

SIFA QIANYAN 2010年第2辑(总第12辑)

司法 前沿

褚红军 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

本书立足审判工作实际，密切关注当前人民法院审判工作、司法改革以及国家法治建设中的重大理论和实践问题，研究解决司法实践中新型、疑难和特殊的法律问题，以刊载与审判工作实际紧密结合的理论研究、调查报告、案例研究成果为主要特色……

人民法院出版社

2010年第2辑(总第12辑)

褚红军 ← 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

司法 前沿

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

司法前沿: 2010 年. 第 2 辑: 总第 12 辑/褚红军主编. —北京: 人民法院出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0268 - 0

I. ①司… II. ①褚… III. ①司法—中国—丛刊 IV. ①D92 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 125309 号

司法前沿 (2010 年第 2 辑 · 总第 12 辑)

褚红军 主编

江苏省无锡市中级人民法院 编

责任编辑 陈燕华

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550583 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

网 址 <http://courtpress.chinacourt.org>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 375 千字

印 张 20.25

版 次 2011 年 8 月第 1 版 2011 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0268 - 0

定 价 50.00 元

版权所有 侵权必究

《司法前沿》编辑委员会

主 任：褚红军

委 员：（按姓氏笔画为序）

弓建明	王立新	王春年	叶志浩
孙坚强	华俭学	刘一勤	刘 芸
刘 勇	朱竞艳	吴早春	陈荣庆
陈靖宇	邹建南	邹霞虹	张 晖
周 健	金 飏	姚旭斌	周云霞
赵建聪	赵卫民	徐振华	凌 芝
袁 挺	蒋 飞	谢唯成	蔡 毅
蔡 萍			

卷首语

由无锡市中级人民法院编辑的《司法前沿》系列出版物面世了，这是一件很有意义的事情。它体现了无锡中院顺应时代发展对法院工作提出的新要求，破解人民法院改革发展中的新问题，夯实人民法院工作的基础，提高人民法院整体司法能力的坚定决心和勇气。

党的十六届四中全会提出了构建社会主义和谐社会的崭新命题，这是我们党对中国特色社会主义事业认识的新发展，是当代中国经济社会发展的新的重大战略。人民法院作为国家机器的重要组成部分，在推进依法治国基本方略，建设社会主义法治国家，构建社会主义和谐社会的历史进程中，肩负着保障在全社会实现公平正义的神圣使命；人民法院通过审判职能的充分发挥，积极倡导诚信友爱的社会价值取向，维护和保证社会的安定有序，为建设一个权利受尊重、利益可保障、纠纷可化解、人民安居乐业，人与自然和谐相处的社会发挥着重要的职能作用。当前，伴随着我国改革开放的逐步深化和社会主义市场经济的不断发展，人民法院的审判领域不断拓展，审判工作日趋复杂，疑难案件层出不穷，法院面临前所未有的压力和挑战。人民群众日益增长的司法需求与司法功能相对滞后的矛盾日益突出。新形势下，人民法院要坚持“公正司法、一心为民”的指导方针，充分发挥审判职能作用，大力增强司法能力，不断提高司法水平，为改革、发展、稳定提供坚实的司法保障。无论是分析形势还是破解难题，无论是解决司法实践中的问题还是进行司法改革和理论的创新，都需要来自第一线法官的感悟、思考和研究。

《司法前沿》的面世，有助于引起社会各界对基层司法状况和发

展的足够关注。众所周知，我国的法官人数和审判案件数，基层法院都占绝大多数，对整个审判体系起着基础和支撑作用。正如一位学者所言，中国最重大的案件也许都是由中级以上法院审理的，但是，与中国老百姓的日常生活最为密切的案件几乎都是由基层法院审理的。基层法院处于化解社会矛盾、维护社会稳定的最前沿，审判工作任务比较繁重，矛盾集中而直接，而且由于诸多因素的制约，它们在物质基础、司法环境、司法保障等方面面临的困难较多。面对这一现实，要扎实有效地做好基层法院的各项工作，就要求广大法官不仅要具备忠于人民、忠于法律、公正无私的司法品格，还要具有协调各方、争取理解、取得支持的司法智慧和综合能力。基层法院是司法的基础和代表，能否有效地发挥作用，直接影响司法制度的有序运转和司法功能的有效发挥。关注中国法治建设，通过司法实现全社会的公平和正义，立足点无疑应放在基层法院。这份专辑主要展示作为中国东部沿海经济较发达地区之一的无锡市两级法院立足审判职能、加强基层建设所作出的种种努力和探索，从而以点窥面，反映基层司法的发展状况，以期引起人们对基层司法工作的重视和研究的兴趣。

