

文章编号:1671-1653(2014)01-0045-08

专利侵权非罪化辨析

康添雄

(西南政法大学 民商法学院,重庆 401120)

摘要:依照我国《刑法》规定,专利侵权行为在现行法律体系中并未入罪。是否将侵犯专利权行为纳入调整范围之中,当今世界各国刑法规范呈现了两种截然不同的态度。虽然各国立法例一致要求行为人承担民事责任,但在刑责惩罚上却没有表达出同样一致的意愿,或者说并未赋予专利权人在刑法层面上的保护。就除罪或入罪的根本性考量要素而言,由于行为本身并不存在强烈的社会危害性反而可能具有正的外部性,以及作为专利权对象的科学技术本身所具备的公共产品属性,专利侵权入罪的立法呼吁并不具备充要条件。因此,立法者所要做的仅仅只是坚持现有刑法规范而已。

关键词:专利侵权;非罪化;社会危害性;技术公共性

中图分类号:D923.42 **文献标识码:**A **DOI** 10.3969/j.issn.1671-1653.2014.01.008

On Decriminalization of Patent infringement

KANG Tian-xiong

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

Abstract: According to the regulations of our *criminal law*, patent infringement behavior has not incriminated in the current legal system. Whether to let the patent infringement included in the scope of adjustment, criminal laws from worldwide presented two completely different attitudes. Although almost every country's legislation requests the actor bear civil liability unanimously, it has not achieved the same consistent intend on penalty charge, or, in the other way, it does not give protection for patent holders at the level of the criminal law. For the fundamental consideration factors of decriminalization or incriminalization, because the behavior itself does not have fierce social harmfulness and it may have a positive externality instead, and the public product attribute of the science and technology in the object of the patent right itself, there is no sufficient and necessary condition to support the legislation appeal to incriminalize the patent infringement. Therefore, what the legislators need to do is just to adhere to the regulations of existing criminal law.

Key words: patent infringement; decriminalize; social harmfulness; technological publicity

收稿日期:2013-09-16

基金项目:教育部人文社会科学研究青年基金项目(12YJC820044)

作者简介:康添雄(1981—),男,广东南澳人,西南政法大学民商法学院副教授,博士,主要从事知识产权法学研究。

罪恶之源,并非来自满足果腹欲望之财物,而是起源于人类对智慧的偷窃行为。^①技术关乎自然的人类智慧,那么,盗走他人的技术智慧是否应当按照“有罪”或“原罪”来惩罚呢?这里的论说将直指这一问题。我们的观点是专利侵权“恶不当罪”,理由在于作为专利权对象的科学技术的公共产品属性,以及权利的不确定性与刑罚确定性之间的矛盾。如果考察生活,很容易发现侵权与犯罪可能只是同一行为连贯过程的不同表述而已。刑罚理论基点在于行为的“社会危害性”,而侵权行为显然亦有着社会危害性,也就是说,“社会危害性”成为讨论由侵权转入犯罪的结合点。对于所谓的专利侵权“社会危害性”,各国刑法规范则呈现了截然不同的立法认知和态度。

一、罪与非罪的比较法视野

对于财产权的侵害行为,法律规范不单有民事责任作为救济手段,还有刑法的“侵犯财产罪”。值得注意的是,刑法典并未将侵犯知识产权犯罪置于“侵犯财产罪”项下,而是由“破坏市场经济秩序罪”统领。这与民法理论将知识产权视为民事权利、财产权利的观点产生牴牾。因为法谚也有言,“同样事件,同样救济”。刑法典的编排意味着并未将知识产权列入财产权或私权范畴,或者说至少更偏向于对市场交易秩序的控制而不是权利的保护。侵犯知识产权罪具体包括“七宗罪”:假冒注册商标罪,销售假冒注册商标的商品罪,非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪,假冒专利罪,侵犯著作权罪,销售侵权复制品罪,侵犯商业秘密罪。显然,这些罪名在设置结构上并非对称或等同的。关于专利的犯罪,只有“假冒”行为才构成犯罪,至于侵犯专利权、销售假冒或侵权产品并不构成犯罪。

强调专利权对象即科学技术的公共产品属性,那么,这一性质对专利侵权入罪与否可能产生怎样的影响?未经专利权人许可而实施其专利技术,为何未科以刑罚?近年来,“专利侵权”入罪的呼声渐高,将刑事保护视为专利权法律保护的最后手段。言之凿凿,法网编织精密,极力诱劝立法者采纳。^{[1](P165)}但也有持反对意见的,否定增设“专利侵权罪”。^{[2](P116~122)}

