

论法秩序统一原理视野下假冒 专利罪的成立范围

王志祥 吴超莹

(北京师范大学刑事法律科学研究院 北京 100875)

内容提要:为了更好地保护专利权,在宏观层面,站在专利权保护的整体立场,应当正确理解专利权刑法保护的内涵。从法秩序统一的视角出发,根据前置法与后置法之间的关系,刑法对专利的保护应当受到前置法所确立的专利权的制约。各部门法应当做到相互合作、各有侧重;而作为法益最后保护手段的刑法则应当保持谦抑,审慎适用。假冒专利罪的保护法益是复合法益,其中包括个人法益和超个人法益。超个人法益的内容是国家专利管理秩序和专利标示秩序。在认定假冒他人专利行为时,专利权的存在是专利刑法保护之前提。伪造或变造专利申请文件的行为和面向特定对象的“假冒他人专利”的行为不应当被认定为构成假冒专利罪。

关键词:假冒专利罪 法秩序统一原理 刑法谦抑性 超个人法益

从法秩序统一的视角来看,专利权保护的实现需要知识产权法、民法、刑法和行政法等各部门法的协作。由于假冒专利罪的成立以违反专利法为前提,所以,假冒专利罪的成立范围应当受到专利法的约束。但是,专利法与刑法的立法宗旨和精神有所不同,这导致二者之间不可避

作者简介:王志祥(1971—),男,汉族,河南南阳人,北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师。

吴超莹(1998—),女,汉族,河南新乡人,北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生。

本文为国家社会科学基金项目“形式理性与实质理性的关系在刑法学中的展开研究”(项目编号:21BFX009)的阶段性成果。

免地在专利权的保护问题上出现分歧。因此,在研究假冒专利罪的成立范围时,就既要受法秩序统一原理的约束,又要兼顾专利权刑法保护的的特殊性。

与专利权相关的概念有专利、专利标记和专利号。专利是受法律保护的发明创造,专利标记和专利号则是代表或反映专利权存在的符号。有学者指出,我国的专利违法行为可分为三种类型。第一种类型是既侵犯专利技术又侵犯专利标记和专利号的行为,可称为专利侵权行为;第二种类型是只侵犯专利标记和专利号的行为,即假冒专利行为;第三种类型是使用假的专利标记和专利号的行为,即冒充专利行为。^①我国现行刑法仅将“假冒他人专利”且情节严重的行为作为犯罪加以规定。因此,本文对假冒专利罪成立范围的研究仅涉及假冒专利行为而不涉及专利侵权行为和冒充专利行为。

一、问题的提出

专利是智慧的结晶,其内容不仅仅是相关的产品,更重要的是凝结在产品中的新颖性、创造性和实用性。所以,保护专利权,实质上是在保护专利所涉及的知识的稀缺性。根据《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)第22条第2款的规定,专利一经申请便处于公开状态,他人可通过国务院专利行政部门公布的专利申请文件或公告的专利文件获知相关信息。专利权的新颖性、创造性和实用性意味着假冒专利会带来比较大的经济利益,而专利申请文件的公开状态则使得专利保护面临更大的困难。以“日照A公司假冒专利案”为例,某市市场监管局执法人员发现,A公司代理的10份专利受理通知书在国家专利审查系统中并不存在,这涉及伪造文件问题。据此,某市市场监管局对A公司给予了相应的行政处罚。^②

根据《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第216条的规定,假冒他人专利且情节严重的,构成犯罪。对于“假冒他人专利”行为的范围,最高人民法院、最高人民检察院于2004年发布的《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《知识产权刑事司法解释》)作出了界定。《知识产权刑事司法解释》第10条列举的四种假冒他人专利的行为分别是:(1)未经许可,在其制造或者销售的产品、产品的包装上标注他人专利号的;(2)未经许可,在广告或者其他宣传材料中使用他人的专利号,使人将所涉及的技术误认为是他人专利技术的;(3)未经许可,在合同中使用他人的专利号,使人将合同涉及的技术误认为是他人专利技术的;(4)伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件的。显然,根据上述规定,能够得出“A公司的行为构成假冒专利罪”这一结论。而案件的处理结果显然与应然结论相去甚远。笔者认为,该案的处理彰显出《知识产权刑事司法解释》关于假冒专利行为类型的规定并不完全满足司法实践的需求。可能有观点会认为这是基于执法机关方面存在“以罚代刑”的问题,但是,笔者认为,此时可能应当审视的是《知识产权刑事司法解释》关于假冒专利行为类型的规定是否存在缺陷,由此使得执法者不便于适用。

