

非法实施专利行为入罪论^①

黄玉烨 戈光应

(黄玉烨, 中南财经政法大学知识产权研究中心教授、博士生导师 湖北 武汉 430073;

戈光应, 重庆市九龙坡区人民法院助理审判员 重庆 400039)

摘要: 当下, 在其他侵犯知识产权行为均已入罪之时, 仍将非法实施专利行为排除在刑法规制的门槛之外, 无疑是一个违反常理的制度安排。无论是从犯罪基本理论、刑法规范体系和成例、知识产权保护趋势, 还是从公共政策的价值选择来说, 将非法实施专利行为入罪都具有相当的制度合理性和现实需求。非法实施专利行为非罪化观点的论据并不充分。我国应该借鉴大陆法系国家的立法实践, 立足国情, 将非法实施专利行为纳入刑法规制的范畴。

关键词: 刑法 专利法 专利 非法实施专利罪

1997年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)对侵犯财产罪作了专章规定, 盗窃、诈骗、抢夺、抢劫、侵占等非法剥夺公民财产的行为都列入刑法规制的范畴。伴随知识经济的兴起, 无形财产不仅在法律上获得认可, 而且在经济上日显重要, 侵犯无形财产的后果越来越严重, 假冒注册商标罪、假冒专利罪、侵犯著作权罪、侵犯商业秘密罪等以知识产权为保护对象的罪名相继出现在《刑法》之中。令人遗憾的是, 非法实施专利行为却一直未能纳入刑法规制范畴。相对于其他知识产品, 专利具有较高的技术含量和经济价值, 然而, 在其他知识产权侵权行为均已入罪之时, 仍将非法实施专利行为排除在刑法规制的门槛之外, 无疑是一个违反常理的制度安排。自1984年《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)规定假冒专利罪后, 我国刑法学界和知识产权法学界对于非法实施专利行为应否入罪一直存在争议。反对将非法实施专利行为入罪者认为, 非法实施专利行为仅损私益无涉公益, 非法实施专利行为入罪会导致对专利的过度保护, 造成刑事措施的滥用, 并且会产生“定罪难”等问题。^②我国知识产权法学界关于专利权强保护与弱保护的长期争论, 也影响了学者们对非法实施专利行为入罪问题的讨论。应该说, 非法实施专利行为应否入罪既是一个刑法问题, 也是一个知识产权法问题。为此, 笔者将从刑法学和知识产权法学的角度, 对对应否将非法实施专利行为入罪的问题进行分析, 探讨将非法实施专利行为入罪的合理性, 并提出具体的立法建议, 以求教于同仁。

一、将非法实施专利行为入罪经得起刑法学基本理论的检验

“法无明文规定不为罪、法无明文规定不处罚”是刑法的一项基本原则。伴随着社会经济的变革, 刑法规制的对象一直处于变动的过程之中, 坚持罪刑法定并不妨碍对应否将非法实施专利行为入罪问题的讨论。即便如此, 某种行为应否入罪还是必须接受刑法基本理论的检验。

(一) 财产犯罪实质标准之检验

某种行为应否入罪, 关键是要看该行为是否符合犯罪的本质特征。根据我国刑法学界的通说, 犯罪的三个基本特征为: 社会危害性、刑事违法性和应受惩罚性三个基本特征, 其中, 社会危害

^①基金项目: 国家社会科学基金资助项目(11BFX044), 教育部人文社科重点研究基地重大项目(11JJD820006)

^②参见郑成思:《知识产权论》, 社会科学文献出版社2007年7月版, 第224页; 尹新天:《专利权的保护》, 知识产权出版社2006年第2版, 第6页、第198页; 莫洪宪、贺志军:《国家经济安全视角下我国知识产权之刑事保护——对“专利侵权罪”增设论之否定》, 《法学论坛》2008年第1期; 张新峰:《侵犯专利权罪之辩驳》, 《电子知识产权》2010年第1期; 等等。

性是犯罪的本质特征。但是, 由于社会危害性缺乏专属性、规范性和实体性, 近年来, 我国刑法学界出现了运用法益概念及理论取代社会危害性概念及理论的倾向^⑤, 或者使社会危害性概念及理论涵盖法益概念及理论的主张。^④有鉴于此, 为了区分一般违法行为与犯罪行为, 笔者认为, 可以将犯罪行为界定为严重侵犯法益的行为, 并以此作为认定犯罪行为的实质标准。^⑥“法益是根据宪法的基本原则, 由法所保护的、客观上可能受到侵害的或者威胁的人的生活利益。”^⑦毫无疑问, 公私财产所有权及其他本权依然是设立侵犯财产罪所要保护的核心法益。就知识产权而言, 其客体的非物质性决定了行为人不能对知识产品进行有形控制之占有。从财产权的角度看, 设立侵犯知识产权罪所要保护的法益只能是知识产权专有权。非法实施专利行为是指未经专利权人许可, 以生产经营为目的, 实施依法受到保护的有效专利的行为。显然, 非法实施专利行为侵害了专利权人的专有权, 即侵害了知识产权的法益。一般而言, 侵害法益的行为并不一定都构成犯罪, 只有严重侵害法益的行为才可能构成犯罪, 因此, 从理论上讲, 严重的非法实施专利行为可以构成犯罪。

