



湖南师范大学知识产权文库

知识产权专论

邓建志◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



本书获得湖南省重点学科建设项目资助

知识产权专论

邓建志◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权专论 / 邓建志著. —北京: 知识产权出版社, 2016. 9

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4498 - 1

I. ①知… II. ①邓… III. ①知识产权—研究 IV. ①D913. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 233682 号

责任编辑: 刘 睿 刘 江
文字编辑: 刘 江

责任校对: 谷 洋
责任出版: 刘译文

知识产权专论

Zhishichanquan Zhuanlun

邓建志 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

责编电话: 010 - 82000860 转 8344

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 720mm × 1000mm 1/16

版 次: 2016 年 9 月第一版

字 数: 250 千字

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4498 - 1

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: liurui@cnipr.com

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 14.5

印 次: 2016 年 9 月第一次印刷

定 价: 38.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

前 言

知识产权是当前理论界和实务界都关注的热点议题。在现实社会中，围绕知识产权产生的相关问题层出不穷，需要理论界适时地予以回应。《知识产权专论》一书选取现实社会中出现的知识产权问题进行研究，并力求探寻解决这些问题的方案。该研究成果既对现实社会中出现的知识产权问题予以回应，也对进一步完善我国知识产权制度具有积极作用。

本书选取专利、商标、知识产权行政保护和知识产权人才培养等四个专题进行研究。相应地，全书分设四篇：专利篇、商标篇、知识产权行政保护篇和知识产权人才培养篇。

该书的基本特征是专题研究。专题研究意味着本书并不追求对知识产权问题进行全面和系统的广泛探讨，而是追求对某几个问题的深入研究。本书对所探讨的四个专题进行了比较深入的研究与分析，并提出了可行性对策与建议。

本书适合高等教育法学专业和知识产权专业师生在教学中使用，也可供司法工作者、知识产权行政管理部门工作人员、律师和知识产权中介服务人员参考使用。

目 录

第一章 专利篇	(1)
第一节 中国专利行政保护制度的基础理论研究	(1)
一、问题提出：理论研究与法律实践之冲突	(1)
二、内在因素：中国专利行政保护制度存在与发展的合理性与 必要性	(4)
三、外在因素：中国专利行政保护制度存在与发展的核心推动力	(9)
四、结语	(13)
第二节 中国专利行政保护制度的地位	(13)
一、问题提出	(14)
二、中国专利行政保护的位阶——以整个专利保护体系为视角	(16)
三、中国专利行政保护的特征——以与其他专利保护方式相比较 为视角	(18)
四、中国专利行政保护的功能——以与司法保护的关系和有效衔接 为视角	(21)
五、结论	(23)
第三节 中国专利行政保护制度绩效研究	(24)
一、中国通过行政保护处理专利案件的情况及分析	(25)
二、中国通过行政保护与司法保护处理专利案件情况之比较	(27)
三、中国行政保护国内外专利权人情况之比较	(30)
四、中国主要沿海省市行政保护国内外专利权人情况及其与全国 情况之比较	(32)
五、结论	(35)
第四节 中国专利行政保护实证研究 ——以第四次专利法修改为视角	(36)

一、问题提出	(36)
二、专利行政保护的生长土壤依然肥沃	(38)
三、专利行政保护的实践绩效更加显著	(39)
四、专利行政保护的市场需求非常旺盛	(42)
五、建议	(44)
第五节 专利民事纠纷行政处理弱化及相关问题研究	(46)
一、专利民事纠纷行政处理弱化的表现	(46)
二、与专利民事纠纷行政处理弱化相关的问题	(48)
三、对策与建议	(55)
第六节 中国专利行政保护制度的发展路径	(58)
一、《专利法》历次文本关于专利行政保护制度的规定	(58)
二、专利行政管理部门的行政裁决职能由强变弱	(59)
三、专利行政管理部门的行政查处职能由弱变强	(62)
四、专利行政管理部门的行政调解职能由弱渐强	(65)
五、专利行政保护制度发展路径的原因分析	(66)
六、结语	(70)
第二章 商标篇	(71)
第一节 商标侵权使用中商标价值增殖利益之归属	(71)
一、问题提出	(71)
二、基于侵权产生的商标价值增殖及权益归属情形	(73)
三、过失侵权商标使用人享有商标增殖权益的法理依据	(75)
四、商标权人占有他人创造的商标增殖权益构成不当得利—— 以 IPAD 商标案为例	(81)
五、完善侵权所致商标增殖权益归属的建议	(83)
第二节 我国实行驰名商标双重认定标准的构想研究	(85)
一、问题提出	(85)
二、驰名商标产品问题出现的法律原因分析	(86)
三、我国确立驰名商标双重认定标准的必要性分析	(88)
四、我国确立驰名商标双重认定标准的可行性分析	(90)
五、我国法律应提高驰名商标产品的质量要求	(92)
六、几点建议	(93)

