

# 北京市高级人民法院《专利侵权判定指南（2017）》

## 一、发明、实用新型专利权保护范围的确定

### （一）确定保护范围的解释原则

1、专利权有效原则。在权利人据以主张的专利权未被宣告无效之前，其权利应予保护，不得以该专利权不符合专利法相关授权条件、应被宣告无效为由作出裁判。但是，本指南另有规定的除外。

专利登记簿副本，或者专利证书和当年缴纳专利年费的收据可以作为证明专利权有效的证据。

2、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保护范围，保护权利人的利益，还要充分考虑权利要求的公示作用，兼顾社会公众的信赖利益，不能把不应纳入保护的内容解释到权利要求的范围当中。

下列情形属于不应纳入保护范围的内容：

- （1）专利所要克服的技术缺陷的技术方案；
- （2）整体上属于现有技术的技术方案。

3、折衷原则。解释权利要求时，应当以权利要求记载的技术内容为准，根据说明书及附图、现有技术、专利对现有技术所做的贡献等因素合理确定专利权的保护范围。既不能将专利权的保护范围拘泥于权利要求书的字面含义，也不能将专利权的保护范围扩展到本领域普通技术人员在专利申请日前通过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。

4、符合发明目的的原则。在确定专利权保护范围时，不应将不能实现发明目的、效果的技术方案解释到权利要求的保护范围中，即不应当将本领域普通技术人员在结合本领域的技术背景的基础上，在阅读了说明书及附图的全部内容之后，仍然认为不能解决专利的技术问题、实现专利的技术效果的技术方案解释到专利权的保护范围内。

### （二）解释对象

5、审理侵犯发明或者实用新型专利权纠纷案件，应当首先确定专利权的保护范围。发明或者实用新型专利权的保护范围应当以权利要求记载的技术特征所确定的内容为准，也包括与所记载的技术特征相等同的技术特征所确定的内容。

确定专利权保护范围时，应当对权利人作为权利依据所主张的相关权利要求进行解释，并对该权利要求进行技术特征的划分。

6、权利要求书有两项以上权利要求的，权利人应当在起诉状中载明具体的权利要求。起诉状对此未记载或者记载不明的，应当要求权利人明确；经释明，权利人在一审法庭辩论终结前不予明确的，可以裁定驳回起诉。

7、权利人主张以从属权利要求确定保护范围的，应当以该从属权利要求记载的附加技术特征及其直接或间接引用的权利要求记载的技术特征，一并确定专利权的保护范围。

8、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的技术功能、并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和/或部件之间的连接关系。在方法技术方案中，该技术单元一般是方法步骤或者步骤之间的关系。

9、在一审判决作出前，权利人所主张的权利要求被专利复审委员会宣告无效，权利人没有及时变更主张的权利要求的，可以裁定驳回权利人基于该被宣告无效的权利要求的起诉。

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的，权利人可以另行起诉。

权利人另行起诉的，诉讼时效期间从行政判决书送达之日起计算。有证据证明在行政诉讼期间被诉侵权行为一直在持续的，权利人另行起诉时可以就此主张权利。

10、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。

### （三）解释方法

11、确定专利权的保护范围时，应当以国务院专利行政部门公告授权的专利文本或者已经发生法律效力无效宣告请求审查决定及相关的确权行政判决所确定的权利要求为准。权利要求存在多个文本的，以最终有效的文本为准。

12、解释权利要求应当从本领域普通技术人员的角度进行。

本领域普通技术人员，是一种假设的“人”，他能够获知该领域中所有的现有技术，知晓申请日之前该技术领域所有的普通技术知识，并且具有运用该申请日之前常规实验手段的能力。

所属本领域普通技术人员，不是指具体的某一个人或某一类人，不宜用文化程度、职称、级别等具体标准来参照套用。当事人对本领域普通技术人员是否知晓某项普通技术知识以及运用某种常规实验手段的能力有争议的，应当举证证明。

13、对权利要求的解释，包括但不限于澄清、弥补和特定情况下的修正三种形式，即当权利要求中的技术特征所表达的技术内容不清楚时，澄清该技术特征的含义；当权利要求中的技术特征存在瑕疵时，弥补该技术特征的不足；当权利要求中的技术特征之间存在矛盾等特定情况时，修正该技术特征的含义。

14、一般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技术方案对待。独立权利要求的前序部分、特征部分以及从属权利要求的引用部分、限定部分记载的技术特征，对于保护范围具有限定作用。

权利要求包含两个以上的并列技术方案的，应当将每个并列技术方案分别确定为一个整体技术方案。

15、解释权利要求，可以使用专利说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、与涉案专利存在分案申请关系的其他专利以及上述专利的专利审查档案、生效的专利授权确权裁判文书所记载的内容。

上述方法仍不能明确权利要求含义的，可以结合工具书、教科书等公知文献及本领域普通技术人员的通常理解进行解释。

本指南所称专利审查档案，包括专利审查、复审、无效程序中专利申请人或者专利权人提交的书面材料，国务院专利行政部门及其专利复审委员会制作的审查意见通知书、会晤记录、口头审理记录、生效的专利复审请求审查决定书和专利权无效宣告请求审查决定书等。

16、权利要求与专利说明书出现不一致或者相互矛盾，明显违反专利法第二十六条第三款、第四款导致说明书无法用于解释权利要求的，告知当事人通过专利无效宣告程序解决。当事人据此启动专利无效宣告程序并申请中止本案审理的，可以裁定中止诉讼。

当事人明确表示拒绝通过专利无效程序解决，或者未在合理期限内提起专利权无效宣告请求的，应当按照专利权有效原则，以权利要求的字面含义所确定的保护范围为准。但是本领域普通技术人员通过阅读权利要求书和说明书及附图，能够对实现要求保护的技术方案得出具体的、确定、唯一的解释的，应当根据该解释来澄清或者修正权利要求中的错误表述。

根据本条第二款仍然不能确定专利权的保护范围，可以判决驳回原告诉讼请求。

17、在解释权利要求、确定权利要求书中记载权利要求的保护范围时，可以推定独立权利要求与其从属权利要求所限定的保护范围互不相同。独立权利要求的保护范围大于其从属权利要求的保护范围，在前从属权利要求的保护范围大于在后引用该在前从属权利要求的保护范围，但本领域普通技术人员根据专利说明书及附图、专利审查档案等内部证据，可以做出相反解释的除外。

