专利侵权判定标准和假冒专利行为认定标准指引

（征求意见稿）

目　　录

第一编 发明、实用新型专利侵权判定.....1
第1章　发明、实用新型专利权保护范围的确定.....1
第1节 基本概念.....1
1. 说明书与权利要求书.....1
2. 产品权利要求与方法权利要求.....2
3. 独立权利要求与从属权利要求.....2
4. 专利权的保护范围与权利要求限定的范围.....2
5. 申请文本、公开文本、授权公告文本和被生效法律文书确定的专利文本...3
6. 内部证据与外部证据.....3
7. 技术方案、技术特征和技术手段.....3
第2节 权利要求的解释.....4
1. 权利要求解释的原则.....4
1.1 折衷原则.....4
1.2 整体原则.....4
1.3 公平原则.....4
2. 权利要求解释的主体.....4
3. 权利要求解释的基础.....4
4. 权利要求解释的规则.....5
4.1 “先内后外”.....5
4.2 修正权利要求限定的范围.....10

4.3 解释权利要求的注意事项……12
5. 权利要求解释的典型情形……13
5.1 技术术语……13
5.2 权利要求与说明书不一致或者相互矛盾……15
5.3 功能性技术特征……16
5.4 方法特征限定的产品权利要求……17
5.5 用途特征限定的产品权利要求……18
5.6 使用环境或条件特征限定的产品权利要求……18
5.7 方法权利要求……19
5.8 含有用途、方法或材料特征的实用新型专利权利要求……21
5.9 组合物权利要求的封闭式与开放式……22
第2章 发明、实用新型专利侵权判定……23
第1节 专利侵权判定的比较客体……23
第2节 专利侵权判定的方式与原则……23
1. 技术特征划分……23
2. 全面覆盖原则……24
3. 相同侵权……26
3.1 相同侵权的定义……26
3.2 相同侵权的判定……26
4. 等同侵权……28
4.1 等同侵权的含义……28
4.2 等同侵权的判定……28
5. 等同原则的限制……36
5.1 禁止反悔原则……36
5.2 捐献原则……39
5.3 适用等同原则的其他限制……40
第3章 发明、实用新型专利侵权抗辩……42
第1节 现有技术抗辩……42
1. 现有技术抗辩的目的及性质……42
2. 现有技术范围……42
2.1 公开出版物构成现有技术……43
2.2 使用公开构成现有技术……43
2.3 非公有技术构成现有技术……44
2.4 不能被援引进行现有技术抗辩的技术类型……44
3. 现有技术抗辩的适用……45
3.1 现有技术抗辩的适用条件……45
3.2 现有技术抗辩成立的判断标准……45
3.3 适用现有技术抗辩的注意事项……46
第2节 不以生产经营为目的的抗辩……46
第3节 权利用尽抗辩……47
1. 权利用尽抗辩的注意事项……47
2. 专利权国内用尽和国际用尽……48
第4节 先用权抗辩……48
第5节 临时过境抗辩……51

第 6 节 专为科学研究和实验抗辩.....51
第 7 节 药品和医疗器械行政审批抗辩.....51
第二编 外观设计专利侵权判定.....53
第 1 章 外观设计专利权保护范围的确定.....53
第 1 节 基本概念.....53
1. 外观设计的产品、形状、图案、色彩.....53
2. 外观设计的图片或照片.....54
3. 外观设计的简要说明.....55
4. 专利权的保护范围与图片或者照片中的该产品外观设计.....55
5. 申请文本、授权公告文本或被生效法律文书确定的专利文本.....55
6. 设计要点.....55
第 2 节 保护范围的确定.....56
1. 确定保护范围的基本规则.....56
1.1 以图片或照片中的产品外观设计为准.....56
1.2 简要说明用于解释图片或者照片所示产品外观设计.....56
1.3 对外观设计作整体性理解.....57
1.4 排除不受外观设计保护的内容.....58
2. 确定保护范围的几种典型情形.....59
2.1 成套产品、组件产品、变化状态产品.....59
2.2 简要说明中记载的请求保护色彩.....59
2.3 简要说明中记载的设计要点.....60
2.4 简要说明中记载的产品名称和产品用途.....60
2.5 省略视图的情况.....61
2.6 平面产品图案纹样连续情况.....61
2.7 简要说明中的其他说明.....62
2.8 视图之间存在矛盾或存在视图错误.....63
第 2 章 外观设计专利侵权判定.....63
第 1 节 判断主体.....63
第 2 节 判断客体.....64
1. 涉案专利.....64
2. 被控侵权产品.....64
第 3 节 相同或相近种类产品.....66
1. 相同种类的产品.....66
2. 相近种类的产品.....66
3. 产品用途的确定.....67
3.1 国际外观设计分类号.....67
3.2 简要说明.....67
3.3 产品图片或照片.....67
第 4 节 外观设计相同或近似对比判断.....68
1. 相同或近似的判断方式.....68
1.1 直接观察.....69
1.2 单独对比.....69
1.3 比较产品外观的视觉效果.....69
1.4 整体观察、综合判断.....69

1.5 组件产品与变化状态产品……69
2. 相同或近似的判断……70
2.1 外观设计相同……70
2.2 外观设计近似……71
第 5 节 几种类型产品的近似性判断……78
1. 包装类产品……78
2. 型材类产品……80
3. 汽车……80
第 3 章 外观设计专利侵权抗辩……81
第 1 节 概述……81
第 2 节 现有设计抗辩……81
1. 现有设计的范围……81
2. 判断方式……82
3. 判断基准……82
3.1 现有设计公开内容的确定……82
3.2 属于现有设计的判断……84
3.3 现有设计抗辩的适用……88
3.4 几点说明……89
第三编 假冒专利行为认定……90
第 1 章 假冒专利行为的认定标准……90
第 1 节 假冒专利行为的概念界定……90
1. 在产品或产品的包装上标注专利标识……90
2. 销售上述标注了专利标识的产品……91
3. 在产品说明书等材料中宣称专利……91
4. 伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件……91
5. 其他使公众混淆或误认的行为……91
第 2 节 专利标识标注权与标注行为……92
1. 标识标注权……92
2. 标注行为……92
第 3 节 认定构成假冒专利的要素……93
1. 行为主体……96
2. 行为形式……93
2.1 标注字样……95
2.2 技术方案……95
3. 行为载体……96
4. 时间性要求……97
4.1 专利权终止……97
4.2 专利权被宣告无效……98
第 4 节 假冒专利行为与专利侵权行为……98
第 2 章 假冒专利行为的认定……99
第 1 节 在产品或者其包装上标注专利标识……99
1. 已申请专利但并未获得授权……100
2. 获得授权至有效期届满期间……100
2.1 专利权存在并处于有效状态……101

2.2 专利权因欠费而终止……101
2.3 专利权人主动放弃专利权……102
2.4 专利权被宣告无效……102
3. 专利权有效期届满……102
第 2 节 在产品说明书等材料中标注专利标识……103
1. 将专利申请称为专利……103
2. 将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计……104
3. 未经许可使用他人的专利号……105
第 3 节 伪造或者变造专利法律文书……106
1. 伪造专利法律文书……106
2. 变造专利法律文书……107
第 4 节 其他假冒专利行为……108
1. 错误标注专利类型……108
2. 在改变的产品上标注原专利标识……108
3. 实际产品与标注的专利标识不一致……109
第 3 章 当事人申辩……110
第 1 节 专利权有效证明……110
第 2 节 专利权有效期内标注……110
第 3 节 不知情销售……111

第一编 发明、实用新型专利侵权判定

根据《专利法》第二条的规定，发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。实用新型，是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。

发明与实用新型的保护对象都是智力成果，即对要解决的技术问题所采用的利用了自然规律的技术手段的集合，这决定了对于发明和实用新型的专利侵权判定方法基本上是一致的。目前，在判定被控侵权产品或方法（以下简称被控侵权技术方案）是否侵犯发明或者实用新型专利权时，首先要对权利要求的保护范围进行确定，然后再判断被控侵权技术方案是否落入专利权的保护范围。

在判定被控侵权技术方案是否落入专利权的保护范围时，首先要对专利权利要求和被控侵权技术方案进行技术特征划分，然后将相应的技术特征进行特征对比，之后判断被控侵权技术方案对于专利权利要求是否构成相同侵权，如不构成相同侵权的情况下，还需进一步判定被控侵权技术方案对于专利权利要求是否构成等同侵权。在此过程中，还要考虑被控侵权人的抗辩理由，如现有技术抗辩是否成立。

第 1 章　发明、实用新型专利权保护范围的确定

《专利法》第五十九条第一款规定，发明或者实用新型专利权的保护范围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。

第 1 节 基本概念

在确定专利权的保护范围时，涉及到几个最基本的概念。

1. 说明书与权利要求书

一项发明、实用新型专利文件都会包括说明书和权利要求书。

说明书，是申请人公开其发明或者实用新型的文件，其作用主要体现在以下三个方面：

①清楚、完整地公开发明或者实用新型的技术方案，使本领域技术人员能够理解并实施该发明或者实用新型，并为社会公众提供新的有用的技术信息；

②为国家知识产权局进行审查，判断技术方案是否能够被授予专利权提供基础和依据；

③作为权利要求书的基础和依据，在专利申请被授权后，在侵权纠纷处理过程中，一定条件下用于解释权利要求书，以便准确地界定专利权的保护范围。

说明书包括说明书文字部分，以及必要时，也包括说明书附图。

权利要求书，是确定专利申请和专利权保护范围不可缺少的文件，其存在包含以下两方面的意义：

①表明申请人希望获得多大的法律保护。申请人在提交发明或者实用新型专利申请时，应当提交权利要求书，此时，权利要求书的作用在于划定申请人想获

得的保护范围的大小。国家知识产权局进行的审查，就是确定申请人提交的权利要求书限定的范围是否能够被接受。

②作为专利授权后确定专利权保护范围的依据。在专利侵权纠纷处理中，管理专利工作的部门和法院判断被控侵权技术方案是否侵犯专利权，要以权利要求界定的保护范围为基准。

2. 产品权利要求与方法权利要求

按照保护对象的不同，权利要求分为两种类型，一种是产品权利要求，一种是方法权利要求。产品权利要求是关于物的权利要求，不仅包括常规概念之下的产品，还包括物质、机器、装置、系统等。方法权利要求则是关于活动的权利要求，通常包括制造方法、使用方法、通讯方法、处理方法、生产工艺、用途等。

权利要求的类型体现于权利要求的主题名称。当权利要求的主题名称保护的是产品，即使特征部分涉及的均是方法特征，该权利要求也属于产品权利要求。相反，如果权利要求的主题名称保护的是方法，即使特征部分包括了材料、产品特征，也不能改变权利要求类型为方法权利要求的属性。

3. 独立权利要求与从属权利要求

根据《专利法实施细则》第二十条的规定，权利要求书应当有独立权利要求，也可以有从属权利要求。

独立权利要求是指，从整体上反映发明或者实用新型的技术方案，记载解决技术问题的必要技术特征的权利要求。独立权利要求由前序部分和特征部分构成。

从属权利要求是指，用附加技术特征的形式，对引用的权利要求作进一步限定的权利要求。从属权利要求包括了其引用的权利要求的所有技术特征。从属权利要求也由两部分构成，即引用部分和特征部分。

独立权利要求确定了最大的保护范围，所有的从属权利要求的保护范围都是其所引用的那项权利要求保护范围的一个子集合。在判断被控侵权技术方案是否构成侵权时，无论其落入专利的哪一项权利要求保护范围内，都将被认定构成侵权。一般情况下，如果认定被控侵权技术方案落入某一项从属权利要求保护范围内，其必然落入独立权利要求保护范围内；但是，如果认定被控侵权技术方案落入独立权利要求保护范围内，其并不必然落入某一项从属权利要求保护范围内。

4. 专利权的保护范围与权利要求限定的范围

《专利法》第五十九条第一款中规定的“专利权的保护范围”，应当理解为权利人实际能够获得保护的最大范围，是指在权利要求限定的范围基础上，通过适用等同原则所扩展到的范围。是否存在等同范围，需根据具体案情个案分析。

所谓“权利要求限定的范围”，是指由专利授权公告文本中权利要求的文字界定的范围，该范围以权利要求的内容为准，但说明书和附图可以对权利要求的内容进行解释。

专利授权程序主要是通过对申请文件进行审查，通过审查员与申请人之间的

交流互动，明确权利要求限定的范围。确权程序主要是专利复审委员会基于无效宣告请求人的请求，根据无效宣告请求人提出的理由和提交的证据，确定已授权的权利要求限定的范围是否合适。专利侵权判定，则是由管理专利工作的部门或者法院在解释权利要求限定范围的基础上，通过对是否适用等同原则以及等同范围的确定，明晰权利人实际能够获得的保护范围。

5. 申请文本、公开文本、授权公告文本和被生效法律文书确定的专利文本

申请文本：对于发明和实用新型专利而言，申请文本是指在提出专利申请时申请人提交的文本。

公开文本：发明专利申请经过初步审查合格后，国务院专利行政部门会公开该专利申请文本，该文本即为发明专利申请的公开文本。

授权公告文本：发明专利申请经过实质审查、实用新型专利申请经过初步审查，符合授权条件时，国务院专利行政部门将会授权公告该专利，此为授权公告文本。

被生效法律文书确定的专利文本：当发明或实用新型专利经历过无效宣告程序后，所述专利有可能被宣告部分无效，当相关无效宣告请求审查决定（以下简称无效决定）生效后，该无效决定维持有效的文本即为“被生效法律文书确定的专利文本”。

在确定发明、实用新型的保护范围时，应当以国务院专利行政部门公告授权的专利文本为基础，如果有被生效法律文书确定的专利文本，则以最后的被生效法律文书确定的专利文本为基础。

6. 内部证据与外部证据

内部证据，是指在专利申请和授权过程中形成的材料，包括说明书和附图，权利要求书中的其他权利要求，初步审查、实质审查、复审和无效宣告请求审查中形成的审查档案，以及生效的授权、确权行政决定等文件。

外部证据，是指除内部证据之外，在确定专利权的保护范围时，能够用于对权利要求进行解释的证据，包括辞典（尤其是专业技术辞典）、技术工具书（尤其是技术手册、技术标准）、教科书、百科全书、专家证言等。

7. 技术方案、技术特征和技术手段

技术方案，是指对要解决的技术问题所采取的利用了自然规律的技术手段的集合，而技术手段通常是由技术特征来体现的。

技术特征是指，在权利要求所限定的技术方案中，能够相对独立地执行一定功能、产生相对独立的技术效果的最小技术单元。在产品技术方案中，该技术单元一般是产品的部件或者部件之间的关系。在方法技术方案中，该技术单元一般是方法的原料、产物、步骤或者步骤之间的关系。

第 2 节 权利要求的解释

解释权利要求通常包括，根据说明书及附图等专利文档或本领域技术人员的公知常识，对权利要求中的技术术语或特征进行理解，澄清权利要求中技术术语或特征在表述上的不清楚之处，以及在特定情况下，依据说明书及附图等专利文档及本领域技术人员的公知常识对权利要求中的技术术语或特征的理解进行解释，以明确权利要求限定的范围。

1. 权利要求解释的原则

1.1 折衷原则

确定发明、实用新型专利权的保护范围时，应当以其权利要求的内容为准，说明书和附图可以用于解释权利要求的内容。

所谓“权利要求的内容”，是指权利要求记载的技术内容，而不仅仅是权利要求的文字或措辞的字面含义。确定权利要求记载的技术内容，应当根据权利要求概括的技术方案、说明书及附图、发明或实用新型解决的技术问题、专利对现有技术的贡献等因素合理确定，不能将专利权的保护范围扩大到本领域技术人员在阅读说明书及附图后需要经过创造性劳动才能联想到的内容。

1.2 整体原则

确定发明、实用新型专利权的保护范围时，应当将权利要求中记载的全部技术特征所表达的技术内容作为一个整体加以考虑，记载在前序部分或引用部分的技术特征与记载在特征部分的技术特征，在确定专利权的保护范围时起同等重要的作用。

1.3 公平原则

解释权利要求时，不仅要充分考虑专利对现有技术所做的贡献，合理界定专利权利要求限定的范围，保护权利人的利益，还要充分考虑公众的利益，不能把不应纳入保护的内容解释到权利要求的范围当中。

2. 权利要求解释的主体

对权利要求作出解释的主体应当是本领域技术人员。

本领域技术人员，是一种假设的“人”，不是某一个或某一类具体的人。假定他知晓申请日或优先权日之前发明或者实用新型专利所属技术领域的所有普通技术知识，能够获知该领域的所有现有技术，并且具有应用该日期之前常规实验手段的能力，但他不具有创造能力。

3. 权利要求解释的基础

确定发明、实用新型的保护范围，应当以权利人主张的权利要求为准。权利人既可以主张以独立权利要求为基础，也可以主张以从属权利要求为基础。

①当权利人主张以某一从属权利要求为基础确定专利权的保护范围时，应当以该从属权利要求的全部技术特征为基础，即，将该从属权利要求的附加技术特征与其直接或间接引用的权利要求所记载的技术特征并在一起。

②当权利人未明确其用以主张权利的具体权利要求时，管理专利工作的部门应当释明其可以选择其中的一项或多项权利要求。经释明，权利人仍然拒绝明确或者未明确其用以主张权利的具体权利要求时，管理专利工作的部门以独立权利要求作为确定专利权保护范围的基础。

③当专利权利要求书中包括两项或两项以上的独立权利要求，权利人又未明确其用以主张权利的具体权利要求时，管理专利工作的部门应当根据权利人的具体事实和理由，解释其中相关的独立权利要求的保护范围。

④当权利人主张被控侵权技术方案既落入独立权利要求的保护范围，又落入从属权利要求的保护范围时，管理专利工作的部门应当予以全面审查。如果经审查认定被控侵权技术方案未落入独立权利要求保护范围之内时，可以直接认定被控侵权技术方案也未落入从属权利要求的保护范围；如果经审查认定被控侵权技术方案已落入独立权利要求的保护范围，则应当继续对被控侵权技术方案是否落入从属权利要求的保护范围作出认定。

4. 权利要求解释的规则

4.1 “先内后外”

所谓“先内后外”，是指在解释权利要求时，应当首先依据内部证据进行解释，在依据内部证据仍不能明确权利要求的含义时，可以结合外部证据以及本领域技术人员的通常理解进行解释。

4.1.1 内部证据

（1）说明书及附图

说明书包括一项发明或者实用新型专利的所有技术信息，是本领域技术人员理解和实施专利的最重要的文件，对于确定权利要求中技术特征或者技术术语的含义尤其具有重要的意义。

说明书附图是说明书的一部分，尤其是在实用新型专利中，附图对于帮助理解实用新型的技术方案具有重要的作用。很多情况下，附图要与说明书结合在一起，作为解释权利要求的依据。

【案例 1-1-1】

专利权利要求 1 为：“一种玻镁、竹、木、植物纤维复合板，它由镁质胶凝竹、木、植物纤维复合层和玻璃网格布层或竹编网增强层组成，其特征在于：镁质胶凝竹、木、植物纤维复合层至少有两层，玻璃网格布层或竹编网增强层至少有一层，两层镁质胶凝竹、木、植物纤维复合层置于玻璃网格布层或竹编网增强层的上面或下面。

该案的争议点在于，专利权利要求中“镁质胶凝竹、木、植物纤维复合层”中的“竹、木、植物纤维”是同时具备还是可以选择，即，“竹、木、植物纤维”中的标点符号“、”究竟表示“和”还是“或”。

分析及评述：

根据该案说明书具体实施例所述："镁质胶凝植物纤维层是由氧化镁和竹纤维或木糠或植物纤维制成的混合物"，显然，该复合层在说明书中被进一步明确为由三种材料中的一种、两种或三种构成，三者是选择而非并用关系，即权利要求1中的"竹、木、植物纤维"应当为竹或木或植物纤维。

（2）权利要求书中的相关权利要求

在一份专利申请文件中，通常情况下相同的术语应当解释为具有相同的含义。在不同的权利要求中，对于具有相同或类似技术含义的概念，当采用不同的术语时，可以推定这些术语具有不同的含义，除非根据说明书的解释可以确定具有相同含义。当对一项权利要求中的某一术语的含义无法准确界定时，可以根据其他权利要求中相应术语的含义加以解释。

【案例1-1-2】

涉案专利权利要求如下：

"1、一种水烟筒，包括烟筒和烟嘴，烟筒内设有一条烟管，其特征在于：所述的烟筒的上端连接有一个烟锅座，烟锅座上连接有一个烟锅，烟锅的底部设有多个小通孔，该小通孔与烟筒内的烟管相通；烟筒的下端连接有一个盛水容器，烟筒内的烟管伸入盛水容器中，烟筒的下端与盛水容器的连接处设有一个空腔；烟筒的下端还设有一个烟孔接头，该烟孔接头与空腔连通，烟嘴通过一个长软管与烟孔接头连接。

2、如权利要求1所述的水烟筒，其特征在于：所述的烟筒的下端还设有一个排烟阀，排烟阀与烟筒下端的空腔连通。"

该案的争议点在于，权利要求1中的术语"空腔"具体的含义。

分析及评述：

涉案专利中的术语"空腔"，根据权利要求1的记载，空腔设置在"烟筒的下端与盛水容器的连接处"，根据权利要求2的记载，"排烟阀与空腔连通"，说明书明确标注了空腔的位置为8。据此，空腔应当解释为是在烟筒下端，盛水容器瓶口上方，并与烟孔接头连通，作用在于盛水容器内烟气浓度过大时，可拧松排烟阀，从烟嘴处吹气，排出浓烟，因此，结合权利要求2和说明书中关于空腔的结构与作用，权利要求1中空腔的形状只能被理解为环绕烟管四周的中空结构，且连通烟孔接头与排气阀。

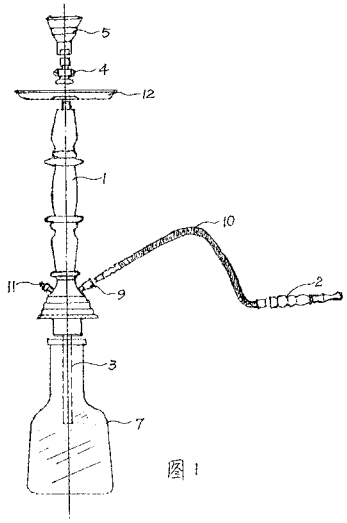


图1

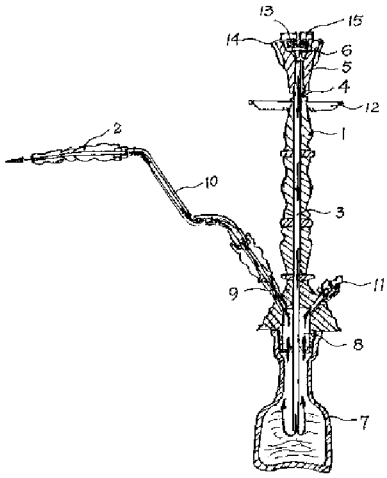


图2

涉案专利图示说明：图1和2为涉案专利的结构分解图。其中包括：烟筒1，烟嘴2，烟管3，烟锅座4，烟锅5，空腔8，烟孔接头9，长软管10，排烟阀11，托盘12。

【案例1-1-3】

某发明专利，权利要求14中限定可视透光体的层结构为包括介电层、介电外层、以及“喷积绝缘体”（sputter-deposited dielectric）等的多层结构。

专利权人主张，权利要求中的“喷积绝缘体”包括以前喷积后经过氧化转化的绝缘体层。被控侵权人举证认为，在专利申请审查过程中，专利申请人（即专利权人）曾针对另一项权利要求36陈述意见，称其与在先技术的区别在于，专利发明通过喷射直接形成绝缘层。对于被控侵权人的这一意见，专利权人称，其在审查过程中所做的如上陈述是针对另一项权利要求36提出的，不适用于案中所争议的权利要求14。

分析与评述：

该案中，争议点在于如何解释权利要求14中的术语“喷积绝缘体”。

在解释权利要求时，应当对权利要求的用语进行连贯性解释，即，针对同一技术术语，对于所有权利要求中使用的该技术用语都应当做相同的解释，不能在不同的权利要求中作出不同的解释，除非有明确的相反指示。该案中，权利要求14和36中出现了相同的技术术语“喷积绝缘体”，但专利权人将权利要求36中的“喷积绝缘体”解释为“通过喷射直接形成绝缘层”，却将权利要求14中的“喷积绝缘体”解释为“以前喷积后经过氧化转化的绝缘体层”，这种对相同技术术语作出不同解释的做法不符合权利要求解释的基本规则。

（3）专利审查档案

专利审查档案，是指专利申请审查和无效宣告程序中的档案，包括专利审查、复审、无效宣告程序中国务院专利行政部门及其专利复审委员会发出的审查意见通知书、专利申请人或者专利权人作出的书面答复、会晤记录、口头审理记录、专利复审请求审查决定书、专利无效宣告请求审查决定书等。

有些情况下，专利审查档案是解释权利要求不可或缺的载体。例如，当专利文件中存在印刷错误，且该印刷错误影响到专利权保护范围的确定时，可以依据

专利申请档案、专利复审及无效档案对所述印刷错误进行解释。当专利申请人在授权程序中或者专利权人在确权程序中，为了克服审查意见或者是无效请求指明的缺陷对权利要求的某些技术术语或特征作出限缩性解释时，专利审查档案也可以成为解释权利要求的依据。

【案例 1-1-4】

涉案专利独立权利要求为："在管式反应器中将硝酸与氨进行中和，以生产浓硝酸铵溶液的方法，其特征在于，当反应物总流量是使产物的产量低于 150 公斤/小时/平方厘米时，在有循环比为 1 至 5 的硝酸铵溶液循环物存在的情况下进行该中和反应；或当反应物总流量高于 150 公斤/小时/平方厘米时，在没有硝酸铵溶液循环情况下，进行该中和反应。"

侵权纠纷处理过程中，对于该独立权利要求究竟是一个技术方案还是包括两个技术方案，双方当事人存在争议。

根据专利申请审查档案可知：专利申请人原始提交的前四项权利要求为：

"1、用氨中和硝酸制备浓缩硝酸铵溶液的方法，其特征是中和反应在管式反应器中实现。

2、根据权利要求 1 的方法，其特征是反应物总流量相当于低于 150 公斤/小时/平方厘米的产量，中和反应是在有循环的硝酸铵物流存在下实现的。

3、根据权利要求 2 的方法，其特征是循环比率为 1～5 之间。

4、根据权利要求 1 的方法，其特征是反应物总流量高于 150 公斤/小时/平方厘米，且其中的硝酸铵不进行循环。"

针对该原始申请文本，审查员在审查意见通知书中指出权利要求 1 已被对比文件公开，并且，权利要求 1 没有从整体上反映发明的主要技术内容。将发明与对比文件中公开的现有技术相比，二者的区别仅在于"中和反应应在有循环的硝酸铵存在下进行"，这一点应当是发明的必要技术特征，然而独立权利要求 1 却缺少这一特征，因而不符合《专利法实施细则》第二十一条第二款的规定。针对该审查意见，申请人提交意见陈述书，并将专利权利要求修改为授权公告时的权利要求。

分析与评述：

该案的审理需要考虑专利审查档案的内容，从专利权人获得专利权的审查过程看，审查员在审查意见通知书中认为，"中和反应在有循环的硝酸铵存在下进行"是发明的必要技术特征。专利申请人根据该意见，对权利要求书进行了修改。这说明，专利权人也同意，该专利的发明目的是在管式反应器中将硝酸与氨进行中和，在低流量时进行循环以防止产生烟雾。专利说明书也阐述了该发明的优点在于有循环。因此，流量低于 150 公斤/小时/平方厘米时有循环和流量高于 150 公斤/小时/平方厘米没有循环是一个独立的技术方案，并非包括两个技术方案。

【案例 1-1-5】

涉案专利是一件分案申请，其授权公告的权利要求 1 为："一种现浇砼空心模壳构件，包括上底(4)，周围侧壁(5)，下底(6)，上底(4)和周围侧壁(5)构成模壳(7)，模壳(7)与下底(6)彼此围成有封闭空腔(8)的模壳构件(3)，其特征在于所述的模壳(7)由至少两块分块模壳板(9)拼接组装而成，分块模壳板(9)有至少一根加强杆(12)支撑。"

涉案专利说明书中记载：分块模壳板为包括部分上板和与之相连的部分侧壁的成型件……模壳由至少两块分块模壳板拼接组装而成，分块模壳板由至少一根加强杆支撑。分块模壳板为包括部分上板和与之相连的部分侧壁的成型件。

权利要求4记载："根据权利要求1的现浇砼空心模壳构件，其特征在于周围侧壁(5)由四块分块模壳板组成。但母案申请中没有记载该权利要求4的内容。

专利权人认为，根据分块模壳板本身的含义以及涉案专利权利要求4，涉案专利中的分块模壳板既包括由部分上板和与之相连的部分侧壁的成型件形式，也包括上板为一整块、周围侧壁为四块板片的形式。

本案争议点在于，如何解释涉案专利中的术语"分块模壳板"。

分析与评述：

涉案专利说明书对"分块模壳板"的含义给出了明确界定，即"模壳由至少两块分块模壳板拼接组装而成，分块模壳板由至少一根加强杆支撑。分块模壳板为包括部分上板和与之相连的部分侧壁的成型件。"根据该含义，分块模壳板由部分上板和部分侧壁构成，并且，部分上板与部分侧壁之间相互连接。由于分块模壳板至少为两块，上板只有一块，因此，构成分块模壳板的上板只能为上板的一部分，也即涉案专利权的保护范围不包括模壳的上底为一块整板的结构。

虽然从权利要求4可以得到，组成周围侧壁的四个板片似乎也可归入涉案专利"分块模壳板"的范畴，但所述权利要求4在母案申请文件中并未记载。由于分案申请要受到母案申请文件的约束，对于分案申请而言，母案申请将构成其特殊的专利审查档案，母案申请文件中未记载的内容不能作为权利人基于分案申请主张权利的依据。因此，专利权人基于涉案专利权利要求4，将"分块模壳板"解释为可呈单独一块板片的形式的主张不能成立。

基于涉案专利中将"分块模壳板"明确定义为"包括部分上板和与之相连的部分侧壁的成型件"，其截面结构呈"┌┐"或"┌"形式，而被控侵权产品是一种建筑用叠合箱，由四个侧框板组成，相邻侧框板通过四角的连接杆连接，施工时再与一底板和顶板叠合为一个空腔叠合箱，其截面呈"一"字形，上板为一整块结构，因此，二者既不相同，也不等同。

4.1.2 外部证据

外部证据通常只在内部证据不足以解释权利要求中模糊不清的技术术语或技术特征时使用。

【案例1-1-6】

涉案专利的权利要求1为："一种用于盛放液体的带托板容器，它具有一个带有可关闭的注入开口与排出开口的塑料制的内容器和一个贴靠着内容器的、由薄金属板制成的或由金属栅格构成的外套，以及一个设置来通过叉车、货架操作器械或其它装置来进行搬运的托板，该托板设计成用来形状配合地容纳内容器以及固定外套的底盘，该底盘固定到托板框架上，内容器的底部设置成带有一个居中的浅排流槽的排流底部，该排流槽带有一个轻微的坡度从内容器后壁伸展到装在内容器前壁上的排放接头，该排放接头用于连接排放龙头，其特征在于，一体制出的底盘的与内容器的排流底部相匹配的底部设计成自身支撑结构并具有加强筋，并且这些加强筋的底部处在一个共同的水平平面上"。

专利权人认为，涉案专利权利要求中的排流槽有一轻微的坡度，根据《辞海》对"轻"与"微"的解释，"轻微"可解释为忽略不计。

分析与评述：

本案的争议点在于，涉案专利权利要求中的“轻微”坡度应作何解释。

涉案专利排流槽带有一个“轻微”的坡度，对该“轻微”一词的理解，必须首先根据涉案专利说明书及附图进行解释。根据涉案专利说明书的记载，涉案专利排流槽带有一个轻微的坡度，目的是使涉案专利发明能够自动地排空容器中的残液，故“轻微”并非可有可无，并非可忽略不计，“轻微”的坡度必须要达到能够使容器中的残液能即时排空的程度。在说明书中对于“轻微”一词有特定含义的情况下，专利权人仅仅根据《辞海》对“轻微”一词作“可忽略不计”的解释不能被接受。

由该案可以看出，对于专利权利要求书中的技术术语，首先应当以专利说明书及附图等内部证据为依据进行解释。在不能直接从专利说明书及附图中得到清晰理解的情况下，才应当根据本领域技术人员对该技术术语的通常理解，或者借助技术工具书、百科全书、字典等外部证据来确定该技术术语的含义。

4.2 修正权利要求限定的范围

确定专利权的保护范围，应当以权利要求中记载的全部技术特征所表达的技术内容为基础。在理解权利要求的技术内容时，应当结合说明书的相关内容，避免机械地理解权利要求中文字和措辞的表面含义。

有些情况下，表面上看，某一技术方案落入到专利权利要求限定的范围，此时，尚不能轻易得出该技术方案侵犯专利权的结论，还需要考虑该技术方案是否属于以下情形。当该技术方案属于以下情形时，需要通过将其从专利权的保护范围中予以排除，从而修正权利要求的范围。

4.2.1 具有专利要克服的技术缺陷的技术方案

如果根据专利说明书，尤其是背景技术的内容可以认定，一项技术方案具有专利要克服的技术缺陷，则该技术方案不应被解释进权利要求的内容。

【案例 1-1-7】

涉案专利的权利要求为：一种安全电热毯，由电加热系统和包复层组成，其特征在于电加热系统是由电热丝、套在电热丝外并两端封闭的软套管、夹在电热丝与套管之间的传热液构成。

说明书背景技术部分记载：“目前公知的电热毯，……由于采用热水循环系统，还存在着水的密封不严易渗漏的弊端。本实用新型是这样实现的，……传热液采用防冻液。采用防冻液做热传导物质，克服了水在低温情况下结冰使导管易折断的弊端。”

假定某一产品除了采用水作为传热液外，其余特征与涉案专利完全相同。此时，所述用水作为传热液的产品是否落入专利权的保护范围将成为一个争议点。

分析与评述：

仅从权利要求的文字记载看，传热液包括水，似乎所述产品落入了涉案专利的保护范围。但结合说明书可见，采用水作为传热液会导致低温下形成冰冻，而这正是涉案专利要克服的现有技术的缺陷，将专利权的保护范围扩大到囊括那些具有专利要克服的技术缺陷的技术方案，明显有违公平原则。

4.2.2 不能实现发明目的的技术方案

技术方案符合发明目的，是权利要求解释的基本要求，如果一项技术方案字面上看似乎在权利要求的保护范围之内，但根据专利说明书等内部证据认定，其完全不能实现发明目的，则该技术方案不应被解释进权利要求的内容。

如【案例 1-1-7】中的情形，涉案专利的发明目的是克服水在低温情况下结冰使导管易折断的弊端。采用水作为传热液的产品必然会在低温下结冰，导致安全电热毯的导管易折断，从而不能实现发明目的。显然这一技术方案不能被解释进权利要求的内容，否则将违反公平原则。

4.2.3 现有技术

现有技术虽然不是权利要求解释的依据，但却是解释权利要求时必须要考虑的因素之一。专利申请日或优先权日以前的现有技术不属于专利权的保护范围，是专利法的一项基本原则。根据这一原则，在解释权利要求时，应当将现有技术排除在专利权的保护范围之外。当权利要求采用了上位概括而导致其所包含的范围足以将现有技术包括在内时，经常采用这一解释方法。

如【案例 1-1-7】中的情形，采用水作为传热液的技术方案在涉案专利申请日前已经存在，已经构成涉案专利的现有技术，显然不能将这一技术方案解释进权利要求的内容。

4.2.4 说明书明确排除但包括在权利要求文义范围内的技术方案

对于表面上看在权利要求限定的范围内，但是从说明书、专利审查档案的内容看，某一技术方案已经被明确排除为保护方案，这样的技术方案不能被解释进权利要求的内容。

【案例 1-1-8】

涉案专利权利要求保护某通式化合物，其中取代基 X 定义为低级烷基。涉案专利说明书中明确定义："本专利所述低级烷基指的是碳原子数不超过 6 的烷基，其中不包括 C1 烷基和 C2 烷基。"

分析与评述：

由于与涉案专利取代基 X 相应的技术特征为 C1 或 C2 烷基的技术方案是涉案专利权利要求中明确排除的技术方案，因此取代基 X 为 C1 或 C2 烷基的技术方案不能被解释进权利要求的内容。

4.2.5 在授权或确权程序中放弃的技术方案

表面上看，某一技术方案落在专利权利要求限定的范围内，但是结合专利审查档案看，该技术方案是专利申请人在授权程序中、或者专利权人在确权程序中通过修改申请文件或者意见陈述放弃的技术方案，并且该放弃对于专利权的授予或维持产生了实质的作用，则该放弃的技术方案不能被解释进权利要求的内容。

【案例 1-1-9】

涉案专利的权利要求 1 为：一种涉及变色的书写工具的变色笔，由笔杆、能容纳彩色液体的笔芯和数支同笔芯相同的笔尖所组成，其特征在于所述的数支笔尖集中固定装在一支笔尖上，使笔尖之间互相靠近而又互不接触，与所述的笔尖相通的容纳各色液体而又不混淆的笔芯也是固定地装在笔杆之中。

在专利申请审查过程中，审查员曾引用另一项已经授权的专利，指出涉案专利不具备创造性，为此，专利申请人在意见陈述中解释，涉案专利与已经授权的另一项专利之间的区别在于，涉案专利能够使两支相邻的笔尖双双着纸，从而使两种颜色互相重合形成一种新的颜色，而所述另一项专利中的多头笔写出的字迹的颜色是固定的标准色。审查员接受了专利申请人的上述主张，授予涉案专利权。

分析与评述：

该案中，专利审查档案实质上对权利要求增加了一个限制性技术特征：两支相邻的笔尖双双着纸，从而使两种颜色互相重合形成一种新的颜色。正是由于这一限制性的技术特征，使专利权利要求的字面含义变窄。由于在专利授权程序中，专利权人为了说明自己的发明具有创造性，通过对权利要求进行限缩性解释的方式放弃了一部分技术方案，因此在以后的专利侵权纠纷处理过程中，不能通过把已经放弃的技术方案解释进权利要求的内容来对抗被控侵权人。

