

專利間接侵權中的 民法問題與解決思路

— 兼論創設非從屬性幫助侵權責任的必要性

—卜元石—

專利間接侵權一直以來都是很有爭議的法律制度，不僅涉及的問題點眾多，而且在過去三十年間的討論中對一些關鍵問題尚未能形成主流觀點，甚至是否需要立法規制也爭論至今。這無疑增加了立法機關的顧慮與立法難度。也正因如此，中國現行《專利法》迴避了對專利間接侵權的直接規定。但是，實踐中相關爭議的不斷產生，包括近期熱議的西電捷通訴索尼案¹，使得法院不得不直面這一問題，以尋找合適的解決方法，這促使了相關裁判規則的產生與修改。最高人民法院（以下簡稱“最高院”）在2016年出臺的《關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋（二）》（以下簡稱“《解釋二》”）中對第21條的制定與北京市高級人民法院（以下簡稱“北京高院”）《專利侵權判定指南（2017）》對“專利共同侵權”部分的修改也是在這一背景下進行的。

在《專利法》2018年再次修改之際，間接侵權問題重新被提上議事日程。考慮到專利法前兩次修改時立法機關對這一問題的保留態度，《專利法修訂草案（送審稿）》中相應規定在此次修法過程是否能被採納，目前仍不明瞭。但筆者認為，專利間接侵權牽涉很多民法問題，無論該制度是否最終入法，《專利法》本身都不可能提供類似北京高院在《專利侵權判定指南》中那樣全面、詳盡的解答，因此，即便將來《專利法》對專利間接侵權作出明確規定，該項制度在實踐中的適用仍然有賴於民法一般理論。

因此，本文的目的有三個：一是就專利間接侵權所涉及民法問題中尚未深入討論或仍有存疑之處嘗試進一步研究；二是探討哪些爭議可以在現行民法框架下通過法律解釋的手段來解決，哪些必須通過修法才能得以明晰；²三是結合《專利法修

訂草案（送審稿）》中針對間接侵權的條文，為修法過程中對相關問題的處理方式提供一些思路。

一、共同侵權理論的應用障礙

學術界及實務界在解決專利間接侵權的問題上，通常援引民法上共同侵權的理論。目前，無論是最高院的《解釋二》第21條還是《專利法修訂草案（送審稿）》第62條的理論依據均為《侵權責任法》第9條。但應用《侵權責任法》第9條來規制專利間接侵權至少存在兩點障礙。一、在《侵權責任法》出臺後，共同侵權的規定變得更為細緻。在《侵權責任法》頒佈前，共同侵權的概念泛指侵權人為多人的所有情形，無論他們之間的聯繫是建立在侵權行為、因果關係或是損害的同一性方面。在當時的話境，這種廣義的共同侵權包括所謂客觀聯絡多人侵權的情形，所以確實可以說共同侵權並不一定以意思聯絡的共同故意為前提。³在《侵權責任法》頒佈後，真正的共同侵權僅包括《侵權責任法》第8、9條涵蓋的情形，並以存在意思聯絡為前提。⁴但絕大多數專利間接侵權是以向公眾提供實施專利所需要的原料或零部件形式出現，在零部件的供應方與專利最終實施人之間並不存在意思聯絡。二、《侵權責任法》第9條的教唆、幫助侵權是以主侵權行為實施為前提，在主侵權行為尚未發生或不能查明的情形，無法追究教唆人、幫助人的民事責任，這也縮小了間接侵權的適用範圍，增加了制止專利間接侵權的訴訟程序負擔。

針對第一個障礙，最高院法官認為，《侵權責任法》第9條意義上的共同侵權既不要求意思聯絡，也不要求共同過錯的存

在。⁶這一闡述被認為是採納了幫助侵權理論中的法定共同侵權說,⁶但其與《侵權責任法》的體系不符,因為那些不存在意思聯絡的多人侵權已經從共同侵權的概念中剝離出來,並通過《侵權責任法》第10-12條來——單獨規制⁷。所以放棄意思聯絡要件的做法,可以理解為是最高院為了解決專利間接侵權在《專利法》中尚無明文規定的一種途徑。實際上,專利間接侵權審理的一個難點就在於現行法律缺乏對於不存有意思聯絡所實施幫助侵權責任的規定。有作者把意思聯絡解釋為技術性要素體現的意思聯絡⁸,實際上將主觀要件與客觀要件混同,同樣不能令人完全信服。所以,這些嘗試通過法律解釋來解決意思聯絡方面所遇到的困難,再次顯示了解釋論的局限以及立法的必要。

