

On Mechanism of
Alternative Dispute Resolution
in Intellectual Property

知识产权纠纷非讼解决机制研究

——以调解为考察中心

刘友华/著



中国政法大学出版社



知识产权纠纷 非讼解决机制研究

——以调解为考察中心

刘友华/著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权纠纷非讼解决机制研究:以调解为考察中心 / 刘友华著. — 北京: 中国政法大学出版社. 2011. 5

ISBN 978-7-5620-3878-8

I. 知… II. 刘… III. 知识产权-民事纠纷-调解(诉讼法)-研究-中国
IV. D923. 404

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第035698号

- 书 名 知识产权纠纷非讼解决机制研究——以调解为考察中心
ZHISHI CHANQUAN JIUFEN FEISONG JIEJUE JIZHI YANJIU YI TIAQIE WEI KAOCHA ZHONGXIN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908437 (编辑室) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880×1230mm 32 开本 8.5 印张 200 千字
- 版 本 2011 年 4 月第 1 版 2011 年 4 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3878-8/D·3838
- 定 价 22.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本书系湖南省社会科学基金课题《知识产权纠纷
非讼解决机制研究》（08YBA036）的研究成果，本书
的出版亦得到了湖南省诉讼法重点学科的资助，特此
鸣谢！

序

全球化时代,知识产权日益成为国家的核心竞争力与重要战略武器。正因为如此,各国竞相制定知识产权战略,以充分发挥知识产权制度之功能。

在构建和谐社会的背景下,我国现行知识产权司法实践特别强调调解,尤其是诉讼调解,这凸显了知识产权纠纷非讼解决机制具有较强的新颖性与现实性。

调解作为在第三方的帮助下由当事人自主决定以解决争端的纠纷解决形式,“可能自从地球上存在三人或多人时就已存在,千余年来,在东亚与非洲得以广泛地实践与运用”。近年来,被誉为“东方之花”的调解,作为一种并非新的纠纷解决技巧日益盛行,重新回到了纠纷解决机制的中心。

该书对国内外研究现状有较为全面的把握,并在充分吸收现有研究成果的基础上,创造性地提出了知识产权纠纷的类型化与分流模型,构建了具有一定可操作性的、可行的知识产权纠纷调解机制。该书是我国知识产权纠纷解决机制研究领域的一部不可多得的佳作。

该书内容丰富、资料翔实、新颖,论证充分,对知识产权纠纷非讼解决机制提出了很多富有创见及应用价值的观点、思路和见解。该书的创新主要体现在以下三个方面:

第一,在研究视野上,注重从实体与程序相结合的角度展开知识产权纠纷调解机制的研究,充分考量并凸显了知识产权与知识产权纠纷的特殊性,而不是仅仅从纠纷到纠纷、从程序到程序地“画地为牢”式的研究。

第二,在研究思路,克服了传统纠纷解决机制过分关注纠纷本身而较少关注当事人的缺陷,考虑到知识产权纠纷当事人利益目标的多元性,依据当事人的利益目标将纠纷类型化为三大类型,以当事人的利益相似性为基础配置相应的纠纷解决方式;将现行的诉讼调解从诉讼中剥离,通过纠纷的合理分流,区分出更可能调解的纠纷,促成当事人以“非零和博弈”的方法合作解决纠纷,以构建高效的知识产权纠纷调解机制。

第三,在研究方法上,引入博弈理论分析当事人在纠纷解决中的行为互动与策略选择,为纠纷解决机制的研究提供了新的分析方法、范式和视角。

该书作者刘友华同志是我国知识产权法学界一名迅速成长起来的具有一定知名度的青年新秀。作为我指导的第一个博士生,他多年来潜心于学术之途,颇有“衣带渐宽终不悔”之境界。近年来,他致力于知识产权法的实体与程序相结合的研究,在知识产权纠纷解决领域作出了相当有见地的深度研究,令人备感欣慰。希望刘友华同志能出更多科研成果。

