

刑法中的“假冒他人专利”新释

贺志军*

摘要:就假冒专利罪客观方面的构成要件“假冒他人专利”的含义而言,我国专利法与刑法之间存在一定的“法域冲突”并带来法律适用的困惑,因而有必要对该要件的含义进行重新解释。从假冒专利行为侵害的法益看,以专利权作为假冒专利罪侵害法益的观点值得商榷,宜修正为“专利标示制度安全”。以该法益理论为指导对“假冒他人专利”做实质解释,就应当将其中的“假冒”行为限定为具有“使混淆误解”之本质属性的行为,从而使“非法实施专利”行为具有否定构成要件符合性之功能,属于实质的排除行为;还应当通过合理扩张解释“假冒他人专利”来涵摄“冒充他人专利”的情形,从而将此类具有实质可罚性的行为纳入该罪的处罚范围。当前应通过修改和完善相关司法解释的具体规定,实现对“假冒他人专利”行为进行规制的目标。

关键词:假冒他人专利 冒充专利 非法实施专利 实质解释 法域冲突

一、问题的提出

保护知识产权就是保护创新。晚近以来,专利法律保护日益受到关注,刑法保护作为“最高等级的法律保护”^①无疑是法律保护的重要组成部分。1984年《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)第63条就“假冒他人专利”行为创设了附属刑法规范,后被1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第216条规定的假冒专利罪吸收,成为保护专利的专门刑法规范。随着2008年《专利法》废除“假冒他人专利”和“冒充专利”概念而建构外延更广的“假冒专利”概念,作为前置法的专利法与作为保障法的刑法在“假冒他人专利”的含义方面出现了一定程度的“法域冲突”,即出现了不同法域的法律规范对同一事项所作的规定不一致或者相抵触的情形。^②2008年《专利法》对“假冒专利”行为除规定没收违法所得、罚款等行政处罚外,还规定“构成犯罪的,依法追究刑事责任”。这意味着专利法提出了假冒专利罪的扩张问题。相反,1997年《刑法》对“假冒他人专利”行为构成要件的规定已丧失原本明确的、前置法上的准确依据。由于侵犯知识产权犯罪属于典型的法定犯或行政犯,“知识产权法律法规制度成为知识产权刑法的前置法,前置法及其变动决定着知识产权犯罪边界如何被厘定及调控”,^③因此专利法的变动提出了对刑法进行相应修正或解释调整的需求,而目前关于假冒专利行为的刑法立法及司法解释仍呈现出较明显的滞后性。

虽然学界对上述问题已有所关注,但是现有的研究成果多是从立法论的角度并站在入罪的立场上进行探讨的。这些成果主要涉及:(1)冒充专利行为的入罪问题。有论者提出应通过完善立法将冒充专利行为纳入刑法规制范围。^④(2)非法实施专利行为的入罪问题。有论者以加强专利权的刑法保护为由,提出

* 湖南工商大学廉政法治研究所校聘教授
基金项目:国家社会科学基金项目(16BFX054)

① 参见[德]罗克辛:《德国刑法学总论》(第2卷),王世洲等译,法律出版社2013年版,第1页。

② 参见于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,《中国法学》2018年第4期。

③ 贺志军、袁艳霞:《知识产权刑事司法:中国特色实证研究》,北京大学出版社2016年版,第227页。

④ 参见孙伟:《假冒专利罪的立法现状与完善》,《人民检察》2016年第8期。

应增设“非法实施专利罪”。^① 从立法论层面进行研究固然具有推动刑法规范变革的意义,但是由于释法优于造法有助于发现法律的真实含义,同时释法也更经济可行,因此更值得用刑法学理论来回答的“先决问题”是:是否存在对刑法中“假冒他人专利”含义的“释法失当”?考察2004年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《知识产权刑事解释》)可知,该司法解释第10条对“假冒他人专利”含义的界定可概括为“专利号假冒”和“专利文书假冒”两大类型:前者指标注或使用“他人的专利号”的行为,后者指伪造或变造“他人的”关于专利的有关文件的行为。然而,随着专利法的修正,刑法中的“假冒他人专利”概念已经演变为“假冒专利”的下位概念,并与“假冒自己的专利”及“非假冒专利”概念形成对立。因此,“假冒他人专利”行为侵害的法益变得不甚明确,作为行为方式之“假冒”究竟具有何种本质属性和实质内容,作为行为对象之“他人专利”又该如何界定,都面临需要进行合理而精准的重新解释问题。

鉴此,笔者拟坚持刑法与专利法之间应进行有效的法域沟通的思维,以罪刑法定原则下的实质解释论为分析工具来展开研究。一方面,理论上就刑、民“法域冲突”的解决,有“从属性说”与“独立性说”(合称“绝对说”)以及“相对从属性说”与“相对独立性说”(合称“相对说”)的对立。有学者认为,基于贯彻体系性思考与问题性思考以及兼顾法秩序统一性与各法域目的自主性的考虑,“相对从属性说”更具有合理性,应根据刑、民法规范保护目的是一致还是相异,来确定刑法是绝对从属于还是相对从属于民法。^② 具体到假冒专利罪来说,虽然现行法上“假冒他人专利”是刑法特有的概念,但是其作为专利法上“假冒专利”的下位概念,除具备后者的全部基本内涵特征外,还额外地具有自身特有的内涵特征,因此应当且可以通过刑法概念从属于专利法概念来实现构成要件要素解释上的法域沟通。另一方面,理论上就构成要件解释存在形式解释论与实质解释论的分野,二者在理论基础、判断标准、解释方法及解释态度上均存在重大区别。^③ 前述司法解释规定以专利号或专利文书等外部形式要素为标志来判定“假冒他人专利”行为,在一定程度上加剧了法域的冲突。例如,符合“形式假冒”特征的假冒专利行为是否都必然具有“假冒他人专利”的实质内容?不具有此类外部形式要素的其他假冒专利行为是否也会具有“假冒他人专利”的实质内容?这无疑需要进一步从法益侵害的实质意义方面来考察,而这也正是以实质解释论来反思和探寻其真实含义的理论和实践意义之所在。我国持通说的学者认为,实质解释有3项基本内容:对构成要件的解释须以法条保护的法益为指导;行为违法性须达到值得科处刑罚的程度,应当排除那些符合构成要件字面含义但实质上不具有可罚性的行为;在坚持罪刑法定原则的前提下,对不处于刑法用语核心含义范围之内但具有处罚必要性及合理性的某种行为,可以做出不利于被告人的扩大解释,以实现处罚的妥当性。^④ 基于此,笔者在本文中就“假冒他人专利”的解释拟集中在以下几个方面:(1)从法域沟通的视角考察“假冒他人专利”行为侵害的法益是什么?(2)以所确定的法益内容为标准来考察哪些行为是构成要件的“实质的排除行为”以及哪些行为是“实质的可罚行为”?(3)如何对“假冒他人专利”的含义进行规范文本的界定?下面将对这几个方面的问题展开分析。

