

德国专利间接侵权制度与判决解析

卜元石

内容提要：德国专利间接侵权制度于1981年在专利法修改时设立，主要为了规制帮助型间接侵权。其客观前提要求间接侵权人所提供物品与发明主要要素相关联，主观前提要求间接侵权人两个方面的明知，即对于物品适于在专利实施中使用的明知及对买受人有意图对物品以实施专利的方式加以使用的明知。客观要件判断标准为物品通过与其他元素共同作用在功能上实现发明思想，能够为问题的解决作出贡献。主观要件是否成立通常通过推定来证明，其规则为是否存在明显的客观情形可以让间接侵权人有充分、肯定的预期，认定买受人在许诺提供或者提供物品的时刻存在以实施专利的方式加以使用的意图。在法律后果方面，权利人可请求间接侵权人停止侵权、损害赔偿。

关键词：德国法 专利 间接侵权 分别侵权 禁令范围 赔偿金额计算

Abstract: Indirect infringement was introduced to German Patent Law in 1981 with the main objective to govern contributory patent infringement. The objective prerequisites of indirect patent infringement include the means supplied by the indirect infringer being related to an essential element of the invention. The subjective prerequisites are the twofold knowledge of the contributor regarding the suitability of these means for the implementation of the invention and the receiver's intention to use these means in the patented manner. The fulfillment of the objective means is judged by the standard of whether these means may functionally interact with other elements to realize the idea of the invention and are therefore contributing to resolve the problem. The examination of the subjective prerequisites is usually accomplished by presumption. The applicable rule lies in the existence of obvious objective circumstances, under which the supplier can reasonably expect the receiver to use the means in the patented manner at the moment of supply or offer for sale. Regarding remedies, the patentee is entitled to apply for injunction and damages in money.

Key Words: German Law; patent; indirect infringement; separate infringement; scope of injunction; calculation of damages

一、问题的提出

在中国法中，专利间接侵权是一项富有争议的法律制度。虽然最高人民法院在2016年出台的《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）》[法释（2016）1号]中对此问题已有明确规定，北京市高级人民法院早在2001年就已经在其发布的《专利侵权认

定指南》中推出详细的规则，但理论与实践仍然存在不少不明确的问题。而在已有的研究中，德国专利间接侵权制度作为比较法上的立法例虽然经常被引用，但中文文献中对此相关信息不多，尤其是缺乏相关判例的详细介绍。^①

另一方面，《德国专利法》于1981年通过增加第10条来调整专利间接侵权行为，在过去

作者简介：卜元石，德国弗莱堡大学法律系教授、东亚法研究所所长

^① 对德国间接侵权制度引用最多的中文文献为，范长军著：《德国专利法研究》，科学出版社2010年版，第115至117页；由单晓光、张韬略、于馨淼等翻译的《专利法：德国专利和实用新型法、欧洲和国际专利法（第6版）》对专利间接侵权制度也有涉及，但同样对于判例的处理非常概括。此外，张怀岭发表于《财经法学》2015年第3期的《从“Nespresso咖啡胶囊案”看德国专利间接侵权构成要件理论发展趋势及其启示意义——兼评北京高院〈意见2001〉及〈指南2013〉的相关规定》以及闫文军、金黎峰发表于《知识产权》2016年第7期的《专利间接侵权的比较与适用——兼评2016年最高人民法院司法解释的相关规定》对个别案例进行了评介。

三十多年间,无论是理论上还是实践中都积累了大量的知识与经验,可供我们参考借鉴。特别是对我们的法官而言,德国相关判例能够为审理类似案件开拓思路,提供更为直观的启发。在德国通用的数据库中,可以检索到与间接侵权相关的所有判决总数为三百多个,其中二十多个为德国联邦最高法院作出,考虑到德国专利侵权案件数量本身有限,这一数量已经非常可观。

基于这两方面因素,本文试图对德国专利间接侵权制度与司法实践作一个更为系统与全面的引介。为此,本文根据在德国专利法文献中判例的引用频率,选取对德国专利间接侵权制度的发展产生过较大影响的16个案例,其中几个判例还与中国有关联。

二、德国专利间接侵权制度的形成

德国间接侵权制度入法,缘起于德国加入《欧共体专利协定》。^②《德国专利法》第10条以该协定第30条为模板,在要件设置上不以专利直接侵权为前提。在间接侵权入法之前,德国法院就曾经处理过相关纠纷,但当时适用的是民法中关于辅助侵权的规定。^③因为《德国民法典》第830条中所规定的辅助侵权责任具有从属性,导致在追究专利间接侵权责任方面产生两个难题:一是为了查明直接侵权的发生,权利人要耗时耗力调查取证;二是在不可能发生直接侵权的情况下,比如专利的实施属于不视为侵权的情形,或是专利的实施发生在德国境外,专利权人就无法追究间接侵权人的法律责任。为了解决这两个问题,德国于1981年立法明确引入了非从属性专利间接侵权责任,为专利权人提供了一种预防性保护。《德国专利法》第10条规定:

