

最高人民法院知识产权法庭典型案例

附判决全文

(2022)

王现辉律师知识产权团队

泽知[®]知识产权一站式服务团队

泽知[®]知识产权团队由大成律师事务所王现辉律师团队 10 名成员以及多名商标代理人、专利代理师、专利工程师组成。泽知团队以专家化的知识产权代理、维权工作模式，向国内外众多客户提供广泛而深入的知识产权法律服务，业务涵盖专利、商标、版权、反不正当竞争、反假冒、知识产权滥用相关的反垄断、商业秘密、域名、电子商务、网络传输、数据及隐私权保护、文化传媒、特许经营等诸多领域。

泽知[®]知识产权团队始终秉承“创新、高效、敬业、务实”的工作理念，以团队化合作、专业化分工的方式，通过大量的纠纷处理实践，积累了丰富的代理经验和诉讼技巧，力求最大限度地保护权利人的利益。



扫一扫 关注“泽知[®]知识产权”

编写说明

2023年3月30日，为进一步总结和发挥典型案例积极作用，切实加大知识产权保护力度，维护市场公平竞争秩序，最高人民法院知识产权法庭从其2022年审结的3468件技术类知识产权和垄断案件中精选20件典型案例，并予以发布。

大成律师事务所王现辉律师知识产权团队（泽知团队）将上述典型案例的裁判文书进行汇总整理，方便知识产权从业者更好对照学习典型案例，更深刻理解裁决思路。

王现辉

2023年3月

目 录

一、专利民事案件..... 1

1.中国首例药品专利链接诉讼案.....1

【基本案情】中外制药株式会社依据专利法第七十六条第一款向北京知识产权法院提起药品专利链接诉讼，请求确认温州海鹤公司的“艾地骨化醇软胶囊”仿制药技术方案落入涉案专利权利要求的保护范围。一审法院判决驳回中外株式会社的诉讼请求。中外制药株式会社不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，温州海鹤公司未针对保护范围最大的权利要求作出声明，未将声明及声明依据及时通知上市许可持有人中外制药株式会社，其行为有所不当，应予批评；关于仿制药技术方案是否落入专利权利要求保护范围的判断，原则上应当以仿制药申请人的申报资料为依据比对评判；经比对，涉案仿制药技术方案未落入专利权利要求保护范围。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】本案系我国首例药品专利链接诉讼案件。我国药品专利链接制度初建，尚处于探索阶段，本案判决对药品专利链接制度实践初期出现的新问题进行了符合立法目的的探索性法律适用，受到中外媒体和医药界的普遍关注和广泛好评。中央广播电视总台第一时间予以报道，入选“新时代推动法治进程 2022 年度十大提名案件”。

2.“蜜胺”发明专利及技术秘密侵权两案..... 21

【基本案情】金象公司、焯晶公司系专利号为 201110108644.9、名称为“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”的发明专利权利人，金象公司亦为采用加压气相淬冷法生产蜜胺的方法及使用该方法的生产系统相关技术秘密权利人。金象公司、焯晶公司针对华鲁恒升公司等四被告侵害涉案专利权的行为向广州知识产权法院提起诉讼。金象公司亦针对上述四被告侵害技术秘密的行为向四川省成都市中级人民法院提起诉讼。两法院一审分别认定，四被告共同实施了专利侵权行为、技术秘密侵权行为，均判决停止侵害，并分别部分支持了有关损害赔偿请求。双方当事人对两案均不服，均提起上诉。最高人民法院二审认为，各被诉侵权人具有侵权的意思联络，主观上彼此明知，先后实施相应侵权行为构成完整的侵权行为链，客观上分工协作，属共同故意实施侵权行为，应当对全部侵权损害承担连带责任。遂改判支持权利人的全部诉讼请求，判令侵权人以包括但不限于拆除的方式销毁侵权生产系统及有关技术秘密载体，共同连带赔偿权利人经济损失合计 2.18 亿元（其中，发明专利侵权案赔偿 1.2 亿元，技术秘密侵权案赔偿 9800 万元）。

【典型意义】这是目前人民法院针对同一工程项目判赔额最高的知识产权侵权案件。权利人金象公司为中外合资企业，焯晶公司为高新技术民营企业，侵权人之一华鲁恒升公司系国有上市企业。两案裁判不仅彰显人民法院切实加强知识产权司法保护的坚定态度，也充分体现对内资和外资企业、国有和民营企业等各类企业的一体对待、平等保护。本案有关共同故意侵权及全部连带责任的认定、赔偿额计算的考量因素、停止侵害责任中销毁侵权载体的处理方式等，对于类似案件的处理具有参考意义。

3.“伸缩缝装置”标准必要专利侵权案.....146

【基本案情】徐某系专利号为 200410049491.5、名称为“一种特大抗挠变梳型桥梁伸缩缝装置”的发明专利权利人。涉案专利为交通运输部发布的《单元式多向变位梳形板桥梁伸缩缝装置》行业推荐性标准的标准必要专利。专利权人徐某及其任法定代表人的涉案专利独占被许可人

路宝公司认为，冀通公司在平赞高速公路工程中，使用了易德利公司按照上述标准制造并销售的伸缩缝装置，两公司构成对涉案专利权的侵害，遂向河北省石家庄市中级人民法院提起诉讼，请求判令两公司停止侵害并共同赔偿损失及维权合理开支 300 万元。一审法院认定，易德利公司、冀通公司侵害涉案专利权，判决易德利公司赔偿经济损失及维权合理开支 10 万元。徐某、路宝公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，涉案专利为标准必要专利，推荐性标准中明确披露了涉案专利技术方案的专利号及权利人联系方式，且路宝公司曾于 2016 年函告易德利公司涉嫌侵害涉案专利权。易德利公司明知涉案专利的存在，非但没有主动寻求专利许可，还再次未经许可实施涉案专利，主观上存在明显过错。遂改判全额支持权利人 300 万元赔偿请求。

【典型意义】本案二审在认定标准必要专利权人不存在过错、专利实施人存在明显过错的基础上，全额支持权利人的赔偿主张，明确标准必要专利侵权案件中确定损害赔偿责任人应当重点考虑当事人过错，凸显保护善意行为人的司法政策导向。

4. “动态密码 USB 线材” 实用新型专利侵权案 171

【基本案情】租电公司系专利号为 201720131230.0、名称为“一种动态密码 USB 线材”的实用新型专利权利人。租电公司认为森树强公司等实施了侵权行为，向广东省深圳市中级人民法院提起诉讼。森树强公司等抗辩称租电公司同日申请了技术方案实质相同的涉案实用新型专利和关联实用新型专利，该关联专利权已被宣告无效，基于同样的理由，涉案专利权也应属无效，故应驳回租电公司的诉讼请求。一审法院认定上述两专利技术方案实质相同，涉案专利权明显或者有较大可能归于无效，故判决驳回租电公司的诉讼请求。租电公司不服，提起上诉。本案二审程序期间，森树强公司对涉案专利提出无效宣告请求。最高人民法院二审认为，在涉案专利权稳定性存疑或有争议的情况下，后续审理程序存在多种可选择的处理方式时，人民法院可以酌情作出妥善处理。本案经释明，双方当事人针对专利权稳定性问题分别自愿作出相应的未来利益补偿承诺，最高人民法院基于基本案情、在案证据和双方承诺，采用了“先行裁驳、另行起诉”的处理方式，裁定撤销一审判决，驳回起诉。

【典型意义】本案在涉案专利行政确权程序已经启动的情况下，人民法院首次尝试引导双方当事人针对确权程序结果的不确定性自愿作出未来利益补偿承诺。裁判明确专利侵权案件中，在涉案专利权稳定性存疑或有争议的情况下，基于公平和诚信之考虑，人民法院可鼓励和引导当事人自愿作出相关未来利益的补偿承诺或声明，既有效推进案件审理程序，又妥善平衡当事人实体利益。

5. “结固式锚栓” 实用新型专利侵权案 189

【基本案情】福州百益百利公司系专利号为 201320534267.X、名称为“结固式锚栓”的实用新型专利权利人。福州百益百利公司认为，上海点挂公司及其法定代表人张某某侵害涉案专利权，故向上海知识产权法院提起诉讼，请求判令其停止侵权并连带赔偿损失及维权合理开支 250 万元。一审法院认为，被诉侵权技术方案落入涉案专利保护范围，但上海点挂公司及张某某的抵触申请抗辩成立，故判决驳回福州百益百利公司的诉讼请求。福州百益百利公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，有关抵触申请抗辩不能成立；可以认定具体实施侵权技术方案的上海点挂公司和提供该技术方案的张某某共同实施了侵害涉案专利权行为；福州百益百利公司主张以上海点挂公司和张某某对外宣传的经营规模作为损害赔偿计算依据，上海点挂公司和张某某虽抗辩该经营规模属于夸大宣传，但未提交证据证明其实际侵权经营规模。基于上述对外宣传经营规模，综合考虑其他在案因素，改判全额支持福州百益百利公司 250 万元赔偿主张。

【典型意义】本案结合被诉侵权人对外公开宣传内容确定侵权行为规模，并在此基础上综合确定赔偿数额，体现了人民法院加强知识产权保护、加大损害赔偿力度的司法导向，有效指引市场主体在商业活动中遵循诚信原则。此外，涉案专利产品虽为小部件、单价不高，但小专利也能

获得高判赔，提示任何人都应尊重他人创新成果。

6. “气化炉除尘装置及系统”专利权权属两案 209

【基本案情】涉案专利分别系专利号为 201620067057.8、名称为“一种合成气除尘系统”及专利号为 201720586771.2、名称为“一种气化炉出口气体喷淋装置”的实用新型专利。航天长征公司认为，鲁西化工集团公司、聊城鲁西化工公司与其合作期间，违反保密义务约定，以航天长征公司提供的技术申请涉案两专利，遂向山东省济南市中级人民法院提起诉讼，请求确认两专利权归航天长征公司所有。一审法院认为，涉案专利技术方案是鲁西化工集团公司、聊城鲁西化工公司基于航天长征公司技术方案的改进技术方案，但有关改进不具备实质性特点，故判决两涉案专利权归航天长征公司所有。鲁西化工集团公司、聊城鲁西化工公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，鲁西化工集团公司、聊城鲁西化工公司不能证明其在他人非公开技术方案的基础上作出的改进属于使发明创造具有实质性特点的创造性技术贡献。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】本案明确了以非公开技术方案的改进技术方案为保护对象的专利权权属纠纷中的证明责任，合理界定了技术来源方和技术改进方获得权利的基础，避免没有作出实质性技术贡献的主体通过申请专利将他人非公开技术方案据为己有，有力保护技术来源方的合法权益。本案曾入围“新时代推动法治进程 2022 年度十大案件”投票环节。

7. “缝合器与缝合针套件”专利权及专利申请权权属两案 232

【基本案情】万某系专利号为 202020661599.4、名称为“缝合器与缝合针套件”的实用新型专利权人，以及申请号为 202010343019.1、名称为“缝合器、具有缝合器的治疗装置以及治疗系统”的发明专利申请人。左元公司认为，万某曾系该公司的法定代表人，其在职期间完成的上述两项发明创造属于职务发明，相关权利应归左元公司所有，故向浙江省杭州市中级人民法院提起诉讼。一审法院以证据不足为由判决驳回诉讼请求。左元公司不服，提起上诉。最高人民法院在二审程序中，全面梳理双方当事人一系列矛盾纠纷，帮助其厘清各自核心诉求，充分释明，耐心引导，一揽子化解双方全部关联纠纷，实现合作共赢。

【典型意义】两案的成功调解，化解了双方当事人积累多年的矛盾和系列纠纷，充分体现了以和为贵、互利共赢的中华优秀传统文化，彰显了人民法院努力减轻当事人讼累、实质性化解纠纷的司法态度。

二、专利行政案件 234

8. “左旋奥硝唑”发明专利权无效两案 234

【基本案情】南京圣和公司系专利号为 200510068478.9、名称为“左旋奥硝唑在制备抗厌氧菌感染药物的应用”以及专利号为 200510083517.2，名称为“左旋奥硝唑在制备抗寄生虫感染的药物中的应用”的发明专利权人。华美公司以两专利不具备创造性为由，向国家知识产权局提出无效宣告请求。国家知识产权局决定维持两专利权有效。华美公司不服，向北京知识产权法院提起诉讼。一审法院判决撤销被诉决定并责令国家知识产权局重新作出决定。国家知识产权局、南京圣和公司均不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，在关于化合物医药用途专利的创造性判断中，应当全面、综合考虑现有技术是否给出了具体、明确的指引。本案中，现有技术没有给出降低奥硝唑毒性的技术启示，也没有给出发现左旋奥硝唑具有更低毒性的有益技术效果并将左旋奥硝唑单独成药的技术启示，故两专利具备创造性。遂两案均判决撤销一审判决，驳回华美公司的诉讼请求。

【典型意义】两案裁判明确了化合物医药用途专利的创造性判断标准，体现了加大医药知识产权保护力度、激发医药领域创新动力的司法导向。

9. “计算装置中的活动的卡隐喻”发明专利无效案282

【基本案情】高通公司系专利号为 201310491586.1、名称为“计算装置中的活动的卡隐喻”的发明专利权人。苹果电脑贸易上海公司向国家知识产权局提出无效宣告请求，国家知识产权局决定维持专利权有效。苹果电脑贸易上海公司不服，向北京知识产权法院提起诉讼。一审法院判决驳回其诉讼请求。苹果电脑贸易上海公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，如果技术方案中若干技术特征之间相互依存并具有协同作用，能够依赖整体实现某一功能并产生了相应效果，则在创造性评价中应当考虑上述协同作用。二审最终判决驳回上诉、维持原判。

【典型意义】本案涉及国际知名科技企业间的知识产权争议。裁判体现了对发明创造技术贡献的客观公允评价，彰显人民法院加强知识产权保护的态度和着力营造市场化法治化国际化一流营商环境的努力。

10. “利伐沙班”发明专利侵权行政裁决两案 301

【基本案情】拜耳公司系专利号为 00818966.8、名称为“取代的噁唑烷酮和其在血液凝固领域中的应用”的发明专利权利人。恒生公司、生命能公司在其官网、有关展会上展示标有恒生公司注册商标的利伐沙班制剂及原料药。拜耳公司向南京市知识产权局提出专利侵权纠纷处理请求，该局裁决两公司停止侵权。恒生公司、生命能公司不服，向江苏省南京市中级人民法院提起诉讼。一审法院判决驳回诉讼请求。恒生公司、生命能公司仍不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，恒生公司、生命能公司未经许可，通过网站、展会向不特定对象作出销售涉案产品的意思表示，构成许诺销售侵权行为；药品和医疗器械行政审批例外条款仅适用于为自己申请行政审批而实施的“制造、使用、进口”行为以及专门为前一主体申请行政审批而实施的“制造、进口”行为。恒生公司、生命能公司既不符合上述例外的主体条件，许诺销售行为也不属于该例外的行为范畴，故不能适用有关例外。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】两案裁判明确了专利法以保护合法权利为原则，以法定不侵权为例外，凡例外必须严格解释的司法理念。具象到专利法药品和医疗器械行政审批例外（Bolar 例外）有关规定的法律适用场景中，既要保障社会公众在专利权届满后的药品和医疗器械可及性，也要避免削弱对专利权人合法权益的保护，依法审慎平衡专利权人、仿制药企、社会公众之间的利益。本案亦体现了人民法院对中外当事人一视同仁、平等保护的司法理念。

三、植物新品种案件337

11.“YA8201”玉米植物新品种侵权案 337

【基本案情】雅玉科技公司系“YA8201”玉米植物新品种的品种权人。雅玉科技公司以金禾种业公司以商业为目的重复使用“YA8201”生产“金禾玉 618”和“金禾 880”玉米种子，瑞禾种业公司向金禾种业公司出借农作物种子生产经营许可证为由，向云南省昆明市中级人民法院起诉，请求判令金禾种业公司、瑞禾种业公司停止侵害并连带承担惩罚性赔偿责任。一审法院认为，金禾种业公司构成侵权，瑞禾种业公司构成帮助侵权，判令两公司停止侵害并在两案中分别连带承担惩罚性赔偿 10 万余元和 45 万余元。雅玉科技公司、金禾种业公司均不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，金禾种业公司明知“YA8201”为雅玉科技公司享有品种权的植物新品种，仍非法向他人租借农作物种子生产经营许可证，实施有关侵权行为，构成情节严重的故意侵权，应当从严适用惩罚性赔偿；金禾种业公司拒不提供财务账簿，构成举证妨碍，可以采纳品种权人主张的利润，并考虑“YA8201”品种权对“金禾玉 618”“金禾 880”的贡献率，认定惩罚性赔偿计算基础。改判金禾种业公司在两案中分别赔偿雅玉科技公司 69 万余元和 152 万余元；瑞禾种业公司因非法出借农作物种子生产经营许可证应承担连带赔偿责任。

【典型意义】两案系对租借农作物种子生产经营许可证的行为适用惩罚性赔偿的植物新品种

侵权案件。两案中人民法院秉持有利于权利保护的司法理念，合理确定亲本品种权对侵权利润的贡献率并从严适用惩罚性赔偿，为净化种子市场提供有力司法支持。同时，准确适用举证妨碍排除规则，为有效破解品种权人“举证难”问题开辟新路径。

12. “杨氏金红 1 号”猕猴桃植物新品种侵权案 373

【基本案情】依顿猕猴桃种植公司为“杨氏金红 1 号”猕猴桃植物新品种实施被许可人，经品种权人授权可以自己名义维权。依顿猕猴桃种植公司以石丈空猕猴桃合作社未经许可种植涉案授权品种猕猴桃树 7000 株为由，向四川省成都市中级人民法院提起诉讼，请求判令石丈空猕猴桃合作社无需停止侵权，但向其支付许可使用费至不再种植或品种权保护期限届满为止。一审法院判决石丈空猕猴桃合作社支付依顿猕猴桃种植公司 2019 年 12 月 18 日至 2021 年 7 月 16 日期间的品种许可使用费 11 万余元；从 2021 年 7 月 17 日起，按每株每年 10 元的标准支付许可使用费至停止种植之日，最长不超过授权品种保护期限；并支付本案维权合理开支 3 万元。石丈空猕猴桃合作社不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，石丈空猕猴桃合作社的种植行为不属于“私人非商业性使用”，应当认定为未经许可生产繁殖授权品种繁殖材料的侵权行为；对于多年生植物，应当肯定和鼓励品种权人以给付许可使用费的请求代替停止侵害请求。在确定许可使用费时，既要尊重授权品种的市场价值，也要保障种植者通过勤勉劳动、科学管理从种植行为中可以获得的合理预期利益。因一审确定的许可使用费标准已考虑了上述因素，遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】本案涉及无性繁殖品种的种植行为侵权判断，同时人民法院根据当事人的诉讼请求，鼓励以许可使用费代替停止侵权，既有效维护品种权人合法权利，又合理兼顾种植户的经济利益，有利于在切实保护种业知识产权的同时避免资源浪费，发挥多年生植物的长久经济效益，实现多方共赢。

13. “彩甜糯 6 号”杂交玉米亲本植物新品种侵权案 391

【基本案情】恒彩农科公司系“T37”和“WH818”玉米植物新品种的品种权共有人，其使用上述品种作为父母本选育的“彩甜糯 6 号”通过国家玉米品种审定。恒彩农科公司认为，郑州华为种业公司生产并销售、金盛源农科公司销售的“彩甜糯 866”种子是重复使用“T37”和“WH818”作为亲本生产的繁殖材料，侵害了涉案植物品种权，故向河南省郑州市中级人民法院提起诉讼，请求判令两公司停止侵害，共同赔偿经济损失 20 万元及维权合理开支 2 万元。一审法院判决驳回诉讼请求。恒彩农科公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，被诉侵权玉米种子与“彩甜糯 6 号”属于基因型相同或极近似品种，基于玉米遗传规律，可以初步推定被诉侵权玉米种子使用了与“彩甜糯 6 号”相同父母本。重复使用授权品种繁殖材料生产另一品种繁殖材料的侵权行为人不得销售其生产的该另一品种的繁殖材料，是制止生产者侵权行为、防止侵权损失扩大的应有之义。遂改判郑州华为种业公司停止生产、销售“彩甜糯 866”种子，并全额支持权利人的赔偿请求。同时，对于郑州华为种业公司、金盛源农科公司未经审定推广主要农作物种子的涉嫌违法行为线索，依法移送行政主管部门处理。

【典型意义】人民法院结合玉米遗传规律适时转移举证责任，运用事实推定认定被诉杂交玉米种与授权品种的亲子关系，为品种权人提供了有利保护。同时，判令重复使用授权品种繁殖材料生产另一品种繁殖材料的侵权行为人停止对该另一品种繁殖材料的销售行为，进一步扩展了品种权保护环节，为品种权人提供了有力保护。此外，将未经审定推广玉米种子的违法行为线索移送行政主管部门处理，也体现了加强司法保护与行政执法的有机衔接，推动构建知识产权大保护格局。

四、技术秘密案件 412

14. 杂交玉米植物新品种亲本“W68”技术秘密侵权案 412

【基本案情】华穗种业公司是“万糯 2000”玉米植物新品种的品种权人和“万糯 2000”的亲本“W68”的技术秘密权利人。其以搏盛种业公司侵害技术秘密为由，向甘肃省兰州市中级人民法院提起诉讼，请求判令搏盛种业公司承担有关侵权责任。一审法院认为，搏盛种业公司构成对“W68”技术秘密权益的侵害，判决其停止侵害，赔偿经济损失及维权合理开支共计 150.5 万元。搏盛种业公司不服，提起上诉，主张“W68”作为亲本不属于商业秘密的保护客体。最高人民法院二审认为，作物育种过程中形成的育种中间材料、自交系亲本等，是育种者付出创造性劳动的智力成果，具有技术信息和载体实物兼而有之的特点，且二者不可分离；如其具备不为公众所知悉并采取相应保密措施等条件，可以作为商业秘密依法获得法律保护。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】本案是最高人民法院审理的第一起涉及育种材料的商业秘密案件。判决明确了杂交玉米植物新品种的亲本作为商业秘密的保护条件和保护路径，是人民法院综合运用植物新品种、专利、商业秘密等多种知识产权保护手段保护育种成果的积极探索，有利于激励育种原始创新、持续创新，推动构建多元化、立体式的育种成果综合法律保护体系。

15. “油气微生物勘探”技术秘密侵权案 431

【基本案情】盎亿泰公司为油气微生物勘探相关技术秘密权利人，其以前员工罗某某、李某、胡某某、张某某违反保密义务将涉案技术秘密披露给英索油公司使用为由，向北京知识产权法院提起诉讼。一审法院判决英索油公司、罗某某、李某停止侵害，英索油公司、李某连带赔偿经济损失 50 万元并支付维权合理开支 25 万元。盎亿泰公司、英索油公司、罗某某、李某均不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，本案系因前员工组建新公司并侵害原任职公司技术秘密引发的案件，英索油公司在实际经营中使用盎亿泰公司的技术秘密，具有明显的主观恶意，且考虑油气微生物勘探领域经营者较少，市场竞争并不充分，可以推定英索油公司不当攫取了原本属于盎亿泰公司的交易机会，应将其全部获利作为侵权获利。遂改判全额支持了盎亿泰公司的上诉请求。

【典型意义】本案明确侵权人有明显过错且侵权行为直接决定商业机会时，原则上可以将全部获利作为侵权获利，即实质认定侵权利润全部来自于涉案技术秘密。裁判释放了切实加强技术秘密保护，有力维护公平竞争的强烈信号。

16. “有客多”小程序源代码技术秘密侵权案 470

【基本案情】花儿绽放公司为“有客多”小程序源代码技术秘密的权利人。该公司主张盘兴公司与其签订《花儿绽放源代码使用许可合同》并依约获取涉案软件源代码后，违反合同约定保密义务，在公共网站披露该源代码，故向广东省深圳市中级人民法院提起诉讼，请求判令盘兴公司及其唯一股东盘石公司连带赔偿经济损失 5000 余万元并消除影响。一审法院判决盘兴公司、盘石公司连带赔偿 500 万元。花儿绽放公司、盘兴公司、盘石公司均不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，涉案软件源代码构成技术秘密，盘兴公司披露涉案软件源代码的行为构成技术秘密侵害；花儿绽放公司单方委托鉴定机构就涉案技术秘密商业价值出具的鉴定意见中，多项数据存疑，不应予以采信；综合考虑涉案技术秘密的研究开发成本、实施该项技术秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素，一审法院酌定的损害赔偿数额并无明显不当。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】本案明确涉及非法披露行为的技术秘密侵权案件中，应当以被披露技术秘密的商业价值为基础，综合考虑案件具体情况，确定损害赔偿数额。技术秘密商业价值的认定存在多种路径，本案在认可鉴定评估是可选方式的同时，进一步明确了难以采信有关鉴定意见时，酌定技术秘密商业价值的综合考量因素。

五、垄断案件 498

17.给排水公用企业滥用市场支配地位限定交易案 498

【基本案情】宏福置业公司是一家位于山东省威海市的房地产开发公司，其向山东省青岛市中级人民法院提起诉讼，请求判令威海水务集团赔偿因其实施滥用市场支配地位的限定交易行为给宏福置业公司造成的损失。一审法院认定，威海水务集团在威海市给排水市场中具有市场支配地位，但现有证据不能证明其实施了滥用市场支配地位行为，判决驳回宏福置业公司诉讼请求。宏福置业公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，威海水务集团不仅独家提供城市公共供水服务，而且承担着供水设施审核、验收等公用事业管理职责，其在受理给排水市政业务时，在业务办理流程清单中仅注明威海水务集团及其下属企业的联系方式等信息，没有告知、提示交易相对人可以选择其他具有相关资质的企业，属于隐性限定交易相对人只能与其指定的经营者交易，构成滥用市场支配地位的限定交易行为。遂撤销一审判决，改判部分支持宏福置业公司的诉讼请求。

【典型意义】本案系人民法院首例认定隐性限定交易行为的垄断案件。二审裁判明确反垄断法上的限定交易行为可以是明示的、直接的，也可以是隐含的、间接的，认定限定交易行为的重点在于考察经营者是否实质上限制了交易相对人的自由选择权。有关认定为具有市场独占地位的经营者，特别是公用企业，依法从事市场经营活动提供了行为指引。

18.涉中超联赛图片独家授权滥用市场支配地位案 517

【基本案情】2016年，中超公司公开招标2017-2019年中超联赛官方图片合作机构，映脉公司中标，取得了有关图片独家经营权，体娱公司参与此次招投标但未中标。体娱公司向上海知识产权法院提起诉讼，主张中超公司将中超联赛图片经营权独家授予映脉公司的行为构成滥用市场支配地位，请求判令停止垄断行为、赔偿经济损失。一审法院认为，现有证据不能证明中超公司、映脉公司具有市场支配地位，且两公司从事被诉行为具有正当理由，故判决驳回体娱公司诉讼请求。体娱公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，中超公司、映脉公司在中超联赛图片经营市场具有市场支配地位，但中超公司通过公开招标方式选择授权映脉公司独家经营，体现了市场竞争；中超联赛图片用户只能向映脉公司购买该赛事图片，系基于原始经营人中国足协依法享有的经营权并通过授权形成的结果，符合法律规定且具有合理性。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】该案裁判明确民事权利的排他性或者排他性民事权利本身并不是反垄断法预防和规制的对象，只有对排他性民事权利的不正当行使才可能成为反垄断法预防和制止的对象，有助于厘清排他性民事权利的行使边界，保障市场主体依法正当经营。

19.通用汽车限定最低转售价格纵向垄断协议后继诉讼案 550

【基本案情】2014年，缪某从逸隆公司购买涉案车辆。2016年，上海市物价局作出涉案处罚决定书，认定在2014年分销汽车过程中，通用公司存在与上海地区经销商达成并实施限定向第三人转售商品最低价格垄断协议的事实，责令其立即停止违法行为，并处以上一年度相关销售额4%的罚款。缪某认为，其于通用公司实施上述纵向垄断协议期间购买涉案车辆，其合法权益受到了涉案垄断行为的侵害，故向上海知识产权法院提起诉讼，请求判令通用公司赔偿其购车损失10000元及维权合理开支7500元，逸隆公司对上述损失承担补充赔偿责任。一审法院以证据不足为由判决驳回诉讼请求。缪某不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，反垄断执法机构认定构成垄断行为的处罚决定在法定期限内未被提起行政诉讼或者已为人民法院生效裁判所确认，原告在相关垄断民事纠纷案件中据此主张该垄断行为成立的，无需再行举证证明，但有相反证据足以推翻的除外。基于本案证据可以认定有关垄断行为和损失，遂撤销一审判决，改判支持缪某

全部诉讼请求。

【典型意义】本案系反垄断执法机构作出行政处罚后，消费者就垄断行为主张损害赔偿的民事诉讼，即所谓反垄断后继诉讼。本案裁判明确了后继诉讼中原告的举证责任，有利于切实减轻原告举证负担，有效强化反垄断民事救济，对于健全反垄断领域行政执法和司法衔接机制的路径和方法具有现实意义。

20. 茂名混凝土企业协同行为横向垄断协议行政处罚案575

【基本案情】2016年9月至12月期间，建科公司等19家广东省茂名市城区及高州市预拌混凝土企业通过聚会、微信群等形式就统一上调混凝土销售价格交流协商，并同期以不同幅度上调价格。2020年6月，广东省市场监管局对该19家企业的上述行为进行查处，并以2016年度销售额为基数处以罚款。建科公司不服处罚决定，向广州知识产权法院提起行政诉讼，请求撤销被诉处罚决定。一审法院判决驳回建科公司诉讼请求。建科公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，建科公司等19家涉案企业进行了意思联络、信息交流，其涨价行为具有一致性，且不能对该行为的一致性作出合理解释，有关行为构成反垄断法规定的横向垄断协议项下的“其他协同行为”。关于被诉处罚决定的罚款计算，“上一年度销售额”是计算罚款的基数，原则上“上一年度”应确定为与作出处罚时时间上最接近、事实上最关联的违法行为存在年度。被诉行为发生于2016年并于当年底停止，被诉处罚决定以2016年销售额作为计算罚款的基准，并无不当。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】“其他协同行为”因不直接体现为明确的协议或决定，具有较强隐蔽性，实践认定上存在困难。本案明确了横向垄断协议中“其他协同行为”的认定思路，并合理分配了举证责任，有助于厘清法律规范的具体适用规则。同时对反垄断罚款基数的“上一年度销售额”中的“上一年度”作出原则性阐释，有力促进行政执法标准与司法标准统一。

一、专利民事案件

1.中国首例药品专利链接诉讼案【中外制药株式会社与温州海鹤药业有限公司确认是否落入专利权保护范围纠纷案】

【案号】(2022)最高法知民终 905 号

【基本案情】中外制药株式会社依据专利法第七十六条第一款向北京知识产权法院提起药品专利链接诉讼，请求确认温州海鹤公司的“艾地骨化醇软胶囊”仿制药技术方案落入涉案专利权利要求的保护范围。一审法院判决驳回中外株式会社的诉讼请求。中外制药株式会社不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，温州海鹤公司未针对保护范围最大的权利要求作出声明，未将声明及声明依据及时通知上市许可持有人中外制药株式会社，其行为有所不当，应予批评；关于仿制药技术方案是否落入专利权利要求保护范围的判断，原则上应当以仿制药申请人的申报资料为依据比对评判；经比对，涉案仿制药技术方案未落入专利权利要求保护范围。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】本案系我国首例药品专利链接诉讼案件。我国药品专利链接制度初建，尚处于探索阶段，本案判决对药品专利链接制度实践初期出现的新问题进行了符合立法目的的探索性法律适用，受到中外媒体和医药界的普遍关注和广泛好评。中央广播电视总台第一时间予以报道，入选“新时代推动法治进程 2022 年度十大提名案件”。

裁判文书摘要

案号 (2022)最高法知民终 905 号

审理法院 最高人民法院

当事人 中外制药株式会社

温州海鹤药业有限公司

立案年度 2022

裁判时间 2022-08-05

裁判结果 维持一审判决

裁判文书标题

中华人民共和国

最高人民法院

民事判决书

(2022)最高法知民终 905 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 中外制药株式会社。

代表人: 奥田修, 该株式会社董事长、总裁兼总经理。

委托诉讼代理人: 李斌馨, 北京奋讯(上海)律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 尚广振, 北京奋讯(上海)律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 温州海鹤药业有限公司。

法定代表人: 王仁民, 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 贺伊博, 北京允天律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 张秋林, 北京允天律师事务所律师。

审理经过

上诉人中外制药株式会社因与被上诉人温州海鹤药业有限公司(以下简称海鹤公司)确认是否落入专利权保护范围纠纷一案, 不服中华人民共和国北京知识产权法院(以下简称原审法院)于 2022 年 4 月 15 日作出的(2021)京 73 民初 1438 号民事判决, 向本院提起上诉。本院于 2022 年 5 月 23 日立案后, 依法组成合议庭, 因案件涉及商业秘密, 于 2022 年 7 月 5 日不公开开庭进行了审理。上诉人中外制药株式会社的委托诉讼代理人李斌馨、尚广振, 被上诉人海鹤公司的委托诉讼代理人贺伊博、张秋林到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

中外制药株式会社上诉请求: 撤销原审判决, 改判支持其原审全部诉讼请求。包括: 1. 确认海鹤公司申请注册的“艾地骨化醇软胶囊”(以下简称涉案仿制药)落入专利号为 200580009877.6、名称为“ED-71 制剂”的发明专利权(以下简称涉案专利权)的保护范围; 2. 对海鹤公司作出错误专利声明及违反《药品专利纠纷早期解决机制实施办法(试行)》(以下简称药品专利纠纷实施办法)第六条规定的行为予以批评教育。事实和理由为: (一)原审判决遗漏中外制药株式会社原审第二项诉讼请求, 违反了《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十五条的规定。第一, 海鹤公司仅对涉案专利原权利要求 2 作出 4.2 类声明, 对涉案专利其他原权利要求(即原权利要求 1 和 3-7)未作任何声明, 且在明确知晓其相关专利声明

存在错误的情况下，一直不予更正。第二，海鹤公司未将其提交的相应声明及声明依据在法定期限内依法通知上市许可持有人，违反药品专利纠纷实施办法第六条的规定。海鹤公司的上述违规行为明显有违药品专利纠纷早期解决机制的设置初衷和宗旨，更是违反了诚实信用原则，故应对海鹤公司的违规行为予以批评教育。

(二) 原审判决认定中外制药株式会社认可海鹤公司提交的涉案仿制药上市注册申请材料与原审法院从中华人民共和国国家药品监督管理局(以下简称国家药品监督管理局)调取的涉案仿制药申请材料一致，属于认定事实不清。第一，中外制药株式会社仅认可海鹤公司提交的证据 1-5 是节选自海鹤公司提交给国家药品监督管理局的涉案仿制药申请材料，但从未认可二者内容完全一致。原审法院从国家药品监督管理局调取的涉案仿制药申请材料中披露了更多与本案相关的信息。第二，原审法院从国家药品监督管理局调取的证据材料显示，海鹤公司在仿制药临床申报阶段处方中使用的药用辅料(抗氧化剂)是 dl- α -生育酚，但海鹤公司提交的证据中将相关内容覆盖。原审判决错误认定二者内容一致，进而并未查明涉案仿制药采用的技术方案。

(三) 原审判决基于海鹤公司提交的涉案仿制药申报材料认定涉案仿制药使用的药用辅料为***，存在认定事实和适用法律错误。第一，《中华人民共和国专利法》(以下简称专利法)第七十六条中“申请注册的药品相关技术方案”是指向国家药品监督管理局提交的药品注册申请文件中记载的拟申请获批的处方，而非企业针对处方中的各原材料选取的具体物质。海鹤公司仿制药注册申请文件中明确记载，在其处方中使用药用辅料***作为抗氧化剂。原审法院仅以海鹤公司在申请文件中选取特定原料的技术方案，而非拟申请获批的处方所记载的技术方案，与涉案专利修改后的权利要求进行技术比对，属于适用法律错误。此外，依据法律规定，药品注册申请文件应准确反映药品生产企业实际使用的药品技术方案，如果药品注册申请文件中关于药品技术方案的记载存在明显矛盾或错误，则应查明药品生产企业申请注册药品实际使用的技术方案，并据此确认其是否落入相关专利权的保护范围。第二，本案中，涉案仿制药申请注册的处方中实际使用的药用辅料应为 dl- α -生育酚，退一步而言，该处方包括使用***和使用 dl- α -生育酚作为抗氧化剂的两个具体技术方案。首先，海鹤公司申请注册的仿制药处方中使用药用辅料***而非***作为抗氧化剂。基于国家药品监督管理局数据库中登记的药用辅料***的信息及双方证据，在***和 dl- α -生育酚两种物质之间，只有 dl- α -生育酚系依法登记用作抗氧化剂的药

用辅料***。海鹤公司为规避侵权，故意在其提交的药品注册申请文件中将药用辅料 d1- α -生育酚替换为原料药***，而其实际使用的药用辅料应为 d1- α -生育酚而非***。其次，涉案仿制药注册申请文件中显示，海鹤公司在临床申报过程中使用的药用辅料(抗氧化剂)是 d1- α -生育酚。根据相关规定，海鹤公司申请注册的处方应与其临床阶段使用的处方一致。再次，在我国医药领域，***是一类化合物的统称，包括***和 d1- α -生育酚。海鹤公司仿制药注册申请的处方中仅指明使用***作为辅料，这意味着其技术方案包括使用***和使用 d1- α -生育酚两种方案。(四)原审判决认为本案应适用捐献规则，适用法律错误，进而导致认定事实错误。第一，捐献规则旨在解决在专利申请授权阶段未记载于授权权利要求中但被说明书或附图披露的技术方案能否基于等同原则被纳入权利要求保护范围的问题，其在后续专利确权阶段权利要求保护范围发生变化时并无适用余地。第二，涉案专利原权利要求 1 的抗氧化剂包括***，这表明专利权人对使用***作为抗氧化剂的技术方案主张专利权保护，并未捐献给社会公众，捐献规则在本案中并无适用空间。在涉案专利无效宣告程序中，中外制药株式会社通过修改放弃了原权利要求 2 中的抗氧化剂为二丁基羟基甲苯、丁基羟基茴香醚和没食子酸丙酯的技术方案，但并未放弃抗氧化剂为 d1- α -生育酚的技术方案，更未放弃与 d1- α -生育酚等同的技术方案(包括采用***的技术方案)。第三，在案证据充分证明，***与修改后权利要求 1 中的 d1- α -生育酚构成等同技术特征。

海鹤公司辩称：中外制药株式会社的全部诉讼请求均无事实依据和法律依据，请求驳回上诉，维持原判。事实和理由为：(一)原审法院未遗漏诉讼请求。原审法院在庭审中当庭认定中外制药株式会社的第二项诉讼请求于法无据，不能作为单独的诉讼请求。此外，专利声明文件的填写瑕疵系因海鹤公司对药品专利纠纷实施办法理解不到位导致。海鹤公司在本案审理过程中多次致函国家药品监督管理局及其相关单位，申请对专利声明中“登记的权利要求项编号”的内容进行修改。并且海鹤公司在收到原审应诉通知书后的第十天即将相关证据和不落入专利权保护范围的侵权比对材料提交给了原审法院。因此，海鹤公司不存在所谓的不诚信行为。(二)原审判决认定事实清楚。第一，中外制药株式会社已认可海鹤公司提交的仿制药上市注册申请材料 and 原审法院从国家药品监督管理局调取的仿制药上市注册申请材料的一致性。该事实清楚，原审判决认定准确。第二，在案证据能够证明海鹤公司申请注册的仿制药中使用的是***。需要特别说明的是，

海鹤公司在临床申报过程中使用的药用辅料相关材料不是本案的在案证据，且其属于海鹤公司的商业秘密，并非公开信息。中外制药株式会社在毫无依据的前提下，捏造了相关“事实”，并基于臆断作出结论，有违诚实信用原则。（三）本案适用捐献规则。第一，涉及捐献规则的相关司法解释并未明确其中的权利要求只能是专利授权文本中的权利要求。第二，参照在先案件确定的裁判规则，捐献规则适用于修改后的权利要求。因此，修改前的权利要求是否包括***，以及中外制药株式会社是否有捐献的意愿，均不影响捐献规则在本案中的适用。原审法院以修改后的权利要求作为比对基础，其适用法律正确。第三，基于禁止反悔规则，***与修改后权利要求 1 中的 d1- α -生育酚不构成等同特征。

中外制药株式会社向原审法院提起诉讼，原审法院于 2021 年 11 月 8 日立案受理。中外制药株式会社起诉请求：确认涉案仿制药落入涉案专利权的保护范围。事实和理由为：中外制药株式会社成立于 1925 年，主要致力于生物和抗体技术的研究及药物开发。2014 年，中外制药株式会社在中国成立了以进口、生产和销售业务为主的日健中外制药有限公司，致力于引进新的产品进入中国市场。中外制药株式会社为涉案专利权的权利人，涉案专利申请日为 2005 年 2 月 7 日，授权日为 2010 年 12 月 8 日，目前处于有效状态。中外制药株式会社为上市专利药品“艾地骨化醇软胶囊(剂型：胶囊剂；规格：0.75 μ g；批准文号：国药准字 HJ20200058)”的上市许可持有人。中外制药株式会社已在中国上市药品专利信息登记平台(以下简称登记平台)就上述药品和专利进行登记，上述药品与涉案专利权利要求 1-7 均相关。2021 年 7 月 2 日，中外制药株式会社在中华人民共和国国家知识产权局(以下简称国家知识产权局)的无效宣告程序中对涉案专利权利要求进行了修改，将原权利要求 2 中的“抗氧化剂是选自 d1- α -生育酚”加入权利要求 1，删除原权利要求 2，对于其他权利要求的序号进行了相应调整，修改后的权利要求包括 6 项。海鹤公司申请注册的仿制药的药品名称为“艾地骨化醇软胶囊”，剂型为胶囊剂，规格为 0.75 μ g，注册类别为 4 类。2021 年 8 月 16 日，海鹤公司在登记平台上明确其仿制的药品为中外制药株式会社的“艾地骨化醇软胶囊(规格：0.75 μ g，批准文号：国药准字 HJ20200058)”，并作出 4.2 类声明，即仿制药未落入登记平台收录的原研药(即中外制药株式会社的专利药品)相关专利权保护范围。依据国家药品监督管理局发布的《化学药品注册分类及申报资料要求》第一条、第二条的规定，海鹤公司申请注册的仿制药应具有与

原研药相同的活性成分、剂型、规格、适应症、给药途径和用法用量，并需要证明质量和疗效与参比制剂一致。因此，涉案仿制药使用了与涉案专利修改后的权利要求 1-6 相同或等同的技术方案，落入涉案专利权利要求 1-6 的保护范围。

原审审理过程中，中外制药株式会社增加如下诉讼请求：对海鹤公司作出错误专利声明及违反药品专利纠纷实施办法第六条规定的行为予以批评教育。

一审原告诉称

海鹤公司原审辩称：(一)涉案专利在本案诉讼期间已被国家知识产权局宣告无效，该无效决定目前处于起诉期限内。鉴于本案为确认是否落入专利权保护范围纠纷案件，而该判断结论并不会因专利权是否有效而发生变化，故在涉案仿制药并未落入涉案专利权保护范围的情况下，本案应进行实体审理，无需驳回中外制药株式会社的起诉。(二)海鹤公司申请注册的涉案仿制药并未落入涉案专利权利要求 1 的保护范围。根据海鹤公司向国家药品审评机构提供的相关申报材料，涉案仿制药处方中使用的抗氧化剂是***，即***，而非涉案专利权利要求 1 中的 d1- α -生育酚。此外，涉案专利说明书第[0029]段记载，“本发明中所用的‘抗氧化剂’优选从生育酚醋酸酯，二丁基羟基甲苯，天然维生素 E，d1- α -生育酚，d- α -生育酚，混合浓缩生育酚，抗坏血酸棕榈酸酯，L-抗坏血酸硬脂酸酯，丁基羟基茴香醚和没食子酸丙酯中选择一种”。其中，***即海鹤公司申请注册的涉案仿制药处方中的抗氧化剂***。可见，***属于仅在说明书中描述而在修改后的权利要求 1 中未记载的技术方案，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》(以下简称侵犯专利权纠纷解释)第五条的规定，中外制药株式会社不能将其纳入涉案专利权的保护范围。因此，涉案仿制药并未落入涉案专利权利要求 1 的保护范围。涉案专利权利要求 2-6 是直接或间接引用权利要求 1 的从属权利要求，基于上述相同理由，涉案仿制药亦未落入权利要求 2-6 的保护范围。据此，请求法院依法判令驳回中外制药株式会社的全部诉讼请求。

原审法院认定如下事实：

涉案专利申请日为 2005 年 2 月 7 日，授权日为 2010 年 12 月 8 日，专利权人为中外制药株式会社。本案起诉时，涉案专利处于有效状态。

涉案专利的上市药品为“艾地骨化醇软胶囊(剂型：胶囊剂；规格：0.75 μ g；批准文号：国药准字 HJ20200058)”，适应症为骨质疏松症。中外制药株式会社

就上述药品已在登记平台进行登记，上市许可持有人亦为中外制药株式会社。

中外制药株式会社在登记平台针对涉案专利进行了专利信息登记。登记信息中显示，上市药品与涉案专利权利要求的对应关系为 1-7，专利类型为化学药品含活性成分的药物组合物专利，上述登记信息已于 2021 年 7 月 13 日公开。

登记平台显示，国家药品监督管理局于 2021 年 8 月 16 日受理了海鹤公司提出的涉案仿制药的注册申请，受理号为 CYHS2101591 国，被仿制药（即原研药）为涉案专利上市药品。针对涉案专利，海鹤公司在登记平台作出 4.2 类声明，认为涉案仿制药未落入涉案专利权利要求 2 的保护范围。

2021 年 12 月 30 日，国家知识产权局针对案外人就涉案专利提出的无效宣告请求，作出了第 53498 号无效宣告请求审查决定（以下简称第 53498 号决定），宣告涉案专利权全部无效。该决定在原审判决作出时仍处于起诉期限内。

在该无效宣告程序中，中外制药株式会社对涉案专利权利要求进行了修改，将原权利要求 2 中的“抗氧化剂是选自 dl- α -生育酚”加入权利要求 1，删除原权利要求 2，对于其他权利要求的序号进行了相应调整，修改后的权利要求如下：

“1. 一种制剂，其包含：

(1) (5Z, 7E)-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5, 7, 10(19)-三烯-1, 3, 25-三醇；

(2) 油脂；和

(3) 抗氧化剂；所述抗氧化剂是 dl- α -生育酚；

其中，加入所述抗氧化剂用于抑制 (5Z, 7E)-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5, 7, 10(19)-三烯-1, 3, 25-三醇降解为 6E-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5(10), 6, 8(9)-三烯-1, 3, 25-三醇和/或 (5E, 7E)-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5, 7, 10(19)-三烯-1, 3, 25-三醇，经遮蔽、室温保存 12 个月后产生的 6E-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5(10), 6, 8(9)-三烯-1, 3, 25-三醇和/或 (5E, 7E)-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5, 7, 10(19)-三烯-1, 3, 25-三醇的量为 1% 或更少。

2. 根据权利要求 1 的制剂，其中，制剂是软胶囊，硬胶囊或油性液体制剂。

3. 根据权利要求 2 的制剂，其中，制剂是软胶囊。

4. 根据权利要求 1 的制剂，其中，以重量计，制剂含有相对于油脂为

0.000001%~0.01 重量%的(5Z, 7E)-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5, 7, 10(19)-三烯-1, 3, 25-三醇和相对于油脂为 0.0001~12 重量%的抗氧化剂。

5. 根据权利要求 4 的制剂, 其中, 制剂是软胶囊, 硬胶囊或油性液体制剂。

6. 根据权利要求 5 的制剂, 其中, 制剂是软胶囊。”

针对涉案专利中的抗氧化剂 d1- α -生育酚, 双方当事人确认其结构式如下:

此外, 针对抗氧化剂的选择, 涉案专利说明书第[0029]段记载:“抗氧化剂优选从生育酚醋酸酯, 二丁基羟基甲苯, 天然维生素 E, d1- α -生育酚, d- α -生育酚, 混合浓缩生育酚, 抗坏血酸棕榈酸酯, L-抗坏血酸硬脂酸酯, 丁基羟基茴香醚和没食子酸丙酯中选择一种, 更优选从 d1- α -生育酚, 二丁基羟基甲苯, 丁基羟基茴香醚和没食子酸丙酯中选择一种, 最优选选择 d1- α -生育酚。”

为证明涉案仿制药未落入涉案专利权保护范围, 海鹤公司向原审法院提交了涉案仿制药上市注册申请材料中与辅料***相关内容的复印件, 中外制药株式会社认可上述证据与原审法院从国家药品监督管理局所调取的涉案仿制药申请材料一致。上述证据中: 证据 1 为涉案仿制药的生产处方, 其“表 3.2.P.3-1 批处方”中记载了涉案仿制药中成分***的作用为抗氧化剂, 执行标准为***。证据 2 为涉案仿制药处方中的辅料信息, 其中“表 3.2.P.4-1 原辅料的来源信息”中记载了辅料***的生产厂家为***, 登记号为***, 执行标准为***。证据 3 为***的证明性文件, 系证据 2 的附件, 其中包括涉案仿制药中***的进口药品注册证和进口药品注册标准***。进口药品注册证中记载的药品名称为***, 注册证号为***, 剂型为***, 生产厂为***。证据 16 为涉案仿制药中***在国家药品监督管理局“原料药登记数据”的登记备案信息, 其中***的登记号为***, 企业名称为***, 备注为***。

上述证据显示, 涉案仿制药使用的辅料***的结构式如下:

一审法院认为

原审法院认为: 根据专利法第七十六条的规定, 药品上市审评审批过程中, 药品上市许可申请人与有关专利权人或者利害关系人, 因申请注册的药品相关的专利权产生纠纷的, 相关当事人可以向人民法院起诉, 请求就申请注册的药品相关技术方案是否落入他人药品专利权保护范围作出判决。国务院药品监督管理部

门在规定的期限内,可以根据人民法院生效裁判作出是否暂停批准相关药品上市的决定。该条款虽规定了相关当事人可依据申请注册的药品相关的专利权提起此类诉讼,但并未进一步规定所涉专利的范围。《最高人民法院关于审理申请注册的药品相关的专利权纠纷民事案件适用法律若干问题的规定》(以下简称药品专利纠纷解释)第二条规定:“专利法第七十六条所称相关的专利,是指适用国务院有关行政部门关于药品上市许可审批与药品上市许可申请阶段专利权纠纷解决的具体衔接办法的专利。”该解释中所称具体衔接办法是指国家药品监督管理局、国家知识产权局共同制定的药品专利纠纷实施办法。该实施办法第五条规定:“化学药上市许可持有人可在中国上市药品专利信息登记平台登记药物活性成分化合物专利、含活性成分的药物组合物专利、医药用途专利。”

本案中,涉案专利为含活性成分的化学药物组合物专利,属于药品专利纠纷实施办法第五条规定的专利类型,符合药品专利纠纷解释第二条的规定。

药品专利纠纷解释第三条规定:“专利权人或者利害关系人依据专利法第七十六条起诉的,应当按照民事诉讼法第一百一十九条第三项的规定提交下列材料:(一)国务院有关行政部门依据衔接办法所设平台中登记的相关专利信息,包括专利名称、专利号、相关的权利要求等;(二)国务院有关行政部门依据衔接办法所设平台中公示的申请注册药品的相关信息,包括药品名称、药品类型、注册类别以及申请注册药品与所涉及的上市药品之间的对应关系等;(三)药品上市许可申请人依据衔接办法作出的四类声明及声明依据。”

本案中,中外制药株式会社为涉案专利的专利权人,其已就涉案专利在登记平台上进行了相关信息登记。海鹤公司的涉案仿制药申请目前已被受理,且该仿制药相关信息已在登记平台公示。针对涉案专利,海鹤公司在登记平台上作了4.2类声明,即涉案仿制药未落入涉案专利权保护范围。基于此,依据前述规定,中外制药株式会社有权就海鹤公司申请注册的涉案仿制药是否落入涉案专利的保护范围提起诉讼。

需要指出的是,涉案专利权虽已被国家知识产权局宣告无效,但该无效决定目前处于起诉期限内。本案中,中外制药株式会社、海鹤公司均主张应进行实体审理,考虑到上述主张并结合本案其他相关因素,现对涉案仿制药是否落入涉案专利保护范围进行判断。

中外制药株式会社主张涉案仿制药落入其在专利无效程序中修改后的权利

要求 1-6 的保护范围,海鹤公司则认为涉案仿制药使用的抗氧化剂是***,即***,而非涉案专利权利要求 1 中的 dl- α -生育酚,故并未落入涉案专利权利要求 1-6 的保护范围。

基于海鹤公司提交的涉案仿制药申报材料可以看出,涉案仿制药使用的辅料为***,其执行的是***进口药品注册标准。将该标准中记载的***的结构式与双方已确认的涉案专利权利要求 1 中 dl- α -生育酚的结构式进行对比可以看出,二者并不相同(对比结构式见下图),中外制药株式会社对此亦予以认可。基于此,涉案仿制药并未使用涉案权利要求 1 中的 dl- α -生育酚,中外制药株式会社有关涉案仿制药使用了与涉案专利权利要求 1 相同的技术方案的主张不能成立。

dl- α -生育酚***

中外制药株式会社主张,即便涉案仿制药并未使用与涉案专利权利要求 1 相同的技术方案,二者亦构成等同的技术方案。侵犯专利权纠纷解释第七条规定:“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。”虽然该条款中将权利要求的保护范围扩大到等同的情形,但需要注意的是,该解释第五条同时规定:“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。”该规定是捐献规则的具体体现,其目的在于保护公众基于专利文件的公示效力而产生的合理预期。依据该规定,对于仅在说明书或附图中记载但未被纳入权利要求保护范围的技术特征,不能依据等同原则将其纳入权利要求的保护范围内。

虽然侵犯专利权纠纷解释适用于专利侵权案件,而本案为确认是否落入专利权保护范围案件,但该解释确定的规则同样适用于本案。本案中,中外制药株式会社主张涉案仿制药中的***与权利要求中对应的技术特征构成等同。中外制药株式会社认可涉案仿制药申报材料中使用的***为***,但认为该技术特征与涉案专利中的 dl- α -生育酚构成等同的技术特征。海鹤公司则认为以***作为抗氧化剂的技术方案已被捐献。

由查明事实可以看出,针对***,涉案专利说明书第[0029]段有如下记载,“本发明中所用的抗氧化剂优选从生育酚醋酸酯,二丁基羟基甲苯,天然维生素 E, dl- α -生育酚, d- α -生育酚,混合浓缩生育酚,抗坏血酸棕榈酸酯, L-抗坏血酸硬脂酸酯,丁基羟基茴香醚和没食子酸丙酯中选择一种”。基于上述记载可

以看出，***作为抗氧化剂使用的技术方案已被记载于涉案专利说明书中，但该技术并未被涵盖在涉案专利权利要求 1 的范围内(权利要求 1 中使用的抗氧化剂是 d1- α -生育酚)。据此，依据前述规定中体现的捐献规则，涉案仿制药使用的***与涉案专利中的 d1- α -生育酚并不构成等同的技术特征。

中外制药株式会社主张修改前的权利要求 1 中涵盖了将***作为抗氧化剂这一技术方案，这表明专利权人并未将使用***作为抗氧化剂的技术方案进行捐献。因此，捐献规则并不适用于本案。中外制药株式会社这一主张的成立至少需满足以下两个条件：其一，捐献规则所指权利要求是指修改前的权利要求，或者至少包括修改前的权利要求；其二，捐献规则的适用需要以专利权人有捐献意愿为前提。

专利权人在专利确权程序中虽可以对权利要求进行修改，但修改行为并不会使该专利权同时或先后存在两个有效的权利要求，而只是以修改后的权利要求替代修改前的权利要求，修改后的权利要求自始生效。这也就意味着，侵犯专利权纠纷解释第五条中所称的权利要求只能指向修改后的权利要求。此外，前文中已指出，捐献规则保护的是公众基于专利文件的公示效力而产生的合理预期，其与专利权人是否主观有捐献的意愿无关。因此，即使专利权人并无此意愿，亦不影响捐献规则在本案中的适用。由此可知，修改前的权利要求是否包括***，以及中外制药株式会社是否有捐献的意愿，均不影响捐献规则在本案中的适用。据此，中外制药株式会社有关本案不适用捐献规则的主张不能成立，对此不予支持。

基于上述分析，虽然涉案专利权利要求 1 的保护范围可以延及等同的技术方案，但具体到 d1- α -生育酚这一技术特征，其等同的范围不包括涉案仿制药使用的***。据此，涉案仿制药中将***作为抗氧化剂的技术特征与涉案专利权利要求 1 的相应技术特征不构成等同。

因涉案仿制药使用的***与涉案专利权利要求 1 的相应技术特征既不相同，亦不等同，故被诉技术方案未落入涉案专利权利要求 1 的保护范围。鉴于权利要求 2-6 为权利要求 1 的从属权利要求，在涉案仿制药的技术方案未落入权利要求 1 的保护范围的情况下，尽管海鹤公司在庭审中认可涉案仿制药具有权利要求 2-6 的附加技术特征，其仍然不落入权利要求 2-6 的保护范围。据此，中外制药株式会社有关涉案仿制药落入涉案专利权利要求 1-6 的保护范围的主张不能成立，对此不予支持。

综上,海鹤公司申请注册的涉案仿制药并未落入中外制药株式会社的涉案专利权利要求 1-6 的保护范围。

一审裁判结果

原审法院依照《中华人民共和国专利法》第七十六条,《最高人民法院关于审理申请注册的药品相关的专利权纠纷民事案件适用法律若干问题的规定》第二条、第三条,《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、第七条之规定,判决:驳回中外制药株式会社的诉讼请求。案件受理费 750 元,由中外制药株式会社负担。

本案二审期间,当事人均未提交新证据,并均对原审判决对于证据真实性、合法性和关联性的认定不持异议。

中外制药株式会社向本院提交了两份调查取证申请。第一份调查取证申请的申请事项为请求法院向海鹤公司收集由其生产的、用于药物临床试验的艾地骨化醇软胶囊(规格:0.75 μg/粒)。主要理由为:基于国家药品监督管理局数据库中登记的药用辅料***的信息及双方证据,在***和 d1-α-生育酚中,只有 d1-α-生育酚系依法登记用作抗氧化剂的药用辅料的***,故有理由相信海鹤公司为规避侵权,故意在药品注册申请文件中将药用辅料 d1-α-生育酚替换为原料药***,而其实际使用的药用辅料应为 d1-α-生育酚。为申请注册涉案仿制药,海鹤公司应当已经开展并完成了药物临床试验,故其生产的用于药物临床试验的艾地骨化醇软胶囊能够证明其申请注册的涉案仿制药实际使用的技术方案。第二份调查取证申请的申请事项为请求法院向国家药品监督管理局调取海鹤公司提交的关于艾地骨化醇软胶囊(规格:0.75 μg/粒)仿制药注册申请文件中涉及辅料***的资料,包括但不限于原审法院依职权调取的海鹤公司仿制药申报材料目录页载明的药品说明书、样品检验报告书、变更药用辅料种类的补充申请和研究资料、临床试验计划及研究方案。主要理由为:原审法院依职权从国家药品监督管理局调取的证据仅涉及海鹤公司提交的相关证据材料,其中显示海鹤公司并未提交与涉案仿制药所用辅料相关的申报资料,且海鹤公司在其提交的证据材料中故意遮盖与本案相关的药用辅料信息。

本院查明

本院经审理查明:原审法院认定的事实基本属实,本院予以确认。

另查明:涉案专利授权公告的权利要求如下:

“1. 一种制剂，其包含：

(1) (5Z, 7E)-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5, 7, 10(19)-三烯-1, 3, 25-三醇；

(2) 油脂；和

(3) 抗氧化剂；

其中，加入所述抗氧化剂用于抑制(5Z, 7E)-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5, 7, 10(19)-三烯-1, 3, 25-三醇降解为6E-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5(10), 6, 8(9)-三烯-1, 3, 25-三醇和/或(5E, 7E)-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5, 7, 10(19)-三烯-1, 3, 25-三醇，经遮蔽、室温保存12个月后产生的6E-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5(10), 6, 8(9)-三烯-1, 3, 25-三醇和/或(5E, 7E)-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5, 7, 10(19)-三烯-1, 3, 25-三醇的量为1%或更少。

2. 根据权利要求1的制剂，其中，抗氧化剂是选择d1- α -生育酚，二丁基羟基甲苯，丁基羟基茴香醚和没食子酸丙酯中的一种。

3. 根据权利要求1或2的制剂，其中，制剂是软胶囊，硬胶囊或油性液体制剂。

4. 根据权利要求3的制剂，其中，制剂是软胶囊。

5. 根据权利要求1或2的制剂，其中，以重量计，制剂含有相对于油脂为0.000001%~0.01重量%的(5Z, 7E)-(1R, 2R, 3R)-2-(3-羟基丙氧基)-9, 10-断胆甾-5, 7, 10(19)-三烯-1, 3, 25-三醇和相对于油脂为0.0001~12重量%的抗氧化剂。

6. 根据权利要求5的制剂，其中，制剂是软胶囊，硬胶囊或油性液体制剂。

7. 根据权利要求6的制剂，其中，制剂是软胶囊。”

第53498号决定系国家知识产权局针对案外人四川国为制药有限公司(以下简称国为公司)、正大天晴药业集团股份有限公司(以下简称正大天晴公司)就涉案专利提起的无效宣告请求作出的审查决定。根据该决定的记载，针对国为公司提起的无效宣告请求，中外制药株式会社于2021年7月2日提交了权利要求书修改文本；针对正大天晴公司提起的无效宣告请求，中外制药株式会社于2021年8月6日提交了修改的权利要求书。两次提交的权利要求书修改文本内容相同。

2021年9月23日，国家知识产权局对两无效宣告请求进行口头审理。第53498号决定依据的审查文本为中外制药株式会社修改后的权利要求1-6和授权公告的说明书、附图和摘要。

海鹤公司向国家药品监督管理局提交的项目名称为“产品开发”的申报资料中记载：“***”海鹤公司向国家药品监督管理局提交的项目名称为“辅料的控制”的申报资料中记载：“***”***进口药品注册标准的药物名称为“***”，分子式为***。

《中华人民共和国药典2005年版二部》和《中华人民共和国药典2020年版二部》中记载的“***”（合成型）的分子式、化学结构式均与***进口药品注册标准相同。中华人民共和国卫生部药典委员会编《临床用药须知》中记载了“***”的相关信息。

原审庭审中，海鹤公司称其于2021年12月9日向国家药品监督管理局申请将所作声明从针对权利要求2修改为针对权利要求1-7，但国家药品监督管理局不允许修改声明。针对中外制药株式会社新增的诉讼请求，原审法院释明称，仿制药申请人应当积极履行药品专利纠纷实施办法规定的义务，但是中外制药株式会社新增的诉讼请求单独作为诉讼请求不适当，不属于本案的审理范围，故不会体现在判决书中。双方当事人对此均表示清楚。

二审庭审中，中外制药株式会社称其在无效宣告程序中对权利要求的修改是为克服权利要求得不到说明书支持的缺陷。海鹤公司称涉案仿制药仍在技术审评中，未转入行政审批。

本院认为

本院认为：本案为确认是否落入药品专利权保护范围纠纷。该类纠纷是专利法第七十六条规定的特殊类型纠纷，其实体审理的核心是确认被诉技术方案是否落入相关药品专利权保护范围，与侵害专利权纠纷中专利侵权判定部分的审理并无实质不同，故可以适用专利法及相关司法解释关于专利侵权判定的相关规定。

本案中，涉案专利权虽已被国家知识产权局宣告全部无效，但中外制药株式会社、海鹤公司均主张本案应进行实体审理，双方当事人均有在涉案仿制药上市前通过本案诉讼解决专利纠纷的意愿。且海鹤公司在本案中仅以涉案仿制药与涉案专利技术不同为由进行抗辩，涉案专利权的稳定性对本案争议问题的审理并无必然影响。因此，本院对本案继续进行实体审理。

根据当事人的诉辩主张，本案二审争议焦点问题为：（一）海鹤公司是否违反药品专利纠纷实施办法的规定及对此应如何处理；（二）涉案仿制药申请中作为本案比对对象的抗氧化剂辅料为何种抗氧化剂；（三）涉案仿制药申请中的抗氧化剂辅料与涉案专利中的 d1- α -生育酚是否构成等同技术特征。

（一）海鹤公司是否违反药品专利纠纷实施办法的规定及对此应如何处理

第一，关于仿制药声明与药品专利权利要求的对应性。

根据药品专利纠纷实施办法第六条的规定，化学仿制药申请人提交药品上市许可申请时，应当对照已在登记平台公开的专利信息，针对被仿制药每一件相关的药品专利作出声明。仿制药申请人对相关声明的真实性、准确性负责。该规定仅对仿制药申请人作出声明所针对的专利提出了要求，并未明确声明所应当针对的药品专利的具体权利要求。仿制药申请人作出声明时，通常应该考虑被仿制药与登记平台公开的专利权利要求的对应关系，即被仿制药是否实施了登记平台公开的专利权利要求的技术方案。对于 4.2 类声明而言，该类声明的核心在于申明仿制药申请人申请的仿制药技术方案不落入被仿制药专利权的保护范围。为保证声明的真实性和准确性，仿制药申请人原则上应该针对被仿制药所对应的保护范围最大的权利要求作出声明。由于专利独立权利要求的保护范围最大，如果被仿制药对应着专利独立权利要求，只要仿制药的技术方案不落入独立权利要求的保护范围，必然不落入从属权利要求的保护范围。但是，如果仿制药技术方案不落入药品专利从属权利要求的保护范围，并不能当然得出不落入药品专利权保护范围的结论。因此，对于 4.2 类不落入专利权保护范围的声明，如果被仿制药对应着专利独立权利要求，仿制药申请人应当针对独立权利要求作出声明；当被仿制药所对应的保护范围最大的权利要求存在两个或者两个以上的独立权利要求时，仿制药申请人针对该两个或者两个以上独立权利要求作出声明，才能保证声明的真实性和准确性。

专利权人在登记平台上登记信息之后，有可能在无效宣告程序中修改已登记专利的权利要求，但无论以何种方式修改权利要求，最终被接受的审查文本不得扩大原权利要求的保护范围，故只要仿制药申请人在提出仿制药申请时针对被仿制药所对应的保护范围最大的权利要求作出 4.2 类声明，专利权人在无效宣告程序中对权利要求的修改就不会影响声明的真实性和准确性。

本案的特殊之处在于，仿制药申请人海鹤公司未针对修改前被仿制药所对

应的独立权利要求作出声明,而是仅对修改前的从属权利要求 2 作出声明。对此,本院认为,在无效宣告程序中,专利权人对权利要求的修改并不必然导致审查文本的变化,修改后的审查文本被国家知识产权局接受并公开的最早时点系在口头审理过程中。国家药品监督管理局于 2021 年 8 月 16 日受理海鹤公司提出的涉案仿制药注册申请时,国家知识产权局尚未对涉案专利的无效宣告请求进行口头审理。故海鹤公司申请涉案仿制药上市并作出 4.2 类声明在前,国家知识产权局举行口头审理在后。海鹤公司在作出 4.2 类声明之时,未对被仿制药品当时所对应的保护范围最大的独立权利要求作出声明,仅对保护范围更小的从属权利要求作出声明,不具有正当理由,有避重就轻之嫌,其行为难言正当。海鹤公司称其曾向国家药品监督管理局申请修改声明,但该事实发生在中外制药株式会社提起本案诉讼之后,难以证明海鹤公司行为的正当性。

中外制药株式会社在涉案专利权的无效宣告程序中修改权利要求的方式为,将原权利要求 2 中的部分附加技术特征合并至权利要求 1,删除了权利要求 2,并相应调整了其他权利要求的序号。海鹤公司作出的 4.2 类声明所针对的原权利要求 2 的保护范围大于修改后独立权利要求的保护范围,故海鹤公司的声明所针对的权利要求的保护范围事实上覆盖了修改后涉案专利权的保护范围。考虑到药品专利纠纷实施办法仍处于试行阶段,其仅规定了仿制药申请人针对被仿制药每一件相关的药品专利作出声明,在仿制药申请人的声明所针对的权利要求的保护范围事实上覆盖修改后涉案专利权的保护范围的情况下,人民法院基于修改后的权利要求审理针对该声明提起的诉讼,符合药品专利纠纷早期解决机制的目的。因此,从实际效果来看,海鹤公司作出的 4.2 类声明虽有不当之处,但并未对中外制药株式会社的实体和诉讼权利造成不利影响。

第二,关于仿制药申请人的通知义务。

药品专利纠纷实施办法第六条还规定:“仿制药申请人应当将相应声明及声明依据通知上市许可持有人,上市许可持有人非专利权人的,由上市许可持有人通知专利权人。其中声明未落入相关专利权保护范围的,声明依据应当包括仿制药技术方案与相关专利的相关权利要求对比表及相关技术资料。除纸质资料外,仿制药申请人还应当向上市许可持有人在中国上市药品专利信息登记平台登记的电子邮箱发送声明及声明依据,并留存相关记录。”该规定明确了仿制药申请人的通知义务,海鹤公司在作出声明时应当提供相关权利要求对比表及相关技术

资料。同时，中外制药株式会社在登记平台上登记涉案药物的相关信息时亦登记了通讯地址、联系人、联系方式等信息。海鹤公司将声明及声明依据通知中外制药株式会社不存在任何障碍。但是，海鹤公司迟至中外制药株式会社提起本案诉讼后才提交相关材料，且并未给出充分而合理的解释，不符合药品专利纠纷实施办法第六条的规定，其行为明显不当。

上诉人诉称

综上，海鹤公司未针对被仿制药品专利保护范围最大的权利要求作出声明，未将声明及声明依据及时通知上市许可持有人，其行为确有不当地，本院在此特予指出并给予批评。因批评教育不属于民事责任的承担方式，故本院对中外制药株式会社有关批评教育的诉讼请求不予支持。经查，双方当事人在原审审理中对该问题发表了意见，原审法院对此进行了释明。由于该诉讼请求本身因缺乏法律依据而明显不能成立，原审法院未在判决书中予以评述，并不属于遗漏诉讼请求。中外制药株式会社的相关上诉请求缺乏依据，本院不予支持。

(二)涉案仿制药申请中作为本案比对对象的抗氧化剂辅料为何种抗氧化剂

药品上市审评审批过程中，药品上市许可申请人与有关专利权人或者利害关系人之间因申请注册的药品相关的专利权产生的纠纷仅仅是双方之间关于相关专利权的一种特殊形式的纠纷，通常被称为药品专利链接纠纷。对于化学仿制药而言，国务院药品监督管理部门依据仿制药申请人的申报资料进行药品上市审评审批，并在规定的期限内根据人民法院对该类纠纷作出的生效裁判决定是否暂停批准相关药品上市，故在判断仿制药的技术方案是否落入专利权保护范围时，原则上应以仿制药申请人的申报资料为依据进行比对评判。如果仿制药申请人实际实施的技术方案与申报技术方案不一致，其需要依照药品监督管理相关法律法规承担法律责任；如果专利权人或利害关系人认为仿制药申请人实际实施的技术方案构成侵权，亦可另行提起侵害专利权纠纷之诉。因此，仿制药申请人实际实施的技术方案与申报资料是否相同，一般不属于确认落入专利权保护范围纠纷之诉的审查范围。

本案中，原审法院从国家药品监督管理局调取的证据显示，海鹤公司申报的涉案仿制药的生产处方、辅料信息均记载“***”为抗氧化剂，其执行的是***进口药品注册标准，该标准对应的是名称为“***”、分子式为***、化学结构式为原审判决所查明之特定化学结构式的药品；辅料控制相关资料记载，辅料采用

中国药典记载的对应品种质量标准以及供应商提供的对应品种质量标准，而《中国药典》中记载的“***”（合成型）的分子式、化学结构式均与***进口药品注册标准相同；权威出版物中以***指代***。上述证据足以证明，海鹤公司向国家药品监督管理局申报的仿制药技术方案中的抗氧化剂是***，而非 d1- α -生育酚。

对于中外制药株式会社关于涉案仿制药申报资料中的抗氧化剂不是***的相关主张，本院认为，首先，申报资料中记载的实验内容是分别采用***与 α -生育酚作为抗氧化剂的对比实验，中外制药株式会社主张海鹤公司在临床申报过程中使用的药用辅料（抗氧化剂）是 d1- α -生育酚缺乏依据。其次，该对比实验的相关记载亦说明海鹤公司所申报的作为抗氧化剂辅料的“***”并非生育酚类物质的上位概念，而是与 α -生育酚并列的一种具体的抗氧化剂。再次，海鹤公司将登记为原料药的***作为涉案仿制药的辅料申报是否符合相关规定，属于国务院药品监督管理部门的审查范围，不影响本院对申报资料真实性和本案比对对象的确认。此外，中外制药株式会社亦无其他证据证明国务院药品监督管理部门审评审批涉案仿制药抗氧化剂的依据发生变化。因此，中外制药株式会社的相关上诉主张缺乏依据，本院不予支持。

对于中外制药株式会社二审提出的两项调查取证申请，本院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十五条的规定，当事人申请调查收集的证据，与待证事实无关联、对证明待证事实无意义或者其他无调查收集必要的，人民法院不予准许。如上所述，作为涉案仿制药技术方案依据的应当是申报材料所体现的内容，而非仿制药申请人实际实施的技术方案，且在案证据已经足以证明涉案仿制药申报的抗氧化剂辅料为***，本案已无必要从国家药品监督管理局调取申报材料中的其他信息。因此，对中外制药株式会社提出的两项调查取证申请，本院均不予准许。

（三）涉案仿制药申请中的抗氧化剂辅料与涉案专利中的 d1- α -生育酚是否构成等同技术特征

本院已确认作为本案比对对象的是海鹤公司向国家药品监督管理局申报的仿制药技术方案，即使用***作为抗氧化剂的技术方案。涉案仿制药技术方案中的***与涉案专利权利要求 1 中的 d1- α -生育酚不构成相同的技术特征，双方当事人对此不持异议。中外制药株式会社主张二者构成等同的技术特征；海鹤公司主张不论是基于捐献规则，还是禁止反悔规则，均不应认定二者构成等同的技术

特征。

对此,本院认为,捐献规则和禁止反悔规则都可以构成适用等同原则的限制,其目的都是在公平保护专利权人的利益和维护社会公众利益之间实现合理的平衡。如果符合限制适用等同原则的条件,通常无需再判断两特征是否构成手段、功能、效果基本相同以及本领域技术人员是否无需创造性劳动即能联想到。本案中,由于海鹤公司以中外制药株式会社修改权利要求的行为主张适用禁止反悔规则,以作为修改结果的专利文本主张适用捐献规则,故本院首先基于专利权人对权利要求的修改对本案是否应当适用禁止反悔规则作出评判。

根据侵犯专利权纠纷解释第六条的规定,专利申请人、专利权人在专利授权或者无效宣告程序中,通过对权利要求、说明书的修改或者意见陈述而放弃的技术方案,权利人在侵犯专利权纠纷案件中又将其纳入专利权保护范围的,人民法院不予支持。在专利权人修改权利要求的情况下,如果其主张原权利要求和修改后权利要求的保护范围之间的特定技术方案并未被放弃,应当进行举证或者给予合理的说明。本案中,中外制药株式会社在无效宣告程序中合并原权利要求2中的部分附加技术特征至权利要求1,从而将权利要求1的抗氧化剂限定为d1- α -生育酚,并删除原权利要求2,相应修改了其他权利要求的序号和引用关系。该修改方式实质上是放弃了原权利要求1的技术方案,保留原权利要求2并列技术方案中的一个技术方案,使得独立权利要求的技术方案从可以使用任意一种抗氧化剂,变为仅保护使用d1- α -生育酚。此外,涉案专利说明书列举了包括d1- α -生育酚、***在内的多种抗氧化剂。本领域技术人员结合涉案专利说明书记载的内容及涉案专利权利要求的修改过程可知,中外制药株式会社通过修改权利要求的方式对其要求保护的特定技术方案作出了明确的选择,且其是从原从属权利要求2所记载的并列的四种抗氧化剂中选择了唯一一种抗氧化剂,进一步说明其通过修改放弃采用***这一特定抗氧化剂的技术方案的意思具体明确。中外制药株式会社既没有对其修改时未纳入采用***作为抗氧化剂的技术方案作出合理说明,又未主张该修改与维持专利权有效无关,且事实上其也陈述该修改是为了克服权利要求得不到说明书支持的缺陷。因此,中外制药株式会社并无合理理由或者证据证明其并未通过修改权利要求放弃使用其他抗氧化剂的技术方案,故本案应当适用禁止反悔规则,不宜再将采用***作为抗氧化剂的技术方案纳入涉案专利权的等同保护范围内。

综上，涉案仿制药中采用的抗氧化剂***与涉案专利权利要求 1 中的 dl- α -生育酚不构成等同的技术特征，涉案仿制药的技术方案不落入涉案专利权的保护范围。鉴于依据上述分析已足以得出该结论，故本院对当事人有关等同特征的其他理由不再赘述。

二审裁判结果

综上所述，中外制药株式会社的上诉请求不能成立，应予驳回。原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 750 元，由中外制药株式会社负担。

本判决为终审判决。

审判长朱理

审判员崔宁

审判员柯胥宁

二〇二二年八月五日

法官助理杨莹

书记员谭秀娇

2.“蜜胺”发明专利及技术秘密侵权两案【四川金象赛瑞化工股份有限公司、北京焯晶科技有限公司与山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司、尹某某侵害发明专利权纠纷、侵害技术秘密纠纷两案】

【案号】(2020)最高法知民终1559号、(2022)最高法知民终541号

【基本案情】金象公司、焯晶公司系专利号为201110108644.9、名称为“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”的发明专利权利人，金象公司亦为采用加压气相淬冷法生产蜜胺的方法及使用该方法的生产系统相关技术秘密权利人。金象公司、焯晶公司针对华鲁恒升公司等四被告侵害涉案专利权的行为向广州知识产权法院提起诉讼。金象公司亦针对上述四被告侵害技术秘密的行为向四川省成都市中级人民法院提起诉讼。两法院一审分别认定，四被告共同实施了专利侵权行为、技术秘密侵权行为，均判决停止侵害，并分别部分支持了有关损害赔偿请求。双方当事人对两案均不服，均提起上诉。最高人民法院二审认为，各被诉侵权人具有侵权的意思联络，主观上彼此明知，先后实施相应侵权行为构成完整的侵权行为链，客观上分工协作，属共同故意实施侵权行为，应当对全部侵权损害承担连带责任。遂改判支持权利人的全部诉讼请求，判令侵权人以包括但不限于拆除的方式销毁侵权生产系统及有关技术秘密载体，共同连带赔偿权利人经济损失合计2.18亿元（其中，发明专利侵权案赔偿1.2亿元，技术秘密侵权案赔偿9800万元）。

【典型意义】这是目前人民法院针对同一工程项目判赔额最高的知识产权侵权案件。权利人金象公司为中外合资企业，焯晶公司为高新技术民营企业，侵权人之一华鲁恒升公司系国有上市企业。两案裁判不仅彰显人民法院切实加强知识产权司法保护的坚定态度，也充分体现对内资和外资企业、国有和民营企业等各类企业的一体对待、平等保护。本案有关共同故意侵权及全部连带责任的认定、赔偿额计算的考量因素、停止侵害责任中销毁侵权载体的处理方式等，对于类似案件的处理具有参考意义。

裁判文书摘要

案号 (2022)最高法知民终541号

审理法院 最高人民法院

当事人 四川金象赛瑞化工股份有限公司

尹明大

山东华鲁恒升化工股份有限公司

宁波厚承管理咨询有限公司

宁波安泰环境化工工程设计有限公司

立案年度 2022

裁判时间 2022-12-26

裁判结果 撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2022)最高法知民终 541 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 四川金象赛瑞化工股份有限公司。

住 XXXX。

法定代表人: 雷林, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 毛璘, 北京市金杜律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 张浩淼, 北京市金杜(广州)律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 山东华鲁恒升化工股份有限公司。

住 XXXX。

法定代表人: 常怀春, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 姜文英。

委托诉讼代理人: 陈晖, 北京大成律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 宁波厚承管理咨询有限公司(原宁波远东化工集团有限公司)。

住 XXXX。

法定代表人: 王后国, 该公司总经理。

委托诉讼代理人: 王梦悦, 北京大成律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 宁波安泰环境化工工程设计有限公司(原宁波市化工研究设计院有限公司)。

住 XXXX。

法定代表人: 孟继承, 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 陈绍平, 北京隆安(湖州)律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 孙珂, 北京市隆安律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 尹明大。

委托诉讼代理人: 陈一文。

审理经过

上诉人四川金象赛瑞化工股份有限公司(以下简称金象赛瑞公司)因与上诉人山东华鲁恒升化工股份有限公司(以下简称华鲁恒升公司)、宁波厚承管理咨询有限公司(原宁波远东化工集团有限公司,以下简称宁波厚承公司)、宁波安泰环境化工工程设计有限公司(原宁波市化工研究设计院有限公司,以下简称宁波设计院公司)、尹明大侵害技术秘密纠纷一案,均不服四川省成都市中级人民法院于2021年12月27日作出的(2017)川01民初2948号民事判决,分别向本院提起上诉。本院于2022年3月22日立案后,依法组成合议庭,并于2022年4月7日、2022年4月29日不公开开庭审理了本案,上诉人金象赛瑞公司的委托诉讼代理人毛璘、张浩淼,上诉人华鲁恒升公司的委托诉讼代理人姜文英,上诉人宁波厚承公司的委托诉讼代理人陈绍平、孙珂,上诉人宁波设计院公司的委托诉讼代理人王梦悦,上诉人尹明大的委托诉讼代理人陈一文两次均到庭参加诉讼;上诉人华鲁恒升公司的委托诉讼代理人陈晖到庭参加2022年4月7日的庭审。本案现已审理终结。

金象赛瑞公司上诉请求: 1. 在维持原审判决第一项、第二项的基础上,增加判令华鲁恒升公司立即销毁侵权的生产设备及设备图纸、技术资料,停止销售利用金象赛瑞公司的技术秘密即加压气相淬冷法年产5万吨三聚氰胺生产反应系统(以下简称涉案技术秘密)生产的三聚氰胺产品; 2. 撤销原审判决第三项、第四项,依法改判华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大支付侵权损害赔偿及维权合理开支共计9800万元,并承担连带赔偿责任; 3. 判令华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大承担本案二审的全部诉讼费用。

事实和理由：（一）华鲁恒升公司应当销毁侵权的生产设备及设备图纸、技术资料，并停止销售使用涉案技术秘密生产的三聚氰胺产品。

原审判决只判决停止使用，并不能有效维护金象赛瑞公司的合法权益，故金象赛瑞公司请求判令华鲁恒升公司销毁其控制的技术秘密载体，包括侵权生产设备、设备图纸和技术资料。

（二）原审判决赔偿数额过低，不足以弥补金象赛瑞公司的经济损失，实则纵容了侵权人通过侵权行为持续非法获利。

即使将金象赛瑞公司在关联案件中的索赔金额分摊至本案的损害赔偿计算期间内，总额亦未超过华鲁恒升公司在侵权赔偿期间内的侵权获利即销售三聚氰胺产品的合理利润范围。

华鲁恒升公司针对金象赛瑞公司的上诉请求辩称：华鲁恒升公司实际并未使用宁波厚承公司、宁波设计院公司提供的技术。

华鲁恒升公司 10 万吨/年三聚氰胺项目使用的均是其自己的技术，与金象赛瑞公司无关，金象赛瑞公司要求销毁生产设备、图纸的上诉请求不能成立。

金象赛瑞公司主张的赔偿数额缺乏事实依据，原审判决的金额亦缺乏事实与法律依据。

宁波厚承公司针对金象赛瑞公司的上诉请求辩称：（一）宁波厚承公司并未实施侵权行为，不构成侵权。

（二）金象赛瑞公司未提交证据证明其存在损失或者合理开支。

宁波厚承公司未参与华鲁恒升公司的生产经营，不应承担连带责任。

（三）宁波厚承公司不构成侵权，也不应承担诉讼费用。

宁波设计院公司针对金象赛瑞公司的上诉请求辩称：同意宁波厚承公司关于原审判决第一项、第二项的意见，金象赛瑞公司主张的赔偿数额缺乏依据，被诉侵权行为在 2014 年 3 月就已经停止，金象赛瑞公司主张的侵权损害赔偿数额的计算期间也缺乏事实依据，且金象赛瑞公司在关联案件中的索赔数额与本案存在重叠。

关于金象赛瑞公司要求销毁侵权生产系统的上诉主张，不应予以支持，同意原审判决的相关认定。

宁波设计院公司不构成侵权，故也无须承担停止侵权的责任。

尹明大针对金象赛瑞公司的上诉请求辩称：尹明大与华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司之间无任何技术交流，不构成共同侵权，不应承担侵权责任。

金象赛瑞公司主张的技术信息均是公知常识，不构成技术秘密。

华鲁恒升公司上诉请求：1. 撤销原审判决第一、二、三项，改判驳回金象赛瑞公司的全部诉讼请求；2. 判令本案一审、二审案件受理费及其他诉讼费用全部由金象赛瑞公司承担。

事实和理由：（一）金象赛瑞公司起诉已超过诉讼时效，原审判决对此认定有误。

根据金象赛瑞公司的起诉和举证行为以及在关联案件中的陈述可知，其至少于2013年5月22日宁波厚承公司在网站发布与华鲁恒升公司合作信息时就已经知道或者应当知道其所谓的侵权行为。

根据当时施行的《中华人民共和国民法通则》（以下简称民法通则）第一百三十五条的规定，诉讼时效应当自2013年5月22日起计算二年，故金象赛瑞公司于2016年3月14日向四川省眉山市中级人民法院（以下简称眉山中院）起诉已超过诉讼时效。

原审判决认定金象赛瑞公司于2014年4月知晓侵权行为的依据为金象赛瑞公司副总裁唐印报案形成的询问笔录以及华鲁恒升公司10万吨/年三聚氰胺项目（一期）（以下简称三聚氰胺一期项目）投产公告，该两项依据均不能成立。

首先，询问笔录系刑事未生效案件中的证据，不应在本案中被采纳。

其次，原审判决关于金象赛瑞公司在华鲁恒升公司发布公告时已知晓权利受到侵害的认定，与原审判决关于宁波厚承公司在网站上发布的与华鲁恒升公司合作项目未公开技术方案，因而不足以证明金象赛瑞公司在该时间点已知晓权利被侵害的认定相矛盾。

（二）金象赛瑞公司主张的技术信息并非技术秘密。

1. 金象赛瑞公司并非涉案技术信息的合法权利人。

2. 金象赛瑞公司主张的涉案技术信息不具有秘密性，相关技术手段均是本领域常规技术手段或是本领域技术人员容易想到的。

宁波设计院公司原审证据1已能够证明金象赛瑞公司主张的秘密信息10至少在2014年2月19日就已属公知信息，不具有秘密性，原审判决对此认定有误。

3. 在案证据不能证明金象赛瑞公司采取了相应保密措施。

(1) 四川玉象蜜胺科技有限公司(以下简称四川玉象公司)与成都蒲江压力容器厂签订的保密协议与本案无关。

该保密协议的保密对象为“气相三胺生产技术及其他有关煤气化技术”，该“气相三胺生产技术”不排除指“低压气相淬冷技术”，不能直接与本案诉争的“加压气相淬冷技术”划等号，不能证明四川玉象公司就诉争的“加压气相淬冷技术”采取了保密措施。

四川玉象公司年产10万吨/年三聚氰胺技改项目于2007年12月28日通过备案，故四川玉象公司于2006年12月15日签订前述保密协议时，其仅有年产1.5万吨三聚氰胺技术工艺即低压气相淬冷技术。

因此，该保密协议的保密对象是“低压气相淬冷技术”，而非本案“加压气相淬冷技术”。

(2) 新疆玉象胡杨化工有限公司(以下简称新疆玉象公司)的项目以及相关技术保密协议与本案无关，不能证明金象赛瑞公司对其主张的技术秘密采取了保密措施。

第一，该项目为2套5.5万吨/年三聚氰胺装置，而金象赛瑞公司主张的为单套5万吨/年三聚氰胺设备，二者不同。

第二，四川金圣赛瑞化工有限责任公司(以下简称金圣公司)与新疆玉象公司、中国达成工程有限公司、四川恒筑工程设计有限公司签订的《技术保密协议》的保密对象是金圣公司于2010年6月至工程竣工期间提供的加压气相淬冷工艺生产三聚氰胺技术专利、JX节能型尿素生产技术专利的图纸和文件，即为金象赛瑞公司申请的“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”专利的技术方案，并非金象赛瑞公司在本案中主张保护的技术信息。

再者，尽管《技术保密协议》中提到了“加压气相淬冷工艺生产三聚氰胺技术专利”，但并未描述具体技术内容，故不足以证明保密对象就是金象赛瑞公司在本案主张保护的技术信息。

(三) 华鲁恒升公司未实施侵权行为，亦不构成共同侵权，原审判决对此认定有误。

1.《山东华鲁恒升化工股份有限公司 10 万吨/年三聚氰胺项目(一期)安全设施设计专篇》(以下简称设计专篇)不能作为侵权比对的依据,在案证据不能证明华鲁恒升公司实施了侵权行为或构成共同侵权。

2.华鲁恒升公司的 10 万吨/年三聚氰胺项目(二期)(以下简称三聚氰胺二期项目)与本案无关,三聚氰胺二期项目的技术方案与三聚氰胺一期项目不同,设计专篇中亦明确记载“本次设计范围为一期工程”,本案中也无证据证明该二期项目构成侵权,原审判决将该二期项目的投产亦纳入赔偿数额考量因素显属错误。

(四)原审判决的赔偿金额缺乏事实与法律依据。

(五)原审法院相关审理程序违法。

1.原审法院驳回华鲁恒升公司提出的司法鉴定申请,剥夺了华鲁恒升公司的合法诉讼权利。

2.原审法院证据采信不当、事实认定错误。

金象赛瑞公司的唐印报案所作询问笔录非本案证据、未经质证,不应采信。

设计专篇并非被诉侵权技术的载体,不能作为本案侵权比对的依据,且原审法院未给予华鲁恒升公司对设计专篇进行质证的机会,属于程序违法。

眉山中院在宁波设计院公司处保全的电子数据存在被污染的可能性,在未经司法鉴定的情况下,不应作为侵权比对的依据。

尹明大所涉刑事案件的讯问笔录不能作为本案证据采信,且尹明大在原审当庭陈述及出具的书面情况说明已推翻了刑事案件讯问笔录记载的内容。

金象赛瑞公司无故撤回相关违法证据不符合法律规定。

此外,原审法院在举证期限届满后,提示金象赛瑞公司补充相关证据并予以采信,亦构成程序违法。

宁波厚承公司上诉请求:1.撤销原审判决第一项、第二项、第三项,依法改判华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大不构成侵权,驳回金象赛瑞公司的全部诉讼请求;2.判令金象赛瑞公司承担本案全部诉讼费用。

事实和理由:(一)原审法院审理程序严重违法。

1.原审法院未准许宁波厚承公司的司法鉴定申请,属于程序违法。

宁波厚承公司在二审中提出与原审相同的司法鉴定申请,以查明本案事实。

2.金象赛瑞公司在原审中提交的相关非保密证据未向宁波厚承公司交换。

(二)本案起诉已超过诉讼时效,应驳回金象赛瑞公司的全部诉讼请求。

(三)金象赛瑞公司主张的技术信息不构成技术秘密,不具有秘密性、保密性。

(四)被诉侵权技术信息与金象赛瑞公司的对应信息相比存在诸多不同,原审判决对此认定错误。

(五)宁波厚承公司对提供给华鲁恒升公司的技术享有合法权利,与尹明大无关,宁波厚承公司也从未通过任何方式获取过金象赛瑞公司的技术信息,未共同实施侵权行为。

(六)原审判决确定的赔偿数额的计算方式错误,宁波厚承公司不应承担赔偿责任。

(七)原审判决遗漏了宁波厚承公司就金象赛瑞公司的相关专利权提起无效宣告请求的事实。

宁波设计院公司上诉请求:1.撤销原审判决第一项、第二项、第三项;2.依法改判驳回金象赛瑞公司对宁波设计院公司的全部诉讼请求。

事实和理由:(一)宁波设计院公司未实施侵权行为,不构成侵权或共同侵权。

宁波设计院公司在被诉侵权项目中仅提供工程设计,不提供专有技术,本案其他被诉侵权人亦对此认可。

尹明大与宁波设计院公司未有任何接触,尹明大在原审中提交的情况说明和原审当庭陈述均可证明。

宁波设计院公司仅是根据公知内容对工艺包进行工程化设计,在此过程中不会改变工艺包的内容。

(二)原审法院判决宁波设计院公司承担连带赔偿责任缺乏事实和法律依据。

1.项文裕、项裕桥虽然曾系宁波设计院公司的高级管理人员,但尹明大在刑事案件讯问中供述的该两人的行为系个人行为,并非宁波设计院公司的行为。

2.被诉侵权的PID图中具有宁波设计院公司的图签并不能代表宁波设计院公司应当为此承担赔偿责任。

尹明大上诉请求:1.撤销原审判决,并依法驳回金象赛瑞公司对尹明大的诉讼请求。

2.判令本案诉讼费由金象赛瑞公司承担。

事实和理由:(一)涉案技术秘密并非尹明大泄露,而已被金象赛瑞公司申请的“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”发明专利完全公开,成为公知技术信息。

(二)尹明大使用的电脑中存有《设备一览表》具有合理性,不能必然证明尹明大实施了侵权行为。

(三)宁波设计院公司提供给华鲁恒升公司的10万吨/年三聚氰胺项目的设计方案与金象赛瑞公司的“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”发明专利明显不同。

(四)尹明大所涉刑事案件的讯问笔录以及被扣押的笔记本电脑系未决案件中的证据,不能也不应作为本案民事案件的定案依据,且讯问笔录系尹明大受到侦查人员的威胁和引诱的情况下所作,内容亦不真实。

(五)尹明大被指控的刑事案件与本案本质上是同一诉争,应按照先刑事后民事处理,故本案应当中止审理。

(六)金象赛瑞公司主张的损害赔偿计算方法及金额缺乏事实和法律依据。

金象赛瑞公司针对华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大的上诉请求辩称:(一)本案起诉未超过诉讼时效。

金象赛瑞公司向公安机关报案时仅是怀疑尹明大泄露了金象赛瑞公司的技术秘密,当时并不知晓明确的涉案技术秘密侵权人,而是在刑事案件侦查过程中才进一步了解到具体情况。

诉讼时效的立法目的在于督促权利人及时行使权利,金象赛瑞公司从未怠于行使权利。

本案涉及大型工业设备,不同于市场上可以公开购买的普通产品,金象赛瑞公司无法接触到完全由侵权人占有的大型工业设备,因而很难具体知晓其侵权事实,而只能陆续收集证据、搜集信息,综合判断侵权的可能性并继而行使权利。

(二)金象赛瑞公司系涉案技术秘密的权利人且涉案技术信息构成技术秘密。

1.四川玉象公司与成都蒲江压力容器厂签订的保密协议的保密对象包括了本案的技术秘密,该保密协议签订时间为2006年12月15日,且明确记载了北京焯晶科技有限公司(以下简称北京焯晶公司)的三聚氰胺生产技术,该保密协议实际是四川玉象公司为北京焯晶公司的三聚氰胺生产技术建设5万吨/年生产线而委托成都蒲江压力容器厂生产压力容器而签订。

2.新疆玉象公司的《技术保密协议》包括了涉案技术秘密。

该协议记载了保护“加压气相淬冷工艺生产三聚氰胺技术”的技术秘密，且该协议的签订日期为2010年5月14日，晚于北京焯晶公司的生产三聚氰胺技术的完成时间。

根据北京焯晶公司与金象赛瑞公司的技术秘密转让合同可知，北京焯晶公司的生产三聚氰胺技术就是该协议中所记载的“加压气相淬冷工艺生产三聚氰胺技术”。

(三) 华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大构成共同侵权，应当承担连带赔偿责任。

(四) 原审判决确定的赔偿金额过低。

金象赛瑞公司向原审法院提起诉讼，原审法院于2017年8月28日立案受理。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大均于原审诉讼的答辩期内提出管辖权异议，原审法院于2017年11月8日作出(2017)川01民初2948号民事裁定，驳回华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大对本案管辖权提出的异议。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、尹明大不服该管辖异议裁定，向四川省高级人民法院提起上诉，该院于2018年3月23日作出(2018)川民辖终52号民事裁定，驳回上诉，维持原裁定。

金象赛瑞公司起诉请求：1. 确认华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大侵害金象赛瑞公司商业秘密，即确认华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大非法获取、披露、使用金象赛瑞公司商业秘密；2. 判令华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大立即停止披露、使用或允许他人使用金象赛瑞公司商业秘密的行为，并销毁商业秘密载体及生产设备；3. 判令华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大向金象赛瑞公司支付侵权赔偿金及维权合理开支共计9800万元，并承担连带赔偿责任。

原审庭审中，金象赛瑞公司放弃起诉状载明的请求华鲁恒升公司销毁实验设备的主张，明确本案损害赔偿的计算期间为2012年至2018年12月30日(后续赔偿保留另案追究的权利)，并主张按照华鲁恒升公司使用商业秘密生产三聚氰胺产品的获利确定损害赔偿金额，其中涉案技术秘密贡献度超过50%。

事实和理由：金象赛瑞公司是中国及全球最大的三聚氰胺生产企业，拥有尿素、三聚氰胺等整个循环经济产业链各环节的核心技术。

金象赛瑞公司通过多年自主研发,开发出能够长周期稳定运行、生产效率高、经济效益优良的加压气相淬冷法三聚氰胺生产工艺和设备技术,实现了巨大的经济效益。

为保护该技术,金象赛瑞公司采取了严格、完备的一系列保密措施。

尹明大在2006年8月至2012年10月期间,曾在金象赛瑞公司控股的合资公司担任总工程师、在子公司担任常务副总经理等重要职务,其利用职务之便,违反公司规定,超出其职权范围,以不正当手段擅自取得了金象赛瑞公司大量核心技术秘密。

尹明大在任职期间及离职后,非法将金象赛瑞公司的商业秘密披露给华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司。

华鲁恒升公司是一家综合性化工企业,宁波厚承公司、宁波设计院公司是专门从事化工设计、化工研发、工程咨询等业务的化工工程公司。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司在获取了尹明大掌握的商业秘密后,经华鲁恒升公司委托,由宁波厚承公司、宁波设计院公司基于加压气相淬冷法三聚氰胺生产工艺和设备技术具体设计了有关三聚氰胺的工艺及其设备图纸、技术资料,并应用于华鲁恒升公司的三聚氰胺一期项目。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大非法获取、披露并使用金象赛瑞公司商业秘密的行为,大大节省研发成本、缩短研发周期,获得了巨大的非法利益,构成对金象赛瑞公司商业秘密的严重侵害。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大主观上具有意思联络,行为上有分工,结果上造成共同的损害后果,应承担连带法律责任。

原审审理期间,金象赛瑞公司明确其在本案中请求保护的技术秘密系加压气相淬冷法年产5万吨三聚氰胺生产反应系统,涉案技术秘密记载于设备图、设备布置图、管道布置图、管道仪表流程图即PID图、工艺操作指南、机泵工艺数据表。

涉案技术秘密是对已有的三聚氰胺生产技术的改进,通过对设备、工艺流程、设备及管道布置、操作方法等全方位的优化,实现了三聚氰胺单一生产线产量的大幅提升,在提高生产效率的同时降低了设备造价、生产能耗和维护成本。

一审原告诉称

尹明大原审辩称：认可其于 2006 年 8 月至 2012 年 1 月期间担任金象赛瑞公司及其关联公司的总工程师和技术负责人，负责三聚氰胺项目，但金象赛瑞公司的诉讼请求不能成立。

理由在于：第一，金象赛瑞公司主张的加压气相淬冷法三聚氰胺生产技术不构成商业秘密。

1. 该技术是从北京清大华业科技发展有限公司(以下简称清大公司)剽窃而来，由于加压气相淬冷工艺原理、流程等与原常压气相淬冷工艺完全相同，仅将系统压力提高并进行工程放大设计，作为掌握气相淬冷法工艺的专业技术人员，都有能力掌握年产 5 万吨三聚氰胺装置的设计技术。

2. 金象赛瑞公司于 2011 年申请了“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”发明专利，已将其主张的涉案技术秘密完全公开，该技术已成为公知技术信息。

除该专利外，金象赛瑞公司关于涉案技术秘密的说明及其指明的秘密信息还被“一种三聚氰胺热气过滤装置”“一种流化床甲烷化反应器”等专利公开。

3. 金象赛瑞公司举示的涉案技术秘密载体图纸、资料残缺不全、不真实，载体图纸均为草图而非施工图，施工图由各外协厂设计。

第二，尹明大没有实施窃取、披露、允许他人使用商业秘密等侵权行为。

第三，尹明大在刑事案件中的讯问笔录以及被扣押的笔记本电脑是刑事未决案件的证据，不能作为民事案件的定案依据，且讯问笔录系公安机关威逼利诱形成，内容并不真实。

第四，金象赛瑞公司在本案主张的损害赔偿计算方法及金额缺乏事实和法律依据。

综上，请求法院驳回金象赛瑞公司对尹明大的全部诉讼请求。

华鲁恒升公司原审辩称：第一，本案起诉已过诉讼时效。

第二，金象赛瑞公司主张的三聚氰胺生产技术实际来源于山东海化魁星化工有限公司，其并非合法权利人。

第三，金象赛瑞公司未对其技术信息采取相应保密措施，其举示的保密措施证据不符合具体、明确、可识别的要求，没有指向涉案技术。

第四，金象赛瑞公司已就同一套三聚氰胺生产技术申请了专利，但其并未证明本案中主张的技术信息给整套生产系统带来了何种技术附加值或附加经济效益，故其主张的技术信息不具备商业价值。

第五，金象赛瑞公司无任何证据证明华鲁恒升公司使用了不正当手段获取涉案技术信息，更无任何证据证明华鲁恒升公司使用了与金象赛瑞公司相同或实质相同的技术信息。

华鲁恒升公司通过合法交易善意受让宁波厚承公司、宁波设计院公司提供的三聚氰胺技术，不存在任何主观过错，也无共同侵权的意思联络。

第六，尹明大在刑事案件中的讯问笔录系非法证据，应予排除；尹明大被公安机关扣押的笔记本电脑、眉山中院在宁波设计院公司保全的电子数据已丧失清洁性和合法性，不能作为定案证据。

第七，华鲁恒升公司三聚氰胺一期项目采用的工艺技术与金象赛瑞公司无关，华鲁恒升公司也未实施任何侵权行为，依法无需承担任何民事责任。

即便假定侵权成立，金象赛瑞公司主张的损害赔偿计算方式也缺乏事实和法律依据。

宁波设计院公司原审辩称：第一，金象赛瑞公司在本案中主张的技术信息不具备秘密性。

因涉案技术信息众多，而其中与宁波设计院公司有关的证据仅眉山中院在宁波设计院公司保全到的PID图，故其关于公知技术的举证主要针对金象赛瑞公司PID图记载的技术信息。

该技术信息已经被若干技术文献公开，其中发表于“百度文库”的《三聚氰胺工艺过程概述》对技术信息的公开程度已达95%以上，其余公知技术文献也分别公开了部分信息。

综合所有文献，可以得出大量所谓的秘密技术信息属行业惯例或公知常识。

因此，PID图记载的技术信息不具备秘密性，不构成商业秘密。

第二，宁波设计院公司未实施侵权行为，也没有与其他任一被诉侵权人有共同侵权的意思联络，更无共同侵权的行为。

宁波设计院公司仅是基于宁波厚承公司提供的工艺包，并结合被诉侵权项目所在地的具体地块、气候等实地条件，利用公有领域的通用技术(化工工程设计方面的公理和原则)进行了技术评估和工程设计。

宁波设计院公司不知晓、也不认识尹明大，不知道、也不应当知道被诉侵权项目的工艺包可能涉及他人商业秘密，工程设计服务既不参与工艺包的研发，也不会改变工艺包的内容，故即便本案其他被诉侵权人侵权成立，宁波设计院公司也没有主观过错，不构成共同侵权。

第三，华鲁恒升公司在本案及其他关联案件中已经表明，其有多个技术源头，最终实施的技术也与宁波厚承公司提供的工艺包不同，故《山东华鲁恒升化工股份有限公司 10 万吨/年三聚氰胺项目设立安全评价报告(备案版)》(以下简称安评报告)和设计专篇不是恰当的侵权比对依据。

第四，即便侵权成立，生产设备也不应销毁，否则会造成极大浪费；涉案技术贡献度极低，金象赛瑞公司主张的赔偿数额过高，且即便侵权成立，宁波设计院公司仅一次性收取了设计费 966 万元，不应以华鲁恒升公司销售三聚氰胺产品的获利计算损失，也不应与华鲁恒升公司、宁波厚承公司、尹明大承担连带赔偿责任。

综上，请求法院驳回金象赛瑞公司对宁波设计院公司的全部诉讼请求。

宁波厚承公司原审辩称：第一，金象赛瑞公司主张的部分侵权行为发生在 2014 年之前，本案起诉已超过诉讼时效。

第二，金象赛瑞公司未能证明其是涉案技术秘密的合法权利人，其提起本案诉讼缺乏权利基础。

第三，金象赛瑞公司未就涉案技术秘密采取合理保密措施。

金象赛瑞公司举示的保密制度、保密协议均未指明保密对象；尹明大并未在金象赛瑞公司任职，也未与金象赛瑞公司签订保密协议，其对金象赛瑞公司不负有保密义务。

三聚氰胺生产系统是一个复杂系统，不可能由一人独立设计完成，但金象赛瑞公司并未举示其他设计人员负有保密义务的证据，而宁波设计院公司举示了大量证据材料证明金象赛瑞公司的涉案技术秘密已经被公开。

故涉案技术秘密不构成商业秘密。

第四，金象赛瑞公司没有证据证明宁波厚承公司实施了任何侵权行为。

尹明大刑事案件中的证据材料属于非法证据，不应采信，也不能作为本案的定案依据。

第五，金象赛瑞公司主张的涉案技术秘密的载体是具体的设备图纸，而不是完整的三聚氰胺生产流程或工艺，不当以华鲁恒升公司生产的三聚氰胺产品的价值或利润来推断其商业秘密的价值。

金象赛瑞公司并未证明其主张保护的技术信息具有何种商业价值，更谈不上技术贡献度，且金象赛瑞公司在本案中主张的技术贡献度与在关联的专利案件中的主张相互矛盾，属于重复索赔，其主张的赔偿金额没有事实依据。

请求驳回金象赛瑞公司的全部诉讼请求。

原审中，当事人围绕诉讼请求依法提交了证据，原审法院组织当事人进行了举证和质证。

华鲁恒升公司以避免接触金象赛瑞公司商业秘密为由，出具书面材料要求其委托诉讼代理人不得签署保密协议或保密承诺书，也不得接触本案保密证据材料；宁波厚承公司以本案部分证据材料已遭受污染为由，出具书面材料要求其委托诉讼代理人不参与庭前会议及庭审。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司以此为由，在2019年2月20日(同日，尹明大、宁波设计院公司也无正当理由退出庭前会议)、2019年3月22日(同日，尹明大也无正当理由退出庭前会议)、2020年1月14日至15日(仅华鲁恒升公司退庭)、2020年7月28日至29日、2021年3月2日至4日、2021年5月27日至28日、2021年9月22日至24日、2021年10月20日至21日庭前会议、庭审中，无正当理由退出庭前会议、退庭。

原审法院于2021年6月3日、6月4日、8月5日、8月17日、9月1日询问华鲁恒升公司、宁波厚承公司是否查阅本案保密证据时，华鲁恒升公司、宁波厚承公司均明确拒绝查阅本案保密证据材料。

原审法院于2021年6月7日、8月5日、9月1日询问尹明大是否查阅本案保密证据时，尹明大以已经看过为由，答复不再查看。

一审法院查明

原审法院认定，华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大无正当理由退出庭前会议、退庭、拒绝或放弃查阅本案保密证据，属于对自己诉讼权利的放弃。

金象赛瑞公司为证明涉案技术秘密系其商业秘密，提交了如下证据：证据1为《技术秘密转让合同》；证据2为高新技术企业证书/认定证书3份；证据3

为技术进步奖《证书》；证据 4 为《工作合同》3 份；证据 5 为尹明大与北京焯晶公司签订的《保密协议》；证据 6 为《北京焯晶科技有限公司保密规章制度》；证据 7 为《四川玉象蜜胺科技有限公司保密制度》；证据 8 为《金象集团办公自动化管理办法》；证据 9 为《技术保密协议》；证据 10 为四川玉象蜜胺科技有限公司与成都蒲江压力容器厂签订的《保密协议》；证据 11 为《四川玉象蜜胺科技有限公司关于“玉象高层干部任职”的通知》；证据 12 为《四川玉象蜜胺科技有限公司关于聘用 2009 年度管理人员的决定》；证据 14 为《眉山市经济委员会关于四川玉象蜜胺科技有限公司年产 10 万吨三聚氰胺技改项目的备案通知书》；证据 15 为《关于四川玉象蜜胺科技有限公司年产 10 万吨三聚氰胺技改项目环境影响报告书的批复》；证据 16 为《建设项目竣工环境保护验收申请》；证据 17 为《关于新疆玉象胡杨化工有限公司三聚氰胺项目环境影响报告书的批复》；证据 18 为《关于〈新疆玉象胡杨化工有限公司三聚氰胺项目环境影响报告书〉的技术评估意见》；证据 19 为《关于新疆玉象胡杨化工有限公司三聚氰胺项目竣工环境保护验收意见的复函》；证据 20 为《新疆维吾尔自治区企业投资项目登记备案证》；证据 21 为(2019)川眉山证字第 316 号公证书；证据 22 为网易邮箱电子邮件及其附件 7 封；证据 23 为兰州兰石集团有限公司出具的《确认函》；证据 24 为江苏金象赛瑞化工科技有限公司(以下简称江苏金象赛瑞公司)出具的《确认函》；证据 25 为江苏金象赛瑞公司在国家企业信用信息公示系统的查询截图；证据 26 为《外商投资企业名称变更核准通知书》；证据 27 为四川玉象公司工商查询信息；证据 28 为《四川省商务厅关于同意四川金圣赛瑞化工有限责任公司吸收合并四川玉象蜜胺科技有限公司的批复》；证据 29 为《准予注销登记通知书》；证据 30 为技术图纸,具体包括:管道布置图 14 张、设备布置图 8 张、管道仪表流程图(PID 图)15 张、氨气贮罐设备图 1 张、热气过滤器设备及零件图 6 张、结晶器设备及零件图 9 张、蜜胺捕集器设备及零件图 7 张、尿素洗涤塔设备及零件图 78 张、流化床反应器设备及零件图 17 张、冷气除雾器设备及零件图 3 张、闪蒸罐设备图 1 张、粉尘料仓设备图 1 张、触媒贮仓设备图 1 张、成品料仓设备图 3 张、液氨蒸发器设备图 1 张、载气预热器设备图 1 张、热气冷却器设备图 3 张、反吹气贮罐设备图 1 张、熔盐贮罐设备图 2 张、洗涤换热器设备图 2 张、尾气洗涤塔设备图 2 张、日产 168 吨三聚氰胺生产装置工艺操作指南(以下简称工艺操作指南)、《新疆玉象胡杨化工有限公司三聚氰胺项目三胺装置液尿泵技术协议书》(以下

简称《液尿泵技术协议书》，含《离心泵工艺数据表》等附件)、《新疆玉象胡杨化工有限公司三聚氰胺项目三胺装置熔盐泵、冲洗水泵技术协议书》(以下简称《熔盐泵、冲洗水泵技术协议书》，含《离心泵工艺数据表》等附件)。

除工艺操作指南、《液尿泵技术协议书》《熔盐泵、冲洗水泵技术协议书》以外，其余载体图纸系金象赛瑞公司用电脑中的电子图纸在 2017 年打印形成。

金象赛瑞公司为证明华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大实施了侵权行为，提交了如下证据：证据 11 为《四川玉象蜜胺科技有限公司关于“玉象高层干部任职”的通知》；证据 12 为《四川玉象蜜胺科技有限公司关于聘用 2009 年度管理人员的决定》；证据 13 为 (2015)京方圆内经证字第 06631 号《公证书》；证据 35 为宁波设计院工商查询信息；证据 36 为宁波厚承公司工商查询信息。

原审法院依金象赛瑞公司申请，分别向眉山中院、眉山市公安局调取了 (2016)川 14 民初 8 号案全部卷宗材料及尹明大涉嫌侵犯商业秘密罪侦查阶段部分卷宗材料，金象赛瑞公司将上述材料作为证据提交，包括：证据 31 为尹明大被眉山市公安局扣押的笔记本电脑；证据 32 为眉山中院在宁波设计院公司保全的电子数据；证据 33 为眉山中院保全的华鲁恒升公司设计专篇；证据 34 为眉山市公安局在宁波设计院公司调取的电子数据。

金象赛瑞公司另引用了华鲁恒升公司举示的如下证据：第一组证据 (2016)川 14 民初 8 号侵害技术秘密纠纷案卷：证据 2 为尹明大《讯问笔录》；第二组证据 (2017)粤民初 97 号侵害发明专利权纠纷案卷：证据 1 为金象赛瑞公司在该案提交的民事起诉状及证据 1-5[包括专利登记簿副本、专利说明书、第 16 届中国专利优秀奖证书、四川省专利奖一等奖证书、(2015)京方圆内经证字第 06631 号公证书]，证据 3. 金象赛瑞公司在该案提交的证据 6-23[包括专利状态查询页、无效宣告请求审查决定书、权利要求书修改替换页、第 16 届中国专利优秀奖证书、四川省专利奖一等奖证书、受案回执、尹明大《讯问笔录》、(2016)川 14 民初 8 号案件受理通知书、(2016)川 14 民初 8 号之一民事裁定书、(2016)川 14 民初 8 号之二民事裁定书、(2018)眉证字第 2143 号公证书、(2018)粤广州第 047026 号公证书、华鲁恒升公司临 2017-004、2017-005、2017-024 号公告、华鲁恒升公司 2016 年、2017 年年度报告、公证费发票、律师费发票]，证据 6 为该案 2018 年 4 月 13 日庭审笔录，证据 7 为该案 2018 年 5 月 30 日庭审笔录。

金象赛瑞公司为证明华鲁恒升公司三聚氰胺产品的获利，除前述证据外，还引用了华鲁恒升公司举示的如下证据：第二组证据(2017)粤民初97号侵害发明专利权纠纷案卷：证据8为金象赛瑞公司在该案提交的《关于侵权赔偿数额计算的说明》、证据24-31(华鲁恒升公司2014年第一季度报告、2018年第一季度报告、四川美丰化工股份有限公司(以下简称四川美丰公司)2014年、2015年、2016年、2017年年度报告、大众网报道、采招网结果公示)、《技术方案对比意见》。

原审法院对金象赛瑞公司提交的证据的认证意见为：证据1系原件，具备真实性、合法性，且与尹明大在案陈述相互印证，能够反映涉案技术秘密的来源，予以采信。

证据2、3，华鲁恒升公司等被诉侵权人确认真实性、合法性，能够反映涉案技术秘密的价值，予以采信。

证据4、5、11、12，尹明大认可其任职事实，予以采信。

证据6-8，金象赛瑞公司未出示原件，也无其他证据印证其中记载的管理措施已实际实施，不予采信。

证据9、10系原件，具备真实性、合法性，予以采信。

证据13系公证书，现无相反证据推翻，予以采信。

证据14-29，华鲁恒升公司等被诉侵权人对其真实性、合法性不持异议，证据14-20可以证明涉案技术秘密的工业化应用，证据21、22可以印证涉案技术秘密部分载体证据的形成时间，证据23-29可以证明涉案技术秘密的归属，均予采信。

证据33系人民法院调取的证据，具备真实性、合法性，能够反映被诉侵权项目的技术内容，予以采信。

证据35、36与宁波设计院公司庭审陈述一致，予以采信。

对于存在较大争议的证据30、31、32、34及尹明大《讯问笔录》，原审法院的认证意见如下：关于证据30，在原审庭前会议中组织双方对存储证据30电子图纸的电脑(系笔记本电脑)进行了勘验，金象赛瑞公司进行了相应说明。

该电脑安装WindowsXP操作系统，并设置有登录密码；登陆后，金象赛瑞公司逐一指明所有纸质图纸对应的电子图纸，电子图纸分别储存于多个不同的文件夹中；每个文件夹除前述电子图纸外，还有若干其他文件夹或文档。

金象赛瑞公司陈述,该电脑系金象赛瑞公司曾经配发给尹明大使用的工作电脑,其中存储的电子图纸并非在该电脑上直接创建、编辑、修改,而是由不同的工作人员经长期的编辑、修改后,汇集到当时任技术负责人的尹明大处。

尹明大离职退还该电脑后,公司又将该电脑配发给员工郭利红使用,郭利红遂将尹明大留存在该电脑上的所有电子数据统一拷贝至D盘中的“新建文件夹”内。

当庭查看该“新建文件夹”,其中有若干子文件夹,每个子文件夹又包含若干下级文件夹和文件,金象赛瑞公司举示的部分电子图纸就存储于“新建文件夹\新疆玉象胡杨”文件夹中的不同子文件夹中。

当庭随机抽取“新疆玉象胡杨”文件夹中的若干文档并查看其属性,“常规”属性中创建日期均为2012年8月24日16时20分左右,修改日期各有不同,但均在2012年之前。

部分dwg格式的文档(CAD软件生成的文档)还有“统计信息”属性栏,其中记载了文档创建日期、修改日期、累计编辑时间等信息;被抽查文档的“统计信息”中创建日期、修改日期各有不同,但均在2012年之前,累计编辑时间703-1429小时不等。

金象赛瑞公司陈述,“常规”属性中的创建日期是该文档(副本)的形成时间,修改时间是该文档最后一次执行“保存”命令的时间;“统计信息”中的创建日期是使用CAD软件首次创建文档的时间,修改日期是使用CAD软件对文档内容最后一次进行修改的时间,累计编辑时间是对文档进行编辑、修改的累计时间。

勘验期间,还逐一查看了证据30中所有电子图纸的文档属性,其中存储于“D盘/新建文件夹/新疆玉象胡杨”文件夹中的电子图纸,“常规”属性中创建日期均为2012年8月24日16时20分左右,修改日期各有不同,但均在2012年之前;“统计信息”中创建日期、修改日期各有不同,但均在2012年之前,累计编辑时间104-2466小时不等。

除冷气除雾器图纸“统计信息”中创建日期为2010年1月18日,修改日期为2009年10月3日存在异常外,其余电子图纸的修改时间均晚于创建时间。

金象赛瑞公司还主张其内部员工往来电子邮件所附图纸即证据22与证据30过半数图纸相同,可以印证其提交的涉案技术秘密载体图纸形成时间真实、内容未经篡改。

原审勘验期间，当庭登录网易邮箱，下载电子邮件附件中的电子图纸，并对证据 22 电子邮件附件图纸与证据 30 中的对应图纸进行抽查比对：热气冷却器、尿素洗涤塔抽查图纸完全对应相同；反应器、捕集器、冷气除雾器、设备布置图的抽查图纸除个别件号（即设备或管道的编号）、技术要求不同外，邮件图纸与载体图纸记载的设备及零部件的结构、形状、连接关系、位置关系等技术信息，以及设备及零部件的绘图缩放比例、绘图布局、绘图视角等绘图风格均相同。

14 张管道布置图全面比对，载体图纸较邮件图纸多了个别零部件详图，二者除个别件号不同、少量管道的位置、数量、绘图视角不同外，各建筑层设备种类、数量、位置及相对位置、管道种类、数量、走向均相同。

证据 22 中 7 封邮件的接收时间在 2010 年 9 月 7 日至 2011 年 3 月 8 日之间。

宁波厚承公司在原审庭审中演示，可以通过修改操作系统时间的方式来修改文档的创建时间及修改时间。

一审法院认为

对此，原审法院认为，应当根据证据 30 的存储环境及其与在案其他证据的关联关系来认定其真实性。

首先，电子图纸包含时间信息，可以作为证明其形成时间的初步证据。

证据 30 的文档属性“常规”项和“统计信息”项中包含多项时间信息，这些时间信息均不相同，但彼此印证；特别是，在勘验中抽查的存储于“新建文件夹”中的其他电子数据的时间信息也彼此不同，但均创建于 2012 年 8 月 24 日 16 时 20 分前后，与金象赛瑞公司陈述的电子数据的形成过程一致。

这些时间信息能够初步证明该笔记本电脑上电子数据形成的先后关系和时间范围。

第二，证据 22 是存储于网易邮箱电子邮件中的电子数据，电子邮件的附件系从第三方网易邮箱直接下载，收件时间由网易邮箱系统形成，均不易被篡改，故电子邮件附件图纸的形成时间显然早于电子邮件的收件时间。

从邮件图纸和证据 30 的比对看，虽然二者存在少量的区别，但证据 30 对应图纸的大量技术信息在电子邮件收件时间前已经形成，故证据 22 可以证明金象赛瑞公司主张的部分涉案技术秘密在 2010 年 9 月 7 日至 2011 年 3 月 8 日期间就已经形成。

第三，员工电脑及“新建文件夹”中还存在其他大量电子数据。

其中，冷气除雾器载体图纸“统计信息”中的创建日期和修改日期前后倒置，但冷气除雾器载体图纸在证据 22 中已经存在。

证据 22 中的冷气除雾器图纸与证据 30 中对应图纸，除因打印排版导致部分文字重叠不清外，其余信息完全相同，反而证明冷气除雾器载体图纸中的技术信息在 2010 年 9 月 25 日前（邮件接收时间）就已经形成。

故经勘验未发现证据 30 或其存储环境存在矛盾的时间信息。

华鲁恒升公司等被诉侵权人虽然称金象赛瑞公司篡改了证据 30，但既未举示任何证据证明金象赛瑞公司已经实施了篡改的行为，也未能指出证据 30 存在已经被篡改的痕迹，或结合在案证据的关联关系指出被诉侵权图纸形成在先、证据 30 篡改在后的矛盾信息，故华鲁恒升公司等被诉侵权人对证据 30 真实性的质疑缺乏事实依据，不能成立。

在案证据可以认定证据 30 是在正常业务活动中形成、传输和存储的电子数据，且与网易邮箱储存的电子数据互相印证，在没有反驳或相反证据的情况下，可以确认其真实性，对证据 30 予以采信。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司申请对存储证据 30 的笔记本电脑的操作痕迹进行鉴定，但未证明有启动鉴定之必要，故对其鉴定申请，不予准许。

关于证据 31、34 及尹明大的《讯问笔录》，该 3 份证据均系尹明大涉嫌侵犯商业秘密罪刑事诉讼程序中发现或形成的证据材料，华鲁恒升公司等被诉侵权人认为不能作为民事诉讼的证据并质疑证据 30 系从证据 31 复制、修改形成或证据 31 直接被篡改。

关于证据资格，《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第二十二条规定，人民法院审理侵犯商业秘密民事案件时，对在侵犯商业秘密犯罪刑事诉讼程序中形成的证据，应当按照法定程序，全面、客观地审查。

原审法院认为，现行法律并未规定刑事诉讼程序中形成或发现的证据不得作为民事诉讼的证据，故该 3 份证据不因其形成、发现过程而丧失民事诉讼的证据资格。

关于证据真实性、合法性、关联性和证明力的问题。

首先，本案审理期间金象赛瑞公司从未认可已经提前接触乃至复制过证据 31；其次，无论金象赛瑞公司是否在本案审理前查阅过证据 31，均不能因此即得出证据 30、31 的内容发生了增减或修改；第三，华鲁恒升公司等被诉侵权人对证据 30、31 的质疑从未举证证明，也不能就在案证据的客观状态或证据间的关联关系指明证据存在篡改的痕迹，亦没有任何证据显示该 3 份证据存在导致合法性丧失的情形，故华鲁恒升公司等被诉侵权人对前述证据的质疑和否定缺乏事实依据，不能成立。

证据 31、34 及尹明大《讯问笔录》形成真实、来源合法，能够反映被诉侵权项目的技术来源、技术内容，予以采信。

关于证据 32，该证据系眉山中院于 2016 年 4 月 26 日在宁波设计院公司工作人员电脑上保全的电子数据，真实合法，能够反映被诉侵权项目的技术内容，予以采信。

华鲁恒升公司等被诉侵权人虽然辩称证据 32 已被金象赛瑞公司提前接触，因被污染而丧失清洁性和真实性，但该质疑仍然缺乏证据支撑，不能成立。

华鲁恒升公司为证明金象赛瑞公司在没有实质证据的情况下，使用相同证据在多地重复诉讼、无理缠诉，目的在于以其中任何一个案件作为突破口，获取对其余案件有利的证据而取得巨额赔偿，并且将诉讼程序作为牟取华鲁恒升公司商业秘密的工具，提交了如下证据：第一组(2016)川 14 民初 8 号侵害技术秘密纠纷全部案卷；第二组(2017)粤民初 97 号侵害发明专利权纠纷全部案卷；第三组(2016)粤 73 民初 2553 号侵害发明专利权纠纷全部案卷。

华鲁恒升公司为证明其善意受让宁波厚承公司、宁波设计院公司提供的三聚氰胺生产技术，提交了补充证据 1《山东华鲁恒升化工股份有限公司关于涉及诉讼的补充公告》。

华鲁恒升公司为证明其具备三聚氰胺生产技术自主研发能力，提交了补充证据 2《山东华鲁恒升化工股份有限公司收购资产公告》。

金象赛瑞公司对华鲁恒升公司提交的全部证据的真实性、合法性均予认可，但认为不能实现其证明目的。

宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大对第一组、第二组、第三组证据来源关联案件予以认可，对补充证据 1、补充证据 2 予以认可，但不认可金象赛瑞公司引用华鲁恒升公司证据部分的证明目的。

因本案与(2016)川14民初8号、(2017)粤民初97号、(2016)粤73民初2553号案均为同一个被诉侵权项目侵害金象赛瑞公司及其关联公司知识产权引发的纠纷,原审法院对华鲁恒升公司举示证据的真实性、合法性、关联性均予确认,但认为前述证据不能实现华鲁恒升公司的证明目的。

对金象赛瑞公司引用华鲁恒升公司的证据,原审法院的认证分析如下:

(一)(2017)粤民初97号案证据材料:该案民事起诉状及2次庭审笔录具备证据的真实性、合法性,能够反映金象赛瑞公司在关联案件的权利主张,予以采信。

证据1、2、6、7系ZL20111010××××.9发明专利的专利登记簿副本、说明书、专利状态查询页、无效宣告请求审查决定书、权利要求书修改替换页,证据10、11、12、13、14、15系刑事案件受案回执、尹明大的《讯问笔录》、(2016)川14民初8号案受理通知书、(2016)川14民初8号之一民事裁定书、(2016)川14民初8号之二民事裁定书、(2018)眉证字第2143号公证书,各方对真实性均予以确认,能够反映ZL20111010××××.9发明专利的相关情况及(2016)川14民初8号的证据保全等相关情况,均予采信。

证据17-21为华鲁恒升公司的临时公告、2016年和2017年年度报告,华鲁恒升公司等被诉侵权人对真实性均无异议,该部分证据能够反映华鲁恒升公司的营收情况,予以采信。

证据22、23为公证费及律师费发票,不能看出与本案的关联性,不予采信。

证据24-31为华鲁恒升公司2014年第一季度报告、华鲁恒升公司2018年第一季度报告、四川美丰公司2014年至2017年年度报告、大众网《5年投入73.5亿元华鲁恒升靠技术升级注入绿色动能》、采招网华鲁恒升公司招标、中标信息,华鲁恒升公司等被诉侵权人对真实性不持异议,该部分证据能够反映华鲁恒升公司及同类企业营收能力,予以采信。

证据5同金象赛瑞公司在本案中提交的证据13相同,前已认证不再赘述。

证据3、4、8、9系ZL20111010××××.9发明专利获奖证据,与本案无关,不予采信。

证据16(2018)粤广广州第047026号公证书,金象赛瑞公司未说明其在本案中的证明目的,难以审查,不予采信。

(二)(2016)川 14 民初 8 号案的全部卷宗材料, 前已认证的部分不再赘述, 其余部分具备证据的真实性、合法性, 且能够全面反映(2016)川 14 民初 8 号案审理情况, 予以采信。

原审中, 华鲁恒升公司在法庭辩论终结后, 提交的社会保险缴费证明、金象赛瑞公司公开转让说明书、德州德丰化工有限公司(以下简称德丰化工公司)、山东海化魁星化工有限公司等公司工商查询信息, 与本案基本事实无关, 不予采纳。

宁波设计院公司为证明涉案技术秘密 PID 图记载的技术信息已被公众所知悉, 举示了如下证据材料: 证据 1 为(2021)京东方内民证字第 14606 号公证书, 证据 2-13、15-51 为公开号 CN98100851.8、CN95104455.9 等 36 篇专利文献(专利存在部分重复), 证据 14 为《高压法三聚氰胺装置的仪表选型研究》。

原审法院对宁波设计院公司举示的证据认证如下: 证据 1 系发表于“百度文库”(×××.com)中的《三聚氰胺工艺过程概述》, 对其真实性、合法性、关联性予以确认。

该文档显示上传时间为 2014 年 2 月 19 日, 晚于被诉侵权项目设计报批时间, 故不能证明被诉侵权行为发生时涉案技术秘密已经公开。

金象赛瑞公司质证称该文档的内容与其工艺操作指南的内容完全相同, 且该账号用户仅发表过这 1 篇文章, 行为反常。

考虑到百度文库中的文章可以随时变更公开状态, 修改、替换文档内容, 且前述操作没有记录, 故对证据 1 不予采信。

证据 2-51 具备真实性、合法性、关联性, 但不能实现宁波设计院公司的证明目的, 均不予采信, 具体理由见对涉案技术信息秘密性的评述。

宁波设计院公司在法庭辩论终结后提交的证据 52 即(2021)京东方内民证字第 16046 号公证书, 未说明该文献如何公开涉案技术秘密, 难以审查, 对该证据不予采纳。

原审中, 宁波厚承公司、尹明大未提交证据材料。

原审法院根据上述采信证据及当事人陈述, 认定事实如下: (一)金象赛瑞公司及其三聚氰胺项目相关情况四川玉象公司是一家成立于 2006 年 5 月 30 日的有限责任公司, 住 XXXX。

2008 年至 2010 年, 四川玉象公司被评为高新技术企业。

2011年3月9日，经四川省商务厅同意，被金圣公司吸收合并，并于2011年5月10日注销登记。

金圣公司系一家成立于2003年5月21日的股份有限公司(中外合资、未上市)，2011年3月28日公司名称由“四川金圣赛瑞化工有限责任公司”变更为“四川金象赛瑞化工股份有限公司”，住XXXX。

2010年至2016年，金象赛瑞公司被评为高新技术企业。

江苏金象赛瑞公司成立于2008年8月4日，原为洪泽银珠化工科技有限公司。

关于四川玉象项目的情况。

2007年12月28日，眉山市经济委员会对四川玉象公司年产10万吨/年(5万吨/套×2)三聚氰胺技改项目(以下简称四川玉象项目)同意备案。

该项目的主要改造内容为在已建成的年产1.5万吨三聚氰胺装置基础上，建设年产10万吨三聚氰胺项目；项目建设地点为四川省眉山市东坡区象耳镇。

项目建设年限为2007年12月-2009年12月；项目总投资1.6亿元。

2011年1月30日，四川省环境保护厅对四川玉象项目同意通过验收。

2006年12月15日，成都蒲江压力容器厂与四川玉象公司签订《保密协议》，约定：由于四川玉象公司与北京焯晶公司签有使用三聚氰胺生产技术，即“气相三胺生产技术”及其它有关煤气化技术，并且签有以上的工艺技术以及其他工艺技术的技术诀窍和商务信息(以下称相关信息)的保密协议，所以对与四川玉象公司有工作关联的公司要求有保守此相关信息的责任和义务。

而成都蒲江锅炉压力容器厂将在工作中得到和使用该相关信息，成都蒲江压力容器厂应对由四川玉象公司和/或北京焯晶公司直接或间接披露的任何相关信息保密，并需担保在没有收到四川玉象公司和/或北京焯晶公司事先的书面许可之前，不得向任何第三方披露相关信息，保密期限为15年。

关于新疆玉象公司项目的情况。

2009年12月14日，新疆维吾尔自治区环境保护厅对新疆玉象公司新建11万吨/年三聚氰胺项目(以下简称新疆玉象胡杨项目)同意备案，项目拟选场址位于沙雅县××工业区，最终产品为11万吨/年三聚氰胺，项目计划总投资为69813万元。

2013年12月11日,新疆维吾尔自治区环境保护厅组织相关单位对新疆玉象胡杨项目进行了竣工环境保护验收现场检查,并于2013年12月20日作出复函:新疆玉象公司三聚氰胺项目以天然气为原料生产合成氨,以氨和二氧化碳为原料生产尿素(中间产品)、然后再以尿素为原料生产三聚氰胺;项目新建了20万吨/年合成氨装置、30万吨/年尿素装置及2套5.5万吨/年三聚氰胺装置……工程实际总投资79700万元……工程于2010年8月开工建设,2012年5月投入试生产……工程竣工环境保护验收合格。

2010年5月14日,金圣公司(甲方)、新疆玉象公司(乙方1)、中国成达工程有限公司(乙方2)、四川恒筑工程设计有限公司(乙方3)签订《技术保密协议》,约定:鉴于甲方委托乙方对新疆玉象公司三聚氰胺项目的设计文件进行审查,为了保护甲乙双方在本次合作中涉及甲方所拥有的《JX节能型尿素生产技术》和《加压气相淬冷工艺生产三聚氰胺技术》若干技术秘密,签订该协议,并指明若干技术秘密是指甲方于2010年6月至工程竣工期间提供给乙方审核完成新疆玉象公司三聚氰胺项目所有涉及甲方加压气相淬冷工艺生产三聚氰胺技术专利、JX节能型尿素生产技术专利的图纸和文件。

上述技术载体包括(但不限于)书面的、图形的、电磁的或其它任何形式。

乙方同意严格控制甲方所提供的技术秘密,保证采取所有必要的方法对甲方提供的技术秘密进行保密。

保密期限为10年,保密责任期限于2020年6月到期。

金象赛瑞公司为北京焯晶公司的控股股东。

2010年7月5日,北京焯晶公司(转让人、甲方)与金圣公司(受让人、乙方)签订《技术秘密转让合同》,约定:“北京焯晶公司是【加压气相淬冷工艺生产三聚氰胺】技术秘密的所有人且同意将其所有的技术秘密无偿转让给金圣公司。

”2013年10月,中国氮肥工业协会向金象赛瑞公司颁发《证书》:“5万吨/年节能节资型气相淬冷法密胺生产新技术”获“技术进步特等奖”。

(二)涉案技术秘密及其载体相关情况三聚氰胺 $[(\text{NH}_2)_3\text{C}_3\text{N}_6\text{H}_6]$ 又名蜜胺(或密胺),是一种用途广泛的有机化工原料。

二十世纪六十年代开始,就有用尿素作为原料工业化生产三聚氰胺的历史,即在一定温度和压力或催化剂作用下,将尿素分解为三聚氰胺、氨气和二氧化碳。

合成工艺根据反应条件的不同，可以分为高压液相淬冷法、低压液相淬冷法和低压气相淬冷法。

低压气相淬冷法主要的工艺流程为：工艺气预热升温后进入反应器，在反应器内经催化作用生成三聚氰胺、氨气和二氧化碳及其气相副产物，反应后的混合气体进行冷却至副产物析出，副产物被过滤，剩余混合气体进一步降温至三聚氰胺结晶析出，结晶粉末随气流进入捕集器完成气固分离，剩余气体与熔融尿素混合后进行洗涤和分离，再次进入反应循环。

金象赛瑞公司陈述，现有技术故障频繁、效率不高，经其长期研发，克服了大量技术难题，极大地提高了三聚氰胺的生产效率、降低了生产成本，形成了本案的涉案技术。

金象赛瑞公司将其提交的商业秘密载体进行了分类，并分别说明：1. 涉案技术秘密设备图、工艺数据表反应器(也称流化床反应器)是尿素在一定压力、温度及催化作用下，反应生成三聚氰胺和工艺气的设备；传统设备容易发生加热器损坏、旋风分离效率低、跑催化料等问题。

金象赛瑞公司举示的反应器相关图纸 17 张，绘制了反应器及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、加工要求、设计制造检验数据及要求、技术效果等内容。

图签中署名单位为北京焯晶公司、新疆金圣科技有限公司，设计项目为 6 万吨/年三聚氰胺或 5 万吨/年三聚氰胺，设计阶段为施工图；图签中无签名，标注时间为 2010 年 7 月或 10 月。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为反应器的部分结构、尺寸及工作性能参数。

反应器气体分布器是反应器内进行载气分布的设备。

涉案技术秘密的气体分布器是改进后，具有自洁性的专门用于三聚氰胺反应器的设备，可以避免因催化剂堵塞导致的载气分布不均、催化剂跑料等问题。

气体分布器载体图纸同反应器图纸。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为反应器中气体分布器的部分形状、结构及尺寸。

反应器熔盐换热器是反应器内用于加热的设备，改进后能促进对流、改善反应条件、提高反应效率，并且能够在静态和流化状态下实现稳固支撑，引导热膨胀方向，避免热膨胀对反应器的不利影响，缓解热应力。

熔盐换热器载体图纸同反应器图纸。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为熔盐换热器的部分结构、尺寸、工作性能参数、制造检验标准。

熔盐贮槽(又称熔盐贮罐)是反应加热介质熔盐的储罐；传统设备存在易结晶、堵塞、难疏通，膨胀热应力大，熔盐腐蚀导致密封失效等问题。

金象赛瑞公司举示的熔盐贮槽相关图纸 2 张，绘制了熔盐贮槽及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、技术性能指标、设计制造检验数据及要求、用途等内容。

图签中署名单位为北京焯晶公司、新疆玉象公司，设计项目为 168t/d 蜜胺、设计阶段为初步设计或施工图；图签中无签名和时间信息。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为熔盐贮槽的部分结构、尺寸、工作性能参数。

热气冷却器是对反应器出来的气体进行一定温度区间的控温冷却，冷却温度高于三聚氰胺结晶温度，保证反应副产物结晶而三聚氰胺不结晶；传统设备存在温度控制不准确、维修不便的问题。

金象赛瑞公司举示的热气冷却器相关图纸 3 张，绘制了热气冷却器及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、加工要求、设计制造检验数据及要求、用途等内容。

图签中署名单位为北京焯晶公司、新疆玉象公司，设计项目为 168t/d 蜜胺，设计阶段为初步设计；图签中无签名和时间信息。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为热气冷却器的部分结构、尺寸及工作性能参数。

热气过滤器的主要作用是将经热气冷却器冷却后，析出的三聚氰胺副产物和反应器带出的细颗粒催化剂进行分离；传统设备存在装置体积大不易反吹，易结壁，耐高温性能差，出口易堵塞等问题。

金象赛瑞公司举示的热气过滤器相关图纸共 6 张,绘制了热气过滤器及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、加工要求、设计制造检验数据及要求、用途等内容。

图签中署名单位为北京焯晶公司、新疆玉象公司,设计项目为三聚氰胺项目或新疆玉象胡杨 10 万吨蜜胺工程,设计阶段为条件图或施工图;图签中无签名,热气过滤器装配图标注时间 2010 年,其余图签无时间信息。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为热气过滤器的部分结构、尺寸及工作性能参数。

粉尘储罐的主要作用是储存热气过滤器过滤出的固体粉尘;传统设备存在出料口易堵塞的问题。

金象赛瑞公司举示的粉尘储罐相关图纸 1 张,绘制了粉尘储仓及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、技术性能指标、设计制造检验数据及要求、用途等内容。

图签无署名,项目名称为 168t/d 蜜胺项目,设计阶段为施工图;图签无签名、时间信息。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为粉尘储罐的部分结构、尺寸、工作性能参数。

反吹气贮罐是对热气过滤器的反吹气进行缓冲和保温;传统设备存在储罐内温度不达标、换热效率差的问题。

金象赛瑞公司举示了反吹气贮罐相关图纸 1 张,绘制了反吹气贮罐及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、技术性能指标、设计制造检验数据及要求、用途等内容。

图签无署名、无签名、无项目名称,设计阶段为施工图,标注时间为 2008 年 4 月。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为反吹气贮罐的部分结构、尺寸、工作性能参数。

结晶器是高温三聚氰胺气体进行凝华结晶的设备,传统设备容易出现结晶温度梯度和结晶颗粒大小不稳定的问题,导致结疤垮料、出口堵塞。

金象赛瑞公司举示的结晶器相关图纸 9 张,绘制了结晶器及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、加工要求、设计制造检验数据及要求、用途等内容。

图签中署名单位为北京焯晶公司、新疆玉象公司,设计项目为三聚氰胺项目,设计阶段为条件图;图签中无签名,结晶器冷气环管图备注 2009 年,其余图签无时间信息。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为结晶器的部分结构及部分工作性能参数。

蜜胺捕集器的主要作用是将结晶器产生的三聚氰胺固体与工艺气体进行分离,得到固体三聚氰胺产品和较为干净的工艺气体;传统设备存在分离效率不好、设备内结壁、垮料、刮刀运行不稳定、易损坏装置等问题。

金象赛瑞公司举示的捕集器相关图纸 7 张,绘制了捕集器及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、加工要求、设计制造检验数据及要求、用途等内容。

图签中署名单位为北京焯晶公司、新疆玉象公司,其中蜜胺捕集器刮刀系统零件图为洪泽,设计项目为三聚氰胺项目或 5 万吨/年三聚氰胺,设计阶段为条件图;图签中无签名,时间标注 2009 年至 2010 年 9 月 15 日。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为捕集器的部分结构、尺寸、工作性能参数、加工方法。

尿素洗涤塔的主要作用是对经捕集器后排出的工艺气进行冷却和洗涤,作为结晶器的冷却循环使用;传统设备存在换热效果差、易结疤等问题。

金象赛瑞公司举示的尿素洗涤塔相关图纸 78 张,绘制了尿素洗涤塔及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、技术性能指标、设计制造检验数据及要求、用途等内容。

图签中署名单位为兰州兰石四方容器设备有限责任公司,并注明“本图纸为兰石四方容器设备有限责任公司财产,未经本公司许可不得复制或向第三方转让”,项目名称为新疆玉象胡杨三聚氰胺项目、均为装配图;图签中无签名和时间信息。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为尿素洗涤塔的部分结构、尺寸。

冷气除雾器(又称冷气除沫器)主要作用是对尿素洗涤塔出来的工艺气进行气液分离;传统设备存在分离效率低、易结壁的问题。

金象赛瑞公司举示的冷气除雾器相关图纸3张,绘制了冷气除雾器及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、加工要求、设计制造检验数据及要求、用途等内容。

图签中署名单位为北京焯晶公司、新疆玉象公司,设计项目为5万吨/年三聚氰胺,设计阶段为条件图;图签中无签名,时间标注为2010年9月9日。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为冷气除雾器的部分结构、尺寸、工作性能参数、质量检验标准。

氨气贮罐主要是对三聚氰胺生产环节中多处用到的氨气经过蒸发和预热后进行储存,并起到缓冲和分配的作用。

金象赛瑞公司举示的氨气贮罐相关图纸1张,绘制了氨气贮罐的结构、形状、尺寸、材质、焊接方法及要求、设计制造检验数据及要求等内容。

图签中无署名单位,设计项目为成都玉龙5万吨/年三聚氰胺,设计阶段为供新疆参考条件图;图签中无签名,批准日期为2005年12月28日,时间标注为2009年。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为氨气贮罐的部分结构、尺寸、工作性能参数、加工方法。

熔盐泵用于向反应器的熔盐加热系统循环熔盐,液尿泵用于向尿素洗涤塔供应和循环尿素,其工作参数与整个系统互相影响、互相匹配。

金象赛瑞公司举示《熔盐泵、冲洗水泵技术协议书》《液尿泵技术协议书》及各自所附《离心泵工艺数据表》作为其熔盐泵、液尿泵技术参数载体证据。

其中《熔盐泵、冲洗水泵技术协议书》由新疆玉象公司(甲方)与烟台龙港耐腐蚀泵有限公司(乙方)于2010年11月2日签订。

附件《离心泵工艺数据表》署名为北京焯晶公司,记载用户为新疆玉象公司,制造商为烟台龙港耐腐蚀泵有限公司,项目名称为新疆玉象胡杨10万吨蜜胺工程,设备名称为熔盐泵;还记载了熔盐泵的操作条件、结构特点、性能、材质等技术信息。

该技术协议附件还包括《离心泵工艺数据表(冲洗水泵)》《泵外形及安装尺寸图(冲洗水泵)》《泵外形及安装尺寸图(熔盐泵)》。

《液尿泵技术协议书》由新疆玉象公司(甲方)与桂林市漓心水泵有限公司(乙方)于2010年11月21日签订,对离心泵的技术要求、主要结构特点、机械性能等进行了约定,附件《离心泵工艺数据表》署名为北京焯晶公司,记载用户为新疆玉象公司,制造商为桂林市漓心水泵有限公司,项目名称为新疆玉象胡杨10万吨蜜胺工程,设备名称为液尿泵;还记载了液尿泵的操作条件、结构特点、性能、材质等技术信息。

该技术协议附件还包括《性能曲线图》《泵外形及安装尺寸图》《结构图》。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为熔盐泵、液尿泵的种类、部分工作性能参数、材质、电机转速。

2. 涉案技术秘密管道仪表流程图(PID图)管道仪表流程图是以图示的方式把化工工艺流程和所需全部设备、管道、阀门、管件、仪表表示出来,是化工装置设计和施工的基本依据,也是开启、关闭系统,装置操作、运行,事故处理、维修的指南。

金象赛瑞公司举示的PID图共15张,绘制了完整的化工工艺流程及所需的设备、管道、阀门、管件和仪表;此外,为满足生产操作、环保、安全监管需要,还绘制了大量技术细节;其中热气除尘工段管道仪表流程图右上角的反吹气贮罐设备编号为“×××01”。

图签中署名单位为北京焯晶公司、新疆玉象公司,设计项目为168t/d蜜胺、设计阶段为初步设计;图签中无签名和时间信息。

电子图纸为1个文档,“统计信息”中创建时间为2005年4月20日11:01:28、修改时间为2010年8月16日11:00:43、累计编辑时间为937小时39分钟。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为各子系统设备设施的连接关系、工艺步骤、保温措施。

3. 涉案技术秘密设备布置图三聚氰胺生产设备的布置须根据工艺流程,经济合理地安排;因整套装置的管径较粗,金象赛瑞公司的整体布置紧凑,缩短管长以减少设备投资并减少结垢、堵塞和运行阻力,大型设备的布置还考虑了便于安装、检修、节约能源,保证整套装置的长周期稳定运行。

金象赛瑞公司举示的设备布置图共8张,绘制了反应器、尿素洗涤塔、结晶器等设备在整体装置中的具体位置,还绘制了框架结构(即放置设备的建筑框架)的长、宽、跨度及层高。

图签中署名单位为北京焯晶公司、新疆玉象公司，设计项目为 10 万吨/年蜜胺工程，设计阶段为初步设计；图签中无签名和时间信息。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为部分建筑层具体布置的设备种类、数量及相对位置关系。

4. 涉案技术秘密管道布置图管道布置是依据 PID 和设备布置等工艺条件，对装置需要的所有管道及其附件进行布置；金象赛瑞公司的管道布置在满足工艺要求的基础上，装置运行安全稳定，具有降低能耗和投资，施工、检修方便的优点。

金象赛瑞公司举示的管道布置图共 14 张，绘制了整体装置需要的所有管道及其附件采用的具体布置方式，还绘制了框架结构的长、宽、跨度及层高，以及主要设备、仪表的安装位置。

图签中署名单位为中国成达工程有限公司，并注明“本文件产权属 CHENGDA 所有，未经 CHENGDA 书面许可不准复制或转让第三方”；还标明项目名称为新疆玉象公司三聚氰胺项目、设计阶段为工程设计；图签中无签名和时间信息。

金象赛瑞公司指明其中的秘密技术信息为各建筑层部分管道及设备布置的具体种类、相对位置、连接关系、管道走向、管件设置。

5. 涉案技术秘密操作工艺金象赛瑞公司举示的操作工艺载体为工艺操作指南，署名北京焯晶公司编写，时间为 2008 年 10 月。

《前言》记载：该《操作指南》是特别针对四川玉象公司日产 168 吨(设计能力)低压气相淬冷法三聚氰胺生产装置编写的。

装置采用北京焯晶公司开发的三聚氰胺低压气相淬冷结晶新技术，该技术涵盖了公司的多项专利……该《指南》是北京焯晶公司三聚氰胺生产技术的一部分，其知识产权归北京焯晶公司所有，未经许可，任何单位和个人不得以任何形式泄露给第三方。

工艺操作指南分为十二章：设计基础、物化数据、工艺过程的物化原理、工艺过程概述、开车前的准备、联动试车、装置开车、日常操作及管理、停车、故障处理、安全技术、附图附表，介绍了三聚氰胺装置和工艺的理论知识及大量操作方法和步骤、正常操作参数和指标、安全检验、故障处理等技术信息。

金象赛瑞公司陈述工艺操作指南是其多年生产实践和理论探索的精华，属于内部资料，并指明其中的秘密技术信息为液相投料、反应器停止投料、切换尿素喷嘴的操作步骤。

此外，金象赛瑞公司还举示了闪蒸罐、触媒贮仓、成品料仓、液氨蒸发器、载气预热器、洗涤换热器、尾气洗涤塔相关图纸。

2021年3月10日，江苏金象赛瑞公司出具《确认函》就[图名：载气预热器；图号：0901SBYR-05；项目：洪泽银珠化工科技有限公司5万吨/年三聚氰胺；阶段：供新疆参考条件图]以及[出图单位：北京焯晶公司；图名：蜜胺捕集器刮刀系统零件图；项目：(洪泽)5万吨/年三聚氰胺；2010年1月8日；比例：1:25；共5页第3页]两张图纸声明：上述设备图由北京焯晶公司完成并授权我公司在相关项目中使用，我公司没有参与图纸所载技术方案的研发设计，图签所载我公司项目名称不代表我公司对图纸及其所载技术方案享有任何实质性权利。

江苏金象赛瑞公司确认图纸所载技术方案、技术信息、技术要点及相关技术秘密，及图纸所享有的包括著作权在内的一切知识产权及法律权利或权益，均归属北京焯晶公司及其母公司金象赛瑞公司所有。

江苏金象赛瑞公司系金象赛瑞公司全资子公司。

2021年3月30日，兰州兰石集团有限公司出具《确认函》声明：“新疆玉象胡杨三聚氰胺项目尿素洗涤塔图纸(图号SFSS1044-00)、尿素洗涤塔-部件图(图号SFSS1044-01-0至SFSS1044-63-0)由金象赛瑞公司完成并提供，我公司没有参与图纸所载技术方案的研发设计，图纸图签所载我公司名称及相关权利声明仅是行政机关审查的形式需要，不代表我公司对图纸及其所载技术方案享有任何实质性权利。

”(三)被诉侵权行为相关情况华鲁恒升公司系一家成立于2000年4月26日的上市股份有限公司，注册资本为162048.185万元，经营范围包括安全生产许可证批准范围内的化工产品的生产、销售等。

宁波设计院公司系一家成立于1992年8月29日的有限责任公司，注册资本为2268万元，前身为宁波市化工研究设计院、宁波市化工研究所，2011年8月5日项裕桥备案登记为董事长兼总经理，2013年4月25日项文裕备案登记为董事长、项裕桥备案登记为董事兼总经理，2014年6月9日项文裕备案登记卸任董事长、项裕桥卸任董事。

宁波厚承公司系一家成立于2001年9月6日的有限责任公司，注册资本为5158万元，2021年3月19日企业名称由“宁波远东化工集团有限公司”(以下简称宁波远东公司)经核准变更为“宁波厚承管理咨询有限公司”，2013年11月

7日项文裕备案登记为董事长、项裕桥备案登记为董事，2015年3月9日项文裕备案登记卸任董事长、项裕桥卸任董事。

2006年7月1日至2009年7月，北京焯晶公司(甲方)与尹明大(乙方)签订了3份《工作合同》约定：乙方应按照甲方的要求完成规定的工作任务，并履行保守甲方商业和/或技术秘密，不得利用甲方的商业和/或技术秘密为本人或其他经济组织/公司和/或个人谋取任何经济利益。

乙方必须对甲方公司的技术和商务机密进行保密并在正式与甲方签订工作合同之前与甲方签订保密协议。

乙方在工作期间不得将技术向其他公司和个人泄密。

乙方在工作期间对所从事的技术有所发展、改进或创新，其知识产权和专利将归甲方所有，乙方不得占为己有。

2009年7月1日签订的《工作合同》还约定，合同到期日为2012年6月30日，每月工资由北京焯晶公司和控股公司四川玉象公司发放。

2012年1月，尹明大在未办理离职手续、也未告知其存留有三聚氰胺生产技术图纸、资料的情况下，即停止在金象赛瑞公司工作。

2006年7月1日，尹明大与北京焯晶公司签订《保密协议》，约定：“北京焯晶公司拥有三聚氰胺(蜜胺)生产技术，即‘气相蜜胺生产技术’及其他技术，并且拥有以上的工艺技术和相关设备以及其他工艺技术和相关设备的技术诀窍和商务信息(以下简称相关信息)，尹明大工程师将在工作中得到和使用该相关信息。

协议双方这里同意以下：1. 尹明大工程师应对北京焯晶公司直接或间接披露的任何相关信息保密，该相关信息既有书面形式包括并不限于图纸，报价，规格，数据表等，也有在参观装置过程中及作展示介绍时得到的口头或可视的信息。

2. 尹明大工程师保证在没有收到北京焯晶公司事先的书面许可之前，不得向任何第三方披露相关信息。

尹明大工程师保证任何通过尹明大工程师得到相关信息的第三方遵守与本协议规定下至少同等的保密义务。

3. 尹明大工程师将仅利用相关信息为北京焯晶公司或北京焯晶公司所指派的地方工作……7. 本协议应在双方签字时即时生效并在尹明大工程师离开北京焯晶公司后的3年的期限内完全有效。

”2008年8月25日，四川玉象公司任命尹明大为总工程师兼技术中心主任。
2009年3月1日，四川玉象公司聘用尹明大为技术中心主任。

上海证券交易所网站(×××.cn)发布了华鲁恒升公司若干公告，包括：2011年9月7日发布的《山东华鲁恒升化工股份有限公司第四届董事会2011年第3次临时会议决议公告》载明：“公司拟收购德丰化工公司与三聚氰胺生产相关的资产……德丰化工公司为主要从事三聚氰胺生产的公司，现有一套年产10000吨三聚氰胺生产装置，并配套生产部分碳酸氢铵。

……公司拟以尿素为原料，采用加压法气相淬冷工艺技术，分两期建设10万吨/年三聚氰胺装置……该项目估算总投资27849万元，其中：固定资产投资27271万元，铺底流动资金578万元；资金筹措由企业自筹解决；项目建成后，预计年均销售收入为74000万元。

”2014年4月30日发布的《山东华鲁恒升化工股份有限公司关于10万吨/年三聚氰胺项目(一期)生产线投产的公告》载明：“公司10万吨/年三聚氰胺项目(一期)生产线于近日试车成功，打通全线流程，生产出合格产品，进入试生产阶段。

该生产线达产后将形成5万吨/年的三聚氰胺生产能力。

”2017年3月28日发布的《山东华鲁恒升化工股份有限公司关于涉及诉讼的补充公告》载明：2011年10月16日，华鲁恒升公司与宁波设计院公司和宁波远东公司(即更名前的宁波厚承公司)签订《大型三聚氰胺项目技术转让、服务建设工程设计合同》(以下简称工程设计合同)，合同确定三方关系：委托方为华鲁恒升公司，承接方为宁波设计院公司，技术授权方为宁波远东公司；合同约定费用：设计费966万元，专有技术费1600万元；合同约定：宁波设计院公司、宁波远东公司保证其为所提供的一切专有技术及相关技术资料的合法持有者。

如果发生第三方指控华鲁恒升公司侵权，由宁波设计院公司、宁波远东公司负责与第三方交涉，宁波设计院公司、宁波远东公司对此承担连带责任，华鲁恒升公司对此不承担任何责任。

近三年，华鲁恒升公司与上述合同有关的三聚氰胺产品年均营业收入占比2%左右。

原审庭审中，华鲁恒升公司认可三聚氰胺二期项目在2018年已经投产。

宁波设计院公司网站(×××.com)和宁波厚承公司网站(www.nbyuandong.net)均展示并介绍华鲁恒升公司大型三聚氰胺项目为公司业绩,项目规模5万吨/年三聚氰胺,联产30万吨/年碳酸氢铵,由宁波远东公司提供工艺包,宁波设计院公司负责工程设计。

项目地点位于山东省德州市运河开发区××工业园,占地50亩,项目投资2.5亿。

项目采用宁波远东公司加压气相淬冷法工艺,此技术在国内成熟工艺基础上进行了优化,运行更加稳定,生产周期更长,减少了开停车频率,减少了维修费用,降低了由于开停车导致的次品率以及总体能耗。

2014年8月18日,金象赛瑞公司的副总裁唐印到眉山市公安局报案,根据当日形成的《询问笔录》的记载,唐印陈述:其代表金象赛瑞公司告职工尹明大出售公司技术秘密给华鲁恒升公司。

2014年4月份,通过行业内了解到华鲁恒升公司有一套5万吨设备,经考察核实,发现华鲁恒升公司三聚氰胺生产线与金象赛瑞公司的生产线外观基本一模一样,开得也很正常,华鲁恒升公司的经销商就告诉唐印等人华鲁恒升公司的三聚氰胺技术是偷北京焯晶公司的技术,后来金象赛瑞公司的生产经理通过他自己的渠道了解到华鲁恒升公司这套技术是通过尹明大获取到的。

2015年2月6日至2月28日,多份尹明大的《讯问笔录》记载:尹明大于2006年到北京焯晶公司任项目经理,同年北京焯晶公司与金象赛瑞公司合资成立了四川玉象公司,尹明大就在四川玉象公司当技术指导,并于2008年任总工程师直到2012年初,工作内容主要是研发如何使三聚氰胺在加压状态下生产,其中需要解决反应器技术、工业参数摸索等一些问题。

此外,尹明大还从2010年7月起,兼任新疆玉象公司常务副总经理,负责项目图纸设计、监督施工进度。

金象赛瑞公司制定了相关的保密制度,对公司的技术采取了保密措施,能够接触到技术的员工都要签订保密协议。

尹明大签订的保密协议要求其所有的技术资料要保密,不能提供给别人使用,公司每个月会发一定的保密费给尹明大。

项文裕之前就跟尹明大认识,知道尹明大的任职经历;2012年,项文裕找尹明大提供金象赛瑞公司三聚氰胺加压生产的专利技术,明确告知用于为华鲁恒

升公司设计 5 万吨三聚氰胺装置，许诺事后付给尹明大 200 万元作为酬劳，尹明大答应了。

之后宁波设计院公司副总经理项裕桥(项文裕之弟)到广州，在中山大学附近的一个宾馆里面，尹明大就把笔记本电脑即被眉山市公安局扣押的笔记本电脑中金象赛瑞公司、新疆玉象公司的三聚氰胺加压装置的相关部件图纸和技术资料用 U 盘拷贝给了他。

被扣押笔记本电脑上“华鲁”文件夹中的资料是宁波设计院公司完成华鲁恒升公司的图纸后，又由项裕桥拷给尹明大，让尹明大检查有没有问题。

由于这部分资料是最终要提供给华鲁恒升公司的，所以尹明大就给文件夹命名为“华鲁”。

在 2012 年到 2013 年之间，在宁波设计院公司的设计图纸、土建图纸、工艺图纸完成的时候请尹明大去宁波帮助过审查。

2013 年 10 月，华鲁恒升公司的三聚氰胺装置快要建设完工的时候，华鲁恒升公司通过宁波设计院公司请尹明大到现场进行过检查和指导。

2013 年 12 月份，华鲁恒升公司的三聚氰胺装置要开车之前，又请尹明大给华鲁恒升公司的几个技术负责人做了一次开车前的培训。

2014 年 9 月份前后发生催化剂带出的故障，华鲁恒升公司又通过宁波设计院公司找尹明大去解决问题。

尹明大提出要先兑现之前承诺的报酬，否则不去。

于是宁波设计院公司打了 95 万元到尹明大的个人广州工行卡上。

问题得到解决后，尹明大再向宁波设计院公司提出支付剩余的 105 万元，对方就开始赖账，然后尹明大就没有再联系他们了。

尹明大在和华鲁恒升公司交流过程中发现华鲁恒升公司知道他曾经是金象赛瑞公司的总工程师，也知道尹明大和宁波设计院公司提供的三聚氰胺加压装置技术来源于金象赛瑞公司。

当时国内成熟的三聚氰胺加压装置专利技术就只有金象赛瑞公司一家，业内同行都知道。

尹明大被扣押笔记本电脑中发现的《山东华鲁恒升化工股份有限公司 5 万吨/年三聚氰胺项目核心设备制造技术协议》，是项裕桥让尹明大审核设计图纸时拷贝给他的。

被扣押笔记本电脑中发现的《三聚氰胺项目系统测试项目数据》，是华鲁恒升公司装置出问题后，叫尹明大去帮他们解决问题提供的数据，尹明大根据对方提供的运行数据结合现场检查的情况，制定解决方案。

被扣押笔记本电脑中发现的《山东华鲁恒升化工股份有限公司三聚氰胺项目特殊采购部分清单》，是其通过宁波远东公司拿给华鲁恒升公司的。

(四)被诉侵权技术的相关情况 2015年2月5日，眉山市公安局经侦支队在尹明大位于湖南省衡阳市的住处搜查并扣押了包括联想 T420i 笔记本电脑、手机、移动硬盘在内的物品若干。

原审法院依金象赛瑞公司申请，从眉山市公安局调取了其中联想 T420i 笔记本电脑硬盘镜像副本即金象赛瑞公司证据 31，其中有一个名为“三聚氰胺”的文件夹，该文件夹中包含“0.3万吨三胺”“0.6万吨三胺”“1.5万吨三胺”“5万吨三胺”等若干文件夹。

其中“5万吨三胺”文件夹中又有“成都玉龙”“华鲁”“江苏洪泽”“四川玉象1”“四川玉象2”“新疆玉象胡杨”“玉象10万吨三胺”文件夹及2个word文档。

金象赛瑞公司指控“华鲁”文件夹中的部分电子图纸与其涉案技术秘密相同或实质相同。

“华鲁”文件夹中有多个文件夹及大量技术图纸、资料，被诉侵权图纸、资料分布于不同的文件夹中。

其中存储于“华鲁\日产168吨三胺操作指南”文件夹内的《目录》word文档与金象赛瑞公司举示工艺操作指南的目录完全相同；《目录》及第一章至第十二章对应word文档页脚均标注宁波设计院公司编写，《三胺主装置设备一览表》excel文档首部有宁波设计院公司署名。

“华鲁\三胺工艺”文件夹中“168t三胺PID图.dwg”的“统计信息”中创建时间为2005年4月20日11:01:28、修改时间为2012年2月7日20:44:36、累计编辑时间为1020小时58分钟；其中热气除尘工段管道仪表流程图右上角的反吹气贮罐设备编号为“×××01”，其余设备编号与金象赛瑞公司相应图纸中的设备编号相同。

部分被诉侵权图纸的图签中项目名称为华鲁恒升公司三聚氰胺项目,设备布置图的图签中有宁波设计院公司署名、项目名称为华鲁恒升公司5万吨/年蜜胺工程。

眉山中院从宁波设计院公司员工电脑上保全电子数据的U盘,内有“5万吨三胺工艺包文件”“PID、布置及定型设备”“SA”三个文件夹。

金象赛瑞公司指控其中存放路径为“PID、布置及定型设备\工艺PID及布置图”中的“185t三胺PID.dwg”的电子图纸与其涉案技术秘密PID图纸记载的技术信息实质相同。

“185t三胺PID.dwg”的“统计信息”中创建时间为2005年4月20日11:01:28、修改时间为2012年1月1日17:21:43、累计编辑时间为1137小时20分钟;其中热气除尘工段管道仪表流程图右上角的反吹气贮罐编号为“×××01”,但图纸底部的说明中无该编号设备,相反有“×××01反吹气贮罐”的标注,其余设备编号与金象赛瑞公司相应图纸中的设备编号相同。

眉山中院调取的华鲁恒升公司作为建设单位提交备案的设计专篇编制日期为2013年3月,设计单位为宁波设计院公司。

1.1.2“建设项目简况及组成”记载:“本项目10万吨/年三聚氰胺装置,分两期工程建设。

一期工程包括单套5万吨/年三聚氰胺,尾气联产30万吨/年碳酸氢铵,熔盐炉烟气脱硫副产2250吨硫酸铵(设计规模4500吨/年);二期工程包括单套5万吨/年三聚氰胺,熔盐炉烟气脱硫装置与一期工程共用。

”1.1.3“建设项目的技术工艺和国内外同类建设项目水平对比”记载“宁波远东化工有限公司气相淬冷工艺是在消化吸收国内外各先进工艺技术的基础上,针对干捕再精制工艺的缺点而改进开发的三聚氰胺生产新工艺。

”在“国内工艺技术概况”中提到“2006年,北京大学焯晶科技有限公司第三代气相淬冷法技术问世,对我国三聚氰胺产业的发展具有里程碑意义,结束了长期依赖进口国外三聚氰胺技术的历史。

该技术已得到德国鲁奇公司的认可,受到国外关注,已有2万吨/年和5万吨/年装置在四川玉象成功运行。

”设计专篇附件包含碳酸氢铵装置管道及仪表流程图、烟气脱硫系统工艺管道及仪表流程图、设备一览表、三聚氰胺主要装置暨设备布置图等技术资料。

金象赛瑞公司主张其中设备一览表、三聚氰胺主要装置暨设备布置图记载的技术信息与其核心设备参数、机泵参数、设备布置实质相同。

(五)华鲁恒升公司及同业上市企业的经营情况根据华鲁恒升公司多份年度报告的记载,华鲁恒升公司涉足化肥、化工、电热行业;其中化肥业务属于氮肥行业,主导产品为尿素,主要用于农业生产和工业加工;有机胺系列产品主要包括DMF(二甲基甲酰胺)、一甲胺、二甲胺、三甲胺等相关产品,其中DMF为主导产品。

华鲁恒升公司的主营产品还包括醋酸及衍生品、己二酸及中间品、多元醇。

华鲁恒升公司2013年度董事会工作报告载明,公司10万吨/年三聚氰胺项目在建中尚未产生收益,项目进度为93%。

华鲁恒升公司2014年度董事会工作报告载明,公司10万吨/年三聚氰胺项目一期投产。

华鲁恒升公司2014年度第一季度营业收入为2269044480.65元。

华鲁恒升公司《2014年年度报告》《2016年年度报告》《2017年年度报告》《2018年第一季度报告》记载,华鲁恒升公司2014年营业收入9710121856.35元,营业利润954565036.44元,化工行业毛利率为16.82%,有机胺产品毛利率为18.8%。

2015年营业收入8651296129.53元、营业利润1063344936.93元,化工行业毛利率为16.45%,有机胺产品毛利率为23.23%。

2016年营业收入7701060175.5元,营业利润1035421882.94元,化工行业毛利率为20.78%,有机胺产品毛利率为28.36%。

2017年营业收入10408071378.76元,营业利润1449489293.56元,化工行业毛利率为22.22%,有机胺产品毛利率为29.62%。

2018年第一季度营业收入3438428590.32元、营业利润865914836.77元。

四川美丰公司拥有三聚氰胺产能5万吨/年,根据其2014年至2017年年度报告的记载,2014年至2017年生产三聚氰胺的毛利率分别为21.13%、21.29%、34.03%、46.58%。

(六)关联案件的相关情况 1. (2016)川14民初8号案件相关情况 2016年3月14日,眉山中院受理(2016)川14民初8号金象赛瑞公司诉华鲁恒升公司、宁

波远东公司即本案宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大侵害技术秘密纠纷一案。

除损害赔偿金额外，金象赛瑞公司在该案的诉讼请求、事实与理由，与本案基本一致。

2016年4月26日，眉山中院工作人员来到华鲁恒升公司经营场所，告知华鲁恒升公司法务员工姜文英证据保全裁定的内容并送达相应诉讼文书，同时还告知妨碍保全的法律后果。

姜文英答复，有资料公司清理后邮寄给法院，对于总控室不同意安排现场调取证据，现场询问过领导不同意保全人员过去，并拒签笔录。

2016年5月5日，眉山中院作出(2016)川14民初8号罚款决定，记载：华鲁恒升公司拒不履行该院生效的证据保全裁定，采取派人围堵、封路、跟踪等方式阻碍该院司法工作人员依法执行公务，其行为已构成对民事诉讼的严重妨害，决定：对华鲁恒升公司罚款80万元。

华鲁恒升公司不服，向四川省高级人民法院申请复议；四川省高级人民法院驳回申请，维持原决定。

2016年4月26日上午9时30分左右，眉山中院工作人员来到宁波设计院公司和宁波远东公司(即更名前的宁波厚承公司)办公场所进行证据保全，发现宁波设计院公司与宁波远东公司的办公区域混同，墙面标识也有混同的情况。

保全工作人员向宁波设计院公司法定代表人张革松告知了案件相关情况并送达了相应诉讼文书，并告知保全工作有金象赛瑞公司人员郭利红随行，目的是因该案所涉技术性很强，需要对拟保全材料是否属于保全范围进行过滤，但该工作人员所接触材料的范围仅限于证据名称、不涉及证据内容，张革松对此未提异议。

