

# 假冒专利罪中“假冒”行为的解释

魏宏达

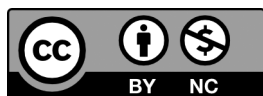
上海政法学院，上海

**摘 要** | 假冒专利罪自1997年《刑法》颁行生效以来，该罪名的定罪量刑数量与飞速发展的专利申请数量完全不成比例。2008年《专利法》的修改将“假冒他人专利”修改为“假冒专利”使得作为《刑法》前置法的概念发生了变化，导致了“法域的冲突”，进而使得假冒专利罪的司法适用变得更加模糊，这将严重阻碍我国专利制度的发展，进而影响到整个社会的经济发展。本文以“专利标示制度安全”作为基础，将假冒专利罪中的“假冒”行为进行解释，为实务中该罪的适用提出有意义的建议。

**关键词** | 专利标示；假冒行为；冒充行为

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/). <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



## 1 假冒专利罪的司法适用困境

假冒专利罪自1997年《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第二百一十六条正式颁布以来，司法适用中并不常见。根据中国裁判文书网的裁判文书显示，截至2022年6月，有关假冒专利罪的裁判文书共计14篇，北大法宝司法案例5篇，无讼1篇，法信5篇，威科先行21篇，去掉重复的案例，一共检索到案例共计18篇。根据学者统计，专利申请量在全国名列前茅的城市

作者简介：魏宏达，上海政法学院，研究方向：刑事司法方向。

文章引用：魏宏达. 假冒专利罪中“假冒”行为的解释[J]. 社会科学进展, 2023, 5(5): 347-362.

<https://doi.org/10.35534/pss.0505033>

深圳市在近 10 年来都未办理过一件假冒专利罪的案件。<sup>[5]</sup>从 1997 年《刑法》规定本罪至今已有 25 年,但是实务中却很少发现对于本罪的认定,而近年来我国专利申请数量一直在不断飙升,关于假冒专利罪的案件却依旧少得可怜,这其中的矛盾可见一斑。

对于此矛盾,学界和实务界已经给予了大量的关注,不过大多数都是从立法论的角度去观察问题、提出见解。目前已经获得了显著的成果,这些成果的主要代表有:(1)因立法的不明确导致司法适用存在相当的争议,应当从立法的角度考虑问题,通过完善立法将冒充专利的行为纳入刑法的规范当中。<sup>[5]</sup>

(2)有学者认为应当设立“非法实施专利罪”来保护专利权。<sup>[6]</sup>(3)还有学者认为我国目前刑法制裁手段打击危害专利权制度的犯罪行为范围已经扩大到与美国等发达国家的范围相当了,目前亟待解决的问题是制裁不够严厉,应当将专利侵权行为犯罪化。<sup>[7]</sup>对于立法论的讨论已经有很多学者取得了显著的成果,对于推动该罪的规制机能具有十分重要的借鉴意义。但是作为最后一道保障的刑法,本身应当具有稳定性,不能随意修改,否则会导致法律缺乏稳定性,降低刑法的权威。因此,在法律存在可以进一步解释的情况之下,对法律做出合理的解释比重新立法更加切实可行。2004 年最高人民法院、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《知识产权刑事解释》)的规定中可以概括出,“假冒他人专利”可以概括为“专利文书假冒”和“专利号假冒”。但是,在《专利法》修订以后,“假冒他人专利”已经修改为“假冒专利”。作为本罪的前置法,《专利法》的修改与现有的刑法之间关于本罪的规定产生了“法域冲突”,因此,相应的《刑法》中的“假冒他人专利”已经成为《专利法》中“假冒专利”的下位概念,这就使得作为行为方式的“假冒”和作为行为对象的“他人专利”需要进行重新解释,本文由于篇幅所限,将以“假冒”行为作为本文解释的重点。

## 2 造成司法适用困境的原因

近几十年来我国经济的飞速发展取得了举世瞩目的成就,经济的快速发展也使得我国的专利申请数量呈现出飞速上涨的状况。按照通常的规律来看,

与专利权相关的纠纷也一定会呈现爆炸性地增长,但是如前所述,目前我国对于侵犯专利权的案件定罪数量与不断增长的专利申请数量相比简直小到可以忽略不计,侵犯专利权定罪的数量在司法实践中应用得较少,可能存在以下几个原因。