二、“假冒他人专利”行为侵害的法益:专利标示制度安全

(一)观点检视:专利权个人法益之否定

学界对假冒专利罪侵害的法益并未达成完全的共识。我国主流的学说是“专利管理秩序+专利权人的专利权”之“复合法益说”。例如,有学者认为:“本罪侵犯的客体是国家的专利管理秩序和他人的专利专用权”。^⑤也有学者指出:“刑法规定假冒专利罪,不只是为了保护他人的专利权,而且是为了保护市场竞争

① 参见黄玉烨、戈光应:《非法实施专利行为入罪论》,《法商研究》2014年第5期。

② 参见于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,《中国法学》2018年第4期。

③ 参见张军:《形式解释与实质解释争议辨析》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第37卷),法律出版社2014年版,第29页。

④ 参见张明楷:《刑法学》(上),法律出版社2016年版,第56页。

⑤ 高铭喧、马克昌:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第440页。

秩序。换言之,本罪不只是对个人法益的犯罪,而且是对超个人法益的犯罪。”^①与主流学说形成对照的也有两种学说:一是“专利权人的专利权”之“个人法益说”。例如,有少数学者曾主张该罪的法益只是专利权人的“专利权”。^②由于《知识产权刑事解释》界定的“假冒他人专利”实行行为种类中未包含侵犯专利权情形,因此这种学说已日渐式微。二是明确否定“个人法益”内容的“超个人法益说”。例如,有论者早年曾主张“‘侵犯知识产权罪’的法益是超个人法益,而不是个人法益”。^③还有论者认为,刑法规定侵犯知识产权犯罪是为了保护市场竞争秩序,知识产权权利人的私权可以视为刑法保护的对象而不是犯罪客体。^④严格说来,这种单纯的“超个人法益说”尚算不上是针对假冒专利罪所侵犯的具体法益的厘定。上述各种学说的最大分歧在于:专利权人的专利权是否该罪实行行为“假冒他人专利”行为所侵害的法益(或其组成部分)?

对假冒专利罪侵犯的法益厘定不清会给解释其构成要件带来方向性的困惑,而这根源于我国刑法学界在确定该罪所侵犯的法益时忽略了该罪刑规范与前置法规范之间的沟通。刑法上的“假冒他人专利”行为是否“侵犯专利权”之个人法益,需要通过专利法上的上位概念“假冒专利”行为所侵犯之法益来考察。如果在专利法上“假冒专利”行为不构成“侵犯专利权”,那么就可以得出刑法上“假冒他人专利”行为也不“侵犯专利权”的结论。开展讨论的前提是准确界定所涉概念的含义:其一,就“侵犯专利权”所指而言,2008年《专利法》第60条采用“未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯专利权”的表述;关于专利侵权法律责任的规则采用“侵犯专利权”和“专利侵权”两种措辞,无一不是指“非法实施专利”之意思。这表明,“侵犯专利权”与“非法实施专利”为等同关系。“实施专利”概念则在该法第11条以“不得实施其专利,即不得……”之表述作了详细界定。因此,“侵犯专利权”指的是侵犯专利权人实施专利的独占权,其指向对象是专利技术本身。其二,就“假冒专利”所指而言,2010年《中华人民共和国专利法实施细则》(以下简称《专利法实施细则》)第84条第1款列举了5种情形:在产品(及包装)上假冒、对假冒型产品之销售、在材料中假冒、证书文件假冒及其他行为假冒。依据是否有可能“侵犯专利权”及其明确程度,这些情形可简单划分为两类:第一类是根本没有“侵犯专利权”之可能性的行为。因为这类行为所涉产品或技术、设计根本就“未被授予专利权”(相当于修法前所说的“冒充专利”行为)。第二类是有无“侵犯专利权”之虞尚值得做进一步判断的行为,大致包括“假冒专利号”和“假冒专利文书”两种行为(相当于修法前所说的“假冒他人专利”行为)。因此,分析“假冒专利”是否“侵犯专利权”,主要是对后一类情形中两种行为的判断。

第一种是“假冒专利号”的行为。此类标注或使用“他人专利号”的行为具体包括:《专利法实施细则》第84条第1款第1项规定的“未经许可在产品或者产品包装上标注他人的专利号”(及第2项所述的相应销售行为),第3项规定的“(在产品说明书等材料中)未经许可使用他人的专利号,使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计”的情形。假冒专利号行为是刑法上广泛认同的最主要的“假冒他人专利”行为,持主流学说者认为其侵犯“专利标记权”,从而侵犯专利权人的专利权。笔者对此持否定的态度。其理由如下:(1)《专利法》第17条第2款规定“专利权人有权在其专利产品或者该产品的包装上标明专利标识”,即使承认这里的“专利标记权”,也只是“专利权人的权利”,^⑤即专利权之外的、专利权人所享有的与专利相关的某些其他权利,而不属于“专利权”这一范畴的法定权能。(2)《专利法实施细则》第83条规定,对专利标识不符合规定的应当“责令改正”;2012年国家知识产权局制定的《专利标识标注办法》更是详细规定了专利标注的主体、对象、内容等要素,同时设置了注意规定将专利标识标注不当行为与假冒专利行为的法律责任相“连结”。从某种意义上讲,此类规范已具有将专利权人正当标示行为“义务

① 张明楷:《刑法学》(下),法律出版社2016年版,第823页。

② 参见马克昌:《经济犯罪新论》,武汉大学出版社1998年版,第521页。

③ 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年版,第224页。

④ 参见谢焱:《知识产权刑法法益分析》,《北方法学》2017年第4期。

⑤ 参见刘春田:《知识产权法》,中国人民大学出版社2014年版,第214页。

化”之实质。有学者呼吁我国应采用明确规定专利标示义务的立法模式。^① 在比较法上,美国、日本等国的专利法律均规定,标明专利标识是专利权人的义务。(3)假冒专利号行为的本质是虚假专利标示之违法犯罪。它既不同于专利权人在其采用“专利技术的产品”上行使所谓“专利标记权”的行为,又不同于专利权人标示不当的行为,而是“非专利权人”的专利标示不实行,被“假冒”的“他人”在作为犯罪对象的产品上根本不涉及“专利标记权”的问题。与著作权法上通过禁止“制售假冒他人署名的作品”从反面确认被署名者免受虚假署名的权益^②同理,《专利法》第63条“假冒专利”规范从反面确认了专利权人“免受虚假专利标示”这一未上升为权利的竞争法益,但与侵犯专利权相去甚远。

