

专利侵权中侵权产品制造者的认定

杨 阳

宁波大学, 浙江 宁波

收稿日期: 2022年11月16日; 录用日期: 2022年12月1日; 发布日期: 2023年1月5日

摘 要

专利侵权产品制造者认定的难点主要在于, 制造行为深埋于产品制销链最深处, 使权利人获得制造行为的证据极其困难, 又加之现代化商业模式复杂多样, 很难确定制造者认定的统一标准。在专利侵权中, 侵权者是否可以被识别为制造商, 是决定侵权者责任大小和责任形式的重要因素, 而且与侵权人能否行使“合法来源”抗辩从而以“善意”侵权豁免赔偿责任直接相关。为了使专利侵权中制造者的认定更为明确, 一方面应当进一步统一指导性意见, 另一方面应当完善类案检索机制, 同时对举证责任进行不同于普通民事诉讼案件的合理化分配, 即灵活运用举证责任倒置, 以此使得专利侵权中制造者认定的路径更为清晰明了, 减少相关纠纷的产生, 防止在诉讼活动中因制造者认定而产生的多次拉扯, 节约司法资源。

关键词

专利侵权, 制造者, 合法来源抗辩, 善意侵权

Determination of the Manufacturer of the Infringing Product in Patent Infringement

Yang Yang

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Nov. 16th, 2022; accepted: Dec. 1st, 2022; published: Jan. 5th, 2023

Abstract

The difficulty in identifying the manufacturer of a patent infringement lies mainly in the fact that the manufacturing act is buried deep in the deepest part of the product manufacturing and marketing chain, making it extremely difficult for the right holder to obtain evidence of the manufacturing act, and coupled with the complexity and diversity of modern business models, it is also difficult for the court to determine a uniform standard for identifying the manufacturer. In patent in-

fringement, whether the infringer can be identified as a manufacturer is a factor in determining the infringer's liability for infringement, and is related to whether the infringer can use the "lawful source" to defense and obtain the identity of a "bona fide" infringer to exempt himself from liability. In order to make the determination of the maker in patent infringement clearer, on the one hand, we should further unify the guiding opinions, on the other hand, we should improve the mechanism of case search, and at the same time, we should rationalize the allocation of the burden of proof different from that of ordinary civil litigation cases, i.e., flexibly use the reversal of the burden of proof, so as to make the path of the determination of the maker in patent infringement clearer, reduce the related disputes, and prevent multiple pulls in litigation activities arising from the identification of the manufacturer, and save judicial resources.

Keywords

Patent Infringement, Manufacturer, Legal Source Defense, Bona Fide Infringement

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

专利侵权案件中侵权产品“制造者”的认定是司法实践是既普遍又复杂的重大问题。制造行为是其他侵权行为得以发生的源头，对专利权人的侵害最为严重，因此制造者是必须重点惩治的对象；而且制造者的认定与专利侵权案件中的“善意侵权”抗辩密切相关，只有非制造者的其他侵权主体才能援引“善意侵权”以豁免侵权赔偿责任。目前关于专利侵权产品制造者的认定，理论上存在分歧，制度上存在冲突，裁判规则上未臻统一，因此对此问题的研究具有理论和实践意义。本文旨在通过对制造行为认定的相关理论、立法、司法案例的考察与梳理，从《专利法》相关规定的根本目的出发，对专利侵权产品制造者的认定标准和裁判规则进行深入研究，求诸方家，冀期对此课题的研究有所增进与裨益。

2. 侵权专利产品制造行为界定

专利侵权行为包括制造、销售、许诺销售、使用和进口等行为，而制造行为是其他行为的前提，是侵权行为的源头。但实践中，制造行为的认定非常复杂，加之各种商业模式的存在，使专利侵权行为的认定殊为复杂。

2.1. 制造行为的理论定义

《专利法》第 11 条规定，在授予发明和实用新型专利权后，未经专利权人授权，任何法人或自然人不得实施该专利，即制造、使用、提供销售、销售或进口专利产品，或使用专利方法，以及使用、许诺销售、销售或进口直接通过专利方法获得的产品，除非本法另有规定。

在授予外观设计专利后，未经专利所有人授权，任何人不得实施该专利，即为生产或使用该专利设计而制造、许诺销售、销售或进口物品。

制造是实施专利侵权的第一个行为，是侵权法律框架搭建的关键。然《专利法》中并未规定“制造”的构成要件，对如何理解《专利法》第 11 条规定的“制造”难以“望文生义”，而经营者情况的复杂和经营模式的多样，更使对制造者的真容如雾中之花，难以识别。

为求实质性掌握对专利侵权“制造”厘定的普适性方法，从各类的实践案例中抽象出共同的判断标

准是必要的。就专利侵权责任而言,为了确定专利侵权,即除法定保护的情况外,在没有许可证的情况下由专利所有人独家控制的活动,一个先决条件是确定专利保护的范围,即哪个产品或方法是专利产品或方法。对制造过程的确 定一般需要关注标的物,即制造过程获得的结果,因为根据《专利法》,制造过程的标的物必须是专利产品,包括原材料与化学反应的接触、部件的组装以制造受专利权保护的专利产品等等。只有当制造行为所指向的为专利产品时,该制造行为才属于《专利法》上的“制造”。因此,当对“制造”进行定义的时候,应当以行为所指向的对象为出发点,从制造发明、实用新型、外观设计产品三方面作出全面的定义。

关于《专利法》上“制造”行为的定义,《专利法》及其司法解释以及专利行政法规对其规定不甚明确,因而学界对此也一直存在颇多争议。通过查阅相关文献发现,现存主流的有关制造行为的解释主要有这些:

根据第一个定义,在发明或实用新型专利的情况下,制造是指制作或设计具有与权利要求相同或等同的所有技术特征的物品;在外观设计专利的情况下,它是指使用外观设计的图像或照片制作或设计物品。¹