## 2.1 空白罪状规定的模糊性造成了法律解释的困难

我国《刑法》第二百一十六条规定了假冒专利罪<sup>①</sup>,但是该罪状为空白罪状,因此该罪必须结合《专利法》才能明确其犯罪行为以及对象等重要的构成要件。但是,自 2008 年《专利法》修改后,包括其后面 2020 年《专利法》的修正,以及 2010 年颁布的《专利法实施细则》,都未对刑法中的假冒他人专利做出明确的解释。此外,《专利法》和《专利法实施细则》分别属于行政法和行政法规,并不属于刑法范畴。因此,对于刑法中假冒专利罪的假冒他人专利行为的认定无法直接适用。目前司法实践中可以直接适用的仅为 2010 年最高检、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》第七十二条和 2004 年最高法、最高检《知识产权刑事解释》第十条。由于专利本身并不只是两部法律就可以完全解决所有问题的,专利本身涉及大量的专业知识,非专业领域的人在短时间内也很难掌握,而且假冒行为与侵犯专利权两者之间又存在大量的相似和交叉部分,这就导致了在司法实践中出现了理解上的偏差。法律规定的模糊再加上司法手段侦查过于困难,最终便使得该罪的使用数量减少,也就造成了目前的司法困境。

## 2.2 科技的发展与刑法稳定性的矛盾

如前文所述,自改革开放以来,四十多年的时间里,我国科技领域的发展蒸蒸日上,科学技术的发展带来的不仅是专利申请数量的猛涨,同时也带来专利侵权纠纷事件的频发。我国于 1984 年颁布实施《专利法》并且在 1992 年、2000 年、2008 年、2020 年共计进行四次修正,每一次修正都是在

---

<sup>①</sup> 《刑法》第216条规定:假冒他人专利,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。

不断加强对于专利权的保护。专利法虽然有过四次修正,但是《刑法》对于假冒专利罪自 1997 年规定以来一直都没有作出修改。尽管刑法已经出台了十一个修正案,但是对于假冒专利罪始终还是最初的规定。这其中当然有法律的稳定性的要求。但是随着社会经济科学技术的发展,社会上的变化纷繁复杂,加之法律本身的局限性,因此法律规定会存在疏漏和滞后。可是刑法本身的规定是抽象的,概括的,因此便会留下很多可以解释的空间。也正是因为法律必须被解释才能够适用,所以合理的解释是十分必要的,既照顾到了刑法的抽象和滞后性,又给不断发展的社会留下了发展的空间。因此,为了保持刑法的稳定性,面对科学技术的发展,我们必须穷尽一切的合理的解释,只有在已经没有任何可以解释的空间的时候,我们才能考虑如何去对现有的法律进行修改。

## 2.3 发达的国际知识产权压力与脆弱的国内知识产权保护

众所周知的事实是专利权是有国界的,长期以来,发达国家都是借助其高度发达的专利制度来维护其在世界经济发展的主导地位,意图将发展中国家的科学技术发展扼杀在萌芽中,从而控制广大发展中国家的经济命脉。这样的做法对于广大发展中国家来说影响巨大,但是对于发达国家而言,专利技术的存在就是为了促进本国的经济利益发展。最为典型的国家当属美国,在美国建国之初,便颁布法律来保护和促进本国的经济技术的发展。从 1790 年开始仅仅将专利权授予其本国的居民和公民到 1861 年之后,外国申请人在美国才被无歧视地对待。<sup>[8]</sup>美国对于专利技术的重视几乎是和他们国家的历史一样长,美国对于本国初创时期技术的保护政策持续了 70 多年,也正是这建国后的 70 多年里,美国国内专利技术得以有一个安全发展的空间,间接地为后来成为世界霸主铺垫了坚实的基础。虽然很多发展中国家想走相似的路线,但是在知识产权领域发达国家的路线并不完全适合于发展中国家。同样作为发展中国家的我国,虽然改革开放几十年下来取得了长足的进步,但是同发达国家相比,我们的差距还非常得远。如果过分地将专利侵权行为纳入刑法的规制范围内,必然会导致国民经济发展受到重大的阻碍。法律应当成