第二种是“假冒专利文书”的行为。《专利法实施细则》第84条第1款第4项列举了“伪造或变造专利证书、专利文件或者专利申请文件”等假冒专利文书的行为,这里的“专利证书、专利文件或者专利申请文件”可概括为“专利文书”,其异于“专利标识”这种直接的专利标示形式,实质上是间接的专利标示形式。从这种意义上讲,假冒专利文书行为也是广义的专利标示领域的违法犯罪,有学者称其为“假冒行为的预备行为”。^③ 另外,实施该种行为还可能涉嫌伪造文书类违法犯罪。由于假冒专利文书尚未涉及“实施专利”本身,因此不可能被《专利法》第11条规定的专利权之法定权能所涵摄,其“非侵权”性质不言自明。

由此可见,在作为前置法的专利法上,无论是根本没有侵犯专利权之虞的假冒行为,还是假冒专利号抑或假冒专利文书等行为,都找不到“假冒专利”可能内含“侵犯专利权”的任何实质性要素,因而并不侵犯专利权。从法域沟通的角度看,刑法作为辅助性的法益保护手段,与其前置法所保护的法益无疑是共同的,依据“三段论”推理可得出下位的“假冒他人专利”也不侵犯专利权。因此,立法者设立假冒专利罪保护的法益不是、也不包含“专利权”个人法益。相应地,前述“复合法益说”及“个人法益说”都有失妥当。与此相关,那种常见的“专利权犯罪”^④的提法也是不妥当的。

(二)学说修正:“专利标示制度安全说”之提倡

从在刑法体系中的位置看,假冒专利罪处于“破坏社会主义市场经济秩序罪”一章。基于此,前述“超个人法益说”将该罪侵犯的法益概括为“专利管理秩序”或者更广义的“市场竞争秩序”,而“复合法益说”也将“专利管理秩序”或“市场竞争秩序”作为假冒专利罪侵犯法益的组成部分。笔者认为,这种概括的不足之处在于笼统而不精准,存在难以区分行政责任与刑事责任的问题。“集体法益的刑法保护应具有相对清晰的边界”,^⑤假冒专利行为的“行一刑”侵犯法益既有共同性,又有差异性,“需要根据法益侵害的性质分别运用质的差异和量的差异妥当地划定行政不法与刑事不法的范围”。^⑥ 一方面,刑法保护的经济秩序主要是最基本的价值而非一般意义上的价值。有论者从刑法体系协调方面将“破坏社会主义市场经济秩序罪”侵害的法益概括为“经济安全”。^⑦ 这种“安全说”至少合理地揭示出,“安全”是法律价值体系中最基本的价值,故值得刑法予以特别保护。这启示我们,专利制度安全是专利制度秩序的基础或曰最根本的专利制度秩序,相对于假冒专利之行政违法来说,假冒专利犯罪侵犯的法益门槛应当提高到“专利制度安全”的标准。另一方面,该罪刑规范保护的“专利制度安全”是专利标示这一特定领域的法益。由于专利制度涉及面甚广,如专利申请、受理、审核、标示、救济等诸多方面,因此“专利制度安全”的表述仍有内容过宽和空洞笼统之嫌疑。正如上市公司的信息披露具有重要的法律意义一样,专利标示是法定的权威信息,对揭示其权利的法律属性和保护竞争者、消费者及其他不特定人的合法权益至关重要。以刑法来规制“假冒他人专利”这一专利标示领域的犯罪行为,正是为了保障“专利标示制度安全”的超个人法益。

① 参见梁志文:《论专利公开》,知识产权出版社2012年版,第441页。

② 参见吴汉东:《知识产权法》,北京大学出版社2014年版,第103页。

③ 参见党建军:《侵犯知识产权罪》,中国人民公安大学出版社2003年版,第66页。

④ 参见于志强:《我国网络知识产权犯罪制裁体系检视与未来构建》,《中国法学》2014年第3期。

⑤ 孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,《法学研究》2018年第6期。

⑥ 孙国祥:《行政违法性判断的从属性和独立性研究》,《法学家》2017年第1期。

⑦ 参见董秀红:《金融安全的刑法保护》,法律出版社2015年版,第63页。

“刑罚若是为了保护国民的利益而存在就应当考虑把公共利益还原为个人的法益。”^①作为超个人法益的“专利标示制度安全”具有可将内容还原成个人法益的特点,以便“从现行规范的抽象层面回归到利益冲突的实质层面”。^②学术界就个人法益与制度法益的关系存在“一元论”与“多元论”之争,在“多元论”内部又存在“阶段法益论”与“多重法益论”之争。由于个人法益具有不同于制度法益的独立意义及位阶差别,因此“多元的阶段法益论”更可取,即应当通过保护制度法益来保护个人法益,以制度法益为直接目标,以个人法益作为终极追求。^③有的学者提出的“主次法益论”也与此有大致相似的旨趣,刑法规制某一经济犯罪行为保护的法益被划分为保护个人法益为主/社会法益为辅、保护社会法益为主/兼顾个人法益、单纯维护某一领域抽象秩序/不涉及个体法益直接保护等类型。^④那么,“专利标示制度安全”该如何将内容还原成个人法益?

对此,有的论者提出的“知识产权法益论”可以给我们一些启示。该理论在“知识产权”界定上有别于传统的“权利论”,主张其内涵是“权利”这一内核与非权利的“法益”相结合而成的,外延包括“知识产权权利”和“知识财产相关法益”,从而为未定型的、值得保护的知识产品法益提供保护依据,^⑤在效果上有利于实现更高的确定性(提供充分保护)并更妥当地兼顾行为自由。^⑥进一步而言,为实现“对知识产权私权论的包容与超越”,^⑦笔者主张对“知识财产相关法益”的主体范围进行适度扩张:虽然公众等“其他主体”对作为私权的知识产权本身并无“权利”可言,但是在知识产权运用和保护过程中适用的利益平衡制度体现了未上升为权利的法益。这表现在除保护知识产权权利人的权利及其有关的其他私法益之外,还保护“其他主体”所享有的、与知识财产相关的私法益。因此,作为“私权”的知识产权便承载起超个人之公益使命,也使所承载的超个人法益可还原为个人法益。

就具体内容还原而言,应当主要是与专利标示相关且范围不特定的竞争者(包括被假冒的专利权人)、消费者等利益相关者的个人法益。从该罪设立的缘起看,1984年《专利法》立法审议时,全国人民代表大会法制工作委员会认为:“假冒他人专利的行为,因损害了一般消费者的利益,似可以与假冒商标同样处理”。^⑧这显示出设立该罪的“初心”在于保护包括消费者权益在内的竞争法益。正如有的学者在分析商标法对市场力量的不当强化问题时所指出的,“法权形式与经济优势两者有机统一所形成的商标市场力量于社会而言是否可欲,关键在于商标法的法权外衣是否与消费公众的识别行为相一致”。^⑨专利标示正是这样的“法权外衣”,对消费者、竞争者等“其他主体”的识别行为产生着重要的影响。“市场的有效性关键取决于消费者所获信息的质量。”^⑩在虚假专利标示“外衣”之下,行为人实质上损害的是公众对专利标示信息这种特定市场信息的知情权,从而侵害与专利有关的竞争者、消费者等的个人法益;在规范的形式层面则指向危害“专利标示制度安全”这一超个人法益。有学者认为,现行法对严重的侵犯专利权行为未设置刑事责任,却将对保护专利权而言不甚重要的假冒他人专利行为予以入罪,这是立法上的“本末倒置”,因而是“可以删除”的。^⑪显然,该学者对假冒专利行为侵犯的公众个人法益存在严重的误读。可以说,与专利标示相关且范围不特定的利益相关者的个人法益便是立法者设立该罪保护的法益,维护“专利标示制度安全”之正当竞争秩序反倒成为实现这一目标的手段。

