发展我省名牌战略、规范我省著名商标的认定活动而进行的。《河南省著名商标认定和保护办法》(草案)已上报省人大审议。我们期待着这一法规的早日通过生效,为我省著名商标的认定、保护工作提供法律依据,以保障我省“名牌战略”的顺利实施。

与商标立法现状截然不同的是,进入九十年代以来,我省的专利立法成绩显著。目前,我省现行的有关专利权保护的地方性法规主要有:《河南省处理专利纠纷暂行办法》、《河南省专利纠纷调处工作程序》、《河南省查处冒充专利行为工作程序》、《河南省有效专利认定登记管理暂行办法》、《河南省专利广告发布审查制度》等。这些地方性法规与国家有关法律一起形成了我省专利保护的基本立法体系,对解决专利纠纷、查处冒充专利的违法行为、保护专利权提供了充分的法律依据,也为专利管理机关能够切实履行其执法职能并规范其执法行为提供了法律依据,有效促进了我省专利事业的发展。

为遏止较为猖獗、危害十分严重的、以假冒商标、专利为主的不正当竞争行为,河南省八届人大常委会第十一次会议于1994年12月27通过了《河南省反不正当竞争条例》。该条例的出台,对工业产权的立法起到了拾遗补缺的作用,促进了我省争创名优产品竞争机制的形成。但是,我省反不正当竞争行为的立法仍不完善,不能满足我省制裁不正当竞争行为、发展社会主义市场经济的需要。

(二)行政执法、司法组织机构和队伍的建设情况

目前,我省工业产权行政执法机构已初具规模。

省工商局商标处、省工商局公平交易处和省专利局,分别管理我省的商标、不正当竞争和专利工作;从商标执法队伍来看,到1997年底,全省18个市地,130个县均设有商标管理机构,全省商标专职管理人员由80年代初的几人发展到现在的400多人。我省公平交易局成立于1996年,大多数地市已有相应的机构,有些地方称公平交易处,有些地方叫经济检察科。

随着我省科技实力的增强,专利管理机构逐渐扩大,除河南省专利局外,现已有郑州、洛阳、南阳、许昌等地市成立了专门的专利管理机构。为提高专利行政执法人员的业务素质,省专利局举办了多期专利执法培训班,专利执法队伍迅速扩大。目前我省有162名专利行政执法人员取得了行政执法证。从专利司法保护的情况看,根据最高人民法院的规定,目前我省受理专利侵权案件的法院有河南省高级人民法院和郑州市中级人民法院。为适应专利审判工作的需要,郑州市中级人民法院多次选派法官到有关单位学习、培训和研讨,经过几年的努力,已形成了一支懂

业务、高素质的专利审判队伍。

（三）目前我省商标注册及专利申请现状

截止1998年年底，我省累计注册商标达208300件，年注册申请量以10%的比例逐年递增。但从整体来看，我省注册商标拥有量，仅占企业总数的3.7%，平均26家企业拥有一件注册商标，低于全国6.2%的平均水平；广东、浙江等地，已达到9%左右，平均11家企业就拥有一件商标。与兄弟省份的年注册量相比，山东省每年为8000件，居全国第6位；河北省为6000件，居全国第9位；而我省每年仅为3200件左右，在全国排序为第14位。全国有42件驰名商标，我省尚无一件。这表明，我省注册商标拥有量较少，质量偏低。

目前全省专利申请呈上升趋势，1996年以来，平均每年申请为3000件左右。但是，在科研的重要基地——河南高校的情况来看，其专利申请量与我省其他单位的专利申请量相比，形成强烈反差，申请的比率总体呈下降趋势，高校专利申请平均每年仅有十几件左右。从统计的数字来看，高校专利申请量与高校科技经费投入量明显不成正比，后者总是大幅生高，而前者不但不上升，还稍有下降；另外，高校专利申请量与鉴定成果量的上升趋势极不协调。在我国科技成果管理制度中，成果鉴定制仍占据着绝对优先的地位，高校教师仍然倾向于以鉴定方式来确定自己的研究开发成果，有许多能申请的专利的技术成果没有申请专利。另外，全省高校均没有专门的工业产权管理机构和管理人员，仅有个别学校制定有知识产权保护的相关规定。

