

专利侵权行政执法的边界

——兼论《专利法》第四次修改

王亚利

内容提要：行政执法介入专利侵权纠纷仍具有存在的基础，但应划定介入的合理边界。专利侵权行政执法应反映和回归私权属性，执法范围以维护公共利益和公平竞争秩序为限，限缩依申请行政裁决专利侵权纠纷的范围，并通过正当程序保障权力行使的边界。执法力度以有利于创新为目标，警惕公权过度介入引起窒息创新的效应；执法方式应符合私权本性旨趣，发挥行政调解化解专利侵权纠纷的功能；行政执法与司法在合理的边界中有机衔接、有效互动。专利法的后续修法应审慎对待行政介入民事领域的边界问题。

关键词：专利权 侵权 行政执法 私权 创新

Abstract: There is still necessity for administrative enforcement to intervene into patent infringement disputes, but a proper limit should be delineated. The administrative enforcement of patent infringement disputes should respect the nature of private right; hence the enforcement scope should be aimed at maintaining public interest and fair competition order. The administrative ruling of patent infringement disputes per application should be reduced; meanwhile due process should be employed to guarantee the boundary of administrative power enforcement. Administrative enforcement should be beneficial to innovation and not to stifling innovation by over applying public power. The administrative enforcement method should tally with the nature of private right, and give more play to administrative mediation in resolving patent infringement dispute. The administrative enforcement and judicial protection should interact with each other effectively within a reasonable boundary. The revision of the Patent Law should be very cautious about the interference of civil affairs by administrative authority.

Key Words: patent right; infringement; administrative enforcement; private rights; innovation

由于历史的选择，专利侵权行政执法在我国成为解决专利侵权纠纷的有效途径，尽管对这一机制“存与废”的争论从未中断，但依靠行政手段解决专利侵权纠纷的方式一直保留下来。^①而当前适逢《专利法》第四次修改，从修改内容来看，专利侵权行政执法权有扩张趋势，有必要对其边界问题予以关注。

一、专利侵权行政执法的存在基础

《TRIPS协定》在序言中明确宣示知识产权是一种私权，旨在强化知识产权的专有性和排他性，作为智慧的结晶，它应与普通财产权一样受到保护和尊重。但是私法领域并不必然与公权力无涉，过去，因为司法力量不足以及市场发育不

作者简介：王亚利，中国政法大学法学院2014级行政法博士研究生，太原科技大学法学院讲师

① 一类观点认为，专利侵权纠纷的行政执法应予取消。从法理角度，专利权属于私权，公权不应干涉，专利侵权的判断权归还司法救济程序更为合理。参见李玉香：《完善专利行政执法权之再思考》，载《知识产权》2013年第4期，第69-72页。还有学者认为，我国的专利侵权纠纷行政处理制度虽然曾做出重要贡献，但在当前及今后并无足够的合理性和必要性，建议取消。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33-44页。另一类观点认为，中国专利权保护网至今仍然存在较大的漏洞，面对从创新驱动发展下专利保护面临的严峻现实，加强专利行政执法正当且迫切。参见董涛：《专利权保护网之漏洞及其弥补手段研究》，载《现代法学》2016年第3期，第43-58页。另有学者通过历年专利管理部门实际处理案件的数量统计认为，中国专利行政保护制度在实践中绩效显著，具有司法保护不可替代的功能。参见邓建志：《中国专利行政保护制度绩效研究》，载《中国软科学》2012年第2期，第80-87页。

成熟，专利权的保护需要行政权的前置甚至兜底保护，以此促进私权的勃兴，所以行政执法在特定历史背景下成为专利侵权纠纷的一种重要的行政解决机制。而到今天，时代背景确已发生很大变化，但是否要完全取消专利侵权领域的行政执法，仍需理性的思考。

（一）理论基础

专利权是私权，行政执法介入专利侵权领域实质上是公权对于私域的介入问题，而私权并不绝对排斥公权的介入。

第一，行政权是公共利益的提供者和维护者。尽管私权的行使属于民事范畴，但侵害私权的行为则有可能转化为公权问题，因为私权的保护关乎社会秩序的形成，关乎行政机关维护公共秩序的责任问题。哈贝马斯认为，公共空间是传统社会向现代转型的必经之路。“现代性注重个人和私的正当性，立足于把个人选择合成公共空间。单个人的财产是私，当侵害的可能性落到不确定人身上时，就不再是私的事情，而转换成公共秩序问题了。”^②侵权行为一旦超出私权范畴，就落入公共治理的范畴。由于公共利益的受益范围是不特定多数，需要有效的力量统一行动予以提供普遍的服务，对此私力无法完成，需要行政权主动作为，适度且及时的有所作为是现代行政对政府的要求。由此，若专利侵权行为影响到技术创新的公共秩序空间时，并不能排除行政执法的介入。

