

从管理到服务:知识产权纠纷调解机制的模式重塑

徐 明,岳浩然

(同济大学 上海国际知识产权学院,上海 200092)

摘 要:当前国内的知识产权纠纷调解机制主要采用“管理型模式”,其存在社会信任度低、被异化为“类审判”模式和公权力保障不足等弊端。基于知识产权纠纷调解机制的独立性与不可替代性,有必要对该机制的模式进行重塑。一方面,在调解的过程中需强化行政公权力对调解规范的引导,将调解员身份定位为服务者,着重强调当事人意思自治下的利益共享。另一方面,以《民事诉讼法》修订为契机,对调解协议的法律效力予以确认,赋予其可强制执行的效力,真正达到定分止争的效果。通过从公权力空缺到公权力引导的转换,实现知识产权纠纷调解机制从“管理型”向“服务型”的模式转型,进而真正实现该机制提升纠纷解决效率与为行政司法分流的意义与价值。

关键词:知识产权纠纷调解;服务型调解;管理型调解;公权力引导

中图分类号:D 920.1

文献标志码:A

文章编号:2096-9783(2022)05-0066-10

一、问题的提出:知识产权纠纷调解机制的应然面向

知识产权已经成为国家战略资源和企业竞争要素,由于其具有无形性、时效性、权利易逝性等特征,权利人往往希望快速解决纠纷,但由于诉讼和仲裁等纠纷解决机制周期长、对抗性强,不适合知识产权纠纷的快速解决,更破坏企业之间的合作关系。在政策层面,近期颁布的多项政策均在推广利用调解方式来快速解决知识产权纠纷,减轻法院诉累,提升纠纷解决效率。在个体层面,权利人在遭遇知识产权纠纷时,采用调解等非诉讼的多元化解机制予以平息纠纷更为高效,成本更低。在司法实践层面,法院在强化程序的多元化供给的过程中,通过调解方式结案已占大部分比例。以下将针对此三个维度分别述之。

(一)国家需求:基于保护创新的政策考量

在知识经济时代伴随着第四次科技革命到来之当下,知识产权作为重要的生产要素已逐渐成为经济增长的原动力,如何加强知识产权保护、提高执法效率成为各国关注的焦点问题。而对知识产权多元化纠纷解决机制的建设,尤其是对知识产权纠纷调解机

制的完善,不仅顺应知识产权强国建设的需求与知识产权强保护的趋势,也有利于营造适应科技革命和有助于国际经济技术交流的营商环境^[1]。

首先,在国家战略的制定上,完善知识产权纠纷调解机制的重要性不容忽视。2019年7月,中共中央全面深化改革委员会第九次会议审议通过了《关于强化知识产权保护的意见》。该意见11次提及“知识产权纠纷调解”,首次明确指出将“推广利用调解方式快速解决纠纷”,建立可与行政执法、司法保护、仲裁等方式有效衔接的知识产权纠纷调解机制。2020年11月,习近平总书记在主持中央政治局第二十五次集体学习时,再次强调要综合运用多种手段来强化知识产权的全链条保护,其中包括从调解的环节来完善知识产权保护体系。

其次,在政策落地的实施上,近期颁布的多项加强知识产权纠纷调解工作的政策文件有待推进。2021年9月,最高人民法院发布《关于深化人民法院一站式多元解纷机制建设推动矛盾纠纷源头化解的实施意见》,其中提出针对知识产权纠纷应通过诉源治理来把矛盾纠纷化解在源头,一方面要优化诉调衔接以及各类调解间的联动机制,另一方面也要扩大专业性行业性的知识产权调解队伍。2021年10月,国

基金项目:中央高校基本科研业务费专项资金支持项目“国际知识产权商事调解协议执行机制研究”(22120200373)

作者简介:徐 明(1986—),男,山东潍坊人,副教授,硕士生导师,博士,研究方向:知识产权法;

岳浩然(1998—),男,河南安阳人,硕士研究生,研究方向:知识产权法。

家知识产权局和司法部发布的《关于加强知识产权纠纷调解工作的意见》中,尤其强调知识产权纠纷调解的独立性与专业性,以及建立知识产权纠纷调解工作制度的必要性,并从多方面、多角度对统筹推进知识产权纠纷调解工作提出了意见。

再次,在与国际条约的对接中,中国仍欠缺与国际知识产权纠纷调解有效对接的司法审查机制。2019年8月,中国、美国、韩国等46个国家签署了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》,即《新加坡公约》,该公约为国际商事纠纷提供了国际商事调解的解决途径^[2],强调国际商事调解协议具有跨境执行的效力,为优化国际商事环境提供了友好的争议解决途径。但是,中国目前尚未形成与该公约相衔接的有效机制,导致依该公约达成的国际调解协议尚无执行的效力,暂无法满足国际商业实践对调解执行制度“统一化”的要求^[3]。

最后,在与国际组织的合作中,有必要进一步扩大知识产权纠纷调解机构的案件受理范围。2019年10月,作为唯一一个专门提供知识产权争议解决的国际机构,WIPO仲裁与调解中心的分支机构在上海登记设立,该机构主要通过非诉途径促进私人主体之间涉及知识产权或技术的商事争议的解决^[4]。2020年3月,最高人民法院批准上海市高级人民法院将部分涉外知识产权争议案件委托给WIPO仲裁与调解上海中心进行调解,同年7月,上海法院正式将首批涉外知识产权案件委托该机构进行调解,截至2021年10月,该机构共接受上海法院委托案件37件(如图1),已审结23件。但目前该机构的案件受理范围较窄,案件主要来源于法院的委托且限于涉外知识产权争议案件,尚不能实现为司法诉讼分担压力的社会期望。



