



BEIJING ARBITRATION QUARTERLY

北京仲裁

第82辑 (2012年第4辑)

Vol.82 (2012, No.4)

主办：北京仲裁委员会

协办：中国国际私法学会 武汉大学国际法研究所

Sponsored by the Beijing Arbitration Commission,

Co-sponsored by the China Society of Private International Law

& the Wuhan University Research Institute of International Law

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

主办: 北京仲裁委员会

协办: 中国国际私法学会

武汉大学国际法研究所

本期执行主编:

姜秋菊 林小路 (特邀) 鲁 洋 (特邀)

编辑: 陈福勇 姜秋菊 张皓亮 孙 晶

顾问: 江 平 王利明 黄 进 宋连斌

郭玉军 邓 杰 吴志攀

编辑部地

|路118号

招商局大厦16层

邮 政 编 码: 100022

电 话: (010) 65669856

传 真: (010) 65668078

电 子 信 箱: bjzhongcai@bjac.org.cn

网 址: <http://www.bjac.org.cn>

数 字 发 行: 博看网 (www.bookan.com.cn)

图书在版编目 (CIP) 数据

北京仲裁. 第 82 辑 / 北京仲裁委员会主办. —北京:
中国法制出版社, 2013. 4
ISBN 978 - 7 - 5093 - 4505 - 4

I. ①北… II. ①北… III. ①仲裁 - 司法监督 - 中国
- 文集 IV. ①D925. 7 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 066506 号

责任编辑 马 颖

封面设计 李 宁

北京仲裁. 第 82 辑

BEIJING ZHONGCAI DI 82 JI

编者/北京仲裁委员会

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2013 年 4 月第 1 版

印张/ 8.75 字数/ 213 千

2013 年 4 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4505 - 4

定价: 25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66034242

市场营销部电话: 66033296

邮购部电话: 66033288

本书所刊载的文章只代表作者个人观点，不必然反映本书编辑部或其他机构、个人的观点，谨此声明！

目 录

主题研讨 知识产权仲裁及相关问题研究

- 001 构建专利行政处理之仲裁机制的建议
/ 谢冠斌
- 014 论加强建设工程施工过程中专利侵权管理的重要性
——基于一个专利侵权纠纷案例的分析/檀中文
- 021 美国云计算环境下的电子证据开示研究
/ 陈 健
- 032 三审合一：知识产权案件审判模式运行研究
——以北京市法院知识产权审判庭为例/张晓津

专 论

- 045 刍议国际商事仲裁裁决司法监督的最新趋势
——以英国达纳案件为切入/毛海波
- 058 仲裁员职业道德探讨/张利兆
- 077 谈谈“超裁”问题/迟少杰
- 082 当价格异常波动时能否对“一次性包死价”等固定
价格合同进行调整的法律思考/刘 勇

比较研究

- 091 美国商事仲裁中“显然漠视法律”原则的新发展
——以 HALL STREET 案为中心/康 狄
- 118 日本电子商务诉讼外纠纷解决机制实证实验的启示
/李 柯

案例分析

- 127 认可台湾地区法院民事判决效力之审查思路
——美亚贸易发展有限公司与上海莹旭金属制
品有限公司申请认可和执行台湾地区法院
民事判决纠纷案/江 南 崔学杰 何 云

征稿启事

Contents

Theme Discussion: Intellectual Property Arbitration and Related Issues

- 001 Suggestions on the Construction of Arbitration System for Patent Administrative processing Xie Guanbin
- 014 On the Importance of Enhancing the Administration of Patent Infringement during Construction Project
——Analysis Based on a Patent Infringement Case Tan Zhongwen
- 021 Disclosure of Electronic Evidence under the Cloud Computing Environment in the United States Chen Jian
- 032 Three Trials into One: on the Trial Modes in Intellectual Property Cases
——Samples of IPR Tribunals of Beijing Courts Zhang Xiaojin
-