为国民经济发展的助推器，而不是阻碍国民社会发展的绊脚石。但是也正因如此，发达国家也纷纷指责我国不注重知识产权的保护，并且以贸易制裁的手段相威胁。在正式加入世界贸易组织之前，我国同美国经历了长达十几年的谈判，最终双方达成了一系列共识，在实现了一些诉求以后，我国同意接受《知识产权协议》。随着 2001 年我国正式加入世界贸易组织以后，受《知识产权协议》的影响，我国的知识产权立法由原来的自我发展开始逐步与世界各国的口径相统一。自此，我国的知识产权保护开始与国际接轨。

## 2.4 实践中往往以“行政处罚代替刑事处罚”

在实务过程中，我国在查处假冒专利行为方面，占主要比重的机关是负责行政执法的专利行政机关，因为行政权力的高效便捷甚至是主动性，在查办此类案件时往往效果显著，因此行政机关是查办假冒专利案件的主要部门，这就使得在行政执法过程中有案不移、有案不立、以罚代刑的现象比较普遍，很少有假冒专利案件进入司法程序。使得假冒专利行为付出的违法犯罪成本很低，如此一来很多具有产业链性质的假冒专利行为因为犯罪成本低，便开始了一系列的操作，他们甚至有自己的组织结构，更有甚者很多违法的组织本身就是套着合法外衣，因为他们很清楚这样的行为通常是一罚了之，在面对巨额利润带来的诱惑之后，这一点罚金简直微不足道，正如《资本论》中所提到的，在利润达到 300% 的时候，人们就敢冒着绞首的风险，更何况在假冒专利罪本身就没有死刑的而且最高仅有三年有期徒刑的情况下，这样低到可以忽略的犯罪成本对犯罪分子来说是非常大的诱惑。

此外，取证难也是“以罚代刑”的一个重要的原因。专利权是一种智慧财产权，尤其在互联网时代，无形性的专利权与虚拟性的网络结合在一起，将专利权的易侵害性进一步放大。<sup>[9]</sup>网络的迅猛发展给人民群众带来了便捷的同时也为专利侵权人带来了便捷，从以前由单个自然人为主发展到具有一定的规模产业化的组织，犯罪行为却变得更加隐蔽且涉及更广泛，有的时候甚至会产生罪与非罪、此罪与彼罪之间的冲突。这也导致了查处上的难度的大大增加。比如，公安部挂牌督办的全国首起电子商务领域假冒专利案<sup>[10]</sup>，犯罪嫌疑人

的假冒专利产品销售于多家电商平台所注册的网店，其网店的注册地址与实际经营地址分别在北京和济南，而且在网上授权了134家二级代理商，其代理商的经营范围遍布全国各地，涉案十分广泛，危害十分严重。而且这类案件的调查取证十分困难且会耗费大量的人力、物力才能达到刑事立案标准的要求，在立案标准高而人手又不足的情况下，以罚代刑的方式往往是最节约、最有效的办法。

### 3 国外关于假冒专利罪的相关规定

知识产权作为国家发展建设创新型国家的核心要素已经成为社会的共识，而专利权又是知识产权的核心，可谓是重中之重。无论该项专利是发明实用新型还是外观设计都是专利权人智力成果的展现，对于相关领域的竞争和发展起着至关重要的作用。这一点在国外的一些案件中已经有了鲜明的体现。例如，美国的杜邦公司，因为掌握了尼龙的专利而一跃成为世界性的大公司。德克萨斯公司率先获得了晶体管技术的专利权而将资本和技术都十分雄厚的通用电气公司、美国无线电公司远远地甩在身后。<sup>[15]</sup>谁掌握的专利技术多，谁就在国际上掌握足够的话语权，发展中国家因为历史原因等在专利的促进与保障方面相较于发达国家存在着十分明显的差距。我国《专利法》从制定到现在不过几十年的时间，但是西方发达国家的专利法的历史可以追溯几百年之久。对于专利权的保护，他们有着相当丰富的立法经验与司法经验值得我们借鉴。

