



LUND UNIVERSITY

Immaterialrätt i Kina (del I): De nya patent och varumärkeslagarna

Lidgard, Hans Henrik

Published in:

NIR: Nordiskt immateriellt rättsskydd

1986

Document Version:

Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Lidgard, H. H. (1986). Immaterialrätt i Kina (del I): De nya patent och varumärkeslagarna. *NIR: Nordiskt immateriellt rättsskydd*, (1), 1-14.

Total number of authors:

1

Creative Commons License:

Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00



LUND UNIVERSITY

Juridiska fakulteten

LUP

Lunds Universitets Publikationer
Institutionellt Arkiv vid Lunds Universitet
Adress: <http://www.lu.se/forskning/avhandlingar-och-publikationer>

Detta är en digitaliserad version av
en artikel i tidskriften Nordiskt immateriellt rättsskydd.

Referens för den publicerade versionen:
Lidgard, Hans-Henrik.
Immateriellt rätt i Kina (del I): den nya patent- och
varumärkeslagarna
Nordiskt immateriellt rättsskydd, häfte 1, 1986, s. 1-14.

Publicerad i LUP med tillstånd från utgivaren.

Digitaliseringen har skett inom projektet Retrodigitalisering
av nutida svårtillgänglig svenskpublicerad HumSam-
forskning, finansierat av Kungliga biblioteket.

Immateriellrätt i Kina (del I)**

De nya patent- och varumärkeslagarna

Av jur. dr. Hans Henrik Lidgard*

Från år 1979 har den kinesiska utrikeshandelslagstiftningen genomgått en snabb utveckling. Förändringar i Avtalslagstiftningen rapporteras i annat sammanhang.¹ Den omfattande Joint Venture-lagstiftningen skall bli föremål för separata studier. I två på varandra följande artiklar eftersträvas en analys av Kinas immaterialrättsliga regler. Föreliggande artikel inleder en presentation av de nya varumärkes- och patentlagarna med kortare utvecklingar till anställda uppfinnare och upphovsrättsliga regler. Artikel nummer 2 diskuterar hur reglerna omsätts i praktiskt licenssamarbete och vilka indikationer som hittills framkommit från kinesisk sida till hur teknologiöverföring får genomföras.

1. Varumärkeslagstiftningens utveckling. Revolutionen 1949 upphävde äldre varumärkeslagstiftning och ersatte den med en serie mindre omfattande regelsystem och en kasuistisk praxis. Ett första preliminärt försök till en varumärkeslagstiftning gjordes genom utfärdandet av Provisional Regulations on Trade Mark Registration den 28 augusti 1950. Lagen var dock inte särskilt djupgående, vilket hade sin naturliga förklaring. Tveksamheten till varumärkesregler och immateriella skyddsätter i allmänhet ligger inbyggd i den socialistiska ideologin. Föreligger svårigheter att acceptera privat ägande av materiella tillgångar är reservationerna naturligen minst lika stora när det gäller immateriell äganderätt. Från en socialistisk utgångspunkt är det föga intressant att hålla ett system vid liv, som garanterar skyddsrättsinnehavare ensamrätt att tillverka, marknadsföra och sälja produkter eller upplåta rättigheter i överensstämmelse med den speciella rätten. Varumärkesskyddet har dock även ett konsumentsintresse genom att indikera ursprung och kvalitativa aspekter och denna sida ter sig sannolikt mer intressant för socialistiska länder.

Med en påtaglig förstärkning av konsumentskyddet samlade Folkre-

* Visiting prof. McGeorge School of Law, Californien 1984/85. Artikeln har möjliggjorts genom stöd av Advokatfirman Vinge.

** Del II kommer att publiceras i en senare utgåva av NIR

¹ Ny Avtalslag i Kina, för publicering i Svensk Juristtidning under våren 1986.

publiken Kina 1963 samman sina spridda varumärkesstadganden, provisoriska regler och delvis motstridiga praxis i en varumärkeslag.² I överensstämmelse med den ideologiska inställningen försågs varumärkesskyddet med diverse hakar och inskränkningar och konsumentintresset sattes i förgrunden. 1963 års lagstiftning byggde på obligatorisk registrering av varumärken. Lagstiftningen koncentrerade sig på varumärkesinnehavarens skyldigheter och berörde endast i förbigående vilka rättigheter som följer med en registrering. Rätten för utlänning att erhålla skydd begränsades till rättssubjekt i länder med vilka Kina ingått bilateral överenskommelse under förutsättning att det utländska rättssubjektet först erhållit varumärkesskydd i sitt hemland. Skydd kunde bl. a. inte erhållas för utländska ord. Konsumenten garanteras hög kvalitet på varumärkesskyddade produkter, vilket det ålåg myndigheterna att övervaka.³