① 参见吴瑞:《TRIPS 视阈下中国专利权的刑法保护研究》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2011年第6期,第53—54页。

② 参见《日照A有限公司假冒专利案》, http://amr.rizhao.gov.cn/art/2021/1/22/art_163910_10285804.html, 访问日期:2023年6月17日。

就《知识产权刑事司法解释》第 10 条的内容而言,其中不乏争议。一方面,伪造或变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件的行为从形式上看确实具有假冒他人专利行为的性质。但是,在伪造或变造他人的专利申请文件时,相关专利权并未经过确权,因此该项权利尚不存在,此时不能认为该行为侵犯了他人的专利权。另一方面,将在合同中使用他人专利号的行为规定为假冒专利行为,也面临疑问。因此,笔者认为,为了更好地实现专利权保护的目,应当审视《知识产权刑事司法解释》第 10 条的规定是否会导致对假冒专利罪处罚范围的不当扩大。为了回答这一问题,需要反思《知识产权刑事司法解释》第 10 条的规定是否符合专利保护的逻辑要求。

专利权保护既涉及民事法律问题,也涉及刑事法律问题。各个部门法的立法宗旨和精神有所不同。当各部门法的价值选择有所不同时,如何调和它们之间的矛盾就显得尤为重要。站在专利权保护的宏观视角上,需要考量相关行为是否符合违背整体法秩序的要求。此外,刑法对专利权的保护不同于其他部门法。因此,在判断行为是否构成犯罪时,需要特别斟酌专利权刑法保护的的特殊性。所以,站在专利权保护的微观视角上,需要立足于刑法的立法宗旨,重视刑法在专利权保护上的特殊逻辑。基于此,笔者将分别从宏观和微观两个角度出发,论证假冒专利犯罪的成立范围。宏观层面视角即站在专利权保护的整体立场,研究专利权刑法保护的内涵;微观层面视角即在刑法范畴之内,探讨专利权刑法保护的逻辑。

二、法秩序统一原理下专利权刑法保护的内涵

法秩序的统一是法学学科的整体性追求。法秩序统一是指各个部门法维护的法秩序指向性相同,相互之间不存在矛盾。^③关于法秩序统一的内容,在学界有不同的观点,即存在论与目的论两视角的对立。^④笔者认为,二者之间并不存在矛盾。法秩序统一的理想状态应当是法秩序实现存在论视角和目的论视角的双重统一。但是,囿于立法技术的有限性,实现存在论层面的法秩序统一还具有很大难度。由此,有学者将法秩序统一性原理的基本内涵概括为:在保证行为指引统一的前提下,允许不同法域根据自身目的进行相对判断。^⑤因而,在下文中,笔者将从专利权保护的整体立场出发,运用法秩序统一原理,发现并化解各部门法在专利权保护上的冲突。在此基础上,笔者将探究专利权刑法保护在专利权整体保护中的特殊性,并以此来揭示专利权刑法保护的实质内涵。

(一)“法秩序统一”中的“专利秩序”

法秩序统一原理下专利权刑法保护的秩序基础在法律规范的内容中可得以发现。在涉及专利权纠纷的调整时,知识产权法和民法是必不可少的工具;而在必要的情况下,刑法也需要发挥作用。知识产权法和民法对专利权的保护是刑法对专利权予以保护的基础,所以,学界将

^③ 参见周光权:《法秩序统一性原理的实践展开》,载《法治社会》2021年第4期,第1页。

^④ 参见陈惜珍:《法秩序统一性视域下的违法性判断——以刑民交叉案件为切入点》,载《法学论坛》2022年第6期,第101页。

^⑤ 参见陈文涛:《犯罪认定中的法秩序统一性原理:内涵澄清与规则构建》,载《华东政法大学学报》2022年第2期,第49页。

刑法与民法等其他部门法之间的关系称为后置法与前置法之间的关系。作为后置法的刑法将如何呼应前置法,就是法秩序统一原理需要解决的问题。

1. 刑法中的专利秩序从属于民法。在法秩序统一原理的约束下,刑法和民法的保护目的应当是基本一致的。但由于刑法是后置法,所以,刑法保护的专利秩序应当以前置法确立的专利秩序为前提。对此,学界一般认为:由前置法规范评价为合法的行为,不能成为刑法上的犯罪行为;由前置法反对的行为,才有可能成为刑法上的犯罪行为。^⑥具体到专利权保护中,基于民事合同(授权或许可)而实施的专利行为自然不会具有刑事违法性。例如,专利权人通过专利许可合同授权他人在生产过程中使用其专利技术、专利标记或专利号的,由于专利许可合同的存在,专利使用者的行为就是正当的。反之,该行为当然具有民事违法性,也具有构成刑事违法的可能性。行为人未经许可擅自使用他人专利技术的行为构成专利侵权,但是,该行为不具有刑事违法性。而根据《知识产权刑事司法解释》,行为人擅自使用他人专利标记或专利号的行为则可能构成假冒专利罪。

