



## 弼兴每月速递 | 3 月刊



微信公众号：弼兴 法律及知识产权

上海弼兴律师事务所总部位于上海，同时具有专利和商标代理资格，以提供以知识产权为核心的全方位的法律服务为特色，业务领域主要包括：知识产权、公司治理、外商与境外投资、企业并购以及劳动法务等方面。我们的专家团队深刻理解企业的需求，谙熟国内外的法律实务体系、监管环境以及商业惯例，并且能够熟练运用多国语言与客户交流。我们已经与上百个国家和地区的律所和知识产权代理公司建立了业务合作关系，能够在全球范围内充分利用各地的法律资源解决当地的法律问题，为客户提供及时、切实且有创意的法律服务。

我们密切关注最新立法与政策动态，致力于研究实务动向，并且注重分享，我们推出此刊物以帮助客户了解法律走向，及时准确的作出预判。如果您有具体的法律服务需求，欢迎与我们联系，我们将以优质高效的法律服务、切实严谨的工作态度以及奋发协作的团队精神，弼助您的事业兴旺成功！

## 目录

---

● 新规速递 .....	3
商务部等 5 部门关于印发《中华老字号示范创建管理办法》的通知 .....	3
《个人信息出境标准合同办法》 .....	14
中华全国专利代理师协会关于印发《中华全国专利代理师协会诉讼代理管理办法(修订)》的通知(2023) .....	18
● 典型案例摘要 .....	24
商标受让者也不能擅自使用他人有一定影响的字号 .....	24
恶意注册商标并提起诉讼的行为违背诚实信用原则 .....	28
● 实务研究 .....	30
【上知案例洞察】第 35 期：驰名商标跨类保护范围及“有一定影响的字号、简称”的认定 .....	30
审查民商事管辖权异议案件的 3 个步骤 .....	39
第 94 期   多元化纠纷解决机制的功能审视与类型化重构 .....	54



## 新规速递

### 商务部等 5 部门关于印发《中华老字号示范创建管理办法》的通知



【索引号】000013223/2023-72124      【信息所属单位】流通发展司

【公文名称】商务部等 5 部门关于印发《中华老字号示范创建管理办法》的通知

【文号】商流通规发[2023]6 号      【生效日期】2023-01-06

【发布日期】2023-02-01      【主题分类】国内经贸与流通

【主题词】中华老字号, 示范创建

各省、自治区、直辖市及计划单列市、新疆生产建设兵团商务、文化和旅游、市场监管、文物、知识产权主管部门：

为立足新发展阶段，完整、准确、全面贯彻新发展理念，促进老字号创新发展，充分发挥老字号在商贸流通、消费促进、质量管理、技术创新、品牌建设、文化传承等方面的示范引领作用，服务构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局，商务部、文化和旅游部、市场监管总局、文物局、知识产权局联合制定了《中华老字号示范创建管理办法》，现印发给你们，请遵照执行。

商务部 文化和旅游部 市场监管总局 文物局 知识产权局

2023 年 1 月 6 日

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 中华老字号示范创建管理办法

### 第一章 总 则

**第一条** 为立足新发展阶段，完整、准确、全面贯彻新发展理念，贯彻《中共中央办公厅、国务院办公厅关于实施中华优秀传统文化传承发展工程的意见》，落实《商务部等 8 部门关于促进老字号创新发展的意见》，促进老字号创新发展，充分发挥老字号在商贸流通、消费促进、质量管理、技术创新、品牌建设、文化传承等方面的示范引领作用，服务构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局，制定本办法。

**第二条** 本办法所称中华老字号，是指历史底蕴深厚、文化特色鲜明、工艺技术独特、设计制造精良、产品服务优质、营销渠道高效、社会广泛认同的品牌（字号、商标等）。

**第三条** 商务部负责全国中华老字号示范创建工作，会同文化和旅游部、市场监管总局、文物局、知识产权局（以下称相关部门）将符合本办法第二条、第六条、第七条规定，在全国范围内具有较强示范引领性的品牌认定为中华老字号，将其所属企业认定为中华老字号企业，建立中华老字号名录。

各省、自治区、直辖市和计划单列市商务主管部门（以下称省级商务主管部门）会同同级相关部门负责本行政区域内中华老字号示范创建相关工作。

**第四条** 中华老字号示范创建遵循“自愿申报、自主创建、优中择优、动态管理”的原则。

**第五条** 中华老字号示范创建以企业为主体，创建企业应当体现品牌示范性、企业代表性、行业引领性，注重理念、设计、研发、工艺、技术、制造、产品、服务、经营、营销、管理等各方面创新，与时俱进、守正创新，彰显经济价值和文化价值。

### 第二章 示范条件

**第六条** 中华老字号应当具备以下基本条件：

（一）品牌创立时间在 50 年（含）以上；



- (二) 具有中华民族特色和鲜明的地域文化特征;
- (三) 面向居民生活提供经济价值、文化价值较高的产品、技艺或服务;
- (四) 在所属行业或领域内具有代表性、引领性和示范性, 得到广泛的社会认同和赞誉。

**第七条** 中华老字号企业应当具备以下基本条件:

- (一) 在中华人民共和国境内依法设立;
- (二) 依法拥有与中华老字号相一致的字号, 或与中华老字号相一致的注册商标的所有权或使用权且未侵犯他人注册商标专用权, 传承关系明确且无争议;
- (三) 主营业务连续经营 30 年 (含) 以上, 且主要面向居民生活提供商品或服务;
- (四) 经营状况良好, 且具有较强的可持续发展能力;
- (五) 具有符合现代要求的企业治理模式, 在设计、研发、工艺、技术、制造、产品、服务和经营理念、营销渠道、管理模式等方面具备较强的创新能力;
- (六) 在所属行业或领域内具有较强影响力;
- (七) 未在经营异常名录或严重违法失信名单中。

### 第三章 申报与认定

**第八条** 商务部会同相关部门原则上每 3 年认定并公布新一批次中华老字号名录。

中华老字号申报和认定工作主要通过商务部中华老字号信息管理系统(网址: <https://zhlzh.mofcom.gov.cn>) 进行, 具体时间安排由商务部会同相关部门发布通知。

**第九条** 符合本办法第六条、第七条规定条件的企业应在规定日期内通过商务部中华老字号信息管理系统上传申报材料, 具体包括:

- (一) 企业基本信息、股权结构及近 5 年经营情况;
- (二) 品牌创立时间的证明材料;
- (三) 老字号注册商标的权属证明文件;



- (四) 主营业务传承脉络清晰的证明材料；
- (五) 品牌历史价值和文化价值的介绍材料；
- (六) 企业在设计研发、工艺技术、产品服务和经营理念、营销渠道、管理模式等方面创新发展的介绍材料；
- (七) 企业文化的介绍材料和获得荣誉的证明材料；
- (八) 针对上述材料并经法定代表人或负责人签字的真实性承诺；
- (九) 商务主管部门和相关部门认为应当提交的其他相关材料。

上述申报材料应当真实、有效、完整，其中能够通过政府信息系统获取的，相关部门可不再要求企业提供。

中央企业可通过其一级集团（总公司）并经主管单位同意后向商务部申报。

**第十条** 省级商务主管部门会同同级相关部门组织有关机构和专家对申报材料进行研究论证后向商务部提出推荐名单，并优先推荐已被认定为省级老字号 3 年（含）以上的企业。

商务部将根据各地中华老字号和省级老字号数量，结合各地历史文化、经济发展等综合情况，采用因素法确定每一批次各地可推荐的数量上限。

省级商务主管部门可根据需要委托市级相关部门对本地区企业申报材料的真实性、有效性、完整性进行审核。

推荐名单应当对外公示，且公示期不少于 15 个工作日。公示期满无异议或异议不成立的，由省级商务主管部门向商务部提出推荐意见并上报申报材料。

**第十一条** 商务部会同相关部门组织专家按照科学、公平、公正的原则，对各地推荐的企业进行评议，按照不超过全国推荐总量 80% 的比例提出拟认定的中华老字号及其所属企业。

参与评议的专家可根据需要或委托有关机构采取材料审查、现场调查、查阅档案等形式进行审查。

**第十二条** 商务部在商务部网站对拟认定的中华老字号及其所属企业相关信息进行公示，公示期不少于 15 个工作日。任何单位或个人对名单有不同意见的，均可向商务部提出异议，并提供详实的书面举证材料。

商务部在接到异议后会同相关部门组织专家对异议情况进行复核。如存在较





大争议，商务部可召开听证会。

**第十三条** 在公示期间无异议或异议不成立的，由商务部会同相关部门列入中华老字号名录并向社会公布，由商务部依据本办法授予中华老字号标识使用权、颁发中华老字号牌匾。

**第十四条** 中华老字号标识属商务部标志，中华老字号企业可依据《中华老字号标识和牌匾使用规定》（附件），使用中华老字号标识和牌匾。

#### 第四章 动态管理

**第十五条** 中华老字号企业的企业名称或其商标发生以下变化的，应当自发生变化之日起 30 个工作日之内通过商务部中华老字号信息管理系统向住所地省级商务主管部门提出申请，并详细说明发生变化的理由：

- （一）企业名称发生变化的；
- （二）在不丧失老字号注册商标使用权的前提下，该注册商标发生转让的。

省级商务主管部门在接到企业申请后，应按照中华老字号认定条件进行审核，并提出审核意见报商务部。审核过程中可根据需要现场核实相关情况或要求企业补充提供相关材料，必要时向社会公示。

商务部收到省级商务主管部门审核意见后进行复核，必要时商相关部门联合审核，并通过商务部中华老字号信息管理系统公布复核通过的企业变更信息。

**第十六条** 中华老字号企业应当于每季度首月 10 日前通过商务部中华老字号信息管理系统填报上一季度经营情况，并于每年 1 月 31 日前填报上一年度经营情况（上市公司可在季报年报公布后的 5 个工作日内进行上报）。

**第十七条** 商务部组织有关机构开展中华老字号日常监测，建立“红绿灯”机制，对出现本办法第十八条、第十九条、第二十条所列有关情形的中华老字号企业，分别采取相应管理措施。商务部组织有关机构建立创新发展评估模型，原则上每年对中华老字号企业进行评估，发布评估报告，并依据评估结果分别采取通报表扬、约谈警示等措施。

**第十八条** 中华老字号企业出现下列情形之一的，由住所地省级商务主管部门责令 3 个月内予以整改，必要时可约谈企业负责人：



- (一) 企业信息发生变化后未按本办法第十五条规定及时提交申请的；
- (二) 未按本办法第十六条规定按时在商务部中华老字号信息管理系统填报相关信息的；
- (三) 中华老字号标识、牌匾使用不符合《中华老字号标识和牌匾使用规定》的；
- (四) 因经营问题被相关部门作出行政处罚，或引起社会不良影响的；
- (五) 因违反《文物保护法》相关规定，对涉及不可移动文物的生产经营场所违法进行修缮、转让、抵押、改变用途等活动被相关部门作出行政处罚的；
- (六) 被相关部门列入经营异常名录的。

**第十九条** 中华老字号企业出现下列情形之一的，住所地省级商务主管部门可以建议商务部暂停其中华老字号标识及牌匾使用权：

- (一) 被省级商务主管部门约谈，未按时整改或整改措施不力的；
- (二) 被相关部门列入严重违法失信名单的。

商务部认为确有必要的，应当作出暂停其中华老字号标识及牌匾使用权的决定，并责令其于 3 个月内完成整改。

中华老字号企业整改完成后，由住所地省级商务主管部门对整改情况进行审核，并提出审核意见报商务部。商务部认为整改到位的，应当作出撤销暂停其中华老字号标识及牌匾使用权的决定。

**第二十条** 中华老字号企业出现下列情形之一的，住所地省级商务主管部门可以建议商务部将其移出中华老字号名录并收回中华老字号标识使用权及牌匾：

- (一) 企业破产清算、解散、注销、被吊销营业执照或三年以上不开展经营活动的；
- (二) 丧失老字号注册商标所有权及使用权的；
- (三) 发生严重损害消费者权益、出现重大质量问题或安全事故、重复侵犯他人知识产权、严重扰乱市场秩序或其他严重违法行为的；
- (四) 以欺骗或其他不正当手段骗取中华老字号示范称号的；





(五) 被暂停中华老字号标识及牌匾使用权，到期后仍未有效整改的；

(六) 其他不符合中华老字号和中华老字号企业基本条件的。

商务部认为确有必要的，商相关部门作出移出中华老字号名录并收回中华老字号标识使用权及牌匾的决定。

**第二十一条** 商务部会同相关部门原则上每 3 年对中华老字号开展复核。对复核中发现已经不符合中华老字号条件的，商相关部门作出移出中华老字号名录、收回中华老字号标识使用权及牌匾的决定。

**第二十二条** 商务部作出暂停或收回中华老字号标识使用权、移出中华老字号名录决定的，在商务部中华老字号信息管理系统中通报并在商务部网站向社会公布。

被移出中华老字号名录的，自决定作出之日起两个申报周期内不得再次申报中华老字号。

## 第五章 其他

**第二十三条** 省级各相关部门加强对本行政区域内老字号知识产权、历史网点、文化遗产的保护，为老字号文化传承、技艺改造、改革创新提供必要的政策支持，组织开展老字号宣传推广活动。

**第二十四条** 中华老字号企业违反《中华老字号标识和牌匾使用规定》的，商务部和省级商务主管部门可依据本办法采取相关措施。

中华老字号企业因违反本办法第十九条，被暂停中华老字号标识、牌匾使用权期间，应撤回其含有中华老字号标识的相关产品、服务，移除并妥善保存中华老字号牌匾，且不得以中华老字号名义开展宣传。