第三节 驰名商标和中国名牌统一管理研究	(94)
一、驰名商标和中国名牌分散管理现状	(94)
二、驰名商标和中国名牌分散管理存在的问题	(96)
三、驰名商标和中国名牌能够实现统一管理	(98)
四、几点建议	(100)
第四节 我国驰名商标管理制度中若干问题研究	(101)
一、问题提出	(101)
二、雀巢碘超标等事件凸显我国驰名商标管理制度中存在的 问题	(101)
三、质量因素应成为我国认定驰名商标的重要标准	(103)
四、驰名商标产品应与非免检产品一样按规定质检	(103)
五、完善我国驰名商标管理制度的几点建议	(104)
第三章 知识产权行政保护篇	(106)
第一节 我国知识产权行政保护的涵义	(106)
一、知识产权行政保护的各学术界定及其比较	(107)
二、法律对知识产权行政保护的具体规定与比较分析	(110)
三、知识产权行政保护的涵义	(119)
第二节 TRIPS 协议对知识产权行政保护的规定与启示	(121)
一、TRIPS 协议对知识产权行政保护的规定	(121)
二、对 TRIPS 协议中知识产权行政保护规定的评析	(122)
三、TRIPS 协议对知识产权行政保护的基本态度及对我国的 启示	(128)
第三节 中国知识产权行政保护特色制度的发展趋势研究	(130)
一、问题提出	(131)
二、TRIPS 协议对知识产权行政保护制度的基本态度	(133)
三、相关国家知识产权行政保护特色制度的启示	(135)
四、影响中国实施知识产权行政保护特色制度的重要因素	(138)
五、中国知识产权行政保护特色制度在实践中发挥着重要作用 ...	(143)
六、中国知识产权行政保护特色制度的发展趋势	(149)
第四节 上海世博会知识产权行政保护问题研究	(150)
一、知识产权行政保护概述	(150)

二、世博会中知识产权行政保护可能遇到的问题	(152)
三、对策和建议	(158)
第五节 中国知识产权跨区域行政执法协作机制研究	(161)
一、问题提出	(161)
二、知识产权跨区域行政执法协作机制建立的现状与必要性	(164)
三、长三角地区专利行政执法协作机制的主要内容	(169)
四、长三角地区专利行政执法协作机制存在的主要问题	(171)
五、建议与启示	(173)
第四章 知识产权人才培养篇	(176)
第一节 高校知识产权教育问题研究	(176)
一、我国高校知识产权教育现状及其弊端	(176)
二、外国高校知识产权教育的现状与特点	(178)
三、完善我国高校知识产权教育的对策与建议	(179)
四、个案研究——《湖南师范大学知识产权专业本科人才培养 方案》	(180)
第二节 上海知识产权人才需求与培养错位分析	(192)
第三节 上海高校知识产权教育现状的调研与分析	(196)
一、上海高校知识产权教育的概况	(197)
二、上海高校知识产权教育的几种模式	(198)
三、上海对知识产权人才的社会需求与上海高校知识产权人才 培养	(208)
四、上海高校知识产权教育存在的主要问题与对策	(211)
五、上海高校知识产权教育模式对浙江高校知识产权人才培养的 几点启示	(215)
第四节 湖南高校法学本科人才培养问题与对策研究	(216)
一、湖南省普通高校法学本科人才培养中存在的问题	(216)
二、完善湖南省普通高校法学本科人才培养的建议	(220)
后 记	(223)