第二，从法益保护来看，专利制度中公共利益是与私人利益唇齿相依的“共同善”，专利权是值得行政权介入予以保护的法益。专利法的第一价值就是保护创新者的利益，创新是民族进步的不竭动力，保护专利权，就是保护创新，保护先进生产力，侵害专利权很有可能会危及到公共利益，那种认为侵害专利权仅会影响到私权的观点是片面的。“有些情况下，公共利益的实现必须通过保护私权利益实现，知识产权的行政保护的公共利益价值实现就具有这种特征。”^③尽管司法救济也可间接起到促进创新环境和秩序形成

的作用，但其毕竟是一种矫正正义，如没有行政权事前与事中的配合，未必能够形成良好的创新秩序。

第三，行政权对于民事纠纷的被动裁决性活动，是对国家职能的调整与完善。目的是为了合理配置司法资源，发挥行政高效便捷的解纷优势，给民众提供多元化解纷机制选择，解决与政府管理有关的专门性问题。但是需对其范围进行限制，否则会导致行政与司法的冲突，因此要遵循特定领域适度介入的原则，在行政介入成本过大，公民又可自为的情况下，应慎用行政权。从此角度，通过行政执法解决专利侵权纠纷也具有一定理论支撑，但法律和社会本身也在不断发展变化中，需结合实际情况衡量此种介入的必要性，并做出适时调整。

（二）现实基础

从国际范围看，行政执法方式解决专利侵权纠纷也并非我国特例，尽管发达国家司法救济是专利保护的主渠道，但并不排斥行政权力对专利权的保护。英国专利侵权保护制度的一大特色就是实行行政和司法的“双轨制”模式，但法律对英国知识产权局处理专利侵权纠纷设定了若干限制，如向英国知识产权局请求处理专利侵权纠纷，需以当事人之间达成的相关协议为前提。^④21世纪以来，许多国家开始重视行政在解决民事纠纷中快捷、高效的特质，例如，管辖案件大部分为专利纠纷的美国国际贸易委员会（ITC），近年来频繁使用“337调查”程序等行政手段，维护本国专利权人利益。在墨西哥，专利权的保护机制也非常重视行政执法的作用。

从我国情况来看，专利管理部门依法解决专利侵权纠纷在执法实践中仍有市场需求。已有的数据表明，全国专利管理部门受理专利侵权纠纷案件数量一直处于平稳上升趋势，2010年为1077件；2011年为1286件，2012年为2225件，2013年为4684件，2014年为7671件。^⑤通过这些数字可以看出，全国专利管理部门受理的专利民事侵权案件在整体上依然保持了比较平稳的增长趋势。

② 董涛：《专利权保护网之漏洞及其弥补手段研究》，载《现代法学》2016年第3期，第48页。

③ 王秀哲：《知识产权的私权性与行政保护》，载《学术论坛》2009年第10期，第156页。

④ 《英国专利法》（1977）第61条第3款规定，专利权人和任何其他人可根据彼此间的协议向专利局局长提出问题，即该其他人是否侵害了此专利。

⑤ 以上数据来源于国家知识产权局网站发布的专利统计表。

这表明,行政处理专利侵权纠纷在实践中有一定的需求,积极、高效、便捷的优势能够迎合专利侵权期限性等内在的特质要求。

但是,以上种种论述也仅能证明行政执法在专利侵权领域具备存在的可能性,并不能证明其有效性——行政执法介入专利侵权领域也属一种政府干预,不准确和不适度的干预会产生负效应。介入并不等于侵入,是适度而绝非无度,行政权本身就是双刃剑,既是天使,也是魔鬼,必须划定权力边界,来表明对于行政权持有谨慎姿态,以此保证介入的有效性。

