

假冒专利罪疑难问题探讨 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__E5_81_87_E5_86_92_E4_B8_93_E5_c122_484439.htm 【关键词】假冒专利

超个人法益 罪数 立法完善 根据刑法第216条规定，假冒专利罪，是指自然人或者单位，违反专利管理法规，故意假冒他人专利，情节严重的行为。关于假冒专利罪的理解和适用，学界已经进行了较为深入的探讨，但在许多问题上仍然分歧严重。笔者不揣浅陋，拟在本文中就假冒专利罪的有关问题谈一些看法，以求教于理论和实务界同仁。 一、 假冒专利罪的法益及其解释功能 假冒专利罪所保护的法益是个人法益还是超个人法益，这在理论上虽没有争论之名，但有争论之实。个人法益说认为，本罪的法益是专利权人的专利权

。[1](P188)超个人法益说认为，本罪的法益是国家的专利管理制度和他人的专利权。[2](P450)[3](P654)笔者赞成超个人法益说，但不认为管理制度是法益。笔者倾向于认为，假冒专利罪的法益是与专利管理有关的公平竞争的市场经济秩序。从节罪名“侵犯知识产权罪”的名称来看，假冒专利罪的法益似乎是个人法益，即他人的专利权。但是，侵犯知识产权罪毕竟只是刑法典第三章破坏社会主义市场经济秩序罪的一节罪名，而社会主义市场经济秩序属于超个人法益，故我们可以得出结论：假冒专利罪的法益也是社会主义市场经济秩序，具体而言，是与专利管理有关的公平竞争的市场经济秩序。法益具有解释构成要件的功能，我们研究法益的目的就在于用之解释构成要件的内容。关于假冒专利行为在客观方面的表现形式，有所谓的一形式说和多形式说，一形式说

的观点比较一致，即均认为是未经专利权人许可，在非专利权产品或其包装上标注专利权人的专利号或专利标记，以自己的非专利产品假冒专利权人的专利产品。[4](P451)而多形式说则认为，除了上述一种形式外，还包括未经专利权人许可，为生产经营目的而非法制造、使用或者销售其专利产品或者使用其专利方法；以欺骗手段在专利局登记，骗取专利权。还有人列举了更多的形式。[5](P654)为平息上述一形式说与多形式说之间的纷争，2001年6月15日通过的《中华人民共和国专利法实施细则》（以下简称《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，使人将所涉技术误认为是他人的专利技术；（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。”实施细则出台后，权威学者也予以承认，[6](P655)似乎上述争议就因此得以平息。从实然的角度讲，确实没有必要再争论下去，但从应然或者说从完善立法的角度讲，不能说就没有必要讨论了。上述一形式说和多形式说争论的背后，其实源于对假冒专利罪的法益的认识不同。如果坚持个人法益说，上述一形式说是合理的。但如果坚持超个人法益说，则假冒并不存在的“他人”的专利，以及未获专利却谎称已获专利的行为，就可能也属于假冒专利的行为。因为这两种行为无疑都破坏了公平竞争的市场经济秩序。笔者赞成超个人法益说，因而认为这两种行为都属于假冒专利罪犯罪构成客观方面的行为

。此外，上述《实施细则》第84条的第4项，即“伪造或者他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件”属于假冒专利行为的规定，也有学者提出异议。认为，伪造变造他人的专利证书、专利文件，显然不是假冒他人专利的行为，而仅仅只是为假冒他人专利做准备的预备行为罢了。[7](P66-67)有学者甚至建议将该项规定修改为：“使用伪造、变造的他人的专利证书、专利文件。”[8]笔者同意上述两位学者的看法。其实，伪造、变造他人专利证书、专利文件的行为，以伪造、变造国家机关公文、证件、印章罪处罚即可，无需将这种行为作为假冒专利罪的实行行为予以规制。另外，关于假冒专利罪客观行为认定的一个不容回避的问题是，非法实施他人专利，即未经专利权人许可而为生产、经营目的实施他人专利的专利侵权行为，是否属于假冒他人专利的行为。在《实施细则》通过之前，曾有权威学者支持认为其属于假冒他人的专利的行为。[9](P674)从理论上讲，这种非法实施他人专利的行为，比《实施细则》所规定的所谓假冒他人专利的行为更多发，危害性往往也更大。但由于未经专利权人许可实施专利的行为被规定在1984年3月12日通过经过1992年9月4日和2000年8月25日修正的《中华人民共和国专利法》（以下简称专利法）第57条中，而该条并没有规定刑事责任。相反，假冒他人专利的行为却被规定在该《专利法》的第58条中，并规定了刑事责任。此外，由于假冒专利罪是行政犯，刑法第216条是空白罪状，通常来说，空白罪状的解释应该和相应的经济法、行政法规相协调。从这个意义上讲，将《专利法》第57条规定的非法实施他人专利的行为解释进该法第58条及刑法第216条的“假冒他人专利”之中，确实有点