第一章 专利篇

第一节 中国专利行政保护制度的基础理论研究

一、问题提出：理论与法律实践之冲突

专利行政保护是指中国专利行政管理部门^①在遵循法定程序的前提下，依法运用法定行政职权处理各种专利纠纷和查处各种专利违法行为、维护专利市场秩序和提高专利社会保护意识，从而有效保护专利权主体合法权利的一种法律保护方式。在中国，现代专利制度作为一个整体是舶来品，但是，专利行政保护是完全土生土长的具有中国特色的专利保护制度。该制度产生于1984年首部《专利法》，并且，在当时那个特定的历史条件下，^②这一制度并没有经过太多争论就比较顺利地得以建立。^③

专利行政保护制度实行一段时间后，一些从事理论研究的学者对这一制度提出质疑，并形成“去留之争”的态势。^④该争论一般在每次修改专利法律时

① 我国专利行政保护机构涉及中央和地方两个层面的相关机构。例如，中央层面有国家知识产权局、专利局、专利复审委员会等，地方层面有管理专利工作的部门等。但历次《专利法》对这些机构名称的规定存在差异，例如，地方层面专利行政保护机构的名称在1984年和1992年《专利法》中称为专利管理机关，在2000年和2008年《专利法》中则称为管理专利工作的部门。为了表述方便，本书将不同时期的各种专利行政保护机构的名称统一表述为“专利行政管理部门”。

② 改革开放之初，我国现代知识产权制度基本上是迫于西方发达国家的压力而建立的，因此，其立法明显呈现出“先有法律实践，后来才出现有关的理论研究”的特点。

③ 赵元果：《中国专利法的孕育与诞生》，知识产权出版社2003年版，第284页。

④ 邓建志：《WTO框架下中国知识产权行政保护》，知识产权出版社2009年版，第190~196页。

表现得尤为突出,甚至成为《专利法》第二次修改时“争论最多、争议最大的问题”。^①另外,从《专利法》第三次修改过程来看,关于专利行政保护条款修改的争议也是异常激烈,^②并且,专利行政保护制度的完善问题还被列为2008年第三次《专利法》修改的重点问题。^③且这场争论的一个重要特点是:反对者大部分是从事民法理论研究的学者,^④而支持者大部分是实务界或者熟悉实务界工作的学者。^⑤

与理论界的激烈争论不相一致的是,专利行政保护制度在法律实践中的表现却是另外一番景象。首先,从立法实践看,我国《专利法》的历次修改,虽然对专利民事纠纷行政裁决制度作了一些调整,^⑥但是该制度依然存在和发

① 张耀明:“专利法修改中的几个问题”,见唐广良:《知识产权研究(第十二卷)》,中国方正出版社2002年版,第43页。

② 例如,国家知识产权局于2006年7月31日公开发布的《中华人民共和国专利法修订草案》征求意见稿中,涉及专利行政保护的修改条款就多达7条,并且其中有4条是新增内容,但从2008年最终通过的《专利法》文本看,其中很多建议并没有吸纳进来。

③ 国家知识产权局条法司:《〈专利法〉第三次修改导读》,知识产权出版社2009年版,第95页。

④ 郑成思:《WTO知识产权协议逐条讲解》,中国方正出版社2001年版,第4页。

⑤ 例如,以下是支持专利行政保护制度的学者及其论著,他们均来自实务界或者熟悉实务界的工作:高卢麟(中国专利局):“强化专利行政执法”,载《中国市场》1995年第1期;乔德喜(原中国专利局条法部部长):“关于我国专利法第二次修订的有关问题”,见《知识产权研究(第二卷)》,中国方正出版社1996年版,第137~138页;汤宗舜(中国专利局顾问):“关于专利法第二次修订的建议”,见《知识产权研究(第三卷)》,中国方正出版社1997年版,第31页;张耀明(国务院法制办公室):“专利法修改中的几个问题”,见《知识产权研究(第十二卷)》,中国方正出版社2002年版,第44页;吴宁燕、王燕红(国家知识产权局条法司):“论专利行政执法的必要性和发展方向——我国立法与修法立足国情的考虑”,见国家知识产权局条法司编:《专利法研究2003》,知识产权出版社2003年版,第150~165页;蔡云飞(国家知识产权局):“浅谈如何加强专利行政执法”,载《中国知识产权报》2005年12月26日;等等。

⑥ 关于专利行政裁决制度的调整,主要体现在2000年《专利法》的修改中,具体可以比较历次《专利法》以下条文的规定:1984年和1992年《专利法》第43条、第49条和第60条,2000年《专利法》第41条、第46条和第57条,2008年《专利法》第41条、第46条和第60条。

