



知识产权司法保护 理论与实务

ZHISHI CHANQUAN SIFA BAOHU
LILUN YU SHIWU

朱和庆 主编

知识产权出版社



要目

本书共分五编，包括：总论、著作权法、专利权法、商标法、反不正当竞争法、知识产权侵权救济、知识产权行政保护、知识产权刑事保护、知识产权国际保护、知识产权与国际贸易、知识产权与电子商务、知识产权与网络技术等。

知识产权司法保护 理论与实务

ZHISHI CHANQUAN SIFA BAOHU
LILUN YU SHIWU

朱和庆 主编

副主编 刘咏

知识产权出版社

ISBN 978-7-80103-749-4/D·021	定价：40.00元
2008年1月第1版	印数：4000册
860mm×1230mm 1/32	印张：12.125
北京知识产权出版社	北京海淀区中关村大街27号
发行部：010-82008093	编辑部：010-82008093
网址： http://www.ipph.cn	邮编：100088

如有印装质量问题，本社负责调换。

知识产权出版社

内容提要

本书作者结合自己审判工作实践对知识产权诉讼程序、专利权保护、商标权保护、著作权保护、反不正当竞争之司法保护、知识产权合同理论与实务的若干问题进行全面、系统的研究,以期对知识产权法官审理和律师代理类似案件有所借鉴。

读者对象:知识产权法官、律师,政法院校师生及其他知识产权工作者。

责任编辑:彭小华 责任校对:韩秀天

装帧设计:SUN工作室 责任出版:杨宝林

图书在版编目(CIP)数据

知识产权司法保护理论与实务/朱和庆主编. —北京:知识产权出版社, 2007. 12

ISBN 978 - 7 - 80198 - 746 - 4

I. 知… II. 朱… III. 知识产权 - 保护 - 研究 - 中国
IV. D923. 404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 165791 号

知识产权司法保护理论与实务

朱和庆 主编

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.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010 - 82000893 82000860 转 8101

传 真: 010 - 82000893

责编电话: 010 - 82000860 转 8115

责编邮箱: pengxiaohua@cnipr.com

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 15. 125

版 次: 2008 年 1 月第 1 版

印 次: 2008 年 1 月第 1 次印刷

字 数: 402 千字

定 价: 35. 00 元

ISBN 978 - 7 - 80198 - 746 - 4/D · 521

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

编写委员会

主 编	朱和庆		
副主编	陈陟云	胡充寒	
委 员	余品图	郭云雄	谭海华
	温万民	邓治军	怀晓红
	刘 红	张泽吾	吴行政
	邱程辉	吕倩雯	赵 明
	郑正坚	杨宏丽	

努力打造知识产权审判的佛山模式

（代前言）

佛山，地处美丽富饶的珠江三角洲腹地。这里经济发达，高新技术飞速发展，与高新技术发展和应用相关的知识产权案件日益增多。作为知识产权司法保护的主要践行者，我们深刻意识到，只有把知识产权审判作为法院工作的重头戏，努力寻求知识产权工作与发展的最佳结合点，切实保护好公民、法人的知识产权，才能为佛山的科技进步和经济发展提供强有力的法律支撑。1998年2月，广东省佛山市中级人民法院设立了知识产权审判庭。截至2006年底该庭已受理各类知识产权案件2445件，审结了2328件，解决争议标的额46.23亿元。在多年的司法实践中，知识产权审判的“佛山模式”已经初步形成，并为许多兄弟法院所借鉴。现在，我们将这一模式的精华部分归纳如下，不仅是检点得失的思考，更是对超越以往的期待。

一、加强诉讼指引，规范审判流程

知识产权案件的审理过程是一个相当复杂的流程，其中最关键的是诉讼证据的收集、固定等问题。我们根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》），结合知识产权案件的特点，总结出一套审理案件的程序性做法。这种做法的特色在于适当地向当事人行使释明权，将诉讼指引工作贯穿于案件审理过程，使当事人知道如何去打官司，从而提高裁判的公信力。

（1）注重举证指引。知识产权审判在我国起步较晚，无论是对于当事人还是专业代理人来说，都是一项较新的工作，当事人的举证能力和举证水平与我国目前的司法环境也不太相称，举

