

## 小议专利标识权行使的合规性

### Compliance

杨喆

**【摘要】**专利标识权是我国《专利法》赋予专利权人的一项权利。其细化的行为规范可见于国家知识产权局于 2003 年公布施行的《专利标记和专利号标注方式的规定》。同时，作为一种“广而告之”的行为，其理应又为我国《广告法》所调整。如何在司法实践中正确解读相关法规范，使得该项权利的行使既能合规，又能最大限度地保障专利权人的合法权益，进而不断完善相关法规范以求充分拓展该项权利的用武之地，值得业界同仁共同探讨。

**【关键词】**专利标识 标识权行使 合规性

《中华人民共和国专利法》(2008 年修正) 第十七条第二款规定：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识。这就是通常所说的专利权人的专利标识权。<sup>[1]</sup>

现行有效的关于专利标识权的法规范还可见于《中华人民共和国专利法实施细则》(2010 年修订) 第八十三条的规定：专利权人依照专利法第十七条的规定，在其专利产品或者该产品的包装上标明专利标识的，应当按照国务院专利行政部门规定的方式予以标明。

在安建主编的《中华人民共和国专利法释义》一书中，专利标识被定义为：表明该产品是专利产品的标志，通常是标明“专利”或者“中国专利”以及专利号。<sup>[2]</sup>而专利法实施细则所援引的“国务院专利行政部门规定的方式”则指的是由国家知识产权局(以下简称“国知局”)于 2003 年 5 月 30 日公布，自 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》(以下简称“规定”)。

虽然现行《规定》目前仍然使用“专利标记和专利号”的措辞而非“专利标识”，但由于其不会对本文的讨论产生实质影响，故在下文中笔者仍将围绕“专利标记和专利号”展开论述。

笔者认为，在该《规定》中，有下列条文仍值得关注：

《规定》第三条 在授予专利权之后的专利权有效期内，专利权人或者经专利权人同意享有专利号、专利标记标注权(以下统称为“专利标识权”)的专利实施许可合同的被许可人可以在其专利产品、依照专利方法直接获得的产品或者该产品的包装上标注专利标记和专利号。

《规定》第四条 标注专利标记和专利号的，应当标明下述内容：

(一) 采用中文标注专利权的类别，例如中国发明专利、中国实用新型专利、中国外观设计专利；

(二) 国家知识产权局授予专利权的专利号，其中“ ”表示“专利”，第一、二位数字表示提交专利申请的年代，第三位数字表示专利类别，第四位以后为流水号和计算机校验位。

除上述内容之外，标注者可以附加其他文字、图形标记，但附加的文字、图形标记及其标注方式不得误导公众。

《规定》第五条 在依照专利方法直接获得的产品或者该产品的包装上标明专利标记和专利号的，应当采用中文注明该产品系依照专利方法所获得的产品。

综览《规定》的上述条文可知，只有“在专利授权之后”的“专利权有效期内”，“专利权人”或者“经专利权人同意享有专利标识权的专利实施许可合同的被许可人”方才有在其“专利产品”、“依照专利方法直接获得的产品”或者“该两类产品的包装上”标注专利标记和专利号。显然，对于行使专利标识权的法定条件、法定期限、权利主体以及标识载体等事项，上述条文已经做出了明确规范。

不过，为了能够更精准地解读上述条文，笔者认为，有几个术语的定义尚需进一步明确。

首先，何谓“专利标记”？

笔者十分遗憾地未能在《规定》中找到对“专利标记”的直接定义。而唯有在该《规定》的第四条第一款中，笔者尚能依稀感觉到：立法者似乎认为“专利标记”应当是一种能够标明专利权种类的中文字符。

在尹新天主编的《新专利法详解》一书中，“专利标记”被定义为“标明有关产品享有专利保护的字样，例如‘中国专利’、‘中国发明专利’等”。专利标记的作用主要在于向公众表明该产品获得了专利保护，任何人未经许可不得擅自仿制。<sup>[3]</sup>

再结合《规定》第四条第一款中对“专利标记”的列举，笔者认为，《规定》和《新专利法详解》两者对“专利标记”的定义应当是一致的。所谓“专利标记”就是指采用中文标注专利权类别的，表明有关产品享有专利保护的字样，例如中国发明专利、中国实用新型专利、中国外观设计专利等。