18、对于权利要求中以功能或者效果表述的功能性特征，应当结合说明书及附图描述的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。

功能性特征，是指对于结构、组分、材料、步骤、条件或其之间的关系等，通过其在发明创造中所起的功能或者效果进行限定的技术特征。下列情形一般不宜认定为功能性特征：

(1) 以功能或效果性语言表述且已经成为本领域普通技术人员普遍知晓的技术术语，或以功能或效果性语言表述且仅通过阅读权利要求即可直接、明确地确定实现上述功能或者效果的具体实施方式的技术特征；

(2) 使用功能性或效果性语言表述，但同时也用相应的结构、组分、材料、步骤、条件等特征进行描述的技术特征。

19、在确定功能性特征的内容时，应当将功能性特征限定为说明书及附图中所对应的为实现所述功能、效果不可缺少的结构、步骤特征。

20、方法专利权利要求对步骤顺序有明确限定的，步骤本身以及步骤之间的顺序均应对专利权的保护范围起到限定作用；方法专利权利要求对步骤顺序没有明确限定的，不应以此

为由，不考虑步骤顺序对权利要求的限定作用，而应当结合说明书及附图、权利要求记载的整体技术方案、各个步骤之间的逻辑关系以及专利审查档案，从本领域普通技术人员的角度出发，确定各步骤是否应当按照特定的顺序实施。

21、以制备方法界定产品的技术特征对于确定专利权的保护范围具有限定作用。被诉侵权产品的制备方法与专利方法既不相同也不等同的，应当认定被诉侵权技术方案未落入专利权的保护范围。

22、实用新型专利权利要求中包含非形状、非构造技术特征的，该技术特征对确定专利权的保护范围具有限定作用。

非形状、非构造技术特征，是指实用新型专利权利要求中记载的不属于产品的形状、构造或者其结合等的技术特征，如用途、制造工艺、使用方法、材料成分（组分、配比）等。

23、产品发明或者实用新型专利权利要求未限定应用领域、用途的，应用领域、用途一般对专利权的保护范围不起限定作用。

24、写入权利要求的使用环境特征对专利权的保护范围具有限定作用。被诉侵权技术方案能够适用于权利要求记载的使用环境的，应当认定被诉侵权技术方案具备了权利要求记载的使用环境特征，而不以被诉侵权技术方案实际使用该环境特征为前提。但是，专利文件明确限定该技术方案仅能适用于该使用环境特征，有证据证明被诉侵权技术方案可以适用于其他使用环境的，则被诉侵权技术方案未落入专利权的保护范围。

被诉侵权技术方案不能适用于权利要求中使用环境特征所限定的使用环境的，应当认定被诉侵权技术方案未落入专利权的保护范围。

使用环境特征不同于主题名称，是指权利要求中用来描述发明或实用新型所使用的背景或者条件且与该技术方案存在连接或配合关系的技术特征。

25、主题名称中所包含的应用领域、用途或者结构等技术内容对权利要求所要保护的技术方案产生影响的，则该技术内容对专利权的保护范围具有限定作用。

主题名称是对权利要求包含的全部技术特征所构成的技术方案的抽象概括，是对专利技术的简单命名，其代表的技术方案需要通过权利要求的全部技术特征来体现。

26、采用“由……组成”表达方式的权利要求为封闭式权利要求，一般应解释为不含有权利要求所述以外的结构组成部分或方法步骤。

医药、化学领域中涉及组分的封闭式权利要求是基于每个组分各自的特性而共同发生作用，无需其他物质即可产生特定的技术效果，但中药组合物权利要求除外。

27、说明书对技术术语的解释与该技术术语的通用含义不同的，以说明书的解释为准。

被诉侵权行为发生时，技术术语已经产生其它含义的，应当采用专利申请日时的含义解释该技术术语。

28、对于专利权人在专利文件中的自定义词，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定义的，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未对其自定义词的含义作出定

义，同时本领域普通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的，可以判决驳回原告诉讼请求。

29、在一份专利文件中，通常情况下相同的术语应当解释为具有相同的含义。不同的术语推定具有不同的含义，除非根据说明书的记载或本领域普通技术人员的惯常理解可以确定不同的术语具有相同含义的除外。

30、说明书附图的作用在于用图形补充说明书文字部分的描述，使本领域普通技术人员能够直观地、形象地理解发明或实用新型的每个技术特征和整体技术方案。只有本领域普通技术人员在阅读权利要求及说明书后，能够从附图中直接地、毫无疑问地确定的技术内容才能用于解释权利要求中技术特征的含义。

由附图中推测的内容，或者无文字说明、仅仅是从附图中测量得出的尺寸及其关系，不应当作为相关技术特征的内容。

31、附图标记可以用来帮助理解技术方案，当权利要求中引用了附图标记时，不应以附图标记所反映出的具体结构来限定权利要求中的技术特征。

32、专利权利要求一般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。专利权的保护范围不应受说明书中公开的具体实施方式的限制，但下列情况除外：

(1) 权利要求实质上是实施方式所记载的技术方案的；

(2) 权利要求包括功能性特征的。

33、摘要的作用是提供技术信息，便于公众进行检索，不能用于确定专利权的保护范围，也不能用于解释权利要求。

34、当专利文件中的印刷错误影响到专利权保护范围的确定时，可以依据专利审查档案进行修正。

权利要求书、说明书及附图中的语法、文字、标点、图形、符号等存有明显错误或歧义，但通过阅读权利要求书、说明书及附图可以得出唯一理解的，应当根据该唯一理解予以认定。

## 二、发明、实用新型专利权的侵权判定

### (一) 技术特征的比对原则及方法

35、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。具体含义是指，在判定被诉侵权技术方案是否落入专利权的保护范围，应当审查权利人主张的权利要求所记载的全部技术特征，并以权利要求中记载的全部技术特征与被诉侵权技术方案所对应的全部技术特征逐一进行比较。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，应当认定其落入专利权的保护范围。

