

doi:10.11835/j.issn.1008-5831.2017.04.010

欢迎按以下格式引用:邓文武.知识产权纠纷行政调解的服务转向和制度供给[J].重庆大学学报(社会科学版),2017(4):86-94.

Citation Format: DENG Wenwu. Service transformation and institutional supply: The administrative mediation of intellectual property disputes[J]. Journal of Chongqing University(Social Science Edition),2017(4):86-94.

# 知识产权纠纷行政调解的 服务转向和制度供给

邓文武

(中南大学 知识产权研究院,湖南 长沙 410012)

**摘要:**知识产权纠纷行政调解被视为是一种行政执法行为,公权力的过度介入往往带来权力的滥用,违背当事人行政调解中的自治性,进而侵犯当事人的合法权益。由传统的行政执法模式转变为现代的行政服务模式,既是当代知识产权纠纷行政调解的发展趋势,也是建设服务型政府的应然要求。从知识产权纠纷行政调解的制度嬗变、制度借鉴、制度设计、制度确立等角度系统地诠释服务模式下的知识产权纠纷行政调解制度,能为未来的调解架构设计和操作实践匡明思路 and 方向,提供相应的理论参考。

**关键词:**知识产权纠纷;行政调解;行政执法模式;行政服务模式

中图分类号:D923.4

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2017)04-0086-09

随着“十三五”时期公共服务行政的发展,知识产权纠纷行政调解制度将在中国知识产权行政保护体系中扮演着愈来愈重要的角色。由于受到传统执法模式的限制,目前在知识产权领域,行政调解的功能并没有得到有效的开发和培育。与此同时,学界针对知识产权纠纷行政调解的研究并未引起足够关注<sup>[1]</sup>,这种理论的滞后与知识产权纠纷调解实务的发展形成了强烈的紧张关系,如何冲破传统行政执法模式的桎梏,实现制度建构的创新,使其在现实中更具活力,并向现代的行政服务模式巧妙过渡,是一个颇具实践意义的论题。

## 一、制度之嬗:一种社会历史学语境的解读

### (一)从身份到契约的映射

19世纪,英国历史法学的集大成者亨利·梅因在《古代法》一书中,以穿透历史的眼光洞悉制度的理性发现了伟大的社会演进规律,并概括出“从身份到契约”的发展公式。在梅因的视域里,身份在古代是个人对父权制家庭的隶属关系,是一种先赋的固定不变的条件,古代社会每个人被定格在家庭和群体的网络里,凝为一种常驻不变的人格状态。但在现代社会,随着家族依附的消亡,身份的束缚性逐渐淡化,表征身份的地位、权威也开始弱化,身份更多地被个人义务的增长所取代,只能在整体契约化的框架下有限存在,退守

修回日期:2017-03-16

**基金项目:**国家新闻出版广电总局部级社会科学研究项目“广电媒体和新媒体融合发展中的版权问题研究”(GD1637);中南大学中央高校基本科研业务费专项资金“云时代知识产权网络执法问题研究”(2015ZZTS133);中南大学大学生创新训练计划项目“大学校园互联网+技术交易手机平台建设”(CT2016019);法治湖南建设与区域社会治理协同创新中心平台建设资助项目

**作者简介:**邓文武(1982-),男,湖南郴州人,中南大学法学院博士研究生,湖南省知识产权研究院兼职研究员,主要从事知识产权法研究与实务,Email:dengwenwu2008@qq.com。

一隅。契约是一种基于当事人意思自治而对各自权利义务的平等约定<sup>[2]</sup>。在社会的运动发展中,家族不断地被个人取而代之,源自家族的各种权利义务关系也逐步被新的契约关系所代替,基于个人的自由合意产生新的契约秩序。正如梅因所言,当今之社会格局不同于旧日之历代秩序的不同之处,主要在于契约在社会交往活动中的重要性相异,所占之范围有别<sup>[3]</sup>,恰恰是这种变化彰显了人类文明的进步,描述了人类发展史的实质性变迁。

从身份到契约是现代法治社会发展的主导性趋势,是人不断走向自由和独立的必然过程。在当今中国,整个社会历经了全面改革开放,无论是国家经济体制还是社会文化风气,都深深地印记着“从身份到契约”的社会转型。在市场经济条件下,商品生产和交换已充斥整个社会,竞争与妥协也制约着每个个体,个人可以通过自由订立协定为自己创设权利、义务和社会地位而不受制于国家机构的权威或干涉,社会秩序之重建内在地开始朝着契约性整合的方向发展<sup>[4]</sup>。具体到知识产权纠纷领域,上述社会发展趋势允许交易主体通过契约式的自愿达成某种程度的妥协和解以解决知识产权纠纷。这种契约化解决纠纷的主张相应地要求参与调解的国家机关是以服务的姿态介入,积极促成当事人之间的纠纷化解,而不应该以执法的形式强迫交易主体扭曲自己的意愿达成。