任何单位或个人冒用或滥用中华老字号标识或牌匾，违反《商标法》《反不正当竞争法》《广告法》等法律法规的，由市场监管部门依法依规进行查处。

**第二十五条** 本办法实施前已经商务部认定的中华老字号，按照本办法管理，无需重新申报，但应当按照本办法规定进行定期复核。

**第二十六条** 本办法由商务部负责解释。

**第二十七条** 本办法自公布之日起 30 日后施行。《商务部关于实施“振兴



老字号工程”的通知》（商改发〔2006〕171号）、《商务部关于印发〈“中华老字号”标识使用规定〉的通知》（商改发〔2007〕137号）同时废止。

附件：中华老字号标识和牌匾使用规定

## 中华老字号标识和牌匾使用规定

**第一条** 为维护中华老字号信誉，加强对中华老字号标识和牌匾的管理，规范中华老字号标识和牌匾的使用，依据《中华老字号示范创建管理办法》，制定本规定。

**第二条** 中华老字号标识和牌匾的使用应当遵循本规定。

**第三条** 商务部对中华老字号标识和牌匾的使用实行统一管理和监督。省级商务主管部门按照职责分工对所辖区域内中华老字号标识和牌匾的使用进行管理监督。

**第四条** 中华老字号标识适用于商务部认定的中华老字号及中华老字号企业。未被认定为中华老字号的企业或个人，不得使用中华老字号标识和文字。

**第五条** 中华老字号标识属商务部所有，由标准图形和“中华老字号”中英文文字组成，图形可单独使用，也可与文字组合使用。标识设有标准色3色、标准组合4种供企业选用。推荐使用第一种“中华老字号”2色标识。中华老字号标识标准图形、标准字体、标准色彩、标准组合详见附。

**第六条** 中华老字号企业可以在相应产品或服务的包装、装潢、各类资料、广告宣传及互联网等媒介中使用统一规定的中华老字号标识。

**第七条** 中华老字号标识只能用于与中华老字号相一致的产品或服务上，以其老字号注册商标核定使用的商品或服务为限，并应明显标注获得认定的企业名称，不得扩大使用范围。同时，应符合《商标法》《广告法》等相关法律法规要求。

**第八条** 中华老字号标识在使用时，必须根据规定式样使用，可按比例放大或缩小，但不得更改标识的比例关系和色值。



**第九条** 中华老字号标识在印刷时，附着媒介的底色不得影响标识的标准色值，不得透叠其他色彩和图案。

**第十条** 商务部统一制作和颁发中华老字号牌匾，未经许可，任何组织或个人不得自行制作、伪造、变造、销售或者冒用。

**第十一条** 中华老字号牌匾不得复制。

**第十二条** 中华老字号牌匾应悬挂或放置于中华老字号企业主要办公或经营场所，牌匾需保持牢固安全、整洁、美观，任何组织或个人不得随意侵占、污损、破坏牌匾。涉及不可移动文物的，悬挂、放置牌匾不得破坏文物。

**第十三条** 被商务部移出中华老字号名录并收回中华老字号标识使用权及牌匾的企业，自商务部作出决定之日起，停止使用中华老字号标识，并负责清理自身使用的有关中华老字号标识；中华老字号牌匾由所在省级商务主管部门负责收回，交回商务部统一注销和销毁。

**第十四条** 中华老字号企业的企业名称和注册商标人名义发生变更后，中华老字号标识和牌匾的使用权随之变更，但须按照《中华老字号示范创建管理办法》规定报商务部备案。

附：中华老字号标识标准式样

附 1：标准图形





附 2：标准字体

**中华老字号**  
China Time-honored Brand

**China**  
Time-honored  
Brand  
中华老字号

中华  
Time-honored Brand  
老字号

附 3：标准色彩



地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshinglaw.com](mailto:law@beshinglaw.com)  
网址：[www.beshinglaw.com](http://www.beshinglaw.com)





附 4：标准组合



首选标准组合



可选标准组合一



可选标准组合二



可选标准组合三

来源：中华人民共和国商务部官网

链接：<http://www.mofcom.gov.cn/zfxxgk/article/gkml/202301/20230103381407.sh>

[tml](#)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 《个人信息出境标准合同办法》



### 《个人信息出境标准合同办法》

国家互联网信息办公室令

第 13 号

《个人信息出境标准合同办法》已经 2023 年 2 月 3 日国家互联网信息办公室 2023 年第 2 次室务会议审议通过，现予公布，自 2023 年 6 月 1 日起施行。

国家互联网信息办公室主任 庄荣文

2023 年 2 月 22 日

### 个人信息出境标准合同办法

**第一条** 为了保护个人信息权益，规范个人信息出境活动，根据《中华人民共和国个人信息保护法》等法律法规，制定本办法。

**第二条** 个人信息处理者通过与境外接收方订立个人信息出境标准合同（以下简称标准合同）的方式向中华人民共和国境外提供个人信息，适用本办法。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





**第三条** 通过订立标准合同的方式开展个人信息出境活动，应当坚持自主缔约与备案管理相结合、保护权益与防范风险相结合，保障个人信息跨境安全、自由流动。

**第四条** 个人信息处理者通过订立标准合同的方式向境外提供个人信息的，应当同时符合下列情形：

- （一）非关键信息基础设施运营者；
- （二）处理个人信息不满 100 万人的；
- （三）自上年 1 月 1 日起累计向境外提供个人信息不满 10 万人的；
- （四）自上年 1 月 1 日起累计向境外提供敏感个人信息不满 1 万人的。

法律、行政法规或者国家网信部门另有规定的，从其规定。

个人信息处理者不得采取数量拆分等手段，将依法应当通过出境安全评估的个人信息通过订立标准合同的方式向境外提供。

**第五条** 个人信息处理者向境外提供个人信息前，应当开展个人信息保护影响评估，重点评估以下内容：

（一）个人信息处理者和境外接收方处理个人信息的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性；

（二）出境个人信息的规模、范围、种类、敏感程度，个人信息出境可能对个人信息权益带来的风险；

（三）境外接收方承诺承担的义务，以及履行义务的管理和技术措施、能力等能否保障出境个人信息的安全；

（四）个人信息出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、非法利用等的风险，个人信息权益维护的渠道是否通畅等；

（五）境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策和法规对标准合同履行影响；

（六）其他可能影响个人信息出境安全的事项。

**第六条** 标准合同应当严格按照本办法附件订立。国家网信部门可以根据实际情况对附件进行调整。



个人信息处理者可以与境外接收方约定其他条款，但不得与标准合同相冲突。  
标准合同生效后方可开展个人信息出境活动。

**第七条** 个人信息处理者应当在标准合同生效之日起 10 个工作日内向所在地省级网信部门备案。备案应当提交以下材料：

- (一) 标准合同；
- (二) 个人信息保护影响评估报告。

个人信息处理者应当对所备案材料的真实性负责。

**第八条** 在标准合同有效期内出现下列情形之一的，个人信息处理者应当重新开展个人信息保护影响评估，补充或者重新订立标准合同，并履行相应备案手续：

- (一) 向境外提供个人信息的目的、范围、种类、敏感程度、方式、保存地点或者境外接收方处理个人信息的用途、方式发生变化，或者延长个人信息境外保存期限的；
- (二) 境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策和法规发生变化等可能影响个人信息权益的；
- (三) 可能影响个人信息权益的其他情形。

**第九条** 网信部门及其工作人员对在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息等应当依法予以保密，不得泄露或者非法向他人提供、非法使用。

**第十条** 任何组织和个人发现个人信息处理者违反本办法向境外提供个人信息的，可以向省级以上网信部门举报。

**第十一条** 省级以上网信部门发现个人信息出境活动存在较大风险或者发生个人信息安全事件的，可以依法对个人信息处理者进行约谈。个人信息处理者应当按照要求整改，消除隐患。

**第十二条** 违反本办法规定的，依据《中华人民共和国个人信息保护法》等法律法规处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。





**第十三条** 本办法自 2023 年 6 月 1 日起施行。本办法施行前已经开展的个人信息出境活动，不符合本办法规定的，应当自本办法施行之日起 6 个月内完成整改。

[个人信息出境标准合同（点击即可下载）](#)

来源：中华人民共和国国家互联网信息办公室官网

链接：[http://www.cac.gov.cn/2023-02/24/c\\_1678884830036813.htm](http://www.cac.gov.cn/2023-02/24/c_1678884830036813.htm)

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





## 中华全国专利代理师协会关于印发《中华全国专利代理师协会诉讼代理管理办法(修订)》的通知(2023)



### 中华全国专利代理师协会关于印发 《中华全国专利代理师协会诉讼代理管理办法(修订)》的通知(2023)

全专协(2023)002号

各专利代理机构:

经第十届常务理事会第十九次会议审议通过,现将《中华全国专利代理师协会诉讼代理管理办法(修订)》印发,请遵照执行。

特此通知。

中华全国专利代理师协会

2023年2月6日





## 中华全国专利代理师协会诉讼代理管理办法(修订)

### 第一章 总则

**第一条** 为了规范专利代理师在专利诉讼中的执业行为,加强对专利代理机构和专利代理师从事专利诉讼业务的监督管理,发挥专利代理机构和专利代理师在社会主义法治和创新型国家战略中的作用,维护专利法律正确实施,维护专利诉讼当事人的合法权益,提高专利诉讼质量和效率,实现公平正义,根据《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国行政诉讼法》、《专利代理条例》和《专利代理管理办法》,制定本办法。

**第二条** 中华全国专利代理师协会(下称“协会”)推荐的专利代理师及其所在专利代理机构从事专利诉讼业务,适用本办法。

前款所述专利诉讼业务,是指专利代理机构接受专利民事案件、专利行政案件当事人的委托,指派专利代理师担任诉讼代理人,参加专利诉讼。

**第三条** 协会推荐的专利代理师及其所在专利代理机构从事专利诉讼业务,应当遵守法律、法规和规章的规定,遵循诚实守信、勤勉尽责的原则,恪守专利代理职业道德与执业纪律规范,接受协会的管理以及政府主管部门、各级司法机关、社会和当事人的监督。

**第四条** 从事专利诉讼业务的专利代理机构应当建立职业风险控制制度,加强对专利代理师从事专利诉讼业务的管理,提高专利代理师的专利诉讼业务水平。

**第五条** 协会根据《章程》和《专利代理职业道德与执业纪律规范》,对推荐的专利代理师及其所在专利代理机构从事专利诉讼业务进行监督管理,并接受国家知识产权局和最高人民法院的指导。

**第六条** 协会设置诉讼代理人名册,并对外公示。诉讼代理人名册中的专利代理师可以从事专利诉讼业务。

**第七条** 协会设立诉讼代理管理委员会。诉讼代理管理委员会负责诉讼代理人推荐审查等管理工作,日常工作由协会秘书处负责。

协会诉讼代理管理委员会的组成人员,由协会理事会决定。理事会闭会期间由常务理事会决定。



## 第二章 诉讼代理人

**第八条** 专利代理师经协会推荐，可以在专利诉讼案件中担任诉讼代理人。

申请推荐的专利代理师及其所在专利代理机构，应当遵守协会《章程》的相关规定，恪守专利代理职业道德与执业纪律规范。

**第九条** 申请被推荐担任专利民事案件诉讼代理人的专利代理师，应当最近五年连续执业并在最近一次年度考核合格，同时具备下列条件之一：

- (一) 取得律师资格证书或者法律职业资格证书一年以上；
- (二) 曾经代理专利诉讼案件；
- (三) 曾经代理宣告专利权无效案件；
- (四) 其他经协会认定的特别情形。

**第十条** 申请被推荐担任国家知识产权局作为第一审被告的专利行政案件诉讼代理人的专利代理师，应当最近两年连续执业并在最近一次年度考核合格，同时具备下列条件之一：

- (一) 取得律师资格证书或者法律职业资格证书一年以上；
- (二) 曾经代理专利复审案件；
- (三) 曾经代理宣告专利权无效案件；
- (四) 其他经协会认定的特别情形。

申请被推荐担任其他专利行政案件诉讼代理人的专利代理师，应当符合本办法第九条的规定。

**第十一条** 专利代理师具有下列情形之一的，不予推荐担任诉讼代理人：

- (一) 所在专利代理机构被国家知识产权局列入严重违法专利代理机构名单；
- (二) 最近一年所在专利代理机构违反专利代理职业道德与执业纪律规范、受到专利代理行业纪律处分或受到行政处罚的；
- (三) 最近三年违反专利代理职业道德与执业纪律规范、受到专利代理行业纪律处分或受到行政处罚的；
- (四) 被各级司法机关、社会和当事人评价并经过核实不适合从事专利诉讼业务的。





专利代理师被协会推荐担任诉讼代理人后发生前款所述情形之一的，取消推荐且三年内不予推荐。

**第十二条** 专利代理师被协会推荐担任诉讼代理人后因故不再满足本办法规定推荐条件或者取得律师执业证书的，取消推荐。

除本办法规定的情形外，专利代理机构认为其聘任的专利代理师不再适合担任诉讼代理人的，可以向协会申请取消推荐。

**第十三条** 专利代理师申请被推荐担任诉讼代理人的，应当由所在专利代理机构向协会提出申请，经审查符合本办法规定条件的，列入诉讼代理人名册。

**第十四条** 经协会推荐担任诉讼代理人的专利代理师因转换专利代理机构发生执业备案信息变化的，应当由转入的专利代理机构在执业备案信息变化后一个月内，向协会提出变更申请，必要时提供相关说明。逾期未提出的取消推荐。

**第十五条** 协会每季度集中更新一次诉讼代理人名册，并报送最高人民法院。

**第十六条** 专利代理师符合本办法规定担任诉讼代理人的推荐条件，但未被列入诉讼代理人名册的，可以在具体专利诉讼案件中，由所在专利代理机构向协会申请推荐担任该案件诉讼代理人。

专利代理师根据前款规定被首次推荐担任具体专利诉讼案件诉讼代理人后，应当在六个月内按照本办法第十三条的规定，向协会申请列入诉讼代理人名册，逾期未提出的，协会不再根据前款规定予以推荐。