針對第二個障礙,最高院法官在《解釋二》頒佈後曾經一方面認為,“間接侵權應當以直接侵權為前提,(…)但並不意味着,在提起間接侵權訴訟之前,必須存在認定直接侵權成立的裁判”,另一方面同時認為“無論是查明案件事實,還是連帶責任的確定,乃至判決的執行,將直接侵權人和間接侵權人作為共同被告,效果可能更好”。⁹但當時的這一解釋對於消除間接侵權從屬性要求所帶來的弊端,作用有限。這是因為,最高院法官在2016年時顯然仍然傾向於通過共同訴訟來解決間接侵權的問題,對於不能構成共同訴訟的情形沒有提供規則,特別是沒有明確提及對於直接侵權成立證明程度方面的要求。正如一些學者所指出的那樣,德國、日本法中的專利間接侵權都遵循所謂的“獨立說”,不以直接專利侵權為前提,而美國法中的“contributory infringement”雖然有對間接侵權從屬性的要求¹⁰,但是在司法實踐中,該從屬性的證明標準被降低到失去了原本的限定作用。¹¹專利權人對直接侵權的發生無需直接證明,而是可以由客觀情形的推定來替代。比如,在提供沒有其他實質用途的“專用品”情形或為他人提供大量的具有侵權用途產品的同時附帶如何使用方法專利的說明,可以推定直接侵權的存在。¹²

在是否要求間接侵權的從屬性這一問題上,筆者贊同必須以立法的方式來規制專利間接侵權的主張¹³,原因就在於《侵權責任法》缺乏不以從屬性為前提的幫助侵權責任。一種不以直接侵權發生為前提的特殊共同侵權責任,只能通過立法來創

設。僅僅通過解釋論來解決從屬性問題¹⁴,實質上會偏離《侵權責任法》第9條的本意,也會造成法律適用的困難。令人欣喜的是,最高人民法院副院長陶凱元於2018年7月在青島舉行的“第四次全國法院知識產權審判工作會議”上,闡述了關於“專利間接侵權”認定的最新指導思路,即“專利領域中的幫助侵權以被幫助者利用侵權專用品實施了覆蓋專利權利要求全部技術特徵的行為為條件,(但)既不要求被幫助者的行為必須構成法律意義上的直接侵權行為,也不要求必須將幫助者和被幫助者作為共同被告”。這一思路將使專利間接侵權的認定與我國學術界的多數觀點相一致,並與國際通行做法相吻合。

這裡需要解決的疑問是,為何屬於民事權利的專利權利可以突破民法一般理論的制約?為何在某些行為不構成民法的共同侵權時,仍然要求行為人承擔侵權責任?這些問題不僅在中國法中存在,在比較法上也是規範專利間接侵權所必須面對的。在專利間接侵權中,放棄民法一般理論中對於意思聯絡以及直接侵權發生這兩個要件的正當性,不是來源於理論,更多是實踐的需要。實踐表明,如果堅持保留這兩個責任構成要件,就會使得專利權人經常不能或無法及時阻止他人提供專利零部件等行為。為了給專利權人以必要的救濟,法院不得不對現有法律進行偏離文義的解釋,達到的實質結果還是一種非從屬性侵權責任。既然如此,倒不如立法明確引入這種非從屬性幫助侵權責任。當然,對這一非從屬性幫助侵權責任的範圍必須加以必要限定,以免責任擴大化,這種限定一方面體現在對於侵權物性質的限定(詳見下文第二部分),另外一方面體現在對主觀要件的嚴格要求(詳見下文第四部分)。

為了解決體系安排上的問題,德國的做法是把這種非從屬性幫助侵權責任從一般共同侵權中剝離,直接定性為危險責任,¹⁵避免了在這兩種侵權責任關係上不必要的糾結。

二、一元論與二元論的選擇

在肯定了存在需要通過立法來創設一種非從屬性共同侵權責任,以規制專利間接侵權之後,必須要解決的另外一個問題是,這種特別侵權責任是僅包括幫助行為還是也涵蓋教唆行為。在目前的討論中,這一問題被簡化為所謂“一元論”與“二

