

假冒他人专利罪实证研究

石 圣 科

(西南政法大学 民商法学院, 重庆 400031)

摘要:在宏观层面上,文章阐述假冒他人专利罪的认定问题后,在整个专利法体系下,对假冒他人专利行为进行深入剖析,明确非法实施专利行为、假冒他人专利行为、冒充专利行为的具体内涵;在微观层面上,文章分析假冒他人专利罪的准确适用。最后,论述了行为人为“假冒他人专利行为”后专利被宣告无效的法律后果,宣示了刑事诉讼中专利无效宣告程序的法律价值,并具体论述了刑事诉讼中与专利无效宣告程序的衔接处理问题。

关键词:专利法;假冒他人专利行为;假冒他人专利罪;冒充专利行为;专利宣告无效

中图分类号:DF623;DF523.2 **文献标志码:**A **文章编号:**1000-5315(2010)03-0015-06

国内学者大都根据刑法的一般理论对知识产权犯罪进行论述,而不是将知识产权犯罪的研究纳入到知识产权法,特别是知识产权民事法律的框架下进行论述,从而与知识产权法的一般内容相脱离,造成对侵犯知识产权犯罪各方面内容的理解有所偏差或存在不足,已经并还将可能在司法实践中造成侵犯知识产权罪的错误适用。本文拟通过专门对《刑法》第二百一十六条规定的假冒他人专利罪的个罪实证研究,为侵犯知识产权罪的法律解释与适用提出并践行一种新的法律方法。

一 假冒他人专利罪的犯罪构成

我国刑法学传统上把犯罪构成分为四个方面的要件,即犯罪客体、犯罪的客观方面、犯罪主体、犯罪的主观方面^{[1]387}。根据刑法理论,故意犯罪可能存在犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止和犯罪即遂等犯罪形态,前三者属于犯罪的未完成形态,后者为犯罪的完成形态。

(一)假冒他人专利罪(完成形态)的构成要件

综合我国刑法总则有关规定和分则之第二百一十六条规定,假冒他人专利罪的犯罪构成要件分述如下。

1. 犯罪客体。犯罪客体是指犯罪行为侵犯的而为我国刑法所保护的社会关系。对侵犯他人专利罪的犯罪客体,学者之间的争议比较大,存在以下几种观点:多数学者认为,本罪的客体是国家的专利管理制度和他人的专利权益^①;另有学者认为本罪的客体是国家的专利管理制度,有极少数学者认为本罪的客体是专利权,还有学者认为本罪的客体是国家的专利制度和专利权人的商誉^[2]。笔者认为,假冒他人专利行为违反了专利管理制度,以非专利产品假冒他人专利,向公众传达虚假信息,侵犯了公众利益,且其在客观上必然标注或提到他人专利的专利号或专利证书等,侵犯了专利权人根据《中华人民共和国专利法》(2008年12月27日修正,以下简称《专利法》)第十五条规定的权利。同时,在专利权人因该专利获得了实在的商业信誉的情况下,以非专利产品假冒他人专利时也可能损害专利权人的商业信誉。笔者赞同多数人的观点,认为本罪的客体是复合客体,即国家的专利管理制度和专利标识权,但应当注意的是并非侵害其中客体之一就构成犯罪,也不能将这两种客体简单相加。因为非法实施他人专利行为很多时候造成的损害后果比侵犯专利标识

收稿日期:2009-12-25

作者简介:石圣科(1976—),男,浙江平阳人,博士研究生。

权的后果要严重得多,而刑法并不将非法实施他人专利规定为犯罪,可见,虽然专利标识权是本罪的客体,但其并非是规定本罪的主要原因。假冒他人专利之所以被规定为犯罪,是因为行为人冒用专利标识,向公众传达了其产品是技术先进产品或外观新颖产品——这是冒用专利产品的特性之虚假信息,同时由于其指出了他人有效存在的专利号,致使公众陷入了严重的错误认识,极大地损害了公众的利益。而在冒充专利情形,由于所冒充的专利是不存在的,容易被公众识破,对公众利益的损害要小一些。这就是虽然冒充专利行为与假冒他人专利行为同样都侵害了国家的专利管理制度,但是冒充专利行为没有规定为刑事犯罪的原因。其他观点都或多或少存在一些问题:仅将专利权作为本罪客体的观点,容易将一般的专利侵权行为错定为假冒他人专利罪,而且与本罪在刑法体系中属于破坏社会主义市场经济秩序罪这一客观情况不符,因而不足取;仅将国家的专利管理制度作为本罪的客体,无法解释为何假冒专利行为不作为犯罪处理;而将专利权人的商誉作为本罪的客体,一方面可能与发明人应享有的表明发明人身份之荣誉权相混淆,另一方面在专利权人根本没有实施专利的情况下难以说存在什么商誉。

