

# 浅析发明专利、实用新型专利的侵权判定规则

产品名称	浅析发明专利、实用新型专利的侵权判定规则
公司名称	杭州好又快财务管理有限公司
价格	.00/件
规格参数	
公司地址	杭州市上城区置鼎时代中心4幢632室
联系电话	0571-87911962 17764573265

## 产品详情

我国《专利法》将专利分为三种，发明专利、实用新型专利和外观设计专利。其中，发明专利和实用新型专利的侵权判定规则与外观设计专利的侵权判定规则大有不同，因而，需要根据不同专利类型分别适用不同的侵权判定规则。

对于发明专利、实用新型专利侵权案件，法院在判定是否构成侵权时一般会适用以下判定规则：1. 审查涉案专利的有效性。2. 确定专利权的保护范围。3. 确定侵权产品或方法是否落入专利权的保护范围。4. 确定被告的抗辩理由是否成立。具体分析如下。

### 一、审查涉案专利的有效性

法院在审查涉案专利的有效性问题上，会涉及以下几个问题，笔者分别论述如下。

#### （一）原告需提交实用新型专利的专利权评价报告

在发明专利的申请过程中，国务院专利行政部门会对发明专利进行初步审查和实质审查。然而，对于实用新型专利和外观设计专利的申请过程中，国务院专利行政部门只对实用新型专利和外观设计专利进行形式审查，并未进行实质性审查，因而，未经过实质性审查的专利其稳定性不足。

根据《专利法》第六十六条规定，专利侵权纠纷涉及实用新型专利或者外观设计专利的，人民法院或者管理专利工作的部门可以要求专利权人或者利害关系人出具由国务院专利行政部门对相关实用新型或者外观设计进行检索、分析和评价后作出的专利权评价报告，作为审理、处理专利侵权纠纷的证据；专利权人、利害关系人或者被控侵权人也可以主动出具专利权评价报告。

根据《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定(2020修正)》第四条，根据案件审理需要，人民法院可以要求原告提交检索报告或者专利权评价报告。原告无正当理由不提交的，人民法院可以裁定中止诉讼或者判令原告承担可能的不利后果。

因而，在实用新型专利、外观设计专利的侵权案件中，原告一般需要提交一份专利权评价报告给法院，以证明其实用新型专利已经过国家知识产权局的实质性审查，具有稳定性的特点。若原告不提交专利权评价报告，会面临不利后果，比如不予立案，驳回起诉等。

比如，在宁波供享农业科技有限公司诉宁波市鄞州潘火恬恬小吃店等侵害外观设计专利权纠纷一案[1]中，法院认为，由于涉案的专利系外观设计专利，未经实质审查，具有相对不稳定的特点，在该案审理过程中，法院向原告释明，要求其提交检索报告或专利权评价报告，原告一直未能提交。另一方面，被告提交了现有设计抗辩和先用权抗辩的初步证据，在此情形下，法院再次向原告释明其应当提交涉案专利的检索报告或专利权评价报告，并告知了法律的有关规定，原告表示其未向国家知识产权局提交专利检索的申请。据此，法院认为，原告未能举证证明其享有的涉案专利权合法、稳定，原告尚不符合起诉条件，其主体不适格，因此，法院驳回原告的起诉。

## （二）关于被告申请中止审理的处理规则

在专利权侵权案件中，在原告起诉后，被告往往会采取一些反制措施，其中较为常见的是对原告的专利申请提出无效宣告。被告在提出无效宣告后，可向受理专利权侵权案件的法院提出中止诉讼，等待原告专利无效宣告审理的结果。

根据《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定(2020修正)》第五条规定，人民法院受理的侵犯实用新型、外观设计专利权纠纷案件，被告在答辩期间内请求宣告该项专利权无效的，人民法院应当中止诉讼，但具备下列情形之一的，可以不中止诉讼：

- （一）原告出具的检索报告或者专利权评价报告未发现导致实用新型或者外观设计专利权无效的事由的；
- （二）被告提供的证据足以证明其使用的技术已经公知的；
- （三）被告请求宣告该项专利权无效所提供的证据或者依据的理由明显不充分的；
- （四）人民法院认为不应当中止诉讼的其他情形。