(一)对专利侵权科以刑责的组织及国家

对专利侵权行为科以刑责的组织及国家主要包括:世界知识产权组织、日本、法国、瑞典、德国、

巴西、西班牙、菲律宾、泰国等。世界知识产权组织制订的《发展中国家保护发明模范法》第50条(节)规定“刑事制裁”,“(1)如蓄意侵犯登记专利权人受第二十一节和第二十二节保护的专利权利,则构成违法行为。(2)违法者得科……以下的罚款或处……个月以下的徒刑,或罚款并徒刑。(3)如属重犯,处分加重一倍以下。(4)在连续的五年之内,曾判过专利侵犯罪者以重犯论。”模范法委员会特别仔细研究了是否需要规定侵犯专利权利的刑法制裁。委员会认为应规定刑事制裁。因为侵犯专利权还影响公众的利益,刑法制裁可能是抵制侵权的唯一有实际效验的方法。委员会同意仅用刑法惩治条例处理蓄意侵犯的案件。本节仅举出一些基本条例,并未提出罚款金额和徒刑的期限。这些和其它的问题当然应该由各国根据自己刑法体制的原则解决。还可能有的国家的一般刑事法律包括面宽,适用于专利权方面的违法处理,那就可以取消第(2)到(4)款的条文,而代之以简单地提示,指出侵犯专利权应参照的刑法条例,予以惩处。

包括日本、法国、瑞典、德国在内的经济发达国家,国内立法多有专利侵权刑罚规则。具体而言,日本《特许法》第196条规定了侵害罪,“侵害特许权或者独占实施权者(根据第101条的规定视为侵害特许权或独占实施权的行为除外),单处或并处10年以下徒刑、一千万日元以下罚金。第196条之2实施了第101条规定的视为侵害特许权或独占实施权的行为者,单处或并处5年以下徒刑、五百万日元以下罚金。”法国知识产权法中对专利侵权行为并没有“非罪化”,L. 615-14条规定侵犯专利权的行为人可能被处以监禁及罚金。瑞典《专利法》第57条对专利侵权行为科以刑事惩罚,“如果有人侵犯专利的专有权(专利侵犯),而且是故意侵犯时,应判处侵犯人罚款或六个月以内的监禁。如果对此项犯法行为的控告是由于公共利益所需要的特殊理由,并且是在受害人提出要求的情况下,才可由检察官提出控告。”德国专利法第142条在“罚则”项下规定侵犯他人专利权可构成犯罪,可处以徒刑或罚金。在具体条文制度设计上,颇为绵密,区分自诉与公诉的不同适用情景,并设置相应的不同量刑幅度。

在发展中国家,亦有刑罚之立法例。巴西刑法在“侵犯无形财产罪”篇中设置“侵犯发明专利罪”,规定“没有经专利所有人或让与人的许可而

生产属于专利的产品,利用属于专利产品的生产程序与方法,进口、出口、出卖、推销或以出卖为目的的隐藏、接受侵犯专利的产品,并把非专利权作为自己的专利权进行工业生产的,分别处以拘役或罚金。”菲律宾的专利侵害属于刑事犯罪行为之一,泰国专利法罚则部分也规定了对侵犯专利权的刑事处罚。

(二)对专利侵权不予刑罚的国家(地区)及组织

对专利侵权不予刑罚的国家、地区及组织,主要有世界贸易组织、美国、英国、中国大陆、中国台湾地区、印度等。TRIPs 协议并无专利权刑法保护的要求,第 61 条规定仅有“假冒商标”和“版权盗版”的刑法保护要求。

作为经济科技的发达国家,英美两国专利法及刑法不设“侵犯专利权罪”,不对未经许可的实施行为科以刑责。英国专利法在“违法行为(Offences)”项下规定了“伪造记录等”、“假冒专利权”、“假冒已申请专利”、“滥用专利局名义”、“公司违法”等罪名。就刑罚种类而言,英国专利法仅对其中“伪造记录等”罪科以自由刑,其它罪名只能判决处以罚款。即便是假冒专利罪,即冒称其有权处理的物品是专利产品者,也仅判处 200 元英镑以下罚款。

