

湘潭大学

---

博士学位论文

---

知识产权纠纷调解机制研究

---

姓名：刘友华

---

申请学位级别：博士

---

专业：诉讼法学

---

指导教师：冯晓青

---

20081001

## 摘 要

本文关注的焦点是，在建设创新型国家与构建和谐社会的背景下，面对现行知识产权纠纷解决机制的困境，如何构建能凸显知识产权纠纷特殊性的纠纷分流与调解机制，以妥善、高效解决知识产权纠纷。

在全球化时代，知识产权激励创新的功能日益凸显；知识经济时代，知识产权成为国家核心竞争力的源泉。相应地，知识产权人由注重权利保护转向更多关注权利的经营与管理战略。作为私权的知识产权，是权利人可以自由支配、处分的权利；作为无形财产权的知识产权，具有法定性、无形性与有期限性等特征。这些区别于传统民事权利的特性是研究知识产权纠纷解决机制的起点。

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。而在诉讼中，侵权人常常以请求宣告权利无效来对抗权利人，这就形成民事纠纷与行政纠纷的交叉，民事程序势必要中止，而需等待行政程序的结果，这使得知识产权诉讼程序冗长。在绝大多数纠纷依赖诉讼渠道解决的情况下，冗长的诉讼程序却难以高效化解日趋增长的知识产权纠纷。

为缓解日益增长的审判压力，提高纠纷解决的效率；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知识产权纠纷的诉讼调解。“全程调解”和“全员调解”也成为诸多法院所总结的“经验”，调解率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。实践中，法官难以把握“调解者”与“审判者”的角色定位；而且，由于存在自身利益追求，法官难免隐秘地“以劝压调、以拖压调、以判压调、以诱压调”。因此，诉讼调解悖离了调解的中立性本质。

由上可见，诉讼与非讼方式的难以有效协调运行，知识产权纠纷多元化解机制并未合理构建。这虽然有知识产权纠纷自身特殊性的原因，但根本原因在于我国当下的知识产权纠纷解决机制是从纠纷客体出发建构的，较少关注当事人因素对纠纷解决的影响。而纠纷解决是消除当事人之间利益冲突的过程，实际上是当事人利益博弈的过程。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，也就无法合理分流纠纷并配置恰当的解决方式。这就有必要考量当事人因素对纠纷解决方式选择的影响。根据博弈论分析当事人基于利益诉求而选择的行为策略，较之基于纠纷本身的法律分析更能把握纠纷解决的关键，也能明确冲突的焦点。

知识产权纠纷中，权利人利益目标具有多元性，有的追求基本利益（实现知识产权的价值），有的追求对抗性利益（禁止他人使用），有的追求双重利益结合；侵

权人亦是如此。据此可将知识产权纠纷划分为三大类型：当事人利益相似性好的 A 类纠纷、当事人利益相似性较好的 B 类纠纷与当事人利益相似性差的 C 类纠纷。

知识产权纠纷解决机制运行中纠纷需经两次分流，第一次分流是由权利人选择或当事人约定进入调解、仲裁或诉讼程序；第二次分流则是纠纷经权利人选择进入诉讼程序后，以当事人预期利益目标为基础将纠纷类型化，进而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，纳入法院附设的仲裁 - 调解程序。通过纠纷的两次分流，促成当事人从“非零和博弈”视角解决纠纷，构建高效的知识产权纠纷调解机制。

知识产权纠纷调解机制的构建，应紧扣时代背景，处理好非讼与诉讼的辩证关系，不妨碍当事人的选择权。知识产权纠纷调解应坚持当事人自主、调解员中立、调解协议合法与合作双赢的原则。调解的成功运用离不开调解规则与规律的恰当把握。

**关键词：知识产权；知识产权纠纷；调解机制；纠纷类型化**

## Abstract

The thesis focuses on how to construct the mediation mechanism fully embodying the uniqueness of intellectual property dispute and efficiently resolving the intellectual property disputes, in the way to construct innovative country and harmonious society in China.

The function of incentive to create of intellectual property becomes more and more important in the environment of globalization. Intellectual property is the key resource for national competition. And intellectual property owners pay more attention on the strategy of right management and operation than the protection of right. As a private right, intellectual property right can freely control and dispositive. And intellectual property is of the characteristics of legitimacy, immateriality and terminability. These unique characteristics are the premise to further study the mechanism of intellectual property dispute.

For the speciality and technology of intellectual property, civilian mediation and arbitration are rarely adopted to resolve the intellectual property infringement cases. Litigation is the main method to resolve the dispute in intellectual property. In the intellectual property infringement cases, the infringer usually asks to declare the right invalidation against the obligee. And there is a cross between the civil disputes and administration disputes. The end of civil disputes depends on the result of administration disputes; it prolongs the procedure of intellectual property litigation. While there is no multiple dispute resolve mechanism to proper resolve the intellectual property dispute, and the result is to pursue the litigation. But interminable litigation procedure can't efficiently resolve the intellectual property disputes.

In order to improve the efficient and relieve the adjudge pressure of intellectual property, court begins pay too much attention to the mediation of intellectual property dispute. The principle of intellectual property is to mediate the mediate, justice the justice, integrate mediate and justice. Entirely mediation becomes the good experience for most of courts. At the same time mediation ratio becomes the standard to evaluate the level of judges and courts. The judge has difficulty in the roles of mediator and judge for their personal interests. And in practice, the judge prefers persuading, delaying, coercing and inducing rather than mediating. Litigation mediation divorces from the nature of mediate.

Obviously, there is no reasonable multi-resolvment mechanism for the intellectual

property disputes, as the existing litigation and non-litigation mechanism failed to effectively operate in the resolvment of intellectual property disputes. Despite it is due to the speciality of intellectual property, the primary reason is that the existing resolvment mechanism of intellectual property disputes is based on the object of disputes, not on the part of the parties. Actually the process to resolve the dispute is the process of both party's interests gaming. So we should begin with the interests of party, and further develop the common principle to properly resolve the intellectual property dispute. It is necessary to evaluate the effect made by the parties. It is the key for the resovment of dispute to analysis the party's choice strategy based on their interest claim according to the Game Theory than analysis of the dispute itself.

The object of the parties in intellectual property dispute is multiple. Some people pursue the basic interests (achieving the value of intellectual property), some people pursue the anti-interests (forbidding other's use), and the others pursue both of the interests. Bases on the above analysis, we can draw the intellectual property dispute into three kinds, namely, A(both parties with the same interests), B(both parties with the comparability interests), C(both parties with different interests).

It is necessary to distribute the intellectual property disputes. In the first distribution, it are the parties and right owner that decide the disputes means, whether mediation, arbitration or litigation. In the second distribution, if the right owner has chosen through litigation procedure to settle down the dispute, then we can classify the dispute in light of the expect interest objects of the parties. The essence is to take the present litigation mediation procedure from the litigation procedure for obtain a proper result. Through twice distribution, we can make the mediation in the procedure of litigation away from the litigation, and promote both parties to resolve the dispute with the perspective of non-zero sum games, and develop an effective and coordinated mediation mechanism.

The development of mediation mechanism in intellectual property disputes is based on the properly disposal of litigation and non-litigation mechanism, taking social context into account and respecting the party's right to choose. In the progress of mediation, we should hold the idea of person-oriented, mediator neutralism, legal mediation and win-win coordination. It is important for mediation to properly adopt mediation priciples and rules.

**Keywords: Intellectual Property; Dispute of Intellectual Property;  
Mediation Mechanism; Classification of Dispute**

## 图 表 目 录

图 2-1 专利侵权诉讼程序与专利无效程序的拖延 .....	22
图 3-1 纠纷解决与当事人满意度曲线 .....	57
图 5-1 知识产权纠纷的分流与多元化解决机制运行图 .....	81
表 3-1 囚徒困境 .....	48
表 3-2 知识产权人风险 - 收益分析表 .....	51
表 3-3 知识产权侵权人风险 - 收益分析表 .....	55



# 第1章 绪论

如果以传统诉讼方法解决知识产权纠纷可能会耗时多年，而在这一过程中，卷入纠纷的专利权、商标权或著作权的相关产品与技术，可能已不再为公众所需，也可能已为新技术所替代。因此，知识产权诉讼与商业投资相悖，因为投资者要在经济因素（如保护期届满、市场变化等）变化之前抓住赢利的时机。<sup>1</sup>

——Bradley J. Walz

## 1.1 研究的背景和意义

### 1.1.1 研究背景

（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国家创新能力与核心竞争力的源泉；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，实际上是纠纷解决无法回避的现实问题。因为如果不将知识产权纠纷解决纳入时代背景，就无法理性分析纠纷当事人的利益博弈与策略选择。

（2）和谐社会下的现实背景：多元化解决的需要

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

---

<sup>1</sup> Bradley J. Walz, Discovering the Lesser Known Alternative Dispute Resolution Process to Resolve Intellectual Property Disputes, <http://www.winthrop.com/articlePDFS/contentArticlePDF685.pdf>. 2008-6-5.



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知识产权人，这就形成民事纠纷与行政纠纷的交叉，民事程序势必要中止，而需等待行政程序的结果，这使得知识产权诉讼程序冗长。在绝大多数依赖诉讼渠道解决的情况下，冗长的诉讼程序却并不能高效解决日趋增长的知识产权纠纷。

为缓解日益增长的审判压力，提高纠纷解决的效率；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知识产权纠纷的诉讼调解。因此，“能调则调，当判则判，调判结合，案结事了”成为知识产权审判的原则，“全程调解”、“全员调解”也成为诸多法院所总结的“经验”，调解率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”。实践中，法官难以把握“调解者”与“审判者”的角色定位；而且，由于存在自身利益追求，法官难免隐秘地“以劝压调、以拖压调、以判压调、以诱压调”，这种实践使诉讼调解悖离了调解本质，诸多现实案例也表明诉讼调解存在其固有缺陷。可见，我国并未合理构建知识产权纠纷多元化解决机制。

### 1.1.2 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进行了相当的探讨。如范愉教授就国外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。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，一些制度建设不但不能消除纠纷，却反过来助长纠纷的生长。”<sup>2</sup>

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、权利的行使及权利的保护等

2 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。

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。”<sup>3</sup>

近年来，学界对知识产权纠纷解决机制有一定的研究，但系统性与前瞻性方面有待加强。目前研究主要体现在两方面：一是基于知识产权诉讼程序内部对审判制度完善的研究，如蒋志培先生对知识产权诉讼的程序与证据等问题作了有益探讨，张耕先生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与非讼的关系，就知识产权纠纷的诉讼调解等问题展开研究，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：一是未从宏观角度探讨知识产权纠纷的非讼解决与多元化解机制的关系、运行与协调，而大多局限于纠纷解决方式内部展开静态研究，难免有“头痛医头，脚痛医脚”之嫌；二是未凸显出知识产权纠纷当事人的利益多元等特殊性和复杂性，无法合理类型化知识产权纠纷，也就无法寻求其个性化的解决方式；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调解等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”是如何运作，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。<sup>4</sup>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，并逐步将替代性纠纷解决的研究向知识产权纠纷、环境纠纷解决领域延伸。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

3 [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。

4 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". University of Cincinnati Law Review, Vol. 70, 16 (2002).

产权纠纷的调解与非讼解决。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。

这些成果对我国的知识产权纠纷调解机制的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、保护体制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为我国所用，而需批判性地借鉴和引入。

### 1.1.3 研究意义

研究知识产权纠纷调解机制具有重要意义。在理论上，可以建构知识产权纠纷的合理分流与多元化解解决的理论；在实践上，可以完善知识产权纠纷多元化解解决机制，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) 促进纠纷多元化解解决的理论建构

知识产权纠纷本质上是一种民事纠纷，但也因知识产权的无形性、法定性、有期限性等特性而具有特殊性。纠纷中权利人对未来市场、利润的追求与当事人利益目标的多元性等决定了传统纠纷方式及理论适用的局限。因此，研究知识产权纠纷非讼解决机制，以寻求其符合自身特色的纠纷解决机制是对传统纠纷解决理论与纠纷多元化解解决理论的拓展。

对知识产权纠纷调解机制的研究，有利于克服现有知识产权纠纷分类的理论研究的局限。现有纠纷分类注重以客体为标准，对纠纷当事人缺乏必要关注，因为纠纷解决是消除当事人利益冲突的过程，实际上是当事人利益博弈的过程。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的不同而不同。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，在研究方法 with 理论视角上具有突破。

此外，在创建“和谐社会”与“创新型国家”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。

#### (2) 完善知识产权纠纷多元化解解决机制，高效解决纠纷，服务于建设创新型国家与建构和谐社会的实践

国家正式的纠纷解决机制与民间纠纷解决机制相互融合、非讼解决与诉讼解决的交错使用是现代多元化纠纷解决机制的发展趋势。对知识产权纠纷的解决而言亦是如此。高效、协调运行的多元化知识产权纠纷解决机制与调解机制则是实现社会包容与和谐的前提。

在 2007 年 1 月召开的全国知识产权审判会议上，时任最高人民法院副院长的曹建明指出，要“把司法保护贯穿于知识产权创造、管理和运用的全过程，为建设创新型国家和构建社会主义和谐社会提供强有力的司法保障。”知识产权保护的价值取

向不仅来源于国家法律和政策，也来源于国家宏观思路的重大变化。建设创新型国家与构建和谐社会是国家发展的两个战略决策，也是知识产权纠纷解决机制予以选择的价值目标。

## 1.2 研究的目标、方法与创新

### 1.2.1 研究目标与主要观点

本文的研究目标是：在充分考察知识产权纠纷的特殊性与现行知识产权纠纷解决机制缺陷的基础上，依据当事人预期利益目标，将知识产权纠纷类型化，配置能够彰显知识产权纠纷特性的纠纷解决机制，通过纠纷的两次分流，促成当事人从“非零和博弈”视角解决纠纷，构建高效、协调的知识产权纠纷调解机制。

缘于知识产权纠纷的特殊性，现行仲裁、诉讼及诉讼调解等方式无法高效解决知识产权纠纷。知识产权纠纷中权利人利益目标具有多元性，有的追求基本利益（实现知识产权的价值），有的追求对抗性利益（禁止他人使用），有的追求双重利益结合；而侵权人亦如此。据此，可将知识产权纠纷划分为九种，根据当事人利益目标的相似性可以类型化为三大类：当事人利益相似性好的的 A 类纠纷、当事人利益相似性较好的 B 类纠纷与当事人利益相似性差的 C 类纠纷，进而确定相应的纠纷解决方式，将调解从诉讼中剥离，妥善、高效地解决知识产权纠纷。

### 1.2.2 研究方法

有关纠纷解决的研究往往给人一种陷于无穷的“冲突事实”而缺乏“理论”的印象，较少从纠纷当事人的背后因素解构纠纷解决的运行机理，知识产权纠纷解决机制的研究亦如此。论文旨在通过对当事人利益的经济学分析，并以博弈理论为指导解构当事人的行为策略，在理论上还原纠纷解决过程的“原貌”。论文的主要研究方法有：

（1）博弈分析方法。从博弈论角度注重分析当事人利益诉求，较之基于纠纷本身的法律分析与判断更能把握纠纷解决的本质，更能切中当事人的需求与冲突的焦点。

在方法论个人主义的基础上，以行为主体为中心的过程分析，运用博弈论在合作双赢视野下建构“非零和博弈”的知识产权纠纷调解方法。其实质在于纠纷当事人的策略选择的互动，注重当事人双方的利益博弈，旨在通过寻找博弈均衡，实现面向未来的合作双赢的调解。

（2）经济分析法。运用经济学分析方法，对纠纷解决进程中当事人的风险 - 收益的利益分析框架，引入利益分析框架类型化纠纷及其解决模型，在提出纠纷解决

现实对策的基础上，推动纠纷解决理论的研究。

(3) 实证分析方法。立足于国际与国内视野实证分析知识产权纠纷的调解实例（如湖南省高级人民法院成功调解的“奥拓”案），将纠纷解决与调解机制运用于实践分析，以检验理论预设的合理性。

### 1.2.3 创新之处

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。”<sup>5</sup>作为纠纷解决方式，近来日益盛行的调解并非一种新的纠纷解决技巧。但就知识产权纠纷调解这一传统研究对象，论文在以下方面有所创新：

(1) 研究思路的创新：区别于传统的知识产权纠纷以权利客体为分类基准，论文以当事人的利益诉求与预期目标为出发点类型化纠纷，进而设置纠纷解决模型，体现当事人在纠纷解决中的交涉与互动，这种思路考虑了当事人的关切，也符合纠纷解决的本质。

(2) 研究视野的创新：论文从程序与实体相结合的视野分析纠纷解决，而不仅仅局限于程序架构的内部。知识产权的无形性、法定性与旨在垄断未来市场的特性，决定了知识产权纠纷当事人的目标多元性，这一实体法上的特性决定着纠纷解决程序设置与运行效果。这是传统纠纷解决机制研究较少涉及的。

(3) 研究方法的创新：论文从经济学分析入手，考察不同纠纷解决中当事人的收益 - 风险，进而运用博弈理论解构当事人的行为选择与策略，寻求个性化纠纷解决方式。将博弈理论应用于纠纷解决理论的分析是对传统研究方法的突破。

## 1.3 全文的基本框架

论文研究的主要内容为：

在分析论文选题的背景、研究思路与研究方法的基础上，论文从知识产权与知识产权纠纷的特殊性入手，分析了我国知识产权纠纷解决机制的运行现状与困境。

作为私权的知识产权，是权利人可以自由支配、处分的权利；作为无形财产权的知识产权，具有法定性、无形性与有期限性；知识经济时代，知识产权人由注重权利保护转向更多关注权利的经营与管理。这决定了知识产权纠纷具有不同于传统民事纠纷的特性：一方面，知识产权纠纷具有结果的难以预测性、争议交叉性与当事人利益目标多元性；另一方面，权利人着眼于未来市场力与商业利益，在纠纷中禁令救济是其关键。正如此，知识产权人在被侵权后迫切需要得到及时、有效的司

---

5 Jay Folberg & Alston Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation*, at 1(1984).

法救济，但诉讼救济程序的冗长与拖延，权利人难以有效利用。这是知识产权纠纷的特殊性所在，也是研究知识产权纠纷调解机制不可回避的起点。

知识产权纠纷解决方式主要有司法救济、行政救济与非讼解决三种途径。其中，以诉讼方式解决知识产权纠纷一直以来占主导地位；由于我国采用行政处理与司法保护的“两条途径、协调处理机制”，行政救济在知识产权纠纷解决中历来占据举足轻重的地位，这缘于工商局、专利局与商标局等行政主管机关对相关区域的市场具有相当影响力，其查封、扣压等方式较为及时、有效；仲裁、调解等非讼方式较少被使用，并未真正实现纠纷的分流。可见，我国当下的知识产权纠纷解决机制以诉讼为主导辅之以行政救济的运行方式。

由于民事纠纷的审理与行政纠纷的救济程序相互拖延，使得知识产权诉讼程序冗长而低效，这已成为知识产权司法保护的困境所在。为缓解审判压力，提高纠纷解决效率，法院寻求通过诉讼调解来实现纠纷的快速、高效解决。近年来的实践表明知识产权纠纷的诉讼调解被过分强调，而诉讼调解悖离了调解的中立性本质。

行政救济在知识产权纠纷解决中尽管占据重要地位，但问题是如果以行政公权力介入私权纠纷，会带来纠纷的交叉而不利于根本上解决纠纷，行政主管机关一般仅有以“行政责任”处罚侵权人的激励，且因担心陷于行政诉讼中而对当事人间民事纠纷的解决并无太大动力。因此，行政救济并非民事纠纷的根本解决之道。

进而，论文分析了知识产权纠纷非讼解决方式的适用现状与问题。就其现状而言，作为知识产权纠纷解决的第三途径的仲裁才刚刚起步，较少被采用；诉讼调解作为知识产权纠纷调解的主导，民间调解较少适用。这使得非讼方式在知识产权纠纷解决中未实现合理分流，并未发挥其优势。

调解、仲裁等非讼方式难以发挥作用的原因在于：调解或仲裁等非讼解决机构与法院等司法机关的博弈上处于弱势；政府缺乏向非讼机构投入的动力；诉讼代理人对诉讼与非讼解决方式间取舍的不良倾向。这些是非讼纠纷解决陷于困境的外部因素。客观上，调解等非讼纠纷方式的内在缺陷也影响了非讼机制运用。

现有知识产权纠纷解决机制的根本困境在于纠纷分类是以客体为中心，这虽有利于考察不同知识产权纠纷差异性，但缺陷是未考虑到知识产权纠纷的特殊性，未将纠纷合理类型化及分流；更重要的是欠缺对纠纷当事人利益目标的必要关注。纠纷解决实际上是当事人利益博弈的过程。因此，从纠纷主体的差异性出发，考察当事人在纠纷解决过程中的策略选择与影响因素是研究纠纷解决机制的出路所在。

论文第三章主要从博弈论视角分析知识产权纠纷调解的可能性。论文运用博弈论分析当事人的互动及其影响因素，注重从博弈论出发分析当事人基于利益诉求判断而选择的行为策略，较之基于纠纷本身的法律分析更能把握纠纷解决的本质，也能明确冲突的焦点，使当事人在相互影响中选择收益最大化策略，纠纷也得以解决。

在纠纷解决中，如果当事人认为一方的收益并非必然等于对方的损失，即采取“非零和博弈”的观点，将为当事人带来“向前看”（即着眼未来）的合作双赢的纠纷解决方案。

第四章主要探讨知识产权纠纷的类型化与调解机制的适用。论文在博弈论框架下，从当事人的预期利益目标出发分析不同纠纷解决方式下风险 - 收益，进而将知识产权类型化为九种三大类，配置相应的纠纷解决方式，区分并剥离出可以调解解决的纠纷。

在知识产权纠纷中，权利人利益目标具有多元性，有的追求基本利益（实现知识产权的价值），有的追求对抗利益（禁止他人使用），有的追求双重利益结合；而侵权人亦如此。据此将知识产权纠纷划分为九种，并以当事人利益目标相似性为基础将纠纷类型化为三大类：A类、B类与C类纠纷，进而配置相应的纠纷解决方式。在纠纷类型化中，当事人预期利益目标的合理区分是其关键。因此，如何有效体现与确认当事人预期利益目标的真实性，这决定了纠纷类型化与纠纷解决模型设置的成败。具体地说，在于以什么样的方式和途径来体现、考察当事人目标的真实性。论文认为，可通过适当的文书形式、程序规则等综合考察当事人的预期利益目标。

第五章主要并探讨知识产权纠纷调解机制的制度建构。论文认为，知识产权纠纷解决机制运行中纠纷需经两次分流，第一次分流是由权利人选择或当事人约定进入调解、仲裁或诉讼程序，这是诉讼与非讼分流的第一道闸门；第二次分流则是纠纷经权利人选择进入诉讼程序后的诉讼中分流，以当事人预期利益目标将纠纷类型化，实质是将诉讼调解从诉讼中剥离，将类型化后的A类纠纷调解或诉讼解决，将B类纠纷由法院附设的仲裁 - 调解中心专门解决，进而实现纠纷的再次分流。

知识产权纠纷调解机制的构建，应紧扣时代背景，处理好非讼与诉讼的辩证关系，不妨碍当事人的选择权。知识产权纠纷调解应坚持当事人自主、调解员中立、调解协议合法与合作双赢的原则。调解的成功运用离不开对调解规则与规律的合理把握。

## 第 2 章 知识产权纠纷与知识产权纠纷解决机制

裁判是一种很奢侈的纠纷解决方式，故欲让所有的民事纠纷都通过裁决来解决的想法是不现实的。即使无视现实的制约而大肆鼓吹万能论，但大多数纠纷通过裁决以外方式加以解决的事实依然是不会改变的。如果无视必须要对裁决解决方式在量上进行明显限制以尽可能抑制其甚至是几个百分点增长这一现实，那么就会忽视使自主性解决方式向合理化方向发展的努力，从而形成纠纷解决的整体水平长期在低迷中徘徊的局面。<sup>6</sup>

——小岛武司

### 2.1 作为民事权利的知识产权：共性与个性

对知识产权纠纷解决机制的探讨，离不开对知识产权属性的了解与认识。在本质上，知识产权是一种传统的民事权利，是一种私权，这能揭示知识产权纠纷当事人在纠纷解决中的意思自治。但知识经济时代，知识产权作为激励创新的垄断权，其在市场竞争特别是国际市场竞争中的价值日益凸显，并获得了前所未有的强调与关注。由于其法定性、无形性、有期限性等有别于传统民事权利的特性，这就有必要在透彻把握这些个性的基础上构建与之相适应的纠纷解决机制。

#### 2.1.1 作为私权的知识产权

“知识产权”这一概念是从西方引入的。将一切来自知识活动领域的权利概括为知识产权，最早见之 17 世纪中叶的法国学者卡普佐夫的著作。<sup>7</sup>1967 年《成立世界知识产权组织公约》签订后，知识产权这一概念逐步在全世界范围内广泛使用。在英文中，知识产权被称为 Intellectual Property，就其字面意思，用“智力财产权”或“智慧财产权”更为准确。我国民法理论一度称之为智力成果权，我国台湾地区则至今称为智慧财产权。但自 1986 年《民法通则》将知识产权作为正式的法律用语以来，“知识产权”一语已被我国广泛地接受，并在相关立法中被采用。

尽管知识产权已成为国际上普遍采用的法律概念和用语，但由于各国的法律规定不同，知识产权的涵义和概念不尽相似。不过，一般认为，知识产权是在科学技术、文化艺术、工商业领域内，民事主体对其创造性智力成果和工商业标记而依法享有的专有权利。这一概念表明了知识产权的以下内涵：第一，知识产权涉及科学、技术、文化、艺术及工商业等领域；第二，知识产权是基于创造性智力成果和工商

6 [日]小岛武司：《诉讼制度改革法理与实证》，陈刚等译，法律出版社 2001 年版，第 161 页。

7 吴汉东：《知识产权多维度解读》，北京大学出版社 2008 年版，第 3 页。



业标记的权利，非创造性的智力成果与工商业标记不产生知识产权；第三，知识产权依法产生，由一定民事主体依法享有，并非所有创造性智力成果和工商业标志都受知识产权保护。<sup>8</sup>可见，知识产权是智力成果或工商业标记所有人依法所享有的专有权利。

知识产权主要包括著作权、专利权与商标权等<sup>9</sup>。它反映了知识产品创造者的人格和财产利益，属于民事权利范畴。在我国，尽管关于知识产权法的地位和归类尚有不同的认识，知识产权是一种民事权利、私权。这不仅在学界达成共识，也为《民法通则》等立法法律所确认。因此，在原则上，要用民法的基本原理、精神和理论、概念去认识知识产权，使其立足于民法制度，同时又考察其自身特殊的质的规定性。

公权与私权的划分源自于罗马法。公权是直接关涉政治的权力，包括选举权与被选举权、刑事处罚权、国家治安管理权等等，其行使掌控在国家手中。私权则是民众的私人生活和交往中应当具备的权利，包括财产权、婚姻权、契约订立权等等。私权的行使应当尽可能遵循当事人的意思，即所谓的意思自治。

知识产权属于民事权利，也就是具有私权属性。这里所说的私权可以被理解为属于具体的、特定的私人的权利。知识产权的私权性可从以下方面解读：

第一，知识产权制度的发展史诠释了知识产权的私权性。从知识产权的历史演进看，知识产权首先作为封建社会的地方官吏、封建君主、封建国家授予的一种特权，在十八世纪是作为垄断权出现的。也就是说，知识产权“并非起源于任何一种民事权利，也并非源于任何一种财产权”；“知识产权正是在这种看起来完全不合乎‘私权’原则的环境下产生，而逐渐演变为今天绝大多数国家普遍承认的一种私权，一种民事权利。”<sup>10</sup>

19世纪，随着工业化的发展，过去更多地被特权支持的公法制度被改造成私法之下的知识产权保护。进入资本主义社会后，特权终于被国家法律的形式制度化，知识产权演变为依法产生的“法权”，仍是一种私权。

至20世纪末，世界贸易组织在《与贸易有关的知识产权协议》（下称Trips协议）的序言中开宗明义地指出“知识产权是私权”，即民事权利，这一论断随着越来越多国家加入Trips协议而被国际社会普遍认同。

第二，知识产权的私权性源于知识产权归根到底是市场经济发展的结果。之所以对知识产品予以保护，是顺应市场经济需要而由国家在一定的市场垄断利益与知识创造成果的公开的社会利用总体效益之间衡量取舍的结果；在某种意义上，国家与知识产权人在私权领域蕴含着交易或“契约”，国家赋予权利人以市场的垄断权（知

8 参见冯晓青、杨利华主编：《知识产权法学》，中国大百科全书出版社2008年第2版，第1~2页。

9 现代知识产权制度有扩张的发展趋势，表现在权利客体（保护对象）的扩张、权利内容与效力的增强、权利保护期限的延长等方面。关于知识产权扩张的缘由，可参见冯晓青：《知识产权法利益平衡理论》，中国政法大学出版社2006年版，第211~303页。

10 郑成思著：《知识产权论》（修订版），法律出版社2001年版，第5页。

识产权), 权利人的对价则是公开其知识的创造。<sup>11</sup>

在现代市场经济社会, 界定知识产权的私权性尤为重要, 因为市场经济是具有高度市场化、商品化的经济形态, 一刻也离不开市场交易, 而这种交易有一个前提——“从法律上看, 这种交换的唯一前提是任何人对自己产品的所有权和自由支配权”<sup>12</sup>, 只有确立知识产品所有人的主体产权, 才能建立起有序的产品交易、分配市场。知识产权的私权属性, 实际上是强调知识产权人对于自己所享有权利的充分保护、使用和处分权, 强调知识产权不应受到国家及第三人的过分干预。

知识产权制度就是国家运用市场杠杆对知识资源进行再分配的制度。因此, 知识产权只有放在市场中进行交易和运作才能够最终实现权利设定的初衷。而要在市场中进行分配和交易, 其前提就是权利归属的明晰; 要实现知识产权制度刺激市场主体投入劳动和资金进行知识成果创造, 就必须将知识产权私权化, 以保障知识产权人的劳动和投资收益。同时, “权利的属性, 取决于权利的基本内容而不是权利的产生方式。”<sup>13</sup>即使知识产权的权利来源于公权授权, 也不妨碍它作为私权的存在, 只要在法律规定的范围内知识产权人能够在权利的行使上实现意思自治。

有观点认为, 知识产权并非一般意义上的私权, 知识经济时代的知识产权正由传统意义上的私权蜕变为一种私权公权化的权利。<sup>14</sup>笔者以为, 知识产权具有私权性, 但这种属性并非知识产权的天然品格, 恰恰是公共政策衡量的结果。知识产权私权属性的不彻底, 源于知识产权所附着的智力创造成果的原材料本身的非私有性——创造智力成果所依凭的知识绝大多数是人类社会源远流长的公共知识。正如此, 知识产权的权利行使受到法律的限制和公共政策的限制和影响, 如人权保护要求、经济发展水平、对外交往需要等因素都会影响知识产权保护的范 围、内容与力度。<sup>15</sup>这也是探讨知识产权纠纷解决机制应考量的因素。

## 2.1.2 作为无形权利的知识产权

知识产权作为特殊民事权利, 具有以下特征:

---

11 刘友华:《论知识产权公益诉讼制度之构建——从知识产权公益诉讼“第一案”谈起》, 载《知识产权》2007年第2期。

12 《马克思恩格斯选集》第46卷上, 人民出版社1979年版, 第354页。

13 吴汉东:《知识产权多维度解读》, 北京大学出版社2008年版, 第41页。

14 参见冯晓青、刘淑华:《试论知识产权的私权属性及其公权化趋向》, 载《中国法学》2004年第1期。他们认为, 私权性是知识产权的本质属性, 知识产权私权的公权化趋向是建构知识产权法的利益平衡机制、保障知识产权人专有权、实现知识产权法公共利益价值之所需。对此, 吴汉东教授有不同看法, 他认为私权性是知识产权的基本属性, 是知识产权与所有权所具有的共同属性。知识产权作为知识财产私有的权利形态, 得到法律的严格保护, 也受到法律的必要限制。这是知识产权的立法宗旨所决定的, 并通过法律平衡与调整的制度设计而完成。上述情形没有也不应该改变知识产权的私权属性。参见吴汉东:《关于知识产权私权属性的再认识——兼评“知识产权公权化”理论》, 载《社会科学》2005年第10期。

15 有关知识产权与公共政策的问题可参见吴汉东:《中国应建立以知识产权为导向的公共政策体系》, 载《发展观察》2007年第5期; 吴汉东:《政府公共政策与知识产权制度》, 光明日报2006年10月10日; 吴汉东:《利弊之间: 知识产权制度的政策科学分析》, 载《法商研究》2006年第5期; 彭茂详:《我国知识产权公共政策体系的构建》, 载《知识产权》2006年第5期。

### (1) 知识产权是一种无形财产权

现代法律制度所保护的财产分为有形财产和无形财产。有形财产是财产所有权的客体，知识产权客体则是一种无形的知识形态的劳动产品——知识产品（知识产权所附载的智力创造成果或者工商业标记）。这一特性决定了知识产权与一般财产所有权的差别<sup>16</sup>：作为非物质性的知识形态的产品，它不能被人们在事实上占有或控制，一旦被公开就可以同时为许多人利用。这使得知识产权比有形财产权更容易遭受侵害，并且知识产权人通常只是在主张权利时才“发现”自己是权利人，故知识产权制度的核心是授予权利人对其成果利用的控制权。这决定了以传统民事纠纷解决方式解决知识产权纠纷有其局限。

### (2) 知识产权具有法定性

由于知识产权对象的无形性，与一般有形财产不同，需要由法定机关依据法定条件按法定程序审查并确认其权利边界来予以保护，这就是知识产权的法定性。也就是，知识产权是一种由行政权予以授权的权利，如对发明专利与商标的保护就是如此。在授权的过程中，当然也就无法完全避免审查错误与授权的瑕疵，此时权利应被驳回、撤销或宣告无效。正因如此，与传统民事权利相比，知识产权具有不稳定性。以实用新型专利为例，由于实用新型专利的授权未经实质性审查，权利的稳定性较差，经常出现原告以被告侵犯其实用新型专利权为由诉至法院，但被告却向专利复审委员会请求宣告该专利无效。这就带来民事纠纷与行政纠纷的交叉。

一般而言，法院的民事诉讼程序可能会中止审理，等待专利复审委员会的决定意见出来后再恢复审理。此时，原告的专利权可能因不具备专利性而被宣告无效；即使原告专利有效，也因诉讼中止导致程序漫长而耗费大量时间、精力与财力，疲惫不堪的原告最终可能失去其起诉初衷，成为“虚假的胜利者”<sup>17</sup>。就发明专利或商标而言，尽管经过严格的实质审查程序，但也无法完全避免授权瑕疵（既可能是技术上的原因无法完全检索到发明是否具有新颖性，也可能是人为故意操作而存在授权瑕疵<sup>18</sup>），因此，一旦发生专利权纠纷或商标权纠纷，当事人所涉权利常常被对方当事人以专利权无效或商标权无效予以抗辩，从而进入漫长的诉讼程序。

### (3) 知识产权是一种旨在获得市场力与垄断力的权利

众所周知，知识产权是一种专有权，目的是保障知识产权人对某种商品享有在市场上的垄断权，即控制该商品在市场上的份额，进而取得高额垄断利润，因此，

16 知识产权这种特殊的财产权利与有形财产权利相比，在权利客体、权利取得与实现方式、权利的独占性程度、权利的行使方式、价值评估方式与权利侵害内容等方面均存在明显差异。参见冯晓青主编：《知识产权法学》，中国政法大学出版社2008年版，第10页。

17 赢得诉讼却未必能得到执行，赢得官司但市场可能已经失去，保护知识产权的垄断商业利润可能因为漫长的程序后替代技术的出现，知识产权特别是专利赢利的能力可能急剧下降。在这个意义上，原告可能得不偿失，从成本-收益角度考量，纠纷中当事人各自降低预期而达成调解协议不失为一种理性选择。

18 比如对某些灰色区域，在专利审查员与申请人背后的代理机构存在利益关系时，更难避免授权瑕疵的可能。专利宣告无效与商标权的无效与撤销程序正是从权力监督与利害关系利益保护的角度设置的程序。

市场份额是知识产权人的根本利益所在。基于激励理论，知识产权创造了市场权力。<sup>19</sup>事实上，知识产权制度不仅保护权利人在市场中的权利，还通过法律的特别设置促使权利人尽快在市场中实现知识产权的价值（如商标不使用的期限限制等）。知识产权人为了维护自身的市场竞争优势，使其效益最大化，就会力图将知识产权运用至极限。在此过程中，一些权利人会运用知识产权控制、垄断相关产品的市场。

侵权人侵犯知识产权的根本目的是以节约研发等成本基础上以极低的产品价格抢夺市场，而知识产权人起诉侵权人的根本目的是夺回市场，而获得侵权损害赔偿与未来市场垄断力相比，一般相对较少，也是第二位的。因此，当侵犯知识产权的行为发生后，知识产权人希望获得及时有效的司法救济，其中首要的便是停止侵权。侵权人同意停止侵权时，知识产权人通常会以降低赔偿额的让步方式与侵权人调解解决纠纷。因为民事诉讼程序中的实体公正是以程序的合法与时间的消耗为代价的。从经济学角度看，权利的利用较之权利的维护更加重要，与一般民事纠纷相比，知识产权纠纷中的权利随着时间的推移价值呈递减趋势；<sup>20</sup>加之知识产权作为有期限的权利，本来相对有限的时间由于漫长的诉讼及争议而使得其赢利能力受到影响，市场可能丧失殆尽。即使知识产权人夺回市场，也可能因技术的周期性而失去技术优势与垄断力，导致知识产权人胜诉的意义不大。

#### （4）知识产权是有期限的权利

知识产权是国家授予的有期限的权利。有期限的保护旨在维护权利人与公众（使用者）之间的利用平衡。每种不同类型的知识产权都具有不同的权利范畴、外延与保护期限。著作权法授予作者或其他著作权人以排它性的复制权、发行权、改编权、表演权与展览权等，其保护期限为作者有生之年加上其亡故后 50 年。而任何用于区分自己与他人商品的字母、名字、标志及其组合，除非所有人变更新的标志，商标法都将对之予以保护。专利保护那些具有新颖性、创造性与实用性的发明创造，其中发明专利的保护期为自申请之日起 20 年，实用新型专利与外观设计专利保护期为 10 年。商业秘密是任何能用于商业活动获利或获得潜在利益的有用信息，其保护期则延续至其他竞争者或公众发现该有用信息为止。

不过，知识产权的有期限性有两个例外：一是著作权人身权的保护期不受限制；二是商标权保护期在理论上不受限制，商标权人如果试图维持其商标权的效力，可以在商标权保护期届满前或届满后的一定时间内续展。

正因为知识产权的有期限保护，使得知识产权纠纷中的当事人不得不更慎重考量纠纷解决的效率，因为漫长的程序对知识产权价值的实现无异于“枷锁”。

#### （5）知识产权是兼具财产权与人身权的权利

19 冯晓青：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 197 页。

20 相关新的替代技术的出现或同类知识产品市场的日趋饱和，使知识产权人的市场力下降，获取商业垄断利益利润的能力也下降。

与一般民事权利要么是财产权要么是人身权不同，知识产权是兼具财产权与人身权的权利。其中，著作权在这一点上体现得最为典型，如发表权、署名权、修改权、保护作品完整权是著作权人的人身权，一般不能转让，也不受时间限制；复制权、翻译权、表演权、信息网络传播权等则是著作权财产权，可以转让或许可他人使用，并有相应的保护期限。之所以要分析知识产权这种双重权利相结合的特征，旨在考察当事人在纠纷解决中对财产权与人身权保护的不同预期目标，进而确立不同的纠纷解决方式与调解机制。

正由于知识产权的法定性、无形性与有限期性，使得权利人在知识产权的保护与一般民事权利的保护有所不同。

一方面，知识产权人更注重知识产权的及时有效保护。知识产权的无形性决定其权利人无法通过事实上的占有排斥他人的使用而实现其权利。因此，知识产权人特别期望及时有效的救济；<sup>21</sup>加之知识产权侵权行为的隐蔽性强、被控侵权后被告利用法律赋予的诉讼权利有意拖延审限、转移财产直至责任承担主体消失，故意逃避民事责任的现象屡见不鲜，这就使知识产权纠纷中的证据保全、财产保全处于突出位置，否则不足以保护知识产权人的利益。

囿于知识产权法与诉讼法知识及其策略的缺乏，权利人申请法院采取诉前证据保全、诉前禁令和财产保全的权利难以得到有效行使；加之知识产权诉讼专业代理人 and 代理机构的缺乏，通常因侵权人不建账或财务会计账簿虚假而无法查清非法获利，而法院酌定赔偿额又偏低。这样就可能存在一个悖论：一方面，知识产权人在被侵权后迫切需要得到及时有效的司法救济；另一方面，权利人又存在难以有效利用诉讼救济程序的顾虑。

也正是权利人对漫长司法程序的担忧，现实中我国更多权利人在知识产权保护中对更为快捷、有效的行政保护手段较为偏爱，一旦发现侵权行为时，即向版权局、专利局或工商局举报，要求查处，进而有效维护市场秩序。我国对知识产权保护采取“两条途径、协调处理机制”，也体现了知识产权不同于一般民事权利之特点。

另一方面，由于知识产权人着眼于未来市场与商业利益，在知识产权纠纷中禁令救济是关键。作为无形权利，知识产权是一种法定的垄断权，其价值是相对变化且逐步降低，权利人强调对权利的运用，<sup>22</sup>更关注的是市场力与未来的市场份额与赢利，启动纠纷解决机制更多旨在将他人逐出相关市场而获得垄断利润；而一般民事权利，特别是有形财产，其价值是相对稳定的，权利人强调对权利的维护，获得赔

---

21 有形财产的所有人可以通过事实上的占有来排除他人的妨碍，有更多的自我保护可能，而知识产权人可能根本不知道何时谁在何地使用其知识产品。

22 知识产权战略正是知识产权人运用与经营知识产权的典型，特别是知识产权领域的“放水养鱼”现象更是凸显了知识产权人的策略行为，即知识产权人可能放任或纵容侵权，等至侵权行为规模扩大、利润增加而难以自拔时（停止使用则厂房、机器及人力资源等前期投资的损失可能还远远高于侵权应赔偿额）再启动权利保护程序。最近专利法第三次修改对此问题有所关注，力图禁止这种行为。