“(1)此外,专利权还有这样的效力,即在本法适用范围内,任何第三人未经专利权人同意,不得向无权实施专利的人许诺提供或者

提供与发明主要要素相关的物品,如果行为人明知或者根据情形显而易见,这一物品适合于且确定用于专利发明的实施的。

(2)当上述行为涉及日常交易中可以获得的普通商品时,不适用第(1)款的规定,但第三人诱导被供给人实施第9条第二句所禁止的行为的除外。

(3)实施第11条第1项至第3项行为的人,不属于第(1)款规定的有权实施专利的人。”^④

三、德国专利间接侵权制度体系

专利间接侵权应采用一元化还是二元化规制模式是中国相关讨论中一个重要内容,但这一问题在德国法中却是陌生的。我国有学者认为德国采纳的是“非并列式的二元立法”,原因是与第10条第1款中的帮助侵权责任相比,该条第2款所规定的诱导侵权具有明显的辅助性。^⑤这一评论是非常恰当的,因为诱导侵权在《德国民法典》第830条第2款本来就已有规定,的确也不需要立法上再度规范,加入该款完全是为了与《欧共同专利公约》保持一致。^⑥

与此同时,也有观点认为德国专利间接侵权制度仅规范帮助侵权,并不包括诱导侵权。^⑦这一认识也有一定道理。在德国法语境讨论专利间接侵权,通常确实仅指辅助型专利间接侵权。^⑧但这样又如何解释《德国专利法》第10条第2款的作用与体系功能?从条文的体系来看,第10条第2款是第1款的例外,也就是说,该普通商品必须满足第1款的适用前提。如果该物品与发明的主要要素无关,根本就不可能构成间接侵权,《德国专利法》第10条也就无适用的可能。因此,《德国专利法》第10条第2款仅起到一种澄清的作用,即明确一般商品原则上不适用帮助型间接侵权,即便第10条第1款中相关要件已经满足。^⑨

考虑到德国实际上属于专利间接侵权一元化的国家,下文就把讨论的重心放在帮助型专

② Kraßer/Ann, Patentrecht, 7. Aufl., 2016, § 33 Rn. 333.

③ Rauh, Die mittelbare Patentverletzung, 2009, 第5页及以下; Teschermacher, Die mittelbare Patentverletzung, 1974, 第57页及以下。

④ 这一翻译参照张韬略的版本,载 http://blog.sina.com.cn/s/blog_4d7d209301000ck4.html, 最后访问日期:2018年8月9日。

⑤ 张其鉴:《我国专利间接侵权立法模式之反思——以评析法释[2016]1号第21条为中心》,载《知识产权》2017年第4期,第37页。

⑥ 同注释⑤。

⑦ 张怀岭,同注释①,第122页。

⑧ [德] Rauh, Mittelbare Patentverletzung in Deutschland, Japan und den USA, GRUR Int 2010, 第460页。

⑨ Kraßer/Ann, Patentrecht, 7. Aufl., 2016, § 33 Rn. 377.

利间接侵权所涉及的问题。关于诱导型间接侵权, 本文最后会作相关介绍。

四、帮助型专利间接侵权构成要件

根据《德国专利法》第10条, 德国法中帮助型专利间接侵权包括如下客观与主观构成要件。

(一) 客观要件

1. 与发明主要要素相关的物品

间接侵权的客观对象在德语原文中所使用的表述是Mittel, 这一名词在中文文献中有的翻译为“工具”, 也有的翻译为“物品”或者“产品”。^⑩本文这里延续使用“物品”这一通行翻译。根据《德国专利法》第10条, 该物品必须与发明主要要素相关, 但无需构成发明的一部分, 因而也可以属于现有技术,^⑪但发明的主要要素应该是专利请求中区别于现有技术的部分。^⑫一般认为, 物品应为有体物, 但目前已有观点将其延伸到了数据等无体物。^⑬在何时满足发明主要要素相关联的问题上, 分为下面几种情况:

(1) 该物品与专利请求中的一个或多个特征相同或者等同。此时, 该物品通常被认为满足了第10条对关联性的要求。^⑭这一点为德国联邦最高法院在“流量计”案所确定, 该案是为“与发明主要要素相关”明确标准的第一次尝试。该案中所涉及的专利为测量水流量的工具, 该技术方案使水流侧旋进入测量计以防止水垢的产生。另外, 测量计的内芯负重小, 无须经常更换。德国联邦最高法院指出, 测量计内芯为专利的一个技术特征, 且可以通过与水表外壳共同作用在功能上实现发明思想, 所以满足与发明主要要素相关的要件。^⑮自此, 物品通过与其他元素共同作用在功能上实现发明

思想, 能够为问题的解决作出贡献成为了与发明主要要素关联的判断规则。^⑯

(2) 如果该物品属于专利请求中所描述的特征, 但该特征在整个发明中起到的不过是一种附属性作用, 即对实现技术方案所要解决的问题没有贡献, 就不能视为与发明主要要素相关。这一认识在“定量吸管”案^⑰的判决中予以明确。这里涉案专利的技术方案由一个手持定量吸管与注射器活塞组成, 该注射器包括一个固定装置与一个注射器活塞, 解决了无需用手即可安装与拆卸注射器的问题, 因而可以防止污染。这里, 德国联邦最高法院认为虽然在该案中被告方所供应的注射器, 在专利申请阶段就在市场上已有供应, 属于现有技术, 但不因此就否认其与发明主要要素的关联性。恰恰相反, 这一技术的客体就是注射器, 所以必然与发明主要要素相关。^⑱

