

专利间接侵权制度专门化研究

蔡元臻*

摘要 专利间接侵权业已成为专利立法中最具争议的问题之一。我国虽然已在立法上取得突破,但采用共同侵权规则应对间接侵权问题,不仅难以逾越构成要件层面的差异,也无法满足间接侵权独立化的现实需求。《专利解释(二)》的适用积累了一定的专利间接侵权司法经验,但是在专用物品、间接行为和直接侵权三个要件上仍有诸多亟待纠正之处。网络服务提供者的专利间接侵权责任不属于替代责任,且在主观要件上异于传统专利间接侵权。专利侵权的特殊性使得专利避风港规则必须得到专门设计,从必要措施的重构出发尝试规则的全面优化。在上述三大障碍得到充分解决的基础上,我国应当进而构建专利间接侵权的专门化制度。

关键词 共同侵权 专利间接侵权 间接侵权独立化 网络专利制度 构成要件

知识产权制度近半个多世纪的迅速发展,已将间接侵权理论升至一个前所未有的高度。在专利领域引入间接侵权制度的问题上,我国的整体态度经历了一个从忽视到关注、从抵触到接纳的过程。遗憾的是,在经历多年的讨论后,专利间接侵权制度的全面构建仍然面临重重阻碍。这一困境在立法过程中得到了集中体现:自1984年《专利法》实施以来,我国多次在专利法修订草案、司法解释、〔1〕地方司法文件〔2〕和部门规章〔3〕中为专利间接侵权作出了独立化、专门化的尝试,但均未获得采纳。直至2016年《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案

* 上海财经大学法学院讲师。本文系2020年国家社科基金后期资助暨优秀博士论文项目“专利间接侵权制度研究”(项目编号:20FFXB033)的阶段性研究成果。

〔1〕 参见2003年《关于审理专利侵权纠纷案件若干问题的规定(会议讨论稿)》第33条;2009年《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(征求意见稿)》第16条。

〔2〕 例如,参见2001年北京市高级人民法院《专利侵权判定若干问题的意见(试行)》第73—80条。

〔3〕 例如,参见2016年3月国家知识产权局《专利侵权行为认定指南(征求意见稿)》第三章第二节。

件应用法律若干问题的解释(二)》(以下简称《专利解释(二)》)将第21条间接侵权条款勾连于《侵权责任法》第9条的教唆、帮助侵权条款,作为后者的释义,才使得司法在一定程度上改变了依赖共同侵权一般条款解决专利间接侵权案件的局面。

然而,立法突破后的制度专门化工程仍面临三大方面的障碍。其一是与共同侵权规则的差异性研究不足。从传统民法理论中孕育但发扬于知识产权制度的间接侵权规则同时挟有两种理论体系的印记,二者的理论源流相近,但在多项构成要件的一性上差异显著。其二是《专利解释(二)》第21条的司法阐释和适用偏差。专利间接侵权的本土司法实践推进迅速,但在各个侵权构成要件的理解和判定上存在较大改善空间,亟需通过比较法上的案例研究予以纠正。其三是网络专利间接侵权规则的理论搭建。除责任属性不明和主观要件嬗变两个问题亟待回应以外,主体的自身特征和专利侵权的特殊性对专利避风港规则的设计提出了更高的要求。

间接侵权是我国专利法治最具争议的问题之一,大量的学术研究和实践案例表明现行制度在因应专利间接侵权行为时存在缺陷。毫无疑问,尽管立法上一再搁置,但在完善专利保护的总体目标下,制度专门化无可回避。为此,本文将试图回应并解决前述三项议题,以期专利间接侵权制度的专门化工程铺平道路。

一、共同侵权的局限性:从构成要件到司法教义

(一)共同侵权与间接侵权的理论源流

间接侵权制度的渊源与大陆法系无关,准确地说,它应是脱胎于英美法上相对久远的令状制度(system of writs)。14世纪中叶,侵权形态的多样化使得越来越多的案件超出了时下令状的类型,^{〔4〕}尤其是,一些不存在“实际暴力或直接伤害”^{〔5〕}的案件使得令状的应用变得捉襟见肘。作为应对,《威斯敏斯特第二条例》(Westminster II)第24章创设了一种新型令状(即原始令状,original writ),由此诞生了“间接侵害之诉”(trespass on the case),专门用以规制造成后续损害结果的非直接不当行为。

19世纪英国开展了宏大的法律改革运动,其中,1873—1875年的《司法条例》(Judicature Acts)彻底废除了令状制度,但是作为其遗产的“间接侵害之诉”得到了保留。由于令状根本上是一项程序法制度,这就意味着间接侵权作为诉讼的一种,其诞生的历史虽然有迹可循,但在理论上却找不到归宿。随着侵权法理论逐渐丰盈,学者开始为间接侵权搭建理论基础,也正是从此时,出现了以共同侵权理论来阐释间接侵权的学术观点。

间接侵权规则最终在英美法的共同侵权理论体系中得以重新定位,具体表现为协同行动导致的连带责任(joint liability for concerted action)、协助责任(aider and abettor liability)以

〔4〕 See Frederic Jesup Stimson, *Glossary of Technical Terms, Phrases, and Maxims of the Common Law*, Boston: Little, Brown and Company, 1881, pp. 7—8.

〔5〕 张传玺:“Trespass on the Case之正名及其他”,《北方法学》2012年第4期,第147页。

及纵容或者指导他人行为的责任 (*liability for permitting or directing the conduct of another*)。^{〔6〕} 英美法中的侵权法制度很早就已经确立了“不仅要惩罚侵权者,亦要追究辅助和怂恿侵权者行为的那一方的责任”^{〔7〕}的法治理念。美国的共同侵权在 19 世纪经历了从“仅指共同故意”到“扩至共同过失”的发展,此后的一百多年里,美国侵权法和专利间接侵权理论齐头并进。《美国侵权行为法重述(第二次)》第四卷第 876、877 节确立了有关为第三人侵权行为(抑或他人之侵权行为)承担侵权责任的一般侵权法原则,其中第 876 节 b 款^{〔8〕}以及第 877 节 a、c 两款^{〔9〕}进一步明确了美国侵权法中的共同侵权,在许多学者看来,正是上述规定为现代专利间接侵权规则再一次奠定了侵权法的基础,^{〔10〕}正犹如侵权法之树长出新的枝干,嫁接专利间接侵权理论,避免后者虽然植根于传统侵权法理论,但在发展的过程中又完全脱离的状况发生。

反观大陆法系,虽然通说认为现代共同侵权责任制度肇始于 1896 年的《德国民法典》,但事实上,其历史源流可以追溯到古老的罗马法。例如,《法学阶梯》第四卷第 4 题“侵辱”一节第 11 条规定:“……故意使得某人的颌骨受到拳头之打击的人,也包括在内”,^{〔11〕}讲述的就是共同侵权样态之一的唆助行为。大陆法系悠久的共同侵权责任制度在 19 世纪末的《德国民法典》第 830 条中正式得到确立,并在此后被多个大陆法国家相继效仿。不过,随着实践中间接侵权问题的愈发突显,大陆法国家不得不考虑在共同侵权规定的基础上增加间接侵权方面的内容。例如,德国专利间接侵权的司法实践始于上世纪二十年代的帝国法院判例,随后由德国联邦最高法院继受。作为回应,德国在 1981 年的专利法修改中增设了间接侵权的规定,在此之前,德国司法几乎一概采用其《民法典》第 830 条审理案件。

大陆法国家引入间接侵权制度的做法引发了一系列的理论难题,尤其是,间接侵权中最典型的帮助侵权情形,和共同侵权中的帮助、教唆侵权之间既存有高度的契合,却也有微妙的差异。这一事实至少可以反映出两方面的问题:第一,植根于英美法的间接侵权和由大陆法所恪守的共同侵权并不存在根本上的错位,二者在观念上至少是基本契合的,因此,若是将间接侵权放置于大陆法中的共同侵权语境中展开分析,我们一样可以为前者构建起一定的合理性基础;第二,共同侵权规则的构成仍与间接侵权存在出入和间隙,这就导致大陆法国家在引入间接侵权规则之后,在具体运用的过程中产生了一系列的兼容性问题,尤以共同侵权和间接侵权规则的融合最为突出。

〔6〕 See Charles W. Adams, “Indirect Infringement From A Tort Law Perspective”, *University of Richmond Law Review*, Vol. 42, No. 3, 2008, p. 635.