偿与停止侵权而言，赔偿是第一位的考虑。这一差异是构建知识产权纠纷解决机制所必须考量的。

此外，在涉及知识产权保护的案件中，商业现实要求加快案件的处理速度、降低成本、保护机密信息、避免泄密、维护商业合作关系。知识产权纠纷如果采用传统的诉讼方法可能会耗时多年。在这一过程中，纠纷中涉及专利权或商标权或著作权的产品与技术，可能已不再为公众之所需，也可能已被新的技术所取代。因此，知识产权人特别需要快速、高效处理纠纷，以抓住赢利时机。

### 2.1.3 知识经济背景下知识产权保护从权利维护到权利经营的转型

知识产权不是终极目的也不是一种终极性的权利，它的出现、发展始终与市场竞争的发展相联系，并且受到市场竞争发展的深刻影响。现代知识产权的繁盛是因为市场竞争已经发展至以知识信息为竞争手段的高层次，即所谓知识经济、信息经济的阶段。知识产权的发展与市场贸易息息相关。回顾知识产权的历史可以看出，知识产权的发展是市场竞争发展从资源竞争、劳动力竞争到知识竞争的结果。

知识产权制度对于智力成果的创造者和投资者的投入进行维持和保护，以鼓励和刺激对于知识信息的生产和投资。知识产权制度不仅仅保护个人的权利，而且对于确保产业的竞争状态也是必要的。<sup>23</sup>知识产权的直接目的是通过授予专有权来排除在相同领域知识产品的使用，从而排除在该领域的竞争以获得合法的市场垄断力与竞争优势地位。从知识产权制度的初衷而言，著作权、专利权与商标权的私权保护，使其能够收回为创新付出的投资，旨在对创新的作品、技术与追求信誉的激励，可以说，知识产权的保护建立在激励论<sup>24</sup>的基础之上。

在工业经济时代，知识产权人注重权利的保护，以收回投资并获得商业利润与回报。在知识经济时代，知识产权经营是将潜在的生产力转化为现实的生产力的重要组成部分，已成为现代企业乃至国家最有效的竞争手段与武器。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知识产权的经营与战略管理。现代企业特别是跨国公司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——所谓“一流企业卖标准、二流企业卖专利、三流企业卖产品”<sup>25</sup>正是这一趋势的经典描绘。我国推行知识产权战略与建设创新型国家战略也是在竞争环境中顺应时代要求而为之的。

23 [日]富田彻男：《市场竞争中的知识产权》，廖正衡等译，商务印书馆 2004 年版，第 256 页。

24 冯晓青：《知识产权法哲学》，中国人民公安大学出版社 2003 年版，第 183~303 页。

25 标准战略是知识产权战略的最高层次，技术专利化 - 专利标准化 - 标准许可化是标准运作的基本模式。标准是企业国家的核心竞争力来源。标准战略有主动进攻型和防御型两种类型，前者如我国 DVD 企业遭受 3C 与 6C 的专利收费案，专利权人不生产产品获得巨额专利许可使用费，而中国 DVD 企业成为专利权人的“血汗打工仔”；后者如欧洲的 CR 法案，其通过要求出口至其国内或区域的产品应符合其技术标准，要求价格在 2 欧元以下的没有安装“儿童锁保护装置”的打火机不能在欧盟市场销售，从而达到将温州物美价廉的低档打火机驱除出欧盟市场的目的。参见刘友华：《论我国高新技术企业的专利战略》，载《知识产权研究》，西安交通大学出版社 2006 年版，第 340 页。

强调知识经济背景下，知识产权由权利保护转向权利的经营与战略管理，看似与知识产权纠纷解决无关，实际上这是纠纷解决无法回避的现实问题。因为如果不将知识产权纠纷解决纳入时代背景，就无法理性分析纠纷当事人的利益博弈、行为选择与策略。

## 2.2 纠纷与知识产权纠纷

### 2.2.1 纠纷与民事纠纷

纠纷是指社会主体间的一种利益对抗状态。顾培东先生认为，纠纷的本质是主体的行为与社会既定秩序和制度以及主流道德意识的不协调或对之的反叛。<sup>26</sup>由于资源的有限性与人类无限的扩张欲望<sup>27</sup>间的冲突成为社会的常态。

劳拉·纳德等把纠纷过程分为三个阶段：不满、冲突、纠纷。其中，单向不满阶段，是指当事人意识到或觉得自己受到不公平的对待或权益受到侵害，从而心怀不满，并可能采取某些单向的行动（诸如忍受、回避和提出问题）的过程。双向冲突阶段，指局限于纠纷当事人之间相互作用的过程，表现为当事人相互的对抗斗争，纠纷处理方式主要有强制和交涉。随着冲突升级和第三方介入，就进入了三向纠纷阶段，即纠纷外主体介入纠纷并充当解决纠纷的第三方，此时纠纷解决方式主要对应着审判、仲裁和调解。<sup>28</sup>

当冲突（如可感知的冲突者的心理状态）外化为行为主体间的权利义务争议时，法学层面的纠纷开始显现，马克思所言的“孤立的个人反对统治关系的斗争”的犯罪<sup>29</sup>就是其极端的形式。

可见，纠纷是一种客观存在，是对秩序的破坏，但其作为新的利益、观念和行为方式与既定秩序冲突，在一定条件下，亦是权利与法的发展契机，甚至是社会变革的先导与动力。然而，与大规模的社会冲突不同，日常性纠纷通常表现为具体的利益冲突或权利实现中的障碍，是对正常秩序的破坏或局部权利义务关系的重组。<sup>30</sup>纠纷解决的目的，则是通过一系列规则、行为与程序，实现纠纷的消解，恢复或重建社会秩序。

尽管纠纷是社会的常态，但纠纷的发生与激化亦是社会不和谐的集中体现。因

---

26 顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，法律出版社 2004 年版，第 4 页。

27 罗素认为，人类扩张的欲望，尤其是权力扩张的欲望是无限的，在这方面，欲望的唯一制约仅在于想象中的可能性，亦即欲望实现的预期。参见[英]伯特兰·罗素著：《社会改造原理》，张师竹译，上海人民出版社 2001 年版，第 5 页。

28 Laura Nader & Harry F. Todd, Jr ed, *The Disputing Process: Law in Ten Societies*, Columbia University Press, 1978, pp.1~40.转引自徐昕：《迈向社会和谐的纠纷解决》，载《纠纷解决与社会和谐》（《司法》第 1 辑），法律出版社 2006 年版，第 66~67 页。

29 《马克思恩格斯全集》（第 3 卷），第 379 页。

30 范愉：《纠纷解决与社会和谐》，载徐昕主编：《纠纷解决与社会和谐》（《司法》第 1 辑），法律出版社 2006 年版，第 52~53 页。

此，妥善处理和疏导社会矛盾，化解社会冲突，积极防控和解决纠纷，便成为构建和谐社会的日常工作和基础环节。胡锦涛指出：“构建社会主义和谐社会的过程，就是在妥善处理各种矛盾不断前进的过程，就是不断消除不和谐因素、不断增加和谐因素的过程。”<sup>31</sup>

对纠纷解决的探讨，有必要分析纠纷的基本要素。对此，诸多学者有不同理论建构。

美国学者戈尔丁将“类法律式的解决纠纷”的基本结构分为五个方面：(1)一位纠纷解决者，即一位特殊的“居间的”第三者；(2)具体的纠纷者及其解决，或企图解决；(3)他们的具体纠纷；(4)某种对纠纷的审理，把每方当事人的立场展现给第三者；(5)这样取得的材料必须由第三者用于实现纠纷的解决。<sup>32</sup>

关于纠纷的基本结构，日本学者千叶正士提炼了一个包括基本要素和关联要素两大方面的分析框架。一是纠纷的基本要素：(1)纠纷关系人，包括当事人、纠纷的参加人、纠纷的介入人；(2)纠纷对象，即当事人争执的对象；(3)纠纷行动，即争议双方为损害或防止对方损害而采取的行动，包括纠纷行为（通过实施积极或消极的行为意图损害对方的行动）、纠纷手段（为实施纠纷行为所采取的策略、战术、攻击防御武器）、纠纷主张（向对方提出的具体要求）、纠纷的相互影响（当事人之间的影响，以及纠纷的社会影响。二是纠纷的关联要素：(1)纠纷的社会结构；(2)纠纷的原因；(3)纠纷的社会价值；(4)纠纷解决机制。<sup>33</sup>这一基本结构与分析框架为纠纷解决机制的合理构建提供了切入点与着力点。

无论五要素的基本结构还是两要素的分析框架的诸多要素中，无一例外的都强调当事人的纠纷行动特别是纠纷手段、纠纷主张与纠纷的相互影响。笔者以为，当事人的纠纷行动特别是其纠纷主张反映了纠纷的本质与当事人的核心诉求，是构建纠纷解决机制的核心考量因素。

日本学者川岛武宜将纠纷解决过程称为纠纷的社会过程，其形态主要包括：基于目标的实现的终结、基于排除或退出的终结、基于合意的终结。当纠纷的社会过程转化为程序过程后，即纠纷的程序解决，可分为和解、妥协和第三者的裁定。<sup>34</sup>棚濑孝雄则将纠纷解决的过程类型概括为两条基轴：一是合意性 - 决定性，并分为根据合意的纠纷解决（如和解、调解）与根据决定的纠纷解决（如审判、行政裁决）；二是状况性 - 规范性，分为状况性纠纷解决（如国家间的纠纷解决完全依靠实力对比）和规范性纠纷解决（如审判）。上述分类是流动的，实际的纠纷过程通常是两者的混合，混合程序随纠纷当事者、利益关系者及社会一般成员的利益、力量对比等

31 胡锦涛：《在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话》，载《人民日报》2005年2月19日。

32 [美]马丁·P·戈尔丁：《法律哲学》，齐海滨译，三联书店1987年版，第212页。

33 转引自刘荣军：《程序保障的理论视角》，法律出版社1999年版，第1~33页。

34 参见刘荣军：《程序保障的理论视角》，法律出版社1999年版，第15~16页。



状况而不同。<sup>35</sup>这些观点为知识产权纠纷的解决提供了思路。

### 2.2.2 知识产权纠纷的特殊性

源于知识产权的特殊性，知识产权纠纷具有与民事纠纷迥异的特性，具体体现在：

第一，知识产权纠纷的结果难以预测。一方面，由于知识产权的对象的无形性，使得保护范围具有不确定性，知识产权人控诉的对方的使用行为是否落入了权利人权利保护的范畴将是纠纷解决中事实争议的焦点。例如，在著作权领域，当事人的模仿或使用著作权人的作品，究竟是复制还是创作了新的作品？难点在于第三人的使用行为是“生产”了具有独创性的新作品还是对原作品的复制，由于作品本身的无形性与独创性难以确定，侵权与否难以避免争议，如导演陈凯歌的电影作品《无极》与《一个馒头引发的血案》著作权纠纷<sup>36</sup>就是典型一例。与此相似，对专利权领域的发明专利与实用新型专利而言，第三人的使用行为是否落入了专利权人的权利要求之中，更是一个难以判断的技术性极强的专业问题；对外观设计专利而言，尽管其不涉及技术特征，但第三人的使用是否与外观设计专利中的设计相同或相近似，对纠纷当事人乃至解决纠纷的参与者而言都并非容易确定。在商标权领域，第三人使用的商标与商标权人的商标是否相同或近似，其所使用的产品是否相同或类似，<sup>37</sup>是否给消费者带来混淆同样具有较强的不确定性。

与此相反，一般的民事纠纷，不论是财产权纠纷还是人身权纠纷，都没有权利存在与否和不确定性的问题，纠纷解决的关键不在于权利事实的认定（如财产权的有无<sup>38</sup>、财产权的范围），这些因素并非当事人争议的焦点，也不是纠纷解决的核心。因此，民事纠纷的审判与解决更多考虑侵权构成要件的适用，而知识产权纠纷的解决，其前提是权利保护范围的确定，然后才需要考虑构成要件。

另一方面，知识产权具有法定性，这种法定程序的依法授权带来的则是权利的

35 棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社2004年版，第7~18页。其中，前者按纠纷是由当事人之间自由的“合意”还是由第三者有拘束力的“决定”来解决而描出；后者则按纠纷解决的内容是否事先为规范所规制予以区分。

36 2005年底，胡戈看了陈凯歌导演的《无极》后，于2005年12月31日运用数字技术创做了短片《一个馒头引发的血案》，该短片采用了中央12台的法制节目形式，选取了无极片中的一些图片，并对之进行配音。开始在朋友之间进行传递，得到了大家的一致喜爱。之后此短片在朋友间传播开来，并无法控制，后被朋友上传网络，并在全国迅速蔓延。胡戈的这一行为使陈凯歌为之愤怒，称胡戈侵犯了其著作权中的保护作品完整权和改编权。胡戈只是向陈凯歌道歉，并不承认侵权。

这一纠纷引发学界的热烈讨论。有观点认为，胡戈制作的短片引用了《无极》的诸多场景与画片，是未经许可的非法使用，属于侵权行为；也有人认为，胡戈所创作的《一个馒头引发的血案》属于谐仿作品，即对原有作品进行讽刺所创作的新作品。谐仿本身也是人们言论自由的一种新的表现形式，对人和事的评论。只要不损害他人的合法利益，以夸张、讽刺和嘲弄甚至荒诞的方式也应当得到法律的认可。尽管这一纠纷最终未进入诉讼程序而不了了之，但其却凸显了著作权保护边界的不确定性。

37 除驰名商标实行跨类保护外，商标权的保护范围在于防止他人在相同或类似的商品上使用与商标权人相同或近似的商标，混淆公众。保护商标权人利益与消费者利益是商标权法的两大价值目标之一。

38 当然，在财产权归属纠纷中权利是否存在因素一定程度上存在，需要认定。但总体上，财产纠纷与人身权纠纷较少涉及权利保护范围的问题。

不稳定性。既然知识产权可以依法由专利局与商标局等机关依照行政权予以授权，当然也可能因为获得的授权因不具备法定条件等瑕疵而被宣告无效或撤销。如《专利法》第 45 条规定：“自国务院专利行政部门公告授予专利权之日起，任何单位或者个人认为该专利权的授予不符合本法有关规定的，可以请求专利复审委员会宣告该专利权无效。”实际上，知识产权是国家通过法律规定拟制的权利，这使得知识产权纠纷中的权利不像民事纠纷中的财产权或人身权那样具有无可挑战性，往往遭到对方当事人以权利应宣告无效或被撤销的挑战，即使有时这种宣告无效或撤销的请求仅仅是一种毫无希望的诉讼策略。在实践中，专利权人与商标权人在维权时为复审程序所累的现象屡见不鲜。

此外，知识产权的无形性也使得知识产权价值具有不确定性，其价值随着市场饱和与技术更替而浮动，这在一定程度上降低了知识产权纠纷诉讼结果的可预测性。

正是知识产权纠纷结果的难以预测性，使当事人更倾向于通过诉讼外其他方式化解诉讼风险，也较易促成当事人达成合意，这是在构建知识产权纠纷解决机制需考量的重要因素之一。

第二，知识产权纠纷具有交叉性。知识产权具有法定性，其权利不稳定，容易遭到第三人启动的权利复审程序的挑战。这使得知识产权纠纷成为民事争议与行政争议交叉的典型。知识产权侵权纠纷的解决，依赖于知识产权确权程序对知识产权授予瑕疵的行政争议的解决。一般而言，此时民事纠纷的审理程序需要中止等待行政纠纷的结果，而专利复审委员会与商标评审委员会对当事人（民事纠纷的被告）的专利无效或商标无效的请求审查之后，仍存在司法最终确权的问题。这样，确权纠纷案件需要经过行政和司法程序共三到四个审级，审级过多，程序设置繁冗，效率低下在所难免，这既浪费了有限的司法资源，也大大延长了权利确定的时间，不利于及时保护当事人的合法权利。

与此相反，民事纠纷较少存在纠纷交叉问题，即使存在也只体现在土地、房屋产权确权等因行政权介入而产生的纠纷交叉。有形财产权侵权与人身权损害侵权纠纷一般为单纯的民事纠纷，在民事权利的保护程序相对而言较为简单，不会出现程序相互等待与拖延的问题。

知识产权纠纷的交叉带来的程序拖延对当事人而言，则需要更多考虑诉讼成本、诉讼效率等因素。加之专利权与商标权保护期的存在，如发明专利的保护期为 20 年，实用新型专利的保护期为 10 年，而动辄数年以上的诉讼，是知识产权纠纷当事人不得不考虑的因素。这是知识产权纠纷解决机制需要关注的重要因素之一，也是当事人在纠纷解决与调解中能够形成合意的促成因素之一。

第三，知识产权纠纷的当事人利益目标具有多元性。由于知识产权人最终都要将其知识产权产品推向商业领域，以收回研发等投资并获取商业利润。特别是在知

识经济时代，知识产权日益成为获取竞争优势、抢占市场的利器，知识产权对权利人而言，更重要的不是对权利的维护，而在于对知识产权的经营、管理与未来的市场规划、布局。因此，在知识产权纠纷中，权利人既考虑纠纷中的侵权损害赔偿，更关注的则是纠纷解决结果对未来长远利益的影响，即对未来知识产品的商业市场与利益的垄断。对侵权人而言，其在纠纷中也考虑侵权行为所应承担的赔偿额，还需考虑因侵权行为带来的停止使用行为给其带来的机器、厂房投资及其未来市场的影响。这种对纠纷的现实利益与未来利益目标的多元性，也蕴含着当事人在纠纷解决中更多的利益博弈、妥协与合作的可能。

第四，知识产权纠纷的可预期利益与纠纷解决“参与者”切身利益的关系一般不够紧密。在知识产权权利主体中，除著作权人一般为自然人外，专利权人与商标权人大多为企业。在知识产权纠纷中，企业大多由其法人代表或代理人参与纠纷解决。当然，法人代表和代理人与纠纷中的可预期利益存在一定的利害关系（如企业认可其能力而带来职务升迁、一定的提成、激励或声誉），但就具体权利而言，无论是专利权中技术实施的垄断权、禁止权与许可实施权，还是商标权中的独占实施权与禁止权，大多归属于企业名义出现的专利权人或商标权人，而与纠纷处理进程中的“参与者”并非紧密相关。很多其他类型的民事纠纷，如劳动争议纠纷、破产纠纷与婚姻家庭纠纷则大多以一方为自然人的形式出现，与当事人的切身利益息息相关，要么涉及到其财产收益，要么涉及到人身权的实现。上述特点使得知识产权纠纷中权利人在诉讼调解中对可预期利益存在让步空间，从而有利于纠纷解决合意的形成。

此外，知识产权纠纷较多涉及专业性与技术性问题。相对于一般民事纠纷，知识产权纠纷具有极强技术性，如专利的实用性、新颖性与创造性审查，就具有鲜明的技术性。现代科学技术的发展，将发明创造的种类无限扩大，甚至延及人类本身。<sup>39</sup> 针对知识产权纠纷的技术性，各国知识产权诉讼与知识产权纠纷解决机制均出现程度不同的专业化倾向。

## 2.3 我国知识产权纠纷的解决机制

### 2.3.1 知识产权纠纷的解决方式

纠纷解决机制是法治的核心环节，也是恢复或重建秩序的关键，其合理配置对于维护社会秩序、促进社会和谐至关重要。纠纷解决的理想状态是促使纠纷各方达到和谐、互利和共赢，实现理性的是非判断和利益平衡。当事人对纠纷的理性判断的前提则是当事人在纠纷解决过程中的自主性与意思自治，全面衡量影响利益平衡

---

<sup>39</sup> 在现代生物技术专利保护中，人体本身的基因结构、功能，均成为专利保护的對象。

与程序进程的因素。

通常认为，纠纷解决机制，指争议当事人用以化解和处理纠纷的手段和方法，包括公力救济（如司法救济与行政救济）、社会性救济（如调解、仲裁等替代性纠纷解决方式）与私力救济三种形式。其中，私力救济（如当事人和解等）因其反程序性，而难以在程序建构与设置中有所体现，难以纳入法制化轨道而不被鼓励，在纠纷解决的理论研究与实践中均较少涉及。<sup>40</sup>

公力救济与社会性救济作为纠纷解决方式，对社会秩序的维护与纠纷的消解在不同时期起到了相应作用，但其在不同时期命运迥异。如张卫平先生所言，改革开放前的时代为“前诉讼时代”，因为那时中国法治意识严重缺乏，法律只不过是摆设而已，纠纷的解决基本不依靠诉讼程序；改革开放以后到现在可称为“诉讼时代”，这一时代，人们对法制充满了希望和想象，人们将诉讼解决当作法制化的象征之一。然而人们对法治的误读以及法治建构的不完善，使其对诉讼解决的社会功能发生了极大的怀疑——成本在增加、纠纷化解缺乏实效，于是就象离异的丈夫开始想念前妻一样，人们又开始怀念非讼解决纠纷的时代，人民调解在遭受冷遇之后，又开始被人们想起，可以预计中国社会即将进入“后诉讼时代”，将是纠纷解决的多元化时代。<sup>41</sup>笔者以为，这些纠纷解决方式的不同遭遇，体现的是不同时期下制度、观念与民众等各种力量的接纳与排斥的结果。

成长于 20 世纪 80 年代之后的知识产权制度，其纠纷解决方式主要有司法救济、行政救济与非讼解决三种途径。<sup>42</sup>知识产权纠纷的这三种解决方式并未遭遇到前述的诉讼与非讼方式地位更迭与角色转换，其中，诉讼解决方式一直以来占据主导地位。由于我国采用行政处理与司法保护的“两条途径、协调处理机制”，行政救济历来在知识产权纠纷解决中举足轻重。这缘于工商局、专利局与商标局等行政机关查封、扣压等方式较为及时、有效，也与这些机关对相关区域的市场具有相当影响力

40 徐昕先生运用社会学研究方法，基于民间收债这一现象，对私力救济的存在原因及其现代建构作了深入研究。参见徐昕：《论私力救济》，中国政法大学出版社 2005 年版。有关私力救济的论述还可参见赵旭东：《权力与公正——乡土社会的纠纷解决与权威多元》，天津古籍出版社 2003 年版；周林彬、王烨：《论私力救济的经济分析》，载《中山大学法律评论》（第 3 卷），法律出版社 2001 年版，第 57~82 页。

41 参见徐昕：《论私力救济》，中国政法大学出版社 2005 年版，序言第 5 页。

42 当然，私力救济在知识产权纠纷中同样也会存在。如知识产权的合同纠纷或侵权纠纷中，不排除有关权利人采取类似于民间收债、威胁等手段解决纠纷的可能。但笔者以为，由于知识产权纠纷较多涉及作品创作、技术创新与商业标记的保护，一般而言，企业是创新的主要主体，即使是自然人为权利人，大多也有一定的知识层次与社会经历。因此，更倾向于以行政救济或司法救济解决其纠纷。因此，本文对知识产权纠纷的私力救济等问题着墨较少。

笔者以受访者的知识层次为基准所作的社会调查表明，受访者的权利人知识层次越高，受访的企业规模越大，则越倾向于先使用行政救济（如向当地有关工商局、专利局或版权局举报，要求查处或调处），其次才是司法救济，最后才会选择私力救济。当然，这与他们有一定社会资源因素可资利用有关。而知识层次较低的权利主体或规模较小的企业则倾向于和解或私力救济。

另据中华全国工商业联合会（“全国工商联”）经济部联合中国社会科学院知识产权中心和上海市华诚律师事务所于 2006 年 3 月至 5 月的一份调查报告显示，遇到知识产权纠纷后，40.7% 的企业选择以双方协商的方式解决，大多选择高效低廉的调解方式；而选择诉讼或仲裁的大型企业的比例要高于中小企业，表明大型企业的经济基础比较雄厚，更能承担司法或仲裁程序的成本。可参见：《民营企业知识产权状况调查报告（二）》，载 [http://www.sbzlw.com/Article\\_Show.asp?ArticleID=720.2008-1-31](http://www.sbzlw.com/Article_Show.asp?ArticleID=720.2008-1-31)。

（如可能将侵权人“驱逐”出市场）不无关系。而仲裁、调解等非讼方式在知识产权纠纷解决机制中地位不高，较少被使用，并未真正与诉讼实现案件的分流。可以说，我国当今的知识产权纠纷解决机制是以诉讼为主导辅之以行政救济的运行方式。

## 2.3.2 知识产权诉讼机制的运行现状与问题

### 2.3.2.1 知识产权诉讼程序设置与实践困境

#### （1）知识产权诉讼程序的运行困境

作为纠纷解决的主要渠道，诉讼以其与生俱来的程序刚性与处理结果的权威性获得当事人的青睐。同样，知识产权诉讼也以其压倒性优势成为当事人的首选，但知识产权自身的特点也决定知识产权诉讼程序的设置很难避免程序拖延。

由于知识产权的法定性与无形性，知识产权特别是专利权与商标权的取得需要由国家主管行政机关授权以确定权利范围与效力，这就使得知识产权经常遭受第三人（特别是对方当事人）的挑战而处于不稳定状态，形成民事争议与行政争议的交叉。此时，民事争议审理程序势必要中止，因为权利有效与否是民事诉讼的基础，解决民事争议的前提即知识产权的效力有待行政争议的解决，要求等待行政确权程序的结果。这种纠纷的交叉与程序的相互等待，使得知识产权纠纷的诉讼程序较之传统民事纠纷的诉讼程序更为冗长。因为尽管传统民事纠纷的诉讼程序也同样存在既判力问题而重复审理，但一般不存在确权的程序（除土地等行政确权外），而不存在程序等待与拖延的问题。

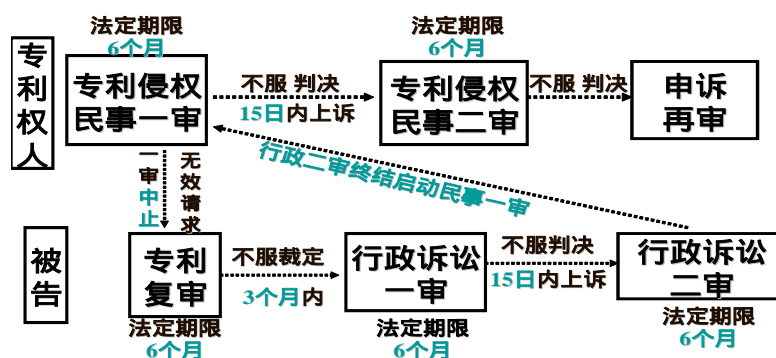


图 2-1 专利侵权诉讼程序与专利无效程序的拖延

以专利侵权纠纷为例，如图 2-1 所示，一旦专利权纠纷发生，专利权人启动侵权民事诉讼的一审程序后，对方当事人（被告）则通常提起专利权无效的请求予以抗辩，民事一审程序需要中止审理，需要等待专利复审委员会的审查程序。依据我国

《专利法》第 43 条第 2 款规定，专利权人或者宣告专利权无效的请求人对专利复审委员会的复审决定不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。可见，专利复审委员会的决定不具有终局效力，需要接受司法的监督与审查。<sup>43</sup>因此，专利复审程序启动后，无论裁定是宣告专利权无效还是维持专利权的效力，总有一方当事人对裁定不服而启动行政诉讼程序，依法可以在 3 个月内向北京市第一中级人民法院提起以专利复审委员会为被告的行政诉讼，还有可能存在行政诉讼的二审程序。这样，即使所有程序都严格遵守审限要求，专利侵权诉讼的判决通常需经历近 3 年甚至更长的时间。在商标侵权纠纷的诉讼中同样面临商标评审委员会的行政救济与司法救济的拖延问题。

由于我国民事判决存在的既判力问题，上诉与反复申诉发回重审并非少见（当然有时也是当事人采取“以时间换市场”或拖跨对方的“消耗战”等因素）。这就更加剧了诉讼拖延的问题。正如此，“五朵金花案”、“奥拓案”、“张小泉案”、“解百纳案”等无不经历了 5 年、7 年乃至 10 年以上漫长的程序。

程序拖延的结果是漫长的纠纷解决时限，消耗了当事人的时间、金钱与精力，耗费了国家司法资源。更重要的是对当事人权利保护不力，加之被告往往滥用无效程序作为抗辩手段，在有限的专利保护期内，对知识产权人的利益保护则更为不利。问题还在于，民事纠纷的审理与行政纠纷的救济程序相互拖延已成为知识产权司法保护的困境所在，日益成为对方当事人（被告）所采用的诉讼策略，这也是知识产权司法保护程序为学界所诟病的原因所在。<sup>44</sup>

在这种情形下，理性的当事人必然会考虑尝试其他的纠纷解决途径，也为诉讼外的替代性非讼解决机制的运用提供了空间与可能。

## （2）实践中马拉松式诉讼：沉重的“奢侈品”

诉讼程序冗长不仅可从数据得以反映，也可从实践中诸多马拉松式诉讼中得以体现。下面一则原、被告双方“互搏 10 年”的专利侵权案的报道令人深思：<sup>45</sup>

“求求你，别再告我了”

被告人称自己很无辜

43 在 2000 年修改《专利法》之前，专利复审委员会的裁定为终局的，不能提起行政诉讼。《专利法》修改后，基于 Trips 协议第 62 条第 5 款的规定，任何程序中的行政终局裁定，均应接受司法或准司法当局的审查。2001 年修改后的《商标法》也规定商标评审委员会的裁定的非终局性，应接受司法的最终审查。

44 知识产权司法保护的问题除程序拖延外，在专利与商标确权纠纷解决机制中还存在以下问题：审级过多、效率低下；循环诉讼屡有发生；专利复审委员会与商标评审委员会身兼裁判者和被告，处境尴尬。可参见北京市高级人民法院：《专利、商标确权纠纷解决机制的问题研究》，载《法律适用》2006 年第 4 期。实务界对此问题已有所关注，如广东省高级人民法院近年来对“三审合一”审判方式作了探索，自 2006 年 9 月广东省高级人民法院指定广州市天河区等三个基层法院作为知识产权刑事、民事、行政审判“三审合一”审判方式改革试点法院，2007 年三个法院共受理知识产权民事案件 311 件，刑事案件 17 件，行政案件 3 件，在实践中作出了有益的探索和尝试。参见广东高级人民法院知识产权审判庭：《全面谋划，真抓实干，实现知识产权审判工作新跨越：民三庭 2007 年工作总结》，载 <http://www.chinaiprlaw.cn/file/2008011612471.html>。2008-2-12。

45 宋卫极：《专利侵权纠纷互搏 10 年》，载《生活新报》，2007-4-8，载 <http://news.sohu.com/20070408/n249274887.shtml>。2007-12-15。

“我也是拿到专利证书才生产产品的，你干嘛告我 10 年？要告你也应该告专利局啊，问他们为什么要给我发这个专利证？”玉溪农民父子因一个专利侵权纠纷而引发的官司前日在云南省高级人民法院再次开庭，庭审后，被告一脸无辜地向原告父子哀求。

至此，这个关于“小型多功能粉碎切碎机”的普通专利侵权纠纷，已经历 4 次庭审，双方互搏了整整 10 年。

……

原告也承认，有多少次立案就因无力交纳诉讼费而最终不得不伤心撤案。

在原被告席上，3 名头发银白的老人仍再叫板。10 年前，他们应该都还是身强力壮的中老年男子。这 10 年，他们的家庭也为此而受到多少牵累？然而时至今日，谁能自豪的说一声：我是赢家？

该案具体进程如下：原告 A 于 1993 年 4 月 1 日获得专利授权，被告 B 通过引诱 A 企业的技术员跳槽，1994 年 3 月 18 日也获得相关专利授权。1994 年底，A 向中国专利局专利复审委员会提出宣告被告专利无效的请求。B 也于 1996 年 4 月采取同样的方式。国家知识产权局专利复审委员会历经 3 年多的时间宣告 B 专利权部分无效。A 于 1997 年向昆明市中级人民法院起诉，状告假冒者侵犯自己的专利权。判决结果是 B 不构成侵权。

一审判决后，A 不服判决，上诉至云南省高级人民法院。1999 年 11 月，云南省高级人民法院作出终审判决，认为被上诉人 B 的行为构成侵权，但对上诉人 A 的赔偿损失的主张不予支持。

接到终审判决后，A 随即向省高院的审判监督部门提出申请，要求再次开庭审理，遭到该院驳回。2005 年，A 向最高人民法院提起再审申请。2006 年 8 月 22 日，最高人民法院在云南省红河州中级人民法院审判庭第三庭举行了申请再审复查听证。2006 年 11 月，最高人民法院下达的民事裁定书，指令云南省高级人民法院再审。2007 年 4 月 6 日，云南省高级人民法院按照最高人民法院的指令再次开庭审理此案。庭审结束后，双方均表示不愿意在法庭的主持下进行调解，法庭择日宣判。

在上述案例中，该纠纷经过了 3 年多的专利无效请求程序之后，专利侵权诉讼的一审、二审和再审耗费了 10 年时间，对于当事人双方乃至国家而言，都无疑有太多牵累而少有收获。案件判决结果是否构成侵权已不重要，重要的是我们需要追问：一个普通的标的并不大的专利纠纷为何历经 11 年的诉讼程序仍未了结？耗时 11 年得来的判决对双方当事人而言是否有“赢家”？纠纷解决进程中耗费多少司法资源？

之所以选择这样一个并不太有名、影响也不大的案件来分析专利纠纷解决程序的冗长，主要基于以下两方面考虑：一是云南昆明属西部地区，发达程度相对较低，知识产权纠纷较之东部省份及北京等地区相对较少，知识产权审判压力不大；二是

纠纷当事人并非大型企业或跨国企业，而是连诉讼费都难以缴纳的农民，应当不具有持续推进诉讼的动力或潜在激励。就此而言，该纠纷更具有典型性与普遍意义。

事实上，知识产权纠纷解决的冗长并非少见。在著作权领域，经历了一审、二审再到申诉，历时7年才最终和解的“五朵金花”案就是典型一例；在商标权领域，历经10年诉讼纠纷仍未得以解决的“荣华”月饼商标案、云南“全聚福”与北京“全聚德”之间长达10年的马拉松式诉讼、杭州张小泉与上海张小泉的7年商标纠纷等无不体现知识产权诉讼的冗长。<sup>46</sup> 这些案件也仅仅是冰山一角。上述马拉松式诉讼，要么经历了专利权的无效确权程序；要么经历了商标权撤销与宣告无效的争议程序，这些争议事实的处理是知识产权纠纷难以迅速解决的根源。

纠纷的漫长审理，无疑对权利人的利益保护不力、增加当事人的讼累、消耗国家有限的司法资源，并且不利于纠纷的消除与根本解决。无论是对当事人还是对国家而言，冗长的知识产权诉讼程序可谓沉重的“奢侈品”。正如有学者所言：“即使当事人诉诸普通的法院而不是某种私人的解决纠纷的形式，在一些法律体系中，他们或许仍不得不支付一定的诉讼费用。通常会出现这样的情形，即寻求解决的成本太高，以至于将阻止所有人（除了非常富有的人或者非常坚持地要解决纠纷的人）解决纠纷的努力。”<sup>47</sup> 这势必要求知识产权纠纷解决机制另辟蹊径，顺应这种形势，近年来知识产权纠纷的诉讼调解才得以强调。

### 2.3.2.2 知识产权侵权的非禁令救济使诉讼威慑力降低

知识产权人在侵权纠纷中启动诉讼程序，除获得损害赔偿外，还关注禁令救济，即期望通过诉讼获得要求对方停止使用的禁令。但从知识产权保护的发展趋势看，通过诉讼禁令救济的可能性将降低，权利人通过诉讼获得威慑效果也将日益减弱。

在我国，民事侵权纠纷的“非黑即白”的判决及其侵权禁令救济自上个世纪90年代以来即遭受诸多批评。前有“武松打虎”案中的商标禁止使用的判决引发学界持久讨论，诸多学者从禁止该商标的使用有违效率原则及社会公共利益角度对该案判决持否定性评价<sup>48</sup>；后有《秋菊打官司》案中的著作权与名誉权冲突的禁令救济，

46 详情分别参见刘仁、李跃辉：《“五朵金花”终结版权7年恩怨》，载《中国知识产权报》2008年6月6日第11版；何华高：《粤港两家“荣华”月饼十年商标诉讼仍无果》，载《信息时报》，2008-6-18，<http://news.manaren.com/caijing/show-886-1/>；于梦：《粤港两地“荣华”上演商标拉锯战》，载《中国知识产权报》2008年7月8日第6版；于梦：《商标专家解读“解百纳”之争》，载《中国知识产权报》2008年8月8日第7版；《沪杭张小泉的7年诉讼纠葛》，载<http://www.cipnews.com.cn/showArticle.asp?Articleid=2452>。《10年诉讼 云南“全聚福”告赢北京“全聚德”》，载<http://www.pharma-ip.com/article/2008/03/27/>.html。

47 肯尼斯·海恩：《现代法治之中纠纷解决的法律定义、地位、重要性及其作用》，载[澳]唐荣曼、[中]王公义主编：《中国·澳大利亚“纠纷解决替代机制与现代法治”研讨会论文集》，法律出版社2003年版，第15页。

48 可参见刘春田：《在先权利与工业产权》，载《法学前沿》1997年第1期；冯晓青：《论知识产权权利重叠、权利冲突及其解决》，载《北大知识产权评论》第1卷，法律出版社2002年版；李琛：《商标权利瑕疵的矫正与经济分析——再谈“武松打虎”案》，载《法学前沿》1998年第2期；范晓波：《公正与效率——“武松打虎”案与“三毛”案引起的法律思考》，载《判解研究》2001年第3辑，人民法院出版社2001年版。



苏力教授从效率与权利通约的角度认为禁令救济存在缺陷<sup>49</sup>。而近年来，知识产权领域的诸多侵权案件如“奥拓”案等最终以调解或和解解决，也表现出对禁令救济的谨慎使用与对纠纷解决社会效益的追求。

与此类似，知识产权侵权的禁令救济方式的谨慎使用在国际社会也并非少见。如 2001 年发生的 eBay 案，经过长达 5 年多的反复审理与上诉后，2006 年 5 月 16 日，美国最高法院驳回了针对 eBay 的专利诉讼，没有支持联邦上诉法院此前对 eBay 发出专利禁止令的判决。最高法院的判决称，法官在发出禁止某些公司使用某专利技术的禁令前必须对专利案件进行详细调查。<sup>50</sup>而几乎同一时期的“黑莓”（Blackberry）案也体现了知识产权纠纷解决中限制禁令救济适用的趋势。<sup>51</sup>

近年来我国知识产权立法也引入了侵权的非禁令救济方式。2001 年 12 月 20 日发布并于 2002 年 1 月 1 日实施的《计算机软件保护条例》就体现了这一趋势。该《条例》第三十条规定：“软件的复制品持有人不知道也没有合理理由应当知道该软件是侵权复制品的，不承担赔偿责任；但是，应当停止使用、销毁该侵权复制品。如果停止使用并销毁该侵权复制品将给复制品使用人造成重大损失的，复制品使用人可以在向软件著作权人支付合理费用后继续使用。”这表明，如果停止使用并销毁侵权复制品将给复制品使用人造成重大损失，使用人可以向著作权人支付合理费用（实际上相当于著作权许可使用费）后继续使用。这实际上是限制禁令救济的适用，而有条件地在立法中引入非禁令救济。这种立法充分考虑到知识产权的特殊性，而与一般民事权利（如人身权与财产权）保护的立法格格不入。

冗长的知识产权诉讼程序增加了法院的审判压力，降低了纠纷解决的效率，势必要寻求审判方式改革，以高效地解决纠纷。在全国加强调解工作的氛围下，知识产权诉讼调解也得以加强，实践中强化知识产权诉讼调解就是这一要求的反映；对当事人而言，冗长的审理意味着高昂的成本，而谨慎的禁令救济则意味着诉讼威胁的降低，其诉讼预期利益将难以实现。因此，无论是法院还是当事人都在寻求高效解决纠纷的可能与契机，非讼纠纷解决方式不失为“无奈”的选择。

当然，知识产权纠纷当事人也还可以选择行政救济方式解决其纠纷，但行政救济方式难以成为知识产权纠纷解决机制建构的关键。这是因为，我国知识产权主管部门繁多、多头执法，部门利益主义倾向严重，司法最终解决原则下存在行政程序与诉讼程序的协调问题，知识产权纠纷的行政解决机制本身已“病入沉疴”，亟需重

49 案件事实是，在电影《秋菊打官司》的拍摄中，一位脸部有缺陷的妇女被纳入电影特写镜头，随即以名誉权受侵害起诉制片人，要求停止电影的发表、发行。可参见苏力：《〈秋菊打官司〉的官司、邱氏鼠药案和言论自由》，载《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版；薛爱娟：《〈秋菊打官司〉案引发的思考》，载《河北法学》2000 年第 2 期。

50 eBay, Inc. v. MercExchange, LLC, Supreme Court No. 05-130, proceedings below sub nom MercExchange, LLC v. eBay, Inc., 401 F.3d 1323, 1338-39 (Fed. Cir. 2005)(Bryson, J.).

51 Ltd. v. NTP, Inc., Supreme Court No. 05-763, opinion below, NTP, Inc. v. Research In Motion, Ltd., 418 F.3d 1282 (Fed.Cir. 2005).