证指引成为开展知识产权审判工作的一个不可忽视的问题。为适应这种客观情况，我们在受理案件后，即向当事人送达本庭针对各类案件而量身定制的《举证须知》《诉讼须知》，告知当事人举证要求和法律后果，告知各类案件诉讼所需的特有的核心证据和各类案件共同应有的证据事项，同时告知当事人有申请人民法院调查收集证据的权利及申请应具备的基本条件和申请程序等。通过这一措施，增强了当事人的诉讼能力，发挥了当事人在诉讼中的中心作用，能够确保庭审有的放矢地进行，也能较好地将当事人的诉讼主导权与法官的程序指导权结合起来，对强化庭审功能，提高司法效率大有裨益。

（2）正确实施证据保全。在一些案件中，囿于当事人的举证能力，其无法取得相关关键证据。为了案件结果的客观公正，需要对确实难以取得证据的当事人给予司法补救。在知识产权诉讼中，证据保全就是我们通常采取的解决这一问题的较为有效的取得证据的手段。在具体实施证据保全时，合议庭除对其申请的形式要件进行审查外，并在详细了解各类案件的性质、权利的稳定性、争议标的、侵权程度等事实的基础上，针对个案特点，采取不同的保全方法和措施，根据案件的需要确定查封的方式和力度，并将查封重点锁定在反映侵权的有关技术资料及反映生产数量、销售范围、生产时间等与索赔相关的证据上。在保全书面证据的同时，及时制作调查笔录，询问法定代表人或负责人有关生产被控产品的数量、生产时间、生产规模等相关情况。通过正确适时地实施证据保全，不但可以取得当事人不易取得的证据，而且能第一时间掌握被告侵权状态，防止当事人事后的不实陈述，为案件的审理打下良好的基础，对案件的调解也能起到较强的促进作用。

（3）普遍实行证据交换制度。在《证据规定》实施以前，我们考虑到知识产权案件的特点，除个别事实清楚、当事人争议较小的案件外，均实行庭前证据交换，由主审法官和跟案书记员

共同主持。《证据规定》实行后，我们进一步全面严格地执行该制度。在主审法官的指引下，要求当事人将所要证明的事实进行分类，每一证据注明证据名称、证据内容、证据来源及欲证明的事实，证据份数按对方当事人的人数及合议庭、书记员的人数提交，证据交换时询问有无反证，如果有，则视案件情况预留相应的提交反证的时间，通常为7天。对于一些证据繁多的案件，证据交换时，告知当事人在庭审前对对方的证据进行整理，确定和归纳有异议的证据，以便庭审时集中对有异议的证据进行质证。另外，证据交换时，还要求当事人固定诉讼请求。证据交换后，如无特殊情况，不再接收新的证据，不再允许变更诉讼请求。规范的证据交换制度，使诉讼证据得以固定化、系统化、条理化。这样，一方面，强化了当事人的举证意识和不举证的法律后果，避免因新证据的提交导致庭审的拖延；另一方面，法官在庭审前就对当事人的争议核心有所了解，避免法官因对证据内容的不了解而执拗于细枝末节或迂回反复而不得要领，使庭审更具有针对性，更集中且富有效率。

证据指引、证据交换、证据保全、调查收集证据等程序的公开和透明，使得当事人能够更积极充分地行使自己的举证权，落实当事人的证明责任；同时，法官则有效地将职权行为约束在程序指引的范围内。这些具体的操作，让诉讼各方权益得到均衡保障，为案件的实体审理和结果的公正奠定了良好的基础。

二、实行听证程序，慎重对待禁令申请

颁发临时禁令的目的是为了及时制止侵权者的侵权行为，适用于较为急迫的情形，迅速、准确地采取相关措施成为我们审理禁令申请的宗旨。但临时禁令一旦作出，将对被申请人的经营活动造成严重的冲击和破坏性的影响。为了保证这项措施的正确实施，使得权利人行使其私权时，不使公众的合法权益受到损害，

