



完善知识产权执法体制问题研究

中国社会科学院知识产权中心 编
中国知识产权培训中心

知识产权出版社



完善知识产权执法体制问题研究

知识产权出版社

内容提要

本书从中国法学会知识产权研究会举行的“完善知识产权执法体制”研讨会收到的论文中,选择其中的21篇集成册,这些论文从理论、实践等多个角度来分析我国现行的知识产权行政管理体制、司法审判体制中存在的问题,并提出一些切实可行的改革建议。

责任编辑:李琳龙文
文字编辑:王剑宇
装帧设计:全印德图文

责任校对:董志英
责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

完善知识产权执法体制问题研究/中国社会科学院知识产权中心、中国知识产权培训中心编. —北京:知识产权出版社, 2008. 10

ISBN 978-7-80198-804-1

I. 完… II. 中… III. 知识产权—行政执法—研究—中国 IV. D923.404

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第152831号

完善知识产权执法体制问题研究
中国社会科学院知识产权中心 编
中国知识产权培训中心

出版发行:知识产权出版社

社址:北京市海淀区马甸南村1号

网址: <http://www.ipph.cn>

发行电话: 010-82000893 82000860 转 8101

责编电话: 010-82000887 82000860 转 8118

印刷:知识产权出版社电子印制中心

开本: 880mm×1230mm 1/32

版次: 2009年1月第1版

字数: 250千字

ISBN 978-7-80198-804-1/D·544

邮 编: 100088

邮 箱: bjb@cnipr.com

传 真: 010-82000893

责编邮箱: lilin@cnipr.com

经 销:新华书店及相关销售网点

印 张: 9.375

印 次: 2009年1月第1次印刷

定 价: 25.00元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

集思广益 建言献策

共同推进知识产权执法体制的改革

(代序)

在2004年1月召开的全国专利工作会议上,吴仪副总理明确指示,要求“认清形势,明确任务,大力推进实施知识产权战略”。为贯彻吴仪副总理的指示精神,国家知识产权局多次邀请经济界、科技界、法律界、知识产权界和企业界的著名专家、学者、企业家召开研讨会,广泛听取各界人士的意见与建议。在此基础上,国家知识产权局于2004年8月30日向国务院正式呈报了《关于制定和实施国家知识产权战略的请示》,并得到了国务院领导的批准,温家宝总理还就此做出了重要批示。2005年1月,国务院办公厅正式发文成立国家知识产权战略制定工作领导小组,开始制定国家知识产权战略。国家知识产权战略的制定是先将涉及国家总体发展战略的知识产权问题划分为20个专题,由不同的专题研究小组分别进行调研和研究报告的起草。

国家知识产权战略的专题研究工作是由十几个政府机构及中国社会科学院分别作为牵头单位和责任单位进行的,但实际上,几乎全国各地的知识产权教学研究机构、行政管理机构、司法机构及部分企业等都不同程度地参与了这一过程。而那些没有直接参与专题研究及报告起草工作的知识产权人也都对这项工作给予了高度的关注,且通过自己的研究提出了各自的观点与主张,为各专题组研究工作的完成提供了大量的思想、素材及资料。在这20个专题中,知识产权执法体制的改革与完善就是一个相当重要且敏感的话题。



在过去的 20 多年间,中国已经建立了具有本国特色的知识产权执法体制、知识产权行政管理体制、知识产权司法审判体制。

随着社会与经济的迅速发展,司法审判水平的逐步提高以及社会公众权利意识的增强,对现行的知识产权行政管理体制、知识产权司法审判体制等方面的问题加以系统研究和分析,并力争找出解决这些问题的可行办法,显然是十分必要的。在专题研究接近尾声之际,作为“知识产权执法体系存在的问题及其完善”子课题研究的牵头单位,中国社会科学院下设的知识产权中心决定再一次广泛听取来自各方面的与本课题相关的意见。与此同时,国家知识产权局下属的中国知识产权培训中心也在密切关注国家知识产权战略制定工作的进展,愿意与中国社会科学院知识产权中心一同推进这项工作。于是,借中国法学会知识产权法研究会 2006 年年会之机,中国社会科学院知识产权中心、中国知识产权培训中心与中国法学会知识产权法研究会于 2006 年 11 月 11~12 日在北京召开了“完善知识产权执法体制”研讨会。来自全国各地的 150 多位知识产权学者、法官、政府官员、律师等参加了为期一天半的研讨,就中国知识产权现阶段现行的知识产权行政管理体制、知识产权司法审判体制存在的问题及其完善等议题进行了大会发言和分组讨论。