Kinas ökande handelsförbindelser med omvärlden har emellertid ställt krav på förbättring av det immateriella skyddet för att motivera utlänningar till ekonomiska investeringar i Kina. I april 1980 anslöt sig Kina till World Intellectual Property Organization (WIPO) och i augusti 1982 öppnades en kinesisk filial till International Association for the Protection of Industrial Property (AIPPI) i Peking. Vid denna tidpunkt inleddes reformeringsarbetet av den interna lagstiftningen. Genom tillkomsten av 1983 års varumärkeslag (VrmL)⁴ och tillhöriga tillämpningsbestämmelser (VrmT)⁵ ersätts kravet på registrering med ett frivilligt ansökningsförfarande. Tidigare användning eller hemlandsregistrering är inte längre förutsättningar. Lagen gjordes tillämplig på såväl kinesiska som utländska rättssubjekt och dämpade kraven på särskilda relationer mellan Kina och det utländska rättssubjektets hemland. Vidare ändrade den nya lagstiftningen på ett påtagligt sätt registreringsproceduren för att säkra bättre handläggning av varumärkesansökningar.⁶ Genom den nya lagstiftningen har Kina organiserat sitt interna regelsystem på ett sätt, som bättre överensstämmer med internationella förhållanden. Som en effekt härav kunde Kina i december 1984 ansluta sig till Paris-konventionen.

a. Varumärkesskyddet. VrmL är en ramlag i åtta kapitel inledd av allmänna bestämmelser. Därefter följer regler om ansökningsförfaran-

² Regulation Governing Trademarks, antagen den 10 april 1963. Den 25 april samma år utfärdades Implementing Rules under the Regulation.

³ Vid utgången av 1982 hade mer än 84 000 varumärken, varav 13 000 utländska, registrerats i Kina under 1963 års lag. Se Cohen, J. A., och Horsley, J. P., *The Trademark Law of the People's Republic of China. Private Investors Abroad* (1983) sid 211–261.

⁴ Trademark Law of the People's Republic of China, antagen den 23 augusti 1982. Lagen trädde i kraft den 1 mars 1983.

⁵ Detailed Regulations for the Implementation of the Trade mark Law of the People's Republic of China, antagna den 10 mars 1983.

⁶ Se Rui, Mu., *New Developments in China's Economic Legislation*, *Columbia Journal of Transnational Law* 1983: 1, sid 61.

det, handläggningen av ansökan, förnyelse och överlåtelse av registrerat varumärke, överklagande av beslut, kontroll av varumärkesanvändande, skydd av ensamrätt och vissa avslutande bestämmelser. Tillämpningsbestämmelserna följer i huvudsak lagens uppbyggnad, men ger mer detaljerade föreskrifter till utveckling av VrmL:s principer.

Lagens syfte är enligt dess inledande bestämmelse att förbättra handläggningen av varumärkesärenden och garantera ensamrätt till registrerade varumärken. Till skillnad från 1963 års lag behandlar således VrmL även varumärkesinnehavarens rättigheter. Den nya lagen skiljer sig vidare genom att detaljerat behandla hur varumärkesinnehavaren utnyttjar och skyddar sin ensamrätt, procedurfrågor samt överlåtelsefrågor. I överensstämmelse med 1963 års lag läggs tonvikten även i den nya lagen på att entusiasmera producenter att garantera kvaliteten på sina produkter och därigenom värna det egna varumärket. Målet är ytterst att skydda konsumenterna och utveckla en socialistisk samhällsekonomi.⁷

Lagen förutsätter att varumärken registreras för att skydd skall uppkomma.⁸ Någon möjlighet till successiv inarbetning föreligger inte.

I allt väsentligt överensstämmer kraven för beviljande av varumärkesskydd i Kina med utländska regler. Lagen stipulerar t. ex. att ett varumärke skall vara distinkt och äga särskiljningsförmåga.⁹ Det får inte anspela på kinesiska eller utländska statssymboler. Inte heller får det utnyttja generiska benämningar eller vara beskrivande med hänvisning till kvalitet och ingående produkter, funktion, användningsområde, vikt, kvantitet eller liknande. Varumärken får inte heller diskriminera eller vilseleda. I en avslutande bestämmelse av "Ordre Public"-karaktär fastställs i artikel 8 att varumärken inte heller får strida mot socialistiska seder eller på annat sätt vara anstötligt. Under den äldre lagen tillät kineserna registrering av bokstavskombinationer från såväl nationella som utländska sökande. Enligt uppgift kommer denna praxis att leva vidare även om det inte utsågs direkt i lagen.¹⁰

I förbigående bör det anmärkas att en varumärkesansökan i Kina kräver omfattande överväganden och planering. Det är endast i undantagsfall som utländska företag använder sig av romerska bokstäver

⁷ VrmL artikel 1.

⁸ VrmL artikel 4. Med undantag för läkemedel föreligger det dock inte något krav på att varumärken skall registreras för att få användas, vilket är en nyhet i förhållande till den gamla lagen. Vissa författare menar att den bortfallna registreringsplikten försämrar möjligheterna till kontroll i ett så stort land om Kina. Se Zheng Chengsi: Trademarks in China - The First Specific Law in the Field of Chinese Intellectual Property. (1982) 10 EIPR s. 278-284, spec. sid 281.