随后宁波设计院公司员工刘黎艳将其办公电脑上的相关文件向保全工作人员进行展示，但需要解密后才可以复制，解密期间因技术故障导致解密中断。

随后，刘黎艳带领保全工作人员前往档案室对所涉相关19张技术图纸进行了复制(晒蓝图)。

上午11时30分左右，宁波远东公司的项裕桥到达公司，保全工作人员向其告知了案件相关情况并送达了相应诉讼文书。

随后,文件解密的技术故障消除,项裕桥提出法院调取资料也涉及技术秘密,希望保密,保全工作人员介绍了案件审理程序。

下午4时20分左右,解密完成,由保全工作人员提供了一个32G的新U盘,进行杀毒和格式化后确认了U盘的清洁性,之后复制了以下文件:1.文件夹名称“5万吨三胺工艺包”,大小460KB;2.文件夹名称“PID、布置及定型设备”,大小172MB;3.文件夹名称“SA”,大小16.8MB。

其中关于宁波设计院公司、宁波远东公司和华鲁恒升公司之间就保全裁定所涉及的技术协议、设计合同、操作规程(指南),宁波设计院公司和宁波远东公司表示二者实际持有,但基于其与华鲁恒升公司之间的保密约定,不便在现阶段向法院提供,但会在庭前证据交换和开庭审理时提交。

另外,对于保全工作人员已经晒蓝图的19张图纸,宁波远东公司的项裕桥提出其中4张与保全范围无关,不能提供,另外15张(三聚氰胺主装置管道平面布置图15张,图号24-01-0101-PD-006-01——24-01-0101-PD-006-15)也不便于现阶段向法院提供,但将会在庭前证据交换和开庭审理时提交。

证据保全过程中还制作了《证据保全笔录》《询问笔录》3份和《复制清单》。

《复制清单》中还特别说明:随着打开U盘的电脑不同,各文件夹的容量大小显示会有不同。

因文件数量极多,故此清单只记录了文件夹名称,以及所复制文件的总容量。

同日,郭利红出具《情况说明》:“我应法院要求于2016年4月26日协助眉山市中级人民法院前往宁波市化工设计院协助进行三聚氰胺技术秘密案证据保全。

我在保全过程中只看到了文件目录,没有看见文件具体内容。

我将对我所看见的文件目录保密。

”2017年8月18日,眉山中院作出(2016)川14民初8号之四民事裁定书,裁定准许金象赛瑞公司撤回起诉。

2. (2017)粤民初97号案相关情况 2016年12月13日,金象赛瑞公司、北京焯晶公司向广州知识产权法院提起诉讼;后广东省高级人民法院裁定该案由其管辖,并于2017年11月29日受理(2017)粤民初97号金象赛瑞公司、北京焯晶公司与华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大侵害发明专利权纠纷一案。

金象赛瑞公司、北京焯晶公司在该案中请求：华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大立即停止侵害 Z L 20111010××××.9 发明专利权的行为，并共同赔偿 1.2 亿元及维权合理开支。

起诉事实与理由与本案基本一致，被诉侵权项目与本案相同，并明确因该案专利涉及被诉侵权生产项目全部生产系统和反映技术核心的最本质改进和整体的工艺方法，该案赔偿数额在该案、本案以及(2016)粤 73 民初 2553 号案件中的分配占比应在 60%以上。

该案诉争专利为名称“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”的发明专利，专利号为 20111010××××.9，申请日 2011 年 4 月 28 日，公开日 2011 年 10 月 19 日，授权日 2013 年 9 月 11 日，专利权人为金象赛瑞公司和北京焯晶公司。

该专利原权利要求书记载的权利要求 1-3、6 公开了气相淬冷法蜜胺生产系统中尿素洗涤塔、流化床反应器、热气冷却器、热气过滤器、结晶器、蜜胺捕集器、载气预热器、载气压缩机、气液分离器、冷气鼓风机、冷气冷却器、废热锅炉之间的连接关系；权利要求 4、5、8 公开了载气预热器、热气过滤器、气液分离器的种类；权利要求 7 公开了尿素洗涤塔内设置有管内蒸发式换热器；权利要求 9-12、14-17 公开了该系统的生产工艺步骤、反应条件(温度区间及压力区间)及物热循环方式；权利要求 13 公开了催化剂为颗粒状多孔硅酸铝胶体。

专利说明书背景技术中记载，低压气相淬冷法具有流程短、设备少、介质腐蚀性小、投资省、建设期短的优点，在近十余年来发展较为迅猛，大约已占全球蜜胺总产量的 55%。

说明书还公开了 3 个实施例，即按照专利所述技术方案，工艺气系统在 0.15MPa、1.8MPa、0.4MPa 压力条件下(均未公开对应的反应温度)主要设备的反应温度或压力，以及蜜胺尾气工艺参数、每吨电力消耗和装置设备投资比率。

一审裁判结果

2020 年 6 月 10 日，广东省高级人民法院作出(2017)粤民初 97 号民事判决，根据查明事实并综合考虑该案专利性质、专利对实现三聚氰胺产品利润的价值、关联案件即本案及(2016)粤 73 民初 2553 号案的情况、合理维权费用因素，判决：一、华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司立即停止制造侵犯金象赛瑞公司、北京焯晶公司专利号为 20111010××××.9，名称为“节能节资型气相

淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”产品发明专利权的蜜胺生产系统，华鲁恒升公司立即停止使用侵犯该产品发明专利权的蜜胺生产系统；二、华鲁恒升公司立即停止侵犯金象赛瑞公司、北京焯晶公司专利号为 20111010××××.9，名称为“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”方法发明专利权的行为，即华鲁恒升公司停止使用该专利方法、销售依照该专利方法直接获得的蜜胺产品；三、华鲁恒升公司赔偿金象赛瑞公司、北京焯晶公司经济损失及维权合理费用共计 8000 万元，宁波厚承公司、宁波设计院公司对其中的 4000 万元承担连带赔偿责任；四、驳回金象赛瑞公司、北京焯晶公司的其他诉讼请求。

上诉人诉称

金象赛瑞公司、北京焯晶公司、华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司不服该判决，已提起上诉。

3. (2016)粤 73 民初 2553 号案件相关情况 2016 年 12 月 13 日，广州知识产权法院受理(2016)粤 73 民初 2553 号原告金象赛瑞公司、北京焯晶公司诉被告华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大侵害发明专利权纠纷一案。

金象赛瑞公司、北京焯晶公司在该案中请求：华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大立即停止侵害 Z L 20101021××××.0 发明专利权的行为，并共同赔偿 1500 万元及维权合理开支。

起诉事实与理由与本案基本一致，被诉侵权项目与本案相同。

该案诉争专利为名称“组合式换热器及流化床反应器”的发明专利，专利号为 20101021××××.0，申请日 2010 年 6 月 22 日，公开日 2010 年 12 月 22 日，授权日 2012 年 7 月 18 日，专利权人为金象赛瑞公司和北京焯晶公司。

该专利原权利要求书记载的权利要求 1-12 公开了组合式换热器的结构，权利要求 13-14 公开了前述组合式换热器在流化床反应器的设置位置。

该案一审判决：驳回金象赛瑞公司、北京焯晶公司的全部诉讼请求。

金象赛瑞公司、北京焯晶公司不服该判决，已提起上诉。

4. 尹明大涉嫌犯罪的相关情况尹明大于 2015 年 2 月 6 日因涉嫌犯非国家工作人员受贿罪被刑事拘留，同年 3 月 3 日被取保候审；因涉嫌犯侵犯商业秘密罪，于 2020 年 8 月 5 日被逮捕。

本案原审法庭辩论终结后，金象赛瑞公司向原审法院提交了该案一审刑事判决；尹明大不服该判决，已提出上诉。

原审法院认为：本案被诉侵权行为持续至2019年4月23日修正的《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称2019年修正的反不正当竞争法）及《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）施行后，按照从旧兼有利的民事法律适用原则，本案适用2021年1月1日起实施的民法典、2019年修正的反不正当竞争法。

根据双方诉辩主张及庭审陈述，争议焦点归纳如下：（一）本案是否超过诉讼时效；（二）金象赛瑞公司主张的技术信息是否系其技术秘密；（三）华鲁恒升公司等被诉侵权人是否实施了侵害金象赛瑞公司技术秘密的行为；（四）如若侵权成立，则民事责任应如何承担。

（一）本案是否超过诉讼时效 本案中，金象赛瑞公司于2014年4月知晓华鲁恒升公司三聚氰胺一期项目投产后，进行调查、核实，后于2014年8月18日向眉山市公安局报案指控尹明大出售金象赛瑞公司技术秘密给华鲁恒升公司。

结合华鲁恒升公司公告其三聚氰胺一期项目试生产时间为2014年4月30日，故金象赛瑞公司知晓其权利受到侵害的时间应为2014年4月30日至8月18日期间。

2016年3月14日金象赛瑞公司向眉山中院起诉华鲁恒升公司、宁波远东公司即宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大侵害其商业秘密，而《中华人民共和国民法总则》（以下简称民法总则）于2017年10月1日起施行，故当时应适用2009年8月27日修正的民法通则关于诉讼时效的规定。

根据民法通则第一百三十五条、第一百四十条的规定，即便按照2014年4月30日起算诉讼时效，2016年3月14日金象赛瑞公司起诉时二年诉讼时效并未届满，故诉讼时效因提起诉讼而中断。

根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法总则〉诉讼时效制度若干问题的解释》第二条规定，民法总则施行之日，诉讼时效期间尚未满民法通则规定的二年或者一年，当事人主张适用民法总则关于三年诉讼时效期间规定的，人民法院应予支持。

本案自2016年3月14日重新计算的诉讼时效在民法总则2017年10月1日施行时，未满二年，故本案应适用三年诉讼时效的规定。

眉山中院受理的(2016)川14民初8号侵害技术秘密纠纷一案于2017年8月18日撤诉结案,至原审法院于2017年8月28日受理本案,重新计算的诉讼时效显然未满三年,故金象赛瑞公司的诉讼请求未超过诉讼时效。

被上诉人辩称

华鲁恒升公司辩称金象赛瑞公司于2013年5月22日就应知晓其权利遭受侵害,但2013年5月22日宁波厚承公司在其网站发布的信息仅介绍合作项目为被诉侵权项目,项目采用宁波厚承公司加压气相淬冷法工艺,但并未公开项目的具体技术内容,故不足以证明金象赛瑞公司在当时就知道或应当知道其权利遭受侵害;华鲁恒升公司、宁波厚承公司关于本案诉讼时效届满的抗辩,缺乏事实依据,不能成立。

(二)金象赛瑞公司主张的技术信息是否系其技术秘密 1. 诉争技术信息是否构成技术秘密关于秘密性的认定。

根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第三条规定,权利人请求保护的信息在被诉侵权行为发生时不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的,人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的不为公众所知悉。

第四条规定,具有下列情形之一的,人民法院可以认定有关信息为公众所知悉:(一)该信息在所属领域属于一般常识或者行业惯例的;(二)该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容,所属领域的相关人员通过观察上市产品即可直接获得的;(三)该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露的;(四)该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开的;(五)所属领域的相关人员从其他公开渠道可以获得该信息的。

将为公众所知悉的信息进行整理、改进、加工后形成的新信息,符合本规定第三条规定的,应当认定该新信息不为公众所知悉。

根据金象赛瑞公司、北京焯晶公司共同申请并所有的“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”发明专利说明书中关于技术背景的描述,以及华鲁恒升公司提交备案的设计专篇中关于三聚氰胺生产工艺现有技术的介绍,可以看出三聚氰胺低压气相淬冷生产技术是一项在该行业较为成熟的技术,但因为系统压力较低,因此生产效率较低、能耗较高,难以实现大型化和稳定连续生产;如果

简单的以提高系统压力或放大设备体积的方法来提高产量，则生产能耗高或设备造价高，以至于产品成本升高，进而难以在市场竞争中取得优势。

关于诉争技术信息的性质。

技术信息所有人或持有人同时采取专利与商业秘密对其技术成果进行双重保护是非常常见的，技术成果并不因其部分内容被专利公开就当然丧失秘密性。

这是因为专利权利要求书及说明书披露的技术方案在本领域能够实现即可，而无须具体披露技术方案工业化的全部内容，特别是关键设备的技术细节。

从专利技术方案到具体的工业化实施还需考虑诸多因素，就本案而言，从专利技术方案到生产线建设并正常运行投产，还需考虑场地、设备制造、产品转化率、生产能耗、环保措施、运行维护、投资成本等诸多因素，并且化工项目还需要考虑项目选址的水文地质条件、气象条件、能源供给方式等因素对技术方案的实施可能产生的影响。

本领域技术人员可以按照专业知识对工业化生产线的每一个技术信息进行选择和计算，但在不断的选择、计算中如何因地制宜地确定具备竞争优势的工业化方案，显然还需要投入大量的智力劳动，这种智力劳动成果就体现为技术图纸、资料中所记载的设备及零部件的尺寸、结构、形状、材质、连接关系、位置关系、加工方法、组装方法、生产工艺或方法的技术参数、操作步骤、工艺过程、用途等技术细节。

也正是因为如此巨大的投入，大型成套设备可直接用于生产制造、建设施工的设备图、流程图及工艺操作指南通常就不容易直接从市场上获取或被行业普遍知悉。

同时，因为涉案技术秘密是一项成熟工艺的改进技术，技术图纸、资料必然记载了所属领域公知技术信息，故金象赛瑞公司在涉案技术秘密载体记载的全部技术信息中指明了其中不为公众所知悉的部分，而其整体技术也正是因其中具备不为公众所知悉的技术信息得以成为技术秘密。

结合在案证据，原审法院对涉案技术秘密的秘密性作进一步评述。

(1)设备图及机泵参数秘密性的认定。

尹明大辩称，涉案技术秘密的设备结构、工作性能参数、技术要求已被“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”“一种甲烷化流化床反应器”“一种

三聚氰胺气体过滤装置”“一种组合式换热器及流化床反应器”等专利公开，或属于公知常识、行业惯例或常规设计，早已在原常压法中公开。

设备尺寸、容积、换热面积等技术参数是根据反应条件、工艺要求、汽、液流量、粉尘量、熔盐循环总量等计算确定。

保温措施是根据不同厂家的情况进行选择。

原审法院认为，首先，尹明大未就其主张举示任何证据材料，不能证明涉案技术秘密已经被公开。

第二，反应器、热气过滤器、热气冷却器、结晶器、捕集器、尿素洗涤塔、冷气除雾器均属于大型非标设备，设备及其零部件的结构、尺寸、形状、工作性能参数、技术要求不属于通过简单观察即可直接获得的信息，也不属于行业内的通用标准。

粉尘储罐、反吹气贮罐、氨气贮罐、熔盐贮槽均是主要设备的配套装置，其结构、尺寸、工作性能参数、技术要求与生产反应系统互相匹配，也不属于行业惯例或通过简单观察即可直接获得的信息。

保温措施既须满足工艺要求，还须兼顾经济性，其选择结果不具有普遍性。

第三，正如尹明大所述，涉案技术秘密的诸多技术参数需要根据生产反应系统的其他技术要求进行计算和确定，但尹明大既未说明具体计算方法，也未证明计算结果的普遍性。

技术参数的确定需要考虑不同工艺系统的特殊性且技术参数必须互相配合，计算过程中参数的选择和调整并不是各个系统普遍适用的，故技术参数不属于本领域技术人员可以普遍知悉的信息。

第四，“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”“一种甲烷化流化床反应器”“一种三聚氰胺气体过滤装置”“一种组合式换热器及流化床反应器”等专利均未全面公开涉案技术秘密设备图记载的全部技术信息。

此外，华鲁恒升公司等被诉侵权人也未举证证明涉案技术秘密设备图纸记载的技术信息存在《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第四条规定的应当认定为技术信息已被公众所知悉的其他情形，故涉案技术秘密设备图记载的技术信息，至原审判决作出时仍具备秘密性。

尹明大辩称，涉案技术秘密熔盐泵、液尿泵的相应技术参数是根据反应器投料尿素压力要求及尿素洗涤塔的高度而确定，其余为常规参数，均为本领域相关人员普遍知悉的技术信息。

原审法院认为，熔盐泵、液尿泵虽然是通用设备，但设备供应商通常会提供一系列型号设备供选择，也可根据使用方需求进行定制。

涉案技术秘密熔盐泵、液尿泵技术参数的计算或选择需要考虑特定工况的具体要求，还需兼顾经济性，因此不属于容易获得或普遍知悉的信息，故熔盐泵、液尿泵工艺数据表记载的技术信息，至原审判决作出时仍具备秘密性。

(2)PID图秘密性的认定。

金象赛瑞公司已经提交了涉案技术秘密的载体，并且对其中相较于现有技术的改进技术进行了说明，但是宁波设计院公司举示的所有公知技术文献并未直接公开涉案技术秘密PID图，也未完整披露PID图记载的全部技术信息，也无法根据公知文献就容易联想出涉案技术秘密PID图的具体内容。

退一步讲，即便仅审查金象赛瑞公司指明的秘密技术信息，宁波设计院公司举示的公知技术文献也不存在一项公知技术全面公开PID图所有的秘密技术信息的情况。

宁波设计院公司举示的与PID图技术信息最接近的公知技术文献(名称为“用于制备三聚氰胺的系统及方法”的专利，申请号为201010193865.6)也未公开熔融尿素加料子系统中尿素洗涤塔、尿素管道、蒸汽源、尿素地池的布置关系，反应工段子系统中氨气管设置方式，热气冷却工段子系统中气液循环方式。

故宁波设计院公司辩称涉案技术秘密PID图记载的技术信息已被公开，缺乏事实依据，不能成立。

尹明大辩称PID图记载的技术信息在常压气相淬冷法中已公开，且清大公司的加压气相淬冷法年产1.5万吨三聚氰胺PID图也已公开。

原审法院认为，虽然三聚氰胺生产技术已属成熟技术，但不能因此得出所有生产企业的工业化方案均完全相同，也不能得出在先技术的特定工业化方案已被全行业所普遍知悉，尹明大的辩称亦不成立。

其余被诉侵权人也未证明存在其他丧失秘密性的情形，故涉案技术秘密PID图记载的技术信息，至原审判决作出时仍具备秘密性。

(3)设备布置图秘密性的认定。

尹明大辩称结晶器的布置位置并非金象赛瑞公司首创；国内所有加压气相淬冷法年产5万吨三聚氰胺装置以及常压气相淬冷法年产3万吨三聚氰胺装置的结晶器布置位置均相同，是该领域普遍知悉的技术信息。

大型设备尿素洗涤塔、热气过滤器、捕集器、结晶器、冷气除沫器、反应器等布置位置，是为了便于安装和检修，也属公知常识。

热气过滤器与热气冷却器对应，形成的热气冷却过滤单元是国内气相淬冷法三聚氰胺厂家普遍做法，是行业惯例。

四套设备相互切换、互为备用，在2013年已被尹明大的名称为“一种三聚氰胺热器过滤装置”的专利公开。

框架结构的跨距也是常规做法，属化工行业设计惯例。

原审法院认为，虽然涉案技术秘密的成套装置是在户外安装，但整套装置设备多、体积大、布置复杂且须相互配合、节约空间，故诸多布置安排、特别是布置细节不能通过简单观察装置外观即可直接知悉。

尹明大既未就其辩称内容举证，也未说明设备布置原则的具体内容和布置结果的普遍性，华鲁恒升公司等被诉侵权人也未证明存在其他丧失秘密性的情形，故涉案技术秘密设备布置图记载的技术信息，至原审判决作出时仍具备秘密性。

(4) 管道布置图秘密性的认定。

尹明大辩称，涉案技术秘密的管道布置方案、原则，与加压气相淬冷法、常压气相淬冷法采用的方案与原则相同，是设备布置确定后，根据气相淬冷工艺技术要求及化工工艺设计规范进行布置，属行业普遍做法。

原审法院认为，同理，尹明大既未说明布置原则的具体内容和布置结果的普遍性，也未就其辩称举示任何证据，华鲁恒升公司等被诉侵权人也未证明其他存在丧失秘密性的情形，故涉案技术秘密管道布置图记载的技术信息，至原审判决作出时仍具备秘密性。

(5) 操作工艺秘密性的认定。

尹明大辩称，金象赛瑞公司指称的秘密技术信息在常压气相淬冷法中已有解决方案，属公知信息，否则本领域的其他三聚氰胺厂家无法生产。

原审法院认为，涉案技术秘密的工艺操作指南是与涉案技术秘密的设备及化工工艺配套使用，而非针对三聚氰胺生产技术的通用操作工艺。

在各生产企业设备、生产工艺存在差异的情况下，无法得出工艺操作指南记载的技术信息已被全面知悉或公开。

华鲁恒升公司等被诉侵权人也未证明操作指南存在其他丧失秘密性的情形，故涉案技术秘密工艺操作指南记载的技术信息，至今仍具备秘密性。

关于合理保密措施的认定。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司辩称，尹明大不对金象赛瑞公司负有保密义务，且保密措施不符合具体、明确、可识别的标准。

原审法院认为，第一，尹明大签订的《工作合同》中明确约定其工资由北京焯晶公司和四川玉象公司共同发放，四川玉象公司在 2008 年即任命尹明大为其总工程师兼技术中心主任，又因四川玉象公司被金象赛瑞公司吸收合并，故尹明大就是金象赛瑞公司的员工，尹明大也在《讯问笔录》中多次确认该事实。

第二，尹明大在其签订的《工作合同》《保密协议》中均明确约定须对在工作中得到和使用的“三聚氰胺(蜜胺)生产技术”负有保密义务，还指明了信息的具体形式。

尹明大在 2015 年 2 月 13 日的《讯问笔录》中也陈述金象赛瑞公司制定了相关的保密制度，对公司的技术采取了保密措施，同时公司能够接触到技术的员工都要签订保密协议；其明确知晓签订的保密协议要求其对所有的技术资料要保密，不能提供给他人使用，公司每个月还会向其支付一定的保密费。

第三，在尹明大离职时，金象赛瑞公司已明确要求尹明大返还存储有涉案技术秘密载体资料的笔记本电脑，《保密协议》也明确约定离职后有三年的保密期。

因此，尹明大既明确知晓其保密义务的具体内容、期限，也明确知晓金象赛瑞公司对其的保密要求，故尹明大对金象赛瑞公司负有保密义务，且保密义务在其离职后依然有效。

此外，金象赛瑞公司提交的部分技术图纸及工艺操作指南已明确标注未经许可，不得复制，不得向第三方披露、转让，即信息载体已有明确的保密标识。

四川玉象公司、新疆玉象公司也分别与设备制造商约定有保密义务，明确其保密要求。

综上，涉案技术秘密已经通过签订保密协议、标记商业秘密载体、要求离职员工登记返还商业秘密载体等方式，采取了合理保密措施。

关于价值性的认定。

尹明大辩称金象赛瑞公司举示的图纸并不完整，故不具有实用性；华鲁恒升公司、宁波厚承公司辩称，金象赛瑞公司未证明诉争技术信息所能带来的技术效果或经济效益，故诉争技术信息不具备价值性。

金象赛瑞公司明确其在本案中主张的是设计阶段的设计图，而非最终定稿的施工图或竣工图；且考虑审理效率，并未举示完整生产反应系统的全部技术资料。

四川玉象项目、新疆玉象胡杨项目均已建成投产多年，故不能因金象赛瑞公司仅举示部分图纸而否定低压气相淬冷法三聚氰胺生产技术的完整性和实用价值。

同时，“5万吨/年节能节资型气相淬冷法蜜胺生产新技术”获“技术进步特等奖”，华鲁恒升公司备案的设计专篇中也明确提到“北京大学焯晶科技有限公司第三代气相淬冷法技术问世，对我国三聚氰胺产业的发展具有里程碑意义，结束了长期依赖进口国外三聚氰胺技术的历史。

该技术已得到德国鲁奇公司的认可，受到国外关注，已有2万吨/年和5万吨/年装置在四川玉象成功运行”。

故虽然金象赛瑞公司举示的是设计阶段的图纸，但图纸记载的技术内容已经体现了技术改进的主要成果，改进措施足以实现三聚氰胺加压气相淬冷法单一生产线产能的大幅提升，同时降低生产能耗和设备投资，减少日常维护频率和成本，产品成本显著降低，金象赛瑞公司得以在市场竞争中取得优势，故涉案技术秘密具备商业价值。

综上，金象赛瑞公司在本案请求保护的“加压气相淬冷法三聚氰胺生产反应系统”不为公众所知悉、具有商业价值并采取了相应保密措施，构成技术秘密。

2. 涉案技术秘密是否归金象赛瑞公司所有北京焯晶公司2008年10月编写完毕的工艺操作指南载明，该工艺操作指南是特别针对四川玉象公司日产168吨（设计能力）低压气相淬冷法三聚氰胺生产装置编写的。

由此可看出北京焯晶公司与金象赛瑞公司在涉案技术秘密研发过程中的长期合作关系。

至北京焯晶公司被金象赛瑞公司收购控股，北京焯晶公司与金象赛瑞公司以签订《技术秘密转让合同》的形式，对涉案技术秘密的归属进行明确，不违反法律法规的规定，合法有效，金象赛瑞公司是涉案技术秘密的权利人。

尹明大辩称涉案技术秘密剽窃自清大公司，华鲁恒升公司辩称涉案技术秘密来源于山东海化魁星化工有限公司，但均未举证证明。

涉案技术秘密是基于成熟的三聚氰胺生产技术改进形成的新的生产技术，但在四川玉象项目投产前，国内并无突破年产5万吨的单一三聚氰胺生产线。

因此，即便清大公司、山东海化魁星化工有限公司拥有三聚氰胺生产技术，也不能据此得出该两家经营主体就必然可以掌握单一生产线年产5万吨三聚氰胺的生产技术，甚至以此否定涉案技术秘密的研发历程和来源。

故华鲁恒升公司、尹明大的该项辩称，缺乏事实依据，不能成立。

(三)华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大是否实施了侵害金象赛瑞公司技术秘密的行为 1. 涉案技术秘密与被诉侵权技术形成先后的问题在案证据显示，金象赛瑞公司指控并用以比对的被诉侵权图纸的修改时间均晚于金象赛瑞公司对应技术图纸的修改时间。

金象赛瑞公司指控并用于比对的“4 第四章工艺过程概述.doc”的修改时间为2013年3月1日15:25:22，晚于金象赛瑞公司举示的工艺操作指南封面记载的完成时间2008年10月。

金象赛瑞公司指控并用于比对的“熔盐泵(1j0901ABC)工艺数据表.xls”修改时间为2012年2月21日21:47:02，“液尿泵(1j0901AB)工艺数据表.xls”修改时间为2012年2月21日20:28:40，均晚于金象赛瑞公司分别于2010年11月21日、2010年11月2日签订的2份技术协议书的时间。

同时，尹明大被扣押笔记本电脑“华鲁\三胺工艺”文件夹中的“168t 三胺PID图.dwg”的创建时间、眉山中院证据保全的“185t 三胺PID.dwg”的创建时间与金象赛瑞公司对应图纸“168T 三胺PID图-20100807.dwg”的创建时间均为2005年4月20日11:01:26，且眉山中院证据保全“185t 三胺PID.dwg”的累计编辑时间为1137小时20分钟多于尹明大被扣押笔记本电脑中“168t 三胺PID图.dwg”的累计编辑时间1020小时58分钟，更多于金象赛瑞公司“168T 三胺PID图-20100807.dwg”累计编辑时间937小时39分钟。

基于在案证据时间信息的先后关系，在无相反证据的情况下，原审法院认为金象赛瑞公司举示的涉案技术秘密载体形成时间全面早于被诉侵权技术载体的形成时间，故涉案技术秘密的形成时间早于被诉侵权技术的形成时间。

2. 被诉侵权技术信息与涉案技术秘密是否实质相同将尹明大被扣押笔记本电脑中的金象赛瑞公司指控的技术图纸、资料与涉案技术秘密进行比对：首先，尹明大被扣押笔记本电脑“华鲁”文件夹中有与涉案技术秘密全部载体图纸、资料相对应的技术图纸、资料。

其中被诉侵权技术图纸的绘图比例、设备、管道及零部件的命名编号、局部图及缩放图的选择、绘制及布局等绘图风格与涉案技术秘密图纸的命名方式、绘图风格几无差别，工艺操作指南的编排体例、章节名称、制表格式完全一致。

第二，将被诉侵权设备图与金象赛瑞公司的对应图纸进行整体比对，热气冷却器、热气过滤器图纸完全相同，其余设备图除少量技术信息存在差异外，设备及其零部件的结构、形状、尺寸、材质、组装方法、连接关系、加工要求、设计制造检验数据及要求、用途等内容均基本相同。

设备图的主要区别在于：1. 结晶器一个内构件的高度位置不同；2. 捕集器的局部尺寸不同；3. 气体分布器的支腿位置、数量不同；4. 粉尘储罐设置了减压锥；5. 冷气除沫器、氨气贮罐、粉尘储罐、反吹气贮罐、熔盐贮槽的个别管道尺寸、管口形状不同，但上述区别不会改变该设备的用途、使用方式、技术目的和效果，故前述设备的被诉侵权图纸记载的技术信息与涉案技术秘密对应图纸记载的技术信息，实质相同。

6. 被诉侵权的反应器图纸上，反应器直筒段高度增加了 5 米、设备容积也相应增加，按照化工理论，反应器规格的放大会导致单位时间内反应生成物产量的增加，但结合被诉侵权的液尿泵工艺数据表记载的数据看，该反应器输入的原料（熔融尿素）的量是相同的，且单条产线的年产量也是 5 万吨，因此从完整产线看，该反应器的技术效果，特别是产能，并没有发生变化，故反应器被诉侵权图纸记载的技术信息与涉案技术秘密对应图纸记载的技术信息，实质相同。

7. 被诉侵权的尿素洗涤塔图纸上，冷气进口的 N1 管的直径放大，设备高度作相应增加，进口直径放大是基于冷气进气量或流量需求决定的，容易被所属领域技术人员联想到，且不会导致尿素洗涤塔用途、使用方式、目的、效果等产生变化。

此外，被诉侵权的尿素洗涤塔图中记载的工作压力 0.4MPa、设计压力 0.5MPa 高于金象赛瑞公司相应图纸记载的工作压力 0.35MPa、设计压力 0.4MPa，工作压

力是正常工况下设备的压力值，设计压力是压力容器顶部的最高压力，反映设备所能承压的安全阈值上限。

虽然被诉侵权图纸的工作压力、设计压力与金象赛瑞公司图纸存在差异，但被诉侵权尿素洗涤塔图纸上记载的其他设备信息(如材质、容积、主体壁厚等)与涉案技术秘密对应图纸记载的相应技术信息均相同，故这种承压条件的改动，不会导致尿素洗涤塔在实现功能或在完整装置中产生不同的技术效果。

且华鲁恒升公司备案的设计专篇中尿素洗涤塔高度与金象赛瑞公司尿素洗涤塔高度一致，故尿素洗涤塔被诉侵权图纸记载的技术信息与涉案技术秘密对应图纸记载的技术信息，实质相同。

被诉侵权的液尿泵、熔盐泵工艺数据表与涉案技术秘密液尿泵、熔盐泵工艺数据表进行比对，液尿泵的技术参数完全相同。

因泵的流量体现了泵输送液体的能力，故流量值是选择泵的主要参数之一；被诉侵权的熔盐泵流量正常值/额定值是金象赛瑞公司熔盐泵的近1倍，故被诉侵权的泵规格不同。

但是熔盐泵的作用是为了输送熔盐进入熔盐盘管，在整个工艺中是通过熔盐盘管向反应过程供热，而被诉侵权的反应器的反应温度/设计温度与金象赛瑞公司反应器的反应温度/设计温度是相同的，故熔盐泵输送的熔盐在反应器中实现的供热效果相同，且华鲁恒升公司设计专篇中熔盐泵的流量与涉案技术秘密熔盐泵的流量差值在10%以内，故被诉侵权液尿泵、熔盐泵工艺数据表记载的技术信息与涉案技术秘密相应技术信息，实质相同。

被诉侵权的PID图与涉案技术秘密PID图比对，主要区别在于：1. 被诉侵权图纸只绘制了1台尿素洗涤塔及相应流程；2. 二者部分仪表位号不同；3. 被诉侵权图纸未绘制催化剂加入触媒除尘器的方式；4. 被诉侵权图纸部分管道上增加了压力表、温度计；5. 被诉侵权图纸反应器底部增加了2根用于输送物料的管道；6. 二者氨气管线与油过滤器的连接关系不同；7. 被诉侵权图纸成品贮仓顶部增加了除尘装置。

除此以外，15张PID图对应的各子系统及设备数量、种类及位置、管道数量、走向及位置、仪表数量、位置及控制方式均相同。

PID图是用于表达生产过程中物料的流动次序和生产操作顺序的图样，涉案技术秘密PID图中虽绘制了2套尿素洗涤塔及相应流程，但2套方案完全相同且

涉案技术秘密在单一产线中只使用 1 台尿素洗涤塔，金象赛瑞公司亦陈述因实际建设过程中 2 条产线相对布置，故才在同一张图纸上绘制了 2 套尿素洗涤塔。

故被诉侵权图纸记载的熔融尿素加料子系统与涉案技术秘密熔融尿素加料子系统实质相同。

压力表、温度计的增加仅是增加了压力、温度的监控节点，氨气管线与油过滤器的连接关系、反应器增加 2 根管道、成品贮仓增加除尘装置均不导致相应子系统生产流程、技术手段、技术效果产生实质区别。

故被诉侵权的 PID 图记载的技术信息与涉案技术秘密 PID 图记载的技术信息，实质相同。

被诉侵权的设备布置图、管道布置图与涉案技术秘密相应图纸进行比对，二者均分为 0-7 米、7-14 米、14-21 米、21-28 米、28-33 米、33 米及以上，框架结构的长宽高、跨度及层高均相同。

主要区别在于 0-7 米层，被诉侵权图纸多设置了余热锅炉、省煤器、空气预热器、鼓风机、电除尘、引风机等燃煤相关设备，并设有煤场和煤渣厂。

7-14 米、14-21 米层，被诉侵权图纸中的反吹气贮罐为卧式（金象赛瑞公司图纸为立式）且位置更高，冷气除沫器设置位置更低，被诉侵权图纸增加了中温氮气加热器、高温氮气加热器，减少了熔盐炉、罗茨风机。

除此以外，各层布置的设备种类、数量、位置及不同设备间的相对位置，管道及其附件的位置、走向、连接关系均基本相同。

冷气除沫器、反吹气贮罐位置的调整以及反吹气贮罐的放置方式都是根据核心设备的布置进行的适应性调整，不产生新的技术效果。

被诉侵权项目以燃煤供热，而涉案技术秘密以天然气供热，故与供热相关的设备会进行适应性调整。

虽然因为供热方式的不同，设备布置产生了变化，但供热不会导致热效果产生变化，最终都是实现主要核心设备的温度条件。

故被诉侵权的设备、管道布置图记载的技术信息与涉案技术秘密对应图纸记载的技术信息，实质相同。

被诉侵权“4 第四章工艺过程概述.doc”与涉案技术秘密工艺操作指南中关于反应器停止投料、切换尿素喷嘴的操作虽然文字表述略有区别，但操作步骤相同。

在反应流程、反应条件、设备及其布置实质相同的情况下，操作方法和步骤应当不存在实质区别。

故被诉侵权“4 第四章工艺过程概述.doc”记载的技术信息与涉案技术秘密工艺操作指南对应篇章记载的技术信息，实质相同。

眉山中院从宁波设计院公司保全的PID图、眉山市公安局从宁波设计院公司侦查取得的PID图(即金象赛瑞公司证据34)与尹明大被扣押笔记本电脑中的PID图基本相同，故宁波设计院公司PID图记载的技术信息与涉案技术秘密PID图记载的技术信息，实质相同。

眉山中院保全的设计专篇中《设备一览表》记载的反应器、热气冷却器、热气过滤器、结晶器、捕集器、尿素洗涤塔的容积、主要尺寸(除反应器高度)、工作性能参数、材质与涉案技术秘密对应技术信息基本一致。

前述核心设备的主要技术参数是反应工段进行工业设计的核心基础数据，彼此互相配合，共同决定主要的化工反应环境；虽然《设备一览表》记载的反应器高度与涉案技术秘密的反应器高度存在差异，但是二者容积相同，故无法判断高度数据的差异是笔误还是放大高度冗余量的非常规设计。

前述核心设备主要技术参数的计算和选择，通常需要考虑特定生产工艺系统的工况特殊性，计算方法及参数选择也不具有普遍性，因此被诉侵权项目核心设备的主要技术参数与涉案技术秘密核心设备的主要技术参数基本相同的情况下，可以初步判断被诉侵权项目的主要反应环境与涉案技术秘密相同。

《设备一览表》中液尿泵、熔盐泵工艺数据表记载的技术信息，除熔盐泵的流量增加不足10%，液尿泵的叶轮材质不同外，其余技术信息与涉案技术秘密液尿泵、熔盐泵工艺数据表记载的技术信息均相同。

设计专篇所附设备布置图中记载的框架结构的长、宽、高、跨度及层高，以及设备种类、数量、具体位置、相对位置与尹明大被扣押电脑中设备布置图绘制的内容基本一致，故设计专篇所附设备布置图记载的技术信息与涉案技术秘密设备布置图记载的技术信息，实质相同。

3. 侵权行为的认定尹明大作为四川玉象公司的总工程师兼技术中心主任，正是四川玉象项目的技术负责人，负责技术研发；并且尹明大还于2010年7月至2012年1月兼任新疆玉象公司常务副总经理，主要负责项目图纸设计、监督施工进度，因此尹明大能够直接获取涉案技术秘密的相关图纸及技术资料。

尹明大在多份《讯问笔录》中陈述，2012年项文裕主动联系尹明大，许以200万元报酬，要求尹明大提供金象赛瑞公司三聚氰胺生产技术用于给华鲁恒升公司设计年产5万吨三聚氰胺制备装置；尹明大同意后，项裕桥通过U盘从尹明大的笔记本电脑上拷贝了金象赛瑞公司的相关技术资料。

随后又于2013年将修改完成的图纸拷贝给尹明大，让尹明大检查，并在2013年、2014年安排尹明大前往华鲁恒升公司进行操作培训、设备检查、调试。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司均辩称，尹明大在《讯问笔录》中的陈述系单方陈述，其不认识也从未接触过尹明大。

原审法院认为，虽然项文裕接触尹明大获取金象赛瑞公司技术图纸的事实仅有尹明大的陈述，但在案证据显示，眉山中院在宁波设计院公司工作人员电脑上保全的“185t 三胺 PID. dwg”创建时间、尹明大被扣押电脑中“168t 三胺 PID 图. dwg”创建时间与涉案技术秘密 PID 图“168T 三胺 PID 图-20100807. dwg”的创建时间完全相同，且三份 P I D 图纸中的技术信息大量相同，绘图风格、绘图细节也完全一致，甚至其中热气除尘工段管道仪表流程图反吹气贮罐编号错误（ $\times\times\times 01$ 误写为 $\times\times\times 01$ ）也以完全相同的方式出现在“168t 三胺 PID 图. dwg”“185t 三胺 PID. dwg”之中，而宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大均无法对此作出合理解释。

因此，在案证据与尹明大的陈述相互印证，足以证明眉山中院在宁波设计院公司员工电脑上保全的“185t 三胺 PID. dwg”正是来源于尹明大，均源自金象赛瑞公司。

项文裕、项裕桥自2011年8月起至2015年3月在宁波厚承公司、宁波设计院公司共同担任董事长、总经理、董事等高级管理人员职务。

2016年4月26日眉山中院进行保全时，宁波厚承公司、宁波设计院公司共用办公场所，且正是由项裕桥代表宁波厚承公司参与保全过程。

虽然华鲁恒升公司与宁波厚承公司、宁波设计院公司签订的工程设计合同约定宁波设计院公司承担工程设计，宁波厚承公司负责技术来源；但尹明大在《讯问笔录》中陈述2012年至2014年与其直接联系的就是两公司高级管理人员。

并且尹明大被扣押电脑“华鲁”文件夹中金象赛瑞公司举示并用于比对的部分电子图纸标注了项目名称为“山东华鲁恒升化工股份有限公司三聚氰胺项目”“5万吨三胺设备布置图初步设计版. dwg”，还同时有宁波设计院公司署名，“华

鲁\日产 168t 三胺操作指南”文件夹中的若干 word 文档也有宁波设计院公司署名，因此宁波设计院公司关于其仅提供工程设计，不知晓技术来源的辩称，不能成立。

在案证据初步证明尹明大被扣押笔记本中“华鲁”文件夹内的电子数据是宁波厚承公司、宁波设计院公司为华鲁恒升公司设计被诉侵权项目期间，两公司与尹明大之间的往来技术资料；宁波厚承公司、宁波设计院公司的辩称与查明事实不符，不能成立。

华鲁恒升公司备案的设计专篇明确记载被诉侵权项目的技术来源于宁波远东公司即宁波厚承公司，华鲁恒升公司于 2017 年 3 月 28 日发布《山东华鲁恒升化工股份有限公司关于涉及诉讼的补充公告》以及宁波设计院公司的在案陈述互相印证，足以证明被诉侵权项目的技术图纸、资料来源于宁波设计院公司和宁波厚承公司。

华鲁恒升公司既辩称其具备自主研发被诉侵权项目的能力，又辩称被诉侵权项目的技术善意受让自宁波厚承公司、宁波设计院公司，其辩称既相互矛盾，也与查明事实不符，不能成立。

虽然涉案技术秘密仅涉及三聚氰胺的生产，被诉侵权项目还利用三聚氰胺尾气联产碳酸氢铵，但根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第九条的规定，被诉侵权人在生产经营活动中直接使用商业秘密，或者对商业秘密进行修改、改进后使用，或者根据商业秘密调整、优化、改进有关生产经营活动的，人民法院应当认定属于反不正当竞争法第九条所称的使用商业秘密。

因此，在案证据已经初步证明华鲁恒升公司 10 万吨/年三聚氰胺项目是对涉案技术秘密进行修改后使用，根据 2019 年修正的反不正当竞争法第三十二条的规定，应由涉嫌侵权人证明其不存在侵犯商业秘密的行为。

本案中，华鲁恒升公司实际建成并投产的三聚氰胺一期项目的相应技术图纸、资料处于其控制之下，华鲁恒升公司并未举示。

宁波厚承公司、宁波设计院公司在 2016 年 4 月 26 日证据保全过程中，认可其实际掌握的被诉侵权项目的部分技术图纸、资料也未提交。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司不仅未证明被诉侵权项目未使用涉案技术秘密，相反，宁波设计院公司和宁波厚承公司在眉山中院 2016 年

4月26日证据保全中认可其持有保全裁定所涉及的技术协议、设计合同、操作规程(指南),但拒不提供;已经晒完蓝图的15张三聚氰胺主要装置管道平面布置图也拒绝法院保全。

华鲁恒升公司更是组织企业保安和其他工作人员采取派人围堵、派车封路等方式阻碍法院工作人员进入保全现场执行公务,致使法院诉讼保全裁定未能执行。

根据《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第十三条规定,当事人无正当理由拒不配合或者妨害证据保全,致使无法保全证据的,人民法院可以确定由其承担不利后果。

据此,原审法院认定,金象赛瑞公司关于华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司在获取了尹明大披露的涉案技术秘密载体资料后,由宁波厚承公司、宁波设计院公司利用涉案技术秘密完成被诉侵权项目图纸、技术资料的设计、编制,并最终被华鲁恒升公司建成并投产运行的事实成立。

华鲁恒升公司辩称,其10万吨/年三聚氰胺项目是善意受让自宁波厚承公司、宁波设计院公司。

原审法院认为,首先,华鲁恒升公司在其备案的设计专篇中已经明确提到“2006年,北京大学焯晶科技有限公司第三代气相淬冷法技术问世,对我国三聚氰胺产业的发展具有里程碑意义,……已有2万吨/年和5万吨/年装置在四川玉象成功运行”,表明华鲁恒升公司作为同业经营者显然知晓加压气相淬冷法三聚氰胺生产技术源自北京焯晶公司,且最初仅有金象赛瑞公司成功运行。

其次,尹明大在2015年2月28日的《讯问笔录》中陈述,去过华鲁恒升公司三次,还在和华鲁恒升公司交流过程中发现华鲁恒升公司知道其曾经是金象赛瑞公司的总工程师,华鲁恒升公司也知晓他们使用的图纸是根据金象赛瑞公司的图纸设计的。

第三,华鲁恒升公司在2011年之前并无制备三聚氰胺的生产技术及设备,其收购的德丰化工公司也只是一套年产1万吨三聚氰胺装置,且没有证据显示德丰化工公司有能力自行完成单一产线年产量增长至5万吨的技术改进。

同时,也没有证据显示宁波厚承公司、宁波设计院公司在被诉侵权项目前有年产5万吨三聚氰胺生产技术的研发历史或掌握有年产5万吨三聚氰胺生产技术。

因此,华鲁恒升公司对于宁波厚承公司、宁波设计院公司提供的三聚氰胺生产技术来源于金象赛瑞公司是明确知晓的,其相反辩称,不能成立。

关于共同侵权的问题。

在明知华鲁恒升公司拟建设 10 万吨/年三聚氰胺项目的情况下，宁波厚承公司、宁波设计院公司引诱尹明大违反保密义务披露其掌握的金象赛瑞公司技术秘密，又利用获取的技术秘密完成被诉侵权项目的设计工作，并且还在三聚氰胺一期项目建设过程中，帮助尹明大与华鲁恒升公司建立联系进行设备检查、调试、开展技术培训。

因此尹明大披露涉案技术秘密，华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司共同获取、共同使用涉案技术秘密，违反 2019 年修正的反不正当竞争法第九条第一款第三项、第四项、第三款的规定，共同侵害了金象赛瑞公司的商业秘密。

(四)民事责任的承担 1. 关于停止侵权与销毁商业秘密载体华鲁恒升公司等被诉侵权人应就其侵权行为，承担相应的民事责任。

宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大应立即停止披露、使用、允许他人使用金象赛瑞公司的涉案技术秘密、销毁相应商业秘密载体，华鲁恒升公司应当立即停止披露、使用、允许他人使用金象赛瑞公司的涉案技术秘密，并共同赔偿金象赛瑞公司经济损失及合理开支。

关于销毁侵权生产设备的主张。

根据华鲁恒升公司上市公告的记载，三聚氰胺一期项目总投资约 2.7 亿元，现在二期项目也已建成，如若销毁，则会造成社会资源的极大浪费；同时项目图纸、技术资料关系到项目运行维护和维修，如若销毁，可能导致严重的安全隐患。

因此，考虑本案的特殊情形，原审法院希望通过判令停止使用但不销毁生产设备的方式，鼓励华鲁恒升公司与金象赛瑞公司达成技术许可。

此种处理方式下，华鲁恒升公司要么选择与金象赛瑞公司达成技术许可，以支付技术许可费的方式合法使用涉案技术秘密；要么为规避已固化于被诉侵权项目各个方面的涉案技术秘密，大量替换、改造设备、修改工艺流程、操作工艺，以支付高昂的技术改造成本为代价，规避涉案技术秘密或者直接放弃经营被诉侵权项目；要么明知故犯继续使用侵权设备，那么华鲁恒升公司将在未来面临惩罚性赔偿的极大风险。

对金象赛瑞公司而言，要么选择与华鲁恒升公司达成技术许可，通过华鲁恒升公司支付的技术许可费分享市场利益；要么则必须不断通过诉讼进行维权。

金象赛瑞公司与华鲁恒升公司均是成熟的市场主体，可以参考已决案件的裁判结果和诉讼维权的各种成本，理性决定自己的经营行为。

综上，原审法院对金象赛瑞公司请求华鲁恒升公司销毁侵权生产设备及设备图纸、技术资料的主张，不予支持。

因停止披露、使用、允许他人使用涉案技术秘密足以防止损害后果的扩大，故原审法院对金象赛瑞公司请求华鲁恒升公司停止销售利用涉案技术秘密生产的三聚氰胺产品的主张，不予支持。

2. 关于赔偿数额及合理开支本案中，金象赛瑞公司主张以华鲁恒升公司的侵权获利计算赔偿金额，损害赔偿计算期间为2014年4月至2018年12月30日，其余期间的致损保留另案主张的权利。

金象赛瑞公司因侵权行为实际遭受的损失、华鲁恒升公司因侵权所获实际利润均难以查明，也无许可费用可资参考，故本案适用法定赔偿。

金象赛瑞公司举示的损害赔偿证据能够查明华鲁恒升公司的获利区间，对于确定本案赔偿数额具有重要的参考意义。

根据华鲁恒升公司在2017年3月28日发布的《山东华鲁恒升化工股份有限公司关于涉及诉讼的补充公告》中的记载，近三年华鲁恒升公司三聚氰胺产品年均营业收入占比2%左右，因此可以用华鲁恒升公司的年营业收入×2%计算出三聚氰胺产品的营业收入。

因侵权生产线于2014年4月30日开始试运行，故在计算2014年三聚氰胺的营业收入时应当扣除华鲁恒升公司2014年第一季度的营业收入。

同时，在案证据没有华鲁恒升公司2018年的年度报告，故原审法院按照2018年第一季度的营业收入的4倍计算2018年的全年营业收入。

按照上述计算方法可得出2014年4月至2018年12月三聚氰胺产品的营业收入为959104388.42元(约9.6亿元)，具体计算过程如下表：

营业收入(元)
三聚氰胺营业收入(元)(2%)
2014年4-12月
7441077375.70
148821547.51
2015年

8651296129.53

173025922.59

2016 年

7701060175.50

154021203.51

2017 年

10408071378.76

208161427.58

2018 年

13753714361.28

275074287.23

合计

47955219420.77

959104388.42

因华鲁恒升公司的年度报告未公开三聚氰胺产品的利润率,而三聚氰胺属于化工产品,也是属于有机胺,故原审法院以年度报告披露的公司毛利率、化工行业毛利率、有机胺产品毛利率作为参考,分别计算三聚氰胺产品的获利区间。

其中,2018 年按照第一季度的毛利率计算全年毛利率;又因 2018 年第一季度报告中无化工行业、有机胺产品的毛利率,故该两项 2018 年毛利率采用前四年的平均毛利率进行计算。

用营业利润除以营业收入可得公司毛利率:

营业收入(元)

营业利润(元)

毛利率

2014 年

9710121856

954565036.4

0.0983

2015 年

8651296130

1063344937

0.1229

2016 年

7701060176

1035421883

0.1345

2017 年

10408071379

1449489294

0.1393

2018 年

13753714361

3463659347

0.2518

参照公司毛利率，用三聚氰胺产品营业收入乘以公司毛利率可计算得出 2014 年 4 月至 2018 年 12 月的三聚氰胺产品获利 154868387.81 元(约 1.55 亿元)，具体计算过程如下表：

三聚氰胺营业收入(元)

公司毛利率

三聚氰胺利润(元)

2014 年 4-12 月

148821547.51

0.0983

14630078.59

2015 年

173025922.59

0.1229

21266898.74

2016 年

154021203.51

0.1345
 20708437.66
 2017 年
 208161427.58
 0.1393
 28989785.87
 2018 年
 275074287.23
 0.2518
 69273186.94
 合计
 959104388.42
 /
 154868387.81

参照化工行业毛利率,用三聚氰胺产品营业收入乘以化工行业毛利率可计算得出 2014 年 4 月至 2018 年 12 月的三聚氰胺产品获利 184203413.57 元(约 1.8 亿元),具体计算过程如下表:

三聚氰胺 营业收入(元)	化工行业毛利率	三聚氰胺利润(元)
2014 年 4-12 月		
148821547.51	0.1682	25031784.29
2015 年		
173025922.59	0.1645	28462764.27
2016 年		

154021203.51

0.2078

32005606.09

2017 年

208161427.58

0.2222

46253469.21

2018 年

275074287.23

0.190675

52449789.72

合计

959104388.42

/

184203413.57

参照有机胺产品毛利率,用三聚氰胺产品营业收入乘以有机胺产品毛利率可计算得出 2014 年 4 月至 2018 年 12 月的三聚氰胺产品获利 242285649.58 元(约 2.4 亿元),具体计算过程如下表:

三聚氰胺营业收入(元)

有机胺毛利率

三聚氰胺利润(元)

2014 年 4-12 月

148821547.51

0.188

27978450.93

2015 年

173025922.59

0.2323

40193921.82

2016 年

154021203.51

0.2836

43680413.32

2017 年

208161427.58

0.2962

61657414.85

2018 年

275074287.23

0.250025

68775448.66

合计

959104388.42

/

242285649.58

此外，四川美丰公司也是一家拥有年产 5 万吨三聚氰胺产能的上市企业，其年度报告公布了三聚氰胺产品逐年的毛利率，可以作为行业利润率进行参考。

因在案证据缺乏其 2018 年度三聚氰胺的毛利率，故以前 4 年毛利率的平均值进行计算。

用三聚氰胺产品营业收入乘以行业毛利率，计算得出 2014 年 4 月至 2018 年 12 月的三聚氰胺产品获利 302264194.32 元(约 3.02 亿元)，具体计算过程如下表：

三聚氰胺营业收入(元)

行业毛利率

三聚氰胺利润(元)

2014 年 4-12 月

148821547.51

0.2113

31445992.99

2015 年

173025922.59

0.2129

36837218.92

2016 年

154021203.51

0.3403

52413415.55

2017 年

208161427.58

0.4658

96961592.97

2018 年

275074287.23

0.3076

84605973.89

合计

959104388.42

/

302264194.32

根据上述计算方法，华鲁恒升公司 2014 年 4 月至 2018 年 12 月三聚氰胺产品的营业利润在 1.55 亿元至 3.02 亿元之间。

并且与三聚氰胺利润率联系更紧密的华鲁恒升公司化工行业、有机胺产品以及四川美丰公司三聚氰胺产品的毛利率均高于华鲁恒升公司的公司毛利率，故华鲁恒升公司 2014 年 4 月至 2018 年 12 月销售三聚氰胺产品的毛利润不低于 1.55 亿元，其侵权获利显然已远远超过法定赔偿 500 万元的上限。

金象赛瑞公司在本案中举示的公证费发票在 (2017) 粤民初 97 号案件中已经举示并获支持，故原审法院不再支持。

律师费票据未体现与本案的关联性，但考虑到本案作为技术秘密纠纷具有极强的专业性，金象赛瑞公司聘请的律师及专家辅助人已实际到庭参加诉讼，且本案所涉及的技术事实及证据繁多，属典型的疑难复杂案件；在本案的代理活动中，

相关证据的收集提交、整理，异地起诉与庭审也确实耗费代理人较多的时间、精力，故原审法院酌情支持律师费。

故本案综合考虑以下因素：1. 涉案技术秘密可直接应用于三聚氰胺的工业化生产，并且是当时国内首家大幅度提高三聚氰胺单一生产线产能的生产技术；2. 华鲁恒升公司利用涉案技术秘密生产的三聚氰胺产品获利不低于 1.55 亿元；3. 在本案审理期间，华鲁恒升公司仍然上马第二期项目，导致侵权项目产量倍增，损害后果进一步扩大，主观上具有过错；4. 金象赛瑞公司基于同一个被诉侵权项目在关联案件中分别主张 1.2 亿元及 1500 万元的损害赔偿金额；5. (2017)粤民初 97 号案件已经判决华鲁恒升公司赔偿金象赛瑞公司 8000 万元，宁波厚承公司、宁波设计院公司对其中的 4000 万元承担连带赔偿责任；6. 金象赛瑞公司的维权开支已实际发生，酌情确定华鲁恒升公司赔偿金象赛瑞公司经济损失及合理开支共计 5000 万元。

本案华鲁恒升公司等被诉侵权人虽共同实施了侵权行为，但华鲁恒升公司等被诉侵权人因侵权行为的实际获利显然不同，故应考虑各被诉侵权人实际获利及各自行为对损害后果的影响，确定连带责任的比例。

宁波设计院公司辩称，其收取的设计费仅 966 万元，故即便承担赔偿责任，赔偿数额应以此为限。

原审法院认为，尹明大、宁波设计院公司和宁波厚承公司在披露、使用、允许他人使用涉案技术秘密时对损害后果的发生是明知的，并且尹明大、宁波设计院公司和宁波厚承公司正是为了确保华鲁恒升公司 10 万吨/年三聚氰胺项目顺利建成投产才披露、使用涉案技术秘密，故三者的责任承担不应以其实际获利为限。

考虑到金象赛瑞公司就同一被诉侵权项目提起的其他维权诉讼也要求宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大承担责任，故原审法院综合考虑宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大侵权行为的性质、后果、主观状态、关联案件的裁判情况，酌情确定尹明大对华鲁恒升公司赔偿数额中的 120 万元承担连带赔偿责任，宁波厚承公司、宁波设计院公司对华鲁恒升公司赔偿数额中的 500 万元承担连带赔偿责任。

原审法院依照民法典第一千一百六十七条、第一千一百六十八条，2019 年修正的反不正当竞争法第九条、第十七条第三款、第四款，《最高人民法院关于

审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第三条、第四条、第五条、第六条、第七条、第九条、第十三条、第二十条第二款，《中华人民共和国民事诉讼法》（2017年修正）第一百四十八条第一款、第二款、第三款之规定，判决：一、自判决生效之日起，尹明大、山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波市化工研究设计院有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司立即停止披露、使用、允许他人使用四川金象赛瑞化工股份有限公司的商业秘密，停止侵害的时间持续到涉案技术图纸、资料记载的技术信息已为公众知悉之日止；二、自判决生效之日起，尹明大、宁波市化工研究设计院有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司立即销毁记载有四川金象赛瑞化工股份有限公司商业秘密的载体资料；三、自判决生效之日起十五日内，山东华鲁恒升化工股份有限公司赔偿四川金象赛瑞化工股份有限公司经济损失及合理开支共计5000万元，尹明大对其中的120万元承担连带赔偿责任，宁波市化工研究设计院有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司对其中的500万元承担连带赔偿责任；四、驳回四川金象赛瑞化工股份有限公司的其他诉讼请求。

如尹明大、山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波市化工研究设计院有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司未在指定的期间履行上述金钱给付义务，则应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》（2017年修正）第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

案件受理费531800元，由山东华鲁恒升化工股份有限公司承担416000元，尹明大承担11800元，宁波市化工研究设计院有限公司承担52000元，宁波厚承管理咨询有限公司承担52000元。

本院二审期间，金象赛瑞公司为证明其主张，向本院提交了如下一份证据：（2022）川眉山证字第405号公证书，用以证明华鲁恒升公司未履行原审法院作出的行为保全裁定，仍在继续实施侵害技术秘密行为，侵权获利成倍增加，侵权主观恶意大。

华鲁恒升公司的质证意见为：在金象赛瑞公司公证书复印件与原件一致的情况下，认可其真实性，对其合法性、证明目的不予认可。

该公证书没有表明金象赛瑞公司的委托人杨乐的身份，微信群内聊天记录内容可能存在遗漏。

原审法院作出的行为保全裁定未禁止华鲁恒升公司生产三聚氰胺，华鲁恒升公司生产三聚氰胺使用的技术并非金象赛瑞公司主张的涉案技术秘密。

华鲁恒升公司确认公证书中聊天记录中的黄操系其销售人员。

宁波厚承公司的质证意见为：同意华鲁恒升公司的质证意见。

另认为，公证书内容显示的是华鲁恒升公司三聚氰胺一期项目日产量为 150 吨，按此计算年产量为 5.5 万吨，已超过金象赛瑞公司主张的年产量 5 万吨的技术方案，可以证明被诉侵权项目没有使用金象赛瑞公司主张的涉案技术秘密。

宁波设计院公司同意华鲁恒升公司的质证意见。

尹明大表示金象赛瑞公司二审提交的证据与其无关。

华鲁恒升公司为证明其主张，向本院提交了如下证据，其中证据 6 系于 2022 年 4 月 7 日的庭审后补充提交：1. 山东省高级人民法院(2013)鲁民三终字第 129 号民事判决书，用以证明金象赛瑞公司主张的涉案技术秘密存在重大技术缺陷，不具有经济性、实用性和商业价值，不构成技术秘密。

2. 《5 万 t/a 加压法气相淬冷三聚氰胺装置主要工艺参数确定及试车问题分析与解决》(载于《煤化工》2018 年 10 月第 46 卷第 5 期)，用以证明阳煤丰喜肥业(集团)有限责任公司(以下简称阳煤丰喜公司)5 万 t/a 加压法气相淬冷三胺项目自立项开始至达产达效共用时 12 个月，金象赛瑞公司主张的加压气相淬冷法的工艺原理、流程等与常压气相淬冷法工艺完全相同，仅是将系统压力提高并进行工程放大设计，作为掌握气相淬冷法工艺的企业，都有能力掌握年产 5 万吨三聚氰胺装置的设计技术。

因此，金象赛瑞公司在本案中主张的涉案技术信息不具有秘密性，不构成技术秘密。

3. 鲁西化工集团股份有限公司(以下简称鲁西化工集团)《关于 16 万吨三聚氰胺一期工程 8 万吨项目投产情况的公告》，用以证明金象赛瑞公司在本案中主张的技术秘密至少在 2010 年 7 月就已成为业内落后技术，不具有秘密性和商业价值。

4. 《我国三聚氰胺行业现状及发展趋势》(载于《氮肥技术》2011 年第 32 卷第 6 期)，用以证明设计专篇系为了迎合行政备案需要拼凑而成的过程稿，相关内容均是抄袭该文献，设计专篇不能证明华鲁恒升公司使用的技术方案。

5. 金象赛瑞公司唐印的《询问笔录》，用以证明尹明大涉嫌的刑事案件的证据材料不具备真实性、合法性和清洁性。

6. (2022)鲁德州众信证经字第 670 号公证书及附件，用以证明：(1) 行业内已有众多企业攻克了单套 5 万吨/年及以上产能的三聚氰胺生产技术并实际生产，金象赛瑞公司主张的涉案技术已被超越，不具有秘密性。

(2) 金象赛瑞公司每年实际达产的生产线数量仅占其宣称的 28%-42%，其涉案技术存在重大缺陷，不具有经济性和实用性。

(3) 金象赛瑞公司七条生产线的实际产能均呈现频繁无规律波动，表明其主张的涉案技术存在技术缺陷，而华鲁恒升公司实际实施的技术优于金象赛瑞公司的涉案技术，既不相同也不等同。

(4) 金象赛瑞公司和/或北京焯晶公司对外自诩系国内首家拥有气相淬冷法单套装置产能 5 万吨/年三聚氰胺生产技术的企业系虚假宣传。

(5) 湖北华强化工集团有限公司单套 5 万吨/年三聚氰胺生产线直至 2021 年依然正常运行，华鲁恒升公司有理由相信行业内拥有气相淬冷法单套装置产能 5 万吨/年三聚氰胺生产技术的企业不止北京焯晶公司一家，华鲁恒升公司与宁波厚承公司、宁波设计院公司签订工程设计合同，属于善意受让人。

宁波设计院公司就华鲁恒升公司的二审证据的质证意见为：认可其真实性、合法性、关联性及其证明目的。

就证据 6 补充认为：从 2020 年、2021 年两公司的产量以及金象赛瑞公司产能波动大且无规律的情况来看，华鲁恒升公司的产能明显优于金象赛瑞公司，且根据金象赛瑞公司的陈述，如果其不能满负荷生产不是因为市场销售原因，那么最可能的是其技术缺陷原因。

但需澄清的是，在涉案三聚氰胺项目中，宁波设计院公司仅是按照宁波厚承公司提供的被诉侵权技术方案(工艺包)，并结合华鲁恒升公司三聚氰胺一期项目所在地的具体地块、气候等实地条件以公有领域的通用技术进行技术评估和工程设计，不涉及任何第三方的技术秘密。

宁波设计院公司既不参与工艺包设计，也不改变工艺包所含技术方案，工程设计合同、华鲁恒升公司发布的公告以及华鲁恒升公司和宁波厚承公司在专利侵权纠纷及本案中的陈述均可佐证。

宁波厚承公司就华鲁恒升公司的二审证据的质证意见为：认可其真实性、合法性、关联性及其证明目的。

就证据 6 补充认为：该证据可以证明金象赛瑞公司三聚氰胺生产线存在巨大技术缺陷、不能稳定生产、不能达产达标，所以金象赛瑞公司的部分设计图不具有实用性、商业价值、秘密性。

尹明大就华鲁恒升公司的二审证据的质证意见为：认可其真实性、合法性、关联性及其证明目的。

金象赛瑞公司就华鲁恒升公司的二审证据的质证意见为：华鲁恒升公司提交的上述证据均非二审新证据，不应采信。

(一)对华鲁恒升公司提交的二审证据 1-3 与本案的关联性以及证明目的不予认可。

证据 1 的民事判决书中提到的约年产 3 万吨的三聚氰胺装置与本案中的 5 万吨/年的三聚氰胺装置所采用的工艺不同、技术不同、参数不同，与本案无关。

证据 2 公开了阳煤丰喜公司的 5 万吨/年加压气相淬冷法三胺联产尿素装置于 2017 年新建，晚于金象赛瑞公司涉案技术秘密形成时间，华鲁恒升公司亦未举证证明该三胺联产尿素装置与涉案技术秘密有必然联系，故亦与本案无关。

证据 3 涉及鲁西化工集团的 8 万吨三聚氰胺项目，该公告并没有公开具体技术方案，华鲁恒升公司亦未举证证明该 8 万吨三聚氰胺项目与本案涉案技术秘密有必然联系，故与本案无关。

此外，业界并不存在单体 8 万吨的技术，鲁西化工集团的 8 万吨项目可能是由四条 2 万吨/年或两条 4 万吨/年的三聚氰胺项目组成。

(二)认可证据 4 本身的真实性、合法性、关联性，对其证明目的不予认可。

证据 4 恰恰证明北京焯晶公司的三聚氰胺技术在 2011 年 6 月 14 日前就已形成，四川玉象公司的 5 万吨/年的生产线在该日以前就已经试车成功。

因此，证据 4 反而证明了涉案技术秘密已在 2011 年 6 月 14 日以前就已形成。

(三)不认可证据 5 本身的真实性、合法性、关联性及其证明目的。

华鲁恒升公司仅在证据目录中列出证据 5，但未提交该证据 5。

(四)关于证据 6。

认可公证书附件中的名称为“2022 年三胺装置开工交流群”的微信群聊天界面的打印图片的真实性；对于公证书附件中的名称为“2020 年国内三胺装置

开工跟踪表”和“2021年中国三聚氰胺装置分布图”，由于不是原件且无法与原件进行比对，故对其真实性不认可，认可“2021年国内三胺装置开工跟踪表”的真实性；不认可华鲁恒升公司证据6的证明目的。

第一，微信群聊天截图中显示多家化工企业汇报日产量大于150吨(5万吨/年)不能说明金象赛瑞公司的涉案技术信息不具有秘密性。

第二，即使根据华鲁恒升公司提供的2020年和2021年开工跟踪表，也不能证明金象赛瑞公司的涉案技术信息不具有经济性和实用性。

金象赛瑞公司没有按照年产5万吨进行生产，并不代表涉案技术秘密存在缺陷，而且产能还受天然气供应、排污限制、市场需求三个因素影响。

第三，即使根据2021年国内三聚氰胺装置分布图，也不能说明涉案技术不具有秘密性。

该分布图明确表示了金象赛瑞公司具有5万吨/年产能的三聚氰胺装置，该分布图仅标示了5万吨/年产能三聚氰胺装置的地理分布，并没有公开具体技术方案，故该分布图不能说明涉案技术秘密已被公开。

第四，在案证据已确凿地证实华鲁恒升公司等侵害金象赛瑞公司的技术秘密。

宁波设计院公司为证明其主张，向本院提交了如下七份证据：1. (2022)京东方内民证字第00470号公证书，系对2014年4月7日上传于豆丁网的名为《三聚氰胺工艺过程概述》的文章内容的公证。

2. (2022)京东方内民证字第02856号公证书，系对2013年12月12日上传于道客巴巴网的名为《三聚氰胺操作规程》的文章内容的公证。

3. (2022)京东方内民证字第02858号公证书，系对2011年12月30日上传于百度文库的名为《工艺操作指南》的文章内容的公证。

4. (2022)京东方内民证字第02855号公证书，系对2011年4月23日上传于豆丁网的名为《三聚氰胺生产操作规程》的文章内容的公证。

5. (2022)京东方内民证字第02854号公证书，系对2015年1月22日上传于豆丁网的名为《6万吨三聚氰胺项目工艺流程说明》的文章内容的公证。

6. (2022)京东方内民证字第02857号公证书，系对2012年2月29日上传于道客巴巴网的名为《工艺操作指南》的文章内容的公证。

7. (2022)京东方内民证字第00469号公证书，系对2013年2月12日上传于道客巴巴网的名为《三聚氰胺生产操作规程》的文章内容的公证。

上述七份证据共同用以证明上述各个不同时间、不同发布者或作者、不同行文的文献内容相似,说明相关技术已经被不同的技术人员掌握并公开;金象赛瑞公司在提起本案诉讼之前,其在本案中主张的技术秘密 90%以上的内容已经被上传于多个公开平台,被公众所知悉,涉案技术信息不具有秘密性,不构成技术秘密,金象赛瑞公司的诉讼请求应当被驳回。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、尹明大认可宁波设计院公司的举证及意见。

金象赛瑞公司就宁波设计院公司的二审证据的质证意见为:认可宁波设计院公司二审证据 1-7 形式上的真实性和合法性,不认可其关联性和证明目的。

首先,证据 1-7 均晚于金象赛瑞公司 PID 图纸的修改时间。

金象赛瑞公司原审证据 30 技术图纸及其载体证明,技术图纸的电子版的修改时间都在 2011 年 7 月 7 日之前。

其中,管道仪表流程图(PID 图)的修改时间为 2010 年 8 月 16 日。

其次,证据 2-7 所涉技术与涉案技术秘密无关。

证据 2、4、7 是 1.5 万吨/年的三聚氰胺技术,证据 3、6 是 3 万吨/年的三聚氰胺技术,证据 5 是高压法技术,与本案的 5 万吨/年加压气相淬冷法三聚氰胺技术均不相同。

再次,证据 1 的内容与宁波设计院公司的原审证据 1 基本相同,均未公开金象赛瑞公司涉案技术秘密管道仪表流程图(PID 图)上记载的相应技术信息。

此外,上述证据均非二审新证据,不应予以采纳。

针对各方二审提交的证据材料,本院的认证意见如下:(一)关于金象赛瑞公司二审提交的证据。

对该证据的真实性、合法性予以认可,鉴于华鲁恒升公司确认该证据公证的微信聊天记录中所涉及的黄操系其销售人员,对其关联性亦予以认可,该证据可以反映华鲁恒升公司在本案诉讼期间,特别是在本案原审行为保全裁定作出后生产三聚氰胺数量的情况,与本案有直接关联,予以采纳。

(二)关于华鲁恒升公司二审提交的证据。

证据 1 民事判决书涉及北京焯晶公司与案外人之间的有关日产 100 吨蜜胺生产技术转让合同纠纷,并不能证明其中所涉及的技术方案与金象赛瑞公司涉案技术秘密的关联性,该判决书中认定的相关事实并不能用于证明本案中金象赛瑞公司主张的技术信息是否构成技术秘密,故不予采纳。

证据 2 系一篇 2018 年发表的文献，其中记载有“2012 年通过系统加压及相应的改造，将其中 1 套 1.5 万 t/a 三胺装置扩产至 2.5 万 t/a。

2016 年、2017 年阳煤丰喜又分别新建 1 套 3.3 万 t/a 加压气相淬冷三胺联产碳酸装置和 1 套 5 万 t/a 加压气相淬冷三胺联产尿素装置。

”从上述内容可知，该案外人阳煤丰喜公司的 5 万 t/a 加压气相淬冷三胺联产尿素装置于 2017 年建成，晚于金象赛瑞公司在本案中主张的技术信息形成时间，且华鲁恒升公司未证明阳煤丰喜公司的相关技术与金象赛瑞公司在本案中主张的技术信息相同，故该证据不能证明金象赛瑞公司主张的技术信息不构成技术秘密，故不予采纳。

证据 3 系鲁西化工集团于 2010 年 7 月 19 日发布的公告，公告仅披露了“经 2008 年年度股东大会批准，投资建设的年产 16 万吨三聚氰胺一期工程 8 万吨项目经过前期单机调试和联动试运行，工艺流程全线打通，于近期顺利投产，生产出合格产品。

”该公告并未披露具体的技术方案，华鲁恒升公司亦未证明该公告披露的项目所用技术方案与金象赛瑞公司在本案中主张的技术信息的关联性，并不能用此证明金象赛瑞公司在本案中主张的技术信息不具有秘密性和商业价值，故不予采纳。

证据 4 系一篇 2011 年发表的文献，主要内容为介绍我国三聚氰胺行业现状及发展趋势，其中记载了“北京焯晶科技有限公司的第三代气相淬冷法技术的问世，对我国三聚氰胺产业的发展具有里程碑意义，结束了长期依赖进口国外三聚氰胺技术的历史。

”该段文字表述内容虽与设计专篇的表述基本相同，但该篇文献中并未记载有关三聚氰胺生产的具体技术信息，不能证明在该文章发布时涉案技术信息已被公众所知，故不予采纳。

关于证据 5，华鲁恒升公司仅在证据目录中列出了证据名称、来源、证明内容和事项，但未实际提供该份证据材料，本院无法审查华鲁恒升公司所称的证据内容，故不予采纳。

此外，本院审查了华鲁恒升公司在原审中提交的第一组证据即(2016)川 14 民初 8 号案件案卷材料中涉及唐印的《询问笔录》，其中并未记载华鲁恒升公司在该证据项下所主张的证明内容。

关于证据 6，本院对其真实性、合法性、关联性予以认可，对其证明目的不予认可。

理由为：金象赛瑞公司 2020 年、2021 年的三聚氰胺产品实际产量不及预期可能受多种因素影响，华鲁恒升公司并未证明金象赛瑞公司三聚氰胺实际产量不及预期系金象赛瑞公司主张的涉案技术落后所致，故金象赛瑞公司上述产量的情况与金象赛瑞公司在本案中主张的技术秘密是否具有价值性并无必然关联，华鲁恒升公司是否构成侵害技术秘密仍然应当以金象赛瑞公司主张的涉案技术秘密的载体上记载的技术信息作为比对基础。

(三)关于宁波设计院公司二审提交的证据。

上述证据均系对豆丁网、道客巴巴网上的相关文章进行公证的证据材料，本院对其真实性、合法性予以确认。

就其关联性和证明目的，分析如下：首先，在仅审查上述证据公开时间的基础上，上述证据并不能证明相关文章的实际公开时间，更不能证明其公开时间早于被诉侵权行为发生时。

在本院二审庭审中，金象赛瑞公司当庭演示了其在此类网站上上传、修改文档的操作步骤，以证明网络用户将相关文档上传至此类网站后，可以对文档的内容进行修改、替换，而此类修改、替换的操作并不影响文档最初的上传时间记录，宁波设计院公司对此并未提供证据予以反驳。

据此，本院认为，金象赛瑞公司已通过当庭的演示证明网络用户在此类网站上可以在不改变上传时间记录的情况下修改文档，在其他当事人对此无反驳证据的情况下，本院有理由相信网络用户将相关文档上传至此类网络平台后能够在不改变上传时间记录的情况下进行文档的修改与替换。

因此，宁波设计院公司二审提交的证据 1-7 在网站上显示的上传时间并不能证明其所载文档内容实际上传网络的时间即公开时间，更不能用于证明文档的公开时间早于被诉侵权行为发生时，上述证据仅能证明文章内容于公证取证时已公开。

上述证据的公证时间均在 2022 年，故亦不能达到宁波设计院公司欲证明的文章内容公开时间早于金象赛瑞公司提起本案诉讼之时的证明目的。

而且，金象赛瑞公司在本案中主张的侵害涉案技术秘密的行为发生在 2012 年，上述证据不能证明在被告侵权行为发生前金象赛瑞公司主张的涉案技术秘密已为公众知悉。

其次，从证据 1-7 的内容上分析。

宁波设计院公司二审主张上述证据已公开了涉案技术秘密 90% 以上的内容，则应当承担对其主张予以充分举证说明的责任，但是宁波设计院公司并没有指出上述证据中哪些内容公开了金象赛瑞公司主张的涉案技术秘密，也没有指出上述证据内容与涉案技术秘密中的秘密信息的对应性，只是在证明目的中列出诸如“三聚氰胺工艺过程概述整体内容公开了三聚氰胺的管道及仪表流程系统，且包括熔融尿素加料系统、反应工段部分、反应生成气的冷却和除尘、道生系统、热气除尘工段、熔盐工段、产品输送及包装、熔盐系统等”的内容，故宁波设计院公司并未完成其举证行为。

而且，证据 2 的文章明确记载其是 1.5 万吨/年一步法三聚氰胺联产装置操作规程，证据 5 的文章文字记载的是 6 万吨三聚氰胺项目，宁波设计院公司并未证明两篇文章中的内容与金象赛瑞公司主张的涉案技术秘密的关联性。

综上，本院对宁波设计院公司二审提交的证据 1-7 均不予采纳。

本院查明

本院经审理查明：原审查明的事实基本属实。

本院另查明：（一）关于被告侵权的三聚氰胺一期项目所涉其他诉讼的情况 1. 专利侵权民事诉讼（1）涉及“组合式换热器及其流化床反应器”发明专利权的侵权诉讼金象赛瑞公司、北京焯晶公司不服广州知识产权法院（2016）粤 73 民初 2553 号民事判决，向本院提起上诉，本院二审查明国家知识产权局于 2021 年 6 月 22 日作出第 50497 号无效宣告请求审查决定，宣告该案所涉专利权全部无效，本院于 2021 年 3 月 30 日作出（2022）最高法知民终 63 号民事裁定，裁定：一、撤销广州知识产权法院（2016）粤 73 民初 2553 号民事判决；二、驳回四川金象赛瑞化工股份有限公司、北京焯晶科技有限公司的起诉。

（2）涉及“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”发明专利权的侵权诉讼金象赛瑞公司、北京焯晶公司与华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司均不服广东省高级人民法院（2017）粤民初 97 号民事判决，向本院提起上诉。

尹明大系该案所涉专利即“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”发明专利的发明人之一。

本院经审理后,于2022年12月26日作出(2020)最高法知民终1559号民事判决,判决:一、撤销广东省高级人民法院(2017)粤民初97号民事判决。

二、山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司、尹明大停止侵害专利号为20111010××××.9、名称为“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”的发明专利权,包括:1.自判决生效之日起,山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司、尹明大立即停止制造、使用侵权蜜胺生产系统即山东华鲁恒升化工股份有限公司10万吨/年三聚氰胺项目(一期),立即停止使用侵害上述专利权的蜜胺生产方法;2.自判决生效之日起,山东华鲁恒升化工股份有限公司立即停止销售依照该蜜胺生产方法直接获得的蜜胺产品;3.自判决生效之日起九十日内,山东华鲁恒升化工股份有限公司以四川金象赛瑞化工股份有限公司、北京焯晶科技有限公司确认或者负责本案执行的人民法院可以验证的方式,销毁现存的侵权蜜胺生产系统即山东华鲁恒升化工股份有限公司10万吨/年三聚氰胺项目(一期),销毁的方式包括但不限于拆除该蜜胺生产系统,直至其技术方案不落入涉案专利权的保护范围。

三、自判决生效之日起十日内,山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司连带赔偿四川金象赛瑞化工股份有限公司、北京焯晶科技有限公司经济损失及合理费用1.2亿元。

四、驳回山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司的上诉请求。

如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》(2021年修正)第二百六十条之规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。

2. 刑事诉讼眉山中院于2021年11月19日作出(2021)川14刑初7号刑事判决,认定尹明大掌握金象赛瑞公司“加压气相淬冷法三聚氰胺生产技术”,尹明大擅自离职后违反权利人保守商业秘密的要求,披露、允许他人使用其所掌握的“加压气相淬冷法三聚氰胺生产技术”,给金象赛瑞公司造成特别严重的后果,其行为构成侵犯商业秘密罪,判决尹明大犯侵害商业秘密罪,判处有期徒刑五年

六个月，并处罚金 280 万元，对尹明大的违法所得 95 万元予以追缴，由扣押机关将扣押在案的两台笔记本电脑予以没收，其余扣押物品由扣押机关依法处置。

该刑事判决查明：“2006 年 7 月 1 日，尹明大与焯晶公司(即北京焯晶公司)签订工作及保密协议，任焯晶公司项目工程师，被派到玉象公司(即四川玉象公司)工作，历任玉象公司总工程师、技术中心主任，负责三聚氰胺项目工程和生产运行管理，全程参与了首套 1.5 万吨/年加压气相淬冷法三聚氰胺试验装置、两套 5 万吨/年加压气相淬冷法三聚氰胺装置工程和生产运行管理，任职期间掌握公司三聚氰胺生产的核心技术秘密。

在玉象公司注销以后，尹明大任新疆玉象公司常务副总经理，同时兼任金象赛瑞公司三聚氰胺国际研发中心副主任，负责新疆玉象公司两套 5 万吨/年加压气相淬冷法三聚氰胺项目工程建设”“2012 年 1 月，被告人尹明大在没有签订离职保密协议的情况下单方离开胡杨公司(即新疆玉象公司)，将工作期间掌握的三聚氰胺全部技术资料存放在其黑色联想 T420i 笔记本电脑中，在其单方离职后，与宁波设计院(即宁波设计院公司)的项裕桥多次接触，在广州市将其掌握的金象赛瑞公司的三聚氰胺技术信息资料擅自拷贝给了项裕桥。

2013 年，宁波设计院将为山东华鲁恒升设计的三聚氰胺项目图纸交给尹明大审核，尹明大帮助审核后在其电脑中留存了一份名称为‘华鲁’的文件夹。

该文件夹中，存有山东华鲁恒升 5 万吨/年三聚氰胺项目核心设备制造技术协议书、三聚氰胺项目测试项目、三聚氰胺装置工艺操作指南、山东华鲁恒升三聚氰胺项目推荐供货厂商联系方式；山东华鲁恒升三聚氰胺特殊采购部分清单等文件。

”尹明大不服该刑事判决，已向四川省高级人民法院提出上诉，该案尚在审理中。

(二)关于华鲁恒升公司的三聚氰胺项目的情况华鲁恒升公司的设计专篇中“建设项目概况”部分记载：“本项目 10 万吨/年三聚氰胺装置，分两期工程建设。

一期工程包括单套 5 万吨/年三聚氰胺，尾气联产 30 万吨/年碳酸氢铵，熔盐炉烟气脱硫副产 2250 吨硫酸铵(设计规模 4500 吨/年)；二期工程包括单套 5 万吨/年三聚氰胺，熔盐炉烟气脱硫装置与一期工程共用。

……本次设计范围为一期工程。

” 本院在(2020)最高法知民终 1559 号侵害专利权纠纷案件中已查明：2018 年 12 月 28 日，华鲁恒升公司在上海证券交易所网站发布公告：“山东华鲁恒升化工股份有限公司 10 万吨/年三聚氰胺项目(二期)生产线近日打通全部流程，生产出合格产品，进入试生产阶段。

……10 万吨/年三聚氰胺项目建设内容：建设两套 5 万吨/年三聚氰胺生产装置，同时配套建设尾气回收装置，循环水、熔盐炉等公用工程相应配套。

本项目由本公司作为投资主体进行建设，项目可研概算总投资 27849 万元。

……10 万吨/年三聚氰胺项目(二期)达产后，公司年增三聚氰胺 5 万吨，可进一步改善产品结构，提供企业盈利能力。

”(三)尹明大在公安机关的相关供述华鲁恒升公司在原审诉讼期间提交的证据中包括了尹明大因涉嫌侵害商业秘密罪在公安机关的讯问笔录，用以证明金象赛瑞公司在没有实质证据的情况下，使用相同证据在多地重复诉讼、无理缠诉。

本院具体查明如下：根据 2015 年 2 月 10 日的两份讯问笔录的记载，尹明大供述：“在 2011 年的时候，山东华鲁恒升化工股份有限公司准备上一套 5 万吨三聚氰胺装置，当时他们找到宁波远东化工研究设计院设计，远东设计院项文裕老总以前就和我认识，他知道我在金象公司负责三聚氰胺加压技术，……2012 年 7 月左右，项文裕就找我提供金象公司三聚氰胺加压生产的专利技术，许诺事后付给我 200 万元作为酬劳，我当时答应了，之后远东设计院副总项裕桥到广州，我把金象公司、新疆玉象的三聚氰胺加压装置的相关部件图纸和技术资料拷贝给了他……2013 年华鲁恒升的三聚氰胺装置快要建设完工的时候，他们通过远东设计院请我到现场进行过检查和指导。

当时我给他们指出了一些设备安装缺陷以及不规范的地方。

2013 年年底，华鲁恒升的三聚氰胺装置要开车之前，对方又请我过去给华鲁恒升的几个技术负责人搞了一个开车前的培训，包括开车的注意事项，安全操作的规范。

2014 年 4 月华鲁恒升的三聚氰胺装置开始生产，9 月份前后他们的装置发生催化剂带出的故障，华鲁恒升又通过远东设计院找到我去解决问题。

” 在讯问人员提问笔记本电脑中“华鲁”的目录下面的资料是怎么回事时，尹明大供述：“2012 年远东设计院拿到我提供的金象公司的三聚氰胺加压装置技术资料去完成了华鲁恒升的图纸。

2013年又由远东设计院副总项裕桥到广州，拷给我部分图纸，让我检查没有问题，我就收集到我的电脑上了，并且建了一个文件夹，由于这部分资料是最终要提供给华鲁恒升的，所以我给文件夹命名为‘华鲁’。

”在讯问人员提问华鲁恒升公司是否知道尹明大和宁波设计院公司提供的三聚氰胺加压装置技术来源于金象赛瑞公司时，尹明大供述：“知道，远东设计院向华鲁恒升介绍了我在金象公司任职的经历，他们知道我拥有建成几套三聚氰胺加压装置的经验，我提供的图纸属于金象公司的专利技术。

当时国内成熟的三聚氰胺加压装置专利技术就只有金象公司一家，业内同行都知道的。

”根据2015年2月13日讯问笔录的记载，在讯问人员提问华鲁恒升公司何时准备上一套5万吨三聚氰胺装置时，尹明大供述：“大概是2011年11月左右，是宁波远东化工研究设计院副总项裕桥给我说的。

”在讯问人员让尹明大再详细讲述一下2012年7月左右将金象赛瑞公司生产三聚氰胺的全套技术资料提供给宁波设计院公司的过程时，尹明大供述：“2012年7月左右，项裕桥给我打电话说他们宁波远东化工研究设计院正在为山东华鲁恒升设计三聚氰胺生产线图纸，我就对他说他们公司没有三聚氰胺技术怎么能够给别人设计。

项裕桥说他们是找的湖北华强公司的某某提供的技术资料。

我就说他们公司有了技术还找我干什么。

项裕桥说华强公司的技术不成熟，华鲁恒升公司那边不满意，要找他们公司的麻烦，希望我能够帮一下他们，可以给我不超过200万元的报酬。

然后项裕桥就给我说他要到广东来找我。

隔了几天，项裕桥就到广东来找到了我，项裕桥在中山大学北门附近开了间房，我们就在房间里谈的。

当时项裕桥就在我随身带的笔记本电脑(被公安机关扣押)用他的U盘拷贝了金象赛瑞公司的全套技术资料。

”在讯问人员提问尹明大和项裕桥何时认识时，尹明大供述：“我2002年在衡阳经营公司的时候就认识了项裕桥，同时还认识他的哥哥项文裕。

”在讯问人员提问何时应宁波设计院公司的要求到华鲁恒升公司去解决生产中的技术问题以及华鲁恒升公司在生产中存在哪些技术问题时,尹明大供述:“我是2014年10月份去的。

……我到华鲁恒升去的时候,发现他们是因为控制不好反应器硫化气速,这样就会使催化剂不能正常循环,使催化剂带出反应器,装置无法生产。

”在讯问人员提问2013年宁波设计院公司的项裕桥是何时将图纸拷给尹明大让其帮忙检查、检查哪些图纸、怎样检查时,尹明大供述:“是在2013年7、8月份将图纸的电子文档给我的叫我帮忙检查的。

主要给我设备图纸、工艺图纸让我帮忙检查。

我是帮着看下尺寸参数。

”根据2015年2月28日讯问笔录的记载,尹明大供述:“2012年7月份的时候,宁波远东化工集团有限公司的项裕桥找到了我,他说他们在帮山东华鲁恒升股份有限公司设计年产5万吨的三聚氰胺生产线,用的华强的技术,没有做好,希望我能够提供资料给他们。

”在讯问人员提问华鲁恒升公司是否知道其身份时,尹明大供述:“我没有给华鲁恒升介绍过我自己,宁波远东也没有当面介绍过,但是在和华鲁恒升交流过程中发现华鲁恒升知道我曾经是金象化工的总工程师。

”根据2015年3月3日讯问笔录的记载,尹明大供述:“最早是2012年2月初宁波远东和我联系的,项裕桥邀请我到宁波去……他就给我说了他们要给山东华鲁恒升设计年产5万吨三聚氰胺生产线的事情,请我帮忙。

”

(四)关于赔偿数额计算的相关情况

本院在(2020)最高法知民终1559号侵害专利权纠纷案件中已查明:“华鲁恒升公司相应年度报告载明,2014年有机胺产品毛利率18.8%。

2015年有机胺产品毛利率为23.23%;2016年有机胺产品毛利率为28.36%。

2017年有机胺产品毛利率为29.62%。

2018年有机胺产品毛利率为38.54%。

华鲁恒升公司2018年年度报告、摘录页载明,华鲁恒升公司2018年营业收入为143××××7454.99元。

”

(五)关于原审法院作出的行为保全裁定 2021 年 12 月 2 日,金象赛瑞公司向原审法院申请行为保全,请求:华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大立即停止披露、使用或允许他人使用金象赛瑞公司的商业秘密,包括但不限于责令华鲁恒升公司立即停止利用金象赛瑞公司的商业秘密生产、销售三聚氰胺产品。

原审法院经审查后认为:“金象赛瑞公司举示的技术图纸、资料记载的加压气相淬冷三聚氰胺生产反应系统构成商业秘密;尹明大违反保密义务披露涉密技术,宁波厚承公司、宁波设计院公司、华鲁恒升公司利用涉案技术秘密完成华鲁恒升公司三聚氰胺一期项目的设计、建设和投产,构成商业秘密侵权;并且审理期间,华鲁恒升公司继续建设三聚氰胺二期项目并投产,侵权项目产量翻倍,损害后果进一步扩大。

若不采取保密措施,华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大的侵权行为将导致损害后果持续扩大,商业秘密权利人金象赛瑞公司的市场份额被进一步压缩,涉案技术秘密甚至可能面临全面披露的风险,给金象赛瑞公司造成无法挽回的损失。

”据此,原审法院于 2021 年 12 月 27 日即原审判决之日作出(2017)川 01 民初 2948 号之一民事裁定:被申请人华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大立即停止披露、使用、允许他人使用金象赛瑞公司的商业秘密,停止时间持续至本案裁判生效时止。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司均不服该行为保全民事裁定,向原审法院提出复议申请,请求撤销该民事裁定并驳回金象赛瑞公司的全部保全请求。

原审法院经审查后,于 2022 年 1 月 30 日作出(2017)川 01 民初 2948 号之二民事裁定:驳回华鲁恒升公司、宁波厚承公司的复议请求。

本院二审庭审中,金象赛瑞公司认可原审判决查明的其在本案中主张的涉案技术秘密及其载体相关情况;金象赛瑞公司明确其在本案中主张系发生于 2012 年即尹明大与宁波厚承公司、宁波设计院公司接触时开始至 2018 年 12 月 30 日止的侵权行为,并主张以华鲁恒升公司的侵权获利计算本案侵权损害赔偿数额,具体损害赔偿数额计算期间的起算点为华鲁恒升公司三聚氰胺一期项目投产之日即 2014 年 4 月 30 日,计算至 2018 年 12 月 30 日止,就 2018 年 12 月 30 日后的侵权行为所造成的损失保留另案主张的权利;金象赛瑞公司对原审判决中在宁

波设计院公司举证部分记载的“金象赛瑞公司质证称该文档的内容与其工艺操作指南的内容完全相同”不予认可，认为宁波设计院公司原审提交的证据 1 仅涉及工艺操作指南中第四章中的一部分内容，并没有完全公开该指南中记载的涉案技术秘密，而且宁波设计院公司原审中举示该证据针对的是金象赛瑞公司主张的秘密信息 10 而非工艺操作指南中承载的技术秘密。

二审中，华鲁恒升公司、宁波厚承公司主张其二者按时参加了原审法院通知的每一次庭审，但根据公司指示，只要案件庭审中涉及金象赛瑞公司主张的技术秘密其代理人就退出庭审。

本院二审期间，华鲁恒升公司向本院提出如下申请：1. 对金象赛瑞公司主张的涉案技术秘密是否构成不为公众所知悉的技术信息进行司法鉴定，包括但不限于宁波设计院公司原审证据 1 所记载的技术信息是否包含或披露了金象赛瑞公司主张的涉案技术信息。

2. 对金象赛瑞公司诉请保护的技术信息是否具有经济性和实用性进行司法鉴定。

3. 对金象赛瑞公司的原审证据 30 以及存储该证据电子版文件的电脑进行司法鉴定，包括对该证据的油墨形成时间进行鉴定，对电脑的人为操作痕迹进行电子数据鉴定。

4. 对尹明大被扣押的笔记本电脑进行操作痕迹鉴定。

5. 对眉山中院在宁波设计院公司保全的电子数据载体、眉山市公安局在宁波设计院公司调取的电子数据载体进行痕迹鉴定，对电子数据载体上的指纹进行指印鉴定，对电子数据载体内文件的读取和复制记录、文件写入和修改记录进行分析。

宁波厚承公司在二审期间提出与其在原审中提出的相同鉴定申请。

本院认为

本院认为，本案二审争议焦点问题是：（一）原审法院适用法律是否正确；（二）金象赛瑞公司提出本案诉讼请求是否已超过诉讼时效；（三）本案相关程序问题；（四）金象赛瑞公司是否为涉案技术信息的权利人；（五）金象赛瑞公司主张的相关信息是否构成技术秘密；（六）华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大是否实施了侵害涉案技术秘密的行为以及四者是否构成共同侵权并应承担连带责任；（七）本案停止侵害和赔偿损失的责任具体应如何承担。

(一)关于原审法院适用法律是否正确法律以不溯及既往为原则,溯及既往为例外。

首先,关于反不正当竞争法的适用问题。

本案中,在被告侵害技术秘密行为持续期间,2017年修订的反不正当竞争法于2018年1月1日起施行。

本案审理期间,2019年修正的反不正当竞争法于2019年4月23日起施行。

原审法院于2017年8月28日立案时,2017年反不正当竞争法尚未施行,但被告侵权行为持续至原审诉讼期间,即被告侵权行为作为一个未间断的行为已持续至2017年反不正当竞争法的施行期间,且金象赛瑞公司主张的损害赔偿责任计算期间截至2018年12月30日,涵盖了2017年修订的反不正当竞争法施行后,故本案可以适用2017年修订的反不正当竞争法。

虽然被告侵权行为至原审判决前仍在继续实施中,即已持续至2019年修正的反不正当竞争法的施行期间,但鉴于金象赛瑞公司提起本案诉讼针对的系2019年修正的反不正当竞争法施行前的被告侵权行为,其主张的损害赔偿责任计算期间亦不包括2019年以后的行为,且适用2017年修订的反不正当竞争法等当时有效的相关法律足以保护当事人的合法权益,故本案应当适用2017年修订的反不正当竞争法。

基于相同的理由,金象赛瑞公司提起本案诉讼所针对的系民法典施行前的被告侵权行为,且其主张的损害赔偿期间亦不包括民法典施行后的相应期间,故根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款的规定,本案应适用当时的法律、司法解释。

原审法院适用法律有误,本院予以纠正。

(二)关于金象赛瑞公司提出本案诉讼请求是否已超过诉讼时效华鲁恒升公司、宁波厚承公司上诉主张,金象赛瑞公司应于2013年5月22日宁波厚承公司在网站发布信息时就已知道权利受到侵害,故至2016年3月14日金象赛瑞公司向眉山中院起诉时诉讼时效已经届满。

对此,本院认为,金象赛瑞公司在本案中提出的诉讼请求主要为停止侵害和赔偿损失两类,就该两类诉讼请求的提出是否符合诉讼时效的规定,具体分析如下:1.关于停止侵害的诉讼请求民法总则第一百九十六条规定:“下列请求权不适用诉讼时效的规定:(一)请求停止侵害、排除妨碍、消除危险;(二)不动产物

权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；(三)请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；(四)依法不适用诉讼时效的其他请求权。

”诉讼时效的适用对象通常是债权请求权，停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产等绝对权请求权不适用诉讼时效。

因此，金象赛瑞公司在本案中关于停止侵害其技术秘密的诉讼请求不应适用诉讼时效的规定。

2. 关于赔偿损失的诉讼请求诉讼时效的起算通常应满足两个条件：一是权利人知道或应当知道权利受到侵害；二是权利人知道或应当知道具体侵权行为主体。

本案中，宁波厚承公司在其网站发布的信息中并未披露相关技术方案或技术路线，故不能以此推定金象赛瑞公司在宁波厚承公司在网站发布信息之时就知道或应当知道其权利受到侵害。

根据金象赛瑞公司2014年8月18日向公安机关报案的询问笔录记载，金象赛瑞公司于2014年4月了解到华鲁恒升公司拥有一套年产5万吨三聚氰胺的生产设备，后续金象赛瑞公司通过进一步调查了解到尹明大可能将技术秘密泄露给华鲁恒升公司，因而在2014年8月18日前往公安机关报案控告尹明大出售其技术秘密给竞争对手华鲁恒升公司。

首先，可以确定的是金象赛瑞公司在2014年8月18日报案时已知道权利受到侵害，但此时所知的侵害人是华鲁恒升公司与尹明大，并不包括宁波厚承公司、宁波设计院公司。

其次，诉讼时效规定中的“应当知道”指的是以一般人的认知水平，推定权利人在当时的情况下知道权利受到侵害。

而从金象赛瑞公司报案经过来看，金象赛瑞公司在2014年4月仅是知道华鲁恒升公司拥有一套年产5万吨三聚氰胺的生产设备，后续经过一系列调查才发现华鲁恒升公司的设备与其设备外观一模一样，再进一步调查才了解到可能是尹明大泄露其技术秘密，金象赛瑞公司从2014年4月后经过一系列自行调查了解确认其技术秘密受到侵害并能够确定具体的侵害人因而向公安机关报案。

无论在2014年4月金象赛瑞公司知道华鲁恒升公司拥有相关设备之时，还是华鲁恒升公司2014年4月30日发布其三聚氰胺一期项目试车成功公告之时，金象赛瑞公司所能了解到的仅是其竞争对手具有相关设备，并不能直接确认该设

备侵害其技术秘密，亦无从知晓侵害其技术秘密的具体行为主体，故不应认定金象赛瑞公司在2014年4月或2014年4月30日知道或应当知道权利受到侵害。

原审法院关于金象赛瑞公司知道权利受到侵害的时间应为2014年4月30日至8月18日的认定不尽准确。

根据已查明的事实，金象赛瑞公司对于其技术秘密受到侵害的范围、途径和具体侵权行为主体的认知实际上存在一个渐进的过程。

本案可以以2014年8月18日金象赛瑞公司向公安机关报案称尹明大出售技术秘密给华鲁恒升公司的时间点作为金象赛瑞公司知道其技术秘密被华鲁恒升公司、尹明大侵害的诉讼时效起算点，至2016年3月14日金象赛瑞公司向眉山中院起诉华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大侵害技术秘密，并未超过当时施行的民法通则第一百三十五条规定的二年诉讼时效，故诉讼时效在此时发生中断。

权利人提起诉讼后，在诉讼程序进行过程中，权利人仍然在主张权利，该过程应作为诉讼时效持续中断期间，故诉讼时效期间的重新起算点应从诉讼程序终结时重新计算。

眉山中院于2017年8月18日裁定准许金象赛瑞公司撤回起诉，故诉讼时效应当自此开始重新计算。

金象赛瑞公司随即向原审法院起诉，原审法院于同年8月28日立案受理，金象赛瑞公司向原审法院起诉时显然未超过当时民法通则规定的二年诉讼时效。

因此，金象赛瑞公司提起本案诉讼时其损害赔偿请求权的诉讼时效期间尚未届满。

同时，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉诉讼时效制度若干问题的解释》第二条规定：“民法总则施行之日，诉讼时效期间尚未满民法通则规定的二年或者一年，当事人主张适用民法总则关于三年诉讼时效期间规定的，人民法院应予支持。”

民法总则于2017年10月1日起施行，故本案可以同时适用民法总则规定的三年诉讼时效，金象赛瑞公司提起本案诉讼时诉讼时效更远未届满。

另需指出的是，诉讼时效制度的立法目的之一在于督促权利人及时行使权利。

本案中，金象赛瑞公司客观上始终在积极维权，只是基于侵害技术秘密案件中普遍存在的确定和证明侵害人、侵害行为、被侵害的技术秘密范围等较为困难，

金象赛瑞公司才无法准确针对华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大更早提起侵害涉案技术秘密的诉讼，其并未怠于主张权利。

综合上述分析，华鲁恒升公司、宁波厚承公司关于金象赛瑞公司提出的诉讼请求已超过诉讼时效的上诉主张缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

(三)关于本案相关程序问题 1. 关于本案是否应当中止审理华鲁恒升公司上诉主张，本案应当待尹明大所涉侵犯商业秘密罪刑事案件审结后再进行审理。

对此，本院认为，2021 年修正的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称 2021 年修正的民事诉讼法）第一百五十三条第一款规定：“有下列情形之一的，中止诉讼：……(五)本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结的；……”金象赛瑞公司在本案中追责的对象与刑事案件追究的对象并不相同，所涉事实查明的重点亦有差异，本案对华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大的行为是否构成侵权以及损害赔偿责任的认定并非必须以刑事案件审理结果为依据。

首先，两案追责或指控的对象并不相同。

金象赛瑞公司在本案中共起诉了华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大四被诉侵权人，而刑事案件的被告人仅尹明大一人。

其次，两案需查明的事实及适用的证明责任不尽相同。

在本案中判断被诉侵权的四个主体是否构成技术秘密侵权、是否构成共同侵权以及应当承担何种侵权责任时所查明的事实以及所依据的证明标准与刑事案件中认定被告人尹明大是否构成侵犯商业秘密罪的事实和证明标准并不完全相同。

因此，本案的审理并非必须以尹明大所涉刑事案件的审理结果为依据，本案无须中止审理。

退一步讲，假使本案民事侵权案件的被诉侵权人与刑事案件指控的对象相同，但刑事案件与民事案件审理的法律关系和证明标准均有不同，本案也无须以刑事案件的审理结果为依据。

2. 关于当事人在本案中提出的鉴定申请是否应予准许根据 2021 年修正的民事诉讼法第六十七条第一款的规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

司法鉴定是指在诉讼活动中鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的专门性问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。

而鉴定结论属于民事诉讼证据的一种，需经各方当事人质证后，再由人民法院决定是否予以采纳。

当事人申请鉴定并不必然启动鉴定程序，人民法院仍需根据对相关事实的认定需要作出是否启动鉴定程序的决定。

鉴定程序启动与否的关键在于法官在审理案件过程中对相关专门性问题缺乏判断认定能力，而需要委托相关鉴定机构通过科学的方法和手段来查明该专门性问题的相关事实。

对于当事人提出的鉴定申请，既要避免当事人滥用申请鉴定的权利，也要避免不当剥夺其相关的诉讼权利，一般应着重从以下四方面予以审查：一是关联性，申请鉴定的事项与案件有待查明的事实是否具有关联；二是必要性，即是否必须通过特殊技术手段或者专门方法才能确定相应的专门性问题，是否已经通过其他的举证、质证手段仍然对专门性问题无法查明；三是可行性，对于待鉴定的专门性问题，是否有较为权威的鉴定方法和相应资质的鉴定机构，是否有明确充分的鉴定材料；四是正当性，鉴定申请的提出是否遵循了相应的民事诉讼规则，在启动鉴定之前是否已充分听取各方当事人的意见，以确保程序上的正当性。

(1)关于华鲁恒升公司提出的技术秘密鉴定申请分别于2020年、2022年修正的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称民事诉讼法司法解释）第一百二十一条第一款均规定：“当事人申请鉴定，可以在举证期限届满前提出。

申请鉴定的事项与待证事实无关联，或者对证明待证事实无意义的，人民法院不予准许。

”本案于2017年8月28日由原审法院立案，金象赛瑞公司提交了其主张作为技术秘密保护的技术信息证据，至原审判决作出时止，在四年的审理过程中，原审法院分别于2019年2月18日至20日、2019年3月20日至22日、2020年1月14日至15日、2020年7月28日至29日、2021年3月2日至4日、2021年5月27日至28日、2021年9月22日至24日组织了七次庭前会议，组织各方当事人在签署保密协议的前提下进行举证、质证，并于2021年10月20日、21日开庭审理本案，在此期间原审法院亦多次询问华鲁恒升公司、宁波厚承公司是否查阅本案保密证据，但华鲁恒升公司均明确拒绝查阅金象赛瑞公司提交的保密证据并无故中途退出七次庭前会议及两次庭审。

直至2021年9月28日，华鲁恒升公司向原审法院提出书面《司法鉴定申请书》，载明：“鉴定事项：1. 原告主张作为商业秘密保护的技术信息是否不为公众所知悉；2. 原告主张作为商业秘密保护的技术信息是否具有经济性、实用性”，其提出该鉴定申请已明显超过举证期限。

二审期间，在原审法院已经对涉案技术信息的秘密性、价值性作出认定的情况下，华鲁恒升公司虽然坚持提出鉴定申请，但是仍拒绝查阅金象赛瑞公司提交的载有其技术信息的保密证据或发表质证意见，也未就原审判决的有关认定提出有针对性的反驳意见。

换言之，华鲁恒升公司因其自身原因，实质上已放弃了对金象赛瑞公司提交的载有金象赛瑞公司主张的技术信息的保密证据进行质证的诉讼权利，其在原审所提鉴定申请既无准许之必要，也因过于迟延提出而缺少鉴定申请提出的程序正当性。

同理，本院对其二审提出的鉴定申请亦不予准许。

(2)关于华鲁恒升公司、宁波厚承公司提出的对电脑操作痕迹的鉴定申请华鲁恒升公司、宁波厚承公司上诉均主张原审法院未准许其提出的此项鉴定申请，损害了其诉讼权利。

原审期间，华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司申请对存储金象赛瑞公司原审证据30的笔记本电脑的操作痕迹进行鉴定。

原审法院经审查认为，在案证据可以认定该证据是在正常业务活动中形成、传输和存储的电子数据，且与网易邮箱储存的电子数据互相印证，在没有反驳或相反证据的情况下，可以确认其真实性，故未准许鉴定申请。

对此，本院认为，原审中金象赛瑞公司提供了存储有证据30电子图纸的载体，原审法院通过随机抽取对相应文件夹内的若干文档、逐一查看证据30中所有电子图纸的文档属性，并结合与在案其他证据的关联性已可确定其所记载的创建时间与修改时间的真实性。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司虽然对真实性提出异议但并未提供反驳证据，宁波厚承公司提出的可以通过修改操作系统时间的方式来修改文档创建时间、修改时间的意见亦不足以推翻原审法院通过上述方式的验证对相关证据真实性所作的判定。

因此，通过金象赛瑞公司的举证、组织现场勘验的方式已足以对该证据的真实性作出判断，在华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司未提供证据支持其质疑的情况下，并无启动鉴定程序之必要，故原审法院对该鉴定申请不予准许，并无不当。

基于相同的理由，本院对华鲁恒升公司、宁波厚承公司二审再次提出的该项鉴定申请亦不予准许。

(3)关于华鲁恒升公司、宁波厚承公司提出的对眉山市公安局扣押的笔记本电脑、调取的电子数据载体以及眉山中院保全的电子数据载体等进行痕迹鉴定的申请原审中，经金象赛瑞公司申请，原审法院分别向眉山中院、眉山市公安局调取了(2016)川14民初8号案全部案卷材料及尹明大涉嫌侵犯商业秘密罪的侦查阶段部分案卷材料，其中包括了眉山市公安局扣押的笔记本电脑、眉山中院在宁波设计院公司保全的电子数据、眉山市公安局在宁波设计院公司调取的电子数据。

上述证据材料均系相关部门依照法定程序调取或保全，华鲁恒升公司、宁波厚承公司主张上述证据材料被篡改、不具有真实性，但并未提供任何证据支持其提出的该质疑，未能对鉴定的必要性提供相应证据佐证，故本院对华鲁恒升公司、宁波厚承公司提出的上述鉴定申请不予准许。

3.关于原审法院对证据的采信是否符合法律规定华鲁恒升公司上诉主张尹明大在刑事程序中的讯问笔录、唐印报案所作询问笔录不能作为本案证据采信。

对此，本院认为，首先，本案中的相关讯问笔录、询问笔录均系华鲁恒升公司在原审中作为其第一组证据提交的证据材料，说明华鲁恒升公司确认该材料在本案中具有证据能力，现华鲁恒升公司二审又对该证据的采纳提出质疑，实质上与其在原审中的举证行为自相矛盾，更是对其在原审中的诉讼行为的自我否定，不符合民事诉讼的诚信原则。

其次，虽然该证据材料形成于刑事案件中，但该证据材料与本案事实的查明具有较大关联，在符合民事诉讼证据规则的情况下，可以予以采纳。

再次，在原审中，各方当事人均已对华鲁恒升公司原审中作为证据提交的相关讯问笔录、询问笔录发表了质证意见，举证、质证程序亦符合法律规定。

因此，原审法院根据华鲁恒升公司的举证，经各方当事人质证后，围绕证据的真实性、合法性、关联性进行审查并就该证据材料予以采纳，程序上并无不当，本院予以确认。

华鲁恒升公司的该上诉主张不能成立，本院不予支持。

尹明大在本案诉讼期间对于在刑事案件中形成的讯问笔录中记载的内容予以否认，但是尹明大既未提供证据推翻其在先陈述，也未能给出令人信服的正当理由，故对其关于在刑事案件中的陈述不真实的主张，本院不予采信。

此外，根据本院二审查明的事实，眉山中院在尹明大涉嫌侵害商业秘密罪一审刑事判决中对尹明大与宁波厚承公司、宁波设计院公司之间的关系予以了查明和认定，但该刑事判决尚未生效，故该未生效刑事判决认定的相关事实不属于2022年修正的民事诉讼法司法解释第九十三条规定的当事人无须举证证明的事实。

华鲁恒升公司在原审诉讼期间提交的证据中包括了尹明大因涉嫌侵害商业秘密罪在公安机关的讯问笔录，由于该证据材料尚未被生效裁判文书所确认，故亦不属于上述司法解释规定的当事人无须举证证明的事实。

但如前所述，因该证据与本案侵权行为的认定具有较大关联，故在本案民事诉讼中具有一定证明力，且各方当事人在原审诉讼中对该证据材料均已发表质证意见，本院结合其他在案证据，对相关事实作出认定。

(四)关于金象赛瑞公司是否为涉案技术信息的权利人根据已查明的事实，2010年11月5日，四川玉象公司因被金圣公司(即更名前的金象赛瑞公司)吸收合并而注销登记。

四川玉象公司年产10万吨/年(5万吨/套×2)三聚氰胺技改项目于2007年12月28日经眉山市经济委员会同意备案，改造内容为在已建成的年产1.5万吨三聚氰胺装置基础上建设年产10万吨三聚氰胺项目，项目完成后经四川省环境保护厅验收通过。

2010年，金圣公司与北京焯晶公司通过签订《技术秘密转让合同》的方式对“加压气相淬冷工艺生产三聚氰胺”技术的归属予以约定，明确约定由北京焯晶公司无偿转让给金圣公司。

在案证据已形成完整证据链，足以证明金象赛瑞公司对涉案技术享有权利。

原审法院对此认定正确，本院予以确认。

华鲁恒升公司关于金象赛瑞公司并非涉案技术权利人的主张缺乏事实和法律依据，本院不予采信。

(五)关于金象赛瑞公司主张的相关信息是否构成技术秘密 2017 年修订的反不正当竞争法第九条第三款规定：“本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。

”所谓的“不为公众所知悉”是指有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得。

一般说来，普遍知悉或者容易获得均不要求相关信息已必然为某个具体的人所知悉或者获得，只要该相关信息处于所属领域相关人员想知悉就能知悉或者想获得就能获得的状态，或者所属领域相关人员不用付出过多劳动就能够知悉或者获得该相关信息，就可以认定其为所属领域的相关人员普遍知悉或者容易获得。

“具有商业价值”一般是指有关信息具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势。

商业秘密具有的商业价值并不限于其已经实际产生的价值，还包括其可能带来的价值。

同时，商业秘密的价值既包括使用该商业秘密给其带来的价值增长，也包括使用该商业秘密可避免的价值减损或者成本付出。

“保密措施”一般是指权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，通常应当根据商业秘密及其载体的性质、商业秘密的商业价值、保密措施的可识别程度、保密措施与商业秘密的对应程度以及权利人的保密意愿等因素，认定权利人是否采取了相应保密措施。

本案二审中，金象赛瑞公司认可原审判决查明并认定的其据以主张权利的五类技术秘密载体，即设备图及工艺数据表、管道仪表流程图(PID图)、设备布置图、管道布置图、工艺操作指南。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大上诉主张，上述设备图及工艺数据表、管道仪表流程图、设备布置图、管道布置图、工艺操作指南所载信息不具有秘密性且已为公众所知悉。

华鲁恒升公司上诉另主张，金象赛瑞公司未证明其采取相应保密措施，且上述设备图及工艺数据表、管道仪表流程图、设备布置图、管道布置图、工艺操作指南不具有价值性。

本院经审理认定，上述设备图及工艺数据表、管道仪表流程图(PID图)、设备布置图、管道布置图、工艺操作指南所载信息均属于技术秘密。

具体分析如下：第一，金象赛瑞公司的设备图及工艺数据表承载了具有特定结构、能够完成特定生产步骤的非标设备或者设备的工作性能参数信息，构成相对独立的技术单元，属于技术信息。

设备布置图、管道仪表流程图、管道布置图记载了相关工序、工艺所需的设备及其位置和连接关系等信息，亦为相对独立的技术单元，同样属于技术信息。

工艺操作指南承载了针对相应设备的操作步骤、正常操作参数和指标等信息，亦为相对独立的技术单元，同样属于技术信息。

第二，金象赛瑞公司的设备图及工艺数据表、管道仪表流程图(PID图)、设备布置图、管道布置图、工艺操作指南属于不为公众所知悉的技术信息。

首先，涉案技术信息是企业自行设计的非标设备及工艺流程参数信息，主要为计算机应用软件绘制、表达的工程图形信息，现有证据不能证明其已经在先公开。

其次，对于不同三聚氰胺生产企业而言，其使用的生产设备及其连接方式、工艺流程的步骤和控制方法往往基于企业自身的规模、技术实力、技术路线、实践经验等具有各自的特点。

金象赛瑞公司的设备图、管道仪表流程图是根据其自身生产工艺对参数优选数值的有机组合，需要经过大量技术研发试验、检验筛选才能够获得，而且涉案技术信息无法从公开渠道获取，更无法通过观察、分析生产出来的三聚氰胺产品而直接获得。

此外，关于各方当事人二审仍持有争议的宁波设计院公司原审提交的证据1，本院经审查该证据的内容认为，该证据并不能证明涉案技术信息已为公众所知悉。

理由如下：其一，基于与本院评述宁波设计院公司二审提交的七份证据相同的理由，该原审证据1在网站上显示的上传时间并不能证明其所载文档内容实际上传网络的时间即公开时间，更不能用于证明其公开时间早于被诉侵权行为发生时，而仅能证明文章内容于公证取证时公开。

其二，该证据中所载的内容并未公开涉案技术信息，不能用于否定涉案技术信息的秘密性。

宁波设计院公司举示该证据用于否定金象赛瑞公司提供的PID图上所承载的技术信息的秘密性，而该证据中记载的内容与PID图上的技术信息并不相同，故未公开金象赛瑞公司PID图上所承载的技术信息。

其三，该证据文档名称为“三聚氰胺工艺工程概述”，虽然与金象赛瑞公司主张的技术秘密载体之一工艺操作指南中“第四章工艺过程概述”部分内容有文字上的相同，但涉及的数据参数并不相同，而且金象赛瑞公司主张工艺操作指南承载的秘密技术信息为液相投料、反应器停止投料、切换尿素喷嘴的操作步骤，但该证据中披露的相应技术信息中并不涉及上述液相投料、反应器停止投料、切换尿素喷嘴的操作步骤，因此，该证据实质上也未公开工艺操作指南中的技术信息。

第三，金象赛瑞公司的涉案技术信息具有价值性。

三聚氰胺低压气相淬冷生产技术是该行业内一项较为成熟的技术，但因为系统压力较低，因此生产效率较低、能耗较高，难以实现稳定地大型化连续生产。

涉案技术信息涉及的加压气相淬冷工艺生产三聚氰胺技术，大幅提升了单一生产线的产能，降低了生产能耗和设备投资，减少了日常维护频率和成本，为金象赛瑞公司带来了经济利益和竞争优势。

此外，华鲁恒升公司的设计专篇中明确记载北京焯晶公司的第三代气相淬冷法技术在业内具有的里程碑意义且明确提到了5万吨/年装置成功运行，亦可佐证涉案技术信息在行业内具有较高商业价值。

因此，涉案技术信息明显具有价值性。

第四，金象赛瑞公司采取了相应的保密措施。

根据已查明的事实，在涉案技术信息形成和使用过程中，涉案技术信息的权利人均采取了相应保密措施。

首先，权利人与员工签订有保密条款或单独的保密协议。

尹明大与北京焯晶公司于2006年7月1日至2009年7月期间签订的3份《工作合同》均就尹明大对公司的技术和商务机密负有保密义务予以了约定。

双方在签订的《保密协议》中明确约定该保密协议项下的信息包括：北京焯晶公司拥有的三聚氰胺生产技术即“气相蜜胺生产技术”及拥有以上的工艺技术和相关设备以及其他工艺技术和相关设备的技术诀窍和商务信息。

尹明大当时是涉案技术信息的主要研发人员之一，2008年起又任四川玉象公司的总工程师兼技术中心主任，在其2009年的工作合同中亦约定工资由北京焯晶公司和四川玉象公司共同发放。

其中所涉的保密信息的内容已包含了涉案技术信息。

虽然尹明大签署《工作合同》《保密协议》的直接相对人为北京焯晶公司，并非金象赛瑞公司，但北京焯晶公司亦已将涉案技术信息的相关权利转让给四川玉象公司，且四川玉象公司后续被金象赛瑞公司吸收合并，四川玉象公司原先的权利义务已由金象赛瑞公司继受，故尹明大虽未与金象赛瑞公司再行签订保密协议，但并不影响尹明大负有对涉案技术秘密应承担的约定及法定的保密义务，亦不影响对金象赛瑞公司已对涉案技术信息采取保密措施的认定。

同时，尹明大在刑事案件讯问中供述金象赛瑞公司制定了相关保密制度以保护公司的技术且能够接触到技术的员工都需要签订保密协议，金象赛瑞公司每月会向其支付一定的保密费用，上述供述内容亦可佐证尹明大明知金象赛瑞公司就涉案技术信息采取有保密措施且其本人负有保密义务。

其次，权利人与可能获悉涉案技术信息的合作方签订有保密协议。

四川玉象公司和与其有工作业务往来的公司签订有保密协议，要求合作相对方保守相关技术秘密，包括北京焯晶公司的三聚氰胺技术即“气相三胺生产技术”；金圣公司（即更名前的金象赛瑞公司）与相关合作方亦签订有《技术保密协议》，明确约定应对“加压气相淬冷工艺生产三聚氰胺技术”等技术秘密予以保密。

从相关协议签订的时间、约定保密信息的内容来看，上述保密协议已涵盖了金象赛瑞公司在本案中主张的涉案技术信息。

华鲁恒升公司关于上述协议与涉案技术信息不具有对应性的主张缺乏事实依据，本院不予采信。

综合上述分析，涉案技术信息系不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息，符合技术秘密的法定构成要件，依法应受法律保护。

原审法院对此认定正确，本院予以确认。

华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大关于金象赛瑞公司主张的技术信息不构成技术秘密的上诉主张均不能成立，本院不予支持。

(六)关于华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大(以下简称华鲁恒升公司等被诉侵权人)是否实施了侵害涉案技术秘密的行为以及四者是否构成共同侵权并应否承担连带责任 2017 年修订的反不正当竞争法第九条第一款规定:“经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为:(一)以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;(二)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;(三)违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

”该条第二款规定:“第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施前款所列违法行为,仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的,视为侵犯商业秘密。

”本案中,金象赛瑞公司主张华鲁恒升公司等被诉侵权人构成对其涉案技术秘密的共同侵权。

因此,首先要判断本案是否存在侵害涉案技术秘密的行为;其次,要判断华鲁恒升公司等被诉侵权人是否构成共同侵权。

1. 关于华鲁恒升公司等被诉侵权人是否存在侵害涉案技术秘密的行为商业秘密侵权案件中,在权利人已证明被诉侵权人利用的信息与其商业秘密相同或实质相同且被诉侵权人实际接触或具有接触商业秘密的机会、渠道的情况下,可以初步认定被诉侵权人采取不正当手段获取商业秘密的事实成立;如被诉侵权人主张其利用的信息具有正当来源的,则应当承担证明责任。

(1)关于被诉侵权技术信息与涉案技术秘密是否相同或实质相同根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第十三条的规定,被诉侵权信息与商业秘密不存在实质性区别的,人民法院可以认定被诉侵权信息与商业秘密构成实质上相同。

人民法院认定是否构成前款所称的实质上相同,可以考虑下列因素:(一)被诉侵权信息与商业秘密的异同程度;(二)所属领域的相关人员在被诉侵权行为发生时是否容易想到被诉侵权信息与商业秘密的区别;(三)被诉侵权信息与商业秘密的用途、使用方式、目的、效果等是否具有实质性差异;(四)公有领域中与商业秘密相关信息的情况;(五)需要考虑的其他因素。

原审法院就尹明大被扣押笔记本电脑中的被指侵权的图纸和资料所记载的技术信息、宁波设计院公司的 PID 图记载的技术信息以及华鲁恒升公司的设计专

篇记载的技术信息与金象赛瑞公司主张权利的涉案技术秘密中的相应技术信息已进行了详细技术比对并就构成实质相同的认定已有充分论述，具有事实与法律依据，本院予以确认，不再赘述。

对于原审法院的技术比对认定，华鲁恒升公司上诉仅主张该设计专篇仅是其为满足行政监管机关审查的形式需要而由宁波设计院作出的过程稿，并不足以证明其实际使用了设计专篇上所记载的技术方案。

对此，本院不予认可，理由如下：如本院在(2020)最高法知民终1559号案判决中所作详细分析论证，首先，从设计专篇的证明力角度分析，该设计专篇足以用以证明其所记载的技术方案被用于华鲁恒升公司的三聚氰胺一期项目。

三聚氰胺一期项目从设计、建设施工到实际投入生产使用或是进行任何改建、扩建都应当严格依照法律、行政法规的规定在相关行政管理部门的监管下进行，故经批准备案的材料上所记载的技术方案应当是实际采用的技术方案，即设计专篇上所记载的技术方案理应为华鲁恒升公司实际所实施的技术方案。

其次，从华鲁恒升公司的证明责任角度分析，其主张实际使用的技术方案与设计专篇记载的技术方案不相同，则应就此承担证明责任，但华鲁恒升公司并未提供证据予以证明，故对其该主张不予采信。

因此，华鲁恒升公司提出设计专篇仅是其为满足行政监管的需要而制作，其并未实际使用设计专篇记载的技术方案的上诉主张，缺乏事实依据，本院不予采信。

本案四被诉侵权人中仅宁波厚承公司提出上诉主张认为被诉侵权技术与涉案技术秘密相比存在诸多不同且认为原审法院关于二者实质相同的认定不当，但其并未具体指出其所称的诸多不同，未针对原审判决的认定内容发表具体详细的上诉意见，亦未提交任何证据证明其主张，故宁波厚承公司的该上诉主张缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

综上，本院经审理认为，原审法院的比对及对被诉侵权技术信息与涉案技术秘密构成实质相同的认定具有充分的事实与法律依据，本院予以确认。

(2)关于接触渠道本案中，金象赛瑞公司主张华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司接触到的涉案技术秘密系来自尹明大。

根据已查明的事实，尹明大曾为北京焯晶公司员工，亦是四川玉象公司的总工程师兼技术中心主任，是四川玉象项目的技术负责人，系涉案技术秘密的主要研发人员之一，能够直接接触到涉案技术秘密。

结合尹明大在相关刑事案件的供述、眉山市公安局扣押的尹明大的笔记本电脑中存有华鲁恒升公司的相关技术资料的事实以及宁波厚承公司、宁波设计院公司与华鲁恒升公司之间签订的工程设计合同的实际履行情况，足以认定宁波厚承公司、宁波设计院公司、华鲁恒升公司通过尹明大已实际接触了金象赛瑞公司的涉案技术秘密。

对于华鲁恒升公司非法获取的涉案技术秘密的渠道，本院将在后述关于共同侵权的认定部分作出进一步的具体认定。

(3)关于华鲁恒升公司等被诉侵权人就被诉侵权技术内容是否具有正当来源宁波厚承公司抗辩主张其对提供给华鲁恒升公司的技术享有合法权利，该技术尹明大无关，其也从未通过任何方式获取金象赛瑞公司的技术信息。

但宁波厚承公司并未提交任何证据证明其如何享有合法权利的事实依据，故对其该主张本院不予采信。

宁波设计院公司抗辩主张其所掌握的被诉侵权技术信息来源于宁波厚承公司，故其并不构成侵权。

对此，本院认为，根据在案证据，足以证明宁波设计院公司明知宁波厚承公司所提供的技术资料的实际来源并全程参与了非法获取、披露、使用金象赛瑞公司涉案技术秘密的有关行为，本院将在评述其是否共同实施侵权行为中详细展开论述。

华鲁恒升公司抗辩主张其通过收购德丰化工公司，合法取得了德丰化工公司及其关联公司成熟的三聚氰胺生产线及技术秘密，且通过自身的多年研发，实现了单一产线年产量增长至5万吨的技术改进。

对此，根据原审法院已查明的事实，华鲁恒升公司收购德丰化工公司之时仅有一套年产1万吨三聚氰胺装置，其年产量与本案中被诉侵权的三聚氰胺一期项目的产量相差较大，华鲁恒升公司虽主张其通过研发对所收购的上述技术进行了改进进而达到了年产5万吨，但其对此并未提交证据证明，故对其该主张，本院难以采信。

2. 关于华鲁恒升公司等被诉侵权人是否构成共同侵权

共同侵权，是指数人共同不法侵害他人权益造成损害的行为。

《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称侵权责任法）第八条规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”

根据本条规定，构成共同侵权需要满足以下要件：一是侵权主体的复数性，即共同侵权行为的主体必须是两个以上。

二是共同实施侵权行为。

从主观过错角度看，这里的共同实施行为主要包括三种情形：其一，共同故意实施的行为，这属于典型的共同侵权行为。

其二，共同过失实施的行为，即基于共同的疏忽大意或者过于自信的过失而造成他人的损害，也可以构成共同侵权行为。

其三，故意行为与过失行为结合实施的行为，即数个行为人虽主观过错程度不一，但各自行为相结合而实施的行为，造成他人损害的，也可以构成共同侵权行为。

以上三种情形，具备其一，即可认定构成共同实施侵权行为。

三是受害人具有损害，且损害具有不可分割性。

四是各行为人的侵权行为均与损害后果之间具有因果关系。

在共同侵权行为中，有时各个行为人的侵权行为对造成损害后果的原因力可以有所不同，但必须存在法律上的因果关系，如果某个行为人的行为与损害后果之间没有因果关系，则不应与其他行为人构成共同侵权。

毋庸赘言，本案侵权主体的复数性显而易见。

本院以下重点就本案中的被诉侵权人共同实施侵权行为的主观过错、损害后果以及侵权行为与损害后果之间的因果关系分别予以评述。

(1)关于华鲁恒升公司等被诉侵权人共同实施侵权行为的主观过错根据本案查明的事实，本院认为，华鲁恒升公司等被诉侵权人构成共同故意实施侵权行为，即主观上彼此明知，行为上分工协作。

具体分析如下：①关于尹明大的行为。

尹明大曾为北京焯晶公司员工，亦是四川玉象公司的总工程师兼技术中心主任，是四川玉象项目的技术负责人，负责技术研发，且根据刑事案件中尹明大的讯问笔录可知，其于2010年7月起兼任新疆玉象公司常务副总经理，主要负责

项目图纸设计、监督施工进度，而当时新疆玉象公司正在新建 11 万吨/年三聚氰胺项目。

尹明大也是金象赛瑞公司、北京焯晶公司享有的“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”发明专利的发明人之一，亦可佐证尹明大直接参与了金象赛瑞公司、北京焯晶公司的气相淬冷法技术的研发。

在案证据足以证明尹明大系涉案技术秘密的主要研发人员之一，能够直接接触到涉案技术秘密。

从原审查明事实以及尹明大在相关刑事案件的多份讯问笔录中的供述可知，其与项文裕、项裕桥早在 2002 年就已相识；在 2012 年 2 月至 7 月期间，项文裕、项裕桥分别联系尹明大，要求尹明大提供金象赛瑞公司的三聚氰胺生产技术用于给华鲁恒升公司设计年产 5 万吨三聚氰胺制备装置并许以相应高额报酬，后项裕桥用 U 盘从尹明大的笔记本电脑上拷贝了金象赛瑞公司的相关技术资料；项裕桥又于 2013 年将宁波设计院公司设计完成的华鲁恒升公司三聚氰胺项目的设计图纸拷贝给尹明大，让尹明大帮助检查，并在 2013 年、2014 年安排尹明大多次前往华鲁恒升公司进行现场检查指导、操作培训、故障排除等。

尹明大在 2012 年 1 月未办理离职手续，亦未告知其留存有三聚氰胺生产图纸、资料的情况下，就停止在金象赛瑞公司工作，其在与项文裕、项裕桥接触时亦尚在约定的保密期内，亦明知宁波厚承公司、宁波设计院公司与华鲁恒升公司的合作情况，且其作为涉案技术秘密的主要研发人员之一，明知涉案技术信息属于金象赛瑞公司的技术秘密，仍然将涉案技术秘密披露给华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司使用，收取相应报酬，并使用涉案技术秘密提供后续技术指导。

尹明大是涉案技术秘密的提供者，亦是华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司实际使用涉案技术秘密过程中的技术指导者。

以上事实足以证明尹明大实施了违反保密义务披露涉案技术秘密给华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司并允许该三者使用涉案技术秘密的行为，其还违反保密义务自己使用涉案技术秘密为他人使用涉案技术秘密提供技术指导，其行为已构成 2017 年修订的反不正当竞争法第九条第一款第三项规定的侵犯商业秘密行为。

尹明大主观上明知其披露、允许使用和自己使用的行为是在促成华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司后续实施相关侵权行为，系本案共同实施侵权行为中的关键人物和基础环节。

②关于宁波厚承公司、宁波设计院公司的行为。

宁波厚承公司、宁波设计院公司与华鲁恒升公司签订工程设计合同后，在明知尹明大曾是北京焯晶公司员工及涉案技术秘密主要研发人员之一的情况下，仍以高额利诱的非法手段从尹明大处获取涉案技术秘密，然后由宁波厚承公司作为名义上的技术提供者向华鲁恒升公司转让涉案技术并由宁波设计院公司进行所谓的工程化设计，用于华鲁恒升公司三聚氰胺一期项目并从中获取经济利益，该二者构成非法收买并转卖涉案技术秘密，实施了以不正当手段获取金象赛瑞公司的涉案技术秘密并披露、使用、允许他人使用金象赛瑞公司涉案技术秘密的行为，已构成 2017 年修订的反不正当竞争法第九条第一款第一项、第二项规定的侵犯商业秘密行为，属于本案共同实施被诉侵权行为的始作俑者和中间渠道及名义上的技术提供者。

宁波厚承公司、宁波设计院公司上诉主张项文裕、项裕桥的行为系该二人的个人行为，不能因该二人实施的个人行为而认定公司实施了相应行为。

对此，本院认为，宁波厚承公司、宁波设计院公司对该二人的行为是明知的，该二人的行为系公司职务行为且体现了两公司的意志，该二公司应对该二人的行为对外承担民事责任。

该二人在从尹明大处非法获取涉案技术秘密时为宁波厚承公司、宁波设计院公司的高级管理人员，该二人在 2005 年 12 月 16 日至 2019 年 12 月 10 日期间亦为宁波厚承公司的股东。

在 2016 年 4 月 26 日眉山中院进行证据保全时，宁波厚承公司、宁波设计院公司共用办公场所，且也正是由项裕桥代表宁波厚承公司参与了保全过程。

从尹明大在讯问笔录中的供述亦可知，该二人在 2012 年起接触尹明大的起因就是宁波厚承公司、宁波设计院公司与华鲁恒升公司签订了工程设计合同后，为履行该合同方从尹明大处获取金象赛瑞公司的技术资料并用于华鲁恒升公司三聚氰胺项目的设计、建设。

在案证据也已能够证明尹明大被扣押笔记本电脑中“华鲁”文件夹内的电子数据是宁波厚承公司、宁波设计院公司为华鲁恒升公司设计被诉侵权项目期间该二公司与尹明大之间的往来技术资料。

宁波厚承公司作为工程设计合同中的名义技术提供方，显然知晓其自身要提供给华鲁恒升公司的技术的来源以及具体内容，但其一方面否认作为其高级管理人员的项文裕、项裕桥与尹明大接触联络、非法获取技术资料等行为与公司有关，一方面又始终未提交证据证明其提供给华鲁恒升公司的与涉案技术秘密构成实质相同的技术资料的正当来源，其抗辩不仅自相矛盾而且明显有违常理。

同样，在华鲁恒升公司涉案三聚氰胺一期项目建设期间，项裕桥、项文裕也是宁波设计院公司的高级管理人员，而且宁波厚承公司、宁波设计院公司在履行与华鲁恒升公司的工程设计合同过程中存在紧密联系。

根据本案在案证据显示，尹明大的笔记本电脑中存有华鲁恒升公司三聚氰胺项目的相关图纸，结合尹明大在刑事案件中关于项裕桥让其修改图纸的供述，足以认定宁波设计院公司在为华鲁恒升公司进行所谓的工程化设计的过程中曾让尹明大就相关图纸进行了检查与修改，宁波设计院公司作为其主张的工程化设计方理应知晓其提供给华鲁恒升公司的相应图纸的设计情况。

因此，基于在案证据亦足以认定宁波设计院公司对相应的技术来源是明知的。

总之，项文裕、项裕桥与尹明大多次接触联络并从尹明大处非法获取金象赛瑞公司涉案技术秘密，又以宁波厚承公司、宁波设计院公司的名义提供给华鲁恒升公司，该二人的行为显然系代表公司的行为，该二公司应当对此承担相应责任。

宁波厚承公司、宁波设计院公司关于其并不知晓项文裕、项裕桥的相关行为的抗辩显然与在案证据不符，本院不予采信。

③关于华鲁恒升公司的行为。

华鲁恒升公司系涉案三聚氰胺一期项目的最终使用者、最大获益者，结合其经备案的设计专篇中的记载，以及其于2017年3月28日发布的《山东华鲁恒升化工股份有限公司关于涉及诉讼的补充公告》、宁波设计院公司的在案陈述，足以证明华鲁恒升公司的涉案三聚氰胺一期项目的技术图纸、资料来源于宁波厚承公司和宁波设计院公司。

原审法院据此认定，华鲁恒升公司获取并使用了涉案技术秘密，具有事实和法律依据，本院予以确认。

华鲁恒升公司在原审中一方面主张其相应技术系善意受让自宁波厚承公司、宁波设计院公司，一方面又主张其具有自主研发被诉侵权生产系统的能力，华鲁恒升公司的上述抗辩本身自相矛盾，亦与本案查明事实明显不符。

同时，在案证据亦足以证明华鲁恒升公司对其使用的技术实际来源于金象赛瑞公司是明知的。

理由如下：第一，华鲁恒升公司向相关行政管理部门提交备案的设计专篇中明确记载有行业内三聚氰胺生产技术现状以及北京焯晶公司拥有的相关技术情况，故华鲁恒升公司作为同业竞争者，在被诉侵权生产系统设计、建造过程中，明确了解行业内三聚氰胺生产技术的情况，明知北京焯晶公司享有加压气相淬冷法三聚氰胺生产技术且已有5万吨/年装置成功运行。

第二，华鲁恒升公司并未提交证据证明其自身在被诉侵权行为发生前已掌握单一生产线年产5万吨三聚氰胺的相应技术。

根据原审法院已查明的事实，华鲁恒升公司在2011年之前并无制备三聚氰胺的生产技术及设备，其收购的德丰化工公司也只是一套年产1万吨三聚氰胺装置，亦无证据显示其有能力自行完成单一生产线年产量增长至5万吨的技术改进。

第三，华鲁恒升公司作为大型化工企业并规划建设涉及巨额投资的涉案三聚氰胺大型化工工程项目，其在与宁波厚承公司、宁波设计院公司签订工程设计合同前，理应对行业内三聚氰胺生产技术现状进行相应调查、对项目进行可行性研究，理应知晓其拟签订合同的相对方是否拥有合同所涉及的技术、是否具有相应的设计能力，而非按华鲁恒升公司所主张的其只是与宁波厚承公司、宁波设计院公司签订合作协议，由宁波厚承公司提供技术、宁波设计院公司负责工程设计，对其他事项一概不问不知。

本案各被诉侵权人均未提供证据证明宁波厚承公司、宁波设计院公司在与华鲁恒升公司签订合同之前拥有单一生产线年产5万吨三聚氰胺技术的研发或项目设计历史或者已经实际合法掌握了单一生产线年产5万吨三聚氰胺生产技术。

据此，可以推定华鲁恒升公司在与宁波厚承公司、宁波设计院公司签订工程设计合同时，对该二公司自身并不掌握相应技术是应知的。

最后，由尹明大在相关刑事案件中的供述亦可印证华鲁恒升公司对于宁波厚承公司、宁波设计院公司用于涉案三聚氰胺一期项目的实际技术来源是明知的。

根据相关讯问笔录的记载,尹明大多次供述其曾多次前往华鲁恒升公司为技术人员提供培训并解决相关技术问题,在与华鲁恒升公司交流过程中尹明大发现华鲁恒升公司知晓其曾经是金象赛瑞公司的总工程师。

基于本案现有证据,即便华鲁恒升公司在与宁波厚承公司、宁波设计院公司签署工程设计合同时并不知晓该二者并不掌握单一生产线年产5万吨三聚氰胺的相应技术或者不知道相应技术的来源,但之后华鲁恒升公司在实际已知悉技术来源于金象赛瑞公司的情况下,仍予接受且并未停止使用,即已构成明知,并不影响对其主观过错和侵权构成及责任承担的认定。

总之,华鲁恒升公司主观上亦明知其使用的技术方案的实际来源,已构成2017年修订的反不正当竞争法第九条第二款规定的视为侵犯商业秘密行为,其虽处于本案共同实施侵权行为的末端环节,但如前所述,其也是涉案技术秘密的最终使用者和最大获益者。

综上,华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大之间具有侵害涉案技术秘密的共同意思联络,主观上彼此明知,彼此先后实施相应的侵权行为形成了完整的侵害涉案技术秘密的侵权行为链,客观上已形成分工协作,属于共同故意实施被诉侵权行为。

需特别指出的是,构成共同故意实施被诉侵权行为并不以各参与者事前共谋、事后协同行动为限,各参与者彼此之间心知肚明、心照不宣,先后参与、相互协作,亦可构成共同实施被诉侵权行为。

本案中,华鲁恒升公司等被诉侵权人实施共同侵权行为的过程即属于后者情形,其各自实施的行为均属于实施共同侵权行为的关键环节且为不可或缺的组成部分。

退一步讲,本案即便不认定华鲁恒升公司主观上亦明知其使用的技术方案实际来源于金象赛瑞公司,至少也可以认定其明显应知有关技术方案实际来源于金象赛瑞公司。

如前所论,故意行为与过失行为结合实施的行为也可以构成共同侵权行为,也就是说,宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大的故意行为与华鲁恒升公司的过失行为结合起来,仍然构成共同侵权行为,对于华鲁恒升公司而言,其作为涉案技术秘密的最终使用者和最大获益者,这并不影响其对外应当承担的共同侵权责任的认定,至于会否影响共同侵权人内部责任的划分,则应另当别论。

(2)关于损害后果无损害，则无救济。

损害后果系判断侵权责任的重要因素之一，如没有共同的损害结果，则就缺少共同承担侵权责任的基础。

本案中，华鲁恒升公司等被诉侵权人共同故意实施侵害金象赛瑞公司的涉案技术秘密的行为显然已造成了损害后果，即金象赛瑞公司原本因涉案技术秘密而享有的竞争优势被削弱，其潜在或预期可得的市场份额丧失。

根据2017年修订的反不正当竞争法第十七条第三款的规定，侵权获利可以作为计算损害赔偿的依据，因而华鲁恒升公司等被诉侵权人的侵权获利本身即已构成侵权损害的后果，当然侵权损害后果并不仅限于侵权获利。

就华鲁恒升公司等被诉侵权人而言，该四者共同实施侵权行为的获利主要体现在华鲁恒升公司销售三聚氰胺产品所获得的利益。

在判断华鲁恒升公司等被诉侵权人因共同实施被诉侵权行为的获利时，应当从该四者共同实施行为的整体出发予以考量，而不能孤立地从各被诉侵权人在各环节各自实施的侵权行为单独考量进而割裂地判断获利情况，其中宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大在各自实施涉案侵权行为中分别所获得利益可以被华鲁恒升公司销售三聚氰胺产品所获得的利益所涵盖。

华鲁恒升公司销售三聚氰胺产品的获利增长系该四者共同实施被诉侵权行为时所共同期望达到的结果且在实施之初就已完全预见得到。

具体而言，首先，该四者共同故意实施侵权行为的初衷及目的在于使华鲁恒升公司生产三聚氰胺的产量大幅增长进而使其销售获利也因此增长，该四者共同实施侵权行为后实际上也达到了上述目的。

因此，虽然该四者在各自实施侵权行为的环节中有着不同的行为方式、不同的获利形式及不同的实际获利份额，但从共同实施侵权行为的整体来看，该四者共同实施被诉侵权行为的获利最终主要是体现在销售三聚氰胺产品的获利上，而且实现此获利亦是该四者共同追求的结果。

相应地，金象赛瑞公司潜在或预期可得的市场份额就会丧失，其相关获利必然受到影响，故其经济损失系因华鲁恒升公司等被诉侵权人使用涉案技术秘密制造涉案三聚氰胺一期项目的生产系统、使用该生产系统及涉案技术秘密中的工艺方法生产、销售三聚氰胺产品而产生。

其次，华鲁恒升公司等被诉侵权人在实施共同侵权行为之初均已完全预见到因共同故意实施被诉侵权行为的损害后果，以及华鲁恒升公司销售获利大幅增长的结果。

就宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大而言，该三者均明知涉案三聚氰胺一期项目的生产规模即单一生产线年产5万吨三聚氰胺。

尹明大在披露涉案技术秘密之初就明知将被用于华鲁恒升公司涉案三聚氰胺一期项目，宁波厚承公司、宁波设计院公司亦是为了建设该被诉侵权项目而从尹明大处获取涉案技术秘密，该三者均明知该项目的建设目的是提高华鲁恒升公司的三聚氰胺年产量且该项目的建成势必会有效提高三聚氰胺产品的年产量，该三者均明知华鲁恒升公司将通过销售涉案三聚氰胺产品营利，更明知华鲁恒升公司与金象赛瑞公司具有竞争关系，涉案技术秘密的披露、使用或者允许他人使用必然会损害金象赛瑞公司原本在该行业内享有的竞争优势。

尹明大作为涉案技术秘密的主要研发人员之一，明知涉案技术秘密系金象赛瑞公司的重要技术秘密，理应充分了解涉案技术秘密给金象赛瑞公司所带来的竞争优势。

宁波厚承公司、宁波设计院公司亦明确知晓涉案技术秘密在行业内的价值。

因此，该三者实施侵权行为之初已完全预见到侵权行为可能造成的损害后果以及华鲁恒升公司销售涉案三聚氰胺产品的获利。

就华鲁恒升公司而言，其为提升自身三聚氰胺的年产量，其在明知来源非法的情况下，仍然非法获取、使用涉案技术秘密并用于其三聚氰胺一期项目，涉案技术秘密的使用所带来的三聚氰胺产量的大幅提升、销售三聚氰胺获利的大幅增长不仅是华鲁恒升公司已完全预见的结果，更是其积极追求的目标。

综上所述，本案侵权损害后果主要体现在华鲁恒升公司销售涉案三聚氰胺产品的获利，且该损害后果具有不可分割性。

(3)关于侵权行为与损害后果之间的因果关系如前所论，本案中，尹明大违反保密约定，披露涉案技术秘密并允许他人使用涉案技术秘密，系共同侵权行为得以实施的基础环节，同时其使用涉案技术秘密为其他被诉侵权人提供技术指导，亦是共同实施侵权行为中的关键人物；宁波厚承公司、宁波设计院公司以高额利诱的非法手段获取并披露、使用、允许他人使用涉案技术秘密，系共同实施侵权行为的始作俑者和中间渠道及名义上的技术提供者；华鲁恒升公司非法获取、使

用涉案技术秘密，并通过使用涉案技术秘密生产三聚氰胺产品后进行销售，其为共同实施侵权行为的最终环节和最大获益者。

该四者实施的侵权行为环环相扣、缺一不可，与损害后果之间均具有直接的因果关系。

综上，尹明大违反与金象赛瑞公司有关保守涉案技术秘密的约定，在宁波厚承公司、宁波设计院公司的高额利诱下，将涉案技术秘密非法披露给宁波厚承公司、宁波设计院公司、华鲁恒升公司并允许该三公司使用，并自己使用涉案技术秘密为华鲁恒升公司涉案三聚氰胺一期项目的建设、使用提供技术指导；宁波厚承公司、宁波设计院公司在明知相应的技术信息系金象赛瑞公司的技术秘密且明知尹明大为金象赛瑞公司前员工的情况下以不正当手段从尹明大处非法获取涉案技术秘密并用于华鲁恒升公司涉案三聚氰胺一期项目的设计、建造、使用，华鲁恒升公司在明知技术来源非法的情况下获取并使用涉案技术秘密。

该四者主观上存在意思联络，客观上形成分工协作，共同实施了侵害涉案技术秘密的行为，造成了不可分割的损害后果，且损害后果与该四者实施的侵权行为之间均具有直接的因果关系，构成共同侵权。

3. 关于华鲁恒升公司等被诉侵权人应否承担连带责任如上所论，华鲁恒升公司等被诉侵权人构成共同侵权，根据侵权责任法第八条的规定，华鲁恒升公司等被诉侵权人应当承担连带责任。

本案中，华鲁恒升公司等被诉侵权人各自实施的侵权行为均是共同侵权中不可或缺的一环，该四者的行为缺一不可且均造成了同一损害后果，该损害后果与该四者的行为之间均具有直接的因果关系，故各被诉侵权人理应就共同侵权行为所造成的损失全额承担连带赔偿责任。

无论是尹明大从宁波厚承公司、宁波设计院公司处实际已获取的95万元非法获利，还是宁波厚承公司、宁波设计院公司因工程设计合同所获价款均不足以反映该三者与华鲁恒升公司共同实施的侵权行为所造成的最终损害后果，故该三者实际所得获利或所获合同对价并不能作为该三者应承担的连带赔偿限额的依据。

原审法院在考虑华鲁恒升公司等被诉侵权人各自的实际获利及各自行为对损害后果影响的基础上，进而确定连带责任比例的认定有所不妥，本院予以纠正。

(七)关于本案停止侵害和赔偿损失的责任具体应如何承担侵权责任法第十五条规定：“承担侵权责任的方式主要有：(一)停止侵害；(二)排除妨碍；(三)消除危险；(四)返还财产；(五)恢复原状；(六)赔偿损失；(七)赔礼道歉；(八)消除影响、恢复名誉。

以上承担侵权责任的方式，可以单独适用，也可以合并适用。

”对于侵害商业秘密行为，判决停止侵害的民事责任时，停止侵害的时间一般应当持续到该商业秘密已为公众所知悉时为止。

金象赛瑞公司在本案中主张的侵权责任主要为停止侵害、赔偿损失两类，就具体如何承担本院分析如下：1.关于停止侵害的侵权责任(1)关于停止使用涉案技术秘密的一般责任。

华鲁恒升公司等被诉侵权人共同实施了侵害金象赛瑞公司涉案技术秘密的行为，故该四者应当立即停止实施侵害涉案技术秘密的行为。

原审判决华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大立即停止披露、使用、允许他人使用的涉案技术秘密，停止侵害的时间持续到涉案技术秘密已为公众知悉之日止，具有事实和法律依据，本院予以确认。

(2)关于停止销售使用涉案技术秘密生产的三聚氰胺产品的责任。

金象赛瑞公司上诉请求中包括要求华鲁恒升公司停止销售使用涉案技术秘密生产的三聚氰胺产品，经本院当庭询问，华鲁恒升公司等被诉侵权人均确认金象赛瑞公司在原审诉讼期间提出过该诉讼请求，故本院二审对该请求继续审理。

作为制造者的侵权人在技术秘密侵权案件中的侵权行为通常表现为使用技术秘密制造产品，反不正当竞争法已明确禁止该种行为。

当制造者使用的技术秘密为制造该产品所不可或缺的重要条件且该产品为使用该技术秘密所直接获得的产品时，因其销售该产品的行为显属同一侵权主体实施制造行为的自然延伸和必然结果，故此时该禁止使用的范围应当包括禁止该制造者使用该技术秘密制造产品后进行销售。

在此情况下，如将不得使用技术秘密狭隘地理解为仅禁止制造者使用技术秘密的制造行为，而不包括禁止其在制造完成后进行销售，不仅于理不通、自相矛盾，而且有销售即有获利，如不禁止制造者继续销售将必然造成侵权损害后果的继续发生或扩大。

当然，制造者使用技术秘密制造的产品被其售出后，使用技术秘密的侵权结果即同时发生，且非属制造者的他人的独立的销售行为并不属于反不正当竞争法所列明的侵害技术秘密的行为，因此，在一般情况下，制造者之外的其他人后续销售使用技术秘密制造的产品并不为法律所禁止。

但是，如果该后续销售者系因明显过错而依法与产品制造者构成共同侵权或帮助侵权的，则亦应为法律所不许。

本案中，华鲁恒升公司使用涉案技术秘密的行为主要表现为使用涉案技术秘密建设被诉侵权生产系统并在被诉侵权生产系统建成后继续使用承载有涉案技术秘密的该侵权生产系统和使用涉案技术秘密中的生产工艺制造三聚氰胺产品并进行销售。

从涉案技术秘密的内容来看，其所包含的设备选择以及相关设备的结构、尺寸、形状、生产工艺参数等技术信息均是华鲁恒升公司建造和使用被诉侵权生产系统所必需的技术信息，涉案技术秘密中包含的相关技术参数对使用被诉侵权生产系统制造三聚氰胺产品亦不可或缺，而且三聚氰胺是使用涉案技术秘密所直接获得的产品，如不使用涉案技术秘密，则华鲁恒升公司无法建造完成被诉侵权生产系统，更无从使用被诉侵权生产系统得以每年生产5万吨的三聚氰胺产品。

因此，涉案技术秘密既是华鲁恒升公司制造被诉侵权生产系统不可或缺的重要条件，也是其制造涉案三聚氰胺产品不可或缺的重要条件，而且其涉案三聚氰胺产品为使用涉案技术秘密所直接获得的产品。

金象赛瑞公司所提出的责令华鲁恒升公司停止销售使用涉案技术秘密生产的三聚氰胺产品的请求实质上已被涵盖在要求其停止使用涉案技术秘密的范畴内，亦是作为制造者的华鲁恒升公司停止使用涉案技术秘密的应有之义，故本院在原审判决华鲁恒升公司停止使用涉案技术秘密的基础上，进一步明确华鲁恒升公司应当立即停止销售使用涉案技术秘密生产出的三聚氰胺产品。

需要指出的是，本案认定华鲁恒升公司涉案三聚氰胺产品为使用涉案技术秘密所直接获得的产品与本院在(2020)最高法知民终1559号案中认定涉案三聚氰胺产品为使用该案所涉专利方法直接获得的产品并不矛盾，因为制造同一产品所使用的技术，既可以是专利技术，也可以是技术秘密或自由公知技术，还可以是同时使用专利技术、技术秘密和自由公知技术的组合。

(3) 关于销毁涉案技术秘密载体的责任。

《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第十八条规定：“权利人请求判决侵权人返还或者销毁商业秘密载体，清除其控制的商业秘密信息的，人民法院一般应予支持。”

”本案中，金象赛瑞公司诉请判令华鲁恒升公司等被诉侵权人销毁其各自持有的技术秘密载体，原审判决对于宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大应当销毁相应技术秘密载体的认定正确，本院予以确认。

金象赛瑞公司同时诉请判令华鲁恒升公司立即销毁侵权的生产设备及设备图纸、技术资料。

对此，本院认为，本案中，被诉侵权生产系统即华鲁恒升公司涉案三聚氰胺一期项目的建成、实际使用均依赖于涉案技术秘密，特别是其中的设备选择、设备尺寸、工艺参数等，故对华鲁恒升公司而言，其持有的记载或包含有涉案技术秘密的载体主要为被诉侵权生产系统及其向相关行政管理部门备案的图纸或技术资料即本案中的设计专篇，同时，为确保生产设备的正常运行、维护、维修，此类大型生产设备的实际使用者理应持有相应技术资料，故可以推定华鲁恒升公司持有的记载或包含有涉案技术秘密的载体还包括被诉侵权生产系统的相应技术资料。

如前所述，华鲁恒升公司实施的使用涉案技术秘密的行为主要体现为使用涉案技术秘密建设被诉侵权生产系统并在被诉侵权生产系统建成后继续使用承载有涉案技术秘密的该侵权生产系统和使用涉案技术秘密中的生产工艺生产三聚氰胺产品并进行销售。

可以说，被诉侵权生产系统既是承载涉案技术秘密的重要载体，也是华鲁恒升公司可能继续实施侵权行为的重要工具。

销毁承载有涉案技术秘密的被诉侵权生产系统既是停止侵害的应有之义，亦可有效预防华鲁恒升公司继续使用其上所承载的技术秘密以及在该生产系统上使用涉案技术秘密中的生产工艺。

因此，本院对金象赛瑞公司提出的要求华鲁恒升公司销毁承载涉案技术秘密的相应设备及设备图纸、技术资料的诉讼请求予以支持。

同时，本院亦注意到，被诉侵权生产系统中还涉及其他未承载涉案技术秘密的设备，涉及华鲁恒升公司的合法财产权利，因此，销毁有关设备的方式包括但不限于以拆除的方式实现。

此外，考虑到被诉侵权生产系统涉及大型化工项目，华鲁恒升公司在履行上述销毁该生产系统的责任时需一定的合理履行期间，且如前所述，该生产系统还涉及相关危险化学品处理，如其进行改建等仍需经相关行政管理部门进行安全条件审查。

同时结合华鲁恒升公司在本院审理的(2020)最高法知民终1559号案件中自述花费一个月时间对其生产系统进行了改造可知，对于华鲁恒升公司而言在90天期间内对该生产系统进行拆除等并不存在履行障碍。

因此，本院给予华鲁恒升公司90天的履行宽限期以实现上述停止侵害的目标。

华鲁恒升公司所持有的设计专篇等其他记载或包含有涉案技术秘密的相应技术资料也应与被诉侵权生产系统同时销毁。

原审法院基于社会资源的浪费以及生产安全的角度考量，希望通过判令停止使用但不销毁生产设备的方式，鼓励华鲁恒升公司与金象赛瑞公司达成技术许可。

对此，本院认为，原审法院的此种处理方式的出发点虽好，在于试图促成技术许可和避免资源浪费，但结合本案华鲁恒升公司等被诉侵权人十分明显的主观过错以及较为严重的侵权情节，该处理方式一方面不当限制了权利人对其知识产权的行使，另一方面，在双方不能达成合意时将形成裁判执行的僵局并可能引发新的争议与诉讼，并不能有效保护金象赛瑞公司的知识产权，一定程度上也会增加金象赛瑞公司和华鲁恒升公司的纠纷解决成本。

本院认为，人民法院应当依法全面有效保护知识产权，对本案中金象赛瑞公司的该诉讼请求应予支持。

唯有如此，方可既有效制止侵权和保护知识产权，又有利于促使当事人在明了彼此权利和行为边界的基础上开展诚信磋商，就未来有关事宜作出妥善处理。

2. 关于赔偿损失的侵权责任 2017年修订的反不正当竞争法第十七条第三款规定：“因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。

赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。

” (1)关于金象赛瑞公司主张的赔偿数额计算方式二审中，金象赛瑞公司在原审主张的基础上，进一步明确其在本案中主张的系发生于2012年即尹明大与宁波厚承公司、宁波设计院公司接触时开始至2018年12月30日止的侵权行为，

并主张以华鲁恒升公司的侵权获利计算本案侵权行为的赔偿数额，具体赔偿数额计算期间的起算点为华鲁恒升公司涉案三聚氰胺一期项目即被诉侵权生产系统投产之日即2014年4月30日，计算至2018年12月30日止；就2018年12月30日后的侵权行为所造成的损害保留另案主张的权利。

就本案赔偿数额的计算方式，金象赛瑞公司在二审中再次明确，基于其原审提交的相关证据材料，以华鲁恒升公司年报中记载的有机胺毛利率以及同规模企业四川美丰公司的三聚氰胺毛利率为计算基础计算华鲁恒升公司销售三聚氰胺的获利，金象赛瑞公司认为以华鲁恒升公司整体利润率或化工行业利润率为参考计算所得的利润不能完全反映华鲁恒升公司销售涉案三聚氰胺的实际获利，因而参考价值较低。

对此，本院认为，根据华鲁恒升公司于2014年4月30日发布的涉案三聚氰胺项目一期生产线投产公告可知，华鲁恒升公司涉案三聚氰胺一期项目在该发布日期前试车成功且已打通全线流程，生产出合格产品，进入试生产阶段。

因此，金象赛瑞公司关于具体赔偿数额计算期间起算点的确定具有事实依据，本院予以采信。

原审法院在认定被诉侵权生产系统于2014年4月30日开始运行的基础上，在计算华鲁恒升公司的三聚氰胺营业收入时仍将2014年4月整个月的数据都纳入计算有所不妥，本院予以纠正。

此外，原审诉讼期间，因原审在案证据无华鲁恒升公司2018年年报，故原审法院在计算华鲁恒升公司2018年的相关数据时均是以往年的数据以及2018年第一季度的相关数据为基础进行推算，根据本院二审已另查明的华鲁恒升公司2018年年报所记载的相关数据，原审法院推算所得的华鲁恒升公司2018年有机胺毛利率即25.0025%明显低于2018年年报记载的其实际有机胺毛利率38.54%，故本院根据二审另查明的事实，以金象赛瑞公司主张的两种计算方式，就华鲁恒升公司在2014年5月至2018年期间销售涉案三聚氰胺的获利情况一并予以重新计算。

根据原审法院已查明的华鲁恒升公司2014年第一季度营业收入及2014年全年营业收入9710121856.35元，减去第一季度营业收入2269044480.65元，再以2014年的月平均营业收入作为2014年4月的营业收入予以扣减，计算得出2014年5月至12月的营业收入总额为6631900554.34元。

结合原审已查明的 2015 年至 2017 年营业收入及华鲁恒升公司在 2017 年自行披露的近三年与涉案工程设计合同相关的三聚氰胺产品占年均营业收入的 2%，并结合本院二审另查明的华鲁恒升公司 2018 年营业收入，计算得出华鲁恒升公司在 2014 年 5 月至 2018 年期间，销售三聚氰胺的营业收入约为 9.5 亿元。

具体如下表：

期间

华鲁恒升公司

营业收入(元)

三聚氰胺营业收入(元)

(以营业收入的 2%计算)

2014 年 5-12 月

6631900554.34

132638011.09

2015 年

8651296129.53

173025922.59

2016 年

7701060175.50

154021203.51

2017 年

10408071378.76

208161427.58

2018 年

143××××7454.99

287136349.10

合计

47749145693.12

954982913.86

①以华鲁恒升公司年报披露的有机胺毛利率计算以原审法院已查明的华鲁恒升公司在年报中披露的 2014 年至 2017 年其有机胺毛利率，以及本院二审另查

明的其 2018 年有机胺毛利率为计算基础，结合上述计算得出的三聚氰胺营业收入，计算得出华鲁恒升公司 2014 年 5 月至 2018 年期间，销售涉案三聚氰胺的毛利润约为 2.8 亿元。

具体如下表：

期间

三聚氰胺

营业收入(元)

华鲁恒升公司有机胺毛利率

毛利润(元)

2014 年

5 月-12 月

132638011.09

18.80%

24935946.08

2015 年

173025922.59

23.23%

40193921.82

2016 年

154021203.51

28.36%

43680413.32

2017 年

208161427.58

29.62%

61657414.85

2018 年

287136349.10

38.54%

110662348.94

合计

954982913.86

/

281130045.01

②以案外人四川美丰公司的三聚氰胺产品毛利率计算根据原审法院已查明的四川美丰公司2014年至2017年的年度报告披露的有关三聚氰胺产品毛利率,计算得出2014年至2017年的平均毛利率约为30.76%并以此作为其2018年的毛利率。

以上述毛利率作为计算基础,得出华鲁恒升公司2014年5月至2018年期间销售涉案三聚氰胺产品毛利润约为3.03亿元。

期间

三聚氰胺

营业收入(元)

四川美丰公司

三聚氰胺毛利率

毛利润(元)

2014年

5月-12月

132638011.09

21.13%

28026411.74

2015年

173025922.59

21.29%

36837218.92

2016年

154021203.51

34.03%

52413415.55

2017年

208161427.58

46.58%

96961592.97

2018 年

287136349.10

30.76%

88323140.98

合计

954982913.86

/

302561780.17

(2) 本案确定损害赔偿 responsibility 需要考虑的因素华鲁恒升公司等被诉侵权人共同侵害了金象赛瑞公司主张的涉案技术秘密，造成了严重损害后果，依法应当承担连带损害赔偿的法律 responsibility。

具体而言，在确定本案赔偿数额时，本院考虑如下因素：第一，各侵权人的主观过错。

如前所述，华鲁恒升公司等被诉侵权人主观上显然均知晓金象赛瑞公司对涉案技术秘密享有权利，但仍然共同实施侵权行为，该四者的侵权主观过错十分明显。

同时，被诉侵权生产系统系用于大型化工项目，侵权规模巨大，华鲁恒升公司等被诉侵权人的侵权情节较为严重。

第二，各侵权人对损害后果的可预见性。

如前所述，华鲁恒升公司等被诉侵权人对侵权行为所造成的损害后果以及华鲁恒升公司销售三聚氰胺产品的获利均具有完全的可预见性且在各自实施侵权行为之初即已预见到，特别是对被诉侵权生产系统的生产规模以及华鲁恒升公司相应的生产三聚氰胺的产量、销售三聚氰胺产品获利数额均具有可预见性，且上述生产规模的形成以及产量、销售获利的大幅提高均是该四者实施侵权行为共同所期望达到的结果。

第三，权利人就同一被诉侵权生产系统提出其他知识产权主张的情况。

金象赛瑞公司就涉案被诉侵权生产系统共提起有包括本案在内的三起侵权诉讼,且在本案审理中已明确其就被诉侵权生产系统主张的知识产权除本案技术秘密外,仅包括“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”发明专利权及“组合式换热器及其流化床反应器”发明专利权,并确认不再主张其他知识产权。

金象赛瑞公司与案外人北京焯晶公司在“节能节资型气相淬冷法蜜胺生产系统及其工艺”发明专利侵权案即(2020)最高法知民终1559号案(以下简称1559号案)中主张的赔偿数额为1.2亿元,赔偿数额的计算期间为2014年4月30日起至2020年6月10日,该计算期间与金象赛瑞公司在本案中主张的赔偿计算期间大部分重合。

金象赛瑞公司与案外人北京焯晶公司在“组合式换热器及其流化床反应器”发明专利侵权案即(2022)最高法知民终63号案(以下简称63号案)中主张的1500万元赔偿额的考量因素系组合式换热器和流化床反应器在行业的售价,也就是专利产品的价格,该主张与本案以及1559号案中主张的以华鲁恒升公司销售三聚氰胺获利计算损害赔偿数额的计赔方式并不相同。

将金象赛瑞公司与北京焯晶公司在1559号案中主张的2014年4月30日起至2020年6月10日(约73个月)期间的1.2亿元赔偿数额平均分摊至本案赔偿数额计算期间即2014年4月30日至2018年12月30日(56个月),约为9200万元(1.2亿元/73个月×56个月),再将金象赛瑞公司与北京焯晶公司在63号案中主张的1500万元赔偿数额以及本案索赔数额9800万元一并相加,合计为2.05亿元。

应当说,此种按月平均分摊的计算并不十分科学和准确,但假使对该1.2亿元赔偿数额不作期间分摊,全部计入本案主张权利期间即2014年4月30日至2018年12月30日,则上述三案中权利人主张的索赔数额合计为2.33亿元。

不论是否考虑期间分摊,上述三案中权利人主张的索赔数额均未超过前述以华鲁恒升公司年报披露的有机胺毛利率计算侵权获利数额约2.8亿元,更未超过前述以案外人四川美丰公司的三聚氰胺产品毛利率计算侵权获利数额约3.03亿元。

(3)本案赔偿数额的确定本案中,金象赛瑞公司主张根据华鲁恒升公司因使用涉案技术秘密的获利即销售使用涉案技术秘密生产三聚氰胺的获利计算其因本案侵权行为所遭受的损失,并提出了两种方式计算赔偿数额,一是参照华鲁恒

升公司有机胺的毛利率计算，二是参照同规模企业四川美丰公司销售三聚氰胺的毛利率计算。

原审法院在采纳上述两种计算方式的基础上，另参照华鲁恒升公司的整体毛利率及其年报记载的化工行业毛利率进行了相应计算。

对此，本院认为，在金象赛瑞公司主张的上述两种计算方式能够反映华鲁恒升公司在该期间内销售三聚氰胺产品的获利情况的基础上，无需再参考华鲁恒升公司整体毛利率及化工行业毛利率的方式予以计算。

主要考虑以下三方面原因：第一，权利人主张的相关数据与目标数据的对应性。

三聚氰胺系一种有机胺，华鲁恒升公司有机胺产品的毛利率基本能够反映其销售三聚氰胺产品的利润情况，具有直接参照意义，可以据此确定本案赔偿数额。

案外人四川美丰公司系与华鲁恒升公司具有相同生产三聚氰胺产品规模的企业，其同样拥有年产5万吨三聚氰胺的装置，与华鲁恒升公司涉案三聚氰胺一期项目的规模相同，故四川美丰公司销售三聚氰胺的毛利率对于计算华鲁恒升公司销售三聚氰胺获利具有可比性，亦可以据此参照确定本案赔偿数额。

第二，其他数据与目标数据的对应性。

无论是华鲁恒升公司的整体利润率、还是化工行业的毛利率，其计算中均包含了华鲁恒升公司或其他化工企业经营其他业务的获利，与销售三聚氰胺产品的获利不具有直接可比的对应性，与华鲁恒升公司的有机胺毛利率及同规模企业四川美丰公司的三聚氰胺毛利率相比，对计算华鲁恒升公司三聚氰胺的销售获利情况的参考性相对较低。

第三，各方当事人的举证情况。

在本案原审期间，针对金象赛瑞公司主张的赔偿数额计算方式以及据以计算的证据材料，在金象赛瑞公司已初步证明侵权获利的情况下，华鲁恒升公司等被诉侵权人均未对此提供相反证据予以反驳。

二审期间，针对原审法院计算的侵权获利数额、原审判决的赔偿数额以及金象赛瑞公司对赔偿数额的上诉主张，华鲁恒升公司等被诉侵权人亦均未提交证据反驳，更未提交证据证明华鲁恒升公司销售三聚氰胺产品的获利低于原审法院计算的相关参考数额或判赔数额或者金象赛瑞公司上诉主张的数额。

在华鲁恒升公司等被诉侵权人未提交证据反驳的情况下, 本院无法精确计算华鲁恒升公司销售三聚氰胺产品的营业利润, 同时华鲁恒升公司等被诉侵权人侵权主观过错十分明显、侵权情节较为严重, 本院只能也应当以毛利润计算华鲁恒升公司销售三聚氰胺产品的获利情况。

本院根据金象赛瑞公司主张的两种计算方式确定, 在 2014 年 5 月至 2018 年期间, 参照华鲁恒升公司有机胺毛利率, 华鲁恒升公司销售三聚氰胺的获利约为 2.8 亿元; 参照同规模企业即四川美丰公司的三聚氰胺毛利率, 华鲁恒升公司销售三聚氰胺的获利约为 3.03 亿元。

上述计算期间与金象赛瑞公司主张的 2014 年 4 月 30 日至 2018 年 12 月 30 日相较, 计算起始点少核算一天, 计算终止点多核算一天, 且根据华鲁恒升公司发布的公告显示其三聚氰胺二期项目已于 2018 年 12 月 28 日进入试生产阶段, 故该计算期间内最后两天的数据中可能包含有该二期项目的相关数据, 但整体上已可基本反映华鲁恒升公司在金象赛瑞公司主张的侵权损害赔偿数额计算期间内销售三聚氰胺产品的获利情况。

再综合考虑前述本案确定的损害赔偿责任需要考虑的三个因素, 即使将金象赛瑞公司与案外人北京焯晶公司在关联案件中的索赔数额一并纳入计算, 亦未超出前述计算侵权获利数额的低值 2.8 亿元, 更未超过高值 3.03 亿元。