我们对禁令的审查严格慎重，针对不同类型的案件进行符合个案特点的审查。申请人提出诉前禁令，其前提条件是专利权等权利真实有效。由于我国专利法规定，对实用新型、外观设计专利的申请不进行实质审查，在这两类案件的当事人提出申请时，我们要慎防专利权人滥用权利，谨防其利用临时禁令作为打击竞争对手的工具。故在审判实践中确立了必要的听证制度。进行诉前证据保全后，合议庭及时召集双方当事人对权利人的权利与被控侵权产品的技术特征进行比对和要求被申请人对提供的比对文献等抗辩证据及理由进行解释和说明，认真听取被申请人的抗辩理由和考虑社会公共利益等因素。必要的听证程序保证了法庭在充分听取双方的证据、全面掌握案件事实的前提下所作出的禁令准确无误，不仅减少与终局判决不一致的情况，也把握了专利权人和公共利益的平衡关系。这不仅符合 TRIPs 协议的要求，也与其他国家执行临时措施的标准一致。诉前禁令作出后，在执行现场，执行人员再次对有关事实进行审查，确认无误后再依法执行裁定，采取禁令的范围和程度，与保护专利权的安全相适应，以确保这项措施的正确实施。到目前为止，我们作出的禁令裁定，当事人均没有提出复议申请。

三、注重诉讼调解，率先创设六步调模式

我们始终坚持“能调则调，该判则判，调判结合”的原则，正确处理调解与审判的关系，在认真总结，广泛借鉴，大胆创新，逐步摸索诉讼调解工作的流程化管理中，形成了“六步式”诉讼调解模式，办案效率和社会效果明显提高。自知识产权审判庭成立以来，在我们历年来审结的案件中调解结案（含当事人和解后撤诉）的比例累计达到了 50% 以上。从案件的受理开始，到案件宣判前，佛山市中级人民法院在诉讼的各个阶段都积极主动地将调解工作贯穿其中。

第一步，案件送达和财产、证据保全时的“送达调”。案件

送达和财产或证据保全时，由于大多数被告没有思想准备，来不及就事实、后果向他人请教和转移销毁侵权证据，这时调解比较容易成功。

第二步，被告答辩和证据交换时的“答辩听证调”。在这一阶段，各方当事人对双方的观点及分歧有了基本的认识，并基本上掌握了对方的证据，已经能够比较理智、客观地对待纠纷，从而增加了调解的可能性。这时案件承办人也对案情有了基本的了解，通过耐心细致的工作和列举相似案例，使当事人了解该类案件的处理原则和处理结果。因此，这一阶段的调解成功率也比较高。

第三步，当事人及诉讼代理人庭外和解的“庭外调”。由于知识产权案件的特殊性，绝大多数当事人都会聘请律师，而这些案件的代理律师往往会根据案件的具体情况，帮助当事人分析案情、推测案件的结果，当事人对他们也比较信任。这时，案件承办人通过发挥律师的作用，不失时机地进行调解，成功率也相对较高。

第四步，庭审阶段的“庭审调”。案件进行到这一阶段，通常能够调解的可能性相对较小，但这时案情已明朗化，并有前几个阶段的调解基础，加之判决在即，只要承办人找准切入点，仍会促成当事人接受调解。

第五步，案件宣判送达前的“庭后调”。当事人等待宣判时心理大多忐忑不安，特别是案件事实和证据对其不利的一方当事人，考虑到判决结果，心理压力比较大，通过调解减少损失的愿望比较强烈。这时，只要案件承办人及时抓住这一有利时机，往往会促成调解。

第六步，贯穿整个审理过程的“案例示范调”。对有些案件的当事人，仅凭口头说服及指引，效果并不明显。法官可以在调解时，将类似的案例提供给当事人，供其参阅，使当事人了解该类案件的处理原则及处理结果。这样，就为当事人提供了一个合

理的预期，使当事人能够理性预测其诉讼结果，避免当事人滥诉和漫天要价，从而为法官的调解工作提供了极大的便利。在一些案件中，针对原告诉状中列明的索赔数额较高的情况，法官主动将已有类似判例提供给原告诉讼代理人，原告诉讼代理人阅读后通常会主动降低赔偿数额，从而为促使案件迅速调解提供良机。