由此可知,刑法对专利秩序的保护是从属于民法的。这种从属性意味着刑法保护的专利秩序应当以民法确立的专利秩序为前提。刑法在定罪量刑方面应当接受前置法规范的指导,因此,对刑法的解释也需要参考前置法规范的立法目的和宗旨。^⑦例如,《专利法》第10条和第14条都对专利申请权作出了相关规定,《知识产权刑事司法解释》第10条第4项也将“伪造或者变造他人的专利申请文件”行为规定为《刑法》第216条“假冒他人专利”的行为。

2. 刑法对专利秩序的保护范围小于民法、专利法。民法通过对合同和侵权责任的概括性规定来保护专利。专利法通过具体的条款规定相关的权利和义务来保护专利。刑法则是在这些内容的基础上有选择地保护专利。在此,可以从两个层面来理解刑法对专利保护范围的限缩。

一方面,这与刑法本身的特性息息相关,即基于刑事制裁手段的严厉性,刑法仅制裁严重违反前置法的行为。^⑧所以,《刑法》第216条规定的假冒专利罪有“情节严重”的程度入罪要求。这样,可能受到刑法规制的专利违法行为的范围就被大大限缩了。

另一方面,刑法保护专利权的关键在于保护国家现行专利管理秩序和他人的专利权。民法、专利法等前置法规范对专利的保护是非常全面的。其保护的是以专利为中心的所有权利,既包括专利权,也包括一些衍生权利。由此可见,前置法对专利的保护不是从专利授权之日起开始的,而是从专利可能产生的时候就给予相关保护。因此,在相关主体产出某一项发明创造后,即便还未得到专利授权,但其专利申请权均会受到保护。而刑法则不会给予专利如此全面的保护。依据通说,从法益的角度来看,刑法设立假冒专利罪的目的是保护他人的专利权和国

^⑥ 参见周光权:《“刑民交叉”案件的判断逻辑》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期,第4页;王昭武:《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》,载《中外法学》2015年第1期,第170页。

^⑦ 参见陈兴良:《民法对刑法的影响与刑法对民法的回应》,载《法商研究》2021年第2期,第34页。

^⑧ 参见李文吉:《论我国行政犯构成要件的规范要素内容之填补原理与方法》,载《北方法学》2022年第4期,第108页。

家现行的专利管理秩序。^⑨这意味着刑法所保护的是现已存在的专利权,因此,刑法只能保护已经获得确权的专利,而并不保护预期存在的专利权。

综上所述,从法秩序统一的视角出发,侵犯专利秩序的行为及其对应的处罚措施类似一个螺旋,一般的侵犯专利秩序行为的范围较大,但其对应的处罚措施比较轻微;侵犯专利秩序并达到犯罪程度的行为的类型相对较少,但其法益侵害程度更高,所以其对应的处罚措施相应更重。

(二)法秩序统一原理下的专利保护

专利的全面保护是通过多个部门法分工协作才得以实现的。各部门法对专利的保护侧重点有所不同,正因如此,专利才能得到更加全面的保护。基于立法技术的有限性,各部门法之间保护范围无法避免重叠,而且专利纠纷本身的复杂性也会导致多个部门法的交叉。在此情况下,就需要明确各部门法在专利保护方面如何协同,如此才能保证专利相关活动有条不紊地进行。

1. 尊重各部门法对专利的保护侧重点。由于专利问题涉及多个部门法,所以才相应出现了专利保护的刑民、刑行交叉问题。尽管学界不断地强调,在专利保护中,民法、专利法是前置法,刑法是后置法,但也有学者指出这些部门法之间“并不具有功能上的前置、后置关系,只是各自具有其独立管辖的领域,这些领域有部分的交叉关系”。^⑩实际上,学者们习惯于强调民法、专利法与刑法之间的前置、后置关系,却忽略了它们都是相互独立的部门法。例如,在强调行政法与刑法的前置、后置关系时,其重点是要以行政违法性作为刑事违法性的判断根据,却忽视了二者本质上是相互独立的。如前文所述,法秩序统一原则的追求是使各实定法背后的目的具有统一性,但各个部门法在专利保护问题上则各有其侧重。例如,专利法从国家行政部门的角度保护专利的授予、实施和转让等,民法从平等主体之间因专利活动而产生的权利义务来对专利相关活动定分止争。而从假冒专利罪在刑法分则中的位置就可以看出,刑法侧重保护的是国家的专利管理秩序。简单来说,专利法主要保护的是专利本身,民法侧重保护的是因专利产生的私权利,刑法则注重保护专利管理秩序。为了应对部门法在专利保护方面的交叉问题,更加高效地解决专利纠纷,各部门法应当恪守各自的立法宗旨,保持各自的部门法特色。