是为序。

冯晓青

2010年10月10日于中国政法大学

CONTENTS 目 录

序	1
导 论	1
一、课题研究的背景和意义	1
二、研究的目标、方法与创新	7
三、全书的基本框架	10
 第一章 知识产权纠纷与知识产权纠纷解决机制	15
1.1 作为民事权利的知识产权:共性与个性	15
1.1.1 作为传统民事权利的知识产权:知识 产权的私权本质	16
1.1.2 作为无形权利的知识产权:知识产权 的特征	21
1.1.3 知识经济背景下的知识产权:从权利 保护到权利的经营、战略管理	26
1.2 纠纷与知识产权纠纷	28
1.2.1 纠纷与民事纠纷	28
1.2.2 知识产权纠纷的特殊性	31
1.2.3 知识产权保护的特殊性	36
1.3 我国知识产权纠纷的解决机制	38
1.3.1 知识产权纠纷的解决方式	38
1.3.2 知识产权诉讼机制的运行现状与 问题	42

第二章 知识产权纠纷非讼解决机制:现状与问题	55
2.1 知识产权纠纷非讼解决的主要类型及其优势	55
2.1.1 纠纷非讼解决的主要类型	56
2.1.2 纠纷非讼解决方式适用于知识产权 纠纷的优势	66
2.2 我国知识产权纠纷非讼解决的现状与困境	69
2.2.1 我国知识产权纠纷非讼解决的现状	69
2.2.2 知识产权纠纷非讼解决方式适用的 困境	74
2.3 我国知识产权纠纷诉讼调解的现状及其评价	79
2.3.1 我国知识产权纠纷诉讼调解的司法 政策及其批判	79
2.3.2 我国知识产权纠纷诉讼调解的实践 与反思:不能承受之重	82
第三章 知识产权纠纷的类型化与非讼解决机制的适用 ...	87
3.1 知识产权纠纷的现有分类及其评价	87
3.1.1 现有知识产权纠纷的分类:以客体 要素为中心	87
3.1.2 对纠纷当事人个体行为的考察:纠纷 类型化的基础	88
3.2 知识产权纠纷的类型化:以当事人利益诉求 为基础	90
3.2.1 知识产权纠纷当事人的两种基本利益 框架	90
3.2.2 知识产权案件中当事人的损失	101
3.2.3 知识产权纠纷类型	108
3.3 知识产权纠纷的解决模式与非讼解决方式的 适用	115

3.3.1	不同类型知识产权纠纷的解决与非讼解决方式的选用	115
3.3.2	以“非讼解决意见书”为基础区分当事人类型:纠纷类型化的关键	117
3.3.3	知识产权纠纷非讼解决机制的运行分析	119
 第四章 知识产权纠纷非讼解决的可能性分析:博弈论视角		
	视角	121
4.1	博弈论与当事人策略行为	121
4.1.1	博弈论与纠纷解决	121
4.1.2	影响当事人诉讼策略与行为选择的因素	123
4.2	合作双赢的纠纷解决策略何以可能:从“零和博弈”到“非零和博弈”	129
4.2.1	企业联盟与战略合作:全球化背景下知识产权作用于商业领域的要求	130
4.2.2	信任与信息交流:合作双赢的基础	131
4.2.3	调解的本质:合作双赢的范例	133
4.3	双赢视野下的知识产权纠纷解决:“非零和博弈”的纠纷解决方法	136
4.3.1	“非零和博弈”的纠纷解决方法	136
4.3.2	“非零和博弈”方法在知识产权纠纷解决中的适用	138
 第五章 知识产权纠纷非讼解决的实证视角:双赢抑或两败俱伤?		
	两败俱伤?	143
5.1	国内知识产权纠纷的调解与双赢:以“奥拓”案与“正泰”案为例	143

5.1.1	“奥拓”商标侵权纠纷的调解与双赢： 以利益分析框架和博弈论为指导	143
5.1.2	“正泰”诉“施耐德”专利侵权纠纷 的和解	149
5.2	国际层面私权主体间知识产权纠纷解决	157
5.2.1	国际层面的知识产权纠纷调解机制	157
5.2.2	国际知识产权纠纷的调解：合作双赢的 “尼康”案	159
5.2.3	国际知识产权纠纷的和解与双赢： 以通用与奇瑞案为例	160
5.3	国际层面国家间知识产权纠纷解决：以 中美在 WTO 版权争端为例	162
5.3.1	中美版权争端的爆发	162
5.3.2	中美版权争端的解决及其启示	163

