

关于中美第一阶段经贸协定知产部分的解读

作者：争议解决和知识产权部

2020年1月16日，中美两国共同发布了《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》（“《协议》”）。《协议》的知识产权部分占正文近五分之一的内容，包含了对中国知识产权法律框架广泛、全面且详细的规定。具体而言，假如实施相关约定内容，则需要对商业秘密侵权、药品相关知识产权、专利期限、电商平台知识产权侵权、商标恶意注册、打击盗版和假冒商品、地理标志、知识产权案件的司法执行和程序等领域的法律框架作出不同程度的修改。

同时，《协议》约定中国须在30个工作日内提交每项知识产权承诺的“行动计划”，包括为履行承诺将采取的具体措施以及生效日期。我们也将对相关“行动计划”的内容严密关注。

对于《协议》的知识产权部分，最关键的要点我们总结如下。同时，在下文中，我们还将对每个部分进行讨论与分析。

- 增设保密商务信息的定义以约束政府披露行为：**《协议》中单独定义保密商务信息主要是为了明确第1.9条约束政府披露信息的范围。同时，根据《协议》对保密商务信息的定义，商业秘密仅是其中的一个子集。保密商务信息的相关规定不应对商业秘密侵权案件中商业秘密的范围产生影响。
- 实质性降低商业秘密侵权刑事责任的门槛：**我国将通过“过渡措施”、“后续措施”，分两步取消由商业秘密权利人证明实际损失作为启动刑事程序的要求。
- 原研药的保护：**进一步采用了美国药品专利链接制度中的部分机制。该承诺需要对与专利、药品管理与注册相关的法律框架进行调整。
- 强调对补充数据的考虑：**在专利审查、复审和诉讼程序中应允许考虑补充数据，这与2017年修改的《专利审查指南》所反映出的趋势一致。
- 有效专利期限的延长：**基于专利权人的请求，可以补偿专利审查过程中对专利有效期的“不合理延误”或补偿药品上市批准申请过程中对专利有效期的“不合理缩减”，实际上延长了专利有效期限。
- 加强对电商平台知识产权的保护：**要求中国法律规定屡次未能遏制假冒、盗版商品销售的电子商务平台可能被吊销网络经营许可、恶意反通知会受到处罚、免除善意提交错误下架通知的责任等。后续可能需要修改《电子商务法》中与之不一致的规定。

7. **对打击假冒商品采取更加严厉的措施：**赋予权利人更多的保护，强调要求销毁假冒商品，并阐明仅去除非法附着的假冒商标并不足以允许该商品进入商业渠道。2019 年修改的《商标法》已反映出此发展趋势。同时，还要求加强边境与实体市场执法、要在《协议》生效一定时间内显著增加执法行动数量并公布执法数据。
8. **恶意商标：**其中处理恶意商标的承诺与 2019 年修改的《商标法》体现的精神一致，都旨在加强对恶意商标的打击。我国后续将采取何种机制与措施实现相关承诺，还有待立法、司法、执法的进一步跟进。
9. **消除或降低域外证据的形式要求及提高证人证言证据的重要性：**《协议》要求对于证人证言来引入或证明真实性的和双方认可引入或证明真实性的证据，不得再提出其他证据认证的形式要求；同时，还要求当事方应当有机会邀请证人或专家作证并在庭审中进行质询。这实际上是要求提高证人证言证据的重要性，与最高人民法院于 2019 年 12 月发布并将于 2020 年 5 月 1 日生效的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》所反映的总体趋势相契合。

一、商业秘密和保密商务信息

（一）“保密商务信息”

《协议》在第 1.9 条详细规定了，商业秘密和保密商务信息都应当免于政府机构未经授权的披露。同时，在第 1.2 条的脚注中增设了“保密商务信息”的定义。同时，可以看到，“保密商务信息”是通过枚举的方式进行定义：“保密商务信息是涉及或与如下情况相关的信息：任何自然人或法人的**商业秘密**、流程、经营、作品风格或设备，或生产、商业交易，或物流、客户信息、库存，或收入、利润、损失或费用的金额或来源，或其他具备商业价值的信息，且披露上述信息可能对持有该信息的自然人或法人的竞争地位造成极大损害”。即商业秘密是保密商务信息的子集合之一。在第 1.3 条至第 1.8 条关于商业秘密侵权的民事或刑事责任的规定中，并未提及保密商务信息。因此，从《协议》的框架和语言来看，保密商务信息的定义并不影响我国法律框架下对商业秘密的定义。《协议》对保密商务信息特别定义，是为了避免对何类信息应当受到第 1.9 条约束引起争议，主要目的是为了明确政府不应当对哪类商业信息进行未经授权的披露。