2. 坚守刑法谦抑性原则。在尊重各部门法对专利保护侧重点的前提下,一般来说,对专利纠纷可依据合适的部门法予以妥善解决。但是,在实践中,专利相关案件错综复杂,涉及多个部门法领域也是常有之事。且各个部门法之间的边界并非清晰明确,可能出现某一纠纷涉及多个部门法的情况,从而导致部门法适用上的问题。例如,对于假冒他人专利的行为,专利权人一般可以通过民事途径来维护自身的合法权益;当该行为达到“情节严重”的程度,也可通过刑事途径来追究行为人的责任。此处“情节严重”的表述并没有划定明确的界限,这容易导致

^⑨ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第440页。

^⑩ 参见张峰铭:《法秩序在何种意义上是统一的——对部门法交叉问题的前提性反思》,载《东岳论丛》2022年第4期,第173页。

部门法适用边界的模糊。在此情形下,刑法谦抑性原则就应当适时发挥作用。

一般认为,刑法的谦抑性或补充性,是指只有当法益受到严重侵害时,才需要动用刑法对行为进行处罚。^①但学界也存在对谦抑性的不同理解,其“并不认为刑罚是对于其他部门法的补充性手段,相反刑法有着自己独立的领域”。^②两种观点的分歧在于对刑法与其他部门法之间关系的理解有所不同。前者认为,刑法在其他部门法的基础上对部分严重的法益侵害行为作出刑罚处罚;后者则认为,刑法与其他部门法的保护领域相互独立。笔者认为,第二种观点更为妥当。正如前文所言,各个部门法有其独立的保护范围。所以,在解决专利纠纷时,如果面临所谓的“刑民交叉”问题,应当指明该问题的实质究竟属于民事法律领域还是刑事法律领域。当专利纠纷属于民事法律领域时,自然无须动用刑法追究责任;而当其确属刑事法律领域时,则应当追究其刑事责任。如此,刑法与民法将各司其职。刑法只对其保护领域范围内的行为发挥作用,而不应被扩大适用到不适合的领域。这一做法既维护了刑法保护领域的独立地位,又坚守了刑法谦抑性原则,符合法秩序统一原则的要求。

三、假冒专利罪保护法益的界定

在《刑法》将某一行为规定为犯罪时,需要衡量该行为对法益的侵害程度。因此,每一个犯罪行为都需要具备相应的法益侵害性才能受到刑事追诉。假冒专利犯罪也不例外。而根据法益内容,也可以相应地判断假冒专利犯罪成立的确切范围。因此,对假冒专利犯罪保护法益的探讨是必不可少的。如上所述,我国刑法学界的通说认为,假冒专利罪的保护法益是他人的专利权和专利管理秩序。^③但是,学界对此也有不少讨论。讨论的内容可以分为两个方面:一是假冒专利罪的法益是否应当包含个人法益;二是假冒专利罪的超个人法益的实质内容是什么。

(一)假冒专利罪的保护法益应当包含个人法益

如上所述,关于假冒专利罪的保护法益,通说持复合法益说的观点,即认为假冒专利罪的保护法益是个人专利权和专利管理秩序。此观点肯定了假冒专利罪的法益包含个人法益。有学者通过思考“普通经济主体的权益是否应当享有更优越或至少是与经济制度并驾齐驱的保护地位”这一问题,肯定个人法益的可保护地位。^④也有观点明确“否认知识产权权利人的利益是刑法保护的法益”。^⑤因此,关于假冒专利罪的法益是否包含个人法益,在学界存在肯定说与否定说。

在讨论某一犯罪的保护法益时,通常可以联系该罪在刑法分则中所处的位置进行初步判断。假冒专利罪位于刑法分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中。据此,假冒专利罪

^① 参见王勇:《法秩序统一视野下行政法对刑法适用的制约》,载《中国刑事法杂志》2022年第1期,第134页。

^② 参见张峰铭:《法秩序在何种意义上是统一的——对部门法交叉问题的前提性反思》,载《东岳论丛》2022年第4期,第179页。

^③ 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第8版),北京大学出版社、高等教育出版社2017年版,第440页。

