

国家治理现代化下的知识产权行政执法

董 涛*

内容提要 中国知识产权行政执法为知识产权提供一种类似于“治安行政权”的保护,四十年来,为健全知识产权治理体系、强化知识产权保护作出了巨大贡献。知识产权行政执法与司法保护并行运作的模式被称为独具中国特色的知识产权保护“双轨制”,但这一模式在实践中还面临着正当性依据争论依然激烈、执法效能未能充分发挥及如何针对新领域、新业态进行适应性调整三方面的问题与挑战。党的十九大提出要“推动有效市场和有为政府更好结合”,知识产权行政执法契合国家治理现代化改革的大方向,是确保知识产权领域中“私法自治”原则实现的重要保障。为进一步优化与完善知识产权行政执法,要准确界定知识产权行政执法与司法保护的关系,完善知识产权行政执法相关法律法规,破解知识产权行政执法体制机制障碍。在数字化时代,要从技术层面与制度层面提升知识产权数字行政执法能力,以应对网络技术、数据技术等新业态、新模式对知识产权行政执法提出的挑战。

关键词 知识产权 知识产权治理 行政执法 双轨制 司法保护

目 次

- 一、问题的提出
- 二、知识产权行政执法的正当性与必要性
- 三、知识产权行政执法面临的问题与挑战
- 四、知识产权行政执法的完善对策
- 五、结语

* 北京第二外国语学院法学院教授。本文系2019年度北京市习近平新时代中国特色社会主义思想研究中心重点项目“中国特色知识产权理论体系研究”(项目批准号:19LLFXA024)的阶段性成果。

一、问题的提出

在普通财产权领域,国家基于对财产权可能遭遇侵害的严重性与危急性、进行追偿的可能性与救济成本等因素的考量,为财产权提供了一张包含治安行政秩序在内的国家公权力保护网络。^①与普通商品相比,保护精神智力成果的知识产权缺乏足够的自力救济措施,对国家公权力保护的依赖程度更高。因此,从理论上说,创新生活中同样需要对精神智力成果提供一种类似于警察秩序的治安行政权来进行保护。治安行政权在知识产权领域中主要表现为知识产权行政执法,即在知识产权被侵害后,行政机关依权利人的申请或依据职权主动保护权利人的合法权益,以维护正常创新秩序的行政行为:主要包括行政查处、行政强制、行政处罚与行政裁决等类型。^②中国知识产权法发展四十年来,知识产权行政执法为健全知识产权治理、强化知识产权保护作出了巨大贡献。

在中国知识产权保护实践中,行政执法和司法保护“两条途径、并行运作”的模式被称为独具中国特色的知识产权保护“双轨制”。^③但是,这一模式也面临着不少理论与实践上的问题与挑战,亟须进一步优化与完善。归纳起来,大体有三方面:其一,关于知识产权行政执法正当性依据的争论依然激烈。知识产权行政执法是伴随中国知识产权制度发展而建立起来的独具特色的制度,但学界对于知识产权行政执法的必要性、效率与效能等还存在着激烈的争论。这些争论对中国知识产权的立法、执法与司法活动以及社会大众的认同等,都有较大的影响。因此,需要从理论上进行系统的梳理与总结,对知识产权行政执法的正当性进行辩护与证成。其二,知识产权行政执法的效能尚未充分发挥。与知识产权司法保护相比,知识产权行政执法对于知识产权的保护具有专业高效、快捷便利、维权成本低等优势。但在实践中,由于存在诸多制度隔阂与障碍,这些效能优势并未充分发挥出来。因此,需要进行制度重构与优化,进一步提升知识产权行政执法的效能。其三,就知识产权行政执法应如何针对新领域、新业态进行适应性调整的问题还有待进一步研讨和明确。元宇宙、区块链、人工智能等新技术的发展,给知识产权行政执法带来了新的挑战,要求知识产权行政执法进行及时的调整,以适应新领域、新业态发展的需要。

本文拟围绕以上问题展开研讨,以期明确我国知识产权行政执法的必要性与现实意义,澄清理论上的误解与困惑,厘清体制机制障碍,回应数字时代新业态、新模式提出的新挑战,探索当代中国法治实践中知识产权行政执法既切合法理规律,又符合本土国情的完善路径与策略,为创新型国家建设提供良好的知识产权秩序环境。

① 治安行政秩序主要包括警务巡逻事前预防侵害、报警服务制止侵害并防止损害扩大、控制侵害人以实现权利救济等。

② 参见李雨峰等:《知识产权行政执法机制改革研究》,知识产权出版社2020年版,第123页。

③ 参见吴汉东:《中国知识产权法制建设的评价与反思》,载《中国法学》2009年第1期,第57页。

二、知识产权行政执法的正当性与必要性

自洛克以来,财产权就是自由之国家和社会的守护神。^④但即便在古典自由主义的“夜警”社会中,以警察秩序为主的治安行政权对于财产权保护的重要性都是毋庸置疑的:一方面,“夜警”须将财产权构筑起来的私人空间视为不可逾越的边界,无正当程序不得随意侵入;另一方面,“夜警”又要随时保持警惕,预防并制止他人对财产权人的不当侵害。实际上,对绝大多数市民来说,追求的乃是安宁的秩序,而非遭受侵害后的惊慌失措、追踪侵害人的劳神费力或通过诉讼获得的高额赔偿。从这一角度而言,一个治安巡警在预防与制止侵害、及时控制侵害人方面对秩序形成产生的作用,超过数个事后审判的坐堂法官。不过,创新生活世界中是否也需要这样一种治安行政权进行保护?对此,在知识产权领域,尤其是在当代中国知识产权实践中,存在较大的争议。

(一) 知识产权行政执法是“私法自治”原则的重要保障

知识产权是私权,这在 TRIPs 协议序言中就开宗明义地规定了。^⑤依此,在我国知识产权学界流行着一种比较有特色的观点:知识产权既然是私权,根据私法自治的原则,知识产权受到侵害时,应自我寻求司法保护;除非涉及公共利益,行政机关不宜过多介入。^⑥实际上,四十年来,我国知识产权法每一轮修订时几乎都会围绕知识产权行政执法存废产生激烈的争论。根据反对的观点,知识产权行政执法存在的正当性是值得怀疑的,应当逐步抑制或取消。^⑦其逻辑推论为:(1)大前提:知识产权是私权,私权须服从私法自治原则;(2)小前提:根据私法自治原则,私权受到侵害时应自行寻求司法诉讼救济;(3)结论:知识产权在受侵害时须自行寻求司法诉讼救济,知识产权行政执法的存在缺乏正当性。这一观点不仅在我国知识产权法学术界有较大影响,对我国知识产权立法与司法实务界也有较大影响。^⑧但是笔者认为,其逻辑推论存在着以下理论误读:

首先,对私法自治的适用场景产生误读。以民法为基础所构建的自治空间,从来不是一个独立的自在王国,而是充满国家公权力保护与规范的自由王国。一方面,从私法自治内部结构看,当事人的意思自由只是在国家设定的高低不同的栅栏中流动;^⑨另一方

④ 参见[德]弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》(下册),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第528页。

⑤ TRIPs 协议前言规定:“承认知识产权为私权”(recognizing that intellectual property rights are private rights)。

⑥ 参见《刘春田:知识产权是基本的财产制度》,载人民网, <http://ip.people.com.cn/n/2013/0828/c179663-22719327.html>, 2021年12月30日访问;李琛:《论知识产权法的体系化》,北京大学出版社2005年版,第47页。

⑦ 参见李明德:《关于〈专利法修订草案(送审稿)〉的几点思考》,载《知识产权》2013年第9期,第19页;李永明、郑淑云、洪俊杰:《论知识产权行政执法的限制——以知识产权最新修法为背景》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2013年第5期,第167页。

⑧ 参见姜颖:《关于〈中华人民共和国专利法修正案(草案)〉的说明(2000)》,2000年4月25日在第九届全国人民代表大会常委会第十五次会议上;曹新明、张建华主编:《知识产权制度法典化问题研究》,北京大学出版社2010年版,第205页。

