

郑成思 主编

知识产权文丛

第 5 卷

中国方正出版社

INTELLECTUAL PROPERTY COLLECTIONS

2001 年

第五卷

2月

知识产权文丛 (五)

郑成思/主编

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权文丛 (五) / 郑成思主编. — 北京: 中国方正出版社, 2001. 5

ISBN 7-80107-463-7

I. 知… II. 郑… III. 知识产权-研究-文集

IV. D913-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 22451 号

知识产权文丛 (五)

中国方正出版社出版发行 新华书店经销

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

北京京安印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 17.25 字数: 407 千字

2001 年 4 月第 1 版 2001 年 5 月北京第 1 次印刷

印数: 1—5000 册 定价: 27.40 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

前 言

老读者们肯定已经意识到,《知识产权文丛》应算得上“久违”了,因为从第四卷的出版到今天已经近一年的时间。另外,《文丛》的外表也发生了变化,除了封面设计的结构、颜色已有质的不同外,出版者的名字也从“中国政法大学出版社”换成了“中国方正出版社”,但编辑单位依然是“中国社会科学院知识产权中心”;主编依然是“郑成思”。出版者的变化反映了市场经济条件下文化产品作为商品生产的多变性;编辑单位的不变则意味着《文丛》作为学术著作将始终保持其自身应有的特色与水平。

对于首次选择《知识产权文丛》的新读者而言,如果其同时还在书店的书架上见到了《知识产权研究》及《知识产权办案参考》,可能会因其出版者与编辑单位的相同而感到某些困惑,甚至怀疑三者之间是否会有著述方面的重叠与冲突。其实,之所以选择将由我们负责编辑和参与编辑的三本系列出版物都由同一家出版社出版,重要原因之一就是告诉读者,这三个系列是相互独立、各具特色、相辅相成、绝无重复的,因为我们不可能将任何一件作品或文件放进同一家出版社出版的三本书中。

《知识产权文丛》第五卷收入的稿件是在2000年底前定下来的,虽然其中有些材料可能已经在一定意义上有过时之嫌,但每一份稿件都凝聚了作者的潜心研究及认真工作,因而其价值并不会因为短短的几个月而受到任何影响。我们曾经以为,当这本书出版时,中国已经成为世界贸易组织的成员国,因而其中有些

话可能会成为“马后炮”，但当我在其交付印刷前夕重新撰写此“前言”时发现，“入世”的脚步再一次停了下来。这使得本书收入的文章的作者在其著述中所谈的每一种观点依然具有相当的警示作用。

本卷收入了两篇商标法领域的长篇论文，其中黄晖博士的论文《商标识别与表彰功能的法律保护》是其毕业论文的一部分，集中探讨了驰名商标认定与保护中的前沿理论问题，而文中涉及的法国侵权法上的一些概念则是我们在研究知识产权保护各领域的问题时都值得注意和参考的。例如，把“恢复原状”与“侵权”相联系可能是国内多数学者都能够接受的；而把“返还不当得利”与“侵权”相联系，则可能就很难为国内的一些学者所接受了。实际上，在这两个方面，过去的研究中都曾存在这样或那样的误区。正可谓“不审势，则宽、严皆误”，同仁治学应留心。金多才等撰写的《商标权、外观设计专利权、著作权冲突问题研究》是一项国家社科基金课题成果，就三种可能相互冲突的知识产权的保护问题进行了专门研究，解决了许多人长期以来理不清楚的一些问题，也值读者注意。

互联网上的知识产权问题虽已成为社会关注的热点，而且各方人士都为此领域问题的解决而发表了数不清的著述，但不能否认的是，薛虹博士在这一领域的研究较为深入，而且其所掌握并引用的资料总是具有代表性的。本卷收入的《互联网上的知识产权侵权纠纷及其法律救济》是薛虹博士的又一部篇幅较长的论文，更加具体地探讨了发生在互联网上的几种活动可能存在的侵权及其法律救济问题，对日益增多的互联网知识产权侵权纠纷的解决具有重要的参考价值。

“电子商务”将成为世界贸易组织下一轮多边贸易谈判的主题之一。李顺德教授的文章《电子商务立法与知识产权保护》介

绍了国际社会近年来关于电子商务立法的多种努力，更深入地分析了发展电子商务与知识产权保护的关系，为中国的电子商务立法提供了许多有益的信息。

世界贸易组织的 TRIPS 协议首次以国际条约的形式将商业秘密提高到“财产权”的高度加以保护。而长期以来仅仅在“侵权法（law of tort）中保护商业秘密的美国”，现在的保护制度又是怎样的？其对中国的相关立法及司法又有何启示？这是李明德教授的文章所要回答的问题。

