

构建知识产权大司法体制

易继明^{*}

摘要 知识产权司法体制包括知识产权司法组织和审判机制两个部分。我国知识产权司法体制改革在知识产权专门法院建设中进行,旨在建立专门的知识产权司法体系。这一体系构造,包括以下五个方面:①在全国范围内设立的知识产权专门法院既是初审,也是上诉审,是“初审+上诉审”的模式,同时还要组建国家层级的知识产权高级法院或者最高法院知识产权巡回法庭;②知识产权法院建设不能遍地开花式地进行,应该以中心城市为基础组建10至13家,辅之以派出法庭的模式;③知识产权法院实行民事、行政、刑事审判“三合一”审判组织模式;④破除大陆法系行政职权主义的固有思维,司法有权对知识产权的有效性与否作出实质性的裁判;⑤设立技术调查官,配合专家咨询、专家陪审及司法鉴定等制度,形成技术类案件的技术事实多元查明机制。循此思路形成的知识产权大司法体制,强化了知识产权审判的专门化和专业性,是符合创新型国家建设的制度优化方案,足以树立起我国知识产权司法之“强保护”的国际形象。

关键词 知识产权法院 中心法院 全国性统一法院 三合一 技术调查官

引言

2014年8月31日,十二届全国人大常委会第10次会议通过了《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》(简称《决定》),中国大陆设立知识产权专门法院的试点方案出台。同年10月27日,最高人民法院审判委员会第1628次会议通过《关于北京、上海、广州知识产权法院案件管辖的规定》(简称《管辖规定》),并于10月31日公布,自11月3日起施行。在最高法院统一部署之下,北京知识产权法院(简称“北京知产法院”)于11月6日率先成立;随后的12

^{*} 北京大学法学院教授、北京大学国际知识产权研究中心主任。本文为北京市社科基金重大项目《北京知识产权法院建设研究》(项目编号:15ZDA05)的阶段性研究成果。

月 16 日和 28 日,广州知识产权法院(简称“广州知产法院”)、上海知识产权法院(简称“上海知产法院”)相继成立。节奏之快,显系早有酝酿,待机而发而已。的确,经过 30 多年的知识产权审判实践,中国大陆培养出来一大批优秀的知识产权法官,形成了较为成熟的知识产权审判机制,为试点建立知识产权专门法院做好了人才储备,奠定了较好的制度基础。试点之际,恰逢司法改革大潮,员额制、院长办案、扁平化管理等司法改革方案在知识产权法院建设中均以“一步到位”的姿态加以呈现。而从外部环境来说,最高法院和属地政府部门积极支持知识产权法院建设,为知识产权司法体制改革提供了广阔的空间,例如北京知产法院初定编制 100 人,但次年(2015 年)便根据案件量的增加,实际扩编至 150 人。^{〔1〕}按照最高法院的说法,此次扩编属于第二轮法官遴选,今后对知识产权法院建设会采取“法官员额动态调整机制”。^{〔2〕}

不过,给人们带来更大的想象空间和期待的,不只是这三家法院的内部审判改革,而是在试点 3 年之后,我们将推出一个什么样的知识产权司法体制改革的总体方案。在未来知识产权法院建设和司法体制改革中,根据知识产权案件审判特点和规律,有些问题可能是绕不过去的。例如,是否需要设立一个高级法院建制的全国性知识产权专门法院,以统一全国知识产权司法审判标准?又如,对于某些知识产权行政诉讼裁判是实行“物理审”还是“化学审”,即法院对行政授权确权案件是否进行实质性审理,直接作出权利有效或者无效的判决?这些问题,都是知识产权审判中不能回避的问题。前者,是知识产权专门法院设置的系统性之核心问题,其设置能够起到统一裁判、掌握标准、把握尺度的作用。至于后者,既涉及行政与司法衔接中的知识产权体制,也涉及知识产权审理法上的一些问题——因为按照《决定》设立知识产权法院之后,行政部门主导下的专利、植物新品种、商标等复审程序并未简化,行政案件与民事案件之间循环审理的问题也没有从根本上得到解决。^{〔3〕}知识产权法院建设所涉及到的这些问题,其实就是整个知识产权司法体制及其改革的方向性问题。

2017 年 8 月 29 日,北京、上海、广州三家知产法院试点三年之后,最高法院周强院长向全国人大常委会汇报工作情况,在总结成绩和指出面临问题的基础上,提出了三个方面的建议:一是一审案件繁简分流的审理方式改革;二是建议全国人大对知产法院专项检查;三是完善知产法院工作体制。事实上,第三点建议就是落在知识产权司法体制问题上:“完善知识产权法院工作体制。建议从推动建设知识产权强国和世界科技强国的战略高度,研究建立国家层面知识产权案件上诉审理机制,实现知识产权案件审理专门化、管辖集中化、程序集约化和人员专业化。总结推广北京、上海、广州知识产权法院经验,适时增设知识产权法院,进一步健全符合知识产权司法保护规律的专门化审判体系,更好地满足科技创新对知识产权专门化审判的

〔1〕 关于北京知产法院“一步到位”式的建设和原定人员编制情况,参见宿迟:“北京知识产权法院若干问题”,《科技与法律》2015 年第 1 期,第 14—16 页。

〔2〕 2015 年 9 月 9 日,最高法院就知识产权法院建设情况举行新闻发布会。在新闻发布会上,最高法院知识产权庭副庭长王闯通报:“最高人民法院正在积极与中央有关部门协商,研究建立知识产权法院法官员额动态调整机制。目前,北京、广州知识产权法院第二批主审法官及司法辅助人员选任工作正在进行之中,将于近期完成。”王闯:“2015 年 9 月 9 日,最高人民法院知识产权庭副庭长王闯发布知识产权法院设立和运行情况”,<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-15366.html>,最后访问日期:2018 年 9 月 14 日。

〔3〕 参见易继明:“设立知识产权法院的现实选择”,《中国法律》2014 年第 5 期,第 31 页。

司法需求。”〔4〕归纳而言,就是两点:第一,组建国家层面的知识产权上诉法院;第二,除目前的北京、上海、广州之外,继续组建中院层级的跨区域知识产权专门法院。关于这两点意见,本人在2015年知产法院试点一年的政法委组织的会议上曾提交论文有所谈及;同时,在2017年发表的一篇关于知识产权体制改革的更为宏大的文章中,也曾简要论述。〔5〕事实上,知识产权司法改革的方向,也是在因应专门法院建设的国际潮流。〔6〕这既是带动司法体制改革的因素,也是改革措施的关键之处。

2018年2月28日,中共中央办公厅、国务院办公厅联合发文,强调知识产权审判领域的改革与创新,提出“改革完善知识产权司法保护体制机制”,目标就是“以完善知识产权诉讼制度为基础,以加强知识产权法院体系建设为重点”。〔7〕而关于知产专门法院建设问题,实则涉及知识产权司法体制改革问题,需要透过全国人大及其常委会立法来解决。关于“知识产权司法体制”这一范畴,过去除了少数专家学者探讨之外,〔8〕人们谈论较多的还是“知识产权审判机制”,是在一套完整的司法体制框架内讨论知识产权审判业务及其实践性问题。此番知产法院组建,我们可以更多地从“知识产权司法”的角度出发,相对独立地谈论一套专业性的知识产权司法体制与审判机制问题。本人在这里提出“知识产权大司法”概念,意在强调:在未来知识产权司法体制改革中,要从更加具有独立性和专业性的角度,探讨知识产权司法组织体系建设和审判机制改革,力图构建相对开放、包容和独立的知识产权司法体制。这一体制的构建,包含在下列诸多选择项或者问题之中:①知识产权法院是初审,还是上诉审,抑或“初审+上诉审”?是否需要组建全国统一上诉法院?②知识产权法院是以全国中级法院为基础遍地开花,还是以城市为中心、全国组建若干个中级法院建制的专门法院?③实行民事、行政审判的“二合一”,抑或是民事、行政、刑事审判的“三合一”审判组织模式?④采取“物理审”,抑或是“化学审”,即法院是否有权对权利有效性做出实质性的裁判?⑤设咨询专家,还是设技术审查官,抑或干脆设立技术法官,又或者兼而有之,从而更加有利于技术事实的查明?本人对知识产权大司法体制的构想,就包含在对于这五个选项或者问题的回答之中。

〔4〕周强:“最高人民法院关于知识产权法院工作情况的报告——2017年8月29日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上”,http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-08/29/content_2027585.htm,最后访问日期:2018年9月14日。

〔5〕参见易继明:“国家治理现代化进程中的知识产权体制改革”,《法商研究》2017年第1期,第190—192页。

〔6〕参见吴汉东:“中国知识产权法院建设的理论与实践”,《知识产权》2018年第3期,第4页。

〔7〕中共中央办公厅、国务院办公厅:“关于加强知识产权审判领域改革创新若干问题的意见”,《人民日报》2018年2月28日第1版。

〔8〕例如张玉瑞、韩秀成:“有关大陆知识产权司法体制改革的思考”,《政大智慧财产评论》2008年(第6卷)第2期,第1—14页。不过,张、韩两位专家虽题曰“知识产权司法体制”,但文章所倡导者,仍然是“大知识产权审判格局”。此外,其论述内容已不仅限于知识产权审判机制,还涉及知识产权行政机关和法院运行之体制机制。

一、初审、上诉审及全国统一上诉法院

境外知识产权专门法院的设立,其定位为初审或上诉审,各有不同。有的定位为初审法院,如德国、瑞士的专利法院;有的定位为上诉法院,如日本知识产权高等法院;^{〔9〕}大部分定位为初审和上诉审,如美国、英国、俄罗斯、欧盟和我国台湾地区等;还有的最初定位为不服行政决定的初审,后来又將不服一审民事侵权案件提起上诉的一并纳入知识产权专门法院管辖,如韩国等。^{〔10〕}不过,同样定位为初审和上诉审的,亦可能因为诉讼案件的性质不同而在级别管辖上有所不同,如美国联邦巡回上诉法院管辖行政案件的初审、民事案件的上诉审;而我国台湾地区智慧财产法院管辖行政案件的初审,民事案件的初审和上诉审,以及刑事案件的上诉审。

根据《决定》(第2条、第3条)和《管辖规定》的有关规定,北京、上海、广州三家法院都包括了初审和上诉审。总体上讲,专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密等技术性较强的民事和行政案件的一审,由知识产权法院管辖,形成了三级两审制;著作权、商标等民事和行政案件的上诉审,由知识产权法院管辖,形成了四级两审制。根据《决定》第2条第2款和《管辖规定》第5条的规定,北京知产法院对于下列第一审行政案件进行管辖:①不服国务院部门作出的有关专利、商标、植物新品种、集成电路布图设计等知识产权的授权确权裁定或者决定的;②不服国务院部门作出的有关专利、植物新品种、集成电路布图设计的强制许可决定以及强制许可使用费或者报酬的裁决的;③不服国务院部门作出的涉及知识产权授权确权的其他行政行为的。可见,三家法院在级别管辖上,采取的是“初审+上诉审”模式。

不过,初审、上诉审抑或“初审+上诉审”,并不是一个简单的单项或者多项选择的问题。“初审+上诉审”之选择的背后,其实包括了两个重要问题的思考:第一,知产法院与专利复审委员会(简称“专利复审委”)、商标评审委员会(简称“商评委”)、植物新品种复审委员会(简称“品种复审委”)之间应当如何衔接?第二,是否有必要建立一套专业的知识产权法院系统,并在国家一级的层面设立知识产权高级法院?

