知识产权研究

[illegible]

第 十三 卷

[illegible]

唐广良　　主　编

[illegible]

中国方正出版社

[illegible]

需要全本请访问 www.ertongboo

知识产权研究

[illegible]

顾问委员会

[illegible]

[illegible] 郑成思

[illegible] 威廉·砸科尼什

[illegible] 保罗·爱德华·盖勒

[illegible] 阿道夫·迪茨

[illegible] 迈克尔·阅彭德尔顿

主　　编　　唐广良

[illegible]

副 主 编　　周　林

[illegible]

编辑办公地点：

北京沙滩北街 [illegible]

邮码：[illegible]

电话：[illegible]

传真：[illegible]

电子信箱：[illegible]

[illegible]

图书在版编目（悦骏？ 数据

知识产权研究 援第 员卷 辕唐广良主编 援—北京：中国方正出版社，圆圆圆圆圆

陈年晕苑原愿耘耘耘原遍耘原原

Ⅰ.圆知… Ⅱ.圆唐… Ⅲ.圆知识产权 原研究 原中国 Ⅳ.圆怨圆圆圆原

中国版本图书馆 悦骏？数据核字（圆圆圆圆）第 员耘耘愿号

知识产权研究

唐广良 主编

责任编辑：郭 治

责任校对：丁新丽

责任印制：郑 新

出版发行：中国方正出版社

（北京市西城区平安里西大街 源员号 邮编：员圆圆愿猿

发行部：（园员园）远耘愿源愿愿愿 门市部：（园员园）远耘愿源愿愿

编辑部：（园员园）愿猿愿愿圆源 出版部：（园员园）远猿愿员愿愿

网址：悄悄圆圆圆员圆圆圆圆圆

知识产权研究　第十三卷　[illegible]年 [illegible]月
[illegible]

目　　录

【立法研究】

民法典中的知识产权篇（专家建议稿）
与讲解 …… 郑成思（[illegible]

【专　　论】

“多哈宣言”与[illegible]协议 …… 李明德（[illegible]
论假冒注册商标罪
——兼议刑法典第二百一十三条的修改
…… 周　详（[illegible]
生物技术发明的可专利性与中国的实践…… 张晓都（[illegible]
专利法上的临时保护制度研究 …… 黄晓林（[illegible]
也谈网络环境下知识产权的保护…… 乔　生（[illegible]

【理论探讨】

论知识产权的概念和法律特征 …… 张玉敏（[illegible]

【执法研究】

试论我国知识产权请求权的初步确立 …… 陈锦川（[illegible]
关于我国知识产权诉讼临时禁令适用中

若干问题的研究…… 汤茂仁 (原稿)
“已有公知技术”抗辩在法院审理专利
侵权案件中的理解与适用 …… 谭筱清 (原稿)

【案例分析】
北大方正公司、红楼计算机研究所诉高术公司、
高术天力公司侵犯软件著作权案分析
…… 周 翔 (原稿)
专利权属纠纷案件的诉讼时效适用研究
——中国协和医科大学整形外科医院与
宋业光专利权属纠纷案评析 …… 刘晓军 (原稿)
方法发明专利侵权诉讼的侵权判断、诉讼技巧
及商业秘密保护
——蔡品杰、张建平诉海南国科兆信防伪科技
有限公司等方法发明专利侵权案评析 … 吴登楼 (原稿)

【他山之石】
美国专利侵权诉讼的早期解决
…… 弗莱德里克·云凯尔维提 (原稿)
知识产权特许协议中的反托拉斯指南 …… (原稿)

【书 评】
透视案件背后的故事 …… 董炳和 (原稿)

【法律·法规·规章】
中华人民共和国著作权法实施条例 …… (原稿)
中华人民共和国商标法实施条例 …… (原稿)

需要全本请访问 www.ertongboo

最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件
适用法律若干问题的解释 …… (原第)
最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件
适用法律若干问题的解释 …… (原第)

知识产权研究　第十三卷　[illegible]年 [illegible]月

[illegible]

[illegible]

【[illegible]】[illegible]

[illegible]

[illegible] ..... [illegible]

【[illegible]】[illegible]

[illegible] ..... [illegible]

[illegible] ..... [illegible]

[illegible] ..... [illegible]

[illegible] ..... [illegible]

【[illegible]】[illegible]

[illegible]

[illegible] ..... [illegible]

【[illegible]】

[illegible] ..... [illegible] (员[illegible]

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

【[illegible]】

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

【[illegible]】

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

【[illegible]】

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

[illegible] ..... [illegible] (圆[illegible]