(二) 传统财产犯罪视角之审视

非法实施专利行为是否可以严重到构成犯罪的程度, 不能仅凭直觉。严重与否是相对的, 需要一个相对直观的参照系作为判断基准。鉴于知识财产与有形财产同属财产范畴, 在此, 笔者以侵犯有形财产罪为参照系展开分析。

侵犯有形财产罪是指以非法占有为目的, 采取抢劫、盗窃、抢夺、诈骗等方法攫取公私财物, 以及挪用、毁坏公私财物或者破坏生产经营的行为。上述犯罪行为手段各异, 但是其犯罪客体(侵犯的法益)都指向财产权。当然, 对于没有达到法定财产数额或者情节显著轻微、社会危害性不大的, 不构成犯罪。这些对传统财产犯罪表明, 有形财产受到刑法的严格保护。

从民事法律关系上看, 上述犯罪行为与非法实施专利行为均属民事侵权行为, 前者与后者的主要区别在于: 非法实施专利行为不会对被侵害财产发生有形控制的占有, 也不会对权利持有人实施有形剥夺的侵犯。与此相对应, 非法实施专利行为并不排斥专利权人对专利的实施, 并且侵权手段相对温和(非暴力)。但是, 这些区别尚不足以构成非法实施专利行为出罪的理据。这是因为: (1) 侵权人对相关财产的控制程度并不决定该财产侵权行为能否构成犯罪; (2) 侵权人对相关财产的侵害手段, 也不决定该侵犯财产权行为能否构成犯罪。根据侵权人剥夺他人财产权手段的不同, 有形财产犯罪可分为抢劫、抢夺、窃取、骗取等类型, 在侵权行为危害程度足够严重的情况下, 侵权手段的不同只影响罪名, 而不影响入罪。由此可见, 非法实施专利行为与侵犯有形财产行为之间的差异并不影响将非法实施专利行为入罪。

从宏观社会秩序看, “犯罪的存在及其结果一般都表现为对秩序的破坏”^⑧, 侵犯有形财产罪侵犯的是财产秩序, 侵犯无形财产也是对财产秩序的破坏, 其严重程度有时并不亚于侵犯有形财产罪。有形财产的权利边界比较明确, 可进行有形控制, 公众认可度高, 即使缺乏法律规制, 有形财产秩序也不至于完全崩溃。无形财产则不同, 其权利边界相对模糊、对象无形, 公众认可度低, 如果没有法律的规制, 那么无形财产的顺序就难以维持, 因此, 对于严重侵犯无形财产的行为更需要动用刑法进行规制。“古老的财产犯罪的对象只包括有形的财物, 但社会的发展决定了财产犯罪的对象不能仅包括有形的财物, 还应包括无形的财产。”^⑨如今, 侵犯著作权、商标权、商业秘密权等权利行为均已入罪, 更加显示了这一不可阻挡的历史趋势。

二、将非法实施专利行为入罪与刑法规范体系和成例相契合

^⑤参见苏青:《社会危害性理论的反思与改造——以法益视角为进路》,《法学评论》2011年第3期。

^④参见赵秉志、陈志军:《社会危害性理论之当代中国命运》,《法学家》2011年第6期。

^⑥目前, 对于犯罪本质论, 我国刑法学界尚未达成一致意见。本文仅以主流观点社会危害性理论为基础, 并借助法益论丰富和明确其理论内涵, 藉此展开相关论述。事实上, 已有学者采用此种研究方法。参见苏青:《我国刑法中社会危害性概念之界定》,《中国刑事法杂志》2012年第7期。

^⑦张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2003年版,第167页。

^⑧蔡道通:《犯罪与秩序——刑事法视野的考察》,《法学研究》2001年第5期。

^⑨张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,第526页。

从刑法规范层面看,将非法实施专利行为入罪具有足够的文本空间,现有的立法例足以支持这一论断,以下分述之。

(一) 知识产权犯罪的体系衡量

1997年《刑法》在第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”第七节中专门规定了侵犯知识产权罪,列举了假冒注册商标罪、销售假冒注册商标商品罪、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7个罪名。从罪名种类上看,商标犯罪有3项罪名、著作权犯罪有2项罪名、专利及商业秘密犯罪各有1项罪名。从保护的周延性上看,商标犯罪、著作权犯罪以及商业秘密犯罪的刑法规定已基本涵盖有商标权、著作权以及商业秘密权的权能范围。不仅如此,设立假冒注册商标罪保护的是商标权人的使用权和禁止使用权,非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪还将商标犯罪向上游犯罪行为作了延伸,而销售侵权复制品罪则对下游非法销售行为进行了规制。

