

论“侵犯专利犯罪”的立法完善

陶 阳,徐继超

(佛山科学技术学院 政法学院,广东 佛山 528000)

摘 要:用刑事手段保护知识产权,已成为世界各国的共识。由于我国现行法律对“假冒专利罪”尚无比较详尽的司法解释,因而易导致对本罪认定的困难。严格区分假冒专利行为与专利侵权行为,假冒专利行为与冒充专利行为,假冒专利行为与骗取专利行为的界限,增设侵犯专利权罪,科学规范“侵犯专利权”罪的犯罪现象,对加大保护专利权力度具有重大的现实意义。

关键词:假冒他人专利罪;侵犯专利犯罪;冒充专利行为;专利侵权行为

中图分类号:DF523.2

文献标识码:A

文章编号:1001-7348(2004)05-0139-02

用刑事手段保护知识产权,已成为世界各国的共识。随着我国社会主义市场经济的进一步发展,专利在经济中的地位愈显重要。由于专利技术的飞速发展,使得专利刑法保护中的新情况、新问题不断呈现,但自新刑法颁布至今,由于对侵犯专利权犯罪尚无比较详尽的司法解释,因而导致理论与司法实践中对该罪司法认定的疑难问题众说纷纭,探讨我国专利权刑事法律保护的立法完善问题,无疑十分必要。

1 关于假冒他人专利罪的学理解读

何谓假冒他人专利罪?目前我国对此罪的概念并没有作出明确、统一的司法解释。因而学界对此存在多种解读。第一种解读认为:“假冒他人专利指未经专利权人的许可,擅自使用其专利标记、专利号或者骗取他人专利的行为。常见的行为方式有:未经专利权人的许可,在非专利产品或者其包装上标明专利权人被授予的专利标记或专利号,以及采取欺骗手段在专利管理机关登记、骗取他人的专利等”。第二种解读认为:“假冒他人专利,应当包括两种行为:在法律规定的专利权有效期内,未经专利权人的许可,行为人制造、使用或者销售了其专利产品或使用其专利技术;未经专利权人许可,行为人在自己制造的非专利产品、包装上,或者

广告中使用了专利权人的姓名、专利名称、专利标记或者专利号”。第三种解读认为:假冒他人专利的行为一般表现为“在专利权有效期内,未经专利权人的同意,制造、使用、销售其享有专有权利的专利产品,或者使用其专利方法,或者在所制造、出售的商品上标明、缀附专利权人的姓名、专利名称和专利号”。

从我们所引用的上述“假冒他人专利罪”的各种学理解释中,我们发现:对于此罪的犯罪构成基本没有歧义,但对什么是“假冒他人专利”的行为以及具体表现,却存在不同看法。我们认为,上述3种解释均存在着缺陷。第一种解释将骗取他人专利(如采用假冒手段,获得不应获得的专利)的行为与假冒他人专利的行为归为同一问题,误将这种实为发明创造的归属争议的行为当作假冒他人专利的行为;第二、三种解释的缺陷在于:混淆了一般专利侵权行为和假冒他人专利行为,误将制造、使用、销售他人专利产品,使用他人专利方法的行为看作为假冒他人专利的具体行为,将仿造他人专利产品的行为作为假冒他人专利的具体表现之一。

我们认为,如果按照上述3种学理解释认定“假冒他人专利罪”,极有可能影响到对行为人的犯罪行为的正确认定,影响到法律的准确适用,也影响到对行为人的处罚。为

此,我们认为:①假冒他人专利罪的行为,应当是指行为人以谋利为目的,在自己制造和销售的产品上使用专利权人专用的专利标记或专利号,或将自己使用的方法冒充他人的专利方法的行为。其特征为:行为人并没有制造或销售他人的专利产品或使用他人的专利方法,即行为人制造或销售的产品或者使用的方法与他人的专利技术方案并不相同。如果行为人制造或销售的产品与他人的专利产品相同,使用的方法和他人的专利方法相同,则不应属于假冒他人的专利的行为,而属于非法实施他人专利的侵权行为。②行为人确实在自己制造或销售的非专利号。③行为人假冒他人的专利必须是在专利权的有效期内,如果专利权人已经放弃专利权,或者是专利申请人虽然申请了专利但最终没有能够获得专利权,或者是专利权保护期限届满的,则不构成假冒他人专利的行为。④行为人应当明知自己的产品或使用的方法不是他人的专利,也明知自己使用的专利标记或专利号是属于专利权人享有专有权利的。⑤行为人的主观动机一般为欺骗公众获取不正当利益,也不排除有排斥专利权人的产品,沽名钓誉之动机。

2 认定假冒专利罪应当划清的界限

2.1 划清违犯本罪与违犯专利法的界限

何谓“假冒他人专利”2001年7月1日起实施的新《专利法实施细则》对此作了明确的规定。《专利法实施细则》第84条规定：“下列行为属于假冒他人专利的行为：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的专利号；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，使人将涉及的技术误认为是他人的专利技术；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的专利技术；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”。我们认为只有上述4种行为才属于假冒他人专利行为，且必须情节严重，才构成本罪。何为“情节严重”？目前尚无立法或司法解释。最高人民检察院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》中规定：“假冒他人专利，涉嫌下列情形之一的，应予追诉：①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数额在50万元以上的；③虽未达到上述数额标准，但因假冒他人专利，受到行政处罚2次以上，又假冒他人专利的；④造成恶劣影响的”。目前，可以参照这一规定来理解什么是“情节严重”；否则，属于一般专利侵权行为，不可以犯罪论处。

