

汉坤专递

2020 年第 7 期（总第 159 期）

新法评述

- 1、简评《数据安全法》草案
- 2、《专利法修正案（草案二次审议稿）》亮点纷呈

新法评述

1、简评《数据安全法》草案

作者：段志超 | 蔡克蒙 | 周莎莎 | 胡敏喆

2019年10月至今，中共中央、国务院相继发文，明确了数据作为新的生产要素的地位，要求加快培育数据要素市场、推进政府数据开放共享、提升社会数据资源价值，而通过统一立法加强数据安全保护将是充分发挥数据产生要素价值的基础保障。与此同时，数字经济的不断发展也使得数据作为战略资源的地位愈加凸显，包括数据主权、数据跨境传输、数据相关贸易管制问题在内的数字时代下的特有问题的法律需求尚需以数据为中心的基础性法律为在这一特定领域维护国家安全、确保国家利益提供依据。

有鉴于此，全国人大常委会于6月28日首次审议了备受瞩目的《数据安全法》（草案）（“草案”），并公布了草案全文。草案总结和提炼了近年来实践中的数据治理要求并将其上升到法律高度，勾勒出我国未来数据安全保护方面的主要制度框架。我们认为草案有以下值得关注的要点。

一、适用范围

草案明确在我国境内开展的数据活动，包括数据的收集、存储、加工、使用、提供、交易、公开等，均适用本法规定。此外，草案还规定了特定域外效力，中国境外的组织和个人开展数据活动损害中国国家安全、公共利益或公民组织和合法权益，依本法追究责任。

草案还规定，对于涉及国家秘密、个人信息等特殊类型的数据，适用《保守国家秘密法》或个人信息保护方面法律的特殊规定。

二、数据安全保护的职责分工

草案明确了中央和地方各部门在数据安全保护工作方面的责任和职责。

1. 中央层面：中央国家安全领导机构，即国家安全委员会将负责我国数据安全工作的决策和统筹协调；国家网信部门负责统筹协调网络数据安全和相关的监管工作；公安机关、国家安全机关则在各自职责范围内承担数据的安全监管职责；
2. 地方和各部门层面：各地方、各部门分别对各自工作中产生、汇总、加工的数据和数据安全负主体责任；
3. 行业层面：工业、电信、自然资源、卫生健康、教育、国防科技工业、金融业等行业主管部门统一负责本行业、本领域的数据安全监管工作。

上述管理体制既体现了集中领导，也兼顾到了各地各部门、各行各业的实践差异，有利于各地各部门、各行各业在国家统一的原则方针的指引下，开展有针对性的数据安全管理工作。

三、数据分级分类与重要数据保护

在数据的安全管理方面，草案提出了全面的数据分级分类保护要求，并在此基础上对重要数据予以重点保护。在草案出台之前，我国已经对金融、电力、卫生健康、关键基础设施等重点领域提出了数据分级分类保护的要求标准。草案则借鉴了网络安全等级保护中的分级标准，提出按照数据遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，对国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益造成的危害程度，对数据实行分级分类保护。

在数据分级保护的基础上，草案进一步提出了重要数据的基本保护要求，包括：

1. 重要数据处理者应设立数据安全负责人和管理机构；落实数据安全保护责任；
2. 重要数据处理者应按照规定开展风险评估，并向有关主管部门报送风险评估报告。该报告应当包括本组织掌握的重要数据的种类、数量，收集、存储、加工、使用数据的情况，面临的数据安全风险及其应对措施等。

2019年的《数据安全管理办法（征求意见稿）》曾将重要数据界定为“一旦泄露可能直接影响、经济安全、社会稳定、公共健康和安全的的数据”，可能包括未公开的政府信息，大面积人口、基因健康、地理、矿产资源等，一般不包括企业生产经营和内部管理信息、个人信息等。或许是考虑到重要数据种类繁多，草案此次并未对重要数据的概念作出界定，而是授权各地区和行业主管部门制定本地区、本行业重要数据保护目录。实践中如何处理不同地区、部门划定的重要数据范围间的冲突有待进一步观察和明确。

四、数据交易制度

近年来，我国已在贵阳、上海、武汉、重庆等地建立数据交易所，数据交易合作已成为金融风控和征信、广告传媒、地图测绘、医药健康、环境气象等领域的市场主体重要的数据来源。草案的一项突破在于首次正式在立法层面承认数据交易及数据交易服务提供者的合法性¹，这方面的主要规定包括：

1. 第3条将数据交易视为一项数据活动，为数据的交易活动赋予正当的法律地位；
2. 第17条规定国家建立和健全数据交易制度，规范数据交易行为，培育数据交易市场；
3. 第30条规定“从事数据交易中介服务的机构”应当要求数据提供方说明数据的来源，审核交易双方的身份，留存相应的审核和交易记录；
4. 第43条规定数据交易中介机构未履行第30条规定的，导致非法来源数据交易的，有关主管部门将责令改正，没收违法所得，并予以罚款、吊销相关业务许可证、吊销业务执照的行政处罚。相关责任人员也将被处以罚款。