#### 3.1 美国关于危害专利制度犯罪的规定

由于历史原因，美国的法律体系的发展深受英国的影响。但是美国在经历了几百年的发展后，结合了本国的特点在原有英国法律的基础上做了很多适合本国国情的创新。具有代表性的当属美国刑法典。所谓美国刑法典，是指联邦立法机关编纂的《美国法典》第18篇“犯罪和刑事程序”项下的刑事法律规范的总和。<sup>[7]</sup>《美国法典》第18篇规定了危害专利制度的犯罪及其法定刑：“任何伪造、仿造、变造得到美国总统授权的专利特征或将会得到专利特许证的证明文件的行为，或



者故意运输、印刷或试图运输、印刷明知是伪造、仿造、变造的专利特许证或将会得到专利特许证的证明文件的行为，应当依据本条款被处以罚金或不超过 10 年的监禁，或同时处以罚金和监禁。”<sup>[7]①</sup> 根据上述法条我们可以看出我国刑法所保护的专利犯罪的外延要大于美国联邦刑法所划定的范围。

美国的专利法对于一切的虚假专利标识的态度是完全禁止的。既禁止任何未经专利权人同意，以欺骗公众为目的而使用其现行有效的专利标识行为，或已申请专利尚未进入实质审查中时就开始在物品以及与该物品有关的广告中使用或暗示该专利已经获得申请的字样、号码的行为；又禁止意图欺骗公众，而在未取得专利权的物品上使用已取得专利权之意的字样或号码的行为，或并未申请专利，而在其物品上、与该物品有关的广告中使用含有已经申请专利之含义的字样、号码之行为。<sup>[7]</sup> 对于公众而言，识别产品最简单的办法当然就是看专利标示，专利标示的存在，大大加快了商品流通的速度，促进了交易的发展。专利标示就是所有假冒专利矛盾问题当中的主要矛盾，抓住这个主要矛盾，其他的问题自然迎刃而解。

此外，无论是美国的专利法还是美国法典，对于假冒专利的处罚都是十分严厉的。美国专利法规定的罚则看似并不严厉，而实际上在法院受理后，诉讼金额往往会变成天文数字。例如，在“佩奎格诺诉索罗杯子公司”案中，原告诉请法院判处被告合计 10,500 亿美元的罚款。从这个案例中我们就能发现美国专利法的惩罚是相当严厉的。另外，美国专利法还鼓励控告者控告，一旦控告者胜诉，控告者可以分得一半的罚款。这就提高了群众的举报意愿，使得违法成本陡增，自然也就没有人再愿意以身试法。美国的刑法对于侵犯专利的法定刑则规定得更为严厉，最高可以判处 10 年的监禁和罚金。这样高的惩罚便可以较好地发挥刑罚的威慑作用。

### 3.2 日本关于危害专利制度的规定

日本的专利法颁布于 1959 年，二战后的日本国民经济发展十分迅速。为了

① United States Code Annotated. § 497. Letters patent, Title 18. Crimes and Criminal Procedure.

促进科学技术的进步,拉动经济的发展,日本相应地规定了很多保障科学技术权利的法律。这些法律紧紧立足于日本社会的现实,与当时日本的经济环境高度契合,大大推动了日本科学技术的发展。因此,虽然日本的专利制度相较于欧美起步晚,但是进步快,同样走在了世界的前列。

作为典型的大陆法系国家,日本刑法的构成由刑法典、单行刑法和附属刑法组成。与我国的空白罪状不同的是,日本的专利刑法采用的是附属刑法模式。但是有关于刑罚的规范仍然适用于《日本刑法》的总则条款。我国将发明、实用新型、外观设计都用《专利法》予以规范。日本则有所不同,日本将这三种分别规定在了不同的法律当中,即规范发明的《日本特许法》、规范实用新型的《日本实用新案法》、规范外观设计的《日本意匠法》。

日本的专利刑法虽然采取附属刑法的模式,但是其刑法条款也是建立了规范严密、刑罚相当的法网。在相关的法律规定中自由刑最高可以判处 10 年有期徒刑,罚金刑最高可以判处 1000 万日元。在与我国刑法规定的只规范“假冒专利”行为相比较时,日本法律还规定了侵害罪、欺诈行为罪、伪证等罪,这些罪名是直接保护专利权、维护专利秩序的,从这个方面来看,日本的专利犯罪外延的规范要比我国的更加宽泛。

