

SHENPAN SHIWU PINGLUN

审判实务评论

戴建志 著



知识产权出版社

审判实务评论

戴建志 著

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

审判实务评论/戴建志著. —北京: 知识产权出版社,
2005.7

ISBN 7-80198-403-X

I. 审… II. 戴… III. 审判-研究-中国

IV. D925

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 089611 号

内容简介

本书作者凭借多年做最高人民法院机关刊的记者、编辑培养出的对审判实务的敏感,对知识产权审判、行政审判、案件执行和审判活动思维持续关注,并对此作出自己的分析和判断,以期为人民法院审判工作的建设和发展献言献策。

本书可供人民法院的工作人员使用,也可供政法院校师生、法学研究人员及相关从业人员参考使用。

审判实务评论

戴建志 著

责任编辑: 彭小华

责任校对: 赵 鸥

装帧设计: 段维东

责任出版: 杨宝林

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

邮 编: 100088

网 址: <http://www.cnipr.com>

邮 箱: BJB@cnipr.com

电 话: 010-82000893 82000860 转 8101

传 真: 010-82000893

印 刷: 北京白帆印务有限公司

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 8.5

版 次: 2005 年 9 月第 1 版

印 次: 2005 年 9 月第一次印刷

字 数: 250 千字

定 价: 25.00 元

ISBN 7-80198-403-X/D·352

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前 言

审判实务评论是以审判活动的实际状况为叙述和评论对象，分析审判实务发展过程中认识问题和解决问题的观点、立场和方法。在最高人民法院机关刊《人民司法》编辑部做编辑、记者工作，确实给笔者提供了接触法院审判实务的机会，特别是笔者对知识产权审判、行政审判、案件执行等实务活动的持续关注，使笔者看到全国各级人民法院相关活动发展的脉络和阶段性特点，而这些都清晰地反映在读者案前已经翻开的这部书中。

历史学家瞿林东在一次演讲中说，议论是人们的见识和社会责任的结合，议论是反映作者见识的一个最直接的表现。他虽然说的是历史撰述的问题，可用于说明审判实务评论也是很贴切的。有见识，就是更多地接触审判实务，并调动相关的知识，予以判断和分析，形成自己的见解。当然，仅有见解是不够的，作为一名记者还必须强调社会责任感。责任感解决的是作者说话的立场，追求的是社会效果问题。如果写评论只管在那里自说自话，或只追求个性的彰显，是不能有效地为人民法院审判工作的建设和发展献言献策的。

20世纪90年代初，人民法院就开始受理知识产权案件。但是，知识产权审判取得更大的发展是在20世纪90年代中期以后，它得益于以下的推动力：在党的十五大报告中，把“实施保护知识产权制度”作为科教兴国和可持续发展战略的重要内容，这为人民法院加强知识产权审判创造了良好的社会环境；1996年10月，最高人民法院知识产权审判庭成立，当时全国已有20多个人民法院成立了知识产权庭。在人民法院发展史上，第一次

以知识产权审判为主题的专业工作会议的召开是在1997年11月，即全国部分法院知识产权审判工作座谈会上。也正是在这次座谈会上，与会代表不仅讨论了最高人民法院有关专利、商标、著作权、反不正当竞争以及知识产权审判庭收案范围5个司法解释的草拟稿，还对审判中遇到的难点问题诸如侵权赔偿、举证责任及审查、知识产权权利冲突处理等方面提出了建设性的意见。笔者亲眼看到人民法院知识产权审判逐渐发展成熟起来，并能够通过撰写评论部分地记录当时知识产权审判的价值追求，这对笔者是很荣幸的事情，也正是在这个过程中培养了笔者对知识产权法律保护领域的兴趣。当然，对知识产权审判的评论不仅局限于已成规模的实务上，对于已经初见端倪的审判活动，笔者也给予了一定的关注。记得在一次全国知识产权审判会议上，最高人民法院副院长曹建明指出，我国有着悠久的历史，对于地理标识和传统知识的知识产权保护具有重大利益，要积极寻求对其司法保护的可能性。笔者做知识产权审判方面的编辑工作已经多年了，知道我国司法实践中涉及地理标识的案件并不是很多，但是这个内容又是世界贸易组织TRIPs协议中规定的，以后也必将成为我国法院知识产权审判的一个亮点。为此，笔者抓住相关法律中的差异、国际规则中的利益冲突，以及司法实践中的矛盾，在《人民司法》上组织编发了一组相关文章，同时，笔者又大胆发表自己的看法，这就是本书中收录的“从地理标识看法律概念移植的梯级开发”、“地理标识国际规则中的国家经济利益”和“地理标识案件处理方法的创造性转化”等三篇评论。