研讨会之前,会务组向各界同仁发出了征文通知,至截稿之时,共收到论文 30 余篇。这些论文触及了国家知识产权战略专题研究小组考虑的大部分问题,且充分反映了来自不同领域、不同地域及不同观念指导之下的多种思维,为专题研究小组最终完成专题报告的起草提供了强有力的理论与思想支撑。

本论文集力求从研究、探讨的角度来阐述论者的观点。根据论文主题的不同,我们决定选择其中 21 篇集结成册,面向社会公开出版发行。这 21 篇论文是在征文的基础上,在研讨会后经作者修改补充,并经中国社会科学院知识产权中心审读后最终定稿的。在这一过程中,中国社会科学院知识产权中心的管育鹰博士及中国知识产权培训中心的薛松先生做了大量的编辑联络工作;知识产权出



版社的同仁为论文集的最终出版提供了尽心、尽职、尽责的服务。正是他们的共同努力,才使得这本内容丰富、饱含思想的论文集能够与读者见面。

目前,国家知识产权战略各专题组的研究工作已经结束,国家知识产权战略纲要也将向社会公布。今后相当长的一段时间,将是国家知识产权战略的调整与实施期。在此期间,知识产权执法体制的改革由期望与设想变成现实,还需要我们给予更多的关注与推动。我们并不指望这样一本论文集能够解决中国知识产权执法体制的所有问题,只要在未来的某一天,我们回过头再读这本集子里的论文时,确认其中的一些提法已经实践检验是正确的,那么我们的论文作者、论文集的编辑与出版者以及研讨会的组织者所做的一切的努力就都是值得的。

中国社会科学院知识产权中心 唐广良

2007年11月

目 录

【理论探讨】

- ☆ 对知识产权若干问题的讨论
——有感于一再加强的知识产权执法现状 张 平 (3)
- ☆ 知识产权侵权的行政责任与行政执法体制
若干问题研究 周 详 (12)
- ☆ 有关知识产权行政执法的几点思考 张 今 (25)
- ☆ 知识产权侵权纠纷行政裁决若干问题研究 魏 伟 (32)
- ☆ 知识产权审判中的民刑冲突及其解决
——以西安市中级人民法院知识产权
审判改革为样板 孙海龙 董倚铭 (49)
- ☆ 涉嫌知识产权犯罪移送的法律问题
探讨 田文英 赵 洁 (63)

【学术研究】

- ☆ 试析我国专利复审委员会的诉讼地位 刘 宁 (81)
- ☆ 知识产权保护双轨制协调运行 孙国瑞 金 恬 (90)
- ☆ 我国知识产权执法的发展趋势
——兼谈法院在其中的地位和作用 黄 洋 (97)
- ☆ 论我国知识产权立体审判模式的
构建 陈惠珍 徐 俊 (109)
- ☆ 试论我国知识产权上诉法院的设立 刘 平 (119)
- ☆ 论针对盗版软件的调查取证 关永宏 熊 雪 (127)
- ☆ 司法 ADR 在知识产权纠纷审理中的适用 韩 玲 (137)



- ☆ 论知识产权临时禁令的不足与完善 黄保勇 朱孝鸿 (155)
- ☆ 论我国知识产权领域临时禁令制度的
建立与完善 齐爱民 盘 佳 (166)

【思考与建议】

- ☆ 积极探索知识产权“三审合一” 努力完善
知识产权司法保护机制 林广海 (181)
- ☆ 知识产权行政执法体制存在的弊端及解决
对策刍议 徐家力 (194)
- ☆ 我国知识产权行政执法体制的检讨与
完善 李颖怡 罗鑫星 (203)
- ☆ 知识产权民事诉讼程序设计
——以查明技术争议为中心 胡震远 (214)

【调研报告】

- ☆ 关于知识产权确权纠纷解决机制的调查
研究 北京市高级人民法院知识产权庭 (245)
- ☆ 陕西省知识产权执法状况考察及
改善对策研究 马治国 周 方 (270)



理论探讨

对知识产权若干问题的讨论

——有感于一再加强的知识产权执法现状

张 平^①

2006年8月，随着浙江省义乌市保护知识产权举报投诉服务中心在义乌国际小商品交易市场挂牌，全国50个综合性保护知识产权举报投诉服务中心已全部建成运行，并开通全国统一的“12312”知识产权举报投诉电话和互联网在线举报投诉窗口（www.ipr.org.cn）。^② 这再一次向全世界表明了中国在采取有力措施加强知识产权执法。的确，由于我国在国际贸易中的知识产权纠纷不断增加，国内企业知识产权竞争力严重不足，政府采取这一措施的目的显然是为了提升整个社会的知识产权意识。但是，回顾我国20余年知识产权保护走过的路程，哪一步不是在提升立法保护水平？哪一步不是在加强执法力度？而为什么外国政府和企业还是不断在抱怨？不断在施加压力？国内多数企业还是事不关己？还只是在作为侵权被告的角色中匆忙应对？中国企业受益的知识产权制度现在何处？