从北京知产法院现有的定位来看,其只能算一个“小院制”专业法院。与上海、广州两家法院类似,北京知产法院相当于所在地北京市高级人民法院派出的中级法院(分院),没有专业的知识产权高级法院进行专门管辖(《决定》第4条、《管辖规定》第7条)。如此下来,虽可以建立起专业法院、高级法院和最高法院之间的交流和沟通,但还是没法从体制上建立起全国统一的知识产权审判标准。特别是,北京知产法院审理的第一审行政案件,仍然存在不能进行实质性判决的问题,即不能进行“化学审”,而只能说是“物理审”;并且,行政与司法之间、司法行政案件和民事案件之间,仍然存在“循环诉讼”的问题。诚然,在这种“小院制”方案下,现有的知识产权

〔9〕 参见(日)田村善之:“日本知识产权高等法院研究”,何星星、巢玉龙译,《科技与法律》2015年第3期,第555页。

〔10〕 1998年设立的韩国专利法院仅受理不服专利商标局行政裁决的案件,2015年11月12日韩国国会又修改其《法院组织法》和《民事诉讼法》,由专利法院专属管辖全国专利权、商标权、植物新品种权相关侵权纠纷的二审,自2016年1月1日起施行。参见(韩)金珉徽:“韩国专利法院”,《科技与法律》2015年第6期,第1158—1164页。

行政管理机构内部决定或复审机制不变,现行司法体制对于知识产权民事和行政案件划分和处置方法不变,既有体受到的冲击不大。但“小院制”方案自身没有拓展空间,经过“中级法院”性质的审理之后,知识产权案件会再次回归现行普通法院系统,即相应的地方省级(直辖市或者自治区)高级法院。

本人采取的知识产权大司法体制主张,应该对专利复审委、商评委和品种复审委进行司法改造,并认定其裁决具有司法上的初审效力。同时,筹建国家一级的知识产权高级法院,至于名称是叫做最高法院“知识产权巡回法庭”或“第XX巡回法庭”,还是“国家知识产权高级法院”,抑或“北京知识产权高级法院”,都是可以考虑的。事实上,组建国家层面的知识产权专门法院,目前已是知识产权领域的一个共识,2008年6月5日国务院印发的《国家知识产权战略纲要》(简称《纲要》)也曾在“提高知识产权执法水平”事项之中列明“探索建立知识产权上诉法院”。不过,国家层级的知识产权上诉法院如何组建,还是存在分歧。按照张玲玲的设想,有三种模式可以选择:一是特殊巡回法庭模式;二是北京高院内设知识产权高等法院模式;三是独立的全国知识产权高等法院模式。^[11] 吴汉东、李明德等不少学者主张设立全国性的知识产权高级法院。^[12] 本人认为,组建最高法院知识产权巡回法庭或者国家知识产权高级法院,都是可以接受的选项;如张玲玲所述,巡回法庭模式结合了现在的巡回法庭建设和知识产权法院体系建设,对现有法院体系冲击较小,也能够实现全国范围内的上诉审理机制。^[13]

对专利复审委、商评委和品种复审委进行司法改造,不同于德国专利院所进行的纯粹的司法化转换。这种改造,可以称为“准司法”或“准司法化”:一是考虑到业务上的连贯性,二来虑及中国大陆体制的惯性。这种司法改造,类似于美国专利商标局体制下的准司法体制,相应的裁判人员也称为“行政法官”。《纲要》提出:“改革专利和商标确权、授权程序,研究专利无效审理和商标评审机构向准司法机构转变的问题。”^[14] 2008年12月12日,为落实《纲要》所提出各项任务,国务院办公厅印发《实施〈国家知识产权战略纲要〉任务分工》(简称《任务分工》),将此项改革议案列为第50项具体任务。^[15] 《纲要》和《任务分工》表明,此种改造与设计方案虽非定案,也未在实践中尝试,但至少早有酝酿。这种改造方案有两大好处:一是减少行政与

[11] 参见张玲玲:“完善我国知识产权法院体系的初步构想”,《知识产权》2018年第3期,第34—35页。

[12] 参见吴汉东:“中国知识产权法院建设的理论与实践”,《知识产权》2018年第3期,第11—12页;另见李明德:“关于我国知识产权法院体系建设的几个问题”,《知识产权》2018年第3期,第18—21页。

[13] 参见张玲玲,见前注[11],第34页。

[14] 《纲要》第5部分“战略措施”之第(四)项“提高知识产权执法水平”第2自然段。国家知识产权战略实施工作部际联席会议办公室编:《国家知识产权战略实施工作手册》,知识产权出版社2011年版,第17页。

[15] 《任务分工》第3部分“关于战略举措”之第(四)项“提高知识产权执法水平”。有趣的是,《任务分工》第50项将《纲要》中的一句话(正文引证),分解成了两句话:“50.改革专利和商标确权、授权程序。”“研究专利无效审理和商标评审机构向准司法机构转变的问题。”这或者可以被理解为,后一句的“准司法机构转变”,是前一句中“改革”的具体阐释。不过,本人认为《纲要》的这句话中包括了两项要旨:一是改革并简化专利商标授权确权程序;二是将专利复审委、商评委准司法化。同上注,第28—29页。

司法之间的协调成本,符合知识产权诉讼发展的方向;二是将知识产权行政复议纳入司法体制,有效解决知识产权案件的技术性与基础事实问题,为上诉法院进行实质性裁判奠定基础。事实上,从实证分析的角度来看,近年来专利复审委所作的专利无效裁定的被诉率与败诉率,平均都在20%以下,^[16]因此实际上被司法程序撤销的专利无效裁定,尚不足确权案件总数的4%。这是一个相对很小的比率,尽管其中因素很多,但一定程度上也说明了专利复审委的无效裁决具有较高的公正性与确定性。经过专利复审委、品种复审委及商评委等机构的准司法化裁定之后,知识产权专门法院再来进行司法审查:按照目前三家法院管辖分工,即由北京知识产权法院专属管辖——如果国家一级的知识产权上诉法院希望案件下沉的话。^[17]经此两级审理,若无法定的上诉理由,不得上诉;若有法定上诉理由的,可以上诉至国家一级的知识产权高级法院(或最高法院知识产权巡回法庭)。国家一级的知识产权高级法院,以法律审为主,一般不进行事实审(含技术事实)。按照张玉瑞和韩秀成两位的说法,这种“减少审级”的做法,能够起到“构筑法院和行政机关的和谐关系”的作用。^[18]

本人的这种设计,与现有的“小院制”形成对比,是一种构筑系统性的知识产权法院“大院制”构想。这种司法资源的配置,符合我国创新驱动发展战略和建设创新型国家的目标,也是对中国大陆加大知识产权司法保护力度的强烈宣示,有利于激发全球创新资源集聚中国。同时,知识产权行政管理体制与司法体制的结合能够消弭改革中的阻力;换句话说,知识产权行政管理机构和法院系统之间并未产生彼此消长的博弈,反而是形成了一种“双赢”的局面。

二、遍地开花抑或中心法院

在官本位文化里,增设机构或组织总是富有吸引力的。中共十八届三中全会提出“探索建立知识产权法院”^[19]之后,“全国许多地方法院热情高涨,多地表示本地条件成熟,已做好率先试点的准备”。^[20]地方法院踊跃试点成立知识产权法院的热情中,或多或少也带有一些资源配置增量的简单冲动,即希望通过设立本地区的知识产权法院,在人员配置、经费额度、干部职数、办公场所等方面予以扩张,或者是通过知识产权法院的设立来缓解当地法院资源配置不足的问题。如果在这种思想的支配下先进行知识产权法院的试点,再推广到全国法院系统,那

[16] 参见北京市一中院知识产权庭编:《知识产权审判分类案件综述》,知识产权出版社2008年版,第260页。

[17] 本人在另一篇论文中谈及:经过知识产权复审机构所作出的裁决,可以直接上诉至统一的知识产权上诉法院。其意图是:如果知识产权复审机构司法化,则其本身相当于一审,那么二审则是全国统一的知识产权上诉法院。按照这一设计,知识产权上诉法院的案件量会增加,这也更接近于美国体制。这一设计也为最高法院与国家知识产权高级法院或者最高法院知识产权巡回法庭之间的关系进行了较好的定位。参见易继明:“我国知识产权司法保护的现状和方向”,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2018年第5期,第59—61页。

[18] 参见张玉瑞等,见前注[8],第9—10页。

[19] 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,人民出版社2013年版,第15页。

[20] 易继明:“为什么要设立知识产权法院”,《科技与法律》2014年第4期,第573页。

么可以肯定地说,这种知识产权司法体制改革的思路最终会遭致失败。所以说,按照现行知识产权审判机制,以各地中级法院和高级法院为基础,将相应的与知识产权有关的审判业务独立出来,遍地开花式地设立知识产权专门法院的做法,是万不可取的。

按照市场原则设立知识产权法院,就应该按照实际需求,积极稳妥地推进知识产权法院设置工作。一方面,在知识产权案件数量较多、交通较为便利的地方设立知识产权专门法院。这一做法过去也采取过,如海事法院的设立,就是以沿海或沿江的中心城市为主,根据实际需求设立的。另一方面,选择在一些中心城市设立跨区域的知识产权法院之后,还应该为未来的安排留下一些弹性空间,如中西部有些地方随着科技经济发展,可以设立派出法庭;经过一段时间之后,随着知识产权案件数量增长和交通状况改善,也可以在条件成熟的地方(包括一些设立知识产权派出法庭的地方)增设相应的知识产权法院。这种“中心法院+派出法庭”模式,应该成为全国知识产权法院建设的重点。