构。更重要的是，如果以主动的行政权介入解决平等主体间的知识产权民事纠纷，难以体现当事人的自治，与现代法治理念相悖。

### 2.3.3 知识产权纠纷非讼解决现状与困境

非讼纠纷解决机制，又称替代性纠纷解决机制，英文名称为ADR，即“Alternative Dispute Resolution”的缩写。非讼纠纷解决（ADR）指的是20世纪60年代以来欧美法院逐步发展起来的，致力于诉讼以外的方式解决纠纷，而不采用诉讼形式的各种纠纷解决方式的统称，它已成为纠纷解决的非传统方法的代名词。<sup>52</sup>面对诉讼爆炸的危机，为缓解法院的诉讼迟延，提高诉讼效率，降低当事人的诉讼成本，美国、德国、日本纷纷建构各具特色的非讼解决机制。

非讼纠纷解决机制的发展很大程度上是由于诉讼压力推动的，但并不能完全归结于“诉讼爆炸”，因为非讼纠纷解决机制有其自身优势：它有利于以平和的方式解决纠纷，节约社会及当事人在纠纷解决中的成本，促进新的社会关系与规则的形成。正如日本学者所言，伴随着法院案件云集而导致的诉讼迟延的严重化，使人们深感减轻法院负担的必要性，必须保证所有的社会成员都有实施法律正义的途径，这种平等的权利保护理念已经广泛地为人们所拥有，通过审判解决纠纷的处理方法就好象零合计游戏，最好能避免这种僵化了的解决方式，而采取使当事人双方都能高度满意的统一性的处理方法。<sup>53</sup>

#### 2.3.3.1 纠纷非讼解决方式的主要类型

##### （1）仲裁

仲裁，是基于当事人之间的合意，由中立的第三者作出一个最终的对双方均有约束力并可由法院予以强制执行的裁决的纠纷解决方式。仲裁制度自其产生伊始，即以其公正性、效率性与主体性等优势而获得快速发展。

就仲裁的性质而言，国外仲裁制度起源于民间自治性纠纷解决机制，强调仲裁是一种基于合意的私人的争议解决方式，以示仲裁权属于私权范畴而非公权范畴。我国仲裁制度则最初定位于公权机制，具有较强的准司法性质，学者更强调第三人的居中地位，要求第三人能够独立裁判。<sup>54</sup>笔者以为，仲裁是既具有契约性，又具有司法性的争议解决方法。如仲裁的启动依赖于当事人的是否仲裁、仲裁机构与仲裁员选定的合意，当事人的意思自治占有相当地位；而仲裁裁决的程序规则类似于司法程序，仲裁裁决的实现则依赖于司法权，因而具有司法性。但如果片面强调仲裁的司法性，无疑将过份夸大司法权，易导致仲裁成为诉讼的附庸而丧失其优势。

52 Abraham P. Ordovery & Andrea Doneff, *Alternatives to Litigation: Mediation, Arbitration, and the Art of Dispute Resolution*, 5 (2d ed. 2002)

53 小島武司、伊藤真編：《訴訟外紛争解決方法》，丁婕譯，中國政法大學出版社2005年版，第1~2頁。

54 參見范愉主編：《ADR原理與實務》，廈門大學出版社2002年版，第368頁。

仲裁对我国商事纠纷解决发挥了相当作用，但仲裁作为知识产权纠纷的解决方式在我国则刚刚起步。

## (2) 调解

调解是纠纷的非讼解决方式中最重要的一种，在当事人关系之间最有影响。在欧美 ADR 程序中，调解是由非一方当事人的中立方帮助协商，调解员无权将调解结果强加于当事人，其任务是帮助纠纷当事人解决纠纷。调解员角色和调解程序随纠纷性质和当事人的不同关系的变化而变化，他可以帮助找出争议的问题，同时作为双方当事人传递信息的桥梁，为当事人探求达成利益一致的基础，找到共同解决问题的途径。

调解在世界各国的纠纷解决中得到了广泛的运用，但从概念界定、具体形式到运作方式都不同程度地存在诸多差异。在我国，关于调解的概念主要有以下观点：

《辞海》将“调解”定义为：“通过说服教育和劝导协商，在查明事实、分清是非和双方自愿的基础上达成协议，解决纠纷。在我国，调解是处理民事案件、部分刑事案件和轻微刑事案件的一种重要方法。”<sup>55</sup>它强调了调解的基础、方式及适用范围。另一权威辞书《中国大百科全书》(法学卷)对调解所作的解释是：“双方或多方当事人之间发生民事权益纠纷，由当事人申请，或者人民法院、群众组织认为有和好的可能时，为了减少讼累，经法庭或者群众组织从中排除疏导、说服教育，使当众互相谅解，争端得以解决，是谓调解。”<sup>56</sup>这种观点则强调了调解的主体、功能与适用范围。

学界也还存在诸多不同观点，但共同之处都包括“调解是当事人在第三方协助下，达成协议解决纠纷的方法”。在我国，调解主要有人民调解和诉讼调解两种形式。我国深受“和为贵”传统文化的影响，调解制度特别是人民调解制度自 20 世纪 30 年代以来就得到了相当程度的弘扬与强化，调解以其主动性、低成本、自愿性、保密性与灵活性等优势在纠纷解决机制中占据极为重要的地位，但其也经历了波浪式发展，从原来的极度重视，到受到质疑、弱化，再到当下重新重视，强调尽量用调解解决纠纷。<sup>57</sup>

## (3) 仲裁与调解相结合的 ADR

仲裁与调解都是根据双方当事人的意愿取得管辖权的非公力救济，均由中立第三方处理争议，都具有灵活、保密、迅捷与低廉的优点。虽然单纯的调解和单纯的仲裁各具优点，但均存在各自的缺陷。就调解而言，其价值不在于判断孰是孰非，而在于着眼于当事人的长远利益，通过寻找共同点化解纠纷，促成合作。但问题是

55 《辞海》(缩印本)，上海辞书出版社 1990 年版，第 453 页。

56 《中国大百科全书》(法学卷)，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 589 页。

57 李浩：《构建和谐社会与纠纷解决》，载徐昕主编：《纠纷解决与社会和谐》(《司法》第 1 辑)，法律出版社 2006 年版，第 17 页。

调解员作为第三方在程序中不具有最终决定权，因此，其对调解进程的控制力非常有限。对仲裁而言，仲裁协议与一裁终局使仲裁一定程度上兼顾了公正与效率，但仲裁规则日益正规化、仲裁费用日益提高，仲裁程序已经变得越来越像诉讼，仲裁的优势正在衰落。因此，由调解等其他 ADR 方法寻求走向程序化、规范化相反，仲裁面临的问题则是如何提高制度“柔性”，以维持其低廉高效解决纠纷的能力。<sup>58</sup>

仲裁 - 调解法是仲裁与调解相结合的 ADR 的基本形式，其哲学依据是在仲裁的威慑下，当事人在调解过程中会共同努力自愿达成协议。其过程是：调解的当事人致力于实现自愿解决，如果调解进入僵局，双方当事人会继续听取仲裁结果，由仲裁员根据仲裁过程所认定的事实作出终局裁决。仲裁 - 调解的特征允许双方当事人跳过传统诉讼的巨额诉讼费用，以便达成自愿协定。如果双方当事人不能达成自愿协定，最终通过仲裁的方式来解决。

仲裁与调解相结合的方法在知识产权领域也有体现，2007 年 4 月成立的武汉仲裁委员会知识产权仲裁院提供的以下服务得到反映：“1) 采用调解及仲裁方式，解决知识产权争议；2) 以仲裁或调解的方式解决知识产权争议；3) 以裁决书或调解书对双方当事人就解决知识产权争议所达成的和解协议的效力、合同的效力以及变更、解除、撤销合同的效力进行确认；4) 与其他知识产权仲裁机构、调解机构合作进行联合调解或仲裁。”<sup>59</sup>

#### (4) 法院附设调解或仲裁

在美国、英国与新西兰等国将 ADR 引入传统纠纷解决方式中，法院可以建议或命令当事人通过法院指定的调解员或仲裁员进行调解或仲裁，即司法 ADR，但法院的建议和命令只是针对法院可以根据情形采用调解或仲裁程序而言的，而不是说调解和仲裁的结果当然具有执行的效力。日本的调停制度也类似于法院附设调解。我国尽管不存在法院附设调解或仲裁，但近年来，我国日益强化调解手段在诉讼中的运用，所以，诉讼调解几乎贯穿于诉讼的所有环节。这在客观上也挤压了其他形式的非讼纠纷解决方式的运作空间。

此外，纠纷非讼解决方式还有小型审理、中立事实发现等。前者较多适用于公司间商务纠纷的解决，我国没有对应的程序。后者则是在双方当事人在事实解释方面存在较大差距不利于协商时所采用的程序，中立事实发现进程中聘请相关领域的专家，即使他们在事实发现中不能解决纠纷，但这一过程也缩小了争点范围，提醒了双方当事人面临的风险。在知识产权纠纷中，缘于知识产权纠纷的事实性特征，<sup>60</sup>无论是诉讼、仲裁还是调解都一定程度上依赖相关领域的专家对特定事实的判断。

58 参见沈恒斌主编：《多元化纠纷解决机制原理与实务》，厦门大学出版社 2005 年版，第 174~175 页。

59 《我国首家知识产权仲裁院在武汉成立》，载 [www.whac.org.cn/xw-look.asp?id=227-23k](http://www.whac.org.cn/xw-look.asp?id=227-23k) 2008-2-3。

60 这种事实性特征是指在判定是否构成侵权前，对权利应否存在、技术特征是相同、标记是否近似等事实的判断，而这是适用知识产权法的前提。

由上可看出，虽然各种纠纷解决形式有所不同，但共同点是均有第三方为争议的解决作媒介，促成当事人达成共识。实际上上述各方式均包含了调解的合理内核。

### 2.3.3.2 我国知识产权纠纷非讼解决现状

#### (1) 仲裁：被较少使用的知识产权纠纷解决的第三途径

在欧美等发达国家，由于仲裁裁决的权威性和终局性，在程序上的便利、灵活、经济性特点，仲裁已成为一种高效、公正解决知识产权纠纷的普遍方式，如世界知识产权组织也设有专门的仲裁机构。在我国，知识产权纠纷的仲裁才刚刚起步，作为知识产权纠纷的解决方式较少被采用。主要表现在：

第一，专门的知识产权仲裁机构近年来才开始在全国范围内成立，且数量极为有限。由于知识产权纠纷的特殊性，与一般的民商事纠纷相比，它与科技发展的关系更为密切，对仲裁员的专业性要求更高。而我国专门的仲裁机构与专业人员极为缺乏。直到 2007 年 2 月 14 日，国内第一个知识产权仲裁中心才在厦门仲裁委员会成立。<sup>61</sup> 武汉仲裁委员会知识产权仲裁院于 2007 年 4 月成立了全国第一个知识产权仲裁院。<sup>62</sup>2008 年 7 月，上海市知识产权局表示，将与市仲裁委员会合作成立上海市知识产权仲裁院，使知识产权纠纷得到更好的解决。<sup>63</sup>可见，即使在全国经济较为发达、知识产权管理水平较高的地区也直到最近才启动专业的仲裁机构建设，这在较大程度上影响了知识产权纠纷仲裁这种纠纷解决方式的采用。

第二，实践中仲裁机构受理的知识产权纠纷案件极少。如地处中部发达地区的武汉是全国知识产权示范创建城市，其经济发展程度与科技水平在全国总体水平之上，<sup>64</sup>但 2006 年武汉市仲裁委员会受理的知识产权纠纷案件仅仅 11 件，<sup>65</sup>与法院受理的知识产权案件相差甚远。据笔者调查，长沙市经济发展水平与科技发展程度在中部相对较高，2007 年经济发展水平居全国第 28 位<sup>66</sup>，同样也是全国知识产权示范创建城市，但 2006 年与 2007 年长沙市仲裁委员会受理的知识产权案件也不到 10 件。

与司法和行政保护相比，仲裁具有一裁终局、快捷便利、无地域性和管辖权限制等优势，可以提高纠纷解决效率，打破地方保护主义。仲裁将是继司法、行政之后，解决知识产权纠纷的第三条有效途径。

#### (2) 我国知识产权纠纷的调解现状

61 赵馨：《国内首个知识产权仲裁中心在厦成立》，<http://www.myg.gov.cn/gsxx/ShowArticle.asp?ArticleID=423.2008-2-5>。

62 《武汉市成立全国首个知识产权仲裁院》，载 <http://www.sipo.gov.cn/sipo2008/zfxxgk/zlgzdt/2007/200804/t20080419.html>。

63 俞陶然：《上海将成立知识产权仲裁院》，载《新闻晚报》2008 年 7 月 6 日，第 A05 版。

64 一般而言，知识产权纠纷与经济、技术发展水平密切相关，经济发展程度越高，贸易繁荣与市场竞争激烈的地区，知识产权纠纷越多。

65 王瑜：《解决知识产权纠纷的非诉讼途径》，载 [http://www.law-lib.com/lw/lw\\_view.asp?no=8079&page=2](http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=8079&page=2)。

66 《2007 年长沙 GDP 突破 2000 亿元 增幅排名在省会城市中提升 5 位》，载 <http://www.hntj.gov.cn/sxfx/csfx/200802260049.htm>。

20 世纪 80 年代末之前，我国重视调解，人民调解与法院调解是两种主要调解形式，都占据重要地位，大多数民事纠纷是通过调解解决的。法院受理的民事纠纷中大多也以调解方式解决。如 1989 年，全国法院审结的一审民事案件中，调解结案数约是判决结案数的 4.2 倍；一审的经济纠纷案中，调解结案数约是判决结案数的 7.3 倍。<sup>67</sup>

其后，由于社会环境的改变、认识的变化等原因，以调解处理民事纠纷的做法受到质疑，调解解决纠纷的数量急剧下降。至 2000 年，法院判决结案数开始超过调解结案数。调解机制的功能相当程度地被弱化。

在“司法为民”与“和谐社会”的理念下，调解制度重新得以强化，“能调则调、当判则判、调判结合、案结事了”成为民事审判原则。2002 年 1 月最高人民法院与司法部联合制定《关于进一步加强新时期人民调解工作的意见》，同年 9 月制定了《关于审理涉及人民调解协议民事案件的若干规定》。2004 年 8 月，最高人民法院又制定了《最高人民法院关于民事调解工作的若干规定》，对调解工作提出了新的要求。至此，调解重新回复到纠纷解决机制的中心。

第一，诉讼调解是知识产权纠纷调解的主导。由于知识产权纠纷的技术性与专业性，更需要有经验且经过培训的专业人员参与纠纷的非讼解决。由于缺少专业的调解机构与人员，在我国专门的知识产权纠纷调解机构并不多见，而人民调解委员会这一传统的民间调解机构难以承担专业性较强的知识产权纠纷的调解。因此，知识产权纠纷的调解主要限于仲裁中的调解与诉讼中的调解，而由于仲裁在整个知识产权纠纷解决的比例相对较少，实际上知识产权纠纷调解发生在知识产权诉讼进程中，这可从近年来我国知识产权审判中的调解撤诉率的提高中得到体现。2001 年至 2007 年，我国知识产权案件审判水平不断提高，一审结案率由 73.52% 上升到 79.9%，一审案件调解撤诉率由 47.45% 上升到 55.48%，平均调解撤诉率达到 57.21%。<sup>68</sup>

第二，民间调解体现了知识产权纠纷调解的新趋向。在国内，人民调解与知识产权纠纷解决相结合的探索方面取得一定进展。“2007 年 12 月 20 日，上海市浦东新区建立了知识产权人民调解委员会。由上海律师界较有声誉的在知识产权保护方面有一定经验的 7 位律师组成调解委员会。上海市浦东新区知识产权人民调解委员会的建立，开拓了知识产权人民调解工作，不仅为知识产权权利人获得保护拓展了除司法、行政、自行协商外的新途径，而且还是完善知识产权保护体系的一个新举措，更是缓解矛盾激化，将知识产权的宣传教育、知识产权的保护和人民调解工作相结

---

67 李浩：《构建和谐社会与纠纷解决》，载徐昕主编：《纠纷解决与社会和谐》（《司法》第 1 辑），法律出版社 2006 年版，第 17 页。

68 《我国知识产权诉讼调解撤诉率达一半以上》，载 <http://www.bitscn.com/news/itnews/200802/125894.html>。2008-3-18.

合的一个新探索。”<sup>69</sup>

在国际层面，知识产权纠纷的民间调解机制也有一定成效。2004年3月19日，中国汽车工业协会(CAAM)和日本自动车工业会(JAMA)及中国国际商会(CCOIC)调解中心三方签署了以调解摩托车知识产权纠纷为目的的《委托协议书》，约定由中国国际商会调解中心通过调解使纠纷双方以协商的方式、低成本地解决知识产权纠纷。中国汽车工业协会与日本自动车工业会共同启动了具有民间性质的知识产权合作项目。其目的是建立产权纠纷的调解机制，各企业在今后面临知识产权纠纷时，有效地利用协调机制解决问题，尽量减少诉讼。<sup>70</sup>

### 2.3.2.3 知识产权纠纷的非讼解决方式适用的困境

如前所述，我国知识产权纠纷的非讼解决机制中，作为解决纠纷第三途径的仲裁处于被遗忘的角落，较少被适用；囿于知识产权纠纷的专业性，调解中的民间调解才刚刚起步，而诉讼调解的扩张悖离调解的本质。这表明，我国目前知识产权纠纷的非讼解决方式仍处于建构与发展的困境之中。这就有必要分析陷于困境难以高效运行的原因。

#### (1) 现行体制缺陷导致司法对非讼机制的压制

从理论上讲，在知识产权纠纷总量相对确定的情况下，诉讼与调解、仲裁等非讼解决纠纷方式对纠纷的分流客观上存在“负相关”的竞争关系。这也就意味着非讼方式解决纠纷越多，需要进入诉讼程序的纠纷就越少。在司法预算地方化与“收支两条线”的政策下，法院从政府手中获取的资源严重匮乏，事实上成为了一个追求自身利益最大化的市场主体或组织体，司法机关产生了独立于公共利益之外的自身利益，司法权力用于追逐商业利益。<sup>71</sup>这必然要求尽可能地从事人获取资源，法院无疑具有将纠纷纳入诉讼程序解决的动力。而仲裁机构作为非营利性事业单位法人<sup>72</sup>，同样也有争夺当事人资源与纠纷解决权的内在动力。

尽管纠纷解决方式的选择是由当事人而非纠纷解决机构决定，但法院可通过事实上的“影响力”对纠纷的分流产生影响：一是仲裁未得以履行，当事人申请强制执行时，此时法院基于自身利益常常处于不太配合之境，这无疑将影响到其后的纠纷解决与流向；二是由于知识产权纠纷的专业性，大多需要由诉讼代理人参与纠

69 刘敏虹、叶家平：《上海浦东首次成立知识产权人民调解委员会》，载 <http://www.cipnews.com.cn/showArticle.asp?Articleid=6689>；也可参见《浦东成立知识产权人民调解委员会》，载 <http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node2315/node15343/userobject21ai256057.html>。

70 《中日摩托车产业界知识产权合作项目完成：知识产权调解机制启动》，载 [http://www.autoweekly.com.cn/files/2004/Mar/3\\_26/A4/1.htm](http://www.autoweekly.com.cn/files/2004/Mar/3_26/A4/1.htm)。

71 参见廖永安等：《诉讼费用研究——以当事人诉权保护为分析视角》，中国政法大学出版社2006年版，第161页。有关法院与政府、法院与当事人、法院与法官的利益博弈关系参见该书161~176页。

72 关于仲裁机构的性质是有争议的。理论上，仲裁机构就是民间机构，具有民间性。根据我国《仲裁法》规定，仲裁委员会是依法独立行使仲裁权的非营利性事业单位法人。既不是司法机关，也不是行政机关。目前在大多数地区，相当多的仲裁机构实行行政事业单位的管理体制，财务实行“收支两条线”制度。这在客观上就依赖当地政府的资源分配。

纷解决，由于诉讼代理人在仲裁等非讼纠纷解决程序中的地位弱化，且在当下法官与律师形成“利益共同体”的背景下，为今后的案件考虑，诉讼代理人也有动力将纠纷推向诉讼之中。

从当事人角度看，多年以来的程序正义的片面法治观直接诱导了人们在寻求纠纷解决时，选择诉讼而排斥非讼机制。因此，法院与调解、仲裁机构争夺当事人资源与纠纷中，调解、仲裁机构处于被动境地，可以说，在这场利益博弈中，当事人（纠纷解决方式的决定人）“选择”了法院（诉讼），这客观上影响到非讼纠纷解决方式的发展与运用。

### （2）政府对非讼解决机构的投入缺乏动力

作为司法机关的法院与作为非营利性事业单位法人的仲裁机构都实行“收支两条线”制度，法院与仲裁机构无疑都依赖政府的投入，希望获取更多的资源。据北京市仲裁委员会 2006 年 4 月至 10 月向全国 180 多家仲裁机构所作的调查表明，目前多数仲裁机构全部或者部分的依赖财政拨款。<sup>73</sup>但政府面临众多的财政需求，在总体投入有限的情形下，理性的政府必然将资源投向投入最少、收益最大或最直接的地方。

法院对知识产权案件的审判，对地方政府而言，大到可以说保护知识产权环境，小到可以说保护本地企业与产业发展，加之属地管辖原则，政府对法院存在相当大的“影响力”，对本地企业的地方保护较易实现，客观上也有利于本地经济与社会环境的稳定。而仲裁的选择管辖，排除了地域管辖的限制，使仲裁机构并不一定解决本地的纠纷。因此，非营利性的仲裁机构对政府的价值相对有限。在这种背景下，政府无疑选择了法院而非调解、仲裁机构。正如此，多年来国家将资源重点投放在司法机关的建立与健全上，对其他纠纷解决方式的制度建设和投入则相对较少，出现了较明显的倚重诉讼和审判的倾向。

### （3）诉讼代理人对诉讼与非讼解决方式取舍的不良倾向

知识产权纠纷的专业性，使得其较之一般民商事纠纷更依赖诉讼代理人的参与。在纠纷解决方式的选择上，诉讼代理人有选择诉讼的动力。

据笔者在广州市的不完全调查，知识产权纠纷大约 50%以上的律师代理收费实行风险代理制度，代理人基于自身利益考虑，实践中鼓励权利人或涉嫌侵权方选择诉讼程序。因为诉讼一审完结，代理人还可能鼓动其上诉（尽管可能没有多大翻盘的希望），即使二审后还可能通过申诉从而发回重审等。进而，代理人可以在每一程序中增加风险代理<sup>74</sup>的可能，加之代理人可能在案件代理中与法官培养良好的合作或信任关系。

73 《中国仲裁面临的危机与挑战》，载 <http://sip818.blog.sohu.com/72154457.html>。

74 尽管名义上是风险代理，但依行业惯例，代理人在风险代理中还是存在基本的保底费用（行业称之“运作费”），所以，风险代理中代理人即使输掉诉讼，风险也并不大，还可能因为官司与法官形成继续合作关系。



与此相反，代理人在调解或仲裁程序中的地位与角色是弱化的，最终可能受益的是双方当事人而非代理人。通过上述分析可看出，诉讼代理人将纠纷推向诉讼将获得更多收益，无疑将通过当事人对其专业知识与能力的信赖，事实上影响当事人的选择，使纠纷进入诉讼解决途径。

#### （4）调解与仲裁制度的内在缺陷

上述分析的是调解、仲裁等非讼机构与政府、法院等主体间的利益博弈与行为选择上的弱势，这仅仅是非讼纠纷解决陷于困境的外部因素，客观上非讼纠纷解决方式的内在缺陷无疑也影响了非讼机制的发展与运用。

就调解而言，作为中立的第三方参与解决纠纷的方式，知识产权纠纷的调解存在以下深层次问题：

第一，究竟以谁来代表中立的第三方，是知识产权诉讼中的法官，还是知识产权仲裁机构下的仲裁员作为调解员，抑或是人民调解员？究竟谁能真正让当事人在调解进程中贯彻其意志与合意？否则无疑将悖离调解的本质。

第二，以程序灵活著称的调解缺乏真正的操作性规范，这使得调解与诉讼的分流、纠纷的处理方式的选择上陷入“掷硬币”式境地，无法区分纠纷的调解可能性与诉讼的必要性，究竟哪种纠纷什么时候该调解，什么时候该进入诉讼程序解决，如果不存在一个前置的判断规则，纠纷的分流与类型化将成为空话。所谓的“能调则调、当判则判”将成为选择的借口，“调判结合”则只能成为程序交错、低效的开始。而根据当事人的预期进行纠纷的类型化，进而找到调解与诉讼分流与衔接的规律，则是本文的初衷。

此外，调解体系中缺乏作为中立第三方的中介机构调解纠纷的法规。除人民调解外，尚无一部规范有关商会、律师事务所、知识产权事务所等中介机构调解纠纷的法规。

就仲裁而言，影响仲裁发挥功能的主要因素如下：

第一，仲裁的范围多限于财产权纠纷，这使得一旦知识产权纠纷中人身权与财产权重合时则难以仲裁。

《仲裁法》第2条和第3条规定确定仲裁范围的标准。其第2条规定，平等主体之间的合同纠纷和其他财产权益纠纷可以仲裁，在知识产权领域的专利许可使用合同纠纷、著作权许可使用合同纠纷、委托创作合同纠纷、出版合同纠纷、商标许可使用合同纠纷属于其他财产权益纠纷，不存在适用仲裁的理论障碍；但其第3条规定，婚姻、收养、监护、继承这些具有人身权内容的纠纷，以及依法应当由行政机关处理的行政争议不能仲裁。由于知识产权纠纷中著作权、专利权可能涉及人身权内容。因此，当侵犯财产权与侵犯人身权重合时，知识产权纠纷则可能难以仲裁，这在客观上不利于仲裁功能的发挥。其实，知识产权纠纷中的人身权问题适用调解

同样面临障碍。

第二，仲裁缺乏保全措施，而知识产权这一特殊权利特别需要行为保全等临时措施。知识产权纠纷中，权利人为了及早制止侵权行为，防止损失的进一步扩大，或者为了避免被告隐匿、销毁证据，在起诉前就需要提出诉前禁令或者诉前保全申请等。否则，可能继续的侵权行为将影响权利人的现有市场与收益，损害权利人的权益。这样，权利人将首选行政保护或启动民事诉讼的临时保护措施。

此外，《仲裁法》已施行五年多，至今仍未制定相关的实施办法与之配套。尽管2006年最高人民法院颁布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》，但司法解释主要涉及确认仲裁协议效力案件、申请撤销仲裁裁决案件、申请执行仲裁裁决案件三方面的法律适用问题，也仅仅涉及到仲裁与审判相关的问题，而与仲裁法配套的实施办法迟迟未见出台，使得各地在组建仲裁机构时举步维艰。这无疑将阻碍仲裁解决纠纷功能的充分发挥。

#### 2.3.3.4 我国知识产权纠纷诉讼调解的现状及其评价

##### (1) 我国知识产权纠纷诉讼调解的司法政策及其批判

作为一个极具中国特色的司法理念，诉讼调解既体现了现代法治的基本精神，又与我国传统文化有着根深蒂固的关联，与我国传统文化中“和为贵”、“息讼”等思想一脉相承。这些无疑持续影响着现代社会公众的行为选择，这使得诉讼调解长久以来处于纠纷解决方式的中心。

从最初纳入司法程序的马锡五式的“以调解为主”。到1982年《民事诉讼法（试行）》将诉讼调解在诉讼中的比重定格为“着重调解”，1991年《民事诉讼法》将之调整为“调判并重”。到20世纪90年代末，出于对程序公正的追求，调解以其反程序性而备受冷落，民事司法曾一度“重判轻调”。2002年，我国民事司法政策作出重大调整，中共中央办公厅、国务院办公厅转发了《最高人民法院、司法部进一步加强新时期人民调解工作的意见》。这标志着我国的纠纷解决机制开始了一次较大的调整，司法政策出现了明显变化。至此，诉讼调解作为一种与人民调解相衔接的方式再次受到重视。诉讼调解的司法政策的制度化集中体现在2003年7月4日最高人民法院审判委员会通过的《关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》和2004年8月18日最高人民法院审判委员会通过的《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》之中。

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。而构建和谐社会就是要综合运用法律、政策、经济、行政等手段和教育、协商、疏导等办法，妥善处理人民内部矛盾特别是涉及群众切身

利益的矛盾，保持安定团结的局面。为此，“能调则调，当判则判，调判结合，案结事了”成为了新时期知识产权审判工作的重要原则，将司法调解作为鼓励创新和化解人民内部矛盾的重要审判制度，实现公权力主导下对私权的处分和让与，为自主创新和构建和谐社会创造良好的法治环境。<sup>75</sup>

在这一审判原则与司法政策的影响下，诉讼调解在知识产权诉讼中得到了空前的重视与强化，典型地体现在案件的调解率与调撤率上。如2001年至2007年，我国知识产权案件一审调解撤诉率由47.45%上升到55.48%，平均调解撤诉率达到57.21%。<sup>76</sup>调解的“繁荣”从表面上看似这一司法政策取得“成功”，但问题是“能调则调、当判则判、调判结合、案结事了”的司法政策存在固有缺陷，其对司法实践的影响仍需谨慎看待，具体问题如下。

第一，诉讼调解悖离了调解的中立性本质，调解的功能定位难免偏差。

在诉讼调解中扮演调解者的法官，名义上是具有中立性的第三者，但他与一般调解者的差异是其身份具有潜在的强制力量。因为判决是最终解决纠纷的方式，调解过程很可能存在着决定性的契机与影响。实质上，法官在调解过程中，其强制力量已突破其自身的领域进入所谓中立性的第三者领域，这时调解者已不是原始意义上的调解者，而是有判决权的审判者与调解主持者为一身的双重“角色”（只是审判者身份在调解进程中虚掩于背后而已）。此时，调解者的中立性与判决者的决定性相冲突已非常明朗，这一角色冲突也正是调解与判决之间发生其他冲突的渊源。法官在同一诉讼结构中的双重身份，决定了法官在调审结合的模式中要想真正把握自己的身份是相当困难的，为了使固执于自己主张的当事人作出妥协，往往会有意无意地从调解人滑向裁判者，或明或暗地强制在调解中占主导地位。<sup>77</sup>

在司法实践中强调以调解实现纠纷的解决与社会和谐背景下，调解率成为办案能力与审判水平的重要指标，加之调解结案可以减少申诉或不服裁决的上诉等，无论是法院还是审判人员都具有推动调解的动力。而当审判人员对调解表现出很高的热情时，在其反复劝说下，有的当事人相信调解最符合其利益，有的则感到拒绝调解太不讲情面，有的担心得罪审判人员会导致对其不利的判决结果。在有律师代理诉讼时，当今的司法现状使得律师极为看重与法院的关系（如考虑到以后其他案件的审判），律师也有积极配合审判人员调解建议的动力。可以看出，诉讼调解中审判员调解时的双重身份对当事人及律师都有事实上的威慑力与影响力。

因此，将调解置于审判程序之中，并未作为独立程序设置，不能体现当事人的意志与选择，当事人完全自由“合意”往往是“理想国”，此时使调解的功能定位难

75 湖北省武汉市中级人民法院知识产权审判庭：《充分发挥知识产权审判的调解职能作用》，载《人民司法》2007年第2期。

76 《我国知识产权诉讼调解撤诉率达一半以上》，载 <http://www.bitscn.com/news/itnews/200802/125894.html>。2008-3-18。

77 李浩：《民事审判中的调审分离》，载《法学评论》1996年第4期。

免出现偏差。也就是说，当下知识产权的诉讼调解并非理想选择，出路在于要么调审分离，要么重构知识产权诉讼调解制度。

第二，在缺乏纠纷类型化的调解规则的背景下，这意味着法官无法类型化知识产权纠纷，也就无法从理论与实践确认“哪些纠纷是能调解的，哪些纠纷是应当判决的”；在现有《最高人民法院关于民事调解工作的若干规定》的规则中，法官难以通过特定程序来揭示或找到纠纷当事人的共同利益。那么，他就只能依靠个人经验、感觉及对当事人的偏好去把握调解的可能与判决的必要，但经验与感觉往往是感性的，并不可靠。因此，缺少规则确认的“能调则调、当判则判”难逃“空洞”的司法政策之厄运，使法官在调解与审判的选择中要么“随心所欲”，要么“步履维艰”。

## （2）我国知识产权纠纷诉讼调解的实践与反思

自2001年以来，在强调诉讼调解的司法政策影响下，我国知识产权纠纷的诉讼调解得到了前所未有的重视。

2001年至2007年，我国知识产权案件一审案件调解撤诉率由47.45%上升到55.48%，平均调解撤诉率达到57.21%。<sup>78</sup>在上海，诉讼调解也呈上升趋势。2004年以来，上海市法院一审知识产权民事案件的调撤率保持在60%左右，并呈逐年上升态势。2004年一审知识产权民事案件的调撤率为58.3%，2005年增长到61.8%，2006年又增长到65.0%。<sup>79</sup>而山东省济南市中级人民法院知识产权案件诉讼调解的比重则更大。2003年以来，该院知识产权案件的调解撤诉率一直保持在70%左右，其中植物新品种纠纷案件的调解撤诉率高达90%以上。<sup>80</sup>在经济不太发达的安徽也同样强调知识产权案件的诉讼调解。2005年，安徽省高级人民法院知识产权庭新收各类知识产权案件26件，审结26件，当庭调解和促成当事人庭外达成调解协议后撤诉结案共14件，占结案数的54.2%；2006年收案26件，调解结案10件，占结案数的38.5%。<sup>81</sup>重庆市法院则坚持多调少判，将调解作为化解知识产权纠纷的首选方式。<sup>82</sup>在追求法律效果与社会效果的统一、不为裁判而裁判的表述下，知识产权的诉讼调解实则被异化。

第一，诉讼调解率“绑架”法官使调解被异化。

法院一方面为践行“构建和谐社会”理念与“能调则调”的司法政策，另一方面也为缓解执行难及当事人不服裁判不断申诉的压力，调解率被列为衡量办案能力的重要指标，在个人考核指标的体系下，调解率意味着办案能力，直接与法官的待

78 《我国知识产权诉讼调解撤诉率达一半以上》，载 <http://www.bitscn.com/news/itnews/200802/125894.html>。2008-3-18。

79 上海市高级人民法院知识产权审判庭：《加强知识产权审判中的诉讼指导、释明与调解》，载《人民司法》2007年第2期。

80 《济南市中院七成知识产权案调解结案》，载 <http://www.sina.com.cn>。2006-6-4。

81 《安徽省高级人民法院民三庭知识产权纠纷案件调解经验总结》，载 <http://www.ahcourt.gov.cn/gb/ahgy/2004/zscq/jyj1/userobjectlai8829.html>，2008-2-7。

82 《重庆市高级人民法院民事审判第三庭二〇〇七年工作总结》，载 <http://www.ccmt.org.cn/ss/news/show.php?cId=8086>。

遇、奖惩及政治升迁等直接相关。如武汉中级人民法院就将知识产权纠纷案件的调解撤率与奖惩挂钩，作为审判目标责任制的重要考核内容。<sup>83</sup> 安徽省高级人民法院也将调解率纳入考评范围。结合省法院审判工作目标管理考核办法，知识产权庭在制定相应制度时将案件调解数作为年终考核及评先的重要指标。<sup>84</sup> 广东省高级人民法院进行了“调解能手”的评选。<sup>85</sup> 北京第二中级人民法院也将知识产权诉讼调解工作的好坏与审判人员的岗位目标考核挂钩。<sup>86</sup>

如此一来，现行司法体系与结构下的法官将不由自主地被“绑架”在调解这枚高速“火箭”上，成为其强力的“助推器”。在这个意义上，他们存在调解的动力与激励。这在本质上与调解员作为中立的第三方参与纠纷原理相悖论；实践中知识产权审判法官也更倾向于将调解作为结案的捷径，因此，自愿调解的原则被置诸于脑后，法官积极地运用自己的资源与影响利用当事人对于知识产权本身及相关法律知识的贫乏“以劝压调、以拖压调、以判压调、以诱压调”，这些或明或暗地强制或事实上的威慑力在无形中剥夺了当事人最基本的选择权。

问题还在于，审判与调解的有效性评价不乏争议，高调解率并非一定是有效的纠纷解决。笔者以为，调解率高并不必然意味着纠纷解决更有效，这并不能仅仅从数量上衡量。因为“有时短时期内解决了争议，但过一段时间或者是将来纠纷还可能再次发生。正如此，虽然有某些调解没有最终促使争议双方达成和解协议，却成功地发现问题所在，并使纠纷双方卓有成效地展开对话，也可能是成功的调解。”<sup>87</sup>

第二，诉讼调解贯穿整个审判过程影响程序的效率。

《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》规定，“在征得当事人各方同意后，人民法院可以在答辩期满前进行调解”。这表明在整个民事诉讼过程中，调解可以在庭前、庭中及庭审中任何一个阶段进行，法院不得以调审分离拒绝当事人进行调解的正当请求。实践中有法院则要求，所有知识产权纠纷案件能调则调，一时不具备条件的也要创造条件争取调解。基于已往的调解工作方式重心多集中在庭审阶段，不利于充分发挥调解的效能，进而强调知识产权调解工作重心前移，实行庭前调解与审前程序相结合，将知识产权庭前调解细化为五个阶段：如送达起诉状，或上诉状副本和应诉通知书，或财产保全、证据保全裁定书时的“送达调”，被告答辩时的“答辩调”，庭前交换证据时的“听证调”，庭审阶段的“庭审调”，案件宣判送

83 湖北省武汉市中级人民法院知识产权审判庭：《充分发挥知识产权审判的调解职能作用》，载《人民司法》2007年第2期。

84 《安徽省高级人民法院民三庭知识产权纠纷案件调解经验总结》，载 [http://www.ahcourt.gov.cn/gb/ahgy\\_2004/zscq/jyjl/userobjectlai8829.html](http://www.ahcourt.gov.cn/gb/ahgy_2004/zscq/jyjl/userobjectlai8829.html), 2008-2-7.

85 广东高级人民法院知识产权审判庭：《全面谋划，真抓实干，实现知识产权审判工作新跨越——民三庭2007年工作总结》，载 <http://www.chinaiprlaw.cn/file/2008011612471.html>.

86 朱希军、任爱民、周晓冰：《和谐花开——记二中院知产调解工作》，载 [http://bjgy.chinacourt.org/public/detail.php?id=38284&k\\_](http://bjgy.chinacourt.org/public/detail.php?id=38284&k_).

87 劳伦斯·博尔：《调解和处理办法——调解和相关法律规定：澳洲一方观点》，载[澳]唐荣曼、[中]王公义主编：《中国·澳大利亚“纠纷解决替代机制与现代法治”研讨会论文集》，法律出版社2003年版，第15页。

达前的“庭后调”。<sup>88</sup> 其初衷使一部分知识产权纠纷案件在庭前即可调解结案，既能减轻工作量，也有效促进调解与判决案件的分流。但是，调解被要求贯穿于诉讼全过程，使得案件的审判在周而复始的劝说中被拖延，使审理期限本来就偏长的知识产权诉讼几乎无效率可言；并且，整个诉讼过程的调解是否会弱化案件的审理，影响诉讼程序的效率也值得进一步探讨。

第三，调解的灵活性蕴含着无序性与任意性。

在调解过程中，法官往往选择最行之有效的“背靠背”方式，双方当事人不见面，由法官从中穿梭斡旋，分别与当事人讨价还价，而当事人双方都摸不清对方意图。这既违背了程序公开原则，也剥夺了当事人的知情权与程序参与权。

此时的调解“不仅其本身具反程序的外观，实际上，亦把其他审判程序破坏干净，从而使诉讼活动处于实质无程序的状态下”，导致了实体法与程序法的“双重软化”，以至于“把实质的守法系于法官的职业道德，使程序的运作既不公平，亦不安定，也不经济，为法官的枉法裁判提供了可乘之机。”<sup>89</sup>

在实体利益关系上，诉讼调解为“息讼宁人”，必然要使当事人付出牺牲实体利益的代价，尽管这在许多场合被描绘为当事人双方的互谅互让，但如果依据实体法及判决作为参照考察，在知识产权诉讼中这些让步大多是合法有理的权利人一方做出的让步，<sup>90</sup>是权利人基于某种制度性抑或人为原因做出的无谓牺牲。正如徐国栋先生所言，这（调解中的让步或牺牲）“即使是当事人自愿做出的，也违背了权利是受国家强制力保护的利益的本质”，“违背了法制的一般要求”。<sup>91</sup>

笔者以为，我们对诉讼调解的过分关注与强调，实则是矫枉过正之举，也是对调解中立性的背叛。

通过对知识产权诉讼机制与非讼解决机制的考察，可以看出：知识产权诉讼机制的困境在于程序的拖延，非讼解决方式的难题则在于其较少被适用难以成为高效的纠纷解决方式。面对快速增长的知识产权纠纷，诉讼与非讼方式难以有效协调运行。这虽然有知识产权纠纷自身特殊性的原因，但根本原因在于我国当下的知识产权纠纷解决机制的建构是从纠纷客体要素出发的，较少关注当事人的个体因素对纠纷解决的影响。纠纷的解决是消除当事人之间利益冲突的过程。实际上，纠纷解决过程是当事人利益博弈的过程。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（如行为人的地位、经济状况特别是诉讼预期目标）的不同而不同。因此，如果不以当事人为出发点，不考察纠纷解决过

88 《安徽省高级人民法院民三庭知识产权纠纷案件调解经验总结》，载 [http://www.ahcourt.gov.cn/gb/ahgy\\_2004/zscq/jyjl/userobjectlai8829.html](http://www.ahcourt.gov.cn/gb/ahgy_2004/zscq/jyjl/userobjectlai8829.html), 2008-2-7.

