



侵犯专利权犯罪研究

聂洪勇

一、侵犯专利权犯罪概述

专利制度对于促进经济和科技的发展具有巨大的作用，美国总统林肯曾说：“专利制度是为天才之火增加利益之油”。专利制度的建立，极大地激发了发明创造者的热情，由此推动了科技的进步，而科技的发展又促进了经济的繁荣。第二次世界大战以来，各国的经济发展越来越依赖于科学技术的进步。如西德、日本战后三十年国民经济总产值的巨大增长，50%到70%就是由科学技术革新带来的。美国的富裕也主要来源于科学技术实力。

我国专利法实施几年来的实践证明，专利制度对科技发展具有巨大的推动作用，如北京大学王选为第一发明人的发明专利，开创了我国印刷业的新纪元，就是一个很好的例证。1987年，以王选教授的发明专利为核心技术的华光电子出版系统问世，它率先在《经济日报》上使用，当时正赶上党的十三大报告政治报告排版印刷，一般报社要用6-7人检铅字，要干6个小时；而经济日报社采用华光电子出版系统，运用现代化数传技术，直接把新华社文稿传入计算机排版，不到半个小时就全部完成。目前，经济日报等家报社已率先进入了“光与电”的时代，他们已经拆除了铅锅，取消了铅排，小小的激光照排车间担负着首都40多家报纸，11种期刊的排版任务，排版效率提高5倍，生产效益比过去整整翻了两番。现在工人可以穿着白大褂，在清洁明亮的计算机房里工作，每天编辑部把稿子交到这里，由录入员输入电脑，由组版人员组装成版面，输入激光照排机制成胶片，再拿到印刷车间印成报纸。两种不同的印刷程序，两种不同的工作环境，两种不同的排版效率，它不仅标识着我国印刷业由“铅与火”到“光与电”时代的跨越，而且体现了一项发明专利的巨大潜力，给人类的进步又增添了光辉的一页。

我国专利法自1985年开始实施以来，取得飞速发展。截止至1996年底，我国发明、实用新型、外观设计三种专利申请总量已达625309件。其中发明专利的申请量为168744件；实用新型专利申请量为366301件；外观设计专利申请量为90246件。

1996年专利申请出现了急剧增长的趋势。全年共受理三种专利申请102735件，比1995年增长24%。全年申请中，发明专利申请28517件，占总申请量的27.8%；实用新型专利申请49604件，占总申请量的48.2%，外观设计专利申请24614件，占总申请量的24%。

11年来，外国来华的专利申请总量已达87428件，仅1996年一年申请量就达14165件，比1995年增长45%。至1996年底，中国专利局共受理324件PCT国际专利申请。外国的PCT国际专利申请进入中国国家阶段的已达9432件。其中1996年进入中国就达6407件，比1995年增1.32倍。截止至1996年12月31日，中国专利局已授权的三种专利达311996件，在1996年授权的三种专利达43780件，其中国内专利授权39721件，国外专利授权4059件。

然而，随着我国专利申请事业的迅速发展，专利侵犯纠纷也越来越多。从1991年至1995年5年间，我国专利权案受理3083件，审结2737件。1996年共受理各种专利纠纷等546件，结案近370件。查处冒充专利行为121

起。但假冒专利罪案件很少，1999年，全国法院一审审结假冒专利罪案件2件3人，2000年为6件7人，2001年6件10人，2002年2件4人，总计16件24人。假冒专利罪案件较少的一个主要原因可能在于消费者购买商品一般只认商品的商标标识购买商品，不以商品是否为专利产品购货，故而不法商人一般不采取假冒他人专利的手段从事非法经营活动。

二、假冒专利罪概念和构成

（一）假冒专利罪的概念和构成特征

根据刑法第216条的规定，假冒专利罪是指假冒他人专利，情节严重的行为。

假冒专利罪具有以下主要特征：

1. 客体特征。本罪侵犯的直接客体是专利权人的专利权，犯罪对象是专利权人的专利，即发明创造（包括发明、实用新型和外观设计）。

“专利”一词从不同的角度而言有不同的含义。从法律意义而言，它是专利权的简称，指的是一种法律认定的权利，如专利权第12条规定中的用语；从技术发明来讲，专利是指取得了专利权的发明创造，指的是具有独占权的专利技术，如专利法第14条第2款规定中的用语。这种情况下专利是指取得专利权的发明创造，具体包括发明、实用新型和外观设计三种具体的专利形式；从其保护的内容上来说，专利是指记载着授予专利权的发明创造之说明书及其摘要、权利要求书、表示外观设计的图形或照片等公开的文献。作为假冒专利罪的犯罪对象的专利是从第二种意义而言的。具体内容如下：

