

论我国知识产权行政保护模式之变革

戚建刚

摘要 在知识产权行政保护的主导目标、行政保护基础、行政保护作用、行政保护方式、行政保护对象、行政保护政治哲学观念等变项上,私益导向型行政保护与公益导向型行政保护的内容分别是:维护知识产权人的法定权利与维护促进与知识产权有关的国家利益和社会利益;知识产权属于私权与知识产权是发展的重要战略资源和竞争力的关键要素;解决纠纷、查处违法侵权行为与加快建设知识产权强国;行政处罚、行政强制、行政裁决、行政调解等与行政指导、行政补贴、行政扶持、行政信息公开、行政预警、行政处罚、行政强制等;知识产权生命周期中的权利分配阶段与知识产权生命周期的所有阶段,特别是权利增值阶段以及消极国家观与积极国家观。私益导向型行政保护面临着难以解释知识产权行政保护机关公共权力不断扩大的现实,也难以预测我国知识产权行政保护实践发展的挑战。公益导向型行政保护是知识产权战略的重要内容,是经济新常态下实施创新驱动发展的基本工具,也适应了知识产权领域的“放管服”改革需要。公益导向型行政保护对知识产权法治建设的要求在于:需要深化对知识产权行政法制的研究,知识产权法基本结构需要调整,后民法典时代我国应当制定知识产权基本法。

关键词 知识产权;公益导向型;私益导向型;行政保护

中图分类号 DF523 **文献标识码** A **文章编号** 1672-7320(2020)02-0154-15

基金项目 教育部人文社会科学重点研究基地重大项目(18JJD820002)

无论在知识产权法实务部门之间,还是在知识产权法理论研究者之间,争议最持久、最激烈的非“行政保护”这一概念莫属。从20世纪80年代初,《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)首次颁布以来,“行政保护”便频频出现在各类知识产权的法律规范、政策文件之中,已经成为知识产权法律工作者不能轻易绕过去的问题。可是,纵观我国当代知识产权法40多年的发展史,可以发现一个让人感到困惑的现象,即只要国家在知识产权法领域内推行或者实施重大改革,知识产权法律工作者都会对“行政保护”展开一系列争论。特别是2014年12月10日国务院办公厅转发知识产权局等单位《深入实施国家知识产权战略行动计划(2014-2020年)的通知》,正式以官方文件形式提出“建设知识产权强国”的知识产权事业发展新目标以来,知识产权法律工作者对“行政保护”的争论显得更为激烈:行政保护与司法保护,谁主导?行政保护的范围到底有多大?行政保护是否背离知识产权是私权的属性?一些抱持知识产权法是民法的特别法观点的学者主张削弱、甚至废除行政保护^[1]。一些深谙我国行政权的历史传统和知识产权保护现实的学者则认为,不仅不应削弱行政保护,而且还需要将之建设成为具有中国特色的一项重要制度^[2]。的确,“行政保护”似乎成为我国知识产权法上的一个“斯芬克斯之谜”。知识产权法律工作者之间对行政保护的持久且坚定的争论已经影响了立法者或者改革者制定知识产权法律和政

策,也给基层知识产权实务工作者带来诸多困惑^[3]。由此可见,科学回答知识产权行政保护到底是什么,以及我国应当坚持什么立场,不仅具有重要理论意义,而且还具有重大实践价值。

回应上述难题,需要立足于我国知识产权行政保护的宏大而独特的实践创新,需要以一种动态的、发展的眼光来对待我国知识产权行政保护。我国知识产权行政保护,既不是欧美等知识产权强国的行政保护的翻版,也不是简单延续我国历史上存在过的行政保护的母版,而是一种主动适应经济高质量发展的战略目标对强化知识产权保护力度提出的新要求、新一轮科技革命对创新知识产权保护制度带来的新机遇、以及全球治理体系的复杂变化对知识产权保护的协调提出的新挑战的“特色版”和“时代版”。为实现这样一种目的,笔者尝试以改革开放以来我国知识产权行政保护的发展阶段为基点,以知识产权行政保护的主导目标、行政保护基础、行政保护作用、行政保护方式、行政保护对象、行政保护政治哲学观念等为变项,建构出知识产权行政保护的两大模式:私人利益导向型行政保护(以下简称“私益导向型行政保护”)与公共利益导向型行政保护(以下简称“公益导向型行政保护”);在此基础上,进一步分析私益导向型行政保护面临的挑战,以及公益导向型行政保护的合理性基础及其对知识产权法治建设的要求。

一、知识产权行政保护两大模式

根据德国著名学者马克斯·韦伯关于理想类型的一般原理,建构知识产权行政保护模式在理论上存在不同的基点,从而可以选择不同的选项^[4](P80-90)。笔者以改革开放以来我国知识产权行政保护的发展阶段为基点,选择能够充分反映每一个阶段的知识产权行政保护特色的指标作为变项,即知识产权行政保护主导目标、行政保护基础、行政保护作用、行政保护方式、行政保护对象和行政保护政治哲学观念,通过考察这六个指标在不同发展阶段的特征^①,抽象出知识产权行政保护的两大模式:私益导向型行政保护与公益导向型行政保护。

之所以选择改革开放以来我国知识产权行政保护的发展阶段为基点,主要原因有两个:一是根据知识产权法学界的主流观点,新中国成立之初到改革开放之前,我国没有真正建立完整的知识产权制度,遑论行政保护制度^[5]。党的十一届三中全会召开,才拉开了包括知识产权行政保护制度在内的整体知识产权法制建设序幕。二是纵观改革开放以来40年历程,我国知识产权行政保护虽然阶段特征明显,但行政保护制度并没有呈现断裂式发展,而是一种累积性发展。即前一阶段所形成的特色制度并没有被废除,而是在保留的基础上,增添新的元素。这就出现同一部知识产权法中既有20世纪80年代的内容,也有21世纪的内容。比如,1990年颁布实施的《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)在第46条规定了针对侵权行为的行政处罚的保护方式。从该条规定内容来分析,行政处罚所保护的法益主要是著作权人的财产权,属于典型的私权利。但2012年修订之后的《著作权法》在第48条规定了类似于1990年《著作权法》第46条针对侵权行为的行政处罚的保护方式之外,还增加规定了针对严重损害公共利益的侵权行为的行政强制的保护方式。可是,不同时期的同一部法律对侵权行为类型的规定却大同小异^②。这就属于一种累积性发展:没有废除旧的行政保护形式,但增添了新的保护方式,并且所保护的法益也扩大到了公共利益。我国知识产权行政保护累积性发展状态容易造成误解,不同学者对知识产权行政保护所持的不同立场似乎都能在知识产权法上找到依据,但如果我们以一种整体的、发展的视角来观察,如果运用理想类型的方法来分析,则可以发现近40年以来,我国公益导向型行政保护越来越重要,尽管私益导向型行政保护依然存在。依据前文提出的衡量一种行政保护模式的六个指标,我们来比较分析作为两种类型的知识产权行政保护模式的主要特征。

① 至于笔者为何选择这六个指标,而不是七个或者五个指标,这是由理想类型研究方法所决定。

② 虽然1990年版的《著作权法》第46条规定的将受到行政处罚的侵权行为共7种,2012年版的《著作权法》第48条规定的将受到行政处罚和行政强制的侵权行为共8种,但实质内容却基本一致。

(一) 行政保护主导目标

私益导向型行政保护主导目标是维护权利人依据知识产权法所规定的财产权或者人身权。比如,1982年实施的《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)第37条规定了商标注册人对核准注册的商标和核定使用的商品享有的注册商标专用权。如果其所享有的此项权利受到他人不法侵害,那么行政机关就应当依法采取相应行政手段实施保护。对此,该法第39条规定,对侵犯注册商标专用权的行为,工商行政管理部门^①有权采取责令侵权人立即停止侵权行为,对于情节严重的侵权行为,工商行政管理部门还可以采取行政罚款。这属于典型的保护商标注册人的私权利的行政保护。