展着,并且专利行政保护制度中的行政查处和行政调解制度还呈现出强化的趋势。^①其次,从执法实践看,一方面,我国专利行政保护特色制度在实践中发挥了和正在发挥着重要作用,^②并且,近几年来,这一特色制度在实践中还不断地摸索着建立一些创新机制。^③另一方面,我们在实地调研中发现,理论研究上的“去留之争”已经影响到该制度在执法实践中的有效运行。例如,一些专利行政执法人员提出这样的疑问:“中国专利行政保护到底还能走多远?”也就是说,他们对专利行政保护制度的发展前景产生了“方向性困惑”。^④更为严重的是,这种“困惑”已经导致他们在实际处理专利纠纷或者查处专利违法行为时的消极执法或者怠于执法的客观结果。

综上,中国专利行政保护制度在理论研究上的“去留之争”与该制度在法律实践上的现状并不完全一致,明显存在冲突,前者甚至成为阻止后者进一步发展的障碍。有鉴于此,从理论上系统论证具有中国特色的专利行政保护制度是否应当继续存在和发展下去,确有必要。笔者认为,专利行政保护制度作为一个在中国土生土长的制度,其存在和发展必然是多种内外因素相互作用的结果,因此,只要该制度赖以存在和发展的各种因素还在起作用,就不应当被人为地取消。本书将在深入研究影响中国专利行政保护制度建立和发展过程中各种主要内在因素和外在因素的基础上,从理论上论证并回答中国专利行政保护制度“去与留”以及进一步发展完善的基本思路问题。

① 关于行政查处强化的趋势,可以比较历次《专利法》以下条文的规定:1984年和1992年《专利法》第63条,2000年《专利法》第58~59条,2008年《专利法》第63~64条等。关于行政调解强化的趋势,可以比较历次《专利法》及其《专利法实施细则》以下条文的规定:1984年《专利法》第60条及其1984年《专利法实施细则》第77条,1992年《专利法》第60条及其1992年《专利法实施细则》第77条,2000年《专利法》第57条及其2001年《专利法实施细则》第79条,2008年《专利法》第60条及其2009年《专利法实施细则》第85条。

② 邓建志:“中国知识产权行政保护特色制度的发展趋势研究”,载《中国软科学》2008年第6期,第69~71页。

③ 邓建志:“中国知识产权跨区域行政执法协作机制研究——以长三角地区专利行政执法协作机制为例”,载《江苏法制报》2006年10月9日第6版。

④ 笔者2006~2011年在上海市、浙江省、江苏省、湖南省等地的专利行政管理部门调研时,许多执法人员提出了这样的问题和表现出这样的困惑。

二、内在因素：中国专利行政保护制度存在与发展的合理性与必要性

内在因素是导致专利行政保护制度建立、存在和发展的主要因素，只要这些因素还在起作用，中国专利行政保护制度的存在和发展就具有合理性与必要性，该制度就不可能完全退出历史舞台。以下将重点研究分析导致中国专利行政保护制度建立、存在和发展的三个主要内在因素。

（一）关键因素：中国强势行政与弱势司法的历史传统

强势行政与弱势司法是一个问题的两个方面：正是行政的强大导致了司法的薄弱。与西方国家相比，中央集权的封建社会制度在中国的历史要长得多，中国也没有经历一个典型的以自由、民主、人权和法治为特点的资本主义社会的充分发展阶段；再加上1949年以后，中国长时期实行以国家集权为特征的计划经济，“市场经济”这个词对于中国社会来说只有在近30年来才不陌生。综观中国社会的发展历程，不难看出“高度集权”和“官本位”构成中国政治体制的重要特点，“大公无私”向来就主导着整个社会，私人活动的空间非常狭小，国家行政也就成为整个社会的绝对重心。在这种体制下，人们遇到纠纷或者权利受到侵犯总是习惯于找上级、找单位、找政府部门，而不是找法院，因此，法院在这种体制下的地位非常微弱。虽然这一状态在当代中国已经有了很大的改变，但要彻底根除几千年来所遗留下的习惯和思维模式，还有待时日。^①

