



## 我国专利行政执法发展 路径的制度思考\*

文 / 肖尤丹  
中国科学院科技政策与管理科学研究所 北京 100190

**【摘要】** 作为专利权保护的重要手段,进一步完善专利行政执法已经成为专利制度未来发展的重要方向,同时也是继续强化专利保护的制度创新要求。通过对专利行政执法内涵在政策语境和国际实践中的再理解,明确我国专利行政执法所具有的制度内涵。从我国专利行政执法制度发展的四个阶段,系统梳理了我国专利行政执法制度现状与变迁,从中归纳出我国专利行政执法制度发展所面临的执法主体身份复杂、缺乏必要行政执法手段、执法效力缺乏强制性、缺乏恶意侵权查处等制度困境。结合我国专利行政执法的实践,以现有的制度框架和工作机制为基础,重点从明晰专利行政执法主体设置、健全专利行政执法活动的制度保障、完善专利行政执法程序提升透明度等方面,提出了完善我国专利行政执法制度的若干政策建议。

**【关键词】** 专利法,专利行政执法,改革

DOI 10.3969/j.issn.1000-3045.2014.06.001

随着专利权保护全球化和专利制度一体化的进程,各国在专利权立法和司法上的特色逐渐淡化,专利行政执法制度已经成为各国政府制定知识产权战略与政策的主要内容。而且,伴随着侵权手段的日益复杂,专利诉讼机制已经严重限制和影响了权利人及时、便捷获得法律救济,借助行政权力排除对专利权的不法侵害成为各国共识。

在国际知识产权规则制定方面,强化专利行政执法也已成为国际知识产权保护谈判的新重点和难点。由美、日、欧等发达国家新近秘密发起的《反假冒贸易协定》(ACTA)就已经将国际知识产权保护体制从关注协调国际知识产权保护的实体内容向重点关注统一全球知识产权执法实践转向。与现有的《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS)相比,ACTA对知识产权执法提出了更高标准的要求。

\* 基金项目:国家软科学研究项目(2014GXS6B242)  
修改稿收到日期:2014年11月6日



中国科学院

就我国专利保护情况而言,专利行政执法是我国专利保护制度的重要内容,专利行政执法状况的好坏直接影响到我国专利保护制度的实施效果和社会评价。2008年国务院颁布的《国家知识产权战略纲要》明确提出,要健全知识产权执法和管理体制,加强行政执法体系建设,提高执法效率和水平,强化公共服务。2013年党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》也再次强调“加强知识产权运用和保护”,并且提出“探索建立知识产权法院”,为进一步深化我国知识产权行政保护和司法保护双轨制提供了战略指导。尤其值得关注的是,自2012年1月最新一轮专利法修改工作正式启动。根据国家知识产权局《专利法修改草案(征求意见稿)》的说明,“建立健全打击专利侵权的长效机制,进一步完善具有中国特色的专利保护制度,围绕加强专利保护、加大执法力度”成为此次法律修改的主要目标。而且,从2014年4月公开的“第四次修改草案(送审稿)”的内容来看,改革专利行政执法制度成为此次专利法修改的主要内容,修改所涉及8项条文中5项均是对现有专利行政执法制度的修订与完善。

因此,正确理解专利行政执法、全面梳理我国专利行政执法制度的发展,并且有针对性地解决专利行政执法中存在的制度问题,就成为进一步加强专利制度创新和知识产权保护的重要议题。

## 1 对专利行政执法内涵的再理解

### 1.1 政策语境下的行政执法

在我国知识产权相关政策中,“执法”(enforcement)和“行政执法”通常同语意代替,但是对于其内涵的理解却有所差异<sup>①</sup>。较为典型的是两种模式:一种将行政执法与立法、司法活动并列,另一种则采取广义的执法概念,将除立法机关之

外的国家机关实施的所有知识产权保护行为均列为执法行为。我国设立的第一个对内协调政府知识产权管理和执法的制度——《国务院办公厅关于建立国务院知识产权办公会议制度及有关部门职责分工问题的通知》就属于前一种,该通知明确,“国家工商行政管理局、中国专利局、国家版权局分别负责依法查处相关的知识产权侵权案件。海关总署负责实施知识产权的边境保护措施”,并将其作为行政执法手段与立法、司法保护并列。