① [日]西原春夫:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣等译,法律出版社2009年版,第151页。

② [意]劳伦佐·彼高狄:《信息刑法语境下的法益与犯罪构成要件的建构》,吴沈括译,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第23卷),法律出版社2010年版,第313页。

③ 参见张小宁:《论制度依存型经济刑法及其保护法益的位阶设定》,《法学》2018年第12期。

④ 参见时方:《我国经济犯罪超个人法益属性辨析、类型划分及评述》,《当代法学》2018年第2期。

⑤ 参见谭华霖:《知识产品法益保护模式探讨——兼论法益与权利之冲突》,《政治与法律》2011年第7期。

⑥ 参见于飞:《权利与利益区分保护的侵权法体系之研究》,法律出版社2012年版,第1页。

⑦ 参见李海昕:《知识产权法益论——包容与超越》,《电子知识产权》2009年第2期。

⑧ 汤宗舜:《回忆专利法的起草》,载刘春田主编:《中国专利法二十年》,专利文献出版社1998年版,第105页。

⑨ 章凯业:《商标保护与市场竞争关系之反思与修正》,《法学研究》2018年第6期。

⑩ Robert P. Merges et al., Intellectual Property in the New Technological Age (5th ed.), Aspen Publishers, 2011, p.21.

⑪ 参见董涛:《专利权保护网之漏洞及其弥补手段研究》,《现代法学》2016年第2期。

由上可知,假冒专利罪侵害的法益应当修改为“专利标示制度安全”,其法益内容还可进一步还原为“与专利有关的不特定主体的个人法益”。不过,这种被还原的个人法益内容本身与“专利标识制度安全”之超个人法益并不在同一意义层面,因而不应当被并列称为复合法益。至此,“假冒他人专利”行为乃至该罪的罪刑规范被赋予了新的法益内涵。

三、“假冒他人专利”之实质解释:“专利标示制度安全说”的展开

由于“专利标示制度安全说”可对“假冒他人专利”行为构成要件的解释产生重大影响,因此需要对现行释法做实质解释论的考察。按所涉专利之真假以及是否实施专利技术为标准,“假冒专利号”和“假冒专利文书”等虚假专利标示行为大致可分为3种情形:真实专利并未实施、真实专利已经实施、虚假专利并无实施。第一种情形构成“假冒他人专利”并无争议,但第二、三种情形则值得做进一步的考察。由于“专利权”被逐出刑法法益的结构之外,因此对符合“形式假冒”字面特征的“真实专利已经实施”情形,到底是应当纳入还是应当排除于构成要件之外?“虚假专利并无实施”情形属于单纯的冒充专利行为,对其又是否具有纳入构成要件处理的可能?

(一)“非法实施专利”对“假冒他人专利”构成行为符合性之否定

关于“真实专利已经实施”的“虚假专利标示”情形,学界对假冒他人专利与非法实施专利之间存在“竞合论”与“非竞合论”的分歧。持“竞合论”者认为,非法实施专利后又假冒他人专利(如同时实施假冒专利号行为)属于竞合情形,比单一假冒他人专利行为的危害性更为严重,依照“举轻以明重”及刑事责任不能被民事责任吸收的原理,应当将其纳入刑法调整的范围。^①持“非竞合论”者则认为,非法标注他人专利号同时非法实施该专利的行为在客观上没有欺骗消费者,这种竞合已经使得“假冒”名不符实,行为演化成为一种单纯的专利侵权行为,不具有假冒的内涵,因而不能以犯罪论处。^②

在笔者看来,只有在专利法与刑法规范之间进行“目光往返流转”,才能厘定上述两种行为的准确边界与应然的关系。前述“竞合论”将视角局限于孤立的刑法法域,其结论并不妥当;相反,“非竞合论”应当得到支持,能认定“非法实施专利”行为应当成为对“假冒他人专利”行为构成要件符合性的排除事由。

从形式逻辑看,专利法中的“假冒专利”与“非法实施专利”两类违法行为是不相容的对立关系;刑法中的“假冒他人专利”作为专利法中“假冒专利”的下位概念,这种对立关系是相同的。就概念关系而言,逻辑学上任何两个概念间的基本外延关系必然是、也只能是全同关系、属种关系、种属关系、交叉关系和全异关系5种关系中的某一种。专利法上“假冒专利”行为的法律后果除民事责任外,尚有行政责任乃至刑事责任,而“非法实施专利”行为的法律后果则只有民事责任。这表明前述两个概念在专利法上具有质的规定性差异。一个专利侵权违法行为,要么是“假冒专利”,要么是“非法实施专利”,要么都不是,而不可能出现同时构成“假冒专利”与“非法实施专利”的交叉关系情形。就判断的推理而言,根据前文论证已经得出以下性质为真的判断:(在专利法上)所有的假冒专利行为都不侵犯专利权。在逻辑学上,这一判断属于“全称否定直言判断”,根据换位法变形直接推理的有效逻辑形式“SEP→PES”,^③可以推出以下性质为真的判断:(在专利法上)所有的侵犯专利权行为都不是假冒专利。相应地,这一判断应当适用于刑法中“假冒他人专利”行为的认定过程,即(在刑法上)所有的非法实施专利行为都不是假冒他人专利行为,该两种行为在逻辑上是互相对立、互相排斥的。

从法益内容看,“虚假专利标示”行为同时介入“非法实施专利”行为的,法益侵害性并非二者的叠加,而是发生了由“假冒”到“侵权”的质变。以“非法实施专利+未经许可的专利标识”为模型来说明:一方面,跟单纯侵权相比,这种组合行为额外地标注了一个与所非法实施的专利技术相一致而不属于行为人的专