《司法前沿》的面世，有助于为学术界研究中国基层司法制度提供鲜活的素材。由于制度的分工，基层法院承担着大量的初审案件的审判任务，它们不得不每天面对大量的复杂事实争议及其相关的法律适用，这就决定了基层法院的制度创设、角色与功能定位、权力与结构安排、人员与机构设置及资源配置、运作的程序与理念等，不同于中级以上法院。要破解长期困扰基层法院审判工作正常运转的体制性和机制障碍，必须对这些问题进行深入的理论研究和实证分析。尽管近年来已有不少学者展开对我国基层司法制度的研究，并取得了一定成果，但由于实证材料的缺乏等原因，学界对基层司法制度的研究尚有待进一步深化。而《司法前沿》通过提供来自基层法院审判工作、队伍建设、法院改革的一幅幅生动图景，则可以为学术界深入研究中国基层司法制度提供一些有价值的实证素材。

《司法前沿》的面世，有助于为广大基层法官提供一个学习交流、共同提高的新平台、新园地。任何制度的实施和发展均有赖于制度实

践者的基本素养和技能。具备扎实的法学理论功底、拥有宽广的知识结构和视野，深刻把握中国社会变化对司法的新需求，是时代对中国法官司法能力提出的新要求。各级法院尤其是基层法院法官的司法能力的增强和司法水平的提高，需要进一步创新学习方法，在学习中增长才干，在学习中提高水平，不断提高法学理论水平，逐步养成良好的法律职业思维，提高解决司法实际问题的能力。

希望专辑的编辑者能够始终坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导，围绕“公正与效率”工作主题，立足审判工作实际，密切关注当前人民法院审判工作、司法改革以及国家法治建设中的重大理论和实践问题，研究解决司法实践中新型、疑难和特殊的法律问题，以刊载与审判工作实际紧密结合的理论研究、调查报告、案例研究成果为主要特色，以实现理论与审判工作的良性互动为目的，充分展示基层司法审判工作的新进展，法院改革的新举措，队伍建设的新风貌，司法管理的新方法，基层建设的新经验，使人们阅后能有所启发，有所收获。

衷心祝愿《司法前沿》越办越好！

公丕祥*

* 法学博士、江苏省高级人民法院院长。

目 录

专家特稿

- 中国知识产权法制建设的评价与反思 吴汉东(3)
- E时代中国民事诉讼的变革 刘 敏(34)

司法前沿研究

- 人民法院参与社会管理创新的再思考 褚红军(47)
- 个案民意的司法适用
- 以裁判方法和制度控制为视角 沈 君 王静静(63)
- 论司法实践中的民事案件“送达难”现象 查敏敏(77)
- 破产企业所涉知识产权纠纷之管辖冲突 钱桂芳(94)
- 论国有土地使用权期限届满后的处理路径
- 兼评《物权法》的“自动续期”规定 范晟程(105)
- 论行政诉讼当事人诉权的保障与规制
- 以行政审判权资源的合理配置为视角
- 雷 遥 华敏洁 韦 苇(117)
- 行政程序违法的司法审查强度:“正当程序”与实体
- 审查介入的可能与限度 邱伟毅 郭继光(130)
- 物权法中的公共利益制度研究 姚依哲(147)

探索与争鸣

- 论当代中国司法的基本功能
- 解决纠纷 蒋 飞(161)

和谐审判

——马锡五审判方式之研究 彭国顺 李坤复(172)

论庭审语言的规范

——以刑事审判及法官角色定位为视角 徐竹芑(185)

试论专家陪审员制度的构建与完善 陈志超 陈津波(200)

破解陪审员制度现实困境的可能途径

——以限定陪审案件范围为起点 姜丽丽 黄 晔(215)