对于物品在何种情况下发挥的是一种微不足道的附属性作用, 德国联邦最高法院在“音频信号编码”案^⑲有具体阐述。该案涉及电台信号的编码、解码和观看。德国联邦最高法院指出, 对已编码信号的传送虽然属于专利请求的特征, 但对于从编码到数据解码的中间过程, 起到的只是一种微不足道的作用。特别根据专利技术, 通过何种渠道、以什么方式和通过什么载体来进行这种传送并不重要。用于对于传送过程的进一步设计与实现的物品, 对于专利技术起到的就是一种附属性作用, 因而与发明的主要要素无关。

(3) 如果该物品不属于专利请求中的技术特征, 但该物品可以配合专利请求中其他特征, 共同在功能上实现专利所保护发明思想, 也可能符合与发明主要要素相关联的要件。比

^⑩ 前者如闫文军、金黎峰, 同注释①, 第48页; 后者如张怀岭, 同注释①, 第118页; 两者均使用如注释⑤, 第37页; 第三种翻译方式如李陶:《工业4.0背景下德国应对3D打印技术的法政策学分析——兼论我国对3D打印技术的法政策路径选择》, 载《科技与法律》2015年第2期, 第336页。

^⑪ Benkard/Scharen, Patentrecht, 11. Aufl., 2015, § 10 Rn. 7; Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, BeckOK Patentrecht, 8. Ed., § 10 Rn. 7.

^⑫ Rauh, 同注释③, 第166页。

^⑬ Haedicke/Zech, Technische Erfindungen in einer vernetzten Welt – Das Internet als Herausforderung für das Patentrecht, GRUR-Beilage 2014, 56; 李陶, 同注释⑩, 第336到337页。

^⑭ Benkard/Scharen, 同注释, § 10 Rn. 7; Kraßer/Ann, 同注释②, § 33 Rn. 353.

^⑮ BGH, Urteil vom 4. 5. 2004 - X ZR 48/03 – Flugradzähler.

^⑯ Rauh, 同注释③, 第173页, 对此案持有不同观点, 认为使用其他表芯也可以实现发明思想。

^⑰ BGH, Urteil vom 27. 2. 2007 - X ZR 38/06 – Pipettensystem.

^⑱ 相反观点: Rauh, 同注释③, 第176页, 认为注射器本身不体现发明思想, 因为任何的注射器都可以在该设备上。

^⑲ BGH, Urteil vom 3. 2. 2015 - X ZR 69/13 – Audiosignalcodierung.

如CAD数据就可能构成这样一种物品。^{②①}

(4) 在方法专利中,使用方法的设备也可能构成物品,^{②②}因为对物品的要求仅是与发明的主要要素相关,而不是发明主要要素的一部分。但在此处,需要区分方法的使用对象与方法的使用工具,前者一般都不满足关联性要件,而后者正相反。在“视频信号编码”案^{②③}中,德国联邦最高法院认为,DVD光盘中所包含数据可以通过专利方法转换成录像画面数据,但这只是专利方法的处理对象,没有光盘,方法就不会启动,所以光盘并不与发明的主要要素相关。

(5) 德国有观点认为,“与发明主要要素相关”与日本法中要求“物品为解决发明的课题必不可少”意思相同,^{②④}所以该物品必须能够使他人完整实施专利保护的技术方案。在“可加热雾化器”一案^{②⑤}中,法院认为,如果第三人提供的物品无论如何使用,都根本不能实现发明的所有特征,那么该物品缺乏与发明主要要素的关联性。在该案中,被告提供的雾化器缺少温度传感器,而温度传感器恰恰构成原告专利的一个重要特征。

2. 被禁止行为

《德国专利法》第10条仅禁止为经营目的而进行的许诺销售或者提供相关物品,但不禁止制造与进口、占有该物品等行为。这是因为,只要禁止许诺销售或者相关物品的提供,就可以防止他人利用该物品进行无权使用,从而实现对发明提供预防性保护的。对于技术方案的描述与公开,比如在方法指南、使用指南、图纸或设计图说明该专利方案,因为这里不存在与发明要素相关的物品,也不属于《德国专利法》第10条所禁止的行为。^{②⑥}此外,考虑到直接侵权发生在德国境外,出口行为也不被禁止。

3. 双重国内关联

根据《德国专利法》第10条追究间接侵权人的责任,必须满足双重国内关联(doppelter

Inlandsbezug)这一前提。具体而言,这一方面要求物品的许诺销售或者提供必须在德国境内进行;另一方面要求物品买受人的直接侵权行为也必须发生在德国境内。二者缺一不可,而且由专利权人对此承担举证责任。但是因为《德国专利法》第10条中所禁止的帮助型间接侵权是一种非从属性侵权责任,不以直接侵权的实际发生为前提,所以,只要从客观角度可以认定该物品很有可能将在德国境内用于专利侵权,该举证责任即被认为已经完成。^{②⑦}在双重国内关联这一问题上,德国联邦最高法院的判断标准通过一系列判决不断具体化,其中最重要的为以下三例。

