


我国知识产权保护 “双轨制”协同治理机制 建构研究



赵鑫 黄新宇 施宇◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

本书系国家知识产权局软科学研究项目“我国知识产权执法与司法协作机制研究”（项目编号：SS17-A-11）的最终成果

我国知识产权保护 “双轨制”协同治理机制 建构研究

IPR

赵鑫 黄新宇 施宇◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

我国知识产权保护“双轨制”协同治理机制建构研究 /
赵鑫, 黄新宇, 施宇著. —北京: 中国法制出版社,
2022.5

ISBN 978-7-5216-2543-1

I . ①我… II . ①赵… ②黄… ③施… III . ①知识产
权保护—研究—中国 IV . ① D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2022) 第 029960 号

责任编辑: 王雯汀

封面设计: 李 宁

我国知识产权保护“双轨制”协同治理机制建构研究

WO GUO ZHISHI CHANQUAN BAOHU “SHUANGGUIZHI” XIETONG ZHILI JIZHI JIANGOU YANJIU

著者 / 赵 鑫 黄新宇 施 宇

经销 / 新华书店

印刷 / 北京虎彩文化传播有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印张 / 5.5 字数 / 112 千

版次 / 2022 年 5 月第 1 版

2022 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-2543-1

定价: 32.00 元

北京市西城区西便门西里甲 16 号西便门办公区

邮政编码: 100053

传真: 010-63141600

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-63141824

市场营销部电话: 010-63141612

印务部电话: 010-63141606

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系。)

习近平总书记在党的十九大上明确要求将国家治理能力与治理体系的现代化作为全面深化改革的总目标。毋庸置疑，全球已经步入知识经济的时代，国际竞争已经在很大程度上表现为知识与科技层面的竞争，特别是有关知识与科技的制度层面的竞争。在新的国际形势下，知识产权已然成为国家核心竞争力的重要组成部分。2017年11月20日，习近平总书记主持召开十九届中央全面深化改革领导小组第一次会议并发表重要讲话，强调“加强知识产权审判领域改革创新，要充分发挥知识产权司法保护主导作用，树立保护知识产权就是保护创新的理念，完善知识产权诉讼制度，加强知识产权法院体系建设，加强知识产权审判队伍建设，不断提高知识产权审判质量效率，优化科技创新法治环境”^①。我国目前正以积极的姿态融入全球化发展的浪潮中，但同时也面临着如何保护知识产权的难题。如何完善我国知识产权保护体系，进而推动我国治理体系与治理能力

^① 习近平：《全面贯彻党的十九大精神 坚定不移将改革推向深入》，载《人民日报》2017年11月21日，第1版。

的现代化，以适应国际化的竞争形势，已经成为当前迫切需要解决的重大问题。

具体到制度建设层面，选择何种知识产权保护模式，是我国开展知识产权保护工作必须认真思考的首要问题，也是最核心的问题。我国一开始建立知识产权保护制度之时，选择的是行政与司法双轨并行的模式，也即同时采取司法保护与行政保护两种路径。由于知识产权和公共利益之间有十分密切的联系，知识产权的性质比较特殊。因此，既可以如同其他民事权利一样以司法手段来对知识产权进行保护，也可适当借助行政手段来保护知识产权。权利人则可根据自己的目的选择更合适的保护方式。这种制度安排在一定程度上与我国国情相适应，并充分考虑了知识产权的特殊性和差异性，对知识产权的保障事业发挥了十分重要的作用。但是，从实践的角度来看，在商标权、专利权以及著作权的保护领域中，我国知识产权的保护现状总体上仍然不容乐观，知识产权“双轨制”保护模式仍存在一系列亟待解决的问题。比如，行政救济和司法保护间并未形成有效的配合与衔接制度，导致出现“双轨制”的显性冲突与隐性冲突。再如，我国知识产权“双轨制”的保护模式是以行政保护为主、以司法保护为辅，这与知识产权的私权性质要求的私法保护不符，也易滋生一系列问题。