⑨ 参见苏永钦:《走入新世纪的私法自治》,中国政法大学出版社2002年版,第15-16页。

面,从私法自治外部条件看,在私权利受侵害时,需要以请求权为基础,由国家公权力来保护民事主体财产与人身安全,以此为私法自治提供基本保障。温德沙伊德认为,在权利受到侵害或有受到侵害之虞时,权利人享有提出主张并请求国家加以裁判的“意思力”。^⑩在黑格尔设想的市民社会中,市民社会由必需的体系、司法与警察三者共同构成,因而,回应这种请求的国家权力应当包括行政权力与司法权力:法院将事件归属于法律之下,使法得以恢复起来;警察则用外部秩序的方式,预防社会体系中的偶然性,使包含在市民社会特殊性中的普遍物(即一般人应当遵守的法律)得以实现和维持,以保护和保全大量特殊目的和特殊利益,因为这些目的和利益存在于普遍物中。^⑪所以,孟德斯鸠说,民法使人获得财产,政治法使人获得自由。^⑫综上,将私法自治原则等同于私权受到侵害时只能自行到法院诉讼救济的观点缺乏法理依据,上述推论中的小前提是站不住脚的。

其次,对私法自治原则的“救济/保障”机理产生误读。私法自治的核心是“意思自治”,即根据自己真实意思表示产生预期后果的法律行为。这一原则在财产权领域由两大支柱构成,所有权绝对与契约自由。^⑬两者的差别在于受侵害时的救济是不一样的。所有权作为绝对权,具有对世性,是私法自治的基础、契约自由的前提。所有权的对世性要求国家提供全方位的保障:一方面,从所有权看,受到侵害后,依据民法可形成侵权之债,提起诉讼。但这只是向国家公权力寻求救济的一种方式。^⑭权利人是否寻求救济,是自己的选择,可归入到所有权中的处置权而认定为私权自治范畴。国家公权力不应干预。但另一方面,从侵害行为看,侵害行为并非是意思表示的民事法律行为,而是事实行为。侵害行为不能因侵害对象是私权就变成私权行为,从而进入到私法自治的范畴。实际上,如果侵害行为危及的是不特定的人或财物时,其是危害公共秩序的行为;^⑮如侵害行为故意且后果严重的,其甚至是一种犯罪行为^⑯。这些均是国家公权力必须予以制止的行为。

对于这两类侵害行为,如果要求权利人在受到侵害后只能自行到法院诉讼寻求救济的话,那么在诉讼成本过高或不能等情形下,权利人只得或是被迫接受权利无法实现;或是为免受损害,向潜在侵害人支付低于“可能损害”的“保护费”。^⑰这样就会出现寻租市场,导致社会生活对法律规制的“逃逸”。^⑱因此,目前世界上绝大多数国家都根据财

^⑩ 参见金可可:《论温德沙伊德的请求权概念》,载《比较法研究》2005年第3期,第117页。

^⑪ 参见[德]黑格尔:《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第三编第二章,第233、237页。

^⑫ 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1976年版,第329页。

^⑬ 参见前注⑨,苏永钦书,第7页。

^⑭ 法院与行政机关一样,都是由国家财政支持的公共权力机构。“在特殊场合认识和实现法,系属一种公共权力即法院的事。”前注⑪,黑格尔书,第229页。

^⑮ 《治安管理处罚法》将侵害他人财产权的行为规定在“扰乱公共秩序的行为和处罚”中,如第26条第3项等。

^⑯ 《刑法》第二编第五章“侵犯财产罪”针对的都是最典型的侵害私人财产权利的行为。

^⑰ 这一成本包括诉讼费用、时间精力、受到惊吓,以及发现侵害人不能、调查取证不能、制止侵害继续不能、法庭判决不确定性及制止大规模、群体性侵权等。

^⑱ 德沃金认为,若一国法律不能充分解决社会和经济争端,人们就不会再把法律作为社会组织工具加以依赖。他们将寻找其他解决争端的方法。一旦如此,法律将成为与社会和经济生活无关的事情,国家将失去引导经济发展的最有效手段。参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社2002年版,第7页。

产权侵害行为的性质、救济难易程度提供一张包括“自力救济—治安行政—民事诉讼—刑事制裁”内容的预防、制止与追责紧密结合的阶梯状保护网,以确保良好社会秩序的形成。在这一点上,知识产权作为对世权的一种,与普通物权不应有所不同。而且,与普通物权相比,知识产权缺乏足够的自力救济措施,对于治安行政权提供的保障更加依赖。

最后,错误地将知识产权人的私人利益与知识产权法的公共利益相对立。有学者认为,“知识产权法上的公共利益可以诠释为与知识产权人的权利和利益相对应的、不特定的、众多的、潜在的各种知识产权使用者(公众)对受知识产权保护的知识产品加以获取与使用的权利和利益”^{①⑨}。但知识产权法上的公共利益与个人利益并非是对立的。知识产权使用者属于社会公众的一部分,但并不完全等同于社会公众。虽然知识产权人的利益与知识产权使用者的利益在某种情况下可能存在对立和冲突,但两者在更多情况下却是一致的。正如罗斯科·庞德指出的,公共利益不是空幻的借口,而是由一个个具体权利构成,保护单个权利就是保护公共利益。^{②⑩}为知识产权提供更好的保护,就可以激励产出更多供社会公众选择和使用的知识产品。具言之,知识产权通过为智力成果提供产权保护,起到定分止争的作用,为创新市场提供秩序,也是其公共利益的一个重要方面。

而且,知识产权相关法律代表的是国家对制度背后利益所作选择的最高意志。因此,任何侵害知识产权的行为,都不应仅被看作是侵害知识产权人个人权利的行为,而应被视为侵害知识产权法背后保护创新者整体利益的国家公意的行为。美国联邦巡回上诉法院成立后,曾因“亲专利权人”的态度受到攻击。为此,霍华德·马克法官大声宣称,“我们亲的并不是专利权人,我们亲的是专利法”^{②⑪}。习近平总书记也在多种场合反复强调,“保护知识产权就是保护创新”^{②⑫}。从这个意义上说,知识产权行政执法对知识产权侵害行为的制止,保护的不仅是个人私利,还有其背后所代表的整体性创新者利益。

此外,虽然知识产权司法诉讼可以震慑侵权者,促进良好创新秩序的形成,但与行政执法所提供的治安行政权相比,其对秩序形成的作用是间接的,具有滞后性与被动性。而且,司法诉讼是公民权利的最后保障,须遵循严格的程序(尤其是我国知识产权法院设立后,实行集中管辖),这些使得司法诉讼对知识产权人权利救济来说缺乏可及性与便利性。这些特征决定了知识产权司法诉讼应当与行政执法相互补充、相互配合:在受害人能充分地掌握侵害人的信息,且不存在侵害人逃逸、证据消失、不可逆转损失等情形时,司法诉讼往往能产生较好的救济效果;但如受害人缺乏侵害人的信息,须努力辨别或抓捕侵害者时,制度选择则应偏向于公共执法。^{②⑬}尽管从历史看,知识产权司法保护在对抗皇权、促进知识产权从君敕特权向普通民事权利转换的过程中起着重要作用,但这并

^{①⑨} 严永和、甘雪玲:《知识产权法公共利益原则的历史传统与当代命运》,载《知识产权》2012年第9期,第12-13页。

^{②⑩} 参见[美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,楼邦彦校,商务印书馆2010年版,第87页。

^{②⑪} 尹新天:《中国专利详解》,知识产权出版社2011年版,第601页。

^{②⑫} 习近平:《全面加强知识产权保护工作 激发创新活力推动构建新发展格局》,载《求是》2021年第3期,第4页。

^{②⑬} 参见徐昕:《论自力救济》,中国政法大学出版社2005年版,第271页。

不意味其就是知识产权保护的唯一手段。^{②4} 只有为知识产权提供包括知识产权行政执法在内的更加充分的保护,才能为确保“私法自治”原则的真正实现提供良好的秩序环境。

(二) 知识产权行政执法符合国家治理现代化的方向

1. 知识产权行政执法符合国家治理现代化的重要任务与基本理念

国家治理现代化的重要任务之一就是要提供符合一国先进利益发展的产权结构。一个国家要进入良性循环的发展通道,须拥有强大而规范的国家权力。一方面,国家权力要足够强大,才能避免政局动荡,保证社会稳定;另一方面,国家权力须包容且规范,才能确保社会各群体的利益得到保障、意见得以充分有序表达。^{②5} 诺斯研究英荷法等国历史后发现,一国的兴衰取决于能否将“国家利益与社会先进部门利益进行有机地结合”^{②6}。国家权力规定着产权结构,对产权结构的效率负责,而产权结构效率的高低会引致经济增长、停滞或衰退。^{②7} 党的十九届五中全会提出,要“更好发挥政府作用,推动有效市场和有为政府更好结合”^{②8}。“有为政府”意味着国家治理体系的改革与完善不是简单的简政放权,而是对国家权力进行优化配置,即:该有限的地方应有限,但对那些代表国家未来发展方向的先进利益,则必须予以强化。自党的十八大以来,我国就确立了走创新驱动发展的道路。知识产权创新者的利益,是代表着我国未来发展方向的先进利益,其产权结构应当成为国家力量重点保障的领域。