89 邱联恭：《程序选择之机理》，载《民事诉讼法研讨》（四），三民书局 1993 年版，第 265 页。

90 当然适当的让步是调解制度内生的，适当的让步相对于调解本身达成的总体目标而言是小的代价，就具有合理性。但这里所指的是超出这种合理性范围的、无原则的让步。

91 徐国栋：《民法基本原则解释》中国政法大学出版社 1992 年版，第 123 页。

程中各种因素对当事人策略选择的影响，就无法找到不同个体间纠纷的共同规律，也就无法合理分流纠纷并配置恰当的解决方式，势必难以高效、妥善地解决纠纷。因此，有必要充分考量当事人的个体因素对纠纷解决方式选择与进程的影响。而考察当事人个体行为策略最有效的分析方法则是博弈理论。

## 第3章 知识产权纠纷调解的可能性分析：博弈论视角

“调解使当事人从规则的违反与接受中解脱出来，相反，相互尊重、信任与理解的关系使当事人在缺乏事先的正式法律规定下分摊损失成为可能。”<sup>92</sup>

——富勒

### 3.1 博弈论与当事人的诉讼策略行为

#### 3.1.1 博弈论与纠纷解决

博弈论是近几十年来科学研究方法最重要的进展，几乎被运用于自然科学与社会科学所有领域。它主要研究在相互影响作用的环境中人们如何行动，预测博弈者在特定博弈境况中的行动选择，分析人类行为提供了一套有力的工具。博弈论运用理性行动者模型，设定博弈者希望最大化其个人支付，博弈结果由所有人的行动共同决定。既然每个人都是理性的，会运用他所有的知识和信息追求效用最大化，则他选择行动时就须考虑别人的行动同样是理性的。

博弈论于20世纪40年代形成，循着零和博弈到非零和博弈、完全信息到非完全信息博弈、静态到动态博弈的思路发展。<sup>93</sup>冯·诺依曼和摩根斯坦恩的《博弈论和经济行为》系其奠基之作。冯·诺依曼提出有关二人博弈的最大最小定理。1950年代纳什开创了非合作博弈的新局面，证明任何策略型博弈都存在纳什均衡。纳什均衡成为博弈论中最重要的概念，它指导所有参与人的最优战略所组成的战略组合，在给定他人战略的情况下，没有任何参与人有选择其他战略并打破均衡的积极性。当代博弈论的研究几乎都是围绕纳什均衡的加强与减弱进行的。博弈论分为合作博弈与非合作博弈，人们所说的博弈论通常指非合作博弈，它主要研究人们在利益相互影响的局势中如何选择策略令自己的收益最大化，强调个人理性，其结果可能有效率也可能无效率。

纠纷的解决实际上是双方当事人的非合作博弈，因为如果当事人合作也就和解，矛盾与冲突也就不存在了。在非合作的情境下，纠纷解决的过程是当事人对利益的理性思考、行为互动与策略选择的过程，而其中法官、调解员或仲裁员、公众、社会发展状况及市场变化等则是影响当事人策略选择的因素。因此，从博弈论角度注重分析当事人基于利益诉求判断进行的行为策略，较之基于纠纷本身的法律分析与

92 Lon L. Fuller, Mediation—Its Forms and Functions, 44 S. CAL. L. REV. 305, 325-326 (1971).

93 See R. Myerson, Game Theory (Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1991); Fudenberg & Tirole, Game Theory (Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1991). 也可见道格拉斯 G·拜尔、罗伯特 H·格特纳等：《法律的博弈分析》，严旭阳译，法律出版社 1999 年版；张维迎：《博弈论与信息经济学》，上海三联书店、上海人民出版社 1996 年版。



判断更能把握纠纷解决的本质，更能掌握当事人的需求与冲突的焦点，使当事人在相互影响中选择收益最大化的策略，纠纷也得以消除。

### 3.1.2 影响当事人诉讼策略与行为选择的因素

就知识产权纠纷解决而言，更需关注的是纠纷的解决过程而非纠纷解决结果。因为纠纷的生成与解决是一个动态的过程，如果仅仅将研究视野局限于纠纷结果，则难以深刻揭示纠纷解决方式的运作及其效果。如前所述，纠纷解决实质上涉及当事人及其他相关人员的关系互动，这就需强化对纠纷解决中个人行为分析，除考量前面论及的当事人预期诉求外，还需分析影响当事人行为选择的其他因素。

当事人往往力图将纠纷向有利于自己的方向展开操作。因此，为了把握纠纷解决过程的具体状况，首先有必要将焦点对准纠纷过程中的个人，剖析规定着其行动的种种具体因素。例如，其置身于其中的社会状况、其利益所在，与其他人之间的社会关系（包括纠纷发生前的关系和纠纷解决后可能形成的关系），制约着人们行为的各种规范，以及可以预想到的因违反这些规范而引起他人采取的行动等。<sup>94</sup>

#### 3.1.2.1 社会网络化环境下的公众监视

由于社会的网络化，个人冲突几乎总是暴露在“观众”面前。他人的在场使纠纷当事人周围形成一个隐形的“舞台”，当事人都是台上的“演员”。尽管随着社会陌生化的加剧，观众的熟识程度逐渐降低，但匿名的观众仍然充斥于大多社会冲突场景中。<sup>95</sup>“舞台”上的“演员”看似是自由表演，但实际上却经历“舆论的审判”。观众的“评说”将形成一种地方化的意义体系，并对公平、正义诸观念进行模糊界定。<sup>96</sup>此时，纠纷当事人不仅关注彼此的利益分配，也不得不考量观众的印象，力图有意塑造优越的个体形象，以期获得观众的认同甚至支持。可以说，这种舞台效应，作为观众的第三方虽不直接参与纠纷解决，但却构成对当事人的“监视”与威慑，形成实质上的、非强制性的裁判者。这种第三方力量与因素对当事人之间的实力对比产生了均衡作用，在相当程度上避免了“弱肉强食”局面的出现。

94 参见棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判》，王亚新译，中国政法大学出版社2004年版，第5~6页。

95 参见胡先缙：《中国人的面子观》，载黄光国等：《面子：中国人的权力游戏》，中国人民大学出版社2004年版，第44页。关于社会陌生化问题可参见德国社会学家齐美尔在其名篇《陌生人》中对陌生问题进行了精细研究。美国法社会学家布莱克也对现代陌生社会的形成亦有独到阐述。与此相反，国内诸多学者从我国熟人社会传统出发，分析了此语境下的法律适用与纠纷解决。参见费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社1997年版；苏力：《法律规避及其法律多元》，载《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版；[德]齐美尔：《社会是如何可能的：齐美尔社会学文选》，林荣远译，广西师范大学出版社2002年版，第341~345页；亦可参见[美]布莱克：《社会学视野中的司法》，郭星华等译，法律出版社2002年版；埃里克森：《无需发的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版。笔者以为，在网络化与信息化时代到来的当今，诸多小“事件”经由网络成为公众聚焦的社会问题的现象可谓屡见不鲜。如果说民事权利的保护应考虑陌生人语境的话，那么知识产权纠纷解决对当事人而言，可能有更多兼顾公众与舆论的倾向。

96 参见赵旭东：《乡土社会的“正义观”——一个初步的理论分析》，载王铭铭、王斯福主编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版，第589~591页。

基于此，笔者以为，知识产权纠纷中当事人作为市场经营者与竞争者，无论是著作权人、专利权人还是商标权人，其著作权、专利权与商标权价值的最终实现必须将作品、专利产品或商品面向公众。因而公众力量是促成当事人调解策略的积极因素。尽管这种力量的影响无法从计量学或社会学精确计算或表达，但其对当事人的诉讼行为策略的影响却是毋庸置疑的。

### 3.1.2.2 当事人的力量对比

“当纠纷双方的权力地位大致相当时，调解妥协最有效；但是对于恃强凌弱，它就显得无能为力。在这种情况下强调妥协事实上可能就是为邪恶势力开脱。”<sup>97</sup>

在知识产权纠纷中，当事人中没有明显的强势方；或者说，即使有强势方，也因各种因素而不愿意以强力迫使对方屈服，如专利侵权纠纷中当事人基于对市场竞争中坏声誉的顾虑，而不愿迫使弱势一方屈服，而更愿意通过公正的程序取信于相关市场内的消费者与公众（这是纠纷解决谈判与当事人选择行为策略考量的重要因素）。因为公众通常认为，一个好的品牌经营者不会卷入知识产权纠纷之中。因此，从知识产权品牌战略而言，一些市场主体一旦卷入知识产权纠纷，都倾向于建立于合意基础之上的非公开解决。这也是协商或调解更易作为知识产权纠纷当事人的策略选择的原因所在。

在纠纷当事人实力相对均衡的情形下，如果双方均愿意以相当的诚意协商解决纠纷，共同消除分歧。如果冲突起因于相互间对相关事实以及权益处置规则认识的差异，则谈判的核心就是消除这种差异，达成事实认定与处置规则上的共识；如果冲突产生于一方或各方违反规则的权益要求或其他违法侵权行为，谈判的核心就在于确认正当的利益规则，修正各方的利益要求。<sup>98</sup>

### 3.1.2.3 当事人的诉求：战略障碍与认知障碍

在知识产权纠纷中，纠纷样态多样，当事人诉求不一。有的当事人旨在禁止他人使用而自己使用；有的当事人维权为了获得赔偿；有的当事人只为赌气；有的当事人在于拖延而减少赔偿；有的当事人在于抢占市场。这些诉求表现在当事人的行为策略与选择上则是：有的当事人内心愿意调解但担心处于被动地位而声称不愿调解；有的当事人观望对方态度才愿表态；有的当事人为了减少赔偿而隐藏自己真正意图。这些策略可能影响当事人在纠纷解决中的利益判断与行为选择。

在纠纷解决过程中，当事人间存在战略性障碍与认知障碍，这不利于纠纷的解决。战略性障碍包括熟悉的竞争性竞价策略；隐藏不利于主张自己的信息；极端的权利要求与顽固地不作利于纠纷解决的让步；企图误导对手等。心理学研究表明，

97 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，中国社会科学出版社1998年版，第68页。

98 顾培东：《社会冲突与诉讼机制》，法律出版社2004年版，第33页。

在人们收集信息的认知过程中，不可避免有规则的可确认的违背理性的认知障碍。这些障碍包括对损失的厌恶与对抗性的贬值，前者是指在实际价值评估中，更多看到预期损失而较少关注预期收益的趋势；后者是指认为竞争对手的建议贬值的趋势，即便是同样的建议因来自于中立者或同盟者时曾经被接受过。<sup>99</sup>

通过减少战略障碍与认知障碍，通过调解丰富当事人的信息，而这些信息是当事人赖以作出决定并获得更大程度理解与接受度的基础。调解中推动当事人怀疑其假定、反思其立场、听取对方观点，并要求当事人考虑相关法律、评估自己的价值与可预期收益等，进而形成最理想的结果。

#### 3.1.2.4 当事人的风险 - 收益

知识经济时代，知识产权人可以看作理性“商人”（经济学上称之为“经济人”），他通过研发知识产品获得授权，以取得竞争优势。因此，究竟是通过诉讼还是调解等非讼方式解决纠纷更多是一个商业决定，而非保护并实现其权利的决定。如果权利实现的成本超过或等于知识产权的价值，对权利人来说，他所面临的将是艰难的决定。无论使用他人知识产品是否以获取利润为目的，侵权人都必须估算其侵权行为所需承担的责任。如果承担责任的成本大于可接受的水平，侵权人面临的也是艰难的决定。因此，纠纷解决程序中当事人的风险 - 收益影响着当事人的行为策略。

对风险 - 收益的分析影响知识产权人的纠纷解决方式选择，但这种分析不可能详尽而精确，每一因素的实质影响也依知识产权人或案情的差异而有所差别。例如，精神痛苦可能仅仅对某些知识产权人有明显影响；同时，对知识产权人来说，节约时间与调解的难易程度是其决定进入诉讼前所优先考虑的。但对企业而言，精神痛苦这一因素的影响则基本上可以忽略不计。相反，商业机密的公开通常并非一般知识产权人（如自然人）要考虑的因素，然而，这在企业决定诉讼之前却需特别考虑的。也就是说，商业机密公开对企业的纠纷解决策略的影响可能更大。

对侵权人而言，其风险 - 收益判断基于其特定主体的不同情形也有不同考虑与选择。知识产权纠纷中，权利人与侵权人均可能在同一纠纷中进行风险与收益分析。如在两个专利权人就各自专利指控对方侵权时，原告必须就其指控从权利人角度分析其风险与收益，同时其又必须作为侵权人进行相应考察。此时对各自的风险 - 利益分析与行为选择就更为复杂。

#### 3.1.2.5 谨慎使用的禁令救济

知识产权人在侵权纠纷中启动诉讼程序，除获得损害赔偿外，最关注的是通过

---

99 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". University of Cincinnati Law Review, Vol. 70, 19, 2002.

诉讼获得禁令救济，并据此要求对方停止使用。但从知识产权保护的发展趋势看，通过诉讼禁令救济的可能将降低，这从美国的 eBay 案可得到体现。

2001 年，MercExchange 公司指控 eBay 公司使用的“即刻购买”交易方法<sup>100</sup>技术侵犯其专利权。2003 年，弗吉尼亚东联邦地区法院作出有利于 MercExchange 的判决，裁定 eBay 侵权，并向 MercExchange 支付赔偿金，法院同时签发限制 eBay 使用该专利技术的永久性禁止令。随后，eBay 上诉至联邦巡回上诉法院，理由是 MercExchange 从未实施相关专利，仅仅通过征收高于专利自身价值的许可使用费而坐收渔人之利，但 eBay 的上诉请求被联邦上诉法院驳回。2005 年 10 月 29 日，eBay 向联邦最高法院提起上诉，同时提出目前法院在做出侵权裁决后即签发禁止令的现行做法不合理，要求法院改变现有惯例。2005 年 11 月 28 日，最高法院受理 eBay 的请求，签发调卷令。2006 年 5 月 16 日，美国最高法院驳回了针对 eBay 的专利诉讼，没有支持联邦上诉法院此前对 eBay 发出专利禁止令的判决。最高法院在判决中称，法官在发出禁止某些公司使用某专利技术的禁令前必须对专利案件进行详细调查。<sup>101</sup>

eBay 与 MercExchange 之间知识产权纠纷的最终裁决无疑将对美国法院乃至世界各国如何处理知识产权纠纷产生深远影响。eBay 对英美法系国家知识产权诉讼中常用的禁止令这种救济措施提出了质疑，认为专利法并没有要求对侵犯专利者自动下达禁止令，支付赔偿金已经足够。但 MercExchange 公司认为，eBay “偷窃了”该公司的技术，法院应当下达禁止令。

学界就该案形成对立的 two 派。以斯坦福大学法学院教授马克·雷姆利为首的 52 位专利法教授联名向最高法院提交了一份报告，明确表示支持 eBay。他们在报告中建议最高法院取消对 eBay 的禁止令。“eBay 显然不具备成为得到豁免特例的条件。”经济法教授一派批评说，“他们的观点（取消 eBay 禁止令），将弱化现代专利法的基本架构。”

该案也引起了业界的高度关注，软件行业和制药行业的反应尤其强烈。制药厂商表示，专利权保护的任何弱化都将导致它们在新药上的投资“血本无归”，而 Yahoo、微软和诺基亚等网络或通讯巨头在向法庭提交的文件书中明确表示支持 eBay。

此外，耗时 5 年于 2006 年纠纷得以和解的“黑莓”（Blackberry）案也体现了知识产权纠纷解决的上述趋势。2001 年，美国弗吉尼亚州一家小公司 NTP 公司起诉加拿大移动研究公司（RIM 公司）的“黑莓”手机用无线收发电子邮件侵犯其专利权。为此，双方打了 5 年官司。由于用户担心能否继续使用“黑莓”手机，市场失去信心致使 RIM 利润大幅下跌。在巨大的压力下，2006 年 3 月 3 日，RIM 极不情愿地支付 NTP 6.125 亿美元，与 NTP 达成庭外和解。尽管如此，此案仍可看作是

100 一种在线固定价格拍卖技术，允许消费者不参与拍卖过程即可购买商品。

101 eBay, Inc. v. MercExchange, LLC, Supreme Court No. 05-130, proceedings below sub nom MercExchange, LLC v. eBay, Inc., 401 F.3d1323, 1338-39 (Fed.Cir. 2005)(Bryson, J.).

RIM 的胜利，因为法院驳回了禁止其继续提供移动电子邮件服务的禁令。<sup>102</sup>

可以看出，美国学界、业务以及国内诸多学者主要是从专利法的基本架构、专利权保护弱化对技术创新与产业发展的影响等实体法角度解读 eBay 案。笔者以为，eBay 案在诉讼成本、法律风险等程序方面对纠纷当事人（专利权人与使用者）的影响同样不可忽视。因为对知识产权人而言，即使判定侵权，也不一定能禁止他人的使用，谨慎的禁令救济则意味着诉讼威胁的降低，通过诉讼实现禁止使用者的使用行为的诉讼预期并不一定能实现，进而在纠纷解决中将持不同的预期目标与策略。以至于有专家预言，由于美国最高法院的 eBay 案判决，调解将会有更大需要，因为该判决使得胜诉的原告获得禁令救济的不确定性增加。<sup>103</sup>对知识产权权利人而言，在诉讼中除成本考虑外，也需考虑法律风险。因为即使判定侵权，也不一定能禁止他人使用。这样一来，如果权利人追求对抗性利益（禁止他人使用）的目的，其诉求则难以实现，转而寻求低成本的调解或仲裁方式将更可行。

### 3.2 双赢视野下的知识产权纠纷解决：从“零和博弈”到“非零和博弈”

在纠纷解决中，如果当事人认为一方的收益必然等于对方的损失，即谈判时采取“零和博弈”的观点，当事人将倾向于合作的方式，进而将带来妥协。例如，在国际层面上的 Trips 协议就是存在争议的国家间妥协的产物。<sup>104</sup>

如果当事人认为一方的收益并非必然等于对方的损失，即采取“非零和博弈”的观点，将为当事人带来“向前看”的合作双赢的纠纷解决方案，它不仅解决知识产权纠纷，而且能保持当事人之间的既存关系。

#### 3.2.1 合作双赢的纠纷解决策略何以可能：合作、信任与信息交流

“零和博弈”是指一个博弈或策略中，一方当事人的收益将是对方当事人的损失。“非零和博弈”则是指一方当事人的收益并非必然等于对方当事人的损失，在这种方法下，决策者假定他将进行的“非零和博弈”能获得互利双赢的结果（要么双方的状况都变得更好，要么一方当事人变得更好而另一方不至于变得更坏）。

##### 3.2.1.1 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

在商业领域，公司与非营利性机构均倾向于主动建立商业联盟与战略合作以获得双赢的竞争结果。在全球化竞争日趋激烈的情势下，合作日益成为商业领域的潮

102 Ltd. v. NTP, Inc., Supreme Court No. 05-763, opinion below, NTP, Inc. v. Research In Motion, Ltd., 418 F.3d 1282 (Fed.Cir. 2005).

103 See Xenia P. Kobylarz, the peacemaker, 02/2008 Ip Law & Business 30, Vol. 06 Issue 02.

104 国际视野中（国家之间）的知识产权纠纷亦是如此。如 Trips 协议即是发达国家与发展中国家就知识产权的有效性、范围与权利的妥协。关于 Trips 谈判中的讨价还价，可参见 Michael P. Pyan, Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property 12(1998).

流。在这一趋势下，越来越多的知识产权律师、当事人、学者倡导适用调解、非讼程序等（表现为“非零和博弈”与合作）方法解决知识产权纠纷以获取双赢的结果。

联盟是全球竞争的重要部分，是赢得全球市场的关键，试图完全依靠自身赢得世界市场的商业方法无疑难以具有吸引力。在很大程度上，企业联盟与战略合作的达成旨在面对全球化带来的持续挑战，并充分利用信息技术的效率。亦如索尼公司前主席 Akio Morita 所言：“在相互依赖的世界中，没有公司是孤立的，每个公司如果要竞争全球市场必须考虑与其他公司的合作。”这种合作在跨国公司中并不鲜见，如美国商业机器公司（IBM）与日本东芝公司（Toshiba）就曾合作开发一种新的储存器；杜邦公司（DuPont）曾与索尼公司（Sony）联合开发光学储存器。<sup>105</sup>上述都是全球化与新技术条件下，各企业倾向于技术合作的范例。在技术运用为核心的专利纠纷中，合作有其需要和必要。当然，在著作权、商标与不正当竞争的其他知识产权领域，合作依然是企业必需考量的因素之一。

由于知识产权纠纷与传统民事纠纷的差异，前者更多涉及技术研发，且作用于以占有市场为表征的商业领域。这样一来，在激烈市场竞争与全球化竞争条件下，联盟与战略合作已成为诸多跨国企业重要的知识产权战略。在知识产权纠纷中的合作同样也值得关注。企业考虑到自身需要、双方的实力及评估双方的意愿、参与能力、风险与潜力的基础上，同时，也应考虑到双方的互补价值与技术协同可能。

### 3.2.1.2 信任与信息交流：合作双赢的基础

信任一般可分为三种类型：基于计算的信任、诺言性的信任与结合的信任。基于计算的信任是指合作者注意到双方协作的潜力时建立合作关系所需的信任；诺言性的信任是指合作者实现其诺言时在双方之间所形成的信任，这种信任源于双方合作的行动，也可能基于合作基础进化的信任升华；结合的信任是指当双方开始满意合作关系时的信任状态。

为确立、累积并加深纠纷当事人的信任关系，当事人必须经常交换信息，这在建立合作关系的早期尤为重要。缺少相互的熟悉、理解与信任容易带来对抗性关系。因此，双方必须广泛地交换意见、理解各自立场并避免误解。

信息交流对知识产权纠纷的调解极为重要，因为在信息不对称与不完全的情形下，合作与集体理性难以发生。正如博弈论中经典案例“囚徒困境”所显示的：

两个嫌疑犯（A 和 B）作案后被警察抓住，除非他们一方或双方供认，否则警方没有充分的证据指控其任何一人的犯罪行为，但警方在没有任何一方合作的情况下能证明他们俩都犯有一些更轻的罪行，警方将之隔离审讯。警方的政策是“坦白从宽，抗拒从严”，告诉每一位囚徒：如

---

105 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". University of Cincinnati Law Review, Vol. 70, 22, 2002.

果一人坦白另一人不坦白，坦白将被释放，不坦白的将被判处重罪而接受 10 年的最高处罚；如果都不坦白则因证据不足各判 2 年；如果两人都坦白，警方将就这一重罪而指控他们但不被提请最高处罚，他们都将被判 8 年。<sup>106</sup>

上述例子中，博弈的参加者就是两个嫌疑犯 A 和 B，他们每个人都有两个策略即坦白和沉默（不坦白），判刑的年数就是他们的支付。如表 3-1 所示，可能出现的四种情况：

表 3-1 囚徒困境

		囚徒 2	
		沉默	坦白
囚徒 1	沉默	-2, -2	-10, 0
	坦白	0, -10	-8, -8

从表 3-1 可看出：A 和 B 均坦白或均不坦白、A 坦白 B 不坦白或者 B 坦白 A 不坦白，是博弈的结果。A 和 B 均坦白是这个博弈的纳什均衡。因为，假定 A 选择坦白的話，B 最好是选择坦白，因为 B 坦白判 8 年而沉默却要判 10 年；假定 A 选择沉默的话，B 最好还是选择坦白，因为 B 坦白将不被判刑而沉默确要被判刑 10 年。也就是，不管 A 坦白或沉默，B 的最佳选择都是坦白。反过来同样，不管 B 是坦白还是沉默，A 的最佳选择也是坦白。结果，两个人都选择了坦白，各判刑 8 年。在（坦白、坦白）这个组合中，A 和 B 都不能通过单方面的改变行动增加自己的收益，于是谁也没有动力游离这个组合。可见，在信息不充分、不完全的情况下，每个囚徒都只想最小化在牢狱中的时间而没有任何其他目标，并且每个囚徒对另一囚徒在狱中呆多长时间都不关心。最后，两个囚徒无法相互达成一个协议。

囚徒困境反映了个人理性和集体理性的矛盾。如果 A 和 B 都选择沉默，各判刑 2 年，显然比都选择坦白各判刑 8 年好得多。当然，A 和 B 可以在被警察抓到之前订立一个“攻守同盟”，但这可能不会有用，因为它不构成纳什均衡。根本原因在于信息不对称与不完全，每个人无法知晓对方的选择与策略，没有人有动力和积极性遵守“攻守同盟”的协定；反之，如果信息充分与完全，合作则是双方最佳选择。

### 3.2.1.3 调解的本质：合作双赢的范例

调解与诉讼程序在纠纷的处理上体现着不同的哲理。在诉讼程序中，所有争议者是竞争对手并力图以“零和博弈”的观点解决纠纷。如果一方胜诉，另一方则败诉，其实质是“非黑即白”的理念与方法。在调解中，争议者既不相互竞争，也不采用“零和博弈”策略；相反，当事人创造性运用“向前看”的方式并从中获益。“调

<sup>106</sup> 参见道格拉斯 G·拜尔、罗伯特 H·格特纳等著：《法律的博弈分析》，严旭阳译，法律出版社 1999 年版，第 29~30 页。也可参见 Anatol Rapoport & Albert M. Chammah, *Prisoner's Dilemma* (1965).

解并不强调当事人的对错与胜负，而更多关注建立一个符合当事人自身利益的有效的纠纷解决机制。因此，调解是双赢的程序。”<sup>107</sup>调解对当事人的合作双赢体现在：

第一，调解可以面向当事人全方位地解决问题，而限于法律类型或规则。由于实体法规则所限，诉讼程序中每一纠纷均局限于案件事实发现与诉讼请求的审理。诉讼中，当事人处于对抗地位（诉讼程序本身旨在通过当事人公平的程序对抗来解决纠纷），这使得程序有时忽视更优解决方案。与此相反，调解具有灵活性、非正式性与自决性，假定每一纠纷具有独特性，且并非必然有实体法规则相对应；并假定纠纷当事人能发现双方均有利的、双赢的解决方案。因此，调解鼓励当事人基于自身利益、价值、规则与理论判断的基础上创造性寻求解决方案。由于调解中充分考虑了当事人的非物质利益因素，在这个意义上，调解结果易为当事人所接受。同时调解也具有便利当事人合作、一体化纠纷解决等优点。亦如学者 Fuller 所言：“调解使当事人从规则的违反与接受中解脱出来，相反，相互尊重、信任与理解的关系使当事人在缺乏事先的正式法律规定下分摊损失成为可能。”<sup>108</sup>

第二，调解是允许当事人创造性作出自己决定的自决性程序。由于其自决性，调解成为获取当事人的观点以形成双方均能接受的结果的协商程序。调解所达成的协议建立在当事人合意基础上，更大程度地体现了其对自身利益的最佳判断，比法院所强加的判决更易为当事人所接受。因此，调解是当事人满意程度较高的程序。

调解允许当事人进一步控制纠纷解决的结果，不像诉讼那样，其命运掌握在法官手中，但是当事人并不能控制诉讼的结果，无法预测判决的结果。尽管民事纠纷的诉讼程序缘于“不告不理”由当事人自主启动，在诉讼程序上也实现一定程度的对抗，但当事人对纠纷结果缺少自主的理性判断的机会。<sup>109</sup>

即使调解无法解决纠纷中的所有问题，但它使当事人更理解对方需要，帮助双方共同致力于合作并逐个解决问题，进而全面解决纠纷。这实际上是一种在当事人合作下的个性化争端解决模式。在这个意义上，有学者认为，调解的理论目标是纠纷管理而非纠纷解决。<sup>110</sup>

第三，基于调解的利益相关性<sup>111</sup>、合作与公平的推定，通过鼓励当事人的降低对抗性的直接交流以获得一定程度的融洽气氛，利于纠纷的持续解决。实际上，调解有利于纠纷当事人建立由竞争者转换成合作伙伴的新型关系。与此不同的是，诉

---

107 See Jay Folberg & Alston Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide To Resolving Conflicts Without Litigation*, at 10(1984).

108 Lon L. Fuller, *Mediation: Its Forms and Functions*, 44 S. CAL. L. REV. 305, 325-326 (1971).

109 正如季卫东教授所言的程序的“作茧自缚”效应，当事人选择诉讼，实际上就接受了程序的刚性约束，而再难以自主选择其行为，在很大程度上对程序的运行与纠纷的结果均难以选择。关于程序的“作茧自缚”效应，可参见季卫东：《法律程序的意义》，载季卫东著：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版。

110 See Jay Folberg & Alston Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide To Resolving Conflicts Without Litigation*, at 8(1984).

111 理论上，调解结果要获得纠纷当事人的双方满意并接受，必须承认纠纷当事人的积极或消极影响及其利益相关性，这是纠纷能得以解决的先决条件。



讼程序则可能恶化当事人的对抗程度，加剧其不信任。此前的长期关系即使不被破坏，也将在很大程度上被削弱，新的合作亦不再可能。调解的最大功能是立足今日而展望未来，判决的最大功能是着眼于过去而明确是非。通过调解等非讼方式解决知识产权纠纷，对于强调未来市场的知识产权人而言，调解无疑增加其未来合作的空间与可能。

诉讼中的判决因其过于刚性很容易给当事人造成伤害，至少是不利于争议双方修补破裂的关系。因为“听断以法，而调处以情。法则泾渭不可不分，情则是非不妨稍借。”<sup>112</sup>尽管“调解并不总是双方的妥协，如果是非对错显而易见，调解可能像是判决，使对的一方得到明确的‘胜诉’。但是，与法庭的判决不同，在这样的情况下，败诉一方可以保留一点面子，因为在表达上这是调解而不是正式的判决。正义得到了伸张，但又给犯错的一方留下了余地，使他的面子多少得到保全。”<sup>113</sup>

更重要的是，知识产权纠纷大多发生在商业领域，商业交易不可能在真空情况下进行，大多数交易都是在持续合作的企业间完成。长期合作伙伴关系较之某一具体纠纷的解决可能更为重要。因此，为了维持这种合作伙伴关系，花费大量的成本进行诉讼，这对企业的长远发展来说是不明智的。非讼解决程序保密性强且经济高效，可以让当事人以一种新的方式来解决相互之间的纠纷，并且维护原有合作关系。

例如，专利技术通常是某一特定产品的构成部分之一，不可避免要与其产业链的上游企业和下游企业的合作，而通过诉讼解决纠纷将难以避免破坏、僵化当事人间的关系，因此需寻求一种更为合理的纠纷解决方式以奠定未来继续合作与创新基础。而调解等非讼纠纷解决方式是合理解决商业现实中知识产权纠纷的有效措施。

尽管有诸多优势，但当事人的利益能够通过诉讼或对方当事人的屈服获得完全胜利时，调解不应被采用；同样，当一方当事人试图通过纠纷解决获得对竞争对手的威慑力时，调解也不太有效。例如，在专利纠纷中，作为当事人的公司如果需要强化核心专利技术的有效性，则倾向于通过诉讼程序获得法院的胜诉判决。在当事人希望建立持续的强硬的信誉<sup>114</sup>以阻止将来的可能侵权行为时也会倾向避免调解。此时，当事人间纠纷因利益的不一致而难以调解，合作双赢的局面不太可能出现。

### 3.2.1.3 合作双赢的调解：当事人风险 - 收益分析后的理性策略

究竟是选择诉讼还是调解解决纠纷，实际上建立在当事人对纠纷解决进程中的风险 - 收益分析后的理性策略。

#### (1) 知识产权人的风险 - 收益

112 清·汪辉祖：《学治臆说》（1793年）卷上“断案不如息案”。

113 黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2007年版，第54页。

114 如有的被告在评估原告的诉讼请求时，对原告采取“要么接受要么放弃”的建议，如果其建议被拒绝，被告将继续诉讼，宁愿通过诉讼来向市场相关主体表明其愿意与“过分”的原告对抗到底的决心。随着时间的过去，被告相信这种战略将以较低的成本与代价结束诉讼或解决纠纷。

在特定纠纷中，知识产权人必须考察纠纷解决中的收益与风险。如表 3-2 所示，在不同解决方式下，知识产权人有不同的风险 - 收益，这会对其策略选择。

表 3-2 知识产权人风险 - 收益分析表

	诉 讼	调 解
收 益	1) 获得全额赔偿的可能 2) 获得律师费补偿的可能 3) 强化知识产权的保护 4) 无形的收获	1) 能对纠纷最终决定发表意见 2) 成本较低 3) 与对方合作获取许可使用费 4) 降低无形的损失 5) 减少精神痛苦 6) 耗时较少 7) 促进未来可能的合作 8) 纠纷解决者具备技术背景 9) 最终协议的秘密性
风 险	1) 完全败诉的可能 2) 弱化专利或使专利权无效 3) 耗时持久、程序冗长 4) 长时间的上诉审过程 5) 精神痛苦 6) 不能对最终判决发表意见 7) 高昂的诉讼成本 8) 可能破坏当事人间将来关系 9) 判决者缺少技术背景 10) 商业机密的公开	1) 缺少判决结果 2) 软化规则、威慑力降低 3) 许可使用费比判决赔偿额低 4) 调解中的陈述不能作为控告对方当事人的证据而误导当事人

### 1) 诉讼对知识产权人的收益 - 风险

相比于纠纷的调解等非讼方式解决，知识产权人通过诉讼可获得的收益有：第一，通过诉讼，权利人可能获得诉讼请求的全额赔偿；第二，权利人在诉讼中可能获得法定赔偿或律师费的补偿；第三，诉讼的胜诉将强化知识产权的保护；第四，权利人在获得胜诉的同时，也有详细胜诉理由的说明；第四，胜诉为将来的纠纷解决建立先例<sup>115</sup>。

需说明的是知识产权人在诉讼中尤其是胜诉时获得无形的收获。在判例法国家，当权利人赢得案件时，他将获得法律先例进而强化知识产权的有效性与保护力度。先例的存在使得权利人对随后侵权人的指控更为有利，一旦其后有新的侵权人，先例就增强知识产权人讨价还价的余地与能力，也是对侵权人的威胁。甚至，先例很可能引发随后的侵权人从追求对抗性利益目标转向追求基本利益目标，进而倾向于

<sup>115</sup> 这主要针对判例法国家而言，尽管侵权的胜诉判决在我国没有先例的效力，但在客观上对后续侵权行为的判决能产生一定影响。

以许可协议的方式（通过支付许可使用费）来获得知识产品的使用权。

尽管我国并非判例法国家，也不存在先例制度。但由于我国立法概括性相对较强而操作性较差，大多数情形下法官适用法律依赖法律实施细则或司法解释，其中司法解释特别是最高人民法院的规定与判决在司法实践中具有事实上的影响力，而法院的判决对其他法院的案件审理尽管在法律援引上不适用，但对审判有一定程度的指导与参考价值。同时，在实践中律师经常援引其他法院现有的判决来支持其观点，这也反映出先前判决对其后的审判存在着影响，对其后纠纷当事人同样存在威慑力。

此外，公开的审判将知识产权向那些可能此前并不知晓该知识产权的消费者公开。本质上，审判为知识产权人提供了广告效应，因为审判的公开可能使权利人“名声远扬”，这对随后的侵权人是一种威胁因素，因为他们知道权利人更愿意采取强硬地以诉讼解决纠纷的策略，这在一定程度上可防止侵权行为的发生。<sup>116</sup>这种无形收获是对知识产权人的一种激励，也是权利人选择调解时可能丧失的机会成本。<sup>117</sup>

尽管诉讼程序有相当多优点，但其对权利人也存在明显的风险。权利人诉讼中面临的主要问题是维权成本。据美国知识产权法协会在 2001 年的调查表明，诉讼标的在 100 万美元至 2500 万美元间的专利案件的平均诉讼成本是 149.9 万美元，相应的商业秘密案件平均诉讼成本则为 69.9 万美元，相应的商标案件平均诉讼成本为 50.2 万美元，相应版权案件的平均诉讼成本为 40 万美元；诉讼标的在 2500 万美元以上的，相应案件的平均诉讼成本分别上升至 299 万美元、101 万美元、100 万美元与 75 万美元。<sup>118</sup>可看出，专利因其技术性与损失计算复杂性等，其诉讼成本明显高于不具有技术性的著作权侵权案件的诉讼成本。并且，由于诉讼的高度对抗性，使当事人往往夸大其权利主张，也加剧诉讼成本的上升。

此外，知识产权人在诉讼中也面临损失难以计算与结果难以确定的风险。在商标侵权、专利侵权与著作权侵权中，其损失计算都较为相似。下面以我国专利侵权损害赔偿额的确定为例予以分析。

专利侵权损害赔偿额的计算是个十分复杂的问题，各国的做法不尽相同。大体说来，其计算标准有：第一，以专利权人因侵权行为受到的实际经济损失作损失赔偿额；第二，以侵权人因侵权行为获得的全部利润作损失赔偿额；第三，以不低于专利许可使用费的合理数额作赔偿损失额。<sup>119</sup>

按照《最高人民法院关于审理专利纠纷案件若干问题的解答》，法院可以根据案

---

116 See Kevin M. Lemley, I'll Make Him an Offer He Can't Refuse: A Proposed Model for Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes, Akron Law Review 2004, 37 Akron L. Rev. 303.

117 机会成本指人们为得到某种东西而必须放弃的另外一种东西，这里所放弃的另外一种东西就是为得到需要的东西而付出的代价，它就是所付出的机会成本。就纠纷解决方式的选择而言，当事人本可以选择诉讼但还是选择以非讼方式解决知识产权纠纷，其选择的代价是放弃了通过诉讼可能获得的无形激励。

118 Fetzer-Kraus, Inc., AIPLA Report of Economic Survey 2001 84-90 (2001).

119 关于专利侵权损害赔偿标准可参见冯晓青主编：《知识产权法学》，中国大百科全书出版社 2008 年版，第 326~327 页。

情的不同情况选择适用上述三种计算方法。但从近年我国专利审判实践看，上述计算方法均有其难以克服的缺陷。第一种方法的缺陷是专利权人因侵权行为受到的实际损失由于受多种因素的影响，往往很难计算清楚。如专利产品销售量的增减固然受侵权影响，但国家政策调控的变化、专利产品质量的下降、市场饱和程度也是重要的影响因素。至于专利权人被侵权后，就更加难以说明专利权人受到的实际损失。第二种方法的缺陷是，要计算侵权利润，须通过审查侵权人制造、销售侵权产品的全部会计资料，专利权人是很难做到的。第三种方法的缺陷在于，若专利权人在被侵权前没有将其专利许可他人使用，只能“参照”确定。由于我国无形资产评估制度不够健全，很难合理地计算专利许可使用费。

知识产权纠纷中的损失难以计算的主要原因在于知识产权的无形性。知识产权人的损失不像有形财产的侵权那样易于计算。如人身损害赔偿案件，原告能提供书面合同、医药发票等具体证据。而知识产权人却难以提供，他们须基于销售趋势、市场消费量等来判断，而这些却可能因市场行情等变化难以确定，当事人参与程序时难以确定案件可能结果。Sands, Taylor & Wood Co. v. Quaker Oats Co.案<sup>120</sup>就是如此。

Sands 公司在 20 世纪 50 年代注册了包含有 THIRST-AID 与 “First Aid for Your Thirst” 商标。1983 年，Quaker 公司获得了“给他力”运动饮料的制造权。该公司迅速开展了现在有名的“Gatorade is Thirst Aid for That Deep Down Body Thirst.”（给他力是给处于特别饥渴状态人士的解渴的帮助）的创意与市场策略，1984 年，Quaker 公司通过电视媒体向市场投放商业广告。Sands 公司以商标侵权为由将后者起诉至法院。经过长达 6 年的审理，最终在 1990 年判决。第七巡回法院判决 Sands 公司胜诉，获得了包括预期利益与律师费共计 4300 万美元的赔偿。Quaker 公司不服判决决定上诉至联邦地区法院。1992 年，第七巡回法院撤销预期利益，并建议利用合理许可使用费来重新计算赔偿额。联邦地区法院 Marshall 法官在 1993 年判决 Sands 公司获赔 2650 万美元。然而，Quaker 公司不服继续上诉，第七巡回法院强烈批评改判。随后，案件又被部分重审，上诉程序在耗时 1 年后，1995 年 Marshall 法官最终判决包括源于审判前与审判后的利益在内共计赔偿 2700 万美元。<sup>121</sup>该案从起诉至第一个判决耗时 6 年，上诉耗时 5 年，经过了长达 11 年的马拉松战役。双方当事人看到赔偿额在 2600 万美元至 4300 万美元间浮动。Marshall 法官与第七巡回法院对实际损失、三倍赔偿<sup>122</sup>与律师费用等损失有不同看法。这种差异源于立法没有明确的损失判断规则。

尽管 Sands 案仅仅是一个例外，因为知识产权法就损害赔偿额的计算已日益清

120 Sands, Taylor & Wood Co. v. Quaker Oats Co., 978 F.2d 947, 949 (7th Cir. 1992).

121 Sands, Taylor & Wood Co. v. Quaker Oats Co., 1995 WL 221871, at 3 (N.D. Ill. 1995).

122 依美国《兰哈姆法》规定，侵权人故意利用所有人的声誉或造成著名商标的淡化时，可以给予包括三倍赔偿在内的救济，即对恶意假冒或故意侵权的侵权人可判定三倍赔偿。此外，美国的专利法、版权法规定了三倍赔偿制度。参见王承守、郑颖懋著：《美国专利诉讼攻防策略运用》，元照出版公司 2004 年版，第 85~121 页。

晰、成熟。该案阐明了一系列确定知识产权纠纷损害赔偿的关键点：第一，即使知识产权损害的精确计算是可能的，但对当事人也是相当大的负担；第二，知识产权纠纷极易受上诉影响，由于损害赔偿的不确定性及被告对降低赔偿额的预期，那些被判决承担较大赔偿额的败诉方一般倾向于上诉；第三，知识产权纠纷在上诉案件耗时长久，最终的判决对胜诉方来说，在经济层面上也是代价高昂的胜利。<sup>123</sup> 面对上述因素，知识产权纠纷当事人有进入调解等非讼程序的激励。

正如亚伯那罕·林肯所言：“无论任何时候都不应鼓励诉讼……尽量劝说你的邻居妥协，并向他们指出，有名无实的‘胜者’常常是付出不菲时间与金钱的‘失败者’。”<sup>124</sup> 尽管他当时并非针对知识产权纠纷所言，但一定程度上说明诉讼并非所有情形下当事人的最佳选择，也反映诉讼对当事人确实存在利益损失的风险。

## 2) 调解对知识产权人的收益 - 风险

与诉讼相比，调解运用于知识产权纠纷具有以下优势：第一，可以节约当事人高昂的纠纷解决成本。第二，可以节约当事人的无形支出。在一般财产权或人身权的保护中，当事人因为遭受侵权行为的损害才予以诉讼救济，但知识产权纠纷的原告并不存在有形的物质损害而难以通过诉讼救济。第三，节约当事人的心理成本（如精神上的压力、烦恼与痛苦），缓解当事人精神痛苦与压力。第四，与诉讼动辄耗时数年相比，调解则可能数小时、数天或短期内即可解决争议。技术进步与有期限的保护使得知识产权特别是专利可能在冗长的诉讼结束前已经失效或没有经济意义。因此，耗时较少的调解不仅节省当事人时间，也利于权利人尽快实现其权利的价值。第五，较好地保持了当事人纠纷的秘密性，而不将其商业机密公开。

秘密性是知识产权纠纷中的关键因素之一，知识产权案件通常涉及商业秘密与技术信息的保密问题，以诉讼解决纠纷可能导致企业敏感信息的泄漏。例如，在 *Whelan Assoc. Inc. v. Jaslow Dental Lab. Inc.* 案件，来自计算机软件研发领域的许多专家因此感到面临威胁而不愿从事新的软件开发。<sup>125</sup> 在美国，许多州通过法令的形式要求调解过程坚持保密原则。现在美国的判例法中就有支持 ADR 程序坚持保密性原则，不得损害当事人在发明中的利益。例如，*Haworth, Inc. v. Steelcase, Inc.* 案件中，联邦巡回法院在上诉中提到：

“案件面临的风险不是保护法令，而是 ADR 程序中，原告和被告长期煞费苦心的交涉所形成的冗长程序……并且，当机密性不能再被坚持时，苦心经营的 ADR 程序非将来可欲的选择。”<sup>126</sup>

保密性原则的存在，可减少当事人启动、参与非讼纠纷解决程序而导致商业信息或机密泄露的顾虑。

123 See Kevin M. Lemley, I'll Make Him an Offer He Can't Refuse: A Proposed Model for Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes, *Akron Law Review* 2004, 37 *Akron L. Rev.* 305.