（四）工业产权服务状况

我省的工业产权服务体系已初步形成。1992年10月1日，我省首家商标代理组织——河南省商标事务所成立，担负着全省商标注册、变更、转让、补证、使用许可合同备案等的代理工作。1997年6月又成立了以企业为主要会员单位的河南省商标协会，架起了政府联系企业的桥梁。到目前为止，我省专利代理机构已有8家，专利代理人145名，另外，还有从事知识产权诉讼业务的律师队伍，这些机构提供专利申请代理服务、信息咨询服务、专利许可贸易服务、专利文献检索服务、专利诉讼代理、商标注册申请、商标设计、企业商标法律顾问等事务，为我省工业产权事业的发展、壮大做出了贡献。

（五）目前侵犯工业产权的行为的主要类型和特点

纵观我省知识产权市场，围绕工业产权而出现的侵权和不正当竞争行为主要有以下类型：

1. 假冒他人的注册商标。这是现实生活中常见、多发的一种侵权行为，主要呈

现以下三种表现形式：

(1) 未经商标注册人许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或相似的商标；

(2) 销售明知或者应知是假冒他人注册商标的商品；

(3) 伪造、擅自制作他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制作他人注册商标标识的；

2. 仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢。如我省某中药厂擅自使用著名商标“同仁堂”的包装，将自己生产的六味地黄丸用仿冒的“同仁堂”六味地黄丸外包装标签，后发往深圳罗湖区便民医药公司。这是一起较为典型的仿冒知名商标包装的不正当竞争行为。

3. 擅自使用他人的企业名称或姓名，引人误认为是他人的产品。

4. 伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地。

5. 知识产权权利冲突案件，主要表现为：

(1) 同一类型的权利冲突，如发明、实用新型、外观设计专利权之间的冲突；

(2) 不同类型权利的冲突，如商标权与版权发生冲突等。

目前河南省高级人民法院和郑州市中级人民法院受理专利案件呈明显上升趋势。我省专利纠纷案件有如下四大特点：第一，专利侵权案件是专利纠纷案件的“重头戏”。第二，实用新型专利侵权案件较多。实用新型专利的创造性要求比较低，生产工艺不太复杂，仿冒较容易，而且很多是生活用品，市场广阔，因此侵权者较多。第三，侵权主体多为个体户、私营企业、乡镇企业和街道小企业等。这类主体，一般生产规模较小，自主性强，经营灵活，什么赚钱就干什么，惟利是图。第四，“屡教不改”侵权现象逐渐增多。已审结的专利侵权，判决生效后，被告拒绝履行，依然侵权，甚至反复多次，仍不能制止侵权。

二、河南省工业产权保护中存在的问题

(一) 立法不健全，导致执法机构难以操作

从专利立法来看，主要体现在以下几个方面：

1. 现行的行政保护程序时间过长。

专利管理机关处理专利纠纷的程序不适应行政执法的特点，行政执法的特点是程序简便、快速高效。但现行的《专利管理机关处理专利纠纷办法》规定的程序，与人民法院审理案件的程序相比，在处理程序的时间期限上相对迟延。

2.立法对侵犯专利权的刑事责任的规定单一，对其他侵权行为的规定力度不够。

从目前来看，侵权者的手段越来越“高明”，而现行立法仅对假冒他人专利，情节严重的，规定了刑事责任，对其他几种侵犯专利权的行为未做规定，降低了对侵权者的打击力度。

3.专利执法机关缺乏具体的执法手段。

从目前的立法规定来看，专利管理机关在处理专利侵权纠纷时，只有权责令侵权人停止侵权，赔偿损失；如果当事人不主动履行，需要由专利管理机关申请人民法院强制执行。我们认为，仅有这样的规定是远远不够的，还应当根据侵权行为的具体情况进行分类，区别对待，形成追究侵权者就范的多种渠道和多种措施，并使之成为一个完整体系，及时有效的制止专利侵权行为。