知识产权行政执法符合现代国家治理效率的基本理念。现代国家治理基本原则之一是治理效率,即公正、正确地管理公共开支,以最小的公共开支与管理活动成本获得最大的收益。知识产权行政执法就是基于这样一种理念设计的,即:创新生活中的知识产权纠纷众多,如不分级别、不分类型地全数涌入司法途径,既给权利人带来极大不便,又给社会资源带来极大浪费,不符合治理效率的基本原则。而国家将不同知识产权纠纷按事态缓急、复杂程度进行分类、分级,提供一张由司法、行政执法、调解、仲裁等不同保护手段编织起来的保护网,更符合现代国家治理效率的基本理念。

2. 知识产权行政执法符合《民法典》治理的精神要义

《民法典》通过构建规范有序的社会来实现国家治理,是国家现代化治理的重大举措。但《民法典》并没有以私法自治为由将行政执法排除在外,相反,为提升治理效能,还进一步强化了对行政机关保护权利的要求。因为,“切实保障人民权益是所有公私法

^{②4} 实际上,18世纪末的英国曾流行对盗版与专利侵权行为进行私人执法,但这种私人暗黑执法的方式严重扰乱了公共秩序与安宁,因此20世纪初,英国政府逐渐将其纳入公共执法范围。See Adrian Johns, *The Property Police*, in Mario Biagioli, Peter Jaszi & Martha Woodmansee ed., *Making and Unmaking Intellectual Property: Creative Production in Legal and Cultural Perspective*, University of Chicago Press, 2011, p.204-206.

^{②5} See Daron Acemoglu & James A. Robinson, *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*, Crown Publishing Group, 2012, p.302-334.

^{②6} [美]道格拉斯·诺斯,罗伯斯·托马斯:《西方世界的兴起》,厉以平、蔡磊译,华夏出版社2009年版,第190页。

^{②7} 参见[美]道格拉斯·C.诺思:《经济史上的结构和变革》,厉以平译,商务印书馆1992年版,第21页。

^{②8} 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》,2020年10月29日中国共产党第十九届中央委员会第五次全体会议通过。

部门的共同事业和价值追求”^{②⑨}。随着中国特色社会主义法律体系的健全及市场经济思维的深入人心,人们逐渐认识到政府的主要职能是执行法律,而非全面管理社会经济事务。^{③⑩}《民法典》不少条款直接规定了许可、确认、征收、备案、检查等行政职责要求。在《民法典》1260个条文中,规范公权力机关介入民事法律关系的规定多达100多条。^{③⑪}其中最典型的是第1254条关于高空坠物的条款——由于高空坠物责任人难以确定,《民法典》要求由公安机关承担调查、查清责任人的义务。^{③⑫}由此可见,《民法典》中贯穿了私主体间民事权利义务需公权力保障的精神要义。而知识产权在遭受侵害时具有缺乏侵害人信息与控制手段、取证难等特点,与高空坠物类似,加强知识产权行政执法,符合《民法典》的精神要义。

此外,财产权是《民法典》社会治理的重要部分,而知识产权行政执法符合财产权的法律属性。对普通财产权而言,国家会提供以警察治安行政为主的严密保护网。^{③⑬}我国《治安管理处罚法》专门规定了对侵犯人身、财产权利行为的处罚。根据该法第49条,公安机关对侵害财产权的行为有权予以制止、进行调查与处罚。甚至对于属于契约自由范畴的合同行为,如被用作诈骗他人财物的手段,秩序行政权同样有权介入,予以制止与处罚。目前,我国并无专门法律将知识产权排除在《治安管理处罚法》第2条所说的“财产权利”的范畴,因此,从法理上看,将治安行政权适用于知识产权是没有问题的。^{③⑭}只是由于知识产权客体信息具有的特殊性,在侵害行为上表现出一定的特殊性(例如侵权行为更多是对知识产权商业价值的窃取或毁损,而非像有形物一样地物理毁损),在公安机关缺乏足够的知识产权专业技能的情形下,将其归属到与证券执法等类似由专业部门行使的秩序行政权范畴,亦为合理。这属于一国治理架构的合理分工。

3. 知识产权行政执法符合国际知识产权治理的发展趋势

首先,知识产权行政执法符合国际条约的相关规定。例如,TRIPs协议第三部分“知识产权的实施”即对知识产权行政程序及补救的规则进行了规定。其次,域外也多有知识产权行政执法的立法例和实践。例如,日本知识产权行政执法由海关与警视厅负责,其中,海关是知识产权侵权认定的机构,警视厅则负责调查知识产权犯罪行为。美国负责知识产权保护的部门较多,如根据美国1930年《关税法》“337条款”的规定,国际贸易委员会(ITC)负责对侵犯知识产权的进出口商品案件调查并发布禁令,海关则负责执行落实。在立法例上,美国2008年颁布了《优化知识产权资源与组织法案》;2010年又颁布了《知识产权执法联合战略计划》,对散布在各部门中的知识产权执法职能进行

^{②⑨} 周佑勇:《面对民法典时代的行政法变革》,载《法制日报》2020年6月17日,第9版。

^{③⑩} 今天我国的行政在整体上已初步实现由“管理型”到“执法型”、由“人治型”向“法治型”的转变,行政管理很大程度上转化为行政执法。参见张效羽:《打造行政综合执法改革“升级版”》,载《学习时报》2014年6月16日,第5版。

^{③⑪} 参见孟鸿志:《民法典时代行政执法的变革与创新》,载《比较法研究》2021年第6期,第114页。

^{③⑫} 《民法典》第1254条第3款规定:“发生本条第一款规定的情形的,公安等机关应当依法及时调查,查清责任人。”

^{③⑬} 例如,我国公安部1994年颁布了《城市人民警察巡逻规定》,建立起巡警制度。通过巡逻防控,警察有责任预防和制止违反治安管理的行为,协调处理民事纠纷。

^{③⑭} 根据《治安管理处罚法》第2条规定,侵犯财产权利,尚不够刑事处罚的,由公安机关依照本法给予治安管理处罚。

优化与协调。这些都表明知识产权司法诉讼与行政执法并行是当今世界多数国家和地区保护知识产权的通行做法。^{③⑤}

三、知识产权行政执法面临的问题与挑战

知识产权行政执法所预设的理念就是利用行政机关执法具有的专业、快捷特点,为知识产权人提供高效、便利的保护。但这一看上去“很美”的制度在现实中还面临诸多问题与挑战,难以充分发挥预想的作用,主要包括:

(一) 知识产权行政执法立法规定存在不足

1. 知识产权行政执法权限设置参差不齐

我国各知识产权单行法对行政执法的权限、范围、方式等规定各不相同,导致出现知识产权保护力度不一致的现象。以知识产权行政执法权限为例,《商标法》第60、62条规定了知识产权主管机构享有应权利人请求责令停止侵权的行政处分权;没收、销毁侵权产品与工具,处以罚款的行政处罚权;对侵权行为主动查处的行政查处权等权限。《著作权法》第53、55条有类似的规定。但根据《专利法》第65、69条规定,专利管理部门仅对涉嫌假冒专利行为享有主动查处的行政查处权,而对专利侵权行为则缺乏自主查处权;其在应权利人请求时可以处理专利侵权纠纷,但不具有行政处罚权,且在处理专利侵权纠纷时也仅有责令侵权人停止侵权行为的权限,没有没收、销毁侵权产品与工具以及罚款等权限;在查处假冒专利时,仅有询问当事人与检查现场与产品的权利,没有商标与版权执法中的查封扣押的权限。执法权限参差不齐的规定对知识产权行政执法的发展产生了不利影响,主要表现在三个方面:

(1) 执法网络出现漏洞。例如,对侵害版权、商标的行为,法律提供一种与普通物权类似的立体保护网络,即应请求处理(类似普通物权受侵害时110报警接诉即办)—主动查处(类似警察巡逻防止及制止侵权)—坐堂裁断(民事诉讼救济)。但对专利侵权而言,则只有“接诉即办”与“不告不理”的坐堂裁断两个环节,不能主动查处,且责令停止侵权不能实施行政强制与处罚,几乎不具有强制力。这就使得专利保护力度相对较低,专利执法网上存有漏洞。

(2) 执法目标出现偏转。专利法是保护技术创新成果最重要的财产权制度,其首要目标应确保专利权免受他人侵害,这是专利大厦的基石。而假冒专利号这样的行为,只能算是专利管理中一个较小的问题。但根据现有权限配置,专利执法只能将关注重点放在打击假冒专利号这样的旁枝末节问题,而不是侵害专利权行为之上。这种做法无异于“舍本逐末”,忽略了专利制度的重点,导致专利执法目标出现偏转。

(3) 执法功能出现扭曲。对于真正从事技术创新活动的人来说,其价值来源于新产品的研发和新市场的发现。他们所需要的不是通过繁杂诉讼程序获得高额赔偿,而是一

^{③⑤} 参见李顺德:《对加强著作权行政执法的思考》,载《知识产权》2015年第11期,第18页。

个良好的创新秩序。知识产权行政执法的初衷就是在创新者预防侵害不能、制止侵害不能及控制侵害者不能的情形下,充当创新生活中保障财产安全的“夜警”这样的巡逻人角色。^{③⑥}但在现有权限配置下,知识产权行政执法功能出现扭曲,主要体现在:一方面,专利执法部门缺乏主动查处的权限,接诉查处的能力也极为有限,因而只能将关注重点转向行政裁决的功能。^{③⑦}2019年中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于健全行政裁决制度加强行政裁决工作的意见》强调了要重点做好知识产权侵权纠纷和补偿争议等方面的行政裁决工作。行政裁决固然重要,但如忽略创新领域中的治安维持功能,专利执法将因此改变初衷,演变为一个行政机关内设的“小法院”——与法院审判职能不再互补,而是重叠,进而无法充分提升创新领域中的治理效率,导致社会资源浪费。另一方面,在知识产权行政裁决方面,又人为地将“责令停止侵权”与“赔偿损失”两类实体救济撕裂为不同的程序。侵权之行政判定与行政救济之间分离脱节,使得知识产权行政裁决“分流阀”的功能变得先天不足,缺乏足够的救济力,导致难以发挥行政执法机关在知识产权保护中应有的救济力。^{③⑧}

2. 知识产权行政执法管辖权缺乏明确规定

与司法诉讼管辖相对明确不同,知识产权行政执法的管辖权尚缺乏法律上的明确规定。我国知识产权法以单行法形式立法,知识产权执法也采用一种分类别归口管理的模式。^{③⑨}2018年国家机构改革之前,我国知识产权行政执法呈现多头分割的格局:国家知识产权局负责专利法执法,国家工商局负责商标法执法,国家版权局负责版权法执法,海关总署负责知识产权边境执法,农业部、林业部、国家质检局等负责植物品种、地理标志等执法。尽管2018年国家机构改革重组国家知识产权局,将专利、商标、地理标志等几类知识产权执法进行了整合,但分割格局依然存在。此外,国家市场监管总局按照中共中央办公厅、国务院办公厅《关于深化市场监管综合行政执法改革的指导意见》(中办发〔2018〕62号)深化综合行政执法体制改革的要求,将工商、质检、商标、专利等领域执法职责进行整合,组建了统一的市场监管综合执法队伍,执法力量下沉,由市县两级综合执法队伍统一行使行政处罚权及相关的行政检查、行政强制等职权。因此,我国知识产权执法基本采用的是“类别管辖+地域管辖”模式。但这一模式也存在问题,需从法律层面予以解决。

(1) 该模式不利于对在执法过程中发现的属其他部门管辖的知识产权侵权行为主动采取措施,不能充分发挥行政执法的效率优势,不利于有效制止侵害知识产权的行为。例如,交警在执法中,为及时制止违法犯罪行为、控制嫌疑人、防止证据毁灭,可行使先期

^{③⑥} 尤其是在大规模群体性知识产权侵权、恶意反复侵权、多人异地侵权等情形下,这种行政执法就更为必要。

^{③⑦} 这可从国家知识产权局2015年《专利行政执法办法》第二、三章规定的专利行政执法主体任务(专利纠纷处理与调解)看出。不管是纠纷处理还是纠纷调解,强调的都只是专利执法机关作为裁决者或调和者的居中角色。

^{③⑧} 参见贺志军:《知识产权侵权行政裁决制度检视及完善——以〈TRIPs协议〉义务的澄清为视角》,载《知识产权》2019年第12期,第70页。

^{③⑨} 参见易继明:《国家治理现代化进程中的知识产权体制改革》,载《法商研究》2017年第1期,第187页。

处置的职权,^⑩体现了行政执法维护社会治安的主动性和效率精神。如果负责一类知识产权保护的行政机关在执法过程中发现了侵害其他类型知识产权的行为,而自己无权制止,则容易放任侵权行为,造成重复执法浪费社会资源的局面,有违行政执法的效率精神。起码应通过与相应主管机构快捷沟通的机制,及时知会相关机构予以制止。

(2)在该管辖模式下,还常会遇到跨地域执法协作问题。一般情况下,根据我国《行政处罚法》的规定,知识产权行政处罚由违法行为地机构管辖,不涉及异地执法问题。不过,行政处罚行为会包含诸如行政调查等行为,可能会跨地域,从而涉及异地执法问题。目前,知识产权行政执法中,强调的还是跨区域执法办案的协作。国家市场监督管理总局发布的《2020年知识产权执法“铁拳”行动方案》中指出,要有效组织开展区域间联合执法行动,针对侵权假冒跨区域、链条化的特点,健全区域间线索通报、证据移交、案件协查等制度;但对知识产权异地执法并没有进行规定。因此,在知识产权执法过程中,如何进行异地调查和取证还需要法律明确。

(二)知识产权行政执法实践运行存在不足

知识产权行政执法在实际运行中,存在一些体制机制上的问题,导致其效能优势未能充分展现。例如,随着行政执法层级下沉,知识产权行政执法面临两方面实际问题:一方面,知识产权的范围与侵权与否的判定需要专业知识,执法人员可能因专业知识缺乏而执法动力不足;另一方面,可能存在地方保护主义的干扰。除此之外,还有以下问题:

1. 知识产权行政执法的制度欠缺

(1) 进出口贸易知识产权侵害调查制度仍付阙如

美国国际贸易委员会可根据“337条款”在对外贸易中对侵犯美国知识产权行为和其他不公平竞争行为实施边境保护措施,以保护其国内知识产权人的利益及产业安全。^⑪随着科技发展和对外开放扩大,为保护国内产业安全,我国也有必要建立起自己的进出口贸易知识产权侵害调查制度。我国《对外贸易法》第29条第2款规定,进出口货物侵犯知识产权并危害对外贸易秩序的,国务院外贸主管部门可采取在一定期限内禁止侵权人生产、销售有关货物进口等措施。但这一规定比较原则,缺乏可操作性。因此,我国需要尽快建立起进出口贸易知识产权侵害调查制度,以完善知识产权的边境保护。

(2) 知识产权行政处罚裁量基准不统一

知识产权行政执法过程中,行政处罚的弹性空间比较大,幅度包括二十五万元以下以及违法经营额一到五倍间。^⑫行政处罚自由裁量权幅度过大,易导致任意性执法,产生同案不同罚的现象。^⑬因此,必须对知识产权行政处罚自由裁量权的行使予以监督与控

^⑩ 根据公安部《交通警察道路执勤执法工作规范》规定,交警执法中遇到交通事故以外的其他治安、刑事等违法犯罪行为,可以采取相应措施制止违法犯罪行为,控制嫌疑人;现场询问,组织追辑、堵截;依法扣押违法犯罪证据等。

