

# The Resolution Mechanism of Shanghai Free Trade Zone to Improve the Intellectual Property Dispute

Taolue Zhang<sup>1</sup>, Yang Huang<sup>2</sup>

<sup>1</sup>Tongji Law School, Shanghai

<sup>2</sup>People's Court Three, People's Court of Yangpu District of Shanghai City, Shanghai

Email: ztl@tongji.edu.cn

Received: May 6<sup>th</sup>, 2016; accepted: May 20<sup>th</sup>, 2016; published: May 26<sup>th</sup>, 2016

Copyright © 2016 by authors and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

---

## Abstract

Nowadays, with the sharp increase of intellectual property disputes, it's recognized that ADR mechanisms play a more and more important role in resolving IP disputes and, therefore, become an influential way to exert the economic and social benefits of IP. This article introduces and analyzes the present situation of IP ADR mechanisms in Shanghai Free Trade Zone and comes up with the following reforming suggestion: opening the market of arbitration services in Shanghai FTZ to other arbitration organizations both in domestic and overseas areas; introducing the system of ad hoc arbitration into Shanghai FTZ; improving non-governmental mediation and arbitration organizations' ability to resolve disputes; strengthening the mechanisms of combining litigation with non-litigation to resolve IP disputes in Shanghai FTZ Court.

## Keywords

Free Trade Zone, Intellectual Property Right, ADR

---

# 上海自贸区知识产权纠纷多元解决机制的完善

张韬略<sup>1</sup>, 黄洋<sup>2</sup>

<sup>1</sup>同济大学法学院, 上海

<sup>2</sup>上海市杨浦区人民法院民三庭, 上海

文章引用: 张韬略, 黄洋. 上海自贸区知识产权纠纷多元解决机制的完善[J]. 争议解决, 2016, 2(1): 12-17.

<http://dx.doi.org/10.12677/ds.2016.21003>

Email: ztl@tongji.edu.cn

收稿日期: 2016年5月6日; 录用日期: 2016年5月20日; 发布日期: 2016年5月26日

## 摘要

随着知识产权纠纷的激增, 合理运用替代性纠纷解决方式, 构建高效的知识产权纠纷解决机制, 已成为释放知识产权的经济社会效益的重要途径。本文通过介绍和分析上海自贸区知识产权纠纷的替代性解决制度的现状及不足, 提出了深化改革的方向: 向国内外其他仲裁机构开放上海自贸区的仲裁服务; 在自贸区引入临时仲裁制度; 提高民间调解和仲裁机构化解纠纷的能力; 强化上海自贸区诉讼与非诉讼相衔接的知识产权纠纷解决机制。

## 关键词

自贸区, 知识产权, 替代性纠纷解决方式

## 1. 引言

世界各国有关知识产权纠纷争议解决的传统或主流机制是司法诉讼途径, 中国也不例外, 当然, 在中国还有较为特殊的行政机关处理纠纷机制。但是, 目前世界各国知识产权诉讼都或多或少存在比较拖延、效率不高的问题; 而中国行政机关解决知识产权民事纠纷是历史的产物, 并且总的来说行政机关不宜直接介入平等主体的私权争议。因此, 目前包括中国在内的很多国家和国际组织例如世界知识产权组织(WIPO), 都在积极倡导包括仲裁、调解在内的诉讼外解决知识产权纠纷的机制, 即所谓的替代性纠纷解决方式(ADR)。

在国务院于 2008 年《国家知识产权战略纲要》以及在 2013 年开始启动的《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》之后, “完善司法保护、行政监管、仲裁、第三方调解等知识产权纠纷多元解决机制”<sup>1</sup>也成为上海自贸区改革的主要任务之一。与此同时, 上海等一线城市因为具备相对较为优质的司法资源, 也面临着知识产权“诉讼爆炸”的局面。据统计, 上海全市法院 2014 年共收知识产权案件(包括民事、刑事、行政、执行、再审等案件) 7849 件, 占全国的 8.21%; 共审结 7620 件, 占全国的 8.06%; 截至 2014 年年底, 未结案数 1384 件。2014 年的收案和结案数量比 2013 年上升了 20%左右<sup>2</sup>。相比之下, 上海知识产权法官人数明显不足。在 2015 年上海知识产权法院成立之前, 上海 6 个有权受理知识产权案件的区法院总共有知识产权法官 45 名, 中级法院有知识产权法官 20 名, 上海高院知识产权法官 9 名。上海基层法院知识产权法官每年审结的知识产权案件超过 110 件。可以合理预计, 在目前知识产权诉讼爆炸的趋势下, 上海自贸区知识产权法庭法官的工作量只会增无减。法官审判工作负荷过大, 这不仅构成目前法官队伍不稳定的因素之一, 而且影响到法院处理知识产权纠纷的质量和成效。