图1 截至2021年10月 WIPO上海中心接受法院委托案件

由此可见,无论是国家政策导向还是国内或国际社会之期望,对知识产权纠纷调解机制的研究与完善

将是当前及未来一段时间内亟待解决的问题。但与政策环境形成鲜明对比的是,国内对于知识产权纠纷调解机制在理论研究中仍然不足,学界对知识产权纠纷非诉解决机制所涉及的研究数量并不多,现有的调解机制亦不可称之为完善。故而在此背景下,有必要对知识产权纠纷调解机制的本质及其困境作出剖析,明确其不足之处与痛点之所在。

(二)个体需求:基于非零和博弈的利益共享

具体至微观的知识产权纠纷当事人个体层面,鉴于博弈理论可为博弈境况下的特定行动提供决策支持,因而知识产权纠纷的解决过程之本质,即是双方当事人针对其利益或意志的博弈过程。从权利基础理论的角度而言,作为权利救济而形成的纠纷,其具有利益与意志双重来源。由于诉讼或仲裁等司法或准司法解决机制讲求的是意志之对抗,争讼的过程即是针对特定单一且静态的利益展开,争讼的结果表现为双方得失之和总是为零,故该争议解决机制是双方当事人对利益所持相反态度的“零和博弈”,双方当事人亦互为利益之上的“意志对抗体”,是一种利益对抗程度最高的博弈^[5]。调解或和解等非诉机制则与上述情形具有明显差异,调解所基于的前提即是双方当事人对争议或纠纷存在可供协商或合作解决的空间,故而调解追求的是冲突与对抗的消弭与双方满意的结果^[6],而非对利益或是意志的对抗。在此共识下,双方当事人可能就争议问题充分体现对各自利益的意思自治,该过程中的利益也并非择一的竞合关系,而是多层次、多元化的、可耦合的、立体且动态的利益。调解机制下双方当事人的利益可以相互叠加,利益的总和也并非固定的此消彼长关系,因此调解的过程亦是“利益共同体”之间所进行的“非零和博弈”。

中国社会向来倡导“以和为贵”“和谐共赢”的思想理念,面对纠纷也更提倡以协商、调解的方式加以解决。相较于诉讼中需对纠纷解决之不确定性具备无条件接收的思想准备,权利人对调解机制也具有天然的趋向性。而作为创新保护的知识产权制度,其本质上也是“为智慧之火淋上利益之油”,故而在知识产权的创造、运用、保护与管理过程中,利益本身及各利益之间的平衡应是首要考量要素。因此,从知识产权纠纷当事人的个体层面来看,由于社会理论与个体理

性的导向作用,权利人在遭遇知识产权纠纷时,采用调解等非诉讼的多元化解机制予以平息纠纷具有相当的合理性,也具有相当的主观倾向性。

(三)实践需求:基于司法实践的现实因素

优化创新的环境和扩大科技开放合作是提高自身发展水平,实现从高速增长向高质量发展转变,实现创新驱动发展的必然选择。而建立一个便捷、高效、多元、畅通、共赢的知识产权纠纷多元化解体系是优化创新环境和扩大开放合作的关键之一^[7]。在知识产权的保护上,除了传统的双轨制保护模式,中国近几年也逐渐探索出通过多元化的知识产权纠纷解决机制来为司法、行政进行分流,进而形成知识产权大保护的格局^[8]。

知识产权纠纷不同于一般的民商事纠纷,因其权利边界更具有不确定性,故在知识产权纠纷中常需对权利成立与否、权利的范围或权利的归属等问题进行确认,而用于确认的行政程序又可能造成民事诉讼程序的中止,从而导致知识产权纠纷面临情况复杂、解决效率低等困境^[2]。同时,知识产权纠纷具有当事人利益多元化、诉求多样化、市场复杂化、技术难度高、诉讼成本高、维权周期长等特征^[9],而单一的纠纷解决机制无法满足不同纠纷下当事人的不同需求,无法实现知识产权发展的合作和共赢。相较于诉讼更注重发现法律上的正确而对正当性的追求,知识产权纠纷调解机制更注重纠纷处理成本上的节约而对效率性更为看重,因此该机制的引入可以丰富当事人的选择,为其提供更为高效、更能兼顾多方利益的解决方案,具有实践价值和意义。

司法实践也印证了当事人更倾向于以调解的方式解决知识产权纠纷之现状。如2020年山东法院共受理知识产权民事一审案件19 715件,审结19 617件,调解撤诉结案13 818件,调撤率达70%^[10];黑龙江法院共受理知识产权民事一审案件1 585件,审结1 508件,结案率95.1%,其中调解撤诉率达73.7%^[11]。可以看出调解已在知识产权纠纷解决实践中具有较大比例,证成了知识产权纠纷调解机制的可行性。以调解撤诉的方式结案可以避免后续的上诉、再审等司法程序,既能节约大量司法资源,还能减轻当事人的诉累。也正是如此,最高人民法院在2019年和2020年发布的《中国法院知识产权司法保护状况》中,也分别强调要加快对调解机制的建设推进与实施落地,法

院应把非诉解纷机制放在首位,积极与行政部门与人民调解组织协调配合,以司法为中心发展出多元化的纠纷解决机制,进而真正保护当事人的程序选择权,推进社会的自治与自理。

二、管理型模式:知识产权纠纷调解机制的实然困境

当前知识产权纠纷调解机制存在的困境主要表现为三方面:一是社会对其能否真正解决问题缺乏信任感;二是主流调解表现为类审判的模式,调解员与当事人双方地位并不平等;三是调节过程缺少公权保障,调解结果难以作为法院强制执行的依据。以下将基于表层现象及其成因,探讨其具体困境之表现,以期为新时代知识产权纠纷调解机制的优化提供实践之参考。

(一)现象表征:社会对调解的非信任感

调解是由当事人之外的中立方通过促进双方协商、识别出纠纷中的主要争议问题,并作为双方当事人信息传递的桥梁、探索达成利益一致的基础,找到解决问题的推理过程或机制。调解因其低成本、自愿性与保密性等优势^[12],在包含知识产权纠纷在内的各类民商事纠纷解决中占据极为重要地位。