元論”的爭論¹⁶。但在已有的研究中,“一元論”與“二元論”更多是從是否幫助與教唆都需要法律明確規定的角度來考察,而未突出如何超越民法一般理論構建特別規則的問題。“一元論”與“二元論”爭論的焦點不應該是幫助與教唆均需要入法的問題,因為即便二者都為法律所規制,但規定的內容只是對一般民法規則的具體化,如目前《專利法修訂草案(送審稿)》第62條的處理方式,還是不能從根本上為專利權人制止間接侵權提供充分的保護。“一元論”與“二元論”爭論的內核應該是在專利間接侵權制度中是否幫助與教唆二者、還是僅限幫助行為需要一種不同於一般民法的特別規則。

雖然《解釋二》中因為傳統的原因採納的是“二元論”,但一般而言,最高院的司法解釋並非創設新規則,《解釋二》只是解決一般民法的操作性問題,所以可以被視為解決專利間接侵權的一種可能途徑。立法機關則沒有這方面的束縛,在創設新規則的方面可以選擇的餘地很大,關鍵是要考慮利益平衡的問題。考慮到引入非從屬性幫助侵權責任實質上擴大了對專利權人的保護,所以有必要把這樣一種侵權責任限制在最急需的情形。這也就是為什麼從比較法的角度一般把專利間接侵權局限為特定的幫助行為,即,提供沒有其他非侵權實質用途的“專用品”。而其他一般幫助行為,如運輸、倉儲、出租場所以及提供網絡交易平臺等,則可以回歸到通過一般民法來解決的路徑,根據參與者主觀狀態的不同,分別適用共同侵權或是分別侵權(詳見下文第五部分)的規定。同樣,教唆行為也可以直接適用侵權責任法的一般理論。

三、不存在直接侵權責任的情形

需要立法引入的幫助型間接侵權責任對非從屬性的放棄,可能會使人認為既然該侵權責任不以直接侵權發生為前提,那麼直接侵權為專利法所排除的情形,間接責任自然也應該仍然存在。在中國法中,這樣的情形包括三種:私人使用、專利排他權在《專利法》第69條規定的不視為侵權的實施行為以及專利技術的使用發生在國外。但是,從比較法的角度來看,上述結論不是唯一的。以德國法為例,《德國專利法》第11條共規定了8種專利權的法定限制,但就間接侵權責任則作出具體細

分:如果最終專利實施人滿足其中前5種情形,間接侵權責任仍然成立,其中包括私人使用、實驗目的、育種例外、藥品配製例外以及臨床試驗例外;如果滿足的是後3種情形,主要是交通工具臨時過境的情形,則間接侵權不成立。目前在中國法中,北京高院《專利侵權判定指南(2017)》第119條第1款也對此作了細分,但不同於德國法的選擇。根據該規定,即便在最終實施人可以援引私人使用、交通工具臨時過境、科學研究以及臨床試驗例外的情形時,間接侵權責任依然成立。

有觀點認為,未來立法無需對此問題明確規定,完全可以根據民法一般原理推導出解決辦法。¹⁷但這一結論的論證過程是有爭議的¹⁸,所得出的結論也不是唯一的。比如一部分學者認為,在不存在直接侵權的情形,間接行為人一律都不承擔責任;另外一部分學者或是根據具體情形區別對待或是主張一律都應追究責任。¹⁹因此,在處理不存在直接侵權時認定間接侵權的問題上,不應採取非黑即白的態度,而應在可行的多種組合中進行合理取舍。這種選擇的根據不是民法理論,而主要是中國國情的實際需要,並參考國際通行做法。筆者認為具體可作如下考量:

(1)對待直接實施人構成私人使用的情形,考慮到其他主要國家如美、德等多個歐洲國法律均不作例外處理,皆認為不影響間接侵權的認定,所以可認為是國際上的通例²⁰,而且中國已有法院判決也支持這種看法²¹,因此可在立法中對這種處理方法予以明確。