⁹ VrmL artikel 7. Bestämmelsen överensstämmer i huvudsak med artikel 4 i 1963 års lag med den påtagliga skillnaden att den äldre lagen därutöver föreskrev att varumärket skulle vara "enkelt", vilket inte längre är ett krav.

¹⁰ Se Cohen & Horsley, ovan not 3. Här sid 214.

när de vill utnyttja sitt varumärke på kinesiskt territorium. Utgångspunkten är snarare att varumärket antingen skall översättas konceptuellt eller fonetiskt till kinesiska skrivtecken. Denna överföring vållar betydande problem. Normalt eftersträvas att varumärket i samma form kan utnyttjas i Folkrepubliken Kina, Taiwan och Hong Kong samtidigt. På Taiwan används traditionella skrivtecken medan den nya skrivformen (Pinyin) vunnit större utbredning på fastlandet. Hän-syn måste också tas till det faktum att det valda varumärket kan uppfattas olika beroende på vilket dialektområde som är aktuellt. I Kina finns det åtta huvuddialekter och mängder av underdialekter, som skiljer sig sinsemellan så mycket att människor från olika dialektområden inte förstår varandra. En effekt härav är att det fonetiskt uttalade varumärket kan ha olika betydelse i olika provinser, vilket alltid erbjuder risker för förvecklingar och missförstånd. Det officiella språket i Kina är Pantonghua (Mandarin), som också förekommer på Taiwan och i Singapore. Putonghua är andraspråk i Hong Kong och i Guandongprovinsen där cantonesiska är förstaspråk.

Alla dessa variabler gör valet av varumärke till en omfattande och besvärande uppgift, som kräver en klar strategi, men kanske framför allt kompetent rådgivning.¹¹

Myndigheten har möjlighet att föreskriva registreringstvång för vissa typer av produkter. I lagstiftningen har denna möjlighet endast utnyttjats för läkemedel.¹² Varumärkesansökan för läkemedelsprodukt skall åtföljas av ett certifikat, som utvisar att företaget äger producera den aktuella produkten. Certifikatet utfärdas av den lokala hälsovårdsmyndigheten. Genom bestämmelsen i varumärkeslagstiftningen skapas ett kompletterande skydd mot att okontrollerade och oregistrerade produkter kommer ut på marknaden i Kina. Enligt tillämpningsbestämmelserna äger lokalt etablerad myndighet förbjuda försäljning av icke registrerade läkemedelsprodukter, konfiskera inneliggande lager samt även beordra att varumärkesansökan inges. Härtill äger myndigheten utdöma böter.¹³

b. Handläggningen av registreringsansökningar. Ansvaret för handläggningen av varumärkesärenden har lagts på en Varumärkesbyrå inom den Administrativa Enheten för Industri och Handel, som i sin tur är direkt underordnad State Council. Härutöver har varje provins, stad eller "county" sin lokala administration för industri och hantverk, som även handlägger immaterialrättsärenden. Den lokala administrationen registrerar dock inte varumärken. Ansökan om varumär-

¹¹ För en introduktion till språkliga överväganden vid kinesisk varumärkesregistrering se Shannon, D. R., *Chinese Trade Marks*. Baker & McKenzie (Hong Kong 1985).

¹² VrmL artiklarna 4 och 5.

¹³ VrmT artikel 22.

kesregistrering skall inges till Varumärkesbyrån med separat ansökan för varje varuklass som avses. För ansökan, liksom för kompletteringar, invändningar, överklaganden m. m., finns särskilda formulär, som skall användas i ett förhållandevis byråkratiskt förfarande. Till varje ansökan skall fogas 10 kopior.¹⁴ Varuklasserna är fler än normalt i industriländer och bygger på ett annat uppdelningssystem än som gäller enligt Pariskonventionen.¹⁵

Till skillnad från 1963 års lag sker granskning enligt VrmL i ett tvåstegsförfarande: Kan Varumärkesbyrån för sin del godkänna ansökan blir den publicerad¹⁶ och invändningar kan riktas av envar inom tre månader från publikationstillfället.

Föreligger flera liknande ansökningar gäller företräde för tidigast ingiven ansökan. Är ansökningarna ingivna på samma dag ges företräde för det varumärke som använts längst.¹⁷

Har användning inte inletts av någondera sökande eller – enligt regeln om alltings djäklighet – skulle sökanden ha börjat tillämpa varumärket på samma dag, skall Varumärkesbyrån inleda förhandlingar. Leder dessa inte till resultat inom 30 dagar skall byrån fatta skönsmässigt beslut.¹⁸

För *utländska ansökningar* gäller en serie speciella regler. Först och främst stipulerar VrmL:s artikel 9 att ansökan skall inges i överensstämmelse med bilateralt avtal mellan Kina och sökandens hemland, eller i överensstämmelse med internationell överenskommelse, som bägge länder anslutit sig till eller, i tredje hand, i överensstämmelse med reciprok behandling mellan länderna. Kinas anslutning till Pariskonventionen minskar betydelsen av dessa förbehåll för i vart fall de 98 länder, som är anslutna till konventionen. P. g. a. reciprocitetsregeln och arrangemang mellan Sverige och Kina har det dock inte varit förenat med problem för svenska företag att erhålla varumärkesregistrering i Kina.

