



CHINA

中国知识产权案件现行司法程序研究  
IPKCH – AO – 004 – 20

最终报告稿

2021 年 7 月 21 日

[www.ipkey.eu](http://www.ipkey.eu)



Funded by the European Union  
受欧盟资助



Directed by the European Commission, IP Key is implemented by the European Union Intellectual Property Office (EUIPO).

IP Key由欧盟委员会指导，欧盟知识产权局（EUIPO）实施。

# 目录

目录.....	2
执行概要.....	6
1.1.简介.....	6
1.2.对程序的首次比较研究.....	6
1.3.整体统计数据.....	7
1.4.向利益相关方征求意见.....	7
1.5.对问卷结果的简要分析.....	8
1.5.1 特别涉及外国利害关系人的程序事项.....	8
1.5.2.涉及所有利害关系人的程序事项.....	8
研究方法.....	10
分析.....	12
1. 授权委托书 .....	12
1.1.法律背景.....	12
1.1.1.中国律师授权委托书的认证 .....	12
1.1.2. 内部授权书 .....	14
1.1.3.最高法院关于为跨境诉讼当事人提供网上立案服务的新规.....	15
1.2. 利益相关方的观点.....	16
1.3.评估和建议.....	16
1.3.1.评估 .....	16
1.3.2.建议.....	17
2.证据.....	18
2.1.证据保全.....	18
2.1.1.法律背景 .....	18
2.1.2.法院保全 .....	18
2.1.3.证据公证 .....	21
2.2.技术专家的作用 .....	23
2.2.1.法律背景 .....	23
2.2.1.2.法院指派的技术调查官 .....	24

2.2.2.利益相关方的观点 .....	24
2.2.3.评估和建议 .....	24
<b>2.3. 保护商业秘密 .....</b>	<b>25</b>
2.3.1.法律背景 .....	25
2.3.2.利益相关方的观点 .....	26
2.3.3.评估和建议 .....	26
<b>2.4.伪造证据 .....</b>	<b>26</b>
2.4.1.法律背景 .....	26
2.4.2. 利益相关方的观点 .....	27
2.4.3.评估和建议 .....	27
<b>3.文书送达 .....</b>	<b>27</b>
<b>3.1.法律背景 .....</b>	<b>27</b>
3.1.1.送达方式 .....	27
<b>3.2.利益相关方的观点 .....</b>	<b>29</b>
<b>3.3.评估和建议 .....</b>	<b>29</b>
3.3.1.评估 .....	29
3.3.2.建议 - 立法 .....	29
<b>4.临时措施 .....</b>	<b>30</b>
<b>4.1.法律背景 .....</b>	<b>30</b>
4.1.1.民事诉讼法 .....	30
4.1.2. 最高法解释 .....	31
<b>4.2. 利益相关方的观点 .....</b>	<b>32</b>
4.2.1.禁令 .....	32
4.2.2.财产保全 .....	32
<b>4.3.评估和建议 .....</b>	<b>33</b>
4.3.1.评估 .....	33
4.3.2.建议 .....	33
<b>5.审理 .....</b>	<b>34</b>
<b>5.1.立案——案件拆分 .....</b>	<b>34</b>
5.1.1.法律背景 .....	34
5.1.2.利益相关方的观点 .....	34
5.1.3.评估和建议 .....	35
<b>5.2.提交文件的截止日期短 .....</b>	<b>35</b>
5.2.1.法律背景 .....	35
5.2.2. 利益相关方的观点 .....	35
5.2.3.评估和建议 .....	35

<b>5.3.涉外案件的处理无时间限制 .....</b>	<b>35</b>
5.3.1.法律背景 .....	35
5.3.2. 利益相关方的观点 .....	36
5.3.3.评估和建议 .....	36
<b>5.4.组织审判和审理 .....</b>	<b>37</b>
5.4.1.法律背景 .....	37
5.4.2. 利益相关方的观点 .....	41
5.4.3.评估和建议 .....	42
<b>5.5.简单和复杂案件的分类 .....</b>	<b>46</b>
5.5.1.法律背景 .....	46
5.5.2. 利益相关方的观点 .....	46
5.5.3.评估和建议 .....	46
<b>5.6. 难以获得程序中止 .....</b>	<b>47</b>
5.6.1.法律背景 .....	47
5.6.2. 利益相关方的观点 .....	48
5.6.3.评估和建议 .....	49
<b>5.7.案件移送 .....</b>	<b>50</b>
5.7.1.法律背景 .....	50
5.7.2. 利益相关方的观点 .....	51
5.7.3.评估和建议 .....	51
<b>5.8.判决的公布和指导案例的作用 .....</b>	<b>51</b>
5.8.1.法律背景 .....	51
5.8.2. 利益相关方的观点 .....	52
5.8.3.评估和建议 .....	53
<b>5.9.判决的执行 .....</b>	<b>54</b>
5.9.1.法律背景 .....	54
5.9.2. 利益相关方的观点 .....	55
5.9.3.评估和建议 .....	55
<b>6.行政、刑事和民事程序之间的相互关系 .....</b>	<b>57</b>
<b>6.1.起诉注册商标的限制 .....</b>	<b>57</b>
6.1.1.法律背景 .....	57
6.1.2. 利益相关方的观点 .....	58
6.1.3.评估和建议 .....	58
<b>6.2.行政程序中的民事请求 .....</b>	<b>59</b>
6.2.1.法律背景 .....	59
6.2.2. 利益相关方的观点 .....	60
6.2.3.评估和建议 .....	60
<b>6.3.刑事诉讼中的民事请求 .....</b>	<b>61</b>
6.3.1.法律背景 .....	61
6.3.2. 利益相关方的观点 .....	61

6.3.3.评估和建议 .....	62
-------------------	----

## 执行概要

### 1.1.简介

1.1.1. 实体法和程序法构成管辖司法诉讼整套规则的两面。如果把司法诉讼比作体育运动、纸牌、国际象棋等比赛，程序规则就是比赛规则。原被告在法官面前“竞争”，最后由法官决定谁胜谁负。决定的依据是实体法，但“比赛”怎么“比”，与实体法同样重要。

1.1.2. 在华外国商人，无论是居民还是非居民，很少有机会在中国参与司法诉讼，因为商事纠纷大多通过仲裁解决。但是，由于大部分知识产权纠纷通过行政或民事诉讼解决，这为外国人提供了中国人民法院的诉讼经验。

1.1.3. 本次研究旨在分析中国现行司法程序的某些方面。虽然所涉规则并非专门针对知识产权案件，但如上文所述，由于有知识产权案件，外国人了解这些规则同样十分重要。这些规则有一部分专门适用于外国诉讼当事人，但多数规则同等适用于所有诉讼当事人。

### 1.2.对程序的首次比较研究

15 年前，我们第一次对中国和欧洲两地的程序进行比较研究。

- 《欧盟与中国知识产权立法和执法：比较研究》（中国-欧盟-世贸项目，2005 年）。<sup>1</sup>
- 《法国、德国和中国民事诉讼程序的比较研究》（中国-欧盟-世贸项目，2008 年）<sup>2</sup>
- 《德国、法国和中国民事诉讼中判例法运用》（IP Key，2016 年）<sup>3</sup>

<sup>1</sup> <http://en.wanhuida.com/Public/Upload/file/20210618/60cc5a47dfbd1.pdf>

<sup>2</sup> <https://ipkey.eu/sites/default/files/legacy-ipkey-docs/7--doccentre-civil-cc3-aw4-002-comparative-study-on-civil-procedures-of-france--germany-and-china-en.pdf>

<sup>3</sup> <http://en.wanhuida.com/Public/Upload/file/20210618/60cc45f02b59b.pdf>

### 1.3. 整体统计数据

下表所示数据<sup>4</sup>代表了中国法院与知识产权相关的司法活动。

这些数据构成了本次研究的整体背景。

#### 知识产权判决

Judgments		2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Civil	Domestic	23,518	30,509	41,718	58,201	83,850	88,286	94,501	99,997	130,146	223,437	312,171	451,239
	Foreign	1,139	1,361	1,369	1,321	1,429	1,697	1,716	1,327	1,667	n/a	n/a	n/a
		5%	4%	3%	2%	2%	2%	2%	1.3%	1.2%	n/a	n/a	n/a
Criminal		3,326	3,660	3,942	5,504	12,794	9,212	10,803	10,809	8,601	4,145	5,015	6,050
Administrative	Domestic	1,032	1,971	2,391	2,470	2,899	2,901	4,887	6,578	3856	10,093	17,765	24,504
	Foreign	n/a	n/a	815	986	1,127	1,143	1,927	4,348	2394	n/a	n/a	n/a
		n/a	n/a	34%	40%	39%	39%	39%	40%	38.3%	n/a	n/a	n/a

自 2017 年起，最高法似乎就不再发布涉外知识产权案件数量。

最高人民法院（“最高法”）每年公布的数据<sup>5</sup>显示，知识产权相关民事、刑事和行政（涉及知识产权登记/注册的）案件数量不断增加。在 2016 年之前，统计数字会提供涉外案件数量的详细信息。所以那时很容易计算出涉外案件在案件总数的占比。在民事案件中，涉外诉讼仅占 1.2%。但在行政案件中，涉外诉讼几乎占到 40%。

自 2017 年起，最高人民法院不再公布涉外知识产权案件的数量。但根据以前的统计数据，我们还是可以推断出，自 2017 年以来，相关比例变化不大。

换言之，可以说，在中国，（与侵犯知识产权有关的）知识产权民事诉讼基本上是中国人之间的问题，而（与知识产权登记注册有关的）行政诉讼则既是国内问题，也是涉外问题。

### 1.4. 向利益相关方征求意见

我们向数百家（名）欧洲企业及中国和欧洲律师发出了一份篇幅较长的调查问卷（四十五个问题）。每个调查问题尽量保持简短中立，并按中国《民事诉讼法》条款的顺序排列。

共收到 21 份回复。

<sup>4</sup>资料来源：最高法 2009-2020 年“世界知识产权日”新闻发布会。

<sup>5</sup>这些数据可在各种平台上在线获取，如 jd.com；<https://search.jd.com/Search?keyword=中国法院知识产权司法保护状况&enc=utf-8&wq=中国法院知识产权司法保护状况&pvid=54ea3eb687204a369491cfe29b544700>

## 1.5.对问卷结果的简要分析

### 1.5.1 特别涉及外国利害关系人的程序事项

#### 1.5.1.1. 授权委托书的认证

根据《民事诉讼法》，在中国诉讼的外国利害关系人须出具授权委托书，委托中国律师，且授权委托书须经过公证认证程序。想要废除或修改这一要求，需要立法改革，任务不轻。此外，尽管回答问卷的外国律师人数不多，但从这不多的评论来看，授权委托书的认证之前还是可以接受，但由于新冠肺炎大流行，问题开始出现。

不过，法院的要求还是有回旋余地的，特别是有关民事和行政程序的要求，以及有关外国当事人须出示（证明签署中国律师授权委托书的人有权签字的）内部授权书的要求。

#### 1.5.1.2. 涉外案件持续时间较长

《民事诉讼法》明确规定，中国法院国内案件结案时间的限制（六个月）不适用于涉外案件。

这个规定有利也有弊。利在当事人有更多时间为案件作准备，法院也有更多时间充分审查案件，弊在法院可能会在审理后很长时间（可能长达数年）才发布判决。

因此，应该建议对法院审理后发布判决的时间作出限定。

### 1.5.2. 涉及所有利害关系人的程序事项

下文中，我们对本次调查研究分析的部分主题进行了总结。

#### 1.5.2.1. 书面/对抗/结案日——程序风格

在这种程序中，当事人必须在开庭审理前，以书面形式交换所有诉讼请求、反诉、论据和反证及其证据和对其证据的意见。但中国的诉讼程序体系不大一样，当事人可以在审理过程中提交论据、出示证据。

#### 1.5.2.2. 文书送达

诉讼文书由法院送达。如若在被告地址无法找到被告、或者被告拒绝接收文书，可能会造成诉讼程序启动时间极大推迟，这种情况在网上卖家中经常发生。这一问题显然已经引起最高人民法院的关注，而且，应该提出切实可行的解决方案。例如，无论什么情况，送达官方文件时，只考虑个人的登记地址。



#### 1.5.2.3. 行政程序结束时请求补偿费用

法律费用的补偿与“商标抢注”行政案件尤为相关。当案件胜诉，系争商标被撤销或最终被驳回时，抢注者损失的只有最初的投入（即人民币 300 元的申请商标费<sup>6</sup>），而案件的胜诉方却要承担高昂律师费。这些费用应该由抢注者承担。

根据《行政诉讼法》规定，补偿应该是可行的，但有必要由最高法对此作出具体解释。

#### 1.5.2.4. 刑事诉讼程序中请求法院判令造假者赔偿

法律规定，被害人可以请求判令犯罪行为支付人支付赔偿。但直到最近，大多数法院都驳回了这种请求——因为知识产权被认为是无形的，所以不构成赔偿问题。这种观点似乎正在改变，但最好能由最高人民法院作出解释，确认所有法院都应接受赔偿请求。

#### 1.5.2.5. 不允许注册商标所有权人起诉侵权注册商标

著作权或外观设计的所有权人可以起诉侵权注册商标。但是注册商标所有权人不能直接对侵权注册商标提起诉讼，根据最高人民法院 2008 年和 2009 年发布的解释，他们在起诉前必须先获得商标无效宣告。唯一的例外是，原告的商标是“驰名商标”（但这种地位很难获得）。

#### 1.5.2.6. 等待另一起待决案件的结果时难以中止现有案件

中止是必要的，特别是在构成新申请注册障碍的在先权利受到挑战的情况下，因为对新申请的接受或拒绝取决于这一挑战的结果。

#### 1.5.2.7. 初步保全措施率

利益相关方[在回复调查问卷时]提出的评论清楚表明：要获得初步禁令非常困难。最高人民法院公布的支持决定的比例（超过 80%）仅针对“已接受的”申请。亦即，这一比例并未计算那些向法院提交但未获正式“接受”（即法院待审）的申请。

#### 1.5.2.8. 分割案件

由于法院的组织结构、以及不同类别的法院承担的具体权力和权限，一些案件即使只涉及一个产品，也不得不被拆分成不同的案件。例如，著作权侵权案件

---

<sup>6</sup>人民币 300 元约合 39 欧元。

应提交给基层法院，商标侵权案件通常应提交给中级法院<sup>7</sup>。因此，在同时涉及著作权和商标或外观设计的案件中，由于缺乏整体管辖权，任何法院都不得受理整个争议。

## 研究方法

要界定构成中国“知识产权案件现行司法程序”的范围，首先区分（a）民事司法程序、（b）行政司法程序、和（c）刑事司法程序。

- a) 提交给人民法院的侵权案件属于第一类。
- b) 对负责授予知识产权或宣告无效的行政机关（中国国家知识产权局）所作决定提起的诉讼属于第二类，须提交给北京知识产权法院和北京高院，或者（如果与专利有关）提交给最高人民法院。
- c) 最后，我们会探讨行政程序和民事程序之间、以及刑事程序和民事程序之间的相互关系。

下文遵循《中国民事诉讼法》的时间逻辑和结构，将研究的主题分为三大部分：（1）总则；（2）审判程序；（3）执行程序，并增加第（4）部分，涵盖与行政“非司法”程序有关的其他领域以及民事、行政和刑事程序之间的相互关系。

基于这组主题，我们以网络链接的形式，向知识产权有关领域的利益相关方和专业人士发放调查问卷。

- 法国制造商联合会（UNIFAB）<sup>8</sup>将问卷转发给意大利协会 INDICAM<sup>9</sup>
- 中国知识产权中小企业服务台
- 法国对外贸易顾问委员会中国委员会<sup>10</sup>
- 优质品牌保护委员会（QBPC）
- 中国欧盟商会知识产权工作组的主席和副主席，和
- 个人律师

调查问卷先简单介绍程序的重要性，告知受访者可以自由选择保持匿名，并在每个调查问题前附简要说明。

基础问题涉及受访者的业务地点、受访者的业务类型（知识产权/法律服务提供者、行业、其他）以及受访者在组织中的职务（律师/法务/其他）。

- 调查问题（见附件1）按研究方法的主题顺序编排

<sup>7</sup>取决于有关地区的大小，设基层法院和中级法院。这些法院之间的管辖权的组织取决于其所在地方。在省一级，设高级法院。北京、上海、广州（以及现在的海南）知识产权法院有自己的案件管辖规则。

<sup>8</sup><https://www.unifab.com/en/les-membres/>

<sup>9</sup><https://www.indicam.it>

<sup>10</sup><https://www.cncef.org>

- 我们只收到 21 份回复（见附件 1 和 2）。虽然令人失望，但并不惊讶。事实上，调查问卷很长（45 个问题），而且技术含量相当高。只有在中国从事诉讼业务的律师才能提交意见，因为其他人并不十分清楚法院在特定程序的实操内容。

在回复的受访者中，有 9 名在中国工作；10 名在欧洲工作，1 名在美国工作。有 13 人是知识产权服务提供者；7 人是行业从业者；12 人是律师，8 人是法务，另外还有 1 人以其他身份作出回复。

7 名受访者同意公开名字，而其他 14 名则要求保持匿名。

## 分析

### 1. 授权委托书

#### 1.1. 法律背景

多年来，在中国和其他国家之间，授权委托书的“公证认证”一直是个有争议的问题。外国人认为这是他们在中国寻求司法正义的过程中被强加的一个不合理和不必要的负担，而中国[司法当局]则认为这是在涉及外国人的情况下，为避免可能出现的差错而必须采取的预防措施。这方面的讨论一直停滞不前。

困难之处不在于为中国律师出具授权委托书的义务，而是对授权委托书进行公证和认证的义务（1.1）。此外，同样的义务也适用于法律实体内，为确保授权委托书的签署者具有代表签字的法定资格所需的内部授权链（1.2）。