在“电波钟”案件(二)^{②⑧}中,原告在香港生产电波钟的齿轮装置,专利权人认为该装置侵犯其专利并向住所地在香港的原告客户H发出警告函,H所从事的活动是将购买的齿轮装置在香港组装成闹钟,并销售给在德国的K百货公司。在H收到专利权人的警告函后,H便取消了给原告的订单。因此,原告起诉专利权人要求法院确认其行为不侵权。这里原告向海外供货,零件的买受人在海外组装,但因成品销售到德国,所以原告的行为仍可以构成间接侵权。

在“音频信号编码”案中,被告为住所地在德国的一家企业,生产可以接收与处理电视信号的设备。该电视信号中的音频信号根据MPEG-2标准编码,而编码方法为原告专利所保护。被告把一部分产品销售给另外一家中国公司,但德国联邦最高法院认为,被告在其网站中把一家德国企业列为欧洲分销商,所以被告显然知道其直接客户虽然是中国企业,但该企业仍有可能向德国客户供货,而被告继续向其供货,因此依然满足双重国内关联的要求。

就如何解决向海外销售仍然符合双重国内关联这一前提的问题上,最重要的一个判决为“密封系统”案^{②⑨}。该案涉及的专利为一个为可吹气物体进

^{②①} Haedicke/Zech, 同注释^⑬, 第56页。

^{②②} Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释^①, § 10 Rn. 5.

^{②③} BGH, Urteil vom 21.8.2012, X ZR 33/10 – MPEG-2 Videosignalcodierung.

^{②④} Rauh, 同注释^③, 第193页。

^{②⑤} BGH, Urteil vom 24.9.1991 - X ZR 37/90 – Beheizbarer Atemluftschlauch.

^{②⑥} Benkard/Scharen, 同注释^①, § 10 Rn. 11; Kraßer/Ann, 同注释^②, § 33 Rn. 350; Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释^①, § 10 Rn. 11.

^{②⑦} Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释^①, § 10 Rn. 12.

^{②⑧} BGH, Urteil vom 30.1.2007 – X ZR 53/04 – Funkuhr II.

^{②⑨} BGH, Urteil vom 16.05.2017 – X ZR 120/15 – Abdichtsystem.

行密封的装置，被告住所地在意大利，其所销售汽车轮胎修理工具箱中使用了这一装置的一部分。在该判决中，德国联邦最高法院指出，如果产品供应商明知客户已经把产品转销至德国或即将转售到德国；或者客户购买的数量如此之大，以至于不可能只在无专利保护的地区销售；或者客户购买行为与在德国市场可以感受到的或者潜在的客户进行的侵权行为有突出的关联；或者产品附有德语说明书但产品供应商自己不销售到德国，可以认为被告知道该产品会销售至德国。^⑳

根据这几个判决，即便用于间接侵权的物品在海外销售，如果该物品可能被进口到德国，而物品提供人知悉此情形，却未采取行动阻止或预防直接侵权在德国的发生，也满足双重国内关联的要件。

4. 买受人无权使用专利

根据《德国专利法》第10条第1款，只有在买受人（直译也可译为接受人^㉑）没有使用专利技术的授权时，才会构成专利间接侵权。这种授权可以来源于专利权人的明示许可，也可以是专利权限制条款，包括先用权、强制许可、政府指定许可（第13条）和使用申报（第23条）。其中最重要的默示授权是基于专利权穷竭原则。根据专利权穷竭原则，买受人对专利产品可以进行修理，也可为此目的从第三人处购买耗材、零配件以及修理材料等。^㉒但在具体案件中，买受人的行为是合法的修理，还是非法，又或是合法的再造，并不容易界定。

在如何判断修理和再造这个问题上，德国联邦最高法院在前文“流量计”案中所持观点是，如果在产品设定的使用寿命期间，产品的正常使用需要更换耗材，那么这种更换只是一种修理，而不是再造。但如果该耗材恰好体现了发明技术上或者经济上的优点，那么就不能说，该专利权人在第一次出售产品时，默示同意买受人以后可以自由更换这一耗材。在流量计这一发明中，其不同于现有技术的一个特点就是流量计负重小，

无须经常更换，所以该内芯的更换构成再造，而不是修理。^㉓

在前述“定量吸管”案中，德国联邦最高法院认为修理与再造的区别在于是否改变了已销售产品的同一性，而判断这一点必须要对专利权人经济利益与买受人使用专利产品的自由之间进行衡量，并考虑专利产品的特性。此案中，注射器是用于吸管上的一次性产品，所以，吸管的更换其实不构成严格意义上的修理。但是如果要求买受人在定量吸管系统的设计使用寿命期间只能从专利权人处购买注射器，那么买受人所花费的成本会远远超过定量吸管系统本身的价格，因此，不能允许专利权人通过控制注射器供货渠道的方式获得不当的垄断利润。结论是，通过更换注射器并不改变产品的同一性，所以该行为最终被定性为修理。