四、重视现场勘查，将开庭审理延伸到案发现场

勘查现场是知识产权审判中经常遇到的问题，也是开庭审理工作的延伸。一般在以下几种情况下，我们均会考虑勘查现场：（1）被控产品不易搬迁到法庭，有必要组织双方当事人到现场进行技术比对；（2）原告的权利属于方法发明或者涉及生产方法的技术秘密，有必要到被告所在地深入了解被告的具体生产方法；（3）案件需要委托专家进行技术鉴定时需要法官陪同专家做现场勘查；（4）法院在证据保全时通过勘查现场对有关证据予以固定；等等。实践证明，这种现场开庭的方式对方便当事人诉讼及提高办案效率具有非常重要的意义，是司法为民的有力体现。

五、慎重对待司法鉴定，解决专门性问题

司法鉴定是一种诉讼活动，程序的主体得到尊重，是程序保障的根基所在。诉讼活动绝不是裁判机关权力自我演绎的活动，应是一定规则支配下当事人的权利与裁判者权力的有机互动。即使是依职权的方式，鉴定机构和鉴定人的选定也不能完全由法院操纵，法院在操作方式及决定形成过程中应充分重视当事人的参与和表白的机会，让当事人的权利和法院的权力有着合理的分配与契合。这样做，既可以提高当事人对司法的信赖，也便于双方当事人对对方诉讼活动以及人民法院审判活动的监督，保证当事人之间进行必要的诉讼活动，并由此增加司法的透明度和公正性。我们经过摸索，将鉴定机构和鉴定人的选任分成预选阶段和

法院决定阶段。在前一阶段，由各方当事人向法院推荐鉴定机构和鉴定人员，最大限度地强化当事人的参与权，综合形成预选名单。法院决定鉴定机构和鉴定人员时，通过两种方式进行遴选：一种方式是当事人从预选名单中将其反对的鉴定机构或鉴定人员予以剔除，合议庭在保留的机构和人员中进行选择；另一种方式是由当事人在合理期限内从预选名单中分别选择其同意作为鉴定的机构和人员，合议庭在双方当事人共同选择的名单中确定鉴定机构和鉴定人员。当然，鉴定机构和鉴定人员要实行预先审定制度，即由合议庭判断专家的适格性，当事人推荐的鉴定机构，必须是具有鉴定资质的机构，鉴定人必须具备案件鉴定应有的专业知识和经验技能，且没有回避事由，避免鉴定结论作出后，因鉴定主体资格不够、需要回避等问题而不能采信。确定后的鉴定人需对当事人保密，直到鉴定会的召开，以保证鉴定人独立、公正地进行鉴定。通过以上方式产生的鉴定机构和鉴定人，虽然是法院最终指定，但其产生过程充分尊重了当事人的参与权，鉴定结论容易得到社会公众的信任。

还必须指出，司法鉴定毕竟耗时较长，不利于提高办案效率。因此，我们要求合议庭法官尽量通过勘查现场、咨询专家、要求当事人各自找技术人员向法官说明有关技术问题等方式来理解与案件有关的技术问题，从而尽快作出裁判。我们轻易不启动鉴定程序，只有在通过以上措施法官还是不能理解有关技术问题的情况下才启动鉴定程序。

还有就是如何对待鉴定结论的问题。鉴定结论只能是对有关技术性事实的认定，不能得出是否构成侵权的结论。我们要求合议庭法官慎重对待鉴定结论，将里面的技术性事实与其他事实结合起来考虑，并根据有关法律的规定，最终得出是否侵权的结论并作出裁判。