2015年4月《专利法修改草案(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》)在专利侵权领域,针对目前专利管理部门在处理专利侵权纠纷中手段不足、保护不力的现状,试图给予一种更强更宽的保护以回应现实的需求。行政权的扩张似乎又让我国回到WTO之前那种行政权力优先的状况,立法者似乎一味将行政执法做大做强,而无意明确划定行政权力行使的边界。但追寻自由市场机制与民主政府干预之间的界限是一个持久的课题,2015年12月发布的《专利法修订草案(送审稿)》(以下简称《送审稿》)则对于专利侵权执法的力度有所弱化,这种从“强”到“弱”的变化也反映出立法者对于边界问题的不断思考。

二、合理边界的构建

(一) 边界确定之前提:专利权的私权属性

尽管《TRIPS协定》明确了知识产权的私权属性,但是知识产权无疑具有强烈的公共政策的色彩,因为专利这样的知识产权兼具促进社会文化繁荣、科技传播以及激励创新等公共政策目标。这两者之间其实并不存在任何矛盾,因为专利权的私权塑造中已体现了公共政策的因素,立法者只是需将立法视角从单纯的私权保护转向更为广阔的价值衡量空间,知识产权的公共政策属性应“内化于法律之中,不应该成为强化公权主动介入的法理依据。”^⑥学界“知识产权公权

化”的观点,强调的是国家对知识产权制度的干预和知识产权制度的利益平衡理念,“但这些决不可能‘内化’为知识产权从本质属性的私权演变成私权与公权的混合体。”^⑦专利权作为私权的属性是客观的,这是探讨专利侵权执法问题的基本出发点。一方面专利权是私权,另一方面,我国专利侵权行政执法尚具有现实的存在基础,因此,有必要划定行政执法与专利权私权属性的边界。承认专利权的私权属性,意味着强调私法自治、限制国家干预,避免过多干预泯灭其私权精神。行政执法介入专利侵权领域,其范围应遵循“行政适度”干预原则。

1. 专利侵权行政执法的目的主要在于维护公共利益和公平竞争秩序

专利制度发挥着重要的社会功能,专利权保护的客体关系着产业乃至国家经济的升级转型,在知识经济时代,产业创新与发展已是最重要的公共利益之一。创新本质上要求专利产生社会经济价值,因此,鼓励和推广专利的商业化与产业化成为专利制度的主要任务。但是,专利信息的公开是通过国家承诺对专利权进行有效保护而得以换取的,如果专利权人无法获得有效的专利保护,就不会冒着风险将发明公开,并继而开展进一步的商业化和市场化。现行专利法的制度设计并不能实现对专利权人权益的有效保护,侵权成本低,维权成本高的怪现象反而将不少企业推向侵权的洪流中,企业不愿投入人力物力去创新,而去山寨别人的专利产品,所以,反复侵权、群体侵权等恶性侵权行为大量存在,挫伤专利权人创新的热情,扰乱公平竞争的市场秩序,导致市场优化配置资源的功能失效,影响产业的持续创新与健康发展。这样的侵权企业也成为专利制度的蛀虫,蚕食着专利权人的创新成本和专利制度建立的根本,损害了鼓励创新的社会利益。在新的形势下,政府需要掌握市场管理的主动权,适度介入专利侵权领域,维护市场竞争秩序和社会公共利益。

2. 限缩依申请行政裁决专利侵权纠纷的范围^⑧

基于当前由行政机关处理专利侵权纠纷仍有一定的市场需求,所以暂时可以保留由行政机关

^⑥ 孔祥俊著:《中国知识产权保护创新与升级》,法律出版社2014年版,第55页。

^⑦ 吴汉东:《关于知识产权私权属性的再认识——兼评“知识产权公权化”理论》,载《社会科学》2005年第10期,第63页。

^⑧ 我国目前的执法实践中,专利侵权纠纷处理主要有行政裁决和行政调解两种形式。专利侵权纠纷的行政裁决指的是管理专利工作的部门依照有关法律规定,对于专利侵权纠纷做出具有法律效力的行政决定的处理方式,认定侵权成立的,责令停止侵权,如果侵权不成立,当事人将案件撤回或者行政部门驳回其请求。