〔7〕 W. Page Keeton et al., *Prosser & Keeton on Torts*, St. Paul: West Group, 1984, pp. 499—532.

〔8〕 See The American Law Institute, *Restatement of Torts 2d*, St. Paul: American Law Institute Publishers, 1979, § 876(b).

〔9〕 Ibid., § 877(a)(c).

〔10〕 See Charles W. Adams, *supra* note 6, p. 685.

〔11〕 参见徐国栋:《优士丁尼〈法学阶梯〉评注》,北京大学出版社 2011 年版,第 92 页。

(二) 间接侵权和共同侵权的构成要件差异

针对间接侵权制度的引入事宜,我国学界曾经在总体上趋于反对,或质疑间接侵权的概念“似是而非、含混不清”,^[12]或断言间接侵权可由共同侵权制度整体涵盖。^[13]但事实上,间接侵权和共同侵权的差异是多方位的,集中体现在行为人主观认知、行为的同一性以及相关的因果关系。

1. 行为人的主观认知

我国受德国等传统大陆法系国家的影响,在共同侵权规则的主观构成要件上,通常有意思联络说、共同过错说、共同行为说和折中说四种主要观点。争议的焦点在于“共同”是否同时涵盖共同故意、共同过失和故意过失相结合的行为,还是仅仅是指主观上的共同。^[14]本文对此采用意思联络说,但必须指出的是,上述四种观点的取舍将会直接影响到共同侵权和间接侵权在主观要件上的差异关系。专利间接侵权的主观构成要件有故意说、过错说和无过错说三种。过错说主张以“间接侵权的行为人知道或者应当知道专利权存在和会构成专利侵权的这两项事实”^[15]为前提,包含故意和过失。而无过错说选择摒弃主观要件,个别发达国家对专利间接侵权行为设立了无过错的归责原则。例如,《韩国专利法》第127条和《日本专利法》第101条都未明确规定主观要件,采用了客观行为主义的立场。

上述两种学说的规制力度过强几乎是显而易见的,严厉的客观行为主义会使得大量的间接行为被视为侵权,甚至和反垄断法发生冲突。^[16]相较之下,故意说要求间接侵权人明知直接侵权行为的发生(或者即将发生)而仍然予以帮助。结合我国《专利解释(二)》第21条的表述以及近年的司法实践来看,该学说已经获得了相当程度的认可。间接侵权行为以积极故意作为主观要件的构成标准,而直接侵权行为既可以是故意,也可以是过失。前后两种行为结合,即形成“故意+过错”的模式。共同侵权规则要求各侵权人具有主观上的共同故意,包括共同侵权体系下的教唆和帮助侵权。尽管在个别情形下,间接侵权中的间接行为人在主观上具有帮助直接行为人实施侵权行为的故意,由此构成意思联络并可以直接适用共同侵权规则,^[17]但是本文第二部分的案例实证研究将会表明,基于“共同故意”的间接侵权行为并不在多数,直接套用共同侵权规则在主观要件上往往是不成立的。

2. 侵权行为的同一性

共同侵权行为同一性的旨趣,是基于共同过错的凝聚作用,使数人的行为对外结合为一个

[12] 李扬:“日本著作权间接侵害的典型案、学说及其评析”,《法学家》2010年第6期,第70页。

[13] 参见蒋志培:《侵犯专利权行为的认定》,载中国知识产权研究网, http://www.iprcn.com/IL_Lwxc_Show.aspx?News_PI=828,最后访问日期:2020年7月1日。

[14] 学界不同立场的梳理和分析,参见程啸:《侵权责任法》,法律出版社2021年版,第378—388页。

[15] 崔国斌:《专利法:原理与案例》,北京大学出版社2020年版,第754页。

[16] See Sang Jo Jong, “Contributory Patent Infringement in Korea”, *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 2, No. 1, 2000, p. 28.

[17] 参见王国柱:“多数人侵权视野下的知识产权间接侵权制度”,《大连理工大学学报(社会科学版)》2015年第3期,第105页。

不可分割的整体,成为损害结果发生的一个原因。同一性的意涵在于各个加害行为的后果在认识上的一致性。^[18]各行为之间是否存在某种“不可分割”的联系,亦即“紧密”的程度,从当下通行的几种学说中,应当以意思联络说为最高,折中说次之,共同过错说再次之,共同关联说则位于最末。

本文对共同侵权的主要构成采用意思联络说,也就意味着侵权行为之间存在极高的同一性。而间接侵权与直接侵权行为之间如果不存在意思联络,其同一性显然比较匮乏。我国有些司法实践没有将直接侵权行为视为专利间接侵权的必要前置条件,因而在直接侵权行为尚未实际发生的情况下,也可能判定间接侵权成立。此时,所谓的行为同一性几乎是不存在的。例如,在“诺瓦提斯公司诉重庆新原兴药业有限公司专利侵权案”^[19]中,被告存在生产销售用于制备甲磺酸伊马替尼(一种成品药剂)的中间物的行为。本案难点源自“尚未有第三方购买这些中间物并将其用来制备成品”这一事实,也就是直接侵权行为尚未发生时的间接侵权认定问题。对此,法院认为被告在其网站上明确说明前述物品为制造成品的中间物,故被告对其行为必然导致前述后果是明知的。考虑到发生直接侵权行为的高度盖然性,间接侵权最终仍旧成立。由此可见,间接侵权和直接侵权行为的同一性并不是侵权构成的必要条件。我国对于间接侵权所引发的直接侵权行为究竟是“将会发生”还是“已经发生”,在司法实践中尚存在不尽一致的判断。正如前述案例采用了“将会发生”的判断标准,这比起共同侵权规则而言,可为专利权人赋予更强的保护力度。

3. 因果关系

“所有的国家都认为因果关系是侵权责任的构成要件之一,而且在各国的法律制度中都把无之则不然条件作为第一步标准”,^[20]足见因果关系的重要性。传统侵权理论倾向于将教唆、帮助行为和直接侵权行为视为一个整体,并且导致了同一个损害结果,因此属于“一因一果”的情形。但是这其中包含了两个需要证明的因果关系:直接加害行为和损害结果的因果关系,以及唆助行为和直接加害行为的因果关系。由此,才能在唆助行为和最终的损害结果之间建立起相当的联系,使最终的损害赔偿责任具备正当性的基础。就因果关系的这一结构来看,间接侵权基本沿用了共同侵权规则的做法。

只不过,随着间接侵权样态的丰富,这种传承也开始在某些场景下发生了断裂。尤其是,对于直接侵权行为尚未发生的情况,间接侵权的因果关系出现了明显的变化。对于某些直接侵权行为缺失的案例(这样的案例并不在少数),不一定会影响间接侵权的构成。在此类案件中,以往所必须的“间接行为与直接加害行为之间的因果关系”并不存在,而“直接加害行为与损害结果之间的因果关系”也不存在,有的仅仅是“上述因果关系很有可能会存在”的一种假设。这是一种带有重构意味的观念,亦即盖然性极高但尚未实际构成的因果

[18] 参见张铁薇:《共同侵权制度研究》,人民法院出版社2013年版,第149页。

[19] 参见重庆市高级人民法院(2008)渝高法民终字第230号民事判决书。

[20] (荷)J. 施皮尔主编:《侵权法的统一:因果关系》,易继明等译,法律出版社2009年版,第178页。

关系同样可以满足该要件。

(三)无意思联络多数人侵权条款的教义学分析及其不足

《侵权责任法》第8—12条构建了广义的共同侵权行为体系,并在《民法典》中作为第1168—1172条全部得到保留。《民法典》第1172条规定了多元因果关系之上的数人侵权,较之其他条款,“基于部分因果关系的无意思联络数人侵权”所指向的“分别实施、结合造成”之行为,在规制间接侵权的问题上无疑彰显出了一些教义学上的优越性。