回到知识产权举报问题，WTO/TRIPS已经将知识产权定位于私权，即使其中还有许多公共政策管理问题在讨论，但是从我国法律制度设立的权利性质来看，仍然没有超出民事权利的范围。能否设想，对于目前侵犯公民财产权比较严重的情况可否也设立一个

① 作者单位：北京大学法学院/知识产权学院。

② 来自《人民日报》报道，[动态] 全国五十个保护知识产权举报中心运行，<http://www.chinataiwan.org/web/webportal/W5269868/Usmaryang/A324507.html>，本文网页信息确认有效时间均为2006年10月12日。



举报中心，由政府“调动全社会的力量、全天候、全方位、多领域加强保护”。^①显然在法理上行不通，农民工的工资问题、公民财产受到损害问题还是要在法院解决。那么为什么知识产权这样一种民事权利就享有如此之高的特权。如果上升到国家利益和产业利益或者公共利益的层面上来寻求特殊待遇，那也一定是我们的国家、产业、公民的知识产权拥有量足够多，以至于能够受益于这一强保护的特别政策。答案显然是否定的。那么，怎样的执法才能解决让我们既变成强大的知识产权权利人，又不会在通往这一目的地的途中夭折？本文将不直接回答这一问题，而是通过对知识产权制度的一些基本认识加以讨论。

知识产权保护的效果不是一个单纯的立法和执法水平高低的问题，知识产权保护与国家发展水平密切关联，知识产权制度设计与社会需求密切相关。对发达国家适用的知识产权保护水平，并不当然适用于发展中国家。2000年，国外的研究表明，在专利权和人均国民收入两者之间存在着一个U形的关系（如图1所示），即专利保护的力度会在人均国民收入达到最低点处之前呈递减需求，在人均国民收入达到一个临界点时，专利保护的需求会逐步加大。而且，在高收入水平阶段，保护需求会更强。经济学的计算表明，专利保护最弱时的人均收入，按照购买力平价（Purchasing Power Parity）接近1985年的2000美元。^②

① 来自《经济参考报》“知识产权举报中心”，http://www.mooip.cn/news_show.asp?id=1258.

② Keith E. Maskus, Intellectual Property Rights and Economic Development, Western Reserve Journal of International Law, 32 Case W. Res. J. Int'l L. 471, p478. See, also the digital version p. 5.

<http://www.colorado.edu/Economics/mcguire/workingpapers/cwrurev.doc>.

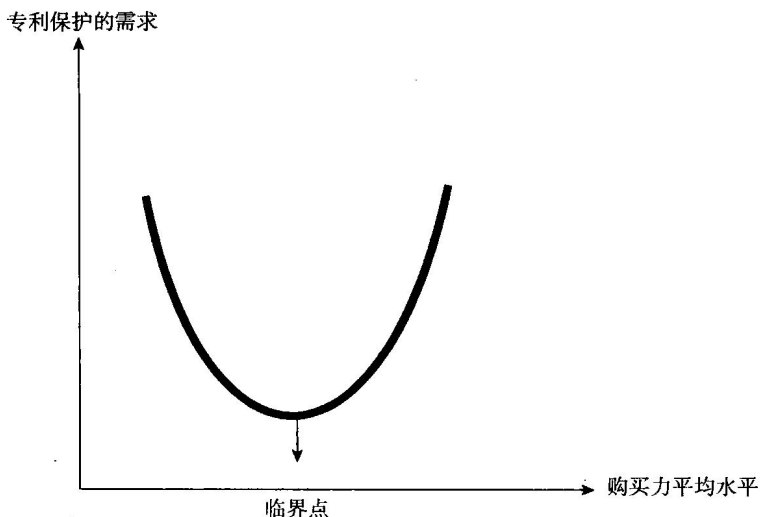


图1 人均国民收入和专利保护关系图

实际上,最不发达国家几乎没有创新能力,不存在知识产权保护需求的问题;“当收入和技术能力达到中等水平以后,国家才倾向于采用弱保护政策,但其主要精力仍旧在于模仿;当收入和技术能力达到发达水平后,才开始重视知识产权的保护。”^①