由于数据交易的复杂性和多样性以及数据权属在法理层面仍存在诸多争议，草案并未对数据交易具体制度作出规定，而是留待实践中根据具体数据类型和应用场景探索。随着草案正式在法律层面承认数据交易的法律地位，我们可以期待数据交易制度未来将更好地为各个行业赋智赋能。

五、数据安全审查制度

草案第22条首次规定了我国的数据安全审查制度，旨在从国家安全角度出发，建立全方位的网络空间

¹ 2017年出台的《民法总则》承认数据作为财产保护的客体在一定程度上也为数据交易制度奠定了基础。

和数据安全保护制度，进一步维护我国的网络空间主权，避免事关国家安全的数据信息遭到泄露与破坏。草案并未对数据安全审查制度的内涵予以明确，而是原则性地要求影响或者影响国家安全的数据活动应接受国家安全审查。由于安全审查将覆盖我国境内的数据活动，因此受到社会广泛关注的出境安全审查制度未来亦可能被涵盖其中。此外，相应的安全审查决定可能将成为最终决定，进而排除现有行政复议或行政诉讼的救济渠道，凸显了行政机关在这一问题上的裁量性和专业性。

六、明确数据主权、推动数据跨境流动：

数据出境安全评估一直是社会各方关注的焦点问题。尽管本次发布的草案并未就此进行明确规定，但却提出了与数据跨境流转相关的出口管制、数据相关反制措施、跨境数据执法报批制度。这体现出了国家保障数据安全、鼓励数据自由流动的基本理念。一方面，数据是数字经济发展的关键要素，草案明确我国将积极参与国际交流、促进数据跨境流动；另一方面，数据也是国家基础性战略资源，出于国家安全等方面需要，我国将建立数据出口管制制度、数据利用反制措施及境外调取数据的报告批准制度，有效应对数据领域的国家安全风险与挑战。

（一）加强数据领域国际交流合作

作为世界第二大数字经济体，我国始终将数字经济视为国际交流合作新重点，而数据则是数字经济发展的关键要素。为进一步推动数据跨境流动，草案第 10 条明确，国家将积极开展数据领域国际交流与合作，参与数据安全相关国际规则和标准的制定，共同促进数据跨境安全、自由流动。

（二）确立数据出口管制制度

伴随着数据的跨境流动，数据主权和数据安全等问题也日益凸显。在此背景下，草案首次提出数据出口管制制度，对与履行国际义务和维护国家安全相关的属于管制物项的数据依法实施出口管制。数据的出口管制如何与国家安全审查及数据出境安全评估制度等制度相衔接值得我们进一步关注。

（三）明确针对数据、数据开发利用相关投资、贸易措施的反制措施

在近年来全球贸易和投资冲突加剧的背景下，草案明确规定任何国家或者地区在与数据开发利用技术等有关的投资、贸易方面对中国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中国可以根据实际情况对该国家或者地区采取相应的措施。

（四）明确跨境执法中的数据调取问题

就跨境执法中的数据调取问题，2018 年通过的《国际刑事司法协助法》和 2019 年修订的《证券法》已分别从刑事诉讼及证券业务角度，禁止境外机构在中国境内直接进行调查取证活动，并要求境内组织或个人未经同意不得向外国提供证据材料。作为数据领域的基本法，草案对境内组织及个人向境外执法机构提供数据的报批义务进行了进一步明确，原则上要求有关组织、个人应当向有关主管机关报告，获得批准后方可提供。

七、落实政务数据开放任务

为适应电子政务发展的需要，落实《促进大数据发展行动纲要》中的政府数据开放任务，草案就政务数据安全与开放设置专章规定，进一步明确政务数据安全管理制度和开放利用规则，以推动政务数据资源开放和开发利用。

一方面，在基本原则层面，草案继续延续了《政府信息公开条例》中以公开为常态、不公开为例外的规定，要求国家机关遵循公正、公平、便民的原则及时、准确地公开政务数据。另一方面，具体实践中，草案规定国家将制定政务数据开放目录,构建统一规范、互联互通、安全可控的政务数据开放平台，以推动、落实政务数据开放利用。