36、进行侵权判定，不应以当事人提供的专利产品与被诉侵权技术方案直接进行比对，但专利产品可以帮助理解有关技术特征与技术方案。

37、权利人、被诉侵权人均有专利权时，一般不能将双方专利产品或者双方专利的权利要求进行比对。

## （二）相同侵权

38、被诉侵权技术方案包含了与权利要求限定的一项完整技术方案记载的全部技术特征相同的对应技术特征，属于相同侵权，即字面含义上的侵权。

39、当权利要求中记载的技术特征采用上位概念，而被诉侵权技术方案的相应技术特征采用的是相应的下位概念的，应认定构成相同技术特征。

40、被诉侵权技术方案在包含了权利要求中的全部技术特征的基础上，又增加了新的技术特征的，仍然落入专利权的保护范围，但专利文件明确排除该技术特征的除外。

41、被诉侵权技术方案在包含一项封闭式权利要求全部技术特征的基础上，增加其他技术特征的，应当认定被诉侵权技术方案未落入该权利要求的保护范围。但对于医药、化学领域中涉及组分的封闭式权利要求，该增加的技术特征属于不可避免的常规数量杂质的除外。

42、对于包含功能性特征的权利要求，与本指南第 19 条所述的结构、步骤特征相比，被诉侵权技术方案的相应结构、步骤特征是以相同的手段，实现了相同的功能，产生了相同的效果，或者虽有区别，但是以基本相同的手段，实现了相同的功能，达到相同的效果，而且本领域普通技术人员在专利申请日时无需经过创造性劳动就能够联想到的，应当认定该相应结构、步骤特征与上述功能性特征相同。

在判断上述结构、步骤特征是否构成相同特征时，应当将其作为一个技术特征，而不应将其区分为两个以上的技术特征。

43、在后获得专利权的发明或实用新型是对在先发明或实用新型专利的改进，在后专利的某项权利要求记载了在先专利某项权利要求中记载的全部技术特征，又增加了另外的技术特征的，在后专利属于从属专利。实施从属专利落入在先专利的保护范围。

下列情形属于从属专利：

- （1）在包含了在先产品专利权利要求的全部技术特征的基础上，增加了新的技术特征；
- （2）在原有产品专利权利要求的基础上，发现了原来未曾发现的新的用途；
- （3）在原有方法专利权利要求的基础上，增加了新的技术特征。

## （三）等同侵权

44、在专利侵权判定中，在相同侵权不成立的情况下，应当判断是否构成等同侵权。

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。

45、被诉侵权技术方案有一个或者一个以上技术特征与权利要求中的相应技术特征从字面上看不相同，但是属于等同特征，在此基础上，被诉侵权技术方案被认定落入专利权保护范围的，属于等同侵权。

等同特征，是指与权利要求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无需经过创造性劳动就能够想到的技术特征。

在是否构成等同特征的判断中，手段是技术特征本身的技术内容，功能和效果是技术特征的外部特性，技术特征的功能和效果取决于该技术特征的手段。

46、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。

47、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。

48、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。

49、无需经过创造性劳动就能够想到，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。

50、在判定是否构成等同侵权时，对手段、功能、效果以及是否需要创造性劳动应当依次进行判断，但手段、功能、效果的判断起主要作用。

51、等同特征的替换应当是具体的、对应的技术特征之间的替换，而不是完整技术方案之间的替换。

52、等同特征，可以是权利要求中的若干技术特征对应于被诉侵权技术方案中的一个技术特征，也可以是权利要求中的一个技术特征对应于被诉侵权技术方案中的若干技术特征的组合。

53、等同特征替换，既包括对权利要求中区别技术特征的替换，也包括对权利要求前序部分中的技术特征的替换。

54、判定被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求的技术特征是否等同的时间点，应当以被诉侵权行为发生时为界限。

55、权利要求与被诉侵权技术方案存在多个等同特征，如果该多个等同特征的叠加导致被诉侵权技术方案形成了与权利要求技术构思不同的技术方案，或者被诉侵权技术方案取得了预料不到的技术效果的，则一般不宜认定构成等同侵权。

56、对于包含功能性特征的权利要求，与本指南第 19 条所述的结构、步骤特征相比，被诉侵权技术方案的相应结构、步骤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涉案专利申请日后至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，应当认定该相应结构、步骤特征与功能性特征等同。

在判断上述结构、步骤特征是否构成等同特征时，应当将其作为一个技术特征，而不应将其区分为两个以上的技术特征。

57、权利要求采用数值范围特征的，权利人主张与其不同的数值特征属于等同特征的，一般不予支持。但该不同的数值特征属于申请日后出现的技术内容的除外。

权利要求采用“至少”、“不超过”等用语对数值特征进行界定，且本领域普通技术人员阅读权利要求书、说明书及附图后认为专利技术方案特别强调该用语对技术特征的严格限定作用，权利人主张与其不相同的数值特征属于等同特征的，不予支持。

实用新型专利权利要求中具有数值特征，权利人主张被诉侵权技术方案相应数值特征为等同特征的，不予支持，但该不同的数值特征属于申请日后出现的技术内容的除外。

58、仅在说明书或者附图中描述而未被概括到权利要求中的技术方案，应视为专利权人放弃了该技术方案。权利人主张该技术方案落入专利权保护范围的，不予支持。

59、被诉侵权技术方案属于说明书中明确排除的技术方案，或者属于背景技术中的技术方案，权利人主张构成等同侵权的，不予支持。

60、对于发明权利要求中的非发明点技术特征、修改形成的技术特征或者实用新型权利要求中的技术特征，如果专利权人在专利申请或修改时明知或足以预见到存在替代性技术特征而未将其纳入专利权的保护范围，在侵权判定中，权利人以构成等同特征为由主张将该替代性技术方案纳入专利权的保护范围的，不予支持。

61、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。

62、专利申请人或专利权人限制或者部分放弃的保护范围，应当是基于克服缺乏新颖性或创造性、缺少必要技术特征和权利要求得不到说明书的支持以及说明书未充分公开等不能获得授权的实质性缺陷的需要。

权利人不能说明专利申请人或专利权人修改专利文件原因的，可以推定其修改是为克服不能获得授权的实质性缺陷。

63、专利申请人或专利权人对权利要求保护范围所作的限缩性修改或者陈述必须是明示的，而且已经被记录在书面陈述、专利审查档案、生效的法律文书中。

权利人能够证明专利申请人、专利权人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，应当认定该修改或者陈述未导致技术方案的放弃。

64、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。



在已经取得记载有专利申请人或专利权人反悔的证据的情况下，可以根据业已查明的事实，通过适用禁止反悔对权利要求的保护范围予以必要的限制，合理确定专利权的保护范围。

### 三、外观设计专利权保护范围的确定

65、审理侵犯外观设计专利纠纷案件，应当首先确定专利权的保护范围。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专利产品的外观设计为准，外观设计的简要说明及其设计要点、专利权人在无效程序及其诉讼程序中的意见陈述等，可以用于理解外观设计专利权的保护范围。