2. 本罪的客观方面表现为行为人实施了假冒他人专利的行为,且情节严重。假冒他人专利行为的界定需要较大的篇幅,笔者拟在后文详细论述。所谓“情节严重”,根据2004年12月颁布的《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》(以下简称《解释》)第四条规定,本罪所称的“情节严重”是指:(一)非法经营数额在二十万元以上或者违法所得数额在十万元以上的;(二)给专利权人造成直接经济损失五十万元以上的;(三)假冒两项以上他人专利,非法经营数额在十万元以上或者违法所得数额在五万元以上的;(四)其他情节严重的情形。

3. 本罪的主观方面是故意。所谓假冒,就是冒充^{[3]609}。冒充是指假的充当真的^{[3]858}。假冒他人专利的行为指行为人明知他人专利存在,并且希望其行为能够达到以假充真的效果。如果行为人仅知道其标示的专利号或专利证书可能存在而放任自己的假冒行为,则其主观上只能构成假冒(冒充)专利的直接故意,而不应当认为构成假冒他人专利的间接

故意,否则专利法上既规定冒充专利行为和假冒他人专利行为就失去了实际意义。可见,假冒他人专利的主观方面只能是直接故意。

4. 本罪的主体是一般主体。除具有刑事责任能力的自然人外,根据《刑法》第二百二十条规定,单位也可以成为本罪的主体。

(二)假冒他人专利罪的未完成形态

根据刑法理论,故意犯罪可能存在犯罪预备、犯罪未遂、犯罪即遂和犯罪中止等犯罪形态,构成假冒他人专利罪也同样存在这四种形态,本文不予赘述。

二 假冒他人专利行为与其他专利相关违法行为

实践中,特别是在刑事司法和研究实践中,有相当一部分人对非法实施专利行为、假冒他人专利行为和冒充专利行为之间存在一定程度的混淆认识,得出了一些值得商榷的说法和裁判结论。笔者根据《专利法》、《专利法实施细则》之规定,对这三种专利违法行为作如下界定,以期提供一种有价值的参考意见。

(一)非法实施专利行为。根据专利法规定,实施专利的行为,就产品发明专利和实用新型专利而言,是指为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口专利产品;就方法发明专利而言,是指为生产经营目的使用专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照专利方法直接获得的产品;就外观设计专利而言,是指为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口外观设计专利产品。可见,专利法中所指实施与一般意义上实施的含义有很大区别,它不仅仅包括对专利本身之技术方案或外观设计的执行——即制造行为、使用专利方法行为,还包括对专利产品的销售、许诺销售、进口等行为,是对实施一词之通常意义的扩张;但是,专利法又规定这种实施行为的目的必须是为了生产经营,是对实施一词之通常意义的限缩。所谓“非法”,根据《专利法》第十一条规定,是指未经专利权人许可,也未按《专利法》第十四条关于专利推广应用或《专利法》第六章关于专利实施的强制许可等规定取得专利实施权而实施的非正当专利权行为。

(二)假冒他人专利行为。我国专利法历经多次修订,但一直未对何为假冒他人专利行为作出明确的规定。关于假冒他人专利的规定最早出现在1984年颁布的《专利法》中,该法第六十三条第一款

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,对直接责任人员比照刑法第一百二十七条的规定追究刑事责任^⑤。我国1979年刑法并未规定假冒他人专利罪,假冒他人专利罪是《专利法》规定的犯罪,1997年刑法只是在《专利法》原规定的基础上重新设定了假冒他人专利罪及其法定刑^{[4]435}。