在审判活动中，冲突或者说矛盾、差异的表现是常有的：法律与实践的矛盾，法律条文之间的矛盾，法律与道德的冲突，人与人（也包括地区、机关、组织）之间的某些行为冲突，人的主观愿望与客观的实际情况的差异、国内与国外司法的差异，等等。所以，笔者常常从这里寻找评论的价值和意义，就像站在高

处看那一片厮杀战场的观望者，在积蓄力量拿定主意以后，就毅然地跳下去参战，以便给自己创造评论的资本，准确地找到评论的切入点。因为矛盾、冲突或差异促使笔者为追究本源和解决问题的方法而深思熟虑，并因记者工作的责任而坚定了笔者发表评论亮出观点的理由。案件执行是一个久久困扰各级人民法院的难题，笔者对此关注的时间最长。在本书中，读者可以通过评论写作的时间顺序，看到法院在解决案件执行难问题方面所做的努力以及笔者对克服人民法院执行难的一些认识和观点的偏重。人民法院在执行运作中充满着矛盾，讲得最多的是怎样使法律效果和社会效果得到兼顾。当然，两者不是隔阂分离的，也不是对立排斥的。社会效果包括法律效果。在司法实践中之所以将法律效果从社会效果中提出来再与其他社会效果作比较，是以强调两者的不同背景为前提的。法院执行人员执行案件当然要依据法律，站在法律的角度看问题，这是执行人员的职责，也是认识问题的特点。但是，执行是个案的执行，其背景是实现法律文书规定的权利义务，所以它的法律效果更多的是对个案的公正和正义的追求；假如把个案执行放到更大的背景下，即以现实社会中的各种矛盾作为考察执行结果的话，法院执行人员所面临的问题就复杂了，这里有法律的问题，也会牵扯到诸多政策性问题，还有与人民法院密切相关的体制问题，等等。所以，撰写涉及人民法院案件执行的评论，是认识社会问题的一种理性思考。

“论如析薪，贵能破理”。顺着木材的纹理一路破去，是最省力的取柴方法。说实话，笔者从来没有希望读者都坚定不移地同意笔者的观点，在写评论的时候，笔者只是担心不能很好地把笔者的想法表达出来。带领读者前行的最佳方式就是向他们呈现评论者思想的合理的、富于逻辑性的发展，这是美国业内专家所说的话。所以，想要读者接近你的评论，愿意把文章读下去，其方法很多，但是都不如或者说最靠得住的是把你的观点按照情理、

事理的脉络清晰地告诉读者；读者可能并不赞同你的观点，但是他起码明白你在说什么。就对事情的看法而言，笔者不一定是真理的持有者——其实也没有读者要求这样——笔者不需要煞有介事地像个布道人。笔者只需要谈出自己的思想就已经足够了。这里不需要自以为是的说教，仅仅是思维叙述的推进，平静地娓娓道来。不过，有一点要实事求是地表明，虽然确定文章观点找出支撑论据是写好评论的关键，但是在复杂的司法环境下，有时表达观点技巧的重要性要大于评论观点的确定。因为在写作实践中出现这样的情况是比较遗憾的：文章观点提出的有气魄、有胆识，但在表达方法上缺乏智慧，造成事与愿违的结果，甚至根本就没有比较上层次的、有更大社会效益的表达机会。所以，在很多情况下，思考怎样表达笔者的见解是笔者费神最多的地方，修改、再修改，这已经成了笔者写作的习惯。笔者接手行政审判方面的编辑工作比较晚，也就是两三年的时间。平常总说法院审理行政案件不容易，要遇到许多困难，笔者想多是表现在受理案件、审理过程和实现判决书内容三个方面。行政诉讼说到底就是“民告官”的诉讼，是权利与权力的碰撞，是法治思想与传统观念的交锋。笔者之所以能够写出一些相关的评论文章，并收到比较好的社会效果，除了经常下基层采访和认真做案头工作以外，与笔者持有上述的写作态度是有关系的。