金象赛瑞公司在本案中主张的 9800 万元赔偿数额与本案各侵权人侵害涉案技术秘密的主观过错程度、损害后果等具体情节相适应, 具有合理性和适当性, 本院对金象赛瑞公司主张的 9800 万元赔偿数额全额支持, 以切实体现对侵害技术秘密行为的严厉惩处和对技术秘密权利人合法权益的充分保护。

据此, 华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大应当就其四者的共同侵权行为连带赔偿金象赛瑞公司 9800 万元。

鉴于金象赛瑞公司明确在其诉请主张的 9800 万元赔偿数额包括了其为本案维权所支出的合理费用, 不再单独主张维权合理费用, 本院确认上述认定的赔偿数额中已包含了金象赛瑞公司为本案维权所支出的合理费用。

金象赛瑞公司关于华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大连带赔偿 9800 万元的上诉主张具有事实和法律依据, 本院予以支持。

至于华鲁恒升公司、宁波厚承公司、宁波设计院公司、尹明大在承担本案连带赔偿责任后其内部责任划分问题，不属本案审理范围，相关当事人可另行协商或另行依法解决。

需指出的是，原审法院在确定本案侵权赔偿数额时明确适用法定赔偿，但最终确定的赔偿数额已明显超出法定赔偿的上限，属于适用法律错误，本院予以指出。

此外，在金象赛瑞公司提起本案诉讼之时，华鲁恒升公司三聚氰胺二期项目并未建成投产，金象赛瑞公司亦未在原审诉讼阶段明确对该三聚氰胺二期项目主张权利，因此，本案所审理的范围仅限于华鲁恒升公司的三聚氰胺一期项目，故亦不能将三聚氰胺二期项目投入使用的情况纳入本案侵权赔偿数额的考量和计算范围内。

综上所述，四川金象赛瑞化工股份有限公司的上诉请求成立，予以支持；山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司(原宁波远东化工集团有限公司)、宁波安泰环境化工工程设计有限公司(原宁波市化工研究设计院有限公司)、尹明大的上诉请求不能成立，应予驳回。

二审裁判结果

依照《中华人民共和国侵权责任法》第八条、第十五条，《中华人民共和国反不正当竞争法》(2017年修订)第九条、第十七条，《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第十八条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第二款，《中华人民共和国民事诉讼法》(2021年修正)第一百七十七条第一款第二项之规定，判决如下：一、撤销四川省成都市中级人民法院(2017)川01民初2948号民事判决。

二、自本判决生效之日起，山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司、尹明大立即停止披露、使用、允许他人使用四川金象赛瑞化工股份有限公司的涉案技术秘密，停止侵害的时间持续至涉案技术秘密信息已为公众知悉之日止，其中上述山东华鲁恒升化工股份有限公司的停止使用包括立即停止销售使用四川金象赛瑞化工股份有限公司的涉案技术秘密所生产的三聚氰胺产品。

三、山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司、尹明大以四川金象赛瑞化工股份有限公司确认或

者负责本案执行的人民法院可以验证的方式,销毁记载有四川金象赛瑞化工股份有限公司涉案技术秘密的载体,包括:1.自本判决生效之日起十日内,宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司、尹明大销毁各自所持有的记载有四川金象赛瑞化工股份有限公司涉案技术秘密的技术资料;2.自本判决生效之日起九十日内,山东华鲁恒升化工股份有限公司销毁其10万吨/年三聚氰胺项目(一期)中涉及涉案技术秘密的设备(销毁的方式包括但不限于拆除有关设备中包含金象赛瑞化工股份有限公司涉案技术秘密的部分),销毁其持有的记载有四川金象赛瑞化工股份有限公司涉案技术秘密的技术资料。

四、自本判决生效之日起十日内,山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司、尹明大连带赔偿四川金象赛瑞化工股份有限公司经济损失及合理开支9800万元。

五、驳回山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司、尹明大的上诉请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》(2021年修正)第二百六十条之规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费531800元,由山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司、尹明大共同负担。

山东华鲁恒升化工股份有限公司预交的二审案件受理费291800元、宁波厚承管理咨询有限公司预交的二审案件受理费46800元、宁波安泰环境化工工程设计有限公司预交的二审案件受理费46800元、尹明大预交的二审案件受理费15600元,分别由四方各自负担;四川金象赛瑞化工股份有限公司预交的二审案件受理费281800元,由山东华鲁恒升化工股份有限公司、宁波厚承管理咨询有限公司、宁波安泰环境化工工程设计有限公司、尹明大共同负担。

本判决为终审判决。

审判长岑宏宇

审判员徐红妮

审判员孔立明

二〇二二年十二月二十六日

法官助理诸方卉

书记员郑帅

王现辉律师团队

3. “伸缩缝装置”标准必要专利侵权案【徐某、宁波路宝科技实业集团有限公司与河北易德利橡胶制品有限责任公司、河北冀通路桥建设有限公司侵害发明专利权纠纷案】

【案号】(2020)最高法知民终1696号

【基本案情】徐某系专利号为200410049491.5、名称为“一种特大抗挠变梳型桥梁伸缩缝装置”的发明专利权利人。涉案专利为交通运输部发布的《单元式多向变位梳形板桥梁伸缩缝装置》行业推荐性标准的标准必要专利。专利权人徐某及其任法定代表人的涉案专利独占被许可人路宝公司认为，冀通公司在平赞高速公路工程中，使用了易德利公司按照上述标准制造并销售的伸缩缝装置，两公司构成对涉案专利权的侵害，遂向河北省石家庄市中级人民法院提起诉讼，请求判令两公司停止侵害并共同赔偿损失及维权合理开支300万元。一审法院认定，易德利公司、冀通公司侵害涉案专利权，判决易德利公司赔偿经济损失及维权合理开支10万元。徐某、路宝公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，涉案专利为标准必要专利，推荐性标准中明确披露了涉案专利技术方案、专利号及权利人联系方式，且路宝公司曾于2016年函告易德利公司涉嫌侵害涉案专利权。易德利公司明知涉案专利的存在，非但没有主动寻求专利许可，还再次未经许可实施涉案专利，主观上存在明显过错。遂改判全额支持权利人300万元赔偿请求。

【典型意义】本案二审在认定标准必要专利权人不存在过错、专利实施人存在明显过错的基础上，全额支持权利人的赔偿主张，明确标准必要专利侵权案件中确定损害赔偿时应当重点考虑当事人过错，凸显保护善意行为人的司法政策导向。

裁判文书摘要

案号 (2020)最高法知民终1696号

审理法院 最高人民法院

当事人 河北易德利橡胶制品有限责任公司

河北冀通路桥建设有限公司

徐斌

宁波路宝科技实业集团有限公司

立案年度 2020

裁判时间 2022-06-30

裁判结果 撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2020)最高法知民终 1696 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 徐斌

委托诉讼代理人: 罗德江, 湖北智楚律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 周美华, 北京易聚律师事务所律师。

上诉人(原审原告): 宁波路宝科技实业集团有限公司。

法定代表人: 徐斌, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 罗德江, 湖北智楚律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 周美华, 北京易聚律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 河北易德利橡胶制品有限责任公司。

住 XXXX。

法定代表人: 苏秀平, 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 王文庆, 河北东尚律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 河北冀通路桥建设有限公司。

法定代表人: 赵付安, 该公司经理。

委托诉讼代理人: 梅爱慧, 北京大成(石家庄)律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 王晓勇, 北京大成(石家庄)律师事务所律师。

审理经过

上诉人徐斌、宁波路宝科技实业集团有限公司(以下简称路宝公司)与上诉人河北易德利橡胶制品有限责任公司(以下简称易德利公司)、被上诉人河北冀通路桥建设有限公司(以下简称冀通公司)侵害发明专利权纠纷一案,不服河北省石家庄市中级人民法院于2020年5月15日作出的(2019)冀01知民初284号民事判决,向本院提起上诉。本院于2021年8月9日立案后,依法组成合议庭,并于2021年6月29日公开开庭进行了审理,徐斌、路宝公司的共同委托诉讼代理人

罗德江、周美华，易德利公司的委托诉讼代理人王文庆，冀通公司的委托诉讼代理人梅爱慧、王晓勇到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

徐斌、路宝公司上诉请求：1. 撤销原审判决；2. 改判易德利公司、冀通公司立即停止制造、销售、许诺销售、使用侵害专利号 200410049491.5、名称为“一种特大抗挠变梳型桥梁伸缩缝装置”发明专利(以下简称涉案专利)权的行为；3. 改判易德利公司、冀通公司共同赔偿徐斌、路宝公司经济损失及维权合理开支共计 300 万元；4. 本案一审、二审诉讼费用由易德利公司、冀通公司负担。事实和理由：(一)原审判决认定事实错误。1. 在本案诉讼前，各方未能进行许可协商谈判，是易德利公司、冀通公司的过错所致。行业标准《单元式多向变位梳形板桥梁伸缩缝装置》(JT/T723-2008)(以下简称涉案标准)的引言部分充分公示了标准所必需专利的相关信息及专利权人的联系方式，同时专利权人主动说明愿意在公平、合理、无歧视的条件下进行专利实施许可谈判。徐斌、路宝公司在涉案标准中已经充分履行了标准必要专利的披露义务，并且，涉案标准作为交通运输部发布的公开文件，易德利公司、冀通公司作为该行业经营者应当知晓涉案标准和涉案专利，在实施涉案标准之前，应当主动联系专利权人协商许可费用事宜。但易德利公司、冀通公司不主动与徐斌、路宝公司就专利实施许可进行协商，导致纠纷的产生。相反，在项目施工之前，徐斌、路宝公司不可能知道谁要实施标准和专利，也不可能主动发起协商谈判，因此徐斌、路宝公司不存在过错。

2. 直到上诉之时，双方仍未能进行许可协商谈判，易德利公司、冀通公司应当对此承担责任。徐斌、路宝公司于 2016 年 12 月 12 日在京港澳高速改扩建项目中发现易德利公司可能存在侵害涉案专利权的行为后，向易德利公司、冀通公司发函，提示易德利公司、冀通公司与徐斌、路宝公司进行联系协商。后徐斌、路宝公司发现冀通公司在其承建的位于石家庄市赞皇县境内的平赞高速路面和桥梁工程(以下简称平赞高速公路工程)中仍存在侵害涉案专利权的行为，故向法院起诉。案件审理过程中徐斌、路宝公司又向易德利公司、冀通公司发出律师函，要求易德利公司、冀通公司停止侵权、协商谈判，但两公司依旧置之不理。徐斌、路宝公司在整个维权过程中，多次有意愿与易德利公司、冀通公司进行协商谈判并采取了实际行动，只是无法得到易德利公司、冀通公司的回应。(二)徐斌的专利许可行为未违反公平、合理、无歧视的许可义务。1. 虽然徐斌和路宝公司之间签订了独占许可合同，但该合同是按照普通许可执行的，2007 年后徐斌仍然向

其他实施申请人进行了许可。徐斌与每个实施申请人都是通过协商谈判达成许可合同，收取的许可费用也是合理的，并不存在刻意打压某家厂商，或者恶意收取比标准制定之前更高许可费的行为。因此，徐斌履行了在涉案标准中公平、合理、无歧视的承诺，并不存在过错。2. 虽然徐斌和路宝公司之间的许可合同约定了零元许可费，但是徐斌是路宝公司的控股股东及实际控制人，该许可费具有特殊性；许可合同虽然没有约定许可费，但是在第五条约定了对后续改进的提供和分享。徐斌在许可路宝公司实施涉案专利后，依托路宝公司的资源进行科研，继续作出了多项改进发明，其中多项专利权人为徐斌，这些是单纯支付费用的企业所不能给予的。因此，不能简单根据零元许可费认定徐斌、路宝公司存在明显过错。（三）原审法院酌定易德利公司向徐斌、路宝公司赔偿 10 万元经济损失，数额过低。对于赔偿数额，无论基于侵权人获利还是基于许可费用的 3 倍计算，均在数百万元。（四）原审判决冀通公司不承担赔偿责任，与事实和法律不符。在易德利公司、冀通公司拒绝提交相应票据、合同的前提下，仅凭易德利公司认可桥梁伸缩缝装置（以下简称被诉侵权产品）是由其销售给冀通公司，不能推定冀通公司使用该产品具有合法来源。并且，涉案专利在行业内具有一定的影响力，冀通公司作为桥梁施工的专业单位，对涉案专利为标准必要专利应为明知，冀通公司与易德利公司应当共同承担赔偿责任。

易德利公司辩称：（一）对于徐斌、路宝公司请求停止标准实施行为的主张，原审判决不予支持，符合法律规定。本案中，徐斌、路宝公司从未以书面形式通知易德利公司和冀通公司。徐斌在得知标准必要专利的使用者后，应当以书面形式通知易德利公司和冀通公司侵害其专利权，且列明侵害专利权的范围和具体侵权方式，在易德利公司和冀通公司明确表达接受专利许可协商的意愿后，按商业惯例和交易习惯以书面形式向易德利公司和冀通公司提供专利信息或提供具体许可条件，之后双方再进行许可费的谈判，而不是直接提起侵权诉讼。（二）徐斌严重违反了其在标准必要专利中的公平、合理、无歧视的许可义务。（三）原审判决易德利公司赔偿经济损失及合理费用 10 万元，属于性质认定错误，并且明显过高。（四）易德利公司不存在妨害举证的行为。（五）易德利公司不存在恶意侵权的行为。专利持有人已承诺他人可以使用涉案专利，只需要进行专利许可费的谈判，易德利公司的行为不属于侵权行为，仅涉及专利许可使用费的问题。

冀通公司辩称：徐斌没有与易德利公司、冀通公司就涉案专利的相关许可进行沟通谈判。徐斌、路宝公司及冀通公司的陈述可以相互印证，证明易德利公司销售桥梁伸缩缝装置(以下简称被诉侵权产品)给冀通公司，冀通公司并不存在拒不提交证据的情形，原审判决认定不客观。冀通公司不是设计单位和施工单位，不知道涉案专利相关内容，不应当承担赔偿责任。

易德利公司上诉请求：1. 撤销原判，驳回徐斌、路宝公司的全部诉讼请求；2. 本案一审、二审诉讼费用由徐斌、路宝公司负担。(一)原审判决案由错误，本案不是侵害发明专利权纠纷，而是标准必要专利使用费纠纷。涉案专利已列入涉案标准，易德利公司是按标准进行制造。根据徐斌、路宝公司的承诺，本案不涉及侵权问题，仅涉及专利许可使用费的问题。易德利公司同意参照其他实施本标准的厂家支付相应的专利许可使用费，也愿意与徐斌、路宝公司在公平、合理、无歧视的原则下进行协商。(二)原审判决易德利公司向徐斌、路宝公司赔偿经济损失及合理费用 10 万元，属于性质认定错误，并且明显过高。易德利公司使用涉案专利，应当向徐斌、路宝公司支付发明专利许可使用费，而不是赔偿侵权损失。徐斌与路宝公司签订的《专利许可合同》约定：专利许可方式为独占许可，许可使用费为零元，合同有效期为 10 年。由此可知，徐斌严重违背了其在涉案标准中的承诺，将涉案专利以独占许可的方式许可给其关联公司(路宝公司)，使得其他公司无法取得专利许可。另外，易德利公司生产销售的产品数量较少、利润较低，原审判决确定 10 万元赔偿数额显属过高。

徐斌、路宝公司辩称：根据最高人民法院作出的(2019)最高法知民辖终 92 号民事裁定，本案系侵害发明专利权纠纷。徐斌是路宝公司的控股股东及实际控制人，其许可费不应该作为参照标准，并且也不是免费许可。请求驳回易德利公司的上诉请求。

冀通公司针对易德利公司的上诉未陈述意见。

徐斌、路宝公司向原审法院提起诉讼，原审法院于 2019 年 1 月 28 日立案受理。徐斌、路宝公司起诉请求：1. 判令冀通公司、易德利公司立即停止制造、销售、使用等侵害涉案专利权的行为；2. 判令易德利公司销毁用于制造侵权产品的全部专用模具、设备、治具以及侵权产品、半成品等；3. 判令冀通公司、易德利公司共同赔偿徐斌、路宝公司经济损失以及为制止侵权行为而支出的合理费用合计 300 万元(含律师费 1 万元、公证费 9000 元、调查费用 4000 元及其他费用 2000

元)；4.判令冀通公司、易德利公司负担本案全部诉讼费用。事实与理由：徐斌于2004年6月16日申请涉案专利，于2007年8月22日获得公告授权，该专利目前合法有效，并荣获国家第十一届中国专利金奖。经徐斌授权许可，路宝公司为涉案专利的独占许可使用权人。2008年，国家交通运输部发布涉案标准，起草单位为路宝公司，主要起草人为徐斌等。冀通公司在其承建的平赞高速公路工程中，使用的被诉侵权产品落入涉案专利权的保护范围。被诉侵权产品由易德利公司生产、制造并销售给冀通公司，其使用数量巨大，给徐斌、路宝公司造成了巨额经济损失。

一审原告诉称

易德利公司原审辩称：(一)本案案由应为发明专利实施许可合同纠纷，而不是侵害发明专利权纠纷。涉案专利已列入行业标准，根据徐斌的承诺，本案不涉及侵权问题。易德利公司按照交通行业标准进行生产的行为不属于侵权行为，仅涉及专利许可使用费问题。(二)徐斌、路宝公司诉请易德利公司停止实施涉案标准的主张，不应得到支持。徐斌、路宝公司从未以书面形式通知易德利公司且未列明侵害专利权的范围和具体侵权方式，而是直接起诉，违反了其在涉案标准中的承诺。(三)徐斌、路宝公司要求易德利公司进行高额经济赔偿，无事实和法律依据。易德利公司生产销售的产品数量较少，且存在行业压价，利润较低。

另外，易德利公司也愿意同徐斌、路宝公司在公平、合理、无歧视的原则下，参照其他实施涉案标准厂家的费用标准协商专利许可使用费。

冀通公司原审辩称：冀通公司不应承担任何责任，请求驳回徐斌、路宝公司对冀通公司的诉讼请求。冀通公司作为施工企业，系按照平赞高速公路工程发包方的要求施工。被诉侵权产品系由易德利公司生产制造并销售给冀通公司，徐斌、路宝公司在起诉状中也已陈述了上述事实；冀通公司系善意使用，且该产品有合法来源，冀通公司不应承担法律责任。

原审法院认定事实：涉案专利的专利权人为徐斌，该专利的专利申请日为2004年6月16日，授权公告日为2007年8月22日。涉案专利曾获得第十一届中国专利金奖，目前处于有效的法律状态。

2008年7月29日，交通运输部发布涉案标准，该标准于2008年11月1日实施，起草单位为路宝公司，主要起草人有徐斌等；

引言部分记载：符合本标准时，可以使用涉案专利的内容，专利持有人愿意同任何申请人在合理和非歧视的条款和条件下，就使用授权许可证进行谈判；专利持有人徐斌，地址宁波开发区黄山西路 205 号，宁波路宝科技实业集团有限公司。

2017 年 9 月 30 日，徐斌与路宝公司签订《专利许可合同》（以下简称许可合同），由徐斌许可路宝公司独占使用涉案专利。

许可合同有效期为 2017 年 10 月 1 日至 2027 年 9 月 30 日。许可合同第一条约定，该专利的许可方式是独占许可；第三条约定，许可合同涉及的使用费为零元；第六条约定，许可合同双方任何一方发现第三方侵犯涉案专利权时，应及时通知对方，由许可方（徐斌）或被许可方（路宝公司）与侵权方进行交涉，双方均有权负责向专利管理机关提出请求或向人民法院提起诉讼。

2018 年 11 月 24 日，路宝公司就平赞高速公路工程施工现场使用的桥梁伸缩缝装置涉嫌侵害其涉案专利权的行为向石家庄市平安公证处（以下简称平安公证处）申请证据保全公证。同日，公证人员随路宝公司委托代理人龙鹏程、在场人曾华华到平赞高速公路六处施工现场对桥梁伸缩缝装置的使用情况进行了摄像和拍照等，第一处附近标有“河北冀通四分部三工区水稳拌合站”标牌，第二处在“S202 院头 2KM”等字样的路牌附近有“河北冀通平赞三分部 K79+500”标识，第三处手机定位显示“在西郭家庄附近”，第四处手机定位显示“在吕家庄附近”，第五处手机定位显示“在赞皇县公安局交通警察大队附近”，第六处在“S393 赞皇 1KM”等字样路牌附近、手机定位显示“在同顺煤炭全分析附近”，共取得照片 124 张，视频 12 个。其中部分照片中显示了桥梁伸缩缝装置的型号以及易德利公司的企业名称。平安公证处根据上述证据保全情况出具了（2018）冀石平证经字第 6529 号公证书（以下简称 6529 号公证书）。

冀通公司系平赞高速公路的施工方，其施工中所使用的被诉侵权产品系从易德利公司处购得。易德利公司经营范围包括生产、销售、安装桥梁支座、桥梁伸缩装置等。

关于被诉侵权产品的技术方案是否落入涉案专利权保护范围的问题。原审当庭组织比对，徐斌、路宝公司提交了比对意见，冀通公司和易德利公司认为无实物、无法比对，未发表比对意见，根据易德利公司与徐斌、路宝公司提交的涉案标准文件，以及易德利公司主张其产品是依据涉案标准所生产的答辩意见，可认

定标有“河北易德利橡胶制品有限责任公司”字样的被诉侵权产品使用了涉案标准中的技术,又结合各方当事人在原审庭审中均认可涉案专利已被交通运输部发布为涉案标准这一事实,可认定被诉侵权产品使用了涉案专利技术方案,其技术特征落入涉案专利权的保护范围。

一审法院认为

原审法院认为:徐斌依法享有的涉案专利权受法律保护,徐斌作为专利权人、路宝公司作为独占许可使用人,有权就涉嫌侵害涉案专利权的行为提起诉讼。易德利公司依据该涉案专利被发布为涉案标准,主张实施涉案专利不需要权利人许可,该案不涉及侵权而属于专利许可使用费纠纷。对此,根据涉案标准引言部分关于符合本标准可使用涉案专利的声明,以及当事人对涉案标准的陈述,可以认定涉案专利系涉案标准所涉必要专利。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)》(以下简称侵犯专利权司法解释二)第二十四条第一款“推荐性国家、行业或者地方标准明示所涉必要专利的信息,被诉侵权人以实施该标准无需专利权人许可为由抗辩不侵犯该专利权的,人民法院一般不予支持”的规定,涉案专利的行业标准在引言部分已经明示了涉案专利的有关信息、专利号、专利权人以及联系地址等,故对易德利公司的上述主张不予支持。

发明专利权被授予后,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、销售其专利产品。本案中,结合当庭比对及当事人陈述,可认定被诉侵权产品使用了涉案专利技术,其技术特征落入了涉案专利权的保护范围,而被诉侵权产品由易德利公司制造并销售给冀通公司在平赞高速公路工程中使用,故应认定易德利公司、冀通公司侵害了涉案专利权。但考虑涉案专利系标准必要专利,故在判定侵权责任时还应考虑涉案专利权人与被诉侵权人之间的过错程度。侵犯专利权司法解释二第二十四条第二款规定:“推荐性国家、行业或者地方标准明示所涉必要专利的信息,专利权人、被诉侵权人协商该专利的实施许可条件时,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,对于权利人请求停止标准实施行为的主张,人民法院一般不予支持。”本案中,涉案专利被发布为行业标准,徐斌作为专利权人承诺愿在合理和非歧视的条款和条件下与申请人进行专利实

施许可谈判，却又于2017年9月30日与路宝公司签订了独占许可使用合同，其行为违反了标准必要专利所要求的公平、合理、无歧视的许可义务；另外徐斌、路宝公司也未提交有关证据证明其在发现冀通公司、易德利公司侵害涉案专利权后曾与冀通公司、易德利公司进行沟通或通知侵权情况，故应认为徐斌、路宝公司在履行公平、合理、无歧视的许可义务时存在明显过错，而易德利公司在原审庭审中明确表示愿意与徐斌、路宝公司进行许可谈判，不存在明显过错。因此，对徐斌、路宝公司关于判令冀通公司、易德利公司立即停止制造、销售、使用被诉侵权产品的诉讼请求，不予支持。

关于赔偿责任。因易德利公司认可系其销售被诉侵权产品给冀通公司，且冀通公司通过购买取得被诉侵权产品系善意，根据《中华人民共和国专利法》（2008年修正，以下简称专利法）第七十条：“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任”的规定，冀通公司无需承担赔偿责任。关于易德利公司应承担赔偿的数额，鉴于徐斌、路宝公司提供的证据并未直接证明其因侵权行为而受到的损失或冀通公司、易德利公司因侵权行为而获得的利益，又因徐斌、路宝公司在涉案专利实施许可方面存在明显过错，其提交的独占许可使用合同中约定的许可费为零元，综合考虑涉案专利权的类型、易德利公司侵权行为的性质、情节及各方当事人过错程度等因素，酌定易德利公司向徐斌、路宝公司赔偿经济损失及合理费用共计10万元。

一审裁判结果

原审法院判决：一、易德利公司于判决生效之日起十日内赔偿徐斌、路宝公司经济损失及合理费用共计10万元；二、驳回徐斌、路宝公司的其他诉讼请求。案件受理费30800元，由徐斌、路宝公司负担20000元，易德利公司负担10800元。

本院二审期间，徐斌、路宝公司为证明其主张，向本院提交以下证据：

第一组：路宝公司、宁波路宝控股有限公司（以下简称路宝控股公司）的工商登记信息、徐斌的户籍信息，拟证明路宝公司以及路宝控股公司均为徐斌控制的企业，徐斌授权路宝公司实施涉案专利，相当于徐斌自己实施并获利；

第二组：路宝公司提示易德利公司侵权的函以及易德利公司的回函，拟证明路宝公司已经履行了提示义务，易德利公司并无付款意愿；

第三组：石家庄市人民政府官方网站对平赞高速公路工程施工的新闻报道，拟证明冀通公司实施涉案专利的情况；

第四组：徐斌、路宝公司与安徽省汇鑫实业有限公司、衡水华工建工程橡胶有限公司等就涉案专利签订的实施许可合同及付款通知书、银行流水、付款凭证等，拟证明徐斌就涉案专利还授权许可其他公司使用，且授权并非独占许可，授权使用费的标准是桥梁伸缩缝装置金额的 20% 或者单套 2020 元/米，符合公平、合理、无歧视的承诺；

第五组：平赞高速公路工程中的部分设计图、用料表，拟证明侵权事实和计算赔偿金额的依据；

第六组：冀通公司、石家庄市永通公路建设服务中心、石家庄市冀通公路桥梁建设中心的工商登记信息、石家庄市交通运输局政务公开网页，拟证明石家庄市交通运输局是冀通公司的实际控制人；

第七组：路宝公司在平赞高速公路工程项目的报价单，拟证明涉案专利产品的价格以及冀通公司对涉案专利和专利权人是明知的；

第八组：路宝公司在其他工程中签订的桥梁伸缩缝装置销售合同及收款凭证、发票等证据，拟证明 80 型、160 型伸缩缝装置的真实历史销售价格，其中 80 型最低售价为 5100 元/米，160 型最低售价为 6200 元/米，作为计算侵权损失的依据；

第九组：80 型及 160 型伸缩缝装置的定作发票、宁波科信会计师事务所对浙江全华实业有限公司(以下简称全华公司)所作的会计报告，拟证明 80 型、160 型伸缩缝装置的成本。

易德利公司质证意见为：对第一、二、三组证据的真实性予以认可，不认可关联性及其证明目的。对第四组证据，认为部分合同缺乏合同履行的转账记录和发票予以佐证，部分合同与本案没有关联性。对第五组证据中的图纸予以认可，对用料表中的材料以及工程数量的真实性不予认可。第六组证据与本案没有关联性。对第七组证据真实性无法确定。对第八组证据真实性不予认可，本案发生于 2018 年，该组证据多发生于 2010-2011 年，与本案时间相隔较远，缺乏关联性，并且合同的单价包括材料费、运输费、安装费、税金、服务费等各种费用，不是单纯产品售价，不能作为计算销售价的依据；由于徐斌与路宝公司签订零元独占许可协议，排除其他生产者，形成垄断标准专利，同时在诉讼中，其为了获取高额赔

偿，只会提供较高价格的合同，路宝公司所称的 160 型伸缩缝合同价格 6200 元/米不代表行业销售价格，实际行业销售价格在 4000 元/米左右。对第九组证据真实性不予认可，全华公司是路宝公司的全资子公司，两者之间的关联交易凭证不能作为证据使用。

冀通公司质证意见为：对第一组证据真实性予以认可。对第二组证据不予认可，认为无其他证据证明易德利公司有侵害涉案专利权的行为。对第三组证据不予认可，认为工程量不等同于实施专利的行为。对第四组证据不予认可，认为不能证明合同已经履行。对第五组证据予以认可，该证据是冀通公司在平赞调整公路工程二合同施工范围内工程所用 160 型梳型及 80 型曲型伸缩缝装置的设计图及用料表。第六组证据与本案无关联。对第七组证据，冀通公司没有收到路宝公司的报价单，不清楚涉案专利和发明人。对第八组证据，冀通公司在平赞高速公路工程中使用的 80 型伸缩缝是曲型伸缩缝，与路宝公司的 80 型梳型伸缩缝不同，不涉及侵权，且上述合同显示伸缩缝单价包括材料费、运输费、安装费、税金、服务费等各种费用，不是单纯产品售价。对第九组证据不予认可，会计报告是案外人单方委托所作，并非由本案审理机关依法委托所作，不适用于本案。

本院认证意见为：对第一、二、三、六组证据的真实性予以确认。对第四组证据，徐斌、路宝公司提交了能够相互印证的合同及转账凭证，对其真实性予以确认。对第五组证据，其中的设计图纸与易德利公司、冀通公司提供的证据一致，冀通公司予以认可，本院对其真实性予以确认。第七组证据系徐斌、路宝公司就平赞高速公路工程发出的报价单，可作为确定涉案专利产品价格的参考。第八组证据之间能够相互印证，对其真实性予以确认。

对第九组证据的真实性予以确认。对上述确认为真实的证据，其关联性及其证明目的，本院将综合全案事实予以认定。

易德利公司为证明其主张，向本院提交以下证据：

第一组：冀通公司、易德利公司签订的物资采购合同及发票，拟证明冀通公司与易德利公司在平赞高速公路工程中采购伸缩缝装置的情况；

第二组：平赞高速 80 型伸缩缝装置构造图及专利证书、专利转让证明、专利说明书，拟证明 80 型伸缩缝装置与涉案专利结构不同，且系易德利公司的专利产品；

第三组：160 型伸缩缝装置成本明细表，拟证明 160 型伸缩缝装置的成本为 3765 元/米；

第四组：160 型伸缩缝装置构造图，拟证明平赞高速公路工程中的 160 型伸缩缝装置系由石家庄交通勘察设计院设计，其中有“平赞定稿”的标注，系由冀通公司交给易德利公司，双方在合同中约定“按图纸标准加工生产”。

徐斌、路宝公司质证意见为：对第一组证据的真实性予以认可，但没有财务数据佐证，仅根据交易合同不能反映易德利公司在该项目以及其他项目中涉及的全部伸缩缝装置数量。第二组证据中，认为平赞高速 80 型伸缩缝装置构造图不能证明是平赞高速公路工程中的图纸，认可专利证书、专利转让证明、专利说明书真实性，不认可关联性和证明目的。第三组证据系易德利公司单方制作，不认可其真实性和证明目的。对第四组证据真实性予以认可，认为易德利公司与冀通公司共同制造被诉侵权产品，构成共同侵权。

冀通公司质证意见为：对易德利公司提供的证据均无异议，其中第四组证据是平赞高速公路工程业主方通过招投标选定的设计单位设计的图纸，冀通公司只能按照设计单位出具的设计要求进行采购及施工。

本院认证意见为：对第一、四组证据及第二组证据中的专利证书、专利转让证明、专利说明书的真实性及关联性予以确认。

第二组证据中的平赞高速 80 型伸缩缝装置构造图，与徐斌、路宝公司提交的证据一致，对其真实性、关联性予以确认。第三组证据系易德利公司单方制作，不予采纳。

冀通公司为证明其主张，向本院提交以下证据：

第一组：平赞高速 80 型曲型伸缩缝装置构造图，拟证明 80 型伸缩缝装置是曲型伸缩缝，其技术特征与涉案专利完全不同；

第二组：冀通公司就平赞高速公路工程施工中向易德利公司采购 160 型伸缩缝合同、发票、付款凭证，拟证明冀通公司在平赞高速公路工程中使用的 160 型伸缩缝装置系向易德利公司采购，具有合法来源；

第三组：冀通公司就平赞高速公路工程施工中向案外人河北赞庆科技开发有限公司(以下简称赞庆公司)购买伸缩缝装置的合同、发票、付款凭证，拟证明平赞高速公路工程中梁家湾大桥所用伸缩缝装置并非向易德利公司购买。

徐斌、路宝公司质证意见为：对第一组证据真实性不予认可，不能证明是平赞高速公路工程中的图纸。对第二组证据真实性无异议，但不认可其证明目的，根据易德利公司提交的第四组证据，可证明冀通公司提供了 160 型伸缩缝装置图纸，其是生产方之一，不具有合法来源。对第三组证据真实性无异议，但不认可证明目的，主张梁家湾大桥的伸缩缝装置即便不是向易德利公司购买，但是 160 型伸缩缝装置也是涉嫌侵权的产品，冀通公司应对 160 型伸缩缝装置的使用承担侵权责任。

易德利公司质证意见为：对第一组证据真实性予以认可，进一步证明易德利公司提供 80 型曲型伸缩缝与涉案专利结构不同，未涉及侵权。对第二组证据真实性予以认可。对第三组证据真实性予以认可，进一步证明冀通公司使用的部分 160 型伸缩缝装置的提供者为案外人赞庆公司。

本院认证意见为：第一组证据与徐斌、路宝公司提交证据中的图纸能够相互印证。对第二、三组证据，徐斌、路宝公司、易德利公司均对其真实性没有异议。对以上证据，予以采纳。

原审查明的事实基本属实，本院予以确认。

本院另查明：

（一）涉案专利的相关情况

根据涉案专利说明书记载，涉案专利所要解决的技术问题是针对上述现有技术现状而提供一种在梁体因受荷载等外力作用下发生竖向转角、横向、斜向以及扭转等多向变形时仍能保持平整的特大抗挠变梳型桥梁伸缩缝装置。涉案专利共有 10 项权利要求，其中权利要求 1、2 内容如下：

“1. 一种特大抗挠变梳型桥梁伸缩缝装置，包括分别设置在桥梁伸缩缝两侧梁体(10)上的固定梳板(2)和活动梳板(1)，活动梳板(1)的第一端设置有梳齿(11)并与固定梳板的各梳齿(21)相互交叉间隔设置，其特征在于所述活动梳板(1)的第二端底部设置有转轴(8)，并且该转轴(8)的两端枢接在与梁体(10)直接或间接固定的轴座(7)上。

2. 根据权利要求 1 所述的特大抗挠变梳型桥梁伸缩缝装置，其特征在于所述的轴座(7)由各具有半圆柱形凹槽的上轴座(72)、下轴座(73)对合而成。”

上诉人诉称

2019年4月22日，易德利公司就涉案专利向国家知识产权局提出无效宣告请求；国家知识产权局于2019年11月21日作出第42523号无效宣告请求审查决定，维持涉案专利权有效；易德利公司不服，向北京知识产权法院提起诉讼；北京知识产权法院于2021年4月26日作出(2020)京73行初1251号行政判决，驳回易德利公司的诉讼请求；易德利公司不服，向本院提起上诉；

本院于2022年2月4日作出(2021)最高法知行终800号行政判决，驳回上诉，维持原判。

(二) 涉案标准的相关情况

涉案标准系交通运输部于2008年7月29日发布、2008年11月1日实施的交通行业推荐性标准。根据涉案标准文件记载，涉案标准适用于伸缩量为80mm-3000mm的单元式多向变位梳形板桥梁伸缩装置，包括骑缝式伸缩装置与跨缝式伸缩装置，每种装置均包括支撑托架、转动控制座、转轴、活动梳齿板、固定梳齿板，各部件的结构与位置关系与涉案专利权利要求1的技术特征相同，并且从涉案标准的结构示意图可以看到轴座由两个半圆形凹槽的上轴座、下轴座对合而成，与涉案专利权利要求2附加的技术特征相同。产品代号表示方法为：产品名称代号为RB；分类代号：骑缝式为QF，跨缝式为KF；伸缩量范围，单位为毫米(mm)。

(三) 徐斌、路宝公司就其他工程发函告知易德利公司侵权的事实

2016年12月12日，路宝公司向易德利公司发函，告知：

易德利公司在京港澳高速改扩建项目中供应安装的桥梁伸缩缝装置，涉嫌侵犯路宝公司的涉案专利，并告知了专利权人姓名及专利号，希望易德利公司接函后速与其联系商谈侵权赔偿事宜。

2017年2月9日，易德利公司向路宝公司复函，称其已收到路宝公司上述告知函，其当时提供的材料是完全按照招标文件及国家要求标准自主加工制作的，不知道哪部分和路宝公司的产品有冲突，请路宝公司予以明示。此后，双方未对涉案专利的实施许可进一步协商。

(四) 徐斌、路宝公司授权许可他人实施涉案专利的情况 2011年8月30日，路宝公司与汇鑫公司就沪陕线西安至商州高速公路桥梁伸缩缝工程第70标段签订涉案专利的实施许可合同，约定使用RBKF160型桥梁伸缩缝的专利产品数量为1788.4米，许可使用费单价2020元/米，实施许可费计3612568元。2011年10

月 27 日及同年 12 月 12 日，汇鑫公司分别向路宝公司的银行账户转账支付 70 万元、86 万元，合计 156 万元。

2017 年 7 月 20 日，徐斌与华工建公司就济南二环西南延、工业北路伸缩缝项目签订涉案专利的实施许可合同，约定实施许可费用为桥梁伸缩缝金额的 20%。2020 年 12 月 3 日，华工建公司向徐斌指定的银行账户转账支付 20 万元专利许可费。

2018 年 10 月 15 日，徐斌与衡水路程工程橡胶公司(以下简称衡水路程公司)就涞曲段项目桥梁伸缩缝装置签订涉案专利实施许可合同，并约定专利实施许可使用费为中标价总额的 20%。

同日，衡水路程公司向徐斌指定的银行账户转账支付 20 万元专利许可使用保证金。

2020 年 6 月 23 日，徐斌与华工建公司就贵州都安高速路面 2 标桥梁伸缩缝项目签订涉案专利的实施许可合同，约定按中标价总额的 20%支付专利实施许可使用费，签订合同后 2 日内支付 20 万元专利许可使用保证金。2020 年 12 月 3 日，华工建公司向徐斌指定的银行账户转账支付 20 万元专利许可使用保证金。

2020 年 11 月 6 日，徐斌与四川双建路桥机械有限责任公司(以下简称双建公司)就广元三江新区基础设施项目伸缩缝采购项目签订涉案专利的实施许可合同，约定按中标价总额的 20%支付专利实施许可使用费，签订合同后 2 日内支付 72000 元专利许可使用保证金。2020 年 11 月 12 日，双建公司向徐斌指定的银行账户转账支付 72000 元的专利许可使用费保证金。

(五)路宝公司销售涉案专利产品的情况

2010 年 3 月 15 日，路宝公司与南澳县南澳大桥建设总公司、柳州欧维姆机械股份有限公司签订合同协议书，约定 D160 型伸缩缝单价为 10675 元/米。

2011 年 1 月 27 日，路宝公司与中铁三局集团有限公司广西柳州市广雅大桥工程项目部签订《伸缩缝制造安装合同书》，约定 RB 单元式多向变位梳形板 160 型单价为 15500 元/米。

2015 年 6 月 22 日，路宝公司与天津第三市政公路工程有限公司海河大桥维修加固工程项目经理部签订《伸缩缝维修加工定作安装合同》，其中约定 RBKF160 桥梁伸缩缝产品及安装单价为 7400 元/米。

2017年3月27日,路宝公司与中铁四局集团有限公司南京分公司纬七路二期工程项目经理部签订《伸缩缝买卖合同》,约定RBKF160型单元式多向变位梳型伸缩缝单价为7800元/米。

2017年,路宝公司与新疆北新路桥集团股份有限公司昌吉市分公司签订《单元式多向变位梳型板桥梁伸缩缝装置加工定作安装合同》,约定RBKF160单元式多向变位伸缩缝单价为6800元/米。

2017年8月20日,路宝公司与黑龙江省龙建路桥第一工程有限公司签订《定作承揽合同》,约定RBKF160伸缩缝单价为10000元/米。

2017年8月31日,路宝公司与中星路桥工程有限公司签订《张石高速公路桥梁伸缩装置专业分包合同》,约定160直缝、160斜缝的伸缩缝的单价均为6200元/米。

2018年2月27日,路宝公司与中铁大桥局武汉桥梁特种技术有限公司牛角沱大桥大修整治应急抢修工程项目经理部签订《桥梁伸缩缝深化设计、制造、安装、承揽定作合同》,约定跨缝式160的桥梁伸缩缝单价分别为8000元。

2018年,路宝公司与中交第一公路工程局有限公司签订《伸缩缝采购合同》,约定RBKF160伸缩缝的含税单价为7150元/米。

2018年,路宝公司与中国建筑第八工程局有限公司签订《物资采购与供应合同》,约定RBKF160型梳齿型伸缩缝税前单价为7155.1724元/米,含税单价为8300元/米。

2019年7月15日、2020年7月6日,路宝公司与中铁二十五局集团第三工程有限公司分别签订《物资采购合同》《伸缩缝采购合同补充协议》,约定D160伸缩缝的含税出厂单价为10255元/米。

2020年9月21日、2020年11月1日,路宝公司与九江市公路管理局2020年养护管理提升工程项目办公室分别签订《合同协议书》《补充合同协议书》,约定160型单元式多向变位梳型板桥梁伸缩装置单价为11300元/米。

(六)冀通公司在平赞高速公路工程中所使用伸缩缝装置的来源

1.冀通公司向易德利公司购买伸缩缝装置的情况 2018年9月29日,易德利公司与冀通公司签订《平山至赞皇高速公路物资采购合同(补充合同)》,约定冀通公司向易德利公司购买160型多向变位梳形伸缩缝装置单价为4000元/米、安装费为600元/米,数量为600米,并备注“按照图纸标准加工生产”。

2018年10月2日，易德利公司与冀通公司签订《平山至赞皇高速公路物资采购合同(伸缩缝)》，约定冀通公司向易德利公司购买的160型伸缩缝装置的单价为4000元/米，安装费为600元/米，数量为526米，80型曲型伸缩缝装置单价为2400元/米，安装费为300元/米，数量为531米，并备注“按照图纸标准加工生产”。

2018年10月11日，易德利公司与冀通公司签订《平山至赞皇高速公路物资采购合同(伸缩缝)》，约定冀通公司向易德利公司购买160型梳形伸缩缝装置的单价为4000元/米、安装费为600元/米，数量为747米，80型曲形伸缩缝装置的单价为2400元/米，安装费为300元/米，数量为555米，并备注“按照图纸标准加工生产”。

根据上述合同及发票，在平赞高速公路工程中，冀通公司共计向易德利公司购买160型伸缩缝装置1873米，总价为749.2万元。

2. 冀通公司向其他公司购买伸缩缝装置的情况

2018年11月30日，冀通公司与赞庆公司签订《平山至赞皇高速公路工程物资采购合同(伸缩缝)》，约定冀通公司向赞庆公司购买伸缩缝装置，160型伸缩缝装置单价4500元/米、数量44米；80型曲形伸缩缝装置单价1800元/米、数量66米，并备注“按照图纸标准加工生产；以实际送货数量为准；包括安装费”。实际履行中，冀通公司共计以银行转账、承兑汇票的形式向赞庆公司付款377746元，赞庆公司向其开具了相应金额的发票及收据。

(七)徐斌、路宝公司主张赔偿的计算依据及合理开支情况本案中，徐斌、路宝公司主张赔偿数额包括合理费用共计300万元，计算依据是：根据平赞高速公路工程用料表统计，使用的伸缩缝装置数量为：80型1263.1米，160型1587.7米，最低单价80型5100元/米、160型6200元/米，80型总价6441810元，160型总价9843740元。徐斌、路宝公司提供了三种计算方式：(1)按照20%许可使用费的三倍计算，共计 $(9843740\text{元}+6441810\text{元})\times 20\%\times 3=9771330\text{元}$ ；(2)按照侵权获利计算，80型利润率64.7%、160型利润率59.6%，技术贡献率100%，共计 $1587.7\text{米}\times (6200\text{元/米}\times 59.6\%)\times 100\%+1263.1\text{米}\times (5100\text{元/米}\times 64.7\%)\times 100\%=5866869.04\text{元}+4167851.07\text{元}=10034720.11\text{元}$ 。(3)按照权利人损失计算，按照路宝公司在平赞高速公路工程中的报价单确定利润率，160型利润率57.9%，80型利润率52.6%，损失总计 $1587.7\text{米}\times (5950\text{元/米}\times 57.9\%)\times 100\%+1263.1\text{米}$

$\times (3800 \text{ 元/米} \times 52.6\%) \times 100\% = 5469705.88 \text{ 元} + 2524684.28 \text{ 元} = 7994390.16 \text{ 元}$ 。
根据上述三种方式计算出的数额，均超过徐斌、路宝公司在本案中主张的 300 万元赔偿数额。

徐斌、路宝公司主张为本案支出维权费用 2.5 万元，易德利公司与冀通公司对该数额无异议。

(八) 其他事实

路宝公司成立于 2000 年 1 月，注册资本 10006 万元，法定代表人为徐斌，经营范围包括普通道路运输，桥梁伸缩缝装置、支座、阻尼器、锚具、护栏等的研发、制造等。根据 2020 年 11 月 12 日查询的企业信用信息，路宝公司的股权备案情况为：路宝控股公司出资额 5185.396 万元，占比 51.8229%；徐斌出资额 3907.866 万元，占比 39.0552%；徐速（徐斌之子）出资额 912.738 万元，占比 9.1219%。

路宝控股公司成立于 2010 年 2 月，注册资本 3000 万元，法定代表人为徐斌，经营范围为实业投资。徐斌出资额 967.5 万元，占比 32.25%；徐速出资额 2032.5 万元，占比 67.75%。

本院认为

本院认为，本案被诉侵权行为发生在 2009 年 10 月 1 日后、2021 年 6 月 1 日前，故本案应适用 2008 年修正的专利法。根据双方当事人的诉辩主张，本案二审中的争议焦点问题是：（一）本案纠纷的性质；（二）易德利公司的行为是否构成侵权；（三）如构成侵权，易德利公司是否应当停止侵害；（四）如构成侵权，易德利公司承担的赔偿数额应如何确定；（五）冀通公司主张的合法来源抗辩是否成立。

（一）关于本案纠纷性质的问题

涉案标准文件在引言部分提示了涉案专利的存在，所记载的技术方案包含涉案专利权利要求 1、2 的全部技术特征，实施涉案标准制造的伸缩缝装置，其技术方案必然落入涉案专利权利要求 1、2 的保护范围，各方当事人对此亦无异议，因此涉案专利系标准必要专利。易德利公司认可其实施涉案标准制造的 160 型伸缩缝装置落入涉案专利权保护范围，但认为本案应为标准必要专利使用费纠纷，不属于侵害专利权纠纷。对此，本院认为，纠纷性质在本质上由当事人之间争议的法律关系所决定，原告起诉时所主张的事实、理由及诉讼请求是确定当事人之

间纠纷性质的主要依据。本案中，徐斌、路宝公司作为专利权利人提起诉讼，主张冀通公司、易德利公司侵害涉案专利权，请求判令停止侵害和赔偿损失。显然，本案纠纷中的法律关系是侵害专利权法律关系，纠纷性质是侵害专利权纠纷。标准必要专利使用费纠纷，旨在解决标准必要专利权人与被许可人对使用条件和专利使用费进行充分协商，仍无法达成一致的情况下，当事人诉诸于司法，请求人民法院确定许可费用的问题。在标准必要专利使用费纠纷中，当事人争议的焦点在于如何确定专利使用的限制条件和专利使用费的数额，而本案不存在当事人对专利使用费和使用条件进行协商且无法达成一致的情形，易德利公司主张本案系标准必要专利使用费纠纷的理由不能成立。

(二)关于易德利公司的行为是否构成侵权的问题 1. 关于被诉侵权产品的技术方案是否落入涉案专利权保护范围

关于 160 型伸缩缝装置。如前所述，涉案专利为标准必要专利，平赞高速公路工程中的 160 型伸缩缝装置系按照涉案标准进行制造、施工。涉案标准包含了涉案专利权利要求 1、2 的全部技术特征，并且上述 160 型伸缩缝装置的图纸明确记载应当符合涉案标准的要求，故按照涉案标准实施的技术方案必然落入涉案专利权的保护范围。并且根据公证保全的图片显示，桥梁施工现场摆放有固定梳板、活动梳板，活动梳板的一端梳齿与固定梳板的梳齿相互交叉间隔设置，活动梳板的另一端底部有转轴，转轴两端枢接在由两个半圆形凹槽对合而成的轴座上，上述伸缩缝装置的各部件及位置关系与涉案专利权利要求 1、2 均相同，进一步验证了被诉侵权产品 160 型伸缩缝装置技术方案落入涉案专利权利要求 1、2 的保护范围。

关于 80 型伸缩缝装置。根据冀通公司提交的设计图，该种型号的伸缩缝装置为曲型梁结构，与涉案专利的技术方案存在明显区别，两者形状、结构完全不同，并且图纸中只要求应符合交通行业标准的要求，并未明确是否符合涉案标准要求，故被诉侵权产品中的 80 型伸缩缝装置技术方案未落入涉案专利权的保护范围。

2. 关于易德利公司的不侵权抗辩是否成立

专利法第十一条规定：“发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，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。”侵犯专利权司法解释二第二十四条第一款规定：“推荐性国家、行业或者地方标准明示所涉必要专利的信息，被诉侵权人以实施该标准无需专利权人许可为由抗辩不侵犯该专利权的，人民法院一般不予支持。”涉案专利为行业推荐性标准的必要专利，涉案标准文件的引言部分对于必要专利进行了明示，一般情况下，可以直接认定实施涉案标准的人对于必要专利的存在构成明知或应知。涉案标准明示了所涉必要专利的信息，并承诺符合该标准时可以使用涉案专利的内容，专利持有人愿意同任何申请人在合理和非歧视的条款和条件下，就使用授权许可进行谈判。在此情况下，实施者要实施必要专利的，应当主动与专利权人协商确定合理的实施许可费。实施者未与专利权人协商，仅以实施必要专利无需取得许可为由抗辩不构成侵犯专利权的，不应予以支持。故易德利公司未经许可，制造、销售落入涉案专利权保护范围的产品，侵害了徐斌的涉案专利权，应当承担相应的侵权责任。

(三)关于易德利公司是否应当承担停止侵害责任的问题侵犯专利权司法解释二第二十四条第二款规定：“推荐性国家、行业或者地方标准明示所涉必要专利的信息，专利权人、被诉侵权人协商该专利的实施许可条件时，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，对于权利人请求停止标准实施行为的主张，人民法院一般不予支持。”标准必要专利侵权纠纷中，在专利权人作出公平、合理、无歧视的许可承诺的情况下，其有关停止侵害的主张是否成立，除考虑停止侵害的一般条件外，需要考虑标准的性质及专利权人、标准实施者是否存在过错等因素。首先，涉案标准为行业推荐性标准，并非国家强制性标准，就涉案标准涉及的桥梁伸缩缝装置而言，从易德利公司制造的80型伸缩缝装置技术方案并未落入涉案专利权保护范围的事实可知，桥梁伸缩缝装置除涉案标准以外，还存在其他可替代的技术方案，因此涉案标准并非该领域实际上的强制标准。其次，关于双方当事人是否存在过错的问题。本案中，专利权人徐斌对涉案专利作出了愿意同任何申请人在合理和非歧视的条款和条件下进行授权许可谈判的承诺，但易德利公司与徐斌、路宝公司之间并未就涉案专利的实施许可条件进行协商，对于双方的过错问题，本院分析如下：

第一，徐斌、路宝公司没有违反公平、合理、无歧视的许可义务，不存在过错。易德利公司主张徐斌与路宝公司签订的零元使用费的独占许可使用合同，违反了公平、合理、无歧视的许可义务。对此，本院认为，由于标准面对的是不特定多数人，在公平、合理、无歧视原则的要求下，标准必要专利的许可方式一般应为普通许可，但是对此不能进行机械地理解。发放独占实施许可是专利权人实施专利的一种方式，即便专利权人与被许可人达成独占实施许可，只要专利权人或该独占实施被许可人仍需对外承担公平、合理、无歧视的认可义务，则不能仅因专利权人与被许可人达成独占实施许可就认为专利权人违反了上述义务。在特定情况下，如专利权人与被许可人系有投资关系的关联公司，或者专利权人系被许可人的股东、法定代表人等具有其他关联利益关系等情形，独占实施被许可人实施专利所获得的利益与专利权人一致，此时，独占实施许可费用可以较低甚至为零。基于关联利益关系的许可条件与一般市场竞争环境下的许可条件可能存在差异，原则上不应仅因该种许可条件差异而认定专利权人违反公平、合理、无歧视的许可义务。本案中，根据路宝公司的登记信息，徐斌既是路宝公司的法定代表人，又是路宝公司的股东和实际控制人，徐斌基于其上述身份，免费将涉案专利独占许可给路宝公司，属于正常的商业安排，且并不影响关于专利许可的商业谈判，不构成对于其他专利实施人的价格歧视。徐斌、路宝公司在发现易德利公司实施涉案专利后主动向其发出专利许可协商函，能够证明其具有善意许可的意思并采取了相应行动。并且，根据路宝公司与他人就涉案专利签订的实施许可合同，大多数按照合同总价的20%、个别按照2020元/米收取许可使用费的标准基本一致，并未违反公平、合理、无歧视的许可义务。原审法院认为徐斌违反标准必要专利所要求的公平、合理、无歧视的许可义务，进而认定其存在过错，该认定存在不当，应予纠正。

第二，易德利公司的行为表明其存在明显过错。本案中，涉案标准已经明示了所涉必要专利的信息以及专利权人徐斌就涉案专利的授权许可进行谈判的意愿，并公示了专利权人姓名及联系方式。任何实施涉案标准的人，均应知悉涉案标准包括涉案专利技术方案，并有途径与专利权人就专利许可使用费进行协商。

特别是，易德利公司作为伸缩缝装置的制造者，在收到涉案专利权人发出的专利许可协商函后，对于涉案专利为标准必要专利以及其制造、销售伸缩缝装置系实施涉案专利的行为不可能不清楚，其非但没有主动寻求专利许可，在收到告

知函后仍不与专利权人协商，反而在未经许可的情况下，径行在之后的工程中再次实施涉案专利，存在明显的主观过错。

综上，涉案标准为行业推荐性标准，所涉标准必要专利存在替代性技术方案，易德利公司对未与涉案专利权利人就专利实施许可条件进行协商存在明显过错，徐斌、路宝公司没有违反公平、合理、无歧视的许可义务，根据法律规定，易德利公司应当承担停止侵害并赔偿损失的侵权责任。其中，停止侵害即停止制造、销售侵害涉案专利权的产品的行为。关于徐斌、路宝公司要求易德利公司销毁专用模具、设备、治具以及侵权产品、半成品的诉讼请求，因徐斌、路宝公司并未举证证明制造专利产品需要用到专用模具等设备，也未提供易德利公司存在侵权产品及半成品库存的证据，故对该项诉讼请求不再专门作出判决。

(四)关于易德利公司应当承担的赔偿数额的问题专利法第六十五条规定：

“侵犯专利权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。”本案中，徐斌、路宝公司主张赔偿数额包括合理费用共计 300 万元，并提出了三种计算依据，分别为许可使用费的三倍、侵权获利以及权利人损失，依照上述三种方式计算出的赔偿数额均超出了其在本案中主张的 300 万元。对此，本院分析如下：

首先，关于被诉侵权产品的用量及总价。本案中，易德利公司与冀通公司提交的物资采购合同及发票证明，易德利公司在平赞高速公路工程中向冀通公司提供的涉案专利产品数量为 1873 米，该数量高于徐斌、路宝公司根据用料表自行统计的用量 1587.7 米，本院予以采信。易德利公司在上述工程中的销售单价为 4000 元/米，以此计算出被诉侵权产品的销售总价为 7492000 元。

其次，关于赔偿方式的确定。本案中，徐斌、路宝公司主张的三种赔偿方式中，侵权获利及权利人损失所涉及的产品成本及利润率均为其自行核算，易德利公司主张的利润率也是其自行核算，上述数据的真实性均难以确认，本院不予采信。对于许可使用费，徐斌、路宝公司提供了多份专利实施许可合同予以佐证，具有较强的客观性，因此本案适宜采用许可使用费的倍数确定侵权赔偿数额。根

据上述专利实施许可合同，徐斌、路宝公司在对外授权许可中，多数按照 20% 的标准计取许可使用费，本案中亦可参照，据此计算的许可使用费为 1498400 元（7492000 元×20%）。关于许可使用费倍数的确定，易德利公司明知涉案专利为标准必要专利，非但没有主动寻求专利许可，反而径行在之后的平赞高速公路工程中再次未经许可实施涉案专利且拒不付费，存在明显的主观过错，在适用许可使用费的倍数确定赔偿数额时，对上述情节应当重点予以考虑。综合上述因素，本案以许可使用费的两倍计算易德利公司应当支付的赔偿数额为宜。徐斌、路宝公司为本案维权支出的费用 25000 元，较为合理，本院予以支持。根据上述赔偿方式计算的侵权赔偿数额超过徐斌、路宝公司在本案中主张的赔偿数额，故本院对徐斌、路宝公司主张的共计 300 万元经济损失及合理费用的总额予以全额支持。

（五）关于冀通公司主张的合法来源抗辩是否成立的问题专利法第七十条规定：“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。”侵犯专利权司法解释二第二十五条规定：“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不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，对于权利人请求停止上述使用、许诺销售、销售行为的主张，人民法院应予支持，但被诉侵权产品的使用者举证证明其已支付该产品的合理对价的除外。

本条第一款所称不知道，是指实际不知道且不应当知道。本条第一款所称合法来源，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产品。对于合法来源，使用者、许诺销售者或者销售者应当提供符合交易习惯的相关证据。”根据上述规定，使用者主张合法来源抗辩必须满足不存在过错的主观要件以及存在符合正常商业方式取得商品的客观条件。本案中，首先，冀通公司对其取得被诉侵权产品的渠道，提交了购买被诉侵权产品的合同、付款凭证及发票予以证明，并支付了合理的对价。其次，涉案标准为交通运输部发布的行业推荐性标准，本案中的平赞高速公路工程为政府公开招标工程，该工程中的 160 型伸缩缝装置构造图系由石家庄交通勘察设计院设计，图纸中明确要求按照涉案标准进行加工，因此在该工程中，中标方采购的产品必须符合招标方要求的技术标准。冀通公司按照发包方要求，由易德利公司及案外人处采购符合涉案标准的伸缩缝装置并使用于其中标工程，作为涉案专利产品的购买者及使用者，主观上不存在

过错,并且支付了合理对价,故冀通公司对其使用的涉案专利产品具有合法来源,对徐斌、路宝公司要求冀通公司赔偿损失并在平赞高速公路工程中停止使用涉案专利产品的诉讼请求,不予支持。

综上,徐斌、路宝公司的上诉请求成立,应予支持;易德利公司的上诉请求缺乏事实及法律依据,其上诉请求不能成立,应予驳回。原审判决认定事实基本清楚,适用法律错误,应予改判。

二审裁判结果

依照《中华人民共和国专利法》(2008年修正)第十一条、第六十五条、第七十条,《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)》第二十四条、第二十五条,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项之规定,判决如下:

一、撤销河北省石家庄市中级人民法院(2019)冀01民初284号民事判决;

二、河北易德利橡胶制品有限责任公司立即停止制造、销售侵害徐斌的专利号为200410049491.5、名称为“一种特大抗挠变梳型桥梁伸缩缝装置”发明专利权的产品行为;

三、河北易德利橡胶制品有限责任公司于本判决生效之日起十日内赔偿徐斌、宁波路宝科技实业集团有限公司经济损失2975000元、维权合理开支25000元,共计300万元;

四、驳回徐斌、宁波路宝科技实业集团有限公司的其他诉讼请求;

五、驳回河北易德利橡胶制品有限责任公司的上诉请求。

一审案件受理费30800元,由河北易德利橡胶制品有限责任公司负担。二审中徐斌、宁波路宝科技实业集团有限公司预交的案件受理费30800元,由河北易德利橡胶制品有限责任公司负担;河北易德利橡胶制品有限责任公司预交的案件受理费2300元,由其自行负担。

元,由其自行负担。

本判决为终审判决。

审判长钱建国

审判员颜峰

审判员陈瑞子

二〇二二年六月三十日

法官助理毛涵

法官助理廖恋

书记员孙静仪

王现辉律师团队

4. “动态密码 USB 线材”实用新型专利侵权案【深圳市租电智能科技有限公司与深圳市森树强电子科技有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案】

【案号】(2022) 最高法知民终 124 号

【基本案情】租电公司系专利号为 201720131230.0、名称为“一种动态密码 USB 线材”的实用新型专利权利人。租电公司认为森树强公司等实施了侵权行为，向广东省深圳市中级人民法院提起诉讼。森树强公司等抗辩称租电公司同日申请了技术方案实质相同的涉案实用新型专利和关联实用新型专利，该关联专利权已被宣告无效，基于同样的理由，涉案专利权也应属无效，故应驳回租电公司的诉讼请求。一审法院认定上述两专利技术方案实质相同，涉案专利权明显或者有极大可能归于无效，故判决驳回租电公司的诉讼请求。租电公司不服，提起上诉。本案二审程序期间，森树强公司对涉案专利提出无效宣告请求。最高人民法院二审认为，在涉案专利权稳定性存疑或有争议的情况下，后续审理程序存在多种可选择的处理方式时，人民法院可以酌情作出妥善处理。本案经释明，双方当事人针对专利权稳定性问题分别自愿作出相应的未来利益补偿承诺，最高人民法院基于基本案情、在案证据和双方承诺，采用了“先行裁驳、另行起诉”的处理方式，裁定撤销一审判决，驳回起诉。

【典型意义】本案在涉案专利行政确权程序已经启动的情况下，人民法院首次尝试引导双方当事人针对确权程序结果的不确定性自愿作出未来利益补偿承诺。裁判明确专利侵权案件中，在涉案专利权稳定性存疑或有争议的情况下，基于公平和诚信之考虑，人民法院可鼓励和引导当事人自愿作出相关未来利益的补偿承诺或声明，既有效推进案件审理程序，又妥善平衡当事人实体利益。

裁判文书摘要

案号 (2022) 最高法知民终 124 号

审理法院 最高人民法院

当事人 深圳市租电智能科技有限公司

深圳市森树强电子科技有限公司

深圳市优电物联技术有限公司

立案年度 2022

裁判时间 2022-06-22

裁判结果 撤销一审判决; 驳回起诉

裁判文书标题

最高人民法院

民事裁定书

(2022)最高法知民终 124 号

上诉人(原审原告): 深圳市租电智能科技有限公司。

法定代表人: 陈明星, 该公司总经理。

委托诉讼代理人: 黄良宝, 深圳市千纳专利代理有限公司专利代理师。

委托诉讼代理人: 童海霓, 深圳市千纳专利代理有限公司专利代理师。

被上诉人(原审被告): 深圳市森树强电子科技有限公司。

法定代表人: 朱锰炬, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 赵鹏, 广东君孺律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 张燕凤, 广东君孺律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 深圳市优电物联技术有限公司。

法定代表人: 陈爱娟, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 赵鹏, 广东君孺律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 张燕凤, 广东君孺律师事务所律师。

上诉人深圳市租电智能科技有限公司(以下简称租电公司)因与被上诉人深圳市森树强电子科技有限公司(以下简称森树强公司)、深圳市优电物联技术有限公司(以下简称优电公司)侵害实用新型专利权纠纷一案,不服广东省深圳市中级人民法院于2021年8月20日作出的(2021)粤03民初372号民事判决,向本院提起上诉。本院于2022年2月7日立案后,依法组成合议庭,分别于2022年4月12日、6月17日、6月20日询问当事人,租电公司的委托诉讼代理人黄良宝,森树强公司、优电公司的共同委托诉讼代理人赵鹏、张燕凤到庭参加询问。

租电公司上诉请求: 撤销原审判决, 改判支持租电公司原审全部诉讼请求。
事实与理由: (一)原审法院认定森树强公司无效抗辩成立无事实和法律依据。1. 专利被授权后, 仅可因权利人主动放弃权利、国家知识产权局宣告权利无效、专利未缴纳年费失效, 不可因无效抗辩直接剥夺专利权人的权利。2. 租电公司同日申请的专利号为第201720131124.2号、名称为“一种动态密码墙壁充电器”的实用新型专利(以下简称关联专利)无效中所用的对比文件1并未公开专利号为

第 201720131230.0 号、名称为“一种动态密码 USB 线材”实用新型专利(以下简称涉案专利)的全部技术特征,且两者所要解决的技术问题不同,涉案专利具有创造性。(二)原审法院适用法律适用有误,被诉侵权行为持续至 2021 年 6 月 1 日之后,不应适用《中华人民共和国专利法》(2008 年修正,以下简称 2008 年修正的专利法)。

森树强公司和优电公司共同辩称:原审法院事实查明清楚,适用法律正确,请求驳回上诉,维持原判。

租电公司向原审法院提起诉讼,原审法院于 2021 年 2 月 3 日立案受理。租电公司起诉请求:1.判令森树强公司、优电公司停止侵害涉案专利权的行为,销毁库存侵权产品,销毁侵权模具。2.判令森树强公司、优电公司连带赔偿租电公司经济损失及维权合理开支 100 万元。事实与理由:租电公司于 2017 年 2 月 14 日向国家知识产权局申请涉案专利,于 2017 年 8 月 18 日获得专利权,该专利权至今合法有效。涉案专利产品系可替代共享充电宝的一种全新产品,主要投放在酒店房间使用,用户通过手机扫码产品上的二维码,支付使用费后获得密码,输入密码解锁后可为手机充电,相比共享充电宝无需充电管理,深受各酒店商家的喜爱。森树强公司在接受租电公司委托生产制造涉案专利产品过程中,得知涉案专利技术方案后,在未经租电公司许可的情况下,擅自大批量生产被诉侵权产品,并通过优电公司在各类销售平台进行销售。优电公司的法定代表人、最大股东(持股 90%)陈爱娟,同时为森树强公司股东,参与森树强公司的实际管理,森树强公司、优电公司采取分工合作,共同侵害租电公司专利权,侵权行为存在明显主观故意,侵权性质恶劣。

森树强公司、优电公司原审共同辩称:(一)森树强公司有电源适配器的生产能力,但从没有生产、销售和许诺销售过所谓被诉侵权产品,森树强公司在 2019 年 7 月至 9 月三个月间曾为租电公司生产并交付了 202190 个电源适配器,该事实体现在(2019)粤 0306 民初 39533 号民事案件中森树强公司要求租电公司给付拖欠的相应货款 797813 元,森树强公司从没有受托生产制造、也没有自行生产制造过涉案专利产品,没有给租电公司交付过任何共享充电设备;(二)涉案专利与租电公司同日申请的关联专利权利要求内容和技术特征完全相同,关联专利的技术早已是公众所知的技术,该关联专利因权利要求不具有实质性特点和进步,

不具备创造性而被国家知识产权局宣告专利权全部无效。因此，涉案专利也属于现有技术，不具备创造性，涉案专利权早应被宣告无效。

原审法院查明如下事实：

(一)关于租电公司请求保护的涉案专利情况

租电公司于2017年2月14日向国家知识产权局申请了涉案专利，于2017年8月18日获授权公告，最新一期年费已缴纳，目前处于合法有效状态。

国家知识产权局于2017年10月13日对涉案专利权作出实用新型专利权评价报告，结论为权利要求1-7未发现存在不符合授予专利权条件的缺陷。

涉案专利摘要记载，一种动态密码USB线材，涉及到用于为手机或数码产品充电用的USB线材技术领域，解决现有的USB线材存在不利于租借，共享使用管理的技术不足。涉案专利可以由手机APP连接服务器获取动态密码，以便于租借管理，按次或按时计费，减轻用户购买成本。涉案专利说明书的技术领域记载，本实用新型涉及到用于为手机或数码产品充电用的USB线材技术领域。

(二)关于被诉侵权事实

租电公司主张森树强公司、优电公司实施了制造、销售、许诺销售被诉侵权产品的行为。

广东省深圳市先行公证处出具的(2020)深先证字第57329号公证书记载，公证员、公证人员以及租电公司的委托代理人张景雨于2020年12月10日在深圳市福田区金地中心一楼丰巢快递柜输入取件码从快递柜中收取了快递单号为“YT5102064252233”的邮包，公证处工作人员对张景雨的收邮行为及邮包的外观进行了拍照，并将收取的邮包带回公证处。公证员将上述邮包拆包拍照后重新封存。

广东省深圳市先行公证处出具的(2020)深先证字第57330号公证书记载，2020年12月10日，租电公司委托代理人打开手机阿里巴巴应用平台，登录昵称为“kanaixiaoji”的阿里巴巴账户，点击“待收货”，显示租电公司在“深圳市优电物联技术有限公司”店铺购买“优电共享充电器酒店扫码充电器网吧KTV商用一拖三共享充电器OEM”产品三套，单价25元，含运费支付75元，该产品的销售链接展示了产品图片；购买“优电USB共享充电线酒店共享充电器网吧KTV一拖三扫码充电线OEM”产品三套(即本案被诉侵权产品)，单价14.5元，含

运费支付 41.5 元，该产品的销售链接展示了产品图片，成交 123 笔。物流信息显示运单号码为 YT5102064252233，物流公司为圆通速递。

可信时间戳认证证书显示，2021 年 7 月 9 日，租电公司在阿里巴巴平台搜索“深圳市优电物联技术有限公司”，该店铺内仍在销售“优电 USB 共享充电线酒店共享充电器网吧 KTV 一拖三扫码充电线 OEM”被诉侵权产品。在产品详情的优电物联工厂介绍中，显示了森树强公司的前台照片和车间照片，3C 认证证书上显示生产者(制造商)：深圳市优电物联技术有限公司，生产企业：深圳市森树强电子科技有限公司。

森树强公司企业网站 www.simsukian.com 的网页显示，森树强公司为电源适配器、智能充电器产品的专业厂家，证明其具有制造被诉侵权产品的能力。

2019 年 4 月 30 日，租电公司与森树强公司签订采购订单，森树强公司为租电公司生产充电器 80 万个，货值共计 635 万，交付时间为 2019 年 5 月至 8 月。2019 年 8 月 31 日森树强公司为租电公司开具两张发票，总金额为 225983.8 元，17794 个电源适配器。原审庭审中双方确认，上述采购合同涉及产品为“电源适配器”，并非涉案的专利产品。(2019)粤 0306 民初 39533 号民事判决书、(2019)粤 0306 民初 39353 号民事判决书显示，因租电公司拖欠森树强公司货款，双方产生诉讼。(2019)粤 0306 民初 39533 号民事判决认定租电公司与森树强公司于 2019 年 4 月 30 日签订的《采购订单》已于 2020 年 5 月 22 日解除，租电公司应支付森树强公司货款 797813 元及逾期付款利息。(2019)粤 0306 民初 39353 号民事判决认定租电公司与森树强公司于 2019 年 4 月 30 日签订的《合作协议》已于 2020 年 9 月 24 日解除，租电公司因恶意诉讼应支付森树强公司律师费 113000 元。

租电公司原审当庭提交公证封存物，各方当事人确认封存完好。外包装箱贴有广东省深圳市先行公证处封条，封条上加盖广东省深圳市先行公证处公章，封存日期为 2020 年 12 月 10 日。外包装箱装箱上贴有圆通速递快递单，快递信息如下：快递单号为 YT51020642552233；收件人：周凯，电话：13128706572，收件地址：广东省深圳市福田区深南大道 2007 号深圳金地中心一楼快递柜；寄件人：陈泽帆，电话：13713442807，寄件地址：深圳市龙华区观澜街道佳怡工业园森树电子科技有限公司，快递外包装箱显示“深圳市森树强电子科技有限公司 深圳市龙华新区观澜街道佳怡工业区森树强工业园”“SIMSUKIAN 森树强”字样。

原审当庭拆封，内有产品 5 个，租电公司确认带有 USB 接口的 3 个是本案的被诉侵权产品，其余 2 个产品为 (2021) 粤 03 民初 370 号外观侵权案件的被诉侵权产品，产品的插头上印有“优电物联”电源适配器，制造商为“深圳市优电物联技术有限公司”。带有 USB 接口的 3 个被诉侵权产品，印有“扫码充电器，非赠品”字样，ID 号分别为 20191027248、20191027249、20191027250。随机选取其中 1 个作为本案的比对产品。

(三) 关于被诉侵权产品与涉案专利的技术比对

涉案实用新型专利的权利要求书共有 7 项权利要求，记载如下：

1. 一种动态密码 USB 线材，包括有 USB 插接头；其特征在于：所述的 USB 插接头的电源输出端经动态密码控制器连接充电接口；所述的动态密码控制器包括有用于产生动态密码并控制充电接口的 MCU 主控模块，以及连接 MCU 主控模块提供动态密码输入的键盘输入模块，或者无线连接 MCU 主控模块提供动态密码输入的密码输入装置；键盘输入模块输入的密码与 MCU 主控模块的实时动态密码一致，MCU 主控模块开启充电接口电源输出。

2. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码 USB 线材，其特征在于：所述的 MCU 主控模块上还连接有输入密码显示或状态显示的显示模块。

3. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码 USB 线材，其特征在于：所述的动态密码控制器包含有独立的外壳，动态密码控制器分别通过导线连接电源适配器模块和充电接口。

4. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码 USB 线材，其特征在于：所述的动态密码控制器的外壳上设有连接 MCU 主控模块的电源指示灯和充电状态指示灯。

5. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码 USB 线材，其特征在于：所述的充电接口包括有 IP 接口、MICRO 接口和 TPC 接口。

6. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码 USB 线材，其特征在于：所述的动态密码控制器的外壳上印刷有 ID 号或对应 ID 号的二维码。

7. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码 USB 线材，其特征在于：所述的 MCU 主控模块上还连接有连接互联网的无线通讯模块。

租电公司在本案中请求保护权利要求 1，具体分解为以下技术特征：a. 一种动态密码 USB 线材，包括有 USB 插接头；b. 所述的 USB 插接头的电源输出端经动态密码控制器连接充电接口；c. 所述的动态密码控制器包括有用于产生动态密码

并控制充电接口的 MCU 主控模块, 以及连接 MCU 主控模块提供动态密码输入的键盘输入模块, 或者无线连接 MCU 主控模块提供动态密码输入的密码输入装置; d. 键盘输入模块输入的密码与 MCU 主控模块的实时动态密码一致, MCU 主控模块开启充电接口电源输出。

经原审当庭比对, 租电公司当庭明确被诉侵权产品为键盘输入模块, 认为被诉侵权产品具有涉案专利权利要求 1 全部的技术特征, 构成相同侵权。森树强公司、优电公司确认被诉侵权产品具有涉案专利权利要求 1 的技术特征 a-d。

(四) 关于森树强公司、优电公司所提的专利权无效抗辩

森树强公司、优电公司提交了涉案专利权利要求书、第 41299 号无效宣告请求审查决定书(以下简称第 41299 号审查决定)、北京知识产权法院(2019)京 73 行初 10307 号判决书。专利权人同为租电公司的关联专利申请日为 2017 年 2 月 14 日, 授权公告日为 2017 年 12 月 01 日。该关联专利授权公告时的权利要求书如下: “1. 一种动态密码墙壁充电器, 包括有 AC 插头, 连接 AC 插头的电源适配器模块; 其特征在于: 所述的电源适配器模块的输出端经动态密码控制器连接充电接口; 所述的动态密码控制器包括有用于产生动态密码并控制充电接口的 MCU 主控模块, 以及连接 MCU 主控模块提供动态密码输入的键盘输入模块, 或者无线连接 MCU 主控模块提供动态密码输入的密码输入装置; 键盘输入模块输入的密码与 MCU 主控模块的实时动态密码一致, MCU 主控模块开启充电接口电源输出。

2. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码墙壁充电器, 其特征在于: 所述的 MCU 主控模块上还连接有输入密码显示或状态显示的显示模块。

3. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码墙壁充电器, 其特征在于: 所述的动态密码控制器包含有独立的外壳, 动态密码控制器分别通过导线连接电源适配器模块和充电接口。

4. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码墙壁充电器, 其特征在于: 所述的动态密码控制器的外壳上设有连接 MCU 主控模块的电源指示灯和充电状态指示灯。

5. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码墙壁充电器, 其特征在于: 所述的充电接口包括有 IP 接口、MICRO 接口和 TPC 接口。

6. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码墙壁充电器, 其特征在于: 所述的动态密码控制器的外壳上印刷有 ID 号或对应 ID 号的二维码。

7. 根据权利要求 1 所述的一种动态密码墙壁充电器，其特征在于：所述的 MCU 主控模块上还连接有连接互联网的无线通讯模块。”

第 41299 号审查决定记载：本专利专利号为第 201720131124.2 号，专利名称为“一种动态密码墙壁充电器”，即关联专利。国家知识产权局专利局复审和无效审理部认为：权利要求 1 请求保护一种动态密码墙壁充电器，对比文件 1 公开了一种具有手机充电功能的 WIFI 广告系统，具体公开了如下内容(参见说明书第 21-26 段、图 1-6)：WIFI 广告系统包括智能充电系统，包括有装置接口 14，用于连接到 220V 交流电上(装置接口 14 相当于本专利的 AC 插头)，充电器为提供 5V 稳压的充电装置，至于壳体内部，使用直流开关电源形式(相当于公开了本专利的电源适配器模块)，USB 接口 13 置于壳体侧边，为手机充电线 15 提供电气连接的接口，并通过手机充电线 15 为用户提供充电电流(USB 接口 13 和充电线 15 相当于本专利的充电接口)；微控制器置于壳体内部，用于控制整个智能充电系统的运行，其内置定时器程序，用于定时更换密码，并可以通过判断密码是否正确来控制充电器的通断(微控制器相当于本专利的用于产生动态密码并控制充电接口的 MCU 主控模块)；键盘 12 置于显示装置下方，用户可通过向智能充电系统输入获得的密码来享用免费充电服务(键盘 12 相当于连接 MCU 主控模块提供动态密码输入的键盘输入模块)，微控制器和键盘共同相当于本专利的动态密码控制器；判断密码是否正确，如果密码正确则为用户手机提供长时间的充电服务(相当于公开了键盘输入模块输入的密码与 MCU 主控模块的实时动态密码一致，MCU 主控模块开启充电接口电源输出)。

由此可见，权利要求 1 与对比文件 1 的区别特征在于：(1)墙壁充电器；(2)无线连接 MCU 主控模块提供动态密码输入的密码输入装置。权利要求基于上述区别所要解决的技术问题是：(1)明确充电器的使用环境；(2)提高输入密码的便利性。而在本领域中，将充电器设置在墙壁、柜体或其他固定的环境下以方便用户使用，是常用的技术手段，而为了方便的输入密码进行验证，采用有线或无线的输入装置，也均是本领域常用的技术手段。因此，权利要求 1 相对于对比文件 1 结合本领域公知常识不具有实质性特点和进步，不具备 2008 年修正的专利法第 22 条第 3 款规定的创造性，并认为从属权利 2、3 的附加特征在对比文件 1 公开内容的基础上结合公知常识是显而易见的；权利要求 4、5 的附加特征被对比文件 3 及公知常识公开，权利要求 6 的附加特征被对比文件 4 及公知常识公开，权

利要求 7 的附加特征属于公知常识,故国家知识产权局专利局复审和无效审理部认为该专利权利要求 1-7 均不具备创造性,于 2019 年 8 月 7 日宣告第 201720131124.2 号、名称为“一种动态密码墙壁充电器”的实用新型专利权全部无效。

关联专利专利权人即本案租电公司不服第 41299 号审查决定,向北京知识产权法院提出行政诉讼。2020 年 10 月 26 日,北京知识产权法院判决驳回租电公司的诉讼请求。

租电公司确认关联专利与本案实用新型专利系同一日申请,两者除了前者为 AC 插头,后者为 USB 插接头外,其他所有的技术特征均相同。

(五)本案的其他情况

森树强公司成立日期为 2008 年 3 月 27 日,注册资本 500 万元,经营范围包括充电器、电源产品、电子产品、塑胶制品、线材的技术开发及销售;货物及技术进出口。股东为陈爱娟和朱锰炬。

优电公司成立日期为 2013 年 1 月 25 日,注册资本 500 万元,经营范围包括互联网、物联网、社交网络、网络数据的技术开发;手机通讯产品、手机通讯配件的设计、开发与销售;移动电源、充电器、电源适配器、电子元器件、电器、手机配件的销售;计算机软硬件的技术开发、技术咨询等。股东为陈爱娟和陈海鹏。

租电公司提供了律师费发票 4 万元,在本案中主张 2 万元。另主张公证费、购买侵权产品费用,亦确认上述费用不仅针对本案。租电公司请求法院依法酌定赔偿数额。

原审法院认为:本案系侵害实用新型专利权纠纷。涉案专利被授权后,按时缴纳了年费,依法应受保护。本案中森树强公司、优电公司被诉的侵权行为发生在 2020 年 5 月份,没有证据证明被诉侵权行为持续至 2021 年 6 月 1 日之后,故本案适用 2008 年修正的专利法。结合本案双方当事人的诉辩意见和原审法院查明的事实,本案争议焦点在于:(一)森树强公司、优电公司是否实施了制造、销售、许诺销售被诉侵权产品的行为。(二)森树强公司、优电公司的专利权无效抗辩能否成立。

关于争议焦点一,租电公司指控森树强公司、优电公司共同实施了制造、销售、许诺销售被诉侵权产品的行为。根据租电公司提交的公证书、可信时间戳认

证证书、被诉侵权产品实物等证据，被诉侵权产品标注了“优电物联”“制造商：深圳市优电物联技术有限公司”，租电公司在阿里巴巴店铺“深圳市优电物联技术有限公司”购买了被诉侵权产品，足以认定优电公司实施了制造、销售、许诺销售被诉侵权产品的行为。被诉侵权产品外包装箱印有森树强公司的企业名称及公司地址，被诉侵权产品的发货地址显示“深圳市龙华区观澜街道佳怡工业园森树电子科技有限公司”，森树强公司确认其与优电公司共用同一栋厂房，且优电公司法定代表人陈爱娟亦是森树强公司股东，森树强公司、优电公司的总经理均为朱锰炬，优电公司的网页介绍中，也使用了森树强公司的前台照片和车间照片，综合以上证据，足以证明森树强公司与优电公司混同经营，共同实施了制造、销售、许诺销售被诉侵权产品的行为。森树强公司称包装盒可能系他人所拿，其未实施制造、销售行为，未提供任何相反证据，原审法院不予采纳。

关于争议焦点二，2008年修正的专利法第二十二条规定：授予专利权的发明和实用新型，应当具备新颖性、创造性和实用性。新颖性，是指该发明或者实用新型不属于现有技术；也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。创造性，是指与现有技术相比，该发明具有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型具有实质性特点和进步。依据上述规定，依法受到法律保护的专利权应当合法有效，且权利相对稳定，专利权人有权实施其专利，并依法禁止他人未经许可实施其专利技术，从而为发明创造者提供必要的激励。但是对于不符合专利权授权条件、不应获得法律保护的技术方案，且被诉侵权人也明确据此抗辩被诉行为不构成侵权或其不应承担侵权责任的，如果仍然支持相关专利权人禁止他人实施，则显失公平，且亦有悖专利法的立法目的。本案中，租电公司同日申请了涉案专利和关联专利，两者的发明目的均系为手机或数码产品充电，两者除了外接电源的方式前者为USB插接头，后者为AC插头外，权利要求1-7记载的其他技术特征完全一致，而关联专利因权利要求1-7均不具备创造性，已经于2019年8月7日被宣告全部无效，无效决定认为对比文件1的“装置接口，用于连接到220V交流电上”相当于公开了关联专利的AC插头，这同样可以评价涉案专利的USB插接头。实用新型专利申请可以不经过实质性审查就被授予专利权，而在充电领域，使用USB插接头还是AC插头来连接外电源，属于公知常识，故涉案实用新型专利和关联专利属于实质上的同

一技术方案,关联专利的无效审查结论可以作为判断涉案专利是否符合授权条件的依据,亦可能对该实用新型专利权是否应获得民事保护产生实质性影响,本案中,关联专利权经专利无效请求程序和行政诉讼程序,已经被认定权利要求1-7均不具备创造性,被宣告全部无效,在无效程序中所使用的对比文件以及与关联专利比较相关创造性的具体分析,同样可以得出涉案专利与现有技术相比,并不具有实质性特点和进步。在此种情况下,如果仍然要求另行启动专利无效程序及后续的行政诉讼程序,明显增加了当事人的纠纷解决成本,消耗了司法和行政资源,亦无法满足人民群众解决纠纷的需求。综合考虑上述情形,租电公司据以指控侵权的涉案专利明显或者有极大可能属于不应获得专利授权的技术方案,其也不属于专利法保护的合法权益,森树强公司、优电公司的专利权无效抗辩成立。但本案只是采纳森树强公司、优电公司的专利权无效抗辩,在审查专利权无效抗辩是否成立时,不可避免涉及到涉案专利是否符合专利法授权标准的审查,本案的认定仅仅具有个案意义上的效力。如果森树强公司想要获得专利权无效的对世效力,其仍然需要依照专利法的相关规定,向国家知识产权局提出无效宣告请求。综上,涉案专利权利要求1不能作为租电公司请求保护的权利要求基础,租电公司依据涉案专利权利要求1所提出的诉讼请求应当全部予以驳回。

原审法院依照2008年修正的专利法第二十二条、第五十九条第一款,《中华人民共和国民事诉讼法》(2017年修正)第六十四条之规定,判决:驳回深圳市租电智能科技有限公司的全部诉讼请求。

二审中,各方当事人均未提交新证据

原审法院查明事实属实,本院予以确认。

本院经审理另查明:租电公司在原审中提供的可信时间戳认证证书显示,2021年7月9日,租电公司在阿里巴巴平台搜索“深圳市优电物联技术有限公司”,该店铺内仍在销售“优电USB共享充电线酒店共享充电器网吧KTV一拖三扫码充电线OEM”被诉侵权产品,在产品网页中显示“日产能10000个”。

涉案专利说明书[0013]段记载,本实用新型在传统USB线材的基础上结合动态密码技术,实现由动态密码控制充电状态,可以由手机APP连接服务器获取动态密码,以便于租借管理,按次或按时计费,减轻用户购买成本。[0017]段记载,参照图1和图2中所示,本实用新型动态密码USB线材包括有依次连接的USB插接头1、动态密码控制器3及充电接口4。[0018]段记载,USB插接头1用于

插接在 5V 直流输出的 USB 接口上, 获取 5V 直流输出, 动态密码控制器 3 控制充电接口 4 电源输出状态, 充电接口 4 插接需要充电的手机或其他数码产品。

关联专利说明书[0013]段记载, 本实用新型在传统充电器的基础上结合动态密码技术, 实现由动态密码控制充电状态, 可以由手机 APP 连接服务器获取动态密码, 以便于租借管理, 按次或按时计费, 减轻用户购买成本。[0017]段记载, 参照图 1 和图 2 中所示, 本实用新型动态密码墙壁充电器包括有依次连接的 AC 插头 1、电源适配器模块 2、动态密码控制器 3 及充电接口 4。AC 插头 1 用于插接在市电插座上获取 220V 或 110V 的交流电源, 电源适配器模块 2 将交流电源降压为低压直流输出, 动态密码控制器 3 控制充电接口 4 电源输出状态, 充电接口 4 插接需要充电的手机或其他数码产品。

对关联专利, 北京知识产权法院判决驳回租电公司因不服国家知识产权局第 41299 号审查决定而提出的诉讼请求后, 当事人均未提出上诉, 该决定已发生法律效力。

二审审理过程中, 森树强公司向国家知识产权局提出针对涉案专利权的无效宣告请求(以下简称本次专利确权程序), 国家知识产权局已于 2022 年 5 月 13 日受理, 森树强公司就涉案专利无效宣告请求的证据与第 41299 号审查决定相同, 无效理由也基本一致。

经本院对涉案专利权稳定性问题依法可能存在的处理方式进行释明, 租电公司自愿作出如下承诺: 如在本次专利确权程序中涉案专利权或者主张权利的专利权利要求被人民法院生效裁判文书或者未在法定期限内提起行政诉讼的无效宣告请求审查决定书确认无效, 则租电公司就本案放弃依据《中华人民共和国专利法》(2020 年修正, 以下简称 2020 年修正的专利法) 第四十七条第二款所享有的权利和利益, 对因本案诉讼从森树强公司、优电公司处获得的专利侵权损害赔偿金和诉讼合理开支等所有利益均应即时予以返还, 并支付自获益之日起至返还之日止以中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的同期贷款市场报价利率(LPR)计算的利息。森树强公司、优电公司亦自愿作出如下承诺: 如本案人民法院应森树强公司、优电公司请求而以涉案专利权稳定性不足为由裁定中止诉讼或者驳回租电公司的起诉, 但在本次专利确权程序中涉案专利权或者主张权利的专利权利要求被人民法院生效裁判文书或者未在法定期限内提起行政诉讼的无效宣告请求审查决定书确认有效, 且本案的涉诉侵权行为被后续恢复审理或者租

电公司另行提起的专利侵权诉讼程序的生效裁判认定构成侵害涉案专利权时，森树强公司、优电公司同意对认定构成专利侵权的生效裁判作出之日前应支付之全部侵权损害赔偿金和诉讼合理开支等应付利益，支付自裁定中止诉讼或者驳回起诉之日起至该认定构成专利侵权的生效裁判作出之日止以中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心公布的同期贷款市场报价利率(LPR)计算的利息，并在该生效裁判执行时将上述利息一并纳入本金计算。

本院认为，根据当事人的诉辩意见，本案二审争议焦点为：（一）原审法院适用2008年修正的专利法是否正确；（二）森树强公司、优电公司主张的所谓专利权无效抗辩是否应予支持以及本案的后续处理方式。

（一）关于原审法院适用2008年修正的专利法是否正确

租电公司主张，本案侵权行为持续至2021年6月之后，不应适用2008年修正的专利法。

对此，本院认为，2020年修正的专利法已于2021年6月1日起施行。本案租电公司在原审中提供的可信时间戳认证证书显示，优电公司直至2021年7月9日仍在其阿里巴巴的店铺销售被诉侵权产品，原审法院对该证据予以采信并查明了相关事实，即本案中租电公司主张的被诉侵权事实实际已持续至2021年6月1日之后，故本案应适用2020年修正的专利法。原审法院适用2008年修正的专利法有误，但并未因此影响本案一审实体裁判。

（二）关于森树强公司、优电公司主张的所谓专利权无效抗辩是否应予支持以及本案的后续处理方式

原审中，森树强公司、优电公司明确主张所谓的专利权无效抗辩，认为因关联专利被宣告无效，涉案专利权亦不具备专利授权要件，据此应驳回租电公司全部诉讼请求。原审法院支持了森树强公司、优电公司的所谓专利权无效抗辩。二审中，租电公司坚持认为，关联专利权被宣告无效和涉案专利权被提起本次专利确权程序并不影响本案审理，二审法院应当继续审理，改判认定构成专利侵权并判令赔偿；森树强公司、优电公司则认为，涉案专利权明显应当无效，二审法院应当维持一审判决或者裁定中止诉讼或驳回租电公司的起诉。对此，本院评述如下：

第一，本案所谓专利权无效抗辩只是当事人的一种自我命名的抗辩主张，在专利侵权案件中一般应指向专利权稳定性问题。不同于现有技术抗辩和合法来源

抗辩等，所谓的专利权无效抗辩并非我国专利法等法律、行政法规或司法解释明确规定的专利侵权抗辩事由，亦非我国司法理论和实践中已经得到普遍认可或者广泛适用的专利侵权抗辩事由，因此，本院谨以“所谓专利权无效抗辩”来指代本案当事人的相关抗辩主张。本案森树强公司、优电公司提出的所谓专利权无效抗辩，其本意在于主张涉案专利权稳定性不足，如要在学理上或实务中命名，可考虑以专利权稳定性抗辩为名。当然，本院并不否认，在专利侵权案件审理期间专利权被依法宣告无效的情形下，也可能出现真正的专利权无效抗辩事由，被诉侵权人可以据此主张判决驳回权利人的诉讼请求或者裁定驳回权利人的起诉。

第二，专利侵权案件审理中对涉案专利权稳定性存疑或有争议时，人民法院可以对此进行一定的有限度的审查。权利不得滥用是诚实信用原则的体现，是行使民事权利的基本要求。在专利侵权案件中，专利权的稳定有效存在是审理专利侵权案件的前提和基础。在特定情况下，如请求保护的权利要求明显不清楚以致无法确定保护范围、侵害他人合法在先权利获得专利权等，可能构成权利滥用。此时，如果人民法院对被诉侵权人提出权利滥用或者专利权稳定性抗辩事由视而不见、避而不审，仍然作出被诉侵权人承担侵权责任的认定，明显有违公平原则，也无益于鼓励真正的有价值的发明创造。因此，从这个意义上讲，被诉侵权人就专利权稳定性提出的抗辩，人民法院在专利民事侵权案件中并非不能进行任何意义上的审查。但需要强调的是，在我国现行法律框架下，宣告专利权无效的请求由国务院专利行政部门负责审查。因此，在审理专利侵权案件时，针对被诉侵权人提出的专利权稳定性的特定质疑或抗辩，人民法院基于审查专利权人是否具有正当合理行使诉权的基础，可以进行一定的有限度的审查，但并不能对专利权本身的效力作出认定和裁判，包括被诉侵权人在内的社会公众如质疑专利权本身的效力，仍应循专利确权程序，向国务院专利行政部门请求宣告专利权无效。

第三，在涉案专利权稳定性存疑或有争议的情况下，人民法院可以酌情对后续审理程序作出妥适处理。依据有关法律和司法解释的规定，专利侵权案件审理中对涉案专利权稳定性存疑或有争议时，人民法院至少可以有继续审理并作出判决、裁定中止诉讼、裁定驳回起诉三种处理方式，具体应采取哪种方式，主要取决于人民法院对涉案专利权稳定性程度的初步判断。一般而言，对于已经过专利授权确权程序中国务院专利行政部门实质审查判断的专利权，其稳定性相对较强，人民法院通常可以继续审理侵权案件并作出判决；对于未经国务院专利行政部门

实质审查判断的专利权和其有证据表明被宣告无效可能性较大的专利权，其稳定性相对不足，人民法院可以依据有关司法解释的规定视情对侵权案件裁定中止诉讼；对于已被国务院专利行政部门宣告无效但无效决定尚未确定发生法律效力专利权，其稳定性明显不足，人民法院可以依据《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)》第二条第一款的规定，对侵权案件裁定驳回起诉；对于有证据表明被宣告无效可能性极大的专利权，其稳定性明显不足的，虽然尚未被国务院专利行政部门宣告无效，但在专利确权程序已经启动的情况下，人民法院对侵权案件既可以裁定中止诉讼，也可以在必要时视情参照《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(二)》第二条的规定裁定驳回起诉。

第四，基于本案现有事实和证据，可以得出涉案专利权稳定性明显不足的结论。本案已经查明，专利权人租电公司在申请涉案专利的同日申请了关联专利，该关联专利权已被发生法律效力的第 41299 号审查决定宣告全部无效。关联专利与涉案专利相比，区别技术特征仅在于，涉案专利为“一种动态密码 USB 线材，包括有 USB 插接头；其特征为：所述的 USB 插接头的电源输出端经动态密码控制器连接充电接口”；关联专利为“一种动态密码墙壁充电器，包括有 AC 插头，连接 AC 插头的电源适配器模块；其特征为：所述的电源适配器模块的输出端经动态密码控制器连接充电接口”；二者其余技术特征均相同。对于上述区别技术特征，根据涉案专利说明书及关联专利说明书可知，不论是 USB 线材还是采用 AC 插头的充电器均为现有技术，USB 插接头用于获取 5V 直流电，供数码产品充电；AC 插头用于插接在市电插座上获取 220V 或 110V 的交流电源，电源适配器模块将交流电源降压为低压直流输出，即 AC 插头与电源适配器连接后，用于提供低压直流输出电，供数码产品充电。森树强公司、优电公司主张，上述区别技术特征对于本领域技术人员而言，在涉案专利、关联专利中所起的作用、效果相同，属于惯用手段的直接替换。森树强公司在本案二审审理过程中也已就涉案专利权向国家知识产权局提出了无效宣告请求，其提交的证据与第 41299 号审查决定中的证据相同，无效理由也基本一致，国家知识产权局已经受理。本院认为，基于上述涉案专利和关联专利均为未经实质审查即授权的实用新型专利，二者的区别技术特征仅系行业惯用和市场常见的 USB 插头与 AC 插头及与之配套使用的电源适配器的不同，且二者系同日申请，在关联专利权已被国家知识产权局宣告

无效而森树强公司、优电公司已就涉案专利向国家知识产权局提出宣告无效请求的情况下，涉案专利权被宣告无效的可能性极大，其专利权稳定性明显不足。

第五，本案中双方当事人自愿作出的有关涉案专利权稳定性问题的利益补偿承诺或声明，有利于彼此利益的实质平衡，人民法院也可将此作为对后续审理程序作出处理时的考量因素。针对专利侵权程序与专利确权程序分立、二者交叉或先后进行的情况，现行立法和司法解释对有关程序的衔接作出了一定的安排。

2020年修正的专利法第四十七条第二款规定：“宣告专利权无效的决定，对在宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的专利侵权的判决、调解书，已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处理决定，以及已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，不具有追溯力。但是因专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。”《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》第四条至第八条针对专利侵权程序与专利确权程序交叉进行的情况下是否中止诉讼问题作出了规定。《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)》第二条针对专利侵权程序进行中专利被宣告无效的情形，规定人民法院可以从程序上径行裁定驳回权利人起诉，当宣告无效决定被撤销时可以另行起诉。应当说，上述法律和司法解释的规定综合考虑了程序正义、纠纷解决效率和实体公正，但由于两种程序的交错性和专利权效力的难以预测性以及相关判断因素的主观性，在实践操作中，仍然既可能出现侵权裁决已执行而后专利权被宣告无效，导致权利人事实上获得本不应获得的利益，也可能出现因等待确权结果而导致侵权纠纷久拖不决，权利人得不到及时有效的法律救济，被诉侵权人也对要不要继续生产和扩大投资犹疑不决、无所适从，最终不仅直接影响当事人之间的利益得失，也会间接影响到企业与社会的科技创新活力和市场投资动力。因此，如何才能更好地实现专利侵权程序与专利确权程序的高效有序衔接，仍然是一个需要在理论、规则和实务中进行不断探索完善的问题。

本案中，在涉案专利权稳定性问题存疑且已经启动本次专利确权程序的情况下，经本院释明相关程序可能的走向和后果后，本案双方当事人分别针对本次专利确权程序可能的结果及因此可能对对方当事人利益造成的不利影响作出了相应的利益补偿承诺。专利权人承诺的核心在于专利权被宣告无效时将返还全部有关侵权案件实际收益并给付利息，这样可以有效保障在专利侵权程序先行的情况下专利权被宣告无效后被诉侵权人的实际利益损失得以挽回。被诉侵权人承诺的

核心在于专利权被确认有效时将支付全部侵权案件应付赔偿并给付利息，这样可以有效保障在专利确权程序先行的情况下因专利侵权行为持续进行而给权利人造成的利益损失得以补偿。

对于上述承诺，本院经审查认为，当事人所作有关利益补偿承诺系对各自民事权利和期待利益的自愿处分，内容并不违背法律规定，所作承诺系在充分考虑相关程序的可能走向和后果的基础上对彼此利益的合理预期和处分，能够较好的保障和合理的平衡专利侵权程序与专利确权程序交叉进行情况下当事人的程序利益和实体公正，符合公平原则和诚信原则，并具有实践可操作性。同时，在当事人自愿作出有关专利权稳定性问题的利益补偿承诺的情况下，无论人民法院后续是采取继续审理并作出判决、裁定中止诉讼、裁定驳回起诉三种处理方式中的哪一种方式，均可在实质上较好且有效的平衡保护双方当事人利益，也有利于人民法院结合具体案情就后续处理方式作出适当选择。因此，本院不仅对本案当事人的有关承诺予以认可，也想借此案表明，本院鼓励专利侵权案件当事人在涉案专利权稳定性存疑或有争议的情况下，基于公平与诚信之考虑，积极作出相关的利益补偿承诺或声明，这种承诺或声明既可以是双方双向的，也可以是单方单向的，只要是当事人出于自愿、不违背法律并有利于平衡彼此的利益，即应予以肯定和鼓励。本院也希望审理专利侵权案件的一审法院也能够主动对当事人作出有关释明并积极尝试类似的做法。

综合上述分析，涉案专利权稳定性明显不足，而被诉侵权人就涉案专利权稳定性问题所作相关利益补偿承诺也可以在本案裁定驳回起诉后未来专利权被确认有效时使得专利权人的相应利益得以保障，本案可以参照《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(二)》第二条第一款、第二款的规定，按照裁定驳回起诉作出处理。专利权人可以在国家知识产权局就涉案专利权作出维持有效的审查决定确定发生法律效力后，另行提起诉讼，并可根据被诉侵权人在本案中所作利益补偿承诺主张权利。原审判决对涉案专利权稳定性的分析判断本身并无明显不妥，但直接认定被诉侵权人的专利权无效抗辩成立并据此判决驳回租电公司诉讼请求，欠缺法律依据。

综上，租电公司的上诉理由部分成立，但其上诉请求不予支持。原审判决事实认定基本清楚，但法律适用有误，应予纠正。本院参照《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(二)》第二条第一款、第二款，

依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百二十二条、第一百五十七条第一款第三项之规定，裁定如下：

- 一、撤销广东省深圳市中级人民法院(2021)粤03民初372号民事判决；
- 二、驳回深圳市租电智能科技有限公司的起诉。

一审案件受理费13800元，退还深圳市租电智能科技有限公司。上诉人深圳市租电智能科技有限公司预交的二审案件受理费13800元予以退还。

本裁定为终审裁定。

审判长原晓爽

审判员张本勇

审判员詹靖康

二〇二二年六月二十二日

法官助理郝小娟

书记员汪妮

5. “结固式锚栓”实用新型专利侵权案【福州百益百利自动化科技有限公司与上海点挂建筑技术有限公司、张某某侵害实用新型专利权纠纷案】

【案号】(2021) 最高法知民终 1066 号

【基本案情】福州百益百利公司系专利号为 201320534267.X、名称为“结固式锚栓”的实用新型专利权人。福州百益百利公司认为，上海点挂公司及其法定代表人张某某侵害涉案专利权，故向上海知识产权法院提起诉讼，请求判令其停止侵权并连带赔偿损失及维权合理开支 250 万元。一审法院认为，被诉侵权技术方案落入涉案专利保护范围，但上海点挂公司及张某某的抵触申请抗辩成立，故判决驳回福州百益百利公司的诉讼请求。福州百益百利公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，有关抵触申请抗辩不能成立；可以认定具体实施侵权技术方案的上海点挂公司和提供该技术方案的张某某共同实施了侵害涉案专利权行为；福州百益百利公司主张以上海点挂公司和张某某对外宣传的经营规模作为损害赔偿计算依据，上海点挂公司和张某某虽抗辩该经营规模属于夸大宣传，但未提交证据证明其实际侵权经营规模。基于上述对外宣传经营规模，综合考虑其他在案因素，改判全额支持福州百益百利公司 250 万元赔偿主张。

【典型意义】本案结合被诉侵权人对外公开宣传内容确定侵权行为规模，并在此基础上综合确定赔偿数额，体现了人民法院加强知识产权保护、加大损害赔偿力度的司法导向，有效指引市场主体在商业活动中遵循诚信原则。此外，涉案专利产品虽为小部件、单价不高，但小专利也能获得高判赔，提示任何人都应尊重他人创新成果。

裁判文书摘要

案号 (2021) 最高法知民终 1066 号

审理法院 最高人民法院

当事人 张守彬

上海点挂建筑技术有限公司

福州百益百利自动化科技有限公司

立案年度 2021

裁判时间 2022-05-23

裁判结果 撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2021)最高法知民终 1066 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 福州百益百利自动化科技有限公司。

法定代表人: 阮巧兰, 该公司执行董事、经理。

委托诉讼代理人: 陈静, 江苏瑞途律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 李维朝, 江苏瑞途律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 上海点挂建筑技术有限公司。

法定代表人: 张守彬, 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 郭秀刚, 北京德恒(福州)律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 陈智昕, 北京德恒(福州)律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 张守彬。

委托诉讼代理人: 罗立君, 福州科扬专利事务所(普通合伙)专利代理师。

审理经过

上诉人福州百益百利自动化科技有限公司(以下简称百益百利公司)因与被上诉人上海点挂建筑技术有限公司(以下简称点挂公司)、张守彬侵害实用新型专利权纠纷一案, 不服上海知识产权法院于 2020 年 9 月 18 日作出的(2019)沪 73 知民初 21 号民事判决, 向本院提起上诉。本院于 2021 年 5 月 24 日立案后, 依法组成合议庭, 并于 2021 年 8 月 11 日询问当事人, 上诉人百益百利公司的委托诉讼代理人陈静、李维朝, 被上诉人点挂公司的委托诉讼代理人郭秀刚, 张守彬的委托诉讼代理人罗立君到庭参加询问。本案现已审理终结。

百益百利公司上诉请求: 撤销原审判决并依法改判支持百益百利公司原审全部诉讼请求; 本案一、二审诉讼费用由点挂公司、张守彬承担。事实和理由: 抵触申请文件至少没有公开涉案专利权利要求 2、3 所要求保护的技术方案。(一) 原审法院关于抵触申请文件涉及三种组合方案的认定错误。抵触申请文件没有公开涉案专利权利要求 2 所要求保护的以“每组径向通孔适配多支 U 型件”技术特征限定的技术方案。(二) 抵触申请文件没有公开涉案专利权利要求 3 所要求保护

的技术方案。抵触申请文件的附图 23 明确公开的技术信息仅限于：在金属杆上开设多组径向通孔，每组径向通孔中设置一支 U 型件，U 型件可以有多个角度穿插，U 型件伸出金属杆的两条支条倾斜设置。根据该附图内容以及抵触申请文件其他内容，本领域技术人员根本无法直接、毫无疑问地明确得出“当多支 U 型件穿过一组径向通孔时，多支 U 型件对穿通过一组径向通孔”技术内容。（三）涉案专利权利要求 2、3 所要求保护的技术方案相对于抵触申请文件公开的技术方案具有实质性的技术改进。具体到权利要求 2 所要保护的技术方案，采用“每组径向通孔适配多支 U 型件”的技术手段，可以减少金属杆上开设的径向通孔的数量，节约成本的同时提升了整个锚栓的强度。权利要求 3 所要保护的技术方案，采用“当多支 U 型件穿过一组径向通孔时，多支 U 型件对穿通过一组径向通孔”的技术手段，以多支 U 型件对穿形成对称锚筋结构，植入墙壁后锚栓整体受力更均匀。对于本领域一般技术人员来说，上述实质性的技术改进，无法仅以抵触申请文件公开的技术方案为基础，依靠惯用手段替换或公知常识引入来获得。二审中，百益百利公司补充如下意见：原审判决关于抵触申请文件附图 23 “结固式锚栓上前后设置有两个 U 型件”的描述有误，应为三个 U 型件，且图示三个 U 型件之间是没有关联的。

点挂公司辩称：（一）百益百利公司对抵触申请所记载的技术方案理解为仅包含两种方案是片面而错误的。通过抵触申请文件及附图 23 记载的内容可以完整而清楚的得出原审判决认定的三种技术方案。如果按照百益百利公司的理解，涉案专利也不存在“金属杆上开设一组径向通孔，设置有多支弹性 U 型件”的技术方案，点挂公司也不侵权。（二）原审判决严格把握抵触申请抗辩新颖性审查原则，不存在百益百利公司所述“多项技术方案组合对比”的问题。（三）百益百利公司在诉讼程序中修改权利要求主张侵权没有法律依据。从抵触申请文件附图 23 可以清晰的看出是两个 U 型件，不存在百益百利公司所说的三个 U 型件的问题。

张守彬的答辩意见与点挂公司一致。

百益百利公司向原审法院提起诉讼，原审法院于 2019 年 1 月 25 日立案受理，百益百利公司请求判令点挂公司、张守彬：1. 停止制造、销售、许诺销售侵犯百益百利公司专利权的产品；2. 连带赔偿百益百利公司经济损失及合理费用 250 万元。点挂公司辩称：1. 百益百利公司主体不适格，百益百利公司于 2018 年 10 月受让涉案专利权，但并无证据显示被诉侵权行为持续至 2018 年 10 月；2. 百益

百利公司未提供被诉侵权产品实物，无法进行侵权比对；且被诉侵权技术方案实施的均是抵触申请技术，不构成侵权；3. 点挂公司仅是推广了被诉侵权产品，并无实际制造、销售行为，百益百利公司主张的经济损失赔偿缺乏事实和法律依据。张守彬辩称，点挂公司没有营业收入，张守彬虽系点挂公司一人股东，但与点挂公司不存在财务混同，百益百利公司诉请张守彬与点挂公司承担连带责任缺乏事实和法律依据。

原审法院认定事实：

(一) 涉案专利情况

名称为“结固式锚栓”的实用新型专利，申请日为2013年8月30日，授权公告日为2014年6月4日，专利号为ZL20132053XXXX.X，发明人为李某全，授权时的专利权人为李某全。2015年6月11日，该专利权转移至百益百利(福州)幕墙工程有限公司(以下简称幕墙公司)；2018年10月24日，该专利权转移至百益百利公司。该专利权利要求为：

1. 一种结固式锚栓，其特征在于，包括金属杆及U型件，所述金属杆上开设一组或多组径向通孔，金属杆上设置有一支或多支U型件，每支U型件穿过一组径向通孔，U型件可任意角度穿插在金属杆上，U型件伸出金属杆的两条支条倾斜设置。

2. 根据权利要求1所述的结固式锚栓，其特征在于，每组径向通孔适配一支或多支U型件。

3. 根据权利要求2所述的结固式锚栓，其特征在于，当多支U型件穿过一组径向通孔时，多支U型件对穿通过一组径向通孔。

5. 根据权利要求1所述的结固式锚栓，其特征在于，U型件底端与金属杆之间设有麻丝、钢丝或纤维，当一个金属杆上设置有多个U型件。

7. 根据权利要求1所述的结固式锚栓，其特征在于，U型件的材质均为金属。

专利说明书0035部分记载，插入前，看墙体空洞的大小，墙体的材料结构(如九孔砖、多孔砖等)，来定是否用麻丝3，或钢丝、纤维等物品卡在U型件2的底端。

2018年6月20日，国家知识产权局就涉案专利出具实用新型专利权评价报告，初步结论为全部权利要求1-9未发现存在不符合授予专利权条件的缺陷。

2020年4月24日，幕墙公司出具声明，其将涉案专利转让给百益百利公司，办理了专利权转让手续，国家知识产权局进行了公告；在专利转让之前，幕墙公司已经许可百益百利公司实施该专利，双方未签订书面的专利实施许可合同；对于专利权转让前的侵权行为，百益百利公司有权以自己的名义向有关侵权人主张权利，由此获得的法律权益，如赔偿款等，由百益百利公司享有，幕墙公司自愿放弃。

百益百利公司提供的三份专利产品销售发票显示专利产品售价分别为3.57元、3.27元、3.27元。

(二) 被诉侵权事实

点挂公司2017年第2次印刷的公司宣传册中记载，公司核心团队最早从2008年开始，一直专注于建筑外墙石材点挂安装技术的应用案例分析与解决方案；点挂公司先后获得多项自主核心技术发明专利：S型连接件组合，点挂专用抗拉拔保护锚栓，重力自平衡定向转动连接挂件组合等多项创新技术成果，已大量应用于外墙装饰工程项目中，已实现全国沿海主要省份的项目应用与案例业绩，累计施工面积已达百万平方米以上。公司提供外墙石材点挂与幕墙安装优化技术方案的咨询与专利使用授权服务，统一专利配件产品的生产与销售。点挂外墙板安装工艺流程影像图和点挂外墙石材安装竖向结构示意图中均标明使用有点挂专用抗拉拔保护锚栓(专利号：ZL20162005XXXX.5)；点挂受力与安装挂配件图表中显示配件包括S型连接挂件、可活动卡扣、附属配件、抗拔保护锚栓等；抗拉拔保护锚栓适用基体范围包括砼基体、剪力墙、砼梁柱、烧结粘土实心砖、多孔砖、轻质砼砌体等，其基体适用范围较化学锚栓(定型化学锚栓)、机械锚栓(后切式扩底型)广。部分服务案例包括中国西部不锈钢金属综合交易市场(2014年12月)、河南省驻马店御金香温泉小区沿街商业裙楼(2015年9月)、浙江省诸暨市洁丽雅苑商务楼及联排别墅(2016年2月)、浙江省杭州市萧山“开元名郡”高层住宅小区裙楼及沿街商铺(2016年4月)、四川省广安市珀尔曼国际大酒店外墙石材装饰工程(2016年12月)、浙江省义乌市佛堂“朝阳湖畔”楼盘外墙装饰工程(2015年4月)、四川省成都市新津太子家具三期员工宿舍装饰工程(2019年9月)等。宣传册中附有发明人及专利权人张守彬声明：根据我司行业内调查取证，国内点挂及幕墙安装设计及施工上，常用的连接件及锚栓涉及本人多项技术专利，受国家知识产权法律保护；任何单位或个人未经专利权人书面授权同意，

不得有侵权盗用，仿冒生产等违法行为。专利包括 S 型连接挂件组合(专利号：ZL20152010XXXX. 2)、点挂专用抗拉拔保护锚栓(专利号：ZL20162005XXXX. 5)、重力自平衡定向转动连接挂件(专利号：ZL20171025XXXX. 5)。声明所附特别说明记载，点挂公司对具体项目或企业法人实行专利技术产品使用授权。前述产品宣传册图片显示的点挂专用抗拉拔保护锚栓产品包括一个螺杆和两个 U 型件，螺杆末端无法清晰可见系两个径向通孔还是一径向通孔和一开口槽，两个 U 型件反向穿插在前述两径向通孔中(或一开口槽和一径向通孔中)。

2018 年 5 月 21 日，幕墙公司向福建省福州市闽江公证处申请保全证据公证，使用公证处电脑进入点挂公司网站，在关注点挂页面项下，介绍公司显示累计施工面积已达 200 万平方米以上，页面左侧载有公司邮箱和微信二维码。工程案例页面项下包括珀尔曼大酒店、太子家具员工宿舍外墙、洁丽雅集团、开元名郡小区商铺、朝阳湖畔外墙、御金香温泉商业外墙、中国西部不锈钢金属市场等。联系我们页面项下，显示截止 2017 年 1 月，公司已设立四川省成都办事处和浙江省杭州办事处，成都办事处的负责人为陈某金，联系电话 152××××5678。网站上传有“点挂石材外墙安装施工 3D 视频演示”，该视频显示施工过程中安装有点挂专用抗拉拔保护锚栓产品。视频显示的点挂专用抗拉拔保护锚栓产品包括一个螺杆和两个 U 型件，螺杆末端设置一开口槽和一径向通孔，两个 U 型件反向穿插在开口槽和径向通孔中。

ICP/IP 地址/域名信息备案管理系统显示，www.dot-XXX.com 网站名称和主办单位均为点挂公司。土豆、优酷网站中上传有与前述点挂公司网站视频相同的视频。

2019 年 1 月 3 日，百益百利公司向福建省福州市闽江公证处申请保全证据公证，使用公证处电脑，进入美篇网相关页面，点挂公司美篇专栏中包含有多篇 2017 年间上传的文章，包含背栓式点挂安装 3D 动画、应用案例、试工技术交底等。其中，安装 3D 动画同前述点挂公司网站视频。《点挂外墙石材安装工艺施工技术交底》中的施工工艺包括放样弹线、钻孔清孔、注胶植筋、石材加工、挂板安装、填缝密封胶等，其中注胶植筋内容仅针对点挂专用抗拉拔保护锚栓的植筋施工作业；对于承重式多孔砖墙的植筋作业，因砖体内存在孔洞空腔，不能直接在钻孔内注胶，应使用末端固定有伸缩弹性的不锈钢专用锚栓。微主页上介绍公司累计施工面积已达 200 万平方米以上。进入草料二维码相关页面，显示点挂公司

草料二维码宣传页面介绍有公司相关信息，在全国完工 200 万平方米以上的项目应用案例。

李某全与点挂公司副总经理(成都办事处主任)陈某金 2018 年 11 月的聊天记录显示,陈某金介绍点挂公司在四川有很多点挂案例,锚栓和挂件产品都有专利,如果仅购买产品挂件则要收取专利费,专利费为每平方米 10 元,但产品都是出厂价,可以给予介绍人一定比例的费用;如果由点挂公司安装则仅收取安装费每平方米 210 元,南京复地国际公馆项目系点挂公司 2014 年施工的项目。

点挂公司微信朋友圈中 2018 年、2019 年 1 月的多条内容涉及现场点挂施工及验收;张守彬个人微信号与点挂公司微信号系同一帐号。陈某金的微信朋友圈中也有多条内容涉及点挂施工,其中涉及一则 2018 年 12 月 31 日的公司通告,因年终临近,因生产配套厂家的原料与加工假期安排,如在 2018 年 12 月 31 日前下订单采购的客户,可以保证年前发货,2019 年元旦后点挂连接件及锚栓的采购订单安排在 2 月 15 日之后开始生产。

百益百利公司主张本案被诉侵权产品系点挂专用抗拉拔保护锚栓,也即点挂公司、张守彬宣传的专利产品,专利号为 ZL20162005XXXX.5,但该产品包括两种不同的技术方案,其中宣传册中展示的产品系包括一个螺杆和两个 U 型件,螺杆末端设置两个径向通孔,两个 U 型件反向穿插在两个径向通孔中;宣传视频显示的产品包括一个螺杆和两个 U 型件,螺杆末端设置一开口槽和一径向通孔,两个 U 型件反向穿插在开口槽和径向通孔中。

将两个径向通孔方案的被诉侵权产品与涉案专利权利要求 1-3、5、7 进行比对。百益百利公司认为两者相同,同时对于权利要求 5 的附加技术特征,认为部分被诉侵权产品具有该附加技术特征,部分产品则不具有;点挂公司、张守彬确认根据百益百利公司指控的技术方案,被诉侵权产品具有权利要求 1-3、7 的全部技术特征,但不具有权利要求 5 的附加技术特征。

将一个开口槽和一个径向通孔方案的被诉侵权产品与涉案专利权利要求 1-3、5、7 进行比对。百益百利公司认为相较于前述两个径向通孔被诉侵权产品的比对意见,仅是增加一个不同点,开口槽与径向通孔系相同或者等同的技术特征,点挂公司、张守彬则认为两者不相同也不等同。

(三)抵触申请抗辩相关事实

点挂公司、张守彬明确对于百益百利公司主张的两个技术方案的被诉侵权产品，均主张抵触申请抗辩。点挂公司、张守彬据此主张的抵触申请证据如下：

名称为“建筑物装饰石材面板固定装置及施工方法”的发明专利申请，申请号为 20131039XXXX.0，申请日为 2013 年 9 月 4 日，本国优先权数据为 20131030XXXX.52013.07.19CN，申请公布日为 2013 年 12 月 11 日，发明人为李某全、李某风。专利权利要求为：

1. 一种建筑物装饰石材面板固定装置，包括与建筑物墙体预设挂接部件匹配的连接头，与装饰石材面板预设安装孔匹配的挂接头，以及与所述挂接头连接的挂接板；其特征在于：所述挂接头包括第一挂接头和第二挂接头，第一挂接头和第二挂接头分别设置在挂接板的上部和下部；所述连接头与所述挂接板连接，或直接设置在所述挂接板上。

2. 如权利要求 1 所述的建筑物装饰石材面板固定装置，其特征在于：所述连接头为螺纹接头、直板、L 形挂钩、或者为直接设置在所述挂接板上的连接孔。

11. 如权利要求 1 或 2 所述的建筑物装饰石材面板固定装置，其特征在于：将预设挂接部件固定在墙体上的或者预设挂接部件本身为结固式锚栓，所述结固式锚栓包括金属杆及弹性 U 型件，所述金属杆上开设一组或多组径向通孔，金属杆上设置有一支或多支弹性 U 型件，每支弹性 U 型件穿过一组径向通孔，弹性 U 型件可任意角度穿插在金属杆上，弹性 U 型件伸出金属杆的两条支条倾斜设置。

专利说明书 0001 部分记载，本发明涉及一种用于建筑物外装饰石材幕墙干挂作业的建筑物装饰石材面板固定装置以及采用该固定装置进行建筑物装饰石材面板安装的施工方法。0004 部分记载，为解决现有技术存在的问题，简化安装过程，提高安装工作效率，并减少安全隐患，本发明提供一种结构简单，可大幅度简化石材幕墙安装施工工序的建筑装饰石材面板固定装置。0091 部分记载，如图 23 所示，墙体上的预设挂接部件可以为结固式锚栓，或者使用结固式锚栓将预设挂接部件固定在墙体上。U 型件 2 的 U 型底端与金属杆 1 之间扣住麻丝 3 或钢丝、纤维，以至粘结剂更多、更好的附着在金属杆主体上，确保入墙时 U 型件的支条与孔壁、金属杆、粘结剂、紧密咬合，结固形成整体。附图 23 显示，结固式锚栓上前后设置有两个 U 型件，分别插入一组径向通孔，两个 U 型件插入方向相对。

在先申请号为 20131030XXXX.5 的专利申请，发明创造名称为“建筑物装饰石材面板固定装置及施工方法”，申请日为 2013 年 7 月 19 日，专利申请文件基本同前述申请号为 20131039XXXX.0 的发明专利申请。

将两个径向通孔方案的被诉侵权产品与前述抵触申请技术方案进行比对。点挂公司、张守彬认为被诉侵权产品技术方案已被抵触申请专利全部公开，百益百利公司则认为抵触申请专利未公开两个 U 型件对穿通过一组径向通孔的技术方案，抵触申请抗辩不能成立。

将一个开口槽和一个径向通孔方案的被诉侵权产品与前述抵触申请技术方案进行比对。点挂公司、张守彬认为被诉侵权产品技术方案已被抵触申请专利全部公开，百益百利公司同样认为抵触申请专利未公开两个 U 型件对穿通过一组径向通孔的技术方案，抵触申请抗辩不能成立，并确认槽和孔不存在差异。

(四)其他事实

点挂公司成立于 2015 年 9 月 22 日，经营范围为从事建筑科技领域内的技术开发、技术服务、技术咨询、技术转让，建筑幕墙建设工程设计与施工、建筑装饰装修建设工程设计与施工。2018 年 9 月 29 日，公司变更股东为张守彬一人。

名称为“点挂专用抗拉拔保护锚栓”的实用新型专利，专利号为 ZL20162005XXXX.5，专利申请日为 2016 年 1 月 21 日，授权公告日为 2016 年 8 月 31 日，专利权人为张守彬。专利技术包括一个螺杆和两个 U 型件，螺杆末端设置一开口槽和一个径向通孔，两个 U 型件反向穿插在开口槽和径向通孔中。

一审法院认为

原审法院认为，涉案 ZL20132053XXXX.X 号“结固式锚栓”实用新型专利目前处于有效状态，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，否则属于侵害实用新型专利权的行为，依法应当承担相应的民事责任。百益百利公司于 2018 年 10 月受让取得涉案专利权，并经权利人许可可就受让专利权之前的侵权行为主张权利，据此有权提起本案诉讼，诉讼主体适格。

根据各方当事人的诉辩意见，本案争议焦点主要在于：（一）被诉侵权产品是否落入涉案专利权的保护范围；（二）点挂公司、张守彬主张的抵触申请抗辩能否成立。

（一）被诉侵权产品是否落入涉案专利权的保护范围

首先，关于被诉侵权技术方案的确定。百益百利公司主张本案被诉侵权产品系点挂专用抗拉拔保护锚栓，也即点挂公司、张守彬宣称的专利产品，但认为该产品包括两种不同的技术方案，区别在于螺杆末端系两个径向通孔或者一开口槽和一径向通孔。点挂公司、张守彬则认为百益百利公司未提供被诉侵权产品实物，无法确认被诉侵权产品技术方案。对此，原审法院认为，首先，百益百利公司明确被诉侵权产品系专利号为 ZL20162005XXXX.5 的点挂专用抗拉拔保护锚栓，而各方当事人均确认该专利技术方案的螺杆末端设置有一开口槽和一径向通孔；其次，宣传视频显示的产品清晰可见包括一个螺杆和两个 U 型件，螺杆末端设置一开口槽和一径向通孔，两个 U 型件反向穿插在开口槽和径向通孔中，该产品旋转 90 度显示的外观与点挂公司产品宣传册图片显示的被诉侵权产品外观相同，螺杆末端无法清晰可见系两个径向通孔还是一径向通孔和一开口槽。综上，可以认定被诉侵权产品螺杆末端采用的是一开口槽和一径向通孔的技术方案，百益百利公司认为该产品包括两种不同的技术方案的主张，缺乏事实依据，原审法院不予支持。

其次，关于被诉侵权产品是否落入百益百利公司涉案专利权的保护范围。根据《中华人民共和国专利法》（以下简称专利法）及相关司法解释的规定，发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。人民法院应当根据权利要求的记载，结合本领域普通技术人员阅读说明书及附图后对权利要求的理解，确定权利要求的内容。当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。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。

本案中，百益百利公司主张保护专利权利要求 1-3、5、7。经对比被诉侵权产品技术方案与专利权利要求，百益百利公司认为开口槽与径向通孔相同或等同，其他技术特征均相同，点挂公司、张守彬则认为不相同也不等同。对此，原审法院认为，首先，关于开口槽和径向通孔，均系在杆体上设置径向穿孔，用来安装和固定 U 型件，两者系以基本相同的手段，实现基本相同的功能，达到基本相同的效果，亦系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，应认定为等同特征。关于被诉侵权产品上 U 型件底端与金属杆之间是否设有麻丝、钢丝或纤维，鉴于本案系以被诉侵权产品图片进行比对，从

百益百利公司提供的被诉侵权产品图片来看,无法确定U型件底端与金属杆之间是否设有麻丝、钢丝或纤维,故百益百利公司对此应承担举证不能的后果,原审法院认为,本案中不能认定被诉侵权产品落入涉案专利权利要求5的保护范围。

综上,被诉侵权产品技术方案包含与专利权利要求1-3、7记载的全部技术特征相同的技术特征,落入权利要求1-3、7的保护范围。

(二)点挂公司、张守彬主张的抵触申请抗辩能否成立

根据我国专利法及相关司法解释的规定,授予专利权的发明和实用新型,应当具有新颖性、创造性和实用性。新颖性,是指该发明或者实用新型不属于现有技术;也没有任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请,并记载在申请日以后公布的专利申请或者公告的专利文件中。上述规定中的“在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请,并记载在申请日以后公布的专利申请或者公告的专利文件”通常简称为抵触申请。

在专利侵权纠纷中,被诉侵权人有证据证明其实施的技术属于现有技术的,不构成对权利人专利权的侵犯。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规定的现有技术。由于抵触申请与现有技术均可以用于评价涉案专利的新颖性,因此如果被诉侵权技术方案已被抵触申请公开,则相较于抵触申请不应被授予专利权,不应被纳入专利权的保护范围,被诉侵权人以其实施的技术方案属于抵触申请为由,主张未侵害专利权的,可以参照现有技术抗辩的相关规定,对抵触申请抗辩能否成立进行审查。

本案中,点挂公司、张守彬以申请号为20131039XXXX.0的“建筑物装饰石材面板固定装置及施工方法”的发明专利申请主张抵触申请抗辩。该发明专利申请的申请日为2013年9月4日,申请公布日为2013年12月11日,说明书著录项目中记载有本国优先权数据,即20131030XXXX.52013.07.19CN。与该本国优先权有关的在先申请副本专利申请日为2013年7月19日,专利申请文件基本同前述申请号为20131039XXXX.0的发明专利申请,在权利要求书、说明书和附图中均包含相同结固式锚栓的技术方案。因此,可以认定申请号为20131039XXXX.0的“建筑物装饰石材面板固定装置及施工方法”的发明专利申请与在先申请属于相同主题的发明创造,可以享有本国优先权。根据《中华人民共和国专利法实施细则》第十一条的规定,除专利法第二十八条和第四十二条规定的情形外,专利

法所称申请日，有优先权的，指优先权日。故在抵触申请抗辩审查时，应以优先权日确定专利申请日。综上，申请号为 20131039XXXX.0 的“建筑物装饰石材面板固定装置及施工方法”的发明专利申请，享有本国优先权，优先权日为 2013 年 7 月 19 日，早于百益百利公司涉案专利申请日，申请公布日为 2013 年 12 月 11 日，晚于百益百利公司涉案专利申请日，属于在百益百利公司涉案专利申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请或者公告的专利文件中，可以构成涉案专利的抵触申请。

关于被诉侵权技术方案与抵触申请技术方案的比对。根据专利法相关规定，专利申请技术如相对于抵触申请不具有新颖性，则不应当被授予专利权，故专利侵权诉讼中的抵触申请抗辩审查亦应参照适用新颖性标准。只有在被诉侵权技术方案的各项技术特征均已被抵触申请公开，相对于抵触申请不具有新颖性时，才可以认定抵触申请抗辩成立。关于新颖性的认定，专利审查指南中规定，如果两者技术领域、所解决的技术问题、技术方案和预期效果实质上相同，则认为两者为同样的发明或者实用新型。

本案中，点挂公司、张守彬主张的抵触申请技术涉及建筑物外装饰石材幕墙干挂作业领域，旨在简化安装过程，提高安装工作效率，并减少安全隐患，其披露了与一种建筑物装饰石材面板固定装置配合使用的结固式锚栓，该结固式锚栓包括金属杆及弹性 U 型件，所述金属杆上开设一组或多组径向通孔，金属杆上设置有一支或多支弹性 U 型件，每支弹性 U 型件穿过一组径向通孔，弹性 U 型件可任意角度穿插在金属杆上。专利附图 23 显示，结固式锚栓上前后设置有两个 U 型件，分别插入一组径向通孔，两个 U 型件插入方向相对。从前述专利文件可知，该结固式锚栓主要涉及三种组合方案，即金属杆上开设一组径向通孔，设置有一支弹性 U 型件；金属杆上开设一组径向通孔，设置有多支弹性 U 型件；金属杆上开设多组径向通孔，设置有多支弹性 U 型件；并且弹性 U 型件可任意角度穿插在金属杆上，包含两个 U 型件插入方向相对。说明书 0091 部分记载了确保入墙时 U 型件的支条与孔壁、金属杆、粘结剂紧密咬合。与孔壁紧密咬合既可以是在金属杆上不同方向穿插多个 U 型件，也可以是通过将多个 U 型件插入同一位置处通孔，这是本领域的惯用手段，能够达到相同的牢靠固定的效果。本领域普通技术人员通过阅读权利要求、说明书及附图，可以直接得出其包含金属杆上开设一组径向通孔，设置多支弹性 U 型件，多支 U 型件在通孔中插入方向相对的技术方案。

被诉侵权技术方案与前述抵触申请技术方案，均属于建筑物外装饰石材幕墙干挂作业领域，属于相同的技术领域，旨在解决的技术问题亦相同，均是通过在杆体上设置径向穿孔安装和固定U型件，通过U型件支条在金属杆与孔壁之间形成筋条作用并紧密咬合，牢固地固定在墙体上，简化安装过程，增强抗拉拔强度。被诉侵权技术方案涉及的锚栓产品包括一金属杆和两个U型件，金属杆末端设置一开口槽和一径向通孔，两个U型件反向穿插在开口槽和径向通孔中。双方当事人均确认开口槽和径向通孔在此处并无差异，而锚栓包括一金属杆和两个U型件、金属杆末端设置有一开口槽和一径向通孔组成的一组径向通孔、两个U型件对穿通过径向通孔的技术结构，在抵触申请技术方案中均已完整地公开。

综上，被诉侵权技术方案的各项技术特征已被抵触申请公开，相较于抵触申请不具有新颖性。点挂公司、张守彬据此主张其实施的技术属于抵触申请技术，原审法院予以支持。

一审裁判结果

鉴于点挂公司、张守彬主张的抵触申请抗辩成立，百益百利公司关于点挂公司、张守彬侵犯其涉案专利权的主张不能成立，百益百利公司要求点挂公司、张守彬停止侵权、赔偿损失的诉讼请求，原审法院不予支持。综上，原审法院依照《中华人民共和国专利法》第二十二条、第六十二条，《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》第十四条第一款之规定，判决：驳回百益百利公司的诉讼请求。案件受理费26800元，由百益百利公司负担。

二审中，当事人均未提交新证据。

原审法院查明的事实基本属实，本院予以确认。

本院另查明：

(一)点挂公司宣传册(2017年第2次印刷)关于被诉侵权产品的展示和宣传

1. 点挂公司宣传册第4页“点挂安装在我国外墙装饰行业的应用与发展”，宣称“点挂公司作为国内首家专业针对一个行业技术标准与规范的应用开发而成立的建筑技术类企业……针对国家住建部点挂外墙板规范进行工程化、实用化的技术与开发，先后获得多项自主核心技术发明专利：S型连接挂件组合，点挂专用抗拉拔保护锚栓，重力自平衡定向转动连接挂件组合等多项创新技术成果，已大量应用于外墙装饰工程项目中，确立了干挂行业内的竞争优势；并受到业主的广泛好评”；第5页“市场定位/经济优势”，宣称“点挂公司……先后获得多

项自主核心技术发明专利；并已实现全国沿海主要省份的项目应用与案例业绩，累计施工面积已达百万平方米以上”，图片展示的专利证书中有名称为“点挂专用抗拉拔保护锚栓”的实用新型专利(专利号：2016200XXXX.5，专利权人：张守彬)。

2. 点挂公司宣传册第 10 页“安装工艺流程示意图(S 型连接挂件)”，图片展示有“点挂专用抗拉拔保护锚栓”安装工艺流程。

3. 点挂公司宣传册第 23 页“点挂安装挂配件产品图表”中展示有“抗拔保护锚栓”；第 33 页“基体锚栓受力的专项施工方案”中展示有“抗拉拔保护锚栓”。

4. 点挂公司宣传册第 24-30 页展示有“合作区域/应用案例/实景拍摄”，共有 10 个点挂安装工程案例。

(二) 点挂公司在美篇网关于被诉侵权产品的展示和宣传

1. 点挂公司于 2017 年 7 月 9 日发布的《背栓式点挂安装 3D 动画》演示了“点挂专用抗拉拔保护锚栓”安装动画。

2. 点挂公司于 2017 年 7 月 5 日发布的《第三代点挂安装技术应用案例》图片宣称“点挂安装技术，我们已经进入第三代”并配文“专利技术合作：137××××1034 张先生”，带有被诉侵权产品零配件的图片以及现场施工图片下配文“点挂公司@提供第 3 代‘重力自平衡’点挂安装技术支持与授权服务”。

3. 点挂公司于 2017 年 5 月 15 日发布《点挂石材安装工艺技术交底》，于 2017 年 8 月 10 日发布《点挂外墙板安装工法 V3.1》，宣传推广“点挂专用抗拉拔保护锚栓”实用新型专利(专利号：20162005XXXX.5，专利权人：张守彬)。

4. 点挂公司于 2017 年 5 月 21 日发布《设计交底：石材点挂安装方案》，宣传介绍“点挂专用抗拉拔保护锚栓”安装工艺；

5. 点挂公司于 2017 年 5 月 15 日发布《微主页<电子画册>》，宣称“点挂公司……先后获得两项自主核心技术发明专利；并已实现全国沿海主要省份的项目应用与案例业绩，累计施工面积已达 200 万平方米以上”“点挂公司提供外墙石材点挂与幕墙安装优化技术方案的咨询与专利使用授权服务，统一专利配件产品的生产与销售”，图片展示的专利证书中有名称为“点挂专用抗拉拔保护锚栓”的实用新型专利(专利号：20162005XXXX.5，专利权人：张守彬)，并展示有全国多地工程案例业绩实景拍摄照片和工程案例链接。

(三) 点挂公司官方网站关于被诉侵权产品的展示和宣传

1. 点挂公司官方网站页面题图展示有与其宣传册第 23 页相同的“点挂专用抗拉拔保护锚栓”安装工艺流程图，与其美篇网相同的图片宣称“点挂安装技术，我们已经进入第三代”及配文“项目合作咨询：137××××1034”。

2. 点挂公司官方网站有与其美篇网相同的“点挂公司……先后获得两项自主核心技术发明专利；并已实现全国沿海主要省份的项目应用与案例业绩，累计施工面积已达 200 万平方米以上”宣称内容。

3. 点挂公司官方网站展示了多个“技术合作项目”“授权专利项目”工程案例。

(四) 点挂公司员工微信关于被诉侵权产品的展示和宣传

点挂公司副总经理陈某金在 2018 年 11 月通过微信向李某全推销被诉侵权产品并提供锚栓拉拔力检测报告，并称该工程面积 27000 平方米；其微信朋友圈于 2019 年 2 月 24 日发布多张现场施工照片并配文“湖南省委大楼装配式外墙采用上海第三代点挂！要求 45 天完成 8500 平方！现正式进厂施工”。

以上事实有百益百利公司原审提交的宣传册、公证书、微信聊天记录、微信朋友圈截屏以及二审询问笔录等在案佐证。

本院认为

本院认为，本案为侵害实用新型专利权纠纷，因被诉侵权行为发生在 2009 年 10 月 1 日以后、2021 年 6 月 1 日前，故本案应适用 2008 年修正的专利法。本案二审的争议焦点问题有两点：一是点挂公司、张守彬的抵触申请抗辩是否成立；二是点挂公司、张守彬应否承担侵权责任。

(一) 点挂公司、张守彬的抵触申请抗辩是否成立

本案中，百益百利公司主张被诉侵权产品落入其涉案专利权利要求 1-3、7 的保护范围，点挂公司确认被诉侵权产品具有权利要求 1-3、7 的全部技术特征，但抗辩称点挂公司实施的技术方案属于抵触申请，不构成侵权。本院认为，根据专利法第二十二条第二款的规定，所谓专利的抵触申请是指在该专利申请日前，已经由任何单位或者个人就同样的发明或者实用新型向国家专利行政部门提出过申请并且记载在该专利申请日以后(含申请日)公布的专利申请文件或者公告的专利文件中的技术方案，抵触申请能够破坏在后提出的专利申请的新颖性，故其不应被纳入在后申请的专利权的保护范围。因此，被诉侵权人以其实施的技术方案属于抵触申请为由，主张未侵害专利权的，人民法院可以参照有关现有技术

抗辩的规定，对抵触申请抗辩能否成立进行审查。但是，由于抵触申请与现有技术的含义和性质存在一定差异，故抵触申请抗辩的审查判断标准应与抵触申请的性质相适应。由于抵触申请仅可以被用来单独评价涉案专利的新颖性，其既不宜与现有技术或者公知常识结合，更不能用于评价涉案专利的创造性，故只有在被诉侵权技术方案的各项技术特征均已被抵触申请单独、完整地公开，相对于抵触申请不具有新颖性时，才能够认定抵触申请抗辩成立。

经审查，点挂公司、张守彬提交的抵触申请（申请号：20131039XXXX.0）具体公开了以下技术内容（参见说明书 0016 段、0091 段，附图 23，权利要求 11）：墙体上的预设挂接部件可以为结固式锚栓，或者使用结固式锚栓将预设挂接部件固定在墙体上。该结固式锚栓包括金属杆 1 及 U 型件 2，金属杆 1 上开设一组或多组径向通孔，金属杆 1 上设置有一支或多支 U 型件 2，每支 U 型件 2 穿过一组径向通孔，U 型件 2 可任意角度穿插在金属杆 1 上，U 型件 2 分为连接部 21 及设置在连接部 21 两端的支条 22，U 型件 2 伸出金属杆的两条支条 22 倾斜设置……附图 23 示出的金属杆 1 上开设有两组径向通孔，每组径向通孔穿插有一支 U 型件 2，两只 U 型件 2 呈对向分别插入金属杆 1 的两组径向通孔。将被诉侵权产品使用的技术方案与抵触申请相比，抵触申请仅公开了构成结固式锚栓的金属杆上的每组径向通孔适配一支 U 型件的技术方案，并没有公开被诉侵权产品“每组径向通孔适配多支 U 型件”以及“多支 U 型件对穿通过一组径向通孔”的技术特征。

被诉侵权产品将多支 U 型件对穿通过一组径向通孔与抵触申请在金属杆上不同方向上穿插多支 U 型件并非所属技术领域的惯用手段的直接替换，原审判决认定抵触申请公开的结固式锚栓主要涉及三种组合方案，本领域普通技术人员通过阅读权利要求、说明书及附图，可以直接得出其包含金属杆上开设一组径向通孔，设置多支弹性 U 型件，多支 U 型件在通孔中插入方向相对的技术方案，错误解读了抵触申请公开的技术方案，并基于此错误认定被诉侵权技术方案的各项技术特征已被抵触申请公开，原审法院认定事实和适用法律有误，本院依法予以纠正。

综上，因被诉侵权产品落入涉案专利权利要求 2-3、7 的技术方案，与抵触申请不同，点挂公司、张守彬提出的抵触申请抗辩依据不足，不能成立，本院不予支持。

（二）点挂公司、张守彬应否承担侵权责任

本案中，百益百利公司主张点挂公司与其法定代表人张守彬共同实施了制造、销售、许诺销售被诉侵权产品行为，依据为点挂公司以张守彬“点挂专用抗拉拔保护锚栓”实用新型专利的名义对被诉侵权产品进行宣传推广，宣传展示被诉侵权产品应用的工程案例，宣称累计施工面积已达 200 万平方米以上。并且，点挂公司与张守彬共用同一微信账号，点挂公司指定张守彬账户为被诉侵权产品专利使用费缴费账户，点挂公司与张守彬存在经营混同。此外，张守彬作为点挂公司的唯一股东，对公司债务应承担连带责任。点挂公司与张守彬则抗辩称被诉侵权产品仍处于技术推广层面，实际施工中并未使用。

经审查，本院认为，根据百益百利公司提交的现有证据，可以证明点挂公司、张守彬共同实施了制造、销售、许诺销售被诉侵权产品行为。具体理由如下：首先，百益百利公司提交的点挂公司宣传册以及点挂公司在美篇网、官方网站等互联网渠道的宣传推广资料，可以证明点挂公司于 2017 年 5 月开始积极推广被诉侵权产品即存在许诺销售行为；点挂公司自称将被诉侵权产品作为实用新型专利技术大量应用于外墙装饰工程项目中即点挂公司存在制造销售行为；张守彬作为“点挂专用抗拉拔保护锚栓”实用新型专利权人，与点挂公司共同实施了上述侵权行为。其次，点挂公司在美篇网、官方网站等互联网渠道的宣传推广资料展示了大量已完工工程案例，可以印证点挂公司关于被诉侵权产品大量应用于外墙装饰工程项目的宣传属实，点挂公司关于实际施工中并未使用被诉侵权产品的抗辩主张，与事实不符，不能成立。最后，百益百利公司提交的点挂公司副总经理陈某金微信聊天记录和微信朋友圈历史记录，可以印证点挂公司宣称的“点挂安装技术，我们已经进入第三代”并非技术推广层面，而是存在实际施工行为。点挂公司对此虽不予认可，但并未提交反证证明其实际施工使用的锚栓与被诉侵权产品不同。综上，百益百利公司提交的现有证据已经形成完整的证据链，可以证明点挂公司和张守彬共同实施了制造、销售、许诺销售被诉侵权产品行为，点挂公司和张守彬应承担停止侵权、赔偿损失等民事侵权责任。

本院认为，根据专利法第六十五条第一款的规定，侵犯专利权的赔偿数额应当按照权利人因被侵权所受到的实际损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。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)》第

二十七条的规定，权利人因被侵权所受到的实际损失难以确定的，人民法院应当依照专利法第六十五条第一款的规定，要求权利人对侵权人因侵权所获得的利益进行举证；在权利人已经提供侵权人所获利益的初步证据，而与专利权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，人民法院可以责令侵权人提供该账簿、资料；侵权人无正当理由拒不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。

本案中，百益百利公司主张点挂公司和张守彬连带赔偿其经济损失及合理维权费用共计 250 万元，理由如下：1. 点挂公司和张守彬在原审诉讼中仍继续实施被诉侵权行为，主观恶意明显；2. 点挂公司和张守彬假借专利许可之名，行专利侵权之实，侵权行为极具隐蔽性；3. 被诉侵权产品是点挂公司和张守彬制造、销售、许诺销售的唯一锚栓产品（即第三代技术）；4. 点挂公司自称与国内外知名大型装配式建筑企业、地产企业合作，在全国范围内实施被诉侵权行为，累计施工面积达 200 万平方米以上；5. 点挂公司和张守彬推销专利使用费 10 元/平方米，没有税票的情况下，安装费 210 元/平方米，其获利巨大；6. 百益百利公司损失巨大。百益百利公司主张按照现行板材规格，每平方米板材所需被诉侵权产品平均用量约为 5 根，点挂公司和张守彬侵权获利计算方式有两种：一是根据张守彬专利使用费计算： $200 \text{ 万 m}^2 \times 10 \text{ 元/m}^2 = 2000 \text{ 万元}$ ，二是根据安装费计算： $64.5 \text{ 元/m}^2 \text{ (安装费利润)} \times 200 \text{ 万 m}^2 \times 70\% \text{ (锚栓专利贡献率)} = 9030 \text{ 万元}$ ；百益百利公司涉案专利产品单价分别为 3.57 元、3.27 元，每根成本为 1.5 元，利润率为 55.5%，专利贡献率为 100%，百益百利公司实际损失计算方式为： $5 \text{ 根/m}^2 \times 200 \text{ 万 m}^2 \times 3.37 \text{ 元/根} \times 55.5\% = 1870.35 \text{ 万元}$ 。故百益百利公司主张 250 万元赔偿未超出上述金额，应当得到全额支持。

经审查，百益百利公司上述计算方式依据的数据不尽准确。首先，因点挂公司和张守彬推广的点挂安装技术产品还涉及其他专利配件，故其“专利使用费 10 元/平方米，没有税票的情况下，安装费 210 元/平方米”的专利使用费报价不能直接认定为被诉侵权产品技术方案的专利使用费和安装费，故难以据此准确计算点挂公司和张守彬的侵权获利。其次，百益百利公司未提交证据证明其专利产品利润，故难以准确计算得出其实际损失。此外，百益百利公司亦未提交专利使用费证据。在此情形下，百益百利公司因被侵权所受到的实际损失难以确定，本案应结合双方当事人的举证事实对点挂公司和张守彬因侵权所获得的利益进

行认定。本案二审询问时，点挂公司和张守彬明确表示不提交被诉侵权产品销售数据和财务账册，故本案可以根据百益百利公司的主张和提供的证据认定点挂公司和张守彬的侵权获利。点挂公司和张守彬在原审中对百益百利公司提交的专利产品增值税发票认为是单方证据，不予认可。本院认为，百益百利公司提交了增值税发票原件，其真实性可以确认，因点挂公司和张守彬并未提交被诉侵权产品销售单价，故本案可依据百益百利公司专利产品销售单价计算点挂公司和张守彬侵权获利。

本院认为，根据已查明的事实，本案可以确认的是：被诉侵权产品是点挂公司和张守彬积极推广的所谓第三代点挂安装技术产品配件，点挂公司和张守彬在2017年宣称其累计施工面积已达200万平方米以上，且其通过宣传册和官方网站对相关工程案例进行了宣传展示，点挂公司副总经理在2019年2月24日仍通过微信朋友圈对第三代点挂施工工程进行宣传展示。点挂公司和张守彬对上述事实虽持有异议，认为200万平方米为夸大宣传，相关工程案例为借鉴合作方的案例，且相关工程并未使用被诉侵权产品。但是，点挂公司和张守彬并未提交有效反证证明其实际施工量，其主张夸大宣传依据不足；点挂公司和张守彬亦不提交其实际使用的锚栓配件，其主张未使用被诉侵权产品与事实不符，不能成立。本院对点挂公司和张守彬上述异议不予采纳。在以上事实基础上，参考百益百利公司主张的每平方米所需被诉侵权产品平均用量约为5根、专利产品销售单价为3.57元、3.27元不等以及合理利润率认定赔偿数额，点挂公司和张守彬侵权获利应不低于250万元。综合考虑点挂公司和张守彬经营规模，因其侵权时间长、侵权范围广、侵权恶意明显，以及百益百利公司为本案支出的律师费、公证费等合理维权费用等因素，本院依法对百益百利公司主张的250万元赔偿数额予以全额支持（含合理维权费用24000元）。

二审裁判结果

综上所述，百益百利公司的上诉请求成立，应予支持。依照《中华人民共和国专利法》（2008年修正）第十一条、第五十九条第一款、第六十五条第一款，《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）》第二十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项之规定，判决如下：

一、撤销上海知识产权法院（2019）沪73知民初21号民事判决；

二、上海点挂建筑技术有限公司、张守彬立即停止制造、销售、许诺销售侵害福州百益百利自动化科技有限公司专利号为 20132053XXXX. X、名称为“结固式锚栓”实用新型专利权产品的行为；

三、上海点挂建筑技术有限公司、张守彬于本判决发生法律效力之日起十日内共同赔偿福州百益百利自动化科技有限公司经济损失 2500000 元(含合理维权费用 24000 元)。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费 26800 元，二审案件受理费 26800 元，均由上海点挂建筑技术有限公司、张守彬负担。

本判决为终审判决。

审判长徐燕如

审判员刘晓梅

审判员庞敏

二〇二二年五月二十三日

法官助理韦梦旻

书记员翟雨晶

6. “气化炉除尘装置及系统”专利权权属两案【航天长征化学工程股份有限公司与鲁西化工集团股份有限公司、聊城市鲁西化工工程设计有限责任公司专利权权属纠纷两案】

【案号】(2020)最高法知民终1652号、(2020)最高法知民终1293号

【基本案情】涉案专利分别系专利号为201620067057.8、名称为“一种合成气除尘系统”及专利号为201720586771.2、名称为“一种气化炉出口气体喷淋装置”的实用新型专利。航天长征公司认为，鲁西化工集团公司、聊城鲁西化工公司与其合作期间，违反保密义务约定，以航天长征公司提供的技术申请涉案两专利，遂向山东省济南市中级人民法院提起诉讼，请求确认两专利权归航天长征公司所有。一审法院认为，涉案专利技术方案是鲁西化工集团公司、聊城鲁西化工公司基于航天长征公司技术方案的改进技术方案，但有关改进不具备实质性特点，故判决两涉案专利权归航天长征公司所有。鲁西化工集团公司、聊城鲁西化工公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，鲁西化工集团公司、聊城鲁西化工公司不能证明其在他人非公开技术方案的基础上作出的改进属于使发明创造具有实质性特点的创造性技术贡献。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】本案明确了以非公开技术方案的改进技术方案为保护对象的专利权权属纠纷中的证明责任，合理界定了技术来源方和技术改进方获得权利的基础，避免没有作出实质性技术贡献的主体通过申请专利将他人非公开技术方案据为己有，有力保护技术来源方的合法权益。本案曾入围“新时代推动法治进程2022年度十大案件”投票环节。

裁判文书摘要

案号 (2020)最高法知民终1652号

审理法院 最高人民法院

当事人 鲁西化工集团股份有限公司

航天长征化学工程股份有限公司

立案年度 2020

裁判时间 2021-12-20

裁判结果 维持一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2020)最高法知民终 1652 号

当事人信息

上诉人(原审被告): 鲁西化工集团股份有限公司。

法定代表人: 张金成, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 张海军, 该公司员工。(代理权限自 2021 年 10 月 11 日起)

委托诉讼代理人: 张芮, 北京超成律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 王文宾, 北京超成律师事务所律师。(代理权限至 2021 年 10 月 10 日止)

被上诉人(原审原告): 航天长征化学工程股份有限公司。

法定代表人: 唐国宏, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 刘道臣, 北京市汉鼎联合(济南)律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 李振, 北京市汉鼎联合(济南)律师事务所律师。

审理经过

上诉人鲁西化工集团股份有限公司(以下简称鲁西化工集团)因与被上诉人航天长征化学工程股份有限公司(以下简称航天长征公司)专利权权属纠纷一案,不服山东省济南市中级人民法院于 2020 年 7 月 29 日作出的(2020)鲁 01 民初 249 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2020 年 10 月 19 日立案后,依法组成合议庭,并于 2020 年 12 月 7 日、2021 年 10 月 15 日询问当事人。上诉人鲁西化工集团的委托诉讼代理人张芮,被上诉人航天长征公司的委托诉讼代理人刘道臣、李振到庭参加两次询问;上诉人鲁西化工集团的委托诉讼代理人王文宾到庭参加第一次询问,张金成到庭参加第二次询问。本案现已审理终结。

鲁西化工集团上诉请求:1. 撤销原审判决并将案件发回重审或查清事实后改判;2. 判令航天长征公司承担本案一审、二审的诉讼费用。事实和理由:(一)原审判决认定专利号为 201620067057.8、名称为“一种合成气除尘系统”的实用新型专利(以下简称涉案专利)借鉴了航天长征公司技术图纸的相关技术方案,而非在现有技术上的改进,该认定错误。鲁西化工集团提交的证据 4 公开的合成气洗涤装置,公开了从气化炉来的合成气进入一级文丘里洗涤器,气体中的固体

被完全浸湿后进入合成气洗涤塔，即证据 4 公开了“气化炉+文丘里+合成气洗涤塔”的技术方案。该技术方案在涉案专利申请日前已经成为现有技术。鲁西化工集团并不否认接触过航天长征公司的图纸，但是这和涉案专利是基于现有技术上的改进并不矛盾。航天长征公司图纸中“气化炉+文丘里+合成气洗涤塔”的技术方案已经成为公开的现有技术，鲁西化工集团在此基础上进行改进，不存在侵害航天长征公司权利的情形。(二)原审判决对鲁西化工集团关于文丘里洗涤器组合旋风分离器属于公知技术的主张不予采信，属于认定事实错误。首先，航天长征公司提交的证据 18 中公开的是文丘里洗涤器(指的是所述的“管式除尘器”)一般由文氏管和旋风除尘器组成，而并非航天长征公司所称的“文丘里洗涤器是由文氏管和旋风分离器”组成。因此该证据 18 并未公开涉案专利中的文丘里洗涤器(已经包括内部的除沫器)进一步组合旋风分离器达到较好的除尘效果是公知常识，且更未公开通过设置两级文丘里洗涤器以及旋风分离器能够达到再次洗尘是公知常识。其次，即使证据 18 公开了文丘里洗涤器是公知常识，也仅是说明该部件是公知常识，其并未公开该公知常识应用于煤气化设备中是公知常识，也未公开如何与气化炉等其他设备进行组合设置的具体实施方式，而涉案专利是将一级文丘里洗涤器、旋风分离器、二级文丘里洗涤器进行组合后设置于气化炉洗涤系统中，其整体技术方案使得合成气中仍夹带的细小尘粒(灰尘)与雾化水充分凝聚，形成含尘液滴，沉淀分离、达到再次洗尘的目的。涉案专利由于设置了旋风分离器和二级文丘里洗涤器，完全改变了现有技术的整个工艺过程，其解决的技术问题及取得的技术效果与航天长征公司的技术完全不同，而这正是涉案专利的发明点。并且，鲁西化工集团也提交了证据 1-3 证明了涉案专利的技术方案属于鲁西化工集团自主研发而取得，并非本领域公知常识。另外，鲁西化工集团曾申请了一件与涉案专利技术高度相似的发明专利，两件专利的技术方案都为在一级文丘里洗涤器后设置旋风分离设备和二级文丘里洗涤器。目前，该发明专利已经授权，发明专利是经过实质审查后授权的，也能证明涉案专利的技术方案具备创造性，而非公知常识。(三)原审判决关于“将喷淋装置替换为文丘里洗涤器+旋风分离器”不具备创造性的事实认定和法律适用错误。喷淋装置、旋风分离器和二级文丘里洗涤器处于整个工艺流程的不同位置，其原理和效果都完全不同。原审判决关于“喷淋装置”替换为“文丘里洗涤器+旋风分离器”为简单的替换，不具备创造性的认定是完全错误的。(四)涉案专利的技术方案与航天长征公司的

技术方案有本质区别，涉案专利具有创造性。涉案专利技术方案中，合成气经过一级文丘里后，需要分别经过旋风分离器和二级文丘里，之后合成气才会进入到合成气洗涤塔中。这使得涉案专利的整个除尘系统的结构和工艺流程已经发生了本质变化，内部的灰尘会大大的减少，取得了良好的技术效果。

航天长征公司辩称：(一)鲁西化工集团主张涉案专利系在现有技术基础上的改进，缺乏事实依据，原审判决对其主张不予支持是完全正确的。(二)原审判决认定文丘里洗涤器结合旋风分离器是公知常识，有工具书作为依据，认定事实正确。(三)原审判决认定喷淋装置替换成文丘里洗涤器加旋风分离器不具有创造性，认定事实正确。(四)原审判决不存在适用法律错误的情形。综上，请求驳回上诉，维持原判。

航天长征公司向原审法院提起诉讼，原审法院于2020年1月8日立案受理。航天长征公司起诉请求：确认涉案专利权属于航天长征公司；本案全部诉讼费用由鲁西化工集团承担。事实和理由：航天长征公司是中国航天科技集团公司所属的上市公司，自主研发了“HT-L 航天粉煤加压气化技术”。2009年6月7日，鲁西化工集团就“山东鲁西化工股份有限公司原料路线和动力结构调整年产30万吨尿素项目”（以下简称“30万吨尿素项目”）与航天长征公司签署合作协议，通过购买获得并使用了航天长征公司的“HT-L 航天粉煤加压气化技术”及专利专用设备，合成气除尘技术属于“HT-L 航天粉煤加压气化技术”项下的技术。鲁西化工集团在与航天长征公司合作之前，并不掌握粉煤加压气化技术。航天长征公司授权鲁西化工集团时明确其仅可在该项目上实施“HT-L 航天粉煤加压气化技术”，保密协议也明确限定不得将航天长征公司的保密信息用于该项目之外的任何目的。鲁西化工集团申请的涉案专利技术方案均源于航天长征公司在30万吨尿素项目中交付给鲁西化工集团的技术资料、图纸及设备实物，涉案专利权应归属于航天长征公司。

一审原告诉称

鲁西化工集团原审辩称：涉案专利是在现有技术上的改进，与航天长征公司图纸的技术方案完全不同，请求驳回航天长征公司的诉讼请求。

原审法院认定事实：

(一)鲁西化工集团申请涉案专利情况

2016年1月22日，鲁西化工集团向国家知识产权局申请涉案专利，2016年7月6日予以授权公告。专利证书载明发明人为李建华、张海军、邢凤桥、张方涛，专利权人为鲁西化工集团。

该专利共有6项权利要求，分别为：1.一种合成气除尘系统，其特征在于包括与气化炉合成气出口相连通的一级文丘里洗涤器，在一级文丘里洗涤器后设置有与其相连通的旋风分离器，所述的旋风分离器的出口与二级文丘里洗涤器相连通，所述的二级文丘里洗涤器输出的合成气送入合成气洗涤塔。2.如权利要求1所述的合成气除尘系统，其特征在于所述的旋风分离器的液体出口经减压阀排至高压闪蒸罐，所述的高压闪蒸罐闪蒸后的渣水进入渣水处理系统，闪蒸气体送入高压闪蒸汽提塔。3.如权利要求2所述的合成气除尘系统，其特征在于所述的高压闪蒸汽提塔的底部通过一个洗涤塔给料泵与一级文丘里洗涤器的入口处相连。4.如权利要求3所述的合成气除尘系统，其特征在于在洗涤塔给料泵与一级文丘里洗涤器入口相连的管路上设有一个控制阀。5.如权利要求1所述的合成气除尘系统，其特征在于所述的合成气洗涤塔的底部通过一个激冷水泵与二级文丘里洗涤器的入口处相连。6.如权利要求5所述的合成气除尘系统，其特征在于在激冷水泵与二级文丘里洗涤器的入口相连的管路上设有一个控制阀。

涉案专利说明书记载：目前在煤化工生产领域的粉煤加压连续气化工业生产过程中，气化炉合成气经一级文丘里洗涤后直接进入合成气洗涤塔进行洗涤，因合成气中夹带煤灰较多，尤其是在气化炉开车阶段及负荷调整变化时，易造成后序设备堵塞，严重制约装置的长周期稳定运行。为克服上述现有技术的不足，本实用新型公开了一种气化炉新型合成气灰尘除尘系统。本实用新型的有益效果是进一步降低合成气气体的煤灰夹带量，避免因合成气带灰造成后工序设备堵塞影响长周期安全稳定运行。

（二）航天长征公司与鲁西化工集团项目合作情况

航天长征公司前身为北京航天万源煤化工工程技术有限公司（以下简称航天万源公司），成立于2007年6月22日。2009年12月18日，航天万源公司吸收合并兰州航天石化工程有限公司（以下简称兰州航天公司），承继了兰州航天公司的权利义务及其工程设计资质。2011年9月28日航天万源公司名称变更为航天长征公司的现名称。鲁西化工集团成立于1998年6月11日，2009年6月3日由原来名称山东鲁西化工股份有限公司变更为现名称。

2009年6月7日，鲁西化工集团(甲方)与航天万源公司、兰州航天公司(乙方)签订《合作框架协议》《工程设计合同》《保密协议》及《专利实施许可合同》，在30万吨尿素项目中引入HT-L航天粉煤加压气化等相关技术，并承诺不把另一方披露的任何秘密信息用于项目和装置之外的任何目的，其中《专利实施许可合同》第十四条约定，甲方有权利利用乙方许可实施的专利技术和技术秘密针对该项目进行后续改进，由此产生的具有实质性或创造性技术进步特征的新技术成果，归甲方所有。同日，鲁西化工集团与航天万源公司签订《航天煤气化技术专利专有设备采购合同》，购买价值17272万元的专有设备，其中包含单价为7200万元的气化炉2台。2011年11月15日，鲁西化工集团在中财网发布公告称，该公司投资建设的30万吨尿素项目，采用“HT-L航天粉煤加压气化”先进技术。

(三)航天长征公司交付的图纸中的技术方案

航天长征公司依据双方30万吨尿素项目合作向鲁西化工集团交付相关技术图纸，其中四份工艺管道及仪表流程图属于“气化及合成气洗涤、渣及灰水处理单元”，其中：合成气洗涤系统的技术方案主要包括，从气化炉出来的合成气，经过气化炉合成气出口管口，进入喷淋装置，再进入文丘里洗涤器，再进入合成气洗涤塔，合成气中的固体在经过合成气洗涤塔洗涤后送至变换单元，合成气洗涤塔底部的激冷水经出口管口，进入激冷水泵，然后送至气化炉的激冷环及文丘里洗涤器，在××路上设有一个控制阀；渣及灰水处理单元的技术方案主要包括从气化炉激冷室和合成气洗涤塔底部来的灰水在经过减压阀减压后送入高压闪蒸罐进行闪蒸，闪蒸后顶部气体进入高压闪蒸汽提塔与来自除氧水泵的除氧水逆流换热后，经过高压闪蒸冷凝器后，再经高压闪蒸分离罐分离出冷凝液，分离出来的冷凝液送到除氧器，不凝气送火炬，高压闪蒸汽提塔底部排出的灰水经洗涤塔给料泵加压后，送到合成气洗涤塔。

(四)涉案专利与图纸技术比对情况

经比对，涉案专利与图纸的技术方案主要区别在于，涉案专利的权利要求系采取气化炉、一级文丘里洗涤器、旋风分离器、二级文丘里洗涤器及合成气洗涤塔的连接方式，而图纸所载技术方案系采取气化炉、喷淋装置、文丘里洗涤器、合成气洗涤塔的连接方式；相应的，涉案专利中系旋风分离器底部经减压阀排至高压闪蒸罐，高压闪蒸提塔底部通过洗涤塔给料泵与一级文丘里洗涤器入口连通，

而图纸所载技术方案系采取合成气洗涤塔底部经过减压阀减压排至高压闪蒸罐连通，高压闪蒸汽提塔底部经洗涤塔给料泵与合成气洗涤塔入口连通。

一审法院认为

航天长征公司主张涉案专利中的文丘里洗涤器组合旋风分离器属公知技术，并提供出版物《化工设备技术权属除尘设备》作为证据，该出版物第六章第六节载明，文氏管除尘器由文氏管和除沫器组成，除沫器一般采用旋风分离器，文氏管由三个异型管及喷水装置组成。鲁西化工集团经质证认为，出版物中的文氏管除尘器仅系指涉案专利中的“文丘里洗涤器”（内含除沫器），并未公开进一步组合旋风分离器达到较好除尘效果的技术方案。原审法院认为，航天长征公司提供的出版物载明文氏管由三个异型管及喷水装置组成，文氏管即指涉案专利的“文丘里洗涤器”，对于鲁西化工集团主张的文氏管组合除沫器而成的文氏管除尘器才系“文丘里洗涤器”，不予采信。综上，对航天长征公司主张的文丘里洗涤器组合旋风分离器属公知技术予以采信。

对于图纸所载技术方案中前置于文丘里洗涤器的淋装置，航天长征公司主张鲁西化工集团据此申请并获得授权了专利号为 201720586785.4 号、名称为“一种多元气化炉出口气体高效除尘装置”实用新型专利。航天长征公司另案提起（2020）鲁 01 民初 248 号专利权权属纠纷案件，主张该实用新型专利归属于航天长征公司。上述“一种多元气化炉出口气体高效除尘装置”实用新型专利的说明书记载，本实用新型喷淋装置进一步降低合成气气体的煤灰夹带量，除尘效果大大提高，可避免因合成气带灰造成后工序设备堵塞影响长周期安全稳定运行。

此外，鲁西化工集团提供旋风分离器设计图纸及采购合同、产品质量说明书，用以证实旋风分离器设备系鲁西化工集团自行研发设计并采购；并提供申请日为 2013 年 9 月 4 日、申请号 201320547948.X 号、名称为“合成气洗涤装置”的实用新型专利，用以证实文丘里洗涤器组合合成气洗涤塔在鲁西化工集团申请涉案专利时属于现有技术。

原审法院认为：本案争议问题为涉案专利是否应归航天长征公司所有。航天长征公司主张鲁西化工集团根据其提供的技术图纸相关技术方案申请涉案专利，专利应归属于航天长征公司。鲁西化工集团则主张系基于现有技术的改进申请的专利，航天长征公司无权主张涉案专利所有权。本案中双方签订的合作合同约定，鲁西化工集团有权对航天长征公司交付技术予以改进，并享有相应的实质性或创

造性技术进步成果。综合双方诉辩意见及双方合同约定，本案双方争议问题可进一步归纳为两个焦点：一是鲁西化工集团是否接触借鉴了航天长征公司技术图纸相关技术方案，二是涉案专利技术方案相较于航天长征公司技术图纸是否具有实质性或创造性改进。对于上述焦点问题，分别分析论证如下：

对于鲁西化工集团是否接触借鉴航天长征公司技术图纸相关技术方案问题。本案中航天长征公司基于 2009 年合作协议向鲁西化工集团交付相关图纸及设备，其中的四份工艺管道及仪表流程图“气化及合成气洗涤、渣及灰水处理单元”，显示有“气化炉、喷淋装置、文丘里洗涤器、合成气洗涤塔”技术方案。2016 年鲁西化工集团申请涉案专利所采取的技术方案为“气化炉、一级文丘里洗涤器、旋风分离器、二级文丘里洗涤器及合成气洗涤塔”。上述技术方案两相比较，主要区别在于鲁西化工集团将喷淋装置替换为了“一级文丘里洗涤器+旋风分离器”，除此之外，鲁西化工集团申请涉案专利所采取的技术方案与航天长征公司交付的技术图纸并无明显差异，具有一定的相关性，结合鲁西化工集团系通过项目合作在获取航天长征公司技术图纸多年后申请涉案专利的事实，对航天长征公司提出的鲁西化工集团借鉴了航天长征公司技术图纸相关技术方案的主张予以采信。对于鲁西化工集团以旋风分离器设计图纸和采购合同、产品质量说明书及 201320547948.X 号“合成气洗涤装置”实用新型专利作为证据，提出的涉案专利仅系在现有技术基础上加以改进的主张，不予采信。

对于涉案专利技术方案相较于航天长征公司技术图纸是否具有实质性或创造性改进的问题。以如上述，涉案专利与航天长征公司技术图纸两相比较，其主要区别在于涉案专利权利要求 1 中将喷淋装置替换为了“一级文丘里洗涤器+旋风分离器”，与之相应的从属权利要求中将“合成气洗涤塔底部经过减压阀减压排至高压闪蒸罐连通”“高压闪蒸汽提塔底部经洗涤塔给料泵与合成气洗涤塔入口连通”，分别修正为“旋风分离器底部经减压阀排至高压闪蒸罐”“高压闪蒸提塔底部通过洗涤塔给料泵与一级文丘里洗涤器入口连通”。根据已查明的事实，航天长征公司技术图纸技术方案中的喷淋装置，系通过该装置降低合成气气体的煤灰夹带量，避免后工序设备堵塞影响长周期安全稳定运行，涉案专利出于解决同样的技术问题，在其独立权利要求技术方案中将该喷淋装置替换为“文丘里洗涤器+旋风分离器”公知手段，从属权利要求技术方案一并作出相应调整，应当

属于该领域普通技术人员无需创造性劳动即可联想到的,并非具有实质性或创造性的改进。

综上所述,涉案专利是鲁西化工集团在接触并借鉴航天长征公司在先技术方案的前提下取得,且涉案专利与航天长征公司的在先技术相比不具备实质性特点,其对涉案专利并未作出创造性贡献,涉案专利应为航天长征公司所有。