个案舆论的程序之治

——以当事人权利保障为视角 潘华明(231)

民事调解事实审查标准的重构

——以确立多元化标准为视角 严奇荣 鄢 芳(246)

去繁就简:工伤救济程序的简化与重构 盛 熹(261)

重点调研课题

关于执行实施权分权流程改革的调研报告

..... 无锡市中级人民法院课题组(279)

审判经验

悟法律精髓 护民生民权

——杨庆峰诉无锡市劳动和社会保障局工伤认定案审判经验 (293)

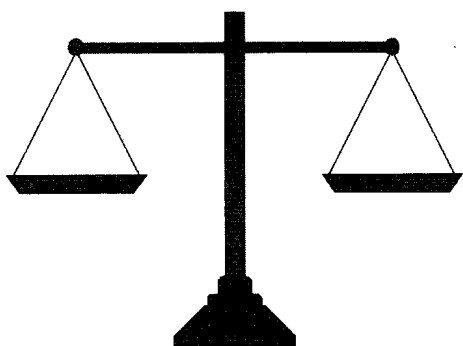
案例研究

王杰盗窃案 范 莉 朱杰焰(303)

刘华兵诉中华联合财产保险股份有限公司

无锡市惠山支公司保险合同纠纷案 单甜甜(310)

专家特稿



中国知识产权法制建设的评价与反思

吴汉东*

一、“逼我所用”还是“为我所用”：知识产权的立法背景

在法律制度的历史上，知识产权是罗马法以来“财产非物质化革命”^①的制度创新成果，也是西方国家三百多年来不断发展成长的“制度文明典范”。^② 知识产权对于发展中国家而言是一种制度“舶来品”，是被动移植、外力强加的结果；知识产权立法不是基于自身国情的制度选择，往往是受到外来压力的影响。

中国知识产权制度的百年史，是一个从“逼我所用”到“为我所用”的法律变迁史，也是一个从被动移植到主动创制的政策发展史。从清朝末年到民国政府 50 年的时间里，我国知识产权制度处于“被动性接受”阶段。自 19 世纪末叶以来，从清朝政府实行新政向西方学习到北洋政府、民国政府取材外国法进行移植，知识产权法律无一不是被动立法的结果；从新中国成立到中国加入世界贸易组织（WTO）前的 50 年间，我国知识产权制度则处于“调整性适用”阶段。这一时期，我国经历了从计划经济到市场经济

* 中南财经政法大学知识产权研究中心教授、博士生导师。

① 知识的财产化或者说财产的非物质化，是罗马法以来私权领域中最具革命意义的制度创新。关于“新财产”的论述，可参见[加]尼科·斯特尔：《知识社会》，殷晓蓉译，上海译文出版社 1998 年版，第 127 页；[美]肯尼斯·万德威尔德：《19 世纪的新财产：现代财产权概念的发展》，王战强译，载《社会经济体制比较》1995 年第 1 期。关于知识财产的制度创新，可参见拙文：《财产的非物质化革命与革命的非物质财产法》，载《中国社会科学》2003 年第 4 期。

② 诺思在对 14 世纪中国与 17、18 世纪英国作出比较分析后，指出英国拥有知识产权制度，使得发明得到大量涌现并带来浪潮般的技术革命，从而启动了工业革命并创造了现代经济增长的奇迹。参见[美]道格拉斯·诺思等著《西方世界的兴起》，厉以平、蔡磊译，华夏出版社 1999 年版，第 23 页。

的转型,知识产权制度处于“法律本土化”^①的摸索阶段:前30年在计划经济体制下,知识产权制度强化管理功能,主要依赖一些行政规章保护知识产权;后20年在市场经济体制下,知识产权立法工作得以“拨乱反正”,建立健全了知识产权法律体系,并与知识产权国际规则靠拢。从中国加入WTO到现阶段,我国知识产权制度进入到“主动性安排”阶段。近10年来,中国站在战略全局的高度,致力于知识产权制度建设,并通过制定和实施国家知识产权战略,有效利用知识产权制度,以此作为缩小与发达国家的差距,实现跨越式发展的政策抉择。

中国改革开放的30年,亦是中国知识产权法制建设的30年,大致经历了重建、发展和完善三个阶段:

一是恢复重建阶段。自70年代末国家实行改革开放政策以来,我国法制建设重新起步,知识产权立法工作进入一个新时期。从80年代初到90年代初,我国先后颁布了《商标法》(1982年)、《专利法》(1984年)、《著作权法》(1990年)、《反不正当竞争法》(1993年)等,初步建立了知识产权法律制度体系。笔者认为这一时期的知识产权立法,主要考虑本国国情,处于较低水平的短暂“过渡期”。^②这主要表现在:主要知识产权法律已经制定,但其他知识产权立法未及考虑;知识产权保护标准不是太高,但符合本国经济、科技发展现状;国际文化交流不对等,因此未能参加国际著作权保护体系。

二是快速发展阶段。自90年代初至新世纪初年,我国知识产权立法工作进入“快车道”。中国在加入世界贸易组织前,全面修订了《著作权法》(2001年)、《专利法》(1992年、2000年)、《商标法》(1993年、2001年),颁布了《植物新品种保护条例》(1997年)、《集成电路布图设计保护

① 对外国法制或国际法制的引进,存在着一个“法律本土化”的问题。本土化即是强调在法律移植时应让受移植的法律经过合理处理与嫁接,使其能渗入到移植国国民的精神和理念之中,进而本土被理解、消化和接受。参见拙文:《知识产权法律构造与移植的文化解释》,载《中国法学》2007年第6期。

② 在知识产权制度史上,西方国家大抵奉行实用主义态度,都有一个从“选择保护”到“全方位保护”,从“弱保护”到“强保护”的过渡期。基于文化、教育落后于欧洲国家的考量,美国1790年版权法采取的是低水平版权保护;鉴于本国制药及化学产业落后的状况,日本1885年专利法实施的是有限范围的专利保护。自20世纪下半叶以来,由于国际环境的变化,发展中国家已失去知识产权立法的这种漫长过渡期。参见拙文:《知识产权制度运作:他国经验分析与中国路径探索》,载《中国版权》2007年第2期。

条例》(2001年)等,使我国知识产权保护标准和水平达到了知识产权国际公约的要求。笔者认为,中国仅用了10多年的时间就实现了从低水平到高水平的过渡,完成了从本土标准到国际标准的转变,其重要动因是:(1)国际社会的压力。随着中国对外开放和对外贸易的发展,双边、多边知识产权冲突不时发生。1992年《中美知识产权谅解备忘录》的形成,客观上加快了知识产权修法进程。而在“国际贸易知识化”的体制下,知识产权保护成为国际经贸领域的基本规则,中国不得不顺应“知识产权国际化”的潮流,在参加WTO的同时加入《知识产权协定》(TRIPS);(2)自身发展的需要。中国作为新兴的工业化国家,加强知识产权保护是推动经济发展和科技进步的内在要求。在制度安排方面由被动到主动,是经济增长型国家的必要选择。可以说,中国知识产权立法,正是通过法律制度的现代化去推动科学技术的现代化。

三是基本完善阶段。自参加WTO、全面修法之后,中国知识产权立法开始进入一个战略主动期。为了进一步加大知识产权保护力度,推动知识产权制度建设,中国于2004年、2005年分别成立了“国家保护知识产权工作组”和“国家知识产权战略制定工作领导小组”。2006年1月,胡锦涛总书记在全国科学技术大会上提出建设创新型国家的战略目标。同年5月,胡锦涛总书记在中央政治局集体学习时强调:“加强知识产权制度建设,提高知识产权创造、运用、保护与管理能力,是增强自主创新能力,建设创新型国家的迫切需要。”^①2008年6月,国务院发布《国家知识产权战略纲要》。为了顺利实现纲要所确定的战略目标,我国迎来了新一轮立法、修法高潮,其主要任务是:(1)启动现行法律修订工作,以此适应后Trips时代知识产权制度变革需要和网络技术、基因技术条件下知识产权保护需要。除对《专利法》、《商标法》、《著作权法》再次进行修正外,还要对《信息网络传播权保护条例》、《集成电路布图设计保护条例》、《植物新品种保护条例》等作出首次修订;(2)对一些知识产权专门法律、法规进行清理,使其体系化、系统化和合理化。目前散见于诸多法律规范性文件中的商业秘密、商号以及特殊标志的相关规定,有待整合,以制定《商业秘密保护法》、《商号