美国专利法对于未经许可而实施专利的行为,采取民事救济措施,不予刑事制裁。专利法第 292 条规定了几近等同于假冒专利罪的“虚假专利标记罪”,对此类行为仅给予不超过 500 美元的罚款,并未科以自由刑。值得注意的是,该条文(b)款规定,任何人都可以对冒用者提出处罚控告。罚金的一半付给控告人,另一半供美国政府使用。事实上,专利权无效过程的公众参与过程,极好地证明了专利技术的公共属性如何影响专利权的运行和实现。^{[3](P43~62)}在“虚假专利标记罪”提告程序中允许任何人参与,并给予经济鼓励,我们似乎可以看到美国专利法对所谓公共政策属性的自觉与自省。据此,郑成思认为在这类案件中,公众就是利害关系人。^{[4](P283)}与专利有关的罪名,还有美国法典第 18 编 1 001 条规定的“伪造、使用虚假文书罪”和 2 071 条规定的“隐瞒、转移、篡改交存记录罪”,事实上受到危害的并非是专利权或专利权人的直接利益,而是国家对专利的管理制度。

二、两岸立法例之比较

中国台湾地区于 2003 年全面废止专利刑罚。

2001 年之前《专利法》设定侵害专利权罪多达 11 项。1994 年修法时,废除侵害发明专利的自由刑;2001 年再次修正专利法时,又废除侵犯发明专利罚金刑法。换言之,侵害发明专利,不复有刑责之适用。又于 2003 年,立法院废止对侵害新型专利、新式样专利科以刑责。自新法施行起,侵害专利之案件,完全归由民事诉讼程序解决,检察官也不再受理专利侵权案件。

立法院在专利法修正过程中,有过激烈辩论,业者与立法委员会委员多有主张废除刑罚的一致性看法:以刑罚规定无助发明之蓬勃发展与质量上的进步,反而增加产业经营成本(如:避免专利刑事诉讼而付的巨额权利金);且司法警察专为权利人之私人经济利益查缉仿冒,导致浪费社会成本,使社会付出庞大代价;专利权之侵害行为的可责性低于一般普通刑法之犯罪行为,高科技的研究发展不易认定有无侵害专利权,施以刑罚将扼杀科技界的研究意愿,致使刑事制度被裁评为“研究发展的戒严法”。^{[5](P249)}也有论者认为,台湾专利侵权去罪化是基于公共政策选择的考量:第一,专利侵害是否科以刑罚。参照各国法制以民事救济居多,世界贸易组织与贸易有关之智慧财产权协议(WTO/TRIPs)第 61 条则让各国自行决定,专利侵害是否加以刑事制裁,并未加以强制。第二,由于发明专利本身涉及复杂之技术与法律专业知识,侵权与否滋生疑义,判断不易,而据产业界反映实务运作每常有挟刑事制裁而索取高额之权利金,难免造成不公平,所以宜以私权解决,由当事人各自在较为平等之基础上,基于市场供需与契约自由,自行协议权利金。第三,为加强专利权人之保障,配合发明刑罚除罪化,同时配套将故意侵害专利,法院得依侵害情节,酌定损害额以上之民事损害赔偿,提高其惩罚性损害赔偿额之上限,由原来的损害额的二倍调高为三倍,藉以收吓阻之效。且这个惩罚性之损害赔偿,不仅只于侵害发明专利权,于新型、新式样专利也一体适用。^②

但也有论者极力反对废除对专利侵权科以刑罚,认为以刑罚理论观之,应构成犯罪,宜对行为人处以刑罚。^{[6](P21~25)}具体理由包括:第一,刑罚样态中,当以自由刑最能符合近代刑罚理论,专利法既已明定以故意侵害之行为人为规范对象,就满足社会正义感,对行为人施以再教育,以及遏阻社会大众从事侵害专利之行为的立场观之,处以

自由刑并无不当。第二,刑罚当然得备而不用,处罚行为人为刑罚所产生的效果之一,惟依近代刑罚理论,遏阻社会大众从事犯罪行为,更为刑罚所拟达到之目的;在此前提下,自由刑较罚金刑更足以达到该目的。第三,就健全专利制度而言,专利制度之目的在鼓励发明创作,藉以提升产业科技水准。原则上,二者相辅相成,呈互动关系;然而,亦不排除可能发生的冲突,如专利权人之滥用权利,及其他公共利益之考量,是以,在赋予专利权人排他性权利的同时,既已受到相当限制,就另一方面,自应赋予其适当的保护措施——民刑事救济,使其得以遏阻他人之侵害,并于侵害发生时,得到合理的补偿。如此,方足以均衡前揭两项目之轻重。

在中国大陆,1983 年提请全国人大常委会审议的专利法草案中列有对侵犯专利权的刑事制裁,对此,专利法起草者解释说,“专利权是一种财产权,侵犯专利权除以民事处理外,在许多国家还与抢劫、盗窃财产一样按刑事处理,不过处刑较轻。所以草案规定了民事和刑事两种制裁途径。法制工作委员会觉得只给予民事制裁就够了。不过,假冒商标在刑法中有处罚的明文规定,如果侵犯专利毫无刑事责任,似有失平衡。我们考虑,一般的侵犯专利权可以按民事处理,但对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。后来法工委接受了这个意见。”^{[7](P105)}