因此，全面梳理与研判我国现行的知识产权保护“双轨制”模式，准确界定与解析知识产权保护“双轨制”模式的概念、确立过程、构成要素及其逻辑关系、制度特点以及规范功能，判别

其合理之处以及不足之处，就成为完善我国知识产权保护体系的当务之急。在考察以商标权、专利权与著作权为内核的知识产权保护的具体实践的经验基础之上，立足本国国情，借鉴域外知识产权保护制度的有益成果，主动寻求法律制度的完善与创新，尝试提出知识产权保护“双轨制”冲突的化解方案，最终探索出一条在知识产权保护的“双轨制”模式下有效协作的途径，是当前与今后一个时期我国知识产权保护领域的重中之重，也是本研究的核心任务。

第一章 我国知识产权保护的“双轨制”模式

- 第一节 我国知识产权保护“双轨制”的概念 / 003
- 第二节 我国知识产权保护“双轨制”模式的确立及完善 / 004
- 第三节 我国知识产权保护“双轨制”模式的构成要素及其逻辑关系 / 009
 - 一、我国知识产权保护“双轨制”模式的构成要素 / 009
 - 二、我国知识产权保护“双轨制”模式构成要素的逻辑关系 / 017
- 第四节 我国知识产权保护“双轨制”模式的特点 / 022
- 第五节 我国知识产权保护“双轨制”模式的规范目的与制度功能 / 024
 - 一、我国知识产权保护“双轨制”模式的规范目的 / 025
 - 二、我国知识产权保护“双轨制”模式的制度功能 / 026
- 第六节 本章小结 / 027

第二章 我国知识产权“双轨制”保护的现状

- 第一节 概 述 / 031

第二节 我国商标权“双轨制”保护的现状 / 033

第三节 我国专利权“双轨制”保护的现状 / 037

第四节 我国著作权“双轨制”保护的现状 / 042

第五节 本章小结 / 048

第三章 我国知识产权保护“双轨制”的冲突及其成因

第一节 我国知识产权保护“双轨制”存在的冲突 / 053

- 一、“双轨制”下司法与行政的显性权力冲突 / 054
- 二、确权程序繁杂导致“双相损耗”与“循环诉讼” / 055
- 三、行政救济和司法保护间缺乏有机协调 / 057
- 四、重复审理与重复认定问题频发 / 058
- 五、滥用行政保护 / 059
- 六、多元权利救济催生级别管辖的内在张力 / 060

第二节 我国知识产权保护“双轨制”冲突的成因 / 061

- 一、知识产权保护“双轨制”冲突的制度利益根源 / 061
- 二、行政保护与司法保护“双轨制”冲突的结构 / 062
- 三、冲突根源的一方：知识产权行政保护存在的问题 / 065
- 四、冲突根源的另一方：知识产权司法保护存在的问题 / 071

第三节 本章小结 / 078

第四章 知识产权保护“双轨制”冲突化解方案的SWOT分析

第一节 知识产权保护“双轨制”冲突化解方案制订需考量的内外部因素 / 083

- 一、内部环境因素 / 083

- 二、外部环境因素 / 085
- 第二节 密切关联因素的选取 / 086
 - 一、内部因素中密切关联因素的选取 / 086
 - 二、外部因素中密切关联因素的选取 / 087
- 第三节 确定 S、W、O、T / 088
 - 一、优势 (Strength) / 088
 - 二、劣势 (Weakness) / 090
 - 三、机遇 (Opportunity) / 102
 - 四、挑战 (Threat) / 108
- 第四节 知识产权保护“双轨制”冲突化解机制建构环境的战略矩阵分析 / 115
- 第五节 知识产权保护“双轨制”冲突化解机制建构的战略选择 / 117
- 第六节 本章小结 / 118