当事人在诉讼中提供的专利产品实物可作为帮助理解外观设计的参考，但不能作为确定外观设计保护范围的依据。

66、整体比对原则。在确定外观设计保护范围时，应当综合考虑授权公告中表示该外观设计的图片或者照片所显示的形状、图案、色彩等全部设计要素所构成的完整的设计内容，图片或者照片中每个视图所显示的所有设计特征均应予以考虑，不能仅考虑部分设计特征而忽略其他设计特征。

设计特征是指具有相对独立的视觉效果，具有完整性和可识别性的产品的形状、图案及其结合，以及色彩与形状、图案的结合，即产品的某一部分的设计。

67、权利人可以提交书面材料说明外观设计专利的设计要点，说明外观设计的创新部位及其设计内容。简要说明中记载设计要点的，可用于参考。

设计要点是指外观设计区别于现有设计、能够对一般消费者产生显著视觉影响的设计特征。

68、外观设计专利请求保护色彩的，应当将请求保护的色彩作为确定外观设计专利权保护范围的设计特征之一，即在侵权判定中，应当将其所包含的形状、图案、色彩及其组合与被诉侵权产品相应的形状、图案、色彩及其组合进行综合对比。

69、外观设计专利请求保护色彩的，权利人应当提交由国务院专利行政部门出具或认可的相关证据，用以确定外观设计的保护范围。必要时，应当与国务院专利行政部门专利审查档案中的色彩进行核对。

70、对整体视觉效果不产生影响的产品的尺寸、材料、内部结构，应当排除在外观设计专利权的保护范围之外。

71、相似外观设计专利的保护范围由各个独立的外观设计分别确定。基本设计与其他各项相似设计均可以作为确定各自外观设计专利保护范围的依据。

72、成套产品的整体外观设计与组成该成套产品的每一件外观设计均已显示在该外观设计专利文件的图片或者照片中的，其权利保护范围由组成该成套产品的每一件产品的外观设计分别确定。

73、图形用户界面外观设计的保护范围应结合设计要点由产品外观设计视图确定。

动态图形用户界面外观设计的保护范围需结合简要说明对动态变化过程的描述，由能确定动态变化过程的产品外观设计视图共同确定。

#### 四、外观设计专利的侵权判定

74、在与外观设计产品相同或者相近种类产品上，采用与授权外观设计相同或者相近似外观设计的，应当认定被诉侵权外观设计落入外观设计专利的保护范围。

75、进行外观设计侵权判定，应当以授权公告中表示该外观设计的图片或者照片为依据进行比较，而不应以权利人提交的外观设计专利产品实物为依据。但是，该专利产品实物与表示在专利公告文件的图片或照片中的外观设计产品完全一致，并且各方当事人均无异议的除外。

76、进行外观设计侵权判定，应当通过一般消费者的视觉进行直接观察对比，不应通过放大镜、显微镜等其他工具进行比较。但是，如果表示在图片或者照片中的产品外观设计在申请专利时是经过放大的，则在侵权比对时也应将被诉侵权产品进行相应放大进行比对。

77、进行外观设计侵权判定，应当首先审查被诉侵权产品与外观设计产品是否属于相同或者相近种类产品。

图形用户界面外观设计产品种类的确定应以使用该图形用户界面的产品为准。

78、认定产品种类是否相同或者相近，应当以外观设计产品的功能、用途、使用环境为依据。

确定产品的用途时，可以按照下列顺序参考相关因素综合确定：外观设计的简要说明、国际外观设计分类表、产品的功能以及产品销售、实际使用情况等因素。

如果外观设计产品与被诉侵权外观设计产品的功能、用途、使用环境没有重叠，则外观设计产品与被诉侵权产品不属于相同或者相近类别产品。

79、判定是否侵犯外观设计专利，应当以是否相同或者相近似为标准，而不以是否构成商标法意义上的混淆、误认为标准。

80、判断外观设计是否相同或相近似时以全面观察设计特征、综合判断整体视觉效果为原则，即应当对授权外观设计、被诉侵权设计可视部分的全部设计特征进行逐个分析比对后，对能够影响产品外观设计整体视觉效果的所有因素进行综合考虑后作出判断。

下列情形通常对外观设计的整体视觉效果更具有影响：

- (1) 产品正常使用时容易被直接观察到的部位相对于其他部位；
- (2) 外观设计的设计要点相对于其他设计特征。

在比对时，可对外观设计和被诉侵权产品设计特征的异同点进行客观、全面的总结，逐一判断各异同点对整体视觉效果造成影响的显著程度，最终通过整体观察、综合判断进行认定。

81、判断外观设计是否相同或者相近似，应当以具有一般消费者知识水平和认知能力的判断主体的整体视觉效果为标准，而不应当以该外观设计产品的一般设计人员，或产品实际购买者的观察能力为标准。

82、一般消费者，是一种假设的“人”，对其应当从知识水平和认知能力两方面进行界定，界定时应当考虑外观设计专利申请日时授权外观设计所属相同或者相近种类产品的设计空间。

一般消费者的知识水平和认知能力取决于现有设计的状况。当事人应当依据现有设计的状况主张一般消费者的知识水平和认知能力。

83、判断外观设计是否相同或者相近似时，可以要求当事人提交证据证明相关设计特征的设计空间及现有设计状况。

设计空间是指设计者在创作特定产品外观设计时的自由度。设计空间受如下条件的限制：

- (1) 产品或其中零部件的技术功能；
- (2) 采用该产品常见特征的必要性；
- (3) 现有设计的拥挤程度；
- (4) 其他可能对设计空间产生影响的因素，如经济因素（降低成本）等。

某一设计特征对应的现有设计越多，对该特征设计空间挤占越显著，其设计空间越小，替代性设计方案越少，细微差异会对整体视觉效果产生较大的影响；反之，现有设计越少，对该特征设计空间挤占越轻微，其设计空间越大，替代性设计方案越多，细微差异不会对整体视觉效果产生明显的影响。

现有设计状况是指在外观设计专利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以及各设计特征的具体状况。有证据证明现有设计具有与设计特征相同或基本相同的设计的，则该设计特征对产品整体视觉效果影响较小。