### 第三章 诉讼代理业务规则

**第十七条** 协会推荐的专利代理师及其所在专利代理机构从事专利诉讼业务，应当按照《专利代理服务指导标准》，依法履行诉讼代理人职责。

**第十八条** 经协会推荐担任诉讼代理人的专利代理师应当承办所在专利代理机构委派的专利诉讼业务，不得自行接受委托。

**第十九条** 经协会推荐担任诉讼代理人的专利代理师每年应当参加不少于十二课时的专利代理师执业培训，专利代理师执业培训课时低于上述标准的，协会在下一年度第一次集中更新诉讼代理人名册时，取消推荐。



经协会推荐担任诉讼代理人的专利代理师每年还应当参加不少于十二课时的诉讼业务培训，诉讼业务培训课时低于上述标准的，协会在下一年度第一次集中更新诉讼代理人名册时，取消推荐。

前款所述诉讼业务培训课时，与专利代理师执业培训课时分别计算。

专利代理师因第二款规定的情形被取消推荐担任诉讼代理人的，在补齐诉讼业务培训课时后，可以重新申请列入诉讼代理人名册。

**第二十条** 协会可以根据专利诉讼业务情况采集优秀案例，并对外发布。

#### 第四章 监督管理

**第二十一条** 专利代理机构提交申请材料，应当确保相关信息真实有效。专利代理机构或者专利代理师故意弄虚作假的，协会三年内不予推荐担任诉讼代理人，经推荐已担任诉讼代理人的，取消推荐且三年内不予推荐。情节严重的，移送国家知识产权局处理。

**第二十二条** 协会推荐的专利代理师及其所在专利代理机构从事专利诉讼业务，违反专利代理职业道德与执业纪律规范的，取消推荐且三年内不予推荐。情节严重的，移送国家知识产权局处理。

**第二十三条** 基于各级司法机关向协会提供的诉讼代理人执业表现的综合评价，协会经过核实不适合继续从事专利诉讼业务的专利代理师，取消推荐且三年内不予推荐。

**第二十四条** 除本办法第十二条第二款规定的情形外，协会决定取消推荐担任诉讼代理人并对外公示更新诉讼代理人名册前，给予专利代理机构和专利代理师进行陈述或者申辩的机会，也可以根据需要组织听证会，对有关当事人进行质询。

协会诉讼代理管理委员会组成人员与当事人有利害关系、可能影响公正处理的，应当回避。

**第二十五条** 专利代理师违反专利代理职业道德与执业纪律规范情节特别严重的，被取消推荐担任诉讼代理人后，协会不再推荐。

**第二十六条** 专利代理师所在专利代理机构因经营不规范，被协会约谈或诫勉后整改不到位的，不予推荐担任诉讼代理人。经推荐已担任诉讼代理人的，取消推荐。





**第二十七条** 专利代理机构在提交申请材料时故意弄虚作假，或者专利代理机构或专利代理师因违反专利代理职业道德与执业纪律规范被取消推荐的，在协会网站和全国专利代理公共服务平台上予以公告。

**第二十八条** 协会工作人员违反本办法有关规定的，视其情节轻重给予相应处分。

## 第五章 附则

**第二十九条** 本办法由协会负责解释，并报国家知识产权局备案。

**第三十条** 本办法自发布之日起施行。2015 年 12 月发布的《中华全国专利代理人协会诉讼代理管理办法》同时废止。

来源：中华全国专利代理师协会官网

链接：<http://www.acpaa.cn/article/content/202302/5683/1.html>



## 典型案例摘要

### 商标受让者也不能擅自使用他人有一定影响的字号



上海知识产权法院

#### 商标受让者也不能擅自使用他人有一定影响的字号

近日，上海知识产权法院（以下简称上海知产法院）对香港成功公司与成功科技公司、丰丽公司著作权侵权及不正当竞争纠纷上诉案作出驳回上诉，维持原判的二审判决。

香港成功公司向一审法院诉称，其于 1997 年在香港地区注册，英文名称为 DAIICHI INTERNATIONAL (HOLDINGS) HK LTD。该公司从 1998 年开始通过其自身名义或多个关联公司在大陆地区销售幕墙板产品。该公司制作的宣传册上载有其参与的国家大剧院、北京人民大会堂、水立方等工程项目图片。香港成功公司认为，成功科技公司在宣传册中使用该公司拍摄的项目照片，并与丰丽公司共同通过公司网站向公众提供涉案作品，该行为构成著作权侵权。成功科技公司将“成功”作为企业字号使用，将“DAIICHI”作为域名主要部分注册并使用，将该公司的项目作为其项目和案例进行宣传的行为构成不正当竞争，丰丽公司构成共同侵权。因此请求法院判令成功科技公司、丰丽公司停止侵权和不正当竞争行为，赔偿经济损失和合理开支 200 万元，并刊登声明消除影响。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
 邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
 网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





△图片来源：上海知产法院微信公众号

一审法院审理后认为，第一，根据现有证据可认定香港成功公司对涉案作品享有著作权，成功科技公司未经许可将涉案作品印制成宣传册并上载于网络的行为构成侵权。第二，香港成功公司的“成功”字号在幕墙板相关市场具有一定影响，成功科技公司将“成功”作为字号登记并使用的行为构成不正当竞争。但由于在案证据不足以证明“DAIICHI”字号具有一定的市场知名度，故成功科技公司使用“DAIICHI”的行为不构成不正当竞争。第三，成功科技公司并未提供证据证明案外人成功幕墙公司许可其使用相关业绩进行宣传，即便相关业绩与受让的商标具有一定关联，成功科技公司在宣传内容中未予以明确说明的行为仍易使相关公众产生误解，构成虚假宣传。第四，丰丽公司在其经营管理的网站上载了相同侵权内容，应认定其与成功科技公司共同实施了部分侵权行为，并为成功科技公司实施不正当竞争行为提供了帮助，对此应与成功科技公司承担连带责任。





一审法院判决成功科技公司、丰丽公司立即停止侵害著作权行为；停止使用“成功”企业字号及虚假宣传的不正当竞争行为；成功科技公司赔偿香港成功公司经济损失及合理开支 30 万元，丰丽公司对其中的 10 万元承担连带赔偿责任；成功科技公司、丰丽公司在相关网站首页刊登声明消除影响。

成功科技公司、丰丽公司不服一审判决，向上海知产法院提起上诉。成功科技公司、丰丽公司认为，香港成功公司未证明其享有相关图片的著作权；成功科技公司申请注册企业名称及域名系基于其受让的“成功”“DAIICHI”注册商标专用权；成功幕墙公司授权其使用工程业绩进行宣传，不存在虚假宣传。

### 上海知产法院审理后认为

香港成功公司就其主张的 170 余张图片，提交了印有全部图片的宣传册、印刷机构的证明、部分照片的底片等，成功科技公司虽否认香港成功公司对此享有著作权，但没有提供相应证据，故其与丰丽公司在宣传册或网址上使用涉案图片的行为构成著作权侵权。根据反不正当竞争法第六条第二项的规定，经营者不得实施擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）的行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系。在案证据显示，在成功科技公司登记“成功”字号时，香港成功公司已在大陆地区市场使用“成功”字号多年，该字号具备一定的显著性，且经过其多年的经营、宣传，已具备区别不同市场主体的功能。现有证据足以证明香港成功公司的“成功”字号在幕墙板相关市场具有一定影响，其合法权益受法律保护。虽然成功科技公司后续受让了“成功”商标，但在香港成功公司对“成功”享有在先合法权益的情况下，成功科技公司在相同行业的经营中使用“成功”字号的行为客观上容易导致相关公众对二者间的关系混淆，其行为构成不正当竞争。此外成功科技公司的宣传册及其与丰丽公司的相应网站上发布的“成功足迹”“成功产品”“成功案例”等宣传内容容易导致相关公众对成功科技公司的企业历史、经营业绩产生误认，故该行为构成虚假宣传。综上，上海知产法院对成功科技公司、丰丽公司的上诉请求予以驳回。





### 法官说法

商标和企业名称系不同类型的商业标识，在权利取得途径、权利性质等方面存在区别。商标的功能在于区别不同商品或服务的来源，企业名称的功能在于区别不同市场主体，二者分别通过不同的机关获得注册，有不同的管理制度。因此，对某一标志享有注册商标专用权，不代表其当然有权将该标志作为企业字号使用，反之亦然。当不同主体使用同一标志作为商业标识开展经营时，若容易导致相关公众对其主体身份、商品或服务的来源产生混淆或混淆可能性，则在后的使用行为亦有可能构成不正当竞争。

作者：叶菊芬、付凡

来源：上海知产法院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/-kyfSmoQgJQW24Jft7CqXg>





## 恶意注册商标并提起诉讼的行为违背诚实信用原则



### 上海知识产权法院

近日，上海知识产权法院（以下简称上海知产法院）对李某诉利锦公司、欧若迪公司侵害商标权案作出驳回上诉，维持原判的二审判决。

李某诉称，其于 2005 年 11 月申请涉案商标“”并获得核准，核定的商品类别为气体分离设备、空气滤清器、乳脂分离器（食品机械）、水分离器、过滤机等。2019 年 10 月，李某发现在利锦公司运营的网站中的过滤分离装置上载有被诉侵权标识。欧若迪公司为利锦公司生产、制造该设备。李某认为利锦公司、欧若迪公司侵害了其对涉案商标享有的专用权，故起诉至法院，请求判令利锦公司、欧若迪公司立即停止侵权、消除影响，并赔偿经济损失 1,00 万元及合理开支 12,215 元。

利锦公司、欧若迪公司辩称，其均未实施侵犯涉案商标专用权的行为。利锦公司称，其并非欧若迪公司的代理商，没有在国内代理销售过带有涉案商标的分离器产品；欧若迪公司称，其早在 2002 年就向欧洲知识产权局申请注册了与涉案商标外观完全一致的“EURODIA”商标，在李某申请注册涉案商标之前已经在中国先行使用了被控侵权标识，且具有一定的影响力。欧若迪公司提交证据证明其于 2002 年开始在中国销售超滤装置等产品，交易订单及发票中均载有“”标识。

在案证据显示，除涉案商标外，李某还申请了注册商标百余件，涉及近十个类别。这些商标的申请日期多集中在 2005 年、2006 年，且大多数已处于无效状态。李某至今未登记注册个体工商户，亦未投资设立个人独资企业、一人有限公司等经营实体。

一审法院审理后认为，民事主体只有秉持诚实信用原则申请注册和行使商标专用权权利，方可通过民事诉讼寻求法律救济。本案中，李某申请注册涉案商标并取得商标专用权，以及通过民事诉讼寻求救济的行为，均有悖民事主体从事民



事活动及参与民事诉讼所应遵循的诚实信用原则，其权利不具有保护的基础，故判决驳回李某的全部诉讼请求。李某不服，向上海知产法院提起上诉。

上海知产法院经审理认为，本案中，李某在无任何使用意图和使用行为的情况下，在与欧若迪公司经营产品相同的商品类别申请注册与欧若迪公司在先使用的字号及商标相同的商标，且涉及的是气体分离设备等较为专业、生产能力要求较高的领域。李某还申请了包括涉案商标在内的一百多个商标，涉及领域较为广泛，其中不乏如涉案商标核定使用商品所涉较为专业的领域，其申请注册涉案商标难谓正当，该行为违反了诚实信用原则。李某基于涉案商标提起本案诉讼涉嫌滥用权利，明显具有不正当性，违背了民事诉讼诚实信用原则。

诚实信用原则是民事领域的基本原则，在整个民商事法律体系中发挥基础性和全局性的作用。民法总则、民法典及民事诉讼法均明确规定了诚实信用原则。现行商标法亦规定，申请注册和使用商标，应当遵循诚实信用原则。综上，上海知产法院判决驳回上诉，维持原判。

### 法官说法

申请注册商标应以使用为目的，且不得申请注册侵害他人在先合法权益的商标。在商标侵权诉讼中，若权利商标明显存在不以使用为目的而恶意申请注册或恶意抢注等情形，属于违反诚实信用原则的商标注册行为。

违反诚实信用原则注册的商标，商标注册人取得的注册商标权利基础本身存在重大权利瑕疵，商标权人依据此类瑕疵商标提起商标侵权之诉的，属于权利滥用。即使其已经获得注册商标专用权，亦不能改变其行为性质的不正当性。此种情况下，商标注册人所持有的注册商标已不是商标法意图保护的商标，背离商标法的立法目的和制度目的，严重违法诚实信用原则，扰乱商标注册和保护秩序。商标权利人通过民事诉讼寻求法律救济的前提是其实体权利的取得及诉讼权利的行使具有正当性，不得违反诚实信用原则，否则不应得到法律保护。

作者：杨洁

来源：上海知产法院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/3eQ2bCDFST0msl54UoLdQw>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 实务研究

# 【上知案例洞察】第 35 期：驰名商标跨类保护范围及“有一定影响的字号、简称”的认定

## 驰名商标跨类保护范围及“有一定影响的字号、简称”的认定

——巨人网络集团股份有限公司等诉巨商智能科技（上海）有限公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案

### 裁判要旨

1. 驰名商标跨类保护的 protection 范围应考虑其知名度、显著性、与被诉侵权商品的关联程度等因素在个案中合理确定。
2. 明知他人早已存在并具有一定影响的字号和简称，仍将他人字号登记为企业名称，并在经营活动中使用他人字号或包含他人字号的企业简称，足以导致相关公众对双方是否系具有关联关系的市场主体产生混淆和误认，致使他人利益受损的，构成擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括字号及简称）的不正当竞争行为。

### 基本案情

原告珠海巨人高科技集团有限责任公司等诉称：“巨人”系我国著名企业家史玉柱先生创立的企业品牌，史玉柱先生创立了珠海巨人高科技集团公司（即本案原告珠海巨人高科技集团有限责任公司，以下简称珠海巨人公司），并延续发展成为包括原告巨人网络集团股份有限公司（以下简称巨人网络集团公司）、巨人投资有限公司（以下简称巨人投资公司）、上海巨人网络科技有限公司（以下简称上海巨人网络公司）的巨人网络集团，“巨人”作为原告字号和主营核心业务品牌享有极高声誉，其第 5431856 号、第 13121387 号“巨人”注册商标应认定为驰名商标予以跨类保护。被告巨商智能科技（上海）有限公司（以下简称巨