在刑法的立法过程中,实际上曾经在全国人大常委会法制工作委员会 1996 年 8 月 31 日的刑法修改草案中设置了“非法实施他人专利罪”,“未经专利权人许可,使用其专利,违法所得数额较大或者有其他严重情节的,处 3 年以下有期徒刑或者拘役,可以并处或者单处罚金;违法所得数额巨大的或者有其他特别严重情节的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,并处罚金。”^{[8](P1093)}最终该条款并未获得通过,但吸收了原《专利法》第 66 条规定的内容,单独成为一条假冒他人专利罪,改变了此前的刑法未有与专利有关犯罪的状况。现行刑法仍然沿用 97 刑法“假冒专利罪”的规定。

97 刑法立法者虽然没有采纳“非法实施他人专利罪”的条款,但曾经一度将“假冒专利”等同于“专利侵权”。刑法立法者对“假冒专利罪”如此解释,“假冒他人已经申请的专利,主要是指未经专利权人许可,使用其专利的行为。‘专利权人’是

指专利权的所有人、持有人。包括单位和个人,也包括在我国申请专利的国外的个人和单位。‘使用其专利’是指行为人为生产经营目的,将他人专利用于生产、制造产品的行为。”如此理解将专利侵权行为视同于假冒专利行为,这与《专利法》的真实意图相差甚远。立法者尚且如此,那么司法者则更有可能产生文本之外的理解。中国第一例“假冒专利罪”,可以说就是按照这种错误理解产生的错误判决。^③

为明晰立法意图,在 2000 年专利法第二次修改之后,《专利法实施细则》(2001 年)新增“假冒他人专利的行为”及“冒充专利的行为”两条规定,以列举的方法明确界定“假冒他人专利行为”的范围。严格按照法律术语表达的统一性原则,假冒行为在条件满足时可能入罪,而冒充专利行为不属于刑法第 216 条的内容,不承担刑事责任。^{[9](P197)}

2008 年专利法第三次修改,立法者将此前专利法第 58 条规定的“假冒他人专利行为”与第 59 条规定的“冒充专利行为”统一规定为“假冒专利行为”。那么这就意味着,与《刑法》“假冒他人专利罪”衔接之后,冒充行为可能构成犯罪。对此次进行的统一规定,立法者解释说,“从本质上看,假冒他人专利行为与冒充行为都是作假欺骗的行为,即冒用专利号或者专利标记,借用专利的名义欺骗公众,属于损害公共利益、扰乱正常市场秩序的违法行为。从形式上看,两者的区别主要在于:假冒他人专利行为冒用的是他人已经取得、实际存在的专利;冒充专利行为冒用的是实际不存在的专利。实践中,由于我国的专利申请量和授权量巨大,即使行为人按照专利编号的规则随便杜撰一个专利号,也有可能与实际存在的某个专利号相同。因此,究竟是构成‘假冒他人专利’还是‘冒充专利’,有时与行为人的主观意愿无关,完全由偶然因素决定。从法律责任上看,两者的区别主要在于:假冒他人专利行为有可能同时构成侵犯他人专利权的行为,此外也侵犯了该专利权人的标记权,行为人还要承担相应的民事侵权责任。但是,从欺骗公众、扰乱市场秩序的角度来看,冒充专利行为的社会危害性不亚于假冒他人专利。所以,从行政管理和行政处罚的角度而言,两者没有区分的必要,应归为一类,等同对待。”^{[10](P79)}

三、社会危害性与专利公共性、不确定性的矛盾

可以说,“专利侵权无罪”在立法例数量上并不占明显优势,仍然有不少国家专利法或刑法对未经许可的专利实施行为科以刑责。论者说,“在大多数国家的知识产权法中,都不乏以刑事制裁处理侵犯版权或侵犯商标权的实例。但只有为数不多的国家对于侵犯专利权适用刑事制裁。”^{[11](P35)}据上文所列举之立法例,可见事实也不尽如论者所言。既然数量不能说明问题,那么我们将转而寻求论证上的理论支持,也就是说,我们要寻找一种判断出入罪的标准。对这一问题,贝卡里亚提出了“犯罪对社会的危害是衡量犯罪的真正尺度”的命题,并说这是一条显而易见的真理。^{[12](P82)}实际上,在我们国家的刑法理论中,社会危害性理论就是刑法学的核心,其构建基于反形式主义法学的立场,具有实质主义法学的特征。^{[13](P5~19)}