诚然,这种中心法院模式的建设,会造成新一轮地方政府间的博弈。但事实上,目前各地中级法院普遍设立知识产权法庭的做法,没有多少实际意义。所谓知识产权,虽处于“大众创业、万众创新”的背景之下,但总体上仍属于一种社会精英阶层的产物。知识产权专门法院建设之初,本人就提出了一个基本思路:“以中国大陆之大,设立10至13个跨行政区划的相对集中的知识产权专门法院,或许是一个较为合理的布局。”^[21]关于中心法院建设数量,李明德相对保守一点,认为继北京、上海、广州之后,再增设3至5家即可。^[22]从《决定》和《管辖规定》来看,本人与李明德的基本思路,也是立法者最初的基本设计思路。《决定》第2条第3款规定:“知识产权法院对第1款规定的案件实行跨区域管辖。在知识产权法院设立的3年内,可以先在所在省(直辖市)实行跨区域管辖。”^[23]最初出台的最高法院《管辖规定》第2条还明确了广州知产法院跨区域管辖的范围,不仅是所在的广州市辖区,还包括广东省内其他区域;第3条第2款进一步排除了广东省内其他中级法院的管辖:“广东省其他中级人民法院不再受理本规定第1条第(一)项和第(三)项规定的案件。”^[24]根据《决定》和《管辖规定》进行的广州知产法院定编,也说明了该院的跨区域管辖事项:“有关专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密等专业性较强的第一审知识产权民事和行政案件实行跨区域管辖。在设立的3年内先在广东省实行跨区域管辖。”但出人意料的是,广东省辖区内的深圳市“闹独立”:在广州知产法院成立后,深圳市中院对知识产权案件维持原有的管辖不变,广州知产法院所谓试点3年内的省内跨区域管辖,实行得不够彻底。

其实,在“北上广”三家知识产权法院进行试点之初,深圳市与广州市就有过一争:这个“广”是指“广东省”,还是指“广州市”——如果是广东省,就不排除具体地址设在“深圳市”。客观上,深圳市的争取有一定的基础:其知识产权纠纷多、创新市场较为成熟、国际化程度也较高。但是,

[21] 易继明,见前注[3],第30-31页。

[22] 参见李明德,见前注[12],第18页。

[23] 引文中所述《决定》第2条第1款的规定是:“知识产权法院管辖有关专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密等专业技术性较强的第一审知识产权民事和行政案件。”

[24] 引文中所述《管辖规定》第1条第(一)项和第(三)项规定的案件是:专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件民事和行政案件;涉及驰名商标认定的民事案件。

在争议结束、法律定案之后,深圳市于墨迹未干之际,又行变通之能,如此则“板子”应该打在谁身上好呢?况且“打板子”事小,事端却将接踵而至:此恶例一开,今后全国跨区域布点时,广东一省之内是否会出现两家知识产权中心法院呢?紧接着,江苏省内是否又存在南京市与苏州市的争议,然后并设两家知识产权中心法院呢?如果一省之内,尚且存在两家或两家以上的知识产权中心法院,凭什么让其他省一省之内连一家知识产权中心法院都不设立呢?如此下来,《决定》第2条第3款所指向的,试点3年之后实行知识产权案件跨省(直辖市)管辖,是否就成为了一纸空文呢?最高法院此番自己打自己的脸,凸显了实践中常见的“中国式”制度扭曲。单从这点来看,《决定》形成之际,最高法院试图说服全国人大常委会在“北京、上海、广州”之后加上一个“等”,授权最高法院在其他地方设立知识产权法院,遭致否决,确系应然。全国人大常委会采取一事一授权的做法,就是对最高法院的一种必要限制和监督。^[25]同时,按照《决定》第7条的规定,在3年之后最高法院向全国人大常委会汇报实施本《决定》情况时,此种做法也应该成为一个必要的说明、乃至问责事项。也许正是虑及此,在最高法院2015年9月9日举行的知识产权法院工作情况新闻发布会上,知识产权庭副庭长王闯法官并未谈及深圳市中院知识产权案件“独立”于广州知产法院一事;广州知产法院副院长吴振法官也未正面介绍这种“中国式”制度扭曲,只是在介绍“申请保全、诉讼禁令、调查取证等”形成的“办案压力”时,说明“除深圳市外,广州知产法院一审案件管辖范围覆盖广东省内所有地市,这导致我院干警需奔赴全省各地完成各种保全、调查,花费了办案团队的大量精力”。^[26]

除了广州知产法院在管辖问题上有较为明显的“违法”嫌疑之外,上海知产法院的设立也不是很彻底:它并非是一个彻底独立的知识产权专门法院。上海知产法院与上海市三中院合署办公,并未单独确定知识产权法院主审法官官额(首批选任10位知识产权法官)。按照上海知产法院院长吴偕林法官的介绍,上海采取的是“审判独立、行政(党务)合署”的模式:审判业务依法保持独立,设知识产权审判第一庭和第二庭,下一步考虑设技术调查室,其它立案、执行及综合管理事项均由三中院承担。吴院长称,这种设置“体现了机构精简、高效、扁平化的特点”。^[27]然而,这并不能真正体现机构“精简、高效、扁平化”,而是将相关事务“转嫁”到了上海市三中院,或许两种体制下的行政(党务)合署反而会产生更多的体制运行成本。仔细分析下去,我们甚至可以认为,所谓的上海知产法院建制,实际上就是在原有的上海铁路运输法院基础之上,组建了上海市三中院;在三中院体制内,再增加了2个知识产权审判庭,下一步再增加上一个“技术调查室”而已。^[28]日本知识产权高等法院虽然属于东京高等法院的一个分部,但《日本知识产权高等法院

[25] 参见易继明,见前注[3],第28页。

[26] 吴振:“广州知识产权法院副院长吴振发布广州知识产权法院工作运行情况”,<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-15369.html>,最后访问日期:2018年9月14日。

[27] 吴偕林:“上海知识产权法院院长吴偕林发布知识产权法院工作运行情况”,<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-15368.html>,最后访问日期:2018年9月14日。

[28] 上海市原设两家中级法院(一中院和二中院),上海市在上海铁路运输法院转制和上海知产法院增设之际,以铁路运输法院为基础组建了上海市三中院。目前,上海市三中院、铁路运输法院和知识产权法院三个牌子并存,也可以说是“一套人马、三块牌子”。

设置法》^[29]第5条明确规定,在知识产权高等法院内设立知识产权高等法院事务局,目的就是保持了专门法院运作的独立性。考虑到我国司法相对行政化的特点,所谓“审判独立、行政(党务)合署”的设计模式,在实践中推演下去就会成为一个“怪胎”。而从设立知识产权中心法院之独立建制的初衷分析,这种做法,如果是处于同一直辖市之内,尚且说得过去;但是如果3年之后拓展至跨直辖市之外,恐怕就很难说得通了。

此外,按照刘银良的实证分析,试点法院放在上海,可能本身就是一个错误的选择。按照2012年知识产权民事一审案件受案量全国占比统计,广东占27%,浙江占18%,北京占10%(行政案件占比全国第一),江苏占10%,山东占6%,湖北占5%,上海占4%。以此为依据,浙江和江苏知识产权民事案件远远多于上海,分别是上海的5倍和2.6倍。那么按照市场原则设置专门法院,“长三角”地区的知识产权法院更应该设置在浙江或江苏,这样不仅可以缓解上海城市交通、环境和资源等压力,也有利于其周边地区的均衡发展。因此,刘银良认为:“选择在北京和广州设知识产权法院尚可理解,但也选择在上海设置知识产权法院就面临质疑。”^[30]上海知产法院的这种“怪胎”设计,也许印证了这一说法。

事实上,最高法院在2017年和2018年两年之内,连续发布三个批复,相继同意在南京、苏州、武汉、成都、杭州、宁波、合肥、福州、济南、青岛、西安、天津(三中院)、郑州、长沙这14个城市的中级法院内,设立跨区域管辖的知识产权法庭。^[31]而于此之间,2017年12月最高法院特别批复了深圳市中院在前海合作区设立深圳知识产权法庭、深圳金融法庭的事项。^[32]对于最高法院此举,李明德评价称“似乎有些匆忙”。^[33]而在我看来,这似乎是最高法院在向全国人大常委会汇报前夕,以“既存事实”的方式在“要价”或“讨价还价”,甚至是在以新的错误方式,掩盖深圳中院违法管辖本属广州知产院管辖的知识产权案件的问题。^[34]所以,有人结合北京、上海、广州三家知识产权法院的设立,称这目前已经“共同构成中国知产的15+3的大保护格局”,完全属于有些“不着调”的评价:这不仅不是大保护格局是否形成的问题,其本身还夹杂了前面本人谈及的地方政府“资源配置增量的简单冲动”和博弈、由此产生的某些制度扭曲、甚至是最高法院通过“打擦边球”

[29] 《知识产权高等法院设置法》,陈晓君译,作为附件收录于易涛:“日本知识产权高等法院”,《科技与法律》2015年第1期,第127—128页。

[30] 刘银良:“我国知识产权法院设置问题论证”,《知识产权》2015年第3期,第9页。

[31] 最高法院2017年的两个批复文件分别是:法[2017]2号文件,《最高人民法院关于同意南京市、苏州市、武汉市、成都市中级人民法院内设专门审判机构并跨区域管辖部分知识产权案件的批复》,2017年1月4日发布;法[2017]236号文件,《最高人民法院关于同意杭州市、宁波市、合肥市、福州市、济南市、青岛市中级人民法院内设专门审判机构并跨区域管辖部分知识产权案件的批复》,2017年8月1日发布。

[32] 宁杰:“深圳知识产权法庭、金融法庭正式办公 周强考察并讲话”,<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-75412.html>,最后访问日期:2018年9月14日。

[33] 李明德,见前注[12],第18页。

[34] 前述深圳中院违法违规的问题,本人在中央政法委组织的北京、上海、广州三家知识产权法院试点一年后召开的会议上曾经撰文予以指出。期间有会务工作人员曾联系本人,称考虑到会议上有新闻媒体参加,希望能够删除会议资料中的相关论述;但本人在会议上还是表达了类似的观点。