（二）实质性降低商业秘密犯罪措施的标准

《协议》第 1.7 条通过消除商业秘密权利人证明实际损失的要求实质性降低了追究侵犯商业秘密刑事责任的门槛。此项规定分两个步骤实施。作为过渡措施，补救成本（如减轻商务运营、计划的损害或重新保障计算机系统安全所产生的成本）可被认定为“重大损失”。这是目前对侵犯商业秘密行为提起公诉的前提条件。而作为后续措施，现行法律规定的实际损失前提将被取消。但是，对于何时实施该后续措施，协议并没有给出时间表。

（三）民事侵权案件的举证责任

《协议》第 1.5 条阐述了侵犯商业秘密民事案件的举证责任转移机制，即在原告提供了初步证据的情形下，举证责任将转移至被告。原告提供的初步证据可以是：（1）被告方曾有渠道或机会获取商业秘密的证据，且被告方使用的信息在实质上与该商业秘密相同，（2）商业秘密已被或存在遭被告方披露或使用的风险的证据，或（3）其他证据。此外，对于商业秘密的保密性问题，如果原告可提供初步证据证明其已对其主张的商业秘密采取了保密措施，举证责任则转向被告，由被告对“为通常处理所涉信息范围内的人所普遍知道或容易获得”进行举证。事实上，举证责任转移机制已经在 2019 年修改的《反

不正当竞争法》第三十二条中得到一定体现。

但是,《协议》具体地规定了涉嫌侵权人的证明范围是该商业秘密“为通常处理所涉信息范围内的人所普遍知道或容易获得”。既规定了保密性判断要以“通常处理所涉信息范围内的人”为对象,也规定了要以“普遍知道或容易获得”作为标准。而该证明标准与《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第九条中所列举的“不为公众所知悉”的六种情形存在一定差异。因此,该规定可能会带来对相关法律框架的调整。

(四) 承担责任主体

《协议》第 1.3 条规定,任何自然人和法人都可对侵犯商业秘密的行为承担责任。由于《反不正当竞争法》第二条对“经营者”进行了限缩性定义,而承担侵犯商业秘密行为的责任又由“经营者”承担,因此,被告有可能基于“承担责任主体”进行免责抗辩。但事实上,《协议》中要求的任何自然人和法人都是潜在的责任承担主体这一理念已被 2019 年修订的《反不正当竞争法》第九条第二款所采纳,即“经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的,视为侵犯商业秘密”。《协议》中的相关规定已体现在我国的法律框架中。

(五) 诉讼范围

《第一阶段经贸协议》第 1.4.2 条规定,电子入侵和诱使他人违反保密义务之类等其他行为将被视为侵犯商业秘密。事实上,由于《侵权责任法》关于帮助侵权的一般规定以及目前《反不正当竞争法》采用的较为概括语言,这些补充的内容可以被认为已经被中国现行法律框架所囊括。但可以肯定的是,假如将《协议》中的具体语言采纳入现行法律,将可以消除相关问题在实务中可能存在的不确定性。

(六) 临时禁令

《协议》第 1.6.2 条规定,使用或试图使用商业秘密应被认定为可获得临时禁令救济的“紧急情况”。这是对已于 2019 年 1 月 1 日起施行的《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的解释》第六条的补充。第六条规定“情况紧急”包括“商业秘密即将被非法披露”。《协议》将相关“紧急”情况扩大到了“使用或试图使用商业秘密”的情形,也就是扩大了可以迅速作出(即必须在 48 小时内或在提起民事诉讼之前)准许临时禁令裁定的“紧急情况”的范围。