4.专利侵权案的赔偿金额难以计算。

专利权是一种无形财产权，它不仅反映科技人员的物化劳动，而且体现他们的艰辛的、高价值的智力劳动。在司法实践中，现行的认定损失的认定标准不利于足额保护被侵害的专利权。对有形的财产的侵害损失，可以从价值量来计算，但作为无形财产权的专利权的侵害损失因其价值是由该专利技术实施的频率和实施的范围来决定的，实施频率越高，范围越广，价值越大，侵权损害也越大。而现行立法的规定有些脱离实际，实践中难以操作，加之追究侵权行为者的诉讼成本等费用过高，权利人往往放弃了自己的追索权，这也在一定程度上助长了侵权行为的气焰。

5.禁止不正当竞争行为的规定偏窄。

以假冒为主要内容的不正当竞争行为，在我省活动十分猖獗，危害极其严重，已成为一种公害，严重干扰了正常的市场竞争秩序，妨碍了我省争创名优产品的竞争机制的形成。现行的立法存在的主要问题是调整范围太窄。我国现行的《反不正当竞争法》围绕工业产权的保护只规定了四种不正当竞争行为，但在现实生活中，不正当竞争行为的形式则多种多样，如假冒专利行为、滥用专利权的行为、淡化驰名商标和著名商标行为、抢注商标行为、商标的反向假冒行为等，对这些侵权行为的制裁缺乏应的法律依据，不能予以有效打击，致使该法的功能受到极大的限制。

（二）行政、司法组织机构力量单薄，减弱了保护工业产权的执法力度

1 虽然我省工业产权的组织机构已经建立，但编制有限，力量严重不足，直接影响了执法的效力。如专利纠纷案件受理部门单一，省专利局是我省唯一的受理专利纠纷的行政机关。在司法审判上，也只有省高级人民法院和郑州市中级人民法院

两家。这对于一个有18个市地、拥有九千万人口的大省来说，远远不能满足实际的需要。

2.执法监督检查机关缺乏强有力的执法手段。现行立法授予执法监督检查机关的权力是非常弱的，仅有调查权、查询权、复制权和检查权及行政处罚权。没有查封、扣押、冻结等具体行之有效的措施，致使执法过程中对违法行为人转移财产、存款等行为束手无策。

3.行政执法部门存在多头执法、主辅不分、职责交叉、各自为政等问题，以致于在执法过程中造成人为的内耗和磨擦。

4.执法依据多元化，有不相协调、冲突的现象。

5.执法队伍的整体素质不高，严重影响执法水平。

（三）企业、高校的工业产权意识淡薄

1.企业的工业产权意识淡薄，主要表现在：

（1）企业的注册商标拥有量少，总体质量偏低；年注册申请量较低。

（2）一些企业缺乏科技创新精神，竞争意识不足。申请专利的积极性不高，即使申请也多为实用新型专利和外观设计专利，而含有高科技含量的发明专利凤毛麟角。从1996年以来，我省专利申请量一直徘徊在3000件左右，远远低于其他省的专利年申请量。

（3）企业自己的不规范使用，弱化了其商标权、专利权的保护力度。

（4）企业缺乏基本的工业产权知识和自我保护意识，致使工业产权流失。如新乡市“中华”牌电池，在全国久负盛名，由于种种原因，该商标过了续展期，从而失去了商标权，而重新注册，又违背了《商标法》中国家名称不能作为商标的有关规定，著名的老字号“中华”电池，从此不复存在，而失去商标后的企业，也从此一蹶不振。