相比之下,刑法对专利权的保护则远不及对其他知识产权的保护。对于专利犯罪,刑法只规定了假冒专利罪,即“假冒他人专利,情节严重的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或单处罚金”。根据《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条之规定,“假冒他人专利”仅是对专利“标注权”的侵犯,并不包括非法实施专利行为和冒充专利行为。严格来讲,专利“标注权”不能作为一种权利形态,而更像一项义务。事实上,美国、英国等国家均将专利标记作为专利权人的一项法定义务。^⑨专利技术实施权、禁止他人实施专利技术和专利处分权才是专利权人的核心权能。与其说设立假冒专利罪是保护国家的专利管理制度和他人的专利权,不如说是仅仅维护国家的专利管理制度,因为它并不能形成对专利权的真正意义上的刑法保护。

专利权与其他知识产权相比并没有本质的不同,不仅如此,专利权的授权机制严于其他知识产权,专利的研发成本、经济价值通常也高于其他知识产权。对其他知识产权进行周全的刑法保护,而对专利权却只实行轻度的保护,完全有违刑法的同等保护原则。因此,从维护刑法知识产权保护体系的平衡性和完整性角度看,应将非法实施专利行为入罪。

(二) 专利侵权犯罪的立法比较

在英美法系国家中,《英国专利法》第109-113条规定了伪造专利记录罪、假冒专利权罪、假冒已申请专利罪和滥用专利局名义罪。《美国专利法》第292条、《美国法典》第3571条分别规定了虚假专利标记罪(含虚假标记的行为、冒充专利的行为和冒充已申请专利的行为)和伪造专利特许证罪。^⑩

在大陆法系国家中,《德国专利法》第142条规定,未经权利人必要的同意,实施或企图实施专利的,处三年以下有期徒刑或者罚金。¹¹《德国外观设计法》第51条及《德国实用新型法》第25条均作了类似的规定。《法国知识产权法典》第615-12条规定,任何人假冒对一项专利和专利申请拥有产权的,将处以7500欧元罚金;第615-14条规定,任何人故意侵犯专利权的,将判处3年徒刑并处300000欧元罚金;集团犯罪的,将判处5年徒刑并处500000欧元罚金。¹²《日本专利法》第196-200条规定了专利侵害罪、诈骗行为罪、虚假标牌罪、伪证罪和泄密罪。其中,专利侵害罪是指侵犯专利权或独占实施许可权的犯罪,违者处10年以下徒刑或者1000万日元以下罚金。¹³《瑞士发明专利法》第81条规定,对侵犯发明专利的,处1年以下徒刑或罚金。¹⁴

总体而言,大陆法系国家一般都规定了非法实施他人专利罪,如德国、法国、日本、瑞士等国家,而英美法系国家则未对非法实施他人专利的行为规定刑罚,如美国、英国等国家。那么,我国究竟应该采取何种立法成例?自清末变法以来,我国大量借鉴和移植了大陆法系国家的法律

^⑨参见吴汉东主编:《知识产权法》,法律出版社2009年版,第181-182页。

^⑩参见王冠:《专利犯罪立法比较研究》,《科技进步与对策》2007年第12期。

¹¹参见范长军:《德国专利法研究》,科学出版社2010年版,第227页。

¹²参见法国《知识产权法典》, <http://www.wipo.int/wipolex/zh/details.jsp?id=11987>, 2013-12-7。

¹³参见《日本专利法》,杜颖译,经济出版社2009年版,第74-75页。

¹⁴参见瑞士《发明专利法》, http://www.wipo.int/wipolex/zh/text.jsp?file_id=281156, 2013-12-29。

制度,“从法律的外在表现形态和法律技巧上看,我国的法律很大程度上还是属于大陆法系传统。”¹⁵在知识产权立法思想以及整体的社会文化和法律传统方面,我国与英美法系国家也多有不同。虽然《与贸易有关的知识产权协定》使知识产权制度向一体化发展,但是各国还是应当立足于本国的法律传统进行知识产权制度设计,使其契合本国的法律体系和社会传统。为此,从大陆法系国家对非法实施专利行为的刑法规制成例看,我国也应当将非法实施专利行为入罪。

三、将非法实施专利行为入罪符合知识产权保护刑罚化趋势

虽然美国、英国等国家没有将非法实施专利行为纳入刑法规制的范畴,但是目前包括美国、英国在内的许多国家和地区的法律以及国际条约,在知识产权保护方面均呈现出明显的刑罚化和刑罚严厉化趋势,对非法实施专利行为的规制也势必会受到这一趋势的影响。

(一) 知识产权保护的刑罚化

从英美法系国家看,1709年英国诞生了世界上第一部版权法——《安娜法令》,其中并未规定版权犯罪。经多次修改,1988年《英国版权、外观设计与专利法》规定了11种版权犯罪。¹⁶英国早期的商标法中也未规定商标犯罪,1994年《英国商标法》开始规定了商标侵权的刑事责任。¹⁷美国早期对版权的保护采用的是民事救济方法,1897年美国修改版权法时首次增加了版权侵权的刑事责任,规定不法表演或演奏他人享有版权的音乐或戏剧作品的行为应科以轻罪。¹⁸1946年《美国兰哈姆法》只规定了商标侵权的民事责任。为了惩治严重的商标侵权行为,1984年《美国商标假冒条例》便规定了假冒商标罪。¹⁹