而《国家知识产权战略纲要》则采取了第二种理解,对执法采取了更广义的界定。该纲要规定,“提高知识产权执法水平”是国家知识产权战略的重要战略措施,其内容既包括了“完善知识产权审判体制,优化审判资源配置,简化救济程序”、“加强知识产权司法解释工作”等传统司法保护范畴的内容,也包括了“改革专利和商标确权、授权程序”、“针对反复侵权、群体性侵权以及大规模假冒、盗版等行为,有计划、有重点地开展知识产权保护专项行动”、“加大行政执法机关向刑事司法机关移送知识产权刑事案件和刑事司法机关受理知识产权刑事案件的力度”、“加大海关执法力度,加强知识产权边境保护”等行政管理和行政执法的内容<sup>②</sup>。

### 1.2 专利行政执法的国际实践

从世界各国专利执法实践来看,专利行政执法通常具有较为明确的含义。从执法主体的角度来看,专利行政执法一般并非由专利申请受理、审查和授权部门单独承担,而主要是由承担相关行政执法权的机构共同负责,比如海关就是世界各国公认的专利行政执法关键部门,日本甚至立法直接赋予海关认定知识产权侵权的行政权力<sup>③</sup>。另外,专利行政执法的分工协作也是美国制度的主要特色。依据不同法律的授权联邦贸易委员会(the Federal Trade Commission, FTC)<sup>④</sup>、国际贸易

<sup>①</sup> 在国家知识产权战略中论及“执法”通常都是指“行政执法”

<sup>②</sup> 美国联邦贸易委员会的行政职权主要有调查权、执行权和提出诉讼权三个方面的内容。参见 A Brief Overview of the Federal Trade Commission's Investigative and Law Enforcement Authority Revised, July 2008, <http://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do/enforcement-authority>

委员会 (International Trade Commission, ITC)<sup>③</sup> 和美国贸易代表办公室 (the Office of the United States Trade Representative, USTR)<sup>④</sup> 等非专利行政管理部门也分别具有对特定专利纠纷的行政处理权力。而且,为了加强知识产权执法的协调,美国于2008年10月13日通过了《知识产权执法法》,之后于2010年6月又由白宫制定发布了《知识产权执法联合战略计划》<sup>⑤</sup>,设立了由总统直接任命的知识产权执法协调专员,组织了跨联邦机构的“知识产权执法联席小组”,统一协调美国联邦政府机构的知识产权执法。

而从执法范围来看,专利行政执法与专利司法保护之间具有明确的界限,专利行政管理部门或者授权机关通常不具备专利侵权判定的法律授权,即便专利行政管理部门具有类似的侵权判定资格,在处理侵权纠纷方面,也受到法律明确规定的诸多限制。比如,在解决专利侵权纠纷方面,英国实行的是行政和司法并行处理的“双轨制模式”。这一模式在发达国家中极为少见,构成了英国制度的一大特色<sup>⑥</sup>。但是法律对于英国知识产权局处理专利侵权纠纷仍然设定了若干的限制,如向英国知识产权局请求处理专利侵权纠纷,需要以当事人之间达成的相关协议为前提,同时其未对侵权行为下达任何禁令,或命令扣押、销毁有关物品等权力。

### 1.3 专利行政执法内涵的界定

从我国政策语境与国际执法实践来看,对专利行政执法内涵的理解既应当遵循专

利行政执法的一般国际惯例,也应当符合中国行政司法体制的制度要求。这意味着,确定专利行政执法的内涵需要从专利行政执法与专利司法之间的关系、专利行政执法与专利行政管理之间的关系入手。

在专利行政执法与司法的关系方面,根据我国的行政司法体制,司法审判与行政执法分属于不同的权力系统,且两套系统对于法律适用也存在不同的方式。在行政执法中,部门规章和规范性文件可以成为行政执法的适用依据。但是在司法审判中,作为适用依据的只能是法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等法律法规,而不包括部门规章和规范性文件。即便在行政案件的审理中,《行政诉讼法》也明确规定规章也仅作“参照”而非“适用”<sup>⑦</sup>,同时法院还具有审查规章合法性和效力的司法权。此外,与行政机关之间较为严格的行政级别和行政隶属关系相比,法院系统中各级法院的审判权相对独立,《法院组织法》第四条明确规定,“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”。因此,相对于人民法院司法审判中的适用法律行为,专利行政执法应当界定为采取特定行政手段的实施法律行为。并且,应当在制度上保障专利纠纷的司法裁判终局权和专利行政执法相对人的司法救济权利。

此外,在专利行政执法与专利行政管理关系方面,我国的专利行政执法通常由专利行政管理部门承担。从逻辑关系上看,专利

③ ITC 的五大主要职责是:进口损害调查、涉知识产权进口调查、产业与经济分析、关税与贸易信息服务以及贸易政策支持。参见:About United States International Trade Commission