大流行加剧了这一困难。在许多国家，中国大使馆或领事馆的服务效率大大放缓，甚至完全关闭，给外国诉讼当事人造成严重的积压和程序问题。最高人民法院最近发布了新规，旨在为立案和委托中国律师提供便利（1.3）。

##### 1.1.1. 中国律师授权委托书的认证

###### 1.1.1.1. 需向诉讼代理人出具授权委托书

在中国，《民事诉讼法》<sup>11</sup>（简称“《民诉法》”）规定的一般原则是，人民法院的诉讼代表可以由几类人（诉讼代理人）担任，包括律师、法律服务工作者、近亲属、工作人员、社区推荐的公民等（第 58 条）<sup>12</sup>。

受托代为进行法院诉讼的人，必须提交由诉讼当事人签字或盖章的授权委托书（《民诉法》第 59 条第 1 款）<sup>13</sup>。律师也不例外。

<sup>11</sup> 《中华人民共和国民事诉讼法》 - 1991 年 4 月 9 日第七届全国人民代表大会第四次会议通过 - 2007 年 10 月 28 日第一次修正 - 2012 年 8 月 31 日第二次修正 - 2017 年 6 月 27 日第三次修正 - 翻译请访问：<http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/200/644.html>

<sup>12</sup> 《民诉法》第五十八条 当事人、法定代理人可以委托一至二人作为诉讼代理人。下列人员可以被委托为诉讼代理人：（一）律师、基层法律服务工作者；（二）当事人的近亲属或者工作人员；（三）当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民。

<sup>13</sup> 《民诉法》第五十九条第一款：委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或者盖章的授权委托书。

#### 1.1.1.2. 授权委托书需经证明—侨居国外。

《民事诉讼法》第 59 条第三款规定，侨居国外的中国公民为委托代其在中国法院出庭的代理人而签署的授权委托书，必须经中国驻其居住国的使领馆证明。<sup>14</sup>

#### 1.1.1.3. 适用于外国人的民事诉讼规则

《民事诉讼法》第四编规定了“涉外民事诉讼程序的特别规定”。对于授权委托书，第 263 条<sup>15</sup>规定外国人在人民法院起诉的，只能委托中华人民共和国的律师。

此外，根据第 264 条<sup>16</sup>，在中国没有住所的外国人向中国律师出具的授权委托书，只有经该外国人所在国公证员证明并经中国驻该国使领馆认证才具有效力。

#### 1.1.1.4. 规则延伸至行政诉讼

2002 年 7 月 24 日，最高人民法院（“最高法”）颁布了《关于行政诉讼证据若干问题的规定》<sup>17</sup>，将无住所权利人公证认证其向中国律师出具授权委托书的义务延伸到行政诉讼。

#### 1.1.1.5. 规则延伸至行政执法

2018 年，国家市场监督管理总局（“国家市场监管总局”）<sup>18</sup>颁布了《市场监督管理行政处罚程序暂行规定》<sup>19</sup>，遵循了《关于行政诉讼证据若干问题的规定》中关于强制要求域外证据公证认证的规定。

在实践中，地方市场监管局会要求出示经过认证的授权委托书。监管局这一要求值得商榷。事实上，中国实行了一个特别的司法和行政“双轨执行体系”。与民事诉讼相比，行政执法渠道的优势在于速度快、成本低。但这种制度有一个弊端——权利人不视为执行程序的“当事人”，没有查阅有关文件的法定权利，即使之后发展成为“市场监管局诉侵权人”案件，权利人这个最具切身利益关系的一方也是“缺席”的，无法享受与诉讼程序中同样的权利。因此，执法程序剥

14 《民事诉讼法》第五十九条第三款：“侨居在外的中华人民共和国公民从国外寄交或者托交的授权委托书，必须经中华人民共和国驻该国的使领馆证明；……”

15 《民事诉讼法》第二百六十三条：“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师。”

16 《民事诉讼法》第二百六十四条：在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。

17 《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第十六条 当事人向人民法院提供的在中华人民共和国领域外形成的证据，应当说明来源，经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与证据所在国订立的有关条约中规定的证明手续。

18 见附件 3 中的图表。

19 《市场监督管理行政处罚程序暂行规定》第二十四条：当事人向人民法院提供的在中华人民共和国领域外形成的证据，应当说明来源，经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与证据所在国订立的有关条约中规定的证明手续。

夺了权利人作为当事人的基本权利，却要求他们像诉讼原告一样提供经过认证的授权委托书，这与其行政性质不符。

但是，根据我们的经验，在实践中，通常向地方市场监管局提交经过公证和认证的一般代理委托书的副本即可。

### 1.1.2. 内部授权书

#### 1.1.2.1. 法定代表人

法律实体向中国律师出具的授权委托书，必须由有权代表该法律实体的法定代表人（个人或集体）签署。在认定谁是法定代表人时，要看相关法律实体的法律形式，以及其注册地国家的法律如何规定。而实践中存在的问题是，[由于]不能要求这个人或集体随时随地签署所有授权委托书，签署授权委托书的权力必须转授给内部其他管理人员，所以需要证明授权委托书链条的完整性，其中涉及的每份授权委托书都需要经过公证，并在中国使领馆办理认证手续。

#### 1.1.2.2. 公章

从中国当局角度看，如果授权委托书上有公司的公章或“印章”（例如在公司注册处备案的印章），可构成签署授权委托书的管理人员获授权代表相关实体行事的满意证据。但是，并不是每个法律体系中都存在正式的“印章”。在没有印章的情况下，每份内部授权书都需要经过公证、外交部认证和中国使领馆认证等程序。

#### 1.1.2.3. 中国法院的做法

部分人民法院理解这一规则时，作了一定的变通：只要出示外国企业向中国律师出具的全权授权委托书（经中国公证处公证的）复印件，法院即认可该授权委托书的效力。因此，认证工作只需进行一次。

其他法院认为，全权授权委托书只在一定时期内有效（例如一年），并且每年都需要进行认证程序。

在北京，[北京]知识产权法院负责处理对国家知识产权局的决定提起的诉讼，要求每个案件都要有新的经认证授权委托书。这给所有外国商标持有者带来了非常沉重的负担，因为他们面临着由于时间不够而无法维权的风险（法律规定的程序性期限很短，而认证授权委托书可能需要很长时间）。

#### 1.1.2.4. 新冠肺炎危机的影响

新冠肺炎危机已经造成严重的延误，因为一些中国领事馆暂停了所有活动，或者需要极长时间进行认证。为此，北京知识产权法院采取了临时措施，并允许

申请延期。虽然明确的指导方针尚未发布，但一些规则已经过多次尝试和验证，例如：

- 书面申请只能在截止日期前两周提交，列出可能延误的原因；
- 不可抗力的证据应与正式申请一起提供，包括例如公证/认证正在进行的证明以及相应的副本、快递的跟踪信息，证明尽管当事人已尽了最大努力来补救，但延误是外部环境造成的。
- 北京知识产权法院根据具体情况决定是否可以延期，以及延期的时间（例如，DHL 快递可延期半个月）。

因此，一些利害关系人被置于非常困难的境地，以至于甚至无法维护自身权利。

### 1.1.3. 最高法关于为跨境诉讼当事人提供网上立案服务的新规

#### 1.1.3.1. 网上立案的做法

网上立案不是一项新措施，一些人民法院早已建立自己的网上平台<sup>20</sup>。2021 年 2 月 3 日，最高人民法院发布了《关于为跨境诉讼当事人提供网上立案服务的若干规定》<sup>21</sup>。新规中使用的“统一”一词，加上“首次”一词，似乎引入一项新举措。这些词似乎表明，一旦外国诉讼当事人在这个统一平台上注册，其记录将在全国所有人民法院有效。这点仍需在实践中加以验证。

#### 1.1.3.2. 网上委托律师

对于委托代理文件，新规允许诉讼当事人通过线上视频会议委托律师，让委托代理文件的签字人、律师和法官以及翻译人员“齐聚一堂”（第 6 条）<sup>22</sup>。

#### 1.1.3.3. 仅限民事诉讼

新规规定只适用于一审民事案件。对于二审，这种限制不是问题，因为不需要向上诉法院重新提交认证文件。新规还明确规定只适用于民事案件，而不适用于行政诉讼。这令人遗憾，因为大多数与授权委托书认证有关的问题都与行政案件有关。目前，北京知识产权法院要求每一个行政案件都要有单独的授权委托书，似乎并不认可线上视频委托制度。

<sup>20</sup> 《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》——2015 年 4 月 15 日：第十四条：为方便当事人行使诉权，人民法院提供网上立案、预约立案、巡回立案等诉讼服务。

<sup>21</sup> 《最高人民法院关于为跨境诉讼当事人提供网上立案服务的若干规定》（“最高法新规”），翻译请见 <https://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=34787&lib=law>

<sup>22</sup> 最高法新规 第六条 通过身份验证的跨境诉讼当事人委托我国内地律师代理诉讼，可以向受诉法院申请线上视频见证。线上视频见证由法官在线发起，法官、跨境诉讼当事人和受委托律师三方同时视频在线。跨境诉讼当事人应当使用中华人民共和国通用语言或者配备翻译人员，法官应当确认受委托律师和其所在律师事务所以及委托行为是否确为跨境诉讼当事人真实意思表示。在法官视频见证下，跨境诉讼当事人、受委托律师签署有关委托代理文件，无需再办理公证、认证、转递等手续。线上视频见证后，受委托律师可以代为开展网上立案、网上缴费等事项。线上视频见证的过程将由系统自动保存。



## 1.2. 利益相关方的观点

身份证明文件和向中国律师出具的授权委托书的认证是一个频繁出现的问题。有 6 名受访者认为这个问题经常遇到。7 名表示只是偶尔遇到。4 名表示从未遇到，还有 3 名表示很少遇到。对于那些认为经常或偶尔遇到这个问题的人（13 名）而言，当然认为这是个严重的问题。

所有人都同意，问题是由新冠肺炎大流行引起的。认证程序推迟，一些地方领事馆关闭。一名匿位受访者提到他们花了一年多时间才完成一项认证程序。

关于在网上委托律师的新可能性，4 名受访者回答称他们很少尝试，而其余 17 人则从未尝试过。

有 18 名受访者同意这一新程序也应适用于行政程序（其中一名受访者强调，对每个行政案件要求授权委托书是最大的绊脚石），而 2 名受访者不同意。一名受访者认为，由于新的在线程序不适用于身份证明文件，也不适用于法律实体委托中国律师的内部授权书，因此影响有限。

## 1.3. 评估和建议

### 1.3.1. 评估

#### 1.3.1.1. 与欧洲做法的比较

在中国，法律明确规定了代表外国客户的中国律师须提交认证的授权委托书的要求。《民事诉讼法》第 58 条并没有区分律师和其他受托在中国法院为第三方代理的人，他们都必须提交授权委托书。这可以与欧洲国家的做法相比较。在欧洲，律师是推定获得其客户授权的，而其他不是律师的人则需要提交授权委托书。

#### 1.3.1.2 中国律师法

1996 年 5 月 15 日，全国人民代表大会常务委员会通过了《律师法》，并于 2001 年 12 月 29 日、2007 年 10 月 28 日、2012 年 10 月 26 日和 2017 年 9 月 1 日先后进行了修订。该法最近一次修订于 2018 年 1 月 1 日生效<sup>23</sup>。《律师法》规定了获得律师职业证书所需的资格（第二章），并规定了律师事务所应具备的条件（第三章）。第四章规定了律师的权利和义务，包括接受民事案件、行政案件当事人的委托，担任代理人，参加诉讼的权利（第 28 条）<sup>24</sup>。

<sup>23</sup> 《中华人民共和国律师法》，翻译请见

[http://english.www.gov.cn/archive/laws\\_regulations/2014/08/23/content\\_281474983042459.htm](http://english.www.gov.cn/archive/laws_regulations/2014/08/23/content_281474983042459.htm)

<sup>24</sup> 《律师法》第二十八条 律师可以从事下列业务：（一）接受自然人、法人或者其他组织的委托，担任法律顾问；（二）接受民事案件、行政案件当事人的委托，担任代理人，参加诉讼；



第六章（第 47 至 56 条）规定了律师如有各种禁止性行为而应承担的法律责任，例如同时在两个以上律师事务所执业的，以不正当手段承揽业务的，在同一案件中为双方当事人担任代理人的……（第 47 条）；或者无正当理由不出庭参加诉讼的，泄露商业秘密或者个人隐私的（第 48 条）；或者违反规定会见法官、检察官、仲裁员，或者以其他不正当方式影响依法办理案件的，故意提供虚假证据，扰乱法庭秩序……（第 49 条）。不法行为的完整清单较长，处罚范围从单处五千元以下的罚款，到吊销律师事务所执业证书。

### 1.3.1.3. 授权委托书和管辖律师的法律

在没有客户签署具体授权委托书的情况下，在人民法院担任客户代理人，似乎不是律师沉迷实施的多种违法行为中的一种。

## 1.3.2. 建议

### 1.3.2.1. 立法建议

可以考虑同时修改《民事诉讼法》和《律师法》。可以删除《民事诉讼法》第 264 条，即对中国律师出具的授权委托书进行认证的义务。在《律师法》中，可以增加一个条款——持有执业证书的注册律师在出庭时应被推定为已获得客户授权。律师未获客户授权出庭的，吊销律师执业证书。

### 1.3.2.2. 实践建议

这个问题的困难主要来自于必须在立案阶段提交授权委托书这一事实。在没有认证的授权委托书的情况下，不能立案、也不能受理。应该允许中国律师提出诉讼请求，并由法院受理和立案，在之后的程序中，如法院有要求的话，再提交授权委托书。

同时，对于中国法院（特别是北京知识产权法院）接受的内部授权书[须达到]的要求，应该制定明确指引。

北京知识产权法院知道，国外一些国家，没有在行政部门备案的公章，或者，不会系统使用公证员对每一次董事会会议或公司出具的授权委托书进行公证。2021 年 4 月 23 日，北京市律师协会与北京知识产权法院密切合作，发布了《北京涉外知识产权案件立案签字权证明文件律师指引》，澄清了法国、英国、德国、日本、韩国、美国（5 个州）等 16 个国家有权代表其公司签署授权委托书的人。

该指引并没有从根本上解决授权委托书问题，但对于放松授权委托书材料的准备是一个良好的开端，需要进一步补充完善。

## 2. 证据

### 2.1. 证据保全

#### 2.1.1. 法律背景

##### 2.1.1.1. 法律规定

在中国，原告承担证明被告实施了侵权行为的举证责任。知识产权权利人必须尽最大努力收集证据（《民事诉讼法》第 64 条）<sup>25</sup>。经过公证的事实具有较高的证明力，除非有相反的证据，否则法院应予承认（《公证法》第 36 条）<sup>26</sup>。因此，在收集证据时经常采用公证。

##### 2.1.1.2. 实践

在知识产权侵权案件中，收集证据的通常做法是在公证员的见证下，购买被诉产品的样品。公证员会出具一份公证书，说明被诉产品的来源，并展示交易过程中拍摄的照片。公证书附在装有被诉产品的包装上，并加盖公证处的印章，证明密封包装中的被诉产品是由被告提供，没有被修改/污染。

公证也被广泛用于保存网站上发布的信息。近年来，一些海外网站的公证已成为一个问题。由于中国的防火墙，国内无法轻易访问一些海外网站，通常需要使用 VPN。公证员不接受对通过 VPN 访问的网站进行公证。在过去的案件中，法院采信在这些网站上发布的证据，但现在情况变了。

由于上述问题，知识产权权利人必须在可以访问的国家安排对这些网站上发布的信息进行公证，极大地增加了举证责任的复杂性。

#### 2.1.2. 法院保全

##### 2.1.2.1. 民事诉讼法

如果生产商拒绝出售，有时很难购买到样品。这在专利相关案件中经常发生。法院有权调查和收集证据（《民事诉讼法》第 67 条）<sup>27</sup>。当事人因客观原因不能自行收集的证据，人民法院可以调查（《民事诉讼法》第 64 条）<sup>28</sup>。《民事诉讼法》第 81

---

**《民事诉讼法》第六十四条** 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

**《公证法》第三十六条** 经公证的民事法律行为、有法律意义的事实和文书，应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻该项公证的除外。

<sup>27</sup> **《民事诉讼法》第六十七条** 人民法院有权向有关单位和个人调查取证，有关单位和个人不得拒绝。

<sup>28</sup> **《民事诉讼法》第六十四条** 当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。

条<sup>29</sup>规定，当事人可以在诉讼过程中、甚至提起诉讼前，向人民法院申请保全证据。该条最后一句提到了涉及财产保全和初步禁令的《民事诉讼法》第九章（见下文第4节临时措施）。法院对此类申请作出裁定的时限为接受申请后四十八小时。

#### 2.1.2.1.2. 最高法司法解释

(i) 2017 年最高法司法解释在第 94 条<sup>30</sup>中规定，当事人不能自行收集的证据，可以书面申请法院调查收集。这些证据涉及商业秘密及当事人及其律师因超出其控制的原因不能自行收集的证据等。

(ii) 2020 年 11 月 9 日，最高法发布了新的《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》<sup>31</sup>，该规定于 2020 年 11 月 18 日生效。一些关于技术性知识产权客体的规定很有趣。第 12 条<sup>32</sup>规定，证据保全涉及技术方案的，可以采取制作现场勘验笔录、绘图、拍照、录音、录像、复制设计和生产图纸等保全措施。人民法院可以通知有专门知识的人到场，也可以指派技术调查官参与证据保全（第 15 条）<sup>33</sup>。第 11 条规定，法院在决定是否进行证据保全时应考虑的因素，包括权利人是否已就其主张提供初步证据，证据是否可以由权利人自行收集，证据以后难以取得的可能性，可能采取的保全措施对证据持有人的影响。<sup>34</sup>