## (二)从冲突到和谐的呼唤

当今,中国正处在一个从传统社会进入现代社会、从农耕文明迈向工业文明、从封闭式管制过渡到开放式治理的转型期,随着改革开放的不断深化,社会格局发生了急剧变迁,体制机制遭遇了重大变革,利益关系面临着巨大调整,思想意识得到了深刻重塑。这种空前的社会之大变局、利益之大调整、资源之大整合,虽然推动了中国经济社会的蓬勃发展和公民意识的增强,但同样带来了或显性或隐性的各种矛盾和纷争,暴露出各式各样的问题和病症。由于人们日益增长的经济文化需求、社会意识的多样化和利益格局的切割化,不同的群体有着不同的利益主张和思想倾向,这就不可避免地滋生出复杂多重的利益关系,出现多元价值观的冲突与碰触,促使各种社会矛盾产生。这种情况下,如何化解各类矛盾和问题,建设社会主义和谐社会,便成为一个需要重视的问题。

欲发挥某种制度的解纷功能,其前提性条件就是要有适合其生长的制度性基础。也就是说,无论这种纠纷解决机制的形态如何、功能怎样、运行是否顺畅、效果是否明显,都是由其现实基础和实践条件所决定的。一般而言,在社会平稳发展的条件下,社会可以适当鼓励当事人积极提起各种诉求,主张权利,同时适当强化司法审判功能。但在当今社会矛盾积聚的转型期,必须慎重对待和及时妥善处理各种纠纷和诉求,充分利用协商调解机制化解矛盾,实现对社会的有效治理。因为调解不仅具有终结诉讼的效果<sup>[5]</sup>,同时它还能通过抑制纠纷维持公共秩序和经济活动的有序运作。从法治文化来看,从冲突到和谐也是中国传统伦理观念的延续性要求。中国古代十分注重“和”文化,强调“天人合一”“以和为贵”“和谐大同”,合意型的调解解纷方式有着本土文化的根基。由于传统的行政执法模式与社会需求愈来愈不符,要求知识产权纠纷行政调解必须由刚性压制转变成柔性劝说的行政服务模式,这样才能彰显这一机制的时代特色。

## (三)从控制到疏导的渐变

纵观人类发展史,社会的发展是由身份社会走向契约社会,国家政治组织的使命是由攘狄安邦、控制臣民走向维护公共秩序、疏导利益配置,通过强权介入的刚性控制手段正在逐渐让位于通过疏导方式的柔性治理方式。“控制”一直是政治国家的伴生品,无论是融法入儒的中华法系,还是中世纪教法合一的大陆法系,抑或先例约束的英美法系,控制治理手段从未退出过历史的舞台。进入21世纪后,尤其是互联网时代的到来,民主呼声日益高涨,国民素质大幅提高,光靠传统的控制手段堵不住个体权益主张的洪水,必须要向疏导的治理手段发生转变,由堰塞悬河变成排洪泄滞。

在以往,政治国家对市民社会的钳制,主要通过诸如法律、规训、纪律、道德、神旨、权力等手段进行强制性控制,通过这种控制实现对反社会行为的抑制和对越轨行为的预防,进而以行为约束来维护社会秩序。随着服务型政府的建设,政治国家对市民社会的影响,则更多地通过观念的道义力量来影响人的思想,包括习俗、道德、宗教和舆论对人们的内在教育和疏导,并借助对现有制度体系的证成和正当性诠释来实现人们自动自发遵循社会规范和自觉自愿接受秩序安排的目的。在庞德看来,所谓社会控制(social control),就是

以某种工具或社会力量,使人们臣服于有特定目的的法律社会工程中,在这里人们能遵纪守法,捍卫和维持秩序的安定<sup>[6]</sup>。庞德认为,控制不单指权力控制,也指对人性的控制,在一定程度上暗含有疏导之意。中国正处于社会转轨的关键时期,以国家权力为中心的传统社会控制体系开始弱化,这在多发性、复杂性的知识产权纠纷领域表现得尤为突出,以前行政执法模式的调解由于不利于缓解当事人之间的利益冲突,有违当事人的真实意思,导致执行率低,这就促使其向行政服务模式调解转型,以疏导、对话、协商的方式,鼓励当事人在合意的基础上和平解决纠纷,谋求各方都乐于接受的调解结果。

## 二、制度之鉴:一种比较分析法的研究

知识产权行政调解是中国纠纷解决机制的一个有机组成部分。放眼全球,有些国家的知识产权行政管理机关并不直接执法,而是交由警察或海关等部门强制实施,但仍在其职权范围内积极作为,为知识产权的纠纷解决探索了有效的行政服务道路。在倡导服务型国家的时代,如何充分发挥行政主体在知识产权纠纷调解中的优势和作用受到了许多国家和地区的高度重视。

