



漢坤律師事務所
HAN KUN LAW OFFICES

汉坤专递

融贯中西
务实创新



2016年第1期 (总第106期)



新法评述

- 1、反恐法对互联网企业的冲击有多大？
- 2、简评专利法修订对医药行业影响



1、反恐法对互联网企业的冲击有多大？（作者：许莹、王晨）

2015年12月27日，旨在打击恐怖主义、维护国家安全及公共安全的《中华人民共和国反恐怖主义法》（以下简称“《反恐法》”）由十二届全国人大常委会第十八次会议表决通过并正式公布，该法将于2016年1月1日起施行。恐怖主义活动危害甚广，重拳打击实乃民心所向。但值得关注的是，总计共十章九十七条的《反恐法》中的部分条款针对电信业务经营者以及互联网服务提供者（以下统称“互联网企业”）做出了不少义务性或限制性的规定，其中不乏备受争议之处，我们梳理了如下：

1) 宣传教育义务

《反恐法》中规定，互联网企业同各级政府、学校、新闻传播媒体等单位一道，共同担负着向社会进行反恐怖主义宣传教育的义务。

2) 防止恐怖信息传播的义务

《反恐法》中明确规定了互联网企业应当有效落实网络安全监督、防范措施，防止恐怖信息、极端主义信息的传播，并及时删除且向公安部门等进行报告。违反本条规定的，互联网企业及直接责任人员可能被相关监管部门处以一定数额的罚款，情节严重的情况下直接责任人员甚至可能被处以行政拘留处罚。

值得关注的是，之前向社会公开征求意见的《反恐法》（草案）中规定的、且引起部分互联网企业较大不安的“互联网企业应当将相关设备、境内用户数据留存存在中国境内”的规定，在正式公布的《反恐法》中已经被取消。对于互联网企业数据是否必须全部在境内存储和对于跨境存储和传输的要求，在法律法规层面目前尚未有明确规定，但此前的实践中不乏要求将数据信息（特别是敏感信息）存储在境内的要求。此次《反恐法》虽未有明确突破，但未来实践中会否依据《反恐法》而进一步加强对于互联网企业数据存储和传输的限制，仍未可知。

3) 协助调查义务

《反恐法》第十八条是备受境内、境外关注的一条，其明确规定了相关政府部门在防范、调查恐怖活动中互联网企业有提供技术接口和解密等协助调查的义务。

虽然上述规定并非中国首创，在美国、欧盟等国家和地区均有类似规定，但众所周知，互联网企业作为轻资产类企业，其最核心的竞争力即是技术资源，如何在与相关政府部门的沟通、对接中有效保持企业正常的运营并保护企业知识产权，需要互联网企业的特别关注以及与政府部门的有效沟通与协调。

4) 查验用户身份义务

《反恐法》中还规定了互联网企业在提供服务前应当对客户身份进行查验，否则不得提供相应服务。违反本条规定的可能被相关监管部门责令改正，拒不改正或者情节严重的情况下甚至可能被监管部门处以一定数额的罚款。

就上述规定，目前很多互联网管理的分项专门法规中已经不乏约定，但随着立法层面的加强（特别是有关罚则的进一步明确），互联网企业未来仍然应当更加注意完善客户身份查验工作并保存完整相应的查验数据，以便未来在与恐怖主义活动发生被动关联等不可控因素的情况下更有效地证明“本企业已尽合理努力进行了用户身份查验工作”。

此外，与之相关的，互联网企业还应当注意遵守《电信和互联网用户个人信息保护规定》等法律法规，包括但不限于：不得收集其提供服务所必需以外的用户个人信息或者将信息用于提供服务之外的目的，应当对前述信息严格保密、不得出售或非法向他人提供等。

综上所述可以看出，《反恐法》对互联网企业在经营中的相关义务及限制做了更为清晰和细化的规定，未来工业与信息化部等互联网企业的直接监管部门是否会出台更为细化的法律法规尚不得而知，我们将持续关注并及时与您分享。

2、简评专利法修订对医药行业影响(作者：王焱、雷鹏)