④ 在知识产权方面,USTR 的职权主要涉及到与贸易有关的知识产权保护事项,负责处理美国以外的国家和地区对美国知识产权的侵权事宜。如,根据“301 条款”对外国不正当贸易行为的控诉做出处理等

⑤ 我国行政诉讼法第 52 条和第 53 条规定,人民法院审理行政案件,以法律、行政法规、地方性法规、民族自治地方的自治条例和单行条例为依据,参照规章。理论上通行的解释是,依据是指法院必须要根据法律、法规的有关规定做出判决,对于法律、法规,法院没有任何司法审查的权力,而是负有必须适用的义务;但所谓参照意味着规章从总体上说对法院不具有绝对的拘束力,它所表达的实质意义在于赋予法院对规章的选择适用权



中国科学院

行政执法确实是专利行政管理的组成部分,但是同一般性行政管理行为具有明显的差异。首先,专利行政执法行为是专利法明确授权的结果,而一般性行政管理行为的法律授权则相对概括笼统。其次,专利行政执法属于具体行政行为,其行政行为的后果直接涉及具体的行政相对人,而其他行政管理活动中既包括具体行政行为,还广泛存在不针对特定当事人的抽象行政行为。这就要求,行政执法在主体身份的法律授权、执法程序的规范性和执法手段的法定性等方面较一般性行政管理行为更为严格。而且,由于行政执法行为结果具有更加明确的强制性,因此在法律救济途径上也与一般性行政管理行为不同,既可以采取行政诉讼,也可以采取行政复议的方式,同时还可以另行提起民事诉讼。

因此,从我国实际来看专利行政执法应当被理解为:法律明确授权的专利行政执法机构,依法履行专利行政管理职责,遵循法定程序,采用特定执法手段,针对具体的专利侵权、违法行为和专利纠纷所进行的实施法律行为。就其行政行为的形态而言,主要包括:行政审查(非专利审查)、行政确权、行政调解、行政裁决、行政处罚、行政强制、行政检查、行政监督和行政处分。

## 2 我国专利行政执法的制度发展

### 2.1 专利行政执法制度的确立(1984—1990年)

1984年我国首部《专利法》就确立了专利行政执法制度,并在其后的《专利法》修订中仍将其作为我国重要的专利权保护方式予以保持和发展。1984年专利法及其实施细则对于专利管理机关行政执法的相关规定,确立了我国专利行政执法的基本法律制度框架,明确了我国专利行政执法的主体、适用对象和基本手段。

1984年《专利法》首次赋予了专利管理机关对专利侵权和假冒他人专利行为的行政执法主体资

格,并且在专利复审无效方面,赋予了专利复审委员会对特定专利争议的相对“终局决定权”<sup>⑥</sup>。

1985年中国专利局颁布的《专利法实施细则》,作为《专利法》配套法规进一步明确了专利管理机关的概念和范围,同时扩大了专利行政执法的范围。依据该细则第七章中的规定,专利管理机关是指国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市、开放城市和经济特区人民政府设立的专利管理机关。但是,作为专利申请受理、审查和授权的中国专利局由于按此规定不属于专利管理机关,因此并不享有专利行政执法的权力。从而,形成了我国专利行政管理中独特的国家局以行政管理为主,地方局以行政执法为主的行政管理体制。

同时,《专利法实施细则》还规定将专利实施费用纠纷、职务发明及其权属争议纠纷也纳入专利行政执法范围,在执法手段上增加了行政调处、行政确权的方式。此外,还对跨部门和跨区域专利侵权纠纷的行政执法管辖予以明确。

从制度的实施效果来看,专利制度建立初期专利行政执法确实对于加强专利保护起到了至关重要的作用。据国家知识产权局统计,自广东省专利管理局1986年受理第一件专利侵权纠纷案件开始,全国各专利管理部门1987年和1988年受理专利纠纷案件452件,其中侵权纠纷186件;1989年受理262件,专利侵权纠纷140件;1990年受理252件,专利侵权纠纷190件。截至1990年底,全国专利管理机关受理纠纷达1200余件,而同期人民法院受理和审结的专利纠纷案件仅为其一半左右<sup>[5]</sup>。

### 2.2 专利行政执法制度的发展(1991—2000年)

1992年我国对《专利法》进行了第一次修订,保留了专利行政执法制度,且在1984年《专利法》确立的基础上有所发展。增加了执法主体对假冒专利的主动查处权,完善了专利行政执法的权力配置,从仅可由当事人请求被动发起,转变为“依