4.3 解释权利要求的注意事项

4.3.1 不能将权利要求的内容仅解释为说明书或者附图公开的具体实施例

通常，专利权利要求是在说明书或者附图公开的实施例的基础上进行的合理概括，实施例仅仅是权利要求范围内技术方案的示例，是专利申请人认为实现发明或者实用新型的优选方式，除非该权利要求实质上就是实施例所记载的技术方案，否则不能将权利要求的内容仅仅解释为说明书或附图公开的具体实施例。

【案例 1-1-10】

涉案专利的权利要求为：一种辊式磨机，包括磨盘、磨辊、主轴、支架、机座和上下机壳，磨盘位于下机壳内，在磨盘上方通过支架活动装有磨辊，支架通过主轴装在机座上并位于上机壳内，由主轴、皮带轮驱动，在机座上装有料斗，下机壳的下面装有出料套管，其特征是磨盘的磨面与磨辊之间存在可调节的间隙而构成间隙式磨合面。

对于其中“磨盘的磨面与磨辊之间存在可调节的间隙”的技术特征，说明书实施例中记载了采用调节螺钉来调节间隙的具体实施方式。

分析与评述：

涉案专利的权利要求中“磨盘的磨面与磨辊之间存在可调节的间隙”这一技术特征是对说明书实施例中具体实施方式的上位概括，其中除了包含采用调节螺钉来调节间隙之外，还包括本领域中通常采用的其他调节方式来调节磨盘与磨辊之间的间隙，这些调节方式均可以实现涉案专利最基本的发明目的。因此，不能将权利要求中“磨盘的磨面与磨辊之间存在可调节的间隙”这一技术特征解释为实施例中通过调节螺钉实现上、下等距位移这一具体的间隙调节方式。

4.3.2 不能省略权利要求记载的特征

记载在权利要求中的所有技术特征均对专利权的保护范围起到限定作用。在解释权利要求时，不能省略掉任何一个技术特征。

【案例 1-1-11】

涉案专利的权利要求 1 为：一种木耳袋栽的生产方法，其特征在于以棉子壳 40%、庄稼秸杆 55%、食用植物油 1%、磷酸二氢钾 1%、轻质碳酸钙 1%、硫酸钙 1%、硫酸镁 1%均匀混合作基料装入菌袋，菌袋为厚 2.5 微米以下的高密度低压

聚乙烯筒料，蒸压灭菌、接种培养放置长出耳基后挂入荫棚中，荫棚为绿色、迷彩色塑料膜，荫棚内采用增氧加湿机进行增氧加湿加温。

分析与评述：

该案中，涉案专利是一种木耳袋栽的生产方法，其技术特征包括基料特征、菌袋特征、荫棚特征、生产步骤特征等，虽然其技术特征中包括使用厚度为2.5微米以下的高密度低压聚乙烯菌袋，但该项特征并不构成一项独立的专利，被控侵权人生产的2.5微米厚的高密度低压聚乙烯塑料袋只是涉案专利方法中使用的一种材料，生产和销售该材料并未落入涉案专利权的保护范围。

4.3.3 不能用说明书摘要来解释权利要求

说明书摘要的作用是为了向公众提供技术信息，便于公众检索和掌握专利的主要内容，其本身不具有法律效力，不能用于解释权利要求。

4.3.4 不能将权利要求中涉及附图标记的特征解释为附图标记反映的具体结构

附图标记是对权利要求中相关技术特征的举例说明。当权利要求中包含附图标记时，不能用附图中该附图标记所反映的具体结构来限缩性解释权利要求中相关技术特征的含义。

5. 权利要求解释的典型情形

5.1 技术术语

界定权利要求中某一技术术语的含义，可以遵循以下规则。

（1）相同术语

相同的技术术语在不同的权利要求以及说明书中，应当认为其具有相同的含义。在同一专利文件中，如果对具有相同或类似技术含义的概念采用不同的术语，可以假定这些术语具有不同的含义，除非之后确定其有相同含义。

（2）已知术语

专利权人在权利要求中使用的已知术语，含义既可以比其在字典中的普通含义宽，也可以比其普通含义窄。在确定专利权利要求中使用的已知术语的含义时，首先看专利权人在专利说明书中是否赋予其特别含义，如果能找到专利权人赋予其特别含义的明确指示，则将该已知术语解释为该特别含义；如果专利权人未赋予其特别含义，则以字典中的普通含义对该已知术语进行解释；如果说明书中对于该已知术语的解释与其普通含义不一致，则依照说明书中的解释。

【案例1-1-12】

涉案专利涉及一种蛋糕饰品制作机器，该机器在操作时用扫描机将图片进行扫描，然后再用复印机把图片印刷复制到可食纸张上，从而可以放置在蛋糕上作为装饰品。该机器在操作时，必须准备一张可食用的基材，并送进一个影印机中。由于一般的影印机为了节约空间，通常将送纸通道做成扭转重叠的形状，同时会对纸张进行加热以便碳粉快速融化附着在纸张上，但是可食用的基材（如可食纸

张)通常较脆易碎,在弯曲的送纸通道中经过加热后几乎无法使用。因此,涉案专利提出一种具有近乎长形的、非扭转的、且和其他部分没有重叠的、无需加热的送纸通道来解决这一问题。

涉案专利的权利要求1为:一种将影像复制到可食纸张而以图片装饰烘焙物品的方法,包括:将一影像放至复印机的复制玻璃上;将一可食纸张沿着一近乎长形、非扭转的复印线送进复印机,且无需对可食纸张进行实质加热,复制线的各部分彼此没有互相重叠,可食纸张沿着一条没有扭转和弯曲的复印线前进;以及当可食纸张通过复印线时,用可食墨汁将复印玻璃上的影像复制到可食纸张上。

专利说明书中,清楚给出了复印机的定义:“本发明的复印机扫描与影像复制的功能无须安装于同一机壳内。”

专利权人主张,涉案专利中的复印机具有特定结构,与一般的办公用复印机在外观上有很明显的差异。被控侵权人认为,复印机具有普遍的含义,涉案专利中的复印机应定义为一般的办公用复印机,扫描与复印功能必须是一体的,必须包含在同一机壳内。

该案的争议点是,权利要求中的术语“复印机”应作何解释。

分析与评述:

专利权人可以赋予专利文件中某一术语不同于一般通用意义的特殊含义。当说明书中以明示或是暗示的方式对某一术语给出特殊定义时,说明书就成为涉案专利中专利权人自己的字典。该案中,专利权人在其说明书中对“复印机”作出不同于一般办公用复印机的特殊定义,应当可以用于解释专利权利要求限定的范围,即,该案中的术语“复印机”并非是扫描与影像复制功能安装于同一机壳内的一般意义上的复印机。

【案例1-1-13】

涉案专利权利要求中有一个术语是“铝”。说明书中有些地方提到了“铝层”,有些地方记载的是“铝”。

该案的争议点在于,涉案专利权利要求中的“铝”指的是铝层,还是合金中的纯铝。

分析与评述:

如果将权利要求中的“铝”解释为普通含义以外的内容,必须符合两个条件:①专利权人在内部证据中将“铝”定义为其他含义;或者②“铝”的普通含义使权利要求变得不清楚。该案中,虽然专利权人在说明书中有的地方使用了“铝层”,但并不是一直使用“铝层”,因此,没有明确的指示说明专利权人赋予了“铝”以“铝层”的含义。而且,将“铝”解释为其普通含义也不会导致权利要求不清楚。在此情况下,权利要求中的术语“铝”应当按照所属领域的普通含义理解,不能解释为“铝层”。

(3)含义发生变化的术语

如果被控侵权行为发生时,某一技术术语产生了新的含义,在解释该技术术语时,应当依照专利申请日时的含义。

(4)自定义词

对于专利权人在申请文件中的自定义词,应当依据说明书中的特定含义进行解释,如果说明书中没有明确的定义,应当根据说明书中与该自定义词相关的上

下文加以理解，将其解释为最为符合发明目的的含义。如果专利权人在说明书中没有对其自定义词的含义作出定义，同时本领域技术人员结合权利要求、说明书的上下文也无法予以清楚解释，导致无法确定权利要求的保护范围，管理专利工作的部门可以告知当事人向专利复审委员会提起无效宣告请求。

所谓“自定义词”，是指专利权人在专利文件中自己创造的术语，该术语在字典、科技论文等材料中均无法找到。

【案例 1-1-14】

涉案专利的权利要求 1 为：一种钢砂生产方法，其特征在于将轴承厂生产轴承时冲切下来的边角废料，进行淬火，淬火后分两级破碎，筛分得到不同粒度的钢砂，制得多棱形的钢砂。

说明书中记载：“本发明的创新之处在于：本发明采用两级破碎，粗碎用颚式破碎机，细碎用辐式破碎机……对于粗大的冲切料，本发明采取先用颚式破碎机将其轧碎成小块，而后进行细碎，破碎成钢砂……。”

本案的争议点在于如何解释权利要求中的自定义词“两级破碎”。

分析与评述：

根据本领域技术人员对说明书记载的内容的理解，涉案专利中的“两级破碎”，应理解为采用两种不同的机器分别进行粗碎和细碎两种等级的破碎，即对于粗大的冲切料，先用颚式破碎机将其轧碎成小块，而后通过辐式破碎机进行细碎，破碎成钢砂，不能解释为使用同一机器进行两次破碎。

5.2 权利要求与说明书不一致或者相互矛盾

（1）权利要求存在明显错误

尽管权利要求与说明书存在不一致之处，但如果本领域技术人员在阅读说明书、附图以及权利要求书后，能够立即发现权利要求的表述存在错误，并且还能通过排除合理怀疑确定其为正确的答案，则此时应当将权利要求中的错误归结为明显错误，将其解释为本领域技术人员能够理解的正确答案。

【案例 1-1-15】

涉案专利的权利要求 1 为：“一种精密旋转补偿器，包括外套管、内管、压料法兰、延伸管和密封材料，内管（1）与外套管之间装有柔性石墨填料，柔性石墨填料的端面装有压料法兰，压料法兰与外套管一端的法兰之间由螺栓连接，外套管内凸环和内套管外凸环之间设有钢球；在所述的外套管的另一端与延伸管连接，两者之间留有间隙，其特征在于：所述的延伸管为与内套管内径相同的直管，两者同轴对应；所述的压料法兰的外侧与外套管的内侧为紧密配合。”

专利说明书的具体实施方式部分记载：“外套管 4 外侧是直通延伸管 5，与内管 1 内径相等，延伸管 5 与内管 1 之间留有适当间隙（1－10mm）”。

专利权人认为，涉案专利权利要求 1 中，外套管与延伸管之间为固定连接，不可能留有间隙，权利要求 1 中的“两者之间留有间隙”属明显错误，应当是内管与延伸管之间留有间隙。

该案的争议点为，对于权利要求 1 中的技术特征“两者之间留有间隙”，应当作何理解。

分析与评述：

权利要求 1 涉及一种具有扭转装置的涉及热网管道的旋转补偿器，该旋转补

偿器通过内外套管的旋转来吸收热网管道的轴向推力和位移量，外套管的一端经由法兰与内管相连接，另一端与延伸管连接，因此，内管与外套管之间、以及外套管与延伸管之间不可能既连接，又留有空隙，权利要求1中“两者之间留有间隙”的“两者”不可能是指外套管与延伸管，只可能是内管与延伸管。这种解释与说明书具体实施方式部分公开的内容相一致。因此，本领域技术人员基于其具有的普通技术知识，不仅能够知道权利要求1的撰写存在错误，而且通过阅读说明书及附图可以直接地、毫无疑义地确定“两者之间留有间隙”的“两者”应当是指延伸管与内管，不会误认为是外套管与延伸管之间留有间隙，即，能够清楚准确地得出唯一的正确解释，“两者之间留有间隙”是指内管和延伸管之间留有一定的间隙。

（2）权利要求的技术方案与说明书的描述不一致

所谓“权利要求的技术方案与说明书的描述不一致”，是指权利要求记载的文字含义清楚、确定，但与说明书中相应的描述截然相反或者不一致，且不属于上述（1）中所述情形。其中既包括权利要求的技术方案与说明书公开的技术方案完全不同的情形，也包括权利要求因采用上位概念或概括方式而导致其保护范围大于说明书公开内容的情形。此时，应当以权利要求记载的内容确定专利权的保护范围，而不应当以说明书解释权利要求的方式实质上修改权利要求。

【案例1-1-16】

专利权利要求1为：一种无水银碱性纽扣电池，包括正极片、负极片、负极锌膏、密封胶圈、正极外壳和隔膜，其特征在于，在负极片上电镀上一层锡，并在锌膏中加入金属铟以代替水银。

涉案专利说明书中多处记载了负极片上先电镀一层铜之后再电镀锡的技术方案，具体实施例中记载的负极片也是先电镀一层铜之后再电镀锡。

该案的争议点在于，权利要求1中的负极片是否镀铜。

分析与评述：

该案中，权利要求中清楚、确定地记载了在负极片上电镀一层锡，虽然该技术方案与说明书中记载的内容不一致，但对本领域技术人员而言，其含义是清楚的，同时也能够实现发明目的。因此不能将说明书中的内容解释入权利要求，导致对权利要求实质上的修改。

5.3 功能性技术特征

（1）功能性技术特征的含义

功能性技术特征是指权利要求中以功能或者效果表述的技术特征，其通常是通过在发明创造中所起的作用、功能或者效果而非结构或组成、工艺条件等对产品部件或部件之间的关系或者方法步骤或步骤之间的关系等进行限定的。

如果对于本领域技术人员来说，通过阅读权利要求书、说明书和附图，能够认定以功能或者效果表述的技术特征是所属领域普遍知悉的、约定俗成的上位概念，则一般不应当认定其为功能性技术特征。

（2）对功能性技术特征的解释

在专利侵权判定中，对于权利要求中以功能或者效果表述的技术特征，原则上应当理解为覆盖了所有能够实现所述功能的实施方式。如果有充分证据表明权

利要求中限定的功能是以说明书实施例中记载的特定方式完成的，并且本领域技术人员不能明了此功能还可以采用说明书中未提到的其他替代方式来完成，或者本领域技术人员有理由怀疑该功能性技术特征所包含的一种或几种方式不能解决发明或者实用新型所要解决的技术问题，并达到相同的技术效果，则对于权利要求中的该功能性技术特征，应当结合说明书和附图描述的实现该功能或者效果的具体实施方式及其等同的实施方式，确定该技术特征的内容。

所谓“说明书和附图描述的实现该功能或者效果的具体实施方式”，是指说明书和附图描述的具体实施方式中实现该功能或者效果的技术特征，该特征应当是实现该功能或者效果不可缺少的技术特征，不应当将并非为实现该功能或者效果所必需的技术特征包括在内作为“说明书和附图描述的实现该功能或者效果的具体实施方式”。

所谓“等同的实施方式”，是指相对于专利说明书和附图描述的实现该功能或者效果的具体实施方式，以基本相同的手段，实现相同的功能，达到基本相同的效果，并且是本领域技术人员在专利申请日（有优先权的，指优先权日）无需经过创造性劳动就能够联想到的技术特征。

5.4 方法特征限定的产品权利要求

（1）方法特征限定的产品权利要求的含义

一般来说，产品权利要求应当采用该产品的结构、组成等特征来限定保护范围，但在某些情况下，比如当无法用结构、组成等特征清楚地限定产品时，也允许用方法特征对产品进行限定，这样的权利要求被称作“方法特征限定的产品权利要求”。

方法特征限定的产品权利要求通常以两种方式出现：

第一种：“权利要求 1：一种产品，其是用如下的方法制备的……”

第二种：“权利要求 5：用权利要求 1 的方法制备得到的产品。”

（2）方法特征限定的产品权利要求的解释

在解释由方法特征限定的产品权利要求时，权利要求中的每一个特征，包括方法特征，都对产品的保护范围具有限定作用。

【案例 1-1-17】

涉案专利权利要求 1 为：“一种独一味的软胶囊制剂，原料组成为：独一味提取物 20～30 重量份，植物油 25～36 重量份，助悬剂 1～5 重量份；其中的独一味提取物是由下述方法提取得到的：取独一味药材，粉碎成最粗粉；加水煎煮二次，第一次加 10～30 倍量的水，煎煮 1～2 小时，第二次加 10～20 倍量水，煎煮 0.5～1.5 小时；合并药液，滤过，滤液浓缩成稠膏；减压干燥，粉碎成细粉，过 200 目筛，备用。”

本案的争议点在于：权利要求中的方法特征，如加水煎煮 2 次、研磨成细粉后过 200 目筛是否对产品具有限定作用。

分析与评述：

本案中，涉案专利权利要求是用方法特征限定的产品权利要求，方法特征对于专利权的保护范围也起到限定作用，因此，在解释权利要求限定的范围，进而与被控侵权产品进行对比时，不仅需要比较产品的组成与各组分的含量是否相同或等同，还需要比对方法特征是否相同或等同。对于“加水煎煮 2 次”、“研磨成

细粉后过200目筛”这两个方法特征，由于涉案专利说明书强调“煎煮2次与煎煮3次相比，可以降低生产成本，所以选择煎煮2次”，“将独一味提取物粉碎成过200目筛的细粉，制成的软胶囊内容物混悬体系最稳定”，因此，“煎煮2次”与“煎煮3次”相比、“粉碎成细粉，过200目筛”与“研成细粉”相比，均不构成等同特征。

5.5 用途特征限定的产品权利要求

（1）用途特征限定的产品权利要求的含义

所谓“用途特征限定的产品权利要求”是指，根据权利要求的主题名称可以确定该权利要求保护的是一种产品，但是对该产品进行限定的特征中却包括该产品的应用领域，比如，“一种用于……的产品”，这类权利要求统称“用途特征限定的产品权利要求”。

用途特征限定的产品权利要求容易与产品的用途权利要求相混淆。用途特征限定的产品权利要求，其主题名称的中心词通常是“……产品”，而产品的用途权利要求则通常被撰写成“一种XX产品在……的用途”的形式。

（2）用途特征限定的产品权利要求的解释

对于用途特征限定的产品权利要求，其最终保护的是产品，但是其中的用途特征也是该权利要求不可或缺的组成部分，不能被忽略。

例如，涉案专利权利要求保护一种用于反应1的催化剂A，此时，涉案专利中催化剂的用途对其保护范围具有限定作用，在侵权判定中不能被忽略。假设被控侵权产品涉及同样的催化剂，但其用途是用于反应2。如果反应1和2并非同一类反应，且两者非等同特征，则被控侵权产品不会落入涉案专利权利要求的保护范围。

5.6 使用环境或条件特征限定的产品权利要求

（1）使用环境或条件特征限定的产品权利要求的含义

“使用环境或条件特征”限定的产品权利要求，是指在产品权利要求中存在一个或多个技术特征，所述技术特征限定的并非该产品的结构或组成、或者该产品部件之间的连接关系，而是该产品的使用环境或使用条件。比如，权利要求保护的是A产品，该A产品需要安装到B产品上使用，在关于A产品的权利要求中，使用B产品的尺寸、对应形状或者与A产品的配合关系来限定A产品，这样的权利要求就是“使用环境或条件特征”限定的产品权利要求。

（2）使用环境或条件特征限定的产品权利要求的解释

在含有使用环境或条件特征的产品权利要求中，使用环境或条件特征作为该权利要求的一部分，应当被考虑。此时，应当将产品权利要求中的使用环境或条件特征与产品的结构、组成等特征一并考虑，但这并不意味着产品必须被实际应用于所述环境或者条件下。如果产品的其他技术特征决定了该产品可以并且必然用于所述环境或者条件下，则即使该产品未实际应用于所述环境或者条件下，也认为该产品具备了所述使用环境或者条件特征。

【案例1-1-18】

涉案专利的权利要求1为：一种用于将后换档器连接到自行车车架上的自行

车后换档器支架，所述后换档器具有……，所述自行车车架具有形成在自行车车架的后叉端的换档器安装延伸部上的连接结构，所述后换档器支架包括……

本案争议的焦点是：如何理解安装环境特征对权利要求保护范围的作用。

分析与评述：

本案中，权利要求1不仅限定了支架的具体结构，还限定了后换档器的结构、自行车车架后叉端的结构以及支架、后换档器、自行车车架三者的连接位置关系。其中，技术特征“所述自行车车架具有形成在自行车车架的后叉端（51）的换档器安装延伸部（14）上的连接结构（14a）”（以下简称特征1）以及技术特征“所述第一连接结构（8a）和所述第二连接结构（8b）的布置应使当所述支架体（8）安装在所述后叉端（51）上时，所述的第一连接结构（8a）提供的连接点是在所述第二连接结构（8b）提供的连接点的下方和后方”（以下简称特征 2）对权利要求同样起到限定作用，应当纳入考虑。

但是，上述特征1和2仅仅是自行车后换档器支架的安装环境特征，在判定被控侵权产品是否落入涉案专利权利要求1的保护范围时，并不需要被控侵权人将自行车后换档器支架真正安装在自行车车架的后叉端的延伸部上，只要被控侵权产品的技术特征决定了其可以而且必然安装在涉案专利权利要求 1 所限定的自行车车架上，并呈现权利要求1所限定的装配关系，即可以认为被控侵权产品落入专利权的保护范围。

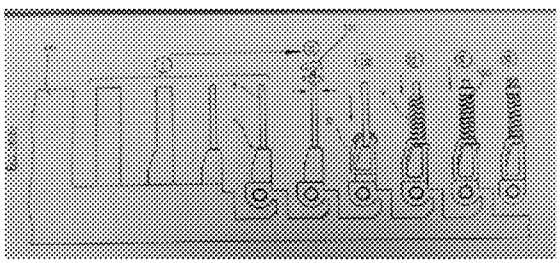
5.7 方法权利要求

（1）方法权利要求中的步骤顺序

原料、步骤和产品是方法权利要求必不可少的组成部分。对于明确记载步骤顺序的方法权利要求，步骤本身以及步骤之间的顺序都对方法权利要求具有限定作用。对于没有明确记载步骤顺序的方法权利要求，并不必然意味着该方法权利要求不存在步骤顺序，是否需要考虑步骤顺序，应当从本领域技术人员角度出发，结合说明书及附图、专利审查文档、权利要求记载的整体技术方案以及各个步骤之间的逻辑关系，确定各个步骤之间是否应当按特定的顺序实施。

【案例 1-1-19】

涉案专利的权利要求1为：“一种制造弹簧铰链的方法，该铰链由至少一个外壳、一个铰接件和一个弹簧构成，其特征是该方法包括下述步骤：（1）提供一用于形成铰接件的金属带；（2）切割出大致与铰接件外形一致的区域；（3）通过冲压形成一圆形部分以形成铰接件的突肩；（4）冲出铰接件的铰接孔。



涉案专利方法附图

本案的争议点在于：权利要求的步骤之间是否有顺序限定，顺序是否会带来实质性的差异。

分析与评述：

首先，供料步骤的作用在于为其他的步骤提供加工材料，因此，供料步骤必须在其他步骤之前首先实施。

其次，切割步骤的作用是从金属带上切割出大致与铰接件外形一致的区域，根据说明书及附图，所述区域包括“用于形成凸肩 9 的基本形状”和“以后具有铰链孔范围 497 的至少一部分”，由于冲压步骤是对由切割步骤制成的“用于形成凸肩 9 的基本形状”进行冲压，冲孔步骤是在由切割步骤制成的“范围 497”内制作铰接孔，同时，说明书中没有记载可以在切割步骤之前实施冲孔步骤或冲压步骤的技术内容，因此，权利要求 1 中的切割步骤应当在冲压步骤和冲孔步骤之前实施。从说明书记载的内容看，虽然冲压步骤与冲孔步骤的顺序可以调换，但是，在实际加工过程中，一旦确定了二者的顺序，二者的顺序就只能依次进行。

因此，权利要求 1 中的四个步骤应当按照供料步骤、切割步骤、冲压步骤或冲孔步骤的顺序依次实施，各个步骤之间具有特定的实施顺序。

（2）制备方法权利要求直接获得的产品

根据《专利法》第十一条第一款的规定，制备方法专利权的保护可以延伸到使用该方法直接获得的产品，因此，界定制备方法权利要求直接获得的产品对于确定专利权的保护范围非常重要。

所谓“直接获得”，应当指完成专利方法的最后一个步骤后所获得的最初产品。当权利要求的主题名称中的目标产品与完成最后一个方法步骤后获得的最初产品一致时，主题名称中的目标产品就是制备方法直接获得的产品；当主题名称中的目标产品与完成最后一个方法步骤后获得的最初产品不一致时，需要根据说明书的内容，考察二者的关系。如果说明书中已经明确最后一个方法步骤获得的最初产品能通过常规的方法转化为主题名称中的目标产品，则该权利要求直接获得的产品是所述主题名称中的目标产品；如果说明书中没有明确最后一个方法步骤获得的最初产品如何转化为主题名称中的目标产品，并且转化方法非所属领域的公知技术，则该权利要求直接获得的产品是最后一个方法步骤获得的最初产品。

【案例 1-1-20】

说明书中公开的制备方法是：原料 A 与 B 反应形成 C，C 经过转化形成 D。

情形 1：

权利要求为：产品 D 的制备方法，其特征在于由 A 与 B 反应形成 C，然后 C 转化为 D。

情形 2：

权利要求为：产品 C 的制备方法，其特征在于由 A 与 B 反应形成 C，然后 C 转化为 D。

情形 3：

权利要求为：产品 D 的制备方法，其特征在于包括使 A 与 B 反应形成 C 的步骤。

分析与评述：

对于第一种情形，权利要求主题名称中的目标产物与最后一个工艺步骤获得的产物完全一致（均为 D），此时，该制备方法权利要求直接获得的产品应当是 D。

对于第二种情形，权利要求主题名称中的目标产物为 C，但工艺步骤特征中，C 仅仅作为中间产品存在，C 还通过另外的步骤转化为产品 D，此时，如果将 C 视为该制备方法权利要求直接获得的产品，将会导致在解释权利要求时实质上忽

略将C转化为D的步骤，这显然与解释权利要求的一般性规则相违背。

对于第三种情形，权利要求的工艺步骤特征不完整，仅仅包括得到中间体C的步骤，缺少由中间体C转化为最终产物D的步骤描述，由此导致主题名称中的目标产物与工艺步骤得到的产物表面上不完全一致。此时，如果说明书中已经明确C通过常规的方法转化为D，则结合该说明书的内容和本领域技术人员的通常理解，将该制备方法权利要求直接获得的产品理解是D应当是合理的。但是，如果说明书中未明确C是如何转化为D的，并且也无证据表明C转化为D的方法为公知技术，此时，即便结合说明书的内容和本领域技术人员的常识，也无法知道C如何转化为D，这种情况下，把该制备方法权利要求直接获得的产品理解为C应当是合理的。

（3）新产品的制备方法权利要求中的“新产品”

根据《专利法》第六十一条第一款的规定，专利侵权纠纷涉及新产品制备方法发明专利的，被控侵权人负有举证证明其产品制备方法不同于专利方法的责任。但举证责任的倒置需要满足两个前提条件：第一，专利权人需要举证证明该制备方法权利要求所获得的产品是新产品；第二，专利权人需要举证证明被控侵权产品与依据专利方法获得的产品相同。

所谓“新产品”，是指产品或者制备产品的技术方案在专利申请日前不为国内外公众所知。不能将其认定为在专利申请日前在国内未曾出现过的产品，更不能将其认定为在专利申请日前没有在国内上市的产品。

5.8 含有用途、方法或材料特征的实用新型专利权利要求

实用新型专利保护的是具有一定形状和构造的产品，但是，这并不意味着实用新型权利要求中只能出现形状或者构造技术特征，也不意味着当实用新型专利权利要求中出现非形状或构造技术特征，比如用途、方法或者材料特征时，这些特征对于实用新型专利权利要求所要求保护的范围不具有限定作用。

对于含有用途、方法或材料特征的实用新型专利权利要求，应当按照权利要求中的全部技术特征确定专利权的保护范围，用途、方法或材料特征不能被忽略。

【案例1-1-21】

涉案专利的权利要求为：一种药浸柳枝接骨外固定架，其特征在于用药浸草柳枝条经纬方向编织成一个固定架，在固定架的两侧至少置有一对搭扣。

该专利说明书中记载：“本实用新型的目的是设计一种重量轻、透气、不会产生皮肤过敏现象、本身具有活血化瘀功能、使用方便、不会污染环境的价格低、制造方便的药浸柳枝接骨外固定架。药浸柳枝接骨外固定架的重量是石膏的五分之一，很轻巧，使用时透气，病人使用该装置接骨养伤不觉劳累，也不会使患者出现皮肤过敏的现象。由于柳枝条本身结构松疏，中药易被吸收，药浸过的柳枝条接触人体后，中药渐渐挥发其药性，使人体活血化瘀起到一定的药疗作用。”

本案的争议点在于，如何理解“用药浸草柳枝条”这一方法特征对实用新型专利权利要求保护范围的限定作用。

分析与评述：

实用新型专利技术方案中既可以有形状、构造或者其结合的技术特征，也可以有非形状、构造或者其结合的技术特征，只要这些技术特征所共同限定的技术方案是具有确定形状或者构造的产品，该种产品就可以成为实用新型专利所保护的技术方案。涉案实用新型专利是由经“药浸”处理的柳枝条编织成的接骨外固

定架，“药浸”是非形状、构造或者其结合的技术特征，该技术特征不会引起产品的形状、构造或者其结合发生变化。但根据专利说明书的解释，涉案实用新型专利的目的并不只在于设计一种良好接骨固定效果的接骨外固定架，而且还要使该接骨外固定架具有活血化瘀的功能。涉案实用新型专利正是通过“药浸”这一技术手段，让药浸过的柳枝条接触人体，中药渐渐挥发其药性，从而实现活血化瘀的功能。因此，“药浸”应当是涉案实用新型专利的一项必不可少的技术特征，其与其他技术特征一起共同构成了专利技术方案，共同限定了专利权的保护范围。

5.9 组合物权利要求的封闭式与开放式

（1）封闭式与开放式的定义

在化学领域有一类特殊的权利要求，即组合物权利要求，这类权利要求通常是用组成该组合物的组分和各个组分的含量来表征的。这种表征方式分为两种，一种是开放式，一种是封闭式。

所谓“开放式”，是指组合物中除了指明的组分之外，还可以含有权利要求中未指明的组分。开放式组合物一般通过例如“含有”、“包括”、“包含”、“基本含有”、“本质上含有”、“基本组成为”等措辞来表达。

所谓“封闭式”，是指组合物由权利要求所指出的组分组成，没有别的组分，虽然可以带有杂质，但这些杂质只是以通常的含量存在。封闭式组合物一般通过“由……组成”、“组成为”、“余量为”等术语来表示。

（2）对于封闭式与开放式的解释

对于组合物的开放式和封闭式权利要求来说，应当按照如上定义的含义来理解。具体而言，对于开放式组合物权利要求来说，如果被控侵权技术方案在包含权利要求全部技术特征的基础上增加新的技术特征，则应当认定被控侵权技术方案落入专利权的保护范围；对于封闭式组合物权利要求来说，如果被控侵权技术方案在包含权利要求全部技术特征的基础上增加新的技术特征，则应当认定被控侵权技术方案未落入专利权的保护范围，除非该新的技术特征属于不可避免的常规含量的杂质。

【案例 1-1-22】

专利权利要求 1 为：一种电解电容器负极箔用铝－铜合金箔，它是含有铜、锰的合金箔，合金中以铜为主，以锰为辅，其合金成分（重量百分比）如下：铜 0.2-0.3、锰 0.1-0.3、铁≤0.3、硅<0.15，余量为铝以及不可避免的杂质。

分析与评述：

涉案专利发明为组合物发明，其权利要求为封闭式权利要求，所保护的组合物应是由铜 0.2-0.3、锰 0.1-0.3、铁≤0.3、硅<0.15，余量为铝以及不可避免的杂质（百分比）组成的组合物。该组合物不应包含其他组分，且其中的不可避免的杂质应是通常的含量。

如果被控侵权产品具有涉案专利权利要求 1 所有的组分，且含量在权利要求 1 的范围之内，但在此基础上添加含量为 0.013%的钛，此时，由于添加的钛的含量高于其作为杂质在铝锭中通常的含量，故钛在被控侵权产品中为一组分而不能视为不可避免的杂质。相对于涉案专利权利要求而言，由于被控侵权产品多了 0.013%的钛组分，即使其他组分与涉案专利权利要求完全相同，相应组分的含

量落入权利要求中相应组分含量限定的数值范围内，被控侵权产品亦因构成不同的组合物而没有落入涉案专利的保护范围。

【案例 1-1-23】

涉案专利权利要求 1 为：一种仿宣水写练字纸，含纸浆纤维，其特征在于它是由下述重量份的原料按造纸生产工艺制成的水写纸：竹纤维本色绝干浆 1000 份，色素 60 份，纯碱 10 份。

分析与评述：

涉案专利权利要求 1 关于原料的组成为封闭式，该权利要求的保护范围为：（1）保护的阶段是造纸阶段，而不是制浆阶段；（2）竹纤维绝干浆、色素、纯碱三种原料及重量份的比例必须同时具备。即，只有在生产水写纸的阶段，同时使用了上述三种原料，且三种原料的重量份比例必须是 1000：60：10 时，才构成侵权。

第 2 章 发明、实用新型专利侵权判定

第 1 节 专利侵权判定的比较客体

专利侵权判定的比较客体应该是权利人所主张的涉案专利相关权利要求和被控侵权技术方案。在判断被控侵权技术方案是否侵犯涉案专利权时，应将被控侵权技术方案与权利人主张的相关专利权利要求所记载的技术方案进行一一比较，不得将被控侵权技术方案与涉案专利产品直接进行比较。当被控侵权技术方案也有专利权时，也不得直接将双方专利产品进行比较，或者将双方的专利权利要求进行比较。

第 2 节 专利侵权判定的方式与原则

在判定被控侵权技术方案是否落入专利权的保护范围时，首先要对专利权利要求和被控侵权技术方案进行特征划分，将相应的技术特征进行特征对比，然后再判断被控侵权技术方案是否构成相同侵权，在二者存在区别的情况下，必要时还需判断是否构成等同侵权。

1. 技术特征划分

在专利侵权判定中，应当采用“技术特征逐一比对”的方式。

把逐个技术特征作为比较对象，就必须对专利权利要求和被控侵权技术方案所具有的技术特征作出划分，即将专利权利要求或被控侵权技术方案分解为能够相对独立地执行一定功能、产生相对独立的技术效果的最小技术单元。

在划分技术特征时，需要考虑两个重要因素：技术特征的独立性与价值性。独立性是指某一技术特征不需要再与其它技术特征组合就能够体现其自身的功能；价值性是指某一技术特征不仅具有独立的功能，而且事实上已经在整体技术方案中发挥了作用或者产生了技术影响。

对技术特征的划分应当首先以专利权利要求为基础，在准确划分专利权利要

求的技术特征的基础上，再对被控侵权技术方案的对应技术特征进行分析。

为了便于比较专利权利要求与被控侵权技术方案的异同，可以采用列表的方式将专利权利要求的技术特征逐项列出，然后分别与被控侵权技术方案的相应部分进行对比。无论以何种方式划分技术特征，均不应当将专利权利要求中记载的某个技术特征或其限定忽略不计。

【案例 1-2-1】

专利权利要求 1：一种产品 X，包括 A、B、C，其特征在于，该产品还包括 D 部件。

被控侵权产品 X'，包括技术特征：A、B、C'、D'。

判定被控侵权产品是否构成侵权时，对技术特征可进行如下表所示的分析：

权利要求 1	被控侵权产品	对比结论
X	X'	X'与 X 是否相同，在不相同的情况下，按照“三基本、一普通[1]”的原则判断是否构成等同
A	A	相同
B	B	相同
C	C'	C'与 C 是否相同，在不相同的情况下，判断是否构成等同
D	D'	D'与 D 是否相同，在不相同的情况下，判断是否构成等同

2. 全面覆盖原则

全面覆盖原则是判断一项技术方案是否侵犯发明或者实用新型专利权的基本原则，具体含义是在判定被控侵权技术方案是否落入专利权的保护范围时，应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征。

如果被控侵权技术方案包含与权利要求记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征的，应当认定其落入专利权的保护范围；如果被控侵权技术方案与权利要求记载的全部技术特征相比，缺少权利要求记载的一个或一个以上的技术特征，或者有一个或一个以上技术特征不相同也不等同的，应当认定其没有落入专利权的保护范围。

全面覆盖原则强调在专利侵权判定时要全面地考虑权利要求中的每一个技术特征，只有被控侵权技术方案包含了权利要求中的所有技术特征时，才认定侵权成立，反之，如果被控侵权技术方案中缺少权利要求中的一个或一个以上技术特征时，或者有一个或一个以上技术特征不相同也不等同，应当认定侵权不成立。

【案例 1-2-2】

某案，其授权公告的权利要求 1 为：“一种混凝土薄壁筒体构件，由筒管和封闭筒管两端管口筒底组成，其特征在于，所述的筒底以至少二层以上的玻璃纤维布叠合而成，各层玻璃纤维布之间由一层磷铝酸盐水泥无机胶凝材料或铁铝酸

[1] 所谓“三基本、一普通”，是指以基本相同的手段，实现基本相同的功能，并达到基本相同的效果，并且是本领域技术人员容易联想到的。

盐水泥无机胶凝材料相粘接，所述的筒管以至少二层以上的玻璃纤维布叠合而成，各层玻璃纤维布之间由一层磷铝酸盐水泥无机胶凝材料或铁铝酸盐水泥无机胶凝材料相粘接。”

被控侵权产品除了在筒管两端管口没有筒底外，其余特征与涉案专利相同。

专利权人认为，筒底为非必要技术特征，应当适用多余指定原则将该特征从权利要求中排除，由此判定被控侵权产品覆盖了专利权利要求的所有特征，从而构成侵权”。

分析与评述：

凡是专利权人写入权利要求的技术特征，在专利侵权判定中，都不应当被忽略。被控侵权产品缺少专利权利要求 1 中的筒底，未覆盖权利要求 1 的全部技术特征，不构成侵权。

专利权人所主张的“多余指定”，是在我国专利制度发展过程中曾经出现过的一种观点，是指在某些专利权利要求中，除了包含与发明目的直接相关的技术特征外，还包括一些与发明目的关系不大的技术特征（下称“多余特征”），在专利侵权判定中，将记载在专利权利要求中“多余特征”略去，仅以其中与发明目的直接相关的技术特征来确定专利权的保护范围，判定被控侵权技术方案是否落入保护范围。由于多余指定与全面覆盖原则相矛盾，本质上削弱了权利要求的公示效力，增加了专利权保护范围的不确定性，是对公众权利的不适当损害，因此已经被摒弃。在专利侵权判定中，凡是专利权人写入专利权利要求的技术特征，都不应当被忽略，均应纳入技术特征对比之列。

