

专利的刑事司法保护亟需加强 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E4_B8_93_E5_88_A9_E7_9A_84_E5_c122_484231.htm ??文侯凤梅 河北侯凤梅律师事务所??

随着我国加入WTO之后知识产权保护意识的进一步提高，对知识产权司法保护的加强已列入司法改革的议事日程。在专利的司法保护方面，在修改《刑法》时，增加了“假冒他人专利罪”（第216条），为利用刑事手段保护专利权开了先河，具有非常重要的意义。但是，现有的假冒他人专利罪的规定不能涵盖涉及专利的全部犯罪行为，规定本身也存在一些问题；从目前的法律法规、部门规章等规定看，在专利权的刑事司法保护上存在着法律冲突和立法疏漏的情况，导致在司法实践中无所适从，操作困难，亟需解决。

本文就此方面的问题提出了些粗浅的看法。??假冒他人专利罪及相关问题 一、假冒他人专利标记的行为是否构成“假冒他人专利罪” 假冒他人专利罪是指，行为人以获取非法利益为目的，违反国家专利管理法规，在法定有效期限内，假冒他人被授予的专利，侵犯他人专利利益，情节严重的行为。

《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：（一）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；（二）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的专利技术；（三）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；（四）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。从上述规定的字面解释，假冒的对象是他人专利号，并

不包括专利标记。有人认为，假冒他人专利标记亦为假冒专利，构成犯罪，同样应当受到刑罚处罚；也有人认为，不能对此作扩大解释，既然立法规定了假冒专利的行为只是使用他人专利号的行为，那么，只要未使用他人专利号，就不构成犯罪，而不论其是否使用了他人专利标记。笔者认为，根据罪刑法定原则，在现有的法律规定未作修改的情况下，不能将假冒专利的行为扩大到专利标记。根据2003年7月1日起施行的《专利标记和专利号标注方式的规定》，在产品或包装上除标明“中国某专利”和专利号外，标注者可以附加其它文字、图形标记。也就是说，专利标记既可以是文字，也可以是图形，或者两项兼有。而不论文字或图形，由于只是标注者自愿而为，并且该标记因没有注册要求并不能像注册商标标识一样受法律保护，而且该标记不如专利号指向性明确，对专利产品不具有唯一指向性，即假冒某图形或文字并不能必然得出就是假冒专利标记，很有可能该图形、文字使用在其他领域而不为我们所知。因此，对于假冒他人专利标记、情节严重的行为，目前不宜追究刑事责任。

二、关于在何种产品上假冒他人专利的问题。有人认为，假冒他人专利是在与他人专利产品类似的产品或者产品的包装上加上专利权人的专利号的行为。而《专利法实施细则》并无此要求，只规定是假冒者制造或者销售的产品或产品的包装。对此，应进行两种情况分析：第一种，假冒产品与专利产品并非同类产品。在此情况下，由于标注了专利号，容易使人误认为是专利产品。至于假冒产品不类似专利产品，并不妨碍假冒他人专利行为的成立。假冒产品与专利产品类似，只不过是更增加了欺骗性，更让人觉得这是他人专利产品。第二种，

假冒产品与专利产品类似。也分两种情况：其一，假冒产品与专利产品相比，缺少一至两项技术特征，假冒产品虽不构成民事侵权，但可能构成假冒他人专利；其二，假冒产品比专利产品多出一至两项技术特征，落入专利产品保护范围，既构成侵权，同时也构成假冒他人专利。??应在《刑法》中增加侵犯专利罪、冒充专利罪