### (一)世界知识产权组织仲裁和调解中心的调解程序

当今世界,与知识产权创造和使用相关的交易越来越具有国际性,而创新模式也正在发生巨大的变化,由多方参与者订立合同、共同创造和共享知识的开放式创新更为常见。这也导致了国际知识产权纠纷的大幅增长,国际范围内出现了大量的对知识产权纠纷调解服务的需求。世界知识产权组织仲裁和调解中心是隶属于世界知识产权组织国际局的一个行政管理单位(an administrative unit),于1994年成立。该中心主要是为商业实体提供仲裁和调解服务,以解决其在商事交往活动中的知识产权摩擦或纠纷。根据《世界知识产权组织调解规则》之规定,知识产权纠纷的调解程序主要有单方调解、先调后裁两种类型<sup>①</sup>。其中,调解程序的启动由当事人申请,调解员的确定可以由双方协商选任或由中心指定,调解方式可以选择引导式调解或评判式调解,调解员的角色定位于始终为当事人沟通提供便利、评估、撮合的服务。在这里,引导式调解不作实质性评判,也不对实体内容发表意见,只为当事人提供程序性的沟通渠道;评判式调解则可以提出不具约束力的评估意见和可供选择的调解方案,是否接受则由双方自主决定,即使双方当事人作出选择也没有任何强制性的执行力。如若一方不履行,对方只能再寻求司法途径予以救济。而先调后裁程序是指先经过调解程序予以救济,如未在指定期限内达成一致,导致调解失败或一方拒绝,则转为仲裁程序予以强制解决,这可以促使双方更积极善意地对待调解。由于该中心能以温和又不失专业的方式解决知识产权争端,因此备受世界各地自然人或企业的青睐。由此可知,WIPO调解程序的服务定位明显有别于中国过去一直奉行的执法定位,其作用机理值得我们深思。

### (二)英国知识产权局增设的调解服务

自20世纪90年代以来,英国知识产权局开始大力提倡当事人利用调解程序来解决知识产权纠纷,并于2004年修改《专利法》新增第74条,规定任何人可以请求专利局在专利有效性或侵权问题上给出一个不具有约束力的意见。在新的商标异议程序中,也规定了更长的冷却期,以促成当事人尽量采用协商调解方式。从2006年4月起,英国知识产权局正式对外提供具有保密性、中立性和自愿性的“调解服务”(mediation service),协助所有适合调解的案件当事人进行调解。他们做法的独特之处在于区别了适合调解的案件和适合审查或诉讼的案件,将调解锁定在服务的范畴内,主要从积极因素和消极因素两个方面来考虑相关纠纷是否适用调解程序<sup>②</sup>。对于涉及公共利益的考量,不论是对商标显著性条件、商标异议和对无效程序中绝对条件的认定,还是对专利权有效性的认定,都需要通过英国知识产权局的审查核准,限制由当事人以私人间协商谈判的方式来解决。

①WIPO仲裁与调解中心管理的ADR程序主要有:单方调解、先调后裁、单方仲裁、快速仲裁和域名争议解决程序。针对不同的争议解决程序WIPO仲裁与调解中心分别制定了《WIPO调解规则》《WIPO仲裁规则》《WIPO快速仲裁规则》《WIPO统一域名争议解决规则》等。

②英国知识产权局建议当出现下列积极因素的时候,调解可能具有优势:诉讼成本过高;问题高度复杂或者涉及多方当事人;当事人涉及多个诉讼;双方当事人现有的谈判中已面临僵局;当事人在争议解决后仍希望继续维持其原有的合作关系;争议涉及敏感资讯的披露;双方当事人不希望诉讼过程中公开隐私与争议等。当出现下列消极因素时,则不适合调解:纠纷通过诉讼程序可以迅速得以判决;当事人迫切需要禁止令或者其他保护性救济;有必要使该案例成为判例;双方当事人希望获得社会公众的关注等。

英国知识产权局的调解服务由其内设机构“查询和建议服务处”来提供<sup>③</sup>,有一支处理知识产权纠纷技术娴熟、经验丰富的调解员团队,任由当事人自主选择。选择调解员时,英国知识产权局建议当事人应注重于该调解员能否为当事人所信赖、能否把控调解现场的紧张僵着状态、能否抓住调解的问题症结和双方的利益需求、能否提出令双方满意的可行方案。为了能更便捷、更有效地解决知识产权纠纷,调解程序应充分尊重当事人的合意,即使调解无法达成,仍可请求调解员制作一份不具有拘束力的调解条款建议书,在今后的诉讼中为法官裁判提供重要的参考。若当事人达成调解协议,该协议原则上仅具有民事合同效力。若当事人认为有必要时,也可以请求法院将调解内容制作成同意令(consent order),使其具有强制执行的可能。此外,在英国虽然注重调解的非强制性,但法院仍可对无理拒绝调解或不理会法庭调解建议的一方采用诉讼费用罚则,以激励双方在某些具有调解适宜性的案件中尽量选择调解方式<sup>[8]</sup>。

无论是调解建议的制定,还是对调解程序的把控;无论是调解场域的布置,还是调解时间的安排;无论是调解人员的设置,还是调解协议的达成,其方方面面都体现了英国知识产权局对于调解制度的服务精神有着充分的理解和把握,充分尊重当事人的意愿,强调提供高效便捷的行政服务。这不同于中国现行的行政执法模式下的知识产权纠纷行政调解,更适合于知识产权争议解决的高度专业性以及商业竞争层面的需求。