事实上，目前我国各地已陆续出台了地方公共数据开放与安全管理规定，并不断规划完善数据开放平台：

1. 2016年，贵阳政府率先启动建设数据开放平台，向社会免费开放数据资源，基本涵盖贵阳市级所有政府部门及相关直属事业单位。
2. 2018年，上海市出台《上海市公共数据和一网通办管理办法》及《上海市公共数据开放暂行办法》，对包括政府数据在内的公共数据的开放流程、平台建设、安全保障等内容进行细化规定。
3. 2019年，北京发布《关于通过公共数据开放促进人工智能产业发展的工作方案》，提出将在全国率先建成公共数据开放创新基地，通过特定方式向北京人工智能企业有条件开放医保、司法、交通等领域的一批特殊公共数据资源，为企业开发产品、创新应用提供无偿和精准的数据供给；同年出台的《交通出行数据开放管理办法（试行）》则通过向社会开放交通出行数据，致力于促进交通行业和互联网企业深度融合，优化和改善出行引导服务。
4. 2020年，浙江推出全国首部省域公共数据开放立法《浙江省公共数据开放与安全管理暂行办法》，对开放数据、开放途径、数据安全进行了全方位规定，并细化明确了大数据管理局职责与专家委员会制度。

草案确立的政务数据公开制度将有助于充分利用政务数据这项公共资源，推动和深化各行业和领域的智能化和数字化转型，更好地服务于我国经济社会的发展。

八、结语

《数据安全法》（草案）的颁布对我国此前一个阶段的数据治理实践进行了初步总结，在综合考虑数字经济特点的前提下确立了数据安全和领域发展的多项基础性制度，是对《网络安全法》确立的网络空间治理规则的有益、必要的补充。以此为基础，后续随着《个人信息保护法》、重要数据确定规则、数据安全审查制度、以及数据跨境传输制度的落地，社会公众此前对众多现实问题的关注将得到回应，数据市场和数据行业的发展也将愈加有法可依，未来可期。

2、《专利法修正案（草案二次审议稿）》亮点纷呈

作者：吴丽丽 | 段志超 | 杨倩

2020年7月3日，《中华人民共和国专利法修正案（草案二次审议稿）》在中国人大网公布，面向社会公众征求意见。

自2012年启动第四次专利法修改工作以来，到本次修正案（草案二次审议稿）公开征求意见，经历了8年，由此可见我国对于此次专利法修改的重视。2012年8月，国家知识产权局曾就专利法修改草案第一次征求意见。2014年下半年，国家知识产权局正式启动了专利法第四次全面修改工作。2015年4月，国家知识产权局就修订草案公开征求意见；2015年12月国务院法制办就修订草案（送审稿，下称“**2015年稿**”）公开征求意见；2018年12月，修正案草案经十三届全国人大常委会第七次会议初次审议后于2019年1月4日公开征求意见（下称“**2019年稿**”）。2020年6月28日，专利法修正案草案二审稿提请十三届全国人大常委会第二十次会议审议，随后再次公开征求意见（下称“**此次修正案**”或“**2020年稿**”）。

此次修正案共列出了29条修改，修改后的《专利法》全文共八十一条。此次修正案不仅凸显了我国完善知识产权制度、促进科技进步的决心和力度，也充分表现了立法者对我国社会经济发展形势的精准把握。其中，在调整药品专利相关制度、完善外观设计制度、以及加大侵权赔偿力度等方面的突破可圈可点，还有很多细节的修改也是亮点纷呈。笔者不揣浅陋，尝试梳理并解读一二。限于篇幅所限，本文将重点介绍2020年稿中的重大变化，对于其他适应性修改或在2019年稿中已经体现的修改进行简单梳理。

一、与药品专利相关的制度调整

此次修正案与药品专利制度调整相关的条款是第四十二条和第七十五条。第四十二条第三款规定了对药品专利保护期限的补偿，第七十五条的内容涉及了类似美国专利链接制度中的“拟制侵权”、“等待期”以及药监局与国家知识产权局之间的协同机制。在此基础上，结合2017年10月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于深化审评审批制度改革鼓励药品医疗器械创新的意见》（42号文件）中规定的专利公示制度²、《国务院办公厅关于开展仿制药质量和疗效一致性评价的意见》（国办发〔2016〕8号）中规定的一致性评价制度等，我国的专利链接制度初现雏形。

（一）补偿药品专利保护期限

药品专利保护期限的补偿主要是考虑对于原研药企利益的保护。一项新药从研发到被批准上市要经历很长的时间，而仿制药企却可以通过一致性评价制度利用原研药的质量和疗效相关数据从而大大节约其仿制药的审评上市时间。因此，此次修正案第四十二条规定了对新药发明专利可以补偿新药上市审评审批占用时间，以在一定程度上弥补药品上市审评审批过程对原研药企造成的专利权保护期的损失。

² 2017年10月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于深化审评审批制度改革鼓励药品医疗器械创新的意见》：（十五）建立上市药品目录集。新批准上市或通过仿制药质量和疗效一致性评价的药品，载入中国上市药品目录集，注明创新药、改良型新药及与原研药品质量和疗效一致的仿制药等属性，以及有效成份、剂型、规格、上市许可持有人、取得的专利权、试验数据保护期等信息。（十六）探索建立药品专利链接制度。为保护专利权人合法权益，降低仿制药专利侵权风险，鼓励仿制药发展，探索建立药品审评审批与药品专利链接制度。药品注册申请人提交注册申请时，应说明涉及的相关专利及其权属状态，并在规定期限内告知相关药品专利权人。