84、被诉侵权设计与授权外观设计在整体视觉效果上无差异的，应当认定两者相同；在整体视觉效果上无实质性差异的，应当认定两者构成相近似。具体而言：

- (1)如果两者的形状、图案、色彩等整体上的视觉效果无差异，则应当认为两者构成相同；
- (2)如果两者的形状、图案、色彩等整体上的视觉效果不完全相同，但是没有明显区别的，则应当认为两者相近似；
- (3)如果两者的形状、图案、色彩等整体上的视觉效果不同，且有明显区别的，则应当认为两者不相同且不相近似。

85、在判断相同或相近似时，由产品功能决定的设计特征不予考虑。

由产品功能决定的设计特征，是指由功能有限或唯一决定、不考虑美学因素而形成的设计特征。技术标准规定的或者为了实现机械上的配合关系必须采用的不可选择的设计特征属于功能性设计特征。

86、对于静态图形用户界面外观设计，应当主要考虑产品的图形用户界面部分，兼顾其与产品其余部分的关系，如位置、比例、分布关系，与被诉侵权设计中对应的内容进行综合判断。被诉侵权产品的图形用户界面外观设计与专利设计相同或相近似，且与产品其余部分的关系对整体视觉效果不产生显著影响的，应认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。

被诉侵权设计完整包含了静态图形用户界面外观设计，应认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。

87、对于动态的图形用户界面外观设计，被诉侵权设计与动态的图形用户界面外观设计各视图均相同或者相近似的，应当认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。具体判断时也要考虑到图形用户界面部分与产品其余部分位置、大小、分布的关系。

被诉侵权设计缺少部分状态的视图，导致无法体现出与专利设计一致的变化过程的，应当认定被诉侵权设计未落入专利权的保护范围，但仍能唯一确定与专利设计一致的变化过程的除外。

被诉侵权设计使用了部分动态的图形用户界面外观设计或其关键帧，如果该部分或该关键帧属于图形用户界面外观设计的设计要点，则被诉侵权设计落入专利权的保护范围。但被诉侵权设计整体视觉效果与动态的图形用户界面外观设计不相同且不相近似的除外。

88、对于立体产品的外观设计，通常形状对整体视觉效果更具有影响，在进行相同相近似判断时，应以形状为重点；但如果其形状属于惯常设计，则图案、色彩对整体视觉效果更具有影响。

当非图形用户界面的设计特征为惯常设计时，则图形用户界面对整体视觉效果更具有显著影响。

惯常设计，是指现有设计中一般消费者所熟知的、只要提到产品名称就能想到的相应设计。在外观设计产品领域，各个相互独立的产品制造商均采用的设计特征一般属于惯常设计。惯常设计对外观设计专利的整体视觉效果一般不具有显著影响，但惯常设计的组合能够带来独特视觉效果的除外。

89、对于平面产品的外观设计，通常图案、色彩对整体视觉效果更具有影响，在进行相同相近似判断时，应以图案、色彩为重点。

90、对要求保护色彩的外观设计,应当先确定该外观设计是否属于惯常设计,如果是惯常设计,则应当仅对其图案、色彩作出判定;如果形状、图案、色彩均为新设计,则应当对形状、图案、色彩三者的结合作出判定。

91、将不透明材料替换为透明材料,或者将透明材料替换为不透明材料,且仅属于材料特征的变换,未导致产品外观设计发生明显变化的,在判断外观设计的相同相近似时,应不予考虑。但是,如果透明材料使得该产品外观设计的美感发生了变化,导致一般消费者对该产品的整体视觉效果发生变化的,则应当予以考虑。

被诉侵权产品系将不透明材料替换为透明材料，通过透明材料可以观察到的产品内部的形状、图案和色彩，应当视为该产品的外观设计的一部分。

92、对于变化状态产品的外观设计专利，其各种变化状态图均应纳入保护范围，被诉侵权设计与变化状态图所示的各种使用状态的外观设计均相同或者相近似的，应当认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。被诉侵权设计缺少部分使用状态的外观设计或者与其不相同也不相近似的，应当认定被诉侵权设计未落入专利权的保护范围。

参考图通常用于表明使用外观设计的产品用途、使用方法或者使用场所等，不能用于确定变化状态产品外观设计专利的保护范围。

93、涉案专利为相似外观设计或成套产品外观设计等包含多项独立的外观设计时，权利人应当明确其主张的外观设计。主张多项外观设计作为权利基础时，应当将被诉侵权产品的相关设计内容与其主张的各项外观设计分别单独进行对比。

被诉侵权设计与相似外观设计或成套产品中一项外观设计相同或者相近似的，应当认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。

94、对于组装关系唯一的组件产品的外观设计专利，被诉侵权设计与该组件产品在组合状态下的整体外观设计相同或者近似的，应当认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围。

对于各构件之间无组装关系或者组装关系不唯一的组件产品的外观设计专利，被诉侵权设计与其全部单个构件的外观设计均相同或者近似的，应当认定被诉侵权设计落入专利权的保护范围；被诉侵权设计缺少部分单个构件的外观设计或者与其不相同也不相近似的，应当认定被诉侵权设计未落入专利权的保护范围，但该部分单个构件的外观设计对于全部单个构件的外观设计整体视觉效果未产生显著影响的除外。

95、专利权人、被诉侵权人的外观设计专利申请均已被授权，且专利权人的外观设计专利的申请日早于被诉侵权人的外观设计专利的申请日，如果被诉侵权人的外观设计与专利权人的外观设计构成相同或相近似的，则可以认定被诉侵权人实施其外观设计专利的行为，侵犯了在先的外观设计专利。

96、在终审判决作出前，权利人所主张的外观设计被专利复审委员会宣告无效的，可以参照本指南第9、10条处理。

## 五、专利侵权行为的认定

### （一）直接侵犯专利权行为的认定

97、发明和实用新型专利权被授予后，除专利法另有规定的以外，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。

外观设计专利被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

98、发明专利公开日以及实用新型、外观设计授权公告日之前的实施行为，不属于侵犯专利权的行为。

在发明专利公开日至授权公告日之间，即发明专利权的临时保护期内，实施该发明的单位或者个人应当向权利人支付适当的使用费。对其实施行为的判定，可以参照适用有关专利侵权的法律规定。

发明专利申请公布时申请人请求保护的范围与专利公告授权时的专利权保护范围不一致，被诉侵权技术方案均落入上述两个保护范围的，应当认定被诉侵权人在临时保护期内实施了该发明。被诉侵权技术方案仅落入其中一个保护范围的，应当认定被诉侵权人在临时保护期内未实施该发明。

