

知识产权案件 技术鉴定实务与研究

科学技术部知识产权事务中心 编
杨林村 主编

人民法院出版社
THE PEOPLE'S COURT PRESS

知识产权案件技术鉴定 实务与研究

科学技术部知识产权事务中心 编

主 编 杨林村

顾 问 杨金琪

撰稿人 赵江琳 邓益志 徐 宕

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权案件技术鉴定实务与研究/杨林村主编.
北京: 人民法院出版社, 2003.4
ISBN 7-80161-521-2

I. 知… II. 杨… III. 知识产权-案例-司法
鉴定 IV. D918.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 028721 号

知识产权案件技术鉴定实务与研究

科学技术部知识产权事务中心 编

杨林村 主编

责任编辑 辛秋玲 张承兵
出版发行 人民法院出版社
地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)
电 话 (010)65290567(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290541 65290543(发行部)
网 址 www.courtpress.com
E-mail courtpress@sohu.com
印 刷 北京人卫印刷厂
经 销 新华书店
开 本 890×1240 毫米 A5
字 数 21 千字
印 张 7.875
印 次 2003 年 4 月第 1 版 2004 年 3 月第 2 次印刷
书 号 ISBN 7-80161-521-2/D·521
定 价 15.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

序

法院在审理知识产权纠纷案件中，对诉讼当事人双方争议的专业技术事实的审查认定，是我国和世界上许多国家法院所遇到的共同性的难点问题。近年来，国内司法界对此问题的实践与探讨日渐增多。1995年10月，在美国华盛顿召开的国际专利法官研讨会，还把此问题作为会议研讨的专题之一。科学技术部知识产权事务中心从事知识产权纠纷案件的司法技术鉴定工作多年，该中心在总结技术鉴定实践经验的基础上，撰写了《知识产权案件技术鉴定实务与研究》一书。该书是我国第一本专门论述知识产权纠纷案件的技术鉴定问题的书籍，对法院从事知识产权审判工作的法官、知识产权行政管理部门的执法人员依法审理或处理好知识产权纠纷案件、搞好专业技术事实的审查认定，将有重要参考意义。

自20世纪80年代开始，我国就开始建立和完善知识产权法律制度，全面实施了商标法、专利法、技术合同法、著作权法、反不正当竞争法、计算机软件保护条例和集成电路保护条例等法律、法规；还先后加入了《世界知识产权公约》、《保护工业产权巴黎公约》和《保护文学艺术作品伯尔尼公约》等国际公约，全面履行国际公约规定的义务。在法制不断完善的情况下，中、外知识产权权利人依法起诉到人民法院的各类知识产权案件迅速增加。

人民法院在审理专利侵权纠纷、技术合同纠纷、侵犯计算机软件著作权纠纷和侵犯技术秘密成果权纠纷案件中，经常遇到涉及各技术领域的专门技术事实的理解、评价和认定问题，例如，

研究开发的技术成果是否符合合同约定的标准, 转让的技术成果是否符合合同约定的标准或者付诸实施是否存在重大缺陷, 被控侵权的技术是否落入原告专利权的保护范围, 原告请求保护的技术秘密是否具备“秘密性”条件等。毫无疑问, 对这些事实问题的正确认定是依法正确判决的基础。审理此类案件的法官不可能熟悉各个领域的专门技术知识, 因此, 如何解决此问题, 人民法院早在 20 世纪 80 年代就从多方面进行了有益的探索, 例如, 聘请有关技术专家担任陪审员, 走访咨询有关技术专家, 委托有关科研单位做技术鉴定等。但是在审判实践中发现, 采取以上方式仍然存在某些弊端有待解决, 例如, 陪审员或被咨询的有关专家对技术问题的观点意见或咨询意见, 一般不经过法庭质证而直接作为合议庭认定案件事实的依据, 但当事人争议的技术事实一般比较复杂或涉及学术观点问题, 个别专家的观点意见难免有失客观与全面; 有关科研单位在庭审质证中出具鉴定结论时, 一方当事人往往首先对该单位的鉴定资格提出质疑等。