① 参见刘宪权、吴允锋:《侵犯知识产权罪理论与实务》,北京大学出版社2007年版,第264页。

② 参见周宜俊:《专利权刑法保护的现状及法律对策》,载游伟主编:《华东刑事司法评论》(第5卷),法律出版社2003年版,第265页。

③ 参见史鸿敏:《普通逻辑学教程》,国防工业出版社2015年版,第67页。

利标识。从技术意义上讲,此时的侵权产品及其非法标识名实相符,对该专利标识相关的“其他主体”不构成欺骗。有论者认为,这种行为几乎不会对公民造成有形的、个性化的伤害,不会导致扰乱社会秩序的结果。^①虽然行为所侵害的法益除专利权外,还包括专利权人的专利标识法益,但是并不改变“专利侵权”的根本属性,故只应向专利权人承担民事责任。另一方面,与单纯假冒行为相比,原本“使混淆误认”的“假冒专利”再加上“非法实施专利”后,所涉公众知情、竞争者公平竞争等法益因“真专利”的涉入而不再受到值得刑法保护程度的关注;相反,专利权成为首要保护的法益。所谓“侵权型”假冒他人专利情形,虽然似乎符合“形式假冒”,但是在实际上并不发生对上文所述“专利标识制度安全”法益(还原后指“与专利标识有关的不特定主体的个人法益”)侵犯的结果,即不符合“实质假冒”的特性。这种法益上的异质变化即侵害法益转变为主要是侵犯专利权人的私权利,为对所谓的“竞合”情形按照“专利侵权”进行民事处理提供了依据。“法益保护并不会仅仅通过刑法得到实现,而必须通过全部法律制度的手段才能发挥作用。在全部手段中,刑法甚至只是应当最后予以考虑的手段。”^②“刑法谦抑的真正含义是,对于民事违法行为同时危害了社会的情况首选的公法调整是行政法而不是刑法。”^③因此,基于法秩序的统一性原理和公法调整的层次性要求,那种主张越过民法和行政法保护而将专利权直接上升为刑法保护法益的做法,是有违刑法保障法的性质及谦抑性原则的。

就出罪路径而言,需要在考虑立法的法益保护目的、国民的自由保障和法条间的关系协调等诸多因素的基础上,对刑法上“假冒他人专利”中的“假冒”做合理的限缩解释,即限定为具有“使混淆误解”之本质属性以缩小处罚范围。2010年《专利法实施细则》第84条第1款对“假冒专利”含义的界定,为对刑法中“假冒”的含义进行限缩解释提供了前置法的规范依据。“要回答‘某个特定事实是否实现了某个特定概念’这个问题,最简单并且也是最快的途径,经常是经由这个概念的局部定义。局部定义是对于概念的实现宣告一个充分条件。”^④该前置法条款采用的是“列举+兜底”的立法模式,前4项列举情形分别是一个个“局部定义”,按照同类解释规则都应当具有第5项兜底条款所表述的“使公众混淆”和产生“误解”(将未被授予专利权的技术或者设计“误认”为专利技术或者专利设计)的共同属性,即“使混淆误解”应当是“假冒专利”的质的规定性。该4项列举所涉的在产品及其包装上被标注或在产品说明书等材料中被说明的“产品”,都应当被合理地限制为“非专利产品”。从技术属性上讲,“假冒专利”行为人所实施的不是“真”专利技术方案,“使混淆误解”是公众就产品的技术属性(是专利产品还是非专利产品)误解为真专利;相反,“非法实施专利”从法律层面讲,系“未经许可”实施专利,但从技术层面讲则是“真”的专利技术方案而不存在使人“误认”为专利技术或方案的问题。换言之,二者存在是“真专利”还是“假专利”的根本区别,“非法实施专利”则使专利法上“假冒专利”的“使混淆误解”这一本质属性条件不能成就;能构成“假冒”的只能是标注他人专利号之产品为假的专利产品,不能是已经实施该专利技术的真的专利产品。从刑法体系看,对“假冒”做限缩解释也是合理可行的:“假冒”一词在刑法中总共使用了3次,另外两处分别是“销售假冒注册商标的商品”和“制作、出售假冒他人署名的美术作品”,可以说都具有以“假”冒充“真”的含义和“使混淆误解”之本质属性。因此,在假冒专利罪中“非法实施专利”行为可产生排除构成要件符合性的效果,从而使该专利侵权行为被彻底逐出刑法规制的范围。

(二)“冒充他人专利”被“假冒他人专利”所涵摄

1. 入罪基础:对“冒充专利”行为进行刑事处罚的合理性

假冒专利罪规范建立于修正前的《专利法》所采用的“假冒—冒充”二分法的框架之上。随着专利法修正带来“假冒—冒充”的“二合一”,“冒充专利”概念虽然在法律上被取消,但是事实上仍是“假冒专利”这一

① See Irina D. Manta, The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement, 24 Harvard Journal of Law & Technology, 504 (2011).

② [德]罗克辛:《德国刑法总论》(第1卷),王世洲等译,法律出版社2005年版,第23页。

③ 夏勇:《刑法与民法——截然不同的法律类型》,《法治研究》2013年第10期。

④ [德]普珀:《法学思维小学堂:法律人的6堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第41页。

上位概念的最主要类型之一,因此对该概念仍有从理论上进行研究的必要。对2008年《专利法》第63条以附属刑法规范形式提出的假冒专利罪扩容问题,破解的关键便是能否对“冒充专利”行为予以刑事制裁。自1992年修正《专利法》起至2008年取消止,“冒充专利”均被界定为“以非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法”,属于“虚假专利,无从实施”的“虚假专利标示”情形。相应地,作为理论上的概念,其原立法所指涉之含义并无实质变化。从侵犯对象看,冒充专利是“无中生有”即冒充不存在的专利,而假冒他人专利是“以假乱真”;从损害客体看,冒充专利不像假冒他人专利那样还侵害了专利权人的有关个人法益(如免受虚假专利标记)。笔者认为,从“目的—手段”的维度看,将情节严重的“冒充专利”行为纳入假冒专利罪的处罚范围,具有实质的正当性。

从保护法益的目的看,冒充专利行为侵犯的法益内容与假冒专利罪侵犯的“专利标示制度安全”法益具有同质性。在专利法上,传统的“冒充专利”与“假冒他人专利”能被“二合一”成为“假冒专利”,其原因在于二者具有法益同质之根本属性。相关“立法说明”就二者为何要合并做出了解释:由于专利申请量和授权量巨大,因此,即使偶然杜撰一个专利号(冒充专利),也可能在形式上与他人专利号相同(假冒他人专利),两者在实践中有时也难以区分;从社会危害性上看,冒充专利在欺骗公众、扰乱市场秩序方面并不亚于假冒他人专利,两者在行政处罚方面可归为一类等同对待而没有区分的必要。^①这表明,1992年《专利法》将二者作为对立行为分别规制并不合理。“二合一”乃是对“冒充专利”之“假冒专利”实质的理性回归;“立法说明”只言及二者在实践中难以区分以及在行政责任上无区分必要,但进一步拓展至刑事责任领域也同样如此。二分法的“冒充专利”与“假冒他人专利”都表现为用专利标识、借用专利名义来欺骗公众的作假行为即“虚假专利标示”行为,具有前述的“使混淆误解”之本质属性。“一方面会让公众误认为假冒人推销的产品或方法是专利产品或专利方法并出于对专利的信任而与之交易,从而上当受骗;另一方面也会导致真正的专利权人声誉受到损害或使公众丧失对真正专利产品或专利方法的信任。”^②与此同时,专利权人的专利权不属于假冒专利罪侵害的法益,也为将“冒充专利”行为纳入构成要件行为提供了空间。