公益导向型行政保护主导目标是维护和促进与知识产权有关的国家利益和社会利益。比如,2008年修订的《专利法》第1条规定,专利法的基本目的之一是促进科学技术进步和经济社会发展。行政保护作为专利法的一项制度当然需要促进这一立法目的,而科学技术进步和经济社会发展自然属于国家利益和社会利益。对此,较为具体的行政保护方式可以以国家实施专利导航工程为例来分析。国家知识产权局于2013年4月发布《关于实施专利导航试点工程的通知(国知发管字[2013]27号)》,正式启动专利导航试点工程。根据该通知的规定,国家知识产权局通过行政指导和行政补贴等新型行政保护方式来优化产业的专利创造,鼓励专利的协同运用,培育专利运营业态发展,以提高产业整体素质和竞争力。促进国家整体产业升级换代无疑是国家和社会利益。国家知识产权局实施的这个专利导航工程就属于公益导向型的行政保护。

由于私人利益和公共利益并不是泾渭分明或者截然对立的,特别是在知识产权领域,私人利益和公共利益联系尤其密切,由此,我们只能用“主导”这一术语来区分这两种行政保护模式所持的价值取向,意在表明,私益导向型行政保护也涉及维护公共利益,公益导向型行政保护也保护私人利益,区别在于它们对两种利益保护的侧重点不同。

(二) 行政保护基础

私益导向型行政保护以“知识产权属于私权”的观念作为基础。《与贸易有关的知识产权协议》在序言中宣示知识产权是私权。我国权威知识产权法学者对之的解释是:它是私人的权利、私有的权利和私益的权利^[6](P9)。知识产权属于私权隐含着国家权力,特别是行政权力应当持消极立场的意思——除非知识产权当事人之间发生了不能依赖自身力量可以解决的纠纷,并主动请求国家行政权力干预,否则,行政权力就应当保持中立。具体到行政保护,至少包含两层含义:一是人们对行政保护持不信任态度,尽可能限制行政保护的作用范围。这正如有学者所指出的,“私权神圣”和“私法自治”作为民法的基本理念,要求国家不应对于知识产权的保护问题随意插手^[1]。二是对行政保护作极为狭义的理解,即将之定义为“救济”。我国早期一些知识产权法学者就是在“救济”意义上理解行政保护^[7](P35-37)。

公益导向型行政保护是以“知识产权是发展的重要战略资源和竞争力的关键要素”的观念作为基础^[8]。将知识产权理解为国家的一种战略资源与英国女皇伊丽莎白(1558-1603)将专利作为一种皇室特权,用以发展英国经济,提升英国产业竞争力的工具颇为相似^[9](P1255-1322)。知识产权属于国家发展的一种重要战略资源意味着国家权力特别是国家行政权力要积极主动维护和利用好这项资源,要让这种战略资源转变成现实生产力,国家行政权力再也不扮演类似“守夜人”的角色。具体到行政保护,也至少包含两层含义:一是人们对行政保护持信任态度,希望借助于行政保护来更好更快发展知识产权事业,产生更多更高质量的知识产品,实现知识创新和社会进步的目标,为国家经济和社会发展提供持久动力,在国际竞争中占据主动地位。二是对行政保护作本初含义的理解,即“保护”含有引导、促进、支持、扶持、帮助、照顾等多种意思,而“救济”仅仅是其中的一种意思,而且还不是主要的意思^②。

^① 2018年党政机构改革之后,工商行政管理机关履行的行政保护职责则由市场监督管理局来承担。

^② 据《现代汉语词典》释例,“保护”在现代汉语词典中的意思除了“不受损害”之外,还有“尽力照顾”。

(三) 行政保护作用

私益导向型行政保护作用主要是解决知识产权当事人之间的纠纷, 查处侵权人的违法侵权行为。2008年修订的《专利法》第60条规定, 专利工作部门对当事人之间的专利纠纷的行政裁决就属于典型的私益导向型行政保护。知识产权当事人之间的纠纷通常是因一方主体(侵权人)实施了对另一方主体(知识产权人)的侵权行为, 知识产权行政保护机关通过行政裁决、行政处罚和行政调解等方式来解决纠纷, 查处侵权人的违法侵权行为, 保护被侵害人合法权益。我国早期一些知识产权法律工作者就持这种观点^[10](P264-266)。私益导向型行政保护将其作用限于解决知识产权当事人之间的纠纷, 事后保护被侵权人的合法权益, 其实是“知识产权是私权”的观念的自然延伸, 也与在“救济”意义上理解知识产权行政保护的观点一脉相承。

公益导向型行政保护作用体现为诸多方面, 比如, 有效制裁反复侵权、群体侵权、恶意侵权等行为, 构建公平竞争、公平监管的创新创业和营商环境; 构建更有国际竞争力的开放创新环境, 推动我国产业深度融入全球产业链、价值链和创新链, 提升海外知识产权风险防控能力等等。当然, 最基本的作用是加快建设知识产权强国, 以便到2030年跻身创新型国家前列。如果从利益类型来分析, 它们主要涉及国家和社会公共利益, 诸如社会和经济进步利益、国家发展利益、国家物质利益、企业创新活力等。需要指出的是, 公益导向型行政保护的作用虽然在《专利法》等知识产权基本法的立法宗旨中都有所体现, 但具体规定在国家近年来所颁布实施的涉及知识产权强国建设的公共政策之中。诸如: 2015年12月18日, 国务院发布《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》; 2018年7月31日, 国家知识产权局发布《“互联网+”知识产权保护工作方案》等。不难发现, 公益导向型行政保护的作用体现了“知识产权是一种战略资源, 是提升国家竞争力的关键要素”的观念, 也与行政保护的本初含义——照顾、促进、推动、引导、指导等——相匹配。

(四) 行政保护方式

私益导向型行政保护的方式主要有四种: 一是行政处罚。比如, 1982年《商标法》第39条规定。二是行政裁决。比如, 1992年的《专利法实施细则》第77条规定。三是行政调解。比如, 2008年修订的《专利法》第60条规定。四是行政强制。比如, 2008年修订的《专利法》第64条规定。除了这四种典型的行政保护方式之外, 私益导向型行政保护方式还有行政检查、行政责令停止侵权行为等。从这些行政保护方式中不难看出, 它们的作用主要是解决知识产权当事人之间的纠纷, 保护被侵权人的合法权益。

公益导向型行政保护的作用方式除了在形式上与私益导向型行政保护的作用方式存在类似之外, 还有其他类型的作用方式。所谓形式上相类似是指, 公益导向型行政保护在形式上也具有行政处罚、行政强制、行政检查等作用方式, 但实质上却与私益导向型行政保护中的这些作用方式存在差异, 诸如, 前者体现为依据职权主动实施, 针对反复侵权、群体性侵权、重大民生领域项目的假冒专利行为等重大违法行为; 后者体现为被动性, 即行政保护机关依据当事人的申请或者举报来进行实施, 并且主要针对被侵权人受到侵害的事项。2009年、2011年、2013年和2015年, 知识产权行政保护机关在全国范围内组织的名为“雷雨”“天网”“护航”和“闪电”的行政执法专项行动, 就大量运用了公益导向型行政保护中的行政检查、行政调查、行政处罚等行政作用方式^[11](P364-365)。如果从类型来分析, 公益导向型行政保护中的这些行政作用方式可以称为行政执法类行政保护。