### (三) 韩国政府支持下的知识产权纠纷行政调解

韩国知识产权行政管理机关包括专利厅(专利、商标及新知识产权)、文化观光部(版权)、信息通信部(计算机软件)及其下设的各类审议调解委员会。其中,专利厅下设的布图设计审议调停委员会主要是审议布图设计权、独占利用权和普通利用权等相关事项,调解法律保护权益等相关纠纷,其审议职能带有咨询性质,而调解职能具有纠纷仲裁机构的职能。著作权审议调停委员会<sup>④</sup>是于1987年7月1日依据《著作权法》设立的法定委员会,隶属韩国文化观光部,是韩国对版权业务进行实质性管理的主要机构,主要职能为审议、登记版权以及调停版权有关纠纷。依据《计算机软件保护法》设立的计算机软件审议调解委员会<sup>⑤</sup>,是保护软件知识产权的专门机构,隶属于信息通信部<sup>⑥</sup>,主要是审议计算机软件著作权及与软件相关的事项,调解计算机软件相关纠纷。2002年,韩国信息通信部在韩国互联网信息中心下设域名纠纷调解委员会,专门负责与国家互联网域名(.kr)相关纠纷的调解。

在韩国,如果纠纷当事人利用知识产权调解制度,调解程序简便,调解费用极其低廉且可免交,除商标、专利等无效、撤消判断以外的知识产权纠纷都可申请调解,其中最突出的也最有成效的是著作权纠纷调解制度。“韩国模式”的特点是建立了政府支持下的著作权社会管理体制,尊重著作权的私权属性和市场规律,同时又全面考虑到了著作权管理的特殊性以及亚洲发展中国家的法治文化。韩国采取下设半官方机构的方式将大量著作权行政管理事务下放,将行政调解交由韩国软件著作权委员会和韩国著作权委员会这两个机构具体负责。著作权纠纷调解可以保密,一旦调停成立,便具有与通过裁判达成的和解同等的效力;如调停内容未被履行,根据韩国大法院规定,委员会拥有自所在地法院取得强制执行函、无需再经裁判即可强制执行的权力。也就是说,双方当事人一旦达成调解协议,权利义务关系就此确定,任何一方不得再行起诉,其生效后,便具有和生效判决同样的法律效力,可以作为强制执行的依据<sup>⑦</sup>。

③“查询与建议服务处”设置在英国知识产权局,所提供的服务原为商标检索与建议、新式样设计检索、可专利性信息检索、专利不侵权信息检索、专利有效性检索以及研究成果授权等相关信息。在英国知识产权局决定增加调解这一纠纷解决方式后,在该服务处便新增了调解服务的内容。

④著作权审议调停委员会于2007年7月随着新修订的著作权法的施行而改称为“著作权委员会”。

⑤计算机软件审议调解委员会后来改称“软件著作权委员会”,韩国现行《计算机程序保护法》第5章对其职能有专门规定:(1)软件著作权保护,包括软件著作权事务审议,软件著作权争端的调停、调解和仲裁以及软件著作权鉴定;(2)促进软件的合法使用,包括进行教育和宣传、建立软件著作权管理系统、设立软件盗版报告中心;(3)软件综合管理,包括软件登记、软件源代码托管、软件信托管理;(4)法律和政策研讨,包括进行调查研究、开展国际交流等。

⑥长期以来,韩国著作权保护由文化体育观光部管辖,计算机程序保护则由信息通信部管辖。2008年信息通信部被并入新成立的知识经济部,知识经济部取代信息通信部主管软件产业,但不再管辖计算机程序保护,软件著作权保护的职能划归文化体育观光部,该部成为同时管辖著作权和计算机程序保护的部门。

⑦韩国的《软件产业振兴法》规定的软件事业纠纷调解委员会、《电子商务基本法》规定的电子商务纠纷调解委员会、《发明振兴法》规定的产业财产权纠纷调解委员会等机构所进行的调解,在效力上等同于民法上的和解协议。

虽然韩国知识产权调解制度具有鲜明的司法色彩,通过立法直接赋予行政调解协议以等同于司法调解的效力,使其产生类似司法裁判的法律效力,但这种调解既不像仲裁一样要求选择程序及准据法,也不像诉讼一样公开进行,但在处理纠纷过程中要求尽可能吸纳当事人的意见,因而具备了更多的服务性特征。

#### (四) 中国台湾地区比较成熟的著作权纠纷行政调解机制

中国台湾地区较好地传承了很多优秀的文化传统,也十分倡导“和”文化,因此在纠纷处理中很重视调解,并在历次知识产权相关的法律修订及机构设置中陆续将行政调解机制引入到知识产权法律体系中。在著作权法领域,专门出台了《著作权争议调解办法》《积体电路电路布局鉴定暨调解委员会设置办法》《经济部智慧财产局著作权审议及调解委员会组织规程》等,其中新修订的《著作权法》第82条在主体方面、程序方面、效力方面、错误纠正方面都做了明确规定,内容系统全面,制度相对合理。根据该法相关规定,行政主管部门设置著作权审议及调解委员会,办理下列事项:(1)为教育目的利用他人已公开发表著作涉及的使用报酬率之审议;(2)著作权中介团体与利用人间对使用报酬争议之调解;(3)著作权或制版权争议之调解;(4)其他有关著作权审议及调解之咨询。