第五章 我国知识产权执法与司法协同保护机制的建构

- 第一节 我国知识产权执法与司法协同保护机制的建构原则 / 122
 - 一、与国际知识产权保护发展趋势保持一致原则 / 122
 - 二、公正与效率兼顾原则 / 124
- 第二节 外围结构：优化知识产权执法与司法协同保护的法治环境 / 125
 - 一、知识产权执法与司法协同保护的法治环境 / 126
 - 二、优化知识产权执法与司法协同保护法治环境的基本原则 / 128
- 第三节 核心治理：职能统一与资源整合 / 130
 - 一、统一知识产权管理机构的职能 / 130
 - 二、整合知识产权“双轨制”保护资源 / 134

第四节 协同纽带：推动执法与司法保护的科学分工与有机协作 / 138

一、强化司法保护的主导作用 / 139

二、因地、因时制宜地发挥行政、司法的各自优势 / 141

三、注重执法与司法之间的协调：有机协作体系的建构 / 143

第五节 本章小结 / 150

结 语 / 151

参考文献 / 153

1

第一章 我国知识产权保护的 “双轨制”模式

C H A P T E R

1.1 我国知识产权保护“双轨制”的由来

我国，由于知识产权兼具私人利益和社会公共利益的双重属性，权利人既可以通过行使私权获得利益，也可以通过行使公权实现公共利益。因此，我国知识产权保护“双轨制”的由来，主要是基于知识产权兼具私人利益和社会公共利益的双重属性。

（一）知识产权兼具私人利益和社会公共利益

知识产权兼具私人利益和社会公共利益

知识产权是界定知识财产权利的制度安排，它以私权的名义强调了知识财产私人所有的法律性质。^①2008年6月，国务院发布了《国家知识产权战略纲要》，将知识产权的地位予以明确，从国家层面提高了对知识产权的保护，“知识产权成为了知识经济的核心问题”^②。对于知识产权的保护，我国采取的是“双轨制”模式。本章重在阐明知识产权保护“双轨制”模式的基本概念、构成要素及其逻辑关系以及该模式的制度价值，系统地梳理了我国知识产权保护“双轨制”模式的基本内容，为后文关于“双轨制”模式的进一步分析奠定基础。

第一节 我国知识产权保护“双轨制”的概念

在我国，由于知识产权兼具私人法益和公共利益的特征，在知识产权的保护方面，权利人既可以采取举报、投诉等方式向行政主管机关寻求行政救济，也可以通过民事诉讼或刑事诉讼寻求司法救济，像救济普通的民事权利一样要求侵权人予以赔偿，或

① 吴汉东：《知识产权法学》，北京大学出版社2009年版。

② 吴澄：《知识产权是知识经济的核心》，载《人民日报》1998年11月14日。

者要求其承担刑事责任。采取什么样的保护方式法律并无明确限制，而是根据个案特性取决于当事人的选择。并且，司法保护与行政保护之间具有一定的接续性和独立性，此即知识产权“双轨制”保护模式。^①具体而言，知识产权侵权纠纷或其他纠纷发生后，权利人既可请求有关知识产权行政主管部门处理，由行政主管部门责令侵权人停止侵权行为，对违法者给予行政处罚，也可直接向有管辖权的人民法院起诉，要求对方赔偿自己的损失、赔礼道歉，通过民事诉讼途径保护自己的合法权益；情节严重的，也可以作为受害人启动刑事司法程序。同时，对法律明确规定的违法行为，行政主管部门可以依职权主动进行查处，并作出处罚决定。^②

第二节 我国知识产权保护“双轨制” 模式的确立及完善

“双轨制”模式以中国为代表，^③知识产权制度在我国建立之

① 杨红军、冯超男：《知识产权“双轨制”保护模式评析》，载《公民与法》2009年第4期。

② 吴汉东、锁福涛：《中国知识产权司法保护的观念与政策》，载《当代法学》2013年第6期。

③ 吴汉东：《中国知识产权法制建设的评价与反思》，载《中国法学》2009年第1期。

初，即采取了司法保护和行政保护“双轨运行、相融互补”的保护架构。当初确立行政主管机关直接执法与司法平行的“双轨制”是历史发展的需要。^①事实证明，“双轨制”模式对知识产权保护发挥了重要作用，也塑造了我国知识产权的保护特色。^②

