

Intellectual Property Review

知识产权论丛

苏平 主编
李建忠 副主编

第3卷

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Intellectual Property Review

知识产权论丛

苏平 主编
李建忠 副主编

第3卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

知识产权论丛. 第3卷 / 苏平主编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978-7-5197-2660-7

I. ①知… II. ①苏… III. ①知识产权—文集 IV.
①D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第206899号

知识产权论丛(第3卷)
ZHISHI CHANQUAN LUNCONG(DI-3 JUAN)

苏平主编

策划编辑 杨大康
责任编辑 杨大康
装帧设计 李瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 王晓萍
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众出版第二分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 14.5
字数 275千
版本 2018年11月第1版
印次 2018年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-2660-7

定价:39.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

今年是中国改革开放40周年,也是新中国知识产权制度建设从起步到发展的40年。中国的知识产权制度伴随改革开放不断发展和完善,特别是近年来,中国完善了近20部相关法律法规,查办了140多万件侵权、假冒案件,成立了专门的知识产权法院。具体聚焦到今年知识产权领域,也是大事、焦点问题层出不穷,《国家知识产权战略纲要》颁布10周年、中美贸易摩擦中的知识产权问题、人工智能与知识产权、拟建立国家层面知识产权案件上诉审理机制……这些问题主要聚焦到一个主要命题,就是中国在实行严格的知识产权保护,促进创新发展和科技进步,从而促进产业发展。这个命题既是实践领域催生的重要课题,也是知识产权理论研究领域的“蓝海”,值得去总结、探索和深度研究。

《知识产权论丛》就是聚集一批学者,围绕知识产权的热点、焦点和难点开展探讨,尤其是围绕实行严格的知识产权保护、促进我国的创新发展和科技进步,从而促进产业发展的命题开展研究。本书既有知识产权与产业发展论坛的专家精彩发言,又有学者关于知识产权立法、司法保护方面的话题;内容丰富,观点独到,充分展示了专家、学者知识产权研究的水平。

《知识产权论丛》诞生之初,定位于刊发与知识产权相关的课题研究成果,既有知识产权法律问题,也有知识产权与管理学、经济学、技术科学领域等交叉融合研究;既有宏观领域的战略研究,也有微观领域的具体制度探索。

《知识产权论丛》依托重庆理工大学重庆知识产权学院、“一带一路”知识产权与创新发展的研究院,自2014年开始出版以来,得到国内高校、企业、法院、国家知识产权局等机构的专家、学者大力支持,他们将在百忙之中的研究成果惠赐本书,在此表示谢意!《知识产权论丛》研究成果只是学者一家之言,难免有不周全的地方,敬请批评指正!

是为序!

苏平

2018年10月于重庆理工大学重庆知识产权学院

目 录

2017 年知识产权与产业发展论坛

- 主题一:新时代知识产权运营新思考 (3)
主题二:新时代知识产权投融资实践 (25)
主题三:新时代知识产权投融资实践(2) (48)

知识产权侵权专题

- 论知识产权多数人侵权行为与责任认定 何培育 蒋启蒙(71)
知识产权侵权损害赔偿现状的程序法理论纠纷与破解之路 张 鹏(82)

商标专题

- 竞价排名的商标侵权及不正当竞争之案例群研究 周 园 杨 珊(97)
体育冠名权法律性质探析
——由《论体育冠名权及其法律界定》引发的反思 赵加兵(110)
从“老干妈”商标侵权案看商标的“合理使用” 袁 博(120)

著作权专题

- 敢问励在何方?
——基于著作权法创作激励理论的思考 汪 源(131)
著作权法上的表演权及其限制 梅术文(141)

外观设计专利专题

- 以“促进科技进步”为视角论外观设计保护实质 朱 楠(155)

医药专利专题

- SGLT2 抑制剂治疗糖尿病药物专利技术概况和专利分析
..... 范鑫萌 许光凯(169)
青蒿琥酯的专利技术分析 任 霞(181)
中药成方新用途专利在国内的专利现状分析及思考 师晓荣 吕茂平(193)

中药专利申请中的“伪技术”及审查思考 傅 晶(201)

新型知识产权专题

集体创新视角下农民品种的法律保护 万志前 张文斐(211)