在中国台湾地区,著作权审议及调解委员会制作的调解书本身并没有法律强制力,但可以通过专门的司法审核赋予知识产权纠纷行政调解书以法律效力。根据相关法律规定,调解书须由著作权审议及调解委员会在做出后7日内及时送至管辖法院,予以司法审核,否则将不具备强制执行力。由此可见,虽然说调解书是由行政机关主动送请法院审核,带有类似中国大陆执法模式的痕迹,但这样做的前提是充分尊重当事人双方所为的程序处分意愿,促使已达成的调解协议尽快实现,为当事人提供更高效、便捷的服务。法院应尽快审核调解书,除有违反法令、公序良俗或不能强制执行者外,应由法官签名并盖法院印信,除抽存一份外,发还著作权主管机关送达当事人。调解经法院核定后,当事人就不得再对同一案件提起诉讼,也不得向其他机关请求告诉或自诉。一旦民事调解获得管辖法院的核定,该调解就与民事判决具有同一的确定力和执行力;经法院核定的刑事调解,以给付金钱或其他代替物或有价证券之一定数量为标的者,其调解书具有执行名义。此外,还规定了行政调解协议的司法救济程序,即民事调解经法院核定后,有无效或得撤销之原因者,当事人应于法院核定的调解书送达后30日内,向原核定法院提起宣告调解无效或撤销调解之诉。由此,在一定程度上实现了著作权纠纷行政调解与司法程序的良性衔接,不过行政调解是否具有强制执行力仍有赖于公权力的作为及服务功能的发挥。

从WIPO仲裁与调解中心及英、韩、中国台湾地区的知识产权纠纷行政调解实务中,不难发现各地的行政调解存在一种趋同化现象,更多地强调行政管理机关在知识产权纠纷处理过程中的服务倾向,管理机关能够最大化地尊重当事人之间的自由协议,而非使用强制性的意志逼迫当事人双方或向有主观偏袒的一方妥协。而且,这种趋势随着服务理念倡导,在世界各国越来越得到强化,这就要求我们必须对中国现有的知识产权纠纷行政调解制度进行新的审视和构建。

### 三、制度之维:一种基于建构论的应然设计

建构论(constructionism)是20世纪80年代以来兴起的一种试图超越现代主义和后现代思想的科学理念,寻求的是理解个人的和主体间的意义和动机,认为人能积极创造或主动建构社会世界,而社会是人类意图的产物,是主观见之于客观的改造。从人类理性出发,行政服务模式下的知识产权纠纷调解机制会是怎样的,应从哪些维度进行建构,笔者试从以下方面予以阐述。

#### (一) 调解主体的居间性

知识产权纠纷行政调解是双方当事人就知识产权引发的民事纠纷,提请知识产权行政主管部门予以解决,其不是采取压制性的方式,而是在其职能范围内采取服务性的方式,对当事人予以劝导、说服、调和,使其在共情性的平等交涉中予以互谅互释,并达成一致协议的过程。从调解制度的主体结构看,调解制度有别于诉讼制度中的“等腰三角形”结构,更多的是一种线性结构,行政调解机关居于“关系线”的中间,线端为纠纷的双方当事人。这种关系结构与诉讼主体结构的不同在于诉讼程序中法官是居于等腰三角形的顶端,以超然中立的态度进行居中裁判,力求做到不偏不倚,而调解程序中行政管理机关的调解员是融入到当事人的关系线之中,以居间调处的方式进行斡旋,通过教育疏导促成当事人各方自愿达成解纷方案。究其不同,这是由行政调解制度的本质属性所决定的,有学者认为行政调解解决纠纷属于行政机关在行使管理职

能时的附带行为,不是行政处分行为,本质上符合行政指导行为的特征和原则<sup>[9]</sup>。行政指导多为实现一定行政目的之行为,将行政调解定性为行政指导仍待商榷,但属于广义上的行政服务行为却无疑义,正是这种服务性使得知识产权管理机关要转变以前执法模式下的错误定位,将角色重新拉回到居间服务的地位,调解员既不能像法官一样消极被动,又不能像执法人员一样强制主动,但应积极为当事人双方提供解决纠纷的沟通机会与互动平台。在知识产权纠纷行政调解过程中,调解员要从服务的角度帮助当事人澄清争议事实,向当事人传递与纠纷有关的法律信息,界定并明晰双方利益与观点,用倾听和化解的方式而非“逼人就范”的执法手段来软化彼此的对立情绪,消解双方分歧,引导其就纠纷解决方案进行协商,促使调解协议达成。

## (二) 调解范畴的相容性

一种纠纷解决机制的生命力,不仅体现在其程序设计的合理性,或具有与其他纠纷解决方式的差异性,能填补其他方式功能设计的空白外,还体现在其调整范畴的相容性,能吸纳足够量的各种争议。目前,中国的知识产权纠纷涉及确权、侵权、许可、转让、出资、奖励、异议、复审、无效等多种类型,但专利、商标、集成电路布图设计、奥林匹克标志、动植物新品种等相关的法律法规仅就侵犯相应知识产权的赔偿数额规定了调解,甚至在著作权领域尚无可以适用行政调解的明确法律规定。2010年修订的《专利法实施细则》第85条对于可调解的5种专利纠纷予以列举,包括专利权和专利申请权的权属争议、发明设计人的主体资格争议、职务发明的奖励争议、临时保护期间的许可费用争议及其他争议,其中第五款的表述彰显了扩充性。这也反映了一种新的立法趋势,说明调解的可适用空间正在扩张,因而应当合理地拓展知识产权纠纷行政调解的范围。建议借鉴英国的区分模式,对适合行政调解的或不适合行政调解的案件进行类型化,然后给出服务性的建议指引,凡是当事人可合意处分的又不损害公共利益或第三人利益的,均可纳入行政调解服务范围之内。对于一般的知识产权民事纠纷原则上均可由知识产权行政管理机关调解处理,对于与知识产权授权审查、强制实施相关的纠纷则不宜进行行政调解,因为专利、商标等权利的取得、确认或强制许可关涉到申请人和公众利益的平衡,不得通过私人处分造成对公众利益的限制或侵害。