笔者注意到，此次修正案与 2019 年稿相比，该款将“创新药品”改为了“新药”，并将“境内与境外同步申请上市”的限制删除。这与中美经济贸易协议第四节第 1.12 条第二款第（二）段的措辞相同。一方面，42 号文件第十五条曾提到“新批准上市或通过仿制药质量和疗效一致性评价的药品，载入中国上市药品目录集，注明创新药、改良型新药及与原研药品质量和疗效一致的仿制药等属性”。此次修正案的措辞变化是否意味着专利保护期限的补偿从“创新药”扩大至了“改良型新药”，有待有权机关的解读和实践检验。另一方面，将境内外双报的限制删除，实质拓展了该条款的适用空间，更好的体现了对原研药企的保护。

（二）建立药品专利纠纷早期解决机制

2017 年发布的 42 号文件第十六条提到“为保护专利权人合法权益，降低仿制药专利侵权风险，鼓励仿制药发展，探索建立药品审评审批与药品专利链接制度。药品注册申请人提交注册申请时，应说明涉及的相关专利及其权属状态，并在规定期限内告知相关药品专利权人。专利权存在纠纷的，当事人可以向法院起诉，期间不停止药品技术审评。对通过技术审评的药品，食品药品监管部门根据法院生效判决、裁定或调解书作出是否批准上市的决定；超过一定期限未取得生效判决、裁定或调解书的，食品药品监管部门可批准上市。”

此次修正案第七十五条第二款赋予了专利权人在仿制药企向药监局提出上市申请的公示阶段的诉权，类似于美国的“拟制侵权条款”。该款还规定了仿制药企在该阶段“确认不侵权之诉”的诉权。第七十五条第三款规定了“是否批准药品上市的决定”可以根据前款规定的专利权人或仿制药企提起的诉讼或行政裁决的结果来做出，并明确了“九个月”的纠纷处理期限，与 42 号文件中提到的“超过一定期限未取得生效判决、裁定或调解书的，食品药品监管部门可批准上市”相呼应。

笔者注意到，该款中规定的“是否批准药品上市的决定”是“可以”而非“应当”根据“法院裁判或行政裁决”做出，并且明确了“九个月做出生效裁判或者行政裁决”的时间限制以及该行政裁决的可诉性。从目前的司法实践来看，九个月要拿到生效裁判或者生效的行政裁决，对于技术相对复杂的药品专利而言难度很大。在 2017 年国家食品药品监督管理总局发布的《关于征求〈关于鼓励药品医疗器械创新保护创新者权益的相关政策（征求意见稿）〉意见的公告》（国家食品药品监督管理总局公告 2017 年第 55 号）中曾提出“药品审评机构收到司法机关专利侵权立案相关证明文件后，可设置最长不超过 24 个月的批准等待期”，此次修正案中提出了“九个月”的期限，具体会是怎样的制度设计有待观察。

应当说，目前修正案第七十五条的上述规定仅仅是为药品专利链接制度打下了基础，从而搭建起仿制药上市之前的早期专利纠纷解决机制，破除仿制药上市之前专利权人无法维权的制度困境。这也是对中美经济贸易协议第三节“药品相关的知识产权”第 1.11 条“专利纠纷早期解决的有效机制”的落实。但对于原研药企专利公示的义务（即第二款中规定的“中国上市药品专利信息登记平台登载的相关专利权”）、仿制药企对专利权人的通知义务（42 号文件第十六条中提到的“在规定期限内告知相关药品专利权人”）、专利权有效性纠纷的解决（中美贸易协议第 1.11 条第二段“就可使用专利的有效性或侵权的纠纷解决寻求民事司法程序和快速救济。中国还可提供行政程序解决此类纠纷。”）等诸多细节仍然有待落地。

2019 年 10 月国家市场监督管理总局关于《药品注册管理办法（征求意见稿）》的说明中提到：“（十四）关于专利链接制度。42 号文件提出探索建立药品专利链接制度。该制度的核心目的是尽量减少仿制药审批中潜在的专利纠纷。专利链接制度涉及药品专利权人和仿制药企业的利益，以及对药品可及性和公共健康产生影响。有关原则需在更高位阶法规中体现，根据立法要求，未在《办法》（征求意见稿）中体现。”此次修正案第七十五条第四款明确了药监局与国家知识产权局之间的协同义务，为下位法的