<sup>⑥</sup> 1984年《专利法》第43条规定,专利复审委员会对申请人关于实用新型和外观设计的复审请求所作出的决定为终局决定

申请为主、依职权为辅”的专利行政执法启动机制。同时,在执法手段上也增加了“并处行政处罚款”的规定。

与之相适应,1992年12月中国专利局公布了经国务院批准修订的《专利法实施细则》(简称《92版实施细则》),从三个方面再次强化了专利行政执法在专利权保护中的作用。(1)大幅扩展了专利行政执法的主体范围,取消了原法规定中设置地方专利管理机关的行政层级(省区直辖市)限制,将专利行政执法授权从省级政府和特定市级政府延伸至包括县级基层政府在内的全部地方政府。(2)完善了专利行政管理机关对于专利实施费用纠纷和职务发明纠纷的行政执法权。在职务发明纠纷处理方面,增加了对发明人或设计人奖励纠纷的行政处理权。(3)对新增的假冒专利行为的行政执法规定予以细化。特别是在行政处罚方面,细化明确了罚款标准,规定“并处以一千元至五万元或者非法所得额一至三倍的罚款”。行政处罚手段的引入,是专利行政执法手段的重要发展,明显加强了专利行政执法的威慑力和强制性。

与《专利法》修改对专利行政执法不断强化的趋势不同,司法审判领域中专利行政执法行为的性质伴随着我国1990年10月1日开始实施的《行政诉讼法》,发生了重大转变<sup>⑦</sup>。依据行政诉讼原理,专利管理机关做出行政处理决定的行为被认定是“具体行政行为”,当事人如不服,可将做出处理决定的专利管理机关列为被告,向法院提起行政诉讼,这对地方专利行政执法部门造成了较大的冲击。进而,导致专利行政执法存废的争议一度较为激烈。而且,从制度的实施效果

来看,专利行政执法也确实由此逐渐回归到专利权保护双轨制的正常状态,专利行政执法案件数量发展平稳,但司法主导原则在专利权保护中逐渐确立。

### 2.3 专利行政执法制度的调整(2001—2007年)

2000年我国再次修改《专利法》,对专利行政执法制度做出了重大调整,涉及到行政执法主体、行政执法范围和行政执法方式等方面。在某种程度上可以认为,《专利法》第二次修订重新构建了新形势下的专利行政执法制度。

在行政执法主体方面,将原《专利法》中“专利管理机关”的表述修改为“管理专利工作的部门”。这一新表述,改变了之前《专利法》中对专利行政执法主体的一贯界定标准。主体范围似乎更为宽泛,不仅包括地方政府设立的知识产权行政机关等政府行政机关,还包括受当地政府指定承担专利工作管理职能的其他部门。在行政执法范围方面,调整了专利侵权纠纷的行政执法范围。将假冒他人专利的行为也列入了管理专利的部门依职权开展行政执法的范围。在专利复审无效方面,取消了专利复审委员会的终局决定权。并且,进一步细化明确了行政执法受理纠纷和查处专利违法的范围。在专利侵权纠纷处理方面,区分了专利侵权认定和专利侵权赔偿认定,取消了专利行政部门确认专利侵权纠纷赔偿金的资格。将之前均属于行政处理范围的专利申请权和专利权归属纠纷、发明人、设计人资格纠纷、职务发明的发明人、设计人的奖励和报酬纠纷、在发明专利申请公布后专利权授予前使用发明而未支付适当费用的纠纷均转化为

<sup>⑦</sup> 在《行政诉讼法》实施之前,根据最高人民法院1985年发布的《关于专利审判工作的规定》,当事人对专利管理部门所作的专利纠纷处理决定不服的,应以当事人双方为原、被告向人民法院提起民事诉讼



行政调解的适用范围,极大地弱化了行政执法对于上述纠纷解决的强制性。

从制度实施效果来看,专利行政执法状况由此整体进入调整阶段。与专利申请与授权数量快速增长的趋势不同,专利行政执法在专利纠纷调解和专利违法行为查处方面的案件受理情况逐年下降,显示出受到法律制度修改的影响,专利行政执法制度对于专利权保护的作用日益削弱。