2017 年知识产权 与产业发展论坛

主题一：新时代知识产权 运营新思考

2017年12月23日上午

分主题：新时代知识产权运营新思考

主持人：重庆理工大学重庆知识产权学院院长、教授、博导苏平

发言人：重庆市知识产权局局长 李雷霆

发言主题：重庆市知识产权运营服务体系建设的实践与探索

李雷霆：首先，我代表重庆知识产权局对国家知识产权局对重庆市知识产权工作尤其是今天研修班的大力支持表示衷心的感谢，对重庆知识产权学院成立十周年表示热烈的祝贺。

党的十九大工作报告为知识产权事业的发展又开启了一个新的篇章，对我们提出了新的思维、新的目标和新的任务。今天，我主要从两个方面与大家交流重庆市知识产权的工作，一是近年来重庆市知识产权运营服务的实践及成效，二是新时代重庆知识产权运营服务体系建设的探索和思考。

从2008年《国家知识产权战略纲要》实施以来，特别是党的十八大以来，国家将知识产权创造、保护、运用提到了非常的高度。中国的专利申请量已经达到100多万件，远超出了美国、欧洲和日韩的总和，应当说我们是一个知识产权数量大国，但是我们现在还不是强国，因为我们的质量还没有跟上。这就对知识产权运营体系建设提出了很高的要求，国家2011年开始启动对知识产权运营的研究和探索，包括国家知识产权局也提出很多要求，同时重庆市知识产权局也做了大量探索。

习近平总书记在视察重庆时曾经指出，重庆是西部大开发的重要战略支点，是“一带一路”和长江经济带的重要连接点，在国家区域发展和对外开放格局中具有独特而重要的作用。近年来，重庆结合本地发展，围绕知识产权运营服务体系开展工作，提出了知识产权强市，以支撑内陆开放高地建设。

一、近年来重庆市知识产权运营服务的实践及成效

2008年以来，特别是党的十八大以来，重庆市知识产权工作在多方共同参与和努力下，围绕知识产权产业和金融相结合，取得“两个率先”和“两个前十”。“两个率先”：一是在知识产权保护中率先推进重大知识产权案件协调机制；二

是在知识产权金融和知识产权区域布局中率先做出了尝试性工作。“两个前十”:第一是在保护方面,连续5年在国务院双打(知识产权侵权和制售假冒伪劣产品打击)考核中名列前茅。第二是在知识产权运营,也即是在知识产权的指数方面始终保持全国前十。一方面是保护,另一方面是运营,应该说通过这十几年,尤其是近5年来的大力工作,我们在这方面工作取得了较好的效果。

知识产权创造总量稳步提升。这与重庆市知识产权局成立这10年来的工作息息相关。知识产权战略实施10年来,专利申请总量、专利授权量、有效专利量和每万人发明专利拥有量,平均年增长30%左右,最高的是在37%,2017年达到6.89万件。

这些工作成绩的取得,我们几点体会。

一是从顶层设计考虑。我们和国家局、区县展开了会商机制,建立了上下联动机制。从顶层设计围绕国家纲要出台重庆市纲要,出台了行动计划2014年到2020年,还有知识产权强市实施意见,以及实施方案。这个顶层设计就保证了我们知识产权工作的顺利推进,取得了很好的支撑作用。

二是建设重庆知识产权领导小组和各级部门联动。把知识产权工作纳入其他部门工作体系中,科技、经济、工商、金融等,这个效果非常好。把区县党政领导考核指标纳入进去,2017年我们已经把R & D和万人发明专利总数纳入全市考核。以前在主城区考核,2017年是38个区县全覆盖考核,得到了很好的反响。

三是搭建平台。政府的主要工作是搭建平台和整合资源,打造区域专利信息服务中心。最近习总书记在组织中央政治局的第二次集中学习中就学习了大数据,知识产权工作首先就是开展大数据工作,所以我们已经运用了大数据的理念推动知识产权工作以及数据库的建立,同时打造服务机构。目前已经有100多家中介服务机构,其中国家级品牌机构有4家。

四是文化氛围建设。知识产权工作从小到大、由弱到强,文化氛围打造至关重要,我们围绕此项任务开展了一系列工作,以国家知识产权培训中心即重庆知识产权学院为例,近年来多次承接知识产权培训工作,连续三年被评为优秀建设单位。