牵强。因此可以这样说，从应然的角度讲，非法实施他人的专利的行为应予刑法规制，但从实然的角度，即现行立法规定来看，无法以假冒专利罪定罪处罚。

二、假冒专利罪的罪数问题

（一）行为人在生产、销售的伪劣商品上假冒他人的专利的处理 有观点认为，这种情形应当成立牵连犯，根据从一重罪处断原则定一罪。[10](P82)还有观点认为，上述情形属于吸收犯，应当按照“重行为吸收轻行为”的原则，以生产、销售伪劣产品罪定罪处罚。[11]笔者认为，上述情形下，行为人实施了生产销售伪劣商品和假冒专利两个行为，侵犯了两个法益，符合两个犯罪的犯罪构成，有什么理由不数罪并罚呢？无论只定哪一罪，都会遗漏对行为所侵犯的法益的刑法评价，故定一罪不妥，应当数罪并罚。

（二）行为人既假冒他人专利又假冒他人注册商标的性质认定 一种观点认为，如果行为人假冒的注册商标与假冒的专利，其权利人是同一的，应当按想象竞合犯的处理原则进行处罚，择一重罪定罪处罚。如果行为人假冒甲的注册商标同时又假冒乙的专利，则对行为人应以假冒注册商标罪和假冒专利罪实行数罪并罚。[12](P198)另一种观点认为，应依照数罪并罚的原则进行并罚。[13]笔者认为，即使是同一权利人，由于假冒注册商标罪与假冒专利罪的法益不同，行为人实施的也是假冒注册商标和假冒专利两个行为，因此符合两罪的犯罪构成，应当数罪并罚。

（三）销售或者购买假冒他人专利的产品的处理 在侵犯知识产权这一节罪名中，刑法在规定假冒注册商标罪的同时，规定了销售假冒注册商标的商品罪，在规定侵犯著作权罪的同时，也规定了销售侵权复制品罪，却没有在规定假冒专利罪的同时规定销售假冒专利的商品罪，那么出现

的问题是，若明知是假冒他人专利的商品而销售或者大量购买的，如何处理呢？笔者认为，立法者在规定假冒专利罪时肯定预料到了销售假冒专利的商品的行为，但由于认为假冒专利行为本身社会危害性不大，法定刑也不高，因而没有必要将假冒专利的下游行为一并予以刑法规制。结论是：销售者除和假冒他人专利者事前有通谋的以假冒专利罪的共犯予以定罪处罚外，应不作为犯罪处理。销售者尚且不作为犯罪处理，购买假冒他人专利的商品的行为就更没有必要予以刑法规制了。问题是，明知是假冒他人专利的商品而销售或者大量购买的，能否构成销售赃物或者收购赃物罪呢？这倒是一个很值得研究的问题。笔者认为，假冒他人专利而形成的商品，不属于犯罪所得的赃物，如盗窃所得的赃物，而属于外国刑法理论称之为的“犯罪行为所生之物”，[14](402)故也不应构成销售赃物或者收购赃物的赃物犯罪。

三、假冒专利罪的立法完善

近年来，为适应加入WTO的要求和履行TRIPS有关规定，我国不断加大知识产权保护的力度。从总体上看，当前我国在知识产权的立法方面已经基本符合TRIPS的要求。但是还应看到，我国对知识产权的刑法保护仍然存在一些立法漏洞和不足之处，就专利的刑法保护而言，有以下问题值得探讨：