由于《刑法》第216条对“假冒专利罪”的规定是采用空白罪状形式，假冒他人专利行为的具体界定只能参照有关法律法规。然而《专利法》第63条规定为：“假冒他人专利的，依照本法第6条的规定处理”。《专利法》第60条的规定只涉及“未经许可实施他人专利”的行为，即专利侵权行为。因此，难免造成学界对“假冒他人专利行为”与“专利侵权行为”的混淆。根据《专利法》第57条的规定：侵犯专利权的定义是“未经专利权人的许可，实施其专利”。根据《专利法》第11条规定，未经许可实施他人专利的侵权行为有：“即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品；即不得为生产经营目的制造、销售进口其外观设计专利产品”。显然，假冒他人专利并不包括非法实施他人专利的专利侵权行为，在我国，专利侵权行为，不管多么严重，均不可能构成犯罪。如果将未经许可实施他人专利的侵权行为当做“假冒他人专利行为”，就是对刑法“假

冒他人专利”的任意扩大，就是将违反《专利法》的民事侵权行为当做刑事犯罪行为，就会混淆罪与非罪的界限

2.2 划清假冒他人专利行为和冒充专利行为的界限

我们认为，假冒他人专利的行为使用的是真实、有效的他人专利标记或专利号，或专利权人的名称；而冒充他人专利的行为是指以非专利产品冒充专利产品，以非专利方法冒充专利方法，所谓的专利其实是现实中并不存在的，也许是已经过了专利保护期的“专利”。依据《专利法实施细则》第85条的规定，冒充专利的行为包括：“①制造或者销售标有专利标记的非专利产品；②专利权被宣告无效后，继续在制造销售的产品上标注专利标记；③在广告或者其他宣传材料中将非专利技术称为专利技术；④在合同中将非专利技术称为专利技术；⑤伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件”。由上述可知，冒充专利的行为并不构成假冒他人专利，因为冒充专利的行为通常并不涉及他人的专利权，而只是冒充了并不存在的所谓“专利”。即使行为人使用的他人的过期“专利”，构成的也只能是冒充他人专利的行为，因为“一项有效的专利权的存在是构成假冒他人专利罪的基础”：在大多数国家，专利发明20年便进入公共领域；而有形资产的价值则主要取决于其本身的自然消耗，只要该有形物不灭失，便会永远受到保护。为了防止专利权人无限期滥用其专利权，各国均对专利权作了期限保护的规定，不得无限期续展。专利权保护期结束，以其他方法假冒先前的“专利”方法，已不再是假冒他人专利的行为，而是一种冒充专利行为。

3 完善“侵犯专利权”罪之设想

3.1 增设侵犯专利权罪

在性质上，现行《刑法》及《专利法》规定，专利侵权行为与假冒他人专利行为是完全不同的行为，单纯的专利侵权行为不可能构成假冒专利罪。然而不可否认的是，某些严重的专利侵权行为的社会危害性可能比假冒他人专利更为严重。例如，未经专利权人许可，为生产经营目的非法制造、使用、销售专利产品的专利侵权行为，它不仅严重侵犯了专利权人的专利权，同时，也侵犯了国家专利管理制度，扰乱了正常的经济秩序，损害了国家与公众利益。现行法律关于假冒

专利罪的规定其实不能达到加强保护专利权人利益的力度的目的，如果比假冒他人专利行为更加严重的其他专利侵权行为不能受到更严厉的打击与课刑，就不能真正保护专利权人的利益，维护社会主义的市场经济秩序。因此，对于那些严重的专利侵权行为也应追究刑事责任，有学者就建议在刑法中增设“侵犯专利权罪”。对于侵犯他人专利权，情节特别严重的，依法追究刑事责任。我们同意这种见解。

3.2 科学规范“侵犯专利权”罪的犯罪现象

根据我国《专利法》第2条规定，在我国专利包括发明、实用新型和外观设计3种。值得我们特别注意的是，以一部专利法同时保护3种不同的客体，是我国专利法的特色之一。在许多国家，实用新型与外观设计也受到知识产权法的保护，但却不在专利法的保护之下；这些客体所享有的权利也不一定是“专利权”，它们可能享有“准专利权”，也可能享有的是版权。例如日本《专利法》第2条规定：“发明是指利用自然规律的技术构思的高度创造”。美国《专利法》第101条规定：发明为“任何新颖而适用的制法、机器、制品、物质的组合或者任何新颖而适用的改进”。在我国，实用新型和外观设计都可以成为假冒专利罪的犯罪对象，而在国外，除发明外，实用新型和外观设计则有可能不是假冒专利罪的犯罪对象，而是版权犯罪的对象。假冒专利罪的犯罪对象是取得专利的发明创造，但并非所有的发明创造都能取得专利，获得专利法乃至刑法的保护。如我国《专利法》第255条规定：科学发现；智力活动的规则和方法；疾病的诊断手段治疗的方法；动物和植物品种；用原子核变换方法获得的物质就不能获得专利权

因而，我们认为，我国刑法有必要科学界定“侵犯专利权”罪的犯罪对象，严格将发明列为“侵犯专利权”罪的犯罪对象，而将实用新型与外观设计列为版权所保护的對象。

参考文献：

- [1] 赵秉志、张军. 中国刑法学年会文集(上册)[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003.
[2] 教育部高等教育司编. 刑法[M]. 北京: 高等教育出版社, 1999.

(责任编辑: 汪智勇)