除了行政执法类行政保护方式之外, 根据知识产权学界现有主流观点——行政保护可以分为行政管理、行政服务和行政执法, 公益导向型行政保护作用方式还包括行政管理类行政作用方式和行政服务类行政作用方式^[12](P195)。比较典型的五种: 一是行政指导。对此, 《“十三五”国家知识产权保护和运用规划》规定, 创新商标行政指导, 提升企业运用商标制度能力, 打造知名品牌。二是行政补贴。对此, 《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》明确规定, 运用财政资金引导和促进科技成果

产权化。三是行政信息公开。对此,《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》规定,建立财政资助项目形成的知识产权信息披露制度。四是行政扶持。对此,《“十三五”国家知识产权保护和运用规划》规定,培育知识产权优势企业。出台知识产权优势企业建设指南,引导优质服务力量助力企业形成知识产权竞争优势。五是行政预警。对此,《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》规定,建立健全知识产权保护预警防范机制,将故意侵犯知识产权行为情况纳入企业和个人信用记录。

分析这五种典型的公益导向型行政保护作用方式可以发现,知识产权行政保护机关主要是以服务者的身份出现,在诸多场合担当着类似于美国学者卡斯·桑斯坦所说的“助推者角色”^[13](P1-23)。这些行为的主要作用是为创新主体创造、运用和转化知识产权提供一个良好的发展环境,是为它们提供信息、技术、资金和政策支持。

(五) 行政保护对象

为了正确区分这两种类型的行政保护在保护对象上的差异,有必要阐释何为保护对象。这就需要引入一个基本概念,即知识产权生命周期。知识产权生命周期是从知识产权价值角度来分析知识产权的一个比喻性概念。它通常包括三个阶段:权利确认、权利分配和权利增值。知识产权行政保护对象则是行政保护机关行使公共权力所指向的知识产权生命周期中的一个或者几个阶段^[11](P306)。

私益导向型行政保护对象是知识产权生命周期中的分配阶段的权利。比如,有学者认为,知识产权行政保护是知识产权行政管理机构运用行政手段打击侵犯知识产权的不法行为,维护权利人的正当利益^[14](P29)。这里所谓“打击侵犯知识产权不法行为”主要指知识产权的权利分配阶段,具体体现为“救济”。1990年的《著作权法》第46条规定的著作权行政管理部门对侵权行为给予没收违法所得、罚款等行政处罚就是对权利分配阶段的保护。

公益导向型行政保护对象是知识产权生命周期中的所有阶段的权利,并且重心开始向增值阶段的权利转移。近年来,国家推行知识产权运营服务体系则属于典型的对增值阶段权利的行政保护。比如,2018年5月8日,财政部办公厅、国家知识产权局办公室发布《关于2018年继续利用服务业发展专项资金开展知识产权运营服务体系建设的通知》。该通知规定财政部、国家知识产权局继续在全国选择若干重点城市,支持开展知识产权运营服务体系建设的。国家之所以将行政保护重点转移到知识产权的增值阶段的权利,一个重要原因是市场主体缺乏相应的平台、信息和能力来转化知识产权。权威研究表明,就专利的转化率和产业化率而言,不少行业和企业存在着有技术无专利、有专利无应用、有应用无产业的现象。我国技术成果的市场转化率远低于发达国家市场转化率^[15](P16)。

(六) 行政保护的政治哲学观念

习近平总书记曾经精辟地指出,“法治当中有政治,没有脱离政治的法治”^[16](P34)。英国行政法学者也说过:“每一种行政法理论背后,皆蕴藏着一种国家理论。”^[17](P1)可见,公法不过是一种政治话语^[18](P8)。从部门法归属分析,知识产权行政保护其实属于行政法范围,由此,在某种意义上,知识产权行政保护属于一种政治话语,是一种政治事物。而所谓政治哲学,根据施特劳斯的观点,旨在了解政治事物的本性以及正当的或好的政治秩序。施特劳斯认为,政治事物的精髓不是中立,而是对人们的服从、效忠、决定或者判断提出主张;如果没有根据好的或正义的标准来衡量他们的主张,他就没有理解这些主张作为政治事物的真实面目;要做出健全的判断,人们必须知道真正的标准;政治哲学的使命就是竭力获取这些标准的真正知识^[19](P3)。可见,简而言之,从政治哲学角度来探讨行政保护,就要为人们判断行政保护是否具有正当性提供一种本质性知识。而行政保护的政治哲学观念则是为其提供正当性的基础性理念。进一步而言,就是能够为私益导向型行政保护和公益导向型行政保护提供正当性的最基本的政治理念。

基于一切政治理论或者国家学说的逻辑起点都是为了解决国家与个人的关系:“一切政治思想产生

的先决条件,就是必须意识到个人与国家的对立,因为每一个政治思想家的任务就是调和并消除这种他已意识到其力量的对立。意识不到这一对立,一切政治学的问题——涉及国家的权力基础和法律源泉的问题——就都失去了意义。不调和这一对立,这些问题就没有一个能得到解决。”^[20] (P2) 笔者认为,私益导向型行政保护的政治哲学观念是消极国家观,而公益导向型行政保护的政治哲学观念则是积极国家观。消极国家观的内核是:尊重市场主体的选择,市场主体是自身事务和利益的最佳判断者;行政的功能是消极地维护市场秩序;行政权以单纯执行法律的面目出现;行政机关几乎没有自由裁量权。积极国家观的内核是:行政在以宏伟的目标引领下,积极、主动解决各类社会问题;行政以自身的意志和力量作用于市场主体,市场主体是行政实现特定目标的工具;行政不仅执行法律,而且还制定公共政策;行政机关享有广泛的自由裁量权。

私益导向型行政保护以消极国家观作为自身政治哲学基础。这与它将知识产权视为私权的观念呈现一种相互匹配、补充和制约的关系。知识产权是私权,是市场主体的私人事务,因此,国家的角色应当保持在市场主体自身无法解决这种私人事务的场合中,国家不应当随意干预市场主体的活动。公益导向型行政保护则以积极国家观作为自身的政治哲学基础。这与它将知识产权作为国家一种战略资源的观念也呈现相互支撑和相互依存的关系。由于知识产权是国家实现宏大目标的资源,因而再也不是市场主体的私人事务,国家就可以名正言顺地将自身的意志和愿望贯穿于知识产权事业发展全过程。国家可以运用多种手段与市场主体共同推进知识产权发展,共同实现诸如创新型国家建设的知识产权事业理想。

通过对知识产权行政保护主导目标、行政保护基础、行政保护作用、行政保护方式、行政保护对象和行政保护政治哲学观念的各自内容分析,可以发现私益导向型行政保护与公益导向型行政保护的特点及其差异。对此,可以用表 1 来表示。但需要指出的是,私益导向型行政保护和公益导向型行政保护是认识我国知识产权行政保护的两种理论模型,它们之间并不是相互排斥和截然对立。

表 1 知识产权行政保护两大模式

	私益导向型模式	公益导向型模式
行政保护主导目标	维护知识产权人的法定权利	维护和促进与知识产权有关的国家利益和社会利益
行政保护基础	知识产权属于私权	知识产权是发展的重要战略资源和竞争力的关键要素
行政保护作用	解决纠纷,查处违法侵权行为	加快建设知识产权强国
行政保护方式	行政处罚、行政强制、行政裁决、行政调解等	行政指导、行政补贴、行政扶持、行政信息公开、行政预警、行政处罚、行政强制等
行政保护对象	知识产权生命周期中的权利分配阶段	知识产权生命周期的所有阶段,特别是权利增值阶段
行政保护政治哲学观念	消极国家观	积极国家观