六、设立专家制度，有效破解技术难题

知识产权案件涉及诸多不同专业的技术问题，技术比对是审理知识产权案件的必经环节。因法官对各行各业相关技术问题的认知不够专业，委托司法鉴定目前几乎成为解决涉案技术问题的惟一途径，但鉴定既影响知识产权审判的效率，也影响案件审判的质量。佛山市中级人民法院根据佛山市的产业结构和知识产权案件的类型特点，从佛山市长期从事科技工作和知识产权工作的人员中，聘任各主要行业中有代表性的专家以个人身份组成佛山市法院知识产权专家咨询委员会，充分发挥他们在解决专业技术问题上的独特作用和案件调解中的积极作用。专家委员的主要职责是为个案技术问题提供咨询、举办技术知识讲座或培训、介绍知识产权领域发展动态及提出工作建议等。专家委员会的设立，符合知识产权审判的技术特点，也符合知识产权审判的发展趋势，国外已有成例，但在国内全面铺开尚待时日。我们率先试行，引起最高法院以及广东省高院的极大关注，最高法院在《最高人民法院关于全面加强知识产权审判工作为建设创新型国家提供司法保障的意见》中肯定了上述做法。专家委员会成立以来，我们曾就六个外观设计案件向专家进行咨询并采纳外观设计专家的意见，裁判文书的说理性和说服力明显增强，同时由于专业术语的适当运用，当事人也部分息诉服判，达到了良好的法律效果和社会效果。

七、及时维护专利权人的权利，不轻易中止案件审理

在审理专利侵权案件中，被告为了抗辩的需要往往在诉讼中对原告专利权的有效性提出质疑并向国家知识产权局专利复审委员会申请宣告专利无效，要求法院中止审理。为了及时保护专利权人的利益，防止被告故意拖延诉讼，在是否中止审理的问题上，我们的做法是在决定是否中止审理前都依法将案件开庭审

理。我们认为，被告的专利无效抗辩理由及中止审理的理由是否成立应当经过开庭质证才能确定，如果未经开庭便决定案件是否中止审理对当事人来说均是不公平的。经过开庭审理，在同时满足下列条件的情况下，我们才会考虑中止审理：（1）被告在诉讼过程中提出的专利无效宣告请求被国家知识产权局专利复审委员会受理；（2）被控产品在形式上落入原告专利权的保护范围；（3）原告专利权的权利稳定性有合理怀疑。如实用新型专利的检索报告发现有可能导致该实用新型专利丧失新颖性、创造性的技术文献的，外观设计专利中被告有一定的证据对该外观设计专利的新颖性提出质疑而法官又一时感到难以取舍的。

当前，知识产权审判工作面临着国际知识产权保护的新挑战，面临着国家知识产权战略的新挑战，面临着创新社会建设需要的挑战。展望未来，知识产权审判工作任重道远，前景广阔。我们将继续在知识产权司法保护这一审判领域，牢固坚持社会主义法治理念和“公正司法、一心为民”的工作宗旨，积极受理并及时审理各类知识产权案件，重视综合运用各项诉讼手段，加大对侵权行为的制裁力度，确保知识产权司法保护执法标准的统一和执法结果的协调，力争为建设创新型社会作出新的更大的贡献。

广东省佛山市中级人民法院院长

朱和庆

目 录

第一章 知识产权民事诉讼程序若干问题研究	(1)
第一节 法院知识产权民事审判的分工与管辖	(1)
一、专业化的集中审判或提级审判	(1)
二、地域管辖标准	(4)
三、广东省佛山市中级人民法院知识产权审判概况	(5)
第二节 立案	(9)
一、知识产权民事纠纷案件常见类型(案由)	(9)
二、各类型案件的原告在起诉时应注意提交的证据	(10)
三、关于财产保全和证据保全	(11)
第三节 诉前禁令相关问题研究	(12)
一、诉前禁令的立案	(13)
二、诉前禁令的执行	(14)
三、诉前禁令中存在的问题及建议	(16)
第四节 庭审	(21)
一、庭前准备阶段	(21)
二、开庭审理过程中应注意的问题	(22)
三、勘查现场	(26)
四、有关诉权和勘查现场的部分案例介绍	(26)
五、佛山市中级人民法院民三庭第一审开庭标准用语 摘要	(28)
第五节 证据的审查认定	(31)
一、审查证据的一般原理	(31)
二、优势证据的推定	(34)
三、证据保全笔录应注意的问题(审查证据与证据 保全阶段的笔录相结合,慎重对待当事人的	