124 Abraham Lincoln, *Notes for a Law Lecture*, July 1, 1850, *quoted in* FREDERICK TREVOR HILL, *LINCOLN THE LAWYER* 102 (The Century Co. 1906).

125 *Whelan Assoc., Inc. v. Jaslow Dental Lab., Inc.*, 797 F.2d 1222 (3rd Cir. 1986), cert denied, 479 U.S. 1031 (1987).

126 *Haworth, Inc. v. Steelcase, Inc.*, 12 F.3d 1090, 1093 (Fed. Cir. 1993).

当然，调解也存在风险，这也就意味着潜在的损失，主要有：第一，协商解决争端缺少判决结果；第二，软化规则、威慑力降低；第三，对调解中的错误陈述权利人不能作为证据予以控告，使其可能在调解中基于错误的信息作出不利判断。

在进行收益与风险比较分析时，知识产权人必须考虑实现其权利的可能因素。如拥有巨大市场、生产能力与完备销售体系的知识产权人可能更加注重诉讼的优势，因为他不需商业伙伴的合作就能实现知识产权的价值；相反，没有这些优势的知识产权人则可能更加全面地关注调解的优势，以寻求充分实现知识产权价值的方式。

### (2) 知识产权侵权人的收益 - 风险

与权利人一样，侵权人也面临收益与风险。纠纷中权利人的优势可能就是侵权人的责任。如表 3-3 所示，知识产权侵权人的收益 - 风险分析如下：

表 3-3 知识产权侵权人风险 - 收益分析表

	诉 讼	调 解
收 益	1) 赢得诉讼并获得免费使用知识产品的可能 2) 降低知识产权的价值或使知识产权无效的可能 3) 判决不侵权的可能 4) 最终判决的理性分析	1) 继续使用知识产品获利的可能 2) 能对纠纷的最终决定发表意见 3) 较低的成本 4) 减少无形的损失 5) 耗时较少 6) 减少精神痛苦 7) 促进未来合作
风 险	1) 巨额赔偿的可能 2) 高昂的诉讼成本 3) 失去使用知识产品的可能 4) 精神痛苦 5) 持久审判、程序冗长 6) 长时间的上诉审过程 7) 不能对最终判决发表意见 8) 可能破坏当事人间将来的关系 9) 判决者缺少技术背景	1) 丧失合理使用的可能 2) 失去弱化或使知识产权无效的机会 3) 协商的许可使用费可能超过法院判决的赔偿额

#### 1) 诉讼对侵权人的风险 - 收益

侵权人通过诉讼解决纠纷可能获得的收益有：第一，赢得诉讼以获得免费使用争议知识产权的可能性；第二，降低知识产权的价值或使知识产权无效的可能；第三，行为定性为合理使用（即不侵权）的可能；第四，最终判决的理性阐述。

侵权人在诉讼中的风险有：第一，巨额赔偿的可能；第二，高昂的诉讼成本；第三，失去使用知识产权以获利的可能；第四，精神压力与痛苦；第五，持久审判、程序冗长；第六，长时间的上诉审过程；第七，不能对最终判决发表意见；第八，可能破坏当事人间将来的关系；第九，判决者缺少技术背景。

## 2) 调解对侵权人的收益 - 风险

在知识产权纠纷的调解中，侵权人可能获得的收益有：第一，继续使用知识产权获利的可能性；第二，能对纠纷的最终决定发表意见；第三，纠纷解决成本较低；第四，减少无形的损失；第五，耗时较少；第六，减少精神痛苦；第七，促进并推动未来可能的合作。

调解对于侵权人的风险则是：第一，丧失了合理使用的可能性；第二，失去弱化或使知识产权无效的机会；第三，协商的许可使用费可能超过法院判决的赔偿额。

通过对不同纠纷解决方式下的风险 - 收益分析后，一般而言，对商业秘密纠纷、如专利权保护期即将届满的纠纷、因侵权使用规模较大而存在继续合作需要<sup>127</sup>的纠纷，当事人倾向于选择在调解中“合作双赢”的策略。

### 3.2.2 “非零和博弈”的纠纷解决方法

纠纷当事人一般有不同的偏好与预期，特别是纠纷发生在市场竞争者之间时更是如此。因为在相反利益的竞争者之间，更容易形成讨价还价的局面，协议也容易达成。例如，一个拥有肉产品的素食主义者与一个拥有蔬菜的肉食主义者讨价还价时，此时，偏好差异就是促成协议达成的重要因素。这时没人会劝说当事人改变其“肉食”或“素食”的偏好。<sup>128</sup>因此，当事人对双方偏好差异有利于纠纷的高效解决。

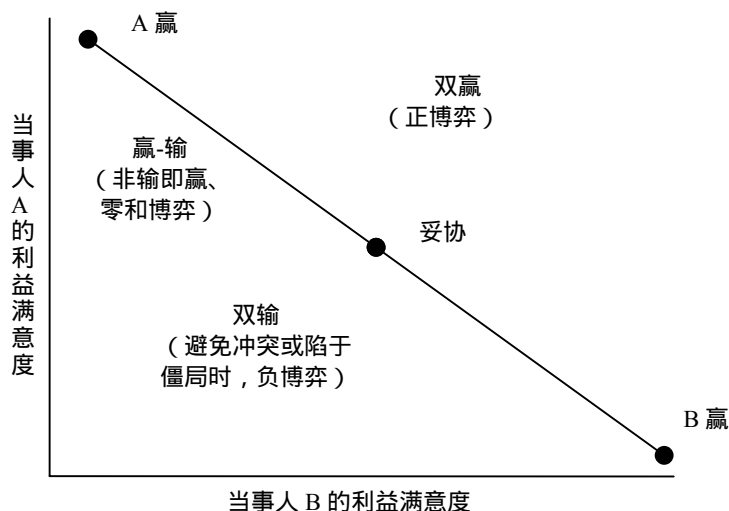


图 3-1 纠纷解决与当事人满意度曲线

127 因为如果法院判决赔偿，侵权人可能失去继续使用的可能。此时权利人先前侵权时所进行的机器、设备、人员及市场等各方面投资的损失将不可避免。由于侵权行为发生时，因侵权人与权利人各因素并非相同，因而存在不同选择，这也是知识产权纠纷较之一般民事纠纷更需调解的关键所在。

128 Vilhelm Aubert, Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and of Conflict Resolution, 7J. Conflict Resol. 26, 30 (1963). 当然，现实中纠纷调解中的谈判会更复杂，需关注更多的偏好与因素（如可能需要同时考虑盈利、市场的垄断、技术的发展前景与垄断、商业开发与合作等）。虽然就每一因素中当事人可能存在相反的偏好，但他们纠纷所达成的总括性协议还是能反映偏好差异的重要性。Also see 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". University of Cincinnati Law Review, Vol. 70, 30, 2002.

如图 3-1 所示，在图表的左下角是输 - 输（双输，负博弈）状态，它发生在由于某种原因当双方当事人尽量避免冲突或双方当事人利益毫不相关时，却没有一方关注纠纷；也可能发生在由于缺少信任、沟通不畅、情结对立严重或缺乏足够的纠纷解决互动，当事人一方或双方又不合作而陷于僵局的情形。在这种双输的状态下，任何一方当事人均难以实现利益最大化的愿望。

图 3-1 的中间是从当事人角度出发的赢 - 输（零和博弈）曲线。<sup>129</sup>如图 4-1 所示，它是基于对抗性方法或“零和博弈”的合作方法所形成的结果。在当事人运用对抗性方法，即在纠纷解决时由一方为胜利者一方为失败者（即非输即赢）时，形成曲线的任一端点。如果当事人 A 赢得纠纷，结果表现在曲线的顶端；如果当事人 B 赢得纠纷，结果则表现在曲线的底端。

与对抗程序不同的是，“零和博弈”的合作程序一般带来妥协的结果。这需要每一当事人放弃一些价值并分担损失以折中其立场差异。进而，“零和博弈”的合作程序的结果落在曲线两个端点之间。如果当事人讨价还价的能力相对均衡的情况下，妥协的结果常常在曲线的中间。

图 3-1 的右上角是赢 - 赢（双赢，正博弈）的状态。在这种状态下，所有当事人均获得好处或者一方获得好处而另一方不致状况变坏。这仅仅发生在当事人运用“非零和博弈”的方法解决纠纷时，此时，这种状态下的资源运用效率比在其他方法下更高。如图 3-1 所示，双方当事人均获得较高的满意度。

一般而言“非零和博弈”情形下更有效率，但并非所有当事人同时增加满意度。例如，当事人 A 可能在一种状态下有更高满意度，而当事人 B 则可能在另一状态下有更高的满意度。虽然如此，由于当事人的满意度并非以对方的损失为代价获得的，双方保持信任关系进而达成妥协、协议还是可能的。

### 3.2.3 “非零和博弈”方法在知识产权纠纷解决中的适用

#### 3.2.3.1 “非零和博弈”方法适用于知识产权纠纷的先决条件

在知识产权纠纷中适用“非零和博弈”解决方法，必须满足几个先决条件：

首先，当事人必须理解自身的预期利益与诉求。然而，对一般人而言要做到这点并非想象中那样容易，对纠纷当事人则更不容易。<sup>130</sup>在实际谈判中，由于法律、传统或朋友的忠告及谈判者自己混淆等外部因素影响，当事人常常误解其真实利益。而在知识产权纠纷中当事人利益目标的多元性，加之商业市场因素瞬息万变，这使

129 由于利益、偏好、价值、预期目标与厌恶风险的程度不同，每一当事人可能得出不同的赢 - 输曲线。

130 一般而言，当事人很难确认并明确其利益，主要原因有：当事人常常不知道其真实利益所在；当事人基于隐藏其利益的追求，且具有掩盖其真实利益的动力，因为他们通常假定，真实目标不为对方所了解时可能从纠纷中获益更多；当事人所强烈坚持的利益本身较模糊且难以换算、计算；当事人不知道发现利益的程序。



得无论是知识产权人还是侵权人理性认知其预期利益并不容易。因此，在知识产权纠纷中，帮助纠纷当事人确认其利益，并减少战略性障碍与认知障碍，避免当事人作出非理性的决定就成为调解员的重要作用之一。

其次，当事人必须相互理解对方的预期利益与诉求。为加深这种相互理解，当事人必须充分交流信息，并换位思考，应从对方的角度出发理解其利益诉求与观点。当然，当事人也不应基于对对方的同情而被换位思考所混淆，从而丧失自己的立场。“换位思考不需要同情对方的困境，而且它是一个价值中立的观察模式，是在没有特定诉求时对对方诉求与观点的考察”。<sup>131</sup>

再次，当事人必须理解纠纷解决程序及谈判的利害关系。调解员在协商开始时，必须反复、明确强调调解程序需要协商。实际上，当事人对调解程序的理解越多，谈判过程就可能越高效。

以上强调当事人需要了解自己、对方及与程序有关的信息。然而，调解过程中的信息交流可能会使当事人处于紧张的压力之中。因为信息的交流使谈判者陷于两难困境：不分享信息将很难评估双方的价值与立场。因此，当事人需要尽可能交流与分享信息；但如果信息公开不是相互或者说仅仅由一方当事人单方公开有关信息时，公开的信息则可能被对方利用。公开一方的偏好、利益与替代品等有利于评估并创造价值，但也可能存在被对方利用的风险。

为避免这种两难境地，当事人必须建立互信。信任在调解程序中相当重要。实际上，调解的最大价值在于它能培养当事人的信任。正如学者 Fuller 所言：“调解的最基本的功能是促使当事人相互信任与理解，并使其能够找到解决纠纷的规则。这种信任与合作的气氛有利于促进当事人的积极关系，也利于协商的进一步进行。”<sup>132</sup>一旦当事人取得信任之后，当事人的信息环境将由对抗转换成合作。当事人不再隐匿信息，而倾向于分享信息。

### 3.2.3.2 “非零和博弈”方法适用的局限

与大多数纠纷解决方法一样，“非零和博弈”的方法也有其局限。

第一，当一方当事人试图获得完全的胜利时，“非零和博弈”方法并不十分有效。在一些纠纷中，如果一方当事人就法律上而言明显处于有利地位，无论对方选择什么纠纷解决方式，其利益均超过对方，此时，如果不通过诉讼与判决就无法充分体现并满足其利益。

与此类似，如果当事人力图通过诉讼以获得对市场其他相关竞争主体的威慑力时，当一方当事人持此预期与目标时，则会倾向于选择对抗性的诉讼程序而不是“非

---

131 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". University of Cincinnati Law Review, Vol. 70, 33, 2002.

132 Lon L. Fuller, Mediation: Its Forms and Functions, 44 S. CAL.L.REV.305, 326 (1971).

零和博弈”的方法。因为“非零和博弈”的方法假定没有最终的胜利者与失败者，也不会寻求判断当事人的“谁是谁非”；实际上，通过假定每一纠纷均有其唯一性与独特利益，其作为相似的先例来获得对其他竞争对手的威慑力非常有限。

第二，如果当事人试图惩罚对方当事人，则“非零和博弈”的方法将是不充分的。本质上，“非零和博弈”的方法是通过合作气氛下的调解，力图维持与对方当事人的关系。进而，如果一方当事人寻求惩罚对方当事人，则对抗性与强制性方法则更为合适、有效。

第三，“非零和博弈”方法的宣示作用有限。例如，如果一方当事人欲对软件与音像制品的盗版行为适用新的更强硬的政策宣示，“非零和博弈”的方法就不能较好地传递这种信息与态度。同样，该方法也不能形成良好的声誉与威慑力以阻止将来潜在的侵权与纠纷。

第四，当一方当事人处于绝对优势地位时，除非愿意保持与对方的将来关系，否则没有必要运用“非零和博弈”的方法解决其纠纷。除非“零和博弈”的方法能使其变得更好，否则不应适用该方法。如果运用抗性的诉讼行为能够使其获得更好的效果，也不应运用“非零和博弈”的方法。

### 3.2.3.3 作为法律规则的“非零和博弈”方法的适用

“非零和博弈”的合作式纠纷解决方法并不会与法律规则相冲突，相反，它是对法律规则的强化与补充，以合作的方式解决难题是纠纷解决的第一步，也是在法律的威慑力下讨价还价的过程。

实际上，“非零和博弈”的方法通过更有效的分配有限的解决资源而提高正义的质量。以调解为例，它可将法院从沉重的审判中解脱，转向更需要司法服务的其他纠纷当事人，从而缓解迟延审判与接近正义的难题。正如此，在对抗性的法院系统中越来越多地适用非讼纠纷解决方法，这在我国最近几年来的知识产权司法实践中得以体现。

“非零和博弈”的方法缘何为法律规则的补充？这需理解合作式的纠纷解决方法与诉讼审判程序的相互依赖性。非诉程序的成功一般依赖于审判程序的存在。正如 Herbert M. Kritzer 所言：“没有审判程序的威慑，就平等主体间民事纠纷的谈判而言，达成任何协议都将是不可可能的。”<sup>133</sup>

当事人运用“非零和博弈”的方法时，需要法律规则与先例以计算或评估在该方法所获结果的公平性与可接受性。如果每个人运用该方法，将不会有足够的法律规则与先例为纠纷当事人提供评估。通过降低协商的可预期性与司法的权威性（随之而来的可能是合作解决纠纷的合法性受损），过度使用“非零和博弈”的方法反过

---

133 Herbert M. Kritzer, Let's make a deal: understanding the negotiation process in ordinary litigation 130(1991).

来将降低其有效性。

总之，问题不是“非零和博弈”的方法能否应对法律规则的挑战，而是当事人应在什么情形下以什么方式运用该方法，以实现纠纷解决的有效性与当事人满意度之间恰当的平衡。从理论上而言，“当双方能够一起谈判并通过合作解决其争端时，无论法律的基本规则是什么，其行为都将是有效率的。这个被称为实证的科斯定理的命题是法律经济学最著名的论断之一”。<sup>134</sup> 换言之，当事人双方合作是最有效率的。

---

134 [美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦著，《法和经济学》，张军译，上海三联书店 1991 年版，第 743 页。

## 第4章 知识产权纠纷的类型化与调解机制的适用

人类的社会行为总是合乎一定目的和期待的、意图实现或争取某种成果的目的——理性行为。<sup>135</sup>

——马克斯·韦伯

### 4.1 对纠纷当事人个体行为的考察：纠纷类型化的基础

如前所述，我国现行知识产权纠纷分类是从纠纷本身出发，以客体要素为基础所作的区分。这种分类一定程度上兼顾了不同客体的特殊性与传统审判权作用的范围，考虑到了不同法律关系纠纷的特点，有其合理性。但这种分类一方面未充分考虑到知识产权的特殊性；另一方面，也更重要的是对纠纷当事人欠缺必要关注。而纠纷的解决是当事人之间利益冲突消除的过程，实际上纠纷解决过程是当事人利益博弈的过程。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的地位、经济状况特别是诉讼预期目标的不同而不同。因此，必须以当事人为出发点，找到不同个体间纠纷的共同规律，才能更高效地解决纠纷。

纠纷解决实质上涉及当事人及其他相关人员的关系互动，即建立在对个人意向和行为理性考察的基础上，假定集体行为（纠纷解决过程中当事人的行为）是个人选择的结果，强调以人的理性化选择为前提。因此，必须以理性个体的利益诉求为基础研究纠纷的类型，进而考察纠纷的合理分流并选择合适的解决方式。

正如威尔逊所言：“各种规范或者行为的一般规则总被翻译为现实的行为。这个过程终究是被个人在特定的状况下、为了实现特定的目的而操作的。因此，为了完整地分析复杂的社会过程，应该把研究的焦点放在现实中构成这些过程的个人行动层次上去。”<sup>136</sup>而纠纷解决中对当事人个人行为分析，除应考虑其地位、经济状况、社会环境等因素外，还需重点考察当事人的诉讼预期利益目标。

实践中，知识产权纠纷诉讼样态多样，当事人之间也心态不一，其预期利益目标也各异。由于知识产权的客体是权利人通过创造性劳动获得的智力成果，凝聚了知识产权人大量智力劳动，具有较高的市场价值，如果旨在发展自身事业，知识产权人的诉讼预期则是维权、禁止他人使用；由于知识产权特别是著作权，一般同时涉及人格权和财产权，如果知识产权人注重人格权的心理感受，其诉讼预期则是为争“面子”赌气或讨“说法”；如果侵权人明知侵权，为转移财产、逃避责任承担，

135 [德]马克斯·韦伯：《经济与社会》（上），林荣远译，商务印书馆2004年版，第56页。

136 J. Van Velsen, "Extended Case Method and Situational Analysis," in A.L. Epstein, *The Crafts of Anthropology* (Tavistock, 1968) pp. 131, 136. 转引自棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判》，王亚新译，中国政法大学出版社2004年版，第5页。

则其诉讼预期是通过拖延策略而逃避责任；有的权利人或利害关系人的诉讼预期是将被控侵权产品挤出市场，则可能仅仅起诉被控侵权产品的销售商，不起诉侵权产品的制造者；有的当事人尽管内心愿意调解但担心处于被动地位而声称不愿调解；有的当事人则希望通过观望对方态度与策略、知晓对方底牌才愿表态。

较之于一般民事侵权案件，知识产权纠纷更为复杂，也更难解决。其难点在于当事人利益的多元性，既有维护权利、要求赔偿与赔礼道歉的利益目标，也有抢占市场、商业利益及产业发展等多种利益目标。因此，要探寻知识产权纠纷的真正解决，实现矛盾的消解，就必须了解双方当事人的真实意思、利益目标与诉求。也只有从纠纷当事人的个体行为出发，把握当事人的真实意思，做到有的放矢，才能事半功倍，找到易为双方当事人接受的合理纠纷解决方式与方案。

## 4.2 知识产权纠纷的类型化：以当事人利益目标为基础

知识产权人存在基本利益与对抗性利益两种基本利益。在基本利益目标下，知识产权人寻求使用知识产品的价值；在对抗性利益下，知识产权人寻求排除他人使用其知识产品<sup>137</sup>。与知识产权人一样，侵权人也知道知识产权的价值，无论是基于获利的目的还是为了享受的目的，他们都力图取得自由使用他人知识产品的特权。

### 4.2.1 充分理解知识产权的价值：当事人参与纠纷解决的前提

知识产权具有其固有价值，知识产品的生产具有极低的边际成本。知识产品的创造者需要付出较大的研发等成本才能完成，需要较多资金与时间来进行开发，而侵权人只需较少的成本就能复制知识产品。对于知识产权（如数字版权作品、专利产品与被仿冒的商标）而言，边际成本<sup>138</sup>非常之低以至于几乎为零。如果没有法律保护，侵权人则有搭乘知识产权“便车”的权利，权利人则仅仅支付了巨大的研发等成本而没有收益；没有法律保护，侵权人因不需投入研发成本，以极低的边际成本和价格销售其侵权产品。权利人为了保持其市场份额也不得不以边际成本出售其知

---

137 知识产品是对知识产权客体的总称，如专利权人的知识产品是其发明，著作权人的知识产品是其作品，商标权人的知识产品则是其标记。学界大多以知识产品来概括知识产权人的权利指向对象。

138 边际成本表示当产量增加1个单位时，总成本增加多少。一般而言，随着产量的增加，总成本递减的增加，从而边际成本下降，也就是常说的规模效应。边际成本是指在一定产量水平下，增加或减少一个单位产量所引起成本总额的变动数。通常只按变动成本计算。边际成本用以判断增减产量在经济上是否合算。例如，生产某种产品100个单位时，总成本为5000元，单位产品成本为50元。若生产101个时，其总成本5040元，则所增加一个产品的成本为40元，即边际成本为40元。知识产权的边际成本为零意味着知识产品的生产的增加，对生产者而言，几乎没有增加额外成本。以电影作品为例，电影作品的生产成本可能动辄数千万甚至上亿，但侵权者的盗版复制品可能只需5元的光盘成本。由于盗版者没有巨额的生产成本，而著作权人则要将生产成本分摊入产品价格之中，这样，著作权人的产品价格较之盗版者更高，在正版电影与盗版电影质量大体相当的情况下，消费者就会选择盗版复制品，版权人就会丧失市场份额。为保持其市场份额，其势必降低其价格到与盗版复制品大体相当，这时，著作权人的实际上就在以低于成本的价格销售其产品，无法收回其前期的生产成本（软件专利产品的情形同样如此）。如此一来，著作权人就丧失了知识再创造的激励，公众也难以获得足够的知识产品。这实际上是以经济学视角解读知识产权保护的正当性的一环。

识产品，以此价格出售产品，权利人则难以收回其研发成本。

知识产权法允许所有者而非侵权人取得源于知识产品的经济价值。<sup>139</sup>也就是，所有人可以从知识产权中获得相当回报，如可以将知识产权作为质押担保获得贷款；也可以将知识产权作为无形资本投资。尽管知识产权存在经济价值，但仅仅有知识产权不能获得市场力。市场力是指在相当长时期内在充分市场竞争的情形下获得利润的能力。<sup>140</sup>换言之，市场力是在边际成本之上建立价格的能力。知识产权仅仅是由生产、流通、市场与劳动力等诸多因素构成的生产过程的一部分，权利人必须利用结合知识产品的这些因素来实现其知识产权的商业价值。

即使存在一个有效的知识产权评估体系来评估权利人手中知识产权的商业价值，但权利人也很难评估并实现其价值。就一项知识产权而言，法律不予保护或保护期届满时，此时该项权利价值为零。除此之外，要精确评估出知识产权的价值相当困难。价格是知识产权交易中的金额对价；价值不等于价格，价值是知识产品对于买者与卖者之间的有用性。买卖双方交易的发生以其价值与价格差异为基础，如果价格超过卖者的价值并且低于买者价值，交易将发生并且双方都将从中获利。<sup>141</sup>因此，价格与价值具有不可分割的紧密联系，在知识产权产品交易中，价格通常被认为是交易双方准备的具体交易对价与数额；而价值则是交易方进行交易谈判时对知识产品是否有用的心理定位。

在知识产权纠纷解决中，恰当把握知识产品的价值对知识产权人尤为重要，但很少有学者关注知识产权的这一本质特点。知识产权人在决定放弃、参与诉讼或进入调解等非讼纠纷解决方式之前必须充分考虑争议中的权利。

就专利权来说，权利人从专利权中获得商业利润有期限限制，所以对专利权人而言，不惜代价地保护专利而从剩余保护期中获得专利许可使用费是值得的；而就商业秘密而言，由于没有保护期限的限制，保持信息的秘密状态就非常必要，而通过许可获得回报则有丧失其商业秘密的风险；就商标权和著作权来说，最初的所有人不需要考虑保护期限与秘密性的问题，他只需考虑的是：究竟是通过自己的商业行为获利，还是从许可他人使用的行为中获利？对于每一决定，所有人都必须考虑到权利的风险以及能否从许可行为中获利。

与此相似，侵权人在作出相同决定时，也必须充分理解纠纷中可能要承担的责任。权利人想要保护的是什么？更重要的是，权利人基于什么目的保护其权利？潜在责任与潜在收益是否对等？侵权人必须预先比较基于自由使用（无偿）知识产品获得的收益与假定需支付许可使用费（即获得使用许可证）时的收益。侵权人如何利用知识产权的本质来获得纠纷谈判中的优势？如果侵权人有较好的额外的特别保

---

139 See Richard A. Posner, *Antitrust in the New Economy*, ALI-ABA Course Materials J., Sept. 2000, at 118.

140 Raymond T. Nimmer, *The Law of Computer Technology: Rights Licenses Liabilities*, app. D, 2.2 (2002).

141 Ted Hagelin, *A New Method to Value Intellectual Property*, 30 *AIPLA Q.J.* 353, 357 (2002).

护措施来保护商业秘密,则可能以较低的使用费获得权利人的商业秘密使用许可(因为此时权利人不用太担心其商业秘密被泄密给他人);而对于保护期仅剩几年的专利,侵权人同样可在纠纷谈判中获得优势。<sup>142</sup>在作出是以诉讼程序解决还是以非讼方式来解决纠纷时,侵权人也面临诸多相似的考量。与权利人一样,侵权人必须合理地理解争议中的知识产权的价值。而充分衡量知识产权的价值,权利人与侵权人则需理解、分析知识产权包含的两种主要利益。

#### 4.2.2 知识产权纠纷中当事人的两种基本利益框架

知识产权法的目的是“通过赋予新颖而实用的产品、高效方法的发明人及原创性作品表达者以有效的财产权来为知识创造提供激励。”<sup>143</sup>知识产权法将权利授予给发明人或创造者使其从发明中获利。正是这种获利的可能,知识产品的创造者才具有进行创新的动力。没有知识产权,侵权人则会非常容易地利用新发明,窃取本应属于知识产权所有人的利益。这样,创新者则就没有进行革新的动力,社会可供分享的创新成果也随之减少,最终使社会公共利益受损。

知识产权与有形财产权不一样,权利人无法通过事实上的占有排斥他人的使用,从而实现或保护其权利。因此,知识产权法应为权利人提供与有形财产权一样的排它性使用权,并提供侵权救济的机会。

##### 4.2.2.1 知识产权人的两种主要利益

知识产权人的特定财产权主要是排除他人的使用。然而,这种观点仅仅是对知识产权人权利的浅层次理解。充分理解知识产权,必须审视权利人的“排他性权利”所蕴含的“排他性利益”,它主要由基本利益与对抗性利益组成。在基本利益中,知识产权人寻求通过知识产权的使用(自己使用或许可他人使用)获得其价值。在对抗性利益中,知识产权人寻求排除他人的使用而实现其知识产品的价值。这两种利益并不相互排斥,通常权利人都希望获得双重利益的结合。

考虑到基本利益与对抗性利益的复杂性与关联性,排他权通常并不划分为基本利益与对抗性利益。基本利益来源于对抗性利益,因为如果不能排除他人使用,知识产权人将无法获得充分的收益;相反,对抗性利益则存在于完全缺乏基本利益の場合(即权利人无法从他人的使用中获得收益)。特定权利人可能追求一种利益,也可能追求双重利益的结合。权利人利益目标的差异依赖于特定的情境与因素。例如,当一个竞争者寻求使用知识产权时,权利人将主张对抗性利益;当一个非竞争者希望获得使用许可时,权利人则可能主张基本利益。

142 See Kevin M. Lemley, I'll Make Him an Offer He Can't Refuse: A Proposed Model for Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes, Akron Law Review 2004, 37 Akron L. Rev. 294.

143 Daniel B. Ravicher & Shani C. Dilloff, Antitrust Scrutiny of Intellectual Property Exploitation: It Just Don't Make No Kind of Sense, 8 Sw. J. L. & Trade Am. 83, 89 (2001-2002).

为清晰表述这两个概念，可以将知识产权与有形财产作对比分析，基本利益与对抗性利益也同样适用于有形财产。就投资者投资股市而言，其买进或抛售股票的目的是获得利润，这时投资者所追求基本利益。投资者就其购买的股票仅仅获得股权证，从未获得有形的“东西”，也不关注禁止他人使用这些“东西”，他只希望能以比买进时更高的价格卖出股票。当他能以足够高的价格实现可接受的利润时，将毫不犹豫地卖掉股票。同样，当投资者继承祖传器皿这种遗产时，投资者对遗产饱含深情，器皿则是无价的。因为他仅仅关注器皿的对抗性利益，仅仅希望独占性地占有遗物，而没有获取利润的欲望。换言之，他关注的是排除他人拿走或使用遗物。这种利益不会发生变化，不论是一小孩希望免费使用该器皿还是一古董收藏家希望以高价收藏。谁也无法将他与器皿分开，任何试图追求该物的谈判都将是无效的。

根据知识产权人的不同利益选择，可以将知识产权人为三种类型：追求基本利益目标者（以下用 OF 代表）、追求对抗利益目标者（以下用 OA 代表）与追求双重利益结合者（以下用 O 代表）。OF 代表的知识产权人的目标是追求基本利益，他通过自己的使用与许可他人的使用获得收益；OA 代表知识产权人的目标是追求对抗性利益，他不关注从许可使用中获益，而在于排斥并禁止相关竞争者对知识产品的使用；O 代表知识产权人的目标是追求双重利益结合体，两种利益总体上相对均衡。这类权利人最初力图排除他人的使用，但他最终可能会被说服并允许他人在支付可接受的许可使用费的条件使用其知识产品。

权利人选择利益的目标取决于一个基本问题：如何才能使自己的知识产权价值最大化？实际上，市场条件、可利用的资源及纠纷当时的境况等因素都可能影响权利人的选择。结果是，相当多的条件可能引起 OA（追求对抗利益目标者）转换为 OF（追求基本利益目标者），或者相反。这种转换的潜在原因是知识产权人利益目标的可改变性，权利人目标的这种可改变性是其与侵权人利益目标的最主要区别。

#### 4.2.2.2 知识产权侵权人的两种利益框架

基本利益与对抗性利益也同样适用于知识产权侵权人。知识产权人将知识产权作为财产权体现出两种利益，而侵权人将无偿自由使用知识产品作为“特权”体现出两种利益。这种自由使用也可分为基本利益与对抗性利益。在基本利益中，不论是出于追求收益还是出于娱乐的目的，侵权人都希望免费自由使用知识产品，虽然侵权人知晓权利人所获得的知识产权是受法律保护的权利，并且其使用行为需要向知识产权人支付费用。在对抗性利益中，侵权人希望免费自由使用知识产品，侵权人既不相信知识产权人享有受法律保护的权利，也不认为知识产权人应拥有该权利，进而拒绝为其使用行为付费，因为他希望同权利人一样有通过分享知识产品而获得收益的权利。侵权人在追求双重利益结合时，一些情况下希望免费自由使用（尽管



知道使用应付费，但希望免费使用），而另一些情形下则希望获得免费自由使用的权利（不相信知识产权人应拥有权利，认为自己同知识产权人一样应有权获得收益）。

尽管侵权人所追求的利益与知识产权人相同，但侵权人利益目标背后的动机不同于权利人的动机。侵权人可能通过使用知识产品获利，也可能仅仅出于个人目的而免费使用知识产品。然而，不论追求收益与否，侵权人利益目标均独立存在。例如，当一侵权人下载了受著作权保护的 MP3 文件，随后通过电脑或 MP3 播放器欣赏它。但他仅仅是为了娱乐欣赏的目的播放，并未通过侵权行为获得商业收益。此时侵权人既不追求基本利益也不追求对抗利益，也就是说，他既可能愿意为其使用行为付费，也可能不愿意付费。假定同一侵权人从事与 CD 相关的业务，为其顾客提供 MP3 的文件下载，侵权人通过提供下载的侵权行为实现了收益。然而，这种利益的存在并未影响侵权人的目标，他仍然可能愿意为其使用行为付费，也可能不愿意付费。

根据侵权人动机的不同，可以将侵权人像知识产权人一样分为三种类型：追求基本利益目标者（以下用 IF 代表）、追求对抗利益目标者（以下用 IA 代表）与追求双重利益结合者（以下用 I 代表）。IF 代表追求基本利益的侵权人，他们希望进行免费自由使用虽然他们知晓其使用行为需要付费。IA 代表追求对抗性利益的侵权人，他们希望进行免费自由使用但不愿为其使用行为付费，也不认为权利人应受保护。I 代表大体均衡追求双重利益结合的侵权人，他们最初希望免费使用知识产品，但能被说服在可接受的条件下为其使用行为付费。

不像知识产权人可能改变其目标，侵权人一般倾向于保持最初的利益倾向。知识产权人的利益诉求一般随着商业环境变化有所改变，侵权人对其使用行为的看法（如可否使用知识产品、应否付费等）大多依赖于其行为正确与否——是否有权利免费使用该知识产品。由于侵权人利益目标的选择是基于对其行为“对与错”的判断，而且这需要社会环境发生重大变化才可能促使侵权人目标的改变。因此，可能承担的民事责任与刑事责任通常是引起侵权人改变其利益目标的唯一因素。承担责任的威胁越强，这种改变越可能发生。这是在纠纷调解的谈判中需要利用的因素。

以 Napster 案<sup>144</sup>为例可分析侵权人利益目标的变化。Napster 公司被起诉后辩称，

---

144 案情为：1999 年，美国一个 18 岁的大学退学生 Shawn Fanning 发明了 Napster 软件（Shawn Fanning 上学时的绰号 Napster，指他总是湿头发），并成立 Napster 网站与公司。用户通过 Napster 软件将自己所拥有的并且愿意与他人共享的 mp3 音乐的信息上传到中心目录数据库，就可以被别的 Napster 用户复制，自己也可以复制别人共享的 mp3 音乐。Napster 的网站没有任何一首 mp3 音乐，用户交换 mp3 音乐也并不经过 Napster 的服务器，完全是两个用户点对点的交换（P2P）。Napster 的用户们大量地交换 mp3 音乐。唱片公司们认为 P2P 的交换行为侵犯了自己的权利，1999 年 12 月 6 日，A&M 等 18 家唱片公司和几家音乐出版公司向 Napster 公司提起诉讼，指控 Napster 公司共同及帮助侵犯版权，请求损害赔偿，即 A&M Record Inc., et al vs. Napster 案。2000 年 1 月 7 日，美国唱片业工会 RIAA 加入诉讼。联邦地区法院法官 Patel 在 2000 年 7 月 26 日下令 Napster 公司必须停止提供有版权保护音乐的服务。2000 年 7 月 28 日，这项禁令又被联邦第九巡回法庭延缓执行。美国联邦第九巡回法庭在对这项禁令进行审查。2001 年 2 月 12 日，联邦第九巡回法院作出裁决：裁定临时禁令发回原地方法院重审，上诉法官同时提醒 Napster 公司必须在未来禁止使用者再利用其服务进行有版权的歌曲交换，并警告 Napster 可能面临巨额的民事侵权赔偿。2001 年 3 月 5 日，地方法院依上诉法院的裁决发布了新的临时禁令。See A&M RECORDS, Inc. v. NAPSTER, INC., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239\\_F3d\\_1004.htm](http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm).

尽管 Napster 软件的使用者大部分交流的是未经授权的音乐作品，可认定用户侵权，但“技术本身没有错，而是用户的错”，公司提供的 Napster 软件本身并没有错，公司不应被赋予“审查”该软件使用人的“义务”。因此，公司行为合法，不应成为被告，也一直未改变其提供服务的行为。可以看出，在临时保护及诉讼前期，Napster 公司持基本利益目标。

但是，联邦第九巡回法院上诉法官同时提醒 Napster 公司必须在未来禁止使用者再利用其服务进行受版权保护的歌曲交换，并警告 Napster 可能面临巨额民事侵权赔偿，地方法院依上诉法院的裁决发布新的临时禁令。在接到法院的“违法”判决书后，一直拒绝更改有关业务内容的 Napster 公司，为使其业务合法化不得不作出改变。

由于上诉法院发布的仅是关于临时禁令的裁定，真正的侵权审判当时尚未展开，因此 Napster 始终未放弃和解的努力。Napster 曾于 2001 年 2 月 22 日提出过为期 5 年、金额高达 10 亿美元的和解计划，但是为 RIAA 所拒绝，因为 RIAA 的理由是 Napster 的业务必须合法化。

2000 年底，Napster 与德国媒体联合企业 Bertelsmann AG 开始联合进行服务合法化和有偿化的准备。在败诉后不久，Napster 就宣布着手与 Bertelsmann 旗下的 Digital World Service 共同致力于在文件交换服务中嵌入著作权保护功能软件的开发。

从侵权人的利益目标看，Napster 公司已从追求对抗性利益者转变为追求基本利益者，改变了最初认为自己行为不侵权的观点，转而寻求通过与有著作权的公司联合向公众提供音乐作品的合法服务来获得商业利益。正是法官的不利判决引发了这种改变的发生。但总体上侵权人的目标不太可能像权利人的目标那样具有可改变性。

#### 4.2.2.3 知识产权纠纷的两种利益框架

理解基本利益与对抗性利益并非一个纯理论性的问题，概念化知识产权人与侵权人的两种利益框架能恰当审视知识产权纠纷的本质。综合考察两种利益与双重利益的结合，知识产权纠纷可分为九种对应情形：

- (1) 0F+IF
- (2) 0F+I
- (3) 0+IF
- (4) 0+I
- (5) 0F+IA
- (6) 0+IA
- (7) 0A+IF
- (8) 0A+I
- (9) 0A+IA

第(1)-(4)情形中,纠纷当事人要么追求基本利益,要么追求结合利益。第(5)-(8)情形中,纠纷中有一方当事人追求对抗性利益,但另一方当事人要么追求基本利益,要么追求结合利益。第(9)种情形中,纠纷双方当事人均追求对抗性利益,这在知识产权纠纷中最为典型。以专利纠纷为例,如在双方当事人就同一发明申请专利的纠纷中,仅有一方可能获得专利授权,随后限制对方当事人使用的利益,这符合第(9)种情形双方当事人均追求对抗性利益的纠纷类型。

通过分析当事人的基本利益与对抗利益所形成的9种情形,实质是根据当事人对其权利的理解来解构知识产权纠纷的本质,这不同于传统的法律分析与纠纷解决方式,因为后者是首先根据法律规定来判断当事人的“对与错”。笔者认为,从纠纷解决方式的构建而言,纠纷的解决应审视当事人的目标而非现行法律如何规定,应按当事人的利益目标与诉求来考察纠纷,不应首先拘泥于当事人的对错判断。这是利益框架体系化与纠纷类型化的关键所在。

每一知识产权纠纷均可归纳入上述九种情形之中。但上述九种情形是优先考虑如何协调当事人的利益诉求的问题,而协调当事人利益诉求的关键则是分析知识产权案件中的损失。当然,在了解法律如何规定之前,理解法律如何规定是必要的。因为对纠纷当事人来说,每一个当事人都须明确诉讼所带来的风险。<sup>145</sup>

#### 4.2.3 知识产权纠纷类型

知识产权纠纷中的当事人,必须基于诉讼与非讼两种选择的收益与风险的分析而作出决定。运用基本利益与对抗性利益目标的概念,知识产权人可能追求基本利益、对抗性利益与结合利益等三种行为目标,侵权人亦同样存在三种行为目标,可得出九种对应的知识产权纠纷,并据此可设计知识产权纠纷的解决平台。根据每一种特定纠纷,构建合乎当事人需要的最佳解决机制。

当事人组合类型	利益相似性
(1) 0F+IF	A (优)
(2) 0F+I	A (优)
(3) 0+IF	A (优)
(4) 0+I	A (优)
(5) 0F+IA	B (好)
(6) 0A+IF	B (好)
(7) 0A+I	B (好)
(8) 0+IA	B (好)
(9) 0A+IA	C (较差)

145 See Kevin M. Lemley, I'll Make Him an Offer He Can't Refuse: A Proposed Model for Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes, Akron Law Review 2004, 37 Akron L. Rev. 297~298.