商公司)、巨人(深圳)企业科技发展有限公司[以下简称巨人(深圳)公司]、深圳巨人网络电子商务有限公司(以下简称深圳巨人公司)在净水机产品的生产、销售和宣传等环节突出使用含有“巨人”等字样的行为,构成对“巨人”驰名商标的侵害。同时,被告巨人(深圳)公司、深圳巨人公司将“巨人”登记为其企业名称、将“巨人”拼音“juren”注册为域名,并使用“巨人”“巨人集团”字样及史玉柱的形象进行宣传等行为构成擅自使用原告有一定影响的企业名称及简称、虚假宣传的不正当竞争行为,故诉至法院,要求三被告停止商标侵权及不正当竞争行为,变更企业名称,消除影响并连带赔偿经济损失及合理费用共计人民币 10,124,305 元。

三被告辩称:(1)原告“巨人”商标市场影响力较小,不应认定为驰名商标。(2)被告系对其合法享有权利的注册商标在核定范围内进行使用,原告商标核定使用服务与被告的产品不属于同一行业,消费对象亦不相同,不会造成混淆。(3)被告依法登记了“深圳巨人企业科技发展集团”,登记证载明集团简称为“深圳巨人集团”,原告无权阻止被告使用“巨人集团”字样。(4)被告从未制作过相关企业视频宣传片,原告所称的宣传片中使用的是史玉柱先生的肖像,并非原告的形象。(5)被告不存在侵权行为,原告的诉请缺乏事实和法律依据。综上,请求法院驳回四原告的全部诉讼请求。

上海知识产权法院经审理查明:原告珠海巨人公司等由史玉柱创立或与他人共同投资成立。早在 2015 年之前,“巨人”字号和“巨人集团”简称在保健品等行业中已具有相当高的市场知名度。原告巨人投资公司系第 5431856 号、第 13121387 号“巨人”注册商标的权利人,核定使用服务类别为在计算机网络上提供在线游戏等,并许可原告巨人网络集团公司、上海巨人网络公司使用。案外人孙长江以“巨人”作为字号,于 2015 年在香港注册“巨人国际控股集团有限公司”,并与其他人在内地先后成立了被告巨商公司、巨人(深圳)公司、深圳巨人公司,从事净水设备和智能家居产品的生产、销售等经营活动。三被告在经营活动及对外宣传中大量使用“巨人”“巨人集团”等字样,将“巨人”二字拼音“juren”注册为域名主体识别部分,并在杂志、宣传册、网站、微信公众号中宣称“原史玉柱脑白金项目团队原班人马打造全新的商业模式”等。





上海知识产权法院于 2020 年 6 月 30 日作出民事判决：一、三被告于判决生效之日起立即停止擅自使用四原告企业名称的不正当竞争行为和虚假宣传的不正当竞争行为，被告巨人（深圳）公司于判决生效之日起三十日内向相关部门申请变更其企业名称，同时变更巨人（深圳）上海分公司的企业名称和深圳巨人企业科技发展集团（简称：深圳巨人集团）的企业集团名称，被告深圳巨人公司于判决生效之日起三十日内向相关部门申请变更其企业名称，上述变更后的企业名称和企业集团名称中均不得包含“巨人”文字；二、三被告于判决生效之日起三十日内在《解放日报》（除中缝外）刊登声明，消除因不正当竞争行为给四原告造成的不良影响；三、被告巨商公司于判决生效之日起十日内赔偿四原告经济损失人民币 10 万元；三被告于判决生效之日起十日内连带赔偿四原告经济损失人民币 300 万元及合理费用人民币 112,905 元；四、驳回四原告的其余诉讼请求。宣判后，巨人网络集团公司、珠海巨人公司、巨人投资公司、上海巨人网络公司、巨商公司均提出上诉。

上海市高级人民法院于 2021 年 9 月 13 日作出（2020）沪民终 538 号民事判决，驳回上诉，维持原判。

法院生效裁判认为：我国对驰名商标采取的是适度的跨类保护，其保护范围应当根据具体案件情况，考虑其知名度、显著性、与被诉侵权商品的关联程度等因素在个案中合理确定。四原告虽能证明“巨人”注册商标经过其使用和宣传，在游戏行业有较高知名度，但其知名度仅限于核定使用的服务范围本身，而该商标核定使用的服务与被诉侵权商品之间的相关公众或者消费者存在明显差异，且“巨人”一词是通用词汇，显著性并不高，故现有证据不足以证明涉案“巨人”商标具备认定为驰名商标的条件。

三被告经营的业务与四原告经营的保健品等业务虽有不同，但反不正当竞争法上的竞争关系并不仅是指经营者与经营同类商品的竞争对手争夺交易机会所产生的直接竞争关系，还包括以不正当手段谋取其他经营者的竞争优势、获取更多交易机会所产生的间接竞争关系。孙某等人明知早已存在并已经具有相当高市场知名度的“巨人”字号和“巨人集团”简称，仍将“巨人”作为字号进行企业名称登记，且三被告在经营活动中实施的一系列被诉行为主观上明显存在攀附四





原告商誉“搭便车”之意，亦足以导致相关公众对双方是否系具有关联关系的市场主体产生混淆和误认，从而使四原告利益受损，构成擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括字号及简称)的不正当竞争行为。三被告将“巨人”的拼音“juren”注册为其域名的主体识别部分，亦属于反不正当竞争法规定的经营者不得实施的其他混淆行为。三被告在对外宣传中使用与其无任何关系的史玉柱及“巨人集团”等相关内容，构成虚假宣传的不正当竞争行为。鉴于被告巨商公司早于另两被告成立，其在另两被告成立前单独实施的不正当竞争行为，由其自行承担。三被告共同实施的不正当竞争行为，由三被告共同承担责任。

## 典型意义

### 一、驰名商标跨类保护范围的确定

本案争议焦点之一在于，能否认定原告“巨人”商标为驰名商标，进而认定被告在不同类别的商品或服务上使用“巨人”等字样的行为构成商标侵权。应当注意到，驰名商标的跨类保护并非“全类保护”，而是采取适度的跨类保护。驰名商标保护范围的确定，是审理该类案件的关键，也是司法实践中的难点问题。

#### (一) 驰名商标采取适度的跨类保护

驰名商标凝集了良好的商业信誉，在相关公众中具有比普通商标更高的知名度，国际条约及各国商标法均对驰名商标制定了特别的保护机制，包括对驰名的注册商标采取跨类保护。《巴黎公约》立足于防止未注册驰名商标在其他成员国被抢注，其第 6 条第 2 款对于驰名商标的保护范围限于相同或类似商品上对驰名商标或其主要部分的复制、仿制或翻译。而 TRIPs 协定第 16 条第 3 项则扩大了驰名的注册商标保护范围，规定“《巴黎公约》(1967) 第 6 条第 2 款应当在细节上作必要修改之后，适用于与使用注册商标的商品或者服务不类似的商品或者服务，如果该商标在这些商品或者服务上的此种使用将会表明这些商品或者服务与注册商标所有人之间存在联系，且此种使用可能损害注册商标所有人的利益。”德国、意大利等国商标法亦均对在该国享有声誉的知名注册商标采取了跨类保护。



上述条约或法律规定中均对驰名商标的跨类保护设定了条件，包括存在产生混淆、误导，或存在损害驰名商标显著性或声誉的可能性等。

与国际条约的规定一致，我国商标法对于驰名的注册商标，同样采取有条件的适度跨类保护。商标法第 13 条第 3 款规定，就不相同或者不类似商品申请注册的商标，是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。按照该条规定，我国商标法对于驰名商标采取相对保护，并非无条件延及所有不相同且不相类似的商品上，而是以“误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害”为要件。为统一认定驰名商标保护范围的标准和尺度，《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》（以下简称驰名商标解释）第 10 条规定，原告请求禁止被告在不类似商品上使用与原告驰名的注册商标相同或者近似的商标或者企业名称的，人民法院应当根据案件具体情况，综合考虑以下因素后作出裁判：（一）该驰名商标的显著程度；（二）该驰名商标在使用被诉商标或者企业名称的商品的相关公众中的知晓程度；（三）使用驰名商标的商品与使用被诉商标或者企业名称的商品之间的关联程度；（四）其他相关因素。对于该条款的理解，一是驰名商标的跨类保护并非“全类保护”，而是采取适度的跨类保护；二是驰名商标跨类保护的并非完全统一和固定不变的，而是需要根据案件的具体情况，综合考虑驰名商标的显著程度和在使用被诉商标商品的相关公众中的知晓程度，以及相关商品的关联程度等进行确定。

## （二）商标法第 13 条第 3 款在适用中存在的问题

根据商标法第 13 条第 3 款的规定，注册驰名商标的保护应具备三个要件，即①该注册商标构成驰名商标、②存在复制、摹仿或者翻译行为，以及③误导公众，致使权利人的利益可能受到损害。驰名商标解释第 3 条规定，被诉侵犯商标权或者不正当竞争行为因不具备法律规定的其他要件而不成立的，人民法院对于所涉商标是否驰名不予审查。实践中存在的争议在于，对于商标法第 13 条第 3 款规定的要件是否存在适用顺序，即是否需要先对涉案商标构成驰名商标作出判断。



一种观点认为，应首先对商标驰名作出认定。例如，有判决指出，“在适用商标法第 13 条第 3 款的规定时，上述三个条件原则上适用顺序上的要求，且原则上应首先认定在先的注册商标是否为驰名商标。”更有判决强调，“在先已注册商标驰名与否，则是判断相关商标知名度的重要内容。同时，在先已注册的商标是否驰名、其驰名程度如何，也是判断诉争商标的注册是否会因误导公众而损害该商标注册人利益的重要考量因素。只有在对在先的注册商标是否驰名作出判断，才能确定商标法第 13 条第 3 款有无适用的可能与必要，进而才需要也才能够对诉争商标是否系复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，以及诉争商标的注册是否会因误导公众而损害该驰名商标注册人的利益作出判断。”

另一种观点则认为，商标驰名认定并非适用商标法第 13 条第 3 款的必要条件。最高人民法院在案件中指出，“在案件审理过程中，固然要对异议申请人请求予以保护的引证商标所具有的知名度予以考量，但并不意味着必须将其作为适用商标法第 13 条第 3 款的前提条件……如果被异议商标并没有构成对引证商标的复制、摹仿或者翻译，或者被异议商标获准注册的结果并不会导致误导公众并可能损害引证商标权利人利益的结果，即无需对引证商标是否构成驰名的问题作出审查和认定。”

我们认为，在驰名商标侵权案件的审理中，一般情况下，商标驰名的认定是判断被告是否构成商标侵权的基础，但对于注册商标能否被认定为驰名商标，则需要根据商标法第 13 条第 3 款规定的要件及驰名商标解释第 10 条规定的具体考量因素予以综合考虑，不宜将商标法第 13 条第 3 款规定的各要件及驰名商标解释第 10 条规定的各因素予以孤立考虑和判断。例如，请求认定的驰名商标知名度及显著性有限，相关公众一般不会将使用该商标的商品与被诉侵权商品产生关联，亦不会误导公众，致使权利人的利益可能受到损害商标，此时该商标就无法被认定为驰名商标予以跨类保护，这也符合驰名商标按需认定原则的立法精神。

本案中，四原告主张权利的第 5431856 号、第 13121387 号“巨人”注册商标核定使用的服务均为第 41 类在计算机网络上提供在线游戏等，被诉侵权商品为净水设备和智能家居产品，两者类别不相同也不相类似，故四原告主张认定其上述商标系驰名商标。法院认为，四原告在本案中提供的证据虽能证明“巨人”



注册商标经过其使用和宣传，在游戏行业有较高知名度，但其知名度仅限于核定使用的服务范围本身，而该商标核定使用的服务与被诉侵权商品之间的相关公众或者消费者存在明显差异，且“巨人”一词是通用词汇，显著性并不高。因此，本案中无法认定涉案注册商标为驰名商标，四原告在本案中基于“巨人”为驰名商标作为权利基础主张三被告构成商标侵权难以获得支持。

## 二、有一定影响的企业简称、字号的认定

依据反不正当竞争法规定，我国企业就其企业名称享有竞争利益。在反不正当竞争法于 2017 年修正之前，1993 年反不正当竞争法第 5 条第 3 项规定经营者不得采用擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品之不正当手段从事市场交易，损害竞争对手。由于将保护范围限定于企业名称或者姓名，对于企业在经营过程中长期使用已具备一定知名度，并已与其建立稳定关联关系的简称、字号，当时的反不正当竞争法无法实现充分保护。为适应实践需要，2009 年《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第 10 条规定，对于具有一定市场知名度、为相关公众所熟知、已实际具有商号作用的企业名称中的字号、企业或者企业名称的简称，视为企业名称并给予制止不正当竞争的保护。《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第 6 条第 1 款规定，除依法登记注册的企业名称外，具有一定的市场知名度、为相关公众所知悉的企业名称中的字号亦可认定为该条中的“企业名称”。最高人民法院在 2014 年发布的指导案例 29 号裁判要点中进一步明确，对于企业长期、广泛对外使用，具有一定市场知名度、为相关公众所知悉，已实际具有商号作用的企业名称简称，可以视为企业名称予以保护。2017 年后修正的反不正当竞争法对此予以采纳，在第 6 条第 2 项规定经营者不得实施擅自使用他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等），引人误认为是他人商品或与他人存在特定联系之混淆行为。

企业字号是企业名称中的核心要素，是企业名称中最显著和最重要的组成部分，且在一定范围内具有独占性，企业对其简称所享有的竞争利益则来源于企业自身的代替性使用与社会公众的认同。鉴于字号、简称均省去了企业名称中部分具有限定作用的要素，可能不适当地扩大了正式名称所指代的对象范围。因此，