裁决侵权纠纷的权力，但应将其限制在一定范围内，因为“行政裁决体现了行政机关对于专利侵权纠纷最强意义上的干预。”^⑨从效果来看，尽管专利侵权执法案件的数量仍在平缓上升，但是“量”多并不代表“质”高。已有的调查表明，行政部门受理的专利侵权案件主动撤回的比例较高，表明处理效果并不理想。^⑩此外，我国专利侵权纠纷行政裁决的形成有特定背景，司法保护力量不足是主因，但随着司法环境的改善及知识产权法院的设立，司法的主导作用将会进一步彰显，专利侵权纠纷行政裁决的职能已经逐步丧失原有的支撑，应予以限缩。首先，行政裁决侵权纠纷应以“不干预纯民事纠纷”为原则，确保行政与司法的最基本界限。比如因专利许可合同引发的侵权案件，并不适于交给行政机关去解决。其次，在受理的案件类型上，规定侵权事实争议不大的案件可申请行政机关处理。这对于侵权判断相对简单，目的是制止侵权行为，扩大市场占有的专利侵权纠纷，交给专利管理部门更能发挥行政效率的优势。第三，在程序的启动上，理应由请求方主动申请发起，实行“不告不理”。在存在多种解纷机制的情况下，作为“理性人”的相关主体是自身利益最大化的选择者，他会自动作出合算的解纷方式选择。

3. 通过执法的正当程序保障权力行使的边界

行政权介入专利侵权领域本质上是一种政府干预，对此予以程序化的规制，是防范权力和保障权利的必然要求。行政权含有极大惯性，具有扩张性和易腐性，需通过执法的正当程序保障其有能力达到执法的目的，又保证它无能力背离执法的边界范围。现行法中专利管理部门拥有广泛的行政裁量权，如专利侵权纠纷的处理程序、证据的认定标准、专利纠纷的调解程序等都是阙如的，为执法寻租、选择性执法、执法不作为、地方保护等留下很多可乘之机，在后续修法中应极大发挥程序机制的治理作用，通过上位法的完

善，控制与规范自由裁量权的行使，保障行政权力行使的合理边界。

(二) 执法力度：以有利于创新为目标

专利制度的第一价值就是激励创新。在专利法的修法背景中提到，解决专利保护不力，增强行政执法力度，目的在于激发全社会的创新活力，为建设创新型国家提供有力的制度支撑。一方面，专利管理部门要积极解决执法事件中权限弱化、资源不足、手段缺乏等“保护不力”的现实问题。企业千辛万苦研发出来的技术，其他企业可以不费力气窃取，而保护之不力，严重影响企业创新的动力和活力。另一方面，过高的执法力度有可能窒息创新。由于权利范围的模糊性及专利授权中问题的不可避免，如果执法存在很强的威慑力，会使人们在创新中如履薄冰，这与大胆创新的理念相悖，会危害或窒息创新。再则，技术进步和创新依赖于交流和共享，甚至需要使用或实验方可获得改进，仅有专利权的公开制度并不能够满足此要求。因而，对于未经许可实施他人专利权的行为一律严厉惩处未必有利于创新。^⑪而且，专利权是一种推定有效的权利，如因一项可共享的技术而受到严惩，可能会产生难以弥补的社会不公，因而执法力度过高也会窒息创新。而相反，如保护力度太低，则不能确保知识的“专属性”和创新回报，研发者没有动力进行技术创新。因而，“执法要具体划清边界，对于权利的保护不是越宽越强越好，而是要在依法的前提下，以有利于最大限度地促进创新为目标，尽可能做到恰如其分和宽严适度。”^⑫

(三) 执法方式：符合私权本性的旨趣

强调专利权的私权属性对于行政执法的理念转变也具有重要意义，专利侵权执法应充分尊重专利权属于私权的事实，考虑当事人的意思自治，以必要的柔性服务介入。

^⑨ 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》2013年第9期，第168页。

^⑩ 根据学者有限的实证研究，现有的工作实践表明，从处理类型来看，我国在专利侵权纠纷行政执法中撤回请求的比较高，反映出专利侵权行政处理的无效率，是执法绩效不高的表现，无法满足对于专利保护的需求。（乔永忠、杨雨蒙：《我国专利侵权纠纷行政执法结案方式实证分析》，载《科技管理研究》2014年第11期，第138—142页；万里鹏：《我国专利行政执法制度实证分析》，载《科技管理研究》2015年第9期，第119—123页）