（1）发明。根据《专利法实施细则》第2条的规定，发明是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。联合国世界知识产权组织为发展中国家起草的示范法中规定：“发明是发明人的一种思想，这种思想可以在实践中解决各种技术领域中所特有的问题。”我国学者认为“发明是指利用自然规律，为解决各种技术问题而作出的技术上的思想创作。”发明具有如下特征：第一，发明应当具有创造性。所谓创造性，并非完全是前所未有的，只要与申请日以前已有的技术相比，有突出的实质性特点和显著的进步即可。第二，发明必须利用自然规律。发明是一种技术方案，而技术是在利用自然规律或法则的基础上发展起来的各种工艺操作方法和生产技能，它同时还包括相应的生产工具、物资设备等等。从专利法的角度而言，不利用自然规律的不能称之为发明。自然规律是指自然界中业已存在的物理、化学或电学等科学的原理或定律。例如万有引力定律、欧姆定律、杠杆原理、浮力原理等。纯智力活动产生的东西或人为规定的东西不能算作是利用自然规律，如计算方法、记忆方法、游戏方法等就不是发明。没有利用自然规律的技术如演奏技术、打球技术、射击技术、速记技术等也不能作为专利法中的发明对象。违背自然规律的创造也不是发明，如在科学界被称为“发明的死巷”的违背热力学第二定律的永动机就不成为发明。发明与发现不同。发明是利用自然规律，发现是对业已存在的，而尚未被人们所认识的自然规律本身的揭示，并非思想上的创作。如牛顿的万有引力定律属于发现，但利用该定律作出的测锤、离心机则为发明。第三，发明必须是具体的技术性方案。所谓具体，是指发明必须能够实施，具有达到一定效果的可重复性。当然并不要求方案已经完全实施，只要有一个完整的，可以实施的方案即可。发明是否具有商业价值不是发明的必备要素。第四，发明必须符合国家法律和社会公德要求。各国专利法对丰富多采的发明保护都有一定的范围和限度。符合法律和社会公德要求的发明如电视、电话等可以成为专利法保护的发明，反之，则不受专利法保护，如专供犯罪用的工具等。被我国专利法确认“发明”的有：1）产品发明。是指人们通过智力劳动创造出来的具有特定性质的成品或产品，如机器、设备、仪表、工具等。完全处在自然状态下，没有经过人的加工创造就存在的物品，不属于产品发明。2）方法发明。是指把一个对象或物品改变成另一个对象或物品所利用的手段或方法的发明。方法发明多种多样，可以分为制造方法的发明、化学方法的发明、生物方法的发明，其他方法的发明等，纯属抽象思维的方法如数学方法、编制密码方法均不属于发明。3）改进发明。是指对已有的产品发明提出的实质性的新的技术方案。改进发明与产品发明、方法发明的根本区别在于它并不是新的产品的创新和新的方法的创造，而是对已有的产品或方法带来了新的特性、新的部分质变，但没有从根本上突破原有产品或方法的根本格局。

（2）实用新型。是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。通常称之为“小发明”。实用新型具备以下两个特征：一是实用新型必须是一种产品，是一种适于适用的产品，如仪器、设备等，而制造这种产品的工艺方法不属于实用新型。二是实用新型必须具有一定立体形状和结构，或者是两者相结合的物品。形状是指从外部能观察到的外形，具有固定的主体外形和相应的功能作用；结构是指组件或零件的有机结合，一般是立体的，也具有一定的功能。实用新型与发明最大的共同之处在于它们都属于技术方案，在保护方式上完全相同。其区别主要有：第一，保护的範圍不同。申请实用新型专利

的主体只能是产品；而申请发明专利的主体既可以是产品，也可以是方法。第二，对创造性的要求不同。实用新型的创造性低于发明。我国专利法对发明的要求是与申请日以前已有技术相比，有突出的实质性特点和显著进步；而对实用新型的要求是有实质特点和进步。第三，实用新型的保护期短于发明。发明专利权的保护期限为二十年，实用新型专利权的保护期限为十年，均自申请日起计算。第四，实用新型专利申请审批的手续比发明简单。我国的实用新型专利只要通过初步审查认为符合要求的，即公告授权，与发明相比，不作实质审查（即新颖性、创造性和实用性审查，简称“三性”审查）。