首先,无意思联络数人侵权责任的承担方式无悖于间接侵权。第1172条包含的两种情形都主张按份责任,这似乎与现行专利间接侵权规则所适用的连带责任不符。但事实上,对间接侵权施以连带责任并非国际上的通例。例如,美国侵权法对于共同侵权责任的分担不一律规定为连带责任,而是视损害的可分割性而定。原则上,对于不可分割的损害,适用连带责任;而对于可以分割的损害,即确定每一部分损害是来自于某个特定的侵权人的情形,则适用按份责任。^[21] 间接侵权中的间接和直接行为所导致的损害结果不必然不可分割,仅就专利间接侵权来说,其更接近于《美国侵权法重述(第三次)》所阐述的“有失精准但仍然能够在合理的基础上进行区分”^[22] 的情形,亦即存在分割的可能。循此,间接侵权采用按份责任也具备充分的合理性。

其次,分别实施的侵权行为可以涵盖间接行为。第1172条中的“分别实施侵权”要求每个侵权人单独实施的行为都具有违法性,对此,传统观念下的间接侵权必须依附于直接侵权行为,似乎应当被第1172条所排除。但是,第1172条的关键在于各个侵权行为与损害结果的关系,其正确的理解是“并非所有的侵权行为都足以造成损害”,^[23]亦即有的侵权行为可以造成一部分损害,而有的可以不造成任何损害,并非“每个侵权行为都不足以造成全部损害”。倘若采用目的解释的路径理解第1172条,由于“分别实施的行为形态及与最终损害结果关联程度的不同”,对于一个加害行为为另一个加害行为创造条件,而前者本身不能产生后者所造成的损害、甚至不会产生任何损害而不构成侵权的情形,也应当属于该条的规制范围。

再次,从侵权行为的结合方式出发,无意思联络的多数人侵权可以分为“直接结合”和“间接结合”。其中,间接结合情形包含三个特殊的构成要件:第一,存在数个不同性质的违法行为;第二,各个行为之间的联系较为松散;第三,最终的损害结果具有可分割性。在笔者看来,这与专利间接侵权非常接近。以最典型的“向直接侵权人提供专利产品零部件”行为为例,该行为属于专利帮助侵权,亦即为直接侵权行为提供条件和便利。就第一个要件而言,帮助行为属于“强条件行为”,直接侵权则是“原因行为”。第二个要件中,帮助行为和损害结果之间本质上是间接的因果关系,起到一种间接作用,较之施加直接作用的直接行为,二者在先后顺序、原

[21] See The American Law Institute, *A Concise Restatement of Torts (Third Edition)*, St. Paul: American Law Institute Publishers, 2013, pp. 337—352.

[22] Ibid., p. 354.

[23] 参见曹险峰:“数人侵权的体系构成——对侵权责任法第8条至第12条的解释”,《法学研究》2011年第5期,第65页。

因力等方面都存在不同,总体上是一种松散的相互关系。最后,分割间接行为和直接行为所造成的损害在理论上也是可行的。分析无意思联络多数人侵权时所倚仗的“可预见性”(foreseeability)学说能够和间接侵权实现对接。在英美法中,因果关系的判断至今以“可预见性”作为重要标准,“尤其是在日益增多的‘间接结果’(即有外来事件介入)的案件中”。〔24〕

由此可见,专利间接侵权既能符合无意思联络多数人侵权的一般构成要件,也可以满足间接结合的无意思联络多数人侵权的特殊构成要件。不过,如果就此赋予无意思联络的多数人侵权规则以绝对的可行性和合理性,未免过于乐观。这一规则的适用至少存在三个方面的不足:

第一,无法满足主观要件上的灵活性要求。间接侵权下各行为人的主观状态既可能是无意思联络,也可能存在意思联络。一言以蔽之,间接侵权规则对于主观要件并没有十分严格的要求和限制,这一强调“目的导向”的法律规则,和多数人侵权体系中的“意思导向”有着不同的价值取向。〔25〕例如,在专利诱导侵权案件中,间接侵权人在明知专利权存在的情况下,怂恿他人故意侵犯专利权,由于双方存在意思联络,基于无意思联络的侵权规则就无处施展。间接侵权案件中各行为人的主观形态是多种多样的,强调“意思联络”的共同侵权规则和奉行“无意思联络”的多数人侵权规则,都只能片面地适用于一部分情形。

第二,难以解释或应对间接侵权行为独立化的发展趋势。多数人侵权规则本身要求有数人分别实施侵权行为,这意味着直接侵权行为不得缺位。然而,无论遵循“从属说”或“独立说”,主流国家的间接侵权司法实践大都不强求直接侵权行为的存在,以中国和美国为典型的从属说国家经常将“直接侵权将要发生”视为满足“存在直接侵权”的要件。如此处理,是为了更加灵活地保护权利人。这种充满政策意味的处理方法,导致了“从属说”和“独立说”的逐渐趋同。无意思联络的多数人侵权同样有着共同侵权所面临的困境,某种程度上,独立存在的间接侵权是整个多数人侵权体系都难以规制的一种特殊侵权样态。

第三,该规则的模糊性不利于间接侵权司法实践的推进。《民法典》第 1172 条虽然对行为的独立性、损害的同质性、因果关系等基础性要件作出了规定,但囿于法典本身的框架限制,其无法针对间接行为类型抑或间接物品等知识产权间接侵权的特殊形态加以规定。知识产权间接侵权的庞杂样态呼唤着专门法规的设立,入典受挫以后,《民法典》中诸多条款适用于知识产权都存在操作性不足的问题,这种做法所增加的司法和社会成本及相应之风险是不应当的。

总体而言,在间接侵权制度缺位期间,适用无意思联络的多数人侵权规则或可作为权宜之计,但从长远来看,基于本章论证,专利间接侵权仍是知识产权侵权规则体系中独具特色的领域,在将共同侵权交由《民法典》规制的同时,我国终究应当在单行法框架下建立起专门的专利间接侵权制度。

〔24〕 李中原:《多数人侵权责任分担机制研究》,北京大学出版社 2014 年版,第 137 页。

〔25〕 参见王国柱:“我国知识产权间接侵权制度的立法构造”,《东北大学学报(社会科学版)》2015 年第 3 期,第 296 页。

二、专利间接侵权条款的本土实践

专利间接侵权行为具备一套独立的要件体系,可分为主观要件和客观要件,后者是整个体系的核心内容,具体包括物品要件、行为要件和直接侵权这一前置性要件。^[26]如今司法者对于各个客观构成要件的理解更为严谨和细致,但依然存在诸多亟待纠正之处。下文将以《专利解释(二)》实施后的专利间接侵权案例^[27]为主线,结合部分早期案例,对客观构成要件的内涵、外延及其司法判定标准作出分析,重点探讨第21条的不足与后续《专利法》修订的要旨。

(一)物品要件的限缩性因素判定

有关间接侵权物品的讨论,通常仅在帮助侵权的语境中展开。“物品”的概念大体包含了两个要素:客观存在形态,^[28]以及之于被侵犯专利的重要程度。前者是一种更为直观的外在表现,后者则是相对抽象的内在评价,并且直接决定提供行为是否构成“实质性”的帮助。《专利解释(二)》第21条仅要求物品“专门用于实施专利”,某种程度上是对美国法中“非流通商品”“发明实质部分”和“实质性非侵权用途”三个限缩性判断要素的糅合处理,这使得立法对于物品用途、物品和专利产品的关系以及物品自身属性的阐释都比较模糊,低估了限缩性要素的重要司法地位。