Ytterligare särregler för utlänningar är att den utländska ansökan måste inges av ett kinesiskt ombud,¹⁹ som erhållit fullmakt utformad

¹⁴ VrmT artikel 3.

¹⁵ Se vidare Kaufman, I. J., Trademark Protection in the People's Republic of China. Artikeln är införd i Legal Aspects of Doing Business in China. Ed. Cohen, J. A., (1983) Practising Law Institute, sid 431, här sid 436. Kaufman summerar: "The Chinese Classification System, and, moreover, the application form, tends to be more aimed at the make-up of the goods" /än vad varorna är avsedda att fylla för ändamål/.

¹⁶ VrmL artikel 16

¹⁷ VrmL artikel 18

¹⁸ VrmT artikel 5

¹⁹ VrmL artikel 10. Enligt uppgift i Institutet för Utländsk Rätts notis nr 11/1984 sid 7 har CCPIT upprättat ett företag i Hong Kong (China Patent Agent /H. K./ Ltd) för att biträda med ansökningar om patent, mönsterskydd och varumärken i Kina. Byrån erbjuder också tjänster som agent vid licensiering av patent, varumärken och know-how samt konsulttjänster i anslutning härtill. Arvode för patentansökan är ca 350 USD.

på förekrivet sätt.²⁰ Handlingarna skall inges på kinesiska²¹ av ombudet, som enligt tillämpningsbestämmelserna skall vara det statliga organet China Council for the Promotion of International Trade (CCPIT).

VrmL innebär en nyordning också på det sättet att Varumärkesbyråns beslut kan överklagas i särskild ordning till Trademark Review and Adjudication Board (TRAB). Har Varumärkesbyrån avslagit registreringsansökan skall sökanden inom 15 dagar från beslutsdagen begära omprövning hos TRAB. Tidsfristen är densamma i fall av invändningar.²² Invändningar mot registrerat varumärke, som inte behandlats tidigare av TRAB, kan framföras till myndigheten inom ett år från godkännandedagen.²³ Därefter får man utgå ifrån att registreringen består utan risk för invändningar. Tidsfristen är kort i ett internationellt perspektiv, vilket är en fördel för varumärkessökanden, men naturligtvis tveksamt för den som vill reagera på det intrång en ny, konkurrerande ansökan kan innebära.

c. Ensamrätt. Effekten av att varumärkesskydd slutligen beviljas i Kina är att innehavaren garanteras en ensamrätt under en 10-årsperiod att utnyttja sitt varumärke i den beviljade varuklassen. Efter ansökan, som skall inges minst sex månader före 10-årsperiodens utgång, kan skyddet förlängas med successsiva 10-årsperioder. Liksom i andra länder, stipulerar kinesisk lag inte någon maxgräns.²⁴

Ensamrätten innebär en rätt att fritt förfoga över varumärket inklusive att överlåta eller licensiera rätten till annan. Sådana avtal skall dock godkännas av Varumärkesbyrån och i egenskap av licensgivare bibehåller varumärkesinnehavaren en skyldighet att övervaka att licenstagarens produkter uppfyller erforderliga kvalitetskrav. Denna skyldighet ligger helt i linje med den speciella konsumentskyddande funktion varumärket har i Kina.²⁵

Den fria förfoganderätten innebär däremot inte rätt att ändra varumärket och kanske ännu viktigare, en skyldighet att utnyttja det samma. Om ett registrerat varumärke inte utnyttjas under tre på varandra följande år äger Varumärkesbyrån upphäva registreringen. Användningstvånget omöjliggör i det närmaste skyddsregistreringar av olika slag. Det räcker dock att varumärket kommit till användning

²⁰ VrmT artikel 30.

²¹ VrmT artikel 31.

²² VrmL artikel 20–22.

²³ VrmL artikel 27.

²⁴ VrmL artiklarna 23 och 24.

²⁵ VrmL artiklarna 25 och 26. Licensgivare har i en ökande utsträckning ett ansvar för licenstagarens produktion under licensierat varumärke även i västerländska länder. Se vidare Cervino, A. C., *The Function of Licensed Trademarks*. *Industrial Property*, Sept. 1984 s. 281–289.

vid publicering, annonsering eller vid utställning. Att reglerna om användningstvång införts i den kinesiska lagen skall delvis ses mot bakgrund av de diskussioner mellan I- och U-länder, som förts i WIPO beträffande villkoren för teknologiöverföring. Användningstvånget har varit en stötesten i dessa förhandlingar. Där de internationella strävandena inte slutförts har Kina med egna regler omsatt tankegångarna i praktiken.²⁶

Motsvarande användningskrav återkommer även i den kinesiska patentlagstiftningen. Förmodligen kan kopplingen förklaras av att WIPO aktivt bistått Kina med utformandet av de nya lagarna.