## (三) 调解程序的正当性

程序正当性可以说是知识产权纠纷行政调解的灵魂,是当事人选择以行政调解方式处理争议的吸引力之所在。正如彼得·斯坦和约翰·香德所言,不管实体规则是好还是坏,人们仅关心那些规则能否得到公平地实施,是否符合程序正义<sup>[10]</sup>。在知识产权行政调解程序中,最首要的是保障参与者在调解中法律地位和权利义务的对等性,并得到调解员的平等对待和对其自主意思的尊重。如果争议双方地位不平等,就不可能在相互妥协的基础上达成合意,也不可能阻止公权力对私人处分的过度干涉,无法扭转现行行政执法模式下“以劝压调、以拖压调、以罚压调、以诱压调”的不理想局面。形式的表象、穷究应归结为程序本身的内核。从这一层面而言,自愿原则才是调解制度的基石,也是其正当性的源泉,由其衍生的可选择性和处分性是要求形式公平的内在因素。知识产权纠纷行政调解要求经过双方当事人同意才可启动程序,且行政机关应充分尊重当事人的意思自治,在中立克制的立场上为两造增进信息之传达和沟通之便捷,不得强制调解、以权压调、久拖不调或悬而未决。调解的魅力就在于它的灵活性和变通性,在于它的合意志性和合目的性,能以较少的强制实现化解纠纷的独特张力,弱化法律的刚性,使争议解决留有余地<sup>[11]</sup>。调解员应从总体上协调当事人的动意,避免相互的僵持,使知识产权权利人与侵权人之间难以调和的利益得到最大程度的平衡与满足,使当事人之间原有的合作抑或良性的竞争关系得以维持。

## (四) 调解期待的可致性

人类社会中,任何一种制度都是合目的性的存在,这里的目既可能指制度创设者的目的,即制度创设之后本身所具有的工具价值,也可能指制度参与者的目的,即参与者遵守、服从制度所带来的目的的实现。在知识产权纠纷解决过程中,人们之所以选择行政调解,最重要的决策因素说到底就是他们的调解期待能否满足、能否达致。而能否实现当事人的调解目的,并非在于解决方案严格基于法律而形成,而在于当事人双方对解决方案的认同。这是知识产权行政调解机制与知识产权审判机制的重大不同,也是知识产权行政调解与知识产权行政执法的重大差异。在由传统的行政执法模式转向现代的行政服务模式的过程中,当事人的自由意思越能保障,调解的功能越能最大化,价值越能实现,可接受度和认同度就越高<sup>[12]</sup>。在行政调解

中,如果沿用行政执法模式的思维,违背当事人的意志强制调解,在相当多的场合将致使当事人选择调解的目的落空,导致调解协议无法达成或难以履行。如果不规范原来行政执法模式下权力的滥用,不仅违背了行政调解服务行为的本质属性,而且无法利用程序公正消解当事人的不满,致使当事人对调解的公正性产生合理怀疑,影响调解的执行力 and 制度初衷。调解期待可致的前提是自愿,保障却在于调解协议的效力确定。因此,通过司法程序确认知识产权纠纷行政调解协议,赋予其一定的强制执行力,不仅是必要的,也是当然的。只有通过司法确认程序或其他类似的程序,赋予具有确定性的给付内容<sup>[13]</sup>,保障行政调解协议的可执行性,才能使预期的调解目的实现,更好地维护社会秩序。

#### 四、制度之立:一种范式转换下的现实回应

社会范式(sociological paradigm)是不同阶段社会构成和存在以及人的生存和存在的具体范式,该术语最早由美国科学史家 T. S. 库恩在《科学革命的结构》(1962)一书中使用。随着社会的发展,不同范式的更迭要求不同的社会治理,也就相应要求不同的法律制度。从制度供给来看,中国行政调解存在严重的供给不足<sup>[14]</sup>,行政服务模式下的知识产权纠纷调解制度的建立恰好是中国社会转型破除行政执法模式流弊的要求,是对建设服务型政府的某一侧面的回应。要确立这一新的制度,需要从以下方面着重做好相应工作。

##### (一)理念更新:回归行政服务定位

知识产权纠纷行政调解是知识产权行政管理机关根据纠纷当事人的要求,为其提供法律帮助或促成纠纷解决的行为,从某种意义上说,属于行政机关在行使管理职能时的衍生行为,不是行政处分行为,更多的符合行政服务行为的本质和特征。在整个社会民主秩序的框架下,建设以公民服务为宗旨并承担服务责任的政府已成为全球趋势,权力本位不再是主导原则,而代之以社会本位或公众利益本位,政府权威的树立和巩固不再是来源于手中掌握的权力,而是在于政府具有满足公众现代化需求,提供公共产品和服务的能力。知识产权纠纷行政调解的强化,无疑契合当前世界各国纷纷倡导建设服务型政府的发展趋势。