因此, 探索符合我国国情的知识产权 ADR 机制, 已经成为我国政府深化政治和司法体制改革的重要内容之一。本文分析上海自贸区替代性纠纷解决制度的现状及改革举措, 并提出进一步的改革方向。

## 2. 中国现行替代性纠纷解决制度尤其仲裁制度的不足

中国的仲裁和民间调解机构在近年已经有了长足的发展, 为知识产权争议案件提供了民间仲裁和调

<sup>1</sup> 参见 2015 年 4 月 8 日国务院下发《进一步深化中国(上海)自由贸易试验区改革开放方案》, [http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-04/20/content\\_9631.htm](http://www.gov.cn/zhengce/content/2015-04/20/content_9631.htm)

<sup>2</sup> <http://shfy.chinacourt.org/article/index/id/MzAqMDAwNDAwNiACAAA%3D.shtml> (这里的数据不包括执行、申诉、再审等案件)。

解的选择。但现行《仲裁法》(1995年9月1日开始施行)存在诸多不足，特别是没有充分尊重当事人的意思自治，没有赋予当事人充分的自由选择权，这与国际商事仲裁的通行规则和发展趋势相悖，受到业界和学界的批评。例如，现行《仲裁法》只承认机构仲裁的单一模式，不承认临时仲裁制度<sup>[1]</sup>。在仲裁员的选任上，现行《仲裁法》的强制名册制限制了当事人选择仲裁员的自由(第13条)。又如，现行仲裁程序的诉讼化特征明显，从仲裁申请受理、仲裁庭组成、开庭审理到裁决的作出，与民事诉讼一审程序几乎没有实质区别；有关证据的规定也基本参照民事诉讼法中的证据制度解决<sup>[2]</sup>。仲裁诉讼化的倾向，导致现行仲裁制度在证据规则选择、临时措施的决定主体、仲裁管辖权的决定机构等方面，都没有充分赋予当事人自由选择权。

上述弊端在一定程度上违背了当事人意思自治原则，削弱了仲裁程序简便、灵活的优势，既不利于提高仲裁的效率，也因过渡依附司法而减低了仲裁的权威性。而且，由于无法接轨国际通行做法，中国现行仲裁制度也无法很好吸引国际商事纠纷的当事人选择我国仲裁，从而影响到我国仲裁制度的国际化程度和专业化水平，减低了我国仲裁机构的国际竞争力和仲裁裁决的公信力。

### 3. 上海自贸区替代性纠纷解决制度的改革

上海自贸区的知识产权纠纷更多具有专业性、国际性和前沿性等新特点，因此应该针对现行仲裁制度的上述弊端，进行有益的制度创新，而且应该进一步发扬中国在调解方面的传统。目前上海自贸区已经采取的下述创新举措，尤其值得关注。

#### (一) 自贸区仲裁机制的创新举措

上海自贸区经过努力，已经逐渐构建了三位一体的新型仲裁机制：一个自贸区仲裁机构、一部自贸区仲裁规则和一个涉自贸区仲裁规则的司法审查意见<sup>[3]</sup>。

第一，2013年10月22日，上海国际仲裁中心在上海外高桥的自贸区设立了派出机构，即中国(上海)自由贸易试验区仲裁院。该机构的目标是“积极探索争议解决的新途径，充分借鉴国内外争议解决机构的先进制度和实践，进一步完善仲裁规则、充实专家资源，为创新自贸区多元化争议解决机制做出应有贡献，并努力将自身建设成为区域性国际商事仲裁中心”<sup>[4]</sup>。

第二，2014年4月8日，上海国际仲裁中心发布了《中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则》(以下简称《自贸区仲裁规则》)，该仲裁规则于5月1日开始实施，后面又颁发了2015年1月1日施行的版本<sup>3</sup>。《自贸区仲裁规则》的创新体现在：确立了仲裁员开放名册制，允许当事人在仲裁员名册外选择仲裁员(第27条)；规定了在当事人同意的前提下合并仲裁和案外人加入仲裁的制度(第38条)；确立了仲裁当事人可以约定证据规则的仲裁证据制度(第44条第4项)；首次引入以当事人合意为前提的友好仲裁制度(第56条)；创设了紧急仲裁庭制度(第21条)和小额争议程序(第11条)；规定特定情况下临时措施的决定机构不仅包括法院，还包括仲裁庭和紧急仲裁庭，临时措施的范围包括财产保全、证据保全、行为保全等措施(第18条)。可见，《自贸区仲裁规则》更大程度地尊重当事人的意思自治，并接轨国际通行做法。