在案件中认定经营者实施了擅自使用他人有一定影响的字号和企业简称的不正当竞争行为，需考量该字号和简称是否为相关公众认可，并在相关公众中建立起与该企业的稳定联系。

本案中，“巨人”字号和“巨人集团”简称经过原告的长期、广泛使用，在相关行业中已经具有相当高的市场知名度，“巨人集团”简称亦已经与原告之间建立了对应关系，四原告对于“巨人”字号和“巨人集团”简称依法享有竞争利益。基于此，孙长江等人明知早已存在并已经具有相当高市场知名度的“巨人”字号和“巨人集团”简称，仍将“巨人”作为字号进行企业名称登记，且被告在经营活动中实施的一系列被诉行为主观上明显存在攀附原告商誉“搭便车”之意。被告的相关行为足以导致相关公众对原、被告之间是否系具有关联关系的市场主体产生混淆和误认，从而使原告的利益受损。因此被告相关行为构成反不正当竞争法第 6 条第 2 项规定的擅自使用原告有一定影响的企业名称（包括字号及简称）的不正当竞争行为。

此外，本案还明确反不正当竞争法上的竞争关系并不仅是指经营者与经营同类商品的竞争对手争夺交易机会所产生的直接竞争关系，还包括以不正当手段谋取其他经营者的竞争优势、获取更多交易机会所产生的间接竞争关系，并基于此认定原、被告之间存在竞争关系。反不正当竞争法虽对此并未予以明确规定，但该观点在司法实践中得到广泛适用。指导案例 30 号裁判要点明确，反不正当竞争法并未限制经营者之间必须具有直接的竞争关系，也没有要求其从事相同行业。经营者之间具有间接竞争关系，行为人违背反不正当竞争法的规定，损害其他经营者合法权益的，也应当认定为不正当竞争行为。值得注意的是，2022 年 3 月 20 日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》第 2 条规定，与经营者在生产经营活动中存在可能的争夺交易机会、损害竞争优势等关系的市场主体，人民法院可以认定为反不正当竞争法第 2 条规定的“其他经营者”。该规定明确了司法实践中对广义竞争关系、间接竞争关系属于反不正当竞争法上竞争关系的认定意见，也为更精准地探索、勾勒出竞争关系的轮廓奠定了基础。





## 案例索引

一审：上海知识产权法院（2018）沪 73 民初 459 号

二审：上海市高级人民法院（2020）沪民终 538 号

作者：吴盈喆、许堃

来源：上海知产法院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/fGuWz-vxI17bj2nvn31zLQ>



## 审查民商事管辖权异议案件的 3 个步骤

### 审查民商事管辖权异议案件的 3 个步骤

《民事诉讼法》第一百二十二条明确规定，属于受诉人民法院管辖是民事案件起诉必须符合的条件之一。因此，只有首先确定案件的管辖法院，才能开始案件的审理，有效保障当事人诉权。案件受理后，当事人对管辖权有异议的，人民法院需要依法对当事人提出的异议进行审查，以平等保护当事人的诉讼权利和管辖利益，并保障人民法院正确行使管辖权。

及时准确确定案件管辖权，既关乎当事人能否及时接近正义，又关乎程序正义；既是努力让当事人在每一个司法案件中感受到公平正义的第一道关口，也是司法公正的第一道生命线。

办案心法



△图片来源：上海高院微信公众号

《民事诉讼法》第一百三十条第一款规定，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。

目前，法律和司法解释对管辖权异议的主体、客体、审查原则、审理程序等问题尚未作出明确全面的规定，因此需要在司法实践中总结、梳理民商事管辖权异议案件的审理程序与要点。归纳起来，主要应遵循**管辖权异议条件的审查、管辖权异议内容的审查、管辖权异议受理费的处理** 3 个步骤。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
 邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
 网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 01 管辖权异议条件的审查

虽然民事诉讼法对管辖权异议的条件未作出明确统一的规定，但提出管辖权异议仍应当符合一定的条件。一般而言，**管辖权异议的条件**主要包括**管辖权异议的范围、管辖权异议的主体、管辖权异议的客体、管辖权异议的期间**四个方面。

### （一）管辖权异议范围的审查

管辖权异议，是指当事人认为受诉法院受理了其无管辖权的案件，向该法院提出异议，请求将案件移送有管辖权法院审理的诉讼行为。

首先要审查当事人提出的异议是否属于管辖权异议。如果属于管辖权异议，则按照管辖权异议程序进行处理，如果不属于管辖权异议，则不应适用管辖权异议程序进行处理，应依法作出相应处理。

#### 1. 主管异议，不属于管辖权异议

主管异议，即异议人认为原告的起诉，**不属于人民法院受理民事诉讼的范围**，向受诉法院提出异议，请求驳回原告起诉的诉讼行为。

例如，当事人以双方当事人之间存在**申请仲裁排除法院诉讼的书面仲裁协议**为由提出管辖异议的，则属于主管异议，不得作为管辖权异议处理。经审查案件确实不属于法院主管的，应依法**裁定驳回原告的起诉**。

#### 2. 受理异议，不属于管辖权异议

受理异议，即异议人认为原告的起诉**不符合民事诉讼法规定的起诉条件**，向受诉法院提出异议，请求驳回原告起诉的诉讼行为。

例如，当事人以**原告主体不适格、构成重复起诉、特定案件处于禁诉期间**等为由提出管辖异议的，则属于受理异议，不得作为管辖权异议处理。经审查原告的起诉确实不符合起诉条件的，应依法**裁定驳回原告的起诉**。



## （二）管辖权异议主体的审查

管辖权异议的主体应当是案件的当事人，**一般仅限于被告**，不包括原告。需要注意以下两点：

一是根据《最高人民法院经济审判庭关于法院对原告变更被告之诉讼请求而恢复诉讼，变更后的被告是否有权提出管辖异议问题的答复》，**变更后的被告在答辩期内有权提出管辖权异议**。

二是根据《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》（以下简称《民事诉讼法解释》）第八十二条以及《最高人民法院关于第三人能否对管辖权提出异议问题的答复》，**有独立请求权第三人和无独立请求权第三人均无权提出管辖权异议**。

## （三）管辖权异议客体的审查

管辖权异议的客体为**第一审案件管辖权**。当事人无权对特别程序案件、二审案件、再审案件管辖提出异议。

根据《最高人民法院关于审理民事级别管辖异议案件若干问题的规定》（以下简称《级别管辖异议规定》），管辖权异议客体**既包括级别管辖，也包括地域管辖**。当然，**专门管辖**也可以成为管辖权异议客体，即当事人有权提出案件系属于普通法院管辖还是专门法院管辖的异议。

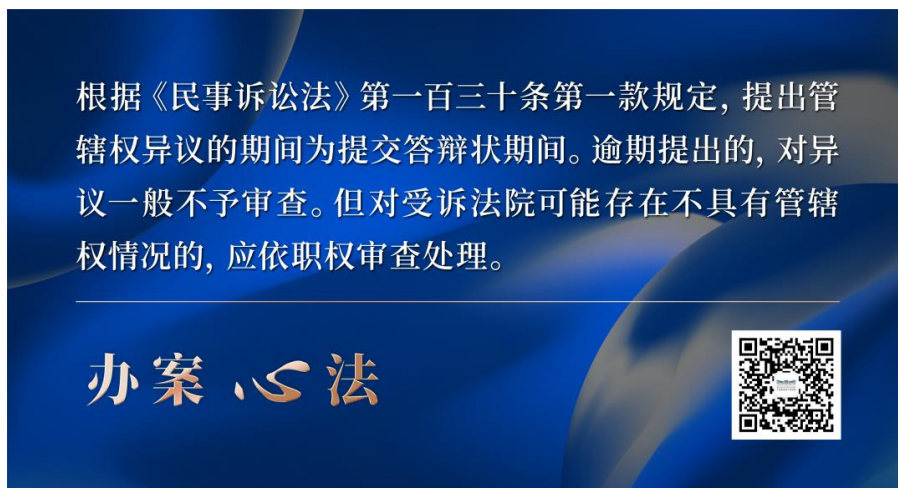
需要注意以下两点：

一是根据《民事诉讼法解释》第三十九条第二款规定，**人民法院发回重审或者按第一审程序再审的案件**，当事人提出管辖异议的，人民法院不予审查。

二是根据《民事诉讼法》第三十七条规定，对于依职权移送管辖案件，受移送的人民法院应当受理。受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再自行移送。因此，**当事人无权向受移送法院提出管辖权异议**。



#### （四）管辖权异议期间的审查



△图片来源：上海高院微信公众号

需要注意以下三点：

一是根据《级别管辖异议规定》第三条规定，答辩期间届满后，原告增加诉讼请求金额致使案件标的额超过受诉人民法院级别管辖标准，被告有权提出请求由上级人民法院管辖的管辖权异议。

二是提交答辩状期间，当事人提出管辖权异议的，法院应当依法审查并作出管辖权异议裁定，不得通过依职权审查作出移送管辖裁定，从而剥夺当事人的管辖异议权和对管辖异议裁定的上诉权。

三是根据《民事诉讼法解释》第三十五条规定，依职权裁定移送管辖的条件为当事人在答辩期内未应诉答辩，期限为答辩期届满后、一审开庭前，即在答辩期间内不得依职权裁定移送管辖。

#### 02 管辖权异议内容的审查

经过上述第一步审查，如果当事人的异议符合管辖权异议条件，则进入第二步，即对管辖权异议内容的审查，主要包括对当事人的异议请求、事实和理由的审查。





## （一）审查原则

### 1. 依法全面审查原则

当事人提出管辖权异议后，受诉法院应当依法对案件管辖权进行全面审查，以确定正确的管辖法院。

首先，**审查范围不限于当事人提出的异议理由**。审查的目的在于确定受诉法院对案件有无管辖权，即使当事人提出的异议理由不成立或者不能支撑其请求，但如果受诉法院可能确无管辖权，仍需对案件有无管辖权进行进一步审查。

其次，**审查范围不限于当事人请求的受移送法院**。如果经审查认为受诉法院不具有管辖权，但当事人请求的受移送法院亦无管辖权的，应依法确定有管辖权的法院。

### 2. 书面形式审查原则

管辖权审查属于程序问题，且案件尚未进入实体开庭审理阶段，因此应采取书面形式审查原则，即根据当事人提交的诉讼材料进行书面形式要件审查。**确有必要的，可以采取询问、听证等非开庭方式进行审查。**

需要注意以下两点：

一是管辖权异议审查阶段，**不宜对案件证据真实性等实体问题进行审查**。例如，当事人在提出管辖异议阶段申请对含有管辖条款的基础合同进行鉴定的，一般不应准许。如果后续经实体审理认定当事人伪造基础合同或者恶意否认基础合同真实性的，可以依法进行制裁。

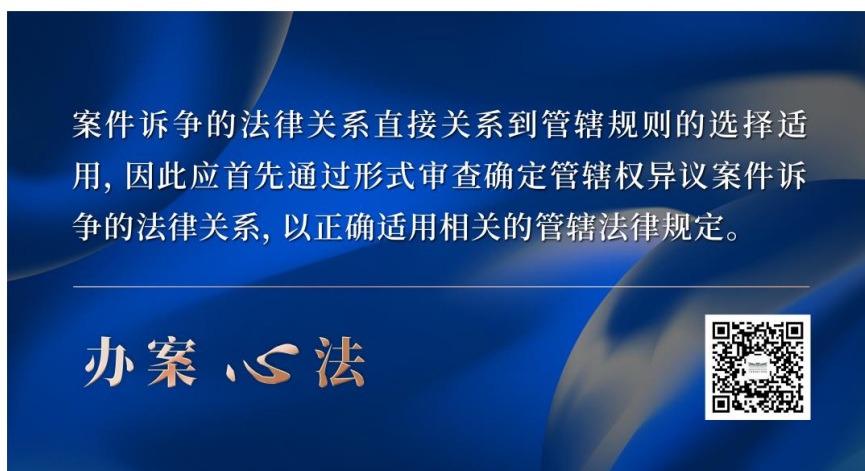
二是管辖权异议裁定书中，**不宜以“本院查明”的方式对案件事实问题进行实体认定**。





## （二）审查思路

### 1. 确定案件诉争的法律关系



△图片来源：上海高院微信公众号

法院在民事立案和管辖权异议审查阶段，因案件尚未经开庭审理，只能根据原告诉讼请求涉及的法律关系性质，确定相应的个案案由。因此，准确确定案件诉争的法律关系，进而准确确定案件案由，这是准确审查案件管辖权的前提。

需要注意的是，有些管辖法律条文规定与一些“民事案件案由”并非一一对应或等同关系。

例如，《民事诉讼法》第二十四条规定中的“因合同纠纷提起的诉讼”并不等同于或者仅限于《民事案件案由规定》第四部分“合同、准合同纠纷”诉讼，比如股权转让纠纷实际上亦属于“因合同纠纷提起的诉讼”。

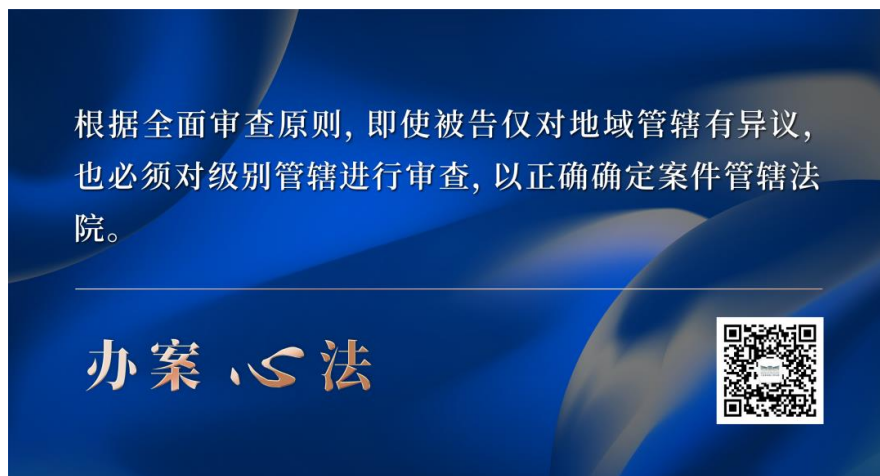
又如，第二十九条规定中的“因侵权行为提起的诉讼”，并不等同于或者仅限于《民事案件案由规定》第九部分“侵权责任纠纷”诉讼，比如清算责任纠纷实际上亦属于“因侵权行为提起的诉讼”。