第二种界定认为,制造发明或实用新型专利产品是指提出权利要求的发明或实用新型专利产品的技术方案已经实施,产品的数量和质量不影响对制造事实的认定。以下操作应被视为制造发明或实用新型专利产品的操作:1) 通过各种制造方法制造产品的操作,但仅限于按方法进行产品索赔的操作除外;2) 将部件组装成专利产品的操作。制造专利设计是指专利所有人为获得专利而向国务委员会专利处提交的图片或照片中描述了专利设计的主题内容。²

可以看出,“制造”在《专利法》中的表现形式有几种:第一,从无到有的制造行为。第二,将部件组装成专利产品的行为。第三,侵权人委托他人制造的行为。第四,以尹天新先生为代表,认为制造专利产品,是指“作出或者形成”具有权利要求所记载的全部技术特征或者采用设计方案的产品。^[1]第五,认为制造是指在客观上实施的将原材料或零部件加工成被诉侵权产品的行为。³

综上,可以发现,对于“制造者”的界定,学界与实践 中虽然存在争议,但是均是围绕着“制造出落入专利权保护范围的产品或使用落入专利权保护范围的方法”这一核心来展开的。对“制造”行为的概念界定直接决定了对“制造者”的认定标准,笔者认为,对“制造”进行界定的意义就在于将《专利法》上的“制造”与物理上的“制造”行为进行分离,清晰地认识到《专利法》意义上的“制造者”与物理上的“制造者”不能混为一谈,本文研究的重点也即在此,拟从《专利法》上“制造”的含义及其类型、构成要件的探究出发,结合制造行为厘定的实践探索,区分侵权产品制造者认定的不同类型,分析其中“善意侵权”抗辩的适用,从而为指导性意见的进一步统一以及类案检索的进一步完善提出建设性意见。

2.2. 制造行为厘定的实践探索

不乏法院在裁判中对《专利法》上的制造行为的厘定进行实践探索。根据最高人民法院办公厅印发的《2018年中国法院10大知识产权案件和50件典型知识产权案例》,广东高院在其审理的罗姆尼光电系统技术(广东)有限公司、广州旌露贸易有限公司与广东三雄极光照明股份有限公司侵害外观设计专利权纠纷案中对“制造行为”提出了如下见解(见图1):

¹ 国家知识产权局《专利侵权认定指南》(2013)第89条、第90条。

² 北京市高级人民法院《关于认定专利侵权的指导意见》(2017)第99条。

³ “嘉兴善和电器有限公司、浙江美尔凯特智能厨卫股份有限公司侵害外观设计专利权纠纷案”,浙江省高级人民法院(2020)浙民终731号民事判决书。

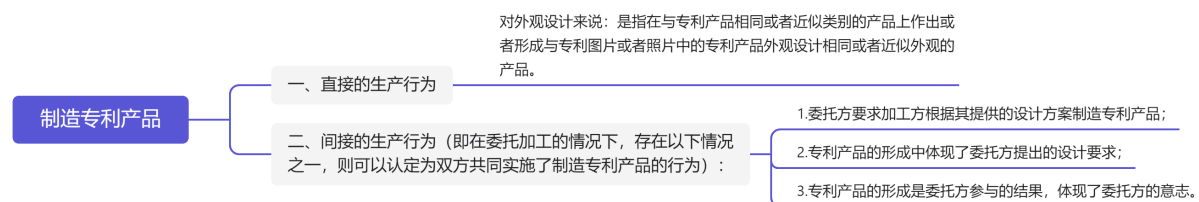


Figure 1. The definition of manufacturing activity

图 1. 制造行为的界定

结合案件进行分析，本案中侵权人不仅涉及到直接制造专利产品的行为，还涉及到间接制造专利产品的行为。对于直接的制造行为的认定，法院认为涉案专利至今合法有效，视图清楚显示要求保护的产品外观设计，被诉侵权人主张视图错误、无法唯一确定专利产品的意见依据不足不予采纳，同时，还提到了侵权产品与涉案专利之间的一些相似之处，从而得出结论：与授权设计相比，侵权行为并不涉及整体视觉印象的实际差异。进而明确侵权人实施直接制造侵权专利产品的行为性质。对于间接制造行为的认定，法院参考《现代汉语词典》有关“制造”一词的解释，即“用人工使原材料成为可供使用的物品”，得出结论：生产性质与生产方式无关，强调了制造“从无到有”这一本质特征。本案中，虽然三雄极光公司举证表明被诉侵权产品它由重庆三雄公司订购，由新凯盛公司制造，但是法院认为三者并未存在严格区分彼此的关系，三雄极光公司因此难以摆脱实质意义上间接制造者的身份。因此“制造的本义也并不在于自己直接制造还是假借他人之手间接制造，而是产品的形成与其存在因果关系”。⁴

李祥福与厦门尔升山侵害外观设计专利权纠纷一案中，二审福建省高院纠正原审认定厦门尔升山非制造者的判断，认为虽然厦门尔升山公司不具备生产侵权专利产品的主体能力，但由于其实施的定牌委托加工以及选定产品外观的行为，可以认为其主观上有生产被诉侵权产品的意思表示。由此，将制造行为的厘定标准概述为“主观上体现了生产者的意思表示，客观上通过委托的加工企业完成生产行为”。⁵

最高院对沈阳中铁安全设备有限责任公司、哈尔滨铁路局减速顶调速系统研究中心侵害实用新型专利权纠纷⁶进行再审的过程中认为对于哈铁减速顶中心的行为是否定性为制造行为应当考虑到一方面其在被诉侵权产品上的公司标识形成了制造者的外观，另一方面其构成宁波中铁公司制造行为的实际操纵者，即使其没有实施物理上的制造行为。以此认定哈铁减速顶中心具有产品制造者与销售者的二重身份。虽然判决书全文没有对于制造行为的文义表述性说法，实际上却与上述两案的厘定思维高度重合。