#### 2.1.2.1.3. 实践

在专利侵权、软件著作权侵权和商业秘密等技术性知识产权侵权案件中，法院特别需要在涉嫌侵权人所在地或使用被诉产品的客户所在地进行证据保全。对于这种技术性案件，获得被诉产品本身尤其重要。通常需要对技术特征进行详

<sup>29</sup> 《民事诉讼法》第八十一条 在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以在诉讼过程中向人民法院申请保全证据，人民法院也可以主动采取保全措施。因情况紧急，在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，利害关系人可以在提起诉讼或者申请仲裁前向证据所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请保全证据。证据保全的其他程序，参照适用本法第九章保全的有关规定。

<sup>30</sup> 《《民事诉讼法》司法解释》第九十四条 民事诉讼法第六十四条第二款规定的当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据包括：（一）证据由国家有关部门保存，当事人及其诉讼代理人无权查阅调取的；（二）涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的；（三）当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的其他证据。当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，可以在举证期限届满前书面申请人民法院调查收集。

<sup>31</sup> 最高法《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》，翻译请见

<https://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=34266>

<sup>32</sup> 最高法规定第十二条 人民法院进行证据保全，应当以有效固定证据为限，尽量减少对保全标的物价值的损害和对证据持有人正常生产经营的影响。证据保全涉及技术方案的，可以采取制作现场勘验笔录、绘图、拍照、录音、录像、复制设计和生产图纸等保全措施。

<sup>33</sup> 最高法规定第十五条 人民法院进行证据保全，可以要求当事人或者诉讼代理人到场，必要时可以根据当事人的申请通知有专门知识的人到场，也可以指派技术调查官参与证据保全。证据为案外人持有的，人民法院可以对其持有的证据采取保全措施。

<sup>34</sup> 最高法规定第十一条 人民法院对于当事人或者利害关系人的证据保全申请，应当结合下列因素进行审查：

- （一）申请人是否已就其主张提供初步证据；
- （二）证据是否可以由申请人自行收集；
- （三）证据灭失或者以后难以取得的可能性及其对证明待证事实的影响；
- （四）可能采取的保全措施对证据持有人的影响。

细分析，比较受知识产权保护的产品和被诉产品的技术特征，从而确定侵权是否成立。

法院有决定是否采取证据保全的自由裁量权。权利人经常遇到的问题是说服法院采取证据保全。尽管上述《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》列出了法院在决定时要考虑的因素，但对这些因素的评估并不遵循严格的规则。

在实践中，法院往往比较保守。他们要求权利人提供初步证据，甚至进行侵权分析，以便确信构成侵权的可能性较高。他们还要求权利人解释为什么他们不能自行收集证据。因此，建议权利人尝试所有可能的途径收集能够显示产品相关技术特征的证据，例如被诉产品的图片、侵权人的材料、侵权人在贸易展上对被诉产品的演示等等。

#### 2.1.2.2. 利益相关方的观点

**A)** 8 名受访者认为与公证处打交道收集证据只是偶尔遇到困难，或很少遇到困难（6 名受访者）。只有 2 名受访者表示经常遇到问题。

而他们遇到的困难/问题各不相同：

- “微博、抖音或快手上的侵权广告，只在特定条件下才显示，几乎不可能在公证处重复出现”；
- “一些公证员因为害怕被认出是公证员而拒绝去工厂”；
- 一些公证员“不愿意在某些臭名昭著的市场，如秀水街或义乌小商品市场进行公证”；
- 有些人觉得公证员对提供支持根本不感兴趣；
- 有些人似乎抱怨，在中国收集证据非常困难，对缺乏法院支持感到遗憾，这可能是由于[法院]工作负担太重，或者由于法院认为这完全是原告的责任；
- 一名受访者表示曾遇到过，公证员被拒绝进入发生侵权行为的购物中心，或被禁止拍照和/或履行职责所需的其他行为。

**B)** 在被问到向法院申请诉前证据保全时，6 名受访者认为经常、6 名受访者认为偶尔、5 名受访者认为很少、1 名受访者认为从未，出现困难。

受访者所给出的理由比较类似：法院不愿意采取行动，因为法院想确保相关保全是必要的，以便将作出错误决定的风险降到最低，或者就是简单地拒绝，并给出一个模糊的解释，说没有达到要求。

**C)** 在被问到向法院申请诉中保全时，受访者答案略有不同：3 名受访者表示经常、8 名受访者表示偶尔、3 名受访者表示很少和 2 名受访者表示从未出现困难。

其中一些原因与诉前申请相似：作出错误决定的风险、太忙，或者法官在判令采取这种措施时相当保守。一名受访者说得更具体，并解释到，他花了 15 天时间才获得海关扣押的证据的保全（而且没有得到任何解释）。

### 2.1.2.3. 评估和建议

#### 2.1.2.3.1. 评估

诉讼的这一初始阶段至关重要。一开始收集的证据的质量可以决定有关程序的结果。这在涉及专利侵权等技术要素的案件中尤其如此。上述《民诉法》条款和司法解释规定了可以采用的基本程序手段。然而，在实践中，仍然很难获得法院的证据保全令，特别是在诉讼开始前提出申请的情况下。这种困难并没有反映在最高法公布的统计数据中。根据最高法的统计，85% 的申请获得批准<sup>35</sup>。这或许可以从“接受申请后……”的措辞中找到解释，法院应在 48 小时内作出决定，这意味着如果申请没有被“接受”，法院就不需要作出决定。我们无法知道没有受理的申请有多少。

#### 2.1.2.3.2. 建议（立法和能力建设）

尽管如此，最高法在其最近 2020 年证据规定中发布的新措施开启了可能性。因此，似乎值得建议最高法与法国的法官就下文所述的法国 “saisi contrefaçon”（查封假货）做法交流意见和经验。

在法国，法官通过 “saisie contrefaçon” 程序严格监控法警的职能，这是法国系统独有的特点。在采取法律行动之前，原告必须向法官提交一份申请，其中包含其知识产权的证明和侵权的初步证据。原告起草一份关于侵权事实的正式声明，请求法官指定一名法警。法警可以扣押样品、核查账目等。在执行扣押和核查的过程中，知识产权所有权人可以参加，并且可以由他们选择的任何专家、会计、甚至锁匠（如果必须开锁）陪同，或者，如果预计会有抵抗，由警察陪同。在执行 saisie-contrefaçon 之日后二十个工作日内，必须提起法律诉讼。

只要原告提交了其拥有知识产权的充分证据和发生了侵权行为的部分初步证据，saisie-contrefaçon 的请求必然获准。

### 2.1.3. 证据公证

#### 2.1.3.1. 法律背景

##### 2.1.3.1.1. 民事诉讼法

<sup>35</sup> [https://www.chinadaily.com.cn/dfpd/2013-03/28/content\\_16354634.htm](https://www.chinadaily.com.cn/dfpd/2013-03/28/content_16354634.htm)



《民事诉讼法》第 69 条<sup>36</sup>规定，经过法定程序公证证明的证据，应构成认定事实的根据，但有相反证据推翻的除外。《民事诉讼法》第 70 条<sup>37</sup>要求提交原件，提交原件确有困难的，可以提交复制品、照片等。

### 2.1.3.1.2. 最高法解释

(i) 2001 年 12 月，最高人民法院在《关于民事诉讼证据的若干规定》<sup>38</sup>（第 11 条）中规定，在中华人民共和国领域外形成的证据应当经公证，并经中国驻该国使领馆认证。2002 年 7 月 24 日《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》（第 16 条）<sup>39</sup>也确立了同样的原则。

(ii) 2019 年 12 月，最高法修改了《关于民事诉讼证据的若干规定》，除涉及身份关系的证据外，现在不要求证据公证（第 16 条）。<sup>40</sup>

(iii) 2020 年 11 月 9 日，新的《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》<sup>41</sup>对公证认证规则作了进一步简化。最高法确认，中华人民共和国领域外形成的证据，当事人仅以该证据未办理公证、认证等证明手续为由提出异议的，法院不予支持：（i）已为人民法院裁判或仲裁机构裁决所确认的证据；（ii）包含在能够从官方或者公开渠道获得的公开出版物、专利文献等的证据；（iii）有其他证据能够证明真实性的证据（第八条）；（iv）提出异议的当事人对证据的真实性明确认可的证据；（v）对方当事人提供证人证言对证据的真实性予以确认，且证人明确表示如作伪证愿意接受处罚的证据（第九条）。

### 2.1.3.2. 利益相关方的观点

对于在中国域外形成的证据的公证认证，以及最高法最近发布的规定，受访者被问及他们是否使用过这些新规定，亦即，他们是否根据最高法的这些规定，

<sup>36</sup> 《民事诉讼法》第六十九条 经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

<sup>37</sup> 《民事诉讼法》第七十条 书证应当提交原件。物证应当提交原物。提交原件或者原物确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。

<sup>38</sup> 最高法规定（2001 年 12 月 6 日）第 11 条 当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。

<sup>39</sup> 最高法规定（2002 年 7 月 24 日）第 16 条 当事人向人民法院提供的在中华人民共和国领域外形成的证据，应当说明来源，经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与证据所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人提供的在中华人民共和国香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区内形成的证据，应当具有按照有关规定办理的证明手续。

<sup>40</sup> 最高法规定（2019 年 12 月 15 日）第 16 条 当事人提供的公文书证系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关证明，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。中华人民共和国领域外形成的涉及身份关系的证据，应当经所在国公证机关证明并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。

<sup>41</sup> 《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》

<https://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=34266>

出示了不经过公证认证程序的“外国证据”，以及他们是否认为这将有利于举证责任。

3 名受访者回答称他们经常使用这些规定，6 名受访者表示这些规定非常有用。5 名受访者偶尔会使用这些规定，11 名受访者认为这些规定略有用处。6 名受访者表示很少使用。5 名受访者表示从未使用过。全部受访者都认为新规会产生积极影响。1 名受访者对不再需要公证认证表示赞赏，但指出一些法院仍然要求公证认证。

### 2.1.3.3. 评估和建议

与证据公证认证有关的问题，似乎已通过最高法制定的这些新规得到了解决。但这一点仍有待于在中国不同人民法院的司法实践中加以证实。

## 2.2. 技术专家的作用

### 2.2.1. 法律背景

中国的技术专家有三种类型：鉴定机构专家、法院指派的技术调查官、以及当事人另外指定的专家。

#### 2.2.1.1. 鉴定机构专家

根据《民事诉讼法》第 76 条<sup>42</sup>，对专门性问题认为需要具备资格的鉴定人进行鉴定的，当事人可以申请指定鉴定人。即使当事人没有提交申请，法院自己也可以决定指定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的（中国）鉴定机构。如果协商不成，由法院作出决定。

在 2020 年 11 月 9 日新的《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》<sup>43</sup>中，最高法规定（第 19 条），如有必要对下列待证事实作出认定，则须委托鉴定：（1）被诉侵权技术方案与专利技术方案、现有技术的对应技术特征在手段、功能、效果等方面的异同；（2）被诉侵权作品与主张权利的作品的异同；（3）当事人主张的商业秘密与所属领域已为公众所知悉的信息的异同、被诉侵权的信息与商业秘密的异同；（4）被诉侵权物与授权品种在特征、特性方面的异同，其不同是否因非遗传变异所致；（5）被诉侵权集成电路布图设计与请求保护的集成电路布图设计的异同；（6）合同涉及的技术是否存在缺陷；（7）电子数据的真实性、完整性。

<sup>42</sup> 《民事诉讼法》第七十六条 当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。当事人申请鉴定的，由双方当事人协商确定具备资格的鉴定人；协商不成的，由人民法院指定。当事人未申请鉴定，人民法院对专门性问题认为需要鉴定的，应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。

<sup>43</sup> <https://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=34266>

鉴定机构的专家是按照既定程序挑选的。省级有具备资格的鉴定机构名单，专家的背景可供公众核实。鉴定要收取一定的费用，由申请方预付。如果第一份鉴定报告存在重大缺陷，对方当事人有权审查鉴定专家的意见并重新申请鉴定。鉴定费最终由败诉方承担。

### 2.2.1.2. 法院指派的技术调查官

最高法新的《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》<sup>44</sup>明确了技术调查官的作用（第 29 条）。

相对于鉴定机构的技术专家负责利用自己的专门知识解决被提交的问题，技术调查官代表法院进行调查，帮助作出决定。

### 2.2.1.3. 当事人专家

《民事诉讼法》规定了当事人专家的作用。当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意见（《民诉法》第 79 条）。

新的《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》也规定，当事人可以申请有专门知识的人出庭，就专业问题提出意见（第 28 条）<sup>45</sup>。

### 2.2.2. 利益相关方的观点

关于这个问题，调查问卷提供的信息很少。

只有 3 名受访者在指定鉴定机构方面遇到过困难，5 名受访者表示很少遇到，7 名受访者表示从未遇到。

1 名受访者经常、2 名受访者偶尔、3 名受访者很少、6 名受访者从未提出专家挑选（7 名没有回答）。

对于法院评估专家意见的方式，受访者的回答是：经常（1 名）、偶尔（6 名）、很少（1 名）、从未（4 名）遇到困难，9 名受访者没有回答。

### 2.2.3. 评估和建议

#### 2.2.3.1. 评估

<sup>44</sup>最高法证据规定 第 29 条 人民法院指派技术调查官参与庭前会议、开庭审理的，技术调查官可以就案件所涉技术问题询问当事人、诉讼代理人、有专门知识的人、证人、鉴定人、勘验人等。

<sup>45</sup>最高法证据规定 第 28 条 当事人可以申请有专门知识的人出庭，就专业问题提出意见。经法庭准许，当事人可以对有专门知识的人进行询问。



(i) 如果涉及复杂的检测，鉴定的时间和成本都较高。鉴定人不得就是否构成专利侵权或专利是否涉及创造性提供法律意见。由于专利案件（包括专利侵权和专利无效）的数量一直显著增加，法官需要专家更灵活的协助。

从北京知识产权法院（对国家知识产权局所有专利无效案件进行一审司法审查的法院）开始，法院越来越倾向于让技术调查官参与进来，帮助他们对技术性知识产权案件进行裁决。

(ii) 技术调查官的参与是知识产权实践中的一项重大改革。技术调查官可以有效协助法官做出裁决，特别是在专利无效和专利侵权方面。但这一改革留下了许多未解决的问题：

- 技术调查官的选任标准并不清晰。很多技术调查官都有利益冲突的问题。例如，虽然专利有效性的决定是由国家知识产权局专利局复审和无效审理部作出的，但技术调查官有时也来自国家知识产权局下辖部门。技术调查官对专利有效性的意见可能会受到他们同属作出相关有效性决定的行政部门的事实的影响，因此存在利益冲突。
- 部分法院会临时通知当事人有技术调查官参与。当事人在开庭前根本没有足够时间核查技术调查官是否与案件有利益冲突。
- 当事人不允许选择技术调查官。当事人不清楚技术调查官的意见，也没有机会审查技术调查官的意见是否正确。
- 技术调查官的意见不会记录在法院的判决中，法院也不说明其如何评价技术调查官意见的理由。当事人收到判决时，他们无法知道技术调查官对合议庭的决定起了多大影响。

(iii) 在中国，当事人方面的专家（如证人），经常受到质疑，理由是认为他们的证词不可靠。这种观念所依据的逻辑是，专家是由一方选择的，可能会抱有偏见。

#### 2.2.3.2. 建议

技术调查官的工作缺乏透明度是一个非常严重的问题，需要通过司法解释加以解决。应避免利益冲突，技术调查官的结论应在审理前提交给双方当事人提出意见。

在证人证词/专家证词可采性方面，需要制定进一步的规则。

## 2.3. 保护商业秘密

### 2.3.1. 法律背景

在《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》<sup>46</sup>中，第 26 条<sup>47</sup>规定了法院为保护商业秘密和其他商业信息须采取的预防措施：签订保密协议、作出保密承诺，或责令不披露秘密信息。诉讼当事人可以向法院申请对接触案件中提交的证据的人员范围作出限制。

### 2.3.2. 利益相关方的观点

调查问卷中对行政执法程序（即市场监管局的突击行动）和民事程序（向人民法院提起的侵权诉讼）进行了区分。

关于行政执法，1 名受访者认为此类行动经常导致泄密，另一名受访者认为这种情况只是偶尔发生，8 名受访者认为泄密不常发生，4 名受访者从未经历过泄密。7 名受访者没有回答。当被问及是否有可能确定这种泄密是执法程序造成的，3 名受访者作出肯定回答，10 名受访者作出否定回答。但没有人解释为什么执法程序会导致泄密。

在民事执法方面，1 名受访者表示经常、6 名受访者表示偶尔、5 名受访者表示很少、4 名受访者表示从未遭遇泄密，还有 5 名受访者没有作答。相较行政执法程序而言，受访者对民事程序导致泄密的立场更为明确：7 名受访者认为民事程序导致了泄密，7 名认为没有导致泄密。不过，他们还是没有解释程序的哪一方面导致泄密。7 名受访者没有作答。

### 2.3.3. 评估和建议

考虑到受访者对程序和泄密之间联系的回复并不精确，很难确定程序的哪些特征可能导致泄密以及可以提出哪些建议。

## 2.4. 伪造证据

### 2.4.1. 法律背景

《民事诉讼法》规定了对提供伪造证据的当事人进行处罚。当事人伪造、毁灭重要证据；以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证；指使、贿买、胁迫他人作伪证的，法院可以予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任（第 111 条）<sup>48</sup>。