（3）外观设计。外观设计是指对产品的形状、图案、色彩或者其结合所作出的富有美感并适合于工业上应用的新设计。外观设计应当符合以下一些要求：第一，外观设计是指形状、图案、色彩或者其结合的设计。它与发明、实用新型不同，后者是以概念性技术方案本身为对象的，而外观设计则要求在外表上有一个具体的形状或者形态作为对象。形状指具有三维空间的产品造型，如电视机的外形，图案一般是二维的平面设计如床单的花样。色彩是构成图案的成份。外观设计可以是立体的造型，也可以是平面的图案，还可以辅以适当的色彩。第二，必须是对产品的外表所做的设计。产品是指具有独立的用处的，可以成为交易对象的物品，而且这种物品具有一定的形状，能够自由移动。如台灯、壁纸等。这种产品可以作为外观设计的载体。如一幅画或一个图案，就其本身而言不是外观设计，如果图案印在床单、脸盆或壁纸上那么这幅画或者这个图案就成为外观设计了。第三，外观设计必须富有美感。美感应以多数消费者的眼光为标准，只要多数消费者认为是美的，就应认为是符合富有美感要求的外观设计了。第四，外观设计必须是适合于工业上应用。适合于工业上应用，是指使用外观设计的产品经过工业生产过程能够大量的复制生产，包括通过手工业大量的复制生产。

一项发明创造经申请，专利主管机关审查符合专利法的要求，即授予专利申请人对该项发明创造的专利权。专利权是指在法律规定的有效期限内，专利权人对其发明创造所享有的一切民事权利。与著作权、商标权一样，专利权是一种财产权。专利权人具有与财产所有人一样的法律地位，即任何人实施专利所保护的发明创造，必须得到专利权人的许可，未经许可而实施，都是违法的。从本质上讲，专利权人的权利就是专利权人在一定时间、一定范围内对获得专利权的发明创造所享有的独占权。这种独占权的效力体现在两个方面：一是专利权人有权阻止其他任何人未经许可实施其取得专利的发明创造。二是专利权人可以许可其他人实施其发明创造。具体而言，专利权人的权利有：

（1）独占权。我国《专利法》第11条规定：“发明和实用新型专利权被授予后，除法律另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，不得为生产经营目的制造、使用、销售其专利产品，或者使用其专利方法直接获得的产品。外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，不得为生产经营目的制造、销售其外观设计专利产品。专利权被授予后，除法律另有规定的以外，专利权人有权阻止他人未经专利权人许可，为上两款所述用途进口其专利产品。”这里，法律以禁止的形式保护了专利权人享有的权利，即制造权、使用权、销售权、进口权。对不同类型的专利，其受保护的内容也不相同。发明和实用新型专利权人拥有制造权、使用权、销售权和进口权；外观设计专利权人拥有制造权、销售权和进口权。由于发明专利分为产品发明专利和方法发明专利，其权利内容也不相同。产品发明的专利权人拥有制造权、使用权、销售权和进口权，而方法发明的专利权人受保护的行为不仅是使用该方法本身，而且包括使用销售依照专利方法直接获得的产品。专利独占权四个方面的具体内容如下：1）制造权。指专利权人拥有自己生产制造专利文件中记载的专利产品的权利。该产品的制造权同时也是专利权人拥有的一种排他的特殊权利。即不允许他人未经许可而制造出与专利产品相同的产品。相同是指与其专利说明书和权利要求书中描述的产品相同。2）使用权。包括两个方面，对产品专利来讲是指使用其产品，即按照规定使该产品得到应用。对于方法专利来讲，使用是指使用其方法，也即为达到方法发明的本来目的，或者为获得方法发明的效果而使用。使用权也具有排他性，除法律另有规定以外，任何个人或法人未经专利权人的许可，均不得使用，否则构成侵权。至于使用相似产品或相似方法，只要其相似程度与专利说明书和权利说明书中所述的一致或包括在内，也属侵权行为。3）销售权。也是专利权人的一种排他性权利，任何产品只要与发明说明书中所叙述的以及专利权要求书中所提出的一致，即为专利产品。销售这种产品都需要经过专利权人的许可，否则就构成侵权。销售权有两种例外，一种是按照强制许可或政府根据公共利益而授予的许可而销售专利产品的；二是销售的是专利权人或经其许可投放国内市场的产品，对于这样产品的销售不构成侵权。4）进口权。是指禁止他人未经许可，为生产经营目的进口由该专利技术构成的产品或进口包含专利技术产品或进口由该专利方法直接生产的产品的权利。

（2）许可实施权。是指专利权人（称许可方）通过签定合同方式允许他人（被许可方）在一定条件下使用其取得专利权的发明创造的全部或者部分技术的权利。专利法第12条规定：“任何单位或者个人实施他人专利的，除本法第十四条规定的以外，都必须与专利权人订立书面实施许可合同，向专利权人支付专利使