Den i lag garanterade ensamrätten förhindrar annan att använda samma eller förväxlingsbart kännetecken för identiska eller liknande varor eller på annat sätt skada varumärkesinnehavarens rätt.²⁷ Vid intrång kan anmälan göras till den lokala enhet av myndigheten, som är etablerad vid svarandens säte. Myndigheten kan beordra svaranden att genast upphöra med intrånget, beslagta gods eller kräva att varumärke avlägsnas från förpackningar. Myndigheten kan vidare cirkulera kritik av förfarandet och ålägga svaranden att utge kompensation motsvarande egen vinst eller varumärkesinnehavarens förlust. Dessutom kan böter och t. o. m. straffrättslig påföljd utgå, vilket också överensstämmer med internationella förhållanden.²⁸ Vid sidan av klagan till den lokala administrativa enheten föreligger möjlighet att föra talan mot inträngaren direkt vid allmän domstol.²⁹

d. Konsumentskydd. Den kinesiska lagen lägger tonvikt vid konsumentintresset. Varumärket skall framför allt tjäna som en garanti för produkternas kvalitet och myndigheterna har en långtgående skyldighet att övervaka att konsumentintresset tillgodoses.

Enligt artikel 31 i Varumärkeslagen kan myndigheten ingripa mot varor som är "roughly or poorly" tillverkade eller som försämrats kvalitetsmässigt på ett för konsumenterna negativt sätt. I första hand äger myndigheterna beordra rättelse.

Vidare kan kritisk information cirkuleras, böter meddelas och varumärket avregistreras. Artikel 21 i tillämpningsbestämmelserna utvecklar påföljderna ytterligare till att även avse utbildning av producenten och – i allvarigare fall – krav på att producenten själv offentligt kritiserar sin verksamhet. Inte minst sistnämnda påföljd är intressant

²⁶ VrmL artikel 30: 4 och VrmT artikel 20. Se Schnyler, W. E., *Dangerous Proposals for Revisions of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*.

²⁷ VrmL artikel 38.

²⁸ Artikel 127 av Criminal Code of People's Republic of China, som anger böter eller fängelse upp till tre år för allvarigare intrång.

²⁹ VrmL artiklarna 39 och 40 och VrmT artiklarna 24 och 26.

och skall jämföras med det informationskrav som kan ställas enligt den svenska marknadsföringslagen.³⁰

I samband med överlåtelse av varumärke skall övertagaren garantera att kvalitetskrav kommer att upprätthållas.³¹ Licensgivaren har, som framhållits, en skyldighet att bevaka att kvaliteten verkligen upprätthålls när varumärket blott licensieras.

e. Konklusion. Sammanfattningsvis torde varumärkeslagen kunna jämföras med motsvarande västerländska lagar, med det tillägget att varumärkets funktion som symbol för kvalitet understryks hårdare. Motsvarande regler till skydd av konsumentintresset återfinns i stor utsträckning i den svenska marknadsföringslagstiftningen. Ett annat särdrag i förhållande till svensk rätt är att inarbetning inte tillägs betydelse annat än vid samtidiga registreringsansökningar.

2. Patentlagstiftningen. a. Lagens uppläggning och syfte. Som framhållits i inledningen till varumärkesavsnittet har det socialistiska Kina intagit en vacklande inställning till det monopol, som följer med immaterialrättsskyddet. Precis som för varumärken infördes 1950 provisoriska patentregler,³² som kompletterades 1963 med en uppfinningslag och följdes av Regulations on Awards for Inventions och Regulations on Awards for Technical Improvements. Lagarna gick dock inte särskilt långt och en statlig kommitté angrep i oktober 1982 situationen i följande ordalag:

"The present practice is the free use of scientific achievement or technological invention by all units across the country. As it neither conform(s) to the principle of distribution according to work, nor encourages competition, nor generates enthusiasm of the research departments or scientists and technicians for better efforts, the practice is not in the interest of the country's economic and technological development. Now many scientific and technological departments and production enterprises are making positive efforts to find ways of making transfers of new techniques and scientific achievements with compensation."³³

Det är mot denna bakgrund som en kinesisk patentlag antogs i mars 1984 och trädde i kraft den 1 april 1985.³⁴ Samtidigt trädde de detaljerade tillämpningsbestämmelserna i kraft.³⁵ Lagen innehåller regler

³⁰ §§ 3 och 15 i 1975 års marknadsföringslag (1975: 1418).

³¹ VrmL artikel 25.

³² Provisional Regulation for Protecting Inventions and Patent Rights.

³³ State Science and Technology Commission i rapport från oktober 1982 återgiven av Theroux, E., och Peele, B. T., China's Coming Patent Law. East Asian Executive Reports, April 1983, sid 8.

³⁴ Patent Law of the People's Republic of China, antagen den 12 mars 1984.

³⁵ Implementing Regulation of the Patent Law of the People's Republic of China, antagen av State Council och utfärdad av Patentbyrån den 19 januari 1985.

beträffande patent, utility models, mönster och delvis också regler om rätt till anställdas uppfinningar.