国务院法制办已公布《专利法修订草案(送审稿)》，并于2016年元旦前就该草案公开征求意见。本次送审稿涉及多处修订，其中不乏原则性的变更。这些修订大部分对于所有行业皆有影响，其中一部分更是对于医药行业有较大影响。

1) 修法原则

凡修法，必是为了适应变化了的社会关系，为此必有指导原则。了解修法的背景和指导原则，方能从更高的层面理解其对产业的影响。

按照国家知识产权局的解释，本次修法的原则导向是，实行严格的专利保护制度，保护创新者的合法权益，促进专利实施与运用。事实上，相关条款的具体修改，正是这一原则的细化。

根据上述原则，专利法的修订对不同的医药企业将产生显著不同的影响。一方面，对于技术含量低，以生产仿制药为主的企业，如在投资生产线之前不注意专利风险评估，则很可能面临比之前更严峻的后果，包括更高的赔偿和来自行政机构的罚款等。另一方面，对于有强大的研发能力和良好知识产权意识的企业，以大型跨国制药集团为代表，则有望通过更加高效的专利制度，就其原研药和其他研发成果获得更强保护，增强在市场上的竞争优势。

2) 重要条款的修改

(1) 利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，不再默认为职务发明

修改后的专利法第六条第四款规定，利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，单位与发明人或者设计人没有约定的，申请专利的权利属于发明人或者设计人。

在修改前，利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造，属于职务发明的一种，申请专利的

权利默认属于单位。而修改后，默认属于个人，这无疑是一个根本性的改变。特别是对医药行业来说，员工不利用单位的物质技术条件（实验室、专有知识等）即独立作出发明创造的可能性很低。基于这些考虑，企业未来将有必要与员工作出特别约定（在劳动合同中或者专门的合同中），明确利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造属于单位。

(2) 专利复审委员会的权限增强，有权依职权审查复审和无效案件

修改后的专利法第四十一条第二款规定，专利复审委员会对复审请求进行审查，必要的时候可以对专利申请是否符合本法有关规定的其他情形进行审查。而第四十六条第一款对于无效请求也作了类似规定。

根据上述修改，复审委的权限得到大幅增强。尽管在未出台实施细则的情况下，还不清楚复审委是否有权自行引入证据（例如对比文件）来评价在复审/无效请求中没有涉及的缺陷，但复审委的工作方式似将更趋近其行政机关的原本身份，对于专利权的有效性判断将处于更强势的位置。这可能导致，例如在无效程序中，如复审委有权自行检索对比文件，则申请人超期提交的证据也会在实体上被纳入考虑中，从而无效一项专利从程序上将变得更为便捷和高效。原研药企业和仿制药企业双方，都应注意这一变化。

(3) 专利行政部门查处侵权的执法能力全面增强，为权利人拓宽了另一条维权途径

根据修改后的专利法第六十一条，经专利行政部门（即地方知识产权局）调解达成的调解协议，一方拒绝履行的，对方可以申请法院确认并强制执行。这增强了解调协议的效力，使其不再等同于普通的民事合同，而是向司法调解书的效力靠近，尽管仍需法院确认。

而根据修改后的专利法第六十条，对群体侵权、重复侵权等故意行为，专利行政部门有权没收侵权产品、专用零部件、模具设备等，对重复侵权行为，则可以处以罚款。这甚至给予了地方知识产权局比司法机构更有力的制止侵权手段。考虑到在中国司法实践中，将侵权产品改头换面或者换个型号继续上市的情况十分多见，对这种重复侵权的行为，通过专利行政部门没收侵权者的生产设施和产品，并处以高额罚款，无疑将对其造成重大的打击。

此外，根据修改后的专利法第六十三条，专利行政部门也有权通知网络服务提供者制止通过网络进行的侵权行为。通俗而言，今后在淘宝、京东等电商网站上售卖侵权产品的，地方知识产权局可以通知这些网站对侵权产品予以下架，例如断开其网络链接。