用费。被许可人无权允许合同规定以外的任何单位或者个人实施该专利。” 专利实施许可的种类有：1) 独占许可。是指在一定地域内，被许可方在合同有效期内对被许可使用的专利技术拥有独占的权利，许可方自己在该地域内也不能使用其专利技术，也不得把该技术再许可第三方使用。专利的所有权仍属于许可方。2) 排他许可。是指在一定地域内，被许可方在合同有效期内对被许可使用的专利技术享有排他的使用权，许可方不得把该专利技术再许可第三方使用，但许可方自己有权在该地域内使用该项技术。3) 普通许可。是指许可方允许被许可方在指定的地域内使用其专利技术，同时，许可方自己有权在该地域内使用该技术，也可以许可第三方使用。4) 分许可。是指许可方允许被许可方在指定的地域内使用其专利技术以及允许被许可方在一定条件下再许可第三方使用该技术。5) 交叉许可。又称相互许可，一般发生在专利权人与原专利权人之间，也即是指改进发明的专利权人与原专利权人采用相互交换专利使用权的方式来代替相互支付专利许可使用费。

(3) 转让权，包括专利申请权的转让和专利权的转让。转让的结果导致权利主体的变更，专利权的原始主体不再享有此权利，继受主体转而享有此权利。转让可以是合同转让，也可以是继承转让。我国专利法第10条规定：“全民所有制单位转让专利申请权或者专利权的，必须经上级主管机关批准。”“中国单位或者个人向外国人转让专利申请权或者专利权的，必须经国务院有关主管部门批准。”“转让专利申请权或者专利权的，当事人必须订立书面合同，经专利局登记和公告后生效。”

(4) 其他权利。一是标明专利标记和专利号的权利。《专利法》第15条规定，“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记和专利号”。二是放弃权。是指专利权人放弃其专利权的权利。《专利法》第47条规定，有下列情形之一的，专利权在期限届满前终止：没有依照规定缴纳年费的；专利权人以书面声明放弃其专利权的。放弃专利权必须经由专利局登记和公告，否则该放弃行为无效。

专利权是有期限的，发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。

在专利权的有效期限内，任何人假冒他人专利的行为，都是侵犯他人专利权的行为。

2. 客观方面特征。本罪在客观方面表现为假冒他人专利，情节严重的行为。这里的“他人”是指专利权人。专利法律关系的焦点是，一切有关专利的活动无不都是围绕着专利权人进行的。专利权人在专利法上一般称作专利权的主体。专利权人指有权申请专利和取得专利权，并且承担与此相应义务的单位或者个人。根据我国专利法，发明人、设计人及其合法继受人有权获得非职务发明的专利权；外国人也有权获得职务发明的专利权；外国人也可以依专利法第18条、第19条的规定，在我国申请和获得专利权。专利权人与专利申请人是两个不同的概念，一项技术申请专利后未必都能获得批准而成为专利技术，因而申请人也未必能成为专利权人，而专利权人也不一定是专利申请人，因为专利权是可以通过转让或继承获得的。根据我国专利法，专利权人有以下几种：(1) 发明人或设计人。发明人或者设计人是指对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人。对于在完成发明创造过程中，只负责组织工作的人、为物质条件的利用提供方便的人或者从事其他辅助工作的人，不应当认为是发明人或设计人。发明人或者设计人申请专利被批准后成为专利权人。(2) 职务发明的专利权人。职务发明创造是指发明人、创造人或者设计人执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造。我国专利法第6条规定，职务发明创造申请专利的权利属于该单位；申请被批准后，全民所有制单位申请的，专利权可以归该单位持有，集体所有制单位申请的，专利权归该单位所有。在中国境内的外资企业和中外合资经营企业的工作人员所完成的职务发明创造，申请专利的权利属于该企业，申请被批准后，专利权归申请的企业。“持有”是经济学上有形财产经营权与所有权分离学说在无形财产领域中的体现。持有与所有不同，专利权的所有人可以随意处分其专利权，而持有人在转让其权利时还需经上级主管部门批准，因为它所处分权利并非单位拥有所有权的财产，而是全民财产。此外，有关“计划许可”的实施条件，所有人与持有人也分别享有不同的待遇。执行本单位的任务所完成的职务发明创造有三种情况：一是在本职工作中作出的发明创造；二是履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明创造；三是辞职、退休或者调动工作后1年内作出的，与其在原单位承担的本职工作或者分配的任务有关的发明创造。“利用本单位的物质条件”是指利用本单位的资金、设备、零部件、原材料或者不向外公开的技术材料。(3) 非职务发明专利权人。非职务的发明创造，申请专利的权利属于发明人或者设计人；申请被批准后专利权归申请人个人所有或者共有。(4) 共同发明的专利权人。共同发明是指两个或者两个以上的人合作或者两个以上单位协作完成的发明。两个以上单位协作或者一个单位接受其他单位委托的研究、设计任务所完成的发明创造，除另有协议的以外，申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位，申请被批准后专利权归申请的单位所有或者持有。(5) 先申请人。两个以上的申请人分别就同样的发明创造申请专利的，专利权授予最先申请的人。(6) 专利权的继承主体。专利法第10条的规定，专利申请权和专利权可以转让，专利权转让之后，受让人便成为新的专利权