^⑪ 康添雄：《专利侵权非罪化辨析》，载《知识产权》2014年第1期，第49页。

^⑫ 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42页。

1.行政指导。立法者总是希望法律规范尽可能涵盖未来科技的发展,但是由于技术进步迅速等原因,专利领域中的法律规范经常会存在滞后性问题,而有时采取法律手段或许并不是最佳选择,这时由行政机关采取劝告、说服、建议等非强制措施取得相对人的协力来达到行政目的,是比较理性的选择。“《TRIPS协定》第41条提出的关于知识产权执法的3条最低要求中,第1条就是:‘防止侵权的救济’,实际上他就属于具有保安性质的行政指导措施。”^⑬

2.行政调解。行政调解是行政机关对民事侵权领域干预最小的一种解纷机制。现行法将行政调解作为一种行政执法来定位,但从本质上讲,行政调解是为专利纠纷当事人提供的一种行政服务,^⑭专利的最终目的是实现其生产力的转化,促进技术交易与运用是专利制度的重要价值。从这一角度,“行政调解方式提供了专利权从侵权行为向行政许可的转换,同时也为专利权技术扩散和生产力的转化提供了合法途径。”^⑮当企业的专利被侵权,通过调解得到另一方使用专利的赔偿,相当于变相给予其使用专利的许可,实现从侵权到应用的转变,迎合了企业期望专利推广应用的实际。其实,在专利纠纷解决中,存在更多的利益博弈、妥协与合作的可能性,权利人也是“经济人”,只要合作可以得到经济剩余,双方总会努力去寻求互利互赢的利益结合点。^⑯行政调解的运用正契合了专利纠纷的这一特点,符合私权本性的旨趣,所以在修法的过程中应予以积极提倡。

(四) 行政执法与司法保护:合理边界中的互动

保留专利侵权行政执法,必须充分尊重司法保护在专利保护中的主导作用,此为各国之成例。从法理上来说,行政执法的目的侧重于公权,而司法保护的是私权,所以司法主导的定位符合知识产权私权保护的本质属性和客观规律。

司法和行政双轨制的专利执法体制并非“平行的双轨”,司法保护具有最高性和终局性,行政保护仅是司法保护的有益补充和辅助,两者应遵循严格的界分,遵循权力分工理念,在各自管辖领域内发挥作用。立法应在坚持加强司法保护不动摇,树立司法权威的前提下,优化行政执法以更加有效地保护专利权人的利益。

行政执法与司法保护的合理边界客观要求建立两者之间的衔接机制,才能确保行政执法与司法保护的有效互动。首先,行政执法应与司法保护密切协调和配合,弥补司法保护的不足,形成专利权保护的整体合力。比如对于人民法院判决侵权成立的案件,侵权人继续实施侵权行为的,专利行政部门可以依职权或利害关系人申请,对该重复侵权行为进行处罚,以保证司法权威。其次,应建立行政机关与人民法院受理案件的合理分流机制,引导当事人合理选择救济机制;第三,行政执法和司法保护的规则 and 标准力求统一,以此减少两者在运行中发生冲突导致的社会资源消耗。

三、修法中有关边界问题的评判

2015年4月,《专利法修改草案》(征求意见稿)全面增强了专利侵权执法的范围和力度,尽管在一定程度上能满足专利权人的需求,但总体上过度介入私权领域,有违专利权是私权的特点和规律。2015年12月,《专利法修订草案》(送审稿)在执法的力度上则有所限缩。基于以上合理边界的阐述,对修法的几个具体问题进行评判。

第一,关于对恶性侵权行为的主动查处和行政处罚。《征求意见稿》和《送审稿》均增加了对恶性侵权行为的主动查处和行政处罚制度,引起了很大的争议。^⑰恶性侵权行为损害的不仅是专利权人个人的利益,且破坏市场竞争环境与创新秩序,影响产业发展与持续创新,最终危害的是社会公共利益,公权力机关由此介入是为了防

^⑬ 郑成思著:《知识产权论》,法律出版社1998年版,第618页。

^⑭ 根据我国现行《专利法》、《专利法实施细则》和《专利行政执法办法》的规定,专利行政执法包括三个方面的内容:第一,处理专利侵权纠纷(这种处理其实就是一种行政裁决,因为包括了对于侵权的认定);第二,调解专利纠纷;第三,查处假冒专利行为。据此,通过行政手段解决专利侵权纠纷有两种途径:行政裁决和行政调解,现行法将行政调解作为一种行政执法的定位其实有失妥当。