综上所述，根据上述选取的三个样本可以见微知著，各地各级法院在裁判实践当中对制造行为的界定普遍采取了从主观和客观两方面、从产品外部标识和实质实施制造行为两个维度判断涉案主体是否从事制造侵权产品的行为，其核心不在于制造的方式如何、实际动手者是谁或者外部标识指向何者，满足以下条件之一即可构成《专利法》意义上的制造行为：其一，主观上有制造侵权产品的意思表示，而不论是亲自制造或是委托他人制造；其二，客观上着手实施了制造的物理行为，而不论是主动或是被动；其三，其行为与侵权专利产品的产生具有因果关系，而不论是直接或是间接。

2.3. 《专利法》上制造行为的特殊地位

根据《专利法》第 77 条规定：“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。”通过其与《专利法》

⁴ “罗姆尼光电系统技术(广东)有限公司、广州旌露贸易有限公司侵害外观涉及专利权纠纷案”，广东省高级人民法院(2017)粤民终 2900 号民事判决书。

⁵ “李祥福与厦门尔升山侵害外观设计专利权纠纷”，福建省高级人民法院(2018)闽民终 1369 号民事判决书。

⁶ “沈阳中铁安全设备有限责任公司、哈尔滨铁路局减速顶调速系统研究中心侵害实用新型专利权纠纷案”中华人民共和国最高人民法院(2017)民再 122 号民事判决书。

第 11 条之规定的比较可知，专利侵权的规定中，法律将对专利产品“使用”“销售”“许诺销售”三种行为列入了对专利权的相对保护范畴之内，而对与侵权者对专利产品的“制造”行为则规定进行绝对的保护。一方面，制造行为是销售、许诺销售、使用、进口等后续侵权行为的起点，另一方面，在专利侵权执行和司法实践中，是否存在制造行为，是决定赔偿数额、是否承担停止侵权责任的关键因素，甚至在某些侵权主体身份敏感的侵权案件中，如上市公司会遭受更严重的不利影响和负面社会评价。

专利侵权中制造行为主体与销售行为主体在法律纠纷中最显著的区别体现在抗辩权的限制上，即侵权产品的销售者可以进行合法来源抗辩，而制造者不行。但尽管法律规定如此，由于现实下的制造者和销售者的身份流动性，即使确实是涉案专利侵权产品的制造者，在目前绝大部分的专利侵权案件中，都会援引合法来源的保护来避免责任。

3. 对实施侵权行为的产品制造者类型的分析

知识产权的保护一直以来存在着“举证难”的问题，如郑思成教授所言，“在知识产权侵权纠纷中，原告要证明被告‘有过错’往往很困难。而被告要证明自己‘无过错’却很容易”。^[2]一方面，制造行为具有“私密性”。在专利侵权行为中，销售、许诺销售、进口等行为具有开放性，均是处于大众的监督之下进行的行为，甚至进口还必须要遵守特殊的管理手续。而制造行为则具有特殊性，不论是制造的过程还是从事制造行为的人员都是处于工厂内部的，外部人员一般难以进入工厂，从而使获得生产过程证据的难度大大上升。在这种情况下，由于证据保全或者侵权人自认的情况下鲜有发生，因此通过其他间接证据去推定制造者成为了权利人维权的唯一途径。另一方面，制造行为的边界具有“模糊性”。在“资产阶级经济”中，通过产业集中和竞争、专业化合作、体制和制度创新以及用市场贸易关系取代内部管理关系，在生产中存在着明确的分工和密切合作的方式虽然取得了显著的规模经济的优势，但同时也产生了许多“三无”产品，由此造成制造者难以溯源的恶果。

3.1. 产品标识与制造者认定

产品标识的有无对制造者认定的过程所采取的方式方法有着重要的影响。当产品本身具有指示标识时，可以通过申请证据保全、公证或者其他间接证据证明被告制造侵权产品的信息等种种方式来认定制造者，而当产品上有指示标识时，对制造者的认定方式则存在争议。

3.1.1. 产品上无指示标识

第一，通过申请证据保全或者公证。即通过证据保全或公证获得被告在仓库、生产车间存有用于生产侵权产品的原材料、成品、半成品以及模具、及其等生产工具的证据甚至取得生产过程的视听资料，以此证明被告曾经制造或正在制造侵权产品的事实。

第二，通过其他间接证据证明被告制造侵权产品的信息，如工商登记的经营项目、产品目录册等。但由于这类证据单独均无法实现证明的目的，只能通过证据链，结合证据的高度盖然性达到证明被侵权事实的高度。例如，昂宝电子(上海)有限公司与南京埃灵赛系统集成有限公司等侵害发明专利纠纷案中法院判决认为“只要可以形成产品存在系被告制造、销售的高度可能性的，应当认定系被告制造、销售”即体现了对该间接证据的运用。

3.1.2. 产品上有指示标识

受更严格规定约束的制造商通常在其产品或其包装或标签上标识制造者的信息，而此类信息正是认定该侵权人不仅是产品的销售者还是制造者的有力证据。值得注意的是，指示标识还可以包括各种认证标识，如 3C、FDA、CE；网站、域名、专利申请的查询结果以及被告的宣传册、招聘信息、电话录音等。