从刑法评价手段看,对严重的冒充专利行为予以刑法规制体现了法益辅助保护原则的要求。一方面,根据前置法实施行政处罚的假冒专利案件数逐年飙升。从2010年的728件上升至2017年的3.9万件,8年间增加了50多倍。与之相对照,2001年至2016年各年度全国各级人民法院审结的假冒专利罪案件数都在个位数(唯2012年例外),绝大多数年度只有一、两件。此种“行”升“刑”滞现象表明,行政执法救济已呈现出一定的“无效”状态(更勿论民事手段因受害对象具有非特定性而难以实现了)。另一方面,以二分法的模式来对做行政处理的假冒专利案件进行分类考察可知,刑事门槛以下“假冒他人专利”的发生频率不及“冒充专利”的1/10。其原因在于,专利号并无商标的“识别效应”,^③冒充虚假的专利标识与假冒他人的特定专利号在市场上的作用无显著区别;但前者的违法成本远低于后者的违法成本,收益却基本相同。有论者对此质疑道:“在造假风盛行的社会背景下,将近10年以来每年全国法院对假冒专利案件的评价都没有突破个位数,这正常吗?!”^④严重的冒充专利行为游离于刑法规制之外,导致专利标示制度安全所涉个人法益遭受重大侵害而刑法却极少介入,因此对此提供刑法救济是现实所需。从比较法上看,将广义的假冒专利行为纳入刑法规制范围也具有可资借鉴的依据。例如,《美国法典》设有两种专利犯罪,即该法典第35编第292条之“虚假专利标示罪”和第18编第497条之“伪造专利特许证罪”,^⑤其中冒充专利行为与假冒他人真实专利行为被合并规定于“虚假专利标示罪”中。此外,多数国家在刑法规范上都未区别对待冒充专利与假冒他人真实专利的行为。可以说,从作为前置法的专利法上“二合一”发展到作为保障法的刑法上“二合一”,不失为既符合国际通行做法又协调了我国法律体系的合适选择。

① 参见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78页。

② 王迁:《知识产权法教材》,中国人民大学出版社2014年版,第370页。

③ 参见柏浪涛:《侵犯知识产权罪研究》,知识产权出版社2011年版,第100页。

④ 储槐植:《1997年刑法二十年的前思后想》,《中国法律评论》2017年第6期。

⑤ See Peter Toren, Intellectual Property and Computer Crimes, Law Journal Press, 2016, pp.52—53.

在我国的司法实践中,已经出现对冒充专利行为予以刑事制裁的案例。例如,在“张某甲、朱某假冒专利案”^①(以下简称“锅炉清灰剂案”)中,被告人是涉案发明专利炉窑添加剂之专利权人某厂的前员工,以该某厂宣传册为蓝本印刷其自己公司的宣传册并委托制作公司网页(均载有案涉发明专利号),来宣传推介自己的锅炉清灰剂产品。人民法院的判决书认定,被告人“将产品冒充为专利产品,易使社会公众产生误认,侵害了专利权人的合法权益,且危害国家对专利的管理制度”而构罪。又如,在“熊某假冒专利案”^②(以下简称“眼镜案”)中,被告人盗用专利权人的“一种防蓝光光学镜片”专利申请文件并将专利号“X1”篡改为“X2”,用于自己控制的某旗舰店所销售防蓝光眼镜产品的广告宣传页面来误导消费者。人民法院的判决书认定,被告人“擅自篡改专利权人的专利号”“变造专利申请文件”并“在其销售的产品宣传资料上使用”而构罪。笔者认为,“锅炉清灰剂案”判决揭示出擅自使用他人专利号的行为具有“冒充专利产品”和“使公众产生误认”的属性,既强调涉案产品在技术意义上与专利侵权无涉,又认同“冒充专利”行为也是“假冒他人专利”行为的表现。“眼镜案”判决将“擅自篡改专利权人的专利号”这一并非“标注他人专利号”的行为当作构成要件事实予以强调,有将“冒充专利”纳入“假冒他人专利”涵摄范围之意。这两个案件的判决说理体现了司法实务界宁愿在一定程度上偏离“形式假冒”的司法解释规范而自发关注“实质假冒”内在本质的趋势。

2. 入罪路径:合理扩张“假冒他人专利”的内涵以涵摄“冒充他人专利”

目前,我国学界对冒充专利行为应如何入罪存在不同的主张。从立法论的层面看,持“冒充专利入罪论”者认为,应通过“修法”的进路来实现其入罪化。持该论者又分为两派:一派主张删除1997年《刑法》第216条规定的“假冒他人专利”罪状中的“他人”二字,将其修改为“假冒专利”,使其包含假冒他人专利和冒充专利两种行为;另一派主张在刑法中增设冒充专利罪。^③从解释论的层面看,占主导地位的论者认为,冒充专利行为依刑法规定不能构成假冒专利罪,否则就超出了“条文所能涵括的最大意义范围,属于类推解释”。^④笔者认为,上述观点彼此之间貌离神合,均否定通过释法途径而主张只能通过修法方式将冒充专利行为入罪,存在对“假冒他人专利”的内涵做僵化的形式解释之嫌。且不说“修法”的成本过高,仅从必要性方面考虑采此种模式就令人难以接受:一方面,法的解释需要追求法律之间的体系协调,作为前置法之专利法的修改(冒充专利被假冒专利同质吸收)给刑法规范含义的相应调整与重新解释创造了新契机;另一方面,法律条文的真实含义并不随着法律创制带来的文本化而固化,如果通过释法的进路能够实现规范的扩容目的,那么该进路自然更为可取。

从实质解释的意义上讲,有必要且可以通过对“假冒他人专利”这一构成要件要素进行扩张解释,来实现将冒充专利行为入罪的目标。从语义上看,这里所要认定的“他人专利”具有做扩张解释的空间,既可包括“真实他人专利”,又可包括“虚假他人专利”。其理由在于:其一,依照常识“专利”不应当是无主的。“冒充专利”涉及“虚假专利”,既然不是“自己的专利”(“冒充自己的专利”),就可以推定是行为人以外的、被拟制出的“他人的专利”,即“冒充他人的专利”。其二,由于专利与商标的属性和功能存在重大的区别,因此究竟是“真实他人的专利”还是“虚假他人的专利”,并非对“他人的专利”“假冒”行为之质的规定性所在;相反,是否“使混淆误解”才是其本质。从罪名演进看,将1997年《刑法》第216条规定的罪名确定为“假冒专利罪”,系将1985年《最高人民法院关于开展专利审判工作的几个问题的通知》规定的“假冒他人专利罪”罪名省去“他人”二字所得,表明“假冒他人专利”的罪状与“假冒专利罪”的罪名具有实质的相当性和无混淆性。其三,从证明的角度看,被“假冒”的“他人的专利”有两种证明情形:一种是可“证实”的情形,即证明是某个实际存在的“他人”所享有的某个真实存在的有效专利;另一种是只需“证伪”的情形,即证明被行为