^① 2006年5月26日,笔者与已故的郑成思教授在中央政治局集体学习会议上作了《国际知识产权保护和我国知识产权保护的法律和制度建设》的讲解,胡锦涛总书记在会议上作了重要讲话。

法》、《特殊标志保护法》；(3) 加快民间文艺、传统知识以及遗传资源保护的立法工作。着手制定专门法律，促进《生物多样性公约》、《文化多样性公约》在我国实施。以此为契机，建立符合国际知识产权制度发展趋势、体现我国知识产权保护优势的新制度体系。

时任世界知识产权组织（WIPO）总干事的阿帕德·鲍格胥博士在回顾该组织与中国合作 20 年的历史时指出，中国用了不到 20 年的时间，走过了西方国家一两百年才能够完成的知识产权立法进程，这个成就是举世瞩目的。^① 中国知识产权法制 30 年的历史表明，进入新世纪以来，我国知识产权立法已经摆脱了被动移植的局面，从“调整性适用”进入到“主动性安排”阶段。我国知识产权事业正在揭开新的历史篇章。

二、“消极接受”还是“合作博弈”：知识产权的国际对策

知识产权国际保护制度，兴起于 19 世纪 80 年代，现已成为国际经济、文化、科技、贸易领域中的一种法律秩序。^② 在当代知识产权国际保护体系中，WTO 及其《知识产权协定》发挥了主导作用，它正式确定了知识产权与国际贸易的合法关系，将知识产权保护纳入新国际贸易体制之中。上述特点，笔者将其概括为两个“一体化”：一是知识产权国际保护标准在缔约方之间的一体化。立法的一体化，寓意着知识产权保护的基本原则与标准在全球范围内的普适性。各缔约方在保护标准上的一致性，与知识产权保护水平的高低并无绝对的关联性。与知识产权国际保护制度的草创阶段不同，现有的国际公约包括《知识产权协定》以及《因特网公约》^③ 等所确定的最低保护标准，体现了权利的高度扩张和权利的高水平保护，更多地顾及和考虑了发达国家的要求和做法，在很多方面超越了发展中国家的科技、经济和社会发展的阶段；二是知识产权国际保护体系与国际贸易体制的一体化。制度的一体化，是指当代知识产权国际保护体系与国际经济贸易体制在 WTO 框架内的相互关联性。《知识产权协定》的形成与实施，即是依赖缔约方的国家强制力和世界贸易组织的国际强制力，将缔约方所承诺的知识产权保护与

① 参见国家知识产权局：《1994 年中国知识产权保护状况》（白皮书）。

② 关于知识产权国际保护制度的历史分期，可参见张乃根著：《国际贸易的知识产权法》，复旦大学出版社 1999 年版。

③ 国际知识产权界将《世界知识产权组织版权条约》和《世界知识产权组织表演与录音制品条约》合称为《因特网条约》。

缔约方参加的国际贸易体制紧密联系起来。可以说。在经济全球化的国际社会，知识产权保护既是发展中国家参与国际贸易体制的先决条件，也是发达国家维持其贸易优势的法律工具。这就导致了国际知识产权领域国家间的利益失衡和权利冲突。^①

在知识产权国际保护方面，中国作为一个发展中国家，既担心高水平保护超越现阶段国情，但又不得不面对国际社会带来的压力。在 20 世纪 90 年代初初期和中期，中国知识产权立法的国际化进程，主要受到中美双方冲突的影响。1992 年 1 月、1995 年 3 月和 1996 年 6 月，中美之间达成三个谅解备忘录。其中，前一个谅解备忘录，主要涉及知识产权保护标准，其形成表明中国接受了美国的要价，基本上按照美国标准来修改本国法律；后两个则主要涉及知识产权法的实施，相关备忘录主要是针对侵权与保护而达成的协议。^② 在中国加入世界贸易组织前后，中国知识产权立法走向国际化的动因则来自《知识产权协定》的要求。中国接受包括知识产权保护在内的国际贸易新规则，按照国际通行的标准提供知识产权保护，是有着自身的利益考量的：（1）乌拉圭回合谈判实现了发展中国家的某些利益诉求（如规定减让关税的宽限期、取消市场配额限制等），因此，发展中国家接受《知识产权协定》不是完全的让步而是有偿的交换；（2）知识产权保护不仅是一种国际经贸秩序，而且也是新兴的工业化国家自身发展的需要。中国正是在这种历史背景下，接受《知识产权协定》并加入世界贸易组织。