当产品或包装上注明了制造者信息时，在实践中对制造者的认定存在以下两种争议：

第一，依据《产品质量法》⁷、最高院相关司法解释⁸，直接认定被指控侵权产品上的信息主体为制造者。这种认定方式，能够在一定程度上排除一些滥用合法来源抗辩以逃避侵权责任的情况发生。在司法实践中，可以发现绝大多数案例均是由此作为直接依据认定制造者的。譬如，在东莞欧陆电子有限公司与深证市华美兴泰科技股份有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案中，法院判决认为，鉴于被控侵权产品包装盒上有华美兴泰公司的相关信息，则其就不能通过举证产品有合法来源来否定自己作为生产者的事实。最高人民法院在台州市黄岩顺丰塑料厂、佛山市南海区南国小商品城沙龙百货经营部侵害实用新型专利权纠纷二审案中认为：尚美公司公证购买的被诉侵权产品底部贴有生产信息标签，标明了“顺丰”字样以及顺丰塑料厂的全称、地址、联系方式等信息，且顺丰塑料厂的经营范围包括塑料制品制造、加工。对于一般消费者而言，被诉侵权产品系由顺丰塑料厂制造；无论被诉侵权产品是否由他人制造后贴附了顺丰塑料厂的标识，顺丰塑料厂均应对外承担制造者的责任。原审法院判定顺丰塑料厂实施了被诉侵权制造行为并无不妥，本院予以确认。⁹

第二，仅仅凭借所购买的产品上标注有侵权人的注册商标就推定侵权人实施了《专利法》上的制造行为是不够的，需要结合其他证据，如侵权人确有制造这种产品的能力等进行综合认定。这种认定与前者截然相反，认为上述最高法院对受害方是否可以在产品侵权案件中作为被告对产品商标所有人提起民事诉讼的回答只涉及诉讼主体是否有资格提起诉讼的问题，而非侵权责任主体认定的问题，上海市高级人民法院《专利侵权诉讼指南》(2011年)表达了同样的趋势。¹⁰而在实践中，广东洁雅五金有限公司与温州蓝天知识产权代理有限公司侵犯外观设计专利权纠纷案¹¹同样采取了此认定。最高人民法院在广东雅洁五金有限公司诉杨某忠等人设计专利侵权案中认为：侵权商品上标有“吉固 + JIGU + 图”商标，杨某忠是该注册商标的唯一所有人。雅洁公司提供初步证据证明杨某忠注册了“温州市鹿城临江县昌隆五金加工厂”，即证明杨某忠有能力制造侵权商品。如果杨某忠是侵权商品包装上出现的商标的唯一所有人，具有生产侵权商品的能力，且没有其他证据证明该商标被他人使用或杨某忠将该商标许可给他人使用，即使杨某忠本身不是侵权商品的实际生产者，可以合理地认为杨某忠是侵权商品的生产者。

3.2. 委托加工与制造者认定

委托加工模式的出现，是市场经济和全球经济一体化的产物，这种生产模式不仅可以延长商品生产制造的链条，还能大幅度扩大产品的生产制造能力，在降低生产成本的同时，在短时间内占据一定的市场份额。委托加工通常存在 ODM¹² 和 OEM¹³ 两种模式，两种模式的主要区别就在于，在 ODM 模式下委托人不被人定为是制造者而在 OEM 模式下委托人当然是制造者，但是这种划分仅仅是具有经营模式上的意义，而对于认定制造者则没有实际意义，因为在实践中一般委托人都会将 OEM 有意识地表述为

⁷《产品质量法》第 27 条规定：产品或包装上的标识必须真实，并要求有中文标明的产品名称、生产厂名和厂址。第 30 条规定：生产者不得伪造产地，不得伪造或冒用他人的厂名、厂址。

⁸法释【2002】22 号：任何人将自己的姓名、名称、商标或者可资识别的其他标识体现在产品上，表示其为产品制造者的企业或个人，均属于《中华人民共和国民事诉讼法》第 122 条规定的“产品制造者”和《中华人民共和国产品质量法》规定的“生产者”。

⁹“台州市黄岩顺丰塑料厂、佛山市南海区南国小商品城沙龙百货经营部侵害实用新型专利权纠纷案”，(2020)最高法知民终 309 号民事判决书。

¹⁰《上海市高级人民法院专利侵权纠纷审理指引(2011)》第 21 条规定，除非有证据证明被指控侵权人制造了侵权产品，否则就不能仅以侵权产品的销售商不能证明其产品具体合法来源为由，认为被控侵权人为侵权产品的制造者。

¹¹“广东洁雅五金有限公司与温州蓝天知识产权代理有限公司侵犯外观设计专利权纠纷案”，(2016)最高法行申 737 号行政判决书。

¹²Original Design Manufacturer，原始设计制造商是由采购方委托制造方提供从研发、设计到生产、后期维护的全部服务，而由采购方负责销售的生产方式。采购方通常会授权其品牌，允许制造方生产贴有该品牌的产品。

¹³Original Equipment Manufacture，也称为定点生产，俗称代工(生产)，基本含义为品牌生产者不直接生产产品，而是利用自己掌握的关键的核心技术负责设计和开发新产品，控制销售渠道。

ODM，并且在订立合同是刻意的回避委托人对产品制造技术或者设计的要求或标准，从而使得侵权行为获得“掩体”。因此，委托模式不是认定制造者的关键，进而委托人实际上是否是技术或者设计的提供者或介入者才是问题所在。

3.2.1. OEM 下的侵权产品制造者

在 OEM 模式中，客户提供产品设计或基础技术，并委托加工商代表其生产产品，在最终产品上打上客户的商标，依托该商标的口碑和影响力，以委托者的名义统一对外销售。一般来说，普通商品的 OME，委托人只提供设计方案或样品委托工厂生产，像是无印良品、南极人的 OEM 不同的产品有不同的生产工厂，这些加工厂都拥有自己的生产技术。

3.2.2. ODM 下的侵权产品制造者

ODM 是一种比 OEM 稍高级的订购方式，客户依靠自己的技术开发和设计能力来完成样品的外观、技术要求得到委托人的确认后进行批量生产，同样将产品交由委托人冠以商标之后统一对外进行销售。ODM 中大众所熟知的莫过于苹果公司与富士康公司的合作，其中苹果掌握着核心专利技术而富士康公司承担着外围技术提供职责，最终由苹果公司对外销售。