根据上述条文可知，若存在以上三种具体情况，法院在被告提出中止诉讼申请后可以裁定不中止诉讼，其中该条文第一项则为若原告已提交了专利权评价报告的，法院可以不中止诉讼，因而，从该项中也可知专利权评价报告对于原告提交给法院的重要性。该条文第二项为被告提供的证据足以证明其使用的技术已经公知的，该种情况下可以推断出被告不构成侵权，因而也可不中止审理。该条文第三项为被告请求宣告该项专利权无效所提供的证据或者依据的理由明显不充分的，该种情况下可以推断出涉案专利被无效没有可能性，因而也可不中止审理。该条文第四项为兜底条款。

### （三）原告专利被国务院专利行政部门无效宣告，审理侵犯专利权纠纷案件的一审法院处理规则

被告对原告的专利提起无效宣告请求，且国务院专利行政部门经审查后作出宣告原告专利权无效的决定，即使原告将该决定向法院提起行政诉讼，此时，对于审理民事侵权诉讼的法院而言，该如何处理以该专利权为权利基础起诉的民事案件呢？让我们来看看。

根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)(2020修正)》第二条规定，权利人在专利侵权诉讼中主张的权利要求被国务院专利行政部门宣告无效的，审理侵犯专利权纠纷案件的人民法院可以裁定驳回权利人基于该无效权利要求的起诉。

有证据证明宣告上述权利要求无效的决定被生效的行政判决撤销的，权利人可以另行起诉。

专利权人另行起诉的，诉讼时效期间从本条第二款所称行政判决书送达之日起计算。

根据上述条文可知，若国务院专利行政部门经审查后作出宣告原告专利权无效的决定，审理侵犯专利权纠纷案件的法院可以驳回起诉。这是因为国务院专利行政部门作出的无效决定被法院判决撤销的概率较低，因而司法解释作出规定，法院可依据国务院专利行政部门的无效宣告决定驳回起诉。若是之后该决定被行政判决撤销，法律也赋予权利人可以重新起诉的权利。

### （四）原告专利被国务院专利行政部门无效宣告，审理侵犯专利权纠纷案件的二审法院处理规则

若是国务院专利行政部门宣告原告专利无效的决定是在审理侵犯专利权纠纷案件的二审阶段作出的，那么二审法院如何处理？让我们来看看。

根据北京市高级人民法院《专利侵权判定指南（2017）》第10条：当事人不服一审判决向二审法院提起上诉，在终审判决作出前，一审判决所依据的权利要求被专利复审委员会宣告无效的，一般应当撤销一审判决，裁定驳回权利人基于该被宣告无效的权利要求的起诉。但是，有证据证明专利权人在法定期限内针对无效决定提起行政诉讼，在综合考虑在案证据、涉案专利技术难度、被告抗辩理由等因素的情况下，根据当事人的申请，可以裁定中止二审案件的审理。

有证据证明专利复审委员会宣告上述权利要求无效的决定被生效的行政判决撤销，权利人另行起诉的，在没有新的事实的情况下，应当参照原一审判决认定的事实和证据做出判决。

根据上述规定，若国务院专利行政部门宣告原告专利无效决定是在审理侵犯专利权纠纷案件的二审阶段作出的，二审法院原则上应当撤销一审判决，驳回原告起诉。但是，如果专利权人对无效决定提起行政诉讼的，二审法院可以考虑综合因素，根据当事人的申请，可以裁定中止二审案件的审理，等待行政诉讼的结果。

另外，若二审法院选择撤销一审判决，驳回原告起诉后，专利复审委员会宣告权利要求无效的决定被生效的行政判决撤销的，权利人又另行起诉，则另行起诉的一审法院在没有新的事实的情况下应当参照原一审判决认定的事实和证据做出判决。