其次，什么样的产品是“专利产品”？什么样的方法是“专利方法”？对此，专利法及其实施细则乃至上述《规定》同样均未给出明确的定义。理论界普遍认为，发明和实用新型专利的专利产品是指受专利法保护的产品。某一产品是否属于专利产品，需要根据专利权的保护范围来进行判断。确定专利权保护范围的法律依据是《专利法》第五十九条，即“以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容”。简言之，专利产品就是具有一项专利的某项权利要求所记载的全部技术特征的产品。同理，所谓“专利方法”，就是指具有方法专利的权利要求所述技术特征的方法。<sup>[4]</sup>

显然，一项发明创造的技术内容只有在其受到专利法保护时，才能称之为“专利技术”，而采用了该项专利技术的产品才能称之为“专利产品”。因此，一项专利技术一旦因保护期满或因其他事由（提前）终止了专利权时，虽然其技术内涵未变，但此时它已经是一项不受专利法保护的普通技术了；而采用了该项技术的产品，此时也就不能称之为“专利产品”了。因此，有人曾为专利产品下了一个更为浅白的定义：采用了专利技术的产品就是专利产品。

<sup>[5]</sup>

专利权人行使其专利标识权，标注专利标记和专利号，应当按照有关规定，标明专利的种类、专利号和授权日期，以便公众了解该专利的相关情况。在实践中，许多专利权人没有标明专利的种类，也往往没有标明专利号，而是仅仅写上“专利产品，仿制必究”的字样。这种做法不够规范，应当予以纠正。<sup>[6]</sup>

至此，笔者认为，根据该《规定》，所谓一项“合规的标识”应当同时满足下列条件：

第一，法定条件：在专利授权之后；

第二，法定期限：在专利权有效期内；

第三，行使专利标识权的应当是权利主体，即专利权人或者经专利权人同意享有专利标识权的专利实施许可合同的被许可人；

第四，标识载体：专利产品、依照专利方法直接获得的产品或者该两类产品的包装上；

第五，应当同时标注专利标记和专利号；

第六，专利标记的标注应当符合《规定》第四条第一款，即“采用中文标注专利权的类别，例如中国发明专利、中国实用新型专利、中国外观设计专利”；

第七，专利号的标注应当符合《规定》第四条第二款，即应当标明“国家知识产权局授予专利权的专利号，其中‘ ’表示‘专利’，第一、二位数字表示提交专利申请的年代，第三位数字表示专利类别，第四位以后为流水号和计算机校验位”。

第八，除上述内容之外，标注者可以“附加”其他文字、图形标记，但附加的文字、图形标记及其标注方式不得误导公众。

简而言之，仅就专利标识的内容而言，在一项“合规的标识”中，专利标记和专利号缺一不可；同时，专利标记和专利号本身也应符合各自的规范；附加其他文字、图形标记的并不禁止，但“不得误导公众”。

国知局如此规定的意图很明显：既然专利权人希望通过行使其专利标识权来警示市场上潜在的仿冒者远离其专利产品和 / 或增强其专利产品对消费者的吸引力，那么其标注在专利产品上的专利信息就应当是“真实”、“可靠”、“完整”、“准确”且“有案可查”的。一项规范的标识应当能够为公众具体而明确地指明该产品涉及哪件（些）专利、该专利属于何种类型的专利，从而便于第三人确认该专利权是否真实有效，以及检索相关的专利文献。同时，一项规范的标识也有助于专利管理机关及时发现并查处假冒专利行为，保护专利权，维护和规范社会主义市场经济秩序。

如前文所述，在日常工作实践中，一般意义上的不合规的专利标识行为往往表现为：专利权人仅仅在其专利产品或者其包装上写上“专利产品”的字样，而没有标明专利的种类和 / 或专利号；或者在其专利产品或者包装上标注专利申请号（此时行为人主观上不具有欺骗公众的故意）等。由于此类行为存在误导消费者的可能，不够规范，故应当予以纠正。根据《规定》第七条第一款，管理知识产权工作的部门可以要求其限期改正。<sup>[7]</sup>