制定预留了空间。另外还应注意，最高人民法院 2020 年度司法解释立项计划第 19 项为《关于审理药品专利链接纠纷案件适用法律若干问题的规定》，计划 2020 年底前完成。由此可见，从《专利法》修正案到相关司法解释、乃至部门规章，都在紧锣密鼓的制定中，我国的药品专利链接制度即将登台。

二、外观设计制度的完善

在此次专利法修正案中，关于外观设计制度的调整主要涉及三个方面：局部外观设计制度的确立、增设本国优先权以及延长保护期限至十五年。

（一）设立局部外观设计制度

早在 2015 年国家知识产权局以及国务院法制办公开征求意见的修正案草案 2015 年稿中，第二条第四款就提出了局部外观设计的概念。2019 年稿将此条修改删除；2020 年稿中再现该条款。可见，在立法博弈阶段，局部外观设计制度仍然存在一定的争议。

局部外观设计是指对“产品的局部”而非“产品的整体”做出的外观设计，例如，玻璃杯的杯把、微波炉的旋钮等。长期以来，我国一直只对产品整体外观设计给予保护，并且在外观设计确权程序中明确“整体观察、综合判断”的原则³，侵权程序中强调“以外观设计的整体视觉效果进行综合判断”⁴。这一体制使得创新主体针对产品局部外观设计的“创新”难以得到保护。

目前，世界上的主要知识产权大国均建立了局部外观设计制度。为与之相适应，我国在外观设计专利制度运行过程中，也存在通过“容易观察到的部位”、“区别于现有设计的设计特征”、“设计空间的大小”、“功能性设计特征”等规则强调外观设计产品上局部要素的重要性，部分替代局部外观设计制度的作用⁵。然而这些局部要素均不取决于权利人的主观意图，而是取决于有权机关的选择和判断，在对创新的保护上不能体现客观性和可预见性。因此，创新主体对于局部设计的创新只能通过将该局部设计放置在不同的产品中进行排列组合式的专利申请。对于互联网行业等新业态创新主体，其主要资产以软件方式呈现。软件的外在表现，即图形用户界面（GUI）在 2015 年被国家知识产权局通过修改《审查指南》的方式纳入外观设计专利保护客体。但由于专利法的规定，GUI 只能结合硬件产品才能得以保护，因此对局部外观设计的需求更加强烈。

另外，如下所述，中国正在积极考虑参加《工业品外观设计国际注册海牙协定》。为此，在此次专利法修改中将外观设计专利的保护期延长到 15 年以及增加外观设计申请的本国优先权，以与海牙协定相衔接。而局部外观设计已经是其他主要国家或者地区成熟的保护制度。若此次专利法修改不能将局部外观设计保护纳入进来，将使得申请人通过海牙协定国际申请进行国际外观设计专利布局的时候，不得不针对中国部分在申请上进行特别处理，从而失去海牙协定便利性的优势。

³ 《专利审查指南》第四部分第五章第 5.2.4 节：对比时应当采用整体观察、综合判断的方式。所谓整体观察、综合判断是指由涉案专利与对比设计的整体来判断，而不从外观设计的部分或者局部出发得出判断结论。

《最高人民法院关于审理专利授权确权行政案件若干问题的规定（一）》（征求意见稿）第十九条：外观设计专利与相同或者相近种类产品的一项现有设计相比，整体视觉效果相同或者实质相同的，人民法院应当认定其构成专利法第二十三条第一款规定的“属于现有设计”。除前款规定的情形外，外观设计专利与相同或者相近种类产品的一项现有设计相比，其差别对整体视觉效果不具有显著影响的，人民法院应当认定其不具有专利法第二十三条第二款规定的“明显区别”。

⁴ 《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第十一条：人民法院认定外观设计是否相同或者近似时，应当根据授权外观设计、被诉侵权设计的设计特征，以外观设计的整体视觉效果进行综合判断；对于主要由技术功能决定的设计特征以及对整体视觉效果不产生影响的产品的材料、内部结构等特征，应当不予考虑。

⁵ 顾昕，局部外观设计制度的立法必要性研究，《知识产权》2018 年第 4 期。

在国内迫切需求以及国外成熟经验的基础上，以及在中国积极参加国际条约的大背景下，局部外观设计制度应运而生，以为创新主体的局部设计创新提供更加全面的保护。局部外观设计的保护对象可以仅是产品的某一个部分，其保护范围会非常大，将包括该部分的各种产品都包括在内。局部外观设计制度是我国在加强知识产权保护力度路上的一大进步。与此同时，如何平衡好社会公众的利益，防止过度扩张的专利权成为羁绊社会发展的障碍，将会是局部外观设计制度落地时需要审慎考虑的核心问题。

（二）增加外观设计专利申请的本国优先权

1992 年修改《专利法》时规定了本国优先权，但仅适用于发明和实用新型专利申请，不适用于外观设计专利申请。这一排除出于何种理由，关于 1992 年修改的《专利法》的有关说明中没有提及。在 2008 年修改《专利法》时，一种观点强烈主张对外观设计专利申请也应当允许使用关于本国优先权的规定，但该建议没有被立法机关所采纳⁶。