## 二、确定专利权的保护范围

在侵权判定中，法院第二步是需要确定专利权的保护范围，而专利权的保护范围以权利要求为依据。然而，由于权利要求的撰写非常抽象，在绝大部分专利侵权案件中，法院都需要对权利要求进行解释，从而确定专利权的保护范围。而专利权的保护范围决定着被告的被告侵权专利是否落入原告的保护范围。对于法院如何确定专利权的保护范围，请参见笔者已发表的[《浅析专利诉讼中权利要求的解释规则》](#)一文。

## 三、确定侵权产品或方法

### 是否落入专利权的保护范围

法院在确定原告专利权的保护范围后，会进行分析侵权产品或方法是否落入专利权的保护范围，若落入则构成侵权，若不落入则不构成侵权。法院在认定侵权产品或方法是否落入专利权的保护范围时，一般根据以下规则进行判定：1. 全面覆盖原则。2. 等同原则。3. 禁止反悔原则。4. 捐献原则。以上为司法实务中法院使用较多的规则，目前多余指定原则已不被法院采纳。

### （一）全面覆盖原则

根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第七条，被诉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，人民法院应当认定其落入专利权的保护范围。

专利权利要求书中的每一项权利要求都包含一个独立的技术方案。《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第七条规定之中的“权利要求记载的全部技术特征”，是指当事人所主张的任意一项权利要求所对应的一个技术方案的全部技术特征，并非是当事人所主张的全部权利要求所记载的全部技术特征，也不是权利要求书中记载的全部权利要求所记载的全部技术特征。

因此，“全面覆盖原则”是指应当审查被诉侵权技术方案是否包含了当事人所主张的涉案专利任意一项权利要求的全部技术特征，只要被诉侵权技术方案包含了权利人所主张的任意一项专利权利要求的全部技术特征，就应当认定其落入涉案专利权的保护范围，使用了被诉侵权技术方案的产品即为侵犯涉案专利权的侵权产品[2]。

换言之，若原告主张被告侵犯了专利权中的多个权利要求，只要被诉侵权技术方案的技术特征全面覆盖其中一个权利要求，则认定落入专利权的保护范围。

例如，在吉林市昌邑区吉康绿谷种植专业合作社与吉林市东北生态农业发展有限责任公司侵害发明专利权纠纷一案中[3]，上诉人认为涉案专利权利要求共计10项，一审法院仅对比7项，专利权利要求6、8、10项未对比，违反了全面覆盖原则。二审法院经审查后认为，该案中，原告东北生态公司作为专利权人明确在本案中要求以涉案专利权利要求1、2、3、4、5、7、9作为专利权保护范围，原审法院将被诉侵权产品及方法中相应的技术特征与权利要求1、2、3、4、5、7、9记载的技术特征进行比对，并无不当。由此

可见，被告完全误解了全面覆盖原则。

## （二）等同原则

在专利侵权判断中，应将被诉侵权技术方案中的技术特征与原告所主张侵权的权利要求记载的技术特征进行一一对比，在全面覆盖原则基础中，运用相同或者等同原则进行判定。在司法实践中，等同原则使用较多，本文进行详述。

根据《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定(2020修正)》第十三条第二款的规定，等同特征，是指与所记载的技术特征以基本相同的手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，并且本领域普通技术人员在被诉侵权行为发生时无需经过创造性劳动就能够联想到的特征。

换言之，等同原则即是指法院在对原被告的技术方案进行比对中，若有一个或者一个以上技术特征与专利独立权利要求保护的技术特征相比，从字面上看不相同，但经过分析可以认定二者是相等同的技术特征[4]。而该分析即为以基本相同的手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，并且本领域普通技术人员在被诉侵权行为发生时无需经过创造性劳动就能够联想到的特征，可简称为“三基本相同+无需创造性劳动”。

例如，在中山市东凤镇铭发电器厂与中山市纳宝电器科技有限公司侵害实用新型专利权纠纷一案[5]中，法院认为，圆柱形孔柱与导向槽的区别仅在于容纳导向杆空间的具体设置方式不同，二者均为本领域常见的惯用手段，技术人员根据实际需要可以做出选择，属于技术手段的等同替换。