知识产权保护“双轨制”模式与我国知识产权制度同步产生。全国人大常委会于1982年颁布实施的《商标法》及1984年颁布实施的《专利法》确立了我国“双轨制”保护模式的基本格局。例如，我国1982年《商标法》第39条规定^③，对于侵犯注册商标专用权的行为，被侵权人可以向侵权人所在地的县级以上工商行政管理部门要求处理，也可以直接向人民法院起诉。再如，我国

① 李顺德：《对加强著作权行政执法的思考》，载《知识产权》2015年第11期。

② 王洪：《知识产权保护三元架构研究》，载《知识产权战略》2018年第1—2期。

③ 我国1982年《商标法》第39条规定：“有本法第三十八条所列侵犯注册商标专用权行为之一的，被侵权人可以向侵权人所在地的县级以上工商行政管理部门要求处理。有关工商行政管理部门有权责令侵权人立即停止侵权行为，赔偿被侵权人的损失，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失；对情节严重的，可以并处罚款。当事人不服的，可以在收到通知十五天内，向人民法院起诉；期满不起诉又不履行的，由有关工商行政管理部门申请人民法院强制执行。对侵犯注册商标专用权的，被侵权人也可以直接向人民法院起诉。”

1984年《专利法》第60条规定^①，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。

值得注意的是，无论是1982年的《商标法》，还是1984年的《专利法》，都赋予行政主管部门责令侵权人赔偿损失的权力，这主要是因为当时人民法院审理此类案件的专业性尚且不足。依据立法设想，行政主管部门主要处理民事纠纷，它在处理此类纠纷的时候拥有诸多本应当属于人民法院的权限，比如责令赔偿损失等。^②根据当时的法律，行政机关对于知识产权侵权纠纷拥有行政裁决权，可以直接对当事人双方之间的损害赔偿问题作出裁定，很明显，这属于司法权的范围，但由于是行政机关在行使，我们姑且把它称为“准司法权”。

然而，知识产权在本质上是一种私权利，行政权力的过度介入不利于私权利的保护和私权纠纷的解决，更有甚者会侵害民众的私权利。随着市场经济体制改革不断深入，经济的快速运行不断冲击着原有的利益分配格局，政府开始有计划地在各个方面收

① 我国1984年《专利法》第60条规定：“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。在发生侵权纠纷的时候，如果发明专利是一项产品的制造方法，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法的证明。”

② 汤宗舜：《专利法教程》，法律出版社2003年版，第238页。

回自己的行政权力，把经济发展中出现的问题按其解决方式的不同交还给市场和个人，以缓和昔日管制的强制力，以期实现善治。^① 基于此背景，我国政府也开始注意到知识产权保护领域的行政裁决这一准司法权，并试图在行政权与司法权之间寻找自身准确的定位。^② 值得庆幸的是，这一问题在立法环节得到了回应。以《专利法》为例，我国在2000年第二次修正《专利法》时，大大限缩了行政主管机关行使行政裁决权的范围，即仅限于“认定侵权行为成立的，可以责令侵权人立即停止侵权行为”；对于涉及的损害赔偿问题，“应当事人的请求，可以就侵犯专利权的赔偿数额进行调解”。^③ 由此可见，对于专利侵权纠纷的赔偿问题，我国已经实现了从行政保护到司法保护的转变。这意味着，行政主管机关执

① 章剑生：《现代行政法基本原理》，法律出版社2008年版，第8页。

② 何炼红：《论中国知识产权纠纷行政调解》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2014年第1期。

③ 我国2000年《专利法》第57条规定：“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。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。专利侵权纠纷涉及新产品制造方法的发明专利的，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法不同于专利方法的证明；涉及实用新型专利的，人民法院或者管理专利工作的部门可以要求专利权人出具由国务院专利行政部门作出的检索报告。”