(2)考慮到中國出口加工業的需要,可以規定直接侵權發生在國外的情形,排除間接侵權責任。²²

(3)針對《專利法》第69條規定的法定限制,因為情形較多,可選擇的餘地很大,所以這裡只能闡述一點初步想法。(i)在專利權窮竭的情況,應該可以排除間接侵權責任,這樣可以保证專利產品的買受人修理的權利;(ii)涉及先使用權的情形,也考慮允許排除間接侵權責任,原因是對專利權人不造成附加損害;²³(iii)臨時過境的情形與零配件出口情形類似²⁴,也可以考慮排除間接侵權;(iv)但科學研究和臨床試驗例外都應作狹義解釋,因此不排除間接侵權責任。

由此可見,如何處理專利權利例外情形與間接侵權責任的關係是一個非常複雜的問題,需要多方考察、謹慎處理,但立法

者如果因此而迴避規範這一問題,將其留給司法部門,會導致法律適用的不統一,那就更不足取。

四、明知與故意所指對象與證明責任

幫助型間接侵權的主觀要件,一直以來都是爭議較多的一個問題。《專利法修訂草案(送審稿)》第62條以及《解釋二》第21條要求兩個方面:一是對專利的存在及提供產品可以用於侵權用途的明知,二是提供產品行為出於故意。這種規定在適用過程中會面臨三個問題:一、明知除了上述兩個方面,是否包括對於其行為將促成直接侵權發生的明知,即對直接侵權者意圖的知悉?二、過錯是否僅限於故意,還是也包括過失情形?三、專利權人如何承擔主觀要件的證明責任?至今為止,法院就這一問題在判決中經常模糊處理,或是不與提及。²⁵這樣作法未必導致判決結果錯誤,但顯然有改進的必要。就這三個問題,可供選擇的方案如下:

就第一個問題,根據《專利法修訂草案(送審稿)》第62條以及《解釋二》第21條的表述,不能推導出間接侵權中的明知也包括對於產品使用人已經有意圖實施專利直接侵權的知悉。但考慮到這兩條以意思聯絡以及直接侵權的發生為要件,間接地也就要求間接侵權人對於產品使用人直接侵權意圖的知悉。²⁶如果立法機關引入非從屬性幫助型專利間接侵權責任,則可以考慮對第三方面(對其行為將促成直接侵權發生的明知)作出明確規定,以避免侵權責任擴大化。有了這一規定,在具有侵權用途產品首次提供時,不可能滿足這一要件,除非該產品構成了專用品。只有在重複侵權情況,才有可能滿足知悉產品直接使用人侵權意圖的要求。

就第二個問題,《侵權責任法》第9條幫助侵權責任以幫助人的故意為要件。²⁷從比較法的角度來看,把間接專利侵權主觀過錯限定為故意也是比較合理的。²⁸特別如果放棄了間接侵權的從屬性,故意這一主觀要件也起到了必要的限制作用。

就第三個問題,無論是明知還是故意,涉及的都是當事人的主觀狀態,因而難以直接證明,而必須通過對客觀行為的推定來證明。在這方面德國法的做法可供參考:在產品提供人對於購買人將以實施專利的方式使用產品存在充分、肯定的預期

時,認為對於這一要件의明知已完成舉證責任。²⁹如果該產品是一種只具有侵權用途的專用品,一般可直接認定這一充分、肯定的預期的存在;如果涉案為非專用品,在產品說明書中提示或推薦以侵權方式使用產品的情況,同樣可以認為存在這種充分、肯定的預期。³⁰這一做法也與我國學者的多數主張一致。³¹

此外,教唆型專利間接侵權,不需要特別規則,但仍然涉及到一個如何判斷主觀要件是否成立的問題。根據共同侵權的理論,教唆也以故意為前提,而且《專利法修訂草案(送審稿)》第62條第2款以及《解釋二》第21條第2款中所使用的“明知”一詞,同樣可以推導出這一結論。《專利侵權判定指南(2017)》對教唆型專利間接侵權列舉了一些具體情形,這裡不再詳述。