综上，无论是 OEM 亦或是 ODM，加工厂都可以提供技术为委托人加工产品，因此，在法律上将委托加工模式细分为 ODM 和 OEM 确实没有实际意义。文章应当将认定专利侵权产品制造者类型的探讨重点放在产品有无指示标识上。

4. 认定侵权产品制造者的举证责任

《专利法》第 77 条规定了专利侵权的使用、许诺销售和销售行为应当纳入善意侵权的免责范围，却将对专利产品的制造行为排除在外，即将侵权专利产品的“制造者”列入“绝对侵权”的范畴，这体现了对专利侵权源头行为绝不姑息的态度，但是无疑也会加大对认定侵权产品制造者举证的难度。这是由于，在现实中，一般产品的制造者都处于商品市场的“后台”，隐藏于不同的销售者身后，要想举证主张其承担侵权责任并非易事。由于产品侵权的“制造者”举证难度的客观存在，法院也采取了某些放宽的措施，即对于这类证据认定采取高度盖然性的证据认定标准，只要能够排除掉合理怀疑即可。总而言之，专利侵权诉讼中，立法的精神意图打击的是作为源头的制造行为的实施者，只有这样，对于遏制屡见不鲜的专利侵权行为才能起到防微杜渐的作用，真正规范市场经济的秩序。

4.1. 制造者认定的证明标准

《专利法》第 70 条规定，为制造和利用侵权产品而使用、授权销售或销售侵权产品，而不知道该产品是未经专利权人授权而制造和销售的，并且能够证明该产品的合法来源的，不承担赔偿责任。这意味着，侵权产品的使用者、授权销售者或销售者若想免责，必须满足两个条件：一是没有主观过错，即不知道所使用、授权或销售的产品是侵权的，并且已经尽到了注意义务；二是能够提供与购买渠道有关的侵权产品的来源信息。^[3]

专利权作为凝结于商品实体中的抽象知识产权存在于每一件商品当中，现实中，产品的销售者因误信制造者拥有专利权而实施了特定的销售行为并侵害了专利权人的合法权益的场景时有发生。虽然，这不失为一种侵犯专利权人专有权利的行为，但是一方面，从主观看来，销售者并无损害他人权益的故意；另一方面，销售者也可以理解为受害者之一，因为销售者为了实现交易的目的积极实施了进货和销售的行为，由此产生了信赖利益，制造者的侵权行为必然使得销售者遭受经济损失，甚至对销售者的名誉造成无法挽回的破坏。

《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第 25 条规定, 如果已知侵权产品未经专利权人授权而使用、授权销售或销售制造和使用, 并提供证据证明该产品的合法来源, 人民法院将同意权利人关于停止使用、授权销售或销售的请求, 除非侵权人提供证据证明其已为该产品支付合理费用。虽然我国《专利法》没有对间接侵权作出具体规定, 但相关法确实规定了间接侵权。《侵权责任法》第 9 条第 1 款有关“教唆、帮助他人实施侵权行为的, 应当与行为人承担连带责任”的规定, 在专利领域当然可以适用。同时, 最高法院的解释, 也是基于发达国家的专利法, 规定了间接侵权。法院的解释将间接侵权分为帮助侵权和诱导侵权: 前者为知道有关产品是材料、机器、零件、中间产品等。其中专门用于实施专利的, 未经专利权人授权, 将产品转让给他人制造和使用, 构成专利侵权, 属于《侵权责任法》第 9 条关于帮助侵权行为的规定; 后者为明知涉案产品或者工艺已经获得专利权, 未经专利权人授权, 积极教唆他人侵犯专利权进行制造和使用, 属于《侵权责任法》第 9 条关于教唆侵权行为的规定。

作为对专利产品享有专利权的权利人, 在主张制造者侵害自己专利权的过程中, 需要充分尽到自己的举证责任, 虽然法院处于对制造者的认定进行最后敲定的裁判者的角色, 但实质上权利人是否充分尝试各种调查的途径、搜集到足够的证据, 对于帮助法官确定侵权产品的制造者起着至关重要的作用。除了传统的通过区分侵权产品上是否有标识、是否存在委托制造来证明制造者的侵权责任外, 专利权人也可以通过主张被告存在混同经营等追求被告的共同侵权责任。

4.2. 构成“善意侵权”的条件

市场秩序的维护不仅需要立法能够合理保障专利权人对专利产品所享有的专有权益, 同时, 对诚实销售者的信赖利益进行保护也是不容忽视的。当交易聚焦于标的物本身时, 买卖信息都公开透明, 二者的利益很少发生冲突, 但是当产生的纠纷所指向的客体为无形的智慧财产权时, 侵权产品的制造者与销售者之间的权责划分总是变得模糊不清, 原本清晰明了的处理方式也不再适用。由此, 诞生了专利善意侵权制度, 其设计的初衷即是为了缓解上述冲突, 主要是保护善意的销售者免于被追究侵权责任。^[4]

4.2.1. 适用于单纯的“销售者”

值得注意的是, 保护的重点是销售本身, 即从合法来源获得产品和销售。只要卖家不知道产品是侵权的, 他就不承担损害赔偿赔偿责任。存在委托关系特殊情况下, 一般认为当购买的产品是侵权人委托他人制造时, 在这种情况下尽管委托方并未直接参与生产活动, 但是该生产活动是在委托方的主持下、依照委托方的意志进行制造的, 委托方并非是单纯的销售者, 可以理解为委托方与加工方之间存在分工配合, 构成共同生产者, 从而也构成共同的侵权行为, 而不允许委托方有证明“合法来源”以免责的抗辩权。如, 在最高人民法院的相关判决中, 法院认为, 要求他人按照一定的技术标准为其生产产品, 然后进行销售的, 不仅是被控侵权产品的销售者, 也是其制造者, 其合法性抗辩不成立。该项判决综合考虑了专利侵权中直接侵权和间接侵权两个方面的因素, 体现了法律对合法来源的适用进行了严格的限制, 有效地防止了合法来源抗辩在实践中被滥用的情况出现, 有利于追责事实上的侵权者, 为专利权人通过诉讼维护自己合法权益提供了正确审判思路。