至于那些“在非专利产品上标注自己的有效专利号”或者“将自己已过期的专利号标注在产品上”的行为，其性质已构成了“假冒专利行为”，<sup>[8]</sup> 业已超出了本文的讨论范围。

事实上，目前全国各地地方专利管理机关确实正在依据现行《专利法》、《专利法实施细则》和《规定》，大力加强对规范行使专利标识权的管理，查处了不少违规行为。这无疑是一件利国利民、有助于推动我国社会主义法治建设的好事。但笔者还是发现了此间存在的一些问题，遂不避好事之嫌，在此诉诸笔端与各位探讨一二。

笔者注意到，有些已经向国知局递交了专利申请，但尚未获得专利授权的专利申请人（以

下简称“申请人”)由于在其相关产品或其包装上标注了“专利申请中”或“本产品已申请专利”等字样(以下简称“标注申请行为”),遂遭到地方专利管理机关的质询,认为该行为属于不合规的专利标识行为,进而被要求限期整改。对此做法,笔者认为尚值得商榷。

依笔者拙见,将上述“标注申请行为”定性为“不合规专利标识行为”的前提应当是“专利申请中”或“本产品已申请专利”等字样属于“专利标记和专利号”的范畴。首先,“专利申请中”或“本产品已申请专利”等字样显然不是专利号。其次,基于前文对《规定》第四条的解读,所谓“专利标记”是指采用中文标注专利权类别的,表明有关产品享有专利保护的字样,例如中国发明专利、中国实用新型专利、中国外观设计专利等。就形式而言,“专利申请中”或“本产品已申请专利”等字样显然不属于“标注专利权类别的,表明有关产品享有专利保护的字样”;再从功能上看,如前文所述,专利标记的作用应主要在于向公众表明该产品获得了专利保护,任何人未经许可不得擅自仿制。而“专利申请中”或“本产品已申请专利”等字样则恰恰相反,由于它是在告诉公众一个“专利正在申请中”的客观事实,其不可能被公众理解为“该产品获得了专利保护”。总之,基于上述分析,无论从形式上还是从实质功能上,“专利申请中”或“本产品已申请专利”等字样均不应属于“专利标记”的范畴。

再来谈谈上述申请人的相关产品。同样也是基于前文对“专利产品”定义的诠释,既然申请人的相关产品所采用的技术尚未获得专利授权,那么该相关产品也就不能称之为“专利产品”了。

由此可见,上述标注申请行为其实是一种在“非专利产品”或其包装上标明“非专利标记且非专利号的字样”的行为;而《专利法》、《专利法实施细则》和《规定》所调整的对象则都是一种在“专利产品”或其包装上标明“专利标记和专利号”的行为。是故,笔者认为,上述标注申请行为不应被视为现行《专利法》、《专利法实施细则》和《规定》的调整对象。而地方专利管理机关依据上述法规范来管理该等行为的做法自然也就值得商榷了。

进而,笔者认为,上述标注申请行为在我国现行有效的法规范框架下,不应被视为是一种行使专利标识权的行为,而应当将其或者说只能将其定性为一种广告行为,理应通过广告法调整。而现行《中华人民共和国广告法》(1995年2月1日起施行)第十一条已就“广告和专利”作出了如下规定:

广告中涉及专利产品或者专利方法的,应当标明专利号和专利种类。

未取得专利权的,不得在广告中谎称取得专利权。

禁止使用未授予专利权的专利申请和已经终止、撤销、无效的专利做广告。

那么上述标注申请行为是否属于违反《广告法》第十一条第三款禁止性规定的违法行为呢?笔者为此致电国家工商行政管理总局监督处咨询,遂得到如下答复:

《广告法》第十一条第三款主要针对的是那些直接在产品上使用专利申请号做广告的行为。至于在产品或其包装上标注‘专利申请中’或‘本产品已申请专利’等字样的行为,若其陈述的是一个客观事实,一般不作为违反《广告法》第十一条规定的行为处理。”