二、药品相关的知识产权保护

(一) 对补充数据的考虑

《协议》第 1.10 条要求在专利审查、专利复审和司法程序中,当要确定可专利性时(包括公开充分和创造性要求判断时),应允许考虑补充数据。2017 年修订的《专利审查指南》第二部分第十章中已经明确了在专利审查和专利复审程序中“对于申请日后补交的实验数据,审查员应当予以审查”。但是《专利审查指南》对补充数据的使用同时设置了一个前提,即:“补充实验数据所证明的技术效果应当是所属技术领域的技术人员能够从专利申请公开的内容中得到的”。由于该前提的存在,在专利审查实践中,补充实验数据被用以证明充分公开和创造性等可专利性问题时,往往受到严格的限制。由于我国的专利制度框架采用的是“先申请制”,因此,申请公开的内容对后续补充数据的使用存在一定约束。虽然《协议》要求“考虑补充数据”,但具体考虑空间是否还有可能被进一步扩大,有待观察。另外,《协议》中特别明确的是,在司法程序中当要确定可专利性时也可对补充数据加以考虑。

（二）专利链接制度的进一步建设

《协议》第 1.11 条要求在原研药专利期内，就第三方仿制药生产商对此类药品的上市申请对原研药生产商进行通知。第 1.11 条还规定原研药的所有者须有“足够的时间和机会”来主张其专利权，包括提出异议或就专利侵权进行索赔。此外，第 1.11 条第二款还规定要通过设立相关制度来允许“专利权人、被许可人或上市许可持有人有权在被指控侵权的产品获得上市许可前提起诉讼”。但《协议》本身并未就相关制度应当如何设计进行具体说明。

可以看到的是，《协议》中的通知机制与美国药品专利链接系统下的通知机制相类似。但对于具体如何进行通知、在什么期限内对原研药生产商进行通知，《协议》并未进行具体规定。类似的，对于原研药厂具体针对哪些行为可以提起专利侵权诉讼，《协议》也没有进行说明。《协议》仅仅明确相关的制度设计需要给原研药专利权人“足够的时间和机会”。

需要提示的是，我国现行法律框架对仿制药生产商为了行政审批而进行的特定行为给予了与美国 Bolar 例外类似的“不视为侵权”的放行。具体是通过《专利法》第六十九条第一款第五项规定，为提供行政审批所需要的信息所进行的制造、使用、进口行为不构成侵犯专利权。该规定实际上允许了仿制药生产商在原研药专利期内就为药品注册的审批进行制造、使用、进口行为。但是，实践中仿制药生产企业会滥用现行规定，在审批期间超范围生产超出上市审批需要的药品、获得批文后立即参与投标集采等销售活动，使其在专利保护期内就与专利权人开展竞争。为了避免这类情况，第 1.11 条第二款允许权利人在被指控侵权的产品获得上市许可前提起诉讼。

总而言之，新引入的相关机制是为了进一步遏制仿制药生产商在专利保护期内的活动，以更多地保护原研药生产商的权益。但是，具体相关制度将会如何被设计，是否会与美国的专利链接制度更为类似，还有待进一步观察。

三、有效专利期限的延长

《协议》第 1.12 条允许基于专利权人的申请，就专利审查程序中对专利有效期限造成的“不合理延误”以及药品上市许可审批中对对专利有效期限的“不合理削减”进行补偿。具体而言，如果自专利提交申请起已满四年或自提出要求审查的申请已满三年，则视为产生“不合理延误”，相关专利的有效期应当被延长。对于药品上市许可中因审批而对专利有效期产生的“不合理削减”，相关延长调整至多不超过 5 年，且自在中国上市批准日起专利总有效期不超过 14 年。事实上，2018 年专利法修订草案中提出过药品上市许可专利期限补偿的问题。相比之下，《协议》进一步增加了因专利审查程序造成“不合理延误”可对专利有效期限申请补偿的情况，且没有限制相关补偿只能针对药品专利。这些问题预计将在未来对《专利法》的修订中得到解决。

四、电子商务平台维权

知识产权权利人在电商平台上的保护将得到加强。《协议》采取的措施将鼓励知识产权权利人维护自己的权利。

第一，屡次未能遏制假冒、盗版商品销售的电商平台可能被吊销其营业执照（第 1.14 条）。这也为电商平台提供了更多动力来遏制其平台上假冒或盗版商品的销售。

第二，为确保删除通知和反向通知的合法性，须要求提供通知和反向通知的相关信息，并对恶意提交的通知和反向通知施以处罚（第 1.13 条）。现行《电子商务法》第 42 条的规定要求在通知中提供能证明侵权