#### 2.4 专利行政执法制度的再强化(2008年至今)

2008年我国第三次修改《专利法》,强化了专利行政执法部门查处专利违法行为的职能。

从具体内容来看,第三次修改在专利行政执法制度方面主要体现在两个方面。(1)假冒他人专利行为与冒充专利行为整合为假冒专利行为,不再予以区分。更为重要的是,进一步提高了行政处罚的标准,将原先违法所得3倍以下或5万元以下的罚款,提高为违法所得4倍以下或20万元以下的罚款。(2)立法赋予专利行政执法部门查处假冒专利行为所必需的执法手段,规定“管理专利工作的部门根据已经取得的证据,对涉嫌假冒专利行为进行查处时,可以询问有关当事人,调查与涉嫌违法行为有关的情况;对当事人涉嫌违法行为的场所实施现场检查;查阅、复制与涉嫌违法行为有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料;检查与涉嫌违法行为有关的产品,对有证据证明是假冒专利的产品,可以查封或者扣押”。通过借鉴其他知识产权法中的行政执法规定,为管理专利工作的部门配置专利具体查处职权,强化专利行政执法力度。

### 3 我国专利行政执法的制度困境

从我国专利行政执法制度演变和发展的实际状况来看,专利行政执法始终处于专利权保护制度的核心环节,但对其制度认知普遍存在分歧。一方面是我国加强专利保护的现实对专利行政执法制度的客观需求难以获得满足,另一方面是现有专利行政执法存在的诸多制度问题导致专利行政执法难以发挥作用。其中,执法主体身份认定

及其范围的不确实性、执法手段制度保障的缺乏、执法效力强制性的缺位和恶意侵权行为打击职能的缺失等问题尤为突出。

#### 3.1 行政执法主体的身份复杂

由于我国专利行政管理体制的现实问题,导致专利行政执法主体在立法中的类型复杂、地位模糊。同时,由于“管理专利工作的部门”按照《专利法》实施细则的规定仅指“由省、自治区、直辖市人民政府以及专利管理工作量大又有实际处理能力的设区的市人民政府设立的管理专利工作的部门”,这使得基层专利行政执法主体在范围上存在授权不明的情形,并且这一授权对是否包括非独立设立的管理专利工作的部门和专门设立的专利行政执法机构并不清晰,使得在实际工作中专利管理部门是否具有行政执法权成为尚待确认的事实。

此外,省、直辖市、自治区专利管理部门设置长期存在着行政级别不同和性质不同的突出问题(表1),也直接影响了专利行政执法的效果,极大地削弱了专利行政执法的权威性和有效性<sup>[6]</sup>。由于地方管理专利部门的行政执法地位不统一,在行政执法过程中直接导致社会公信力不高。而且,基层管理专利工作的部门多为兼职管理部门,管理机构不够健全,不能独立行使自己的职能,难以推进专利行政执法的专业化。这既不利于专业执法队伍的建设和培养,也与法治政府和依法行政的基本执法理念不合。同时,由于缺乏统一的执法主体标准,各地专利行政执法机构的设置由地方政府决定,机构模式不同,受重视程度和所发挥的作用也大不相同,直接导致了我国专利行政执法工作在各个地区发展存在严重不平衡。

另外,根据现行《专利法》的规定,国家知识产权局负责专利的申请、审查、授权以及专利复审、无效等工作,组织制定专利确权、侵权判断标准并指定管理确权机构。但却不具有行政执法权,仅具有指导地方专利管理部门处理专利纠纷和查处冒充专利行为的工作职能。这一规定,从现实来

表1 全国省级知识产权局基本情况一览表

机构类别	数量(性质)		省、自治区、直辖市、兵团
政府直属正厅级单位	8个	6个(行政)	北京、天津、上海、广东、贵州、陕西
		2个(事业)	湖南、四川
政府直属副厅长级单位	2个(事业)		辽宁、云南(党组不独立)
科技厅加挂知识产权局牌子	3个(行政)		内蒙古、吉林、广西
科技厅下属副厅长级二级局	13个	6个(行政)	河北、黑龙江、江苏、湖北、宁夏、新疆
		7个(事业)	安徽、福建、江西、山东、河南、重庆、甘肃
科技厅内设副厅长级机构	2个(行政)		浙江、海南
科技厅下属正处级机构	4个	3个(行政)	山西、西藏、新疆生产建设兵团
		1个(事业)	青海



中国科学院

看,极不利于跨地区、全国性专利行政执法的有效组织和实施。

### 3.2 缺乏必要的行政执法手段

目前对于专利行政执法方式的法律授权,根据《专利法》及《专利法实施细则》的授权,“管理专利工作的部门”在法律授权的范围内行使对专利侵权纠纷、假冒专利和专利纠纷调解的行政权力。但是,除了对假冒专利行为明确具有“责令改正”、“没收违法所得”、“处以罚款”的行政处罚权和基于对专利假冒行为查处需要而从事询问、调查、检查、查阅、查封或者扣押的行政调查权之外,“管理专利工作的部门”对于专利侵权纠纷和专利纠纷调解并无明确的行政执法权和行政调查权。