近几年来，笔者追求自己的行文风格，其目的就是在有效地表达自己的观点的基础上，激起读者阅读的情绪，并引导读者作出自己的判断。审判实务评论毕竟不是学术论文，不应囿于法言法语，而是侧重于对审判实务的价值取向、终极目标以及观点、方法进行评论。因为审判实务评论只使用专业语言会带来两个害处：一是会使你失去读者，不用说非业内人士，就是业内人士也可能由于你自我感觉良好的专业知识而远离你的文章；二是妨碍了你表达思想，语言没有活力，令人透不过气，结果是视野狭

窄，文章缺乏高屋建瓴的气魄。事实上，在多数情况下，与专业语境保持一定距离，也可以把审判实务的事实和立场、观点讲清楚的。当然，也不能作出超出读者法律理解范围和歪曲法律主旨的自我创造，还是要保持法律专业评论的品位。为此，笔者总结了两句话用以把握这里的关系：入乎法律思维之内，出乎法律思维之外；入乎法律语言之内，出乎法律语言之外。就是说，对需要了解的对象，要从法律内容入手，但又不被法律内容所累，还要善于跳出专业的具体内容，将其置于大的社会背景下来看待。笔者以为，这样写出的文章，无论是专业内还是专业外，其读者都会明白作者的看法，但是实际中是否能达到这个目的，还是由读者作出评判吧。另外，笔者在整理这些文章时加了一些注释，以此交代文字背景，便于读者阅读。

戴建志

2005年2月15日于魏公村

目 录

知识产权审判实务评论

世纪之交的知识产权审判	(3)
知识产权法官的世界眼光	(19)
读 TRIPs 协议原文	(25)
从地理标识看法律概念移植的梯级开发	(29)
地理标识国际规则中的国家经济利益	(32)
地理标识案件处理方法的创造性转化	(35)
电子数据库版权创作的两个视角	(38)
电子数据库的法律保护体系	(44)
尊重科学规律是技术合同审判的重要原则	(57)
旅游服务驰名商标的抗辩权	(66)

行政审判实务评论

行政诉讼就是近距离触摸宪法	(85)
行政司法审查范围的守住与扩大	(89)
行政审判是树立人民法院形象的关键	(93)
行政审判发展的动力	(97)
行政诉讼认识的误区	(100)
行政相对人诉权的完整性	(104)
抓住行政案件的收案源头	(107)

行政审判的决策能力·····	(111)
行政审判实务观点撷取·····	(115)
反倾销行政案件的一个背景·····	(120)

案件执行实务评论

案件执行的操作艺术·····	(127)
案件执行的时机·····	(130)
实践在执行管理体制改革中的作用·····	(134)
一个指导思想和一个方法·····	(138)
执行程序的独立价值·····	(144)
国外的强制执行法·····	(150)
案件集中执行的现象分析·····	(153)
案件执行的整体协作·····	(157)
执行案件分流的三种模式·····	(177)
给支付令异议加一点限制·····	(181)

审判活动思维评论

差距优势和中介思维·····	(189)
理论思维的两种品格·····	(195)
解决新问题的思维起点·····	(200)
司法行政的新境界·····	(203)
司法行政应关注三个发展趋势·····	(206)
数字语言是诉讼程序价值的载体·····	(209)
法官的自我认知·····	(217)
民事审判方式改革·····	(220)