以上各条，表明地方知识产权局的执法能力在本次修法中拟得到大幅度强化。尽管地方知识产权局尚无权直接责令侵权者进行民事赔偿，但从结果上说，扣押产品和设备、处以罚款这样迅速给侵权者造成直接损失的手段，在打击侵权方面无疑十分有力，而程序上行政手段本身又比司法途径进展更快。因此，一旦这些条款出现在正式稿中，则未来专利行政部门很可能成为打击侵权的重要渠道。

不过，行政执法也有其自身局限性。由于机构设置、人员配备等原因，地方知识产权局认定侵权的专业能力较之司法机构仍显不足，在医药行业涉及复杂技术专利的情况下，尤其如此。另外，行政处罚决定并非终局的，侵权者可以提起行政诉讼，这在一定程度上也会削弱行政执法的便捷性。以上这些，在选择维权手段时，应加以综合考虑。

(4) 规定了惩罚性赔偿制度，提高了法定赔偿的上下限，设立了不利证据推定制度，明显增大了专利权的司法保护力度

根据修改后的专利法第六十八条第一、二款，对于故意侵权行为，可以按照基本赔偿额的一倍以上三倍以下来确定赔偿额，而且法定赔偿额由过去的一万至一百万元调整为十万至五百万元。

显然，该修改大幅强化对专利权的司法保护力度。首先，对法定赔偿额上下限的提高，给了法官更大的自由裁量空间，使得面对大规模侵权时依据具体案情能给予最高五百万元的赔偿。这样的赔偿额，能够更好地覆盖权利人的维权成本，降低维权难度。而对于故意侵权的惩罚性赔偿制度，则有望解决对产品改头换面，从而侵权行为屡禁不止的问题。

此外，修改后的专利法第六十八条第三款还规定了不利证据推定制度。即能够证明侵权规模的财务资料，如果被告掌握而拒不提供，则可以参考原告的主张和证据来确定赔偿额。这一条修改对于医药行业的专利权人尤为有意义，因为新药或特效药的销售额可能达到数亿，此时法定赔偿上限即便提升至五百万元亦远不足以弥补原告的损失。而不利证据推定制度则分配给了被告一定的举证责任，使其在主张侵权获利较低时有责任自证清白，这显然有助于医药领域专利权人更容易地获得应得的补偿，提高新药和特效药专利的市场价值。

(5) 规定了标准必要专利的默示许可制度，与反垄断法对接

修改后的专利法第十四条原则性地规定了不得滥用专利权排除、限制竞争，而第八十五条则具体规定了参与国家标准制定的专利权人在标准制定过程中不披露其拥有的标准必要专利的，视为其许可该标准的实施者使用其专利技术。

我们理解，这些规定源起于通信行业内基于标准必要专利的反垄断诉讼，意在防止必要专利的权利人依靠标准的强制性推广来获取超越专利本身价值的利益。基于必要专利许可的反垄断实践近年已成为知识产权领域的一个新热点，而这一修改由于涉及标准必要专利的默示许可，对于各个行业都有或大或小的影响。

对于医药行业而言，标准的集中程度尚不及通信行业，不同标准之间构成替代的可能性也相对大一些。另外，对许多常见药而言，各家药企之间标准也不完全一致，在某些情形下存在绕开标准必要专利的可能。而且，一旦专利被纳入国家标准成为必要专利，则在起诉他人侵犯该专利权时会面临诸多限制。考虑到各种因素，标准对医药行业的价值可能会低于通信行业，此时，是否还要将自身专利纳入标准，则需权衡利弊，予以慎重考虑。

最后需要指出的是，目前专利法修订还处于草案阶段，尚未最终生效，不排除后续还有进一步修改的可能性。但是，上述修改之处对于医药行业的重要影响，我们建议企业及早予以关注，并在专利战略上及时作出相应调整，以争得主动。

■ ■ 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

联络我们

北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: estella.chen@hankunlaw.com

上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

曹银石 律师：

电话：+86-21-6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区中心区中心四路1-1号嘉里建设广场第三座21层03室

邮编：518048

王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

香港分所

电话：+0852 2820 5600

地址：中国香港中环夏悃道10号和记大厦20楼2001-02室

陈达飞 律师：

电话：+0852-2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com