五、無意思聯絡的多人專利侵權

在有意思聯絡的共同侵權制度之外,《侵權責任法》第11、12條所規定的無意思聯絡的多人侵權在規制專利間接侵權方面也有可發揮的空間。在西電捷通訴索尼案中,主審法官也嘗試了適用該項法律制度來審理方法專利拆分侵權案件。³²但是在這種分別侵權造成同一損害的情形,只有當每個行為人的行為都構成侵權時,才能適用《侵權責任法》第11、12條,而在方法拆分侵權中,每個參與人都只是實施了方法專利的某些步驟,沒有行為人因獨立完整實施專利而構成侵權。因此,適用《侵權責任法》第12條來處理方法拆分侵權,必須克服這一障礙。

從比較法角度,德國聯邦最高法院在一起類似案件³³中採取了如下論證方式解決了這一問題。首先,其認為無意思聯絡侵犯方法專利並不要求每個侵權人都以自身行為全部實施了方法專利的所有步驟。有義務阻止但未阻止侵權發生的行為人,比如運輸侵權產品的承運人,也對最終侵權承擔全部後果。其次,針對方法專利,如果行為人利用第三人實施受保護方法的某些步驟並把該第三人行為納入到自己行為當中,該行為人的行為同樣構成方法專利侵權。在該案件中,所涉及的專利包括數字電視信號的編碼及解碼方法。被告提供的設備可

以使購買人解碼觀看相關電視節目。這裡信號的編碼步驟由提供節目的電視臺完成,解碼步驟由購買人完成,德國聯邦最高法院仍然認為,購買人與電視臺雖無意思聯絡,但各自利用了對方的行為,從而完整使用了該方法專利,因此均可能構成分別侵權。這一觀點和我國學者關於“幫助方和被幫助方各自的行為都對侵害發生起到幫助作用,故各自均為幫助行為”³⁴的說法實際上是有異曲同工之效的。在西電捷通訴索尼案中,如果認為購買人使用手機既可能構成私人使用也可能構成非私人使用,根據德國最高法院的論理,同樣可以適用《侵權責任法》第 12 條,認為購買人為非私人目的使用時構成了專利侵權。

參考這一案件中的思路,根據中國法解決為專利侵權人提供場地或倉儲、網絡交易平臺、運輸服務但沒有侵犯專利權人的法定專有權等間接侵權案件時³⁵,以及如果各個侵權人之間不存在共同故意,也可以考慮適用《侵權責任法》第 11、12 條。

六、法律後果

在專利間接侵權法律後果方面,主要有兩個問題值得討論:一是損害賠償金額的確定,二是停止侵權責任的適用。在第一個問題上,因為專利間接侵權傳統上是建立在共同侵權理論基礎上,所以要求間接侵權人對專利直接侵權造成的損失承擔連帶責任。近來,有觀點建議考慮適當放棄連帶責任,並以間接侵權直接造成的損害來單獨計算賠償金額,理由是技術上可以量化直接侵權與間接侵權的對損害後果所發生原因力的比例。³⁶ 目前已有判決中多適用法定賠償³⁷,而迴避了對這一問題的直接回答。將來即便引入獨立的幫助型間接侵權責任,立法機關對損害賠償問題作出明確規定的可能性也不大。因此無論是單獨計算間接損害賠償金額,還是以直接侵權造成的損害為準,有待實踐中進一步探索,同時也要從民法解釋論的角度來考察前述單獨計算的思路是否可行。在專利間接侵權案件中,如果直接侵權行為尚未發生,專利權人自己並不單獨提供涉案專利的部件,那麼間接侵權並未給專利權人造成損失,因而也不應產生損害賠償責任。如果直接侵權已經發生,那麼是單獨計算還是以直接侵權造成的損失為準,理論上都可

以証成,涉及的更多的是一個政策考量。但無論如何,最低的賠償應以間接侵權人因侵權而獲利潤來計算,並包括間接損害引起的訴訟費用、律師費等直接花費。³⁸

就第二個問題,對於專利權人擁有要求間接侵權人停止侵權、排除妨礙和消除危險的請求權方面,並不存在異議。但其是否以直接侵權發生與過錯為前提,意見尚未統一。³⁹ 如果立法明確了非從屬性,那麼可以放棄要求證明直接侵權發生這一前提。但專利間接侵權的成立以故意為前提,因此在第二個前提上不存在變通空間。最後,在禁令的範圍方面,只有在涉案的產品為沒有非侵權性實質用途的“專用品”,才會採取全面禁令,如果該產品具有非侵權用途,可以要求間接侵權人提高注意義務或者在產品上附加相應警示。⁴⁰