^⑮ 苗妙、魏建:《知识产权行政执法偏好与企业创新激励》,载《企业经济研究》2014年第6期,第108页。

^⑯ 凌斌:《法律的性质:一个法律经济学视角》,载《政法论坛》2013年第5期,第7页。

^⑰ 参见《专利法修订草案》(送审稿)第60条第2款;《专利法修改草案(征求意见稿)》第60条第2款。

止“市场失灵”问题。至于恶性侵权行为的行政处罚，涉及到的是行政权介入的限度问题，《送审稿》较之《征求意见稿》在处罚的范围上有所限缩。如前所述，保护产权人的利益并不是专利制度的全部使命，行政处罚具有执法上的主动性和威慑性，如一味强调行政处罚对于保护力度的加大，可能会抑制社会创新活力，并造成对私权的过度入侵。《征求意见稿》明确对于“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”均可进行处罚，《送审稿》则将处罚范围限缩到“重复侵权”行为，这表明对于行政权克制性使用的姿态。但是，制度的可操作性需要有明确的概念和制度内涵，何为“群体侵权”、“重复侵权”以及“扰乱市场秩序”，应有一个明确的认定标准，否则在实践中如何区分恶性侵权行为与普通侵权行为将很难操作，为执法不当或错误埋下隐患。执法人员为避免专利执法信息公开的压力，也可能会选择不作为。如缺乏法治约束和科学的制度安排，将会导致更为严重的“政府失灵”。

第二，赋予专利行政部门行政强制措施。“责令停止侵权行为”是专利管理部门对专利侵权行为的处理决定，但由于缺乏保障该决定得以实现的措施，这种处理既无法有效约束侵权人，也会挫伤执法的积极性，成为行政处理侵权纠纷这一制度的最大诟病。《征求意见稿》第60条第1款里增加了销毁、没收的行政强制措施。但是，销毁是一种非常严厉的行政强制措施。在专利领域存在可能没有主观过错的情况下侵犯他人专利权的情形，有的专利侵权产品也完全具有与合法产品相同的利用价值，如果予以销毁会造成社会资源的浪费。而《送审稿》对于一般侵权行为和恶性侵权行为区分执法，行政执法在一般专利侵权行为中的介入程度止于“责令停止侵权”这一处理决定，对恶性侵权行为只可采取没收的行政强制措施，在执法力度上有所降低，这样的修改也是较为合理的。

第三，关于对涉嫌侵犯专利权行为的调查取证问题。为解决“举证难”的问题，《送审

稿》规定专利行政部门有权对“涉嫌侵犯专利权行为”或者“假冒专利行为”进行“处理和查处”。^⑮《征求意见稿》的表述是对此两种行为可以“查处”，这样的表述意味着在程序的启动上，专利管理部门针对任何涉嫌侵犯专利权的行为可以单方主动出击。“如果一味强调行政执法人员可以随时随地进行行政执法，可能会干扰当事人的市场策略和市场运营，导致执法不当，也会严重违背知识产权是私权的特点和规律。”^⑯而《送审稿》的修订内容则隐含了可依申请或依职权启动调查程序的意味，但何种情形下应当主动查处，何种情形下可依申请处理，以及权限范围均应做明确的规定。仍需斟酌的是，为解决“举证难”的问题便要专利管理部门化身为冲锋战士，效果是否会更好。“举证难”的原因有很多方面，专利权人权利意识薄弱也是缘由之一，修法应对问题的存在进行全面客观的检视，而不是一味加大执法力度。

第四，关于行政调解协议的效力。根据《送审稿》第61条，经司法确认的行政调解协议取得强制执行效力，专利管理部门由此取得对于专利侵权损害赔偿的判定职能，避免了循环诉讼以及行政和司法资源的浪费，能充分发挥行政调解化解纠纷的效果。但是由此带来的行政程序与司法程序的衔接机制，是否还需经过司法复审，如何进行，仍需立法的明确。

显然，《送审稿》较之《征求意见稿》，已经注意到专利行政执法与专利权私权属性的边界，考虑到公权介入给私权带来的风险，对介入的程度有所克制，但专利法的后续修改仍应审慎对待行政权介入民事领域的边界问题。

第一，专利侵权行政执法也不是单纯的一味“强化”或一味“弱化”。而是该加强的要增强，该弱化的要弱化，专利管理部门要做到有为而有所不为。危及到公共利益和公平竞争秩序的专利侵权行为，理应落入公共治理的范畴，要求专利管理部门适度的积极作为，只是要特别注重制度的科学安排。对于行政裁决职能，理应属于