Patentlagen är uppdelad i åtta korta och distinkta kapitel: Allmänna inledningsbestämmelser, krav för patents beviljande, patentansökningar, granskning och beviljande, giltighetstid, tvångslicenser, skydd av patenträttigheter och avslutande bestämmelser.

Lagen syftar till att skydda, stimulera och utveckla patent för att öka vetenskapligt och tekniskt kunnande i Kina och därmed bidra till uppbyggnaden av det socialistiska samhällssystemet.

Handläggande myndighet är patentbyrån, som liksom varumärkesbyrån är underordnad administrativa enheten för industri och hantverk. Byrån granskar och beviljar patentansökningar. Handläggningsformerna, som behandlas utförligt i lagtexten, förefaller att i stort sett följa vedertagna mönster. Är sökanden inte nöjd med fattat beslut, föreligger möjlighet att klaga till granskningsnämnden (Patent Reexamination Board) enligt artikel 43.

Granskningsnämnden är ett organ inom patentbyrån. För att garantera objektivitet i handläggningen och separat överprövning föreligger möjlighet att inleda legalt förfarande inför allmän domstol.

Utländsk uppfinnare måste utnyttja kinesiskt patentombud.³⁶ Ansökningar kommer att behandlas i överensstämmelse med lagen a/ om avtal föreligger mellan Kina och hemlandet, b/ i enlighet med internationell överenskommelse eller c/ om reciprocitet kan förväntas i handläggningen. Reciprocitetsbehandlingen torde vara fullt ut tillämplig i relationerna mellan Sverige och Kina och svenska företag kan påräkna fullt skydd under den kinesiska patentlagen.

b. Invention patent. Lagen skiljer mellan "invention" och "creation". Med invention avses en patenterbar uppfinning, som har nyhetsvärde, uppfinningshöjd och kan tillämpas i praktiken. Detta innebär att kineserna ligger närmare en europeisk inställning än de krav på "novelty, usefulness and non obviousness" som uppställs i amerikansk patenträtt.

Nyhetsgranskningen avser såväl förhållanden i Kina som utomlands och innehåller sedvanliga undantag för utställning, symposier eller otillåten publicering.³⁷ Kravet på *uppfinningshöjd* innebär att uppfinningen i förhållande till tidigare känd teknologi "has prominent substantive features and represents notable progress". *Utnyttjandekriteriet* tar sikte på att uppfinningen kan användas i praktiken i Kina med effektiva resultat.³⁸

³⁶ Artikel 19.

³⁷ Artikel 24.

³⁸ Artikel 22.

Artikel 25 innehåller undantag för icke patentbara områden på ett sätt, som är känt från andra sammanhang.³⁹ Av särskild betydelse är de begränsningar, som görs såvitt avser kemiska produkter. Framställningsmetoden är patenterbar, men inte slutprodukten eller dess användning. Patentlagstiftning i västvärlden är inte enhetlig i sin inställning till patentering av kemisk verksamhet. I USA möjliggörs patentskydd för kemiska substanser och nya användningsområden för dessa. En ytterlighet åt andra hållet har varit Italien, som intagit en negativ inställning till patentering inom det kemiska området. Kina förefaller att mera ha anslutit sig till den restriktiva hållningen, vilket dock torde vara inom ramen för Pariskonventionens föreskrifter.⁴⁰

Inventionspatenten är giltiga i 15 år från ansökningsdagen och upprätthålls genom erläggande av årlig avgift.⁴¹

c. Creation patent. Som framhållits, behandlar lagen även "creations", varmed förstås mönster och utility models. På samma sätt som i den svenska mönsterlagen ställs lägre krav på uppfinningshöjd för "creation patent". Inte heller uppställs det något praktiskt tillämpningskrav på rena mönster, vilket är fallet med "invention patent" och "utility models".

I övrigt överensstämmer handläggningsreglerna och skyddet för dessa immaterialrättigheter i stort sett med skyddet för traditionella uppfinningar. Det viktiga undantaget avser tidsfrister. T. ex. gäller fullt prioritetsår för patent och utility models medan mönsterprioriteten är begränsad till sex månader från det första ansökan ingavs i utlandet. Vidare är – i förhållande till det 15-åriga patentskyddet – skyddstiden för mönster och utility models begränsad till fem år med rätt till förlängning för en treårsperiod.

d. Tvångslicensiering. Har väl patent erhållits föreligger en skyldighet att tillämpa den skyddade processen själv eller genom licenstagare. Misslyckas patentinnehavaren med sin exploatering under tre år från tidpunkt då patent beviljades, äger Patentbyrån, efter krav från kompetent tillverkningsenhet i Kina, bevilja tvångslicens.

En viktig fråga är vad som avses med exploatering. Det är inte tillräckligt att patentskyddade produkter omsätts i Kina. De skall tillverkas i Kina. Avser patent en tillverkningsmetod skall tillverkning

³⁹ I artikel 25 görs följande uppräkningslista: "Scientific discoveries: Rules and methods for mental activities, Methods for the diagnosis of diseases, Food beverage and flavourings, Pharmaceutical products and substances obtained by means of chemical process, Animal and plant varieties, Substances obtained by means of nuclear transformation." Jfr t. ex. Svensk Patentlag (1967: 837) § 1.