反悔)	(39)
四、物证在知识产权审判中的重要性	(42)
五、公证证据效力的审查和认定	(43)
第六节 知识产权司法鉴定程序	(48)
一、司法鉴定的启动	(49)
二、鉴定机构和鉴定人员的选任	(52)
三、委托事项和移送鉴定材料的确定	(54)
四、鉴定的参与和监督	(56)
五、鉴定结论的质证和认证	(57)
第七节 诉讼调解	(60)
一、诉讼调解在知识产权审判中的特殊地位	(60)
二、佛山市中级人民法院审理知识产权案件的诉讼 调解模式	(61)
三、如何提高法官的诉讼调解能力	(63)
第八节 权利冲突中行政程序和司法程序的衔接	(65)
一、协调知识产权权利冲突的机制及现存问题	(65)
二、知识产权权利冲突协调机制的完善	(68)
第九节 民事诉讼程序与刑事司法程序的协调	(75)
第二章 专利权保护若干问题研究	(79)
第一节 论外观设计专利侵权的判断	(79)
一、外观设计专利保护范围的确定	(79)
二、外观设计专利侵权行为的认定	(82)
三、相同或近似的外观设计的判断	(84)
第二节 发明和实用新型专利纠纷案件的审理与 评析	(93)
一、等同原则的运用	(93)
二、仅从属权利要求有效之专利权保护范围的 确定	(107)
三、方法发明专利案件审理中应注意的几个问题——	

从东莞××公司诉常××、万×、南海××家具厂 一案谈起	(111)
四、发明专利侵权案件中诉讼中止的运用	(118)
五、多余指定原则之缺陷分析及司法对策	(120)
六、一个专利证书涉及两项以上的发明或实用新型时 专利权保护范围的界定	(127)
七、发明点问题	(132)
第三节 关于外观设计和实用新型专利侵权纠纷案件的 中止审理问题	(133)
一、对外观设计和实用新型专利侵权案件中中止诉讼的 有关法律、法规的理解	(133)
二、中止前的准备工作	(137)
第四节 专利侵权中制造行为的认定	(137)
一、专利侵权中制造行为的构成要件	(138)
二、几种特殊情况下制造行为的认定	(138)
第五节 关于专利权利冲突的解决	(144)
一、商标权与外观设计专利权相冲突, 应如何 处理	(146)
二、外观设计专利权所包含的文字能否抗辩商 标权	(147)
第六节 企业专利风险问题研究	(148)
一、企业的专利战略及其市场影响分析	(148)
二、企业如何化解专利风险	(156)
第三章 商标权保护若干问题研究	(165)
第一节 普通商标侵权案件的审理	(165)
一、商标侵权的种类	(165)
二、侵权认定的标准	(165)
第二节 OEM 与商标侵权风险	(168)
第三节 驰名商标认定的法律思考	(172)

一、法院认定驰名商标的启动方式	(173)
二、法院认定驰名商标的情形	(174)
三、法院认定驰名商标的标准	(177)
四、最高法院对司法认定驰名商标的具体要求	(181)
五、认定驰名商标的本质和意义仅在于针对个案 提供特殊的法律保护	(183)
第四节 审理商标侵权案件中涉及权利冲突的处理 ..	(186)
一、保护合法在先权利原则	(187)
二、诚实信用原则	(189)
三、防止商标淡化原则	(191)
第五节 完善我国解决域名纠纷的法律制度	(195)
一、我国解决域名纠纷的法律制度现状	(195)
二、我国解决域名纠纷的法律制度的缺点	(198)
三、完善我国解决域名纠纷的法律制度	(201)
结语	(221)
第六节 内地与香港商标制度若干问题比较	(223)
一、两地商标权的取得制度	(223)
二、两地商标权的许可制度	(228)
三、两地对驰名商标的保护	(229)
四、两地对商标侵权的认定	(233)
五、两地商标制度面临的新问题	(236)
第七节 企业商标战略应注意的问题	(238)
一、商标的显著性	(239)
二、企业反抢注商标战略	(240)
三、防御商标战略	(241)
第四章 著作权保护若干问题研究	(242)
第一节 如何确定作品	(242)
第二节 音像制品的著作权保护	(248)
一、境外形成证据的审查	(250)