Special Report

- 045 The Recent Trend of Judicial Supervision to International Commercial Arbitrations
——Taking the Dallah Case as the Point of Penetration Mao Haibo
- 058 Study on Arbitrator Occupational Morality Zhang Lizhao
- 077 On the Award Beyond Jurisdiction Chi Shaojie
- 082 Legal Contemplation on Whether Fixed-Price Contracts such as “One-time Dead Price” can be Adjusted when Price Fluctuates Abnormally
Liu Yong
-

Comparative Law Study

- 091 Recent Development of “Manifest Disregard of the Law” in Commercial Arbitration of U. S. A.
——Focusing on the Case Hall Street Kang Di
- 118 Revelations from the Empirical Study of the Non-Litigation Dispute Resolution Mechanisms in Japanese E-commerce Li Ke
-

Case Study

- 127 Legal Analysis behind the Recognition of the Enforceability of Civil Verdicts in Taiwan Regional Courts
——Focusing on a Case Seeking Recognition and Enforcement of the Taiwan Regional Court’s Civil Verdict between Meyer Trading Company Limited and Shanghai Ying Xu Metalwork Company Limited
Jiang Nan Cui Xuejie He Yun
-

Notice For Submission

主题研讨：知识产权仲裁及相关问题研究

构建专利行政处理之仲裁机制的建议

谢冠斌*

- 内容摘要

实施国家知识产权战略，大力提升知识产权创造、运用、保护和管理能力，是增强我国自主创新能力，建设创新型国家的重要一环。目前，我国知识产权保护现状对自主创新支撑不够，我国知识产权纠纷案件尤其是专利侵权案件处理周期过长，专利行政执法程序又存在先天不足，对于知识产权权利人维权造成了一定的障碍。如何改革专利行政执法程序，是正在进行的专利法第四次修改所面临的重大课题。本文提出，在专利行政执法程序中处理专利侵权纠纷，可以考虑引进仲裁程序，这将是改革专利行政执法程序、提高专利保护水平的一个重要途径。

- 关键词

专利 行政调解 仲裁

* 法学博士，北京市立方律师事务所主任，北京仲裁委员会仲裁员。

一、专利行政执法程序改革的困境

专利行政执法制度,是我国“双轨制”知识产权保护制度的重要内容。和司法保护相比,专利行政执法具有主动出击、方便快捷、成本低等特点,能够及时有效地维护专利权人的合法权益。但是经过多年的实践和发展,专利行政执法制度也暴露出诸多问题,对于到底应该加强还是弱化专利行政执法,无论是在实务界还是理论界一直存在争议。

最近,国家知识产权局以“加强专利保护、加大执法力度”为核心内容,起草了《中华人民共和国专利法修改草案(征求意见稿)》(以下简称修改稿),这将是专利法的第四次修改。国家知识产权局在修法说明中提出,专利维权难度日益加大,维权收益往往低于维权成本,故意侵权、反复侵权、群体侵权、跨地区链条式侵权等恶性侵权现象时有发生;当前专利维权存在着取证难、周期长、成本高、赔偿低等突出问题;通过调研,统计出 30% 的专利权人遇到了侵权纠纷,其中仅有 10% 的权利人采取维权措施,很多权利人因为专利权难以得到保护已经丧失了对专利制度的信心。国家知识产权局认为设立符合中国国情的制度,要充分发挥行政执法和司法保护两种途径各自的优势和作用,是解决问题的重要措施。^①

为此,国家知识产权局建议将第 60 条修改为“未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权,引起纠纷的,由当事人协商解决;不愿协商或者协商不成的,专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉,也可以请求管理专利工作的部门处理。管理专利工作的部门处理时,认定侵权行为成立的,可以责令侵权人立即停止侵权行为、赔偿损失;当事人不服的,可以自收到处理通知之日起十五日内依照《中华人民共和国行政诉讼法》向人民法院起诉;侵权人期满不起诉又不停止侵权行为的,管理专利工作的部门可以申请

^① 参见 <http://www.sipo.gov.cn/yw/2012/201208/P020120810274980690286.doc> (中国国家知识产权局网站),最后访问日期,2013 年 3 月 13 日。