外观设计专利申请的本国优先权一直处于缺位状态。外国的外观设计申请人可以就其在国外首次提出的专利申请享有六个月的优先权，而我国申请人在国内再次就相同设计提出的专利申请却不能享有类似待遇，相比之下处于不利地位。此次修正案在第二十九条将外观设计专利纳入本国优先权制度，并在第三十条明晰了要求优先权的具体手续，使得优先权全面覆盖了三种专利类型，成为一个完整、规范的制度。

（三）延长外观设计专利保护期限

此次修正案第四十二条对将外观设计专利的保护期限从十年延长为十五年。

1984 年制定的《专利法》规定，发明专利权的期限为十五年；实用新型和外观设计专利权期限为五年，期满前专利权人可以申请续展三年。1992 年修改的《专利法》将其修改为现在的条文。我国早已成为外观设计申请量最大的国家，但我国的外观设计专利保护年限仍然偏短，仅仅满足了 TRIPS 协议的最低要求⁷。

随着社会经济的发展，外观设计专利在我国专利制度中所起的作用愈发重要，外观设计专利权人维权的需求也越来越强烈。然而，专利侵权纠纷需要花费数以年计的时长。仅有十年保护期限的外观设计专利很有可能“出师未捷身先死”，在维权过程中面临保护期限届满终止的境地。延长外观设计专利保护期限的条文从 2012 年起的历次修正案中均有所体现。这也说明立法机关对于延长外观设计专利保护期限已早有准备。

另外，《工业品外观设计国际注册海牙协定》1999 年文本（作准文本）第 17 条第（3）款规定：“只要国际注册已经续展，并除本款（b）项另有规定外，其在每一个被指定的缔约方的保护为自国际注册日算起十五年。”在 2015 年国家知识产权局发布的《对〈专利法修改草案（征求意见稿）〉的说明》⁸中提到了为满足我国企业在境外获得外观设计保护的需求，有必要加入便利创新主体同时在多个国家获得外观设计保护的海牙协定。2020 年 1 月，外交部发言人在答记者问时曾提到“中国目前正在积极推进加入《工业品外观设计国际注册海牙协定》的相关工作。中方有关部门已经启动了加入海牙协定的国内相关法律手续，争取尽早完成相关准备工作。”此次修正案中的该条款呼应了外交部的上述表态，为

⁶ 尹新天，《中国专利法详解》，知识产权出版社 2011 年 3 月第 1 版第 392 页。

⁷ TRIPS 协议第 26 条第 3 款规定：The duration of protection available shall amount to at least 10 years.

⁸ <http://www.cnipa.gov.cn/ztzl/zlfxg/xylzlfhg/1051930.htm>。

加入海牙协定扫除了一大障碍。

三、加大侵权赔偿力度

第七十一条有关专利权侵权赔偿数额的调整几乎是此次专利法修改过程中呼声最高的条款，也成为此次修改中最没有悬念的条款。在 2020 稿之前，加强知识产权保护、引入专利侵权惩罚性赔偿制度的要求已多次出现在各类政策文件中。2018 年 3 月，李克强总理在政府工作报告中首次提出，“加强知识产权保护，实行侵权惩罚性赔偿制度”。随后，在国务院《优化营商环境条例》中⁹、十三届全国人大一次会议审议通过的最高人民法院工作报告中¹⁰，中共中央办公厅、国务院办公厅《关于强化知识产权保护的意见》¹¹多次提及知识产权领域将引入惩罚性赔偿制度。2013 年，《商标法》¹²已经率先规定了针对恶意侵权的一到五倍惩罚性赔偿。《专利法》修正案 2015 年稿中提出的惩罚性赔偿倍数最高为三倍，2019 年稿及 2020 年稿将上限提高到了五倍。

具体来说，第七十一条的调整主要涉及三个方面：

（一）赔偿计算方法的调整

侵权赔偿额的计算方法中，取消了权利人损失与侵权人获利二者的优先顺序，直接将二者并列，这是在 2020 年稿中首次出现的修改。由此，权利人在提出诉讼时可以主动选择赔偿计算方法，灵活性更高。同时，取消原法定赔偿额十万元的下限，为法院在判赔时提供了更大的空间。没有了下限的限制，也降低了涉嫌滥用专利权的侵权诉讼的收益预期。此次赔偿计算方法的调整，破除了司法实践中被掣肘的痛点，有助于司法机关通过赔偿额度来更精确的调整政策导向，用最恰当的“利益之油”让“天才之火”更加闪亮。