而且,现有法律对“管理专利工作的部门”介入专利侵权纠纷和专利纠纷调解采取了被动模式,即“管理专利工作的部门”并无自行决定介入或者自行发起行政调查的权

力,只能依当事人申请而从事判定侵权和调解的行政行为。现行《专利法》中这一与其他知识产权制度不太相同的规定,直接导致在专利侵权纠纷中专利行政执法处于极为被动和尴尬的地位,使得当事人排除了更为快捷便利的行政救济手段,转而寻求更为耗时费力的民事诉讼救济,严重影响专利行政执法的作用和效果。

此外,由于专利案件本身具有取证难、举证难、侵权行为隐蔽性强的特点,使得专利执法工作在调查取证方面所面临的挑战格外突出。与有形财产权的客体由权利人占有、侵权行为易于被发现不同,专利侵权行为具有很强的隐蔽性,侵权证据主要由侵权人控制,权利人在维权过程中常常处于无法取证、无力取证的困难境地。专利行政执法作为保障权利人合法权益的重要手段,本应在调查取证方面为权利人提供有力支持,但是根据我国现行《专利法》的规定,对专利

侵权行为的处理,专利行政执法部门也只能责令侵权人停止侵权行为,而无权实施查封、扣押侵权产品等证据保全的措施。因此,专利行政执法人员通常只能采取记录、拍照等方式对证据进行登记。而这种方式一则极易遭到侵权人的抵制,二则不足以防备侵权人隐匿、转移证据,无法有效地对案件证据进行固定,显然不利于对专利侵权行为的行政查处。

总的来看,由于行政执法方式的法律保障缺乏,已经严重影响了专利行政执法工作的进一步发展,亟待从制度和操作层面予以完善。

### 3.3 行政执法效力缺乏强制性

专利行政执法部门对专利侵权纠纷的处理决定和对专利纠纷的调解,在一定程度上存在着法律效力缺乏强制性的情况。执法人员做出的停止侵权裁决,其权威性和执行效力容易受到质疑,如果行为人对行政裁决置之不理而继续其专利侵权行为,管理专利工作的部门无法用强制性手段来实施其行政裁决,只能申请人民法院强制执行。但由于专利行政管理部门只能做出责令侵权人停止侵权行为的决定,处理决定书只能写明责令侵权人停止制造、销售、使用等行为,导致法院难以实施强制执行。从而使得专利侵权纠纷的行政处理决定缺乏必要的强制力和威慑力,往往不能够有效制止侵权行为。

另外,根据现行《专利法》规定,专利管理部门在调处专利侵权纠纷时只能对是否侵权做出判定,而对于关键的侵权赔偿部分却只能进行调解。这一规定使专利行政处理决定对一些专利侵权案件当事人来说只是一纸空文,致使一些侵权人在接到行政处理决定后认为,专利执法行政机关对他们毫无办法,采取置之不理的态度,造成了“调解容易、执行难”的不利局面。

此外,我国法律也未对管理专利工作的部门行政调解的法律效力做出明确的规定。从现行法律规定看,管理专利工作的部门进行的行政调解,尚不具备像人民法院在当事双方之间做出的司法

调解一样的强制执行效力。一方当事人一旦反悔,调解协议书就成为了一纸空文,这不仅是对行政资源的一种巨大浪费,而且对另一方当事人而言也是极不公平的。根据行政法理论,具体行政行为一旦合法构成,就应当产生公定力、拘束力和执行力,非经过法定程序而不能改变。因此,专利侵权纠纷的行政裁决理应具备一定的执行力,而目前法律规定的状况与这一目标还存在差距。

### 3.4 缺乏对恶意侵权行为的查处职能

针对故意侵权、反复侵权、群体侵权等恶性侵权行为,专利权人逐一向侵权人维权成本很高且收效甚微,很多权利人因此丧失了对专利制度的信心。这些恶性侵权行为不仅直接侵害了专利权人的合法权益,而且扰乱了市场秩序,损害了专利制度的权威,阻碍了专利体系的正常运行,打击了全社会的创新活力,具有较为严重的社会危害性。但根据现行法律规定,专利行政执法部门对于此类专利侵权行为,并无依职权的行政查处权,也只能依当事人请求予以被动地行政处理。此外,对于此类恶意专利侵权行为,法律也并未授权专利行政执法部门采取行政罚款、行政强制等行政处罚措施,使得专利权人的合法权益难以得到保护,良性正常的市场经济秩序难以得到维持。