4.2.2. 销售者为“善意”

适用合法来源抗辩还要求抗辩人必须是善意的, 即不存在引诱侵权情况。就善意侵权如何认定, 在特福不粘锅专利侵权案中最高法院认为, 要构成诱导侵权, 被指控的侵权者必须知道有关专利权的存在, 并且必须知道他或她诱导他人实施的行为侵犯了该专利权。然而, “知道”不仅包括知道, 还包括对侵权事实的“故意视而不见”。故意视而不见是指被指控的侵权者不仅知道有关侵权事实的高度可见性, 而且能够采取步骤避免知道这一事实。

在专利侵权案件中，建立和尊重一个重要的诚信标准是非常重要的。在 2002 年修订的《专利法》第 63 条中，以前的“不侵权”规则被事先不知情地使用或销售侵权产品的“不承担责任”规则所取代^[5]，这意味着，无知的善意认知标准已经转化为善意的故意动机或欲望的标准。这一修正案使我们的专利制度更接近于大多数国家的知识产权保护制度。2008 年开始的《专利法》第三次修改草案将第 63 条第 2 款修改为第 71 条，并将侵权范围从事先不知情的使用或销售扩大到事先不知情的购买、使用、许可或销售¹⁴。它进一步缩小了不被认为是善意侵权的案件范围，加强了实质性的善意标准，这从根本上有助于扭转专利权难保护、易侵权的不理想局面。

综上，专利侵权中合法来源的抗辩需要遵循严格地条件限制，合法来源保护所涵盖的唯一实体是“卖方”，并且主体需要满足意思表示上是善意的条件，才能构成《专利法》上的“善意侵权”。但是目前，对于“善意”和“合法来源”如何证明，以及销售者和使用者在“善意侵权”中的证明责任分配还不甚明确。

4.3. 销售者的“合法来源”之证

观察侵权专利产品流通的各个中间环节，不难发现，众多侵权人中是善意的不在少数，此时，作为善意侵权人的销售者就需要灵活运用法律所规定的证明“合法来源”的理由进行抗辩，以此证明自己的侵权行为是善意的，否则，即使法律立法精神上对善意持宽容态度善意侵权人无法证明自己的“无辜”则仍需承担侵权损害赔偿的责任。值得注意的是，从法律意义上来说，“合法来源”的范围并不局限在交易本身是否合法，侵权行为人的主观故意以及合理的注意义务存在与否等也是重要的考量因素。^[6]

4.3.1. 无主观故意抗辩

行为人的意图是犯罪的一个主观条件，而关于“合法来源”的主观认定，无主观故意抗辩意图证明侵权人“不知道”侵权事实。“不知道”在我国民法中，被分为客观上不可能知道的人和应该知道但不知道的人；在侵权理论中，主观状态包括故意和过失两类。^[7]这种主观状态在民事诉讼中的认定本身就存在较大的难度，又加之商品流通环境的复杂性使得销售者的主观心理更难揣测与证明，因此，对于这种消极事实的证明，通过对裁判文书网中 6497 例关于对保护合法来源的专利侵权案件的研究表明，“谁主张谁举证”的传统规则已经在法院判决中被抛弃，在司法实务上，法院普遍采取了两种途径来侧面判断销售者的主观心理：其一，通过对原告提供的证据进行分析；其二，通过审查销售者的合理注意义务来作出结论。如果原告无法提供类似客观证据来证明侵权人的主观故意，则一般不应被认定为故意侵权。以下选取行为人“无主观故意”的典型案例进行论证(见表 1)：

Table 1. Sampling of cases without subjective intentional defense

表 1. 无主观故意抗辩案例采样

原告提交证据	案件	法院认定
送货单、收款收据	中山市聚能高科光电有限公司、比肯灯饰国际有限公司等侵害发明专利权纠纷案 ¹⁵	侵权人与侵权商品的生产者不存在关联关系，合法来源抗辩不能成立
销售单、手机交易明细截图、中国民生银行个人账户对账单	南安市九头鸟卫浴洁具有限公司、长沙市芙蓉区祥业阀门洁具商行等侵害实用新型专利权纠纷案 ¹⁶	侵权人与权利人之间存在长期业务往来，合法来源抗辩不能成立

¹⁴ 参见中国全国人大网站：《专利法修改草案全文及说明》，<http://www.npc.gov.cn>，2008-08-29。

¹⁵ “中山市聚能高科光电有限公司、比肯灯饰国际有限公司等侵害发明专利权纠纷案”，(2021)最高法知民终 1975 号民事判决书。

¹⁶ “南安市九头鸟卫浴洁具有限公司、长沙市芙蓉区祥业阀门洁具商行等侵害实用新型专利权纠纷案”，(2021)最高法知民终 1300 号民事判决书。

Continued

劳动合同或项目合作协议	广州市海珠区铿丰缝纫设备商行、林尧宇侵害发明专利权纠纷案 ¹⁷	侵权人曾经与权利人存在劳动关系，合法来源不能成立
QQ 聊天记录、视频的时间轴	上海君和俊家具有限公司、上海周俞沈网络科技有限公司等侵害外观设计专利权纠纷案 ¹⁸	侵权人明知其产品是仿被侵权人的产品，其具有主观仿冒故意，不符合合法来源的适用要件
快递走件流程查询信息、警告函复印件	中山市辣妈日用品有限公司、上海阿里宝宝婴儿用品有限公司侵害实用新型专利权纠纷案 ¹⁹	侵权人收到权利人侵权警告函后仍然继续实施侵权行为，合法来源抗辩不能成立