人民法院强制执行。”^①本次修改建议稿重心之一就是增加了管理专利工作的部门对侵权赔偿额的判定职能。国家知识产权局认为,如此修改,可以解决专利维权“周期长”的问题。其理由是:依据现行专利法,管理专利工作的部门处理专利侵权纠纷时,可以应当事人请求就侵权赔偿数额进行调解,调解不成的,当事人可以依照《民事诉讼法》向人民法院起诉。实践中,由于关于赔偿额的行政调解协议没有强制执行力,侵权人在事实清楚、结果显而易见的情况下,仍然就赔偿问题另行提起民事诉讼,人为制造诉累,使权利人的利益难以得到有效维护。这既不利于尽快定纷止争,也浪费了行政执法和司法审判资源。因此,在不减少当事人后续救济途径的前提下,赋予管理专利工作的部门在处理侵权纠纷过程中对赔偿数额的判定职能,有利于维护权利人的合法权益,减少诉累,节约公共资源,并与各级人民法院正在推行的知识产权民事、行政、刑事“三审合一”的做法相协调。^②

二、赋予专利管理机关裁定民事赔偿的职能理论依据不足,实践效果难以预料

国家知识产权局网站上的一个统计数据显示,由于专利行政执法部门无法就专利侵权“赔偿数额”做出决定,从而导致权利人不愿意选择专利行政

^① 现行《专利法》对应的规定是:“未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权,引起纠纷的,由当事人协商解决;不愿协商或者协商不成的,专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉,也可以请求管理专利工作的部门处理。管理专利工作的部门处理时,认定侵权行为成立的,可以责令侵权人立即停止侵权行为,当事人不服的,可以自收到处理通知之日起十五日内依照《中华人民共和国行政诉讼法》向人民法院起诉;侵权人期满不起诉又不停止侵权行为的,管理专利工作的部门可以申请人民法院强制执行。进行处理的管理专利工作的部门应当事人的请求,可以就侵犯专利权的赔偿数额进行调解;调解不成的,当事人可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》向人民法院起诉。”

^② 参见 <http://www.sipo.gov.cn/yw/2012/201208/P020120810274980690286.doc> (中国国家知识产权局网站),最后访问日期,2013年3月13日。

程序处理专利纠纷。^①为此,争取“损失赔偿”的裁定权,成为国家知识产权局提升专利行政执法力度的一个主要目标。对此,笔者不敢苟同。而且,笔者的这种异议并非是反对所谓行政权力扩张。就目前我国知识产权保护现状而言,笔者赞成任何可以提升保护水平的举措。现代社会由于法治自身的局限性以及行政机关管理职权的不断扩张与深化,导致了人们对行政的依赖与日俱增,行政机关广泛而全面地介入国民生活领域。面对各种专业性、技术性、即时性事件及其引发的纠纷,行政机关凭借其掌握的公共资源、在行政管理过程中形成的专业优势,能够及时有效地解决纠纷,具有其他纠纷解决方式所不具备的制度优势,对专业性很强的专利纠纷而言更是如此。但笔者认为,国家知识产权局以“损失赔偿”的裁决权作为突破口,属于方向性的错误。原因有三:

1. 就法学理论而言,行政权力直接介入民事赔偿依据不足。在法治社会的背景下,行政机关介入民事纠纷领域必须有其正当性。该正当性来源于两个方面:一为民意代表机关的授权,一为当事人的合意。私法自治的基础性结构决定了行政机关解决民事纠纷必须保持一定的限度,反对过度介入,否则就会破坏市民社会的基础,影响私法秩序的形成。行政权,作为组织和管理公共事务以及提供公共服务的权力,体现的是一种不平等的主体之间的法律关系。当专利侵权行为严重到危害公共利益的程度,行政机关可以对责任人进行处罚,这是法律赋予的权力。但是,损害赔偿是一种典型的民事法律关系,存在于平等主体之间,应属于司法权的范畴。早在100多年前,托克维尔就将司法权视为“判断权”,作为司法的判断由三个要素构成:(1)它以社会上既存的纠纷为对象;(2)由第三者即法官出面来解决纠纷;(3)判断的