二、私益导向型行政保护面临的挑战

私益导向型行政保护在我国形成和发展,并非一种偶然,而是以我国特定经济、政治、文化和法治观念为基础。从党的十一届三中全会开启我国知识产权法制建设序幕以来的很长一段时间,我国行政保护一直是私益导向型模式,在国家整体知识产权保护体系中,行政保护主要扮演着解决纠纷的作用。这为当时的《专利法》《商标法》等知识产权法所确定,也为学界主流观点所认可^①。然而,随着我国政府从 2008 年颁布《国家知识产权战略纲要》,特别是党的十八大提出建设知识产权强国的战略任务以来,私益导向型行政保护面临着诸多挑战。从规范意义而言,一种科学的理论或者概念至少应当具备两大功能:解释和预测^② [P228]。但如果用这两个指标去衡量私益导向型行政保护,则可以发现它已经捉襟见肘。

① 当时的主流观点主张司法保护主导就直接说明了行政保护属于私益导向型模式。

② 有学者还将“批判传统”功能作为衡量一种良好理论或者概念的指标。基于我国知识产权行政保护历史较短,笔者不论述这一指标。

(一) 私益导向型行政保护难以解释知识产权行政保护机关公共权力不断扩大的现实

从历史角度来分析,私益导向型行政保护与知识产权法律的发展历程相一致,即发轫于20世纪80年代,完善于20世纪90年代^[15](P10)。可是,进入21世纪以来,我国知识产权领域出现的一个引人注目的现象是行政保护机关的公共权力不断扩大,表现在两个方面。

一是国家通过制定和修订一系列重要的知识产权法律规范来扩大行政保护机关的权力。这种方式通常授予行政保护机关大量的诸如行政强制、行政处罚等的硬性权力。比如,我国《专利法》于1984年通过,历经1992年、2000年和2008年三次修订,到2018年,第四次修订草案送审稿已经交给全国人大常委会。分析这部法律四次修订过程,不难发现行政保护机关的行政权力在逐步扩大^[22]。例如,第四次修订草案送审稿第60条第2款新增规定,专利行政部门依法查处群体侵权、重复侵权等扰乱市场秩序的故意侵犯专利权行为,并规定专利行政部门有权采取责令侵权人立即停止侵权行为;没收侵权产品、专门用于制造侵权产品或者使用侵权方法的零部件、工具、模具、设备等;对重复侵犯专利权的行为,可以处以罚款,非法经营额五万元以上的,可以处非法经营额一倍以上五倍以下的罚款。没有非法经营额或者非法经营额五万元以下的,可以处二十五万元以下的罚款等行政权力。而根据一些学者的研究,我国《著作权法》(第三次修订草案第三稿)^①和《商标法修正案(草案)》^②同样授予行政保护机关大量的行政权力。这三部知识产权法不断扩大行政保护机关权力的事实表明,我国知识产权行政保护的基本目的在发生变化,即更加注重维护与知识产权有关的公共利益和国家利益,而主要目的是为了保障知识产权人的私人利益的私益导向型行政保护无疑难以解释这一现象。

二是国家通过出台知识产权行政规范性文件来规定行政保护机关的大量柔性权力。以2008年国家颁布《国家知识产权战略纲要》为重要分水岭,我们可以发现近十多年来,国家不断制定和发布诸多知识产权行政规范性文件来规定行政保护机关职责,尤其是2014年国家正式提出建设知识产权强国战略以来,这种现象显得更为普遍。比如,《深入实施国家知识产权战略行动计划(2014-2020年)的通知》就规定了20多个国家行政保护机关的职责,诸如加强大型商业场所、展会知识产权保护,督促电子商务平台企业落实相关责任,督促邮政、快递企业完善并执行收寄验视制度,探索加强跨境贸易电子商务服务的知识产权监管;又如,《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》规定了我国各级政府及其职能部门的一系列行政保护职责,诸如推动知识产权保护法治化,进一步推进侵犯知识产权行政处罚案件信息公开,加强大型专业化市场知识产权管理和保护工作,加强在线创意、研发成果的知识产权保护,提升预警防范能力。考察这些通知、意见、纲要等,可以发现它们通常规定行政保护机关实施类似于行政指导、行政扶持、行政补贴、行政信息公开等柔性行政方式的权力,主要体现为提供服务性和指导性行政活动。同时,它们所规定的行政权力还覆盖知识产权全生命周期,是对知识产权进行整体性保护。对于这种反常的行政保护权力,私益导向型行政保护无疑难以合理解释。

(二) 私益导向型行政保护难以预测我国知识产权行政保护的实践发展

笔者不是手捧水晶球的魔法师,但通过考察来自官方或者重要智库关于我国未来知识产权行政保护的基本观点,私益导向型行政保护恐怕难以发挥真正的预测功能。原因如下:

第一,官方立场显示我国未来将不断强化知识产权行政保护。2017年7月17日,习近平总书记主持召开中央财经领导小组第十六次会议,进一步对知识产权保护工作作出重要指示,强调要完善知识产权审查效率;要加快新兴领域和业态知识产权保护制度建设;要加大知识产权侵权行为惩治力度;要调动自然人的积极性和主动性。这是习近平总书记站在党和国家事业发展全局的高度,对知识产权保护工作提出的明确要求^[23]。其中大部分内容都涉及加强行政保护。2019年4月27日,习近平

① 比如,增加行政调解,并规定行政调解具有法律约束力,可申请法院确认和强制执行。

② 比如,规定商标行政管理部门可主动查处侵犯商标权的行为,对不配合行政查处的还可处以罚款并没收违法所得。

主席在第二届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上的主旨演讲中专门将“更大力度加强知识产权保护国际合作”作为重要内容，并做出深刻阐述^[24]。国家知识产权局申长雨局长表示，习近平主席的演讲不仅向国际社会再一次清晰阐明了中国依法严格保护知识产权的坚定立场和鲜明态度，更为我国做好新时代知识产权保护国际合作提供了根本遵循和行动指南。国家知识产权局特别要加快完善包括专利法在内的知识产权保护法律体系，推动知识产权保护体系建设，提高知识产权审查质量和效率，做好商标、专利执法指导，依法严厉打击知识产权侵权行为^[25]。2019年7月24日习近平主席主持召开中央全面深化改革委员会第九次会议并发表重要讲话，会议审议通过了《关于强化知识产权保护的意见》^①等文件。会议强调，要着眼于统筹推进知识产权保护，从审查授权、行政执法等环节，改革完善保护工作体系，综合运用法律、行政、经济、技术、社会治理手段强化保护，促进保护能力和水平整体提升。这份意见的通过对于我国全面加强知识产权保护具有深刻的指导意义，充分体现了新时代知识产权保护工作的特殊重要性^[26]。虽然我国知识产权保护方式涵盖行政、司法、仲裁、行业、个人等多种类型，但行政保护和司法裁判则是重点^[27]。尽管司法裁判具有终局性的优势，但行政保护的主动性、灵活性、高效性和整体性等特征更能胜任知识产权保护的需要。由此可见，官方反复申明我国将强化知识产权保护，特别是知识产权国际保护，其实重点指向强化知识产权行政保护。这就意味着，我国在未来很长一段时期内都将加强行政保护。知识产权行政保护机关的公共行政权力将继续扩张，保护领域也将不断拓展。私益导向型行政保护无疑既难以规范或者指导这种发展趋势，也与之不相符合。