经过多年努力,我们知识产权发展取得一些成绩,《中国知识产权指数报告2017》中提到三个指标,第一个是知识产权指数指标,第二个是综合实力进步指数指标,第三个是专利质量指标。重庆有两个指标是排前10,专利质量指标排第13位。报告中指出“重庆是唯一一个排在知识产权综合实力进步指数前10位,同时也是知识产权指数前10强的省份。这也验证和解释了重庆作为一个西部省份如何突围并领先于周边地区的”。这是对我们工作的肯定,同时也是鞭策。

二、新时代重庆知识产权运营服务体系建设的探索和思考

什么是新时代?对知识产权工作来说,新时代应该是新的思维、新的目标、

新的任务。党的十八大以来知识产权工作怎么样开展,有一组数据与大家分享,从2013年3月到2017年7月17日,据不完全统计,总书记对知识产权有78篇指示批示和论述,平均一个月有1.5次批示,可见对知识产权工作的重视程度。党的十九大报告中强调“倡导创新文化,强化知识产权创造、保护和运用”。国家对知识产权工作的部署,让我们感觉压力很大,任务很重,但是目标非常明确。党的十九大后的两个重要会议,第一是深改会,总书记明确提出了加强知识产权保护,加强知识产权法院建设。第二是李克强总理召开的国务院专题常务会,听取产权工作汇报,其中第三项专门提出了知识产权保护,营造营商环境。如何打造知识产权范围、运营、成果转化、知识产权的质量提升?

以下从5个方面与大家分享我们所做的一些工作。

第一,建设知识产权快速维权中心。目前我们正在筹备申请知识产权保护中心,以中心为核心来推动重庆市的知识产权保护工作,以此带动整体知识产权工作的推进。

第二,开展知识产权区域布局试点。主要围绕14个方面,针对5个重庆相关新兴产业布局,达到为产业做支撑的作用。对38个区县进行全覆盖拉网式资源调查分析,形成可视化知识产权布局,让领导层、管理层、企业以及产业界看到重庆知识产权工作的优势。

第三,开展重大经济活动知识产权评议。围绕重庆市目前提出来的“8+3行动计划”,加上战略性新兴产业等领域筛选一批产业和重点企业,围绕重点企业的投资项目、产业规划、人才引进,分析知识产权在其中的作用。

第四,开展科技型企业知识产权价值信用贷款。这是我们下一步的工作重点,即“知识产权+金融”。目前已经开展了知识产权质押、知识产权保险,还要在知识产权价值信用贷款方面做一些探索。经过探索,我们与银行达成一致,通过知识产权价值信用评级,分ABCD4个等级,C以上的交给银行,银行纳入征信后,可以按照其70%进行贷款。这对中小企业、创新型企业非常关键。目前,我们在高新区试点做了1亿元,效果非常好,下一步我们将会推广到6个区县,金额从3亿元的补偿基金到11亿元,企业从300家估计推广到2000家。

第五,搭建知识产权运营平台,培育高价值专利。高价值专利是贯穿于整个知识产权工作的核心,作为重庆市下一步工作重点,政府的作用是厚植土壤,让企业做好示范,让市场实现大价值。重庆目前已有的实践探索是生物医药知识产权国际运营咨询平台,通过挖掘生物医药界的高价值专利,进行数据分析、专利运营,通过“知识产权+产业+金融”来打造这个平台。那么围绕重庆市产业,包括人工智能、智能制造、智能交通、物联网等打造相关行业性的知识产权运营平台,挖掘一批高价值专利进行推动,让重庆市经济真正在西部发展起来,这是一个新思路。

谢谢!