2.高校专利工作中存在的问题主要有：

（1）高校领导人的知识产权意识决定了高校专利工作的地位。目前不少高校领导知识产权意识淡薄，他们将专利视为赔钱买卖，申请专利要花钱，维持专利也要花钱，因此对申请专利支持性不够，也没有相应的激励措施，对技术成果是否获得专利不闻不问。

（2）广大教职工对专利存在模糊认识。高校教师在计划经济体制下形成重理论研究、轻开发研究的观念，认为申请专利与成果鉴定相比，后者更容易通过。而专利申请和后续开发时间长、耗资大、风险高，高校一般难以独立完成。

(3) “一奖两酬”不落实,发明人得不到实惠,影响了专利申请的积极性。完成一项发明创造,发明人需要付出艰辛的劳动,但现行政策对发明人的成果的奖励往往得不到体现。尽管专利法中对发明人的奖励并不高,但仍有不少高校不予落实。如某大学的发明人曾有一项职务发明在本校某工厂实施,但该厂却未支付该发明人酬金,而专利年费还要由发明人从项目费中支付。

(4) 目前,专利诉讼保护力度较弱,侵权纠纷诉讼时间长,胜负难以预料,使高校领导和教师对专利的诉讼保护丧失信心。

(四) 地方保护主义助长了工业产权的侵权行为。

各级执法部门在查处侵犯工业产权的案件中,经常受到地方保护主义的干扰,有些地方的行政职能部门不但不配合,对侵权行为视而不见,甚至对执法部门的审理查证工作进行刁难、作伪证,默许和支持侵权者。这种现象客观上庇护了侵权者,削弱了工业产权的司法保护力度。从短期看,侵权企业给地方财政增加了收入;但从长远来看,侵权者会玷污地方形象,破坏地方经济建设的发展和振兴,其所带来的负面影响是很大的。

三、河南省工业产权保护工作的对策和建议

本课题组通过对以上问题的调查、分析和研究,结合我省实际情况,借鉴其它省市的合理做法,对我省在工业产权保护方面提出如下对策:

(一) 进一步完善我省工业产权的立法工作

从目前的现状来看,我省工业产权的立法还欠完善,亟待改观。

1. 商标立法

我国商标法颁布于1982年8月23日,并于1993年2月22日通过了对商标法的修改。随着社会主义市场经济的建立和国际知识产权交流与合作的频繁,现行商标法的不足之处日益显露,主要提现在以下几个方面:

(1) 驰名商标的认定和保护

驰名商标的保护早在100多年前的《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)中就有规定;被称为当今保护知识产权的国际法典—《与贸易有关的知识产权(包括假冒商品贸易)协议》(以下简称《知识产权协议》),不仅重申了《巴黎公约》中有关驰名商标的保护,而且对驰名的服务商标也做了补充。我国是《巴黎公约》成员国,尽管在现行商标法中没有关于对驰名商标的具体规定,但是在司法实践中对驰名商标保护的案例已屡见不鲜。1996年国家工商局发布了《驰名商标认定和管理暂行规定》,这是我国第一部关于驰名商标认定的行政法规。该规

定在我国商标法历史上无疑具有进步意义，但也存在一些值得探讨的问题。如驰名商标是否必须注册？对驰名商标定义中的“相关公众”的范围怎样理解？作为驰名商标的商品质量是否有要求等。在我国商标法修改时，应借鉴国内外立法及有关公约，明确上述有关问题的内容。

（2）联合商标和防御商标的规定

联合商标和防御商标是企业运用商标策略的产物，是在反不正当竞争中发展起来的。这两种商标的注册不以使用为目的，是为了防止他人注册或使用，从而避免对自己的正商标或驰名商标构成威胁或造成损害。目前许多国家和地区通过注册申请审查中认定驰名商标，而给以防御商标和联合商标的注册，即在注册时就预先给驰名商标以纵向和横向的扩大保护。我国商标法中没有直接规定这两种商标制度，但在商标实务中已有这两种商标注册的事例，如用于儿童营养口服液的“娃哈哈”注册商标所有人，为了防止他人的假冒又在相同和类似商品上申请注册了“哈哈娃”、“哈娃娃”、等商标。