在 21 世纪，生物技术的知识产权保护将成为知识产权研究领域的核心问题之一。上海法院法官须建楚等撰写的文章《基因专利法律问题》无疑将起到一定的先导作用。我们企盼中国法学界、司法界有更多的学者与操作者关注这方面的问题，写出更多、更好的文章。

编者

2001 年 2 月 20 日

目 录

【学术专论】	(1)
世界贸易组织与知识产权保护	郑成思(3)
美国商业秘密法研究	
——从杜邦公司诉克里斯托夫谈起	李明德(49)
互联网上的知识产权侵权纠纷及其法律救济	
.....	薛 虹(88)
电子商务立法与知识产权保护	李顺德(134)
略论商业秘密财产权的理论基础	朱谢群(169)
商标权、外观设计专利权、著作权	
冲突问题研究	金多才 等(180)
基因的专利法律问题	须建楚 高建伟(215)
【博士文库】	(237)
商标识别与表彰功能的法律保护(上)	
——从制止混淆到制止联想	黄 晖(239)
【译文】	(433)
新千年的知识产权	崔国斌(435)

【调研报告】	(471)
云南省民族民间文化中的知识产权	
保护初探	许惠然 范严生 刘水云(473)
知识产权的理想与现实	
——鲁西南地区知识产权意识现状与发展方向	
调查研究报告	管圣喜(487)
 【法律·法规·政策】	(511)
全国“扫黄”工作小组 财政部 公安部	
新闻出版署 国家版权局关于颁发《对举	
报“制黄”、“贩黄”、侵权盗版和其他非法出	
版活动有功人员奖励办法》的通知	(513)
国家版权局 新闻出版署 公安部 国家工	
商行政管理局关于开展集中打击制作和销	
售盗版 DVD 音像制品活动的紧急通知	(517)
国家版权局关于制作数字化制品的著作权规定	(520)
国家版权局关于著作权法实施条例第五条中	
“表演”的具体应用问题的解释	(522)
国家版权局关于改进计算机软件著作权登记	
工作的公告	(524)
国家版权局计算机软件登记管理办公室关于	
发布《计算机软件著作权登记代办机构管	
理办法》的通知	(526)
北京市版权局关于保护电影贺岁片著作权的	
通知	(529)
北京市版权局 北京市信息化工作办公室关于	
重申不得预装侵权盗版计算机软件的通知	(531)

北京版权保护协会 北京版权代理有限责任 公司关于保护数字化使用作品的著作权的 通知	(534)
北京版权保护协会反盗版工作委员会组织 规则	(536)

知识产权文丛 第五卷

学术专论

世界贸易组织与知识产权保护*

郑成思

因为今年中国要加入世界贸易组织，大家希望把知识产权的新发展与世贸组织结合讲一下，在这里我以介绍世界贸易组织为主线，在这个主线里把知识产权的理论问题与实际问题放进去。这样大家脑子里有一个比较清晰的轮廓。加入世贸组织的问题，从去年 11 月 15 日中美签订协议后，就火起来了。书也出了几十本了。许多文章给大家一个印象，似乎参加世贸组织究竟对中国有什么好处，好像吃的亏比较多。

世贸组织的各项协议比较复杂，还要加上其他附件，因为这些附件如不了解，世贸组织也没有一个基本认识，比如说像开放电信市场，哪些国家同意开放，开放金融市场哪些国家同意，都有一个承诺清单。这些东西加在一起，就是好几千页。这就给大家脑子里造成一个复杂、乱糟糟的印象。而我讲世贸组织尽量把它简单化、细化、条理化。在有关世界贸易组织方面，今天主要