依据全面覆盖原则判定被控侵权技术方案是否构成侵权，重点考虑技术特征是否相同或者等同，被控侵权技术方案是否因缺少或改变专利的某一技术特征而导致技术功能或效果变劣，不应被列入考虑范围之列。

【案例 1-2-3】

某案，其授权公告的权利要求 1 为：“一种高层建筑无水箱直连供暖的排气断流装置，其特征在于该装置的圆柱形上壳体和倒置的圆台下壳体相接，上壳体上边有方便可拆的呼吸室兼盖板；内设有环绕螺纹导向板的杯状水封罐，水封罐内悬置有下呼吸管，下呼吸管上部与呼吸室兼盖板的呼吸室连通，呼吸室兼盖板的呼吸室上部接有上呼吸管，上呼吸管上部接活动的万向弯头，杯状水封罐的上部内衬有圆桶调节阀；上壳体上部的左进水管和右进水管分别与上壳体的上部呈切线相接，其出水管与下壳体下部同心相连。”

说明书中提到，通过涉案专利这种较为复杂的呼吸装置，可以在系统运行不平稳时，通过呼吸装置进行有规律的吸气和呼气，以保持系统内正常的大气压。另外，涉案专利中的环绕螺纹导向板，其主要作用为使进入断流器的水流强化成膜流状态，实现气水分离。

被控侵权产品与涉案专利有两点不同：（1）被控侵权产品的呼吸装置为逆止排气阀，只能呼气不能吸气；（2）被控侵权产品没有环绕螺纹导向板。

专利权人认为，虽然被控侵权产品相比专利权利要求存在以上两个不同点，但其属于被控侵权人故意缺少或者改变专利权利要求中记载的部分技术特征，使得被控侵权产品的技术效果明显变劣，变劣发明也构成侵权。

本案的争议点在于，上述两点区别是否导致被控侵权产品不落入涉案专利权的保护范围之内。

分析与评述：

首先，涉案专利设有较为复杂的呼吸装置，其目的是在系统运行不平稳时，通过呼吸装置有规律的吸气和呼气，保持系统内正常的大气压。被控侵权产品内设有逆止排气阀，只能呼气，不能吸气，在系统运行不平稳、尤其是缓冲器内压力小于大气压时，外部空气无法进入，在缓冲器内会形成真空，不但不能形成膜流运动，系统也将无法运行，与涉案专利相比，将呼吸装置改为逆止排气阀是变劣的技术特征。

其次，涉案专利设有环绕螺纹导向板，其主要作用为使进入断流器的水流强化成膜流状态，实现气水分离。被控侵权产品也是利用膜流运动原理，但由于没有环绕螺纹导向板，不能强化膜流运动的形成，减压、减速的效果降低，性能和效果均不如涉案专利技术优越，因此被控侵权产品省略环绕螺纹导向板，也属变劣的技术特征。

根据全面覆盖原则，在判断被控侵权技术方案是否落入专利权保护范围时，应当将被控侵权技术方案的技术特征与专利权利要求记载的全部技术特征进行一一对比。至于被控侵权技术方案是否因缺少专利的某一技术特征而导致技术功能或效果变劣，不应被列入考虑范围之列。本案中，被控侵权产品缺少涉案专利中的环绕螺纹导向板特征，同时逆止排气阀与涉案专利中的呼吸装置既不相同也不等同，因此，被控侵权产品未落入涉案专利的保护范围。

专利权人所持变劣发明也构成侵权的观点虽然有一定的合理性，但本质上削弱了权利要求的公示作用，不应得到支持。因此，如果被控侵权技术方案与专利权利要求相比，因缺少某些技术特征而带来一定的功能缺失或者技术效果变劣，则应当认定被控侵权技术方案已经与专利权利要求有了明显区别，不会对专利权人的合法权益造成实质性损害，不应认定这种变劣发明侵犯了专利权。

3. 相同侵权

依据全面覆盖原则判定被控侵权技术方案是否侵犯涉案专利权时，又可分为相同侵权和等同侵权两种情况。一般而言，应当先判断被控侵权技术方案是否构成相同侵权，如不构成相同侵权，再判断是否构成等同侵权。

3.1 相同侵权的定义

相同侵权，是指被控侵权技术方案含有专利权利要求的全部技术特征，落入专利权利要求限定的范围之内。

3.2 相同侵权的判定

相同侵权中的“相同”，包括被控侵权技术方案的技术特征与专利权利要求的技术特征在表述上完全相同，或者表述上虽不同，但实质表达的含义相同，或者被控侵权技术方案的技术特征属于专利权利要求相应技术特征的下位概念等。

3.2.1 技术特征完全相同

在专利侵权判定中，如果仅从权利要求的字面上分析比较，就可以认定被控侵权技术方案的技术特征与专利权利要求的技术特征相同，或者二者虽然在文字表述上存在一定区别，但经过逐项比对，所述区别仅仅是文字表述的不同，其技术内容完全一致。用公式表示，即专利权利要求的技术特征为：A + B + C + D；被

控侵权技术方案的技术特征也为：A＋B＋C＋D，此时，被控侵权技术方案对于专利权利要求构成相同侵权。

3.2.2 被控侵权技术方案的技术特征为下位概念

如果专利权利要求与被控侵权技术方案相比，有一个或多个技术特征存在区别，所述区别为，专利权利要求的技术特征为上位概念，而被控侵权技术方案的相应技术特征为下位概念。用公式表示，即专利权利要求的技术特征为：A＋B＋C＋D，被控侵权技术方案的技术特征为：A＋B＋c＋d，其中A、B、C、D表示具有较大范围的上位概念，而a、b、c、d相应地表示具有较小范围的下位概念。此时，被控侵权技术方案落入专利权利要求的范围，构成相同侵权。

【案例1-2-4】

专利权利要求1：一种计算机装置，包括中央处理器、显示器、输入设备。

被控侵权产品A：一种计算机装置，包括中央处理器、显示器、键盘。

分析与评述：

被控侵权产品A与专利权利要求1中的计算机装置主题相同，技术特征基本相同，唯一的区别在于权利要求1中包含了“输入设备”，而被控侵权产品A中相应的技术特征为“键盘”。众所周知，“键盘”是一种具体的“输入设备”，属于“输入设备”的下位概念，因此被控侵权产品A落入了专利权利要求1的保护范围。

3.2.3 被控侵权技术方案增加了其他技术特征

如果被控侵权技术方案除包含涉案专利的权利要求中的全部技术特征外，还增加了新的技术特征。用公式表示，即专利权利要求的技术特征为：A+B+C，而被控侵权技术方案的技术特征为：A+B+C+D+E。此时，由于专利权利要求的全部技术特征在被控侵权技术方案中都有体现，因此构成相同侵权。

【案例1-2-5】

专利权利要求1：一种计算机装置，包括中央处理器、显示器、键盘。

被控侵权产品B：一种计算机装置，包括中央处理器、显示器、键盘、鼠标、打印机、扫描仪。

分析与评述：

尽管被控侵权产品B具有“鼠标、打印机、扫描仪”这些专利权利要求没有的技术特征，但由于被控侵权产品与专利权利要求技术主题相同，同样具有“中央处理器、显示器、键盘”，已经覆盖了专利权利要求的全部技术特征，因此，被控侵权产品B落入了专利权利要求的保护范围，构成相同侵权。

实践中，以下两种情形需要特别注意：

（1）在专利权利要求的基础上增加了其他技术特征的被控侵权技术方案可能因具备新颖性和创造性而被授予专利权，但前者为基本专利，后者为从属专利。尽管从属专利可以获得专利权，但未经基本专利的专利权人许可，实施从属专利的行为也将构成对基本专利的侵犯。

（2）在组合物领域（例如化学组合物或者合金组合物），当专利权利要求保护的是一种“封闭式”组合物产品时，如果被控侵权技术方案与专利权利要求

相比，多出一种或一种以上的组分，则应当认定被控侵权技术方案未落入专利权利要求的保护范围，除非多出的技术特征属于不可避免的常规数量的杂质（参见本编第一章第 2 节 5.9）。

4. 等同侵权

等同原则是专利侵权判定中的一项重要原则，它将专利权的保护范围延伸到了与专利权利要求中相应技术特征等同的部分，目的在于弥补专利权利要求的语言局限性，避免被控侵权人对专利权利要求中的某些技术特征做非实质性的替代，而以不构成侵权为由逃避法律责任。

4.1 等同侵权的含义

等同侵权是指，被控侵权技术方案的某一个或某些技术特征与专利权利要求中记载的相应技术特征不相同，但两者的区别实质上是被控侵权技术方案相对专利权利要求，以基本相同的手段，实现基本相同的功能，能够达到基本相同的效果，并且是本领域技术人员无需经过创造性劳动就能够联想到的，此时，仍然认定被控侵权技术方案落入了专利权利要求的保护范围，构成侵权。

用公式表示，即专利权利要求的技术特征为：a、b、c，被控侵权技术方案的技术特征为：a、b、c’。如果特征 c 与特征 c’相比，特征 c’以基本相同的手段，实现了基本相同的功能，达到了基本相同的效果，并且属于本领域技术人员在特征 c 的基础上，无需创造性劳动就能想到的技术特征，则被控侵权技术方案构成对专利权利要求的等同侵权。

4.2 等同侵权的判定

4.2.1 判定等同的时间点

判断技术特征是否构成等同的时间点为被控侵权行为发生日，目的是为了防止在专利保护期间，被控侵权人在不改变专利技术实质的情况下，以很容易联想到的新出现的技术来代替专利权利要求中的某些技术特征，从而轻易逃避侵权责任。

4.2.2 判定等同的比较对象

判定被控侵权技术方案是否构成等同侵权时，应当将相应的技术特征进行比较，避免将被控侵权技术方案与专利权利要求进行整体比较。在判断技术特征是否等同时，重要的是看被控侵权技术方案中是否存在与专利权利要求中的某一技术特征等同的技术特征，并不要求专利权利要求的技术特征与被控侵权技术方案的技术特征一一对应。即使被控侵权技术方案用一个技术特征实现了专利权利要求中多个技术特征的功能，或者被控侵权技术方案中的多个技术特征实现了专利权利要求中的一个技术特征的功能，只要在被控侵权技术方案中能找到与专利权利要求相对应的技术特征，就不影响等同的认定。

【案例 1-2-6】

专利权利要求 1：一种产品 X，包括 A、B、C 和 D。

被控侵权产品 X’，包括技术特征：A、B、E，其中 E 是由 C’和 D’连在一起形

成的整体部件。

判定被控侵权产品是否侵权时，对技术特征可以如下表所示进行分析:

权利要求 1	被控侵权产品	对比结论
A	A	相同
B	B	相同
C	E（C'+D'）	按照“三基本、一普通”的原则判断是否构成等同
D		

4.2.3 等同特征的判断标准

当被控侵权技术方案的某技术特征与专利权利要求记载的相应技术特征相比，是以基本相同的手段，实现基本相同的功能，并达到基本相同的效果，且对于本领域技术人员来说，属于在侵权行为发生时通过阅读该专利的说明书、附图和权利要求书，无需经过创造性劳动就能够联想到的技术特征，则认为这两个技术特征是等同特征。

所谓“手段”，是指为实现某一功能及达到某种技术效果所采取的方式。解决一个特定的技术问题，可能存在多种不同的技术手段，因此，不能仅仅从结果进行反推分析。即对于专利权利要求和被控侵权技术方案的相应技术特征，即使二者的功能和效果基本相同，但如果采取的手段明显不同，则仍然不能认为是等同特征。判断技术手段是否基本相同，应当站在被控侵权行为发生时本领域技术人员的角度，结合其具备的普通技术知识和能力，判断被控侵权技术方案中的相应技术特征是否是本领域常见的替代技术特征，本领域技术人员是否容易想到以及其对被控侵权技术方案是否有实质影响。例如，一项专利权利要求中，某一技术特征是采用“皮带传动”，被控侵权技术方案替换为“链条传动”就属于基本相同的手段。

“功能”和“效果”分别是指相应的技术手段在整个技术方案中所发挥的作用和取得的技术效果。对于功能和效果，应当结合专利说明书和附图记载的内容以及被控侵权技术方案的技术原理，判断相应技术手段在被控侵权技术方案与专利权利要求中所发挥的作用是什么，究竟实现哪种具体的功能，达到何种具体的效果。同样，“手段”基本相同并不意味着“功能”和“效果”也一定基本相同，因为在某些情况下，某一技术手段表面上看在所属领域中是常见的，但是当与整个技术方案中的其他技术手段结合起来后却可能发挥完全不同的作用，并产生完全不同的技术效果。当然，通常情况下，“手段”、“功能”和“效果”是密切关联的，在等同侵权判定中，这三个因素往往相互影响，相互印证。

除了“手段”、“功能”和“效果”之外，判断是否构成等同侵权，还需要进一步判断所述技术特征是否为本领域技术人员不经过创造性劳动就能够联想到的，重点在于本领域技术人员对技术特征进行替换的可能性以及难易程度。

在等同侵权判定中，“手段”、“功能”和“效果”以及“本领域技术人员不经过创造性劳动能够联想到”这四个要素均要考虑，缺一不可。一般情况下，首先考察被控侵权技术方案区别于专利权利要求的技术特征是否属于基本相同的手段，然后考察二者是否具有基本相同的功能并产生基本相同的效果，最后判断对于这种技术特征的替换，本领域技术人员是否不经过创造性劳动就能够联想到。如果对于四个要素的回答均是肯定的，则二者构成等同特征。

4.2.4 等同特征的形式

（1）已知的常用技术要素的简单替换

如果被控侵权技术方案用本领域技术人员容易想到的已知的常用技术要素替代专利权利要求中的相应技术特征，同时，替换后其功能和效果也基本相同，则应认定二者为等同特征。

【案例 1-2-7】

专利权利要求 1：一种轻型干粉灭火棒，由筒身、喷套、阀体、钢瓶、顶针、后盖塞组成，其特征在于筒身内有一带孔的活塞。

被控侵权产品：包括筒体、喷套、阀体、钢瓶、顶针、后盖塞、活塞，其特点是活塞上不带孔，与筒体之间为间隙配合。

本案的争议点在于，被控侵权产品中“活塞不带孔，与筒体之间为间隙配合”与专利权利要求中“带孔的活塞”是否为等同特征。

分析与评述：

被控侵权产品与涉案专利权利要求 1 的结构的不同之处在于，专利权利要求 1 筒身内有一带孔的活塞，被控侵权产品的筒身内活塞不带孔，而是在活塞与筒体之间留有间隙。在工作状态时，专利权利要求的技术方案是高压气体通过活塞中间的圆孔喷出冲击干粉，被控侵权产品则是高压气体通过活塞与筒壁的间隙喷出冲击干粉。但是，无论活塞中间设置圆孔还是在活塞与筒体间留有间隙，其功能和产生的效果都是使高压气体冲开依附在活塞上的柔性膜，使干粉从喷嘴喷出。因此两种产品在原理、功能上都相同，同时被控侵权产品与专利权利要求相比，在简化结构、降低生产成本等方面也没有实质性突破，二者的区别实质上属于本领域技术人员已知的常用技术要素的简单替换。因此，被控侵权产品在活塞与筒体之间留有间隙的特征与专利权利要求在活塞上带有孔的技术特征，属于以基本相同的手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，且对于本领域技术人员来说，无需经过创造性劳动就能够联想到的特征，二者构成等同特征。

（2）产品部件位置的简单移动

如果相对于专利权利要求而言，被控侵权技术方案中某一部件的位置是本领域中这种部件的常规设置位置，且这种位置的改变没有带来功能和效果上的明显差异，同时对本领域技术人员而言，进行这种部件位置的移动不需要付出创造性的劳动，则被控侵权技术方案中经改变的位置技术特征与专利权利要求中相应的部件位置技术特征构成等同特征。

【案例 1-2-8】

专利权利要求 1：一种防火隔热卷帘耐火纤维复合帘面，其中，所述的帘面由多层耐火纤维制品复合缝制而成，其特征在于：所述的帘面包括中间植有增强用耐高温的不锈钢丝或不锈钢丝绳的耐火纤维毯夹芯，由耐火纤维纱线织成的用于两面固定该夹芯的耐火纤维布，以及位于其中的金属铝箔层。

被控侵权产品：一种防火卷帘，帘面系由多层耐火纤维制品复合缝制而成，其中包括耐火纤维毯、耐火纤维布、金属铝箔层和钢丝绳，不锈钢钢丝绳放在耐火纤维毯的一侧。

权利要求 1 与被控侵权产品的特征对比如下表所示：

权利要求 1	被控侵权产品	对比
防火隔热卷帘耐火纤维复合帘面	防火隔热卷帘多层耐火纤维复合帘面	相同
所述的帘面由多层耐火纤维制品复合缝制而成	帘面系由多层耐火纤维制品复合缝制而成	相同
耐火纤维毯夹心，中间植有增强用耐高温的不锈钢丝或不锈钢丝绳	耐火纤维毯夹心，不锈钢钢丝绳位于耐火纤维毯的一侧	有区别
由耐火纤维纱线织成的用于两面固定该夹芯的耐火纤维布	由耐火纤维纱线织成的用于两面固定该夹芯的耐火纤维布	相同
位于耐火纤维布中的金属铝箔层	位于耐火纤维布中的金属铝箔层	相同

本案的争议点在于，上述区别特征是否构成等同特征。

分析与评述：

被控侵权防火卷帘产品的帘面包括了专利权利要求 1 中的大部分技术特征，区别在于，被控侵权产品将不锈钢钢丝绳放在耐火纤维毯的一侧，而专利权利要求将钢丝绳放在纤维毯的夹心中间。但帘面中加入钢丝绳系起增强作用，其位置的改变不影响该技术效果的实现。因此，被控侵权产品的上述特征属于以基本相同的手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，并且是本领域技术人员无需经过创造性劳动就能够联想到的特征，与涉案专利所记载的技术特征为等同特征，二者构成等同侵权。

（3）技术特征的分解或者合并

技术特征的分解，是指被控侵权技术方案用两个或多个技术特征代替专利权利要求记载的某一个技术特征。技术特征的合并，是指被控侵权技术方案用一个技术特征代替专利权利要求中记载的两个或多个技术特征。如果这种分解合并没有改变技术特征在技术方案中所实现的功能和效果，且属于本领域技术人员不经过创造性劳动即可想到的简单变形，则其与专利权利要求中相应的技术特征为等同特征。

【案例 1-2-9】

专利权利要求 1：一种除臭吸汗鞋垫，其特征是它是由两层防滑层于相对的内面各附设一单向渗透层，其间再叠置粘结吸汗层和除臭层，吸汗层与除臭层相邻。

根据说明书的记载，涉案专利的发明目的是针对现有技术中的鞋垫在除臭时容易产生潮湿、导致除臭效果减弱等不足进行的改进设计，其吸汗层采用吸水树脂制成，除臭层采用活性炭铺设而成。

被控侵权产品鞋垫的结构为：表面是防滑层，防滑层下为干爽表面（单向渗透层），干爽表面下为吸汗除臭层，吸汗除臭层的材质为吸水树脂和活性炭。

与专利权利要求 1 相比，二者的区别在于，被控侵权产品将吸汗层和除臭层合并为一层，将活性炭与吸水树脂混合设置，然后利用干爽网面和防滑层将其封闭。而专利权利要求中吸汗层与除臭层分别设置，活性炭层与吸水树脂层分别设置，两层紧密相邻，然后利用干爽网面和防滑层将其封闭。

本案的争议点在于，被控侵权产品中的“吸汗除臭层”与专利权利要求中的“吸汗层和除臭层”是否为等同特征。

分析与评述：

判断被控侵权产品以吸汗除臭层代替专利权利要求中记载的吸汗层和除臭层是否侵犯专利权，需要分析合并后的吸汗除臭层与吸汗层和除臭层分别设置二者所发挥的功能和取得的效果是否基本一致，以及这种技术特征的合并对本领域技术人员来说是否容易联想到。

首先，将活性炭与吸水树脂混合设置的除臭吸汗层在功能上与分别设置除臭层和吸汗层完全相同，都是为了吸收汗液以及除去气味。

其次，二者的原理都是物理吸收和吸附作用，因此当被控侵权产品和专利权利要求中采用的活性炭和吸水树脂的量一致时，不论分别设置还是混合设置，其吸水和除臭效果也都基本相同。

同时，吸水树脂与活性炭之间并不发生化学反应，两者的制备工艺也相差无几，本领域技术人员不付出创造性劳动就容易联想到这种技术特征的合并。

虽然被控侵权产品用一个技术特征代替了权利要求中记载的两个技术特征，但这种合并没有改变技术特征在技术方案中所起的作用和所实现的功能与效果，且本领域技术人员不付出创造性劳动即可想到技术特征的这种简单变形，因此被控侵权产品的除臭吸汗层与专利权利要求中相应的除臭层和吸汗层为等同特征。

（4）方法步骤顺序的简单变化

如果被控侵权技术方案仅对方法权利要求或者以方法特征限定的产品权利要求中步骤的组合顺序进行简单变换，而改变顺序后的步骤与原步骤仍然发挥基本相同的功能，并取得基本相同的技术效果，同时，步骤的变化对方法整体上也不产生实质的影响，本领域技术人员不付出创造性劳动就容易想到，则应认定二者为等同特征。反之，如果对方法步骤的改变导致其在专利权利要求中与被控侵权技术方案中所发挥的作用、实现的功能、取得的技术效果均有明显的改变，则不应认定二者为等同特征。

【案例 1-2-10】

专利权利要求 1：一种制造弹簧绞链的方法，依次包括四个步骤，（1）提供一用于形成铰接件的金属带；（2）切割出大致与铰接件外形一致的区域；（3）通过冲压形成一圆形部分以形成铰接件的突肩；（4）冲出铰接件的铰接孔。

说明书记载：现有的弹簧铰链一般由一个铰接件、一个锁紧件和一个弹簧件组成，由于这些零件的尺寸很小，组装相当复杂。又由于这些零件通常都是散装料供给，所以首先需要麻烦的找正，才能把各件组装在正确的位置上。本发明的任务在于提供一种弹簧铰链的经济制作方法，并改进零件的搬运，因而产生良好的经济效益。在本发明中，用金属带加工的铰接件在铰接件仍与金属带连接时进行弹簧和锁紧件安装，这样在部件组装之前一方面取消了铰接件的中间加垫，另一方面又取消了铰接件的找正。组成的部件不从金属带上切断，因而搬运到弹簧铰链外壳中使用特别方便。

权利要求 3 记载：根据权利要求 1 所述的铰接件，还包括在铰接件仍与金属带连接时把弹簧件装在铰接件上形成一个装配单元的步骤。

被控侵权产品的加工过程依次为：（1）将金属带材送入冲压机冲下铰接件；（2）用钳子夹住铰接件前部，用锻压机将铰接件后部砸圆；（3）用钳子夹住铰接件前部，将铰接件插入打孔机内打孔；（4）用铅丝从铰接件前部圆孔中穿过，将若干个铰接件穿在一起后用抛光轮抛光。

本案的争议点在于，被控侵权产品加工顺序的变化与涉案专利中相应的步骤是否构成等同特征。

分析与评述：

结合说明书和权利要求3的内容可以看出，涉案专利中，切割出大致与铰接件外形一致的区域，包括“用于形成凸肩的基本形状”和“具有铰接孔范围的至少一部分”，金属带与铰接件的分离是在冲孔并安装了弹簧和锁紧件之后，而被控侵权技术方案中，金属带与铰接件在形成凸肩（第二步）、冲孔（第三步）之前就已经分离。

按照专利说明书的相关表述，如果发生步骤变化，将无法实现专利的技术效果和技术目的，即如果先将铰接件从金属带材上切割下来，那么在随后的安装过程中，需要进行找正才能将各部件组装到正确的位置上，这正是被控侵权技术方案必需经历的过程。因此，被控侵权方法将步骤顺序交换之后，取得的技术效果与涉案专利方法明显不同，步骤顺序的变化不构成等同特征。

以上列举的几种等同特征的形式并非穷举，要做到对等同原则的准确适用，必须在具体案件中具体分析，牢牢把握本领域技术人员这一主体所具有的能力和水平。通过一下3个案例来说明等同侵权的判定方法。

【案例1-2-11】

专利权利要求1：一种用于粉条加工的揉面机，包括机架，以及在机架上部设置有带有进、出料口的料斗；其特征在于，该料斗内水平设置了由驱动电机驱动的输送搅龙，在位于所述出料口上方的机架上并排设置有两个相通的U形揉面斗，其中一个U形揉面斗的底部与所述出料口相连通；在位于每个U形揉面斗上方的机架上分别设置有一揉面锤，所述两揉面锤的支撑架通过曲柄连杆机构与驱动电机的动力轴相连接。

被控侵权产品的技术特征可以分解为如下：1.机架；2.机架上部设置有带有进、出料口的料斗；3.该料斗内水平设置了由驱动电机驱动的输送搅龙；4.所述出料口上方的机架上并排设置有两个相通的U形揉面斗，其中一个U形揉面斗的上部与所述出料口相连通；5.位于每个U形揉面斗上方分别设置有一揉面锤，每一揉面锤具有一支撑架，每一揉面锤的支撑架之间由杠杆连接，其中一个揉面锤的支撑架通过曲柄连杆机构与驱动电机上减速器的动力轴相连接，该揉面锤支撑架通过杠杆运动使两个揉面锤反向上下往复运动。

分析与评述：

将权利要求1与被控侵权产品进行技术特征对比如下表所示：

	权利要求1	被控侵权产品	对比
1	机架	机架	相同
2	机架上部设有带进、出料口的料斗；	机架上部设有带有进、出料口的料斗	相同
3	该料斗内水平设置了由驱动电机驱动的输送搅龙	该料斗内水平设置了由驱动电机驱动的输送搅龙	相同
4	在位于所述出料口上方的机架上并排设置有两个相通的U形揉面斗，其中一个U形揉面斗的底部与所述出料口	所述出料口一侧下方的机架上并排设置有两个相通的U形揉面斗，其中一个U形揉面斗的上部与所述出料口相连通；	有区别

	相连通；		
5	在位于每个U形揉面斗上方的机架上分别设置有一揉面锤，所述两揉面锤的支撑架通过曲柄连杆机构与驱动电机的动力轴相连接。	位于每个U形揉面斗上方分别设置有一揉面锤，每一揉面锤具有一支撑架，每一揉面锤的支撑架之间由杠杆连接，其中一个揉面锤的支撑架通过曲柄连杆机构与驱动电机上减速器的动力轴相连接，该揉面锤支撑架通过杠杆运动使两个揉面锤反向上下往复运动。	有区别

本案的争议点在于，被控侵权产品的技术特征4和5是否分别与权利要求中的相应技术特征构成等同特征。

对于技术特征4，被控侵权产品只是在专利的基础上，将料斗相对于揉面斗上移，从而利用了面团自身的重力。但由于面团本身不易流动，如果不利用输送搅龙挤压，仅靠面团自身重力难以实现料斗中的面团输送到揉面斗的目的。反过来讲，如果仅靠面团自身重力即可以实现料斗中的面团自流到揉面斗中的目的，就无需采用输送搅龙这一技术手段。因此，被控侵权产品实质上仍是利用输送搅龙挤压将面团通过出料口输送到揉面斗，与专利权利要求一样，两者都需要利用输送搅龙这一部件实现将面团由料斗挤压输送到揉面斗这一功能。可见，与专利权利要求的该项技术特征相比，被控侵权产品系采取基本相同的手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果。而且物体由于自身的重力能够自上而下滑落是一种普通生活常识，因此，将料斗相对于揉面斗上移对于本领域技术人员来讲，无需经过创造性劳动即可联想到。被控侵权产品的该项技术特征构成相应专利技术特征的等同特征。

对于技术特征5，根据专利说明书和附图的记载，两个揉面锤共用的一个支撑架通过曲柄连杆机构与驱动电机的动力轴相连接，动力驱动装置通过曲柄连杆机构带动两个揉面锤同向上下往复运动。因此，专利技术特征5可以理解为：在位于每个U形揉面斗上方的机架上分别设置有一揉面锤，所述两揉面锤共用的一个支撑架通过曲柄连杆机构与驱动电机的动力轴相连接，动力驱动装置通过曲柄连杆机构带动两个揉面锤同向上下往复运动。对第5项对应技术特征进行对比，专利权利要求的两揉面锤共用一个支撑架，并通过曲柄连杆机构和动力驱动装置带动两个揉面锤同向上下往复运动；被控侵权产品则是两揉面锤各有一支撑架，两个揉面锤的支撑架之间由杠杆连接，其中一个揉面锤的支撑架通过曲柄连杆机构和动力驱动装置使两个揉面锤反向上下往复运动。虽然两者均具有通过支撑架支撑揉面锤，动力驱动装置通过曲柄连杆机构带动揉面锤的支撑架上下运动的基本功能，但从揉面锤的工作原理和运动方式来看，二者并非基本相同的手段；同时，由于被控侵权产品的动力驱动装置驱动的是一个揉面锤的支撑架，而专利的驱动装置驱动的是两个揉面锤的支撑架，被控侵权产品的这种设计更节省动力，可使用相对较小功率的驱动电机，而且，被控侵权产品利用杠杆原理使两个揉面锤反向上下往复运动也避免了专利的两个揉面锤共用一个支撑架时同向向上运动时所作的无用功。由此可见，二者在技术效果上亦有明显不同。此外，被控侵权产品的这种变换手段，对于本领域技术人员而言，也并非不经过创造性劳动就能够联想到。因此，二者该项对应技术特征不构成等同特征。

【案例1-2-12】

专利权利要求:一种三氯异氰尿酸消毒制剂，其特征在于由 30%-68%重量百分比的三氯异氰尿酸与相应 32%-70%重量百分比的氯化钠均匀混合而成。

被控侵权产品:“鱼用强氯精”，其中三氯异氰尿酸含量为 40%，助剂成分为60%钠盐。经鉴定，该产品有效氯总量(以 C1 计)为 52.9%，硫酸钠含量为 36.8%。

分析与评述:

将权利要求 1 与被控侵权产品进行技术特征对比如下表所示:

权利要求 1	被控侵权产品
有效成分为三氯异氰尿酸，有效氯含量范围在 25%—62%之间	有效成分三氯异氰尿酸，有效氯含量为 52.9%，
助剂为氯化钠，重量百分比为 32%—70%	助剂为硫酸钠，重量百分比为 36.8%

被控侵权产品的有效成分三氯异氰尿酸与专利权利要求相同，其有效氯含量为 52.9%，落在专利的三氯异氰尿酸用量范围内，因此有效成分属于相同的技术特征。

专利权利要求中，助剂为氯化钠，重量百分比为 32%-70%，而被控侵权产品使用的助剂为硫酸钠，重量百分比为 36.8%，两者这一技术特征不相同，但二者是否构成等同特征，需要从以下三个方面进行分析:

首先，分析氯化钠和硫酸钠的理化性质。理化性质的分析旨在判断其对专利权利要求和被控侵权产品而言，是否属于基本相同的技术手段。基于氯化钠和硫酸钠均为中性的、溶解性能良好的无机盐，而且都是钠盐，因此属于基本相同的技术手段。

其次，分析硫酸钠与氯化钠在被控侵权产品和专利权利要求中的作用。助剂在专利中的作用是将有效氯含量在 85%-90%之间的原料三氯异氰尿酸稀释，降低消毒制剂的有效氯含量，使有效氯含量在 25%-62%之间，同时也促进三氯异氰尿酸的溶解。硫酸钠在被控侵权技术方案中也起相同的作用。

再者，分析两者取得的技术效果。两者对原料三氯异氰尿酸的作用是一致的，都是为了降低消毒制剂中有效氯的百分含量和提高三氯异氰尿酸的溶解度。同时被控侵权产品中硫酸钠的百分含量也在专利权利要求助剂的百分含量范围之内，因此虽然两者使用的助剂不是同一种钠盐，但是达到的技术效果是一致的。

最后，采用硫酸钠代替氯化钠，是本领域技术人员无需经过创造性劳动就能够得出的，助剂硫酸钠对于专利权利要求中的助剂氯化钠来说是一种等同替换。

【案例 1-2-13】

专利权利要求 1: 一种玻璃钢夹砂顶管，它由管头、管身以及管尾组成，管头和管尾管径一致，管尾连接部设有密封用套环，管头、管尾通过套环连接，其特征在于: 所述的管头、管身以及管尾采用树脂基体，管身设有两维以上方向绕制的纤维层以及石英夹砂层，管头和管尾设有为两维以上方向绕制的纤维层，所述的套环紧密设置在管头或管尾外壁的凹台内。

被控侵权产品: 与专利权利要求 1 存在一个区别，即专利权利要求中的技术特征为“管头和管尾管径一致”，被控侵权产品的相应技术特征为“插口的管外径小于承口的管外径，有锥度”。

本案的争议点在于，被控侵权产品与专利权利要求的上述技术特征是否构成等同特征。

分析与评述:

被控侵权产品中插口、承口的管内径虽然一致，但是二者的管外径并不一致，

具体表现为承口管外径上设有用于安装钢套环的水平凹台，并且承口管外径与钢套环紧密配合；而插口管外径呈不规则台阶状。尽管专利申请日前公开的《顶管施工技术》中已经公开了注浆减阻的工作原理以及注浆孔、台阶状管外径等技术特征，本领域技术人员在顶管施工中为了实现注浆减阻的目的，能够在《顶管施工技术》所给出的技术启示下，在不付出创造性劳动的情况下，显而易见地想到被控侵权产品中的注浆孔以及插口管外径呈不规则台阶状等技术特征。

但是，由于被控侵权产品中的插口管外径呈不规则台阶状，一方面导致插口管外径与钢套环之间并不能紧密配合，无法实现增强管道连接密封性的功能和效果；另一方面能够在管外径与钢套环之间形成供减阻砂浆通过的环形空间，使得从注浆孔中注入的减阻砂浆可以经由该环形空间均匀分布在管道周围，形成润滑套，实现减少管道外壁与土壤间的摩擦阻力，提高管道顶进效率的有益功能和效果。因此，被控侵权产品中技术特征“插口管外径呈不规则台阶状”所实现的功能和效果，与权利要求1中“管头和管尾管径一致”所实现的功能和效果具有实质性的差异，二者不属于等同特征。

由该案可见，在判断技术特征是否等同时，不仅要考虑被控侵权技术方案的技术特征是否属于本领域技术人员无需经过创造性劳动就能够联想到的技术特征，还要考虑被控侵权技术方案的技术特征与专利权利要求的技术特征相比，是否属于基本相同的技术手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，只有以上两个方面的条件同时具备，才能够认定二者属于等同特征。

5. 等同原则的限制

等同原则对于平衡专利权人和社会公众之间的利益具有重要意义，然而，等同原则实质上将专利权的保护范围扩大到了权利要求字面限定的范围之外，使专利权人的利益得到了更充分的保护。在充分保护专利权的同时，适用等同原则会在一定程度上减弱权利要求的公示作用，为了保证专利权人和社会公众利益的平衡，体现等同原则的价值，还必须对等同原则的适用加以适当的限制。

5.1 禁止反悔原则

禁止反悔原则，是民法中的诚实信用原则在专利侵权民事诉讼以及专利侵权行政执法程序中的体现。一般来说，专利说明书、权利要求书以及专利申请人/专利权人向专利局或专利复审委员会提交的意见陈述，充分反映了专利申请人/专利权人对于其发明创造中技术特征和技术方案的理解。在专利申请审批程序（以下简称授权程序）、专利权无效宣告程序（以下简称确权程序）以及判断被控侵权技术方案是否侵犯专利权时，专利权人对权利要求中技术特征的解释应当前后一致，不能允许专利权人在专利授权或确权程序中，为了获得授权或者维持专利权有效对权利要求进行较窄的解释，而在专利侵权纠纷处理中，为了说明他人侵犯专利权而对权利要求进行较宽的解释。如果允许专利权人在侵权纠纷处理中通过主张等同侵权而将先前放弃的技术方案再纳入到专利权保护范围内，将会由于专利权人的反悔而损害社会公众的利益。

5.1.1 禁止反悔原则的含义

所谓禁止反悔原则，是指权利人将专利申请人/专利权人在专利授权或确权程序中，通过修改权利要求书、说明书或者意见陈述而放弃的技术方案，在侵犯

专利权纠纷案件中反悔，重新纳入专利权的保护范围的，管理专利工作的部门不应予以支持。

5.1.2 禁止反悔原则的适用

当专利申请人/专利权人为了满足专利法及其实施细则关于授予专利权的实质性条件而对申请文件或专利文件进行修改或者意见陈述时，如果该修改或意见陈述限制了权利要求的保护范围，并且修改或意见陈述的目的是为了获得授权或维持专利权继续有效，将可能导致禁止反悔原则的适用。

5.1.2.1 修改或意见陈述必须明确且有证据能够证明

在适用禁止反悔原则时，专利申请人/专利权人对有关技术特征所作的修改以及限制承诺或放弃必须是明示的，而且已经被记录在专利审查文档中。

5.1.2.2 管理专利工作的部门可主动适用禁止反悔原则

禁止反悔原则是对等同原则的限制，目的是为了维持专利权人与社会公众之间的利益平衡，管理专利工作的部门在认定是否构成等同侵权时，即使被控侵权人没有主张适用禁止反悔原则，也可以根据业已查明的事实，通过适用禁止反悔原则对权利人主张的专利权范围予以必要的限制，以合理地确定专利权的保护范围。

5.1.2.3 修改和意见陈述都可以适用禁止反悔原则

我国专利授权的实质性条件主要包括：①要求保护的发明创造应当具备新颖性、创造性和实用性；②要求保护的发明应当属于能够授予专利权的主题范围；③专利说明书应当对要求保护的发明创造作出清楚、完整的说明，使本领域技术人员能够实施该发明创造；④权利要求书应当以说明书为依据，清楚、简明地限定权利要求保护的发明创造。在专利授权、确权程序中，专利申请人或/专利权人为了满足专利授权的条件而进行的修改或意见陈述均可能导致禁止反悔原则的适用。

（1）修改导致的禁止反悔原则的适用

适用禁止反悔原则最常见的情形是专利申请人/专利权人在专利授权或确权程序中对权利要求进行的修改。对于因修改而导致权利要求保护范围缩小的情形，不论修改的具体原因和动机如何，均可能导致禁止反悔原则的适用。