以上九种情形表明知识产权纠纷具有动态性：当事人的利益诉求与预期目标是动态变化的，从而在纠纷当事人间形成不同组合的纠纷类型。

在 A 类的纠纷中，在未经任何协调或调解前，当事人的利益诉求是相似的。权利人希望允许对方使用而获得报酬，而侵权人也愿意为其使用付费。双方均有通过许可使用协议来实现知识产权及其利益的愿意。

在 B 类纠纷中，在经协商与调解之前，仅有一方当事人愿意通过许可使用协议解决纠纷。通过调解或协商，需要做的就是使不愿意的一方当事人从追求对抗性利益目标者转化为追求结合利益者。

上述九类纠纷中，有八类纠纷当事人的利益诉求一致或者很可能达成一致。而这种利益诉求的一致性为知识产权纠纷的调解获得成功的关键所在。当事人选择调解方式解决纠纷，要么是双方利益诉求一致性的需要，要么是当事人利益诉求有较大相似性（或者说利益诉求有较大达成一致的可能）的需要。

### 4.3 知识产权纠纷的解决模式与调解机制的适用

#### 4.3.1 不同类型知识产权纠纷的解决与调解机制的适用

根据当事人的基本利益与对抗性利益等概念体系，可见权利人利益目标具有多元性，有的追求基本利益（实现知识产权的价值），有的追求对抗利益（禁止他人使用），有的追求双重利益结合；而侵权人亦如此。据此可将知识产权纠纷划分为九种，并以当事人利益相似性为基础将纠纷类型化为三大类型：A 类、B 类与 C 类纠纷，依三类纠纷中当事人利益相似性的差异决定纠纷解决方式。

设计合适的知识产权纠纷解决平台，构建合适、高效的知识产权纠纷解决模式，其前提是以当事人的利益目标为基础将知识产权纠纷类型化。对每一种不同类型的纠纷，选择最符合当事人需要的纠纷解决方式。

当事人组合类型	利益相似性	解决方式
(1) 0F+IF	A (优)	调解
(2) 0F+I	A (优)	调解
(3) 0+IF	A (优)	调解
(4) 0+I	A (优)	调解
(5) 0F+IA	B (好)	仲裁 - 调解
(6) 0A+IF	B (好)	仲裁 - 调解
(7) 0A+I	B (好)	仲裁 - 调解
(8) 0+IA	B (好)	仲裁 - 调解
(9) 0A+IA	C (较差)	诉讼

#### 4.3.1.1 A类纠纷的解决

对于A类纠纷，成功调解的机会非常高。在这类纠纷的几种可能组合中，双方当事人要么追求基本利益目标，要么追求基本利益与对抗性利益的结合。这类纠纷的最大特点在于没有一方当事人追求对抗性利益。权利人愿意他人在付费的情况下使用其知识产品，或者易被说服允许他人付费使用其知识产品；而侵权人也愿意为其使用行为付费或易被说服为其使用行为付费。当事人的利益目标与诉求是一致的，经调解双方极有可能达成协议。

#### 4.3.1.2 B类纠纷的解决

在这类纠纷中，尽管有一方当事人追求对抗性利益目标，但调解协议仍有可能达成。在调解过程中，一方当事人从追求对抗性利益转化为追求基本利益与对抗性利益的结合利益时，则纠纷极有可能通过调解得以解决。因此，此类纠纷中，调解的关键在于促使当事人实现这种利益目标与诉求的转化，一旦发生这种转化，则调解成功的机率就会增加。

当对方当事人追求基本利益目标时，达成调解的机率也较高。纠纷解决方式则可适用仲裁-调解程序，当事人在调解中可自由达成许可协议。当然，当事人也可以阻碍调解（不达成调解协议），进而仅仅依赖仲裁裁决。

仲裁-调解程序适合于B类纠纷解决的原因在于当事人追求对抗性利益目标，他们将使用欺骗或拖延策略与对方当事人周旋。而仲裁-调解程序将使这种战略失效：当事人必须决定接受裁决或达成协议。在调解期间，如果当事人不希望面对这种有约束力的决定，将迅速转化为追求基本利益与对抗性利益结合者；如果对方当事人接受这种有约束力的决定，双方也并没有浪费协商的时间。

#### 4.3.1.3 C类纠纷的解决

在这类纠纷中，双方当事人均追求对抗性利益。为达成协议，双方都必须进行利益诉求与预期目标的转化。尽管发生这种双方利益目标转化存在可能，但可能性较小。在他们之间进行调解无疑是浪费时间与金钱，这类纠纷的最终解决更多依赖法院的判决。

由此可见，除当事人利益相似性较差的C类纠纷需直接通过诉讼解决外，其他八种两大类型中纠纷当事人利益相似性均较好，则有通过选用非讼解决机制解决纠纷的可能性。

#### 4.3.2 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

上述九种知识产权纠纷的类型化是在区分当事人利益诉求与预期目标基础上作

出的。而当事人的利益诉求与预期目标必须通过特定的程序、行为或有关法律文件表现出来并予以合理判断，而不能由法官随意判断。因此，知识产权纠纷类型化的前提是通过合适的方式展现当事人对纠纷及纠纷进程的真实意思与利益诉求。

#### 4.3.2.1 “非讼解决意见书”的内容与审查

如前所述，我国目前的知识产权诉讼调解悖离了调解中立性的本质。笔者认为，知识产权纠纷的调解应从法院审判中独立出来，还原调解的中立性。可考虑在法院内附设仲裁 - 调解中心。仲裁 - 调解中心的成员由相关领域的技术专家、知识产权各领域的专家及法院在职或退休的知识产权审判经验丰富的法官组成。

知识产权人提起诉讼后，必须自起诉之日起 5 日内提交“非讼解决摘要”，被告则必须在提交答辩状的同时提交“非讼解决意见书”。在“非讼解决意见书”中，当事人必须对案件及其解决表明本方观点并提出概括性建议。主要内容为：(1) 解决纠纷的意愿；(2) 签订许可使用协议的意愿；(3) 意欲选择的纠纷解决方式；(4) 如欲继续诉讼，说明继续诉讼的原因。

对“非讼解决意见书”的审查，可由法院附设的仲裁 - 调解中心的调解员与仲裁员组成三人审查小组，审查“非讼解决意见书”并区分当事人是追求基本利益、对抗性利益还是基本利益与对抗性利益的结合。在区分纠纷类型的基础上，建议当事人选择合适的纠纷解决方式并告知法院。

#### 4.3.2.2 “非讼解决意见书”中利益目标真实性的查明与保障

为保证“非讼解决意见书”中利益目标的真实性，当事人不需也不应交换“非讼解决意见书”，仅仅需要向对方提供已提交“非讼解决意见书”的确认信。因为如果当事人交换了“非讼解决意见书”，被告可能进行错误的利益诉求表示，获得滥用程序、拖延纠纷解决的机会。同时，为保证“非讼解决意见书”中真实的利益诉求表示不被曲解或误判，三人审查小组成员应从法院相关领域的调解员或仲裁员数据库中由计算机随机选择，成员的选择在“意见书审查”与纠纷类型化划分前对当事人保密；同时要保持仲裁员与调解员同法院之间的独立性，以保证独立判断，而不受法院基于审判利益因素的干扰。

“非讼解决意见书”的目的是旨在便于三人审查小组划分纠纷类型以有效解决纠纷。如果双方当事人交换“非讼解决意见书”，当事人通常将倾向于在“非讼解决意见书”提供错误的利益诉求与预期目标以获得策略性优势，这就是知识产权纠纷中的认知障碍与战略性障碍，这将妨碍协议的实现，并最终损害当事人的利益。

如果纠纷被划分为 A 类与 B 类，法院则将案件交由调解员调解或建议当事人进入仲裁 - 调解程序。同时，如果双方当事人在其“非讼解决意见书”中表明调解是其最佳纠纷解决方式时，三人审查小组将居于所有审查之前，直接进行调解。但应

遵循以下人员选择规则：对调解而言，当事人应选择调解员；对仲裁 - 调解而言，应由当事人选择仲裁员或调解员。

如果纠纷被划分为 C 类，则由法院通过诉讼解决，诉讼进程中法官不再推动调解。为保持当事人的意思自治与处分权，诉讼进程中可承认当事人和解。

#### 4.3.3 知识产权纠纷调解机制的运行分析

在上述模式中，A 类纠纷中的当事人以非强制的调解解决纠纷，而 B 类纠纷当事人则被建议以仲裁 - 调解程序解决。但这并不表明对 A 类纠纷当事人的特别关爱，而是因为他们最有可能达成协议，因此，纠纷解决中应给其充分的弹性，非强制的调解就理所当然。如果调解不成，调解员则将案件返回法院进入诉讼程序。

在知识产权纠纷解决机制中，不应选择调解后仲裁的形式。<sup>146</sup>调解的成功在于当事人的自由协商纠纷所有方面的能力，而在调解后仲裁形式下，当事人考虑到调解之后的有约束力仲裁的隐性威胁，当事人有隐藏其相关信息和预期目标的倾向。

B 类纠纷当事人选择进入仲裁 - 调解程序中达成协议。当事人仅仅在仲裁员作出最终裁定后进入调解。在调解过程中，当事人会得到一个装有宣告其胜诉或败诉的决定的信封。调解员可以将这个决定作为有效工具来测试当事人的现实想法。当事人经历 Chasanow 法官所说的“什么都可能发生”感觉后，他们仍然有解决纠纷的机会，而不会去赌仲裁裁决的结果。<sup>147</sup>

同时，对 B 类纠纷适用仲裁 - 调解程序，也将消除当事人的滥用程序的潜在可能性。如前所述，调解的一大缺陷是当事人可能错误地表达诉求与意图，以获得额外的发现或收益。换言之，追求对抗性利益的权利人（OA）可能在“非讼解决意见书”中表述为追求基本利益与对抗性利益结合的目标（O）。尽管作为追求对抗性利益的权利人（OA）并没有协商解决纠纷的意图也将进入调解程序。在这种情况下，追求对抗性利益的权利人（OA）就能滥用调解程序以获得侵权人关于纠纷解决的额外信息（如协商中可能让步的底线与行为选择策略等），该纠纷最终仍需进入诉讼或其他可能程序，这必然也延迟纠纷解决的进程。

而在仲裁 - 调解程序下，如果追求对抗性利益的权利人（OA）在“非讼解决意见书”中错误地表述为追求基本利益与对抗性利益结合的目标者（O），如同追求基本利益与对抗性利益结合的侵权人（I）一样，他首先应承担接受有约束力仲裁的结果，其利益目标并不一定能实现。在仲裁的威慑下，当事人一般较少存在错误表达

---

146 据 2007 年 12 月 29 日通过的我国《劳动争议调解仲裁法》第 5 条规定，发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除本法另有规定的外，可以向人民法院提起诉讼。可见，我国对劳动争议案件实行自愿调解后仲裁。这主要考虑到劳动争议发生在职工与单位之间的这种特殊性。

147 Janet Stidman Eveleth, *Settling Disputes Without Litigation*, 34 Md. B.J. 2, 8 (2001).

利益目标的倾向。

知识产权纠纷解决模式旨在充分服务于当事人利益诉求与预期目标。对当事人而言，他们获得了高效、成本低廉的纠纷解决方式，避免了因诉讼而引发的精神痛苦与煎熬。更重要的是，他们对纠纷的解决与决定的形成有充分的决定权。对法院而言，知识产权纠纷解决模式允许调解、仲裁及仲裁 - 调解多元化解程序，案件积压问题得以缓解并逐步解决，使得法院可以更多关注其他亟需解决的纠纷与问题。

## 4.4 双赢视角下的知识产权纠纷调解：一种实证视角

### 4.4.1 国内知识产权纠纷的调解：以“奥拓”案为例

#### 4.4.1.1 “奥拓”案的背景与经过

2007 年末，历时 3 年多的“奥拓”商标争夺战，在湖南省高级人民法院的调解下双方握手言和：长安汽车有限责任公司许可湖南江南汽车制造有限公司，在其生产的微型轿车上使用“奥拓”注册商标，使用期限至 2010 年 12 月 31 日止，后者向前者支付人民币 288 万元。此外，湖南江南汽车制造有限公司不得以任何方式，许可第三方使用“奥拓”商标。

江南汽车前身为江南机器厂，长安汽车前身为长安机器厂，江南、长安，再加上秦川奥拓、江北奥拓四个企业，同属于中国兵器工业总公司。

1988 年 10 月，长安汽车集团的前身长安机器制造厂与日本铃木公司签订了合作开发“ALTO 微型轿车的协议”（ALTO 系日本铃木公司注册商标）。

1992 年 12 月，中国兵器工业总公司将旗下重庆长安机器厂、湖南江南机器厂、吉林江北奥拓、西安秦川奥拓统一调整到 ALTO 车型上，并统一使用“长安奥拓”商标。长安机器厂与另三家签订了商标使用许可协议。总公司规定四公司须在各自生产的车后窗左边注明长安奥拓、江南奥拓、江北奥拓和秦川奥拓。

当时，日本铃木只在中国注册了“ALTO”英文商标。1993 年，重庆长安汽车便将“奥拓”中文商标抢先注册，并在 1994 年 9 月 21 日通过国家工商总局核准生效。由于同属中国兵器总公司，其余三家对“奥拓”商标没有给予足够关注，为日后的纷争留下了隐患。

2001 年，江南机器厂以江南奥拓的生产技术、生产线、厂房、江南奥拓的商标使用权作价占 30% 的股权，浙江吉利投资有限公司等投入现金占 70% 的股权，共同投资建设了江南汽车公司，继续生产“江南奥拓”汽车。随后，江南奥拓在微型轿车市场异军突起。长安公司与江南公司的商标之争由此引发。

2004 年 8 月，长安集团以江南汽车公司擅自使用“奥拓”商标为由，向湖南省高级人民法院提起商标侵权诉讼，要求赔偿损失 3000 万元。2004 年 10 月 18 日，江



南汽车则以长安公司恶意抢注“奥拓”商标为由向国家工商总局申请撤销长安的“奥拓”商标。随后，湖南省高级人民法院中止侵权案件的审理。2006年5月，国家商标评审委员会裁定江南公司的撤销理由不成立，“奥拓”商标仍属长安集团所有。同时“江南奥拓”、“长安奥拓”商标分别为江南汽车和长安汽车所拥有。但双方均不服裁定，再次分别诉至北京市第一中级人民法院，请求撤销商标评审委员会的裁定。北京市第一中级人民法院维持裁定。随后，长安公司提起上诉。2007年5月21日，北京市高级人民法院终审维持原判。2007年7月湖南省高级人民法院恢复审理“奥拓”商标侵权案。<sup>148</sup>

#### 4.4.1.2 纠纷当事人的预期利益目标与立场

表面上看，上述案件因长安公司与江南公司间的商标侵权纠纷而起。实际上则是市场竞争主体以商标权为武器抢占未来市场的“商标战”。纠纷的产生有其历史原因，但现实却是曾经的“亲兄弟”（同属中国兵器工业总公司）在市场经济背景下为商业利益而鏖战数年，战场从长沙延伸至北京，然后再回到长沙。双方也几乎利用了所有能够运用的救济武器，从民事侵权诉讼、申请撤销商标的行政救济、商标确权的司法救济（行政诉讼一审、二审）再回到民事侵权诉讼的原点。这也是知识产权纠纷冗长程序的典型体现。

在该案中，双方当事人利益冲突明显，可谓针锋相对，用尽了权利救济手段。

长安公司观点：

（1）江南机器厂未经长安集团同意，擅自将“江南奥拓”作为无形资产作价入股重组公司属于侵权。而重组后的江南汽车公司未经长安集团同意擅自使用该商标，亦属侵权，应当承担侵权责任，要求赔偿3000万元。

（2）不同意商标评审委员会的““江南奥拓”归江南汽车公司所有的裁定。

（3）现在是市场经济，维护知识产权是必要的，否则无法发展。

依前述知识产权纠纷当事人的利益框架分析，重庆长安公司在诉讼中一直强调对方当事人构成侵权，并要求赔偿损失，也不认为对方享有“江南奥拓”的商标权。重庆长安公司否认对方的权利，关注从对方获得赔偿，但并未强调禁止对方使用，它实际上是追求基本利益与对抗利益的结合者（O）。

江南公司观点：

（1）纠纷是历史形成的，对方是恶意抢注，商标权应被撤销；

（2）不同意商标评审委员会的“奥拓”商标归长安公司所有的裁定。

148 有关案件详情参见廖洁：《奥拓商标大战终于熄火：湖南省高院调解省最大知识产权案揭秘》，载《法制周报》2008年1月4日，第08版。引用时有删节。实际上该案的导火索是：2003年10月，江南汽车公司推出一款2.98万元的“江南奥拓”，使微型轿车的价格首次突破3万元的心理门槛，成为国内家庭轿车的“低价王”，引起了市场的热烈反响和业界的高度关注。由于此款车型本身质量不逊色于同等排量的长安奥拓汽车，江南奥拓迅速扩大了市场份额，挤占了后者的市场空间。纠纷及诉讼由此而来。

(3) 商标“统一搞，大家都有饭吃”。

从其观点看，江南汽车公司的底线是“商标大家一起用”，但基于策略考虑，法律程序上仍针锋相对，不认可对方的商标权，申请撤销其“恶意”注册的商标。依当事人利益框架分析，江南汽车公司属于追求基本利益者（IF）或者至少是追求双重利益的结合者（I）。

依前述纠纷类型化模型，“奥拓”商标侵权纠纷属于 O+I 类型，当事人具有较好的利益相似性。就理论上而言，双方有较大可能达成调解协议，而其后在法院的推动下调解协议的达成也证明了此点。

尽管表面上看来，双方当事人用尽了救济程序，针锋相对地“对抗”了近 4 年，好象矛盾尖锐而不可调和。实际上，从其观点可看出双方存在利益一致性，一定因素可能促使当事人转换其利益目标与诉求，从而使调解得以成功实现。

#### 4.4.1.3 法院以“非零和博弈”方法指导的调解：合作双赢的纠纷解决

作为湖南省迄今为止诉讼标的额最大的知识产权案，案件在北京就绕了一圈又回到原点湖南，案件从起诉到中止，到商标评审委员会裁定，再到一、二审行政诉讼，双方的矛盾经过数年的程序对抗已十分尖锐。考虑到历史原因，如果对案件简单地作出判决，不利于奥拓品牌更好的发展。因此，法院慎重地进行了调解。调解的进程为：“法院与双方当事人电话沟通——召集当事人面对面沟通（难以形成共识）——法院对当事人的风险与收益分析（思想工作使双方立场松动）——双方谈判代表讨价还价——就使用费金额陷入僵局——法院继续推动协商（调解协议达成）”。这一进程中，法院就当事人的风险与收益分析的思想工作是关键步骤，双方立场松动后的讨价还价成功已是意料之中的结果。该案成功调解的背后，较好地展现了“非零和博弈”方法，值得肯定。

第一，对当事人的风险与收益分析，使其理解自身的预期利益与诉求及谈判的利害关系。

对长安公司来说，其预期目标是要求获得相当的赔偿，同时解决商标权的权属纠纷；其风险则在于诉讼将使志在做大做强的企业陷入无尽的“诉讼战”之中，对企业的经济成本、时间成本也是一种消耗，特别是对企业的信誉与品牌形象等无形损失更大。一旦判决以后，被告江南公司仍可能持续的上诉、申诉，冗长的诉讼对当事人的成本负担事小，更影响未来市场的开发与培育。这样一来，长安公司的立场有所松动，降低补偿要求成为可能，调解取得了关键性进展。

对江南公司而言，调解的法官从法律角度分析了其困境，一旦败诉将面临的灾难性后果。作为追求继续使用的双重利益结合者（I）这一类当事人，面对败诉的风

险等因素，促使其成功转换为追求基本利益者（IF）型当事人，通过支付一定的使用费来获得商标使用权成为可能。

第二，引导当事人换位思考，使其理解对方当事人的预期利益与诉求。调解员考虑到纠纷形成的历史原因，纠纷源于计划经济时代的“亲兄弟分家”一些遗产归属不明与使用权纠葛。而事实上，“奥拓”品牌的成功，长安汽车和江南汽车都付出了很多心血。这样，双方都从自己立场出发，强调自己观点的合理性，对抗在所难免。通过引导当事人换位思考，理解对方的立场、诉求与处境，从而为双方谈判与合作累积了空间。

第三，引导当事人以“着眼未来”的眼光追求合作双赢。商标纠纷的产生是过去历史的纠葛，也在于长安公司未及时梳理产权矛盾与进行品牌维护；而江南公司在市场转型过程中未注重创新与品牌培育，也是纠纷发生后的教训所在。两公司如果能够着眼于未来，追求合作双赢，则可避免因纠纷长时间的僵持而影响后期的战略规划与市场操作。

从纠纷处理效果分析，通过法院的调解而非“非黑即白”的僵硬判决，“非零和博弈”的合作双赢得以实现。长安公司在调解协议中通过授予对方江南公司3年的商标使用权，获得288万元许可使用费的补偿，尽管这对长安公司并非一个大数字，但其避免一审、二审、申诉后的可能再审等诸多程序中的成本支付、困扰，也在最大程度上降低了无形损失。对长安公司而言，并非不可接受，否则即使胜诉了可能也是得不偿失的“胜诉者”。对江南公司而言，调解成功对其意味着摆脱了诉讼的困扰，更重要的是以较低的代价赢得了创新的缓冲时间，其追求继续使用商标的预期目标也得以实现。

但是，从纠纷解决与调解理论而言，该案的调解进程并非完美无瑕。理论上，法官在调解进程的地位应处于中立的第三者地位，其角色则应仅仅是促成当事人基于自身利益的合理判断达成协议。但该案中，法官作为知识产权纠纷的调解员（如前面所分析法官与调解员角色的重合理论上本身难以定位），法官考虑到，“江南汽车制造有限公司是湖南省内目前唯一的微型轿车生产企业，该厂目前没有其他重要品牌，没有喘息的机会，如果不允许其生产奥拓，会使公司元气大伤，甚至会垮掉。这不仅会损害投资者的利益，公司数万职工的利益也会受到直接损害，给社会增加不稳定的因素。”<sup>149</sup>因而法官从投资者、被告职工与社会安定等社会效益的保护出发“努力”推动调解进程。这样一来，本应基于当事人自身利益判断达成的调解协议中夹杂了调解员的利益诉求。描绘为“合作双赢”的调解在一定程度上也难逃地方

---

149 参见廖洁：《奥拓商标大战终于熄火：湖南省高院调解省最大知识产权案揭秘》，载《法制周报》2008年1月4日，第08版。

保护与过分主动之嫌。<sup>150</sup>当然，从司法政策学角度而言，法院从当地的社会安定、和谐与纠纷真正解决的目的出发在诉讼中推动调解也无可厚非。

#### 4.4.2 国际层面的知识产权纠纷调解

##### 4.4.2.1 国际层面的知识产权纠纷调解机制

1993年世界知识产权组织全体大会通过决议设立了“仲裁与调解中心”，专门受理与知识产权有关的国际商事纠纷的调解和仲裁，当事人可以是任何国家的自然人或企业，与知识产权有关的争议解决程序主要有调解、仲裁、快速仲裁、调解-仲裁程序四种：（1）调解程序将从“中心”收到一方当事人的调解申请而启动，调解员可以通过双方达成的协议产生，也可由“中心”在与双方协商后由他们指定。双方当事人可以选择调解员主持调解的方式是辅助性调解还是评估性调解。在辅助性调解中，调解员仅为当事人之间的交流提供便利，以便他们对彼此的利益以及调解前景有更充分的理解，不对双方争议的实质性问题进行任何建议或帮助；在评估性调解中，调解员将进一步为双方提供评估性建议，并提出可供选择的调解方案，是否接受由双方自主决定。调解协议不能获得法院的直接执行力。如果一方当事人不履行调解协议，另一方当事人只能重新提起司法救济；（2）调解—仲裁程序，程序中当事人首先利用WIPO的调解程序来尝试争议解决，如在规定的时间内无法达成调解协议或一方拒绝继续进行调解，争议转而由仲裁程序解决，这一程序能够促使当事人在调解程序中采用积极善意的态度，当事人可以明确知悉，即使他们采取了不合作的态度，争议将最终通过仲裁程序加以强制解决，那么与其由第三人将裁决强加给自己还不如尽可能通过友好协商使争议得到更符合双方意思的自治解决；<sup>151</sup>（3）仲裁程序，WIPO仲裁规则详尽、程序严格，其裁决效力相当于司法终审判决，具有可执行性；（4）快速仲裁程序，该程序缩短了仲裁员对案件的听审时间，举行听证会应该在收到请求答辩书和答辩状后30天内进行，除非特殊情况，听审不得超过3天。

可见，在国际知识产权组织的争端解决程序中，纠纷的调解较多强调当事人的自治与协商解决，调解与仲裁中心更多旨在为当事人的交流提供便利与辅助性建议。当今在国际范围内影响最广的知识产权国际条约Trips协议也有其争端解决机制。但其争端是指“成员国或者成员地区之间就知识产权保护问题产生的争端，不指权利人之间或者权利人与非权利人之间的争端”。<sup>152</sup>与本文所涉及的具体当事人之间的知识产权纠纷解决有较大差异。

150 尽管笔者在这里将“奥拓”案描绘为“合作双赢”的典范，但协议达成的背后是否存在一定程度上的对本地企业的“偏爱”，却值得深思。这也是诉讼调解的缺陷之一。

151 参见左冰、刘家瑞：《试析世界知识产权组织的争端解决机制》，载《华东政法学院学报》1999年第1期。

152 郑成思：《知识产权论》（修订版），法律出版社2001年版，第628页。

此外，民间的知识产权纠纷调解机制的建设也呈现良好趋向。中日摩托车知识产权纠纷调解机制就是典型。2004年3月19日，由中国汽车工业协会（CAAM）和日本自动车工业会（JAMA）及中国国际商会（CCOIC）调解中心三方签署了以调解摩托车知识产权纠纷为目的的《委托协议书》，约定由中国国际商会调解中心通过调解使纠纷双方以协商的方式解决知识产权纠纷。中国摩托车工业在成长发展过程中，技术进步与生产能力的快速扩张未能得到同步发展，重复建设严重，很多企业缺乏技术研发能力，仿制现象十分突出。知识产权得不到有效保护，极大地挫伤了骨干企业技术创新的积极性，致使全行业产品创新和技术创新进步缓慢。同时，日本同行确立了知识产权战略，积极在中国开展知识产权保护工作，致使两国同行业企业间面临着一些知识产权纠纷。对此，中国汽车工业协会与日本自动车工业会经过磋商，共同启动了具有民间性质的知识产权合作项目。其目的就是建立产权纠纷的调解机制，各企业在今后面临知识产权纠纷时，能有效地利用知识产权纠纷的调解机制协调和解决问题，尽量减少诉讼。<sup>153</sup> 这是国际层面知识产权纠纷调解机制在具体行业领域的展开，通过有效的调解机制来减少诉讼与解决纠纷，值得肯定。

#### 4.4.2.2 国际知识产权纠纷的调解：合作双赢的实例

以“非零和博弈”的方法理解、处置知识产权纠纷，达成合作双赢的调解协议在国际层面上特别在跨国公司之间的知识产权纠纷中也并不少见。如“尼康”案就是如此。

2004年秋天，日本相机生产商尼康公司宣布与竞争对手荷兰 ASML Holding NV 公司及德国 Carl Zeiss SMT AG 公司长达 10 年的专利战得以解决。消息的传出令全世界业内人士意外，因为三方为争夺 50 亿美元的复印机及用于电脑芯片与液晶显示器技术领域的市场在三大洲的法院经历了无休止的诉讼。尼康公司的谈判代表与两公司的诉讼代表达成了交叉许可协议（即相互许可对方使用自己的技术的许可使用方式），并就两公司向尼康公司支付 1.45 亿美元的使用费补偿取得一致后，纠纷得以协议解决。但双方均认为，基于信任基础上的协议是一个合作双赢的协议，这很大程度上归功于北加利福尼亚州地方法院的退休法官、现任旧金山司法仲裁与调解中心的调解员 Edward Infante，以合作的思路提出交叉许可的建议，获得了双方的信任，由此打破僵局。<sup>154</sup>

实际上在调解之初，经过 10 天艰难谈判，双方就各自技术价值多少、谁应付使用费及付多少使用费等问题仍存在巨大差距。正如两被告代理人所言：“程序冗长、严格且成本高昂的诉讼‘对抗’已使局面较之一般的纠纷协商更为激烈。”但调解员

153 《中日摩托车产业界知识产权合作项目完成：知识产权调解机制启动》，载 <http://www.autoweekly.com.cn/files/2004/Mar/3.26/A4/1.htm>.

154 See Xenia P. Kobylarz, the peacemaker, 02/2008 *Ip Law & Business* 30, Vol. 06 Issue 02.

基于合作构建的双方均能接受调解框架使得调解得以成功。

在召开由调解员及双方当事人三方参加的调解会议之前，Edward Infante 分别与两方进行预备会。在双方当事人协商之前，调解员已整理出一个包括交叉许可在内的粗略的纠纷解决建议，为双方提供了一个均能接受的总体调解框架，包括双方可协商的交叉许可的最低与最高费用的弹性范围，而这是在此前的诉讼进程中双方当事人均不曾看到的。以至于荷兰 ASML 公司的代表 William Lee 说：“正是曾任法官的调解员 Infante 出色工作促成了合作双赢的协议。”事实上，Infante 在获得了双方相当的信任，以至于双方也将许可协议条款交由 Infante 起草。

## 第 5 章 知识产权纠纷调解机制的制度建构

“纠纷解决的制度就是关于什么样的纠纷应该如何被解决的实体和程序上的规范体系。法律学就是专门对这种规范体系进行描述和解释的。与此相对，将研究焦点置于制度上的社会科学的任务，就是从实际观察到的人们相互作用的过程中抽出这种规则或制度，并考察它们与其他制度或者与社会整个构造及功能的相互联系。”<sup>155</sup>

——棚濑孝雄

### 5.1 知识产权纠纷的分流与多元化解决机制：调解机制运行的前提

知识产权纠纷中，当事人利益目标具有多元性，权利人关注未来市场竞争；而我国当今知识产权纠纷以近 40% 以上的速度直线递增，知识产权审判面对前所未有的压力。这就呼唤知识产权纠纷的合理分流，并建构多元化纠纷解决机制。

尽管我国近年来强调诉讼中的调解制度，以彰显构建和谐社会与司法为民的司法政策，提高知识产权审判的效率与社会效益。但问题是，诉讼调解的强化与扩张，一方面意味着对诉讼外的非讼纠纷解决方式的漠视与压制，非讼解决方式难以得到相应的发展空间，另一方面也意味着知识产权纠纷调解的异化。

笔者以为，我国知识产权纠纷的分流首先应以当事人意思作为诉讼与非讼方式解决的第一道闸门，鼓励知识产权纠纷的民间解决，还原纠纷调解的本质；其次，在当事人没有选择非讼解决而进入诉讼程序的纠纷，应以当事人预期利益目标为基础将纠纷类型化，并依前述所确定的处理方式将纠纷进行第二次分流，将当事人利益相似性较强的 A 类与 B 类纠纷由法院附设的知识产权仲裁 - 调解中心专门处理，实现纠纷调解与诉讼的分流，将当事人利益相似性较差的 C 类纠纷由审判解决，实现调解与审判的剥离。如图 5-1 所示。

通过当事人选择的知识产权纠纷人民调解委员会、知识产权援助中心及著作权纠纷调解中心等民间调解、知识产权局等行政机关的行政调处与知识产权仲裁机构的专门仲裁，加之诉讼中纠纷类型化后的专门调解与诉讼，进而形成高效、有序的知识产权纠纷多元化解决机制。

如图 5-1 所示，知识产权民事纠纷的第一次分流以当事人选择为基础，纠纷的第二次分流则是在诉讼程序中通过当事人“非讼解决意见书”所体现的预期利益目标为基础，将其区分为当事人利益相似性好的 A 类纠纷、当事人利益相似性较好的 B 类纠纷与当事人利益相似性较差的 C 类纠纷。<sup>156</sup>这种纠纷的类型化旨在区分不同当

155 棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判》，王亚新译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 5 页。

156 关于知识产权纠纷的类型化已在 3.2 作了详细分析与论证。

事人的预期目标与追求，考虑到知识产权纠纷的特殊性，使纠纷得以类型化、个性化地高效解决。

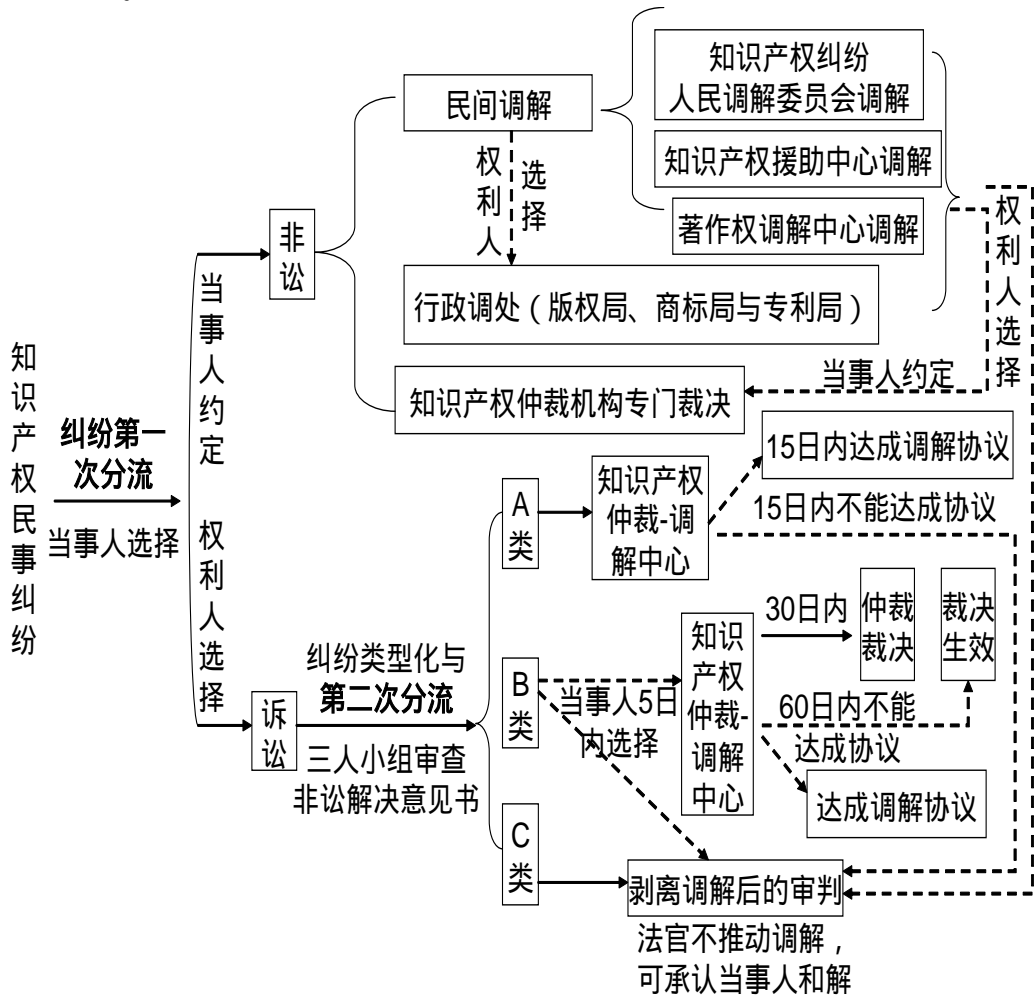


图 5-1 知识产权纠纷的分流与多元化解解决机制运行图

还需说明的是，图 5-1 中实线箭头与虚线箭头的运用。运行图中实线箭头表明确定向前运行的纠纷解决步骤或程序。而虚线箭头则表示在某一特定程序中的可能选择，如未达成调解协议或纠纷未得以解决时，可能由当事人选择、当事人约定或程序自身要求而进入的程序，但如果纠纷得以解决或当事人未选择则可能不需启动。

### 5.1.1 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

知识产权纠纷作为发生在平等主体之间的民事纠纷，纠纷的解决应贯彻当事人自主与意思自治原则。因此，当事人双方对纠纷解决方式的事先约定或纠纷发生后的约定成为诉讼分流的第一道闸门。一旦当事人选择以民间调解、行政机关调处或仲裁机构专门裁决，则实现了对知识产权纠纷的诉讼与非讼的第一次分流。

#### 5.1.1.1 知识产权纠纷的民间调解与纠纷解决



一般而言，由于知识产权涉及到文学、科学与艺术领域的创新，因而知识产权纠纷大多发生在文化层次高的主体之间，且纠纷一般涉及到复杂的技术问题。因此，传统以人民调解委员会调解民事纠纷的方式一般难以适用。但笔者以为，尽管知识产权纠纷较多发生在陌生的企业、自然人之间且多为侵权纠纷，但人民调解委员会对知识产权纠纷的解决还是可以发挥一定作用的。例如，对于同一单位、企业或社区的“熟人”间发生的有关知识产权权属与知识产权许可使用合同的小型纠纷，人民调解委员会就可能以其对当事人的良好影响力获得较好效果。2007年12月，上海市浦东新区建立了由知识产权保护经验丰富的7位律师组成的知识产权人民调解委员会，在知识产权的人民调解方面作了有效尝试与开拓。<sup>157</sup>

对于人民调解委员会的组成，可以由相关技术领域的专家、知识产权保护经验丰富的律师或当地较有声望的人士担任。人民调解委员会的调解主要适用于争议较小的知识产权权属纠纷、知识产权许可使用合同纠纷，而知识产权侵权纠纷因涉及到诸多事实认定，争议较大一般不适宜人民调解委员会进行调解。调解应由当事人一方或双方提出请求而启动。

此外，民间调解机构还包括面向企业的知识产权援助中心、著作权纠纷调解中心等机构以及行业、产业知识产权保护协会或联盟等以企业为主民间自律形式的多种知识产权纠纷协调机构，前述的中日摩托车知识产权纠纷调解机制即是典型的行业性民间知识产权纠纷解决机制。从宽泛意义上而言，我国知识产权的仲裁机构实质上也应定性为民间组织，属于纠纷的民间处理机制，但因其程序相对规范与裁决的权威性而在适用范围等方面有较大差异，下文拟作专门阐述。

如前所述，我国知识产权的民间调解仍处于起步阶段，应用极少。一方面囿于知识产权纠纷的技术性而专业调解人才却相对较少，另一方面也缘于对知识产权人民调解的忽视。笔者以为，知识产权人民调解对于吸引传统人民调解的优势，对于特定“熟悉”主体的小型纠纷，可以发挥调解人员或机构对当事人在事实上的影响力。同样，对于著作权纠纷调解中心、行业协会等知识产权纠纷调解机构等而言，因其较之其他机构对相关领域的当事人更具影响力，从而纠纷得以分流并高效解决。

因此，我们应建立新型知识产权民间调解机构与行业民间知识产权纠纷协调机构，加强其调解能力。国家应因势利导在各种类型的民间组织中建立起调解机构，规范其人员组成、选任与调解规则以及民间调解与相关程序的衔接等，加强这些民间组织的调解能力。

#### 5.1.1.2 行政机关的调处

知识产权具有法定性。因此，知识产权的授予与保护都离不开知识产权局及商

---

157 刘敏虹、叶家平：《上海浦东首次成立知识产权人民调解委员会》，载 <http://www.cipnews.com.cn/showArticle.asp?Articleid=6689>。

标局。其作为行政主管机关，对知识产权的管理、保护与纠纷处理较之司法救济更为直接、高效。因此，无论是著作权法、专利法还是商标法，都赋予了相应主管机关对纠纷的调处权。

但问题是，行政主管机关以公权力介入属于私权领域的知识产权民事纠纷，一旦知识产权民事纠纷当事人不服处理决定，则产生行政争议与民事争议的交叉。这就带来了困扰我国知识产权司法体制的基本问题：专利、商标审批行政机关作为被告，承担了 90%的行政诉讼案件，不堪重负；地方知识产权行政执法机关对裁判当事人的民事纠纷而充当行政诉讼的被告，挫伤了其积极性。因此，行政机关对知识产权纠纷的处理与裁决缺少动力，而更倾向于行使行政权规制或惩罚纠纷中可能需承担行政责任的一方当事人。

版权局、专利局与商标局对有关知识产权纠纷的调解则可作为知识产权纠纷解决的一种补充方式。但其前提是双方当事人或者至少一方当事人请求或启动行政保护程序，适用范围相对有限；其优势在于有关主管机关熟悉法律与技术，且对双方当事人在业务上有一定的关联，能较好地与当事人沟通，并能产生一定的影响力，从而有效地化解知识产权纠纷。

### 5.1.1.3 专门仲裁机构的裁决与调解

仲裁作为第三方参与纠纷解决的非讼手段，较之调解具有司法性、程序性特点，较之诉讼则有规则灵活、当事人自治等特点，因而具有独特的优势，日益成为调解民商事纠纷的重要手段。仲裁的适用前提是当事人在纠纷发生前或发生后形成的仲裁合意。作为当事人自愿选择的一种解决争议的手段，因其灵活性、自治性、一裁终局性等特点而获得了民商事领域当事人的认可。由于仲裁的民间性，当事人更倾向于信任诉讼等刚性纠纷解决方式；加之法院与仲裁机构在民商事纠纷解决上存在一定程度上的竞争关系，使得法院对仲裁裁决的执行缺乏动力。因此，民商事仲裁在我国的适用比重不大、发展水平不一。

就知识产权的仲裁而言，如果当事人在纠纷发生前或纠纷发生后形成了仲裁合意也可启动仲裁程序。知识产权仲裁以其专业性、排除地域管辖、一裁终局及自治性等特点获得了当事人的认可，但其适用范围有限，一般适用于知识产权许可使用合同纠纷，而对于有关权属纠纷与知识产权人身权纠纷则难以调整。此外，对于知识产权侵权纠纷，既可能涉及财产权，也可能涉及人身权，但仲裁的范围一般不涉及人身权纠纷。笔者认为，对此类纠纷理论上也应适用仲裁，但由于侵权等诸多事实性问题的存在，侵权中有关权利的效力等只能对案件中当事人有效，而不能延及或对抗第三人。

我国目前知识产权纠纷的仲裁才刚刚起步，经济相对发达、知识产权水平较高

的地区（如前文提及的厦门、武汉、上海等）近年来开始纷纷建立专门的知识产权仲裁中心或仲裁院。这是一个可喜的进步，值得肯定。但是有关知识产权仲裁规则、效力等较之民商事纠纷特殊问题仍未有明确的规范。此外，知识产权仲裁中需要强化仲裁 - 调解方式的运用。由于仲裁的程序与规则的日益司法化，仲裁与调解方式的融合及在仲裁 - 调解也成为继诉讼调解之后又一需要关注的问题。

由于仲裁员大多是相关领域的专家或精通知识产权的运作与保护，使得仲裁员较之诉讼中的法官能更好把握当事人的利益、目标及共同利益所在。因此，仲裁 - 调解较之诉讼调解更具现实性。笔者以为，仲裁 - 调解的程序衔接值得特别关注。理论上，仲裁员应当在将仲裁决议装入密封的信封中后，才启动调解。因为此时当事人可能顾虑仲裁决议的风险与威慑，不会去赌仲裁结果的输赢，而双方都存在让步的可能与压力。这样一来，仲裁 - 调解就更有可能成功。