主体。(7) 国人。只要符合我国专利法第18条、第19条的规定,也可以在我国申请专利,成为专利权人。假冒专利权罪客观方面表现为未经权利人许可,而假冒他人专利的行为。刑法第216条使用了高度概括的“假冒”一词来描述本罪的客观行为。何谓“假冒”?“假冒他人专利”具体包括哪些行为?对此则是众说纷纭。从刑法学界的解释来看,有二种不同的理解,一种理解认为假冒他人专利的行为包括:(1) 未经专利权人许可,制造、使用、销售其享有发明、实用新型或外观设计专利权的产品,使用其专利方法;(2) 未经权利人许可,在所制造或者出售的商品上标注、缀附专利权人的姓名、专利名称和专利号;在有关商品广告中冒用专利权人的姓名、专利名称和专利号。在1997年新刑法典颁布以后,许多刑法论著都是如此解释的。另一种解释则认为“假冒他人专利”是指在与专利产品类似的产品或者包装上加上他人的专利标志和专利号,假冒他人的专利产品或者假冒是用他人专利方法生产的产品。第一种解释的内容包括较多,它显然把知识产权法中的几乎所有专利侵权行为都包含在“假冒”一词中,其中包括非法实施他人专利的侵权行为。第二种解释的内容只包含专利侵权中的“假冒”他人专利行为而不包含非法实施他人专利的侵权行为。要正确地理解刑法第216条中规定的“假冒”一词的涵义,必须先从民法学的角度入手,弄清楚专利侵权的种类及其具体行为方式。

在专利法上,专利侵权是指违反专利法的规定,侵犯专利权人权利的行为。关于专利侵权的种类大体有两种观点,一种认为:“侵犯专利权的行为,大体可以分为非法利用专利和非法妨碍利用专利两种。具体的表现为:一是未经专利权人许可,为生产经营的目的制造、使用、销售、进口其专利产品或者使用其专利方法;二是假冒他人专利,即违背专利权人的意愿,以欺骗他人获取高额利润为目的而冒充获得专利权的发明创造;三是专利权机关所作的不符合专利法规定之决定等。对第三种是否应属“侵权”尚有不同看法。”这种解释被认为是“学界的普遍认为。”由此可知,这种观点把专利侵权的具体行为分为三种情况,“假冒他人专利”的行为自然属于“非法妨碍利用专利”的行为。另一种观点是把专利侵权分为两种情形,一种是对专利实施权的侵犯,即未经权利人许可,为生产经营目的而制造、使用、销售其专利产品,或使用其方法的行为,另一种是对专利标记权的侵犯,即未经权利人许可,在非专利产品或包装上标明专利标记和专利号,冒充专利产品的行为。笔者认为,这两种观点中,除了第一种观点中的“尚有不同看法的”情形外,则其余二种情形与第二种观点的内容本质上一样,第一种情形是对专利的专有实施权的侵犯。对专利标记权的侵犯指的就是假冒专利的行为。上述可知,“非法实施专利”与“假冒专利”是两种不同的专利侵权行为。根据《专利法》第11条的规定,非法实施他人专利的侵权行为依专利的不同而有所不同。就产品发明专利和实用新型专利而言,实施行为是指制造该产品;使用该产品;销售该产品;进口该产品。就方法发明专利而言,实施行为是指使用该方法;使用依照该方法直接获得的产品;销售依照该方法直接获得的产品;进口依照该方法直接获得的产品。就外观设计专利而言,实施行为是指:制造体现该外观设计的产品;销售体现该外观设计的产品;进口体现该外观设计的产品。假冒他人专利,是指行为人明知是他人的专利而盗用专利权人的名义在非专利产品上使用专利标记和专利号的行为或者将非专利方法假冒他人专利方法的行为,以及将自己的某种专利产品或者专利方法冒充他人专利产品或者专利方法的行为。“假冒”他人专利的情况,并不包括“非法实施”他人专利的情况。我国绝大多数的知识产权法论著中把《专利法》第63条规定的假冒他人专利罪,解释为仅限于“假冒他人专利”构成侵权,情节严重的情况,认为“假冒”并不包括“非法实施他人专利”的情况。笔者认为即使对于1997年新刑法典通过以后针对刑法第213条的规定,也是作如此解释的。如我国著名知识产权法学家郑成思认为“对于(一般的)专利侵权(指非法实施他人专利的情况),我国未规定刑事制裁,但对于假冒他人专利却规定了刑事制裁。假冒他人专利将处3年以下有期徒刑或拘役,并处或者单处罚金。这是刑法第216条规定的。假冒他人专利,指当事人未获得某项专利,却谎称其已获。事实上该项专利是他人所获。”在这种情况下,“假冒者并未按照专利权人的产品样式或有关技术制造产品,也未使用、销售或进口专利权人的专利产品,而只是在自己产品上冒称是该专利权人的专利技术所制,或冒充是该专利权人的专利产品。”