正是基于这种强行政、弱司法的传统体制，中国专利行政保护制度在并没有经过很多争论的情况下，就很容易地被规定在我国1984年首部《专利法》中。1984年《专利法》虽然先后易稿25次才得以通过，但其中基本没有涉及对专利行政保护制度的争论，特别是对于专利侵权纠纷的行政处理，是由全国人大常委会在审议第24稿时补充进来的，其理由也很简单：主要是“考虑到专利权纠纷的处理是专业性很强的工作，以先由行政主管部门即专利管理机关处理为宜”^②；还有另一个重要理由是当时司法薄弱，人民法院并不具备这样

^① 张树义：《中国社会结构变迁的法学透视——行政法学背景分析》，中国政法大学出版社2002年版，第260~309页。

^② 赵元果：《中国专利法的孕育与诞生》，知识产权出版社2003年版，第284页。

的审判力量。^① 并且,按照当时的设计,专利管理机关主要是民事纠纷处理机关,^②这实质上就是以行政机关来代替司法机关行使职权。显然,这样的职权设置在西方法治较发达的国家中是很难想象的,它们即使有可能实行这一制度,也较少会像在中国这样不经过激烈争论就十分顺利地将之纳入法律的规定之中。笔者认为,中西方出现这种差别的一个根本原因就是中国强势行政与弱势司法的观念和历史传统已经深入人心。尤其是改革开放之初在对我国是否建立专利制度还存在较大争论的客观环境下,政府的强势主导作用也就成了我国专利行政保护制度得以建立的关键因素。^③

(二) 基础因素:专利行政保护制度的自身优势

行政保护之所以能够成为我国专利权“双轨制保护模式”中的一翼,一个最基础的因素就是它具有司法保护所不具备的许多优势。具体地说,其优势主要体现在以下几个方面。

1. 行政保护程序相对简便,具有便民、高效和低成本的特点

行政机关与司法机关同为广义的执法机关,但二执法机关的价值偏向呈现出差异:前者侧重于追求效率,以“效率优先,兼顾公正”作为基本理念;后者侧重于追求公正,以“公正优先,兼顾效率”作为基本理念。由于基本价值理念上的差异,专利行政保护具有立案迅速、处理纠纷的程序相对简便、结案快、方便权利人和效率高等优势和特点。例如,相关研究表明,行政保护机关立案后一般在送达请求书的同时就开始对案件进行调查,这样做至少有两个好处:(1)缩短了案件的处理时间;(2)能够有效地防止侵权行为人转移、隐匿证据,从而有利于案件的顺利处理,提高执法效率。^④

高效率与低成本是相伴而生的。正如学者所言,“知识产权纠纷解决的行政渠道与程式化的司法渠道相比,前者具有直接交易成本(成本要素包括时

① 吴宁燕、王燕红:“论专利行政执法的必要性和发展方向——我国立法与修法立足国情的考虑”,见国家知识产权局条法司:《专利法研究(2003)》,知识产权出版社2003年版,第151页。

② 汤宗舜:《专利法解说(修订版)》,知识产权出版社2002年版,第340~341页。

③ 赵元果:《中国专利法的孕育与诞生》,知识产权出版社2003年版,第56~207页。

④ 王晔:“知识产权行政保护刍议”,见郑胜利:《北大知识产权评论(第1卷)》,法律出版社2002年版,第209页。

间、精力、金钱、声誉等)较低且效率高的特点,不失为多数情况下降低私人成本和社会成本并节省目前非常短缺的司法资源的一种优先选择。”^①从这个意义上讲,我国专利行政保护特色制度符合 TRIPS 协议“以尽可能低的成本保护知识产权”的基本要求。

2. 行政保护能够依职权主动打击专利违法行为,具有主动性特点

根据我国专利法的规定,当出现假冒专利行为时,专利行政管理部门有依职权主动进行行政查处的权力。这一特点是遵循“不告不理”基本原则的司法保护所没有的。需要指出的是,随着我国专利行政保护特色制度的重心发生改变,即由原来主要处理专利民事纠纷转移到现在主要查处专利违法行为,^②我国专利行政保护的主动性特点将会显得越来越突出。