### 2. 判断管辖权异议能否成立

首先需要明确的是，被告以受诉法院同时违反级别管辖和地域管辖为由分别提出管辖权异议的，应当理解为一个管辖权异议下的两个不同理由，不是两个管



管辖异议。受诉法院应当作为一个管辖权异议处理，以避免对同一个案件作出不同的管辖权审查结论。



△图片来源：上海高院微信公众号

根据最高人民法院关于级别管辖标准的相关规定，各省市级别管辖标准可能存在不同。因此，应当先审查地域管辖异议理由是否成立，再审查级别管辖异议理由是否成立。

需要注意的是，在有多名被告的管辖权异议案件中，受诉法院应当先行确定所有被告的答辩期均已届满，再对各被告提起的管辖权异议一并进行审查并作出裁定，以避免剥夺在后提起异议的被告的管辖权异议权利。

### 3. 判断当事人是否滥用管辖异议权

实践中，存在当事人为拖延诉讼时间，而滥用管辖异议权的现象。因此，需要关注以下可能存在滥用管辖异议权的情形：

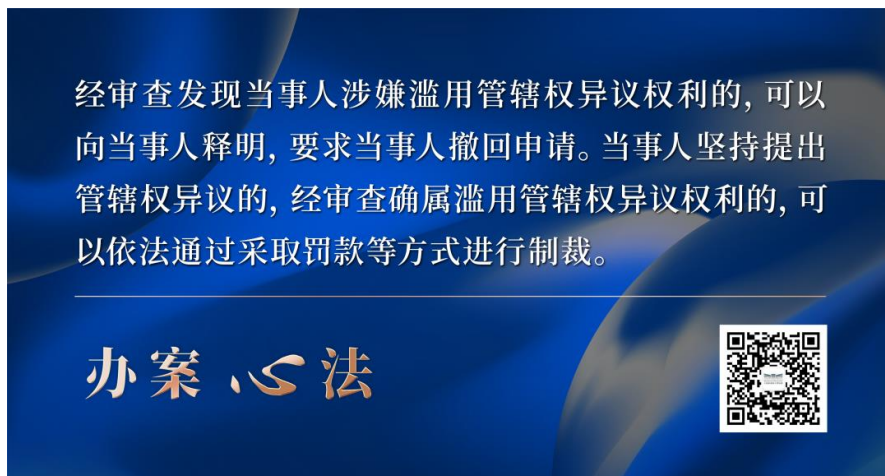
(1) 被告提出管辖权异议被受诉法院审查驳回后，又就同类其他案件向同一受诉法院提出管辖权异议；

(2) 双方当事人存在明确的书面管辖协议，且不违反级别管辖和专属管辖规定，被告仍然对约定的管辖法院提出管辖权异议；



(3) 被告在异议申请中**虚构**被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与**争议有实际联系的地点和事由**；

(4) 其他**明显缺乏事实和法律依据**，以拖延诉讼为目的提出管辖权异议。



△图片来源：上海高院微信公众号

### (三) 审查要点

对管辖权的审查主要是根据当事人诉争的法律关系，找到应该适用的相应管辖法律规定，以此审查判断当事人异议能否成立。本部分主要就司法审查中，对管辖规定容易忽视或者出现错误理解的重点和要点做一个简单梳理。

#### 1. 自然人住所地的认定

《民法典》第二十五条规定，自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所。“其他有效身份登记记载的居所”，主要包括**居住证和外国人的有效居留证件等记载的居所**。

需要注意以下两点：

一是自然人身份证地址如果与户籍登记或者居住证记载的居所**不一致，不能被当然认定为住所**。



二是居住证记载的居所可以认定为当事人的住所，它与“经常居住地”是不同的概念，无需要求和审查至起诉时当事人已经连续在居住证记载的地址居住满一年以上。

## 2. 合同履行地的确定

《民事诉讼法解释》第十八条规定，合同约定履行地点的，以约定的履行地点为合同履行地。合同对履行地点没有约定或者约定不明确，争议标的为给付货币的，接收货币一方所在地为合同履行地；交付不动产的，不动产所在地为合同履行地；其他标的，履行义务一方所在地为合同履行地。即时结清的合同，交易行为地为合同履行地。

需要注意以下两点：

一是“合同约定履行地点的”是指当事人对合同履行地有书面的、明确的约定，只约定“交货地”“收货地”等，而没有明确“合同履行地”字样的，不能认定约定了履行地。

二是“争议标的”是指当事人发生争议请求法院裁判的民事法律关系。合同纠纷的争议标的，是指合同当事人之间争议的合同权利义务关系，也可以理解为争议的合同义务，即当事人诉讼请求所指向的合同义务。

“争议标的为给付货币的”，是指诉讼请求所指向的合同义务是以给付货币为内容，并非诉讼请求中其他属于合同责任性质的货币金钱给付请求。

办案心法



△图片来源：上海高院微信公众号

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)





对“诉讼请求为给付货币”不能做笼统理解。如当事人诉请支付逾期交货违约金，其诉讼请求实际所指向的合同义务为按约定时间交货，即“争议标的”并非给付货币。

### 3. 公司诉讼管辖的适用

《民事诉讼法》第二十七条和《民事诉讼法解释》第二十二条对公司诉讼管辖进行了规定。需要注意的是，公司诉讼是指有关公司组织行为的诉讼。而《民事案件案由规定》中第二级案由“与公司有关的纠纷”项下的案由纠纷，并非全部属于公司诉讼，比如“清算责任纠纷”。因此，公司诉讼并不等于《民事案件案由规定》中的“与公司有关的纠纷”，即该二级案由项下不属于公司组织法性质的纠纷，不能适用公司诉讼管辖规定。

### 4. 一般地域管辖规定与特殊地域管辖规定的关系

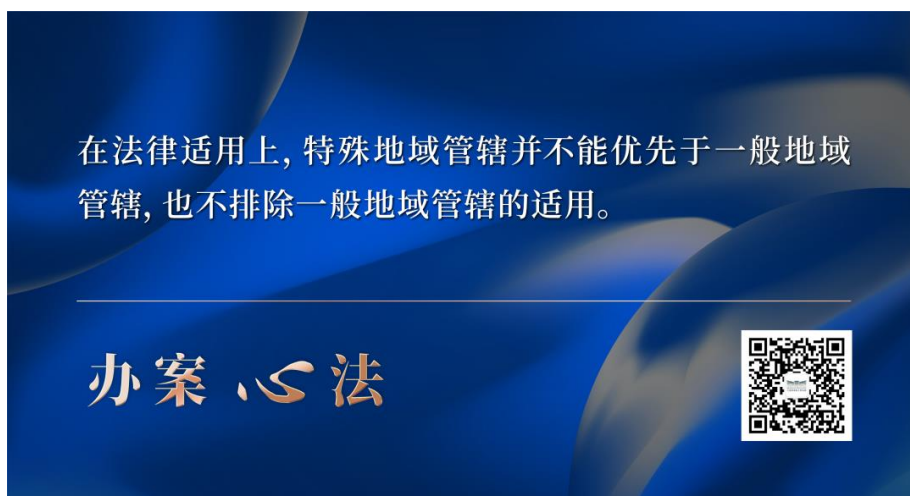
一般地域管辖与特殊地域管辖的确定标准不同。

一般地域管辖在性质上为**属人管辖**，是以当事人住所地与法院辖区的隶属关系为标准来确定管辖。主要规定于《民事诉讼法》第二十二条和第二十三条。

特殊地域管辖在性质上属于**对物或对事管辖**，是以诉讼标的或者引起民事法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地与法院辖区的隶属关系为标准来确定管辖。主要规定于《民事诉讼法》第二十四条至第三十三条。

从上述法律条文规定来看，一般情况下，特殊地域管辖系在一般地域管辖法院之外，增加诉讼标的所在地或者法律事实所在地法院等管辖连接点。因此，**两者系兼容关系，并非一般法与特别法的关系。**





△图片来源：上海高院微信公众号

需要注意的是，《民事诉讼法》第二十七条、第三十二条、第三十三条未规定公司诉讼、海难救助费用诉讼、共同海损诉讼可由被告住所地法院管辖，应理解为系法律对特殊地域管辖中的特别规定，即上述三类诉讼被告住所地法院没有法定管辖权。

## 5. 不动产纠纷专属管辖的适用

不动产纠纷专属管辖中的不动产纠纷，系指因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷。例如，债权人代位析产纠纷如果涉及不动产，则适用不动产纠纷专属管辖。除因不动产的权利确认、分割、相邻关系等引起的物权纠纷之外的其他不动产物权纠纷，以及非不动产物权纠纷，如婚约财产纠纷、离婚后财产纠纷、夫妻财产约定纠纷、分家析产纠纷等属于婚姻家庭纠纷，即使涉及不动产，因其不属于不动产物权纠纷，均不能适用不动产纠纷专属管辖。

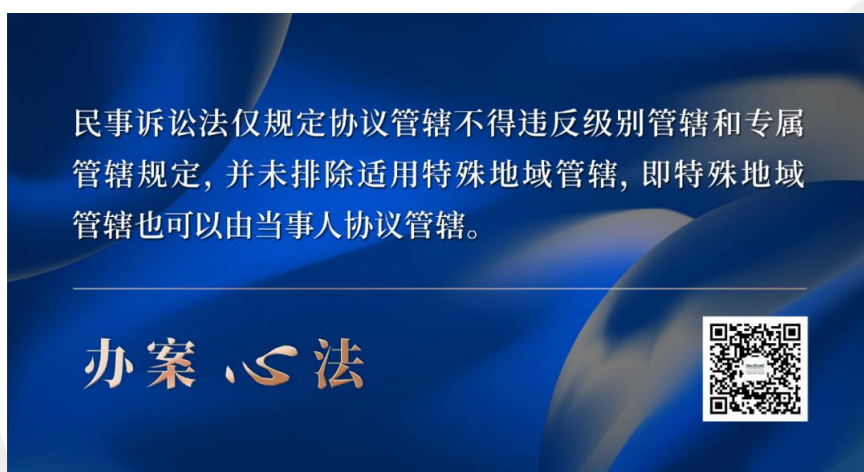
此外，《民事诉讼法解释》第二十八条第二款规定，农村土地承包经营合同纠纷、房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性房屋买卖合同纠纷，按照不动产纠纷确定管辖。除此四类合同外，其他合同纠纷（如土地租赁合同纠纷）均不能按照不动产纠纷确定专属管辖。





## 6. 协议管辖的适用

协议管辖系当事人合意确定争议解决方法，旨在产生民事诉讼法上效果之诉讼契约的民事诉讼法律行为，即在当事人因实体权利义务发生纠纷时，约定把这种争议提交给所选择的法院进行解决，并不是民事实体法意义上的设立、变更、终止当事人之间民事实体权利义务的民事法律行为。因此，协议管辖不能适用民事实体法关于“民事法律行为可以附条件”的规定进行附条件。



△图片来源：上海高院微信公众号

例如，特殊地域管辖公司诉讼中的公司增资纠纷，如果当事人在增资协议书中约定了有效的管辖条款，即应依据管辖条款确定管辖法院。

## 7. 级别管辖的适用

级别管辖一般系以诉讼标的额为标准确定级别管辖法院。因此，准确确定诉讼标的额是确定级别管辖法院的关键。

《民事诉讼法解释》第二百零一条规定，既有财产性诉讼请求，又有非财产性诉讼请求的，按照财产性诉讼请求合并计算诉讼标的额（注：非财产性诉讼请求不计算诉讼标的额），并据此确定级别管辖。



实践中，需要注意的是，确认合同效力纠纷（包括确认合同有效纠纷、确认合同无效纠纷），系指当事人**单独就合同效力**提起诉讼。如果当事人提出确认合同效力请求，同时还提出其他诉讼请求的，则不能适用确认合同效力纠纷案由。

虽然确认合同效力案件的判决结果，会对后续财产处理产生影响，但根据当事人处分原则和不告不理原则，法官并不能在确认合同效力案件中对后续财产进行处理，即不能在判决合同有效或者无效的同时，判决返还财产或者赔偿损失等。

因此，确认合同效力纠纷案件之合同有效或无效的诉讼请求，并不涉及财产处理问题，为非财产性诉讼请求，其诉讼标的额为零，应据此确定级别管辖法院。

如果当事人诉请确认合同效力的同时，还请求赔偿损失，则案由一般按照合同类型确定，诉讼标的额按照财产性诉讼请求计算，即按照当事人请求赔偿损失的金额计算，并据此确定级别管辖法院。

办案心法



△图片来源：上海高院微信公众号

### 03 管辖权异议受理费的处理

#### （一）受理费的收取与负担

##### 1. 管辖权异议受理费不宜预收

《诉讼费用交纳办法》第十三条第六项规定，当事人提出案件管辖权异议不成立的，每件交纳案件受理费 50 元至 100 元。根据有关规定，上海地区每件为 100 元。该规定明确“**异议不成立**”为收费的前提，而在当事人提出异议时，尚不能确定异议是否成立，因此不宜预收。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
 电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
 邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
 网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 2. 管辖权异议受理费由异议人负担

需要注意的是，无论是一名还是几名被告提出异议，法院仅就自己有无管辖权进行一次审查，故案件受理费只收取一笔，由提出异议的所有被告共同负担。

### (二) 如何在裁定书中写明受理费

#### 1. 管辖权异议一审裁定书中如何写明受理费

根据《诉讼费用交纳办法》第十三条第六项规定，管辖权异议成立的，不收取案件受理费。因此，经审查管辖权异议成立的，则裁定书尾部无须写明案件受理费的问题；管辖权异议不成立的，则需在裁定书尾部写明案件受理费金额和负担问题。