（3）地理标记的保护

从法律上讲，地理标记是不允许任何一家企业垄断或独占的工业产权，也不允许原产地标记虚假，误导消费者，导致不公平竞争。对地理标记的保护，目前各国通行的做法是在商标法中加以明确规定。我国是《知识产权协议》签字国，有义务保护成员国的地理标记。我们认为将地理标记作为证明商标予以注册和保护符合国际潮流，如法国的香槟、干邑作为证明商标注册后，对当地的生产起到了很好的保护作用。在我国商标法修改时应补充对地理标记的保护。

（4）商标权的最终确权

关于商标权的最终确权，我国商标法规定，由商标评审委员会来行使，这与国际公约的要求相差很远。我们认为商标权是一项民事权利，有行政机构最终裁决有失偏颇，应有法院行使最终裁决权。我国专利法中已有先例，如对专利法复审委员会宣告发明专利权无效或维持发明专利权的决定不服的，当事人可在收到通知3个月内向人民法院起诉。在修改我国商标法时应借鉴、吸收国际条约及同一领域中的立法，重新明确商标的最终裁决权。

（5）对商标专用权的保护

我国商标法规定，在认定商品经销人是否构成侵权时，是以“明知”或“应知”为前提，只有经销人“明知”或“应知”，才能责令其赔偿被侵权人的损失。根据《知识产权协议》和我国商标侵权的认定原则，在修改商标法时应删除“明

知”二字，以防止一些经销商在侵权时规避法律，逃脱责任。

另外，对商标侵权行为的查处，现行法中只有“责令封存”有关物品这种单一的手段，不足以遏止当今社会愈演愈烈的侵权和假冒注册商标行为。建议在商标法修改时增加扣押、没收侵权物品、作案工具和非法所得等有效手段，以利于保全证据，加大处罚力度。

作为河南省的地方立法，应在符合我国宪法、法律、行政法规的前提下，结合我省地方经济的发展特点，制定出保护我省地方名牌，争创中国驰名商标的地方性法规。为此我们建议：应尽快颁布《河南省商标管理条例》、《河南省著名商标认定和保护办法》等行政法规。立法的出台，对打击假冒活动，推动我省名牌工程也将起着积极的作用。（关于《河南省名牌战略研究》，是本课题主持人1996年申请并以结项的河南省青年社科基金项目，全文内容发表在《河南科技》1997年增刊上）。

2. 专利立法

（1）尽快出台《河南省专利保护条例》，赋予专利管理机关具体的执法手段，增强行政保护的力度。由于现行专利法对专利管理机构未规定相应的执法手段和措施，致使一些侵权行为得不到及时制止，不利于对专利权人的保护。日前，广东、四川、河北、湖北、海南等省均出台了专利保护条例，并赋予了专利管理机关具体的执法手段，如专利管理机关可以对侵权者进行处罚，包括查封、扣押、没收侵权产品等手段。

（2）在现行立法中明确专利侵权案的损害赔偿金的合理、科学的计算方法。如何确定赔偿额，是审理专利侵权案件的关键环节之一。据最高人民法院的有关司法解释，计算损失赔偿额的方法有三种：一是以专利权人因被侵权而实际受到的经济损失作为赔偿额；二是以侵权人因侵权行为获得的全部利润作为赔偿额；三是以合理的专利许可使用费作为损害赔偿标准。实践中，常用的是第二种计算方法，认为这种方法比较公平、简便。但现在看来也有不妥之处。首先，是取证难，原告很难取证，只有靠法院通过审查被告财务帐册来调查取证，而有些个体户或私营企业不是无帐可查，就是帐目不清。依帐册定案，侵权人很容易规避法律制裁。其次，不符合民法侵权赔偿的原理。另外，侵权人的侵权行为所获得的全部利润是一种非法所得。不能因其赚到钱就赔，不赚钱就不赔。因此，我们建议立法规定侵权赔偿的范围应当是：专利权人因被侵权所造成的收益损失和名誉损害之合。