目前,中国的知识产权纠纷行政调解采取的还是传统思路,沿用政府主导的行政执法模式,行政执法和行政调解的双重身份决定了知识产权管理机关习惯于按照自己的意志行事,导致行政调解出现定位偏差,行政执法色彩较浓,调解期待不能实现。随着社会转型,以“命令—服从”关系运行的行政管制模式已经不能适应当前社会治理的现实需要,应调整为“服务—合作”关系运行的公共服务模式。由“压制型政府”走向“服务型政府”,这是历史发展的必然,也反映了国家治理理念的革新,为人民服务理应成为国家体制及其机构存续、运转和发展的基本宗旨<sup>[15]</sup>。知识产权纠纷行政调解以当事人自愿接受为其产生预期效果的前提条件,是一种以理服人的软性行政手段,这一过程本身就是促进对话和相互协商的进程。它的核心价值是通过当事人之间的博弈、对话,在合意的基础上谋求双方都乐于接受的调解结果。在现代行政服务的模式下,行政调解主体有必要回归行政服务的定位,重塑行政服务的理念,以中间人的身份介入纠纷的处理,以达成共识性的解决方案为基本驱动,尽可能让不同利益诉求的当事人在调解中有充分的发言,相互之间减少不必要的对抗而增加更多的对话与合作机会,引导双方当事人平等、自愿的调解氛围中沟通,促使当事人在互利、共赢的基础上实现妥协的正义。

##### (二)完善立法:健全行政调解规范

目前,中国知识产权纠纷行政调解缺乏顶层设计和统一构架,不同知识产权类型和子领域的有关规则良莠不齐,要么简陋,要么缺失,要么不协调,规则的矛盾与冲突对发挥知识产权管理机关定纷止争的功能较为不利。这反映在如下方面:其一,原本具有行政可调解性的案件并未纳入立法范畴,导致知识产权纠纷行政调解的类型较少、范围过窄。其二,行政调解主体没有独立的机构设置,没有强制的法律约束,缺乏制度性的束缚,致使强制调解、忤逆调解、越权调解等现象时有发生。其三,行政调解没有严格的程序性规则,规定既不统一也不系统,不能很好地维护调解程序的正当性。其四,行政调解的效力缺乏法律的保障,导致调解协议成为一纸空文,无法执行。

因此,有必要进一步完善立法,健全知识产权纠纷行政调解的制度规范,在《著作权法》《商标法》《专利法》等法律中,设置专门条款,对其原则、范围、方式、程序、效力与法律责任等作出原则性规定。在行政法规、部门规章、司法解释、地方政府规章等层面,进一步深化规定该制度的实体内容和程序规范,也可以专门制定《知识产权纠纷行政调解办法》。建议重点予以立法规范的内容有:(1)程序的启动:由当事人共同提

出,一方提出调解申请,另一方同意调解的视为共同提出;(2)程序的展开:明确自愿和处分原则,当事人可自由选择调解员、调解场所或时间,可自行拟定调解方案或作出非公平的让步;明确保密和服务原则,调解机关只能在中立的立场上积极引导调解达成,为当事人提供政策法律、技术判断等服务上的帮助;(3)程序的终结:调解成功的,制作行政调解书,并告知当事人可向有管辖权的法院申请司法确认,以获得强制执行;调解不成的,告知当事人可向人民法院起诉。

### (三)人才保障:加强专业人才培养

鉴于行政执法模式下调解机构与执法机构常常混同,导致知识产权纠纷行政调解的功能发生异化,正如棚獭孝雄所言:“在仔细观察中,你不难发现实际的调解过程存在着很多决定性的因素,这些因素叠加在一起就会使‘强制性合意’成为可能。因为调解主体可能在具体争议的处理中带有自身的偏见或关涉其自身的利益,这时他就会为了一己之利迫使促成合意达成,以至于使其对当事人产生事实上的影响力。”<sup>[16]</sup>正因为存在这种现象,知识产权纠纷行政调解才有必要走专门化的道路,实现职业化的路径选择,通过设立独立的机构,整合专业的调解人员,使其成为当事人信任的解纷渠道。

人是保障制度落实的软层面中最核心的要素,调解员的素质直接决定了知识产权纠纷行政调解机制运行的有效性和健康性。既要从组织设置上着手,优化调解机构的资源配置,又要从人才培养上使力,储备一支跨领域、高素质的人才队伍,筹建一个多元化、高标准的调解专家库。专家库成员的组成不限于知识产权相关领域,还应包括技术类、评估类、信息类、经管类、商务类的人才,不限于行政部门,还应包括高校、中介、社团等企事业单位的专家。这种多元化的设置,能确保专家库提供的调解具有相应的分工协作性、专业权威性、独立服务性,推动行政调解向专门化和职业化的方向转型。在调解员的筛选和培育上,除了考量法律知识的掌握情况外,还要特别注意沟通技能、调解技能的培训,因为只有调解员善于提炼双方当事人争议的焦点,充分了解纠纷产生的背景,耐心倾听当事人的表述,做到以当事人为导向,才能缓解当事人的对抗心理,获得当事人对其专业性、权威性的认同,进而有效地解决知识产权纠纷。