在本人主管最高人民法院知识产权庭审判工作的 20 世纪 90 年代初, 为解决人民法院审理科技纠纷案件遇到的一些问题, 按照时任最高人民法院院长任建新同志的意见, 于 1995 年初, 由最高人民法院和原国家科学技术委员会 (现为科学技术部) 联合发布了《关于正确处理科技纠纷案件的若干问题的意见》(以下简称《意见》)。在起草过程中, 对技术鉴定问题进行了反复的研究, 在该《意见》第十部分有 7 条关于确定技术鉴定机构问题的规定。《意见》规定“除法定的鉴定单位外, 可由当事人协商推荐共同信任的机构或专家进行鉴定; 当事人不能协商一致的, 由人民法院或仲裁机构委托有关科委推荐的鉴定机构或者聘请有关专家组成的鉴定组进行鉴定”; 关于对技术成果的鉴定程序, 《意见》强调“应当严格按照民事诉讼法第七十二条执行”, “不能把个别专家对技术成果的评价意见作为鉴定结论”。原国家科学技术委员会按照《意见》的上述规定, 于 1995 年成立了“知识产权事务中心”, 接受人民法院或有关执法机关的委托, 对委托待

解决的有关技术问题组织相关领域专家进行技术鉴定。该中心自成立以来的7年间,接受委托承担技术鉴定400余件,人民法院按照鉴定结论作出的有些判决,被作为典型案例刊载于《最高人民法院公报》。

本书的特色是认真总结技术鉴定的实践经验,注重理论联系实际地研究问题。对知识产权纠纷案件中技术鉴定的特点与传统的产品质量或人身伤害的技术鉴定进行了比较研究,说明了两者在被鉴定的客体、鉴定手段和分析评判原则等主要方面的本质不同;对涉及诉讼法的有关理论和实践问题,也进行了比较深入的研究探讨;介绍了该中心进行技术鉴定遵循的程序,详细阐述了各类知识产权纠纷案件的技术鉴定原则,并以典型的鉴定案例说明如何组织鉴定专家分析对比证据,经过研究评价和以法定标准或原则认定技术事实,作出鉴定结论,使读者犹如在亲临旁听技术鉴定会。

由于我国施行知识产权法律制度的时间不长,知识产权纠纷中的技术鉴定及其有关的评判原则是一个兼具理论性和实践性、技术和法律相融合的复杂问题,本书所阐述的技术鉴定程序和专家分析评判原则等观点意见存在一些不当或不足是难免的。但我认为,这项开拓性工作对这一领域理论与实践的发展会有所推动,只要本书能引起司法界的关注甚至争论,起到“抛砖引玉”的效果,就是一大贡献。希望司法界和知识产权界的同仁共同关注技术鉴定问题,在本书研究探索的基础上,进行更深入、更全面的研究,为完善我国知识产权纠纷案件的技术鉴定制度作出努力。

唐德华

二〇〇二年十月十日

前 言

从1983年我国商标法诞生开始,中国的知识产权保护逐渐步入法制化轨道。2001年我国正式加入世界贸易组织,这标志着我国已形成了符合国际惯例的知识产权法律体系。从某种意义上讲,立法的成就在一定程度上取决于司法实践水平。在人民法院受理知识产权案件数量逐年增加的情况下,1993年起,全国各高、中级人民法院相继成立了知识产权审判庭或审理知识产权案件的合议庭。正是由于人民法院及时培养了一大批高素质的专业法官,他们在圆满完成知识产权案件审判任务的同时,积累了丰富的审判经验,极大地提高了知识产权案件司法实践水平,促使我国知识产权法律体系日臻完善。