^⑪ 参见李明德:《美国知识产权法》,法律出版社2003年版,第116页。

^⑫ 参见《专利法》第68条、《商标法》第60条、《著作权法》第53条关于行政处罚的规定。此外,在《海关法》等法律中,还有撤销对外贸易经营许可等处罚。

^⑬ 参见林菡馨、龙小宁:《推行自由裁量权标准能提升执法效果吗?——基于专利行政执法与企业创新的证据》,载《经济学》2020年第3期,第1090页。

制。其中一个主要方法是出台行政裁量权基准,将行使行政处罚裁量权时须考虑的行为原因、情节、性质与后果等要素预先确定下来,避免执法人员任意性执法。虽然目前在知识产权领域尚无国家层面的行政处罚裁量基准,不过北京、广东等地都出台了各自的知识产权行政处罚裁量权基准,^④从违法行为、违法依据、违法情节、裁量标准等维度对知识产权行政处罚权的行使进行了细化。但是,从各地现有相关规定来看,还存在诸如涵盖对象较宽泛和分散(包括对假冒专利、专利侵权纠纷、版权侵权纠纷处理等方面)、不同文件的详略不一等问题。这显然不利于知识产权行政处罚权行使的规范化,也不利于避免地区差别性执法,需尽快进行统一与规范。

(3) 知识产权行政执法程序性规制有待强化

知识产权具有随客体信息的流动而传递、覆盖,产品流通范围较大的特征。因此,较一般财产权而言,知识产权行政执法措施的强制效果影响会更大、更广泛。国家知识产权机构改革后,知识产权行政执法由之前执法权力较弱的系统转到市场监管这样一个执法权力较强的系统来负责,行政执法力度有较大的提升。在此情况下,对知识产权行政执法的程序性规制尤为重要。^⑤我国目前尚无统一完备的知识产权行政执法程序性立法,相关规定仍仅分布在知识产权行政查处、行政处罚、行政强制与行政裁决等行政执法行为相关的法律法规中。而且,这些规定相对而言还比较简略,不能满足对知识产权行政执法进行程序性规制的现实需要。^⑥此外,目前知识产权行政裁决的程序性规定中还存在一些明显的问题,主要包括:其一,对行政裁决的程序性规定主要集中在专利领域。如国家知识产权局《专利行政执法办法》对专利侵权纠纷行政裁决中的流程进行了规定;2021年,国家知识产权局并发布了《重大专利侵权纠纷行政裁决办法》《药品专利纠纷早期解决机制行政裁决办法》,从立案条件、提交材料等方面对专利行政裁决程序方面的要求进行了规定。但商标、版权等其他类型行政裁决的程序规定还相对较少。其二,有的行政裁决规定还缺乏法律依据。例如《专利法》对专利管理机关应请求处理专利侵权纠纷时的权限没有规定,而国家知识产权局《重大专利侵权纠纷行政裁决办法》则赋予了专利裁决机关以调查与检查的权限。^⑦在《专利法》尚未明确规定的情形下,部门规章的自行规定是否符合上位法也是值得思考的。

2. 知识产权行政执法与司法保护衔接不畅

知识产权行政执法与司法保护间衔接与协调还不顺畅,较大程度上影响了行政执法的效能,主要表现在以下方面:

(1) 重复立案。《专利法》第65条、《商标法》第60条都授予了受侵害人选择行

^④ 如北京市知识产权局2020年发布的《行政处罚裁量权适用规定(试行)》及行政处罚裁量基准表;广东省知识产权局2017年发布的《关于行政处罚自由裁量权使用规则》;河北省知识产权局2014年《专利行政处罚裁量权规定(试行)》;海南省2021年《海南省旅游和文化广电体育厅行政处罚自由裁量细化基准表》等。

^⑤ 参见前注②,李雨峰等书,第151-152页。

^⑥ 值得肯定的是,一些地方规定,如江苏省2020年《专利商标行政执法规程(试行)》,对专利商标行政处罚的调查取证程序有着比较详细的规定,可供参考借鉴。

^⑦ 参见《重大专利侵权纠纷行政裁决办法》(国家知识产权局第426号公告)第12条。

政处理或法院诉讼的权利。国家知识产权局《专利行政执法》第10条第5项建立了类似的避让制度。^{④⑧}《商标法》第62条第2款也有类似的规定。^{④⑨}但司法机关目前尚未制定相应的避让规定,这可能会导致出现两者间的重复选择。^{⑤⑩}

(2) 司法审查规定不完善。就知识产权行政执法的处理结果,当事人几乎都可以提起行政诉讼,^{⑤⑪}这意味着知识产权行政执法的行为可能接受司法的审查。最高人民法院在《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》中规定了“全面审查”原则。^{⑤⑫}但若在司法实践中不加区分地一概进行全面审查,并以此为由否定行政执法决定的效力,对侵权与否进行重新判定,既不符合效率原则,也会对知识产权行政执法效能产生较大影响。因此,有必要尽快对司法审查的条件、范围等规定予以细化与明确。

(3) 侵权判定标准不一致。知识产权之侵权判定具有较大的主观性,容易导致知识产权行政执法与司法审判之侵权判定标准不一致,甚至导致后者拒绝认可前者的判定结果。^{⑤⑬}例如,某专利权利要求记载了五个技术特征,若判定者审核被控侵权技术方案时提炼出五个相同或相近的技术特征,则可判定为侵权;若仅提炼出三个,则可判定落在原告权利要求之外,不构成侵权。虽然行政机关与司法机关都试图颁布规范性文件统一侵权判定的标准,^{⑤⑭}但仍只是分别统一各自的判定标准,尚未实现相互间的统一协调。

(4) 证据规则不统一。知识产权行政执法与司法程序间协调可能涉及行政执法程序、因侵权纠纷引发的民事诉讼程序以及刑事诉讼程序三套程序。虽然三套程序涉及的基本上是对同一事实的认定,但如后续程序对在先程序中搜集的证据不予采用,不仅可能造成人力、物力的浪费,还可能会因时间流逝、重新搜集等困难,大大降低治理效能。但由于三者证明对象、调查取证、证明标准等程序要求与证据规则方面要求不同,如何进行有效衔接还需深入研究。

(5) 行刑衔接不畅。2010年《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》、2020年《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(三)》

④⑧ 《专利行政执法办法》第10条规定,请求管理专利工作的部门处理专利侵权纠纷的,应当符合下列条件:……(五)当事人没有就该专利侵权纠纷向人民法院起诉。

④⑨ 该款规定,在查处商标侵权案件过程中,对商标权属存在争议或者权利人同时向人民法院提起商标侵权诉讼的,工商行政管理部门可以中止案件的查处。中止原因消除后,应当恢复或者案件查处程序。

⑤⑩ 在最高人民法院颁布的几个知识产权案件适用法律规定的司法解释中,除了《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条第1款规定“对著作权行政管理部门查处的侵犯著作权行为,当事人向人民法院提起诉讼追究该行为人民事责任的,人民法院应当受理”外,其他没有关于处理两者关系的规定。

⑤⑪ 《行政诉讼法》第12条对受案范围进行了规定,对行政处罚、强制等行为不服的,可向法院提起诉讼。

⑤⑫ 参见最高人民法院2020年修改的《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第3条第2款;《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第25条第2款。《关于审理商标案件有关管辖和法律适用范围问题的解释》第10条虽然没有明确规定全面审查的原则,但是规定人民法院受理的侵犯商标纠纷案件,已经过行政管理部门处理的,人民法院仍应当就当事人民事争议的事实进行审查。

⑤⑬ 参见李伟民:《知识产权行政执法与司法裁判衔接机制研究》,载《中国应用法学》2021年第2期,第118页。

⑤⑭ 例如,国家知识产权局于2014年、2016年先后发布了《专利侵权行为认定指南(试行)》《商标侵权判断标准》等文件。北京高级人民法院也在法律法规及司法解释的基础上出台了《专利侵权判定指南(2017)》。

以及《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》等法规文件与司法解释对知识产权犯罪立案的具体标准进行了规定,但由于知识产权本身具有价值难以确定的特殊性,加之我国曾经较长时期对知识产权重视程度不足,甚至有不认为侵害知识产权行为属于犯罪的观点。^⑤这使得知识产权领域中准确界定行政违法与刑事犯罪边界显得尤为困难,而边界确定难的问题反过来又容易引发以罚代刑的现象,导致行刑衔接不畅。