^① 参见 http://www.sipo.gov.cn/dtxx/zlgzdt/2006/200804/t20080419_385288.html (中国知识产权局网站),最后访问日期,2013年3月13日。蔡云飞:“2000年-2004年全国专利行政执法数据分析”。该文指出,近五年的受理量总体呈上升趋势,特别是2002年首次突破一千件,较2001年有较大增长,增幅达到47.6%,但2004年出现小幅下降。作者认为,这是我国经济、专利保护制度、专利数量以及全社会专利保护意识等多种因素作用的结果。2002年的大幅增长主要源于我国经济的快速发展和我国专利申请量及授权量的大幅增长,同时,作为市场主体的企业对专利的重视程度较以往有着大幅度的提高,逐渐学会了用专利武器来保持自己的市场竞争力和地位,因此,专利纠纷案件的数量陡然增加。2002年以后,受理量主要受到修改后的专利法的影响,(即专利管理机构认定侵权成立的,只能“责令停止侵权”,对侵权赔偿额只能进行调解)因为据官方统计,同期法院的受理量却在逐年大幅上升。

尺度是法律。^①

2. 就国际条约和各国的司法实践而言，缺乏先例。TRIPS 关于知识产权行政保护的措施主要有：在不给予权利人任何补偿的情况下，行政机关有权命令对侵权的商品进行处理，禁止其进入商业渠道，或者将上述侵权商品予以销毁。行政机关有权命令将主要用于制作侵权商品的材料和工具进行处理，禁止其进入商业渠道，以尽可能地减少进一步侵权的危害。上述主要措施中并不包含“损害赔偿”的决定权。从世界主要国家的立法实践来看，大部分国家专利行政执法部门没有就损害赔偿作出决定的权力，例外只有两个，一个是英国，根据英国专利法的规定，当事人约定同意向英国知识产权局就专利侵权纠纷提出请求，英国知识产权局对专利侵权问题有法定的管辖权。英国知识产权局可就是否构成侵权、损害赔偿及有关开支费用等救济作出决定。显然，从字面上理解，英国知识产权局就能就损害赔偿作出决定的前提是“当事人约定同意”，其权力来源于当事人的合意。另外一个国家是菲律宾，知识产权行政执法部门可以调查、处罚侵犯专利权的行为，可以颁布停止专利侵权的禁令，并就损害赔偿作出决定，并有权扣押、没收、处置侵权产品或要求侵权人提供担保，必要时处以行政罚款。^② 笔者不认为菲律宾一个国家的立法实践具有充分的借鉴意义。

3. 就实践意义而言，增加专利行政执法机构对“损害赔偿”的决定权，在客观上可能无法达到“减少诉累”的立法目的，甚至可能会影响执法部门的积极性，进而损害行政保护的力度。

(1) 按照修改稿第 60 条的规定，“当事人不服的，可以自收到处理通知之日起十五日内依照《中华人民共和国行政诉讼法》向人民法院起诉”。试想一下，本条修改的背景是专利行政执法部门认为之前仅就“损害赔偿”具有调解职能导致执法力度不够，所以才增加了“损害赔偿”的决定权。可见，就赔偿问题要求双方当事人达成一致比较困难。基于同样的理由，我们完全可以预见将来双方当事人不服专利行政执法部门作出的“损害赔偿”决定将会普遍存在。由此导致的后果是，一旦专利行政执法部门拥有了“损害赔偿”的决定权，就不得不就侵权纠纷的侵权损害赔偿作出决定（否则就是行政不

① 参见 [美] 戈尔丁：《法律哲学》，北京三联书店 1987 年版，第 227—246 页。

② 参见“加强和完善我国知识产权行政执行的必要性”，载 http://www.sipo.gov.cn/yw/2012/201203/t20120309_649389.html（中国国家知识产权局网站），最后访问日期，2013 年 3 月 13 日。

作为),那么当事人就多了一种“不服”行政决定的理由。当事人因此起诉到人民法院,由于诉讼的性质属于行政诉讼,专利行政执法机关将成为被告,一旦出现专利行政执法机关的决定被法院撤销的情况(法院无法直接改变行政机关的决定),那么国家知识产权局将需要重新作出决定,从而面临被另一当事人诉至法院的情形,如此繁杂的诉讼程序,怎么能够达到“减少诉累”的效果呢?