的方式而与全国人大常委会“玩猫腻”的做法。

三、“二合一”抑或“三合一”

从域外经验来看,将知识产权刑事案件纳入知识产权专门法庭或专门法院的,还是极少数国家或地区。我国台湾地区智慧财产法院可以同时审理民事、行政和刑事案件,无疑是“司法改革之重大突破”,^[35]为知识产权专门法院“三合一”体制之首创。此一模式,中国大陆较早注意到,并在知识产权审判组织中开始试点推行。2008年《纲要》曾提出:“研究设置统一受理知识产权民事、行政和刑事案件的专门知识产权法庭。”^[36]其后的《任务分工》之第48项列入了此项具体任务。^[37]事实上,有些地方法院根据本地情况,已经采取了民事、行政、刑事“三合一”审判组织模式进行试点;而有的地方如北京市,则采取的是民事、行政“二合一”的模式。《纲要》颁布之后,最高法院2009年3月30日《关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》(法发[2009]16号)第25条提出:“按照《纲要》要求,研究设置统一受理知识产权民事、行政和刑事案件的专门知识产权审判庭……认真总结近年来一些地方法院开展的由一个审判庭统一受理知识产权民事、行政和刑事案件试点工作。”这一政策性文件透露出的信息是,在《纲要》提出“三合一”模式时,法院系统已有地方开始了这种试点工作。从制度溯源的角度分析,在为了加入世界贸易组织而进行的知识产权法第二轮修改中,我国取消了专利复审委和商评委裁决终局的程序,要求行政裁决均应接受司法审查;之后,最高法院就此发布了《最高人民法院关于专利法、商标法修改后专利、商标相关案件分工问题的批复》(2002年5月21日,法[2002]117号),批复针对的是北京市高级人民法院《关于专利、商标相关案件分工问题的请示》(京高法[2001]317号):“从2002年起,对无效行政案件存在关联民事诉讼的,由知识产权审判庭审理;没有关联民事诉讼的,则由行政审判庭审理。”这一规定,可以作为中国大陆法院知识产权庭实行民事、行政“二合一”的制度起源。不过在此之后,有关是否存在“民事纠纷在先”的相关争议一直不断。^[38]事实上,1996年上海市浦东法院率先开展了知识产权民事、刑事和行政(非确权)案件统一由知识产权庭审理的试点工作。2004年以来,知识产权“三合一”试点工作在全国法院自下而上广泛开展,并形成了独具特色的“浦东模式”“武汉模式”“江苏模式”等。^[39]

最高法院在《人民法院第三个五年改革纲要(2009—2013)》中也明确提出:“建立健全符合

[35] 张淑亚:“基于台湾模式的知识产权司法体制改革研究——以河北省为视角”,《吉林师范大学学报(人文社会科学版)》2015年第4期,第84页。

[36] 《纲要》第5部分之第(四)项。国家知识产权战略实施工作部际联席会议办公室编,见前注[14],第17页。

[37] 《任务分工》第3部分之第(四)项。同上注,第28页。

[38] 参见张玉瑞等,见前注[8],第3—4页。

[39] 参见孙海龙:“知识产权审判体制改革的理论思考与路径选择”,《法律适用》2010年第9期,第60页。

知识产权案件特点的审判体制和工作机制,在直辖市和知识产权案件较多的大中城市,探索设置统一受理知识产权案件的综合审判庭。”与此同时,为贯彻落实《纲要》所颁布的年度推进计划中,多年来都有涉及“三合一”审判组织模式的改革试点。^[40]另外,最高法院领导一直在强调要推广“三合一”试点,认为从10多年的实践来看,这种试点“不仅消除了‘三分立’的弊端,还产生了预想不到的积极效果”,并且“为知识产权审判体制和工作机制的改革提供了宝贵经验,为下一步更大范围、更深层次的改革打下了良好基础”。^[41]截至2014年底,全国已有5个高级法院、94个中级法院、104个基层法院开展了相关试点。^[42]

不过,从《决定》和《管辖规定》来看,三家知识产权法院显然是采取了“二合一”模式。但意味深长的是,在三家知识产权法院实行“二合一”模式之后不久,2015年3月,中共中央、国务院《关于深化体制机制改革,加快实施创新驱动发展战略的若干意见》(以下简称《体制机制改革意见》)提出:“完善知识产权审判工作机制,推进知识产权民事、刑事、行政案件的‘三审合一’。”^[43]而随后(同年4月)发布的《中国法院知识产权司法保护状况(2014年)》提出要“继续扩大‘三合一’改革试点范围”。

种种情形,似乎表现出某种“乱象”:第一,三家试点知识产权法院实行“二合一”;第二,各大中城市在进行“二合一”或“三合一”试点改革;第三,最高法院在现有的普通法院系统中推行“三合一”改革,并试图进一步扩大试点范围。但是,“乱象”的背后,其实说明了“一个现实”和“一个方向”:“现实”是,从全国范围来看,还是以民事、行政和刑事案件“三分立”为主;但“方向”是,改革不仅是将“三分立”改革为“二合一”,而且最终会采取“三合一”的模式。

就目前情势而论,普通法院系统进一步推进“三合一”审判组织模式,与知识产权专门法院目前实行的“二合一”,以及下一步推进“三合一”的模式,其实也并行不悖。由于三家知识产权

[40] 例如,《2009年国家知识产权战略实施推进计划》第63项提出:“积极推动各地法院开展设置统一受理知识产权民事、行政和刑事案件的专门知识产权法庭的探索和试点。”《2011年国家知识产权战略实施推进计划》第74项提出:“完善知识产权审判体制和工作机制,积极开展由知识产权庭集中审理知识产权民事、行政和刑事案件的试点,调整知识产权民事案件级别管辖标准。”《2012年国家知识产权战略实施推进计划》第42项提出:“进一步推进由知识产权审判庭集中审理知识产权民事、行政和刑事案件的试点工作,建立知识产权民事、刑事和行政审判协调机制。”《2013年国家知识产权战略实施推进计划》第23项提出:“适当增加具有一般知识产权案件管辖权的基层法院数量,增加指定部分中级人民法院管辖第一审专利纠纷案件,深化知识产权审判庭集中审理知识产权民事、行政和刑事案件试点,优化审判协调机制;完善基层法院知识产权审判业务机构设置,实施名牌法院工程。”

[41] 罗书臻:“贯彻实施国家知识产权战略,推进知识产权‘三合一’改革”,《人民法院报》2014年4月23日第1版。

[42] 参见“中国法院知识产权司法保护状况(2014年)”,《人民法院报》2015年4月21日第2版。另见宋健:“关于知识产权‘三合一’审判机制改革的再思考”,发表于首届中国知识产权法院论坛暨司法改革背景下的知识产权保护高端研讨会,2015年4月16日。较之2013年底的统计,2014年1年之内全国范围内采取“三合一”模式的高级法院增加了2家,中级法院增加了15家,基层法院增加了33家。截至2013年底的统计数据,参见“中国法院知识产权司法保护状况(2013年)”,《人民法院报》2014年4月26日第2版。

[43] “中共中央 国务院关于深化体制机制改革,加快实施创新驱动发展战略的若干意见”,http://www.gov.cn/xinwen/2015-03/23/content_2837629.htm,最后访问日期:2018年9月14日。

法院酝酿试点时间较短,而刑事司法与政策往往具有整体性、一致性和连贯性,知识产权专门法院3年内暂行“二合一”模式,也是可以理解的。

无论如何,知识产权案件“二合一”或者“三合一”审判组织模式的改革试点,在一定程度上解决了同一法院内部内设机构分立、审判尺度不一的问题。但是,由于全国范围内审判机构的分散,多数地方仍然以民事、行政和刑事案件分案审理为主,地区性的司法冲突或地方保护主义现象仍然比较严重。从“三合一”模式试点的情况来看,目前主要存在以下问题:

第一,知识产权行政和刑事案件较少,实践经验不多,积累较少,一定程度上影响法官思维转换。尽管知识产权案件增加迅猛,但相对于其他传统案件,毕竟数量较少,而其中的行政和刑事案件占比更小。以2016年为例,全国地方法院共新收知识产权民事一审案件136,534件、行政一审案件7,186件、刑事一审案件8,352件,知识产权行政和刑事案件仅分别相当于民事案件的5.3%和6.1%。^[44] 案件量显示,知识产权刑事、民事、行政三大诉讼比例失衡。有些地方虽然试点“三合一”模式,但相当长的时间内几乎没有什么知识产权刑事或行政案件。^[45] 知识产权民事、行政和刑事诉讼目的不同,在举证责任、证明标准及证据要求等方面也存在较大差异,实行“三合一”模式,法官需要经常切换审判思维。在行政和刑事案件审判经验较少的情况下,法官如何维持民事、刑事、行政司法中不同的理念和原则,精确地把握与区隔三者,是下一步推行“三合一”模式需要注意的问题。

第二,“三合一”试点不均衡,存在地区不平衡、“下合上分”的现象。“三合一”试点改革目前主要集中在经济比较发达、知识产权案件较多的地区。这些试点的改革经验,对经济欠发达、知识产权纠纷较少的地区来说,可能就是一个伪命题。这种地区发展不平衡,制约了全国范围内从上到下实行“三合一”模式的一体化推进。^[46] 同时,“三合一”模式试点之前,知识产权刑事案件一审由基层法院受理、民事案件一审多由中院受理,存在裁判标准不统一的问题。而目前试点“三合一”模式的法院中,一审法院居多,二审法院多数实行“三分立”的旧有审判组织模式。这种情形导致上下级法院缺乏对接和较好的协调机制,出现“下合上分”现象,致使“三合一”模式的综合效能未能完全发挥出来。

第三,刑民交叉案件中程序衔接、审理模式存在较多争议。知识产权刑民交叉案件中,是“先民后刑”还是“先刑后民”,存在不同的观点。有人认为,在自诉情况下,“先刑后民”或“先民后刑”对权利人影响不大;而在公诉程序中,“先刑后民”可以减轻权利人的诉讼负担。也有人认为,“先民后刑”缺乏法律依据,而且不利于打击犯罪,建议公安机关和检察机关树立先确权的观念,特别是对确权的实体要求和程序问题,早期要提前介入。孙海龙法官则认为在这个问题上不应局限于民事还是刑事,首先应该确权,然后再看是否构成侵权等。吴汉东认为,可以尝试“先民后刑”的审理方式,先通过民事程序审理,对案件进行全面审查,通过当事人双方举