虽然知识产权纠纷调解机制拥有如此多的优势,但由于其在机制设置、信息衔接等方面,存在渠道闭塞、沟通不畅、信任危机等问题^[13],阻碍了该机制优势的体现。尤其在“互联网+”的时代背景下,网络拓宽了信息的传播范围,降低了信息的搜寻成本,但同时也使知识产权纠纷愈发频繁与复杂。知识产权作为企业发展的重要资源与竞争力的核心要素,其更多应用于商业领域之中,而对于以知识产权为核心的交易与合作而言,合作关系的维持会比发现法律上的正确解决更为重要。在此背景下,一刀两断式的判决方式会破坏与僵化双方当事人间的关系,且未必能真正解决纠纷的问题。而在调解程序下,可以实现维持双方当事人合作关系的同时,通过促进协商来达成合意,甚至可以通过协商发现双方诉求背后的真正意图与需求,进而创造合作的可能来化干戈为玉帛。但现有的知识产权纠纷调解机制,实质上与诉讼并无二样,当事人之间的关系受到了破坏。更为严重的是,调解协议的执行缺乏常态化机制,在关系已经破坏的基础

上,依旧无法终局性地解决实体问题,仍需要再度走上诉讼之道路,故而导致社会对调解的信任感愈发降低。

(二)成因分析:主流调解的类审判实质

现有知识产权纠纷的调解方式包含人民调解、司法调解、仲裁调解、行政调解、律师调解与行业调解等^[14],其中前四类模式由于有国家行政或司法公权力参与,因而易为社会所接受,也即被社会所公认的主流调解模式。但也正是由于存在此类公权力的参与,使得“调解”具有向审判模式趋近之倾向。尤其对于司法调解与仲裁调解而言,若是调解不成,当事人就存在选择诉讼或仲裁等对抗型解决策略的可能性。人民调解、行政调解的大体情形亦与之相似,所以双方当事人均随时准备进行意志的对抗,较难真正践行对双方利益的相互考量。从此类主流调解机制的程序性特征不难发现,其实质就是一类“类审判”或“准诉讼”的纠纷解决机制。

在程序法理上亦有将上述调解机制称为“管理型调解”,调解员在其中承担之角色实为对争议解决导向的管理员,此类模式可抽象为如图2所示的模型。在此调解机制中,调解员与双方当事人之间的地位并不完全平等,其角色定位更偏向于“纠问型”,且常将立足点移向较弱一方以补充其交涉能力的不足,甚至干脆把自己认为正确的解决方案强压给当事人^[15],因而对调解成功与否具有导向性作用。因此,出于对“类审判式”调解员在公权力范畴下的主观默认,双方当事人在心理上极大程度地仍认为此类“调解”就是变相的审判或仲裁,也就无法完成由“意志对抗”到“利益共同体”的理性转化。

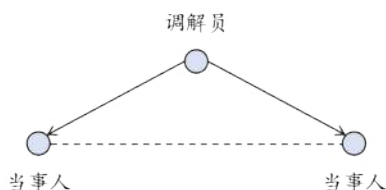


图2 现有主流知识产权纠纷调解机制的抽象模型

但是,倘若主流的知识产权纠纷调解机制仅单纯地用其“管理型调解”模式而被奉为“类审判”解决机制,其本身并不足以被知识产权权利人所信任或不认同,而产生前述困境现象的根本性原因即在于,该机制的争议解决过程虽然与诉讼或仲裁实质性相似,但却存在诉讼与仲裁所不具备的弊端,即无公权力对调

解协议的效力进行当然的认可。由于调解过程是秘密性的,不存在公权力对该过程进行参与与认可,也就无法赋予对应调解协议的公权力保障效果。在对知识产权纠纷的六类调解机制中,只有司法调解与仲裁调解所得的调解协议可不需另行起诉即具有强制执行效力,但《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)亦规定了此类强制执行力具有2年的申请执行时效,而作为时效性极强的知识产权争议而言,该时效往往无法满足对权利人利益保障之需求,故而从整体上而言,调解协议对争议结果之保护效果远不及诉讼判决之永久效力,更何况其他主流的调解机制所产生的协议尚不具备直接的司法执行力。

综上,现行调解机制与诉讼机制的利弊衡量比较基本可归纳为,调解机制在程序上与诉讼机制实质性相似,但却不具备诉讼在强制执行及其时间效力方面的优势,知识产权权利人在对比斟酌之下自然不愿选择调解,故此机制面临社会不信任的尴尬困境亦在情理之中。

(三)具体困境:调解机制公权保障不足

应当明确的是,调解机制及调解所倡导的“以和为贵”的思想理念对纠纷的解决具有正向的积极作用,其本身在理想状态下应当为社会所普遍接受。但当前的社会接受程度却面临着与之截然相反的困境,从机制设计的初衷来看,这并非调解理念及其所对应的理想机制本身的不足,而是经由与诉讼、仲裁等机制的对比之后,社会公众在具体实践过程中对其产生了“异化”。此类异化既不符合调解机制设计者对社会效应的预期,也与调解对利益共同体的价值追求明显相左,故而有必要对其中的具体困境进行进一步分析,以寻求相应的优化路径。

根据前述对困境现象的成因分析,现有知识产权纠纷调解机制的具体不足之处可归纳为以下两个方面:

1. 行政公权对调解过程规范较少

如前文图2所示,在当前主流知识产权纠纷调解机制模型中,调解员与双方当事人所处之实质地位并不平等,其承担的角色并非与双方协商之“友人”,而是具有引导作用之“家长”。这一现象不仅不易使当事人对调解员产生天然的信任感,从而产生微妙的畏惧或反抗心理,并且也正是由于导向性的存在,当事人往往也会对调解员的公正性或中立性产生质疑。