第二，重要智库立场显示我国未来将不断强化知识产权行政保护。在我国，由于大部分基础性和前瞻性的知识产权政策法规的起草和制定，智库都发挥了举足轻重的作用，因而研究智库的立场对于判断私益导向型行政保护是否能够发挥预测功能至关重要。比如，2008年的《国家知识产权战略纲要》就是国家知识产权局在聚集国内知识产权智库的意见基础上所形成。这份战略纲要首次对我国知识产权保护特别是行政保护作了全面规定。2018年国家发布《国家知识产权战略实施十年评估总体评估报告》也综合了诸多智库的意见。这份重要的评估报告提出了五大方面建议，其中一个方面就是如何加大知识产权保护。该报告还建议国家制定面向2035年的知识产权强国战略。当前国家知识产权局召集国内知识产权界主要智库正在紧锣密鼓地起草《国家知识产权强国战略纲要（2021-2035）》。其中，教育部人文社科重点研究基地中南财经政法大学知识产权研究中心负责该纲要“保护专题”，而知识产权行政保护则是“保护专题”中的一个单独子课题。根据国家知识产权局的要求，“保护专题”需要紧扣习近平总书记关于知识产权保护的“两个最”的重要表述^②^[28]。中南财经政法大学知识产权研究中心课题组就知识产权行政保护在向国家知识产权局提交的专家建议稿中提出了建立和健全体系统化知识产权行政保护的新观点。即需要从实现“两个一百年”奋斗目标、实现中华民族伟大复兴的中国梦、努力建设知识产权强国层面来定位知识产权行政保护。我国知识产权行政保护是具有中国特色的制度，行政保护包括行政执法（狭义）类保护、行政管理类保护和行政服务类保护，突出知识产权行政保护机关的服务职能，通过为创新主体提供服务来实现保护。从重要智库关于未来我国知识产权行政保护所提出的建议中，同样可以发现知识产权行政保护机关的权力将不断扩展，保护的主要目的已经转移到实现国家和社会公共利益。这是与私益导向型行政保护存在巨大差异的行政保护类型。

三、公益导向型行政保护的合理性基础

正如私益导向型行政保护在我国的兴起绝不是偶然的那样，公益导向型行政保护在我国的形成和发展也具有强大的合理性基础。

① 2019年11月24日，中共中央办公厅、国务院办公厅正式印发《关于强化知识产权保护的意见》。

② 2018年4月10日，习近平总书记在博鳌亚洲论坛2018年年会开幕式上发表演讲时强调，加强知识产权保护是完善产权保护制度最重要的内容，也是提高中国经济竞争力最大的激励。

(一) 公益导向型行政保护是知识产权战略的重要内容

如果从历史层面来分析,公益导向型行政保护出现的一个标志性事件是2008年国务院发布《国家知识产权战略纲要》,决定实施国家知识产权战略。“这是在改革开放新时期,党中央、国务院根据国内外新形势做出的一项重大战略部署,是关系国家前途和民族未来的大事。”^[29]国家知识产权战略将知识产权保护确定为五个战略重点之一,并从公益导向型方面来规定知识产权行政保护,诸如培育一批国际知名品牌,引导和支持市场主体创造和运用知识产权,推动企业成为知识产权创造和运用的主体,促进自主创新成果的知识产权化、商品化、产业化,引导企业采取知识产权转让、许可、质押等方式实现知识产权的市场价值等。公益导向型行政保护得以发展的重要分水岭则是2015年12月18日,国务院印发《关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》。这是国家为了解决知识产权大而不强、多而不优、保护不够严格、侵权易发多发、影响创新创业热情等问题而做出的新制度安排,将2008年《国家知识产权战略纲要》的实施水平提升到一个新的高度。该意见从五个方面详细规定了知识产权保护,基本内容都涉及公益导向型行政保护,比如,完善知识产权快速维权机制,运用大数据、云计算、物联网等信息技术,加强在线创意、研发成果的知识产权保护,提升预警防范能力等。公益导向型行政保护得以深入持续发展的契机是2018年《国家知识产权战略实施十年评估总体评估报告》建议国家制定《知识产权强国战略纲要(2021-2035)》,将2008年的知识产权战略纲要、2015年的知识产权强国建设意见上升为知识产权强国战略纲要。可以预见知识产权强国战略纲要将更为全面规定公益导向型行政保护。由于知识产权战略是国家推行知识产权法律和政策、实施知识产权制度的基本纲领,是处理知识产权事务的基本出发点,是促进知识产权事业健康发展的思想灵魂,是关于知识产权的整体性安排和谋略性布局,因而由知识产权战略纲要大篇幅规定公益导向型行政保护足以证明其重要性,也足以为其合理性提供依据^[15](P13)。

(二) 公益导向型行政保护是经济新常态下实施创新驱动发展的基本工具

经济发展新常态是党的十八大以来习近平总书记对我国经济发展具有全局性转折意义新趋势做出的重大判断。我国经济发展动力转变是经济发展新常态基本内涵。它是指我国经济发展动力要从主要依靠资源和低成本劳动力等要素投入转向创新驱动^[30](P245)。创新驱动发展,从动态意义而言,创新体现为创新型国家建设,发展体现为经济强国建设,而驱动必然提出知识产权及其保护,特别是公益导向型行政保护问题。这是因为知识产权及其保护是激活创新驱动发展原动力和保障知识产品向现实生产力转化的有效途径^[31]。创新驱动发展的形式无非包括两个方面:一是政府驱动创新,即政府(通过国企、国有高新技术研究机构)直接从事高科技项目研究,开发知识产品,类似载人航天、嫦娥登月等;二是市场驱动创新,即企业(主要是民营企业,比如华为、中兴等)在科技项目、知识产品研发中居于主导地位。然而,无论是政府驱动创新还是市场驱动创新,都和知识产权及其保护密切相关。而知识产品向现实生产力转化则更离不开知识产权及其保护。这是因为知识产权本身蕴含着两重机制:一是新型的产权机制。知识产权的产权机制是指,通过赋予创新主体在一定期限内对知识产品的财产权,使得创新主体享有对知识产权的使用权、支配权、收益权等权利,从而激发创新主体创造更高质量、更多数量的知识产品。这一新型产权机制基于一种功利主义的原理,即创新主体是追求自身利益最大化的理性人,但知识产品却是一种具有非竞争性和非排他性的公共物品,特别是在现代数字网络社会背景下,知识产品的公共物品性体现得更为显著^[32](P6-9)。如果不授予创新主体一定期限之内的产权,那么创新主体就缺乏动力去从事知识产品生产,知识产权的市场就会出现供给不足,从而难以促进科学技术发展。从这个意义而言,知识产权创造了一种人为的稀缺性,以便能够形成一个良性的知识产权供应市场。二是新型的市场机制。知识产权的市场机制是指,人们针对知识产权无形性特点所设计和制定的许可转让交易规则。通过这种规则,知识产品可以顺利实现转移转化、产业化,从而产生效益,推动经济发展。由此可见,

知识产权是连结创新和市场的纽带或者桥梁。

然而，若要使这种纽带或者桥梁发挥正常功能，则离不开知识产权保护，特别是公益导向型行政保护。这是因为，一方面，知识产权的产权机制和市场机制本身就是政府主要运用行政保护方式建立的结果。比如，行政机关通过审查授权的保护方式，授予符合法定条件的创新主体享有在一定期限内对某种知识产权的垄断权，从而形成知识产权的产权机制。又如，行政机关通过建立知识产权的交易、转让规则，通过备案、许可、指导等方式确立知识产权的市场机制。这些保护方式通常都是公益导向型行政保护。另一方面，公益导向型行政保护是促进知识产权的产权机制和市场机制发挥超常功能的最重要激励方式。建立和维护知识产权的产权机制与市场机制是政府应当实施的最低限度的保护职责。然而，在全球新一轮科技革命和产业蓄势待发、世界各国都将知识产权作为提升知识创新能力和核心竞争力、实现跨越式发展的重要手段背景下，我国政府不可能仅仅扮演建立和维护知识产权的产权机制和市场机制的角色，特别是我国经济发展进入新常态背景下，而应当主动担纲起指导者、助推者、支持者、服务者、培育者等角色，实现知识产权超常规发展，赶超以美国为代表的西方知识产权强国。这恰恰是公益导向型行政保护的使命所在。这正如有学者所指出的，理想来源于这样一种可能性，政府能够积极地行动以实现价值和理想^[33]（P114）。具体到实践，我国通过实施知识产权战略纲要、知识产权强国意见、知识产权强国推进计划等方式予以整体实施。而在这些纲要或者意见中公益导向型行政保护都占据极为重要的地位。比如，《2018年深入实施国家知识产权战略加快建设知识产权强国推进计划》总共规定了6个方面109项建设任务，其中，直接规定强化知识产权保护的任务多达31项，与知识产权保护有关的任务多达40项，而绝大部分任务属于公益导向型行政保护。由此，公益导向型行政保护已经成为经济新常态下政府实施创新驱动发展的基本工具。