[44] 参见“中国法院知识产权司法保护状况(2016)”,《人民法院报》2017年4月27日第2版。

[45] 参见沈杨:“知识产权‘三审合一’改革的启示”,《人民司法》2009年第23期,第55—56页。

[46] 参见胡淑珠:“试论知识产权法院(法庭)的建立——对我国知识产权审判体制改革的理性思考”,《知识产权》2010年第4期,第40页。

证,理清案件的侵权关系;根据案件审理情况,如果侵权行为较为严重,再由权利人决定提起刑事自诉或由司法机关提起公诉。^[47]由此可见,刑民交叉案件中的程序衔接问题,还涉及行政确权争议。同时,在制度与实践中形成的刑民分离模式、刑事附带民事模式、刑民混合模式这三种审理模式之间,也存在较大分歧。^[48]沈强法官倾向于分离模式,认为“三合一”模式虽创造了制度衔接与协调的条件,但这三类案件的审理在诉讼程序和证据运用方面毕竟各有其特点,如虽然不构成犯罪,但不一定就不构成侵权或行政违法。另外,考虑到刑事附带民事模式的适用范围限制,在“三合一”模式下也就不需要再要求“附带”的名义了。^[49]而另有人则对知识产权侵权造成的损失是否属于“财物被犯罪分子毁坏而遭受的物质损失”存在争议,对于刑事案件中被害人是否能够提起附带民事诉讼尚存困惑,甚至认为刑事附带民事诉讼不利于快速而有力地打击知识产权犯罪。

从总体上讲,法院内部知识产权审判机制的改革试点,为试点设立三家知识产权法院实行民事和行政“二合一”模式积累了经验,同时也为未来知识产权法院推行“三合一”审判组织模式提供了实证研究和制度完善的基础。

四、“物理审”抑或“化学审”——以专利确权案件为基础进行分析

我国《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宣告该专利权无效。该法第46条又规定,对专利复审委宣告专利权无效或者维持专利权的决定不服的,可以自收到通知之日起3个月内向法院起诉。这是《专利法》第二次修改的成果:将专利授权确权的行政裁决纳入司法审查,不再是行政裁决终局。此次修改,既是中国“入世”的应景之作,也意味着中国大陆知识产权司法保护主渠道的完全确立。^[50]由此,专利权人和公众(包括侵权纠纷中的被控侵权人)之间的专利确权纠纷,便有了专利复审委的无效宣告及后续的行政诉讼两个

[47] 参见何震、魏大海:“改革探索积极创新——知识产权司法保护‘三审合一’研讨会综述”,《法律适用》2010年第8期,第97页。

[48] 参见江波、喻湜:“知识产权刑民交叉案件审理问题研究——以侵犯商业秘密案件为视角”,《知识产权》2008年第6期,第64—65页。

[49] 参见沈强:“从‘三审合一’到知识产权专门法院——兼论知识产权审判模式和体制的改革”,《电子知识产权》2010年第8期,第84页。

[50] 1984年制定的《专利法》,虑及专利案件技术性强、法院审判力量薄弱,仅规定不服发明专利的无效决定的,可以向法院起诉;而对于实用新型和外观设计专利而言,专利复审委的裁决即为终局决定。但是,按照TRIPS协议第41条第4款的规定,当事人应该有机会就行政终局决定提交司法复审。为加入世界贸易组织,2000年《专利法》修订,所有类型(包括实用新型和外观设计)的专利权无效裁决,均被纳入司法审查范围;当事人对无效裁决不服的,可以启动专利无效行政诉讼程序。同时,按照行政诉讼法的规定,专利复审委作为被告参加诉讼,对方当事人作为第三人参加诉讼。如此一来,依据被告住所地管辖的原则,专利无效行政案件一审,均由北京市一中院管辖;不服一审判决的,可以上诉至北京市高院。北京知识产权法院设立后,专利无效行政诉讼改由其专属管辖。

程序。而一旦专利侵权争讼开启,被控侵权人往往会启动专利复审委的无效宣告程序,后续的行政诉讼之一审、二审程序也会被原被告双方激活;很多情况下要待行政诉讼终局之后,方转入原专利侵权民事诉讼。此一环节,便在专利侵权与确权之间,引发侵权之民事诉讼和确权之行政诉讼。

更进一步,此中再生一环节的是,在专利复审委的行政裁决与法院的诉讼裁判之间循环往复,亦未可知也。因为按照大陆法系传统司法理念,专利之授权和确权(有效、撤销、宣告无效等),隶属行政权力之下,法院不能就专利之有效性与否径行裁判,需要由专利复审委进行实质性裁决。张志成博士认为这是一种司法终局与职权主义的冲突,凸显了“知识产权的诉讼途径存在结构性障碍”。^[51]因此,法院经过审理尽管可以判决维持专利无效行政裁决,但如果判决撤销或部分撤销无效行政裁决,往往需要一并判决专利复审委重新作出无效行政裁决,否则就容易被指“越俎代庖”。由此而生,行政裁决与法院判决之间、民事侵权诉讼与行政确权诉讼之间,重复审理或循环诉讼,审理周期过长,权利人维权成本过高,也造成行政和司法资源的大量浪费。^[52]

黄铭杰认为,传统大陆法系囿于行政处分的诉讼设计,将本为私权性质的权利有效性争讼视为一方当事人与行政机构的对抗,影响了本质上属于申请人(举发人)与专利人对抗的双方当事人结构,也影响到法院对权利有效性进行实质性裁决(如宣告专利无效)。^[53]在审理法上,这叫做“物理审”还是“化学审”的诉讼理论的争议问题。遗憾的是,我国台湾地区智慧财产法院设置之后,并未如有些学者所建议的那样进行“化学审”;^[54]弊端仍见于当下,尚在检讨之中。^[55]

这里,我们简单考察一下美国、日本和德国的情况,看看他们是如何从体制上解决这种问题的。

长期以来,在美国联邦地区法院的专利侵权案件中,法院可以对专利无效抗辩进行一并审

[51] 张志成:《知识产权战略研究》,科学出版社2010年版,第159页。

[52] 参见陈竺:“全国人民代表大会常务委员会执法检查组关于检查《中华人民共和国专利法》实施情况的报告”,http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2014-06/23/content_1867906.htm,最后访问日期:2018年9月14日。

[53] 参见黄铭杰:“专利法修正案后专利争讼制度应有之改革——以专利权效力争讼程序为中心”,《政大智慧财产评论》2014年(第2卷)第1期,第1—24页。

[54] 我国台湾地区智慧财产法院设置过程中,曾有人以“土地相邻诉讼关系”为例进行说明,认为同样的道理应该适用于专利权授权的情形:“专利权的授予虽为经济部智慧财产局的行政处分,然若法院在民事程序中认为该专利系属无效(如:不具备可专利性)时,应得以民事判决方式撤销原专利权人的专利,并同时宣告原告败诉。”参见陈昱奉:“专利侵权诉讼之诉讼观与案件管理”,《政大智慧财产评论》2007年(第5卷)第1期,第59页。

[55] 笔者曾多次到访我国台湾地区与数位智慧财产法院法官交流,他们都曾言及我国台湾地区此处效仿日本,“化学审”践行不彻底,有待检讨和修法。特别是,笔者2010年应台湾交通大学科技法律研究所刘尚志、所长王敏铨兄之邀赴台讲学,智慧财产法院半数法官均为该校科技法律研究所校友,得便与赖英照(时任“司法院”院长)、李得灶、蔡惠如、陈国成等诸位法官谋面交流,此间对智慧财产法院运作情况之调研与了解,获益匪浅,在此一并向诸位表示感谢。

理,是典型的“化学审”。1982年美国联邦巡回上诉法院(Court of Appeals for the Federal Circuit,简称CAFC)成立,规定对美国专利商标局的行政复审决定不服的,直接上诉至该院;而不服联邦地区法院侵权案件判决的,也上诉至该院,形成了专利上诉案件由CAFC“垄断审理”的局面。这种专门化、垄断化的专利司法体制,将负责专利授权、确权的行政机关,以及负责执法的行政机关和司法机关直接衔接在一起,在很大程度上消除了专利法解释和专利理论运用的不统一,使相关法律解释与适用具有确定性并得到标准化,维护了专利制度的统一性、稳定性和高效运行。正因如此,有学者称之为“知识产权领域过去四分之一世纪最有意义的一项制度创新”。^[56]当然,由于美国司法运作本身的成本较高和周期较长,2011年《美国发明法案》(America Invents Act,简称AIA)对专利授权后复审制度即确权制度进行了较大的改革,推出了新的授权后复审程序(Post Grant Review,简称PGR)和“双方复审程序”(Inter Parties Review,简称IPR),分别规定在专利授权后9个月内以及9个月之后(但须在收到专利侵权诉讼起诉书1年内),社会公众可以向美国专利商标局提出专利复审请求。^[57]相对于司法程序而言,IPR和PGR程序更加快捷和专业,而且成本更低,因此自《美国发明法案》施行之日起便受到业界青睐,IPR和PGR的请求量呈快速增长的势头,目前已达每年2,000件左右。可见,美国法院的“化学审”是基础,并通过新的法案进一步简化复审程序,消除制度障碍和鼓励创新。

2003年以来,日本对包括专利在内的知识产权纠纷解决机制进行了改革;其中,在协调专利确权纠纷与侵权纠纷解决机制上,借鉴了美国联邦巡回上诉法院的经验,于2005年成立了知识产权高等法院,作为东京高等法院的一个特别支部。日本的专利确权案件首先由特许厅审判部审理;对特许厅审理决定不服的,可以向知识产权高等法院上诉;不服上诉决定的,还可以向最高法院上告。按照日本司法“三审终审”的制度设计,特许厅审判部被赋予了具备“初审”地位的准司法效力;而在传统法院体系内部,则是知识产权高等法院和最高法院“二审终审”。专利侵权案件与普通的民事诉讼案件一样,采用的是传统的“三审终审”制。但根据专利的类型不同,分别由不同的法院管辖:对于发明、实用新型、集成电路布图设计等技术性较强的案件,一审由东京和大阪地方法院管辖,二审(控诉审)由知识产权高等法院管辖;三审(上告审)由最高法院管辖。可见,透过知识产权高等法院,日本实现了专利确权与侵权案件上诉管