众所周知,由于知识产权案件往往涉及专业技术问题,在事实认定中需要依据专门性知识进行判断。尽管目前已有相当部分的知识产权案件审判人员具有理工学和法学双重专业知识背景,但无论学识多么渊博的法官也不可能在所有专业技术问题上作出科学的、权威性的结论。因此,客观上不能要求法官精通所有专业技术知识,而应考虑如何充分利用现有技术专家和科技部门的专业知识优势,促使他们在知识产权案件审判中发挥积极作用。最高人民法院早在法院开始受理专利案件之初就已经将“尽快配备审判干部,发挥技术专家的作用”作为指导审判工作的方

针。^①

已有的司法实践中,涉及专业技术问题的认定,存在不同的处理方式,归纳起来有两大类:一是由具有专业知识的审判机构或审判人员直接处理这些案件,例如,德国有专门审理专利纠纷案件的专利法院。我国的人民陪审员制度允许技术专家担任人民陪审员配合法官共同审理科技纠纷案件,或是法官在咨询专家意见的基础上,对专门性问题自行认定。二是审判机构将案件争议的技术问题委托给具有一定权威性的机构组织专家进行鉴定,鉴定人将鉴定结论以证据的形式提交审判机构,经当事人质证后作为定案依据。现行法律对于专门性问题的认定还没有相当明确、完整、便于操作的规定。但在司法实践中已普遍采用了委托鉴定和听取专家意见等方式,解决涉及专业技术问题的认定。

目前,学术界、司法界对于在我国的知识产权案件审判中,应采用什么样的方式解决专业技术问题的认定十分关注。1995年最高人民法院、国家科委(现为科学技术部)在《关于正确处理科技纠纷案件的若干问题的意见》中,就已提出“确定技术成果的鉴定机构,除法定鉴定单位外,可由当事人协商推荐共同信任的机构或专家进行鉴定;当事人不能协商一致的,由人民法院或仲裁机构委托有关科委推荐的鉴定机构或者聘请有关专家组成的鉴定组进行鉴定。”1998年最高人民法院《关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》涉及“专业鉴定问题”时提到:“如果没有法定鉴定部门,可以由当事人自行协商选择鉴定部门进行鉴定;协商不成的,人民法院根据需要可以指定有一定权威的专业组织为鉴定部门,也可以委托国家科学技术部或各省(自治区、直辖市)主管部门组织专家进行鉴定……。”从最高人民法院发布的有关文件精神,以及近年来知识产权案件审判实践看,通过委托鉴定解决专门性事实的认定逐渐成为主流,相应的

^① 参见《最高人民法院关于开展专利审判工作的几个问题的通知》,法(经)发[1985]3号。

立法准备工作也在进行。

鉴于目前知识产权案件的技术鉴定工作尚无法定的操作规程,且专利权、著作权(含计算机软件)、技术秘密、技术合同纠纷等不同类型的知识产权案件具有各自的特点,法律对不同类型的知识产权案件在鉴定对象、分析方法、判断标准等方面具有不同的要求。因此,知识产权案件的技术鉴定既有一般司法技术鉴定的共性,也存在相当多的个性特征。如何在各类知识产权案件审理中准确把握技术事实,掌握分析、判断技术问题方法,不仅值得审判人员深入研究,也应引起知识产权学术界的关注。对从事知识产权案件技术鉴定工作的机构和鉴定人员来说,更是一个值得研究和探讨的问题。

科学技术部知识产权事务中心自1995年成立以来,接受各级人民法院、公安机关、检察院、当事人的委托,完成各类知识产权案件司法技术鉴定400余例。其中主要涉及对专利侵权纠纷、商业秘密侵权纠纷、计算机软件著作权纠纷、技术合同纠纷、商标侵权纠纷、不正当竞争纠纷等知识产权纠纷案件的技术鉴定。