从大陆法系国家看,1837年《德国保护科学和艺术作品的所有权人反对复制或仿制法》并没有规定著作权犯罪。1985年《德国著作权及有关保护权的法律》规定了侵犯著作权的刑法责任。²⁰1994年《德国标记法》规定了侵犯商标权罪。²¹法国保护版权的早期法律文件中也没有刑事责任条款,直到1810年的《法国刑法典》中才规定了版权犯罪。²²1803年的《法国关于工厂、制造场和作坊的法律》是世界上第一部商标法,该法将假冒商标行为视为私自伪造文件行为予以处罚。现行的《法国知识产权法典》则规定了多种侵犯商标权的犯罪。

知识产权保护的刑罚化,一方面是各国根据本国经济社会环境,加强知识产权保护的自发需求;另一方面也是发达国家追求自身利益最大化、知识产权保护国际化下的进行改革的结果。《与贸易有关的知识产权协定》第61条规定,“各成员应规定,至少将具有商业规模的蓄意假冒商标或盗版案件适用刑事程序和处罚。”在《与贸易有关的知识产权协定》的有力推动下,越来越多国家的知识产权保护迈入了刑罚化的进程。

对于知识产权侵权行为,最初一般都采用民事措施来予以救济,当民事救济不凑效时,刑罚手段便开始出现。专利维权问题一直是我国专利保护中的难题,专利侵权民事救济往往难以解决实际问题,以刑事制裁补充民事救济已是形势所迫,尤其是在知识产权保护措施刑罚化的法律发展趋势之下更是如此。²³

(二) 知识产权刑罚的严厉化

从英美法系国家看,2002年《英国版权与商标(犯罪与惩罚)法》大幅度提高了侵犯版权罪的量刑幅度,如制作、经营复制品罪和制作、经营非法音像制品罪的最高刑期,由原来规定的2

¹⁵徐爱国:《清末继受大陆法系传统的影响》,《人民法院报》2012年2月24日。

¹⁶参见杜江:《从侵犯版权罪看英国刑事政策的变化——兼议我国刑法中的侵犯著作权犯罪》,《贵州大学学报(社会科学版)》2008年第4期。

¹⁷参见罗正红:《英美商标权刑事保护》,《中华商标》2008年第3期。

¹⁸参见巫玉芳:《美国版权侵权刑事责任的评析》,《现代法学》2000年第3期。

¹⁹参见赵秉志、刘科:《国际知识产权刑法保护的发展趋势》,《政治与法律》2008年第7期。

²⁰参见李文燕、田宏杰:《著作权刑事立法保护比较研究》,《山东公安专科学校学报》2004年第5期。

²¹参见刘春田编:《十二国商标法》,翻译组译,清华大学出版社2013年版,第125-128页。

²²参见张凝、刘新魁:《简论法国对著作权的刑法保护》,《比较法研究》2008年第4期。

²³参见齐文远、黄洪波:《必要与可能:我国知识产权刑法保护的正当性——基于多重视角的考察》,《南京工业大学学报(社会科学版)》2008年第2期。

年提高到了10年。²⁴在美国,自1984年《美国商标假冒条例》规定商标犯罪后,经过修订和补充立法,假冒商标罪的刑罚已由原来最高5年监禁提高到了10年,罚金也由原来最高25万美元提高到了200万美元。²⁵并且,2011年美国政府还在《关于知识产权执法的立法建议白皮书》中,建议继续提高现有的知识产权刑事处罚力度。²⁶

从大陆法系国家看,1994年《德国专利法》规定,侵犯专利权的处1年以下徒刑或罚金,而2009年《德国专利法》将其修改为3年以下徒刑或罚金。2008年修订的《日本专利法》将专利侵害罪的刑罚由原来的5年以下徒刑或500万日元以下罚金,提高到10年以下徒刑或1000万日元以下罚金。并且,新修订的《日本实用新型法》和《日本外观设计法》将侵害实用新型罪和侵害外观设计罪的刑罚,由原来的3年以下徒刑或300万日元以下罚金,分别提高到5年以下徒刑或500万日元以下罚金,以及10年以下徒刑或1000万日元以下罚金。²⁷

不仅各国国内立法显现出知识产权刑法保护的严厉化趋势,而且知识产权国际立法也是如此。知识产权国际公约《反假冒贸易协议》第23条规定,缔约方至少要对商业规模的故意假冒商标或盗用版权或相关权的行为追究刑事责任。除此之外,《反假冒贸易协议》还要求缔约方对商业规模的故意出口或进口盗版作品或假冒产品的行为、商业规模的进口或在国内使用侵权标志或包装的行为、协助和教唆上述犯罪行为的行为,追究刑事责任。这一规定明显超出了《与贸易有关的知识产权协定》的要求,使得知识产权国际保护的刑事制裁更加严厉。²⁸