上述回答恰恰与笔者之前对此的理解完全一致。我们知道,专利申请号是专利局在收到专利申请人的申请文件后,为确立申请日而对专利申请进行的编号。根据我国现行的专利文献编号体系,专利局在授予申请人专利权时给出的专利号仍然沿用之前的专利申请号,即专利申请号与专利号在形式上实际是一致的。虽然两者形式一致,但两者的法律效力(含义)却有着本质的区别。得到专利申请号并不能说明该发明创造的专利申请已经通过了专利局的审查;只有在获得专利授权后,才可以使用专利号。但在实践中,有的专利申请人在自己的产品及其包装上标明专利申请号或在其他形式的广告宣传中突出专利申请号,这种做法从形式上看,并无冒充专利之嫌,在专利法没有明文规定禁止的情况下,似乎也应准许。但是,

在现阶段，我国专利知识还不普及，一般消费者难以分清专利号与专利申请号的区别，极易使消费者误将这样的产品当成是专利产品，使消费者利益遭受损害；同时，这种行为也是对专利局以及专利称号的信誉的一种不当利用，应当予以制止。[9]

显然，正是为了填补当时的立法空白，1994年出台的《广告法》方才在其第十一条第三款做出了相应规定。其立法本意正是要杜绝这种利用专利申请号打“擦边球”的行为，因为这种行为有悖于《广告法》的基本原则。[10]

因此，笔者认为，对《广告法》第十一条第三款理应作限缩解释，而不应将其随意扩大适用于任何涉及专利申请的广告行为，尤其是像标注申请行为之类的符合《广告法》立法宗旨的诚实信用的行为。[11]

在研究我国现行法规之余，笔者还查阅了美国专利法案中的相关内容，结果同样获益良多。首先，在美国法中，“”（专利申请中）是可以用作

（专利标识）使用的[12]。其次，根据 35 · · · 292 ( ) 的规定，任何人在没有申请专利或者虽然已经申请了专利，但该专利申请已不再处于“在审” (  ) 状态的情况下，出于欺骗公众的目的，在商品广告中使用“已申请专利”、“专利申请中”或者其他任何含有“已经递交了专利申请”意思的字样的，均属于“虚假标注” (  ) 行为，将被处以最高可达 500 美元的罚款。[13]

细细体会上述美国法的立法精神，我们同样可以发现：只有在以欺骗公众为目的，在根本没有申请过专利或者专利申请因被撤回、被驳回等原因而不再  的情况下，使用“专利申请中”或者“已申请专利”等字词做宣传的行为方会被认为是一种应由法律去禁止、去惩罚的行为。而实事求是地陈述一个客观事实的宣传行为则是应该通过立法去加以保护，甚至加以提倡的。在这一点上，我相信中美两国立法者的观点应当是一致的。

根据我国《专利法》的规定，标明专利标记和专利号是专利权人的一项权利而不是义务。如前文所述，对专利权人而言，行使该项权利的一大益处便是能警示市场上那些潜在的仿冒者，同时也能在一定程度上减少过失侵权行为的发生。这对于维护和规范我国社会主义市场经济秩序无疑具有积极意义。但由于该项权利只能在专利授权之后行使，使得“专利标识”的警示作用也只能从专利授权之日起发挥效力，而在专利申请之后与专利授权之前的这段时间内，如果在商品上标明“专利申请中”或“本产品已申请专利”等字样，则可以对那些潜在的仿冒者产生极大的心理威慑作用。因为他们此刻只知道申请人已经为其新产品申请了专利，至于该专利申请的内容、种类、其何时会被授权以及仿冒者本人是否会在某天突然被专利权人告上法庭等均不得而知。仿冒与否？是生存还是毁灭？此刻对其而言，无疑将是一个非常痛苦的抉择。

此外，标明了专利标记和专利号后，他人很容易通过检索专利文献对专利产品进行研究和二次开发，特别是竞争对手会很容易地掌握该专利技术的发展动向；有些人更会通过对专

利权利要求技术特征的分析，进行“规避设计”（        ），开发出侵权的替代产品来抢占专利产品的市场。这显然对于专利权人是非常不利的。因此也有不少专利权人会主动放弃行使专利标识权。而标注“专利申请中”或“本产品已申请专利”等字样则根本不存在上述问题。由于不知道专利申请号，检索不到专利申请的内容，市场上的竞争者也就根本不可能进行“规避设计”。