贝卡里亚的“社会危害性”理论虽然深刻,却是一种未经实证的社会学分析。几乎在与贝卡里亚相同的时代,费尔巴哈努力建立实证的刑法体系,将“社会危害”这样的社会学语言转换为“权利侵害”的法学语言。在社会契约理论的影响下,费尔巴哈在1799年开始证明每一个刑法条款后面作为保护对象的个人与国家的权利,将犯罪视为对法律权利的侵犯。此后,毕恩堡姆提出了法益概念,认为刑法以国家强制力保护的是个人或集体享有的、在自然意义上能受到伤害的实体的利益,而不是防止抽象、难以具体的社会危害。^{[14](P13)}陈兴良也质疑将社会危害性作为犯罪本质特征,认为这一看法将带来理论上的困惑:“本质特征应该是某一事物所特有的性质。但社会危害性并非犯罪所专有,其他违法行为也都具有社会危害性。”^{[15](P1~16)}

这样一来,将专利侵权引入刑法分析似乎就存在着两个基础理论选择:要么“社会危害性”,要么费尔巴哈的“权利侵害说”或毕伦巴姆的“法益论”。事实上,对专利侵权应否入罪的考量,这两种理论都可以成立,并不存在非此即彼的关系。在我国刑法传统理论中,犯罪客体表述的是刑法保护的而为犯罪行为侵害的社会关系。事实上,不少学者主张将犯罪客体还原为刑法法益。将刑

法法益纳入罚罪概念,以法益侵害作为犯罪的本质特征,由此取代社会危险性概念。我们对“社会关系”与法益作为犯罪客体之间的细微差异不过多讨论,只采二者相通联的观点,以此作为专利侵权进入刑法分析的前提条件。需要进一步引起我们注意的是,我们并非处于司法者立场来讨论这一问题。对司法者而言,最大的原则是罪刑法定。根据罪刑法定的原则,只有法律规定的才是犯罪,法律没有规定的不是犯罪。如果没有法律规定,即使行为的社会危害性再大,也不构成犯罪。我们的刑法各罪名已经排除了专利侵权,所以这里的讨论不可能是如何适法的问题,而是假定了一种立法者视角,或者说一种应然性论述。

他人在未经过专利权人许可的情况下,实施其专利技术,便构成专利侵权。就此分析,侵权人的行为直接侵害了专利权人的权利,从社会角度讲,这种行为具有不当性、危害性。如果当具有社会危害性的侵权行为,其程度已经达到某一限度,那么就需要刑罚介入。于是,有论者也将某一限度的社会危害性称为刑事违法性。专利侵权,是否能够达至刑事违法性的程度呢?

答案的寻找必须回溯至专利权的本质属性。专利权以科学技术为对象,论者说,技术本质是人制造物的规则。^{[16](P221)}专利法则是关乎这一规则的社会规则,这就决定了专利权规则的设计必须基于人制造物的普遍规律:技术进步依赖于交流。这种交流可以理解为,“在类似的条件下,对任何科学观察者传达差不多相同的消息。作为公共知识的一个主体,科学依赖由科学家所做观察的意见一致可能性,并通过交流描述这些观察的信息,最终达到意见一致。”^{[17](P177)}技术交流则必须共享,仅有专利权的公开制度并不能够完全满足这一要求,因为技术必须使用、实验才可能获得改进。据此,我们能够推论,由于技术共享的本质需要,使得附着其上的权利在某种程度上不能阻止他人的进入;或者即使在他人未经允许进入后,所采取的制裁措施无须过于严厉。

四、非罪化作为矛盾的化解之道

法律上的制裁措施,包括民事责任、行政责任和刑事责任。其中刑事责任最为严厉,而生命剥夺和自由刑则是刑责中最为严苛之一种。杀人罪可被处于剥夺生命的极刑,侵犯他人财产则可判决自由刑及罚金,侵犯专利权是否须科以刑罪、适

用何种刑罚?这既是公共政策选择的问题,也是对专利权本质认识的问题。^{[18](P54~58)}在通常的观念中,掌握先进技术更多的人,更容易偏向采取严厉刑罚以作保护。但事实上并非如此,英美国家对于侵犯专利权的行为并未加以刑罚。即使在规范“侵犯专利权罪”的国家,其适用也相当有限。德国专利法虽然规定了非法实施他人专利罪,但实际上德国司法实践中几乎未曾适用过这一罪名。^{[19](P254)}世界知识产权组织前副总干事方那(K. Pfanner,联邦德国专利法学家)说,联邦德国法院在判决中从未使用过这些规定,它们仅仅是作为对侵权人的威胁而存在于《专利法》中。而且,前联邦德国已有人提出建议,要求删除这种备而不用之条文。^{[4](P283)}