我中心多年来的司法技术鉴定工作,为人民法院等司法机关判别知识产权案件所涉及的专业技术问题提供了帮助,同时也积累了一定的经验;充分认识到知识产权案件的司法技术鉴定在法律依据、鉴定程序、鉴定方法、评判标准等方面还存在着许多问题,有待于进一步研究和提高。

本书试图从鉴定结论作为证据的一般性问题入手,探讨知识产权案件审判中的技术鉴定问题。本书对技术鉴定在知识产权案件诉讼中的一般性问题,诸如鉴定结论作为诉讼证据的法律问题、鉴定活动产生的法律关系、鉴定的组织方式和程序、以及各类知识产权案件的技术鉴定方法和评判标准等作了深入的阐述;并精选了部分我中心承担的不同类型的知识产权案件所涉及的技术鉴定实例进行分析。

希望通过总结我中心从事知识产权案件技术鉴定工作的实

践，提出符合程序法原则的技术鉴定操作规范，以及各类知识产权案件专门性事实的认定方法和评判标准，为人民法院等司法机关审理或处理知识产权案件、鉴定机构和鉴定人员从事技术鉴定工作、知识产权案件当事人参加诉讼、律师从事知识产权法律服务、以及其他对知识产权案件技术鉴定感兴趣的读者朋友提供参考。

当然，本书所阐述的有关技术鉴定程序和各类案件技术鉴定的分析、评判方法和标准等观点难免会存在一些不妥或不足之处，有待于进一步研究和提高。希望大家批评指正，共同为完善我国知识产权案件的技术鉴定制度作出努力。

科学技术部知识产权事务中心主任

杨林村

目 录

- (1) 第一章 作为诉讼证据的鉴定结论
 - (3) 第一节 鉴定结论概说
 - (5) 第二节 鉴定结论作为诉讼证据的特征
 - (8) 第三节 鉴定结论的客观性、关联性和合法性
 - (11) 第四节 鉴定结论的证明作用

- (14) 第二章 技术鉴定的一般法律问题
 - (14) 第一节 技术鉴定的法律关系
 - (22) 第二节 鉴定部门和鉴定人
 - (33) 第三节 技术鉴定的程序
 - (38) 第四节 当事人自行委托鉴定

- (47) 第三章 专利侵权纠纷案件中的技术鉴定
 - (48) 第一节 发明和实用新型专利保护范围的确定
 - (57) 第二节 发明和实用新型专利侵权判定的方法和原则
 - (85) 第三节 被控侵权产品是否与外观设计专利相近似的判断
 - (97) 第四节 专利无效行政诉讼的技术鉴定

- (106) 第四章 商业秘密侵权纠纷案件中的技术鉴定
 - (107) 第一节 我国商业秘密保护的法律法规

- (110) 第二节 商业秘密的概念及构成要件
- (115) 第三节 举证责任和鉴定所需证据
- (117) 第四节 秘密性及其判定
- (144) 第五节 列入国家秘密的技术信息是否公知的
判别

- (147) 第五章 计算机软件侵权纠纷案件中的技术鉴定
- (148) 第一节 计算机软件的鉴定对象
- (156) 第二节 侵犯软件著作权纠纷案件的技术鉴定
- (161) 第三节 侵犯商业秘密纠纷案件的软件技术
鉴定

- (165) 第六章 技术合同纠纷案件中的技术鉴定
- (166) 第一节 研究开发技术成果是否符合合同约定
标准的鉴定
- (174) 第二节 技术转让成果是否符合合同约定标准
的鉴定
- (186) 第三节 技术服务是否符合合同约定标准的鉴定
- (192) 第四节 其他技术合同纠纷案件中的技术鉴定

- (204) 第七章 疑难法律问题咨询
- (205) 第一节 擅自实施他人专利是否构成假冒他人
专利权
- (208) 第二节 以本企业在行业评比中的排序作为宣
传内容是否构成不正当竞争
- (212) 第三节 使用本企业商号是否侵犯他人商标专
用权
- (217) 第四节 受赠人实施赠与的专利技术是否侵犯
赠与人的专利权
- (223) 第五节 擅自对他人软件保密措施进行解密是