① 参见江苏省南通市中级人民法院(2015)通中知刑初字第0001号刑事判决书。

② 参见福建省漳州市龙文区人民法院(2016)闽0603刑初139号刑事判决书。

③ 参见余高能:《对我国侵犯知识产权犯罪刑事立法系统性的考量》,《知识产权》2013年第12期。

④ 最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办:《中国刑事审判指导案例3:破坏社会主义市场经济秩序罪》,法律出版社2017年版,第1167页。

人标示为“专利”的技术或方案对于行为人而言不是“自己的专利”，这实质上构成对可“证实”情形的某种扩张。我国刑法学理论上有不少类似的做扩张解释的例子。例如，针对《中华人民共和国刑法修正案（五）》就信用卡诈骗罪所进行的修改，即把1997年《刑法》第196条第1款第1项由原来的“使用伪造的信用卡的”修改为“使用伪造的信用卡，或者使用以虚假的身份证明骗领的信用卡的”，有论者认为，这一修改本可以通过采用释法的方法来完成而不必进行修法，因为伪造一个客观上不存在的对象进行骗领和用他人的真实身份证明进行骗领这两种情形具有共同点，即骗领的信用卡是真实有效的且不是“自己”的而是“他人”的，所以该行为在本质上符合该条第3项“冒用他人信用卡”的规定。^① 笔者认为，该论者所述的“以虚假的身份证明骗领的”信用卡从客观上讲就是“虚假他人”的信用卡，通过做合理的扩张解释可以将其纳入“冒用他人信用卡”的范围。同理，“冒充他人专利”是“假冒虚假他人专利”，也可以合理地涵摄于“假冒他人专利”之中。

做扩张解释以遵守罪刑法定原则为前提，其合理性须受文义最大涵摄范围的限制，不能逾越国民预测的可能性。从文义看，“假冒”包含“假称”和“冒充”等内容，在外延上至少与冒充具有交叉关系，而“冒充他人专利”与“假冒他人专利”更是具有实质的相当性。因此，“冒充他人专利”就是“假冒虚假的他人专利”，将其涵摄于“假冒他人专利”之中并不违反罪刑法定原则。这里值得探讨的可能排除情形主要是“冒充自己的专利”：一种是“失效型”，即专利权人在专利已过期或被宣告无效后，再在该类产品上标注原来的专利号的行为；另一种是“未实施型”，即对专利权人在未实施自己专利的产品或其包装上标注自己的专利号等行为。前者因无“自己的专利”且属于“假冒专利”，故可以扩张解释为“假冒他人专利”。后者虽然从技术属性上讲属于“（自己的）真实专利并未实施”的虚假专利标示行为，但从文义解释上讲不属于刑法规定的“假冒他人专利”行为。其理由是：其一，专利权人“假冒自己的专利”系与“假冒他人的专利”相矛盾的全异关系概念，虽然同属“假冒专利”，但是已超出“他人专利”的文义最大涵摄范围。其二，从理性人的角度看，专利权人“假冒自己的专利”不符合行为理性且发生的概率极低，而“法律不处理罕见之事”是常理。其三，专利权人“假冒自己的专利”因主体特定，将其放在民事和行政责任领域进行处理即已足够，如2019年国家知识产权局制定的《专利标识标注不规范案件办理指南（试行）》就将“专利标识标注不规范”与“专利假冒”区分为两类不同的案件。这恰好体现出刑事处罚范围的不完整性。从这种意义上讲，前述删除“假冒他人专利罪”罪状中的“他人”二字或增设“冒充专利罪”的立法论主张因未考虑到“假冒自己的专利”的情形而有失妥当。

当然，将“假冒他人专利”扩张解释为涵摄“假冒虚假他人专利”并不意味着对其他侵犯知识产权罪都要进行类似的扩张解释。相反，侵犯商标、著作权及商业秘密犯罪罪状中的“他人”均只能指真实的“注册商标所有人”“著作权人”和“商业秘密权利人”。其理由在于：侵犯著作权罪、侵犯商业秘密罪等罪都属于“因侵权而犯罪”，^②这种“侵权型”犯罪的特质决定了所涉的他人作品或商业秘密等必须是真实有效的。假冒注册商标罪等商标犯罪有其特殊性，对比1997年《刑法》第213条至第215条所规定的罪状与作为前置法的《中华人民共和国商标法》第57条的规定可知，这3种犯罪的构成要件行为都符合商标法上“侵犯注册商标专用权”的属性。虽然假冒注册商标罪等罪中有“假冒”二字，但是其实质却为“侵权”，即“商标侵权”与“商标假冒”具有同质性，故行为人侵犯的须是真实的他人注册商标。与此相对照，假冒专利罪属于“假冒型”犯罪而不属于“侵权型”犯罪，其“使混淆误解”的本质可以存在于“虚假他人专利”的载体之上。

四、惩治“假冒他人专利”行为法律规范之重构：相关司法解释规则的检视与完善

（一）对相关司法解释规则的批判性检视

上述“专利标示制度安全说”以及关于“假冒他人专利”行为的实质出罪与入罪等观点，从解释论的层

① 参见杨柳：《释法抑或造法：由刑法历次修正引发的思考》，《中国法学》2015年第5期。

② 参见李兰英、蒋凌申：《论“因侵权而犯罪”和“因犯罪而侵权”》，《现代法学》2012年第5期。

面看对指导司法实践具有重要意义。以此为基础来审视现行的关于“假冒他人专利”的司法解释规定,可以发现以下主要问题值得探讨。

第一,《知识产权刑事解释》第4条就该罪的“情节严重”明确列举了“专利权人损失”的根据,但是按照“专利标示制度安全说”及“专利假冒与专利侵权互斥”的观点,“假冒他人专利”并不必然(一般也不会)导致“专利权人损失”,因此作如此规定有失妥当。“知识产权犯罪罪量设置的科学性和合理性问题,关键在于对知识产权犯罪危害本质的把握。”^①该司法解释设立的非法经营数额、违法所得数额两个定量根据主要着眼于专利秩序危害程度的考量,但其保护个人法益的定量根据却是“专利权人损失”似欠妥当,该司法解释体现的思维仍是专利侵权的思维。“专利侵权行为不是犯罪行为,因此给专利权人造成的损失并不必然是假冒专利行为侵害的结果。”^②从超个人法益内容还原的意义上讲,假冒专利造成损失应当确定为相关的竞争者和消费者等“他人”的损失,因此2008年《专利法》第65条关于“侵犯专利权的赔偿数额”规则不应当用于计算“假冒专利”所致的“专利权人损失”,更不应当用于计算“他人损失”了。