第一,就本质而言,侵犯专利权非罪化是更为恰当的选择。非罪化并不意味着不给予惩罚,制裁的正义性完全能够通过民事责任实现。一如前述,模仿是人类生存的本能和必需,而自由也是人之之所以为人的根本,以一种基本需求去惩罚另一种基本需求,这不能够说就是一种正义。有论者曾以专利权具有公私双重属性,得排除他人干涉为由,说明国家刑事制裁的合理性。“专利权者,乃系以国家之行政处分为内容之权利也。故属于公权,同时专利权亦系受专利处分之期待权,故具有财产上之价值,因此亦具有私权之性质。就私权之性质言,专利权乃系支配专利对象之无体财产权,故系绝对权与支配权。专利权人首先必须享有利用专利权之积极内容之专利对象的权利,进而必须享有消极内容之不可侵害的权利,易言之,专利权具有排他性,他人负有不得妨害专利权人利用其专利权的义务,故专利内容被他人违法冒认时,专利权人得提出异议,并得请求停止该项侵害行为及损害赔偿,甚至国家对于侵害者亦得予以刑事制裁。”^{[20](P46)}既然在性质上认定专利权的双重特质,却又在制裁之时偏取典型私权保护模型,这难谓理论完满。

第二,就权利构造和刑法谦抑性要求而言,专利侵权非罪化也是合理的。这里所谓的权利结构,意指权利物化之后,是否为行为相对人所重视。具体地讲,知识产权客体为抽象物,或曰智力成果、或曰信息、或曰形式、或曰知识产品、或曰知识创造物,无论在言辞表达上有何种不同,归根到底,都必须具化为某种实物,例如版权之于书籍、专利权之于技术产品、商标权之于可视标记。权

利人或侵权人处于产品的制造、销售环节,其相对人则为购买者或使用者。以相对人立场观之,盗版书、假冒商标的产品无疑与其利益相关,盗版书和假冒产品的质量通常都低于正品,因此在理论上这类产品具有欺骗社会公众性质。而未经允许实施他人专利技术,则与此多元结构不同,消费者关心的只是产品质量功能,并不一定关心产品功能所涉新技术的研发者或权利来源。侵犯他人专利权的产品,通常不意味着在质量上逊于权利人的产品,更多的情况是,权利人根本就不生产专利产品。因此,专利侵权行为所涉及的利益侵害仅发生于侵权人与权利人之间,并不涉及作为第三方的行为相对人。

英美法系大多数国家的专利法,对专利侵权不实行刑事制裁。“之所以如此,是基于这样一种理论:版权与商标权是昭示于众的,侵犯这两种权利,不仅损害了权利人的利益,而且在许多情况下同时欺骗了公众;而欺骗公众的行为则不是任何民事赔偿能解决的,只有通过行政的及刑事的方法处理。侵犯专利权则不同。从直接意义上讲,它不会起到欺骗公众的作用,而仅仅是损害了权利人的利益,所以并未触及刑律。……在大多数对专利侵权不实行刑事制裁的国家,专利法中几乎都有对于涉及专利的其他一些违法行为给予刑事制裁的规定。但它与‘侵权’是明显地被区分开的。”^{[11](P36)}

与此同时,刑法的谦抑性和谦抑原则,也是专利侵权无罪的重要理由。刑法的谦抑性,是指立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚(而用其他刑罚替代措施)获取最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪。因此,刑罚的谦抑性具有限制机能,在现代法治社会,这是刑法应有的价值意蕴。^{[21](P76)}谦抑原则实际上就是谦抑性的制度化和具体化,“谦抑原则,是指对具有公共危险属性因而具有刑法干预必要性的行为,应当从刑法作为最后手段、补充法、保障法、第二次法的属性出发,进行是否予以实际干预的考量。”^{[22](P106)}这样看来,即使是在知识产权内部,专利侵权的社会危害性也是最低的,据此以刑法谦抑性角度观之,立法不科以刑责也不难理解。这里值得一提的是,停止侵权作为责任形式,甚至被认为具有谦抑性。“在现代社会,停止侵权救济与损害赔偿相比具有谦抑性。”从历史发展脉络来看,“停止侵权从来就不是对被侵权人理所当然的