#### 2. 管辖权异议二审裁定书如何写明受理费

根据《诉讼费用交纳办法》第八条规定，对管辖权异议裁定不服，提起上诉的案件不交纳案件受理费。因此，在二审裁定书中无须写明二审受理费问题。

但根据《民事诉讼法解释》第一百九十六条、《诉讼费用交纳办法》第三十条规定，第二审人民法院改变第一审人民法院作出的裁定的，应当相应变更第一审人民法院对诉讼费用负担的决定。因此，一审裁定管辖权异议成立（不收取案件受理费），二审认为异议不成立，裁定撤销一审裁定的，应在二审裁定书中规范写明“本案一审案件受理费 XX 元，由 XX 于本裁定生效之日起 XX 日内向一审 XX 人民法院交纳”。一审裁定管辖权异议不成立的，二审认为异议成立，裁定撤销一审裁定的，则原一审收取的案件受理费应予退还。虽一审裁定书写明了案件受理费问题，但一审裁定已经被二审撤销，可不在二审裁定书中写明退还一审案件受理费问题。

### 结语

梳理、总结审查民商事管辖权异议案件的 3 个步骤，探讨、明晰审查程序与要点，旨在为司法实务提供一些有益参考，促进类案适法统一，更好实现程序公





正，更好保护当事人诉权和管辖利益。同时，对滥用管辖异议权的行为，也需要依法制裁，以维护诚信诉讼原则，弘扬“诚信友善”的社会主义核心价值观和“讲信修睦”的中华优秀传统文化。

作者：戴曙

来源：上海高院微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/lqL0YwFR0rSc8eJc6lIm0w>

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)



## 第 94 期 | 多元化纠纷解决机制的功能审视与类型化重构

### 多元化纠纷解决机制的功能审视与类型化重构

#### 引言

我国各级人民法院是宪法秩序中的审判机关。因此，绝大多数社会矛盾产生后，都会以各种形式涌入法院。司法机关的个案审判虽然能输出社会正义，但不能全面参与前端社会治理。尤其是过于繁重的审判压力不仅会带来审判效率的迟延，还会造成审判质量下降，瑕疵司法产品增多，损害司法权威公信。正因如此，世界正义工程法治指数和世界银行全球营商环境评估报告中，都将替代性纠纷解决机制作为社会法治状况的重要评价标准。只有顺应世界司法审判发展规律，构建多元化纠纷解决机制，才能提升司法审判质效，促进社会治理体系和治理能力现代化。

#### 一、现实之困：社会治理多样性与司法功能局限性

司法判决作为法院处理矛盾纠纷的主要手段，结果多是零和博弈，其刚性、强制性往往难以保证双方满意。而多元化纠纷解决机制作为国家社会治理能力和治理体系现代化的重要方式，能指引当事人平衡各方利益，以理性、平和方式将矛盾化解在诉讼之外，既保障了当事人合意的灵活高效，也增强了社会治理的效能。

**（一）样态复杂的矛盾纠纷亟需匹配多元纠纷解决方式。**任何社会不可能是没有矛盾的。冲突是不可避免的，纠纷的发生和解决构成了人类社会发展的永恒性的矛盾，人类社会正是在解决这对矛盾的过程中不断趋于进步的。随着社会经济发展和民众法治意识增强，越来越多的矛盾纠纷以诉讼形式进入法院，形成了一个数量多发、主体多元、诉求多样的诉讼激增时期。司法裁判作为法院处





理矛盾纠纷的主要手段，其刚性、强制性往往难以保证双方满意，仅依靠个案司法已经无法满足转型时期社会治理的需要。

**一是数量多发。**诉讼案件一般是社会前端管理的末端反映。2019 年，全国地方各级法院受理案件 3156.7 万件，审结、执结 2902.2 万件，结案标的额 6.6 万亿元，同比分别上升 12.7%、15.3%和 20.3%。**二是主体多元。**利益格局重组，出现不同利益群体和利益需求，原有社会阶层发生结构性变化。社会成员存在不同的价值观、行为模式，不同的社会主体关系需要适配不同的纠纷化解方式，多元化纠纷解决机制呼之欲出。**三是诉求多样。**司法审判中当事人诉讼请求必须有请求权基础作为依据。但基层社会中，不乏一些情绪化诉讼，甚至并非法律上的诉求。如影视剧《我不是潘金莲》，主人公李雪莲为讨要一个说法，申诉了十多年。社会治理是协同共建的系统工程，离不开党委、人大、政府、政协、监察机关、司法机关、社会组织等多元共治，其中司法机关发挥的是定分止争、惩恶扬善、维护正义的作用。各种社会力量自治、互律、协同作用，才能形成合理的治理格局和强大的治理合力。

**(二) 司法诉讼方式固有局限性无法满足多元解纷需求。**在法治现代化的进程中，不少国家曾试图通过司法诉讼解决所有或者大部分的矛盾。特别是法治发展中国家，随着司法管辖权的扩大，多元纠纷解决方式长期受到忽视。但现实情况是，诉讼不仅难以满足社会纠纷的全部需要，本身也存在固有局限性。主要表现为：一是积案及迟延不同程度的存在。诉讼案件逐年递增，开庭排期延后，处理速度降低，如果超越极限一味提高速度，则必然会出现瑕疵司法产品。二是诉讼程序具有复杂性和对抗性。当事人不得不依赖专业律师代理，对抗性加剧双方矛盾。不少案件要经过送达、举证、答辩、一审、二审、执行等才能得到有效处理。有些法律关系简单的案件也变得冗长，家事纠纷、家庭矛盾因为对抗性而进一步恶化。三是诉讼成本高昂。包括诉讼费、鉴定费和律师费，以及其他用于诉讼的实际支出。诉讼越多，社会付出的解纷成本就越高，而绝大多数普通的诉讼案件并不会产生重要的社会效果。四是解决特定案件和新类型纠纷的局限性。在成文法国家，诉讼司法裁判是成文法律涵摄的过程，新类型的矛盾主要通过法律解释的方法进行法律适用，而不具有造法的功能。换言之，诉讼适合处理法律有规定的案件，涉及关系复杂的案件也需要将其分解成法律关系清晰的案件来解决。



法律规则的不明确使法官在法律适用时存在困难，自由裁量权的行使又容易造成适法不统一，判决形式上的正当性及程序公正取向难以达到实质正义，社会效果不佳。因为，法院在追求裁判合法性同时，还需“高度关注社情民意，将个案的审判置于天理、国法、人情之中综合考量。”

**（三）司法资源有限的案多人少矛盾制约矛盾化解效果。**即便在司法体制综合配套改革，法官额制全面推行之后，司法资源总体有限，法院案多人少矛盾仍将是一种常态。据研究，法官每年有效工作时间是 238 天，1666 小时。剔除非审判工作事务（会议、培训、出差），实际有效办案时间为 1459 小时，约 182 天。一名法官适用简易程序一年最多办理 144.9 件，适用普通程序一年最多办理 69.34 件。法官若长期超负荷办案，超越极限提高速度，则必然会导致办案粗糙、质量下降。根据上海法院简易程序适用率和普通程序使用率计算，一名法官平均一年可以办理的全部案件最大量为 134.6 件。如果每个工作日加班 2 小时，一名法官年均最大办案量为 168.16 件；如果每个案件的辅助审判工作全部由法官助理或书记员完成，法官年均办案量可达到 210.2 件。而 2019 年，上海全市基层法院法官人均办案量达到 347 件，审判工作压力负担可想而知。从此意义上看，司法资源的有限性与纠纷不断增加的现实仍存在较为突出的矛盾。而通过矛盾纠纷多元化解，近三分之一的一审民事纠纷在诉调对接阶段能够得以化解。这反过来又会促使基层法院主动调适、主动塑造。如某区法院与市场监管部门签订诉调对接框架协议，与卫计委、医学会探索建立医疗事故鉴定前置机制，与区属各街道、重点企业建立部门对口服务制度。可见，破解案多人少瓶颈问题的根本出路并非不断加大员额法官办案压力，而是推进繁简分流，实施轻重分离、快慢分道，简案快审、繁案精审，实现纠纷的诉讼解决与非诉讼解决有机衔接。

## 二、功能审视：社会治理体系现代化的基本路径

**（一）畅通群众利益诉求的表达渠道。**利益诉求表达是社会成员为了实现既定的利益目标，通过法定渠道直接或间接地向执政党、政府和各级社会组织反映情况、提出意见、表明要求，并以合法合理的方式实现自身利益的政治参与过程。随着群众权利意识的增强，利益表达愿望日趋强烈，建立多元化纠纷解决机制，



通过社会矛盾化解过程的多渠道表达、多主体参与、多层次覆盖，为不同利益群体提供完全、充分、畅通的表达渠道显得尤为重要。各地群体性事件的频发就是这种矛盾和纠纷的集中表现。而利益表达机制的不畅则是问题的核心症结所在。有研究表明，中国 99% 以上的群体事件是由百姓利益受侵害引起。因此，必须高度重视群众的利益诉求表达问题。单纯的司法裁判化解社会矛盾已经无法满足多元诉求表达的需要。

多元化纠纷解决机制是顺应互联网时代发展的必然要求。网络时代，局部冲突容易被放大，社会矛盾交织难辨，社会情绪加速感染。互联网新媒体拓宽了利益诉求表达渠道，为群众利益诉求表达提供了新机制。互联网媒体不同于传统意义上的媒体，其受众范围广、传播速度快的特点，决定了其具有日常交流、经验分享的作用、公众参与社会事件讨论的平台作用、不满情绪宣泄以及社会管理作用。互联网具有双向互动性，更直观的反映社情民意，充分发挥其民情反应机制、舆论监督器的作用。在各种矛盾纠纷显现，公民意识逐渐觉醒的情况下，参与性较强的互联网新媒体正成为社会紧张之下公众合理表达其诉求、适度释放其情绪的重要渠道，可以作为现有的信访、司法制度等一系列官方的诉求表达、矛盾化解机制所承担的负荷的合理分流。

**（二）拓宽司法民主参与的常态机制。**多元化纠纷解决机制的本质是自愿协商、非对抗性、妥协调解、多主体参与，实质上是现代社会司法民主的体现。从纠纷解决方式的多样性看，多元化纠纷解决机制本身即充分体现了司法的民主性。多元化纠纷解决机制强调解决民事纠纷方式的多样化，这与传统的强调司法权威性的前提下所主张的将诉讼尤其是诉讼判决作为解决纠纷的唯一手段形成了鲜明的对照。多元化纠纷解决机制虽然并未从根本上将诉讼与非诉讼的纠纷解决手段完全相提并论，但却强调非诉讼的纠纷解决手段相对于诉讼纠纷解决手段所具有的灵活、便捷等优势，主张扩大非诉讼的民事纠纷解决手段的适用。与此同时，即使不可避免地要经由诉讼来解决纠纷，多元化纠纷解决机制也强调诉讼过程中纠纷解决手段的多元化，法官最优的解决纠纷的方法不一定是诉讼判决，而是可以采用包括诉讼判决在内的司法调解、和解、动员当事人撤诉等诸多手段，这其中又尤其强调调解的运用。



从纠纷解决主体的角度看，多元化纠纷解决机制强调了法官之外的其他主体在纠纷解决中的作用，体现了司法的民主性。传统的司法理念之下，民事纠纷的解决过程中，法官的作用和权威被提到前所未有的高度。而多元化纠纷解决机制，其核心是以非判决的方式解决民事纠纷。在没有判决存在的情况下，法官在纠纷解决中的核心地位自然下降，而其他的参与主体在纠纷解决中的作用得到了强化。（见表一）司法调解以当事人在实体权益上的妥协让步为基础，凸显了当事人在司法过程中的作用。同时，司法实践中将社会调解通过各种手段引入司法调解中，也体现了其他社会主体在司法过程中的作用。

表一：诉讼程序与非诉讼程序的区别与特征

	诉讼程序	非诉讼程序
主要参与者	法官和律师	当事人
中心问题	案件事实：时间、地点、后果等	纠纷的细节、历史、背景等
程序重点	查明事实真相	交流与倾诉，有时无需查明真相
责任	明确确定责任	有时无关紧要
依据	证据、客观事实；法律规则	主观事实和观点；多元化规范
关注点	过去和现在；合法性、正当性	未来关系的继续；利益和需要
第三方作用	判断决定	劝解、沟通媒介、影响
结果	胜负分明，零和	双赢，并能解决许多附带问题
形式	判决、裁定	合意、和解

**（三）提升社会治理水平的重要方式。**“多一些治理，少一些统治”是 21 世纪世界主要国家政治变革的重要特征。从政治学理论看，统治与治理存在显著的区别。权力主体不同：统治的主体是单一的，就是政府或其他国家公共权力；治理的主体则是多元的，除了政府外，还包括企业组织、社会组织和居民自治组织等。权力的性质不同：统治是强制性的；治理可以是强制的，但更多是协商的。权力的来源不同：统治的来源就是强制性的国家法律；治理的来源除了法律外，还包括各种非国家强制的契约。权力运行的向度不同：统治的权力运行是自上而





下的，治理的权力运行可以是自上而下的，但更多是平行的。两者作用所及的范围不同：统治所及的范围以政府权力所及领域为边界，而治理所及的范围则以公共领域为边界，后者比前者要宽广得多。而多元化纠纷解决机制的建立和完善就是多主体、协商的社会治理方式。

多元化纠纷解决机制是现代社会治理的重要表征。要实现善治的理想目标，就必须建立与社会经济发展、政治发展和文化发展要求相适应的现代治理体制，实现国家治理体系的现代化。国家治理体系的现代化是社会政治经济现代化的必然要求，它本身也是政治现代化的重要表征。衡量一个国家的治理体系是否现代化，至少有以下五个标准。首先是公共权力运行的制度化和规范化，它要求政府治理、企业治理和社会治理有完善的制度安排和规范的公共秩序；其二是民主化，即公共治理和制度安排都必须保障主权在民或人民当家作主，所有公共政策要从根本上体现人民的意志和人民的主体地位；其三是法治，即宪法和法律成为公共治理的最高权威，在法律面前人人平等；其四是效率，即国家治理体系应当有效维护社会稳定和社会秩序，有利于提高行政效率和经济效益；其五是协调，从中央到地方各个层级，从政府治理到社会治理，各种制度安排作为一个统一的整体相互协调，密不可分。从这五个标准来看，多元化纠纷解决机制本身就是国家治理体系现代化的表现，是与我国经济政治发展阶段相适应的治理方式，也是区别于传统国家治理体系的根本所在。