（3）立法中要加强对侵犯专利权的刑事责任的规定。现行专利法第63条规定

仅对假冒他人专利情节严重的，对直接责任人员比照刑法的有关规定追究刑事责任，而现实生活中，由于侵权者的手段越来越高，简单的直接伪造他人的专利的情况较少。从我国商标法规定来看，假冒注册商标、销售假冒注册商标商品和非法制造、销售非法制造的注册商标标识，情节严重，数额较大的，均应追究刑事责任。而侵犯专利权的案件从性质到权利人的损害程度都与侵犯商标权十分相近，因此，建议立法部门对那些侵犯专利权的，情节严重，给专利权人带来较大损失的，也应追究直接责任人员的刑事责任。

3.反不正当竞争立法方面

(1) 尽快修订与完善我国的《反不正当竞争法》以及《河南省反不正当竞争条例》，扩大反不正当竞争法对工业产权的保护范围，将下列不正当竞争行为进行规制并予以禁止。主要有：淡化驰名商标和著名商标的行为、商标抢注行为、反向假冒行为、假冒专利行为、滥用专利权的行为、冒充专利的行为等。

(2) 确立一个能够操作的一般性条款，起到兜底条款的作用。应借鉴《保护工业产权巴黎公约》所使用的“违背诚实惯例的任何竞争行为，构成不正当竞争行为”这样的一般定义，以适应不断变化的市场竞争的需要。

(3) 应增加《反不正当竞争法》的可操作性规定，具体讲，根据我省实际和执法实践需要，应修订《河南省反不正当竞争条例》，进一步和具体化反不正当竞争法许多原则性的规定。

(4) 在立法中增强行政执法手段，规定查封、扣押、冻结等为实践证明是行之有效的强制措施，以适应反不正当竞争的艰巨性和复杂性的需要。同时要增加对拒不作证、作伪证等妨碍行政执法的当事人处以罚款的规定。

(5) 通过立，法明确规定工商行政管理部门在反不正当竞争中的执法地位，界定工商行政管理部门与其他执法部门的职责范围，以防多头执法所带来的不必要的摩擦和内耗。

(二) 加大保护工业产权的行政与司法的执法力度，完善执法体系和管理体系

1.加强执法队伍建设

加大工业产权行政和司法的保护力度，需要建立一支精干高效、快速灵活、执法严明的行政执法队伍和司法审判队伍。这是完善执法体系和管理体系的组织基础。对此我们提出以下建议：

(1) 加强执法人员的业务学习、培训，尽快提高现行执法队伍的整体素质。

(2) 从机制改革入手，结合人事制度改革和公务员制度的推行，实行内部待

岗制；同时应公开选择人才，向社会录取德才兼备的优秀人员。

(3) 加大投入，配置必要的执法设备，实现保护工业产权执法手段的现代化。

(4) 健全制约机制，建立严格的执法责任制，主要有：建立行政执法投诉制、错案责任追究制、内部监督制、外部监督制等。

2. 加强工业产权管理的机构建设，完善工业产权管理的运作体系。

(1) 对专利纠纷实行“或裁或审制”。

针对专利行政保护的期限过长、办案效率低的问题，我们建议对专利纠纷实行“或裁或审制”，即对此类案件仲裁机构也可以受理，为当事人提供解决纠纷的多种渠道，以利于更有效地保护当事人的专利权。对有关工业产权纠纷的案件能否仲裁？如何仲裁？老百姓对此更是一无所知。其实，我国的《仲裁法》早已生效，只是有关宣传没到位，有些领导或管理机关对仲裁的性质有认识上的偏差，使仲裁本应具有作用没有发挥出来。仲裁作为解决民事纠纷的手段之一，与诉讼相比有其自己的特点，仲裁具有自愿性和不公开性，能适应工业产权的保密性要求；仲裁机构由技术、法律方面的专家组成，能更科学合理地解决纠纷；仲裁机构做出的裁决，为终局裁决，提高了解决纠纷的工作效率；对仲裁裁决当事人不履行的，对方当事人可以申请人民法院强制执行，使其具有了合法的强制性。