【缝弯宰杂，砸标员阽缝弯耗赚屋杂弯晕阅砸战缝云杂】

砸藁先遭蘸上择禊帆藁陡责遭苇藁城蘸上燥耗藁浊霸健稞城蓝增

燥耗藁孕藁责遭藁砸藁先遭蘸增燥耗浊霸蓝萍 …… （源缘

陡责遭苇藁城蓝早砸藁先遭蘸上择怎楷禊帆藁耗城蓝萍禊帆蓝增燥枣

赋藁孕藁责遭藁砸藁先遭蘸增燥耗浊霸蓝萍 …… （源猿

允遭蓄造帆藁贼蘸上择燥耗藁杂贼蘸苇藁浊霸则游蓬赖贼阴笑蓬

蛋上弯责遭蘸蘸上燥耗浊霸健稞城蓝增蛋上恍蓬蛋浊萍蓬 …… （源苑

允遭蓄造帆藁贼蘸上择燥耗藁杂贼蘸苇藁浊霸则游蓬赖贼阴笑蓬

蛋上弯责遭蘸蘸上燥耗城蓝萍禊帆蓝增蛋上恍蓬蛋浊萍蓬 …… （源猿

知识产权研究　第十三卷　[illegible]年 [illegible]月
[illegible]

前　　言

《知识产权研究》已经顺利地出版了十二卷。如果我们将一卷比作人的一岁，那么她现在已经过完了第一个本命年，进入了第二个生肖循环期。在读者、作者及编者的共同努力下，《知识产权研究》独立的“人格”形象已经形成。

忠实的读者都会发现，在《知识产权研究》每卷数百页的内容中，很难找到“纯粹的”理论推演式、文字推敲式、逻辑推理式的文章；而以现实的社会问题为基础，结合法学理论与国外立法、司法实践撰写的推介性、建议性、评论性、展望性文字则占据了出版物的主要篇幅。而这一切，正是编辑人员自始至终追求的一个明确目标。

我们认为，法学，或者至少我们涉足于其中的知识产权法学，就是一个研究社会现实问题并为之提供解决方案或解决思路的学科，是以相关领域的法律规范及法律制度为核心，以实现社会总体的公平与效率为目标，以满足研究人员所处的社会及时代要求为己任而存在和发展的社会科学分支之一。基于这样一种认识，编辑人员在稿件选择、被采用稿件的前后顺序安排以及相对稳定的作者群培育工作中都特别注重考查以下几点：一是选题的现实关联性；二是选用素材的实现性与及时性；三是写作思路的求实、求是性；四是语言文字

的可理解性；五是解决问题之方案（如果有的话）的实用性或启发性；六是通过文章所表现出来的作者参与相关问题解决的积极性。

或许有人认为，学术研究应当高于对现实的认识与分析，甚至应当在一定程度上超越现实，达到一种自我升华的境界。而作为《知识产权研究》的主编，我个人一向对此种说法的可靠性持怀疑态度。在我看来，一个对社会现实问题了解不深，甚至根本就一无所知的人，不论其多么聪明过人，哪怕他的的确确就是一个天才，也不可能“研究”出什么对社会有价值的理论成果。至于那种自认为存在的“超前性”意义何在，恐怕只有研究者本人知道了。也许 [illegible] 年或者 [illegible] 年之后，人们会发现那些现在看来不知所云的超前性文字的价值。但就我们自身所处这个社会的现实来看，[illegible] 年或 [illegible] 年前被扔进垃圾堆而今天重获重用的东西不能说没有，但在人文与社会科学领域，这样的东西实在太少太少，显然不足以成为大多数人为自己的研究树立的榜样和目标。

在一些洁身自爱的学者看来，涉足现实社会问题的研究，甚至与每时每刻同“社会问题”打交道的人站在一个队伍中，等于降低自己的学者身份，是一种典型的不务正业的表现。说得更严重一点儿，那就是堕落。可能因为本人就是那些自甘堕落的人当中的一员，我一直不敢苟同那种学者须“两耳不闻窗外事，一心只读圣贤书”的看法。我为自己，同时也为我的学生设定的目标是：不求百年之后被人追认为某一领域的权威，只求能在有生之年亲身参与社会问题的解决，并在这一过程中写出一些可供他人参考的文字。从我们收到的稿件上看，这也应当是大多数向我们投稿的作者都能接受的定位。正是基于这样一种共识，同立法机关、司法机关、行