发言人:陕西省知识产权局副局长 张连业

发言主题:军民融合知识产权运营的探索与思索

2017年,天宫1号、国产C919大飞机等一批国之重器举世瞩目,在备感骄傲的同时也应该思考一个问题:如此丰硕的国防科研成果,在中国的经济建设中发挥多大的作用?军民融合知识产权运营进行得怎么样?围绕这个话题,我向大家汇报三点体会。

一、国家知识产权军民融合运营平台建设的背景

国家知识产权运营军民融合试点平台(西安)的建立,是军民融合和知识产权强国战略融合的产物。

第一,远看:各成体系,风景好。从普通知识产权角度看,2009年中国已经成为世界第一大商标国,2011年成为世界第一大发明专利的申请国,现在已经成为名副其实的知识产权大国,正向知识产权强国迈进。从国防知识产权角度来讲,现在我们已经积累了数万件的国防专利,已经开展了相关国防知识产权运营国际布局。

第二,中看:尚未畅通。主要表现在三个层面:一是军转军层面;二是军转民层面;三是民参军层面。军转军层面主要有六个方面的表现:重科研轻产权、重公权轻私权、重保密轻流通、有奖酬缺机制、有侵权难维权、有平台难统筹。在军转民层面的表现有三个:一是国防专利难解密;二是解密的国防专利难以与市场对接;三是有资源难统筹。民参军层面主要有以下四个障碍:一是民营企业参军门槛高、成本高;二是担心自己的知识产权难以得到保护;三是有一些不公平待遇;四是缺少平台。

第三,近看:前景无限,正破冰。从两个方面来体现,一方面是积累了大量势能。军民融合已经成为全球的一个发展趋势和共性课题,更是上升到我国的战略层面,军民双方蕴含巨大的需求。另一方面是释放了一些动能。一是从实践方面,一些国防单位开始健全国防科研管理制度,由科技成果管理模式转为知识产权全过程管理,比如一些单位组建了知识产权转移办公室、建立了知识产权运营平台、开展价值评估、探索利益分配,等等。二是从理论层面,近年来,理论界围绕国防专利制度、权利归属等展开了深入的探讨。已经基本掌握了军民融合知识产权发展的基本规律,也发现了一些问题,明确了下一步的突破口。

通过以上分析,我们更能深刻认识到一个问题,在当前军和军之间、军民之间、科技与经济之间、科学家与资本家之间、国内与国际之间,缺乏信息互联互通一站式的公共服务平台,国家在西安设立军民融合知识产权运营平台,就是让西安这个平台以服务作为纽带,在军民融合这个领域中串起一颗颗闪亮的星,组成北斗七星阵,探索国家军民融合发展的方向。

二、平台功能和基本架构

2014年,财政部、国家知识产权局在全国设了三个平台,在西安,中央财政投入5000万元,省财政配套1000万元,通过市场化运作的方式,来推动平台的建设和运行。经过两年的建设,2017年2月24日,国家知识产权局申长雨局长、贺化副局长和陕西省胡和平省长、张道宏副省长共同为平台点击开通。平台主要特色是为军民融合服务,为十二大军工集团、国防科研院所、高校服务。

第一,着力探索军民融合四方面机制。

一是军转军。主要是探索国防专利横向流通转化机制。由于体制机制的障碍以及认识 and 意识上受计划体制影响,国防专利横向流通很难推进,尤其是跨系统,比如航天到航空、航海的转化。

二是军转民,探索国防专利解密和普通专利跟进保护无缝衔接的机制。平台对解密的3001项国防专利进行分析,发现解密的国防专利质量很高,但是转化后无法直接使用,国防专利绝大多数是先有型号产品然后再申请国防专利,比如有了一个炮管,这个产品已经做出来了,然后有一个国防专利对此技术进行保护。这个国防专利直接解密到民营市场,民营市场可能不需要炮管,可能需要输油管道、输气管道,但这是权利要求书没有的内容。如果这些解密的国防专利可以作为公知技术,那对于发明人来说,其权益又难以得到保障。另外,由于国防专利技术的成本较高,技术在民用市场没有成本优势,需要对解密的国防专利进行二次技术加工,增加权利内容,改变技术路线图,甚至改变材料,这样的技术才能更好地转化运用,这也是我们平台要做的军转民的技术探索。

三是民参军,普通专利参与军品研发生产机制。现在的一般做法就是民营企业通过军工“四证”认可,然后参与国防科研以及武器装备生产。我们想从专利运营的角度,围绕国防重大科研需求,通过运营专利技术,为国防科研的立项、研发、运营提供一个机制。

四是普通知识产权普通专利运营。

第二,军民融合平台四大核心板块。

一是交易市场板块。为用户提供专利技术交易的供需发布、推介展示、磋商对接与交易支付等一系列工作。现已收录解密国防专利3000余项,普通专利5000余项,商标1000余项。