第三，上海市第二中级人民法院作为管辖上海国际仲裁中心仲裁案件的司法审查单位，也在2014年4月29日发布了《关于适用〈中国(上海)自由贸易试验区仲裁规则〉仲裁案件司法审查和执行的若干意见》(以下简称《司法审查若干意见》)，对适用《自贸区仲裁规则》的仲裁案件进行司法审查和执行提供若干指导。《司法审查若干意见》强调了司法对仲裁自治的尊重，并明确指出，涉《自贸区仲裁规则》案件司法审查和执行应当“遵循依法原则，支持仲裁制度发展与创新原则，尊重当事人意思自治原则，公正、便捷、高效原则”<sup>4</sup>，而且在多处规定采用了“不违反我国法律的相关规定，在司法审查时，可予以认可”

<sup>3</sup>[http://www.cietac-sh.org/SHIAC/arbitrate\\_rules\\_detail.aspx?id=11](http://www.cietac-sh.org/SHIAC/arbitrate_rules_detail.aspx?id=11)

<sup>4</sup>《司法审查若干意见》第2条。

的表述<sup>5</sup>。根据《司法审查若干意见》，上海市第二中级人民法院还设立专项立案受理机制，包括在立案大厅设置专门受理涉《自贸区仲裁规则》案件的窗口标识，配备专门人员负责立案申请受理和审查；设立司法审查专项合议庭，由庭长担任合议庭审判长，对涉《自贸区仲裁规则》案件实行专项审理；设立专项执行实施组与裁决组，对涉《自贸区仲裁规则》案件实行专项执行<sup>6</sup>。

另外，上海自贸区的仲裁机构也与其他自贸区仲裁机构积极进行合作，共享资源和分享经验。2015年4月10日，中国自贸区仲裁合作联盟正式签约成立<sup>7</sup>。

## (二) 上海自贸区民间调解机构的设立情况

调解可以在立法真空的情况下，较好地解决当事人的争议。作为上海地区提供调解服务的民间机构，上海经贸商事调解中心于2013年在上海自贸区建立了中国(上海)自由贸易试验区国际商事联合调解庭(以下简称“联合调解庭”)暨上海文化创意产业法律服务平台知识产权调解中心(以下简称“知识产权调解中心”)。该调解庭是独立的第三方调解机构，以上海经贸商事调解中心的上海文化创意产业知识产权法律服务平台为依托，目的是快捷、高效、经济、灵活地处理自贸试验区内的文化企业的知识产权纠纷。该中心邀请了一批世界著名调解机构例如英国有效争议解决中心、欧盟国际仲裁协会、新加坡(国家)调解中心、香港国际仲裁中心、香港调解会、美国最大的争议解决机构 JMS 公司一起参与组建联合调解庭，建立了一种全新的调解机制。而且，联合调解庭与自贸试验区法庭建立了调解确认程序，使其调解书能够在与中国及与中国签订民事司法协助协定的国家和地区执行<sup>8</sup>。

## (三) 上海自贸区法庭诉调相衔接的机制创新

上海自贸区法庭也已经开始了诉调相衔接方面的机制创新尝试。例如，上海市浦东新区人民法院于2014年5月27日启动自贸试验区诉讼与非诉讼相衔接的商事纠纷解决机制，目的是健全上海自由贸易试验区纠纷解决机制，促进包括知识产权在内的商事纠纷诉讼与非诉讼解决方式的协调和互补，对接国际商事争议解决通行方法，为自贸试验区市场主体提供多元、灵活、高效的纠纷解决方式<sup>9</sup>。

该机制的主要特点有：1) 浦东法院将调解组织引入自由贸易区法庭，建立特邀调解组织名册。在当事人同意的情况下，启动非诉调解程序，将属于自贸区法庭受案范围的、适宜委托调解的自贸试验区商事纠纷(包括知识产权纠纷)，委托相关调解组织进行调解。法院依照有关规定，审查确认调解协议的法律效力。2) 非诉调解适用相关调解组织现行有效的调解规则。3) 当事人可以在调解员名册中选定调解员，也可由调解组织在调解员名册中向当事人推荐调解员。4) 非诉调解的期限一般为25个工作日；期限内若未能达成调解协议，经各方当事人申请，并征得法官同意的，调解期限可适当延长，但延长期限一般不超过15个工作日。5) 非诉调解的效力：经调解组织调解，当事人达成调解协议的，法院对调解协议进行司法确认。如调解过程中，任何一方当事人明确表示不愿意调解，或者调解期限届满双方当事人未能达成调解协议，或者法院对调解协议不予确认的，案件转由自贸区法庭依法继续审理<sup>10</sup>。