否构成侵权

- (229) 附录 科学技术部知识产权事务中心简介
- (229) 一、科学技术部知识产权事务中心简介
- (230) 二、科学技术部知识产权事务中心承担知识产权案件司法技术鉴定范围和内容
- (232) 三、科学技术部知识产权事务中心承担知识产权案件司法技术鉴定程序和规则
- (234) 四、科学技术部知识产权事务中心承担知识产权案件司法技术鉴定专家说明

第一章

作为诉讼证据的鉴定结论

在法治社会里，诉讼是解决权力与权利、权利与权利冲突的最规范的方式，也是定纷止争的最后一道屏障。在某种意义上，因为司法裁判具有终局效力，人们对诉讼模式的研究才如此重视。各国现行的诉讼法大都经历了较长的发展历史，并最终形成了大陆法系和英美法系两大主流流派。

尽管大陆法国家与英法国家在诉讼方式、风格上存在显著差别，司法机关在审理案件中依然遵循着基本相同的思维模式，“只要法官试图用理性的方式解决诉讼争议，在他们之间就会发现某些共同的特点”^①。这种思维模式是，无论在开庭前还是在庭审中，审判者总是首先要了解当事人争议的事实是什么，之后依据证据对有争议的事实作出惟一性的认定，最后适用相应的实体法律作出判决。因此，事实认定是法院对案件进行实体审理的必经的环节。应当说，在现代法治社会，无论是民事诉讼还是刑事诉讼，也无论是英美法系还是大陆法系国家，司法审判中的事实认定都已建立在当事人主张和举证的基础上，我国也不例外。民事诉讼中举证责任的分配原则是“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”（民事诉讼法第64条第1款）。刑事诉讼中，

^① 引自【德】罗伯特·霍恩、海因·科茨、汉斯·G·莱塞著，楚建译：《德国国民商法导论》，中国大百科全书出版社1996年版，第46页。

犯罪嫌疑人、辩护人承担着证明无罪或罪轻的举证责任，而检察官或其他公诉机关代表亦以诉讼主体的角色，承担着证明犯罪成立的责任^①。

刑事诉讼法第43条规定了“审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据”。该规定的本意是强调司法、公安机关调查取证程序要合法，实际上隐含着公诉人要承担举证责任。因为，公诉案件立案的基础是检察机关认定犯罪已经成立，而且犯罪的严重程度已经超过不起诉的界限。这种判断必须得到证明犯罪成立的证据的支持。因此，公诉人在庭审中的任务之一是向法院提供证明有罪的证据，而不是“有罪或无罪”的证据。无罪证据的举证责任应当、实际上也必然由犯罪嫌疑人、辩护人承担。

然而，作为“谁主张谁举证”原则的例外，并不是所有证据都只能由当事人提供。我国刑事诉讼法、民事诉讼法都赋予了人民法院调查收集证据的权力：“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集”（民事诉讼法第64条第2款）；“人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据”（刑事诉讼法第45条第1款）。从上述法律规定看，至少民事案件中的鉴定结论不宜解释为当事人向法院提供的证据，而应作为人民法院依职权调取的证据。

当然，无论是当事人举证，还是法院依职权调取的证据，都应当符合法定的证据形式。

^① 我国法学界在诉讼法学研究中，将人民检察院区别于诉讼参加人。在公诉案件中，检察机关实际处于与犯罪嫌疑人、辩护人对立的地位，公诉人必须提供证据能否证明犯罪成立——这实际上体现了公诉人的举证责任。