(6) 执法结果的司法确认难题。知识产权行政执法结果,尤其是行政裁决决定,需申请法院强制执行。《专利法》第65条规定,管理专利工作的部门认定侵权成立的,侵权人期满不起诉又不停止侵权行为的,管理专利工作的部门可申请人民法院强制执行。一方面,这涉及前文所述司法审查范围带来的问题;另一方面,在知识产权行政裁决过程中还常伴随着行政调解,^⑥但目前我国民事诉讼法只对人民调解协议的司法确认有明确规定,对行政调解协议的司法确认还缺乏法律依据。知识产权行政调解结果的司法确认机制缺乏,影响了知识产权行政执法机制的效能。^⑦

(三) 数字时代知识产权行政执法面临的挑战

数字技术大大提升了人类提取、生成、存储和处理文化元素的能力,各种新型的作品创作范式,如智能化创作、机器翻译、短视频、数字化作品等,不断涌现。数字化技术的发展使得音乐作品、影视作品、商业标识的假冒与复制等行为变得更为容易,同时也出现了利用机器、软件进行剪接、拼凑的“洗稿”等新型侵权形式。这些都对知识产权行政执法提出了新的挑战,概而言之,主要包括以下方面:

1. 如何提升知识产权数字行政执法能力

数字空间成为大众参与公共生活的重要场域,大量专利产品、商业标识与版权作品都在这一空间流转。知识产权侵权行为也因此变得便捷化、多样化、匿名化、虚拟化,这就要求知识产权行政执法必须创新执法手段,提升包括以下几方面在内的数字执法能力:

(1) 数字证据获取与审查能力。数字空间中,侵权主体与侵权行为都变得虚拟化,以电子数据的形式展现出来。尽管区块链、时间戳等分布式数据技术的发展,一定程度上解决了版权作品权属证明难的问题,降低了知识财产的确权成本,但从总体来看,由于数据结构复杂、数据海量分散,知识产权行政机关获取、保全、审查判断侵害知识产权行为线索与证据的难度增大。因此,知识产权执法机关要适应时代发展,充分发挥水印追踪、鹰眼系统、图像识别等数据技术的作用,创新数字空间中知识产权市场侵权监测模式,大力提升数字侵权线索发现、证据获取与审查的能力。

(2) 执法流程优化与规范能力。数据技术加剧了技术权力对行政权的侵蚀,破坏了行政执法权的完整性,使得行政执法面临责任分摊难以辨识等风险。^⑧这就要求行政机

^⑤ 以专利为例,《刑法》第五章规定了严重侵犯各种私人财产权的犯罪行为,但唯独未规定侵害专利财产权之犯罪行为。

^⑥ 参见《专利法》第65条,《商标法》第60条。

^⑦ 参见张飞虎:《专利侵权救济纠纷“双轨制”下行政裁决与司法裁判程序衔接相关问题的探讨》,载《电子知识产权》2020年第12期,第84页。

^⑧ 参见黎慈:《人工智能嵌入行政执法的法理分析:现状、风险与应对》,载《湖北社会科学》2020年第7期,第135-136页。

关具有更高的数据处理能力,不断优化执法流程,提升执法效率,推动执法主体间的协同合作,实现执法信息公开与执法处理全过程留痕,规制行政执法权行使的任意性。^{⑤⑨}

(3) 个人隐私与数据保护能力。在知识产权行政执法过程中,尤其是在对涉及个人隐私或信息的数据产权侵害行为进行执法的过程中,执法机构一方面要注重提升保护个人隐私权的意识与能力,另一方面也要注重对执法过程中了解到的数据信息进行保密。这一点在药品试验数据权的保护过程中尤为重要。

2. 如何界定网络平台知识产权监管责任

随着“数字化+智能化”的加速融合,数据技术将平台塑造成网络空间中知识产权治理的重要主体。网络空间因此改变了以往“国家—社会”“权力—权利”二分的结构,形成一种政府管平台、平台管用户的“公权力—私权力—私权利”的治理格局。这种新型治理格局的出现也给知识产权行政执法带来了挑战。

(1) 平台规范权的竞争。网络平台这一治理主体具有此前法律关系主体所不具有的“准立法权”“准行政权”“准司法权”,^{⑥⑩}在知识产权治理中起着重要作用。各大电商平台,如腾讯、京东等,都提供专业的知识产权投诉与维权服务。一些专业化的平台还开始提供知识产权侵权的网上取证与公证服务。知识产权中最快捷、最有力的惩戒手段开始由行政机关的处罚与法院判决转换为数据平台的屏蔽、删除、限制功能、注销封禁,以及违规账号警告等。^{⑥⑪}可以说,网络平台既是知识产权执法机构的规制对象,又是与知识产权执法机构争夺规制权的竞争对手。若知识产权执法机构丧失对平台进行有效规范的能力,平台就有可能脱离执法权的规范,成为网络空间中知识产权执法的“独立王国”。

(2) 平台责任的准确界定。面对数字空间海量的数据,公共行政部门无法通过传统执法方式对知识产权侵害行为进行规制,而是需要诉诸平台的力量。平台不再是传统的私的主体,同时成为知识产权执法机构在网络执法中的最重要的帮手,被赋予了质量监控、披露信息、打击侵权等市场规制者的责任。在此过程中,如何科学地界定平台的责任,不仅是关涉平台能否良性发展的核心关键,同时也是能否对网络空间进行有效监管、有效维持网络秩序的核心关键。《国务院办公厅关于促进平台经济规范健康发展的指导意见》(国办发〔2019〕38号)明确提出,既要强调平台的监管责任,又强调政府的监督执法职责,但是不得将本应由政府承担的监管职责转嫁给平台。因此,如何准确界定网络平台的知识产权监管责任,也是知识产权行政执法机构面临的重大课题。

四、知识产权行政执法的完善对策

知识产权行政执法可为知识产权人提供充分、及时、便利的保护途径,但需在严格规

^{⑤⑨} 《行政处罚法》第41条规定,行政机关依照法律、行政法规规定利用电子技术监控设备收集、固定违法事实的。

^{⑥⑩} 参见马长山:《智能互联网时代的法律变革》,载《法学研究》2018年第4期,第28页。

^{⑥⑪} 参见董涛:《知识产权数据治理研究》,载《管理世界》2022年第4期,第112页。

范的前提下,进一步优化与完善知识产权行政执法。

(一) 澄清知识产权行政执法与司法保护的关系

2008年《国家知识产权战略纲要》提出,加强知识产权司法保护体系和行政执法体系建设,发挥司法保护的主导作用。但对如何理解知识产权司法保护的主导作用尚莫衷一是。一些观点认为,知识产权司法保护主导作用就是要摒弃过去传统意义上的知识产权保护“双轨制”模式,^{⑥2}即知识产权保护靠民事诉讼就够了,^{⑥3}专利侵权纠纷的行政处理在当今时代并无足够的必要性与合理性,并因此建议取消专利管理部门的行政裁决职能^{⑥4}。这种将知识产权司法保护与行政执法保护看作非此即彼、互相排斥的观点导致了实践中的困惑。因此,有必要澄清知识产权行政执法与司法保护之间的关系,在提升知识产权行政执法效能的同时促进两者间的协调,实现对知识产权的全方位保护。

从总体定位看,应将知识产权行政执法与司法保护视为国家知识产权保护体系的两个支柱。习近平总书记指出,要综合运用多种手段,从审查授权、行政执法、司法保护等环节完善保护体系,加强协同配合,构建大保护工作格局。^{⑥5}在这个大格局中,知识产权司法保护在知识产权保护中起到主导作用,知识产权行政执法则应起到主渠道作用;从价值取向看,知识产权行政执法的价值取向重在保护的专业性、便利性与快捷性的效率价值,司法重在保护的权威性、终局性的公正价值,两者虽在工作理念、手段与侧重点上有所不同,但最终的目标是相同的,都是为知识产权提供更好的保护;从运行原则看,知识产权行政执法应当着重遵循三大运行原则,即裁执分离原则、分类处理原则(可将行政执法分为主动查处、居中裁决与接诉即办三类),以及行政执法与司法保护相互协调原则。其中,行政执法与司法保护相互协调原则主要包括司法对行政执法决定的尊重与抑谦原则、以合法性审查为主、合理性审查为例外的原则,以及规范与引导的原则。

司法保护与行政执法之间应为互相配合与补充而非替代的关系。司法审判应在更高层面引导、规范和约束行政执法行为,为创新领域提供良好秩序:一是确立知识产权重大原则、重要先例。例如,美国联邦上诉巡回法院即通过Polaroid案^{⑥6}等几个判例开创了强化专利保护的潮流。可见,在知识产权法律制度中,知识产权司法诉讼可以通过司法解释、指导性判例等形式,确立重大原则,形成重要先例,为行政执法提供方向指引,主导知识产权制度的发展方向。二是对知识产权行政执法行为进行司法监督。知识产权行政执法不是终局的,而是可诉的。当事人对知识产权行政执法决定不服的,既可以申请行政复议,也可以提起行政诉讼。根据我国行政诉讼法的相关规定,法院有权对知识产权行政执法行为进行合法性、合理性等全方位审查,以规范行政机关的行为。^{⑥7}

^{⑥2} 参见林广海:《回归知识产权司法本位,发挥司法保护主导作用——谈在民法典中设立知识产权编》,载《人民法院报》2018年1月17日,第7版。

^{⑥3} 参见孔祥俊:《全球化、创新驱动发展与知识产权法治的升级》,载《法律适用》2014年第1期,第38页。

^{⑥4} 参见刘银良:《论专利侵权纠纷行政处理的弊端:历史的选择与再选择》,载《知识产权》2016年第3期,第33页。

^{⑥5} 参见前注^②,习近平文,第7页。

^{⑥6} See Polaroid Corp. v. Eastman Kodak Co., 789 F.2d 1556 (Fed. Cir. 1986).