在“管道焊接方法”案^㉔中，涉案方法为焊接步骤，以及之前的准备步骤，即控制卡的生产。被告销售一种焊接机，该焊接机可以读取卡中数据来确定焊接温度。绝大多数用户是从有授权的生产商处购买控制卡。因为使用调控卡就会不可避免地实施整个方法，所以德国联邦最高法院认为调控卡的买受人有权实施专利方法，包括可以自由选择购买焊接机。

根据《德国专利法》第10条第3款，即便买受人的行为适用《德国专利法》第11条第（一）到第（三）项中规定的五种专利权的法定限制时，该买受人仍然认为没有使用专利的授权。这五种例外包括私人使用、实验目的、育种例外、药品配制例外以及临床试验例外。如果买受人可以适用《专利法》第11条后面的3种情形，主要是交通工具临时过境的情形，那么该买受人被认为具有使用专利的授权。对于专利权例外为处理间接侵权问题作这种区分，也是为了与《欧共体专利公约》保持一致的需要。^㉕至于该公约为何只允许临时过境的情形，是因为临时过境与在境外使用类似。^㉖但《德国专利法》第10条第3款在德国也有质疑。比如有观点认为：不允许为实验目的、育

^⑳ Boehmert & Boehmert: BGH präzisiert seine Rechtsprechung zur Auslandshaftung in Patentverletzungsfällen (Entscheidung „Abdichtsystem“).

^㉑ 张怀岭，同注释①，第122页。

^㉒ Kraßer/Ann, 同注释②，§ 33 Rn. 361.

^㉓ 也有观点对此表示质疑，因为不属于发明主要要素的一部分，如 Rauh, 同注释③，第173页。

^㉔ BGH, Urteil vom 27. 2. 2007 - X ZR 113/04- Rohrschweißverfahren.

^㉕ Teschermacher, 同注释⑥，第150页。

^㉖ Kraßer/Ann, 同注释②，§ 33 Rn. 367.

种例外、临床试验例外提供专利技术的零部件，显然过于严格，可能导致无法实现这些例外的立法目的。³⁶

最后，如果买受人从专利权人处获得使用专利的许可，但承诺只从专利权人处购买零部件及耗材，在其从他人处购买时，是否仍可以视为拥有使用专利的授权呢？一种观点认为，在这种情况下，买受人仍具有有效授权，但要承担违约义务；还有观点则认为存在授权，根据购买义务是否有效来确定。³⁷

（二）主观要件

1. 故意

构成专利间接侵权的主观要件为故意，包括如下三个方面：（1）该物品可以用于侵权；³⁸（2）买受人有利用该物品实施涉案专利的意图（Bestimmung）；³⁹（3）提供该物品的供应商对前两个方面的明知。⁴⁰这就意味着，间接侵权人在许诺销售或者提供物品的时候，就已经知道该物品的买受人决定将该物品用于侵权，或者客观情形明显表明，这种侵权危险显然存在。⁴¹这一主观要件与中国法相比，有如下两个不同。

首先，这种故意指向的不是物品提供者是否知道专利权的存在，也不是物品提供者是否知道买受人无权使用该专利技术。⁴²

其次，《德国专利法》第10条第1款表述使用的是“故意”，但因为这种明知可以通过推定来认定，所以，可以认为这里的明知也包括我们中国法中所称的应当知道。⁴³但在一般过失的问题上尚存争议，有观点认为既然过错是通过推定确定，所以也可能存在过失导致的间接侵权责任。⁴⁴

2. 举证责任与证明标准

主观要件是否满足，由专利权人来承担举证责任。这一证明责任涉及的是“明知”这样一种主观状态，因此无疑是很难完成。《德国专利法》第10条第1款也允许法官根据案件客观情形对是否存在明知进行推定。所以，这种明知通常也确实是通过推定来完成的。⁴⁵而在司法实践中推定所使用的规则如下：如果存在明显的客观情形可以让间接侵权人有充分、肯定的预期（hinreichend sichere Erwartung）认定买受人在许诺提供或者提供物品的时刻存在进行侵权的意图，可以认为已完成了对主观要件的证明。⁴⁶

判断这种预期是否存在，最重要的一点是该物品适合于侵权的特性。如果该物品仅能用于侵权，即“专用品”，或者该物品用于侵权是一种优选的用途，那么即可承认存在这种充分、肯定的预期。⁴⁷如果该物品同样可以用于其他非侵权用途，则只有结合其他的情形，才能证明这一主观要件已经满足。比如，在“皮带轮传动电梯”案⁴⁸和“空气加热器”案⁴⁹中，该物品的提供人在使用说明书中推荐了侵权用途，此时可以认为该预期存在。

在“空气加热器”案中，涉案专利是一种空气流动导向装置，其特征是散热片的连接和角度比较特别，可以允许单独调整角度和方向，使得房间大面积持续受热，但风不会只朝着一个方向吹。被告也提供一种空气加热器，该产品虽然理论上也可以实现涉案专利的技术方案，但是该产品上面嵌入了钢板，导致只有拆除钢板才能够实现叶片的可调节性。德国联邦最高法院认为，一部分购买者可能只是按照购买时的状态来使用

³⁶ Kraßer/Ann, 同注释②, § 33 Rn. 365; Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释①, § 10 Rn. 21.