美国、日本等国虽然对于假冒专利罪的规定各有不同,但是同我国刑法关于假冒专利罪的规定相比,他们对于假冒专利的处罚明显要高于我国。这其中不同国家的国情不同应当是主要的原因。美国、日本都是市场经济高度发达的资本主义国家,其对于专利的重视程度也要远远高于广大发展中国家。在我国假冒专利罪自 1997 年《刑法》规定以来,一直都没有得到过修改。但是在经历了改革开放 40 多年后的现在,我国的市场经济已经得到了长足的发展,我们的有关假冒专利的犯罪却还停留在最初的形式,为了与已经取得长足进步的市场经济相适应,我国《刑法》关于假冒专利罪的规定也应当进行相应的调整,但是在维持刑法的谦抑性、稳定性和罪刑法定原则的基础上,在现有的法律可以进行解释而继续使用的情况下,对于现有的法律进行必要的、合理的解释无疑是最恰当的选择。



## 4 “假冒”行为的解释

关于假冒专利罪所侵害的法益，学上存在较多的争议。我国的通说观点认为假冒专利罪侵犯的是“复合法益”，即“专利管理秩序和专利权人的专利权”。<sup>[4]</sup>有学者认为“刑法规定假冒专利罪，不只是为了保护他人的专利权，而且是为了保护市场竞争的行为。换言之，本罪不只是对个人法益的犯罪，而且是对超个人法益的犯罪”。<sup>[1]</sup>也有学者认为“假冒他人专利”这一专利标示领域的犯罪行为，正是为了保障“专利标示制度安全”的超个人法益。<sup>[11]</sup>本文赞同该观点。

根据 2004 年最高法、最高检《知识产权刑事解释》第十条的规定可知，“假冒他人专利”的行为可以概括为：标注、使用他人专利号；伪造或变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件。由此可见，我国刑法所打击的假冒专利的范围限于形式上的专利号和专利证书等。只要满足了在形式上假冒，就构成假冒专利罪。因此，保障“专利标示制度安全”作为假冒专利罪的保护法益是完全成立的。从另外一个角度看公众所购买的产品是否是假冒专利而得来的，不依靠专业手段知悉是几乎不可能的，最简单易懂的方法就是看专利证书等文件。如果将本罪的法益理解为专利权的保护，将会使本罪的入刑门槛大大提高，专利权作为技术要求极高的权力，本身具有相当多的专业知识，仅仅依靠观察是很难认定是否侵犯专利权的。而本罪属于破坏社会主义市场经济秩序罪一章中，促进经济发展，保证交易流通，稳定经济秩序才是本罪保护的重点。如果将本罪的入罪门槛限制得过高，将不利于本罪发挥其应有的功效。因此，将本罪的法益理解为“专利标示制度安全”是十分妥当的。

### 4.1 本罪的法益理解为“专利标示制度安全”符合实际操作要求

专利技术因为不具备直观性和稳定性，因此对于行政执法人员以及司法人员来说对其做出判断是十分困难的。上述人员大多是文科背景出身，他们很难根据《专利法》关于“新颖性、创造性、实用性”来判断涉案专利是否构成假

冒专利罪。

在实践中，专利权的授予是非常复杂的事情，专利权人自己都没有办法肯定自己的专利权是稳定的。这是因为专利权的稳定性需要经得起反反复复的无效程序考验；例如，一件自拍杆的专利就经历了 18 次无效审理。<sup>[14]</sup>且不论专利权人对于没有经过实质审查的专利技术的稳定性没有足够的把握，即使是该项发明专利经过了实质审查，也不能保证在以后不被认定为无效。认定专利权无效的程序时间跨度大，程序复杂。但是对于假冒专利罪本身而言，一个罪名的审限是有着十分明确的要求的。因此，如果一定要将专利权作为本罪所保护的法益，在司法实践中会出现适用空间较少的情况，而且很容易造成冤假错案，对于司法公信力而言也是巨大的损害，时间一久本罪便会被束之高阁，然而市场经济的蓬勃发展必须需要本罪来打击猖獗的假冒专利行为，因此厘清本罪所保护的法益是十分重要的。