(2)国家知识产权局关于第60条的修改实际上是在一定程度上恢复了1984年专利法第60条的规定,即“对未经专利权人许可,实施其专利的侵权行为,专利权人或者利害关系人可以请求专利管理机关进行处理,也可以直接向人民法院起诉。专利管理机关处理的时候,有权责令侵权人停止侵权行为,并赔偿损失;当事人不服的,可以在收到通知之日起三个月内向人民法院起诉;期满不起诉又不履行的,专利管理机关可以请求人民法院强制执行”。相对于之后专利法的三次修改,1984年专利法将请求专利管理机关进行处理放在向人民法院起诉之前,并且赋予了专利管理机关“责令”侵权人“赔偿损失”的权力。但是,1990年10月1日行政诉讼法施行后,专利管理部门作出处理决定的行为被认定是“具体行政行为”,当事人如不服,可以将专利管理部门作为被告,向法院提起行政诉讼。当时的专利行政执法部门艰难地接受了这种状况,出现了不愿立案,甚至把案子推向法院的现象。^①2000年专利法就行政执法程序做了较大的调整,一是规定“未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权,引起纠纷的,由当事人协商解决;不愿协商或者协商不成的,专利权人或者利害关系人可以向人民法院起诉,也可以请求管理专利工作的部门处理”,不仅将行政处理程序列为与向人民法院起诉并列的一种救济手段,而且规定“进行处理的管理专利工作的部门应当事人的请求,可以就侵犯专利权的赔偿数额进行调解;调解不成的,当事人可以参照《民事诉讼法》向人民法院起诉”。从而避免了因双方当事人赔偿问题不能达成一致导致专利管理部门自身成为被告的风险。

实际上,担心成为行政诉讼的被告一直是影响专利行政机关积极性的一个重要因素。国家知识产权局贺化副局长在全国知识产权系统执法工作会议

^① 刘振刚(北京市知识产权局局长):“面对专利法修改,行政执法将何去何从”,载《知识产权报》2009年5月7日。

上的讲话中甚至强调,“办案不要怕当行政被告”,“行政不作为是失职,严重的会受到法纪追究”^①。可见,专利行政执法机关取得对“损害赔偿”的决定权之后,可能会更经常成为行政诉讼的被告,从而直接影响行政执法的积极性,进而损害专利行政保护的力度。

三、赋予专利行政执法程序中调解协议强制执行力的立法基础较为薄弱

解决专利行政执法中的损害赔偿问题的另外一个思路是赋予行政调解书强制执行力^②,或者参照《人民调解法》^③,履行人民法院确认程序后,享有强制执行力。

直接通过立法赋予专利行政执法程序中调解协议的强制执行力,与司法实践中一贯执行的司法政策无法衔接。现行的做法是,知识产权行政调解是诉讼外的调解,一般只涉及具体的数额,不涉及实体问题。而且这种调解程序必须根据当事人的请求或者依据当事人自愿的原则才能启动,不能由行政保护机关强制进行。对于调解结果,当事人一方不服的,或一方不履行的,另一方可以向法院提起民事诉讼。2009年8月4日最高人民法院《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》对行政调解的效力问题做了专门规定,主要有:(1)承认行政调解的法律效力。上述若干意见指出,为有效化解行政管理活动中发生的各类矛盾纠纷,人民法院鼓励和支持行政机关依当事人申请或者依职权进行调解、裁决或者依法作出其他处理。调解、裁决或者依法作出的其他处理具有法律效力。(2)当事人不服行