³⁷ Rauh, 同注释③, 第190页及以下; Kraßer/Ann, 同注释②, § 33 Rn. 382; Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 10, 16.

³⁸ 但这里物品提供者无需知道该物品与发明的主要要素相关, Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 19.

³⁹ 这里并不要求买受人知道其欲使用的技术上存在专利, 只需有使用专利保护的技术方案的意图即可, Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 19.

⁴⁰ Kraßer/Ann, 同注释②, § 33 Rn. 369, 370.

⁴¹ BGH, Urteil vom 13. 6. 2006 - X ZR 153/03 (KG)- Deckenheizung.

⁴² Kraßer/Ann, 同注释②, § 33 Rn. 372.

⁴³ Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释①, § 10 Rn. 13.

⁴⁴ Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 19-20.

⁴⁵ Rauh, 同注释③, 第208页及以下.

⁴⁶ Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 20.

⁴⁷ Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 8; Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释①, § 10 Rn. 13.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 7. 7. 2005 - X ZR 247/02 - Antriebsscheibenaufzug.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 10. 10. 2000 - X ZR 176/98 - Luftheizgerät.

这一产品而不拆除钢板，所以不能认为该产品具有适用侵权的特性。

在“皮带轮传动电梯”案中，涉案专利是一个皮带轮传动的电梯，包括卷扬机和机器定位，其特点是可以不需要单独的动力间。被告销售这种电梯的驱动机，并在其产品广告中提示可以专利方式来使用该产品。德国联邦最高法院认为，根据一般生活经验，客户通常会遵照产品说明书中推荐的使用方式来使用产品。因此，即便产品可以非侵权方式使用，但用于侵权方式的可能性会更大。

在“基础加密逻辑”案^{⑤①}中，被告所销售的影音播放器，可以用于接收和播放免费和加密的电视节目，其中包含一个可以通过特殊的软件来操纵的微芯片。众所周知，该影音播放器可以用来破解收费电视节目的登陆系统，而且在互联网上有很多如何使用影音播放器来违法收看电视节目的指南。被告的影音播放器使用了原告专利中的B算法，但在此案中，杜塞尔多夫州高等法院否定了专利间接侵权的存在。这主要是因为使用该微处理器需要客户具备基本的计算机知识，而不是所有的客户都了解这一技术，因此不存在充分、肯定的预期客户将以违法的方式来使用该设备。

3. 引入专用品概念，放弃主观要件

基于德国专利法间接侵权主观要件的复杂性以及随之而来的举证困难，德国有个别学者建议效仿美国、日本的做法，引入专用品概念，放弃主观要件。^{⑤②}该观点认为德国法中客观要件的设置已经把专利间接侵权局限在一个很窄的范围，主观要件的限定作用不大。但另一方面，根据民法一般原则，无过错责任只有在涉及高度危险行为才具备正当性，而专利间接侵权显然还达不到这种对社会的普遍危害性。^{⑤③}

从制度发展史的角度来看，德国双重故意要件最初来源于刑法对于帮助犯（Gehilfe）的规定，并为德国法院判决不断延续至今。^{⑤④}

五、专利间接侵权的法律性质与法律后果

对于间接侵权的法律性质，主流观点均否定专利权人对专利的零部件拥有绝对的排他权。^{⑤⑤}这是因为如果《德国专利法》第10条第1款中的主观要件如果没有满足，专利权人就无法禁止他人提供涉案物品，而停止侵权请求权在涉及绝对权被侵害时不以过错为要件。^{⑤⑥}间接侵权目前虽然被定性为一种危险责任（Gefährdungstatbestand），但归根结底还是源于一种辅助侵权责任，因此尽管德国帮助型专利间接侵权为非从属责任，但这只是说专利权人无需证明直接侵权确实发生。

专利间接侵权的法律后果，包括要求侵权人停止侵权、损害赔偿以及提供帐簿信息，但专利权人一般无权要求销毁存货。^{⑤⑦}

（一）停止侵权

在满足第10条第1款的前提下，专利权人能够证明间接侵权即将发生或重复发生的可能，就可以向法院请求停止侵权。因此，申请人只需证明存在抽象的侵权危险。禁令的范围取决于物品的特性，具体可分为三种情形：1.只有在涉及专用品时，法院可以颁布全面禁令。^{⑤⑧}2.如果物品很容易被改动而且不因此损害物品提供人的市场前景，即便该物品非专用品，也可以实施全面禁令。^{⑤⑨}3.如果不是专用品，权利人只能要求间接侵权人采取相应的预防措施。^{⑤⑩}一般情况下，物品供应商贴上警示标志即已足够。警示的内容由专利权人草拟，尽可能宽广，包括所有可能的间接侵权行为，但不能空泛。^{⑥①}

^{⑤①} OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.02.2015, I-15 U 39/14 – Primäre Verschlüsselungslogik.