将假冒专利罪所保护的法益认定为是“专利标示制度安全”在实践中具备可操作性，也具备法律依据。无论是《知识产权刑事解释》还是《专利法实施细则》都规定了假冒专利的行为包括了“标注专利标识、标注他人专利号、伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件”等行为。法律这样规定正是因为考虑到实践中对于无形的专利的认定存在着巨大困难，但是将专利权具象化为对“专利标示制度”的侵犯，就可以很好地解决这一问题。专利标示作为有形的存在可以很容易凭观察所知悉，专利标示与专利权人是对应的关系，假冒他人的专利标示一定会侵犯他人的专利权，不管将来这个专利是否会被宣告无效，本罪保护的是专利标示制度的安全，侵犯了专利标示制度就构成本罪。这样做既减少了繁琐的专利证明程序，又减轻了司法工作人员的负担，节省了司法资源。

## 4.2 限定“假冒”行为的含义为“使他人造成混淆”

基于“专利标示制度安全说”，我们可以对“假冒他人专利”行为进行解释。“假冒他人专利”中“假冒”一词应当理解为“使他人混淆”的含义，这一点我们可以从 2010 年《专利法实施细则》第八十四条的规定中找到依据。该条第

五款规定“其他使公众混淆，将未授予专利权的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计的行为”。从该款中我们就可以知道，第八十四条所规定的假冒行为应当理解为是使公众混淆的行为。行为人通过假冒专利标识、假冒他人专利号、伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件造成人们的混淆，并且人们基于这种混淆造成的错误认识而购买假冒专利的产品，侵犯了专利权人的权利也影响了市场的正常运转。而刑法将该罪名归纳到破坏社会主义市场经济秩序罪一章当中也足以说明其目的是保护市场经济，让公众不会因为混淆而去购买假冒专利的产品，进而维持市场秩序的正常发展。将“假冒”一词应当理解为“使他人造成混淆”最为合理原因有以下三点：第一，符合刑法的谦抑性，使得刑法可以集中力量去保护最需要保护的法益，缩减刑法的打击范围，既加强了办事效率又减少了因刑事处罚而带来的次生问题。第二，符合刑法对于本罪的定位，盲目地扩大“假冒”的范围将会使刑法结构混乱，造成司法适用的障碍。第三，符合刑法空白罪状的要求，与作为前置法的专利法相辅相成，让整个法律体系变得更加完善。

#### 4.3 “冒充他人专利”可以用“假冒他人专利”所解释

所谓“冒充他人专利”，之前的《专利法》界定为“以非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法”，可以理解为用一个不存在的专利再加上一个不存在的专利标示或者一个不存在的专利加一个存在的专利标示。但是不管是哪一种，它的危害性都足以和“假冒他人专利”相提并论。因此，将情节严重的“冒充”行为划入到“假冒专利”的打击范围内，符合实质正义。从所保护的法益来看，冒充专利行为所侵害的法益与假冒专利罪所侵犯的法益具有一致性。2008 年《专利法》的修改之所以将“冒充”与“假冒”合二为一，其根本原因就是二者的一致性。这一点我们从“立法说明”中可以找到答案，经济的繁荣与专利的发展是相辅相成的。在专利数量如此庞大的情况下，即便偶然编造一个专利号（即冒充专利），也很可能在形式上与他人的专利号相同（即假冒他人专利），在实践中两者的区分也比较困难；而且从社会危害性上说，冒充专利欺骗公众，其扰乱市场秩序的能力与假冒他人专利对市场的破坏程度

相当,二者难分伯仲。因此,二者在行政处罚方面可归为一类同等对待而没有区分的必要。<sup>[17]</sup>强行加以区分,不仅不能够带来执法上的便利,还可能带来法律条文的冗长,造成更多的法律解释的新问题,往往会产生更多的漏洞。而且与当前的国内外社会发展的形势不相符。在现有的解释方法可以完全包容的情况下,强行区分新增法条完全是不必要的而且是浪费司法资源的。作为前置法的行政法认为将二者进行区分是没有必要的,那么作为参照前置法的刑法也应当随着前置法的改变而改变。基于前述“专利标示制度安全”的法益保护的观点,“冒充专利”与“假冒他人专利”均表现为借用专利标识等可以证明专利的文件来用以欺骗公众的作假行为,其本质都是“使公众产生混淆误解”。公众出于对专利证书等的信任与假冒专利的行为人进行交易,破坏了正常的社会秩序。又因为假冒他人专利的产品的品质而产生对于原属权利人的不信任造成真正的权利人的名誉受损,将严重挫伤专利权人的发明热情。<sup>[2]</sup>专利权的产生的出发点本就是“为天才之火浇上利益之油”,权利人的利益都得不到保护,何谈让天才之火熊熊燃烧?