一审裁判结果

原审法院判决:名称为“一种合成气除尘系统”(专利号为201620067057.8)的实用新型专利权属于航天长征公司。案件受理费1000元,由鲁西化工集团负担。

二审中,鲁西化工集团为证明其主张,向本院提交了授权公告号为CN107189824B、专利权人为聊城市鲁西化工工程设计有限责任公司、名称为“一种多元气化炉出口气体高效除灰装置及工艺”的专利授权文本,用以证明涉案专利的相关专利已授权,涉案专利具有创造性。航天长征公司认为该证据与本案无关。本院认为,该证据体现的是其他专利的情况,与本案不具有关联性,故本院对该证据不予采纳。

原审查明的事实基本属实,本院予以确认。

本院另查明:鲁西化工集团原审主张涉案专利的技术方案是在201320547948.X号“合成气洗涤装置”实用新型专利文件的基础上改进得到。201320547948.X号“合成气洗涤装置”实用新型专利文件公开了一种合成气洗涤装置,包括文丘里洗涤器和合成气洗涤塔,文丘里洗涤器和合成气洗涤塔通过管道相连。合成气洗涤塔给料泵出口管线与蒸汽加热器相连,蒸汽加热器的出口接至汽包排污闪蒸罐。该技术方案未记载高压闪蒸汽提塔的相关技术特征。

二审询问中,鲁西化工集团明确主张其改进的技术特征是涉案专利中的“一级文丘里洗涤器后设置有与其相连通的旋风分离器,所述的旋风分离器的出口与二级文丘里洗涤器相连通”。

本院认为

本院认为:本案为专利权权属纠纷。根据当事人的诉辩主张,本案二审争议的焦点为涉案专利权应归谁所有。

根据《中华人民共和国专利法实施细则》第十三条的规定,对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人被认为是发明人。根据《中华人民共和国民事诉讼法

法》第六十四条第一款的规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。本案中，航天长征公司主张鲁西化工集团公司将航天长征公司非公开的技术方案申请涉案专利，对于该种类型的专利权权属纠纷，一般首先应由原告举证证明涉案专利技术方案来源于其在先完成的技术方案，并且被告在涉案专利申请日前能够获知该技术方案；如果被告主张涉案专利技术方案系对现有技术而非对原告技术方案的改进，应当举证证明；在已确认涉案专利技术方案来源于原告的情况下，被告应说明涉案专利技术方案与原告技术方案的区别，并在此基础上就其对发明创造的实质性特点作出创造性贡献进行证明或合理的说明；若双方主张对方各自完成的部分属于公知常识、现有技术或现有技术已给出明确的技术启示，应对此进行举证。人民法院根据双方当事人针对上述内容提交的证据确定专利权归属。

本案中，航天长征公司向法院提交了其曾向鲁西化工集团提供的图纸，用以证明涉案专利技术方案来源于其在先完成的技术方案，并且鲁西化工集团在涉案专利申请日前能够获知该技术方案。鲁西化工集团认可其接触过该图纸，但主张其是在 201320547948.X 号“合成气洗涤装置”实用新型专利文件的基础上得到涉案专利技术方案。由本院查明的航天长征公司的技术方案和鲁西化工集团主张为技术来源的现有技术方案的内容可知，航天长征公司的图纸完整示明了从气化炉出来的合成气经过气化炉合成气出口管口，进入喷淋装置，再进入文丘里洗涤器，再进入合成气洗涤塔；合成气洗涤塔底部通过激冷水泵与气化炉的激冷环及文丘里洗涤器相连；从气化炉激冷室和合成气洗涤塔底部还与高压闪蒸罐进行闪蒸相连，高压闪蒸罐顶部依次连接高压闪蒸汽提塔、高压闪蒸冷凝器、高压闪蒸分离罐、除氧器；高压闪蒸汽提塔底部经洗涤塔给料泵连接合成气洗涤塔。上述技术特征均体现在涉案专利技术方案中，而 201320547948.X 号“合成气洗涤装置”实用新型专利文件没有体现涉案专利技术方案中的高压闪蒸汽提塔等相关技术特征。考虑到鲁西化工集团与航天长征公司自 2009 年即开始就气化炉进行相关技术合作，由航天长征公司向鲁西化工集团提供技术的事实，本院认定鲁西化工集团关于涉案专利技术方案系在现有技术的基础上作出改进的抗辩主张不能成立。

经比对，涉案专利权利要求 1 的技术方案系在航天长征公司技术方案的基础上增加设置了旋风分离器和二级文丘里洗涤器。对于该区别，本院认为，与专利授权确权程序中对发明创造是否具有实质性特点的判断不同，在以非公开的技术

方案作为主张权利基础的专利权属纠纷中，关于“对发明创造的实质性特点作出创造性贡献”的判断，建立在作为专利来源的非公开的技术方案基础之上。在这种情况下，对他人非公开技术方案作出改动并申请专利的一方要单独或共同拥有专利权，至少应当通过体现研发过程、技术效果等内容的证据或理由，证明或合理说明其在他人非公开技术方案基础上，进一步作出了实质性的技术贡献。对于涉案专利技术方案的文丘里洗涤器组合旋风分离器的设置，由于涉案专利并未对文丘里洗涤器和旋风分离器的结构作出具体限定，故航天长征公司提交的证据足以证明文丘里洗涤器组合旋风分离器作为化工除尘设备是公知常识。虽然涉案专利说明书记载了其通过设置两级文丘里洗涤器和旋风分离器可以获得有益的技术效果，但在无其他改进的前提下，采用上述公知的设备设置较多的洗尘步骤相对较少的洗尘步骤必然加强洗尘效果，相应地也会带来成本提高的问题。鲁西化工集团仅提交了已被证明是公知的旋风分离器的设计图纸和采购合同、产品质量说明书等证据，不足以证明其对涉案专利技术方案的研发和对技术效果的验证，难以说明其通过该点改动对发明创造的实质性特点作出了创造性贡献，故鲁西化工集团不应因此改动而对涉案专利技术拥有专利权。原审判决认定涉案专利权应归航天长征公司所有，具有事实和法律依据，本院予以维持。

鲁西化工集团还以其与航天长征公司签订的《专利实施许可合同》约定了技术成果的归属为由，主张涉案专利权应归其所有，但根据该合同约定，只有“针对该项目进行后续改进，由此产生的具有实质性或创造性技术进步特征的新技术成果”才能归鲁西化工集团所有。基于本院的上述分析，鲁西化工集团以合同为依据的抗辩主张不能成立。

二审裁判结果

综上所述，鲁西化工集团的上诉请求不能成立，应予驳回；原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 1000 元，由鲁西化工集团股份有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长周翔

审判员张晓阳

审判员崔宁

二〇二一年十二月二十日

法官助理李庆瑾

书记员王焱

裁判文书摘要

案号 (2020)最高法知民终 1293 号

审理法院 最高人民法院

当事人 聊城市鲁西化工工程设计有限责任公司

航天长征化学工程股份有限公司

立案年度 2020

裁判时间 2021-12-20

裁判结果 维持一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2020)最高法知民终 1293 号

当事人信息

上诉人(原审被告): 聊城市鲁西化工工程设计有限责任公司。

法定代表人: 肖光, 该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人: 王延峰, 该公司员工。(代理权限自 2021 年 10 月 11 日起)

委托诉讼代理人: 张芮, 北京超成律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 王文宾, 北京超成律师事务所律师。(代理权限至 2021 年 10 月 10 日止)

被上诉人(原审原告): 航天长征化学工程股份有限公司。

法定代表人: 唐国宏, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 刘道臣, 北京市汉鼎联合(济南)律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 李振, 北京市汉鼎联合(济南)律师事务所律师。

审理经过

上诉人聊城市鲁西化工工程设计有限责任公司(以下简称聊城鲁西化工公司)因与被上诉人航天长征化学工程股份有限公司(以下简称航天长征公司)专利权权属纠纷一案,不服山东省济南市中级人民法院于2020年6月29日作出的(2020)鲁01民初248号民事判决,向本院提起上诉。本院于2020年8月10日立案后,依法组成合议庭,并于2020年10月14日、2021年10月15日询问当事人。上诉人聊城鲁西化工公司的委托诉讼代理人张芮,被上诉人航天长征公司的委托诉讼代理人刘道臣、李振到庭参加两次询问;上诉人聊城鲁西化工公司的委托诉讼代理人王文宾到庭参加第一次询问,王延峰到庭参加第二次询问。本案现已审理终结。

聊城鲁西化工公司上诉请求:1. 撤销原审判决并将案件发回重审或查清事实后改判;2. 判令航天长征公司承担本案一审、二审的诉讼费用。事实和理由:(一)原审判决存在严重违反法定程序的情形。原审整个庭审过程中,航天长征公司的主张仅为确定专利权的归属,并未主张聊城鲁西化工公司违反保密协议的约定,并且是否违反保密协议的约定,属于违约之诉,并不属于本案的审理范围,但是原审判决中却认定聊城鲁西化工公司明显违反保密协议的约定,显然超出了航天长征公司的请求范围,违反了《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称民事诉讼法)中的处分原则。就聊城鲁西化工公司是否违反保密协议的约定的问题,原审法院也并没有让聊城鲁西化工公司进行举证质证和就该问题陈述任何意见,违反了民事诉讼法的辩论原则。(二)专利号为201720586771.2、名称为“一种气化炉出口气体喷淋装置”的实用新型专利(以下简称涉案专利)的技术方案与航天长征公司提交的证据所示的技术方案完全不同,原审判决关于航天长征公司的技术方案与涉案专利一致的认定完全错误。1. 涉案专利技术方案与航天长征公司的技术方案具有实质性差别,达到了预料不到的技术效果。涉案专利的权利要求1中明确包含技术特征“喷淋管口朝气化炉方向与气化炉合成气出口管道倾斜连接”,并且在权利要求2中进一步限定“所述喷淋管口与气化炉合成气出口管道倾斜角度为30-45度”,而航天长征公司原审提交的证据都没有公开上述技术特征。相反,在航天长征公司原审提交的证据16中,喷淋管口朝气化炉方向与气化炉合成气出口管道为垂直连接的。涉案专利说明书中对清除气化炉合成器出口管道法兰连接处积灰的技术问题进行了详细的描述。涉案专利技术方案中,喷淋管与合成气出口管道存在一定的角度,三个相隔120度的喷淋头共同倾斜朝向合

成气出口的反方向喷射，可以有效吹去法兰处的积灰。并且在涉案专利权利要求 2 中，对该倾斜角度具体限定为 30-45 度，该角度的选择是聊城鲁西化工公司经过多次试验确定的。针对鲁西气化炉设备的气体流量和管的直径，在该角度下可以实现更好的除灰效果。而在航天长征公司的技术方案中，由于喷淋管和气化炉合成器出口管道是垂直连接的，喷淋管内的液体只能垂直喷向管道内部，其作用仅为去除管道内合成气中的灰尘。由于喷淋头垂直喷射，会把合成气中的部分灰尘吹到前段的法兰连接处，灰尘会再次积聚，影响系统运行的效率。由此可见，涉案专利解决的技术问题、取得的技术效果与航天长征公司的技术方案完全不同。在涉案专利权利要求 1、2 与航天长征公司的技术方案具有实质性差别技术特征的基础上，其从属权利要求 3-9 也均与航天长征公司的技术方案有实质性差别。

2. 原审判决认为航天长征公司的图纸并未排除倾斜连接的方式毫无依据，属于主观臆断。原审判决的认定认可了涉案专利与航天长征公司的技术方案存在根本差别，但在无任何依据的情况下又认定图纸中的垂直连接的技术方案包括倾斜连接方式，一般技术人员通过一种连接方式很容易想到另一种连接方式，这一认定显然违背了自然科学原理，属于完全错误的主观臆断。

(三) 聊城鲁西化工公司有权对项目进行后续改进，并依法享有改进后的技术成果。航天长征公司与聊城鲁西化工公司在专利实施许可合同中已经约定了实施专利、使用技术秘密后续改进的技术成果归聊城鲁西化工公司所有。因此，聊城鲁西化工公司有权对该项目进行后续改进，并依法享有改进后的技术成果。

(四) 聊城鲁西化工公司没有违反保密协议的相关约定。聊城鲁西化工公司有权对项目进行后续改进，并依法享有改进后的技术成果。涉案专利技术方案与航天长征公司提交的证据所示的技术方案不相同，其解决的技术问题、实现的技术效果也与航天长征公司的技术不同，聊城鲁西化工公司有权拥有涉案专利的专利权。

航天长征公司辩称：(一) 原审判决不存在违反法定程序的情形。1. 航天长征公司原审的诉讼请求是涉案专利权的权属，原审判决不存在超出诉讼请求范围的问题。2. 航天长征公司在原审中主张聊城鲁西化工公司接触和知悉航天长征公司的图纸，并以申请专利的形式将图纸内容公开披露，属于违反保密协议。聊城鲁西化工公司对上述主张不认可，认为其有权在参考该图纸的基础上进行技术改进。原审判决对双方争议的事实进行认定，没有改变本案案由。3. 原审判决未剥夺聊城鲁西化工公司的举证、质证和辩论的权利。(二) 原审判决不存在认定事实不清、

错误的情形。1. 航天长征公司提交的图纸没有特别限定垂直连接或倾斜连接，没有排除倾斜连接的实施方式。2. 涉案专利附图与航天长征公司提交的两张图纸完全一致，聊城鲁西化工公司对涉案专利附图的连接方式是垂直连接还是倾斜连接没有给出合理解释。3. 本领域技术人员在航天长征公司的图纸呈现的喷淋管口与气化炉合成气出口管道连接的基础上，很容易想到垂直连接和倾斜连接的实施方式及所带来的技术效果。4. 从侵权比对的角度分析，无论是倾斜连接还是垂直连接，均落入涉案专利权利要求的保护范围。（三）原审判决不存在适用法律错误的情形。综上，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

航天长征公司向原审法院提起诉讼，原审法院于2020年1月8日立案受理。航天长征公司起诉请求：1. 确认专利号为201720586785.4、名称为“一种多元气化炉出口气体高效除尘装置”的实用新型专利权属于航天长征公司；2. 确认涉案专利权属于航天长征公司；3. 聊城鲁西化工公司承担本案全部诉讼费用。诉讼中，航天长征公司撤回第1项诉讼请求。事实和理由：2017年5月24日，聊城鲁西化工公司向国家知识产权局提出名称“一种气化炉出口气体喷淋装置”的实用新型专利申请，于2018年2月6日获得授权。因涉案专利技术方案源于航天长征公司，故涉案专利的专利权应属于航天长征公司。理由如下：（一）聊城鲁西化工公司的母公司鲁西化工集团股份有限公司（以下简称鲁西化工集团）通过购买获得并使用了航天长征公司的“HT-L 航天粉煤加压气化技术”及专利专用设备，涉案专利的技术方案属于“HT-L 航天粉煤加压气化技术”项下的技术。在与航天长征公司合作之前，鲁西化工集团及其子公司并不具备粉煤加压气化技术。鲁西化工集团为了引进航天长征公司的“HT-L 航天粉煤加压气化技术”，2009年6月7日就山东鲁西化工股份有限公司（以下简称山东鲁西股份公司）“原料路线和动力结构调整年产30万吨尿素项目”与航天长征公司签署了一系列合同，航天长征公司为其建设完成了“30万吨尿素项目”生产线，航天长征公司授权山东聊城鲁西化工公司仅可以在该项目上实施“HT-L 航天粉煤加压气化技术”，保密协议也明确限定不得将航天长征公司的保密信息用于该项目之外的任何目的。涉案专利的技术方案属于合成气除尘技术，是航天长征公司“HT-L 航天粉煤加压气化技术”项下的技术。（二）经比对，聊城鲁西化工公司的涉案专利技术方案实质性特点均源于“原料路线和动力结构调整年产30万吨尿素项目”中

航天长征公司交付山东鲁西股份公司的技术资料、图纸及设备实物，涉案专利的专利权应归属于航天长征公司。

一审原告诉称

聊城鲁西化工公司原审辩称：聊城鲁西化工公司系涉案专利真正的专利权人，请求驳回航天长征公司的全部诉讼请求。

原审法院认定事实：

(一)航天长征公司的成立和合并情况

航天长征公司成立于2007年6月22日，注册资本53599万元，经营范围为：加工气化炉及关键设备，施工总承包、专业承包、工程勘察设计、工程咨询、工程和技术研究与试验发展，技术开发、技术推广、技术咨询、技术服务、技术转让，烟气治理、废气治理、大气污染治理，固体废物污染治理，水污染治理，销售机械设备等。

兰州航天石化工程有限公司(以下简称兰州航天公司)成立于2005年11月24日，注册资本600万元，经营范围为化工、石化、医药、建筑、市政公用、机械、轻纺行业、压力容器、压力管道的工程设计、工程咨询、安全评价(资质证书所列范围)、工程总承包。2009年3月24日，兰州航天公司取得了住房和城乡建设部颁发的工程资质证书，资质等级为：化工石化医药行业(化工工程、石油及化工产品储运、生化、生物药、中成药)专业甲级。2009年8月26日，兰州航天公司变更为一人有限责任公司，股东为北京航天万源煤化工工程技术有限公司(以下简称航天万源公司)。后航天万源公司吸收合并了兰州航天公司，并于2009年9月9日在兰州晚报进行了公告。2009年12月18日，兰州航天公司注销，航天万源公司承继了兰州航天公司的权利义务及其工程设计资质。2011年9月28日，经北京市工商行政管理局核准，航天万源公司的名称变更为航天长征公司的现名称。

(二)聊城鲁西化工公司申请涉案专利的事实

2017年5月24日，聊城鲁西化工公司向国家知识产权局申请了涉案专利，授权公告号为CN206970551U，授权公告日期为2018年2月6日。专利书记载的专利权人为聊城鲁西化工公司，发明人为王延峰、肖光、杨海菲、张星星、张方涛、王长宽、孙道成、张学辉、方占珍、杜瑞雪。该专利共有9项权利要求，分别为：1.一种气化炉出口气体喷淋装置，其特征在于：所述的气体喷淋装置结

构为对称设置在气化炉合成气出口管道的多个喷淋管口，喷淋管口朝气化炉方向与气化炉合成气出口管道倾斜连接。2. 如权利要求 1 所述的气化炉出口气体喷淋装置，其特征在于，所述喷淋管口与气化炉合成气出口管道倾斜角度为 30-45 度。3. 如权利要求 1 所述的气化炉出口气体喷淋装置，其特征在于，所述喷淋管口为三个，喷淋管口夹角为 120 度。4. 如权利要求 1 所述的气化炉出口气体喷淋装置，其特征在于，所述喷淋管口为设置有中间收口的圆柱型管道。5. 如权利要求 4 所述的气化炉出口气体喷淋装置，其特征在于，所述喷淋管口中间收口、开口的角度为 90 度。6. 如权利要求 4 所述的气化炉出口气体喷淋装置，其特征在于，所述的喷淋管口中间收口直径为 8cm，收口前喷淋管口直径为 60cm，收口后喷淋管口直径为 40cm。7. 如权利要求 1 所述的气化炉出口气体喷淋装置，其特征在于，所述的喷淋管直径 57mm 的无缝钢管，壁厚 2mm。8. 如权利要求 7 所述的气化炉出口气体喷淋装置，其特征在于，所述的多个喷淋管口与喷淋总管连通，喷淋总管处设置加压泵与分流器。9. 如权利要求 8 所述的气化炉出口气体喷淋装置，其特征在于，所述的喷淋总管通过喷淋管道与高压闪蒸罐的闪蒸冷凝液出口相连。

(三) 航天长征公司与山东鲁西股份公司技术合作的事实

2009 年 6 月 7 日，山东鲁西股份公司就原料路线和动力结构年产 30 万吨尿素项目，与航天万源公司、兰州航天公司签订了合作框架协议，双方约定：项目概况为以煤为原料，采用 HT-L 航天粉煤加压气化工艺技术生产合成氨和甲醇，项目主要包括煤气化装置、空分装置、净化装置、压缩、合成装置及辅助公用工程等设施。合作范围指航天万源公司、兰州航天公司负责该项目的专利实施许可、工程设计、专利专有设备的提供、培训和服务等。

2009 年 6 月 7 日，山东鲁西股份公司(发包人)就“原料路线和动力结构年产 30 万吨尿素项目”，与航天万源公司、兰州航天公司(设计人)签订了《工程设计合同》，双方约定航天万源公司、兰州航天公司需交付基础工程设计文件 12 份。双方还约定了报酬、履行期限、验收标准等其他事项。

2009 年 6 月 7 日，山东鲁西股份公司(业主)与航天万源公司(承包商)签订了《保密协议》，该协议约定：本保密协议系基于业主与承包商“原料路线和动力结构年产 30 万吨尿素项目”中的 HT-L 航天粉煤加压气化装置而签订。双方均同意不把另一方披露的任何秘密信息用于项目和装置之外的任何目的。

2009年6月7日,山东鲁西股份公司(甲方)与航天万源公司(乙方)签订了《专利实施许可合同》,双方约定乙方许可甲方在原料路线和动力结构年产30万吨尿素项目自身实施HT-L航天粉煤加压气化等相关技术包含的专利技术。该合同第十四条约定,甲方有权利用乙方许可实施的专利技术和技术秘密针对该项目进行后续改进,由此产生的具有实质性或创造性技术进步特征的新技术成果,归甲方所有。双方还对具体的专利实施时间、地点、许可费用等事项作了约定。

2009年6月7日,山东鲁西股份公司(买受人)与航天万源公司(出卖人)签订了《航天煤气化技术专利专用设备采购合同》,购买了出卖人价值17272万元的专用设备,其中包含单价为7200万元的气化炉2台。

2011年11月15日,鲁西化工集团在中财网发布公告称,该公司投资建设的原料路线和动力结构年产30万吨尿素项目,采用“HT-L航天粉煤加压气化”先进技术,经过单机试车和全面联动试运行,进入轻负荷正常运转,生产出合格产品。2011年1月16日,证券时报网以“鲁西化工航天炉项目投产国内首家”为题,进行了宣传报道。

庭审中,航天长征公司提交了设计图纸交接单一份,该交接单载明验收结论:2010年9月,我公司收到你公司提交的全部详细图纸,经我方审核,设计图纸符合施工要求,予以验收并按合同约定金额结算,结算金额为2005200元,该项结算不受后续其他劳务或设备交付限制。鲁西化工集团股份有限公司煤化工二分公司在接收单位处签章,航天万源公司在发送单位处签章。

航天长征公司提供了“原料路线和动力结构年产30万吨尿素项目”涉及的工艺管道及仪表流程图PID-1722(气化炉系统)、特殊管件规格书17SPT-0004、工艺管道及仪表流程图PID-1726(合成器洗涤系统)、工艺管道及仪表流程图PID-1728(合成气洗涤系统)、工艺管道流程图PID-1803(高压闪蒸系统)的设计蓝图,上述五份图纸载明设计时间为2010年4月13日和2010年4月30日,设计单位为兰州航天公司。以上图纸内容与涉案专利内容比对,工艺管道及仪表流程图PID-1722(气化炉系统)中“详图E”、特殊管件规格书17SPT-000与涉案专利说明书附图相同。

(四)聊城鲁西化工公司的基本情况

聊城鲁西化工公司成立于 2006 年 1 月 27 日，注册资本 5000 万元，经营范围：化工工程设计与相关咨询服务，聊城鲁西化工公司的股东为鲁西工业装备有限公司和鲁西化工集团。

2009 年 6 月 3 日，聊城鲁西化工公司的股东山东鲁西股份公司名称变更为鲁西化工集团的现名称。

一审法院认为

原审法院认为：本案争议焦点为涉案专利权是否应归航天长征公司所有。

本案系因专利抄袭引发的权属纠纷，判断是否构成专利抄袭，应当审理被诉侵权人是否有可能接触被抄袭的技术方案，以及被诉抄袭专利与原告在先技术对比是否具备实质性特点。在被诉侵权人接触被抄袭的技术方案的前提下，如果被诉抄袭专利与原告技术方案对比不具有实质性特点，则应当认定被诉侵权人未对被抄袭专利作出创造性贡献，构成了专利抄袭；反之，如果被诉抄袭专利与原告技术方案对比具备实质性特点，则应当认定被诉侵权人对于体现实质性特点的技术特征作出了创造性贡献，但二者相同的部分仍然构成对原告的抄袭，除非相同的部分属于现有技术。

就本案而言，航天长征公司与聊城鲁西化工公司的母公司山东鲁西股份公司之间就原料路线和动力结构调整年产 30 万吨尿素项目签订了《合作框架协议》《航天煤气化技术专利专有设备采购合同》《专利实施许可合同》和《保密协议》，且航天长征公司已经向山东鲁西股份公司交付了合同中涉及的图纸及设备，在本案庭审调查中，聊城鲁西化工公司认可涉案专利技术方案是借鉴了航天长征公司提交的涉案图纸。故应当认定聊城鲁西化工公司接触到了航天长征的技术方案。在聊城鲁西化工公司接触了航天长征公司技术方案的前提下，双方对于专利发生的权属争议，应当根据聊城鲁西化工公司是否抄袭了航天长征公司的技术方案来判断。

首先，航天长征公司向聊城鲁西化工公司的股东山东鲁西股份公司交付的“工艺管道及仪表流程图 PID-1722(气化炉系统)”中“详图 E”、特殊管件规格书 17SPT-0004 与涉案专利说明书附图完全一致，而航天长征公司该图纸交付聊城鲁西化工公司股东山东鲁西股份公司的时间为 2010 年 9 月，聊城鲁西化工公司申请涉案专利的时间为 2017 年 5 月 24 日，聊城鲁西化工公司在专利申请日前已接触了航天长征公司的技术方案。其次，航天长征公司与山东鲁西股份公司就

“原料路线和动力结构调整年产 30 万吨尿素项目”签订的《合作框架协议》《航天煤气化技术专利专用设备采购合同》《专利实施许可合同》和《保密协议》系双方真实意思表示，合法有效。在《保密协议》第 2 条约定：“任何一方同意不把另一方披露的任何秘密信息用于项目和装置之外的任何目的。”因此，涉案专利“一种气化炉出口气体喷淋装置”，作为“原料路线和动力结构调整年产 30 万吨尿素项目”中的部分技术，聊城鲁西化工公司用于申请专利，明显违反其股东山东鲁西股份公司与航天长征公司签订的《保密协议》的约定。最后，聊城鲁西化工公司并未对涉案专利作出创造性劳动成果。航天长征公司提供的涉案技术的开发图纸与聊城鲁西化工公司申请专利的附图相同。涉案专利包含的 9 个权利要求，除权利要求 1 中“喷淋管口朝气化炉方向与气化炉合成气出口管道倾斜连接”和权利要求 2“所述喷淋管口与气化炉合成气出口管道倾斜角度为 30-45 度”的技术特征外，其余权利要求中的技术特征均能从航天长征公司图纸中体现。航天长征公司的图纸中虽不能直接体现“喷淋管口朝气化炉方向与气化炉合成气出口管道 30-45 度倾斜连接”，但该图纸中并未排除倾斜连接的方式，且垂直连接和倾斜连接的方式并不具备实质性差别，一般技术人员通过一种连接方式很容易可以联想到另一种连接方式，因此，与航天长征公司技术方案相比，聊城鲁西化工公司的该权利要求并不具备创新性特征。涉案专利技术方案与航天长征公司的技术方案完全一致，并未做出创造性劳动。聊城鲁西化工公司主张涉案专利根据《专利实施许可合同》第十四条第一款“甲方(山东鲁西股份公司)利用乙方(原告)许可实施的专利技术和技术秘密针对该项目进行后续改进，由此产生的具有实质性或创造性技术进步特征的新技术成果，归甲方所有”，对此不予支持。涉案专利系聊城鲁西化工公司在接触航天长征公司在先技术方案的前提下取得，且涉案专利与航天长征公司的在先技术相比不具备实质性特点，故涉案专利应认定为航天长征公司所有。

聊城鲁西化工公司向原审法院提供旋风分离器设计图及采购制作合同用以证明涉案专利是其自行设计开发，但其提供的设计图载明的设计日期为 2014 年 8 月，采购合同为 2014 年 9 月 29 日签订，均晚于航天长征公司的技术研发日期，且是在其接触到航天长征公司的技术方案之后完成，故对聊城鲁西化工公司的该辩称不予支持。

一审裁判结果

原审法院判决：名称为“一种气化炉出口气体喷淋装置”（专利号为201720586771.2）的实用新型专利权属于航天长征公司。一审案件受理费1000元，由聊城鲁西化工公司负担。

二审中，当事人没有提交新证据。

原审查明的事实基本属实，本院予以确认。

二审询问中，聊城鲁西化工公司明确主张其改进的技术特征是涉案专利权利要求1中的“喷淋管口朝气化炉方向与气化炉合成气出口管道倾斜连接”及权利要求2的附加技术特征。

本院认为

本院认为：本案为专利权权属纠纷。根据当事人的诉辩主张，本案二审争议的焦点为涉案专利权应归谁所有。

根据《中华人民共和国专利法实施细则》第十三条的规定，对发明创造的实质性特点作出创造性贡献的人被认为是发明人。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十四条第一款的规定，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。本案中，航天长征公司主张聊城鲁西化工公司将航天长征公司非公开的技术方案申请涉案专利，对于该种类型的专利权权属纠纷，一般首先应由原告举证证明涉案专利技术方案来源于其在先完成的技术方案，并且被告在涉案专利申请日前能够获知该技术方案；如果被告主张涉案专利技术方案系对现有技术而非对原告技术方案的改进，应当举证证明；在已确认涉案专利技术方案来源于原告的情况下，被告应说明涉案专利技术方案与原告技术方案的区别，并在此基础上就其对发明创造的实质性特点作出创造性贡献进行证明或合理的说明；若双方主张对方各自完成的部分属于公知常识、现有技术或现有技术已给出明确的技术启示，应对此进行举证。人民法院根据双方当事人针对上述内容提交的证据确定专利权归属。

本案中，航天长征公司向法院提交了其曾向聊城鲁西化工公司的股东鲁西化工集团提供的图纸，用以证明涉案专利技术方案来源于其在先完成的技术方案，并且聊城鲁西化工公司在涉案专利申请日前能够获知该技术方案。聊城鲁西化工公司认可其确系在该图纸的技术方案的基础上得到涉案专利的技术方案，但主张其作出了具有实质性特点的改进。将航天长征公司的技术方案与涉案专利权利要求1、2的技术方案进行比较，聊城鲁西化工公司主张在航天长征公司的技术方案中，喷淋管口与气化炉合成气出口管道呈垂直连接。对此，本院认为，本领域

技术人员根据化工工艺流程图的标准图例可知，航天长征公司的图纸上并没有标示喷淋管口与气化炉合成气出口管道之间方向和角度关系的符号，聊城鲁西化工公司主张标示垂直连接的符号实际标示的是管道的流向。涉案专利说明书附图与航天长征公司的图纸亦完全一致。因此，原审法院认定航天长征公司的技术方案并未排除喷淋管口与合成气出口管道倾斜连接并无不当。涉案专利权利要求1系在航天长征公司技术方案的基础上明确选择了喷淋管口与气化炉合成气出口管道之间呈倾斜连接的方式，涉案专利权利要求2则给出了其认为最优的倾斜角度的选择。

与专利授权确权程序中对发明创造是否具有实质性特点的判断不同，在以非公开的技术方案作为主张权利基础的专利权属纠纷中，关于“对发明创造的实质性特点作出创造性贡献”的判断，建立在作为专利来源的非公开的技术方案基础之上。在这种情况下，对他人非公开技术方案作出改动并申请专利的一方要单独或共同拥有专利权，至少应当通过体现研发过程、技术效果等内容的证据或理由，证明或合理说明其在他人非公开技术方案基础上，进一步作出了实质性的技术贡献。涉案专利权利要求1、2仅仅是在航天长征公司的技术方案的基础上具体选择了喷淋管口与气化炉合成气出口管道之间倾斜连接的方式，并具体限定了倾斜的角度。虽然说明书也记载了其可以获得有益的技术效果，但设置喷淋装置本身即是为了去除合成气中的煤灰，喷淋管口与气化炉合成气出口管道之间连接的角度不同必然导致喷淋位置不同。在聊城鲁西化工公司既无实际研发记录，亦无验证技术效果的证据的情况下，难以说明其通过该点改动对发明创造的实质性特点作出了创造性贡献，故聊城鲁西化工公司不应因此改动而对该技术方案拥有专利权。原审判决认定涉案专利权应归航天长征公司所有，具有事实和法律依据，本院对此予以维持。

聊城鲁西化工公司还以其股东鲁西化工集团与航天长征公司签订的专利实施许可合同约定了技术成果的归属为由，主张涉案专利权应归其所有，但根据该合同约定，只有“针对该项目进行后续改进，由此产生的具有实质性或创造性技术进步特征的新技术成果”才能归鲁西化工集团一方所有。基于本院的上述分析，聊城鲁西化工公司以合同为依据的抗辩主张不能成立。

本案系专利权权属纠纷，航天长征公司提及的聊城鲁西化工公司违反保密约定的具体诉讼理由，与涉案专利权归属的认定存在关联性，且从本案查明事实来

看，涉案专利技术方案的确来源于航天长征公司的技术资料，聊城鲁西化工公司与航天长征公司之间亦的确存在保密协议，故原审法院在裁判说理中论述聊城鲁西化工公司违反保密约定，并未明显超出本案审理专利权归属所需认定事实及法律关系的必要范围。鉴于航天长征公司提起本案诉讼系请求人民法院确认涉案专利权的权属，其并未明确提出要求聊城鲁西化工公司承担违约责任或侵权责任的诉讼请求，原审法院未对违约责任或侵权责任进行分析认定并无不妥，上述裁判理由的论述不影响聊城鲁西化工公司的诉讼权利，亦不影响原审判决结论的正确性。

二审裁判结果

综上所述，聊城鲁西化工公司的上诉请求不能成立，应予驳回；原审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 1000 元，由聊城市鲁西化工工程设计有限责任公司负担。

本判决为终审判决。

审判长周翔

审判员张晓阳

审判员崔宁

二〇二一年十二月二十日

法官助理李庆瑾

书记员王焱

7. “缝合器与缝合针套件”专利权及专利申请权权属两案【浙江左元医疗技术有限公司与万某专利权及专利申请权权属纠纷两案】

【案号】(2022)最高法知民终 1330 号、(2022)最高法知民终 2365 号

【基本案情】万某系专利号为 202020661599.4、名称为“缝合器与缝合针套件”的实用新型专利权人，以及申请号为 202010343019.1、名称为“缝合器、具有缝合器的治疗装置以及治疗系统”的发明专利申请人。左元公司认为，万某曾系该公司的法定代表人，其在职期间完成的上述两项发明创造属于职务发明，相关权利应归左元公司所有，故向浙江省杭州市中级人民法院提起诉讼。一审法院以证据不足为由判决驳回诉讼请求。左元公司不服，提起上诉。最高人民法院在二审程序中，全面梳理双方当事人一系列矛盾纠纷，帮助其厘清各自核心诉求，充分释明，耐心引导，一揽子化解双方全部关联纠纷，实现合作共赢。

【典型意义】两案的成功调解，化解了双方当事人积累多年的矛盾和系列纠纷，充分体现了以和为贵、互利共赢的中华优秀传统文化，彰显了人民法院努力减轻当事人讼累、实质性化解纠纷的司法态度。

裁判文书摘要

案号 (2022)最高法知民终 2365 号

审理法院 最高人民法院

当事人 浙江左元医疗技术有限公司

万平

立案年度 2022

裁判时间 2022-11-18

裁判结果 准予撤回起诉;撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事裁定书

(2022)最高法知民终 2365 号

上诉人(原审原告): 浙江左元医疗技术有限公司。

法定代表人: 万平。

委托诉讼代理人：章建勇，浙江鉴湖律师事务所律师。

委托诉讼代理人：钟晨阳，浙江鉴湖律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)：万平。

上诉人浙江左元医疗技术有限公司因与被上诉人万平专利申请权权属纠纷一案，不服浙江省杭州市中级人民法院于2022年3月31日作出的(2021)浙01知民初854号民事判决，向本院提起上诉。本院于2022年11月8日立案后，依法组成合议庭，对本案进行了审理。

本院审理过程中，浙江左元医疗技术有限公司因与万平达成和解，于2022年11月18日向本院提出撤回起诉的申请。万平同意浙江左元医疗技术有限公司撤回起诉。

本院认为，浙江左元医疗技术有限公司在本案审理期间提出撤回起诉的请求，已经其他当事人同意，且不损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益，本院予以准许。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十七条第一款第五项、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三百三十六条第一款之规定，裁定如下：

- 一、撤销浙江省杭州市中级人民法院(2021)浙01知民初854号民事判决；
- 二、准许浙江左元医疗技术有限公司撤回起诉。

一审案件受理费900元，减半收取450元；二审案件受理费900元，减半收取450元，均由浙江左元医疗技术有限公司负担。

本裁定为终审裁定。

审判长崔宁

审判员余朝阳

审判员柯胥宁

二〇二二年十一月十八日

法官助理赵如如

书记员谭秀娇

二、专利行政案件

8. “左旋奥硝唑”发明专利权无效两案【长沙市华美医药科技有限公司与国家知识产权局、南京圣和药业股份有限公司发明专利权无效行政纠纷两案】

【案号】(2020)最高法知行终 475 号、(2020)最高法知行终 476 号

【基本案情】南京圣和公司系专利号为 200510068478.9、名称为“左旋奥硝唑在制备抗厌氧菌感染药物的应用”以及专利号为 200510083517.2，名称为“左旋奥硝唑在制备抗寄生虫感染的药物中的应用”的发明专利权人。华美公司以两专利不具备创造性为由，向国家知识产权局提出无效宣告请求。国家知识产权局决定维持两专利权有效。华美公司不服，向北京知识产权法院提起诉讼。一审法院判决撤销被诉决定并责令国家知识产权局重新作出决定。国家知识产权局、南京圣和公司均不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，在关于化合物医药用途专利的创造性判断中，应当全面、综合考虑现有技术是否给出了具体、明确的指引。本案中，现有技术没有给出降低奥硝唑毒性的技术启示，也没有给出发现左旋奥硝唑具有更低毒性的有益技术效果并将左旋奥硝唑单独成药的技术启示，故两专利具备创造性。遂两案均判决撤销一审判决，驳回华美公司的诉讼请求。

【典型意义】两案裁判明确了化合物医药用途专利的创造性判断标准，体现了加大医药知识产权保护力度、激发医药领域创新动力的司法导向。

裁判文书摘要

案号 (2020)最高法知行终 475 号

审理法院 最高人民法院

当事人 南京圣和药业股份有限公司

国家知识产权局

立案年度 2020

裁判时间 2021-12-19

裁判结果 撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

行政判决书

(2020)最高法知行终 475 号

当事人信息

上诉人(一审第三人、专利权人):南京圣和药业股份有限公司。

法定代表人:王勇,该公司董事长兼总经理。

委托诉讼代理人:唐铁军,北京市万慧达律师事务所专利代理师。

委托诉讼代理人:刘庆辉,北京安杰律师事务所律师。

上诉人(一审被告):国家知识产权局。

法定代表人:申长雨,该局局长。

委托诉讼代理人:陈晏晏,该局审查员。

委托诉讼代理人:史晶,该局审查员。

被上诉人(一审原告、无效宣告请求人):长沙市华美医药科技有限公司。

法定代表人:谢安云,该公司总经理。

委托诉讼代理人:曾迪,北京志霖律师事务所律师。

委托诉讼代理人:马博文,北京志霖律师事务所律师。

审理经过

上诉人南京圣和药业股份有限公司(以下简称南京圣和公司)、国家知识产权局与被上诉人长沙市华美医药科技有限公司(以下简称长沙华美公司)发明专利权无效行政纠纷一案,涉及专利权人为南京圣和公司、名称为“左旋奥硝唑在制备抗厌氧菌感染药物的应用”的发明专利(以下简称本专利)。针对长沙华美公司就本专利提出的无效宣告请求,国家知识产权局作出第 38076 号无效宣告请求审查决定(以下简称被诉决定),维持本专利权有效;长沙华美公司不服,向北京知识产权法院提起诉讼。北京知识产权法院于 2020 年 6 月 10 日作出的(2019)京 73 行初 1801 号行政判决,判决:(一)撤销国家知识产权局作出的被诉决定;(二)国家知识产权局针对长沙华美公司就本专利提出的无效宣告请求重新作出审查决定。南京圣和公司、国家知识产权局不服,向本院提起上诉。本院于 2020 年 10 月 9 日立案后,依法组成合议庭,并于 2021 年 1 月 11 日、2021 年 4 月 25 日公开开庭审理了本案。上诉人南京圣和公司的委托诉讼代理人唐铁军、刘庆辉,

上诉人国家知识产权局的委托诉讼代理人陈晏晏、史晶，被上诉人长沙华美公司的委托诉讼代理人曾迪、马博文到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

本案基本事实如下：本专利系名称为“左旋奥硝唑在制备抗厌氧菌感染药物的应用”的发明专利，专利权人为南京圣和公司，专利号为 200510068478.9，专利申请日为 2005 年 4 月 28 日，授权公告日为 2007 年 5 月 9 日。作为本案审查基础的权利要求为：

- “1. 左旋奥硝唑在制备抗厌氧菌感染药物中的用途。
2. 根据权利要求 1 所述的用途，其特征在于左旋奥硝唑制为适合临床使用的抗厌氧菌感染的药物制剂，包括口服制剂和静脉注射制剂。
3. 根据权利要求 2 所述的用途，其特征在于所述口服制剂为片剂或胶囊剂，其给药剂量为 10-40mg/kg/天。
4. 根据权利要求 3 所述的用途，其特征在于所述给药剂量为 20-30mg/kg/天。
5. 根据权利要求 2 所述的用途，其特征在于所述静脉注射制剂为氯化钠注射液、葡萄糖注射液、氯化钠-葡萄糖注射液、丙二醇注射液或甘露醇注射液，其给药剂量为 5-40mg/kg/天。
6. 根据权利要求 5 所述的用途，其特征在于所述给药剂量为 10-20mg/kg/天。
7. 一种抗厌氧菌感染药物制剂，其中主要含有左旋奥硝唑作为活性成分。
8. 根据权利要求 7 所述的药物制剂，其特征在于所述药物制剂为口服制剂或静脉注射制剂。
9. 根据权利要求 8 所述的药物制剂，其特征在于所述口服制剂为片剂或胶囊剂。
10. 根据权利要求 8 所述的药物制剂，其特征在于所述静脉注射制剂为氯化钠注射液、葡萄糖注射液、氯化钠-葡萄糖注射液、丙二醇注射液或甘露醇注射液。

2018 年 4 月 2 日，长沙华美公司请求国家知识产权局宣告本专利权利要求全部无效。主要理由包括：（一）本专利说明书公开不充分，不符合 2000 年修正的《中华人民共和国专利法》（以下简称专利法）第二十六条第三款的规定；（二）

权利要求 1-10 得不到说明书的支持，不符合专利法第二十六条第四款的规定；
(三) 权利要求 1-10 不具备创造性，不符合专利法第二十二条第三款的规定。

长沙华美公司提交了如下证据：

证据 1：“奥硝唑的药理作用及临床应用”，田怀平等，中国医院用药评价与分析，2002 年，第 2 卷第 5 期，第 303-304 页，复印件；

证据 2：

“Lipase-Catalyzed resolutions of both the enantiomers of norfloxacin and seclidazole”, TianPing 等, Chinese Journal of Chemistry, 2003 年, 第 21 期, 第 853-857 页, 复印件及其中文译文；

证据 3：《厌氧菌和微需氧菌感染与实验诊断》，赵虎编著，上海科学技术出版社，2005 年 1 月第 1 版第 1 次印刷，封面、书名页、版权页、内容提要、目录、正文第 1-4 页、第 11-13 页、封底，复印件；

证据 4：《中药药理实验方法学》，李仪奎主编，上海科学技术出版社，1991 年，封面、扉页、版权页、前言、作者、目录、第 562 页附录，复印件；

证据 5：《药物毒理学》，周立国主编，中国医药科技出版社，2003 年 8 月第一版第一次印刷，封面、扉页、版权页、编写说明、前言、目录、正文第 13-14 页、第 148-161 页，复印件。

针对长沙华美公司提出的无效宣告请求，专利权人南京圣和公司提交了如下证据：

反证 1：“国产替硝唑片剂的不良反应”，史宗道等，中国新药杂志，1999 年，第 8 卷第 2 期，第 114-115 页，复印件；

反证 2：左奥硝唑氯化钠注射液说明书，2016 年 7 月 15 日（最近一次修改日期），复印件；

反证 3：

“Pharmacokinetics and pharmacodynamics of the nitroimidazole antimicrobials”, Kenneth C. Lamp 等, Clin Pharmacokinet, 1999 年 5 月, 第 36 卷第 5 期, 第 353-373 页, 复印件及部分中文译文；

反证 4：“手性药物的发展”，何煦昌，中国医药工业杂志，1997 年，第 28 卷第 11 期，第 519-524 页，复印件。其中，第 522 页中记载：“发达国家的药物审批部门，如美国的 FDA 认为手性药物以单一异构体的形式能更好地控制病情，

简化剂量-效应的关系。虽然仍不排除以消旋体申请的药物，然而首先要分离对映体，分别进行药理和毒理的试验，否则对映体有可能作为 50%的杂质对待而难以批准”；第 523 页中记载：“在研制手性新药时，选择消旋体或单一异构体有诸多因素需要考虑，除了化学、生物和技术因素之外，重要的是研究对映体之间药效学、药物动力学和毒理学的差异”。

反证 5：“硝基咪唑类药物的不良反应”，马传学等，江苏药学与临床研究，2005 年，第 13 卷第 1 期，第 41-43 页，复印件；

反证 6：“硝基呋喃类和硝基咪唑类药物的研究进展”，傅国等，青岛大学医学院学报，2003 年 12 月，第 39 卷第 4 期，复印件；

反证 7：

Mechanismsofselectivetoxicityofmetronidazoleandothernitroimidazole drugs,DavidIEdwards,Britishjournalofvenerealdiseases,1980年,第56卷第5期,复印件及其中文;

反证 8：

“Grundlagenderchemotherapievontrichomoniasisundamoebiasismitornidazol”,VonR. Richle 等,Arzneimittelforschungdrugresearch,1978年,第4期,复印件及其中文译文;

反证 9：

“Toxicityofornidazoleanditsanaloguestoratspermatozoaasreflectedinmotilityparameters”,W. Bone 等,Internationaljournalofandrology,1997年,第20卷第6期,第347-355页,复印件及其中文译文;

反证 10：公开日为 2013 年 3 月 5 日，公开号为 CN1400312A 的中国发明专利申请公开文本；

反证 11：国家重点新产品证书、药品注册批件、新药证书、国家科技重大专项项目验收结论书，复印件；

反证 12：江苏恒瑞医药股份有限公司出具的《情况说明》以及江苏恒瑞医药股份有限公司和中国科学院上海有机研究所签署的联合研究开发合同书，复印件。

2018 年 11 月 28 日，国家知识产权局作出被诉决定认为：本专利权利要求 1 请求保护左旋奥硝唑在制备抗厌氧菌感染的药物中的用途。证据 1 公开了奥硝唑

(ONZ)的药理作用，具体为抗厌氧菌作用，其中奥硝唑对绝大多数厌氧菌均具有较强的抑制杀灭作用，并具体列举了对脆弱拟杆菌、梭状芽孢杆菌的抑菌浓度数据。此外还进一步公开了奥硝唑的毒理学研究，其中长期毒性一节中指出：高剂量(250mg/(kg*d))连续给药导致神经中毒症状，同剂量长期给予 ONZ 引起狗神经中毒症状较甲硝唑(MNZ)晚，其神经毒性为暂时现象，停药后很快消失。还公开了奥硝唑的药代动力学。

证据1中并未记载奥硝唑的构象，在证据1的第二段公开了奥硝唑的化学名：1-(3-氯-2-羟丙基)-2-甲基-5-硝基咪唑。根据化学领域化合物命名的惯例，没有指明构象，则一般认为指的是外消旋体，可见证据1公开了奥硝唑的外消旋体。对于这一点，长沙华美公司和南京圣和公司均没有提出异议。因此证据1实质上公开了消旋奥硝唑抗厌氧菌的技术方案。权利要求1与证据1的区别在于：权利要求1中使用的是左旋奥硝唑，而证据1中是奥硝唑的外消旋体。

根据说明书的记载，市售的奥硝唑制剂均以奥硝唑消旋体为主药，奥硝唑虽然具有良好的治疗厌氧菌感染的效果，但是也存在不小的不良反应。本专利对奥硝唑的左旋体进行研究，发现在急性毒理实验中，各种给药途径下左旋奥硝唑的LD50均高于消旋奥硝唑，说明左旋奥硝唑的安全性相对更高；在中枢毒性实验中，相同给药剂量的左旋奥硝唑与右旋奥硝唑、消旋奥硝唑相比，左旋奥硝唑给药组中对动物无明显毒性作用影响，有流涎、呕吐等表现，对进食和体重有一定抑制，器官组织学检查未见明显病理性变化；而右旋奥硝唑和消旋奥硝唑给药组中，均出现流涎、呕吐、抽搐等毒副作用，对进食和体重有明显抑制作用；在右旋奥硝唑组中还出现浦肯野细胞数目减少、轻度变形。说明左旋奥硝唑的中枢毒性更低；在一般药理实验中，通过比较相同给药剂量下左旋奥硝唑与右旋奥硝唑、消旋奥硝唑对小白鼠的自发活动的影响、对小鼠的协调平衡运动的影响等试验结果来证明左旋奥硝唑对中枢神经的抑制作用比右旋奥硝唑和消旋奥硝唑明显减轻。此外，在药效学研究中，对拟杆菌、消化链球菌等6种厌氧菌的抑菌数据表明，左旋奥硝唑的抗菌活性与消旋奥硝唑基本相似。在口头审理过程中，南京圣和公司指出，左旋奥硝唑和右旋、消旋奥硝唑相比，疗效相当；本发明的关键在于发现了毒性降低，尤其是中枢毒性更低，安全性得到提高。由此确认，本专利实际解决的技术问题是提供一种降低消旋奥硝唑的毒性(中枢毒性)用药更安全的抗厌氧菌感染的用途。

证据 2 公开了使用脂肪酶催化拆分奥硝唑的方法获得了具有高对映体过量值的光学纯奥硝唑。相应的生物活性测试正在准备中，测试结果将揭示这两种手性药物构型和生物活性之间的关系。证据 2 还公开了如果外消旋化合物的活性对映体可以被使用，其所需的剂量减半即可。关于本专利的效果，进行药理实验时，动物的个体差异或实验误差会不同程度地影响实验结果，要获得可靠的实验结果，需通过设计实验，避免各种误差和偏性的干扰。对于急性毒性实验，证据 1 和本专利记载的毒性实验是在不同的条件下分别进行的，分别受到环境因素、操作因素、动物状况等多重因素的影响，因此直接将本专利的左旋奥硝唑的 LD50 值与证据 1 中消旋奥硝唑的 LD50 值直接比较，其中必然包括了不同的实验过程中多种因素带来的误差，因此不能根据简单比较二者绝对数值得出左旋奥硝唑的毒性与消旋奥硝唑相当或更大的结论。而另一方面，本专利说明书中所进行的急性毒理实验是一个完整的实验，左旋奥硝唑、右旋奥硝唑和消旋奥硝唑分别在相同的条件下进行实验，以消除上述各种因素可能带来的系统误差，因此通过比较所得的 LD50 值能够得出左旋奥硝唑的毒性较消旋奥硝唑小的结论。

对于中枢神经毒性实验，长沙华美公司根据证据 4 将证据 1 中狗的给药剂量换算成小鼠的剂量，并与本专利的实验进行比较。首先，基于前述相同的理由，考虑到证据 1 中的毒性实验与本专利的中枢毒性实验并不处于相同的条件，因此无法将实验数据直接进行对比。其次，由于物种之间存在差异，对于不同的药物来说，动物之间的敏感性可能存在差异。而对于中枢毒性模型来说，也存在适用于不同状况的动物模型。证据 4 是按照体表面积折算的等效剂量比率表的理论数值，并不能代表对于任意的药物，尤其是奥硝唑来说，各种实验动物如狗和小鼠之间的剂量均是严格按此表格进行换算。本领域技术人员在确定实验剂量时，通常在表格数值的基础上还需经过大量实验摸索才能确定。另一方面，本专利在进行与中枢神经相关的实验时，在同一实验中采用相同的实验条件，因此通过比较实验结果能够得出左旋奥硝唑的中枢毒性小于消旋奥硝唑的结论。因此长沙华美公司的该意见不具备说服力。

基于说明书记载的内容，本专利的发明目的是如何降低消旋奥硝唑的毒性尤其是中枢毒性，而并非如何拆分，或如何对拆分出的光学异构体的药效、毒性进行检测，本领域技术人员产生动机选择消旋奥硝唑中特定的异构体的前提，应当是基于存在通过选择异构体能够取得更优异的技术效果例如降低其毒性尤其是

中枢毒性的成功预期而进行的。因此本专利是否具备创造性的关键在于，现有技术中是否给出启示为了降低毒性尤其是中枢神经毒性，使用左旋奥硝唑用于制药。

证据 1 阐述了奥硝唑的药理作用、毒理学研究和临床应用，其中对于神经毒性的实验中记载所述神经毒性为暂时现象，停药后很快消失。在不良反应一节中记载，“ONZ 正常用量比较安全，副作用轻微……”“ONZ 作为抗厌氧菌、抗滴虫及抗阿米巴虫新药，抗菌力强，半衰期长，无特殊毒性……依从性好，毒副作用低，有较好的应用前景”。由此可见，证据 1 认为奥硝唑毒副作用较轻，且神经毒性为暂时的，停药后很快消失。在此基础上，本领域技术人员并不容易想到要进一步降低奥硝唑的副作用；并且，在证据 1 中未记载如何降低奥硝唑中枢毒性的方法，也未涉及中枢毒性产生的机理或原因的前提下，即使出于一般性的药物研发的考虑，也不会有动机想到去通过选择手性异构体来实现该目的。因此证据 1 本身没有涉及如何降低毒性的研发方向，没有给出通过选择手性异构体来降低中枢毒性的启示。

而在毒理学领域，化学物质的毒性作用是其与生物体相互作用的结果，受多种因素影响。从物质本身来说，化学结构决定了其具有特定的理化性质和化学活性。理化性质如水溶性、脂溶性等又进一步影响物质在体内代谢转化过程从而影响毒性的强弱。此外，物质进入生物体的途径也可能影响其毒性的强弱。对于药物来说，其化学活性既体现为治疗活性，也体现为毒性/副作用。由此可见，本领域技术人员想降低已知药物的毒性，可通过改变化合物的结构，从而影响其化学性质和理化性质，通过制剂手段改变其给药途径和/或在体内代谢过程等多种研发思路。选择光学异构体仅仅是其中可能存在的一种思路，而本领域技术人员会通过何种思路去实现上述目的，需要结合现有技术整体情况来判断。

在本案中，如前所述，对于硝基咪唑类药物而言，如奥硝唑、甲硝唑和替硝唑结构相似，均包括在 5-位被硝基取代的咪唑环，区别在于咪唑环上 N 连接的侧链不同。该类药物对微生物的杀灭作用需要硝基的还原，该还原剂随后引起 DNA 链断裂，还可能包括对 DNA 修复机制的抑制，进而加剧 DNA 的损伤。甲硝唑、替硝唑和奥硝唑治疗活性和副作用相似，但在程度上又有所不同：例如反证 3 译文第 4 页记载奥硝唑与其他硝基咪唑类药物对厌氧微生物和原虫具有相同的作用机制和抗微生物活性谱；反证 8 第 3.2.1-3.2.3 节试验及其试验结果表 3-5，结果表明奥硝唑和甲硝唑都具有抗滴虫、肝脏阿米巴虫和盲肠阿米巴虫的活性，

而二者的 ED50 和 ED90 不尽相同；反证 8 译文摘要认为高剂量组的奥硝唑出现神经毒性症状，其他硝基咪唑衍生物也会出现这些症状，与同剂量的甲硝唑相比，奥硝唑的副作用较晚。上述事实可以证明，硝基咪唑类药物的药效基团为分子结构中的硝基，硝基的还原不仅是药理作用产生的基础，也是毒性产生的主要原因。而甲硝唑、替硝唑和奥硝唑的侧链及侧链上的取代基不同导致其理化性质存在差异，例如反证 8 译文最后一页记载了奥硝唑的水溶性强于甲硝唑。综上，甲硝唑、替硝唑和奥硝唑在咪唑环上都有硝基而侧链不同，其药效和毒性相似但强弱有所不同。由此可见，基于硝基咪唑类药物已知的构效关系，本领域技术人员为了降低奥硝唑的毒性，通常的研发思路是对其进行咪唑环结构进行改造，尤其侧链上的改造，在硝基咪唑类药物发展的数十年来正是沿着这条思路因而获得了替硝唑和奥硝唑等新一代药物。

另一方面，对手性化合物来说，仅仅是立体构象不同，一般而言其理化性质并没有差别。对于本案而言，奥硝唑的左旋体与右旋体相比，其活性基团都是硝基咪唑，活性基团并不包括手性中心，因此左旋体和右旋体仅仅是化合物的构象不同。将二者拆分后，由于活性基团硝基和侧链的结构均相同，结合硝基咪唑类药物已知的构效关系，本领域技术人员会预期其化学性质和理化性质都相似，而不会想到其活性和/或毒性会有较大的差别。并且，长沙华美公司也并未提出证据来证明奥硝唑的药效/毒性与药物的空间结构有直接关系，也并未证明对映体具有药效或毒性差异是可以预见的。

此外，反证 9 译文摘要中也证明了左旋奥硝唑和右旋奥硝唑对大鼠精子的毒性相当，进一步说明本领域技术人员倾向于得出奥硝唑的两种光学异构体的毒性相当的预期。因此基于前述理由，本领域技术人员在证据 1 的基础上即使结合本领域的常规知识，也无法预期奥硝唑的中枢毒性与光学异构体相关，因而没有动机想到通过选择其中奥硝唑的一个异构体来降低中枢毒性。即使本领域技术人员通过已知技术能够选择奥硝唑的异构体，也不会预期获得的异构体能够解决奥硝唑的毒性尤其是中枢毒性的问题。因此权利要求 1 相对于证据 1 和公知常识的结合具备创造性。

证据 2 关注的重点在于如何拆分消旋奥硝唑的方法，但并未测定其生物活性，也没有预测异构体的活性和毒性会是怎样的情况。其中提到“如果活性对映体可以被使用，其所需的剂量减半即可”，仅仅是对普遍意义上光学异构体之间活性

关系的一种猜测，用于说明获得纯异构体可能存在的优点，并没有明确的启示奥硝唑的两种异构体的活性是怎样的。因此证据 2 也没有给出对消旋奥硝唑进行拆分并选择其中一个异构体来降低奥硝唑的中枢毒性的启示。因此本领域技术人员即使在证据 1 的基础上进一步结合证据 2 和前述公知常识，也无法获得本专利权利要求 1 的技术方案。权利要求 1 相对于证据 1、证据 2 和公知常识的结合具备创造性。

此外，长沙华美公司口头审理时提交了证据 4 和证据 5，其中证据 4 记载了人和动物间按体表面积折算的等效剂量比率表，证据 5 公开了急性毒性实验的方法和评价标准。以上证据均没有给出启示通过拆分奥硝唑的异构体来解决其中枢毒性的问题。本专利权利要求 1 相对于证据 1 和公知常识的结合、证据 1 和证据 2 以及公知常识的结合具备创造性。

权利要求 2-6 是权利要求 1 的从属权利要求，在权利要求 1 具备创造性的基础上，权利要求 2-6 也具备创造性。权利要求 7 相对于证据 1 和公知常识的结合、证据 1 和证据 2 以及公知常识的结合具备创造性。权利要求 8-10 是权利要求 7 的从属权利要求，在权利要求 7 具备创造性的基础上，权利要求 8-10 也具备创造性。

国家知识产权局据此决定：维持本专利权有效。

长沙华美公司不服，于 2019 年 3 月 1 日向一审法院提起诉讼，请求：撤销被诉决定，并判令国家知识产权局重新作出决定。事实和理由为：（一）被诉决定对本领域技术人员的水平以及现有技术整体情况的认定有误。本领域技术人员基于常识能够想到硝基咪唑类药物的左旋体、右旋体和消旋体之间在毒性等方面存在差异；本专利说明书记载的左旋奥硝唑的效果并未超出本领域技术人员合理预期的范围；研发立体化学纯的药物是本领域的常规思路，并非专利权人的创举，且现有技术已经存在大量对奥硝唑对映体的研究。（二）被诉决定对现有技术是否存在技术启示的认定有误。证据 2 已经对消旋体进行拆分获得了左旋、右旋奥硝唑，其同时已对可使用奥硝唑的对映体替换奥硝唑进行治疗给出了明确、肯定的指示；证据 2 所述“相应的生物活性测试正在准备中，测试结果将揭示这两种手性药物构型与生物活性之间的关系”已经充分证明本领域技术人员有动机用奥硝唑的对映体替代奥硝唑进行治疗；虽然本专利公开了左旋奥硝唑的毒性与消旋奥硝唑存在差异，但这一发现并不能使现有技术中已有的技术启示消失，更不会妨

碍本领域技术人员根据证据 2 公开的内容将左旋奥硝唑用于制备抗厌氧菌感染的药物，并且，左旋奥硝唑与消旋奥硝唑之间毒性的差异是本领域技术人员基于常识能够合理预期的，并不属于预料不到的技术效果。因此，权利要求 1 不具备创造性，权利要求 7 及其他权利要求也不具备创造性。

国家知识产权局辩称，坚持被诉决定中的意见，被诉决定认定事实清楚，适用法律正确，审理程序合法，审查结论正确，请求驳回长沙华美公司的诉讼请求。

南京圣和公司述称：同意国家知识产权局的意见，被诉决定认定事实清楚，适用法律正确，审查结论正确，请求判决驳回长沙华美公司的诉讼请求。

一审法院经审理认定了上述事实。另查明：在一审开庭审理过程中，长沙华美公司表示对被诉决定中关于现有技术公开内容的记载没有异议，对权利要求 1 相对于证据 1 的区别特征的认定没有异议，但认为权利要求 1 不具备创造性。

一审法院认为

一审法院认为：本案争议焦点为本专利权利要求 1 是否符合专利法第二十二条第三款的规定。

化学属于实验性科学，药物研发是本领域技术人员在现有技术的指引下不断探索的过程。判断涉及药物的产品或用途等技术方案是否具备可专利性，要从鼓励药企创新研发和保护公共利益两个角度出发，充分考虑本领域技术人员本身所具有的能力与水平，考察本领域技术人员在最接近的现有技术的基础上，能否意识到改进方向并发现其存在的问题，以及是否有动机采用现有技术解决该问题。

对于手性药物，如果化合物已知且仅有一个手性中心，该外消旋化合物的拆分又属于现有技术，而本领域技术人员有动机对该化合物进行拆分以寻求活性更好或毒副作用更小的对映体，在未取得预料不到的技术效果的情况下，通常认为该对映体化合物的应用不具备创造性。

相应的，国家知识产权局于 2019 年 7 月 14 日作出的第 41175 号无效宣告请求审查决定(以下简称第 41175 号决定)中也指出：“现有技术已公开了某化合物的外消旋物，如果该化合物仅有一个手性中心，且该外消旋化合物的拆分对于本领域技术人员而言属于常规技术手段，同时本领域技术人员有动机对该化合物进行拆分以寻求活性更好的对映体，那么，即使对映体相比外消旋物具有相对更好的活性，该对映体化合物仍不具备创造性。”尽管上述论述仅涉及活性的特性，但是，按照通常的药物研发路径，药物的临床前研究必然包括药理毒理学的研究，

以确定药物的作用范围及可能发生的毒性反应，在经药品管理部门的初步审批后才能进行临床试验，以保证用药安全有效。因此，基于欲上市药物必然进行包括有效性(活性)和安全性(毒性)等在内的研究，国家知识产权局的上述论述与本案有相通之处。本案中，本专利权利要求 1 请求保护左旋奥硝唑在制备抗厌氧菌感染的药物中的用途，证据 1 公开了奥硝唑(ONZ)的药理作用，其实质上公开了消旋奥硝唑抗厌氧菌的技术方案。权利要求 1 与证据 1 的区别在于：权利要求 1 中使用的是左旋奥硝唑，而证据 1 中是奥硝唑的外消旋体。

第一，关于证据 2 的技术启示。正如被诉决定所述，证据 2 公开了使用脂肪酶催化拆分奥硝唑的方法获得了具有高对映体过量值的光学纯奥硝唑；相应的生物活性测试正在准备中，测试结果将揭示这两种手性药物构型和生物活性之间的关系；证据 2 还公开了如果外消旋化合物的活性对映体可以被使用，其所需的剂量减半即可。可见，证据 2 已经公开拆分获得左旋奥硝唑的方法，清楚指明了“如果外消旋化合物的活性对映体可以被使用，其所需的剂量减半即可”的效果预期，在此基础上，进一步指出“获得奥硝唑……的光学纯对映体，是十分必要的”。也就是说，在本专利申请日之前，本领域技术人员已知奥硝唑具有一个手性中心，且已知如何拆分获得单一对映体，有动机对拆分获得的单一对映体的光学纯度进行后续的药物研发。证据 2 述及拆分奥硝唑时已经认识到其对映体可以用于抗菌应用，且其拆分目的也是为了使用其对映体代替奥硝唑用于抗菌应用。因此，证据 2 已经给出了使用奥硝唑的对映体替代奥硝唑用于抗菌应用的技术启示。

应当指出，对于本领域技术人员而言，技术启示的起点是会不会或者要不要去研究奥硝唑的单一对映体，而非具体到如何选择一种降低奥硝唑的中枢毒性的方法。若本领域技术人员有动机研究奥硝唑对映体的成药性能，那么发现其某一对映体具有活性较高和/或毒性较低的效果只是该研究的必然结果，除非这样的效果达到了预料不到的程度，否则，不会赋予某一对映体的应用以创造性。因此，判断权利要求 1 是否具备创造性，关键是看本领域技术人员在面对证据 1 所述奥硝唑的外消旋体时，有无动机进一步将其单一对映体开发成药物。由于证据 2 已经明确指出奥硝唑的单一对映体具有良好的开发前景，本领域技术人员显然有动机去研究其对映体，对于药品研发而言，安全性和有效性是必需的研究内容。

第二，关于技术效果。首先，在本专利申请日之前，本领域公知奥硝唑具有中枢神经毒副作用，包括头痛、眩晕、惊厥等症状。如上所述，在证据 2 的教导

下，本领域技术人员有动机拆分获得奥硝唑对映体并进行进一步研究。对本领域技术人员而言，在证据 2 的基础上，要确证单一对映体的药效并最终成为获批上市的药物，必然能够获知权利要求 1 所述左旋奥硝唑制备抗厌氧菌药物的用途，同时也必然会进行安全性试验，以了解包括已知的中枢系统毒副反应的安全情况。其次，在开发左旋奥硝唑的过程中，与已知的药物奥硝唑进行“头对头”的比较研究是本领域通常的做法。根据本专利说明书的记载，其中显示中枢毒副作用的大小顺序如下：左旋奥硝唑<消旋奥硝唑<右旋奥硝唑，但其只是确证了消旋体和两个对映体在毒副作用上的差异，上述差异仅体现在 4 只 Beagle 犬的动物试验的观察结果的量上，而这种毒副作用的差异难以构成预料不到的技术效果。事实上，本领域公知，在本专利申请日之前，药品审评中心已提出手性药物应当加强原料的光学纯度控制，对于一类光学异构体，应当提供各光学异构体的药效及毒性试验资料，以便在质量标准中严格控制有毒性的异构体。也就是说，在本专利申请日之前，本领域技术人员已知手性药物研发须深入到(R)和(S)对映体，且应当开展相应的毒副作用研究。因此，无论从药物研发路径来看，还是从本专利说明书的记载来看，权利要求 1 所述左旋奥硝唑在抗厌氧菌感染的应用并未取得预料不到的技术效果。

第三，关于研发思路。被诉决定指出，“本领域技术人员为了降低奥硝唑的毒性，通常的研发思路是对其进行咪唑环结构进行改造，尤其侧链上的改造，在硝基咪唑类药物发展的数十年来正是沿着这条思路因而获得了替硝唑和奥硝唑等新一代药物”。然而，本领域技术人员亦知晓，结构上的改造存在研发风险较高的问题，在药物有效性、安全性等方面具有相对较大的不确定性，相反，拆分研究单一对映体，则对其安全性、有效性的不确定性会相对较小。无论如何，拆分获得单一对映体至少是本领域技术人员研究降低外消旋体毒性或提高外消旋体活性的方法之一，本领域技术人员不会因为硝基咪唑类药物的药效分子结构中的硝基，而放弃研发单一对映体的毒性。

综上所述，在本专利申请日之前，本领域技术人员已知证据 1 所述奥硝唑具有抗厌氧菌的作用，亦知奥硝唑是外消旋体且其只有一个手性中心，包括可方便拆分的具有光学纯的对映体，证据 2 已经给出了使用奥硝唑的对映体替代奥硝唑用于抗菌应用的技术启示，而拆分的单一对映体作为一种药物，必然要确证其安全性和有效性，权利要求 1 所述左旋奥硝唑在抗厌氧菌感染的应用并不属于预料

不到的技术效果。据此，被诉决定认定权利要求 1 具备创造性，结论错误，依法应予纠正。在此基础上，被诉决定关于权利要求 7 以及其他权利要求具备创造性的认定，结论亦有误，依法应予纠正。

一审裁判结果

一审法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第一项、第二项之规定，判决：（一）撤销国家知识产权局作出的第 38076 号无效宣告请求审查决定；（二）国家知识产权局针对长沙市华美医药科技有限公司就第 200510068478.9 号发明专利提出的无效宣告请求重新作出审查决定。一审案件受理费 100 元，由国家知识产权局负担。

上诉人诉称

南京圣和公司不服一审判决，向本院提起上诉，请求：1. 撤销一审判决；2. 维持被诉决定。事实和理由为：（一）一审法院没有遵循创造性判断中的三步法。一审判决在认定本专利是否具备创造性过程中，回避了本专利实际解决的技术问题，错误认定现有技术给出了相应技术启示。在三步法中，就实际解决的技术问题，应当且必须全面考虑现有技术整体公开的内容，本领域技术人员是否能够基于现有技术的教导，获得使用区别技术特征改进最接近现有技术的启示和动机。但是一审法院在没有确定本专利实际解决的技术问题的情况下，空谈证据 2 的技术启示、本专利的技术效果和研发思路，尤其是将证据 2 上位解读为本领域技术人员在其指引下必然要对奥硝唑异构体进行研究，进而得出错误结论。（二）一审法院关于本专利不具备创造性的认定错误，本专利相对于证据 1、2 和公知常识的结合具备创造性。1. 本领域技术人员在证据 1 的基础上没有动机改进并得到本专利。根据证据 1 记载的内容可知，奥硝唑在抗厌氧菌、抗阴道滴虫以及抗阿米巴原虫均表现出很好的效果，而且没有长期毒性，只会出现短暂的神经毒性并且停药后很快消失。2. 本领域技术人员无法从证据 2 中获得降低消旋奥硝唑毒性的技术启示。首先，证据 2 与本专利所解决的技术问题不同。本专利相对于证据 1 实际要解决的技术问题是提供一种降低消旋奥硝唑毒性（特别是中枢毒性）、用药更安全的抗厌氧菌感染的用途。证据 2 解决的技术问题是如何获得高对映体过量值的奥硝唑对映异构体。其次，证据 2 的发明构思与本专利完全不同。证据 2 只是对消旋奥硝唑进行了拆分，目的是为了得到单一对映体，并没有针对拆分后的单一对映体的药理活性和毒性进行进一步的研究，也没有获得相应的药理活性

和毒性效果数据。最后，证据 2 没有给出降低毒性的技术启示。证据 2 只是提及了生物活性测试正在准备中，并没有记载生物活性测试的具体方法，更没有给出相应的生物活性效果数据。因此，证据 2 也未教导如何解决降低消旋奥硝唑毒性的技术问题，本领域技术人员无法从证据 2 中获得技术启示。3. 现有技术没有给出通过拆分奥硝唑光学异构体来降低中枢毒性的启示。(1) 长沙华美公司提交的证据 3 公开了手性药物的生物活性类型具有六种情形，无论是药理活性，还是毒性，均存在较大的差异。(2) 反证 9 对左旋、右旋奥硝唑生殖毒性进行了研究，结论是左旋、右旋奥硝唑生殖毒性并无差异。也有药企研究过奥硝唑光学异构体的药用问题，但其关注点仅在于药物活性。(3) 虽然美国食品和药物管理局在 1992 年发布手性药物指导(以下简称美国 FDA 指导文件)，要求原则上所有在美国申请上市的外消旋体新药，生厂商均需提供报告说明药物中所含对映体各自的药理作用、毒性和临床效果，但并不意味着本领域技术人员需要就所有已上市手性药物的每一种对映体的药理学、毒理学和毒理学都做全面测试。首先，奥硝唑上市时间早于美国 FDA 指导文件出台时间。其次，在案证据显示至少在 1997 年，奥硝唑的对映体已经被拆分得到，但本专利申请日前并未有任何关于使用左旋奥硝唑解决中枢毒性问题的报道。综上，现有技术没有给出通过拆分奥硝唑光学异构体来降低中枢毒性的启示。本领域技术人员无法预期本专利实现的降低毒性的技术效果。4. 本专利具有预料不到的技术效果。首先，本专利说明书记载了本专利所具有的技术效果。本专利说明书记载的 Beagle 犬的毒性试验和一般药理试验已表明左旋奥硝唑可以明显降低奥硝唑的中枢毒性。其次，临床试验结果可以进一步佐证本发明的效果。II 期临床试验结果表明，左旋奥硝唑在保有奥硝唑治疗活性的同时，显著降低人体不良反应，尤其是头晕、头昏、头痛等神经系统不良反应。再次，南京圣和公司的涉案专利产品“左旋奥硝唑氯化钠注射液”是我国“十一五”期间仅有的两个获批自主创新药之一，也是国家重大新药创制科技重大专项项目，先后获得了 2010 年科技部国家重点新产品、第 17 届中国专利优秀奖等多个奖项。前述专利于 2007 年在我国获得授权后，同时在欧洲、美国也获得专利授权，上述事实足以证明本专利取得了预料不到的技术效果。最后，长沙华美公司于 2005 年 11 月 18 日提交的专利申请“含有左奥硝唑的药物组合物及其应用”以及长沙华美公司“左奥硝唑片”药品的宣传资料也明确记载了左旋奥硝唑能够降低奥硝唑的中枢神经系统毒性的技术效果，从而印证了本专利所具

有的技术效果。(三)本案不应参考第41175号决定。第41175号决定作出的时间晚于被诉决定,该决定尚未生效,且其涉及的除草剂领域与本案所涉领域相差甚远,不具有可参照性。一审判决援引该无效决定评价本专利的创造性,认定有误。

国家知识产权局不服一审判决,向本院提起上诉,请求:1.撤销一审判决;2.维持被诉决定。事实和理由为:(一)一审法院关于技术启示的认定错误。一审法院并未考虑本专利取得的降低奥硝唑毒副作用的技术效果,也没有据此确定本专利所要解决的技术问题,而是直接认定了技术启示的起点。证据2只是记载了拆分奥硝唑对映体的方法,并没有对奥硝唑对映体可能存在的活性、毒性进行检测,也没有对其可能的活性、毒性情况进行分析和预测。本领域技术人员知晓,两个光学异构体之间的活性差异并不总是简单的强度相等或不相等这两种情形,故证据2更像是漫无目的的猜测,本领域技术人员不能从证据2中获得技术启示去研究奥硝唑的对映异构体及相应毒性。(二)一审法院关于本专利未取得预料不到的技术效果的认定错误。即使本领域技术人员有动机对证据1中的奥硝唑外消旋体进行拆分,进而对其毒性和活性进行测试,还需考虑本领域技术人员对左旋奥硝唑具有降低毒性这一效果是否具有合理预期。1.结合本领域技术人员对硝基咪唑类化合物的了解和研发历史,反证6中公开了咪唑环上的硝基是药理活性和毒性的来源,而左旋、右旋奥硝唑仅仅是构象不同,并未改变化合物的结构,该类化合物的构效关系已较为明确,活性和毒性作用的关键部位在于硝基乃至对硝基还原具有影响的基团,而奥硝唑的手性碳原子并非位于该活性、毒性中心基团上。2.左旋、右旋奥硝唑理化性质相同,反证9中已验证了二者的生殖毒性相当,基于此,本领域技术人员也会预期左旋、右旋奥硝唑的中枢毒性大致相当,形成外消旋体后也具有相当的中枢毒性。但是,本专利验证了左旋奥硝唑和外消旋体在活性相当的前提下,二者的毒性还有较大的差异,超出了本领域技术人员的一般预期,取得了预料不到的技术效果。

被上诉人辩称

长沙华美公司辩称:(一)南京圣和公司、国家知识产权局关于本专利所要实际解决的技术问题的主张存在错误。1.本专利所要解决的技术问题是左旋奥硝唑抗厌氧菌的治疗用途。2.本专利实际所解决的技术问题与中枢毒性无关。对于已知产品的用途发明,其技术贡献并不在于产品结构的改进,而是发现产品新性质以及发现利用该新性质产生的新用途,即新活性的发现,应当在创造性判断中作

为发明解决的技术问题予以考虑。而毒性、生物利用度等仅是对已知产品固有属性的检测结果，与发明的技术贡献无关，不属于发明实际解决的技术问题。本专利属于典型的已知产品用途，中枢毒性不是决定左旋奥硝唑是否可用于抗厌氧菌的性质，不应作为发明实际解决的技术问题。3. 《专利审查指南》和既往的司法实践均明确，对已知产品药物用途创造性的判断均是考量与药物用途有因果关系的活性，而不是毒性。（二）现有技术已经给出明确的技术启示，本专利不具备创造性。1. 证据 2 明确教导了可用奥硝唑对映体替代奥硝唑用于抗厌氧菌、抗寄生虫治疗，为此拆分获得左旋奥硝唑并指示本领域技术人员进一步检测其活性，而且本领域技术人员根据常识可知左旋、右旋奥硝唑必然至少有一个具备奥硝唑的治疗活性。即本领域技术人员只是在非常有限的二选一范围内进行选择，且对结果“至少一个对映体可替代奥硝唑用于相关治疗”存在充分的成功预期。2. 证据 3、4 均表明手性药物的研发已经是药物研究的热点和必然趋势，本领域技术人员根据证据 2 和公知常识的教导，有充分的动机得到本专利的技术方案。（三）本专利并未产生预料不到的技术效果。1. 中枢毒性并非左旋奥硝唑所要治疗的适应症，无论其是否具有减少中枢毒性的效果，均不影响左旋奥硝唑用于抗厌氧菌的用途。2. 即使考虑中枢毒性，左旋奥硝唑的毒性数据也没有超出本领域技术人员合理预期的范围，并未产生预料不到的技术效果。本专利说明书中公开的左旋奥硝唑与奥硝唑的毒副作用相差不大，没有产生明显降低毒性的技术效果。本领域技术人员基于常识，能够合理预见到对映体与消旋体在活性、毒性等方面存在差异，本专利所声称的左旋奥硝唑的中枢毒性略弱这一事实并没有超出本领域技术人员对于手性药物的毒性差异的认知。综上，一审判决认定事实清楚、适用法律正确。请求维持一审判决，驳回南京圣和公司和国家知识产权局的上诉请求。

本案二审期间，当事人均未提交新证据，并均对一审判决关于涉案证据真实性、合法性和关联性的认定不持异议。

本院查明

本院经审理查明：一审法院认定的事实属实，本院予以确认。

本院另查明：

（一）本专利情况

本专利说明书发明内容部分记载：临床使用表明奥硝唑具有很好的治疗厌氧菌感染的效果，但也存在不小的不良反应。为维持和提升这种治疗效果并降低不

良反映，故对奥硝唑的左旋体进行药代动力学、药效学、毒理学、一般药理学等试验研究，发现左旋奥硝唑药代动力学特性优于右旋奥硝唑和消旋奥硝唑，且中枢毒性低于右旋奥硝唑和消旋奥硝唑，故将左旋奥硝唑用于制备抗厌氧菌感染药物更具有实用性。

(二) 现有技术情况

证据 1 记载：硝基咪唑类新药奥硝唑(ornidazoleONZ)20 世纪 70 年代由瑞士 Roche 公司以商品名 Tiberall 问世，并收载于捷克药典(1991 年版)。目前，奥硝唑制剂在我国已作为四类新药上市。第 1.4 其它部分记载：奥硝唑对雄性大鼠精子的活动性有抑制作用，在高剂量时降低大鼠生殖力，表现出避孕效果、其作用在停药后很快自然恢复，提示奥硝唑对精子的生成无影响，可能通过影响附睾功能起作用。第 5 不良反应部分记载：奥硝唑正常用量比较安全，副作用轻微，口服和静脉注射其急性和亚急性毒性均较低。……奥硝唑作为抗厌氧菌、抗滴虫及抗阿米巴虫新药，抗菌力强，半衰期长，无特殊毒性。其临床疗效确切，适用人群广，依从性好，毒副作用低，有较好的应用前景。

反证 6 记载：硝基咪唑类和硝基咪唑类药物有相同药效基团——硝基，硝基的还原不仅是药理作用发生的基础，也是毒性发生的主要原因。与氯霉素有关的发育不良性贫血的发生，与硝基还原造成 DNA 损伤有关。

反证 9 记载：奥硝唑衍生物的体外毒性取决于卤素的存在以及硝基的位置，通过直接孵育，推测的无活性(R)-奥硝唑与有活性(S)-奥硝唑表现出相同的精子运动抑制。该观察及不同奥硝唑类似物体外体内作用的差异表明两种实验体系下精子运动抑制的不同机制……比较(R)-奥硝唑和(S)-奥硝唑，直接孵育 4h 精子的运动抑制效果显示对映异构体间无差异。

反证 12 江苏恒瑞医药股份有限公司出具的《情况说明》中记载：该公司曾于 2000 年 8 月立项委托上海有机化学研究所进行奥硝唑外消旋体的拆分研究。该公司就拆分所得左旋、右旋光学异构体，对照外消旋奥硝唑进行了包括活性测定在内的药物研发工作。结果显示，左旋奥硝唑、右旋奥硝唑以及消旋奥硝唑三者活性无显著性差别，故该司于 2003 年 12 月终止了该项目的研究。

长沙华美公司在一审中提交了《手性药物——研究与应用》，尤启冬、林国强著，化工工业出版社，2004 年 1 月第 1 版第 1 次印刷。其中，前言部分记载：美国食品与药物管理局(FDA)早在 1992 年就明确规定：对含有手性因素的药物倾

向于开发单一的对映体产品；对于外消旋的药物，则要求提供立体异构体的详细生物活性和毒性学数据。近年来，我国食品药品监督管理局(SFDA)也对手性药物的研究和开发做出了相应的规定。第一部分手性药物的生物活性研究部分记载：根据药物立体选择性的不同特点，手性药物的生物活性类型分为以下几种类型：两种对映体的作用相同；两种对映体的作用相反；一种对映体具有药理活性，另一种活性弱或无活性；两种对映体具有不同的药理活性；一种对映体具有药理活性，另一种对映体具有毒性作用；对映体的作用互补性等。

(三)其他查明的事实

1. 美国FDA指导文件倡导：在含有手性因素的新药开发时，倾向于开发单一的对映体产品，应在体外、体内系统比较异构体的主要药理活性。使用外消旋体的相对良性的毒理学概况时，无需对单一对映体进行单独的毒理学评估，除非出现了药理作用以外的非预期毒性作用，并且暴露剂量与临床拟用剂量比较相对较低时，必须对单一异构体分别进行毒性研究，以确定所发生的非预期毒性由哪个异构体产生。

2. 在本专利申请日前，我国食品药品监督管理局药品审评中心也提出手性药物应当加强原料的光学纯度控制，对于一类光学异构体药物，提供各光学异构体的药效及毒性试验材料，以便在质量标准中严格控制有毒性的异构体。

3. 我国食品药品监督管理局《药品注册管理办法(试行)》(2002年施行)第十六条规定：为申请药品注册而进行的药物临床前研究，包括药物的合成工艺、提取方法、理化性质及纯度、剂型选择、处方筛选、制备工艺、检验方法、质量指标、稳定性，药理、毒理、动物药代动力学等。中药制剂还包括原药材的来源、加工及炮制等；生物制品还包括菌毒种、细胞株、生物组织等起始材料的质量标准、保存条件、遗传稳定性及免疫学的研究等。

本院认为

本院认为：本专利申请日在2000年修正的专利法施行日(2001年7月1日)之后、2008年修正的专利法施行日(2009年10月1日)之前，本案应适用2000年修正的专利法。本案二审争议焦点问题是：本专利是否具备专利法第二十二条第三款规定的创造性。具体来说，主要包括以下几方面问题：(一)被诉决定确定的本专利实际解决的技术问题是否正确；(二)现有技术是否整体上给出了技术启示。

(一)关于被诉决定确定的本专利实际解决的技术问题是否正确

创造性判断的三步法要求，通常要先确定最接近的现有技术，然后分析要求保护的发明与最接近的现有技术之间存在的区别技术特征，根据该区别技术特征在要求保护的发明中所能达到的技术效果确定发明实际解决的技术问题。最后，从上述实际解决的技术问题出发，判断要求保护的发明对本领域技术人员来说是否显而易见。发明实际解决的技术问题，是指为获得更好的技术效果而需对现有技术进行改进的技术任务。在具体确定发明实际解决的技术问题时，应当以本专利与最接近现有技术之间的区别技术特征为基础，本专利说明书记载并得到证据支持的技术效果可以作为确定发明实际解决技术问题的参考。

本案中，南京圣和公司以及长沙华美公司对于被诉决定将证据1作为与本专利最接近的现有技术，以及认定二者的区别技术特征为“权利要求1中使用的是左旋奥硝唑，证据1中使用奥硝唑的外消旋体”均无异议。但是，南京圣和公司、国家知识产权局认为，基于前述区别技术特征，本专利实际解决的技术问题为提供一种降低消旋奥硝唑的中枢毒性、用药更安全的抗厌氧菌感染用途；长沙华美公司则认为本专利实际解决的技术问题中不应当考虑左旋奥硝唑降低中枢毒性的问题，而仅是提供了左旋奥硝唑的抗厌氧菌感染用途。对此，本院认为，根据本专利说明书记载，奥硝唑在治疗厌氧菌感染的同时也存在不良反应，主要表现为中枢抑制作用。本专利旨在维持和提升治疗效果并降低不良反应，经过对左旋奥硝唑进行药代动力学、药效学、毒理学、一般药理学等试验研究，发现左旋奥硝唑的药代动力学特性优于消旋奥硝唑和右旋奥硝唑，且中枢毒性更低。本专利说明书还详细记载了对小鼠和Beagle犬静脉注射左旋奥硝唑、消旋奥硝唑和右旋奥硝唑的毒性实验数据。因此，结合本专利与证据1的区别技术特征，以及本专利说明书记载的左旋奥硝唑在药代动力学上优于消旋奥硝唑和右旋奥硝唑，且中枢毒性更低的技术效果，被诉决定关于本专利实际解决的技术问题是提供一种降低消旋奥硝唑的毒性(中枢毒性)、用药更安全的抗厌氧菌感染用途并无不当，本院予以确认。

(二)关于现有技术是否整体上给出了技术启示

在创造性判断的三步法中，判断现有技术是否给出将区别技术特征应用到最接近的现有技术以解决其存在的技术问题的启示时，应当基于本领域技术人员的知识和能力，考察这种启示是否会使本领域技术人员在面对所述技术问题时，有

动机改进最接近的现有技术并获得要求保护的发明。如果现有技术不存在这种技术启示，则发明是非显而易见的。而且，本领域技术人员从现有技术中可以获知的技术启示原则上应该是具体、明确的技术手段，而不是抽象的想法或者一般的研究方向。仅仅依据抽象的想法或者本领域的一般猜测，容易低估发明的创造性。因为那些表面上看似显而易见的发明事实上也可能具有创造性，因此，必须全面、谨慎、现实地评估，面对本专利所要解决的技术问题，本领域技术人员基于其所认知的全部现有技术，是否能够容易地得出本专利的技术方案。

特别是在药学领域，已知化合物的用途发明专利是基于发现已知化合物的新性能，并利用新性能而作出的发明。已知化合物的用途发明专利的保护核心并不在于化合物本身，而在于化合物新性能的应用。对于已知化合物的药物用途发明专利，如果本领域技术人员对于已知化合物的药用用途或者效果没有“合理的成功预期”，即该药用用途或者效果不能从化合物本身的结构、组成、分子量、已知的物理化学性质以及该化合物的现有用途中显而易见地得出或者预见到，而是利用了该化合物新发现的性能，并且产生了有益的技术效果，超出了本领域技术人员的合理预期，则应该认为这种已知化合物的药用用途发明具备创造性。

1. 关于现有技术是否公开了区别技术特征

首先，关于证据 2。证据 2 公开了使用脂肪酶催化拆分奥硝唑的方法获得了具有高对映体过量值的光学纯奥硝唑。根据证据 2 公开的内容，其虽然给出了拆分奥硝唑获得手性对映体以及检测奥硝唑手性对映体生物活性的明确指引，但没有公开奥硝唑手性对映体的活性数据，也没有提及奥硝唑的毒性问题，更未提及将左旋奥硝唑单独成药用于抗厌氧菌感染这一区别技术特征。证据 2 中关于“如果外消旋化合物的活性对映体可以被使用，其所需的剂量减半即可”只是作者对普遍意义上光学异构体之间活性关系的一种猜测，并没有明确指出或者启示奥硝唑的两种异构体的活性差异。

其次，关于长沙华美公司一审提交的《手性药物——研究与应用》。根据上述证据记载的内容，手性药物的生物活性具有多种不同的情形：两种对映体的作用相同；两种对映体的作用相反；一种对映体具有药理活性，另一种活性弱或无活性；两种对映体具有不同的药理活性；一种对映体具有药理活性，另一种对映体具有毒性作用；对映体的作用互补性等。可见，本领域技术人员对拆分的左旋、

右旋奥硝唑，不能合理预期其生物学活性或毒性，也并未明确提及将左旋奥硝唑单独成药用于抗厌氧菌感染这一区别技术特征。

2. 关于现有技术是否给出本领域技术人员足够的技术启示

首先，即使在证据 2 的指引下，本领域技术人员着手对奥硝唑手性对映体的生物活性进行测定，当测量发现左、右旋奥硝唑的活性差异较大，甚至所述奥硝唑抗厌氧菌活性仅由一种对映体提供时，则可能选择有活性的对映体制备抗厌氧菌感染药物，从而实现药剂使用剂量减半的目的。但是，根据本专利的记载，左旋、右旋奥硝唑以及消旋奥硝唑的活性相当，据此可以佐证，本领域技术人员即使在测定证据 2 拆分获得的奥硝唑手性对映体活性时，也会获得相似的结论。反证 12 也佐证了左旋、右旋奥硝唑以及消旋奥硝唑的活性并无显著差异这一事实。在证据 2 初步设定的“如果外消旋化合物的活性对映体可以被使用，其所需的剂量减半即可”目标无法实现，且证据 2 也没有明示要对手性对映体的毒性进行进一步测定的情况下，本领域技术人员没有动机会对手性对映体的毒性作进一步研究和分析。特别是反证 9 译文摘要给出了相反的教导，证明左旋、右旋奥硝唑对大鼠精子的毒性相当，进一步说明本领域技术人员倾向于得出奥硝唑的两种光学异构体的毒性相当的预期。鉴于拆分手性对映体会增加成药成本，本领域技术人员对于左旋奥硝唑的毒性低的技术效果没有“合理的成功预期”，不会将拆分获得的左旋奥硝唑或右旋奥硝唑单独成药。

其次，即便是重新审视证据 1 公开的内容，也不存在可以指引本领域技术人员从其他现有技术中获得本专利技术启示的线索。证据 1 系关于“奥硝唑的药理作用及临床应用”的综述文章。该文章客观总结、系统梳理了奥硝唑的药理作用、毒理学研究、药代动力学及临床应用现状。虽然提及了奥硝唑具有一定毒性，表现为“对大鼠精子的活动性有抑制作用”，但亦明确记载“奥硝唑的神经毒性是暂时现象，停药后很快消失。”而且，证据 1 特别指出奥硝唑正常用量比较安全，副作用轻微，口服和静脉注射其急性和亚急性毒性均较低。其临床疗效确切，适用人群广，依从性好，毒副作用低，有较好的应用前景。可见，本领域技术人员在阅读证

据 1 公开的信息时，没有动机去改进现有技术、进一步降低奥硝唑的毒性。因此，证据 1 没有给出降低奥硝唑毒性的技术启示，当然更不会给出发现左旋奥硝唑具有毒性低的有益技术效果并将左旋奥硝唑单独成药的技术启示。

3. 关于研究方向对本专利技术启示认定的影响

长沙华美公司主张,美国 FDA 指导文件和我国食品药品监督管理局均要求对含有手性因素的药物倾向于开发单一的对映体产品,对于外消旋的药物要提供立体异构体的详细生物活性和毒性学研究的数据,因此,将消旋奥硝唑拆分为单一异构体并研究其活性和毒性是必然的研究方向和研究方法。对此,本院认为,美国 FDA 指导文件和我国食品药品监督管理局的要求主要是一般性的要求和指引,涉及左旋奥硝唑这一单一对映体的药用用途发明的创造性判断时,应当结合上述文件及要求的时间、具体内容以及消旋奥硝唑的特点、特性、本领域技术人员的认知等因素,全面、综合考虑现有技术是否给出了具体、明确的指引。

首先,奥硝唑并不属于美国 FDA 指导文件和我国药品审评中心要求的必须研究活性和毒性的手性对映体。美国 FDA 指导文件倡导在含有手性因素的新药开发时,倾向于开发单一的对映体产品,应在体外、体内系统比较异构体的主要药理活性。我国也日益重视手性药物的手性对映体的研究,在本专利申请日前,我国药品审评中心也提出手性药物应当加强原料的光学纯度控制,对于一类光学异构体药物,提供各光学异构体的药效及毒性试验材料,以便在质量标准中严格控制有毒性的异构体。根据前述文件及要求,在立体异构体新药开发时,两国均倡导加强对单一异构体的研究和分析。但是,在案证据显示,奥硝唑早在 20 世纪 70 年代就已问世,也已经作为四类新药在我国上市,因此,消旋奥硝唑并不属于拟开发的新药,其无需按照新药开发的要求提供单一手性对映体的药效及毒性试验。故对于消旋奥硝唑,本领域技术人员并不是必须研究左旋、右旋奥硝唑的药效及毒性。

其次,基于奥硝唑的毒性特征,本领域技术人员缺乏改进的动机。美国 FDA 指导文件指出,并非所有的外消旋体均要对单一对映体进行毒理学评估,只有在出现了药理作用以外的非预期毒性作用等情形时,才必须对单一对映体分别进行毒性研究,以确定毒性的来源。如前所述,证据 1 公开了消旋奥硝唑临床疗效确切、用药安全、毒副作用低等特性,可见,消旋奥硝唑在临床使用剂量时并没有出现严重的毒副作用,按照美国 FDA 指导文件的指引,此种情况的消旋药物,并不属于必须要对单一手性对映体毒理进行分析的情况。

再次,对光学异构体进行拆分使用并不是硝基咪唑类药物通常的改进方向。对于药物来说,其化学活性既体现为治疗活性,也体现为毒性/副作用。本领域

技术人员想降低已知药物的毒性，可以通过改变化合物的结构，从而影响其化学性质和理化性质，通过制剂手段改变其给药途径和/或在体内代谢过程等多种研发思路。选择光学异构体仅仅是其中可能存在的一种思路。对于硝基咪唑类药物而言，南京圣和公司无效行政阶段提交的反证 3、反证 8 等证据可以证明，硝基咪唑类药物的药效基团为分子结构中的硝基，硝基的还原不仅是药理作用产生的基础，也是毒性产生的主要原因。甲硝唑、替硝唑和奥硝唑在咪唑环上都有硝基而侧链不同，其药效和毒性相似但强弱有所不同。因此，基于硝基咪唑类药物已知的构效关系，本领域技术人员为了降低奥硝唑的毒性，通常的研发思路是对其咪唑环结构进行改造，尤其侧链上的改造，选择光学异构体进行拆分使用并不是此类药物通常的做法。而硝基咪唑类药物数十年发展历程也印证了这一思路。

最后，对于药物用途专利而言，在判断创造性时，应当全面、综合考虑现有技术是否给出了具体、明确的指引。由于现有化合物数量巨大、活性/毒性差异又大，最终能成为药物的少之又少。本领域技术人员在缺乏具体、明确指引的情况下，通常没有动机对该化合物及化合物对映体进行相关研究。对于已经上市的消旋奥硝唑药物，判断本领域技术人员会不会或要不要对其手性对映体进行研究，会不会在研究手性对映体活性的同时，研究其毒性，需要结合现有技术的整体状况来判断。如果现有技术只是给出了本领域一般的研究方向或者存在相反的技术教导，并没有关于研究手性对映体的毒性明确、具体的技术启示，仅据此认定现有技术给出相应技术启示，容易产生后见之明的危险，低估发明的创造性。

综上，本院认为，在本专利申请日前，本领域技术人员在证据 1、证据 2 和本领域公知常识的教导下，并没有动机去研究左旋奥硝唑的毒性，并将其单独制药，本专利技术方案对本领域技术人员并非显而易见。国家知识产权局、南京圣和公司关于现有技术并未给出使用左旋奥硝唑降低消旋奥硝唑毒性技术启示的上诉请求具有事实和法律依据，本院予以支持。一审法院未遵守三步法的审查原则，没有从现有技术的整体上判断是否给出技术启示，该项认定有误，本院予以纠正。本专利权利要求 1 的技术方案相对于证据 1、证据 2 及本领域公知常识的结合具备创造性。

权利要求 2-6 是权利要求 1 的从属权利要求，在本专利权利要求 1 具备创造性的基础上，权利要求 2-6 也具备创造性。

权利要求 7 请求保护一种抗厌氧菌感染药物制剂,其中主要含有左旋奥硝唑作为活性成分。权利要求 7 与权利要求 1 的区别仅在于,选择奥硝唑的左旋异构体为活性成分并将其制成药物制剂。故基于与权利要求 1 相同的理由,权利要求 7 亦具备创造性。权利要求 8-10 是权利要求 7 的从属权利要求,在本专利权利要求具备了具备创造性的基础上,权利要求 8-10 也具备创造性。

此外,南京圣和公司还主张第 41175 号决定不应参考适用于本案,对此,本院认为,第 41175 号决定与被诉决定针对的专利不同、对比文件不同、所涉技术领域不同、案情也不同,第 41175 号决定不应参考适用于本案。南京圣和公司的该项上诉理由成立,本院予以支持。

二审裁判结果

综上所述,南京圣和公司和国家知识产权局的上诉请求成立,应予支持。一审判决适用法律错误,本院予以纠正。依照 2000 年修正的《中华人民共和国专利法》第二十二条第三款,《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条、第八十九条第一款第二项之规定,判决如下:

- 一、撤销北京知识产权法院(2019)京 73 行初 1801 号行政判决;
- 二、驳回长沙市华美医药科技有限公司的诉讼请求。

一审案件受理费 100 元,二审案件受理费 100 元,均由长沙市华美医药科技有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长朱理

审判员傅蕾

审判员张晓阳

审判员邓卓

审判员何隽

二〇二一年十二月十九日

法官助理宾岳成

技术调查官张秀丽

书记员谢思琳

裁判文书摘要

案号 (2020)最高法知行终 476 号

审理法院 最高人民法院

当事人 南京圣和药业股份有限公司

国家知识产权局

立案年度 2020

裁判时间 2021-12-20

裁判结果 撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

行政判决书

(2020)最高法知行终 476 号

当事人信息

上诉人(一审第三人、专利权人): 南京圣和药业股份有限公司。

法定代表人: 王勇, 该公司董事长兼总经理。

委托诉讼代理人: 唐铁军, 北京市万慧达律师事务所专利代理师。

委托诉讼代理人: 吴晓辉, 北京市万慧达律师事务所专利代理师。

上诉人(一审被告): 国家知识产权局。

法定代表人: 申长雨, 该局局长。

委托诉讼代理人: 陈晏晏, 该局审查员。

委托诉讼代理人: 史晶, 该局审查员。

被上诉人(一审原告、无效宣告请求人): 长沙市华美医药科技有限公司。

法定代表人: 谢安云, 该公司总经理。

委托诉讼代理人: 马博文, 北京志霖律师事务所律师。

审理经过

上诉人南京圣和药业股份有限公司(以下简称南京圣和公司、国家知识产权局与被上诉人长沙市华美医药科技有限公司(以下简称长沙华美公司)发明专利权无效行政纠纷一案, 涉及专利权人为南京圣和公司、名称为“左旋奥硝唑在制备抗寄生虫感染的药物中的应用”的发明专利(以下简称本专利)。针对长沙华美公司就本专利提出的无效宣告请求, 国家知识产权局作出第 38074 号无效宣告请

求审查决定(以下简称被诉决定),维持本专利权有效。长沙华美公司不服,向北京知识产权法院提起诉讼。北京知识产权法院于2020年6月10日作出的(2019)京73行初1802号行政判决,判决:(一)撤销国家知识产权局作出的被诉决定;(二)国家知识产权局针对长沙华美公司就本专利提出的无效宣告请求重新作出审查决定。南京圣和公司、国家知识产权局不服,向本院提起上诉。本院于2020年10月9日立案后,依法组成合议庭,并于2021年1月11日、2021年4月25日公开开庭审理了本案。上诉人南京圣和公司的委托诉讼代理人唐铁军、吴晓辉,上诉人国家知识产权局的委托诉讼代理人陈晏晏、史晶,被上诉人长沙华美公司的委托诉讼代理人马博文到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

本案基本事实如下:本专利系名称为“左旋奥硝唑在制备抗寄生虫感染的药物中的应用”的发明专利,专利权人为南京圣和公司,专利号为200510083517.2,专利申请日为2005年7月8日,授权公告日为2007年3月21日。作为本案审查基础的权利要求为:

- “1. 左旋奥硝唑在制备抗寄生虫感染的药物中的用途。
2. 根据权利要求1所述的用途,其特征在于将左旋奥硝唑制为适合临床使用的抗寄生虫感染的药物制剂,所述制剂包括口服制剂、静脉给药制剂及阴道给药制剂。
3. 根据权利要求2所述的用途,其特征在于所述口服制剂给药剂量为10-40mg/kg/天。
4. 根据权利要求3所述的用途,其特征在于所述口服制剂给药剂量为20-30mg/kg/天。
5. 根据权利要求2所述的用途,其特征在于所述静脉给药制剂给药剂量为5-40mg/kg/天。
6. 根据权利要求5所述的用途,其特征在于所述静脉给药制剂给药剂量为10-20mg/kg/天。
7. 根据权利要求2所述的用途,其特征在于所述阴道给药制剂给药剂量为10-40mg/kg/天。
8. 根据权利要求7所述的用途,其特征在于所述阴道给药制剂给药剂量为20-30mg/kg/天。

9. 根据权利要求 1-8 任一项所述的用途,其特征在於所述寄生虫感染为阴道毛滴虫感染。

10. 根据权利要求 1-8 任一项所述的用途,其特征在於所述寄生虫感染为盲肠阿米巴虫感染。”

2018 年 4 月 2 日,长沙华美公司请求国家知识产权局宣告本专利权利要求全部无效。主要理由包括:本专利权利要求 1-10 不符合 2000 年修正的《中华人民共和国专利法》(以下简称专利法)第二十二条第三款的规定;权利要求 1-8 不符合专利法第二十六条第四款的规定。

长沙华美公司提交了如下证据:

证据 1:“奥硝唑的药理作用及临床应用”,田怀平等,中国医院用药评价与分析,2002 年,第 2 卷第 5 期,第 303-304 页,复印件;

证据 2:

“Lipase-Catalyzed resolutions of both the enantiomers of ornidazole and secnidazole”, Tian Ping 等, Chinese Journal of Chemistry, 2003 年,第 21 期,第 853-857 页,复印件及其中文译文;

证据 3:《人体寄生虫学》,李朝品等主编,中国科学技术大学出版社,1995 年 3 月第一版第一次印刷,封面、版权页、扉页、编写说明、前言、目录、正文第 1 页、第 18 页、第 75-106 页,复印件;

证据 4:《中药药理实验方法学》,李仪奎主编,上海科学技术出版社,1991 年,封面、扉页、版权页、前言、作者、目录、第 562 页附录,复印件;

证据 5:《药物毒理学》,周立国主编,中国医药科技出版社,2003 年 8 月第一版第一次印刷,封面、扉页、版权页、编写说明、前言、目录、正文第 13-14 页、第 148-161 页,复印件。

针对长沙华美公司提出的无效宣告请求,专利权人南京圣和公司提交了如下证据:

反证 1:申请日为 2005 年 4 月 28 日,公开日为 2005 年 10 月 26 日、公开号为 CN1686117A 的中国发明专利申请公开文本,打印件;

反证 2:《新药(西药)临床前研究指导原则汇编(药学药理学毒理学)》,中华人民共和国卫生部药政局,1993 年 7 月,封面、扉页、前言、目录、正文第 198-199 页,复印件;

反证 3:

"Pharmacokinetics and pharmacodynamics of the nitroimidazole antimicrobials", Kenneth C. Lamp 等, Clin Pharmacokinet, 1999 年 5 月, 第 36 卷第 5 期, 第 353-373 页, 复印件及部分中文译文;

反证 4: "手性药物的发展", 何煦昌, 中国医药工业杂志, 1997 年, 第 28 卷第 11 期, 第 519-524 页, 复印件。其中, 第 522 页中记载: "发达国家的药物审批部门, 如美国的 FDA 认为手性药物以单一异构体的形式能更好地控制病情, 简化剂量-效应的关系。虽然仍不排除以消旋体申请的药物, 然而首先要分离对映体, 分别进行药理和毒理的试验, 否则对映体有可能作为 50% 的杂质对待而难以批准"; 第 523 页中记载: "在研制手性新药时, 选择消旋体或单一异构体有诸多因素需要考虑, 除了化学、生物和技术因素之外, 重要的是研究对映体之间药效学、药物动力学和毒理学的差异";

反证 5: "硝基咪唑类药物的不良反应", 马传学等, 江苏药学与临床研究, 2005 年, 第 13 卷第 1 期, 第 41-43 页, 复印件;

反证 6: "硝基呋喃类和硝基咪唑类药物的研究进展", 傅国等, 青岛大学医学院学报, 2003 年 12 月, 第 39 卷第 4 期, 复印件;

反证 7:

Mechanisms of selective toxicity of metronidazole and other nitroimidazole drugs, David I Edwards, British journal of venereal diseases, 1980 年, 第 56 卷第 5 期, 复印件及其中文译文;

反证 8:

"Grundlagender chemotherapie von trichomoniasis und amoebiasis mit ornidazol" Von R. Richle 等, Arzneimittelforschung drug research, 1978 年, 第 4 期, 复印件及其中文译文;

反证 9:

"Toxicity of ornidazole and its analogues to rats spermatozoa as reflected in motility parameters", W. Bone 等, International journal of andrology, 1997 年, 第 20 卷第 6 期, 第 347-355 页, 复印件及其中文译文;

反证 10: 公开日为 2013 年 3 月 5 日、公开号为 CN1400312A 的中国发明专利申请公开文本;

反证 11: 左奥硝唑氯化钠注射液说明书, 2016 年 7 月 15 日(最近一次修改日期), 复印件;

反证 12: 国家重点新产品证书、药品注册批件、新药证书、国家科技重大专项项目验收结论书, 复印件;

反证 13: “国产替硝唑片剂的不良反应”, 史宗道等, 中国新药杂志, 1999 年, 第 8 卷第 2 期, 第 114 页、第 115 页, 复印件;

反证 14: 江苏恒瑞医药股份有限公司出具的《情况说明》以及江苏恒瑞医药股份有限公司和中国科学院上海有机研究所签署的联合研究开发合同书, 复印件。江苏恒瑞医药股份有限公司袁开红的名片, 复印件。

2018 年 11 月 27 日, 国家知识产权局作出被诉决定认为: 本专利权利要求 1 请求保护左旋奥硝唑在制备抗寄生虫感染的药物中的用途。证据 1 公开了奥硝唑(ONZ)具有抗阴道滴虫的作用和抗阿米巴原虫的作用, 此外还进一步公开了奥硝唑的毒理学研究, 其中长期毒性一节中指出: 高剂量[250mg/(kg*d)]连续给药导致神经中毒症状, 同剂量长期给予 ONZ 引起狗神经中毒症状较甲硝唑(MNZ)晚, 其神经毒性为暂时现象, 停药后很快消失。还公开了奥硝唑的药代动力学。

阴道滴虫和阿米巴原虫是寄生虫的下位概念, 因此证据 1 实质上公开了奥硝唑治疗具体寄生虫的技术方案。证据 1 公开了奥硝唑的外消旋体, 长沙华美公司和南京圣和公司对此均没有提出异议。因此, 权利要求 1 与证据 1 的区别技术特征在于: 权利要求 1 中使用的是左旋奥硝唑, 而证据 1 中是奥硝唑的外消旋体。

根据说明书的记载, 市售的奥硝唑制剂均以奥硝唑消旋体为主药, 奥硝唑虽然具有良好的治疗寄生虫、厌氧菌感染的效果, 但是也存在一些不良反应。本专利对奥硝唑的左旋体进行研究, 发现在急性毒理实验中, 各种给药途径下左旋奥硝唑的 LD50 均高于消旋奥硝唑, 说明左旋奥硝唑的安全性相对更高; 在中枢毒性实验中, 左旋奥硝唑与右旋奥硝唑、消旋奥硝唑相比, 中枢毒性更低; 在一般药理实验中, 左旋奥硝唑与右旋奥硝唑、消旋奥硝唑相比, 对中枢神经的抑制作用更低。此外, 在药效学研究中, 其中左旋奥硝唑在治疗阴道毛滴虫感染方面要优于右旋奥硝唑和消旋奥硝唑, 左旋奥硝唑在治疗盲肠阿米巴虫引起的感染方面, 略优于右旋奥硝唑和消旋奥硝唑。左旋奥硝唑作为抗寄生虫感染药物更具有实用性。在口头审理过程中, 南京圣和公司指出, 左旋奥硝唑和右旋、消旋奥硝唑相比, 疗效相当; 本发明的关键在于发现了毒性(中枢毒性)降低, 安全性得到提高。

由此确认，本专利实际解决的技术问题是提供一种为了降低消旋奥硝唑的毒性（中枢毒性），用药更安全的抗寄生虫感染的用途。

本专利实际解决的技术问题是如何降低消旋奥硝唑的毒性尤其是中枢毒性，而并非如何拆分，或如何对拆分出的旋光异构体的药效、毒性进行检测，本领域技术人员产生动机选择消旋奥硝唑中特定异构体的前提，应当是基于存在选择异构体能够取得更优异的技术效果例如降低其毒性尤其是中枢毒性的成功预期而进行的。因此本专利是否具备创造性的关键在于，现有技术中是否给出启示为了降低毒性尤其是中枢神经毒性，使用左旋奥硝唑用于制药。

证据1阐述了奥硝唑的药理作用、毒理学研究和临床应用，其中对于神经毒性的实验中记载所述神经毒性为暂时现象，停药后很快消失。在不良反应一节中记载，“ONZ 正常用量比较安全，副作用轻微……”“ONZ 作为抗厌氧菌、抗滴虫及抗阿米巴虫新药，抗菌力强，半衰期长，无特殊毒性……依从性好，毒副作用低，有较好的应用前景”。由此可见，证据1认为奥硝唑毒副作用较轻，且神经毒性为暂时的，停药后很快消失。本领域技术人员在证据1的基础上，并不容易想到要进一步降低奥硝唑的副作用；并且，在证据1中未记载如何降低奥硝唑中枢毒性的方法，也未涉及中枢毒性产生的机理或原因的前提下，即使出于一般性的药物研发的考虑，也不会有动机想到去通过选择特定异构体来实现该目的。因此证据1本身没有涉及如何降低毒性的研发方向，没有给出通过选择异构体来降低中枢毒性的启示。

而在毒理学领域，化学物的毒性作用是其与生物体相互作用的结果，受多种因素影响。从物质本身来说，化学结构决定了其具有特定的理化性质和化学活性。理化性质如水溶性、脂溶性等又进一步影响物质在体内代谢转化过程从而影响毒性的强弱。此外，物质进入生物体的途径也可能影响其毒性的强弱。对于药物来说，其化学活性既体现为治疗活性，也体现为毒性/副作用。由此可见，本领域技术人员想降低已知药物的毒性，可通过改变化合物的结构，从而影响其化学性质和理化性质，通过制剂手段改变其给药途径和/或在体内代谢过程等多种研发思路。选择光学异构体仅仅是其中可能存在的一种思路，而本领域技术人员会通过何种思路去实现上述目的，需要结合现有技术的整体情况来判断。

在本案中，如前所述，对于硝基咪唑类药物而言，如奥硝唑、甲硝唑和替硝唑结构相似，均包括在5-位被硝基取代的咪唑环，区别在于咪唑环上N连接的

侧链不同。该类药物对微生物的杀灭作用需要硝基的还原，该还原剂随后引起DNA链断裂，还可能包括对DNA修复机制的抑制，进而加剧DNA的损伤。甲硝唑、替硝唑和奥硝唑治疗活性和副作用相似，但在程度上又有所不同：例如反证3译文第4页记载奥硝唑与其他硝基咪唑类药物对厌氧微生物和原虫具有相同的作用机制和抗微生物活性谱；反证8第3.2.1-3.2.3节试验及其试验结果表3-5，结果表明奥硝唑和甲硝唑都具有抗滴虫、肝脏阿米巴虫和盲肠阿米巴虫的活性，而二者的ED50和ED90不尽相同；反证8译文摘要认为高剂量组的奥硝唑出现神经毒性症状，其他硝基咪唑衍生物也会出现这些症状，与同剂量的甲硝唑相比，奥硝唑的副作用较晚；反证13第1段中认为替硝唑的疗效较甲硝唑更好，其副作用较甲硝唑小。上述事实可以证明，硝基咪唑类药物的药效基团为分子结构中的硝基，硝基的还原不仅是药理作用产生的基础，也是毒性产生的主要原因。而甲硝唑、替硝唑和奥硝唑的侧链及侧链上的取代基不同导致其理化性质存在差异，例如反证8译文最后一页记载了奥硝唑的水溶性强于甲硝唑。综上，甲硝唑、替硝唑和奥硝唑在咪唑环上都有硝基而侧链不同，其药效和毒性相似但强弱有所不同。由此可见，基于硝基咪唑类药物已知的构效关系，本领域技术人员为了降低奥硝唑的毒性，通常的研发思路是对其进行咪唑环结构进行改造，尤其侧链上的改造，在硝基咪唑类药物发展的数十年来正是沿着这条思路因而获得了替硝唑和奥硝唑等新一代药物。

另一方面，对手性化合物来说，仅仅是立体构象不同，其理化性质并没有差别。对于本案而言，奥硝唑的左旋体与右旋体相比，其活性基团都是硝基咪唑，活性基团并不包括手性中心，因此左旋体和右旋体仅仅是化合物的构象不同。将二者拆分后，由于活性基团硝基和侧链的结构均相同，结合硝基咪唑类药物已知的构效关系，本领域技术人员会预期其化学性质和理化性质都相似，而不会想到其活性和/或毒性会有较大的差别。并且，长沙华美公司也并未提出证据来证明奥硝唑的药效/毒性与药物的空间结构有直接关系，也并未证明对映体具有药效或毒性差异是可以预见的。

此外，反证9译文摘要中也证明了左旋奥硝唑和右旋奥硝唑对大鼠精子的毒性相当，进一步说明本领域技术人员倾向于得出奥硝唑的两种光学异构体的毒性相当的预期。因此基于前述理由，本领域技术人员在证据1的基础上即使结合本领域的常规知识，也无法预期奥硝唑的中枢毒性与光学异构相关，因而没有动机

想到通过选择其中奥硝唑的一个异构体来降低中枢毒性。即使本领域技术人员通过已知技术能够选择奥硝唑的异构体,也不会预期获得的异构体能够解决中枢毒性的问题。因此权利要求 1 相对于证据 1 和公知常识的结合具备创造性。

证据 2 公开了使用脂肪酶催化拆分奥硝唑的方法获得了具有高对映体过量值的光学纯奥硝唑。相应的生物活性测试正在准备中,测试结果将揭示这两种手性药物构型和生物活性之间的关系。证据 2 还公开了如果外消旋化合物的活性对映体可以被使用,其所需的剂量减半即可。由此可见,证据 2 关注的重点在于如何拆分消旋奥硝唑的方法,但并未测定其生物活性,也没有预测异构体的活性和毒性会是怎样的情况。其中提到“如果活性对映体可以被使用,其所需的剂量减半即可”,仅仅是对普遍意义上光学异构体之间活性关系的一种猜测,用于说明获得纯异构体可能存在的优点,并没有明确的启示奥硝唑的两种异构体的活性是怎样的。因此证据 2 也没有给出对消旋奥硝唑进行拆分并选择其中一个异构体来降低奥硝唑的中枢毒性的启示。因此本领域技术人员即使在证据 1 的基础上进一步结合证据 2 和前述公知常识,也无法获得本专利权利要求 1 的技术方案。权利要求 1 相对于证据 1、证据 2 和公知常识的结合具备创造性。

此外,长沙华美公司口审时提交了证据 4 和证据 5,其中证据记载了人和动物间接体表面积折算的等效剂量比率表,证据 5 公开了急性毒性实验的方法和评价标准。以上证据均没有给出启示通过拆分奥硝唑的异构体来解决其中枢毒性的问题。综上,长沙华美公司的意见不具备说服力。本专利权利要求 1 相对于证据 1 和公知常识的结合、证据 1 和证据 2 以及公知常识的结合具备创造性。

权利要求 2-10 是权利要求 1 的从属权利要求,在权利要求 1 具备创造性的基础上,权利要求 2-10 也具备创造性。

国家知识产权局据此决定:维持本专利权有效。

长沙华美公司不服,于 2019 年 3 月 1 日向一审法院提起诉讼,请求:撤销被诉决定,并判令国家知识产权局重新作出决定。事实和理由为:(一)被诉决定对本领域技术人员的水平以及现有技术整体情况的认定有误。本领域技术人员基于常识能够想到硝基咪唑类药物的左旋体、右旋体和消旋体之间在毒性等方面存在差异;本专利说明书记载的左旋奥硝唑的效果并未超出本领域技术人员合理预期的范围;研发立体化学纯的药物是本领域的常规思路,并非专利权人的创举,且现有技术已经存在大量对奥硝唑对映体的研究。(二)被诉决定对现有技术是否

存在技术启示的认定有误。证据 2 已经对消旋体进行拆分获得了左旋、右旋奥硝唑，其同时已对可使用奥硝唑的对映体替换奥硝唑进行治疗给出了明确、肯定的指示；证据 2 所述“相应的生物活性测试正在准备中，测试结果将揭示这两种手性药物构型与生物活性之间的关系”已经充分证明本领域技术人员有动机用奥硝唑的对映体替代奥硝唑进行治疗；虽然本专利公开了左旋奥硝唑的毒性与消旋奥硝唑存在差异，但这一发现并不能使现有技术中已有的技术启示消失，更不会妨碍本领域技术人员根据证据 2 公开的内容将左旋奥硝唑用于制备抗寄生虫感染的药物，并且，左旋奥硝唑与消旋奥硝唑之间毒性的差异是本领域技术人员基于常识能够合理预期的，并不属于预料不到的技术效果。因此，权利要求 1 不具备创造性，从属权利要求 2-10 的附加技术特征为本领域常规选择，故其也不具备创造性。

国家知识产权局辩称，坚持被诉决定中的意见，被诉决定认定事实清楚，适用法律正确，审理程序合法，审查结论正确，请求驳回长沙华美公司的诉讼请求。

南京圣和公司述称：同意国家知识产权局的意见，被诉决定认定事实清楚，适用法律正确，审查结论正确，请求判决驳回长沙华美公司的诉讼请求。

一审法院经审理认定了上述事实。另查明：在一审开庭审理过程中，长沙华美公司表示对被诉决定中关于现有技术公开内容的记载没有异议，对权利要求 1 相对于证据 1 的区别特征的认定没有异议，但认为权利要求 1 不具备创造性。

一审法院认为

一审法院认为：本案争议焦点为本专利权利要求 1 是否符合专利法第二十二条第三款的规定。

化学属于实验性科学，药物研发是本领域技术人员在现有技术的指引下不断探索的过程。判断涉及药物的产品或用途等技术方案是否具备可专利性，要从鼓励药企创新研发和保护公共利益两个角度出发，充分考虑本领域技术人员本身所具有的能力与水平，考察本领域技术人员在最接近的现有技术的基础上，能否意识到改进方向并发现其存在的问题，以及是否有动机采用现有技术解决该问题。

对于手性药物，如果化合物已知且仅有一个手性中心，该外消旋化合物的拆分又属于现有技术，而本领域技术人员有动机对该化合物进行拆分以寻求活性更好或毒副作用更小的对映体，在未取得预料不到的技术效果的情况下，通常认为该对映体化合物的应用不具备创造性。

相应的,国家知识产权局于2019年7月14日作出的第41175号无效宣告请求审查决定(以下简称第41175号决定)中也指出:“现有技术已公开了某化合物的外消旋物,如果该化合物仅有一个手性中心,且该外消旋化合物的拆分对于本领域技术人员而言属于常规技术手段,同时本领域技术人员有动机对该化合物进行拆分以寻求活性更好的对映体,那么,即使对映体相比外消旋物具有相对更好的活性,该对映体化合物仍不具备创造性。”尽管上述论述仅涉及活性的特性,但是,按照通常的药物研发路径,药物的临床前研究必然包括药理毒理学的研究,以确定药物的作用范围及可能发生的毒性反应,在经药品管理部门的初步审批后才能进行临床试验,以保证用药安全有效。因此,基于欲上市药物必然进行包括有效性(活性)和安全性(毒性)等在内的研究,国家知识产权局的上述论述与本案有相通之处。

本案中,本专利权利要求1请求保护左旋奥硝唑在制备抗寄生虫感染的药物中的用途,证据1公开了奥硝唑(ONZ)具有抗阴道滴虫的作用和抗阿米巴原虫的作用,其实质上公开了奥硝唑治疗具体寄生虫的技术方案。权利要求1与证据1的区别在于:权利要求1中使用的是左旋奥硝唑,而证据1中是奥硝唑的外消旋体。

第一,关于证据2的技术启示。正如被诉决定所述,证据2公开了使用脂肪酶催化拆分奥硝唑的方法获得了具有高对映体过量值的光学纯奥硝唑;相应的生物活性测试正在准备中,测试结果将揭示这两种手性药物构型和生物活性之间的关系;证据2还公开了如果外消旋化合物的活性对映体可以被使用,其所需的剂量减半即可。可见,证据2已经公开拆分获得左旋奥硝唑的方法,清楚指明了“如果外消旋化合物的活性对映体可以被使用,其所需的剂量减半即可”的效果预期,在此基础上,进一步指出“获得奥硝唑……的光学纯对映体,是十分必要的”。也就是说,在本专利申请日之前,本领域技术人员已知奥硝唑具有一个手性中心,且已知如何拆分获得单一对映体,有动机对拆分获得的单一对映体的光学纯度进行后续的药物研发。证据2述及拆分奥硝唑时已经认识到其对映体可以应用于抗寄生虫感染,且其拆分目的也是为了使用其对映体代替奥硝唑应用于抗寄生虫感染。因此,证据2已经给出了使用奥硝唑的对映体替代奥硝唑应用于抗寄生虫感染的技术启示。

应当指出，对于本领域技术人员而言，技术启示的起点是会不会或者要不要去研究奥硝唑的单一对映体，而非具体到如何选择一种降低奥硝唑的中枢毒性的方法。若本领域技术人员有动机研究奥硝唑对映体的成药性能，那么发现其某一对映体具有活性较高和/或毒性较低的效果只是该研究的必然结果，除非这样的效果达到了预料不到的程度，否则，不会赋予某一对映体的应用以创造性。因此，判断权利要求 1 是否具备创造性，关键是看本领域技术人员在面对证据 1 所述奥硝唑的外消旋体时，有无动机进一步将其单一对映体开发成药物。由于证据 2 已经明确指出奥硝唑的单一对映体具有良好的开发前景，本领域技术人员显然有动机去研究其对映体，对于药品研发而言，安全性和有效性是必需的研究内容。

第二，关于技术效果。首先，在本专利申请日之前，本领域公知奥硝唑具有中枢神经毒副作用，包括头痛、眩晕、惊厥等症状。如上所述，在证据 2 的教导下，本领域技术人员有动机拆分获得奥硝唑对映体并进行进一步研究。对本领域技术人员而言，在证据 2 的基础上，要确证单一对映体的药效并最终成为获批上市的药物，必然能够获知权利要求 1 所述左旋奥硝唑制备抗寄生虫药物的用途，同时也必然会进行安全性试验，以了解包括已知的中枢系统毒副作用的安全情况。其次，在开发左旋奥硝唑的过程中，与已知的药物奥硝唑进行“头对头”的比较研究是本领域通常的做法。根据本专利说明书的记载，其中显示中枢毒副作用的大小顺序如下：左旋奥硝唑<消旋奥硝唑<右旋奥硝唑，但其只是确证了消旋体和两个对映体在毒副作用上的差异，上述差异仅体现在 4 只 Beagle 犬的动物试验的观察结果的量上，而这种毒副作用的差异难以构成预料不到的技术效果。事实上，本领域公知，在本专利申请日之前，药品审评中心已提出手性药物应当加强原料的光学纯度控制，对于一类光学异构体，应当提供各光学异构体的药效及毒性试验资料，以便在质量标准中严格控制有毒性的异构体。也就是说，在本专利申请日之前，本领域技术人员已知手性药物研发须深入到(R)和(S)对映体，且应当开展相应的毒副作用研究。因此，无论从药物研发路径来看，还是从本专利说明书的记载来看，权利要求 1 所述左旋奥硝唑在抗寄生虫感染的应用并未取得预料不到的技术效果。

第三，关于研发思路。被诉决定指出，“本领域技术人员为了降低奥硝唑的毒性，通常的研发思路是对其进行咪唑环结构进行改造，尤其侧链上的改造，在硝基咪唑类药物发展的数十年来正是沿着这条思路因而获得了替硝唑和奥硝唑

等新一代药物”。然而，本领域技术人员亦知晓，结构上的改造存在研发风险较高的问题，在药物有效性、安全性等方面具有相对较大的不确定性，相反，拆分研究单一对映体，则对其安全性、有效性的不确定性会相对较小。无论如何，拆分获得单一对映体至少是本领域技术人员研究降低外消旋体毒性或提高外消旋体活性的方法之一，本领域技术人员不会因为硝基咪唑类药物的药效分子结构中的硝基，而放弃研发单一对映体的毒性。

综上所述，在本专利申请日之前，本领域技术人员已知证据 1 所述奥硝唑具有治疗具体寄生虫的作用，亦知奥硝唑是外消旋体且其只有一个手性中心，包括可方便拆分的具有光学纯的对映体，证据 2 已经给出了使用奥硝唑的对映体替代奥硝唑应用于抗寄生虫感染的技术启示，而拆分的单一对映体作为一种药物，必然要确证其安全性和有效性，权利要求 1 所述左旋奥硝唑在抗寄生虫感染的应用并不属于预料不到的技术效果。据此，被诉决定认定权利要求 1 具备创造性，结论错误，依法应予纠正。在此基础上，被诉决定关于从属权利要求 2-10 具备创造性的认定，结论亦有误，依法应予纠正。

一审裁判结果

一审法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第七十条第一项、第二项之规定，判决：（一）撤销国家知识产权局作出的第 38074 号无效宣告请求审查决定；（二）国家知识产权局针对长沙市华美医药科技有限公司就第 200510083517.2 号发明专利提出的无效宣告请求重新作出审查决定。一审案件受理费 100 元，由国家知识产权局负担。

上诉人诉称

南京圣和公司不服一审判决，向本院提起上诉，请求：1. 撤销一审判决；2. 维持被诉决定。事实和理由为：（一）一审法院没有遵循创造性判断中的三步法。一审判决在认定本专利是否具备创造性过程中，回避了本专利实际解决的技术问题，错误认定现有技术给出了相应技术启示。在三步法中，就实际解决的技术问题，应当且必须全面考虑现有技术整体公开的内容，本领域技术人员是否能够基于现有技术的教导，获得使用区别技术特征改进最接近现有技术的启示和动机。但是一审法院在没有确定本专利实际解决的技术问题的情况下，空谈证据 2 的技术启示、本专利的技术效果和研发思路，尤其是将证据 2 上位解读为本领域技术人员在其指引下必然要对奥硝唑异构体进行研究，进而得出错误结论。（二）一审

法院关于本专利不具备创造性的认定错误，本专利相对于证据 1、2 和公知常识的结合具备创造性。1. 本领域技术人员在证据 1 的基础上没有动机改进并得到本专利。根据证据 1 记载的内容可知，奥硝唑在抗厌氧菌、抗阴道滴虫以及抗阿米巴原虫均表现出很好的效果，而且没有长期毒性，只会出现短暂的神经毒性并且停药后很快消失。2. 本领域技术人员无法从证据 2 中获得降低消旋奥硝唑毒性的技术启示。首先，证据 2 与本专利所解决的技术问题不同。本专利相对于证据 1 实际要解决的技术问题是提供一种降低消旋奥硝唑毒性(特别是中枢毒性)、用药更安全的抗寄生虫感染的用途。证据 2 解决的技术问题是如何获得高对映体过量值的奥硝唑对映异构体。其次，证据 2 的发明构思与本专利完全不同。证据 2 只是对消旋奥硝唑进行了拆分，目的是为了得到单一对映体，并没有针对拆分后的单一对映体的药理活性和毒性进行进一步的研究，也没有获得相应的药理活性和毒性效果数据。最后，证据 2 没有给出降低毒性的技术启示。证据 2 只是提及了生物活性测试正在准备中，并没有记载生物活性测试的具体方法，更没有给出相应的生物活性效果数据。因此，证据 2 也未教导如何解决降低消旋奥硝唑毒性的技术问题，本领域技术人员无法从证据 2 中获得技术启示。3. 现有技术没有给出通过拆分奥硝唑光学异构体来降低中枢毒性的启示。(1)长沙华美公司提交的证据 3 公开了手性药物的生物活性类型具有六种情形，无论是药理活性，还是毒性，均存在较大的差异。(2)反证 9 对左旋、右旋奥硝唑生殖毒性进行了研究，结论是左旋、右旋奥硝唑生殖毒性并无差异。也有药企研究过奥硝唑光学异构体的药用问题，但其关注点仅在于药物活性。(3)虽然美国食品和药物管理局在 1992 年发布手性药物指导(以下简称美国 FDA 指导文件)，要求原则上所有在美国申请上市的外消旋体新药，生厂商均需提供报告说明药物中所含对映体各自的药理作用、毒性和临床效果，但并不意味着本领域技术人员需要就所有已上市手性药物的每一种对映体的药动学、药理学和毒理学都做全面测试。首先，奥硝唑上市时间早于美国 FDA 指导文件出台时间。其次，在案证据显示至少在 1997 年，奥硝唑的对映体已经被拆分得到，但本专利申请日前并未有任何关于使用左旋奥硝唑解决中枢毒性问题的报道。综上，现有技术没有给出通过拆分奥硝唑光学异构体来降低中枢毒性的启示。本领域技术人员无法预期本专利实现的降低毒性的技术效果。4. 本专利具有预料不到的技术效果。首先，本专利说明书记载了本专利所具有的技术效果。本专利说明书记载的 Beagle 犬的毒性试验和一般药理试

验已表明左旋奥硝唑可以明显降低奥硝唑的中枢毒性。其次，临床试验结果可以进一步佐证本发明的效果。II期临床试验结果表明，左旋奥硝唑在保有奥硝唑治疗活性的同时，显著降低人体不良反应，尤其是头晕、头昏、头痛等神经系统不良反应。再次，南京圣和公司的本专利产品“左旋奥硝唑氯化钠注射液”是我国“十一五”期间仅有的两个获批自主创新药之一，也是国家重大新药创制科技重大专项项目，先后获得了2010年科技部国家重点新产品、第17届中国专利优秀奖等多个奖项。前述专利于2007年在我国获得授权后，同时在欧洲、美国也获得专利授权，上述事实足以证明涉案专利取得了预料不到的技术效果。最后，长沙华美公司于2005年11月18日提交的专利申请“含有左奥硝唑的药物组合物及其应用”以及长沙华美公司“左奥硝唑片”药品的宣传资料也明确记载了左旋奥硝唑能够降低奥硝唑的中枢神经系统毒性的技术效果，从而印证了本专利所具有的技术效果。（三）本案不应参考第41175号决定。第41175号决定作出的时间晚于被诉决定，该决定尚未生效，且其涉及的除草剂领域与本案所涉领域相差甚远，不具有可参照性。一审判决援引该无效决定评价本专利的创造性，认定有误。

国家知识产权局不服一审判决，向本院提起上诉，请求：1. 撤销一审判决；2. 维持被诉决定。事实和理由为：（一）一审法院关于技术启示的认定错误。一审法院并未考虑本专利取得的降低奥硝唑毒副作用的技术效果，也没有据此确定本专利所要解决的技术问题，而是直接认定了技术启示的起点。证据2只是记载了拆分奥硝唑对映体的方法，并没有对奥硝唑对映体可能存在的活性、毒性进行检测，也没有对其可能的活性、毒性情况进行分析和预测。本领域技术人员知晓，两个光学异构体之间的活性差异并不总是简单的强度相等或不相等这两种情形，故证据2更像是漫无目的的猜测，本领域技术人员不能从证据2中获得技术启示去研究奥硝唑的对映异构体及相应毒性。（二）一审法院关于本专利未取得预料不到的技术效果的认定错误。即使本领域技术人员有动机对证据1中的奥硝唑外消旋体进行拆分，进而对其毒性和活性进行测试，还需考虑本领域技术人员对左旋奥硝唑具有降低毒性这一效果是否具有合理预期。1. 结合本领域技术人员对硝基咪唑类化合物的了解和研发历史，反证6中公开了咪唑环上的硝基是药理活性和毒性的来源，而左旋、右旋奥硝唑仅仅是构象不同，并未改变化合物的结构，该类化合物的构效关系已较为明确，活性和毒性作用的关键部位在于硝基，乃至对硝基还原具有影响的基团，而奥硝唑的手性碳原子并非位于该活性、毒性中心基

团上。2. 左旋、右旋奥硝唑理化性质相同，反证 9 中已验证了二者的生殖毒性相当，基于此，本领域技术人员也会预期左旋、右旋奥硝唑的中枢毒性大致相当，形成外消旋体后也具有相当的中枢毒性。但是，本专利验证了左旋奥硝唑和外消旋体在活性相当的前提下，二者的毒性还有较大的差异，超出了本领域技术人员的一般预期，取得了预料不到的技术效果。

被上诉人辩称

长沙华美公司辩称：（一）南京圣和公司、国家知识产权局关于本专利所要实际解决的技术问题的主张存在错误。1. 本专利所要解决的技术问题是左旋奥硝唑抗寄生虫的治疗用途。2. 本专利实际所解决的技术问题与中枢毒性无关。对于已知产品的用途发明，其技术贡献并不在于产品结构的改进，而是发现产品新性质以及发现利用该新性质产生的新用途，即新活性的发现，应当在创造性判断中作为发明解决的技术问题予以考虑。而毒性、生物利用度等仅是对已知产品固有属性的检测结果，与发明的技术贡献无关，不属于发明实际解决的技术问题。本专利属于典型的已知产品用途，中枢毒性不是决定左旋奥硝唑是否可用于抗寄生虫的性质，不应作为发明实际解决的技术问题。3. 《专利审查指南》和既往的司法实践均明确，对已知产品药物用途创造性的判断均是考量与药物用途有因果关系的活性，而不是毒性。（二）现有技术已经给出明确的技术启示，本专利不具备创造性。1. 证据 2 明确教导了可用奥硝唑对映体替代奥硝唑用于抗寄生虫治疗，为此拆分获得左旋奥硝唑并指示本领域技术人员进一步检测其活性，而且本领域技术人员根据常识可知左旋、右旋奥硝唑必然至少有一个具备奥硝唑的治疗活性。即本领域技术人员只是在非常有限的二选一范围内进行选择，且对结果“至少一个对映体可替代奥硝唑用于相关治疗”存在充分的成功预期。2. 证据 3、4 均表明手性药物的研发已经是药物研究的热点和必然趋势，本领域技术人员根据证据 2 和公知常识的教导，有充分的动机得到本专利的技术方案。（三）本专利并未产生预料不到的技术效果。1. 中枢毒性并非左旋奥硝唑所要治疗的适应症，无论其是否具有减少中枢毒性的效果，均不影响左旋奥硝唑用于抗寄生虫的用途。2. 即使考虑中枢毒性，左旋奥硝唑的毒性数据也没有超出本领域技术人员合理预期的范围，并未产生预料不到的技术效果。本专利说明书中公开的左旋奥硝唑与奥硝唑的毒副作用相差不大，没有产生明显降低毒性的技术效果。本领域技术人员基于常识，能够合理预见到对映体与消旋体在活性、毒性等方面存在差异，本专

利所声称的左旋奥硝唑的中枢毒性略弱这一事实并没有超出本领域技术人员对于手性药物的毒性差异的认知。综上，一审判决认定事实清楚、适用法律正确。请求维持一审判决，驳回南京圣和公司和国家知识产权局的上诉请求。

本案二审期间，当事人均未提交新证据，并均对一审判决关于涉案证据真实性、合法性和关联性的认定不持异议。

本院查明

本院经审理查明：一审法院认定的事实属实，本院予以确认。

本院另查明：

(一) 本专利情况

本专利说明书发明内容部分记载：临床使用表明奥硝唑具有很好的治疗厌氧菌感染的效果，但也存在一些不良反应。本专利发明人通过对奥硝唑的左旋体进行药代动力学、药效学、毒理学、一般药理学等试验研究，发现左旋奥硝唑药代动力学特性优于右旋奥硝唑和消旋奥硝唑，且中枢毒性低于右旋奥硝唑和消旋奥硝唑。

(二) 现有技术情况

证据 1 记载：硝基咪唑类新药奥硝唑(ornidazoleONZ)20 世纪 70 年代由瑞士 Roche 公司以商品名 Tiberol 问世，并收载于捷克药典(1991 年版)。目前，奥硝唑制剂在我国已作为四类新药上市。第 1.4 其它部分记载：奥硝唑对雄性大鼠精子的活动性有抑制作用，在高剂量时降低大鼠生殖力，表现出避孕效果、其作用在停药后很快自然恢复，提示奥硝唑对精子的生成无影响，可能通过影响附睾功能起作用。第 5 不良反应部分记载：奥硝唑正常用量比较安全，副作用轻微，口服和静脉注射其急性和亚急性毒性均较低...奥硝唑作为抗厌氧菌、抗滴虫及抗阿米巴虫新药，抗菌力强，半衰期长，无特殊毒性。其临床疗效确切，适用人群广，依从性好，毒副作用低，有较好的应用前景。

反证 6 记载：硝基咪唑类和硝基咪唑类药物有相同药效基团——硝基，硝基的还原不仅是药理作用发生的基础，也是毒性发生的主要原因。与氯霉素有关的发育不良性贫血的发生，与硝基还原造成 DNA 损伤有关。

反证 9 记载：奥硝唑衍生物的体外毒性取决于卤素的存在以及硝基的位置，通过直接孵育，推测的无活性(R)-奥硝唑与有活性(S)-奥硝唑表现出相同的精子运动抑制。该观察及不同奥硝唑类似物体外体内作用的差异表明两种实验体系下

精子运动抑制的不同机制……比较(R)-奥硝唑和(S)-奥硝唑，直接孵育 4h 精子的运动抑制效果显示对映异构体间无差异。

反证 14 江苏恒瑞医药股份有限公司出具的《情况说明》中记载：该公司曾于 2000 年 8 月立项委托上海有机化学研究所进行奥硝唑外消旋体的拆分研究。该公司就拆分所得左旋、右旋光学异构体，对照外消旋奥硝唑进行了包括活性测定在内的药物研发工作。结果显示，左旋奥硝唑、右旋奥硝唑以及消旋奥硝唑三者活性无显著性差别，故该司于 2003 年 12 月终止了该项目的研究。

长沙华美公司在一审中提交了《手性药物——研究与应用》，尤启冬、林国强著，化工工业出版社，2004 年 1 月第 1 版第 1 次印刷。其中，前言部分记载：美国食品与药物管理局(FDA)早在 1992 年就明确规定：对含有手性因素的药物倾向于开发单一的对映体产品；对于外消旋的药物，则要求提供立体异构体的详细生物活性和毒性学研究的数据。近年来，我国食品药品监督管理局(SFDA)也对手性药物的研究和开发做出了相应的规定。第一部分手性药物的生物活性研究部分记载：根据药物立体选择性的不同特点，手性药物的生物活性类型分为以下几种类型：两种对映体的作用相同；两种对映体的作用相反；一种对映体具有药理活性，另一种活性弱或无活性；两种对映体具有不同的药理活性；一种对映体具有药理活性，另一种对映体具有毒性作用；对映体的作用互补性等。

(三)其他查明的事实

1. 美国 FDA 指导文件倡导：在含有手性因素的新药开发时，倾向于开发单一的对映体产品，应在体外、体内系统比较异构体的主要药理活性。使用外消旋体的相对良性的毒理学概况时，无需对单一对映体进行单独的毒理学评估，除非出现了药理作用以外的非预期毒性作用，并且暴露剂量与临床拟用剂量比较相对较低时，必须对单一异构体分别进行毒性研究，以确定所发生的非预期毒性由哪个异构体产生。

2. 在本专利申请日前，我国食品药品监督管理局药品审评中心也提出手性药物应当加强原料的光学纯度控制，对于一类光学异构体药物，提供各光学异构体的药效及毒性试验材料，以便在质量标准中严格控制有毒性的异构体。

3. 我国食品药品监督管理局《药品注册管理办法(试行)》(2002 年施行)第十六条规定：为申请药品注册而进行的药物临床前研究，包括药物的合成工艺、提取方法、理化性质及纯度、剂型选择、处方筛选、制备工艺、检验方法、质量

指标、稳定性，药理、毒理、动物药代动力学等。中药制剂还包括原药材的来源、加工及炮制等；生物制品还包括菌毒种、细胞株、生物组织等起始材料的质量标准、保存条件、遗传稳定性及免疫学的研究等。

本院认为

本院认为：本专利申请日在 2000 年修正的专利法施行日(2001 年 7 月 1 日)之后、2008 年修正的专利法施行日(2009 年 10 月 1 日)之前，本案应适用 2000 年修正的专利法。本案二审争议焦点问题是：本专利是否具备专利法第二十二条第三款规定的创造性。具体来说，主要包括以下几方面问题：(一) 被诉决定确定的本专利实际解决的技术问题是否正确；(二) 现有技术是否整体上给出了技术启示。

(一) 关于被诉决定确定的本专利实际解决的技术问题是否正确

创造性判断的三步法要求，通常要先确定最接近的现有技术，然后分析要求保护的发明与最接近的现有技术之间存在的区别技术特征，根据该区别技术特征在要求保护的发明中所能达到的技术效果确定发明实际解决的技术问题。最后，从上述实际解决的技术问题出发，判断要求保护的发明对本领域技术人员来说是否显而易见。发明实际解决的技术问题，是指为获得更好的技术效果而需对现有技术进行改进的技术任务。在具体确定发明实际解决的技术问题时，应当以本专利与最接近现有技术之间的区别技术特征为基础，本专利说明书记载并得到证据支持的技术效果可以作为确定发明实际解决技术问题的参考。

本案中，南京圣和公司以及长沙华美公司对于被诉决定将证据 1 作为与本专利最接近的现有技术，以及认定二者的区别技术特征为“权利要求 1 中使用的是左旋奥硝唑，证据 1 中使用奥硝唑的外消旋体”均无异议。但是，南京圣和公司以及国家知识产权局认为，基于前述区别技术特征，本专利实际解决的技术问题为提供一种降低消旋奥硝唑的中枢毒性、用药更安全的抗寄生虫感染用途；长沙华美公司则认为本专利实际解决的技术问题中不应当考虑左旋奥硝唑降低中枢毒性的问题，而仅是提供了左旋奥硝唑的抗寄生虫感染用途。对此，本院认为，根据本专利说明书记载，奥硝唑在治疗厌氧菌感染的同时也存在不良反应，主要表现为中枢抑制作用。本专利经过对左旋奥硝唑进行药代动力学、药效学、毒理学、一般药理学等试验研究，发现左旋奥硝唑的药代动力学特性优于消旋奥硝唑和右旋奥硝唑，且中枢毒性更低。本专利说明书还详细记载了对小鼠和 Beagle

犬静脉注射左旋奥硝唑、消旋奥硝唑和右旋奥硝唑的毒性实验数据。因此，结合本专利与证据 1 的区别技术特征，以及本专利说明书记载的左旋奥硝唑在药代动力学上优于消旋奥硝唑和右旋奥硝唑，且中枢毒性更低的技术效果，被诉决定关于本专利实际解决的技术问题是提供一种降低消旋奥硝唑的毒性（中枢毒性）、用药更安全的抗寄生虫感染用途并无不当，本院予以确认。

（二）关于现有技术是否整体上给出了技术启示

在创造性判断的三步法中，判断现有技术是否给出将区别技术特征应用到最接近的现有技术以解决其存在的技术问题的启示时，应当基于本领域技术人员的知识和能力，考察这种启示是否会使本领域技术人员在面对所述技术问题时，有动机改进最接近的现有技术并获得要求保护的发明。如果现有技术不存在这种技术启示，则发明是非显而易见的。而且，本领域技术人员从现有技术中可以获知的技术启示原则上应该是具体、明确的技术手段，而不是抽象的想法或者一般的研究方向。仅仅依据抽象的想法或者本领域的一般猜测，容易低估发明的创造性。因为那些表面上看似显而易见的发明事实上也可能具有创造性，因此，必须全面、谨慎、现实地评估，面对本专利所要解决的技术问题，本领域技术人员基于其所认知的全部现有技术，是否能够容易地得出本专利的技术方案。

特别是在药学领域，已知化合物的用途发明专利是基于发现已知化合物的新性能，并利用新性能而作出的发明。已知化合物的用途发明专利的保护核心并不在于化合物本身，而在于化合物新性能的应用。对于已知化合物的药物用途发明专利，如果本领域技术人员对于已知化合物的药用用途或者效果没有“合理的成功预期”，即该药用用途或者效果不能从化合物本身的结构、组成、分子量、已知的物理化学性质以及该化合物的现有用途中显而易见地得出或者预见到，而是利用了该化合物新发现的性能，并且产生了有益的技术效果，超出了本领域技术人员的合理预期，则应该认为这种已知化合物的药用用途发明具备创造性。

1. 关于现有技术是否公开了区别技术特征

首先，关于证据 2。证据 2 公开了使用脂肪酶催化拆分奥硝唑的方法获得了具有高对映体过量值的光学纯奥硝唑。根据证据 2 公开的内容，其虽然给出了拆分奥硝唑获得手性对映体以及检测奥硝唑手性对映体生物活性的明确指引，但没有公开奥硝唑手性对映体的活性数据，也没有提及奥硝唑的毒性问题，更未提及将左旋奥硝唑单独成药用于抗寄生虫感染这一区别技术特征。证据 2 中关于“如

果外消旋化合物的活性对映体可以被使用，其所需的剂量减半即可”只是作者对普遍意义上光学异构体之间活性关系的一种猜测，并没有明确指出或者启示奥硝唑的两种异构体的活性差异。

其次，关于长沙华美公司一审提交的《手性药物——研究与应用》。根据上述证据也可知，手性药物的生物活性具有多种不同的情形：两种对映体的作用相同；两种对映体的作用相反；一种对映体具有药理活性，另一种活性弱或无活性；两种对映体具有不同的药理活性；一种对映体具有药理活性，另一种对映体具有毒性作用；对映体的作用互补性等。可见，本领域技术人员对拆分的左旋、右旋奥硝唑，不能合理预期其生物学活性或毒性，也并未明确提及将左旋奥硝唑单独成药用于抗寄生虫感染这一区别技术特征。

2. 关于现有技术是否给出本领域技术人员足够的技术启示

首先，即使在证据 2 的指引下，本领域技术人员着手对奥硝唑手性对映体的生物活性进行测定，当测量发现左、右旋奥硝唑的活性差异较大，甚至所述奥硝唑抗寄生虫活性仅由一种对映体提供时，则可能选择有活性的对映体制备抗寄生虫药物，从而实现药剂使用剂量减半的目的。但是，根据本专利的记载，左旋、右旋奥硝唑以及消旋奥硝唑的活性相当，据此可以佐证，本领域技术人员即使在测定证据 2 拆分获得的奥硝唑手性对映体活性时，也会获得相似的结论。反证 12 也佐证了左旋、右旋奥硝唑以及消旋奥硝唑的活性并无显著差异这一事实。在证据 2 初步设定的“如果外消旋化合物的活性对映体可以被使用，其所需的剂量减半即可”目标无法实现，且证据 2 也没有明示要对手性对映体的毒性进行进一步测定的情况下，本领域技术人员没有动机会对手性对映体的毒性作进一步研究和分析。特别是反证 9 译文摘要给出了相反的教导，证明左旋、右旋奥硝唑对大鼠精子的毒性相当，进一步说明本领域技术人员倾向于得出奥硝唑的两种光学异构体的毒性相当的预期。鉴于拆分手性对映体会增加成药成本，本领域技术人员对于左旋奥硝唑的毒性低的技术效果没有“合理的成功预期”，不会将拆分获得的左旋奥硝唑或右旋奥硝唑单独成药。

其次，即便是重新审视证据 1 公开的内容，也不存在可以指引本领域技术人员从其他现有技术中获得本专利技术启示的线索。证据 1 系关于“奥硝唑的药理作用及临床应用”的综述文章。该文章客观总结、系统梳理了奥硝唑的药理作用、毒理学研究、药代动力学及临床应用现状。虽然提及了奥硝唑具有一定毒性，表

现为“对大鼠精子的活动性有抑制作用”，但亦明确记载“奥硝唑的神经毒性是暂时现象，停药后很快消失。”而且，证据 1 特别指出奥硝唑正常用量比较安全，副作用轻微，口服和静脉注射其急性和亚急性毒性均较低。其临床疗效确切，适用人群广，依从性好，毒副作用低，有较好的应用前景。可见，本领域技术人员在阅读证据 1 公开的信息时，没有动机去改进现有技术、进一步降低奥硝唑的毒性。因此，证据 1 没有给出降低奥硝唑毒性的技术启示，当然更不会给出发现左旋奥硝唑具有毒性低的有益技术效果并将左旋奥硝唑单独成药的技术启示。

3. 关于研究方向对本专利技术启示认定的影响

长沙华美公司主张，美国 FDA 指导文件和我国食品药品监督管理局均要求对含有手性因素的药物倾向于开发单一的对映体产品，对于外消旋的药物要提供立体异构体的详细生物活性和毒性学研究的数据，因此，将消旋奥硝唑拆分为单一异构体并研究其活性和毒性是必然的研究方向和研究方法。对此，本院认为，美国 FDA 指导文件和我国食品药品监督管理局的要求主要是一般性的要求和指引，涉及左旋奥硝唑这一单一对映体的药用用途发明的创造性判断时，应当结合上述文件及要求的时间、具体内容以及消旋奥硝唑的特点、特性、本领域技术人员的认知等因素，全面、综合考虑现有技术是否给出了具体、明确的指引。

首先，奥硝唑并不属于美国 FDA 指导文件和我国药品审评中心要求的必须研究活性和毒性的手性对映体。美国 FDA 指导文件倡导在含有手性因素的新药开发时，倾向于开发单一的对映体产品，应在体外、体内系统比较异构体的主要药理活性。我国也日益重视手性药物的手性对映体的研究，在本专利申请日前，我国药品审评中心也提出手性药物应当加强原料的光学纯度控制，对于一类光学异构体药物，提供各光学异构体的药效及毒性试验材料，以便在质量标准中严格控制有毒性的异构体。根据前述文件及要求，在立体异构体新药开发时，两国均倡导加强对单一异构体的研究和分析。但是，在案证据显示，奥硝唑早在 20 世纪 70 年代就已问世，也已经作为四类新药在我国上市，因此，消旋奥硝唑并不属于拟开发的新药，其无需按照新药开发的要求提供单一手性对映体的药效及毒性试验。故对于消旋奥硝唑，本领域技术人员并不是必须研究左旋、右旋奥硝唑的药效及毒性。

其次，基于奥硝唑的毒性特征，本领域技术人员缺乏改进的动机。美国 FDA 指导文件指出，并非所有的外消旋体均要对单一对映体进行毒理学评估，只有在

出现了药理作用以外的非预期毒性作用等情形时，才必须对单一对映体分别进行毒性研究，以确定毒性的来源。如前所述，证据 1 公开了消旋奥硝唑临床疗效确切、用药安全、毒副作用低等特性，可见，消旋奥硝唑在临床使用剂量时并没有出现严重的毒副作用，按照美国 FDA 指导文件的指引，此种情况的消旋药物，并不属于必须要对单一手性对映体毒理进行分析的情况。

再次，对光学异构体进行拆分使用并不是硝基咪唑类药物通常的改进方向。对于药物来说，其化学活性既体现为治疗活性，也体现为毒性/副作用。本领域技术人员想降低已知药物的毒性，可以通过改变化合物的结构，从而影响其化学性质和理化性质，通过制剂手段改变其给药途径和/或在体内代谢过程等多种研发思路。选择光学异构体仅仅是其中可能存在的一种思路。对于硝基咪唑类药物而言，南京圣和公司无效行政阶段提交的反证 3、反证 8、反证 13 可以证明，硝基咪唑类药物的药效基团为分子结构中的硝基，硝基的还原不仅是药理作用产生的基础，也是毒性产生的主要原因。甲硝唑、替硝唑和奥硝唑在咪唑环上都有硝基而侧链不同，其药效和毒性相似但强弱有所不同。因此，基于硝基咪唑类药物已知的构效关系，本领域技术人员为了降低奥硝唑的毒性，通常的研发思路是对咪唑环结构进行改造，尤其侧链上的改造，选择光学异构体进行拆分使用并不是此类药物通常的做法。而硝基咪唑类药物数十年发展历程也印证了这一思路。

最后，对于药物用途专利而言，在判断创造性时，应当全面、综合考虑现有技术是否给出了具体、明确的指引。由于现有化合物数量巨大、活性/毒性差异又大，最终能成为药物的少之又少。本领域技术人员在缺乏具体、明确指引的情况下，通常没有动机对该化合物及化合物对映体进行相关研究。对于已经上市的消旋奥硝唑药物，判断本领域技术人员会不会或要不要对其手性对映体进行研究，会不会在研究手性对映体活性的同时，研究其毒性，需要结合现有技术的整体状况来判断。如果现有技术只是给出了本领域一般的研究方向或者存在相反的技术教导，并没有关于研究手性对映体的毒性明确、具体的技术启示，仅据此认定现有技术给出相应技术启示，容易产生后见之明的危险，低估发明的创造性。

综上，本院认为，在本专利申请日前，本领域技术人员在证据 1、证据 2 和本领域公知常识的教导下，并没有动机去研究左旋奥硝唑的毒性，并将其单独制药，本专利技术对本领域技术人员并非显而易见。国家知识产权局、南京圣和公司关于现有技术并未给出使用左旋奥硝唑降低消旋奥硝唑毒性技术启示的

上诉请求具有事实和法律依据，本院予以支持。一审法院未遵守三步法的审查原则，没有从现有技术整体上判断是否给出技术启示，该项认定有误，本院予以纠正。本专利权利要求 1 的技术方案相对于证据 1、证据 2 及本领域公知常识的结合具备创造性。

权利要求 2-10 是权利要求 1 的从属权利要求，在本专利权利要求 1 具备创造性的基础上，权利要求 2-10 也具备创造性。

此外，南京圣和公司还主张第 41175 号决定不应参考适用于本案，对此，本院认为，第 41175 号决定与被诉决定针对的专利不同、对比文件不同、所涉技术领域不同、案情也不同，第 41175 号决定不应参考适用于本案。南京圣和公司的该项上诉理由成立，本院予以支持。

二审裁判结果

综上所述，南京圣和公司和国家知识产权局的上诉请求成立，应予支持。一审判决适用法律错误，本院予以纠正。依照 2000 年修正的《中华人民共和国专利法》第二十二条第三款，《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条、第八十九条第一款第二项之规定，判决如下：

- 一、撤销北京知识产权法院(2019)京 73 行初 1802 号行政判决；
- 二、驳回长沙市华美医药科技有限公司的诉讼请求。

一审案件受理费 100 元，二审案件受理费 100 元，均由长沙市华美医药科技有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长朱理

审判员傅蕾

审判员张晓阳

审判员邓卓

审判员何隽

二〇二一年十二月二十日

法官助理宾岳成

技术调查官张秀丽

书记员谢思琳

9. “计算装置中的活动的卡隐喻”发明专利无效案【苹果电脑贸易（上海）有限公司与中华人民共和国国家知识产权局、高通股份有限公司发明专利权无效行政纠纷案】

【案号】（2021）最高法知行终 1 号

【基本案情】高通公司系专利号为 201310491586.1、名称为“计算装置中的活动的卡隐喻”的发明专利权人。苹果电脑贸易上海公司向国家知识产权局提出无效宣告请求，国家知识产权局决定维持专利权有效。苹果电脑贸易上海公司不服，向北京知识产权法院提起诉讼。一审法院判决驳回其诉讼请求。苹果电脑贸易上海公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，如果技术方案中若干技术特征之间相互依存并具有协同作用，能够依赖整体实现某一功能并产生了相应效果，则在创造性评价中应当考虑上述协同作用。二审最终判决驳回上诉、维持原判。

【典型意义】本案涉及国际知名科技企业间的知识产权争议。裁判体现了对发明创造技术贡献的客观公允评价，彰显人民法院加强知识产权保护的态度和着力营造市场化法治化国际化一流营商环境的努力。

裁判文书摘要

案号 （2021）最高法知行终 1 号

审理法院 最高人民法院

当事人 高通股份有限公司

中华人民共和国国家知识产权局

苹果电脑贸易（上海）有限公司

立案年度 2021

裁判时间 2022-07-26

裁判文书标题

中华人民共和国

最高人民法院

行政判决书

（2021）最高法知行终 1 号

当事人信息

上诉人(一审原告、无效宣告请求人): 苹果电脑贸易(上海)有限公司。

法定代表人: 彼得·罗纳德·丹伍德, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 杨璞, 上海市方达(北京)律师事务所律师。

被上诉人(一审被告): 中华人民共和国国家知识产权局。

法定代表人: 申长雨, 该局局长。

委托诉讼代理人: 王效维, 该局审查员。

委托诉讼代理人: 杨静, 该局审查员。

一审第三人(专利权人): 高通股份有限公司。

代表人: 罗伯特·贾尔斯。

委托诉讼代理人: 张伟, 北京志霖律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 崔哲勇, 北京志霖律师事务所律师。

审理经过

上诉人苹果电脑贸易(上海)有限公司(以下简称苹果公司)与被上诉人中华人民共和国国家知识产权局(以下简称国家知识产权局)及一审第三人高通股份有限公司(以下简称高通公司)发明专利权无效行政纠纷一案, 涉及专利权人为高通公司、名称为“计算装置中的活动的卡隐喻”的发明专利(以下简称本专利)。针对苹果公司就本专利提出的无效宣告请求, 国家知识产权局作出第 36696 号无效宣告请求审查决定(以下简称被诉决定), 维持本专利权有效; 苹果公司不服, 向中华人民共和国北京知识产权法院(以下简称北京知识产权法院)提起诉讼。北京知识产权法院于 2020 年 9 月 24 日作出(2018)京 73 行初 10506 号行政判决, 判决驳回苹果公司的诉讼请求; 苹果公司不服, 向本院提起上诉。本院于 2021 年 1 月 11 日立案后, 依法组成合议庭, 并于 2021 年 11 月 15 日公开开庭审理了本案, 上诉人苹果公司的委托诉讼代理人杨璞, 被上诉人国家知识产权局的委托诉讼代理人王效维、杨静, 一审第三人高通公司的委托诉讼代理人张伟、崔哲勇及其专家辅助人 TANGTong(唐彤)到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

本案基本事实如下: 本专利系名称为“计算装置中的活动的卡隐喻”的发明专利, 专利权人为高通公司, 专利号为 20131049××××.1, 专利申请日为 2009 年 5 月 18 日, 最早优先权日为 2008 年 5 月 23 日, 授权公告日为 2017 年 3 月 1 日。作为本案审查基础的本专利权利要求 1 为:

“1. 一种计算机系统, 其包括:

处理器；

触敏显示屏幕，其耦合到所述处理器，所述处理器接收所述触敏显示屏幕上的手势输入并且在至少两个显示模式中的任何一个显示模式下操作所述计算机系统，其中：

在给定的持续时间期间，所述处理器同时地操作至少第一应用程序和第二应用程序；

在全屏模式下，所述处理器在所述触敏显示屏幕上提供针对所述至少第一应用程序或第二应用程序中的仅一个应用程序的用户界面；

在窗口模式下，所述处理器：

在所述触敏显示屏幕上提供对应于所述第一应用程序的第一卡以及提供第二卡的第一部分，使得所述第二卡的第二部分在所述触敏显示屏幕上不可见，所述第二卡对应于所述第二应用程序，其中至少所述第一卡显示来自所述第一应用程序的操作的内容，所述内容对应于：(i)来自应用程序的输出，(ii)任务，(iii)消息，(iv)文档或(v)网页；

通过改变所述第一卡在第一方向上相对于所述触敏显示屏幕的位置来对在所述触敏显示屏幕上沿着所述第一方向的定向接触进行响应；以及

对在所述触敏显示屏幕上沿着与所述第一方向不同的第二方向移动所述第一卡或所述第二卡的定向接触进行响应，这通过如下来进行：(i)基于沿着所述第二方向的定向接触来将所述第一卡或第二卡中之一标识为被选择，以及(ii)在所述第二方向上将所选择的第一卡或第二卡从所述触敏显示屏幕上解散，使得相对应的第一应用程序或第二应用程序被关闭；

其中，响应于接收用户输入，所述处理器将所述计算机系统进行至少如下转换：(i)从所述全屏模式转换到所述窗口模式，或(ii)从所述窗口模式转换到所述全屏模式。”

2017年12月12日，苹果公司请求原中华人民共和国国家知识产权局专利复审委员会(以下简称专利复审委员会)宣告本专利权全部无效。主要理由为：本专利不符合《中华人民共和国专利法》(以下简称专利法)的相关规定，具体包括：权利要求1-20修改超范围，不符合专利法第三十三条的规定；权利要求1-20保护范围不清楚，不符合《中华人民共和国专利法实施细则》第二十条第一款的规定；权利要求1-20得不到说明书支持，不符合专利法第二十六条第四款的规

定；权利要求 1-3、5、8-20 不具备新颖性，不符合专利法第二十二条第二款的规定；权利要求 1-20 不具备创造性，不符合专利法第二十二条第三款的规定。

苹果公司提交了如下证据：

对比文件 1：公开号为 W02008/030976A2、公开日为 2008 年 3 月 13 日的国际专利申请公开文本及中文译文。对比文件 1 公开了一种计算设备(参见说明书全文、权利要求 1-45、附图 1-64)，该设备具有带有图形用户界面(GUI)的触敏显示器(也称为“触摸屏”)、一个或多个处理器(相当于本专利的处理器)、存储器、以及程序。所述程序被存储在所述存储器中并被配置成由所述一个或多个处理器执行。所述程序包括：用于检测与所述触摸屏显示器的一个或多个手指接触的指令(相当于本专利的触敏显示屏幕，耦合到所述处理器)。图 39A 至 39M 示出根据一些实施例的浏览器的示例性用户界面。在一些实施例中，响应于在完成图标 3938 上的敲击或在完成图标 3938 上的其它预定手势(相当于本专利的处理器接收所述触敏显示屏幕上的手势输入)，将位于显示器中心的窗口(例如 3912-2)放大以填满屏幕(即，该浏览器网页以窗口或全屏两种显示方式来显示，在全屏显示时，提供仅针对浏览器网页窗口的用户界面)。UI3900G(图 39G)是用于将新窗口添加到应用(诸如浏览器 147)的 UI。其包括显示窗(例如网页 3912-2)(即，以窗口形式显示浏览器网页时，处理器在触敏显示屏幕上提供第一窗口)和至少一个隐藏窗口(例如，网页 3912-1 和 3934-3，以及可能完全隐藏在屏幕外的其它网页)。响应于在触摸屏显示器上检测到手势，将该应用中的显示窗口移离显示器，并将一隐藏窗口移到显示器上。例如，响应于在屏幕的左侧检测到敲击手势 3949，将具有网页 3912-2 的窗口向右部分地或全部移出屏幕，将具有网页 3912-3 的窗口完全移出屏幕，将具有网页 3912-1 的部分隐藏窗口移到显示器的中心。在一些实施例中，响应于在完成图标 3938 上的敲击或在完成图标 3938 上的其它预定手势，将位于显示器中心的窗口(例如 3912-2)放大以填满屏幕。

对比文件 2：公开号为 US2003/0117440A1、公开日为 2003 年 6 月 26 日的美国发明专利申请公开文本及中文译文。

对比文件 3：公开号为 CN1860429A、公开日为 2006 年 11 月 8 日的中国发明专利申请公开文本。对比文件 3 公开了一种显示器(参见说明书第 2 页第 3 段、第 2 页倒数第 5 段、第 2 页最后 1 行-第 3 页第 1 行、第 9 页第 12 行)，包括：

“姿势可以进一步定义显示器表面上所显示的应用程序的关闭,该姿势可以为手势。检测到的手势还可用于关闭内容窗口 112,例如‘X’或擦拭动作”。

对比文件 4: 公开号为 US5588105A、公开日为 1996 年 12 月 24 日的美国发明专利申请公开文本及部分中文译文。对比文件 4 公开了一个运行于笔输式计算机系统 10 的操作系统下的应用程序(参见说明书第 5 栏第 12-16 行、第 9 栏第 10-11 行),包括:“通过将笔尖触针 38 的尖端放置在状态栏模板的一部分上,然后将触针的尖端在屏幕 42 上移动来指示执行拖动动作。这将导致在步骤 206 中,状态栏以及应用窗口两者的移动。如果拖动动作未被指示,则在步骤 208 判断是否有手势动作被指示执行。手势的一个实例为可以关闭窗口的‘擦拭’手势。如果有手势动作被指示,则步骤 210 执行该手势动作”。

对比文件 5: 公开号为 US2007/0247440A1、公开日为 2007 年 10 月 25 日的美国发明专利申请公开文本及中文译文。对比文件 5 公开了一种触摸屏装置(参见说明书第 0034 段、图 3A、3B、3D),包括:控制器 16 可以通过重叠的方式(在下文被称为“切换模式”)显示含有图像的多个窗口。在显示窗口 20b 上显示属于第一层的执行菜单 30a,例如“移动图像”“MP3”“照片”和“收音机”。触摸屏或检测器 14 可以连接到触摸屏或检测器控制器 42 以用于将在触摸屏或检测器 14 上检测到的触摸信号化。如果触摸是双触摸,那么在步骤 S111 中,可以在已经取消了切换模式之后,在屏幕上显示全大小的被触摸的下面的层的显示窗口 20b,并且维持全屏模式。此时,如果触摸不是双触摸,那么在步骤 S112 中,可以将被触摸的下面的层的显示窗口 20b 显示为上覆的显示窗口,并且维持切换模式可见。

对比文件 5 还公开了(参见说明书全文、权利要求 1-16 及附图 1-5),根据实施方案的触摸屏装置可以应用于安装有触摸屏的所有种类的数字设备,例如 MP3、PDA、便携式终端、笔记本电脑。显示器 12 和触摸屏或检测器控制器 42 可以连接到主控制器 44 并且在所述主控制器的控制下操作(相当于一种计算机系统,包括处理器)。控制器 16 可以通过重叠的方式(在下文被称为“切换模式”)(相当于窗口模式)显示含有图像的多个窗口。触摸屏或检测器 14 可以连接到触摸屏或检测器控制器 42 以用于将在触摸屏或检测器 14 上检测到的触摸信号化(相当于触敏显示屏幕,耦合到处理器,所述处理器接收触敏显示屏幕上的手势输入)。如果触摸是双触摸,那么在步骤 S111 中,可以在已经取消了切换模式