综上，被诉侵权产品底座的“上盖板凹槽孔+圆柱形孔柱”技术特征与涉案专利权的导向槽相比，系以基本相同的手段，实现相同的功能和效果，并且本领域普通技术人员在被诉侵权行为发生时无需经过创造性劳动就能够联想到的特征，因此属于等同特征，结合其他综合情况，被告构成侵害了原告的专利权。

### 功能性特征的等同判定规则

功能性特征有些特殊，其等同判定规则会稍有不同。

根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件适用法律若干问题的解释(二)(2020修正)》第八条第二款规定，与说明书及附图记载的实现前款所称功能或者效果不可缺少的技术特征相比，被诉侵权技术方案的相应技术特征是以基本相同的手段，实现相同的功能，达到相同的效果，且本领域普通技术人员在被诉侵权行为发生时无需经过创造性劳动就能够联想到的，人民法院应当认定该相应技术特征与功能性特征相同或者等同。

根据该条规定可知，对于功能性特征的等同判定中，遵循的是“以基本相同的手段，实现相同的功能，达到相同的效果”与上述“三基本相同”略有区别，需要值得关注，但在“无需创造性劳动”方面与上述一致。

## 等同特征的举证

根据北京市高级人民法院《专利侵权判定指南(2017)》第44条规定，被诉侵权技术方案构成等同侵权应当有充分的证据支持，权利人应当举证或进行充分说明。

根据上述规定可知，对于等同侵权的举证责任由权利人承担，那么权利人如何证明构成等同侵权呢？根据以上分析可知，要证明等同侵权，需要证明“三基本相同+无需创造性劳动”。

对于“三基本相同”要件，基本相同的手段，是指被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征在技术内容上并无实质性差异。基本相同的功能，是指被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征在各自技术方案中所起的作用基本相同。被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征相比还有其他作用的，不予考虑。基本相同的效果，是指被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征在各自技术方案中所达到的技术效果基本相当。被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征相比还有其他技术效果的，不予考虑[6]。

对于“无需创造性劳动就能够想到”要件，是指对于本领域普通技术人员而言，被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求对应技术特征相互替换是容易想到的。在具体判断时可考虑以下因素：两技术特征是否属于同一或相近的技术类别；两技术特征所利用的工作原理是否相同；两技术特征之间是否存在简单的直接替换关系，即两技术特征之间的替换是否需对其他部分作出重新设计，但简单的尺寸和接口位置的调整不属于重新设计[7]。

原告举证时要根据以上要件进行积极举证，才能完成等同侵权的举证责任。

### （三）禁止反悔原则

被诉侵权技术方案中的技术特征与权利要求中的技术特征是否等同进行判断时，被诉侵权人可以专利权人对该等同特征已经放弃、应当禁止其反悔为由进行抗辩。禁止反悔，是指在专利授权或者无效程序中，专利申请人或专利权人通过对权利要求、说明书的限缩性修改或者意见陈述的方式放弃的保护范围，在侵犯专利权诉讼中确定是否构成等同侵权时，禁止权利人将已放弃的内容重新纳入专利权的保护范围[8]。

“禁止反悔”的举证规则：

第一步：禁止反悔的适用以被诉侵权人提出请求为前提，并由被诉侵权人提供专利申请人或专利权人反悔的相应证据[9]。

第二步：权利人对被诉侵权人提供的相应证据举出反证，证明被告提交的通过对权利要求、说明书的限缩性修改或者意见陈述的方式放弃的保护范围证据的否定。

若权利人能举证证明在专利授权确权程序中对权利要求书、说明书及附图的限缩性修改或者陈述被明确否定的，人民法院应当认定该修改或者陈述未导致技术方案的放弃。[10]

#### （四）捐献原则

根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第五条规定，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，人民法院不予支持。