由此可知,无论是对于1997年新刑法典第216条规定的假冒专利罪还是新刑法典颁行之前附属刑法即《专利法》第63条规定的假冒专利罪,我国知识产权法学界大多把“非法实施他人专利”的情况排除在“假冒”犯罪行为之外。

笔者认为,本罪(刑法第216条)中的“假冒”不包括“非法实施他人专利”的情况。理由如下:其一,从行为的性质而言,假冒他人专利与非法实施他人专利是两种不同的侵权行为,谁也不能包括谁。因而,不能认为本罪中的假冒包括非法实施他人专利的情况。其二,从我国《专利法》的规定来看,二者也是分开规定的。《专利法》第60条规定了“非法实施他人专利”的侵权行为,而第63条则规定了“假冒他人专利”的侵权行为,虽然二种侵权行为的处罚可以相同,但不能因此而把“非法实施他人专利”的行为包括

在“假冒他人专利”的行为之中。其三，我国《专利法》第63条明确规定，只有假冒他人专利，情节严重的，才对直接责任人员比照刑法第127条的规定追究刑事责任，而《专利法》对第60条规定的“非法实施他人专利”的侵权行为并没有设置刑事处罚条款。其四，从本罪的演变来看，1997年刑法典第216条规定的假冒他人专利罪是由《专利法》第63条的规定演变来的，因此，在法律没有明确解释的情况下，自然可以把《专利法》第63条第1款规定的“假冒他人专利”的行为与本罪的“假冒他人专利”行为作内容相同的理解。

本罪中的“假冒他人专利”行为是指行为人未经专利权人的许可，在非专利产品或方法上标明专利权人的专利标记或专利号，使公众误认为是他人的专利产品或者专利方法的行为，以及以此种专利产品或者专利方法冒充他人的另一种专利产品或者专利方法的行为。被假冒的专利是客观存在的有效专利。这种行为不仅侵害了专利权人的利益，而且还欺骗了消费者，破坏了专利管理秩序。在实践中，较常见的假冒他人专利的情况主要有：（1）行为人在自己的产品上标明是他人的专利产品，或直接标明他人的专利号、专利标记，或者在广告宣传中宣传自己生产的产品是他人的专利产品；（2）行为人通过不正当手段骗取他人的专利证书，将自己生产的产品冒充该专利产品，到商业部门推销。行为人在产品上虽然未注明是他人的专利产品，但商业部门凭着专利证书，却将该产品当作他人的专利产品宣传、出售。在这种情况下，推销产品的行为人的行为构成假冒他人专利，而商业部门只有在明知该产品不是专利产品，而当作他人专利产品销售才构成假冒他人专利。如果不知道该销售的产品不是专利产品，按照专利法第62条第2项的规定，其销售行为不视为侵权行为。行为人用于假冒他人专利的产品既可以是专利产品也可以是非专利产品。（3）行为人把某种非专利方法假冒专利权人的专利方法许可他人实施的行为。如果行为人冒充某项专利方法的专利权人，许可他人实施该专利方法并从中获利，不属于假冒他人专利犯罪行为，而是属于一般的专利侵权行为。（4）行为人以自己的某项专利方法冒充他人的专利方法的行为。

应该说明，假冒专利与冒充专利不同。冒充专利是指将非专利产品或方法冒充专利产品或方法，是对消费者的一种欺骗行为。冒充专利实际上不发生对他人专利权的侵犯，它所标明的专利标记或专利号实际上是不存在的或者是无效的，纯属对公众的一种欺诈行为。为了有效地查处冒充专利行为，保护诚实经营和公众的合法权益不受侵犯，维护社会主义市场经济秩序，中国专利局于1994年7月22日发布了《专利管理机关查处冒充专利行为暂行规定》，（以下简称《规定》）。该规定第2条规定了冒充专利的定义以及冒充专利的具体行为。该条规定：“冒充专利行为是指任何单位或者个人为生产经营目的将非专利产品冒充专利产品或者将非专利方法冒充专利方法的行为，包括下列各项：一、印制或者使用伪造的专利证书、专利申请号、专利号，或者其他专利申请标记、专利标记；二、印制或者使用明知已经被驳回、视为撤回或者撤回的专利申请的申请号或者他人专利申请标记；三、印制或者使用明知已经被撤消、终止或者被宣告无效的专利的专利证书、专利号或者其他专利标记；四、制作或者销售明知有前三项所列标记的产品；五、其他足以使他人将非专利产品误认为专利产品或者将非专利方法误认为专利方法的冒充行为。”这实际上对《专利法》第63条第2款规定的“冒充专利”行为的进一步明确。专利法第63条第2款规定：将非专利产品冒充专利产品的，或者将非专利方法冒充专利方法的，由专利管理机关责令停止冒充行为，公开更正，并处以罚款。值得注意，专利法对于冒充专利的行为并未设置刑法条款，而只对第1款规定的假冒他人专利的行为设置了刑事条款。因而，冒充专利情节严重，有可能构成诈骗罪，但不会构成假冒他人专利罪。