之后，在屏幕上显示全大小的被触摸的下面的层的显示窗口 20b，并且维持全屏模式（相当于在全屏模式下，在触敏显示屏幕上提供针对至少第一应用程序或第二应用程序中的仅一个应用程序的用户界面）。此时，如果触摸不是双触摸，那么在步骤 S112 中，可以将被触摸的下面的层的显示窗口 20b 显示为上覆的显示窗口，并且维持切换模式（相当于在至少两个显示模式中的任何一个显示模式下操作所述计算机系统）。控制器 16 可以通过显示窗口来显示包括执行菜单的各种图像。参看图 3A，相应的显示窗口 20a、20b 示出属于同一层的执行菜单。也就是说，在显示窗口 20b 上显示属于第一层的执行菜单 30a，例如“移动图像”“MP3”“照片”和“收音机”（相当于在给定的持续时间期间，所述处理器同时地操作至少第一应用程序和第二应用程序）。如果触摸了图 3C 的切换模式选择区域 50b，那么可以将显示模式切换为切换模式，如图 3D 中所示。如果确定在菜单上检测到触摸，那么在步骤 S121 中，可以执行检测到的菜单。显示窗口可以彼此不完全重叠，使得其一些边缘或拐角可能未被覆盖（相当于在窗口模式下提供第一卡及第二卡的一部分，使得第二卡的第二部分在触敏显示屏幕上不可见）。在显示窗口 20b 上显示属于第一层的执行菜单 30a，例如“移动图像”“MP3”“照片”和“收音机”（相当于第一卡对应于第一应用程序，第二卡对应于第二应用程序）。在上覆的显示窗口 20a 上显示属于执行菜单 30a（“移动图像”）的下层（第二层）的执行菜单 30b（“拍摄移动图像”“查看所存储的移动图像”“查看 DMB”和“设定条件”）（相当于至少第一卡显示来自第一应用程序的操作的内容，所述内容对应于 (i) 来自应用程序的输出，(ii) 任务，(iii) 消息，(iv) 文档或 (v) 网页）。此外，如果触摸在上覆的显示窗口 20a 上显示的执行菜单 30b，那么控制器 16 可以执行相关菜单。在一个实施方案中，如果触摸是在预定时间周期内触摸两次显示窗口的双触摸，那么可以取消切换模式并且可以在显示器上显示全大小的被双触摸的显示窗口。可以在取消了切换模式的显示窗口 20a 的一部分处提供切换模式选择区域 50b。切换模式选择区域 50b 可以接收触摸并且将显示模式切换为切换模式（相当于响应于接收用户输入，所述处理器将所述计算机系统至少如下转换：(i) 从所述全屏模式转换到所述窗口模式，或 (ii) 从所述窗口模式转换到所述全屏模式）。

对比文件 6：公开号为 US2008/0084400A1、公开日为 2008 年 4 月 10 日的美国发明专利申请公开文本及部分中文译文。对比文件 6 公开了一种响应于在播放

的媒体视频文件的显示图像上执行的一个或多个手指手势而控制视频媒体回放的视频媒体播放器(参见说明书第 0064 段),包括:“在优选实施例中,它从播放的媒体文件的左上部朝向播放的媒体文件的右下部跨越。这种对角滑动手指手势可以由本发明的例程通过其落入跨播放的视频媒体文件的特定角度范围内来检测。这样的对角滑动手指手势可以被映射到播放的媒体文件的关闭功能,停止播放并关闭文件。这是结束播放的视频媒体文件并关闭它的一种快捷方便的方式,使得其他计算内容可以显示在屏幕上”。

对比文件 7: 公开号为 US2006/0161861A1、公开日为 2006 年 7 月 20 日的美国发明专利申请公开文本及部分中文译文。

对比文件 8: 公开号为 US2006/0161847A1、公开日为 2006 年 7 月 20 日的美国发明专利申请公开文本及部分中文译文。

对比文件 9: 公开号为 US2007/0250787A1、公开日为 2007 年 10 月 25 日的美国发明专利申请公开文本及部分中文译文。

对比文件 10: 公开号为 CN1274439A、公开日为 2000 年 11 月 22 日的中国发明专利申请公开文本。

附件 13: 《移动电话实践与指导》,西安电子科技大学出版社,马立军主编,2007 年 1 月第 1 版,第 1 次印刷;封面、书名页、版权页、目录页、第 14 页、封底,共 7 页。

附件 14: 《信息技术应用基础 2005 版》,复旦大学出版社,上海市计算机应用能力考核办公室编,2005 年 9 月第 1 版,第 1 次印刷;封面、书名页、版权页、目录页、第 68 页、封底,共 12 页。

附件 15: 国家图书馆的《文献复制证明》及附件(证明编号×××92),共 21 页。

2018 年 7 月 20 日,专利复审委员会作出被诉决定,认为:

(一)权利要求 1 与对比文件 1 的区别技术特征在于:(1)权利要求 1 中第一卡对应于第一应用程序、第二卡对应于第二应用程序,相应地,处理器同时地操作该第一应用程序和第二应用程序,并且响应于接收用户输入,使得计算机系统在全屏模式、窗口模式间转换,而对比文件 1 第一网页窗口、第二网页窗口对应于同一浏览器应用程序,同时操作的是同一浏览器应用程序的两个网页窗口,并且是在浏览器应用程序中网页内容的全屏显示和窗口显示间转换;(2)

权利要求 1 还包括特征“对在所述触敏显示屏幕上沿着与所述第一方向不同的第二方向移动所述第一卡或所述第二卡的定向接触进行响应，这通过如下来进行：(i) 基于沿着所述第二方向的定向接触来将所述第一卡或第二卡中之一标识为被选择，以及(ii) 在所述第二方向上将所选择的第一卡或第二卡从所述触敏显示屏幕上解散，使得相对应的第一应用程序或第二应用程序被关闭”。据此可以确定，权利要求 1 实际解决的技术问题在于：如何实现对多个应用程序的快速导航和快速关闭。

苹果公司主张：区别技术特征(1)中的部分特征“第二卡对应于第二应用程序”被对比文件 2、5、9、10 任何之一公开，或属于公知常识；并且附件 13-15 能够证明移动电话采用触摸屏、在屏幕上同时显示多个应用程序窗口是公知常识。区别技术特征(2)中的部分特征“在第二方向上将所选择的第一卡或第二卡从触敏显示屏幕上解散”被对比文件 3、4、6 任何之一公开，或属于公知常识。

对此，被诉决定认为：对于区别技术特征(1)，由于权利要求 1 是通过第一、第二卡的操作来实现对第一、第二应用程序的控制，因此，特征“第一、第二卡对应于第一、第二应用程序”与“同时操作所述第一、第二应用程序，使得计算机系统在全屏模式、窗口模式间转换”之间是相互关联的，应当作为整体进行考虑。对比文件 5 公开了不同卡对应于不同应用程序，并且相应地同时操作该多个应用程序，并响应于用户输入在应用程序的全屏模式和窗口模式之间转换，也即公开了区别技术特征(1)。并且该特征在对比文件 5 中所起的作用与其在本专利权利要求 1 中相同，均是用于以不同卡来表示不同的应用程序，从而实现多个应用程序间的快速导航。因此，对比文件 5 给出了将该区别技术特征(1)应用于对比文件 1 以解决其技术问题的启示。

鉴于对比文件 5 已经公开了区别技术特征(1)，因此对于苹果公司关于区别技术特征(1)中部分特征被对比文件 2、9、10 公开，或可由附件 13-15 证明其属于公知常识的主张，被诉决定不再评述。

对于区别技术特征(2)，由于“在第二方向上移动卡，将卡标识为被选择并使得卡在第二方向上解散，进而关闭对应的应用程序”的过程描述了对卡进行的一次完整操作及其对应执行的功能，因而这些特征之间相互关联，应当作为整体进行考虑。对比文件 3 公开了一种显示器(参见说明书第 2 页第 3 段、第 2 页倒数第 5 段、第 2 页最后 1 行-第 3 页第 1 行、第 9 页第 12 行)，包括：“姿势可以

进一步定义显示器表面上所显示的应用程序的关闭,该姿势可以为手势。检测到的手势还可用于关闭内容窗口 112,例如“X”或擦拭动作”。由此可见,对比文件 3 虽然公开了擦拭动作可以关闭应用程序,但擦拭动作仅仅是在窗口上或窗口附近划过,而不是移动卡的手势,也不涉及在第二方向上将卡从屏幕解散。

对比文件 4 公开了一个运行于笔输式计算机系统 10 的操作系统下的应用程序,对比文件 4 虽然公开了擦拭手势可以关闭窗口,但用于关闭窗口的擦拭动作仅仅是划过,而不是移动卡的手势,也不涉及在第二方向上将卡从屏幕解散。

对比文件 6 公开了一种响应于在播放的媒体视频文件的显示图像上执行的一个或多个手指手势而控制视频媒体回放的视频媒体播放器,对比文件 6 虽然公开了擦拭手势可以关闭媒体文件,但其关闭的是媒体文件而不是应用程序,并且擦拭动作仅仅是在窗口上或窗口附近划过,而不是移动卡的手势,也不涉及在第二方向上将卡从屏幕解散。

而本专利权利要求 1 中通过在第二方向上移动第一卡或第二卡的定向接触,基于该定向接触将卡标识为被选择,并且在第二方向上将所选择的卡从屏幕上解散,多个步骤共同作用实现了将卡对应的应用程序关闭。即,对比文件 3、4、6 中关闭操作与权利要求 1 中关闭操作的对象、动作以及整体过程均不相同,因此对比文件 3、4、6 都没有公开区别技术特征(2),并且当前也没有证据表明上述区别技术特征(2)属于本领域的公知常识,本专利通过采用沿第二方向移动卡、标识选中卡、在第二方向上从屏幕上解散卡以使得对应的应用程序被关闭的技术手段,能够获得更直观方便地关闭应用程序,以达到对操作系统中多个应用程序的快捷管理的有益效果。

因此,权利要求 1 相对于苹果公司主张的现有技术及现有技术与公知常识的结合具备创造性,符合专利法第二十二条第三款的规定。

(二)权利要求 1 与对比文件 5 存在以下区别技术特征:(1)权利要求 1 通过改变所述第一卡在第一方向上相对于所述触敏显示屏幕的位置来对在所述触敏显示屏幕上沿着所述第一方向的定向接触进行响应;(2)权利要求 1 还包括对在所述触敏显示屏幕上沿着与所述第一方向不同的第二方向移动所述第一卡或所述第二卡的定向接触进行响应,这通过如下来进行:(i)基于沿着所述第二方向的定向接触来将所述第一卡或第二卡中之一标识为被选择,以及(ii)在所述第二方向上将所选择的第一卡或第二卡从所述触敏显示屏幕上解散,使得相对应的第

一应用程序或第二应用程序被关闭。根据上述区别技术特征可以确定，权利要求1实际解决的技术问题是：如何实现对多个应用程序的快速切换和关闭。

对于区别技术特征(1)，对比文件1公开了改变一个窗口在第一方向上的位置以响应于第一方向的定向接触的技术特征，并且该特征在对比文件1中所起的作用与其在本专利权利要求1中相同，均在于通过简便的手势操作，实现多个缩略界面间的快速切换。在此基础上，本领域技术人员有动机将对比文件1公开的该内容应用于对比文件5中，改变卡的位置，以实现重点关注的卡的切换。

对于区别技术特征(2)，基于相同的理由，对比文件1、3、4、6均没有公开该区别技术特征(2)，并且当前也没有证据表明该区别技术特征(2)属于本领域的公知常识。本专利通过采用沿第二方向移动卡、标识选中卡、在第二方向上从屏幕上解散卡的技术手段，能够获得更直观方便地关闭应用程序，以达到对操作系统中多个应用程序的快捷管理的有益效果。

综上所述，权利要求1相对于苹果公司主张的现有技术及现有技术与公知常识的结合具备创造性，符合专利法第二十二条第三款的规定。

专利复审委员会基于以上论述决定：维持本专利权有效。

苹果公司不服，于2018年10月19日向一审法院提起诉讼，请求：判决撤销被诉决定，并责令国家知识产权局重新作出决定。事实和理由为：本专利权利要求1-20不具备创造性。分别以对比文件1、5作为最接近的现有技术，本专利独立权利要求1的技术方案确定的区别技术特征(2)是一致的，即“在所述第二方向上将所选择的第一卡或第二卡从所述触敏显示屏幕上解散，使得相对应的第一应用程序或第二应用程序被关闭”。但被诉决定中对于将区别技术特征(2)应用到最接近的现有技术以解决其存在的技术问题对本领域技术人员是非显而易见的评述是错误的。实际上，证据2和4作为公知常识证据可以证明在交互设计领域，擦拭目标窗口时将其设计为提供可视化操作，使被操作对象随着擦拭动作移动是本领域的公知常识。而对比文件3、4、6分别都公开了擦拭手势可以作为关闭目标窗口和应用程序的命令。以对比文件3为例，对比文件3公开了“姿势可以进一步定义显示器表面上所显示的应用程序的关闭，该姿势可以为手势。检测到的手势还可用于关闭内容窗口112，例如‘X’或擦拭动作。”可见，区别技术特征(2)已经被对比文件3、4、6分别结合公知常识证据2、4所公开，现有技术已经给出了相应的技术启示，因此权利要求1不具备创造性。鉴于本专利独立权

权利要求 12、17 的保护范围与权利要求 1 一致，故权利要求 12、17 不具备创造性的理由也同权利要求 1，对于本专利的从属权利要求不具备创造性的理由是基于独立权利要求 1 不具备创造性。

国家知识产权局辩称：被诉决定认定事实清楚，适用法律正确，审查程序合法，审查结论正确，苹果公司的诉讼理由不能成立，请求判决驳回苹果公司的诉讼请求。

高通公司述称：被诉决定关于区别技术特征(2)的认定事实清楚，适用法律正确，关于本专利具备创造性的审查结论正确，苹果公司的诉讼理由不能成立，请求判决驳回苹果公司的诉讼请求。

一审中，苹果公司向一审法院提交两本教科书的节选页，作为公知常识证据，分别为：

证据 2：《软件观念革命——交互设计精髓》节选页，【美】Alan Cooper 等著，电子工业出版社，2005 年 6 月第一次印刷。该证据公开了：“当对象拖动时，光标必须拖动对象的整个代表物或者代表物的一些影像”“这些拖放对象必须在视觉上已经意识到自己正被当作可能的拖放目标。通过视觉改变，拖放候选对象提醒用户它能够正确处理拖放的对象。”

证据 4：《和谐界面——交互设计基础》节选页，【美】Steven Heim 著，电子工业出版社，2008 年 5 月第一次印刷。该证据公开了：“现在考虑与图形输入板相连接的手写笔或用于某些特定屏幕的光笔。手写笔或光笔可以离开屏幕自由地移动，并不影响屏幕上的任何对象——s0。一旦用户将手写笔接触到屏幕，手写笔的移动会被跟踪——s1。手写笔或光笔还可以选择屏幕上的对象，并且拖动它们在屏幕上移动——s2。s2 可以通过多种方法实现，如压力敏感的笔尖或笔上嵌入的东西。因此存在具有 s0/s1/2 三状态的设备”。

为了证明证据 4 可以作为评价本专利创造性的现有技术，苹果公司还提交了证据 4 的英文影印版节选作为证据 5，该英文影印版由电子工业出版社出版，扉页显示印刷时间为“2007 年 10 月第一次印刷”。

一审法院经审理认定了上述事实。

一审法院认为

一审法院认为：针对本专利权利要求 1 创造性的评述，被诉决定分别以对比文件 1 和对比文件 5 作为最接近的现有技术，相对于对比文件 1 和对比文件 5，

认定的区别技术特征(2)是相同的,即:“所述第二方向上将所选择的第一卡或第二卡从所述触敏显示屏幕上解散,使得相对应的第一应用程序或第二应用程序被关闭”。基于该区别技术特征,权利要求1实际解决的技术问题在于:如何实现对多个应用程序的快速导航和快速关闭。但是,苹果公司不认可被诉决定中“将区别技术特征(2)应用到最接近的现有技术以解决其存在的技术问题对本领域技术人员是非显而易见”的评述,并认为区别技术特征(2)已经被对比文件3、4、6分别结合公知常识证据2、4所公开。由此可见,本案争议焦点在于:区别技术特征(2)“在所述第二方向上将所选择的第一卡或第二卡从所述触敏显示屏幕上解散,使得相对应的第一应用程序或第二应用程序被关闭”分别结合对比文件3、4、6和公知常识解决现有技术存在的问题对本领域技术人员来说是否是显而易见的。具体阐述如下:

(一)区别技术特征(2)是否被对比文件3、4、6公开

区别技术特征(2)描述了对“卡”(即应用程序)进行的一次完整操作及对应执行的功能,通过在第二方向上移动第一卡或第二卡的定向接触,基于该定向接触将卡标识为被选择,并且在第二方向上将所选择的卡从屏幕上解散,多个步骤共同作用实现了将卡对应的应用程序关闭。根据对比文件3、4、6公开的内容,虽然均分别公开了“擦拭”动作可以关闭应用程序或媒体文件,但与区别技术特征(2)所限定的移动卡的手势以及在第二方向上将卡解散的技术效果均不同。具体而言,首先,对比文件3、4、6中的“擦拭”手势与区别技术特征(2)中限定的沿着与第一方向不同的“第二方向”移动运动轨迹不同。“擦拭”是一种来回往复的动作,而本专利“沿着第二方向的移动”是沿着一个方向的定向移动,并没有来回往复的动作,是一种定向手势。其次,对比文件3、4、6中的“擦拭”动作仅仅是“手”移动的动作,应用程序或窗口均是在“擦拭”动作完成之后立即消失,在效果上并没有与“卡”产生视觉上的互动,而本专利是“手”与“卡”同时沿着第二方向移动,并产生随着移动而消散的视觉效果。可见,对比文件3、4、6中关闭操作与权利要求1中关闭操作的对象、动作以及整体过程均不相同。因此,对比文件3、4、6均没有公开区别技术特征(2)。苹果公司就此的相关主张缺乏事实基础和法律依据,一审法院不予支持。

(二)针对公知常识的认定

根据证据 2、4 公开的内容，证据 2 是“光标”拖动对象，拖动对象的主体是“光标”不是本专利移动动作中的“手”，被拖动对象也不是本专利中的“卡”（即应用程序），且证据 2 中实施的动作是“拖动”；同样，证据 4 中是“手写笔”拖动对象，拖动的主体是“手写笔”，而不是本专利移动动作中的“手”，被拖动对象也不是本专利中的“卡”，且证据 4 中施加的动作是“拖动”。从应用功能上看，证据 2、4 所公开的拖动操作仅仅具有移动对象的功能，并非本专利所限定的关闭、解散应用程序的功能。可见，证据 2、4 所公开的拖动主体、被拖动对象、拖动动作以及应用功能都与本专利区别技术特征(2)限定的应用场景、操作对象、功能所不同。因此，证据 2、4 无法证明区别技术特征(2)属于本领域公知常识。

如前所述，区别技术特征(2)既没有被对比文件 3、4、6 公开，也没有被公知常识证据 2、4 公开。而本专利通过采用沿第二方向移动卡、标识选中卡、在第二方向上从屏幕上解散卡以使得对应的应用程序被关闭的技术手段，能够获得更直观方便地关闭应用程序，以达到对操作系统中多个应用程序的快捷管理的有益效果。因此，本专利权利要求 1 分别相对于对比文件 3、4、6 与公知常识的结合具备创造性。

在权利要求 1 具备创造性的基础上，一审法院认定本专利其他权利要求 2-20 也具备创造性。

一审裁判结果

一审法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决：驳回苹果电脑贸易(上海)有限公司的诉讼请求。案件受理费 100 元，由苹果电脑贸易(上海)有限公司负担。苹果公司不服一审判决，向本院提起上诉，请求：1. 撤销一审判决；2. 撤销被诉决定，并判令国家知识产权局重新作出决定；3. 国家知识产权局负担本案一审、二审案件受理费。事实和理由如下：(一)对比文件 3、4、6 均公开了定向的“擦拭”手势。对比文件 3 公开了将擦拭手势作为关闭应用程序和对应的窗口的命令的技术方案。本领域技术人员知道，擦拭动作可以为单方向的运动。本领域的技术人员可以根据手势识别系统(如，计算机视觉系统)的能力选择性的识别其中一段单方向的运动。该特征在对比文件 3 中为解决其技术问题所起的作用与其在本专利权利要求 1 中相同，都在于通过便捷的第二方向手势解散应用程序。因此，对比文件 3 给出了将上述特征应用于对比文件 5 以快

速解散其窗口对应的应用程序的技术启示。在对比文件 5 和对比文件 1 的基础上，面对如何以更快捷的方式来解散应用程序的问题时，本领域技术人员有动机将对对比文件 3 公开的上述手势功能应用于其中。基于类似理由，对比文件 4、6 同样公开了单方向的擦拭动作关闭窗口的指令，对于本领域的技术人员而言，在对比文件 5 和对比文件 1 的基础上，采用对比文件 4 或 6 中所采用的擦拭手势的方式来关闭窗口，是容易想到的，因此对比文件 4 或 6 给出了与对比文件 5、对比文件 1 结合以进一步得到权利要求 1 技术方案的启示。

(二) 证据 2、4 的施动对象的主体、被拖动对象和动作与本专利相应操作对应。首先，在交互设计领域，手、光标、手写笔都属于计算机的常规的输入方式，用于接收用户输入，都可具有“拖动”的任务状态。手、光标、手写笔的区别仅在于输入精度的差异，在输入的动作状态上并无实质差异。其次，被拖动的对象在证据 2、4 和本专利中也没有实质区别。证据 2、4 被拖动的对象均是对应的计算机程序显示的信息，而在本专利中卡的定义“只是作为用于指代屏幕的含有与例如应用软件等活动有关或由其产生的信息的区域的方便的术语”。因此，证据 2、4 中被拖动的对象也满足本专利中卡的定义。再次，证据 2、4 和本专利中对卡进行的操作实质也是相同的。在证据 2、4 中，操作动作为拖动。该动作满足本专利权利要求中的“移动……第二方向”，本专利说明书第 0107 段采用的实施例动作为“拖拽”，与“拖动”的含义相同。证据 2、4 阐述了如何将人机交互的研究和理论应用到交互设计过程，并教导本领域技术人员依据用户的动作来设计即时的视觉反馈是交互设计中的重要任务。区别技术特征(2)的技术实质其实就是“通过 GUI 直接操作运行中的程序或进行窗口管理”。该技术方案早在 1974 年就由马里兰大学计算机教授 BenShneiderman 提出了。Shneiderman 教授认为直接操作包含以下三个特征，完全可以对应区别技术特征(2)的技术：(1)“操作对象的视觉表现”——卡跟随手势移动；(2)“具体的物理动作，而不是文本输入”——沿一个方向的手势关闭应用程序和应用程序对应的区域；(3)“立即可见的操作效果”——卡跟随手势移动被关闭。本领域技术人员知晓，当一个应用程序开始运行时，会有对应的窗口打开。此时，被拖放的对象可以是运行程序对应的窗口界面，对窗口界面的管理可以方便用户在任务间切换或关闭任务。本领域技术人员同样知晓，在具有拖动运动的视觉交互模型中，手写笔(或手指等指点设备常见的输入方式)选择屏幕对象后，可以拖动屏幕上的对象(如应用窗体)移动，即被操作对象随着指点输入

跟随移动。这种视觉可以提醒用户正在正确处理拖放的对象。由此可见，本专利区别技术特征(2)已被对比文件3、4、6(擦拭关闭窗口)和公知常识(可以将被擦拭对象设计为随擦拭而移动)的结合公开。一审判决关于区别技术特征(2)既没有被对比文件3、4、6公开，也没有被公知常识证据2、4公开的认定错误。本专利权利要求1相对于对比文件1、5任何之一，对比文件3、4、6任何之一，以及公知常识的结合不具备创造性。国家知识产权局辩称：(一)对比文件3、4、6公开的内容与本专利权利要求1相对于对比文件1、5的区别技术特征(2)并不相同，无法与对比文件1、5结合得到权利要求1。(二)证据2、4系诉讼阶段新增证据，阐述的是人机交互设计原理，也无法证明区别技术特征(2)是本领域公知常识。一审判决及被诉决定认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。高通公司诉称：一审判决与被诉决定关于区别技术特征(2)的认定事实清楚，适用法律正确，关于本专利具备创造性的审查结论正确，苹果公司的上诉理由不能成立，请求驳回上诉，维持原判。本院二审期间，苹果公司提交了以下新证据：1. 牛津中英词典对“swipe”的解释；2. 牛津英文词典对“swipe”的解释；3. 本专利优先权文件US12/416,279，该文件中提到的“上挥、下挥”分别对应于“swipeup、swipedown”，前述新证据1-3用于证明对比文件6的关闭卡手势(swipe)为单方向，而非一审判决所认定的来回往复；4. 对比文件3的PCT国际申请文件W02005031552A2，用于证明对比文件3的关闭卡手势并不必然解释为来回往复动作。国家知识产权局与高通公司对上述新证据1-4的质证意见为：该组证据不能证明“swipe”的方向，故不认可苹果公司主张的证明目的。本院对上述新证据1-4的认证意见为：该组证据与本案二审中的争议焦点，即苹果公司主张的现有技术是否公开了区别技术特征(2)并给出相应技术启示，缺乏充分的关联性，并不能据此认定被诉决定的结论是否正确，故本院不予采信。至于区别技术特征(2)应如何理解，本院将在下文予以详述。国家知识产权局与高通公司均未提交新的证据。二审中，高通公司还申请其首席工程师TANGTong(唐彤)作为专家辅助人通过在线方式出庭陈述意见，并就涉案技术问题即挥动手势在本专利技术中应如何理解回答了当事人提出的问题。对于唐彤陈述的意见，本院将结合区别技术特征(2)的理解在下文予以评述。本院经审理查明：一审法院认定的事实属实，本院予以确认。本院认为：本专利申请日在2000年修正的专利法施行日(2001年7月1日)之后、2008年修正的专利法施行日(2009年10月1

日)之前,本案应适用2000年修正的专利法。本案二审争议焦点问题是:本专利是否具备创造性。

上诉人诉称

专利法第二十二条第三款规定:“创造性,是指同申请日以前已有的技术相比,该发明有突出的实质性特点和显著的进步,该实用新型有实质性特点和进步。”在判断一项发明是否具有突出的实质性特点时,通常第一步应确定最接近的现有技术,即现有技术中与请求保护的发明最密切相关的一项技术方案;第二步应确定请求保护的发明相对于最接近的现有技术的区别特征,并由此确定该发明实际解决的技术问题;第三步应从最接近的现有技术和发明实际解决的技术问题出发,判断请求保护的发明对本领域技术人员来说是否显而易见。结合苹果公司的上诉理由,本院对本专利权利要求1是否具备创造性评述如下:

(一)关于区别技术特征(2)的解读

区别技术特征(2)描述了对定向接触进行响应的操作,其包括步骤(i)(ii)。步骤(i)涉及“基于沿着所述第二方向的定向接触来将所述第一卡或第二卡中之一标识为被选择”,其中“定向接触”的含义在区别技术特征(2)中已明确,为“在所述触敏显示屏幕上沿着与所述第一方向不同的第二方向移动所述第一卡或所述第二卡”,因此步骤(i)实质为沿着第二方向移动隐喻应用程序的两卡之一以将其标识为被选择,其包括定向“移动卡”的操作以及该操作所实现的功能“标识被选择”。步骤(ii)涉及“在所述第二方向上将所选择的第一卡或第二卡从所述触敏显示屏幕上解散,使得相对应的第一应用程序或第二应用程序被关闭”,其包括定向“解散卡”的操作以及该操作所实现的功能“关闭应用程序”。由于步骤(i)(ii)顺序连贯执行,区别技术特征(2)中的交互操作应理解为定向移动卡以标识选择继而解散所选择的卡以关闭应用程序这一整体连贯操作,在该过程中,卡会随着该操作被移动并被解散。

苹果公司认为,权利要求1仅限定了卡沿第二方向移动,并没有限定“手与卡同时沿第二方向移动”。根据本专利说明书第0107和0120段的记载,区别技术特征(2)中“在所述第二方向上将所选择的第一卡或第二卡从所述触敏显示屏幕上解散,使得相对应的第一应用程序或第二应用程序被关闭”还包括说明书限定的“在向上的方向上执行轻击动作来关闭卡”的情形。由于权利要求1中没有限定“拖拽”动作,仅限定了定向接触,其必然是从本专利说明书第0107和0120

段记载的对应图 10C 的实施例概括得出，必然涵盖了“轻击”的情形，而这样的关闭方式显然不会带来手卡同时移动并随着移动而卡消散的技术效果。对此，本院认为，权利要求书作为确定保护范围的法律文件，要以说明书为依据，但这并不意味着要将权利要求的保护范围理解为必须涵盖说明书中记载的所有实施方式。权利要求得到说明书支持时，其保护的技术方案既可以是专利权人根据说明书充分公开的一个或多个实现发明的方式合理概括而成，也可以是说明书中充分公开的一个或多个实现发明的方式，故需结合权利要求的限定判断其所依据的说明书中的实施方式。

根据上述分析可知，区别技术特征(2)已明确限定了沿着第二方向移动卡来将卡标识为被选择以及在第二方向上解散所选择的卡以关闭应用程序的操作和效果，本专利说明书第 0107 和 0120 段中“在向上的方向上执行轻击动作来关闭卡”的实施方式并不具有在第二方向上移动卡的步骤，而“将卡向上拖拽离开屏幕来关闭卡”的实施例与区别技术特征(2)的步骤具有对应性。由此可知，区别技术特征(2)是基于“将卡向上拖拽离开屏幕来关闭卡”这一实施方式得出，而非基于“将卡向上拖拽离开屏幕来关闭卡”和“在向上的方向上执行轻击动作来关闭卡”两个实施方式概括得出。此时，不能因说明书中存在“在向上的方向上执行轻击动作来关闭卡”这一并列技术方案而忽略权利要求 1 中技术特征的限定作用，进而根据并列技术方案不具有相应效果而否定权利要求 1 中限定的技术特征所实现的效果。因此，苹果公司的该项上诉理由不能成立，本院不予支持。

苹果公司还认为，区别技术特征(2)描述了人机交互过程，该过程未利用自然规律，不构成技术手段。“卡随手动并产生随着移动而消散的视觉效果”显然也不是区别技术特征(2)本身能够直接或必然带来的技术效果，仅仅是手指在移动过程中所伴随的视觉效果。手指的移动与卡的选中、关闭以及随动并消散的视觉效果之间没有必然联系。因此，区别技术特征(2)没有采用技术手段同时产生技术效果。对此，本院认为，首先，在区别技术特征(2)的交互过程中，用户操作以隐喻方式呈现的可视元素，借助感知技术实现物理操作和数字对象之间的交互，基于特定触发条件执行设定功能，这一过程利用了自然规律，采用了技术手段，取得了方便快捷地关闭应用程序的技术效果。其次，GUI(图形用户界面)人机交互通过计算机程序实现，其具有涉及计算机程序发明专利的特点，在符合专利法规定的情况下，一般采用包含对功能/效果特征进行描述的方式进行限定。

此时，不应将相应的功能性特征拆解为动作和功能/效果进行割裂分析，而应作为整体特征进行考量，即：区别技术特征(2)所述步骤(i)(ii)中的移动、解散操作及其实现的功能应作为整体进行判断。苹果公司关于“手指移动与选中、关闭以及随动和消散的效果无必然联系”的上诉理由不符合本领域技术人员对区别技术特征(2)的通常理解。因此，苹果公司该项上诉理由亦不能成立，本院不予支持。

(二) 关于对比文件 3、4、6 及证据 2、4 是否给出启示

在以提升用户体验度为核心研发目标的 GUI(图形用户界面)人机交互领域，由于基础技术手段较为成熟，其技术创新往往体现在应用场景、操控对象、操作手段组合而成的整体对交互体验的影响。因此，如果人机交互技术方案中若干技术特征之间相互协同和依存，整体地实现了某一功能并产生了相应效果，应将其作为一个整体与现有技术进行对比，以防止对该等技术特征进行割裂后，再从现有技术中寻找孤立和零散的对应技术特征，最后通过相互拼凑进行创造性评述。具体到本案，区别技术特征(2)描述了对第二方向上定向接触进行响应的操作，包括两个步骤，其一为基于定向接触将卡标识为被选择，其二为第二方向上将所选择的卡解散以关闭应用程序。这两个步骤按照顺序连贯执行，共同发挥作用，完成了使用卡隐喻应用程序的场景下关闭应用程序的功能，使得用户能够方便快捷地关闭应用程序，在创造性评述时应作为整体进行考量，而不能割裂技术特征后再进行对比。

对比文件 3、4、6 虽公开了使用“擦拭”动作来关闭应用程序、窗口或媒体文件，但其交互操作的应用场景、关闭操作的对象、动作及整体过程均与区别技术特征(2)限定的方式存在明显区别，均不涉及在使用卡隐喻应用程序的场景下沿着第二方向移动卡、标识所选择的卡以及解散卡以关闭应用程序，其技术效果也与区别技术特征(2)存在明显差异。因此，对比文件 3、4、6 均未公开区别技术特征(2)。

苹果公司认为，基于对比文件 3、4、6 的文字记载或本领域的常规选择，对比文件 3、4、6 中的“擦拭”不应理解为“往复动作”，而应解读为单向动作。对此，本院认为，由于对比文件 3、4、6 中仅公开了采用“擦拭”动作完成关闭功能，而未公开区别技术特征(2)所限定的交互流程或给出技术启示，故此处“擦拭”动作含义并不影响权利要求 1 是否具备创造性的结论。

此外，就公知常识证据 2、4 而言，证据 2 公开了“光标”拖动对象，证据 4 公开了“手写笔”拖动对象，所述证据公开的内容能够证明现有技术中存在拖拽移动对象的视觉显示方式，但该公开内容与区别技术特征(2)所限定的基于第二方向的定向接触标识被选择的卡以及在第二方向上将所选择的卡的从屏幕上解散以关闭应用程序的内容并不相同或相似，故无法据此证明区别技术特征(2)为公知常识。

综上所述，基于对比文件 3、4、6 及证据 2、4 所公开的内容，本领域技术人员无法从现有技术中得到启示以获得区别技术特征(2)，故本专利权利要求 1 相对于对比文件 1、对比文件 5 分别与对比文件 3、4、6 及公知常识的结合具备创造性。被诉决定与一审判决对此认定正确，本院予以确认。苹果公司关于本专利权利要求 1 不具备创造性的理由缺乏充分的事实与法律依据，本院不予支持。

被诉决定与一审判决认为，基于相同或相似理由，在权利要求 1 具备创造性的情形下，权利要求 2-20 同样具备创造性。该认定结论于法有据，并无不妥，本院予以确认。被诉决定对此已有充分论述，本院不再赘述。

二审裁判结果

综上所述，苹果电脑贸易(上海)有限公司的上诉请求不能成立，应予驳回。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 100 元，由苹果电脑贸易(上海)有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长岑宏宇

审判员徐红妮

审判员孔立明

二〇二二年七月二十六日

法官助理陈健

法官助理王慧若

技术调查官阎岩

书记员郑帅

10. “利伐沙班”发明专利侵权行政裁决两案【南京恒生制药有限公司、南京生命能科技开发有限公司与中华人民共和国江苏省南京市知识产权局、拜耳知识产权有限责任公司专利行政裁决两案】

【案号】(2021)最高法知行终 451 号、(2021)最高法知行终 702 号

【基本案情】拜耳公司系专利号为 00818966.8、名称为“取代的噁唑烷酮和其在血液凝固领域中的应用”的发明专利权利人。恒生公司、生命能公司在其官网、有关展会上展示标有恒生公司注册商标的利伐沙班制剂及原料药。拜耳公司向南京市知识产权局提出专利侵权纠纷处理请求，该局裁决两公司停止侵权。恒生公司、生命能公司不服，向江苏省南京市中级人民法院提起诉讼。一审法院判决驳回诉讼请求。恒生公司、生命能公司仍不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，恒生公司、生命能公司未经许可，通过网站、展会向不特定对象作出销售涉案产品的意思表示，构成许诺销售侵权行为；药品和医疗器械行政审批例外条款仅适用于为自己申请行政审批而实施的“制造、使用、进口”行为以及专门为前一主体申请行政审批而实施的“制造、进口”行为。恒生公司、生命能公司既不符合上述例外的主体条件，许诺销售行为也不属于该例外的行为范畴，故不能适用有关例外。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】两案裁判明确了专利法以保护合法权利为原则，以法定不侵权为例外，凡例外必须严格解释的司法理念。具象到专利法药品和医疗器械行政审批例外（Bolar 例外）有关规定的法律适用场景中，既要保障社会公众在专利权届满后的药品和医疗器械可及性，也要避免削弱对专利权人合法权益的保护，依法审慎平衡专利权人、仿制药企、社会公众之间的利益。本案亦体现了人民法院对中外当事人一视同仁、平等保护的司法理念。

裁判文书摘要

案号 (2021)最高法知行终 451 号

审理法院 最高人民法院

当事人 南京恒生制药有限公司

中华人民共和国江苏省南京市知识产权局

拜耳知识产权有限责任公司

立案年度 2021

裁判时间 2022-06-22
裁判结果 维持一审判决
裁判文书标题
中华人民共和国
最高人民法院
行政判决书
(2021)最高法知行终 451 号

当事人信息

上诉人(一审原告): 南京恒生制药有限公司。
法定代表人: 吕勇, 该公司总经理。
委托诉讼代理人: 李红团, 北京三聚阳光知识产权代理有限公司专利代理师。
委托诉讼代理人: 苗文俊, 北京易聚律师事务所律师。
被上诉人(一审被告): 中华人民共和国江苏省南京市知识产权局。
法定代表人: 时新峰, 该局局长。
委托诉讼代理人: 孙敏俊, 该局工作人员。
委托诉讼代理人: 汪旭东, 南京知识律师事务所律师。
一审第三人: 拜耳知识产权有限责任公司

(BayerIntellectualPropertyGmbH), 阿尔弗雷德-诺贝尔街 10 号。

代表人: 多利安·伊姆莱(ImmlerDorian), 该公司专利负责人。
代表人: 弗兰克·迈克斯纳(MeixnerFrank), 该公司商标负责人。
委托诉讼代理人: 唐铁军, 北京市万慧达律师事务所专利代理师。
委托诉讼代理人: 王宇明, 北京市万慧达律师事务所律师。

审理经过

上诉人南京恒生制药有限公司(以下简称恒生公司)与被上诉人中华人民共和国江苏省南京市知识产权局(以下简称南京市知识产权局)及一审第三人拜耳知识产权有限责任公司(以下简称拜耳公司)专利行政裁决一案, 涉及专利权人为拜耳公司、名称为“取代的噁唑烷酮和其在血液凝固领域中的应用”的发明专利(以下简称本专利)。针对拜耳公司就本专利提出的专利侵权纠纷处理请求, 南京市知识产权局作出宁知(2019)纠字 5 号专利侵权纠纷案件行政裁决(以下简称被

诉裁决), 认定恒生公司的侵权行为成立, 责令恒生公司立即删除其官方网站上关于利伐沙班原料药及利伐沙班片的宣传信息, 停止许诺销售利伐沙班原料药及利伐沙班片; 恒生公司不服, 向中华人民共和国江苏省南京市中级人民法院(以下简称一审法院)提起诉讼。一审法院于 2021 年 2 月 1 日作出(2020)苏 01 行初 261 号行政判决, 判决驳回恒生公司的诉讼请求; 恒生公司不服, 向本院提起上诉。本院于 2021 年 4 月 26 日立案后, 依法组成合议庭, 并于 2022 年 3 月 16 日询问当事人, 上诉人恒生公司的委托诉讼代理人李红团、苗文俊, 被上诉人南京市知识产权局的委托诉讼代理人孙敏俊、汪旭东, 一审第三人拜耳公司的委托诉讼代理人唐铁军、王宇明到庭参加询问。本案现已审理终结。

本案基本事实如下:

(一)本专利权无效阶段进行修改及维持有效

本专利系名称为“取代的噁唑烷酮和其在血液凝固领域中的应用”的发明专利, 专利权人为拜耳公司, 专利号为 00818966.8, 专利申请日为 2000 年 12 月 11 日, 授权公告日为 2006 年 7 月 5 日。本专利权保护期现已届满。专利摘要记载: 本发明涉及血液凝固领域。本发明涉及通式(I)新的噁唑烷酮衍生物、其制备方法及其作为生物活性物质用于制备预防和/或治疗疾病的药物的用途。

本专利原有 13 项权利要求:

1. 通式(I)的化合物或其可药用盐、水合物或盐的水合物

其中: R1 为 2-噁吩基, 该基团在其 5-位上被选自氯、溴、甲基和三氟甲基的基团取代, R2 为 D-A-: 其中: 基团“A”为亚苯基; 基团“D”为饱和的 5-或 6-元杂环, 其经过氮原子与“A”连接, 其在连接的氮原子的邻位上具有羰基并且其中一个环碳单元可被选自 S、N 和 O 的杂原子替代; 其中前面定义的基团“A”在所述与噁唑烷酮的连接点的间位上可任选被选自下列的基团一或二取代: 氟、氯、硝基、氨基、三氟甲基、甲基和氰基, R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 为氢。

2. 具有下式结构的权利要求 1 的化合物或其可药用盐、水合物或盐的水合物

3. 制备按照权利要求 1 或 2 的取代的噁唑烷酮的方法, 其中所述方法或者按照方法[A]使通式(II)的化合物

其中基团 R2、R3、R4、R5、R6 和 R7 具有权利要求 1 中给出的含义, 与通式(III)的羧酸反应

其中基团 R1 具有权利要求 1 中给出的含义, 或与前述定义的通式(III)的羧酸相应的酰卤或与相应的对称或混合酸酐在惰性溶剂中, 任选在活化剂或偶联剂和 / 或碱存在下反应, 生成通式(I)的化合物

其中基团 R1、R2、R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 具有权利要求 1 中给出的含义, 或按照方法

使通式(IV)的化合物

其中基团 R1、R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 具有权利要求 1 中给出的含义, 与合适的选择性氧化剂在惰性溶剂中反应转化成通式(V)的相应的环氧化物

其中基团 R1、R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 具有权利要求 1 中给出的含义, 和在惰性溶剂中, 任选在催化剂存在下通过与通式(VI)的胺反应

R2-NH₂(VI),

其中

基团 R2 具有权利要求 1 中给出的含义, 首先制得通式(VII)的化合物

其中基团 R1、R2、R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 具有权利要求 1 中给出的含义, 并且随后在惰性溶剂中在光气或光气等价物存在下环合成通式(I)的化合物

其中基团 R1、R2、R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 具有权利要求 1 中给出的含义。

4. 权利要求 3 的方法, 其中所述通式(III)的羧酸相应的酰卤为酰氯。

5. 权利要求 3 的方法, 其中所述光气等价物为羰基二咪唑。

6. 药物组合物, 其中含有至少一种按照权利要求 1 或 2 的化合物与一种或多种可药用助剂或赋形剂。

7. 权利要求 1 或 2 的化合物用于制备预防和 / 或治疗血栓栓塞性疾病的药物或药物组合物的用途。

8. 权利要求 7 的用途, 其中所述疾病选自心肌梗塞、心绞痛、血管成形术或主动脉冠状动脉分流术后的再阻塞和再狭窄、中风、短暂的局部缺血发作、周围动脉闭塞性疾病、肺栓塞或深部静脉血栓形成。

9. 按照权利要求 1 或 2 的化合物用于制备预防和 / 或治疗通过抑制因子 Xa 正性影响的疾病的药物或药物组合物的用途。

10. 按照权利要求 1 或 2 的化合物用于制备治疗弥散性血管内凝血的药物或药物组合物的用途。

11. 按照权利要求 1 或 2 的化合物用于制备抑制因子 Xa 的药物或药物组合物的用途。

12. 体外阻止血液凝固的方法，其特征在于加入按照权利要求 1 或 2 的化合物。

13. 在血液储存或含有因子 Xa 的生物样品中阻止凝固的方法，其特征在于加入按照权利要求 1 或 2 的化合物。

2020 年 3 月 11 日，恒生公司针对本专利权向中华人民共和国国家知识产权局(以下简称国家知识产权局)提起无效宣告请求。在无效宣告请求审查程序中，2020 年 7 月 31 日，拜耳公司对本专利的权利要求进行了修改。修改后的权利要求为：

1. 具有下式结构的化合物或其可药用盐或水合物，

2. 药物组合物，其中含有至少一种按照权利要求 1 的化合物与一种或多种可药用助剂或赋形剂。

3. 权利要求 1 的化合物用于制备预防和/或治疗血栓栓塞性疾病的药物或药物组合物的用途。

4. 权利要求 3 的用途，其中所述疾病选自心肌梗塞、心绞痛、血管成形术或主动脉冠状动脉分流术后的再阻塞和再狭窄、中风、短暂的局部缺血发作、周围动脉闭塞性疾病、肺栓塞或深部静脉血栓形成。

5. 按照权利要求 1 的化合物用于制备预防和/或治疗通过抑制因子 Xa 正性影响的疾病的药物或药物组合物的用途。

6. 按照权利要求 1 的化合物用于制备治疗弥散性血管内凝血的药物或药物组合物的用途。

7. 按照权利要求 1 的化合物用于制备抑制因子 Xa 的药物或药物组合物的用途。

8. 体外阻止血液凝固的方法，其特征在于加入按照权利要求 1 的化合物。

9. 在血液储存或含有因子 Xa 的生物样品中阻止凝固的方法，其特征在于加入按照权利要求 1 的化合物。

国家知识产权局作出第 46047 号无效宣告请求审查决定，决定在上述权利要求 1-9 的基础上，维持本专利权有效。

(二) 专利行政处理的事实和理由

恒生公司成立于1995年12月27日，类型为有限责任公司，注册资本为3214.2858万元，经营范围为药品制造、销售、生物制品、药品、化工产品、中成药的研究开发、技术转让、咨询及技术服务等。案外人南京生命能科技开发有限公司(以下简称生命能公司)为其全资子公司。

恒生公司在其官网(www.hencer.com)“外销产品(制剂产品)”栏目显示有“利伐沙班片 RivaroxabanTablets”，注明原研药公司为“Bayer”，原研商品为“Xarelto”。在“产品中心”栏目显示有“利伐沙班片 RivaroxabanTablets”产品图片，该产品包装盒印有恒生公司拥有的第1488580号注册商标，生产商为恒生公司，地址为江苏南京溧水经济开发区机场路18号。在“外销产品(原料药产品)”栏目显示“利伐沙班 RivaroxabanAPI”，注明CAS号为“366789-02-8”。

2018年6月21日，生命能公司参加在上海新国际博览中心举办的“第十八届世界制药原料药中国展”。展会宣传资料上印有生命能公司和恒生公司的简介，工作人员名片上印有生命能公司和恒生公司的信息。展板上印有生命能公司和恒生公司的注册商标，展示有：“RivaroxabanAPI”(利伐沙班原料药)，配有包装瓶图片；化学名：5-氯-N-((5S)-2-氧代-3-[4-(3-氧代-4-吗啉基)苯基]-1,3-噁唑烷-5-基)甲基)-2-噻吩甲酰胺；CAS号：366789-02-8；分子式： $C_{19}H_{18}ClN_3O_5S$ ；适应症：用于非瓣膜性房颤患者，以降低卒中和全身性栓塞的风险，用于治疗深静脉血栓形成(DVT)和肺栓塞(PE)，降低DVT和PE复发的风险，用于膝关节或髋关节置换手术患者，以预防可能导致PE的DVT；原研公司：拜耳；原研商品：拜瑞妥(Xarelto)。“RivaroxabanTablets”(利伐沙班片)，配有包装盒及包装瓶图片；标注有产品规格：10mg。在展板的“制剂”栏下显示有9款产品，其中包括利伐沙班片；“活性药物成分(原料药)”栏下，显示有9款产品，其中包括利伐沙班。展板上还印有“根据《美国联邦法规》(CFR)第35篇第271(e)(1)小节的规定，受专利法保护的产品可用于研究和开发用途。”

2019年11月29日，拜耳公司就本专利向南京市知识产权局提出专利侵权纠纷处理请求。拜耳公司认为，恒生公司在网站和展会上许诺销售的侵权产品，至少落入本专利权利要求1、2和6的保护范围，构成专利侵权，请求：1. 责令恒生公司立即停止侵犯拜耳公司专利权的许诺销售行为；2. 责令恒生公司立即删除其官方网站上关于侵权产品的宣传内容。2019年12月2日，南京市知识产权局立案受理，于2020年5月14日组织请求人拜耳公司和被请求人恒生公司进行

口审程序，当事人对相关证据进行了质证。口头审理笔录中记载恒生公司在侵权比对时认可其展示的产品是落入本专利权的化合物。

2020年5月25日，南京市知识产权局作出被诉裁决，认定恒生公司的侵权行为成立，责令恒生公司立即删除官方网站上关于利伐沙班原料药及利伐沙班片的宣传信息，停止许诺销售利伐沙班原料药及利伐沙班片。

（三）在一审程序的诉辩理由

恒生公司不服被诉裁决，于2020年6月16日向一审法院提起行政诉讼，请求：1. 撤销南京市知识产权局作出的被诉裁决；2. 认定恒生公司的行为不侵犯本专利权；3. 案件受理费由南京市知识产权局负担。事实和理由为：（一）程序错误。拜耳公司已经在无效宣告程序中主动删除了本专利的权利要求1，然而被诉裁决基于本专利权利要求1、2、6认定侵权成立；南京市知识产权局未能充分考虑恒生公司提出的证据，恒生公司及时将相关材料邮寄给南京市知识产权局，南京市知识产权局应中止本案处理；被诉裁决列举生命能公司在展板上展出涉案产品的行为，而被诉裁决的被请求人为恒生公司。（二）认定事实有误、适用法律不当。1. 虽然恒生公司在展会及网站上对涉案产品进行了一些宣传，但没有对价格、供货量等进行说明，且恒生公司也没有处于能够销售状态的涉案产品，因此恒生公司的行为不应当被认定为许诺销售。2. 根据《中华人民共和国专利法》（2008年修正）（以下简称专利法）第六十九条第五项的规定，为提供行政审批所需要的信息，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的，不视为侵犯专利权。该条规定中已经隐含了允许此类销售和许诺销售的含义，故恒生公司的行为不构成专利侵权。

南京市知识产权局辩称：（一）被诉裁决程序合法适当；（二）被诉裁决认定恒生公司构成许诺销售的事实依据清楚，适用法律正确；（三）恒生公司的行为不符合专利法第六十九条第五项所规定的情形。综上，被诉裁决程序合法、认定事实清楚、适用法律正确，恒生公司陈述的事实和理由均不能成立，请求法院依法驳回恒生公司的诉讼请求。

拜耳公司诉称：（一）恒生公司的行为构成许诺销售，被诉裁决认定事实清楚、适用法律正确。（二）专利法第六十九条第五项规定的内容不包括许诺销售，恒生公司的行为系专利侵权行为。（三）恒生公司多年持续实施专利侵权行为，侵权主观恶意明显。

一审法院经审理基本认定了上述事实。

在一审程序中，恒生公司提交了七份证据：1. 国家知识产权局条法司编著的《专利法第三次修改导读》；2. 《中华人民共和国药品管理法》；3. 恒生公司网站截屏打印件；4. 《药品注册管理办法》；5. 北京市高级人民法院作出的(2007)高民终字第1844号民事判决书的复印件；6. 《中国专利法详解》复印件；7. 本专利权无效宣告请求受理通知书的打印件。

南京市知识产权局在一审程序中提交了被诉裁决案件卷宗中的相关材料以证明被诉裁决程序合法、法律适用正确。

拜耳公司在一审程序中提交了第46047号无效宣告请求审查决定书和第46044号无效宣告请求审查决定书以证明本专利修改后的权利要求被全部维持有效。

一审法院经质证认证，对于恒生公司提交的证据1-7的真实性予以认可，对于证据3和5的关联性不予认可，对于证据1、2、4、6、7的证明目的不予认可；对于南京市知识产权局和拜耳公司提交的证据予以采信。

一审法院另查明：国家图书馆的《检索报告》(编号：2017-NLC-SSCX)显示，通过化学物质登记号366789-02-8，在Registry数据库中进行检索，得到的检索结果显示：利伐沙班(Rivaroxaban)化学名为2-噻吩甲酰胺，5-氯-N-((5S)-2-氧代-3-[4-(3-氧代-4-吗啉基)苯基]-5-噁唑烷基)甲基)；分子式为C₁₉H₁₈C₁N₃O₅S；原研商品为拜瑞妥(Xarelto)。化学工业出版社出版的国家药典委员会编撰的《中国药品通用名称》(2014版)记载：利伐沙班对应的英文名称为Rivaroxaban，分子式和分子量为C₁₉H₁₈C₁N₃O₅S，CAS登录号为366789-02-8，药效分类为凝血因子Xa抑制药，抗血栓药。

一审庭审中，恒生公司认可涉案网站及展板上展示的产品“利伐沙班”落入本专利修改后的权利要求保护范围。恒生公司陈述，其宣传、展示涉案产品的对象是利伐沙班仿制药申报企业，恒生公司具备与利伐沙班仿制药申报企业联合申报的条件和资质，而且其宣传、展示涉案产品的过程中标注了原研公司和原研药商品名，表明恒生公司提醒相关消费者该产品来源及可获取的途径，已尽到相关义务。

一审法院认为

一审法院认为：本案的争议焦点为，被诉裁决的程序是否合法；恒生公司的行为是否构成许诺销售；恒生公司的行为是否属于专利法第六十九条第五项规定之情形。

（一）本专利权维持有效的情况下，南京市知识产权局未中止处理并不影响裁决结果

南京市知识产权局对本案立案后，于2020年5月14日组织请求人拜耳公司和被请求人恒生公司进行了口审程序，听取了双方当事人的意见，并组织当事人对证据进行了质证，相关处理程序和审理过程有立案审批表、口头审理通知书、口头审理笔录等证据为凭，符合法律规定。

《中华人民共和国专利法实施细则》第八十二条规定，在处理专利侵权纠纷过程中，被请求人提出无效宣告请求并被专利复审委员会受理的，可以请求管理专利工作的部门中止处理。管理专利工作的部门认为被请求人提出的中止理由明显不能成立的，可以不中止处理。《江苏省专利促进条例》第三十二条第五项规定，专利行政管理部门受理的侵犯专利权纠纷案件，被请求人在答辩期间内请求宣告该项专利权无效并请求中止处理的，专利行政管理部门应当中止处理，但被请求人请求宣告无效的专利权是发明专利权的，可以不中止处理。虽然恒生公司针对本专利向国家知识产权局提出了无效宣告请求，但本专利为发明专利，上述规定并未要求专利行政管理部门“应当”中止处理，南京市知识产权局根据本专利的类型以及案件处理的具体情况，选择不中止处理程序，并不违反相关规定。

本专利原包含13项权利要求，专利权人修改后变更为9项权利要求，变更后的本专利权利要求1为，具有下式结构的化合物或其可药用盐或水合物，

根据国家图书馆的《检索报告》、国家药典委员会编撰的《中国药品通用名称》、本专利说明书等证据，可以确定CAS号为366789-02-8的化合物与本专利保护的化合物一致。恒生公司宣传、展示的涉案产品利伐沙班CAS号对应的结构式与本专利权利要求1的结构式相同，结合公证书中固定的涉案产品的通用名、化学名、CAS号，亦可证明涉案产品与本专利为同一化学物质。由于利伐沙班片的生产制造过程中必然用到利伐沙班原料药，故利伐沙班原料药、利伐沙班片与本专利的权利要求1中结构式为同一化学物质。因此，在维持本专利权有效的情况下，南京市知识产权局未中止处理并不影响裁决结果。

综上，恒生公司认为南京市知识产权局程序错误的诉讼理由，缺乏事实和法律依据，一审法院不予支持。

(二) 恒生公司的行为构成许诺销售

法律规定“许诺销售”的目的是为了让权利人有权禁止他人实施销售前的推销或促销行为，所以只要被诉侵权行为符合以下四个要件的，专利权人即可行使停止侵害请求权，从而使侵权行为遏制在最初未实际发生损害的状态。1. 行为人作出了销售专利产品的意思表示，该意思表示有为他人所获取或者知晓的可能性；2. 该意思表示发生在专利权保护的地域范围内；3. 许诺销售期在法律规定的专利有效期内；4. 未经专利权人许可。

“第十八届世界制药原料药中国展”的参展方虽然是生命能公司，但从展会宣传资料和名片上印制的信息，展板上恒生公司的注册商标，以及该两家公司的关联关系来看，应认定恒生公司在该展会上共同实施了展销行为。

恒生公司在其官方网站上展示“RivaroxabanTablets”（利伐沙班片）

“RivaroxabanAPI”（利伐沙班原料药）的位置在“产品中心”栏目，在展会展板上也将涉案产品与其他多款产品共同展示，且恒生公司已设计出利伐沙班片产品的外包装，包括包装盒和包装瓶，在包装盒图片上清楚地标注有产品规格、注册商标及生产厂家信息。从恒生公司上述行为方式来看，其已经明确地作出了销售涉案产品的意思表示。至于恒生公司是否具备生产、销售本专利产品的相应资质和生产能力，以及是否具有实际可供销售的产品，都不是认定许诺销售的必要条件，不能改变恒生公司的行为性质。

相关参展人员以及浏览恒生公司网站的社会公众均可获取、知晓恒生公司销售涉案产品的意思表示，而恒生公司的行为未经专利权人许可，发生在本专利保护期内，故构成专利侵权。虽然恒生公司标注有涉案产品的原研公司、原研药商品名以及《美国联邦法规》的相关规定，但并不能因此使其侵权行为免责，否则可能导致专利法的许诺销售制度被架空。

综上，恒生公司认为其行为不构成许诺销售的诉讼理由，缺乏事实和法律依据，一审法院不予支持。

(三) 恒生公司的行为不属于专利法第六十九条第五项规定之情形

专利法第六十九条第五项规定，为提供行政审批所需要的信息，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的，不视为侵犯专利权的行为。

药品具有公共利益属性，该规定的立法目的是克服专利保护期限届满之后才对仿制药品和医疗器械上市进行审批所带来的时间延迟。法律通过调整和维持医药专利权人、医药制品仿制企业和社会公众之间的利益平衡，使公众在医药专利保护期限届满后能及时获得价格较为低廉的仿制药品，以满足公众健康需要。但同时需要强调的是，药品专利制度既激励药品研发，又鼓励许可使用保障药品的可及性，如果专利权人的正当权益易遭受侵害，打破了专利药企与仿制药企的利益平衡，会对药品领域中专利权人的公平竞争与信任基础造成破坏，最终损害公共健康利益。所以专利法对于例外情形进行了严格限制，不应对该规定作扩大理解。一审法院对恒生公司主张其宣传展示涉案产品对象为仿制药申报企业，其行为属于上述规定不视为侵犯专利权情形的主张不予采信，理由如下：

首先，从主体方面来看，医药行政审批侵权例外抗辩主体既包括仿制药企，也包括为前者提供试验帮助的第三方，本案中恒生公司自称其属于后者，但恒生公司网站宣传、展板展示的对象显然不仅限于为获得行政审批的仿制药企，而且恒生公司也未提交证据证明其与仿制药申报企业接洽、合作的相关情况。

其次，从行为目的来看，医药行政审批的侵权例外的行为应仅限于“行政审批”目的，而恒生公司宣传、展示涉案产品的方式、位置与其他正在销售的产品相同，即便恒生公司标注了原研公司和《美国联邦法规》，也无法得出其行为仅为了帮助仿制药企获得行政审批的结论。

再次，从行为方式来看，从法条中“专门为其”的措辞可推知，对辅助仿制行为的侵权例外范围应严格限定，仅限于“制造、进口”专利药品或专利医疗器械，而不包括许诺销售行为。本案中，恒生公司在官方网站及展会展板上宣传、展示涉案产品，既非“制造”行为，亦非“进口”行为，不属于法律规定的例外情形。

最后，从行为结果来看，在行政审批阶段，仿制药企并无法确定其申报的药品一定能够获得生产和上市的批准，如果其提前实施了广告宣传，可能会误导消费者和相关公众，所以法律规定的例外情形并不包括“许诺销售”，而作为辅助

仿制行为的第三方实施的“许诺销售”，亦不属于专利法第六十九条第五项规定之情形。

综上，恒生公司要求撤销被诉裁决，并认定恒生公司的行为未侵犯本专利权的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，一审法院不予支持。

一审裁判结果

一审法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决：驳回南京恒生制药有限公司的诉讼请求。案件受理费人民币 50 元，由南京恒生制药有限公司负担。

上诉人诉称

恒生公司不服一审判决，向本院提起上诉。请求：1. 撤销被诉裁决；2. 认定恒生公司的行为并未侵权；3. 本案诉讼费用由南京市知识产权局承担。事实和理由为：（一）被诉裁决程序错误。1. 被诉裁决没有充分考虑恒生公司提出的证据，没有对恒生公司提交的证据 1-7 进行充分论证。2. 拜耳公司在针对本专利权的无效宣告请求审查程序中删除了本专利的原权利要求 1。2020 年 5 月 22 日，恒生公司将有关上述内容的转文发送给南京市知识产权局要求中止处理，然而南京市知识产权局仍在被诉裁决中认定本专利权稳定有效，并以本专利的原权利要求 1、2、6 为基础进行侵权判断，存在不当行为。3. 被诉裁决不能依据生命能公司的行为作出恒生公司的行为是否侵权的判断。（二）被诉裁决认定事实错误、适用法律不当。1. 在被诉裁决作出前，本专利权已经部分无效，而非被诉裁决认定的本专利权有效。恒生公司的宣传和展示行为并非许诺销售，恒生公司没有销售商品的意思表示，且根据北京市高级人民法院(2007)高民终字第 1844 号民事判决，许诺销售应当使产品处于能够销售的状态。恒生公司在展会上进行了宣传，但是没有对产品价格、供货量进行说明，不能认为恒生公司宣传的目的是销售，恒生公司没有处于能够销售状态的产品。2. 被诉裁决的举证责任分配不当，现有证据不能证明恒生公司存在许诺销售行为，也没有证据证明恒生公司的行为不符合专利法第六十九条第五项规定的例外情形。3. 恒生公司认可在网站上展出了涉案专利产品，但没有作出销售商品的意思表示，也没有价格和供货量等内容。判断是否构成许诺销售的核心应当是判断宣传者是否有销售专利产品的意思表示，对于知晓制药行业法律法规的从业人员而言，很容易判断恒生公司的宣传展示并非作出销售的意思表示。4. 药品是特殊商品，恒生公司的利伐沙班原料药和药片，由

于没有批准文号，根本不会有买家，而且只要卖出去就是生产、销售假药。因此宣传展示涉案产品不应当被认为是作出了销售的意思表示。5. 即使认定恒生公司存在销售的意思表示，也属于定向投送而非广而告之的行为。恒生公司的产品宣传对象是准备申报注册利伐沙班新药的企业，是专门为其提供行政审批所需要的信息而进行的许诺销售，符合专利法第六十九条第五项规定的例外情形。该条规定是为了方便仿制药在专利权到期后及早上市，降低医疗费用，既然已经规定允许为其制造、进口，也没有限定必须是免费的，那么也应当允许“许诺销售为其制造、进口”。如果不通过涉案宣传行为，恒生公司无法了解到有开发利伐沙班仿制药计划的企业，以及为了获得行政审批需要的信息具体需要多少产品，因此该条规定“为提供行政审批所需要的信息”和“专门为其”所限制的对象、产品品种数量，只能在后续的制造或进口行为中判定，而不宜用来要求广告宣传。由于专利法对药品和医疗器械行政审批的规定并不明确，也没有司法解释予以明确，造成包括恒生公司在内的制药行业的普遍困扰，恒生公司希望通过这一诉讼，能够获得明确的司法判决指引。

被上诉人辩称

南京市知识产权局辩称：一审判决认定事实清楚、适用法律正确、审理程序合法、结论正确，请求依法驳回上诉，维持原判。

拜耳公司述称：被诉裁决和一审判决认定事实清楚，说理正确，应当予以维持。本案不存在程序违法的问题。恒生公司展销利伐沙班原料药和片剂产品，构成许诺销售行为。本案不属于专利法第六十九条规定的例外情形。

本案二审期间，当事人均未提交新证据。

二审庭审中，恒生公司表示：在被诉裁决作出前，拜耳公司就已经在无效宣告请求审查程序中放弃了本专利权利要求1，恒生公司在被诉裁决作出前就已经将材料提交给南京市知识产权局，并据此主张被诉裁决未中止处理且认定恒生公司侵害本专利权利要求1存在不当。对于涉案产品落入修改后的本专利权保护范围不持异议。

本院查明

本院经审理查明：一审法院认定的事实属实，本院予以确认。

本院另查明：第46047号和第46044号无效宣告请求审查决定分别于2020年9月1日、2020年8月27日作出，上述决定均载明，在针对本专利权的无效

宣告请求审查程序中，拜耳公司于2020年5月7日提交了权利要求的全文修改替换页，其中删除了权利要求1。2020年5月13日，国家知识产权局将上述文件副本分别转送了两案的请求人恒生公司、生命能公司。2020年7月31日，拜耳公司再次提交了权利要求的全文修改替换页，删除了权利要求1中“盐的水合物”技术方案和制备方法权利要求。第46047号和第46044号无效宣告请求审查决定经审查均认为上述修改符合专利法第三十三条的相关规定。

本专利修改后的权利要求共九项，修改后的权利要求1对应授权公告的权利要求2，其删除了授权公告权利要求2中“盐的水合物”技术方案；修改后的权利要求2对应授权公告的权利要求6，其删除了授权公告权利要求6中引用授权公告权利要求1的技术方案及引用授权公告权利要求2的“盐的水合物”技术方案。

被诉裁决于2020年5月25日作出，在南京市知识产权局于2020年5月14日进行的口审过程中，恒生公司并未提交拜耳公司在无效宣告请求审查程序中删除原权利要求1的相关证据。

本院认为

本院认为：本案被诉侵权行为发生在2008年修正的专利法施行日（2009年10月1日）之后、2020年修正的专利法施行日（2021年6月1日）之前，本案应适用2008年修正的专利法。本案中，涉案产品落入授权公告的本专利权利要求1、2、6的保护范围，也落入修改后的本专利权利要求1、2的保护范围，恒生公司对此不持异议，因此本案二审争议焦点问题是：被诉裁决的程序是否合法；被诉裁决认定恒生公司实施了许诺销售行为是否正确；恒生公司的行为是否属于专利法第六十九条第五项规定的例外情形。

（一）被诉裁决的程序是否合法

恒生公司上诉认为，在拜耳公司已经放弃本专利原权利要求1的情况下，被诉裁决仍以授权公告的权利要求1、2、6作为权利基础进行审查，没有中止处理，没有对恒生公司提交的证据充分论证，存在程序违法。

经审查，首先，根据第46047号无效宣告请求审查决定的记载，恒生公司于2020年5月13日收到国家知识产权局转交的拜耳公司修改权利要求书的文件，次日南京市知识产权局进行了口审程序，在口审笔录中并未记载恒生公司提出过拜耳公司已经删除本专利原权利要求1的事实。本案二审中，恒生公司也未提交

证据证明被诉裁决作出前，其向南京市知识产权局告知过拜耳公司在无效宣告请求审查程序中放弃了原权利要求1。被诉裁决早于本专利无效宣告请求审查决定的作出时间，其以本专利授权公告的权利要求作为审查基础进行侵权判定，于法有据，并不存在程序违法的事实。其次，恒生公司以针对本专利权提出无效宣告请求被受理为由，申请南京市知识产权局对本案中止处理。南京市知识产权局根据《中华人民共和国专利法实施细则》第八十二条的规定，结合本案具体情况，对该申请作出中止处理，亦不存在程序违法的情形。最后，在被诉裁决作出前，恒生公司已经在口审程序中就其提交的证据充分发表了意见，被诉裁决对此进行了回应，一审法院在审理过程中也进行了质证认证，不存在恒生公司上诉所称其提交的证据未予充分论证的事实。被诉裁决并不存在程序违法的情形。

（二）被诉裁决认定恒生公司实施了许诺销售行为是否正确

根据专利法第十一条第一款规定，发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，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。

恒生公司上诉主张涉案产品并未处于可以销售的状态，其没有对涉案产品标注价格和供货量，其行为属于定向投送，其宣传涉案产品的目的不是销售，没有销售涉案产品的意思表示，因此不构成许诺销售侵权行为。

对此，本院认为，首先，恒生公司对于许诺销售侵权行为的法律理解存在错误。第一，许诺销售行为既可以针对特定对象，又可以针对不特定对象。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》第十八条的规定，专利法第十一条、第六十九条所称的许诺销售，是指以做广告、在商店橱窗中陈列或者在展销会上展出等方式作出销售商品的意思表示。将产品通过陈列或演示、列入销售征订单、列入推销广告或者以任何口头、书面或其他方式向特定或不特定对象明确表示销售意愿的行为即构成许诺销售。许诺销售既可以面向特定对象，也可以面向不特定对象，针对特定对象作出销售商品意思表示的定向投送亦属于许诺销售。第二，许诺销售行为既可以是提出要约，也可以是提出要约邀请。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）》第十九条的规定，产品买卖合同依法成立的，人民法院应当认定属于专利法第十一条规定的销售。许诺销售行为的目的指向销售行为，是一种法定的、独立的侵

权行为方式，其民事责任承担不以销售是否实际发生为前提。许诺销售在性质上系销售者的单方意思表示，并非以产品处于能够销售的状态为基础，只要存在明确表示销售意愿的行为即可认定为许诺销售。当双方达成合意时，即不再属于许诺销售的范畴，而是属于销售。因此，当销售产品的意思表示内容明确、具体时，即可认定存在许诺销售行为。缺少有关价格、供货量以及产品批号等关于合同成立的条款，并不影响对许诺销售行为的认定。

其次，恒生公司销售涉案产品的意思表示明确、具体，其关于并无销售涉案产品意思表示的上诉主张与事实不符。第一，根据审理查明的事实，恒生公司在其官网“外销产品(制剂产品)”“外销产品(原料药产品)”栏目分别展示“利伐沙班片 RivaroxabanTablets”“利伐沙班 RivaroxabanAPI”，在其官网“产品中心”栏目展示“利伐沙班片 RivaroxabanTablets”，产品包装上印制标注恒生公司注册商标。恒生公司和生命能公司参加“第十八届世界制药原料药中国展”，展板上印有恒生公司和生命能公司的注册商标，展示有“RivaroxabanAPI”（利伐沙班原料药）并配有包装瓶图片，展示有“RivaroxabanTablets”（利伐沙班片）并配有包装盒及包装瓶图片，标注产品规格为 10mg。根据《中华人民共和国商标法》的规定，商标作为区别商品和服务来源的重要标志，商标使用人对其使用商标的商品质量负责。恒生公司将其公司的注册商标使用在涉案产品的包装盒上，其使用商标的行为本身明确指示了商品的来源为恒生公司。从恒生公司对商标的使用目的可知，其通过使用商标，使他人了解涉案产品来源于恒生公司。对于浏览恒生公司官网以及参加展会的不特定对象而言，恒生公司通过在官网、展会上展示印有其注册商标的涉案产品图片等行为，传递了销售涉案产品的信息，其销售涉案产品的意思表示是明确、具体的。第二，本案没有证据证明恒生公司的宣传行为针对的是特定对象，且如上所述，针对特定对象作出销售意思表示的定向投送亦属于许诺销售。恒生公司在网站和展会上宣传展示的涉案产品面向不特定对象，虽然不具备合同的必备条款，仍属于许诺销售行为。恒生公司是否有实际的销售行为，销售行为是否违反了药品管理的法律规定，均不影响其构成许诺销售侵权行为的事实。至于恒生公司在其官网展示的“利伐沙班片”下方标注了原研药公司及原研商品，在展会展板下方标注“根据《美国联邦法规》(CFR)第 35 篇第 271(e)(1)小节的规定，受专利法保护的产品可用于研究和开发用途”的行

为，属于针对涉案产品所进行的说明，其实质是服务于通过恒生公司许诺销售了解到涉案产品的他人购买该产品，同样不影响其构成许诺销售侵权行为的事实。

综上，恒生公司未经专利权人拜耳公司的许可，通过网站、展会向不特定对象作出销售涉案产品的意思表示，且涉案产品落入本专利权保护范围，被诉裁决和一审判决关于恒生公司实施了许诺销售侵权行为的事实认定以及法律适用正确，本院予以维持。

（三）恒生公司的行为是否属于专利法第六十九条第五项规定的例外情形

根据专利法第六十九条第五项规定，为提供行政审批所需要的信息，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的，不视为侵犯专利权。

恒生公司上诉主张涉案行为属于专利法第六十九条第五项规定的药品和医疗器械行政审批例外情形，依法不构成侵权行为。对此，本院认为，我国法律对药品和医疗器械规定了严格的行政审批制度，生产厂商为了获得行政审批需要的数据和其他信息，需要进行长时间的大量研究、分析和临床实验等活动。为了在专利权保护期届满后及时推出仿制药品和医疗器械，保障社会公众及时获得价格低廉的药品和医疗器械，同时避免客观上延长专利权的保护期限，2008年修正的专利法在第六十九条第五项增加了关于仿制药品和医疗器械不视为侵犯专利权的规定。根据该项规定，为提供行政审批所需要的信息，在专利保护期内制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的行为以及在专利保护期内专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的行为，不视为侵犯专利权。专利法的立法目的是为了保护专利权人的合法权益，鼓励发明创造，推动发明创造的应用，提高创新能力，促进科学技术进步和经济社会发展。合法的专利权利保护是原则，法定不侵权的规定是例外。因此，在适用专利法第六十九条第五项时应当进行严格解释而非宽泛解释，依法从抗辩主体及其具体行为等方面进行分析认定。

首先，关于药品和医疗器械行政审批例外条款的抗辩主体及其条件。药品和医疗器械行政审批例外条款包含两种类型的主体，一是为了获得仿制药品和医疗器械行政审批所需要的信息而实施专利的行为人，二是为该行为人专门实施专利的行为人。前一主体为自己申请行政审批，后一主体为帮助前一主体申请行政审批，后一主体以药品和医疗器械行政审批例外为由提出抗辩时，应以前一主体的实际存在为前提和条件。恒生公司称其在官网和展会宣传涉案产品，受众对

象是准备申请注册利伐沙班产品的企业，据此主张其属于合法的抗辩主体。经审查，恒生公司没有提交存在某个生产利伐沙班药品的行政审批申请人的证据。恒生公司客观上通过官网和展会宣传作出了向不特定对象销售涉案产品的意思表示，没有事实表明其仅向准备申请注册利伐沙班产品的特定企业进行了宣传。恒生公司自己也非申请利伐沙班药品需要进行行政审批的主体。因此恒生公司不符合药品和医疗器械行政审批例外抗辩的主体条件。

其次，关于药品和医疗器械行政审批例外的行为范围。药品和医疗器械行政审批例外条款所调整的行为是，为提供行政审批所需要的信息，为自己申请行政审批而实施“制造、使用、进口”行为，以及专门为前一主体申请行政审批而实施“制造、进口”行为，均不包括许诺销售行为。本案中，恒生公司实施的行为是向不特定对象许诺销售涉案产品，系以销售为目的而非以获取行政审批所需的信息为目的，超出了药品和医疗器械行政审批例外所规定的后一主体可以实施的“制造、进口”行为范围。恒生公司以如果不通过涉案宣传行为，就无法了解到有开发利伐沙班仿制药计划的企业的辩解，既与法律明文规定不符，又实际上不合法地压缩了专利权人在专利保护期内的合法利益空间。在药品专利权存续期间，未经许可实施不属于药品和医疗器械行政审批例外情形的许诺销售行为，可能导致不特定对象推迟向专利权人购买专利产品等后果，实质上削弱对专利权人合法权益的保护。被诉裁决和一审判决认定恒生公司的许诺销售行为不属于药品和医疗器械行政审批例外规定的侵权行为例外，本院予以维持。

二审裁判结果

综上所述，恒生公司的上诉请求不能成立，应予驳回。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币 50 元，由南京恒生制药有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长罗霞

审判员邓卓

审判员雷艳珍

二〇二二年六月二十二日

法官助理徐世超

书记员李思倩

裁判文书摘要

案号 (2021)最高法知行终 702 号

审理法院 最高人民法院

当事人 南京生命能科技开发有限公司

中华人民共和国江苏省南京市知识产权局

拜耳知识产权有限责任公司

立案年度 2021

裁判时间 2022-06-22

裁判结果 维持一审判决

裁判文书标题

中华人民共和国

最高人民法院

行政判决书

(2021)最高法知行终 702 号

当事人信息

上诉人(一审原告): 南京生命能科技开发有限公司。

法定代表人: 吕勇, 该公司总经理。

委托诉讼代理人: 李红团, 北京三聚阳光知识产权代理有限公司专利代理师。

委托诉讼代理人: 苗文俊, 北京易聚律师事务所律师。

被上诉人(一审被告): 中华人民共和国江苏省南京市知识产权局。

法定代表人: 时新峰, 该局局长。

委托诉讼代理人: 孙敏俊, 该局工作人员。

委托诉讼代理人: 汪旭东, 南京知识律师事务所律师。

一审第三人: 拜耳知识产权有限责任公司

(BayerIntellectualPropertyGmbH), 阿尔弗雷德-诺贝尔街 10 号。

代表人: 多利安·伊姆莱(ImmlerDorian), 该公司专利负责人。

代表人：弗兰克·迈克斯纳(MeixnerFrank)，该公司商标负责人。

委托诉讼代理人：唐铁军，北京市万慧达律师事务所专利代理师。

委托诉讼代理人：王宇明，北京市万慧达律师事务所律师。

审理经过

上诉人南京生命能科技开发有限公司(以下简称生命能公司)与被上诉人中华人民共和国江苏省南京市知识产权局(以下简称南京市知识产权局)及一审第三人拜耳知识产权有限责任公司(以下简称拜耳公司)专利行政裁决一案,涉及专利权人为拜耳公司、名称为“取代的噁唑烷酮和其在血液凝固领域中的应用”的发明专利(以下简称本专利)。针对拜耳公司就本专利提出的专利侵权纠纷处理请求,南京市知识产权局作出宁知(2019)纠字6号专利侵权纠纷案件行政裁决(以下简称被诉裁决),认定生命能公司的侵权行为成立,责令生命能公司立即删除其官方网站上关于利伐沙班原料药及利伐沙班片的宣传信息,停止许诺销售利伐沙班原料药及利伐沙班片;生命能公司不服,向中华人民共和国江苏省南京市中级人民法院(以下简称一审法院)提起诉讼。一审法院于2021年2月1日作出(2020)苏01行初262号行政判决,判决驳回生命能公司的诉讼请求;生命能公司不服,向本院提起上诉。本院于2021年7月13日立案后,依法组成合议庭,并于2022年3月16日询问当事人,上诉人生命能公司的委托诉讼代理人李红团、苗文俊,被上诉人南京市知识产权局的委托诉讼代理人孙敏俊、汪旭东,一审第三人拜耳公司的委托诉讼代理人唐铁军、王宇明到庭参加询问。本案现已审理终结。

本案基本事实如下:

(一)本专利权无效阶段进行修改及维持有效

本专利系名称为“取代的噁唑烷酮和其在血液凝固领域中的应用”的发明专利,专利权人为拜耳公司,专利号为00818966.8,专利申请日为2000年12月11日,授权公告日为2006年7月5日。本专利权保护期现已届满。专利摘要记载:本发明涉及血液凝固领域。本发明涉及通式(I)新的噁唑烷酮衍生物、其制备方法及其作为生物活性物质用于制备预防和/或治疗疾病的药物的用途。

本专利原有13项权利要求:

1. 通式(I)的化合物或其可药用盐、水合物或盐的水合物

其中：R1 为 2-噻吩基，该基团在其 5-位上被选自氯、溴、甲基和三氟甲基的基团取代，R2 为 D-A-：其中：基团“A”为亚苯基；基团“D”为饱和的 5-或 6-元杂环，其经过氮原子与“A”连接，其在连接的氮原子的邻位上具有羰基并且其中一个环碳单元可被选自 S、N 和 O 的杂原子替代；其中前面定义的基团“A”在所述与噁唑烷酮的连接点的间位上可任选被选自下列的基团一或二取代：氟、氯、硝基、氨基、三氟甲基、甲基和氰基，R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 为氢。

2. 具有下式结构的权利要求 1 的化合物或其可药用盐、水合物或盐的水合物

3. 制备按照权利要求 1 或 2 的取代的噁唑烷酮的方法，其中所述方法或者按照方法[A]使通式(II)的化合物

其中基团 R2、R3、R4、R5、R6 和 R7 具有权利要求 1 中给出的含义，与通式(III)的羧酸反应

其中基团 R1 具有权利要求 1 中给出的含义，或与前述定义的通式(III)的羧酸相应的酰卤或与相应的对称或混合酸酐在惰性溶剂中，任选在活化剂或偶联剂和 / 或碱存在下反应，生成通式(I)的化合物

其中基团 R1、R2、R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 具有权利要求 1 中给出的含义，或按照方法

使通式(IV)的化合物

其中基团 R1、R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 具有权利要求 1 中给出的含义，与合适的选择性氧化剂在惰性溶剂中反应转化成通式(V)的相应的环氧化物

其中基团 R1、R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 具有权利要求 1 中给出的含义，和在惰性溶剂中，任选在催化剂存在下通过与通式(VI)的胺反应

R2-NH2(VI)，

其中

基团 R2 具有权利要求 1 中给出的含义，首先制得通式(VII)的化合物

其中基团 R1、R2、R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 具有权利要求 1 中给出的含义，并且随后在惰性溶剂中在光气或光气等价物存在下环合成通式(I)的化合物

其中基团 R1、R2、R3、R4、R5、R6、R7 和 R8 具有权利要求 1 中给出的含义。

4. 权利要求 3 的方法，其中所述通式(III)的羧酸相应的酰卤为酰氯。

5. 权利要求 3 的方法，其中所述光气等价物为羰基二咪唑。

6. 药物组合物, 其中含有至少一种按照权利要求 1 或 2 的化合物与一种或多种可药用助剂或赋形剂。

7. 权利要求 1 或 2 的化合物用于制备预防和 / 或治疗血栓栓塞性疾病的药物或药物组合物的用途。

8. 权利要求 7 的用途, 其中所述疾病选自心肌梗塞、心绞痛、血管成形术或主动脉冠状动脉分流术后的再阻塞和再狭窄、中风、短暂的局部缺血发作、周围动脉闭塞性疾病、肺栓塞或深部静脉血栓形成。

9. 按照权利要求 1 或 2 的化合物用于制备预防和 / 或治疗通过抑制因子 Xa 正性影响的疾病的药物或药物组合物的用途。

10. 按照权利要求 1 或 2 的化合物用于制备治疗弥散性血管内凝血的药物或药物组合物的用途。

11. 按照权利要求 1 或 2 的化合物用于制备抑制因子 Xa 的药物或药物组合物的用途。

12. 体外阻止血液凝固的方法, 其特征在于加入按照权利要求 1 或 2 的化合物。

13. 在血液储存或含有因子 Xa 的生物样品中阻止凝固的方法, 其特征在于加入按照权利要求 1 或 2 的化合物。

2020 年 3 月 11 日, 生命能公司针对本专利权向中华人民共和国国家知识产权局(以下简称国家知识产权局)提起无效宣告请求。在无效宣告请求审查程序中, 2020 年 7 月 31 日, 拜耳公司对本专利的权利要求进行了修改。修改后的权利要求为:

1. 具有下式结构的化合物或其可药用盐或水合物,
2. 药物组合物, 其中含有至少一种按照权利要求 1 的化合物与一种或多种可药用助剂或赋形剂。

3. 权利要求 1 的化合物用于制备预防和/或治疗血栓栓塞性疾病的药物或药物组合物的用途。

4. 权利要求 3 的用途, 其中所述疾病选自心肌梗塞、心绞痛、血管成形术或主动脉冠状动脉分流术后的再阻塞和再狭窄、中风、短暂的局部缺血发作、周围动脉闭塞性疾病、肺栓塞或深部静脉血栓形成。

5. 按照权利要求 1 的化合物用于制备预防和/或治疗通过抑制因子 Xa 正性影响的疾病的药物或药物组合物的用途。

6. 按照权利要求 1 的化合物用于制备治疗弥散性血管内凝血的药物或药物组合物的用途。

7. 按照权利要求 1 的化合物用于制备抑制因子 Xa 的药物或药物组合物的用途。

8. 体外阻止血液凝固的方法，其特征在于加入按照权利要求 1 的化合物。

9. 在血液储存或含有因子 Xa 的生物样品中阻止凝固的方法，其特征在于加入按照权利要求 1 的化合物。

国家知识产权局作出第 46044 号无效宣告请求审查决定，决定在上述权利要求 1-9 的基础上，维持本专利权有效。

(二) 专利行政处理的事实和理由

生命能公司成立于 1999 年 11 月 9 日，类型为有限责任公司，注册资本 1000 万元，经营范围为生物制品、药品、化工产品、中成药的研究、开发、检测、技术服务、技术转让及技术咨询等。生命能公司系案外人南京恒生制药有限公司(以下简称恒生公司)的全资子公司。

生命能公司在其官网(www.njsmn.com)“重点产品”的“国际市场”一栏下，显示有“利伐沙班片 RivaroxabanTablets”，注明原研药公司为“Bayer”，原研商品为“Xarelto”。该产品包装盒上印有恒生公司的注册商标，生产商为恒生公司，地址为江苏南京溧水经济开发区机场路 18 号。在“重点产品”的“国际原料药”一栏下，显示有“利伐沙班 RivaroxabanAPI”，注明 CAS 号为“366789-02-8”，分子式为 C₁₉H₁₈C₁N₃O₅S。

2018 年 6 月 21 日，生命能公司参加了在上海新国际博览中心举办的“第十八届世界制药原料药中国展”。展会宣传资料上印有生命能公司和恒生公司的简介，工作人员名片上印有生命能公司和恒生公司的信息。展板上印有生命能公司和恒生公司的注册商标，展示有：“RivaroxabanAPI”（利伐沙班原料药），配有包装瓶图片；化学名：5-氯-N-((5S)-2-氧代-3-[4-(3-氧代-4-吗啉基)苯基]-1,3-噁唑烷-5-基)甲基)-2-噻吩甲酰胺；CAS 号：366789-02-8；分子式：C₁₉H₁₈C₁N₃O₅S；适应症：用于非瓣膜性房颤患者，以降低卒中和全身性栓塞的风险，用于治疗深静脉血栓形成(DVT)和肺栓塞(PE)，降低 DVT 和 PE 复发的风险，

用于膝关节或髋关节置换手术患者，以预防可能导致 PE 的 DVT；原研公司：拜耳；原研商品：拜瑞妥 (Xarelto)。“RivaroxabanTablets” (利伐沙班片)，配有包装盒及包装瓶图片；标注有产品规格：10mg。在展板的“制剂”栏下显示有 9 款产品，其中包括利伐沙班片；“活性药物成分(原料药)”栏下，显示有 9 款产品，其中包括利伐沙班。展板上还印有“根据《美国联邦法规》(CFR)第 35 篇第 271(e)(1)小节的规定，受专利法保护的产品可用于研究和开发用途。”

2019 年 11 月 29 日，拜耳公司就本专利向南京市知识产权局提出专利侵权纠纷处理请求。拜耳公司认为，生命能公司在网站和展会上许诺销售的侵权产品，至少落入本专利权利要求 1、2 和 6 的保护范围，构成专利侵权，请求：1. 责令生命能公司立即停止侵犯拜耳公司专利权的许诺销售行为；2. 责令生命能公司立即删除其官方网站上关于侵权产品的宣传内容。2019 年 12 月 2 日，南京市知识产权局立案受理，于 2020 年 5 月 14 日组织请求人拜耳公司和被请求人生命能公司进行口审程序，当事人对相关证据进行了质证。口头审理笔录中记载生命能公司在侵权比对时认可其展示的产品是落入本专利权的化合物。

2020 年 5 月 25 日，南京市知识产权局作出被诉裁决，认定生命能公司的侵权行为成立，责令生命能公司立即删除官方网站上关于利伐沙班原料药及利伐沙班片的宣传信息，停止许诺销售利伐沙班原料药及利伐沙班片。

(三) 在一审程序的诉辩理由

生命能公司不服被诉裁决，于 2020 年 6 月 16 日向一审法院提起行政诉讼，请求：1. 撤销南京市知识产权局作出的被诉裁决；2. 认定生命能公司的行为不侵犯本专利权；3. 案件受理费由南京市知识产权局负担。事实和理由为：(一) 程序错误。拜耳公司已经在无效宣告程序中主动删除了本专利的权利要求 1，然而被诉裁决基于本专利权利要求 1、2、6 认定侵权成立；南京市知识产权局未能充分考虑生命能公司提出的证据，生命能公司及时将相关材料邮寄给南京市知识产权局，南京市知识产权局应中止本案处理。(二) 认定事实有误、适用法律不当。1. 虽然生命能公司在展会及网站上对涉案产品进行了一些宣传，但没有对价格、供货量等进行说明，且生命能公司也没有处于能够销售状态的涉案产品，因此生命能公司的行为不应当被认定为许诺销售。2. 根据《中华人民共和国专利法》(2008 年修正)(以下简称专利法)第六十九条第五项的规定，为提供行政审批所需要的信息，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的，不视为侵犯专利权。该条规定中已经隐含了允许此类销售和许诺销售的含义，故生命能公司的行为不构成专利侵权。

南京市知识产权局辩称：（一）被诉裁决程序合法适当；（二）被诉裁决认定生命能公司构成许诺销售的事实依据清楚，适用法律正确；（三）生命能公司的行为不符合专利法第六十九条第五项所规定的情形。综上，被诉裁决程序合法、认定事实清楚、适用法律正确，生命能公司陈述的事实和理由均不能成立，请求法院依法驳回生命能公司的诉讼请求。

拜耳公司诉称：（一）生命能公司的行为构成许诺销售，被诉裁决认定事实清楚、适用法律正确。（二）专利法第六十九条第五项规定的内容不包括许诺销售，生命能公司的行为系专利侵权行为。（三）生命能公司多年持续实施专利侵权行为，侵权主观恶意明显。

一审法院经审理基本认定了上述事实。

在一审程序中，生命能公司提交了七份证据：1. 国家知识产权局条法司编著的《专利法第三次修改导读》；2. 《中华人民共和国药品管理法》；3. 生命能公司网站截屏打印件；4. 《药品注册管理办法》；5. 北京市高级人民法院作出的(2007)高民终字第 1844 号民事判决书的复印件；6. 《中国专利法详解》复印件；7. 本专利权无效宣告请求受理通知书的打印件。

南京市知识产权局在一审程序中提交了被诉裁决案件卷宗中的相关材料以证明被诉裁决程序合法、法律适用正确。

拜耳公司在一审程序中提交了第 46047 号无效宣告请求审查决定书和第 46044 号无效宣告请求审查决定书以证明本专利修改后的权利要求被全部维持有效。

一审法院经质证认证，对于生命能公司提交的证据 1-7 的真实性予以认可，对于证据 3 和 5 的关联性不予认可，对于证据 1、2、4、6、7 的证明目的不予认可；对于南京市知识产权局和拜耳公司提交的证据予以采信。

一审法院另查明：国家图书馆的《检索报告》（编号：2017-NLC-SSCX）显示，通过化学物质登记号 366789-02-8，在 Registry 数据库中进行检索，得到的检索结果显示：利伐沙班(Rivaroxaban)化学名为 2-噻吩甲酰胺，5-氯-N-((5S)-2-氧代-3-[4-(3-氧代-4-吗啉基)苯基]-5-噁唑烷基)甲基)；分子式为 C₁₉H₁₈C₁N₃O₅S；原研商品为拜瑞妥(Xarelto)。化学工业出版社出版的国家

药典委员会编撰的《中国药品通用名称》(2014版)记载:利伐沙班对应的英文名称为 Rivaroxaban, 分子式和分子量为 C₁₉H₁₈ClN₃O₅S, CAS 登录号为 366789-02-8, 药效分类为凝血因子 Xa 抑制药, 抗血栓药。

一审庭审中, 生命能公司认可涉案网站及展板上展示的产品“利伐沙班”落入本专利修改后的权利要求保护范围。生命能公司陈述, 其宣传、展示涉案产品的对象是利伐沙班仿制药申报企业, 生命能公司具备与利伐沙班仿制药申报企业联合申报的条件和资质, 而且其宣传、展示涉案产品的过程中标注了原研公司和原研药商品名, 表明生命能公司提醒相关消费者该产品来源及可获取的途径, 已尽到相关义务。

一审法院认为

一审法院认为: 本案的争议焦点为, 被诉裁决的程序是否合法; 生命能公司的行为是否构成许诺销售; 生命能公司的行为是否属于专利法第六十九条第五项规定之情形。

(一) 本专利权维持有效的情况下, 南京市知识产权局未中止处理并不影响裁决结果

南京市知识产权局对本案立案后, 于 2020 年 5 月 14 日组织请求人拜耳公司和被请求人生命能公司进行了口审程序, 听取了双方当事人的意见, 并组织当事人对证据进行了质证, 相关处理程序和审理过程有立案审批表、口头审理通知书、口头审理笔录等证据为凭, 符合法律规定。

《中华人民共和国专利法实施细则》第八十二条规定, 在处理专利侵权纠纷过程中, 被请求人提出无效宣告请求并被专利复审委员会受理的, 可以请求管理专利工作的部门中止处理。管理专利工作的部门认为被请求人提出的中止理由明显不能成立的, 可以不中止处理。《江苏省专利促进条例》第三十二条第五项规定, 专利行政管理部门受理的侵犯专利权纠纷案件, 被请求人在答辩期间内请求宣告该项专利权无效并请求中止处理的, 专利行政管理部门应当中止处理, 但被请求人请求宣告无效的专利权是发明专利权的, 可以不中止处理。虽然生命能公司针对本专利向国家知识产权局提出了无效宣告请求, 但本专利为发明专利, 上述规定并未要求专利行政管理部门“应当”中止处理, 南京市知识产权局根据本专利的类型以及案件处理的具体情况, 选择不中止处理程序, 并不违反相关规定。

本专利原包含 13 项权利要求，专利权人修改后变更为 9 项权利要求，变更后的本专利权利要求 1 为，具有下式结构的化合物或其可药用盐或水合物，

根据国家图书馆的《检索报告》、国家药典委员会编撰的《中国药品通用名称》、本专利说明书等证据，可以确定 CAS 号为 366789-02-8 的化合物与本专利保护的化合物一致。生命能公司宣传、展示的涉案产品利伐沙班 CAS 号对应的结构式与本专利权利要求 1 的结构式相同，结合公证书中固定的涉案产品的通用名、化学名、CAS 号，亦可证明涉案产品与本专利为同一化学物质。由于利伐沙班片的生产制造过程中必然用到利伐沙班原料药，故利伐沙班原料药、利伐沙班片与本专利的权利要求 1 中结构式为同一化学物质。因此，在维持本专利权有效的情况下，南京市知识产权局未中止处理并不影响裁决结果。

综上，生命能公司认为南京市知识产权局程序错误的诉讼理由，缺乏事实和法律依据，一审法院不予支持。

（二）生命能公司的行为构成许诺销售

法律规定“许诺销售”的目的是为了让权利人有权禁止他人实施销售前的推销或促销行为，所以只要被诉侵权行为符合以下四个要件的，专利权人即可行使停止侵害请求权，从而使侵权行为遏制在最初未实际发生损害的状态。1. 行为人作出了销售专利产品的意思表示，该意思表示有为他人所获取或者知晓的可能性；2. 该意思表示发生在专利权保护的地域范围内；3. 许诺销售期在法律规定的专利有效期内；4. 未经专利权人许可。

生命能公司在其官方网站上展示“RivaroxabanTablets”（利伐沙班片）“RivaroxabanAPI”（利伐沙班原料药）的位置在“重点产品”栏，在展会展板上也将涉案产品与其他多款产品共同展示，且生命能公司已设计出利伐沙班片产品的外包装，包括包装盒和包装瓶，在包装盒图片上清楚地标注有产品规格、注册商标及生产厂家信息。从生命能公司上述行为方式来看，其已经明确地作出了销售涉案产品的意思表示。至于生命能公司是否具备生产、销售本专利产品的相应资质和生产能力，以及是否具有实际可供销售的产品，都不是认定许诺销售的必要条件，不能改变生命能公司的行为性质。

相关参展人员以及浏览生命能公司网站的社会公众均可获取、知晓生命能公司销售涉案产品的意思表示，而生命能公司的行为未经专利权人许可，发生在本专利保护期内，故构成专利侵权。虽然生命能公司标注有涉案产品的原研公司、

原研药商品名以及《美国联邦法规》的相关规定，但不能因此使其侵权行为免责，否则可能导致专利法的许诺销售制度被架空。

综上，生命能公司认为其行为不构成许诺销售的诉讼理由，缺乏事实和法律依据，一审法院不予支持。

（三）生命能公司的行为不属于专利法第六十九条第五项规定之情形

专利法第六十九条第五项规定，为提供行政审批所需要的信息，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的，不视为侵犯专利权的行为。

药品具有公共利益属性，该规定的立法目的是克服专利保护期限届满之后才对仿制药品和医疗器械上市进行审批所带来的时间延迟。法律通过调整和维持医药专利权人、医药制品仿制企业和社会公众之间的利益平衡，使公众在医药专利保护期限届满后能及时获得价格较为低廉的仿制药品，以满足公众健康需要。但同时需要强调的是，药品专利制度既激励药品研发，又鼓励许可使用保障药品的可及性，如果专利权人的正当权益易遭受侵害，打破了专利药企与仿制药企的利益平衡，会对药品领域中专利权人的公平竞争与信任基础造成破坏，最终损害公共健康利益。所以专利法对于例外情形进行了严格限制，不应对该规定作扩大理解。一审法院对生命能公司主张其宣传展示涉案产品对象为仿制药申报企业，其行为属于上述规定不视为侵犯专利权情形的主张不予采信，理由如下：

首先，从主体方面来看，医药行政审批侵权例外抗辩主体既包括仿制药企，也包括为前者提供试验帮助的第三方，本案中生命能公司自称其属于后者，但生命能公司网站宣传、展板展示的对象显然不仅限于为获得行政审批的仿制药企，而且生命能公司也未提交证据证明其与仿制药申报企业接洽、合作的相关情况。

其次，从行为目的来看，医药行政审批的侵权例外的行为应仅限于“行政审批”目的，而生命能公司宣传、展示涉案产品的方式、位置与其他正在销售的产品相同，即便生命能公司标注了原研公司和《美国联邦法规》，也无法得出其行为仅为了帮助仿制药企获得行政审批的结论。

再次，从行为方式来看，从法条中“专门为其”的措辞可推知，对辅助仿制行为的侵权例外范围应严格限定，仅限于“制造、进口”专利药品或专利医疗器械，而不包括许诺销售行为。本案中，生命能公司在官方网站及展会展板上宣传、

展示涉案产品，既非“制造”行为，亦非“进口”行为，不属于法律规定的例外情形。

最后，从行为结果来看，在行政审批阶段，仿制药企并无法确定其申报的药品一定能够获得生产和上市的批准，如果其提前实施了广告宣传，可能会误导消费者和相关公众，所以法律规定的例外情形并不包括“许诺销售”，而作为辅助仿制行为的第三方实施的“许诺销售”，亦不属于专利法第六十九条第五项规定之情形。

综上，生命能公司要求撤销被诉裁决，并认定生命能公司的行为未侵犯本专利权的诉讼请求，缺乏事实和法律依据，一审法院不予支持。

一审裁判结果

一审法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第六十九条之规定，判决：驳回南京生命能科技开发有限公司的诉讼请求。案件受理费人民币 50 元，由南京生命能科技开发有限公司负担。

上诉人诉称

生命能公司不服一审判决，向本院提起上诉。请求：1. 撤销被诉裁决；2. 认定生命能公司的行为并未侵权；3. 本案诉讼费用由南京市知识产权局承担。事实和理由为：（一）被诉裁决程序错误。1. 被诉裁决没有充分考虑生命能公司提出的证据，没有对生命能公司提交的证据 1-7 进行充分论证。2. 拜耳公司在针对本专利权的无效宣告请求审查程序中删除了本专利的原权利要求 1。2020 年 5 月 22 日，生命能公司将有关上述内容的转文发送给南京市知识产权局要求中止处理，然而南京市知识产权局仍在被诉裁决中认定本专利权稳定有效，并以本专利的原权利要求 1、2、6 为基础进行侵权判断，存在不当行为。（二）被诉裁决认定事实错误、适用法律不当。1. 在被诉裁决作出前，本专利权已经部分无效，而非被诉裁决认定的本专利权有效。生命能公司的宣传和展示行为并非许诺销售，生命能公司没有销售商品的意思表示，且根据北京市高级人民法院（2007）高民终字第 1844 号民事判决，许诺销售应当使产品处于能够销售的状态。生命能公司在展会上进行了宣传，但是没有对产品价格、供货量进行说明，不能认为生命能公司宣传的目的是销售，生命能公司没有处于能够销售状态的产品。2. 被诉裁决的举证责任分配不当，现有证据不能证明生命能公司存在许诺销售行为，也没有证据证明生命能公司的行为不符合专利法第六十九条第五项规定的例外情形。3.

生命能公司认可在网站上展出了涉案专利产品,但没有作出销售商品的意思表示,也没有价格和供货量等内容,判断是否构成许诺销售的核心应当是判断宣传者是否有销售专利产品的意思表示,对于知晓制药行业法律法规的从业人员而言,很容易判断生命能公司的宣传展示并非作出销售的意思表示。4. 药品是特殊商品,生命能公司的利伐沙班原料药和药片,由于没有批准文号,根本不会有买家,而且只要卖出去就是生产、销售假药。因此宣传展示涉案产品不应当被认为是作出了销售的意思表示。5. 即使认定生命能公司存在销售的意思表示,也属于定向投送而非广而告之的行为。生命能公司的产品宣传对象是准备申报注册利伐沙班新药的企业,是专门为其提供行政审批所需要的信息而进行的许诺销售,符合专利法第六十九条第五项规定的例外情形。该条规定是为了方便仿制药在专利权到期后及早上市,降低医疗费用,既然已经规定允许为其制造、进口,也没有限定必须是免费的,那么也应当允许“许诺销售为其制造、进口”。如果不通过涉案宣传行为,生命能公司无法了解到有开发利伐沙班仿制药计划的企业,以及为了获得行政审批需要的信息具体需要多少产品,因此该条规定“为提供行政审批所需要的信息”和“专门为其”所限制的对象、产品品种数量,只能在后续的制造或进口行为中判定,而不宜用来要求广告宣传。由于专利法对药品和医疗器械行政审批的规定并不明确,也没有司法解释予以明确,造成包括生命能公司在内的制药行业的普遍困扰,生命能公司希望通过这一诉讼,能够获得明确的司法判决指引。

被上诉人辩称

南京市知识产权局辩称:一审判决认定事实清楚、适用法律正确、审理程序合法、结论正确,请求依法驳回上诉,维持原判。

拜耳公司述称:被诉裁决和一审判决认定事实清楚,说理正确,应当予以维持。本案不存在程序违法的问题。生命能公司展销利伐沙班原料药和片剂产品,构成许诺销售行为。本案不属于专利法第六十九条规定的例外情形。

本案二审期间,当事人均未提交新证据。

二审庭审中,生命能公司表示:在被诉裁决作出前,拜耳公司就已经在无效宣告请求审查程序中放弃了本专利权利要求1,生命能公司在被诉裁决作出前就已经将材料提交给南京市知识产权局,并据此主张被诉裁决未中止处理且认定生

命能公司侵害本专利权利要求 1 存在不当。对于涉案产品落入修改后的本专利权保护范围不持异议。

本院查明

本院经审理查明：一审法院认定的事实属实，本院予以确认。

本院另查明：第 46047 号和第 46044 号无效宣告请求审查决定分别于 2020 年 9 月 1 日、2020 年 8 月 27 日作出，上述决定均载明，在针对本专利权的无效宣告请求审查程序中，拜耳公司于 2020 年 5 月 7 日提交了权利要求的全文修改替换页，其中删除了权利要求 1。2020 年 5 月 13 日，国家知识产权局将上述文件副本分别转送了两案的请求人恒生公司、生命能公司。2020 年 7 月 31 日，拜耳公司再次提交了权利要求的全文修改替换页，删除了权利要求 1 中“盐的水合物”技术方案和制备方法权利要求。第 46047 号和第 46044 号无效宣告请求审查决定经审查均认为上述修改符合专利法第三十三条的相关规定。

本专利修改后的权利要求共九项，修改后的权利要求 1 对应授权公告的权利要求 2，其删除了授权公告权利要求 2 中“盐的水合物”技术方案；修改后的权利要求 2 对应授权公告的权利要求 6，其删除了授权公告权利要求 6 中引用授权公告权利要求 1 的技术方案及引用授权公告权利要求 2 的“盐的水合物”技术方案。

被诉裁决于 2020 年 5 月 25 日作出，在南京市知识产权局于 2020 年 5 月 14 日进行的口审过程中，生命能公司并未提交拜耳公司在无效宣告请求审查程序中删除原权利要求 1 的相关证据。

本院认为

本院认为：本案被诉侵权行为发生在 2008 年修正的专利法施行日（2009 年 10 月 1 日）之后、2020 年修正的专利法施行日（2021 年 6 月 1 日）之前，本案应适用 2008 年修正的专利法。本案中，涉案产品落入授权公告的本专利权利要求 1、2、6 的保护范围，也落入修改后的本专利权利要求 1、2 的保护范围，生命能公司对此不持异议，因此本案二审争议焦点问题是：被诉裁决的程序是否合法；被诉裁决认定生命能公司实施了许诺销售行为是否正确；生命能公司的行为是否属于专利法第六十九条第五项规定的例外情形。

（一）被诉裁决的程序是否合法

生命能公司上诉认为，在拜耳公司已经放弃本专利原权利要求 1 的情况下，被诉裁决仍以授权公告的权利要求 1、2、6 作为权利基础进行审查，没有中止处理，没有对生命能公司提交的证据充分论证，存在程序违法。

经审查，首先，根据第 46044 号无效宣告请求审查决定记载，生命能公司于 2020 年 5 月 13 日收到国家知识产权局转交的拜耳公司修改权利要求书的文件。次日南京市知识产权局进行了口审程序，在口审笔录中并未记载生命能公司提出过拜耳公司已经删除本专利原权利要求 1 的事实。本案二审中，生命能公司也未提交证据证明被诉裁决作出前，其向南京市知识产权局告知过拜耳公司在无效宣告请求审查程序中放弃了原权利要求 1。被诉裁决早于本专利无效宣告请求审查决定的作出时间，其以本专利授权公告的权利要求作为审查基础进行侵权判定，于法有据，并不存在程序违法的事实。其次，生命能公司以针对本专利权提出无效宣告请求被受理为由，申请南京市知识产权局对本案中止处理。南京市知识产权局根据《中华人民共和国专利法实施细则》第八十二条的规定，结合本案具体情况，对该申请作出不中止处理，亦不存在程序违法的情形。最后，在被诉裁决作出前，生命能公司已经在口审程序中就其提交的证据充分发表了意见，被诉裁决对此进行了回应，一审法院在审理过程中也进行了质证认证，不存在生命能公司上诉所称其提交的证据未予充分论证的事实。被诉裁决并不存在程序违法的情形。

（二）被诉裁决认定生命能公司实施了许诺销售行为是否正确

根据专利法第十一条第一款规定，发明和实用新型专利权被授予后，除本法另有规定的以外，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。

生命能公司上诉主张涉案产品并未处于可以销售的状态，其没有对涉案产品标注价格和供货量，其行为属于定向投送，其宣传涉案产品的目的不是销售，没有销售涉案产品的意思表示，因此不构成许诺销售侵权行为。

对此，本院认为，首先，生命能公司对于许诺销售侵权行为的法律理解存在错误。第一，许诺销售行为既可以针对特定对象，又可以针对不特定对象。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》第十八条的规定，专利法第十一条、第六十九条所称的许诺销售，是指以做广告、在商店橱窗

中陈列或者在展销会上展出等方式作出销售商品的意思表示。将产品通过陈列或演示、列入销售征订单、列入推销广告或者以任何口头、书面或其他方式向特定或不特定对象明确表示销售意愿的行为即构成许诺销售。许诺销售既可以面向特定对象，也可以面向不特定对象，针对特定对象作出销售商品意思表示的定向投送亦属于许诺销售。第二，许诺销售行为既可以是提出要约，也可以是提出要约邀请。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)》第十九条的规定，产品买卖合同依法成立的，人民法院应当认定属于专利法第十一条规定的销售。许诺销售行为的目的指向销售行为，是一种法定的、独立的侵权行为方式，其民事责任承担不以销售是否实际发生为前提。许诺销售在性质上系销售者的单方意思表示，并非以产品处于能够销售的状态为基础，只要存在明确表示销售意愿的行为即可认定为许诺销售。当双方达成合意时，即不再属于许诺销售的范畴，而是属于销售。因此，当销售产品的意思表示内容明确、具体时，即可认定存在许诺销售行为。缺少有关价格、供货量以及产品批号等关于合同成立的条款，并不影响对许诺销售行为的认定。

其次，生命能公司销售涉案产品的意思表示明确、具体，其关于并无销售涉案产品意思表示的上诉主张与事实不符。第一，根据审理查明的事实，生命能公司在其官网“重点产品”的“国际市场”一栏下，显示有“利伐沙班片 RivaroxabanTablets”。在“重点产品”的“国际原料药”一栏下，显示有“利伐沙班 RivaroxabanAPI”。生命能公司和恒生公司参加“第十八届世界制药原料药中国展”，展板上生命能公司和恒生公司的注册商标，展示有“RivaroxabanAPI”（利伐沙班原料药）并配有包装瓶图片，展示有“RivaroxabanTablets”（利伐沙班片）并配有包装盒及包装瓶图片，标注产品规格为10mg。根据《中华人民共和国商标法》的规定，商标作为区别商品和服务来源的重要标志，商标使用人对其使用商标的商品质量负责。生命能公司通过在展板上使用注册商标，以及对涉案产品进行宣传，使他人了解涉案产品来源于生命能公司和恒生公司。对于浏览生命能公司官网以及参加展会的不特定对象而言，生命能公司通过在官网、展会上展示涉案产品图片等行为，传递了销售涉案产品的信息，其销售涉案产品的意思表示是明确、具体的。第二，本案中并没有证据证明生命能公司的宣传行为针对的是特定对象，且如上所述，针对特定对象作出销售意思表示的定向投送亦属于许诺销售。生命能公司在网站和展会上宣传展示的

涉案产品面向不特定对象，虽然不具备合同的必备条款，仍属于许诺销售行为。生命能公司是否有实际的销售行为，销售行为是否违反了药品管理的法律规定，均不影响其构成许诺销售侵权行为的事实。至于生命能公司在其官网展示的“利伐沙班片”下方标注了原研药公司及原研商品，在展会展板下方标注“根据《美国联邦法规》(CFR)第35篇第271(e)(1)小节的规定，受专利法保护的产品可用于研究和开发用途”的行为，属于针对涉案产品所进行的说明，其实质是服务于通过生命能公司许诺销售了解到涉案产品的他人购买该产品，同样不影响其构成许诺销售侵权行为的事实。

综上，生命能公司未经专利权人拜耳公司的许可，通过网站、展会向不特定对象作出销售涉案产品的意思表示，且涉案产品落入本专利权保护范围，被诉裁决和一审判决关于生命能公司实施了许诺销售侵权行为的事实认定以及法律适用正确，本院予以维持。

(三) 生命能公司的行为是否属于专利法第六十九条第五项规定的例外情形

根据专利法第六十九条第五项规定，为提供行政审批所需要的信息，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的，不视为侵犯专利权。

生命能公司上诉主张涉案行为属于专利法第六十九条第五项规定的药品和医疗器械行政审批例外情形，依法不构成侵权行为。对此，本院认为，我国法律对药品和医疗器械规定了严格的行政审批制度，生产厂商为了获得行政审批需要的数据和其他信息，需要进行长时间的大量研究、分析和临床实验等活动。为了在专利权保护期届满后及时推出仿制药品和医疗器械，保障社会公众及时获得价格低廉的药品和医疗器械，同时避免客观上延长专利权的保护期限，2008年修正的专利法在第六十九条第五项增加了关于仿制药品和医疗器械不视为侵犯专利权的规定。根据该项规定，为提供行政审批所需要的信息，在专利保护期内制造、使用、进口专利药品或者专利医疗器械的行为以及在专利保护期内专门为其制造、进口专利药品或者专利医疗器械的行为，不视为侵犯专利权。专利法的立法目的是为了保护专利权人的合法权益，鼓励发明创造，推动发明创造的应用，提高创新能力，促进科学技术进步和经济社会发展。合法的专利权利保护是原则，法定不侵权的规定是例外。因此，在适用专利法第六十九条第五项时应当进行严格解释而非宽泛解释，依法从抗辩主体及其具体行为等方面进行分析认定。

首先，关于药品和医疗器械行政审批例外条款的抗辩主体及其条件。药品和医疗器械行政审批例外条款包含两种类型的主体，一是为了获得仿制药品和医疗器械行政审批所需要的信息而实施专利的行为人，二是为该行为人专门实施专利的行为人。前一主体为自己申请行政审批，后一主体为帮助前一主体申请行政审批，后一主体以药品和医疗器械行政审批例外为由提出抗辩时，应以前一主体的实际存在为前提和条件。生命能公司称其在官网和展会宣传涉案产品，受众对象是准备申请注册利伐沙班产品的企业，据此主张其属于合法的抗辩主体。经审查，生命能公司没有提交存在某个生产利伐沙班药品的行政审批申请人的证据。生命能公司客观上通过官网和展会宣传作出了向不特定对象销售涉案产品的意思表示，没有事实表明其仅向准备申请注册利伐沙班产品的特定企业进行了宣传。生命能公司自己也非申请利伐沙班药品需要进行行政审批的主体。因此生命能公司不符合药品和医疗器械行政审批例外抗辩的主体条件。

其次，关于药品和医疗器械行政审批例外的行为范围。药品和医疗器械行政审批例外条款所调整的行为是，为提供行政审批所需要的信息，为自己申请行政审批而实施“制造、使用、进口”行为，以及专门为前一主体申请行政审批而实施“制造、进口”行为，均不包括许诺销售行为。本案中，生命能公司实施的行为是向不特定对象许诺销售涉案产品，系以销售为目的而非以获取行政审批所需的信息为目的，超出了药品和医疗器械行政审批例外所规定的后一主体可以实施的“制造、进口”行为范围。生命能公司以如果不通过涉案宣传行为，就无法了解到有开发利伐沙班仿制药计划的企业的辩解，既与法律明文规定不符，又实际上不合法地压缩了专利权人在专利保护期内的合法利益空间。在药品专利权存续期间，未经许可实施不属于药品和医疗器械行政审批例外情形的许诺销售行为，可能导致不特定对象推迟向专利权人购买专利产品等后果，实质上削弱对专利权人合法权益的保护。被诉裁决和一审判决认定生命能公司的许诺销售行为不属于药品和医疗器械行政审批例外规定的侵权行为例外，本院予以维持。

二审裁判结果

综上所述，生命能公司的上诉请求不能成立，应予驳回。一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费人民币 50 元，由南京生命能科技开发有限公司负担。
本判决为终审判决。

审判长罗霞

审判员邓卓

审判员雷艳珍

二〇二二年六月二十二日

法官助理徐世超

书记员李思倩

三、植物新品种案件

11. “YA8201”玉米植物新品种侵权案【四川雅玉科技股份有限公司与云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司侵害植物新品种权纠纷案】

【案号】(2022)最高法知民终783号、(2022)最高法知民终789号

【基本案情】雅玉科技公司系“YA8201”玉米植物新品种的品种权人。雅玉科技公司以金禾种业有限公司以商业为目的重复使用“YA8201”生产“金禾玉618”和“金禾880”玉米种子，瑞禾种业有限公司向金禾种业有限公司出借农作物种子生产经营许可证为由，向云南省昆明市中级人民法院起诉，请求判令金禾种业有限公司、瑞禾种业有限公司停止侵害并连带承担惩罚性赔偿责任。一审法院认为，金禾种业有限公司构成侵权，瑞禾种业有限公司构成帮助侵权，判令两公司停止侵害并在两案中分别连带承担惩罚性赔偿10万余元和45万余元。雅玉科技公司、金禾种业有限公司均不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，金禾种业有限公司明知“YA8201”为雅玉科技公司享有品种权的植物新品种，仍非法向他人租借农作物种子生产经营许可证，实施有关侵权行为，构成情节严重的故意侵权，应当从严适用惩罚性赔偿；金禾种业有限公司拒不提供财务账簿，构成举证妨碍，可以采纳品种权人主张的利润，并考虑“YA8201”品种权对“金禾玉618”“金禾880”的贡献率，认定惩罚性赔偿计算基础。改判金禾种业有限公司在两案中分别赔偿雅玉科技公司69万余元和152万余元；瑞禾种业有限公司因非法出借农作物种子生产经营许可证应承担连带赔偿责任。

【典型意义】两案系对租借农作物种子生产经营许可证的行为适用惩罚性赔偿的植物新品种侵权案件。两案中人民法院秉持有利于权利保护的司法理念，合理确定亲本品种权对侵权利润的贡献率并从严适用惩罚性赔偿，为净化种子市场提供有力司法支持。同时，准确适用举证妨碍排除规则，为有效破解品种权人“举证难”问题开辟新路径。

裁判文书摘要

案号 (2022)最高法知民终783号

审理法院 最高人民法院

当事人 四川雅玉科技股份有限公司

云南金禾种业有限公司

云南瑞禾种业有限公司

立案年度 2022

裁判时间 2022-12-07

裁判结果 部分维持、部分撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2022)最高法知民终 783 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 四川雅玉科技股份有限公司。

法定代表人: 胡学爱, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 褚志娟, 四川昊通律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 孙雷, 四川昊通律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 云南金禾种业有限公司。

法定代表人: 徐兴春, 该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人: 罗雄, 云南双扬律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 云南瑞禾种业有限公司。

法定代表人: 杨超, 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 罗雄, 云南双扬律师事务所律师。

审理经过

上诉人四川雅玉科技股份有限公司(以下简称雅玉公司)、上诉人云南金禾种业有限公司(以下简称金禾公司)因与被上诉人云南瑞禾种业有限公司(以下简称瑞禾公司)侵害植物新品种权纠纷一案,不服云南省昆明市中级人民法院(以下简称原审法院)于2021年10月22日作出的(2021)云01知民初136号民事判决(以下简称原审判决),向本院提起上诉。本院于2022年4月18日立案后,依法组成合议庭,于2022年7月12日、9月16日询问当事人。上诉人雅玉公司的委托诉讼代理人褚志娟、上诉人金禾公司和被上诉人瑞禾公司共同的委托诉讼代理人罗雄参加了2022年7月12日和9月16日的询问,上诉人雅玉公司的法定代表人胡学爱参加了2022年7月12日的询问。本案现已审理终结。

雅玉公司上诉请求：1. 维持原审判决第一项、第二项；2. 撤销原审判决第三项，改判金禾公司赔偿雅玉公司侵权损失 520110 元，瑞禾公司承担连带赔偿责任；3. 撤销原审判决第四项，改判金禾公司支付雅玉公司惩罚性赔偿 520110 元，瑞禾公司承担连带赔偿责任；4. 一审、二审案件受理费由金禾公司、瑞禾公司承担。事实和理由：（一）原审判决采用“批发价单价”扣除“生产成本”后剩余的“利润”来计算“违法所得数额”或“侵权所得利益”，适用法律错误，应予以纠正。第一，根据原农业部制定的《农业植物新品种权侵权案件处理规定》第十六条的规定，应当以销售价格乘以销售数量的结果作为违法所得的计算依据。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条的规定，“非法经营数额”的计算方式按照实际销售的价格计算。虽然该规定属于刑事领域的解释，但“举重明轻”，该计算方式可以作为民事侵权案件中计算方式的参考。侵权人的“违法所得数额”或“侵权所得利益”应进行整体评价，如果区分侵权人获利或不获利，将无法有效地追究法律责任。同时，采用毛利润或净利润、营业利润或销售利润均不能得出一致结论。所以，不能把“违法所得数额”或“侵权所得利益”简单地理解为非法利润数额，在计算时扣减侵权人因实施侵权行为而“投入的成本”，既不符合立法本意也不切实际。按照上述计算方法，本案中“违法所得数额”或“侵权所得利益”为 520110 元（30 元/公斤×17337 公斤）。第二，即使考虑生产成本，原审判决取值 20 元/公斤也不合理。关于生产成本的扣除项目，仅应该限于生产种子的收购成本和运输、加工及包装成本，而维系公司运营且存在非法经营的情况下，运营成本不应当予以考虑，如果支持在侵权的同时扣除非法运营成本费用，就是变相鼓励侵权行为。考虑地域差异、劳务成本差异、运输价格差异等的不同，玉米种子的生产成本应在 8 元-12 元/公斤之间。（二）原审法院采纳《玉米育种成果收益分配指导意见》中关于组配者的收益比例得出“YA8201”在被告侵权种子中的贡献率为 30%，适用法律错误。第一，《玉米育种成果收益分配指导意见》系中国种子协会制定的指导意见，而行业内部意见并不能作为民事案件的裁判依据。第二，关于亲本种子的贡献率，在科研范围内以及正常授权使用亲本材料以及杂交种子情况下确定各方利益分配时才具有实际意义，而在法律逻辑层面，贡献率只有“有”或“无”的差异。第三，不应将侵权主体视为合法法律关系中的主体来对待并对其分配收益。

金禾公司针对雅玉公司的上诉请求辩称：(一)雅玉公司认为不考虑成本的观点不能成立。种子的制种、销售均会产生运营成本，原审法院对利益和数额的划分合理。(二)金禾公司不构成侵权，“金禾玉 618”使用的是“YA8201”的变异株，与雅玉公司的授权品种为不同品种。原审期间，金禾公司申请进行 DUS 测试和 DNA 检测，原审法院未予准许。金禾公司再次申请对两者进行 DNA 检测。(三)“金禾玉 618”经过了云南省主要农作物审定，可以进行推广。故，请求驳回雅玉公司的上诉请求。

瑞禾公司针对雅玉公司的上诉请求辩称：瑞禾公司不应承担侵权责任，请求驳回雅玉公司的上诉请求。

金禾公司上诉请求：撤销原审判决，改判驳回雅玉公司的全部诉讼请求；一、二审诉讼费用由雅玉公司承担。事实和理由：(一)原审法院依据“中国种业大数据平台”查询“金禾玉 618”的生产经营备案信息认定金禾公司截至 2021 年 3 月 25 日销售数量为 17337 公斤，认定事实错误。第一，金禾公司委托瑞禾公司进行销售备案，根据瑞禾公司提供的证据，其通过种子生产经营许可网上申报系统备案销售数量为 2090 公斤。该备案数量得到种子站确认，客观、真实，具有证明力。第二，金禾公司提交的与西昌垦丰农业科技有限公司(以下简称垦丰公司)玉米种子生产结算单可以证明 2020 年度“金禾玉 618”的生产数量。第三，金禾公司存放在仓库的“金禾玉 618”系客户退货，原审法院忽视因退货而库存的种子数量，认定事实错误。第四，雅玉公司提供的备案信息并非金禾公司或瑞禾公司操作，原审法院没有查明操作的主体，并且存在其他一级、二级代理商重复备案的情况。2021 年 3 月 25 日以后该平台仍然有新增备案信息，该备案信息绝对不是金禾公司或瑞禾公司所为，不排除是雅玉公司恶意备案的可能。(二)原审法院依据“金禾玉 618”在云南省主要农作物品种审定申请表的记载认定“金禾玉 618”使用的亲本 YA8201 为涉案授权品种，不准许金禾公司进行 DNA 检测和 DUS 测试的申请，导致事实认定错误。金禾公司聘请的育种专家在选育过程中，仅是提取 YA8201 的变异株，不能因为文字描述和名称相同而认定为同一品种。金禾公司依法享有申请鉴定的诉讼权利，只有进行 DNA 检测和 DUS 测试才能查明事实真相。(三)原审判决适用惩罚性赔偿所依据的理由不能成立，适用法律错误。第一，“金禾玉 618”经云南省农作物品种审定委员会审定，依法可以推广和销售。金禾公司没有生产经营资质，因此委托瑞禾公司进行生产经营销售备案，这

是农业农村行政主管部门认可的做法，也是行业惯例。第二，金禾公司和瑞禾公司不存在诉讼中的不诚信行为。瑞禾公司的被诉侵权行为已经停止；申请鉴定是金禾公司依法享有的诉讼权利；举报雅玉公司的法定代表人胡学爱侵占国有资产，是公民的责任和权利。（四）原审法院不准许追加案外人垦丰公司为本案被告，存在程序错误。金禾公司的“金禾玉 618”系案外人垦丰公司生产，有结算单、植物检疫证书等证据在案佐证。金禾公司原审时提交了证据 1 的原件供核对，原审法院在评判证据时认为无原件核对，明显错误。瑞禾公司原审中申请追加垦丰公司参加诉讼，不以雅玉公司同意为前提。如果存在侵权，作为种子的生产者垦丰公司应当承担连带责任，是必须参加诉讼的共同被告，人民法院应当依职权追加，何况瑞禾公司已经申请。如果雅玉公司明确表示放弃对垦丰公司的请求权，应当只能判决金禾公司承担三分之一的责任。

雅玉公司针对金禾公司的上诉请求辩称：请求驳回金禾公司的上诉请求，支持雅玉公司的上诉请求。

瑞禾公司述称：同意金禾公司的上诉请求。

雅玉公司向原审法院提起诉讼，原审法院于 2021 年 7 月 14 日立案受理。雅玉公司起诉请求：1. 判令金禾公司、瑞禾公司立即停止生产、销售品种名称为“金禾玉 618”的玉米种子；2. 判令金禾公司、瑞禾公司立即销毁品种名称为“金禾玉 618”的玉米种子的繁殖材料“YA8201”；3. 判令金禾公司、瑞禾公司立即向雅玉公司支付因其侵犯“YA8201”植物新品种权的惩罚性赔偿金 1161420 元（计算方式：30 元/公斤×19357 公斤×2 倍，该公斤数量统计截止日期为 2021 年 3 月 25 日）；4. 本案诉讼费用由金禾公司、瑞禾公司承担。

金禾公司在原审中辩称：（一）“金禾玉 618”是金禾公司在取得营业执照后与科研单位合作十余年才研发的品种，并通过云南省农作物品种审定委员会的审定，属于合法品种。“金禾玉 618”的亲本“YA8201”仅系与涉案授权品种“YA8201”重名，雅玉公司并无 DNA 鉴定和 DUS 测试的结果证明“金禾玉 618”构成侵权。（二）涉案授权品种“YA8201”是雅玉公司的法定代表人胡学爱在担任雅安市农业科学研究所（以下简称雅安农科所）副所长期间凭借职务便利培育而成，品种权应属于雅安农科所。（三）对于“金禾玉 618”，金禾公司计划种植 50 亩，后因受灾实际产量仅为 673 公斤；“金禾玉 618”的收购价仅为 16.85 元/公斤。因此，雅玉公司所主张的销售量和赔偿金额没有依据。（四）实践中可能存在备案后没有备

货，或者地、县、乡代理商重复备案，或者代理商备案后将没有卖完的种子退回的情况。因此，备案数量不能等同于销售数量。综上，请求人民法院驳回雅玉公司的诉讼请求。

瑞禾公司在原审中辩称：（一）关于雅玉公司是否是玉米品种“YA8201”的植物新品种权人，以及“金禾玉 618”是否使用该“YA8201”作为亲本的观点同金禾公司的意见。（二）“金禾玉 618”由垦丰公司实际生产、销售，本案应追加垦丰公司作为共同被告。（三）瑞禾公司仅在 2020 年向金禾公司提供种子经营备案资质，仅收取 6 万元费用，没有共同获利。瑞禾公司提供资质前审核了金禾公司关于“金禾玉 618”的主要农作物品种审定证书，不构成共同侵权。（四）瑞禾公司在接到告知函后，立即停止了与金禾公司的合作，并无侵权故意。综上，请求人民法院驳回雅玉公司对瑞禾公司的诉讼请求。

原审法院认定如下事实：

（一）双方主体信息及相关种子信息

雅玉公司于 2003 年 6 月 30 日注册成立，原名称为四川雅玉科技开发有限公司，后于 2018 年 6 月 22 日变更为现名称，经营范围包括农作物种子研究、开发、服务；销售种子。四川雅玉科技开发有限公司于 2010 年 1 月 1 日取得名称为“YA8201”、品种权号为 CNA20060204.7 的植物新品种权。该品种权申请日为 2006 年 3 月 30 日，保护期限 15 年。

金禾公司于 2009 年 4 月 13 日注册成立，经营范围包括种子（不再分装的包装种子）的销售。金禾公司于 2019 年 5 月 24 日取得云南省农作物品种审定委员会就“金禾玉 618”核发的 2019-1-0125 号《主要农作物品种审定证书》。该审定书记载：审定编号：“滇审玉米 2019103”；品种名称：“金禾玉 618”；品种来源为：“金禾玉 618”是金禾公司于 2011 年开始用“YA8201”做父本，“J2575”做母本组配而成；申请者和育种者均为金禾公司。

瑞禾公司于 2014 年 4 月 2 日注册成立，经营范围包括杂交玉米、杂交种子、及其亲本种子加工、生产、包装、批发、零售。云南省农业厅于 2017 年 5 月 31 日向瑞禾公司核发 BCD(滇)农种许字(2014)第 0016 号《农作物种子生产经营许可证(主证)》，于 2020 年 12 月 14 日核发副本，该副本所列作物的品种包含“金禾玉 618”。

（二）被诉侵权行为

2021年4月23日,雅玉公司向四川省成都市律政公证处申请证据保全,登录“中华人民共和国农业农村部”官网后进入“中国种业大数据平台”,查看“品种审定”栏目中“金禾玉618”的详情,出现以下信息:审定编号“滇审玉米2019103号”;作物名称“玉米”;申请者、育种者均为金禾公司;品种来源:“金禾玉618”是云南金禾种业有限公司于2011年开始用“YA8201”做父本,“J2575”做母本组配而成。回到“中国种业大数据平台”,查看“金禾玉618”的种子生产经营许可信息,点击副证,出现“农作物种子生产经营许可证”,内容为:企业名称:瑞禾公司;许可证编号:BCD(滇)农种许字(2014)第0016号。回到“中国种业大数据平台”,查看“金禾玉618”品种信息链,点击“种子生产经营备案”后出现114条生产经营备案详情(期间为2019年12月30日至2021年4月21日),包括备案单位、种子数量(公斤)、备案日期等。经对时间截止为2021年3月25日的112条信息所示种子数量进行统计,总数为17337公斤。

雅玉公司登录全国种子市场监测信息发布平台,显示“金禾玉880”种子规格为1公斤/袋的价格为55元,该平台无“金禾玉618”的价格监测信息。

登陆“中华人民共和国农业农村部”官网,重复以上公证取证操作,在“生产经营备案详情”处可见“金禾玉618”在2021年3月25日之后仍有新增备案信息,最新的备案时间为2021年7月24日。

2021年3月25日,雅玉公司向金禾公司、瑞禾公司发出告知函,要求收函后3日内与其联系协商“YA8201”植物新品种授权使用问题;若未在上述期限内联系且继续使用的,将追究法律责任。2021年4月9日,瑞禾公司复函,称收到告知函后立即约谈金禾公司负责人,并称其于2020年11月12日与金禾公司签订《杂交玉米新品种合作协议》,并查验了金禾公司的审定证书,认为金禾公司取得了“金禾880”(另案处理)和“金禾玉618”的品种权。回复:1.立即终止履行与金禾公司签订的合作协议,包括备案、生产、销售等工作;2.瑞禾公司不存在故意或过失侵害植物新品种权的意思表示,一切法律责任应当由金禾公司承担,瑞禾公司愿意配合雅玉公司维权所需的调查取证。

(三)原审审理期间情况

原审庭审中,金禾公司抗辩“金禾玉618”的亲本“YA8201”与涉案授权品种“YA8201”仅系名称相同,不是同一品种。据此,原审法院确定由金禾公司承担证明二者不属于同一品种的举证责任,并征询金禾公司是否申请鉴定的意见。

金禾公司表示申请鉴定，并提交了鉴定申请。原审法院准许其鉴定申请，决定到农业农村部种业管理司调取相关种子标准样品的情况下，雅玉公司持调查令到云南省种子管理站调取了“金禾玉 618”的云南省主要农作物品种审定申请表。该申请表中关于品种选育过程明确载明：“金禾玉 618”的父本“YA8201”由雅玉公司选育，2011 年引入。金禾公司及法定代表人均在申请表所附品种真实性承诺书上签字、盖章，表示“本单位、本人知悉和保证提供的杂交玉米种‘金禾玉 618’的真实性，并承担因真实性虚假而产生的法律责任”。鉴于以上情况，原审法院决定不再准许金禾公司的鉴定申请，并告知金禾公司。

(四) 其他相关事实

2020 年 11 月 2 日，金禾公司出具授权书，授权瑞禾公司生产经营金禾公司选育的玉米品种“金禾 880”“金禾玉 618”，具体权利包括“金禾 880”“金禾玉 618”的生产、经营、使用、标记、市场维护，授权范围云南省，授权时限 2020 年 11 月 2 日-2021 年 11 月 2 日。2020 年 11 月 12 日，瑞禾公司作为甲方、金禾公司作为乙方签订《杂交玉米新品种合作协议》，约定：乙方对“金禾 880”“金禾玉 618”享有知识产权；甲方协助乙方办理相应的生产经营备案手续，向乙方提供生产经营许可证复印件、营业执照复印件、委托书等相应的备案资料进行种子经营备案；乙方向甲方一次性交纳 2020 年 11 月 2 日至 2021 年 11 月 2 日年度的品种管理费 60000 元，并承担上述品种的生产、销售、行政合法性、推广等一切费用，甲方除收取上述品种的管理费外，不承担上述品种的任何费用。

登录瑞禾公司的种子生产经营许可网上申报系统，查询“金禾玉 618”，显示 2020 年 12 月 21 日至 2021 年 1 月 5 日期间共备案 6 条信息，备案的种子数量为 2090 公斤。经与雅玉公司提交的中国种业大数据平台的数据核对，除查询不到备案表详情的 1 条信息外，其余 5 条信息与中国种业大数据平台的数据信息完全一致。

雅玉公司以金禾公司、瑞禾公司为共同被告提起两个诉讼，即针对“金禾玉 618”的本案和针对“金禾 880”的(2021)云 01 知民初 106 号案件。

一审法院认为

原审法院认为：雅玉公司系植物新品种“YA8201”(CNA20060204.7)的品种权人，其对该植物新品种享有植物新品种权，且该植物新品种现在有效期内，故雅玉公司有权提起本案诉讼。金禾公司认为该品种权应归属于雅安农科所，并无

充分理由或有效证据，且该品种权的授权状态稳定，故原审法院对金禾公司的该观点不予采纳。

关于侵权认定。第一，“金禾玉 618”的品种审定信息表明“金禾玉 618”系通过雅玉公司享有植物新品种权的“YA8201”选育的品种。鉴于以上情况，原审法院对金禾公司提出的 DNA 鉴定和 DUS 测试申请不予准许。本案中，金禾公司不仅使用“YA8201”选育“金禾玉 618”，还以商业为目的持续使用“YA8201”生产“金禾玉 618”并予以销售，根据《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第二条第一款、第三款的规定，应认定金禾公司以“YA8201”为亲本生产、销售“金禾玉 618”的行为侵害了雅玉公司的植物新品种权。第二，瑞禾公司在金禾公司生产、销售“金禾玉 618”的过程中，将《农作物种子生产经营许可证》出借给金禾公司，实质上对金禾公司的侵权行为形成了帮助，构成帮助侵权。瑞禾公司抗辩称其已尽到审查义务，但我国实施种子生产经营许可证制度，瑞禾公司出借生产经营许可证本身就具有过错；况且，“金禾玉 618”的品种审定信息已明示其亲本包括“YA8201”，而根据公开信息可查询“YA8201”的品种权信息，可见瑞禾公司并未尽到审查义务。第三，瑞禾公司申请追加垦丰公司为共同被告的问题，本案系雅玉公司提起的侵权诉讼，雅玉公司并不同意对垦丰公司主张权利；垦丰公司是否加入本案诉讼，不影响本案的处理；且没有证据或理由表明垦丰公司属于必须参加诉讼的当事人。因此，原审法院对瑞禾公司的追加申请不予准许。

关于责任承担。首先，对于雅玉公司要求金禾公司、瑞禾公司立即停止生产、销售“金禾玉 618”玉米种子，以及立即销毁“金禾玉 618”的繁殖材料“YA8201”的请求，予以支持。其次，关于赔偿。第一，关于“金禾玉 618”的生产经营数量。根据农业农村部种业大数据平台记载的数据，自 2019 年 12 月 30 日起至 2021 年 3 月 25 日，“金禾玉 618”的生产经营备案数量为 17337 公斤，该数据应认定为金禾公司的侵权数据。雅玉公司主张“金禾玉 618”的侵权数量为 19357 公斤与其提供的平台数据不符，原审法院予以调整。第二，关于“金禾玉 618”的利润，现有证据不能反映“金禾玉 618”的市场价格，但“金禾 880”的市场价格为每公斤 55 元，鉴于两种玉米种子均由金禾公司使用“YA8201”同期繁育并同时通过品种审定，上述价格可作参考，且结合云南地区玉米种子的市场行情，该价格合理。同时，金禾公司系“金禾玉 618”的一手销售主体，即原始批发。一

一般而言，批发价低于零售价，雅玉公司关于“金禾玉 618”的批发价为每公斤 30 元的主张合理，原审法院予以确认。考虑金禾公司需要提供亲本种子、委托农户进行生产，需要维系公司运营支出如运输、人工等成本，原审法院酌定总成本为每公斤 20 元。第三，关于“YA8201”对于繁育“金禾玉 618”的贡献率。根据《玉米育种成果收益分配指导意见》关于父本持有者、母本持有者、组配者的收益比例为 3:3:4，原审法院认定“YA8201”对于繁育“金禾玉 618”的贡献率应为 30%。综上，可计算得出金禾公司获利为： $17337 \text{ 公斤} \times (30 \text{ 元} - 20 \text{ 元}) / \text{公斤} \times 30\% = 52011 \text{ 元}$ 。综上，金禾公司应向雅玉公司赔偿侵权损失 52011 元。再次，关于惩罚性赔偿。根据《中华人民共和国民法典》第一千一百八十五条、《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第四条第二款第五项、第七项，《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第十七条第一款规定，考虑金禾公司借用瑞禾公司的农作物种子生产经营许可证，持续、大量生产、销售“金禾玉 618”，仅中国种业大数据平台显示的备案数量即近 2 万公斤，金禾公司在本案诉讼过程中还存在不诚信，应对金禾公司适用惩罚性赔偿。根据《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第十七条第二款的规定，仅金禾公司借用农作物种子生产经营许可证这一情节，即可对金禾公司适用二倍以上的惩罚性赔偿数额，但鉴于雅玉公司除赔偿基数以外，仅额外主张了一倍的惩罚性赔偿，不违反法律规定，应予以准许，故原审法院以前述确认的侵权获利金额 52011 元为基数，对金禾公司适用一倍的惩罚性赔偿，即金禾公司除应向雅玉公司支付 52011 元的侵权损失外，还应支付 52011 元的惩罚性赔偿金。最后，瑞禾公司构成帮助侵权，根据《中华人民共和国民法典》第一千一百六十九条的规定，应对以上金禾公司应承担的侵权损失及惩罚性赔偿金一并承担连带赔偿责任。至于瑞禾公司与金禾公司所签补充协议等，系其内部约定，双方当事人可另行处理。

一审裁判结果

原审法院依照《中华人民共和国民法典》第一千一百六十九条、第一千一百八十五条，《中华人民共和国种子法》第二十八条、第三十三条第三款、第七十三条第三款、第七十七条第一款第四项，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第三款、第二十四条，《最高人民法院关

于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第二条第一款、第三款，第六条第一款、第二款、第四款，《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第六条、第十七条第一款第五项、第二款，《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第四条第二款第五项、第七项、第五条第一款之规定，判决：一、云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司于判决生效之日起立即停止生产、销售品种名称为“金禾玉 618”的玉米种子；二、云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司于判决生效之日起立即销毁品种名称为“金禾玉 618”的繁殖材料“YA8201”；三、云南金禾种业有限公司于判决生效之日起十日内向四川雅玉科技股份有限公司支付侵权损失 52011 元，云南瑞禾种业有限公司对该款承担连带赔偿责任；四、云南金禾种业有限公司于判决生效之日起十日内向四川雅玉科技股份有限公司支付惩罚性赔偿金 52011 元，云南瑞禾种业有限公司对该款承担连带赔偿责任；五、驳回四川雅玉科技股份有限公司的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》(2017 年修正)第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费 15252.8 元，由四川雅玉科技股份有限公司负担 7000 元，由云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司共同负担 8252.8 元。

二审中，雅玉公司向本院提交了如下新证据：1. 云南鼎程种业有限公司(以下简称鼎程公司)农作物种子生产经营许可证(副本)；2. (2022)川律公证内民字第 30022 号公证书。共同用于证明原审判决后金禾公司仍继续实施侵权行为，鼎程公司在还未取得生产经营许可证时就开始对外生产销售“金禾玉 618”玉米种子。金禾公司、瑞禾公司质证认为：“金禾玉 618”不构成侵权，金禾公司有权继续生产、销售。本院经审核认为，涉案被诉侵权行为是金禾公司借用瑞禾公司的种子生产经营许可证截至 2021 年 3 月 25 日生产、销售“金禾玉 618”的行为，鼎程公司的行为可以证明金禾公司在原审判决后是否继续以商业目的使用

“YA8201”生产、销售“金禾玉 618”玉米种子，与确定金禾公司的主观状态具有关联。

原审法院查明的事实基本属实，本院予以确认。

二审期间，金禾公司多次明确向本院陈述：作为玉米杂交品种，每一次获得“金禾玉 618”的繁殖材料都需要使用“YA8201”。

金禾公司坚持主张其使用的是“YA8201”的变异株，经本院要求，金禾公司对其所主张使用“YA8201”变异株的具体选育过程进行了说明，并申请对“金禾玉 618”的父本和雅玉公司的“YA8201”进行 DNA 鉴定，以证明两者不具有同一性。关于“金禾玉 618”父本的 DNA 指纹信息来源，金禾公司称其向云南省农作物品种审定委员会申请主要农作物品种审定时提交了亲本信息。本院依法依职权向云南省农作物品种审定委员会办公室发送调查函了解“金禾玉 618”的育种来源，并收到复函。该复函称“金禾玉 618”（审定编号：滇审玉米 2019103 号）在申请审定时，申请人没有提交父、母本的 DNA 指纹信息或父、母本的种子标准样品。本院将上述复函情况告知金禾公司，并询问其是否可以提交其他对照样品，金禾公司答复无法提交其他对照样品用于鉴定。对于金禾公司的上述鉴定申请，本院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百二十一条第一款的规定，当事人申请鉴定，可以在举证期限届满前提出。申请鉴定的事项与待证事实无关联，或者对证明待证事实无意义的，人民法院不予准许。按照云南省农作物品种审定委员会办公室的复函，申请人在申请“金禾玉 618”玉米品种审定时，并未提交父、母本的 DNA 指纹信息或标准样品。由于缺少可靠的对照样品或 DNA 指纹信息，无法通过鉴定确定“金禾玉 618”的父本和雅玉公司的“YA8201”的同一性，金禾公司申请鉴定的事项事实上并不具备鉴定条件。鉴此，金禾公司的鉴定申请不具备可行性，本院不予准许。

原审期间，金禾公司为证明其重复使用于生产、繁殖“金禾玉 618”的父本并非涉案授权品种“YA8201”，向原审法院申请进行 DNA 检测和 DUS 测试。经审查，金禾公司在原审时并未说明其所称的变异株的具体选育过程，未能充分说明启动鉴定的理由，而其在云南省申请主要农作物品种审定时已经表明“金禾玉 618”是以雅玉公司的“YA8201”为父本选育的。在此情况下，原审法院不准许其鉴定申请，并无明显不当。

本院认为

本院认为，涉案被诉侵权行为发生在 2021 年修正的《中华人民共和国种子法》施行日 2022 年 3 月 1 日以前，2015 年修订的《中华人民共和国种子法》施行日 2016 年 1 月 1 日以后，本案应适用 2015 年修订的《中华人民共和国种子法》等相关规定。根据双方的诉辩主张，本案二审阶段的争议焦点为：（一）金禾公司、

瑞禾公司是否构成侵权；(二)如果构成侵权,如何确定赔偿数额;(三)原审是否存在程序问题。

(一)金禾公司、瑞禾公司是否构成侵权

根据《中华人民共和国种子法》第二十八条规定,植物新品种权所有人对其授权品种享有排他的独占权;除另有规定外,任何单位或者个人未经植物新品种权所有人许可,不得为商业目的将授权品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料。根据金禾公司在云南省申请品种审定时提交的申请表,“金禾玉 618”是以雅玉公司的“YA8201”为父本选育的。二审审理期间,金禾公司明确向本院陈述:作为玉米杂交品种,每一次获得“金禾玉 618”的繁殖材料都需要使用“YA8201”。根据上述事实可以认定金禾公司为商业目的将“YA8201”重复使用于生产“金禾玉 618”,构成对涉案授权品种“YA8201”的品种权的侵害。金禾公司抗辩其使用的是“YA8201”的变异株,并向本院申请进行 DNA 鉴定,但由于其不能提交对照样本导致鉴定不具备可行性,金禾公司对仅使用了“YA8201”的变异株的主张,未能提交有效证据证明,本院对该主张不予采信。本案中,瑞禾公司出借其种子生产经营许可证,供不具备种子生产经营资质的金禾公司从事种子生产经营活动,并从中获利,为金禾公司实施侵权行为提供帮助,根据《中华人民共和国民法典》第一千一百六十九条第一款规定,构成帮助侵权。据此,原审法院考虑制止侵权,判令金禾公司、瑞禾公司立即停止生产、销售“金禾玉 618”玉米种子,以及立即销毁重复用于繁殖“金禾玉 618”玉米种子的“YA8201”的繁殖材料,并无不当,本院予以维持。原审法院在侵权责任承担部分的分析以及判项中将“YA8201”表述为“金禾玉 618”的繁殖材料,但“YA8201”系“金禾玉 618”的亲本,不宜将杂交品种的亲本称为杂交品种的繁殖材料,本院对此予以纠正。

(二)如何确定赔偿数额

根据《中华人民共和国种子法》第七十三条第三款规定,侵犯植物新品种权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定;实际损失难以确定的,可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,可以参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。侵犯植物新品种权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。雅玉公司

主张侵权人因侵权所获得的利益，并适用一倍的惩罚性赔偿，本案中需要考察是否符合适用惩罚性赔偿的条件，并确定惩罚性赔偿的基数。

1. 关于惩罚性赔偿的适用

根据《中华人民共和国种子法》第七十三条第三款规定，侵犯植物新品种权，情节严重的，可以适用惩罚性赔偿。根据《中华人民共和国种子法》第三十三条第三款、第七十七条第一款第四项，《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第十七条第一款第五项规定，伪造、变造、买卖、租借种子生产经营许可证的，可以认定为侵权行为情节严重。依据上述规定，本案中对金禾公司是否适用惩罚性赔偿可以从如下方面考虑：品种权授权信息要经过公告向社会公众公开，金禾公司使用雅玉公司的“YA8201”作为父本组配“金禾玉 618”杂交玉米品种，在云南省进行主要农作物品种审定时申请表中写明“父本‘YA8201’从雅玉公司选育，于 2011 年引入”。通过上述事实可以认定金禾公司明知“YA8201”为雅玉公司享有品种权的植物新品种，仍然未经品种权人许可为商业目的重复使用“YA8201”生产“金禾玉 618”的繁殖材料。金禾公司抗辩其借用瑞禾公司的种子生产经营许可证是行业内通常做法。但是，我国为保障主要农作物用种安全，对于从事种子生产经营活动设置市场准入制度，借用种子生产经营许可证使得不具备与种子生产经营相适应的生产条件的企业进入种子市场，扰乱了种子市场秩序，明确为种子法所禁止。金禾公司借用瑞禾公司的种子生产经营许可证生产经营“金禾玉 618”，向瑞禾公司支付管理费，属于上述规定所指的“租借种子生产经营许可证”的行为，构成侵权行为情节严重。本案中对金禾公司依法可以适用惩罚性赔偿，本院对于雅玉公司主张适用一倍惩罚性赔偿的请求予以支持。原审法院考虑该情节适用惩罚性赔偿，并无不当，本院予以维持。

2. 关于惩罚性赔偿基数的确定

雅玉公司主张惩罚性赔偿的基数是金禾公司截止 2021 年 3 月 25 日因侵权所获得的利益，并提供了初步证据证明金禾公司上述期间的侵权获利，本案中采用侵权获利作为赔偿数额的计算方法具有可行性，本院对雅玉公司的主张予以支持。因侵权所获得的利益一般是指侵权人因生产经营侵权种子侵害他人品种权所获得的营业利润。根据在案证据情况，本院对雅玉公司主张的侵权获利进行如下计算：

(1) 关于“金禾玉 618”的销售数量和销售价格

雅玉公司提供了“中国种业大数据平台”中“金禾玉 618”自 2019 年 12 月 30 日至 2021 年 3 月 25 日期间的备案信息，原审法院以上述备案信息为依据，认定“金禾玉 618”的生产经营数量为 17337 公斤，并无不当。金禾公司对于上述数据提出异议，认为存在多级销售商重复备案，不排除雅玉公司恶意备案的可能，并且因为存在退货实际销售数量少于备案数量。瑞禾公司原审中提交了其种子生产经营许可网上申报系统中 2020 年 12 月 21 日至 2021 年 1 月 5 日期间的 6 条备案信息。经审查，雅玉公司提交的备案信息起始时间早于瑞禾公司的数据，其中部分重合备案主体涉及的备案信息相同，可以佐证雅玉公司提交的备案信息的真实性。同时，2019 年修订的《农作物种子生产经营许可管理办法》第二十三条规定，专门经营不再分装的包装种子或者受具有种子生产经营许可证的企业书面委托代销其种子的，应当在种子销售前向当地县级农业主管部门备案。备案时应当提交种子销售者的营业执照复印件、种子购销凭证或委托代销合同复印件等材料。金禾公司认为雅玉公司存在恶意备案的可能，但是进行种子销售备案时需要提交上述规定的材料，金禾公司的主张属于其推断，没有证据加以证明，不能成立。此外，金禾公司主张因存在退货实际销售数量少于备案数量，存在多级代理商重复备案的情况，但金禾公司作为实际生产者应掌握详细的销售台账，其未能提供自己掌握的财务账簿等证据证明上述事实，应承担举证不能的不利后果，本院对金禾公司的上述主张不予采信。综上，金禾公司主张原审判决认定的销售数量错误，证据不足，本院不予采信。在确定销售数量的基础上，原审法院确定“金禾玉 618”的批发价格为每公斤 30 元，双方二审中均未对此提出异议，本院予以确认。通过上述销售数量和价格可以计算出，截至 2021 年 3 月 25 日，金禾公司生产、销售“金禾玉 618”所得的销售收入为 520110 元。

(2) 关于金禾公司生产经营“金禾玉 618”的利润

在按照侵权获利确定惩罚性赔偿基数时，应考虑侵权人生产经营侵权种子的营业利润，营业利润可以采取销售收入减去销售成本及增值税税金，再减去销售费用、管理费用和财务费用的方式计算；单一类别产品的销售收入和营业利润率可以确定时，营业利润也可以直接以该产品的销售收入乘以营业利润率确定。本案中，在雅玉公司请求以侵权获利确定赔偿数额的情况下，金禾公司未提供证据证明“金禾玉 618”的营业利润或企业的营业利润率等与计算公式相关的数据。

特别是,本院在二审期间要求金禾公司提供被诉侵权行为发生期间企业财务会计报表,其以公司没有规范运作为由向本院表示无法提供。依据《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第二十五条第一款、《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第五条第三款规定,金禾公司上述消极执行法院命令、拒不提供自己掌握的相应证据材料的行为,已经构成举证妨碍,导致本院既无法获取金禾公司生产、销售“金禾玉 618”的营业利润,也无法获取金禾公司的整体营业利润率作为“金禾玉 618”的利润率的参考,本院以品种权人主张的成本作为计算数据。雅玉公司主张玉米制种的成本为每公斤 8-12 元,本院取中间数,确定金禾公司的成本为每公斤 10 元,据此金禾公司生产经营“金禾玉 618”的利润为每公斤 20 元。同时考虑上述“金禾玉 618”的销售收入,可以计算出金禾公司涉案行为产生的营业利润为 346740 元。雅玉公司主张品种权侵权案件中的“侵权获利”不应考虑经营成本,而应当按照销售价格乘以销售数量。经审查,在没有证据证明金禾公司构成以侵权为业的情况下,雅玉公司上述主张与《中华人民共和国种子法》第七十三条关于侵权获利的规定不符,本院不予采信。

(3) 关于品种权的贡献率

“金禾玉 618”为玉米杂交品种,其他亲本的持有者对于该品种的培育也作出了一定贡献。但是,金禾公司、瑞禾公司并未提供证据证明被诉侵权种子“金禾玉 618”的母本“J2575”也受品种权保护,且金禾公司还存在举证妨碍行为,考虑本案情况,本院对于金禾公司、瑞禾公司有关贡献率的抗辩不予支持,确定“YA8201”对于“金禾玉 618”玉米杂交品种的贡献率为 100%。

上诉人诉称

综合上述“金禾玉 618”的销售数量和销售价格、金禾公司生产经营“金禾玉 618”的利润、品种权的贡献率三方面的分析,考虑种业大数据平台自 2019 年 12 月 30 日至 2021 年 3 月 25 日期间“金禾玉 618”的备案数量,可以计算出上述期间金禾公司生产经营“金禾玉 618”产生的销售收入。金禾公司拒不提交其掌握的相应账簿及财务资料,导致无法计算金禾公司上述期间生产、销售“金禾玉 618”的营业利润,构成举证妨碍,应承担举证妨碍的相应后果,本院按照雅玉公司的主张确定“金禾玉 618”的利润为每公斤 20 元。在此基础上,考虑雅玉公司“YA8201”品种权对“金禾玉 618”的贡献率,可以计算出金禾公司截

止到2021年3月25日因生产经营的“金禾玉618”侵害雅玉公司“YA8201”品种权的侵权获利为346740元。金禾公司应就上述侵权获利向雅玉公司承担赔偿责任。除此以外，金禾公司还应支付一倍的惩罚性赔偿金，共计赔偿雅玉公司693480元。瑞禾公司作为帮助侵权人，对上述赔偿负连带责任。雅玉公司关于赔偿数额的部分上诉请求成立，本院予以支持。原审判决关于赔偿数额的计算有所不当，本院予以纠正。

被上诉人辩称

金禾公司在本案的侵权认定和赔偿数额确定中都提出抗辩称“金禾玉618”已经在云南省通过主要农作物审定，金禾公司在组配“金禾玉618”的过程中付出了大量时间，投入了大量劳动。经审查，“金禾玉618”于2019年在云南省通过主要农作物品种审定。主要农作物品种审定制度作为种子市场准入的行政管理体制，可以加速育种新成果的推广利用，确保有经济推广价值的品种进入市场。品种权保护与品种审定是两种不同的制度，是否构成侵害植物新品种权，仍要依据种子法的规定进行审查。从事种子生产经营的育种企业要注意尊重他人品种权。对于他人享有品种权的植物新品种繁殖材料，为育种活动和品种审定目的的使用行为可以豁免侵权责任，但为商业目的重复使用于生产繁殖另一品种的繁殖材料时需要经过品种权人许可，否则构成侵害他人品种权的侵权行为。保护品种权和确保有经济价值的作物品种进入市场两者之间相辅相成，只有尊重品种权，才能推动更多有价值的作物进入种子市场，为种业科技创新提供持续动力，促进种业科技自立自强。

(三) 原审是否存在程序问题

关于瑞禾公司原审期间申请追加垦丰公司为共同被告的问题，由于雅玉公司作为品种权人明确表示不同意追加，原审法院出于尊重雅玉公司诉权的考虑，对瑞禾公司的申请不予准许，并无不当，本院予以维持。即使如瑞禾公司所称，垦丰公司作为“金禾玉618”的实际生产者，为共同侵权人，本案也并非必要的共同诉讼，雅玉公司有权选择对共同侵权中的全部或部分侵权人主张权利，并不影响共同侵权的各行为人单独就全部债务对外承担责任。因此，金禾公司、瑞禾公司以此为由认为原审存在程序问题，不能成立，本院不予支持。

关于金禾公司原审时提交的证据1，为垦丰公司出具的结算单。经审查，原审法院对该份证据的认证不仅考虑了证据形式，而且结合金禾公司提交的其他证

据中所记载的金禾公司向案外人销售“金禾玉 618”的时间和数量，进行综合分析。在综合分析的基础上，原审法院对该份证据的证明力不予采信，并无不当，本院予以维持。

二审裁判结果

综上所述，雅玉公司的部分上诉请求成立，应予支持；金禾公司的上诉请求不能成立，应予驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项之规定，判决如下：

一、维持云南省昆明市中级人民法院(2021)云 01 知民初 136 号民事判决第一项；

二、撤销云南省昆明市中级人民法院(2021)云 01 知民初 136 号民事判决第二项、第三项、第四项、第五项；

三、云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司立即销毁用于繁殖“金禾玉 618”品种的“YA8201”的繁殖材料；

四、云南金禾种业有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿四川雅玉科技股份有限公司经济损失 693480 元，云南瑞禾种业有限公司对上述赔偿数额承担连带责任；

五、驳回四川雅玉科技股份有限公司的其他诉讼请求；

六、驳回云南金禾种业有限公司的上诉请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务的，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费 15252.8 元，由四川雅玉科技股份有限公司负担 5252.8 元，由云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司负担 10000 元。二审案件受理费 15546 元，由四川雅玉科技股份有限公司负担 6000 元，由云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司负担 9546 元。

本判决为终审判决。

审判长罗霞

审判员雷艳珍

审判员刘晓梅

二〇二二年十二月七日

法官助理王亮

书记员李思倩

裁判文书摘要

案号 (2022)最高法知民终 789 号

审理法院 最高人民法院

当事人 四川雅玉科技股份有限公司

云南金禾种业有限公司

云南瑞禾种业有限公司

立案年度 2022

裁判时间 2022-12-08

裁判结果 部分维持、部分撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2022)最高法知民终 789 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 四川雅玉科技股份有限公司。

法定代表人: 胡学爱, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 褚志娟, 四川昊通律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 孙雷, 四川昊通律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 云南金禾种业有限公司。

法定代表人: 徐兴春, 该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人: 罗雄, 云南双扬律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 云南瑞禾种业有限公司。

法定代表人: 杨超, 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 罗雄, 云南双扬律师事务所律师。

审理经过

上诉人四川雅玉科技股份有限公司(以下简称雅玉公司)、上诉人云南金禾种业有限公司(以下简称金禾公司)与被上诉人云南瑞禾种业有限公司(以下简称瑞禾公司)因侵害植物新品种权纠纷一案,不服云南省昆明市中级人民法院(以下简称原审法院)于2021年10月22日作出的(2021)云01知民初106号民事判决(以

下简称原审判决), 向本院提起上诉。本院于 2022 年 4 月 18 日立案后, 依法组成合议庭, 于 2022 年 7 月 12 日、9 月 16 日询问当事人。上诉人雅玉公司的委托诉讼代理人褚志娟、上诉人金禾公司和被上诉人瑞禾公司共同的委托诉讼代理人罗雄参加了 2022 年 7 月 12 日和 9 月 16 日的询问, 上诉人雅玉公司的法定代表人胡学爱参加了 2022 年 7 月 12 日的询问。本案现已审理终结。

雅玉公司上诉请求: 1. 维持原审判决第一项、第二项; 2. 撤销原审判决第三项, 改判金禾公司赔偿雅玉公司侵权损失 2284485 元, 瑞禾公司承担连带赔偿责任; 3. 撤销原审判决第四项, 改判金禾公司支付雅玉公司惩罚性赔偿 2284485 元, 瑞禾公司承担连带赔偿责任; 4. 一审、二审案件受理费由金禾公司、瑞禾公司承担。事实和理由: (一) 原审判决采用“批发价单价”扣除“生产成本”后剩余的“利润”来计算“违法所得数额”或“侵权所得利益”, 适用法律错误, 应予以纠正。第一, 根据原农业部制定的《农业植物新品种权侵权案件处理规定》第十六条的规定, 应当以销售价格乘以销售数量的结果作为违法所得的计算依据。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第十二条的规定, “非法经营数额”的计算方式按照实际销售的价格计算。虽然该规定属于刑事领域的解释, 但“举重明轻”, 该计算方式可以作为民事侵权案件中计算方式的参考。侵权人的“违法所得数额”或“侵权所得利益”应进行整体评价, 如果区分侵权人获利或不获利, 将无法有效地追究法律责任。同时, 采用毛利润或净利润、营业利润或销售利润均不能得出一致结论。所以, 不能把“违法所得数额”或“侵权所得利益”简单地理解为非法利润数额, 在计算时扣减侵权人因实施侵权行为而“投入的成本”, 既不符合立法本意也不切实际。按照上述计算方法, 本案中“违法所得数额”或“侵权所得利益”为 2284485 元(30 元/公斤 \times 76149.5 公斤)。第二, 即使考虑生产成本, 原审判决取值 20 元/公斤也不合理。关于生产成本的扣除项目, 仅应该限于生产种子的收购成本和运输、加工及包装成本, 而维系公司运营且存在非法经营的情况下, 运营成本不应当予以考虑, 如果支持在侵权的同时扣除非法运营成本费用, 就是变相鼓励侵权行为。考虑地域差异、劳务成本差异、运输价格差异等的不同, 玉米种子的生产成本应在 8 元-12 元/公斤之间。(二) 原审法院采纳《玉米育种成果收益分配指导意见》中关于组配者的收益比例得出“YA8201”在被告侵权种子中的贡献率为 30%, 适用法律错误。第一, 《玉米育种成果收益分配指导意见》

系中国种子协会制定的指导意见,而行业内部意见并不能作为民事案件的裁判依据。第二,关于亲本种子的贡献率,在科研范围内以及正常授权使用亲本材料以及杂交种子情况下确定各方利益分配时才具有实际意义,而在法律逻辑层面,贡献率只有“有”或“无”的差异。第三,不应将侵权主体视为合法法律关系中的主体来对待并对其分配收益。

金禾公司针对雅玉公司的上诉请求辩称:(一)雅玉公司认为不考虑成本的观点不能成立。种子的制种、销售均会产生运营成本,原审法院对利益和数额的划分合理。(二)金禾公司不构成侵权,“金禾 880”使用的是“YA8201”的变异株,与雅玉公司的授权品种为不同品种。原审期间,金禾公司申请进行 DUS 测试和 DNA 检测,原审法院未予准许。金禾公司再次申请对两者进行 DNA 检测。(三)“金禾 880”经过了云南省主要农作物审定,可以进行推广。故,请求驳回雅玉公司的上诉请求。

瑞禾公司针对雅玉公司的上诉请求辩称:瑞禾公司不应承担侵权责任,请求驳回雅玉公司的上诉请求。

金禾公司上诉请求:撤销原审判决,改判驳回雅玉公司的全部诉讼请求;一、二审诉讼费用由雅玉公司承担。事实和理由:(一)原审法院依据“中国种业大数据平台”查询“金禾 880”的生产经营备案信息认定金禾公司截至 2021 年 3 月 25 日销售数量,认定事实错误。第一,金禾公司委托瑞禾公司进行销售备案,根据瑞禾公司提供的证据,其通过种子生产经营许可网上申报系统备案销售数量为 17925 公斤。该备案数量得到种子站确认,客观、真实,具有证明力。第二,金禾公司提交的与西昌垦丰农业科技有限公司(以下简称垦丰公司)玉米种子生产结算单可以证明 2020 年度“金禾 880”的生产数量,与瑞禾公司的种子销售备案系统记载的数量基本相符。第三,金禾公司存放在仓库的“金禾 880”系客户退货,原审法院忽视因退货而库存的种子数量,认定事实错误。第四,雅玉公司提供的备案信息并非金禾公司或瑞禾公司操作,原审法院没有查明操作的主体,并且存在其他一级、二级代理商重复备案的情况。2021 年 3 月 25 日以后该平台仍然有新增备案信息,该备案信息绝对不是金禾公司或瑞禾公司所为,不排除是雅玉公司恶意备案的可能。(二)原审法院依据“金禾 880”在云南省主要农作物品种审定申请表的记载认定“金禾 880”使用的亲本 YA8201 为涉案授权品种,不准许金禾公司进行 DNA 检测和 DUS 测试的申请,导致事实认定错误。金禾公司

聘请的育种专家在选育过程中，仅是提取 YA8201 的变异株，不能因为文字描述和名称相同而认定为同一品种。金禾公司依法享有申请鉴定的诉讼权利，只有进行 DNA 检测和 DUS 测试才能查明事实真相。(三) 原审判决适用惩罚性赔偿所依据的理由不能成立，适用法律错误。第一，“金禾 880”经云南省农作物品种审定委员会审定，依法可以推广和销售。金禾公司没有生产经营资质，因此委托瑞禾公司进行生产经营销售备案，这是农业农村行政主管部门认可的做法，也是行业惯例。第二，金禾公司和瑞禾公司不存在诉讼中的不诚信行为。瑞禾公司的被诉侵权行为已经停止；申请鉴定是金禾公司依法享有的诉讼权利；举报雅玉公司的法定代表人胡学爱侵占国有资产，是公民的责任和权利。(四) 原审法院不准许追加案外人垦丰公司为本案被告，存在程序错误。金禾公司的“金禾 880”系案外人垦丰公司生产，有结算单、植物检疫证书等证据在案佐证。金禾公司原审时提交了证据 1 的原件供核对，原审法院在评判证据时认为无原件核对，明显错误。瑞禾公司原审中申请追加垦丰公司参加诉讼，不以雅玉公司同意为前提。如果存在侵权，作为种子的生产者垦丰公司应当承担连带责任，是必须参加诉讼的共同被告，人民法院应当依职权追加，何况瑞禾公司已经申请。如果雅玉公司明确表示放弃对垦丰公司的请求权，应当只能判决金禾公司承担三分之一的责任。

雅玉公司针对金禾公司的上诉请求辩称：请求驳回金禾公司的上诉请求，支持雅玉公司的上诉请求。

瑞禾公司述称：同意金禾公司的上诉请求。

雅玉公司向原审法院提起诉讼，原审法院于 2021 年 4 月 14 日立案受理。雅玉公司起诉请求：1. 判令金禾公司、瑞禾公司立即停止生产、销售品种名称为“金禾 880”的玉米种子；2. 判令金禾公司、瑞禾公司立即销毁品种名称为“金禾 880”的玉米种子的繁殖材料“YA8201”；3. 判令金禾公司、瑞禾公司立即向雅玉公司支付因其侵犯“YA8201”植物新品种权的惩罚性赔偿金 4568970 元(计算方式：30 元/公斤×76149.5 公斤×2 倍，该公斤数量统计截止日期为 2021 年 3 月 25 日)；4. 本案诉讼费用由金禾公司、瑞禾公司承担。

金禾公司在原审中辩称：(一) “金禾 880”是金禾公司在取得营业执照后与科研单位合作十余年才研发的品种，并通过云南省农作物品种审定委员会的审定，属于合法品种。“金禾 880”的亲本“YA8201”仅系与涉案授权品种“YA8201”重名，雅玉公司并无 DNA 鉴定和 DUS 测试的结果证明“金禾 880”构成侵权。(二)

涉案授权品种“YA8201”是雅玉公司的法定代表人胡学爱在担任雅安市农业科学研究所(以下简称雅安农科所)副所长期间凭借职务便利培育而成,品种权应属于雅安农科所。(三)对于“金禾 880”,金禾公司计划种植 200 亩,实际种植 100 多亩,后因受灾实际产量仅为 17081 公斤;且由于 2020 年雨水较多、穗腐病严重和诉讼等原因,现尚有 16900 公斤堆在仓库;“金禾 880”的收购价仅为 16.85 元/公斤。因此,雅玉公司所主张的销售量和赔偿金额没有依据。(四)实践中可能存在备案后没有备货,或者地、县、乡代理商重复备案,或者代理商备案后将没有卖完的种子退回的情况。因此,备案数量不能等同于销售数量。综上,请求人民法院驳回雅玉公司的诉讼请求。

瑞禾公司在原审中辩称:(一)关于雅玉公司是否是玉米品种“YA8201”的植物新品种权人,以及“金禾 880”是否使用该“YA8201”作为亲本的观点同金禾公司的意见。(二)“金禾 880”由垦丰公司实际生产、销售,本案应追加垦丰公司作为共同被告。(三)瑞禾公司仅在 2020 年向金禾公司提供种子经营备案资质,仅收取 6 万元费用,没有共同获利。瑞禾公司提供资质前审核了金禾公司关于“金禾 880”的主要农作物品种审定证书,不构成共同侵权。(四)瑞禾公司在接到告知函后,立即停止了与金禾公司的合作,并无侵权故意。综上,请求人民法院驳回对瑞禾公司的诉讼请求。

原审法院认定如下事实:

(一)双方主体信息及相关种子信息

雅玉公司于 2003 年 6 月 30 日注册成立,原名称为四川雅玉科技开发有限公司,后于 2018 年 6 月 22 日变更为现名称,经营范围包括农作物种子研究、开发、服务;销售种子。四川雅玉科技开发有限公司于 2010 年 1 月 1 日取得名称为“YA8201”、品种权号为 CNA20060204.7 的植物新品种权。该品种权申请日为 2006 年 3 月 30 日,保护期限 15 年。

金禾公司于 2009 年 4 月 13 日注册成立,经营范围包括种子(不再分装的包装种子)的销售。金禾公司于 2019 年 5 月 24 日取得云南省农作物品种审定委员会就“金禾 880”核发的审定编号为滇审玉米 2019097 号的《主要农作物品种审定证书》。该审定证书记载:审定编号:“滇审玉米 2019097”;品种名称:“金禾 880”;品种来源为:“金禾 880”是金禾公司于 2013 年在云南省用母本“LSC107”和父本“YA8201”配制杂交组合;申请者和育种者均为金禾公司。

瑞禾公司于2014年4月2日注册成立，经营范围包括杂交玉米、杂交种子、及其亲本种子加工、生产、包装、批发、零售。云南省农业厅于2017年5月31日向瑞禾公司核发BCD(滇)农种许字(2014)第0016号《农作物种子生产经营许可证(主证)》，于2020年12月14日核发副本，该副本所列作物的品种包含“金禾880”。