⁴⁰ För kritiska anmärkningar från amerikansk utgångspunkt, se Theroux och Peele, ovan not 33. Här sid 9.

⁴¹ Artikel 46.

ske enligt den skyddade metoden. Import av färdig vara uppfyller inte lagens krav.⁴²

Bestämmelsen tryggar i och för sig skälig ersättning och möjliggör för patentinnehavaren att på annat sätt utnyttja sina rättigheter vid sidan av tvångslicensen – denna är således inte exklusiv. Det är emellertid ofta en klen tröst för företag, som har för avsikt att utnyttja sina uppfinningar. Treårsperioden från patents beviljande är kort för företag och enskilda, som inte har Kina som hemmamarknad. Den är dock längre än den tvååriga frist, som stipuleras i Pariskonventionen.

Lagen medger förvisso förlängning av treårsperioden om särskilda skäl föreligger. I vissa sammanhang, som t. ex. inom det farmaceutiska området, torde förlängningsönskemål bli legio eftersom det endast undantagsvis föreligger en utvecklad och färdigtestad produkt inom den angivna fristen. Företagen utsätter sig i viss utsträckning för myndigheternas godtycke, vilket alltid skapar osäkerhet. Det är dock inte bara i Kina som denna osäkerhet föreligger och praxis måste avvaktas innan några slutsatser kan dras.

Ett kompletterande skydd mot tvångslicensiering ligger i det faktum att en enhet, som önskar tvångslicens, först skall visa att den försökt nå skälig överenskommelse med patentinnehavaren men misslyckats. Förhandlingar borde normalt ge rådrum att på annat sätt exploatera den egna rätten. Notera dock att det kan vara förhandlingar initierade av den västerländske parten, som skapat det kinesiska intresset.

Kräver rättsinnehavaren enligt kinesisk uppfattning oskäliga villkor, är grunden lagd för en tvångslicens på vad som enligt kinesisk uppfattning kan vara rimliga villkor. Risker som patentinnehavaren utsätter sig för är att, förutom mager ersättning, tappa kontrollen över sin produkt i Kina och i värsta fall riskera konkurrerande vidareexport till världsmarknaden.

e. Anställda uppfinnare. Kina har inte längre någon särskild lagstiftning, som reglerar ersättning till anställda uppfinnare.⁴³ Däremot har bestämmelser införts i Patentlagen, som ger vissa anvisningar om vilken rätt som tillkommer en anställd uppfinnare.

En uppfinning, som tillkommit som en följd av anställning, kallas en "service invention-creation". Precis som i svensk praxis, med uppdelning i A- och B-uppfinningar, gör man i Kina en distinktion mellan om uppfinningen är en följd av en pålagd arbetsuppgift eller tillkommit med utnyttjande av företagets resurser å ena sidan och om uppfinningen skett oberoende av företaget (s. k. "non-service invention-creation").⁴⁴ I det förstnämnda fallet tillkommer rätten att söka patent

⁴² Artikel 51. Se även Theroux and Peele, ovan not 33. Här sid 10.

⁴³ Jfr 1949 års svenska lag (1949: 345) om rätten till arbetstagares uppfinningar.

⁴⁴ Artikel 6.

företaget och i det senare fallet behåller uppfinnaren rätten. Av Artikel 6 framgår uttryckligen att situationen är densamma oavsett om uppfinnaren arbetar i ett statligt ägt företag eller i ett företag med helt eller delvis utländskt ägande.

Det kan i förbigående nämnas att vid uppdragsforskningsavtal, där antingen två företag i samarbete bedrivit forskning och utveckling eller ett företag mot konsulterättning utfört utvecklingsarbete, tillkommer resultatet av arbetet den uppfinnande och inte nödvändigtvis den betalande enheten. Paterna har dock frihet att träffa annan överenskommelse.⁴⁵

Uppfinnare av "service invention-creation" är berättigad till ersättning för sin idé. Ersättningen skall utgå om patent exploateras och vara baserad på "the extent of dissemination and application and the economic benefits yielded".⁴⁶

Lagen är otydlig vad gäller ersättningens omfattning. Den svävande kinesiska hållningen är inte ovanlig och överensstämmer t. ex. väl med den svenska lagen. Parterna försätts i en förhandlingssituation när produkten väl når marknaden. Lagen anger inte vad som händer om man inte når en lösning och inrättar inte något särskilt organ för att hantera problematiken. För en jämförelse kan det noteras att intrångsfrågor hänskjuts till den administrativa enheten för patentfrågor eller till allmän domstol.⁴⁷ Det förefaller rimligt att parterna vid tvist om ersättningens storlek till anställd uppfinnare har att vända sig till samma myndigheter.