<sup>46</sup> 见脚注 46

<sup>47</sup> **最高法证据规定第二十六条** 证据涉及商业秘密或者其他需要保密的商业信息的，人民法院应当在相关诉讼参与人接触该证据前，要求其签订保密协议、作出保密承诺，或者以裁定等法律文书责令其不得出于本案诉讼之外的任何目的披露、使用、允许他人使用在诉讼程序中接触到的秘密信息。当事人申请对接触前款所称证据的人员范围作出限制，人民法院经审查认为确有必要的，应当准许。

<sup>48</sup> **《民诉法》第一百一十一条** 诉讼参与人或者其他人有下列行为之一的，人民法院可以根据情节轻重予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（一）伪造、毁灭重要证据，妨碍人民法院审理案件的；

### 2.4.2. 利益相关方的观点

2 名受访者表示经常遇到出示伪造证据的情况。5 名受访者表示偶尔遇到，5 名表示很少遇到，而 6 名表示从未遇到这种情况。

只有 4 名受访者知道法院实施了处罚，12 名不知道是否实施了处罚。

在此仅补充一点：尽管法律明确授权法院进行处罚，但实际处罚的很少。

### 2.4.3. 评估和建议

对于知识产权案件来说，一方当事人出示伪造证据的情况并不少见，但不一定都会受到处罚。实际问题是如何证明证据是伪造的。在中国，证明标准很高。通常情况下，如果法院怀疑证据的真实性，就不会采信，即使没有明确指出证据是假的。例如，为了证明损失，权利人通常会尝试记录侵权人谈论他们销售的侵权产品数量的频率，但在开庭时，被告往往辩称他们只是在吹嘘自己的销售数字。在这种情况下，法院通常在不调查被告是否说谎的情况下就决定损害赔偿的数额，因此，不会进行任何处罚。

但在有些案件中，当法院发现一方当事人提供伪造证据时，确实会对其进行处罚。例如，在北京知识产权法院 2020 年判决的一起商标撤销案（基于指控的不使用）中，一方当事人出示伪造的增值税发票证明商标有使用。通过在线核验，很容易证明这张增值税发票是伪造的。法院认为，这张伪造的增值税发票是关键证据，并处以 3 万元人民币的处罚。

## 3. 文书送达

### 3.1. 法律背景

#### 3.1.1. 送达方式

##### 3.1.1.1. 民事诉讼法

（二）以暴力、威胁、购买方法阻止证人作证或者指使、购买、胁迫他人作伪证的；

（三）隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产，或者已被清点并责令其保管的财产，转移已被冻结的财产的；

（四）对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人，进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的；

（五）以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的；

（六）拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

文件由法院送达。这种做法在《民事诉讼法》或任何其他文件中都没有规定。原因可能是，没有其他选择。与欧盟国家的法警一样，公证员也是一种选择，但在中国，他们没有送达诉讼文件的权限。《民事诉讼法》第 85 条规定，诉讼文件直接送达被告，并对公民和法人进行了区分。据悉，在文件送达方面存在困难。

《民事诉讼法》第 88 条规定立案法院可以委托其他法院代为送达，或者邮寄送达<sup>49</sup>。如果受送达人下落不明，或者无法直接或邮寄送达的，则公告送达（《民事诉讼法》第 92 条<sup>50</sup>）。

### 3.1.1.2. 最高人民法院关于依据原告起诉时提供的被告住址无法送达应如何处理问题的批复

2004 年 11 月 25 日，最高法对人民法院提出的依据民事案件的原告起诉时提供的被告住址无法送达应如何处理的问题作了回复。最高法解释说，应当要求原告补充材料。原告因客观原因不能补充或者依据原告补充的材料仍不能确定被告住址的，应当公告送达诉讼文书。最高法规定，法院不得仅以原告不能提供真实、准确的被告住址为由驳回起诉或者终结诉讼。

### 3.1.1.3. 最高法 2017 年司法解释

在司法解释中，最高法提供了关于送达方法的进一步细节。例如，[民事诉讼法]司法解释第 130 条第 1 款规定，如果在法人所在地无人签收文书，或者在场的人拒绝签收或盖章，则适用留置（将被拒收的法律文书留在住所地）送达。<sup>51</sup>

最高法规定了另一种确定文书送达的方式：法院可以通知有关当事人到法院领取文书，当事人拒绝签署送达回证，采用拍照、录像等方式记录送达过程的，则该文书即视为送达。

法院也可以在住所地以外送达，并通过任何方式记录送达过程（《民事诉讼法》司法解释第 131 条）<sup>52</sup>。

<sup>49</sup> 《民事诉讼法》第八十八条 直接送达诉讼文书有困难的，可以委托其他人民法院代为送达，或者邮寄送达。邮寄送达的，以回执上注明的收件日期为送达日期。

<sup>50</sup> 《民事诉讼法》第九十二条 受送达人下落不明，或者用本节规定的其他方式无法送达的，公告送达。自发出公告之日起，经过六十日，即视为送达。公告送达，应当在案卷中记明原因和经过。

<sup>51</sup> 《民事诉讼法》司法解释第一百三十条 向法人或者其他组织送达诉讼文书，应当由法人的法定代表人、该组织的主要负责人或者办公室、收发室、值班室等负责收件的人签收或者盖章，拒绝签收或者盖章的，适用留置送达。

<sup>52</sup> 民事诉讼法司法解释第一百三十一条 人民法院直接送达诉讼文书的，可以通知当事人到人民法院领取。当事人到达人民法院，拒绝签署送达回证的，视为送达。审判人员、书记员应当在送达回证上注明送达情况并签名。人民法院可以在当事人住所地以外向当事人直接送达诉讼文书。当事人拒绝签署送达回证的，采用拍照、录像等方式记录送达过程即视为送达。审判人员、书记员应当在送达回证上注明送达情况并签名。

关于公告送达，最高法规定，公告送达应该在法院的公告栏和受送达人住所地张贴公告，或者在报纸、信息网络等媒体上刊登公告（《民事诉讼法》司法解释第138条）<sup>53</sup>。

#### 3.1.1.4. 最高人民法院印发《关于进一步加强民事送达工作的若干意见》的通知

在《通知》的导言中，最高法承认了有效送达法律文书的重要性：“送达是民事案件审理过程中的重要程序事项，是保障人民法院依法公正审理民事案件、及时维护当事人合法权益的基础。近年来，随着我国社会经济的发展 and 人民群众司法需求的提高，送达问题已经成为制约民事审判公正与效率的瓶颈之一。”

最高法详细列举了送达文书和确认当事人地址的各项技术手段，包括《最高人民法院关于登记立案若干问题的规定》规定的处罚。

## 3.2. 利益相关方的观点

受访者回复他们找到被告送达文书面临困难的频率：经常（4名）、偶尔（8名）、很少（5名）、从未（2名）。12名受访者认为这种困难导致了程序的延误，5名受访者没有抱怨延误。

原因归结于上文所述的公告制度。

这个问题更多发生在网上卖家或小公司，他们的注册地址并没有用作营业场所。因此，一名受访者建议，如果文件交付到注册地址，应被视为成功送达。

## 3.3. 评估和建议

### 3.3.1. 评估

困难主要源于公告方式。在大多数情况下，造假者很好地保持了“消失”状态。要找到他们并送达诉讼文书非常困难<sup>54</sup>。整个送达过程可能耗时数月，具体取决于法院的勤勉程度，而在此期间，破坏性活动仍在继续。

### 3.3.2. 建议 - 立法

<sup>53</sup> 《民事诉讼法》司法解释 第一百三十八条 公告送达可以在法院的公告栏和受送达人住所地张贴公告，也可以在报纸、信息网络等媒体上刊登公告，发出公告日期以最后张贴或者刊登的日期为准。对公告送达方式有特殊要求的，应当按要求的方式进行。公告期满，即视为送达。人民法院在受送达人住所地张贴公告的，应当采取拍照、录像等方式记录张贴过程。

<sup>54</sup> 这些困难也可能是由法院的文书错误造成的……在一个案件中，法院搞错了被告的地址，邮局退回的文件表明没有联系到被告。法院之后进行了公告。案件在被告缺席的情况下继续进行并作出判决（在这个真实的例子中，判决是在开庭三年后才作出的）。直到这时，被告才出现，整个案件不得不从头开始。

可以规定：一个人（无论是公民还是法人）登记为其正式住所地的最新官方地址应是需要送达文件时，唯一要考虑的地址。可以在这个地址采取各种送达方式。如果没有人接收文书、或者拒收文书，可以留下简单的通知，告知去法院领取法律文书。但无论如何，无论当事人是否去领取法律文书，都应视为送达，案件可以继续进行的，即使被告缺席。这项建议需要对《民事诉讼法》进行相应的修改。

## 4. 临时措施

### 4.1. 法律背景

不同性质的临时措施，即财产保全和初步禁令，规定在《民事诉讼法》的同一章“保全和先予执行”中。

为清楚起见，我们会区分以下两种措施：（a）主要“保全”（或“冻结”）被告的全部或部分资产的措施，以便于（未来）执行（未来）判决，并防止被告申请破产，以及（b）主要责令被告在作出判决之前实施或不实施某些行为（例如，停止侵权活动）的措施（这种责令在下文中称为“禁令”）。

向法院申请保全或禁令措施，可以在程序进行中或甚至在程序开始前提出。

#### 4.1.1. 民事诉讼法

《民事诉讼法》第 100 条规定了在程序进行中采取的措施，第 101 条规定了在程序开始前采取的措施。

（i）《民事诉讼法》第 100 条<sup>55</sup>规定，诉讼当事人可向法院申请采取财产保全措施、或责令被告“作出一定行为或者禁止其作出一定行为”。这也适用于不立即采取措施将会使利害关系人合法权益受到难以弥补的损害的紧急情况。法院可以要求申请人提供担保。接受申请后，法院在 48 小时内作出裁定。法院也可以依职权采取措施。如果申请人在措施采取后 30 天内没有提起诉讼，保全措施就会解除。

（ii）《民事诉讼法》第 101 条<sup>56</sup>规定，在提起诉讼之前，利害关系人在同样紧急和难以弥补损害的情况下，可以申请“采取保全措施”，其中包括财产保全和作出

<sup>55</sup> 《民事诉讼法》第一百条 人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因，使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件，根据对方当事人的申请，可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。人民法院采取保全措施，可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。人民法院接受申请后，对情况紧急的，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。

<sup>56</sup> 《民事诉讼法》第一百零一条 利害关系人因情况紧急，不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在提起诉讼或者申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民



或不作出一定行为的禁令。在这种情况下，申请人必须提供担保。裁定的时间也是接受申请后 48 小时。

(iii) 保全措施可以采取查封、扣押、冻结或其他方法（《民事诉讼法》第 103 条）。如果被告提供担保，则解除保全措施（《民事诉讼法》第 104 条）。

(iv) 《民事诉讼法》第 106 条（三）规定，当“因情况紧急需要先予执行的”时，法院可裁定“先予执行”。

(v) 被告可申请对裁定采取的措施（无论是财产保全还是禁令）复议一次（《民事诉讼法》第 108 条），但该措施在复议期间仍然有效。

### 4.1.2. 最高法解释

最高法 2017 年解释在第七章“保全和先予执行”中规定了财产保全和初步禁令。

#### 4.1.2.1. 财产保全

《民事诉讼法》解释第 152 条规定，申请人须提供的担保应与请求保全财产的价值相当。《民事诉讼法》解释第 159 条规定，当被告的财产不能满足保全请求时，可以保全被告对第三方享有的债权。《民事诉讼法》解释第 163 条规定了被告的财产可能被转移给第三方，情况紧急需要采取行动予以制止的情形。

#### 4.1.2.2. 初步禁令

(i) 《民事诉讼法》解释第 170 条详细列举了《民事诉讼法》第 106 条第（三）项规定的需要“先予执行”的紧急情况<sup>57</sup>。在 2018 年发布的《最高人民法院关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》<sup>58</sup>第 6 条中，最高法进一步明确了情况紧急的含义。

- (1) 申请人的商业秘密即将被非法披露；
- (2) 申请人的发表权、隐私权等人身权利即将受到侵害；
- (3) 诉争的知识产权即将被非法处分；
- (4) 申请人的知识产权在展销会等时效性较强的场合正在或者即将受到侵害；

---

法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保，不提供担保的，裁定驳回申请。人民法院接受申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定采取保全措施的，应当立即开始执行。申请人在人民法院采取保全措施后三十日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的，人民法院应当解除保全。

<sup>57</sup> 民诉法解释第一百七十条 民事诉讼法第一百零六条第三项规定的情况紧急，包括：（一）需要立即停止侵害、排除妨碍的；（二）需要立即制止某项行为的；（三）追索恢复生产、经营急需的保险理赔费的；（四）需要立即返还社会保险金、社会救助资金的；（五）不立即返还款项，将严重影响权利人生活和生产经营的。

<sup>58</sup> 最高法关于保全措施的规定 <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?id=29654&lib=law>

(5) 时效性较强的热播节目正在或者即将受到侵害；

(6) 其他需要立即采取行为保全措施的情况。

(ii) 被告对（财产保全或禁令）裁定不服，申请复议的，人民法院应当在十日内审查。（《民事诉讼法》解释第 171 条）。

## 4.2. 利益相关方的观点

与证据保全措施的情况一样，对诉前和诉中的初步禁令申请进行了区分。

### 4.2.1. 禁令

诉前：6 名受访者表示经常遇到困难，6 名受访者表示只是偶尔遇到困难，3 名受访者认为很少遇到这类困难，2 名受访者表示从未遇到过问题。受访者评论到：“错误裁定的风险”、“禁令相当罕见，特别是对于知识产权案件”、“法院比较保守”、“态度非常消极”，甚至“基本上不可能”。

诉中：这个问题得到的答案几乎一样。提到频繁遇到困难的是 6 次，偶尔遇到困难的是 5 次，而对于 4 名受访者来说，困难并不频繁，或者从未发生过（1 名）。给出的评论也比较相似：“错误裁定禁令的风险”、“法院的态度非常消极，很难证明达到[获授]禁令的条件”、“基本上不可能”。

其中一名受访者补充的意见事实上涉及判决的执行本身：“更重要的是，除了原告在诉前成功获得财产保全并扣押被告的资产外，在案件结束后执行胜诉判决并不容易。要不就是，被告会迅速转移或隐瞒财产，甚至法官也无法发现。而判决的执行由法院其他部门管理，而不是由审理法官管理，使得执行过程比预期的更长”。

### 4.2.2. 财产保全

在这个问题上，我们没有对诉前或诉中提出的财产保全申请进行区分。受访者认为遇到困难的频率是：经常（4 名）、偶尔（10 名）、很少（4 名）。一名受访者表示从未遇到过困难，2 名受访者没有回答。

一些受访者的评论提供了各种解释：

“诉前，法官没有权力自行查找银行账户信息，所以我们只能依靠自己的方式获取这些信息，而这些信息不能保证完全准确，可能导致被告隐匿 (evade) 其资金或财产”。

“财产保全的收费比较高”。



“不同的法院，甚至不同的法官，对财产保全的态度和要求可能完全不同。我们需要对申请进行相应修改，或者提供财产线索”。

“一些法院拒绝进行财产保全，特别是在诉前，因为我们不能提供证据证明存在转移财产的风险”。

“情况已经有所改善。无需提交保证金。申请人提供担保即可以。法院有更多的权力核查被告的财务状况，这可以提升判决的执行情况”。

## 4.3.评估和建议

### 4.3.1.评估

从表面上看，中国的财产保全和初步禁令制度，无论是在诉前还是诉中，都包含了所有必要因素。然而，业内人士普遍认为，要获得这种初步措施非常困难。原因在于对法律的解释：必须证明情况紧急，如果不迅速解决，损害将难以弥补。因此，授予初步禁令的决定取决于对紧急程度或损害难以弥补性的评估。法院一般认为制止侵权行为并不那么紧急，而且在之后判决中总是可以弥补损害的。

最高法在 2013 年<sup>59</sup>称，2009 年至 2012 年期间，85%的诉前初步禁令、财产保全和证据保全申请得到了批准。这可能是真的，但这个百分比应理解为指的是法院“接受”（即登记立案）的申请。但是，如果申请没有被“接受”，就不必作出决定，这些申请也没有统计入内。因此，统计数据不能反映提交的申请和批准的申请之间的比例。据调查问卷的受访者称，这确实是一个难题。但是，我们无法得知有多少提出的申请被拒（不接受），也不知道有多少利害关系人决定不提出申请。

### 4.3.2.建议

这个问题不在于法律，也不在于对法律的解释。问题出在法律的执行上。解决这个问题需要中国和欧盟法官面对面的交流，需要与会人员分享统计数据，并接受对实际数字进行审查（提出的申请/授予决定的百分比，而不是“接受的”申请和决定）。

---

<sup>59</sup> <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-5759.html>（无对应翻译）

## 5. 审理

### 5.1. 立案——分案

#### 5.1.1. 法律背景

##### 5.1.1.1. 民事诉讼法

起诉和受理的有关规则规定在《民事诉讼法》第二编第十二章第一节中。第 119 条规定了起诉必须符合的条件，只有符合这些条件才能被法院的立案部门受理：必须有与案件有直接利害关系的原告，有明确的被告，有具体的诉讼请求和事实、理由，而且属于受诉法院管辖。

##### 5.1.1.2. 诉讼请求的分类

第 119 条中“具体的诉讼请求”的概念在第 121 条中重申：“起诉状应当记明下列事项：（三）诉讼请求和所根据的事实与理由……”这项一般原则在《民事案件案由规定》<sup>60</sup>中作了进一步的详细界定。根据《最高人民法院印发《关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》的通知》，不同的诉讼请求不能合并案。例如，商标和著作权，或商标和外观设计专利，不能并入一个案件，即使原告有理由起诉被告同时侵犯了商标和著作权或外观设计专利。在这种情况下，需要向法院提交两个独立案件。另一方面，商标案件可以与不正当竞争案件合并。