* 本文是作者于 2000 年 3 月、4 月分别在云南、四川等地讲课时，讲述录音的整理汇编。

讲两个大问题。

在第一个大问题中，讲三个方面的内容。

第一，加入世界贸易组织对中国有什么好处；第二，世界贸易组织的主要内容；第三，世界贸易组织的发展趋势。

一、中国参加世贸组织的好处

中国参加世界贸易组织有什么好处？国内的汽车、农业、电子，包括软件等等产业，觉得加入世贸给我们的压力非常大，费那么大劲加入它，有什么好处？我觉得有以下几个好处：

1. 使中国走市场经济的方向没法动摇了，使中国改革开放的路子没法动摇了。

按照曾经给中央政治局讲过课的曹建明教授的说法，就是“锁定了改革开放的方向”（见《中国法学》2000年第1期）。上了这条船要走回头路是不可能了。为什么这样讲呢？曹建明讲，中国的政府和企业，从1949年开始到1992年止，43年的时间一直搞计划经济，后半期也是计划经济为主，商品经济为辅。在这种情况下，我们的政府和企业大多数对计划经济比较熟悉，即使在搞市场经济的运作时，也常会自觉不自觉地摆脱不了计划经济的模式。但是，进入世贸组织后，任何计划经济模式与世贸组织运转规则都是冲突的，当自觉不自觉地滑向计划经济模式时，世贸组织的体制会逼着你转回来，很快就纠正你，就可以使我们的经济发展长期稳定。这是最主要的好处。

2. 世贸组织成立后，以及它成立以前的关贸总协定，制定了一系列国际贸易规则，只要实行对外开放和开展对外贸易的国家，都要遵守这些规则。

即使像中国这样不是世贸组织成员的国家，当与美国、西

欧、澳大利亚等国做生意时，如果不遵照世贸组织定的规则，人家就不跟我们做生意。因为我们没有参加世贸组织，对我们来说，世贸组织定的规则不属于国际法的法律范围，它属于国际惯例的范围。而按照民法通则的规定，如果我们国内的法律与国际惯例冲突，要按国际惯例办。这是法律上的规定，实际上也是这样做的。因为不这么做，人家不跟你做生意。它既然规定了这些规则，我们要遵守。而我们不是它的成员，只有遵守的义务，没有参加制定规则的权利，权利和义务是不对等的。如果我们参加世贸组织，就有可能成为参加制定这种国际贸易规则的成员。中国是一个大国，特别是一个贸易大国，现在是世界第九个贸易大国了。像中国这么一个大国如果参加进去，肯定会对世界贸易组织将来制定规则有影响，就有可能争取对我们有利的规则，尽量抵制和阻碍世界贸易组织通过那些对我们有不利影响的规则。当然，有些我们可能阻止不住，但有些我们有可能阻得住，因为我们毕竟已经是这个组织的成员了。

由于世贸组织与联合国的框架与机制不同，它没有“常设理事”、“一票否决权”这样的制度。所以中国打算起决定性作用，还必须等到它的经济发展到能够起这种作用的程度。

不过，中国参加世贸组织后，市场准入将是双向的。中国企业进入国际市场的有利条件也增加了。这是第二个好处。增加了中国企业出国竞争的机会，外国可以到中国来竞争，中国也可以到外国竞争。因为除了美国、欧洲、日本以外，世贸组织的 130 多个国家也都要给予我们国民待遇、无条件最惠国待遇，也都要降低对我们的关税。同样我们可以打出去。

不能只看到消极的一面，我们还有我们有利的地方。我在云南讲课时讲，我在台湾看到大理石加工的烟灰缸，大理石的花纹怎么也没法与中国的大理石比。问他大理石的石料哪来的，说是

意大利来的。我说你太舍近求远了，云南不就有吗，正经的大理石。大理石的英文叫 marble，译成中文叫大理石。全世界不就一个大理吗？意大利怎么会有大理石呢？他就讲和这边做生意，因为当时铁路不通，当然现在通了。还有中国做生意有时不讲究时间，你定好了月初来，他非给你月底来，月底来这批产品可能就卖不出去了。其实就这么点小事，这点小事我们是能解决的，别人就可能跟我们订货。我们的花纹比他的好看多了，他的卖八百块钱的烟灰缸，大理那块比他的花纹好得多的卖八块钱，就是我们的加工不如他。他加工出来很好看，我们加工出来的很粗糙，但是天然花纹肯定是大理的好。我们有很大一部分东西没有开发出来，如果看到了就能够给他做出来。为什么红塔山从前只有三十万的资产。因为没有看到云南的长处，全世界长烟叶长得好的地方就是纬度低、地势高、阳光充足、不冷。全世界就只有两块地方，云南和墨西哥。所以在美洲都用墨西哥的烟叶，云南这块怎么就不行呢！80年代他们看到了云南的长处，从原料供应开始，搞了一条龙，从让农民生产什么样烟叶到定点供货，一下就变成300亿了。这就是说找对了对象，走对了路子，我们很多有长处的东西可以打出去。