### (四)诉调衔接:建立审查救济制度

构建“服务型政府”,就是希望在合法的基础上充分发挥行政权力的积极能动性,为公民、法人和其他组织提供高效便捷的服务。行政机关介入民事纠纷处理是现代行政的重要内容,但要充分发挥这项行政服务的效能,一方面有必要遏制行政权力的滥用,另一方面需有途径确认行政调解的效力,避免行政服务资源的浪费。这就要求我们在知识产权纠纷行政调解的制度构建上参考韩国、中国台湾地区等法域的做法与经验,增设司法审查和救济制度,通过司法机关的效力监督来减少强制调解发生的可能性,使非自愿达成的或损害公共利益及第三人利益的调解获得司法救济,有效实现行政调解与司法诉讼的程序衔接。

其一,要破解行政调解的定性问题,赋予行政调解协议相应的效力。知识产权纠纷行政调解作为一种行政服务行为,是为了促成双方当事人达成调解而实施的劝导、告诫、建议,这种行为不同于行政执法,不具有强制力,也不产生行政法上的直接效果。但这种行为又有别于行政合同行为,因为行政合同可以直接产生民法和行政法上交叉的契约效果。行政调解协议类同于人民调解协议,只具有约束双方当事人的民事合同性质,当事人基于此得请求民事之诉,而非请求行政之诉。

其二,要建立知识产权纠纷行政调解司法审查机制。如果一方当事人对行政调解不服或对行政调解协议反悔,那么他可以再行请求法院予以司法救济,法院受理后会对其先进行形式审查,再对其调解达成的意思真实性和协议合法性审查,以判定其最终效力。如果管辖法院认为并无违反法律法规强制性规定的情形,也不存在损害第三人利益或违反善良风俗的情形,就可以裁定确认行政调解协议,否则裁定不予确认、撤销或驳回申请,当事人可以直接提起民事诉讼或者要求重新作出调解。一旦调解协议经司法确认,那么该行政调解协议就被赋予了判决的等同效力,当事人得请求法院直接予以强制执行。通过司法确认机制,司法审查能确保行政调解的有效化和调解协议效力的稳定化,同时能防止行政调解解纷机制的虚置,减少行政调解协议可能存在的瑕疵和错误。

#### 参考文献:

[1]何炼红.论中国知识产权纠纷行政调解[J].法律科学,2014(1):155-165.



- [2] 齐爱民. 论二元知识产权体系[J]. 法商研究, 2010(2): 93 - 100.
- [3] 梅因. 古代法[M]. 沈景一, 译. 上海: 商务印书馆, 2010.
- [4] 郑英豪. 我国调解制度变迁中国家权力的角色承担与未来向度[J]. 法学评论, 2015(1): 127 - 135.
- [5] 廖浩. 论民事诉讼恶意调解之救济[J]. 重庆大学学报(社会科学版), 2014: 109 - 115.
- [6] 刘莉. 论庞德的社会控制理论[J]. 贵州工业大学学报(社会科学版), 2005(3): 79 - 81.
- [7] INTELLECTUAL PROPERTY OFFICE. Mediation of intellectual property disputes[R/OL]. (2017 - 03 - 16) [2011 - 03 - 04].  
<http://www.ipo.gov.uk/mediation.pdf>.
- [8] JON LANG. A practical guide to mediation in intellectual property, Technology and related disputes [M]., London: Sweet & Maxwell, 2006.
- [9] 倪静. 知识产权纠纷诉讼外解决机制研究[D]. 福建: 厦门大学, 2008.
- [10] 彼得·斯坦等. 西方社会的法律价值[M]. 王献平, 译. 北京: 中国法制出版社, 2004.
- [11] 强世功. 调解、法制与现代化: 中国调解制度研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [12] 范愉. 纠纷解决的理论与实践[M]. 北京: 清华大学出版社, 2007: 442.
- [13] 刘加良. 司法确认程序何以生成的制度史分析[J]. 法制与社会发展, 2016(1): 69 - 80.
- [14] 刘鹏. 大调解视野下完善我国行政调解制度的思考[J]. 社会主义研究, 2012(5): 54 - 56.
- [15] 尹红, 邓文武. 法治视域中的政府职能转变[J]. 湖南广播电视大学学报, 2012(4): 46 - 52.
- [16] 棚濑孝雄. 纠纷的解决与审判制度[M]. 王亚新, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 13.

## Service transformation and institutional supply: The administrative mediation of intellectual property disputes

DENG Wenwu

(*Institute of Intellectual Property, Central South University, Changsha 410012, P. R. China*)

**Abstract:** The administrative mediation of intellectual property disputes is deemed as an administrative law enforcement, which often brings power abuse because of excessive intervention of public power, violates the autonomy of parties in administrative mediation, infringes the legitimate rights and interests of parties. The traditional model of administrative law enforcement has been shifting into the modern model of administrative services, which is a development trend of contemporary administrative mediation of intellectual property disputes as well as a due demand of the construction of service - oriented government. From the perspective of system evolution, system reference, system design and system establishment, this paper interpreted the administrative mediation of intellectual property disputes under the service model, to ascertain the trend of intellectual property mediation practice and provide corresponding theoretical reference.

**Key words:** intellectual property disputes; administrative mediation; the model of administrative law enforcement; the model of administrative services

(责任编辑 胡志平)