七、結論與立法建議

綜上所述,專利間接侵權責任的定位應該是一種脫胎於共同侵權一般規定,但又不同於共同侵權的法律制度。這一特別法律責任的創建,必須通過立法來完成。目前《專利法修訂草案(送審稿)》有如下值得改進之處:一、相關條文內容過於保守,仍然局限於對共同侵權責任進行具體化以增加其可操作性,有關部門未能充分利用修法這一契機,創設一種適用於專利法領域的特別幫助侵權責任,未認識到真正解決專利間接侵權問題,必須引入一種不以直接侵權發生為前提,不以意思聯絡為要件的幫助型侵權責任;二、相關條文內容過於簡略,未充分利用立法空間,迴避了對不構成直接侵權情況下間接侵權責任的明確規定,可能會造成制度供給不足的問題。

就專利間接侵權的具體規範表述、規範層級以及配套實務操作,筆者不揣淺陋,提出如下建議與同行切磋。

在法條表述方面,現有《專利法修訂草案(送審稿)》可改為“明知或應知有關產品為與專利技術方案主要要素相關的原材料、中間物、零部件、設備等,未經專利權人許可,為生產經營目的,為沒有相應授權但有意圖使用專利技術方案的他人提供該產品的,應當承擔侵權責任。該商品為市場上供應一般商品的,除外。他人對專利的實施構成不以經營為目的私人使用或者屬於專利法第 69 條第 4 項與第 5 項規定的情形,不視為具

有相應的授權”。對這一條文有如下說明：

(1)與送審稿相比，這一表述在體系上有如下三點重要區別：一、直接侵權發生不是專利間接侵權的構成要件，但要求產品購買人具有無權使用專利技術的意圖。二、將“與侵權人承擔連帶責任”改為直接承擔侵權責任。放棄直接侵權這一前提，專利權人即有權單獨追究間接侵權人的民事責任，規定必須連帶責任的理由就不複存在，因而應予刪除。三、對誘導型間接侵權不作出明確規定，繼續由一般民法理論來解決。⁴¹

(2)內容方面，筆者建議客觀要件不應局限在只能用於侵權目的的“專用品”，而選擇範圍更為寬廣的“與專利技術方案主要要素相關的物品”，同時排除一般商品。這是因為，局限於專用品的做法，法律適用起來雖然最為簡便，但存有漏洞。因此，筆者贊同採用德國、日本法中在專用品與非專用品之間劃出“第三域物品”的觀點，⁴²並把其定義為與專利技術方案主要要素相關的物品，這樣既能夠有效遏制間接侵權，同時又不會過度保護專利權人。此外，在“設備”後加入“等”，這樣可以使於涵蓋新型如 CAD 數據等無體物專用品。

(3)在主觀要件，在“明知”外加入“應知”。這是因為，在實踐中明知的證明一般都是通過對客觀情況的推定來完成的，這時的明知與應知區別不大。另外，這種應知的指向對象包括該產品專門用於專利技術的屬性，此外，還包括該產品客戶有意將其用於實施專利技術方案的事實。這樣的規定是源於民法一般理論中對於幫助侵權要件的要求。這一主觀要件比要求存在意思聯絡的做法要低，但仍然足夠嚴格。

(4)最後，條文建議中的第 2 句所規定關於專利權例外適用的範圍可大可小，筆者認為無論如何應該排除私人使用例外，此外，專利權窮竭與先用權應予保留，至於其它例外規定的取舍則有一定自由度。

在規範層級方面，該條應該由《專利法》來引入最好，因為畢竟涉及到對《侵權責任法》內容的突破。在操作層面，目前法院在涉及專用品的審判實踐，從結果上看與美國、歐洲、日本的處理並無太大差異，未來的難點應該是那些所謂的第三域物品。■