^① 参见 http://www.sipo.gov.cn/jldzz/hh/zyjh/201202/t20120209_644270.html (中国国家知识产权局网站),最后访问日期,2013年3月13日。

^② 参见 http://www.legaldaily.com.cn/zbzk/content/2012-12/13/content_4050051.htm?node=24809 (法制日报网站),最后访问日期,2013年3月13日。国家知识产权局条法司司长宋建华日前透露,正在修订的《专利法》拟规定在专利执法部门主持调解下双方当事人就侵权赔偿数额达成的协议,一方不履行的,另一方可申请法院确认和强制执行。

^③ 《人民调解法》第32条规定,经人民调解委员会调解达成调解协议后,当事人之间就调解协议的履行或者调解协议的内容发生争议的,一方当事人可以向人民法院提起诉讼。第33条规定,经人民调解委员会调解达成调解协议后,双方当事人认为有必要的,可以自调解协议生效之日起三十日内共同向人民法院申请司法确认,人民法院应当及时对调解协议进行审查,依法确认调解协议的效力。人民法院依法确认调解协议有效,一方当事人拒绝履行或者未全部履行的,对方当事人可以向人民法院申请强制执行。人民法院依法确认调解协议无效的,当事人可以通过人民调解方式变更原调解协议或者达成新的调解协议,也可以向人民法院提起诉讼。

政机关对平等主体之间民事争议所作的调解、裁决或者其他处理,以对方当事人为被告就原争议向人民法院起诉的,由人民法院作为民事案件受理。法律或司法解释明确规定作为行政案件受理的,人民法院在对行政行为进行审查时,可对其中的民事争议一并审理,并在作出行政判决的同时,依法对当事人之间的民事争议一并作出民事判决。(3) 认定行政调解协议具有合同性质。行政机关依法对民事纠纷进行调处后达成的有民事权利义务内容的调解协议或者作出的其他不属于可诉具体行政行为的处理,经双方当事人签字或者盖章后,具有民事合同性质,法律另有规定的除外。(4) 行政调解协议可以申请人民法院确认其效力。经行政机关、人民调解组织、商事调解组织、行业调解组织或者其他具有调解职能的组织调解达成的具有民事合同性质的协议,经调解组织和调解员签字盖章后,当事人可以申请有管辖权的人民法院确认其效力。当事人请求履行调解协议、请求变更、撤销调解协议或者请求确认调解协议无效的,可以向人民法院提起诉讼。依据上述规定,专利行政执法程序中的调解在性质上仍然是国家行政机关处理行政纠纷的一种方法,调解的双方是平等的主体,双方是在平等协商的基础上达成一致协议。作为诉讼外调解,专利行政执法程序中所达成的协议同样不具有法律上的强制执行力。

如果履行法院确认程序,若对方反悔,其程序复杂性与另行就赔偿问题向人民法院起诉的程序没有太大差异。

四、现行制度下,专利纠纷处理中仲裁优势作用难以发挥

对专利侵权纠纷处理而言,仲裁具有天然的程序优势:

1. 相较于通过诉讼和行政程序解决知识产权纠纷,仲裁更有利于当事人迅速解决纠纷,同时可以充分利用各种专业技术资源。争议处理的时间对知识产权权利人有着至关重要的意义。向法院提起诉讼将会使权利人面临漫长的一审、二审及之间的移送程序,由行政管理部门进行处理又可能成为对权利人旷日持久的消耗。而如若将争议提交仲裁机构进行仲裁,则实行一裁终局制,裁决一经作出则对双方当事人产生约束力,不允许当事人上诉,一方当事人如不主动履行裁决,则另一方当事人有权利请求法院强制执行。同时,仲裁可以不受地域、级别、行业的限制,仲裁机构依法独立行使仲裁权。仲裁机构可以根据市场的仲裁需求,合理配置仲裁员,包括配置推介人员、办案秘书,甚至可以选定一个与争议的核心内容有密切关系的科研机构或专业