成立的初步证据，恶意提交的错误通知将导致损害赔偿的加重。而《协议》明确了恶意的反向通知也将被施以处罚。

第三，免除善意提交错误下架通知的责任（第 1.13 条）。这意味着现行《电子商务法》第 42 条关于错误下架通知应一概承担损害赔偿责任的规定亟待废止。

第四，权利人收到反通知后提起诉讼或者进行行政投诉的期限延展为二十个工作日（第 1.13 条），大幅增加了现行《电子商务法》第 43 条规定的 15 日的期限。

第五，《协议》要求迅速下架（第 1.13 条）。但并未针对该原则性规定要求具体的制度设计。过去实践中电商平台一般都反馈较慢，但发生争议时很少会被认为未及时采取措施。针对该原则性规定，在立法上是否有进一步突破还有待观察。

五、地理标志

（一）地理标志保护的限制

《协议》第 1.15 条规定，对于依据国际协议请求保护的地理标志，不应影响进口到中国的货物和服务对在先商标权以及通用名称的使用，并且要求中国给予在相关名录中列举的地理标志提出异议的机会。该规定已在以下最新的立法活动中体现，包括：2019 年 11 月最新发布与实施的《国外地理标志产品保护办法》第十二条、第三十三条关于地理标志异议及撤销的相关规定、《商标法》第十六条第一款关于地理标志使用限制及第五十九条通用名称合理使用的相关规定。

（二）通用名称认定及地理标志的撤销

《协议》第 1.16 条明确任何地理标志都可能成为通用名称而被撤销，并以列举的方式列出了主管部门考虑某一名称在中国是否为通用名称的四个因素。《国外地理标志产品保护办法》第三十三条第（二）项明确规定了地址标志可以因演变为通用名称后被撤销，这与《协议》的要求是一致的。而就关于通用名称的认定标准而言，《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第十条的规定基本与协议的前三项因素基本一致，但此前我国法律并未涉及《协议》中规定的第四项标准，即“有关货物是否从申请书或请求书中所表明地域之外的地方大量进口至中国，且不会以在货物原产地方面误导公众的方式进行，以及这些进口货物是否以该名称命名”。

（三）复合名称中通用名称不受保护

《协议》第 1.17 条明确受地理标志保护的复合名称中部分组成是通用名称，则该部分不受保护，且中国应公开列明不受保护的单独部分。虽然当前我国立法中还未明确就相关内容进行规定，但早在 2014 年第 25 届中美商贸联委会中，中方和美方就复合名称地理标志的保护不会延伸到通用名称部分达成了共识，《协定》进一步要求中国应列明复合名称中不予保护的单独部分。

六、打击盗版与假冒产品

《协议》中针对打击盗版与假冒产品的规定，为权利人合法维权释放了积极信号。针对假冒药，第 1.18 条要求中国采取有效和迅速的执法行动、与美国分享执法检查的必要信息、并且在《协议》生效后 6 个月内，每年在网上发布执法措施的相关数据。

针对存在健康和安全隐患的假冒商品，第 1.19 条则要求在《协议》生效后 3 个月内，显著增加执法行

动数量，并在《协议》生效后 4 个月内，发布相关执法行动产生的可衡量影响的数据。

第 1.20 条针对假冒商品，也分别针对海关执法、民事司法程序、刑事程序提出了具体的要求。其中值得注意的是明确了销毁假冒商品具有强制性，并且，简单地移除非合法贴附的假冒商标不足以允许该商品进入商业渠道。2019 年修正的《商标法》第六十三条规定的“假冒注册商标的商品不得在仅去除假冒注册商标后进入商业渠道”与《协议》第 1.20 条的内容相符。此外，《协议》还明确指出，销毁不予任何补偿。

第 1.21 条针对边境执法行动要求在其生效后 3 个月内大幅增加边境执法行动的次数，并应每季度在网上更新执法行动信息。

第 1.22 条针对实体市场执法，要求在协议生效后 4 个月内显著增加执法行动数量，并应每季度在网上更新执法行动信息。

七、恶意商标

第 1.24 条要求打击恶意商标注册行为，并要求确保对商标权有充分和有效的保护和执法。但是《协议》并未约定具体措施或手段。实际上，2019 年修订的《商标法》第四条规定“不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回”。经国家市场监督管理总局通过，自 2019 年 12 月 1 日起施行的《规范商标申请注册行为若干规定》对恶意注册的商标的类型和惩罚措施进行了一定的细化。《协议》中要求打击恶意商标，符合《商标法》的立法与实践趋势。