作者：德國弗萊堡大學法律系教授、東亞法研究所所長

¹(2015)京知民初字第 1194 號民事判決書；(2017)京民終 454 號民事判決書。

²柯珂：“解釋論視角下的‘專利間接侵權’”，《中國專利與商標》，2016 年第 4 期，第 71 頁即認為現有法律完全可以規制專利間接侵權。

³此處要指出，德國法中的共同侵權是由德國《民法典》第 830 條來調整的，這裡的意思聯絡根據主流的觀點是必要前提，雖然有少數觀點對此抱有質疑，具體參見程嘯：《侵權責任法》，2015 年，第二版，第 344-345 頁。但德國聯邦最高法院的態度是明確採納主流觀點的，【德】MüKoBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, BGB § 830 Rn. 18。

⁴程嘯，同註 3，第 348、372 頁。

⁵宋曉明、王 闢、李 劍：“《關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋（二）》的理解與適用”，《人民司法·應用》，2016 年第 10 期，第 33 頁。

⁶柯珂，同註 2，第 71 頁。

⁷程嘯，同註 3，第 348-351 頁。

⁸王寶筠、李少軍：“專利間接侵權的理論分析及現實解決方案”，《河北法學》，2017 年第 10 期，第 188 頁。

⁹宋曉明、王 闢、李 劍，同註 5，第 33 頁。

¹⁰王凌紅：“我國專利間接侵權制度的立法方向——以利益平衡為視點求解《專利法》第三次修改的未決立法課題”，《電子知識產權》，2009 年第 6 期，第 16 頁。

¹¹徐媛媛：“專利間接侵權制度的輔助侵權一元立法論”，《知識產權》，2018 年第 1 期，第 82 頁。

¹²【德】Rauh, Mittelbare Patentverletzung in Deutschland, Japan und den USA, GRUR Int 2010, 第 466 頁。

¹³王凌紅，同註 10，第 16 頁；張通、劉筠筠：“我國專利間接侵權責任規則審視與思考”，《中國發明與專利》，2012 年第 2 期，第 82 頁，稱之為“附主觀條件的‘獨立說’”；馬雲鵬：“專利間接侵權的司法審查與認定——兼論《專利法修訂草案（送審稿）》第 62 條的修改”，《知識產權》，2017 年第 4 期，第 44 頁；張其鑒：“我國專利間接侵權立法模式之反思”，《知識產權》，2017 年 4 期，第 39 頁。

¹⁴魏徵：“我國不應該有專利間接侵權理論的應用空間”，《中國專利與商標》，2008 年第 1 期，第 37-39 頁；熊文聰：“被誤讀的專利間接侵權規則——以美國法的變遷為線索”，《東方法學》，2011 年第 1 期，第 153-154 頁；王寶筠、李少軍，同註 8，第 186 頁。

¹⁵【德】Osterrieth, Patentrecht, 5. Ed. 2015, Rn. 588-589。

¹⁶ 徐媛媛, 同註 11, 第 81 頁。

¹⁷ 柯珂, 同註 2, 第 74-75 頁; 楊柏勇、焦彥: “北京市高級人民法院《專利侵權判定指南(2017)》修改解讀”, 《中國專利與商標》, 2017 年第 3 期, 第 22 頁。

¹⁸ 比如間接正犯(mittelbare Mittäterschaft)的理論, 柯珂, 同註 2, 第 74 頁, 在中國民法中是不被承認的。

¹⁹ 第一種觀點: 如曹靜, “審判實踐中專利間接侵權行為的判定”, <http://ftqfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=588>; 閔珠君: “論專利間接侵權行為的責任承擔”, 《中國專利與發明》, 2017 年第 6 期, 第 97 頁; 張玉敏、鄧宏光: “專利間接侵權制度三論”, 《學術論壇》, 2006 年第 1 期, 第 143 頁; 張玲: “我國專利間接侵權的困境及立法建議”, 《政法論叢》, 2009 年第 2 期, 第 44 頁。第二種觀點: 柯珂, 同註 2, 第 74-75 頁。第三種觀點: 馬雲鵬, 同註 13, 第 45 頁。

²⁰ 這方面也有例外, 比如瑞士, 【瑞士】Rigamonti, Die Schweiz und das materielle der Patentverletzung in Europa, sic! Sondernummer 2014, 237。