需要全本请访问 www.ertongboo

政执法机关及关心知识产权问题的其他领域人士保持密切沟通与合作，已经成为中国社会科学院知识产权中心的战略选择。

“积极向上”四个字也许已经不再能够引起大多数人的注意，但我们仍然将这四个字作为三个系列出版物——《知识产权研究》、《知识产权文丛》及《知识产权办案参考》——持续办下去的基本原则之一。在此原则指导下，我们给作者及读者的建议是：尽可能全面地展示自己的观点与立场，避免不负责任地批评、评论他人的学术意见；多一些积极的建议，少一点消极的批判；在指称别人不足的同时，一定要给出弥补这种不足的方案或思路。不知道是什么原因，对社会现实的批判历来是一部分中国学者崇尚的人生态度；有人甚至将此视为“知识分子”存在的惟一价值所在。而挑战权威，批判学术名人则是少数学术界人士为自己选择的另一条成功之路。我们不能说“批判”是一种没有价值的研究方法，但相比之下，我们更赞赏脚踏实地、积极向上的“阐述”、“论证”与“建议”。

法学应当是一种以形成严密而科学的“规范”为目标的科学；但法学绝对不是文字学或语言学。为此，我们不倡导，也不接受那些以语言解释及文字批判为主旨的文章。不可否认的是，任何法律条文及任何学者的学术论文中都不可避免地存在着这样或那样的语言学、文字学上的缺憾。虽然这类缺憾也有纠正与弥补的必要，但以揭示与渲染此类缺憾为业、为乐者显然难以向人们展示其足够的善意。更可悲的是，有那么一些人竟然用中文文字批判的方法去“研究”那些来自外国法上的概念，从而为那些早已在外国法上有了清晰而明确的内涵与外延的概念“创造”出许多“新解”，并反过来

“证明”那些学术先行者是多么的幼稚可笑。应当承认，由于不同文化之间的差异及最初将外文术语翻译成中文的学者个人认识与理解的不同，加之相关概念和术语使用的语言环境的限制，为任何一个外来术语找到新解或新译法都不是不可能的。例如：《中华人民共和国著作权法》上使用的“民间文学艺术作品”实际上应当是与英文“[illegible]”一词相对应的概念，而在最近的讨论中，许多人都对到底该如何翻译“[illegible]”提出了自己的看法。这种对外文概念新译法的探讨无疑是积极的、有价值的。但与此同时，我们在另外一些场合也看到了另外一种情形，即一些学者在不对外文概念的本源加以深入研究的情况下，单纯从中文语言或文字学意义上对这些概念进行“细致入微”的分析与解释，并欣喜若狂地向世人展示其“新发现”。在此，我以一个负责任的成年人的身份告诫一些青年学者：用语言学与文字学的方法研究法学是行不通的。

探讨法律的本质与功能可能是法理学、法哲学等理论法学学者们的本职，而与应用法学研究人员无涉。作为应用法学研究队伍中的一员，我也不想在此班门弄斧，给理论法学家们提供处理唾液的靶子。但我还是管不住自己，想在此发一些议论。我认为，法律必然，也必须是一个国家和地区为自身的利益而制定的人的行为规则。无论如何，法律都不可能是立法机构根据法学家的理论设计完成的漂亮时装，更不可能是统治者作为上帝的化身对天条的世俗化应用。这就意味着，任何国家的地区的法律都将不可避免地反映本国、本地区的社会现实，带有本国、本地区的鲜明特色。换言之，在法律领域里，不存在放之四海而皆准的“真理”。在现实社会中，法律不存在“好”、“坏”与“善”、“恶”之分，只有

“适应”与“不适应”社会需要之别。基于这样一种认识，我们并不倡导对法律是否合乎某种法学理论的过多探讨，也不赞成那种以某一外国法或所谓的“国际游戏规则”为标准来衡量本国法律规范是否适当的做法。诚然，遵守已经批准或加入的国际公约或条约中的规则，是国际法上“条约必须遵守”原则的体现，也是一个国家参与国际社会活动必须具备的资格性条件。但这绝不意味着一个国家不能根据自身的需要制定符合自身利益的法律规范。相反，任何国际规则实际上都是各国为自身的利益相互妥协而达成的结果。只有当遵守这种规则不致实质性地损害一个国家自身利益的前提下，这些规则才有可能得到切实的遵守。任何国家都不会为了实施某一项看上去合理的国际规则而无原则地放弃自己的利益。就此而言，依然属于发展中国家的中国尤其应当引起重视。在知识产权法领域，由于中国起步较晚，学习和借鉴国外及国际社会的经验无疑是一条捷径，但盲目借用外国法条及判例给中国带来的危害已经到了必须给予高度关注的程度；学术界以外国法甚至外国的学术理论作为评判中国法律与司法实践依据的现象也已到了必须反思的阶段。而此类问题，在知识产权法领域似乎最为突出。