^④ 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》,载《法学》2018年第12期,第146页。

^⑤ 参见谢焱:《知识产权刑法法益分析》,载《北方法学》2017年第4期,第116页。

的法益应当以社会主义市场经济秩序为中心。结合本章的其他罪名可知,本章罪名的法益以社会主义市场经济秩序为主,同时也可能包括相关人的私权利。例如,本章的金融诈骗罪的保护法益也包括被害人的财产权利。所以,从法条位置来说,认为假冒专利罪的法益包含个人法益也是比较科学的。

学界对假冒专利罪“个人法益”的表述有个人专利权、权利人的资本配置利益^⑩等。尽管名称有所不同,但是其实质都是权利人基于专利权在市场上获得或可能获得的经济效益(以下以“个人专利权”来指代个人法益的内容)。有学者认为,现存的假冒他人专利的行为并不实质侵害个人专利权,所以不能认为假冒专利罪的规定保护了个人专利权。^⑪对此,笔者认为还有待商榷。结合《知识产权刑事司法解释》对“假冒他人专利”行为的解释可以看出,其列举的四种行为中有三种都表明了“未经许可”。这说明在假冒专利罪的成立上,专利权人的“许可”是一个重要的影响因素。据此可以进行一个反向论证,假设行为人在其商品上标注他人的专利号和专利标记之前获得了专利权人的同意,由于行为人事先与专利权人达成了合意,相当于获得了专利权人的授权,二者之间的民事合同属于真实有效的合同。此时行为人根据合同约定的内容实施相应的民事行为,不具有民事违法性。所以,尽管其商品非基于专利生产却被标注了专利标记和专利号,该行为也难以被认为是“假冒”他人专利的行为。由此,获得专利权人许可后在自己的商品上标注他人专利号和专利标记的,不构成犯罪;而未经专利权人许可的,则可以构成犯罪。专利权人的许可否定了该行为的刑事违法性。显然,假冒专利罪的规定保护了专利权人的专利权。

(二)假冒专利罪的保护法益中超个人法益的内容

根据假冒专利罪的体系位置,其主要保护的是与专利相关的某种秩序法益。但是,关于这一秩序法益的内容,在学界也有诸多讨论。多数观点认为,假冒专利罪保护的超个人法益是国家专利管理秩序。^⑫此外,也有观点认为假冒专利罪的超个人法益是以市场资本配置利益为中心的公平分配秩序,^⑬还有观点认为是专利标示制度安全。^⑭笔者推测,这些观点的差异应当源于其出发点不同。所以,就假冒专利罪的超个人法益内容,笔者将从不同的角度来揭开其面纱。下文笔者将从国家行政管理机关和社会大众的角度分别探究专利保护的超个人法益内容。

1. 国家行政管理机关视角下假冒专利罪的超个人法益内容。根据专利法的规定,与专利相关的国家行政管理机关大致包括国务院专利行政部门、负责专利执法的部门、管理专利工作的部门等。各部门围绕专利进行的活动维持了我国现行的专利管理秩序。而一旦出现专利违

^⑩ 参见魏昌东:《情节犯主导与知识产权刑法解释体系转型》,载《中国刑事法杂志》2022年第1期,第17页。

^⑪ 参见贺志军:《刑法中的“假冒他人专利”新释》,载《法商研究》2019年第6期,第67页。

^⑫ 参见谢焱:《知识产权刑法法益分析》,载《北方法学》2017年第4期,第115—116页。

^⑬ 参见同注释^⑩,第17页。

^⑭ 参见同注释^⑩,第67页。

法行为,我国现行的专利管理秩序便会受到破坏。所以,从国家行政管理机关的角度出发,所有的专利违法行为都会使现行专利管理秩序这一法益遭到损害。这样,假冒他人专利的行为便会侵害国家专利管理秩序这一超个人法益。

2. 社会大众视角下假冒专利罪的超个人法益内容。专利是知识与智慧的结晶,社会大众将专利视为一种珍贵的资源。对于一些企业来说,一项专利可直接关乎企业的生死。这也直接说明专利的价值之高。所以,有学者认为,专利权具有财产权的属性。^① 而国家行政管理机关在授予专利权时,相当于对专利的价值作出了肯定。因此,国家对专利的确权不仅可以保护专利,还以一种积极的方式认可了其背后的经济效益。这样,专利才可以被估值,专利相关人方可基于专利的价值实施一系列经济活动。其中,比较直接的方式是通过签订专利许可合同或转让专利来获得收益。间接的方式则是通过实施专利来进行生产经营,以出售相关专利产品来获利,这也是专利最终转化为经济效益的途径。