八、知识产权案件司法执行和程序

（一）行政执法向刑事执法的移交

《协议》第 1.26 条规定中国应要求行政部门根据“清晰事实”对知识产权刑事违法行为存在“合理嫌疑”时，移交给刑事部门执法。虽然我国《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》为行政案件移送刑事起诉提供了法律基础，但实践中移送刑事执法存在较大难度。后续执法实践是否会因《协议》的相关要求而被进一步改善，还有待具体行动纲要的设定。

（二）达到阻遏目的的处罚

《协议》第 1.27 条规定中国应加大对侵犯知识产权行为的处罚力度，包括在现行法下以接近或达到最高法定处罚的方式从重处罚，以及作为后续措施提高法定赔偿金、监禁刑和罚金的最低和最高限度，从而达到阻遏目的。2019 年修订的《商标法》及《反不正当竞争法》已经将法定赔偿额从原先的 300 万提升为 500 万。特别地，就恶意侵犯商标专用权以及恶意侵犯商业秘密的行为，我国法律规定了五倍以下的损害赔偿。2018 年年底公布的《专利法修正案（草案）》中，也有最高 500 万法定赔偿以及五倍损害赔偿的规定。根据各地法院公布的相关数据，近年来我国法院高判赔额案件层出不穷。《协议》中的相关规定与我国近年法律框架与司法实践的发展是相一致的。

（三）迅速执行判决，定期公布结果

《协议》第 1.28 条针对生效判决的执行工作，要求中国在本协议生效后 1 个月内，公布工作指南和实施计划，并每季度在网上公布执行结果报告，以确保迅速执行判决。该机制无疑会要求中国法院采取积极举措，解决执行难的问题。这对于权利人在中国的维权，也是一个利好信号。

（四）著作权和相关权举证责任的调整

《协议》第 1.29 条规定，在无相关证据情况下，以通常方式署名人为被推定为著作权或相关权利的权利人，权利人无需提交包括转让协议的在内的其他权属证据；而被诉侵权人则应承担提供证据的责任或举证责任，证明相关作品的使用是经过授权的。我国《著作权法》第十一条规定了在无相反证明情况，在作品上署名的公民、法人或者其他组织为作者。但司法实践中，法院对于权利人是否需要提交转让协议等文书往往具有较大自由裁量权，因此权利人也倾向于多提交权属证据。此外，虽然我国《著作权法》第五十三条规定了出版者、制作者、发行者及出租者需要承担证明合法来源的举证责任，但《协议》将举证责任扩大到所有的被诉侵权人的范围。相关规定同样对保护权利人的方向做出了有利的调整。

（五）简化文书认证

《协议》第 1.30 条规定就当事人之间认可、接受以伪证处罚为前提的证人证言来引入或确认真实性的证据而言，双方不得提出认证的要求；对于无法通过上述条件认可或接受的证据，中国应简化公证认证程序。该条款将会简化域外证据的形式要求，对于承认域外证据在中国的合法性具有较大影响。

（六）证人证言

《协议》第 1.30 条第一款、第 1.31 条对民事程序证人证言的采用进行了相关规定。第 1.30 条第一款明确规定“对于可通过当事人之间认可或以接受伪证处罚为前提的证人证言来引入或确认真实性的证据，则双方不得提出证据认证的形式要求”。第 1.31 条明确规定要提供在庭审中“对证人证言进行质询的合理机会”。这实质上是提高了证人证言类型的证据在确立案件事实中可能起到的作用。值得注意的是，提高证人证言证据重要性的趋势实际上在去年 12 月 25 日刚发布的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中就有所体现。具体《协议》是否会带来相关法律框架的进一步调整，还有待进一步观察。

总而言之，《协议》整体强调对权利人的保护，降低了权利人的维权难度，并从损害赔偿、判决执行方面做出了对权利人有利的调整。而对于相关承诺将通过怎么样的调整实现，还有待后续中国方面发布具体行动纲要来确定。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

王焱

电话： +86 21 6080 0200

Email: yan.wang@hankunlaw.com

吴丽丽

电话： +86 10 8516 4266

Email: lili.wu@hankunlaw.com