就1984年《专利法》第六十三条的立法技术而言,它是将假冒他人专利行为依照第六十条关于非法实施他人专利的处理方式进行处理,而不是将非法实施他人专利作为假冒他人专利处理;但是,在1997年新刑法颁布后,恰恰有不少刑法论著在理解上存在偏差,将非法实施他人专利的行为解释为假冒他人专利行为的类型之一^{[5]196}。其实,从我国1997年《刑法》的有关立法材料来看,非法实施他人专利之行为不属于假冒他人专利行为,这一点应当是比较明确的。在现行刑法修订过程中,与专利相关的犯罪曾出现过以下罪名:(1)非法实施他人专利罪;(2)假冒他人专利罪;(3)冒充专利罪;(4)伪造、擅自制造专利标识或者销售伪造、擅自制造的专利标识罪;(5)销售明知是冒充专利的产品罪;(6)故意销售冒充他人专利的产品罪。但现行刑法最终通过时,仅保留了假冒他人专利罪的内容^⑥,即现行刑法第二百一十六条规定的罪状。与刑法学界的情况不同,研究知识产权法的绝大多数学者都认为非法实施他人专利不属于假冒他人专利罪^{[5]198}。

为澄清非法实施他人专利行为和假冒他人专利行为之间的关系,《专利法实施细则》(以下简称《细则》),对何谓假冒他人专利行为与冒充专利行为作了规定^{[6]248}。《解释》对假冒他人专利行为作出了与《细则》完全一致的解释。这是对知识产权行政法规在刑事司法领域法律适用的一种肯定,有力地印证了笔者关于侵犯知识产权罪的法律适用应纳入整个知识产权法体系来进行的实证主义法律解释方法之主张。《解释》(以及此前的《细则》)虽然澄清了此前司法实践中与专利法体系的刑事法律适用不恰当的问题,但《解释》对假冒专利犯罪,尤其是对整个侵犯知识产权犯罪的法律适用中存在的问题并没有全盘解决,如犯罪嫌疑人假冒他人专利行为是否已经完成,以及笔者提出的假冒专利罪刑事诉讼中进行的专利无效宣告问题等等。

另需注意的问题有两个方面。一是行为人所制

造、销售或宣传的产品必须是与被假冒专利相同或者类似的产品。如果这里的产品与专利产品不相同也不相类似,那么行为人主观上的意图就不是为了假冒他人专利。因为,一方面,凡知道该专利或其专利号的人一般都知道这一专利属于何种技术领域或是何种产品,假冒他人专利行为人实际上也知道不可能达到假冒他人专利的目的;另一方面,对不知道该专利或其专利号的人而言,标注他人专利号与标注从来不存在的专利号的效果是一样的,假冒他人专利行为人主观上也是清楚这一点的。所以,在行为人所制造、销售或宣传的产品与被假冒专利既不相同也不类似的情况下,就假冒他人专利罪而言,行为人缺乏主观上的犯罪故意,不能构成假冒他人专利罪。二是行为人制造、销售或者宣传的产品必须不是专利产品。如果行为人的产品具有其所标注的专利号项下专利权利要求中的全部技术特征或确实是依照该专利方法制造或与该专利外观设计一致,即该产品落入该专利权的保护范围,则行为人生产的确实是专利产品,那么行为人的行为在客观上并没有欺骗消费者,即使行为人制造的专利产品的质量比专利权人自己制造的专利产品的质量低劣。即这种行为虽然侵害了本罪复合客体中的专利标识权,但没有侵害国家专利管理制度所保护的公众利益这一犯罪客体,因而不能构成假冒他人专利罪。

(三)冒充专利行为。由于专利法一开始就将冒充专利行为与假冒他人专利行为作了并列规定,且不存在易导致混淆的引用其他条文的情形和刑事处罚的规定,因此不管是刑法学领域还是知识产权法领域,学者们对假冒专利行为的认识还是比较一致的。《细则》第八十五条对冒充专利的行为也作了详细的规定,结合上文关于假冒他人专利行为的论述以及《细则》第八十四条的规定,可以确定假冒他人专利与冒充专利都是以非专利产品(或方法)指称专利产品(或方法),两者的区别在于:前者要求被指称的专利必须是合法有效的专利;后者可能不存在合法有效的专利,也可能被指称的专利与行为人制造、销售或宣传的产品无关。认识到这一点,从法律实证主义的方法来看,专利无效宣告程序的应用价值极大。