4.3.2. 合理注意抗辩

这同样适用于证明犯罪者的“无知”。根据最高法院《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》，如果被告提供的侵权产品或复制品的来源证据达到了满足其应有的注意义务的程度，可以视为达到了前款规定的证明标准，并可以视为不知道该侵权产品或复制品侵犯了知识产权。由于合理注意抗辩同样属于主观范畴的免责手段，因此其标准并无明确的认定边界，在实务于往往依托与法官的自由裁量权进行判断。各个市场主体由于其规模、影响力各有不同，在要求其“合理”注意的标准上也应当区别对待，专业化程度高的市场主体相对专业水平低者，对该行业的熟悉程度更深，对相关的法律与行业规范也更为熟稔，理论上是相对于非专业主体有着更便利的发现侵权产品和复制品的条件，因此，它还将更严格地检查其合理谨慎的义务，以保护合法来源制度的正义。

4.3.3. 合法采购抗辩

合法来源从字面意义上说，包括“合法”与“来源”两方面的内容。所谓“合法”是指产品的处处合法，是指对商品来源的法律评价，是指商品从供货商到销售者手中这个转移占有过程是否合法，而非指商品本身的合法性。“来源”指客观事实上，商品的出处，如商品通过合同从第三人处购得或者通过抢劫、盗窃所得等。

根据最高人民法院《关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》，被告依法主张合法来源抗辩的，应当举证证明合法取得被诉侵权产品、复制品的事实，包括合法的购货渠道、合理的价格和直接的供货方等。“合法来源”条款的规定旨在通过保留善意侵权人赔偿责任的空间，来激励其提供源头故意侵权者的信息，以便能够惩罚源头侵权者。因此，销售者在交易过程中不仅需要凭借着合理的注意义务留存合法交易的凭证，并且要明确具体地提供供货方即制造者的信息，才能使自己主张的合法采购抗辩成立。

5. 专利侵权产品制造者认定的建议

在专利侵权诉讼实践中，原告为证明被告侵权而提交的证据通常是已生产的成品，并根据成品上的信息或其他间接证据指控被告侵权，侵害自己对专利产品享有的专属权益，而非提交反映所涉侵权产品如何“从无到有”的过程性证据材料。这是因为，一方面，证明制造过程的证据难以收集或呈现，另一方面，一般而言，对于专门从事专利侵权审判工作的法官来说，判断何种行为可以被认定为《专利法》上的制造行为并不困难，真正的困难在于确定制造商，即“谁制造了被指控的侵权产品”，而这必须得

¹⁷ “广州市海珠区铿丰缝纫设备商行、林尧宇侵害发明专利权纠纷案”，(2018)粤民终 1008 号民事判决书。

¹⁸ “上海君和俊家具有限公司、上海周俞沈网络科技有限公司等侵害外观设计专利权纠纷案”，(2021)最高法民申 5979 号民事判决书。

¹⁹ “中山市辣妈日用品有限公司、上海阿里宝宝婴儿用品有限公司侵害实用新型专利权纠纷案”，(2019)最高法知民终 457 号民事判决书。

到证明。然而，到目前为止，无论是现行法律还是相关的监管指南，都没有就如何确定“制造者”提供任何实际指导。

5.1. 指导性意见的进一步统一

对专利权人来说，法院对制造者的范畴采取宽松的“准入”规则，将更有利于保护专利权人的利益，但是与此同时无疑可能会倒逼恶意侵权人侵权的方式和手段的改进，其不择手段地钻法律漏洞会使得侵权行为更加隐蔽，最终给专利权人的维权之路带来更大的隐患。而对于专利产品的销售者而言，若是对制造者的认定条件更为放宽，或者认定标准不一，或者完全采用一套统一的“一刀切”模式，卖方在商品市场的运营成本正在上升，从而打击到民众创业的热情，使得市场经济倒退。通过前文的分析，不难发现，法院在对专利侵权中制造者的认定中存在若干问题，主要是由于法院的审查标准存在差异、法官的裁判尺度的把握以及裁判者认定思维不同所致。

除此之外，相关部门应当加大对交易习惯的规范力度，以期合理防范侵权产品、复制品等进入流通领域，大型的电商网络交易平台应当建立对文学、视听等作品上架前的预先核验与许可程序，以便有效防范存在侵权风险的作品上架。

5.2. 类案检索的进一步完善

通过裁判文书网相关案例的分析，发现在专利侵权案件中，制造商的名称与卖方的合法原产地保护的有效性密切相关，侵权产品的销售者与制造者之间并不存在明确的分界线，在一定条件下，销售者与制造者可以指向同一个主体，因此判断侵权之诉的被告是否在实施了销售行为的同时也实施了制造侵权产品的行为对法院认定制造者起着重要的作用。当销售者能够提供准确的证据证明其所销售产品的合法来源并且符合法律规定的形式要件，则合法来源抗辩成立，此时审查实施制造行为的对象即发生转移；当销售者无法提供商品的来源信息，则合法来源抗辩不成立，则需要考虑是否应当认定销售者实施了制造被诉侵权产品的行为。制造者认定本身的复杂性加之由制造行为本身的隐蔽性引发的制造者与销售者容易混同使得这一问题不仅在学理上众说纷纭，在立法上无法统一，并且在司法实践中也存在分歧，地方司法文件之间存在的不同倾向使得类案检索也变得更为困难。

当前，关于专利侵权案件，在中国裁判文书网上以关键词“专利侵权”和“制造者”进行检索出来的案件有 2268 例之多，但是实际上，远不止于此，围绕着销售者的合法来源抗辩制度剥茧抽丝，其核心问题最终都将落于对“制造者”的审查与认定上，而对此问题的探讨上，既然各地法院裁判思路各不相同，那么在裁判文书的整理和归类上也应当更为细致，进一步完善类案检索，以便为“类似案件类似处理”提供参照标准，最大程度地防止法院自由裁量权的过分膨胀和自由。