二是智慧商城板块。为军工集团、科研院所、高校等知识产权主体、第三方知识产权服务机构搭建专属展示交易区。现在有12大军工集团,7所国防高校、汇桔网等开设店铺。

三是运营服务板块。利用平台聚集各种运营资源,开展相关知识产权服务。主要包括交易经纪、价值评估、知识产权金融、专利申请、转让许可、专利维权、政策解读、质押融资、国防专利解密等。

四是大数据中心板块。这是我们重要的板块,已经建了解密国防专利数

据库,包括102个国家上亿条经过再加工的专利数据都在数据库中。

第三,其他的业务功能。

一是正在酝酿组建中国军民融合知识产权研究院。

二是中国军民融合知识产权运营基金已经组建,首期2亿元已经开始运行。

三是举办中国军民融合知识产权运营高峰论坛。

四是参与国防知识产权改革试点工作,从2016年开始,我们已经参与了国防知识产权局提出的国防知识产权改革试点方案的研究和制定工作。将平台建设成为中国军民融合知识产权运营总平台、陕西知识产权运营总平台,“一带一路”知识产权运营中心,这是我们发展的三个目标。

三、有关问题的思考

第一,从管理层面,建立国家军民融合知识产权管理委员会及强化顶层设计和宏观管理。我们在调研和进行平台建设过程中发现,知识产权特别是军民融合知识产权缺乏一个统一部门、统一的机构来管理和推动,所以我们一直在呼吁,在中央和省军民融合发展委员会下设立军民融合知识产权发展分委会,统一推动这项工作的进行。

第二,从制度层面,强化军民知识产权制度衔接,强化制度顶层设计。要进一步完善现有国防知识产权制度和普通知识产权制度的对接,特别是国防专利解密和普通专利跟进保护制度,在现有制度框架下难以完成。我们希望借助《专利法》的第四次修订,借助《军民融合法》的研究制定,以及相关知识产权法律的制定、修订,来把我们这些制度从顶层进行完善。

发言人:重庆市第四中级人民法院院长、教授、博导 孙海龙

发言主题:更好发挥知识产权司法保护的主导作用

孙海龙:谢谢苏院长!首先,祝贺重庆理工大学重庆知识产权学院十周年华诞,这也是我们知识产权人的一个喜庆日子。

我发言的题目是结合自己多年审判工作实践,从司法角度给大家汇报三个方面的心得体会。

一、关于知识产权保护

我们知道,加强知识产权保护,可以从立法、执法、司法等角度来讨论,究其原因,可以从外部原因、内部原因来看,尤其是伴随我国经济发展特别是知识产权事业的发展,保护的动机由原来美国等西方科技发达国家的压力逐渐转变为来自创新发展驱动的自身需要。随着我国自主知识产权的发展,加强保护的意义的超过了运用。这可以从有关文本的变化中看出来。

2008年发布的《国家知识产权战略纲要》第4条对知识产权提出了8个字:“创造、运用、保护、管理”。在党的十八大时发生了一些变化,在党的十九大就

非常明确为6个字：“创造、保护、运用。”大家要注意这个变化，包括其中顺序的变化。为什么把“管理”一词给去掉了？最近我看也有学者讨论到这个问题。

我们学习党的十九大报告知道，它是放在了第五部分“贯彻新发展理念，建设现代化经济体系”中“加快建设创新型国家”的内容里面。我相信，这必将对知识产权定位及其保护产生深远影响，尤其是从市场经济角度和司法保护方面。例如，更加注意知识产权的市场价值问题；再如，知识产权保护要更加与市场监管结合。

二、发挥司法保护主导作用

《国家知识产权战略纲要》第9条明确指出：“健全知识产权执法和管理体制。加强司法保护体系和行政执法体系建设，发挥司法保护知识产权的主导作用，提高执法效率和水平，强化公共服务。”在明确知识产权司法保护和行政保护双轨制的同时，明确了司法保护的主导作用。正是因为有这样明确的规定，人民法院知识产权审判事业20年来日益发展壮大，逐渐地实现了司法保护主导。这里有几个问题值得重视。