不仅如此,知识产权纠纷往往伴随着高技术程度的知识,调解员对专利等技术的专业程度高低亦会对中立性导向产生特定影响。因此从理论上而言,行政法规或相应政策有必要对调解员的调解行为与程序进行实质性规范,设定中立性、公正性等基本原则与底线思维,并对相应专业技术实体性内容划定导向性指引。

但与该理想状态形成对比的是,目前除适用于知识产权纠纷人民调解的《人民调解法》外,其余司法调解、行政调解的规范则散见于《民事诉讼法》与《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)等非专门针对调解的立法之中,且条款数量较少、概括性亦较高,而行业调解、律师调解、商事调解等机制更是不存在法律规范。此外,与调解相关的行政法规与政策也并不多见,其中涉及知识产权纠纷调解的更是几近于无,考虑知识产权纠纷的高专业性特征,一般的程序性规范由于未触及知识产权具体领域的具体纠纷调解规范,调解员的中立程度与专业程度也就难以简单通过调解结果予以外在表征,行政公权力对此缺憾之处尚无完善的规范机制。虽然在2019年12月,中国专利保护协会已发布《知识产权纠纷调解管理规范》,但该规范文件的效力仍是行业标准,国家行政或司法公权力对此仍处于缺位状态。

当然,也需要据此指出,即使不采用公权力对调解员的中立性等原则予以确认或规范,在特定情况下也可交由市场规范机制予以自由优化。若是纠纷当事人可自由选择调解员,则理性的当事人自然会根据历史调解的公正性程度及社会口碑等影响因素进行选择,而上述原则的满足与否皆可由市场竞争机制予以激励或促进。但是,就当前实践而言,这恰恰是目前由司法调解、行政调解等由公权力参与的调解机制所无法具备的,而与此对应的律师调解或商事调解却又并非社会所熟知的主流调解模式。

2. 司法公权对协议确认效率较低

司法公权力在调解机制中保障的不足在于对调解协议的效力认定效率较低,但其在两类调解机制中的具体体现存在一定差异。诉讼调解、仲裁调解等主流的知识产权纠纷调解机制所产生的调解协议虽具有完整的司法效力,也可直接申请法院强制执行,但国内诉讼法却为其设定了诉讼时效,由于知识产权系无形权利,不以对标的的占有为权利存在之前提,因

而当事人对纠纷标的的履行极易存在承认与否认之反复。若是一方在暂时履行后,又于诉讼时效届满时再度对涉及纠纷的利益进行干预或控制,则相对方亦无法依据调解协议申请强制执行,故而此类诉讼时效的设置无疑削弱了权利人依据调解协议所获得的准司法保护程度。

对于上述的行业调解、商事调解、律师调解等非主流调解机制,其最突出的特点即是在于无公权力之参与,在《民事诉讼法》第四次修改前,出于调解秘密性的考虑,此类调解协议的效力无法得到司法公权力的确认。在此情形下,若要寻求法院对调解结果的认可,则需要据此另行起诉,使得知识产权纠纷转化为对调解协议的违约之诉。而调解协议在其中仅具有证据效力,其诉讼判决结果也未必与先前协商结果相一致,显著增加了纠纷终局的不确定性。从整体上而言,如此不仅耗费有限的司法资源,当事人对纠纷的处理效率也大幅降低。

有待突破的是,2021年12月全国人大常委会作出关于修改《民事诉讼法》的决定,此次修改的一大亮点便是扩大了可申请司法确认的调解协议的范围,除人民调解委员会外,赋予了如商事调解、行业调解等经社会团体达成的调解协议申请司法确认之可能,并为司法确认之法院管辖,区分了“人民法院邀请调解组织开展先行调解”和“调解组织自行开展调解”两种情况。该修改为知识产权纠纷调解的司法确认拓展了应用空间,尤其在知识产权纠纷专业性与复杂性较高,相比人民调解更加依赖行业调解和商业调解的背景下,有利于知识产权纠纷调解的推广与完善。但是,如何进一步展开知识产权纠纷调解协议的司法审查确认程序仍是有待探讨的问题。

三、模式重定位:知识产权纠纷调解机制的本质透析

通过前述对主流调解机制与非主流调解机制在困境及其成因上的分析,有必要对此两者之差异性予以考量,以确定具体的机制优化对象。虽然权利人潜意识中往往将知识产权纠纷的调解等同于司法调解、仲裁调解、行政调解等主流调解机制,但不可据此否认其他非主流调解机制的存在及其有效性价值。如前所述,当前主流机制采“类审判”式的调解模式,虽

有公权力全程参与,但相比诉讼、仲裁而言,其公权力保障仍远不足够。从根本意义上而言,社会需要的是可真正实现“以和为贵”“利益共享”的调解,而不是此类权威且主流的调解。据此,需进一步明确新时代营商环境建设背景下应当尽快优化的知识产权纠纷调解机制,即作为非主流调解机制的商事调解与律师调解,而非借由公权力产生的主流调解模式。

对于司法调解、仲裁调解而言,其本身即诉讼或仲裁的程序之一,需以提起诉讼或仲裁为前提,但当事人既已提起诉讼,也就难以再从“意志对抗体”回转至“利益共同体”,故而此类调解机制无法与诉讼或仲裁本体相区分,研究其机制的优化路径既无可行性,也无必要性。此外,人民调解所针对的是发生在公民与公民之间、公民与法人和其他社会组织之间涉及民事权利义务争议的“民间纠纷”,而知识产权纠纷往往存在于法人与法人之间,其难以满足知识产权的特殊性需求。因此,对于知识产权纠纷的调解应着重聚焦于商事调解、律师调解等无公权力参与的市场化的知识产权纠纷调解机制,以期“非主流”迈入“主流”。

(一)特征定位:纠纷的独立解决机制

为了脱离当前“类审判”的尴尬形象,对知识产权纠纷调解机制的定位应当是独立于司法诉讼或仲裁的争议解决机制。该机制既与知识产权诉讼等司法或准司法程序有明显不同,也应当与物权、家事等一般民商事纠纷的调解具有显著差异。而该差异同时也证成了知识产权纠纷调解机制的独立性特征。