## 4. 进一步完善上海自贸区替代性纠纷解决制度的建议

上海自贸区是中国政府推行进一步改革开放的试验田，因此也是创新知识产权替代性纠纷解决机制的试验田。本研究认为，上海自贸区已经在知识产权纠纷的替代性解决制度创新上，进行了积极的探索，也取得了一定的成果，但仍有下述改革的空间。

### (一) 向国内外其他仲裁机构开放上海自贸区的仲裁服务

<sup>5</sup> 《司法审查若干意见》第9、11~13条。

<sup>6</sup> 《司法审查若干意见》第3条。

<sup>7</sup> [http://www.sznews.com/news/content/2015-04/11/content\\_11441893.htm](http://www.sznews.com/news/content/2015-04/11/content_11441893.htm)

<sup>8</sup> [http://xmbw.xinmin.cn/html/2013-11/20/content\\_2\\_5.htm](http://xmbw.xinmin.cn/html/2013-11/20/content_2_5.htm)

<sup>9</sup> <http://www.ftzcourt.gov.cn:8080/zmqweb/gweb/jzjs.jsp>

<sup>10</sup> <http://www.ftzcourt.gov.cn:8080/zmqweb/gweb/jzjs.jsp>



前文提到，我国的《仲裁法》建立在机构仲裁的基础上，不利于我国仲裁服务国际化和专业化水平的提高。上海自贸区应考虑在这方面进行改革。目前在上海自贸区中执业的仲裁机构只有上海国际仲裁中心建立的上海自贸试验区仲裁院。本研究认为，仲裁也是现代服务业的一种，虽然在我国入世承诺中，没有承诺开放仲裁市场，但自贸区在许多领域的开放程度已经超过我国的入世承诺，仲裁服务当然也可以探索和国际接轨的路径，对国内外的其他仲裁机构开放。这既能够缓解上海自贸试验区仲裁院处理仲裁案件的压力，也能够引入竞争机制，不断提高仲裁服务国际化和专业化水平。而且，国务院《自贸区改革开放方案》已经明确提出，支持国际知名商事争议机构入驻，所以上海自贸区可以考虑尽快引进港澳台或者国外仲裁机构例如世界知识产权组织(WIPO)知识产权争议的仲裁和调解中心<sup>11</sup>到自贸区。

## (二) 在自贸区引入临时仲裁制度

自贸区内的仲裁服务对外开放，还要解决我国《仲裁法》没有规定临时仲裁庭在中国境内进行仲裁的问题。所谓临时仲裁(又称特别仲裁、随意仲裁、临时性仲裁)与机构仲裁不同，是由争议当事人自行选定的现有仲裁规则或自行设计的仲裁规则管理，它对于标的较小、但结案时间要求非常快且十分紧迫的案件有重要意义。我们认为，在上海自贸区引入临时仲裁制度具有现实意义，也具有法律上的空间。

首先，从上海自贸区法律层面来看，上海自贸区具备试行临时仲裁所需要的法律条件。虽然我国《仲裁法》没有明确临时仲裁的效力，但是上海自贸区从法律定义上来讲可以类比经济特区，全国人大常委会通过法律解释，将我国《立法法》第 65 条规定适用于上海自贸区，即由上海市人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施。从全国人大常委会曾针对上海自贸区作出专门决定，授权国务院在上海自贸区内暂停相关法律实施的先例来看，这方面的空间完全是存在的[1]。

其次，我国在 1987 年正式加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)时，并没有对临时仲裁作出保留声明。因此，理论上国外以及香港地区的临时仲裁裁决可以在我国得到承认和执行，并且实践中我国对于香港地区临时仲裁裁决已明确予以承认和执行。但是，由于我国《仲裁法》没有明确临时仲裁在我国的效力，导致我国国内作出的临时仲裁裁决反而要承担无效而不被国内外司法机构承认和执行的后果。这种局面不利于我国商事仲裁事业的长远发展。

## (三) 提高民间调解和仲裁机构化解纠纷的能力

民间调解和仲裁机制要发挥作用，在很大程度上取决于当事人对该机制的信任，而当事人该信任的建立，既离不开调解员、仲裁员的专业素养和技巧，也离不开体现这些技能技巧的仲裁、调解业绩。因此，我们建议：1) 上海自由贸易试验区一方面要积极引入国外和全国的知识产权纠纷仲裁、调解人才，一方面也要积极探索这些人才的培养模式和方案，尽快储备一大批有质量的知识产权纠纷仲裁和调解人才。2) 除了专业化的调解机构，自贸试验区还应该积极推动行业协会和商会的自治，大力发展法律服务业，培育新型商事调解组织，鼓励运用商业惯例从事知识产权纠纷的调解[5]。3) 在不违反当事人明示禁止和不损害当事人利益的情况下，允许调解和仲裁机构在介绍服务时，适当披露调解、仲裁过的知识产权案件清单，以增加纠纷当事人的信任。4) 法院应该从对仲裁裁决与和解协议的司法审查和执行角度，继续积极支持仲裁和调解制度的发展和创新。