第一，我们必须坚持知识产权是私权的基本理论。这个似乎很简单，不应多说，但是我们能感受到，在国家文件和在现实中往往会忽略掉这个很基础的理论问题。可以说，知识产权公权化的倾向非常明显，我们如果进行文本研究的话，我们会看到很多表现，在实践中就更加突出。前面李雷霆局长讲到，现在最后落到创新是企业主导的格局。但是我们观察到，2008年以来，更多的是政府以政策导向型、经济投入型、加强管理型的知识产权状况，最后是以数量论英雄，对专利、商标等知识产权数字津津乐道，包括在全国的排名，这后面就是因为政府的推手作用。回到司法保护方面，无论立法还是司法，我们能感觉到知识产权在公共决策中作用与私权属性的冲突和融合问题。在这里我不展开讲，关于这个问题我曾经发表过《知识产权公权化理论的解读和反思》一文，认真梳理分析过这个问题，如果同学们感兴趣可以找来读一读。我个人认为，我们对此应该有所警惕，尤其是行政部门，站在市场经济的大前提下怎么样去看待知识产权，以及怎么样推动知识产权的创造、运用？不仅数量，还有质量，更要成为创新和竞争的主要因素。

第二，正视司法保护主导作用在立法上的一些问题。知识产权是法定权利，知识产权法定主义对创造、保护、运用有很多启发。谈到知识产权运用，我们应该非常清楚这样一个重要过程，那就是如何将知识转化为知识产权，再转化为生产要素、产品、市场优势，进而实现知识产权利益。世间有很多知识或者智慧，我们可以说是knowledge或者intellectual，但是它转化成IP，变为property需要一个过程，这个过程是需要慧眼，这个慧眼就是我们运营公司的独到之处。同时，由IP变成受到法律保护的IPR过程，也就是由财产变为权利的过程，必须满足知识产权法律的一些程序、实体要求，这也就是知识产权法定主义的要义。知识产

权代理人的本领在于把知识变成知识产权,企业家的本领在于将知识产权变成生产要素,配置到生产过程并将其产品化和市场化,获得竞争优势并从中获得利益。我之前读过一篇任正非的文章,是在总书记听取国家基础理论座谈会上他的发言。实际上,他作为一个当过军人的企业家,今天在运营华为这样一家创新企业,他的谈话给我的感触很深,实际上跟很多学者的想法是共通的,只是不同的表达。

在立法上虽然长期以来实行双轨制,知识产权的行政执法保护与司法保护并行,但就其二者的关系来看,在几次知识产权法律修订中是逐渐有一些变化的,逐渐突出了司法主导。

第三,关于加强知识产权司法保护举措之一的“三审合一”的问题。

一是知识产权审判中民行冲突及其解决。有关知识产权的效力确定往往是决定民事诉讼的重要前提,在当事人已经提起有关确定知识产权效力即确权的行政程序或者行政诉讼的情况下,如何进行民事诉讼案件的审理成为知识产权审判实践中的难点问题。但从权利制衡的宪政理论、知识产权私权理论、立法现状等角度出发,通过梳理最高人民法院发布的与民事行政交叉案件处理有关的司法解释和相关审判案例,对审判实践中大量存在的对最高人民法院司法解释的误读进行辨析,对知识产权效力确认行为性质及处理程序进行论述和重新审视,通过分析知识产权民事行政审判冲突产生的原因,以及近20年司法实践的发展,我们可以得出这样的结论:在知识产权民事侵权诉讼中,应将原告是否拥有权利的确定作为认定案件的事实来看待,而不必然地去等待行政确权的结果,应在民事诉讼程序中直接确定权利的效力,实行知识产权民事行政审判一体化。这样做,保障知识产权民行交叉案件的审理既遵循现代国家的基本宪政分权体制,又能够及时有效处理知识产权民事纠纷,实现知识产权审判的公平正义和诉讼效益的双重价值追求。