与专利法制度缺乏对恶意侵权行为的查处职能不同,我国《著作权法》和《商标法》中均对危害公共利益和恶意侵权行为规定了行政执法机关的主动查处权力。《商标法》第61条规定,对侵犯注册商标专用权的行为,工商行政管理部门有权依法查处;同时还明确规定,“对五年内实施两次以上商标侵权行为或者有其他严重情节的,应当从重处罚”。《著作权法》对于著作权侵权行为损害公共利益的,规定“可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为,没收违法所得,没收、销毁侵权复制品,并可处以罚款;情节严重的,著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等”;并且在与之配套的《著作权法实施条例》中规定,“……侵权行为,同时损害社会

公共利益的,由地方人民政府著作权行政管理部门负责查处;国务院著作权行政管理部门可以查处在全国有重大影响的侵权行为”。

因此,无论是从打击恶意专利侵权行为保护权利人合法权益,还是从维持知识产权行政执法体制统一的角度,专利立法对恶意专利侵权行为的行政查处规定的缺位,都显得极为不利。

## 4 完善专利行政执法制度的政策建议

### 4.1 明晰行政执法主体的法律设置

专利行政执法制度的关键就是要明确专利行政执法主体,建立符合我国专利保护要求的行政执法队伍,进而按照法律授权依法从事专利行政执法活动。然而,现行法律规定中的“管理专利工作的部门”,虽然在法律逻辑上尽可能地保障了对不同类型地方专利管理部门的法律授权。但是,显然与《行政处罚法》和《行政强制法》要求行政处罚和行政强制措施需要由行政机关在法定职权范围内实施的一般性行政原则不相适应。同时,也正是由于现行法律规定中专利行政执法主体所缺乏的行政法主体身份,造成了专利行政执法在执法范围和执法方式方面进一步受到额外限制。因此,建议在专利行政执法主体的设定方面,《专利法》应当回归专利行政管理机关的表述,从行政执法主体合法化、规范化的角度,明确地方管理专利工作部门的行政主体资格,为进一步强化专利行政执法工作提供合法性基础。

在确定专利行政执法主体范围方面,应结合目前专利侵权和专利违法行为日益呈现的跨行政区划和行业领域、形式复合多样的发展趋势,充分借鉴著作权行政执法、商标行政执法和海关行政执法制度中维护权利人合法权益、打击知识产权违法行为的有益经验,在专利法律制度中取消专利行政执

法主体设置的行政层次限制,增加国务院专利行政管理部门对涉及全国性的跨区域专利违法行为和具有国际影响的重大专利侵权纠纷的行政执法权力。而且,从目前行政管理体制改革的趋势来看,赋予基层政府设置的专利行政机关行政执法权,将为整合知识产权行政执法、建立统一的市场行政管理机制消除制度障碍,有利于探索符合现代法治政府要求的新型专利行政执法模式。

### 4.2 健全行政执法活动的制度保障

从世界范围内的知识产权执法实践来看,合理配置执法部门在处理专利侵权纠纷、查处专利违法行为的行政执法权力,赋予执法部门有力的行政执法措施,是有效打击、遏制知识产权侵权和违法行为的必要制度保障。我国在著作权、商标权和海关知识产权保护方面,也积累了类似的有益经验。

在法律制度效力层级方面,由于专利行政执法直接涉及行政相对人的权利义务,因此应当提高专利行政执法的执法依据的效力层级。在《专利法》中适当扩展专利行政执法的规定,有条件地吸收《专利行政执法办法》等现有专利行政执法政策制度中已经较为成熟和规范化的制度内容,通过立法明确专利行政执法的权力配置、基本行政执法程序和主要行政执法措施。

在专利行政执法权力的制度配置方面,完善依职权和依申请发起行政执法的情形与要求,结合专利侵权和违法行为发展规律,增加执法机关对恶意专利侵权和危害公共利益的专利违法行为的主动查处权,有效遏制大规模、重复侵权行为对权利人合法权益与正常市场秩序不法侵害。此外,应适当扩大对已经司法审判确认侵权的专利侵权行为的主动查处权,有效整合行政执法与司法执行资源,提升司法判决执行效率,树立专利行政执法权威。