#### 5.1.2. 利益相关方的观点

对于一个案件有多个诉讼请求（例如商标+著作权），需要分别起诉这个问题出现的频率，受访者回复如下：经常（2 名）、偶尔（9 名）、很少（6 名）、从未（2 名）。

看来，受访者提供的上述百分比与其自身实践相符，即他们是经常或是偶尔需要根据不同的法律依据提起诉讼。答案是明确的，而且对每个人都一样：一些法律依据永远不能在同一个案件中一并提交。

但受访者的评论也从侧面反映出，一些法院确实要求，涉及几个商标，就应该有几个案件。这种情况也发生在专利侵权案件中，法院会根据涉及的型号（model）来拆分案件。

<sup>60</sup> 最高法关于民事案件案由规定 见 <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=8607&CGid=>

### 5.1.3. 评估和建议

#### 5.1.3.1. 司法组织

这些问题与人民法院的组织有直接关系。所涉知识产权的性质不同，法院的级别和管辖权也不同。

#### 5.1.3.2. 能力建设

但其他的不便则是由一些法院作出的裁决造成的，例如根据所涉及的著作权数量，人为拆分案件。

## 5.2. 提交文件的截止日期短

### 5.2.1. 法律背景

有时，专利复审委员会要求在严格时限内提出非常复杂的技术性论证[证据]，这可能会使有关当事人陷入困境。这些只是行政程序，不在本次研究范围内。

然而，在民事诉讼中，法院确实规定了时间限制，不过获得延迟也较为容易。

### 5.2.2. 利益相关方的观点

关于提交文件截止期限的问题，受访者回答如下：3 名经常遇到困难，7 名承认只是偶尔遇到，8 名认为很少遇到，1 名从未遇到。

这些评论基本上印证了本次研究中进一步讨论的内容：大家都认为大多数法院对诉前或诉中提交证据持开放态度。基本上，提交证据的时间并不严格。然而，这一规则对原告说较为严格，但对被告来说却非常灵活。

### 5.2.3. 评估和建议

如上文第 5.2.1 段所示，这个“截止日期短”的问题并不涉及司法程序，而是涉及专利复审委员会的程序，所以这里不做讨论。

## 5.3. 涉外案件的处理无时间限制

### 5.3.1. 法律背景

《民事诉讼法》第 149 条<sup>61</sup>规定，人民法院必须在立案后 6 个月内作出一审判决（经法院院长批准后可以延长）。在《民事诉讼法》的司法解释中，最高法详细说明了

---

<sup>61</sup> 《民事诉讼法》第一百四十九条 人民法院适用普通程序审理的案件，应当在立案之日起六个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准，可以延长六个月；还需要延长的，报请上级人民法院批准。

《民事诉讼法》第 149 条规定的六个月的计算方法（《民事诉讼法》司法解释第 243 条）<sup>62</sup>。对于二审判决的案件，[《民事诉讼法》]第 176 条<sup>63</sup>规定，审结的时限为三个月。

因此，6 个月的规定不是一个严格的限制，不包括审查法院的管辖权等程序性问题的时间。

根据[《民事诉讼法》]第 270 条<sup>64</sup>，上述时间限制不适用于涉外案件。

### 5.3.2. 利益相关方的观点

（外国）利益相关方注意到，获得判决需要很长的时间：6 名受访者认为这种情况经常发生，8 名表示只是偶尔发生，4 名表示很少发生，1 名表示从未发生，2 名受访者没有回答。

[受访者给出的]评论也同意：“没有时间限制”、“无法预测时间”、“等待一审判决的时间超过 18 个月”……还有一名受访者列举了一个 6 年后才做出判决的案件。

### 5.3.3. 评估和建议

#### 5.3.3.1. 评估

结案时间限制的原则给法官带来了压力，这是一个有趣的讨论话题，因为优缺点兼具。但在本次研究中不作讨论。

尽管如此，这也是一个可能对涉外案件处理产生影响的原则。毋庸置疑，为遵守 6 个月的期限，法官确实不得不优先处理国内案件，而涉外案件有时可能要等上几年。具体而言，问题不在于处理一个案件从受理之日到开庭之日所需的时间（这可能取决于案件的复杂程度），而在于开庭和下达判决之间的时间。审理和判决之间可能相隔数年。

#### 5.3.3.2. 建议

对于这个问题，我们几乎不可能提出解决建议，无论是立法、监管、解释还是其他方面。毕竟，国外的制度不一定会给法院规定一个期限。以下关于审判组织的部分，可能会对法院发布判决所需的时间产生影响。因此，建议应着重于以下主题。

<sup>62</sup> 《民事诉讼法》司法解释第二百四十三条 民事诉讼法第一百四十九条规定的审限，是指从立案之日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间，但公告期间、鉴定期间、双方当事人和解期间、审理当事人提出的管辖异议以及处理人民法院之间的管辖争议期间不应计算在内。

<sup>63</sup> 《民事诉讼法》第一百七十六条 人民法院审理对判决的上诉案件，应当在第二审立案之日起三个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准。

<sup>64</sup> 《民事诉讼法》第二百七十条 人民法院审理涉外民事案件的期间，不受本法第一百四十九条、第一百七十六条规定的限制。

## 5.4.组织审判和审理

### 5.4.1.法律背景

#### 5.4.1.1.初审

##### 5.4.1.1.1.送达传票和答辩状

《民事诉讼法》第十二章第二节描述了在审理前应采取的程序性步骤。法院应在受理案件（立案）之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告“应当在收到之日起十五日内提出答辩状”。

对于在中国领域内没有住所的被告，提交答辩状的时间为三十日（《民事诉讼法》第 268 条）。此后，法院在收到答辩状之日起五日内将答辩状副本发送原告（《民事诉讼法》第 125 条）。

第 125 条末尾增加了“被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理”<sup>65</sup>，也就是说，被告没有在开庭前提出任何书面答辩的义务。

##### 5.4.1.1.2.对管辖权的异议

根据《民事诉讼法》第 127 条，被告可以“在提交答辩状期间”对法院的管辖权提出异议。如果被告未在其答辩时提出管辖异议，则被视为承认受诉法院有管辖权（除非违反级别管辖和专属管辖规定）<sup>66</sup>。

因此，上述规定意味着，由于被告无义务提交书面答辩状，对管辖权的异议可以在审理时以口头方式提出。

##### 5.4.1.1.3.提交证据

###### 5.4.1.1.3.1.《民事诉讼法》

《民事诉讼法》第六章“证据”涉及证据在法庭上的可采性，以及诉讼当事人如何提交证据。原则上，当事人“对自己提出的主张应当及时提供证据”。法院规定了提交的截止期，但有可能延长，此外，如果当事人说明逾期的理由，在截止期

<sup>65</sup> 《民事诉讼法》第一百二十五条 人民法院应当在立案之日起五日内将起诉状副本发送被告，被告应当在收到之日起十五日内提出答辩状。答辩状应当记明被告的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位、住所、联系方式；法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务、联系方式。人民法院应当在收到答辩状之日起五日内将答辩状副本发送原告。被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

<sup>66</sup> 《民事诉讼法》第一百二十七条 人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。当事人未提出管辖异议，并应诉答辩的，视为受诉人民法院有管辖权，但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。

后提交的证据也可能被接受（《民事诉讼法》第 65 条）<sup>67</sup>。法院对每份证据出具详细的收据（第 66 条），辨别每份证据的真伪，审查确定每份证据的效力（第 67 条）。证据在法庭上出示，并进行互相质证（第 68 条）。《民事诉讼法》第 133 条不错，为法院在开庭审理期间组织证据交换提供了可能性<sup>68</sup>。

#### 5.4.1.1.3.2. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（2020 年修正）

最高法非常详细地规定了如何提交证据，例如时间限制（《民事诉讼法》司法解释第 99 条）、延长期限（《民事诉讼法》司法解释第 100 条）、以及逾期证据提交（《民事诉讼法》司法解释第 101 和 102 条<sup>69</sup>）。

《民事诉讼法》司法解释第 103 条第一款<sup>70</sup>规定，证据应在法庭上出示，并由当事人互相质证，未经当事人质证的证据不得作为认定案件事实的根据。当事人质证的对象是证据的真实性、合法性以及有待证事实的关联性，以及证据的证明力（《民事诉讼法》司法解释第 104 条）<sup>71</sup>。

如上文民事诉讼法第 133 条末尾所述，法院可组织在开庭审理时交换证据，但这不视为正式审理（下文将作说明）。如最高法 2017 年司法解释（《民事诉讼法》司法解释第 224 条）<sup>72</sup>所述，这些活动被视为“庭前会议”。

最高法详细描述了在庭前会议期间所做的工作（《民事诉讼法》司法解释第 225 条）<sup>73</sup>，这远远超出了简单地组织证据交换的范围：法院利用这些会议明确诉讼请

<sup>67</sup> 《民事诉讼法》第六十五条 当事人对自己提出的主张应当及时提供证据。人民法院根据当事人的主张和案件审理情况，确定当事人应当提供的证据及其期限。当事人在该期限内提供证据确有困难的，可以向人民法院申请延长期限，人民法院根据当事人的申请适当延长。当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由；拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据不同情形可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款。

<sup>68</sup> 《民事诉讼法》第一百三十三条 人民法院对受理的案件，分别情形，予以处理：...（四）需要开庭审理的，通过要求当事人交换证据等方式，明确争议焦点。

<sup>69</sup> 《民事诉讼法》司法解释 第一百零一条 当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由，必要时可以要求其提供相应的证据。当事人因客观原因逾期提供证据，或者对方当事人对逾期提供证据未提出异议的，视为未逾期。

《民事诉讼法》司法解释 第一百零二条 当事人因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院不予采纳。但该证据与案件基本事实有关的，人民法院应当采纳，并依照民事诉讼法第六十五条、第一百一十五条第一款的规定予以训诫、罚款。当事人非因故意或者重大过失逾期提供的证据，人民法院应当采纳，并对当事人予以训诫。当事人一方要求另一方赔偿因逾期提供证据致使其增加的交通、住宿、就餐、误工、证人出庭作证等必要费用的，人民法院可予支持。

<sup>70</sup> 《民事诉讼法》司法解释 第一百零三条 证据应当在法庭上出示，由当事人互相质证。未经当事人质证的证据，不得作为认定案件事实的根据。

<sup>71</sup> 《民事诉讼法》司法解释 第一百零四条 人民法院应当组织当事人围绕证据的真实性、合法性以及有待证事实的关联性进行质证，并针对证据有无证明力和证明力大小进行说明和辩论。

<sup>72</sup> 《民事诉讼法》司法解释 第二百二十四条 依照民事诉讼法第一百三十三条第四项规定，人民法院可以在答辩期届满后，通过组织证据交换、召集庭前会议等方式，作好审理前的准备。

<sup>73</sup> 《民事诉讼法》司法解释 第二百二十五条 根据案件具体情况，庭前会议可以包括下列内容：（一）明确原告的诉讼请求和被告的答辩意见；（二）审查处理当事人增加、变更诉讼请求的申请和提出的反诉，以及

求和答辩意见、审查是否有其他当事人需要加入、必要时委托专家、要求当事人提供证据、决定证据保全、归纳争议焦点，甚至寻求是否可以调解等。

然而，尽管庭前会议是在法庭上交换和审查证据，但一方当事人仍有可能在正式审理期间提出新的证据，在这种情况下，根据《民事诉讼法》司法解释第 231 条，法院可以不予采纳该证据，或者采纳该证据但予以训诫、罚款（见脚注 19 中的《民事诉讼法》第 65 条）。

#### 5.4.1.1.4. 审理

##### 5.4.1.1.4.1. 通知

法院在开庭三日前通知当事人和其他诉讼参与人（《民事诉讼法》第 136 条）<sup>74</sup>。在实践中，给当事人及其律师留出的时间会更长，一般至少有一周时间。

审理由两部分组成：“法庭调查”和“法庭辩论”。这两部分可以在同一天连续进行，也可以安排在不同的日期进行（《民事诉讼法》司法解释第 230 条）<sup>75</sup>。

##### 5.4.1.1.4.2. 法庭调查

法庭调查按照下列顺序进行：（1）当事人开庭陈述，（2）出示证据，（3）宣读鉴定意见，（5）宣读勘验笔录（《民事诉讼法》第 138 条）<sup>76</sup>。

当事人在法庭上可以提出新的证据（《民事诉讼法》第 139 条）<sup>77</sup>。

原告可以增加诉讼请求，被告可以提出反诉，第三方可以提出与本案有关的诉讼请求。

法院可合并审理所有请求（《民事诉讼法》第 140 条）<sup>78</sup>。

##### 5.4.1.1.4.3. 法庭辩论

---

第三人提出的与本案有关的诉讼请求；（三）根据当事人的申请决定调查收集证据，委托鉴定，要求当事人提供证据，进行勘验，进行证据保全；（四）组织交换证据；（五）归纳争议焦点；（六）进行调解。

<sup>74</sup> 《民事诉讼法》第一百三十六条 人民法院审理民事案件，应当在开庭三日前通知当事人和其他诉讼参与人。公开审理的，应当公告当事人姓名、案由和开庭的时间、地点。

<sup>75</sup> 《民事诉讼法》司法解释第二百三十条 人民法院根据案件具体情况并征得当事人同意，可以将法庭调查和法庭辩论合并进行。

<sup>76</sup> 《民事诉讼法》第一百三十八条 法庭调查按照下列顺序进行：（一）当事人陈述；（二）告知证人的权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言；（三）出示书证、物证、视听资料和电子数据；（四）宣读鉴定意见；（五）宣读勘验笔录。

<sup>77</sup> 《民事诉讼法》第一百三十九条 当事人在法庭上可以提出新的证据。当事人经法庭许可，可以向证人、鉴定人、勘验人发问。当事人要求重新进行调查、鉴定或者勘验的，是否准许，由人民法院决定。

<sup>78</sup> 《民事诉讼法》第一百四十条 原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理。



法庭辩论按照下列顺序进行：（1）原告发言，（2）被告答辩，（3）第三人发言或答辩（如有），（4）辩论。

各当事人可在辩论期间提出新的诉讼请求和新的反诉（《民事诉讼法》司法解释第232条）<sup>79</sup>。

辩论终结后，审判长征询各方当事人最后意见（《民事诉讼法》第141条）<sup>80</sup>。实践中，法庭通常会要求各方当事人在其设定的期限内提交书面的最后意见。

这些书面意见不会发送给对方当事人。

#### 5.4.1.1.4.4.延期开庭

如有以下情形，可以延期开庭：（1）一方当事人有正当理由没有到庭<sup>81</sup>，（2）一方当事人提出回避申请，（3）需要调取新证据或补充调查，或（4）其他情形（《民事诉讼法》第146条）<sup>82</sup>。

#### 5.4.1.1.4.5.审理笔录

所有活动、宣读、陈述和辩论均由法庭书记员记入笔录，并由法官和书记员签名。告知当事人他们可以当庭或在五日内查阅法庭笔录。当事人可要求对遗漏或差错进行补正。当事人签名的笔录（可拒绝签名）放入案卷（《民事诉讼法》第147条）<sup>83</sup>。

#### 5.4.1.1.4.6.判决和裁定

判决和裁定是法院对不同主题作出的决定。判决针对的是案件的实体部分，内容包括：（1）案由、诉讼请求、争议的事实和理由；（2）法院认定的事实和理由、适用的法律和理由；（3）判决结果；（4）上诉期间（《民事诉讼法》第152条）。裁定适用于不予受理诉讼、管辖权问题、证据或财产保全、先予执行措施等程序问题（《民事诉讼法》第154条）。

<sup>79</sup> 《民事诉讼法》司法解释 第二百三十二条 在案件受理后，法庭辩论结束前，原告增加诉讼请求，被告提出反诉，第三人提出与本案有关的诉讼请求，可以合并审理的，人民法院应当合并审理。

<sup>80</sup> 《民事诉讼法》第一百四十一条 法庭辩论按照下列顺序进行：（一）原告及其诉讼代理人发言；（二）被告及其诉讼代理人答辩；（三）第三人及其诉讼代理人发言或者答辩；（四）互相辩论。法庭辩论终结，由审判长按照原告、被告、第三人的先后顺序征询各方最后意见。

<sup>81</sup> 对于正当理由，没有法律、监管或解释性清单。

<sup>82</sup> 《民事诉讼法》第一百四十六条 有下列情形之一的，可以延期开庭审理：（一）必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭的；（二）当事人临时提出回避申请的；（三）需要通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或者需要补充调查的；（四）其他应当延期的情形。

<sup>83</sup> 《民事诉讼法》第一百四十七条 书记员应当将法庭审理的全部活动记入笔录，由审判人员和书记员签名。法庭笔录应当当庭宣读，也可以告知当事人和其他诉讼参与人当庭或者在五日内阅读。当事人和其他诉讼参与人认为对自己的陈述记录有遗漏或者差错的，有权申请补正。如果不予补正，应当将申请记录在案。法庭笔录由当事人和其他诉讼参与人签名或者盖章。拒绝签名盖章的，记明情况附卷。



### 5.4.1.2. 二审

#### 5.4.1.2.1. 上诉时间

判决书的上诉时间为送达之日起 15 日。裁定书的上诉时间为 10 日。在中国没有住所的被告可以在判决书送达之日起 30 日内提起上诉（《民事诉讼法》第 269 条）。

#### 5.4.1.2.2. 审理

规则基本上与一审相同，但二审法院可以决定在不开庭审理的情况下作出决定（《民事诉讼法》第 169 条）<sup>84</sup>。

#### 5.4.1.3. 民事和行政程序

2014 年修订的 1989 年《行政诉讼法》<sup>85</sup>适用的原则与《民事诉讼法》适用的原则基本相同。《行政诉讼法》第 101 条规定，本法没有规定的，适用《民事诉讼法》的相关规定<sup>86</sup>。