（二）增加了惩罚性赔偿条款

此次修正案第七十一条第一款规定“对故意侵犯专利权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额”。可见，惩罚性赔偿的要件是“故意”+“情节严重”，惩罚倍数为一至五倍。“故意”的措辞更符合传统民法领域的经典表述，与商标法中“恶意”+“情节严重”的措辞相比略有区别。有裁判者在文章¹³中曾指出：“恶意”不等于“故意”。创新活动的连续性要求技术类知识产权的侵权救济以保护已有创新与鼓励后续创新之间的平衡为最优状态；而智力成果产权边界模糊的特殊事实也要求惩罚性赔偿制度的适用对此有一定程度的容忍。由此可见，对于“故意”亦或“恶意”的把握，有待司法实践进一步厘清边界。

（三）将举证妨碍规则应用于赔偿计算中

2019 年 10 月最高人民法院发布的《关于民事诉讼证据的若干规定》第九十五条规定：“一方当事

⁹ 国务院《优化营商环境条例》第十五条：“国家建立知识产权侵权惩罚性赔偿制度，推动建立知识产权快速协同保护机制，健全知识产权纠纷多元化解决机制和知识产权维权援助机制，加大对知识产权的保护力度。”

¹⁰ 十三届全国人大一次会议审议通过的最高人民法院工作报告提出，“探索在知识产权审判中适用惩罚性赔偿措施，着力解决侵权成本低、维权成本高等问题”。

¹¹ 2019 年 11 月，中共中央办公厅、国务院办公厅《关于强化知识产权保护的意见》：“加快在专利、著作权等领域引入侵权惩罚性赔偿制度。”

¹² 《商标法》第六十三条：“……对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额……”。

¹³ 周翔，对技术类知识产权侵权案件如何使用惩罚性赔偿的思考，《中国知识产权杂志》总第 158 期。

人控制证据无正当理由拒不提交，对待证事实负有举证责任的当事人主张该证据的内容不利于控制人的，人民法院可以认定该主张成立”，通常称之为举证妨碍规则。此次修正案第七十一条第四款明确了该规则在确定专利侵权赔偿数额中的适用。其措辞与《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》（法释〔2016〕1号）基本一致，将司法实践中已经较为成熟的做法上升为法律。

四、2020年稿中的其他修改

除了以上提及的三点修改外，此次修正案中还有诸多亮点。囿于篇幅所限，本文对以下修改仅做简单评述，以抛砖引玉。

（一）2019年稿中第七十一条有关网络服务提供者义务条款，在2020年稿中被删除

这一调整大致是出于法律环境的变化。2019年1月1日起，《电子商务法》正式实施，其第四十一至四十五条详细规定了电子商务平台经营者应当建立的知识产权保护规则。《民法典》侵权责任编1194-1197条规定了网络侵权的责任承担规则。在有相关部门法以及上位法明确规定的情况下，《专利法》没有必要再对此作出特殊性规定。

（二）规制专利权的滥用明确提出和与《反垄断法》的衔接

专利制度诞生之初就与“垄断”不可分割。在我国不断加强知识产权保护的大环境下，立法者显然也已经注意到，专利作为一种排他权，存在被滥用从而阻碍技术创新的风险。然而，长期以来《专利法》中没有对滥用专利权行为的规制条款。面对新形势下出现的各类新问题，司法实践中缺乏有力的直接依据和抓手。新增的第二十条强调了诚实信用原则以及公共利益和他人合法权益，并在第二款采用了与《反垄断法》相一致的措辞，规定较为上位，为规制已经出现以及可能出现的各类问题预留了足够的制度空间。

（三）设立开放许可制度

此次修正案将现行专利法第六章“专利实施的强制许可”修改为“专利实施的特别许可”。该章除了增加第四十八条明确管理机关的职责外，包括了移自现行法第十四条的“计划许可”（现已称为“对国有企事业单位发明专利的推广应用”），新增的“开放许可”，以及原有的“强制许可”。由此，建立了较为完整和丰富的特别许可制度。其中，专利开放许可制度被视为促进专利技术实施和运用，实现专利价值的一个重要措施。

2020年稿第五十条规定了专利权人设立以及撤回开放许可的要件，第五十一条规定了潜在被许可人获得开放许可的方式，第五十二条规定了开放许可纠纷处理路径，协商以及请求国务院专利行政部门调解或起诉。如果将意欲设立开放许可的专利类比被放置在自选超市货架上的商品，被许可人类比消费者，那么上述规定可以形象地理解为：商品如要在超市上架，需要明码标价童叟无欺，质量（权利稳定性）有一定保障；下架要公开，不能没有“售后”；消费者书面通知且付费即可完成购买，也可“讲价”，但不得“买断”；如果产生纠纷先协商，协商不成调解或起诉。

值得注意的是，2015年稿中开放许可纠纷解决路径设置了前置的行政裁决程序，2019年稿将“裁决”修改为“调解”，2020年稿又将其明确为调解或起诉，淡化了行政权力在开放许可纠纷解决路径中的色彩。