^{⑤②} Rauh, 同注释③, 第121页及以下。

^{⑤③} Rauh, 同注释③, 第212页及以下。

^{⑤④} Rauh, 同注释③, 第202页及以下。

^{⑤⑤} 不赞同此观点的 Holzapfel, Zu § 10 PatG als Rechtszuweisungsnorm, GRUR 2002, 第195页。

^{⑤⑥} Kraßer/Ann, 同注释②, § 33 Rn. 381, 384; Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 2.

^{⑤⑦} BGH, Urteil vom 22.11.2005 – Extracoronales Geschiebe; Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 25; Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释①, § 10 Rn. 27; 不同观点, Rauh, 同注释③, 第284-285页。

^{⑤⑧} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 24; Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释①, § 10 Rn. 23.

^{⑤⑨} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 25.

^{⑤⑩} Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释①, § 10 Rn. 24.

^{⑥①} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 25.

专利权人无权要求物品提供者承诺只有在其客户承诺不侵权时，才允许其供货，而只能要求在有线索表明客户有侵权可能时，物品提供者有义务询问客户，如果客户态度模棱两可，应当停止供货。^{⑥1}如果有许诺销售与销售之虞，不禁止产品的生产则不能排除这种风险时，也可以例外要求禁止生产该物品。^{⑥2}

在“天花板供暖设备”案中，涉案专利由内放加热或冷却用金属条的天花板组成，其上还散放上一层导管垫。被告是将导管垫与金属片融合在一起，也可以放在天花板上。此案中，因为供应商在广告材料中推荐了专利中描述的方式来使用产品，所以认定为间接侵权并无疑问。这里涉及到的问题是禁令的范围。由于涉及的不是专用品，所以德国联邦最高法院认为可以要求被告在其产品说明书中指出，被告产品必须固定在天花板上，如果采取散放的方式则会造成侵权。但除此之外，被告还需采取哪些措施则由原审法院根据具体产品使用情形来定。

（二）损害赔偿

在德国法中，关于专利间接侵权引起的损害赔偿问题，区分两点：一为确定赔偿义务；二为确定赔偿金额。这是因为在知识产权侵权诉讼中，部分诉讼比较常见，通常可以把确定侵权的存在和赔偿义务的产生与要求支付赔偿在民事诉讼程序上分离开来。如果仅是请求法院确定赔偿义务的存在，那只需证明满足《德国专利法》第10条前提即可，无需证明的确发生过直接侵权。^{⑥3}但如果是请求确定赔偿金额，专利权人必须证明至少有一起专利实施行为的发生，不论这种行为是构成直接侵权还是属于不视为侵权的情形。比如，如果供应的不是市场上可获得的普通商品，能够证明有人在私人领域实施专利，也可以要求间接侵权人赔偿。如果不能证明有至少一起专利实施行为的发生，专利权人只能要求赔偿直接损失，包括法律费用和排除市场混淆的费用。^{⑥4}关于损害赔偿还有以下三个细节问题。

1. 赔偿金额的计算方法。简单地说，间接侵权的赔偿金额一般就是因专利直接侵权造成的损失，因此可以使用专利侵权损害赔偿计算通用的三种方法，即被告所受实际损失、侵权人所获利润或者适当的许可费。^{⑥5}

2. 如果间接侵权人仅是进行许诺销售但尚未真正供货，是否仍然承担赔偿责任？之所以提出这一问题，是因为在这种情况下他人还未获得涉案物品，因此还不能实施专利，所以专利权人似乎根本没有损失。对此，德国卡尔斯鲁厄高等法院指出，这里涉及的前提问题就是在构成侵权的行为仅为许诺销售时，是否产生损害赔偿请求权。如果法律规定未经授权的许诺销售可以构成一种侵权行为，那么专利权人就有权要求赔偿，不论实际销售是否发生，否则侵害许诺销售的赔偿请求权就会被架空。这一点同样适用于间接侵权，所以无论实际销售是否发生，都应该肯定专利权人的赔偿请求权。^{⑥6}

3. 是否必须要证明至少有一次直接侵权发生。虽然德国联邦最高法院在相关判决中均作这一要求，但有学者对此持不同意见，并认为如果该物品可以单独销售，那么专利权人既可以要求赔偿直接侵权造成的损失，也可以要求只赔偿因为间接侵权造成的损失，后者可以通过因该物品销售导致的利润损失和许可费的计算方法算出。这样的好处有两个：一是无需收集直接侵权人的信息，二是损害金额更好计算。^{⑥7}

六、专利间接侵权与其它相关制度的界分

（一）教唆型间接侵权责任

教唆型专利间接侵权要求间接侵权人故意诱导买受人实施无权使用行为，而且要求客户的无权使用完全是因为间接侵权人的鼓动而造成，二者之间存在因果关系。从前提上来看，《德国专利法》第10条第2款与《德国民法典》第830条第2款规定几乎完全一致。也就是说，这一间接侵权

^{⑥1} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 25; Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释①, § 10 Rn. 25.

^{⑥2} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 25.

^{⑥3} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 25.

^{⑥4} Kraßer/Ann, 同注释②, § 33 Rn. 380; Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释①, § 10 Rn. 26.

^{⑥5} Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释①, § 10 Rn. 26.