### 5.4.2. 利益相关方的观点

#### 5.4.2.1. 问题

[调查问卷的]问题是：对于诉讼当事人在开庭审理前交换证据和书面理由，以及法院应仅根据这些交换的理由和证据作出裁决的程序制度可以（a）提高辩论质量，（b）促进律师工作，（c）缩短审理时间，（d）缩短起草判决书时间，您是否认同？如果认同，程度多高？。

#### 5.4.2.2. 回复

（a）关于辩论质量，在受访者中，7 名强烈认同，10 名认同；2 名保持中立，1 名不认同，1 名没有作答。

（b）关于促进律师工作，在受访者中，11 名强烈认同，6 名认同，3 名保持中立，无人不认同，1 名没有作答。

（c）关于缩短审理时间，在受访者中，8 名强烈认同，9 名认同，1 名保持中立，2 名不认同，1 名没有作答。

<sup>84</sup> 《民事诉讼法》第一百六十九条 第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。经过阅卷、调查和询问当事人，对没有提出新的事实、证据或者理由，合议庭认为不需要开庭审理的，可以不开庭审理。

<sup>85</sup> 《行政诉讼法》— 翻译见 <http://www.china.org.cn/english/government/207336.htm>

<sup>86</sup> 《行政诉讼法》第一百零一条 人民法院审理行政案件，关于期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行等，以及人民检察院对行政案件受理、审理、裁判、执行的监督，本法没有规定的，适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。

(d) 关于缩短起草判决书时间，在受访者中，5 名强烈认同，7 名认同，6 名保持中立，2 名不认同，1 名没有作答。

结论：在 21 名受访者中有 17 名强烈认同或认同中国的诉讼制度有改进空间。

#### 5.4.2.3. 法国法官的意见

Nathalie Sabotier 法官是巴黎司法法院 (*Tribunal Judiciaire*) 第三庭第一分庭庭长，该庭对所有专利事宜和共同体知识产权（商标和外观设计）拥有专属管辖权，并与法国其他九家法院，共同对知识产权和著作权拥有管辖权。

在 2021 年 6 月 16 日致法国驻华大使馆法国法官的一封电子邮件<sup>87</sup>中，她描述了法国的“Mise en Etat（审前准备）”制度，其中包括[调查问卷]向利益相关方提出的问题中涉及的基本特征（诉讼当事人在开庭审理前交换证据和书面理由）。这项制度表明，根据案件的复杂程度，简单案件审理可能只需要几分钟，而复杂案件审理时间可能会持续几天。从开庭审理到发布判决（在庭上宣布）之间的时间为一至三个月。

尽管如此，法国和中国的情况几乎没有可比性。巴黎法院每年平均有 1,200 起案件（8 名专业法官），而北京知识产权法院每年约有 24,000 起案件<sup>88</sup>（59 名法官）。<sup>89</sup>

### 5.4.3. 评估和建议

#### 5.4.3.2. 中国司法程序的主要特点

##### 5.4.3.2.1. 当事人之间无直接沟通

一方当事人的每一条信息，无论是口头的还是书面的——无论是涉及法律理据还是证据——都通过法庭或在法庭上传达给另一方当事人。这并不意味着禁止诉讼当事人之间的直接沟通。这只意味着法律没有规定直接沟通。

##### 5.4.3.2.2. 无书面答辩义务

除了提交法院受理案件并由法院发送给被告的起诉状外，没有以书面形式证明任何论点的义务。《民事诉讼法》第 125 条甚至规定，被告不提出答辩状的，不影响人民法院审理。

##### 5.4.3.2.3. 无严格的举证时限

<sup>87</sup> 电子邮件文本（法语）附后作为本报告附件。如有需要，可提供翻译。

<sup>88</sup> 2019 年，23,682 起案件——具体请见 <http://bjgy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2020/04/id/5134396.shtml>

<sup>89</sup> 具体请见 <http://bjzcfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2019/06/id/4095091.shtml>

提供证据的时间限制比较灵活，灵活到有时也可以在法庭辩论期间、在程序快结束前，才提供新证据。

#### 5.4.3.2.4. 仅在法庭上交换证据

证据总是提交给法庭，并在法庭上进行审查/质证。这意味着，尽管一方当事人在法院规定的时间内履行了举证义务，但直到法院召集双方当事人参加庭前会议或开庭审查证据时，另一方当事人才知道[对方]出示了什么证据。因此，另一方[诉讼代理人]根本没有时间研究这些证据，如需提出意见的，还要先与客户进行内部商议。

不过，在实践中，法院通常会主动将一方提交的证据移交另一方。

#### 5.4.3.2.5. 证据和“参考资料”

证据在法庭上提交和审查。但是，仅被视为“参考资料”的其他文件可以发送给法院（通常与审理后发送给法院的最后书面意见一并发送），而不发送给另一方。

法院不得以这种“参考资料”为依据作出裁决，但这些参考资料可能会对裁决产生影响。

#### 5.4.3.2.6. 在法庭辩论终结前变更诉讼请求和理由的可能性

如[一方]在最后一刻提出新的诉讼请求和理由，另一方并没有时间商议和准备答复。他们必须当场作出反应。

#### 5.4.3.3. 与欧洲国家的比较

2009 年进行的一项比较研究（2010 年更新）<sup>90</sup>显示，法国和德国的民事诉讼程序与中国的民事诉讼程序之间存在重大差异。

##### 5.4.3.3.1. 当事人对诉讼的控制

在法国和德国，原被告根据自己的需要和目标，组织和开展自身证据和辩论（case），不受法院的干涉。当然，在程序过程中法院必须作出某些决定，特别是当双方当事人无法达成一致时。但双方达成一致的，法院不会强加其决定。产生分歧的最常见原因是程序的进展（快或慢），以及当事人如何在合理的时间内履行提供证据和提出论据的义务。在这两个国家，法院负责推动双方当事人适时采取行动（在德国，这是一项具体的法律要求）。

##### 5.4.3.3.2. 对抗原则

<sup>90</sup> <https://ipkey.eu/sites/default/files/legacy-ipkey-docs/7--doccentre-civil-cc3-aw4-002-comparative-study-on-civil-procedures-of-france--germany-and-china-en.pdf>

根据这一原则，证据由一方直接传递给另一方，这在法国和德国是一项非常严格的规则。

#### 5.4.3.3.3. 书面程序

无论程序是口头的还是书面的，都被认为是一个基本特征。

如为书面程序，法官只能根据事先以书面形式提交并传达给其他诉讼当事人的论证作出决定。当然，书面程序可以包括口头审理——当事人或其律师口头陈述书面诉讼文件中提出的论点。最重要的要素是整套文件（诉讼文件和证据）。

如为口头程序，被告可以出庭并口头陈述其答辩，而原告不知道他们将要说什么。因此，最重要的要素是开庭时所说的话和主张。在法国，法律明确规定了口头制度（适用于特定级别的案件）。在德国，法律没有规定，但在实践中适用。

#### 5.4.3.3.4. 审前关闭

审前关闭原则是指所有沟通，无论是书面论点还是证据，都必须在审理前最终敲定。从关闭到开庭审理日之间的时间可能因实际情况而异，但原则是，在开庭审理时，不能提交或出示新的法律依据和新的证据。

#### 5.4.3.4. 评估

中国的程序制度与欧洲的程序制度之间的差异对律师执业和法官做法产生了直接影响。

##### 5.4.3.4.1. 对律师执业的影响

###### 5.4.3.4.1.1. 规划

法院可以提前三日召集当事人。时间有时更长，例如一周。但准备开庭审理需要作大量工作，一周可能太短了。在欧洲，法官和律师定期会面以监控程序的进展，这样的制度灵活性更大。他们可以提前确定提交证据、提交书面诉讼文件和开庭审理的日期。

###### 5.4.3.4.1.2. 拖延和不公平战术

(i) 中国制度的灵活性允许采取“拖延/不公平”战术。在庭审之前，一方当事人可以提出新论点、提交新证据、变更其诉讼请求，从而剥夺另一方诉讼参与人与其当事人商议和准备答复的机会。当这种情况发生时，另一方可能不得不在申请案件延期或同意在不利的情况下参加开庭之间做出选择（有时，另一方当事人别无选择）。

(ii) 对抗制旨在尽可能防止不公平程序战术的使用。证据不是提交给法庭，而是提交给另一方的律师。提交后会通知法庭。双方当事人的书面论据会发送给另一方的律师和法庭。法庭的作用是确保这些交流保持透明，并且每一方都有足够的时间审查另一方的证据和论点。

(iii) 书面程序制度以及审前程序关闭，保证在开庭审理时不会出现任何意想不到的事物，无论是新证据还是新论点或诉讼请求。开庭审理只是为了帮助法官理解案件、澄清观点和对某些问题展开辩论。

#### 5.4.3.4.2. 对法官做法的影响

##### 5.4.3.4.2.1. 审理准备所需时间更少

整个证据审查和质证阶段由律师在其办公室进行。法院不需要参与。律师可以从容地审查每一项证据和/或质疑其真实性，对证据的相关性发表意见等。所有这些意见都以书面形式提交给法院适时审查。

##### 5.4.3.4.2.2. 审理时间更短

(i) 在对抗式书面程序制度中，案件审理平均需要 30 分钟到 2 小时，这取决于诉讼当事人的数量和案件的复杂性。因此，一天内可以轻松审理数起案件。

(ii) 在中国的制度中，在法庭上对每一项证据进行口头审查和质证，提出论据和反驳（通常是第一次），且如果书记员对法庭上所说的一切所做的记录是法院为确立判决而将查看和审查的主要文件，显然需要更多的时间（一天到几天）。

##### 5.4.3.4.2.3. 更好地了解案件

律师们充分审查和分析案件的事实和法律要点，并利用所有必要时间起草全面的诉讼文件的这一事实，保证了不会“即兴”和“当场”提出任何论据。

##### 5.4.3.4.2.4. 法院审议和起草判决书所需时间减少

这是一个合乎逻辑的推论。如果法院审查的是由专业人士为每一方当事人撰写的全部诉讼请求和论据，而不是数小时法庭辩论的笔录的话，将大大有助于裁决和文书起草。

#### 5.4.3.4. 建议-立法-解释和能力建设

最高法可以考虑逐步引入对抗制的某些特征。可以先将知识产权案件作为试点，而无需修改《民诉法》。安排中国和欧洲的法官作深入交流，向中国法院解释

改变现有制度的好处。中国机构的一大特点就是他们的务实和勇于尝试新方法的精神。

## 5.5.简单和复杂案件的分类

### 5.5.1.法律背景

简易程序的概念在《民事诉讼法》中规定（第 157 条）<sup>91</sup>

简单的民事案件由一名法官独任审理，审理所适用规则简化（《民诉法第 160 条）<sup>92</sup>。

[中国]对将案件分为简单案件和复杂案件作了大量努力。有关文献很多：

- 《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民法院在部分地区开展民事诉讼程序繁简分流改革试点工作的决定》（2019 年 12 月 29 日）<sup>93</sup>
- 《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》（2016 年 9 月 12 日）<sup>94</sup>
- 最高人民法院关于印发《最高人民法院关于民商事案件繁简分流和调解速裁操作规程（试行）》的通知<sup>95</sup>（2017 年 5 月 8 日）
- 最高人民法院关于印发《民事诉讼程序繁简分流改革试点问答口径（一）》的通知<sup>96</sup>（2020 年 4 月 15 日）

### 5.5.2. 利益相关方的观点

12 名受访者经历过采用简易程序的诉讼。他们都不认为这一程序非常有效，但有 10 名认为有效，有 5 名保持中立。

有人提到，地理标志案件通常被归为复杂类案件。

### 5.5.3.评估和建议

<sup>91</sup> 《民诉法》第一百五十七条 基层人民法院和它派出的法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单的民事案件，适用本章规定。基层人民法院和它派出的法庭审理前款规定以外的民事案件，当事人双方也可以约定适用简易程序。

<sup>92</sup> 《民诉法》第一百六十条 简单的民事案件由审判员一人独任审理，并不受本法第一百三十六条、第一百三十八条、第一百四十一条规定的限制。

<sup>93</sup> 翻译请见

<https://www.bjcourt.gov.cn/ssfw/yshjch/zgzhgk161.htm;jsessionid=CA1FE5A5FCC4BD760A40C4BEA229028D>

<sup>94</sup> 翻译请见

<https://www.bjcourt.gov.cn/ssfw/yshjen/zgzhgk26.htm;jsessionid=CA1FE5A5FCC4BD760A40C4BEA229028D>

<sup>95</sup> 无英文翻译

<sup>96</sup> 无英文翻译



根据案件类型进行分类的明显问题是，很难适应案件的实际情况。

例如，驳回商标申请通常被归类为简单案件，由北京知识产权法院按照简易程序处理。然而，对于非传统商标的注册，案情极为复杂，应当按复杂案件处理，以便申请人有更多的时间提出证明其使用的证据和法律依据。

因此，建议将与非传统商标有关的所有程序视作复杂案件。

## 5.6. 难以获得程序中止

### 5.6.1. 法律背景

#### 5.6.1.1. 民事诉讼法

《民诉法》第 150 条规定，有下列情形之一的，中止诉讼：……（五）本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的。<sup>97</sup>。

#### 5.6.1.2. 商标（行政程序）

《商标法》<sup>98</sup>、《商标法实施条例》<sup>99</sup>和商标评审委员会（“TRAB”，现称中国国家知识产权局商标局评审部门，“TRAD”）<sup>100</sup>的《商标评审规则》<sup>101</sup>载有关于中止/暂缓商标注册或无效宣告程序的规定。

（i）《商标法》第 35 条适用于对商标局（现称商标审查部门）初步批准并公布的商标申请提出异议的情况。如果异议被驳回，商标将立即注册，异议人可向商标局评审部门请求宣告无效。但是，如果异议裁定有利于异议人，从而拒绝商标注册，商标申请人可以向商标局评审部门申请复审。

经常发生的情况是，商标申请人如申请遭到在先权利（例如，在先注册商标）持有人的异议，为了消除其自身注册的障碍，会对该在先权利的效力提起诉讼。

<sup>97</sup> 《民诉法》第一百五十条 有下列情形之一的，中止诉讼：（一）一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼的；（二）一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人的；（三）作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的；（四）一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼的；（五）本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；（六）其他应当中止诉讼的情形。中止诉讼的原因消除后，恢复诉讼。

<sup>98</sup> 翻译请见 [https://ipkey.eu/sites/default/files/ipkey-docs/2020/IPKey-China\\_may2020\\_China-Trademark-Law\\_%E4%B8%AD%E5%8D%8E%E4%BA%BA%E6%B0%91%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9B%BD%E5%95%86%E6%A0%87%E6%B3%95\\_Bilingual.pdf](https://ipkey.eu/sites/default/files/ipkey-docs/2020/IPKey-China_may2020_China-Trademark-Law_%E4%B8%AD%E5%8D%8E%E4%BA%BA%E6%B0%91%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9B%BD%E5%95%86%E6%A0%87%E6%B3%95_Bilingual.pdf)

<sup>99</sup> 翻译请见 [https://ipkey.eu/sites/default/files/legacy-ipkey-docs/regulation-on-the-implementation-of-the-trademark-law-of-the-peoples-republic-of-china-2014-revision\\_.pdf](https://ipkey.eu/sites/default/files/legacy-ipkey-docs/regulation-on-the-implementation-of-the-trademark-law-of-the-peoples-republic-of-china-2014-revision_.pdf)

<sup>100</sup> 由于 2018 年的行政改革决定，与知识产权相关的各行政部门已合并为一个行政部门：国家市场监督管理总局（“国家市场监督管理总局”）。国家市场监督管理总局一方面监督质量监督检验检疫局，另一方面监督中国国家知识产权局。中国国家知识产权局本身重组了（商标方面的）商标审查部门（前商标局）和商标局评审部门（前商标评审委员会），以及（专利方面的）国家知识产权局和专利复审委员会。

<sup>101</sup> 翻译请见 [http://www.cta.org.cn/english/LawsRegulations/201608/t20160811\\_41891.html](http://www.cta.org.cn/english/LawsRegulations/201608/t20160811_41891.html)

在这种情况下，商标局评审部门对其商标申请的复审程序的结果直接取决于其在异议程序中对在先权利的挑战结果。

第 35 条最后一款<sup>102</sup>规定，如果所涉及的在先权利的效力以另一进行中程序的结果为依据，商标局评审部门可以中止复审程序。

问题在于，在大多数情况下，商标局评审部门并不中止其决定。相反，即使[当事人]告知商标局评审部门其正在进行旨在消除“障碍”的其他程序，但商标局评审部门也拒绝等待，并径直作出确认拒绝所申请商标的决定。

然后，商标申请人只能向北京知识产权法院对商标局评审部门的决定提起诉讼。北京知识产权法院通常也不愿意中止该程序，如果“障碍”仍未消除，北京知识产权法院会再次确认拒绝该商标，在北京高院，甚至在最高法院都是如此。

(ii) 《商标法》第 45 条第 3 款<sup>103</sup>，对有人向商标局评审部门申请宣告注册商标无效的请求的情况，提出了同样的中止要求。

(iii) 《商标法》规定了商标审查部门和商标局评审部门作出决定的时限。但是，程序中止所经过的时间不计算在内（2014 年《商标法实施条例》第 11 条第（五）项）<sup>104</sup>。

(iv) 最后，在 2014 年更新的《商标评审规则》中，第 31 条重申了相同的暂缓有关程序的原则<sup>105</sup>。

### 5.6.2. 利益相关方的观点

[调查问卷的]问题是，受访者是否经历过法院拒绝在另一个未决案件作出最后决定前中止案件。

受访者确实经常（4 名）、偶尔（3 名）和很少（5 名）经历这种拒绝，但其中 6 名没有这种经历。3 名受访者没有回答。

这里的回复——偶尔/很少/没有——可能指的是受访者请求中止程序，而不是法院“偶尔、很少或没有”决定拒绝中止程序。

<sup>102</sup> 《商标法》第三十五条第四款 商标评审委员会在依照前款规定进行复审的过程中，所涉及的在先权利的确定必须以人民法院正在审理或者行政机关正在处理的另一案件的结果为依据的，可以中止审查。中止原因消除后，应当恢复审查程序。