尽管目前我国的专利数量比较庞大,但是,总体来说专利还具有较强的稀缺性。而稀缺性也意味着经济价值。所以,专利的价值是得到社会大众肯定的。对此,有学者认为,“专利制度所保护客体的技术创新代表着最活跃、最先进的生产力”。^② 如果对商品进行对比,同等条件下,基于专利技术生产的商品要比其他普通商品更具有新颖性。这种凝结在商品中的新颖性有助于社会大众挑选更好的商品。而商品上标注的专利有助于人们粗略地判断商品价值,使得其在琳琅满目的商品中快速挑选最好的那一种。很显然,专利权的存在会影响社会大众的日常生活,影响消费者的消费决策,进而影响商品生产者和销售者的经济效益。

由此,在消费市场上,如果非专利产品被有意标注了专利标记、专利号,消费者会将该产品视作专利产品,进而对产品背后的经济价值和实用价值产生误判。一个理性的消费者在选择自己需要的产品时,除去价格等其他因素不谈,会基于产品上标注的专利认为这一产品优于非专利产品。由此可见,假冒他人专利的行为会影响消费者获取商品信息,进而影响其消费决策。对社会大众来说,其获取商品信息的途径一般就是商品本身的标注信息,因此,假冒他人专利的行为将直接影响到消费者在消费市场上的消费信息获取秩序。进一步说,假冒他人专利的行为“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……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”。^③ 因此,笔者认为,从社会大众的视角来看,假冒专利罪的超个人法益内容可以理解为“专利标示制度安全”。

综上所述,假冒专利罪的保护法益是复合法益,其中包括个人法益和超个人法益。刑法对专利的保护必然包含了对个人专利权的保护。如果专利权人对其专利权作出一定的让渡,那么他人在商品上标注专利号、专利标记以冒充专利产品的行为就不可能构成假冒专利罪。关于假冒专利罪超个人法益的内容,从不同的角度可产生不同的理解。以国家行政管理机关的视角为准,该法益的内容应当是国家专利管理秩序,即确保专利相关活动的有序进行;以社会

① 参见程宗璋:《专利侵权犯罪研究》,载《中国刑事法杂志》2000年第6期,第29—30页。

② 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2期,第48页。

③ 参见贺志军:《刑法中的“假冒他人专利”新释》,载《法商研究》2019年第6期,第68页。

大众的视角为准,该法益的内容应当是专利标示秩序安全,即保护消费者在消费市场根据正规的专利标示作出正确的消费决策。

四、假冒专利罪的成立范围之厘定

站在专利权保护的宏观立场上,应当坚持在法秩序统一原理的指导下,参照民法、专利法的相关规定,依照刑法规定惩治假冒专利犯罪。站在专利权保护的微观立场上,应注重刑法所规定的专利犯罪的保护法益的内容,通过法益来重新界定假冒专利犯罪的成立范围。下文中,笔者将结合《知识产权刑事司法解释》中对“假冒他人专利”行为的解释展开讨论,以便直观地说明何种行为类型应当被认定为“假冒他人专利”的行为。

(一) 专利权的存在是专利权刑法保护的前提

根据法秩序统一原理,民法、刑法等各部门法所实现的法秩序目的应当是一致的。就专利保护而言,根据法条表述,刑法保护的只有专利权,而民法和专利法保护的权利要求范围则更为广泛。因此,如果某种权利的实质并非专利权,那么这项权利就不能进入专利权刑法保护的领域。

《知识产权刑事司法解释》第10条第4项将“伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件”的行为规定为“假冒他人专利”的行为。其中,伪造或者变造他人的专利证书、专利文件的行为显然是假冒他人专利的行为。但是,就伪造或变造他人专利申请文件的行为而言,却存在疑问。应当认识到,仅有专利申请文件并不代表该专利权已经得到国务院专利行政部门的批准,其后可能会被驳回从而未能获得专利权。如果权利人只是向国务院专利行政部门提交了专利申请文件,其仅是获得了专利申请权。该项权利与专利权一样具有经济效益并且可以进行转让,也受到民法和专利法的保护。但是,由于此时该专利申请还未获得批准,相关发明创造尚不能被称为“专利”,所以,在现行专利秩序中,该项发明创造还不具有一席之地。对此,在专利保护的相关国际公约中也可以找到相应的支撑。在《专利合作条约》(*Patent Cooperation Treaty*) 通则(introductory provisions)第2条关于“专利”的定义中,(iii)和(iv)两条款分别对“国家专利”(national patent)和“地区专利”(regional patent)作出了解释。这两个条款强调了同一个词,即“当局”(authority)。“authority”本身也具有“许可、授权”的含义。这说明专利的存在应当以当局的“许可”或“授权”为前提。也就是说,当局颁发的专利才能成为《专利合作条约》的保护对象。另外,《专利法公约》(*Patent Law Treaty*)第3条第2款也强调了专利应当具备“已经授权并对缔约方有效”(which have been granted with effect for a contracting party)这一要素。所以,在当局未做出颁发或授予专利的行为之前,专利尚不存在。这时,因为专利申请背后的技术内容尚不具备“专利”的地位,所以此时不能被作为“专利权”加以对待而受到相应的保护。