（三）公益导向型行政保护适应了知识产权领域的“放管服”改革需要

知识产权领域的“放管服”改革是新时代深化我国政府“放管服”改革的重要组成部分。习近平总书记在党的十九大报告中强调要“转变政府职能，深化简政放权，创新监管方式，增强政府公信力和执行力，建设人民满意的服务型政府”^[34]（P39）。这为知识产权领域深化“放管服”改革指明了方向。而公益导向型行政保护则较好地契合了知识产权领域“放管服”改革的目标与要求，表现在如下两方面：

首先，公益导向型行政保护能够为知识产权密集型企业营造良好的国际化和便利化营商环境。为企业营造良好的营商环境，是我国实施“放管服”改革的基本目的。知识产权作为无形资产对于创新企业发展具有举足轻重的作用。根据世界银行开发的衡量国际营商环境指标，直接与知识产权有关就涉及财产登记便利度（知识产权确权授权）、获得信贷便利度（知识产权质押融资）、少数投资者保护力度（知识产权受到非法侵害之后的保护力度）、跨国贸易便利度（知识产权是国际通行的贸易规则）、执行合同中的司法便利度（涉及知识产权转让和交易）以及破产便利度（企业破产之后知识产权处置）等多个指标^[35]。而如何依据这些指标来为知识产权密集型企业营造良好的国际化和便利化的营商环境，公益导向型行政保护无疑是最主要的手段之一。事实上，如果考察近年来国家在知识产权领域推行优化营商环境的举措，不难发现，国家多采用公益导向型行政保护方式。比如，《2018年深入实施国家知识产权战略加快建设知识产权强国推进计划》规定国家知识产权局、商务部、国资委等机关负责：搭建企业知识产权海外维权平台，推动设立企业知识产权海外维权援助服务基金；建立海外知识产权问题及案件信息提交平台，推动形成海外知识产权维权援助服务网；持续推进海外知识产权信息平台“智南针”网建设等保护任务。国家行政机关所实施的这些公益导向型保护措施主要着眼于为企业营造良好的国际环境，提升企业的国际竞争力。又如，《2017年深入实施国家知识产权战略加快建设知识产权强国推进计划》规定国家知识产权局等行政机关负责：试行专利复审及无效优先审查，探索实施短周期案件审查模式，探索建立涉及系列申请复审案件的集中审查机制；大力推进商标网上申请，将网上申请由仅对商标代理

机构开放扩大至所有申请人。可见,国家行政机关所实施的这些保护措施主要目的是为企业营造便利化的营商环境,降低企业成本。

其次,公益导向型行政保护能够适应对市场主体知识产权的监管创新需要。对市场主体的包括知识产权在内的事务加强监管方式创新、实施公平公正和高效的监管是“放管服”改革基本内容。在知识经济时代,知识产权已经成为市场主体重要事务。市场主体既可能滥用知识产权,也可能违法侵害其他市场主体的知识产权,诸如专利蟑螂、版权蟑螂等。如何对市场主体的此类违法行为加以监管,是知识产权行政保护机关的固有职责。从实践来分析,知识产权行政保护主体已经突破了私益导向型行政保护下的消极监管,而是站在为企业创造公平和公正的营商环境的高度实施主动监管。它们所采取的监管方式大多属于公益导向型行政保护方式,诸如,信用监管、跨区域执法、专项行动、“互联网+”行政保护等。比如,《2018年深入实施国家知识产权战略加快建设知识产权强国推进计划》规定国家知识产权局、国家版权局等行政机关负责:深入开展“护航”“雷霆”等专项行动,严厉打击展会、电商等重点领域和关键环节出现的专利侵权违法行为;深化京津冀、长江经济带、珠三角等区域的专利联合执法等任务。值得一提的是,该计划规定了信用监管,即将故意侵权、长期侵权、重复侵权、严重侵权、假冒专利商标行为、恶意抢注商标、囤积商标、实施知识产权劫持、滥用知识产权诉权、滥用知识产权等行为纳入征信系统,预防行为人再次实施侵害行为,降低市场主体成本,提升社会公共福利。又如,2018年7月31日,国家知识产权局发布《“互联网+”知识产权保护工作方案》规定,到2020年,知识产权侵权假冒线索在线识别、实时监测、源头追溯的技术支撑体系基本建成,知识产权相关数据库、产品和服务数据库构建完成,全流程的知识产权执法维权指导管理系统运行通畅。不难发现,这些创新型监管方式目的主要是维护整体知识产权法制秩序,营造良好的社会主义市场经济环境。

四、公益导向型行政保护对知识产权法治建设的要求

公益导向型行政保护的强势崛起是国家适应新时代知识产权强国建设的长远谋划,是建设创新型国家的必然之举,它将冲击知识产权法在整个法律体系中的地位的现状,在一定程度上改变知识产权法的基本结构,对知识产权法治建设带来深远影响,使得我国知识产权法更显自身特色。

(一) 需要深化对知识产权行政法制的研究

从本质而言,私益导向型行政保护向公益导向型行政保护的转型过程,其实是公共行政权力的扩张过程。在私益导向型行政保护下,主要基于保护知识产权人的以私权为属性的知识财产权,形成了以命令—服从型行政权力为主要规范对象的行政法。我国三大知识产权法——《著作权法》《商标法》和《专利法》——都有所规定。然而,随着公益导向型行政保护的兴起,知识产权行政保护机关职能的扩大,知识产权行政关系的日益多元化和复杂化,目前的知识产权行政法已经不敷现实所需。如何确保公益导向型行政保护的合法性,自然是行政法必须直面的问题,也是行政法使命所在^[36](P3)。笔者认为,新的行政法需要围绕公益导向型行政保护的主导目标和基本作用加以建构。当前需要重点规范如下七大问题:

一是知识产权行政保护机关之间的协调机制。2018年党政机构改革之后,国家虽然对知识产权行政保护机关作了一定程度的整合,但从总体看,依然呈现碎片化现象,这制约了保护效果。比如,农业农村部负责植物新品种方面的知识产权行政保护;国家林业和草原局负责林业植物新品种、生物安全、生物遗传资源等方面的知识产权行政保护;海关总署负责对进出口环节的知识产权进行行政保护;国家知识产权局是国家市场监督管理总局管理的国家局,它主要负责商标、专利、原产地地理标志、集成电路布图设计等知识产权的行政保护。在地方的市或者区层级,市场监督管理局设有综合执法大队,具体负责商标、专利等知识产权的行政执法保护。国家市场监督管理总局还对商业秘密、反不正当竞争、与技术标准有关的知识产权进行保护;商务部负责与国际贸易有关的知识产权行政保护;科学技术部负责与科

技有关的知识产权行政保护；等等。在中央层面就有数十个行政保护机关承担着某一环节或者某一领域的知识产权保护工作。如何确保它们高效协同开展知识产权保护工作，就需要一种权威的协调机制，对此，行政法需要及时提供。