[56] 蔡元臻:“美国联邦巡回上诉法院特色机制及对我国的借鉴”,《科技与法律》2015年第1期,第99-100页。

[57] IPR是AIA引入的一种全新的裁决专利有效性的机制,相当于由美国专利商标局主持的关于专利有效性的迷你诉讼。这个“简约而不简单”的迷你诉讼,从2012年9月16日开始实施。自实施至2014年3月初,已提出924起复审案,其受欢迎程度大大超乎了人们的想象。IPR对美国专利诉讼的影响直接而深刻。美国权威专利诉讼数据统计公司LexMachina的资料显示,2014年1月,美国地方法院只提起了322起专利诉讼,比去年同期的490起下降了34.3%,跌至美国发明法案正式生效时——2011年10月的水平。因此,很多业内专家都认为美国国会应该多给刚刚实行不久的IPR一点时间,以便充分展示它对美国专利制度所能带来的影响。参见龙翔:“不要小觑美国‘双方复审程序’的杀伤力”,《中国知识产权报》2014年4月16日第25版。

辖权的统一。

不过,在解决“物理审”抑或“化学审”的问题上,日本囿于大陆法传统法理,只是进行了一些不彻底的改造。《日本专利法》第104条之3第1款规定,在专利侵权诉讼中,如果该专利经宣告无效程序被裁定为无效的,专利权人或者独占实施权人不得向对方行使权利。同条第2款又规定,如果认定前款规定的攻击或者防御方法是以不当拖延审理为目的提出的,则法院可以依申请或者职权做出驳回的决定。^[58]此款规定确系专利侵权与确权争讼中法院所采取的无奈之举。实际上,法官未经权利是否有效的实质性审理,何以认定被控侵权人提出的宣告无效请求是“以不当拖延审理为目的”呢?不过,日本知识产权高等法院成立之后,据此赋予了法官个案认定的权利有效性之裁判权。但是,法院对专利的有效性判断是一种个案认定,仅对诉讼中的当事人有效,专利无效也只在判决理由中加以说明,而不体现在判决主文中;如果要宣告专利无效,并使之具有对世的效力,则仍须向特许厅提出,由特许厅裁定。此种做法,为我国台湾地区“智慧财产法院审理法”所采纳,但实践与理论上仍不免歧义。例如,民事诉讼中判定专利权有效、被告人负损害赔偿,而事后行政裁决或者行政诉讼裁判专利无效的,是否能成为提起民事诉讼再审的依据?

德国采取典型的专利确权和侵权程序职权分离模式,对专利局(1998年更名“专利商标局”)内部的专利复审程序进行了完全司法化的改造。之所以对专利复审程序加以改造,也就是因为受到了行政裁决须经司法审查的苛责,而被迫进行的制度转型。德国联邦行政法院在1959年6月13日的一个案件判决中指出:专利局为行政机关,并非法律意义上的法院,其裁决为终局,不可撤销,这不符合《德国基本法》第19条第4款的法律救济保证原则;专利局的行政裁决必须接受行政法院的司法审查。^[59]但因行政诉讼为三审终审,专利局行政裁决之后再行诉讼,必将造成诉讼周期过长。为此,德国1961年3月颁布、7月生效的《为修改及过渡工业产权保护领域的法律规定的第六部法》^[60]将德国专利局抗告与无效委员会完全独立出来,以此为基础组建联邦专利法院,替代了原德国专利局抗告与无效委员会的专利确权职能,专利确权案件均由该院一审,其他专利侵权审理法院不能决定专利的有效性。这种做法,实际上将专利权作为私权,确立了当事人两造纠纷的诉讼地位。至于将欧洲专利局或德国专利商标局作为被告的起诉,或者是针对德国专利或者欧洲专利德国部分提起的无效诉讼,则由联邦最高法院负责二审。德国联邦专利法院通过技术法官和普通法官共同审理专利确权案件,有利于解决专利权无效案件的技术问题和法律问题,也更加便于、有能力进行“化学审”。专利侵权案件实行三审终审:一审由每个州的具有专利审判庭的地区法院负责;不服一审判决的,可向地区上诉法院提起上诉;对于专利侵权案件的上诉判决,当事人仍然可以向德国联邦最高法

[58] 参见《日本专利法》(第2版),杜颖译,易继明校,经济科学出版社2009年版,第37页;另见中国人民大学知识产权教学与研究中心、中国人民大学知识产权学院编:《十二国专利法》,《十二国专利法》翻译组译,清华大学出版社2013年版,第262页。

[59] BVerwGE 8, 350.

[60] BGBl. I 1961 S. 274.

院继续申诉。因此,在德国,联邦专利法院实行了彻底而且是“必须的”“化学审”;而针对联邦专利法院的上诉和其它法院的申诉,侵权和确权纠纷案件由联邦最高法院统一审理,达到了终审管辖权的统一。

本人的知识产权大司法体制主张:一方面如前所述,将专利复审委进行司法改造,建立起类似于美国专利商标局内部的准司法化体制;另一方面就是强调“化学审”,由法院对专利有效性进行直接审理和裁判。诚然,民事法官普遍缺乏本领域理工科背景,直接对专利有效性问题作出判断容易导致错案率上升——如2007年按民事程序审理的无效行政案件中,复审委一审败诉率达21%,^[61]就从一个侧面说明了一点问题。但是,有了前者专利复审委之司法改造,后续的法院裁判结合“事实审”与“法律审”,就有了前置基础,再辅之以技术鉴定、专家咨询及专家证人等制度,可以最大限度地保障裁判的准确性和公正性。

客观上讲,专利无效程序是一个民事和行政程序的混合体,后续司法审查程序不能完全囿于行政诉讼或者民事诉讼进行机械地生搬硬套。经过专利局的行政授权决定、准司法的确权裁决和司法诉讼这三个审查程序,专利制度的公正性参够得到保障。知识社会的突出特征是技术与信息更迭迅速,创新资源集聚、扩散迅猛,相应的,专利体制应该紧跟时代步伐。是故我们不能拘泥于传统法理和国情特色,始终在确权和侵权纠纷的职权分离中打转,喋喋不休地讨论是否需要所谓的司法与行政“双轨制”保护,而是要找出问题的症结所在,根据知识产权纠纷特征解决问题,并顺应司法保护的国际趋势,釜底抽薪地进行改变。从这个角度来说,在“物理审”抑或“化学审”的选择中,“化学审”就是一个符合创新时代的不二选项。

五、咨询专家、技术调查官及技术法官

三家试点知识产权法院均设有“技术调查室”,而广州知产法院设立最早。广东省机构编制委员会印发的《广州知识产权法院主要职责、内设机构和人员编制规定》将“技术调查室”定位为正处级部门,其职责为“在案件审理过程中对涉案技术事实进行调查,收集、分析技术资料,提供技术意见”。广州知产法院也制定了相应的技术调查官选任办法和诉讼参与规则:《技术调查官选任和管理暂行办法》第12条,对技术调查官配置、职责、等级、选任条件与方式、执业考核、任免辞退规则等予以规定;《关于技术调查官参与诉讼活动的暂行办法》第14条,对技术调查官的职能、参与案件类型、人员指派、告知、回避、参与诉讼活动、提出技术审查意见、裁判文书列明等予以规定。

2015年9月9日,最高法院就知识产权专门法院设立和运行情况召开新闻发布会,此时北京知产法院、上海知产法院暂未设立技术调查室,但最高法院却说明这两家法院机构编制中已有设置。^[62]事实上,早在2014年12月31日,最高人民法院《关于知识产权法院技术调查

[61] 北京市一中院知识产权庭编著:《知识产权审判分类案件综述》,知识产权出版社2008年版,第260页。

[62] 王闯,见前注[2]。

官参与诉讼活动若干问题的暂行规定》出台,对技术调查官参与案件的范围、工作职责、技术审查意见的作用等,作出了规定。同时,最高法院在“利来公司与常州华生制药有限公司”发明专利上诉案中,首次设置了技术调查官,这位与书记员同席的技术调查官名为“葛永奇”。〔63〕由此可见,知识产权法院中设技术调查官一职,已成为最高法院及知识产权专门法院尽力推动的一种主流模式。很快,北京、上海两家知识产权法院相继成立技术调查室,配备技术调查官,并发布了技术调查官参与诉讼的相关规则。〔64〕

的确,知识产权案件中的技术性问题一直困扰着法院。诚然,司法鉴定制度本身也能够部分地解决知识产权案件中的技术鉴定问题;这一司法辅助制度,同样是最高法院发布《中国知识产权司法保护纲要(2016—2020)》所强调的内容之一。〔65〕事实上,1984年中国《专利法》制定过程中,并非没有注意到专利复审委的行政裁决需要经过司法审查的问题。彼时,起草小组赴德国考察其联邦专利法院,希望中国法院能够将发明专利行政裁决纳入司法审查范围,但筹建未久的中国法院领导对其中的技术性问题没有把握,由此产生了专利复审委行政裁决终局的规则,并于2000年“入世”前才对此予以修订。也就是说,中国专利制度筹建之初,最高法院的领导认为,传统的司法鉴定制度不足以解决专利案件中存在的大量的技术性问题,所以法院不愿意接这个“技术活儿”。那么,在普遍接受司法审查的过程中,对于技术性较强的知识产权案件,不具备相关技术背景的普通法官(非技术法官)如何把握其中的技术问题呢?法院在人员配置与司法程序的设计上,应该如何改进?不同的国家或者地区,源于其历史、制度约束及司法理念的不同,采取了不同的解决途径或方式。大致而言,除司法鉴定之外,还有以下四种主要途径或者方式。

第一,技术法官模式,即直接选任专门的技术法官参与技术性较强案件的审理。德国采用此种模式。根据《德国专利法》的规定,联邦专利法院由院长、审判长及其他法官组成;法官包括普通的法律法官和具有专业技术背景的技术法官。法律法官(或称“普通法官”)必须具备《德国法官法》规定的法官任职资格,技术法官必须是技术部门的专家(技术成员),同时具备法官资格。〔66〕通常情况下,技术法官在国内的大学、技术或农业高等学校或矿业学院通过了技术或自然科学专业的国家或大学结业考试,之后在自然科学或技术领域至少从事5年的职业活动。由于对技术知识和法律知识都有较高的要求,技术法官一般从德国专利商标局的资深

〔63〕 参见“最高法院来了技术调查官”,<http://www.chinatrial.net.cn/news/5902.html>,最后访问日期:2018年9月14日。

〔64〕 参见“北京知产法院技术调查室今日成立(附首批技术调查官名单)”,<http://chinaiprlaw.cn/index.php?id=2851>,最后访问日期:2018年9月14日。另见“上海知识产权法院聘11名技术调查官专责技术争议”,<http://news.sohu.com/20160317/n440697623.shtml>,最后访问日期:2018年9月14日。