第六章	知识产权纠纷非讼解决机制中调解的制度建构	166
6.1	知识产权纠纷的合理分流与多元化解决机制的 运行	166
6.1.1	依当事人自主选择的纠纷解决方式： 诉讼与非讼分流的第一道闸门	168
6.1.2	以当事人预期为基础的纠纷类型化： 诉讼中纠纷合理分流与调解专门化	173
6.1.3	纠纷非讼解决机制建构需注意的 问题	178
6.2	知识产权纠纷非讼解决机制中调解的原则 定位	181
6.2.1	现行知识产权诉讼调解指导思想 批判	181

6.2.2 知识产权非讼解决中调解的原则	184
6.3 知识产权纠纷调解的制度配套	188
6.3.1 调解员的遴选与选任	188
6.3.2 调解员的素质及其培养	191
6.4 知识产权纠纷非讼解决机制中调解规则与调解技巧的运用	194
6.4.1 知识产权律师的角色定位	194
6.4.2 调解员对调解规则的运用	196
6.4.3 调解规律的把握与运用	199
结 语	204
附录1 最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定	206
附录2 上海市处理和调解专利纠纷规定	210
附录3 广州市处理专利纠纷办法	218
附录4 湖南省专利行政处罚自由裁量权基准	224
附录5 世界知识产权组织仲裁中心仲裁规则	228
主要参考文献(以拼音为序)	245
后 记	258

导 论

一、课题研究的背景和意义

1. 课题研究的背景

(1) 时代背景：作为创新动力与竞争武器的知识产权。在全球化背景下，知识产权的重要性日益凸显。在知识经济时代，旨在保护创新和激励创新的知识产权制度日益成为国家发展与社会进步的重要推动力。知识产权的有效保护是提高创新能力与国家核心竞争力的源泉；知识产权已成为现代企业乃至国家最有效的创新动力与竞争武器。这一时代背景的转型使得知识产权人从关注知识产权的保护转向更注重知识产权的经营与战略管理。现代企业特别是跨国企业通过技术的研发而获得专利，并将专利组合成技术标准，进行专利许可授权，以获得产业的垄断收益——“一流企业卖标准、二流企业卖专利、三流企业卖产品”正是这一趋势的经典描绘。我国正在推行的国家知识产权战略与建设创新型国家战略，也是在国际竞争环境中顺应时代要求而为之的。

强调知识经济背景下知识产权由权利保护转向经营与管理战略的趋势，看似与知识产权纠纷解决无关，但实际上是纠纷解决所无法回避的现实问题。因为如果不将知识产权纠纷纳入时代背景，就无法理性分析纠纷当事人的利益博弈、行为选择与策略，也就难以准确把握知识产权纠纷解决机制建构与运行的机理。

(2) 和谐社会下的现实背景：多元化解解决的需要。党的

十六大和十六届六中全会提出了提高自主创新能力、建设创新型国家和构建社会主义和谐社会的战略任务，加强对知识产权的司法保护是鼓励创新、提高国家核心竞争力的有力保障。“建设创新型国家”与“构建和谐社会”战略的实现，离不开有效的知识产权保护；知识产权纠纷的妥善、高效解决则是建设创新型国家与构建和谐社会的必然要求。在和谐社会的构建方兴未艾的当今，矛盾凸显、纠纷多发与诉讼爆炸使纠纷的多元化解决日益成为民主社会的潮流与现实需要。

但实践中，我国知识产权纠纷解决机制的运行存在诸多问题。由于知识产权纠纷的专业性与技术性，民间调解与仲裁等非讼解决方式较少被采用，诉讼成为解决知识产权纠纷的主要渠道。在知识产权诉讼中，由于知识产权的法定性与无形性，侵权人常常以请求宣告权利无效的行政救济来对抗权利人，这就会形成民事争议与行政争议的交叉，民事争议程序势必要中止，而需等待行政程序的结果，这种等待使得知识产权诉讼程序冗长。在绝大多数知识产权纠纷依赖诉讼管道解决的情况下，冗长的诉讼程序却并不能高效解决日益增长的纠纷。可见，知识产权纠纷的多元化解决机制并未合理构建。

为缓解日益增长的知识产权案件的审判压力，提高知识产权纠纷的解决效率，也为践行“和谐社会”理念与“司法为民”的司法政策，我国法院前所未有地重视在诉讼中调解知识产权纠纷。因此，“能调则调，当判则判，调判结合，案结事了”成为知识产权案件的审判原则，“全程调解”、“全员调解”也成为诸多法院所总结的“经验”，而调解被纳入法官与法院考核指标体系，则是其异化到极致的体现。这使得现行司法体系下的法官与法院不由自主地被“绑架”在调解这枚高速“火箭”上，成为其强力“助推器”。司法实践的这种问题使诉讼调解背离了调解本质，法官难以把握“调解者”与“审判者”的角色定位；而且，由于存在自身利益的追求，法