(二) 被诉侵权行为

2021年4月23日，雅玉公司向四川省成都市律政公证处申请证据保全，登录“中华人民共和国农业农村部”官网后进入“中国种业大数据平台”，查看“品种审定”栏目中“金禾880”的详情，出现以下信息：审定编号“滇审玉米2019097号”；作物名称“玉米”；申请者、育种者均为金禾公司；品种来源：金禾公司于2013年在云南省用母本“LSC107”和父本“YA8201”配制杂交组合。回到“中国种业大数据平台”，查看“金禾880”的种子生产经营许可信息，点击副证，出现“农作物种子生产经营许可证”，内容为：企业名称：瑞禾公司；许可证编号：BCD(滇)农种许字(2014)第0016号。回到“中国种业大数据平台”，查看“金禾880”品种信息链，点击“种子生产经营备案”后出现458条生产经营备案详情(期间为2019年12月30日至2021年4月19日)，包括备案单位、种子数量(公斤)、备案日期等。经对时间截止为2021年3月25日的444条信息所示种子数量进行统计，总数为76549.5公斤。

雅玉公司登录全国种子市场监测信息发布平台，显示“金禾880”种子规格为1公斤/袋的价格为55元。

再次登陆“中华人民共和国农业农村部”官网，重复前述公证取证操作，在“生产经营备案详情”处可见“金禾880”在2021年3月25日之后仍有新增备案信息，最新的备案时间为2021年5月27日。

2021年3月25日，雅玉公司向金禾公司、瑞禾公司发出告知函，要求收函后3日内与其联系协商“YA8201”植物新品种授权使用问题；若未在上述期限内联系且继续使用的，将追究法律责任。2021年4月9日，瑞禾公司复函，称收到告知函后立即约谈金禾公司负责人，并称其于2020年11月12日与金禾公司签订《杂交玉米新品种合作协议》，并查验了金禾公司的审定证书，认为金禾公司取得了“金禾880”和“金禾玉618”(另案处理)的品种权。回复：1. 立即终止履行与金禾公司签订的合作协议，包括备案、生产、销售等工作；2. 瑞禾公司

不存在故意或过失侵犯植物新品种权的意思表示，一切法律责任应当由金禾公司承担，瑞禾公司愿意配合雅玉公司维权所需的调查取证。

(三) 原审审理期间情况

原审庭审中，金禾公司抗辩“金禾 880”的亲本“YA8201”与涉案授权品种“YA8201”仅系名称相同，不是同一品种。据此，原审法院确定由金禾公司承担证明二者不属于同一品种的举证责任，并征询金禾公司是否申请鉴定的意见。金禾公司表示申请鉴定，并提交了鉴定申请。原审法院准许其鉴定申请，决定到农业农村部种业管理司调取相关种子标准样品的情况下，雅玉公司持调查令到云南省种子管理站调取了“金禾 880”的云南省主要农作物品种审定申请表。该申请表中关于品种选育过程明确载明：“金禾 880”的母本“YA8201”由雅玉公司选育，2011 年引入。（对于亲本的表述，申请表中存在母本“YA8201”和父本“LSC107”，以及父本“YA8201”和母本“LSC107”的不一致表述，为统一表述，原审法院以下均表述为“亲本”）。金禾公司及法定代表人均在申请表所附品种真实性承诺书上签字、盖章，表示“本单位、本人知悉和保证提供的杂交玉米种‘金禾 880’的真实性，并承担因真实性虚假而产生的法律责任”。鉴于以上情况，原审法院决定不再准许金禾公司的鉴定申请，并告知金禾公司。

(四) 其他相关事实

2020 年 11 月 2 日，金禾公司出具授权书，授权瑞禾公司生产经营金禾公司选育的玉米品种“金禾 880”“金禾玉 618”，具体权利包括“金禾 880”“金禾玉 618”的生产、经营、使用、标记、市场维护，授权范围云南省，授权时限 2020 年 11 月 2 日-2021 年 11 月 2 日。2020 年 11 月 12 日，瑞禾公司作为甲方、金禾公司作为乙方签订《杂交玉米新品种合作协议》，约定：乙方对“金禾 880”“金禾玉 618”享有知识产权；甲方协助乙方办理相应的生产经营备案手续，向乙方提供生产经营许可证复印件、营业执照复印件、委托书等相应的备案资料进行种子经营备案；乙方向甲方一次性交纳 2020 年 11 月 2 日至 2021 年 11 月 2 日年度的品种管理费 60000 元，并承担上述品种的生产、销售、行政合法性、推广等一切费用，甲方除收取上述品种的管理费外，不承担上述品种的任何费用。

登录瑞禾公司的种子生产经营许可网上申报系统，查询“金禾 880”，显示 2020 年 1 月 13 日至 2021 年 3 月 25 日期间共备案 36 条信息，备案的种子数量为 17925 公斤。经与雅玉公司提交的中国种业大数据平台的数据核对，除“操作”

处列明有“撤回”选项的2条信息外，其余34条信息与中国种业大数据平台的数据信息完全一致。

根据金禾公司庭后提交的照片，其仓库内还存放有大量的“金禾880”种子。

雅玉公司以金禾公司、瑞禾公司为共同被告提起两个诉讼，即针对“金禾880”的本案和针对“金禾玉618”的(2021)云01知民初136号案件。

一审法院认为

原审法院认为：雅玉公司系植物新品种“YA8201”(CNA20060204.7)的品种权人，其对该植物新品种享有植物新品种权，且该植物新品种现在有效期内，故雅玉公司有权提起本案诉讼。金禾公司认为该品种权应归属于雅安农科所，并无充分理由或有效证据，且该品种权的授权状态稳定，故原审法院对金禾公司的该观点不予采纳。

关于侵权认定。第一，“金禾880”的品种审定信息表明“金禾880”系通过雅玉公司享有植物新品种权的“YA8201”选育的品种。鉴于以上情况，原审法院对金禾公司提出的DNA鉴定和DUS测试申请不予准许。本案中，金禾公司不仅使用“YA8201”选育“金禾880”，还自2019年起以商业为目的持续使用“YA8201”生产“金禾880”并予以销售，根据《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第二条第一款、第三款的规定，应认定金禾公司以“YA8201”为亲本生产、销售“金禾880”的行为侵害了雅玉公司的植物新品种权。第二，瑞禾公司在金禾公司生产、销售“金禾880”的过程中，将《农作物种子生产经营许可证》出借给金禾公司，实质上对金禾公司的侵权行为形成了帮助，构成帮助侵权。瑞禾公司抗辩称其已尽到审查义务，但我国实施种子生产经营许可证制度，瑞禾公司出借生产经营许可证本身就具有过错；况且，“金禾880”的品种审定信息已明示其亲本包括“YA8201”，而根据公开信息可查询“YA8201”的品种权信息，可见瑞禾公司并未尽到审查义务。第三，瑞禾公司申请追加垦丰公司为共同被告的问题，本案系雅玉公司提起的侵权诉讼，雅玉公司并不同意对垦丰公司主张权利；垦丰公司是否加入本案诉讼，不影响本案的处理；且没有证据或理由表明垦丰公司属于必须参加诉讼的当事人。因此，原审法院对瑞禾公司的追加申请不予准许。

关于责任承担。首先，对于雅玉公司要求金禾公司、瑞禾公司立即停止生产、销售“金禾880”玉米种子，以及立即销毁“金禾880”的繁殖材料“YA8201”

的请求，予以支持。其次，关于赔偿。第一，关于“金禾 880”的生产经营数量。根据农业农村部种业大数据平台记载的数据，2019 年 12 月 30 日至 2021 年 3 月 25 日期间，“金禾 880”的生产经营备案数量为 76549.5 公斤，雅玉公司仅主张了 76149.5 公斤，原审法院予以准许。第二，关于“金禾 880”的利润，在案证据显示“金禾 880”的市场价格为每公斤 55 元。同时，金禾公司系“金禾 880”的一手销售主体，即原始批发。一般而言，批发价低于零售价，雅玉公司关于“金禾 880”的批发价为每公斤 30 元的主张合理，原审法院予以确认。考虑金禾公司需要提供亲本种子、委托农户进行生产，需要维系公司运营支出如运输、人工等成本，原审法院酌定总成本为每公斤 20 元。第三，关于“YA8201”对于繁育“金禾 880”的贡献率。根据《玉米育种成果收益分配指导意见》关于父本持有者、母本持有者、组配者的收益比例为 3:3:4，原审法院认定“YA8201”对于繁育“金禾 880”的贡献率应为 30%。综上，可计算得出金禾公司获利为：76149.5 公斤×(30 元-20 元)/公斤×30%=228448.5 元。综上，金禾公司应向雅玉公司赔偿侵权损失 228448.5 元。再次，关于惩罚性赔偿。根据《中华人民共和国民法典》第一千一百八十五条、《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第四条第二款第五项、第七项，《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第十七条第一款规定，考虑金禾公司借用瑞禾公司的农作物种子生产经营许可证，持续、大量生产、销售“金禾 880”，自 2019 年起仅中国种业大数据平台显示的备案数量即近 8 万公斤，金禾公司在本案诉讼过程中还存在不诚信，应对金禾公司适用惩罚性赔偿。根据《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第十七条第二款的规定，仅金禾公司借用农作物种子生产经营许可证这一情节，即可对金禾公司适用二倍以上的惩罚性赔偿数额，但鉴于雅玉公司除赔偿基数以外，仅额外主张了一倍的惩罚性赔偿，不违反法律规定，应予以准许，故原审法院以前述确认的侵权获利金额 228448.5 元为基数，对金禾公司适用一倍的惩罚性赔偿，即金禾公司除应向雅玉公司支付 228448.5 元的侵权损失外，还应支付 228448.5 元的惩罚性赔偿金。最后，瑞禾公司构成帮助侵权，根据《中华人民共和国民法典》第一千一百六十九条的规定，应对以上金禾公司应承担的侵权损失及惩罚性赔偿金一并承担连带赔偿责任。至于瑞禾公司与金禾公司所签补充协议等，系其内部约定，双方当事人可另行处理。

一审裁判结果

原审法院依照《中华人民共和国民法典》第一千一百六十九条、第一千一百八十五条，《中华人民共和国种子法》第二十八条、第三十三条第三款、第七十三条第三款、第七十七条第一款第四项，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第一条第三款、第二十四条，《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第二条第一款、第三款，第六条第一款、第二款、第四款，《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第六条、第十七条第一款第五项、第二款，《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第四条第二款第五项、第七项、第五条第一款之规定，判决：一、云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司于判决生效之日起立即停止生产、销售品种名称为“金禾 880”的玉米种子；二、云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司于判决生效之日起立即销毁品种名称为“金禾 880”的繁殖材料“YA8201”；三、云南金禾种业有限公司于判决生效之日起十日内向四川雅玉科技股份有限公司支付侵权损失 228448.5 元，云南瑞禾种业有限公司对该款承担连带赔偿责任；四、云南金禾种业有限公司于判决生效之日起十日内向四川雅玉科技股份有限公司支付惩罚性赔偿金 228448.5 元，云南瑞禾种业有限公司对该款承担连带赔偿责任；五、驳回四川雅玉科技股份有限公司的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》(2017 年修正)第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费 43351.8 元，由四川雅玉科技股份有限公司负担 20000 元，由云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司共同负担 23351.8 元。

二审中，雅玉公司向本院提交了如下新证据：1. 2022 年 1 月 8 日临沧市永德县农作物种子销售凭证及“金禾 880”玉米种子照片一张；2. (2022)川律公证内民字第 30022 号公证书及其中的云南鼎程种业有限公司(以下简称鼎程公司)农作物种子生产经营许可证(副本)。共同用于证明原审判决后金禾公司仍继续实施侵权行为，借用鼎程公司生产资质，2021 年 4 月 25 日至 2022 年 5 月 31 日新增“金禾 880”玉米种子生产经营备案数量为 39226 公斤。金禾公司、瑞禾公司质证认为：“金禾 880”不构成侵权，金禾公司有权继续生产、销售。本院经审核认为，涉案被诉侵权行为是金禾公司借用瑞禾公司的种子生产经营许可证截至

2021年3月25日生产、销售“金禾880”的行为，鼎程公司的行为可以证明金禾公司在原审判决后是否继续以商业目的使用“YA8201”生产、销售“金禾880”玉米种子，与确定金禾公司的主观状态具有关联。

原审判决查明的事实基本属实，本院予以确认。

二审期间，金禾公司多次明确向本院陈述：作为玉米杂交品种，每一次获得“金禾880”的繁殖材料都需要使用“YA8201”。

金禾公司坚持主张其使用的是“YA8201”的变异株，经本院要求，金禾公司对其所主张使用“YA8201”变异株的具体选育过程进行了说明，并申请对“金禾880”的父本和雅玉公司的“YA8201”进行DNA鉴定，以证明两者不具有同一性。关于“金禾880”亲本的DNA指纹信息来源，金禾公司称其向云南省农作物品种审定委员会申请主要农作物品种审定时提交了亲本信息。本院依职权向云南省农作物品种审定委员会办公室发送调查函了解“金禾880”的育种来源，并收到复函。该复函称“金禾880”（审定编号：滇审玉米2019097号）在申请审定时，申请人没有提交父、母本的DNA指纹信息或父、母本的种子标准样品。本院将上述复函情况告知金禾公司，并询问其是否可以提交其他对照样品，金禾公司答复无法提交其他对照样品用于鉴定。对于金禾公司的上述鉴定申请，本院认为，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百二十一条第一款的规定，当事人申请鉴定，可以在举证期限届满前提出。申请鉴定的事项与待证事实无关联，或者对证明待证事实无意义的，人民法院不予准许。按照云南省农作物品种审定委员会办公室的复函，申请人在申请“金禾880”玉米品种审定时，并未提交父、母本的DNA指纹信息或标准样品。由于缺少可靠的对照样品或DNA指纹信息，无法通过鉴定确定“金禾880”的父本和雅玉公司的“YA8201”的同一性，金禾公司申请鉴定的事项事实上并不具备鉴定条件。鉴此，金禾公司的鉴定申请不具备可行性，本院不予准许。

原审期间，金禾公司为证明其重复使用于生产、繁殖“金禾880”的父本并非涉案授权品种“YA8201”，向原审法院申请进行DNA检测和DUS测试。经审查，金禾公司在原审时并未说明其所称的变异株的具体选育过程，未能充分说明启动鉴定的理由，而其在云南省申请主要农作物品种审定时已经表明“金禾880”是以雅玉公司的“YA8201”为亲本选育的。在此情况下，原审法院不准许其鉴定申请，并无明显不当。

本院另查明：“金禾 880”品种审定证书中记载的母本“LSC107”也受品种权保护。

本院认为

本院认为，涉案被诉侵权行为发生在 2021 年修正的《中华人民共和国种子法》施行日 2022 年 3 月 1 日以前，2015 年修订的《中华人民共和国种子法》施行日 2016 年 1 月 1 日以后，本案应适用 2015 年修订的《中华人民共和国种子法》等相关规定。根据双方的诉辩主张，本案二审阶段的争议焦点为：（一）金禾公司、瑞禾公司是否构成侵权；（二）如果构成侵权，如何确定赔偿数额；（三）原审是否存在程序问题。

（一）金禾公司、瑞禾公司是否构成侵权

根据《中华人民共和国种子法》第二十八条规定，植物新品种权所有人对其授权品种享有排他的独占权；除另有规定外，任何单位或者个人未经植物新品种权所有人许可，不得为商业目的将授权品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料。根据金禾公司在云南省申请品种审定时提交的申请表，“金禾 880”是以雅玉公司的“YA8201”为亲本选育的。二审审理期间，金禾公司明确向本院陈述：作为玉米杂交品种，每一次获得“金禾 880”的繁殖材料都需要使用

“YA8201”。根据上述事实可以认定金禾公司为商业目的将“YA8201”重复使用于生产“金禾 880”，构成对涉案授权品种“YA8201”的品种权的侵害。金禾公司抗辩其使用的是“YA8201”的变异株，并向本院申请进行 DNA 鉴定，但由于其不能提交对照样本导致鉴定不具备可行性，金禾公司对仅使用了“YA8201”的变异株的主张，未能提交有效证据证明，本院对该主张不予采信。本案中，瑞禾公司出借其种子生产经营许可证，供不具备种子生产经营资质的金禾公司从事种子生产经营活动，并从中获利，为金禾公司实施侵权行为提供帮助，根据《中华人民共和国民法典》第一千一百六十九条第一款规定，构成帮助侵权。据此，原审法院考虑制止侵权，判令金禾公司、瑞禾公司立即停止生产、销售“金禾 880”玉米种子，以及立即销毁重复用于繁殖“金禾 880”玉米种子的“YA8201”的繁殖材料，并无不当，本院予以维持。原审法院在侵权责任承担部分的分析以及判项中将“YA8201”称为“金禾 880”的繁殖材料，但“YA8201”系“金禾 880”的亲本，不能将杂交品种的亲本称为杂交品种的繁殖材料，本院对此予以纠正。

（二）如何确定赔偿数额

根据《中华人民共和国种子法》第七十三条第三款规定，侵犯植物新品种权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，可以参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。侵犯植物新品种权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。雅玉公司主张侵权人因侵权所获得的利益，并适用一倍的惩罚性赔偿，本案中需要考察是否符合适用惩罚性赔偿的条件，并确定惩罚性赔偿的基数。

1. 关于惩罚性赔偿的适用

根据《中华人民共和国种子法》第七十三条第三款规定，侵犯植物新品种权，情节严重的，可以适用惩罚性赔偿。根据《中华人民共和国种子法》第三十三条第三款、第七十七条第一款第四项，《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第十七条第一款第五项规定，伪造、变造、买卖、租借种子生产经营许可证的，可以认定为侵权行为情节严重。依据上述规定，本案中对金禾公司是否适用惩罚性赔偿可以从如下方面考虑：品种权授权信息要经过公告向社会公众公开，金禾公司使用雅玉公司的“YA8201”作为亲本组配“金禾 880”杂交玉米品种，“金禾 880”在云南省进行主要农作物品种审定时申请表中写明亲本“YA8201”由雅玉公司选育，于 2011 年引入。通过上述事实可以认定金禾公司明知“YA8201”为雅玉公司享有品种权的植物新品种，未经品种权人许可仍然为商业目的重复使用“YA8201”生产“金禾 880”的繁殖材料。金禾公司抗辩其借用瑞禾公司的种子生产经营许可证是行业内通常做法。但是，我国为保障主要农作物用种安全，对于从事种子生产经营活动设置市场准入制度，借用种子生产经营许可证使得不具备与种子生产经营相适应的生产条件的企业进入种子市场，扰乱了种子市场秩序，明确为种子法所禁止。金禾公司借用瑞禾公司的种子生产经营许可证生产经营“金禾 880”，向瑞禾公司支付管理费，属于上述规定所指的“租借种子生产经营许可证”的行为，构成侵权行为情节严重。本案中对金禾公司依法可以适用惩罚性赔偿，本院对于雅玉公司主张适用一倍惩罚性赔偿的请求予以支持。原审法院考虑该情节适用惩罚性赔偿，并无不当，本院予以维持。

2. 关于惩罚性赔偿基数的确定

雅玉公司主张惩罚性赔偿的基数是金禾公司截止 2021 年 3 月 25 日因侵权所获得的利益，并提供了初步证据证明金禾公司上述期间的侵权获利，本案中采用侵权获利作为赔偿数额的计算方法具有可行性，本院对雅玉公司的主张予以支持。因侵权所获得的利益一般是指侵权人因生产经营侵权种子侵害他人品种权所获得的营业利润。根据在案证据情况，本院对雅玉公司主张的侵权获利进行如下计算：

(1) 关于“金禾 880”的销售数量和销售价格

雅玉公司提供了“中国种业大数据平台”中“金禾 880”自 2019 年 12 月 30 日至 2021 年 3 月 25 日期间的备案信息，原审法院以上述备案信息为依据，并考虑雅玉公司在本案中主张的数量少于上述备案数量，从而认定“金禾 880”的生产经营数量为 76149.5 公斤，并无不当。金禾公司对于上述数据提出异议，认为存在多级销售商重复备案，不排除雅玉公司恶意备案的可能，并且因为存在退货实际销售数量少于备案数量。瑞禾公司原审中提交了其种子生产经营许可网上申报系统中 2020 年 1 月 13 日至 2021 年 3 月 25 日期间的 36 条备案信息。经审查，雅玉公司提交的备案信息起始时间早于瑞禾公司的数据，其中部分重合备案主体涉及的备案信息相同，可以佐证雅玉公司提交的备案信息的真实性。同时，2019 年修订的《农作物种子生产经营许可管理办法》第二十三条规定，专门经营不再分装的包装种子或者受具有种子生产经营许可证的企业书面委托代销其种子的，应当在种子销售前向当地县级农业主管部门备案。备案时应当提交种子销售者的营业执照复印件、种子购销凭证或委托代销合同复印件等材料。金禾公司认为存在雅玉公司进行恶意备案的可能，但是进行种子销售备案时需要提交上述规定的材料，金禾公司的主张属于其推断，没有证据加以证明，不能成立。此外，金禾公司主张因存在退货实际销售数量少于备案数量，存在多级代理商重复备案的情况，但金禾公司作为实际生产者应掌握详细的销售台账，其未能提供自己掌握的财务账簿等证据证明上述事实，应承担举证不能的不利后果，本院对金禾公司的上述主张不予采信。综上，金禾公司主张原审判决认定的销售数量错误，证据不足，本院不予采信。在确定销售数量的基础上，原审法院确定“金禾 880”的批发价格为每公斤 30 元，双方二审中均未对此提出异议，本院予以确认。通过上述销售数量和价格可以计算出，截至 2021 年 3 月 25 日，金禾公司生产、销售“金禾 880”所得的销售收入为 2284485 元。

(2) 关于金禾公司生产经营“金禾 880”的利润

在按照侵权获利确定惩罚性赔偿基数时,应考虑侵权人生产经营侵权种子的营业利润,营业利润可以采取销售收入减去销售成本及增值税税金,再减去销售费用、管理费用和财务费用的方式计算;单一类别产品的销售收入和营业利润率可以确定时,营业利润也可以直接以该产品的销售收入乘以营业利润率确定。本案中,在雅玉公司请求以侵权获利确定赔偿数额的情况下,金禾公司未提供证据证明“金禾 880”的营业利润或企业的营业利润率等与计算公式相关的数据。特别是,本院在二审期间要求金禾公司提供被诉侵权行为发生期间企业财务会计报表,其以公司没有规范运作为由向本院表示无法提供。依据《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第二十五条第一款、《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》第五条第三款规定,金禾公司上述消极执行法院命令、拒不提供自己掌握的相应证据材料的行为,已经构成举证妨碍,导致本院既无法获取金禾公司生产、销售“金禾 880”的营业利润,也无法获取金禾公司的整体营业利润率作为“金禾 880”的利润率的参考,本院依法以品种权人主张的成本作为计算数据。雅玉公司主张玉米制种的成本为每公斤 8-12 元,本院取中间数,确定金禾公司的成本为每公斤 10 元,据此金禾公司生产经营“金禾 880”的利润为每公斤 20 元。同时考虑上述“金禾 880”的销售收入,可以计算出金禾公司涉案行为产生的营业利润为 1522990 元。雅玉公司主张品种权侵权案件中的“侵权获利”不应考虑经营成本,应当按照销售价格乘以销售数量。经审查,在没有证据证明金禾公司构成以侵权为业的情况下,上述主张与《中华人民共和国种子法》第七十三条关于侵权获利的规定不符,本院不予采信。

(3) 关于品种权的贡献率

“金禾 880”为玉米杂交品种,其他亲本的持有者对于该品种的培育也作出了一定贡献。经审查,“金禾 880”的母本“LSC107”也受品种权保护,考虑本案情况,本院确定“YA8201”对于“金禾 880”玉米杂交品种的贡献率为 50%。

上诉人诉称

综合上述“金禾 880”的销售数量和销售价格、金禾公司生产经营“金禾 880”的利润、品种权的贡献率三方面的分析,考虑种业大数据平台自 2019 年 12 月 30 日至 2021 年 3 月 25 日期间“金禾 880”的备案数量并结合雅玉公司的主张,

可以计算出上述期间金禾公司生产经营“金禾 880”产生的销售收入。金禾公司拒不提交其掌握的相应账簿及财务资料，导致无法计算金禾公司上述期间生产、销售“金禾 880”的营业利润，构成举证妨碍，应承担举证妨碍的相应后果，本院按照雅玉公司的主张确定“金禾 880”的利润为每公斤 20 元。在此基础上，考虑雅玉公司“YA8201”品种权对“金禾 880”的贡献率，可以计算出金禾公司截止到 2021 年 3 月 25 日因生产经营的“金禾 880”侵害雅玉公司“YA8201”品种权的侵权获利为 761495 元。金禾公司应就上述侵权获利向雅玉公司承担赔偿责任。除此以外，金禾公司还应支付一倍的惩罚性赔偿金，共计赔偿雅玉公司 1522990 元。瑞禾公司作为帮助侵权人，对上述赔偿负连带责任。雅玉公司关于赔偿数额的部分上诉请求成立，本院予以支持。原审判决关于赔偿数额的计算有所不当，本院予以纠正。

被上诉人辩称

金禾公司在本案的侵权认定和赔偿数额确定中都提出抗辩称“金禾 880”已经在云南省通过主要农作物审定，金禾公司在组配“金禾 880”的过程中付出了大量时间，投入了大量劳动。经审查，“金禾 880”于 2019 年在云南省通过主要农作物品种审定。主要农作物品种审定制度作为种子市场准入的行政管理制度，可以加速育种新成果的推广利用，确保有经济推广价值的品种进入市场。品种权保护与品种审定是两种不同的制度，是否构成侵害植物新品种权，仍要依据种子法的规定进行审查。从事种子生产经营的育种企业要注意尊重他人品种权。对于他人享有品种权的植物新品种繁殖材料，为育种活动和品种审定目的的使用行为可以豁免侵权责任，但为商业目的重复使用于生产繁殖另一品种的繁殖材料时需要经过品种权人许可，否则构成侵害他人品种权的侵权行为。保护品种权和确保有经济价值的作物品种进入市场两者之间相辅相成，只有尊重品种权，才能推动更多有价值的作物进入种子市场，为种业科技创新提供持续动力，促进种业科技自立自强。

(三) 原审是否存在程序问题

关于瑞禾公司原审期间申请追加垦丰公司为共同被告的问题，由于雅玉公司作为品种权人明确表示不同意追加，原审法院出于尊重原告诉权的考虑，对瑞禾公司的申请不予准许，并无不当，本院予以维持。即使如瑞禾公司所称，垦丰公司作为“金禾 880”的实际生产者，为共同侵权人，本案也并非必要的共同诉讼，

雅玉公司有权选择对共同侵权中的全部或部分侵权人主张权利,并不影响共同侵权的各行为人单独就全部债务对外承担责任。因此,瑞禾公司以此为由认为原审存在程序问题,不能成立,本院不予支持。

关于金禾公司原审时提交的证据 1,为垦丰公司出具的结算单。经审查,原审法院对该份证据的认证不仅考虑了证据形式,而且结合金禾公司提交的其他证据中所记载的向案外人销售“金禾 880”的时间和数量,进行综合分析。在综合分析的基础上,原审法院对该份证据的证明力不予采信,并无不当。

二审裁判结果

综上所述,雅玉公司的部分上诉请求成立,应予支持;金禾公司的上诉请求不能成立,应予驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项之规定,判决如下:

一、维持云南省昆明市中级人民法院(2021)云 01 知民初 106 号民事判决第一项;

二、撤销云南省昆明市中级人民法院(2021)云 01 知民初 106 号民事判决第二项、第三项、第四项、第五项;

三、云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司于本判决生效之日起立即销毁用于繁殖“金禾 880”品种的“YA8201”的繁殖材料;

四、云南金禾种业有限公司于本判决生效之日起十日内赔偿四川雅玉科技股份有限公司经济损失 1522990 元,云南瑞禾种业有限公司对上述赔偿数额承担连带责任;

五、驳回四川雅玉科技股份有限公司的其他诉讼请求;

六、驳回云南金禾种业有限公司的上诉请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务的,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费 43351.8 元,由四川雅玉科技股份有限公司负担 13351.8 元,由云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司负担 30000 元。二审案件受理费 47850.1 元,由四川雅玉科技股份有限公司负担 15000.1 元,由云南金禾种业有限公司、云南瑞禾种业有限公司负担 32850 元。

本判决为终审判决。

审判长罗霞

审判员雷艳珍

审判员刘晓梅

二〇二二年十二月八日

法官助理王亮

书记员李思倩

王现辉律师团队

12. “杨氏金红 1 号”猕猴桃植物新品种侵权案【四川依顿猕猴桃种植有限责任公司与马边彝族自治县石丈空猕猴桃专业合作社侵害植物新品种权纠纷案】

【案号】(2022) 最高法知民终 211 号

【基本案情】依顿猕猴桃种植公司为“杨氏金红 1 号”猕猴桃植物新品种实施被许可人，经品种权人授权可以自己名义维权。依顿猕猴桃种植公司以石丈空猕猴桃合作社未经许可种植涉案授权品种猕猴桃树 7000 株为由，向四川省成都市中级人民法院提起诉讼，请求判令石丈空猕猴桃合作社无需停止侵权，但向其支付许可使用费至不再种植或品种权保护期限届满为止。一审法院判决石丈空猕猴桃合作社支付依顿猕猴桃种植公司 2019 年 12 月 18 日至 2021 年 7 月 16 日期间的品种许可使用费 11 万余元；从 2021 年 7 月 17 日起，按每株每年 10 元为标准支付许可使用费至停止种植之日，最长不超过授权品种保护期限；并支付本案维权合理开支 3 万元。石丈空猕猴桃合作社不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，石丈空猕猴桃合作社的种植行为不属于“私人非商业性使用”，应当认定为未经许可生产繁殖授权品种繁殖材料的侵权行为；对于多年生植物，应当肯定和鼓励品种权人以给付许可使用费的请求代替停止侵害请求。在确定许可使用费时，既要尊重授权品种的市场价值，也要保障种植者通过勤勉劳动、科学管理从种植行为中可以获得的合理预期利益。因一审确定的许可使用费标准已考虑了上述因素，遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】本案涉及无性繁殖品种的种植行为侵权判断，同时人民法院根据当事人的诉讼请求，鼓励以许可使用费代替停止侵权，既有效维护品种权人合法权益，又合理兼顾种植户的经济利益，有利于在切实保护种业知识产权的同时避免资源浪费，发挥多年生植物的长久经济效益，实现多方共赢。

裁判文书摘要

案号 (2022) 最高法知民终 211 号

审理法院 最高人民法院

当事人 马边彝族自治县石丈空猕猴桃专业合作社

四川依顿猕猴桃种植有限责任公司

立案年度 2022

裁判时间 2022-10-26

裁判结果 维持一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2022)最高法知民终 211 号

当事人信息

上诉人(原审被告): 马边彝族自治县石丈空猕猴桃专业合作社。

法定代表人: 罗斯贵, 该合作社经理。

委托诉讼代理人: 李波, 四川三江汇律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 肖辉明, 四川三江汇律师事务所律师。

被上诉人(原审原告): 四川依顿猕猴桃种植有限责任公司。

法定代表人: 杜毅刚, 该公司董事长兼总经理。

委托诉讼代理人: 王怀庆, 上海锦天城(合肥)律师事务所律师。

审理经过

上诉人马边彝族自治县石丈空猕猴桃专业合作社(以下简称石丈空合作社)因与被上诉人四川依顿猕猴桃种植有限责任公司(以下简称依顿猕猴桃公司)侵害植物新品种权纠纷一案,不服四川省成都市中级人民法院于2021年8月25日作出的(2020)川01知民初523号民事判决,向本院提起上诉。本院于2022年2月15日立案后,依法组成合议庭,于2022年4月28日公开开庭进行了审理。上诉人石丈空合作社的法定代表人罗斯贵和委托诉讼代理人李波,被上诉人依顿猕猴桃公司的委托诉讼代理人王怀庆到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

石丈空合作社上诉请求:撤销原审判决,改判驳回依顿猕猴桃公司的全部诉讼请求。事实和理由:(一)原审判决认定石丈空合作社种植涉案猕猴桃树构成侵权,适用法律存在错误。四川依顿农业科技开发有限公司(以下简称依顿农业公司)与案外人成都市欣耀农业开发有限公司(以下简称欣耀公司)签订了合作协议,欣耀公司在其种植基地种植了品种权号CNA20110642.7、品种名称“杨氏金红1号”的猕猴桃植物新品种(以下简称授权品种)的猕猴桃树。石丈空合作社通过欣耀公司从该种植基地购买授权品种的接穗,且在购买时欣耀公司明确告知其有权在四川省乐山、雅安地区进行销售,因此石丈空合作社在购买授权品种的枝芽时

没有侵权故意。《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》于2021年7月7日开始施行,本案中不应适用,石丈空合作社的种植行为不属于生产、繁殖行为,不构成侵权。(二)原审判决错误认定单株猕猴桃树进入结果期后的正常平均产量为40-50斤,导致确定的品种许可使用费过高。猕猴桃树的产量与品种、生产年份、种植管理、生长环境密切相关。以石丈空合作社所在地为例,每株猕猴桃树近年来的平均产量为6-8斤,试结果期的涉案猕猴桃树每株产量仅为2-3斤。(三)石丈空合作社是为解决马边彝族自治地区的脱贫攻坚而成立的,当地农民通过土地入股以及政府扶贫资金入股涉案猕猴桃种植项目。贫困户和集体经济组织按照约定可以保底分红,实际带动了当地贫困户脱贫。

依顿猕猴桃公司辩称:请求驳回上诉,维持原判。事实与理由:(一)利用授权品种进行嫁接、培育行为,与销售授权品种的繁殖材料构成共同侵权。涉案授权品种为无性繁殖作物,可以通过嫁接实现繁殖,每一颗种芽甚至每一个细胞都是繁殖材料。石丈空合作社两次从欣耀公司处购买授权品种的接穗进行嫁接、嫁接行为与销售繁殖材料结合,共同完成了侵权行为。(二)无性繁殖材料的商业利益包括植物体繁殖材料部分和果实等具有商业价值部分,都是法律所要保护的法益。授权品种具有产量高、果型好看、抗病性强、口感好等突出优点,这是果实商业价值所在。在以嫁接方式繁殖授权品种时,权利人也通过对繁殖材料的利用获取商业利益。果实的商业利益和繁殖材料的商业利益密不可分,均是法律所要保护的相关法益。(三)在先司法判例也体现了对授权品种繁殖材料商业价值之外的利益保护。相关行政法规明确了繁殖材料的定义,指导案例(2019)最高法知民终第14号案明确指出,除有关法律、行政法规另有规定外,对于未经品种权人许可种植该授权品种的繁殖材料的行为,应当认定为侵害该植物新品种权的生产行为。根据《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第五条的规定,结合2015年修订的《中华人民共和国种子法》(以下简称种子法)第二十八条等规定,可以理解为“种植”行为涵盖无性繁殖材料被非法商业利用的情形。(四)2021年修正的种子法已将对品种权人的保护延伸到收获材料,已经对繁殖材料之外的商业利益进行了保护。

依顿猕猴桃公司向原审法院提起诉讼,原审法院于2020年9月10日立案受理。依顿猕猴桃公司起诉请求:判令石丈空合作社无需铲除侵害授权品种的猕猴桃

桃树,从2017年起按1000元/亩/年的标准向依顿猕猴桃公司支付品种许可使用费,其中2017年至2021年一次性支付35万元,2022年起于每年10月1日前按年度支付至2034年10月31日品种权期满日为止或者至石丈空合作社不再种植授权品种的猕猴桃树为止,以及合理开支10万元。事实和理由:扬州杨氏果业科技有限公司(以下简称杨氏果业公司)于2011年9月1日向原农业部提出植物新品种授权申请,并于2014年11月1日获得授权,品种权号CNA20110642.7、品种名称“杨氏金红1号”。2020年1月12日,杨氏果业公司出具《声明》,自愿放弃相关诉讼权利,由依顿猕猴桃公司以自己的名义向法院提起诉讼进行维权。石丈空合作社在四川省马边彝族自治县珍珠桥村和荞坝乡猕猴桃基地生产、繁殖、销售被诉侵权猕猴桃品种,经从种植基地内随机抽样采集猕猴桃树叶样本,经DNA检测与授权品种“杨氏金红1号”的DNA一致。石丈空合作社未经许可,将购买的接穗在砧木上进行嫁接,并从第一次嫁接长成的猕猴桃树上获取接穗进行二次嫁接,属于生产“杨氏金红1号”繁殖材料,侵害了“杨氏金红1号”的植物新品种权。

石丈空合作社在原审中辩称:(一)石丈空合作社从案外人欣耀公司购买“杨氏金红1号”枝条进行种植,种植的目的是为了收获果实而不是繁殖苗木,不是生产“杨氏金红1号”繁殖材料的行为。(二)石丈空合作社在两个项目中没有产生实际收益,其中珍珠桥村猕猴桃项目于2018年1-2月种植,2019年、2020年试挂果但目前没有收益,石丈空村猕猴桃项目于2019年12月之后种植目前还没有试挂果。(三)石丈空合作社是为解决马边彝族的脱贫攻坚成立的,当地农民通过土地入股以及政府扶贫资金入股涉案猕猴桃种植项目,属于农民自繁自用。(四)如果需要对已种植品种进行销毁,会让已经脱贫的农户返贫,给国家和社会利益造成影响。(五)石丈空合作社的种植行为不构成侵权,不应支付品种许可使用费。综上,应驳回依顿猕猴桃公司的全部诉讼请求。

一审法院查明

原审法院查明如下事实:

(一)涉案植物新品种权利及授权的相关事实

2014年11月1日,品种权人杨氏果业公司获得第20144840号《植物新品种权证书》,品种名称为杨氏金红1号,属或者种为猕猴桃属,培育人为杨声谋、蒋孝琴、杨健,品种权号为CNA20110642.7,申请日为2011年9月1日,授权

日为2014年11月1日,本品种自授权之日起生效,保护期限为20年。杨氏果业公司分别于2014年10月16日、2015年11月19日、2016年4月28日缴纳前述授权品种的第1、2、3年年费。自2017年4月1日起,我国停征植物新品种保护权申请费、审查费、年费,2017年3月31日前已经授予植物新品种权的,且应当缴纳年费的,按规定时限足额缴纳;自2017年4月1日起,停征年费。

四川伊顿农业科技开发有限公司成立于2004年12月27日,后变更名称为依顿农业公司。2011年7月22日,原四川伊顿农业科技开发有限公司(甲方)与杨氏果业公司(乙方)签订《技术转让合同》,项目名称:杨氏金红1号(原“杨氏中华1号”)品种使用权转让合同。该合同约定:甲方以700万元排他性购买乙方杨氏金红1号的品种使用权。在新品种保护权未获得之前,甲方先期支付350万元排他性购买乙方该品种及相关权属(该品种除甲乙双方使用外,乙方不得转让给第三方使用,自行发展该品种不超过500亩;甲方不得转让给第三方使用,但允许甲方分(子)公司及合资公司使用);合同有效期限:2011年7月22日至2033年7月22日或者至品种权保护终止为准,以后到期者为限。

依顿农业公司与杨氏果业公司在(2016)苏民终926号民事案件达成和解协议,江苏省高级人民法院于2016年9月2日作出的民事调解书记载:双方自愿达成如下协议:……杨氏果业公司同意将“杨氏金红1号”品种使用权范围调整为:依顿农业公司分(子)公司、合资公司和杜毅刚个人及其入股(包括让他人代持股份)的公司……

2020年1月12日,杨氏果业公司出具《声明》,载明依顿农业公司为“杨氏金红1号”品种权合法的排他性使用权人。近日,依顿农业公司发现马边彝族自治县石丈空合作社等一批种植户存在涉嫌侵犯“杨氏金红1号”品种权的行为,杨氏果业公司自愿放弃对该侵权行为提起诉讼,由依顿农业公司以自己的名义对该侵权行为采取诉讼等相关维权手段。2020年12月7日,杨氏果业公司再次出具《声明》:依顿猕猴桃公司是依顿农业公司依法设立的全资子公司,杨氏果业公司及依顿农业公司共同授权依顿猕猴桃公司以自己的名义对侵害“杨氏金红1号”品种权的行为进行市场维权打假,包括但不限于以自己的名义提起民事诉讼……2021年1月26日,杨氏果业公司出具《授权声明》,授权依顿猕猴桃公司就侵害“杨氏金红1号”品种权的行为以自己的名义提起民事诉讼……

(二) 被诉侵权行为的相关事实

石丈空合作社在四川省马边彝族自治县下溪镇珍珠桥村和莽坝镇石丈空村的两个基地种植 7000 株猕猴桃树。前述猕猴桃树系石丈空合作社于 2018 年 1 月 19 日、2019 年 12 月 18 日从案外人欣耀公司处购买猕猴桃树枝条后，将枝条上的芽孢移接到实生苗砧木上进行嫁接而来，且前述猕猴桃树与涉案授权品种为同一品种，双方在原审庭审中对前述事实予以认可。

2017 年 4 月 7 日，石丈空合作社（甲方）、下溪镇珍珠桥村村民委员会（乙方）、马边彝族自治县下溪镇人民政府（丙方）签订《下溪镇珍珠桥村猕猴桃产业示范园项目合作协议书》，协议约定：项目建设主体：石丈空合作社；项目实施规模：300 亩标准猕猴桃产业示范园；项目计划总投资：600 万元；项目实施期限：2017 年 4 月至 2037 年 4 月；项目用地来源：流转承包农户土地；项目实施模式：合作社+农户（贫困户）。资金来源：甲方自筹 500 万元，乙方出资 100 万元（峨眉山市对口帮扶资金）；甲方占股权比例为 83.3%，乙方占股权比例为 16.7%（珍珠桥村 74 户贫困户股权比例为 5%，珍珠桥村集体经济股权比例为 11.7%）。项目管理方式：甲方负责成立石丈空猕猴桃专业合作社珍珠桥分社，在财务上实行单独建账，独立核算。甲方的权利和义务：1. 负责流转承包土地、整治土地并支付承包费；2. 负责产业园的建设、运营、管理和产品回收……

2017 年 6 月 27 日，石丈空合作社（甲方）与莽坝乡石丈空村村民委员会（乙方）签订《莽坝乡石丈空猕猴桃产业示范园参股经营项目合作协议书》，约定：项目合作面积：43 亩标准化猕猴桃产业示范园；项目实施期限：2017 年 6 月 30 日至 2020 年 6 月 30 日；项目用地来源：流转承包农户土地；项目实施模式：合作社+村民委员会。股权比例股权量化：按照该示范园总投资 128 万元，乙方入股集体资金 27.6 万元，则甲方占股权比例为 80%，乙方占股权比例为 20%。项目管理方式：甲方负责种植管理，在财务上实际单独建账，独立核算。甲方的权利和义务：1. 负责流转承包土地、整治土地并支付承包费；2. 负责产业示范园的建设、运营、管理和产品回收……

2019 年 9 月 27 日，四川新闻网报道了《马边“金红 1 号”猕猴桃荣获第二届全国猕猴桃品鉴会金奖》。内容为：国家猕猴桃科技创新联盟 2019 年年会暨第二届全国猕猴桃品鉴会在贵州省水城县举行，石丈空合作社选送的“金红 1 号”猕猴桃斩获金奖……据了解，2014 年 9 月成立的石丈空合作社，在下溪镇珍珠桥村和莽坝乡石丈空村共有 500 多亩猕猴桃基地，主要种植红阳、金红 1 号、金

艳、翠玉等品种。合作社现有社员 117 人，先后有珍珠桥村、石丈空村和建设乡湾儿村共计 218 户贫困户参与入股。

2021 年 1 月 11 日，四川省马边彝族自治县扶贫开发局出具《证明》，载明：……马边下溪镇珍珠桥村猕猴桃产业示范园项目和莽坝镇石丈空村猕猴桃产业示范园是参股经营项目，该项目的实施已带动下溪镇和莽坝镇 200 多户贫困户实现脱贫，带贫效益十分显著。

(三) 其他相关的事实

2014 年 1 月 6 日，依顿农业公司(甲方)与案外人欣耀公司(乙方)签订《杨氏金红 1 号(商品名：依顿一号)前期合作协议》，约定甲方将其排他性购买拥有的猕猴桃红色系新品种杨氏金红 1 号与乙方合作开发；乙方负有保守商业秘密和负有不流出接穗的义务(甲方统一安排修剪回收接穗)；种植合作面积 150 亩，预计株数 8400 株。依顿猕猴桃公司在诉讼中认可依顿农业公司授权案外人欣耀公司种植涉案授权品种猕猴桃。

依顿猕猴桃公司与石丈空合作社对猕猴桃树嫁接后第三年进入结果期，以及涉案猕猴桃品种的收购价为 10 元每公斤的事实均予以认可。

扬州晚报于 2011 年 10 月 8 日发布的一篇《一株猕猴桃年产值 1000 元》报道记载：杨氏金红 1 号每棵结果 40 斤，去年达到 45 斤。

一审法院认为

原审法院认为：

(一) 依顿猕猴桃公司是否有权提起本案诉讼

涉案授权品种于 2014 年 11 月 1 日取得植物新品种授权，品种权人为杨氏果业公司，保护期限为 20 年。根据种子法第二十八条“完成育种的单位或者个人对其授权品种，享有排他的独占权”之规定，涉案植物新品种目前处于有效期内，应当受到法律保护。2020 年 12 月 7 日，杨氏果业公司与依顿农业公司签订《技术转让合同》，将该品种中国使用权排他许可给依顿农业公司且许可期限至 2033 年 7 月 22 日。杨氏果业公司及依顿农业公司共同授权依顿农业公司的全资子公司——依顿猕猴桃公司以自己的名义对侵害授权品种的植物新品种权的行为提起民事诉讼。根据《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第一条规定，依顿猕猴桃公司有权提起本案诉讼。

(二)石丈空合作社在案外人处购买了涉案猕猴桃品种的接穗并予以种植的行为是否侵害了授权品种的植物新品种权

根据种子法第二十八条、《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第五条规定,人民法院在何种情况下可以将种植授权品种繁殖材料的行为以生产、繁殖行为认定处理,本案结合以下几方面进行综合评判:

第一,植物新品种权保护的繁殖材料是品种权人行使独占权的基础,种植无性繁殖品种必然会生长出新的繁殖材料。本案中,“杨氏金红1号”系无性繁殖品种,根据查明的事实,繁殖材料包括树木的枝条,繁殖的过程主要是截取接穗上的芽孢后再嫁接于砧木上成长为新的树木,而生长成熟的树木上的枝条可截取用于再繁殖。无性繁殖品种的特征即为可以自我复制和自我繁殖,无论行为人种植树木是为了获取猕猴桃果实或是再产生新的可用于繁殖的枝条,种植该类品种必然会生长出新的繁殖材料。还需要说明的是,本案中石丈空合作社并非购买可供直接种植的树苗种植,而是购买枝条后以枝条上的芽孢进行芽接后形成新的繁殖材料再种植。

第二,石丈空合作社种植的涉案猕猴桃树未经品种权人许可。案外人欣耀公司虽然与依顿农业公司合作种植并合法获得了繁殖材料,但其同时也负有不流出接穗的义务,即石丈空合作社所获得的枝条并未经过权利人的授权。石丈空合作社的种植行为产生了新的繁殖材料,如品种权人不能对此行使排他的独占权,那么法律所赋予品种权人基于繁殖材料所享有的排他独占权将落空。

第三,石丈空合作社的种植行为是商业目的的行为。根据《中华人民共和国植物新品种保护条例》(以下简称植物新品种保护条例)第六条规定,是否为商业目的的生产、繁殖行为系行为违法性的考量因素,具体是指种植行为的规模、是否属于私人的行为以及是否营利等因素。本案中,石丈空合作社种植7000株,占地约100多亩,明显超出私人种植用于自行食用的范围,同时石丈空合作社与当地村委会签订了《项目合作协议书》,认可其最终系为了销售猕猴桃果实以获取利润,故石丈空合作社种植涉案猕猴桃果树的行为系商业非私人的目的。

第四,是否以获取繁殖材料为目的不应当纳入侵权例外考虑因素。植物新品种保护制度是以保护繁殖材料为基础,进一步体现为品种权人对繁殖材料所享有的排他独占权,即繁殖材料的生产、销售等行为都应当处于品种权人的控制之中。

如将获取繁殖材料为目的作为是否侵权的判断要件,那么在未经权利人许可的情形下种植的无性繁殖品种所产生的新的繁殖材料则会完全脱离品种权人的控制,行为人以获得收获材料为目的的种植行为将不需要付出任何对价,既损害了品种权人的利益又将减少他人培育新品种的积极意愿,不利于鼓励创新、保护创新知识产权司法政策的贯彻实施。同时,如将以获取繁殖材料为目的作为判断要件,行为人获取繁殖材料后的下一步将会是销售繁殖材料或是再繁殖更多的繁殖材料,即从行为后果上看客观上扩大了侵害的后果,最终所形成的侵权判断标准是以后果的大小论定,而非以受保护的客体是否受到了侵害作为判断要件。故,不宜将以获取繁殖材料为目的作为判断种植无性繁殖品种是否构成侵权的要件。

综上,石丈空合作社未经许可为商业目的生产、繁殖涉案授权品种的繁殖材料,侵害了授权品种的植物新品种权。依顿猕猴桃公司还主张石丈空合作社从第一次嫁接长成的猕猴桃树上获取枝条进行二次嫁接的行为,但并未举据证明该主张,故原审法院对依顿猕猴桃公司的该项主张不予支持。

(三)石丈空合作社抗辩其购买的繁殖材料有合法来源及其系农民自用不构成侵权的主张是否成立

关于是否构成合法来源抗辩的问题,根据《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第十三条第一款规定,合法来源抗辩适用于行为人所实施的销售行为,本案中石丈空合作社并未实施销售繁殖材料的行为,故石丈空合作社关于其种植的繁殖材料有合法来源的抗辩不符合前述规定,原审法院不予支持。

关于石丈空合作社的行为是否构成农民自繁自用的问题,《农业农村部办公厅关于种子法有关条款适用的意见》第五条指出,种子法第二十九条第二项所称农民,是指以家庭联产承包责任制的形式签订农村土地承包合同的农民个人。农民专业合作社、家庭农场等新型农业生产经营主体使用授权品种的繁殖材料用于生产的,不属于农民自繁自用,应当取得植物新品种权人的许可。本案中,涉案种植基地主要是农民通过承包土地入股的形式与石丈空合作社进行合作种植,且农民占股比例较小,主要的项目种植运营仍由石丈空合作社负责,故石丈空合作社关于其系农民自用的抗辩意见不能成立。

(四)石丈空合作社的民事责任承担

根据《中华人民共和国民法典》第一百二十条、第一百七十九条规定，民事权益受到侵害的，被侵权人有权请求侵权人承担侵权责任；承担民事责任的方式主要有停止侵害、赔偿损失等。依顿猕猴桃公司在诉讼中请求无需铲除树木，而请求支付许可使用费。因石丈空合作社种植的涉案猕猴桃树木即将进入结果期，如责令其铲除将不利于经济发展，且损失较大，综合考虑种植户利益、社会效益，及依顿猕猴桃公司也明确无需铲除树木，故原审法院认为不铲除涉案树木并通过支付品种许可使用费的方式将更利于本案的处理。

关于品种许可使用费标准的问题，因本案已经查明种植的数量为 7000 株，对具体的亩数双方并未形成一致意见，故原审法院认为应按照每株每年计算品种许可使用费。一般而言，一株猕猴桃树进入结果期后正常的平均产量为 40-50 斤，且双方均认可涉案猕猴桃品种的收购价为 10 元每公斤，即一棵树一年的产值为 200 元-250 元左右，除去管理成本、人工成本以及未进入结果期之前的时间成本，加之本案存在贫困农民合作入股等特殊情形，上述费用支出以及贫困农民的收益应当予以保障，原审法院酌情确定石丈空合作社按每株每年 10 元(共计 7000 株)的标准向依顿猕猴桃公司支付品种许可使用费。关于品种许可使用费的起始年限问题，因石丈空合作社分两次购买了接穗且该两次购买后分别种植的株数双方均不能明确，故原审法院以其第二次购买后的时间即 2019 年 12 月 18 日作为其总共种植 7000 株的起算时间，截止本案开庭之日 2021 年 7 月 16 日，共计产生品种许可使用费 110833 元。此后则以每年每株 10 元为标准按照实际种植株数(目前共计 7000 株)计算品种许可使用费至停止种植“杨氏金红 1 号”品种之日止，并于每年 7 月 16 日前支付给依顿猕猴桃公司，最长不超过权利品种的保护年限即 2034 年 10 月 31 日止。

关于合理开支，考虑依顿猕猴桃公司因制止侵权调查取证、委托律师参加诉讼等事实，结合本案案件事实证明、法律适用的难易程度、可能耗用的律师时间、精力等因素予以综合判断，酌情确定石丈空合作社向依顿猕猴桃公司支付合理开支 30000 元。

一审裁判结果

综上，原审法院依照《中华人民共和国民法典》第一百二十条、第一百七十九条，《中华人民共和国种子法》第二十八条，《中华人民共和国植物新品种保护条例》第六条，《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法

律问题的若干规定》第一条,《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定(二)》第五条,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十八条第一款、第二款、第三款规定,判决:一、马边彝族自治县石丈空猕猴桃专业合作社于判决生效之日起十日内,支付四川依顿猕猴桃种植有限责任公司从2019年12月18日至2021年7月16日的品种许可使用费110833元;二、从2021年7月17日起,马边彝族自治县石丈空猕猴桃专业合作社按每株猕猴桃树每年10元标准按照实际种植株数(目前共计7000株)于每年7月16日前支付四川依顿猕猴桃种植有限责任公司品种许可使用费至停止种植“杨氏金红1号”品种之日止,最长不超过2034年10月31日;三、马边彝族自治县石丈空猕猴桃专业合作社于判决生效之日起十日内支付四川依顿猕猴桃种植有限责任公司合理开支30000元;四、驳回四川依顿猕猴桃种植有限责任公司的其他诉讼请求。如未按判决指定的期间履行给付金钱义务,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》(2017年修正)第二百五十三条规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。一审案件受理费8050元,由四川依顿猕猴桃种植有限责任公司负担3050元,马边彝族自治县石丈空猕猴桃专业合作社负担5000元。

二审中,石丈空合作社向本院提交了如下新证据:1.石丈空合作社、四川省马边彝族自治县农业农村局出具的情况说明,用于证明涉案猕猴桃树的种植情况。2.成都新依顿农业科技发展有限公司与案外人马边蔡记腾飞水果种植家庭农场签订的授权种植与销售协议书,用于证明2019年12月份涉案授权品种的品种权许可使用费每亩每年为300元。3.参股马边石丈空猕猴桃种植专业合作社扶贫合作项目补充协议,用于证明石丈空合作社有贫困户投资入股,属于与村委会共同建立的扶贫项目。依顿猕猴桃公司质证认为:对第一份证据的真实性、合法性、关联性无异议,该证据内容可以证明石丈空合作社于2019年已经收获了猕猴桃,按照猕猴桃树的特性可知,在三年前就已经开始种植猕猴桃树。对第二份证据的真实性无异议,在不同年份依顿猕猴桃公司出于不同考虑签订过多份许可使用费不同的合同。对第三份证据的关联性不予认可,石丈空合作社为了减轻或者豁免侵权责任提交这份证据,但是石丈空合作社中农民所占的份额少,其行为主要是以商业为目的。

依顿猕猴桃公司向向本院提交了如下新证据:1.“杨氏金红1号”申请文件,用于证明涉案授权品种的选育过程和特异性等问题。2.成都新依顿科技发展有限公司

公司与案外人马边隆丰中药材种植专业合作社签订的授权种植与销售协议书,用于证明“杨氏金红1号”的经营模式,品种收益体现在品种许可费、种植技术指导费、果实销售收益、种植收益等四个环节。3. 绵阳市安州区红心猕猴桃种植专业合作社出具的证明,用于证明在绵阳种植的涉案授权品种某亩产量约4000斤,每株产量为100斤,收购价格为5元至7.2元每斤之间。石丈空合作社质证认为:对第一份证据的证明目的有异议;对第二份证据的真实性有异议,虽然经过盖章但缺少经办人员签字;对第三份证据记载的内容有异议,每株产量无法达到100斤。

本院经审核,确认双方上述证据形式上的真实性,双方提交的证据均与确定石丈空合作社应支付的许可使用费有关,本院将根据案件具体情况在争议焦点部分结合其他在案事实,进行综合分析认定。

原审查明的事实基本属实,且各方当事人均无异议,本院经审查后予以确认。

本院二审另查明:

成都新依顿农业科技发展有限公司(甲方)与马边蔡记腾飞水果种植家庭农场(乙方)于2019年12月1日签订的涉案品种授权种植与销售协议书约定,甲方授予乙方种植涉案授权品种,授权期限自2019年12月1日起至2034年6月30日止,种植规模50亩,上下差额不超过5%;每年每亩交纳品种授权费300元,种植所用的农业生产资料原则上由甲方代理采购,甲方收取5%管理费;甲方无保留输出3.0技术管理、指导技术及培训等其他服务,乙方每年每亩支付技术服务费100元,到盛果期,即每亩产量达到2000斤以上后,每年每亩支付200元;乙方无权赠送和销售与品种有关的任何繁殖材料,甲方对乙方果园整形、修剪产生的枝条等繁殖材料统一免费回收或授权处理。

成都新依顿科技发展有限公司(甲方)与马边隆丰中药材种植专业合作社(乙方)于2021年11月18日签订的涉案品种授权种植与销售协议书约定,甲方授权乙方生产种植“杨氏金红1号”,授权期限自2021年11月18日起至2034年6月30日止,种植规模50亩4000株,上下差额不超过5%;每年每亩交纳品种授权费800元。有关农业生产资料的采购和技术管理费等其他内容和上述合同约定内容基本相同。

本院认为

本院认为，被诉侵权行为开始于 2015 年修订的种子法实施以后，2021 年修正的种子法施行日(2022 年 3 月 1 日)之前，本案应适用 2015 年修订的种子法及相关司法解释的规定。石丈空合作社认可其种植了授权品种猕猴桃树，且依顿猕猴桃公司在原审期间确认石丈空合作社在四川省马边彝族自治县下溪镇珍珠桥村和莽坝镇石丈空村两个基地共种植猕猴桃树 7000 株。根据当事人的诉辩主张，本案二审阶段的争议焦点为：石丈空合作社的种植行为是否构成生产繁殖“杨氏金红 1 号”的繁殖材料的行为；如何确定石丈空合作社应支付的许可使用费。

(一)石丈空合作社涉案被诉侵权行为是否构成未经许可生产繁殖授权品种繁殖材料的行为

涉案授权品种“杨氏金红 1 号”主要通过无性繁殖方式进行扩繁，通常采用扦插、嫁接等营养繁殖方式进行生产繁殖，产生的新植株与授权品种的特征特性相同。根据审理查明的事实，石丈空合作社的被诉侵权行为系从案外人欣耀公司购买“杨氏金红 1 号”接穗后，通过嫁接对“杨氏金红 1 号”品种进行种植。石丈空合作社虽然辩称欣耀公司告知其有权在乐山、雅安地区销售繁殖材料，但在案证据显示欣耀公司与依顿农业公司在合同中明确约定欣耀公司负有不流出接穗的义务。因此，石丈空合作社使用的接穗是未经品种权人许可而售出的“杨氏金红 1 号”的枝条，其使用接穗是以生产繁殖授权品种为目的，且所生长出的植株属于授权品种的繁殖材料。

根据种子法第二十八条规定，除法律、行政法规另有规定外，任何单位或者个人未经植物新品种权人许可，不得生产、繁殖或者销售该授权品种的繁殖材料。种子法第二十八条没有将“以商业为目的”作为认定生产、繁殖、销售授权品种繁殖材料行为构成侵权的要件。涉案授权品种作为主要通过无性繁殖方式扩繁的作物种类，对其进行营养繁殖，通过扦插、嫁接的种植行为就可以生产繁殖出与授权品种特征特性相同的新的繁殖材料，实现授权品种基因的复制和传递。通常无性繁殖品种为果树和观赏类植物，通过扦插、嫁接的种植行为进行生产繁殖也可以体现该品种的价值，如获得果实、展现植物的观赏美感等。因此，扦插、嫁接的种植行为是实现此类植物品种价值的重要方式，不应一律豁免种植行为的侵权责任。同时，也应注意到，除了种子法第二十九条规定的科研豁免以及农民自繁自用的侵权例外以外，还存在一些私人的非商业性使用行为。如果将这一类行为也一律认定为种子法所禁止的生产、繁殖行为，将导致对品种权的保护范围

过大。因此，对主要以无性繁殖方式扩繁的植物新品种而言，除法律、行政法规另有规定外，未经品种权人许可，不构成私人非商业性使用的种植行为应认定为构成种子法第二十八条规定的生产授权品种繁殖材料的行为。是否构成“私人非商业性使用”的认定可以考虑被诉侵权行为的主体性质、种植行为规模、是否营利等因素综合作出判断。

涉案两个种植基地的扶贫项目有当地部分贫困户参与，但从项目合作协议书的约定看，两个种植基地由石丈空合作社负责建设、运营、管理等，本案被诉侵权行为的实施主体是石丈空合作社，是否构成种子法第二十八条禁止的行为，仍然要结合是否存在“私人非商业性使用”来认定。从被诉侵权主体的性质看，农民专业合作社作为在农村家庭承包经营基础上，农产品的生产经营者自愿联合、民主管理的互助性经济组织，是以营利为目的的市场主体，其行为不属于可以直接豁免侵权责任的农民自繁自用。从被诉侵权的种植规模和行为目的看，石丈空合作社在两个种植基地共种植猕猴桃树 7000 株，种植规模较大，其行为目的是为了收获果实从中营利，属于为营利目的的生产繁殖。因此，从被诉侵权的主体性质以及行为内容可知，石丈空合作社在本案中的行为都不属于“私人非商业性使用”，也不属于种子法第二十九条规定的农民自繁自用的侵权例外，其行为属于种子法第二十八条禁止的侵权行为。石丈空合作社主张其被诉侵权行为并非以商业为目的，是对繁殖材料的使用行为，但是石丈空合作社使用接穗是以生产繁殖授权品种为目的，且生长出的植株属于授权品种的繁殖材料，其行为并非对授权品种繁殖材料的使用行为，而属于生产繁殖授权品种繁殖材料的侵权行为，本院对石丈空合作社的抗辩不予采信。

综上，石丈空合作社的涉案被诉侵权行为生产出了新的繁殖材料，损害了品种权人的市场竞争利益，应认定为生产繁殖授权品种繁殖材料的行为，构成对涉案植物新品种权的侵害。

需要强调的是，在巩固拓展脱贫攻坚成果、全面推进乡村振兴的过程中，农民专业合作社可以充分发挥自愿联合、民主管理的优势作用，以农民为主体的这类新型农业生产经营主体，也要依法参与市场经营活动，遵守各项法律规定，尊重他人的知识产权。依法保护品种权与保障新型农业生产经营主体合法经营及其经营权益相辅相成。只有尊重种业知识产权，才能促进种业科技自立自强，激发农业科技创新的内生动力，实现农业农村现代化，为乡村振兴提供持续动力。

原审法院在侵权认定时适用了植物新品种保护条例第六条。2015年修订后的种子法第二十八条作出了与植物新品种保护条例第六条不同的规定,根据上位法优于下位法的法律适用原则,本案应适用种子法第二十八条,而不应适用植物新品种保护条例第六条。原审法院虽然适用法律错误,但认定石丈空合作社的行为构成侵权,认定结果正确,本院在纠正原审法院错误的基础上,对原审判决的认定侵权的结论予以维持。

(二)如何确定石丈空合作社应支付的许可使用费

根据《中华人民共和国民法典》第一百七十九条、种子法第七十三条第三款、《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第六条第一款的规定,构成侵权,判决侵权人承担停止侵害、赔偿损失等民事责任;对于赔偿数额的计算,侵犯植物新品种权的赔偿数额,可以按照权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益确定,或参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定。

涉案授权品种为猕猴桃,猕猴桃树为多年生植物,可通过收获猕猴桃果实为种植者持续带来经济效益。依顿猕猴桃公司在本案中请求无需铲除苗木,而要求石丈空合作社向其支付许可使用费,相比于简单地停止侵害和销毁侵权物,品种权人以许可使用费代替停止侵害的请求具有实际可操作性,既符合避免资源浪费物尽其用的原则,又有利于发挥涉案种植基地的经济效益,对此应予以肯定和鼓励。

上诉人诉称

本院考虑如下因素确定本案许可使用费:第一,尊重涉案授权品种的市场价值,考虑同时期的可比许可使用费情况。石丈空合作社提交的2019年12月签订的协议书约定品种授权费为每年每亩300元,依顿猕猴桃公司提交的2021年11月签订的协议书中约定品种授权费为每年每亩800元,可以看出授权费存在一定差异。从双方提交的《授权种植与销售协议书》内容可知,品种权人和利害关系人从“杨氏金红1号”许可中可以获得收益不仅包括每年支付的品种权使用费,而且包括销售繁殖材料的收益、从实施者销售收入中提取的市场管理服务费用或者按照固定价格全部买断后自行销售的获利、从代为采购农业生产资料中提取的管理费,以及技术服务费等。在依顿猕猴桃公司请求许可使用费的情况下,虽然免除了其向石丈空合作社提供技术服务、代为进行销售等义务,但石丈空合作社客

观上从依顿猕猴桃公司的市场管理行为包括品牌维护中获利,例如石丈空合作社已经在2019年选送“杨氏金红1号”参加猕猴桃品鉴会并获得金奖。因此,在确定许可使用费时对此也应予以考虑。第二,保障石丈空合作社对于种植行为的合理预期利益。涉案种植基地的经济效益一方面依赖“杨氏金红1号”新品种的市场优势,另一方面也需要石丈空合作社付出勤勉劳动和科学管理,才能从种植中获取收益。石丈空合作社陈述因气候、经验、管理等原因,涉案猕猴桃2019年至2021年期间产量低,没有实际营利。然而,不付出勤勉劳动,不进行科学栽培、管理,即使给予石丈空合作社以许可,也无法保障其获利,这不应成为减少或免除许可使用费的合法理由。对于每株“杨氏金红1号”猕猴桃树的产量,石丈空合作主张盛果期产量为6-8斤,试挂果期为2-3斤,实际上涉案两个基地2019年平均产量为4斤/株、2020年为7.5斤/株、2021年为3斤/株。然而本案二审开庭审理前本院已经告知石丈空合作社允许其补充会计凭证、销售合同等与实际产量有关的直接证据,但是其并未提交,而是提供了由其自行制作并由马边彝族自治县农业农村局证明属实的《情况说明》,该份证据属于石丈空合作社的单方陈述,在其可以提供直接证据证明产量的情况下,本院对该证据的记载内容不予采信。依顿猕猴桃公司主张每亩产量在4000斤左右,最高可达6000斤,这是在依顿猕猴桃公司提供技术指导进行科学管理的情况下可能达到的最大产量,也不能以此来确定本案许可使用费。考虑“杨氏金红1号”属于中华猕猴桃系,一般而言,猕猴桃树在嫁接、种植后,要经过试挂果期、结果期、盛果期等,一株成熟的猕猴桃树有长达十几年甚至二十多年的盛果期,可以将这一大量结果期的产量作为确定许可使用费考虑的因素。关于生产成本,按照石丈空合作社陈述,土地流转费为每年一亩地400元,对于其他成本其没有提供证据予以证明,但也应考虑农民的劳务成本、农业生产资料成本和技术指导费等。原审法院考虑每棵树的产值和管理成本、人工成本以及未进入结果期之前的时间成本,同时还考虑了本案存在贫困农民合作入股等特殊情形,确定每株每年许可使用费为10元,已经充分保障了贫困农民的合理预期利益,并无不当。并且,原审法院以石丈空合作社主张的从欣耀公司最后一次购买接穗的时间起算许可费的计付时间,已经有利于石丈空合作社。石丈空合作社关于其实际没有营利,原审判决确定的许可使用费过高的上诉理由,缺乏证据支持,本院不予支持。

石丈空合作社二审期间多次提到涉案两个种植基地为扶贫项目，起到了带动贫困户脱贫的效果。在案证据显示，两个种植基地确实有部分贫困农户参与，本院同时也注意到贫困户在涉案两个基地中股权比例较小，按照项目合作协议书的约定内容，贫困户股权在珍珠桥村项目中占 5%，在莽坝乡项目中仅约定了村委会的股权比例为 20%，没有单独约定农户的股权占比。即使考虑石丈空合作社在二审期间提交的《扶贫合作项目补充协议》，四川省马边彝族自治县建设乡湾儿沟村村民委员会追加入股资金后，集体经济占合作社股份为 33.7%，贫困户占比为上述 33.7% 股份的 47.1%。对于扶贫取得的效果，不仅体现在贫困户通过入股方式参与项目分红，更加重要的是扶贫项目的落地将带动贫困户就近就地就业，充分激发农村发展的内生动力。依顿猕猴桃公司在本案中请求以许可使用费代替停止侵权的诉讼请求，实际上已经有利于保障扶贫项目的实施和效果。对于石丈空合作社以此为由主张许可使用费过高，本院难以采信。

综合上述因素，本院对原审法院确定的许可使用费数额予以维持。需要特别指出的是，原审法院在确定许可使用费时采用分段计算的方法，对于原审法庭辩论终结前的使用费按照实际种植株数和时间计算金额，对于法庭辩论终结以后的许可使用费按照实际种植株数和种植时间提供计算方法，考虑了判决的可执行性。对于这种作法应予以充分肯定，本院对原审判决的该部分内容予以维持。

二审裁判结果

综上所述，石丈空合作社的上诉理由不能成立，应予驳回；原审判决认定事实清楚，判决结果正确，应予维持。依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 3116.66 元，由马边彝族自治县石丈空猕猴桃专业合作社负担。

本判决为终审判决。

审判长罗霞

审判员雷艳珍

审判员刘晓梅

二〇二二年十月二十六日

法官助理王亮

书记员王超楠

王现辉律师团队

13. “彩甜糯 6 号” 杂交玉米亲本植物新品种侵权案【荆州市恒彩农业科技有限公司与郑州市华为种业有限公司、甘肃金盛源农业科技有限公司侵害植物新品种权纠纷案】

【案号】(2022) 最高法知民终 13 号

【基本案情】恒彩农科公司系“T37”和“WH818”玉米植物新品种的品种权共有人，其使用上述品种作为父母本选育的“彩甜糯 6 号”通过国家玉米品种审定。恒彩农科公司认为，郑州华为种业公司生产并销售、金盛源农科公司销售的“彩甜糯 866”种子是重复使用“T37”和“WH818”作为亲本生产的繁殖材料，侵害了涉案植物品种权，故向河南省郑州市中级人民法院提起诉讼，请求判令两公司停止侵害，共同赔偿经济损失 20 万元及维权合理开支 2 万元。一审法院判决驳回诉讼请求。恒彩农科公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，被诉侵权玉米种子与“彩甜糯 6 号”属于基因型相同或极近似品种，基于玉米遗传规律，可以初步推定被诉侵权玉米种子使用了与“彩甜糯 6 号”相同父母本。重复使用授权品种繁殖材料生产另一品种繁殖材料的侵权行为人不得销售其生产的该另一品种的繁殖材料，是制止生产者侵权行为、防止侵权损失扩大的应有之义。遂改判郑州华为种业公司停止生产、销售“彩甜糯 866”种子，并全额支持权利人的赔偿请求。同时，对于郑州华为种业公司、金盛源农科公司未经审定推广主要农作物种子的涉嫌违法行为线索，依法移送行政主管部门处理。

【典型意义】人民法院结合玉米遗传规律适时转移举证责任，运用事实推定认定被诉杂交玉米种与授权品种的亲子关系，为品种权人提供了有利保护。同时，判令重复使用授权品种繁殖材料生产另一品种繁殖材料的侵权行为人停止对该另一品种繁殖材料的销售行为，进一步扩展了品种权保护环节，为品种权人提供了有力保护。此外，将未经审定推广玉米种子的违法行为线索移送行政主管部门处理，也体现了加强司法保护与行政执法的有机衔接，推动构建知识产权大保护格局。

裁判文书摘要

案号 (2022) 最高法知民终 13 号

审理法院 最高人民法院

当事人 荆州市恒彩农业科技有限公司

甘肃金盛源农业科技有限公司

郑州市华为种业有限公司

立案年度 2022

裁判时间 2022-10-20

裁判结果 撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2022)最高法知民终 13 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 荆州市恒彩农业科技有限公司。

法定代表人: 王同英, 该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人: 薛森阳, 河南良达律师事务所。

委托诉讼代理人: 邱艳杰, 河南良达律师事务所。

被上诉人(原审被告): 甘肃金盛源农业科技有限公司。

法定代表人: 甄钰, 该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人: 郭海燕, 甘肃祁峰律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 郑州市华为种业有限公司。

法定代表人: 魏晓华, 该公司执行董事兼总经理。

委托诉讼代理人: 姚金龙, 河南颂邦律师事务所律师。

审理经过

上诉人荆州市恒彩农业科技有限公司(以下简称恒彩公司)因与被上诉人甘肃金盛源农业科技有限公司(以下简称金盛源公司)、郑州市华为种业有限公司(以下简称郑州华为种业公司)侵害植物新品种权纠纷一案,不服河南省郑州市中级人民法院于2021年10月18日作出的(2021)豫01知民初638号民事判决,向本院提起上诉。本院于2022年1月4日立案后,依法组成合议庭,于2022年3月23日、6月21日两次进行了询问。上诉人恒彩公司的委托诉讼代理人薛森阳、被上诉人金盛源公司的委托诉讼代理人郭海燕、被上诉人郑州华为种业公司的委托诉讼代理人姚金龙参加询问。本案现已审理终结。

恒彩公司上诉请求：撤销原审判决，将案件发回重审或改判支持恒彩公司原审诉讼请求；本案一、二审诉讼费用由金盛源公司和郑州华为种业公司承担。事实和理由：（一）原审法院认定事实不清，举证责任分配不当。恒彩公司已经提交证据证明被诉侵权的“彩甜糯 866”与“彩甜糯 6 号”极近似或相同的情况下，应当由被诉侵权人举证证明其还可以通过其他不同亲本组合得到与“彩甜糯 6 号”同一种基因型杂交品种。原审法院要求恒彩公司提供证据证明，举证责任分配错误。郑州华为种业公司不能合理解释被诉侵权玉米种子与“彩甜糯 6 号”为同一基因型杂交品种的事实，应该承担对其不利的相应后果。（二）原审法院退回鉴定资料、不予鉴定，存在错误。

金盛源公司辩称：原审法院认定事实清楚，适用法律正确，恒彩公司的上诉请求及理由不能成立，坚持原审答辩意见。

郑州华为种业公司辩称：（一）恒彩公司通过公证程序购买的被诉侵权玉米种子不是郑州华为种业公司生产、销售的产品。1. 该实物包装袋与郑州华为种业公司 2019 年同期销售的产品包装对比，在生产经营许可证、社会信用代码、生产检疫证号、产品二维码、检测日期等方面均有不同。2. 金盛源公司在原审中认可郑州华为种业公司向其销售的“彩甜糯 866”包装袋上的生产日期早于公证程序获得的产品所附包装上标注的生产检测日期。（二）恒彩公司不能证明被诉侵权玉米种子侵害授权品种“T37”“WH818”植物新品种权。郑州华为种业公司生产的“彩甜糯 866”与公证程序保存的被诉侵权玉米种子在 40 个检测位点中存在 35 个差异位点，可以证明郑州华为种业公司的“彩甜糯 866”与通过“T37”“WH818”杂交繁育的“彩甜糯 6 号”存在根本不同。（三）原审法院对恒彩公司提出的鉴定申请的处理符合法律规定。故，请求驳回上诉，维持原判。

恒彩公司向原审法院提起诉讼，原审法院于 2021 年 4 月 20 日立案受理。恒彩公司请求法院判令金盛源公司和郑州华为种业公司：1. 立刻停止侵权行为；2. 连带赔偿恒彩公司经济损失 20 万元；3. 赔偿恒彩公司公证费、检测费、交通费维权费用共计 2 万元；4. 共同承担案件诉讼费用。事实与理由：“T37”与“WH818”玉米种子是恒彩公司培育的玉米新品种，已取得植物新品种权，恒彩公司使用上述品种繁殖材料培育出的“彩甜糯 6 号”已经通过国家审定。2020 年 5 月，恒彩公司委托尹振飞在河南省正阳县公证处（以下简称正阳县公证处）申请证据保全公证。在金盛源公司开设的店铺中购买 5 袋“彩甜糯 866”玉米种子，包装上

显示的生产者是郑州华为种业公司。经检测，上述“彩甜糯 866”的父、母本与“T37”“WH818”玉米种子差异位点数为 0，足以认定郑州华为种业公司使用“T37”与“WH818”玉米种子生产“彩甜糯 866”玉米种子，并销售给金盛源公司。二被告侵权人的行为严重侵害了恒彩公司的植物新品种权。

金盛源公司在原审中辩称：（一）金盛源公司经营范围包括玉米种子的批发销售和服务业务，销售玉米种子是合法行为，不构成侵权。（二）金盛源公司通过正当渠道从郑州华为种业公司购买包括“彩甜糯 866”在内的三种玉米种子。（三）尹振飞购买的“彩甜糯 866”玉米种子，收货地址并非恒彩公司诉状中所称的正阳县公证处，被检测的“彩甜糯 866”是否从金盛源公司购买无法确定。（四）金盛源公司没有获得任何经济利益，恒彩公司要求金盛源公司承担赔偿责任没有依据。（五）涉案植物新品种权人为荆州区恒丰种业发展中心（以下简称恒丰中心）和中国种子集团有限公司（以下简称中国种子集团），恒彩公司并非本案适格原告。（六）金盛源公司收到应诉材料后，已将惠农网平台中“彩甜糯 866”玉米种子的信息全部删除。

郑州华为种业公司在原审中辩称：（一）恒彩公司并非本案适格原告。（二）郑州华为种业公司向金盛源公司销售“彩甜糯 866”种子时间是 2019 年 1 月，而涉案公证产品包装显示的时间为 2019 年 11 月，因此被诉侵权玉米种子并非其生产。（三）涉案被诉侵权玉米种子的包装与郑州华为种业公司生产销售的产品包装不同，因此无法通过包装证明系郑州华为种业公司生产。（四）恒彩公司提交的检验报告出具单位没有检测资质，没有标注“中国合格种子检验机构”（CASL）标志和检验检测机构资质认定（CMA）标志，也无法证明待测样品和对照样品来源。

原审法院认定如下事实：

（一）恒彩公司、郑州华为种业公司基本情况

恒丰中心成立于 2006 年 4 月 5 日，性质为个体工商户，经营者王同英。2019 年 11 月 26 日，恒丰中心经核准注销，并于 2019 年 11 月 29 日经核准转型升级为恒彩公司，经营范围包括鲜食玉米种子的生产、包装、销售等。

郑州华为种业公司成立于 2007 年 12 月 18 日，类型为有限责任公司（自然人投资或控股），注册资本 500 万元，经营范围包括销售不再分装的包装种子等。

（二）涉案授权品种等相关情况

第 2019012099 号植物新品种权证书载明：“T37”玉米品种权人为恒丰中心、中国种子集团，培育人肖述保、王同英，品种权号 CNA20150367.6，申请日 2015 年 3 月 22 日，授权日 2019 年 1 月 31 日。

第 2019012100 号植物新品种权证书载明：“WH818”玉米品种权人为恒丰中心、中国种子集团，培育人肖述保、王同英，品种权号 CNA20150368.5，申请日 2015 年 3 月 22 日，授权日 2019 年 1 月 31 日。

第 2017-1-0248 号主要农作物品种审定证书载明：“彩甜糯 6 号”玉米品种审定编号为国审玉 20170044，品种来源 T37×WH818，申请者、育种者均为恒丰中心，审定意见：该品种符合国家玉米品种审定标准，通过审定。适宜在东南的江苏中南部、安徽中南部、上海、浙江、江西、福建、广东、广西、海南和西南的重庆、贵州、湖南、湖北、四川、云南作鲜食玉米品种种植。注意防治纹枯病和小斑病。公告号：中华人民共和国农业部公告第 2547 号，证书颁发时间为 2017 年 6 月 29 日。

(三)金盛源公司从郑州华为种业公司购买“彩甜糯 866”玉米种子的相关情况

金盛源公司陈述其在火爆农资招商网上看到了“彩甜糯 866”的招商信息后，添加郑州华为种业公司郭经理微信，通过微信于 2019 年 1 月 20 日购买包含“彩甜糯 866”玉米种子(共 100 袋，每袋 4 元)在内的产品，共支付 1600 元，并提交火爆农资招商网截图、朋友圈截图、微信转账记录、收货凭证等证据。郑州华为种业公司确认其通过火爆农资招商网宣传销售“彩甜糯 866”玉米种子。郑州华为种业公司提交 2019 年 1 月 20 日向金盛源公司发货的记录两页，内容与金盛源公司提交的收货凭证记载内容一致。同时，该发货记录第二页显示，郑州华为种业公司还分别于 2019 年 3 月 19 日、2020 年 7 月 26 日向金盛源公司发货，其中 2020 年 7 月 26 日的发货内容为“彩甜糯 866(100 克/桶)=100 袋=1 件”。

(四)恒彩公司授权第三方维权及被诉侵权玉米种子比对的相关情况

1. 恒彩公司授权第三方公司维权情况

2020 年 5 月 1 日，恒彩公司出具授权委托书，授权一知农业咨询(北京)有限公司(以下简称一知公司)在中国境内采取合法措施对任何未经合法授权生产、销售、仿冒、假冒以及侵犯恒彩公司的知识产权或不正当竞争的行为进行维权打假，以及对侵犯“T37”“WH818”和“彩甜糯 6 号”植物新品种权合法权益的行

为进行维权，包括但不限于投诉举报、民事起诉、证据保全、委托授权、协商谈判、达成和解、签署相关文件等权利，并可将上述权限转授权给一知公司维权人员，授权书有效期至2023年12月31日。

2. 恒彩公司公证购买被诉侵权玉米种子情况

2020年5月25日，一知公司的委托代理人尹刚强、尹振飞向正阳县公证处申请证据保全公证。尹振飞使用个人手机登录惠农网手机APP，搜索进入金盛源公司店铺，购买包括“甜糯玉米种子大面积专业种植户专用品种，5袋起批，单件10.00元每袋”（商品图片显示为“彩甜糯866”）在内的商品，支付50元，生成订单编号×××88，收货地址为河南省驻马店市正阳县××小区，收件人尹振飞。正阳县公证处对上述过程出具(2020)豫驻正证内民字第392号公证书。

2020年5月29日，正阳县公证处公证员、工作人员与尹振飞、尹刚强来到正阳县江南城小区西大门对面顺丰快递投递点，尹振飞收取包裹一个，单号为SF1190777048274，寄件人信息显示为甄钰、金盛源公司。将包裹带回正阳县公证处后查验，确认包裹包装完好后将其打开，内有精选“鲜脆蜜2015”玉米种子5袋、“彩甜糯866”玉米种子5袋。对包裹内的玉米种子进行查看、编号、登记、封存、拍照、摄像，封存玉米种子交由申请人保管，每个品牌正阳县公证处留存一份。正阳县公证处对上述过程出具(2020)豫驻正证内民字第414号公证书，后附相关照片。

3. 公证书后附封存照片显示情况

公证书后附照片显示，正阳县公证处共封存物证袋4个，左侧两个物证袋正面朝上，右侧两个物证袋背面朝上。其中，背面朝上两个物证袋的两端封口处均粘贴有正阳县公证处封条，并加盖公章，中间部分有“未经许可，不准翻阅”字样，但两者封条长短不同，右上角的封条较长，完全包裹住封口处，右下角的封条较短，与边缘有一定距离；左上角正面朝上的显示手写“8、鲜脆蜜2015、甘肃田福农业科技开发股份公司”；左下角正面朝上的物证袋显示手写“8、彩甜糯866、郑州市华为种业”，即本案封存涉案种子的物证袋。

4. 被诉侵权玉米种子的外包装相关比对情况

原审庭审中，恒彩公司提交公证封存物证袋一份，经当庭查验，该证物袋封存完好，背面两端的封口处均粘贴有“河南省正阳县公证处”封条，封条较短，

与边缘有一定距离，并加盖公章。证物袋正面显示手写“8、彩甜糯 866、郑州市华为种业”。

经原审当庭拆封物证袋，内有玉米种子一袋，包装袋正、背面均有手写体“8☆”。正面显示较大“彩甜糯 866”，左上角有“喜得丰”商标，背面显示“经营许可证：C D (豫商夏)农种经许字(2013)第 001 号”“信用代码：914114267891928119”，下端封口处显示“郑州市华为种业有限公司监制地址：郑州市金水区花园北路 59 号电话：0371-6939××××网址：×××. c o m”“100 克”“2019 年 11 月”，左下角二维码配有文字“扫描关注官方微信平台”。上述网址、地址、电话均与郑州华为种业公司提交的包装上显示的企业信息一致。扫描该二维码，显示“喜得丰蔬菜研究中心”微信公众号，公众号简介中显示郑州华为种业公司及其营业执照，郑州华为种业公司认可为其微信公众号。

郑州华为种业公司原审中当庭提交罐底显示 2019.06.01 的 500 g 玉米包装罐(无种子)一个，罐体背面显示社会信用代码：91411024M A 457 Q N C 2 K，生产经营许可证：D (豫许鄆)农种许字(2018)第 0006 号，检疫编号：×××47，分装：河南农得丰农业有限公司，背面下方显示为“郑州市华为种业有限公司销售地址：郑州市金水区花园北路 59 号电话：0371-6939××××网址：×××. c o m”，底端有两个二维码。郑州华为种业公司陈述右侧为产品追溯二维码，根据有关种子标签管理的相关规定，所有的包装种子应当一袋一码进行区分，而被诉侵权玉米种子包装袋上没有该追溯二维码，且包装袋正面“彩甜糯 866”下方有较小字体“新一代彩色甜加糯玉米新品种”，右下角有“彩糯玉米”文字，而其提交的包装罐正面“彩甜糯 866”下方较小字体为“新一代杂交彩色甜加糯玉米新品种”，右下角有文字为“彩糯比例 1: 3”。郑州华为种业公司认为两者为同一时期的产品包装，存在上述多处不同，可以证明被诉侵权产品不是其生产的。恒彩公司认为郑州华为种业公司提交的是空包装罐，不能证明是郑州华为种业公司在实际销售中使用的包装。

(五)涉案种子鉴定的相关情况

恒彩公司提交河南优立检测技术服务有限公司(以下简称优立检测公司)出具的检测报告，该报告记载采用 SSR 标记法对一知公司送检的“彩甜糯 866”与对照样品“T37”“WH818”进行检测，共比较 40 个位点，差异位点数均为 0，判定为极近似或相同品种。郑州华为种业公司认为优立检测公司没有取得 DNA 检测

资质，且无法证明送检的样品为公证保存的样品；另检测结论不能成立。恒彩公司原审当庭要求重新鉴定，并于原审庭后提交了要求对被诉侵权玉米种子与“T37”“WH818”玉米种子重新进行亲子鉴定的书面申请。

郑州华为种业公司提交河南中农检测技术有限公司出具的检测报告，该报告记载采用 SSR 标记法对郑州华为种业公司提供的送检样品“彩甜糯 866”和对比样品“彩甜糯 6 号”进行检测，经用 40 对 SSR 引物进行 DNA 谱带数据比对，差异位点数为 35，判定为不同品种。恒彩公司认为该检验报告不具有证明力。

根据恒彩公司的申请，原审法院向农业农村部种业管理司植物新品种保藏中心调取了“WH818”（品种权号 CNA20150368.5）、“T37”（品种权号 CNA20150367.6）的标准样品，与被诉侵权玉米种子样品一并移送办理委托鉴定事宜。2021 年 8 月 25 日，原审法院以该鉴定事项目前在国内尚无具备检测资质的鉴定机构，恒彩公司申请的鉴定事项无法进行鉴定为由，退回鉴定材料。

鉴定材料被退回后，恒彩公司要求自行委托鉴定机构对被诉侵权玉米种子与“T37”“WH818”玉米种子进行亲子鉴定；郑州华为种业公司亦要求对其提交的“彩甜糯 866”与“T37”“WH818”玉米种子进行亲子 DNA 指纹检测鉴定。双方商定选择委托北京玉米种子检测中心，后该检测中心电话反馈该种鉴定目前国内尚无统一的鉴定标准，故不接受双方关于涉案玉米种子相关亲子鉴定的委托。恒彩公司遂改为委托该中心对被诉侵权玉米种子与“彩甜糯 6 号”做真实性鉴定；郑州华为种业公司改为委托该检测中心对其提供的“彩甜糯 866”与被诉侵权玉米种子做真实性鉴定。2021 年 10 月 15 日，北京玉米种子检测中心分别出具 BJYJ202100702585 号、BJYJ202100702586 号检验报告，检测报告载明，被诉侵权玉米种子与从农业农村部征集审定品种标准样品“彩甜糯 6 号”比较位点数为 40 个，差异位点数 0 个，结论为：极近似或相同；郑州华为种业公司提供的“彩甜糯 866”与被诉侵权玉米种子比较位点数为 40 个，差异位点数 35 个，结论为：不同。

（六）其他相关事实

郑州华为种业公司陈述其生产的“彩甜糯 866”玉米种子的制种企业是酒泉市金辉农业开发有限公司，“彩甜糯 866”的父本为 8158，母本为 2105，目前该品种正在审定中。

金盛源公司原审庭后提交书面情况说明,陈述其专门经营不再分装的包装种子,按照规定不用办理农作物种子的生产经营许可证和备案手续。

一审法院认为

原审法院认为:恒丰中心、中国种子集团是“T37”“WH818”玉米植物新品种的品种权人,该品种权处于有效法律状态,依法应予保护。恒彩公司系恒丰中心转型升级的企业,作为品种权共有人具有对侵权行为提起诉讼的权利,恒彩公司作为本案原告的主体适格。

恒彩公司主张金盛源公司销售“彩甜糯 866”玉米种子,郑州华为种业公司使用“T37”与“WH818”玉米种子生产“彩甜糯 866”玉米种子,并销售给金盛源公司,侵害了其植物新品种权。根据《中华人民共和国民事诉讼法》(2017年修正)第六十四条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2020年修正)第九十条第一款规定,恒彩公司应提交证据证明其主张。虽然恒彩公司提交了企业信息情况、“WH818”“T37”玉米植物新品种权证书、“彩甜糯 6 号”农作物品种审定证书、相关检测报告、公证书、种子实物等证据,但其就优立检测公司出具的检测报告并未提供该单位具有相应检测资质的证明。恒彩公司所提供的北京玉米种子检测中心出具的检测报告载明被诉侵权的“彩甜糯 866”与“彩甜糯 6 号”比较位点数为 40 个,差异位点数 0 个,结论为极近似或相同。但“彩甜糯 6 号”目前无品种权,是否能够通过涉案被诉侵权的“彩甜糯 866”种子追溯其繁殖材料,得出只有通过“T37”与“WH818”两个品种繁殖才能获得“彩甜糯 866”种子的结论,恒彩公司并未提供相关支撑依据。故原审法院认为,恒彩公司所提供的现有证据不足以证明郑州华为种业公司使用“T37”与“WH818”玉米种子生产“彩甜糯 866”玉米种子并销售的事实,且恒彩公司也曾在庭审中提出,恒彩公司要求保护的是“彩甜糯 6 号”的父、母本,用“彩甜糯 866”与“彩甜糯 6 号”直接进行对照的检验报告无证明效力。综上,恒彩公司提交的证据不足以证明被诉侵权行为侵害了“WH818”“T37”植物新品种权,恒彩公司的诉讼请求不能成立。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2020年修正)第九十条第二款的规定,应由恒彩公司自行承担不利后果。

一审裁判结果

原审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》(2017年修正)第六十四条第一款、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2020年修正)第九十条规定,判决:驳回荆州市恒彩农业科技有限公司的诉讼请求。一审案件受理费4600元,由荆州市恒彩农业科技有限公司负担。

二审中,恒彩公司向本院提交了如下新证据:

第一组:(2021)豫郑黄证内民字第2127号公证书(以下简称2127号公证书)、检验报告,用于证明一知公司员工于2021年6月4日在郑州华为种业公司官方淘宝店购得“彩甜糯866”玉米种子两袋,并送往优立检测公司进行亲子鉴定,检验结果为与样品“T37”“WH818”排除亲子关系位点数为0。第二组:河南省依斯特检测技术有限公司(以下简称依斯特公司)出具的测试报告及相关资质证明、北京市农林科学院玉米研究中心(以下简称玉米研究中心)出具的两份测试报告。证明经两家具有检验资质的农作物种子质量检验机构鉴定,均可确定被诉侵权玉米种子侵害“T37”“WH818”植物新品种权。第三组:品种权申请公告两份,用于证明涉案授权品种自2015年7月1日初步审查合格。第四组:郑州华为种业公司公众微信号截图,用于证明郑州华为种业公司至少于2016年12月31日已经开始销售被诉侵权玉米种子,侵权行为长达6年之久。第五组:中国种子集团出具的两份授权书,均载明授权恒彩公司单独以自己的名义进行维权,2021年7月21日出具的授权书授权期限至2022年7月30日;2022年3月24日出具的授权书授权期限至2023年12月31日,恒彩公司提供了第二份授权书的原件供核对。

金盛源公司的质证意见为:1.对第一组证据,认可真实性,不认可合法性、关联性和证明目的。2.对第二组证据,认可真实性,不认可合法性、关联性和证明目的。3.对第三组证据,无法确认真实性。4.对第四组证据,不发表质证意见。5.对第五组证据,认可真实性,不认可合法性、关联性和证明目的。

郑州华为种业公司的质证意见为:1.对第一组证据中的2127号公证书,认可其真实性、合法性,但公证过程存在程序问题,不认可其关联性和证明目的;对检验报告的真实性、合法性、关联性和证明目的均不予认可。2.对第二组证据中依斯特公司出具的测试报告,不认可其真实性、合法性、关联性和证明目的;对玉米研究中心出具的测试报告,认可其真实性、合法性,不认可关联性和证明目的。3.对第三组证据,认可其真实性、合法性,不认可其关联性和证明目的。

4. 对第四组证据, 不认可其真实性、合法性、关联性。5. 对第五组证据, 认可其真实性、合法性, 不认可其关联性和证明目的。

本院对上述证据作如下认证: 确认第一、第二组证据的真实性, 恒彩公司在本案中提交了多份检验报告和测试报告用于证明郑州华为种业公司将涉案授权品种的繁殖材料重复使用于生产被诉侵权玉米种子, 本院将综合考虑在案证据对该事实进行认定。对于第三、第四组证据, 恒彩公司在本案中主张金盛源公司、郑州华为种业公司侵害其对涉案授权品种的品种权, 而品种权的保护期限自授权之日起计算, 如果侵权事实成立, 在确定侵权责任时要考虑涉案玉米新品种授权之后的侵权行为, 该两组证据显示的时间均在授权以前, 与本案缺乏关联性。关于第五组证据, 虽然恒彩公司只提供了第二份授权书的原件供核对, 但郑州华为种业公司和金盛源公司均认可两份授权书的真实性, 本院对该两份证据的真实性予以确认, 对该两份授权书的证明力将结合在案其他事实进行分析认定。

本院查明

本院经审理查明, 原审法院查明的事实基本属实, 本院予以确认。

本院另查明: 玉米研究中心作出的两份测试报告主要内容如下: 1. 编号为BJYJ202100702996的测试报告(以下简称2996号测试报告)记载: 待测样品YA2100692描述为“样品袋上贴有加盖‘河南省郑州市中级人民法院’公章的封条, 封条上写有‘二〇二一年八月十九日’‘姚金龙’‘谷玉章’‘原告公证取样种子(被控侵权种子样品)’字样, 包装完好没有破损”; 对照样品“WH818”“T37”描述为“农业农村部品种权保护样品”; 参考依据为《玉米品种鉴定技术规程 SSR标记法》(NY/T1432-2014); 经测试在40个比较位点中排除亲子关系位点数为0。2. 编号为BJYJ202100703185的测试报告(以下简称3185号测试报告)记载: 待测样品描述为来源于样品YA2100692种皮; 对照样品“T37”描述为农业农村部品种权保护样品; 检验依据为《玉米品种鉴定技术规程 SSR标记法》(NY/T1432-2014); 经测试在40个比较位点中差异位点数为0, 结论为极近似或相同。上述两份测试报告批准人均为王凤格。

二审期间, 经恒彩公司申请, 玉米研究中心研究员王凤格作为有专门知识的人就上述两份测试报告以及玉米品种亲本与子代的鉴定等问题作出如下说明: 1. 玉米杂交品种种子的种皮组织来源于其母本, 3185号报告依据《玉米品种鉴定技术规程 SSR标记法》(NY/T1432-2014), 将待测样品的种皮与自交系“T37”进

行同一性鉴定，在 40 个比较位点中，差异位点数为 0。2. 玉米品种的亲子鉴定目前在我国没有相关行业标准，参考上述玉米品种鉴定行业标准的实验流程，2996 号测试报告对待测样品“彩甜糯 866”与“T37”“WH818”进行三联体的亲子鉴定，结论是不存在排除亲子关系的位点，表明不能排除两者之间具有亲子关系，但这种鉴定只能缩小范围，不能由此直接确定具有亲子关系。

还查明：2019 年 11 月 29 日，在恒彩公司成立当日，湖北省荆州市荆州区市场监督管理局为其出具《个体工商户转型升级为企业的证明》，写明恒彩公司系由恒丰中心的个体工商户转型升级设立。

二审期间，郑州华为种业公司主张 2127 号公证书的公证程序存在问题，认为恒彩公司无法证明实际签收的过程以及签收物品外包装为完整包装，不能排除签收人为他人的可能，更不能排除签收包裹存在破损以及在运输中被掉包的可能，因此书面申请调取 2127 号公证书涉及的全部资料，包括物品送达后的签收手续，以及证明公证包裹完整性的所有照片及视频资料。对于郑州华为种业公司二审中提出的上述调取证据申请，本院审查认为：首先，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第七十二条规定，经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。2127 号公证书记载了公证保全过程中在郑州华为种业公司淘宝店铺下单、收货的全过程，并附有店铺、订单、物流信息等截图和实物照片等，具有证明力。郑州华为种业公司否认 2127 号公证书及公证实物的证明力，但没有提出相反证据，仅以恒彩公司未提供完整签收过程和被签收外包装全部照片，而怀疑存在他人签收和签收物品破损的可能，缺乏事实依据。郑州华为种业公司以此为理由申请调取证据，理据并不充分。其次，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十五条的规定，当事人申请调查收集的证据，与待证事实无关联、对证明待证事实无意义或者其他无调查收集必要的，人民法院不予准许。恒彩公司主张郑州华为种业公司构成侵权的涉诉侵权玉米种子是恒彩公司在一审期间提交的于 2020 年 5 月经公证取得的涉诉侵权玉米种子，郑州华为种业公司申请调取的证据与认定其是否构成侵权缺乏关联。综上，本院对于郑州华为种业公司调取证据申请不予准许。

本院认为

本院认为：涉案被诉侵权行为发生在 2021 年修正的《中华人民共和国种子法》（以下简称种子法）施行日 2022 年 3 月 1 日以前，2015 年修订的种子法施行日 2016 年 1 月 1 日以后，本案应适用 2015 年修订的种子法及相关司法解释的规定。同时，由于被诉侵权行为发生在《中华人民共和国民法典》施行日 2021 年 1 月 1 日以前，关于本案的侵权认定还可以适用《中华人民共和国侵权责任法》的相关规定。综合查明的事实和双方的诉辩主张，本案二审的争议焦点问题为：（一）恒彩公司是否为本案适格原告；（二）被诉侵权玉米种子是否为郑州华为种业公司、金盛源公司生产、销售；（三）被诉侵权玉米种子是否使用“WH818”“T37”作为父、母本生产；（四）郑州华为种业公司和金盛源公司是否构成侵权及侵权责任的承担。

（一）关于恒彩公司是否为本案适格原告

品种权人或品种权共有人有权就侵害授权植物新品种权的行为提起诉讼。涉案授权品种“T37”“WH818”的品种权人为恒丰中心和中国种子集团。恒丰中心注销后，湖北省荆州市荆州区市场监督管理局确认了其转型升级为恒彩公司的事实，同时涉案授权品种的另一共有人中国种子集团对恒彩公司的共有人身份没有提出异议，还在二审阶段授权恒彩公司可单独提起诉讼。上述证据、事实足以证明恒丰中心注销后，恒彩公司继受恒丰中心的权利义务，成为“T37”“WH818”玉米植物新品种权的共有人。作为共有人之一，恒彩公司有权就侵害“T37”“WH818”品种权的行为提起诉讼。因此，恒彩公司为本案适格原告。

（二）关于被诉侵权玉米种子是否为郑州华为种业公司、金盛源公司生产、销售

根据《中华人民共和国民事诉讼法》第六十八条第一款、第七十二条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条的规定，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明；在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。经过法定程序公证证明的法律事实和文书，人民法院应当作为认定事实的根据，但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

本案被诉侵权玉米种子是通过公证取证方式从金盛源公司在惠农网 APP 的店铺购买取得，来源清晰，可以证明为金盛源公司销售。对于是否为郑州华为种

业公司生产、销售的问题，双方存在争议。根据审理查明的事实，公证程序获得的产品包装上标注了郑州华为种业公司的名称、地址、电话及网址，扫描所附二维码显示的“喜得丰蔬菜研究中心”为郑州华为种业公司的微信公众号；金盛源公司在原审提交的证据显示，郑州华为种业公司在“火爆农资招商网”中宣传的“彩甜糯 866”包装正面与公证取得的产品实物并无明显不同；此外，被诉侵权玉米种子通过公证方式从金盛源公司处购买取得，而金盛源公司确实曾向华为种业公司购买“彩甜糯 866”玉米种子。据此，根据上述证据可以初步认定被诉侵权玉米种子为郑州华为种业公司生产、销售这一事实具有高度可能性。郑州华为种业公司否认上述公证书及公证实物所证明的事实，应提交足以推翻上述证据的反证。郑州华为种业公司原审中提交了不同于公证实物的“彩甜糯 866”的包装袋和包装桶，以及与案外人郑州艺海银龙纸品包装有限公司的《业务合同单》和样稿等证据，并提出公证实物上标注的经营许可证、社会信用代码等信息不同于其自己提交的包装上标注的内容，且还存在其他细节差异的问题。对于上述反证，按照郑州华为种业公司在原审审理期间的陈述，“彩甜糯 866”尚未通过审定，作为主要农作物品种在没有通过审定的情况下，郑州华为种业公司没有获得推广“彩甜糯 866”品种的许可，因此其提交的包装和样稿等证据均不能用于证明其实际使用的包装样式。同时，本院注意到，郑州华为种业公司自己提交的包装上也出现了不同的社会信用代码、生产经营许可证，该证据也可以证明其使用的产品外包装并不唯一，不能仅以此证明被诉侵权玉米种子并非郑州华为种业公司生产。郑州华为种业公司还提出，在恒彩公司公证取证前，其仅于 2019 年 1 月向金盛源公司销售过一次“彩甜糯 866”，被诉侵权玉米种子上标注的日期为“2019 年 11 月”，与其实际交易情况不符；金盛源公司对郑州华为种业公司所述交易情况进行了确认。由于郑州华为种业公司、金盛源公司为本案共同被告，不能基于双方就该事实作出了相同陈述而当然认定陈述内容为真实。郑州华为种业公司原审中提交的向金盛源公司发货的记录为两张截图，无法证明截图产生的过程，不能证明该截图为双方之间全部交易的记录。而且上述发货记录第二页显示，郑州华为种业公司还分别于 2019 年 3 月 19 日、2020 年 7 月 26 日向金盛源公司发货，其中 2020 年 7 月 26 日的发货内容为“彩甜糯 866(100 克/桶)=100 袋=1 件”。这也可以说明郑州华为种业公司并非仅于 2019 年 1 月向金盛源公司销售过一次“彩甜糯 866”。考虑上述因素，郑州华为种业公司用于推翻被诉侵权玉米种子为其

生产、销售这一事实的证据不足，本院对郑州华为种业公司的抗辩不予采信，本案现有证据可以初步证明被诉侵权玉米种子为郑州华为种业公司生产、销售。

（三）被诉侵权玉米种子是否使用了“WH818”“T37”作为父、母本

种子法第二十八条规定，除另有规定外，任何单位或者个人未经植物新品种权人许可，不得为商业目的将该授权品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料。在认定是否构成上述规定所禁止的行为时，授权品种为生产另一品种繁殖材料的亲本是认定该侵权行为的关键事实，该事实的判断具有较强的专业性。目前玉米杂交品种与亲本品种的亲子关系鉴定缺少行业标准，杂交玉米品种与其亲本品种的亲子关系这一事实可以结合双方的举证情况来认定。一般而言，在实际玉米育种生产中，使用不同的亲本通过杂交选育得到相同或者极近似品种的几率很小。鉴此，如果品种权人能够证明被诉侵权杂交种与使用授权品种作为父、母本杂交选育的杂交种构成基因型相同或者极近似品种时，可以初步推定被诉侵权杂交种使用了授权品种作为亲本的可能性较大，此时应转由被诉侵权人提供证据证明其实际并未使用品种权人所主张的授权品种作为亲本，在被诉侵权人并未提供证据或者提供的证据不足以推翻上述初步认定的，可以认定被诉侵权杂交种使用了授权品种作为亲本。

关于本案被诉侵权玉米种子是否是使用“WH818”“T37”作为父、母本获得的问题，原审期间，经双方商定选择北京玉米种子检测中心鉴定，被诉侵权玉米种子与农业农村部审定品种标准样品“彩甜糯6号”在40个比较位点中差异位点数为0，与郑州华为种业公司自行提供的“彩甜糯866”差异位点数为35。由于被诉侵权玉米种子与使用“WH818”“T37”作为亲本获得的杂交品种属于基因型相同或极近似品种，可以初步推定被诉侵权玉米种子使用了与审定品种“彩甜糯6号”相同父、母本这一事实具有高度可能性，郑州华为种业公司否认该事实，应举出相反证据。本案审理期间，郑州华为种业公司未能举出相反证据，在本院要求其说明被诉侵权玉米种子的亲本时坚持认为被诉侵权玉米种子并非其生产，仅说明自己生产的“彩甜糯866”的亲本记载在申请审定的文件中。经品种真实性检测，被诉侵权玉米种子与郑州华为种业公司自行提供的“彩甜糯866”不具有同一性，不能用郑州华为种业公司所称自己生产的“彩甜糯866”的亲本来证明被诉侵权玉米种子的亲本。因此，恒彩公司已经就被诉侵权玉米种子使用“WH818”“T37”作为父、母本生产的事实完成举证责任，郑州华为种业公司没

有举出被诉侵权玉米种子是通过其他亲本繁育的相反证据,应承担对其不利的后果。

本案中,恒彩公司还就被诉侵权玉米种子与“WH818”“T37”亲子关系的问题自行委托北京玉米种子检测中心作出了3185号、2996号两份测试报告。虽然上述测试报告不属于民事诉讼法所称的由人民法院经由司法鉴定程序所获得的鉴定意见,但法律并未排除其作为证据的资格,一般可参照法律和司法解释关于鉴定意见的审查规则,准用私文书证的质证规则,结合具体案情,对证明力从严进行审查。关于两份测试报告涉及的样品来源,报告记载待测样品来源于正阳县公证处保全取得、原审法院取样后封存的被诉侵权玉米种子,对照样品为农业农村部保存的标准样品,测试报告涉及样品来源的记载清晰。关于检测机构和人员,玉米研究中心负责建设的北京玉米种子检测中心是玉米种子质量监督检验测试机构,玉米研究中心是《玉米品种鉴定技术规程 SSR 标记法》的起草单位之一,测试报告的批准人即二审出庭就专门性问题接受本院询问的王风格是该标准的主要起草人之一。出具检测报告的检测机构以及检测人员具有玉米种子专业检测能力。关于检测程序,3185号测试报告对于待测样品与T37的同一性测试依据的是《玉米品种鉴定技术规程 SSR 标记法》(NY/T1432-2014),2996号测试报告对于待测样品与“WH818”“T37”亲子关系测试缺少行业标准,在实验流程上参考了上述标准,上述检测程序符合行业规范。通常杂交玉米种的种皮组织来源于母本,将待测样品的种皮对应为母本,与对照样品进行真实性检测判断其母本来源,这种测试方法具有一定专业依据。3185号测试报告通过采取待测样品(即被诉侵权玉米种子)种皮与“T37”进行真实性检测,在40个比较位点上差异位点数为0,在没有相反证据的情况下,可以认定“T37”为被诉侵权玉米种子的母本。通过2996号测试报告虽然不能唯一确定待测样品的父本为“WH818”,但在40个比较位点中,可以排除亲子关系的位点数为0,不能排除“WH818”为待测样品父本的可能性。可见,恒彩公司提交的证据不仅可以证明被诉侵权玉米种子与“彩甜糯6号”为基因型极近似或相同品种,同时也进一步证明了“T37”为被诉侵权玉米种子的母本,且不排除“WH818”为被诉侵权玉米种子父本的可能性。根据恒彩公司的上述举证,可以认定被诉侵权玉米种子是使用“WH818”“T37”作为父、母本生产获得的。在没有相反证据的情况下,恒彩公司关于被

诉侵权玉米种子系使用“WH818”“T37”作为父、母本生产的上诉主张成立，本院予以支持。原审法院就此认定事实错误，本院予以纠正。

(四) 郑州华为种业公司、金盛源公司是否构成侵权及责任承担

根据审理查明的事实，郑州华为种业公司未经品种权人许可，为商业目的将涉案授权品种“T37”“WH818”的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料，并销售了上述另一品种的繁殖材料；金盛源公司未经品种权人许可，销售了上述另一品种的繁殖材料。

1. 关于郑州华为种业公司是否构成侵权及停止侵害的责任承担

种子法第二十八条规定，除另有规定外，未经植物新品种权人许可，任何人不得为商业目的将该授权品种的繁殖材料重复使用于生产另一品种的繁殖材料。2006年制定和2020年修正的《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第六条第一款均规定，对于侵害植物新品种权纠纷案件，结合案件具体情况，判决侵权人承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。按照上述规定，郑州华为种业公司为商业目的，重复使用授权品种的繁殖材料生产被诉侵权玉米种子的行为侵害了“T37”“WH818”的品种权，应承担停止生产行为的侵权责任。

郑州华为种业公司还销售了上述另一品种的繁殖材料。对于销售重复使用授权品种繁殖材料生产的另一品种繁殖材料的行为，虽然种子法并未明确将其规定为侵权行为，但是，如果该另一品种是以同一品种权人的两个授权品种作为父、母本直接杂交繁殖而来，则销售该另一品种繁殖材料的行为系重复使用授权品种生产行为的自然延续，势必导致侵权生产行为造成的损害结果进一步扩大。因此，实施生产行为的侵权行为人不得销售其生产的该另一品种的繁殖材料，是制止生产者侵权行为、防止损失扩大的应有之义。因此，郑州华为种业公司还应承担停止销售行为的责任。

2. 关于郑州华为种业公司的损害赔偿责任

种子法第七十三条第三款、第四款规定：“侵犯植物新品种权的赔偿数额按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，可以参照该植物新品种权许可使用费的倍数合理确定。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。侵犯植物新品种权，情节严重的，可以在按

照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。”“权利人的损失、侵权人获得的利益和植物新品种权许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据植物新品种权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予三百万元以下的赔偿。”本案中，并无充分证据证明品种权人因被侵权受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益，也没有涉案授权品种许可使用费的具体情况可供参考，本院综合考虑侵权行为的性质、情节等因素，酌情全额支持恒彩公司 20 万元的赔偿诉讼请求。恒彩公司为本案维权进行公证取证，多次委托检测机构就真实性和亲子关系进行检测，发生了必要的维权支出。考虑到本案中公证取证、委托检测等情况，对恒彩公司主张的维权费用 2 万元，本院亦全额予以支持。

3. 关于金盛源公司是否构成侵权及责任承担

对于仅实施销售行为的主体而言，如果其明知销售的是未经植物新品种权所有人许可而重复使用授权品种繁殖材料生产得到的另一品种的繁殖材料，其销售行为实质上是为生产者重复使用授权品种繁殖材料生产另一品种繁殖材料提供帮助，导致侵权行为的损害结果持续发生，构成《中华人民共和国侵权责任法》第九条第一款规定的帮助侵权，该销售行为亦应予以禁止。本案中，尚无证据证明金盛源公司在被诉侵权行为发生时知道其销售的被诉侵权玉米种子系侵害他人品种权的种子，其在本案中的销售行为并不构成侵权，无需承担侵权责任。

需要特别说明的是，本案中并没有证据证明郑州华为种业公司生产、销售，金盛源公司销售的被诉侵权玉米种子“彩甜糯 866”经过了主要农作物品种审定，故郑州华为种业公司、金盛源公司的行为属于未经审定推广主要农作物种子，涉嫌违反种子法第十五条、第二十三条的规定，本院依法将该违法线索移送农业农村行政主管部门处理。

二审裁判结果

综上所述，恒彩公司的上诉请求部分成立，应予支持；原审判决认定事实错误，应予改判。依据《中华人民共和国种子法》（2015 年修订）第二十八条、第七十三条第三款、第四款，《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第六条第一款，《中华人民共和国民事诉讼法》第六十八条第一款、第七十二条、第一百七十七条第一款第二项，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条、第九十五条之规定，判决如下：

一、撤销河南省郑州市中级人民法院(2021)豫01知民初638号民事判决;

二、本判决生效之日起,郑州市华为种业有限公司立即停止使用“T37”“WH818”生产“彩甜糯866”玉米种子,立即停止销售重复使用“T37”“WH818”生产的“彩甜糯866”玉米种子;

三、本判决生效之日起十日内,郑州市华为种业有限公司赔偿荆州市恒彩农业科技有限公司经济损失20万元、合理开支2万元,共计22万元;

四、驳回荆州市恒彩农业科技有限公司其他诉讼请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务的,应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条之规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费4600元,二审案件受理费4600元,均由郑州市华为种业有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长罗霞

审判员雷艳珍

审判员刘晓梅

二〇二二年十月二十日

法官助理王亮

书记员王超楠

裁判要点

案号

(2022)最高法知民终13号

案由

侵害植物新品种权纠纷

合议庭

审判长:罗霞

审判员:雷艳珍、刘晓梅

法官助理:王亮

书记员:王超楠

裁判日期

2022年10月20日

关键词

植物新品种权；侵权；杂交玉米品种；亲子关系；侵权责任

涉案

品种权

“T37”玉米植物新品种(CNA20150367.6)

“WH818”玉米植物新品种(CNA20150368.5)

当事人

上诉人(原审原告)：荆州市恒彩农业科技有限公司；

被上诉人(原审被告)：甘肃金盛源农业科技有限公司；

被上诉人(原审被告)：郑州市华为种业有限公司。

裁判结果

判决主文：一、撤销河南省郑州市中级人民法院(2021)豫01知民初638号民事判决；二、本判决生效之日起，郑州市华为种业有限公司立即停止使用“T37”“WH818”生产“彩甜糯866”玉米种子，立即停止销售重复使用“T37”“WH818”生产的“彩甜糯866”玉米种子；三、本判决生效之日起十日内，郑州市华为种业有限公司赔偿荆州市恒彩农业科技有限公司经济损失20万元、合理开支2万元，共计22万元；四、驳回荆州市恒彩农业科技有限公司其他诉讼请求。

原判主文：驳回荆州市恒彩农业科技有限公司的诉讼请求。

相关法条

《中华人民共和国种子法》(2015年修订)第二十八条、第七十三条第三款、第四款；

《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定》第六条第一款；

《中华人民共和国民事诉讼法》第六十八条第一款、第七十二条；

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十条、第九十五条

法律问题

1. 杂交玉米品种与其亲本品种的亲子关系认定

2. 重复使用授权品种的繁殖材料生产另一品种繁殖材料的生产者停止侵害的认定

裁判观点

一般而言，在实际玉米育种生产中，使用不同的亲本通过杂交选育相同或者极近似品种的几率很小。鉴此，如果品种权人能够证明被诉侵权杂交种与使用授权品种作为父、母本杂交选育的杂交种构成基因型相同或者极近似品种时，可以初步推定被诉侵权的杂交种使用了授权品种作为亲本的可能性较大，此时应转由被诉侵权人提供证据证明其实际并未使用品种权人所主张的授权品种作为亲本，被诉侵权人并未提供证据或者提供的证据不足以推翻上述初步认定的，可以认定被诉侵权杂交种使用了授权品种作为亲本。

对于销售重复使用授权品种繁殖材料生产的另一品种繁殖材料的行为，虽然种子法并未明确将其规定为侵权行为，但是，如果该另一品种是以同一品种权人的两个授权品种作为父、母本直接杂交繁殖而来，则销售该另一品种繁殖材料的行为系重复使用授权品种生产行为的自然延续，势必导致侵权生产行为造成的损害结果进一步扩大。因此，实施生产行为的侵权行为人不得销售其生产的该另一品种的繁殖材料，是制止生产者侵权行为、防止损失扩大的应有之义。

对于仅实施销售行为的主体而言，如果其明知销售的是未经植物新品种权所有人许可而重复使用授权品种繁殖材料生产得到的繁殖材料，其销售行为实质上是为生产者重复使用授权品种繁殖材料生产繁殖另一品种繁殖材料提供帮助，导致侵权行为的损害结果持续发生，构成《中华人民共和国侵权责任法》规定的帮助侵权，该销售行为亦应予以禁止。

注：本摘要并非判决书之组成部分，不具有法律效力。

四、技术秘密案件

14. 杂交玉米植物新品种亲本“W68”技术秘密侵权案【河北华穗种业有限公司与武威市搏盛种业有限责任公司侵害技术秘密纠纷案】

【案号】(2022)最高法知民终147号

【基本案情】华穗种业公司是“万糯2000”玉米植物新品种的品种权人和“万糯2000”的亲本“W68”的技术秘密权利人。其以搏盛种业公司侵害技术秘密为由，向甘肃省兰州市中级人民法院提起诉讼，请求判令搏盛种业公司承担有关侵权责任。一审法院认为，搏盛种业公司构成对“W68”技术秘密权益的侵害，判决其停止侵害，赔偿经济损失及维权合理开支共计150.5万元。搏盛种业公司不服，提起上诉，主张“W68”作为亲本不属于商业秘密的保护客体。最高人民法院二审认为，作物育种过程中形成的育种中间材料、自交系亲本等，是育种者付出创造性劳动的智力成果，具有技术信息和载体实物兼而有之的特点，且二者不可分离；如其具备不为公众所知悉并采取相应保密措施等条件，可以作为商业秘密依法获得法律保护。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】本案是最高人民法院审理的第一起涉及育种材料的商业秘密案件。判决明确了杂交玉米植物新品种的亲本作为商业秘密的保护条件和保护路径，是人民法院综合运用植物新品种、专利、商业秘密等多种知识产权保护手段保护育种成果的积极探索，有利于激励育种原始创新、持续创新，推动构建多元化、立体式的育种成果综合法律保护体系。

裁判文书摘要

案号 (2022)最高法知民终147号

审理法院 最高人民法院

当事人 河北华穗种业有限公司

武威市搏盛种业有限责任公司

立案年度 2022

裁判时间 2022-11-02

裁判结果 维持一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2022)最高法知民终 147 号

当事人信息

上诉人(一审被告): 武威市搏盛种业有限责任公司。

法定代表人: 任新文, 该公司总经理。

委托诉讼代理人: 梁顺伟, 北京市开越律师事务所律师。

被上诉人(一审原告): 河北华穗种业有限公司。

法定代表人: 任文彬, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 展建军, 甘肃正鼎律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 丁峰, 北京市广渡律师事务所律师。

审理经过

上诉人武威市搏盛种业有限责任公司(以下简称搏盛种业公司)因与被上诉人河北华穗种业有限公司(以下简称华穗种业公司)侵害技术秘密纠纷一案,不服甘肃省兰州市中级人民法院(以下简称一审法院)于 2021 年 7 月 15 日作出的(2020)甘 01 知民初 61 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2022 年 2 月 7 日立案受理后,依法组成合议庭,并于 2022 年 3 月 4 日公开开庭审理了本案。上诉人搏盛种业公司的委托诉讼代理人梁顺伟,被上诉人华穗种业公司的委托诉讼代理人展建军、丁峰到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

搏盛种业公司上诉请求: 1. 撤销一审判决,改判驳回华穗种业公司的诉讼请求; 2. 判令一、二审案件受理费由华穗种业公司负担。事实与理由为: (一)涉案自交系亲本“W68”是杂交种“万糯 2000”玉米植物新品种的父本。“万糯 2000”作为审定品种,其审定公告记载,该品种于 2009 年选育而成,以“W67”为母本,以“W68”为父本杂交,上述审定公告披露了“W68”是用万 6 选系与万 2 选系杂交后,经自交 6 代选育而成。因此“W68”已经为公众所知悉,不属于商业秘密。(二)“万糯 2000”最早在 2014 年审定,华穗种业公司自 2015 年开始一直生产经营“万糯 2000”品种,根据种业生产行业常识,华穗种业公司在委托种子繁育公司生产“万糯 2000”时,不会免费将“W68”提供给制种的农户,而是先销售给种子繁育公司,再由种子繁育公司销售给农户,一般每斤价格为 12 元左右。

该事实表明，华穗种业公司及其利害关系人已经将“W68”作为产品销售。“W68”是公开销售的产品，就不可能属于商业秘密，不具备商业秘密要求的秘密性。(三)华穗种业公司并没有提供有效证据证明“W68”是其选育的，有权作为自己的商业秘密予以保护，与“W68”具有相同特征特性的繁殖材料已经在多个审定品种上使用，华穗种业公司作为本案原告的主体资格存疑。(四)华穗种业公司并没有采取足够的保密措施防止“W68”为他人知悉。华穗种业公司将“W68”作为产品销售给种子繁育公司用于生产杂交种“万糯 2000”，而种子繁育公司则再次将其作为产品加价后销售给村社以及农户种植。华穗种业公司虽然与种子繁育公司签订有保密条款，但种子繁育公司与村社、农户之间并没有保密协议，村社、农户也不对种子繁育公司和华穗种业公司承担保密义务，一审法院仅凭华穗种业公司和一家种子繁育公司存在保密条款，就认定华穗种业公司已经采取了足够的保密措施，与客观事实不符。(五)一审判决对于亲本繁殖材料的保护条件过于宽松，只要权利人声称品种已经审定，并且审定证书记载了相应的亲本繁殖材料名称，就可以无限期、无原则予以保护，会导致无限扩大亲本的保护范围，损害植物新品种保护制度，阻碍植物新品种创新。(六)搏盛种业公司将“W68”用于科研，搏盛种业公司对该亲本种子的取得具有合法依据。一审法院判令搏盛种业公司将其生产的库存“W68”玉米种子全部交付给华穗种业公司，意味着搏盛种业公司没有使用亲本种子从事科研的权利，显然违背《中华人民共和国种子法》(以下简称种子法)和《中华人民共和国植物新品种保护条例》的立法宗旨。

华穗种业公司辩称：一审判决认定事实清楚、适用法律正确，搏盛种业公司的上诉理由不能成立，请求法院驳回上诉、维持原判。(一)“W68”是华穗种业公司的育种家使用万 6 选系与万 2 选系作为基础材料，经过多年持续选育最终繁育而成的优良自交系亲本种子，具有优良品质和独特性状特征，不为公众所知悉，能够为华穗种业公司带来经济利益，具有实用性，并被华穗种业公司采取了合理的保密措施。根据《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称反不正当竞争法)第九条以及《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条的规定，作为华穗种业公司“万糯 2000”等杂交品种的亲本材料，“W68”属于技术秘密。(二)搏盛种业公司未能提供其获得“W68”的合法来源的证据，一审法院认定其侵害华穗种业公司的技术秘密正确。(三)搏盛种业公司存在恶意披露华穗种业公司商业秘密的行为，应当加重其赔偿责任。

华穗种业公司向一审法院提起诉讼，一审法院于2020年10月16日立案受理。华穗种业公司起诉请求：1.判令搏盛种业公司立即停止侵害华穗种业公司“W68”玉米自交系亲本种子技术秘密，将库存的“W68”自交系亲本种子交还华穗种业公司；2.判令搏盛种业公司赔偿华穗种业公司经济损失150万元；3.判令搏盛种业公司承担本案的保全费、差旅费、律师费、鉴定费及诉讼费。事实与理由为：“W67”和“W68”是华穗种业公司多年培育而成的优良玉米自交系品种，具有良好的种质品质，华穗种业公司利用“W67”为母本，“W68”为父本培育的“万糯2000”玉米杂交种于2015年11月1日取得植物新品种权，品种权号为CNA20120515.0。华穗种业公司未对外公开“W67”“W68”玉米自交系品种，亦未允许任何第三方使用。搏盛种业公司通过不正当手段获取华穗种业公司“W68”玉米自交系品种。华穗种业公司于2020年9月24日申请甘肃省武威市凉州区人民法院(以下简称凉州区人民法院)对搏盛种业公司的“W68”种子样品进行了现场证据保全。搏盛种业公司存在侵害华穗种业公司技术秘密的行为，应当承担相应责任。搏盛种业公司因侵权所得获益及华穗种业公司因侵权遭受损失均难以确定，华穗种业公司参照2015年修订的种子法第七十三条的规定，向搏盛种业公司主张损害赔偿150万元。

搏盛种业公司辩称：搏盛种业公司没有生产“W68”玉米自交系种子，华穗种业公司申请凉州区人民法院保全的是搏盛种业公司试种、研制的“盛甜糯9号”玉米种子。技术秘密是不为公众所知悉，具有商业价值并经权利人采取保密措施的技术信息。华穗种业公司主张其享有植物新品种权的是“万糯2000”玉米品种，但搏盛种业公司并未生产“万糯2000”。“W68”仅是一个虚拟代号，华穗种业公司无证据证明“W68”是国家授权予以保护的植物新品种。华穗种业公司没有证据证明搏盛种业公司侵害了华穗种业公司的技术信息，请求法院驳回华穗种业公司的诉讼请求。

一审法院查明

一审法院经审理查明如下事实：“万糯2000”玉米品种于2014年4月18日经上海市农作物品种审定委员会审定上海市农作物审定品种，于2014年7月25日经河北省农作物品种审定委员会审定河北省农作物审定品种，于2015年3月6日经广东省农作物品种审定委员会审定广东省农作物审定品种，于2015

年9月2日经原农业部国家农作物品种审定委员会审定为国家农作物品种。以上审定证书均记载“万糯2000”品种来源为“W67”×“W68”。

2015年11月1日，“万糯2000”玉米品种被原农业部授予植物新品种权，品种权申请日为2012年6月11日，育种者为郭少臣、郭英，品种权号为CNA20120515.0，品种权人为河北省万全县华穗特用玉米种业有限责任公司。

2014年1月1日，河北省万全县华穗特用玉米种业有限责任公司制定保密制度，规定公司的育种技术资料、育种样品、育种亲本、繁殖材料等属于公司秘密，不得泄露。2014年1月3日，该公司与郭少臣、郭英、丁守斌、周海分别签订保密协议，约定郭少臣、郭英、丁守斌、周海在任职期间及离职后的一定期间对种子育种方法、育种亲本、用于繁育种子技术材料、繁殖材料等商业秘密进行保密，离职时应将所持有的所有商业秘密资料等物品移交指定人员并办妥相关手续，否则承担违约责任。

2016年8月18日，河北省万全县华穗特用玉米种业有限责任公司经工商登记变更企业名称为“河北华穗种业公司”。

2017年1月1日，华穗种业公司制定保密管理制度，规定公司用于开发培育的种子亲本及研发种子样品、研发技术资料、种子繁殖材料等属于公司秘密，需采取相应的保密措施，不得泄露。2017年1月5日，华穗种业公司与郭少臣、郭英、丁守斌、周海分别签订保密协议，约定郭少臣、郭英、丁守斌、周海在任职期间及离职后应保守华穗种业公司的商业秘密，商业秘密包含任职期间执行公司任务或利用公司条件信息完成的技术成果和商业成果。

2020年9月12日，华穗种业公司与案外人甘肃金源种业股份有限公司(以下简称金源种业公司)签订委托繁育合同，繁育玉米种子品种名称为“209”等。合同约定金源种业公司按计划生产的合格种子全部交给华穗种业公司，不得截留和自行销售，否则承担违约责任，金源种业公司对华穗种业公司提供的自交系亲本种子要负责保密，不得向外扩散。2020年11月13日，金源种业公司出具证明记载，委托繁育合同中约定的名称为“209”的玉米品种系“万糯2000”玉米品种。

2020年9月21日，华穗种业公司向凉州区人民法院申请诉前证据保全。2020年9月22日，凉州区人民法院作出(2020)甘0602证保2号民事裁定，对搏盛种业公司繁育的玉米进行取样，对搏盛种业公司持有的委托制种合同、制种面积核

算表、抽雄去杂验收表、亲本发放单、制种种子收购数量表、种子付款承诺书、种子收购入库单等证据进行保全。

华穗种业公司向一审法院申请调取凉州区人民法院保全的样品及现场取样的视频。2020年10月21日，一审法院向凉州区人民法院发出(2020)甘01知民初61号协助调取证据函，凉州区人民法院向一审法院邮寄证据保全样品。一审庭审展示证据保全的样品封装在两个档案袋内，内装若干玉米果穗，档案袋封口有凉州区人民法院封条，日期为2020年9月24日，加盖有凉州区人民法院印章。一个档案袋封条处书写“总厂”字样，有执行员及书记员签名，在场人处有“任新文”“展建军”签名，取样人处有“潘明财”签名。另一档案袋封条处书写“晒场”字样，有执行员及书记员签名，在场人处有“赵延林”签名，取样人处有“潘明财”“展建军”签名。因邮寄档案袋底部均有部分破损，一审法院经双方当事人质证后对档案袋再次进行封贴，并交由双方当事人签字确认。一审庭审中，华穗种业公司申请对封条处书写“总厂”字样的保全样品与“W68”进行品种真实性鉴定。

2021年5月25日，一审法院向农业农村部申请提取“万糯2000”的父本“W68”的标准样品，经农业农村部审核后，一审法院于2021年6月9日向中国农业科学院国家种质保藏中心提取了“万糯2000”的父本“W68”标准样品，并于当日提交北京玉米种子检测中心，与凉州区人民法院证据保全的档案袋封条处书写“总厂”字样的玉米样品进行品种真实性鉴定。北京玉米种子检测中心于2021年6月17日作出BJYJ202100701257号检验报告。该报告记载，待测样品与“万糯2000”的父本“W68”标准样品的比较位点数40，差异位点数0，检验结论为极近似或相同。华穗种业公司支付北京玉米种子检测中心检测费5000元。

一审法院另查明：2020年3月4日，“盛甜糯9号”经甘肃省农作物品种审定委员会审定甘肃省主要农作物品种，品种来源为“白糯913”×“BS白甜928”，申请者为搏盛种业公司与武威市祥林种苗有限责任公司，育种者为搏盛种业公司。一审庭审中，搏盛种业公司陈述凉州区人民法院保全的玉米种子系“白糯913”，一审法院询问搏盛种业公司是否申请将凉州区人民法院保全的玉米种子与“白糯913”进行品种真实性鉴定，搏盛种业公司表示不申请鉴定。

一审法院认为

一审法院认为：在自然界中，不同植物品种之间性状表现的差异性是由不同植物品种所含的不同基因型表达出的遗传信息所决定，该遗传信息的载体为植物品种的繁殖材料。植物新品种是由育种者经过长期培育繁殖改良而成，蕴含了育种者的技术与劳动智慧，植物新品种的繁殖材料是育种者长期劳动智慧的结晶，属于育种者的专有技术信息。因杂交种是由不同亲本杂交配制而来，亲本包含杂交种的遗传信息，亲本的选择与选育是杂交种品种优良性的决定因素。当杂交种被授予植物新品种权后，杂交种的繁殖材料即受植物新品种权保护，而杂交种的亲本，因其包含杂交种的遗传信息，属于技术信息，在符合秘密性等法定条件下属于商业秘密，应当受到保护。本案所涉植物新品种“万糯2000”系玉米杂交种，其父本“W68”及母本“W67”作为“万糯2000”的亲本，属于反不正当竞争法规定的技术信息。一审审理中，没有证据显示“W68”系普通玉米品种，已在行业内被公开，为玉米育种领域的相关人员所普遍知悉，故“W68”玉米品种属于未公开的技术秘密。根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第六条规定，权利人具有签订保密协议或在合同中约定保密义务、通过章程制度提出保密要求等在正常情况下足以防止商业秘密泄露的，应当认定权利人采取了相应的保密措施。本案中，华穗种业公司已经提交证据证明其通过与“万糯2000”玉米植物新品种的育种者、公司高管、委托制种企业签订保密协议，制定公司保密制度等方式对“W68”技术信息采取了保密措施。经鉴定，凉州区人民法院在搏盛种业公司取样的玉米样品即植物新品种“万糯2000”的父本“W68”，搏盛种业公司虽主张该玉米样品系“盛甜糯9号”，但未提交相应证据证明，且不申请鉴定，故对其抗辩理由不予采信。搏盛种业公司作为制种企业，在其生产经营活动中使用华穗种业公司“W68”技术信息，属于使用华穗种业公司技术秘密的行为。搏盛种业公司在诉讼中并不能说明其使用的“W68”技术信息具有合法正当来源，故一审法院采信华穗种业公司关于搏盛种业公司通过不正当手段获取“W68”玉米自交系品种的主张。搏盛种业公司应当承担侵害华穗种业公司技术秘密的相应民事责任。根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第十八条规定，权利人请求判决侵权人返还或者销毁商业秘密载体的，人民法院一般应予支持。故对华穗种业公司主张搏盛种业公司停止侵权，将库存的“W68”玉米种子交还华穗种业公司的诉讼请求予以支持。

关于赔偿数额。考虑“W68”作为“万糯2000”玉米植物新品种的父本，经过多年培育，创新程度较高、研发成本较大，同时作为优良的玉米自交系品种，亦可与其他品种配制新的玉米杂交品种，具有较大的商业竞争优势，能够形成较大的商业价值。搏盛种业公司作为成立近20年的农作物种子生产企业，对其所生产或使用的玉米品种及来源应当知晓，搏盛种业公司使用具有植物新品种权的杂交玉米品种的亲本，主观过错明显，侵权行为性质恶劣，一审法院对华穗种业公司主张搏盛种业公司赔偿150万元经济损失的诉讼请求予以支持。华穗种业公司支付的鉴定费5000元系华穗种业公司维权的合理开支，一审法院予以支持。对华穗种业公司主张的保全费、差旅费、律师费等，因华穗种业公司未提交具体证据证明，且考虑本案已全额支持华穗种业公司的赔偿请求，故对以上维权合理开支，一审法院不再另行酌定支持。

一审裁判结果

一审法院依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条第一款第一项、第二项、第十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》（2017年修正）第一百五十二条，《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第一条第一款、第三条、第六条第一项、第二项、第九条、第十八条、第二十条之规定，判决：一、武威市搏盛种业有限责任公司立即停止使用玉米植物新品种“万糯2000”的父本“W68”技术秘密的行为，将库存的“W68”玉米种子交还河北华穗种业有限公司；二、武威市搏盛种业有限责任公司于判决生效之日起十日内赔偿河北华穗种业有限公司经济损失及维权合理开支150.5万元；三、驳回河北华穗种业有限公司的其他诉讼请求。武威市搏盛种业有限责任公司如未按判决指定的期限履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》（2017年修正）第二百五十三条规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费18300元，由武威市搏盛种业有限责任公司负担。

本院二审期间，搏盛种业公司向本院提交如下两组新证据：第一组证据为（2022）甘张临公内第112号公证书，拟证明“万糯2000”与“农科糯336”使用了同一个亲本，其亲本属于公共资源。该公证书记载搏盛种业公司提供三个亲本委托张掖国家级玉米种子生产基地种子质量监督检验中心检测，并附四份品种真实性检验报告ZGZ20220122、ZGZ20220123、ZGZ20220124、ZGZ20220125、现场工作记录、现场照片及手机截屏照片、录像光盘。搏盛种业公司主张，根据上述

检验报告，亲本 1 号与亲本 2 号有 26 个位点差异，亲本 1 号与亲本 3 号有 17 个位点差异，“万糯 2000”是由亲本 1 号、2 号生产的、“农科糯 336”是由亲本 3 号、2 号生产的。搏盛种业公司认为，上述检验报告可以证明“万糯 2000”的亲本可能是其他人选育，而非华穗种业公司。第二组证据为“农科糯 336”的品种审定证书，该品种的亲本组合为“ZN3”×“D6644-2”。结合第一组证据，搏盛种业公司认为存在不同的主体同时选育相同亲本繁殖材料，并以不同名称命名、组培、生产杂交种的事实，“万糯 2000”的亲本组合未对外公开亦未允许第三方使用的所谓秘密事实并不存在。

华穗种业公司对此质证认为，搏盛种业公司提交的证据超过了法定举证期限，不属于二审新证据。第一组证据中的公证书所涉三袋散装玉米籽粒没有证据表明其来源，不具有合法性。所涉四份检验报告记载的用两份样品种子和一份对照样品“农科糯 336”进行对比，以及用两份样品种子与一份“万糯 2000”对照样品进行对比，均不是按照鉴定报告所引用的标准检测方法进行检测。鉴定报告引用的标准是《GB/T39914-2021 主要农作物品种真实性和纯度 SSR 分子标准检测玉米》，该标准规定一对一鉴定，而非两个品种的亲本种子混合后与一个品种的杂交种子进行鉴定。鉴定报告不具有合法性。搏盛种业公司在一审程序中陈述法院保全的种子是其自行研制的“盛甜糯 9 号”的亲本“白糯 913”，二审中又主张是“农科糯 336”的亲本，前后矛盾，对其在二审程序提交的证据不应采纳。相反，搏盛种业公司提交的鉴定报告足以证明其侵害“W68”商业秘密。根据鉴定报告，亲本 1 号、亲本 2 号与“万糯 2000”相比无差异，证明搏盛种业公司同时拥有“万糯 2000”品种的父本和母本，并用于非法生产“万糯 2000”品种。凉州区人民法院证据保全的时间距离搏盛种业公司新提交鉴定报告取样的时间为 1 年 5 个月，此时搏盛种业公司还能够使用亲本进行公证和检测，足以证明搏盛种业公司存在通过繁育“W68”亲本自交系获利，也存在直接组配“万糯 2000”品种获利，且属于专业侵权公司，侵权行为持续至今。

关于搏盛种业公司提交的上述证据的证明力，本院将结合本案争议问题进行分析认定。

华穗种业公司在二审期间向本院提交了如下 4 份证据：1. 2019 年金源种业公司与甘肃省张掖市临泽县板桥镇土桥村村民委员会签订的《甘肃省农作物种子生产合同》。2. 2020 年金源种业公司与甘肃省张掖市甘州区大满镇柏家沟村村民

委员会签订的《甘州区玉米种子生产合同书》。上述两份合同均约定了“将生产的合格种子全部交售给甲方，保证甲方提供的亲本种子(原种)不外流、不自留”“违反合同约定的，按《甘肃省农作物种子生产基地管理办法》的有关规定进行处理”。3.《甘肃省农作物种子生产基地管理办法》。该办法第十五条规定：“禁止非合同方种子生产、经营单位和个人与制种农户恶意串通，私留、倒卖亲本(原种)或合同约定种子。”第二十一条规定：“非合同方种子生产、经营单位和个人与制种农户恶意串通，私留、倒卖亲本(原种)或合同约定种子的，由县级以上种子管理部门没收双方取得的种子和违法所得，并分别处以1000元以上1万元以下罚款。”华穗种业公司主张，结合其在一审程序提交的证据和上述3份证据，可以证明华穗种业公司已经对“W68”采取了合理的保密措施。4.“万糯2000”的《品种选育报告》。其中记载“万糯2000”品种来源为“W67”×“W68”，“W68”是用万6选系与万2选系杂交后，经自交6代选育而成。

搏盛种业公司质证认为，对于两份合同的真实性、合法性、关联性予以认可，但是不认可华穗种业公司的证明主张。“万糯2000”自2010年开始生产至今，华穗种业公司仅提交了2016年、2018年、2020年、2021年的《委托繁种合同》，上述合同中“W68”都是按照每公斤10元的价格销售给种子繁育公司的，搏盛种业公司新提交的两份种子生产合同虽然没有注明亲本名称，但也是以每亩80元或每公斤16元销售给农户种植的，既然“W68”已经作价销售，就不属于商业秘密，而是可以交易的产品。两份种子生产合同也不能证明华穗种业公司采取了足够的保密措施，使得保密措施连贯、合理且适当，且从上述两份种子生产合同来看，亲本繁殖材料对于村社或农户并没有采取保密措施。对于《甘肃省农作物种子生产基地管理办法》的真实性、合法性、关联性没有异议，但认为现实中对于村社和农户来讲，亲本是自己购买的，售卖属于正常情况，不能将上述规定认定为华穗种业公司的保密措施。对于《品种选育报告》的真实性无法确认，但是上述报告内容在审定公告时会公开，社会公众均知悉“万糯2000”的品种来源，也均知晓“W68”的选育方法，“W68”的育种技术信息已经没有商业价值。

本案双方当事人对于“万糯2000”品种来源为“W67”×“W68”，“W68”是用万6选系与万2选系杂交后，经自交6代选育而成的事实无异议，本院经审查予以确认。关于华穗种业公司提交的其他证据的证明力，本院将结合本案争议问题进行分析认定。

一审查明的事实基本属实，本院予以确认。

本院认为

本院认为，本案被诉侵权行为是经凉州区人民法院于2020年9月21日采取证据保全措施指向搏盛种业公司获取、使用“万糯2000”的亲本“W68”技术信息的行为，应当适用2019年修正的反不正当竞争法。根据当事人上诉以及答辩情况，本案二审争议焦点在于：华穗种业公司是否有权提起本案侵权之诉；“万糯2000”的亲本“W68”是否符合商业秘密的保护条件；搏盛种业公司是否实施了侵害商业秘密的行为；一审判决将搏盛种业公司生产的库存“W68”玉米种子全部交付给华穗种业公司是否正确。

(一)关于华穗种业公司是否有权提起本案侵权之诉

搏盛种业公司认为华穗种业公司不能证明其为本案“W68”亲本的权利人，其无权提起本案侵权之诉。对此，本院认为，玉米育种主要包括自交系育种和杂交种育种，在杂交种的选育中，通常以利用杂种优势为主，从选育自交系开始。选育出优良的自交系是选育出优良杂交种的基础。对于玉米自交系的选育而言，一般从玉米单株开始，经过连续多代自交结合选择出具有一致性状以及遗传上相对稳定的自交后代系统，通常需要经过连续5-7代的自交和选择，并通过产量测试从而保证其产量和品质的优势。选育自交系的基本材料可以来自地方品种、各种类型的杂交种综合品种以及经过改良的群体，也可以选择杂交种后代选育出的自交系，采用哪一种基本材料与育种单位所拥有的种质资源基础、育种目标、育种者的经验和技术水平有关。本案中，“万糯2000”品种审定公告记载，“W68”和“W67”组配的“万糯2000”品种的选育人为华穗种业公司，搏盛种业公司亦认可“W68”是在万6选系和万2选系杂交基础上经过自交六代形成的自交系。从华穗种业公司以“W68”作为亲本进行组配选育“万糯2000”，并合法持有“W68”和“W67”组配的“万糯2000”品种，以及“W68”是在万6选系和万2选系杂交基础上经过了长达六代进行自交选择的事实可以推定，选育“W68”的基本材料来源于育种单位华穗种业公司所持有的种质资源，在无相反证据的情况下，结合玉米杂交育种领域常规做法，可以初步证明华穗种业公司为“万糯2000”父本自交系“W68”的育种开发者或权利人。因此，华穗种业公司有权针对“万糯2000”的亲本“W68”提起侵权之诉。

搏盛种业公司在二审程序中提交其自行委托的检验报告以及公证书,拟证明“万糯 2000”与案外品种“农科糯 336”使用的是同一个亲本,由此主张“万糯 2000”的亲本是他人选育,而非华穗种业公司,华穗种业公司作为本案原告的主体不适格,同时认为“W68”属于公共资源。对此,本院认为,“农科糯 336”的品种审定公告记载,育种者为北京市农林科学院玉米研究中心,品种来源为“ZN3”×“D6644-2”,搏盛种业公司亦认可该品种的亲本组合为“ZN3”×“D6644-2”,而“万糯 2000”的审定公告记载的“万糯 2000”的品种来源为“W67”×“W68”。据此比较可初步表明,上述两个品种的育种亲本来源不相同。搏盛种业公司在二审中根据其自行委托的检验报告主张上述两个品种的育种亲本实际相同。但该检验报告为其自行委托有关机构出具的意见,需要对检测程序的合法性、检测方法的科学性以及对照样品的真实性等进行审查。经审查,该检验报告所涉育种亲本样品来源不详。通过杂交种检测育种亲本来源的检验事项与该检验所依据的品种真实性和纯度的检验事项不同。由于该检验报告缺乏来源可靠的检材,且与搏盛种业公司所主张的待证事项之间缺乏关联性,其不能够证明“万糯 2000”的亲本“W68”是“农科糯 336”的亲本。故该检验报告不具有证明力,本院不予采纳。因此,搏盛种业公司提交的检验报告不能否定品种审定公告记载有关育种来源的事实,不能证明两个不同品种的亲本来源相同,更不能证明“W68”属于公共育种资源。对搏盛种业公司关于华穗种业公司提起本案侵权之诉主体不适格的上诉理由,本院不予支持。

(二)关于“万糯 2000”的亲本“W68”是否符合商业秘密的保护条件

根据 2019 年修正的反不正当竞争法第九条第四款的规定,商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。根据当事人的有关诉辩主张,本案“万糯 2000”的亲本“W68”是否符合商业秘密保护条件主要涉及以下具体问题。

1. 关于杂交种的亲本是否属于商业秘密保护的客体

华穗种业公司在本案中仅主张“W68”作为亲本属于商业秘密,并未主张其育种技术为商业秘密。搏盛种业公司在二审开庭审理中认为,只有与亲本相关的育种技术信息才属于反不正当竞争法保护的商业秘密,“W68”作为亲本不属于商业秘密的保护客体。对此,本院认为,作物育种过程中形成的育种中间材料、自交系亲本等,不同于自然界发现的植物材料,其是育种者付出创造性劳动的智力

成果,承载有育种者对自然界的植物材料选择驯化或对已有品种的性状进行选择而形成的特定遗传基因,该育种材料具有技术信息和载体实物兼而有之的特点,且二者不可分离。通过育种创新活动获得的具有商业价值的育种材料,在具备不为公众所知悉并采取相应保密措施等条件下,可以作为商业秘密依法获得法律保护。本案“W68”作为“万糯2000”亲本的事实已经证明,其在组配具有优良农艺性状、良好制种产量的杂交种中具备商业价值,具有竞争优势。因此,在其符合不为公众所知悉,并经权利人采取相应保密措施的条件,可以作为商业秘密获得反不正当竞争法的保护。搏盛种业公司关于只有与亲本相关的育种技术信息才能作为商业秘密保护对象的主张,法律依据不足,不能成立,本院不予支持。

2. “W68”在被诉侵权行为发生时是否不为公众所知悉,具有秘密性

上诉人诉称

搏盛种业公司上诉称,华穗种业公司及其利害关系人已经将“W68”作为产品销售,华穗种业公司委托种子繁育公司的制种行为导致“W68”成为商品被农民公开销售,因此“W68”不属于商业秘密。对此,本院认为,亲本是育种者最为核心的育种材料,通常不会进行公开买卖销售。育种者通常会委托种子繁育公司扩繁亲本进行制种,但委托制种的行为并非是销售亲本的行为。《中华人民共和国民事诉讼法》(2021年修正)第六十七条第一款规定,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。搏盛种业公司主张华穗种业公司将“W68”作为商品进行公开销售,对此有提供证据予以证明的责任,但搏盛种业公司未提交任何证据加以证明。在二审庭审中,搏盛种业公司称可以在市场上随时购买到“W68”种子,但明确拒绝向本院提供销售“W68”种子的主体信息,既难以证明其所称的可以通过市场购买得到的种子即为“W68”种子,又难以证明该购买渠道合法。搏盛种业公司对于其主张“W68”属于公开销售的品种或者“W68”已被推广应用的事实并未举证证明,因此不足以证明“W68”已经脱离了华穗种业公司的控制,处于公众容易获得的状态。

搏盛种业公司上诉认为“万糯2000”的审定公告对“W68”及其来源予以了披露,“W68”已经为公众所知悉,不属于商业秘密。对此,本院认为,“W68”作为商业秘密保护的客体是否为公众所知悉,应当以其是否为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得为标准,同时是否为公众所知悉的对象应当是指具体的技术信息内容,而非只是技术信息的名称或代号。权利人对育种材料的实际控制是利

用其遗传信息进行育种的关键，尚未脱离权利人实际控制、依法采取保密措施的育种材料难以满足为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的构成要件，即具有秘密性。本案中，“W68”属于不为公众所知悉的育种材料，主要理由如下：

第一，对于选择育种而言，从杂种第一次分离世代开始选株，分别种成株行到以后世代的选育，均是在优良的系统中选择优良单株，直到选出优良一致的品系。为便于考查株系历史和亲缘关系，对各世代中的单株、株系均予以系统的编号。“W68”仅是育种材料的编号，是育种者在作物育种过程中为了下一步选择育种而自行给定的代号，其指向的是育种者实际控制的育种材料。虽然特定编号如“W68”代表了育种者对自然界的植物材料选择驯化形成的特定遗传基因，但是特定遗传基因承载于作物材料中，脱离作物材料本身的代号并不具有育种价值，对育种材料的实际控制才是利用其特定遗传信息的前提。在创造变异、选择变异、固定变异的育种过程中，作物代号仅用于标注遗传信息的来源，只凭借品种审定公告中披露“W68”的名称信息，并不能实际知悉、获得、利用“W68”育种材料所承载的特定遗传信息。由于育种创新的成果体现在植物材料的特定基因中，无法将其与承载创新成果的植物材料相分离，公开该代号并不等于公开该作物材料的遗传信息，在该作物材料未脱离育种者控制的情况下，相关公众无法实际知悉、获得、利用该代号所指育种材料的遗传信息。因此，公开代号的行为并不会导致其所指育种材料承载的遗传信息的公开。

第二，审定公告记载“万糯 2000”以“W67”为母本、以“W68”为父本杂交，披露了“W68”是用万 6 选系与万 2 选系杂交后，经自交 6 代选育而成。该事实证明“W68”的育种来源已经被公开，但不能证明“W68”本身属于容易获得的育种材料，丧失了不为公众所知悉的秘密性。首先，万 2 选系和万 6 选系作为选育亲本的作物材料，按照育种领域的惯例，是作物育种的核心竞争力，通常育种者并不进行公开销售，公众难以获得。搏盛种业公司并无证据证明万 2 选系和万 6 选系属于公共育种资源。而如果没有万 2 选系和万 6 选系的育种来源，则难以进行选择育种进而获得稳定的自交系“W68”。其次，杂交育种涉及杂交亲本的选配、杂交技术与杂交方式的确定、杂交后代的选择等育种阶段，需要进行大量的选种制种工作，且杂交的结果并不唯一。在通过杂交创造变异的群体，然后在变异的群体中选择变异，自交后稳定变异，最后形成纯系品种的选育过程中，各世代要经历选择变异和稳定变异的环节。因此，退一步而言，即便能够获得万 2

选系和万 6 选系，在选育自交系亲本的过程中，育种者面临对优良单株、株系的选择时，在子代的选择中具有一定程度的不确定性。对于玉米制种而言，即使在公开亲本自交系的选育来源以及作物目标的情况下，不同的育种者得到的纯系品种也不可能完全一致。因此，即便能够利用万 2 选系和万 6 选系进行杂交育种，获得的自交系也并不必然是“W68”，不能仅从公开“W68”的育种来源推定得出“W68”已为公众所知悉。

第三，搏盛种业公司上诉认为“万糯 2000”公开销售的事实导致其亲本“W68”丧失秘密性，主张“W68”可以通过公开销售的“万糯 2000”获得。对此，本院认为，尽管玉米杂交种是由其亲本杂交育种获得，但是基于玉米杂交繁育特点和当前的技术条件，从杂交种反向获得其亲本的难度很大。反向获得的难易程度与所付出的成本呈正相关性，需要付出的成本越高则反向获得的难度越高，反向获得的可能性就越小。从已公开销售“万糯 2000”的事实是否可以推定得出其亲本“W68”丧失秘密性，需要审查通过“万糯 2000”获取其亲本“W68”的所付出的成本，从而判断是否容易获得。很显然，从子代分离出亲本并培育亲本并非普通育种者不付出创造性的劳动就容易实现。如果不通过对“万糯 2000”进行专业的测序、分离，难以获得其亲本，更难以保证获得的亲本与“W68”完全相同。搏盛种业公司也并未提供任何证据证明通过“万糯 2000”可以轻松获得其亲本“W68”。因此，公开销售“万糯 2000”的事实不能当然导致其亲本“W68”为公众容易获得，更不能得出亲本“W68”丧失秘密性的结论。

3. “W68”是否经权利人采取了相应的保密措施

搏盛种业公司上诉认为，华穗种业公司并没有对“W68”采取足够的保密措施，因此不应当作为商业秘密受到保护。对此，本院认为，权利人在被诉侵权行为发生以前采取了合理保密措施，在正常情况下足以防止商业秘密泄露的，人民法院应当认定权利人采取了作为商业秘密法定构成要件的“相应的保密措施”。人民法院认定保密措施时，应当考虑保密措施与商业秘密的对应程度。植物生长依赖土壤、水分、空气和阳光，需要进行光合作用，“W68”作为育种材料自交系亲本，必须施以合理的种植管理，具备一定的制种规模。在进行田间管理中，权利人对于该作物材料采取的保密措施难以做到万无一失。因此，对于育种材料技术信息的保密措施是否合理，需要考虑育种材料自身的特点，对于采取合理保密

措施的认定不宜过于严苛,应以在正常情况下能够达到防止被泄露的防范程度为宜。

华穗种业公司在一审中提交了该公司的保密制度以及其与“万糯 2000”玉米新品种的育种者、公司高管、委托制种企业签订的保密协议。结合华穗种业公司在二审中提交的证据,经本院审查,对内而言,华穗种业公司内部有保密制度,规定了公司育种技术资料、育种样品以及育种亲本等繁殖材料属于公司秘密,不得泄露,规定了公司相关人员在任职期间以及离职后的一定期间对种子育种方法、育种亲本以及用于繁育种子的技术资料、繁殖材料等商业秘密进行保密,离职时应当将自己持有的所有商业秘密资料等物品移交指定人员并办妥相关手续,否则承担违约责任;对外而言,华穗种业公司与其有委托制种关系的案外人金源种业公司签订的《委托繁种合同》中约定,繁育品种名称予以代号,金源种业公司按计划生产的合格种子全部交给华穗种业公司,不得截留和自行销售,并对华穗种业公司提供的自交系负责保密,不得向外扩散。在金源种业公司委托前述村民委员会制种的繁育合同中,约定亲本种子不外流、不自留。还需要指出的是,在制种基地,相关行政管理部门要求受委托制种的生产者进行备案,备案内容要求完整,特别是要求委托生产合同齐全,品种权属以及亲本来源清晰,生产品种以及面积与合同约定相一致,上述内容属于生产者在履行合同时应当承担的义务,也是制种散户在履行委托制种合同时应当承担的义务。委托育种合同的受托人擅自扩大委托育种合同的生产繁殖规模,私自截留、私繁滥制、盗取亲本的行为均属于违法违规行。而且,本案并无证据证明“W68”已被受委托制种单位非法披露、扩散。根据《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第六条的规定,综合考虑杂交育种的行业惯例、繁育材料以代号称之、制种行为的可获知程度等因素,华穗种业公司采取的上述避免亲本被他人非法盗取、获得及不正当使用的保密措施,符合商业秘密法定构成要件的“相应的保密措施”。

综上,“W68”属于反不正当竞争法下商业秘密保护的客体,作为通过育种创新获得的具有育种竞争优势的育种材料,具有商业价值,不为所属领域的相关人员普遍知悉也不容易获得,且经权利人采取了相应的保密措施,符合商业秘密的构成要件,依法应当受到反不正当竞争法的保护。

(三)关于搏盛种业公司是否实施了侵害商业秘密的行为

搏盛种业公司上诉主张被诉侵权种子是其合法取得,用于科研活动的繁殖材料。对此,本院认为,首先,搏盛种业公司对被诉侵权种子是其合法获得或者通过自主繁育取得的主张有责任提供证据证明。对于合法获得的问题,搏盛种业公司未提交“W68”的交易记录或者获得信息,其生产繁殖“W68”所用育种材料的来源无据可查;对于自主繁育问题,如前所述,搏盛种业公司既无证据证明其持有选育“W68”的万2选系和万6选系,也无证据证明其被诉侵权种子是由其他育种选系选育而来。搏盛种业公司不能提供被诉侵权种子的任何购买或自主繁育记录,其关于“W68”是合法取得的上诉主张,缺乏事实依据,本院不予支持。其次,搏盛种业公司主张其种植“W68”属于科研行为,然而,其并没有提交被诉侵权种子与科研育种相关的任何育种计划、育种记录或者委托育种合同。而且,在科研活动中正当利用他人享有权利的繁殖材料进行育种,原则上必须用于科研目的,且不得超出实现科研目的所必需的规模和数量。从搏盛种业公司种植“W68”的规模和数量看,难以符合上述要求。再次,搏盛种业公司有意隐瞒被诉侵权种子的真实信息。搏盛种业公司在一审庭审中对于证据保全的被诉侵权种子主张是“盛甜糯9号”的亲本自交系“白糯913”,二审中又主张是“农科糯336”的亲本。可见,搏盛种业公司有掩饰和隐瞒其扩繁获得被诉侵权种子的不正当行为。综上,搏盛种业公司关于生产繁殖“W68”的行为属于科研行为的上诉主张,缺乏事实依据,本院不予支持。

根据反不正当竞争法第三十二条第一款的规定,在侵犯商业秘密的民事审判程序中,商业秘密权利人提供初步证据,证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施,且合理表明商业秘密被侵犯,涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。本案中,证据保全获得的被诉侵权玉米果穗共两袋,分别标注总厂和晒场,将前者与中国农业科学院国家种质保藏中心的“W68”标准样品进行鉴定,鉴定结果为分子检测位点一致。至此,华穗种业公司已完成证明其权利被侵害的初步举证责任。搏盛种业公司作为被诉侵权方,未能举出有效证据证明“W68”不符合商业秘密的保护条件,相反,其种植获得的被诉侵权种子为“W68”的事实表明其实际生产繁殖了“W68”。搏盛种业公司既不能提交证据证明是通过对“W68”的育种来源合法繁育获得的被诉侵权种子,也不能证明其是自主繁育获得与“W68”相同的被诉侵权种子。综合前述作物选择育种的基本情况,足以认定被诉侵权种子是搏盛种业公司采取不正当手段获取“W68”

后扩繁生产而来，该行为属于反不正当竞争法第九条第一款第一项、第二项规定的侵犯商业秘密行为。一审法院关于搏盛种业公司构成侵害商业秘密行为的认定正确，本院予以维持。

需要强调的是，综合运用植物新品种权、专利权、商业秘密等多种知识产权保护手段，构建多元化、立体式的农作物育种成果综合法律保护体系，符合我国种业发展的现状。植物新品种和商业秘密两种制度在权利产生方式、保护条件、保护范围等方面都存在差异，权利人可以根据实际情况选择不同保护方式。在作物育种过程中，符合植物品种权保护条件的育种创新成果，可以受到植物新品种权制度的保护。同时，杂交种的亲本等育种材料符合商业秘密保护要件的，可以受到反不正当竞争法的兜底保护。将未获得植物新品种保护的育种创新成果在符合商业秘密的条件下给予制止不正当竞争的保护，是鼓励育种创新的必然要求，也是加强知识产权保护的应有之意。法律并未限制作物育种材料只能通过植物新品种保护而排除商业秘密等其他知识产权保护，对作物育种材料给予商业秘密等其他知识产权保护不会削弱植物新品种保护法律制度，而是相辅相成、相得益彰的关系。当然，对作物育种材料给予商业秘密保护，并不妨碍他人通过独立研发等合法途径来繁育品种，也并不妨碍科研活动的自由。搏盛种业公司认为一审法院对亲本繁殖材料无限期、无原则的保护会削弱植物新品种保护制度的主张，本院不予认同。

(四)关于一审判令将搏盛种业公司生产的库存“W68”玉米种子全部交付给华穗种业公司是否正确

根据上述分析，搏盛种业公司的有关行为已经构成对华穗种业公司商业秘密的侵害，依法应当承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。就本案民事责任承担问题，搏盛种业公司虽上诉请求撤销一审判决，改判驳回华穗种业公司的诉讼请求，但并未对一审判决确定的立即停止侵害和损害赔偿数额的民事责任提出具体的上诉主张和理由，仅对一审判令将搏盛种业公司生产的库存“W68”玉米种子全部交付给华穗种业公司提出异议。在侵权定性成立、被诉侵权人依法应当承担相应侵权责任，而被诉侵权人上诉中并未对立即停止侵害和损害赔偿数额问题提出具体主张和理由，且本院亦未发现一审判决有关内容有明显不妥的情况下，本院对此不再作进一步审查，一审判决的有关认定和处理应予维持。

关于搏盛种业公司生产的库存“W68”玉米种子，如前所述，“W68”作为反不正当竞争法保护的商业秘密，具有技术信息和载体实物兼而有之的特点。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第十八条规定：“权利人请求判决侵权人返还或者销毁商业秘密载体，清除其控制的商业秘密信息的，人民法院一般应予支持”。一审判令搏盛种业公司将其库存“W68”玉米种子全部交还给华穗种业公司，并无不当。

二审裁判结果

综上所述，搏盛种业公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实基本清楚，适用法律正确，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 18300 元，由上诉人武威市搏盛种业有限责任公司负担。

本判决为终审判决。

审判长罗霞

审判员刘晓梅

审判员雷艳珍

二〇二二年十一月二日

法官助理徐世超

书记员李思倩

15. “油气微生物勘探”技术秘密侵权案【盎亿泰地质微生物技术（北京）有限公司与英索油能源科技（北京）有限责任公司、罗某某、李某、胡某某、张某某等侵害技术秘密纠纷案】

【案号】（2021）最高法知民终 1363 号

【基本案情】盎亿泰公司为油气微生物勘探相关技术秘密权利人，其以前员工罗某某、李某、胡某某、张某某违反保密义务将涉案技术秘密披露给英索油公司使用为由，向北京知识产权法院提起诉讼。一审法院判决英索油公司、罗某某、李某停止侵害，英索油公司、李某连带赔偿经济损失 50 万元并支付维权合理开支 25 万元。盎亿泰公司、英索油公司、罗某某、李某均不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，本案系因前员工组建新公司并侵害原任职公司技术秘密引发的案件，英索油公司在实际经营中使用盎亿泰公司的技术秘密，有明显的主观恶意，且考虑油气微生物勘探领域经营者较少，市场竞争并不充分，可以推定英索油公司不当攫取了原本属于盎亿泰公司的交易机会，应将其全部获利作为侵权获利。遂改判全额支持了盎亿泰公司的上诉请求。

【典型意义】本案明确侵权人有明显过错且侵权行为直接决定商业机会时，原则上可以将全部获利作为侵权获利，即实质认定侵权利润全部来自于涉案技术秘密。裁判释放了切实加强技术秘密保护，有力维护公平竞争的强烈信号。

裁判文书摘要

案号 （2021）最高法知民终 1363 号

审理法院 最高人民法院

当事人 李雪

盎亿泰地质微生物技术（北京）有限公司

英索油能源科技（北京）有限责任公司

罗楚平

胡津宇

张思梦

立案年度 2021

裁判时间 2022-10-26

裁判结果 撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2021)最高法知民终 1363 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司。

法定代表人: 梅海, 该公司董事长、经理。

委托诉讼代理人: 李德宝, 北京允天律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 张秋林, 北京允天律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 英索油能源科技(北京)有限责任公司。

法定代表人: 罗楚平, 该公司总经理。

委托诉讼代理人: 张丽霞, 北京市长安律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 罗楚平。

委托诉讼代理人: 张丽霞, 北京市长安律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 涂萧恺, 北京市长安律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 李雪。

委托诉讼代理人: 张丽霞, 北京市长安律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 涂萧恺, 北京市长安律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 胡津宇。

委托诉讼代理人: 赵建兵, 北京保和律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 张思梦。

委托诉讼代理人: 赵建兵, 北京保和律师事务所律师。

审理经过

上诉人盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司(以下简称盎亿泰公司)、英索油能源科技(北京)有限责任公司(以下简称英索油公司)、罗楚平、李雪因与被上诉人胡津宇、张思梦侵害技术秘密纠纷一案, 不服北京知识产权法院于 2020 年 7 月 31 日作出的(2017)京 73 民初 1382 号民事判决, 向本院提起上诉。本院于 2021 年 7 月 13 日立案后, 依法组成合议庭, 并于 2021 年 10 月 11 日不公开开庭审理了本案, 上诉人盎亿泰公司委托诉讼代理人李德宝、张秋林, 上诉人英索

油公司委托诉讼代理人张丽霞，上诉人李雪及上诉人罗楚平、李雪共同委托诉讼代理人张丽霞、涂萧恺，二被上诉人胡津宇、张思梦共同委托诉讼代理人赵建兵到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

盎亿泰公司上诉请求：1. 依法改判原审判决，判令英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦停止侵害盎亿泰公司技术秘密的行为；2. 英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦共同赔偿盎亿泰公司经济损失 200 万元、合理开支 50.7 万元，其中张思梦在 10% 范围内承担连带责任。事实和理由：1. 涉案技术秘密为盎亿泰公司从其他公司处获得许可、转让加自身研发而形成，按照最新的证据规则，涉及身份关系的证据才需要认证，涉案技术转让协议不需进行认证，盎亿泰公司为本案适格原告。2. 原审判决有关涉案部分密点不具秘密性的认定错误，盎亿泰公司主张的技术信息均构成技术秘密。3. 英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦均侵害了涉案技术秘密，英索油公司并未提交充分证据证明其自主研发了涉案技术秘密。4. 张思梦公司参与了洛克石油(中国)公司(以下简称洛克公司)的“南海珠江口盆地 03/33 和 16/07 勘探区块海底地质微生物调查项目”(以下简称洛克项目)，洛克项目使用了涉案技术秘密，张思梦构成对涉案技术秘密的共同侵害。5. 胡津宇存在披露和允许他人使用密点 7、8 的行为，且胡津宇作为“微生物油气勘探采集技术规程”起草者之一，该规程包含了涉案密点 1、2、9，胡津宇使用涉案技术秘密用于为英索油公司制定企业标准，且参与洛克项目，构成共同侵权。6. 原审判决赔偿金额过低，盎亿泰公司提交的两个项目审计报告均经过会计师事务所审计，项目平均营业利润可作为赔偿依据。

英索油公司、罗楚平、李雪辩称：原审判决认定事实不清，适用法律错误，请求驳回盎亿泰公司的上诉请求。盎亿泰公司并非本案适格原告，其主张的技术信息不构成技术秘密；英索油公司使用的是自主研发的技术，英索油公司、罗楚平、李雪并无侵权行为。

胡津宇、张思梦辩称：盎亿泰公司不是本案适格原告，胡津宇、张思梦未接触盎亿泰公司涉案技术信息，亦未参与洛克项目，不构成侵权，请求驳回盎亿泰公司的上诉请求。

英索油公司、罗楚平、李雪共同上诉请求：1. 依法撤销原审判决；2. 依法改判驳回盎亿泰公司的诉讼请求或发回重审。事实和理由：1. 盎亿泰公司并非本案适格原告，其与 Geo-Microbial Technologies Inc. (以下简称 GMT 公司) 签订的技

术转让协议未经公证，不应作为证据采信，且该技术转让协议中明确技术内容会提供英文版的“绝密”文件，但盎亿泰公司在本案中提供的技术秘密载体文件中并无该英文版“绝密”文件；若认定盎亿泰公司技术来源于 GMT 公司，则其应为涉案技术秘密的使用权人，而非原审认定的“利害关系人”。2. 盎亿泰公司主张的技术信息均为公知技术，且其未提交相应证据证明其所主张的技术信息具有价值，亦未提交证据证明其采取了保密措施，故盎亿泰公司主张的技术信息不构成技术秘密。3. 英索油公司使用的是自主研发的技术，与盎亿泰公司主张的技术信息不同，英索油公司、罗楚平、李雪并无侵权行为。4. 原审法院认定的停止侵权责任不明；原审法院认定洛克项目中使用了密点 13、14、16，但洛克项目已于 2019 年 11 月 21 日完工验收，即使存在侵权行为，该侵权行为也已经停止，所以判决英索油公司、李雪因在洛克项目中使用了涉案技术秘密而停止侵权没有事实依据；盎亿泰公司所主张的密点 16 已经于 2017 年 5 月 31 日申请了专利并公开，已为公众所知悉，就密点 16 即使存在侵权行为，截止到 2017 年 5 月 31 日也已经停止；罗楚平侵权行为的停止也应仅限于删除电脑中英索油公司企业标准中体现的涉案技术秘密的密点 1、2、9。

盎亿泰公司辩称：盎亿泰公司是本案适格原告，其在本案中主张的技术信息构成技术秘密，英索油公司、罗楚平、李雪均构成侵权，应承担停止侵权及相应的赔偿责任。

胡津宇、张思梦述称：同意英索油公司、罗楚平、李雪的上诉意见。

盎亿泰公司向原审法院提起诉讼，原审法院于 2017 年 8 月 1 日立案受理，盎亿泰公司起诉请求：1. 英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦立即停止侵害盎亿泰公司技术秘密的行为；2. 英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇共同赔偿盎亿泰公司经济损失 588 万元以及盎亿泰公司为调查、制止侵权行为支付的合理费用 50.7 万元（代理费 50 万元、公证费 0.7 万元），共计 638.7 万元，张思梦在 638.7 万元的 10% 范围内承担连带责任；3. 本案诉讼费由英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦承担。事实和理由：盎亿泰公司享有具有自主知识产权的油气微生物烃检测技术体系 MGCE，并主要通过技术秘密的方式进行保护。李雪、罗楚平、胡津宇、张思梦此前均为盎亿泰公司核心员工。李雪在盎亿泰公司工作期间，便已积极参与创设英索油公司，盎亿泰公司于 2017 年 1 月 20 日将李雪开除。盎亿泰公司可以合理相信李雪向英索油公司披露了其掌握和非法获取的技术