无论根据国内法还是国际公约,未经授予专利权的发明创造在法律上都不能被作为“专利权”加以对待而受到特定保护。所以,尽管我国民法、专利法保护相关主体的专利申请权,但并未将其涉及的发明创造作为专利加以保护。由于民法、专利法均没有将该发明创造纳入专利保护的范畴,基于法秩序统一原理,刑法也应当与前置法保持一致。由此,仅伪造或变造专利

申请文件的行为不构成对专利权的侵犯。^②如此说来,《知识产权刑事司法解释》将伪造或变造他人专利申请文件的行为解释为“假冒他人专利”的行为并不妥当。这违反法秩序统一原理,使得刑法对专利的保护范围逾越了前置法对专利的保护范围。虽然伪造或变造专利申请文件的行为在刑法上并不构成假冒专利罪,但是在前置法上仍然具有违法性,应当由前置法对这类行为加以规制,这也符合刑法谦抑性原则的要求。

综上所述,当且仅当专利权已经现实存在时,行为人的假冒行为才属于“假冒他人专利”,否则其行为并不会对现有的专利秩序造成任何影响。而专利申请文件并不代表专利已经得到确权。基于法秩序统一原理,刑法对专利权的保护应当以前置法对专利权的保护为前提。因此,刑法和相关司法解释也应当受前置法的约束。伪造或变造专利申请文件的行为不构成对专利权的侵犯,《知识产权刑事司法解释》将该行为规定为“假冒他人专利”的行为并不妥当。

(二) 面向特定对象的“假冒他人专利”行为之定性

在市场经济活动中,在同等条件下,基于专利的稀缺性,人们往往倾向于认为专利产品更加具有竞争力。因此,行为人假冒他人的专利是为了使自己的产品具有更高的经济价值。大多数假冒他人专利的行为针对的是不特定的消费者,但是,在实践中也存在面向特定对象假冒他人专利的情形。例如,在签订合同过程中,行为人为了使自己的产品显得更加具有竞争力,谎称自己的产品是基于某项专利技术生产出来的,从而在市场中获得更多的商业机会。《知识产权刑事司法解释》将这种未经他人允许而在合同中使用他人专利号的行为解释为“假冒他人专利”的行为。但是,结合假冒专利罪的保护法益内容,这一规定还有待商榷。

行为人在合同中使用他人专利号的,该专利号只能被合同相对方获知,他人则无法知晓该冒用行为的存在。该行为的确能被称作“假冒他人专利”,但实际上该行为并未侵犯到假冒专利罪的专利标示制度安全法益。侵害这一法益,至少要求行为人的假冒行为被不特定的公众获悉,并且可能影响不特定人群的相关决策。但是,这种假冒行为仅发生在特定的行为主体之间,如生产商和销售商之间。行为的影响仅限于指向合同相对人,其他人则不会受到影响。此时,无论从国家行政机关的管理角度,还是从社会大众对专利的认知角度,都难以说明该行为的法益侵害性,即该行为既不侵犯国家专利管理秩序,也不侵犯专利标示制度安全。

据此,上述假冒行为涉及平等法律主体之间的纠纷,应当属于民法调整的范畴。从尊重各部门法对专利的保护侧重点出发,应当动用民法来解决该纠纷。行为人在合同中虚构其生产经营能力,属于对合同相对方的欺诈。合同相对方可基于合同向行为人主张相应的民事责任。专利权人也可基于民法有关规定向行为人主张相应的民事责任。所以,当行为人在合同中未经许可使用他人的专利号时,基于该合同行为的相对性,不能认定该行为侵害了专利标示制度安全,不能将其认定为刑法意义上的“假冒他人专利”的行为。基于刑法谦抑性原则,对该行为可以通过民事法律途径予以处理,而无须动用刑法手段。因此,面向特定对象的“假冒他人专