1. 与知识产权诉讼之比较

知识产权纠纷调解相较于诉讼之最为突出的优势就是大幅缩短了纠纷的处理时间。由于知识产权存在权利易逝性之特点,因此若采用知识产权纠纷调解机制,相较于诉讼而言更易使双方当事人的利益得以保全,甚至形成叠加。知识产权不同于一般的绝对性权利,其系限期的垄断性权利,权利人只得在一定期限内享有对智力成果或知识产品的独占使用权,期限届满后便进入公有领域而供社会自由使用,故而纠纷的解决周期将直接影响权利人享有知识产权的期限及其对应的经济价值与市场收益。

此外,现代科技的飞速发展导致知识产品的市场淘汰周期愈发缩短,出于利率、贴现率等经济机制的作用,知识产权的市场价值往往随着时间流逝迅速降

低。在此前提下,若一旦发生侵权,如何快速有效保障权利人的既得利益与可期待利益,是较为紧迫的一项命题。不难看到的是,当前中国知识产权诉讼案件数量日益增加,甚至在部分地区已接近饱和,大范围的“诉累”极度消耗有限的司法资源,也对当事人极具时效性的实体权利与经济效益形成威胁与挑战,这也就是北京、上海等地专设知识产权法院的缘由之一。因此,从权利易逝性之特点也可得出,知识产权权利人亟需如调解、和解等便捷、高效的替代性解决机制处理相应纠纷,若是一味采用诉讼结案,即便最终获得了有利的解决结果,其本身的实质性意义也可能不复存在。

2. 与一般民商事调解之比较

从知识产权基础法理的角度而言,其纠纷及对应的调解机制与一般民商事纠纷解决机制之差异存在于下述两方面,有必要对此予以审视并在该机制之优化路径中予以重点考量:

其一,纠纷具有专业性,调解人员需有相应的专业背景。知识产权纠纷包罗社会生产与商业行业的方方面面,所涉及的专业知识亦是涵盖各类自然科学、工程科学,乃至人文社会科学,故在处理纠纷时,尤其是与专利技术相关的纠纷时,调解员应当对纠纷标的之背景知识具有相当程度的了解。由于调解员在调解过程中承担双方协商促成者的角色,必然需要围绕相关利益展开劝导与指引,因此其对专业知识的熟悉与否将对其立场公正中立与否产生影响。若是调解员自身尚无法清晰地认识纠纷问题,也就难以合理地完成纠纷化解,而此即是与对一般物权、合同或婚姻等社会生活常见领域之调解引导的区别之处。

其二,权利具有共存性,和谐共存思维更为关键。知识产权保护的对象实质上是一种非物质性的信息,该信息可以在同一时间被多个主体在不同地点共同认识或利用且不会发生损耗,因此区别于一般民商事权利所保护对象的特定性与唯一性,有学者称其为知识产权的非竞争性^[16]。在该非竞争性下,同一信息可以在不同的表现形式下产生多个知识产权,比如一具有美感的图案可能同时存在著作权和外观设计专利权,而这些权利之间也并非必然是互相冲突的关系,这便是知识产权的共存性。因此,对于知识产权纠纷更应关注权利之间的协调,面对权利冲突的最优

解决方案不是否定一项权利,而应是在保护权利的同时实现其之间的合作共存,此合作共存的纠纷解决思维在知识产权纠纷中更为关键。

其三,权利具有法定性,有效与否需经公权力认定。一般民商事纠纷的关注点在于侵权事实或侵权构成要件的适用,不存在对于权利事实的认定,而知识产权纠纷解决的前提则是对权利保护范围的确定。在绝大多数情况下,此类权利有效性与范围之命题往往需要得到司法公权力或行政公权力之认可,并予以登记或备案,无法交由当事人意思自治。对于一般民商事纠纷的调解而言,将争端事项与权利使用等事宜全然由双方协商不失为促进双方利益共赢的契机,虽然此理念与知识产权纠纷调解机制具有同源性,但其具体的权利基础仍需交由国家公权力予以论证。

(二)本质定位:行政司法的合理分流

证成知识产权纠纷调解相较于知识产权司法解决机制与其他民商事调解机制之独立性后,就应当明确其独立性的本质与意义,即知识产权纠纷调解机制可为社会带来何种效益。既然知识产权诉讼、调解、仲裁等机制均可实现对知识产权纠纷的解决,就应当考察三者之间是否存在替代与被替代的关系。从功能健全程度的角度而言,诉讼功能最为全面,仲裁次之,调解最弱,而国家与社会设计后两者机制的原因绝非仅因为后两者的公权力强度更弱、更易形成协商之合意,而是在于可对诉讼进行分流。

从当前国内知识产权司法与仲裁的实践来看,知识产权司法诉讼的数量远超社会预期。在司法诉讼之外设立仲裁的目的亦是为了分担司法诉讼之压力,而就目前仲裁压力来看,也已接近其可承担的最大负荷。故而,在此背景下提出并强调知识产权纠纷调解的意义,正是在于为了分担法院、仲裁院对知识产权纠纷的受理与审理压力,实现特定纠纷的合理分流,此亦即知识产权纠纷调解机制作为社会纠纷解决机制的本质功能定位。

但对于当事人而言,其首要考量的要素并非社会纠纷的受理压力,而是通过何种渠道可实现自身权益的最大化,故而面对这一矛盾,有必要对知识产权纠纷解决的分流方式作出理性规划与决策。其决策依据至少应当包含以下两项原则:

其一,程序上无需公权力认定。该公权力是指在知识产权纠纷中,专利权和商标权需要借助国家行政

管理部门或司法部门的公权力来对权利成立与否进行认定。而著作权采自动保护原则,商业秘密亦无需授权过程,故此类知识产权纠纷因较少需要公权力的参与而更宜采用调解实现利益之最大化。但该项原则并非指专利权和商标权纠纷不宜适用调解机制,而是如果涉及对权利的认定或无效等公权力参与的要素,如纠纷一方已经发起了对另一方权利的无效宣告请求,则一方面该类纠纷已经构成了双方紧张对立的“零和博弈”之局面而缺乏“和谐共存”的调解意愿,另一方面该类纠纷必然将经历繁琐的程序而与调解机制强调的效率性相悖。因此从与诉讼、仲裁能机制的分流角度而言,适宜采用调解形式对知识产权纠纷进行分流的依据就是纠纷中尽可能排除公权力的参与,这也是在解决机制决策中必须遵循的最低合理性依据。

其二,实体上存在相似利益。所谓相似利益,即是双方当事人之间的利益存在相似性,一方实现其利益的同时,可能会促进相对方之利益,即使未产生此类共赢效益,也至少不会有损相对方的利益而构成“零和博弈”。应当指出的是,该原则并非如前一原则作为调解合理性的基本依据,而是可供选择的建议性依据,若违背该原则并不会导致调解协议不法或不合理,只是不利于实现双方利益之共赢,而与作为“意志对抗体”的知识产权诉讼并无二致。

四、服务型模式:知识产权纠纷调解机制的优化路径

通过对社会需求及当前知识产权机制存在的困境进行逐一解析后,证成了需着重优化的调解机制是知识产权纠纷的商事调解,并明确了该调解机制的本质定位是为司法与行政提供压力分流,因此具有独立性与不可替代性。但也应当认识到,当前该机制并不是知识产权纠纷调解之主流,且本身亦非绝对完善。故而有必要在借鉴知识产权纠纷主流调解机制的前提下,形成合理的优化路径,以使其逐步为社会所认可乃至普遍接受,真正促成“以和为贵”的创新保护氛围。

当然,需要明确的是,此处之调解机制的优化路径仅针对适合采用调解方式解决的知识产权纠纷类型,而对于不适宜调解、仅能采用司法或准司法途径

解决的纠纷在此不予考虑,若是将其强行划归为调解模式,并为其专门设计特殊的优化路径,不仅在法理上存在不妥之处,在实践中也无任何意义。以下即从概括模型与具体路径两个维度,阐释优化营商环境背景下知识产权纠纷调解机制的参考模式。

(一)模型构建:从管理型调解到服务型调解

调解的本质就是充分体现当事人意思自治的纠纷解决方式,知识产权纠纷当事人就应当是该机制中的主体,调解员之角色并非“管理者”,而应是促成和解结果的“服务者”。如前所述,与司法调解、行政调解等有公权力参与的调解机制相区别,亟待优化的知识产权纠纷的商事调解就应摆脱“管理型调解”的构造,着重发挥当事人的主体地位。从抽象层面而言,争议解决机制承担的宏观作用即是维持社会稳定与主体利益之间的平衡,前者讲求社会管理与社会控制,而后者倾向于引导与服务。应当指出的是,在诉讼、仲裁等公权救济机制已基本满足社会管理职能的前提下,调解则更需彰显对主体利益的考量,且知识产权本身即具明显的利益导向,故而在价值追求上理应实现主体优先,尤其在当前新时代优化营商环境建设的社会转型期,对权利人个体的尊重需要引起足够的重视。因此,由“管理型”向“服务型”的转变即是优化知识产权纠纷调解机制的理念逻辑与价值导向。

而在具体的机制模型设计上,其优化路径规划的前提是明确当前知识产权纠纷调解模式所面临的社会需求与痛点困境,并以此形成参考依据为优化后的机制模型设定基本原则。其中的困境现象与优化原则可以归结为三个方面:一是调解员对当事人的决策导向性过强,在优化模型中应采谦抑性原则;二是公权力与调解员形成混同,在优化模型中应采分离性原则,并由公权力对调解员的调解行为形成指引性规范;三是调解协议的效力缺少直接认定,优化模型应对此赋权赋能。据此,可以参照如图3所示的服务型知识产权纠纷调解机制的抽象模型。其中,将调解员之地位调整为与当事人地位相持平,并将主流调解机制中的公权力与调解员相分离,使得其不仅对调解员具有规范指引作用,也在当事人之间产生特定效力。

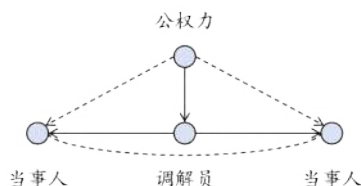


图3 服务型知识产权纠纷调解机制的理论模型

可以清晰地看到,在上述优化模型中存在着三组社会关系,恰好分别对应当前中国知识产权纠纷调解机制的痛点需求:一是调解员与当事人之间的横向线性关系;二是国家公权力对调解员的规范关系;三是国家公权力对双方当事人调解协议的认定关系。前者系平等主体之间的关系,应充分发挥私权意思自治的原则,由双方当事人自行协商,并由调解员对该过程进行适当的指引。与“管理型调解”具有显著区别的是,公权力在其中并不承担实质性的角色,但并不意味着其在调解机制中完全缺位,而是主要体现在后两种社会关系之中。此时公权力将发挥谦抑性的作用,作为一类事先规范或事后评价机制而存在,而在调解的过程中并不参与实体性的权利义务之关系。

可以认为,该创新机制中的最大亮点即是对公权力职能的设定。由于调解员与当事人之间的地位需具平等性,而保障这一平等性的关键就在于调解过程应无公权力参与,但出于对调解规范性与确定性的考虑,公权力有必要对调解机制进行“无形”的保障。所以,此优化模型一反当前主流知识产权纠纷调解机制中“公权力全程参与,但公权力保障不足”的尴尬情形,将其翻转为“无公权力参与,但有公权力保障”的对应机制,在最大程度体现当事人意思行为的同时,又能对调解协议的效力予以当然的认定,以满足机制中各方对“服务型调解”的需求。