例如，无论修改是为了克服新颖性、创造性的缺陷，还是为了克服权利要求得不到说明书支持、权利要求不清楚等的缺陷；无论修改是专利申请人自行提交的主动修改，还是为了克服审查员指出的缺陷而作出的被动修改，只要对权利要求的范围作出限缩，并且被审查员所接纳，均可以适用禁止反悔原则。

【案例 1-2-14】

专利权利要求 1：一种防治钙质缺损的药物，其特征在于：它是由下述重量配比的原料制成的药剂：活性钙 4-8 份，葡萄糖酸锌 0.1-0.4 份，谷氨酰胺或谷氨酸 0.8-1.2 份。

涉案专利原始申请文件中，其独立权利要求中与“活性钙”相对应的技术特征为“可溶性钙剂”。说明书中记载，可溶性钙剂包括葡萄糖酸钙、氯化钙、乳

酸钙、碳酸钙或活性钙。国家知识产权局在审查意见通知书中指出，该权利要求1使用的上位概念“可溶性钙剂”包括各种可溶性的含钙物质，概括了一个较宽的保护范围，而申请人仅对其中的“葡萄糖酸钙”和“活性钙”提供了配制药物的实施例，对于其它的可溶性钙剂没有提供配方和效果实施例，本领域技术人员难于预见其它的可溶性钙剂按发明进行配方也能在人体中发挥相同的作用，因此，权利要求得不到说明书实质的支持，不符合《专利法》第二十六条第四款的规定。申请人根据上述审查意见对权利要求书进行了修改，将“可溶性钙剂”修改为“活性钙”。

被控侵权产品为一种葡萄糖酸钙锌口服溶液，其含有葡萄糖酸钙。

本案争议点在于，被控侵权产品的葡萄糖酸钙与权利要求1中的活性钙是否构成等同特征。

分析与评述：

专利申请人在专利授权程序中对权利要求1作出修改，放弃了包含“葡萄糖酸钙”技术特征的技术方案。根据禁止反悔原则，专利申请人/专利权人在专利授权或确权程序中，通过对权利要求书、说明书的修改或者意见陈述而放弃的技术方案，在专利侵权纠纷中不能被纳入专利权的保护范围。因此，本案中，专利权的保护范围不应包括“葡萄糖酸钙”技术特征的技术方案。被控侵权产品的相应技术特征为葡萄糖酸钙，属于专利权人在专利授权程序中放弃的技术方案，与权利要求1中记载的“活性钙”不构成等同特征。

（2）意见陈述导致的禁止反悔原则的适用

在专利授权程序中，针对审查员提出的反对意见，专利申请人经常通过陈述意见进行争辩。专利申请人提交争辩意见有时伴随着对申请文件的修改，有时仅仅是提出争辩意见而不修改申请文件。在专利确权程序中，为了维持专利权有效，针对无效宣告请求人的无效理由，专利权人往往也需要对权利要求书中的技术术语、技术特征或技术方案进行解释。如果在专利授权、确权程序中关于权利要求的解释对其保护范围产生了限缩性影响，则可能导致禁止反悔原则的适用。

【案例1-2-15】

专利权利要求1：“一种汽车地桩锁，其特征在于：它由底座（1）、芯轴（2）、活动桩（3）和锁具（4）构成，所述底座（1）固定在地面上，所述活动桩（3）通过芯轴（2）与座（1）相连，活动桩设有供锁具（4）插入的孔。”

在该专利的确权程序中，针对无效宣告请求人提出的有关创造性的无效理由，专利权人在其答辩意见中称：“活动桩设有供锁具插入的孔。该描述的含义是，锁具不是永久固定在孔中，而是根据使用状态呈现两种连接关系，即锁定时位于活动桩的孔中，打开时，从孔中取出，与活动桩的孔分离。”

根据专利权人的陈述，专利复审委员会作出了维持专利权有效的决定。在无效宣告请求审查决定中，专利复审委员会认定：“在锁闭地桩锁时，权利要求1的活动桩上所设置的孔可供锁具整体地插入以达到锁闭地桩锁的目的，开启地桩锁时，可将锁具全部取出，活动桩上也无需设置附加的固定装置来固定锁具，因而该专利相对于现有技术具有实质性特点和进步，具备创造性。”

被控侵权产品：除锁具固定在底座上之外，其他技术特征与专利权利要求相同。

本案的争议点在于，被控侵权产品是否构成等同侵权。

分析与评述：

在确权程序中，专利权人为克服无效宣告请求人提出的有关涉案专利不具备创造性的缺陷，在意见陈述中明确了其专利中“活动桩设有供锁具插入的孔”这一技术特征的含义，对权利要求的保护范围进行了实质性的限定，专利复审委员会认可了专利权人对这一技术特征的解释，据此认定权利要求所取得的技术效果并最终判定涉案专利具备创造性，维持专利权有效。因此，根据禁止反悔原则，所述技术特征与被控侵权产品“锁具固定在底座上”的技术特征不等同。

5.2 捐献原则

专利授权程序中，可能出现说明书中公开的技术方案未被权利要求书覆盖，或者专利申请人为了通过审查，撰写保护范围比较窄的权利要求，而在说明书又对其进行扩张性解释。针对以上两种情况，在专利侵权纠纷处理中，专利权人可能通过主张等同而将说明书扩张的部分或者说明书中公开却未被权利要求所覆盖的技术方案纳入到专利权的保护范围。捐献原则的确立，就是为了避免这种情况的发生，维护权利要求的公示作用，平衡专利权人与社会公众的利益。

5.2.1 捐献原则的含义

所谓捐献原则，是指对于仅在说明书或者附图中描述而在权利要求中未记载的技术方案，权利人在侵犯专利权纠纷案件中将其纳入专利权保护范围的，管理专利工作的部门不应予以支持。

在专利侵权判定中，如果被控侵权产品的技术方案在涉案专利的说明书中公开，但并没有落入权利要求限定的范围，则认为专利权人已将该技术方案捐献给了社会公众，不应再通过主张构成等同侵权而获得保护。

5.2.2 捐献原则的适用

适用捐献原则有两个条件。一是只有说明书中对相关主题有具体明确的描述，并且明显以替代方案出现时，才可适用捐献原则，不能以说明书中披露了上位概念为由而推定对其所有的下位概念都要适用捐献原则；二是相关主题是否在说明书中有清楚、具体的描述，需要由本领域技术人员在阅读整个说明书后做出判断。

应当注意，在专利侵权判定中，常常要参考说明书记载的内容解释权利要求的保护范围。如果权利要求中记载的特征 A 只能解释成说明书中记载的特征 B，而被控侵权产品使用的恰好是特征 B 时，不能适用捐献原则以特征 B 在权利要求中没有文字记载为由认定不构成侵权。

【案例 1-2-16】

某专利涉及一种制造印刷电路板的方法。在现有技术中，在制造印刷电路板的成层工艺中，铜箔是由手工处理的，容易遭到损坏。涉案专利将铜箔黏附在硬基片上，能够避免手工处理过程中可能出现的损坏。在该专利权利要求中，将硬基片限定为铝片。说明书中记载：虽然铝是硬基片的优选材料，但也可以使用诸如不锈钢、镍合金的其他材料，有时也可以使用聚丙烯。

被控侵权方法使用的是不锈钢材料。

本案的争议点在于，被控侵权方法使用不锈钢材料是否构成等同侵权。

分析与评述：

当专利权人在说明书中公开了一个技术方案，但没有在权利要求书中请求保护时，意味着专利权人将该技术方案捐献给了社会公众。本案中，专利说明书中涉及不锈钢材料的技术方案并没有被划入专利权的保护范围，实际上已经被专利权人捐献给社会公众。这种情况下，专利权人依等同侵权而将其纳入专利权保护范围的主张不能成立。

【案例 1-2-17】

专利权利要求：一种离心式开沟机，其特征在于机体的中心部有一开沟机轴，机轴上带有一切土刀架，刀架的断面呈十字形，即圆周四等分设置……。

说明书中记载：刀架的端面呈十字形，即圆周四等分设计，也可以是六等分、八等分设计。

被控侵权产品：一种农用葡萄培土机，除刀架为六等分外，其他技术特征与专利权利要求相同。

本案的争议点在于，被控侵权产品采用六等分设计的刀架是否构成等同侵权。

分析与评述：

涉案专利说明书中明确记载：刀架的端面可以是圆周四等分设计，也可以是六等分、八等分设计。然而，在权利要求中仅仅要求保护刀架端面为四等分设计的技术方案，这意味着专利权人将六等分、八等分的技术方案捐献给了社会公众。不能被认定构成等同侵权。

5.3 适用等同原则的其他限制

有些情况下，表面上看，被控侵权技术方案的某些特征与专利权利要求的相应技术特征构成等同，似乎落入了“等同范围”之内，此时，尚不能轻易得出被控侵权技术方案构成等同侵权的结论，还需要考虑被控侵权技术方案是否属于以下情形。如果被控侵权技术方案属于以下情形，则需要将其从专利权的保护范围内排除。

5.3.1 不能实现发明目的的技术方案

如果被控侵权技术方案与专利权利要求在某项技术特征上的区别导致被控侵权技术方案无法实现专利权利要求的发明目的，则不应适用等同将被控侵权技术方案纳入专利权的保护范围之内。

【案例 1-2-18】

专利权利要求保护一种折叠车库，其技术方案限定了具有特殊的车库骨架结构，同时限定了电动折叠的具体方式和电动机构。根据说明书的记载，其目的是为了克服现有技术中的折叠车库使用不便，折叠过程复杂的问题。

被控侵权产品与专利权利要求中折叠车库的骨架结构相同，区别在于采用手动折叠的方式，并且配有手动机构。

本案的争议点在于，被控侵权产品采用的“手动折叠”与权利要求中的“电动折叠”是否构成等同特征。

分析与评述：

被控侵权产品采用手动机构对车库进行折叠，无法实现涉案专利权利要求的

发明目的，其功能和产生的技术效果明显不同，不应认定为等同特征。

5.3.2 具有专利要克服的技术缺陷的技术方案

如果某一技术特征的替换使得被控侵权技术方案具有专利权利要求所要克服的技术缺陷，由此导致二者客观上功能和效果不可能基本相同，此时不能适用等同原则。

【案例 1-2-19】

专利权利要求 1：一种具有宽视野的潜水面罩，其特征在于，其构成包括一副框、一曲面镜面、一面罩及一主框……。

被控侵权产品：一种潜水面罩，其镜面为平面玻璃制成，其余技术特征与权利要求 1 相同。

专利权人主张，平面玻璃和曲面玻璃都是本领域制备潜水面罩的常用玻璃，因此被控侵权产品侵犯了其专利权。

本案的争议点在于，被控侵权产品中的“平面玻璃”与涉案专利中的“曲面玻璃”是否构成等同特征。

分析与评述：

根据涉案专利说明书的记载，出于安全考虑，制作潜水面罩镜面的玻璃必须是不易碎裂、且破碎时不产生尖锐棱角的强化玻璃，而强化玻璃大多都是平面的，要将其做成曲面，不仅制作技艺要求高，而且成本较高，在质量上容易产生厚薄、平整度、透光度等方面的问题。涉案专利采用曲面镜面，克服了平面镜面所存在的问题。被控侵权产品采用的是平面镜面，必然存在涉案专利要克服的技术缺陷，其取得的技术效果与涉案专利明显不可能相同，因此“平面镜面”与“曲面镜面”不构成等同特征。

5.3.3 权利要求明确排除的技术方案

如果具有某一技术特征的技术方案是权利要求中明确排除的技术方案，则不能通过适用等同而将其纳入专利权的保护范围。

【案例 1-2-20】

专利权利要求：一种生产化合物 A 的方法，其中生产过程中的 pH 值在 6.0 到 9.0 之间。根据说明书的记载，生产过程中的 pH 值过高或过低均可能导致合成率降低、副产物增加等问题，因此需将 pH 值实时控制在 6.0 到 9.0 之间。

被控侵权方法：与专利权利要求的区别之一为，生产过程中的 pH 值为 5.0。

本案的争议点在于，被控侵权方法与涉案专利在 pH 值上的区别是否构成等同特征。

分析与评述：

专利权人主张，被控侵权产品的 pH 值与权利要求的 pH 值范围接近，二者应为等同特征。但是，由专利说明书可知，pH 值 5.0 是专利权人明确排除的技术方案。从客观上看，在 pH 值为 5.0 和将 pH 值实时控制在 6.0 到 9.0 之间这两种不同的条件下生产所述化合物 A 的合成率、副产物含量均有明显差别，因此不应将二者视为等同特征。

第 3 章　发明、实用新型专利侵权抗辩

在专利侵权纠纷处理中，被控侵权人为了证明其未侵犯专利权，往往会采取一系列抗辩手段。常见的抗辩事由包括，例如基于《专利法》第十一条规定的侵权行为构成要件抗辩、基于《专利法》第六十二条规定的现有技术抗辩、基于《专利法》第六十九条规定的不视为侵权抗辩、以及诸如专利权效力抗辩、诉讼时效抗辩等其他类型的抗辩。

第 1 节 现有技术抗辩

现有技术抗辩，是指在侵犯专利权纠纷案件中，被控侵权人主张被控侵权技术方案采用的是现有技术，因而其行为不侵犯权利人所主张的权利的一种抗辩方式。

1. 现有技术抗辩的目的及性质

《专利法》第六十二条规定：在专利侵权纠纷中，被控侵权人有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计的，不构成侵犯专利权。该规定的目的在于：保障社会公众能够自由利用现有技术，对使用现有技术的公众提供免受侵权纠纷的救济，从而保障现有技术自由、便利、广泛地传播和使用。

现有技术抗辩是被控侵权人针对停止侵权、损害赔偿等专利请求权行使的一种抗辩权，其效力在于阻止请求权的行使，一般只有在被控侵权技术方案落入了专利权的保护范围时才适用。现有技术抗辩不能变更专利权的保护范围，不能将属于现有技术的范围从专利权的保护范围中排除，也不能否定专利权的效力。

现有技术抗辩作为一种抗辩权，必须以被控侵权人提出抗辩主张为前提，管理专利工作的部门不能依职权主动调查适用。

2. 现有技术范围

《专利法》第二十二条定义新颖性和创造性时，对现有技术的范围进行限定。《专利法》第六十二条关于现有技术抗辩中的现有技术范围与《专利法》第二十二条相同。需要注意的是，2008 年修改《专利法》时，对《专利法》第二十二条中现有技术的范围进行了调整，随着这一调整，现有技术抗辩中的现有技术范围也相应发生了变化。因此，在专利侵权纠纷处理中，如果权利人主张的专利权的专利申请日（有优先权的指优先权日，下同）在 2009 年 10 月 1 日之前，则被控侵权人能够援引进行抗辩的现有技术应当为：在专利申请日以前在国内外出版物上公开发表、在国内公开使用或以其他方式为公众所知的技术；如果权利人主张的专利权的专利申请日在 2009 年 10 月 1 日之后（含申请日），则被控侵权人能够援引进行抗辩的现有技术应当是：在专利申请日以前在国内外为公众所知的技术。

2.1 公开出版物构成现有技术

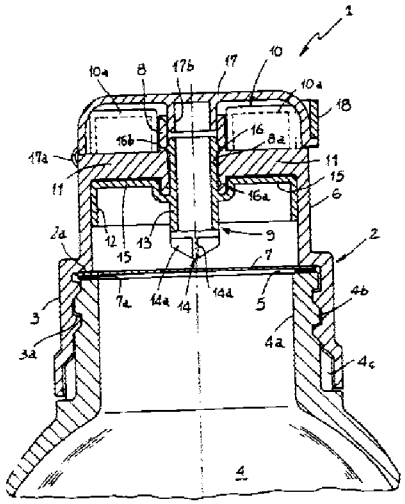
公开出版物是构成现有技术的一种最常见的公开方式。专利法意义上的公开出版物，是指记载有技术或者设计内容的独立的有形传播载体，其上记载有或者有证据表明其发表者或出版者以及其公开发表和出版时间。

专利法意义上的公开出版物不仅包括由出版社或报社出版的专利文献、书籍、期刊、杂志、文集、报纸等，也包括正式公布的会议记录或报告、产品样本、产品目录、小册子等。作为公开出版物的载体本身可以是印刷或打字的纸件，也可以是光盘等以电子信息方式存储的载体。

当被控侵权人以公开出版物进行现有技术抗辩时，要注意核查现有技术的公开时间是否在专利申请日之前。对于公开出版物，一般以其印刷日为公开日。

【案例 1-3-1】

某实用新型专利，名称为“旋转式吸管瓶盖”，申请日为1998年3月3日，授权公告日为1999年3月25日。该专利的权利要求1为：一种旋转式吸管瓶盖，主要由瓶、封口膜、瓶盖接头、吸管、护盖组成，其特征在于瓶口上粘贴有封口膜，瓶口上通过螺纹旋拧有瓶盖接头，瓶盖接头上通过螺纹旋拧有吸管，吸管上套插有护盖；吸管的内管上设有锥刺，吸管的外管内设有螺纹，吸管的外管外设有主拨头，护盖内设有主拨头。



被控侵权产品为某品牌AD钙奶所使用的瓶盖。在侵权纠纷处理中，被控侵权人认为，其销售的AD钙奶所使用的瓶盖系现有技术，并提交文献号为DE4323666A1的德意志联邦共和国专利公布文本。经核实，所述专利文献的公开日为1994年1月27日。该专利文献的说明书部分记载：“利用封闭装置也已经为人所知，将瓶盖(固定)部分旋紧在瓶口上。在使用时，把帽用螺纹向内旋拧使得安置在盖内部的尖端刺破膜。此时，产品通过预置的导管取出，所述导管穿过盖罩伸进去，而不把它取出和与瓶子分开。”(具体结构如图所示)。德国专利文献公开的技术方案与被控侵权AD钙奶瓶盖采用的技术方案相同。可见，被控侵权奶瓶盖所采用的技术属于现有技术，故不构成对涉案专利技术的侵犯。

分析与评述：

专利文献是最常用作现有技术抗辩的证据类型之一，在判断现有技术抗辩是否成立时，重点需要核实如下内容：(1)被控侵权人提交的现有技术证据的公开日是否在涉案专利的申请日之前，是否构成涉案专利的现有技术；(2)所述现有技术证据是否公开了与被控侵权技术方案完全或实质相同的技术特征。本案中，用于现有技术抗辩的德国专利文献DE4323666A1的公开日为1994年1月27日，早于涉案专利的申请日，构成涉案专利的现有技术；其中公开的瓶盖结构也与被控侵权的AD钙奶瓶盖技术特征相同。因此，现有技术抗辩成立。

2.2 使用公开构成现有技术

当被控侵权人以专利申请日前已经有与专利权利要求相同的技术被公开使

用为由进行现有技术抗辩时，要注意考察使用公开证据链的完整性。使用公开证据链一般包括下述部分：涉案专利申请日之前使用公开事实存在；使用公开的产品（方法）与专利侵权纠纷处理时保存的产品（方法）具有一致性；专利侵权纠纷处理时保存的产品（方法）与被控侵权产品（方法）相同或实质相同。

【案例 1-3-2】

某侵权纠纷案中，某地方知识产权局在认定被控侵权人以使用公开为由进行现有技术抗辩是否成立时，重点确定了如下事项：根据对账单、定作合同、银行转账凭证、收款收据等证据认定塑料容器成型机在涉案专利申请日之前已经存在销售事实；根据产品商标、产品型号、证人证言等认定上述销售产品在案件审理时仍然存在，并在相关证据能够予以采信的情况下，将被控侵权产品与该现有技术进行技术特征的对比；经过对比，认定被控侵权产品与上述销售产品技术方案相同。在对上述证据构成的证据链进行确认后，认定现有技术抗辩成立。

2.3 非公有技术构成现有技术

现有技术抗辩中的现有技术范围既包括进入公有领域、公众可以自由使用的技术，也包括尚处于他人专利权保护范围内的非公有技术，甚至还包括专利权人拥有的其他专利技术，只要该技术在涉案专利申请日之前为公众所得知，属于专利法规定的现有技术即可。

2.4 不能被援引进行现有技术抗辩的技术类型

被控侵权人援引以下技术类型作为现有技术抗辩的现有技术时，管理专利工作的部门不应予以支持。

2.4.1 在先申请在后公开的中国发明或实用新型专利/专利申请

所谓“在先申请在后公开的中国发明或实用新型或专利/专利申请”，是指在涉案专利申请日前向国家知识产权局提出申请，且在涉案专利申请日之后公布的中国发明或实用新型专利或专利申请。因该专利/专利申请在涉案专利申请日时尚未公开，不构成涉案专利的现有技术，因此，在专利侵权纠纷处理中，不得援引进行现有技术抗辩。

2.4.2 享受新颖性宽限期的技术

根据《专利法》第二十四条的规定，申请专利的发明创造在申请日以前六个月内，有下列情况之一的，不丧失新颖性：

（一）在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的；

（二）在规定的学术会议或者技术会议上首次发表的；

（三）他人未经申请人同意而泄露其内容的。

对于享受新颖性宽限期的技术，虽然在涉案专利申请日之前为公众所得知，但并不影响随后提出的专利申请的新颖性，同样，在专利侵权纠纷处理中，也不能依据这样的技术对以该享有宽限期的专利为基础提出的专利侵权进行现有技术抗辩。

应当注意，如果在首次展出或发表至专利申请日前六个月内，有任何人，包括发明人或者申请人以不同于上述三种情况再次展出或者发表与专利同样的发明创造的，则该再次的展出或发表构成现有技术。

2.4.3 保密技术

在涉案专利申请日之前就已经存在的保密技术不能适用于现有技术抗辩。保密技术的范围包括保密协议约定的技术和基于社会观念和商业惯例应该承担保密义务的技术。但是，负有保密义务的人违反约定，导致保密技术公开，则构成现有技术。

3. 现有技术抗辩的适用

现有技术抗辩时，存在三项技术：涉案专利权利要求、被控侵权技术方案、援引用于抗辩的现有技术。适用现有技术抗辩，应当在专利权利要求的引导下，将被控侵权技术方案与现有技术进行对比。

3.1 现有技术抗辩的适用条件

适用现有技术抗辩时，原则上应当首先将被控侵权技术方案与涉案专利权利要求进行对比，在被控侵权技术方案落入了涉案专利的保护范围，构成侵权的情况下才能适用现有技术抗辩。当对被控侵权技术方案是否构成侵权存在争议，同时又可以认定被控侵权技术方案与现有技术相同或实质相同时，可以不对是否侵权得出结论，直接认定现有技术抗辩成立。

被控侵权技术方案对涉案专利权利要求构成侵权的情形，既可以是相同侵权，也可以是等同侵权。

【案例 1-3-3】

涉案专利权利要求具有 a，b，c，d 四个技术特征，被控侵权产品具备 a，b，c，D 四个技术特征。

当对于特征 d 与 D 是否构成等同不存在争议时，应先对被控侵权产品是否落入涉案专利权保护范围作出认定。如果 d 与 D 不构成等同，直接得出不侵权的结论；如果 d 与 D 构成等同，则将被控侵权产品与现有技术公开的产品进行对比，判断现有技术抗辩是否成立。

当对于特征 d 与 D 是否构成等同存在争议时，可以同时将现有技术公开的产品与被控侵权产品进行对比。如果二者相同或实质相同，则直接认定现有技术抗辩成立；如果对于二者是否相同或实质相同也存在争议，仍然需要先对特征 d 与 D 是否构成等同得出结论，之后再认定现有技术抗辩是否成立。

3.2 现有技术抗辩成立的判断标准

将被控侵权技术方案与现有技术对比，如果被控侵权技术方案与现有技术相同或实质相同，则现有技术抗辩成立。

被控侵权技术方案与现有技术相同，是指被控侵权技术方案与现有技术完全相同。被控侵权技术方案与现有技术实质相同，是指对现有技术中的技术特征进行惯用手段的直接置换后，与被控侵权技术方案相同。

被控侵权技术方案与现有技术对比时，只需要考虑被控侵权技术方案中与涉案专利权利要求相关的技术特征，无需将被控侵权技术方案中与涉案专利权利要求无关的技术特征与现有技术进行对比。

【案例 1-3-4】

某专利侵权纠纷案中，构成现有技术的368号专利申请公开了一种用作建筑内模构件的模盒，其与涉案专利的模壳构件、被控侵权产品的叠合箱均为用于空心楼盖的构件，三者属于相同的技术主题。被控侵权产品与368号专利申请公开的技术方案存在以下差别：前者侧壁上方扣合的是上盒，而后者侧壁上方扣合的是模盒。二者的侧壁以及二者的上盒与上模盒作用均相同。因此，被控侵权产品使用的技术方案与368号专利申请公开的现有技术方案并无实质性差异，现有技术抗辩成立。

3.3 适用现有技术抗辩的注意事项

在适用现有技术抗辩时，需要注意以下事项。

（1）单独对比

适用现有技术抗辩，只能将被控侵权技术方案与一份现有技术作单独对比，不得将多份现有技术组合与被控侵权技术方案进行对比。

（2）逐一对比

在被控侵权人提出多份现有技术进行抗辩的情况下，应当将被控侵权技术方案与多份现有技术逐一进行对比，只要被控侵权技术方案与其中一份现有技术构成相同或实质相同，现有技术抗辩即成立。

（3）一般不得结合公知常识

在现有技术抗辩中，应当对比被控侵权技术方案与现有技术是否相同或实质相同，因此，除惯用手段的直接置换外，一般不得将被控侵权技术方案与现有技术和公知常识的结合进行对比。

（4）不考察“更接近”

现有技术抗辩不以被控侵权技术方案更接近于现有技术为成立要件，不需要考察被控侵权技术方案更接近于涉案专利权利要求还是更接近现有技术。

（5）不得对比现有技术与涉案专利权利要求

现有技术抗辩中，不得将现有技术与涉案专利权利要求进行对比，得出现有技术与涉案专利权利要求相同或实质相同、涉案专利权利要求不具备新颖性或创造性从而侵权不成立的结论。

第2节 不以生产经营为目的的抗辩

根据《专利法》第十一条的规定，只有在为生产经营目的的前提下，未经许可实施专利的行为才构成侵犯专利权。不以生产经营为目的，能够作为专利侵权的抗辩事由。

以生产经营为目的指为工农业生产或者商业经营等目的，但不包括个人消费目的。不以生产经营为目的，一般指私人使用或从事公共服务、公益事业、慈善事业等。

以非商业的目的私人实施专利的行为属于不以生产经营为目的的行为。然而，未经权利人许可，以私人方式实施专利，随后将专利产品以私人方式销售给

朋友、邻居的行为，则构成侵犯专利权的行为。未经权利人许可，雇佣他人实施专利供私人使用，由于被雇佣人获得了利益，故被雇佣人实施专利的行为，仍属于侵犯专利权的行为。

对于从事公共服务、公益事业、慈善事业等非生产经营行为的认定，应该结合具体案情具体分析，单位的性质并不能决定其行为的非生产经营性，重点考察行为本身是否为以生产经营为目的。如果政府机关、非营利性单位、社会团体的制造、使用、进口等行为不单纯是为了公共服务、公益事业、或慈善事业等，也可能构成生产经营行为。市场化运行的公共服务主体，在公共服务行为中，未经许可实施专利，不能主张“非生产经营目的抗辩”。

以生产经营为目的并不要求以营利为目的，但以营利为目的的行为不能主张“不以生产经营为目的的抗辩”。制造、使用、进口专利产品和使用专利方法的行为，可能为生产经营目的而实施，也可能为非生产经营目的而实施，但销售和许诺销售一般只能为生产经营目的而实施，实施上述两种行为，一般不能主张“不以生产经营为目的的抗辩”。单位为自己企业员工福利和需求，实施未经许可的专利，虽然并没有营利，但是也不能主张“不以生产经营为目的的抗辩”。

第 3 节 权利用尽抗辩

所谓权利用尽，是指根据《专利法》第六十九条第一款的规定，社会公众购买了合法售出的专利产品或依照专利方法直接获得的产品后，应当享有自由处置其购买的产品的权利，此后，无论购买者以何种方式使用、许诺销售、销售该产品，均不构成侵犯专利权。权利用尽抗辩是为保证商品的自由流通，维护正常的市场秩序。

1. 权利用尽抗辩的注意事项

权利用尽抗辩中，需要注意以下几个问题：

（1）权利用尽抗辩的产品初始来源应该合法，即基于专利权人或者其许可人的售出。非法出售的产品，例如其他人未经许可生产的专利产品，或者从专利权人及其被许可人处盗窃的专利产品，即便第三人通过正常途径购买获得，也不能适用权利用尽抗辩。

（2）专利权人及其被许可人售出的产品的对象不限于不特定的社会公众。权利人向特定人出售专利产品的，在产品售出后也可以适用权利用尽抗辩。

（3）权利人出售专利产品并不以获得相关对价为条件。免费发放专利产品、赠送专利产品，也视为权利人出售专利产品，可以适用权利用尽抗辩。

（4）在双方的合同交易中，只要权利人交付了专利产品，专利产品合法脱离权利人，就可以适用权利用尽抗辩。被交付人未按照合同约定给付价款，不影响商品的正常流转，可以适用权利用尽抗辩，但如果权利人只实施了销售的准备行为或者许诺销售行为，则不能认定销售完成，不适用权利用尽抗辩。

（5）权利人在售出专利产品时，对购买者提出了限制产品后续使用、销售、许诺销售等限制性条件，购买者违反了上述条件，仍然可以适用权利用尽抗辩，其行为不构成专利侵权。至于其行为是否需要承担合同责任，作为限制条件的合同条款是否有效，不在管理专利工作的部门的处理权限之内。

2. 专利权国内用尽和国际用尽

权利用尽包括两种情形：专利权国内用尽和专利权国际用尽。

专利权国内用尽，是指对于在我国获得的专利权而言，专利权人或者被许可人在我国境内出售专利产品或依照专利方法直接获得的产品后，购买者在我国境内使用、许诺销售、销售该产品，均不构成侵犯专利权的行为。

专利权的国际用尽，又称平行进口，是指对于在我国获得的专利权而言，专利权人或者其被许可人在我国境外售出其专利产品或者依照专利方法直接取得的产品后，购买者将该产品进口到我国境内以及随后在我国境内使用、许诺销售、销售该产品，均不构成侵犯专利权的行为。

对于专利权的国际用尽，有如下情形需要注意：

（1）如果专利权人在本国获得专利权，无论是否在出口国获得专利权，如果进口的专利产品来源于专利权人或者其许可人在国外的公开销售，则可以适用权利用尽抗辩。如果进口的专利产品来源于与专利权人或者其许可人没有关联的其他人在国外的公开销售，则不能适用权利用尽抗辩。

（2）在相关技术在本国和出口国都获得专利权，但专利权分属不同人的情况下，如果进口的专利产品来源于与本国专利权人或者其许可人没有关联的其他人在国外的公开销售，则不能适用权利用尽抗辩，该进口专利产品的行为构成侵犯国内权利人专利权的行为。

第 4 节 先用权抗辩

根据《专利法》六十九条第二款的规定，某项发明创造在专利申请人提出专利申请之前，如果他人已经制造了相同的产品、使用了相同的方法或者已经做好了制造专利产品、使用专利方法的必要准备，则在该发明创造被授予专利权后，他人仍有权继续在原有的范围内制造或者使用该项发明创造，其制造和使用行为不被视为侵犯专利权。

适用先用权抗辩应当具备如下条件：

（1）取得先用权的行为条件

对于产品专利权而言，能够产生先用权的行为只包括在专利申请日之前已经制造相同产品或者已经作好制造的必要准备，不包括使用、许诺销售、销售、进口相同产品的行为；对于方法专利权而言，能够产生先用权的行为只包括在专利申请日之前已经使用相同方法或者已经作好使用专利方法的必要准备，不包括使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品的行为。

“作好必要准备”要求准备工作是为实施该发明创造而进行的技术性准备工作。一般性准备工作，例如购买地皮，装设水电，市场分析，配备管理人员等不能认为是作好了实施该项发明创造的必要准备。技术性准备工作，一般指完成主要技术图纸、工艺文件；或者制造、购买主要设备、原材料。

（2）先用权的信息来源

先用权人实施发明创造的信息来源必须是先用权人自己独立研究开发出来或者通过合法途径获得的。先用权的信息来源包括如下途径：①先用权人自己在

发明创造申请专利前就已经通过独立研发获得发明创造的内容；②在《专利法》第二十四条规定的新颖性宽限期内，一项发明创造的发明人在中国政府主办或者承认的国际展览会上展出了其发明创造，或者在规定级别的学术会议上发表了其发明创造，先用权人直接或间接从公开的信息中获知该发明创造的内容；③专利权人在申请专利之前，将发明创造的内容告诉了先用者。

先用权人非法获得发明创造的内容，实施先用行为的，不能主张先用权抗辩。非法获得的来源既包括通过非法途径从后来申请专利的人那里获得，也包括通过非法途径从他人那里获得。非法获得的方式既包括以剽窃或者其他违法方式从他人那里获知有关发明创造，也包括获知者在合法获得信息后，违背相关保密、不予实施的约定实施发明创造的情形。

（3）先用权的范围

先用权人必须在原有范围内制造、使用发明创造才能享有先用权抗辩。“原有范围”，包括专利申请日前已经具有的生产规模以及利用已有的生产设备或者根据已有的生产准备可以达到的生产规模。在申请日前实际生产规模小于可以达到的生产规模的情况下，先用权人可以将实际生产规模扩大到可以达到的生产规模。当先用权人实施专利的行为超出了原有范围时，在原有范围之内的实施行为不视为侵犯专利权的行为，超出原有范围的部分实施行为属于侵犯专利权的行为。

（4）允许先用权人实施的行为

先用权人在原有范围内继续实施的行为，对产品专利权而言，包括制造、使用相同产品，还包括许诺销售、销售制造出来的产品；对方法专利权而言，包括使用相同方法，还包括销售、许诺销售、使用依照专利方法直接获得的产品。

值得注意的是，虽然《专利法》六十九条第二款规定取得先用权的行为和先用权人实施专利的行为都采用“制造、使用”这一术语，两者应该具有不同的含义。对于先用权人实施专利的行为，如果仅限于“制造、使用”专利产品，而制造出来的产品不能销售，先用权制度将形同虚设。因此，先用权人继续实施专利的行为应该扩展到销售、许诺销售，但是不应该包括进口专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，因为进口产品的行为与先用权人的先用行为并无关联。此外，先用权人不能许可他人实施有关专利，也不能单独转让先用权，先用权只能连同先用权人的企业一起转让和继承。

当先用技术在申请日之前已经使用公开，构成涉案专利的现有技术时，先用权人既可以主张先用权抗辩也可以主张现有技术抗辩，非先用权人只能主张现有技术抗辩。

【案例 1-3-5】

公民李某于 1998 年 12 月 8 日向国家知识产权局提交“挡土墙的成形方法”的发明专利申请，并于 2001 年 4 月 4 日获得授权。专利申请公开日是 1999 年 6 月 16 日。

2001 年 12 月 21 日，某开发公司与某建筑院签订合同，约定由建筑院为开发公司设计某商住楼基坑支护工程图纸。2002 年 2 月 31 日，开发公司与某工程公司签订施工协议书，约定由工程公司承担该商住楼基坑喷锚支护工程的施工工程。上述设计及施工使用的技术方案覆盖了李某“挡土墙的成形方法”发明专利

独立权利要求的全部技术特征。

在侵权纠纷处理中，开发公司主张其对本案专利享有先用权。经核实，1998年10月20日，某房产公司建设的综合大楼基坑支护工程开工。工程由房产公司委托建筑院负责施工设计，工程设计方案于1998年8月18日完成，工程施工方亦为某工程公司。该工程的设计及施工所使用的技术方案亦覆盖了李某发明专利独立权利要求的全部技术特征。

本案的争议点在于，开发公司主张先用权抗辩是否成立。

分析与评述：

本案商住楼基坑工程使用的方法与综合大楼基坑工程相同，且二者的技术方案均与涉案专利方法相同。因综合大楼基坑工程在本专利申请日前已完成设计审批并开始施工，根据《专利法》第六十三条第一款第(二)项的规定，应认定建筑院在综合大楼基坑工程设计方案中使用专利方法属于在先使用，且是在原有范围内继续使用，不视为侵犯专利权。虽然本案商住楼基坑工程的发展商开发公司与综合大楼基坑工程的发展商房产公司不同，但工程设计方和施工方完全相同，故开发公司按照设计单位设计的方案委托施工不构成侵犯专利权。

【案例1-3-6】

A公司于2004年4月28日向国家知识产权局提交名称为“一种作为超白抛光瓷砖原料的球土及其生产方法”的发明专利申请，并于2006年1月25日获得授权。该专利的权利要求1为：“一种作为超白抛光瓷砖原料的球土，该球土包含有如下原料：高岭土、二次粘土、水、稀释剂及絮凝剂；以球土的总重量计，其中：高岭土含量为14-63%；二次粘土含量为7-56%；稀释剂的含量为0.01-2%，絮凝剂的含量为0.01-1%，水为22-32%。”权利要求4为方法专利。

被控侵权人B公司成立于2003年1月23日。B公司认可，其生产的SD-2、SD-3、SR-3三款产品的配比与涉案专利的权利要求1相同，SD-188、SD-2、SD-3、SR-3四款产品的生产方法与涉案专利的权利要求4相同。

侵权纠纷处理过程中，B公司提交了其申请ISO9001：2000标准时所提交的部分文件，其中《配方作业指导书》记载了SD-188、SD-2、SD-3三种产品的1.0版本和其他版本的配方，其他版本与1.0版本相比，成分相同，但黑、白浆比例、水玻璃的加入量有细微差别。

B公司主张，其对本案所涉四款产品及其制造方法享有先用权，并提交相关票据和合同。这些票据和合同证实，B公司从2003年3月起陆续购买了振动筛、装载机、压滤机等设备，从2003年5月起开始购买高岭土、水玻璃、磁泥、黑泥等原料。双方均确认高岭土就是白浆，二次粘土是黑浆，常规稀释剂包括水玻璃、三聚磷酸钠、焦磷酸钠、纯碱等，常规絮凝剂包括氯化镁、氯化钙等。