救济,相反,与损害赔偿相比,它具有后发性、补充性,或(本文所称的)谦抑性。”^{[23](P76~81)}

第三,从专利权不确定性与刑罚确定性的矛盾看,专利权不适于科以刑责。这是最后但并非最不重要的理由。刑事法治的主要特征在于犯罪概念及标准的清晰可循,即确定性。刑法论者有言,“从罪刑擅断到罪刑法定,从不确定到确定,是刑事法治所带来的刑法领域一场深刻革命。”^{[15](P1~16)}关于法律确定性的重要,卡多佐曾有言,“在一个发达的法律制度中,法律确定性的价值无庸赘言。法律作为一种行动指南,若不为人知或不可能为人所知,则近乎于无效。”^{[24](P4)}就某一权利受刑罚保护而言,该权利必须具有确定性方能保证刑罚施行的正义性。而专利权恰好无法满足这一条件,如前所述,专利权随时面临着被宣告无效的危险。即便是获得专利技术的最高荣誉——中国专利金奖,也难逃无效的可能。

专利权,本是假设为有效的权利,时刻面临被宣告无效。可以说,这就是专利权最大的难题。专利权的不确定性或不稳定性与刑罚的确定性之间形成难以调和的矛盾,这构成侵犯专利权不适于刑事惩罚的最大理由。即使在民事领域中,当专利权无效时,法律规范能够牺牲“公正/不公正”而选择“治/乱”标准,但在刑事领域中如果采用刑罚,那么这将既不能实现公正也无法实现“治”的目标。试想,执行刑罚完毕之后,专利权被宣告无效。根据无效的追溯力,必然产生如此一种严重社会不公:为一个无效的专利而服刑。自由丧失,根本无法获得补救。因可共享的技术而被剥夺自由,这很难在道义上得到证明和支持。除此之外,甚至有可能引发一连串的国家赔偿纠纷。据此,专利侵权无罪化可以说是正当的制度选择。

注 释:

①伊甸园中那善恶之树的果子鲜美悦目,还能赐人智慧。亚当与妻子在狡猾蛇的撺掇下偷吃了耶和华明令禁食的果子,获得智慧,但被剥夺了担任上帝园丁和长生的资格。更严重的,还受到上帝的诅咒:“从此你一辈子辛劳,才能勉强果腹。遍野荆棘杂草,是你谋食的去处。汗流满面,才吃得上一口,直到你复归大地;因为你本是尘土所造,尘土终是你的归宿。”西方思想的原罪说由此而起。冯象,译注.摩西五经[M].香港:Oxford University Press,2006.

②台湾联晟律师事务所.侵害发明专利已经除罪化, <http://www.rclaw.com.tw>,2013年12月7日访问。2011年9月笔者曾就此问题求教于台湾政治大学智慧财产研究所所长冯震宇教授,其提及台湾地区工业在专利侵权除罪化以后获得了长足迅猛的发展,其主要原因之一在于技术本身于经济上的外部性。

五、结论:专利侵权非罪化的正当与坚持

即使我们在这里不给出任何理论上的结论,生活也会给我们答案。在司法实践中,假冒专利罪的判决数量并不多,据统计,1998年至2004年上半年,全国法院共审结的假冒专利刑事案件仅17件。2007年,全国法院以假冒专利罪判处0件。^{[25](P149)}2008年,全国法院以假冒专利罪判处的案件1件。^{[26](P116)}虽然这一系列数据不能直接证明专利侵权非罪化的合理性,因为假冒专利罪实际上危害或者说侵害到的是国家对专利的管理秩序而非个人权利,但至少也说明了,与专利有关的犯罪并非刑事工作着力点。有论者认为假冒专利罪的规定是立法的不足,应增加“非法实施他人专利罪”,“我国1997年修订刑法仅规定一个在实际生活中很少发生的假冒他人专利罪而把常见多发的非法实施他人专利的行为排斥于我国刑法调整范围之外,实难对权利人的专利权起到有力的保护作用。从保护发明创造专利权的角度而言,可谓是一大不足。”^{[27](P65)}相反,通过上面的论述,我们认为,这是刑法关于专利立法的亮点,必须坚持。我国台湾地区的立法经历值得我们借鉴。

最后,笔者想引用兰德斯和波斯纳的经济学方法及思路来表明对非罪化的坚持。他们说,“若一项专利被他人故意侵权使用,而使用人比专利权人更有效率,因此其从侵权中所获得的利益超过了专利权人的损失,但是应当允许专利权人向侵权人主张其从中的获利。这样通过侵权人不能从侵权行为中获利,法律就迫使该专利的潜在使用人与专利所有人进行谈判,从而以一个市场交易来替代一个法律交易。”^{[28](P9)}据此,法律交易的形成,民事责任的承担已经足够,科以刑责反而于事无补,甚至有可能引起难以弥补的社会不公。