3. 我们参加世贸组织后，世贸组织采取多边制裁的方式，有利于我们避免和其他某一个或某几个贸易大国之间的双边争端。

没有加入世贸，对方可以采取单方面制裁方式，没完没了地跟咱们谈，没完没了地制裁咱们，说白了，主要就是美国。它每年要跟我们谈一次，每年要在国会讨论一次给不给中国最惠国待遇，现在叫正常贸易待遇，每年要把中国放在特别“301”条款中观察。最近三年中国没有被放进特别“301”条款中观察，有人觉得好像中国的知识产权保护，美国已经满意了，所以不放在

特别“301”条款里面观察了。实际不是这个情况。美国在1996年以后，又出台一个特别“306”条款。咱们看到连香港、希腊等发达地区和国家，都在特别“301”里面作为观察对象，而中国不在里面，中国是在特别“306”里面的观察对象。特别“306”条款规定，已经和美国达成协议的国家或地区，如果没有执行协议，美国就用不着按特别“301”条款的规定，要多少天的观察期，多少天的磋商期，马上就可以制裁。实际上比特别“301”条款还要严厉，还要来得快。我们可以借中国参加世贸组织一劳永逸地解决这种对我们谈判不利的状况。因为参加世贸组织后，美国就不能用单边制裁方法。比如美国和日本进入世贸组织后，当时日本在汽车进口上给美国设卡，后来虽然放开了，但不允许美国的汽车零部件进来，也就是说，美国汽车进来后，零部件没得换，还是采取各种方式卡。所以，美国就要对日本重新启用超级“301”条款制裁，日本反过来告美国违背世贸组织的多边制裁原则。美国没有办法了，只好把这个超级“301”制裁计划撤销了，他们又继续谈判。将来中国参加了世贸组织，美国再也不能用人权问题、知识产权问题来卡中国，必须遵照世贸组织解决争端的多边机制。

世贸组织解决争端有一套复杂的机制，在世贸组织里，一个成员国或地区认为另一个成员国和地区，没有按世贸组织的要求，没有给该成员国民待遇、最惠国待遇，或对该成员采取歧视等等，这个国家就可以向世贸组织的争端解决委员会提出要求，要求解决这个问题。咱们现在很多文章和专著将它叫做向世贸组织起诉。咱们叫起诉也可以，申诉也可以。世贸组织实际上是比国际法院还要严厉的一个组织。一般听起来，国际法院规格似乎更高些，是解决国与国争端的法院，很厉害。但是，国际法院在几个问题上，显示出它的无能为力。最明显的一个例子，就是将

近 20 年前伊朗革命把美国大使馆人员扣了。这没有道理，“两国交兵，不斩来使”嘛！美国告到国际法院要求伊朗放人。国际法院在一周内就作出裁决，要求伊朗放人。报纸说这是国际法院作裁决最快的一次。伊朗说就不放，看你把我怎么着。伊朗也是联合国成员，也承认国际法院宪章，但就不放人，国际法院也没有办法。国际法院就是这样一个组织。从道义上来说，它可以定你这定你那，但有时候却起不了作用。世贸组织则不同，它有一个争端解决委员会，虽然又有斡旋，又有磋商，但又组织专家小组，如果最后你不按照专家小组报告执行的话，它就采取与外贸挂钩的经济措施，和你有争执的国家以及所有的成员国，都可以停止对你的最惠国待遇，对你提高关税，让你的商品进不来。

经济利益非常重要。世贸组织成立后，已经有 180 多个国家向它提出申诉，告另一个成员国家没有按照要求做。第一起申诉是巴西和委内瑞拉告美国在石油进口问题上没有按照世贸组织的要求来做，最后世贸组织支持巴西和委内瑞拉，裁决要求美国改变现行做法。美国败诉了，也就乖乖地按照规则来做。不仅发展中国家要遵照规则执行，发达国家也要遵照规则执行。石广生最近讲了，过去认为世贸组织只是发达国家的俱乐部，这不太正确。从世贸组织裁决的案子来看，有发展中国家告发达国家的，也有发达国家告发展中国家的。有发展中国家败诉的，也有发达国家败诉的。不管美国败诉，还是发展中国家败诉，都要按照世贸组织的裁决来做。因为这不仅仅是与它有争议的国家发生的争端，而且所有的成员国统统可以对它进行制裁。1992 年初、1995 年初中国与美国在知识产权保护方面达成 2 个协议。当时国内对这个谈判有不同意见，认为中国让步让得太多了，因为享有知识产权的主要国家是美国。中国在国际市场受到知识产权保护的东西很少。咱们同意了美国的东西，就是吃亏了。但事实上