本案的争议点在于，根据被控侵权人实施的上述行为，能否主张先用权抗辩。

分析与评述：

由于B公司记载有配方的申请认证文件的形成时间早于涉案专利申请日，且B公司在专利申请日前已经开始制造相同产品，已经作好扩大规模制造的必要准备，故其对涉案专利产品享有先用权；尽管B公司未提供证据证明其在专利申请日前制造、销售了SR-3型号产品，但SR-3型号产品与SD-188、SD-2、SD-3三种型号产品的成分完全相同，仅仅加入的絮凝剂与稀释剂的比例不同，且该比例的差异均在涉案专利权利要求1的范围之内，与其他型号产品的技术特征并无实质差别，因此，B公司生产、销售SR-3型号产品的行为属于行使先用权的行为，

不构成侵权。

第 5 节 临时过境抗辩

根据《专利法》第六十九条第三款的规定，临时通过中国领陆、领水、领空的外国运输工具，为运输工具自身需要而在其装置或者设备中使用有关专利的，依照其所属国同中国签订或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，不视为侵犯专利权。

对于临时过境抗辩而言，需要具备如下条件:

（1）临时过境抗辩仅适用于临时或者偶然通过中国领陆、领水、领空的运输工具。临时或者偶然通过的情形可以是定期航班、躲避风暴、机械故障、紧急迫降、船舶失事等。临时过境抗辩不适用长期在我国停留的运输工具。

（2）临时过境抗辩仅适用于外国的运输工具，本国运输工具不能适用该抗辩。区分运输工具是外国的还是本国的，以运输工具注册地为准。

（3）临时过境抗辩仅限于为运输工具自身的需要而使用相关专利，一般包括交通工具装置和设备中使用相关专利，例如，交通工具零部件、或者导航仪、雷达等航行附件。在交通工具上制造、许诺销售、销售相关专利产品，均不能主张临时过境抗辩。

（4）临时过境抗辩要求所属国与中国签订了协议或共同参加国际条约或存在互惠原则，在上述协议、国际条约、互惠原则均不存在的情况下，不能主张临时过境抗辩。

第 6 节 专为科学研究和实验抗辩

根据《专利法》第六十九条第四款规定，专为科学研究和实验目的而使用有关专利的，不视为侵犯专利权。专为科学研究和实验，是指针对获得专利的技术本身进行科学研究和实验，一般包括：研究专利技术能达到的实际效果；研究专利技术保护范围内的最佳实施方式；对专利技术进行改进；为在专利保护期限届满后实施该技术等。在科学研究和实验过程中，制造、使用他人专利技术，其目的不是为了研究、改进他人专利技术，其结果与专利技术没有直接关系，不能适用专为科学研究和实验抗辩，其行为构成侵犯专利权。

专为科学研究和实验使用有关专利的行为不仅包括研究者制造、使用专利产品或者使用专利方法的行为，也包括进口专利产品的行为，但是不包括销售、许诺销售专利产品以及依据专利方法直接获得的产品的行为。在研究者进行完科学研究和实验后，不得销售该专利产品，否则构成侵犯专利权。

第 7 节 药品和医疗器械行政审批抗辩

根据《专利法》第六十九条第五款的规定，为提供行政审批所需的信息，制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的，以及专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的，不视为侵犯专利权。该项规定的立法目的在于克服医药上市审批制度对仿制药品和医疗器械在专利权期限届满后上市造成的延迟，从而避免变相延长相关药品和医疗器械专利的保护期。

适用药品和医疗器械行政审批抗辩要注意如下问题：

（1）制造、使用、进口药品或者医疗器械的目的只能是为行政审批。其他目的，例如在获得行政审批时，囤积药品待专利过期后进行销售等，不能主张行政审批抗辩。如果制造、进口药品或医疗器械的数量远超过行政审批所需，或者在获得行政审批通过后，仍制造、使用、进口药品或医疗器械，不能主张行政审批抗辩。

（2）为提供行政审批所需的信息，实施的药品专利不仅包括药品本身的专利，还包括药品的活性成分专利、药品的制备方法专利、药品活性成分的制备方法专利；实施的医疗器械专利不仅包括医疗器械本身的专利，还包括医疗器械专用零部件的专利和医疗器械使用方法的专利。

（3）药品和医疗器械行政审批抗辩仅适用于制造、使用、进口三种行为，许诺销售和销售不适用行政审批抗辩。

（4）提供行政审批，既包括向我国药品管理行政机关提供信息，也包括向外国药品管理行政机关提供信息。

第二编　外观设计专利侵权判定

根据《专利法》第二条第四款的规定，外观设计是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

在判定被控侵权产品是否侵犯外观设计专利权时，首先要对专利保护范围进行确定，然后再判断被控侵权产品外观设计是否落入专利权的保护范围。在此过程中，还要考虑被控侵权人的抗辩理由。如果被控侵权产品采用的是现有设计，则即使被控侵权产品落入专利保护范围，也不能认定侵权成立。

第 1 章 外观设计专利权保护范围的确定

《专利法》第五十九条第二款规定，外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该产品的外观设计为准，简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计。

第 1 节 基本概念

确定外观设计专利权保护范围时，会涉及外观设计专利的一些基本概念。

1. 外观设计的产品、形状、图案、色彩

根据《专利法》第二条第四款的规定，一项外观设计专利的保护范围受到其使用的产品和采用的形状、图案、色彩内容的限定。

1.1 产品

外观设计专利是关于具体产品的外观设计，其载体应当是产品，并且应当是适于工业应用的产品。

农产品、畜产品、自然物以及不能重复生产的手工艺品不属于外观设计专利所称的产品；取决于特定地理条件、不能重复再现的固定建筑物或桥梁等也不属于外观设计专利所称的产品。产品中不能分割的局部，不能单独作为外观设计的载体。

从使用功能角度，外观设计产品分为最终产品和中间产品。最终产品是指供终端消费者直接使用的产品；中间产品是指半成品、零部件、生产材料等。从产品各组件关系角度，外观设计产品分为成套产品、组件产品和单件产品。上述划分方式的不同产品在外观设计侵权判定中分别适用不同判定规则。

成套产品，是指由两件以上(含两件) 属于同一大类、各自独立的产品组成，各产品的设计构思相同，其中每一件产品具有独立的使用价值，而各件产品组合在一起又能体现出其组合使用价值的产品，例如由咖啡杯、咖啡壶、牛奶壶和糖罐组成的咖啡器具。

组件产品，是指由多个构件相结合构成的一件产品。包括组装关系唯一的组件产品（例如，由水壶和加热底座组成的电热开水壶组件产品）和组装关系不唯

一的组件产品（例如插接组件玩具产品）。

1.2 形状、图案、色彩

形状、图案和色彩是构成外观设计内容的三要素。外观设计内容只能是该三要素或其结合，包括形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合。

按照外观设计三要素的不同组合，可构成六种类型的外观设计：(1)单纯产品形状的外观设计；(2)单纯产品图案的外观设计；(3)产品形状和图案结合的外观设计；(4)产品的形状和色彩结合的外观设计；(5)产品的图案和色彩结合的外观设计；(6)产品的形状、图案和色彩三者结合的外观设计。

（1）形状

形状，是指对产品造型的设计，也就是指产品外部的点、线、面的移动、变化、组合而呈现的外表轮廓，即对产品的结构、外形等同时进行设计、制造的结果。

产品的形状应当是固定的，形状不能确定的液体、粉末、颗粒状物质等不能受到外观设计专利的保护。

（2）图案

图案，是指由任何线条、文字、符号、色块的排列或组合而在产品的表面构成的图形。图案可以通过绘图或其他能够体现设计者图案设计构思的手段制作。

产品的图案应当是固定、可见的，而不应时有时无或者需要在特定的条件下才能看见。产品通电后显示的图案，例如，电子表表盘和手机显示屏上显示的图案、软件界面等不属于外观设计专利意义上的图案。

某些产品(如浮雕设计)表面，虽然为点、线、面的移动变化而形成的形状，但其形状变化不明显，更具强烈的图案效果，可视为图案。

（3）色彩

色彩，是指用于产品上的颜色或者颜色的组合。产品的色彩只有与形状或图案相结合才能构成外观设计，通常认为，色彩的搭配构成的是图案。

2. 外观设计的图片或照片

专利文件中，外观设计图片或照片是确定外观设计保护范围的根本依据。

外观设计图片或照片显示了产品外观设计各面的设计内容，通常以六面正投影视图、立体图、展开图、剖视图、剖面图、放大图、变化状态图以及参考图表示。六面正投影视图包括主视图、左视图、右视图、后视图、俯视图和仰视图。

参考图通常表示产品用途、使用方法或者使用场所，从产品种类角度确定外观设计专利权的保护范围。参考图包括使用状态参考图、变化状态参考图、立体参考图、表示通电状态或操作部位的参考图等各种形式。

除参考图以外的其他视图从外观设计的形状、图案或色彩角度确定外观设计专利权的保护范围。

外观设计视图的表现形式一般包括绘制线条图、渲染图和照片等。

绘制线条图、渲染图能够准确表达各视图的投影关系，可以避免照片正投影

视图的透视变形现象，便于在视图内容上去除不纳入保护范围的细节，因而其视图所示内容能准确表达所保护的产品外观设计。

对于照片形式显示的视图，个别照片可能会存在透视变形或者各视图之间的对应关系存在偏差，甚至可能会出现明显不属于要求保护的产品外观设计的内容，比如产品阴影、对反光表面拍照产生的反光影像等。当存在这些情况时，应当注意区分和排除这些因素。

3. 外观设计的简要说明

简要说明是对图片或者照片所表示的产品的外观设计的解释和文字说明。

根据《专利法实施细则》第二十八条和《专利审查指南》的相关规定，外观设计的简要说明中明确了如下事项：名称、用途、设计要点，指定一幅最能表明设计要点的图片或者照片。必要时，还包括如下事项：省略视图和请求保护色彩的情况，指定相似外观设计的基本设计，花布、壁纸等纹样的连续方式情况，对特殊视觉效果（例如，透明）材料的说明，细长物品的省略画法，成套产品各套件所对应的产品名称等。

4. 专利权的保护范围与图片或者照片中的该产品外观设计

对于《专利法》第五十九条第二款中规定的“专利权的保护范围”，是指权利人实际能够获得保护的最大范围，包括“图片或者照片中的该产品外观设计”外，还包括相同或相近种类产品的近似外观设计。

所谓“图片或者照片中的该产品外观设计”，是指与授权公告文本中图片或者照片所示产品外观设计相同的外观设计（必要时结合简要说明作补充或限定）。

二者的关系如以下公式所示：

专利权的保护范围 = 图片或者照片中的该产品外观设计 + 相同或相近种类产品的近似外观设计

5. 申请文本、授权公告文本或被生效法律文书确定的专利文本

申请文本，是指外观设计专利申请人在提出专利申请时提交的文本。

授权公告文本，是指外观设计专利申请经过初步审查，符合授权条件时，国务院专利行政部门授权公告该专利时的文本。

被生效法律文书确定的专利文本：当一件外观设计专利包含有多项外观设计时（例如，成套产品外观设计、相似外观设计），在无效宣告程序中，所述专利的部分项外观设计被宣告无效，在相关无效宣告请求审查决定（以下简称无效决定）生效后，该无效决定维持有效的外观设计专利文本称为“被生效法律文书确定的专利文本”。

6. 设计要点

设计要点是专利权人在外观设计专利简要说明中声明的申请专利的外观设计相对于现有设计所作出的创新部分。

第 2 节 保护范围的确定

根据《专利法》第五十九条的规定，确定外观设计保护范围的基本依据是外观设计图片或照片，简要说明是对图片或照片的解释。

1. 确定保护范围的基本规则

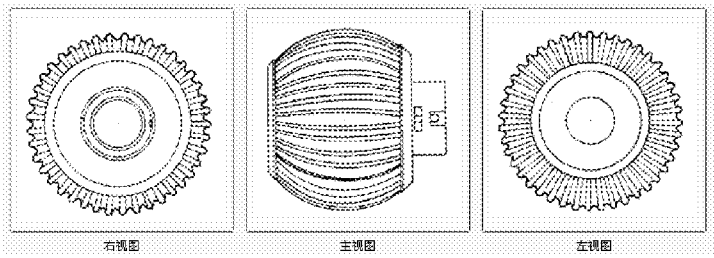
1.1 以图片或照片中的产品外观设计为准

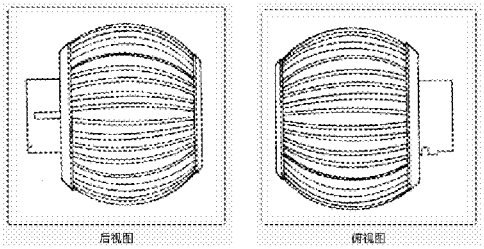
外观设计专利权的保护范围以外观设计图片或照片所示产品外观设计为准，当事人提供的专利产品实物或照片仅能作为帮助理解外观设计的参考，不能作为确定外观设计保护范围的依据。

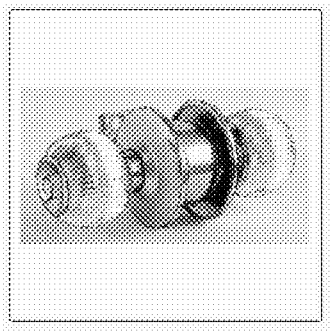
用以确定外观设计保护范围的图片或照片，应当以授权公告的文本为基础，如果有被生效法律文书确定的专利文本，则以该文本为基础。当专利公告（包括专利授权公告与专利权部分无效公告）所示图片或照片不清晰或出现色差时，可以以该公告对应的申请文档记载的内容为准。

确定外观设计专利权的保护范围时，应以正投影视图、立体图、展开图、剖视图、剖面图、放大图以及变化状态图等确定外观设计的形状、图案或色彩内容，参考图主要用于表明产品用途、使用方法或者使用场所，确定产品的种类。参考图中包含的其他视图中未表示的内容应予排除，参考图与其他视图表示的内容有差异的，应以其他视图表示的内容为准。

【案例 2-1-1】门锁把手







使用状态参考图

分析与评述：

该外观设计专利以六面正投影视图表示出门锁把手的形状设计，并通过使用状态参考图表示该门把手与门锁具体组装后的使用方式，在确定该外观设计的具体形状设计时，应以所述正投影视图为准，使用状态参考图示出的包括把手的门锁部分，不属于专利权的保护范围。

1.2 简要说明用于解释图片或者照片所示产品外观设计

简要说明可以用于解释图片或者照片所表示的该产品的外观设计。

所谓“解释”，即指澄清、说明被解释对象自身包含的、隐含的内容，而非任意内容。简要说明对外观设计保护范围的解释，不能超出图片或照片表示的内容，比如仅在简要说明中描述而未在图片或照片中表示的形状、图案或色彩，在确定保护范围时不应予以考虑；简要说明所记载的内容与图片或者照片不一致时，应以图片或者照片为准。

简要说明的解释作用视其记载的具体内容而有所不同，可分为：

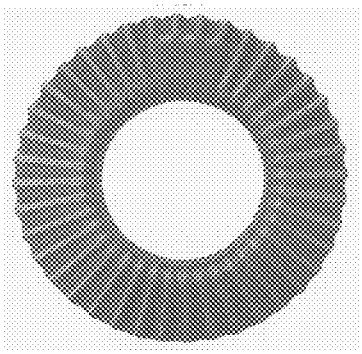
（1）限定性解释，例如当简要说明记载请求保护色彩时，图片或照片中显示的色彩应属于外观设计专利的保护范围；

（2）补充性解释，例如当简要说明中记载因对称或者相同省略视图、平面产品图案纹样连续情况时，相应的记载内容补充了缺省视图表现的设计内容；

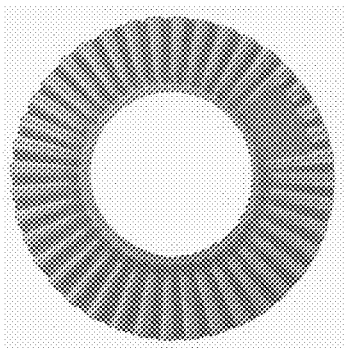
（3）一般说明性解释，例如在简要说明中记载产品用途、设计要点时，其对外观设计专利涉及的产品种类、判断视觉瞩目点等可能会产生影响；

（4）为便于专利审批、公开等行政行为的相关说明，例如指定相似外观设计的基本设计、指定一幅最能表明设计要点的图片。

【案例 2-1-2】婴幼儿浴帽



主视图



后视图

该专利简要说明是：产品名称是婴幼儿浴帽；用于婴幼儿洗浴时戴；设计要点在于主视图和后视图；主视图是最能表明设计要点的图片。本产品视为平面产品，省略其它视图。

分析与评述：

该外观设计专利在简要说明中明确“本产品视为平面产品”。但从照片显示的阴影关系看，该产品外观设计是带沟槽状的立体产品，不是带类似沟槽状图案的平面设计，故应以视图所示立体形状设计为准，确定该专利的保护范围。

1.3 对外观设计作整体性理解

在确定外观设计专利保护范围时，应综合各视图确定外观设计的形状、图案或色彩，以图片或照片表示的整体外观设计为基础确定保护范围。

外观设计既包含创新设计部分，也包含现有设计部分的，以其共同形成的整体作为确定保护范围的基础；对于立体产品，应基于各视图，按读图规则还原的立体形状作为外观设计内容，不能孤立地分别以各视图显示的投影线条确定外观设计保护范围。

外观设计的形状、图案、色彩三要素在确定外观设计的保护范围时处于并列关系，三者不存在任何从属关系。某一要素对外观设计整体视觉效果的影响程度，需要根据具体案件综合考虑各方面因素确定。

1.4 排除不受外观设计保护的内容

1.4.1 产品内部结构

一般消费者从图片或照片中不能观察到的产品内部结构(比如剖视图等示出的产品内部设计),不属于专利权的保护范围。

应当注意,对于零部件等中间产品,不应以其在最终产品中是否可见判断其可见部分。例如,门窗型材外观设计的判断以其截面的形状为准。作为最终产品的门窗,观察不到其截面形状,而作为型材一般消费者的门窗制作人员在使用中可观察到。因此,不能以门窗使用过程中不可见型材截面,认定截面不属于专利权保护的范围。

1.4.2 产品的功能效果

外观设计中,由产品技术功能唯一确定的设计内容不属于外观设计的保护范围。如果存在可供选择替换的外观设计的,则相关设计属于专利权保护的范围。

在确定外观设计专利保护范围时,不考虑产品技术功能带来的差异。但是,如果技术功能的差异导致产品用途不相同,则应当考虑两个因素:第一,产品种类是否相近;第二,一般消费者是否会在使用、购买产品时产生误认。

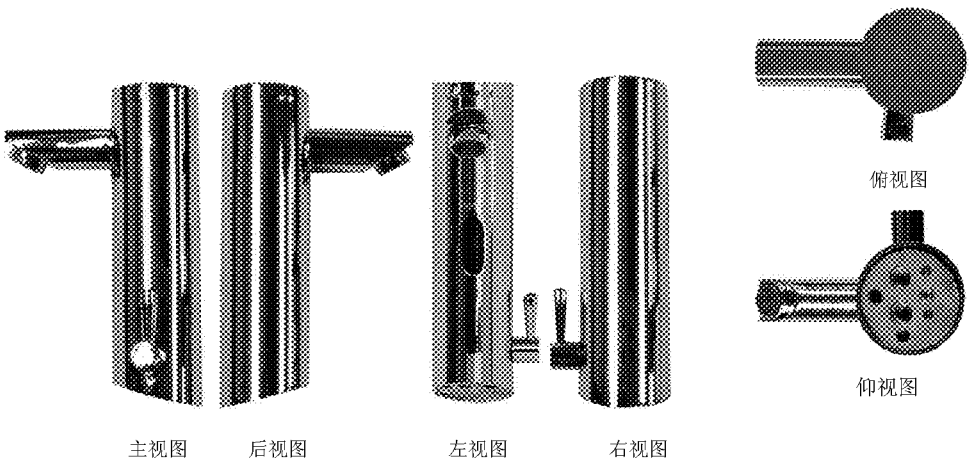
1.4.3 字音、字义

外观设计中的文字和数字的字音、字义不属于外观设计保护的内容,在确定外观设计专利保护范围时,仅将其作为图案考虑。

1.4.4 照片视图中明显不属于要求保护的外观设计的内容

拍摄照片视图时会完全再现产品的各个细节,因此在个别照片中可能会产生阴影、对反光表面拍照产生的反光影像,有些照片还显示有产品的内装物或者衬托物,明显不属于外观设计专利权保护的内容。另外,透视效果造成的明显偏差、各视图比例不一致等情形亦应当根据日常经验进行判断,其结论应当是能够毫无疑义直接得出的。

【案例 2-1-3】水龙头

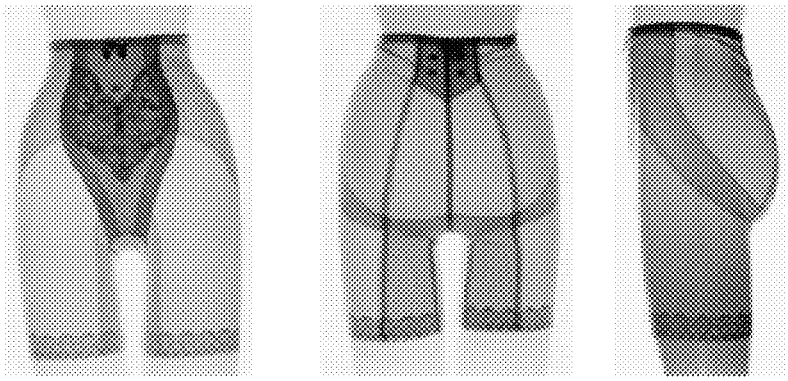


分析与评述:

该外观设计以照片表示各面视图,其白色高光部分根据一般常识判断,有可能是光滑表面的反光影像或者图案。根据各视图的投影关系分析,该外观设计中,

图案明显不对应，故在确定专利保护范围时，应将其作为不予保护的反光考虑；另外，照片中，主视图、后视图、右视图顶面侧棱显示为弧形，但由于左视图中显示为直线，假如顶面是弧面，在各个视图中应当有顶面与侧面的相交线，因此根据各视图，顶面不可能是弧面。根据经验判断，主、后、右视图顶面弧形为透视所致，故判定产品顶部平直。

【案例 2-1-4】塑身裤



主视图　　后视图　　右视图

分析与评述：

该外观设计专利通过衣模的支撑才能清楚地显示塑身裤的形状、图案，该衣模显然不属于塑身裤的组成部分，不属于专利权的保护范围。

2. 确定保护范围的几种典型情形

2.1 成套产品、组件产品、变化状态产品

成套产品的外观设计专利是符合法定条件的多件产品的多项外观设计作为一件专利获得专利权。构成成套产品的各项外观设计均有独立的专利权保护范围。

组件产品的外观设计是一件产品的一项外观设计，即使包含有对多个构件分别单独表示的视图，在确定专利权保护范围时，也应将所有组件作为一个整体，共同限定专利权的保护范围，每个组件没有独立的权利保护范围。

变化状态产品的外观设计是一件产品的一项外观设计，其包含有多个变化状态。在确定专利权保护范围时，应将视图显示的每个变化状态整体考虑，由其共同限定专利权的保护范围，每个变化状态没有独立的权利保护范围。

2.2 简要说明中记载的请求保护色彩

如果一项外观设计专利在简要说明中注明要求保护色彩，则其色彩的搭配属于专利权的保护范围。否则，即使其视图中表示有色彩，其色彩设计也不属于专利权的保护范围。

外观设计要求保护色彩的，色彩的限定并不必然缩小保护范围。例如，当被控侵权设计与专利外观设计在形状、图案上未构成近似，而其色彩搭配非常近似，从而导致二者整体视觉效果近似，被控侵权产品落入外观设计专利的保护范围。

2.3 简要说明中记载的设计要点

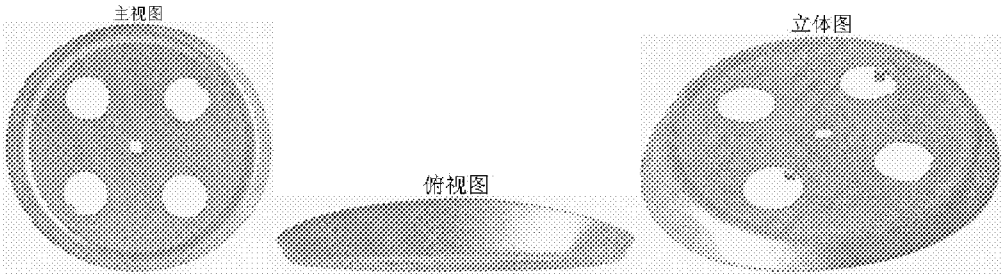
如果设计要点被确为专利外观设计相比现有设计的创新部分，且构成一般消费者视觉瞩目的设计内容，则相对其他设计而言，其对外观设计的整体视觉效果更具有影响。如果简要说明中记载的设计要点并非专利外观设计相对于现有设计的创新部分，则简要说明中记载的设计要点不必然对整体视觉效果具有显著影响。

对外观设计整体视觉效果是否更具影响，不以是否在简要说明中声明为设计要点来确定。

2.4 简要说明中记载的产品名称和产品用途

简要说明中记载的产品名称和产品用途是确定外观设计产品种类的依据。外观设计用于相同或相近种类是判断被控侵权产品是否落入外观设计专利保护范围的前提。外观设计图片或照片所表示的仅仅是产品的形态特征（形状、图案、色彩），很多情况下不能由此确定产品种类（例如，汽车与玩具汽车图片显示的外观设计有可能完全相同），简要说明中的产品名称和产品用途可以给出明确指引。

【案例 2-1-5】风门



该外观设计简要说明中除明确了产品名称、最能表明设计要点的视图以及视图省略情况外，还明确本外观设计产品用于烤炉上。

分析与评述：

该外观设计专利仅凭照片视图、产品名称难以确定其用途，结合简要说明可知，该产品为烤炉零件，用在烤炉上。

如果根据外观设计图片或照片即能够直接确定产品用途，则产品名称和简要说明中记载的产品用途仅起补充或辅助说明作用。当简要说明中记载的产品名称和产品用途与根据图片或照片所确定的产品用途不一致或相矛盾时，应根据日常经验判断，结合其他专利信息加以确认。

【案例 2-1-6】啤酒瓶



使用状态参考图

分析与评述：

该外观设计专利产品名称为啤酒瓶，但其件1至件3的主视图显示为瓶贴，根据日常经验判断，瓶体属于惯常设计，并且显示了啤酒瓶的图片为使用状态参考图，根据各主视图，瓶贴应是涉案专利外观设计要求保护的内容，故应以各主视图显示的瓶贴的设计内容确定专利权的保护范围。

2.5 省略视图的情况

简要说明中记载因与已经提交的视图相同或对称而省略的视图，等同于提交了该视图。这种省略的视图对外观设计专利的保护范围具有限定作用。因使用中不可见而省略的视图（例如，对于大型设备，简要说明中会明确“省略仰视图”），对外观设计专利的保护范围没有影响。

2.6 平面产品图案纹样连续情况

对于花布、壁纸等平面产品，如果简要说明中已明确图示图案纹样属于两方连续或者四方连续、无限定边界。当图片或照片仅表示有图案纹样视图时，不能仅以图片或照片所示的图案纹样作为外观设计保护内容，而应结合简要说明记载

的连续方式，还原产品整体外观设计，确定专利权的保护范围。

2.7 简要说明中的其他说明

2.7.1 对保护范围不产生影响的说明

（1）指定最能表明设计要点的图片

简要说明中指定的最能表明设计要点的图片或者照片，是申请人自主选择的仅用于出版专利公报的图片或者照片，不能据此认定该图片或者照片在确定保护范围时具有特殊地位，该指定对确定保护范围不具有任何影响。

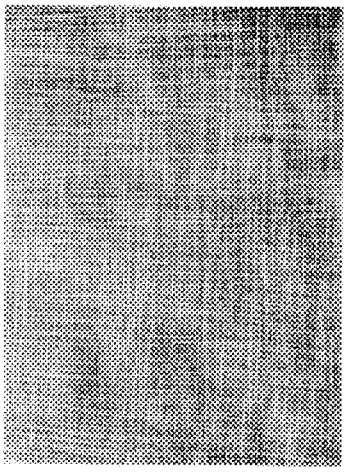
（2）指定相似外观设计的基本设计

当针对同一产品的多项相似外观设计提出一件外观设计专利申请时，根据《专利审查指南》的规定，应当在简要说明中指定其中一项作为基本设计。所指定的该项基本设计仅用于在申请阶段将其他各项外观设计与其分别对比是否相似，从而判断是否符合合案申请的条件，在确定外观专利保护范围时，所指定的该项基本设计与其他各项外观设计法律地位完全相同，各项外观设计均具有独立的专利权保护范围。

2.7.2 对保护范围具有影响的其他说明

《专利法实施细则》及《专利审查指南》对简要说明可写明的内容并非穷尽列举。根据需要，专利申请人还可以写入其他补充说明性内容，对图片或照片具体内容作进一步界定，相关界定会对专利权的保护范围产生影响。

【案例 2-1-8】壁纸



该专利简要说明明确的外观设计的设计要点是，图案中白色条纹是凸出不规则纵向、横向拉丝状纹理；深色麻点条纹是凹下状，纵横凹凸条纹对不同方向光源起折射作用；后视图无图案，省略后视图。

分析与评述：

该外观设计专利所示壁纸纹理的凹凸状难以在照片中清楚表达，需借助简要说明作补充说明，在确定外观设计专利保护范围时，应将视图与简要说明相结合确定外观设计的具体内容。

2.8 视图之间存在矛盾或存在视图错误

如果外观设计专利视图存在错误，各视图之间不对应或出现矛盾，不能清楚显示产品的外观设计，以致无法确定外观设计的保护范围，管理专利工作的部门可以告知当事人通过专利无效宣告程序来确认涉案专利的有效性。当事人均不提起无效宣告请求的，管理专利工作的部门可以驳回权利人的侵权纠纷调处请求。

如果视图错误仅为明显笔误、局部细小瑕疵或者可以通过其他视图毫无疑义地确定专利保护对象的，则可依据视图显示的正确内容确认专利的保护范围。通常，下列情形不足以影响产品外观设计专利保护范围的确定：

（1）明显的视图名称错误；

（2）明显的视图方向错误；

（3）外观设计图片中的产品形状绘制线条包含阴影线、指示线、中心线、尺寸线、点划线、电脑三维建模中产生的多余线条等。

第 2 章 外观设计专利侵权判定

外观设计专利侵权判定是判断被控侵权产品是否落入外观设计专利权保护范围的过程。应以该类产品一般消费者的视角进行判断。首先，判断被控侵权产品与外观设计专利产品是否属于相同或者相近种类产品。随后，确定涉案专利保护范围及被控侵权产品的外观设计，通过对设计空间的分析，确定对外观设计整体视觉效果更具有影响的设计内容，从而判断二者形态（形状、图案、色彩）是否构成相同或者近似。如果二者属于相同或相近种类产品，并且在形态（形状、图案、色彩）上构成相同或近似，则二者属于相同或近似的外观设计，被控侵权产品落入专利权的保护范围，侵权成立。

第 1 节 判断主体

外观设计侵权判定的主体应当是外观设计专利相关种类产品的一般消费者。

所谓“一般消费者”，是一种法律上拟制的“人”，他不具有创新设计能力，不是现实生活中的某类具体人群，他会考虑涉案专利产品及其各部分零部件在产品的使用中对外观设计的影响。

不同种类产品具有不同的一般消费者。一般消费者应当具有如下的特点或能力：

（1）对涉案专利申请日之前相同或相近种类产品及其外观设计具有常识性的了解（包括惯常设计）；

（2）对外观设计产品在形状、图案以及色彩上的区别具有一定的分辨力，但不会注意到产品的形状、图案以及色彩的微小变化；

（3）能够获知相同或近似种类产品的现有设计。

对于一般消费者的能力，例如，“汽车发动机”的一般消费者，发动机属于汽车零部件，即中间产品，其一般消费者应当对发动机及其相近种类产品具有常识性了解，而不是对汽车或者摩托车等最终产品具有常识性了解，能够分辨汽车发动机的形状、图案和色彩，也能够获得发动机或其近似产品的现有设计。对于中间产品，其“一般消费者”应该考虑到该中间产品的使用、安装、应用特点，但不能将其认知能力上升到该类产品的设计人员的水平。

第 2 节　判断客体

在外观设计专利侵权判定中，应将授权公告文本或者被生效法律文书确定的专利文本中记载的涉案专利外观设计与被控侵权产品中的相关设计内容进行比较，在未确认涉案专利产品即为涉案专利外观设计时，不得将涉案专利产品与被控侵权产品直接进行对比。

1. 涉案专利

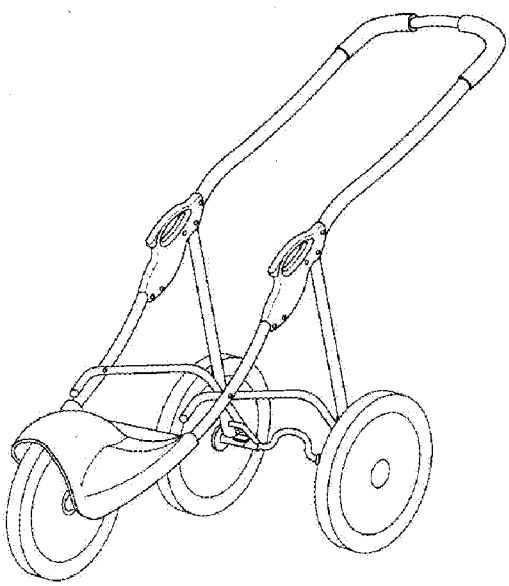
对于涉案专利中包含多项外观设计的，例如相似外观设计专利和成套产品的外观设计专利，权利人应当明确其主张权利的具体外观设计。当权利人未明确时，管理专利工作的部门应当释明其可以选择其中一项或多项外观设计。

2. 被控侵权产品

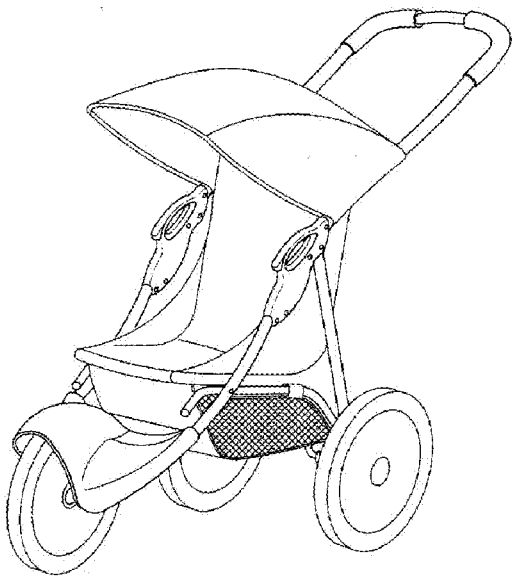
对于在相同或近似对比中被控侵权产品的对比内容，应当根据涉案专利本身及其保护内容进行确定。

如果涉案专利为零部件产品，则应当将被控侵权产品中的相应部分作为对比的内容。

【案例 2-2-1】童车



涉案专利



被控侵权产品

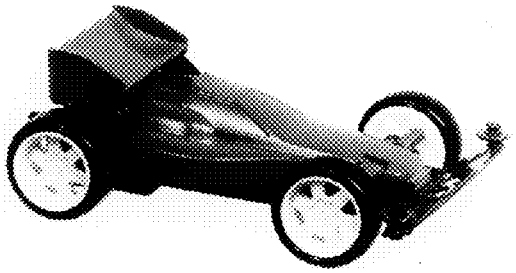
分析与评述：

涉案专利为儿童手推车的车架外观设计，被控侵权产品为儿童手推车整体。在进行相同或近似的对比过程中，应当将被控侵权产品中的相应部分——车架与涉案专利进行对比。

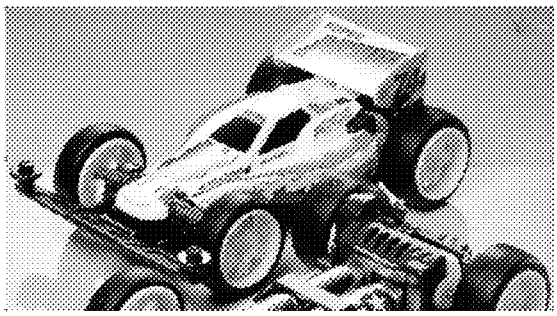
根据涉案专利要求保护的设计要素（形状，图案，色彩），确定被控侵权产品的相应要素。例如，如果涉案专利是单纯形状的外观设计专利，则仅将被控侵

权产品的形状与外观设计专利的形状进行对比；如果涉案专利是形状和图案结合的外观设计专利，未要求保护色彩，则将被控侵权产品的形状、图案要素与外观设计专利的形状、图案进行对比。

【案例 2-2-2】玩具车



涉案专利



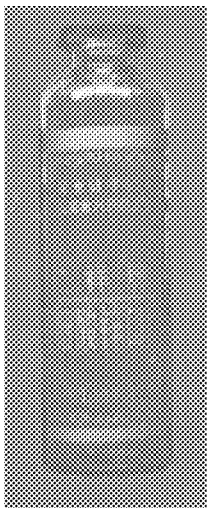
被控侵权产品

分析与评述：

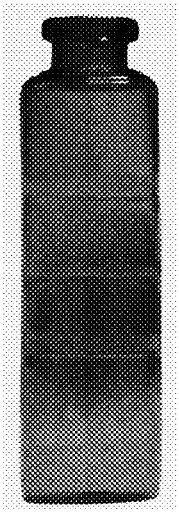
涉案专利仅是涉及形状的外观设计，无图案，未要求保护色彩；被控侵权产品虽然具有图案和色彩，但在进行相同或近似对比时，应当将被控侵权产品的形状与涉案专利的形状进行对比。

被控侵权产品设计要素（形状，图案，色彩）少于涉案专利的，应将二者全部设计要素进行对比。

【案例 2-2-3】口服液包装瓶



涉案专利



被控侵权产品

分析与评述：

涉案专利为口服液包装瓶，未请求保护色彩，其外观设计包括瓶子的形状和瓶身上的图案设计；而被控侵权产品仅为蓝色的口服液药瓶，包含了形状和色彩两个设计要素。由于涉案专利未请求保护色彩，则在对比时，应当将被控侵权产品的瓶身形状与涉案专利的瓶身的形状、图案两个设计要素进行对比，通过整体观察、综合判断，判断二者的整体视觉效果是否相同。