1. 侵权物品的技术要件

“发明实质部分”本质上是强调侵权物品对于专利产品的重要性,但是司法实践的理解方式和切入点可能千差万别。《日本专利法》第101条第二、五款中的“不可或缺”要件在实践中长期困扰着法院,该要件究竟与等同原则中的本质部分要件类似,还是一种“如果没有这个物品也就没有整个发明”的逻辑?^[29]法院理解不同,裁判结果便无法一致,更遑论对该要件的政策性调整和拿捏。我国的司法解读也存在截然不同的路径,例如在“双迎门业诉展鹏与盛财案”中,法院认为钢质门的门扇部分“出于使用时的瞩目位置,也是一般公众最能留有视觉感受的设计”,^[30]继而将制造门扇所用的压花板认定为专利的“核心要素”,遵循的是“一般公众+整体视觉效果”的裁判标准。在“厦门普瑞特科技与APS制造上诉案”中,法院认定“打印机芯才是打印机产品的核心部件……(因为)外壳在整个打印机产品的价值所占的比重较小”,则是

[26] 参见易继明、蔡元臻:“专利间接侵权行为的构成要件:内涵及其判定标准”,《月旦民商法》2018年夏季号,第112—119页。

[27] 本次研究的分析样本不包括:第一,中介主体涉嫌专利间接侵权的案件,尤指网络服务提供者间接侵权(如最高人民法院第83号指导性案例“嘉易烤诉天猫案”)以及商业经营场所管理者间接侵权。第二,“分离式侵权”(Divided Infringement)案件(如“西电捷通诉索尼案”)。这一全新侵权样态带有明显的替代侵权意味,不宜直接视为专利间接侵权问题。

[28] 《专利解释(二)》第21条第一款将物品形态规定为“材料、设备、零部件、中间物等”。

[29] (日)增井和夫、田村善之:《日本专利案例指南》,李扬等译,知识产权出版社2016年版,第222—223页。

[30] 参见广西壮族自治区南宁市中级人民法院(2016)桂01民初438号民事判决书。

采用了市场价值评估比较的思路。^[31]

上述判决均未能准确彰显帮助侵权的立法本意。帮助的内涵在于为侵权行为提供决定性的便利,其只能是技术上的,绝非其他层面。就此而言,德国司法实践做出了正确的理解。《德国专利法》第10条的表述是“与发明的主要要素相联系”,司法上进一步阐明物品必须基于“发明功能的个性化”而与发明构思具有直接关系,^[32]也就是考察物品“与发明的主要要素是否在功能上共同发挥作用,是否与发明的核心思想存在充分的紧密关系”。^[33]倘若缺少这种对于技术维度的捕捉,就会导致间接侵权案件裁判严重不一致的情况。在“万利富诉誉升案”^[34]和“王业慈诉溥龙泵业案”^[35]中,两家法院对于功能上相似的外壳包装的判定大相径庭,很大程度上便是路径差异所致。

2. “实质性非侵权用途”的反向推定

美国司法对于“实质性非侵权用途”的要求,可以总结为“实际的”(actual),即不属于杜撰性质的非侵权用途;^[36]不带有“偶然性”抑或“偏离性”的(an occasional aberrant use);^[37]同时能够满足“适合性”(suitability)的测试。此类用途也不应包含尚无事实根据的、潜在的未来功能。^[38]侵权物品的“专用性”鉴别包含正向和逆向两种证明手段。前者即一种更为直接的、证明侵权物品是专门用于实施专利的情形,我国目前的立法和司法都采纳了这一思路。在“刘建华诉优威派克与中联盛案”中,法院基于侵权电脑机箱的安装腔的设计,判断机箱已经“预设”了主板、电源和硬盘等配件的后续安装方式,直接侵权人对此不拥有任何自主决定权,由此认定该物品除用于侵权以外再无其他用途,^[39]展现的便是正向的证明思路。

相较之下,通过搜集和排除“实质性非侵权用途”而反向推定物品的专用性,则更为严谨和困难。出于司法效率的考虑,我国采用这一裁判方法的案件不多,“殷永江诉科炎、科润案”是少数的代表。^[40]然而,“无实质性非侵权用途”不但是物品要件构成的逻辑起点,也是裁判观点说服力的重要来源,应当被赋予优位而在裁判中先予考量。穷尽和排除一切可能的非侵权用途,不仅将在结论上更加准确,也能够在此过程中兼顾“非通用商品”这一要素的地位。

(二) 间接行为的界定及其类型化

《专利解释(二)》第21条中的“提供”和“诱导”,勾勒出了专利间接侵权的行为构成要件。

[31] 参见福建省高级人民法院(2017)闽民终1172号民事判决书。

[32] 参见(德)鲁道夫·克拉瑟:《专利法》(第6版),单晓光等译,知识产权出版社2016年版,第931—933页。

[33] BGH GRUR 2004, 761—Flügelradzähler,转引自范长军:《德国专利法研究》,科学出版社2010年版,第115—116页。

[34] 参见广州知识产权法院(2016)粤73民初1072号民事判决书。

[35] 参见江苏省高级人民法院(2016)苏民终字133号民事判决书。

[36] Fromberg, Inc. v. Thornhill, 315 F.2d 407 (5th Cir. 1963).

[37] Dennison Mfg. Co. v. Ben Clements & Sons, Inc., 467 F. Supp. 391, 428 (S.D.N.Y. 1979).

[38] See Donald S. Chisum, *Chisum on Patents*, New York: Matthew Bender, 2004, § 17.03[3].

[39] 参见广州知识产权法院(2015)粤知法专民初字第1402号民事判决书。

[40] 参见上海市高级人民法院(2014)沪高民三(知)终字第45号民事判决书。

对“提供”的界定直接关系到帮助侵权条款的效力范围和规制强度,而诱导侵权不受物品要件的约束,任何提供专用品以外的行为都可能构成该类侵权,由此更加凸显了行为要件的意义。

1. “提供”的释义缺陷与纠正

主流国家专利法对帮助侵权行为的类型化规定风格迥异,仅就表述层面,我国更接近欧洲大陆法系国家的模式。简约的措辞不仅赋予立法一种弹性的解释力,也促使地方性司法文件和部门规章相继尝试对“提供”行为的内涵作出廓清或解释。例如,北京市高级人民法院《专利侵权判定若干问题的意见(试行)》(京高法发〔2001〕229号)第75条将专利帮助侵权行为类型限定为“提供、出售或者进口”,2016年国家知识产权局《专利侵权行为认定指南(征求意见稿)》(以下简称“国知局《指南(征求意见稿)》”)也持相同立场。2017年北京市高级人民法院《专利侵权判定指南》(以下简称“北高院《指南》”)的两处修改体现了司法观念的变迁:首先,文件第119项隐去了“出售或者进口”的表述,将之纳入了“提供”的范畴;其次,第120项打破了原本“帮助侵权等于专用品型间接侵权”的定式,将提供场所、仓储、运输等便利条件的行为视为帮助侵权。国知局《指南(征求意见稿)》则将这种扩充后的帮助侵权行为统称为“提供物质帮助”。

上述各文本暴露出三个方面的不足:第一,未能确立“提供”的上位概念之地位。“提供”应当指将特定物品交付给直接侵权人,从而投入市场流通的行为。出售和进口理应属于“提供”的范畴,易言之,“提供”是前二者的一种上位概念。对此,北高院《指南》在表述上暂时避免了这一问题,但仍不够明确。

第二,下位行为的类型化混乱。“提供”的涵义十分宽泛,理论上可以涵盖制造、销售、进口、出租、赠与等一系列行为。美国法将其限定为销售和进口,德国法和日本法则设定了更为广阔的外延。这些差异主要源于对各类提供行为的“市场危害性”的重视程度不同。市场危害性的高低取决于侵权物品的市场可获得性。循此,应当将“提供”理解为市场意义上的投放行为,仅限于销售、出租、出借和赠与,不包含制造或者进口。

第三,未能审慎限定帮助侵权行为的边界。将“提供场所、仓储、运输”的行为视为帮助侵权,破坏了专用物品作为帮助侵权必要条件的合理框架。尤其囿于相关概念尚未充分得到明晰,贸然加入只会使裁判统一的实现更加困难。帮助侵权行为应当仅限于专用品的提供和许诺提供行为,此外一切有可能诱发直接侵权的行为,全部归入诱导侵权范畴,再予判定。

2. 诱导行为的类型化规范路径

诱导行为既可以是“积极诱使他人作出原本不会作出的行为”,也包括“怂恿他人实施特定行为的行为过程”。^{〔41〕}脱离了物品要件的诱导侵权是帮助侵权的兜底规则,也因此增加了司法认定的难度。《美国专利法》第271条b款实施七十年来,有关判例屈指可数。鉴于此,实践者必须通过以实际案例为基础的类型化研究,准确勾勒诱导行为的范畴,实现规则的可操作性,防止其走向“僵尸”或者“霸王”条款两个极端。美国司法实践针对诱导行为的类型化规定十分细致,具

〔41〕 Bryan A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul: West Publishing Co., 2014, p. 894.