仲裁 - 调解的运用可主要分两种情形：一是当事人在仲裁中选择适用仲裁 - 调解；二是前述的纠纷类型化中的 B 类纠纷，诉讼中分流出来的因当事人利益相似性较好的 B 类纠纷。长远来看，应由独立的知识产权仲裁机构适用仲裁 - 调解程序解决；但短期看，诉讼中因纠纷特性而将其交由独立的仲裁机构解决的分流，对于司法体制及法院审判权的运行有颠覆性，将面临强大阻力而难以实现。因此，笔者认为，这种分流可以在法院内附设知识产权仲裁 - 调解中心，来实现对 B 类纠纷的解决，将来条件成熟时，可将相应程序并入传统仲裁之中。就当前知识产权仲裁院或知识产权仲裁中心而言，应主要适用仲裁中的任意调解。

### 5.1.2 诉讼中纠纷分流与法院附设的调解：调解的专门化

当事人基于不同的诉讼动机追求不同的程序利益与实体利益，因此，根据纠纷的性质和差异设置多种不同程序，并赋予当事人程序选择权，已被各国立法所普遍接受。

知识产权纠纷一小部分为民间调解、仲裁等非讼方式解决分流后，仍有相当大部分进入法院，当事人拟以诉讼解决，但并非所有进入法院的纠纷都需以审判解决。如我国台湾“司法院”1980年发布的“民事诉讼须知”第15条称：“讼争终凶，古有明训。凡诉讼者，动辄经年累月，不但荒时废业，且耗费金钱，纵幸而获胜，亦往往得不偿失。若其败诉，所受损失更为重大，故于起诉之先，如有可以协商之机会，亦须尽力和解。”笔者以为，知识产权纠纷提交法院诉讼时，仍面对审判与非讼解决纠纷的二次分流，这更符合纠纷的本质与纠纷解决的规律。

#### 5.1.2.1 “非讼解决意见书”的审查：诉讼中纠纷类型化与分流

上述纠纷的二次分流实际上就是纠纷类型化及其对应纠纷解决方式的过程。我国目前知识产权审判强调法院的诉讼调解，以审判与调解相结合的方式实现纠纷解

决的高效。正如前面所分析的，审判中的诉讼调解悖离了调解的中立性本质，既不符合纠纷解决规律，也不具备可操作性。这就需要在诉讼中予以纠纷分流，而纠纷被提交至法院后至庭审前的时间是纠纷分流的合理时机。

如前所述，诉讼中纠纷分流的基础是根据当事人预期利益目标的纠纷类型化，而合理类型化的关键则在于恰当获取当事人的预期利益目标。界定并发现当事人预期利益目标与诉求是纠纷合理类型化的前提，要获得这些目标，可通过当事人“非讼解决意见书”来实现，其内容包含解决纠纷的意愿、签订许可使用协议的意愿、意欲选择的纠纷解决方式等问题。

要实现知识产权纠纷类型化的合理，必须保证当事人预期利益目标的真实与当事人利益目标界定及发现的准确。<sup>158</sup> 为保证当事人预期利益目标的真实，当事人不需也不应交换“非讼解决意见书”，仅仅需要向对方提供已提交“非讼解决意见书”的确认信，以避免当事人错误表达其利益诉求，滥用程序、拖延纠纷解决。为保证当事人“非讼解决意见书”的利益目标不被误解或误判，三人审查小组成员的组成应从法院附设仲裁 - 调解中心的调解员或仲裁员数据库中由计算机随机选择，成员的选择在审查“非讼意见书”并划分纠纷类型前对当事人保密；同时应保持仲裁员与调解员同法院之间的独立性，以保证独立判断，而不受法院基于审判利益因素的干扰。

#### 5.1.2.2 法院附设的仲裁 - 调解中心

理论上，知识产权的调解应从诉讼中完全剥离而由专门调解或仲裁机构进行，但这种对审判权运行的颠覆性变革难免遭遇较大阻力而不易推行。因此，笔者认为可考虑在法院附设知识产权仲裁 - 调解中心来运行纠纷的调解程序。该中心与以往的经济调解中心不同，设置经济调解中心的目的是缓和案件数量的压力兼有创收的意图。而设置知识产权仲裁调解中心的目的：一是通过纠纷中当事人的预期利益目标，合理类型化纠纷及其解决机制；二是尽量避免进入审理阶段，给当事人一个以审判或非讼的解决纠纷的选择机会，符合民事诉讼的处分权主义；三是避免法官既是审判者又是调解者的双重角色冲突。

##### (1) 法院附设仲裁 - 调解中心的设置及组成

考虑到知识产权纠纷的特殊性，需要调解员具备相关经验、技术与背景知识。笔者认为，对于法院附设的知识产权仲裁 - 调解中心的成员，可主要由三部分组成：相关技术领域的专家、知识产权法专家及具有相当审判经验的专职调解员或仲裁员（可以是退休法官也可以是在职的经培训的调解员），将其纳入专家数据库。这可借

---

158 如《上海市处理和调解专利纠纷的规定》第 28 条规定：“市、区（县）知识产权局收到调解请求书和相关材料后在 5 日内将请求书副本和相关材料直接送交被请求人，并要求其在收到之日起 15 日内以书面形式作出是否愿意调解的答复。”

鉴日本知识产权审判的专业委员会的制度。

日本在知识产权审判中适用的是专门委员会制度。由于知识产权案件涉及专门技术问题较多，专门委员会制度对知识产权审判中的技术解决具有重要意义。专门委员由最高法院任命，由大学教授、公立研究机关的研究人员组成，资格要求为具有各技术领域高度的专门知识。经日本机械学会、电子情报通信学会、应用物理学会、情报处理学会、日本知识产权学会、专利代理人协会等组织的推荐，2004年4月1日，东京任命了约100名知识产权案件的专门委员，大阪任命了大约40名知识产权案件的专门委员。在这些专门委员中，大学教授约占50%，公立研究机关及民间企业研究人员约占30%，专利代理人约占20%。2004年6月1日，又有约10名专门委员被追加任命。因此，日本专门委员的人数已超过150人。<sup>159</sup>此外，日本知识产权审判当中技术调查官制度也颇具特色，即由有10年特定技术领域实践背景的人担任知识产权案件的法官。法官从理工科大学毕业、进入法学院学习，并经司法考试合格者，选择担任法官。

我国法院附设的仲裁-调解中心的调解员或仲裁员可以每一个省的高级人民法院的名义聘请、选任，由机械工程学会、科技情报学会、电子通信学会、物理学会、化学学会、医药生物技术协会、食品科技学会、知识产权协会、专利代理人协会等机构推荐，再加上法院有知识产权审判经验的退休法官，组成专家库，并由中心提供给当事人进行选择。中心成员为非专职，并在各中心可以交叉选任，选任的各相关技术领域至少3名以上。条件成熟或必要时，选任法院可以从专利代理人（具有理工科背景，懂技术也懂知识产权法）中直接公开选聘仲裁员或调解员。

由退休的知识产权审判法官担任调解员或仲裁员是一个较好选择。eBay公司的前知识产权诉讼主管、现Internet start-up Vuze, Inc知识产权总咨询师Jay Monahan指出：“在知识产权纠纷调解的前期，当事人都需要现实性审查，那么选任一个具有知识产权审判经历的法官作调解员非常有意义，有经验的法官能告诉当事人在诉讼中的机会与可能性，那么当事人可以调整其预期，就可能失去继续案件的热情与动力，也可能降低或增加合理的数额要求。”

但退休法官作为调解员也并非必然就是好调解员。因为许多法官被培养并经历的是依法律规则办事而非协商，其潜意识里会更关注当事人究竟“谁是谁非”（即“非黑即白”的心态）而不是达成一个中庸的可接受的协议。更坏的是，有时他们将自己视为正义的力量，可能强迫一方当事人向对方支付使用费，而不从商业视角出发理解知识产权纠纷。

## （2）调解员的素质与能力

不管调解程序的规则与构架分析如何完备，也需要人去实施，因此，调解员的

---

159 阎文军：《日本知识产权审判情况概要》，载 [www.chinaiprlaw.cn/file/200410203417.html](http://www.chinaiprlaw.cn/file/200410203417.html)。

选任及其素质的培养无疑也是知识产权纠纷调解能否成功的重要因素。正如美国专利诉讼专家 Claude Stern 所言：“调解员是知识产权纠纷调解的关键，如果无法指定好的调解员，那么将是浪费时间。”<sup>160</sup>

知识产权案件与一般的民事案件相比，具有新问题多、专业性强、法律关系复杂等特点，这给进行知识产权纠纷调解的调解员提出了更高的职业能力要求。同时，知识产权纠纷案件的诉讼参与人的知识层次较高，<sup>161</sup>一方面，这些当事人更具有理性博弈的能力，有利于知识产权纠纷的调解与解决；另一方面，由于这些当事人具有一定的社会经验与法律意识，这也对调解员提出了更高的要求。

对此，可借鉴北京市第二中级人民法院在一份规范性文件中对知识产权法官综合素养的要求：（1）数学、经济学、社会学、心理学、美学等基础学科的一般常识；（2）外语、计算机等基本技能；（3）对各个相关行业和领域的常识、惯例、技术等方面的了解；（4）对不同阶层和不同职业领域的当事人的需求、价值取向、心理特点的把握；（5）法官的社会经验、文化背景、心理状态、世界观和价值观。<sup>162</sup>可见，从事知识产权审判的法官应具有法律、技术、经济学、心理学及丰富阅历等全面综合能力要求。但从事知识产权纠纷调解的调解员较之法官应具有更全面的能力，不仅应懂相关领域技术，也应了解知识产权法，还应比法官有更好的与当事人沟通的能力，以便为当事人架设交流的平台；此外，他（她）也应有相当的心理学知识与谈判技巧，能较好揣摩当事人的心理状态与需求，能把握调解的关键点与机会。因为调解比审判更需要与当事人沟通、交流，而在审判中法官仅仅需要查明事实、适用法律即可，需要当事人配合的仅仅是审判过程的一小部分，而调解中如果没有当事人的良好配合则很难成功。因此，调解员除应是技术领域的专家或知识产权法专家外，还应具备以下能力。

首先，应有良好的沟通能力。在知识产权纠纷中，由于当事人对纠纷及纠纷解决的风险缺乏理性认知，当事人的预期目标与纠纷应然结果之间势必存在一定差距，无疑将给知识产权纠纷调解设置一定的障碍，这要求调解人员与当事人进行良好、充分的沟通，使其明晰其潜在的风险 - 收益，对纠纷解决进程有相对理性的认知，进而有利于纠纷的解决。

其次，应有相当的阅历与谈判能力。调解是法律分析与心理分析紧密相连的工作，好的调解员应有丰富的谈判技巧并知道何时该用什么技巧，并能抓住调解的契机；同时，调解员还须具备一定的阅历，能理解、归纳并抓住当事人的预期利益目

160 See Xenia P. Kobylarz, the peacemaker, 02/2008 Ip Law & Business 30, Vol. 06 Issue 02.

161 这源于知识产权是保护思想与技术创新的制度，无论是著作权人、基于发明之上的专利权人还是商标权人，都要求具有一定的创新与知识积累。

162 参见朱希军、任爱民、周晓冰：《和谐花开——记中院知产调解工作》，载 [http://bjgy.chinacourt.org/public/detail.php?id=38284&k\\_](http://bjgy.chinacourt.org/public/detail.php?id=38284&k_)

标与关键诉求，以定位当事人的类型，进而合理类型化知识产权纠纷，并促成当事人换位思考，减少对抗情绪，营造良好的调解氛围，争取纠纷合作双赢地解决。

在我国，并不缺少能解决纠纷的经验丰富的人民调解员，但能在专利、商标等知识产权纠纷协商中处理复杂谈判问题的专家型调解员则非常少。因为这不仅需要理解知识产权法基本知识，还具有商业经验与技术背景以及一定知识产权诉讼与许可的经历。笔者以为，知识产权仲裁 - 调解中心人员的良好素质的培养可通过以下两条途径进行：

一是加强知识产权复合人才的培养。培养借鉴 J.M 与 MBA 模式，强化多学科交叉培养，开设知识产权学位课程。在这一模式下，可设置限定由理工科背景学生报考的知识产权专业学位。而在大学本科阶段，只需强化知识产权课程教育，而不设置知识产权专业和专业方向。这种具有技术知识、管理经验的实践人才经过数年的工作经验与阅历的积累，从而可较好地符合知识产权纠纷调解乃至诉讼的实践型人才的需要。

二是强化知识产权实务人才的培训与资格认证。知识产权实务人才的培训现在主要由国家知识产权局等政府机关承担，如 2006 年 CIPC(全国知识产权紧缺人才培养工程办公室)开展的“全国知识产权紧缺人才培养工程”。同时，可设置知识产权纠纷调解员职业资格认证，并由国家知识产权局规定相关考试与指导制度。此外，还应完善中国知识产权管理师职业资格证书的职业认证等制度。

### 5.1.2.3 仲裁 - 调解中心对 A 类与 B 类纠纷的调解

如果纠纷被划分至 A 类与 B 类，法院则将案件交由法院附设的知识产权仲裁 - 调解中心处理。同时，如果双方当事人在其“非讼解决意见书”中表明调解是其最佳纠纷解决方式时，三人审查委员会将居于所有审查之前，直接进行调解。但应遵循以下专门规则：对调解而言，当事人应选择调解员；对仲裁 - 调解而言，当事人应选择仲裁员或调解员。在仲裁 - 调解模式下，仲裁员不能再任调解员。

三人审查小组审查“非讼解决意见书”时由电脑随机选择，而一旦确定纠纷属于 A 类或 B 类而进入非讼解决程序时，则由当事人选择调解员。

三人审查小组将纠纷划入 A 类时，进入调解程序时，由于当事人利益相似性好，极易达成调解协议。此时，可由当事人从专家数据库中选择调解员在 15 日内进行调解。如图 5-1 所示，如果当事人不能达成协议，则纠纷重新进入审判程序解决。

三人审查小组将纠纷归为 B 类时，由于当事人利益相似性较好，达成调解协议的可能性也较强。此时，由三人审查小组提出仲裁 - 调解程序解决的建议供当事人选择，如图 5-1 所示，当事人可以在 5 日内选择。如果当事人同意该建议，则由当事人在专家库选择仲裁员在 60 日完成仲裁及调解程序；如果当事人不同意该建议，则

直接进入诉讼程序判决解决。<sup>163</sup>

对于 B 类纠纷调解的具体程序而言,仲裁 - 调解中心应在 30 日内完成仲裁裁决,并将之置于密封的信封。当事人可以在中心作出裁决的 30 日内和解或达成调解协议,中心调解成功即制作调解书,仲裁裁决也不再开启,调解书与判决具有同等的效力,纠纷得以解决;如果当事人在 60 日内无法达成调解协议,则开启密封的信封,仲裁裁决生效。

需要说明的是,这种基于 B 类纠纷的仲裁 - 调解程序建议,既考虑到纠纷的特殊性,又不妨碍当事人的程序选择权,旨在让当事人明晰专家对其利益分析与纠纷的界定后,赋予当事人慎重思考后第二次选择以非讼解决纠纷的机会。知识产权仲裁 - 调解中心的设置,实质上是法院诉讼过程中调解权行使的削减,限制了法官判决权位移而“恣意”调解的机会,同时也更考虑到不同纠纷的性质与差异,进而分别以不同的解决方式予以解决。

如果纠纷被划分至 C 类,三人审查小组将向法院提出案件由审判解决。由于 C 类纠纷中当事人利益相似性较差,因此直接进入审判程序,当然诉讼中当事人可以自行和解或主动达成和解协议,法院的诉讼进程主要关注案件的审理而不再推动调解,因为真正具有调解可能的纠纷已经类型化至 A 类或 B 类纠纷分流解决。因此,在知识产权纠纷类型化并通过分流解决时,法院审判中法官不应推动纠纷的调解,但可以承认当事人之间的和解协议,从而较好地实现了审判与调解的剥离。

此外,需说明的是,图 5-1 中知识产权纠纷的解决方式与程序中,存在知识产权仲裁机构的专门裁决、知识产权仲裁 - 调解中心对 B 类纠纷的生效裁决及法院的审判三个程序“完结点”。专门的仲裁机构的裁决或调解协议应具有一裁终局的效力,但是其效力仅仅及于纠纷当事人。

在当事人约定或选择民间调解与行政调处程序后,当事人对纠纷解决结果存在异议或争议的,为保障当事人的程序选择权,当事人均可选择法院的审判作为最终救济手段。当然,就理论上而言,知识产权仲裁机构的一裁终局也并非完全的程序终结,因为如果仲裁中没有仲裁协议、存在违反法定程序、违反公共的裁决等撤销事由<sup>164</sup>的,仲裁裁决仍可能被撤销而进入诉讼程序。

163 三人审查小组将纠纷划分为 B 类时,仅仅是建议当事人进入仲裁 - 调解程序,究竟是选择仲裁 - 调解或审判由当事人决定。这样既考虑到纠纷与当事人预期利益目标的特殊性,也考虑当事人的程序选择权与处分权。

164 《仲裁法》第 58 条规定,当事人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的,可以向仲裁委员会的中级人民法院申请撤销裁决:(1)没有仲裁协议的;(2)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或仲裁委员会无权仲裁的;(3)仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的;(4)裁决所依据的证据是伪造的;(5)对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的;(6)仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。此外,《仲裁法》还对涉外仲裁裁决的撤销作出了特别规定:“当事人提出证据证明涉外仲裁的裁决有《民事诉讼法》第二百六十条第一款规定的情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定撤销。”《民事诉讼法》规定的情形有:(1)当事人在合同中没有订立仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(2)当事人没有得到指定仲裁员或进行仲裁程序的通知,或者由于其他不属于当事人负责的原因而未能陈述意见的;(3)仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的;(4)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。



对于知识产权案件的上诉审与再审是否适用调解也是需要探讨的问题。笔者以为，鉴于纠纷的合理类型化及其解决，知识产权案件在一审判决前已经过合理分流，加之二审及再审程序是对一审的监督与救济，表明一审判决可能存在错误或瑕疵，此时不宜适用调解。

知识产权纠纷类型化、诉讼中纠纷的二次分流及知识产权仲裁 - 调解中心的设置，意味着要对现行法院调解制度，乃至整个民事诉讼制度（人民法院的组织、审判权的界分与诉讼管辖的确定）进行实质性的改造。因而无论是在改革共识的取得上，还是在改革方案的具体实施上，都会遇到相当大的困难和阻力，但这却符合纠纷本质与纠纷解决的规律，是既具有前瞻性也具有挑战性的改革，是我国知识产权纠纷解决制度改革的方向。

### 5.1.3 知识产权纠纷调解机制建构应注意的问题

国家正式的纠纷解决机制与民间纠纷解决机制相互融合、诉讼解决与非讼解决的交错使用是现代多元化纠纷解决机制的发展趋势。知识产权纠纷非讼解决机制的建构应注意以下方面：

#### 5.1.3.1 建构知识产权纠纷调解机制应紧扣时代背景

在全球化背景下，以知识创新为核心的知识经济竞争日趋激烈；在矛盾凸显期的当今，和谐社会的构建方兴未艾。纠纷的根本解决与多元化解决日益成为民主社会的潮流，任何纠纷解决机制都不能脱离时代背景与要求，知识产权纠纷的调解亦不例外。

因此，应将知识产权纠纷的解决置于更广阔的社会背景之中，按照社会发展的整体利益要求谨慎衡量；在运用法律解决纠纷时，还应从政治、经济、社会等多重视角来看待纠纷解决；从大局出发，充分认识不同纠纷解决方式对社会包容与和谐的特殊意义。

构建合理的知识产权纠纷调解机制，首先应看到知识经济时代知识产权对于企业国际竞争与个人社会竞争的决定性意义。在知识创新的联盟与知识产权的战略合作潮流下，调解与合作成为知识产权纠纷解决不得不考虑的重要因素。正如此，不能为了解决纠纷而审判或调解，在更大意义上，解决知识产权纠纷视为管理知识产权纠纷的观点也是源于此。

此外，就知识产权的仲裁规则而言，也应处理好涉外仲裁机构仲裁规则与国内适用的仲裁规则的协调关系。在确保不违反国家利益与公共利益的基础上尽可能保护仲裁规则的一致性。由于知识产权法的实体法与程序法融合趋势、国内法与国际公约趋同化，加之全球经济一体化的必然，因而协调国内法与国际公约中的纠纷解决机制特别是仲裁规则的适用也将是一个重要问题。

而在和谐社会的理念下，“司法为民”与“以调解促和谐”着重强化诉讼调解，使得新形势下知识产权案件的诉讼调解成为审判“成功”与审判人员能力的“标杆”，法官被“调撤率”绑架，“着重调解”乃至“首选调解”而不考虑纠纷类型与调解可能，如此一来，调解被异化亦在所难免。这一背景下，通过知识产权纠纷的二次分流与诉讼中的仲裁 - 调解制度的构建，重塑知识产权纠纷的调解与审判的关系，形成知识产权纠纷诉讼与非讼解决的互动。

#### 5.1.3.2 建构知识产权纠纷调解机制应处理非讼与诉讼的辩证关系

知识产权纠纷调解机制应强化非讼解决，但不能忽视诉讼程序，才能有效地实现多元纠纷解决方式的良性互动。

一方面，应摒弃“司法全能主义”，引导正确的司法观念，对能够弥补司法诉讼缺陷的多元化纠纷解决机制也应进行相关的构建，应以知识产权纠纷当事人的预期利益目标为基准，考察当事人的行为预期，综合考虑纠纷的类型与诉讼的原因，鼓励当事人在合作双赢的视野下寻求知识产权纠纷的非讼解决。知识产权纠纷大致可以分为两大类，一类是仅限于私权的争议，基于当事人处分原则，对调解等非讼方式的适用没有障碍；另一类则涉及到社会整体竞争秩序及国家对知识创新与产业化的政策性扶持或抑制，则应限制调解等非讼方式的应用，通过判决建立旨在影响案件当事人和公众未来行为的规则更为重要。

另一方面，诉讼程序应成为知识产权纠纷解决的“最后一手”。在法治社会，司法权是解决纠纷的最终手段。在构建我国多元化纠纷解决机制中，法院应成为解决知识产权纠纷的“最后一手”，在充分尊重当事人意思自治和穷尽其他救济的时候，诉讼成为纠纷解决的最后武器与保障。也正由于诉讼程序的威慑，才使各种纠纷解决不致于偏离轨道。

因此，应努力创造条件，合理构建解决知识产权纠纷的国家和民间机构，充分发挥各种纠纷解决机制的优势，实现纠纷的非讼解决与诉讼解决的良性互动，高效率解决知识产权纠纷。

#### 5.1.3.3 建构知识产权纠纷调解机制不应妨碍当事人选择权

知识产权纠纷本质上是平等主体间的民事纠纷，当事人拥有处分权是其应有之义。广义的处分权包括对实体权利的处分与对程序权利的处分。当事人对实体权利的处分只要不违反法律即可，因为理性当事人是自己利益的最佳判断者。而在纠纷解决机制中，对当事人的程序权利的保障则是其权利实现的关键。

在这一问题上，在前述的多元化纠纷解决中需要探讨的是纠纷类型化后的仲裁 - 调解是否妨碍当事人的程序选择权。从表面上看，当事人没有选择仲裁或人民调解等民间解决方式而将纠纷提交诉讼，意味着当事人（至少是原告）并不存在仲

裁或调解的意思表示。但因为“非讼解决意见书”中一方当事人追求基本利益或基本利益与对抗利益的双重结合，而被审查归纳为 B 类纠纷，而重新提供仲裁 - 调解程序的建议，这似乎侵害了当事人的程序选择权。笔者以为，情形并非如此。因为三人审查小组纠纷类型化后提供的是仲裁 - 调解建议，并非强制直接进入该程序，当事人仍有选择权，只是由调解员审查发现当事人存在利益相似性或达成调解协议的空间，进而提供较为准确、科学的纠纷解决方式的判断；加之在纠纷第一次分流到第二次分流期间，当事人之间的情况可能发生变化，市场因素及当事人立场与利益目标等也可能发生变化，这也可能影响当事人的选择。因此，此时并未损害当事人的程序选择权，而是为其提供更为有效地解决纠纷的选择机会，是对其程序选择的充分保障。

## 5.2 知识产权纠纷调解的原则定位

### 5.2.1 现行知识产权诉讼调解原则批判

#### 5.2.1.1 追求社会效益

实践中知识产权纠纷的诉讼调解乃至审判均以追求社会和谐、实现法律效果与社会效果的统一、提高社会整体效益为目标。但这种描述的背后凸显的是审判权这种公权对作为私权的知识产权的干预。理论上而言，纠纷解决应以当事人对双方利益的理性判断为出发点，而非社会效益的追求。

追求社会效益的典型如被描绘为合作双赢的“奥拓”案，纠纷调解过程中法官就考虑到江南汽车公司的发展与社会安定因素，这种对社会效果的考虑在纠纷解决实际中对方当事人并不需要考虑。此时，调解的中立性值得怀疑，同时也弱化了纠纷解决的规则效应。再如上海市第一中级人民法院审理的一起专利侵权案件涉及海关扣押的侵权物品的处理问题。由于涉案侵权产品并非伪劣产品，也非国家管制或禁止流通物品，因此法院主持双方当事人达成调解协议，由被告将侵权产品、模具设备交由专利权人处理，以替代部分侵权损害赔偿额。这也被描绘为兼顾了法律效果与社会效果的典型，认为不仅弥补了专利权人的部分经济损失，还避免了社会资源的浪费。但笔者以为，这种处理一定程度上是对侵权人的放任，使其存在减轻责任承担的侥幸心理，无疑将不利惩戒与威慑潜在侵权人。另如上海第二中级人民法院审理的原告王某诉被告某塑料制品厂专利侵权纠纷案，被告是一家由下岗再就业人员组建的企业，正处于初创阶段。为避免因承担侵权责任而倒闭，增加社会不和谐因素，法院对双方当事人做了大量调解工作，终于促使双方达成调解协议，双方

由侵权对抗转化为技术合作。这同样被作为提升了社会整体效益的典型案列。<sup>165</sup> 法院的这种考虑是传统权利保护与思维下的反映，法院对社会不和谐因素的考虑如果建立在对侵权行为妥协的基础上，那么知识产权的强保护将成为一句空话。如果依这种处理方法，盗版音像制品只要不是伪劣产品，就不需集中销毁，而抵作侵权损害赔偿，而抵作损害赔偿额意味着侵权人实际需要承担的赔偿额的减少，这在一定程度上是对侵权行为的纵容。依法律及正常程序，侵权物品应当被销毁。因为从理论上而言，如果侵权物品重新流入市场，而市场容量及总量相对稳定、有限，这无疑会冲击权利人的市场，损害其利益，知识产权制度的激励创新功能亦将难以实现，最终将损害社会整体利益。实际上，对下岗再就业人员的保护与社会安定的维护，可通过社会保障制度与其他政策的完善来实现，而不能以牺牲、软化知识产权制度来实现。这样的纠纷处理也只是表面性解决<sup>166</sup>，但这种处理可能产生更多潜在的侵权纠纷。

并且，如果调解者在纠纷解决中存在自身利益判断与追求，那么形成“强制性合意”将难以避免。正如棚濑孝雄所言：“如果仔细观察实际生活中的调解过程，也可以很容易发现那里存在着决定性的契机。在调解者对具体纠纷的解决持有自己的利益时，往往可以看到他为了使当事者达成合意而施加各种压力的情况。这种‘强制性合意’之所以成为可能，是因为调解者对当事者常常持有事实上的影响力。”<sup>167</sup> 因此，调解者存在社会效益考虑无疑将破坏调解中立性原则，难免损害当事人利益。

### 5.2.1.2 诉讼全过程的全员调解

面对审判压力大与审判资源匮乏的现状及“司法为民”、构建和谐社会的政策要求，法院的诉讼调解日益被强化至诉讼全过程。

如安徽省高级人民法院知识产权庭将诉讼调解作为构建和谐社会的一项重要工作常抓不懈，调动法官调解工作的主动性、积极性，调解形式上求创新，调解方式、方法上求突破，逐步形成了贯穿于庭前、庭审、庭后全过程的调解机制。<sup>168</sup>北京第二中级人民法院探索建立了知识产权纠纷全方位调解制度，遵循普遍调解、全案调解、全员调解的原则，调审结合、相互促进，在诉讼调解中抓住特点、把握规律，全方位、多角度、有针对性地投入司法资源，以达到“能调则调”的目的，开创了“以调解带动审判，进而促进全面工作”的知识产权审判模式<sup>169</sup>。天津二中院同样

165 参见上海市高级人民法院知识产权审判庭：《加强知识产权审判中的诉讼指导、释明与调解》，载《人民司法》2007年第2期。

166 强世功编：《调解、法制与现代化：中国调解制度研究》，中国法制出版社2001年版，第37页。

167 棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第13页。

168 参见《安徽省高级人民法院民三庭知识产权纠纷案件调解经验总结》，载 [http://www.ahcourt.gov.cn/gb/ahgy\\_2004/zscq/jyjl/userobjectlai8829.html](http://www.ahcourt.gov.cn/gb/ahgy_2004/zscq/jyjl/userobjectlai8829.html), 2008-2-7。

169 参见朱希军、任爱民、周晓冰：《和谐花开——记二中院知产调解工作》，载 [http://bjgy.chinacourt.org/public/detail.php?id=38284&k\\_](http://bjgy.chinacourt.org/public/detail.php?id=38284&k_)。

也采取了贯穿庭前、庭审与庭后的全过程的“六步法”调解知识产权纠纷。<sup>170</sup>

在全国上下法院全员调解、全过程调解，向调解要社会效果的知识产权纠纷调解热的背后，需要我们冷思考。

在调解方式扩张的背后则是审判权的“被动”收缩，随之而来的是规则的软化与知识产权的弱保护。通过调解，大多是让合法有理的权利人一方做出让步，或权利人基于人为原因做出的无谓牺牲。这样一来，调解将是对侵权人的放纵，规则的软化难以避免，判决的威慑与知识产权的强保护难以实现。

此外，全员调解与全过程调解凸显的是对调解本质与纠纷解决规律的悖离。因为并非所有的纠纷都适合于调解，也并非所有的法官、书记员或执行人员都具备调解知识产权纠纷的技术背景、专业知识与经验，那么“全员调解、全过程调解”无疑是强势司法政策下无奈描绘出的“泡沫”<sup>171</sup>。

## 5.2.2 知识产权纠纷调解的原则

### 5.2.2.1 当事人自主原则

调解因其确立了当事人的程序主导权，并赋予其更多的程序选择权而备受推崇。它使当事人的意愿自始至终起着决定性的作用，显然在强调私权保护的知识产权纠纷解决中，当事人预期利益目标与诉求的取舍对纠纷解决过程及结果的影响应当是决定性的。它假定当事人是自身利益的最佳判定者，假定他们的合意和选择对他们而言是最公正的，因而强调给予当事人以纠纷解决过程的自主权，调解的这种合意本位正契合了这样的要求。

调解作为纠纷解决程序获得成功的原因一方面在于当事人参与纠纷解决的过程，并共同控制纠纷的结果；<sup>172</sup>另一方面也在于调解为当事人创造性地解决纠纷提供了机会。

当事人自主原则体现在两个方面：一是程序选择的自主。如选择调解或判决的纠纷解决方式必须建立在充分尊重当事人意愿基础上，在纠纷第二次分流时所供的纠纷解决建议即使认为调解解决方式对当事人更为有利，但只要一方当事人拒绝调解，也不得进入仲裁 - 调解程序。实践中，法官强制或变相调解的问题仍然存在，这也是理论界对调解产生质疑的重要原因之一。二是实体处分权的自主。调解协议

170 《天津市二中院采取“六步法”调解知识产权纠纷》，载 [http://www.tj.xinhuanet.com/2007-05/28/content\\_10142468.htm](http://www.tj.xinhuanet.com/2007-05/28/content_10142468.htm)

171 笔者以为，知识产权纠纷的调解热也反映了司法政策的强势与审判权独立的无奈，司法日益成为政治的附庸。因为绝非所有的知识产权都能成功调解，而据众多法院公布的数据看，调撤率动辄超过 60%乃至 70%的情形并非少见，这多少是构建“和谐社会”政治运动下知识产权审判的“被动”反应。理性思考的背后，这绝非一个好现象。因为过多的调解与知识产权的规则化、保护确定化特别是以知识产权强保护促进创新型国家建设是不相符的，实际上表明侵权人在知识产权制度运行中可能“侥幸”获益。

172 See Chris Guthrie & James Levin, A "Party Satisfaction" Perspective on a Comprehensive Mediation Statute, 13 Ohio St. J. on Disp. Resol. 885,980 (1998).

对实体权利与利益的处分要充分尊重当事人的意愿。调解员或仲裁员不能以追求社会效益等为出发点，劝诱或威胁当事人“自愿”地放弃自身利益或接受调解协议。

知识产权纠纷调解中当事人自主原则的贯彻，必须杜绝审判实践中以各种面目出现的“以劝压调”、“以拖压调”、“以判压调”、“以诱促调”等强制性调解，尽管这些强制力一般并不是以纯粹的形式表现出来，而采用尽可能隐蔽或暗示的方式。

#### 5.2.2.2 调解员中立原则

调解员中立原则是指调解员只能帮助双方当事人澄清争议事实，向当事人传递与纠纷有关的法律信息，界定并明晰双方利益与观点，软化彼此的对立情绪，消解双方的分歧，引导双方就解决争议的方案进行协商或向双方提供解决争议的方案或建议，促使、帮助当事人达成调解协议。这意味着调解员作为第三者并未真正介入纠纷的实质性解决，而仅仅向当事人双方提供解决纠纷的沟通机会与互动平台。

强制与自主的矛盾，使当事人自主原则难以实现。当事人自主性反映了调解的本质属性。如前所述，调解与判决的实质区别在于：调解是当事人自愿达成协议，判决是法院的强制性解决；调解是以自愿为根基的，判决是以强制为特征的。而在法院的诉讼调解中，法官既是调解者又具审判者的影子，具有双重身份。作为法官，有选择调解方式解决纠纷的倾向与动力，这种身份使其具有潜在的强制力与事实上的影响力，名义上的“社会效益”与现实中的“自身利益”<sup>173</sup>的驱使从中立滑向强制。这也是知识产权纠纷调解与审判剥离的缘由所在。

为保证纠纷解决在实体上的公正，还必须保证纠纷解决者的中立立场，其核心在于他应该与引起纠纷的特定利益不存在利益关系，并且他对纠纷结果的固有利益越小，对于纠纷的解决就越具有中立性，也就越容易获得当事人的信任。<sup>174</sup>因此，要坚持调解员中立，必须使其不带有自身利益。

实际上，调解员中立与当事人自主是一个问题的两个方面。只有在充分保障当事人的自主性与选择，才能更好体现调解中立；而调解员的中立，才能实现。

#### 5.2.2.3 调解协议合法原则

《民事诉讼法》第88条规定了“调解协议的内容不得违反法律规定”，这是调解合法原则的体现。但如果单纯将调解协议合法理解为必须依据有关实体法的规定或理解为协议内容不能与某一法条相违背，这是对调解协议合法性的误解。

从本质上说，调解是根据合意而解决纠纷的一种方式，调解协议的正当性并非

173 如前面所分析的，审判还可能有错判而被改判影响自身利益的风险；而愈多的调解则有成为“调解能手”并减少错误的可能，进而有名誉、社会地位与经济利益等潜在收益；加之从调解中对侵权人的一定程度的“庇护”可能潜在收益（并非一定是金钱或实物，譬如名声、声望，也可能带来认可与晋升）。从风险-收益的经济学角度分析，法官也不可避免存在推动调解的激励。

174 棚濑孝雄：《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社1994年版，第12页。

来源于符合法律中的某一具体规定，而是源于双方当事人对协议内容的认可与对权利的处分。基于处分权与自主性原则，当事人有权选择和决定协议的内容。

要看调解协议的内容是否合法，不能拘泥协议中的某项内容与法律的某一具体规定是否一致，而应看协议是否真实反映当事人的意愿，只要协议的内容不与法律的禁止性规定相抵触，不损害国家利益和社会公共利益，不违反社会公德，不损害第三人利益，就应认为协议合法。

根据《民事诉讼法》89条规定，人民法院制作调解书应当写明诉讼请求，案件事实和调解结果，而并未要求写明调解结果的法律依据，《民事诉讼法》之所以如此规定，并非立法上的疏漏，而是基于当事人自愿达成的调解协议，有时确实难以与法律的具体规定相对应，甚至可能存在不一致的情形。

#### 5.2.2.4 合作双赢原则

调解只有在考虑当事人的不同利益需要时才可能成功。当事人决定进入调解程序解决纠纷时，需要其采取不同于以往诉讼程序中的更少对抗性方法。<sup>175</sup>从对抗走向对话，从胜负决斗走向争取“双赢”日益成为时代理念。

在当事人确信纠纷是需共同解决的难题而不是非赢不可的“战争”时，调解则能更好地发挥作用。换言之，当事人相互信任是调解成功的基础，而相互信任的前提是要减少对抗、换位思考并以“双赢”的心态对待纠纷解决进程，创造和谐与可信赖的环境和氛围。当事人也只有坚持合作双赢原则，减少对抗、累积互信与共识才更有可能。

调解有利于促进当事人合作双赢，但并非所有情形下都会如此。知识产权纠纷调解的基本优势在于为商业人士或企业提供创造性解决纠纷的机会，如有侵权的竞争者为避免可能的停止侵权的责任，而签订许可使用合同支付一定的使用费而继续使用。然而，当事人创造性地以商业方式解决纠纷的热情有时却可能破坏调解，为双方当事人关系埋下隐患，并在调解终结时损害双方的商业关系。

通常，当事人期望过分运用其商业“智慧”在调解中取得特定效果，但事实并非如此，尤其在专利纠纷中一方当事人寻求将对方驱逐出某特定市场时更是如此。如对拥有多项相关专利但仅卷入一项专利纠纷的竞争对手，如果当事人企图将其完全逐出该产品市场则很不理智，因为如果对方将之视为恶意行为时，这无疑将引火烧身。这不仅会破坏当事人为解决纠纷而进行的协商，也会对其产品市场产生不利影响。<sup>176</sup>

---

175 Michael H. King, P.C. & Peter N. Witty, Know Thyself as you Know thy Enemy: Setting Goals and Keeping Focus When Mediating IP Disputes, 37 Akron L. Rev.2004. 330.

176 Michael H. King, P.C. & Peter N. Witty, Know Thyself as you Know thy Enemy: Setting Goals and Keeping Focus When Mediating IP Disputes, 37 Akron L. Rev.2004. 338.