这种趋势表明,对知识产权实行刑法保护是一个得到普遍重视并不断完善发展的制度,并非可有可无,或者备而不用。要顺应这种刑罚严厉化趋势,真正实现对专利权的严厉保护,就必须将非法实施专利行为纳入刑法规制范畴。

四、将非法实施专利行为入罪是政府公共政策的价值选择

即国家层面而言,知识产权制度是政府公共政策的制度选择。同样地,是否将非法实施专利行为入罪也主要取决于政府公共政策的价值选择。

(一) 专利保护水平的尺度选择

近年来,我国发明专利申请量增长迅猛,申请结构更趋优化。2013年,我国发明专利申请受理数量达82.5万件,其中,国内发明专利申请数量达70.5万件,占总申请数量的85.5%;发明专利授权数量16.6万件,其中,国内发明专利授权数量为14.4万件,占总授权数量的86.7%。²⁹日益增多的发明专利申请、逐步优化的申请结构和不断提高的国内授权比例表明,我国在专利技术上的利益份额正在逐步增长。相应地,我国的专利保护需求也会增大,更严厉、更周全的专利法律保护将更加契合我国目前的专利技术发展状况。实现经济转型升级,发展创新型经济,已经成为我国未来经济社会发展的不二之选。而专利制度又恰是护航创新型经济的重要支撑。就此而言,进一步强化专利保护符合我国经济社会发展的要求。

毋庸置疑,专利保护并不是越多越好、越严越好。发展中国家应当根据本国的不同发展阶段,选择不同保护水平的专利制度。高水平的专利保护并不利于那些发展水平较低的国家,但是对进入到工业化阶段的发展中国家来说,加强专利保护对激励科技创新实现经济发展则是有益的。³⁰早

²⁴参见杜江:《从侵犯版权罪看英国刑事政策的变化——兼议我国刑法中的侵犯著作权犯罪》,《贵州大学学报(社会科学版)》2008年第4期。

²⁵参见赵赤:《知识产权刑事保护专论》,中国检察出版社2011年版,第5页。

²⁶See the Executive Office of the President of the U.S., Administration's White Paper on Intellectual Property Enforcement Legislative Recommendations (2011), http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/ip_white_paper.pdf, 2013-12-20.

²⁷参见杜颖译,易继明校:《日本专利法(第2版)》,经济出版社2009年版,第4页。

²⁸参见崔国斌:《〈反假冒贸易协议〉与中国知识产权法的比较研究》,《电子知识产权》2011年第8期。

²⁹参见《国家知识产权局专利业务工作及综合管理统计月报(2014年第1期)》、《专利统计报告2014年第1期》, <http://www.sipo.gov.cn/tjxx/>, 2014-3-30。

³⁰参见吴汉东:《中国知识产权法制建设的评价与反思》,《中国法学》2009年第1期。

在 2007 年，我国国家统计局就发布报告指出，我国总体上已处于工业化的中期阶段。³¹在 2011 年-2013 年全球创新指数排名中，我国分别排名第 29、34、35 位，其中，2012 年我国创新效率指数排名第 1 位。可见，当前我国社会发展和技术创新能力并非处于较为落后的水平，相对较高水平的专利保护不会成为我国经济发展和技术创新的阻力，而是推动我国创新发展的制度动力。一份以提高发展中国家创新能力为目标的实证研究成果显示，加强知识产权保护会带来更多更高技术含量的外商直接投资的正面效应，可以弥补其对技术溢出的抑制效应。³²

由此可见，从动态和发展的角度看，采用合理性标准，实施与经济发展相适应的相对较高水平的专利保护³³，是我国当前和今后经济社会发展的客观需要。

（二）将非法实施专利行为入罪与专利保护水平

从上述分析的情势和当前的情况³⁴看，适当加强专利保护是必要和亟需的，那么，将非法实施专利行为入罪在强化专利保护的同时，是否会导致对专利权的“超高”保护呢？

从权利、义务与责任的法理关系看，至少在私法领域中，权利是第一位的，权利决定义务，义务决定责任。反过来讲，责任无法形塑义务，更无法形塑权利。私权法律保护水平的高低主要体现在权利效力范围、权能限制等方面，义务的设定与责任的落实只是为权利的实现注入“法律之力”。知识产权保护水平主要由民法、知识产权法确定。《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国商标法》、《专利法》等法律分别规定了著作权、商标权、专利权等知识产权的权利范围。刑法仅规定对上述何种权利何种程度的侵害构成犯罪及需承担的刑事责任。刑法是第二次法，是对不服从第一次规范如民事规范等所保护的权益进行第二次保护，《刑法》并没有（实际上也不可能）为知识产权人与相对方设立新的权利和义务。因此，将侵犯知识产权的行为入罪不会影响知识产权的保护范围。当然，刑法的介入会对知识产权保护水平产生“量”的影响，但是不可能导致“质”的变化。专利权的最大保护程度已经由民事规范所形塑，刑法介入只是使现有的保护水平更加接近民事规范的理论值，而不可能使之超越该理论值。