第二,《知识产权刑事解释》第10条就“假冒他人专利”规定的诸种情形均设置了“未经许可”要素,但根据前述“专利标示制度安全说”,这种站在专利权“个人法益”的立场上进行解释的做法有失妥当。“专利权人许可”的法律意义是“实施专利”的免责事由,非法实施专利行为正是法律层面的“未经许可”。然而,“专利权人许可”根本不能成为侵犯超个人法益的“假冒他人专利”行为的免责事由。对于非专利产品,即使是专利权人,也不能实施虚假专利标识行为,否则需要承担相应的假冒行为的法律责任;若被许可人实施此类行为,则构成“假冒他人专利”。如前文所述,这里的“假冒”具有“使混淆误解”的本质属性,其关键在于使公众将产品的技术属性(是专利产品还是非专利产品)“误解为真专利”,而不是将其法律属性(是经过授权的合法产品还是未经授权的非法产品)“误解为经过许可”;从保护的法益看,前者旨在保护与不特定公众的利益相关的超个人法益,后者则局限于保护专利权人的专利权个人法益。因此,“未经许可”这一事实不能满足“使混淆误解”的要求,也正是从此种意义上讲,在考察“假冒专利”行为的构成条件时无须考察是否“经过许可”这一要素。

第三,《知识产权刑事解释》第10条仅以专利号或专利文书的外部形式要素进行“形式假冒”的界定,忽略了虽然不处于刑法用语核心含义范围但具有处罚必要性与合理性的“假冒虚假他人专利”(冒充他人专利)行为。对此,宜在坚持罪刑法定原则的前提下,将刑法上“假冒他人专利”的内涵合理地扩张解释为“标注他人的或者虚假的专利标识,使人混淆和将未被授予专利权的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计的行为”。这样,“假冒他人专利”就可涵摄“冒充他人专利”,从而使达到刑事处罚门槛的绝大多数“冒充专利”行为都可纳入构成要件中,通过刑法解释的路径而无须通过修法的路径即可实现对该罪刑规范的扩容,而罪名仍保持“假冒专利罪”不变。

第四,《知识产权刑事解释》对“非法实施专利”与“假冒他人专利”的互斥关系缺乏明确的规则设定,已导致司法实务部门将“非法实施专利”行为“寄居”在“假冒专利罪”的构成要件之中,这种情形与“专利侵权非犯罪化”的趋势相违背。该解释第10条确立“专利侵权不是假冒专利”的观念后,此前“专利侵权即是假冒专利”的实践做法得到纠正,但“专利侵权与专利假冒竞合”的做法仍然存在。例如,在“杜某某假冒专利案”^③(以下简称“火锅案”)中,被告人销售专利权人为江某某、标有其专利号的一种实用新型专利火锅炉,被害人邮寄了要求其停止侵权的律师函。人民法院的判决书认定,被告人因违反国家专利法的有关规定,未经专利权人许可,销售他人的专利产品,情节严重而构罪。该判决强调被告人未经许可实施他人享有专利的产品“销售”行为,其用意无疑是以专利“侵权”来刻画专利“假冒”之构成要件行为,但在法律适用上却有点“南辕北辙”。很明显,“火锅案”体现的正是前文所述及的侵权与假冒“竞合论”,该案判决所体现出的审判观念跟过去“专利侵权即是专利假冒”的观念如出一辙。在当前专利侵权并不罕见的情况下,在司法

① 田宏杰:《知识产权案件刑事司法疑难问题研究》,《人民检察》2009年第12期。

② 王志广:《中国知识产权刑事保护研究》(实务卷),中国人民公安大学出版社2007年版,第206页。

③ 参见湖南省常德市鼎城区人民法院(2016)湘0703刑初321号刑事判决书。

实践中极易造成对行为人刑事责任的追究做“选择性司法”的不公局面。由于缺乏上文所论证的专利标示制度安全法益这一刑法介入的必要条件,因此专利侵权行为应当被排除出刑法规制的范围。有必要在司法解释规则中明确规定:对于在假冒专利案件中已经查明的“非法实施专利”行为,不宜认定构成假冒专利罪。

(二)相关司法解释规则的修改方案

由于我国刑法立法模式采用的是单一的刑法典模式而无真正意义的附属刑法,因此极易在前置法与保障法之间形成“法域冲突”。这一现象在假冒专利罪法律规范上已得到鲜明体现。面对专利法概念再造带来刑法上的“假冒他人专利”解释变动的需求,《知识产权刑事解释》似乎冻结了有创见的理论回应。由于《专利法实施细则》“只是国务院颁布的行政法规,能否实现对刑法条文的有效解释还存在疑问……司法解释的再次修正,对保持部门法之间的协调还是十分必要的”。^①从进行有效的法域沟通的角度看,对“假冒他人专利”的构成要素尚需充分运用实质解释论做好相应的解释工作,现阶段更应当在现行的相关司法解释中做好其规范文本的界定工作。

基于上文的论证,笔者拟对《知识产权刑事解释》提出如下具体的修改建议:第一,将该解释第10条修改为3款:“实施下列行为之一的,属于《刑法》第216条规定的‘假冒他人专利’的行为:(1)在未被授予专利权(含专利权被宣告无效或者终止后)的产品或者其包装上标注他人的或者虚假的专利标识,使人混淆和将未被授予专利权的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计的;(2)销售第1项所述产品;(3)在产品说明书等材料中将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计,将专利申请称为专利,使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计;(4)伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件;(5)其他使公众混淆,将未被授予专利权的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计的行为。”“具有前款行为之一,同时非法实施他人专利的,依照侵犯专利权行为处理。”“专利权人在未被授予专利权的产品或者其包装上标注其自身的专利标识的,依照《专利法》第63条的规定进行行政处罚。”第二,删除该解释第4条第2项“给专利权人造成直接经济损失50万元以上的”规定。

这样,假冒专利罪就成为真正打击侵害专利标示制度安全及损害与专利有关的公众利益行为的法律武器,从而发挥刑法保护专利制度的应有作用。为了使扩容后的假冒专利犯罪案件数量不至于对刑事司法机关造成过大的压力,根据刑事政策的需要,可对“专利标识”和“产品说明书等材料”等具体构成要素适时做合理的限缩解释,还可以对侵犯发明、实用新型和外观设计的“情节严重”之数额标准做差异性规定,以便合理地调节假冒专利行为的犯罪圈。

责任编辑 田国宝

^① 马克昌主编:《百罪通论》(上卷),北京大学出版社2014年版,第423页。