如果涉案专利是由组装在一起使用的至少两个构件组成的组件产品的外观设计，可以将被控侵权产品中与其数量相对应的、明显具有组装关系的构件与涉

案专利进行对比。

【案例 2-2-4】插拼玩具

涉案专利是包括32个组件的拼插玩具，被控侵权拼插玩具由56个组件组成。

分析与评述：

侵权判定时，可以将被控侵权产品中分别与涉案专利中相对应的32个组件与涉案专利进行对比。

第3节 相同或相近种类产品

判断被控侵权产品是否与涉案专利构成相同或近似，首先要判断相关产品在种类上是否相同或者相近。其判断依据是产品的用途（产品应用的方面、范围）。

当产品的种类既不相同也不相近时，即使被控侵权产品的形态（形状、图案、色彩）与专利相同或近似，也不能认定被控侵权产品落入专利权的保护范围。

1. 相同种类的产品

相同种类的产品是指产品用途完全相同的产品。

例如，机械表和电子表，虽然二者的内部结构、实现计时的原理不同，但是二者均是指戴在手腕上、用以计时/显示时间的仪器，用途相同，属于相同种类的产品。

2. 相近种类的产品

相近种类的产品是指用途相近的产品。当产品具有多种用途时，如果其中部分用途相同，即使其他用途不同，二者也属于相近种类的产品。

【案例 2-2-5】

换气扇和空调扇

换气扇的用途是，通过使室内外空气交换而除去室内的污浊空气、调节温度和湿度等。空调扇的用途是，送风、制冷、取暖和净化空气、加湿等，二者在送风、净化空气方面的用途相同，属于相近种类的产品。

【案例 2-2-6】

手表与带MP3的手表

手表与带MP3的手表都具有计时的用途，虽然后者除计时之外还兼具播放音乐的功效，但就计时而言，二者的用途是相同的。二者属于相近种类的产品。

【案例 2-2-7】

镜子和汽车后视镜

镜子是一种表面光滑、具反射影像功能的物品。镜子常被人们用来整理仪容，主要用作衣妆镜、家具配件、建筑装饰件、光学仪器部件以及太阳灶、车灯与探照灯的反射镜、反射望远镜、汽车后视镜等。普通的镜子和汽车后视镜虽然一个

用于观察仪容，一个用于观察车辆后部的交通情况，但二者都用于供使用者观察镜子中反射的图像，具有相近的用途，属于相近种类的产品。

3. 产品用途的确定

确定产品的用途，主要根据图片或照片、外观设计简要说明中记载的产品名称、用途，还可以参考国际外观设计分类表、产品的功能以及产品销售、实际使用的情况等因素。。

3.1 国际外观设计分类号

授予专利权的外观设计在著录项目中注有分类号信息，该分类号是依据外观设计国际分类（洛迦诺分类）标准对产品进行的分类。洛迦诺分类表依据产品的用途，采用两级分类制，即大类和小类，分类较粗，故只宜作为确定产品种类的参考。

3.2 简要说明

产品名称、产品用途等信息是确定外观设计产品种类的重要依据，申请日在2009 年 10 月 01 日以后的外观设计专利，在简要说明记载了这些信息。在产品图片或照片与产品名称不完全对应，或者依据产品名称和图片或照片也不能确定产品用途时，简要说明中有关产品用途的内容对确定外观设计的产品种类具有重要意义。

3.3 产品图片或照片

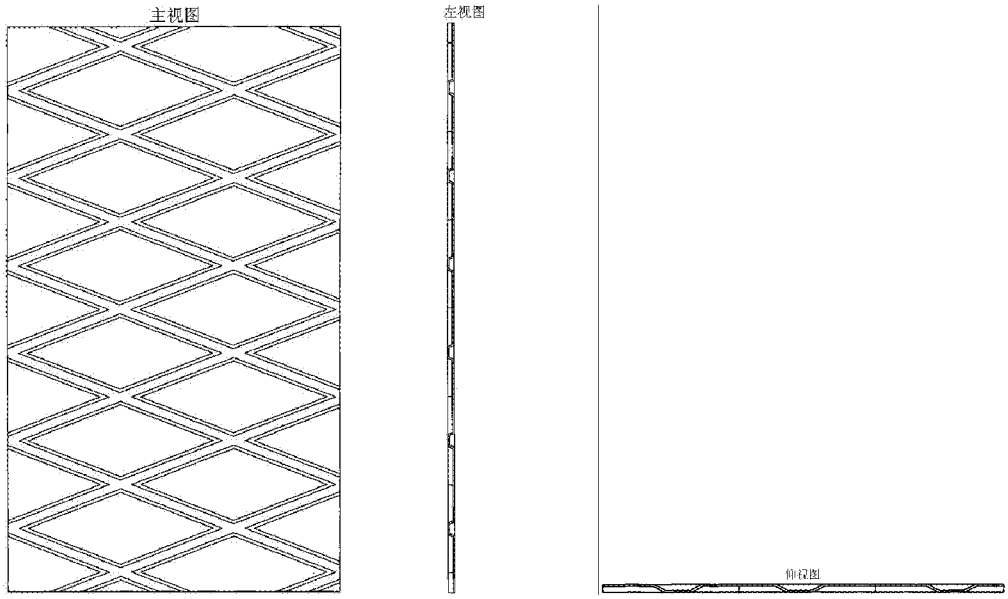
产品的图片或照片是确定产品用途的重要依据，例如，对于明确的、已知的产品，根据图片或照片中显示的产品即可确定产品的用途。

除六面视图和立体图外，有的外观设计专利还包括其他视图，这些视图通常用来对外观设计作进一步说明，或者表示产品的使用环境，或者表示与其他产品的配合使用情况（如使用状态参考图），可以用来更好地理解外观设计产品的使用状态，表明外观设计产品的用途。当依据产品的名称、分类号、产品的基本视图不能确定产品的种类时，产品的其他视图，特别是使用状态参考图也为确定外观设计产品的种类提供了重要依据。

下面的案例是实践中如何确定产品用途的一个示例性说明。

【案例 2-2-8】复合风管板

涉案专利是产品名称为“复合风管板（菱形）”的外观设计专利，其分类号为 23-99，包括主视图、后视图、俯视图、仰视图、左视图、右视图等六面视图，其中主视图和后视图对称，左视图和右视图对称，俯视图和仰视图对称。涉案专利未附具简要说明。



主视图　　左视图　　仰视图

涉案专利部分视图

分析与评述：

根据图片，涉案专利产品为压制有菱形图案的片状物。压制有菱形花纹的片状外观的产品用途是多种多样的，仅根据图片无法确定其产品种类及用途。

涉案专利产品名称为“复合风管板（菱形）”。风管板一般用于空气输送和分布的管道系统，主要应用在工业节能环保方面，通常具有多层结构，中间为保温层，两侧粘合有金属薄板层。涉案专利图片所示产品是一个压制有菱形图案的片材，虽然与其产品名称并不完全对应一致，但根据产品名称，可以认为其限定了该压制有菱形图案的片状物的用途。

另外，该外观设计的分类号为 23-99，其内容为“卫生、供暖、通风和空调设备”的“其他杂项”，根据产品名称确定的用途判断，涉案专利产品属于该分类号。

综上所述，结合产品名称、外观设计分类号、授权公告图片，可以确定涉案专利产品是用于空调等空气输送和分布的管道系统的复合风管板。

第 4 节 外观设计相同或近似对比判断

外观设计专利侵权判定的另一项重要内容是判断被控侵权产品是否采用与专利外观设计相同或者近似的形态（形状、图案、色彩）。

1. 相同或近似的判断方式

相同或近似的对比判断应当站在涉案专利产品的一般消费者角度，对涉案专利与被控侵权产品的相关设计内容进行直接观察、单独对比，通过整体观察、综合判断的方式，确定产品外观设计的整体视觉效果。

1.1 直接观察

所谓“直接观察”，是指观察者仅凭普通视觉、不借助仪器等其他工具或者手段进行比较观察，视觉无法直接分辨的设计内容不能作为认定相同或近似的依据。

例如，有些纺织品用视觉观看形状、图案和色彩完全相同，但在放大镜下观察，其纹路有很大的不同，这种借助放大镜等仪器观察到的纹路，不能作为外观设计专利侵权对比的依据。

1.2 单独对比

所谓“单独对比”，是指在外观设计相同或近似对比时，应当将一件被控侵权产品的相关设计内容与涉案专利的一项设计进行对比，不能将两项或者两项以上外观设计结合起来进行对比。

例如，涉案专利为成套产品的外观设计专利，包含有若干项具有独立使用价值的产品的外观设计，或者涉案专利为相似外观设计专利，包含有多项相似的外观设计，权利人主张多项外观设计作为权利基础时，应当将一件被控侵权产品的相关设计内容与各项外观设计分别单独进行对比。

1.3 比较产品外观的视觉效果

在外观设计专利侵权判定时，应当仅以产品的外观为比较对象，考虑要求保护的形状、图案、色彩产生的视觉效果。应当将图片或者照片表现的涉案专利与被控侵权产品（或者其图片或者照片所显示的产品）的形态（形状、图案、色彩）进行比较，从二者外观带给一般消费者的视觉印象、而非产品功能角度进行分析判断。

1.4 整体观察、综合判断

外观设计相同或近似的对比中，应当采用整体观察、综合判断的方法。所谓整体观察、综合判断是指，基于涉案专利的全部设计要素与被控侵权产品的相应设计内容进行比较，而不是依据外观设计的局部或者涉案专利与被控侵权产品相区别的设计特征作出判断。应当根据相关种类产品的外观设计的设计空间，综合分析各设计内容对外观设计整体视觉效果的影响。

如果一般消费者会将被控侵权产品误认为涉案专利外观设计，则被控侵权产品落入外观设计专利保护范围。如果一般消费者不会将被控侵权产品误认为涉案专利产品，也不必然得出二者不近似的结论。

1.5 组件产品与变化状态产品

1.5.1 组件产品

对于组装关系唯一的组件产品，一般消费者会对各构件组合后的产品的整体外观设计留下印象，因此应当以各组件组合状态下的整体外观设计为对象，而不是以单个构件的外观设计为对象进行对比。

对于组装关系不唯一的组件产品，例如插接组件玩具产品，一般消费者会对单个构件的外观设计留下印象，所以应当以插接组件的单个构件的外观设计为对象，而不是以插接后的整体的外观设计为对象进行对比。

对于各构件之间无组装关系的组件产品，例如扑克牌、象棋棋子等组件产品，

在购买和使用这类产品的过程中，一般消费者会对单个构件的外观留下印象，所以应当以单个构件的外观设计为对象进行对比。

1.5.2 变化状态产品

对于变化状态产品，在对比判断中，应当将被控侵权产品的相应变化状态与涉案专利的各状态进行对比，而不应当仅针对被控侵权产品和涉案专利的一种状态进行比较，也不应当仅凭二者变化状态的数量不同而得出不相同或不近似的结论。

如果涉案专利为变化状态产品，应当以其各个状态所示的外观设计作为与被控侵权产品进行比较的对象，对产品各种使用状态的外观设计作综合考虑。

如果涉案专利不是变化状态产品，而被控侵权产品是变化状态产品，应当将被控侵权产品与涉案专利产品相对应的状态作为比较对象。

2. 相同或近似的判断

2.1 外观设计相同

外观设计相同，是指被控侵权产品种类与涉案专利相同，且被控侵权产品与涉案专利的全部设计要素相同，其中外观设计要素是指形状、图案以及色彩。

被控侵权产品种类与涉案专利不同的，即使其外观设计的三要素相同，也不应认为是外观设计相同。

如果涉案专利与被控侵权产品的相关设计的区别仅属于常用材料的替换，或者仅存在产品功能、内部结构、技术性能或者尺寸的不同，未导致产品外观设计的变化，二者仍属于相同的外观设计。

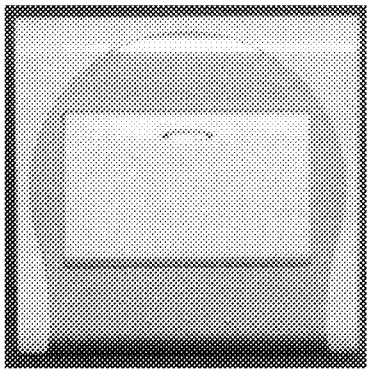
【案例 2-2-9】瓷娃



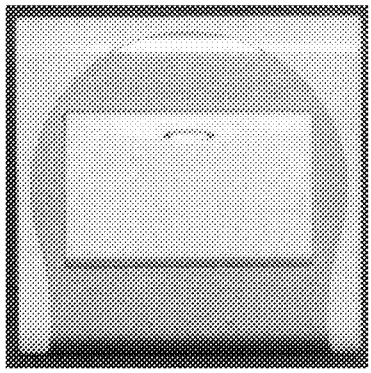
分析与评述：

图中各瓷娃尺寸大小不同，但是各瓷娃的设计均是相同的，不同之处仅在于尺寸的等比例变化，每个瓷娃外观设计的视觉效果是相同的，二者属于相同的外观设计。

【案例 2-2-10】开关



触摸开关



声控开关

分析与评述：

上图中两个产品均为开关，但一个为触摸开关，一个是声控开关，二者实现电路闭合、断开的原理不同，但其产品外观的视觉效果是相同的，二者属于相同的外观设计。

2.2 外观设计近似

在涉案专利与被控侵权产品属于相同或相近类别的情况下，如果被控侵权产品的相关设计内容的设计要素（形状、图案、色彩）与涉案专利要求保护的设计要素的区别点对产品外观设计的整体视觉效果不具有显著影响，导致被控侵权产品与涉案专利在整体视觉效果上无实质性差异，则二者属于近似的外观设计。

在判断区别点对于产品的整体视觉效果是否具有显著影响时，需要根据涉案专利产品的设计空间、区别点所在的部位是否易见、区别点是否为局部细微差异等因素做出综合判断。

2.2.1 设计空间

设计空间是指设计者在进行产品外观设计时能够自由发挥的空间，也称设计自由度。包括产品外观设计开发过程中，可以不受产品的功能、技术性能、标准以及技术条件等因素制约，能够产生创新变化的所有外观设计内容。

产品的外观设计通常在设计空间中做出设计变化。一般消费者更容易注意到设计空间内的设计特征的差异，所以在近似判断中需要了解产品的设计空间，尤其是对于功能性较强或专业性较强的产品。

如果被控侵权产品与涉案专利的不同点是在设计空间内做出的较大变化，则该不同点会对产品的整体视觉效果具有较大影响；如果在设计空间内做出的外观设计的不同点对产品外观设计的整体视觉效果影响较小，则应认定二者属于近似的外观设计。突破已有设计空间产生的设计变化，通常会对产品的整体视觉效果更具有影响。

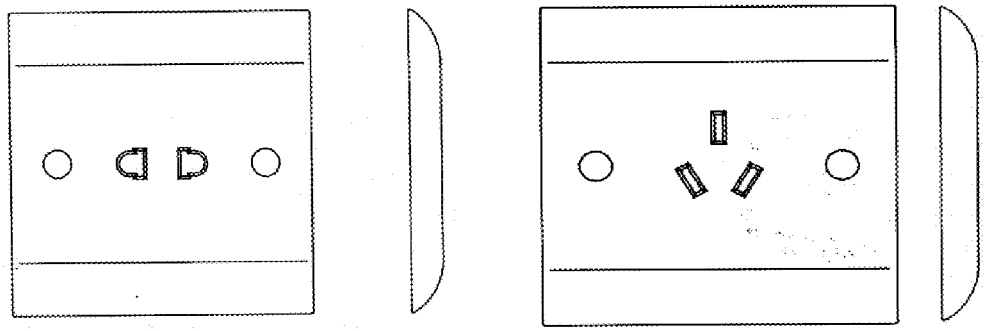
在确定产品的设计空间时，通常考虑如下几个方面。

（1）产品的实用功能

产品的设计空间主要受产品的实用功能的限定。对产品的实用功能的考虑，涉及产品能够满足人们需求而采用的技术方案、产品的操作环境、产品的使用方式、人机工程学要求等。相对于产品的其它设计特征，主要由产品的技术功能决定的设计特征对整体视觉效果具有较小的影响。

如果某类产品的局部外观设计由产品的实用功能唯一确定，则该类产品相应部分的设计必定一致，一般消费者更容易注意到其他部位产生的变化，由实用功能唯一决定的设计内容对外观设计整体视觉效果不具有影响。

【案例 2-2-11】插座

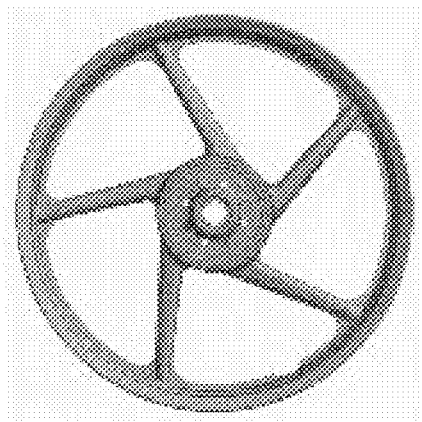


两相插座　　三相插座

分析与评述：

被控侵权产品在涉案专利的电源插座面板基础上，将两相插座改变成三相插座，这是由已有国家标准规定的功能决定的部件的外观变化，属于由产品的功能唯一限定的变化，对整体视觉效果不具有显著影响，二者的其它设计又均是相同的，因而二者构成近似的外观设计。

【案例 2-2-12】车轮



分析与评述：

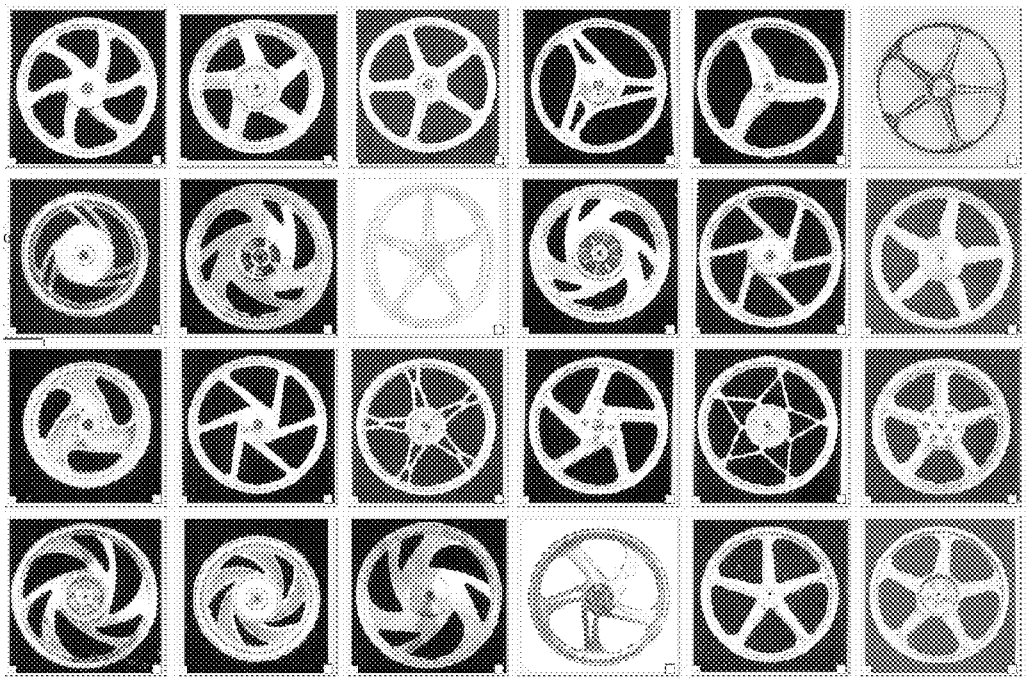
就车轮而言，其外轮廓形状要满足滚动的需求，其外部圆形属于受功能唯一限定的设计内容。就辐条而言，其功能在于连接轮毂、轮辋，并且应当符合受力平衡的要求。在满足上述条件下，辐条设计可以做出很多变化，具有较大的设计空间，故其异同将对产品的整体视觉效果更具有影响。

（2）现有设计状况

现有设计状况是指在涉案专利的申请日之前在国内外为公众所知的相同或相近种类产品的外观设计的整体状况。

通过分析现有设计状况，得出现有设计中存在的共同设计特征，作为判断某类产品设计空间的参考，会使判断者更准确地把握一般消费者的常识性知识，即对涉案专利申请日之前相同或相近种类产品及其惯常设计的常识性了解。

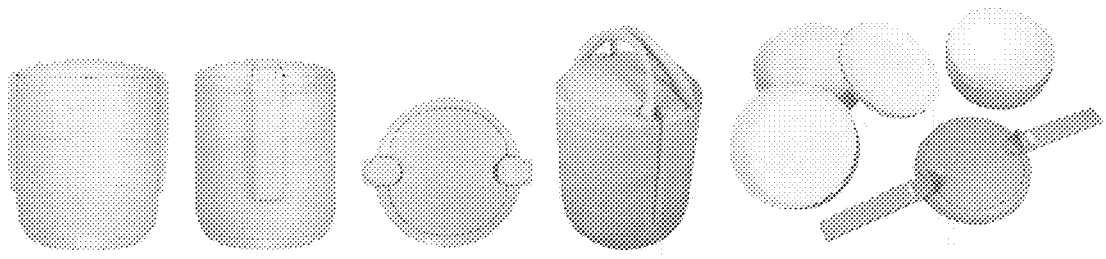
【案例 2-2-13】车轮



针对【案例 3-2-10】所示的车轮，上图示出了通过检索获得的多个现有设计。从现有设计可见，轮辋的形状均为圆形，印证了车轮形状要受滚动功能限制的认识，也证明了车轮形状为圆形属于车轮的惯常设计。同时，从大量的现有设计可以看出，辐条的形状、数量变化多种多样。进一步说明车轮辐条的设计空间相对较大，辐条的设计变化相对于轮辋、轮毂的设计对车轮整体视觉效果更具有影响。

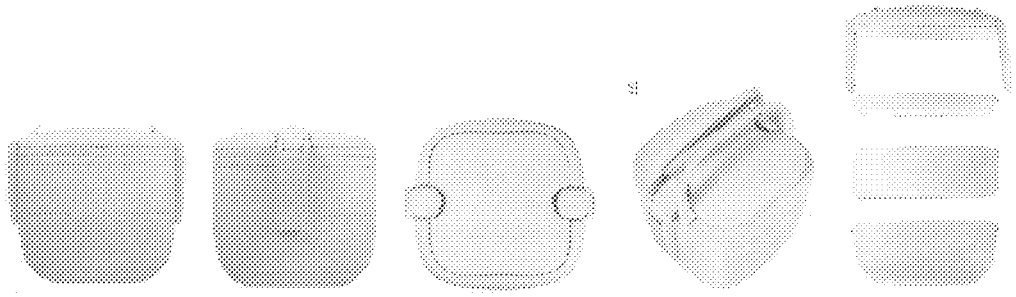
分析现有设计状况可以确定相关种类产品的惯常设计、涉案专利中区别于现有设计的设计特征。对于产品上某些设计属于该类产品公认的惯常设计的，无论该惯常设计是由功能决定的，还是由其他因素决定的，该惯常设计均属于一般消费者熟视无睹的设计特征，惯常设计之外的其余设计的变化通常对整体视觉效果更具有影响。

【案例 2-2-14】饭盒



主视图　　左视图　　俯视图　　使用状态图　　分体状态图

涉案专利



主视图　　左视图　　俯视图　　使用状态　　分体状态图

被控侵权产品

分析与评述：

方形和圆形是饭盒类产品常见的设计，一般消费者对于上述两种形状更为熟知，整体形状属于惯常设计，其它设计的变化将对整体视觉效果更具有影响。由于二者在提手设计、卡扣设计等各方面均相同，因此，构成近似的外观设计。

通常，涉案专利区别于现有设计的设计特征，如果反映了外观设计专利在设计上的创新和改进，使得一般消费者更容易关注到相关设计变化，则该设计特征相对于涉案专利中的其它设计特征对外观设计的整体视觉效果更具有影响。

应当注意，简要说明中记载的设计要点，在一定程度上可能反映了涉案专利区别于现有设计的设计特征，但不能直接依据设计要点认定其对整体视觉效果的影响，更不能将其作为判断外观设计是否相同、近似的直接依据。对整体视觉印象具有显著影响的设计特征的确定，还需要根据本节规定的各因素确定。

（3）技术条件、法律法规等其它因素

技术条件是指实现产品功能与造型的客观生产条件。

法律法规、国家标准、地区标准、行业标准等，可能要求产品满足一定的技术要求，从而对产品外观设计的设计空间产生影响。

（4）设计空间的调查

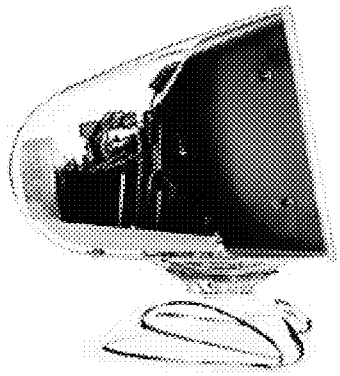
在外观设计专利侵权纠纷处理中，管理专利工作的部门可以根据案件需要对设计空间进行调查。当事人应针对相关种类产品的设计空间发表意见，必要时可以举证证明当事人的主张。

日常生活用品的设计空间较易把握；装饰性产品，如摆件、挂件等的设计空间较大。

2.2.2 产品易见的部位

在外观设计相同或近似的对比判断中，应当更关注正常使用时易见部位的设计变化，该部位的设计变化相对于不易见或者不可见部位的设计变化，通常对整体视觉效果更具有影响。但有证据表明在不易见部位的特定设计对于一般消费者能够产生引人瞩目的视觉效果的除外。

【案例 2-2-15】电视机



分析与评述：

电视机的背面在使用过程中不被一般消费者关注，对电视机的设计变化通常体现在易见的产品正面，产品的正面具有较大设计空间，因而，使用过程中易见的正面相对于不易见的背面，其设计变化对整体视觉效果更具有影响。

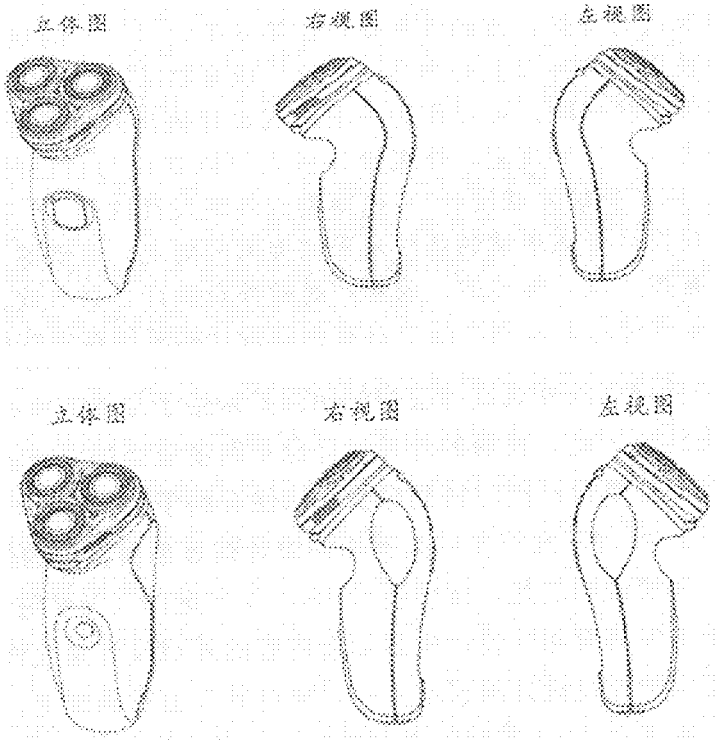
但如果电视机的后外壳采取了透明材料设计，如上图所示，能够看见内部结构的电视机后部设计将在整体中引人瞩目，此时在进行近似对比时应考虑电视机背部的设计变化。

2.2.3 局部细微差异

若被控侵权产品与涉案专利外观设计的区别点仅在于局部的细微变化，没有导致二者整体视觉效果产生实质性差异，则被控侵权产品与涉案专利外观设计近似。

在判断区别点是否属于局部细微变化时，一般会考虑区别点在产品整体中所处的位置、所占的比例、以及是否为产品设计空间中的主要设计内容等。当涉案种类产品的整体外观具有一定的设计空间，其形状、图案、色彩等都可以进行设计变化时，如果区别点所占比例很小，即使区别点位于容易观察到的部位，也属于局部细微差异。

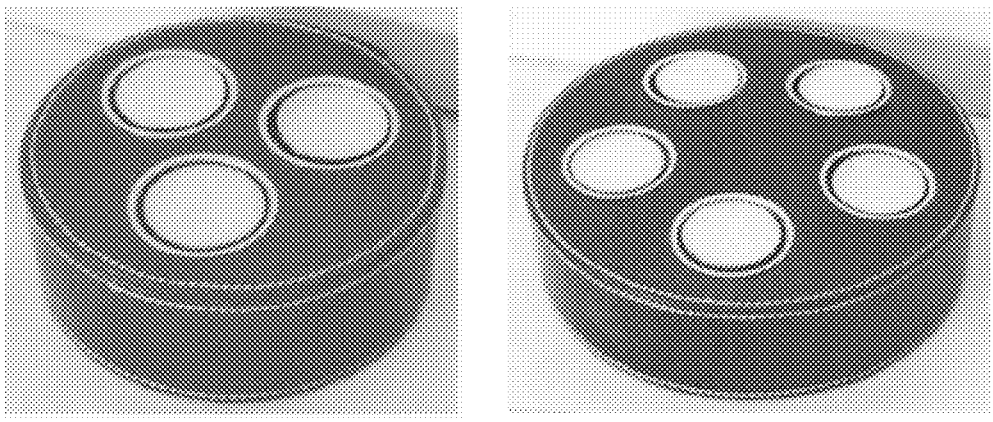
【案例 2-2-16】剃须刀



分析与评述：

在上图所示涉案专利与被控侵权产品的两款剃须刀中，刀头部位主要实现了剃须功能，其设计空间通常体现在产品的整体形状、手柄部位的设计。二者的区别仅在于正面开关部位以及侧面连接部的设计不同，在整体形状、排布、构成均相同的情况下，上述两个部位的区别并不属于在设计空间内的主要设计，相对于剃须刀整体而言，属于局部的细微差异，二者的整体形状将对产品的视觉效果更具有影响，从整体的视觉效果看，二者不具有实质性差异，构成近似的外观设计。

【案例 2-2-17】烛台



分析与评述：

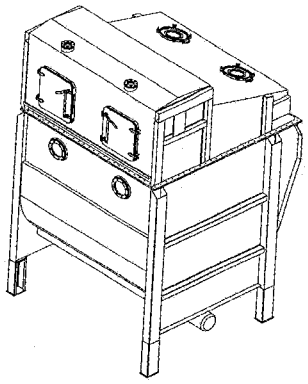
涉案专利产品与被控侵权产品均为蜡烛台，二者的区别仅在于蜡烛安放孔的数量。蜡烛台用于盛放蜡烛，其安放孔的形状、深度除受蜡烛所限外，再无其它限制，因此，蜡烛台在整体形状、图案、安放孔的排布等方面，可具有很大的设计变化，即设计空间较大。一般消费者对蜡烛台整体的形状、图案、排布更容易产生视觉印象。图中所示的两款蜡烛台，整体形状相同、安放孔的形状排布方式

相同，虽然安放孔的数量有所差别，容易被识别出来，但是相对于整体造型而言，属于局部细微差异，二者构成近似的外观设计。

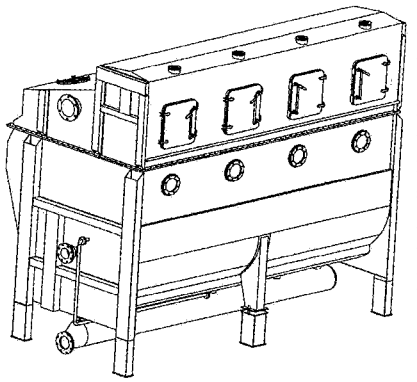
2.2.4 特殊情形

当被控侵权产品与涉案专利外观设计相比较，区别仅在于将涉案专利整体作为设计单元，按照该种类产品的常规排列方式做重复排列，或者仅其排列数量存在增减变化；或者二者仅是互为镜像对称；或者单一色彩的外观设计仅作色彩的改变，则该设计的变化通常不会带来二者整体视觉效果的实质性差异。

【案例 2-2-18】染色机



涉案专利

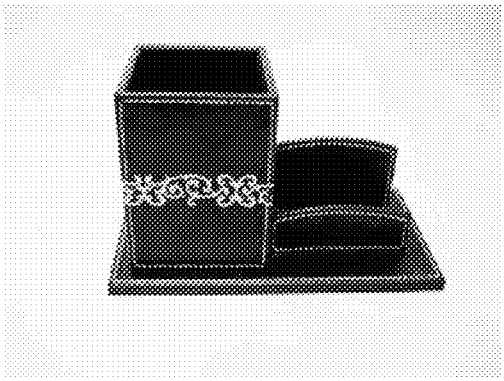


被控侵权产品

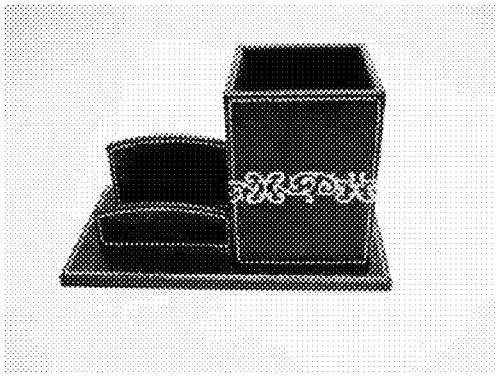
分析与评述：

涉案专利为带有两个窗口的染色机，被控侵权产品的染色机将两个窗口按照通常的横向排布方式重复增加为四个，这一设计变化属于简单的重复排列，二者构成近似的外观设计。

【案例 2-2-19】笔筒



涉案专利

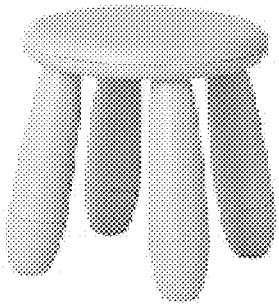


被控侵权产品

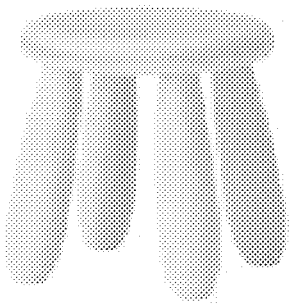
分析与评述：

图中所示的两个笔筒的各部分设计除左右布局不同外，其余均相同，属于对称设计，二者构成近似的外观设计。

【案例 2-2-20】圆凳



涉案专利



被控侵权产品

分析与评述：

涉案专利为具有单一色彩的圆凳外观设计，图中所示两款圆凳的形状设计完全相同，不同之处仅在于将圆凳整体颜色作了不同替换，二者构成近似的外观设计。

第5节 几种类型产品的近似性判断

以下举例说明几种典型类型产品的外观设计的近似性判断。

1. 包装类产品

包装类产品包括包装盒（箱）、包装瓶（罐）、包装袋等用于商品包装的产品。

（1）产品种类

在判定产品种类时，应当区分被包装物与包装物的用途。由于包装类产品的用途是包装产品，与被包装物的性质无关。因此，在外观设计国际分类中，包装类产品均属于09类产品，不因被包装物的不同而属不同的种类。比如，酒的包装瓶和药的包装瓶属于相同种类物品，而不是不同种类物品。

产品在外观设计国际分类表中的分类不同，并不意味着产品种类不同，产品的用途是判断的主要依据。例如，涉案专利产品名称为包装罐，其外观设计国际分类（洛迦诺分类）为09－03。被控侵权产品是包装罐标贴，其洛迦诺分类是19－08。尽管二者产品名称和分类均不相同，但其用途都是对包装罐起标识、装饰作用，均用于产品包装，区别仅在于后者附着在包装罐上，前者本身就是包装罐，其除具有标识作用外还有容器的用途，所述区别并不妨碍二者属于相近种类产品的归类。

（2）产品形态（形状、图案、色彩）

从形状上看，包装类产品分为立体产品和平面产品两种。凡是具有三个以上外表面的产品都属于立体包装产品，仅有正反两个外表面的产品属于平面包装产品。包装类产品上的文字（包括产品名称在内）和数字的字体、字形和排列等，应当作为图案考虑，不应当考虑文字的发音和含义。

（3）设计空间

包装类产品由于受功能等因素限定较少，其设计空间较大，无论是形状还是图案或者色彩，均具有较大的变化自由度。

（4）设计要点

从设计要点来看，很多包装类产品的形状都是惯常设计或者是现有设计，对于这类设计，通常其图案和色彩的设计对整体视觉效果更具有影响；通常，使用状态下朝向消费者的面的设计对整体视觉效果更具有影响。

对于形状、图案和色彩都是新设计的包装类产品外观设计，要综合考虑，判断其视觉瞩目的设计内容，该部分内容对整体视觉效果更具有影响。

对于具有惯常设计或者透明设计部分的包装类产品而言，应综合考虑惯常设计以外的设计内容以及透明设计部分本身的形状、可见部分的设计内容对整体视觉效果的影响。

【案例 2-2-21】包装袋



涉案专利



被控侵权产品

分析与评述：

涉案专利包装袋下半部分是用透明材料制成的楔形包装袋，上半部分是带有图案的纸板，该纸板从中间相对而折，将包装袋的一面封口（简要说明注明后视图无图案，故省略）。尽管对于外表使用透明材料的产品而言，人的视觉能观察到的其透明部分以内的形状、图案和色彩，应当视为该产品的外观设计的一部分，但是，由于该透明部位的设计属于该类产品公认的惯常设计，而且涉案专利并未表示透明部分内部的设计内容。据此判断，根据一般消费者的认知能力，对该部位的关注是出于对所装食品是否符合实用要求的考虑，而不是区别两项外观设计的依据，封口部位带有图案部分的设计内容才是一般消费者区别不同外观设计的视觉瞩目设计内容。因此，判断二者外观设计的近似性时，封口处的带有图案的纸板对整体视觉效果更具有影响。

从封口纸板设计来看，涉案外观设计专利产品名称文字比较大、且呈艺术字体的“香辣鱼粒”字样，该字样位于纸片的中央显著位置。左上角还有标准宋体格式、字体比较小的标有商标角标®的“××”商标。由于产品名称在涉案专利正中部的显要位置，且应用了艺术字体，字型较大，是更易引起一般消费者关注的部分。而左上角的商标，因其字体较小，位置较偏，尤其是作为商标显示，一般消费者关注此部分是出于对产品生产厂家、品牌等的考虑，而不是对于外观设计的考虑，因此，这部分以外的设计内容，包括产品名称及其周围的图案设计以