不可否认，执法成效对于权利保护水平也有一定的影响，从某种意义上讲，知识产权的保护水平是由立法效果与执法效果共同决定的。人们在评价一国知识产权保护水平时，考察的也主要是这两个因素。³⁵但是，相对于立法成效而言，执法效果是第二位的，它只是将权利的“应然之力”落实为“实然之效”。也就是说，即使考虑到后续刑事执法问题，将侵犯知识产权的行为入罪也不会对其保护水平产生较大的影响。

在既定的专利权民事保护标准下，刑事保护不可能对专利保护水平产生“质”的影响，更不可能导致对专利权进行“超高”保护的后果。

（三）将非法实施专利行为入罪的政策效用

一方面，根据当前我国经济社会发展的现状和未来的发展方向，亟需进行与经济发展相适应的相对较高水平的专利保护；另一方面，将非法实施专利行为入罪可以实现专利侵权刑事责任与民事责任的结合，进而强化专利保护。在此，将非法实施专利行为入罪与适当加强专利保护之间刚好形成制度契合。刑事保护增加了专利侵权的救济途径，可以在民事措施失效时，发挥补充保护作用，使专利权保护的的实际效果更接近其应然保护强度。虽然强化执法也可以在一定程度上提高专利权的实际保护水平，但是知识产权执法的复杂性和执法成本远超立法的复杂性和立法成

³¹参见张毅、周英峰：《国家统计局：我国总体正处于工业化的中期阶段》，http://news.xinhuanet.com/newscenter/2007-09/27/content_6802794.htm，2013-9-25。

³²参见岳书敬：《知识产权保护与发展中国家创新能力提升——来自中国的实证分析》，《财经科学》2011年第5期。

³³参见齐爱民：《论知识产权保护水平》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2010年第2期。

³⁴有关调查结果显示，2013年我国知识产权保护的社会总体满意度仅处于及格水平。参见李松：《知识产权保护的民声共识》，《瞭望》2014年第17期。2014年1月，在美国商会全球知识产权中心公布的国际知识产权指数报告中，中国知识产权保护在被调查的25个国家中排名第17位。See GIPC, Charting the Course – The GIPC International IP Index, 2nd Edition, <http://www.theglobalipcenter.com/charting-the-course-the-gipc-international-ip-index-2nd-edition/>, 2014-5-31.

³⁵参见孙旭玉：《中国知识产权保护水平与影响因素的实证分析》，《理论学刊》2010年第7期；齐爱民：《论知识产权保护水平》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2010年第2期。

本，这是世界各国在保护知识产权方面遇到的普遍性难题。在民事立法较为完备，而强化执法措施又存在较大的不确定性和较高执行成本的情况下，采用刑法规制非法实施专利行为不失为上策。

刑事责任与民事责任都具有法律责任的一般功能，前者侧重惩罚和威慑，后者偏重补偿与修复。在当前我国专利维权费用高昂的司法环境下，民事救济往往难以发挥其作用。刑事措施则不同，它不仅降低了权利人维权的难度和维权成本，而且还使侵权人承受更多的人身、经济及道德压力，可以弥补民事赔偿之不足。采取刑事措施意味着公安机关和检察机关将介入到对非法实施专利行为的查处，非法实施专利行为被发现概率会明显提升，并且自由刑及罚金等惩罚措施的采用也提高了非法实施专利行为被惩处的严厉程度，非法实施专利行为成本将随之提高。对理性经济人来说，其非法实施专利的意愿必然会减弱。另外，虽然社会公众存在一定的“窃书不算偷”的知识产权观，并不耻于“讼”（民事诉讼），但是刑罚之辱会迫使侵权人耻于“狱”（刑事诉讼），继而面临道德压力，也会强化公众的知识产权意识。这些积极效应将为遏制专利侵权、激励技术创新，吸引技术输入提供助益。当然，将非法实施专利入罪也意味着专利维权的公共成本会增加，但是考虑到专利维权的个人成本的减少，以及其对科技创新与社会福利的促进，将非法实施专利行为入罪在整体上仍然具有正效应。

此外，将非法实施专利入罪还有助于改善我国在保护知识产权方面的国际形象，缓和国际知识产权保护矛盾。近年，知识产权输入性侵权呈高发态势，在一定程度上放大了我国知识产权侵权问题。³⁶将非法实施专利行为入罪能使我国有力抑制输入性专利侵权。

就整体而言，将非法实施专利行为入罪属于一种不改变我国专利保护基本水平，与我国发展知识经济国情相契合，与我国目前专利保护现状相适应，收益大于成本的、相对稳定且具有一定正外部性的制度设计，值得肯定。