3. 行政机关的专业优势能够得到发挥

专利权保护不仅是个法律问题,还涉及大量的专业技术问题。与擅长法律的司法机关相比,专利行政管理部门具有较强的专业技术优势,因此,法律赋予专利行政管理部门行政处理涉及复杂技术问题的专利侵权纠纷和专利违法行为,能够使其专业人才优势得到充分发挥,这也是我国当初建立专利行政保护制度的一个重要理由。^③事实上,即使现在,法院在遇到一些专业性很强的案件时,仍然离不开专利行政管理部门的密切配合。当然,如何使司法机关的法律人才优势与专利行政管理部门的专业技术人才优势达到完美结合,这依然是一个可以进一步研究的问题。

4. 专利民事权利的行政保护在我国有着深厚的群众基础

在我国古代,司法和行政并没有分开,法官一般由行政长官兼任,因此,老百姓解决纠纷的方式除了私权利救济方式外,请求行政长官“为民做主”就是最主要的公权力救济方式了,这种救济实质上就是对民事权利的行政保护。沿袭几千年的传统让行政保护在我国民众中有了深厚的群众基础,时至今日,若遭遇侵权,大部分民众首先想到的仍然是找政府解决,这一点在专利行

^① 莫于川:“新技术革命与知识产权行政保护制度创新论要”,载《中国人民大学学报》1999年第4期,第65页。

^② 邓建志:《WTO 框架下中国知识产权行政保护》,知识产权出版社2009年版,第309页。

^③ 张耀明:“专利法修改中的几个问题”,见唐广良:《知识产权研究(第十二卷)》,中国方正出版社2002年版,第43页。

政保护上也显得同样突出。例如,相关调研表明:上海市民在自己的专利权等知识产权受到侵犯后,41.5%的市民首选行政保护的方式来进行救济,这一比例高于首选司法保护方式的40.1%和首选调解方式的18.4%。^①在我国经济和法治非常发达的上海,市民尚且首选行政保护方式来解决知识产权侵权问题,在中国的其他地区,特别是内地,首选行政保护的民众比例可能会更高,因此,专利行政保护依然是目前我国打击专利侵权和违法行为的重要方式。由此可见,行政保护深厚的群众基础,是导致专利行政保护特色制度在我国生生不息、不断发展的重要原因,这一因素也使得专利行政保护特色制度在我国拥有了较大的“市场”。

5. 行政处理专利纠纷并不排除选择司法保护的机会

这主要表现在两个方面。第一,当事人选择行政处理专利纠纷的方式具有自主性。其完全可以在行政保护与司法保护之间自由选择采取哪种保护途径,行政处理不具有强制性。第二,如果说在我国专利行政保护制度建立后的一段时间内规定的终局行政决定^②有些不合理,那么这种状态在2000年《专利法》中已经得到改变。这一改变使得行政处理专利纠纷必须接受司法机关的监督,从而有利于督促专利行政管理部门在追求效率的同时更好地兼顾公正,实现依法办事的法治目标;也有利于专利行政保护特色制度的重心由行政处理向行政查处进一步转移。

需要指出的是,以上只是列举了专利行政保护的几个主要优势,并没有穷尽。对于专利行政保护的这些优势,应当将之作为一个整体来看待,否则,就有可能得出其并非优势,而是劣势的相反结论。笔者认为,正是这种整体优势使得我国专利行政保护制度在建立以后很快且持续地显示出强大的生命力,因此,该制度不仅不会在近期内彻底消失,相反,还会长期存在和发展下去。

(三) 内在条件:专利权兼具公权性质的本质

关于知识产权是公权还是私权的性质问题,在西方历史上曾经有过激烈的争论,改革开放后我国学界也有过这种理论之争,但是,自TRIPS协议明确规定知识产权为私权后,这一问题似乎得到了彻底解决。这里我们无意再在知识

^① “上海市民遇知识产权纠纷首选司法保护或行政保护”,载 <http://www.sipa.gov.cn/zscq/node1/node11/userobject1ai5530.html>, 2007年6月7日访问。