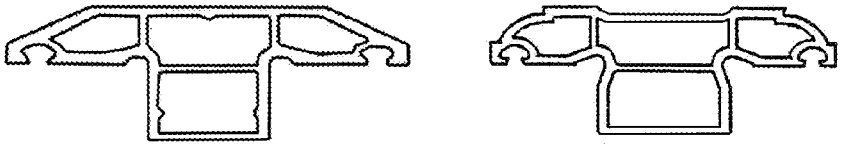
及图案与色彩的结合（如果简要说明请求保护色彩）的设计，对整体视觉效果更具有影响。

2. 型材类产品

型材类产品是指横断面形状沿长度方向连续延伸、在长度方向上无其他形状变化的产品。

对于型材产品而言，横断面形状通常对产品的整体视觉效果更具有影响。由于横断面周边轮廓在最终使用状态下属于可见或易见的设计内容，因此，该设计内容对整体视觉效果更具有影响。对于横断面周边形状是惯常设计的，其中部的形状更具有影响。

【案例 2-2-22】型材



分析与评述：

上图所示型材，二者下部形状较为近似，但由于二者横断面两侧上角、顶边所表示的设计在使用状态下为可见面，对整体视觉效果更具有影响。由于相关设计差别较大，因此，属于具有实质性差异的外观设计。

3. 汽车

汽车的整体流线型设计和部件的变化都是车身设计的组成部分，不能仅仅依据二者的整体流线型判断二者是否近似。影响车身造型的前部及后部造型的变化，包括车灯、保险杠等差别也是需要考虑的重要因素。

（1）了解相关车型的功能

满足不同需求汽车的功能及性能影响着汽车的设计空间。因此，首先需要了解相关车的功能需求，通过对设计空间的了解分析，把握一般消费者通过经验积累的常识性知识。

（2）相同或相近用途的车型进行比较

汽车近似性比较应当基于相同或相近用途的车型进行比较。小客车、大客车、货车以及越野车因用途不同导致技术性能上的差异，由此形成了外观设计某些方面的局限性，决定了设计空间的范围，也决定了外观设计更具有视觉影响的判断因素。

通常，小客车的美感更受到一般消费者的关注，其正面的进风口、组合灯、发动机盖、保险杠、前车窗和两侧后视镜的形状，侧面可观察到的车整体流线型、各部分比例、轮的设计、车窗车门的形状，以及后面车灯组合、后保险杠、后箱

盖以及车窗的形状都是一般消费者关注的设计部位。

对于大客车而言，正面的进风口、组合灯、保险杠、车窗和两侧后视镜，侧面的各部分比例及形成的流线型、轮、车窗、车门，以及后面的车灯组合、保险杠、车窗形状是对整体视觉效果更具有影响的部位。

对于货车而言，正面的进风口、组合灯、发动机盖、保险杠、车窗，侧面的各部分比例、轮、车窗、车门，以及后面的车灯组合是对整体视觉效果更具有影响的部位。

第 3 章 外观设计专利侵权抗辩

第 1 节 概述

外观设计专利侵权抗辩包括不侵权抗辩和免责抗辩。不侵权抗辩是指凭借抗辩事由否定相关行为构成侵权，从而免除侵权责任的承担。外观设计专利不侵权抗辩的事由主要包括如下几项：

（1）依据《专利法》第十一条规定的侵权行为构成要件提出的抗辩，包括不以生产经营为目的的抗辩（参见第二编第四章第 2 节）以及经过许可的抗辩，需要注意，区别于发明和实用新型专利，外观设计专利的使用属于不侵权抗辩情形。

（2）依据《专利法》第六十二条规定提出的现有设计抗辩。

（3）依据《专利法》第六十九条规定提出的不视为侵权抗辩，包括权利用尽抗辩、先用权抗辩、临时过境抗辩等情形。

（4）其他抗辩，包括专利权效力抗辩、诉讼时效抗辩等。其中，当被控侵权人以涉案专利不符合授权条件提出抗辩时，管理专利工作的部门应当行使释明权，告知被控侵权人向国家知识产权局专利复审委员会提出无效宣告请求。

第 2 节 现有设计抗辩

《专利法》第六十二条规定：“专利侵权纠纷中，被控侵权人有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计的，不构成侵犯专利权。”所谓“现有设计”，根据《专利法》第二十三条的规定，是指申请日以前在国内外为公众所知的设计。

1. 现有设计的范围

以 2009 年 10 月 1 日为界，此前，现有设计是指在涉案专利申请日（有优先权的指优先权日，下同）之前在国内外出版物上公开发表或者在国内公开使用的外观设计；2009 年 10 月 1 日（含）之后的现有设计是指在涉案专利申请日之前，在国内外出版物上公开发表过或者使用过的外观设计。

被控侵权人以实施自己或者他人在先申请在后公开的中国外观设计专利为抗辩理由的，不属于适用现有设计抗辩的情形。所谓“在先申请在后公开的中国外观设计专利”，是指在涉案专利的申请日之前申请，在涉案专利的申请日后公

开的中国外观设计专利，因其在涉案专利的申请日前尚未公开，不能构成涉案专利的现有设计，因此不能作为现有设计用于现有设计抗辩。

如果涉案专利享有新颖性宽限期，则符合新颖性宽限期要求的现有设计不属于《专利法》第六十二条所述的现有设计。

涉案专利申请日之前具有保密性质的外观设计，包括基于法律法规（例如保密协议）、社会观念以及商业惯例形成的具有保密性质的外观设计不属于现有设计。除非有证据表明相关外观设计确实在涉案专利申请日之前公开。

2. 判断方式

被控侵权产品外观设计是否属于现有设计的判断方式参见本编第二章第 4 节“1. 相同或近似的判断方式”。

3. 判断基准

适用现有设计抗辩时，应当仅将一项现有设计与被控侵权产品外观设计进行比较，不能将两项现有设计结合与被控侵权产品进行比较。

现有设计产品种类与被控侵权产品种类相同或相近是判断二者是否具有实质性差异的前提。如果二者产品种类不相同且不相近，则可直接认定二者有实质性差异，现有设计抗辩不成立。

在认定产品种类是否相同或相近时，应当以产品的用途为依据，用途相同，则产品种类相同，用途相近则产品种类相近。确定产品用途可以参照产品的名称、外观设计国际分类、专利的图片或照片、产品销售或实际使用状态下的情况以及外观设计专利的简要说明（参见本编第二章第 3 节）。

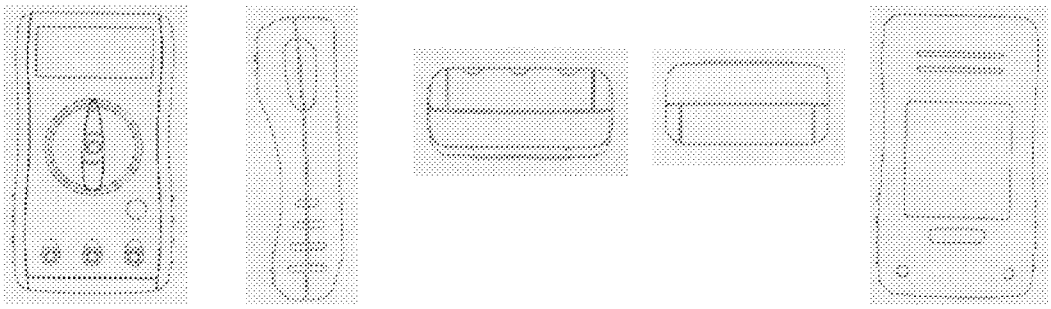
在适用现有设计抗辩时，应当从一般消费者（参见本编第二章第 1 节）的角度，对被控侵权产品的外观设计与一项现有设计进行整体观察，综合判断，当二者相同（无差异）或者无实质性差异时，可以认定被控侵权产品的外观设计属于现有设计，即现有设计抗辩成立。

3.1 现有设计公开内容的确定

应当依据图片或照片或者实物来确定现有设计公开的内容。图片或照片未反映产品各面视图的，应当依据一般消费者的认知能力来确定现有设计公开的信息。

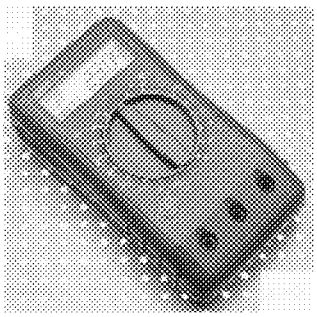
依据一般消费者的认知能力，根据现有设计图片或照片已经公开的内容即可推定出产品其他部分或者其他变化状态的外观设计的，则该其他部分或者其他变化状态的外观设计也视为已经公开。例如在轴对称、面对称或者中心对称的情况下，如果图片或照片仅公开了产品外观设计的一个对称面，则其余对称面也视为已经公开。

【案例 2-3-1】 万用表



主视图　　右视图　　俯视图　　仰视图　　后视图

被控侵权产品



现有设计

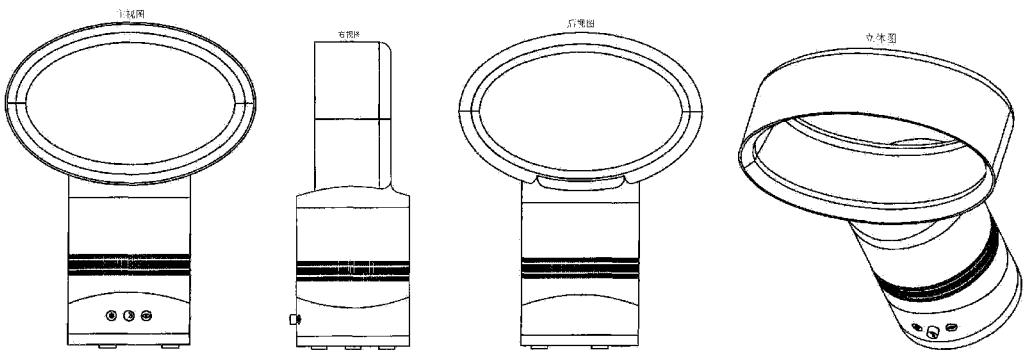
分析与评述：

被控侵权产品外观设计左右对称，现有设计立体图显示了正面、左侧面及底面的设计内容，该三面设计，被控侵权产品外观设计采用了现有设计。图中现有设计右侧面，顶面和背面没有显示。但是，根据被控侵权产品外观设计各面视图判断，由于其左右对称，故其右侧设计实质上亦采用的是现有设计，而其背面和上下侧面属于惯常的设计内容，在使用过程中，正面是一般消费者更关注的面，因此，可以确定被控侵权产品外观设计与现有设计无实质性差异。

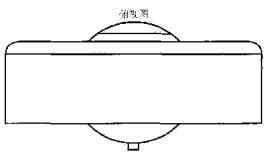
相反，如果立体图仅公开了背面，没有公开一般消费者关注的使用状态下的正面，则不能据此确认现有设计公开的内容。

依据文字内容确定现有设计时，应当以由文字内容能够唯一确定的外观设计为准。不能由文字内容唯一确定的外观设计不能作为现有设计评价现有设计抗辩成立与否。

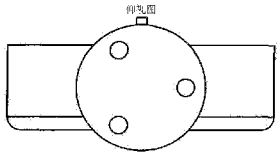
【案例 2-3-2】无叶电风扇



主视图　　右视图　　后视图　　立体图



俯视图



仰视图

被控侵权产品的外观设计

分析与评述：

披露现有设计的是一份发明专利说明书，其中，说明书附图1示出的是正圆形的出风口，但说明书又描述“可以想象其他形状的出风口。例如，可以使用椭圆形或“赛道”形、单条或单线、或块状的出风口”，这里，尽管披露了椭圆形出风口的设计特征，但附图中未示出具体的出风口椭圆形状，仅根据文字表述，椭圆形由于长短轴比例不同可以存在多种设计形状，不能唯一确定其具体的出风口形状，因此，不能认定被控侵权产品采用的是现有设计。

如果现有设计图片或照片未公开的部位属于该种类产品使用状态下不会被一般消费者关注的部位，并且被控侵权产品在相应部位的设计变化也不足以对产品的整体视觉效果产生影响，则未公开的部位不影响对现有设计抗辩是否成立的评价。例如电冰箱，如果图片或照片没有公开冰箱的底面和背面，被控侵权产品在底面和背面的设计变化不足以对产品外观设计产生影响，则底面和背面未被公开的事实不影响对二者进行整体观察、综合判断。

3.2 属于现有设计的判断

被控侵权产品外观设计属于现有设计是指被控侵权产品外观设计与现有设计相同或者无实质性差异。

被控侵权产品外观设计与现有设计相同是指两项外观设计产品种类完全相同，并且落入涉案专利保护范围的被控侵权产品的全部设计要素（形状、图案以及色彩）与现有设计的相应设计要素相同。

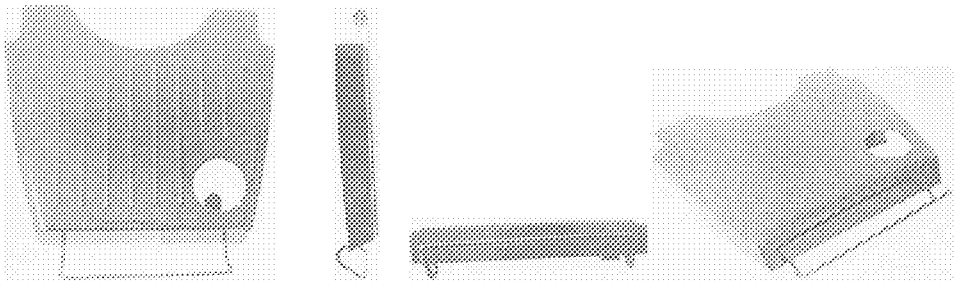
如果两项外观设计仅属于常用材料的替换，或者仅存在产品功能、内部结构、技术性能或者尺寸的不同，而未导致产品外观设计的变化，二者仍属于相同的外观设计。

当产品种类相同或者相近的两项外观设计之间的区别点仅属于以下几种情形时，认为两外观设计无实质性差异。

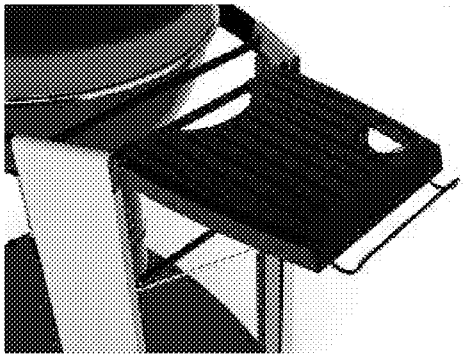
（1）施以一般注意力不能察觉到的局部细微差异

如果被控侵权产品的外观设计与现有设计的区别仅在于一般消费者施以一般注意力不能察觉到的局部细微差异，则二者无实质性差异。

【案例2-3-3】烧烤炉侧台



被控侵权产品外观设计



现有设计

被控侵权产品外观设计与现有设计相同点与不同点的确认：所示侧台整体均为近似梯形板设计，二者顶边凹口、卷曲边、端角缺口、支架、圆孔等设计基本相同，表面均有细长棱条。二者不同之处主要在于：表面棱条不同，被控侵权产品外侧的两条棱条较短，现有设计相对较长；圆孔内托板位置不同，被控侵权产品位于靠底边一侧，现有设计位于底边相对侧；被控侵权产品立体图显示透过圆孔可见较宽凸台，现有设计未见相应设计。

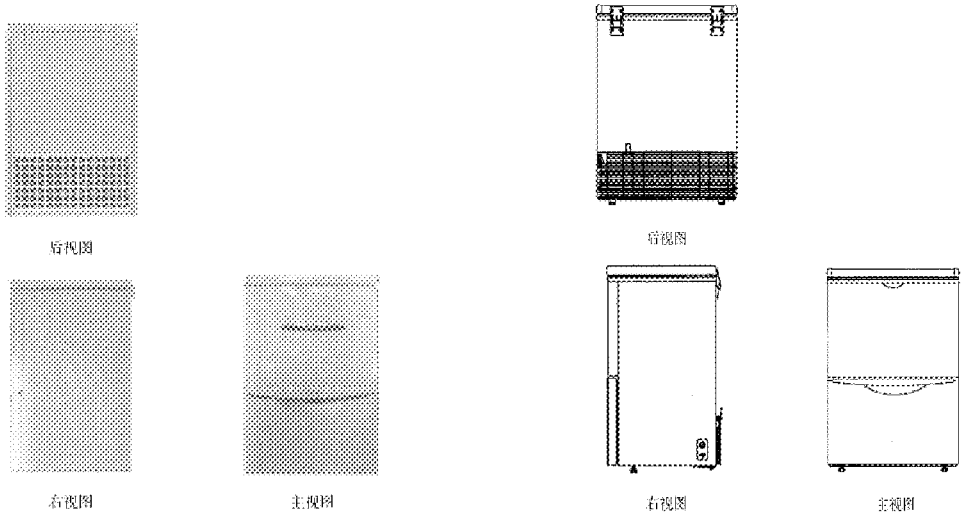
分析与评述：

关于棱条不同，由于二者在侧台表面分布的棱条粗细、方向、密度及绝大多数棱条的长度均基本相同，仅最外侧两条棱条的长度有所不同，一般消费者施以一般注意力对其进行整体观察，上述局部的差异极其细微，容易被忽略；关于托板设计，二者形状相同，仅在相对位置上存在差异，但均位于圆孔下方，作为放置杯子的支撑板，在使用状态下被杯子遮挡而不能观察到；对于被控侵权产品圆孔中的较宽凸台，作为与炉体相结合的支撑结构，在使用状态下同样为不易见部位。因此，在仅存在上述差异的情况下，由于被控侵权产品外观设计与现有设计所示侧台整体形状及顶边凹口、卷曲边、端角缺口、支架、圆孔等各部分设计基本相同，形成了基本相同的视觉印象，二者属于无实质性差异的外观设计。

（2）使用时不容易看到或者看不到的部位

如果被控侵权产品的外观设计与现有设计的区别仅在于使用时不容易看到或者看不到的部位，则二者无实质性差异。但有证据表明在不容易看到部位的特定设计对于一般消费者能够产生引人瞩目的视觉效果的情况除外。

【案例 2-3-4】消毒柜



被控侵权外观设计　　现有设计

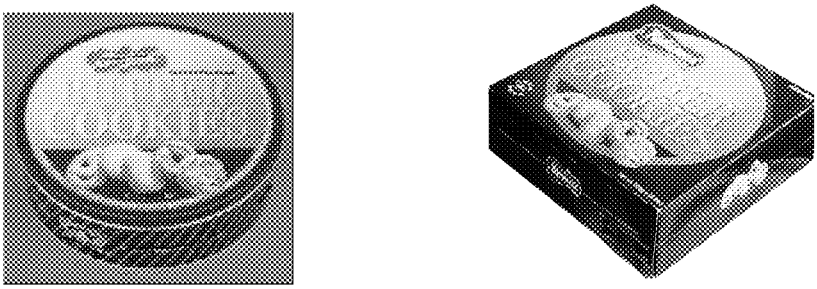
分析与评述：

被控侵权产品与现有设计正面整体形状、门的分割比例、把手的设计均相同。二者的区别是：后部压缩机的散热孔、底部四个支脚、电源插孔以及正面的铭牌。由于在最终使用过程中，冰箱的背面和顶面不易见，底面不可见，通常，相应面设计的差别不会给一般消费者留有视觉印象。铭牌处于易见的正面，侧面右下角的电源插孔这两个区别均属于一般消费者不会关注的细微差别。二者给一般消费者无实质性差别的视觉印象，因此，属于无实质性差异的外观设计。

（3）将某一设计要素整体置换为该类产品的惯常设计

如果被控侵权产品的外观设计与现有设计的区别仅在于将某一设计要素整体置换为该类产品的惯常设计的相应设计要素，例如，将带有图案和色彩的饼干桶的形状由正方体置换为长方体，则二者无实质性差异。。

【案例 2-3-5】包装盒



现有设计　　被控侵权产品外观设计

分析与评述：

被控侵权产品外观设计和现有设计均为包装盒，二者图案基本相同，仔细观察会发现局部标志及小文字有所差别。二者明显的不同点在于形状，现有设计形状为扁圆柱形，被控侵权产品外观设计为扁立方体形。被控侵权产品仅将现有设计的图案表现在该类产品惯常使用的扁立方体形状上，二者应属于无实质性差异的外观设计。

（4）设计单元按常规排列方式作重复排列或单纯的数量增减

如果被控侵权产品的外观设计与现有设计的区别仅在于将现有设计作为设计单元，按照该种类产品的常规排列方式作重复排列，或者将其排列的数量作增减变化，例如，将影院座椅成排重复排列或者将成排座椅的数量作单纯增减变化，则二者无实质性差异。



现有设计

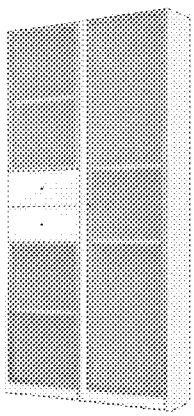


被控侵权产品

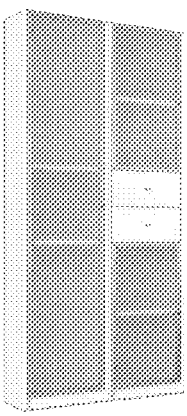
（5）互为镜像对称

如果被控侵权产品的外观设计与现有设计的区别仅在于互为镜像对称，则二者无实质性差异。

【案例 2-3-6】书柜



现有设计



被控侵权产品外观设计

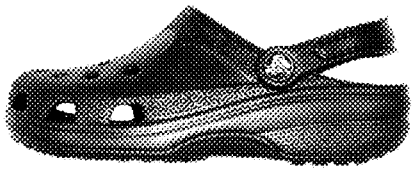
分析与评述：

被控侵权产品与现有设计均为书柜，二者属于镜像对称。被控侵权产品左侧隔成三个空间，右侧上下各有两个空间，中部有两个抽屉；现有设计是右侧隔成三个空间，左侧上下各有两个空间，中部有两个抽屉。二者在设计上没有实质性差别，属于无实质性差异的外观设计。

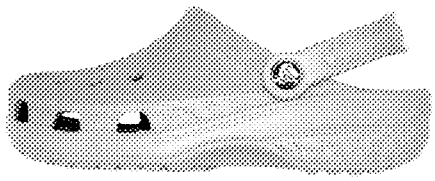
（6）单一色彩的外观设计仅作色彩的改变

如果被控侵权产品的外观设计与现有设计的区别仅在于仅是单一色彩的外观设计仅作色彩的改变，则二者无实质性差异。

【案例 2-3-7】鞋



现有设计



被控侵权产品外观设计

分析与评述：

被控侵权产品与现有设计均为鞋，其鞋的色彩均为单一色彩，二者除色彩外其余设计内容相同，差异仅在于单一色彩的外观设计仅作色彩的改变，属于无实质性差异的外观设计。

在判断两项外观设计有无实质性差异的过程中，必要时，应当结合产品的设计空间来确定是否属于上述几种情形。

3.3 现有设计抗辩的适用

在适用现有设计抗辩时，原则上，管理专利工作的部门应当首先判断被控侵权产品是否落入专利保护范围。只有在被控侵权产品外观设计落入专利外观设计保护范围的情况下，才需要进一步判断现有设计抗辩是否成立。除非被控侵权产品外观设计与现有设计没有差异，属于相同的外观设计，才可以直接认定现有设计抗辩成立，无需再判断被控侵权产品是否落入涉案专利保护范围。

在涉及现有设计抗辩的案件中，涉及三项外观设计，即现有设计、被控侵权产品外观设计和涉案专利外观设计。具体而言，可能出现如下几种情形：

情形 1：被控侵权产品外观设计未落入涉案专利保护范围，此时，无需比较被控侵权产品外观设计与现有设计是否具有实质性差异，可直接认定侵权不成立。

情形 2：被控侵权产品外观设计与现有设计没有差异，即属于相同的外观设计。这表明被控侵权产品使用的是专利申请日之前的现有设计，现有设计抗辩成立。在此情况下，无论被控侵权产品外观设计是否落入涉案专利保护范围，侵权均不成立。因此可以直接认定现有设计抗辩成立。

情形 3：被控侵权产品外观设计与现有设计进行比较具有实质性差异，则现有设计抗辩不成立。在此情况下，如果被控侵权产品外观设计落入涉案专利保护范围，判定侵权成立。否则，侵权不成立。

情形 4：被控侵权产品外观设计落入涉案专利保护范围，且被控侵权产品外观设计与现有设计进行比较有较小差别，在此情况下，如果被控侵权产品使用了涉案专利区别于现有设计的具有实质性差异的不同点，则应当认定现有设计抗辩不成立，侵权成立；否则，现有设计抗辩成立，侵权不成立。在此情形下，应从如下两个方面进行分析：

（1）判断导致专利外观设计与现有设计具有实质性差异的不同点；

（2）判断被控侵权产品是否使用了外观设计专利区别于现有设计具有实质性差异的不同点。

3.4 几点说明

在适用现有设计抗辩时，需要注意以下几点：

（1）现有设计抗辩的适用前提

现有设计抗辩的适用应当依被控侵权人的请求而进行，对于现有设计的举证责任应当由被控侵权人承担，管理专利工作的部门不能代替被控侵权人搜集证据。但是，如果当事人提交的证据确属涉案专利申请日之前的现有设计，管理专利工作的部门可以行使释明权。

（2）用于抗辩的现有设计与专利外观设计的关系

在适用现有设计抗辩时，管理专利工作的部门仅需判断被控侵权产品是否采用了现有设计，无需判定专利外观设计是否属于现有设计。

（3）现有设计抗辩的法律效力

现有设计抗辩成立的判定结论仅对争议的侵权案件有效，对于其他争议案件不产生效力。

（4）现有设计抗辩与设计空间

在涉及现有设计抗辩的外观设计专利侵权纠纷处理中，可能有两次涉及到对现有设计的考虑，一次是在判断被控侵权产品外观设计与涉案专利是否构成近似时，另一次是在现有设计抗辩时。需要注意的是，两次对现有设计的考虑具有本质的区别。前者考虑现有设计是为了确定产品的设计空间，此时是基于对多个现有设计，即现有设计群的分析，判断产品可以进行外观设计变化的内容和范围，其目的是确定近似性判断中对于视觉效果更具有影响的设计内容；后者则是将被控侵权产品外观设计与现有设计进行一对一的比较分析，目的是确认被控侵权产品是否采用的是现有设计，被控侵权人是否能够摆脱承担侵权责任，二者结果完全不同。

第三编 假冒专利行为认定

第 1 章 假冒专利行为的认定标准

根据《专利法》第六十三条规定：假冒专利的，除依法承担民事责任外，由管理专利工作的部门责令改正并予公告，没收违法所得，可以并处违法所得四倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处二十万以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

此外，《刑法》第二百一十六条规定：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。

第 1 节 假冒专利行为的概念界定

根据 2010 年 2 月 1 日起实施的《专利法实施细则》第八十四条的规定，下列行为属于《专利法》第六十三条规定的假冒专利的行为：

（一）在未被授予专利权的产品或者其包装上标注专利标识，专利权被宣告无效后或者终止后继续在产品或者其包装上标注专利标识，或者未经许可在产品或者产品包装上标注他人的专利号；

（二）销售第（一）项所述产品；

（三）在产品说明书等材料中将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，将专利申请称为专利，或者未经许可使用他人的专利号，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计；

（四）伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件；

（五）其他使公众混淆，将未被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。

专利权终止前依法在专利产品、依照专利方法直接获得的产品或者其包装上标注专利标识，在专利权终止后许诺销售、销售该产品的，不属于假冒专利行为。

销售不知道是假冒专利的产品，并且能够证明该产品合法来源的，由管理专利工作的部门责令停止销售，但免除罚款的处罚。

《专利法实施细则》第八十四条第一款第（一）至第（四）项列举了属于假冒专利行为的四种情形，第（五）项为兜底性条款，第二款和第三款则规定了不属于假冒专利行为和应免除罚款处罚的两种情形。

下面，将《专利法实施细则》第八十四条所列举的假冒专利行为分别进行说明。

1. 在产品或产品的包装上标注专利标识

在产品或产品的包装上标注专利标识是最常见、主要的构成假冒专利行为的方式，包括两种不同的情况：一是产品本身不具有任何有效的专利权，却在产品

或包装上进行专利标识标注。其中，专利权被无效或终止的，也属于不具有有效专利权的情形；二是标注的专利号虽然合法有效，但标注专利标识的行为人并不是专利权人或被许可人。

2. 销售上述标注了专利标识的产品

根据社会分工的不同，制造和销售产品往往是不同的主体，如果仅仅限定在产品上标注专利标识才构成假冒专利行为，则销售者就会逃脱法律责任，因此销售《专利法实施细则》第八十四条第（一）项所述产品也构成了假冒专利行为。

并且，基于合理性的考虑，第八十四条第二、三款规定了专利权有效期内在产品或其包装上标注专利标识、在专利权终止后销售上述产品的，不构成假冒专利行为。销售不知道是假冒专利的产品，并且能够证明该产品合法来源的，由管理专利工作的部门责令停止销售，但免除罚款的处罚。

3. 在产品说明书等材料中宣称专利

涉嫌构成假冒专利行为的方式还包括在产品说明书、产品宣传资料、广告中将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，将专利申请称为专利，或者未经许可使用他人的专利号，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计。在产品说明书等材料中宣称专利也是常见的构成假冒专利行为的方式。

4. 伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件

伪造专利证书、专利文件或者专利申请文件，是指行为人编造国家知识产权局并未颁发过的专利证书、没有公告过的专利文本、并未受理过的专利申请文件。

变造专利证书、专利文件或者专利申请文件，是指行为人以篡改方式变造国家知识产权局颁发过的专利证书、公告过的专利文本、受理过的专利申请文件。

上述行为实质上都会误导公众。

5. 其他使公众混淆或误认的行为

虽然《专利法实施细则》第八十四条第一款第（一）至第（四）项规定了假冒专利行为的多种表现形式，但考虑到实践中可能还有部分违法行为形式比较特殊，不能完全加以涵盖，故根据假冒专利的立法目的，设置一项兜底性条款显然是有必要的。其他使公众混淆，将未被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也应当被认为是假冒专利的行为（例如本编第二章第四节所列情形）。

第 2 节 专利标识标注权与标注行为

1. 标识标注权

《专利法》第十七条第二款规定：“专利权人有权在其专利产品或责该产品的包装上标明专利标识。”

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。有权在专利产品或者产品包装上标明专利标识的，除了专利权人之外，还包括经专利权人同意享有专利标识标注权的被许可人。

2. 标注行为

《专利法实施细则》第八十三条规定：“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。专利标识不符合前款规定的，由管理专利工作的部门责令改正。”

国家知识产权局作为国务院专利行政部门，其于 2012 年 3 月 8 日发布的《专利标识标注办法》对如何进行专利标识作出了明确规定。《专利标识标注办法》第四条规定：“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标识标注权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、该产品的包装或者该产品的说明书等材料上标注专利标识。”该办法第五、六、七条进一步对如何标注专利标识作出了明确规定。

其中第五条规定了专利标识包括的内容：

“第五条　标注专利标识的，应当标明下述内容：

（一）采用中文标明专利权的类别，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。

除上述内容之外，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。”

第六条对依照专利方法直接获得的产品如何进行标注作了规定：

“第六条　在依照专利方法直接获得的产品、该产品的包装或者该产品的说明书等材料上标注专利标识的，应当采用中文标明该产品系依照专利方法所获得的产品。”

第七条则对尚未获得授权而在产品、该产品的包装或者该产品的说明书等材料上进行标注进行规范：

“第七条　专利权被授予前在产品、该产品的包装或者该产品的说明书等材料上进行标注的，应当采用中文标明中国专利申请的类别、专利申请号，并标明“专利申请，尚未授权”字样。”

专利标识的标注不符合上述第五条、第六条或者第七条规定的，由管理专利工作的部门责令改正。专利标识标注不当，构成假冒专利行为的，由管理专利工作的部门依照专利法第六十三条的规定进行处罚。

第 3 节 认定构成假冒专利的要素

一项合规的专利标识应当满足以下条件，第一、行为载体应当是专利产品、依照专利方法直接获得的产品、产品包装、产品说明书等资料、以及专利证书、专利文件或者专利申请文件；第二，行为形式应当同时标注中文专利类别和专利号，附加的文字、图形标记不会误导公众；第三，行为主体应当是有权主体，即专利权人或者经专利权人同意享有专利标识标注权的被许可人；第四，时间性条件应当满足在专利授权之后的专利权有效期内。

凡不符合上述条件之一的，均属于不规范的专利标识标注，并有可能构成假冒专利的行为。

1. 行为主体

合规的行为主体应当是有权在产品或产品包装等载体上标注专利标识的主体，一般指专利权人或者经专利权人同意享有专利标识标注权的被许可人。

参照《行政处罚法》第三条的规定，违反专利行政管理秩序的行政相对人是专利权人或者经专利权人同意享有专利标识标注权的被许可人之外的其他公民、法人或者其他组织。这一行为主体应具有民事权利能力和民事行为能力。参照相关法律法规，其他组织是指合法成立、有一定的组织机构和财产，但又不具备法人资格的组织，包括：

（1）依法登记领取营业执照的私营独资企业、合伙组织；

（2）依法登记领取营业执照的合伙型联营企业；

（3）依法登记领取我国营业执照的中外合作经营企业、外资企业；

（4）经民政部门核准登记领取社会团体登记证的社会团体；

（5）法人依法设立并领取营业执照的分支机构；

（6）中国人民银行、各专业银行设在各地的分支机构；

（7）中国人民保险公司设在各地的分支机构；

（8）经核准登记领取营业执照的乡镇、街道、村办企业；

（9）符合条件的其他组织。

对于个体工商户涉及假冒专利行为的，应以营业执照上登记的业主为行政相对人。有字号的，应在法律文书中注明登记的字号。营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者共同为行政相对人。

【案例 3-1-1】

某市知识产权局到甲药店进行市场检查，发现其销售的一种药品上标注有“本品外观专利：200930117892.3”字样。经与国家知识产权局专利登记簿副本核对，200930117892.3 专利权因未在规定期限内缴纳年费已终止。经查，药品包装上表明时间晚于专利终止时间，另甲药店是乙公司一家连锁分店，在工商部门领取了营业执照。

分析与评述：

甲药店销售专利权已终止的上述产品的行为，已构成《专利法实施细则》第八十四条第一款第（二）项规定的“销售第（一）项所述产品”的假冒专利行为，依法应当予以处罚。甲药店虽是乙公司设立的连锁机构，但由于其依法领取营业

执照经营。故参照《民事诉讼法》司法解释第四十条第（五）项的规定，以甲药店为处罚对象，下达处罚决定书。

【案例 3-1-2】

某公立医院在广告中宣传其实施的手术采用了专利技术，在知识产权局对其立案调查的过程中，医院提供不了任何拥有有效专利权的证明，但该医院主张，其为全额拨款的事业单位，经营活动具有公益性质，不以盈利为目的，故不构成假冒专利行为。

分析与评述：

本案涉及以下问题，以盈利为目的是否是构成假冒专利行为的必要条件。

首先，以盈利为目的并非专利法及其实施细则认定假冒专利行为的必要条件，其次，公立医院即便不盈利，其广告宣传行为亦误导公众认为其拥有专利权，该行为同样扰乱了专利管理秩序。

另外，生产经营活动也不是构成假冒专利行为的必要条件。利用专利标识进行宣传的行为通常与生产、经营有关，故即便当事人以此理由作为抗辩理由，亦不能否定假冒专利行为的成立。

【案例 3-1-3】

甲于 1996 年 12 月 23 日向国家知识产权局申请了“组合式墙体结构”的发明专利申请，申请号为 96122343.x。该申请于 1999 年 10 月 15 日进入实审，由于不符合《专利法》的有关规定，因此没有获得专利权。2002 年 4 月 9 日乙与甲签订了《合资建厂合同书》，合同约定“组合式板块结构墙板”专利技术折价 10 万元。2002 年 8 月 20 日甲单方提出解除合资建厂合同，合资双方因此产生纠纷。2005 年 6 月 6 日，乙向知识产权局举报甲“以非专利产品冒充专利产品、以非专利技术冒充专利技术进行违法活动”，请求查处。案件调查中，甲承认在《合资建厂合同书》将“专利申请技术”称作“专利技术”，同时辩称，在谈判记录中自己一再强调是“专利申请技术”，在合同中打印成“专利技术”是笔误，没有假冒专利的故意。

分析与评述：

本案涉及以下问题，具有主观过错是否是构成假冒专利行为的必要条件。

专利法及其实施细则并未要求当事人必须具有故意或过失的心理状态，但故意或过失的心理状态是法律责任的要素，人要对受自己意识支配的行为负责，对无意识的行为不承担责任。就假冒专利行为而言，其法律责任的承担应以故意为主观要件。

需要强调的是，故意是追究其法律责任的构成要素，不是违法行为的构成要素。当事人违法时的心态如何，只是决定其应否承担法律责任或法律责任轻重的问题。对于无过错或明显为过失的假冒专利行为，虽不应对其进行行政处罚，但仍应责令其停止违法行为并予以改正。

对于将“专利申请技术”说成是“专利技术”，通常有两种情形，一是故意而为的假冒行为，二是因过失而产生的笔误。基于故意的假冒专利行为，行为人的主观恶意明显，故意隐瞒申请未授权事实，谎称已经授权，以使对方发生错误认识为目的。就本案而言，甲在《合资建厂合同书》中，将正在申请中的发明专利称为“专利技术”是不规范的。但是根据本案事实，乙在订立合同时也知道该技术是申请中的技术，且双方都在合同中签字盖章，这说明双方对合同标的并无

异议。由此可见，甲在主观上不存在欺诈的故意。合同中的专利技术一词，应属于笔误。

2. 行为形式

2.1 标注字样

假冒专利行为通常与以下表现形式有关：标注专利号、标注专利发明创造名称、标注“专利产品 仿冒必究”、“专利技术”、“专利保护”、“中国专利”、“国家专利”、“国际专利”、“发明专利”、“已申请专利”等字样以及其他宣称采用了专利技术或设计的形式。未经许可使用他人专利公告号、伪造专利公告号构成假冒专利行为，采用虚构的专利权人称号、假冒其他专利权人称号也构成假冒专利行为。