(2) 增加专利纠纷案件的受理机关

随着专利事务和专利纠纷案件的增多，以省级专利管理机关为主的市地专利管理机构的建立，为便于保护当事人的专利权，减少费用，便于将来的执行，建议有条件的市地专利机构也能够受理专利纠纷，而不必都要到省专利局来申请保护。

3. 加强行政和司法保护的配合，增强专利保护力度。

根据法律的规定，当事人对专利局的行政处理决定不负的，可以向法院起诉；如果当事人既不向法院起诉又不履行专利局的处理决定的，专利管理局需申请人民法院强制执行；人民法院在审理专利案件时也需要得到专利管理机关的配合与支持。因此，专利的行政管理机关与专利纠纷的审判机关既有各自的职能分工，又有一定的业务联系。就司法的制约机制而言，两个不同性的职能机关必须在各自的职权范围内行使职权。同时，为了有效地制裁对专利侵权行为，这两个机关应密切配合，以加大对专利权的保护力度。

4. 在司法保护中，有关专利纠纷案件的公告判决，应当对未参加诉讼的侵权人在一定范围内产生法律效力。根据立法本意，按照民事诉讼法第55条的精神，采取

公告判决的形式，使之对未参加诉讼的侵权人在一定范围内也产生法律效力。权利人只要在判决生效后一定时期内又发现其他侵权者，法院即可直接发出停止侵权的裁定，在一定时期内侵权人不提出异议，裁定生效，依法执行；侵权人如提出异议，案件进入审判程序。这样，既维护了法律的尊严，又简化了审判环节，解决了权利人的诉累。

5. 扩大有专利侵权案件管辖权法院的范围。目前有关专利侵权纠纷案件只有省会郑州市中级人民法院，其它各地市的中级人民法院均无管辖权。我们认为其它各地中级人民法院也应有对专利案件的管辖权。理由主要是：

(1) 方便当事人诉讼；

(2) 有利于及时审理案件；

(3) 各市地已逐步设立了专利管理机关，为各市地法院审理专利侵权案件创造了便利条件。

6. 在有条件的中级人民法院成立知识产权审判庭

在法院内部设置知识产权审判庭，起源于工业发达国家。在我国，北京市中级人民法院于1992年率先成立知识产权审判庭。之后，上海、广东、深圳、海南等省市的一些高、中级人民法院也相继成立了知识产权审判庭。结合我省实际情况，我们认为应首先在省高级法院、郑州市中级人民法院成立知识产权审判庭，有条件的地市可以随后成立。知识产权案件本身的复杂性，使之有别于一般的民事、经济案件，因此有必要设立专门的审判庭，以利于提高办案质量，保护权利人的利益。考察外省几年的实践证明，这是一种保护知识产权行之有效的途径。

7. 执法部门应相互配合，克服地方保护主义。

知识产权制度的建立和完善，需要全社会的统一行动，需要各地区、各部门的密切配合。保护知识产权人的权益，仅靠法院运用审判职能是远远不够的，需要全社会的大力支持，特别是各地、各级执法部门的通力协作，建立一个良好的知识产权执法环境。

8. 法律适用原则和权利冲突的处理原则

全国人民代表大会极其常务委员会制定的有关知识产权方面的法律和国务院制定的有关知识产权方面的行政法规，是人民法院审理知识产权民事案件的基本法律依据。对具体适用法律、行政法规的原则是：新法优于旧法、特别法优于普通法、有专门规定的按专门规定；法律优于法规；国际法优于国内法。

对权利冲突的处理原则：一般应有当事人按照有关知识产权的撤销或者无效程