体到“展示、推荐某种特定家具组合方式”〔42〕“宣传方法专利的使用步骤”〔43〕“故意刊发包含侵权方法的论文”〔44〕等行为。正是通过对这些形形色色的行为予以检验,确认其诱导特征,再根据各个行为的典型性加以汇总,最终梳理出一系列契合主流观念的诱导侵权行为。

上述经验对我国具有较高的借鉴价值。结合本土现状,建议首先将越权转让许可和提供侵权担保行为视为以合同形式诱导他人侵犯专利权。越权许可通常呈现为两种方式,一种是违反约定的再许可行为,〔45〕另一种是恶意许可瑕疵专利的行为。〔46〕不过,同样牵涉合同问题的委托他人制造专利产品的行为,应当属于直接侵权行为而非诱导侵权。〔47〕其次,诸如出售物品时附带含有侵权内容的说明书、〔48〕部分专利产品维修行为、〔49〕公司高管和负责人在公司侵权过程中作出的授权和授意行为〔50〕以及前述以经营场所管理者为间接主体的案件,但凡实际案例达到一定数量,亦即对我国专利权人的利益造成了规模性的损害,都可以沿用北高院《指南》第121项的规范方式,作为诱导侵权行为加以阻却。

世界各国对诱导侵权立法的态度总体上莫衷一是,或虽然立法但怠于适用(甚至刻意回避),或不予立法,根本原因来自类型化规定的不足。我国专利诱导侵权规则的立意已经基本明确,不宜瞻前顾后,应当在后续《专利法》修订中采用“规则+因素”主义结合的立法模式加以规定。

(三)直接侵权要件的模式选择

间接侵权应否以直接侵权行为的实际发生为前提,亦即间接侵权独立化的问题,既牵涉侵权法基础理论,也关乎专利法政策的实践。间接侵权独立化的立法尝试始于2003年最高人民法院的《关于审理专利侵权纠纷案件若干问题的规定(会议讨论稿)》,直至2014年《专利解释(二)》的《公开征求意见稿》,但最终无一落实。围绕“从属说”与“独立说”的利弊分析将在很大程度上决定我国专利间接侵权规则的最终形态。

1. “从属说”的不合理与“独立说”的不健全

从《专利解释(二)》第21条的表述——“提供给(诱导)他人实施了侵犯专利权的行为”——来看,我国立法明确采用“从属说”。采取保守立场是基于早期专利法治的特殊考量,亦即通过降低裁判难度保证基本的司法统一,同时维持侵权法理论体系的稳定。然而实践中

〔42〕 *Haworth, Inc. v. Herman Miller Inc.*, 37 U.S.P.Q.2d (BNA) 1080, 1090 (W.D. Mich. 1994).

〔43〕 *Chiuminatta Concrete Concepts, Inc. v. Cardinal Industries, Inc.*, 145 F.3d 1303, 1311 (Fed. Cir. 1998).

〔44〕 *Metabolite Laboratories, Inc. v. Laboratory Corp. of America Holdings*, 370 F.3d 1354, 1365 (Fed. Cir. 2004).

〔45〕 参见江苏省常州市中级人民法院(2015)常知民初字第76号民事判决书。

〔46〕 参见徐春华:“浅谈技术转让中的专利间接侵权问题”,《中国发明与专利》2015年第1期,第89—91页。

〔47〕 参见广东省高级人民法院(2018)粤民终1897号民事判决书。

〔48〕 *Warner-Lambert Co. v. Apotex Corp.*, 316 F.3d 1348 (Fed. Cir. 2003).

〔49〕 *Fonar Corp. v. General Elec. Co.*, 902 F. Supp. 330 (E.D.N.Y. 1995).

〔50〕 See Dmitry Karshedt, “Causal Responsibility and Patent Infringement”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 70, No. 2, 2017, p. 595.

“从属说”并未获得普遍的响应。2016年之前,法院在处理帮助侵权案件时常会试图将其向直接侵权行为靠拢,以此达到制裁帮助侵权行为的目。如“株式会社岛野诉日骋案”中,囿于缺少认定帮助侵权的法律依据,最高人民法院以“被诉侵权产品在商业上必然用于本案专利”为由,判断直接侵权行为必然发生,继而判决被告构成专利直接侵权。^[51] 这种司法倾向的存在,说明用以支撑“从属说”的诸多考量并不切合实际。

如今再看,“从属说”的缺陷之一,首先表现为新技术环境下的规制效力不足。以3D打印、区块链、大数据为代表的新兴技术不仅使得专利间接侵权行为更为普遍和便利,也提出了诸如当直接行为属于不视为侵犯专利权的情形或者非商业性的私人行为时,应当如何审视间接行为的侵权问题。^[52] 直接侵权要件的制度定位虽然涉及与传统共同侵权理论的融合,但归根结底是知识产权法治的宏观调控问题。在强调“推行知识产权最强保护”的今天,“从属说”的保守倾向难以契合我国大幅度强化专利保护的政策导向。学说缺陷之二,是造成司法上仅根据直接侵权行为的缺失而立即否定整个间接侵权行为的“裁判逃逸”现象。专利间接侵权的判定工作十分繁复,出于司法效率的考虑,法院往往会选择难度更低的直接侵权要件先予判定。实践显示,2016年以来我国所有认定间接侵权不成立的案件中,几乎都是以无法证明直接侵权行为的实际发生为由而径直作出裁判。^[53] 类似地,日本法院面对“专用品型间接侵权”的逃逸也已经严重阻碍了专利间接侵权案件的司法进步。^[54] 裁判逃逸现象导致司法上无需针对其他要件再作出充分的论证和分析,这既可能导致大量间接侵权行为逃脱制裁,也会明显削弱其他要件的体系地位。

作为“从属说”的对立学说,“独立说”摒弃直接侵权要件以制裁间接侵权人的做法,不但提高了专利保护强度,也有比较充分的合理性依据,因此为德国、英国、法国等诸多欧洲国家所采用。^[55] 用以遏制尚未发生但存在较高盖然性的直接侵权行为的规定,在专利法中并不鲜见。专利诉前禁令制度和将“许诺销售”视为实施专利的立场,同样旨在及时制止即将实施(或者扩大)的侵权行为。只不过,对于直接侵权行为完全在所不问也值得商榷。帮助侵权的适用范围因受到物品要件的限定,适用“独立说”在总体上相对稳妥。但是鉴于“独立间接侵权”规则的严厉性,无视直接侵权要件有可能使专利制度过分向权利人倾斜。毫无疑问,基于这一逻辑,适用“独立说”的诱导侵权会造成更大的社会风险。

2. “修正说”的盖然性规则及其优越性

“修正说”原则上同样不以直接侵权作为构成间接侵权的必要条件,但与“独立说”不同,其旨趣在于直接侵权盖然性的灵活裁判。理论地看,“修正说”既纠正了“从属说”的逻辑错误,也