【案例 3-1-4】

甲公司在广告宣传资料上宣称自己公司拥有名称为“一种消泡剂活性组合物制备方法”的专利技术。经核实，名称为“一种消泡剂活性组合物制备方法”的专利权人为乙公司，该专利目前处于有效状态。

分析与评述：

甲公司未经许可，将他人的专利名称所涉及的专利宣传为本公司的专利技术，使社会公众误以为甲公司具有该专利技术，该行为属于假冒专利行为。

【案例 3-1-5】

张某为农具产品生产商，其在产品上标注“中国专利名称：轻便推车式多功能农具”。经核实，张某并未申请过任何专利，“轻便推车式多功能农具”是李某的实用新型专利名称，张某未获得李某的许可。

分析与评述：

张某在未取得许可的情况下，在产品上标注他人合法有效专利的名称，造成社会公众误以为其产品为专利产品的后果，该行为属于假冒专利行为。

【案例 3-1-6】

甲公司在其锁具产品上标注有“专利权人李某专利产品”。经核实，专利权人李某拥有一项锁具专利，但并未许可甲公司使用该专利以及进行专利标注。

分析与评述：

甲公司未经许可，称其产品为他人专利产品，使社会公众误以为甲公司产品具有他人专利技术，该行为属于假冒专利行为。

2.2 技术方案

对于专利权人本人或经其同意标注专利标识的被许可人标注合法有效的专利标识时，需要考虑标注专利标识的产品与该专利标识所代表的专利技术方案是否对应。

【案例 3-1-7】

某市知识产权局执法人员到当地某商场进行假冒专利检查，发现甲公司生产

的四款款式不同的玩具上都标有同一专利标识“外观设计专利号：200930079093.1”，通过国家知识产权局网站检索查明，该专利虽然属于甲公司所有，且处于有效期内，但其主题是一个抱枕，并不是这四款玩具产品。

分析与评述：

甲公司虽拥有标注的专利权，但由于其标注的产品并非专利技术，该标注行为仍使社会公众误以为其为专利产品。同时这一行为损害了专利管理秩序，属于在未被授予专利权的产品上进行专利标注，构成了假冒专利行为。同样，被许可人获得专利权人的许可，可以在产品上标注专利号，但如果其实际生产的产品与专利技术不相对应，也有可能涉嫌构成假冒专利行为。

在这种类型的案件中，应注意区分产品与专利技术（设计）的差异程度。对于产品与专利技术完全不相关或差异较大的情形，应认定为假冒专利行为；如果产品与专利技术（设计）虽有差别，但是两者极其相似，不宜认定为假冒专利行为，可以责令其改正，不作进一步处罚。

3. 行为载体

假冒专利行为的载体通常有：产品、产品包装、产品说明书、产品宣传资料、广告、专利文件、专利申请文件、专利证书、产品买卖合同、技术转让合同、技术许可合同及合同要约、投标文件等。随着互联网产业的快速发展，网络逐渐成为假冒专利行为的新载体，包括但不限于新闻网站、网上商城、个人网站、博客及微博等。这些载体在《专利法实施细则》第八十四条中并未穷举，但只要能够使公众获知行为人的宣传行为，即属于假冒专利行为。

【案例 3-1-8】

某市知识产权局行政执法人员在某电器商场检查时，发现该商场在销售宣传板上书写有“XX 热水器，专利产品；中国专利号：20091000XXXX”，经专利检索后确认，该专利号不存在。

分析与评述：

某商场虽然未制作书面的广告宣传资料，但其书写在销售宣传板上的内容实质上已经构成了广告宣传行为，能够使公众误认为 XX 热水器产品为专利产品，因此该行为属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项“在产品说明书等材料中将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，将专利申请称为专利……”的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-1-9】

甲公司在公司网站上宣称公司董事长是该公司所有专利技术产品的发明人，他拥有多项中国发明专利，并附有三份专利证书。经检索：专利一已因未缴年费而专利权终止，专利二已为避免重复授权而放弃专利权、专利三已被国家知识产权局专利复审委员会宣告全部无效。

分析与评述：

甲公司在网站上宣传该公司产品具有中国专利，并附上三份中国专利证书，显然其宣传的“中国专利”就是指这三项专利，但这三项专利均已失效或被宣告无效，故这一宣传行为属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项“在产品说明书等材料中将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利

设计……”的情形，使社会公众误认为该公司拥有有效的专利技术，属于假冒专利行为。

4. 时间性要求

符合规定的专利标识标注行为在时间上必须发生在专利授权之后到专利权效力终止之前。与之对应，专利标识标注行为发生在专利授权之前或者专利权效力终止之后的，均构成假冒专利行为。

4.1 专利权终止

4.1.1 专利权期满终止

发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权期限为十年，均自申请日起计算。例如，一件实用新型专利的申请日是1999年9月6日，该专利的期限为1999年9月6日至2009年9月5日，专利权期满终止日为2009年9月6日(遇节假日不顺延)。专利权期满后在专利登记簿和专利公报上分别予以登记和公告，并进行失效处理。

4.1.2 专利权人没有按照规定缴纳年费的终止

专利年费滞纳期满仍未缴纳或者未缴足专利年费或者滞纳金的，如专利权人未启动恢复程序或者恢复权利请求未被批准的，专利局将在《专利权终止通知书》发出四个月后进行失效处理，并在专利公报上公告。专利权自应当缴纳年费期满之日起终止。

4.1.3 专利权人放弃专利权

授予专利权后，专利权人随时可以主动要求放弃专利权。放弃专利权声明经审查符合规定的，有关事项在专利登记簿和专利公报上登记和公告。放弃专利权声明的生效日为手续合格通知书的发文日，放弃的专利权自该日起终止。

申请人依据《专利法》第九条第一款和《专利法实施细则》第四十一条第四款声明放弃实用新型专利权的，专利局在公告授予发明专利权时对放弃实用新型专利权的声明予以登记和公告。在无效宣告程序中声明放弃实用新型专利权的，专利局及时登记和公告该声明。放弃实用新型专利权声明的生效日为发明专利权的授权公告日，放弃的实用新型专利权自该日起终止。

【案例3-1-10】

某市知识产权局2009年在对友谊商厦进行专利行政执法检查时，发现其销售的“心相印盒抽”产品外包装上印有“ZL 200630153197.9”专利标识。经检索，国家知识产权局网站法律状态栏公告ZL 200630153197.9因未缴纳年费已于2008年8月27日终止。根据《专利法》第六十三条、《专利法实施细则》第八十四条的规定，友谊商厦涉嫌假冒专利行为，市知识产权局决定立案处理，对友谊商厦下达了行政处罚前告知书，告知其如对违法事实及处罚意见有不同意见，在收到处罚前告知书的七日内提出申辩。在申辩期内，友谊商厦出具了“心相印盒抽”的生产商“恒安（中国）纸业有限公司” 提供的ZL 200630153197.9国家知识产权局专利收费收据影印件（补缴时间为2008年10月），及在国家知识

产权局网站上查询到ZL 200630153197.9缴费信息的证明。

分析与评述：

根据恒安（中国）纸业有限公司提供的收据和国家知识产权局网站上的缴费信息，可以证明ZL 200630153197.9续交专利年费成功，为合法有效专利。

国家知识产权局网站上的专利法律状态是判断专利是否合法有效的主要依据之一。但由于国家知识产权局网站上专利法律状态和专利缴费信息有时并不同步，因此地方知识产权局在查处假冒专利时，对法律状态显示专利权失效的情况，应给予当事人充分辩解和提交证据的机会，综合作出判断。

4.2 专利权被宣告无效

根据《专利法》第四十五条规定，专利复审委员会对专利权无效宣告请求案件进行审查并作出决定。宣告专利权无效包括宣告专利权全部无效和部分无效两种情形。根据《专利法》第四十七条的规定，宣告无效的专利权视为自始即不存在。

根据《专利法》第四十六条第一款的规定，专利复审委员会作出宣告专利权无效(包括全部无效和部分无效) 的审查决定后，当事人未在收到该审查决定之日起三个月内向人民法院提起诉讼或者人民法院生效判决维持该审查决定的，由专利局予以登记和公告。

对于涉及无效宣告程序的专利权，宣告专利权无效或者维持专利权有效的决定生效后，管理专利工作的部门应当根据该决定及时审理、处理假冒专利纠纷。

【案例3-1-11】

某市知识产权局接到社会公众举报，称某公司在产品上标注专利号2009111111.x，而该专利权已经被专利复审委员会宣布全部无效，故该宣传行为涉嫌假冒专利行为。经查询专利复审委员会网站，专利复审委员会已作出宣告该专利权全部无效的决定并生效。

分析与评述：

本案中专利权人对无效决定作出的时间和结论均无争议，应当认定该专利权已经被宣告无效，该公司的行为构成假冒专利行为。

第4节 假冒专利行为与专利侵权行为

对于专利侵权行为而言，《专利法》第十一条规定了“未经专利权人许可，实施其专利”的判断标准。与《专利法实施细则》第八十四条规定的假冒专利行为相比，两者的判断标准不同，对两者的认定应根据各自法条独立进行。假冒专利行为与侵犯专利权行为并无必然联系，假冒专利行为成立不以侵犯专利权为必要条件，单纯侵犯专利权的行为也不能被认定为假冒专利行为或构成假冒他人专利罪。

【案例3-1-12】

某市知识产权局在例行检查中发现，甲企业制造并出售的某种电饭锅上标注有专利号2009xxxxxx，经核查，该专利号所对应的专利为一种微波炉，其专利权人是乙企业，且该专利权处于有效状态。经询问当事人，甲企业称，随意捏造了一个专利号并加以标注，并未刻意使用他人专利号。

分析与评述：

假冒专利行为的认定应严格依照法条的规定进行，当未经许可使用他人合法有效的专利号时，即构成假冒专利行为，这一判断标准中并未将落入专利保护范围作为必要条件，本案中甲企业制造的电饭锅并未落入乙企业微波炉专利的保护范围，未构成专利侵权，但构成假冒专利。

有些情况下，当事人在假冒专利的同时，还实施了他人的专利技术，即假冒利行为与专利侵权行为出现了事实上的竞合。此时，当事人须分别承担假冒专利的责任和侵犯专利权的责任。

【案例 3-1-13】

甲公司拥有一项手电筒的专利，并生产与之相应的产品。乙公司见该产品技术性能优越，便予以仿制，并在产品外标注甲公司的专利号。在地方知识产权局执法人员对其查处的过程中，乙公司辩称，其产品完全落入甲公司专利权的保护范围，两者技术性能完全一致，消费者购买乙公司的产品并未上当受骗，故乙公司的行为不应构成假冒专利行为。

分析与评述：

乙公司的产品虽非价高质低之次品，但乙公司的行为侵犯了甲公司的专利标识标注权，同时扰乱了专利管理秩序，具有一定的社会危害性，应予以处罚。在判断是否构成假冒专利行为之时，只需考虑是否获得专利权人的许可，无需考虑是否落入他人专利的保护范围。如未获得许可，直接认定为假冒专利行为。

然而，在特定情况下，在假冒专利行为的认定中亦需要考虑专利权保护范围。（参见【案例 3-1-6】）

第 2 章 假冒专利行为的认定

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标识标注权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、该产品的包装或者产品说明书等材料上标注专利标识。但是，标识应当按照《专利标识标注办法》的相关规定进行。

行使专利标识标注权最常见、最直接的方式，是在相关产品或其包装上或产品说明书等材料中标注专利标识，销售上述产品。假冒专利的行为也往往发生在生产销售环节。未获得专利权而进行专利标识、不处于专利权有效期内而进行专利标识、未获得专利权人授权而进行专利标识等行为，都可能构成假冒专利行为。

第 1 节 在产品或者其包装上标注专利标识并销售

对于在产品或者包装上标注专利标识的情形，涉案专利（或专利申请）的法律状态包括已申请专利但未获得授权、获得授权至有效期届满期间、专利权有效期届满之后三种情形。

1. 已申请专利但并未获得授权

【案例 3-2-1】

甲公司在其生产的豆浆机上标注专利号。经查，该申请在发明专利申请公布后视为撤回。

分析与评述：

甲公司曾向国家知识产权局提出过发明专利申请，但在发明专利申请公开后，申请人放弃此项申请，该申请被视为撤回，因而该申请并未被授予专利权。本案在未被授予专利权的产品或者其包装上标注专利号，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（一）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-2】

乙公司在其生产销售的电暖袋产品的宣传册上标注有“专利防爆技术”字样，但没有标注专利号。随后，乙公司提供了申请号为 2011xxxxxxxx.x 的专利申请受理通知书，但未能提供该专利获得授权的相关证据。经查，该专利申请尚未获得授权。

分析与评述：

在宣传册等材料中将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，将专利申请称为专利，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-3】

2010 年 5 月，某市知识产权局在例行检查中发现，某企业制造并出售的电饭锅上标注有“中国专利，专利号 2009xxxxxx”。经查，该专利的授权公告日为 2010 年 2 月，而该产品的生产日期为 2009 年 10 月。该企业辩称，该专利的申请日为 2009 年 5 月，根据《专利法》第四十二条的规定，发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算，因此，2009 年 10 月的标注行为不构成假冒专利行为。

分析与评述：

该企业的辩解混淆了专利权的保护期限和专利权的生效时间。根据《专利法》第三十九、四十条的规定，专利权自公告之日起生效，由此可知，专利标识的合法标注应在专利权授权之后而不是专利申请日之后进行，即便该专利最终获得了授权，在其授权公告日之前的标注行为仍构成假冒专利行为。

当事人在提出专利申请之后，在未授权之前已经开始进行专利标识标注，待专利授权后才被执法人员发现的，授权前的标注行为属于假冒专利行为。但鉴于最终专利获得授权，该行为的客观危害性较小，处罚不宜过重，亦不宜禁止已经标注好的产品继续销售，而应对当事人通过宣传教育的方式加以引导，督促其今后不再犯。

2. 获得授权至有效期届满期间

标注行为发生授权之后至有效期届满期间，进一步细分为如下情形。

2.1 专利权存在并处于有效状态

【案例 3-2-4】

某企业获得了一项发明专利权，但其在相关产品上仅标注了专利号，未用中文标明专利类型。

分析与评述：

本案中，专利权是存在并处于有效期内的，可以在产品上标注专利标识。并且当事人拥有发明专利权，并无故意混淆隐瞒专利类型的主观意图，因此不应认定为假冒专利行为。但是，未用中文标明该专利类型，不符合《专利标识标注办法》第五条的规定，应责令其限期改正。

【案例 3-2-5】

某企业获得了一项发明专利权，但其在产品上仅用中文标明专利类型，而未标注专利号。

分析与评述：

该企业未标注专利号的行为属于不规范的专利标识，其也拥有与产品相应的专利权，没有构成假冒专利行为，但这种标注不符合《专利标识标注办法》第五条的规定，应责令其限期改正。

【案例 3-2-6】

某企业获得了一项发明专利权，其在产品上用中文表明了专利类型，亦标注了专利号。经查，所标注的专利号与真实专利号相差一位，导致产品上所标注的专利号并不存在。

分析与评述：

标注的专利号不存在，不符合《专利标识标注办法》第五条的规定，构成假冒专利行为，但从本案的客观事实来看，专利权人的标注错误明显出于过失而非故意，当事人也没有利用这一结果欺骗公众的意图，因此仅需责令其限期改正，不必进行处罚。

类似地，如果明显标注错误的专利号与他人的专利号重合，但两个专利的主题明显不相关，亦可以作出相同认定。

【案例 3-2-7】

某市知识产权局在检查中，发现甲公司生产的产品上标注某专利号，经查，该专利的专利权人是乙公司，甲公司对该专利号的使用并未获得乙公司的许可。

分析与评述：

本案中，甲公司未经许可在其产品上标注乙公司的专利号，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（一）项的情形，即“……未经许可在产品或者产品包装上标注他人的专利号”，属于假冒专利行为。

2.2 专利权因欠费而终止

获得专利权后，专利权人应按规定缴纳年费，如未缴纳或未缴足，则专利权将因欠费而终止，此后，专利权人不得再在其生产、销售的产品或其包装等载体上标注专利标识。

【案例 3-2-8】

2011年，某门店销售的由甲公司生产的空调上标注专利号011xxxxx.x，经查，涉案专利因未缴纳年费，该专利权已于2009年某月某日终止。甲公司在规定期限内未能按要求提供相关证明材料。

分析与评述：

涉案专利因未缴费而终止，专利权终止之后，继续在产品或者其包装上标注专利标识，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（一）项的情形，属于假冒专利行为。

2.3 专利权人主动放弃专利权

专利申请获得授权，但被专利权人主动放弃的，专利权人也不应再在所生产、销售的产品或其包装等载体上标注专利标识。

【案例3-2-9】

甲公司2011年在自己生产的产品上标注专利号。经查，甲公司为避免重复授权，已于2009年主动放弃该专利权。

分析与评述：

本案中，涉案专利权已被放弃，之后在产品上标识该专利的专利标识属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（一）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例3-2-10】

甲公司在自己的产品上标注专利号。经查，专利号对应的专利权仍在有效期内，但是，涉案专利权包括多项并列的技术方案，该产品与其中一个技术方案相对应，而该技术方案已在无效宣告请求审查过程中被甲公司主动删除，该技术方案的放弃已被专利复审委员会接受。

分析与评述：

尽管该专利号对应的专利权仍然有效，但该产品所对应的技术方案已经被专利权人主动放弃，之后再在产品上标识该专利的专利标识属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（一）项的情形，属于假冒专利行为。

2.4 专利权被宣告无效

专利申请获得授权后，任何人均可以对该专利提起无效宣告请求。如果专利权被宣告无效，其后也不得继续在产品或者其包装等载体上标注专利标识。

【案例3-2-11】

某门店销售甲公司生产的空调，该空调上标注有专利号。经查，该专利已被专利复审委员会宣告全部无效，无效宣告请求审查决定已生效。

分析与评述：

本案中，涉案专利已经被宣告无效，该专利权视为自始即不存在。专利权被宣告无效后，继续在产品或者其包装上标注专利标识属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（一）项的情形，属于假冒专利行为。

3. 专利权有效期届满

专利权的有效期是有限的，发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和

外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。在专利权有效期届满之后，专利权人不得再在其所生产、销售的产品或其包装等载体上标注专利标识。

【案例 3-2-12】

2011 年，某经销处销售的由甲公司 2010 年生产的天然碎石漆，包装上标注外观设计专利号 983xxxxx.x。经查，天然碎石漆包装的生产日期也为 2010 年。

分析与评述：

外观设计专利权的有效期为 10 年，该漆包装的外观设计专利权已于 2008 年届满，在专利权有效期届满之后，继续在产品或者其包装上标注专利标识，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（一）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-13】

某门店销售的甲公司生产的酸奶机相关实用新型专利权已终止，而门店继续销售酸奶机，并已与多家分销商签订了销售该酸奶机的合同。经查，上述酸奶机实用新型专利权终止日期为 2010 年 9 月，销售的酸奶机生产日期为 2010 年 4 月。

分析与评述：

涉案酸奶机的生产日期在酸奶机专利权终止之前，在专利权终止之后进行销售或许诺销售，属于《专利法实施细则》第八十四条第二款的情形，不属于假冒专利行为。

第 2 节 在产品说明书等材料中标注专利标识

除在产品或其包装上标注专利标识之外，为了打开销路、宣传品牌、或者提高产品价格等，在产品说明书等材料（例如：广告、网页、宣传册等）中标注专利标识也较为常见。

1. 将专利申请称为专利

仅仅提交了专利申请，还未获得授权，此时不得在产品说明书等材料中标注为“专利”，根据《专利标识标注办法》第七条的规定，应明确标明“专利申请 尚未授权”。

【案例 3-2-14】

甲公司在其网站上发布“我公司研发的矫正系统及教材喜获国家专利”的新闻，当地知识产权局执法人员前往该公司进行调查取证，该公司负责人对公司网站涉及专利的新闻宣传事实予以认可。经查，国家知识产权局仅受理了该公司“矫正系统”实用新型专利申请和“课本”外观设计专利申请，但尚未授权。

分析与评述：

本案中，甲公司申请实用新型和外观设计两项专利，尚未获得授权便在公司网站新闻中宣称已获得专利。在产品说明书等材料中将专利申请称为专利，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-15】

甲公司与乙公司签订合同，合同中注明，乙公司将从甲公司购买一定数量的某专利产品，该产品上标注某专利号。经查，该专利号所对应的专利申请仅处于申请阶段，尚未获得授权。

分析与评述：

甲公司在合同中将尚未被授予专利权的专利申请称为专利，进行销售或许诺销售，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

2. 将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计

当事人如未获得专利权，不应在说明书等材料上标注专利标识。未获得专利权，除了根本未申请专利的情形，还包括授权后被宣告全部或部分无效、授权后期限届满或因欠费而终止、授权后主动放弃等情形。

【案例 3-2-16】

某报纸上刊载治疗失眠新发明广告，在广告中标识专利号：ZL1963177044。经查，上述专利号并不存在。

分析与评述：

在广告中标注并不存在的专利号，是将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-17】

某商场的热水器销售宣传板上标有专利标识“全球专利号 2005A000037”，经查，该专利号不存在。

分析与评述：

在宣传板上标注并不存在的专利号，是将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-18】

某医院在报纸上连续登载广告，称“国家医用专利 XX 治疗术”，经查，该医院不拥有涉及 XX 治疗术的相关专利，亦无法提供相关专利证书或证明材料。

分析与评述：

在广告中谎称拥有专利技术，是将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-19】

某报刊载“国家专利：刷牙长黑发”的广告。经查，该广告所涉及的专利权已期满终止。

分析与评述：

涉案专利权因有效期届满而终止，终止之后，专利权已不存在，其效力与未被授予专利权的技术或者设计在本质上相同，继续在广告上以专利来宣传该产品，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-20】

2011 年 1 月，某市知识产权局接到举报，甲公司在其散发的广告宣传册上称“某人造大理石荣获国家专利”并标注专利号。经查，该专利号所对应的发明专利因未缴费已经终止。

分析与评述：

本案中，涉案专利因未缴费而终止，专利权终止之后，专利权已不存在，其效力与未被授予专利权的技术或者设计在本质上相同，继续在宣传册上以专利来宣传该产品，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-21】

甲公司在自己网站 “公司简介”页面宣称“集团董事长是该公司所有专利技术产品的发明人”，其“拥有二十余项美国和中国发明专利”，并在“我们的资质”页面附上 A、B、C 三项专利证书。经查，A 专利权因未缴费而终止，B 专利权已放弃，C 专利处于有效状态。

分析与评述：

在网站上传专利证书，是在产品说明书等材料中使用专利进行宣传、广告。虽然，C 专利处于有效状态，但 A 专利权已终止，B 专利权已放弃，A、B 专利权均已不存在，其效力与未被授予专利权的技术或者设计在本质上相同，是未获得授权的专利权，在网站上将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，因此，甲公司的宣传行为属于假冒专利行为。综上，对于某一标注有多个专利号的产品，即便多个专利号对应的专利均涉及该产品，但是，如果所标注的专利号对应的专利权中存在终止或无效的情况，同样应认定该行为属于假冒专利行为

类似地，对于某一标注有多个专利号的产品，如果多项专利中有涉及该产品的，也有不涉及该产品的，即便与该产品相对应的专利权有效，无论其他专利权是否有效，均应认定该行为属于假冒专利行为。

3. 未经许可使用他人的专利号

未经许可在产品说明书等材料上标注他人的专利号，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是标注者拥有的专利技术或者专利设计，构成假冒专利行为。

【案例 3-2-22】

某市知识产权局发现甲公司在某产品的产品说明书上标注了某专利号，而该专利的专利权人是乙公司，甲公司并未获得专利权人乙公司的许可。

分析与评述：

未经乙公司许可，甲公司在产品说明书上标注乙公司拥有专利权的专利号，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是甲公司拥有的专利技术或者设计，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-23】

甲公司在其公司网页上公开发布信息，某产品的信息中标注某专利号。经查，该专利号对应的专利权属于乙公司所拥有，甲公司并未获得专利权人乙公司的许可。

分析与评述：

甲公司在网站上称某专利权为自己拥有，以此进行宣传，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者设计，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-24】

甲公司在网页上称公司拥有多项专利，并公开了多个专利号。经查，网页上所列专利号的专利权人并不是甲公司，而是姜某。经查，姜某为甲公司的法人代表，姜某未许可甲公司以任何形式使用其专利号。

分析与评述：

甲公司使用公司法人代表姜某拥有的专利权进行宣传。尽管涉案专利的专利权人为甲公司法人代表姜某，但并不意味着甲公司拥有这些专利权，未经姜某许可，甲公司不得标注姜某拥有的专利权。未经许可使用他人专利号，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是标注者拥有的专利技术或者设计，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（三）项的情形，属于假冒专利行为。

第 3 节 伪造或者变造专利法律文书

专利证书、专利文件和专利申请文件，均是专利法律文书，这些文书可证明专利权的所有权，或是证明专利权保护范围等，专利申请文件则可以作为预期获得专利权的佐证。

伪造专利法律文书，是指仿照真实法律文书特征使用各种方法制作专利法律文书的行为。变造专利法律文书，是指无变更权限的人对真实专利法律文书进行处理，改变专利法律文书内容的行为。

伪造或变造专利法律文书均属于假冒专利行为。

1. 伪造专利法律文书

【案例 3-2-25】

甲公司在招投标案中，向招标方提供了该公司授权专利的发明专利证书，专利号为 20051xxxxxx.x，经查，上述专利号和相关专利权均不存在。

分析与评述：

甲公司的行为是典型的伪造专利证书的行为，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（四）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-26】

甲与乙进行合作洽谈，洽谈中甲宣称获得了某项技术的专利权，并提供了相关专利授权公告文本复印件。后乙举报甲涉嫌假冒专利。经查，甲提供的专利授权公告文本是伪造的，该专利权并不存在。

分析与评述：

本案当事人的行为是典型的伪造专利文件的行为，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（四）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-27】

甲和乙在进行洽谈合作研发某产品过程中，甲向乙出示若干份专利证书，并宣称自己已就该产品提交了多项发明专利申请，其中一部分在短期内有望获得授权，经乙要求，甲提供了相关专利申请的权利要求书等文件。经查，上述申请文件均系伪造。

分析与评述：

本案当事人的行为是典型的伪造专利申请文件的行为，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（四）项的情形，属于假冒专利行为。

2. 变造专利法律文书

【案例 3-2-29】

A 公司经理为公司开展业务的便利，变造专利证书，将某中国发明专利证书的发明名称由“远红外线杀菌除臭鞋垫”篡改为“远红外线杀菌除臭材料及制作方法和杀菌除臭卫生巾”，并将专利权人由“张某某”篡改为“A 公司”。

分析与评述：

A 公司经理的行为是典型的变造专利证书的行为，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（四）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-29】

甲在参加展会时将外观设计专利授权公告文本摆放在展位上招徕顾客，授权公告文本中专利权人是甲本人，专利权均在有效期内。经查，所展示的产品外观设计附图并非该专利的附图，甲也并非该专利的专利权人，申请日与该专利的实际申请日不同。

分析与评述：

甲的行为是典型的变造专利文件的行为，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（四）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-30】

甲向乙推销某产品，甲宣称自己已就该产品提交了实用新型专利和外观设计专利申请，即将获得授权，并在乙要求下提供了实用新型专利申请权利要求书、外观设计专利申请附图等申请文件，实用新型专利申请的权利要求书内容、外观设计专利申请附图均与甲所推销的产品完全相同。经查，上述实用新型和外观设计专利申请的确存在，但甲提供的专利申请文件相关内容与实用新型专利申请的权利要求书、外观设计专利申请附图均不同，甲提供的申请文件系变造。

分析与评述：

本案当事人的行为是典型的变造专利申请文件的行为，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（四）项的情形，属于假冒专利行为。

第 4 节 其他假冒专利行为

假冒专利的后果是造成公众混淆，将未被授予专利权的技术或者设计误认为专利技术或者专利设计。除了前述情形，实践中还可能遇到下述情形。

1. 错误标注专利类型

错误标注专利类型（主要是将实用新型专利或外观设计专利称为发明专利），使得公众混淆其内容，例如，使公众将产品包装的外观设计专利误认为是涉及产品本身的发明专利。

【案例 3-2-31】

某企业代理商为推广销售某产品，在晚报上刊登广告，宣称该产品为“国家发明专利”，标注专利号为 20103xxxxxxx.x，并藉该专利权宣传该产品疗效。

分析与评述：

根据相关规定，专利申请号（与专利号相同）第三位（采取 8 位数编码时）或第五位（采取 12 位数编码时）表明该专利的类型，其中“1”或“8”代表发明，“2 或“9”代表实用新型，“3”则代表外观设计。某企业代理商未按照《专利法实施细则》第八十三条以及《专利标识标注办法》规定标注专利标识，虽如实标注有专利号，但错误标注专利类型，这种行为使得公众混淆销售产品与外观设计专利的关系，将产品包装的外观设计专利误认为是涉及产品本身的发明专利，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（五）项的情形，属于假冒专利行为，应该责令其改正。

2. 在改变的产品上标注原专利标识

【案例 3-2-32】

某公司在一系列形状相同而图案、色彩不同的异形玻璃杯外包装上都标有同一专利标识“外观设计 专利号：20093xxxxxxx.x”，经查，该外观设计专利处于有效期内，但其所保护的玻璃杯上图案、色彩与上述系列玻璃杯并不相同，并且该外观专利要求保护色彩。

分析与评述：

《专利法》第二条第四款规定，外观设计，是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。本案中，尽管都是玻璃杯且形状相同，但其上的图案、色彩不同，在同类但与其不同的其他产品上标注该专利权的专利号，其效力与将未被授予专利权的技术或者设计误认为专利技术或者专利设计在本质上相同，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（五）项的情形，属于假冒专利行为。

3. 实际产品与标注的专利标识不一致

【案例 3-2-33】

某药店销售的颈椎牵引器上标注有专利号。经查，该专利号对应的专利名称为“腰带包装盒”，并非“颈椎牵引器”。

分析与评述：

在某一产品上标注其他产品的专利号，使公众混淆其内容，其效力与将未被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，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（五）项的情形，属于假冒专利行为。

【案例 3-2-34】

某企业销售的 A、B 两种保健品瓶贴上分别印有“中国专利保护，侵权必究”、“本产品已申请专利，侵权必究”。经查，该批保健品并没有申请相关发明专利，A 保健品的包装瓶享有实用新型专利权，其包装瓶贴享有外观设计专利权，两项专利权均在有效期内； B 保健品的包装瓶享有发明专利权，其包装瓶贴享有外观设计专利权，两项专利权均在有效期内。

分析与评述：

本案中，两种标注有专利字样的保健品本身均未获得专利权，而其包装瓶、包装瓶贴的专利权授权情形各不相同。尽管保健品 A、B 的包装瓶和包装瓶贴都享有专利权且处于有效期内，但在包装瓶贴上的标注并未按照《专利法实施细则》第八十三条以及《专利标识标注办法》的规定进行标注，文字意义表达不清，使公众混淆其内容，相当于把未被授予专利权的产品（本案中的保健品）误认为是专利产品，属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（五）项的情形，属于假冒专利行为，应该责令其改正。

【案例 3-2-35】

甲企业生产一种辣椒酱，在产品瓶贴上标注有“产品包装已申请专利”，但未注明专利号。经查，辣椒酱瓶贴和瓶体均申请了外观设计专利，瓶贴专利因未缴费而终止，瓶体专利一直维持有效。

分析与评述：

甲企业确实拥有产品瓶体的外观设计专利权，标注“产品包装已申请专利”并未产生欺骗消费者的后果，该行为未构成假冒专利行为。但甲企业标注不规范，不符合《专利标识标注办法》第七条的规定。

对于产品中仅有部分部件具有专利的情形，只要该部件属于产品的核心部件或主要部件，当事人并未夸大专利技术的作用，则不应将在产品上进行专利标注的行为认定为假冒专利行为。

【案例 3-2-36】

某美容院在广告中宣称其掌握“专利开眼角技术”、“专利去皱技术”并标有相关实用新型专利号。经查，该美容院的确拥有多项实用新型专利权，均为美容仪器或其部件。

分析与评述：

该美容院虽然拥有实用新型专利权，但其在广告中并未明确标明其专利权类

型，美容院的经营项目是提供美容服务，其做广告的意图也是招徕顾客、推销其美容服务，但上述标注行为容易造成公众混淆，将其拥有的美容产品专利权误认为美容方法专利权，导致公众将未被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，属于假冒专利行为。

第 3 章 当事人申辩

管理专利工作的部门作出行政处罚决定前，应告知当事人作出处罚决定的事实、理由和依据，并告知当事人依法享有的权利。管理专利工作的部门作出较大数额罚款的决定之前，应当告知当事人有要求举行听证的权利。当事人提出听证要求的，应当依法组织听证。

当事人有权进行陈述和申辩，管理专利工作的部门不得因当事人申辩而加重处罚。

第 1 节 专利权有效证明

【案例 3-3-1】

2011 年，某市知识产权局执法人员发现辖地甲公司生产的热水器被标注为专利产品（发明专利：热水器内胆 专利号 20061xxxxxxx.x），该批次产品的生产日期为 2010 年 10 月。经检索，该专利尚处于实质审查阶段，存在假冒专利行为的嫌疑。甲公司于 15 日内向市知识产权局提交了该产品专利证书复印件以及 2010 年年费缴纳收据，证明该发明专利申请已于 2010 年 1 月被授予专利权，甲公司的热水器生产日期均在授权之后。

分析与评述：

甲公司向国家知识产权局提交了发明专利申请。在假冒专利行为查处过程中，甲公司提交了专利证书复印件、缴纳专利年费的证明，以及涉案产品出厂日期证明等证据，证明涉案专利已被授予专利权，且涉案产品出厂日期在涉案专利授权之后的专利权有效期内。甲公司的标注行为不属于《专利法实施细则》第八十四条第一款第（一）项的情形，不属于假冒专利行为。

并且，本案涉案产品专利标识内容为“发明专利：热水器内胆 专利号 20061xxxxxxx.x”，是以中文标明了专利类型、专利号，上述标注符合《专利标识标注办法》第五、六条的规定，符合《专利法实施细则》第八十三条的规定。

第 2 节 专利权有效期内标注

在专利权有效期内，专利权人或被许可人在专利产品、依照专利方法直接获得的产品或者其包装上标注了专利标识，但尚未全部销售，专利权即已终止或被宣告无效。对于库存产品，若禁止其继续销售，则显然不够公平，因为专利权人对其标注行为是合法的，应允许其继续销售或许诺销售。同样，专利权终止前在产品说明书等资料上标注专利标识，亦可参照执行。

【案例 3-3-2】

2012年，某商厦销售的盒装抽纸产品外包装上印有“ZL 20063xxxxxxx.x”专利标识，该产品生产日期为2012年1月。经检索，该外观设计专利因未缴费于2011年8月终止，这种专利标注行为存在假冒专利行为的嫌疑。该商厦在指定期限内，向辖地知识产权局提交了由盒装抽纸生产商提供的涉案专利的专利收费收据复印件，辖地知识产权局核查属实，该专利仍为合法有效专利。

分析与评述：

涉案盒装抽纸生产日期在专利权终止之后，但专利权人及时续费，续接了专利权有效期，因此盒装抽纸包装的外观设计专利权仍处于有效状态。在有效期内依法在专利产品、依照专利方法直接获得的产品或者其包装上标注专利标识，属于《专利法实施细则》第八十四条第二款的情形，不属于假冒专利行为。

但是，盒装抽纸上的专利标识为“ZL 20063xxxxxxx.x”，仅标注了专利号，而未以中文标注专利类型，不符合《专利标识标注办法》第五条的规定，不符合专利法实施细则第八十三条的规定，应责令其限期改正。

【案例3-3-3】

某市知识产权局2011年1月对某商场进行专利执法检查，查出甲公司酸奶机上标注专利标识所对应的实用新型专利权已于2010年9月22日终止。因其继续在包装上标注涉嫌假冒专利行为，执法人员向该商场和甲公司发出行政处罚前告知书。随后，甲公司提交了上述批次酸奶机的生产及标注日期为2010年4月的证明。

分析与评述：

甲公司能够提供该批次酸奶机的生产和标注日期在专利权终止之前的证明，因此甲公司的专利标注行为符合《专利法实施细则》第八十四条第二款的规定，不属于假冒专利行为。

【案例3-3-4】

2011年3月，某市知识产权局接到举报称，发现某商场出售标注有专利号的自动铅笔，相关专利权已于2009年10月到期，涉嫌假冒专利行为。该局执法人员对该商场出售的自动铅笔抽样取证，并要求该商场在规定时间内提供该产品的进货、销售情况证明。相关铅笔供应商提供了相关证据，证明2009年5月该商场开业时供应了一批铅笔，因销售情况不佳，商场后来再未进货。经核实，供应商所述属实。

分析与评述：

商场及供应商并非专利权的拥有主体，但其购买产品的时间早于专利权终止前，显然，专利标识的标注时间不晚于产品的出厂时间，因此，可以推定上述标注行为发生于专利权终止之前。

第3节 不知情销售

《专利法实施细则》第八十四条第三款规定，销售不知道是假冒专利的产品，并且能够证明该产品合法来源的，由管理专利工作的部门责令停止销售，但免除罚款的处罚。

【案例3-3-5】

某商场销售的水杯上标注有专利标识，经查，所标识的专利号对应的专利并非水杯，而是铁锅，涉嫌假冒专利行为。执法人员向商场发出行政处罚前告知书，商场提交了进货合同、发票等证据，证明产品具有合法来源，并称事先不知道为假冒专利产品。

分析与评述：

销售商能够提供产品的合法来源证明，其对该产品是假冒专利的事实也并不知情，因此，仅责令其停止销售该产品，免除对其罚款。

停止销售能够避免假冒专利产品进一步侵犯消费者的合法权益，防止不当得利。若当事人拒不停止销售，则当事人主观具有故意，可以对其罚款。

【案例 3-3-6】

某市知识产权局对某商场进行检查，查出甲公司豆浆机上标注的专利号并不存在，涉嫌假冒专利行为。执法人员向商场发出行政处罚前告知书，该商场提交了购买上述豆浆机的发票，证明产品具有合法来源，并称事先不知道为假冒产品。市知识产权局责令其停止销售该产品，但该商场未停止。

分析与评述：

销售商虽能够提供产品的合法来源证明，但其后不停止销售的行为，反映出该商场对销售假冒专利商品的主观故意，因此不能适用《专利法实施细则》第八十四条第三款的规定，应认定其属于假冒专利行为，并给予罚款处罚。