5.3. 完善举证规则

无论制造者身份的认定还是善意侵权的抗辩，在满足法定的构成要件后，各方主张的支持与否，关键在证据，而举证责任分配规则的合理与否，直接决定了各方诉讼的结果。

民事诉讼法规定的举证责任的分配是一个原则问题，适用普通民案件，在专利侵权案件中侵权产品制造者的认定上，则需要根据此类案件的特点进一步合理化。

在《知识产权侵权诉讼中的过错责任推定与赔偿数额认定》中吴汉东教授认为“过错责任采取谁主张谁举证，对权利人多有不利”。^[8]鉴于侵权主体的特殊性，专利权人比侵权人更难获得侵权证据，中国在民事诉讼中引入了特殊规则，以落实平等原则。根据《专利法》第 66 条，如果专利侵权纠纷涉及与制造新产品的方法的发明有关的专利，制造同一产品的实体或个人必须证明其制造产品的方法与专利方法不同。可以看出，举证责任倒置的规则适用于有关发明新产品的方法的专利侵权的纠纷。而在非创新

产品的情况下，方法专利保护一种产品的制造方法或一种项目的设计方法，专利方法的使用包括一个实施过程，使侵权活动更加隐蔽。而这个过程一般不为外界所知，这就使得侵权的证据往往不容易获得或根本无法获得。申请人在证明上确实也有客观困难。根据《专利法释义》第 61 条规定，专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者意图实施侵犯其专利权的行为，如不及时中止该行为将对其合法权益造成不可弥补的损害的，可以在提起诉讼前向国家法院申请禁止令，中止有关行为以及保护财产的措施。因此，往往是采取在起诉的同时要求法院提供证据的策略，法院会保全证据以减少原告的举证责任负担。

在王欣、北京东升天保堂连锁药店有限公司等侵害发明专利权纠纷案²⁰中原告王欣主张涉案专利时新产品制造方法，提出适用举证责任倒置，由被告苏中公司提供获得原始产品制造方法的证据。但是法院认为涉案专利申请在申请日前早已为国内外公众所知，不属于《专利法》规定的新产品，因此对原告的举证责任倒置请求不予支持。此案即是对《专利法》第 66 条的现实运用，明确了举证责任倒置并非完全豁免原告的举证义务，原告仍需承担证明涉案专利为新产品的举证责任。惠州市德丰精密机床有限公司、浙江安耐奇机械设备有限公司等侵害发明专利权纠纷案、王绍璋、北京东升天保堂连锁药店有限公司侵害发明专利权纠纷案等案件均体现了类似的证明责任分配。

上述现有的立法规定虽然在一定程度上可以解原告在专利侵权诉讼中的举证的燃眉之急，但实际上仍存在一定的问题。尤其是对于新产品的规定上，要求原告在先证明新产品的“新”即“不为国内外公众所知”这一消极事实，这绝非易事，相反，提出反证“在专利申请日以前为国内外所公知”则将会大大减轻原告的证明负担。换言之，若是法律精神本就体现了对新产品和非新产品都体现加以保护的立法意图，那么再将此二者分别看待则实属多此一举了，私以为完全可以取消对新产品施加的限制，也好进一步降低专利权利人的诉讼成本，打击侵权者的嚣张气焰。这也与最高院相关司法解释体现的降低新产品判断标准的思想相一致。

6. 结语

在《专利法》对制造者没有作出明确规定的情况下，应当通过对侵权专利产品的制造者分类化探究，区分产品上是否有指示标识的情况按照不同的标准审查制造者。同时还应当考虑存在委托加工制造的特殊情况，但是需要明确委托模式不是认定制造者的关键，而委托人实际上是否是技术或者设计的提供者或介入者才是问题所在。在对制造者进行举证过程中，除了传统的通过区分侵权产品上是否有标识、是否存在委托制造来证明制造者的侵权责任外，专利权人也可以通过主张被告存在混同经营等追求被告的共同侵权责任。被告在主张“合法来源”时，应当从无主观故意、合理注意以及合法采购三方面主张“善意”侵权，并且需要注意的是，“善意”侵权只适用于单纯的销售者的主体限制。在专利侵权产品的制造者认定上法院的审查标准存在差异、法官的裁判尺度的把握以及裁判者认定思维没有做到一致，因此立法应当对相关指导性意见做进一步统一，同时在裁判文书的整理和归类上也应当更为细致，进一步完善类案检索。

参考文献

- [1] 尹新天. 中国专利法详解[M]. 北京: 知识产权出版社, 2011.
- [2] 骆俊峰. 专利善意侵权的二元归责论研究[J]. 浙江海洋学院学报(人文科学版), 2016(6): 61-65.
- [3] 乐耀. 论专利善意侵权案件中不当得利制度的不可适用性——兼评<专利法>第 70 条[J]. 金陵法律评论, 2017(1): 197-221.

²⁰ “王欣、北京东升天保堂连锁药店有限公司等侵害发明专利权纠纷案”，(2021)最高法民申 7477 号裁定书。

-
- [4] 黄建文. 合法来源抗辩适用善意取得制度审查的合理性分析[J]. 知识产权, 2016(10): 32-38.
 - [5] 郑思成. 侵权知识产权的无过错责任[J]. 中国法学, 1998(1): 81-90.
 - [6] 郑成思. 知识产权论[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
 - [7] 于剑. 知识产权领域善意侵权分析[D]: [硕士学位论文]. 哈尔滨: 黑龙江大学, 2015.
 - [8] 吴汉东. 知识产权侵权诉讼中的过错责任推定与赔偿数额认定——以举证责任规则为视角[J]. 法学评论, 2014(5): 124-130.