（一）改变专利权刑法保护的立法模式

当前各国关于专利刑法保护的立法模式，主要分为集中型（或称法典型或单轨制）和散在型（或称分散型或双轨制）两种，划分的标准在于法律以何种方式对专利犯罪进行规定，是将其统一规定在专门的刑法典中，还是同时将其分散规定在单行的专利法或其他法律中。从整体上，集中型立法模式可以保持刑法的整体性，强化专利刑法规范的权威性和威慑力

，便于司法人员的适用，但弊端在于：集中型立法模式过于僵硬，不能适时反映专利保护变化的现实要求，亦不能针对专利保护的特点进行针对性立法。散在型立法模式的优点在于：能够根据专利保护的特点进行针对性立法，能够根据专利保护的时代变化的要求适时地进行调整。缺陷在于：专利保护的刑法规范的权威性和威慑力不如集中型立法模式，在一定程度上也不便于司法适用。通过对集中型和散在型立法模式各自利弊的分析，笔者认为，可以考虑将两种立法模式相结合，即在刑法中这样规定：违反专利管理法规，情节严重的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。至于何谓专利犯罪构成的客观行为，则完全委之于专利法的规定。如我们可以在现行专利法的第57、58、59条规定专利违法行为的民事、行政责任的同时，规定情节严重构成犯罪的，依法追究刑事责任。这样就可以根据专利保护的现实需要，适时地修改专利法，以填充专利犯罪构成的客观方面的内容。现行通过《实施细则》对假冒专利罪客观行为予以解释的形式，由于其不能突破专利法和刑法的规定而显得力不从心，故理想的做法是适时修改专利法，结合刑法的空白罪状，来界定专利犯罪构成的客观方面的内容。（二）亲告罪的设置不可否认，专利犯罪行为，大多数情况下受到直接侵害的是个人的专利权，因此，我们可以考虑参照国外及台湾的立法例，将主要侵害的是个人专利权的案件的告诉权完全交给被害人自主决定行使，以有助于对被害人专利权益的保护。尽管最高人民法院《关于执行若干问题的解释》第1条第2项规定，对于侵犯知识产权案（刑法分则第三章第七节规

定的，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外），如果人民检察院没有提起公诉，被害人有证据证明的，可以提起自诉。但不可否认，这种规定仍然对被害人的追诉自主权进行了限制，即只有在人民检察院没有提起公诉时，被害人才能提起自诉，或者说，人民检察院有强制起诉权，哪怕被害人不愿启动刑事诉讼程序。因此说，现行法律规定包括司法解释，对被害人起诉自主权的尊重是不彻底的。【参考文献】

[1]聂洪勇.知识产权的刑法保护[M].北京：中国方正出版社,2000. [2]高铭暄、马克昌主编.刑法学[M].北京：北京大学出版社、高等教育出版社,2000. [3]张明楷.刑法学（第二版）[M].北京：法律出版社,2003. [4]高铭暄、马克昌主编.刑法学[M].北京：北京大学出版社、高等教育出版社,2000. [5]张明楷.刑法学（第二版）[M].北京：法律出版社,2003. [6]张明楷.刑法学（第二版）[M].北京：法律出版社,2003. [7]党建军主编.侵犯知识产权罪[M].北京：中国人民公安大学出版社,2003. [8]安斌.假冒专利罪客观行为特征的理解及其司法认定[J].中国刑事法杂志,2004(1) [9]赵秉志主编.新刑法全书[M].北京：中国人民公安大学出版社,1997. [10]党建军主编.侵犯知识产权罪[M].北京：中国人民公安大学出版社,2003. [11]安斌.假冒专利罪客观行为特征的理解及其司法认定[J].中国刑事法杂志,2004(1) [12]肖中华.侵犯知识产权罪认定若干问题研究[M].经济刑法（1）上海：上海人民出版社,2003. [13]安斌.假冒专利罪客观行为特征的理解及其司法认定[J].中国刑事法杂志,2004(1) [14]张明楷.外国刑法纲要[M].北京：清华大学出版社,1999. 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