官难以避免隐秘地“以劝压调、以拖压调、以判压调、以诱压调”。诸多现实案例也表明诉讼调解存在其固有缺陷。因此,实践中亟须探讨纠纷的分流及其非讼解决机制。

2. 国内外研究现状述评

就国内研究而言,自上世纪90年代以来,我国学界对纠纷多元化解决机制特别是纠纷的非讼解决机制进行了相当的探讨。

范愉教授就国外ADR制度的引入及其在我国的适用与建构作了开创性研究;何兵教授从社会和谐的角度探讨了纠纷解决机制;左卫民教授则从社会学视角出发考察了变革时代的纠纷解决;强世功从法制现代性角度分析了中国调解制度的沿革、发展及其未来应用。^[1] 诸多研究均强调纠纷多元化解决与非讼解决。

上述研究在一定程度上能为知识产权纠纷的解决机制建构提供借鉴,但这些研究有两大局限性:

一是更多关注制度本身的建设,对纠纷解决的探讨缺少理论与方法建构。如刘荣军教授所言:“对于纠纷的解决,民众选择的路径首要是诉讼,因此诉讼制度的改革在近二十年里一直如火如荼地进行。但从诉讼与人民调解、诉讼与仲裁、公证、律师、法官、检察官制度及其相关理论的结合看,我们看不到丝毫纠纷解决理论的痕迹。人们往往重视制度本身的建设,却忽视制度要解决的目标。毫不隐讳地说,一些制度建设

[1] 参见范愉:《非诉讼纠纷解决机制研究》,中国人民大学出版社2000年版;范愉主编:《ADR原理与实务》,厦门大学出版社2002年版;何兵主编:《和谐社会与纠纷解决机制》,北京大学出版社2007年版;何兵:《现代社会的纠纷解决》,法律出版社2003年版;左卫民等:《变革时代的纠纷解决:法学与社会学的初步考察》,北京大学出版社2007年版;强世功:《调解法制与现代性:中国调解制度研究》,中国法制出版社2001年版。

不但不能消除纠纷，却反过来助长纠纷的生长。”^{〔1〕}

二是大多局限于传统民事纠纷领域，未凸显迥异于民事纠纷的知识产权纠纷之特殊性。事实上，知识产权与民事权利在权利的产生、行使及保护等诸多方面均存在内在差异，因而，知识产权纠纷解决必然要求深入分析知识产权的内在特性。“如果只是把握棘手问题的表层，它就会维持现状，仍然得不到解决。因此，必须把它‘连根拔起’，使它彻底地暴露出来；这就要求我们开始以一种新的方式来思考。”^{〔2〕}

近年来，学界对知识产权纠纷解决机制有一定的研究，但在系统性与前瞻性方面有待加强。目前研究主要体现在两个方面：一是基于知识产权诉讼程序内部对审判制度的完善研究，如蒋志培先生对知识产权诉讼的程序问题作了有益探讨，张耕先生在《知识产权民事诉讼研究》一书中也对知识产权诉讼的程序问题作了一定探讨，程永顺先生则从专利诉讼角度探讨了知识产权诉讼的程序完善；二是侧重于知识产权诉讼外部即诉讼与非讼方式关系，对知识产权纠纷的诉讼调解的研究，如周晓冰法官从实证视角分析了诉讼调解的效果与适用；学者俞晓霞、金亦红从诉讼程序内部的视角，探讨了知识产权纠纷诉讼调解制度的重构。

上述研究尽管对增强知识产权纠纷解决机制的可操作性、提高知识产权纠纷解决效率有一定价值，但亦有其缺陷：一是缺乏独立的知识产权纠纷的非讼解决研究，未从宏观角度探讨知识产权纠纷多元解决机制的关系、运行与协调，而仅仅局限于纠纷解决方式内部的研究，难免有“头痛医头，脚痛医脚”之嫌；二是未突出知识产权纠纷的当事人利益多元等特殊牲，