[51] 参见最高人民法院(2012)民提字第1号民事判决书。

[52] 参见蔡元臻:“3D打印冲击下专利间接侵权制度研究”,《科技与法律》2014年第1期,第151—152页。

[53] 相关典型案例,参见北京知识产权法院(2016)京73民初276号民事判决书;江苏省常州市中级人民法院(2016)苏04民初73号民事判决书。

[54] 参见蔡元臻:“论日本专利间接侵权构成要件及其对我国的启示”,《河北法学》2017年第1期,第140—141页。

[55] 参见张韬略:“跨境实施专利的侵权认定:以德国法为视角”,《知识产权》2020年第12期,第84页。

限缩了“独立说”的规制范围。

遵循盖然性的裁判观念,倘若直接侵权人尚未行动却又随时可以付诸实施,法院可以将其视为直接侵权“终将发生”,并等同于“实际发生”。盖然性应当涵盖直接侵权行为发生的概率和时间两个维度,出于司法审慎的考虑,行为发生概率的权重应当略高于发生时间。因此,盖然性从高到低的排序为:“实际发生”“必定即将发生”“必定发生”“可能即将发生”及“可能发生”。其中,前三种情形同属高度盖然性的范畴,后两种则要视具体情况而定。

我国早期的专利司法实践基本恪守“实际发生”标准,例如“东铁诉英特莱案”;^[56]但随着专利保护倾向的加强,司法立场也发生了变化,出现了遵循“必定发生”标准的“古欣、陈珊诉中铁十一局案”,^[57]和采用“可能发生”标准的“万利富诉誉升案”。^[58]高盖然性下直接侵权行为的发生终成定局,因此需要提前得到遏制。反之,如果仅能证明直接侵权行为“可能即将发生”或者“可能发生”,原则上不予确认间接侵权,只有在侵权情节恶劣抑或后果严重的情况下才可以追究间接侵权人的法律责任。此外必须明确的是,“修正说”不应沿用于诱导侵权,这是出于诱导侵权的兜底性而必须采取的审慎态度,我国最高人民法院对此已经有所意识。^[59]

“修正说”的另一优势在于妥善解决域外直接侵权和直接行为不构成侵权时产生的问题。其中,前者因为涉及“治外法权”(extraterritoriality)而饱受争议。依循“修正说”,在确认侵权物品的“专用性”的基础上,如果判定域外直接侵权的发生存在高盖然性,也应一律追究间接行为人的责任。这不仅是因为域外直接侵权本身就是域内直接侵权在盖然性上的有力证明,^[60]同时,如果被控侵权人可以通过证明专利实施行为发生在域外而进行抗辩,就会引致“国内潜在的直接侵权因为国外已经发生的直接侵权而逃避惩罚”的荒唐结果。至于《专利法》第75条所规定的直接行为不视为侵权的情形,间接侵权责任不跟随直接侵权行为享受豁免,对于不被视为侵权但发生盖然性较高的直接行为,其实质性帮助行为也应当得到追究。

三、网络专利间接侵权的理论建构与规则完善

(一) 网络服务提供者责任的澄清:代位侵权 vs. 间接侵权

数字时代的知识产权侵权通常以著作权作为核心研究对象,重点探讨平台的帮助侵权责任。但是随着研究的深入,专利领域也逐渐得到关注。网络专利间接侵权的特殊性在于中介主体,也就是网络服务提供者的特殊地位,主体的变迁也使得网络专利间接侵权区别于传统意义上的专利间接侵权。传统专利间接侵权规则难以规制网络服务提供者,但是毫无疑问,如今

[56] 参见北京市高级人民法院(2003)高民终字第504号民事判决书。

[57] 参见湖北省武汉市中级人民法院(2017)鄂01民初47号民事判决书。

[58] 参见广州知识产权法院(2016)粤73民初1072号民事判决书。

[59] 参见陶凯元:“以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引全面开启新时代知识产权司法保护新征程”,《中国审判》2018年第17期,第14页。

[60] See Lea Tochtermann, “Joint Liability in Germany for Patent Infringement Committed Abroad”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 14, No. 6, 2019, p. 494.

的网络法律法规已经通过散见于多个部门法的专门规则,明确了独属于网络服务提供者的糅合公私两法的责任和义务体系。^[61]

为网络服务提供者设立专门公、私法责任规则的做法,已经超出了法律对于一般间接行为主体的规制力度。不过,这种颇为严厉的治理模式有着充分的理论支撑,其中尤以“管领说”(Theory of Control)最具解释力。作为控制义务理论体系下的新分支,管领说解释下的网络服务提供者对于潜在的侵权危险具有相当的控制力。“网络始终处于(网络服务提供者)的管领之下,而不受网络用户的控制。”^[62]网络服务提供者有能力察觉甚至管控用户的一举一动,并且随时制止后者的不当行为。如果制止不力,不仅是网络服务提供者的过失,更可以变相构成一种实质性的帮助。从网络侵权治理成本的层面考虑,技术提供者对侵权行为的控制成本更低,这种成本优势也进一步奠定了网络服务提供者侵权责任的合理性。

传统替代责任的概念十分简明,即第三方为直接侵权人的行为承担侵权责任。^[63]从这个意义上说,广义的替代责任体系其实包含了间接侵权。但是,随着研究的积累和理论体系的发展,替代责任制度额外凝练出了“责任人控制义务”和“责任人和实际侵权人直接存在特殊关系”等要件。这些要件使得替代责任制度的边界趋于明晰,并逐渐与间接侵权区分开来。只是如果仅就网络服务提供者责任来看,网络服务提供者对用户承担的控制义务源于双方之间的特殊管理关系,应当属于一种“能够产生替代责任的控制义务”,而网络服务提供者因为用户直接侵权而对受害人承担的侵权责任,本质上就是替代责任,^[64]网络服务提供者责任由此展现出浓厚的替代责任意味。不过,替代责任的网络侵权适用至少存在三个方面的问题:其一是主体身份关系的问题,不同于替代责任,间接侵权下的两方行为人仅存在一种客观上的协作和帮助关系,而非特殊身份关系;其二是责任主体的资格问题,间接侵权下的两方行为人皆属责任主体,通常情况下被侵权人可以择一请求停止侵权和赔偿损失,而替代责任人则是唯一的责任主体;其三,网络服务提供者在知道直接侵权行为存在的情况下不采取必要措施,构成一种不作为的帮助行为,与直接侵权行为一并属于共同加害行为,而替代责任人通常不存在任何加害行为,其仅扮演责任人的角色,这些不和谐因素共同揭示了一个困境,即替代责任的理论基础在网络服务提供者责任的实践中无法得到彰显。

美国联邦最高法院曾在1984年“索尼案”的判决中认为替代责任和共同侵权在网络知识产权案件中都有一定的适用空间:“替代责任规则几乎存在于整个法领域之中,而帮助侵权的概念也是‘为他人行为承担侵权责任’这一广阔议题中的一个。”^[65]如今再看,主观要件的不

[61] 参见万方:“公私法汇流的闸口:转介视角下的网络经营者安全保障义务”,《中外法学》2020年第2期,第364页。

[62] 杨明:“《侵权责任法》第36条释义及其展开”,《华东政法大学学报》2010年第3期,第127页。

[63] See Richard A. Epstein, *Cases and Materials on Torts*, Boston: Little, Brown and Company, 1990, p. 819.

[64] 参见肖晋进:“网络服务提供者在网络名誉侵权中的法律责任”,载张民安主编:《名誉侵权责任》,中山大学出版社2008年版,第376—393页。

[65] *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984).