²¹ 西電捷通訴索尼案一審法院即持此觀點。

²² 曹靜, 同註 19。

²³ 王凌紅, 同註 10, 第 16 頁。

²⁴ 【德】Teschermacher, Die mittelbare Patentverletzung, 1974, 第 150 頁。

²⁵ 比如在“南京特能電子有限公司與南京西普爾科技實業有限公司侵害實用新型專利”(2016)蘇民終 23451 號一案中, 江蘇高院對主觀要件沒有審查。

²⁶ 蔡元臻、何星星: “美國專利間接侵權主觀要件評析”, 《知識產權》, 2017 年第 9 期, 第 95 頁, 認為目前法律規定中已經有第三方面的要求; 相反觀點: 張其鑒, 同註 13, 第 38 頁。

²⁷ 程嘯, 同註 3, 第 375 頁; 曹靜, 同註 19; 蔡元臻、何星星, 同註 26, 第 95 頁; 柯珂, 同註 2, 第 73 頁, 狹義的間接侵權限制為故意。不同觀點: 李佳俊, “間接侵權不‘間接’”, 《中國發明與專利》, 2010 年第 2 期, 第 97 頁。

²⁸ 蔡元臻、何星星, 同註 26, 第 95 頁; 柯珂, 同註 2, 第 73 頁, 把提供專用品的間接侵權限制為故意; 王凌紅, 同註 10, 第 17 頁, 同樣區分專用品與非專用品, 並認為前者適用推定過錯, 後者為主觀過錯, 包括過錯和過失; 張玲, 同註 19, 第 43 頁。不同觀點: 李佳俊, 同註 27。

²⁹ 【德】Osterrieth, 同註 15, Rn. 595。

³⁰ 【德】Benkard/Scharen, Patentgesetz, 11 ed., 2015, § 10 Rn. 19; Osterrieth, 同註 15, Rn. 596; Rauh, 同註 12, 第 467 頁。

³¹ 李揚: “幫助型專利權間接侵權行為的法律構成”, 《人民司法·應用》, 2016 年第 16 期, 第 49 頁; 蔡元臻、何星星, 同註 26。

³² 這裡也不能適用共同侵權, 因為不存在意思聯繫。相反觀點: 何鵬, “方法專利拆分侵權認定規則的最新發展”, 《科技與法律》, 2013 年第 3 期, 第 36 頁。

³³ 【德】BGH: Audiosignalcodierung, GRUR 2015, 467 ff。

³⁴ 王寶筠、李少軍, 同註 8, 第 194 頁。

³⁵ 朱冬: “知識產權間接侵權中停止侵害適用的障礙及克服——以大陸法系為考察對象”, 《法學家》, 2012 年第 5 期, 第 82 頁。

³⁶ 朱冬: “知識產權間接侵權連帶賠償責任的反思與重構”, 《法律科學》, 2017 年第 6 期, 第 154 頁; 張玲, 同註 19, 第 45 頁。

³⁷ 諾瓦提斯公司(Novartis AG)訴重慶新原興藥業有限公司專利侵權案, (2008)渝高法民終字第 230 號民事判決書; (日本)組合化學工業株式會社、(日本)庵原化學工業株式會社與江蘇省激素研究所有限公司、江蘇省激素研究所實驗四廠專利侵權糾紛案, (2005)蘇民三終字第 014 號; 株式會社島野與寧波市日聘工貿有限公司侵犯發明專利權糾紛案, (2012)民提字第 1 號。

³⁸ 曹靜, 同註 19。

³⁹ 柯珂, 同註 2, 第 75 頁認為不需要這兩個前提, 存在侵權危險即可, 但未給出理由; 朱冬, 同註 35, 第 92-93 頁認為需要滿足這兩項前提。

⁴⁰ 【德】Benkard/Scharen, 同註 30, § 10 Rn. 24。

⁴¹ 馬雲鵬, 同註 13, 第 45 頁, 提出另外一種建議, 即在直接實施專利不視為侵犯專利權的情況, 允許專利權人直接追究間接侵權行為人的責任。這一建議仍然需要至少有一人開始實施專利時, 才能給予專利權人以救濟, 因此不能充分達到預先保護的目的。比如在禁令方面, 如果專利權人已經發現銷售零部件的行為, 但只要沒有證據證明已經有人對此進行專利描述的方式使用, 就會導致專利權人停止侵權的申請被駁回。

⁴² 張其鑒, 同註 13, 第 40-41 頁。