〔65〕 最高人民法院在《中国知识产权司法保护纲要(2016—2020)》第五部分“重点措施”之(六),开宗明义规定:“明确技术调查官、技术咨询专家、技术鉴定人员等司法辅助人员参与技术事实调查的方式,充分运用技术调查的各种力量资源,构建有机协调的技术事实调查认定体系。”《中国知识产权司法保护纲要(2016—2020)》,https://www.sohu.com/a/168415453_523492,最后访问日期:2018年9月14日。

〔66〕 《德国专利法》第65条第2款、第26条第2款,法条译文可参见范长军:《德国专利法研究》,科学出版社2010年12月第1版,第190、203页。

技术审查员中选任。技术法官的法律地位与法律法官一样,有着与之相同的权利和义务。^[67]

第二,技术调查官模式,即法院内设专职的技术调查官参与诉讼,辅助法官对技术性较强的案件进行审理。日本、韩国、我国台湾地区采用此种模式。日本2003年修订《民事诉讼法》,为克服鉴定专家选任不易、意见陈述形式僵化等弊端,新设了专门委员。专门委员任期2年,由具有渊博专业知识的大学教授或研究人员兼任。^[68]根据该法第92条之2的规定,专门委员由最高法院任命。法院在对诉讼程序中相关争议焦点以及证据整理、调查、认定过程中,可以让专门委员参加诉讼。专门委员经过审判长征求当事人同意之后,可以对证人、当事人和鉴定人发问;同时,当事人也可以向专门委员提问。另外,在知识产权诉讼中,为了更加准确地理解技术有关的争议点,专门委员必须参与辩论准备程序中的技术说明会。^[69]但是,案件是否需要聘请专门委员,需事先征求双方当事人意见;如果当事人不同意聘请,然而案件审理确有需要的,则启动法院调查官程序。^[70]日本知识产权高等法院的“法院调查官”是对有关发明专利、实用新型专利等审理案件进行有关技术方面的调查的人员,即一般所称的“技术调查官”。日本新修订的《民事诉讼法》扩大了法院调查官的权限,在第92条之8规定,知识产权诉讼中,调查官可以参与诉讼程序并对当事人进行提问、可以向法官陈述参考意见。可见,技术调查官制度是在专门委员基础上,与专门委员制度并行存在又发展出的新制度。专门委员与调查官之间存在兼职与专职之别,但他们均利用自己的专业知识参与到法院的审理之中:技术调查官是拥有技术认知及专利法等相关知识的人,原则上参与到审理中;专门委员是拥有科学技术认知的人,当新的技术调查官对于最尖端的科学技术领域新出现的各种技术的认知有困难时,根据需要,可以由专门委员参加到诉讼过程中来。^[71]技术调查官制度因应了知识产权案件的审判特点,在实施中“得到了很高的评价”,^[72]也成为韩国、我国台湾地区的重要参考与借鉴。例如在我国台湾地区,根据“智慧财产法院组织法”第15条规定设置技术审查室,配备技术审查官,并明确了其职责;“智慧财产法院审理法”进一步明确其职务和参加诉讼活动规

[67] 需要指出的是,技术法官制度仅在联邦专利法院中设立,专利无效案件的终审法院——联邦最高普通法院——并无技术法官的设置,而全部由法律法官审理。专利法院之外的普通法院对于专利案件中的技术问题,通常委托鉴定人鉴定,鉴定费用一般为2—3万欧元,审理时间为3—6年。而专利法院审理专利无效案件的时间通常为1年或1年半。参见郭寿康、李剑:“我国知识产权审判组织专门化问题研究——以德国联邦专利法院为视角”,《法学家》2008年第3期,第60页。

[68] 目前日本知识产权高等法院专门委员约200人,具体占比如下:大学教授等占63.5%,公共机构研究者占12.5%,民间企业研究者占7.5%,律师占16.5%。参见易涛,见前注[29],第114页。

[69] 同上注,第115页。

[70] 参见张玲:“日本知识产权司法改革及其借鉴”,《南开学报(哲学社会科学版)》2012年第5期,第124页。

[71] 司法制度改革推進本部知的財産訴訟検討会第13回(2003.11.10)配布資料(1):“知的財産訴訟における専門的知見の導入について(15.11.10)”,<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/titeki/dai13/13siryoul.pdf>,最后访问日期:2018年9月14日。

[72] 参见张玲,见前注[70],第128页。

则,技术调查官非诉讼法上的鉴定人,只是法官的助手,单纯为法官提供技术上的专业意见供法官参考,其报告书并不予以公开。

第三,咨询专家模式,即法院通过延聘兼职的咨询专家,在特定领域或具体案件中由咨询专家提供咨询意见,供法官参考。这是传统诉讼活动中被采用较多的制度,前述日本民事诉讼中的专门委员制度、俄罗斯知识产权法院中的专家参与制度和我国专家咨询制度,就是典型。日本知识产权高等法院中的专门委员,多数是在各个专业技术领域从事最先进的科学技术研究的大学教授和研究人员,涉及电气、机械、化学、情报通讯、生物等各个领域。在俄罗斯,“知识产权法院不设技术法官,但在审判程序中引入的另一个参与者是对审议案件有必要的专家,法院寻求在特定领域具有专门知识的人士提供独立援助,专家有权向法院了解案件情况。专家参与的形式完全(是)口头答疑、咨询。顾问团专家只是利用其专业知识就案件审理中涉及的专业问题提供咨询意见,并不是合议庭组成人员。”^[73]在咨询专家模式中,俄罗斯更加特别之处在于,根据2013年《知识产权法院院长令》(第CII-18/7号)建立了科学咨询委员会,对包括、但不限于科技领域的理论和实践问题进行解读、咨询并提供专业意见。^[74]而我国大陆法院在审理知识产权案件中实行的专家咨询制度,也早已为人所称道:“它兼具提供专业知识与辅助审判的功能,但却可减少干预独立审判的疑虑。”^[75]我国台湾地区智慧财产法院目前设有咨询专家64人,而其“司法院”之内部网站中,也有各种咨询专家100人。

第四,当事人模式,即技术性问题作为案件的事实问题,由当事人自己解决。美国采用此种模式。实践中,案件当事人或者“利害关系人”可以通过专家证人、“法庭之友”(或称“法院之友”)等方式,帮助法官认知案件中的技术问题。对于知识产权案件中的技术问题,双方当事人往往会寻找专家证人,通过专家证人提供专家证言(Expert Testimony)并接受质询。而“法庭之友”(拉丁文“Amicus Curiae”,英文“Friends of the Court”)制度源自古罗马法,后为英国、美国等采用,目前已成为美国法院制度的重要组成部分。通过这一制度,在法院审理案件的过程中,当事人以外的第三人向法院提供与案件有关的事实或者适用法律方面的意见,以期影响法院的判决。^[76]当事人之外的第三人即所谓的“法庭之友”,主要包括两类:一是联邦或州政府;二是私人、社会组织或者利益集团。他们介入诉讼的方式有两种:一是递交书状,载明自己的主张及其事实、理由;二是直接参与法庭辩论、质证和交叉询问。^[77]“法庭之友”虽不是传统诉讼当事人,但其出庭需要经法庭许可、法院指定和双方当事人同意;即便当事人没有同意,“只要法庭之友能证明其对案件有特别利益,或者法院感觉到现有的律师需要提供帮助,就可

[73] 施刚:“探索中的俄罗斯联邦知识产权法院”,《科技与法律》2015年第1期,第137页。引文中的括号内容“是”为引者根据文意所加。

[74] 参见施刚,同上注,第137—139页。

[75] 陈昱奉、黄钰晴:“中国大陆专家参审制度研究——以智慧财产案件为例”,《政大智慧财产评论》2003年(第1卷)第1期,第122页。

[76] 参见张泽涛:“美国的‘法院之友’制度研究”,《中国法学》2004年第1期,第173页。

[77] 同上注,第175页。

允许其出庭”。^[78] 因此,尽管某些参与案件的“法庭之友”如联邦或州政府、某些公益组织或专家表示自己出于公益的目的,但因其本身带有自身的价值观和宽泛意义上的“利益”(包括那些潜在的、与案件判决结果并不存在直接的利害关系,但事实认定及其过程可能涉及未来的利益),我们仍然将其归为一种当事人模式。法官可以根据案件的具体情况,决定是否在判决书中引用“法庭之友”的意见。

坦率地说,“当事人模式”是一种典型的当事人主义司法理论,而“技术调查官模式”和“咨询专家模式”则建立在司法职权主义的司法认知基础上:对于知识产权案件中的技术性问题,法院主动设计相关制度去进行消解和处理。但是,按照传统的诉讼理念,案件中的技术性问题是案件事实的一部分;知识产权侵权诉讼本身就应该采取当事人主义,将带有技术性的事实问题交由当事人处理。法院如果依据职权主动介入调查,相当于帮助没有提供证据和事实主张的当事人进行事实判断,并以此形成了法院裁判的基础。这种做法,就违背了“谁主张、谁举证”以及由此派生出的“怠于举证、应该承担败诉风险”的传统诉讼原则。探讨建立知识产权专门法院之初,如果直接借鉴德国“技术法官模式”对专利复审委、品种复审委和商评委等进行改造,并形成技术法官与普通法官合议庭模式,那不失为一种较好的制度设计,特别是经过近20年的多学科背景下的法律硕士教育,中国大陆储备了大量的具有技术背景的法官或具有法官资格的其他法务人才(如审查员、专利代理人 and 律师等),足以遴选出一批优秀的技术法官。这方面,我国较之日本,具有一定的优势。^[79] 不过,改革具有系统性和路径依赖,未来知识产权审判机制改革和优化路径,专家咨询模式作为一种司法常态将持续存在,而技术调查官模式渐次成为了主导模式。与此同时,因循我国已经建立起来的独具特色的人民陪审员制度,知识产权法院完全可以对此予以改造,在遴选条件、标准、待遇及行为规范等方面做好配套制度建设,形成以专家型陪审员为基础的知识产权陪审员审判制度。从这个角度看,德国式的技术法官模式在我国更具广泛的社会基础和施行空间。^[80] 所以说,我国法院目前在诉讼中引入具