99、制造发明或者实用新型专利产品，是指权利要求中所记载的产品技术方案被实现，产品的数量、质量不影响对制造行为的认定。

以下行为应当认定为制造发明或者实用新型专利产品行为：

- (1) 以不同制造方法制造产品的行为，但以方法限定的产品权利要求除外；
- (2) 将部件组装成专利产品的行为。

100、制造外观设计专利产品，是指专利权人向国务院专利行政部门申请专利时提交的图片或者照片中的该外观专利产品被实现。

101、使用发明或者实用新型专利产品，是指权利要求所记载的产品技术方案的技术功能得到了应用或者效果得以实现。

102、将侵犯发明或者实用新型专利权的产品作为零部件或中间产品，制造另一产品的，应当认定属于对专利产品的使用。

103、使用专利方法，是指权利要求记载的专利方法技术方案的每一个步骤均被实现，使用该方法的结果不影响对是否构成侵犯专利权的认定。

104、使用外观设计专利产品，是指该外观设计产品的功能、技术性能得到了应用。

105、侵犯专利权的产品买卖合同依法成立的，即可认定构成销售侵犯专利权的产品，该产品所有权是否实际发生转移一般不影响销售是否成立的认定。

搭售或以其他方式转让侵犯专利权产品的所有权，变相获取商业利益的，也属于销售该产品。以生产经营目的赠送侵犯他人专利权的产品的，亦同。

106、将侵犯发明或者实用新型专利权的产品作为零部件或中间产品，制造另一产品后，销售该另一产品的，应当认定属于对专利产品的销售。但该中间产品在制造过程中的物理化学性能发生实质性变化的除外。

将侵犯外观设计专利的产品作为零部件，制造另一产品并销售的，应当认定属于销售外观设计专利产品的行为，但侵犯外观设计专利的产品在另一产品中仅具有技术功能的除外。

仅具有技术功能，是指该零部件构成最终产品的内部结构，在最终产品的正常使用中不产生视觉效果，只具有技术作用和效果。

107、在销售侵犯他人专利权的产品行为实际发生前，被诉侵权人作出销售侵犯他人专利权产品意思表示的，构成许诺销售。

以做广告、在商店橱窗中陈列、在网络或者在展销会上展出等方式作出销售侵犯他人专利权产品的意思表示的，可以认定为许诺销售。

108、将侵犯他人专利权的产品用于出租的，应当认定属于对专利产品的销售。

109、进口专利产品，是指将落入产品专利权利要求保护范围的产品、依照专利方法直接获得的产品或者含有外观设计专利的产品在空间上从境外越过边界运进境内的行为。

110、方法专利延及产品，指一项方法发明专利权被授予后，任何单位或个人未经专利权人许可，除了不得为生产经营目的使用该专利方法外，还不得为生产经营目的使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法所直接获得的产品。

111、依照专利方法直接获得的产品，是指将原材料、物品按照方法专利权利要求记载的全部步骤特征进行处理加工，使得原材料、物品在结构上或物理化学性能上产生实质性变化后所获得的原始产品。

将上述原始产品进一步加工、处理而获得的后续产品，即以该原始产品作为中间部件或原材料，加工、处理成为其他的后续产品，应当认定属于使用依照该专利方法直接获得的产品。对该后续产品的进一步加工、处理，不属于使用依照该专利方法所直接获得的产品行为。

112、专利法第六十一条规定的“新产品”，是指在国内外第一次生产出的产品，该产品与专利申请日之前已有的同类产品相比，在产品的组份、结构或者其质量、性能、功能方面有明显区别。

产品或者制造产品的技术方案在专利申请日以前为国内外公众所知的，应当认定该产品不属于专利法规定的新产品。

是否属于新产品，应由权利人举证证明。权利人提交证据初步证明该产品属于专利法规定的新产品的，视其尽到举证责任。

113、专利法第六十一条规定的同样产品，是指被诉侵权产品与实施新产品制造方法直接得到的原始产品的形状、结构或成份等无实质性差异。

是否属于同样产品，应由权利人举证证明。

114、对于用途发明专利，权利人应证明被诉侵权人制造、使用、销售、许诺销售、进口被诉侵权产品系用于该专利的特定用途。

115、在科学研究、实验过程中，未经专利权人许可，制造、使用、进口有关专利产品或使用专利方法作为工具、手段等进行其他技术的研究实验，或者是研究实施专利技术方案的商业前景等，其结果与专利技术没有直接关系的行为，构成侵犯专利权的行为。

## （二）共同侵犯专利权行为的认定

116、两人或两人以上共谋实施或者相互分工协作实施侵犯专利权行为的，构成共同侵权。

117、委托人明知他人实施的行为构成专利法第十一条规定的侵犯专利权行为，而委托他人制造或者在产品上标明“监制”等类似参与行为，委托人与受托人构成共同侵权。

118、明知他人的实施行为构成专利法第十一条规定的侵犯专利权行为，而予以教唆、帮助的，教唆人或帮助人与实施人为共同侵权人，应当承担连带责任。

119、行为人明知有关产品系专门用于实施涉案专利技术方案的原材料、中间产品、零部件或设备等专用产品，未经专利权人许可，为生产经营目的向他人提供该专用产品，且他人实施了侵犯专利权行为的，行为人提供该专用产品的行为构成本指南第 118 条规定的帮助他人实施侵犯专利权行为，但该他人属于本指南第 130 条或专利法第六十九条第（三）、（四）、（五）项规定之情形的，由该行为人承担民事责任。

前款所称“专用”产品，应当以原料、产品等是否对实现涉案专利所请求保护技术方案具备实质性意义且具有“实质性非侵权用途”为判断标准，即，若相应的原料、产品等为实现涉案专利技术方案的不可或缺且除用于涉案专利所保护技术方案而无其他“实质性非侵权用途”，一般应当认定该原料或产品等为“专用”。

有关产品是否属于“专用”，应由权利人举证证明。

120、明知行为人实施侵犯他人专利权的行为而为该实施行为提供场所、仓储、运输等便利条件的，构成本指南第 118 条所指的帮助他人实施侵犯专利权行为。

121、未经专利权人许可，行为人以提供图纸、产品说明书、传授技术方案、进行产品演示等方式，为生产经营目的积极诱导他人实施特定技术方案，且他人实际实施了侵犯专利权行为的，行为人的诱导行为构成本指南第 118 条所指的教唆他人实施侵犯专利权行为。