我国知识产权制度在其国际化进程中，有以下几项举措值得关注：

（一）国内规范与国际规范的接轨

自 1980 年正式加入《建立世界知识产权组织公约》以来，中国已陆续加入了多个知识产权国际公约，主要有《保护工业产权巴黎公约》（1985 年）、《商标国际注册马德里协定》（1989 年）、《关于集成电路知识产权保护条约》（1990 年）、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》（1992 年）、《世界版权公约》（1992 年）、《专利合作条约》（1993 年）、《国际保护植物新品种公约》（1999 年）、WTO《知识产权协定》（2001 年）、WIPO《版权条约》和《表演和录音制品条约》（2007 年）。中国根据本国国情和国际发展

^① 关于国际贸易“知识化”与知识产权“国际化”，可参见拙文《知识产权国际保护制度的变革与发展》，载《法学研究》2005 年第 3 期。

^② 邓军：《中美知识产权冲突历程回顾》，http://www.ccmedu.com/bbs8_63680.html。

趋势,依据国际公约规定,制定和完善各项知识产权法律、法规,至今已形成适应自身发展需要且符合国际标准的知识产权法律体系。

(二) 国内机构与国际组织的交流

中国重视与相关国际组织的交流与合作,已经参入了 WTO、WIPO、APEC 等国际组织在知识产权领域的各项活动。同时,还建立了“中欧知识产权对话机制”、“中美知识产权工作组”、“中日韩知识产权双边及三边对话与合作机制”,并与巴西、墨西哥、东盟等国家和地区开展多种形式的交流与合作。

(三) 国内人员对国际立法的参与

中国于改革开放之初启动知识产权立法之时,主要国际知识产权制度已经建立和完成,在以往的立法过程中,中国对国际立法的被动接受多于主动参与。进入 90 年代以后,在关税与贸易总协定的多边贸易谈判中,中国积极参与了这一谈判过程,并为推动《知识产权协定》的形成作出了努力。自新世纪初年以来,我国以更加积极的姿态参与国际法规则的制定,例如在《文化多样性公约》的谈判中取得对我国较为有利的成果,^①在《知识产权协定》的修改以及地理标志保护的谈判中发挥出重要作用。^②

中国作为 WTO 的后来者,参与知识产权国际保护体制的上述举措是值得肯定的。但是长期以来,在 WTO 的框架内,西方国家才是知识产权国际规则的主导者,中国与其他发展中国家一样只是接受者,充其量是参与者。在未来国际知识产权制度的变革过程中,我们应注意发挥建设性作用,努力成为国际规则的制定者。一方面,主动参与 WTO 新一轮的多边贸易谈判,推动现行国际知识产权制度的改革。针对《知识产权协定》的不足和缺陷,提出符合国际知识产权制度变革方向的思路 and 措施,着力解决知识产权保护中出现的公共利益问题、技术转让和利用问题、限制知识产权滥用问题等;另一方面,积极参与 WTO 体制外的国际造法活动,推动国际知识产权新制度的建立。除 WTO 体制内的多边贸易谈判外,世界卫生组织就公共健康问

^① 我国参与《文化多样性公约》的谈判,不但巩固了“文化多样性”的主权原则,而且弱化、删除了该公约与我们现行法律规定不尽一致的条款。参见拙文:《文化多样性的主权、人权与私权分析》,载《法学研究》2007 年第 6 期;范帆等著:《〈保护和促进文化表现形式多样性公约〉谈判通过始末》,载《中国出版》2006 年第 2 期。

^② 我国已就参与亚太经合组织框架下有关版权问题的磋商与谈判、参与 WTO 有关地理标志的谈判等事项,制定了行动计划,参见国家保护知识产权工作组办公室:《2008 年中国保护知识产权行动计划》。