中国的知识产权制度不是基于这样的市场经济规律而诞生的,也就是说在市场经济还没有充分发育,人均国民收入还没有达到临界点时,迫于国际压力和改革开放的需求接受了较高水平的知识产权国际规则。经过20多年的实践,中国的企业对知识产权保护的意识仍然不高,对知识产权制度的利用能力更是不足,政府也出过许多激励政策,行政执法的力度一再加强,可是面对的知识产权的国际压力一点也没有减少。我们是否可以从尊重经济规律的角度审

① Keith E. Maskus, Intellectual Property Rights and Economic Development, Western Reserve Journal of International Law, 32 Case W. Res. J. Int'l L. 471, p478. See, also the digital version p. 5.

<http://www.colorado.edu/Economics/mcguire/workingpapers/cwrurev.doc>.



视一下原因,然后再对症下药?当然,无论我们的经济水平如何地不适应现有的知识产权制度,倒退是没有出路的,我们不能通过放弃知识产权制度来解决问题。我们应当从加强对知识产权制度的利用、防止知识产权垄断和防止限制竞争方面进行制度构建,寻求制度受益最大和损失最小。

对于目前还处于资本原始积累的中国多数制造型企业来说,知识产权保护的需求并不高,在这样的情况下即使再强调创新,也很难在短期内产生效果。而过于严格的行政执法,也不会让这些企业自觉提高保护意识。客观地认识知识产权的特点和本质,从本体利益考虑问题也可能找到一些答案。

第一,知识产权是私权。知识产权的私权性质体现在三个层面,一是权利的取得(主要是专利、商标)需要当事人自己提出申请,权利要求范围的大小是当事人自己确定的(国家有关部门的审查也是基于申请人递交的请求);二是权利的保护是权利人自行启动,私权的保护属于民事范畴,适用“不告不理”原则,除非涉及公共利益和国家安全等一般不适用于公权力介入;三是权利的利用以及如何利用也是权利人自行开展,权利人追求利益最大化是其本能,在利用过程中只会考虑自己的利益,除非国家有法律规制。知识产权最大的特点是独占,包括自己使用、限制他人使用和许可他人使用。基于上述认识,显而易见知识产权权利的产生、利用和保护都是权利人自己的事情,政府的责任是建立良好的法律环境,在知识产权的保护问题上,更多的应是权利人作为民事主体自行启动民事程序从而得到民事救济。只有少数情况下对公共利益等造成危害时,才启动行政执法。同时,权利人也是“经济人”,不是智慧的化身,不会那么的高尚、善良和纯洁,在其权利的产生过程中也会掺杂许多“杂质”,这些杂质不应受到当然的保护。

第二,知识产权是资源,是需要创造和经营的。以前对资源的认识往往局限于自然资源和人力资源。我国历来强调中国地大物博、人口众多,这些确实是资源优势,但这种优势仅限于小农经济



时代或者以制造业为主的初级工业社会，当进入信息社会或者说是知识经济时代时，这两个资源就不再有明显优势了。在某种情况下仅有人或仅有物还不行，还要给人和物加上高附加值才体现出它的优势。比如说商标资源，驰名商标的附加值比普通商标高，它的高附加值背后的支撑是商品的品质、服务、科学的经营等无形价值，这些都是通过使用产生的；再如专利，一项创新成果完成之后，如果没有及时获得专利权，这种创新成果即使会有利用价值，也不是效益最大的利用，只有通过专利权的形式才有可能和他人进行权利的交易，才可以阻止竞争对手、可以获取谈判的价码。版权也是非常重要的知识产权资源，但多年被我们忽视了，人们在讨论版权问题更多是关注人身权部分，禁止他人随意抄袭、剽窃、复制。但实际上版权的保护应当以发展版权产业和促进贸易为主要目标，美国在全球要求的版权保护和许可都是围绕像好莱坞、迪斯尼、唱片协会、影视协会、出版集团等版权产业的代表机构等展开。中国有五千年的文明史，文化资源不少，但是没有形成版权产业，没有对这些已经进入公共领域的资源进行版权再造的包装，没有利用演绎、再创作、利用现代的版权制度把它们变成权利资源的意识，以至于我们很多的文化消费相当程度上依赖国外，而这些引进的文化都是以版权的形式进行交易的，我们自己的版权资源实际上被忽视了。