该条是对捐献原则的具体阐述，即若技术方案在说明书或者附图中描述而未写入权利要求的，那么该技术方案即视为捐献给公众，不得适用等同原则，被纳入专利权的保护范围。

在中国船舶重工集团公司第七一一研究所、上海齐耀热能工程有限公司与阿尔法拉瓦尔股份有限公司侵害发明专利权纠纷一案[11]中，法院认为，在适用捐献规则时，应当注意以下两个方面：首先，认定权利要求中是否记载特定技术方案，应当考虑权利要求书的整体情况。如果权利人仅依据权利要求书中的部分权利要求主张侵权，即使该部分权利要求中未记载，但在其他相关权利要求中已明确记载的技术方案，即表明权利人在撰写权利要求书时有意将该技术方案纳入专利保护范围，不属于仅在说明书中记载，但在权利要求书中弃之不顾予以“捐献”的情形。

其次，本条规定的在权利要求中“未记载的技术方案”，是指未能将该技术方案纳入权利要求所限定的保护范围，并不要求权利要求中的相关表述与该技术方案对应一致。权利人通过上位概括等方式纳入权利要求保护范围的特定技术方案，不属于“未记载的技术方案”。

由该案可知，在适用捐献规则时，若在专利侵权案件中，权利人所主张的权利要求中未有记载说明书的技术方案，但是未主张的权利要求进行了记载，则不属于捐献的情形。另外，权利要求中若以上位概括等方式纳入权利要求保护范围的特定技术方案，不属于捐献的情形。

#### 四、确定被告的抗辩理由是否成立

对于原告的侵权主张，被告的抗辩包括但不限于以下几种：现有技术抗辩、抵触申请抗辩、先用权抗辩、合法来源抗辩等。具体论述如下。

##### （一）现有技术抗辩

根据《专利法》第六十七条规定：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。

根据《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第十四条规定，被诉落入专利权保护范围的全部技术特征，与一项现有技术方案中的相应技术特征相同或者无实质性差异的，人民法院应当认定被诉侵权人实施的技术属于专利法第六十二条规定的现有技术。

上述为现有技术抗辩的相关法条规定，在认定现有技术是否成立时关键在于判断被诉落入专利权保护范

围的全部技术特征，与一项现有技术中的相应技术特征是否相同或者无实质性差异，而判断“无实质性差异”是众多案件的争议焦点。司法实务中，“无实质性差异”可以认为“等同”、“与公知常识的简单组合”、“容易联想到的技术方案”、“本领域可直接置换的惯有技术手段”等等，具体分析如下。

“无实质性差异”可认为是“等同”

根据北京市高级人民法院《专利侵权判定指南（2017）》第137条的规定，现有技术抗辩，是指被诉落入专利权保护范围的全部技术特征，与一项现有技术中的相应技术特征相同或者等同的，应当认定被诉侵权人实施的技术属于现有技术，被诉侵权人的行为不构成侵犯专利权。

这里的“等同”概念和第三部分中的“等同”概念一致。

例如，在汕头市澄海区乐吉儿动漫文化有限公司与王代囊侵害实用新型专利权纠纷一案[12]中，法院认为，判定现有技术抗辩能否成立，需以涉案专利权的保护范围作为参照，确定被诉侵权技术方案中被指控落入涉案专利权保护范围的技术特征，并判断现有技术是否公开了与之相同或者等同的技术特征，也就是说，现有技术抗辩是将被诉侵权技术方案与现有技术进行比对，而不是将现有技术与专利技术进行比对。

“无实质性差异”可认为是“与公知常识的简单组合”

根据北京市高级人民法院《专利侵权判定指南（2017）》第137条的规定，现有技术抗辩，是指所属技术领域的普通技术人员认为被诉侵权技术方案是一项现有技术与所属领域公知常识的简单组合的，应当认定被诉侵权人实施的技术属于现有技术，被诉侵权人的行为不构成侵犯专利权。

例如，在广州市恒欣电子有限公司与广东眼镜蛇实业有限公司侵害实用新型专利权纠纷一案[13]中，法院认为，所谓现有技术抗辩，是指被诉侵权产品落入专利权保护范围的全部技术特征，与一项现有技术中的相应技术特征相同或者无实质性差异的，或者所属技术领域的普通技术人员认为被诉侵权技术方案是一项现有技术与所属领域公知常识的简单组合，应当认定被诉侵权人实施的技术属于现有技术。