122、技术转让合同的受让人按照合同的约定受让技术并实施，侵犯他人专利权的，由受让人承担侵权责任。但转让人明知涉案技术侵犯他人专利权而予以转让的，可以认定转让人的转让行为构成本指南第 118 条所指的教唆他人实施侵犯专利权行为。

## 六、专利侵权抗辩

123、被诉侵权人的抗辩理由一般应在一审辩论终结前提出，并提供相应的证据。

被诉侵权人在二审期间变更或提出新的抗辩理由且被二审法院采信并据此作出不侵权认定的，应当负担诉讼费以及对对方律师费、差旅费等相关费用。

### （一）专利权效力抗辩

124、被诉侵权人提供证据证明涉案专利权未生效、失效、已被依法宣告无效的，可以裁定驳回原告的起诉。

125、在侵犯专利权诉讼中，被诉侵权人以专利权不符合专利授权条件、应当被宣告无效进行抗辩的，其无效宣告请求应当向专利复审委员会提出。

### （二）滥用专利权抗辩

126、被诉侵权人提供证据证明涉案专利为专利权人恶意取得的，可以判决驳回原告的诉讼请求。

在侵犯专利权诉讼中，专利权被宣告无效的，不宜轻易认定为滥用专利权。



127、恶意取得专利权，是指将明知不应当获得专利保护的发明创造申请专利并获得了专利权的行为，包括下述情形：

(1) 将申请日前专利权人明确知悉的国家标准、行业标准等技术标准中的技术方案申请专利并取得专利权的；

(2) 国家标准、行业标准等技术标准的制定参与者，将在上述标准的起草、制定等过程中明确知悉的他人技术方案申请专利并取得专利权的；

(3) 将明知为某一地区广为制造或使用的产品申请专利并取得专利权的；

(4) 采用编造实验数据、虚构技术效果等手段使涉案专利满足专利法的授权条件并取得专利权的；

(5) 将域外公开的专利申请文件所披露的技术方案在中国申请并获得专利权的。

### (三) 不侵权抗辩

128、被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求记载的全部技术特征相比，缺少权利要求中记载的一项或一项以上技术特征的，不构成侵犯专利权。

129、被诉侵权技术方案的技术特征与权利要求中对应技术特征相比，有一项或者一项以上的技术特征既不相同也不等同的，不构成侵犯专利权。

下列情况可以认定为不相同也不等同：

(1) 该技术特征使被诉侵权技术方案构成了一项新的技术方案；

(2) 该技术特征在功能、效果上明显优于权利要求中对应的技术特征，并且所属技术领域的普通技术人员认为这种变化具有实质性的改进，而不是显而易见的。

(3) 被诉侵权技术方案省略权利要求中个别技术特征或者以简单或低级的技术特征替换权利要求中相应技术特征，舍弃或显著降低权利要求中与该技术特征对应的性能和效果从而形成变劣技术方案的。

130、为私人利用等非生产经营目的实施他人专利的，不构成侵犯专利权。

### (四) 不视为侵权的抗辩

131、专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，由专利权人或者经其许可的单位、个人售出后，使用、许诺销售、销售、进口该产品的，不视为侵犯专利权，包括：

(1) 专利权人或者其被许可人在中国境内售出其专利产品或者依照专利方法直接获得的产品后，购买者在中国境内使用、许诺销售、销售该产品；

(2) 专利权人或者其被许可人在中国境外售出其专利产品或者依照专利方法直接获得的产品后，购买者将该产品进口到中国境内以及随后在中国境内使用、许诺销售、销售该产品；

(3) 专利权人或者其被许可人售出其专利产品的专用部件后，使用、许诺销售、销售该部件或将其组装制造专利产品；

(4) 方法专利的专利权人或者其被许可人售出专门用于实施其专利方法的设备后，使用该设备实施该方法专利。

132、在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经做好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的，不视为侵犯专利权。

使用、许诺销售、销售上述情形下制造的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品，也不视为侵犯专利权。

133、享有先用权的条件是：

(1) 做好了制造、使用的必要准备。即已经完成实施发明创造所必需的主要技术图纸或者工艺文件，或者已经制造或者购买实施发明创造所必需的主要设备或者原材料。

(2) 仅在原有范围内继续制造、使用。“原有范围”包括：专利申请日前已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。

(3) 在先制造产品或者在先使用的方法或设计，应是先用权人自己独立完成或者以合法手段从专利权人或其他独立完成者处取得的，而不是在专利申请日前抄袭、窃取或者以其他不正当手段获取的。被诉侵权人以非法获得的技术或者设计主张先用权抗辩的，不应予以支持。

(4) 先用权人对于自己在先实施的技术不能转让，除非连同所属企业一并转让。即先用权人在专利申请日后将其已经实施或作好实施必要准备的技术或设计转让或者许可他人实施，被诉侵权人主张该实施行为属于在原有范围内继续实施的，不应予以支持，但该技术或设计与原有企业一并转让或者承继的除外。

134、临时通过中国领土、领水、领空的外国运输工具，依照其所属国同中国签订的协议，或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的，不视为侵犯专利权。但是临时过境不包括用交通运输工具对专利产品的“转运”，即从一个交通运输工具转到另一个交通运输工具的行为。

135、专为科学研究和实验而使用有关专利，不视为侵犯专利权。

专为科学研究和实验,是指专门针对专利技术本身进行的科学研究和实验，其目的是研究、验证、改进他人专利技术，在已有专利技术的基础上产生新的技术成果。

本条第一款中的使用有关专利的行为，包括该研究实验者自行制造、使用、进口有关专利产品或使用专利方法的行为，也包括他人为该研究试验者制造、进口有关专利产品的行为。

136、为提供行政审批所需要的信息，而制造、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，不视为侵犯专利权。

行政审批所需要的信息，是指《中华人民共和国药品管理法》、《中华人民共和国药品管理法实施条例》以及《药品注册管理办法》等相关药品管理法律法规、部门规章等规定的实验资料、研究报告、科技文献等相关材料。

(五) 现有技术抗辩及现有设计抗辩

137、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，与一项现有技术方案中的相应技术特征相同或者等同，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。

138、现有技术，是指专利申请日以前在国内外为公众所知的技术，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专利技术，还包括专利权人拥有的其他在先专利技术；但是，根据专利法第二十四条的规定享受新颖性宽限期的技术不得作为现有技术援引用于抗辩。