^{⑥7} TRIPs 协议第41.4条规定了对知识产权行政执法的司法审查义务。

从此意义出发,知识产权保护的“司法主导”作用是要给行政执法“戴嚼子”,而不是“拴蹄子”;要“挥鞭子”,而不是“抢案子”。要鼓励知识产权行政机关积极执法,为知识产权人提供及时有效的保护,为社会创新提供良好的秩序;同时对其执法行为密切关注,一旦发现滥用行政权力的行为,则应勒紧绳索,以保护社会大众的合法权益。

(二) 完善知识产权行政执法相关法律法规

完善知识产权相关法律法规,科学配置知识产权行政执法权限,是提升知识产权行政执法效能的基本前提,也是《知识产权强国建设纲要(2021—2035年)》(以下简称《纲要》)的重要要求。^⑧对此,应着重关注以下方面:

1. 及时修改专利法,授予专利行政查处与处罚权限

商标的假冒与侵权行为可能会对消费者造成损害,版权侵害问题可能会因作品传播引发舆论宣传与意识管控的问题,这些都可被认定为传统的公共利益问题。因此,动用公共权力的秩序行政手段对此予以制裁通常是可以被接受的。而专利权被认为是更加典型的私人产权,对其的侵害行为被认为只属于侵害私权行为,不涉及公共利益,因此专利行政执法往往会遭受更多的质疑。但这种质疑是值得商榷的:一方面,从专利内部的结构来看,其中外观设计、实用新型等,多数属于设计型的方案,与商业标记与装潢相类似,针对的也是广大消费者的主观认知;另一方面,从一国的发展方向来看,专利因更加贴近技术创新者的利益而被视为创新型国家建设的支柱,保护创新者的利益可以被看作是关涉一国未来发展命运的重要公共利益,对其保护不应亚于对消费者利益的保护。

但现有的情况是,专利制度的重要性与其保护力度成反比。从版权、商标与专利等不同类型知识产品的投资曲线来看,专利技术研发投入的资金、获取的难度和风险都最高;但与一般财产权以及其他类型知识产权相比,专利行政执法机关不仅缺乏主动查处的职权,同时也缺乏行政处罚的权限,这使得专利保护力度与便捷性都低于其他类型的知识产权。换言之,与一般财产权及其他类型知识产权人相比,专利权人不仅要承担更大的研发成本与风险,同时要承受更大的保护成本和风险。由于无法提供与普通财产权相似的正常保护,立法者只能采取各种“迂回”做法,例如转而诉诸施加高额赔偿的“惩罚性赔偿”等措施,但是这样的举措又会扭曲专利制度的动力,引发专利蟑螂(patent troll)等现象。^⑨因此,为将专利制度重要性与其保护力度相匹配,应及时修改《专利法》,拓宽专利行政查处与处罚权限。

2. 及时修改知识产权有关法律,完善知识产权行政裁决制度

《商标法》第60条、《著作权法》第53条、《专利法》第65条规定了行政责令“停

^⑧ 《纲要》第四(九)部分明确提出要“依法科学配置和行使有关行政部门的调查权、处罚权和强制权”。

^⑨ 1982年美国联邦巡回上诉法院(CAFC)成立以后,采取了“亲专利”政策,动辄数亿、数十亿美元的判决。虽然CAFC成立后专利申请与诉讼的数量呈几何级增长,但从20世纪80—90年代看,美国企业研发投入呈现一种平稳增长态势,没有太大波动。这表明企业真实发明的数量并没有太大的增长,只是企业选择将发明申请专利和进行诉讼的数量增长。这说明高额赔偿在一定程度上扭曲了专利申请和诉讼的动机。See William M. Landes & Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p.346.

止侵权行为”的权限,不过,却将责令“赔偿损失”纳入“行政调解”程序之中,即只能根据当事人请求另行就赔偿数额进行“调解”。这种将行政裁决的一体救济措施通过规则生硬地分裂为两个子程序的做法,不仅导致对权利人救济力度不足,使得行政裁决无法彻底地解决问题,知识产权行政执法的效率优势无法充分体现,还引致行政调解司法确认等一系列额外的改革措施。这些都增加了制度成本。实际上,知识产权行政裁决作为具体行政行为,本身是允许后续诉讼进行司法监督的。因此,将责令判赔的权限交由行政裁决一并行行使,并由司法程序一并审查监督,既能有效提高知识产权侵权纠纷救济机制的效率,又能确保权利人和社会公众的利益。^{⑦⑧}

3. 及时修改其他相关法律法规,完善知识产权行政执法权限

一是应尽快制定和出台全国性的知识产权行政执法办法,明确知识产权行政执法管辖权标准,尤其是网络空间的管辖标准,推动跨地域、跨部门执法合作,加强对案件异地执法的督促检查,推动形成统一公平的法治环境。二是在相关外资法与外贸法的修改中,应考虑以效果原则等体现保护性管辖权性质的连接点为基础,将境外特定侵害我国知识产权行为纳入行政处罚域外效力范围。三是考虑到目前刑法只对侵害版权、商标的行为提供刑事保护,对专利侵害行为却不提供,而专利保护中也相应地缺乏刑事调查权,应及时修改刑法,将严重故意侵害专利权的行为纳入刑事打击范围。^⑨四是要及时修改《民事诉讼法》《人民调解法》等相关法律,将行政调解协议纳入司法确认范围,建立以当事人申请的知识产权纠纷行政调解协议司法确认制度。

(三) 优化知识产权行政执法运行机制

要提升知识产权行政执法效能,还需进一步完善知识产权行政执法体制机制,加强知识产权行政执法与司法保护间的协调与合作。

1. 破解知识产权行政执法体制机制障碍

进一步破解知识产权行政执法制度障碍的措施主要包括:(1)建立“裁执分离”的机制,以解决地方执法队伍知识产权专业知识不足与地方保护主义问题。具言之,可以目前各地建设的知识产权保护中心为基础,构建跨区性的知识产权裁决中心,负责对知识产权案件侵权与否的专业裁判;地方执法队伍则专门负责对裁决结果的执行。(2)建立国际贸易知识产权侵害调查制度。出台进出口贸易侵害知识产权调查规则,建立以商务部门或知识产权机构为主的进出口贸易知识产权侵害调查制度,明确调查启动条件、行为要件、损害要件及处罚措施等规定,协调各相关部门间的关系。同时,进一步健全海关保护机制和自贸区知识产权保护机制。(3)建立统一的知识产权行政执法标准、证据规则、程序规则和案例指导制度,以指导地方执法标准与处罚基准的规范与协调。创新知识产权行政执法模式,丰富执法手段与措施。建设知识产权行政执法监管平台,提升

^{⑦⑧} 参见前注^{③④},贺志军文,第64页。

^⑨ 我国《刑法》第五章“侵犯财产罪”保护的都是民法上的权利,刑法上的财产便是民事法上财产的总和。参见张明楷:《刑法学》(第4版),法律出版社2011年版,第836页。专利作为财产权的一种,与《刑法》第五章中的财产权没有本质上的区别。同为财产权,有的予以刑法保护,有的却不提供,这显然不公平,也不利于对创新者利益的保护。