综上所述，在商品上标明“专利申请中”或“本产品已申请专利”等字样，既能够自专利申请之日起就为市场上的潜在假冒者敲响警钟，弥补我国现行法规范下“专利标识”的警示功能要等到专利授权之后方能发挥的不足，从而有助于维护和规范我国社会主义市场经济秩序；同时，又不会过早地暴露申请人的研发和专利策略。因此，对于申请人而言，其无疑具有很高的实用价值。

由此，笔者在此建议，国知局不妨考虑将上述标注申请的行为一并纳入即将修正的《规定》的调整范围之内，这样可能更便于地方专利管理机关对专利标识进行统一管理。鉴于目前所有在审专利申请的法律状态均可以在国知局网站上的中国专利数据库里检索得到，笔者以为，地方专利管理机关对标注申请行为进行监控应该也是很方便的。

俗语曰：他山之石，可以攻玉。笔者还注意到，35          § 287 ( ) 对于合法的

形式的定义似乎是“非穷举”的。因为当其述及“当由于商品本身的特性使得在其上直接标注‘        ’或‘        ’外加专利号不可行，可以改为在商品或其包装上另附标签（        ）”时，该条文将“标签”描述为“        ”。[14]何谓“

”？言下之意似乎是        上可以是“        ”或“        ”结合专利号的组合，也可以是其他“        ”，只要能够起到同样的“通知效果”就行。而前者只是一个作为范例的推荐组合而已。

随后，在 35          § 287 ( ) 的基础上，35          § 292( ) 对“虚假标注”（        ）的行为进行了列举，其中就包括了以欺骗公众为目的，在根本没有申请过专利或者专利申请因被撤回、被驳回等原因已经不再        的情况下，标注“        ”的行为。[15]而此前在 35          § 287 ( ) 中则并未述及“        ”。其立法构思之精巧由此可见一斑。

当然，根据我国目前的实际情况，在现阶段就以“非穷举”的方式来定义“专利标识”可能并不合适。但只是将标注申请的行为一并纳入其中进行管理，笔者认为应该还是有可能的。

最后还需要特别强调的是，申请人在行使上述标注申请行为时务必要时刻自律，密切跟踪自己专利申请法律状态的变化，进而及时更新自己商品上的标识，以避免出现专利申请已经被撤回或驳回而商品上仍然写着“专利申请中”的情况。不然，该行为可就变成“冒充专利申请”的欺诈行为了。

【注释】

[1] 专利权人的专利标识权，是指专利权人在自己的专利产品或者该产品的包装上标明专利标识的权利。（安建主编：《中华人民共和国专利法释义》，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编，法律出版社 2009 年 3 月第一版，第 41 页）。

[2] 安建主编：《中华人民共和国专利法释义》，全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会编，法律出版社 2009 年 3 月第一版，第 41 页。

[3] 国家知识产权局条法司：《新专利法详解》，知识产权出版社 2007 年 8 月第一版，第 105 页。

[4] 国家知识产权局条法司：《新专利法详解》，知识产权出版社 2007 年 8 月第一版，第 65, 76 页，

[5] 李榕年，谢宇强，李凤：《如何定义专利产品》，《中国技术市场报》，2007 年 9 月 1 日。

[6] 国家知识产权局条法司：《新专利法详解》，知识产权出版社 2007 年 8 月第一版，第 106 页。

[7] 《专利标记和专利号标注方式的规定》第七条第 1 款专利标记或者专利号的标注不符合本规定的，管理专利工作的部门可以要求其限期改正。

[8] 程永顺：《中国专利诉讼》，知识产权出版社 2005 年 5 月第 1 版，第 273 ~ 278 页。

[9] 衣庆云：《专利标记权的不当行使及其限制措施》，《知识产权》1999 年 02 期，第 37-38 页。

[10] 《中华人民共和国广告法》：第三条 广告应当真实、合法，符合社会主义精神文明建设的要求。第四条 广告不得含有虚假的内容，不得欺骗和误导消费者。

[11] 《中华人民共和国广告法》第五条广告主、广告经营者、广告发布者从事广告活动，应当遵守法律、行政法规，遵循公平、诚实信用的原则。

[12] 相比较而言，美国法中允许使用的 的范围要比我国国家知识产权局《专利标记和专利号标注方式的规定》中规定的范围要大很多。35 . . . 287

； . ( ) , ,

,