（四）调整职务发明创造奖励报酬的有关规定使得创新主体有更多的灵活性

修正案第六条强调了单位对于职务发明专利申请权和专利权的处置权利。第十五条规定了职务发明创造的发明人或设计人的权利，包括“应当”给予的奖励和合理报酬以及“国家鼓励”的产权激励方式。另外，删除了现行法的第七十二条，该条来自于1984年的专利法，规定了对侵夺非职务发明创造的给予行政处分，已无实际意义；该类情形可以根据《专利法实施细则》第八十五条请求调解或根据《专利法》第六条第二款向法院起诉。

（五）增加新颖性宽限期的类型

此次修正案第二十四条，在原有新颖性宽限期的三种情形前增加了一项“在国家出现紧急状态或者非常情况时，为公共利益目的首次公开的”。笔者注意到，该处的措辞与现行法第四十九条强制许可的情形非常接近。这也许是本次新冠疫情给《专利法》修正案带来的最直接的影响。

（六）完善专利行政管理

从此次修正案的整体来看，行政色彩的淡化是大势所趋。例如上文提到过的修正案第十五条采用了“国家鼓励”的措辞、第五十二条开放许可纠纷的处理路径仅保留了行政部门的调解权、删除现行法第七十二条的“行政处分”条款等，将专利放归市场，降低行政管理部门的存在感。

但是也不可一味忽视和否定行政手段在我国专利制度运行中的必要性和优势。因此此次修正案中第六十八条提高了假冒专利罚款的上限；另外，由于行政机关在处理专利侵权纠纷时没有判赔权，第六十九条规范了“管理专利工作的部门”在处理专利侵权纠纷时可以采取的措施，不包括查阅、复制相关财务资料；第七十条明确了专利侵权纠纷行政裁决程序的管辖。第七十八、七十九条的调整增加了对违法行政机构及人员的处分选项。

（七）其他的适应性修改

现行《专利法》已运行十几年，政治和经济环境都发生了巨大变化。因此，此次修正案很多条款也做了适应性的调整。包括：

第二十五条不授予专利权的客体增加了“原子核变换方法”，与审查实践保持一致。

第三十条优化了要求优先权的手续，拉平了巴黎公约途径与PCT途径的不同待遇。

第四十二条除规定了药品专利因上市审评可补偿保护期限外，还规定了发明专利可就授权过程中的不合理延迟请求补偿有效期，这是对中美经济贸易协议第四节第1.12条第二段的落实。

第六十六条规定了专利侵权纠纷中，双方当事人以及利害关系人可以主动出具专利权评价报告，这与《专利法实施细则》第五十六条第一款以及《专利审查指南》第五部分第十章第2.2节规定的可以请求评价报告的请求人资格相呼应。

第七十二、七十三条删除了专利侵权纠纷诉前行为保全和证据保全的具体规定，交由民事诉讼法处理。

第七十四条将专利侵权诉讼时效延长至三年，起点增加了“得知或应当得知侵权人”的要求，与民法典第一百八十八条的规定相统一。

第二十一、四十一、四十五、四十六、四十八条的修改适应了国务院机构改革的要求，与重组后的

国家知识产权局的职能配置和内设机构¹⁴相一致。

五、结语

综上所述，本次专利法修改除了落实国务院机构改革以及中美经济贸易协议以外，还有如下几个特点：首先，无论是药品专利制度的调整还是外观设计专利制度的完善，侵权赔偿力度的大幅提升等修改，都释放出诸多加强专利保护的信号，当然立法者同时也关注到了对滥用专利权的规制。第二，提高保护力度，引入惩罚性赔偿，并从上限和下限两个方面放开法定赔偿额的限制，为司法实践打开更广阔的空间。第三，设立开放许可制度，意在促进专利实施和运用，为把我国从知识产权大国建设成为知识产权强国添砖加瓦。第四，在充分保证行政管理体制对专利制度运转发挥作用的同时，减少公权力的介入，凸显专利的市场价值。我们有理由期待，修改后的《专利法》会更加契合当前的政治经济环境，我国的专利制度也将跨入新的时代。

¹⁴ http://www.gov.cn/zhengce/2018-09/11/content_5320979.htm 《国家知识产权局职能配置、内设机构和人员编制规定》。

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：

北京 金文玉 律师：

电话： +86 10 8525 5557

Email: wenyu.jin@hankunlaw.com

上海 曹银石 律师：

电话： +86 21 6080 0980

Email: yinshi.cao@hankunlaw.com

深圳 王哲 律师：

电话： +86 755 3680 6518

Email: jason.wang@hankunlaw.com

香港 陈达飞 律师：

电话： +852 2820 5616

Email: dafei.chen@hankunlaw.com