三 侵犯他人专利犯罪在刑事诉讼中的专利无效宣告程序

(一)刑事诉讼中提起专利无效宣告程序的理论

基础

我国专利法规定,自国务院专利行政部门公告授予专利权之日起,任何单位或者个人认为该专利权的授予不符合专利法有关规定的,可以请求专利复审委员会宣告该专利权无效。宣告专利权无效的决定一旦作出,根据《专利法》第四十七条规定,被宣告无效的专利权视为自始即不存在。而假冒他人专利罪是以他人专利合法有效存在为前提,如果专利被宣告无效,假冒被宣告无效的专利的行为人则不构成假冒他人专利罪,因此专利无效宣告程序在假冒他人专利罪的刑事诉讼过程中极具重要性。这里可能会有人提出,假冒他人专利的行为人在假冒他人专利行为时主观上具有假冒他人专利的故意,而且在假冒时,该专利已获得了公告授权,依据《专利法》第三十九条和第四十条规定,发明专利和实用新型专利、外观设计专利的专利权自公告之日起生效,故行为人当时存在假冒行为。笔者认为,这种观点从法律实证主义的立场来看是不成立的,理由如下。

1. 经公告授权、但又被宣告为无效的专利在本质上不存在专利权

我国专利法中就专利授权与专利审查的关系来说存在两种审查授权制度,一是审查前置制度,二是先行授权制度。专利审查,广义来说是指对专利申请程序条件的形式审查和专利授权实质条件的审查,狭义来说是指专利授权的实质条件审查。根据中国国家知识产权局制定的《专利审查指南》之规定,实用新型专利申请与外观设计专利的初步审查范围是《专利法》与《细则》规定的程序条件以及明显属于《专利法》第五条、第二十五条规定的不授予专利权的实质条件^④。本文所称的审查前置,指的是对专利授权实质条件的审查,也就是知识产权(法)学界所称的根据外文“Patentability”翻译而来的“专利性”条件。根据以上分类,我国专利法就发明专利而言实行的是审查前置制度,而对实用新型专利和外观设计专利仅进行初步审查,实行的是先行授权制度。实用新型专利、外观设计专利由于授予专利权时仅进行初步审查而不进行专利性审查,实际上实行的是一种专利性推定制度,是将所有符合专利形式要求的实用新型或外观设计均假定具有专利性,但作为一种平衡专利法,又允许对这种推定进行事后证伪,故此实用新型专利与外观设计专利的权利稳定性相对发明专利而言较差,授权后被宣

告无效的比例很大。即使是发明专利,其授权虽经实质审查,但由于专利局的授权决定受专利复审委员会以及司法审查的约束,事实上也有不少的发明专利在授权后被宣告无效。不管是根据专利性推定的先行授权制度取得专利权,还是经过了专利申请实质审查取得专利权,从本质上说,其之所以最终被宣告无效,是因为这些专利事实上不符合法律关于专利性的规定,本来就不应该取得专利权。所以,专利无效是自始无效,此时的假冒他人专利行为属于对象不存在,而不是对象不能犯。因此,不能因为假冒他人专利行为人在实施假冒行为时该专利尚未被宣告无效而认定假冒行为成立。

2. 法律规定专利被宣告无效的,专利权视为自始不存在

《专利法》第四十七条第一款规定,被宣告无效的专利,其专利权视为自始即不存在。依《专利法》条文的关系来看,被宣告无效的专利权视为自始不存在的条款后于专利权自公告之日起生效之条款,根据在后规定优于在先规定的原则,法律已经明确了这种专利权自始就是不存在的,只是为了稳定法律关系起见,才使用了“视为”二字,以保留宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的专利侵权的判决、裁定等的效力。因此,在民事侵权诉讼中,被告提起宣告专利无效的,法律规定诉讼可以中止,可见即使在民事诉讼中也倾向于尽量将无效专利作为绝对无效处理。那么为了保障刑事诉讼中犯罪嫌疑人不因无效专利而受刑事制裁,从法律实证主义立场来看,也应当在考量整个专利法律制度的情况下尽量将无效专利认定为绝对无效。