## 5.3 知识产权纠纷调解中的调解规则与调解规律

### 5.3.1 调解规则的合理运用

调解员在调解过程中，应遵循以下规则：

第一，以面对面调解为主，以背对背调解为辅。《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》规定，“调解时当事人各方应当同时在场，根据需要也可以对当事人分别作调解工作。”同样，知识产权纠纷的调解也不应拘泥于固定的模式，应在尊重当事人意愿的前提下，可面对面进行，也可背对背进行，还可通过电话、信函等方式加强与当事人之间的联系。调解双方当事人应全过程的参与，调解时当事人双方应同时在场，即面对面的调解。当事人可以开诚布公的把自己的想法和意见说出来，供对方参考。

但对当事人矛盾较大，尤其是存在产权归属或侵权模糊区的纠纷，面对面调解可能产生对立情绪与矛盾激化，这种对抗将使纠纷陷入死结而无回旋空间，将不利于调解。对此可进行“背对背”调解，即双方当事人不见面，由调解员分别在当中穿梭斡旋。<sup>177</sup>调解地点根据案情需要，可在法院进行，亦可在其他利于缓和气氛、促进调解的场所进行。当然，基于程序公正的需要，也为避免当事人不必要的猜疑，“背对背”调解时，应要求两名以上调解员在场，禁止调解员单独与一方当事人接触。因为“程序保障的理念自身也很适合诉讼外纠纷解决的，其内容能够得到更加灵活的运用。例如，在当事人之间感情上强烈对立的案件中，可以不通过双方出席的方式，而是用轮流见面的方法来推动程序的进行。”<sup>178</sup>

第二，调解过程中的让步或承认不得作为案件事实认定的证据。调解员在调解时可以告知双方当事人，在调解过程中所作的让步或对某项事实的承认并不作为以后程序对该案事实的直接认定；在调解过程中也可不做书面调解笔录，以消除当事人的顾虑。只有如此，当事人才可能无顾虑地调整自己的预期、观点或主张，从而缩小双方的分歧，使双方存在更大的空间，双方的让步和合作更有可能。实际上，这一规则旨在减少双方在事实认定上的对抗性，给当事人、调解员及律师提创见性的解决方案增加了空间，当事人在对方案的探讨、分析与讨价还价中不需顾虑这种讨论可能带来的消极影响。

第三，调解过程中可不对事实是否存在、当事人观点是否成立做出实体认定，必要时调解书可用中性词表述。调解并不一定以查明全部事实，分清全部责任为前提，查明事实、分清责任是法院判决的前提，而不是调解的基础。因为调解启动的

<sup>177</sup> 也有观点认为，应坚决摒弃“背对背”的调解方式，在诉讼调解中应尽量将不公开的庭前、庭外调解变为公开的庭上调解，让双方当事人面对面地对话。只有调解过程的透明化才能充分保障当事人平等权、知情权与程序主导权的实现，从而保障调解行为的公正与合法。参见俞晓霞、金亦红：《重构知识产权诉讼调解制度》，载《人民司法》2002年第10期。

<sup>178</sup> 小岛武司、伊藤真编：《诉讼外纠纷解决方法》，丁婕译，中国政法大学出版社2005年版，第9页。



时间、调解的方式、调解的地点、主持调解的人员、调解协议生效的方式等均可由当事人选择，在没有查清全部事实、分清责任的情况下，当事人双方达成和解协议，是当事人行使了自己的处分权（包括实体权利与诉讼权利）的体现。此外，知识产权纠纷所涉事实的复杂性，取证、认证的难度大等特点使得知识产权纠纷难以查明所有事实。有些案件即使查清了全部侵权事实，但被告销售侵权产品的所获利润、原告实际损失等又不易查清。<sup>179</sup>如果调解以查清全部事实，分清责任为原则，势必增加工作量，有悖于效率原则，有时甚至起反作用。

《民事诉讼法》89条规定，人民法院制作调解书的制作应遵循灵活性原则。可不对事实是否存在、当事人观点是否成立做出实体认定，可以在不违反法律禁止性规定的前提下，根据双方要求仅载明调解协议的内容，在表述上使用双方都能接受的一些中性词语，如不写“构成侵权”、“停止侵权”等敏感词，而写“尊重权利人的相关知识产权”，不写“赔偿”写“补偿”等。这样，则更有可能解开当事人的症结使纠纷得以解决。

此外，仲裁裁决或调解协议只对当事人有效，不对抗第三人，也不涉及公共利益。仲裁法或知识产权相关立法或各仲裁机构的仲裁规则并未就知识产权纠纷案件与公权力及公共利益的冲突问题作出规定。对此，仲裁法应明确其有关知识产权纠纷的受理范围，如规定“平等主体间的一切得为和解可自由处分事项均可交付仲裁”。对于仲裁裁决的效力，可在仲裁机构的仲裁规则中或者在仲裁裁决中作灵活的变通处理，使裁决结果只对纠纷当事人有效，而不涉及公权力及公共利益。同样，对于调解协议中有关的事实认定与权利处分，应通过司法解释或调解协议明确其效力仅限于当事人。

### 5.3.2 调解规律的恰当把握

不同类型的知识产权纠纷应适用不同纠纷解决方式，同样，不同知识产权纠纷，对不同当事人、不同的因素在不同调解进程中应把握的调解规律也不同。

第一，注重调解方案的设计利益平衡点。调解的实质是以当事人自愿接受调解协议的方式实现当事人间的利益平衡。因此，针对具体案情，找准利益平衡点，设计合理合法的调解方案是促成调解成功的重要因素。特别是有的知识产权纠纷，虽然当事人利益冲突尖锐，但当事人间存在合作发展的空间，对此类案件，找到原被告之间的共同“利益点”，以此为调突破口从而促成当事人达成合作双赢的调解方案。

2004年济南中级人民法院审理的一起特殊专利侵权案的调解就是设计利益平衡点求得合作双赢的典范。原被告都是山东威海市的毛绒玩具制造厂家，原告拥有一种动物毛绒玩具制造方法专利，而被告拥有该种玩具的外观设计专利。庭审中，原

---

<sup>179</sup> 特别是侵权人为了逃避责任或逃税，常常不建立会计帐册，或不计、少计侵权产品销售额，或销毁相关侵权记录，此时则更不易查明侵权人的所获利润。

告起诉被告侵犯其制造方法发明专利，被告则反诉原告侵犯其外观设计专利。双方都侵犯了对方的专利权。如果判决停止侵权，则双方都无法生产。法官提出了一个“互相许可专利权”的调解方案，原被告均愿接受。官司结束后，双方不仅建立了合作关系，而且在“广交会”上联合“打假”，一时被传为佳话。<sup>180</sup> 前述“奥拓”案也是寻求利益平衡获得调解成功的经典案例。

一位来华交流的美国法官指出：“在我们的讲座的讨论中，中国法官几乎总是考虑原告的利益、需要和权利，而且几乎都假定被起诉的人几乎肯定做了什么错事，这一点令我震惊，……在任何一个发达的司法制度中，以牺牲被告的利益为代价考虑原告的利益显然是不公正的、误导的”。<sup>181</sup>从效率原则看，法官不应简单地依据法律的相关规定去保护一种权利，却不考虑其它因素，如果那样做了，其“虽然深入了解纠纷发生的原因以谋求解决，但只不过是追溯到纠纷当事人身边的事情，当然不可能深入到结构性对立状态本身来获致解决。在这个意义上，这样的纠纷处理也只是表面性解决。”<sup>182</sup>但由于相关的利益并未得到协调，冲突仍潜在地存在，在将来的某个时刻则会以另一种形式表现出来。只有合理地调整了利益关系，“法院和法官的最终目的便是尽可能地满足一些利益，同时使牺牲和磨擦降到最低限度。”<sup>183</sup>当然，作为非讼纠纷解决方式的调解也应当如此。

第二，调解员在知识产权纠纷调解中的合理定位。在知识产权纠纷的调解中，调解员具有无可替代的作用。当事人评估其可能的结果与调解欲实现的目标，就离不开调解员的帮助与指导。例如，对于专利领域涉及复杂技术问题的纠纷，即使是知识产权庭的专业法官也难以简单处理，但具有相关专业背景与技术背景的调解员可能更好地理解并协调双方的争议。调解员的相关技术背景<sup>184</sup>使得当事人将纠纷予以调解是更为有效的选择。

调解员应在过程中引导一方或双方在相互博弈中进行适当的妥协与让步，这是纠纷得以解决所必须的。调解员在接触纠纷的同时，也逐步了解案件事实并获取当

---

180 《济南市七成知识产权案调解结案》，<http://www.sina.com.cn> 2006-6-4. 对知识产权纠纷的调解，实务界特别是发达地区法院在寻求以利益平衡促成调解的问题上也做了不少工作。如上海市第一中级人民法院审理的原告某发电设备公司诉被告陈某专利权权属纠纷案，被告曾担任原告的总经理，在职期间完成了四项模具的外观设计。被告被免除总经理职务后，就其完成的外观设计独自申请并获得专利。原告诉请被告归还专利。法院经审理查明，被告虽然是外观设计专利的主要设计人，但若离开原告的资金则被告无法完成设计，而原告离开被告的配合也难以制造产品，于是以此为突破口，以共享专利为利益平衡点，最终促成双方当事人达成共享专利、一方可单独实施专利的调解协议。

又如上海市第二中级法院审理的中国人民解放军第二军医大学诉上海交大昂立股份有限公司等专利实施许可合同纠纷案、山东鲁南制药厂诉复旦大学技术委托开发合同纠纷案，也通过准确定位利益平衡点，合理设计调解方案而成功调解解决了纠纷，促进了科技创新及科技成果的产业化发展。参见上海市高级人民法院知识产权审判庭：《加强知识产权审判中的诉讼指导、释明与调解》，载《人民司法》2007年第2期。

181 宋冰，《外国法学家在华演讲录》，中国政法大学出版社1998年版，前言第3页。

182 强世功编：《调解、法制与现代化：中国调解制度研究》，中国法制出版社2001年版，第37页。

183 E·博登海默，邓正来译，《法理学——法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1998年版，第339页。

184 当然，不可否认，并非所有的调解员都精通或熟悉相关专业背景，但因调解员可以由当事人选任能在较大程度上克服这一缺陷。当然，这也更凸显调解人员队伍选任与培训的重要性。

事人的有关信息，以此指导双方当事人的博弈过程，引导当事人不断调整自己的预期和博弈策略，进行利益衡量与适当妥协。

调解员在合理引导当事人进行理性博弈的过程中，法律作为一个参照系一直在发挥着作用。调解员将诉讼中可能的结果与调解结果对照，进而与当事人沟通，让其判断调解结果的合理程度，当事人据此在法律与现实之间权衡，进行成本 - 收益分析，决定自己的底线与博弈策略。在这个意义上，知识产权纠纷调解的成功很大程度上依赖于法律所提供的信息对当事人的指引，进而磨合双方当事人的预期。此外，调解员通过向当事人介绍在先案例的审判情况，可促使当事人达成调解协议。因为案例具有不可替代的规范作用与导向作用，较之空洞的说教更易促使当事人形成共识，达成调解协议。

因此，调解员的作用在于为当事人引导、明晰并调整其预期利益目标与诉求，为双方提供理性博弈的信息指引与交流平台。笔者认为，将自己作为幼儿园老师<sup>185</sup>是调解员恰当的角色定位。

第三，充分利用各种有利因素，注重调动社会力量参与调解<sup>186</sup>。知识产权纠纷案件专业性、技术性强，因此，聘请对纠纷具有相关专门知识或技能的人员协助调解，有利于增加调解的权威性，容易获得当事人的信任。另外，当事人所在单位有威望的负责人、同事，村（居）委会成员、人民调解员，专家、学者及亲朋好友与当事人有密切联系（工作、生活或学习在一起），对其有一定的影响力，对纠纷情况比较了解，由他们协助调解，有利于对当事人进行疏导工作，促成纠纷的调解。

如纠纷中一方当事人是某个协会的成员的，可邀请其所在协会派员参与调解；对于涉及专业技术问题的案件，可邀请有关技术专家参与调解；对于同一科研单位的研究人员之间的纠纷，则可邀请其共同所在单位派员参与调解。如上海市高级人民法院审理的永宗诉徐军等专利发明人资格纠纷上诉案，各方当事人均是中科院上海光学精密机械研究所的科研人员，因此，上海高级人民法院商请该研究所的科研处等部门参与调解，最终促使各方当事人达成调解协议就是较好例子。

第四，把握不同知识产权纠纷的调解规律，对不同纠纷采取不同的调解力度与策略。一方面，著作权纠纷相对于专利权纠纷与商标权纠纷更易于调解。这主要是因为著作权纠纷中法律关系相对简单，著作权的内容与边界较之于专利权、商标权确定性更强；更重要的是，著作权较多涉及的是对作品的非商业性使用（如剽窃、未署名等侵害著作权人人身权的行为）与商业使用（如盗版、侵害网络传输权），较

185 当小朋友发生纠纷时，一般而言，幼儿园老师不会责备任意一方，而是尽力劝说双方和解。

186 对此，《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》也有类似规则，其第3条规定：“根据民事诉讼法第八十七条规定，人民法院在调解程序中，可以邀请与当事人有特定关系或者与案件有一定联系的企业事业单位、社会团体或者其他组织，和具有专门知识、特定社会经验、与当事人有特定关系并有利于促成调解的个人协助调解工作。”

少涉及到市场的垄断与持续占有,对纠纷当事人的商业利益影响并非是本性的。<sup>187</sup>而专利权纠纷与商标权纠纷则截然不同,一旦当事人在专利纠纷与商标纠纷中失利,则可能丧失对该专利或商标的垄断实施权与禁止权,也就意味着其丧失了进入相关产品市场的可能。这是专利纠纷或商标纠纷中当事人所不能接受的,也是此类纠纷中大多数当事人不愿放弃,即使一审败诉、二审败诉仍然坚持、硬撑继续上诉而纠缠的原因所在,也是该类案件较之一般民事案件审理周期更长的重要原因<sup>188</sup>。

另一方面,不正当竞争纠纷与商业秘密纠纷较之专利等其他类型知识产权纠纷更难以调解。有数据表明,知识产权合同纠纷和不正当竞争纠纷的调解率很低,特别是涉及商业秘密的案件调解率很低。<sup>189</sup>其主要原因在于双方当事人产生纠纷之前是“熟人”关系,双方除存在案件本身的争议外,还可能存在其他矛盾与冲突,调解的难度无疑更大。因此,在知识产权纠纷的调解中,应注意当事人间社会关系的紧密程度对调解的影响。如纠纷发生前当事人双方相识与否、关系如何及纠纷结束后继续维持关系的愿望等因素,这些都会影响当事人的纠纷解决方式选择,也对调解能否成功有重要影响。有观点认为,“陌生人”之间的纠纷较之“熟人”间的纠纷更易调和。<sup>190</sup>笔者以为知识产权纠纷的调解并非如此。因为知识产权作为以垄断未来市场与利润的权利,在知识产权战略日益强化的当今,企业合作与联盟成为抢占市场的重要策略,纠纷中的当事人必然更关注曾与其有过往来的合作者或竞争者合作的可能性(可减少资信调查、前期谈判等诸多交易成本)。在这个意义上,对知识产权纠纷而言,“熟人”之间的纠纷较之“陌生人”间的纠纷更易调和。

---

187 在一些著作权纠纷中,著作权人更多关注的是其发表权、署名权、修改权与保护作品完整权等著作权人身权,对基于著作权侵权的损害赔偿则是权利维护的次要目标。此时,调解协议则更有可能达成。

188 当然,更多的原因在于知识产权的法定性,这就带来这种授权的内容、边界以及授权是否合法或存在瑕疵的问题。因此,在这些纠纷中,专利权人或商标权人一旦起诉被告侵权,对方当事人较多都会请求宣告专利权或商标权无效的行政救济程序,此时民事纠纷势必要等待行政无效程序的结果,知识产权诉讼程序拖延的问题就此产生。

189 参见周晓冰:《知识产权纠纷诉讼调解的实证研究》,载《电子知识产权》2006年第1期,第46~47页。

190 常鹏翱:《诉讼调解异化原因辨析——以“调审分离论”为对象》,载《法律评论》2001年第1期。对此,学者也有不同观点。徐昕先生在其《论私力救济》以民间收债为例,认为双方当事人的关系通常不太紧密,基本上未形成长期合作关系。在介入纠纷前,收债人通常与债权人相识,而与债务人则多为陌生人,这有助于增加威慑;若他们彼此相识收债很可能演变为调解。参见徐昕:《论私力救济》,中国政法大学出版社2005年版,第193~194页。

## 结 语

五十多年前，费孝通先生曾指出：“任何对于中国问题的讨论总难免流于空泛和偏执。空泛，因为中国具有这样长的历史和这样广的幅员，一切归纳出来的结论都有例外，都需要加以限度；偏执，因为当前的中国正处在变迁的进程中，部分的和片面的观察都不易得到应有的分寸。”<sup>191</sup>这对于本文所研究的知识产权纠纷调解亦同样适用，因为历史悠久与幅员辽阔的中国正面临全球化冲击下的社会剧烈变革（知识产权制度更是如此），就此而言，本文的研究结论可能无法避免空泛与偏执，也许只有相对的价值。

这种价值在于：在研究视野上，注重从实体与程序相结合的视角展开知识产权纠纷调解机制的研究，充分考量并凸显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“划地为牢”式研究；在研究思路上，克服传统纠纷解决机制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，以当事人利益诉求为基础区分纠纷类型，建构彰显知识产权纠纷特性的解决机制模型；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新的分析方法与视角。

但是，囿于时间与精力，更缘于学识与篇幅所限，论文仅仅局限于知识产权民事纠纷解决的探讨，而对知识产权民事纠纷与知识产权行政纠纷、知识产权刑事纠纷的交叉则较少涉及；即使就知识产权民事纠纷的解决而言，在知识产权纠纷类型化的程序规则、诉讼机制与调解等非讼机制的衔接以及知识产权纠纷非讼解决机制中各方式的协调等问题亦仍有深入展开的余地。这些需要在更为宏观的视野下系统展开，只能留待日后再予以深入探究了。

---

191 费孝通：《乡土重建与乡镇发展》，香港牛津大学出版社1994年版，第16页。

## 主要参考文献（以拼音为序）

### 著作类

1. [德]卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥译.北京:商务印书馆,2003.
2. [德]克雷蒂安·巴尔.欧洲比较侵权行为法（上卷）[M].张新宝译.北京:法律出版社,2004.
3. [德]马克斯·韦伯.经济与社会（上）[M].林荣远译.北京:商务印书馆,2004.
4. [德]齐美尔.社会是如何可能的：齐美尔社会学文选[M].林荣远译.南宁:广西师范大学出版社,2002.
5. [美]科林·F·凯莫勒.行为博弈——对策略互动的实验研究[M].贺京同等译.北京:中国人民大学出版社,2006.
6. [美]理查德·A·波斯纳著.法律的经济分析[M].蒋兆康译.北京:中国大百科全书出版社,1997.
7. [美]史蒂文·J·布拉姆斯,艾伦·D·泰勒.双赢之道[M].王雪佳译.北京:中国人民大学出版社,2003.
8. [美]E·博登海默著.法理学：法律哲学与法律方法[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,1999.
9. [美]Jay Dratler, Jr.著.知识产权许可[M].王春燕等译.北京:清华大学出版社,2003.
10. [美]埃里克森.无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷[M].苏力译.北京:中国政法大学出版社,2003.
11. [美]本杰明·卡多佐.司法过程的性质[M].苏力译.北京:商务印书馆,1998.
12. [美]道格拉斯·G·拜尔,罗伯特·H·格特纳等著.法律的博弈分析[M].严旭阳译.北京:法律出版社,1999.
13. [美]赫伯特·金迪斯,萨缪·鲍尔斯等著.人类的趋社会性及其研究：一个超越经济学的经济分析[M].浙江大学跨学科社会科学研究中心译.上海:上海人民出版社,2005.
14. [美]加里·S·贝克尔.人类行为的经济分析[M].王业宇,陈琪译.上海:上海三联书店、上海人民出版社,1995.
15. [美]罗伯特·考特,托马斯·尤伦.法和经济学[M].张军译.上海:上海三联书店,1991.
16. [美]马丁·P·戈尔丁.法律哲学[M].齐海滨译.上海:上海三联书店,1987.
17. [美]迈克尔·D·贝勒斯.法律原则——一个规范的分析[M].张文显等译.北京:中国大百科全书出版社,1996.
18. [美]唐·布莱克.社会学视野中的司法[M].郭星华等译.北京:法律出版社,2002.
19. [美]詹姆斯·博曼著.公共协商：多元主义、复杂性与民主[M].黄相怀译.北京:中央编译出版社,2006.
20. [美]詹姆斯·米勒.活学活用博弈论：如何利用博弈论在竞争中获胜[M].李绍荣译.北京:中国财政经济出版社,2006.
21. [日]川岛武宜等.现代化与法[M].王志安等译.北京:中国政法大学出版社,1994.
22. [日]富田彻男.市场竞争中的知识产权[M].廖正衡等译.北京:商务印书馆,2004.
23. [日]高见泽磨.现代中国的纠纷与法[M].何勤华等译.北京:法律出版社,2003.

24. [日]高桥宏志.民事诉讼制度与理论的深层分析[M].林剑锋译.北京:法律出版社,2003.
25. [日]谷口安平.程序的正义与诉讼[M].王亚新,刘荣新译.北京:中国政法大学出版社,1996.
26. [日]吉藤幸朔著.专利法概论[M].宋永林,魏启学译.北京:专利文献出版社,1990.
27. [日]棚濑孝雄.纠纷的解决与审判制度[M].北京:中国政法大学出版社,2004.
28. [日]小岛武司,伊藤真编.诉讼外纠纷解决法[M].丁婕译.北京:中国政法大学出版社,2005.
29. [日]小岛武司.诉讼制度改革法理与实证[M].陈刚等译.北京:法律出版社,2001.
30. [日]小岛武司等.司法制度的历史与未来[M].汪祖兴译.北京:法律出版社,2000.
31. [英]阿德里安·A·S·朱克曼.危机中的民事司法——民事诉讼程序的比较视角[M].傅郁林等译.北京:中国政法大学出版社,2005.
32. [英]伯特兰·罗素著.社会改造原理[M].张师竹译.上海:上海人民出版社,2001.
33. [英]罗杰·科特威尔.法律社会学导论[M].潘大松等译.北京:华夏出版社,1989.
34. [中]王公义,[澳]唐荣曼主编.中国·澳大利亚“纠纷解决替代机制与现代法治”研讨会论文集[C].北京:法律出版社,2003.
35. 常怡主编.比较民事诉讼法[M].北京:中国政法大学出版社,2002.
36. 陈刚,廖永安主编.移植与创新:混合法制下的民事诉讼[M].北京:中国法制出版社,2005.
37. 陈刚主编.比较民事诉讼法(第一卷)[M].重庆:西南政法大学(内部印刷),1999.
38. 陈桂明.程序理念与程序规则[M].北京:中国法制出版社,1999.
39. 程永顺.中国专利诉讼[M].北京:专利文献出版社,2005.
40. 范愉.非诉讼纠纷解决机制研究[M].北京:中国人民大学出版社,2000.
41. 范愉主编.ADR原理与实务[M].厦门:厦门大学出版社,2002.
42. 费孝通.乡土中国 生育制度[M].北京:北京大学出版社,1997.
43. 冯晓青,杨利华主编.知识产权法学[M].北京:中国大百科全书出版社,2008.
44. 冯晓青.知识产权法利益平衡理论[M].北京:中国政法大学出版社,2006.
45. 冯晓青.知识产权法哲学[M].北京:中国人民公安大学出版社,2003.
46. 冯晓青主编.知识产权法[M].北京:中国政法大学出版社,2008.
47. 顾培东.社会冲突与诉讼机制[M].北京:法律出版社,2004.
48. 国家知识产权局主办.中国知识产权年鉴(2003)[M].北京:知识产权出版社,2003.
49. 何兵主编.和谐社会与纠纷解决机制[M].北京:北京大学出版社,2007.
50. 何兵.现代社会的纠纷解决[M].北京:法律出版社,2003.
51. 何文燕,廖永安.民事诉讼理论与改革的探索[M].北京:中国检察出版社,2002.
52. 何文燕等.民事诉讼理念变革与制度创新[M].北京:中国法制出版社,2007.
53. 胡肖华.行政诉讼基本理论问题研究[M].长沙:湖南人民出版社,1999.
54. 黄宗智.清代的法律、社会与文化:民间的表达与实践[M].上海:上海书店出版社,2007.
55. 季卫东.法治程序的建构[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
56. 江伟主编.民事诉讼法学原理[M].北京:中国人民大学出版社,1999.
57. 蒋志培主编.中国知识产权司法保护(2007)[M].北京:中国传媒大学出版社,2007.
58. 蒋志培主编.中国知识产权司法保护(2008)[M].北京:中国传媒大学出版社,2008.

59. 廖永安.民事审判权作用范围研究——对民事诉讼主管制度的摒弃与超越[M].北京:中国人民大学出版社,2007.
60. 廖永安等.诉讼费用研究——以当事人诉权保护为分析视角[M].北京:中国政法大学出版社,2006.
61. 刘荣军.程序保障的理论视角[M].北京:法律出版社,1999.
62. 齐树洁主编.民事司法改革研究[M].厦门:厦门大学出版社,2000.
63. 强世功编.调解、法制与现代化:中国调解制度研究[M].北京:中国法制出版社,2001.
64. 邱联恭.程序选择权论[M].台北:三民书局,2000.
65. 邱联恭.程序制度机能论[M].台北:三民书局,1996.
66. 上海市高级人民法院等编.纠纷解决:多元调解的方法与策略[M].北京:中国法制出版社,2008.
67. 沈恒斌主编.多元化纠纷解决机制原理与实务[M].厦门:厦门大学出版社,2005.
68. 宋冰主编.程序、正义与现代化[M].北京:中国政法大学出版社,1998.
69. 苏力.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社,1996.
70. 汤维建.美国民事司法制度与民事诉讼结构[M].北京:中国法制出版社,2001.
71. 王承守,郑颖懋.美国专利诉讼攻防策略运用[M].台北:元照出版公司,2004.
72. 王利明.民法总则研究[M].北京:中国人民大学出版社,2003.
73. 王利明.侵权行为法研究[M].北京:中国人民大学出版社,2004.
74. 王生长.仲裁与调解相结合的理论实务[M].北京:法律出版社,2001.
75. 王太平.知识产权法法律原则:理论基础与具体构造[M].北京:法律出版社,2004.
76. 王亚新.对抗与判定[M].北京:清华大学出版社,2002.
77. 王亚新.社会变革中的民事诉讼[M].北京:中国法制出版社,2001.
78. 吴汉东.知识产权多维度解读[M].北京:北京大学出版社,2008.
79. 吴汉东.知识产权基本问题研究[M].北京:中国人民大学出版社,2005.
80. 吴汉东.著作权合理使用制度研究(修订版)[M].北京:中国政法大学出版社,2005.
81. 吴明轩.民事调解、简易及小额诉讼程序[M].台北:五南图书出版公司,2000.
82. 谢晖.法学范畴的矛盾思辨[M].济南:山东人民出版社,1999.
83. 徐国栋.民法基本原则解释[M].北京:中国政法大学出版社,2004.
84. 徐昕.论私力救济[M].北京:中国政法大学出版社,2005.
85. 徐昕主编.纠纷解决与社会和谐[M].北京:法律出版社,2006.
86. 杨崇森.专利法理论与应用[M].台北:三民书局,2007.
87. 杨春学.经济人与社会秩序分析[M].上海:上海三联书店、上海人民出版社,1998.
88. 赵旭东.权力与公正——乡土社会的纠纷解决与权威多元[M].天津:天津古籍出版社,2003.
89. 杨仁寿.法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,1999.
90. 张耕.知识产权民事诉讼研究[M].北京:法律出版社,2004.
91. 张乃根.美国专利法判例选析[M].北京:中国政法大学出版社,1995.
92. 张树义主编.纠纷行政解决机制研究——以行政裁决为中心[M].北京:中国政法大学出版社,2006.



93. 张维迎. 博弈论与信息经济学[M]. 上海: 上海三联书店、上海人民出版社, 1996.
94. 张卫平. 司法改革: 分析与展开[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
95. 张文显. 法学基本范畴研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1993.
96. 郑成思主编. 知识产权法学——应用法学与基本理论[M]. 北京: 人民出版社, 2005.
97. 郑成思. 知识产权论(修订版)[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
98. 曾宪义主编. 法律文化研究 第一辑(2005)[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2006.
99. 朱榄叶, 刘晓红主编. 知识产权法律冲突与解决问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2004.
100. 左卫民. 在权利话语与权力技术之间[M]. 北京: 法律出版社, 2002.
101. 左卫民等. 变革时代的纠纷解决: 法学与社会学的初步考察[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007.

## 论文类

102. 常鹏翱. 诉讼调解异化原因辨析——以“调审分离论”为对象[J]. 法律评论, 2001, (1).
103. 陈正伟. 后现代法学视野下的 ADR 研究[D]. 长春: 吉林大学博士论文, 2006.
104. 樊培栋. 论 ADR 在知识产权纠纷解决中的应用[J]. 科学之友, 2007, (11).
105. 范愉. 权利救济与多元化纠纷解决机制简议[J]. 广东行政学院学报, 2008, (1).
106. 冯辉, 赵迅. 试论当前国内企业应对知识产权纠纷的策略——缺陷、成因与弥补[J]. 怀化学院学报, 2006, (12).
107. 冯晓青. 论知识产权权利重叠、权利冲突及其解决[A]. 北大知识产权评论(第1卷)[C]. 北京: 法律出版社, 2002.
108. 冯晓青. 试论知识产权的私权属性及其公权化趋向[J]. 中国法学, 2004, (1).
109. 傅郁林. 繁简分流与程序保障[J]. 法学研究, 2003, (1).
110. 傅郁林. 分界·分层·分流·分类——我国民事诉讼制度转型的基本思路[J]. 江苏行政学院学报, 2007, (1).
111. 傅郁林. 仲裁权的制约机制与仲裁机构的管理模式——以民事审判权为对照[J]. 北京仲裁, 2007, (2).
112. 郭玉军, 孙敏洁. 美国诉讼和解与中国法院调解之比较研究[J]. 法学评论, 2006, (2).
113. 洪冬英. 当代中国调解制度的变迁研究[D]. 上海: 华东政法大学博士论文, 2007.
114. 黄斌, 刘正. 论多元化纠纷解决机制的现状、困境与出路——立足于我国法院的思考[J]. 法律适用, 2007, (11).
115. 吉田庆子, 李喜莲. 中日法院调解制度之比较——谈我国法院调解制度的困境与出路[A]. 陈刚, 廖永安主编. 移植与创新: 混合法制下的民事诉讼[C]. 北京: 中国法制出版社, 2005.
116. 蒋洲. 我国知识产权纠纷解决机制探讨[J]. 中国农业银行武汉培训学院学报, 2007, (4).
117. 柯阳友, 高玉珍. 诉讼内外纠纷解决机制的分流、协调与整合[J]. 河北法学, 2006, (8).
118. 李德山. 临时禁令在美国专利侵权诉讼中的适用[J]. 知识产权, 1999, (5).
119. 李凤琴. 知识产权有效性争议的可仲裁性研究[J]. 仲裁研究, 2007, (2).
120. 李浩. 民事审判中的调审分离[J]. 法学评论, 1996, (4).
121. 李全文. 民事诉讼调解一般理论研究[D]. 长春: 吉林大学博士论文, 2007.
122. 李勇. 简述仲裁制度及知识产权纠纷的解决[J]. 知识产权, 2001, (4).

123. 李站兵,于双成,李广军.从辉瑞制药产权纠纷看知识产权保护中的诸多技术问题[J].医学与社会,2004,(3).
124. 李正华.电子商务中知识产权纠纷的可仲裁性[J].仲裁研究,2008,(3).
125. 李自亮,鲁统民.法院调解制度的现状、问题及前景展望[J].山东审判,2005,(4).
126. 廖洁.奥拓商标大战终熄火:湖南省高院调解全省最大知识产权案揭秘[N].法制周报,2008-01-04(8).
127. 廖永安.诉讼内外纠纷解决机制的协调与整合[J].云南大学学报(法学版),2004,(3).
128. 林见春.多元化纠纷解决机制的定位与衔接[J].法制与社会,2007,(4).
129. 刘春田.知识财产权解释[J].中国社会科学,2003,(4).
130. 刘建华.关于建立和完善多元化纠纷解决机制的调研报告[J].山东审判,2008,(2).
131. 刘永红.纠纷解决机制的多元化问题解析[J].社会科学家,2008,(7).
132. 刘友华.论知识产权纠纷解决机制:以权利冲突为视角[J].湖南科技大学学报(社会科学版),2007,(2).
133. 刘友华.论知识产权诉讼公益诉讼制度之构建[J].知识产权,2007,(2).
134. 刘泽泉,张蕾.多元化纠纷解决机制效力问题研究[J].法治论坛,2007,(1).
135. 鲁灿,詹锐.从 eBay 案看美国专利保护趋势——兼论我国专利“停止侵权”责任方式[J].电子知识产权,2006,(9).
136. 吕国强.知识产权禁令制度的建立与完善[J].人民司法,2004,(4).
137. 马云红.法律现实主义的演变及对中国法治的思考——倡导纠纷解决机制多元化[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2008,(3).
138. 梅术文,曹新明.日本知识产权法院的设置及其启示[J].电子知识产权,2005,(12).
139. 上海市高级人民法院知识产权审判庭.加强知识产权审判中的诉讼指导、释明与调解[J].人民司法,2007,(2).
140. 沈雅琴.浅析国际知识产权纠纷专门仲裁制度[J].法制与社会,2007,(10).
141. 宋朝武,黄海涛.从过程分析的进路解读法院调解的困境[J].法律适用,2006,(12).
142. 孙延峰.中国公司如何在美国知识产权诉讼中应战[EB/OL].载 [http://www.sipo.gov.cn/sipo/ztxx/mgxhlt/zjdp/200511/t20051130\\_70818.htm](http://www.sipo.gov.cn/sipo/ztxx/mgxhlt/zjdp/200511/t20051130_70818.htm).
143. 陶然.从两岸法院调解制度之比较看法院调解与法院附设调解[J].台湾法研究,2006,(1).
144. 王建新,陈立.现代社会多元化纠纷解决机制下人民法院立案程序的重塑[J].中共成都市委党校学报,2006,(1).
145. 王敏.我国多元化纠纷解决体系的反思与重构[J].法制与社会,2008,(16).
146. 王太平.知识产权法中的公共领域[J].法学研究,2008,(1).
147. 王伟.论纠纷解决诉讼化的积极性与消极性[J].求索,2008,(4).
148. 尉伟敏.关于知识产权纠纷非讼解决方法的探讨[J].知识产权,1998,(8).
149. 魏玮.知识产权侵权纠纷行政裁决若干问题研究[J].华东政法大学学报,2007,(4).
150. 吴汉东.关于知识产权私权属性的再认识——兼评“知识产权公权化”理论[J].社会科学,2005,(10).
151. 吴汉东.知识产权本质的多维度解读[J].中国法学,2006,(5).

152. 吴汉东.中国应建立以知识产权为导向的公共政策体系[J].发展观察,2007,(5).
153. 吴巍,陈佳强.知识产权民事纠纷的仲裁性研究——类型化的视角[J].河北广播电视大学学报,2007,(5).
154. 肖建国.论诉前停止侵权行为的法律性质——以诉前停止侵犯知识产权行为为中心的研究[J].法商研究,2002,(10).
155. 徐飞.知识产权民事、刑事、行政争议交叉案件探析[J].法治论丛(上海政法学院学报),2007,(6).
156. 徐绪辉.知识产权非自愿许可制度研究[D].北京:北京大学博士论文,2004.
157. 闫庆霞.法院调解论[D].北京:中国政法大学博士论文,2004.
158. 杨煜,袁秀挺.域名持有人的“反向侵权”——首例不服世界知识产权组织仲裁与调解中心裁决的计算机网络域名纠纷案评析[J].知识产权,2004,(6).
159. 杨忠孝,朱歆冰.知识产权保护的法律途径——知识产权争议处理法律问题研讨会综述[J].华东政法学院学报,2004,(3).
160. 姚剑.多元化纠纷解决机制视野中的诉讼法修改——以提高纠纷解决效率为视角[J].理论导刊,2006,(4).
161. 俞晓霞,金亦红.重构知识产权诉讼调解制度[J].人民司法,2002,(10).
162. 袁秀挺.知识产权权利冲突纠纷的类型化及相关法律适用问题——以最高法院法释[2008]3号司法解释为中心[J].电子知识产权,2008,(7).
163. 张晋红.法院调解的立法价值探究——兼评法院调解的两种改良观点[J].法学研究,1998,(5).
164. 张竹青.企业知识产权纠纷主要解决途径分析[J].科技情报开发与经济,2006,(6).
165. 赵旭东.互惠、公正与法制现代性——一个华北村落的纠纷解决[A].北大法律评论[C].北京:法律出版社,1999.
166. 曾彤.知识产权纠纷的诉讼外处理[J].中华商标,2002,(2).
167. 周林彬.我国私力救济制度的实证分析[A].载刘星主编.想象法学:历史与今天[C].北京:法律出版社,2005.
168. 周晓冰.知识产权纠纷诉讼调解的实证研究[J].电子知识产权,2006,(1).
169. 左冰,刘家瑞.试析世界知识产权组织的争端解决机制[J].华东政法学院学报,1999,(1).

## 外文类

170. Allen N. Littman. The Jury's Role in Determining Key Issues in Patent Cases[M]. 37 IDEA 207 (1997).
171. Anat Hakim, Heidi L Belongia. Analysis & Perspective/Moseley v. V Secret Catalogue: How the Lower Courts are Applying the Supreme Court's Seminal Decision to Trademark Dilution Cases[J]. Patent, Trademark & Copyright. vol.66, 2003, no.1643, p.704-707.
172. Arnold B. Silverman. The Role of Protective Orders Intellectual Property Litigation [J]. JOM. vol.58, 2006, no.5, p.80.
173. Bradley J. Walz. Discovering the Lesser Known Alternative Dispute Resolution Process to Resolve Intellectual Property Disputes[EB/OL].<http://www.winthrop.com/articlePDFS/contentArticlePDF685.pdf>. 2008-6-5.
174. Christopher J. Renk, Erik S. Maurer. Setting Goals. Managing Expectations, Assessing Risks and

- Estimating Costs in Patent Litigation[J]. *The Computer & Internet Lawyer*, Vol.22, 2005, No.6, p.1-16.
175. Daniel B. Ravicher & Shani C. Dilloff. Antitrust Scrutiny of Intellectual Property Exploitation: It Just Don't Make No Kind of Sense[J]. *8 Sw. J. L. & Trade Am.* 83, 89 (2001-2002).
  176. Fudenberg & Tirole. *Game Theory* [M]. Cambridge, MA & London: Harvard University Press, 1991.
  177. Gary Edward Hood. Refuse to Play the Game: An Alternative Document Production Strategy in Intellectual Property Litigation[J]. *Intellectual Property & Technology Law Journal*. Vol.16, 2004, no.5, p.1-9.
  178. Janet Stidman Eveleth. Settling Disputes Without Litigation[J]. *34 Md. B.J.* 2, 8 (2001).
  179. Julie S. Turner. The Nonmanufacturing Patent Owner: Toward a Theory of Efficient Infringement [J]. *86 Calif. L. Rev.* 179.
  180. Keith E. Broyles, William Hubbard. Repelling Patent Trolls After eBay[J]. *Intellectual Property & Technology Law Journal*. Vol.18, 2006, No.9, p.5-11.
  181. Kenneth R. Adamo. Reforming Jury Practice in Patent Cases: Suggestions Towards Learning to Love Using an Eighteenth Century System While Approaching the Twenty-First Century[R]. *78 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 345 (1996).
  182. Kevin M. Lemley. I'll Make Him an Offer He Can't Refuse: A Proposed Model for Alternative Dispute Resolution in Intellectual Property Disputes[J]. *Akron Law Review*, Vol. 37, 294, 2004.
  183. Marc Lieberstein, Anthony Lovensheimer. "Offer of Judgment" as an Intellectual Property Litigation Tactic[J]. *Intellectual Property & Technology Law Journal*. Vol.14, 2002, No.2, p.5-14.
  184. Mark D. Janis. Judge and Jury Roles in Equivalents Analysis, Commentary on *Malta v. Schulmerich Carillons*[R], *74 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 621 (1992).
  185. Michael A. Sartori. An Economic Incentives Analysis of the Jury's Role in Patent Litigation[R]. *79 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 331 (1997).
  186. Paul R. Michel. Intellectual Property Litigator Will Serve as Mediator for Appellate Court[J]. *Ban's Patent, Trademark & Copyright*. vol.72, 2006, no.1797, p.717.
  187. Philippe Signore. On the Role of Juries in Patent Litigation (Part 1) [R], *83 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 791 (2001).
  188. Settlement Not Reflecting Intent to Give Up Rights Does Not Estop Incontestability[J]. *Ban's Patent, Trademark & Copyright*. vol.71, 2006, no.1759, p.466-467.
  189. Sujata Manohar. Intellectual Property Litigation and Remedies[M]. *Intellectual Property in Asia and the Pacific*. 1996, No.50, p.17-26.
  190. Ted Hagelin. A New Method to Value Intellectual Property[J]. *30 AIPLA Q.J.* 353, 357 (2002).
  191. Xenia P. Kobylarz. the peacemaker[J]. *02/2008 Ip Law & Business* 30, Vol. 06 Issue 02.
  192. 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"[J]. *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 70, 19, 2002.

## 后 记

历时三载，半年煎熬（也许只有曾有过此经历的人才能真正体会），这篇博士学位论文总算要暂告一个段落了，心情却并没有轻松起来。这不仅是因为还要经受论文送审和答辩等考验，更因为历经难言“透彻”的研究，对论题所涉“知识产权纠纷解决”的理论研究与司法实践仍心存忧虑。

面对不断增加的审判压力，也为因应“构建和谐社会”的“政治运动”，现行司法体系下的法官与法院不由自主地被“绑架”于调解这枚高速“火箭”之上，成为其“助推器”，而学界对此种“异化”却未见有稍许的警觉与批判之声。冬去春来，历尽艰辛，初稿的完成恰似给平静的湖面（就知识产权纠纷诉讼与调解而言）撒下一颗微小的石头，希望能带来些许“涟漪”则是论文的初衷所在。我坚信，高效的知识产权纠纷非讼解决机制一定在不远的“灯火阑珊”处。正如法国诗人雪莱所言：“冬天来了，春天还会远吗？”

在论文的最后，依据惯例，都要说些感谢之类的“客套话”，我亦难免俗，但这些却是发自内心、不吐不快的谢意。

感谢胡肖华教授、廖永安教授、何文燕教授、何振教授，没有他们的关爱、督促和帮助，我的学业及论文难以提前完成。

感谢我的导师冯晓青教授，尽管期间因工作关系调离，但其“不抛弃、不放弃”，仍对我关爱有加，但缘于我研习实体法之背景，对实体与程序结合研究思路的一知半解，写作艰难、耗时费力，论文提交较晚，以至于自日本九州飞往北京的航班上，冯导仍接受着论文初稿的“摧残”（尽管后来反馈说“总体尚可”，但据我的经历，阅读初稿多少会有压抑和不舒畅之感），他的督促、理解与包容，一直伴随着我的学术之途；感谢廖永安教授，每当我陷于苦闷中时，难免打扰繁忙中的他，其睿智而深邃的思想，犹如黑暗中的一丝亮光，照亮、引导我前行，论文的写作、修改都凝聚着他的智慧与汗水（当然，不完善与差错之处文责自负）；感谢何文燕教授，她以润物细无声式的关爱呵护着我的成长；感谢何振教授，每当我懈怠之时，他的督促、激励与帮助，给我继续前进的勇气；感谢谢勇教授、胡肖华教授、陈刚教授、汪太贤教授、彭熙海教授等在论文开题中的宝贵意见。感谢他们，否则我的论文不会如此顺利完成。

感谢王太平博士、肖伟志博士、唐东楚博士、陈文曲博士、胡军辉博士等诸君在论文写作过程中提供的帮助、建议与支持。

还要感谢我的家人。当我和夫人各自为博士论文“焦头烂额”之时，年迈的父母就及时充当我们的“救火队员”，免除了我们的生活之忧，使我们能全身心地投入

工作、科研之中。每当他们从老家经过一整天不太方便的车程后再疲惫地爬上我们五楼的家时，我常常陷于感动、自责与惭愧之中，心情难以言表。夫人唐思慧女士在繁忙的教学、科研任务之余为我的论文写作提供了翻译、资料整理等诸多帮助。家人的期盼与关爱是我不断前行的动力。

可以说，这篇并不太长也难言完善的论文承载着太多的关爱，我唯有加倍努力，以更出色的成绩回报关心我的人，“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索”。

## 攻读博士学位期间发表的相关论文

1. 独著. 我国知识产权公益诉讼制度之构建[J]. 知识产权, 2007, (2).
2. 独著. 知识产权公益诉讼之我见[J]. 电子知识产权, 2007, (3).
3. 独著. 论知识产权纠纷解决机制[J]. 湖南科技大学学报, 2007, (2).
4. 独著. 知识产权利益平衡论[J]. 电子知识产权, 2006, (11).
5. 第二作者. 全球化与知识产权保护国际会议综述[J]. 中国版权, 2007, (4).
6. 独著. 商标法修改应以效率原则为核心考量[J]. 电子知识产权, 2007, (12).

### 说明：

三年来，发表论文 14 篇，其中 CSSCI 论文 9 篇，核心期刊论文 3 篇。上述成果都或多或少直接奠定了这篇博士学位论文的基础，或是成为这篇学位论文的有机组成部分。与学位论文没有直接关系的论文则没有列入。