根据中国裁判文书网、北大法宝、无讼、威科先行等权威网站检索的假冒专利罪案件的数量显示,我国假冒专利行为入罪的案例十分得少。这与我国逐年上升的专利申请数量完全不成比例,以至于有学者对此提出疑问:“在造假之风盛行的社会背景下,将近10年以来每年全国法院对假冒专利案件的评价都没有突破个位数,这正常吗?!”<sup>[12]</sup>目前我国的司法实践中对于冒充行为进行刑事制裁的案例也已经出现。在能查得到的为数不多的案件中,例如“张某甲、朱某假冒专利案”人民法院认为被告人将产品冒充为专利产品,易使社会公众产生误认,侵害了专利权人的合法权益,且危害国家对专利的管理制度。<sup>①</sup>此案例也是江苏省首例假冒专利罪案件,具有相当的指导意义。

关于冒充专利行为入罪,学界有人主张增设“冒充专利罪”<sup>[13]</sup>。持该观点的学者认为,“假冒”无法涵盖“冒充”。如果按照这个观点来理解,将“冒充”行为纳入“假冒”行为当中,不属于扩大解释,属于类推解释,而这样的类推

① 江苏省南通市中级人民法院(2015)通中知刑初字第0001号刑事判决书。

往往是不利于被告人的类推,因此不能适用。这种观点是将词义机械地解释了,不可避免地陷入了形式主义的错误当中。作为前置法的《专利法》的修改将“冒充”与“假冒”合为“假冒”是符合经济社会的发展的,而且正因为《专利法》作为刑法的前置法,从法律体系的协调性考虑,刑法再增设“冒充专利罪”也是不恰当的。而且,从刑法的稳定性角度考虑,现有的解释也足以覆盖目前的争议,单独立法确实不是一个合适的选择。

## 5 司法解释的完善建议

以“专利标示制度安全”理论为基础,结合现行的《知识产权刑事解释》来看,第四条第二款关于“给专利权人造成损失”,似乎不太合理,其保护的范围过于狭窄,与本罪所保护的法益范围不完全重合,本罪属于刑法分则第三章的规定,因此我们完全可以理解为假冒他人专利破坏的是市场经济秩序,这样的损失造成的不仅仅只是专利权人的损失,因为专利权人只是众多的受损主体的一部分。如果单独强调给专利权人造成的损失,则是把本罪所保护的法益又变成了专利权,与本文所主张的本罪所保护的法益不相符,也并不符合逻辑。因此,对于该条的解释将“给专利权人造成损失”修改为“给相关经营者和消费者等造成损失”这样可以保证逻辑的通畅,使得刑法的规制机能更好地发挥作用。

“是否经过许可”不应当成为认定“假冒他人专利”行为构成犯罪的要素。首先,假冒行为一旦获得专利权人的许可,就谈不上所谓的“假冒”了。其次,根据“专利标示制度安全”理论,即便是专利权人,也不能实施虚假专利标示行为,明知对方不具备专利的资格而许可他人使用自己的专利标示,这是具有共同犯罪的故意,这属于共同犯罪,专利权人应当为此承担相应的刑事责任。最后,“假冒”已经被限缩为“使公众混淆”,因此,即便专利权人许可,这样的行为仍然会造成公众的混淆,因为本罪保护的重点仍然是市场经济的平稳运行,本罪所保护的法益也是保证市场经济能够得到长期稳定发展的重要因素之一,也正因如此,专利权人的许可并不是一切法律后果的免责事由,至少在刑法中,这样的免责事由是不被认可的。即便是专利权人也不能滥用自己的专利权。专利权的使用不是没有边界的,民法上有禁止权力滥用原则,反垄断法上也有相