下面几种情况，也不属于假冒他人专利：（1）仿制专利产品。是指模仿他人专利产品的样式进行制造。以营利为目的的仿制是一种不道德的商业行为，或者是不正当竞争行为。在行为人仿制的是他人已申请专利并获得专利法保护的专利产品时，则构成专利侵权行为。仿制专利产品属于专利侵权，但不属于假冒他人专利，仿制专利产品往往是按照专利申请文件提供的技术方案，或技术教导制造产品，或者完全按照他人专利产品的样式制造，或者只在一些无关紧要的部位作些小的修改，而主要部位或关键部分与专利产品完全一样。在该产品的说明书、包装或标牌上出现的往往是制造者的名称、或无名称的标注，而不使用专利权人的名称。产品的名称可能与专利发明名称不同。就产品而言，往往会起到以假乱真的作用，在市场上排挤专利权人的专利产品。（2）未经专利权人同意，冒充专利权人许可或委托他人实施专利，不属于假冒他人专利。这种行为与假冒他人专利罪的主要区别是：冒充专利权人许可或委托他人实施专利的行为侵犯的是专利权人的独占许可权，并不是直接从事假冒专利产品，所以不属于假冒他人专利。（3）伪造他人专利证书。这种情况也不属于假冒他人专利。专利证书是中国专利局颁发给专利权人的，用以证明其已取得专利权的一种凭证。伪造他人专利证书的行为属于冒充专利的行为，这在中国专利局公布的《专利管理机关查处冒充专利行为暂行规定》中已被明确规定。该《规定》第19条第2款规定了伪造专利证书的刑事责任：“非法印制专利证书、专利申请书、专利号或者其他专利申请标记、专利标记、构成犯罪的，依法追究刑事责任。”对此如何定性？因为这种行为已被明确规定属于冒充专利的行为而不是假冒他人专利

的行为，所以笔者认为，对此应以刑法第280条第1款规定的伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪论处。

构成本罪，还必须是情节严重的行为。什么是情节严重？最高立法机关与最高司法机关均未作出明确的解释，因而在司法实践中要由人民法院根据具体情况予以确定。一般是指：（1）假冒他人专利非法经营数额巨大或者非法所得数额较大的；（2）给专利权人的权益造成严重损害的；（3）多次假冒他人专利或者假冒他人专利的时间较长，经专利权人劝阻仍不改的或者被行政处罚后不思悔改的；（4）假冒他人的专利产品质量低劣不堪使用或者造成重大事故、使国家财产或公民生命财产受到严重损失的；（5）用劣次商品冒充专利产品大量销售牟取暴利的；（6）用危险方法假冒他人专利方法造成重大事故的；（7）假冒他人专利在国际上造成恶劣影响的；（8）假冒他人专利动机卑劣、手段恶劣的；（9）给国家的专利管理秩序造成严重混乱的；（10）具有其他严重情节的。等等。

综上所述，本罪的客观行为可以用三句话来概括，即行为人未经专利权人许可；实施了假冒他人专利的行为；该假冒行为情节严重。

3. 主体特征。本罪的主体是一般主体，自然人和单位均可以构成本罪。本罪的主体经历了一个如下的演变过程：1984年3月12日通过的《专利法》第63条规定：“假冒他人专利的，依照本法第六十条的规定处理；情节严重的，对直接责任的人员比照刑法第一百二十七条的规定追究刑事责任。”而1992年9月4日修正后的《专利法》第63条第1款仍作了相同的规定，即对于假冒他人专利构成犯罪的情况，只追究直接责任人员的刑事责任。何谓“直接责任人员？”一般是指工商企业中主谋和直接实施假冒活动的人员，但根据我国刑法学界的解释，本罪并不局限于工商企业，直接责任人员除了可以是工商企业之外还可以是事业单位，也可以是其他任何公民。但“直接责任人员”的用语在犯罪主体是单个人的情况下便显得很科学，所以1997年刑法将之删除，使本罪的主体在立法上更加科学。

4. 主观特征。本罪在主观方面表现为故意。即行为人明知是他人有效的专利标记或专利号，明知自己未征得专利权人的同意，而仍然实施假冒他人专利的行为。行为人一般具有营利的目的，也可以是破坏专利权人的声誉，进行不正当的竞争，动机如何不影响本罪的成立。