^② 参见蔡元臻:《知识产权伪造行为的法律规制:一种行政主导下的分流机制》,载《行政法学研究》2020年第2期,第113页。

利”的行为不构成假冒专利罪。《知识产权刑事司法解释》将这种未经他人允许而在合同中使用他人专利号的行为规定为刑法意义上“假冒他人专利”的行为并不妥当。

(三) 面向不特定对象的“假冒他人专利”行为之定性

一般来说,如果某一商品是基于专利技术生产的,生产厂家会在其外包装等醒目处标注专利号及专利标记。这一行为是为了让消费者能够快速获知该产品的技术优势,以扩大其市场。专利侵权是实际地使用他人的专利技术生产自己的产品。通过专利侵权,产品的质量会得到一定改善。而在产品上标注他人专利号的行为则只是让他人误认为该产品是基于专利技术生产的,并不能真正提升产品质量。由此可以看出,这里行为人假冒他人专利的行为并不是为了改善产品,而是要通过假冒专利产品迷惑他人。如果产品被标注了他人的专利号或专利标记,消费者一般不会质疑该专利的真假,而是直接将这些产品视作专利产品。如此,消费者便会对该产品的经济价值产生误解,并可能基于专利技术的存在而选择这种产品。

由此可以看出,行为人在商品的包装、广告或其他宣传材料中标注他人专利号,其实是为了使不特定的对象对该商品的质量产生误认,误以为生产该商品所使用的技术比较先进,从而选择消费该商品。当行为人面向不特定对象实施假冒他人专利的行为时,不特定对象会混淆该商品与基于相关专利技术生产的正规商品。从国家行政管理机关的角度来看,这种行为不利于市场监管。对社会大众来说,专利标示的混乱使其在消费市场上的信息获取秩序受到了影响。所以,这一行为确实侵害了专利标示制度安全。从这一角度来说,面对不特定对象未经许可使用他人专利号的行为应当被认定为“假冒他人专利”的行为。

基于假冒专利罪保护的法益,假冒他人专利的行为应当达到侵犯专利标示制度安全的程度才能构成犯罪,这要求假冒行为能达到使不特定对象对消费对象产生混淆误认的程度。^⑤一般的假冒专利行为会将专利号清晰地标注在商品的包装、广告或其他宣传材料中,只要消费者能够根据这些内容误认为该产品是基于专利技术而生产的即可。

综上所述,行为人面对不特定对象、未经专利权人许可在其产品包装、广告及宣传材料上标注他人专利号时,由于该行为会使不特定对象误认为该产品属于专利产品,故可认定该行为侵犯了专利标示制度安全。因此,应当将此类行为认定为“假冒他人专利”的行为。

五、结语

随着知识产权保护不断完善,各部门法对知识产权的保护越来越全面。在各部门法不断扩大知识产权保护范围的同时,各部门法之间的交叉也会日趋明显。在面对假冒专利犯罪时,一方面,应当根据专利纠纷的本质来选择适用适当的部门法;另一方面,在面对容易出现刑民交叉的专利纠纷时,应当坚守刑法谦抑性原则,审慎动用刑法手段。由于专利问题涉及多个部门法,所以,在解决相关问题时需要遵从法秩序统一原理的指导,刑法、民法都需发挥适当的作用。只有各部门法同心协力、相互配合,抓住专利制度的核心要义,把握专利纠纷的矛盾和重点,才能更好地实现对专利的全面保护。

^⑤ 参见谢焱:《知识产权刑法法益分析》,载《北方法学》2017年第4期,第70页。

On the Range of Existence of the Crime of Counterfeiting Patent from the Perspective of the Principle of the Unification of Legal Order

Wang Zhixiang Wu Chaoying

Abstract: In order to protect patent rights better, from the overall perspective of patent protection, it is necessary to correctly understand the connotation of criminal law protection about patent rights. From the perspective of the unity of legal order, based on the relationship between pre-law and post law, the protection of patents by criminal law should be constrained by the patent rights established by the pre-law. Under the guidance of the principle of the unification of legal order, as far as the problem of patent protection is concerned, various departments of law should be cooperated with each other and focused on each other. As the last resort to protect legal interests, criminal law should be applied with modesty and prudence. The legal interests protected by the crime of counterfeiting patents are compound legal interests, which include personal legal interest and transpersonal legal interest. The contents of transpersonal legal interest are the security of national patent management order and patent labeling order. The existence of patent rights is a prerequisite for criminal protection of patents in the determination of the act of counterfeiting others' patents. The act of forging or altering patent application documents and the act of "counterfeiting others' patents" towards specific objects should not be deemed as constituting the crime of counterfeiting patents.

Keywords: crime of counterfeiting patents; unification of legal order; modesty of criminal law; transpersonal legal interest

(责任编辑: 杨志航)