(二)具体路径:从公权力空缺到公权力引导

对于前述优化模型中的三组社会关系,调解员与当事人之间由于系线性的平等关系,更宜交由其内部依据意思自治自行协商,公权力不宜予以干涉。而对于后两种有公权力介入之社会关系,一是对调解员在调解机制运作前的事先规范,体现为以法规或政策为主要渊源之行政公权力;另一则是对纠纷双方当事人调解合意之认定,由于涉及调解事后的强制执行效力问题,故而更多体现为司法公权力。以下将对其分别详述模型中的优化路径,以实现公权力的合理配

置,由当前公权力空缺之困境迈入公权力对调解进行良性引导之佳境。

1. 行政公权力对调解规范予以引导

知识产权纠纷调解程序相较于诉讼与仲裁等公权参与程序势必具有灵活性之优势,但其并不意味着调解程序可自由恣意,故而行政公权力有必要对其调解过程予以规范,使其制度化、明确化。当前主流的调解模式所区别的是,此类规范并非以“参与调解”的形式出现,而是对其进行事前预设。需要明确的是,公权力无法也不宜对当事人的协商过程进行介入,只对调解员的调解进行正向引导,因而规范设计也应以调解员为规范对象。现有研究涉及此类规范的完善建议包括:以当事人的合意为前提,充分尊重当事人的真实意思表示;对调解员的行为设立职业道德标准,建立奖惩措施;确保当事人的诉讼权利,保障司法审查的终局性等^[17]。上述建议之间的侧重点虽然有所差异,但规范制度设计的本质导向中至少应当包含以下两项原则:

其一,中立性原则。调解员之中立性要求调解员只能帮助当事人澄清争议事实,向当事人阐明与纠纷有关的法律信息,界定并明晰双方利益与观点,软化彼此的对立情绪,消解双方之分歧,引导双方就争议的解决方案进行协商或向双方提供解决纠纷的方案或建议,推动双方当事人的沟通与对话,促使、帮助当事人达成调解协议^[18]。在此意义上,调解员作为争议外的第三方,其并未真正介入纠纷的实质性解决,而仅是单纯地向当事人双方提供解决纠纷的沟通机会与互动平台^[19]。因此,中立性原则的核心与前提即是在于调解员应当与引起纠纷的特定利益不存在利害关系,只有其对纠纷处理结果之固有利益尽可能的小,其本身才更易获得双方当事人的信任。

其二,谦抑性原则。谦抑性原则实质上可认为是对中立性原则之衍生,由于调解员处于中立之地位,故而其并不能触及纠纷问题的实质性要素,纠纷的主要矛盾仍全然交由双方当事人协商,由此使得双方当事人在决策过程中位于主体地位,而调解员自然就谦抑。一般认为,调解取得成功的原因有二:一是当事人参与纠纷解决与决策的过程,并共同控制纠纷的处理结果;二是调解为当事人创造性地解决纠纷提供机会^[19]。在此前提下,由于调解员的谦抑,当事人才能最大程度发挥意识之能动性,而促成双方利益之共同

或叠加,此亦即知识产权纠纷调解之核心追求。因此可认为,对调解员的谦抑性要求与当事人对其权益的自主决定原则相互关联,实质上是同一问题的两个方面。

同时,在行政公权力对调解机制予以规范的前提下,也应当肯定市场机制为其输送的激励动力。在现行调解机制的整体性框架下,知识产权领域存在着前述之主流的司法调解、仲裁调解、人民调解等调解形式,也存在着本研究所着重聚焦且有待优化的商事调解、律师调解等当前非主流模式。显而易见的是,前者系由国家公共财政提供经费支持和保障,而后者则是将社会调解推向市场化驱动,若不对此设置差异化的激励机制,则会严重阻碍知识产权纠纷调解的机制成长。只有在经济市场的引导下,调解员与双方当事人才会自发地、理性地向着符合自身利益之方向行动。其中,权利人将会寻求最具性价比且最为高效的纠纷处理途径,而调解员亦能严格按照当事人的需求与设定的原则提供高质量的调解服务。在此前提下,各地政府亦可根据当地知识产权发展情况,辅以手续简化、税收减免等配套优惠制度或扶持政策,积极引导权利人选择合适、高效的纠纷解决机制,以更好地实现知识产权纠纷调解从公权力主导型向社会自治型的转变^[20]。

2. 司法公权力对调解协议予以确认

调解的结果通常为双方当事人以自愿达成调解协议的方式解决纠纷,但在当前知识产权商事或行业等调解的实践中,由于无公权力介入,该协议效力等同于合同的效力,不具有强制执行力,而仅存有证据效力。事实上,在一方当事人拒不履行调解协议的情况下,另一方当事人就会重新采用诉讼等具有强制执行力的方式来解决纠纷,造成了纠纷解决反复或重复^[21]。如此不仅带来了司法资源的浪费,调解本身也失去了“以和为贵”的意义,并且也大幅增加了调解结果的不确定性,产生了不良的社会效果。因此,在优化后的知识产权纠纷调解机制模型中,有必要采用司法公权力介入的方式对此进行规制,以实现调解协议的司法执行效力。

对此,建议在第四次修改的《民事诉讼法》实施后,对于商事、行业和律师调解等非主流调解协议可以参照人民调解协议的司法审查确认程序,即通过调解协议双方的共同申请,或在一方当事人拒不履行调

解协议时另一方当事人的申请下,使该原本只有民法上合同性质的调解协议,经司法公权力之补强后获得请求法院强制执行的效力。由于该司法审查主要以形式审查为主,辅之以有限的实体审查,重点围绕调解协议的合法性和当事人的自愿性进行审查,故该方式不仅节约了司法资源,还实现了从当事人合意到司法公权力保障的诉调有效对接。