知识产权作为资源与自然资源、人力资源不一样，它是需要创造的。自然资源和人力资源以自然产生为主，知识产权权利资源是创造产生。这里的创造有一些特别的含义，既有货真价实通过创新产生的权利，也有为了阻止竞争对手、设置技术壁垒“制造”出来的权利。比如防御专利等，也有不符合专利条件但是尚未被无效的专利，包括重复专利、翻新专利、稻草人专利等。这些权利妨碍技术创新，与专利保护的宗旨不相符，但是由于专利权的私权性质，在没有人提出无效请求再被授权机关宣告无效前，这些权利都是有效的权利，也是权利人重要的经营资源。另外，在企业进行专利战



略时，也绝不仅是将创新成果以原始面貌申请专利的，经过企业的专利管理部门和专利代理人的撰写技巧，一件创新成果会衍生出很多专利，一件专利会有最大的权利要求范围，而到最后侵权诉讼时又会通过专利律师巧妙的对“等同原则”的适用，进一步扩大专利保护范围。在这样的过程中“创造”出比原本价值高出许多的“权利资源”来，然后再在国际贸易过程中成为许可谈判的砝码，这其中也就体现出所谓的专利战略。

可以说，知识产权创造就是要把创新成果最大程度专利化，创立更多的世界级驰名商标，产生出更多的基于现有公共资源的版权产品。知识产权战略其实不是创新者个体的事情，而更多的是创新成果的经营加工者、管理者的事情，这些加工者的事情就是企业与代理人、专利律师的良好协作，他们会在一件朴实的发明创造基础上，撰写出最大的保护范围，变成一个杀伤力很强的权利武器。认识到这一点非常重要，否则就会将知识产权创造停留在科技人员进行发明创造的层面。现在国外专门进行知识产权贸易的公司就是通过专利收购、专利挖掘来进行知识产权创造与知识产权贸易的。

第三，知识产权制度是国家发展的工具。其实这不是新观点，所有的法律制度都是一种工具，法律是为国家服务的。问题是当我们在全球贸易规则下讨论知识产权问题时，我们接受的是全球适用的知识产权规则，我们接受的理念是：知识产权是智慧的结晶，它应当像普通财产权一样受到保护和尊重，不应认为有了知识产权制度当然就会促进国家的科技和经济发展；而忽视了知识产权制度中的产业政策性，知识产权制度的两面性。以专利制度为例，并不是所有建立专利制度的国家都能实现科学技术的高速发展。马来西亚比日本的专利立法还早，可在科技方面却远不如日本。我国专利立法也有 20 余年的历史，但企业主动受益效果并不明显，更多的是在被动应诉中才觉悟到专利的重要性。如果不是将知识产权制度有效地、良性地利用，知识产权制度带来的可能是阻碍创新和限制竞争。



国家发展的标志是拥有一批能够在国际贸易中竞争的跨国企业、拥有一批世界范围的驰名商标，企业是知识产权战略的主体，只有企业将知识产权经营和管理高水平应用时才能体现出知识产权制度对国家发展的重要作用。

图2是一位企业总裁〔台湾宏基集团（ALER）董事长施振荣〕体会出的企业知识产权经营微笑曲线。

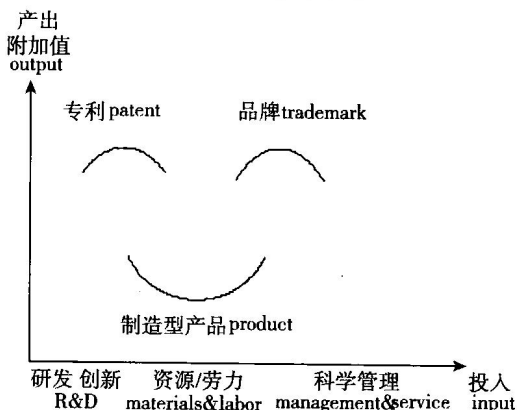


图2 企业知识产权保护的微笑曲线 (smile curve)

第四，知识产权制度的主要作用已不是鼓励创新，而是鼓励限制竞争，鼓励企业设置合法壁垒排斥竞争对手。《知识产权：释放知识经济的能量》一书中提到：“根据一份对领先的日本公司的专利组合分析表明，41%的专利申请是防卫性的，10%的申请导致交叉许可，45%是为了防止竞争对手对于类似产品的制造和销售，4%是为了其他战略原因。”^① 专利制度可能导致过分的寻租行为，增加后继发明的成本，阻止新思想与专利发明的结合，专利制度的强化增加了交叉许可和法律纠纷。

当代绝大多数领域的科技制高点都被发达国家所控制。根据世

① [印度] 甘古力. 知识产权：释放经济的能量 [M]. 宋建华，译. 北京：知识产权出版社，2004：5.