三、假冒专利罪的认定

（一）要分清罪与非罪的界限

1. 要分清假冒专利罪与假冒他人专利侵权行为的界限。区分的关键看假冒他人专利情节是否严重，如果达不到情节严重的情况，属于一般的侵权行为，专利权人或者利害关系人可以请求专利管理机关进行处理，也可以直接向人民法院起诉。专利管理机关处理的时候，有权责令侵权人停止侵权行为，并赔偿损失；当事人不服的，可以在收到通知之日起三个月内向人民法院起诉；期满不起诉又不履行的，专利管理机关可以请求人民法院强制执行。

2. 要把假冒他人专利构成侵权与非法实施他人专利构成侵权的情况区分开来，只有假冒他人专利侵权情节严重的情况才构成假冒他人专利罪。而非法实施他人专利构成侵权的情况，即使具备情节严重也不会构成假冒他人专利罪。根据专利法第11条的规定，非法实施他人专利的侵权行为有：（1）未经专利权人许可，为生产经营目的制造、使用、销售其发明和实用新型专利产品，或者使用其专利方法以及使用、销售依照该专利方法直接获得的产品的；（2）未经专利权人许可为生产经营目的制造、销售其外观设计专利品的；（3）未经专利权人许可为生产经营目的进口其专利产品或者进口依照其专利方法直接获得的产品的。

3. 要把假冒他人专利与冒充专利的情况区分开来。假冒他人专利，被假冒的专利是客观存在且在保护期以内的。“自我国1992年依照TRIPS的要求将发明专利的保护期延长为20年、将实用新型与外观设计专利的保护期延长为10年以后，我国在一段时间内将存在5种不同的专利保护期：（1）1993年1月7日（1992年修订后的专利法实施之日）后提出的发明专利申请所获得发明专利20年；（2）1993年1月1日前提出的专利申请所获得发明专利15年；（3）1993年1月1日后提出的实用新型与外观设计专利申请所获专利10年（4）1993年1月1日前提出的实用新型与外观设计专利申请所获专利、又请求了续展的8年；（5）1993年1月1日前提出的实用新型与外观设计专利申请所获专利、未要求续展的5年。”

（二）要区分罪与非罪的界限

1. 要区分假冒专利罪与诈骗罪的界限。区分的关键是看行为人的假冒行为是否侵犯他人某一特定的有效的专利，如果是假冒他人享有专利权的产品或专利方法牟取非法利益，情节严重的构成假冒专利罪。如果采取以假充真，以非专利产品或方法冒充某并不存在的专利产品或专利方法，意在骗取他人钱财，非法所得数额较大的，构成诈骗罪。

2. 要分清假冒专利罪与生产销售伪劣商品罪的界限。二罪有如下区别：（1）犯罪客体不同。前罪侵犯的客体是他人的专利权，后罪侵犯的客体是国家的产品质量监督管理制度和市场管理制度，同时侵犯了广大消费者的合法权益。（2）客观行为不同。前罪表现为冒充专利权人的专利产品或专利方法情节严重的行为，用于假冒的产品可以是伪劣产品，也可以是质量合格的产品。后罪在客观方面表现为生产者、销售者违反国家产品质量管理法规，在生产中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额在50000元以上的行为。

3. 要分清假冒专利罪与假冒注册商标罪的界限。区别有：（1）侵犯的客体不同。前罪侵犯的是他人的专利权，后罪侵犯的是他人的注册商标专用权；（2）犯罪对象不同。前罪侵犯的对象是他人的专利标记；后罪侵犯的对象是他人的注册商标。（3）客观行为不同。前罪表现为行为人，未经专利权人许可将自己的产品冒充他人的专利产品或将某一方法冒充他人的方法，情节严重的行为；后罪表现为未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，情节严重的行为。€

（三）要区分一罪与数罪的界限

1. 行为人既假冒他人专利又假冒他人注册商标，只构成一个犯罪的，按一罪处罚；若同时符合两个犯罪构成的，实行数罪并罪。

2. 行为人既假冒他人专利又生产、销售假冒他人专利的伪劣商品，属于牵连犯，假冒他人专利是方法行为或手段行为，销售伪劣商品是目的行为，应以一重罪处罚。

3. 行为人既假冒他人专利和注册商标又生产和销售伪劣商品的，构成牵连犯，前两个行为分别构成假冒他人专利罪与假冒注册商标罪，不存在吸收、牵连，想象竞合关系，但前两个罪都可以看作是生产、销售伪劣产品的手段行为，前两罪和最后一罪构成牵连关系，应按处理牵连犯的原则从一重罪处罚。

四、假冒专利罪的处罚

根据刑法第216条的规定，犯假冒专利罪的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。单位犯本罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前述规定处罚。

（作者系最高人民法院法官、法学博士）

更新日期：2006-7-25

阅读次数：228

下篇文章：论假冒注册商标罪中的几个问题

 打印 |  关闭

 TOP