契合使得适用共同侵权体系下的帮助侵权责任多少与现实情况不符,而根据前文中有关控制力理论的论述,替代责任也存在许多不彰之处。^[66] 网络服务提供者的侵权责任既不属于替代责任,也非传统意义上的共同侵权责任,而是“一种间接侵权行为人负责的特殊责任形态”,^[67]也就是知识产权的间接侵权责任。网络服务提供者可以成为专利间接侵权的主体,并且有必要从侵权构成与责任承担的角度加以分析。

(二)主观要件的概念阐释与模式选择

网络服务提供者的专利间接侵权构成一般不涉及间接物品及其提供行为,而直接侵权要件较之一般专利间接侵权也无明显不同,因此,唯一需要另行讨论的是主观要件。传统专利间接侵权的主观要件仅限于故意,这是鉴于制度效果和社会需求而作出的应然选择。网络环境下的治理模式则与之不同,从《信息网络传播权保护条例》到《民法典》,我国对于网络服务提供者几乎始终以故意和过失作为主观要件的构成标准。专利法下的网络服务提供者侵权采用“故意+过失”的过错责任,使其和传统的专利间接侵权主体发生了明显的分野。鉴于网络服务提供者独有的角色属性和社会效应,立法者有必要予以特殊对待。

将过失纳入网络服务提供者的过错认定,会直接影响整个网络产业的发展,因此这一做法在我国显然是存在争议的。有学者从技术中立的角度,认为网络服务提供者本质上属于信息的传递者,其长远发展需要一个相对宽松的治理环境,这既契合激励理论精神,也与产业政策导向同步。^[68] 也有学者主张强化利益平衡,考虑到网络服务提供者之于公众所带来的社会整体利益,应当警惕增设注意义务后产生的额外负担。^[69]

本文认为上述观点均值得商榷。信息时代,作为网络空间实际意义上的“主宰者”,网络服务提供者应当对侵权行为负有积极的阻却义务。肇始于中世纪的注意义务理论推动了大陆法系中安全保障义务理论的发展,从历史脉络来看,后者的理论构建得益于前者所引发的法学方法论上的革命。关键在于,两种理论不约而同地要求有能力且担负相当社会责任的公共性主体,在合理的范围内担负保护参与者权益的义务。随着社会空间的概念逐渐向虚拟空间延伸,义务主体也不再限于传统的物理空间。^[70] 由特定主体履行安全保障义务的做法,在本质上是将履行义务的成本分配给风险(和危险)的直接关系人,符合节省社会总成本的要求。

除此以外,实践经验也足以证明严格规制网络服务提供者的合理性。这首先源于平台亲自参与侵权行为的客观现状,“甚至以提供技术服务之名行内容服务之实”,^[71]网络服务提供者和侵权行为之间的关联程度,很可能已经超出了人们的一般认知。其次,司法对于网络注意

[66] 此处仅指替代责任在网络服务提供者责任中的适用,“Shapiro案”后的美国司法在“多主体联合侵犯专利”(Divided Infringement)等个别类型的案件中仍然会考虑适用替代责任。

[67] 吴汉东:“论网络服务提供者的著作权侵权责任”,《中国法学》2011年第2期,第41页。

[68] 参见王晋:《网络服务提供者著作权侵权责任研究》,知识产权出版社2016年版,第116—119页。

[69] 参见张新宝、任鸿雁:“互联网上的侵权责任:《侵权责任法》第36条解读”,《中国人民大学学报》2010年第4期,第23页。

[70] 参见刘文杰:“网络服务提供者的安全保障义务”,《中外法学》2012年第2期,第401页。

[71] 陈锦川:“网络服务提供者过错认定的研究”,《知识产权》2011年第2期,第59页。

义务的层级化和精细化裁判,以及以《民法典》第1195条第二款为代表的平台服务的类型化观念,不仅提供了相对缓和的平台义务体系,也没有现象表明对互联网产业造成了不利影响。

网络服务提供者责任的主观认定包括故意和过失,对应的是相关法律法规中常见的“明知”和“应知”两种概念。对此,我国立法历来存在主观认知表述不一的问题,在“知道”“明知”“应知”以及“没有合理理由应当知道”之间切换不定。相较于早前的各种表述,《民法典》第1197条采用的是“知道”和“应当知道”,这很可能带来新的疑问。一般理解下的二者似乎是等同的,但理论上“知道”也可以包含“应当知道”的部分涵义。法院原则上认为“知道”不包含过失,却又将平台注意义务作为过错认定的核心标准。“如果一般帮助侵权规则采用故意作为过错形态,那么为什么能够对网络服务提供者这类主体适用过失的过错形态?这需要在理论上被证成,并在立法上被单独规定。”^[72]随着《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(法释[2012]20号)(以下简称《信播规定》)、《电子商务法》《专利法修订草案(送审稿)》以及《民法典》的颁布,我国在主观要件的表述上逐渐确立了“知道+应知”或者“明知+应知”的双轨路径。

主观认定标准的具体制定是我国网络专利间接侵权目前所面临的重大问题,具体来说,即如何判定网络服务提供者的主观明知或者应知。《专利解释(二)》对于帮助侵权采用的是“专用物品”(客观)+“明知”(主观)的“主客观相合主义”。^[73]《信播规定》第9、11、12、13条则为明知和应知列举了详致的考量因素,通过间接的客观证据推定主观认知状态,属于客观主义的裁判观念。二者都有一定的借鉴价值,但考虑到网络服务提供者的信息中立地位以及专利侵权的技术性,二者也都无法被网络专利制度照搬适用。

本文认为,首先,作为信息的传递者和处理者,网络服务提供者不主动生产或者提供侵权信息,在整个网络专利侵权的过程中扮演基本中立的角色。网络服务提供者的间接侵权判定,缺少传统间接侵权中“专用物品”这一源自主动行为的直接要件。循此,“主客观相合主义”的裁判方法不具有充分的适用基础,加之实践中直接证明主观故意的举证难度极高,“由客观推定主观”是唯一的制度选择。其次,在规定“推定明知”和“推定应知”的指引标准时,需要对直接证据和间接证据作出清晰的列举和划分。适用“推定明知”需要证明力较高的直接证据,《信播规定》第13条中列举的侵权通知以及相关证据符合这一要求,应当充分借鉴。至于“推定应知”,不同于著作权和商标侵权,专利侵权的判断以专业技术的知识储备为前提,网络服务提供者的一般认知无法满足,2019年《专利法修正案(草案)征求意见稿》也从侧面验证了这一点。该草案第71条规定了权利人发出删除通知的重要前提,即提供“人民法院生效的判决书、裁定书、调解书,或者管理专利工作的部门作出的责令停止侵权的决定”。申言之,该条甚至否认权利人初步侵权分析的证据地位,仅以公权机关的明确裁判作为依据。一定程度上,技术层面的鸿沟几乎架空了“推定网络服务提供者应知”的实践地位,对现阶段的专利司法带来了不小的挑战。当然,如果就此认为该规定实属多此一举,未免显得悲观。随着专利司法经验的进一步

[72] 冯术杰:“论网络服务提供者间接侵权责任的过错形态”,《中国法学》2016年第4期,第186页。

[73] 参见吴汉东:“专利间接侵权的国际立法动向与中国制度选择”,《现代法学》2020年第2期,第42页。

积累,我国法院应当可以总结出符合一般技术认知且能够间接证明主观应知的典型行为要素。

(三)专利避风港规则的适用困境及其完善

前文通过责任形态的理论探讨,认为间接侵权在网络专利语境下具备独立存在的基础。网络服务提供者可以成为专利间接侵权的主体,其主观要件仍应坚持“明知+应知”的二元结构。严格来说,这些问题都是游离于避风港规则框架以外的内容。这是因为避风港规则只是规制网络专利间接侵权的一种路径,脱离了这一规则,一样可以认定平台间接侵权。考虑到专利避风港规则的存废在我国仍然面临巨大争议,本文选择先予探讨主观要件,然后就专利避风港规则的合理性及其具体构建给出观点。

较之实施二十余年的网络版权避风港,专利避风港规则仍处在理论构建的阶段。我国对于设立专利避风港的课题总体上表现出一种谨慎观望的立场,这一点可从2015年《专利法修订草案(送审稿)》第63条遭到学界的普遍质疑看出。学界的具体观点大体分为两个阵营:明确表示避风港规则不具备专利领域适用基础的反对派^[74]与主张制度缺陷得以弥补的前提下予以保留的修正派。^[75] 两方看似对立,但事实上都对专利避风港规则的先天缺陷有着充分共识,即:第一,网络服务提供者不具备判断专利侵权事实的专业能力;第二,专利避风港存在架空专利诉前禁令的负面隐患;第三,被通知人的抗衡与救济手段不足。专利避风港遭遇困境,本质上是侵权判定的专业性和平台措施的严厉性合并形成的一种制度风险。尽管在存废问题上仍有争议,但可以肯定的是,避风港规则的专利适用在我国已经起步,同时考虑到《民法典》和《电子商务法》延续了扩张适用避风港规则的立法取向,排除专利避风港的观点是不合时宜的,当务之急是为该制度提出构建之策。