## (四) 继续强化上海自贸区诉讼与非诉讼相衔接的知识产权纠纷解决机制

将替代争议解决方式引入到诉讼环节互为补充，是一种国际趋势。以英国为例，英格兰和威尔士民事法院的《民事诉讼规则》授权法院积极行使案件管理权，鼓励当事方采用替代争议解决方式解决争议。按照其诉讼前规则和其它实务指南，当事方有义务争取在不诉诸诉讼的情况下解决争议，并考虑采用替

<sup>11</sup> 该中心的总部设在日内瓦，并在新加坡设有一个分部。WIPO 制定了知识产权仲裁和加速仲裁程序的具体规则，下设由来自 70 个国家、具备执业资格的独立仲裁员、调解员和专家组成的 1500 多个仲裁/调解庭。WIPO 提供如何选择仲裁员和调解员的咨询，提供案件管理和会议后勤服务。WIPO 还为调解员和仲裁员提供培训。<http://www.wipo.int/amc/zh/>

代争议解决方式。法院还可要求当事方提供证据, 证明其在提起诉讼前考虑过某种形式的替代争议解决方式[6]。

中国一贯强调诉调的结合, 调解贯穿于整个司法过程。从实践来看, 中国法官和书记员也都具有较为丰富的调解经验。因此, 如果在诉调制度设计上, 更加鼓励法院积极行使案件管理权, 鼓励当事人采取替代争议解决方式的制度, 应该可以将更多当事人诉讼意愿并非很坚决的案件, 分流到司法程序, 并快速有效地加以解决。另外, 从实践角度看, 在知识产权侵权诉讼中, 有相当数量的被告具有较强的和解意愿, 在权利人发出停止侵权函或者律师函后, 一般都愿意停止侵权, 只是在赔偿数额上, 需要进一步协商。在这种情况下, 法院专门就赔偿数额主持调解, 或者委托调解机关进行调解, 可以节省宝贵司法资源。

本文建议, 上海自贸区知识产权庭可以在现有的诉调机制基础上, 强化法庭对知识产权纠纷的案件管理权, 鼓励当事人采取替代争议解决方式的制度, 甚至将合理尝试替代争议方式设定为当事人的义务。例如, 根据案件具体情况, 在诉前调解阶段赋予法官一定程度的自由裁量权: 1) 要求知识产权权利人证明诉前制止侵权的努力, 包括通知停止侵权; 2) 要求当事人提供证据, 证明其尝试过替代争议解决方式。法院可以对没有合理理由拒绝参与调解的当事人, 处以罚款, 并命令其承担另一方的部分诉讼费用。借鉴国外经验, 在确定要求一方参与替代争议解决方式是否合理时, 法院应兼顾特定案件的所有要素, 包括争议性质、案件特点、替代争议解决方式是否合适、费用是否过高、安排有无延误以致参与替代争议解决方式有失公平, 以及能否合理预见替代争议解决方式成功解决争议等多方面的因素, 进行综合判断[6]。

## 参考文献 (References)

- [1] 赖震平. 我国商事仲裁制度的阙如: 以临时仲裁在上海自贸区的试构建为视角[J]. 河北法学, 2015, 33(2): 156-165.
- [2] 姜霞, 廖永安. 重构我国仲裁证据制度之探析[J]. 求索, 2008(5): 126-128.
- [3] 袁杜娟. 上海自贸区仲裁纠纷解决机制的探索与创新[J]. 法学, 2014(9): 30.
- [4] 新华网. 中国(上海)自由贸易试验区仲裁院揭牌[EB-OL]. [http://www.sh.xinhuanet.com/2013-10/23/c\\_132822656.htm](http://www.sh.xinhuanet.com/2013-10/23/c_132822656.htm), 2013-10-23.
- [5] 上海市立法研究所. 为自贸区建设提供有效法制保障: 中国(上海)自由贸易试验区法制保障, 专题讨论会综述[J]. 上海人大月刊, 2014(1): 3-4.
- [6] China-Britain Council (2014) Intellectual Property and Alternative Dispute Resolution. China Free Trade Zones Discussion Paper, September.