秘密,并允许后者使用该技术秘密。罗楚平从盎亿泰公司离职后创立英索油公司。盎亿泰公司可以合理相信罗楚平向英索油公司披露了其掌握的技术秘密,并允许后者使用该技术秘密。英索油公司成立于2016年9月23日,提供与盎亿泰公司基本完全相同的油气微生物勘探技术服务。在短短不到一年时间内,英索油公司于2017年5月左右在洛克项目中成功中标。盎亿泰公司可以合理相信英索油公司明知李雪、罗楚平的前述违法行为,仍获取和使用上述来自李雪和罗楚平的技术秘密。李雪与胡津宇、张思梦就加入英索油公司进行过接洽,盎亿泰公司可以合理相信胡津宇、张思梦向英索油公司披露了其掌握的技术秘密,并允许后者使用该技术秘密。英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦严重侵害盎亿泰公司的技术秘密,并以低廉价格参与市场竞争,已对盎亿泰公司的正常生产经营造成严重不良影响,并导致巨大经济损失。

一审原告诉称

英索油公司、罗楚平、胡津宇原审辩称:1.微生物油气勘探技术是一种利用微生物作为指示油气存在的勘探方法。盎亿泰公司成立于2007年,是利用美国微生物石油调查技术在国内提供商业技术服务。英索油公司成立于2016年,利用自主研发的地质微生物勘探技术在国内提供商业技术服务。2.盎亿泰公司主张的微生物烃检测技术为公知技术。盎亿泰公司所称的美国地质微生物技术公司是盎亿泰公司所称的“技术秘密”的输送方,而该公司的SSG技术不是专利或专有技术,是公开的技术。3.英索油公司的微生物油气勘探技术是公开信息加自主研发。英索油公司的微生物油气勘探技术名称是地质微生物勘探技术(GMET),该技术的组成:方案设计-样品采集-实验室检测-数据解释。英索油公司的技术来源于公开发布的文献资料、公开的专利方法和相关国家及行业标准。微生物检测过程中部分关键节点是自主研发。故英索油公司、罗楚平、胡津宇没有侵权行为,应依法驳回盎亿泰公司的诉讼请求。

李雪原审辩称:不同意盎亿泰公司的诉讼请求。盎亿泰公司起诉的事实与理由没有任何依据,与实际不符。法院证据保全的电脑不是李雪的私人电脑,且电脑中的文件均属于公知信息。李雪没有收取、窃取过盎亿泰公司的技术秘密,也没有向他人披露过技术秘密。故请求驳回盎亿泰公司的诉讼请求。

张思梦原审辩称:张思梦于2010年7月1日起开始在盎亿泰公司工作,曾分别在勘探部和综合研究部任项目工程师和总监助理,于2016年11月11日从

盎亿泰公司离职。在盎亿泰公司任职期间，张思梦仅为普通职员，无论从薪资还是级别等各方面均没有核心人员的认证，更没有资格参与高层会议和重大决策，而且盎亿泰公司没有任何技术秘密文件，张思梦对其技术秘密不知悉。张思梦对盎亿泰公司起诉书中主张的事实一概不知，盎亿泰公司完全是毫无事实根据的猜测。故不同意盎亿泰公司的诉讼请求。

原审法院认定事实：

一、涉案技术秘密的事实

(一) 技术秘密来源

盎亿泰公司称其所主张的技术方案来源于 GMT 公司和 AE&ETechnology, LLC. (以下简称 AE&E 公司) 的技术许可，并在技术许可基础上进一步自行研究开发。为证明该主张，盎亿泰公司向原审法院提交以下证据：

1. 2006 年 10 月 17 日，GMT 公司与 AE&E 公司签订《合作协议》，盎亿泰公司的法定代表人梅海代表 AE&E 公司在该协议上签字。协议约定 AE&E 公司为 GMT 公司在中国的独占代表，负责在中国和向中国公司推广包括微生物技术 (MOST)、吸附气技术 (SSG)、微生物油藏表征技术 (MRC) 在内的合作技术；

2. 2009 年 11 月 13 日，GMT 公司与 AE&E 公司签订的《合作协议》及 2010 年 5 月 5 日双方签订的《DNA 合作协议补充协议》，盎亿泰公司的法定代表人梅海代表 AE&E 公司在上述两份协议上签字。协议就双方 DNA 油气勘探技术的联合研发项目进行了约定，协议有效期自 2009 年 11 月 13 日至 2012 年 11 月 13 日止；

3. 2012 年 1 月 26 日，GMT 公司与 AE&E 公司签订《技术转让协议》，GMT 公司向 AE&E 公司转让陆域和海域微生物石油调查技术 (MOST) 和吸附气技术 (SSG)；

4. 2012 年 2 月 1 日，AE&E 公司与盎亿泰公司签订《技术排他实施许可协议》，盎亿泰公司获得 AE&E 公司对陆域和海域微生物石油调查技术 (MOST) 和吸附气技术 (SSG) 的排他实施许可，许可期限自 2012 年 2 月 1 日至 2042 年 1 月 26 日。

盎亿泰公司为证明其技术秘密具有合法来源及其研发投入，还向原审法院提交了多个国内项目及课题证据。

(二) 技术秘密载体及密点内容

盎亿泰公司主张的涉案技术秘密为一种微生物化学勘探采集检测技术，载体为《微生物地球化学勘探采集技术规程》《8.1b 生产管理之海上取样施工规范》《QAYTJ0703 海洋沉积物烃氧化菌微生物值的测定 5》《白云凹陷西南断阶带油气

微生物勘探中期成果汇报》。经查看密点载体文件的属性信息，上述四个载体文件的最后修改时间分别为2012年10月19日、2009年1月4日、2014年11月5日、2015年7月28日。

盎亿泰公司主张的技术秘密体现在19处(以下简称密点)，其中对密点4、6、11、17、18已放弃，现本案审理的密点共计14处(具体内容及对应载体见附件，附件略)。

在案件审理过程中，盎亿泰公司要求对密点19的内容进行修改，该密点原内容为：“将标准偏差的计算、频率直方图的观察和分形的方法，三种方法结合使用来寻找门槛值的方法。具体包括：……”。涉及该密点的载体文件为《白云凹陷西南断阶带油气微生物勘探中期成果汇报》第四部分“1、MOST成果-MV异常等级划分”包括(1)数理统计、(2)分形方法(含量-总量法)、(3)正演模型-BY18-1圈闭类比。

二、双方基本情况

(一)盎亿泰公司

盎亿泰公司成立于2007年1月12日，经营范围包括石油天然气勘探、开采和生物技术的技术开发、技术服务、技术转让、技术推广、技术咨询等。

盎亿泰公司为证明其领先地位，向原审法院提交高新技术企业证书、ISO90012008注册证书，以及其法定代表人获得的“首都之窗”中关村国家自主示范区网站上“第二批中关村获得中央千人计划人员名单(2009年公布)”“北京市海外高层次人才”“北京市特聘专家”证书、2009年中关村高端领军人才证书、“国家特聘专家”证书作为证据。五被告侵权人对中关村国家自主示范区网站相关网页的真实性不予认可，在案件审理过程中，盎亿泰公司认可现已无法访问上述网页。盎亿泰公司称其制定了保密工作管理制度、劳动用工管理制度，并在公司办公场所的墙上悬挂企业文化高压线漫画挂图。

(二)英索油公司

英索油公司成立于2016年9月23日，经营范围包括石油天然气勘探、开采和生物的技术开发、技术服务、技术推广、技术转让、技术咨询等。

(三)罗楚平

罗楚平自盎亿泰公司成立入职该公司，先后在该公司担任业务经理、项目经理、总裁助理、工程部总监等职务。2016年7月11日，双方经协商解除劳动关系。罗楚平现为英索油公司法定代表人。

盎亿泰公司与罗楚平签订有多份保密协议，具体包括：1. 2007年1月12日、2010年12月31日双方之间签订的《劳动合同》有关于“保守商业秘密及竞业限制”的约定；2. 2009年1月12日、2010年1月1日双方签订《保密协议》作为劳动合同附件；3. 2010年12月31日双方签订《保密协议》，协议约定：“公司商业秘密定义(2)甲方(即盎亿泰公司)之技术信息，包括但不限于技术文件、产品技术规范或技术标准、技术参数、产品/技术设计、技术成果、技术诀窍(包括配方、工艺参数、工艺规程、工艺文件等)、新产品开发状况、试验、试制进展情况、本公司现有的以及正在开发或者构想之中的经营项目的信息和资料；……载体包括但不限于：纸质文件、电子文件、传真、磁带、磁盘、仪器以及其他任何形式的载体；二、保密义务在未经甲方书面同意前，乙方(即罗楚平)不得：1. 将公司商业秘密用于任何甲方未指定之事物；2. 以任何形式向任何第三方泄露公司商业秘密，或协助第三方使用不正当手段获取公司商业秘密；出于本合同之目的，上述条款中所称之‘以不正当的手段获取’，是指：盗窃、欺诈、胁迫、贿赂、擅自复制、违反保密义务、引诱他人违反保密义务或其他类似方法。在以下情况下披露及使用甲方商业秘密的，不视为违反本协议。1. 在披露或使用该商业秘密时，该商业秘密已为公众所知、且乙方并无违约行为；2. 该商业秘密的披露已事先获得甲方书面同意；3. 该商业秘密的披露系顺应政府或诉讼之要求。五、返还义务乙方承诺：在甲乙双方解除或终止劳动关系时，乙方有义务在其工作中使用的‘公司商业秘密定义’下规定的资料交还甲方，乙方不得复制留存。”

(四)李雪

李雪于2008年2月28日入职盎亿泰公司，担任研发部研究员等职务。2011年11月1日盎亿泰公司与李雪签订《保密协议》，协议内容与盎亿泰公司和罗楚平于2010年12月31日签订的《保密协议》内容基本相同。盎亿泰公司称李雪于2016年11月18日离职。2017年1月20日，盎亿泰公司作出《关于开除李雪的决定》，称2016年李雪在职期间，为离职人员罗楚平所成立的英索油公司组建实验室，且窃取公司绝密文件，对其作出开除处理。李雪为证明其离职时间，向原审法院提交北京市昌平区劳动人事争议仲裁委员会(以下简称昌平劳动争议

仲裁委员会)作出的京昌劳人仲字[2018]第488号裁决书,李雪在申请劳动争议仲裁中主张与盎亿泰公司于2016年11月16日解除劳动关系,最终昌平劳动争议仲裁委员会认定双方最迟已于2016年11月18日解除劳动关系,但对其解除劳动关系的具体日期未作认定。

盎亿泰公司称李雪为英索油公司组建实验室,现为英索油公司员工。李雪对此不予认可。

李雪向原审法院提交北京市社会保险个人权益记录、环能新科技术服务(北京)有限公司(以下简称环能新科公司)企业信息、环能新科公司为李雪购买办公用品的发票和收据等证据。上述证据显示,自2016年12月至2017年9月,李雪的社会保险缴纳单位为北京万岚世途生物科技有限公司,李雪为环能新科公司的股东。

李雪还向原审法院提交毕业证书、学位证书以及发表的论文,用以证明其学习专业为生物工程、地球化学,在研究生就读期间就一直在研究油气微生物勘探技术。

(五) 胡津宇

胡津宇于2014年7月11日入职盎亿泰公司,在该公司工程部担任测绘工程师。盎亿泰公司与胡津宇于2014年7月11日签订《保密协议》,协议内容与盎亿泰公司和罗楚平于2010年12月31日签订的《保密协议》内容基本相同。2016年8月31日胡津宇因个人原因离职。

盎亿泰公司称胡津宇现为英索油公司员工,但胡津宇称其自2016年9月至2017年5月在中交隧道工程局有限公司盾构工程公司工作,并提交其2016年9月18日至2017年9月21日光大银行工资流水复印件作为证据,胡津宇称因该银行卡已注销无法提交证据原件,该银行流水上有关工资的交易均未显示对方账号,盎亿泰公司对该证据真实性不认可。

胡津宇还向原审法院提交学历证书,用以证明其专业是测绘工程,不可能接触涉案技术秘密。

(六) 张思梦

张思梦于2010年6月17日入职盎亿泰公司,在该公司担任勘探部、综合研究部项目工程师。双方于2010年7月7日签订《劳动合同》及《保密协议》,其中《劳动合同》第九条对“保守商业秘密和知识产权”作出约定,《保密协议》

内容与盎亿泰公司和罗楚平于2010年12月31日签订的《保密协议》内容基本相同。2016年11月11日，张思梦因个人原因离职。

盎亿泰公司称张思梦现为英索油公司员工，但张思梦对此不予认可，并提交北京市社会保险个人权益记录，该记录显示自2016年11月至2017年11月张思梦的社会保险缴纳单位为中国石油大学(北京)，2017年12月其社会保险缴纳单位为中国政法大学。

三、被诉侵权行为的事实

(一)李雪、胡津宇相关的事实

2016年11月15日，盎亿泰公司工作人员对办公场所内放置的一台电脑进行封存。2016年12月5日，盎亿泰公司工作人员前往公证处，对一台电脑主机(主机编号NS19645680)中的相关文件导入自备的移动硬盘内并进行封贴。北京市方正公证处为此于2017年5月31日出具(2017)京方正内经证字第10362号公证书(以下简称第10362号公证书)。盎亿泰公司为此支付公证费5000元。盎亿泰公司称该电脑为李雪的办公电脑，其中保存的“1.微生物地球化学勘探采集技术规程”文件侵害其密点1、2、3、5、7、8、9、12。李雪不认可该电脑为其在盎亿泰公司工作期间的办公电脑。

根据盎亿泰公司的申请，原审法院于2017年10月16日前往位于北京市昌平区科技园区超前路甲1号10号楼801室的英索油公司办公场所进行证据保全，证据保全时有李雪、胡津宇在现场，原审法院对李雪、胡津宇使用的笔记本电脑内数据进行复制，并对纸质文件《微生物油气勘探技术和服务模式介绍》《地质微生物勘探野外采集技术规程》进行保全。在案件审理过程中，盎亿泰公司未能明确纸质文件《微生物油气勘探技术和服务模式介绍》中的哪些技术侵害其技术秘密。

经勘验，李雪电脑内保存有“微生物油气勘探采集技术规程”(起草人：罗楚平、胡津宇，2016年10月1日发布并实施)、“施工流程”(文件最后修改时间2016年11月29日)、“1607和0333区块微生物油气勘探项目中期成果81”(文件最后修改时间2017年8月1日)、

“SampleCollectionDesignofMicrobialOilandGasExplorationonBlock1607and0333-2017-3-14Dr. Zhang 修改意见”“微生物油气勘探海洋沉积物检测标准”(未记载起草人，2016年10月1日发布并实施)、“1607和0333区块微生物油气勘

探项目中期成果 8.9 修改”（文件最后修改时间 2017 年 8 月 9 日）等文件。其中，李雪电脑中的“微生物油气勘探采集技术规程”即《地质微生物勘探野外采集技术规程》，“微生物油气勘探海洋沉积物检测标准”即 Q/ISY07-2016《地质微生物勘探海洋沉积物烃氧化菌微生物值的检测方法》。胡津宇电脑保存有“工程部工作手册(管理流程)--2017.10.13”（文件最后修改时间 2017 年 10 月 13 日）等文件。经比对，李雪电脑中的“微生物油气勘探采集技术规程”与密点 1、2、3、5、7、8、9、12 的载体内容完全一致；“微生物油气勘探海洋沉积物检测标准”与密点 13 至 16 的载体内容完全一致。此外，盎亿泰公司还认为，李雪电脑中的“施工流程”“1607 和 0333 区块微生物油气勘探项目中期成果 81”与密点 9 的载体内容基本相同；

“SampleCollectionDesignofMicrobialOilandGasExplorationonBlock1607and 0333-2017-3-14Dr. Zhang 修改意见”与密点 10 的载体虽表述不同但内容相同，“1607 和 0333 区块微生物油气勘探项目中期成果 8.9 修改”与密点 19 的载体虽表述不同但内容相同。胡津宇电脑中的“工程部工作手册(管理流程)--2017.10.13”与密点 7、8 的载体内容完全一致。

（二）英索油公司相关的事实

2016 年 12 月 5 日，盎亿泰公司工作人员前往北京市方正公证处，对英索油公司网站上的相关页面进行浏览并进行证据保全。北京市方正公证处于 2017 年 5 月 31 日出具(2017)京方正内经证字第 10363 号公证书(以下简称第 10363 号公证书)。盎亿泰公司为此支付公证费 2000 元。盎亿泰公司未能明确英索油公司网站上的哪些内容侵害其技术秘密。

2017 年 4 月 11 日，洛克公司对洛克项目公开邀标。2017 年 5 月 23 日，英索油公司收到洛克公司发送的中标通知邮件。双方于 2017 年 6 月 6 日签订《南海珠江口盆地 03/33 和 16/07 勘探区块海底地质微生物调查总包服务合同》，合同总金额 735 万元。关于合同付款进度双方约定，英索油公司完成 03/33 合同区和 16/07 合同区全部海上样品采集工作并经验收合格后，洛克公司支付船舶费 285 万元；英索油公司完成合同项下全部工作、提交工作成果报告，且经技术专家组验收合格后，洛克公司支付技术服务费的 85%，即 382.5 万元；如最终钻探结果与微生物调查结果吻合或英索油公司推荐的井位吻合，洛克公司支付技术服

务费的15%，即67.5万元。2017年11月21日，洛克公司对该项目验收。英索油公司认可已经收到上述全部合同款项。

盎亿泰公司主张，李雪电脑中的“1607和0333区块微生物油气勘探项目中期成果81”

“SampleCollectionDesignofMicrobialOilandGasExplorationonBlock1607and0333-2017-3-14Dr. Zhang 修改意见”“南海珠江口盆地03/33和16/07勘探区块海底地质微生物调查项目中期成果”三个文件为洛克项目的文件，其中文件“1607和0333区块微生物油气勘探项目中期成果81”中第二部分“样品采集分析及质量控制”中的“实验分析”部分写到：英索油公司依托自有技术制定了企业标准，其中包括Q/ISY07-2016《地质微生物勘探海洋沉积物烃氧化菌微生物值的检测方法》，本次检测执行该标准，该标准即李雪电脑中的文件“微生物油气勘探海洋沉积物检测标准”；4-6写到：“切割20cm和(略)处各切割约600g样品”。盎亿泰公司据此主张英索油公司在洛克项目中使用了涉案技术秘密。

(三) 罗楚平相关的事实

盎亿泰公司认为罗楚平为英索油公司企业标准的主要起草人之一，并据此主张罗楚平应承担共同侵权责任。经查，李雪电脑中的“微生物油气勘探采集技术规程”记载罗楚平为起草人之一。

(四) 张思梦相关的事实

对保全的李雪电脑以“ZSM”进行检索得到9个文件，其中3个文件为洛克项目文件。其中名为“Roc项目讨论2016-11-15-chunlin”的文件，文件最后修改时间为2016年11月15日，内容包括：“思梦，请问你是不是可以作图大概计算一下，大于5m水深的多少，小于5m水深的多少，有一个百分比，不用精确，大概就行。如下图，可能为我们未来的采样区。你可以用相关软件建立一下基础矢量图库，对方图片中都有坐标，可以将对方圈闭面积线矢量化，而将对方的水深图图片格式导入作为底图，方便我们未来统计和设计。”此外，盎亿泰公司认为，孙海涛与张思梦为夫妻关系，且保全的李雪电脑中有多个文件显示孙海涛是洛克项目的主要参与人之一。盎亿泰公司据此主张张思梦积极参与了洛克项目。

盎亿泰公司主张的各被诉侵权人侵权行为具体为：1. 李雪非法获取、披露和允许英索油公司在洛克项目中使用涉案技术秘密；2. 胡津宇披露和允许英索油公司在洛克项目中使用涉案技术秘密；3. 英索油公司明知李雪、胡津宇的上述违法

行为，仍获取并在洛克项目中使用涉案技术秘密；4. 罗楚平使用涉案技术秘密参与起草英索油公司的企业标准；5. 张思梦积极参与洛克项目。

四、五被诉侵权人抗辩相关事实

(一)关于公知技术的抗辩

英索油公司及罗楚平等均不认可盎亿泰公司所主张的密点构成技术秘密，认为其已经被本领域公知信息所公开，英索油公司向原审法院提交以下公知证据：

证据一、GB/T31456-2015《石油与天然气地表地球化学勘探技术规范》，2015年5月15日发布，2015年8月1日实施；

证据二、DZ/T0185-1997《石油天然气地球化学勘查技术规范》，1997年7月1日发布，1998年1月15日实施；

证据三、SY/T5314-2011《陆上石油地震勘探资料采集技术规范》，2011年7月28日发布，2011年11月1日实施；

证据四、《青海木里三露天水合物微生物地球化学勘查研究》，郝纯、孟庆芬、梅海著，载于《现代地质》2015年10月第5期；

证据五、《微生物地球化学勘探技术及其在南海深水勘探中的应用前景》，郝纯、孙志鹏、薛健华、张思梦、宋爱学、梅海、李涛、曾小宇著，载于《中国石油勘探》2015年9月第5期；

证据六、《墨西哥湾含水合物和油气渗漏区海底表层沉积物中有机质饱和烃组成分布特征研究》，王翠萍、宋之光著，载于《地球化学》2007年1月第1期；

证据七、SY/T6009.1-2003《油气化探试样测定方法第1部分：酸解烃测定气相色谱法》，2003年3月18日发布，2003年8月1日实施；

证据八、申请号为201010195225.9、名称为“一种酸解烃制备装置及利用该装置进行酸解烃测定的方法”的发明专利，授权公告日为2012年10月17日；

证据九、《基于奇异值分解法的含量-面积法对化探异常的确定》，李宗敏、申维著，载于《地质通报》2008年5月第5期；

证据十、《分形技术用于查证化探异常》，刘二永、郭科、唐菊兴、杨林美著，载于《成都理工学院学报》2002年8月第4期；

证据十一、专利号为US2880142的发明专利及翻译件，取得专利日期为1959年3月31日；

证据十二、专利号为 US3096254 的发明专利及翻译件，取得专利日期为 1963 年 7 月 2 日；

证据十三、《浅析绝迹稀释法在测定细菌方面的应用》，段培珍、程丁山著，载于《青海石油》2014 年 3 月第 1 期；

证据十四、《细菌瓶法用于石油烃降解菌菌数测定》，易绍金著，载于《油田化学》2001 年 12 月 25 日第 4 期；

证据十五、Pextech 公司网页介绍及其翻译件；

证据十六、GMT 公司网页介绍及其翻译件；

证据十七、申请号为 201010519521.X、名称为“一种专性烃氧化菌检测方法”的发明专利，授权公告日为 2013 年 11 月 6 日；

证据十八、申请号为 201710074144.5、名称为“一种用于油气微生物勘探烃氧化菌检测的土壤样品的预处理方法”的发明专利，申请公布日为 2017 年 5 月 24 日；

证据十九、申请号为 200710067710.X、名称为“一种微生物相对含量检测计数方法”的发明专利，申请公布日为 2017 年 5 月 31 日；

证据二十、淘宝网上销售的美国 NascoWhirl-Pak 无菌采样袋的销售页面截图。

(二) 关于自有技术的抗辩

英索油公司主张其拥有自主研发的技术，并向原审法院提交用于研发记录的笔记本及其业务介绍作为证据。英索油公司未能针对盎亿泰公司主张的技术秘密明确其自主研发的技术与盎亿泰公司的技术秘密具体有何不同。

英索油公司认为洛克项目为海域项目，而盎亿泰公司主张的密点 1 至 8 均为陆地样本采集的相关技术，在海域项目中不可能使用到上述密点技术，盎亿泰公司对此予以认可。此外，英索油公司主张其在洛克项目中使用的为自有技术，与盎亿泰公司主张的涉案技术秘密不同，并向原审法院提交保全的李雪电脑中的文件“技术标书 4.20-华务号”（文件最后修改时间为 2017 年 4 月 20 日）和申请号为 201710545896.5、申请日为 2017 年 7 月 6 日、申请公布日为 2017 年 10 月 20 日的发明专利作为证据。

五、其他事实

为证明五被诉侵权人具有恶意，盎亿泰公司向原审法院提交其法定代表人梅海与李雪谈话的录音，以及盎亿泰公司发送给洛克公司的沟通邮件、律师声明函、邮单及签收证明。在谈话录音中，梅海明确告知李雪其行为涉及侵权。

为证明英索油公司所获利润，盎亿泰公司向原审法院提交了其对白云深水区微生物地化样品室内研究分析服务、辽西南洼旅大 8/9 构造带微生物油气勘探服务两个项目所作专项审计报告，前者利润率为 53.19%，后者利润率为 34.51%。

根据《1607 和 0333 区块微生物油气勘探项目中期成果 81》文件记载，洛克项目流程包括方案设计、样品采集、实验分析和综合评价四部分，其中样品采集部分中海域施工流程为坐标核准、导航定位、样品采集、样品保存、样品记录和样品审核。

为证明合理费用，盎亿泰公司向原审法院提交诉讼代理费发票 3 张和支付凭证、公证费发票 2 张。发票显示，盎亿泰公司先后向北京市集佳律师事务所支付诉讼代理费 30 万元，北京市集佳律师事务所分别于 2017 年 6 月 9 日出具发票 1 张、于 2017 年 8 月 15 日出具发票 2 张，盎亿泰公司先后向北京允天律师事务所支付诉讼代理费 20 万元，北京允天律师事务所于 2019 年 1 月 25 日出具发票 2 张。盎亿泰公司于 2016 年 12 月 5 日向北京市方正公证处支付公证费 5000 元用于办理第 10362 号公证书，于 2017 年 5 月 23 日支付公证费 2000 元用于办理第 10363 号公证书。

一审法院认为

原审法院认为：2017 年修订的《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称反不正当竞争法）于 2018 年 1 月 1 日起施行，本案盎亿泰公司主张的被诉侵权行为均发生于 2018 年 1 月 1 日以前，因此本案的审理应当适用 1993 年 12 月 1 日起施行的反不正当竞争法。

一、盎亿泰公司是否是本案适格主体

盎亿泰公司称其主张的技术秘密是在受让技术的基础上进行的自主研发，其提交的涉及 GMT 公司、AE&E 公司的多份协议，经过公证认证，五被诉侵权人对其真实性虽不认可，但未能提交反证予以证明，故对上述证据的真实性原审法院予以确认。上述证据可以证明盎亿泰公司的技术来源。但盎亿泰公司提交的国内项目、课题的相关证据，与其主张的涉案技术秘密之间不具有关联性，原审法院不予采信。

就技术秘密主张权利的当事人可以是技术的所有人也可以是利害关系人。在案件审理过程中，盎亿泰公司向原审法院明确了其主张的技术秘密内容，并提交了载体文件，其技术秘密具体为一种微生物石油勘探技术，属于反不正当竞争法保护的技术信息。盎亿泰公司提交的技术秘密载体文件的形成时间均在罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦离职时间之前。据此原审法院可以认定盎亿泰公司为涉案技术秘密的利害关系人，有权就涉案技术秘密提起诉讼。至于盎亿泰公司是否是其主张的涉案技术秘密的所有人，不影响其在本案中主张权利。

二、盎亿泰公司所主张的技术信息是否构成技术秘密

(一)秘密性，即不为公众所知悉。本案中，五被诉侵权人主张盎亿泰公司所称密点均已被公知信息所公开，且英索油公司向原审法院提交了公知信息相关的证据。其中，证据一至十四形成时间早于被诉侵权行为发生时，盎亿泰公司对其真实性不持异议，原审法院确认可以作为判断涉案技术秘密是否公开的证据。盎亿泰公司认为部分证据是地球化学勘探、石油地震勘探领域，与本案涉及的微生物勘探领域不同，不能作为判断涉案技术秘密是否公开的证据。对此原审法院认为，上述公知证据所涉领域与微生物勘探领域均属石油勘探技术领域，在样本采集等方面具有共性，可以作为判断涉案技术秘密是否公开的证据，对盎亿泰公司的抗辩意见原审法院不予采信。证据十五、十六因盎亿泰公司对其真实性不予认可，且网站现已无法访问，对证据的真实性原审法院无法确认。证据十七仅涉及密点 14，其公开时间早于被诉侵权行为发生时，可以作为判断密点 14 是否具备秘密性的证据。证据十八仅涉及密点 8，证据十九仅涉及密点 14、16，证据十八、十九两个专利公开时间均晚于被诉侵权行为发生时，故不能作为判断密点 8、14、16 是否具备秘密性的证据。证据二十的形成时间无法确认，不能作为判断涉案技术秘密是否公开的证据。

1. 关于密点 1：(1)关于 1，证据一中的避开其他人工或近期自然堆积、冲积物，既包括人工堆积物，也包括自然堆积物，盎亿泰公司关于避开新近松土区是指人工堆积物进而与证据一不同的主张不能成立，因此 1 已被证据一公开；(2)关于 2、3、4、8、9，证据一记载采样点应选在污染源 20cm 以外，选择在 20cm 以外与避开实质相同，此外，盎亿泰公司认可 2、3、4、8、9 中的水稻田、公路斜坡带等属于污染物，虽然证据一中要求避开的污染物可能还包含其他污染物，但盎亿泰公司所主张的密点内容仅是对具体污染物的列举，而污染物的种类应是

本领域相关人员普遍知悉的，因此 2、3、4、8、9 已被证据一公开；密点 1 的其余部分(略)均未被公开。因此，密点 1 部分具备秘密性。

2. 关于密点 2，要求采样点位不超过设计采样点间距的 25%，证据一记载在设计点位不具备采样条件时，可在测线、测点距 25%的范围内移动，二者均允许在设计采样点位的点间距 25%范围内偏移，因此该技术已经被证据一公开；在超过采样点间距的 25%时，(略)，该技术亦被证据一公开；密点 2 其余部分(略)的技术信息未被公开。密点 2 部分具备秘密性。

3. 关于密点 3，陆地样品包装中在装袋前剔除杂物已经被证据一公开，而采集的样品应不被污染是本领域相关人员普遍知悉的，该密点要求装样品的手不要摸机油、柴油、汽油所要达到的技术效果在于保证样品不被污染，在微生物领域该技术应为本领域相关人员普遍知悉，至于是用手还是使用工具将样品装入样品袋，是本领域相关人员普遍知悉的操作方法，不具备秘密性；陆地样品记录方法、内容与证据一所附采样记录卡中的内容以及证据四记载的需要记录的内容基本相同，已经被该证据公开。密点 3 不具备秘密性。

4. 关于密点 5，因英索油公司提交的证据二十无法确定证据形成时间，故不能作为判断该密点的秘密性的比对证据，但因盎亿泰公司所主张的微生物勘验检测技术的检测对象为微生物，封装采用透气的牛皮纸袋，是本领域相关人员普遍知悉的，而样品袋大小及金属条封装设计均是通过直观观察较为容易获悉的信息，因此该密点不具备秘密性。

5. 关于密点 7，从证据二记载的内容来看，抽查工作包括定点误差、转点精度，抽查工作量不低于各组总工作量的 10%与该密点要求的每采集十个点就对 GPS 测量准确性进行一次检查，所检查的内容均为点位的准确性，检查的数量不低于 10%和逢十设一的检查数量实质相同，而自查、互查均是本领域相关人员普遍采用的检查方式，该技术已经被证据二公开，该密点不具备秘密性。

6. 关于密点 8，如前所述，证据十六、十八不能作为判断该密点秘密性的证据，但对样品烘干采用恒温鼓风设备是本领域相关人员普遍知悉的，烘干时间取决于样品的实际含水情况，亦是本领域相关人员容易获得的技术，该密点不具备秘密性。

7. 关于密点 9，盎亿泰公司认可微生物检测采集 20cm 样品、地球化学酸解烃样品采集 100cm 样品已经被证据五公开，原审法院对此不持异议。因证据十五

的真实性原审法院无法确认，该证据不能用于该密点秘密性的比对。现无证据表明密点 9 已经被公开，因此该技术内容具备秘密性。

8. 关于密点 10，在样品装入密封后对其进行拍压使其呈扁平方形状，是为了便于存放，是本领域相关人员容易获得的操作方法，该密点不具备秘密性。

9. 关于密点 12，是对海域样品采集的记录内容，证据六的表 1 列出了颜色、气味、性质等，表 2 列出了可容有机质含量，表明上述样品特征均是记录海域样品经常使用的特征，因此将其在采集过程中进行记录，不具备秘密性。

10. 关于密点 13、14 系海洋沉积物烃氧化菌微生物培养基稀释液 A 和稀释液 B 的组成和含量，证据十一、十二公开的稀释液成分、含量与密点 13、14 的稀释液组成、含量均不同，证据十七虽公开了刃天青，但未公开稀释液 B 的其他组成、含量，因此不能据此认定密点 13、14 已为证据十一、十二、十七公开，密点 13、14 具备秘密性。

11. 关于密点 15，证据十三公开了二次重复法、三次重复法、四次重复法和五次重复法，其中四次重复法即“四个平行”，此外该证据还公开了取 1.0ml 水样注入到 1 号瓶内，再从 1 号瓶内取 1.0ml 水样注入到 2 号瓶中，以此类推一直稀释到最后一瓶为止，根据细菌含量决定稀释瓶数，一般稀释到 7 号瓶，稀释到 7 号瓶即“七个梯度的稀释度”，梯度稀释方法与密点 15 记载的方法相同，因此在“七个梯度的稀释度”已经被公开的前提下，根据细菌含量进行“六个梯度的稀释度”也是本领域相关人员容易获得的，因此密点 15 的“四个平行，六个梯度的稀释度”均已被证据十三公开，不具备秘密性。

12. 关于密点 16，如前所述，证据十九不能作为判断密点 16 的秘密性的证据，此外英索油公司未能明确还有哪些公知证据公开了密点 16，因此密点 16 具备秘密性。

13. 关于密点 19，盎亿泰公司在证据开示后请求对密点内容进行修正，鉴于其修改后的密点内容与载体文件记录的内容一致，而载体文件已经在证据开示前提交给原审法院，因此对其修正予以准许，原审法院以其修正后的密点内容进行审理。该密点系寻找门槛值的方法，双方对“异常下限”与“门槛值”含义相同无异议。证据一公开了标准偏差的计算和频率直方图的观察，证据九公开了分形的方法，而正演模型方法是石油勘探领域经常采用的寻找异常下限的方法。上述方法均已被分别公开，密点 19 将三种方法所得数值结合用于寻找门槛值的目的

在于使门槛值更趋于准确，但并未形成不同于三种方法的新方法，将三种方法结合是本领域相关人员容易知悉的，因此在三种方法已经被分别公开的情况下，密点 19 不具备秘密性。

综上，盎亿泰公司主张的密点 1、2、9、13、14、16 具备秘密性。盎亿泰公司主张的其他密点不具备秘密性，对其相关主张原审法院不予支持。

(二) 价值性，即能为权利人带来经济利益、具有实用性。有关信息具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势的，应当认定为具有价值性。盎亿泰公司主张的技术应用于石油勘探领域，为盎亿泰公司经营赖以依赖的技术，能够为其带来现实的商业价值和竞争优势，具备价值性。

(三) 保密性，即权利人应采取保密措施。权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，应当认定为“保密措施”。盎亿泰公司分别与罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦签订了保密协议，保密协议对商业秘密的范围、员工的保密义务进行了约定，据此可以认定盎亿泰公司采取了适当的保密措施，其主张的技术信息具有保密性。

因此，盎亿泰公司主张的部分技术信息构成反不正当竞争法保护的技术秘密。

三、五被诉侵权人是否侵害盎亿泰公司的技术秘密

本案中，罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦原为盎亿泰公司员工，罗楚平先后在该公司担任业务经理、项目经理、总裁助理、工程部总监等职务，李雪担任研发部研究员等职务，胡津宇担任工程部测绘工程师，张思梦担任勘探部、综合研究部项目工程师，均从事与技术相关的工作，有接触盎亿泰公司技术秘密的便利条件和可能。盎亿泰公司与罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦均签订有保密协议，上述四人对其在盎亿泰公司工作期间接触到的技术秘密负有保密义务。胡津宇仅凭其学位证等证据并不能排除其在盎亿泰公司工作期间接触涉案技术秘密的可能。

(一) 英索油公司、李雪是否侵害涉案技术秘密

盎亿泰公司称其对李雪办公电脑进行封存并进行公证，但李雪不认可该电脑为其办公电脑。对此原审法院认为，在封存电脑和保全时李雪均不在场，现亦无证据表明该电脑为李雪的办公电脑，因此盎亿泰公司主张该电脑中的文件侵害其技术秘密，缺乏事实依据，原审法院不予支持。同时，盎亿泰公司未能明确第

10363 号公证书所涉英索油公司网站上的哪些内容侵害其哪一密点，故对盎亿泰公司的相关主张，原审法院不予支持。

根据盎亿泰公司与李雪签订的保密协议第五条关于返还义务约定，李雪在双方解除或终止劳动关系时，有义务将其工作中使用的技术秘密资料交还盎亿泰公司，且不得复制留存，对此李雪理应遵守协议约定。然而，原审法院在英索油公司保全到的李雪电脑中的“微生物油气勘探采集技术规程”与盎亿泰公司主张技术秘密的密点 1、2、9 的载体内容完全一致，“施工流程”“1607 和 0333 区块微生物油气勘探项目中期成果 81”与密点 9 的载体实质相同，“微生物油气勘探海洋沉积物检测标准”与密点 13、14、16 的载体内容完全一致。

原审法院在英索油公司保全到的李雪电脑中的“微生物油气勘探采集技术规程”即《地质微生物勘探野外采集技术规程》，该技术规程为英索油公司的企业标准，表明英索油公司的《地质微生物勘探野外采集技术规程》使用了盎亿泰公司主张的密点 1、2、9。

英索油公司在洛克项目“1607 和 0333 区块微生物油气勘探项目中期成果 81”文件使用了盎亿泰公司主张的密点 9 尚未被公开的技术信息。同时，该文件记载的洛克项目执行的英索油公司企业标准文件 Q/ISY07-2016《地质微生物勘探海洋沉积物烃氧化菌微生物值的检测方法》即为保全的李雪电脑中的文件“微生物油气勘探海洋沉积物检测标准”，表明英索油公司在洛克项目中使用了盎亿泰公司主张的密点 13、14、16。

原审法院认为，李雪违反保密协议约定的保密义务，持有盎亿泰公司的涉案技术秘密，并将涉案技术秘密向英索油公司披露，英索油公司在洛克项目中使用涉案技术秘密，李雪和英索油公司均应承担侵害涉案技术秘密的民事责任。至于李雪是否为英索油公司的员工，与其是否向英索油公司披露涉案技术秘密之间不具有必然联系。

英索油公司称其在洛克项目中使用的技术为自主研发技术，与盎亿泰公司主张的技术秘密不同。对此原审法院认为，英索油公司提交的用于研发记录的笔记本和技术介绍为自制证据，证明力较弱，在无其他证据佐证的情况下对其真实性原审法院难以确认。英索油公司提交的“技术标书 4.20 华务号”系英索油投标所用标书，而盎亿泰公司主张的“1607 和 0333 区块微生物油气勘探项目中期成果 81”系洛克项目的中期汇报成果，应为洛克项目实施过程中实际使用的技术。

而英索油公司提交的申请号为 201710545896.5 的发明专利亦无法证明其在洛克项目中实际使用了该专利技术。因此，对英索油公司的相关抗辩意见，原审法院均不予采信。

(二) 胡津宇是否侵害涉案技术秘密

根据盎亿泰公司提交的比对表，原审法院保全的胡津宇电脑中仅有“工程部工作手册(管理流程)”与密点 7、8 的载体内容相同，在密点 7、8 不构成技术秘密的前提下，胡津宇的行为不构成对盎亿泰公司技术秘密的侵害。对盎亿泰公司关于胡津宇的诉讼请求，原审法院均不予支持。

(三) 罗楚平是否侵害涉案技术秘密

根据原审法院保全的李雪电脑中的文件“微生物油气勘探采集技术规程”记载，罗楚平为该技术规程的起草者之一。该技术规程包含盎亿泰公司的密点 1、2、9。罗楚平作为原盎亿泰公司员工应当知晓相关技术为盎亿泰公司的技术秘密，但其违反保密义务，使用涉案技术秘密为英索油公司的制定企业标准，其行为应视为侵犯技术秘密。

(四) 张思梦是否侵害涉案技术秘密

现无证据表明张思梦以不正当手段获取了盎亿泰公司的技术秘密。盎亿泰公司主张保全的李雪电脑中对张思梦布置工作的名为“Roc 项目讨论 2016-11-15-chunlin”的文件形成时间为 2016 年 11 月 15 日，系在张思梦离职之后，在无证据表明张思梦以不正当手段获取了盎亿泰公司涉案技术秘密的情况下，其在离职后参与其他公司的工作系其个人选择。而李雪电脑中含有“ZSM”的与洛克项目有关的文件，无证据能够证明“ZSM”的缩写唯一指向张思梦。张思梦的配偶是否参与洛克项目与本案不具有关联性。因此，原审法院难以认定张思梦实施了侵害涉案技术秘密的行为。对盎亿泰公司关于张思梦的诉讼请求，原审法院均不予支持。

四、被诉侵权人应当承担的民事责任

关于停止侵害技术秘密的行为，李雪违反保密义务持有并向英索油公司披露涉案技术秘密；英索油公司在明知李雪上述行为的情况下，仍获取并在洛克项目中使用涉案技术秘密；罗楚平违反保密义务使用涉案技术秘密用于英索油公司企业标准的制定，英索油公司、李雪、罗楚平均实施了侵害涉案技术秘密的行为，应当停止侵害涉案技术秘密。

李雪向英索油公司披露涉案技术秘密，英索油公司将涉案技术秘密用于洛克项目从事经营活动并获取利润，二者具有共同的侵权故意，应当承担共同赔偿责任。现无证据表明罗楚平起草的“微生物油气勘探采集技术规程”用于洛克项目或给盎亿泰公司造成其他损害，故罗楚平对此不应承担赔偿责任。

关于赔偿数额问题，盎亿泰公司要求按照其实际受到的损失计算赔偿数额，要求根据洛克项目的合同金额、盎亿泰公司已经实施完毕的两个项目的平均利润率计算其损失数额，并主张惩罚性赔偿。对此，原审法院认为，盎亿泰公司仅提交了两项目的审计报告，且其计算的利润为销售利润，原审法院难以据此认定盎亿泰公司主张的利润为其项目的合理利润，故具体赔偿数额由原审法院考虑以下因素酌情予以确定：1. 侵权情节，洛克项目的合同总金额为 735 万元，其中包含船舶费 285 万元，英索油公司在洛克项目仅使用了盎亿泰公司的密点 9、13、14、16；2. 涉案技术秘密的贡献度，英索油公司在洛克项目中使用的密点 9 为样品采集技术，密点 13、14、16 为实验分析技术；3. 涉案技术秘密的价值，通常微生物石油勘探技术包括方案设计、样品采集、实验分析和综合评价四个环节，其中实验分析最为重要、价值更高，因此英索油公司在洛克项目中使用的密点 13、14、16 具有更高价值；4. 被诉侵权行为并未导致涉案技术秘密公开。综合上述因素，原审法院酌情确定英索油公司、李雪共同赔偿盎亿泰公司经济损失共计 50 万元。对于盎亿泰公司诉讼请求的合理部分原审法院予以支持，过高部分原审法院不予支持。盎亿泰公司提交的证据不足以证明被告存在恶意实施侵害技术秘密的情形且给盎亿泰公司造成了严重后果，故对其主张的惩罚性赔偿原审法院不予支持。

关于合理费用，其中公证费的数额均有发票为证，对其数额原审法院予以确认。对于诉讼代理费，盎亿泰公司提交了发票和支付凭证，虽然支付时间早于发票开具时间，但符合一般交易习惯，不能据此否认发票的真实性。原审法院考虑到盎亿泰公司的委托诉讼代理人确实在案件审理过程中确实更换了执业律师事务所，且已向原审法院提交律师事务所出具的出庭函这一实际情况，原审法院对盎亿泰公司主张的诉讼代理费的真实性和数额予以确认。但考虑到盎亿泰公司的部分主张并未得到支持等案件实际情况，原审法院酌情支持诉讼代理费 25 万元。对其过高的诉讼请求，原审法院不予支持。

一审裁判结果

原审法院判决：一、英索油能源科技(北京)有限责任公司、李雪、罗楚平于判决生效之日起立即停止侵害盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司涉案技术秘密的行为；二、英索油能源科技(北京)有限责任公司、李雪于判决生效之日起十日内共同赔偿盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司经济损失 50 万元、合理费用 25 万元，共计 75 万元；三、驳回盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》(2017 年修正)第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。案件受理费 56509 元，由盎亿泰公司负担 41509 元，由英索油公司、李雪、罗楚平负担 15000 元。保全费 30 元，由英索油公司、李雪、罗楚平负担。

本院二审期间，英索油公司、罗楚平、李雪为证明其主张，向本院提交了 8 份证据：新证 1 为《库不齐沙漠流动沙丘于固定沙丘物质粒径分析研究》，载明“库不齐沙漠中的固定沙丘 0.25-0.1mm 的细沙含量占 80.76%”“0.1mm 粒径的沙子在风力吹扬下运移距离能达到 4.5-45m”，拟证明固定沙丘高点的土壤在风力的作用下具有可移动性，与流动沙丘性质一样，盎亿泰公司主张的密点 1(6)(略)为所属技术领域的公知常识。新证 2 为《油气微生物勘探技术理论与实践》，载明“一般来说，土壤对于最大烃氧化率存在一个最佳含水率，低于最佳含水率，氧化率随着含水率的增加而增加；高于最佳含水率，氧化率随着含水率的增加而减少”，拟证明密点 1(5)(略)属于公知常识，密点 1(7)(略)已被公开。新证 3 为《南海沉积物中烃类其他(酸解烃)特征及其成因与来源》，拟证明密点 9(略)为所属技术领域的公知常识。新证 4 为

Identification of significant medium components that affect docosa-hexaenoic acid production by *Schizochytrium* sp. SW1, 拟证明密点 13 “海洋沉积物海洋烃氧化菌检测培养基的配方-培养液 A”及密点 14 “海洋沉积物海洋烃氧化菌检测培养基的配方-培养液 B”中海盐添加量已被公开，密点中培养基是本领域技术人员无需创造性劳动就可以得到的。新证 5 为

Utilization of alcoholic beverage distilleray wastewater for production of docosa-hexaenoic acid, 拟证明(略)为公众所知悉。新证 6 为《塔里木油田公司 2020 年度阿瓦提凹陷北部英雄构造带微生物油气勘探》招标文件、新证 7 为新证 6 文件网页截图、新证 8 为获取新证 6 文件过程的视频，以上三份证据拟证明密点

2(略)为样品采集规范性的操作,是所属技术领域的公知常识,且该密点已被公知证据所公开;同时密点13、14、16已于2020年9月被该招标文件公开。二审庭审后,英索油公司、罗楚平、李雪补充提交了6份证据:新证9为《油气微生物勘探机理及应用》,该证据载明“采集具有土壤沉积的样品,避免风化石块或者地表污染区域”,拟证明该证据公开了密点1(5)。新证10为《江苏省土壤污染状况调查点位布设技术规定》,该证据载明“网格中心点落在大面积的河(湖、库)面的,应取消该类网格中心点;部分网格落在河(湖、库)区内的中心点,应将点位平移至网格区内的最近距离的非河(湖、库)去选择备采点”,拟证明该证据公开了密点1(7)。新证11为《不同海水浓度和培养时间对海洋真菌抗菌活性的影响》,拟证明该证据公开了密点16中(略)。新证12为《南海南沙海域沉积物中可培养微生物及其多样性分析》,拟证明该证据公开了密点16中(略)。新证13为查找一审证据15的视频,拟证明一审证据15的真实性。新证14为《南海珠江口盆地03/33和16/07合同区海底地质微生物调查总包服务项目资金专项审计报告》,拟证明洛克项目毛利率为27.91%。二审庭审后,英索油公司还提交了8份证据:新证15为《英索油公司2015年年度审计报告》、新证16为《英索油公司2016年年度审计报告》、新证17为《英索油公司2017年年度审计报告》、新证18为《英索油公司2018年年度审计报告》、新证19为《英索油公司2019年年度审计报告》、新证20为《英索油公司2020年年度审计报告》,新证15-20拟共同证明英索油公司在洛克项目服务期间即2017-2018年,两年平均营业利润率为10.96%,2017-2019年三年平均营业利润率为15.26%。新证21为罗楚平与洛克公司人员往来邮件截屏及会议纪要、新证22为新证21的会议纪要获取录屏,新证21-22拟共同证明英索油公司在洛克项目投标价高于盛亿泰公司,英索油公司无低价恶意竞争行为,使用的是自有专利。

盛亿泰公司的质证意见为:对新证1真实性、证明目的不认可,合法性、关联性认可,0.25mm-0.1mm细沙来自于固定沙丘1/2等高线处取得,无法证明0.1mm以上的细沙可以流动,(略)。对新证2真实性、证明目的不认可,合法性、关联性认可,该份证据公开时间晚于侵权行为发生时间,无法证明涉案技术秘密密点1(7)已公开,亦无法证明密点1(5)属于公知常识。对新证3真实性、证明目的不认可,合法性、关联性认可,密点9中要求的深度是(略),该份证据公开的范围过宽,通常需要付出创造性劳动才可得到密点9中要求的深度。对新证4真实

性、证明目的不认可，合法性、关联性认可，该份证据与涉案技术秘密属于不同领域，密点 13、14 不仅包括海盐，还有其他化学物质；原审中 US2880142 号专利除硝酸铵、磷酸氢二钾外，还有多种物质，不能通过文献简单叠加得出密点 13、14。对新证 5 真实性、证明目的不认可，合法性、关联性认可，该份证据与涉案技术秘密属于不同领域，不能通过文献简单叠加得出密点 13、14。对新证 6、7、8 真实性、证明目的不认可，合法性、关联性认可，这些证据晚于侵权行为发生时间，不能证明侵权行为不成立；该招标文件限定了知悉范围，且知悉人员均需承担保密义务，并非对任意公众均公开；盎亿泰公司密点载体文件

“QAYTJ0703 海洋沉积物烃氧化菌微生物值的测定 5”并未在该招标文件中公开，且涉案石油勘探并不需要爆破，无法证明密点 2 已被公开。新证 9 提交时间超期，不能作为二审新证据使用，对其真实性、合法性、关联性均不认可，该份证据公开时间在李雪、罗楚平的离职时间之后，不能用于评价密点 1(5)的秘密性，且该证据样品采集方案仅适合于山区，密点 1(5)(略)与该证据中风化石块不同。

对新证 10 真实性、合法性、关联性不认可，该证据技术领域与涉案专利不同，且该证据中平移后的区域仍然属于河网或滨湖区域等与水域临近的区域，并未设置安全原则，并未公开密点 1(7)。对新证 11 真实性、合法性、关联性不认可，该证据直接用海水溶液进行培养，与密点 16 培养环境不同，且培养的微生物种类不相同，培养时间无可比性，未公开密点 16 中(略)。对新证 12 真实性、合法性、关联性不认可，该证据使用的为海水溶液，且为公开培养的菌株类型，未公开密点 16 中(略)。对新证 13 真实性、合法性、关联性不认可，该证据为域外证据，未经公证，同时公开时间无法确定，且该证据涉及的是陆地地球化学样品的采集标准，密点 9 涉及的是海域采集方案，二者不具有可比性。新证 14 提交时间超期，不应作为二审新证据，对新证 14 真实性、合法性、关联性均不认可，盎亿泰公司在本案中主张以盎亿泰公司的损失作为赔偿计算依据，而非以英索油公司在洛克项目中获利作为赔偿计算依据；英索油公司与洛克公司签订的服务合同显示项目完工验收日期为 2017 年 11 月 21 日，且该项目于同日验收，但新证 14 中将项目结束日期计算至 2019 年 7 月，明显拉长合同期限，有悖于行业惯例，英索油公司亦未提交相关费用发票用于证明在洛克项目中产生的船舶费及其他成本，故对该份证据不应采信。新证 15-22 提交时间超过举证期，同时也并非一审不能提交的证据，不应作为二审证据予以采纳。对新证 15-20 真实性、合法性、

关联性、证明目的均不认可，2016-2020年英索油公司的整体营业利润率与侵权项目的营业利润率没有关联关系，年度审计报告是英索油公司的整体运营情况，其中体现的销售利润和营业利润是英索油公司的整体情况，与英索油公司非法获取并使用盎亿泰公司技术秘密所获得的利润没有关联性。对新证21、22真实性、合法性、关联性、证明目的均不认可，视频中并未展示电脑清洁过程，同时邮件及会议纪要中有多处有悖商业常识，不具有真实性，该些证据可证明英索油公司实际收到洛克项目735万元合同款。

李雪、罗楚平的质证意见为：对新证15-22真实性、关联性、证明目的均认可。

胡津宇、张思梦的质证意见为：对新证1-22的真实性、合法性、关联性、证明目的均认可。

本院的认证意见为：新证1-5、9、11、12均来源于公开出版的期刊杂志，虽系复印件，真实性可查，本院对上述证据的真实性予以确认。新证6系案外人招标文件，结合新证7、8共同证明新证6的真实性和来源过程，本院对新证6-8真实性亦予以确认。新证10系来源于豆丁网，在无相反证据推翻的情况下，本院对其真实性予以确认。新证13系对英索油公司一审证据15的补强，一审期间因所涉公司网站无法访问而未予查证，经查现该网站可以正常访问，故对该证据的真实性予以确认。新证14-20系审计报告，对其真实性予以确认。新证22为对新证21会议纪要获取过程的录屏，故对会议纪要真实性予以确认。对上述证据能否实现其证明目的，将结合在案其他证据在说理部分予以评述。

盎亿泰公司二审庭后提交了3份新证据：反证1为《南海珠江口盆地03/33和16/07勘探区块海底地质微生物调查》商务投标文件(价格标)、反证2为盎亿泰公司工作人员与洛克公司工作人员的往来邮件截图以及所附的附件及其中文译文，拟共同证明盎亿泰公司在洛克项目中由于英索油公司恶性竞争导致失去中标机会，进而造成损失。反证3为北京中新天华会计师事务所有限公司出具的情况说明，拟证明盎亿泰公司在一审提交的中新天华审字[2020]604、605号专项审计报告中的利润相当于项目的营业利润。

英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦的质证意见为：对反证1、2真实性、合法性、关联性、证明目的均不认可，英索油公司以8144557元在该项目中标，高于盎亿泰公司的报价，英索油公司并无低价恶性竞争的行为。对反证

3 真实性认可，对关联性、证明目的不认可，盎亿泰公司以营业利润来确定其损失，说明盎亿泰公司没有主张英索油公司恶意侵权，英索油公司在洛克项目中不存在恶意竞争和恶意侵权的行为。

本院的认证意见为：反证 1、2 系盎亿泰公司参与洛克项目投标的相关证据，能够相互印证，英索油公司也认可盎亿泰公司参与洛克项目投标，故对上述证据的真实性予以确认。反证 3 系会计师事务所出具的说明，英索油公司对真实性亦予以认可，本院对该份证据的真实性予以确认。对上述三份证据能否实现其证明目的，将结合在案其他证据在说理部分予以评述。

本院查明

本院经审理查明，原审查明的有关涉案技术秘密、各方基本情况、被诉侵权行为、公知技术抗辩、自有技术抗辩以及其他事实基本属实，本院予以确认。

本院另查明，《塔里木油田公司 2020 年度阿瓦提凹陷北部英雄构造带微生物油气勘探》招标文件第七章合同条款及格式第 9.2 条载明，保密事项按合同附件《塔里木油田公司商业秘密保密协议》执行；第八章投标文件格式第 8 条载明，投标人提交的材料将被保密保存，但不退还。李雪在二审庭审中陈述，其下载该招标文件需要在中国石油电子招标投标交易平台输入账户名和密码才可获得，若无相应账户，普通互联网用户无法获得该招标文件。

本院认为

本院认为：本案中盎亿泰公司主张的被诉侵权行为发生于 2018 年 1 月 1 日以前，因此本案应适用 1993 年 12 月 1 日起施行的反不正当竞争法。结合各方当事人的诉辩意见及当庭陈述，本案的争议焦点问题是：（一）盎亿泰公司是否为本案适格原告；（二）盎亿泰公司主张的技术秘密是否成立；（三）英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦是否构成侵权；（四）原审判定的停止侵权责任是否恰当；（五）原审判赔金额是否适当。

（一）盎亿泰公司是否为本案适格原告

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十六条第一款规定，中华人民共和国领域外形成的涉及身份关系的证据，应当经所在国公证机关证明并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。第二款规定，当事人提供的公文书证系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关证明，或者履行中华人民共

和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。根据上述规定，盎亿泰公司提交的证明涉案技术秘密合法来源的相关域外协议并未涉及身份关系，也非公文书证，无需履行公证认证手续，上述证据符合现行法律规定的证据形式，可予采信。

《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第二十六条第二款规定，排他使用许可合同的被许可人和权利人共同提起诉讼，或者在权利人不起诉的情况下自行提起诉讼的，人民法院应当依法受理。本案中盎亿泰公司提交了 GMT 公司向 AE&E 公司转让陆域和海域微生物石油调查技术 (MOST) 和吸附气技术 (SSG) 的《技术转让协议》，及盎亿泰公司获得 AE&E 公司对陆域和海域微生物石油调查技术 (MOST) 和吸附气技术 (SSG) 的《技术排他实施许可协议》，授权许可链条清晰，可证明盎亿泰公司确已获得陆域和海域微生物石油调查技术 (MOST) 和吸附气技术 (SSG) 的排他实施许可。盎亿泰公司作为相关技术的排他实施许可人，有权在权利人不起诉的情况自行提起本案诉讼，故盎亿泰公司为本案适格原告。

(二) 盎亿泰公司主张的技术秘密是否成立

反不正当竞争法第十条第三款规定，本条所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

1. 关于盎亿泰公司主张的技术信息是否“不为公众所知悉”

原审判决认定，盎亿泰公司主张的密点 1、2、9 的部分内容具备秘密性，密点 13、14、16 具备秘密性，其余密点均已被公开。英索油公司上诉提出，上述密点均不具备秘密性。盎亿泰公司则主张，原审判决认定不具备秘密性的其余密点均具备秘密性。对此，本院分别评述如下：

关于密点 1。原审判决认定，密点 1 中的 (5) (6) (7) 未被公开，具有秘密性。英索油公司、罗楚平、李雪主张上述密点均已被公开，对此本院认为：(1) 英索油公司、罗楚平、李雪认为密点 1(5) (略) 属于公知常识，且认为新证 9 公开了该密点，经查，英索油公司、罗楚平、李雪未提交所谓公知常识证据，新证 9 载明“根据山区环境，采集具有土壤沉积的样品，避免风化石块或者地表污染区域”，但新证 9 中所载明的上述内容限于山区环境采样，且密点 1(5) 载明(略)，与新证 9 中“避免风化石块”不一致，“采集具有土壤沉积的样品”与(略)也有

所不同，故该证据并未公开密点 1(5)。(2)新证 1 中明确载明“固定沙丘的沙样由沙丘 1/2 等高线处取得”，可见新证 1 中的沙样并非来自(略)，故新证 1 未公开密点 1(6)(略)。(3)新证 10 适用于土壤污染状况调查工作中土壤环境监测点位布设，重点是检测土壤的污染情况，故“网格中心点落在大面积的河(湖、库)面的，应取消该类网格中心点”，其适用范围、目的均与密点 1(7)(略)不同，故该证据并未公开密点 1(7)。(4)关于原审判决认定已被公开的密点 1 的其他内容，盎亿泰公司主张，新近松土区与人工堆积物不是相同概念，下位概念不能被其上位概念所公开。对此，本院认为，原审公知证据一已经公开了避开其他人工或近期自然堆积、冲积物，新近松土区属于人工堆积物的一类，该证据还公开了采样需避开污染源，而水稻田、公路斜坡带、汽车和工业污染带等均属于具有污染源的区域，盎亿泰公司对此亦认可，故原审判决关于密点 1 部分内容已被公开、部分内容具备秘密性的认定正确，本院予以确认。英索油公司、罗楚平、李雪与盎亿泰公司有关密点 1 的上诉理由均不能成立，本院不予支持。

关于密点 2。原审判决认为，密点 2 中(略)未被公开，具备秘密性。英索油公司、罗楚平、李雪认为，上述内容是所属领域公知常识，并补充提交了新证 6 用于支持其主张。但该新证 6 的形成时间晚于本案侵权行为发生时间，不能据以评价该密点在被诉侵权行为发生时的秘密性，英索油公司、罗楚平、李雪的相关上诉理由不能成立。盎亿泰公司认为，密点 2 的所有内容均未被公开，具体提出，(略)。经审查，密点 2 为测点的偏移原则，具体内容包括(略)。而原审公知证据一中记载，“施工过程中，若设计点位不具备采样条件时，可在测线、测点距 25% 的范围内移动，并注明移点原因、移动方位和距离；若移动范围必须超过 25%，则修改或变更设计点位”，根据上述公开内容，不允许超出移动范围 25% 采样，否则应当修改或变更设计点位，此与密点 2(略)确有不同。密点 2 的(略)中的偏移点是指(略)，而公知证据三记载爆炸信号不准的总炮数超过 20% 为不合格记录，证据三未公开该技术信息。密点 2 中(略)具备秘密性。盎亿泰公司有关密点 2 的部分上诉理由成立，本院予以支持。

关于密点 3。原审判决认定密点 3 不具备秘密性，盎亿泰公司对此提出异议，认为微生物领域技术人员使用工具进行采样，而密点 3 是直接用手采样，并要求包装样品过程中避免接触机油、汽油、柴油等。对此本院认为，工具采样与直接用手采样仅是采样方式不同，没有证据证明本领域技术人员不能直接用手采样和

包装样品，且包装样品过程中避免手接触到污染物，亦是基本操作规程。因此，密点 3 不具备秘密性。盎亿泰公司有关密点 3 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于密点 5。原审判决认定密点 5 不具备秘密性，盎亿泰公司对此提出异议，认为使用透气的牛皮纸袋封装采样样品的技术不为本领域技术人员普遍知悉，属于技术诀窍。对此本院认为，根据公知证据一的记载“在采样现场用外衬牛皮纸的玻璃纸包装”可知，使用牛皮纸袋封装样品已被公开，同时，牛皮纸袋的大小可依据采样的实际需要进行设计，金属封条的设计也为封装的常用设计，可通过直观观察获知，因此，密点 5 不具备秘密性。盎亿泰公司有关密点 5 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于密点 7。原审判决认定密点 7 不具备秘密性，盎亿泰公司对此提出异议，认为密点 7 检测 GPS 仪器的运行状态，检查的是仪器本身，而非如公知证据二对采样点位的准确性进行检查。经查，密点 7 涉及检查点的设置，具体内容为“在样品采集过程中，每采集十个点，就对 GPS 的测量准确性进行一次检查”，可知密点 7 检查的对象是样品采集点位的准确性，而非盎亿泰公司所主张的检查 GPS 仪器的运行状态。而根据公知证据二记载，“对各采样组和室内检测、样品保管等随时进行抽查或互查，检查施工流程是否符合有关规定和工作设计。内容有 a) 采样点的均匀程度；b) 定点误差、转点精度……抽查工作量不低于各组总工作量的 10%”“对野外现场测试发现的异常，应进行异常检查，检查方法有：……检查工作不少于异常点数的 10%，总检查数不少于 20 个点”。上述公开内容包括对采样点位准确性的检查，且不低于总工作量的 10%，相当于密点 7“逢 10 设 1”的设置原则。因此，密点 7 不具备秘密性。盎亿泰公司有关密点 7 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于密点 8。原审判决认定密点 8 不具备秘密性，盎亿泰公司对此提出异议，认为密点 8 不属于公知常识。对此本院认为，对样品烘干采用恒温鼓风设备以及烘干时间取决于样品含水量，属于本领域相关人员普遍知悉的，因此密点 8 不具备秘密性。盎亿泰公司有关密点 8 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于密点 9。原审判决认定密点 9 中(略)具备秘密性，英索油公司、罗楚平、李雪对此提出异议，认为密点 9 已被新证 3 所公开。对此本院认为，密点 9 严格限定(略)，属于一个明确的界限点，而新证 3 公开的“采样深度 0.3-8m”属于

较大范围，本领域相关人员无法从新证 3 所给出的较大范围直接获得密点 9，密点 9 的内容不属于容易获得的技术信息，故新证 3 未公开密点 9 中(略)，因此，密点 9 部分内容具备秘密性。英索油公司、罗楚平、李雪有关密点 9 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于密点 10。原审判决认定密点 10 不具备秘密性，盎亿泰公司对此提出异议，认为密点 10 属于技术诀窍。对此本院认为，密点 10 具体内容为“海洋沉积物采集需要遵守相应的技术规范，常规操作涉及到一些无菌操作，较为繁琐。我司通过研究对比和多年经验，形成了独特的样品采集方法和规程。例如每个样品均需在密封后轻轻拍压使其呈扁平方形状等”，盎亿泰公司指出，样品拍扁不是为了便于存放，而是为了在称量敲取样品时更加方便，因为需要把冷冻后的样品全部敲碎。对此本院认为，即便认可盎亿泰公司的主张，将样品拍扁亦与无菌操作无关，将样品拍压使其呈扁平方形状，难谓其属于技术诀窍。因此，密点 10 不具备秘密性。盎亿泰公司有关密点 10 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于密点 12。原审判决认定密点 12 不具备秘密性，盎亿泰公司对此提出异议，认为可溶有机质与颗粒物含量明显不同。对此本院认为，密点 12 有关样品的颜色、气味、颗粒物含量、性质等内容，已被公知证据六的表 1、表 2 所公开，上述样品特征均是记录海域样品常用的特征，因此，密点 12 不具备秘密性。盎亿泰公司有关密点 12 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于密点 13、14。原审判决认定密点 13、14 具备秘密性，英索油公司、罗楚平、李雪对此提出异议，认为密点 13、14 中前两种主要物质与 US2880142 号发明专利物质组成一致，而新证 4、5 又公开了海盐添加量为 17.5g/L，二者结合可得到密点 13、14。但新证 4 是利用裂殖壶菌生产二十二碳六烯酸、新证 5 是利用酒厂废水生产二十二碳六烯酸，与涉案技术秘密、US2880142 号发明专利的用途并不相同，故新证 4、5 与 US2880142 号发明专利无法结合；同时 US2880142 号发明专利公开的稀释液成分、含量与密点 13、14 的稀释液组成、含量均不同，故 US2880142 号发明专利、新证 4 及新证 5 均未公开密点 13、14。因此，密点 13、14 具备秘密性。英索油公司、罗楚平、李雪有关密点 13、14 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于密点 15。原审判决认定密点 15 不具备秘密性，盎亿泰公司对此提出异议，认为缺乏相关公知证据证明。对此本院认为，公知证据十三公开了四次重复

法即“四个平行”，并公开了“七个梯度的稀释度”，梯度稀释方法与密点 15 记载的方法相同，据此本领域相关人员容易根据细菌含量进行密点 15 所述的“六个梯度的稀释度”，因此，密点 15 不具备秘密性。盎亿泰公司有关密点 15 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于密点 16。原审判决认定密点 16 具备秘密性，英索油公司、罗楚平、李雪对此提出异议，认为(略)是微生物学的基础常识，在此期间进行 6 次读数符合微生物生长曲线的自然选择，属于所属领域的公知常识，并补充新证 11、12 用于说明(略)系所属领域的公知常识。对此，本院认为，新证 11、12 直接使用海水溶液进行培养，培养的是海洋真菌，而密点 16 是使用特定配方的培养液，培养的是海洋沉积物烃氧化菌，二者培养环境和培养对象均不同，新证 11、12 未公开密点 16(略)，也无相应公知证据证明六次读数的具体时间。因此，密点 16 具备秘密性。英索油公司、罗楚平、李雪有关密点 16 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

关于密点 19。原审判决认定密点 19 不具备秘密性，盎亿泰公司对此提出异议，认为三种方法的结合并非本领域相关人员容易知悉。对此本院认为，密点 19 将三种寻找异常下限的方法结合用于寻找门槛值的目的在于使门槛值更趋于准确，但并未形成新的方法，在三种方法均为已知的情况下，该种结合是本领域相关人员容易知悉的。因此，密点 19 不具备秘密性。盎亿泰公司有关密点 19 的上诉理由不能成立，本院不予支持。

综上，盎亿泰公司主张的部分技术信息在被告侵权行为发生之前，并不为公众所知悉，具备秘密性。

2. 关于盎亿泰公司主张的技术信息是否具有价值性

根据在案证据，盎亿泰公司将上述具有秘密性的技术信息应用于实际经营的石油勘探业务，上述不为公众所知悉的技术信息能够为其带来现实的商业价值和竞争优势，具备价值性。

3. 关于盎亿泰公司对其主张的技术信息是否已采取保密措施

盎亿泰公司提交的相关证据证明，盎亿泰公司与罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦等人签订的劳动合同中“保守商业秘密及竞业限制”部分对公司的商业秘密进行了列举和限定，并载明“涉密岗位人员，应当与甲方签订保密协议和/或竞业限制协议”。罗楚平等四人与盎亿泰公司签订的《保密协议》亦对公司商业秘

密进行了列举，明确了员工应遵守的保密义务。据此可以认定盎亿泰公司采取了适当的保密措施，其主张的技术信息具有保密性。

综上，盎亿泰公司主张的密点 1、2、9 的部分内容及密点 13、14、16 构成反不正当竞争法保护的技术秘密。

(三)关于英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇、张思梦是否构成侵权

反不正当竞争法第十条第一款规定，经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密：(一)以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；(二)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；(三)违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。第二款规定，第三人明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。

首先，根据原审勘验结果，李雪电脑中的“微生物油气勘探采集技术规程”与盎亿泰公司主张的密点 1、2、9 的载体内容完全一致，“施工流程”“1607 和 0333 区块微生物油气勘探项目中期成果 81”与密点 9 的载体实质相同，“微生物油气勘探海洋沉积物检测标准”与密点 13、14、16 的载体内容完全一致。此外，李雪电脑中的“微生物油气勘探采集技术规程”即英索油公司企业标准《地质微生物勘探野外采集技术规程》，“微生物油气勘探海洋沉积物检测标准”即英索油公司企业标准 Q/ISY07-2016《地质微生物勘探海洋沉积物烃氧化菌微生物值的检测方法》。故李雪违反保密协议约定的保密义务，向英索油公司披露其在盎亿泰公司任职期间所掌握的涉案技术秘密，属于“违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密”的行为，构成侵权。英索油公司在洛克项目中使用了涉案技术秘密，且将部分涉案技术秘密制定为企业标准进行使用，属于“明知或者应知前款所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密”的行为，构成侵权。英索油公司主张除洛克项目中期成果，其他均使用自主研发技术，该主张不能否定其在洛克项目中未经许可使用盎亿泰公司所享有的技术秘密的事实，也不能据以改变英索油公司构成技术秘密侵权的判定结论。

其次，李雪电脑中的文件“微生物油气勘探采集技术规程”显示罗楚平、胡津宇为该技术规程的起草者，该技术规程包含盎亿泰公司的密点 1、2、9。罗楚平、胡津宇作为盎亿泰公司原员工，明知相关技术为盎亿泰公司的技术秘密，但

其违反保密义务，将涉案技术秘密用于为英索油公司制定企业标准，其行为同样属于“违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密”，构成侵权。原审判决有关罗楚平侵权的认定于法有据，本院予以支持；但有关胡津宇不构成侵权的认定有误，本院予以纠正。

最后，盎亿泰公司主张张思梦实际参与了洛克项目的具体技术工作，洛克项目使用了涉案技术秘密，张思梦亦构成侵权。对此本院认为，现有证据无法证明张思梦实际接触涉案技术秘密，并在洛克项目中将涉案技术秘密予以披露、使用，盎亿泰公司所主张的有关张思梦构成侵权的事实，缺少足够证据证明，本院对此不予支持。

综上，英索油公司及罗楚平、李雪、胡津宇实施了侵害盎亿泰公司涉案技术秘密的行为，已构成侵权。

(四) 原审认定的停止侵权责任是否恰当

《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第十七条第一款规定，人民法院对于侵犯商业秘密行为判决停止侵害的民事责任时，停止侵害的时间一般应当持续到该商业秘密已为公知所知悉时为止。

本案中，盎亿泰公司诉请判令英索油公司及罗楚平等立即停止侵害其商业秘密的行为，英索油公司、罗楚平、李雪则主张因涉案技术信息现均已被公开，其无需再承担停止侵权的责任，认为：1. 洛克项目已完成验收，故对于洛克项目而言，停止侵权已无必要；2. 密点 1 中(略)已被新证 2 公开，密点 2、13、14、16 已被新证 6 公开；3. 密点 16 已被申请号为 200710067710.X(申请公布日为 2017 年 5 月 31 日)的发明专利公开。对此，本院评述如下：

首先，停止侵权针对的是判决生效后的行为，因在该项目中使用涉案技术秘密的行为已结束，故对于洛克项目确已无停止侵权的必要。但洛克项目已实际完成，并不意味着上述密点已被实际公开，在相关技术信息仍不为公知所知悉的情况下，英索油公司及罗楚平等仍应承担停止披露、使用或允许他人使用上述技术信息的侵权行为。

其次，对于密点 1、2 的部分技术信息以及密点 13、14、16 的技术信息是否被新证 2、6 公开。1. 关于密点 1，新证 2 中载明“最佳含水率随土壤类型的不同而不同，还取决于不同的温度条件和其他环境条件”，根据新证 2 无法直接得出实际采样中(略)，故新证 2 未公开密点(略)。2. 关于密点 2，英索油公司认为

新证 6 中载明“按照有关法律、法规、石油物(化)探技术标准、委托方总体部署进行微生物油气勘探施工”，可证明进行微生物油气勘探施工时应参照执行 GB/T31456-2015《石油天然气地球化学勘查技术规范》及 SY/T5314-2011《陆上石油地震勘探资料采集技术规范》，该两规范已公开密点 2。但新证 6 中并未载明要求执行的石油物(化)探标准，亦无法证明其实际执行的即为英索油公司主张的该两规范。此外，前已述及，该两标准并未公开密点 2 中(略)，故新证 6 并未公开密点 2。3. 关于密点 13、14、16，英索油公司认为新证 6 招标文件所公开要求执行的规范性文件包括 Q/AYTJ0703-2012《海洋土壤烃氧化菌微生物值的测定》，该文件与盎亿泰公司原审提交的密点载体文件《QAYTJ0703 海洋沉积物烃氧化菌微生物值的测定 5》一致，又鉴于密点 13、14、16 均记载于该密点载体文件中，故密点 13、14、16 在 2020 年 9 月招标时已公开。对此本院认为，从新证 6 的获取过程可见该招标文件并非一般社会公众即可获得，同时该招标文件中也明确约定了保密条款，载明投标人提交的材料将被秘密保存，规定了相应的保密义务，限定了知悉范围，无论该招标文件是否记载了上述密点的内容，均不构成公开披露，不能据以认定上述密点已被公开。

最后，关于密点 16 是否已被公知证据十九公开。公知证据十九是申请号为 200710067710.X 的发明专利，公开时间为 2017 年 5 月 31 日，晚于被诉侵权行为发生时间。该发明专利说明书记载“15 天培养完毕后进行一次读数。读数时观察培养液的颜色，蓝色记为 0，紫色记为 1，洋红色记为 2，红色记为 3，无色记为 4”，并未公开密点 16 中(略)。但该发明专利公开的“读数时观察培养液的颜色，蓝色记为 0，紫色记为 1，洋红色记为 2，红色记为 3，无色记为 4”与盎亿泰公司主张的密点 16 内容一致，故已部分披露了密点 16 的内容，对该部分内容英索油公司及罗楚平等可不再承担停止实施侵权行为的责任，但对未予公开的密点 16 的部分内容，仍不得实施侵权行为。

综上所述，盎亿泰公司所主张的密点 1、2、16 的部分内容及密点 13、14 的技术信息仍不为公众所知悉，具备秘密性。此外，如前已述，密点 9 中(略)的内容并未被新证 3 公开，亦仍具备秘密性。英索油公司及罗楚平、李雪、胡津宇实施了侵害盎亿泰公司涉案技术秘密的行为，构成侵权，在上述技术秘密尚未因公开而丧失秘密性的情况下，英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇仍需承担停止侵权的责任。

(五) 原审判赔金额是否适当

反不正当竞争法第二十条规定，经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。

如前已述，英索油公司明知系盎亿泰公司的技术秘密而获取并使用；罗楚平、胡津宇违反其与盎亿泰公司的保密协议约定，将包含盎亿泰公司技术秘密的“微生物油气勘探采集技术规程”直接用于制定英索油公司的《地质微生物勘探野外采集技术规程》；李雪作为盎亿泰公司研发部的研究员，违反其与盎亿泰公司保密协议的约定，未在离职时交还其在盎亿泰公司任职期间所接触并掌握的包含有盎亿泰公司涉案技术秘密信息的资料，且将上述技术秘密用于洛克项目，故英索油公司、罗楚平、李雪、胡津宇均应承担赔偿责任。原审判决关于罗楚平虽构成侵权但无需承担赔偿责任的认定以及胡津宇因不构成侵权而无需承担赔偿责任的认定有误，本院予以纠正。

关于赔偿金额。盎亿泰公司主张，以其因侵权遭受的实际损失为依据计算赔偿金额，并主张英索油公司及罗楚平等共同赔偿其经济损失 200 万元。为此，盎亿泰公司向原审法院提交了其对白云深水区微生物地化样品室内研究分析服务、辽西南洼旅大 8/9 构造带微生物油气勘探服务两个项目所作专项审计报告，该两个项目均与洛克项目同属于海域项目，前者利润率为 53.19%，后者利润率为 34.51%。作出上述审计报告的北京中新天华会计师事务所有限公司出具情况说明，称报告根据项目报价明细为项目预算，项目所涉及的相关费用支出为项目的实际支出，其中包含了与该项目的销售、管理人员及财务等辅助成本及项目期间相关费用，因专项审计与报表审计的口径不同，专项审计中的余额相当于报表指标中的该项目的营业利润。同时，盎亿泰公司在二审期间补充提交了其参与投标洛克项目的相关证据情况，反映盎亿泰公司与洛克公司进行了多轮磋商，最终向洛克公司报价 775 万余元。英索油公司主张，其在洛克项目中实际中标的报价高于盎亿泰公司的报价，不存在恶意低价竞标行为，且在洛克项目中主要使用了更为先进的自有技术，涉案技术秘密的技术贡献率很低，盎亿泰公司主张的判赔金额没有依据。

对此本院认为，鉴于本案系因前员工组建新公司并侵害原任职公司技术秘密引发的案件，英索油公司在实际经营中使用盎亿泰公司的技术秘密，具有明显的主观恶意，且考虑涉案技术信息应用的领域为油气微生物勘探领域，并非市场竞争充分的普通商业领域，可推定英索油公司不当攫取了原本属于盎亿泰公司的交易机会。在此情况下，英索油公司是否存在恶意低价竞标行为、是否在洛克项目中还使用了其他自有技术，以及所使用技术秘密的技术贡献率大小，均不影响赔偿金额的计算。

根据盎亿泰公司所提交的海域项目审计报告所反映的盈利情况，两个项目的平均营业利润率约为 43.85%，以盎亿泰公司在洛克项目中的最终报价 775 万元计算，营业利润约为 339 万余元，远超出盎亿泰公司的诉请金额 200 万元。即便依据英索油公司在洛克项目中的获利情况计算，英索油公司因洛克项目实际收到项目款项 735 万元，根据《英索油能源科技(北京)有限责任公司“南海珠江口盆地 03/33 和 16/07 合同区海底地质微生物调查总包服务”项目资金专项审计报告》(即洛克项目专项审计报告)的审计结论，洛克项目的实际支出占预算支出比例为 72.09%，即利润率为 27.91%。英索油公司经本院释明，未提交审计机构关于利润率的说明，自称依据该审计报告得出的的利润率 27.91% 为销售利润率。但经比较，洛克项目专项审计报告中的审计口径与盎亿泰公司所提交的两个海域项目的专项审计报告的审计口径一致，故本院根据洛克项目的专项审计报告认定洛克项目的营业利润率为 27.91%。据此，英索油公司在洛克项目中的营业利润为 205 万余元(735 万元×27.91%)，亦超出盎亿泰公司在本案中诉请赔偿的金额。考虑本案的具体侵权情节，本院对盎亿泰公司的诉请金额予以全额支持。

关于维权合理支出。盎亿泰公司向原审法院提交诉讼代理费发票 3 张和支付凭证、公证费发票 2 张。发票显示，盎亿泰公司先后向北京市集佳律师事务所支付诉讼代理费 30 万元、向北京允天律师事务所支付诉讼代理费 20 万元，向北京市方正公证处支付公证费 7000 元。上述费用与本案诉讼活动实际相关，系盎亿泰公司为维权实际支出的费用，综合考虑本案的性质及诉讼维权的难度，本院对前述合理支出亦予以全额支持。

关于英索油公司与罗楚平、李雪、胡津宇具体应如何承担赔偿责任。英索油公司明知罗楚平等违反保密约定不当披露涉案技术信息，仍获取并实际使用，应当对全部侵权行为承担赔偿责任。鉴于罗楚平、李雪、胡津宇均系盎亿泰公司

的前员工，其明知盎亿泰公司享有涉案技术秘密，违反保密协议约定，披露、使用、允许他人使用涉案技术信息，共同经营或参与经营与盎亿泰公司同业竞争的英索油公司，具有共同侵权故意，故应当与英索油公司承担连带赔偿责任。

二审裁判结果

综上所述，盎亿泰公司的部分上诉请求成立，本院予以支持；英索油公司、罗楚平、李雪的上诉请求均不能成立，应予驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项之规定，判决如下：

一、撤销北京知识产权法院(2017)京73民初1382号民事判决；

二、英索油能源科技(北京)有限责任公司、罗楚平、李雪、胡津宇于本判决生效之日起立即停止侵害盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司涉案部分技术秘密的行为，该停止侵害的时间持续到涉案部分技术秘密为公众所知悉时止；

三、英索油能源科技(北京)有限责任公司、罗楚平、李雪、胡津宇于本判决生效之日起十日内连带赔偿盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司经济损失200万元；

四、英索油能源科技(北京)有限责任公司、罗楚平、李雪、胡津宇于本判决生效之日起十日内连带支付盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司合理费用50.7万元；

五、驳回盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司的其他诉讼请求。

六、驳回英索油能源科技(北京)有限责任公司、罗楚平、李雪的上诉请求。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费56509元，由盎亿泰地质微生物技术(北京)有限公司负担26509元，由英索油能源科技(北京)有限责任公司、罗楚平、李雪、胡津宇共同负担30000元；保全费30元，由英索油能源科技(北京)有限责任公司、罗楚平、李雪、胡津宇共同负担。二审案件受理费31913元，由英索油能源科技(北京)有限责任公司、罗楚平、胡津宇、李雪共同负担。

本判决为终审判决。

审判长魏磊

审判员周平

审判员李艳

二〇二二年十月二十六日

法官助理游美玲

书记员刘志岩

王现辉律师团队

16. “有客多”小程序源代码技术秘密侵权案【深圳花儿绽放网络科技股份有限公司与浙江盘兴数智科技股份有限公司、浙江盘石信息技术股份有限公司侵害技术秘密纠纷案】

【案号】(2021)最高法知民终 2298 号

【基本案情】花儿绽放公司为“有客多”小程序源代码技术秘密的权利人。该公司主张盘兴公司与其签订《花儿绽放源代码使用许可合同》并依约获取涉案软件源代码后，违反合同约定保密义务，在公共网站披露该源代码，故向广东省深圳市中级人民法院提起诉讼，请求判令盘兴公司及其唯一股东盘石公司连带赔偿经济损失 5000 余万元并消除影响。一审法院判决盘兴公司、盘石公司连带赔偿 500 万元。花儿绽放公司、盘兴公司、盘石公司均不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，涉案软件源代码构成技术秘密，盘兴公司披露涉案软件源代码的行为构成技术秘密侵害；花儿绽放公司单方委托鉴定机构就涉案技术秘密商业价值出具的鉴定意见中，多项数据存疑，不应予以采信；综合考虑涉案技术秘密的研究开发成本、实施该项技术秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素，一审法院酌定的损害赔偿数额并无明显不当。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】本案明确涉及非法披露行为的技术秘密侵权案件中，应当以被披露技术秘密的商业价值为基础，综合考虑案件具体情况，确定损害赔偿数额。技术秘密商业价值的认定存在多种路径，本案在认可鉴定评估是可选方式的同时，进一步明确了难以采信有关鉴定意见时，酌定技术秘密商业价值的综合考量因素。

裁判文书摘要

案号 (2021)最高法知民终 2298 号

审理法院 最高人民法院

当事人 浙江盘石信息技术股份有限公司

深圳花儿绽放网络科技股份有限公司

浙江盘兴数智科技股份有限公司

立案年度 2021

裁判时间 2022-11-15

裁判结果 维持一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2021)最高法知民终 2298 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 深圳花儿绽放网络科技股份有限公司。

法定代表人: 罗帆, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 李德成, 北京金诚同达律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 白露, 北京金诚同达(深圳)律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 浙江盘兴数智科技股份有限公司(原浙江盘兴信息技术有限公司)。

法定代表人: 王益华, 该公司总经理。

委托诉讼代理人: 尹智强, 北京观韬中茂律师事务所律师。

上诉人(原审被告): 浙江盘石信息技术股份有限公司。

法定代表人: 田宁, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 徐忠萍, 该公司员工。

委托诉讼代理人: 尹智强, 北京观韬中茂律师事务所律师。

审理经过

上诉人深圳花儿绽放网络科技股份有限公司(以下简称花儿绽放公司)因与上诉人浙江盘兴数智科技股份有限公司(以下简称盘兴公司)、上诉人浙江盘石信息技术股份有限公司(以下简称盘石公司)侵害技术秘密纠纷一案,不服广东省深圳市中级人民法院于2021年6月9日作出的(2019)粤03民初4519号民事判决,向本院提起上诉。本院于2021年11月29日立案后,依法组成合议庭,并于2022年1月12日不公开开庭审理本案,于2022年7月11日询问当事人,上诉人花儿绽放公司委托诉讼代理人李德成、白露,上诉人盘兴公司委托诉讼代理人尹智强,上诉人盘石公司委托诉讼代理人徐忠萍、尹智强到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

花儿绽放公司上诉请求:改判支持花儿绽放公司的全部诉讼请求。事实和理由:(一)原审判决未认定被诉侵权行为公开披露并导致花儿绽放公司的技术秘密为公众所知悉,属于事实认定错误。(二)因公开披露导致技术秘密为公众所知悉,

花儿绽放公司主张根据技术秘密的商业价值确定损害赔偿数额基础的诉请，依法应当予以支持。(三)本案应适用惩罚性赔偿，用户“luxin212121”公开披露有客多小程序源代码(以下简称涉案源代码)的主观恶意是显而易见的，该用户是盘兴公司的员工，花儿绽放公司主张盘兴公司承担赔偿责任的依据是双方签订的《花儿绽放源代码使用许可合同》(以下简称涉案合同)的约定及《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称反不正当竞争法)第三十二条之规定。涉案源代码自2018年12月31日被首次公开披露至Github禁用链接之日长达7个多月，期间涉案源代码不断被Github共享平台多个注册会员复制，并供平台注册会员随时下载至本地使用，给花儿绽放公司造成了重大损失，属于情节严重之情形。(四)原审判决遗漏花儿绽放公司提交的合理维权费用证据，花儿绽放公司在原审庭审中将合理费用从76.916万元变更为95万元，故将第1项诉讼请求由盘兴公司、盘石公司连带赔偿花儿绽放公司经济损失及维权合理费用共计5076.916万元变更为5095万元，而原审判决未就该诉讼请求进行变更；原审判决漏审花儿绽放公司提交的评估鉴定费用。

盘兴公司、盘石公司共同上诉请求：1.撤销原审判决第一项；2.改判驳回花儿绽放公司的全部诉讼请求。事实和理由：(一)花儿绽放公司主张的有客多源代码文件不构成商业秘密。1.花儿绽放公司委托国家工业信息安全发展研究中心司法鉴定所出具的国工信安司鉴所[2019]知鉴字第30号司法鉴定意见书(以下简称第30号鉴定意见书)不具有客观性，鉴定结论不应采信，该次委托由花儿绽放公司自行委托；鉴定机构在进行检索时，应当检索花儿绽放公司主张的20个技术点是否已经公开，而非检索965个源代码是否公开；该鉴定机构检索过程亦有重大瑕疵。盘兴公司、盘石公司二审委托北京京州知识产权服务中心有限公司作出的北京京州(2021)知鉴字第040号鉴定意见书(以下简称第040号鉴定意见书)的鉴定结论显示，在公开的代码文件中可以检索到7个与花儿绽放公司主张的涉案源代码相同的代码，可以证明第30号鉴定意见书检索范围和检索方法存在明显错误。同时，根据盘兴公司提交的证据可见，在2018年10月18日前，在开源领域已经存在多种与花儿绽放公司有客多软件功能相同的软件，作为功能相同的软件其使用的代码文件功能也一定相同，故涉案源代码文件并非“不为公众所知悉”。2.花儿绽放公司未采取相应的保密措施，其提交的证据仅表明其曾经采取了授权办公人员访问的措施，但没有授权办公场所访问及授权办公设备访问两

级保护机制，故无法避免涉案源代码在非办公场所及非办公设备上泄漏。涉案源代码文件存储于阿里云服务器，阿里云属于设置公司外部的公共可访问资源，花儿公司未进行 IP 限制，也未进行设备限制，造成任何人都可以通过账户密码在公司外任意场所任意设备随时访问。3. 涉案源代码文件不具有商业价值，已有多在在先公开的开源项目的功能、技术与涉案源代码相同。(二)即使花儿绽放公司主张的技术信息构成商业秘密，盘兴公司也不构成侵权。1. 花儿绽放公司的技术人员完全掌握嵌入了盘兴公司信息的源代码，存在花儿绽放公司技术人员披露源代码的可能；盘兴公司主观上没有泄露文件包的主观目的；盘兴公司制定了更为严格的保密措施，客观上花儿绽放公司技术人员泄露代码的可能性大于盘兴公司员工，且 Github 共享平台上公开文件包中有 1006 个文件与花儿绽放公司交付文件包中文件不同。2. 即使盘兴公司技术人员泄露了涉案源代码，员工的行为并不直接代表公司的行为，花儿绽放公司引用涉案合同中约定的员工违反保密义务则公司承担连带责任的条款，主张盘兴公司承担连带责任，明显混淆了合同纠纷与侵权纠纷。(三)原审判决金额过高，根据 2017 年修订的反不正当竞争法，适用法定赔偿的上限为 300 万元；参照涉案源代码的许可使用费，盘兴公司最多应按照永久授权的许可费 20 万元向花儿绽放公司支付赔偿金；涉案源代码商业价值、创新程度低，连城资产评估有限公司于 2021 年 1 月 20 日出具的连资评鉴字 (2021)01506 号价值评估鉴定报告(以下简称价值评估鉴定)评估方式有误，导致评估价值过高；盘兴公司主观并无过错，且涉案源代码已被删除，并未造成严重后果，适用法定赔偿亦不应按照最高额判赔。(四)盘兴公司的股东已经在 2021 年 3 月 25 日发生变更，盘石公司不再是盘兴公司的股东，在盘石公司作为盘兴公司股东期间，两者财务独立、业务独立，且盘石公司作为股份有限公司，根据股份有限公司的财务制度进行规范与公开，完全没有任何财务混同或者不清楚的问题，原审判决盘石公司承担连带责任没有事实及法律依据。

花儿绽放公司向原审法院提起诉讼，原审法院于 2019 年 10 月 10 日立案受理，花儿绽放公司起诉请求：1. 盘兴公司、盘石公司连带赔偿花儿绽放公司经济损失及维权合理费用共计 5076.916 万元。2. 盘兴公司、盘石公司在《法制日报》刊登声明消除影响。3. 诉讼费由盘兴公司、盘石公司承担。事实和理由：(一)花儿绽放公司主张的技术秘密范围及保密措施。花儿绽放公司主张的技术秘密为有客多软件中 20 个技术点对应的 965 个源代码文件。花儿绽放公司针对涉案源

代码采取了保密措施,至侵权行为发生时,有客多软件已经受到客户的广泛好评并给花儿绽放公司带来可观的经济利益。(二)盘兴公司、盘石公司接触与非法披露花儿绽放公司技术秘密的行为。2018年10月18日,花儿绽放公司与盘兴公司签署了涉案合同。2018年10月24日,花儿绽放公司按照许可合同约定向盘兴公司交付了加密的有客多小程序源代码(以下简称交付代码)及相关文件。有客多软件源代码于2018年12月31日被用户“luxin212121”发布到Github公共存储库,后被Github平台多个用户(以下简称分支用户)复制到你公共存储库。经比对披露代码与交付代码,发现披露代码中增加了多个指向盘兴公司、盘石公司的信息,故花儿绽放公司有充分的理由怀疑盘兴公司、盘石公司及其员工非法披露了花儿绽放公司的技术秘密,因此应承担连带侵权责任。(三)花儿绽放公司在软件BeyondCompare中导入花儿绽放公司主张构成技术秘密的涉案源代码和公开披露的源代码,结果显示965个不为公众所知悉的源代码技术秘密文件均包含在披露的源代码中。(四)盘兴公司、盘石公司恶意公开披露花儿绽放公司技术秘密的行为导致涉案源代码为公众知悉,给花儿绽放公司带来的经济损失达1000万元。花儿绽放公司主张盘兴公司、盘石公司连带赔偿花儿绽放公司经济损失为5000万元,合理费用76.916万元。盘兴公司、盘石公司的侵权行为在市场上造成了非常恶劣的影响,严重侵犯了花儿绽放公司的合法权益,贬损了有客多软件商品及服务的声誉,应当在《法制日报》上刊登声明,及时有效地消除影响。(五)盘石公司是唯一股东,对盘兴公司的债务应当承担连带责任。盘石公司自盘兴公司设立之日起至本起诉状具状之日止,一直是盘兴公司的唯一股东,盘石公司应对盘兴公司的债务承担连带责任。

盘兴公司、盘石公司原审共同辩称:(一)花儿绽放公司指控盘兴公司侵害了其技术秘密所依据的事实是交付代码于2018年12月30日被用户“luxin212121”发布到Github公共存储库,后被Github平台多个用户复制到公共存储库,但现无任何证据证明用户“luxin212121”为盘兴公司的员工。(二)从花儿绽放公司提供的证据来看,至少有数个用户从名为“luxin212121”的用户处下载了花儿绽放公司所指控的被披露的源代码,但花儿绽放公司未能提供证据证明用户“luxin212121”所披露的源代码来源于盘兴公司,而不是来源于其他的用户。(三)根据花儿绽放公司的起诉状,花儿绽放公司只是怀疑盘兴公司披露了花儿绽放公司的技术秘密,而其怀疑所基于的理由仅是花儿绽放公司指控的被披露的源代码

中含有盘兴公司、盘石公司的相关信息，但这些都是公开的信息，任何一家企业或个人，包括花儿绽放公司都可以从多个渠道获取到，并嵌入到花儿绽放公司所指控的源代码中。仅凭该事实，并不能排除存在其他可能性，不能达到花儿绽放公司的证明目的。(四)从花儿绽放公司提供的证据来看，仅在2018年及2019年1-6月，花儿绽放公司至少与逾千家企业就涉案软件签订使用许可合同，根据花儿绽放公司自述的使用许可类型，其中包含了大量的源代码使用许可行为，意味着诸多被许可单位收到花儿绽放公司发送的源代码，这些单位也完全可以在自己收到的源代码中嵌入盘兴公司、盘石公司的相关信息。(五)花儿绽放公司在本案中单方就被披露的源代码不为公众所知悉及相关研发费用所作的司法鉴定及财务审计结论，对盘兴公司、盘石公司没有约束力。(六)退一步说，根据双方所签订的涉案合同第十条违约责任第2款约定，即使法院认为盘兴公司违反合同约定的义务，但花儿绽放公司未提供任何证据证明盘兴公司获得了经济利益，根据合同约定，花儿绽放公司最多也只能按合同总金额的30%要求盘兴公司承担赔偿责任。(七)根据花儿绽放公司提供的证据以及陈述可见，被披露的源代码于2018年12月31日上传至Github。2019年4月19日，花儿绽放公司发现源代码被披露。同年5月9日，花儿绽放公司进行证据固定，发现有6名用户复制了该代码。2019年6月27日，花儿绽放公司委托国家工业信息安全发展研究中心司法鉴定所对该源代码是否为公众所知悉进行司法鉴定，司法鉴定人员通过网络搜索等方式进行检索，均未检索到该源代码，由此可见，花儿绽放公司所谓的被披露的源代码并未遭到泄露。关于花儿绽放公司针对盘石公司的请求，其在诉讼请求中要求盘石公司、盘兴公司连带承担赔偿责任，认为二公司有共同侵权行为，但依据仅为盘石公司是盘兴公司唯一股东，而非共同侵权行为。

一审法院查明

原审法院经审理查明以下事实：

(一)花儿绽放公司所称技术秘密的情况

1. 非公知性的情况

国家版权局于2018年4月25日颁发的著作权登记证书(软著登字第2612234号)记载：软件名称为花儿绽放有客多软件【简称：有客多】V1.0，著作权人为花儿绽放公司，开发完成及首次发表日期均为2018年1月31日，权利取得方式为原始取得。

国家版权局于 2018 年 11 月 29 日颁发的著作权登记证书(软著登字第 3288565 号)记载:软件名称为花儿绽放有客多软件【简称:有客多】V2.0,著作权人为花儿绽放公司,开发完成及首次发表日期均为 2018 年 8 月 27 日,权利取得方式为原始取得。

第 30 号鉴定意见书记载:1.委托人为花儿绽放公司,委托事项为花儿绽放公司的有客多软件部分源代码在 2018 年 12 月 31 日前是否为公众所知悉,受理日期为 2019 年 6 月 27 日。2.鉴定材料包括①源代码光盘,一式一份,内含源代码压缩包“gongzhi.zip”和“shal.txt”,经查验 gongzhi.zip 的 SHAI 校验值与 shal.txt 中记载的一致。②《有客多软件技术点说明》,一式一份,共 28 页。依据《有客多软件技术点说明》可知,有客多软件是一款微信小程序开发工具,提供小程序行业解决方案让用户快速拥有自己的微信行业小程序。软件采用 java 语言,基于 SpringMVC+Mybatis 架构开发,软件是通过打包编译生成 war 包部署在阿里云平台提供服务。整个软件从业务架构上分为三层,包括业务前台、服务中台和底层架构。其中业务前台包含建站业务、电商业务、餐饮业务、名片业务、多门店业务、分销业务、互动业务、知识付费业务、社区服务等模块;服务中台包含商品 SKU 服务、订单服务、会员及优惠券服务、积分服务、奖品服务、活动服务、微信接口服务、短信服务、多媒体服务、资讯论坛服务、资源调度服务等模块;底层架构包含分布式部署架构、缓存架构、数据存储架构、日志整体架构、消息队列架构等。花儿绽放公司主张的 20 个技术点对应的 979 个源代码文件,涵盖了实现上述业务前台和服务中台的全部功能模块的部分源代码。3.检索结果。2019 年 6 月 28 日至 7 月 22 日,鉴定组依据《有客多软件技术点说明》,针对有客多软件中的 20 个技术点对应的 979 个源代码文件,在谷歌、百度 2 个知名搜索网站,Github、searchcode2 个软件源代码共享网站进行了搜索,检索到与上述有客多软件中 14 个源代码文件内容相近似的内容,未检索到其他源代码文件内容相近似的内容。4.鉴定意见。有客多软件中 20 个技术点对应的 965 个源代码文件在 2018 年 12 月 31 日之前不为公众所知悉。

2. 保密措施的情况

花儿绽放公司提交的《物理保密措施截屏及说明》显示代码管理采用 VPN 统一安全授权,SVN 账号密码加密授权,账号密码每人唯一。正常登录 VPN 后,方能使用 SVN 账号密码登录。

花儿绽放公司主张与员工签订有《员工保密信息和职务发明转让协议》，向法院提交了其中一份协议予以证明。该份协议的原件显示有员工姓名(花儿绽放公司为保护技术人员的个人信息不被泄露，在复印件中遮盖了员工的签名)，签订时间为2013年7月12日。该协议中记载“保密信息”是指公司透露给员工的，或员工从公司处以书面、口头、画图、观察零部件或设备等方式间接或直接地获得任何公司的专有信息、技术数据、商业秘密或技术诀窍，包括但不限于研发计划、软件、程序。

花儿绽放公司(甲方)与盘兴公司(乙方)于2018年10月18日签订涉案合同。该合同记载：1. 第二条(使用许可授权及限制)第1款规定“经友好协商，甲方同意授予、乙方同意接受对有客多小程序源码的非专有，不可转让的使用许可”。2. 第三条(保密条款)第1款规定“保密信息”是指有客多小程序源码、本合同及所有附件和补充文件，以及其他由甲方、乙方各自专有的、且提供给对方的并明确标有“保密”字样的信息。第2款规定“双方同意严格按照本合同的规定使用对方的保密信息，未经对方的事先书面许可，不得向第三方，或允许第三方直接或间接地透露保密信息。双方同意：i. 对保密信息保密，并采取所有必要的预防措施(包括但不限于双方采取的用于保护自身保密信息的措施)防止未经授权的使用及透露保密信息。ii. 不得向第三方提供保密信息或由保密信息衍生的信息。除了本合同确定的使用范围外，不得在其他任何时候使用保密信息”。第4款规定“本合同约定的双方所承担的保密义务不因合同的变更、终止而终止，如双方没有对保密期限加以规定，则直至保密信息在本行业中成为公知信息后，本合同约定的保密义务才予以解除”。第4款规定“甲乙双方同意，以适当方式告知并要求各自能接触到保密信息的员工遵守本条约定，若某员工违反本条约定，应承担连带责任”。3. 第六条第4款规定“甲方负责人到达乙方办公场所后，向乙方出示包含授权软件源码的加密U盘交付物，甲方负责人将加密U盘交付物及密码交给乙方负责人，甲方负责人在乙方办公场所现场协助乙方搭建授权软件本地开发环境，乙方应及时查收，核对无误后，应向甲方出具书面查收证明”。4. 第七条第3款规定“未经甲方事先书面许可，乙方不得实施以下行为：(1)将有客多小程序源码向第三方提供、泄露、销售、转租、转借、转让或提供分许可、转许可或以其他形式供他人利用。(2)除以备份目的以外，不得制作、指使第三方制作或许可第三方制作有客多小程序源码的复制品”。

3. 商业价值的情况

花儿绽放公司与盘兴公司签订的涉案合同第六条约定,盘兴公司使用有客多小程序源码的许可费为15万元,发布时间为2018年10月8日的平台源码。许可使用期限为合同签订日起20个自然年度。

(二) 被诉侵权行为的情况

2018年10月24日,花儿绽放公司将装有涉案源代码包的加密U盘交付给盘兴公司的负责人员戴正旺,并将U盘密码以微信方式发送给了戴正旺。盘兴公司于2018年10月26日出具的《有客多源代码使用许可项目(软件)签收表》记载:兹收到花儿绽放公司与盘兴公司签订的合同(合同编号:HEZF-QD-201810161215)内所授权的有客多小程序软件;软件版本号为V2018102201;备注“以上软件清单中所包含的内容已包含在签收人所签收的保密U盘中”。

深圳市版权协会出具的电子证据固化报告(2019深版协电证固字第F0774号)记载,2019年5月9日,根据花儿绽放公司的申请,在连接互联网的办公电脑上做清洁处理后,进入工业和信息化部,点击公共查询显示:panshi101.com域名的权利人为盘兴公司。深圳市版权协会出具的电子证据固化报告(2019)深版协电证固字第F0848号)记载,2019年5月21日,根据花儿绽放公司的申请,在连接互联网的办公电脑上做清洁处理后,进入工业和信息化部,点击公共查询显示:网站名称“盘石科技”、网址xxx.com、www.mhw001.com的权利人为盘石公司。

深圳市版权协会出具的电子证据固化报告(2019深版协电证固字第F0772号)记载,2019年5月9日,根据花儿绽放公司的申请,在办公电脑上做清洁处理后进行如下操作:打开Google Chrome浏览器,输入网址xxx.com;点击“signin”,输入用户名salaciouswolf@gmail.com及密码,点击“signin”;在输入框中输入“youkeduo”进行搜索;点击搜索结果“luxin212121/java-saas”后进入相关页面并下载该用户披露的有客多源代码。相关页面的截图显示,Github网站上名称为“luxin212121”的用户,在2018年12月31日将有客多源代码对外披露。前述披露的有客多源代码中指向盘兴公司、盘石公司的信息主要有:1. 多处含有盘兴公司的域名panshi101.com。2. 多处含有盘

石公司的域名 `adyun.com`。3. 将交付代码中的平台注释和系统平台名称由“有客多小程序”修改为“盘石微店”。4. 将交付代码中的“微俱聚 `logo`”修改为“盘石微店 `logo`”。5. 将交付代码中的客服电话 `400-XXXX-925` 修改为盘石公司客服电话 `400XXXX-1110`。6. 披露代码中增加了盘石公司版权信息(`copyright?2018 盘石科技. All rights reserved`)。7. “`luxin212121`”在 `GitHub` 网站的另一个存储库(`laravel-mhwww`)发布了含有盘石公司内部研发管理系统的链接:`http://122.224.234.181:3729/zentao/doc-view-33.html`, `http://122.224.234.181:3729/zentao/doc-view-34.html`, `http://122.224.234.181:3729/zentao/doc-view-35.html`。8. 在披露的有客多源代码文件中,修改了交付代码中第三方平台的配置参数(该参数为发起微信功能所需密钥,由用户在微信第三方平台私密获取)及目标数据库的访问地址 `data.db.url` 参数(该参数为数据库存储路径,修改后的参数显示为在阿里云购买的 `rds` 数据库链接地址)。9. 截至2019年5月6日,`GitHub` 网站上共有 `Zyq11223`、`baiyexingzhe`、`eavenliu`、`newbigtech`、`salaciouswolf`、`Laotian8076` 等6位用户复制了“`luxin212121`”披露的有客多源代码。

深圳市版权协会出具的电子证据固化报告(2019深版协电证固字第F0847号)记载,2019年5月21日,根据花儿绽放公司的申请,在办公电脑上做清洁处理后进行如下操作:打开 `Google Chrome` 浏览器,输入网址 `XXX.com`;点击“`signin`”,输入用户名 `salaciouswolf@gmail.com` 及密码登录,相关内容的截图显示,用户“`luxin212121`”在 `GitHub` 网站的其他三个存储库(`php-saas`、`laravel-mhwww`、`mhwsourc`)发布的内容中指向盘石公司的信息主要有:1. 盘石公司的域名 `adyun.com`、盘石微店签名、盘石公司的版权信息(`copyright?2004-2019 浙江盘石信息技术股份有限公司. All rights reserved`)。2. 盘石公司的介绍链接、帮助支持链接、联系我们链接。3. 盘石公司的办公地址:杭州拱墅区 `XX路XX号XX大厦`。4. 盘石公司的域名 `mhw001.com` 和 `adyun.com`、盘石官网链接、盘石网盟链接、

盘石大学链接。5. 盘石公司支付宝收款账户信息：z j p s z p 99 b i l l @ a d p a n s h i . c o m。

深圳市版权协会出具的电子证据固化报告(2019 深版协电证固字第 F 1148 号)记载, 2019 年 7 月 17 日, 根据花儿绽放公司的申请, 在办公电脑上做清洁处理后输入网址 $\times\times\times.c o m$; 使用账号 $s a l a c i o u s w o l f @ g m a i l . c o m$ 及密码登录, 进入相关页面显示, 截至 2019 年 6 月 27 日, G i t h u b 网站上新增 6 名用户复制了 “l u x i n 212121” 披露的有客多源代码。该 6 名用户为 $g g j u c h e n g$ 、 $y a n g x u l 225$ 、 $b l e e h o m e$ 、 $s u n l c 1986$ 、 $k e n t Z h o n g 31$ 、 $c h e r i s h 9950$ 。

花儿绽放公司于 2019 年 6 月 20 日向 Github 网站发出律师函, 要求对方尽快删除用户 “luxin212121” 发布的侵权存储库的分支存储库(原始侵权存储库已删除)并提供用户 “luxin212121” 的联系信息。Github 网站于 2019 年 7 月 9 日的回复显示, 相关内容已删除, 由于没有相关的法律文件, 不能共享关于其他用户的存储库的任何附加。花儿绽放公司确认有客多源代码已被 Github 网站删除。此外, 花儿绽放公司于 2019 年 9 月 5 日向盘兴公司、盘石公司分别发出律师函, 要求盘兴公司、盘石公司尽快沟通消除影响及赔偿损失事宜。

深圳市版权协会出具的电子证据固化报告(2019 深版协电证固字第 F2052 号)记载, 2019 年 11 月 27 日, 根据花儿绽放公司的申请, 在办公电脑上做清洁处理后设置新的 VPN 连接, 输入 ip 地址: 112.74.112.108, 使用账号 $y u a n x u n x i$ 和密码登录到 VPN 网络环境, 使用 SVN 客户端软件从 SVN 服务器中下载对应版本的文件代码内容。花儿绽放公司主张从前述 SVN 服务器(花儿绽放公司用于存放各版本软件源代码的服务器)下载的有客多源代码版本与交付给盘兴公司的有客多源代码所涉技术秘点相同。对此, 花儿绽放公司将前述下载的源代码版本与 “luxin212121” 在 Github 网站上披露的有客多源代码, 通过软件比对工具 BeyondCompare 进行比对后显示, 二者含有 965 个相同文件和列表。

2021 年 4 月 6 日, 盘兴公司在原审庭审后向原审法院出具的书面意见中确认: 花儿绽放公司交付给盘兴公司的源代码包中具有花儿绽放公司主张的 965 个不为公众所知悉的源代码文件。

盘石公司成立于 2004 年 11 月 25 日, 盘兴公司成立于 2017 年 4 月 26 日。盘石公司是盘兴公司的唯一股东。花儿绽放公司原审庭审时明确: 本案中不主张

盘兴公司、盘石公司承担共同侵权责任。盘石公司是盘兴公司的唯一股东，盘石公司不能证明盘兴公司的财产独立于自己的财产时，盘石公司依法应对盘兴公司的债务承担连带责任。

(三) 花儿绽放公司主张侵权受损的情况

花儿绽放公司提交的研发资料及内部微信记录显示，花儿绽放公司于2017年10月13日开始小程序市场的产品研发，2017年12月1日将研发的小程序命名为有客多。

深圳永信瑞和会计师事务所于2019年6月27日出具的审计报告记载：依据花儿绽放公司所作的2018年1月1日至2018年10月31日研究开发费用结构明细表、研究开发费用结构明细表附注。2018年1月1日至2018年10月31日研究开发项目投入金额为8422304.54元，其中“花儿绽放有客多软件”项目投入金额为3595635.74元(其中V1.0版本的研发投入为737657.68元，V2.0版本的研发投入为2857978.06元)。

花儿绽放公司2018年年度报告摘要记载：1. 平台业务方面，微俱聚平台、有娱平台整体注册用户保持稳定增长，付费用户转化率有所提升。2018年度公司上线了有客多微信小程序，为企业客户快速搭建微信小程序提供便捷工具。平台上线一年，凭借微信小程序需求的高速增长，以及公司积累的全国经销网络，平台注册用户及付费用户均大幅增长(注册用户38万、付费用户0.4万)，为公司贡献了较大一部分业绩增长份额。2. 2018年微信小程序开发的需求增长迅速，公司成为市场第一批提供微信小程序开发的第三方服务商，并凭借多年积累的客户资源迅速占领市场，取得了明显的领先优势。花儿绽放公司2019年半年度报告摘要记载：1. 平台业务方面，微俱聚平台、有娱平台整体注册用户保持稳定增长，付费用户转化率保持稳定。尽管受宏观经济及移动互联网营销阵地变化的影响，微俱聚平台的新增注册用户数量逐渐放缓，但存量用户的体量庞大，续费用户仍然稳定转化，而有娱平台及有客多平台的注册用户及付费用户数(注册用户42.7万、付费用户0.49万)则实现稳定增长。

花儿绽放公司提交的有客多产品收款统计表显示：1. 2017年有客多产品总收入为516700元。2. 2018年有客多产品总收入为11408532元。3. 2019年1-6月有客多产品总收入为3475966.74元，2019年7-12月有客多产品总收入为1832003元。4. 2020年1-10月有客多产品总收入为1083598元。

连城资产评估有限公司出具的价值评估鉴定记载：1. 资产评估报告名称为花儿绽放公司拥有的“有客多软件 20 个技术点对应的技术信息(965 个源代码文件包含的源代码)”商业秘密价值评估鉴定项目。2. 本次评估基准日为 2018 年 12 月 31 日。3. 花儿绽放公司拥有的“有客多软件 20 个技术点对应的技术信息(965 个源代码文件包含的源代码)”商业秘密价值在评估基准日的评估鉴定值为 1012 万元。

花儿绽放公司针对有客多源代码被披露的情况，为避免系统安全漏洞而组织技术人员开展反漏洞工作、对代码作了部分加密改造，并与绿盟公司沟通反漏洞方案。

花儿绽放公司主张的维权费用包括：1. 律师费 50 万元，花儿绽放公司提交了《委托代理合同》《委托代理合同之补充协议》及律师费发票。根据《委托代理合同》第六条的约定，花儿绽放公司同意按照最终收到赔偿金的 50%向广东卓效律师事务所支付律师费。《委托代理合同之补充协议》将原合同第六条修改为：本协议签订之日起将已预付的 50 万元律师费转为基础律师费。花儿绽放公司另按照最终收到赔偿金的 25%扣减 50 万元后向广东卓效律师事务所支付奖励律师费。2. 司法鉴定费 25 万元，花儿绽放公司提交了鉴定费发票。3. 电子证据固化费用共计 15760 元，花儿绽放公司提交了电子证据固化服务费发票 4 张。4. 有客多研发审计费 5000 元，花儿绽放公司提交了审计合同及发票。5. 翻译费 1500 元及发票。6. 评估师及律师差旅费 13143 元，花儿绽放公司提交了相关机票、住宿费发票。

(四) 盘兴公司、盘石公司抗辩的情况

(2020)浙杭西证民初字第 3100 号记载：1. 2020 年 4 月 16 日，花儿绽放公司销售人员张楚发送给盘兴公司的邮件附件中，有客多小程序价格表中独立部署为 10 万元/永久、源码部署为 20 万元/永久。2. 2020 年 4 月 21 日，董金明以广西花儿绽放文化传媒有限公司的名义发送给盘兴公司的邮件附件中，有客多小程序价格表中独立部署为 10 万元/永久、源码部署为 20 万元/永久。3. 搜索微擎、小猪、凡科等网站，显示可提供微信小程序产品的开发及相关服务。

(2020)浙杭西证民初字第 3099 号记载：2018 年 10 月 22 日，盘兴公司将“有客多部署项目准备资料清单”与“有客多部署图文材料”通过微信、邮件发送给花儿绽放公司的技术人员。

(2020)浙杭西证民字第 3650 号记载：2018 年 10 月 17 日，盘兴公司向花儿绽放公司提供了微信开放平台的登录用户名及密码。

(2020)浙杭西证民字第 3651 号记载：2018 年 10 月 16 日，花儿绽放公司通过邮件向盘兴公司发送“名片部署准备资料清单”和“名片部署项目准备资料说明”。

(2020)浙杭西证民字第 5394 号记载：通过互联网公开渠道可以查询到盘兴公司的字号、logo、客服电话、域名、地址、邮箱等信息。

(五)其他情况

盘兴公司、盘石公司在原审庭审结束后，更换了诉讼代理人，并补充提交了如下几方面的证据：1. 主张盘石公司设置有保密机制的证据，包括代码库管理制度、IT 安全运维管理系统截图、员工保密协议。2. 主张与有客多功能相似的软件产品在市场上大量存在。①在 Github 网站上可以搜索到大量有关小程序的开源项目。②与有客多功能类似的建站 abc 于 2016 年 8 月上市，基础版免费。③微信小商店 2020 年上市，免费提供一键式搭建小程序电商，提供开放接口和二次开发能力。3. 主张涉案源代码极有可能被非授权代理商泄露。广西花儿绽放文化传媒有限公司在其官网上显示其为花儿绽放公司的广西分公司。花儿绽放公司认为前述证据系在举证期限之后提交，无法定理由，不予质证。针对盘兴公司、盘石公司提交的前述网页截图打印件，原审法院登录互联网相关网页作了核对，二者内容相符。

花儿绽放公司主张适用惩罚性赔偿，以连城资产评估有限公司对涉案技术秘密作出的评估值 1012 万元为基数，再乘以倍数 4.94 得出赔偿金额。

一审法院认为

原审法院认为，本案争议焦点为：（一）花儿绽放公司主张的技术信息是否构成商业秘密；（二）花儿绽放公司指控盘兴公司、盘石公司侵权是否成立；（三）若构成侵权，盘兴公司、盘石公司如何承担民事责任。

针对焦点一，本案被诉侵权行为发生的时间为 2018 年 12 月 31 日，持续至 2019 年 7 月初，故本案应适用 2019 年 4 月 23 日施行的反不正当竞争法。该法第九条规定，商业秘密应符合秘密性、价值性和保密性的要求。秘密性指商业秘密所处的状态应当是不为公众所知悉。花儿绽放公司在本案中主张的技术秘密为有客多软件中 20 个技术点对应的 965 个源代码文件。第 30 号鉴定意见书认为，

上述技术秘密具有非公知性。盘兴公司、盘石公司对鉴定机构未在 Github 网站上检索到被披露的有客多源代码提出了质疑。经查，鉴定机构的检索时间为 2019 年 6 月 28 日至 7 月 22 日，而 Github 网站在 7 月 9 日前已删除了被披露的有客多源代码。鉴定机构实施检索时并非必然以 Github 网站为首选，后期在 Github 网站上未检索到已被删除的源代码亦符合实际情况。盘兴公司、盘石公司称 Github 网站上关于小程序的开源项目众多，但并无相反证据推翻该鉴定意见，应认定涉案 965 个源代码文件不为公众所知悉。关于价值性和保密性，花儿绽放公司提交了有客多软件使用许可合同及相关许可费的证据，显示涉案软件能给花儿绽放公司带来经济利益。此外，花儿绽放公司提交的证据显示，其对有客多软件源代码的管理采用 VPN 统一安全授权、SVN 账号密码加密授权，花儿绽放公司与员工签订有保密协议；花儿绽放公司与盘兴公司签订的涉案合同中，约定了具体的保密条款且以加密载体交付。前述措施表明花儿绽放公司针对的保密客体是具体明确的，该措施在正常情况下能够防止涉密信息被泄露，符合保密性要求。综上，花儿绽放公司主张的涉案 965 个源代码文件构成技术秘密。

针对焦点二，现有证据显示，用户“luxin212121”在 Github 网站上披露的有客多软件源代码中涵盖了涉案技术秘密。经查证，其一，盘兴公司通过与花儿绽放公司签订涉案合同，获取了有客多软件的源代码。其二，虽无法获悉用户“luxin212121”的具体身份信息，但其披露的有客多软件源代码中，众多信息均指向盘兴公司与盘石公司。这些信息包括盘兴公司、盘石公司的版权信息、域名、客服电话、logo 以及平台注释、系统平台名称、默认签名等内容。其三，需特别关注的是，披露的有客多软件源代码修改了原来的第三方平台的配置参数（该参数为发起微信功能所需密钥，由用户在微信第三方平台私密获取）及目标数据库的访问地址 data.db.url 参数（该参数为数据库存储路径，修改后的参数显示为在阿里云购买的 rds 数据库链接地址）。对前述参数的修改及修改后的信息属于企业的机密，不为外人所知。其四，用户“luxin212121”还在 Github 网站的其他三个存储库（php-saas、laravel-mhwww、mhwsorce）发布源代码，其中亦含有大量指向盘石公司的信息，包括盘石公司的版权信息、域名、介绍链接、帮助支持链接、联系我们链接、地址、官网链接、盘石网盟链接、盘石大学链接、支付宝收款账户等。前述部分信息虽可通过互联网获知，但部分是外人难以知晓或不会关注的信息。用户“luxin212121”在 Github 网站的不同存储库、不同源

代码中汇集了盘兴公司、盘石公司如此丰富、完整的企业信息，除了盘兴公司或其知情的员工外，他人均难以做到。盘兴公司对此未有合理解释，抗辩亦缺乏理据。花儿绽放公司与盘兴公司在涉案合同中明确约定，若盘兴公司的员工违反保密义务，盘兴公司应承担连带责任。综上，盘兴公司应对侵权行为承担法律责任。

针对焦点三，盘兴公司构成侵权，花儿绽放公司有权向其主张赔偿损失。关于消除影响的诉讼请求，原审法院认为，侵权行为系对商业秘密的披露，未有证据证明侵权行为给花儿绽放公司造成了必须消除的不良影响，故该项诉请原审法院不予支持。花儿绽放公司主张适用惩罚性赔偿，根据反不正当竞争法第十七条的规定，经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在一倍以上五倍以下确定赔偿金额。现有证据不能证明盘兴公司对涉案源代码的披露具有恶意，故不应适用惩罚性赔偿。

关于研发费用和反漏洞的损失。鉴于研发费用的审计报告是花儿绽放公司单方委托，且审计报告作出的依据仅系花儿绽放公司所作的2018年1月1日至2018年10月31日研究开发费用结构明细表、研究开发费用结构明细表附注，并未审查付款凭证、工资支付凭证等原始材料，故其客观性存疑。涉案源代码已被披露，花儿绽放公司采取反漏洞的补救工作具有必要性，但具体损失未有证据证明。上述两项损失的情况，原审法院在裁判时予以酌情考虑。

花儿绽放公司列举了2018年至2020年涉案软件销售收入下滑的情况，主张系侵权行为造成的损失。原审法院认为，花儿绽放公司提交的2019年半年报显示有客多产品的注册用户及付费用户数实现稳定增长。花儿绽放公司提交的销售单据系其单方统计，即便客观真实，考虑到互联网产品更新换代的频率及生命周期的情况，其他商家包括微信平台亦推出免费的小程序服务，花儿绽放公司涉案产品的市场份额必然会随着市场竞争环境的改变而变化。综上，花儿绽放公司主张的该项损失金额原审法院不予支持，但在裁判时予以酌情考虑。

关于维权费用的问题。花儿绽放公司主张的维权费用包括律师费、鉴定费、电子证据固化费、审计费、翻译费、差旅费等，前述事项已实际发生并有相关票据佐证，相关金额亦在合理范围之内，原审法院对前述费用予以支持。

综上，根据本案在案证据，难以确定花儿绽放公司因盘兴公司、盘石公司侵权而遭受的实际经济损失数额，也难以确定盘兴公司因侵权所获经济利益数额，故应当适用法定赔偿原则，依法确定赔偿额。原审法院根据涉案产品的研发与销

售情况、花儿绽放公司年度报告、侵权行为的性质、侵权情节、主观过错、侵权持续的时间、反漏洞费用以及花儿绽放公司为制止侵权行为所支付的合理费用等因素，酌情确定盘兴公司承担的赔偿数额为 500 万元。盘石公司是盘兴公司的唯一股东，其未能证明盘兴公司的财产独立于盘石公司的财产。根据《中华人民共和国公司法》第六十三条的规定，盘石公司应当对盘兴公司的前述债务承担连带责任。

一审裁判结果

原审法院判决：一、浙江盘兴信息技术有限公司应在判决生效之日起十日内赔偿深圳花儿绽放网络科技股份有限公司经济损失及合理维权费用共计 500 万元，浙江盘石信息技术股份有限公司对前述赔偿金额承担连带责任；二、驳回深圳花儿绽放网络科技股份有限公司的其他诉讼请求。如果未按判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》（2017 年修正）第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。本案受理费 295645.8 元，由花儿绽放公司负担 245645.8 元，由盘兴公司、盘石公司共同负担 50000 元。

本院二审期间，花儿绽放公司为证明其主张，向本院提交了 1 份证据：关于价值评估报告使用期限延续的说明，拟证明涉案价值评估报告依据的各类数据无变化，报告结论的有效期延续一年。

盘兴公司、盘石公司的质证意见为：对该份证据真实性、合法性、关联性、证明目的均不认可，根据《中华人民共和国资产评估法》，价值评估报告最多只能有一年的有效期，不可再延长；且该报告出具程序不合法。

本院的认证意见为：该份证据由作出价值评估报告的机构出具，对其真实性予以确认，对其能否实现证明目的将结合其他在案证据予以论述。

盘兴公司、盘石公司为证明其主张，向本院提交了 6 份证据：证据 1 为第 040 号鉴定意见书，拟证明涉案 965 个源代码文件并非“不为公众所知悉”，第 30 号鉴定意见书检索范围和检索方法存在明显错误。证据 2 为北京鼎承知识产权代理有限公司出具的《代码比对成果报告》，拟证明 Github 共享平台上的公开文件包与花儿绽放公司交付给盘兴公司的文件包有差异，其中仅在交付包中体现但没有在公开文件包中体现的文件数为 331 个，两个文件包均包含但内容有差异的文件数为 117 个，仅在公开文件包中体现但没有在交付文件包中体现的文件数

为 1006 个；代码相同还应包括代码功能实质相同。证据 3 为北京市东方公证处 (2022)京东方内民证内字第 00487 号公证书，证据 4 为北京京州(2021)知鉴字第 041 号鉴定意见书，拟共同证明花儿绽放公司主张的涉案 965 个源代码文件不具有价值。证据 5 为鉴定费等发票，拟证明盘兴公司、盘石公司为本案支付的鉴定费用等共计 36.58 万元。证据 6 为小程序行业现状，拟证明涉案技术秘密不具有价值性。

花儿绽放公司的质证意见为：证据 1-6 均为盘兴公司、盘石公司故意逾期提交的证据，对证据 1 真实性、合法性认可，对关联性不认可，3 个有关变量命名的文件整体有特定性，不为公众所知悉；其他 4 个文件仅是部分代码被公开，但未被整体公开。对证据 2 真实性、合法性认可，对关联性不认可，原审中盘兴公司、盘石公司认可披露的源代码文件包括涉案 965 个源代码文件，且花儿绽放公司原审提交的证据亦可以证明该事实；盘兴公司、盘石公司收到花儿绽放公司交付的源代码文件后，对其进行了适应性修改，所以会导致公开文件包数与交付文件包数不同。对证据 3、4 真实性、合法性认可，对关联性不认可，其他软件可以实现涉案 965 个源代码文件的功能并不能证明涉案 965 个源代码文件不具有价值性。对证据 5 真实性、合法性、关联性认可，对证明目的不认可。对证据 6 真实性、合法性认可，对关联性、证明目的不认可，无法证明涉案 965 个源代码文件不具有价值性。

本院的认证意见为：盘兴公司、盘石公司提交证据 1-5 确已超出二审举证期，但鉴于该些证据与本案待证事实有密切关联，本院对证据 1-5 真实性予以确认，对该些证据的证明力，将在裁判理由部分予以论述。证据 6 中其他企业市值下跌情况与本案无关，且不能用于证明在被告侵权行为发生时的行业状况，有客多软件于 2021 年 9 月不再进行功能更新的信息也不能用于证明有客多软件在被告侵权行为发生时的商业价值不高，故对证据 6 不予采信。

本院查明

本院经审理查明，原审查明的事实基本属实，本院予以确认。

本院另查明：二审庭审中，花儿绽放公司明确其向客户交付软件源代码的情况比较少，提供给客户的源代码大部分相同，但针对不同客户有些许不同设置；原审之后涉案软件基本没有销售。花儿绽放公司认可盘兴公司、盘石公司披露涉

案源代码无恶意，也无获利；主张涉案源代码由盘兴公司、盘石公司员工披露，但认为员工行为应由盘兴公司、盘石公司承担责任。

盘兴公司、盘石公司在二审期间，单方委托北京京州知识产权服务中心有限公司作出第 040 号鉴定意见书，其鉴定结论为：“GoodsBuyDetail.java”

“Area.java”“CusmallStatisticsInfo.java”3 个文件中的代码由且仅由成员变量定义及成员变量对应的 getter、setter 等方法组成，其中成员变量属于常见命名，该种定义成员变量并生成 geXXX、setXXX 等方法的形式是 Java 编程语言推荐的标准写法，属于所属领域的行业惯例；“AppletWxPayController.java”“AppletKoulingRedpackMobileController.java”“EmailServiceImpl.java”“HttpUtils.java”4 个文件中的部分代码在 2018 年 10 月 18 日之前已被开源软件库公开。

价值评估鉴定中评估测算过程表记载：2019 年、2020 年销售收入均为 3422.56 万元，研发费用均为 635.58 万元，净利润均为 1804.22 万元；2021 年销售收入为 2566.92 万元，研发费用为 476.68 万元，净利润为 1347.91 万元；2022 年、2023 年销售收入均为 513.38 万元，研发费用均为 95.34 万元，净利润均为 252.77 万元；2024 年销售收入为 308.03 万元，研发费用为 57.2 万元，净利润为 78.22 万元。

2021 年 8 月 6 日，浙江盘兴信息技术有限公司变更企业名称为浙江盘兴数智科技股份有限公司，即盘兴公司。

本院认为

本院认为：涉案源代码于 2018 年 12 月 31 日在 Github 网站上被公开披露，披露行为一经实施，即造成源代码信息被公开的后果，故本案被诉侵权行为发生的时间为 2018 年 12 月 31 日，此后该源代码在 Github 网站上持续被披露，直至 2019 年 7 月 9 日才被删除，仅是在 Github 网站上被披露状态的持续，并不是侵权行为的持续，源代码在网站上被删除也不意味着已经被公开的源代码能回溯到不公开的保密状态。因此，原审法院以被诉侵权行为持续至 2019 年 7 月初，认为本案应适用 2019 年修正的反不正当竞争法的法律适用有误，本院予以纠正。本案应当适用侵权行为发生时的法律，也即 2017 年修订的反不正当竞争法。

根据各方的诉辩意见，本案的争议焦点问题是：（一）花儿绽放公司主张的商业秘密是否成立；（二）盘兴公司是否构成侵权；（三）侵权责任应当如何承担；（四）盘石公司是否应承担连带责任。

（一）花儿绽放公司主张的商业秘密是否成立

反不正当竞争法第九条第三款规定，本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息和经营信息。本案中花儿绽放公司主张的涉案 965 个源代码文件构成技术秘密，其主张的 20 个技术点是对源代码功能进行的概括，仅为了便于鉴定机构理解源代码的逻辑，故本案实际应判定花儿绽放公司主张的涉案 965 个源代码是否构成技术秘密。

1. 关于花儿绽放公司主张的涉案 965 个源代码文件是否“不为公众所知悉”。

《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第三条规定，权利人请求保护的信息在被诉侵权行为发生时不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的不为公众所知悉。本案中，花儿绽放公司提交了第 30 号鉴定意见书以证明涉案 965 个源代码文件“不为公众所知悉”。盘兴公司、盘石公司认为第 30 号鉴定意见书检索范围、检索方法有重大瑕疵，第 040 号鉴定意见书的鉴定结论显示其中 3 个源代码文件属于行业惯例、在公开的代码文件中可以检索到 4 个与花儿绽放公司主张的涉案源代码部分相同的代码，且在 2018 年 10 月 18 日前，已经在开源领域存在多种与花儿绽放公司有客多软件功能相同的软件，因此第 30 号鉴定意见书的鉴定结论不应采信，并申请法院组织对涉案源代码是否“不为公众所知悉”进行重新鉴定。

对此本院认为，首先，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（2019 修正）第四十条第一款规定，当事人申请重新鉴定，存在下列情形之一的，人民法院应当准许：（一）鉴定人不具备相应资格的；（二）鉴定程序严重违法的；（三）鉴定意见明显依据不足的；（四）鉴定意见不能作为证据使用的其他情形。第 30 号鉴定意见书从涉案源代码文件中提取了类名、方法名、变量名、表达式等作为关键词在百度、谷歌两个知名搜索网站及 Github、searchcode 两个软件源代码共享网站进行检索，其检索范围为知名、主流的搜索引擎及软件源代码共享网站，是所属软件领域的相关公众最常使用、访问的网站，故第 30 号鉴定意见书的检索方法、检索范围并无明显不当，且盘兴公司、盘石公司在二审期间，已经单方

委托了鉴定机构对涉案技术信息是否具有非公知性进行了鉴定,故对其所提由法院组织重新鉴定的申请, 本院不予支持。

其次, 根据盘兴公司、盘石公司二审期间委托鉴定的第 040 号鉴定意见书的鉴定结论, “GoodsBuyDetail. java” “Area. java” “CusmallStatisticsInfo. java” 3 个文件中的代码由且仅由成员变量定义及成员变量对应的 geter、seter 等方法组成, 其中成员变量属于常见命名, 该种定义成员变量并生成 geXXX、setXXX 等方法的形式是 Java 编程语言推荐的标准写法, 属于所述领域的行业惯例。花儿绽放公司针对第 040 号鉴定意见的上述结论, 未合理说明该些变量命名方式及对应生成方法的独特性, 故本院采信第 040 号鉴定意见的上述意见, 认定

“GoodsBuyDetail. java” “Area. java” “CusmallStatisticsInfo. java” 3 个文件中的代码 “为公众所知悉”。第 040 号鉴定意见书还认为,

“AppletWxPayController. java”

“AppletKoulingRedpackMobileController. java” “EmailServiceImpl. java”

“HttpUtils. java” 4 个文件中的部分代码在 2018 年 10 月 18 日之前已被开源软件库公开, 但均仅涉及该些文件中的部分代码片段, 无法证明该些文件中的源代码整体已被公开, 且代码中涉及程序的组织结构、调用关系、执行逻辑等, 应将一个源代码文件作为一个整体对待, 不应将一个完整代码进行部分切分而判断是否 “为公众所知悉”。故本院对第 040 号鉴定意见书中关于 4 个文件中的部分代码已被公开的鉴定结论不予采信。

最后, 软件源代码涉及到特定的变量名、类名及方法的定义、程序的组织结构、调用关系、执行逻辑等, 还包括在特定位置对方法、语句和变量的注释文字等, 软件源代码也体现了软件开发人员的代码风格、特定字词的独特表达, 故即使为开发相同功能的软件, 不同开发者可以设计不同的源代码进行表达, 盘兴公司、盘石公司有关软件功能相同推论出代码相同的主张没有事实依据, 本院不予支持。

综合上述情况, 鉴于第 040 号鉴定意见书亦认为涉案其他源代码 “不为公众所知悉”, 结合双方各自单独委托的第 30 号鉴定意见书和第 040 号鉴定意见书的意见, 在盘兴公司、盘石公司未能再提出其他相反证据的情况下, 本院认定, 本案中花儿绽放公司主张的涉案 962 个源代码文件 “不为公众所知悉”。

2. 关于花儿绽放公司对主张的涉案 962 个源代码文件是否采取了相应保密措施。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第五条规定，权利人为防止商业秘密泄露，在被诉侵权行为发生以前所采取的合理保密措施，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的相应保密措施。人民法院应当根据商业秘密及其载体的性质、商业秘密的商业价值、保密措施的可识别程度、保密措施与商业秘密的对应程度以及权利人的保密意愿等因素，认定权利人是否采取了相应保密措施。现有证据表明，花儿绽放公司对内与员工签订了保密协议，约定了员工的保密义务，同时对有客多软件源代码的管理采用 VPN 统一安全授权、SVN 账号密码加密授权，账号密码每人唯一，正常登录 VPN 后，方能使用 SVN 账号密码登录；对外，花儿绽放公司与盘兴公司签订的涉案合同中约定了对包含授权软件源码的 U 盘进行加密及双方对对方标有“保密”字样的信息进行保密的义务，并在交付给盘兴公司有客多小程序源代码时，使用了加密 U 盘，故应当认定，花儿绽放公司已对涉案软件源代码采取了合理保密措施。盘兴公司、盘石公司主张根据花儿绽放公司提交的计算机软件著作权登记证，可证明软件发表就已经公开全部技术秘密，但计算机软件著作权登记证登记的客体是软件，计算机软件著作权登记时所登记的源代码并非全部源代码，并不会导致花儿绽放公司本案中所主张的相关技术信息被公开。盘兴公司、盘石公司另主张花儿绽放公司将涉案软件源代码存储于阿里云服务器，但并未进行 IP 及设备限制，其保密措施不到位；但登录阿里云服务器需要账号密码，将涉案软件源代码存储于阿里云服务器，并不意味着该源代码处于社会公众可任意获得的状态。故盘兴公司、盘石公司关于涉案技术信息未采取合理保密措施的主张不能成立，本院不予支持。

3. 关于花儿绽放公司主张的涉案 962 个源代码文件是否具有商业价值。《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第七条第一款规定，权利人请求保护的信息因不为公众所知悉而具有现实的或者潜在的商业价值的，人民法院经审查可以认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的具有商业价值。技术秘密具有价值和使用价值，且用于生产、经营中能给权利人带来经济利益，它既包括现实的经济利益，也包括潜在的竞争优势。本案中有客多软件为花儿绽放公司开发完成，并为花儿绽放公司吸引了相当数量的客户、带来了

现实的经济利益，盘兴公司也实际向花儿绽放公司支付了软件许可使用费，故涉案软件源代码显然具有商业价值。

综上所述，花儿绽放公司在本案中主张的涉案软件源代码不为公众所知悉、具有商业价值并采取了相应保密措施，构成技术秘密。

（二）盘兴公司是否构成侵权

反不正当竞争法第九条第一款第三项规定，经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：（三）违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

本案中盘兴公司主张涉案源代码并非盘兴公司员工披露，理由为第30号鉴定意见书中载明的技术点与涉案合同中载明的技术点不同，可见被泄露的源代码文件与交付给盘兴公司的源代码文件不同，同时《代码比对成果报告》中也显示花儿绽放公司交付的文件与被泄露的源代码文件不同；即使是盘兴公司员工行为，盘兴公司也不应承担相应的侵权责任。

对此本院认为，首先，盘兴公司、盘石公司提交的《代码比对成果报告》虽载明Github共享平台上的公开文件包与花儿绽放公司交付给盘兴公司的文件包有差异，但花儿绽放公司在本案中并未主张交付给盘兴公司的所有源代码文件均构成技术秘密，仅主张其中的部分源代码文件构成技术秘密，盘兴公司在原审庭审后向法院出具的书面意见中确认，花儿绽放公司交付给盘兴公司的源代码包中具有花儿绽放公司主张的965个不为公众所知悉的源代码文件，二审中盘兴公司、盘石公司推翻其在原审期间的陈述且并未提交足以证明其主张的证据。

其次，基于前述，花儿绽放公司主张的20个技术点是对源代码功能的概括，仅为了便于鉴定机构对源代码的理解，故仅凭第30号鉴定意见书中载明的技术点与涉案合同中载明的技术点不同，亦不能推翻盘兴公司此前的陈述。

再次，Github共享平台上披露的有客多软件源代码修改了原来的第三方平台的配置参数（该参数为发起微信功能所需密钥，由用户在微信第三方平台私密获取）、目标数据库的访问地址data.db.url参数（该参数为数据库存储路径，修改后的参数显示为在阿里云购买的rds数据库链接地址）及目标redis缓存的访问地址data.db.url参数（该参数为redis缓存存储路径，为在阿里云购买的rds的redis缓存连接地址），对该些参数的修改及修改后的信息不为外人所知，同时Github共享平台上披露的源代

码中将花儿绽放公司交付代码中的平台注释和系统平台名称由“有客多小程序”修改为“盘石微店”，将交付代码中的“默认签名”修改为“浙江盘兴”，将交付代码中的“微俱聚 l o g o”修改为“盘石微店 l o g o”，且披露的代码中增加了“盘石科技”的版权信息，亦有盘石公司内部研发管理系统链接、域名、官网链接、办公地址、支付宝收款账户信息等，将交付代码中的客服电话 400-××××-925 修改为盘石官网客服电话 400××××-1110。盘兴公司辩称花儿绽放公司一直掌控涉案源代码文件，盘兴公司在部署和更新涉案软件过程中向花儿绽放公司提供了小程序账号、密码、相应参数，微信开放平台账号、密码，小程序支付账号、密码，及盘石公司域名、盘石公司 l o g o、w e b 服务器 I P 等信息，不能排除涉案软件源代码系由花儿绽放公司披露于 G i t h u b 共享平台。对此本院认为，涉案软件源代码系花儿绽放公司开发，公司实际经营活动中也主要通过软件对外授权获取许可费而获利，花儿绽放公司及其员工缺乏披露该软件以丧失经营获利机会的动机。尤其是，G i t h u b 共享平台上披露的有客多软件源代码不仅包含大量诸如盘石公司域名、官网链接、办公地址、客服电话等外部人员可获知的信息，还包含了前述仅由盘兴公司自身掌控的参数信息，盘兴公司未能就此作出合理解释。而盘石公司作为盘兴公司的唯一股东，有通过盘兴公司实际接触涉案源代码的可能。故结合本案现有证据，根据优势证据规则和日常生活经验法则，本院确认系由盘兴公司或盘石公司的员工实际披露了涉案软件源代码。盘兴公司、盘石公司有关涉案软件源代码由花儿绽放公司员工或其他被许可使用有客多软件的公司的员工披露的主张，并无任何事实依据，也不符合常理，本院不予支持。

最后，盘兴公司在与花儿绽放公司签订的涉案合同中，明确约定了保密条款，盘兴公司负有保密义务，理应采取相应足够的保密措施。即便涉案软件源代码系盘兴公司员工违背盘兴公司意愿而对外披露，因盘兴公司未采取相应足够的保密措施，亦应对披露涉案技术秘密的行为造成的侵权结果承担责任。

进一步而言，花儿绽放公司既可以依据双方涉案合同的约定，向盘兴公司主张违约责任，也可选择依据侵权责任的相关法律规定，要求盘兴公司承担侵害技术秘密的侵权责任，盘兴公司有关花儿绽放公司混淆合同纠纷与侵权纠纷的主张不能成立，本院亦不予支持。

(三) 侵权责任应当如何承担

反不正当竞争法第十七条第一款规定，经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。第三款规定，因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。第四款规定，经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人三百万元以下的赔偿。

本案中，花儿绽放公司诉请盘兴公司、盘石公司承担消除影响和赔偿损失的侵权责任。关于消除影响，因未有证据证明披露涉案技术秘密的侵权行为给花儿绽放公司造成了必须消除的不良影响，故对该项诉请本院不予支持。盘兴公司披露涉案技术秘密的行为，必然给花儿绽放公司造成损害，故应当承担赔偿损失的责任。

关于赔偿金额，花儿绽放公司主张根据价值评估鉴定，涉案源代码的商业价值在2018年12月31日为1012万元，主张以涉案源代码的商业价值为基础认定花儿绽放公司损失数额，并主张本案应适用惩罚性赔偿，以涉案技术秘密的商业价值1012万元为惩罚性赔偿的损失基数，乘以4.94倍数计算最终的赔偿金额。

对此本院认为，因本案被诉侵权行为发生于2017年反不正当竞争法施行期间，2017年反不正当竞争法未规定惩罚性赔偿，故本案不适用惩罚性赔偿。

《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第十九条规定，因侵权行为导致商业秘密为公众所知悉的，人民法院依法确定赔偿数额时，可以考虑商业秘密的商业价值。人民法院认定前款所称的商业价值，应当考虑研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素。本案中因涉案技术秘密已在Github网站上被公开，故可以涉案技术秘密的商业价值作为花儿绽放公司损失赔偿的依据。但经审查，基于以下理由，本院对花儿绽放公司单方委托评估机构所作的评估结论不予认可：第一，价值评估鉴定记载，2019年-2024年涉案技术秘密分成率均为23.77%，并未有因涉案技术秘密价值衰减导致分成率逐步降低，理由是涉案有客多软件已为成熟产品，软件代码后续更新迭代仅是常规升级维护，并已在费用部分进行了相应调整；同时该价值评估鉴定中记载，有客多软件V1.0的开发期间为2017年10月16日-2018年1月31日，在此基础上，有客多软件V2.0于2018年8月27日完成

开发；涉案技术秘密 2019 年、2020 年研发费用均为 635.58 万元，2021 年研发费用为 476.68 万元。而根据花儿绽放公司原审提交的深圳永信瑞和会计师事务所出具的《审计报告》，涉案有客多软件 2018 年 1 月 1 日至 2018 年 10 月 31 日项目投入金额为 3595635.74 元（其中 V1.0 版本的研发投入为 737657.68 元，V2.0 版本的研发投入为 2857978.06 元）；据前所述，花儿绽放公司主张涉案有客多软件在 2018 年技术业已成熟、2018 年以后仅是对技术的常规更新迭代，根据常理推知，基于对技术的常规更新迭代需要的研发费用一般不应高于软件完成开发所需的研发费用，但涉案价值评估鉴定中 2019 年-2021 年研发费用均远高于 2018 年的研发费用，明显不合常理；同时还需考虑到本案中花儿绽放公司主张构成技术秘密的仅为有客多软件中部分代码，故针对涉案技术秘密的研发费用显然应低于整个有客多软件的研发费用。第二，涉案有客多软件主要是为企业客户快速搭建微信小程序提供便捷工具，其价值随用户对微信小程序的开发需求而波动，但互联网新技术、新应用的需求均有其爆发期、衰减期，且根据盘兴公司、盘石公司提交的证据可见，在 2018 年前后均有多家公司从事微信小程序的研发业务，且微信平台于 2020 年提供官方的微信小程序开发渠道，必然会对第三方微信小程序开发业务产生巨大影响，涉案价值评估鉴定中 2020 年预估销售收入与 2019 年预估销售收入相同，有违市场规律。综上，价值评估鉴定多项数据难以令人信服，不应采信；花儿绽放公司主张以价值评估鉴定认定的商业价值作为赔偿依据的主张，本院不予支持。

鉴定机构经评估作出的商业价值鉴定仅是确定知识产权商业价值的一种方式。在本案经审查不宜直接依据价值评估鉴定意见认定涉案技术秘密商业价值的情况下，依据本案现有证据情况，可以综合考虑涉案技术秘密的研究开发成本、实施该项技术秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素酌情确定涉案技术秘密的商业价值，进而作为确定赔偿数额的依据之一。

如前已述，本案中，花儿绽放公司开发涉案软件的研发费用至少包括 2017 年至 2018 年的研发费用，依据审计报告，仅 2018 年 1 月至 10 月末的研发费用为近 360 万元。花儿绽放公司以对外许可使用方式获取涉案软件的经营利润，涉案软件在 2017 年的销售收入为 51 万余元，2018 年的销售收入为 1140 万余元，上述销售收入的增长状况与涉案软件于 2017 年开始研发、2018 年 1 月完成 V1.0 版本研发、2018 年 8 月完成 V2.0 版本研发的过程相契合。涉案软件部分源代码

在 Github 网站上被披露后，2019 年涉案软件销售收入下滑为 530 万余元，其中不排除有商业运营以及技术更迭、同类竞争等因素带来的影响，但软件源代码的公开披露客观上势必会导致该软件商业价值的贬损，给权利人造成较为严重的损失。同时，在市场上存在多个同类软件，尤其是 2020 年微信平台提供官方微信小程序开发渠道后，涉案软件保持竞争优势的时间以及可期待的许可收益难以避免会受到一定影响。综合上述因素，本院认定涉案技术秘密的商业价值应高于 2017 年反不正当竞争法规定的法定赔偿额最高限 300 万元，故对本案不宜适用法定赔偿方式确定赔偿数额，而应综合案件具体情况予以裁量。

关于本案合理开支。经审查，花儿绽放公司在原审庭审中变更诉讼请求，将合理开支由 76 万余元变更为 95 万元，其中律师费 50 万元，其他合理支出 40 万元，其增加的合理开支为评估鉴定费用 15 万，原审判决未列明花儿绽放公司修改后的诉讼请求，确有不当地。本院综合考虑本案的具体情节、花儿绽放公司的维权难度以及对其诉讼请求的支持比例等因素，酌情予以支持。

对于具体赔偿金额和合理开支数额的确定，综合考虑本案的被诉侵权行为的性质、情节，涉案技术秘密的商业价值、花儿绽放公司的维权合理开支等因素，本院认为原审判决适用法定赔偿方式酌定盘兴公司赔偿经济损失及合理费用共计 500 万元，适用法律虽确有错误，但判赔金额较为合理，可予维持。本院进一步分别酌定盘兴公司应承担的赔偿责任为赔偿经济损失 450 万元、合理开支 50 万元。

（四）盘石公司是否应承担连带责任

《中华人民共和国公司法》（2018 年修正）第六十三条规定，一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

本案中被告侵权行为发生时，盘石公司仍是盘兴公司的唯一股东，但盘石公司未提交二者财务独立的证据，不能证明盘兴公司的财产独立于自己的财产，依法应对盘兴公司的债务承担连带责任。

二审裁判结果

综上所述，花儿绽放公司的上诉请求不能成立，应予驳回；盘兴公司、盘石公司的上诉请求不能成立，应予驳回。原审判决认定事实清楚，判决结论应予维

持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

深圳花儿绽放网络科技股份有限公司二审缴纳的案件受理费 271550 元，由其自行承担；浙江盘兴信息技术有限公司、浙江盘石信息技术股份有限公司二审缴纳的案件受理费 46800 元，由其共同负担。

本判决为终审判决。

审判长魏磊

审判员周平

审判员李艳

二〇二二年十一月十五日

法官助理游美玲

书记员刘志岩

五、垄断案件

17.给排水公用企业滥用市场支配地位限定交易案【威海宏福置业有限公司与威海市水务集团有限公司滥用市场支配地位纠纷案】

【案号】(2022)最高法知民终 395 号

【基本案情】宏福置业公司是一家位于山东省威海市的房地产开发公司，其向山东省青岛市中级人民法院提起诉讼，请求判令威海水务集团赔偿因其实施滥用市场支配地位的限定交易行为给宏福置业公司造成的损失。一审法院认定，威海水务集团在威海市给排水市场中具有市场支配地位，但现有证据不能证明其实施了滥用市场支配地位行为，判决驳回宏福置业公司诉讼请求。宏福置业公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，威海水务集团不仅独家提供城市公共供水服务，而且承担着供水设施审核、验收等公用事业管理职责，其在受理给排水市政业务时，在业务办理服务流程清单中仅注明威海水务集团及其下属企业的联系方式等信息，没有告知、提示交易相对人可以选择其他具有相关资质的企业，属于隐性限定交易相对人只能与其指定的经营者交易，构成滥用市场支配地位的限定交易行为。遂撤销一审判决，改判部分支持宏福置业公司的诉讼请求。

【典型意义】本案系人民法院首例认定隐性限定交易行为的垄断案件。二审裁判明确反垄断法上的限定交易行为可以是明示的、直接的，也可以是隐含的、间接的，认定限定交易行为的重点在于考察经营者是否实质上限制了交易相对人的自由选择权。有关认定为具有市场独占地位的经营者，特别是公用企业，依法从事市场经营活动提供了行为指引。

裁判文书摘要

案号 (2022)最高法知民终 395 号

审理法院 最高人民法院

当事人 威海市水务集团有限公司

威海宏福置业有限公司

立案年度 2022

裁判时间 2022-06-23

裁判结果 撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2022)最高法知民终 395 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 威海宏福置业有限公司。

法定代表人: 孙成福, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 高同武, 北京市盈科律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 威海市水务集团有限公司。

法定代表人: 王笑丰, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 苗建伟, 山东时中律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 王卫东, 山东时中律师事务所律师。

审理经过

上诉人威海宏福置业有限公司(以下简称宏福置业公司)因与被上诉人威海市水务集团有限公司(以下简称威海水务集团)滥用市场支配地位纠纷一案,不服山东省青岛市中级人民法院(以下简称原审法院)于2021年11月23日作出的(2021)鲁02民初19号民事判决,向本院提起上诉。本院于2022年3月7日立案受理,依法组成合议庭,并于2022年4月27日公开开庭进行了审理。上诉人宏福置业公司的委托诉讼代理人高同武,被上诉人威海水务集团的委托诉讼代理人苗建伟、王卫东到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

宏福置业公司上诉请求:1. 撤销原审判决;2. 确认威海水务集团的行为构成限定交易等滥用市场支配地位的垄断行为;3. 判令威海水务集团承担因滥用市场支配地位的垄断行为给宏福置业公司造成的损失2305968.77元;4. 判令威海水务集团承担宏福置业公司因调查、制止垄断行为所支付的合理开支15万元;5. 判令本案一、二审诉讼费由威海水务集团负担。事实和理由:宏福置业公司与威海建丰建设集团有限公司(以下简称威海建丰集团)于2013年7月就山东省威海市昌鸿小区(以下简称昌鸿小区)旧村改造K区建设项目签订建设工程施工合同,该合同项下工程包括给排水工程。该给排水工程图纸由通过招投标方式中标的威海时代绿建设计院有限公司设计,经威海市建设工程勘察设计审查中心审查合格并

备案。2011年昌鸿小区并不存在三个分区的管网，设计两个分区合格，低区接在市政管网的低区，高区接市政管网的高区，17层楼高度完全可以正常使用，不存在任何风险。在施工完毕后，威海水务集团利用其市场支配地位，以分区不合理要求宏福置业公司拆除相关工程，并限定由威海水务集团的子公司威海市水务集团设计院有限公司和威海市水务集团给排水工程有限公司作为工程的设计、施工单位，同时搭售水管、设备箱及供水设施等商品，不允许宏福置业公司自己购买供水材料及设施，剥夺了宏福置业公司的自主选择权，构成了《中华人民共和国反垄断法》（以下简称反垄断法）第十七条第一款第四项、第五项规定的限定交易、搭售商品和附加不合理交易条件的垄断行为。原审法院认可《关于昌鸿小区给水设施整改的承诺函》的效力与事实不符。根据反垄断法第五十条的规定，应认定威海水务集团实施了垄断行为，判令威海水务集团对宏福置业公司承担赔偿责任。

威海水务集团辩称：（一）昌鸿小区供排水设计施工合同为威海市昌鸿房地产开发有限责任公司（以下简称昌鸿房地产公司）与威海水务集团签订，宏福置业公司不具有本案的诉讼主体资格。（二）昌鸿小区K区10-16号住宅楼供水设施与周边供水配套管网不匹配，不能有效利用市政管网压力，存在供水安全隐患，应当重新设计。宏福置业公司委托设计的给水管道为高压管道和低压管道，而昌鸿小区K区10-16号住宅楼周边共有三条给水管道（供水管网低压给水管道、水池中压给水管道、水池高压给水管道），上述住宅楼改为“三区”供水不仅符合设计规范，而且与周围市政管线匹配，不需要在管道井内设置减压阀等设施，“三区”供水更环保也有利于居民的用水安全。（三）根据《城市供水条例》《建筑给水排水设计规范》的相关规定，建设单位和设计单位在设计、施工前，应当主动和威海水务集团沟通联系，了解周边配套管网情况。在涉案昌鸿小区给排水项目施工之初和施工过程中，威海水务集团的设计人员在与宏福置业公司沟通时发现供水设计分区与周边市政管线不匹配，曾多次告知宏福置业公司该供水设计分区需要调整，但宏福置业公司对此未予理睬，仍继续按原设计图纸施工，导致施工后供水管道和管网无法匹配连接。（四）威海水务集团不存在限定交易行为，更不存在搭售行为。综上所述，原审判决认定事实清楚，适用法律正确，请求驳回上诉，维持原判。

宏福置业公司向原审法院提起诉讼，原审法院于2021年1月6日受理。宏福置业公司起诉请求：1. 确认威海水务集团的行为构成限定交易的滥用市场支配地位行为；2. 判令威海水务集团赔偿因其滥用市场支配地位给宏福置业公司造成的直接损失2064749.22元（包括拆除旧给排水设施损失30万元和给排水设施重新设计施工损失1764749.22元）和间接损失241219.55元（包括实际损失发生之日起至宏福置业公司起诉之日的利息）；3. 判令威海水务集团支付宏福置业公司律师费15万元；4. 判令威海水务集团负担本案诉讼费。

原审法院查明事实如下：

威海水务集团成立于2003年12月12日，注册资本3亿元，经营范围为“对建筑物进行供热；负责管理污水处理、中水回用等领域的国有资产和经营业务；负责管理市区输水、制水、配水等供水体系中的国有资产和经营业务；参与城市供排水设施工程设计和建设；依控股、参股等方式参与本市及其他领域的供排水资本运作和集约化经营；负责饮水深度的开发与应用；负责污水源热泵技术的研究、开发、咨询，并对建筑物进行制冷，供生活热水”。威海市人民政府专题会议纪要〔（2007）第114号〕记载：由威海水务集团作为威海市市区供水、污水设施建设和管理的实施主体，根据城市的总体规划进行统一规划、统一建设、统一管理。威海水务集团为威海市水务集团设计院有限公司、威海市水务集团给排水工程有限公司的唯一股东。

2010年9月13日，宏福置业公司（乙方）与昌鸿房地产公司（甲方）签订《楼盘转让开发协议》，约定：转让的楼盘为昌鸿小区K区的7栋住宅楼，建筑面积约35117.41平方米，每平方米转让价2000元，合计70234820元；宏福置业公司以货币资金出资受让昌鸿房地产公司的楼盘，宏福置业公司负担该协议第一条第四款约定的内容及范围的组织施工，该楼盘的销售收入归宏福置业公司，税金及销售过程中应交纳的相关费用由宏福置业公司负担。2021年8月10日，昌鸿房地产公司出具书面说明，确认昌鸿小区旧村改造K区13、14、15、20、21、26、27号楼是由宏福置业公司投资建设的楼盘。

2012年1月4日审批的《威海市建设工程施工图审查备案意见书》（编号为2011-03-市审22）显示：工程名称为“昌鸿小区K13-15、K20、K21、K26、K27及2#人防地下车库”，建设单位为昌鸿房地产公司，审查项目包括给排水设计，

备注为“该工程经审查符合建设工程施工图设计规范标准，相关规划技术问题按规划主管部门意见处理”。

2013年7月29日，宏福置业公司与威海建丰集团签订《建设工程施工合同》，约定由威海建丰集团承包昌鸿小区旧村改造K区的土建、安装及装饰装修等工程。2013年8月22日，威海建丰集团与董国静等签订《安装工程施工劳务合同》，约定：工程名称为昌鸿小区旧村改造K区13#、14#、15#、20#、21#、26#、27#楼，工程内容为给排水、强弱电气、消防预埋管、雨水管、空调冷凝管、采暖立管、地下室的给排水等，金额暂定680万元。

威海供水新装业务信息管理系统显示，昌鸿房地产公司曾提交《建筑物内部申请书》，供水地址为“昌鸿小区K10-16(高区)”，用水性质为“生活用水”，联系人为“谭华”，受理编号为“2015-014N”。2018年2月28日，昌鸿房地产公司向威海水务集团出具《关于昌鸿小区给水设施整改的承诺函》，表示：“由我公司开发的昌鸿K区10至16号等共计7栋住宅楼于2015年8月到水务集团政务服务中心窗口申请了给水工程设计和施工。事后我公司自行对该7栋住宅楼的给水管道进行了安装施工，未按《威海市城市供水管理规定》及之前与市水务集团签订的给水工程设计施工合同等内容向水务集团申请实施，造成管道设计安装不规范、业主供水得不到保障等问题。为彻底解决上述问题，我公司郑重承诺：对自行安装的管道及管道井内影响后续管道施工的其他设施进行无条件的拆除；若因拆除不及时或不到位等情况影响水务集团后续施工，由此产生的经济损失或业主投诉等问题均由我公司承担并自行解决。相关设施整改达标后，我公司将按规定对该7栋住宅楼重新进行申请报装，恳请水务集团予以受理。”

威海市水务集团设计院有限公司出具的编号为2015-014N的《施工图预算书》显示：工程名称为昌鸿小区K10-16建筑物内部管道工程，建设单位为昌鸿房地产公司，工程造价为1349834.29元。编制日期为2018年2月9日的《威海市水务集团有限公司供水增压设施费》显示：工程编号为2017-377G，建设单位为昌鸿房地产公司，工程名称为昌鸿小区K区10-16号楼给水工程，工程造价为407588.16元，编制单位为威海水务集团，盖章单位为威海市水务集团设计院有限公司。编制日期为2018年2月9日的《威海市水务集团有限公司给水工程材料一览表》显示：工程编号为2015-014N，建设单位为昌鸿房地产公司，工程名称为昌鸿小区K10-16建筑物的内部管道工程，工程造价7326.77元，编制单位

为威海水务集团。威海水务集团于2018年4月11日、4月20日分三次向昌鸿房地产公司出具了金额为100万元、281893.91元、7326.77元的收据,并于2018年4月23日向昌鸿房地产公司开具了金额为475528.54的发票,上述票据均标有“2015-014N”。

2018年8月18日,宏福置业公司与董国静签订《昌鸿K区自来水改造安装劳务合同》,约定:工程地点为昌鸿小区K区住宅楼10、11、12、13、14、15、16号楼;工程内容为“拆除原来已安装好的自来水管,下水管道及已连接好了的入户管道,然后重新安装新的自来水管:下水管道及入户管道的连接”;合同款共计30万元。

威海市水务集团设计院有限公司向原审法院提交的《关于昌鸿小区原设计修改的必要性论证》载明:宏福置业公司原设计图纸两区设计没有充分利用市政管网供水压力;用高压再减压,增加隐患;不匹配当时既有的市政管网铺设,也不符合区域的总体规划。

宏福置业公司工作人员谭华出庭作证称:宏福置业公司与昌鸿房地产公司于2010年9月13日签订了涉案楼盘转让协议,威海市建设工程勘察设计审查中心(高区)于2012年1月4日出具威海市建设工程施工图审查备案意见书,在图纸中自来水供水设计已经全部体现;宏福置业公司与威海建丰集团于2013年7月29日签订该项目的施工合同,将该项目以“大包”的形式发包给威海建丰集团施工;在施工期间,威海水务集团没有工作人员通知自来水供水部分由威海水务集团统一施工;施工单位按照图纸全部施工完成后,威海水务集团来人告知谭华等宏福置业公司工作人员,威海水务集团不认可自来水部分的施工,不能给业主供水,该供水工程需要由威海水务集团重新施工。谭华还作证称:威海水务集团让宏福置业公司出具了承诺书,如果宏福置业公司不出具承诺书,威海水务集团将不供水,宏福置业公司只能把原来已经建好的自来水部分全部拆除,威海水务集团在重新施工后就确认供水工程验收合格。

宏福置业公司工作人员陈耀光出庭作证称:昌鸿小区K区7栋楼是由宏福置业公司开发建设完成,之所以开发公司为昌鸿房地产公司只因为当时村书记毕礼春说土地使用权不可能变更过户,只能以昌鸿房地产公司名义开发;2017年底该7栋楼建设基本完成,楼内自来水达到供水要求,宏福置业公司向威海水务集团申请配套外网,威海水务集团设计人员来工地查验,称楼内管道并给水立管必

须由其施工，宏福置业公司已经委托完成的施工不合格；宏福置业公司严格按照供水设计图纸施工完成，图纸是经过审核中心审核的核发图纸，之前从未收到任何有关楼内管井给水立管必须由威海水务集团自行安装施工的通知；2018年1月份，由威海市建设局苗建威总工程师出面，召集威海水务集团的下属设计院到工地协商四次之多，威海水务集团以各种理由让宏福置业公司必须将施工完毕的给水立管拆除，由威海水务集团施工安装；由于宏福置业公司向业主交楼日期将至，宏福置业公司只能同意拆除；威海水务集团为不承担给宏福置业公司造成的损失，让宏福置业公司谭华出具了保证书，表示宏福置业公司自愿拆除，由于威海水务集团的垄断行为给宏福置业公司造成200万元的损失。

威海建丰集团水电安装负责人董国静出庭作证称：2017年3、4月份宏福置业公司的给水工程开始施工，是完全按照设计图纸施工，共分为两个区，2017年底施工结束；在施工过程中威海水务集团并没有表示施工不合格或要求整改；董国静本人接到宏福置业公司工作人员陈耀光关于安装的自来水设施要拆除的通知后询问原因，陈耀光称施工不符合威海水务集团的要求，施工需要分三个区域（即低压、中压、高压），威海建丰集团是按低压和中压的设计进行施工；威海市建设局总工程师苗建威携带威海水务集团的设计方案到现场，确定施工需要改造，由威海建丰集团负责拆除，拆除费用30万元；威海建丰集团的安装没有任何问题，符合国家标准，但所安装设施最终按照威海水务集团的要求拆除了。

威海市水务集团设计院有限公司给水设计员张倩出庭作证称：张倩于2015年8月前往昌鸿小区K区10-16号楼区域进行给排水设施的勘察，由开发项目供水申请人谭华予以对接；在勘察过程中，张倩发现该供水设施分区不合理，与当时既有的管网铺设不匹配，于是通知谭华并要求其转告该项目负责人立即停止施工并进行整改；张倩于2016年下半年再次电话联系昌鸿小区工程的工作人员，有关工作人员电话告知其中2栋楼的立管已按两个分区施工完毕，张倩在电话中回复他们应立即停止施工，重新修改设计方案避免造成更大的损失；2017年张倩因休产假不再参与该项目工程。

威海市水务集团设计院有限公司副院长于涛出庭作证称：于涛于2017年与同事柳宁宁前往昌鸿小区K区10-16号楼区域进行给排水设施的勘察，由该工程的工作人员谭华予以对接；于涛在勘察过程中，发现立管已经按两个分区施工完成，没有进行整改。

一审法院认为

原审法院认为：根据反垄断法第十七条第二款以及《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第九条关于市场支配地位的规定，结合威海市人民政府专题会议纪要〔（2007）第114号〕关于由威海水务集团“统一规划、统一建设、统一管理”威海市市区供水、污水设施建设的内容，可以认定威海水务集团在威海市市区供水、污水设施建设和管理中处于市场支配地位。

本案中，宏福置业公司提供的证据尚不能证明威海水务集团在相关市场中存在反垄断法第十七条第一款第四项规定的限定交易行为，理由如下：首先，根据威海供水新装业务信息管理系统显示的内容，结合威海水务集团的证人证言，可以认定宏福置业公司在2015年即提出了用水申请，且威海水务集团及威海市水务集团设计院有限公司与宏福置业公司进行了一定的沟通。其次，昌鸿房地产公司于2018年2月28日向威海水务集团出具《关于昌鸿小区给水设施整改的承诺函》，认可其于2015年8月到威海水务集团政务服务中心窗口申请了给水工程设计和施工，且事后自行对给水管道进行了安装施工，未按《威海市城市供水管理规定》及之前与威海水务集团签订的给水工程设计施工合同等内容向威海水务集团申请实施，并承诺无条件拆除。虽然宏福置业公司证人称，如果宏福置业公司不出具承诺函，威海水务集团将不供水，但宏福置业公司并未提供证据证明在昌鸿房地产公司出具上述承诺函的过程中威海水务集团存在胁迫行为。再次，双方当事人均认可，涉案给水工程的争议在于二分区还是三分区的问题，威海市水务集团设计院有限公司提供的《关于昌鸿小区原设计修改的必要性论证》中对三分区的必要性进行了一定的说明，结合上述威海市人民政府专题会议纪要关于威海水务集团具有“统一规划、统一建设、统一管理”职能的记载和涉案《威海市建设工程施工图审查备案意见书》关于相关规划技术问题按规划主管部门意见处理的备注，威海水务集团要求宏福置业公司拆除原供水设施具有一定的依据。最后，宏福置业公司仅提供了相关合同资料，并没有证据证明威海水务集团要求宏福置业公司只能与威海市水务集团设计院有限公司进行交易。

一审裁判结果

综上所述，原审法院依照反垄断法第十七条、《中华人民共和国民法总则》第一百八十八条、《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件适用法律

法律若干问题的规定》第九条的规定，判决：驳回威海宏福置业有限公司的诉讼请求。一审案件受理费 26448 元，由威海宏福置业有限公司负担。

本院二审期间，宏福置业公司和威海水务集团均补充提供了证据，本院组织双方当事人进行了质证。

宏福置业公司补充提供了以下证据：1. 威海时代绿建设计院有限公司的资质证明，拟证明设计标准符合供水设计规范；2. 由威海建丰集团施工的宏福置业公司及其关联公司项目的《建筑工程施工合同》《给水图纸》《竣工质量验收报告》《质量监督验收报告》等，拟证明 2017 年之前由威海建丰集团施工建设的楼房给排水设施经威海水务集团验收合格；3. 《山东省物业管理条例》《威海市城市供水管理规定》《山东省城市房地产开发经营管理条例》，拟证明用水单位可以自行建设供水管道及设施；4. 威海市住房和城乡建设局（威海水务集团的主管单位）网站上公布的《市水务集团供排水业务办理服务指南》，拟证明威海水务集团指定其下属单位设计、施工。经质证，威海水务集团认可上述四组证据的真实性与合法性，但不认可其关联性与证明目的。本院经审核，认可上述证据一和证据三、证据四的真实性与合法性，且该三组证据均与待证事实有一定关联，可以作为认定本案事实的依据，本院确认该三组证据的证明力；第二组证据即使可以证明 2017 年之前威海建丰集团施工建设的给排水设施经威海水务集团验收合格，也不能由此证明涉案给水设施符合供水要求，故该组证据不能达到宏福置业公司所称证明目的，本院不予采纳。

威海水务集团补充提供了以下证据：1. 昌鸿房地产公司出具的 2 份书面情况说明和宏福置业公司盖章的《关于昌鸿小区给水设施整改的承诺函》，拟证明《关于昌鸿小区给水设施整改的承诺函》系宏福置业公司的真实意思表示；2. 威海市 5 家房地产开发公司 9 个房地产项目的给排水情况说明、建筑施工合同及客户用水抄表明细记录等，拟证明 2018 年之后威海市存在多个非由威海水务集团下属设计院和施工单位建设的给排水项目；3. 昌鸿房地产公司 2011-657G 项目的给水工程竣工图，拟证明在 2011 年已存在“三区”供水设计的建设项目；4. 《建设工程施工合同（示范文本）》GF-1999-0201 版、GF-2013-0201 版、GF-2017-0201 版，拟证明按照建筑施工合同约定宏福置业公司作为发包方在施工之前应向威海水务集团了解周边供水情况并将准确信息提供给承包方。经质证，宏福置业公司认可第一组证据中昌鸿房地产公司出具的 2 份书面情况说明的真实性，但不认可