Uppfinnare av "non-service invention-creations" är själv patentinnehavare, utan särskilda skyldigheter mot sin arbetsgivare. Lagen anger tvärtom, att arbetsgivaren inte får hindra arbetstagaren att söka patent i en sådan situation.⁴⁸ Den som hindrar sådan patentansökan utsätter sig för risk för disciplinär bestraffning. Uppfinnaren äger i stället frihet att meddela licens till tredje man i Kina. Patentlicensen skall vara skriftlig och innehålla föreskrifter om ersättning till uppfinnaren.⁴⁹

Åter igen är storleken en förhandlingsfråga. Licensieringsrätten är oinskränkt såvitt avser kinesiska rättssubjekt, men själva avtalet skall anmälas till patentbyrå. Vid licensiering till utlänning skall tillstånd först inhämtas från State Council.⁵⁰

Som en allmän bestämmelse gäller att uppfinnare, oavsett om pa-

⁴⁵ Artikel 8.

⁴⁶ Artikel 16.

⁴⁷ Artikel 60.

⁴⁸ Artikel 7.

⁴⁹ Artikel 12.

⁵⁰ Artikel 10.

tentet söks av honom själv eller annan, har rätt att bli omnämnd i patentet såsom uppfinnare.⁵¹

f. Konklusioner. Även den kinesiska patentlagstiftningen har i mycket hämtat sin förebild från utländsk immaterialrätt. Notervärt är att samma kinesiska lag täcker patent, mönster och ger regler för anställda uppfinnare. Även om lagen bara innehåller grundläggande regler följer den i allt väsentligt kända mönster. Från en svensk utgångspunkt finns det anledning att särskilt uppmärksamma reglerna om tvångslicensiering, som framstår som ett reellt hot. Motsvarande hårda regler finns dock även i viss västerländsk rätt och är inget att förundra sig över. Innan något närmare omdöme kan avges, måste tillämpning i praktiken avvaktas. Existensen av tvångsreglerna kan knappast ensamt avgöra om patent skall sökas i Kina eller inte. Däremot finns det god anledning att ha tvångsreglerna i minnet när ett företag inleder aktiva förhandlingar med kinesisk part.

3. Upphovsrätt. Kina har inte anslutit sig till någon internationell överenskommelse på det upphovsrättsliga området. Intern lagstiftning har inte heller utfärdats även om lagstiftningsarbete pågår enligt ryktena.⁵²

Kinas motvillighet på det upphovsrättsliga området har liksom i andra socialistiska länder en principiell bakgrund. Det tryckta ordet skall så långt som möjligt vara fritt och inte begränsas genom ensamrättslagstiftning. I praktiken har dock Kina accepterat ett upphovsrättsligt skydd, som i vart fall inte är svagare än det som garanteras av the Universal Copyright Convention, vilken Kina lär avse att ansluta sig till.⁵³

Medan Kina brottas med sina principiella invändningar finns det goda skäl att avtalsvägen försöka bygga upp ett skydd, som så långt som möjligt ersätter bristerna i den kinesiska lagstiftningen. Kina har visserligen inte, som vissa grannländer, på ett mer systematiskt sätt inlett kommersiell produktion av kända litterära verk för försäljning på den internationella marknaden. Landet har dock inte ett alldeles oklanderligt förflutet på den immaterialrättsliga sidan och det finns därför anledning att iakttäta viss försiktighet.

4. Avslutande reflektioner. Kina expanderar i hög takt sina handelsförbindelser med omvärlden. Som ett led i ansträngningarna att locka kapital och utländska idéer till den kinesiska marknaden, har landet

⁵¹ Artikel 17.

⁵² Ma, R., China Opens for Business. California Lawyer Vol. 5 No. 8, augusti 1985, sid 67.

⁵³ Id. sid 74.

successivt tvingats inrätta sig efter internationellt vedertagna normer till skydd av immaterialrättigheter. Detta lagstiftningsarbete har skett även om det till synes står i viss motsatsställning till en renodlat socialistiska principer.

Lagstiftningen, som successivt vuxit fram, är på karaktäristiskt kinesiskt manér kort och kärnfullt. Koncentrationen innebär att den grundläggande lagen inte täcker alla de situationer, som behandlas i t. ex. den svenska immaterialrättslagstiftningen. Å andra sidan stämmer den valda metodiken med den kinesiska lagstiftarens agerande i andra sammanhang. De kortfattade grundläggande reglerna kompletteras succesivt med tillämpningsregler och diverse administrativa föreskrifter och med tiden lär den kinesiska regleringen bli väl så täckande som den man finner i andra sammanhang.

Lagarna gör vissa markeringar, som överensstämmer med värderingar i det socialistiska samhällssystemet. Likväl kan man konstatera, att lagstiftningen ganska väl harmoniserar med kända förebilder. Bristen på inarbetningsmöjligheter är slående beträffande varumärken medan reglerna om tvångslicensiering är mest påtagliga för patent. På det stora hela förefaller det dock som om Kina har slagit in på en väg i immaterialrättshänseende, som överensstämmer med internationellt vedertagna förhållanden. Det förutspås också att Kina succesivt kommer att ansluta sig till gällande konventioner på området.