〔1〕 刘荣军：“纠纷解决理论缺失及其代价”，载徐昕主编：《纠纷解决与和谐社会》（《司法》第1辑），法律出版社2006年版，第22页。

〔2〕〔法〕皮埃尔·布迪厄、〔美〕华康德：《实践与反思——反思社会学导引》，李猛、李康译，中央编译出版社1998年版，第1页。

无法合理类型化知识产权纠纷,也就无法寻求其个性方式的解决方式;三是缺乏理论支撑与方法论指导,使得知识产权纠纷解决的研究多注重制度本身的建设,而忽视了制度建设的目标,这不利于纠纷的根本解决。因此,有必要就知识产权纠纷的非讼解决机制展开系统、深入的研究,更多关注纠纷解决方式的存在形式与运作机理,考察各纠纷当事人手中的“权力”如何运作,策略安排与技术运用在冲突化解与纠纷解决进程中如何实现其预期目标。

就国外研究而言,美国的研究有一定的代表性。20世纪60年代,以调解、仲裁等为重要内容的非讼解决方式在美国获得了相当程度的应用与关注。在这一时期,由于民权运动的兴起与消费者权利的觉醒等诸多因素,美国社会经历了诉讼爆炸时期。诉讼的僵化程式、高昂成本与程序拖延等缺陷,使公众依靠司法主张权利难以充分实现。结果,政府、公共利益机构与普通公众开始尝试新的替代性纠纷解决方式。^[1]在这一背景下,美国学者 Nicola Taylor 与 N. Rogers 等对纠纷的替代性解决进行了深入、系统的研究。在知识产权纠纷的解决方面,美国学者 Kevin M. Lemley 与 Yu Peter K. 的研究有一定的代表性,他们分别从纠纷的类型化与合作双赢的视角分析了知识产权纠纷的解决,特别是对知识产权纠纷的调解有较为深入的分析。日本学者小岛武司、棚濑孝雄等对纠纷的审判与诉讼外纠纷解决方法也作了深入探讨。

这些成果对我国知识产权纠纷的非讼解决机制研究乃至制度建构无疑有一定的借鉴意义。不过,囿于知识产权保护状况的差异,尤其是司法权运行体制的差异,这些成果并不能直接

[1] Yu, Peter K., “Toward A Nonzero-Sum Approach to Resolving Global Intellectual Property Disputes: What We Can Learn from Mediators, Business Strategists, and International Relations Theorists”, in *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 70, 16 (2002).

为我国所用，而需批判性地借鉴和引入。

3. 课题研究意义

研究知识产权纠纷的非讼解决机制具有重要意义。在理论上，可以建构知识产权纠纷的合理分流与多元化解决理论；在实践上，可以完善知识产权纠纷的多元化解决机制，促进知识产权纠纷的高效解决，服务于创新型国家建设与和谐社会的建构。

(1) 促进纠纷多元化解决的理论建构。知识产权纠纷既是一种民事纠纷，同时也因知识产权的无形性、法定性、有期限性等特征而具有其特殊性。纠纷中权利人对未来市场和利润的追求及当事人利益目标的多元性等因素决定了传统纠纷解决方式及理论适用的局限。就这个角度而言，研究知识产权纠纷的非讼解决机制，以寻求符合其自身特色的纠纷解决机制是对纠纷多元化解决理论的拓展。

对知识产权纠纷非讼解决机制的研究，有利于克服现有知识产权纠纷分类理论研究的局限。现有纠纷分类注重以客体为标准，尽管有利于分析纠纷的共性，也有利于纠纷解决者把握不同知识产权的差异性，但其对纠纷当事人缺乏必要关注，因为纠纷的解决是当事人之间矛盾与利益冲突消解的过程，纠纷解决过程实际上是当事人利益相互博弈的过程。在这个意义上，即使纠纷涉及的权利类型与客体相同，纠纷本身的状况也会因当事人个体情况（行为人的地位、经济状况与当事人利益诉求）的不同而有所不同。因此，如果不以当事人为出发点，就无法找到不同个体间纠纷的共同规律。这是现有知识产权纠纷分类的痼疾所在。通过对纠纷解决中当事人的利益关切的考量，使其在研究方法 with 理论视角上具有一定的突破。

此外，在创建“和谐社会”与“创新型国家”的背景下，探讨知识产权纠纷的非讼解决机制，是对国家与社会发展战略的理论支撑，无疑具有重要的理论价值。