^② 例如,1984年和1992年《专利法》的第43条和第49条。

产权“姓公与姓私”的问题上进行讨论,只想强调一点的是,TRIPS 协议规定知识产权是私权并不能抹杀这样一个事实:知识产权与其他民事权利并不完全相同,其兼有公权性质,并且在现代社会中其公权化倾向越来越明显。对此,我国一些学者有这样的论述:“在当代,知识产权的私权性质并没有发生变化,但国家介入因素在增强;换言之,知识产权私权的公权化因素在增强。知识产权的公权化表明知识产权已经不是一种纯粹的私权,而是一种具有公权因素的私权。”^①也有另一些学者的论述更加明确:“知识产权越来越多地突破传统私法的领域,其公权性质的体现已甚是明显,突出表现为国家(或政府)的公权力干预不断强化。‘政府角色’越来越多地介入知识产权制度;并且随着全球化进展的加快,各国都倾向于向知识产权‘国家战略化’发展。知识产权的公权性质主要表现在社会公益性、国家授予性和利益权衡性三个方面。”^②笔者认为,TRIPS 协议规定知识产权是私权,其本意是要为整个协议定下一个私权保护的基调,是要让知识产权像其他民事权利一样在各成员域内得到平等的保护,避免受到歧视对待,而并不意味着是对知识产权兼具公权性质的否定,这一点可以从 TRIPS 协议规定的目标、^③原则^④以及明确肯定各成员为了保护公共利益而对知识产权保护作出限制的规定^⑤等条款得到证实。

基于上述认识,笔者认为,与普通民事权利相比,专利权兼具公权性质的一面使得政府对专利权的介入因素不断增加,专利权的保护并非纯粹是权利人个人的事情,它需要专利行政管理部门承担更多的保护职责。因此,专利权兼具公权性质的属性不仅为我国实行专利行政保护制度,特别是实施行政查处制度,提供了内在条件,构成促成专利行政保护特色制度不断发展与强化的重要因素,而且为我国专利行政保护制度重心的转移提供了理论依据。

① 冯晓青、刘淑华:“试论知识产权的私权属性及其公权化趋向”,载《中国法学》2004 年第 1 期,第 62 页。

② 李永明、吕益林:“论知识产权之公权性质——对‘知识产权属于私权的补充’”,载《民商法学》2004 年第 9 期。

③ TRIPS 协议第 7 条。

④ TRIPS 协议第 8 条。

⑤ 例如,TRIPS 协议第 31 条和第 40 条,等等。

三、外在因素：中国专利行政保护制度存在与发展的核心推动力

从一般理论上讲，外在因素是导致专利行政保护制度建立、存在和发展的影响因素，其对专利行政保护制度的作用应当要小于内在因素，但是，从整个现代专利制度在中国改革开放后较短时间内迅速地从无到有并达到高水准保护的这个特定历史背景来看，外在因素对中国专利行政保护制度存在和发展所产生的推动作用特别巨大，甚至其作用大小与内在因素相比也难分伯仲。以下将重点分析影响中国专利行政保护制度存在和发展的三个主要外在因素。

（一）软环境因素：中国传统文化

中国是一个有着 5000 年历史的文明古国，悠久的历史创造了灿烂的文化，但是，在中国的传统文化中有些理念与现代专利制度并不相融洽。例如，代表中国传统文化主流的儒家文化并不重视个人权利：儒家法律的价值标尺并不是指向个人，即法律并不确认和维护个体自然人对于他人或社会的权利，而是指向了集体。^①又如，在道德规范和法律规范之间，儒家文化强调前者是第一性的，后者是第二性的。^②很明显，儒家文化这种轻视个人权利，强调“大公无私”，主张“德治”与“礼治”，特别是置“利”与“义”“礼”于相互对立的境地，所谓的“君子喻于义，小人喻于利”等基本文化理念与现代专利制度强调专利权是一种私权的法治理念存在比较尖锐的矛盾。

到了近现代，马克思主义传入中国，其对知识财产更是持严厉批评的态度，认为这是资本主义条件下的异化现象。可以说这种观念一直延续到改革开放之前，甚至在当今都还有一定的影响。正如有的学者所言：“儒家传统文化与马克思主义的结合，刚好形成了一道排斥知识私有化的思想防线”。^③因此，专利权及现代专利制度与中国传统文化的主流意识格格不入也就是很自然的事情。

传统文化必然会对当前的法律制度产生深远影响。^④中国传统文化与现代

① 武树臣：《儒家法律传统》，法律出版社 2003 年版，第 9～10 页。

② 同上书，第 11 页。

③ 曲三强：《窃书就是偷——论中国传统文化与知识产权》，知识产权出版社 2006 年版，第 3 页。

④ 卢乐云：“本土法治资源视野下的初查制度根基探源”，载《湖南师范大学社会科学学报》2010 年第 1 期，第 61 页。