房地产案件审判的标志性阶段·····	(235)
对公房居住权承租权处理的尝试·····	(240)
审理劳动争议案件的主要依据·····	(247)
公民权利的实际存在·····	(252)

知识产权审判 实务评论

世纪之交的知识产权审判

1996年4月30日，美国政府无端指责中国政府没有履行中美两国1995年签署的知识产权保护协议，并以实施贸易制裁相威胁。1996年5月1日，上海市法院系统对此作出了快速反应，召开了全市知识产权审判工作会议，这一举动引起了国内外的注意。^①

上海是中国的国际性大城市，其科技、文化的发展对知识产权司法保护提出了高层次的要求。几年来，上海市各级法院无愧于时代的重托，作出了为国内外瞩目的成绩，就连美国的来访者也不得不承认这一点。美国联邦最高法院肯尼迪大法官说：“上海法院在知识产权保护方面做了很多工作，你们的保护是出色的。”美国贸易代表助理李森智说，上海的法院在知识产权司法保护方面，取得了很大进展。保护知识产权需要中国法院提供法律帮助，法院是制裁侵权行为的重要司法机关。应该说，这个评价是符合事实的，一个“出色”，一个“很大进展”，只有在认真考察了上海市法院知识产权审判的现状后，才能得出这样的

^① 1996年7月，笔者曾采访最高人民法院副院长李国光，当时他谈到了中国知识产权审判的三大发展，即中国知识产权审判机构已成规模，并有一支高素质的法官队伍；依法审理了一批知识产权案件，在国内外产生了良好影响；积累了审判经验，充实完善了知识产权保护制度。也就是从这一年开始到1999年间，笔者相继走访了上海、天津、北京、福建、广东等地的法院，就其知识产权审判的某一方面撰写了文章，刊登在最高法院机关刊《人民司法》上。现在笔者把这些文章集合起来，略去了每篇原有标题而冠之以新标题，以此展现人民法院知识产权审判是以怎样的精神面貌迎接新世纪的。

结论。

上海市法院受理和审结的知识产权案件的数量居全国第一，这无疑“出色”的最好说明。自1985年至1995年近十年间，上海市法院受理的知识产权案件逐年上升。最高人民法院副院长李国光公布的统计数据表明，这期间上海法院共受理知识产权案件1689件，审结1523件，特别是近3年，每年受理的一审知识产权案件都在200件以上。此结果的出现与法院积极行使司法管辖权，充分保障当事人的诉权有密切的联系。法院规定，只要原告能够提供被告侵权事实的证据，只要属于我国知识产权法律或我国加入的国际条约涵盖的范围，只要被告之一的住所地在上海或侵权行为发生地和结果地之一在上海的，法院就受理原告的起诉。这就为更多的当事人提供了司法保护。上海法院调动一切司法手段，在刑事、民事和行政审判过程中采取措施。针对知识产权案件的特点，上海市法院提出了五个结合的方针，即当事人举证与法院查证相结合；当事人起诉与法院依法追加被告相结合；审判与执行相结合；财产权保护与人身权保护相结合；民事制裁与刑罚相结合。这样就加大了法院的审判力度，保护知识产权的效果也更为显著，这正是案件当事人到法院起诉所期盼的。

上海市法院对知识产权案件的理论与国际同领域相衔接，这无疑最能说明“很大进展”的程度。知识产权案件专业性强、新类型多、难度大，侵权人往往把侵害目标转向科技和无形资产含量高的领域。上海法院为很好地审理这类案件，认真进行理论探讨，将每一起新型案件的审理视为对新情况、新问题的调研过程，做到办一类案件，形成一方面的经验。这一点得到了最高人民法院的肯定。其中不少案件的审理颇能反映中国知识产权审判的水平，故作为典型案例刊载于《中华人民共和国最高人民法院公报》上。无论是上海市人民法院参加国际性研讨会，还是国际性研讨会在上海召开，上海市法院所研究的课题与其他国家