[78] 肖永平、李韶华:“美国法庭之友制度的价值纬度与实证研究”,《东方法学》2011年第4期,第123页。

[79] 日本在讨论是否设立知识产权高等法院的过程中,也有意见认为应该模仿德国引入技术法官。但日本当时情形是,知识产权专门法官基本上都是没有理工科背景的法官担任,对于培养纯粹型的知识产权法官的态度比较消极。而且,由于日本法官培养模式中有一个特别重要的轮岗制度,会在各大城市的法院之间,大概每3年左右进行一次调任,因此长期在法院的知识产权部任职的可能性不大。事实上,在多学科背景的法律职业教育、特别是法律专业硕士(J.M.)教育方面,中国仿效美国较早,其后才有东邻的跟进。1995年中国国务院学位委员会确立开展法律硕士教育(J.M.)项目,日本和韩国在2004年和2009年相继跟进。相关论述,参见易涛,见前注[29],第113页。另见易继明:“中国法学教育的三次转型”,《环球法律评论》2011年第3期,第37—41页。

[80] 我国台湾学者认为,因为中国大陆陪审员在法庭上与法官地位等同,“故若在挑选陪审员的过程中,能够依据案件类型,发挥陪审员既有专业,其实可以发展成为融合德国技术法官与台湾技术审查官的功能,在法庭上发挥一定的效果。”朱家辉、黄紫漫、吴雅贞、陈志承:“两岸智慧财产法院及审判实务”,《政大智慧财产评论》2008年(第6卷)第1期,第201页。

有技术背景的人民陪审员或专家辅助人、采取专家咨询或司法鉴定等方式以查明技术事实的做法,虽然各有其局限,但也各有其特点和意义。^{〔81〕} 这些传统的做法,若善加利用与改造,就能够形成一整套有利于查明技术事实的制度体系;切不可为兴一物而断然否定其余,否则最终可能会得不偿失也。

当然,作为一种知识产权大司法的主张,本人倒不排斥、甚至主张知识产权法院设技术调查室、配技术调查官。而且,我国作为大陆法系国家,采取职权主义诉讼模式,在遇到技术性问题时采取积极主动的态度,也具有制度基础和深刻的社会背景。另外,技术调查官制度并不影响当事人提供专家证言、专家咨询意见。2008年《纲要》就曾提出,要针对知识产权案件的专业性特点,“建立和完善司法鉴定、专家证人、技术调查等诉讼制度”^{〔82〕}——“专家证人”赫然其中也。北京知识产权法院下一步还将探索引入“法庭之友”制度,建立知识产权审判专家咨询委员会。只不过,在制度创新时,我们一方面需要深入研究,构建起相应的理论基础;另一方面要在试点中总结经验,并吸取日本、韩国和我国台湾地区等实践中的一些教训,使之成为中国知识产权体制改革中的一个亮点。^{〔83〕} 例如,我国台湾地区智慧财产法院设技术调查官不错,但制度设计有所欠缺:其技术调查官不接受当事人询问,其书面报告也不予公开,法官是否采纳其意见也并未在裁判中体现,只是内化为法官自由心证的过程。^{〔84〕} 这一做法,虽于防止司法权让渡、确保法官审判权独立不无意义,但技术调查官在法官耳边到底如何嘀咕、如何低语,是否影响或如何就此影响了法官的判断,原被告双方不得而知,因此总不免为双方当事人所诟病。^{〔85〕}

六、结 论

综上所述,建立知识产权大司法体制要依托目前正在进行的知识产权专门法院建设

〔81〕 参见吴蓉:“知识产权法院技术调查官制度初探——评《最高人民法院关于知识产权法院技术调查官参与诉讼活动若干问题的暂行规定》”,《中国版权》2015年第2期,第11页。

〔82〕 《纲要》第5部分之第(四)项,《任务分工》第3部分之第(四)项第49项名列该项具体任务。参见国家知识产权战略实施工作部际联席会议办公室编,见前注〔14〕,第17、28页。

〔83〕 参见强刚华:“试论中国知识产权法院技术调查官制度的建构”,《电子知识产权》2014年第10期,第86页。

〔84〕 参见傅利英、张晓东:“台湾地区智慧财产法院制度及运作状况述评——兼评与大陆法院试行的‘三审合一’模式的区别”,《科技与法律》2009年第5期,第64页。

〔85〕 诚然,面对此种非议,我国台湾地区司法和立法上均有所改进。我国台湾地区“最高法院”2012年台上字第1804号民事判决书中要求,智慧财产法院法官应根据“智慧财产案件审理法”第8条规定,将所知与事件有关的专业知识对当事人予以适当揭示,让当事人有辩论的机会;或者,法官应该适时、适度表示出自己的法律见解,并开示心证过程。2011年“智慧财产审理法”修订第8条为“特殊专业知识于裁判前对当事人之适当揭露”条款。该条第1款规定:“法院已知之特殊专业知识,应予当事人有辩论之机会,始得采为裁判之基础。”第2款规定:“审判长或受命法官就事件之法律关系,应向当事人晓谕争点,并得适时表明其法律上见解及适度开示心证。”这种修法改进及实务上的要求,足显技术调查官制度尚存诸多有待完善之处。

加以推进。在知识产权专门法院系统建设中,本人主张:第一,知识产权法院不仅要受理初审案件,也要受理上诉案件。同时,对专利复审委、商评委、品种复审委等进行司法改造,将其做出的行政裁决视为初审裁判,不服行政裁决的,可以直接上诉至北京知识产权法院。第二,知识产权专门法院建设应该以中心法院为基础,不必遍地开花。但同时,应该组建全国性的知识产权专门法院,以统一知识产权审判的司法标准。第三,将知识产权刑事案件纳入知识产权专门法院受案范围,在专门法院内实行“三合一”审判组织模式。第四,法院在专利、植物新品种、商标等权利的有效性问题上,直接进行“化学审”,而不局限于“物理审”,便于纷争的一次性解决。第五,在知识产权专门法院中设立技术调查室,配备技术调查官,采用技术调查官模式,但不排斥专家咨询模式、当事人模式及传统的司法鉴定手段,从而建立起多元的技术事实查明体系。

这种大司法体制的确立,一方面要考虑到已经进行或者即将推行的司法体制改革,另一方面要把握“度”的问题,如知识产权案件审理的集中化与多元性、^[86]技术调查官的配置数量与任期、权利有效性判断的行政与司法的双轨制等,都存在一个“度”的平衡与把握。例如,全国性的统一的知识产权专门法院之组建,可以在现有的最高法院区域性巡回法庭模式基础上,增设专业性的巡回法庭,以加强专业性和集中化,不一定仿效日本知识产权高等法院,在北京市高院基础上派生一个专门的知识产权高级法院。^[87]又如,在技术调查官的配置上,因技术日新月异,技术调查官任期应该有所限制,并且应该保持某种流动性(如设置流动岗位);技术调查官的技术分析意见,终归属于技术性的案件事实分析,既不能作为证据适用,也不能替代法官对于相关事实的认定,只能作为法官认定技术事实的参考。^[88]司法对于知识产权之权利有效性与否所作出的裁判,应该在知识产权行政管理部门和行政复议机构得到确认,以进一步确定权利的绝对性及其对世效力。特别是,建立知识产权大司法体制具有系统性,与此相关的体系化之顶层设计,要结合中国本土特色和国际经验。^[89]这方面,法院实行“化学审”是釜底抽薪式的改革的内核或称“内在结构性改革”。而外部结构性的改革,应该着眼两个方面:一是搭建起“中心法院+全国性法院”模式的知识产权法院建制的基本结构;二是对专利复审委、品

[86] 此问题的探讨,可以参见田村善之在讨论日本知识产权高等法院时的论述。参见田村善之,见前注[9],第564—571页。

[87] 2015年1月起,最高法院已分别在深圳和沈阳设立第一、第二巡回法庭。第一巡回法庭受理广东、广西、海南三省区内应当由最高人民法院审理的一审、二审、申请再审的民商事案件、行政诉讼案件,刑事申诉案件,以及涉港澳台民商事案件和司法协助案件等。此外,就地解决三省区的来信来访案件。相应的,第二巡回法庭受理东北三省即辽宁、吉林、黑龙江相关案件。不过,但知识产权案件由最高法院本部管辖,未以区域划归第一、第二巡回法庭管辖。近两年之后,最高法院探索增设覆盖全国的地区性巡回法庭架构。2016年11月1日,中央深改组第29次会议,同意最高法院在深圳、沈阳设立第一、第二巡回法庭的基础上,在重庆市、西安市、南京市、郑州市四个城市增设巡回法庭,实行跨区域管辖,从而形成了覆盖全国的六个区域性巡回法庭。

[88] 参见宋晓明、王闯、吴蓉:“《关于知识产权法院技术调查官参与诉讼活动若干问题的暂行规定》的理解与适用”,《人民司法(应用)》2015年第7期,第34页。

[89] 参见许春明:“浅谈知识产权法院体系框架的建设”,《中国发明与专利》2015年第1期,第12—14页。

种复审委及商评委等进行准司法化的改革。除此之外的其他改革与构建,都是在此基础上的审判机制改造,或者是属于审理法上的问题;此类改革和构建,相对而言要容易得多。

Abstract: Intellectual property (IP) judicial system comprises two parts: IP judicial structure and IP trial mechanism. China's IP judicial system reform should be carried on along with the establishment of IP special courts aiming to a judicial system specific to IP. Such a system contains five elements. First, the nation-wide IP special court is both a first trial court and an appellate court, and another state-level IP High Court or IP Circuit Courts of the Supreme Court should be set up. Secondly, IP courts should not be too spread out, but should be set up in 10-13 central cities, supplemented with branch courts. Thirdly, the trial mechanism in IP courts will be "3-in-1", that is civil, administrative and criminal trials in one court. Fourthly, the manner of reasoning inherited from administrative authority principle of civil law system should be avoided, and the judicial court should have the authority of substantively judging the validity or invalidity of IP. Finally, a pluralistic mechanism for technical finding in technical cases should be established by setting up a system of technical investigators, co-operating with expert consulting mechanism, expert assessor system and judicial appraisal system. Thus an overarching judicial system will be formed, IP trial will be specialized and the specialness thereof will be strengthened. Such a judicial system is an optimized choice conforming to the construction of an innovative country, and is sufficient to present to the world a picture of "strong judicial protection" of IP in China.

Key Words: Intellectual Property Court; Central Court; Nationwide Unified Court; "3-in-1"; Technical Investigator

(学术编辑:薛 军)

(技术编辑:王泓之)