本卷首先提供给读者的是由郑成思教授主持拟定的民法典知识产权篇建议稿及郑老师对该建议稿形成过程与主要依据的说明。虽然未来颁布的法典未必会全面接受该建议，但其反映了权威学者对法典的期望与精心设计。应当说，郑老师为该篇的起草付出了大量的心血，在几个月的时间里，几乎注入了其个人全部的精力，并且广泛征求了各方面人士的意见和看法。其实，应否将知识产权法律规范纳入民法典，本身就是一个值得认真探讨的问题。正是基于这样一种疑问，

郑老师在承担了知识产权篇起草任务，并尽最大努力圆满完成任务的同时，也为知识产权篇赋予了其应有的特色。

《多哈宣言》的发表标志着世界贸易组织体系之下的知识产权保护制度开始走向合理，也标志着发展中国家与发达国家在新一轮多边贸易谈判中会有更多的交锋。李明德教授一直跟踪研究 宰耕的新一轮多边贸易谈判中的知识产权问题，并及时拿出了他的研究成果，让读者们能够对国际社会关注的新问题及其发展态势有一个较为清晰的认识。

周详先生在中国社会科学院知识产权中心作访问学者期间特别关注知识产权犯罪问题，并撰写了两篇与此有关的论文，其中《论假冒注册商标罪》是在其长篇论文《知识产权犯罪研究》（将在《知识产权文丛》第八卷上发表）基础上单独行文撰写完成的，澄清了一些刑法学论著中关于假冒注册商标犯罪的误导性介绍与阐释，对于有志于研究知识产权刑法保护的同仁会有相当的参考价值。

张晓都先生几年来一直致力于生物技术发明的专利保护研究，并发表了包括博士论文在内的数篇专业论文，此番专门就中国专利法可能为生物技术发明提供的保护撰写论文，虽然从题目说上可能并非第一人，但其见解与主张仍然具有独到之处，对于意在为其生物技术寻求中国专利保护的人士而言，肯定具有启发性。

陈锦川、汤茂仁、谭筱清、周翔、刘晓军与吴登楼都是在知识产权司法保护第一线工作的法官。他们结合自己的审判实践撰写的论文、案例评析及办案心得等，都是有的放矢之作。实际上，中国知识产权法在近几年的修改与完善，大多源于司法实践的推动；许多法律条文更体现了司法实践经验的总结与概括。从一定意义上说，司法审判实践与学术研

究活动的有机结合，构筑了推动中国知识产权法律制度建设与完善的独特机制。我们希望所有读者都能从这种机制中找到对自己有益的东西。

西南政法大学博士生导师张玉敏教授的文章《论知识产权的概念和法律特征》是本卷收入的惟一一篇纯理论性的文章。张教授向我们赐稿已经是近一年前的事。由于本人的疏忽，本应在上一卷刊出而未能刊出，特安排在本卷，并借此机会向张教授表示我个人的歉意。另外还要说明，尽管极力倡导基于实践与社会需要的学术研究，但我们绝对不反对，更不排斥纯粹的理论研究，并且会在《知识产权研究》与《知识产权文丛》两个系列出版物上为此类文章留出足够的空间。

其实，为本卷写前言，最主要的目的并不在于发表以上议论，而在于为办好《知识产权研究》向读者及作者提几点我们的请求：第一，鉴于我们共同的目标是使《知识产权研究》与《知识产权文丛》有所区别，请于来稿时注明希望你的文章发表的具体出版物；第二，凡意欲在《知识产权研究》上发表的文章，须同时提供一份粤原纸两页左右的英文摘要（杂志酉元粤回再）。附全部英文译本的，或者中国学者撰写的英文成果将获得优先采用；第三，由于本中心收到的稿件非常多，不可能全部在现有纸介质出版物上刊出。但法学研究所已经开通互联网站，并准备创办网上的法学杂志。为此，来稿时请注明：是否同意在法学所网站上刊载；第四，来稿请附电子文本。

唐广良

[illegible]年 [illegible]月

知识产权研究　第十三卷　[illegible]年 [illegible]月

【立法研究】

民法典中的知识产权篇（专家建议稿）与讲解

郑成思*

一、知识产权法的法典化与我国的选择

在 [illegible]世纪 [illegible]年代之前的相当长时间里（大约两到三个世纪），即

* 中国社会科学院知识产权中心主任、研究员、博士生导师，全国人大法律委员会委员。

需要全本请访问 www.ertongbo