协会等学术团体，并成立中立的专家鉴定组，对双方当事人争议的核心问题做出技术性分析和判断，从而保证裁决的专业性、准确性^①。

2. 知识产权仲裁有利于保护技术秘密。根据我国《仲裁法》第四十条规定，仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国际秘密的除外。由此可见，仲裁以不公开审理为原则，以公开审理为例外。鉴于知识产权案件标的物的无形性，很容易遭到窃取和侵犯，所以不公开审理对知识产权纠纷处理具有重大意义。通过不公开审理，有利于保护当事人的商业秘密，维护当事人的商业信誉，对仲裁申请人与被申请人双方均存在有利的一面。

3. 知识产权仲裁更容易获得域外的承认。当侵权地位于世界多个国家或地区时，诉讼对权利人来说就会相当不便，会出现不同国家或地区判决结果不一致，判决数额存在巨大差异甚至判决结果大相径庭的情况。而根据《纽约公约》，只要不违反要求承认与执行仲裁裁决国的相关法律，仲裁裁决即可在加入该公约的国家得到承认与执行。

但是，在现行制度下，很少有专利侵权纠纷进入仲裁程序处理。实践中存在的困难主要体现为以下两点：

1. 难以达成仲裁协议。根据我国《仲裁法》的规定，案件被仲裁委员会受理的一个前提是双方事先或事后达成仲裁协议。对于一般的侵权纠纷，因事先根本无法预知，也就不会有仲裁协议；而事后达成仲裁协议，也很少见。此外，知识产权纠纷能否解释为仲裁法第2条规定的“其他财产权益纠纷”，涉及对知识产权性质的认定——如果认为知识产权不同于物权，这种解释便难以成立。由此使得现行仲裁制度难以解决侵权纠纷。而笔者认为，对于知识产权侵权纠纷，恰恰是最需要探求新的争议解决方式的。

2. 违约与侵权竞合情况下仲裁条款的适用问题尚待明确。随着经济社会的发展，越来越多的合同会约定具体的知识产权条款，而且大多数合同同时也会约定仲裁条款。如果在合同履行过程中，一方当事人由于违约行为侵犯了另一方当事人的知识产权，而知识产权人对此提起诉讼，另一方以双方存在仲裁协议提出管辖权异议，对此如何处理，还不能找到直接的法律依据。

^① 参见马磊：“我国知识产权仲裁的发展现状与相关建议”，载 http://www.cdac.org.cn/events_view.action?id=207&typeId=4（成都仲裁委网站），最后访问日期，2013年3月13日。

从当事人的诉权角度来说，专利权人自然有权利选择以侵权为诉由，还是以违约为诉由，而事先的仲裁条款似乎不应解释为包括对侵权纠纷的处理。如果从避免当事人滥用诉权规避仲裁条款的角度来说，既然发生的侵权行为同样也是违约行为，当事人在签订合同时应已合理预见到该行为的发生而规定违约条款，并且就日后违约纠纷的管辖已经通过仲裁条款固定下来，事后当事人选择以侵权事由提起诉讼，确有规避仲裁条款之嫌。特别是对于当事人通过增加共同被告造成诉讼当事人多于仲裁协议当事人的情况，仲裁协议是否仍具有效力，也具有争议。以下是最近的三个关于侵权与违约竞合的案例：

（1）最高人民法院“江苏省物资集团轻工纺织总公司诉（香港）裕亿集团有限公司、（加拿大）太子发展有限公司侵权损害赔偿纠纷上诉案”（裁决时间：1998年5月31日，简称物资公司案），即属于违约责任与侵权责任竞合的情况。在该案中，双方签订的合同约定卖方应交付的标的物是旧电机，实际上卖方交付的是废钢管等，故此，买方以卖方构成欺诈为由向法院提起侵权赔偿诉讼，卖方交付废钢管的行为同时构成欺诈侵权和合同违约。最高人民法院裁决该案应由仲裁管辖的主要理由是：“……侵权行为是在签订和履行两份销售合同过程中产生的”，“该两份合同第8条明确规定：凡因执行本合约所发生的或与本合约有关的一切争议……提交仲裁……”。