^{⑥6} OLG Karlsruhe, Urteil vom 8. 5. 2013 – 6 U 34/12 – MP2-Geräte.

^{⑥7} Rauh, 同注释③, 第 255-257 页。

责任的成立是有从属性的，也就是在物品买受人的使用行为不视为侵权的情形，比如私人使用、实验目的等，同样不产生诱导侵权责任。^{⑥⑧}《德国专利法》第10条第2款所规定的涉及一般物品间接专利侵权的成立，根据民法典一般理论，也要求物品销售行为必须已经发生而且买受人的侵权行为也已经发生。^{⑥⑨}有观点认为，二者的一个区别在于：根据《德国民法典》第830条规定的教唆侵权责任要求被教唆人有从事侵权行为的故意，而《德国专利法》第10条第2款只要求过失。^{⑦⑩}

《德国专利法》第10条第2款所指的一般物除了应该具有多个用途，还需要在市场上有一定需求和供货，可以随时订货并在供货商的仓库中有现货，也就不是单独定制之物。^{⑦⑪}其包括钉子、螺钉、电线、电子元件、化学原料、齿轮、开关、阀门、万用驱动装置以及晶体管等。^{⑦⑫}判断涉案物品是否属于普通商品，以许诺销售或者物品供应时刻为准。《德国专利法》第10条并不要求该商品在专利申请时就已经成为普通商品。^{⑦⑬}但如果物品成为普通商品的时间与许诺销售或者供应时间非常靠近，就不能排除当事人为规避专利特意为。如果可以查明这一点，可以滥用权利为由，禁止其援引《德国专利法》第10条第2款免责。^{⑦⑭}

（二）并发侵权

在德国专利法中，《德国民法典》第840条所规定的“并发的侵权行为（Nebentäterschaft）”^{⑦⑮}发挥着不可忽略的作用。此处所指的并发侵权对应我国《侵权责任法》第11条与第12条所构成的无意思联络多人侵权的概念。^{⑦⑯}在中国法的语境中，是否存在适用并发侵权的空间不无疑问。这是因为无意思联络多人侵权要求每个参与人的行为单独来看必须满足侵权责任成立的要件。此时，专利权人完全可以直接追究每个参与人的侵权责任，似乎没有必要迂回适用并发侵权责任制度。

在德国法中，之所以需要借助并发侵权制度，是因为多人进行专利侵权一般属于多因一果的情形，因此在论证因果关系时必须考虑所有人的行为，来确定侵权责任的成立。比如，在某些情况下，如果行为人有义务、有能力阻止侵权，未履行这一义务，最终造成侵权结果的发生，就与直接侵权人同为并发侵权人承担责任。例如在“MP3-播放器进口”案^{⑦⑰}中，被告为从上海发送到德国的MP3-播放器的收货人和承担货物运输的快递公司。在该案中，德国联邦最高法院认定承运人虽然一般没有义务调查货物来源，但如果有关迹象表明存在侵权可能，就需要调查所运货物是否侵权。这种防止侵权的义务可以源于当事人之前的行为。

此外，在单侧书写的多主体实施方法专利中，每个参与实施专利方法一部分步骤的行为人，都可能被认为构成无意思联络的侵权人。这是因为每个行为人都利用了其他人的行为，最终导致专利方法完整地实施，所以这些行为都可以互相归责给其他参与人。在前文的“音频信号编码”案中，电台使用专利方法进行编码，而用户通过专利方法解码，实现对信号的接收，此时电台与用户虽然无意思联络，但各自利用对方的行为，完整实施了专利方法，所以构成并发侵权人。

直接侵权人也可以与间接侵权人构成并发侵权人，因此根据《德国民法典》第840条二者对权利人的损失承担连带责任。^{⑦⑱}

结 论

德国专利间接侵权制度在专利法设定后的三十年间，学说与判例共同配合对其客观、主观要件以及法律后果形成了比较明确的规则。总体上呈现出主观判断标准客观化的趋势。尽管如此，因为这些要件的抽象性与复杂性，导致法院在专利间接侵权的认定上仍然存在一定的不确定性。■

^{⑥⑧} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 23.

^{⑥⑨} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 22; Rauh, 同注释③, 第218页。

^{⑦⑩} Rauh, 同注释③, 第219-220页, 认为, 不要求直接使用行为构成侵权, 而主流观点持相反意见。

^{⑦⑪} Rauh, 同注释③, 第153页及以下。

^{⑦⑫} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 21; Kraßer/Ann, 同注释②, § 33 Rn. 375. Fitzner/Lutz/Bodewig/Ensthaler, 同注释, § 10 Rn. 16.

^{⑦⑬} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 21.

^{⑦⑭} Benkard/Scharen, 同注释①, § 10 Rn. 21.

^{⑦⑮} 程啸:《论意思联络作为共同侵权行为构成要件的意义》, 载《法学家》2003年第4期, 第101页。

^{⑦⑯} 程啸著:《侵权责任法》(第二版), 法律出版社2015年版, 第376-377页。

^{⑦⑰} BGH, Urteil vom 17. 9. 2009 - Xa ZR 2/08 - MP3-Player-Import.

^{⑦⑱} Rauh, 同注释③, 第252页。