第一节 鉴定结论概说

我国的程序法立法中，鉴定结论作为证据的法定形式，规定在民事诉讼法第 63 条、刑事诉讼法第 42 条中。传统意义上的鉴定多指人身伤害案件中对受害者身体的伤残程度的法医学鉴定，或是对犯罪嫌疑人精神健康情况的司法精神病鉴定，以及为确定某些物质的品质、性能、剂量而进行的刑事科学技术鉴定。广义上讲也包括医疗事故责任认定中，对医疗卫生行政部门作出的医疗事故责任认定。近年来，随着民事、刑事案件审判的发展，鉴定延伸到新的领域。如基于 DNA 探测技术发展而来的亲子鉴定，为解决有关财务账目、记账凭证认定问题而出现的司法会计鉴定都是鉴定领域中的新成员。上述鉴定之所以会发生在诉讼程序中，其根本原因是，法院在审理专业性较强的问题时，因法官缺乏相应的专业知识，在具体技术事实认定方面存在困难，需要借助专门性机构或专业人员的知识或技能，对专门性问题作出客观的解释。

专利法实施以来，自法院受理第一起专利侵权纠纷案件开始，“涉嫌侵权产品或方法是否落入专利权的保护范围”就已经成为专利案件审理中法官难于处理的专门性技术问题。一方面，专利保护范围的确定有赖于对专利权利要求书和说明书的准确理解，其中涉及的技术术语、机械结构、电路设计、化学方程式等专业知识不可能为法官所精通；另一方面，对于涉嫌侵权产品或方法的分析也同样需要专业知识。某些专业性极强的工作不可能在法院完成。例如在个别案件审理中，为确定涉嫌侵权产品的技术特征，需要进行产品解体测绘；为确定涉嫌侵权技术方法的真实性，需要进行再现性试验。

再现性试验的作用类似于刑事案件中的侦查试验。在专利方法侵权纠纷案件中，为确定被告人的举证是否真实，有时需要按照被告提供的方法进行技术模拟，以确定涉嫌侵权产品是否可能

通过被告提供的方法制造出来。

类似问题在著作权案件中同样存在。计算机软件著作权侵权纠纷案件中，被告往往不提供其软件的源代码。如果涉嫌侵权的软件经过加密处理，特别是以加密方式将程序写入芯片，原告或法院甚至无法得到被告的目标码，从而使软件著作权案件审理陷入僵局。这种情况下，需要对加密软件进行解密处理，通过反向工程的方式解决证据认定问题。

此外，对“原告主张的技术秘密是否系非公知技术信息、被告是否使用了原告主张的非公知技术信息”的判别一直是法院审理商业秘密案件的难题。

知识产权案件审理中，法官在技术事实认定方面客观存在的困难，决定了专业技术人员或专门性机构介入审判程序的必要性。知识产权案件技术鉴定在这种背景下应运而生。知识产权案件中所涉及的技术鉴定，与传统的产品质量或人身伤害的技术鉴定相比，两者在被鉴定的客体、鉴定手段和分析评判原则等主要方面存在本质的不同，有必要作专门的研究。

“陆正明诉上海工程成套总公司、无锡市环境卫生工程实验厂专利侵权案”可能是出现在《最高人民法院公报》上的知识产权典型案例中最早涉及技术鉴定的案例^①。该案原审法院——上海市中级人民法院在1991年审理此案期间，委托上海市科技咨询服务中心组织专家对成套公司研制的“筛分破碎机”进行了技术鉴定，作出了“该设备与陆正明的专利权利要求中请求保护的技术方案等同”的鉴定结论，且鉴定结论作为法院调取的证据在判决中采信^②。此后，技术鉴定在知识产权案件审理中得到普遍采用。全国各地审理知识产权案件的法院陆续将一些专门性问题委托各地科委或社会中介结构进行技术鉴定。科技部知识产权事务中心从1995年至2002年已累计完成全国各地人民法院、检察

① 参见《最高人民法院公报》总第36期。

② 参见《上海市中级人民法院（91）沪中经字第8号民事判决书》。