^⑮ 参见《专利法修订草案》（送审稿）第67条第1款；《专利法修改草案（征求意见稿）》第64条第1款。

^⑯ 李芬莲：《中国知识产权执法的困境和出路》，载《广东社会科学》2014年第3期，第234页。

司法救济范畴，但《送审稿》对此未作任何缩减，反而由于调查取证措施的采取而进一步强化。目前专利管理部门裁决专利侵权纠纷的数量虽然仍在平缓上升，但是其成本低、效率高的优势未必就具有必然性，行政裁决职能的全面存在已无足够的必要性。所以，建议后续修法进一步限缩行政裁决的范围，逐步将其交给司法。

第二，特别注重相对人的程序性权利保障。程序并不是次要的事情，程序公正才能保证实体公正，行政权的介入才可以让人容忍和接受。立法尤其要重视专利侵权行政执法中相对人程序性权利的法律完善，旨在以权利制约权力，让相对人拥有一个确获保障的私人领域。

第三，立法应充分鼓励专利权人的积极性，保护私权的效果才会更好。政府的基本职责在于提供权利保护的机制和环境，如健全司法体制、消除地方保护、提供优质行政服务、创造

社会尊重知识产权的氛围等，而不是越俎代庖替权利人行使权利。政府大包大揽甚至主动冲锋在前，会导致政府职能的错位，不仅与当下行政体制改革相违背，更不利于培养权利意识和加强权利保护。

结语

尽管专利侵权纠纷行政执法仍有保留的必要性，但修法应审慎对待行政权介入民事领域的边界问题，应坚持专利权为私权的基本理念，进一步反映和回归专利权的私权属性。立法应区分对待不同类型的执法行为，行政查处的范围以公共利益和公平竞争秩序为限，行政裁决专利侵权纠纷应予以限缩，以提供优质服务为执法理念，大力倡导行政调解在专利侵权纠纷中作用的发挥，并坚持以正当的程序规制来保证权力行使的合理边界。■

(上接第71页)

专利权人的技术研发是逐渐深入，可能会针对某系列产品申请多件专利。每个专利并不是孤立存在的，专利权人在专利管理过程中，需要考虑专利布局问题。

如厦门珈昕偏光科技有限公司(以下简称珈昕公司)与厦门虹泰光电有限公司(以下简称虹泰公司)侵犯专利权纠纷申请再审案^⑬，虹泰公司主张其“定位齿”为功能性技术特征，被诉产品的“凹入部”落入“定位齿”的保护范围。但是，虹泰公司在涉案专利无效宣告程序中为了维持专利权有效，认为“凹入部”是凹凸配合结构，而“定位齿”是槽齿配合结构，两个不相同，也不等同，从而最高人民法院认定珈昕公司不构成侵权。其中，被珈昕公司引用无效宣告的对比文件为虹泰公司自己的专利(专利号为200620118294.9)，而此专利因未缴纳年费，于2013年6月6日专利权终止，而涉案专利于2012年1月11日获得授权。可能虹泰公司出于经济效益角度考虑放弃原专利权，造成后续的无效宣告中处于被动地位，而且经过无效宣告程序、一

审、二审以及再审所付出的成本更高。如果虹泰公司维持原专利权有效，则在此诉讼中能处于有利地位。

专利权人为了维持专利权有效，对权利要求保护范围做出了选择，此时不能在后续的诉讼中再次做出重新选择，从而导致败诉。因此，专利权人需要做好专利布局的工作，对其所有专利进行整合，运用专利信息分析方法对相同系列产品的保护范围进行分析，构建专利保护网，做到保护范围层次清晰，保护方法科学。

结语

一直以来，对于功能性技术特征的研究围绕其界定以及解释进行，本文从专利权人角度出发，在对现有法律法规和解释原则进行梳理的基础上，认为功能性技术特征的实质是技术特征，是为技术服务的。专利权人使用功能性技术特征时，结合最高人民法院的判例，认为需要注意以下几个方面的问题：第一，专利申请文件的撰写质量；第二，注意功能性技术特征抗辩与其他抗辩理由的协调；第三，专利布局。■

^⑬ 参见(2014)民申字第757号。