二是针对新领域新业态需要及时制定知识产权行政保护规范。我国已经进入人工智能和数字化时代，宽带移动互联网、云计算、物联网、大数据、高性能计算、移动智能终端、生物工程、基因技术等新领域和新业态将成为或者已经成为知识产权行政保护的重要对象。然而，针对这些新领域和新业态的知识产权立法存在滞后或者不健全现象，从而难以为行政保护提供规范依据。这主要体现为两点：第一点是因知识产权法律规范欠缺致使行政保护无法可依。目前我国在“互联网+”、电子商务、大数据、生物工程、新媒体条件下的新闻作品著作权、实质性派生品种等诸多新领域新业态尚未制定专门的知识产权法律。然而，这些新领域新业态又亟须行政保护，特别是行政机关提供行政指导、行政服务、行政奖励等形式的保护。由于缺乏相应立法，行政保护处于无法可依状态。第二点是因知识产权法律规范不健全致使出现行政机关保护职责不清、运动式保护倾向严重、行政保护效果欠缺等弊端。当前我国在网络、电商平台等新领域新业态的知识产权行政保护主要通过专项行动方案、运动式执法方式、上级行政机关组织集中检查、集中整治、集中办案等方式进行，如“网剑”“双打”“护航”“雷霆”等行动，但由于这些行政保护方式的法律依据不充分，通常带有“应急”特点，从而难以取得稳定的、长期的效果，有的还引发市场主体的抵制。

三是跨区域知识产权行政执法。近年来我国跨区域知识产权行政执法取得较大成绩，但依然存在两大主要问题：首先是行政法律规范依据不足。对于跨区域知识产权行政执法的机制、程序、执行等问题缺乏相应的行政法规范，削弱了跨区域知识产权行政执法的合法性。其次是发展不平衡。目前跨区域知识产权行政执法主要集中在浙江、广东、江苏等经济发达省份，中西部地区比较落后，从而影响跨区域知识产权行政执法的整体效果。

四是国际知识产权行政执法。我国国际知识产权行政执法逐步强化，知识产权部门开展了与相关国际组织和境外执法部门的联合执法，建立了打击跨国盗版侵权行为的执法信息沟通机制。但从适应未来知识产权强国建设目标来分析，国际知识产权行政执法依然面临诸多挑战。诸如，国际知识产权行政执法规则不明确；国际知识产权行政执法方式单一，缺乏执行力；尚未建立海外知识产权执法体系和专业的执法队伍，缺乏一批具有国际视野、拥有国际水平、能够处理国际知识产权事务的执法队伍；海外知识产权护航机制不健全，尚未真正建立起对我国企业实施“不公平”贸易做法的其他国家进行调查，并可与被确认为不公平做法的国家政府协商，最后由我国政府决定采取提高关税、限制进口、停止有关协定等报复措施的制度。

五是新型知识产权行政执法方式。当前知识产权行政执法方式比较单一，主要体现为以命令与服从为特征的行政处罚、行政检查、行政确权授权、行政强制等方式。这些行政执法方式主要目的是化解知识产权纠纷，主要适用于知识产权的权利确认和权利分配阶段，而难以适用于知识产权的权利增值阶段，也难以适应新领域新业态下的知识产权保护需要，更无法满足未来建设知识产权强国需要。行政法需要重点规范知识产权行政保护机关运用行政指导、行政奖励、行政扶持、行政补贴、行政预警、行政契约等柔性行政执法方式。

六是知识产权行政执法与刑事司法衔接机制。目前国家多以“决议、通知、意见”等形式的规范性文件来规范知识产权行政执法与知识产权刑事司法的衔接机制，规范内容政策性较强，工作部署色彩浓厚。在新领域新业态的知识产权保护工作中，国家以“会议”和“专项行动方案”实施知识产权行政执法与刑事司法的衔接。这些规范依据效力层次偏低，内容缺乏操作性和指导性，不同规范之间未实现系统、有机地结合，导致在实践中尤其是一线行政执法人员很难对规则的精神实质加以理解，不利于两法衔接

机制的法治化与长效化运作,难以取得知识产权行政保护与知识产权司法保护之间的合力。

七是知识产权公共行政权力的监督和制约机制。由于行政保护机关权力的扩张,以及知识产权行政保护体制机制尚未完全理顺等因素,知识产权行政保护机关出现违法行政的现象。诸如,由于受知识产权的私权属性影响,知识产权行政保护机关容易与私权相勾结,沦为维护私权的工具,进而有损公共利益。由此,行政法需要健全对知识产权行政执法机关有效监督机制、健全常态化的执法责任追究机制、加强监督主体和监督方式的专业性和科学性等。

(二) 知识产权法基本结构需要调整

知识产权法基本结构反映了各类性质不同的知识产权制度在知识产权法中的地位。在当前我国制定民法典背景下,探讨知识产权法基本结构具有特别重要意义。我国主流知识产权法学者多以民法学科背景出身,抱持知识产权是私权,知识产权是民法特别法的观念,认为应当将知识产权制度纳入民法典,在民法典中规定“知识产权编”^[37]。这种观点其实以知识产权制度主要是私法制度为立论基础,体现在知识产权法基本结构上,则是私法制度占据基本地位。以私法制度构成我国知识产权法基本内容则从反面证明了公法制度,特别是行政法制度在知识产权法上的次要地位。这又与私益导向型行政保护密切相关。正是由于我国长期采用一种私益导向型行政保护,致使知识产权行政法制度不发达,知识产权行政法制度难以在知识产权法基本结构中占据相应地位。然而,伴随着公益导向型行政保护的形和深入持续发展,必然是行政法制度的大量出现和不断丰富。这将深刻改变知识产权法的现有版图,在一定程度上冲击知识产权法的现有结构,进而对那种将知识产权制度纳入民法典的传统观点构成挑战。近年来,国家不断修订我国三大知识产权法所释放的重要信号就是知识产权行政保护机关的权力在扩展,知识产权基本法中行政法的条款在增加。对于这种现象,一些深受知识产权是私法观念影响的学者大声疾呼要求限制知识产权行政执法权。然而,知识产权行政保护的实践和知识产权行政法制的发展却不会以这些学者的个人意志为转移。可以这样认为,现有的知识产权法基本结构已经在发生变化。可以预测,随着《国家知识产权强国战略纲要(2021-2035)》的强势推出,我国知识产权行政保护机关的权力将进一步扩张,行政法制度将继续发展,由此,知识产权法基本结构将进一步做出调整,而在民法典中规定“知识产权编”的预想也将落空^①。

(三) 后民法典时代我国应当制定知识产权基本法

后民法典时代知识产权立法何去何从?这是一个困扰知识产权法律工作者的难题。公益导向型知识产权行政保护的崛起对于统一知识产权立法具有重要启示意义。可以大胆预测,未来统一的知识产权立法模式不是民法典的特别法——知识产权法典,也不是知识产权管理法,而是知识产权基本法。因为知识产权法典是私法意义上的法律,而单纯私法意义上的知识产权法典其实并没有充分反映我国知识产权法制的实践,特别是公益导向型行政保护的实践。知识产权管理法虽然能够反映我国知识产权行政保护实践,适应我国知识产权行政保护机关权力不断扩大的现实,但它走向了另一个极端,即无视知识产权的私权属性,无视知识产权司法保护的现实,因而也是不科学的。而最佳选择则是制定知识产权基本法。知识产权基本法不是以私法制度为主的法律,而是包含大量公法制度,特别是行政法制度的综合法。这种综合性法律的一个重要功能是反映我国知识产权行政保护不断增强的现实,并规范行政保护机关的行为,从而确保它们的行政保护活动具有合法性,同时兼顾知识产权私权属性和司法保护的现实。

参考文献

- [1] 吴汉东,锁福涛. 中国知识产权司法保护的理念与政策. 当代法学, 2013, (6).
- [2] 曲三强,张洪波. 知识产权行政保护研究. 政法论丛, 2011, (3).
- [3] 李洋. 专利法修正案征求意见稿引专家学者热议. 中国高新技术产业导报, 2019-01-24.