中国科学院

在专利行政执法措施的补充完善方面,应当依据《行政处罚法》和《行政强制法》赋予行政机关从事行政执法行为的基本执法措施和手段,按照专利行政执法普遍原则和实际要求,系统完善专利法律制度中专制行政执行的调查权、强制权和处罚权的规定,全面增加执法机关对于专利侵权纠纷和专利违法行为的调查权,赋予执法机关询问当事人、查阅复制相关资料、现场检查涉嫌侵权活动场所,以及检查相关物品的执法权力,增加执法机关对于假冒专利产品和有明确证据证明构成专利侵权的物品进行查封、扣押等行政强制措施权力,体现行政机关开展专利行政保护的特点。

### 4.3 完善行政执法程序 提升透明度

与司法保护相比较,专利行政执行的最大的特点就是可以主动对专利违法案件进行查处。但是,由于专利行政执法部门在执法过程中“依法行政和程序行政”的意识不强,往往存在一些有悖于自身职能和宗旨的行为。因此,在健全和保障专利行政执法权力行使的同时,还必须进一步完善行政执法程序,提升行政执法透明度。

在专利行政执行的行政处理方面,建立专利执法听证制度。听证制度是行政程序的核心制度,既可适用于具体行政行为,也可适用于抽象行政行为。专利行政执法机关在做出行政决定前,要由专门的听证机构或听证官员主持,由行政官员和行政相对人及其代理人参加的听证会,行政官员对要做出的行政决定进行说明,行政相对人可对之提出不同意见,双方可以辩论、对质<sup>[7]</sup>。行政决定必须严格按照听证记录做出。非正式听证不要求举行听证会,但必须在做出行政行为前听

取当事人的陈述和申辩。

专利执法听证程序不仅保证了个人利益与公共利益的一致,改善了专利执法机关与相对一方的关系,调动了执法者与守法者双方依法办事的主动性与自觉性,推动了良好专利行政管理秩序的健康发展,同时也在深层次上促进了行政效率的提高。

在专利行政执法过程方面,建立更为开放的执法信息公开制度。应通过定期发布官方信息来提供信息服务,指导人们做出正确的行为选择,以增加专利收益和减少合法权益侵害,从而促进专利事业的健康顺利发展,同时,这也是行政相对人实现知情权的一个重要渠道。

#### 参考文献

- 1 肖尤丹. 中国知识产权行政执法制度定位研究. 科研管理, 2012, (9): 139.
- 2 何力. 日本知识产权海关保护中的侵权认定制度. 上海海关学院学报, 2010, (2): 85.
- 3 White House. 2010 Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement. [http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/intellectualproperty/intellectualproperty\\_strategic\\_plan.pdf](http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/intellectualproperty/intellectualproperty_strategic_plan.pdf), 2011.8.
- 4 邓建志. WTO框架下中国知识产权行政保护. 北京: 知识产权出版社, 2009, 95.
- 5 吴宁燕, 王燕红. 论专利行政执行的必要性和发展方向. 专利法研究. 北京: 知识产权出版社, 2003.
- 6 马维野, 陈桦等. 加强知识产权行政执法努力建设创新型国家. 知识产权, 2006, (5): 11-15.
- 7 姜明安. 新世纪行政法发展的走向议. 中国行政法学精萃. 北京: 高等教育出版社, 2003, 37.

## Reform of Administrative Enforcement System on China's Patent Law

Xiao Youdan

(Institute of Policy and Management, Chinese Academy of Sciences, Beijing 100190, China)

**Abstract** As an important part of patent system, administrative enforcement has been an increasingly critical issue in patent law reform. This paper re-considers the institutional meaning of administrative enforcement in China's public policy and administration context, and then studies on the evolution of administrative enforcement in third successive revision of China's patent law. Some findings from the study suggest that currently patent law and its regulation might actually impede the operations of administrative enforcement. In order to resolve the problem, this paper finally puts forward the suggestions on patent law reform, in perspectives of local agency status, executive measures, and efficiency of enforcement.

**Keywords** patent law, administrative enforcement, reform

肖尤丹 中科院科技政策与管理科学所副研究员。中国人民大学法学博士,清华大学公共管理博士后。主要从事知识产权、科技法及创新政策等领域研究。近年来主持参与完成国家社会基金项目、国家软科学项目、教育部人文社科重点研究项目等国家级课题10余项,出版专著《历史视野中的著作权模式确立》,合著《知识产权制度基础理论研究》、《大学与产业合作关系》、《中国科技政策要目概览(1949—2010年)》,参与主持《科技法律法规与政策选编(1985—2008)》、《科技法律法规与政策选编(2009—2010)》编撰。清华大学科教政策研究中心兼职研究员,国家“十二五”科技规划、国家专利战略推进计划研究编制和《科技成果转化法》修订工作专家组成员。E-mail:peak315@163.com



中国科学院