“无实质性差异”可认为是“本领域可直接置换的惯有技术手段”

在佛山市顺德区华申电器制造有限公司、佛山市易豆科技有限公司与浙江小智电器科技有限公司侵害实用新型专利权纠纷一案[14]中，法院认为，在进行现有技术抗辩的判断时，被诉侵权技术方案中与专利权保护范围无关的技术特征无需考虑。被诉落入专利权保护范围的某一技术特征，与一项现有技术中相应的技术特征对比，若二者存在区别，但该区别仅是本领域中可直接置换的惯用手段，则属于二者无实质性差异的情形。

本案中，被诉侵权技术方案的弹簧、弹珠式卡夹结构与现有技术的弹片、突起式卡夹结构并无实质性差异，属于能够直接替换的惯用手段，所属领域技术人员能够根据需要选用不同的弹性元件及其对应的结构，因而属于无实质性差异的情形。

“无实质性差异”可认为是“容易联想到的替换手段”

有法院判决认为“无实质性差异”可认为是容易联想到的替换手段。例如，在佛山欧亚特机械设备有限公司与叶志华、广东增峰智能装备有限公司侵害实用新型专利权纠纷一案[15]中，法院认为，将被诉侵权产品用夹刀介子固定锯片的技术特征与现有技术方案的相应技术特征进行对比：被诉产品通过夹刀介子夹紧锯片，现有设计中通过联轴器尾端宽面与垫片夹紧锯片，二者均为一种利用转轴前端的夹紧件固定锯片的方式，手段基本相同，均能实现转子旋转带动夹紧件及锯片一并旋转的功能，且属于该领域普通技术人员容易联想到的替换手段，二者在技术特征上无实质性差异。因此，应认定被诉侵权技术属于现有技术。

## （二）抵触申请抗辩

所谓抵触申请，是指就专利同样的发明创造，在申请日以前向国务院专利行政部门提出，且记载在申请日后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中的专利申请。

虽然现行法未将抵触申请抗辩确立为不侵权抗辩之法定类型，但是由于抵触申请设计与现有设计均可以用于评价案涉授权设计的新颖性。故，如果被诉设计已被抵触申请设计所公开，则相应地被诉设计也不应被纳入权利人主张保护的专利权的保护范围。因此，被诉侵权人以其实施的设计属于抵触申请设计为由，主张未侵犯涉案专利权的，人民法院可以参照适用法律、司法解释有关现有技术抗辩的规定，对抵触申请抗辩进行审查[16]。

根据上述法条可知，对抵触申请抗辩进行审查时，可参照现有技术抗辩的相关规定。而现有技术抗辩主要是判定是否存在“无实质性差异”，因而在抵触申请抗辩审查时，是否构成“无实质性差异”则是审查重点。

例如，广东商旅宝健康科技有限公司与深圳市晶豪塑胶制品有限公司侵害外观设计专利纠纷一案[17]中，被诉产品设计与名为“护颈枕（航空）”的CN303262563S外观设计的上述区别设计特征，已经使两者从整体视觉效果上观察而言存在实质性的差异，参照《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》第十四条第二款的规定，应当认定晶豪公司的抵触申请设计抗辩不能成立。

再如，在余栋豪与江门市新会区双水富迎香行侵害外观设计专利权纠纷一案[18]中，法院认为，被告提供的文献号为CN302859311S的对比专利设计申请日为2014年1月3日，授权公告日为2014年6月25日，其申请日早于原告专利申请日（2014年3月27日），授权公告日晚于原告专利申请日，故该外观设计相对于本专利而言属于抵触申请中的设计方案。因抵触申请能够破坏对比设计的新颖性，导致在后申请不能获得专利授权，与现有设计具有相同的性质，因此可以参照适用我国专利法关于现有技术的相关规定进行处理。