^① 事实上,从中国人大网公布的中国民法典各分编草案内容来分析,并没有将“知识产权”独立成编。

- [4] 马克斯·韦伯. 社会科学方法论. 朱红文等译. 北京: 中国人民大学出版社, 1992.
- [5] 曹文泽, 王迁. 中国知识产权法制四十年: 历程、特征与展望. 法学, 2018, (11).
- [6] 吴汉东. 知识产权基本问题研究. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- [7] 王景川. 知识产权基础知识. 北京: 人民出版社, 2005.
- [8] 申长雨. 推动新时代知识产权工作再上新台阶. 人民论坛, 2018, (9).
- [9] Adam Mossoff. Rethinking the Development of Patents: An Intellectual History, 1550-1800. *Hastings Law Journal*, 2001, (6).
- [10] 吴汉东. 知识产权法. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [11] 申长雨. 迈向知识产权强国之路——知识产权强国建设实施问题研究: 第2辑. 北京: 知识产权出版社, 2017.
- [12] 王晔. 知识产权行政保护刍议//郑胜利. 北大知识产权法律评论: 第1卷. 北京: 法律出版社, 2002.
- [13] 卡斯·桑斯坦. 为什么助推. 马冬梅译. 北京: 中信出版社, 2015.
- [14] 徐明华, 包海波. 知识产权强国之路. 北京: 知识产权出版社, 2003.
- [15] 张勤, 朱雪忠. 知识产权制度战略化问题研究. 北京: 北京大学出版社, 2010.
- [16] 中共中央文献研究室. 习近平关于全面依法治国论述摘编. 北京: 中央文献出版社, 2015.
- [17] 卡罗尔·哈洛, 理查德·罗林斯. 法律与行政: 上卷. 杨伟东, 李凌波, 石红心等译. 北京: 商务印书馆, 2004.
- [18] 马丁·洛克林. 公法与政治理论. 郑戈译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- [19] 施特劳斯. 什么是政治哲学. 李世祥等译. 北京: 华夏出版社, 2011.
- [20] 厄奈斯特·巴克. 希腊政治理论——柏拉图及其前人. 卢华萍译. 长春: 吉林人民出版社, 2003.
- [21] 沈岿. 平衡论: 一种行政法认知模式. 北京: 北京大学出版社, 1999.
- [22] 国务院法制办. 中华人民共和国专利法修订草案(送审稿)及对照表. 上海本地宝, 2015-12-03.[2019-08-13]<http://sh.endibao.com/news/2015123/150188.shtm>.
- [23] 王丹蕾. 习近平主持召开中央财经领导小组第十六次会议强调营造稳定公平透明的营商环境加快建设开放型经济新体制. 央广网, 2017-07-17.[2019-08-15]http://news.cnr.cn/native/gd/20170717/t20170717_523854389.shtml.
- [24] 周驰. 习近平在第二届“一带一路”国际合作高峰论坛记者会上的讲话. 中国新闻网, 2019-04-27.[2019-08-20] <https://m.chinanews.com/wap/detail/zw/gn/2019/04-27/8822157.shtml>.
- [25] 龚霏菲, 王珩. 习近平主席在第二届“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式上的主旨演讲引发知识产权系统热烈反响. 人民网, 2019-04-27.[2019-08-15]<http://ip.people.com.cn/n1/2019/0430/c179663-31058721.html>.
- [26] 杨柳, 吴珂. 中央深改委会议审议通过《关于强化知识产权保护的意见》引发知识产权领域热烈响应. 知识产权报, 2019-07-26.
- [27] 申长雨. 全面开启知识产权强国建设新征程. 知识产权, 2017, (10).
- [28] 习近平出席博鳌亚洲论坛2018年年会开幕式并发表主旨演讲. 新华网, 2018-04-10.[2019-08-15]http://www.xinhuanet.com/politics/leaders/2018-04/10/c_1122660064.htm.
- [29] 《国家知识产权战略纲要》实施十年大事记. 国家知识产权局官网, 2018-06-06.[2019-08-15]<http://www.sipo.gov.cn/mtsd/1124973.htm>.
- [30] 习近平谈治国理政: 第2卷. 北京: 外文出版社, 2017.
- [31] 申长雨. 知识产权是支撑经济发展新常态的重要因素. 全球化, 2015, (3).
- [32] Tom W. Bell. Indelicate Imbalancing in Copyright and Patent Law//Adam Thierer, Wayne Crews. *Copy Fights: The Future of Intellectual Property in The Information Age*. N.W. Washington, D.C.: Cato Institute, 2002.
- [33] O. C. 麦克斯怀特. 公共行政的合法性. 吴琼译. 北京: 中国人民大学出版社, 2009.
- [34] 习近平. 决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利//本书编写组. 党的十九大报告辅导读本. 北京: 人民出版社, 2017.
- [35] 宋林霖, 何成祥. 优化营商环境视阈下放管服改革的逻辑与推进路径. 中国行政管理, 2018, (4).
- [36] 理查德·斯图尔特. 美国行政法的重构. 沈岿译. 北京: 商务印书馆, 2002.
- [37] 吴汉东. 知识产权立法体例与民法典编纂. 中国法学, 2003, (1).

On the Reform of Administrative Protection Model of Intellectual Property Rights in China

Qi Jiangang (Zhongnan University of Economics and Law)

Abstract In terms of leading objectives, the basis, functions, modes, the object and political philosophy of administrative protection of intellectual property, the contents of private-interest-oriented administrative protection and public-interest-oriented administrative protection are as follows: We should safeguard the legal rights of intellectual property owners, and safeguard and promote national and social interests related to intellectual property rights; Intellectual property belongs to private right and is the key element of strategic resources and competitiveness; We should also solve disputes, investigate and deal with violations of laws and regulations and accelerate the construction of a strong intellectual property country; We should adopt administrative punishment, administrative coercion, administrative adjudication, administrative mediation and administrative guidance, administrative subsidies, administrative support, administrative information disclosure, administrative early warning, and so on; We need to pay attention to the stage of rights distribution in the life cycle of intellectual property and all stages of the life cycle of intellectual property rights, especially the stage of rights appreciation, the negative state view and the positive state view. Private-interest-oriented administrative protection is facing the reality that it is difficult to explain the continuous expansion of public power of intellectual property administrative protection organs, and it is also difficult to predict the challenges of the development of intellectual property administrative protection practice in China. Public-interest-oriented administrative protection is an important part of intellectual property strategy, a basic tool to implement innovation driven development in the new normal of economy, and also meets the needs of “deregulation service” reform in the field of intellectual property. The requirement of public-interest-oriented administrative protection on the construction of intellectual property law is as follows: A balance should be achieved between the view that intellectual property law is a special law of civil law and the view that intellectual property is dominated by judicial protection; It is necessary to deepen research on the administrative legal system of intellectual property; The basic structure of intellectual property law needs to be adjusted; China should formulate the basic law of intellectual property in the post-civil code era.

Key words intellectual property rights; public interest; private interest; administrative protection

■ 收稿日期 2019-11-25

■ 作者简介 戚建刚,法学博士,中南财经政法大学知识产权研究中心教授、博士生导师;湖北 武汉 430073。

■ 责任编辑 李 媛 何坤翁