二是知识产权民事和刑事冲突与协调问题。主要有这样一些问题:(1)司法管辖权的冲突。鉴于知识产权案件的特殊性和审判工作要求的高度专业性,在民事诉讼领域确立了中级人民法院管辖的原则。而知识产权案件的这种特殊性在刑事诉讼领域并没有引起足够的重视,未在级别管辖上加以区别对待,依然遵循着一般刑事案件的级别管辖原则,即按我国现行《刑事诉讼法》的规定由基层人民法院管辖第一审包括知识产权犯罪在内的普通刑事案件。这样就导致了两大诉讼法在知识产权审判领域的价值冲突。在刑事领域,知识产权犯罪作为较晚纳入刑法体系的罪名,由于人们对其认识不够,较之侵害人身和侵害其他一般财产的犯罪并不具有典型性,因而一段时间以来重视程度不够,刑诉法作为刑法的程序法自然也没有体现出更多的关注。但是,刑事领域的知识产权犯罪无疑是民事领域知识产权侵权的高级形式,某种意义上可以说,只是因为对知识产权更加严重的侵害行为被认为具有了对全社会的危害性,民事领域的知识产权

侵权才进入了刑法保护的领域转化成为知识产权犯罪。可以说刑法保护是知识产权保护的高级形态,或者说知识产权犯罪是知识产权侵权的高级形态。由于可能会对侵害知识产权人施以刑罚所以在审判中较之民事审判要求更高、更复杂,理应处理起来更为审慎。在此种情况下知识产权民事诉讼以中级法院管辖为原则,而刑事诉讼却以低一级的基层法院管辖为原则不仅没有道理,而且使在民事领域对知识产权审判的诸多加强措施大打折扣。另外,这也直接影响到知识产权的整体审判质量。知识产权刑事案件往往涉及学科专业性、综合性都较强的专利、著作权、商业秘密等领域,而绝大多数基层法院的刑事审判庭由于缺乏全面的知识产权案件资源,因而比较缺乏知识产权专业知识及经验的积累,更谈不上知识产权刑事审判的专业化法官培养,极有可能造成不同法院不同法官对同一案件的定性不一致,导致审判结果的不统一,从而影响到司法的公信力。而这种状况与当前通过刑事司法解释加强知识产权刑事保护力度,并进而加强知识产权司法保护水平的要求是不相适应的。(2) 审判程序的不协调。由于在管辖权方面两大诉讼法关于知识产权案件规范的不协调,可能导致在审理知识产权民刑交叉案件即针对同一知识产权侵权行为既追究知识产权犯罪刑事责任又追究知识产权侵权民事责任的案件的审理中发生冲突。对于基层法院审理的知识产权刑事案件,如果涉及对被害人的损害赔偿问题还需要进行民事诉讼时,由于绝大多数基层法院没有知识产权民事案件的管辖权就须要求被害人到有管辖权的中级人民法院另行起诉。在这种情况下可能出现前文举例出现的司法尴尬局面,即在基层法院的刑事判决中认定被告人构成犯罪,而上级法院的民事判决中却认为被告的行为不构成侵权。即便是在有知识产权民事案件管辖权的基层法院这类问题依然不能避免,如果刑事诉讼和民事诉讼针对的是同一知识产权侵害行为,法院在审理中往往采取刑事附带民事的诉讼制度。顾名思义,“刑事附带民事诉讼”其中“民事诉讼”是附带的,处于从属地位而刑事诉讼则处于主导地位、优先地位。在某些情况下刑事诉讼的优先性更加明显,如当人民法院在民事诉讼中发现了犯罪嫌疑的案件,即在已经开始民事程序后发现刑事案情,这时通常的做法是遵循“先刑后民”原则即民事诉讼暂时中止审理,待刑事案件结案后才能审理。所以即使是同一法院内由于“先刑后民”原则的适用也有可能“导致在先的刑事判决认定被告人侵权并构成犯罪,而在后的民事审判中却认为被告的行为不构成侵权,民事判决如果要和已经生效的刑事判决保持一致就必然会导致两起错案,而如果直接认定不构成侵权又会和生效刑事判决相矛盾”。(3) 裁判尺度的不统一。对于知识产权民刑交叉案件的冲突解决,无论是“刑事附带民事诉讼”抑或是适用“先刑后民”原则的审理模式都不能很好解决,具体到知识产权案件的审判领域上述原则的适用几乎不具备合理性。这是因为从诉讼理论上讲,刑事诉讼与民事诉讼是性质截然不同的两种诉讼,其诉讼规律、原理和原则本来就有所不同,而知识产权案件较之其他案件又具有极强的特