本案中，将被诉侵权产品设计与对比专利设计相比，两者的主要区别在于，被诉侵权产品的香体部位均由多个纵向排列的、凸起的外圆内方铜钱状图案连接而成，而根据对比专利的专利证书所附的立体图观察，对比专利是由完整的圆形通过圆弧两端外切连接，在圆形中部有正方形图案，正方形四边每边各有一个文字。上述差别在整体视觉效果上区别明显，以一般消费者的知识水平和认知能力判断，两者不相同亦不近似。因此，被告关于抵触申请的抗辩不成立，法院不予采纳。

### （三）先用权抗辩

先用权抗辩若要成立必须满足以下两方面条件：一是已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，二是仅在原有范围内继续制造、使用。这两方面相辅相成，缺一不可[19]。

被告要证明其满足以上两个条件，需提供证据予以证明。被告在证明“已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备”时所提交的单方制作的证据，不宜被简单否定其效力。被告在证明“仅在原有范围内继续制造、使用”时，其证明标准不宜过高，以合理性为判断标准。

例如，在东莞市乐放实业有限公司与深圳市赛源电子有限公司侵害实用新型专利权纠纷一案[20]中，法院认为，在先用权抗辩中，被诉侵权人在自行研发产品过程中形成的技术图纸、工艺文件、检验报告等，均属于研发过程中形成的技术文件，由被诉侵权人单方制作形成符合常理，其在产品未正式制造、销售前不对外公开亦符合产品研发的客观情况，在审查其证据效力时应结合其他相关证据综合判断，不能仅因相关技术图纸、工艺文件、检验报告系单方制作而简单否定其证明效力。

另外，由于原有范围的认定往往涉及过去某一时点之前存在的生产模具、生产数量、厂房面积等客观情况，故对“仅在原有范围内继续制造、使用”相关事实查明，应结合双方当事人的诉辩主张以及案件的具体情况综合分配证明责任。在先用权人已经尽力举证、所举证据能够初步证明“原有范围”存在合理性且专利权人没有提供相反证据予以推翻的情况下，可以认定先用权人并未超出原有范围制造、使用。

### （四）合法来源抗辩

对于使用人、销售者、许诺销售者，其可以主张合法来源抗辩。若合法来源抗辩成立，则不用承担赔偿责任，但需要支付给原告因诉讼支出的合理费用。

对于合法来源抗辩的审查，法院会从主客观要件同时进行审查，即若要符合合法来源抗辩，则需要满足主客观要件的要求，具体而言：

1. 客观要件上，法院要审查被诉产品的来源是否明确及能否披露确切的源头。
2. 主观要件上，法院要审查销售者和许诺销售者是否具有主观善意。对于主观要件，侵权人在主观上是否“实际不知道且不应当知道”，亦应充分考量。通常，主观状态较难通过直接证据证明，但可通过其客观行为加以判断，且行为人是否尽到合理注意义务，须与行为人的身份、行为性质等相适应，必须具体案情具体分析，不能一概而论。[21]

例如，在深圳市凯博科技有限公司与李江涛、深圳市早禾科技有限公司侵犯其侵害外观设计专利权纠纷一案，法院认为，主观要件上，早禾公司的经营范围显示其并无生产被诉侵权产品的能力，车载手机支架属公开市场上流通量较大的小商品，单价不高且价格浮动性较大，在案亦无证据证明专利外观设计知名度较高，早禾公司知道被诉产品为侵权产品，符合合法来源抗辩的客观要件。

客观要件上，现有证据能够形成证据链条高度盖然性地证明本案被诉侵权产品来源于深圳市桦宜达科技有限公司，该公司通过微信、网店等渠道销售被诉侵权产品，本案被诉侵权产品的来源明确，符合合法

来源抗辩的客观要件。

## 五、结论

综上所述，在专利侵权认定中，关于确定专利权的保护范围和确定侵权产品或方法是否落入专利权的保护范围的认定中，发明专利、实用新型专利的认定与外观设计专利的侵权认定规则不同。然而，在确定被告的抗辩理由是否成立时，发明专利、实用新型专利的认定与外观设计专利的认定相同，因而，在确定被告的抗辩理由是否成立这一部分，本文也选用了部分外观设计专利案例进行解析。