五、非法实施专利行为非罪化观点的论据并不充分

虽然将非法实施专利行为入罪有诸多支持者，³⁷但是也有不少论者反对将非法实施专利行为入罪。持反对意见者的观点能否成立，值得进一步商榷。

（一）非罪化观点之分析

有学者认为，从直接意义上讲，侵犯专利权不会导致欺骗公众的后果，而仅仅是损害权利人的私益，所以并未触犯刑律。³⁸但是，事实并非如此。以盗版为例，在多数情况下，购买者是知道其所购物品为盗版产品的，即盗版人并未欺骗公众，但是盗版行为仍可构成犯罪。又如，盗窃私产者虽然仅损害私益，但是也可构成犯罪。是否欺骗公众、是否直接损害公益并不能作为侵权行为应否入罪的判断标准。况且，从宏观角度看，专利侵权破坏了专利财产秩序，直接损害了专利制度促进技术创新的立法宗旨，亦涉及公益。刑法确实是保护公益之法，但是当某种私益只不过是涉及个人利益的公益时，刑法也当保护之。³⁹专利制度是以赋予私权（专利权）为代价，来促进技术创新与传播应用。可以说，专利权本质上是以私益为外衣的公益，可以作为刑法保护的法益。

也有学者认为，专利权的效力及范围处于不稳定状态，缺乏刑法保护财产权所要求的绝对性和犯罪构成要件的确定性，不能作为侵犯财产罪的对象。⁴⁰的确，专利权的不稳定性会影响对专利侵权行为（包括非法实施专利）的定罪量刑。一般而言，对专利侵权行为的判定难于对其他知

³⁶参见田力普：《中国政府打击侵犯知识产权有坚定决心》，http://news.xinhuanet.com/fortune/2011-04/21/c_121332947.htm, 2013-11-2。

³⁷参见管志琦、田建林：《浅析我国专利权的刑法保护》，《河北法学》2013年第8期；郑友德、曾旻辉：《我国知识产权刑法保护现存问题及完善建议》，《知识产权》2010年第1期；程宗璋：《专利侵权犯罪研究》，《中国刑事法杂志》2000年第4期；等等。

³⁸参见郑成思：《知识产权论》，社会科学文献出版社2007年7月版，第224页；尹新天：《专利权的保护》，知识产权出版社2006年第2版，第6页、第198页。

³⁹参见夏勇：《刑法与民法——截然不同的法律类型》，《法治研究》2013年第10期。

⁴⁰参见张新峰：《侵犯专利权罪之辩驳》，《电子知识产权》2010年第1期。

识产权侵权行为的认定。但是,司法审查本身就是认定专利权有效性的最终程序,人民法院始终无法回避对专利权有效性的判定。并且,目前试点推广的知识产权“三审合一”制,或可为专利侵权案件的审理提供较理想的平台,新民事诉讼法中增加的专家证人制度也能为此提供帮助。

还有学者认为,用刑法保护对我国企业构成技术壁垒的专利不符合国家利益,不利于维护经济安全,且增设专利侵权罪会导致专利权人滥用刑事程序。⁴¹从整体上看,我国目前在核心专利技术方面并不占有绝对优势,但是在航空航天、卫星通信、超级计算机、高铁等部分技术领域尚有一定的相对优势。不仅如此,早在2011年,我国国内发明专利数量就超过了国外在我国的发明专利拥有量。目前,我国专利的刑法保护既是对国外专利的“强”保护,又是对我国自主专利技术的“强”保护。至于专利权人滥用刑事措施的问题,完全可以通过优化和完善刑事程序来解决,不能为此而否定用刑法来保护专利权的可能性。

(二) 非罪化现象之解读

一个不容忽视的现象是目前一些发达国家和地区并没有将非法实施专利行为纳入刑法规制的范畴,如美国、英国等国家,还有一些国家和地区将非法实施专利行为去罪化或“疑似”去罪化,如我国台湾地区、欧盟等。

我国台湾地区于2001年废除了针对发明专利犯罪规定的刑罚、2004年废除了针对新型专利及新式样专利犯罪规定的刑罚,与此同时,将故意侵犯专利权行为的赔偿额由原来的2倍损害额调高为3倍。其废除针对专利犯罪规定的刑罚主要是因为侵犯专利权行为的认定非常复杂(定罪难)以及避免对相对人造成重大不利益与过度侵害(专利权人滥用刑事措施)。⁴²但是,我国台湾地区在对侵犯专利权行为去罪化后,其现有的民事救济并不能达到专利法所欲达到之目的,在专利侵权阻却、侵权损害赔偿等方面均显薄弱。⁴³

2007年欧洲议会通过的《欧洲议会和欧盟理事会关于旨在确保执行知识产权的刑事措施指令(草案)》(以下简称《指令》)将专利侵权行为排除在《指令》的适用范围之外。欧洲议会的议员认为:“多数研究项目十分复杂,发明家们的工作时刻承担着侵犯专利权的风险,若将专利侵权作为犯罪行为可能会妨碍发明家和学者们开拓创新”。⁴⁴但是,欧洲各国的专利法中一般都规定了基于科学研究和实施目的的豁免条款,足以为科研人员提供保护。欧洲议会议员的担忧根本不足为虑。