执法监管现代化、智能化水平。开展关键领域、重点环节、重点群体行政执法专项行动,探索行政执法技术调查官制度、数据化执法情报导侦制度,建立常态化专项打击行动机制。建立健全市场主体侵害知识产权的信用惩戒制度。(4)提升行政执法人员执法水平与能力。实行知识产权行政裁决人员上岗和资格管理制度,提高行政裁决办案能力和水平。建立知识产权行政保护技术调查官人才库制度,建立知识产权鉴定人名录库。建立健全知识产权行政执法的责任制度与知识产权行政执法考评奖励机制,优化人才选聘机制,打造知识产权执法高素质、复合型人才队伍。

2. 加强知识产权行政执法与司法保护间的协调

《纲要》第四(十)部分指出,要“明晰行政机关与司法机关的职责权限和管辖范围,健全知识产权行政保护与司法保护衔接机制”。最高人民法院《关于加强新时代知识产权审判工作为知识产权强国建设提供有力司法服务和保障的意见》中也提出了“积极参与知识产权保护体系建设工程,健全知识产权行政保护与司法保护衔接机制,加强与行政职能部门协同配合”的建设目标。笔者认为,应着重加强以下方面:(1)行政执法与司法审判的衔接。建立知识产权行政执法与司法诉讼立案信息交流制度,避免出现重复立案现象;进一步完善行政执法与司法审判过程中商标、版权与专利侵权判定标准,促进行政执法标准与司法裁判标准的统一,为地方知识产权行政执法提供参考借鉴;充分发挥司法审查监督职能,进一步明确对知识产权行政处罚、行政裁决等执法活动的司法审查范围,规范并强化对知识产权行政执法权的司法审查与监督。(2)行政调查权与刑事调查权的衔接。明确知识产权行政执法和刑事司法案件移送标准,提升公安执法打击的广度和准度;完善公安机关与知识产权管理、执法部门间的联动模式,对涉嫌刑事犯罪和行政违法的案件,建立先期协商、联合办案的工作机制;建立行政执法与公安机关、司法机关的信息通报制度,建立信息共享平台,实现部门间信息共享;建立违法犯罪行为人身份信息交流、涉案知识产权数据信息核实交流等制度。

(四) 数字时代知识产权行政执法的适应性调整

数字化时代,知识产权行政执法要根据形势发展作出适应性调整。

1. 大力提升知识产权数字行政执法能力

知识产权行政执法要创新执法手段,将数据处理能力嵌入行政执法全过程,提升数字空间知识产权行政执法的能力。主要可从以下方面考量:

(1)从技术层面来看,可通过专线、网络等方式,构建起包括基础设施层、数据资源层等不同层级在内的知识产权数据资料与交换通道,建设知识产权概要数据库、侵权判定信息数据库等数据库,通过侵权假冒线索智能监测与取证、存证系统,建立起涵盖知识产权侵权假冒线索在线识别、实时监测、源头追溯、维权指导管理在内的线上线下快速协查的行政执法技术支撑体系。

(2)从运行机制来看,应建立不同部门与机构之间、不同层级之间的侵权假冒线索监测启动与推送机制、信息共享机制。建立起包括知识产权审查机构、行政执法机构以及司法审判机构在内的智能监测与人工判断的信息交互机制。建立知识产权授权、产品

销售、维权救济各环节电子化标识与信息追踪的数据管理机制。建立知识产权数据行政执法统筹机制,推动地方知识产权数据中心、服务平台构建互联共享、覆盖广泛、服务规范的知识产权行政执法数据服务体系。此外,针对知识产权数据来源口径较多的情况,需统一知识产权数据管理格式与规范,确保各类数据有效汇聚、整合与关联。选择信息易追溯、社会关注度较高的电子商务、进出口、大型展会等重点领域、重点环节进行试点执法,及时总结技术手段与执法机制相融合的经验,向其他领域推广。健全对互联网自营、他营、移动客户端交易等不同模式的执法巡查,引导平台高效处理假冒侵权的投诉举报。推进线上执法信息共享,办案咨询、案件协查,在权利稳定性分析、侵权判定、网络培训方面加强协作,强化线上线下一体化监管,提升知识产权行政执法效率。

2. 准确界定网络平台知识产权监管责任

(1) 科学界定平台责任。目前各国关于平台责任标准基本采用豁免原则。我国《民法典》与《电子商务法》在“通知—删除”原则基础之上构建了更为精细的“通知—转通知—反通知—删除”的规则,以平衡知识产权人、电商平台与经营者三方利益。“通知—删除”规则类似于“接诉即办”的执法模式。2019年《欧盟数字单一市场版权指令》引入一种强制性过滤义务,将发现侵权内容的责任主体由权利人变为网络服务商,将“通知—删除”修改为“通知—筛选”,其做法类似于“巡警”的执法模式,提高了平台责任标准。虽然一些大型平台自愿实施,但由于当前过滤技术尚不成熟,如强加平台这一义务,可能会因监控不善而产生法律责任。^{⑦②}因此,适当的处理方式应是区别对待:对一些有完备数据库且能通过图像比对简单识别的领域(美术作品、外观设计、商标等),可尝试性地引入这一标准;对那些难以简单识别的,如专利技术等,则应更加慎重。

(2) 加强对平台行为监管。平台作为商业企业,可能为了追逐利益做出滥用平台权力的行为。平台员工也可能受利益驱使,利用平台的管理权限谋取私利,采用刷信誉、删差评等方式与商家进行私下交易;或利用知识产权投诉规则对某些季节性商品进行要挟,形成一种“私设公堂”的局面等。^{⑦③}这种滥用监管权的风险存在于规则制定、搜索排序设定、信用评价、资质审核、惩戒措施等诸多环节。因此,要从平台资质、平台规则等方面加强对平台的监管,强制其设立类似于正当程序保障的机制,以避免平台内的审查活动突破比例原则、侵害用户的权利。通过强化监管,确保其行为规范。

五、结 语

在中国知识产权保护实践中,形成了独具中国特色的行政执法与司法保护“两条途径、并行运作”的“双轨制”保护模式。中国知识产权法发展四十年来,知识产权行政执法为健全知识产权制度、强化知识产权保护作出了巨大贡献,但同时仍面临诸多问

^{⑦②} 参见万勇:《著作权法强制性过滤机制的中国选择》,载《法商研究》2021年第6期,第196页。

^{⑦③} 参见前注^{⑦②},董涛文,第118页。

题与挑战,需要进一步优化与完善。为了有力推进创新型国家建设,切实加强知识产权人权利的保护,必须进一步澄清理论上的困惑,正确认识创新领域中“治安行政权”存在的意义,准确界定知识产权行政执法与司法保护的关系,探索我国知识产权行政执法切合法理规律、符合法治实践的完善路径,构建更加合理的知识产权行政执法体系架构。同时,要顺应数字时代发展,大力提升知识产权数字行政执法能力,积极应对网络、数据技术等新业态、新模式对知识产权行政执法提出的挑战。

Abstract: China's administrative law enforcement of intellectual property provides the intellectual property with the protection similar to 'administrative power for public security', and contributes to the improvement of the intellectual property governance system and intellectual property protection greatly over the past forty years. The parallel operation mode of administrative law enforcement and judicial protection of intellectual property can be called a two-track system of intellectual property protection with Chinese characteristics. But nowadays, this two-track system is still facing a few theoretical and practical challenges and obstacles, which mainly concentrated on three perspectives, the heated debates about its justifiability, the failure to bring its effectiveness into full play, and how to make adaptation to the new fields and new technology environment. The 19th National Congress of the CPC raised the goal of a better combination of an efficient market and a positive government. Administrative law enforcement of intellectual property is in line with the general direction of the reform of state governance modernization, and is an important guarantee to make sure the realization of autonomy of private law in the field of intellectual property rights. In order to further optimize and improve the administrative law enforcement of intellectual property, it is necessary to accurately define the relationship between administrative law enforcement of intellectual property and judicial protection, improve the relevant laws and regulations on the administrative law enforcement of intellectual property, and break down the obstacles to the institutional mechanism of administrative law enforcement of intellectual property. In the digital era, it is necessary to enhance the capacity of digital administrative law enforcement of intellectual property from the technical and institutional levels to cope with the challenges posed to administrative law enforcement of intellectual property by new business forms and modes such as network technology and data technology.

(责任编辑:任彦)