一、《刑法》现行规定的缺陷

我国《刑法》对《专利法》第58条规定的假冒他人专利的行为设定了刑事处罚，新的《专利法实施细则》将假冒他人专利的行为明确定义为未经允许使用他人专利号或伪造、变造他人专利证书、文件。这样就明确了假冒他人专利罪的客观方面的表现，防止了对假冒他人专利行为的无限扩大解释。然而，在司法实践中，单纯的使用他人专利号或伪造、变造他人专利证书、文件的行为比侵犯他人专利权或冒充专利的行为少之又少，而刑法对《专利法》第57条规定的侵犯专利权、第59条规定的以非专利产品冒充专利产品的行为又未设定相应的刑事处罚。这样一来，从专利保护的角度来讲，社会危害性较大的行为由于在《刑法》中缺乏相应的规定，而无法对其进行处罚。这在我国知识产权保护手段、力度都较缺乏的情况下，很容易放纵违法行为。其次，有学者提出假冒专利罪的立法本意包括专利侵权、冒充专利、假冒他人专利等侵犯专利权的行为。实际上在新《刑法》出台之前，我国《专利法》两次修正案已均将这三种情况分列开了；从《刑法》条文的字面看，侵犯专利权及冒充专利的行为并不包含在假冒他人专利其中。由于上述三种行为均在《专利法》第七章“专利权的保护”之下，只对第58条假冒他人专利的行为规定可以追究刑事责任，不对其他两种行为追究刑事责

任，易造成立法上的不平衡。再次，从《刑法》的体系构架考虑，侵犯知识产权犯罪中只规定了侵犯著作权罪，并未规定侵犯专利权罪和侵犯商标权罪，也容易造成罪名的前后不一致、保护力度的不一致。增加侵犯专利权罪，对于专利权人能起到进一步的保护作用，同时亦能与侵犯著作权罪对应起来。

二、侵犯专利权罪 侵犯专利权罪指行为人未经许可制造、使用、销售、许诺销售、进口他人的专利产品，或者使用他人的专利方法以及使用、销售、许诺销售、进口依照该方法直接获得的产品，情节严重的行为。其客观方面表现为实施了《专利法》第11条规定的禁止性行为。另外，可以用司法解释的形式制定追究刑事责任的立案标准。

三、冒充专利罪 冒充专利罪是指下列以非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法，情节严重的行为：(一)制造或者销售标有专利标记的非专利产品；(二)专利权被宣告无效后，继续在制造或者销售的产品上标注专利标记；(三)在广告或者其他宣传材料中将非专利技术称为专利技术；(四)在合同中将非专利技术称为专利技术；(五)伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件。(根据《专利法实施细则》第85条的规定)

假冒他人专利犯罪与冒充专利犯罪的区别：假冒他人专利侧重于强调假冒“他人”专利即已经授予的专利；冒充专利则不存在此说，只是以非专利产品(方法)冒充专利产品(方法)。另外，冒充专利虽然在行为性质上与诈骗有相同之处，但其主要区别在于客体要件的不同，属“普通”与“特别”之分。

专利犯罪中先行政后刑事问题 审理假冒他人专利和侵犯专利权犯罪可能存在一个前置程序。由于法律是为保护合法权益而设立，判断某种行为是否构成假冒他

人专利罪、侵犯专利权涉及的首要问题是确认他人专利是否有效的问题。按照专利法律、法规的规定，专利的无效需要当事人向专利机关申请，由专利机关予以确认。而在当事人被采取刑事强制措施的情况下，客观上很难提出无效申请。又由于实用新型与外观设计专利不需要经实质审查即可授予，所以此两种专利并不能根据已授予专利就可确认肯定有效。如果刑事案件犯罪嫌疑人、被告人提出该专利无效，由司法机关自己审查确认该专利是否有效不现实，因专利案件专业性较强，并且有关法律、法规规定了申请专利无效的程序，所以，笔者认为在刑事案件审判前的侦查阶段，就应当首先启动申请专利无效程序，向犯罪嫌疑人告之该程序，其可以申请专利无效。如其行使该权利，只能待该程序结束后，再根据情况决定是否对其定罪量刑。因为如果经过专利机关确认被假冒或侵犯的专利无效，那么，就无法认定构成假冒他人专利犯罪和专利侵权罪，此属“对象不能犯”的情况。可见，该前置程序的设置之必要性。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com