是否将非法实施专利行为入罪一直是一个富有争议的问题,大陆法系国家与英美法系国家的态度不一。我国正在对《专利法》进行第四次修订,修订后的《专利法》是否引入专利侵权惩罚性赔偿制度尚在热议之中。惩罚性赔偿在英美法系国家基本上都得到了承认,大陆法系国家对此并未给予普遍认可。而惩罚性赔偿恰好能起到一定的犯罪预防和威慑作用,可部分替代刑事处罚功能。⁴⁵这或许是英美法系国家未将非法实施专利行为入罪的原因之一。从目前看,大陆法系国家如德国、法国、日本、瑞典等国家均将非法实施专利行为纳入了刑法规制的范畴,我国作为传统的大陆法系国家更应该借鉴大陆法系国家的立法实践。

六、结论

我国科学技术正处于不断发展进步的阶段,实行相对较高水平的专利保护是我国当前和今后经济社会发展的现实需求,将非法实施专利行为入罪是我国建设创新型国家的必要举措,也是我

⁴¹参见莫洪宪,贺志军:《国家经济安全视角下我国知识产权之刑事保护——对“专利侵权罪”增设论之否定》,《法学论坛》2008年第1期。

⁴²参见李旦:《从专利权侵害之损害赔偿谈无体财产权之保护》, http://www.fj.xinhuanet.com/news/2006-08/11/content_7760829.htm, 2013-11-23。

⁴³参见陈怡妃:《台湾及美国专利侵害损害赔偿与立法效力之探讨》,(台湾)国立交通大学科技法律研究所硕士论文(2006),第78页。

⁴⁴On the Amended Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Criminal Measures Aimed at Ensuring the Enforcement of Intellectual Property Rights, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2007-0073&language=EN&mode=XML>, 2013-11-25。

⁴⁵参见董春华:《各国有惩罚性赔偿制度的比较研究》,《东方论坛》2008年第1期。

国专利法律制度发展完善的必由之路。关于将非法实施专利行为入罪的具体设计，笔者提出以下建议。

1. 科学设置罪名。将非法实施专利行为纳入刑法规制的范围有两种途径：一是增设新的罪名；二是扩大假冒专利罪的范围，使假冒专利行为涵括非法实施专利的行为。但是，如上所述，假冒专利罪的内涵已经由《专利法实施细则》明确化，扩大其范围会导致法律条文发生冲突，因此，只能增设新的罪名，即非法实施专利罪。

2. 准确界定要件。在非法实施专利罪的构成要件中，犯罪客体是国家专利权管理秩序和他人专利权，犯罪主体是一般主体。本罪在客观方面表现为行为人未经专利权人许可，制造、使用、销售、进口其专利产品、专利方法以及依照专利方法直接获得的产品，并且情节严重。需要注意的是，对上述行为的认定，应遵守认定其他知识产权犯罪所坚持的“相同侵权”原则。虽然在司法实践中针对发明和实用新型专利的侵权行为，等同侵权占有相当的比例，但是非法实施专利罪的认定不宜过于严苛，不应延及等同侵权行为。本罪在主观方面只有故意，理由是：（1）非法实施专利行为的认定难度较大，将非法实施专利罪的主观方面限定为故意，可以降低定罪的难度。（2）可以缩小非法实施专利罪的打击面，减轻设立该罪对技术创新的不当阻吓，抑制其负面效应。（3）《与贸易有关的知识产权协定》中只要求对蓄意的假冒商标或盗版案件给予刑事处罚，世界知识产权组织公布的《发展中国家保护发明模范法》也规定只有蓄意侵犯专利权的行为才构成犯罪。⁴⁶

3. 合理设置刑罚。在具体量刑情节上，鉴于专利与商业秘密较为相近，都属于知识产权领域技术含量或者经济价值较高的客体，因此，设置非法实施专利罪的刑罚除了应参照现有的假冒专利罪的刑罚设置外，还可参酌侵犯商业秘密罪刑罚的设置。根据最高人民法院、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》第4条、第7条的规定，非法实施专利罪的量刑档次可设置为：（1）未经许可实施他人专利，具有下列情形之一的，属于情节严重，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金：1）非法经营数额在20万元以上或者违法所得数额在10万元以上的；2）给专利权人造成直接经济损失50万元以上的；3）未经许可实施两项以上他人专利，非法经营数额在10万元以上或者违法所得数额在5万元以上的；4）其他情节严重的情形。（2）未经许可实施他人专利，具有下列情形之一的，属于情节特别严重，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金：1）非法经营数额在100万元以上或者违法所得数额在50万元以上的；2）给专利权人造成直接经济损失250万元以上的；3）未经许可实施两项以上他人专利，非法经营数额在50万元以上或者违法所得数额在25万元以上的；4）其他情节特别严重的情形。

原发于《法商研究》2014年第5期

⁴⁶《发展中国家保护发明模范法》第50节“刑法制裁”规定：“如蓄意侵犯登记专利权人受第21节和第22节保护的专利，则构成违法行为。”