综上所述,由于被宣告为无效的专利自始不存在,假冒他人专利犯罪嫌疑人在刑事诉讼中提起的专利无效程序将影响罪与非罪的认定。虽然假冒他人专利犯罪嫌疑人在行为当时有欺骗公众之虞,但由于客观上被宣告无效的专利不能合法有效地存在,犯罪嫌疑人的行为变成了以非专利产品或非专利方法冒充专利产品或专利方法的行为,其效果与冒充专利的性质相同,而法律明确规定了冒充专利行为不作为刑事犯罪处理——不管这种规定在规范法学派学者眼里是如何的不合理,笔者还是认为,刑事法律的解释者与适用者在认定假冒他人专利罪的时候,应当以一种法律实证主义的态度,将事后专利被宣告无效的情况排除在假冒他人专利罪的范围之

外。同时,为了保障人权,在刑事诉讼程序中司法机关应当告知犯罪嫌疑人有权提起专利无效宣告程序,在犯罪嫌疑人提起专利无效宣告后,应当待无效宣告程序结束后再继续进行刑事诉讼。

(二)无效宣告程序在假冒他人专利犯罪的刑事诉讼程序具体适用

在民事诉讼中,法律对当事人提起无效宣告的处理程序有明确的规定,但是在刑事诉讼程序中,犯罪嫌疑人依据专利法提起专利无效宣告程序司法机关应当如何处理,法律尚没有明确的规定。笔者认为,在最高人民检察院和最高人民法院对此作出明确的司法解释之前,各刑事诉讼阶段的司法机关应当以《刑事诉讼法》为依据采取相应的措施。

1. 案件侦查阶段

(1)公安机关的义务。在侦查阶段,依照法律规定,公安机关既要收集犯罪嫌疑人有罪证据,也要收集犯罪嫌疑人无罪证据。如果专利被宣告无效,则该证据对犯罪嫌疑人有利,但是要求公安机关对每一个假冒他人专利罪均提起专利无效宣告程序,显然不甚合理。作为假冒他人专利罪的犯罪嫌疑人,既然在先已经非法使用他人专利号,并以非专利产品假冒专利产品,其对该专利比较熟悉,而且作为犯罪嫌疑人有宣告专利无效的积极性。但是,并不是每个犯罪嫌疑人知道专利法上有宣告专利无效的程序,因此公安机关在侦查阶段,应当告知犯罪嫌疑人有向专利复审委员会提起宣告专利无效程序的权利。对于涉案专利明显属于无效专利的,公安机关也可以自行向专利复审委员会提起宣告专利无效程序。

(2)可以不经专利无效宣告的情形。考虑到诉讼效率原则,笔者认为,对于以下两种情况,公安机关在取得相关证据的情况下,在刑事诉讼中可以不经专利无效宣告程序:(1)已经经过专利复审委员会审查维持专利权的发明专利,因为此时的发明专利经过了两次审查,从诉讼效率角度考虑,可以不再启动专利无效宣告程序;(2)由犯罪嫌疑人提起、并已经过专利复审委员会审查维持专利权的实用新型专利或外观设计专利,除非有证据表明该实用新型或外观设计专利在再次提起的无效宣告程序中明显会

被宣告无效。犯罪嫌疑人此前作为涉案专利的无效宣告程序的申请人,应当尽其全力寻找该专利无效的据。既然该专利经过无效宣告程序而被维持有效,在刑事诉讼中再次允许犯罪嫌疑人提起宣告专利无效,则明显违背诉讼效力原则。

(3)无效宣告程序与刑事诉讼程序在时限上的关系。由于宣告专利无效程序没有法定的时间限制,且在该行政程序结果出来后,还可能存在行政诉讼程序,故而刑事诉讼中采取强制措施的,可能存在超期限的问题。实践中,由于公安机关在办理刑事案件中,基本上都会采取取保候审、逮捕等强制措施,而对采取了这些强制措施的案件都有期限上的规定,给人造成所有刑事案件均有侦查期限的错觉。而实际上,我国刑事诉讼法仅规定采取了强制措施的期限,不存在案件侦查期限。因此,在专利无效宣告程序过程中,公安机关仅须注意强制措施的期限,而不存在如民事诉讼中的诉讼中止和超审限问题。