③山东省聊城市中级人民法院(2000)聊刑经终字第7号刑事裁定书;山东省阳谷县(2000)阳刑初字第33号刑事附带民事判决书。

参考文献:

- [1]赵秉志. 侵犯知识产权犯罪比较研究[M]. 北京:法律出版社,2004.
- [2]莫洪宪. 国家经济安全视角下我国知识产权之刑事保护[J]. 法学论坛,2008,(1).
- [3]康添雄. 专利作为技术公共事物的治理之道[J]. 法制与社会发展,2011,(5).
- [4]郑成思. 知识产权法[M]. 北京:法律出版社,1997.
- [5]陈文吟. 我国专利制度之研究[M]. 台北:五南图书出版股份有限公司,2010.
- [6]陈文吟. 专利法上刑责之必要性[J]. 工业财产权与标准,1995,(30).
- [7]刘春田. 中国知识产权二十年[M]. 北京:专利文献出版社,1998.
- [8]高铭喧. 新中国刑法立法文献资料总揽[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1999.
- [9]郭寿康. 知识产权法[M]. 北京:中共中央党校出版社,2002.
- [10]国家知识产权局条法司. 《专利法》第三次修改导读[M]. 北京:知识产权出版社,2009.
- [11]郑成思. 知识产权法通论[M]. 北京:法律出版社,1986.
- [12][意]贝卡里亚. 黄 风,译. 论犯罪与刑罚[M]. 北京:中国法制出版社,2005.
- [13]陈兴良. 社会危害性理论:进一步的批判性清理 [J]. 中国法学,2006,(4).
- [14]李东海. 刑法原理入门(犯罪论基础)[M]. 北京:法律出版社,1998.

- [15]陈兴良. 社会危害性理论:一个反思性检讨[J]. 法学研究,2000,(1).
- [16]林德宏. 科技哲学十五讲[M]. 北京:北京大学出版社,2004.
- [17][英]约翰·齐曼. 赵振江,译. 可靠的知识:对科学信仰中的原因的探索[M]. 北京:商务印书馆,2003.
- [18]康添雄. 私权逻辑的否定:专利法史的公共政策线索[J]. 河北科技大学学报(社会科学版),2011,(4).
- [19]赵永红. 知识产权犯罪研究[M]. 北京:中国法制出版社,2004.
- [20]何孝元. 工业所有权之研究[M]. 台北:台北三民书局,1977.
- [21]陈兴良. 本体刑法学[M]. 北京:商务印书馆,2001.
- [22]梁根林. 刑事政策:立场与范畴[M]. 北京:法律出版社,2005.
- [23]和育东. 专利法上的停止侵权救济探析[J]. 知识产权,2008,(6).
- [24][美]本杰明·N·卡多佐. 董 炯,译. 法律的成长[M]. 北京:中国法制出版社,2002.
- [25]国家知识产权局. 中国知识产权年鉴(2008)[M]. 北京:知识产权出版社,2008.
- [26]国家知识产权局. 中国知识产权年鉴(2009)[M]. 北京:知识产权出版社,2009.
- [27]聂洪勇. 知识产权的刑法保护[M]. 北京:中国方正出版社,2000.
- [28][美]威廉·M. 兰德斯,理查德·A. 波斯纳. 金海军,译. 知识产权法经济结构[M]. 北京:北京大学出版社,2005.

(上接第 44 页)

参考文献:

- [1]唐 钧. 生育保障是全民族的大事[J]. 中国社会保障,2010,(8).
- [2]钟炳正. 社会法与基本权保障[M]. 台北:元照出版有限公司,2010.
- [3]潘锦棠. 生育保障全覆盖的两种设想[J]. 中国社会保障,2010,(8).
- [4]蒋永萍. 社会性别视角下的生育保险制度改革与完善[J]. 妇女研究论丛,2013,(1).
- [5]刘明辉. 对立法进行性别影响评估的实践——以对《生育保险办法(征求意见稿)》的评估为例[J]. 中华女子学院学报,

- 2013,(3).
- [6]国际劳工组织. 生育保护资源手册——从愿望到现实之工作中的生育保护 2: 为了谁[M]. 北京:国际劳工组织出版社,2012.
- [7]欧盟委员会. 欧盟自雇妇女指令 2010/41/EU[EB/OL]. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:180:0001:0006;EN:PDF;1-6>,2013-11-13.
- [8]陈玉萍. 国外非正规就业人员的社会保障政策[J]. 中国劳动保障,2006,(9).