结 语

创新永无止境,对创新之权利保护也将永远在路上。知识产权纠纷调解机制为知识产权纠纷的解决提供了一类于诉讼、仲裁之外的出路,但其社会效应却未如机制设计者所期盼的那般广受认可。而若要走出困境,就需对新时代背景下的知识产权纠纷调解予以重新定位。考虑知识产权纠纷调解对比主流调解的差异,应将其定位为纠纷的独立解决机制,作为对司法与行政的合理分流。因此,建立符合中国特色的知识产权纠纷调解机制的优化路径,需要构建“服务型调解”的基本模型。在具体的调解机制中,“无公权力参与,但有公权力保障”是该优化机制的根本底色。在实现当事人主体地位与调解员相平等的前提下,设立政策制度引导更多的纠纷合理地进入调解;同时,优化调解的本土制度,引入行政公权力对调解过程进行事先规范,引入司法公权力对调解协议进行事后确认,以真正构建平等、自主的知识产权纠纷协商解决机制。

参考文献:

- [1] 单晓光. 新一轮科技革命与中国的知识产权战略[J]. 人民论坛·学术前沿, 2019(13): 23-31.
- [2] 徐明, 陈亮. 《新加坡公约》对我国跨境知识产权纠纷解决机制的影响[J]. 电子知识产权, 2019(12): 14-24.
- [3] 孙南翔. 《新加坡调解公约》在中国的批准与实施[J]. 法学研究, 2021(2): 156-173.
- [4] 陈颖婷. 全国首家国际组织仲裁机构落地上海并实质化运作[N]. 上海法制报, 2020-10-23(3);
- [5] 王则柯. 人人博弈论[M]. 北京: 中信出版社, 2007: 188.
- [6] 顾培东. 社会冲突与诉讼机制[M]. 北京: 法律出版社, 2016: 40.
- [7] 徐波, 孔元中. 知识产权纠纷人民调解工作的探索总结与思考[J]. 电子知识产权, 2017(9): 58-66.
- [8] 詹映, 邱亦寒. 我国知识产权替代性纠纷解决机制的发展与完善[J]. 西北大学学报(哲学社会科学版), 2018(5): 75-83.
- [9] 徐波, 孔元中. 知识产权纠纷人民调解工作的探索总结与思考[J]. 电子知识产权, 2017(9): 58-66.
- [10] 山东省高级人民法院. 2020年山东法院知识产权司法保护白皮书[R/OL]. (2021-4-21)[2021-11-15]. http://www.sdcourt.gov.cn/nwglpt/_2343835/_2343851/7018173/index.html.
- [11] 黑龙江省高级人民法院. 黑龙江省全省法院2020年知识产权司法保护状况白皮书[R/OL]. (2021-4-26)[2021-11-15]. <http://www.hljcourt.gov.cn/public/detail.php?id=32819>.
- [12] 齐树洁. 多元化纠纷解决机制原理与实务[M]. 厦门: 厦门大学出版社, 2005: 114-116.
- [13] 费艳颖, 赵亮. 枫桥经验视域下我国知识产权纠纷人民调解制度及其完善[J]. 东北大学学报(社会科学版), 2019(4): 399-402.
- [14] 倪静. 知识产权争议多元化解机制研究[M]. 北京: 法律出版社, 2015: 341.
- [15] 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, 1994: 55-58.
- [16] 凌宗亮, 谈娅. 知识产权权利冲突解决策略的反思及完善[J]. 上海政法学院学报(法治论丛), 2017, 32(1): 111-117.
- [17] 袁伟. 知识产权民事纠纷多元化解路径探析[D]. 上海: 华东政法大学, 2015.
- [18] 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.
- [19] 刘友华. 知识产权纠纷非讼解决机制研究——以调解为考察中心[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011: 138-187.
- [20] 廖永安. 中国调解的理念创新与机制重塑[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2019: 41.
- [21] 梁平, 陈焘. 论我国知识产权纠纷解决机制的多元构建[J]. 知识产权, 2013(2): 54-88.

Breaking and Reconstruction of Informed Consent Rules in Personal Data Transactions

Yin Bowen

(School of Economic Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: China's legislation has formed a binary structure in which "information" and "data" are separated from each other, and the informed consent rule is left blank in the scene of personal data transactions. However, anonymization itself is a false proposition, and the idea that data has nothing to do with individual personality interests is biased. Therefore, the personal data transaction scenario urgently hopes for the introduction and implementation of the informed consent rule. The existing informed consent regulation has a strong control attitude, and the construction ideas and rules are not suitable for the data transaction mode. Therefore, we should abandon the position that "personal interests are the first priority", shift from one-sided emphasis on individual responsibility to the multi-agent regulation mode, combine "formal knowledge and actual knowledge", introduce the "weak consent" model, build a data protection system with multi-agent responsibility, and realize the dynamic balance between personal data transactions and personal rights and interests.

Keywords: weak control; weak consent; informed consent; personal data transactions; personal information protection

(上接第75页)

From Administration to Service: Reshaping the Model of Intellectual Property Mediation Mechanism

Xu Ming, Yue Haoran

(Shanghai International Intellectual Property School, Tongji University, Shanghai 200092, China)

Abstract: Nowadays, the intellectual property mediation mechanism mainly adopts the "administrative operation mode". On the one hand, the mediator and the parties are still in the role of "similar trial", which deviates from the original intention of the mechanism. On the other hand, the existing mediation mechanism also has the realistic dilemma of insufficient protection of government power, which makes it difficult for the parties to trust it. In this sense, it is necessary to clarify the independence and irreplaceable of the intellectual property mediation mechanism and its essential characteristics as a diversion of administrative and justice, and then further promotes the transformation of the mechanism from "administrative model" to "service model" under the path guidance of from the vacancy of government power to the guidance of government power. In 2021, the Civil Procedure Law expanded the scope of judicial confirmation, which provided the possibility to reshape the intellectual property mediation mechanism.

Keywords: intellectual property mediation; service model mediation; administrative mediation; government power guidance