2. 公诉审查阶段。人民检察院在审查案件的时候,必须查明犯罪事实是否清楚,证据是否确实、充分等内容。对于公安机关在侦查过程中既未提起专利无效宣告又未告知犯罪嫌疑人有权提起专利无效宣告程序的,应当以犯罪事实情节不清、证据不足为由,退回公安机关补充侦查。

3. 法院审判阶段。人民法院在审理假冒他人专利罪案件中,发现公安机关在侦查过程中既未提起专利无效宣告又未告知犯罪嫌疑人有权提起专利无效宣告程序的,应当以犯罪事实不清、证据不足为由,判决无罪。

我国刑法所规定的假冒他人专利罪是否适当以及是否应当在假冒他人专利罪之外另设置其他类别的专利相关犯罪等,都属于专利相关犯罪规范研究的对象,不属于本文讨论的范围。也许我国刑法中假冒他人专利罪的价值值得探讨,但从贯彻“罪刑法定”之理念来说,本文以实在法为根据界定假冒他人专利罪的适用范围,并提出刑事诉讼中专利无效宣告程序的适用问题,用以完善专利法和刑法的衔接,实现法律的科学合理。

注释:

①参见赵长青主编《新编刑法学》,西南师范大学出版社1997年版;姜伟主编《知识产权刑事保护研究》,法律出版社2004年

版;赵秉志主编《侵犯知识产权罪疑难问题司法对策》,吉林人民出版社 2000 年版;杜国强、廖梅、王明星著《侵犯知识产权罪比较研究》,中国人民公安大学出版社 2005 年版;曾芳文、段启俊著《个罪法定情节研究与适用》,人民法院出版社 2002 年版;陈志军著《假冒专利罪之罪与非罪及与相关犯罪界限的认定》,载于赵秉志主编《中国刑法案例与学理研究》第三卷,法律出版社 2004 年版。

②指 1979 年《刑法》,其第一百二十七条规定“违反商标管理法规,工商企业假冒其他企业已经注册的商标的,对直接责任人员,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金”。

③姜伟主编《知识产权刑事保护研究》,法律出版社 2004 年版,第 147、148 页。详细情况可参见高铭暄、赵秉志主编《新中国刑法立法文献资料总览》一书,中国人民公安大学出版社 1999 年版。

④参见《专利审查指南》第一部分第二章、第三章关于初步审查范围的内容。

参考文献:

- [1]马克昌. 犯罪通论[M]. 武汉:武汉大学出版社,1991.
- [2]周详,邴长策. 专利犯罪研究[C]//唐广良. 知识产权研究:第十一卷. 北京:中国方正出版社,2001.
- [3]中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典(2002 年增补本)[K]. 北京:商务印书馆,2003.
- [4]肖扬. 中国新刑法学[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1997.
- [5]聂洪勇. 知识产权的刑法保护[M]. 北京:中国方正出版社,2000.
- [6]史敏,张建华. 中华人民共和国专利法实施细则释义[M]. 北京:法律出版社,2002.

A Positivist Study of Patent-counterfeiting Crime

SHI Sheng-ke

(Civil and Commercial Law School, Southwest University of
Political Science and Law, Chongqing 400031, China)

Abstract: Based on an interpretation of the identifying issues of patent-counterfeiting crime and an analysis of patent-counterfeiting practice within the whole patent law system, the article clarifies the concrete intension of illegal patent implementation, counterfeit of other's patent and patent fabrication, then analyses the accurate application of patent-counterfeiting crime and finally discusses the legal outcome of the declaration of counterfeited-patent nullification after "patent-counterfeiting practice" judgment, shows the legal value of the nullification declaration procedure in the criminal action, and expounds the connection of the nullification daclaration procedure in the criminal action.

Key words: patent law; counterfeit of other's patent; patent-counterfeiting crime; patent fabrication; declaration of of counterfeited-patent nullification

[责任编辑:苏雪梅]