知识产权案件审判中所遇到的诸如侵权认定、查证方式和计算损失赔偿额的标准等难点问题是一致的。在审判实践中，上海市法院十分重视对技术专家的运用，注意听取他们的意见，甚至让他们参与案件的审理，以弥补法院审判人员科技业务知识的不足。其实这是许多有丰富的知识产权审判经验的国家普遍采用的方法，也是有关国际会议重点探讨的专题之一。

要问上海市法院何以开拓“进展”，创出“出色”的局面？当然应归于他们指导思想的正确和知识产权司法保护意识的准确到位。上海市法院知识产权审判开始于1983年我国《商标法》实施的时候，到1994年2月高级和中级人民法院成立了知识产权审判庭。虽然从全国法院来看，上海市法院设置专门审判机构的时间并不是最早的，但是随着法院知识产权审判日益成为维护科学、技术、文化领域正常秩序的强有力的保障，影响着国家重大政治和经济利益的得失，上海市人民法院的认识也向深层次发展，更加自觉地完善知识产权审判工作。为理顺体制、健全机构，上海市各基层人民法院也相继成立了知识产权专项合议庭，负责知识产权案件的审理、信息上报和专业人员培训等工作，从而延长了受理案件的触角，扩大了高素质审判人员队伍。同时，为了让国际上更多的人了解中国法院的知识产权审判工作，上海市法院正着手汇编知识产权案例集，并打算将其译成中英文对照本向海内外发行，以加大我国知识产权保护的影响力。

上海市知识产权审判是一个窗口，它面向太平洋，向任何希望真正探知中国知识产权司法保护的国家和人们揭示着一个事实：中国知识产权审判虽然发轫于20世纪80年代，但起点高，进展快，成绩显著。

某美国贸易代表团的助理曾颇为感叹地说，上海市法院对知识产权保护做了很多工作，取得了很大进展。“法院是制止、惩罚侵犯（知识产权）行为的重要司法机关……但不幸的是美国国内

报道很不全面，让人误认为中国尽是不好的事……希望今后双方能加强联系”。近几年，到上海市法院的国外来访者逐渐增多，且应国内外有关方面的邀请，法院派员走出国门介绍中国知识产权法律及上海市法院审判的机会亦增多。这不能不引起法官们的思考：知识产权审判工作的分量，有时的确超过了审判工作本身。

随着知识经济的到来，高新技术和管理知识愈来愈受到人们的重视，这一点在国内外是一样的。我国要吸引技术含量高的投资项目，没有一个良好的知识产权司法保护环境是不可能的。中国用了十几年的时间初步建立了知识产权法律体系，走完了西方发达国家数十年甚至上百年的道路。这是很了不起的，更重要的是法院审判案件有了法律依据。多年的审判实践，不断地努力探索，使我国的知识产权司法保护已接近国际水平。这是更了不起的，是中国向世人自我展现的最有力的事实。

如果说改革开放，重要的是学习国外的先进技术和管理经验，需要将国外的东西拿过来，而当我们有了新的成就时，特别是走出了一条有中国特色的社会主义道路时，也要善于推出去。在许多的情况下，主动的、积极的、有效的自我展现，比他人走进来了解更为重要。能到中国来看一看的人毕竟是少数，能及时、准确和全面地介绍中国的外国人更是少数。所以，中国的法官有责任通过自身的审判工作，特别是利用一切机会走上讲坛向世人展现这个成就。这是最直接、最真实地反映中国知识产权审判工作的途径。

上海市法院系统这样做了。

为配合中美知识产权谈判，上海市高级人民法院曾多次举行知识产权新闻发布会，最高人民法院及国务院知识产权联席会议办公室对此给予了充分肯定。在世界知识产权组织亚洲地区知识产权司法保护会议上，在外国驻沪领事馆，在美国专利、商标局、出版版权局、微软公司及波音公司，在日本司法界和企业界，