本文认为,完善专利避风港的立足点在于增设必要措施类型,避免架空专利诉前禁令。平台采取必要措施与专利诉前禁令发生冲突,根源在于必要措施本身“一刀切”的做法。当前的必要措施主要包括删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等,留给网络服务提供者的选择只有两种,即不采取任何必要措施,或者将相关内容连根拔除。不过,法条中“等必要措施”的开放性措辞为专利避风港设立专门规则提供了依据。专利侵权判定的高度专业性,意味着平台在审查通知并作出判断时,存在相对其他知识产权客体更高的错误率,因而需要更为缓和的非删除措施。这一点上,“转通知”曾经是比较理想的替代措施,但是随着最新法规将“转通知”升格为必要措施的平行措施,专利避风港必须另寻出路:

其一,临时冻结被通知人账户,禁止后者后续开展网络活动。该措施的旨趣在于避免侵权扩大的同时,保留被通知人呈现专利有关信息的权利。与著作权和商标等信息权利不同,专利权的侵犯以技术实施为前提。信息的保留不会影响权利人的实质权益,也基本保障了被通知

[74] 参见张德芬:“《电子商务法》中‘通知与移除’规则评析——以专利侵权纠纷中电商平台责任为例”,《知识产权》2019年第3期,第41—49页;李明德:“‘通知删除’制度在专利侵权领域的适用”,《中国发明与专利》2018年第7期,第106—108页。

[75] 参见王迁:“论‘通知与移除’规则对专利领域的适用性——兼评《专利法修订草案(送审稿)》第63条第2款”,《知识产权》2016年第3期,第20—32页;詹映:“‘通知—移除’规则在专利领域的适用性分析”,《法商研究》2017年第6期,第176—187页。

人商谈交易的权利,但却可以敦促被通知人尽管作出回复。在2020年“联悦工贸与博生塑料上诉案”中,为保证被通知人在“双十一”期间开展销售活动的权利,最高人民法院临时裁定“天猫网”恢复链接,并冻结联悦公司账户,^[76]本质上也是规避制度风险的行为保全措施。

其二,要求被通知人提供保证金,平台可以依据初步证据和疑似侵权行为的大致规模确定保证金额,用于侵权事实判定后可能产生的赔偿责任。该措施的要义与临时冻结措施相通,之于被通知人更为有利,但在保证金额的计算以及平台执行反担保资格上仍存疑问,亟待实践的进一步探索。

其三,启用“警告—限权(如搜索屏蔽)—销号”的“三振出局”机制。网络知识产权的三振出局机制在版权领域中已有一定研究,^[77]在我国个别平台处理知识产权假冒行为时也得到适用。^[78]三振出局旨在允许被通知人纠错,平衡各方利益,关键在于提升平台判定专利侵权的容错率。

上述几种措施的共同目的,一方面是降低专利技术性所带来的制度风险,另一方面是促使被通知人尽快作出回应。在此基础上,如果被通知人在回复中予以反驳和辩解,网络服务提供者可直接视其为反通知,撤销必要措施并转告通知人。如果被通知人回复接受,或者不作回复,网络服务提供者则再进一步采取删除措施。最终形成的规则流程表现为:

一、权利人发现存在疑似侵犯专利权行为的,可通知网络服务提供者采取临时冻结账户、提供保证金、或者警告、限权、撤销账号等必要措施;

二、网络服务提供者接到通知后,酌情选择并采取相应措施,同时将通知转发用户;

三、用户在接到通知后应当尽快作出回复,用户有权在回复中表示接受侵权警告,或者提供不侵权证明和理由;在回复中表示接受的,网络服务提供者应当采取删除、屏蔽等必要措施;表示不存在侵权的,网络服务提供者即视为反通知,依据《民法典》和《电子商务法》中的相关规定执行;

四、用户在接到通知后不作回复的,视为默认侵权事实,网络服务提供者应当采取删除、屏蔽等必要措施。

最后,作为上述修改意见的配套性规定,我国立法应当对网络服务提供者采取非删除措施的及时性,以及用户作出回复的及时性,加以解释。同时,应加强“合格通知”方面的实践和研究,优化权利人提供初步证据的内容要求及其解释力,力求便于网络服务提供者作出侵权判定。至于平台的信息披露义务和反通知机制的取舍,近期文献多有涉及,本文不再赘述。

[76] 参见原晓爽、徐飞、郝小娟:“最高法院作出首例涉恢复电商平台链接行为保全裁定”,载《人民法院报》2020年11月11日,第3版。

[77] 参见易继明、蔡元臻:“版权蟑螂现象的法律治理——网络版权市场中的利益平衡机制”,《法学论坛》2018年第2期,第17页。

[78] 例如,参见《阿里巴巴知识产权侵权处理规则》,载阿里巴巴集团知识产权保护平台,<https://ipp.alibabagroup.com/infoContent.htm?skyWindowUrl=rules/cn-1688>,最后访问日期:2021年3月10日。

四、结 语

在立法上缺少专门依据的时代,司法者创造性地将专利间接侵权嫁接于共同侵权行为理论,某种程度上是因应现实需求的一种“临时起意”。然而间接侵权在主观认知等构成要件上不设限制,要件组合样态多元,且呈现出一种行为独立化的趋势。专利间接侵权的问题,终归需要专门的间接侵权规则方可解决。对此,笔者首先主张应当在未来的《专利法》修订中重新确立专利间接侵权规则,其次是在本文的论证基础上,对物品、间接行为和直接侵权三项要件的释义及其判定作出深化和纠正。对网络专利间接侵权规范的改进需要涉及两大方面的要素:其一,主观要件应当确立“故意+过失”的二元构造,认定标准上则以“客观推定主观”为模式选择;其二,从重构“必要措施”入手,为专利避风港规则博取适用空间。籍此,在传统专利间接侵权方面与一般民法规范划定界限,网络专利间接侵权则以现行相关规范为框架,在后续立法中增设专利避风港,实现专利间接侵权专门规则体系的全面构建。

专利间接侵权的立法问题在我国已经存在多年,几经尝试变革却又一再折戟,展现出一种制度障碍与实践需求交织的复杂局面。但可以肯定的是,受专利强保护的政策导向以及专利侵权形态的多元化趋势影响,制度专门化应当是治理专利间接侵权的必经之路。本文希冀通过基础理论和要件判定的重新阐释,为专利间接侵权制度的发展提供新的借鉴,继而实现这一规则的体系化建构,并最终提升我国专利法治的国际地位。

Abstract: The indirect infringement of patents has become one of the most controversial issues in patent legislation. Despite certain legislative progress, China's approach of applying joint tort when dealing with indirect infringement cases is not only hindered by various differences in terms of constituting elements, but also troubled by the inability of achieving an independence of indirect infringement regime. The application of the Patent Interpretation (II) has accumulated some judicial experience of patent indirect infringement, but there are still many problems to be corrected in the constituting elements of specific goods, indirect behaviors and direct infringements. The indirect infringement of patents liability of internet service providers differentiates from a conventional vicarious liability, whereas its constitution of mentality diverges from regular patent indirect infringement. The particularity of patent infringement requires the patent safe harbor to be specifically designed, and then be improved through the reconstruction of "necessary measures". China's specialized indirect infringement of patents regime shall then be established upon the clearance of the abovementioned major obstacles.

Key Words: Joint Tort; Indirect Infringement of Patents; Independence of Indirect Infringement; Internet Patent Regime; Constituting Elements

(责任编辑:杨 明)

• 1245 •