<sup>103</sup> 《商标法》第四十五条第三款 商标评审委员会在依照前款规定对无效宣告请求进行审查的过程中，所涉及的在先权利的确定必须以人民法院正在审理或者行政机关正在处理的另一案件的结果为依据的，可以中止审查。中止原因消除后，应当恢复审查程序。

<sup>104</sup> 2014 年《商标法实施条例》第十一条：下列期间不计入商标审查、审理期限：（五）审查、审理过程中，依案件申请人的请求等待在先权利案件审理结果的期间。

<sup>105</sup> 2014 年《商标评审规则》第三十一条：依照商标法第三十五条第四款、第四十五条第三款和实施条例第十一条第（五）项的规定，需要等待在先权利案件审理结果的，商标评审委员会可以决定暂缓审理该商标评审案件。

有两条评论：一条关于专利诉讼，解释说基于专利的侵权诉讼的被告经常对专利提起宣告无效[行政]诉讼，并申请中止民事诉讼。在这种情况下，被告表示法院有中止或不中止的自由裁量权。另一条评论提到，遇到过法院以存在另一个正在审理的案件为由驳回起诉的情况。

### 5.6.3. 评估和建议

#### 5.6.3.1. 评估

在等待另一未决案件的结果时中止程序，是任何程序制度的标准做法。这在中国的行政和民事诉讼制度中都得到了承认。但获得程序中止却很困难。2020 年，中国欧盟商会就此问题提交了一份“关键建议”。<sup>106</sup>

2019 年，国家知识产权局发布了有趣的统计数据，显示北京知识产权法院推翻商标局评审部门裁决的判决所占的百分比。推翻的原因之一被称为“情势变更”，对应的是对商标注册提出的“障碍”已经解除的情况。

下图<sup>107</sup>说明商标评审委员会的裁决在一审（北京知识产权法院）或二审（北京高院）被法院推翻的大部分案件是因为“情势变更”，即构成商标注册障碍的在先权利被撤销。

<sup>106</sup> 知识产权工作组 - 中国欧盟商会 - 2021 年《建议书》：

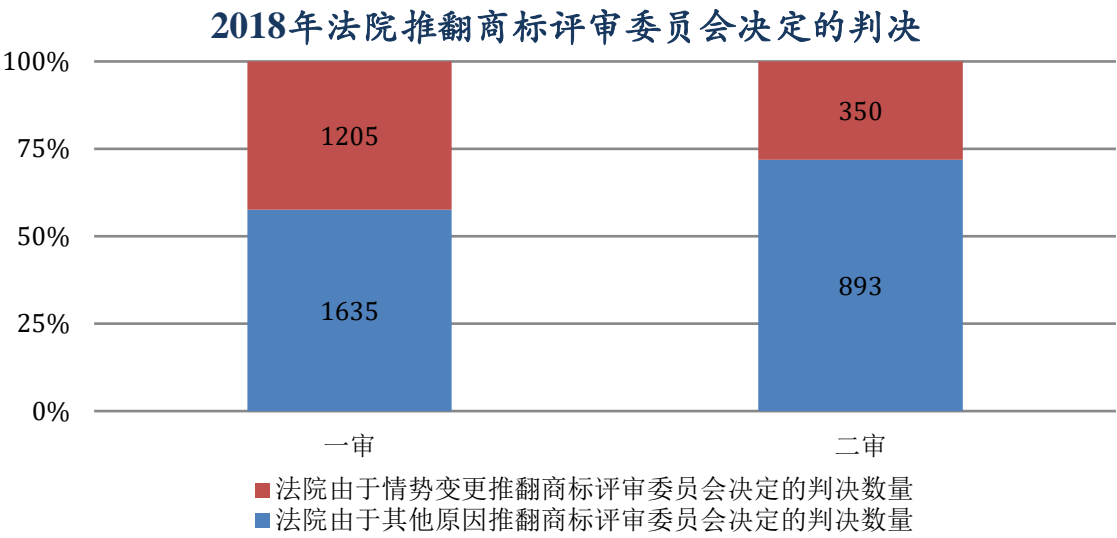
- **建立一种机制，允许在无效、异议和停用撤销事项得到妥善处理之前中止商标申请审查程序**

问题：商标注册的审查时间已缩短，而无效/撤销时间却没有同步缩短，因此，当商标申请人需要重新申请商标时，可能会有他人提出驳回申诉和诉讼，从而导致商标申请人不得不花费更多时间和精力提出申诉或诉讼。

分析：国家知识产权局于 2019 年 10 月宣布，商标注册的平均审查时间已缩短至 5 个月，而《商标法》第二十八条最初规定的审查时间为 9 个月。这一过程的加快已经为想要注册商标的公司带来了麻烦。例如，一家公司在申请商标时会同时对可能妨碍注册的其它商标提出商标异议、停用撤销和/或商标无效申请。当注册审查时间为 9 个月时，这些行动会与商标审查同时进行。但是，商标审查期限缩短迫使企业提出驳回申诉，甚至可能提起诉讼，以确保他们提出的商标申请顺利进行，直至任何可能妨碍注册的其它商标被驳回、撤销或宣告无效。导致注册人付出更多成本，投入更多资源。为了改变这种情况，工作组主张在《商标法》中引入一种程序，允许在商标异议、撤销和无效事项都得到妥善处理之前中止商标申请审查程序。这项程序将减轻国家知识产权局和商标注册人的工作量，对中国的商标注册格局大有裨益。

建议：建立一种机制，允许在无效、异议和停用撤销事项得到妥善处理之前中止商标申请审查程序。

<sup>107</sup> [http://www.lindapatent.com/cn/info\\_news/978.html](http://www.lindapatent.com/cn/info_news/978.html)



如若商标评审委员会等待“情势变更”，本可以避免这些法院判决（红色部分）。因为在撤销在先权利之后，申请商标将获得最终批准，其申请人也不必向北京知识产权法院甚至高院提起诉讼。

这个问题不在于法律本身，而在于法律的实施。似乎只能通过对话解决。几年前，在国家工商行政管理总局和中国欧盟商会的一次会议上提出过这个问题。问题当时得到了积极回应，商标评审委员会表示可以中止，前提是在提出审查请求的同时提出[中止的]书面请求。之后几年也确实如此执行，但积重难返，商标评审委员会（现在的商标局评审部门）又开始拒绝中止案件。

5.6.3.2. 建议-能力建设

如果不愿中止案件的原因是出于满足绩效要求的需要，那么在与中国相关方的对话中可能需要指出这一点。可以建议，从绩效角度，赋予中止案件的裁定与“完整”裁决具有相同的价值。

5.7. 案件移送

5.7.1. 法律背景

上诉状应当送交原审法院。如果上诉状直接送交二审法院，二审法院必须在五天内将上诉书移交原审法院（《民事诉讼法》第 166 条）。法院将上诉状送达对方当事人，对方当事人应在十五天内提出答辩状，然后法院在五天内将答辩状送达上诉人。尽管如此，如一审案件一样，没有书面答辩状的，不影响审理（《民事诉讼法》第 167 条第 1 款）<sup>108</sup>。然后，原审法院将上诉状和案卷（即整个审理记录）报送二审法院（《民事诉讼法》第 167 条第 2 款）。

<sup>108</sup> 《民事诉讼法》第一百六十七条第一款 原审人民法院收到上诉状，应当在五日内将上诉状副本送达对方当事人，对方当事人在收到之日起十五日内提出答辩状。人民法院应当在收到答辩状之日起五日内将副本送达上诉人。对方当事人不提出答辩状的，不影响人民法院审理。第二款 原审人民法院收到上诉状、答辩状，应当在五日内连同全部案卷和证据，报送第二审人民法院。

这个报送可能耗时数月。

### 5.7.2. 利益相关方的观点

根据利益相关方的经验，一审判决发布后，将案件报送二审法院需要数周（7名）至数月（10名）。4名受访者没有回答这个问题。

其中一名受访者认为，这种拖延可能是故意的，目的是减缓向二审法院报送案件的速度。

### 5.7.3. 评估和建议

#### 5.7.3.1. 评估

上诉行为是向一审法院而不是直接向二审法院提出的这一事实可能是拖延的一个原因。报送操作应该是一个简单的后勤问题，但却可能耗时数月。这可能可以从二审法院作出判决应遵守的时限（国内案件为三个月）找到解释。这个期限从收到上诉文件之日起算。因此，上诉与报送之间的时间不计在内，这实际上延长了有关期限。

#### 5.7.3.2. 建议-立法和能力建设

在目前的程序状态下，“案卷”，即一审法院辩论的记录，是二审法院开展工作的基本材料。如果中国采用上文所述的书面程序，则无需报送案卷。

## 5.8. 判决的公布和指导案例的作用

### 5.8.1. 法律背景

#### 5.8.1.1. IP Key 关于德国、法国和中国民事诉讼中判例法 (jurisprudence) 运用的研究

2015 年，IP Key 项目委托三位专家，对中国、德国和法国的法理学作用进行了研究。这三位专家是：万惠达律师事务所合伙人李森博士，德国和意大利资深律师、慕尼黑 Wirsing Hass Zoller 律师事务所合伙人 Tobias Malte Müller 博士，以及巴黎政治学院法学院教授、欧洲知识产权中心教授、大成巴黎律师事务所顾问 Michel Vivant 教授。IP Key 向专家们建议的工作范围侧重于以下主题：

（1）判例法公布机制；（2）诉讼当事人如何在法庭上援引先例；（3）先例的约束力或非约束力；（4）外国案件的影响和国际法庭的作用；（5）知识产权的具体情况<sup>109</sup>。

<sup>109</sup> 《德国、法国和中国民事诉讼中判例法 (jurisprudence) 运用》— IP Key 2015 - 具体请见 <https://ipkey.eu/sites/default/files/legacy-ipkey-docs/7--doccentre-civil-cc3-aw4-002-comparative-study-on-civil-procedures-of-france--germany-and-china-en.pdf>



### 5.8.1.2. 判例法公布机制

中国很早就认识到案例的重要性。最高人民法院早在 1956 年就开始关注这一问题，并逐步建立了精选案例制度，以指导法官的审判工作。最高法除了发布包含对法院如何在特定情况下适用法律的直接指示的“解释”、“规定”、“意见”等文件外，还为指导目的选择和发布案例。1985 年，最高人民法院创建了《中华人民共和国最高人民法院公报》，最初每季度出版一次，之后每两个月出版一次，现在每月出版一次。发布案例的制度在《关于案例指导工作的规定》（2010 年 11 月 26 日）<sup>110</sup>中正式定义，将“一般案例”与“指导性案例”区分开来。对于一般案例，法院有其他非公报的方式发布精选案例，例如，作为其年度报告（其中包含数十起案件），或知识产权十大案例、五十件典型案件等。自 2014 年 1 月 1 日起，所有人民法院作出的所有判决都必须发布在法院网站上。“指导案例”则遵循不同的遴选、审查和发布程序。

### 5.8.1.3. 在法庭上引用案例

法官们确实关注类似的已决案例。四川省高级人民法院和四川大学开展的一项研究显示，43.23% 的受访法官认为，在当事人引用案例支持其论点时，他们需要予以回应，22.38% 认为他们可以回应，33.94% 认为他们不会回应，但会查看引用的案例，只有 0.44% 的法官认为，他们既不会回应当事人，也不会查看引用的案例。

### 5.8.1.4. 先例的影响

在中国，除了“指导案例”（见下文）外，先例没有约束力。即使案件情况相同或相似，法院也没有义务遵循上级法院作出的裁决。然而，在中国，“判例法”确实有影响，但这种影响来自最高人民法院。最高院除了发布具有约束力的正式法律“解释”外，还通过其“意见”向下级法院提出直接建议，并通过公布每年精选案件清单向下级法院提出间接建议。在实践中，即使精选案件理论上只起到推荐作用，形式上并不具有约束力，但下级法院也倾向于遵守。此外，最高法各部门、人大代表、政协委员和律师推荐的“指导性案例”由最高人民法院审判委员会审查通过，具有约束力。在审理类似案件时，法院必须参考指导性案例，如果当事人援引此类案例，法院必须作出回应。

## 5.8.2. 利益相关方的观点

当被问到在寻找先例、说服法官适用先例或给出不适用先例的理由方面是否遇到困难时，受访者回答：经常（2 名）、偶尔（10 名）、很少（2 名）、从未（3 名）；4 名没有回答。

<sup>110</sup> 《关于案例指导工作的规定》- 2010 年 11 月 26 日 - 具体请见 <https://cgc.law.stanford.edu/sgg-on-prc-provisions-case-guidance/>

一名受访者指出，先例规则在中国不适用（先例规则在普通法意义上是正确的，但在大陆法意义上并不完全正确）。

另一名受访者指出，可能存在几个持不同意见的先例。

还有一名受访者给出了更全面的评论：中国法院在公布判决方面做得很好，还有各种私人法律数据库公司可以提供更好的司法判例搜索服务。因此，除非法律问题是一个以前从未被法院处理过的全新问题，否则寻找先例并不是一个大问题。根据我的经验，先例可能有一定的参考意义，但法官在判决中很少引用先例，更不用说给出是否适用先例的理由了。这可能是因为在接受大陆法系培训的中国法官通常没有使用判例指导审判的意识。

### 5.8.3. 评估和建议

#### 5.8.3.1. 评估

判决书的公布和判例法的作用并没有被认为是中国从业者面临的严重问题。最高人民法院的总体支配权与国家的组织结构相适应，整个制度运行良好。这并不意味着最高人民法院在未来不能发展成为一个更像法国最高法院（Cour de Cassation）那样——最高法院的再审仅限于法律问题——的制度。

#### 5.8.3.2. 建议-能力建设

2016年6月21日至28日，IP Key项目举办了一次欧洲研究考察，期间，最高法和各省多家法院的部分中国法官与欧洲同行会面。他们表示有兴趣进一步了解法国最高法院的运作模式。继续进行这些讨论，可能会为最高法提供更多了解其他国家最高法院职责的机会。在考察结束时，陪同中国法官出访的万惠达合伙人起草了一份简要报告，得出几点结论（见下文）：

“总体而言，本次考察访问是成功的，达到了初步目的。中国法官很高兴与欧洲同行进行讨论，并对这些富有洞见的观察很有兴趣。

“由于日程安排非常紧凑，许多中国法官的问题，其中大部分与欧洲正在进行的司法改革有关，没有得到充分讨论。建议对这些问题进行归纳并准备完整的书面报告，让他们更多地了解欧洲司法体系。他们对有关民事诉讼程序的问题感兴趣，在这方面，德国和法国的演示介绍很受欢迎。但最重要的问题是判例（jurisprudence）的作用：他们关心的是，在中国这样一个幅员辽阔的国家，如何保证判例的协调与稳定。在这方面，似乎可以做更多的工作来帮助中国法官的工作。已经翻译并发放给中国法官的案例法研究是个好的开始，但可能不足以让中国法官充分理解。中国法官很难将欧洲“不具约束力”案例的基本概念与案例的实际“几乎具有约束力”效果联系在一起，因为它们构成了一个稳定和既定的判例。例如，我们可以更深入地解释，像法国最高法院这样的司法管辖机



构如何区分法律原则/要点和情况/事实。在巴黎对具体案件所作的演示很有意思，但中国法官可能没有抓住要点，即展示法国最高法院控制上诉法院适用法律的界限。未来的 IP Key 项目应提供机会作进一步的审查和研究。一种方法是提供实际/真实案例的翻译，作为一种很好的研究材料。这会比仅仅提出一般原则更为有效。我们不仅需要详细解释欧洲司法体系是如何运作的，还需要详细解释为什么会建立这样或那样的体系。这可以激励中国法官在兼顾中国特色的同时，在中国采用类似的机制。

“对于今后安排考察访问，建议：1) 安排与中国法官和欧洲法官的先期工作会议，明确考察访问的主题，尽量避免主题重复；2) 解决中国法官关注的技术问题，而不是谈论一般原则（如分权等）；3) 如果可能，提前向口译员发送一些背景文件或演示材料，提高翻译的效率和准确性。”。

这份报告的建议在今天仍然适用。

## 5.9.判决的执行

### 5.9.1.法律背景

一方当事人不履行的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。<sup>111</sup>

人民法院的判决、裁定和调解书的执行由法院执行，而不是由私人主动执行。执行由一审法院作出，即使该判决由二审法院作出。

对位于其他管辖区的被告财产执行的，由当地一审人民法院进行。

知识产权法院无权执行自己的判决。知识产权法院所在地的高级人民法院可以指定同一管辖区的中级人民法院执行知识产权法院的判决<sup>112</sup>。

在执行过程中，申请执行的一方负责向法院提供有关被告资产的信息。但是，申请人可以请求人民法院责令被执行人披露其财产，也可以请求法院在网上调查资金、动产或不动产的情况。

被执行人不配合的，人民法院应当将被执行人列入“失信名单”，并可以对被执行人、其法定代表人或者有关单位负责人处以罚款甚至拘留。<sup>113</sup>

<sup>111</sup> 《民事诉讼法》第二百三十六条 发生法律效力的民事判决、裁定，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行，也可以由审判员移送执行员执行。调解书和其他应当由人民法院执行的法律文书，当事人必须履行。一方拒绝履行的，对方当事人可以向人民法院申请执行。

<sup>112</sup> 《民事诉讼法》第二百二十四条 发生法律效力的民事判决、裁定，以及刑事判决、裁定中的财产部分，由第一审人民法院或者与第一审人民法院同级的被执行的财产所在地人民法院执行。法律规定由人民法院执行的其他法律文书，由被执行人住所地或者被执行的财产所在地人民法院执行。