应的规定，即不得滥用支配地位等，在刑法中更是不允许滥用权力去做破坏社会主义市场经济秩序的事。其他部门法尚且限制专利权的滥用，更何况是刑法。因此，《知识产权刑事解释》第十条中关于“未经许可”的表述是可以删掉的。

《知识产权刑事解释》第十条是关于“形式假冒”的界定，该条款仅规定了专利号、专利证书、专利文件或者专利申请文件。冒充他人专利的行为并未被规定在内。但是面对冒充的情况，以及冒充行为带来的危害，我们必须对此予以规制。根据前文所述观点，冒充行为可以被假冒行为所解释。因此，我们应当在符合罪刑法定原则的基础上，将现有的“假冒他人专利”进行合理的扩大解释，我们可以在《知识产权形式解释》第十条中增加一款“冒充他人专利标识，使公众混淆将所涉及的技术误认为是专利技术的”。这样就可以使得“假冒他人专利”涵盖“冒充他人专利”。

## 参考文献

- [1] 张明楷. 刑法学：第六版 [M]. 北京：法律出版社，2021.
- [2] 王迁. 知识产权法教程：第七版 [M]. 北京：法律出版社，2021.
- [3] 曹阳. 专利实务指南与司法审查 [M]. 北京：法律出版社，2019.
- [4] 高铭暄，马克昌. 刑法学：第十版 [M]. 北京：北京大学出版社，2022.
- [5] 孙伟. 假冒专利罪的立法现状与完善 [J]. 人民检察，2016（8）.
- [6] 黄玉烨，戈光应. 非法实施专利行为入罪论 [J]. 法商研究，2014（5）.
- [7] 于阜民，齐麟. 专利权刑法保护：回顾与展望 [J]. 中国海洋大学学报，2012（1）.
- [8] 管志琦，田建林. 浅析我国专利权的刑法保护 [J]. 河北法学，2013（8）.
- [9] 于志强. 我国网络知识产权犯罪制裁体系检视与未来建构 [J]. 中国法学，2014（3）.
- [10] 孙迪. 全国首起电子商务领域假冒专利刑事案告破 [N]. 中国知识产权



报, 2016-02-19.

- [ 11 ] 贺志军. 刑法中“假冒他人专利”新释 [ J ]. 法商研究, 2019 ( 6 ) .
- [ 12 ] 储槐植. 1997 年刑法二十年的前思后想 [ J ]. 中国法律评论, 2017 ( 6 ) .
- [ 13 ] 余高能. 对我国侵犯知识产权犯罪刑事立法系统性的考量 [ J ]. 知识产权, 2013 ( 12 ) .
- [ 14 ] 陈发水. 从优势法益的角度看假冒专利罪的客体 [ J ]. 江西警察学院学报, 2021 ( 5 ) .
- [ 15 ] 童德华, 任静. 专利刑法保护的理念创新与立法完善 [ J ]. 电子知识产权, 2022 ( 3 ) .
- [ 16 ] 范思力. 完善假冒专利罪适用建言的反思 [ J ]. 湖北工业职业技术学院学报, 2021 ( 2 ) .
- [ 17 ] 国家知识产权局条法司. 《专利法》第三次修改导读 [ M ]. 北京: 知识产权出版社, 2009: 78.

## Explanation of the Act of “Counterfeiting” in the Crime of Patent Counterfeiting

Wei Hongda

*Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai*

**Abstract:** Since the promulgation of the *Criminal Law* in 1997, the number of convictions and sentences for this crime has been completely disproportionate to the number of rapidly developing patent applications. The revision of the *Patent Law* in 2008 changed the concept of “counterfeiting others’ patents” to “counterfeiting patents”, resulting in a change in the concept of “precursor to the *Criminal Law*”, resulting in “jurisdictional conflicts”, which in turn made the judicial application of the crime of counterfeiting patents more ambiguous, which will seriously hinder the development of China’s patent system and thus affect the economic development of the entire society. Based on the “security of the patent marking system”, this paper explains the “counterfeiting” behavior in the crime of patent counterfeiting, and puts forward meaningful suggestions for the application of this crime in practice.

**Key words:** Patent marking; Impersonation; Personation