139、现有设计抗辩，是指被诉侵权外观与一项现有设计相同或者相近似，或者被诉侵权产品的外观设计是一项现有外观设计与该产品的惯常设计的简单组合，则被诉侵权外观构成现有设计，被诉侵权人的行为不构成侵犯外观设计专利。

140、现有设计是指申请日以前在国内外为公众所知的设计，包括在国内外以出版物形式公开和以使用等方式公开的设计。

141、对于依据 2008 年修订的专利法实施之前专利法规定申请并获得授权的专利权，其现有技术或现有设计应当依据修改前专利法的规定确定。

142、抵触申请不属于现有技术或现有设计，不能作为现有技术抗辩或现有设计抗辩的理由。被诉侵权人主张被诉侵权技术或被诉侵权设计与抵触申请相同的，可以参照本指南第 137 条或第 139 条的规定予以处理。

143、审查现有技术抗辩是否成立，应当判断被诉落入专利权保护范围的技术特征与现有技术方案中的相应技术特征是否相同或等同，而不应将涉案专利与现有技术进行比对。

144、审查现有设计抗辩是否成立，应当判断被诉侵权设计是否与现有设计相同或相近似，而不应将专利外观设计与现有设计比对。但是，当被诉侵权设计与专利外观设计相同或相近似，且被诉侵权设计与现有设计视觉差异较小的情况下，如果被诉侵权设计使用了专利外观设计的设计要点，则应当认定现有设计抗辩不能成立；否则，现有设计抗辩成立。

#### （六）合法来源抗辩

145、为生产经营目的，使用、许诺销售或者销售不知道且不应知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品、且举证证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任，对于权利人请求停止上述使用、许诺销售、销售行为的主张，应予支持。

146、合法来源是指通过合法的销售渠道、通常的买卖合同等正常商业方式取得被诉侵权产品。

对于合法来源的证明事项，被诉侵权产品的使用者、许诺销售者或销售者应当提供符合交易习惯的票据等作为证据，但权利人明确认可被诉侵权产品具有合法来源的除外。

#### （七）不停止侵权抗辩

147、使用者实际不知道且不应知道其使用的产品是未经专利权人许可而制造并售出，能够证明其产品合法来源且能够举证证明其已支付该产品的合理对价的，对于权利人请求停止使用行为的主张，不予支持。

148、被诉侵权行为构成对专利权的侵犯，但判令停止侵权会有损国家利益、公共利益的，可以不判令被诉侵权人停止侵权行为，而判令其支付相应的合理费用。以下情形可以认定为有损国家利益或公共利益：

- (1) 有损于我国政治、经济、军事等安全的。
- (2) 可能导致公共安全事件发生的；
- (3) 可能危及公共卫生的；
- (4) 可能造成重大环境保护事件的；
- (5) 可能导致社会资源严重浪费等利益严重失衡的其他情形。

149、推荐性国家、行业或者地方标准明示所涉标准必要专利案件中，被诉侵权人经与专利权人协商该专利的实施许可事项，但由于专利权人故意违反其在标准制定中承诺的公平、合理、无歧视的许可义务，导致无法达成专利实施许可合同，且被诉侵权人在协商中无明显过错的，对于专利权人请求停止标准实施行为的主张一般不予支持。虽非推荐性国家、行业或者地方标准，但属于国际标准组织或其他标准制定组织制定的标准，且专利权人按照该标准组织章程明示且做出了公平、合理、无歧视的许可义务承诺的标准必要专利，亦做同样处理。

对明示的判断应依照上述标准制定组织的相关政策规定，结合行业惯例进行。

标准必要专利是指为实施技术标准而必须使用的专利。

150、在标准必要专利的许可谈判中，谈判双方应本着诚实信用的原则进行许可谈判。作出公平、合理和无歧视许可声明的专利权人应履行该声明下所负担的相关义务；请求专利权人以公平、合理和无歧视条件进行许可的被诉侵权人也应以诚实信用的原则积极进行协商以获得许可。

151、专利权人在标准制定中承诺的公平、合理、无歧视许可义务的具体内容，由专利权人承担举证责任。专利权人可以提交以下证据予以证明：

- (1) 专利权人向相关标准化组织提交的许可声明文件和专利信息披露文件；
- (2) 相关标准化组织的专利政策文件；
- (3) 专利权人作出并公开的许可承诺。

152、没有证据证明标准必要专利的专利权人故意违反公平、合理、无歧视的许可义务，且被诉侵权人在标准必要专利的实施许可协商中也没有明显过错的，如被诉侵权人及时向人民法院提交其所主张的许可费或提供不低于该金额的担保，对于专利权人请求停止标准实施行为的主张一般不予支持。

有下列情况之一，可以认定专利权人故意违反公平、合理、无歧视的许可义务：

(1) 未以书面形式通知被诉侵权人侵犯专利权，且未列明侵犯专利权的范围和具体侵权方式；

(2) 在被诉侵权人明确表达接受专利许可协商的意愿后，未按商业惯例和交易习惯以书面形式向被诉侵权人提供专利信息或提供具体许可条件的；

(3) 未向被诉侵权人提出符合商业惯例和交易习惯的答复期限；

(4) 在协商实施许可条件过程中，无合理理由而阻碍或中断许可协商；

(5) 在协商实施许可过程中主张明显不合理的条件，导致无法达成专利实施许可合同；

(6) 专利权人在许可协商中有其他明显过错行为的。

153、专利权人未履行公平、合理和无歧视的许可义务，但被诉侵权人在协商中也存在明显过错的，应在分析双方当事人的过错程度，并判断许可协商中断的承担主要责任一方之后，再确定是否应支持专利权人请求停止标准实施行为的主张。

有下列行为之一的，可以认定被诉侵权人在标准必要专利许可协商过程中存在明显过错：

(1) 收到专利权人的书面侵权通知后，未在合理时间内积极答复的；

(2) 收到专利权人的书面许可条件后，未在合理时间内积极回复是否接受专利权人提出的许可条件，或在拒绝接受专利权人提出的许可条件时未提出新的许可条件建议的；

(3) 无合理理由而阻碍、拖延或拒绝参与许可协商的；

(4) 在协商实施许可条件过程中主张明显不合理的条件，导致无法达成专利实施许可合同；

(5) 被诉侵权人在许可协商中有其他明显过错行为的。