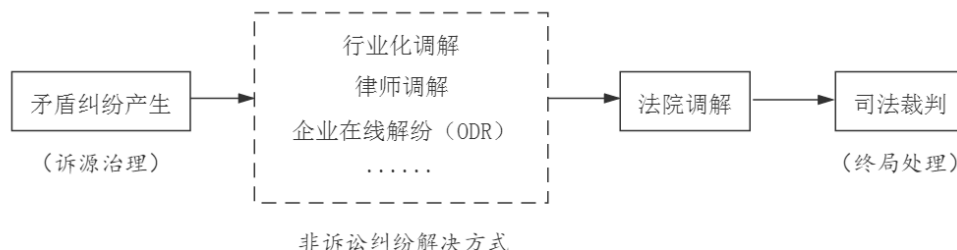
### 三、类型化重构：建立与矛盾纠纷相适配的多元解纷体系

我国多元化纠纷解决机制产生于世纪之交，十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》正式确定为国家发展目标。它既不是传统调解方式的简单延续，也不是对西方 ADR 潮流的模仿照搬，而是建立在我国社会和法治发展的实际需要之上，将中国崇尚和谐的传统与当代世界追求的协商共赢文化融会贯通，与综合治理政策一脉相承，以社会创新实践为依托，其目标是形成民间、行政、司法机制并存，诉讼与非诉讼程序相互协调的多元化纠纷解决程序和制度体系，并形成相应的解纷文化。（见图一）





图一：多元化纠纷解决机制的类型化重构



**（一）行业化调解。**随着调解的制度化，根据纠纷类型、实际需要和法律的专门化程度，各国都出现了类型化调解。常见的如家事调解、交通事故赔偿调解、商事调解。划分的标准主要是纠纷类型、当事人关系、调解组织等，往往需要提供专门的实体规则和知识技能，调解员也需要具备专门的资格和能力。

如家事调解，诉讼的固有弊端在家事纠纷中体现得最为深刻。在法庭上，唇枪舌剑的激烈对抗中，当事人之间的隐私和陈年琐事被淋漓尽致展现出来，仅存的感情被愤怒甚至仇恨替代，亲属之间变成了陌路人甚至仇人，把亲子关系作为诉讼对象和标的。世界各国都在力图缓解此类对抗，通过调解避免这种危害。目前，我国已经开始注意到对民事案件和家事案件进行区分，在举证责任、证明标准、诉讼程序都有所区别，并就建立独立的家事诉讼程序达成了初步的共识。家事纠纷调解中，侧重于对当事人之间情感和心里的治疗和整合，属于典型的治疗性调解。调解员的最佳人选是婚姻家庭问题专家、婚姻法专家、心理医生、有比较丰富经验的民间人士和妇女。

又如商事调解方面，“一带一路”合作倡议提出至今，沿线国家与地区因商事交易、经济贸易、投资行为等频发商事纠纷，如何规范化、高效化地解决此类纠纷已成为亟待解决的问题。“一带一路”贯穿欧亚大陆，属于平面型的国际秩序，沿线国家和地区的政治形态、经济状态、宗教文化、民族特征、法律规范与商事习惯等均具有多样性。“一带一路”商事交往东连亚太经济圈，西入欧洲经济圈，商事纠纷主体往往来自不同的国家与地区。这类商事主体在纠纷产生



之前常存在友好的贸易往来，也通常期待在解决纠纷的同时能维护友好关系，以谋求未来的商事合作。因此，商事调解具有能释放更大的适用空间。

**（二）律师调解。**《律师法》规定了律师的三种职能，即维护当事人合法权益、维护社会正义以及维护法律的正确实施。还规定律师可以接受委托，参加调解、仲裁活动。律师调解制度可以说是基于律师维护法律的正确实施的功能而衍生出来的一个相对新的制度。

律师调解制度是由律师、依法成立的律师调解工作室或者律师调解中心作为中立第三方主持调解，或者参与到各类调解组织作为调解员，协助纠纷各方当事人通过自愿协商达成协议解决争议的制度，其社会价值主要体现在以下几个方面：一是有益于社会治理法治化。律师加入调解员队伍，是多元化纠纷解决机制改革中新的增长点。律师凭借职业优势成为社会治理建设中的新生力量，为当事人解决纠纷打开了“另一扇门”，有助于纠纷解决资源的合理配置。二是有助于“一带一路”争端解决机制建设。随着“一带一路”建设深入推进，跨境金融贸易和基础工程建设、国际物流、海事海商、知识产权等领域的纠纷不断增多。传统的司法制度在解决跨国跨境商贸纠纷面临司法管辖、法律适用冲突等诸多问题，律师调解成为解决国际商贸纠纷的首选方式。

当然，律师调解也存在一些不可忽视的问题。一是律师对调停者身份尚不适应。律师在诉讼中相对比较被动，他们的核心任务是站在当事人的角度考虑利益最大化，至于是非曲直，矛盾解决是由法官来考虑的。相比之下，对于调解这一身份的认知是全新的，需要独自面对争议双方、独自突破纠纷，寻求双方都满意的解决方案，与其职业身份存在一定差异。二是律师调解缺乏长效机制。因为律师参与调解经费相对有限，参与调解的律师是极少数，制度设计、准入门槛、物质保障都需完善，能否形成规模和可复制、可推广的经验，有待进一步探索。

**（三）在线纠纷解决（ODR）。**ODR（Online Dispute Resolution）是从ADR演化而来，即在线纠纷解决机制，主要将ADR的方法和经验运用到全球电子商务环境中，以解决大量在线纠纷的一种机制。作为一种解纷的方式，其本身并非区分解纷主体类型化的依据，因为各种解纷主体均可采用ODR方式化解矛盾纠纷。



但因其类型化调解中发挥着独特作用，且为电商企业所常用，故对此进行简要论述。ODR 常用的方式包括：（1）在线协商。当一项争议发生时，争议双方可以提交到相关网站，传递信息，交换各自的观点和请求。网站实质是一个提供场所、加强沟通、促进交流的作用。在此情况下，往往可以通过某种计算机程序自动进行。（2）在线调解。在线提交争议，由在线调解员进行调解，调解员具备专门知识，按照规定的程序和公平原则处理双方争议，帮助双方分析争议焦点，明确利益诉求。在整个争议解决过程中，调解员并不评价双方的对错，也不提出调解协议，在线调解是 ODR 中使用最多、最重要的调解方式。（3）在线裁决。在线裁决是 ODR 中比较正式的解决方式，目前使用较少。在线仲裁裁决一般只对争议双方具有约束力，而无强制执行力，不同于传统的商事仲裁，目前还未被《关于承认和执行外国仲裁裁决纽约公约》接纳。

值得注意的是，近年来一些企业自主设立的市场服务性解纷机制有较大发展。如淘宝网、滴滴等电商平台，都建立了作为市场运作重要组成部分的在线纠纷解决机制，服务于消费者和电商企业，采用双方自行协商解决、纠纷解决专业团队调解和公众（会员）判定相结合的机制。以淘宝网为例，该网站制定了详尽的争议解决规则和程序，其四百多人的争议处理专业团队一年调解案件 500 万起，市场判定每年有数十万人次公众会员参与（类似陪审）判定争议 10 多万件。该机制程序严谨、中立、便利，不向使用者（纠纷双方当事人）收取任何费用。

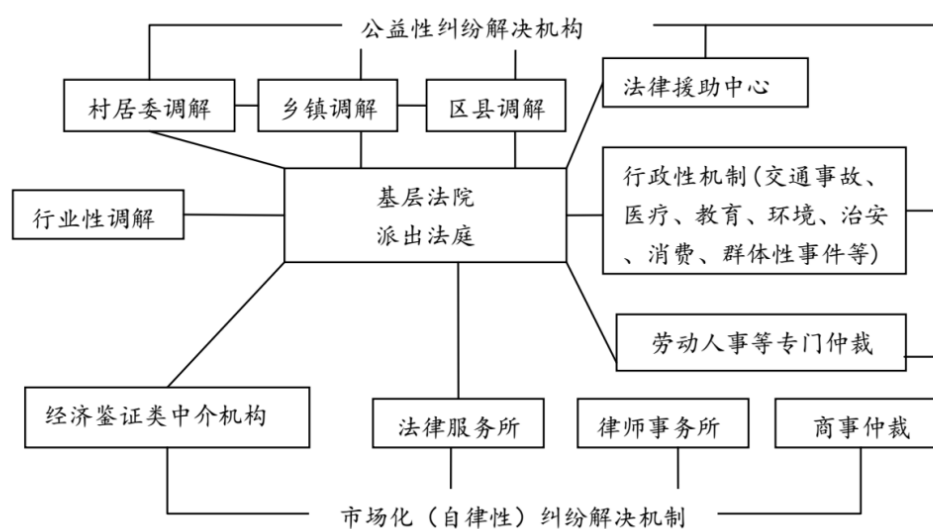
淘宝网大众评审是淘宝网对买方来自本平台交易的争议，通过招募一定资格条件的卖方与买方担任“大众评审员”，对格式化、类型化的争议和请求，根据上传的证据进行鉴别，作出合理决定，使先达到 7 人支持的一方诉求获得支持的纠纷解决机制。该机制是典型的纠纷在线解决方式。针对众多的小额纠纷，通过在线平台淘宝判定中心（pan.taobao.com）进行纠纷解决。在具体任务处理中，大众评审员并非由双方当事人指定，而是由评审员对希望评审的案件进行自主选取和投票，达到 7 人支持的一方，则投票中止。与传统仲裁最为显著的区别就是参与人员构成了“准司法”的民主化倾向。

**（四）法院调解。**法院调解是矛盾纠纷进入司法程序后，法院主持下进行的调解，旨在促使当事人在法律规范指引下，通过协商对话解决纠纷。司法改革旨



在落实司法责任制，无论是探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度，还是最高人民法院推行的“两个一站式”、民商事案件繁简分流等举措，都是让法官走出法庭，走下法台，参与纠纷化解、社会治理，在司法实践中释放政治功能。具体而言，法院一方面通过委托调解和委派调解，实现诉调对接，激活各种社会调解资源；另一方面，法院对进入诉讼程序具有调解可能的案件，仍可以开展调解。（见图二）

图二：人民法院参与多元化纠纷解决的路径



一是立足“事清责明”。关于调解中是否有必要“事清责明”，司法界存在一定争议。实践中，民事调解书也确实不会在案件事实查明和责任分担上着墨过多，大多简要叙述当事人达成一致的解决方案。认为调解不需要“事清责明”的主要理由是，查明事实需要举证、质证等复杂程序环节，与调解追求迅速、便捷解决纠纷的价值相悖。解决纠纷并非法院调解的唯一目的。从结果主义层面看个案化解，审判权介入的法院调解与当事人之间自行和解存在本质区别。法院调解应当同时考量以具体案件树立价值导向，为社会提供清晰的规范指引，而不是相反。这也就决定了法院调解不应当仅仅瞄准解决纠纷这一结果，从而简化为法院





在处理案件上跑量的快车道。法官审判权的介入，应当定位于对当事人处分权的“理性”指引和修正，通过法律规则的开示，厘定事实、辨明是非，确保当事人在信息完全对称的情况下权衡得失利弊，最终实现在法律明知下的意思自治。当然，“事清责明”还应根据法院调解不同阶段确立多元化标准。诉前调解阶段，诉讼程序尚未启动，自然无需刻意追求查明事实；立案后、开庭前，通过双方诉辩，可以将主要的无争议事实固定下来；经过庭审程序，法院可对查明的事实予以固定，这非但不影响调解的成功率，而且会为当事人和全社会都树立规则导向和行为指引。

**二是适时公开心证。**法官对案件事实认定和法律适用的心证很大程度上决定了案件最终裁判走向。法院裁判以事实为依据，以法律为准绳，但法律事实毕竟不同于客观事实。一些案件事实真伪不明，当事人对法律关系性质和法律要件适用都存在争议。此时，法官需要根据法律规定，运用逻辑推理和日常生活经验法则，对证据证明力有无和大小进行判断，再依据高度盖然性规则作出裁判。对当事人而言，往往很难预测法官对证据和事实问题得到何种程度的心证。客观告知当事人法院对证据认证的结果，以及举证责任并未达到说服法官所需要的高度盖然性程度，法院对某节事实认定存在困难。这一公开有利于当事人口服心服决定是否接受调解。但应注意的是，公开心证前需要了解当事人的性格、感情和接受理解能力。并且事先告知当事人，这只是现阶段、暂时的心证，并不代表最终判决的心证，以免在调解不成判决时，出现心证不一的情形，引起当事人的不满和反驳。

## 结语

构建我国多元纠纷解决机制，需要重新审视其作为社会治理体系和治理能力现代化载体的功能价值。实践中，面对社会矛盾数量多发、主体多元、诉求多样和司法资源有限的困境，应当将非诉讼纠纷解决机制挺在前面，让司法成为社会正义的最后一道防线。面向未来，多元化纠纷解决机制已经成为现代法治的重要指标，要充分借鉴世界各国先进经验，顺应时代发展趋势，为构建多元化纠纷解决机制贡献中国智慧和方案。





作者：郑重

来源：中国上海司法智库微信公众号

链接：<https://mp.weixin.qq.com/s/yIGaaxxRqZQzgFCnTdINqw>

◆ **特别声明：**

此刊物以分享为本，仅供学习研究参阅，不视为弼兴律师事务所正式法律意见或建议。所有内容摘自政府、法院的官微、官网等，仅供参考使用。如有任何问题，欢迎随时与我们联系。

地址：上海市徐汇区小木桥路 681 号外经大厦 21 楼、26 楼、29 楼（200032）  
电话：021-51797188 021-61258088 021-80522399  
邮箱：[law@beshininglaw.com](mailto:law@beshininglaw.com)  
网址：[www.beshininglaw.com](http://www.beshininglaw.com)