<sup>113</sup> 《民事诉讼法》第二百四十一条 被执行人未按执行通知履行法律文书确定的义务，应当报告当前以及收到执行通知之日前一年的财产情况。被执行人拒绝报告或者虚假报告的，人民法院可以根据情节轻重对被执行人或者其法定代理人、有关单位的主要负责人或者直接责任人员予以罚款、拘留。

当无法执行时，法院有权对生活或业务非必需项目（如旅行）的消费进行限制。  
114

### 5.9.2. 利益相关方的观点

8 名受访者认为执行判决时经常遇到困难。6 名表示偶尔遇到，3 名表示很少遇到，4 名受访者没有回答。

给出的理由是，在事先没有进行保全的情况下，很难获得被告的资产。另一项评论强调，在一开始就需要财产保全，特别是在与专业侵权人打交道时。但受访者也承认，对于不支付法院判处款项的被告，限制其活动的措施是有效的。

另一条评论则称赞中国法院愿意采取执行措施。

### 5.9.3. 评估和建议

5.9.3.1. 上述评论不言而喻：执行效率与案件一开始就采取的保全措施直接相关。就此，保全措施一章提出的意见和建议可适用于执行。

5.9.3.2. 介绍法国的“astreinte”（逾期罚款）概念。

不同的司法辖区对拒不遵守法院禁令的当事人采取不同的处理方法。普通法国家有“藐视法庭”的概念，法院可据以实施制裁，甚至监禁。在中国，《民事诉讼法》也规定，如果被告不履行法院下达的命令，将受到经济处罚，甚至刑事处罚（《民事诉讼法》第 114 条<sup>115</sup>和第 115 条<sup>116</sup>）。法国的“astreinte”（逾期罚款）则是一个不同的概念。法院在其判决书中规定，如果被告未能履行判决书中的命令，则应向原告支付逾期罚款（“astreinte”）。上述逾期罚款的计算方式（每项多少

<sup>114</sup> 《民事诉讼法》第二百五十五条 被执行人不履行法律文书确定的义务的，人民法院可以对其采取或者通知有关单位协助采取限制出境，在征信系统记录、通过媒体公布不履行义务信息以及法律规定的其他措施。

<sup>115</sup> 《民事诉讼法》第一百一十四条：有义务协助调查、执行的单位有下列行为之一的，人民法院除责令其履行协助义务外，并可以予以罚款：

（一）有关单位拒绝或者妨碍人民法院调查取证的；

（二）有关单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助查询、扣押、冻结、划拨、变价财产的；

（三）有关单位接到人民法院协助执行通知书后，拒不协助扣留被执行人的收入、办理有关财产权证照转移手续、转交有关票证、证照或者其他财产的；

（四）其他拒绝协助执行的。

人民法院对有前款规定的行为之一的单位，可以对其主要负责人或者直接责任人员予以罚款；对仍不履行协助义务的，可以予以拘留；并可以向监察机关或者有关机关提出予以纪律处分的司法建议。

<sup>116</sup> 《民事诉讼法》第一百一十五条 对个人的罚款金额，为人民币十万元以下。对单位的罚款金额，为人民币五万元以上一百万元以下。

拘留的期限，为十五日以下。

被拘留的人，由人民法院交公安机关看管。在拘留期间，被拘留人承认并改正错误的，人民法院可以决定提前解除拘留。

金额、每天多少金额等) 在判决书中预先设定。这种程序性工具有力地激励人们及时执行法院命令。

## 6.行政、刑事和民事程序之间的相互关系

### 6.1.起诉注册商标的限制

#### 6.1.1.法律背景

##### 6.1.1.1.2008 年和 2009 年最高法院解释

最高人民法院 2008 年<sup>117</sup>和 2009 年<sup>118</sup>的两项司法解释规定，商标注册人认为在后注册商标侵权，需向民事法院起诉该商标的，法院不得受理案件，原告应首先寻求宣告被告的注册商标无效。此项规则有两个例外：（1）被告在实际使用中改变了注册商标的显著特征，或者将该商标用于注册核定商品范围外的商品；或（2）原告自己的商标在被告商标申请之日已属于驰名商标。

2008 年《解释》第 1 条规定，著作权、外观设计专利权、企业名称权等在先权利不受本起诉限制规定的约束。[此项规定]仅限制在先商标的所有权人。

##### 6.1.1.2.两项《解释》的影响

这两项《解释》会导致在宣告无效程序（可能耗时良久的）期间内，在先商标的所有权人无法请求停止侵权。因此，即使行政程序结束，在后注册商标最终被宣告无效，[权利人]要求对宣告无效前侵权行为造成的损害进行赔偿也并非易事。

这样会引发与《TRIPS 协定》第 16.1 条有关的问题，该条规定：“上述权利（授予注册商标的权利）不得损害任何现有的优先权……”。

##### 6.1.1.3.最高法《解释》的背景

这两项最高法《解释》似乎是对《商标法》规定的基本商标保护制度的逻辑推论。

<sup>117</sup> 《最高人民法院关于审理注册商标、企业名称与在先权利冲突的民事纠纷案件若干问题的规定》 - 2008 年 2 月 18 日 - 第 1 条：原告以他人注册商标使用的文字、图形等侵犯其著作权、外观设计专利权、企业名称权等在先权利为由提起诉讼，符合民事诉讼法第一百零八条规定的，人民法院应当受理。

原告以他人使用在核定商品上的注册商标与其在先的注册商标相同或者近似为由提起诉讼的，人民法院应当根据民事诉讼法第一百一十一条第（三）项的规定，告知原告向有关行政主管部门申请解决。但原告以他人超出核定商品的范围或者以改变显著特征、拆分、组合等方式使用的注册商标，与其注册商标相同或者近似为由提起诉讼的，人民法院应当受理。 - 全文翻译请见：

<http://lawinfochina.com/display.aspx?id=81c469fd4af4fc4fbdfb&lib=law&EncodingName=gb2312>

<sup>118</sup> 《最高人民法院关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》 - 2009 年 4 月 22 日 - 第 11 条：被告使用的注册商标违反商标法第十三条的规定，复制、摹仿或者翻译原告驰名商标，构成侵犯商标权的，人民法院应当根据原告的请求，依法判决禁止被告使用该商标。全文翻译请见：

<https://www.cpahkld.com/UploadFiles/20100316160403610.pdf>

(1) 商标局对申请注册的商标进行全面审查，包括绝对理由（申请的商标是否符合法律规定）和相对理由（即优先权检索，寻找是否存在可能已注册或申请的相同或近似商标）；(2) 如果审查结果令人满意（符合法律规定，无在先商标），商标局会授予：“商标专用权”。这一审查制度与欧洲制度有很大不同，欧洲的[商标]局（除法律合规性审查外）只向利害关系人提供在先权利检索结果，但不就此作出决定。

（仅针对注册商标的）限制起诉的原因可以在上述制度中找到。如果在检索在先商标后，[商标]局做出批准新商标注册的决定，最高法认为新注册的商标与在先商标不存在任何冲突，并且这点不得在民事法庭上受到质疑。

### 6.1.2. 利益相关方的观点

对注册商标提起诉讼的限制被认为是一个经常（10 名）、偶尔（6 名）、很少（1 名）发生的问题；有 4 名受访者没有回答。

一名受访者补充提到《商标法》修订以来，商标抢注现象减少，但这与本问题无关。另一名受访者指出，根据 2009 年最高法解释，如涉及驰名商标，则不限制对另一注册商标提起诉讼。

还有一名受访者表示，这个问题经常发生，甚至成为了大问题。对另一注册商标提起诉讼时，不应该证明有关商标为驰名商标。

### 6.1.3. 评估和建议

#### 6.1.3.1. 评估

对起诉注册商标的限制是一个值得充分讨论的重大问题。

我们可以考虑以下事实和问题：

(1) 商标局依职权审查不可能详尽无遗：随着审查程序的加快，商标局现在能够在申请日期起四个月内作出决定，这意味着忽视要求六个月优先权的外国商标申请；

(2) 有些商标并非很近似，但由于其声誉而应予以援引，如果审查员不了解其声誉，可能会被忽略；

(3) 审查员使用的检索引擎无法区分使用中和不使用的在先商标，这间接鼓励了出于投机目的提交多项商标[注册]的做法。

(4) 最后，2013 年修订的《商标法》旨在加快注册进程，强调了 2008 年最高法解释的影响。2013 年之前，当异议被驳回时，异议人可以向商标评审委员会

提出复审申请，随后向法院提出诉讼。因此，在对有效性做出最终决定之前，被提起异议的商标仍然没有注册，并且有可能向民事法院[请求责令]停止侵权。但 2013 年之后，当异议被驳回时，被提起异议的商标立即注册，在先商标的所有权人必须等到无效程序结束后，才能向民事法院[请求责令]停止侵权。

### 6.1.3.2. 建议-解释-能力建设

为进一步修订《商标法》，需要时间进行调研和磋商，而上述问题是整个框架中可以改变的一部分。

同时，建议考虑简单的解决办法如下：法院“受理”针对在后注册商标的侵权案件，但旋即中止该案件，直至对有关商标的有效性作出行政裁决。这样的话，原告至少可以（如若胜诉的话）主张整个诉讼期间的赔偿。

## 6.2. 行政程序中的民事请求

### 6.2.1. 法律背景

《行政诉讼法》<sup>119</sup>第 61 条规定：“在涉及行政许可、登记、征收、征用和行政机关对民事争议所作的裁决的行政诉讼中，当事人申请一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。”

因此，原则上，可以在行政诉讼中提出民事请求。要求败诉方支付胜诉方法律费用的请求属于民事请求。如果（受理所有针对国家知识产权保护局关于知识产权有效性的裁决提起的上诉的）北京知识产权法院裁定另一方的商标是恶意提交，应予以拒绝或撤销，则应该有可能向其请求[责令]支付整个程序中产生的法律费用。

然而，在实践中，此类请求从未提交过，即使提交过，也从未被接受。

尽管如此，最近发布的最高法解释还是带来了一些希望，虽然并未直接解决在行政程序中合并民事诉讼的问题。2021 年 6 月 3 日，最高人民法院发布了《关于知识产权侵权诉讼中被告以原告滥用权利为由请求赔偿合理开支问题的批复》，其中规定：“在知识产权侵权诉讼中，被告提交证据证明原告的起诉构成法律规定的滥用权利损害其合法权益，依法请求原告赔偿其因该诉讼所支付的合理的律师费、交通费、食宿费等开支的，人民法院依法予以支持。被告也可以另行起诉请求原告赔偿上述合理开支。”

<sup>119</sup> 中国《行政诉讼法》-翻译请见：[http://english.court.gov.cn/2015-09/11/content\\_21845451.htm](http://english.court.gov.cn/2015-09/11/content_21845451.htm)



最高法的新批复倾向于表明，当“真实”权利所有人面临恶意侵权诉讼时，即使在相关行政程序宣告恶意取得的商标无效之前，仍可以基于权利滥用提出反诉，请求法院责令原告支付与该项侵权诉讼相关的合理费用。

### 6.2.2. 利益相关方的观点

受访者的回答有些令人费解：2 名称他们经常在异议或宣告无效程序中请求[责令]支付其成本，一名回答偶尔为之，3 名提到很少提出此请求。11 名受访者从未提出过这样的请求，4 名受访者没有回答。“满意率”同样令人困惑：3 名偶尔感到满意，4 名很少感到满意。7 名从未感到满意，7 名没有回答。

从逻辑上讲，任何受访者都不应该有“满意”的答案，因为事实上，获得法律费用补偿的请求并不是开放的，这正是问题所在。

事实上，有 2 名受访者明确表示：中国法律不允许这样做，而且“如果我们能够获得成本补偿，当我们成功异议或宣告商标无效，肯定有助于遏制恶意商标申请人。”

### 6.2.3. 评估和建议

#### 6.2.3.1 评估

商标抢注有多种形式。[例如]针对某一商标，并在目标商标未注册的产品或服务类别中申请相同或近似的标志，或提交大量不同的商标，直至有合法理由申请注册有关商标的人员发现已经“鸠占鹊巢”。在这种情况下，商标恶意抢注者不是“瞄准”特定的受害者，而是漫天撒网。

无论商标抢注行为是针对一个确定的“目标”，还是作为“捕捞”潜在目标的手段，动机都是相同的，即不是出于销售产品或服务的目的利用商标制度。抢注商标的唯一目的是从被视为纯商品的商标中获利。

中国已采取措施打击商标抢注行为，如修订《商标法》，并在第 4 条中引入了“不以使用为目的的恶意商标注册申请，应当予以驳回”的规定。

然而，法律的这一变化不足以阻止商标抢注人。只要有利可图，商标抢注就会继续。事实上，注册商标的投入很低，但可能会产生巨大利润。反过来，当商标抢注者意识到最终利润不大，甚至有可能赔钱时，商标抢注就会减少。

最高法最近公布的上述解释，明确表明法院正在朝着正确的方向前进。

#### 6.2.3.1. 建议-能力建设



法律规定是有的，需要做的是说服法院适用有关法律规定。这只能通过对话来实现。

### 6.3.刑事诉讼中的民事请求

#### 6.3.1.法律背景

中国《刑事诉讼法》（2018 年修正）<sup>120</sup>第 101 条规定“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。”

然而，到目前为止，法院对“遭受物质损失”一词作出了非常严格的解释。影响知识产权等无形资产的损失不被视为“物质”。

2000 年 12 月 13 日，最高人民法院发布了一项司法解释（2000 年第 47 号），将刑事附带民事诉讼的范围界定为包括因“人身权利受到犯罪侵犯”或“财物被犯罪分子毁坏”而遭受的“物质损失”。该解释将“精神损失”排除在可附带诉讼的范围之外。关于物质损失，进一步将其定义为受害人的“实际损失”或“必然遭受的损失”。该司法解释于 2015 年被废止。

2012 年 12 月 20 日，最高人民法院发布了《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（最高人民法院审判委员会第 1559 次会议通过，法释〔2012〕21 号）。第六章涉及附带民事诉讼，第 138 条规定：“被害人因人身权利受到犯罪侵犯或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，有权在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼……要求赔偿精神损失的，人民法院不予受理。”

所以“物质损失”一词的限制性解释保持不变。

因此，大多数法院的做法是在涉及知识产权的案件中拒绝附带民事请求。在刑事起诉期间或之后，被害人不得不单独提起民事诉讼。

过去几年，一些知识产权所有人，特别是商标注册人，试图提起附带民事诉讼的刑事诉讼，但各省的做法各不相同。例如，在浙江省，法院不会受理此类民事诉讼。

然而，争论仍在继续。最近，浙江省的法官和检察官回到了这个话题，并初步同意在一起知识产权侵权案件中，对刑事诉讼中附带的民事诉讼进行尝试。

#### 6.3.2. 利益相关方的观点

这里的情况（在刑事法庭上请求[责令]造假者赔偿）与上文所述情况（在行政诉讼中请求[责令]支付法律费用）相比，并非绝对不可行。

<sup>120</sup> 中国《刑事诉讼法》-翻译请见：<https://www.chinalawtranslate.com/en/criminal-procedure-law-2018/>

因此，答案的多样性也就不足为奇了：在受访者中，1 名经常、4 名偶尔、6 名很少、5 名从未请求刑事法院受理赔偿请求（还有 5 名没有回答）。

满意度更令人惊讶：每次（1 名）、偶尔（2 名）、很少（5 名）和从未（7 名）。

很难相信，在目前的情况下，一个利害关系人经常在刑事法庭上请求赔偿，还能每次如愿。不过，如果一个利害关系人只请求一次，并且对这一次结果感到满意，则比较合理。

一名受访者提到浙江省的一个案件<sup>121</sup>，在该案中，法院在刑事诉讼结束时受理了民事损害赔偿请求（见下文第 6.3.3.1 段）。然而，受访者补充道，“大多数在刑事诉讼后提出的民事诉讼都没有意义，因为罪犯不想支付更多，或者已经向政府部门支付了罚金。例如，在江苏省，在一起刑事诉讼中，从公安局到检察院再到法院，如果犯罪嫌疑人支付足够高的罚款，很容易获得保释”。权利所有人很难从造假者那里获得赔偿。

### 6.3.3. 评估和建议

#### 6.3.3.1. 评估

2021 年 4 月 9 日，（浙江省）余姚法院判决了一起商标侵权附带民事诉讼案件：德国公司 Andreas Stihl AG & Co 起诉中国人鲁某君。这一判决是在许多官员受邀旁听庭审的情况下作出的，因为法院打算广泛宣传其判决。这一判决接受了侵权行为受害者提出的民事请求，具有开创性意义。

著名的灰黑链锯制造商安德烈·斯蒂尔（Andreas Stihl）与鲁一家之间的冲突由来已久，后者以华森、佳绩和 Sen Bao（森宝）等多个法人实体名义进行运营。从 2014 年起，鲁一家多次遭到突击检查，但从未停止对斯蒂尔（Stihl）商标的侵权行为。缴获的数量足以构成刑事起诉。因此，在与公诉人充分协商后，决定就《商标法》规定的法定损害赔偿金全额（100 万元人民币）提起民事诉讼。

余姚法院采纳了公诉人提出的所有建议，并考虑到被告的态度，判处了两到三年有期徒刑，同时判处缓刑。斯蒂尔（Stihl）获得人民币 50 万元的赔偿。

#### 6.3.3.2. 建议-解释-能力建设

这个裁决方向正确，但可惜只是一个地方裁决。对法律的新解释需要得到确认。因此，有必要予以监控，并保持对话。

---

<sup>121</sup> 浙江省余姚市人民法院 2021 年 4 月 9 日作出的（2021）浙 0602 刑初 10 号刑事附带民事判决书。