分析法院之所以支持案件应由仲裁管辖的理由，是因为该案被告的行为既构成侵权也构成违约。案件是否应由仲裁管辖，其当然的要件应该是案件属于仲裁条款约定的效力范围，而不论该案件是以违约还是以侵权的形式存在。在该案例中，因被告的行为同时构成侵权和违约，而该违约事由属于仲裁条款效力范围，故此，该案件虽为侵权案件但也可适用仲裁条款。

（2）2005年5月10日，最高人民法院对于“吉林化学工业股份有限公司诉美国WP国际发展公司、吉林市淞美醋酸有限公司侵权损害赔偿纠纷管辖权异议案”（简称WP公司案）作出裁决。该案基本事实和争议焦点：WP公司与吉化公司签订《合作经营合同》，约定共同出资成立淞美公司，该合同约定：“凡因执行本合同所发生的或与本合同有关的一切争议……应提请……仲裁”。WP公司以吉化公司和淞美公司为共同被告起诉至法院，称淞美公司在生产经营过程中，与吉化公司互相串通，共同欺骗WP公司，要求吉化公司和淞美公司共同承担侵权损害赔偿赔偿责任。淞美公司和吉化公司在答辩期内分别

提出管辖权异议，请求将本案移送仲裁机构。

最高人民法院二审认为：WP 公司是以吉化公司与淞美公司共同实施了侵权行为为由提起的侵权之诉。本案中 WP 公司诉称的侵权行为地与吉化公司、淞美公司的住所地均在原审法院管辖范围内，原审法院对本案有管辖权。淞美公司、吉化公司上诉称本案应为中外合作经营合同纠纷，并非侵权赔偿纠纷，该上诉理由并无法律根据。二者作为原审被告，无权变更 WP 公司的诉讼请求，故其关于本案应为中外合作经营合同纠纷并非侵权赔偿纠纷的上诉理由，不应予以支持。WP 公司与吉化公司之间的《合作经营合同》虽约定有仲裁条款，但淞美公司并非该《合作经营合同》的当事人，其不受该《合作经营合同》的约束，亦无权援引该《合作经营合同》中的仲裁条款提出管辖异议；且本案并非基于合同的违约之诉，而是侵权之诉，故淞美公司关于本案应基于合同约定移送仲裁机构管辖的上诉理由缺乏事实和法律依据，本院不予支持。WP 公司与吉化公司之间的《合作经营合同》虽约定有仲裁条款，但该仲裁条款不能约束本案中三方当事人之间的必要共同侵权纠纷，故吉化公司关于本案应基于合同约定移送仲裁机构管辖的上诉理由缺乏事实和法律依据，不应予以支持。

(3) 上海市高级人民法院在 1988 年作出的“中国技术进出口总公司诉瑞士工业资源公司侵权损害赔偿纠纷上诉案”的裁决也是针对类似问题。在案件中，法院认为“上诉人利用合同形式，进行欺诈，已超出履行合同的范围，不仅破坏了合同，而且构成了侵权。双方当事人的纠纷，已非合同权利义务的争议，而是侵权损害赔偿纠纷。被上诉人有权向法院提起侵权之诉，而不受双方所订立的仲裁条款的约束”。

通过以上三个案件，我们可以看出，目前在我国知识产权侵权与合同发生竞合时，法院的判例大多倾向于诉讼而非仲裁，或者说至少认为当事人在仲裁和诉讼之间拥有选择权。

五、专利行政执法程序与知识产权仲裁具有天然的互补优势

如前文所述，专利行政管理机关处理专利侵权纠纷具有主动、高效、专业的优势，但是存在无法处理“侵权赔偿”的短板；而仲裁虽然有一裁终局和灵活专业的程序特点，却由于侵权案件当事人的不确定性，导致很难达成仲裁协议进入仲裁程序。在这种情况下，对当事人来说，如何将专利行政执