其合法性与关联性；宏福置业公司对第一组证据中宏福置业公司盖章的《关于昌鸿小区给水设施整改的承诺函》及其余三组证据的真实性、合法性与关联性均不认可。本院经审核，第一组证据表明昌鸿房地产公司作为相关方出具书面说明《关于昌鸿小区给水设施整改的承诺函》系宏福置业公司的真实意思表示，鉴于宏福置业公司在该承诺函上加盖公章，且宏福置业公司并未举证证明其出具该承诺函时具有受胁迫、欺诈等意思表示不自由的情形，本院对该组证据可予采信；第二组证据的内容与本案争议有一定的关联，该组证据均为书证原件，可以单独作为认定案件事实的依据，宏福置业公司提出异议但未提供足以反驳的相反证据，本院对该组证据予以采信；第三组证据是2013年竣工的其他(楼房6至7层)建设项目给水工程竣工图，该竣工图中的建设项目与涉案昌鸿小区K区住宅楼(17层楼房)在本案争议中不具有可比性，该组证据与本案争议没有关联，本院不予采纳；第四组证据系三个版本的《建设工程施工合同(示范文本)》，不能有针对性地反映本案争议事实，与本案争议无直接关联，本院不予采纳。

本院经审理，原审法院查明的以上基本事实有证据佐证，双方当事人均无异议，本院予以确认。

本院另查明：

威海水务集团系威海市市区唯一的城市公共供水企业。

涉案《市水务集团供排水业务办理服务指南》于2018年1月17日在威海市住房和城乡建设局网站发布。该服务指南载明新建项目业务办理流程包括受理、设计、交款、施工、通水、验收，并在每一步骤项下说明用户需提交的材料、费用、具体办理事项、联系方式等信息，其中设计、收款账户、施工咨询、验收等全流程信息均系威海水务集团及其下属设计院的账户、电话等信息，而没有其他给排水设计施工企业的信息，也并未说明可以由其他企业设计或者施工。

《城市供水条例》(2018年3月19日、2020年3月27日两次修订)第十六条规定：城市供水工程的设计、施工，应当委托持有相应资质证书的设计、施工单位承担，并遵守国家有关技术标准和规范；禁止无证或者超越资质证书规定的经营范围承担城市供水工程的设计、施工任务。该条例第三十一条规定：涉及城市公共供水设施的建设工程开工前，建设单位或者施工单位应当向城市自来水供水企业查明地下供水管网情况。该条例两次修订均未修改第十六条、第三十一条。

《建筑给排水设计规范》GB50015-2003(2009年版，自2010年4月1日起实施)

第 3.3.1 条规定：小区的室外给水系统，应尽量利用城镇给水管网的水压直接供水。该规范第 3.3.3 条规定建筑物内的给水系统宜按照下列要求确定：应利用室外给水管网的水压直接供水；当室外给水管网的水压和(或)水量不足时，应根据卫生安全、经济节能的原则选用贮水调节和加压供水方案；给水系统的竖向分区应根据建筑物用途、层数、使用要求、材料设备性能、维护管理、节水供水、能耗等因素综合确定。

从 2018 年至 2022 年 4 月期间，在威海市，至少存在由威海水务集团下属设计和施工单位以外其他企业施工的 7 个给排水项目，其中 3 个项目已经实际供水。

威海时代绿建设计院有限公司成立于 2008 年 6 月 18 日，具有建筑行业(建筑工程)乙级资质。宏福置业公司与威海建丰集团签订的《建设工程施工合同》第三部分“专用条款”第 5 条“发包人工作”中约定：开工前宏福置业公司以书面形式将工程地质和地下管线资料提供给威海建丰集团，并对其准确性、真实性负责。

2018 年 4 月 12 日，威海水务集团(乙方)与昌鸿房地产公司(甲方)签订《建筑物内部给水工程设计施工合同》，约定昌鸿房地产公司委托威海水务集团进行昌鸿小区 K 区 10-16 号建筑物内部给水工程设计施工。威海市水务集团设计院有限公司就昌鸿小区 K10-16 建筑物内部管道工程出具《工程预决算表》，载明该工程各项目的工程量、人工费、材料价格、机械费等。《威海市水务集团有限公司给水工程材料一览表》记载：昌鸿小区 K10-16 建筑物的内部管道工程的给水工程材料为规格型号“DN15”的止回阀 497 个，单价为每个 14.74 元，总价为 7326.77 元。

宏福置业公司分别于 2018 年 4 月 10 日、2018 年 4 月 20 日向账户“威海水务集团有限公司结算中心”转账 100 万元、764749.22 元，“用途及附言”分别注明：“垫付宏福置业昌鸿内部管道施工加压费”“垫付宏福置业水务工程款”。

宏福置业公司与北京市盈科律师事务所于 2020 年 11 月 17 日签订《民事委托代理合同》，约定：北京市盈科律师事务所接受宏福置业公司委托，代理宏福置业公司与威海水务集团限定交易纠纷案的一审诉讼，律师费 15 万元，律师费在合同签订时支付，如该案有二审不另收费。2020 年 12 月 7 日，北京市盈科律师事务所向宏福置业公司出具载明金额为 15 万元的律师费发票。

本院认为

本院认为：本案系滥用市场支配地位纠纷。宏福置业公司经转让从昌鸿房地产公司处取得昌鸿小区涉案楼盘的相关权利，且涉案《建筑物内部给水工程设计施工合同》的相关费用均由宏福置业公司支付，故宏福置业公司有权就侵害其权利的行为提起诉讼。根据反垄断法第十二条第二款的规定，相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围。根据被诉垄断行为所涉服务范围，本案相关服务市场应当界定为城市公共供水服务市场和供水设施建设市场，相关地域市场均界定为山东省威海市市区。关于威海水务集团在上述两个相关市场是否具有市场支配地位。首先，根据《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第九条的规定，被诉垄断行为属于公用企业滥用市场支配地位的，人民法院可以根据市场结构和竞争状况的具体情况，认定被告在相关市场内具有支配地位，但有相反证据足以推翻的除外。本案中，威海水务集团系威海市市区唯一的城市公共供水企业，威海水务集团亦未提供其他相反证据，本院据此认定其在山东省威海市市区的城市公共供水服务市场具有市场支配地位。其次，原审法院认定威海水务集团在威海市市区供水、污水设施建设和管理中处于市场支配地位，双方对此均无异议，本院在此基础上认定威海水务集团在山东省威海市市区的供水设施建设市场具有市场支配地位。根据本案双方当事人的诉辩主张，本案二审中的争议焦点为：威海水务集团是否实施了反垄断法第十七条第一款第四项和第五项所禁止的滥用市场支配地位的行为；如果威海水务集团实施了滥用市场支配地位的行为，如何确定其损害赔偿责任。

（一）关于涉案滥用市场支配地位行为的认定

反垄断法第六条规定：“具有市场支配地位的经营者，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争”。依据反垄断法第十七条第一款第四项、第五项的规定，禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件。宏福置业公司主张威海水务集团实施了上述两项垄断行为，本院根据在案证据依法逐一分析认定。

1. 关于威海水务集团是否实施了反垄断法第十七条第一款第四项所禁止的限定交易行为

反垄断法第十七条第一款第四项所禁止的限定交易行为，是指具有市场支配地位的经营者直接限定或者以设定交易条件等方式变相限定交易相对人只能与其进行交易，或者只能与其指定的经营者进行交易。限定交易行为损害了交易相对人的合法权益，破坏了正常的市场秩序和竞争机制。

本案中，宏福置业公司主张威海水务集团实施限定交易的垄断行为具体表现为：威海水务集团要求宏福置业公司拆除原有“二区”供水设施后，限定由威海水务集团的子公司威海市水务集团设计院有限公司和威海市水务集团给排水工程有限公司作为工程的设计、施工单位。对此，宏福置业公司提供威海市住房和城乡建设局网站所公开的《市水务集团供排水业务办理服务指南》，证明威海水务集团在该服务指南中只提供了单一的办事通道，实际上已经限定了由其指定的经营者进行新建项目的设计和施工。威海水务集团辩称，该服务指南是威海市政府为开展便民服务所制定，其目的在于方便群众而非限定交易对象。对此，威海水务集团提供了2018年之后的当地7个房地产开发项目的给排水情况说明和建筑工程施工合同等材料，拟证明在上述服务指南公布之后威海市仍存在其他非由威海水务集团及其下属设计、施工单位承建给排水工程的房地产项目。针对双方当事人诉辩主张的分歧，能否认定威海水务集团实施了限定交易的垄断行为，关键在于其提供上述服务指南是否具有限定交易的意图、内容和效果以及是否具有正当理由。本院经审理认定威海水务集团实施了限定交易的垄断行为，具体分析如下：

首先，威海水务集团提供《市水务集团供排水业务办理服务指南》具有限定交易的意图与内容。在判断经营者是否限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易时，重点在于考察经营者是否实质上限制了交易相对人的自由选择权。限定交易行为可以是明示的、直接的，也可以是隐含的、间接的。如果具有市场支配地位的经营者为公用事业经营者，如供水、供电、供气等公用企业，或者其他依法具有独占地位的经营者，其兼具市场经营和行业管理的双重特点，对于市场竞争可以施加的影响更大，其在相关交易中只推荐特定交易对象或者只公开特定交易对象的信息，交易相对人基于上述情势难以自由选择其他经营者进行交易的，则通常可以初步认定该经营者实施了限定交易行为。本案中，威海水务集团在山东省威海市市区的供水设施建设市场具有市场支配地位，同时，其在威海市市区不仅独家提供城市公共供水服务，而且承担着供水设施审

核、验收等公用事业管理职责，其在受理供排水业务时，在业务办理服务流程清单中仅注明其公司及其下属企业的联系方式等信息，而没有告知、提示交易相对人可以选择其他具有相关资质的给排水施工企业，属于隐性限定了只能由其指定的设计、施工单位办理新建项目的供排水设计和施工，或者说，由此给交易相对人带来如果不选择其指定的设计、施工单位则在办理供水设施审核、验收等管理手续时可能出现种种不便的隐忧。因此，可以认定威海水务集团具有限定交易的主观意图与客观内容。威海水务集团主张，上述服务指南指向的是申请人将全流程委托给威海水务集团的情形，不包括申请人自行设计、施工完成后直接申请供水的情形。但是，根据上述服务指南的规定，新建项目的供排水业务受理后即进入委托设计、交款等流程，并未如其所主张的那样告知了申请人可以自行设计、施工。威海水务集团的该项主张缺乏依据，本院不予支持。

其次，威海水务集团的被诉垄断行为实际上具有相应的排除、限制竞争的效果。根据威海水务集团提交的证据，威海市市区在2018年之后有7个房地产项目非由威海水务集团下属设计和施工单位建设供排水设施；根据上述项目的客户用水抄表明细，其中仅有3个项目存在实际用水记录。本院在二审中释明，威海水务集团应对为何仅有如此之少的房地产项目非由威海水务集团及其下属单位设计和施工以及为何仅有如此之少的项目已实际供水进行充分解释说明或者提供补充证据，但威海水务集团并未提供充分证据证明威海市市区还存在其他非由其及其下属单位承建供排水设施的项目。据此可以认定，从2018年至2022年4月的4年多期间，在威海市市区建设的房地产项目中，由威海水务集团下属单位之外的企业承担相关供排水设施的设计和施工的项目数量极少。威海水务集团不仅在威海市市区的供水设施建设市场具有市场支配地位，也是威海市市区城市公共供水服务市场的独家经营者，其在城市公共供水服务市场的市场支配力不可避免地影响到供水设施建设市场，其在受理供排水市政业务时仅公开其公司及其下属企业信息的行为不仅排除、限制了其他具有相关资质的设计、施工企业同等参与威海市市区供水设施建设市场竞争的机会，也剥夺了对新建项目存在供排水业务需求的房地产开发企业的自主选择权，造成了其在威海市市区的供水设施建设市场内集中、大量承揽供排水设计和施工的后果，产生了更加明显的反竞争效果。

再次，威海水务集团缺乏正当理据。城市公共供水服务具有公用事业属性，一方面对质量、安全存在更高的要求，另一方面因其通常由政府指定的独家企业

经营而具有自然垄断属性。但是，与供水服务密切相关的供水设施建设市场是开放竞争的，满足相关资质要求、遵守国家有关技术标准和规范的企业原则上均应能够进入市场公平竞争。威海水务集团不仅在威海市市区的供水设施建设市场具有市场支配地位，同时，作为公用企业，威海水务集团是威海市市区城市公共供水服务市场的独家经营者，其还承担着威海市市区供水设施审核、验收等供排水市政业务管理职责，在其自身及下属企业参与威海市市区供水设施建设市场竞争时，其负有更高的不得排除、限制竞争的特别注意义务。威海水务集团在其服务指南中列明其公司及其下属企业信息的同时，应当一并以同等方式列明其他具有相应资质的企业信息或者以其他明确、合理的方式表明办理供排水业务的用户可以充分自由地选择其他经营者。威海水务集团主张其在服务指南中提供其公司及其下属企业的信息是提供便民服务并非限定交易，但如上分析，其有关行为已实质上排除、限制了其他经营者参与威海市市区供水设施建设市场的竞争，威海水务集团的该项主张难以成立，本院不予支持。此外，威海水务集团还主张，在《关于昌鸿小区给水设施整改的承诺函》中，昌鸿房地产公司代表宏福置业公司主动表示在涉案住宅楼供水设施整改后向威海水务集团申请报装，并非威海水务集团限制宏福置业公司不能选择其他设计施工单位。前文已分析，威海水务集团通过《市水务集团供排水业务办理服务指南》隐性限定了申请办理供排水业务的用户只能与其指定的设计、施工单位进行交易，宏福置业公司基于情势，并无选择其他设计施工单位的充分自由，上述其向水务集团申请报装的承诺恰恰是威海水务集团从事限定交易行为所产生的后果，并不能作为威海水务集团否定存在限定交易行为的理由，故威海水务集团的该项主张亦缺乏理据，本院不予支持。

2. 关于威海水务集团是否实施了反垄断法第十七条第一款第五项所禁止的搭售和附加其他不合理交易条件的行为

反垄断法第十七条第一款第五项所禁止的搭售和附加不合理交易条件的行为，是指具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，违背交易相对人的意愿，在提供产品或服务时强迫交易相对人购买其不需要、不愿意购买的商品或服务或者接受其他不合理的交易条件。具有市场支配地位的经营者实施搭售商品或附加不合理交易条件的行为，其目的通常是为了将其拥有的市场支配地位的优势传导到被搭售产品或者服务的市场上，或者阻碍潜在竞争者进入该市场。

宏福置业公司主张，在涉案昌鸿小区K区给排水设施拆除后的重新建设过程中，威海水务集团子公司搭售供水设施部件。为此，宏福置业公司提供“昌鸿小区K10-16建筑物内部管道工程”的《工程预决算表》《威海市水务集团有限公司给水工程材料一览表》予以证明。该证据显示在涉案昌鸿小区建筑物内部给水工程建设中，宏福置业公司从威海水务集团处购买了止回阀、钢塑箍、室内给排水镀锌钢管、设备箱等工程材料和设备。威海水务集团辩称宏福置业公司在施工过程中没有向威海水务集团提出过自行购买相关材料的要求。本院经审查，上述材料和设备系用于供水设施建设中，其与供水设施设计、施工服务均是各自独立的产品和服务，根据行业惯例，给排水设计、施工单位通常采用“包工包料”、委托代购或由客户自行购买等多种方式采购有关材料和设备，本案现有证据所反映的事实基本上是交易结果，没有证据表明威海水务集团存在强制宏福置业公司采购其所指定材料和设备的行为。故本案证据不足以证明威海水务集团存在商品搭售行为。

宏福置业公司主张，威海水务集团以分区不合理要求宏福置业公司拆除已经建设好的“二区”供水设施，改建为“三区”供水设施，系对其提供城市公共供水服务附加不合理的交易条件。在判断经营者附加的交易条件是否合理时，应主要考虑交易条件的必要性与合理性，并结合交易所涉商品或服务的特性、行业特点、交易习惯、商业惯例等因素综合判断。首先，从技术可行性和小区住户安全用水层面分析。昌鸿小区K区所在地势较高，水压要求比平地的高层建筑要求更高，“二区”供水难以达到供水水压要求。宏福置业公司主张，可以通过改造对“二区”管网增压后再减压。但是，此种增压后再减压的改造方案存在一定的安全隐患，例如减压阀失效或损坏，高压水将直接入户，导致住户室内用水设施(如卫生洁具、热水器)的损坏；减压阀损坏还将导致部分楼层或整楼停水，增加用水风险。其次，从行业规范和节能环保层面分析。根据《建筑给排水设计规范》，生活小区供水应充分利用城市给水管网的水压直接供水，涉案给水工程的“二区”设计没有充分利用市政管网供水压力，“三区”设计充分利用市政供水压力，无须在楼内增压后再减压，住XXXX。

综上所述，威海水务集团实施了反垄断法第十七条第一款第四项禁止的限定交易行为。宏福置业公司以一项独立的诉讼请求要求法院判决确认威海水务集团的行为构成滥用市场支配地位的行为，但该项主张作为支持其获得损害赔偿请求

的理由提出即可，而并无作为独立诉讼请求的必要，不应列为诉讼请求，故本院仅在裁判说理中认定，而不在判决主文中予以确认。

(二) 关于威海水务集团的损害赔偿責任

反垄断法第五十条规定：“经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。”《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第十四条第一款规定：“被告实施垄断行为，给原告造成损失的，根据原告的诉讼请求和查明的事实，人民法院可以依法判令被告承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。”根据上述法律和司法解释的规定，宏福置业公司主张损害赔偿，应当举证证明其损失以及损失与垄断行为之间的因果关系。

宏福置业公司主张的损失包括直接损失 2064749.22 元(包括拆除旧给排水设施损失 30 万元和给排水设施重新设计施工损失 1764749.22 元)和间接损失 241219.55 元(包括实际损失发生之日起至宏福置业公司起诉之日的利息)。

如上所述，威海水务集团要求昌鸿小区 K 区住宅楼拆除原有“二区”给水管道按“三区”改建不属于附加不合理的交易条件的垄断行为，且工程拆除也是宏福置业公司自行安排的，故宏福置业公司基于原已建成的“二区”给排水设施拆除所提出的直接损失和间接损失赔偿请求，缺乏事实和法律依据，本院不予支持。

就原已建成的“二区”给排水设施拆除后的重建而言，虽然威海水务集团要求该给排水设施拆除重建具有正当理由，但其存在指定设计、施工单位的限定交易行为，宏福置业公司可能因该限定交易的垄断行为遭受损失，但其全部重建费用并不当然地全部构成因垄断行为而遭受的损失。一般情况下，因限定交易行为而遭受的损失，应当以限定交易的实际支出高于正常竞争条件下的合理交易价格的差额来计算，当事人主张这部分损失的，对此负有举证责任。如果当事人未举证证明上述差额或提出具体差额计算方法，或者不存在或难以确定可供对比的合理交易价格，导致具体损失数额难以确定的，人民法院在特定条件情况下也可以合理酌定赔偿数额。

上诉人诉称

本案中，宏福置业公司在正常竞争(非垄断)市场条件下所应支出的重建费用，属于其本应支出的合理费用，原则上不应纳入其损失范围。如果宏福置业公司在限定交易情况下超出正常竞争条件下的合理交易价格而多支出了额外费用，该额外费用则属于其因垄断行为而遭受的损失，应当纳入赔偿范围。即在宏福置业公

司支出的全部重建费用中,原则上其仅可请求威海水务集团赔偿其中限定交易情况下的额外费用部分。对此,宏福置业公司应当举证证明其实际支出的重建费用高于正常竞争条件下的合理交易价格(包括由此计算的差额)。但是,宏福置业公司没有提供证据证明威海水务集团所限定的单位实际设计和施工价格高于其他具有同等资质的设计、施工单位的正常市场价格,宏福置业公司本身对涉案给排水设施的拆除重建负有主要责任,其也没有提供证据证明可供酌定损失的相关因素,本案缺乏酌定损失的必要条件,故对于宏福置业公司要求赔偿经济损失的上诉请求,本院难以支持。

《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第十四条第二款规定:“根据原告的请求,人民法院可以将原告因调查、制止垄断行为所支付的合理开支计入损失赔偿范围。”本案中,威海水务集团存在限定交易的垄断行为,宏福置业公司所主张的维权支出15万元系为本案诉讼聘请律师的费用,上述律师费属于为调查、制止垄断行为所支付的合理开支,对于宏福置业公司该项上诉请求,本院予以支持。

二审裁判结果

综上所述,宏福置业公司的上诉请求部分成立,本院予以支持;原审判决认定事实清楚,适用法律部分错误,本院相应予以纠正。本院依照《中华人民共和国反垄断法》第六条、第十二条第二款、第十七条第一款第四项与第五项、第五十条,《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第九条、第十四条,《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第二项之规定,判决如下:

一、撤销山东省青岛市中级人民法院(2021)鲁02民初19号民事判决;

二、威海市水务集团有限公司自本判决发生法律效力之日起十日内赔偿威海宏福置业有限公司合理开支15万元;

三、驳回威海宏福置业有限公司的其他诉讼请求。

如未按本判决指定的期间履行给付金钱义务,应依照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百六十条之规定,加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费26448元,由威海宏福置业有限公司负担13448元,由威海市水务集团有限公司负担13000元。二审案件受理费26448元,由威海宏福置业有限公司负担13448元,由威海市水务集团有限公司负担13000元。

本判决为终审判决。

审判长余晓汉

审判员何隽

审判员薛淼

二〇二二年六月二十三日

法官助理刘清启

技术调查官王丽

书记员吴迪楠

王现辉律师团队

18.涉中超联赛图片独家授权滥用市场支配地位案【体娱（北京）文化传媒股份有限公司与中超联赛有限责任公司、上海映脉文化传播有限公司滥用市场支配地位纠纷案】

【案号】(2021)最高法知民终1790号

【基本案情】2016年，中超公司公开招标2017-2019年中超联赛官方图片合作机构，映脉公司中标，取得了有关图片独家经营权，体娱公司参与此次招投标但未中标。体娱公司向上海知识产权法院提起诉讼，主张中超公司将中超联赛图片经营权独家授予映脉公司的行为构成滥用市场支配地位，请求判令停止垄断行为、赔偿经济损失。一审法院认为，现有证据不能证明中超公司、映脉公司具有市场支配地位，且两公司从事被诉行为具有正当理由，故判决驳回体娱公司诉讼请求。体娱公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，中超公司、映脉公司在中超联赛图片经营市场具有市场支配地位，但中超公司通过公开招标方式选择授权映脉公司独家经营，体现了市场竞争；中超联赛图片用户只能向映脉公司购买该赛事图片，系基于原始经营权人中国足协依法享有的经营权并通过授权形成的结果，符合法律规定且具有合理性。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】该案裁判明确民事权利的排他性或者排他性民事权利本身并不是反垄断法预防和规制的对象，只有对排他性民事权利的不正当行使才可能成为反垄断法预防和制止的对象，有助于厘清排他性民事权利的行使边界，保障市场主体依法正当经营。

裁判文书摘要

案号 (2021)最高法知民终1790号

审理法院 最高人民法院

当事人 中超联赛有限责任公司

上海映脉文化传播有限公司

体娱(北京)文化传媒股份有限公司

立案年度 2021

裁判时间 2022-06-23

裁判结果 维持一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2021)最高法知民终 1790 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 体娱(北京)文化传媒股份有限公司。

法定代表人: 刘体元, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 杨阳, 上海融力天闻(杭州)律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 中超联赛有限责任公司。

法定代表人: 刘军, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 苏文佳, 该公司法务总监。

委托诉讼代理人: 周明, 北京市炜衡律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 上海映脉文化传播有限公司。

法定代表人: 刘作涛, 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 朱小荔, 该公司员工。

委托诉讼代理人: 马远超, 北京市中伦(上海)律师事务所律师。

审理经过

上诉人体娱(北京)文化传媒股份有限公司(以下简称体娱公司)因与被上诉人中超联赛有限责任公司(以下简称中超公司)、上海映脉文化传播有限公司(以下简称映脉公司)滥用市场支配地位纠纷一案,不服上海知识产权法院(以下简称原审法院)于 2021 年 4 月 23 日作出的(2020)沪 73 知民初 736 号民事判决,向本院提起上诉。本院于 2021 年 10 月 25 日立案受理后,依法组成合议庭,因案件证据涉及商业秘密,于 2022 年 1 月 14 日进行不公开开庭审理。各方当事人的诉讼代理人均到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

体娱公司上诉请求:撤销原审判决;改判支持体娱公司的诉讼请求;判令中超公司、映脉公司负担一、二审诉讼费用。事实和理由:(一)本案相关市场应界定为中国足球协会超级联赛(以下简称中超联赛)图片市场。中超联赛图片的主要用途是以配图形式出现于中超联赛新闻报道、分析中超联赛中的相关文章之中,其需求者也多为媒体客户,具有特定性和无法替代性,相关报道、分析中超联赛的新闻或者文章,不可能用诸如英超、西甲等其他联赛的图片来进行说明和替代。故应将本案相关商品市场界定为中超联赛图片市场,相关地域市场应界定为中国大陆。(二)中超公司与映脉公司具有市场支配地位。1. 在市场份额方面,中超公

司在事实上已经是中超联赛图片的主导者和市场合作方式的选择者，具有市场支配地位。映脉公司在中超公司的支持和配合下，通过媒体手册、映脉公司微信公众号通知、投诉、制作黑名单等多种形式，垄断了中超联赛图片的销售市场。原审法院在已经审理确认上述事实的情况下，以图片合作机构需要招投标确定为由推断映脉公司的市场份额不具有长期稳定性，显然忽视了本案发生于2017年至2019年赛季期间这一前提。对于市场支配地位，不应该以该市场进入的方式来确定，也不应该脱离市场的特定性来确定。

2. 在商品价格控制方面，从摄影师的角度来看，映脉公司具有绝对的定价权，有权决定图片以何种价格、何种分配方式同摄影师合作。而其他图片经营机构只能从映脉公司进行购买，映脉公司在同业间的销售市场中也具有绝对的价格控制权。

3. 在其他经营者对映脉公司的依赖程度方面，其他任何图片经营或者使用机构，只能选择映脉公司作为中超联赛图片的供应商。其他的经营者对于映脉公司已经形成了绝对依赖。

4. 在其他经营者进入相关市场的难易程度方面，不仅应当考虑经营者如何获得中超联赛图片市场的官方合作资格，还应该考虑市场经营者在已经有官方合作机构的前提下，是否可以在该市场中继续经营、是否可以进入该市场经营。本案中，映脉公司和中超公司在达成合作后，映脉公司立即在中超公司支持和默许下，禁止其他图片经营机构进入中超联赛图片市场或者在该市场中继续经营，这已经属于非常显著的进入壁垒。

(三) 中超公司以及映脉公司存在滥用市场支配地位的行为。

1. 摄影师经过中超公司的审查，获得了入场拍摄的资格，而在经过完全自主的创作后，摄影师完全绝对拥有自己所拍摄图片的著作权。商业使用是指此类图片只能用于新闻报道，而不是指摄影师不能选择图片机构出售图片。中超公司、映脉公司关于摄影师只能将图片供图于映脉公司是完全不合理的，原审法院在扩大了商业使用范畴的前提下认定其合理性显然不正确。

2. 在映脉公司采取投诉、诉讼、举报、列黑名单等不正当竞争方式后，在2017年至2019年赛季的中超联赛图片市场上，映脉公司绝对控制了销售市场和采购市场，市场之中已无竞争存在。故中超公司、映脉公司的垄断行为已经排除了该市场的竞争。

(四) 体娱公司的诉请合法合理。体娱公司请求参考中超公司和映脉公司合作协议来估算中超联赛图片市场价值，并根据市场份额、市场垄断等因素估算体娱公司的损失。

映脉公司答辩称：(一) 本案相关商品市场为图片市场或者体育赛事图片市场。

1. 从需求替代角度分析，中超联赛图片不构成独立相关市场。中超联赛图片的需

求者主要是具有新闻资质的新闻媒体、大型综合类门户网站、垂直类体育网站或者期刊杂志以及少量体育或者足球类自媒体。需求者采购目的是为满足体育版块各大赛事、各类体育运动的整体用图需求，采购所需体育图片素材不会仅限于单一赛事；中超联赛图片与其他各种赛事、运动的图片版权素材相比，在商品特性、功能、用途上完全相同，相互之间具有紧密的替代和竞争关系。中超联赛与其他足球赛事之间以及与其他运动赛事之间，也存在竞争、相互替代关系。需求者不仅拥有体育赛事图片定价的主导权，而且难以区分中超联赛图片的价格与其他体育赛事图片之间的差别。2. 从供给替代角度分析，中超联赛图片也不构成独立相关市场。各商业图库作为图片商品的供给方，其在图片市场竞争的实质是图片资源的数量、质量以及图片内容丰富度和覆盖度的竞争。3. 对相关商品的需求替代，应当从消费用途、采购用途、需求目的等多维度分析；体娱公司以图片内容作为认定相关商品市场的唯一依据不符合常识和法律规定。4. 如果使用“假定垄断者测试”分析方法，也可以得出中超联赛图片不构成独立相关市场的结论。假定映脉公司对中超联赛图片进行非临时性涨价，需求者至少还可以采取采购其他体育赛事图片、自行委派摄影记者到比赛现场拍摄、不报道中超联赛、报道时不使用中超联赛图片，或者使用 GIF 动图、赛事视频截图等多种可替代方式。（二）映脉公司不具有市场支配地位。映脉公司在图片商品、体育赛事图片相关市场内均不具有市场支配地位，映脉公司在中超联赛图片相关市场内亦不具有市场支配地位。1. 映脉公司在中超联赛图片市场上下游及供需两侧均没有较大市场影响力，更无中超联赛图片商品定价主导权，即便取得中超联赛独家授权后亦是如此。2. 体娱公司并未就所主张的中超联赛图片相关市场内映脉公司所占市场份额举证，体娱公司和“视觉中国”在体育类图片的市场份额及市场影响力均高于映脉公司。（三）映脉公司没有滥用市场支配地位行为。1. 中超公司独家经营中超联赛图片具有合法性与合理性。从国内外各大赛事行业惯例、体育赛事属性、参与方支付对价、中超联赛各项商业权利横向比较、中超公司的权利来源、我国立法趋势等方面看，体育赛事主办方拥有赛事资源全部权利，有权规定个人及媒体人员对所拍摄赛事图片不得商用；中超体育赛事中的冠名权、转播权等其他商业权利，都需要得到中超联赛主办方的授权并支付对价。2. 中超公司授权映脉公司独家经营也具有合法性与合理性。中超公司经中国足球协会授权，拥有中超联赛商业开发的独家权利，其通过公开招投标方式挑选独家经营合作伙伴，已经充分保障了体娱公司的

公平竞争机会；映脉公司为获取中超联赛图片独家商业开发权，支付了极大对价，映脉公司通过获取一项重要体育赛事图片资源，带动其他体育图片资源或者非体育图片资源的销售，从而间接获取经济收益；映脉公司独家承担了高昂的成本，没有涨价，可以节约其他需求者大量人力物力成本。3. 中超公司与映脉公司的合作模式符合国内外体育赛事图片市场的行业惯例。4. 映脉公司的单方声明行为的目的合法正当，未产生限制竞争的效果，对赛事方和社会公共利益产生了积极的竞争效果。

中超公司答辩称：（一）中超联赛属于带有公益属性的商业赛事。中超联赛由中国足球协会组织、中超公司运营，是全亚洲最具竞争力、平均上座率最高的足球联赛之一，是中国最高级别的职业足球联赛，其参赛球队数固定为16支，自2004年起每年进行。中国足球协会作为社会团体法人不属于行政机关，没有行政管理权或者公共事务管理权或者准行政管理权，仅仅是依照“政社分开、权责明确、依法自主”原则组建的非营利性的自治性社会组织。中国足球协会与16家中超俱乐部成立了中超公司。中超联赛是中国足球协会自行组织与管理的一个足球赛事产品，需要自筹资金办赛，未占用公共资源和财政资金，不属于公共产品。中超联赛属于商业足球赛事，不属于公共赛事资源，有明确产权主体。（二）中超联赛赛事相关商业利益属于依法可保护和应保护的民事权益。鉴于体育行业天然具备一定的封闭性和垄断性，其赛事资源自始为赛事组织方单方拥有。赛事组织方当然享有分配、开发相关赛事衍生资源等权利。体育赛事资源商业化权益同样属于一项民事权益，应当受到法律保护。体育赛事资源商业化开发是国家促进体育产业发展与改革政策的产物。体育赛事资源的拥有者可以通过签订合同的方式确定并授予体育赛事资源的商业化权益。通过合同确定和转让的商业化权益是一种民事权益。而且，将赛事资源商业化（商品化）是赛事主办方的权利。中国足球协会是中超联赛赛事资源商品化权利的初始所有人，中国足球协会授权中超公司运营中超联赛，并由中超公司与映脉公司签订独家商业使用中超联赛赛事资源的协议，均属于将中超联赛资源商业化的行为，其做法符合法律和政策，应当受到法律保护。中超联赛属于商业联赛，主办方本来就有权控制进场的人员身份、报道媒体的范围，对损害中超联赛商业利益的行为进行限制与排除。这种限制和排除也是赛场管理和维持秩序的必要组成部分。民事权利边界的排斥力不同于对于市场竞争的排除和限制。二者的基本区别在于权利人是否越界实施行为，即超

越权利边界实施行为而产生限制、排除市场竞争效果的，可以构成限制、排除竞争行为。民事权利具有专属性，权利边界之内的利益本来是由权利人所独享，不存在竞争性，在权利之内的排他性自然不构成对于市场竞争的限制和排除。(三)映脉公司依法取得的中超联赛图片资源商业化权益受法律保护，具有排他性。映脉公司的该项权利的排他性，就是排除其他媒体和个人商业化使用相关中超联赛图片资源，该排他性是该合法权益本身固有含义、当然内容和自然结果。国际体育运动组织、重要体育赛事联盟对体育竞技现场拍摄的照片均明确作出了未经许可不得用于商业用途的限制。通过独家的方式将赛事现场拍摄的视频、图片等授权予某一特定的商务合作伙伴，是全球体育赛事组织者对其赛事进行商业化开发的通行做法，已成为各主要国家、地区、国际体育运动组织、重要体育赛事联盟普遍遵循的国际惯例。加大对赛事组织方的商业化权利的保护，也是国际法律制度发展的趋势和潮流。(四)中超联赛图片市场不构成相关市场。中超公司、中国足球协会在相关市场中不具有市场支配地位。本案相关市场应为全球体育赛事商业用途图片市场，至少不小于全球足球赛事商业用途图片市场。大多数情况下，中超联赛当天比赛的现场照片除了少量图片可以通过技术手段发布到新浪体育等四大门户网站之外，大多数精彩图片会在第二天配上文字大量发布到各媒体。即便是中超联赛的当日及次日，从四大门户网站的版块和内容也可以看出，其他体育项目(包括国际足协、欧冠、世界杯、亚洲杯、CBA等)都是同步进行的，不会因为中超联赛就不再投放其他体育项目的内容和图片。(五)中超公司没有滥用市场支配地位。中超公司是一家组织足球赛事的商务开发公司，本身不属于图片市场的经营者。中超联赛图片权益不是一种标准产品，无法通过普通商业模式进行交易，不能像普通商品或者服务那样明码标价公开交易，也不存在众多商业主体共同参与。中超联赛的独家官方图片合作伙伴商业合作方式系多年进化迭代而来，且系通过公平公正招标竞争方式确定，充分维护了公平竞争秩序和各方利益，不存在任何滥用行为。

体娱公司于2020年6月24日向原审法院起诉，请求判令中超公司和映脉公司停止滥用市场支配地位的垄断行为、在中超联赛官方网站(www.csl-china.com)上发布声明消除影响、赔偿体娱公司经济损失580万元和诉讼合理开支20万元(包括调查费、公证费、律师费等)。事实和理由：体娱公司专注于体育视觉营销服务，其与映脉公司均为国内体育赛事图片服务商，两者存在竞争关系。中超公

司经中国足球协会授权，作为唯一一家企业，有权对中超联赛冠名权、赛场广告权、形象设计、信息资源、品牌资源等无形资产以及可能产生的其他权利和资源，在全球范围内进行市场开发和推广，其在与中超联赛相关的市场上具有绝对的市场支配地位。2017年2月，中超公司、映脉公司签订《2017-2019年中国足球协会超级联赛官方图片合作协议》，授予映脉公司“中国足球协会超级联赛官方图片合作机构”称号，映脉公司据此在与中超联赛图片相关的市场具有市场支配地位。2018年2月，中国足球协会在其官网发布通知，要求持有中超联赛摄影证件的媒体机构及其人员所拍摄的中超联赛图片只能用于本媒体的新闻报道，不得用于商业使用；次月，映脉公司发布申明，要求持有中超联赛媒体摄影证件的摄影师禁止向除映脉公司经营的图库东方IC以外的商业图库输送中超联赛图片。中超公司、映脉公司滥用其在中超联赛图片市场的支配地位，垄断了中超联赛图片的销售权，限定交易相对人只能与映脉公司进行交易，排除了中超联赛图片市场的竞争，损害了体娱公司及其他交易相对人的合法利益。

中超公司辩称：涉案中超联赛赛事资源相关权益属于民事权益，中超公司通过公开招标选定映脉公司为独家合作伙伴，系对民事权益的正当处分；单纯中超联赛图片交易不能形成独立的相关市场，中超公司亦不具有市场支配地位；中超公司没有实施滥用市场支配地位的行为；中超公司不是经营者，并非本案适格被告。

映脉公司辩称：中超联赛图片市场不构成独立的相关市场，本案相关市场应界定为全球体育图片市场或者全球图片市场；映脉公司在本案任何一个相关市场包括中超联赛图片市场，均不具有市场支配地位；映脉公司通过竞标取得中超联赛图片版权资源的商业开发权利，该权利属于合法民事权益，应受法律保护，诉争行为亦系对该民事权益的维护；媒体记者拍摄中超联赛图片应尊重赛事主办方的商业权利。

一审法院查明

原审法院经审理查明以下事实：

(一)关于中超公司与映脉公司签订合同情况及被诉垄断行为

中国足球协会于2013年3月5日出具授权书，授权中超公司代理开发经营中超联赛的电视、广播、互联网及各种多媒体版权，中超联赛冠名权、赛场广告权、专项物品供应权，中超联赛形象设计、信息资源、品牌资源等无形资产，中

超联赛可能产生的其他权利和资源；允许中超公司对上述资源在全球范围内进行市场开发和推广，有权进行洽谈、谈判及签署相关协议等。该授权为中国足球协会对中超联赛资源代理开发经营的唯一授权，有效期十年（2016年1月1日至2025年12月31日）。

2016年12月9日，中超公司在中国足球协会官方网站发布《关于征集“2017-2019年中超联赛官方图片合作机构”的项目公告》，载明：该项目采取公开征集的方式，寻求2017年至2019年中超联赛官方图片合作机构；合作机构将负责赛事图片拍摄、制作、编辑，官方活动图片拍摄、制作、编辑，销售中超联赛的图片版权。2017年1月23日，中超公司发布公告，表明“2017-2019年中超联赛官方图片合作机构征集”项目的最终合作企业为映脉公司。

2017年2月7日，中超公司（甲方）与映脉公司（乙方）签署《2017-2019年中国足球协会超级联赛官方图片合作协议》。该协议序言载明：中超公司经中国足球协会授权，唯一拥有该协议所涉中超联赛的冠名权、赛场广告权、专项物品供应权，中超联赛形象设计、信息资源、品牌资源等无形资产，中超联赛可能产生的其他权利和资源的代理开发经营的授权，并负责中超联赛上述资源在全球范围内进行市场开发和推广，有权进行洽谈、谈判及签署相关协议。该协议有关约定为：1. “合作项目”指中超公司独家拥有排他性商业化权利的赛事和活动，包括2017年至2019年度中超联赛及中超公司主办的其他所有赛事（包括但不限于中超联赛的预备队联赛、精英梯队联赛、锦标赛或者明星赛）和活动（包括但不限于中超联赛的开幕式、闭幕式、评奖活动、颁奖典礼、会议、商务活动）；“合作项目图片”指映脉公司在合作项目下拍摄并提供给中超公司的全部图片资源。2. 该协议有效期自双方授权代表签署并盖章之日起至2019年12月31日止。3. 中超公司同意，在该协议有效期内授予映脉公司下述权利：指定并授予映脉公司独家享有“中国足球协会超级联赛官方图片合作机构”称号，许可映脉公司在商业活动中使用以上称号；映脉公司每年拥有不少于20张全国赛区通行摄影证件，以及每赛区不少于2张的地方赛区摄影证件；在不违反竞赛规定和安保管理要求的情况下，映脉公司独家享有区别于其他媒体的官方摄影位置和拍摄区域（包括但不限于赛场底线拍摄位置，开幕式、决赛、颁奖礼等重大场合的最佳拍摄位置）；除非该协议另有约定外，映脉公司作为合作项目的图片版权方，独享在协议有效期内销售映脉公司拍摄的合作项目图片及基于合作项目图片编辑制作的包括但

不限于图册、日历等衍生品并获取销售和其他商业化收益的权利，并有权在拍摄的合作项目图片被第三方侵权使用后以自己的名义即图片版权方名义自行或授权第三方维护其所享有的所有权利及相关知识产权(包括但不限于交涉、阻止侵权、和解、诉讼、获得赔偿等方式)，中超公司同意配合映脉公司就上述维权行动出具相关法律文件。4. 为获取该协议中授予映脉公司的权利，2017年至2019年映脉公司分别向中超公司支付400万元、600万元、800万元。5. 映脉公司每年完成全部中超联赛比赛、活动等图片的拍摄、制作、编辑，全年提供不少于2.4万张照片原片；单场比赛的拍摄要求包括主流厂商顶级单反机身、全焦段专业镜头、不少于四个拍摄机位等；保证每赛季在国内平面媒体、网络媒体、新媒体等多个媒体平台发布和推广中超公司确认可公开的合作项目图片。6. 中超公司承诺在与映脉公司合作期间不再与任何国内外其他图片机构进行合作；中超公司为保障映脉公司对合作项目所取得的拍摄权益和商业利益，如发现拍摄人员采取挂靠或其他方式名为媒体记者但实际为其他机构(包括但不限于映脉公司竞争对手“视觉中国”、Osports 全体育等图片内容提供商或机构)提供拍摄服务的，中超公司在接到映脉公司投诉后，应采取措施没收上述人员的媒体拍摄证件，进行现场清理并记入黑名单。

映脉公司于2017年、2018年分别向中超公司支付版权服务费400万元、600万元。映脉公司于2017年2月至3月期间与南京爱深博数码科技有限公司签订多份摄影器材采购合同，支付合同价款2220180元。

2018年2月2日，中国足球协会在其官方网站发布《关于2018年全国足球记者注册、制证办法的通知》。该通知载明：2018年度记者采访证件适用的比赛为中国足球协会举办的各项非国际性全国足球比赛，适用时间为2018年3月至2019年2月；中国足球协会新闻办根据各赛区上一年度新闻媒体赛区采访的具体情况，将媒体采访名额分配给联赛各赛区；各赛区新闻部门根据赛区媒体性质、影响以及申请报名情况，对媒体采访名额进行分配，其中，发行范围覆盖全国的综合及足球专业类媒体、具有广泛影响力的网络媒体、各赛区主要的区域媒体可根据各地证件配额申请全国证件。该通知第十一条还载明：为保障中超联赛官方图片社映脉公司(东方IC)的商业权益，请申请注册并领取中超联赛摄影证件的媒体机构及其人员严格遵守中国足球协会和中超公司的相关规定，所拍摄的中超联赛图片只可用于本媒体的新闻报道，不得商业使用。

2018年3月9日,映脉公司在其经营的东方IC微信公众号上发布《东方IC关于中超官方图片权益严正申明》,指出:当时发现多名持有中超联赛媒体摄影证件的摄影师在首轮比赛报道拍摄中与部分商业图库合作,为后者提供中超联赛图片直播、供稿服务,其行为无视中国足球协会新赛季的媒体管理规定,严重侵犯东方IC作为中超联赛官方图片合作社的合法商业权益;东方已第一时间向中超公司递交侵权投诉函,郑重要求中超公司和中国足球协会对涉事侵权摄影记者进行调查处理;对于已被发现的9名涉嫌侵权摄影师和其他正在与“全体育”“视觉中国”合作的摄影师,东方IC严重谴责其侵权行为,并郑重警告,如侵权摄影师继续违规操作,将中超联赛的赛事及训练、发布会等活动图片向除东方IC以外的商业图库输送,东方IC将依法追究侵权者的全部法律责任,包括但不限于提起诉讼、申请中超公司及中国足球协会取缔其拍摄证件且拉入办证黑名单、取消中超联赛拍摄资格。该声明项下附有所涉9名摄影师信息及涉嫌侵权场次。

2019年2月21日,中国足球协会在其官方网站发布《关于2019年足球赛事媒体证件注册、制证办法的通知》,内容基本同前述2018年通知,但不涉及前述2018年通知中第十一条的内容。

(二)关于中超联赛赛事资源运营管理情况

《国际足联章程》(2011年8月版)第74条(权利)与第75条(授权)规定比赛和赛事以下部分权利:国际足球联合会(以下简称国际足联)、其会员协会以及各洲际足联(即足球联合会)为其管辖的各项比赛和赛事的所有权利的原始所有者,且不受任何内容、时间、地点和法律的限制;这些权利包括各种财务权利、视听和广播录制、复制和播放版权、多媒体版权、市场开发和推广权利以及无形财产权(第74条第1款);执委会应决定如何使用这些权利以及将其使用到何种程度并就此制定特别的规定,执委会还应自行决定是否独自使用此权利或同第三方合作或完全通过第三方行使这些权利(第74条第2款);国际足联、其会员协会以及各洲际足联独家负责对其各自管辖范围内的足球比赛和赛事的图像、声音和其他方式的资料的分配给予授权,且不受内容、时间、地点、技术和法律方面的限制(第75条第1款)。

《国务院关于加快发展体育产业促进体育消费的若干意见》中要求,完善无形资产开发保护和创新驱动政策,通过冠名、合作、赞助、广告、特许经营等形式,加强对体育组织、体育场馆、体育赛事和活动名称、标志等无形资产的开发,

提升无形资产创造、运用、保护和管理水平。《国务院办公厅关于印发中国足球改革发展总体方案的通知》中要求，加强足球产业开发，加大足球无形资产开发和保护力度，通过打造赛事品牌、开发足球附属产品、培育足球服务市场、探索足球产业与相关产业的融合发展，构建全方位、全过程足球产业链，不断增加足球产业收益，形成多种经济成分共同兴办足球产业的格局。《国务院办公厅关于加快发展体育竞赛表演产业的指导意见》中明确：加快推动体育赛事相关权利市场化运营，推进体育赛事制播分离，体育赛事播放收益由赛事主办方或组委会与转播机构分享；加强对体育赛事相关权利归属、流转及收益的保护；赛事相关权利归各级单项体育协会以及其他各类社会组织、企事业单位等合法办赛的赛事主办方所有。

《中国足球协会章程》第三条规定：中国足球协会根据法律授权和政府委托管理全国足球事务。该章程第五十六条规定：根据《国际足联章程》和《中华人民共和国体育法》（以下简称体育法）规定，中国足球协会作为中国足球运动的管理机构，是其管理管辖的各项赛事、活动所产生的所有权利的最初所有者，这些权利包括但不限于各种赛事权利、知识产权、市场开发和推广权利以及财务权利等；中国足球协会可根据需要以单独、合作或授权等方式行使上述权利；中国足球协会保障和维护其及会员组织比赛所产生的商务资源权利。《中超联赛有限责任公司章程》规定：中国足球协会作为中超联赛产生的所有权利的最初拥有者，以书面形式授权中超公司代理经营和开发中超联赛的整体性商务资源，并签订授权协议；中超公司经营管理中超联赛整体商务资源，争取最大效益，为中超联赛、中超俱乐部和中国足球的发展创造雄厚的经济基础。《中国足球协会超级联赛商务管理规定》规定：中国足球协会是中超联赛全部商务资源的拥有者以及中超公司的最大股东单位；中超公司是依据中国足球协会授权对中超联赛整体商务资源进行独家经营、管理的机构。

《2018年中国平安中超联赛新闻组织运行手册》，系为规范中超联赛新闻组织与管理、建立符合高水平的职业联赛所需要的新闻管理体系、提高中超联赛整体形象及新闻服务水平而制定。其内容包括媒体注册与管理、媒体拍摄及采访等事项，其中媒体注册与管理部分包括注册时间、注册方式、证件类型及通行区域等内容；在注册方式项下规定了为保障中超联赛官方图片社映脉公司(东方 IC)

的商业权益,要求申请注册并领取中超联赛摄影证件的媒体机构及其人员严格遵守中国足球协会和中超公司的相关规定。

2018年全国足球记者注册报名表、2019年全国足球媒体注册制证报告中均包含个人姓名、媒体名称、单位地址、国家新闻出版署记者证号、记者证扫描件、负责人签字、批准单位意见、媒体单位盖章等信息。2018年中超联赛媒体类摄影证件登记表统计说明显示,媒体机构共计149家,包括新华社、中国日报、中国新闻社、中国体育报、北京青年报、搜狐网、网易、腾讯体育、新浪网等,通过核准持证的摄影师共280名。

《新闻记者证管理办法》第十九条规定:新闻采访活动是新闻记者的职务行为,新闻记者证只限本人使用,不得转借或涂改,不得用于非职务活动;新闻记者不得从事与记者职务有关的有偿服务、中介活动或者兼职、取酬,不得借新闻采访工作从事广告、发行、赞助等经营活动,不得创办或者参股广告类公司,不得借新闻采访活动牟取不正当利益,不得借舆论监督进行敲诈勒索、打击报复等滥用新闻采访权利的行为。

(三)关于中超联赛图片运营情况

2012年8月6日,中超公司(甲方)与全体育网站经营者北京蓝新视点体育发展有限公司(乙方,以下简称蓝新公司,即体娱公司的前身)签订合作协议,约定:中超公司负责为蓝新公司提供拍摄合作项目时所需的摄影证件和摄影背心,并保证在不违反赛区竞赛规定和安保管理要求的情况下,为蓝新公司安排区别于其他媒体的官方摄影位置和拍摄区域,并为蓝新公司提供必要的采访协助;蓝新公司拥有“中国足球超级联赛官方图片合作机构和/或官方图片社”称号,独享在协议有效期内销售蓝新公司拍摄合作项目图片并获取销售收益的权利等。

2017年2月21日,搜狐网发布新闻“中超联赛图片版权3年2000万背后,体育图片上演三国杀”中记载:这是中超公司第一次以公开竞标的方式征集图片合作机构,也是合作机构第一次向中超公司支付相关费用;在体育图片领域,“视觉中国”、东方I、体娱公司是市场主要玩家。

《2017-2019年中超联赛影像视觉趋势白皮书》中记载:关于视频版权,2012年中央电视台以730万元买下中超联赛转播权,2016年至2020年媒体版权拍出5年80亿元;关于图片版权,2012年至2016年体娱公司签约成为官方图片合作机构,不涉及授权费用,以资源合作的方式进行中超联赛图片版权开发;2017

年至 2019 年映脉公司成为官方图片合作机构，首次就中超联赛图片版权资源的商业开发支付独家授权许可费用，3 年达 1800 万元；2017 年至 2019 年赛季，中超联赛图片拍摄量分别为 1949855 张、2011316 张、2118118 张，图片编辑量分别为 201473 张、204064 张、208839 张。该白皮书在“渠道分析”部分介绍今日头条、体育垂直类媒体(腾讯体育、新浪体育、网易体育等)、报业集团(环球时报、体坛传媒集团等)、海外媒体等四类媒体平台的图片使用偏好。

体娱公司经营的全体育传媒网站、映脉公司经营的东方 IC 网站、案外人经营的“视觉中国”等网站中均展示、销售有各赛季的中超联赛图片，包括图片及每张图片说明(体娱公司图库中中超联赛图片情况详见原审判决书附表 1，体娱公司与映脉公司图库中中超联赛图片及体育图片情况详见原审判决书附表 2)。腾讯体育、新浪体育、搜狐体育等网页下涉及欧冠、英超、西甲、意甲、德甲、中超、亚冠、中甲、国足、赛车、棋牌、网球、高尔夫、NBA、CBA、排球、游泳、乒乓球、羽毛球等众多体育项目。中超栏目下涉及对中超联赛相关新闻的图文报道。

(四)关于中超联赛图片销售情况

2013 年 3 月 1 日，北京新浪互联信息服务有限公司与蓝新公司签订《新浪网与 0sports 中超专线图片合作协议》，蓝新公司许可北京新浪互联信息服务有限公司在新浪网网站上依据该协议使用网站(<http://www.0sports.cn>)上的图片用于编辑报道，使用图片内容为 2013 年 3 月 1 日至 12 月 15 日期间蓝新公司网站上的中超联赛专线图片，使用图片数量为 5000 张，价款为 12 万元。

2016 年 12 月 28 日，体娱公司与暴风体育(北京)有限责任公司签订补充协议，对双方于 2016 年 12 月 1 日签订的《图片使用授权协议》作出补充：授权使用图片来源于体娱公司的图片库，包括但不限于 BA、英超、西甲、德甲、意甲、法甲、中超、CBA 等重大体育赛事图片。

体娱公司向北京盛和传媒广告有限公司销售。北京市长安公证处(2017)京长安内经证字第 10085 号公证书显示，映脉公司于 2017 年 4 月 8 日向该公证处申请保全证据公证，其委托代理人登录 QQ 邮箱，体娱公司员工毛希怡于 2017 年 3 月 20 日发送的邮件中记载：针对联赛的系列报道，建议用户可以打包购买，可以降低单张图片价格，而且协议期为一年，除了亚冠、中超外，其他任何主要国内外比赛体育图片都可以购买；

2018年9月13日，体娱公司向映脉公司购买。

2016年12月1日，映脉公司与新浪体育有限公司签订《图片许可使用协议》，约定：新浪体育有限公司于2017年度(2016年12月1日至2017年11月30日)使用映脉公司提供的NBA专线、八卦专线、马术专线、健身健美、跑步专线，不限量使用；映脉公司再赠送高尔夫专线、网球专线、欧洲足球专线，不限量使用；图片使用费合计。

2017年12月1日，映脉公司与新浪体育有限公司、北京星潮在线文化发展有限公司签订《图片许可使用协议》，约定：新浪体育有限公司、北京星潮在线文化发展有限公司在2018年度(2017年12月1日至2018年11月30日)使用映脉公司提供的体育八卦专线、NBA专线、中超专线、欧足专线，不限量下载并使用；图片使用费。

2018年8月1日，映脉公司与广州先锋报业有限公司签订《图片许可使用协议》，约定：映脉公司授权广州先锋报业有限公司在中国大陆以新闻资讯传播为目的在其主办或运营的新媒体平台(包括足球报官方微博与官方微信、足球大赢家官方微博与官方微信、篮球先锋报官方微博与官方微信、劲球网、体面APP等)使用编辑类图片，可下载使用普通编辑类图片超出下载配额的部分按张计算，下载图片数量不足，则剩余配额对应的图片许可使用费不退；协议合作期限自2018年8月1日起至2019年12月31日止。

案外人汉华易美(天津)图像技术有限公司(“视觉中国”网站经营者)与暴风体育(北京)有限责任公司签订年度合作协议和补充协议，约定：汉华易美(天津)图像技术有限公司授权暴风体育(北京)有限责任公司在暴风体育网站及暴风体育APP上，将编辑类版权素材用于非独家动态新闻编辑用途；协议期限为2017年7月1日至2018年12月31日，授权使用图片包括篮球NBA赛事、篮球CBA赛事、足球英超赛事、足球意甲赛事、足球西甲赛事、足球中超联赛、网球公开赛、羽毛球公开赛、排球赛事等，价格均为。(体娱公司与映脉公司图库中中超联赛图片销售情况详见原审判决书附表3，体娱公司与映脉公司图库中体育图片销售情况详见原审判决书附表4，向体娱公司购买中超联赛图片的前四名客户信息详见原审判决书附表5)。

(五)关于体娱公司经营情况以及其与映脉公司之间的其他纠纷

2017年3月24日,映脉公司向北京市长安公证处申请保全证据公证,其委托代理人使用公证处计算机进入体娱公司经营的全体育传媒网,该网站中记载信息如下:体娱公司于2005年9月至2012年成为中国网球公开赛唯一图片合作机构,独家开发中国网球图片市场;该公司于2006年10月至2015年,成为中国篮球协会官方唯一图片合作机构,独家开发中国篮球协会中国篮球之队(男女篮)、中国男子篮球职业联赛(CBA)、中国女子篮球职业联赛(WCBA)、全国男子篮球联赛(NBL)、中国业余篮球公开赛(CBO)等与中国篮球协会组织和相关的所有篮球图片市场;该公司于2011年至2017年3月24日,成为中国足球协会官方唯一图片合作机构,独家开发中国足球协会中国之队(男子足球与女子足球)、中超联赛、中国足球协会甲级联赛、中国足球协会乙级联赛、中国足球协会女子超级联赛、中国足球协会杯赛、中国足球协会超级杯赛、五人制足球联赛等与中国足球协会组织和相关的所有足球图片市场等。

体娱公司年度报告记载:该公司的商业模式是依托互联网及移动互联网,打造海量体育图片版权的交易平台,通过版权分销与版权所有者进行分成计入营业成本,客户通过公司专有网站购买体育图片使用权,客户向公司支付的费用作为公司营业收入;关于图片使用权服务,主要产品属于体育类图片产品,客户多为媒体客户和品牌赞助商客户,如腾讯、新浪等门户网站的体育频道版块及李宁等品牌赞助商;2016年前五名客户为深圳市腾讯计算机系统有限公司、乐视体育文化产业发展(北京)有限公司、北京搜狐新媒体信息技术有限公司、北京新浪互联信息服务有限公司、成都乐动信息技术有限公司,依次对应的销售金额分别为3888666.66元、240万元、1404800元、1291666.66元、66万元,依次对应的年度销售占比分别为24.14%、14.90%、8.72%、8.02%、4.10%;2017年前五名客户为天津煜盛传捷文化传播有限公司、乐视体育文化产业发展(北京)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司、新浪体育有限公司、上海度势体育文化传播有限公司,依次对应的销售金额分别为2830188.68元、2504301.89元、2160377.36元、1745283.02元、1415094.34元,依次对应的年度销售占比分别为13.97%、12.36%、10.66%、8.62%、6.99%;2018年前五名客户为新疆广汇飞虎篮球俱乐部有限公司、新浪体育有限公司、北京搜狐新媒体信息技术有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司、深圳市新世纪篮球俱乐部有限公司,依次对应的销售金额分别为3106796.12元、2437106.92元、2044654.08元、2018867.92元、

1518867.92 元，依次对应的年度销售占比分别为 10.75%、8.43%、7.07%、6.98%、5.26%；2019 年前五名客户为青岛国信双星篮球俱乐部有限公司、新浪体育有限公司、深圳市新世纪篮球俱乐部、深圳市腾讯计算机系统有限公司、山东西王篮球俱乐部有限公司，依次对应的销售金额分别为 220 万元、2033333.35 元、1233598.45 元、100 万元、814187.78 元，依次对应的年度销售占比分别为 8.96%、8.28%、5.03%、4.07%、3.32%。

2017 年 6 月，映脉公司向北京市海淀区人民法院提起诉讼，指控体娱公司利用王江的媒体资质和证件让王江为其提供中超联赛图片拍摄及供图服务，严重损害了映脉公司享有的独家商业机构拍摄权益。映脉公司向《沈阳晚报》报社领导发送媒体通知函，认为该报社摄影记者王江在中超比赛现场拍摄赛事图片并实时向其他商业图片社进行传图的行为，已严重损害了映脉公司的合法权益，要求该报社采取相关措施警告记者，立即停止以上行为，不得再利用其摄影记者身份为其他商业图片机构提供中超联赛拍摄服务。

在映脉公司诉体娱公司、陆维沁、夏鲁明不正当竞争纠纷一案中，北京市海淀区人民法院于 2018 年 5 月 17 日作出(2017)京 0108 民初 14964 号民事判决，认定映脉公司取得 2017 年中超联赛独家商业机构拍摄权，系其经过与其他商业机构的竞争，且以支付高额合作费用并提供高品质赛事图片为对价后所获得的，因此映脉公司由此产生的权益应当受到法律保护；体娱公司派遣陆维沁、夏鲁明进入 2017 年中超赛场拍摄赛事图片，以及在全体育网上展示、提供下载和对外销售无合法来源的中超联赛图片的行为构成不正当竞争。

2018 年 7 月 17 日，在映脉公司诉体娱公司不正当竞争纠纷一案中，北京市海淀区人民法院基于映脉公司申请作出(2018)京 0108 民初 36806 号民事裁定，责令体娱公司立即停止通过全体育传媒网向相关公众提供浏览、下载及销售拍摄于 2018 年中超联赛比赛现场的摄影作品。

(六) 关于国际赛事的相关规定

《国际奥委会 2014 年索契冬奥会参与者和认证人员之社交媒体、博客和互联网指南》规定：参赛人员和其他认证人员为了个人使用，可以把在奥运场馆内拍摄的静态照片发布在社交媒体平台或网站上，不得将这类照片商用、出售或以其他方式分发出去。《国际奥委会 2016 年第 31 届里约奥运会认证人员之社交及数字媒体指南》《国际奥委会 2018 年平昌第 23 届冬奥会认证人员之社交及

数字媒体指南》亦有前述类似规定。《2018年平昌冬奥会摄影项目》规定：比赛摄影师拍摄的、描述的或摄制的任何图片（包括运动员奥运场馆内比赛的图片），只可用于实际的新闻服务编辑图；除非获得国际奥委会的提前同意，否则严格禁止将照片用于广告或者以现有的或将来出现的任何方式、形式、媒介或技术将照片用于商业或营销目的。

《国际足联2018年俄罗斯世界杯决赛阶段比赛媒体及市场规则》规定：媒体权是指以已知的或将来产生的任何传播方式在任何媒体上直播和/或延后播出的任何场所内发生的比赛，针对比赛的任何方面或部分的任何静态或动态视觉图片、任何音频材料、任何视听材料、任何文本和任何数据以任何方式进行报道、录制、传播或以其他方式使用的权利；除非另有规定，任何协会参会成员或者协会非参会成员均无权直接或间接、或以任何方式使用任何媒体权利、市场权利、知识产权和/或任何其他商业或其他权利和机会。

《(德国足球甲级联赛)2018-2019年赛季摄影师资格认证表》规定：比赛日通行证持有人无权用智能手机、平板电脑或其他便携录制设备制作场馆图片，除非为了完成与认证类型有关的职责和任务；无权将图片编辑使用和/或商用；无权以任何其他方式发布图片。

《国家冰球联盟(北美冰球职业联赛)在线传输规则》规定：任何发布在媒体网站上的北美冰球运动联盟(HL)赛事活动照片或其他在线传播的照片只能用于该赛事的新闻和评论报道，严禁出于任何商业、广告或促销目的使用该赛事活动的任何照片。

一审法院认为

原审法院认为：

结合各方当事人的诉辩意见，本案争议焦点主要在于：一是本案相关市场的界定；二是中超公司、映脉公司是否具有市场支配地位；三是中超公司、映脉公司是否实施了限定交易的滥用市场支配地位行为。

(一)关于本案相关市场界定

根据《中华人民共和国反垄断法》(以下简称反垄断法)相关规定，相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务进行竞争的商品范围和地域范围。本案中，与被诉垄断行为直接相关的服务是中超联赛图片的销售。其中，销售方

是图片提供方，包括体娱公司、映脉公司、“视觉中国”等在内的图片版权交易平台；购买方是具有中超联赛图片使用需求的交易相对人，多为媒体客户。

从需求替代的角度看，首先，根据商品特性，被诉垄断行为涉及的中超联赛图片系针对中超联赛所有赛事和活动的静态视觉图片，包括预备队联赛、精英梯队联赛、锦标赛、明星赛、开幕式、闭幕式、颁奖典礼等，其与中超联赛直接相关，系对赛事活动的客观记录。而中超联赛是中国大陆最高级别的职业足球联赛，具有参赛球队、球员、观众等特定性。从商品用途来看，中超联赛图片需求方多为媒体客户，如腾讯、新浪、搜狐等门户网站，其体育频道版块均有中超专栏，专门用于报道中超联赛赛事新闻，旨在以图文方式向公众传达中超联赛赛事的进展情况。相较于欧冠、英超、西甲等其他足球赛事，中超联赛具有赛事主办方、参赛球队、球员、球迷等特定性。因此，图片需求方无法使用其他足球赛事图片来报道中超联赛，更无法使用其他体育类别的赛事图片来报道中超联赛，故中超联赛图片与其他体育图片不具有可替代性，应将中超联赛图片视为一个单独的商品市场较为合理。关于相关地域市场，鉴于中超联赛是中国大陆的职业足球联赛，具有地域性，在案证据也显示相关图片销售主要系通过互联网销售，因此，可以将相关地域市场界定为中国大陆市场。

（二）关于中超公司、映脉公司是否具有市场支配地位

根据反垄断法相关规定，市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。认定经营者具有市场支配地位，应综合考虑多项因素，包括但不限于如下因素：该经营者在相关市场的市场份额以及相关市场的竞争状况；该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；该经营者的财力和技术条件；其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；其他经营者进入相关市场的难易程度等。

本案中，关于经营者在相关市场的市场份额，中国足球协会作为中国足球运动的管理机构，是其管辖的各项赛事包括中超联赛所产生的所有权利的最初所有者。中超公司依据中国足球协会授权对中超联赛整体商务资源进行独家经营和管理。关于中超联赛图片运营，在2012年至2016年，中超公司与体娱公司签订合作协议，以资源合作方式进行图片版权开发；在2017年至2019年，中超公司则通过公开招标方式与映脉公司签订合作协议，合作费用3年达1800万元。可见，

中超联赛图片运营系由中超公司与特定图片运营机构签订合作协议方式开展,而不同赛事期间,图片运营机构并不固定。即使在被诉垄断行为发生期间,映脉公司作为独家图片运营机构也是通过公开招标方式选定的。因此,特定图片运营机构在中超联赛图片市场的市场份额并不具有长期稳定性。根据双方当事人提交的销售数据可知,2012年至2017年赛季,体娱公司的中超联赛图片销售数量和销售总金额均远高于映脉公司。

关于经营者控制商品价格的能力,体娱公司提供的证据显示,中超联赛图片前四名买家均系新浪体育、搜狐体育等门户网站。2012年至2018年赛季,前四名买家购买的中超联赛图片数量占中超联赛图片销售总量占比分别为94.52%、91.92%、90.04%、81.78%、76.21%、59.9%、67.84%,可见中超联赛图片买家集中度高。中超联赛图片的销售方式一般系与NBA、英超、西甲、网球公开赛等其他体育赛事图片打包销售。该种图片销售模式,结合买家的高度集中性,决定了中超联赛图片销售方对于图片的销售价格不具有较强的定价能力。对此,体娱公司、映脉公司均确认,中超联赛图片销售系属买方市场,销售方并不具有议价能力。

关于经营者控制商品数量的能力,首先,中超公司对于年度中超联赛图片拍摄具有数量和质量的要求,如中超公司与映脉公司签订的合同中要求映脉公司每年完成全部中超联赛比赛、活动等图片的拍摄、制作、编辑,全年提供不少于2.4万张照片原片,要求映脉公司配置一定数量和质量的拍摄设备。其次,为了满足媒体新闻报道需求,中国足球协会每年均向各类媒体分配采访名额,范围覆盖全国的综合及足球专业类媒体、具有广泛影响力的网络媒体等,媒体摄影师可申请领取中超联赛摄影证件,拍摄赛事图片用于本媒体新闻报道。如2018年中超联赛媒体类摄影证件登记表统计说明显示,注册媒体共计149家,包括新华社、中国日报、中国新闻社、中国体育报、北京青年报、搜狐网、网易、腾讯体育、新浪网等,通过核准持证的摄影师共280名。该些媒体摄影师拍摄的图片虽然不能进行商业使用,但是可适用于本媒体中超联赛的新闻报道,故在一定程度上与映脉公司销售的图片亦存在竞争关系,也对商业图片机构销售图片的数量和质量提出了更高的要求。

关于其他经营者进入相关市场的难易程度,首先,中超公司依据中国足球协会授权对中超联赛整体商务资源进行独家经营和管理,图片合作机构对于中超公

司并不具有控制能力。其次，体娱公司系专业体育图片经营公司，其在网站中也宣传体娱公司系中国网球公开赛唯一图片合作机构、中国篮球协会官方唯一图片合作机构等，也曾系中超联赛官方图片合作机构，具有一定的财力和技术能力。各方当事人提供的证据也显示“视觉中国”亦系较大的图片机构，均系图片销售市场的有力竞争者。如前所述，中超联赛图片运营系由中超公司与特定图片运营机构签订年度合作协议方式开展，相关行业内的竞争者均可通过竞标方式成为官方图片合作机构。因此，其他经营者进入相关市场并不存在显著的壁垒。

基于上述理由，本案现有证据不能证明中超公司、映脉公司具有市场支配地位。

(三)关于中超公司、映脉公司是否实施了限定交易的滥用市场支配地位行为

根据反垄断法第十七条的规定，具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易的，构成滥用市场支配地位。如果被诉垄断行为人不具有市场支配地位，可以直接认定其不构成反垄断法所禁止的滥用市场支配地位。即使被诉垄断行为人具有市场支配地位，判断其是否构成滥用市场支配地位，也需要综合分析该行为是否具有合理理由，以及该行为是否实质性地限制或者排除了相关市场的竞争并损害了消费者利益。如前所述，本案证据不能证明中超公司、映脉公司在相关市场具有支配地位。对于可能影响判断的其他因素，原审法院分析如下：

首先，关于被诉垄断行为是否具有合理理由，根据《国际足联章程》《中国足球协会章程》的相关规定，中国足球协会系其管辖的各项赛事所产生的权利的所有者，可以根据需要以单独、合作或授权等方式行使上述权利。《国务院关于加快发展体育产业促进体育消费的若干意见》《国务院办公厅关于印发中国足球改革发展总体方案的通知》《国务院办公厅关于加快发展体育竞赛表演产业的指导意见》等文件亦对体育赛事权利的商业化运营予以肯定和鼓励。赛事权利在性质上属于无形财产权，系包含多种权利客体和权利内容的民事权益。关于中超联赛赛事权利，中国足球协会授权中超公司进行独家经营和管理，而中超公司通过招标方式将中超联赛赛事权利中的图片商业化权利独家授予映脉公司，包括图片拍摄、图片的销售等后续商业化使用。因此，将中超联赛图片销售独家授予映脉公司，系中超公司对其民事权益的处分行为，中超公司要求持有中超联赛摄影证件的媒体机构及其人员所拍摄的中超联赛图片不得商业使用，不仅是对于其享有

的赛事图片权利的声明，也是对于映脉公司所获得的民事权益的维护。国际奥委会、国际足联、德国足球甲级联赛、北美冰球职业联赛等国际或者区域赛事相关规定中，也均涉及赛事活动照片不得擅自进行商业使用。同理，映脉公司经过与其他图片机构的竞争，并支付高额合作费用获得的中超联赛图片商业化权利，亦属应受法律保护的民事权益，该民事权益本身即包含了交易相对人只能从映脉公司购买中超联赛图片的内容。基于上述事实，中超公司、映脉公司主张被诉垄断行为具有正当理由，原审法院予以支持。

其次，该行为对竞争的影响，对于中超联赛图片市场，一方面，图片销售总量较为平稳，并未有明显变化。在案证据显示，在2012年至2016年赛季，体娱公司作为中超联赛官方合作机构，其销售平台上中超联赛图片数量分别为，仅小部分系自有图片；而在2017年至2018年赛季，映脉公司作为官方合作机构，其中超联赛图片拍摄量分别为，销售平台上的中超联赛图片数量分别张。可见，各赛季中中超联赛图片销售总量并未有明显变化，而官方合作机构的图片拍摄数量大幅度增长。另一方面，图片销售价格亦较为稳定。从体娱公司提供的销售数据来看，在2012年至2018年赛季，体娱公司平台图片销售均价基本维持在；而从映脉公司提供的销售数据来看，在2015年至2018年赛季，映脉公司平台图片销售均价呈不断下降趋势。结合映脉公司支付高额合作费用，拍摄图片数量大幅上升，而图片销售价格不断下降的情况，依据经济分析的一般原理，消费者以不断降低的价格获得不断增加的商品，这是一个不断增加消费者福利和社会福利的过程。反垄断法旨在保护竞争，而非保护竞争者，故其关注的重心并非个别经营者的利益，而是健康的市场竞争机制是否受到扭曲或者破坏。本案中，体娱公司、映脉公司系体育图片销售市场的竞争者，均参与了2017年至2019年中超联赛官方图片合作机构的竞标，其竞争利益在竞标程序中已经得到了保障，本案中也无证据显示被诉垄断行为对于该市场产生了排除或者限制竞争的效果。

一审裁判结果

综上所述，体娱公司的诉讼请求缺乏事实和法律依据，原审法院不予支持。原审法院依照反垄断法第十七条、第十八条，《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》第八条，《中华人民共和国民事诉讼法》（2017年修正）第六十四条第一款之规定，于2021年4月23日作出（2020）沪73知民初736号民事判决：驳回体娱（北京）文化传媒股份有限公司的

全部诉讼请求。一审案件受理费 53775 元，由体娱(北京)文化传媒股份有限公司负担。

本院二审期间，体娱公司、中超公司没有补充提供新的证据，映脉公司补充提供了 4 份新的证据，本院组织各方当事人进行了质证。映脉公司提供的 4 份新的证据包括：1. 北京知识产权法院(2018)京 73 民终 1122 号民事判决书；2. 北京知识产权法院(2020)京 73 民终 2107 号民事判决书；3. 百度百家号“体育大生意”文章《Osports 全体育联手 CBA 正确解锁图片使用方式规范使用图片环境》；4. 最高人民法院(2013)民三终字第 4 号民事判决书(指导案例 78 号)。映脉公司补充提供上述 4 份证据，拟分别用以证明其通过签订合作协议获得的权益受到法律保护、中国男子篮球职业联赛(CBA)图片同样需要其官方合作伙伴授权而规范使用或者传播等事实以及人民法院认定市场支配地位的标准与思路。经质证，体娱公司认可上述 4 份证据的真实性与合法性，但不认可其关联性与证明目的；中超公司认可上述 4 份证据的证明力。本院经审核，根据各方当事人的一致认可，本院可以直接确认上述 4 份证据的真实性与合法性；证据 1 与证据 2 反映映脉公司针对中超联赛图片的不当使用、传播等行为提起不正当竞争纠纷诉讼维权的事实，与本案中其经营中超联赛图片等事实有一定关联，可以作为认定本案事实的依据予以采纳，本院确认该两份证据的证明力；证据 3 与证据 4 均不反映本案争议相关的事实，故在本案中不作为认定案件事实的依据予以采纳。

体娱公司于 2022 年 1 月 13 日向本院书面申请调查收集国家市场监督管理总局对中国足球协会涉嫌滥用行政垄断地位排除限制竞争的调查情况、意见及结论。本院经审查，本案系垄断民事纠纷案件，国家市场监督管理总局是否已经对本案开展调查并作出决定并不影响本案审理。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十五条的规定，当事人申请调查收集证据，该证据与待证事实无关联、对证明待证事实无意义，或者无其他调查收集必要的，人民法院不予准许。体娱公司的申请属于上述规定情形。据此，本院对体娱公司的申请不予准许。

对于原审法院查明的基本事实，中超公司、映脉公司没有异议；体娱公司提出异议，主张原审法院遗漏查明以下三项事实：(一)中国足球协会于 2018 年 2 月 2 日在其官方网站发布《关于 2018 年全国足球记者注册、制证办法的通知》，于 2019 年 4 月 29 日从网站上予以删除。(二)映脉公司曾经通过投诉举报等方式

恐吓威胁摄影师不得除与映脉公司之外的其他人合作。(三)映脉公司和光明网、人民网、凤凰网、“视觉中国”等网站均出售 2012 年至 2016 年中超联赛图片以及历届世界杯赛事图片,光明网、人民网、“视觉中国”也在出售 2017 年至 2019 年中超联赛图片。

本院查明

本院经审查,原审法院未认定体娱公司提出的上述三项事实主张并无不当。对此,本院具体分析认定如下:

(一)对于上述第一项事实主张,体娱公司在原审中提供其证据 4(《关于 2019 年足球赛事媒体证件注册、制证办法的通知》、百度以及中国足球协会官网搜索 2018 年通知页面、中国足球协会原刊登 2018 年通知页面)予以证明。中超公司、映脉公司经质证不认可该证据的真实性。原审法院经审核确认该证据中的 2019 年通知的真实性,但认为该证据中的其他文件与映脉公司在原审中提供的证据 22(中超公司、映脉公司签订的《2017-2019 年中国足球协会超级联赛官方图片合作协议》、中国足球协会官网发布的《关于 2018 年全国足球记者注册、制证办法的通知》)中网页证据相冲突,体娱公司亦未对该证据提出反驳意见(体娱公司质证认可映脉公司原审证据 22 的真实性),据此不确认体娱公司原审证据 4 中除 2019 年通知以外其他文件的真实性。本院进一步审查,确认原审法院的上述分析认定,同时指出体娱公司的有关证明目的也不能成立。理由是:根据一般经验,同一单位在后的发文中没有再载明其以前类似发文的某些内容,不必然等同其以前发文的部分内容错误或者不合法;而体娱公司因中国足球协会于 2019 年 2 月 21 日在其官方网站发布《关于 2019 年足球赛事媒体记者证件注册、制证办法的通知》没有再规定上述 2018 年通知第十一条关于为保障中超联赛官方图片社映脉公司的商业权益而要求所拍摄的中超联赛图片只可用于本媒体的新闻报道的内容,试图在诉讼中以此主张该两份通知内容的差异印证上述 2018 年通知第十一条内容属于中超公司、映脉公司滥用市场支配地位的表现,显然缺乏事实和法律依据。原审法院不认定体娱公司提出的上述第一项事实主张并无不当。

(二)对于上述第二项事实主张,体娱公司在原审中提供其证据 7(摄影师俞中岳声明、映脉公司赛场巡视员干扰摄影记者正常工作录像、映脉公司起诉摄影师王江的民事起诉状、映脉公司向王江所在《沈阳晚报》报社发出的媒体通知函、映脉公司工作人员与王江的聊天记录)予以证明。中超公司、映脉公司经质证不

认可该证据中声明、录像、聊天记录的真实性。原审法院经审核确认该证据中民事起诉状和媒体通知函的真实性，基于无法核实声明、录像、聊天记录的真实性而不确认该部分证据材料的真实性。本院经审查，原审法院的上述认定并无不当。

(三)对于上述第三项事实主张，体娱公司在原审中提供其证据12(凤凰网、新浪网、腾讯网、中国新闻图片网等网页打印件)予以证明，由此主张中超联赛官方图片社的称号并非中超公司、映脉公司垄断中超联赛图片市场的借口，并不能限制相关图片著作权人行使权利。中超公司、映脉公司经质证对该证据的真实性和合法性无异议，但不认可体娱公司提出的证明目的。原审法院确认该证据的真实性，但未采纳该证据内容。本院经审查，有关市场主体出售中超联赛图片不能说明中超公司、映脉公司放弃涉案权利而允许所有市场主体出售图片，体娱公司提出的证明目的不能成立。原审法院没有采纳该证据查明事实并无不当。

本院经审理查明，原审法院已查明的基本事实有证据佐证，且各方当事人均无异议，本院予以确认。根据本案证据，本院补充查明以下事实：

根据《中国足球协会章程》第三条的规定，中国足球协会是中华人民共和国境内从事足球运动的单位和个人自愿结成的唯一的全国性的非营利性社会团体法人。《中国足球协会章程》第四十九条第一项、第二项、第四项分别规定中国足球协会对赛事权利的享有、行使与保障维护：中国足球协会为中国足球运动的管理机构，是其管辖的各项赛事所产生的所有权利的最初所有者；这些权利包括各种财务权利，视听和广播录制、复制和播放版权，多媒体版权，市场开发和推广以及无形资产(如徽章和版权等)；中国足球协会根据需要采取以下方式使用赛事权利：独自使用赛事权利、同第三方合作使用、完全通过第三方来行使权利；中国足球协会保障和维护中国足球协会、会员协会在组织比赛时所产生的商务资源权利，保障和维护俱乐部自身拥有及参加比赛时所产生的商务资源权利。

上诉人诉称

映脉公司以体娱公司、夏鲁明、陆维沁未经映脉公司授权拍摄、传播2017年中超联赛图片并虚假宣传为由，向北京市海淀区人民法院提起不正当竞争纠纷诉讼，该院于2017年3月24日立案受理。该院经审理认定，体娱公司在其并不具有中超联赛进场拍摄资质情况下派员工进入2017年中超联赛赛场拍摄图片，然后将由此获得的图片置于其官网(全体育网)中展示、提供下载和对外销售，且在对外商务活动中自称其是中超联赛官方图片社，分别违反全国人民代表大会常

务委员会会议 1993 年通过与 2017 年修订的《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称反不正当竞争法)第二条及其他法条的规定,构成不正当竞争。据此,该院于 2018 年 5 月 17 日作出(2017)京 0108 民初 14964 号民事判决:体娱公司自该判决生效之日起停止该案所涉不正当竞争行为;体娱公司在该判决生效之日起 10 日内在其官网(全体育网)首页显著位置连续 7 日刊登声明就所涉不正当竞争行为为映脉公司消除影响;体娱公司在该判决生效之日起 10 日内赔偿映脉公司经济损失 300 万元及合理费用 110602 元。体娱公司不服该一审判决,向北京知识产权法院提起上诉,该院经审理于 2020 年 12 月 24 日作出(2018)京 73 民终 1122 号民事判决:驳回上诉,维持原判。

映脉公司以体娱公司未经映脉公司授权在其官网(全体育网)展示、提供下载、对外销售 2018 年中超联赛图片为由,向北京市海淀区人民法院提起不正当竞争纠纷诉讼,该院于 2018 年 7 月 5 日立案受理。该院经审理认定,体娱公司知晓映脉公司通过竞争及支付高额对价获取 2017 年至 2019 年中超联赛的独家拍摄权益,却派遣摄影师进入 2018 年中超联赛赛场拍摄赛事图片,然后将由此获得的图片在其官网(全体育网)中展示、提供下载和销售,违反反不正当竞争法第二条的规定,构成不正当竞争。据此,该院于 2019 年 10 月 8 日作出(2018)京 0108 民初 36806 号民事判决:体娱公司在该判决生效之日起 10 日内在其官网首页显著位置连续 7 日刊登声明就所涉不正当竞争行为为映脉公司消除影响;体娱公司在该判决生效之日起 10 日内赔偿映脉公司经济损失 200 万元及合理费用 18861 元。体娱公司不服该一审判决,向北京知识产权法院提起上诉,该院经审理于 2021 年 12 月 31 日作出(2020)京 73 民终 2107 号民事判决:驳回上诉,维持原判。

本院认为

本院认为:

本案为滥用市场支配地位纠纷。根据各方当事人在二审中的诉辩主张,本案二审中的争议焦点为:(一)中超公司、映脉公司经营中超联赛图片的权利属性;(二)本案相关市场的界定;(三)中超公司、映脉公司是否具有市场支配地位;(四)中超公司、映脉公司是否实施了滥用市场支配地位的行为;(五)体娱公司所称损失的认定。

(一)关于中超公司、映脉公司经营中超联赛图片的权利属性

本案讼争的中超联赛图片经营的有关行为主要发生在三个环节：第一环节是中国足球协会依法组织全国足球赛事独自取得赛事商业权利，并授权中超公司独家经营足球联赛资源，形成独占性的中超联赛资源；第二环节是中超公司通过公开招标投标方式将其独家经营中超联赛资源中的官方图片资源经营权再转授权给映脉公司独家经营；第三环节是映脉公司实际行使独家经营中超联赛官方图片资源的权利，排他性经营中超联赛官方图片资源，主要包括：独家享有中超联赛官方图片合作机构称号、独家享有最佳拍摄位置、独家对外商业化销售赛事图片、排除其他经营者将中超联赛图片用于新闻报道以外的商业使用等。在二审庭审中，体娱公司明确其主张涉案滥用市场支配地位的行为主要发生于上述第二环节，然后拓展至第三环节。本案诉讼的问题缘起主要是中超公司将中超联赛官方图片资源经营权独家授予映脉公司，而没有放开授权给体娱公司等其他多家经营者。该问题的实质就是中超公司是否可以独家授权以及其独家授权是否构成滥用市场支配地位。理清上述问题，在根本上需要从中国足球赛事资源的权利(赛事商业权利)开始分析认定。

首先，中国足球协会是中国足球运动的自治体育组织，依法最初取得中国足球竞赛所产生的所有赛事商业权利。根据体育法(2016年修正)第三十一条、第三十九条的规定，全国单项体育竞赛由该项运动的全国性协会负责；全国性的单项体育协会管理该项运动的普及与提高工作，代表中国参加相应的国际单项体育组织。中国足球协会根据法律的授权和政府的委托管理全国足球事务，其享有的赛事商业权利主要是基于其组织赛事而产生的以财产利益为主要内容的民事权益。虽然目前法律并没有专门规定该类赛事商业权利的范围及其独占性、排他性等属性，但其作为赛事组织者可以通过各类合同形式(如格式条款的宣传、协议专门约定、门票所载格式条款提示等)与其他赛事参与者(进场观众、新闻媒体等)约定其赛事资源权利范围及其属性，明确类似赛事的以下商业规则：未经体育赛事活动组织者等相关权利人许可，不得以营利为目的采集或者传播体育赛事活动现场图片、音视频等信息。该类赛事商业权利的取得符合本案赛事发生当时(2017年至2019年)所施行的《中华人民共和国民法总则》第一百二十九条(现《中华人民共和国民法典》同条)关于“民事权利可以依据民事法律行为、事实行为、法律规定的事件或者法律规定的其他方式取得”的规定。由于赛事商业权利属于一种民事权利，也是一种独占性、排他性权利，其原始权利人可以选择由本人自

已行使、授权他人行使、与他人合作行使。中国足球协会独家授权中超公司行使足球赛事商业权利，中超公司又部分转授权映脉公司独家行使其中赛事图片经营权，均是中国足球协会和中超公司行使民事权利的体现。

中国足球协会一方面具有作为自治体育组织的足球事务管理职权，另一方面作为足球赛事商业权利的最初所有者，其享有的足球赛事商业权利系其组织赛事民事活动所取得的权利即民事权利，而非源于其行使足球事务管理的职权。映脉公司获得2017年至2019年中超联赛图片独家经营权，系其经过竞争并以高额合作费并承诺提供高品质赛事图片为代价所获得的，其根据合作协议要求中国足球协会、中超公司出面保障和维护其独家经营中超联赛图片的秩序，有合同和法律依据。中国足球协会于2018年2月2日发出《关于2018年全国足球记者注册、制证办法的通知》(第十一条)声明：为保障中超联赛官方图片社映脉公司的商业利益而限定其他媒体及其人员“所拍摄的中超联赛图片只可用于本媒体的新闻报道，不得商业使用”。该声明是中国足球协会以其本身独家排他性经营全国性足球赛事的民事权利为基础正当行使权利的表现，并未超出其排他性权利的范围，不属于其行使足球赛事管理职能，不涉及行政垄断问题。

中国足球协会对足球赛事资源享有的商业权利是其组织赛事并依法取得的民事权利。该民事权利所呈现的独占性和排他性属于权利自身的内在属性。反垄断法预防和制止滥用权利以排除、限制竞争的行为，但是由权利内在的排他属性所形成的“垄断状态”并非权利滥用行为。权利的排他性或者排他性权利本身并不是反垄断法预防和制止的对象，排他性权利的不正当行使才可能成为反垄断法预防和制止的对象。

就本案争议而言，具体涉及独家排他性权利人将该权利独家授权他人行使是否会产生限制、排除竞争的效果，是否构成反垄断法的规制对象。对此，需要进一步分析认定相关市场、市场支配地位和有关独家授权行为的正当性。

(二) 关于本案相关市场的界定

根据反垄断法第十二条第二款的规定，相关市场是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务(统称商品)进行竞争的商品范围和地域范围。界定相关市场总体上需要考虑时间、商品和地域三个要素。但是，如果特定市场竞争关系不随时间明显发生变化，则无需考虑时间要素区分不同时段或者时期进行分析，一般仅需要考虑商品与地域两个因素。对于市场竞争明显会受到时间限制(如周末发行

的报纸、中秋月饼等)的,则需要考虑时间因素。相关商品市场,是指根据商品的特性、用途及价格等因素,由需求者认为具有较为紧密替代关系的一组或一类商品所构成的市场。相关地域市场,是指需求者获取具有较为紧密替代关系的商品的地理区域。界定相关市场的方法不是唯一的。界定相关市场时,一般可以基于商品的特征、用途、价格等因素进行需求替代分析,必要时进行供给替代分析。在经营者竞争的市场范围不够清晰或不易确定时,可以按照“假定垄断者测试”的分析思路来界定相关市场。无论采用何种方法界定相关市场,都要始终把握商品满足消费者需求的基本属性,并以此作为相关市场界定中出现明显偏差时进行校正的依据。

本案中,原审法院从需求替代角度,将相关商品市场、相关地域市场分别界定为中超联赛图片商品市场、中国大陆地域市场,并无不当。本院主要在原审判决分析认定相关市场的基础上,进一步分析中超联赛图片需求的媒体客户与时段的集中性。中超联赛图片的需求、供给与市场竞争,均明显具有时段性(时间因素),界定相关市场应当结合时间因素进行分析。中超联赛图片的需求主要为腾讯、新浪等媒体客户,需求时段主要集中于中超联赛举办期间及其前后临近时段,该赛事期间主要媒体客户(特别是新浪体育、搜狐体育等利用中超联赛图片前四名的客户网站自2012年至2018年赛季所共使用的该类赛事图片占该类赛事图片总利用数量约为59.9%至94.52%,占用率年均约为80%)的体育频道版块均设有中超联赛专栏,专门竞相报道该赛事。在中超联赛期间,这些媒体客户不可能不利用中超联赛图片报道该赛事,而去完全用篮球等其他赛事图片报道其他赛事。也就是说,在中超联赛期间,中超联赛图片对于中国主要媒体用户而言是不可替代的,而中超联赛图片主要使用在该赛事期间,该赛事以外期间其图片利用率占比极小。据此,可以按照地域、时间、商品三要素来确定本案相关市场为中国大陆中超联赛期间该赛事图片市场。

(三)关于中超公司、映脉公司是否具有市场支配地位

反垄断法第十七条第二款规定:“本法所称市场支配地位,是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。”根据定义条款的具体规定,市场支配地位,是指经营者在相关市场上要么能够控制交易条件,要么能够影响市场进入,经营者具有这两者之一即可构成市场支配地位。中国足球协会依据法律规定

和政府授权，成为全国唯一能够组织和管理全国性足球赛事的组织，依法排除其他经营者组织全国性足球赛事，中国足球协会在全国性(成人男子)足球赛事方面具有独占性、排他性的民事权利；中国足球协会将全国性足球赛事经营独家授权给中超公司，中超公司相应取得独家经营权；中超公司又将其赛事图片经营独家授权给映脉公司，映脉公司相应在中超联赛图片相关市场取得独家经营权。

根据反垄断法第十九条第一款第二项和第二款的规定，一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的，可以推定经营者具有市场支配地位；被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。该法第十八条规定：“认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：(一)该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；(二)该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；(三)该经营者的财力和技术条件；(四)其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；(五)其他经营者进入相关市场的难易程度；(六)与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。”本案中，中超公司在中超联赛经营市场、映脉公司在中超联赛图片经营市场分别具有100%的市场份额，应当推定具有市场支配地位。中超公司、映脉公司否认上述推定，应当围绕反垄断法第十八条规定的相关因素提供证据证明其不具有市场支配地位，但其并没有提供证据予以证明。故应当认定中超公司、映脉公司具有市场支配地位。

从反垄断法第十七条第二款关于市场支配地位定义的规定、第十八条关于认定经营者具有市场支配地位应当依据的因素的规定、第十九条关于推定经营者具有市场支配地位的规定看，经营者能否控制商品的交易或者维持市场壁垒，是认定市场支配地位的核心要素(要件)，如果经营者具有该两核心要素之一，即可认定其具有市场支配地位；市场份额虽然是认定市场支配地位的第一参考要素，较高的市场份额成为推定市场支配地位的依据，但只是相关分析认定的一项参考指标与简化方法，其他单一因素也更不是决定性因素。即使根据反垄断法第十八条规定的六项因素进行综合分析，也同样可以认定中超公司、映脉公司具有市场支配地位。

原审法院认定本案现有证据不能证明中超公司、映脉公司具有市场支配地位，存在理解与适用法律不当的问题，主要体现为：第一，从总体上，可以根据该两公司100%的(供应方)市场份额推定其具有市场支配地位，然后由该两公司提供

相反证据证明其不具有市场支配地位；而原审法院不区分各当事人的举证情况笼统以本案现有证据不能证明该两公司具有市场支配地位，与本案事实和法律规定不符。第二，映脉公司具有独家销售中超联赛图片的市场地位，据此不能轻易否定其议价能力；经营者以低价促销或者不能恣意确定高价，不等于其不具备议价能力或者不具有较强的定价能力。原审法院根据映脉公司将中超联赛图片与其他赛事图片打包销售的模式和中超联赛图片买家的高度集中性，认定映脉公司对于图片销售价格不具有较强的定价能力，并不具备议价能力。该认定缺乏依据。第三，根据中超公司作为中超联赛组织者所确定的赛事图片拍摄和使用规则，持证媒体摄影师拍摄图片除自用于中超联赛报道外，只能提供给映脉公司对外商业销售，而不能由其他媒体或者个人自行对外商业销售，故该类图片可能影响中超联赛图片商业销售市场的需求量，但该类图片不能由其他人纳入销售市场并与映脉公司进行竞争。原审法院以持证媒体摄影师拍摄图片可使用于本媒体中超联赛的新闻报道，认定该类图片在一定程度上与映脉公司销售的图片存在竞争关系。该认定亦缺乏理据。第四，体娱公司在原审中起诉主张中超公司、映脉公司垄断了中超联赛图片的销售权，限定交易相对人只能与映脉公司进行交易。这里体娱公司所指的“交易相对人”应当是图片用户；“交易”是指图片销售，而不是图片经营权的竞标授予。在图片销售环节映脉公司是独家销售商，原审法院没有据此认定映脉公司具有市场支配地位，而仅以图片经营授予环节的竞争性认定其他经营者进入相关市场并不存在显著的壁垒，忽略了映脉公司在图片销售环节的市场支配地位。

（四）关于中超公司、映脉公司是否实施了滥用市场支配地位的行为

体娱公司一、二审中主张中超公司、映脉公司实施了滥用市场支配地位的行为，其法律依据是反垄断法第十七条第一款第四项规定的“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”。体娱公司主张中超公司、映脉公司垄断了中超联赛图片的销售权，限定交易相对人只能与映脉公司进行交易，排除了中超联赛图片市场的竞争，损害了体娱公司及其他交易相对人的合法利益。在二审中，体娱公司进一步主张中超公司滥用市场支配地位还体现在将中超联赛图片经营权独家授予映脉公司而没有放开授予体娱公司等其他经营者。对此，本院分别从中超联赛图片经营权独家授予环节和赛事图片独家销售环节分析认定中超公司、映脉公司是否存在滥用行为。

1. 关于中超联赛图片经营权独家授予环节

从一般意义上看，经营权授予具有合法性和合理性。具体就本案而言，还体现出商业的竞争性，故中超联赛图片经营权独家授予具有法律依据和正当理由，并不违反反垄断法的禁止性规定。本院从以下三个层面分析。

第一，经营权授予本身一般具有合法性。除法律对经营资质等另有特别规定外，经营者对于如何行使自己的经营权原则上可自由选择，可以自己亲力亲为地经营，也可以与他人合作共同经营，还可以独家或者非独家授权他人经营。在商业实践中，在特定地域内独家代理或者独家销售是一种常见的授权经营模式。在经营权独家授予环节，一般不存在反垄断法第十七条第一款第四项规定的限定交易(对象)情形，该限定交易情形一般仅出现在经营权独家授予后的具体交易环节中。在经营权授予环节，经营者仅将经营权授予另一家经营者独占，而没有放开授予多家同时经营，一般具有其正当性。这种选择本是经营者独立行使民事权利的体现，在经济效果上被授权的经营者只不过是原始经营人具体经营的替代，等于或者相当于原始经营人自己对外交易，仅在授权环节一般不会对外产生反竞争效果，除非存在经营者通谋损害消费者利益等特殊情形；即使出现反竞争效果，该效果也往往是授权后被授权的经营者实施垄断行为所致。具体以本案为例，中国足球协会依法取得独占经营全国性足球赛事的垄断地位，广大赛事图片用户原本只能与中国足球协会交易该赛事图片，这种对交易的供方的唯一性限定是基于体育法的规定，具有法律依据而不存在没有正当理由的问题，故不落入反垄断法第十七规定的滥用市场支配地位的行为类型与范围中。中国足球协会决定自己不亲力亲为具体经营赛事，而独家授权给中超公司对外经营，由此广大赛事图片用户只能直接与中超公司交易，这与用户原本只能与中国足球协会交易没有本质区别。同理，中超公司将中超联赛图片经营权独家授予映脉公司经营，其效果同前述授权效果，相比原始经营人中国足球协会亲自经营，也不对外(对消费者或者用户)额外产生反竞争效果。

第二，经营权独家授予具有合理性。独家授权经营相比授权多家经营，有其应有的优势，如可以避免因数个经销商在需要事先投入成本进行广告宣传、建设必要设施时相互推诿、相互观望以及事后“搭便车”等消极因素；独家授权便于统一协调、分清权责、形成品牌效应，还可以针对独家授权收取较高的授权费用；

经营权的授予往往基于授权双方的信任程度而体现为授权方具有较充分的自主选择空间。而且，赛事资源经营权独家授予是国际国内体育领域普遍性做法。

第三，涉案中超联赛图片经营权授予过程具有竞争性。具体就本案而言，中超公司独家授权映脉公司经营中超联赛图片，除具有上述普遍性优势外，还至少存在两个层面的竞争：一是在中超公司授权环节，进行招标投标，体娱公司竞标失败，映脉公司竞标成功，这体现了公平竞争，应予以维护。体娱公司应当接受这种竞争的结果，而不应在竞争失败后再以他人排除、限制竞争为由试图否定或者推翻经过公平竞争行为所形成的竞争结果，否则无异于直接否定该环节招标投标的公平性，损害公平竞争的结果。二是映脉公司竞标成功后，仍然在一定程度上与其他经营者存在潜在竞争。如果映脉公司不能完成预期经营目标，则不排除中超公司考虑解除合同，再行招标。总之，中超公司授权映脉公司独家经营 2017 年至 2019 年中超联赛图片资源，在程序上体现了竞争；该经营权独家授予是竞争的应然结果，且有其合理理由，不具有反竞争效果。

2. 关于中超联赛图片独家(商业)销售环节

映脉公司竞标取得 2017 年至 2019 年中超联赛图片独家经营权，实际上成为中超联赛图片独家经营者，在相关市场上具有市场支配地位，是中超联赛图片商业销售环节唯一的合法供给方。就映脉公司是否落入反垄断法第十七条第一款第四项规定的“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易”的情形而言，首先，如上所述，中超联赛图片用户(需求方)只能向映脉公司购买，这是基于原始经营权人中国足球协会依法享有专有权(垄断经营权)通过授权相应传导的结果，符合法律规定且有合理性，该限定交易情形有正当理由，不属于“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易”的情形。本案没有证据证明映脉公司要求用户只能与其指定的其他经营者进行交易，故也不能认定映脉公司有“没有正当理由，限定交易相对人只能与其指定的经营者进行交易”的行为。

根据上述分析，体娱公司主张中超公司、映脉公司有从事反垄断法第十七条第一款第四项规定的滥用市场支配地位的垄断行为，没有事实和法律依据，本院不予支持。鉴于体娱公司关于中超公司、映脉公司从事垄断行为的主张不能成立，其基于该主张提出的损害赔偿等诉讼请求也相应缺乏事实和法律基础而不能成立，本院没有必要进一步认定体娱公司所称损失。

二审裁判结果

综上所述，体娱公司的上诉请求不能成立，本院予以驳回；原审判决除在不认定中超公司、映脉公司具有市场支配地位方面欠妥外，总体上认定事实与适用法律基本正确，最终处理结果并无不当，本院对原审判决结果予以维持。本院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十七条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 53800 元，由体娱(北京)文化传媒股份有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长余晓汉

审判员何隽

审判员薛森

二〇二二年六月二十三日

法官助理宾岳成

书记员吴迪楠

19.通用汽车限定最低转售价格纵向垄断协议后继诉讼案【缪某与上汽通用汽车销售有限公司、上海逸隆汽车销售服务有限公司纵向垄断协议纠纷案】

【案号】(2020)最高法知民终1137号

【基本案情】2014年，缪某从逸隆公司购买涉案车辆。2016年，上海市物价局作出涉案处罚决定书，认定在2014年分销汽车过程中，通用公司存在与上海地区经销商达成并实施限定向第三人转售商品最低价格垄断协议的事实，责令其立即停止违法行为，并处以上一年度相关销售额4%的罚款。缪某认为，其于通用公司实施上述纵向垄断协议期间购买涉案车辆，其合法权益受到了涉案垄断行为的侵害，故向上海知识产权法院提起诉讼，请求判令通用公司赔偿其购车损失10000元及维权合理开支7500元，逸隆公司对上述损失承担补充赔偿责任。一审法院以证据不足为由判决驳回诉讼请求。缪某不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，反垄断执法机构认定构成垄断行为的处罚决定在法定期限内未被提起行政诉讼或者已为人民法院生效裁判所确认，原告在相关垄断民事纠纷案件中据此主张该垄断行为成立的，无需再行举证证明，但有相反证据足以推翻的除外。基于本案证据可以认定有关垄断行为和损失，遂撤销一审判决，改判支持缪某全部诉讼请求。

【典型意义】本案系反垄断执法机构作出行政处罚后，消费者就垄断行为主张损害赔偿的民事诉讼，即所谓反垄断后继诉讼。本案裁判明确了后继诉讼中原告诉的举证责任，有利于切实减轻原告举证负担，有效强化反垄断民事救济，对于健全反垄断领域行政执法和司法衔接机制的路径和方法具有现实意义。

裁判文书摘要

案号 (2020)最高法知民终1137号

审理法院 最高人民法院

当事人 上汽通用汽车销售有限公司

缪翀

上海逸隆汽车销售服务有限公司

立案年度 2020

裁判时间 2022-12-15

裁判结果 撤销一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

民事判决书

(2020)最高法知民终 1137 号

当事人信息

上诉人(原审原告): 缪翀。

委托诉讼代理人: 魏士廩, 北京大成律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 李蕊, 北京大成律师事务所律师。

被上诉人(原审被告): 上汽通用汽车销售有限公司。

法定代表人: 陈虹, 该公司董事长。

委托诉讼代理人: 魏瑛玲, 北京市君合律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 王钊, 君合律师事务所上海分所律师。

被上诉人(原审被告): 上海逸隆汽车销售服务有限公司。

法定代表人: 郑祥军, 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 徐建辉, 该公司工作人员。

委托诉讼代理人: 戴燕娟, 该公司工作人员。

审理经过

上诉人缪翀因与被上诉人上汽通用汽车销售有限公司(以下简称通用公司)、上海逸隆汽车销售服务有限公司(以下简称逸隆公司)纵向垄断协议纠纷一案,不服上海知识产权法院于2020年2月28日作出的(2018)沪73民初537号民事判决,向本院提起上诉。本院于2020年7月27日立案后,依法组成合议庭,因涉及通用公司商业秘密,于2021年7月21日不公开开庭审理本案。上诉人缪翀的委托诉讼代理人魏士廩、李蕊,被上诉人通用公司的委托诉讼代理人魏瑛玲、王钊到庭参加庭审,被上诉人逸隆公司经本院合法传唤,无正当理由拒不到庭,本院依法缺席审理。本案现已审理终结。

缪翀上诉请求: 1. 撤销原审判决, 改判支持其原审全部诉讼请求。2. 通用公司、逸隆公司承担本案全部诉讼费用。事实与理由: (一) 原审法院认定消费者后继民事赔偿诉讼中纵向垄断协议的法律适用与解释错误。1. 以完全执行纵向协议标准作为实施纵向协议的标准不尊重基本生活常识, 严重脱离基本的社会现实,

且存在逻辑上的自我矛盾，完全架空垄断协议的规定。2. 转售最低价格协议实施的实体标准不应因行政程序和民事诉讼程序不同而改变，最多只是举证规则的变化。人为割裂和区分转售价格限制在行政处罚和后继民事赔偿诉讼中的标准导致消费者权利无从救济。3. 以汽车供应商与特定经销商之间有无实施的标准来衡量限定转售价格垄断行为是否实施，没有认识到转售价格限制在实务中的真正操作模式和惯例，该标准严重脱离行业实际以及转售价格限制的实务情况。（二）消费者后继民事赔偿诉讼中的纵向垄断协议实施举证责任转移适用错误。原审判决对于不适用上海市物价局作出第 2520160027 号行政处罚决定书（以下简称涉案处罚决定书）结论的举证责任分配规则适用有误。（三）原审法院对涉案处罚决定书对于本案不具有拘束力的事实认定及分析方法错误。1. 通用公司、逸隆公司并未提供本案涉及的 2014 年授权经销商合同，原审法院仅凭借有效期在 2015 年之后的合同，不能推定 2014 年通用公司、逸隆公司之间未约定过转售价格限制等垄断协议内容。2. 原审中，通用公司、逸隆公司共提交 144 张发票，相较于其一年销售车辆数千辆，发票数量较少，且通用公司并未提交发票原件，无法核实发票的真实性。即使发票为真，也无法全面反映本案事实。3. 通用公司对经销商具有较强的控价意志，反映出转售价格限制的强烈意图和执行效果。4. 销售价格整体下降不能说明不存在价格垄断行为，通用公司每一次最低限价下调节点都与反垄断执法的威慑力密切相关，通用公司、逸隆公司的价格变化节点和曲线是完全吻合的，这也是转售价格控制的有力证明。5. 原审法院仅凭少数低价发票认定通用公司对经销商的管控没有拘束力是错误的，通用公司采取约谈、告诫、扣车锁车等形式控制价格。（四）原审法院对于消费者后继民事赔偿诉讼中纵向垄断协议的排除限制竞争效果的举证责任分配错误，应首先推定行政处罚认定的事实和结论成立，由通用公司、逸隆公司来举证通用公司、逸隆公司没有达成并实施限定向第三人转售商品的最低价格的纵向垄断协议行为且不具有排除限制竞争的后果。（五）原审法院对于消费者后继民事赔偿诉讼中垄断损失证明标准不清，且对消费者的要求过于苛刻。

通用公司辩称：（一）原审法院关于消费者后继民事赔偿诉讼中纵向垄断协议的实施标准和法律适用正确，应予以维持。缪翀关于行政处罚程序和民事诉讼程序应对限定最低转售价格的垄断协议采取相同的实施标准不仅缺乏法律依据，也与 2007 年颁布、2008 年 8 月 1 日起施行的《中华人民共和国反垄断法》（以下

简称反垄断法)第五十条的规定明显相悖。(二)根据相关法律规定以及司法实践中普遍采用的标准,在消费者后继民事赔偿诉讼中,若要认定通用公司、逸隆公司在本案中达成并实施了限定最低转售价格的垄断协议,需要同时满足两个条件:通用公司与逸隆公司达成并实施了限定最低转售价格的协议;通用公司与逸隆公司所达成并实施的该等限定最低转售价格的协议具有排除、限制竞争的效果。同时,缪翀负有证明前述两个条件均已得到满足的举证义务,但是,缪翀未能证明。相反,通用公司、逸隆公司所提供的证据恰恰证明了通用公司、逸隆公司没有达成并实施限定最低转售价格的垄断协议。(三)由于通用公司、逸隆公司并未达成并实施垄断协议,缪翀因而也不可能由于通用公司、逸隆公司的行为而遭受任何损失。此外,通用公司对涉案车辆建议零售价的两度下调均发生在行政处罚决定书作出之前,完全是基于市场竞争情况的调整;并且,逸隆公司实际销售创酷 1.4AT 舒适版小型轿车(以下简称涉案车辆)的价格自 2014 年 11 月起就已经跌破了缪翀所称建议零售价,即每车 119900 元。由此可见,缪翀购买涉案车辆的价格是自由定价的结果,并非价格垄断的结果。缪翀购车价格与其所称在 2017 年 12 月发现的涉案车辆建议零售价之差价也是市场变化的结果,该等差价并非是因为通用公司遭受到行政处罚进行降价而产生。因此,缪翀将该等差价作为垄断协议给其造成的损失没有任何事实和法律依据。

逸隆公司未作答辩。

缪翀向原审法院提起诉讼,原审法院于 2018 年 6 月 26 日立案受理。缪翀起诉请求:1. 判令通用公司赔偿缪翀购车损失 10000 元,即缪翀支付的裸车合同价款与上海市物价局作出涉案处罚决定书之后逸隆公司在其官网公布的同款车型指导价之间的部分差额;2. 判令逸隆公司对缪翀上述损失承担补充赔偿责任;3. 判令通用公司承担缪翀因本案诉讼所花费的合理支出费用共计 7500 元。事实与理由:通用公司是经上海通用汽车有限公司(以下简称上海通用公司)授权从事由上海通用公司及其国内投资企业生产的别克、雪佛兰、凯迪拉克品牌国产汽车的总经销,逸隆公司是从事雪佛兰品牌汽车销售服务的上海地区经销商。2014 年 7 月 5 日,缪翀与逸隆公司签订汽车销售合同,自逸隆公司处购买了一台由上海通用东岳汽车有限公司制造的创酷 1.4AT 舒适版小型轿车,车辆总金额为 131900 元。2016 年 12 月 19 日,上海市发展和改革委员会官方网站发布了涉案处罚决定书,认定自 2014 年起,通用公司与上海地区经销商达成并实施了限定向第三

人转售商品最低价格的垄断协议的违法行为。2017年12月，缪种经调查发现逸隆公司对同款车型的指导价为119900元。缪种认为，缪种在购车时正是通用公司在上海地区普遍实施垄断价格期间，缪种购车的价格是经过该垄断协议限定过的价格，比在有效市场竞争条件下的价格更高，缪种因此而多支付了购车费用，遭受了一定的损失。综上，为了补偿缪种因垄断行为遭受的经济损失，缪种向法院提起诉讼。

一审原告诉称

通用公司原审辩称：(一)通用公司与逸隆公司没有达成限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议，缪种的证据亦不能证明两者间达成了前述垄断协议；(二)通用公司的不同经销商，包括逸隆公司，对于涉案车型可根据市场竞争情况进行自主定价，事实上不同经销商的售价存在差异，同一经销商对于不同消费者的售价也存在差异，前述售价与通用公司的指导价均存在差异；(三)通用公司在涉案处罚决定书作出之前，已将涉案车辆的指导价调整为119900元，故指导价的调整与涉案处罚决定书并无关联，缪种主张其购买价与调整后的指导价之间的差额系垄断损失缺乏依据。

逸隆公司原审辩称：(一)同意通用公司的答辩意见；(二)通用公司与逸隆公司之间不存在垄断协议，逸隆公司的车辆售价系根据市场情况以及与消费者的协商情况自主确定。

一审法院查明

原审法院经审理查明：

(一)关于通用公司与逸隆公司的关系及缪种购买涉案车辆的情况

通用公司企业信用信息公示报告显示，其经营范围为：经上海通用公司授权从事别克、雪佛兰、凯迪拉克品牌进口汽车的总经销，经上海通用公司授权从事由上海通用公司及其国内投资企业生产的别克、雪佛兰、凯迪拉克品牌国产汽车的总经销，从事前述进口及国产汽车的政府采购、集团客户的销售业务，从事前述进口及国产汽车的售后服务等。

逸隆公司企业信用信息公示报告显示，其经营范围为：二类机动车维修，上海通用雪佛兰品牌汽车、汽车装饰材料、二手车、汽车零配件销售等。

雪佛兰官网创酷预约试驾页面显示，上海地区经销商包括逸隆公司。

通用公司、逸隆公司、上海通用公司签订的《雪佛兰品牌授权经销商合同(销售售后)》(品牌授权经销商合同 201303 版,以下简称 2013 品牌授权合同),合同有效期限 2015 年 4 月 1 日至 2017 年 6 月 30 日,1.1 条定义中记载,零售价是指由通用公司不时颁布的、届时有效的经销商管理系统“DMS”或汽车目录及价格表中发布的授权经销商可以销售给最终客户产品的建议零售价格,零售价仅为参考价格。《雪佛兰品牌授权经销商合同(销售售后)》(品牌授权经销商合同 201706-Ver. 2.0,以下简称 2017 品牌授权合同),合同有效期限 2017 年 6 月 1 日至 2020 年 6 月 30 日,1.1 条定义中亦有零售价的相同记载。

2014 年 7 月 5 日,缪翀与逸隆公司签订《雪佛兰品牌授权销售合同-汽车销售合同》(以下简称涉案销售合同),约定缪翀向逸隆公司购买涉案车辆,车辆总金额为 131900 元,加上购置附加税、保险金额、上牌费用、运输或其它相关费用,合同总金额 151900 元。2014 年 9 月 22 日,逸隆公司向缪翀出具机动车销售统一发票,其中载明雪佛兰牌/CHEVROLETSGM7140GAA1 轿车,产地烟台,价税合计 131900 元。

(二)关于通用公司被反垄断执法机关处罚的情况

2016 年 12 月 19 日,上海市物价局作出涉案处罚决定书。涉案处罚决定书认定,上海市物价局于 2016 年 4 月 25 日至 11 月 18 日对通用公司的价格及相关行为进行了调查,通用公司作为上海通用公司的总经销商,在分销汽车过程中,相关营销部门存在与上海地区经销商达成并实施限定向第三人转售商品最低价格垄断协议的事实。2014 年起相关车系上市后,通过发布区域价格通知、市场竞争动态和价格指导公告等,与经销商达成限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议,涉及凯迪拉克 SRX、雪佛兰创酷、别克威朗和全新英朗等车系。其中,雪佛兰市场营销事业部向上海区域经销商发布《创酷终端市场竞争动态》等文件,对指导价、基本毛利、建议促销现金折让成本等作出固定,并要求经销商如发现实际终端销售价格与预期不一致的,应及时和区域营销中心沟通,区域营销中心将对相关经销商进行约谈,了解实际情况,并进行相应调整。上海通用公司聘请第三方市场调研公司,对凯迪拉克 SRX、雪佛兰创酷、别克全新英朗、威朗等车系上海门店价格执行情况进行暗访,形成分析报告、到店调研/检查报告等文件,特别关注门店的电话报价、店内报价、优惠幅度。2014 年 8 月 4 日,雪佛兰市场营销事业部就上海锦骏创酷成交价低于最低限价的情况罚款 20000 元,从销售

奖金额度中予以扣除。上海市物价局认为，通用公司的行为违反了反垄断法第十四条第二项和《反价格垄断规定》（2010年发布）第八条第二项的规定，属于达成并实施限定向第三人转售商品最低价格垄断协议的违法行为，剥夺了经销商根据市场竞争状况作出相应价格调整的权利，造成最终消费者要支付比在有效市场竞争条件下更高的价格，排除、限制了市场竞争，损害了消费者利益和社会公共利益。依据《中华人民共和国行政处罚法》（2009年修正）第三十一条，于2016年11月28日向当事人依法送达了《行政处罚事先告知书（行政处罚听证告知书）》，当事人逾期未提出听证和陈述申辩。依据反垄断法第四十六条第一款、第四十九条的规定，考虑到当事人违法行为的性质和程度等因素，决定责令当事人立即停止违法行为，处上一年度相关销售额百分之四的罚款，金额201756059.72元。

原审法院依缪翀申请向上海市物价局调取的涉案行政处罚一案的证据显示：品牌授权经销商合同与本案逸隆公司提交的有效期限为2015年4月1日至2017年6月30日的合同一致。雪佛兰1区上海创酷终端市场竞争动态涉及四款车型，包括1.4T手动舒适型、1.4T自动舒适型、1.4T自动豪华型、1.4T四驱旗舰型。2014年6月、7月、8月创酷终端市场竞争动态显示，创酷1.4T自动舒适型MSRP价、建议促销现金折让成本价、TP价分别为131900、0、131900；9月的市场竞争动态显示，前述三个数据分别为131900、3000、128900；10月、11月、12月、2015年1月的市场竞争动态显示，前述三个数据分别为131900、10000、121900；2015年3月、4月的市场竞争动态则显示，前述三个数据分别为131900、12000、119900。2014年6月、7月、8月、9月创酷终端市场竞争动态显示，创酷1.4T自动豪华型MSRP价、建议促销现金折让成本价、TP价分别为143900、0、143900；10月的市场竞争动态显示，前述三个数据分别为143900、10000、133900；11月的市场竞争动态显示，前述三个数据分别为143900、12000、131900；12月的市场竞争动态显示，前述三个数据分别为143900、10000、133900；2015年1月、3月的市场竞争动态显示，前述三个数据分别为143900、14000、129900；2015年4月的市场竞争动态显示，前述三个数据分别为143900、17000、126900。2014年9月涉案车型店内裸车价询价表显示，市场指导价131900元、最低限价128900元，12家经销商的成交价有7家低于限价、3家等于限价、2家高于限价，其中逸隆公司低于限价；10月涉案车型询价表显示，市场指导价131900元、最低限价121900元，6家经销商的成交价有2家低于限价、1家等于限价、3家高

于限价；11月涉案车型询价表显示，市场指导价131900元、最低限价121900元，8家经销商的成交价2家高于限价、6家低于限价，其中逸隆公司的价格最低；12月涉案车型店内裸车询价表显示，市场指导价131900元、最低限价121900元，5家经销商的询价均低于限价。另外，关于创酷1.4T自动豪华型，2014年7月店内裸车价询价表显示，市场指导价和最低限价均为143900元，5家经销商的成交价均高于限价；8月询价表显示，市场指导价和最低限价均为143900元，8家经销商的成交价有2家等于限价、6家低于限价，其中包含上海锦骏；2015年1月询价表显示，市场指导价为143900元，最低限价为129900元，10家经销商的成交价有6家高于限价、1家等于限价，3家低于限价。上述部分数据附表如下：

雪佛兰1区上海创酷终端市场竞争动态(创酷1.4T自动舒适型)

2014.6

2014.7

2014.8

2014.9

2014.10

2014.11

2014.12

2015.1

2015.3

2015.4

MSRP(万)

13.19

13.19

13.19

13.19

13.19

13.19

13.19

13.19

13.19

13.19

建议促销现金折让成本(万)

0

0

0

0.3

1

1

1

1

1.2

1.2

TP(万)

13.19

13.19

13.19

12.89

12.19

12.19

12.19

12.19

11.99

11.99

雪佛兰 1 区上海创酷终端市场竞争动态(创酷 1.4T 自动豪华型)

2014.6

2014.7

2014.8

2014.9

2014.10

2014. 11

2014. 12

2015. 1

2015. 3

2015. 4

MSRP(万)

14. 39

14. 39

14. 39

14. 39

14. 39

14. 39

14. 39

14. 39

14. 39

14. 39

建议促销现金折让成本(万)

0

0

0

0

1

1. 2

1

1. 4

1. 4

1. 7

TP(万)

14. 39

14. 39

14. 39

14. 39

13. 39

13. 19

13. 39

12. 99

12. 99

12. 69

(三)关于缪种主张的赔偿相关事实

2017年12月26日,北京大成律师事务所向北京市方圆公证处申请办理保全证据公证,其代理人使用公证处计算机,进入雪佛兰CHEVROLET中国官方网站,进入经销商查询页面,选择逸隆公司,点击进入数字4s店,登录后进入雪佛兰经销商数字4s店网站,点击全部车型,并选择全新创酷,点击“全新创酷1.4T自动舒适型”,显示该款车的指导价为119900元,最低参考价为105900元。

缪种为本案支出公证费1000元、差旅费3843元。

(四)关于通用公司、逸隆公司提供的涉案车型调价及销售相关事实

2015年5月12日,太平洋汽车网上发布的文章“上海通用共40款车型官方调价规模空前”中记载:2015年5月12日,上海通用公司官方宣布即日起对别克、雪佛兰和凯迪拉克三大品牌旗下11个主力产品系列共计40款车型的全国市场零售指导价进行全面调整。其中,雪佛兰创酷1.4T自动舒适型新指导售价为121900元,调整前售价为131900元。

2015年5月22日,汽车之家网上发布的文章“科帕奇创酷价格调整迈向2010买车更靠谱”中记载:近日,上海通用公司宣布即日起对别克、雪佛兰和凯迪拉克三大品牌旗下11个主力产品系列共计40款车型的全国市场零售指导价进行全面调整,雪佛兰创酷1.4T自动舒适型新指导价121900元,原指导价131900元。

2015年7月22日,搜狗网上发布的文章“雪佛兰新款创酷全系降价1万增3项配置”中记载:新款创酷1.4T自动舒适型天窗版指导价121900元,老款创酷1.4T自动舒适型指导价131900元,差价10000元。

爱卡汽车网2015年6月26日、2015年7月10日、2015年7月13日的报道分别显示,上海逸隆4S创酷2014款1.4T自动舒适型价格分别为106800元、

110600 元、109800 元，指导价均为 121900 元。页面下方的内容声明记载，参考报价均由经销商发布，仅供参考，较低的报价在实际交易中可能存在其他附加条件，具体价格构成详询相关经销商。汽车消费网 2016 年 4 月 8 日报道“TRAX 创酷最高优惠 8400”“店内现车充足”中记载，中国汽车网编辑从逸隆公司了解到，店内 TRAX 创酷现车销售，颜色可选，购车最高优惠 8400 元，其中 2015 款 1.4T 自动舒适型天窗版，指导价 121900 元，销售价 113500 元，优惠情况 8400 元。

2016 年 11 月 25 日，环球网上发布的文章“售价 9.99 万元-14.99 万元雪佛兰全新创酷今日上市”中记载，1.4T 自动舒适型官方指导价为 119900 元。2016 年 11 月 25 日，新浪网、搜狐网上的新闻亦载有相同内容，全新创酷 1.4T 自动舒适型官方指导价为 119900 元。

逸隆公司提供的 49 张发票显示，2014 年 7 月涉案车型的销售价格(单位：万元)12.89、13.09、13.19、13.19，2014 年 8 月销售价格 12.78、12.69、12.59，2014 年 10 月销售价格 11.99，2014 年 11 月销售价格 11.79、11.79、11.69、11.64、11.69、11.69、11.79、11.69、11.69，2014 年 12 月销售价格 11.69、11.69、11.54、11.64、11.69、11.69、11.62、11.64、11.64、11.59、11.69、11.64、11.69、11.69、11.69，2015 年 1 月销售价格 11.64、11.64、11.64，2015 年 3 月销售价格 11.89，2015 年 4 月销售价格 11.89、11.89，2015 年 5 月销售价格 11.34、11.84，2015 年 6 月销售价格 11.27，2015 年 7 月销售价格 10.59、10.69，2015 年 9 月销售价格 10.59、10.79，2016 年 11 月销售价格 10.34，2016 年 12 月销售价格 10.34、10.34、10.34。

一审法院认为

原审法院认为，结合各方当事人的诉辩意见，本案争议焦点主要在于：一是通用公司、逸隆公司是否达成并实施了限定向第三人转售商品的最低价格垄断协议；二是缪翀在本案主张的损害赔偿是否具有事实和法律依据。

(一)关于通用公司、逸隆公司是否达成并实施了限定向第三人转售商品的最低价格垄断协议

缪翀主张依据涉案处罚决定书，可以认定通用公司与上海地区经销商达成并实施了限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议，其中包括逸隆公司，如果通用公司、逸隆公司否认两公司达成并实施了限定向第三人转售商品最低价格垄断协议，应承担相应的举证责任。通用公司、逸隆公司则主张，应由缪翀举证证明

其达成并实施了限定向第三人转售商品最低价格的协议，同时该协议具有排除、限制竞争效果。

对此，原审法院认为，反垄断法第十四条规定禁止经营者与交易相对人达成限定向第三人转售商品的最低价格的垄断协议；第十三条第二款规定，本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为，即该垄断协议的定义适用于整部法律，故反垄断法第十四条中的限定向第三人转售商品的最低价格的垄断协议同样应服从于第十三条第二款垄断协议的规定，即应为排除、限制竞争的协议。《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（法释[2012]5号，以下简称反垄断法司法解释）第七条规定，被诉垄断行为属于反垄断法第十三条第一款第一项至第五项规定的垄断协议的，被告应对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。该司法解释及相关法律并未对限定向第三人转售商品的最低价格的垄断协议的举证责任进行规定，故根据“谁主张、谁举证”的民事诉讼原则，在依据限定向第三人转售商品最低价格垄断协议提出的反垄断民事诉讼中，缪翀应当就存在限定最低转售价格协议，以及该协议具有排除、限制竞争效果承担举证责任。

原审法院注意到，区别于缪翀直接向人民法院提起的反垄断民事诉讼，本案系在反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定发生法律效力后向人民法院提起的反垄断民事诉讼，也即消费者提起的后继民事赔偿诉讼。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释[2015]5号）第一百一十四条的规定，国家机关在其职权范围内制作的文书所记载的事项推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外。故对于反垄断执法机构认定构成垄断行为的生效处理决定所认定的事实，缪翀在后继民事赔偿诉讼中主张该事实成立的，一般无需举证证明，但对方当事人有相反证据足以推翻的除外。

本案中，涉案处罚决定书认定2014年起相关车系上市后，通用公司存在与上海地区经销商达成并实施限定向第三人转售商品最低价格垄断协议的事实，其中涉及涉案雪佛兰创酷车系。在该行政处罚程序中，通用公司未提出听证和陈述申辩，对该处罚决定亦未申请行政复议或者提起行政诉讼，该行政处罚决定现已生效。

在涉案处罚决定书认定的垄断行为实施期间，逸隆公司系通用公司的上海地区经销商之一，在行政处罚所涉证据中亦涉及了逸隆公司，缪翀主张依据涉案处

罚决定书通用公司存在与上海地区经销商达成并实施限定向第三人转售商品最低价格垄断协议的事实,可以推定通用公司与逸隆公司也达成并实施了限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议行为,在无其他相反证据的情况下,可予支持。

本案中,通用公司、逸隆公司主张其未达成并实施限定向第三人转售商品最低价格垄断协议,并提供了授权经销商合同、销售发票、降价通知等证据。对此,原审法院认为:

首先,关于市场零售指导价。在案证据显示,涉案车型2014年上市时的指导价为131900元,2015年5月该价格调整为121900元,2016年11月调整为119900元,但并未有证据显示该零售指导价具有拘束力。通用公司、逸隆公司的《雪佛兰品牌授权经销商合同(销售售后)》均约定,零售价是指由通用公司不时颁布的、届时有效的经销商管理系统“DMS”或汽车目录及价格表中发布的授权经销商可以销售给最终客户产品的建议零售价格,零售价仅为参考价格,不具有拘束力。

其次,关于《创酷终端市场竞争动态》发布的预期价。在案证据显示通用公司雪佛兰市场营销事业部2014年6月至2015年4月期间基本每月向上海区域经销商发布《创酷终端市场竞争动态》,对MSRP、建议促销现金折让成本、TP等作出规定,并聘请第三方市场调研公司对上海门店价格执行情况进行暗访,暗访表中的最低限价即前述《创酷终端市场竞争动态》中的TP价,并比较评估各门店销售价与前述最低限价。即通用公司通过《创酷终端市场竞争动态》向各经销商提出最低限价要求,并采取一定措施对最低限价执行情况进行检查。

再则,关于逸隆公司实施最低限价的情况。通用公司通过《创酷终端市场竞争动态》向经销商发布的最低限价2014年6月为131900元,9月调整为128900元,10月调整为121900元,2015年3月调整为119900元。逸隆公司提交的2014年7月至2015年4月间的36张发票显示该车型均低于前述最低限价要求销售。原审法院注意到,2014年8月,通用公司就上海锦骏创酷成交价(创酷1.4T自动豪华型)低于最低限价的情况罚款20000元后,通用公司在行政处罚程序中提供的2014年9-12月店内裸车价询价表显示,有较大部分比例经销商均低于最低限价要求销售涉案车型,其中逸隆公司2014年9月、11月持续低于最低限价要求销售,且成交价与逸隆公司提交的销售发票能够相互印证,但并未有证据显示通用公司对于逸隆公司的低价销售行为进行过处罚。

综上，结合在案证据，尚不足以证明前述最低限价对逸隆公司具有拘束力，不足以认定通用公司、逸隆公司间实施了限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议。在此需要说明的是，虽然通用公司限定向第三人转售商品最低价格协议是否完全执行是行政处罚时的参考因素，并非案件定性的依据，但对于反垄断后继民事赔偿诉讼，通用公司与特定经销商间有无实施限定向第三人转售商品最低价格协议则是重要考量因素。

（二）缪翀在本案主张的损害赔偿是否具有事实和法律依据

缪翀认为，涉案车型在限定向第三人转售商品最低价格时的销售价为131900元，在有效竞争条件下的指导价为119900元，仅主张其中的10000元差额为垄断损失。

对此，原审法院认为，根据反垄断法第五十条规定，经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任，即反垄断法民事诉讼上的损失系因垄断行为实施造成的损失，是指在比较有垄断行为和无垄断行为对市场不同影响的基础上，计算在有垄断行为状态下遭受的损失。本案中，缪翀系间接购买商品的消费者，其主张的损失系因垄断行为的实施，产生了排除、限制竞争的效果，导致相关产品价格上升而产生的消费者福利损失，缪翀应对存在垄断行为、缪翀受到了损失、损失与垄断行为存在因果关系承担举证责任。

首先，如前所述，在案证据尚不能认定逸隆公司实施了限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议行为。

其次，关于缪翀所主张的损失是否系垄断损失。从通用公司实施限制转售商品最低价格的情况来看，其发布《创酷终端市场竞争动态》、聘请第三方市场调研公司对价格执行情况进行暗访、对一家经销商某一月份低于最低限价销售行为罚款20000元，并未有证据显示通用公司对于暗访中发现的低于最低限价销售的众多经销商采取过具有拘束力的措施，以至于暗访中已反映出部分经销商持续低于最低限价销售。可见通用公司实施前述行为较为温和，尚不能体现其在控制产品价格上的较强的意志。关于通用公司实施限制转售商品最低价格的意图。涉案创酷车型系2014年新上市车型，上市后一年其最低限价即已进行了多次调整。其中，创酷1.4T自动舒适型2014年至2015年3月期间，其最低限价进行了3次调整，从上市后的131900元，至2014年9月调整为128900元、2014年10月调整为121900元、2015年3月调整为119900元；创酷1.4T自动豪华型2014

年至2015年4月期间，其最低限价则进行了5次调整，从上市后的143900元，至2014年10月调整为133900元、2014年11月调整为131900元、12月调整为133900元、2015年1月调整为129900元、2015年4月调整为126900元。创酷不同车型系列价格调整时间、调整幅度虽存在差异，但最低限价均持续走低，降价幅度高达10%，一定程度上也反映了相关市场存在竞争的效果。综上，缪翀并未能证明通用公司各时期发布的最低限价属于排除、限制竞争状态下的垄断高价，也未能证明涉案车型各时期的竞争价格，其主张该10000元差额系垄断高价与竞争价格的差额缺乏事实和法律依据。

一审裁判结果

综上所述，原审法院认为，缪翀诉请缺乏事实和法律依据，依照《中华人民共和国反垄断法》（2008年施行）第十四条、第五十条，《中华人民共和国民事诉讼法》（2017年修正）第六十四条第一款，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释[2015]5号）第九十条之规定，判决：驳回缪翀的诉讼请求。原审案件受理费237元，由缪翀负担。二审审理期间，缪翀为证明其主张，向本院提交2组证据：第一组证据包括：证据1.《2014年7-9月创酷1.4T车型上海地区销量总计》；证据2.《2014年7-9月创酷车型销售细节信息》；证据3.《2014年5-12月雪佛兰创酷1.4T车型上海地区销量数据》（月度），以上证据均来源于中华全国工商业联合会汽车经销商商会，拟共同证明通用公司、逸隆公司声称已提供2014年7月-9月仅有的9张发票是其全部销售发票，与基本事实不符。第二组证据系来自于上海通用公司官网的2014年7月销售汽车数量新闻稿，拟证明上海通用公司对外宣称雪佛兰创酷2014年7月在全国范围内销售4971辆，按照全国435家4S店计算，平均每家店销售创酷车型约11.4辆，通用公司、逸隆公司声称2014年7月上海地区仅有4张发票与基本事实不符。此外，缪翀委托专家辅助人李青针对执法实务中，转售价格控制的实施是否需要覆盖所有经销商、经济学上累计效应与涉案限定向第三人转售商品的最低价格垄断协议达成、实施有何关系等问题出庭发表了专家意见。

通用公司发表质证意见为：对第一组证据的真实性、合法性、关联性均不予认可。首先，缪翀提交该组证据的时间已经超过举证期限，且该组证据并非新形成的证据；其次，中华全国工商业联合会汽车经销商商会并不掌握涉案车辆的销售情况，且其中载明内容与事实不符，如2014年款的雪佛兰创酷1.4T相关车型

并无黄色、绿灰、白蓝、紫色和棕色等颜色，但该份证据却出现了并不存在的前述颜色的车辆以及该不存在车辆的所谓销量数据。再次，该组证据中所载明的销售数量系上海市雪佛兰创酷 1.4T 车型的销量，并非涉案车辆的销量。对第二组证据的真实性认可，对于合法性、关联性不予认可。首先，该组证据超出举证期限，且非新形成的证据；其次，该组证据中记载的是雪佛兰创酷 2014 年 7 月份全国的销量，涵盖了雪佛兰创酷的全部车型以及全国经销商的销售情况，不能用来否定逸隆公司所出具的《情况说明》的真实性。对于专家辅助人的专家意见，认为违反举证通知规定的举证期限和《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第六十九条，对其有效性不予认可。逸隆公司未发表质证意见。本院认证意见为：上述第一组、第二组证据仅能证明雪佛兰创酷汽车销售情况，与本案通用公司、逸隆公司是否实施了限定向第三人转售商品的最低价格纵向垄断协议、是否应当赔偿缪翀损失等待证事实无关，应不予采纳。至于专家辅助人发表的专家意见，旨在进一步说明上海市物价局作出涉案处罚决定书具有经济学依据，在通用公司、逸隆公司并未提交相反证据的情况下，本院对其相关说明予以认可。

通用公司为证明其主张，向本院提交 3 份证据：证据 1. 通用公司与逸隆公司签订合同有效期为 2013 年 4 月 1 日至 2015 年 3 月 31 日的《雪佛兰品牌授权经销商合同》，拟证明通用公司并未与逸隆公司约定对转售价格予以限定，零售价仅为参考价格，不具有拘束力。证据 2. 逸隆公司出具的情况说明；证据 3. 逸隆公司向消费者方军销售涉案车型的车辆的机动车销售统一发票，前述两份证据拟共同证明在 2014 年 7 月至 9 月期间，逸隆公司向消费者销售涉案车型的车辆的的价格系由其根据市场竞争状况、与消费者协商情况而定，价格存在差异。

缪翀发表质证意见为：证据 1 的真实性、合法性、关联性及其证明目的均不予认可，逸隆公司在原审过程中提交的 2015 年-2017 年、2017 年-2020 年的《雪佛兰品牌授权经销商合同》签章页的四枚签章齐全，但通用公司二审提交的 2013 年-2015 年《雪佛兰品牌授权经销商合同》签章页(第 3 页)中，逸隆公司在签章处仅有签字，没有公司盖章，该份证据不具有真实性、合法性；即使认定该合同是真实的，该合同载有通用公司对经销商价格进行管理相关内容，体现出通用公司对逸隆公司转售价格存在控制行为及深度价格控制的意图。关于证据 2、证据 3 的真实性、合法性、关联性及其证明目的均不予认可，情况说明系逸隆公司对自

家公司在2014年7月份至9月份销售涉案车型及开票情况的自我说明，无任何客观证据相佐证，且与公开信息检索到的逸隆公司销售数据不符。

逸隆公司未发表质证意见。

本院认证意见为：上述证据1系通用公司与逸隆公司签订合同有效期为2013年4月1日至2015年3月31日的《雪佛兰品牌授权经销商合同》，与本案通用公司与逸隆公司在2014年7月缪翀购买涉案车辆时是否实施了限定向第三人转售商品的最低价格纵向垄断协议待证事实相关，在缪翀不能提供相反证据的情况下，该证据可以作为认定相关事实的依据。证据2、证据3，均系通用公司单方提供的证据，且与通用公司与逸隆公司在2014年7月缪翀购买涉案车辆时是否实施了限定向第三人转售商品的最低价格待证事实并无直接关联性，本院不予采信。

原审法院查明的事实属实，本院予以确认。

本院另查明，通用公司(合同中简称为上汽通用销售)、上海通用公司(合同中简称为上汽通用汽车)、逸隆公司(合同中指授权经销商)签订的《雪佛兰品牌授权经销商合同(销售售后)》(品牌授权经销商合同201303-Ver. 1.2)，前言部分载明：“A. 授权「授权经销商」提供「产品」以及本「合同」规定的相关「服务」，并表明自己为「上汽通用销售」授权的品牌经销商；B. 确定「上汽通用销售」「上汽通用汽车」「授权经销商」将共同行事以完成各自在本「合同」项下的承诺；C. 「上汽通用销售」「上汽通用汽车」「授权经销商」充分理解并接受本「合同」所有条款及相关附件。”合同有效期限“2013年4月1日至2015年5月31日”。1.1条定义中记载：“「汽车目录及价格表」是指「上汽通用销售」以书面形式不时颁布、届时有效的载明「授权经销商」从「上汽通用销售」处购买「汽车」的价格，以及「授权经销商」销售给「最终客户」的品牌「汽车」的建议零售价格的「汽车」产品目录与价格列表。”“「批发价」是指由「上汽通用销售」不时颁布的、届时有效的经销商管理系统(“DMS”)或「汽车目录及价格表」中规定的其销售给「授权经销商」「产品」的统一售价。”“「零售价」是指「上汽通用销售」不时颁布的、届时有效的经销商管理系统(“DMS”)或「汽车目录及价格表」中发布的「授权经销商」可以销售给「最终客户」「产品」的建议零售价格，「零售价」仅为参考价格。”

本院认为

本院认为，2022年新修正的反垄断法自2022年8月1日起施行。《中华人民共和国立法法》第九十三条规定：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定除外。”依据该规定，由于本案被诉垄断行为发生于2014年，故本案应当适用2008年施行的反垄断法。根据当事人的诉辩意见，本案二审争议焦点为：（一）缪种是否因通用公司与逸隆公司达成并实施涉案处罚决定书认定的限定向第三人转售商品的最低价格的纵向垄断协议行为而受到损害；（二）缪种所主张的赔偿经济损失的诉求应否得到支持。

（一）关于缪种是否因通用公司与逸隆公司达成并实施涉案处罚决定书认定的限定向第三人转售商品的最低价格的纵向垄断协议行为而受到损害

反垄断法第五十条规定，经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。依据该规定，提起垄断民事诉讼的原告首先需要证明被诉垄断行为人实施了垄断行为，其次，需要证明其因被诉垄断行为人实施垄断行为而受到损害。

本案中，首先，缪种为证明通用公司与逸隆公司达成并实施了反垄断法第十四条第二项所禁止的限定向第三人转售商品的最低价格的纵向垄断协议行为，提交了涉案处罚决定书。根据在案证据，通用公司在涉案处罚决定书作出后并没有提起相关行政诉讼，涉案处罚决定书在缪种提起本案民事诉讼时已经发生法律效力。因此本案属于典型的反垄断执法机构作出的处罚决定书已经发生法律效力后引发的后继民事赔偿诉讼。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释[2015]5号）第一百一十四条规定：“国家机关或者其他依法具有社会管理职能的组织，在其职权范围内制作的文书所记载的事项推定为真实，但有相反证据足以推翻的除外。必要时，人民法院可以要求制作文书的机关或者组织对文书的真实性予以说明。”依据上述规定，反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定在法定期限内未被提起行政诉讼或者已为人民法院生效裁判所确认，原告在相关垄断民事纠纷案件中据此主张该垄断行为成立的，无需再行举证证明，但有相反证据足以推翻的除外。据此，在缪种提交了已经发生法律效力的涉案处罚决定书后，其仅需要证明通用公司与逸隆公司系涉案处罚决定书认定的垄断行为实施者，且缪种因通用公司与逸隆公司达成并实施了涉案处罚决定书认定的垄断行为而受到损害。至于通用公司与逸隆公司认为反垄断民事诉讼中认

定达成纵向垄断协议的标准与行政执法程序中认定标准应当不同的主张,由于反垄断法系行政执法机构和人民法院认定经营者是否实施垄断行为的共同法律依据,也是行政执法和民事司法的共同法律标准,通用公司与逸隆公司的该项主张,本院不予支持。其次,根据原审法院调取的作出涉案处罚决定书所依据的相关证据,其中,涉及的品牌授权经销商合同与通用公司二审时提交的《雪佛兰品牌授权经销商合同(销售售后)》(品牌授权经销商合同 201303-Ver. 1.2)约定的授权经销商相关权利义务均一致;且逸隆公司属于被调查的上海地区经销商之一。通用公司、逸隆公司对于上述事实均予以认可。据此,可以认定通用公司与逸隆公司系涉案处罚决定书认定的垄断行为实施者。再次,缪种为证明其因通用公司与逸隆公司达成并实施了涉案处罚决定书认定的垄断行为而受到损害,提交了2014年7月5日,缪种与逸隆公司签订的涉案销售合同以及完成交易后的发票。经与涉案处罚决定书依据的处罚事实相比较,该销售合同的签订时间、所涉车型、执行的购买价格131900元,均属于上海市物价局作出涉案处罚决定书所依据的通用公司与包括逸隆公司在内的上海地区经销商达成并实施限定向第三人转售商品最低价格垄断协议的相关事实。特别是,通用公司在涉案车型上市时限定向第三人转售商品最低价格即为缪种购买涉案车辆的价格131900元。综上所述,基于本案证据可以认定缪种购买涉案车辆所执行的价格是通用公司与逸隆公司达成并实施涉案处罚决定书认定的限定向第三人转售商品的最低价格的纵向垄断协议行为的具体表现,缪种已经完成了其因通用公司与逸隆公司实施垄断行为而造成损害的举证责任。通用公司、逸隆公司提交的反驳证据意图证明逸隆公司及其他经销商在涉案行政处罚决定书所认定违法行为实施期间存在没有执行通用公司市场指导价的情况,这些证据均属于通用公司、逸隆公司单方面形成的证据且仅代表个案购买相关车辆的价格,不足以推翻涉案处罚决定书认定的事实。同时,通用公司、逸隆公司意图证明本案所涉及的2014年7月逸隆公司向他人销售涉案车辆时有不执行131900元指导价的情形,而这些证据均无法推翻逸隆公司向缪种销售涉案车辆时完全执行了通用公司限定的向第三人转售商品的最低价格的基本事实。

综上,基于本案证据可以认定缪种因通用公司与逸隆公司达成并实施涉案处罚决定书认定的限定向第三人转售商品的最低价格的纵向垄断协议行为而受到损害。原审法院认为在案证据尚不足以证明涉案处罚决定书认定的最低限价对逸隆

公司具有拘束力，不足以认定通用公司与逸隆公司之间实施了限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议，举证责任分配有误，认定事实错误，本院依法予以纠正。

(二)关于缪翀所主张的赔偿经济损失的诉求应否得到支持。

因本案被诉垄断行为发生于2014年，故本案应当适用《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称侵权责任法)的相关规定，审查判断缪翀所主张的赔偿经济损失的诉求应否得到支持。

首先，关于本案的赔偿义务主体。侵权责任法第八条规定：“二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。”如前所述，本案属于经营者之间达成并实施纵向垄断协议被行政机关处罚后，消费者作为受害人提起的后续民事赔偿诉讼。根据被诉行政处罚决定书及在案事实，通用公司与逸隆公司达成并实施了反垄断法所禁止的限定向第三人转售商品最低价格的垄断协议行为，使得缪翀依据垄断价格购买了涉案车辆，应当认定通用公司与逸隆公司共同实施了侵权行为。由于缪翀明确主张通用公司承担赔偿责任，逸隆公司承担补偿责任，本院予以支持。

其次，关于缪翀所主张的赔偿经济损失的诉求应否得到支持。反垄断法司法解释第十四条第一款规定：“被告实施垄断行为，给原告造成损失的，根据原告的诉讼请求和查明的事实，人民法院可以依法判令被告承担停止侵害、赔偿损失等民事责任。”侵权责任法第十九条规定：“侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。”由于本案系经营者之间达成并实施纵向垄断协议被行政机关处罚后，消费者作为受害人提起的后续民事赔偿诉讼，赔偿金额应当为经营者之间限定的最低转售非竞争价格与竞争价格之间的差额。缪翀已经举证证明涉案车辆2014年其购买时垄断价格为131900元，2016年涉案行政处罚决定作出后、涉案车辆市场价格为119900元，两者差额为12000元，其已经对所受损害完成了初步证明责任。缪翀据此主张其因被诉垄断行为造成的损害应当大于其诉请的10000元。此时，举证责任应当转移给通用公司与逸隆公司。通用公司与逸隆公司如果不认可缪翀的主张，应当举证证明缪翀购买涉案车辆时执行的非竞争价格与竞争价格之间的差额并不存在或者小于10000元，否则，应承担举证不能的不利后果。通用公司与逸隆公司均未能证明缪翀购买涉案车辆时执行的非竞争价格与竞争价格之间不存在差额。而且，根据逸隆公司原审时提供

的 2014 年 7 月至 12 月销售涉案车型车辆的 32 张发票，在涉案车型指导价 2014 年 7 月为 131900 元，2014 年 9 月调整为 128900 元和 2014 年 10 月调整为 121900 元期间，逸隆公司销售涉案车辆的平均价格为 115956.25 元，基于此，缪翀要求赔偿 10000 元经济损失具有一定合理性。故缪翀要求赔偿 10000 元的诉请应予支持。

关于合理支出，反垄断法司法解释第十四条第二款规定：“根据原告的请求，人民法院可以将原告因调查、制止垄断行为所支付的合理开支计入损失赔偿范围。”本案中，根据原审法院查明的事实，缪翀为本案支出公证费 1000 元、差旅费 3843 元，且缪翀在原审及二审审理期间，均委托了律师，需要支出相应的律师费用，故，缪翀要求通用公司赔偿其因本案诉讼所支付的合理开支 7500 元，在合理范围之内，本院予以支持。

综上，缪翀上诉主张成立，应予支持。原审判决认定事实不清，适用法律有误，应予纠正。依照 2008 年施行的《中华人民共和国反垄断法》第十四条、第五十条，《中华人民共和国侵权责任法》第八条、第十九条，《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（法释[2012]5 号）第十四条，《中华人民共和国民事诉讼法》（2021 年修正）第一百四十七条、第一百七十七条第一款第二项，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释[2015]5 号）第一百一十四条之规定，判决如下：

- 一、撤销上海知识产权法院(2018)沪 73 民初 537 号民事判决；
- 二、上汽通用汽车销售有限公司自本判决生效之日起十日内赔偿缪翀经济损失 10000 元；上海逸隆汽车销售服务有限公司对前述经济损失承担补充赔偿责任；
- 三、上汽通用汽车销售有限公司自本判决生效之日起十日内赔偿缪翀因本案诉讼所支付的合理开支 7500 元。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》（2021 年修正）第二百六十条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

一审案件受理费 237 元，由上汽通用汽车销售有限公司负担；二审案件受理费 287.5 元，由上汽通用汽车销售有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长原晓爽

审判员张新锋

审判员孔立明

二〇二二年十二月十五日

法官助理郝小娟

书记员汪妮

裁判要点

案号

(2020)最高法知民终 1137 号

案由

纵向垄断协议纠纷

合议庭

审判长：原晓爽

审判员：张新锋、孔立明

法官助理：郝小娟

书记员：汪妮

裁判日期

2022 年 12 月 15 日

关键词

纵向垄断协议；行政处罚决定；民事赔偿；举证责任

当事人

上诉人(原审原告)：缪翀；

被上诉人(原审被告)：上汽通用汽车销售有限公司；

被上诉人(原审第三人)：上海逸隆汽车销售服务有限公司。

裁判结果

一、撤销上海知识产权法院(2018)沪 73 民初 537 号民事判决；

二、上汽通用汽车销售有限公司自本判决生效之日起十日内赔偿缪翀经济损失 10000 元；上海逸隆汽车销售服务有限公司对前述经济损失承担补充赔偿责任；

三、上汽通用汽车销售有限公司自本判决生效之日起十日内赔偿缪翀因本案诉讼所支付的合理开支 7500 元。

如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当依照《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）第二百六十条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

二审裁判结果

原审判决：驳回缪翀的诉讼请求。

涉案法条

《中华人民共和国反垄断法》（2008年施行）第十四条、第五十条；

《中华人民共和国侵权责任法》第八条、第十九条；

《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（法释[2012]5号）第十四条；

《中华人民共和国民事诉讼法》（2021年修正）第一百四十七条、第一百七十七条第一款第二项、第二百六十条；

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（法释[2015]5号）第一百一十四条。

法律问题

1. 反垄断执法机构作出的处罚决定书已经发生法律效力后引发的后继民事赔偿诉讼举证责任分配；

2. 消费者因经营者达成并实施限定向第三人转售商品的最低价格纵向垄断协议提起民事赔偿诉讼，民事赔偿主体的确定；

3. 消费者因经营者达成并实施限定向第三人转售商品的最低价格纵向垄断协议提起民事赔偿诉讼，赔偿金额的确定。

裁判观点

1. 反垄断执法机构认定构成垄断行为的处罚决定在法定期限内未被提起行政诉讼或者已为人民法院生效裁判所确认，原告在相关垄断民事纠纷案件中据此主张该垄断行为成立的，无需再行举证证明，但有相反证据足以推翻的除外。

2. 消费者因经营者达成并实施限定向第三人转售商品的最低价格纵向垄断协议提起民事赔偿诉讼，应当认定达成并实施限定向第三人转售商品的最低价格的纵向垄断协议的垄断行为人共同实施了侵权行为。

3. 消费者因达成并实施限定向第三人转售商品的最低价格纵向垄断协议提起民事赔偿诉讼, 赔偿金额应当为经营者之间限定的最低转售非竞争价格与竞争价格之间的差额。

注: 本摘要并非判决书之组成部分, 不具有法律效力。

王现辉律师团队

20. 茂名混凝土企业协同行为横向垄断协议行政处罚案【茂名市电白区建科混凝土有限公司与广东省市场监督管理局反垄断行政处罚案】

【案号】(2022) 最高法知行终 29 号

【基本案情】2016 年 9 月至 12 月期间，建科公司等 19 家广东省茂名市城区及高州市预拌混凝土企业通过聚会、微信群等形式就统一上调混凝土销售价格交流协商，并同期以不同幅度上调价格。2020 年 6 月，广东省市场监管局对该 19 家企业的上述行为进行查处，并以 2016 年度销售额为基数处以罚款。建科公司不服处罚决定，向广州知识产权法院提起行政诉讼，请求撤销被诉处罚决定。一审法院判决驳回建科公司诉讼请求。建科公司不服，提起上诉。最高人民法院二审认为，建科公司等 19 家涉案企业进行了意思联络、信息交流，其涨价行为具有一致性，且不能对该行为的一致性作出合理解释，有关行为构成反垄断法规定的横向垄断协议项下的“其他协同行为”。关于被诉处罚决定的罚款计算，“上一年度销售额”是计算罚款的基数，原则上“上一年度”应确定为与作出处罚时时间上最接近、事实上最关联的违法行为存在年度。被诉行为发生于 2016 年并于当年底停止，被诉处罚决定以 2016 年销售额作为计算罚款的基准，并无不当。遂判决驳回上诉，维持原判。

【典型意义】“其他协同行为”因不直接体现为明确的协议或决定，具有较强隐蔽性，实践认定上存在困难。本案明确了横向垄断协议中“其他协同行为”的认定思路，并合理分配了举证责任，有助于厘清法律规范的具体适用规则。同时对反垄断罚款基数的“上一年度销售额”中的“上一年度”作出原则性阐释，有力促进行政执法标准与司法标准统一。

裁判文书摘要

案号 (2022) 最高法知行终 29 号

审理法院 最高人民法院

当事人 茂名市电白区建科混凝土有限公司

广东省市场监督管理局

立案年度 2022

裁判时间 2022-06-23

裁判结果 维持一审判决

裁判文书标题

最高人民法院

行政判决书

(2022)最高法知行终 29 号

当事人信息

上诉人(一审原告): 茂名市电白区建科混凝土有限公司。

法定代表人: 詹国营, 该公司执行董事。

委托诉讼代理人: 宁向东, 广东鸿基律师事务所律师。

委托诉讼代理人: 彭东梅, 广东鸿基律师事务所律师。

被上诉人(一审被告): 广东省市场监督管理局。

法定代表人: 刘光明, 该局局长。

委托诉讼代理人: 赖佳捷, 该局工作人员。

委托诉讼代理人: 方宁珊, 北京市中伦(广州)律师事务所律师。

审理经过

上诉人茂名市电白区建科混凝土有限公司(以下简称建科公司)因与被上诉人广东省市场监督管理局反垄断行政处罚一案, 不服广州知识产权法院(以下简称一审法院)于 2021 年 8 月 30 日作出的(2020)粤 73 行初 17 号行政判决, 向本院提起上诉。本院于 2022 年 1 月 10 日立案后, 依法组成合议庭, 于 2022 年 3 月 18 日公开开庭进行了审理。上诉人建科公司的委托诉讼代理人宁向东、彭东梅, 被上诉人广东省市场监督管理局的委托诉讼代理人赖佳捷、方宁珊到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

广东省市场监督管理局于 2020 年 6 月 1 日作出粤市监反垄断行处[2020]33 号《行政处罚决定书》(以下简称被诉处罚决定)。该决定主要内容为: 原广东省发展改革委价格监督检查与反垄断局(以下简称原广东省发改委反垄断局)于 2017 年 2 月 21 日接到有关企业关于广东省茂名市城区及高州市多家经营预拌混凝土业务的企业联合涨价涉嫌垄断的举报。后因机构改革, 原广东省发改委反垄断局于 2018 年 10 月将该案移交至广东省市场监督管理局。广东省市场监督管理局在原广东省发改委反垄断局已经调查掌握情况的基础上, 进一步进行了核查, 于 2018 年 11 月 2 日向国家市场监督管理总局进行立案报备。2019 年 9 月 18 日,

广东省市场监督管理局向建科公司送达了《行政处罚告知书》，告知建科公司拟作出行政处罚的事实、理由、依据和处罚内容，并告知建科公司依法享有陈述、申辩和要求举行听证的权利。建科公司在法定期限内申请听证，广东省市场监督管理局于2019年10月29日组织行政处罚案件听证会并听取建科公司陈述和申辩。建科公司没有新的事实和证据，广东省市场监督管理局对建科公司的申辩不予采纳。广东省市场监督管理局经调查，认定建科公司及其他18家混凝土企业是具有竞争关系的经营者，通过聚会、微信群等形式就统一上调混凝土销售价格事宜进行商议和信息交流，达成并实施了“固定或者变更商品价格”的垄断协议，该行为违反了《中华人民共和国反垄断法》（以下简称反垄断法）第十三条第一款第一项之规定。综合考虑建科公司积极配合调查，违法行为持续时间短，对市场竞争损害程度轻、影响范围较小等因素，依据反垄断法第四十六条第一款、第四十九条及《中华人民共和国行政处罚法》（2017年修正，以下简称行政处罚法）第二十七条第一款第一项之规定，广东省市场监督管理局决定对建科公司作出如下处罚：责令建科公司停止违法行为；处以2016年度销售额30755143.18元的1%即307551.43元的罚款。

建科公司不服被诉处罚决定，于2020年8月4日向广州铁路运输中级法院提起行政诉讼，广州铁路运输中级法院裁定将该案移送一审法院，一审法院于2020年11月26日立案。建科公司请求撤销被诉处罚决定，判令诉讼费用由广东省市场监督管理局负担。事实和理由：（一）广东省市场监督管理局认定建科公司达成、实施“固定或变更商品的价格”的垄断协议，缺乏相应证据。（二）广东省市场监督管理局的处罚金额不当，被诉处罚决定违反了反垄断法第四十六条关于“并处上一年度销售额”的规定。（三）广东省市场监督管理局处理程序不当。原广东省发改委反垄断局未依法正式立案就取证，不符合法定行政处罚程序，该局取证不能作为认定案件的根据，也不能证明被诉行政行为的合法性。

广东省市场监督管理局辩称：该局有充分证据认定建科公司达成并实施了横向垄断协议，建科公司并无法定豁免事由；该局具体行政行为合法，适用法律正确，确定处罚金额并无不当。

一审法院查明

一审法院经审理查明以下事实：

原广东省发改委反垄断局于 2017 年 7 月 4 日调查询问建科公司的总经理杨福才，杨福才当时称：2016 年 9 月底，国家出台治理超载文件，规定混凝土搅拌车每车不允许超过搅拌车容量的一半，导致运输成本因为治理超载提高了；“协会”（即“茂名混凝土交流会”微信群）大概是有关企业在 2016 年 9 月份召开会议成立的；2016 年 9 月份以后，建科公司的调价行动执行有一两个月；标号为 C30 规格的混凝土（以下简称 C30 混凝土）当时到站价是 300 元/立方米，比 2016 年底调价后的最高价 330 元/立方米下降了 30 元/立方米。原广东省发改委反垄断局于 2018 年 9 月 14 日再次调查询问杨福才，杨福才当时称：建材公司根据运输距离远近涨价幅度在 10 元~25 元/立方米，该涨价情况大概持续了一段时间，价格上下都有波动，后续没有类似协同涨价行为。广东省市场监督管理局于 2019 年 8 月 1 日调查询问建科公司当时的法定代表人黄胜，黄胜当时称：其在“茂名市混凝土交流会”的微信群内的名称是叫阿胜，并在群内说过“各位会员早晨，今天建科(公司)全面执行实收 330(元)价格，希望大家都通报一下执行价格”；建科公司有涨价，幅度很低，参与该微信群的各同类经营公司的涨价幅度都不一样。

根据前述调查的询问笔录及广东省市场监督管理局对茂名元丰商品混凝土有限公司、高州市金山混凝土有限公司、茂名市电白区达力投资有限公司、茂名市乐佳建筑材料有限公司、茂名市电白区长盈混凝土有限公司、广东冠力混凝土有限公司、茂名钰丰混凝土有限公司、建科公司、茂名市恒基混凝土有限公司、华润混凝土(茂名)有限公司、广东双冠建材有限公司(以下简称双冠公司)、茂名市华信混凝土有限公司、茂名市电白区庞建混凝土有限公司、茂名市成晋混凝土有限公司、高州市星展混凝土有限公司、茂名市汇港混凝土有限公司的调查笔录综合反映，在茂名市宏基建材有限公司(以下简称宏基公司)负责人和广东大道建材有限公司(以下简称广东大道公司)、化州市大道建材有限公司(以下简称化州大道公司)当时的法定代表人的牵头组织下，上述 19 家经营混凝土业务的企业(以下统称涉案 19 家混凝土企业)中部分企业于 2016 年 9 月 24 日上午，在广东省茂名市××路××号包房聚会商议统一上调混凝土销售价格，最后达成一致意见：从 2016 年 9 月 25 日开始，茂名市城区和高州市区域内 C30 混凝土销售价格统一上调 60 元/立方米，其他标号混凝土以 C30 混凝土价格为参照，每增减一个标号，销售价格相应增减 10 元~20 元/立方米。随后，建科公司和其他参

会企业的代表从2016年9月24日下午开始,在宏基公司负责人和广东大道公司、化州××道公司当时的法定代表人的带动下,陆续加入了名为“茂名混凝土交流会”微信群,微信群主要用于交流统一涨价信息和发布拖欠货款客户名单等事项,大部分涉案企业的代表通过微信群发布了统一涨价的信息。根据微信群的聊天记录,有关内容还包括:1.对于某些建筑工地没有结清货款前,要求各公司停止供货、协助回款等;2.交流对于拒绝接受调价的应对方法,对于部分客户不接受调价的,表明拒绝供货态度,并呼吁群内企业协助停止供货;3.披露调价方法及部分用户的报价和供货价格;4.呼吁共同坚持,共同努力,互相监督等;5.协调部分工地的供应及协调各公司报价差异问题。黄胜在微信群内作为建科公司代表对统一涨价没有表示反对。

建科公司于2016年9月26日向广东协强建设集团有限公司发出《调价函》表示:对混凝土销售单价决定从即日起在原合作价格的基础上上调45元/立方米。建科公司于2016年11月1日向山东金鼎建筑安装工程有限公司发出《调价函》表示:对混凝土销售单价决定从即日起在原合作价格的基础上上调50元/立方米。

建科公司对其2016年度销售额为30755143.18元没有异议。

广东省市场监督管理局向一审法院提供《中央定价目录》(2015年公布)、《广东省定价目录(2015年版)》,该两份定价目录文件均未记载预拌混凝土商品。建科公司向一审法院提供8张发票、《茂名工程造价信息》2016年第3期与第4期(季刊)复印资料,拟分别证明:其在2016年9月至12月期间销售C30混凝土的单价均低于340元/立方米;茂名市工程造价信息中心每月公布茂名市建设工程材料参考价格(包含C30混凝土等材料每月市场价)。广东省市场监督管理局经质证,以建科公司提供的发票不完整、《茂名工程造价信息》与本案无关为由,否定上述证据的证明力。

一审法院认为

一审法院认为:根据反垄断法第十条的规定以及第十三届全国人民代表大会第一次会议批准的《国务院机构改革方案(2018年)》(2018年3月17日通过)和《国务院关于机构设置的通知》(国发〔2008〕11号)、国家发展和改革委员会(以下简称国家发改委)《关于反价格垄断执法授权的决定》(发改价检〔2008〕3509号)、《中共中央国务院关于地方政府职能转变和机构改革的意见》(中发〔2013〕9号)、广东省人民政府《广东省发展和改革委员会主要职责内设机构

和人员编制规定》(于2014年2月21日发布)、国家市场监督管理总局于2018年12月28日发布的《关于反垄断执法授权的通知》(国市监反垄断〔2008〕265号)等国家和广东省机构改革相关文件的规定,原广东省发改委反垄断局在2018年3月17日之前经授权对该省内垄断行为进行查处,自2018年3月17日上述职权归由广东省市场监督管理局行使,广东省市场监督管理局依法具有对广东省内涉垄断行为进行查处的职权。原广东省发改委反垄断局在履职期间所进行的相关调查,没有违反法定程序,其调查取得的相关材料可以作为本案的证据。原广东省发改委反垄断局进行了必要调查,广东省市场监督管理局在机构改革后继续行使职权,于2018年10月25日立案,2020年6月1日作出行政处理决定,并无不当。建科公司认为原广东省发改委反垄断局未依法正式立案就取证,不符合行政处罚程序规定,不能作为认定案件事实的依据,该诉讼主张缺乏依据,一审法院不予支持。原广东省发改委反垄断局及广东省市场监督管理局在法定期限内履行了告知、送达等程序,保障了建科公司的程序权利。广东省市场监督管理局作出涉案行政决定,行政程序合法。

本案中,受预拌混凝土销售市场范围与企业资质限制,预拌混凝土行业被划分在相对封闭的区域内,形成区域化的销售市场,预拌混凝土企业的竞争主要表现在一定区域范围内。根据涉案预拌混凝土的运输时间要求及搅拌站的分布,广东省市场监督管理局认定涉案混凝土商品供应辐射范围在距离混凝土搅拌站50公里范围内合理。参与企业的下游客户主要集中在广东省茂名市区及高州市区,涉案50公里的辐射范围可以包含广东省茂名市区、高州城区及与茂名市区、高州城区之相邻的其他茂名部分区域。因此,本案相关地域市场为广东省茂名市区、高州城区及与茂名市区、高州城区之相邻的部分区域。相关市场状况的分析,有助于判断经营者的行为是否违法;但本案针对横向垄断协议,对于相关市场无须进行精准分析,广东省市场监督管理局关于本案相关地域市场仅为茂名市区及高州市区的表述虽不够准确,并不影响本案定性分析。

涉案19家混凝土企业均系从事预拌混凝土的独立企业法人,属于反垄断法第十二条所规定的经营者,且上述公司均在茂名市从事相同产品的销售,彼此之间具有横向竞争关系,属于反垄断法第十三条所规定的具有竞争关系的经营者。根据反垄断法第十三条的规定,垄断协议是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为;禁止具有竞争关系的经营者达成固定或者变更商品价格等垄断协

议。认定垄断协议存在的关键在于双方或者多方当事人均明知协议或合意的事实，并且自愿接受这样的协议或合意，其具体形式并不影响协议或协同行为存在的认定。固定价格行为对市场竞争的危害极大，是严重的限制竞争行为，无论其具体表现形式如何，均是严重违法行为而应当予以禁止。建科公司等参与企业不但在线下进行统一涨价的协商，还在微信群内持续讨论调价信息，特别是有交流执行提价的情况、客户对调价的反映以及对拒绝调价时的应对措施；而价格信息，特别是具体企业、具体工地的供货价格，显然是属于市场策略性、非公开的信息，部分参与企业在微信沟通中交流以停止供货等方式迫使用户接受调价以及部分参与者呼吁群内各方严格执行“协会指导价”“共同坚持”与“互相监督”，而无人对此提出任何反对意见。由此反映参与企业各方对于调价达成了合意，也反映出各参与企业控制价格、避免竞争的目的。同时，有关参与企业还在微信群内聊天多次强调“互相监督”“共同坚持”，也反映各方参与了努力维持共同的价格决定机制及监督机制。虽然部分参与企业在微信群内没有明确披露其实际的、具体的提价信息，但通过微信交流的具体信息，足以了解群内企业调价动态，便于实施具体的调价策略，且群内企业也没有任何人提出对于调整价格的反对意见，而各参与企业事实上也均不同程度调高了供货价。建科公司等参与企业通过价格信息交流，统一调高价格，显然不属于基于独立判断、独立决策通过市场机制决定价格的单方行为。根据在案证据，可以认定参与企业各方对于调价进行了意思联络并达成合意，体现了其反竞争目的。客观上，各参与企业的涨价行为具有一致性，涉案混凝土商品在涉案垄断协议影响下总的价格趋势是上升。虽然在垄断协议的实施中，各参与企业根据客户需求量、客户关系、结算方式等方面的差异给予不同需求方不同价格，但这并非是其拒绝执行提价协议，而是各参与企业针对客户不同情况采取不同提价幅度，并不足以否定各参与方就提价达成合意并执行了提价协议的事实。建科公司在本案中提供的发票仅有8张，远不能反映建科公司在相关期间的总体销售情况，也不能否定本案其他证据所反映的调价事实。涉案19家混凝土企业自发组成“茂名混凝土交流会”，研究讨论统一涨价、变更和固定商品价格，并呼吁其成员共同遵守调价约定及协同拒绝向部分工地供货，意在防止其内部竞争，联合抵制外部其他市场经营者的竞争，影响价格的正常变动，提高或保持销售利润，必然产生排除、限制竞争的效果。在案证据表明，涉

案 19 家混凝土企业达成并实施了“固定或者变更商品价格”的垄断协议，明显具有反竞争的目的，且已产生反竞争效果。

建科公司辩称涉案 19 家混凝土企业调高商品价格是由于茂名市交通运输局治理超载导致运输成本增加，其实际售价低于政府指导价。但是，治理超载是预防事故，维护道路安全的必要工作，即使该行政性因素存在，涉案 19 家混凝土企业亦不应进行价格共谋、协同调高商品价格以谋取垄断利益。建科公司所提供的《茂名工程造价信息》杂志所刊登的 2016 年第四季度的茂名市及茂名市所属市、区的建设工程材料参考价格，并非是政府指导价。商品预拌混凝土并非属于受政府指导价调控的商品，属于企业自主定价商品。反垄断法不禁止经营者对于实行市场调节价的商品自主定价，而是支持和促进公平、公开、合法的市场竞争，每个经营者应当是根据自身情况及市场状况，独立作出商业判断来确定价格。因此，建科公司的上述答辩并不能构成对其行为的合理解释。建科公司没有提供证据证明涉案垄断协议没有反竞争效果，也不能证明本案存在反垄断法第十五条规定的豁免情形。

建科公司等参与企业的垄断违法行为发生于 2016 年，且于 2016 年底前停止。2016 年是与该垄断行为相关的会计年度。广东省市场监督管理局在作出处理决定时，以 2016 年销售额作为计算基准并处以 2016 年度销售额 1% 的罚款，符合反垄断法第四十六条第一款关于“并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”的规定。广东省市场监督管理局以建科公司 2016 年度销售额为处罚基准并无不当。

一审裁判结果

综上所述，一审法院依照《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称行政诉讼法）第六十九条的规定，于 2021 年 8 月 30 日作出(2020)粤 73 行初 17 号行政判决：驳回茂名市电白区建科混凝土有限公司的诉讼请求。一审案件受理费 50 元，由茂名市电白区建科混凝土有限公司负担。

上诉人诉称

建科公司不服一审判决，向本院提起上诉，请求：撤销一审判决，改判支持建科公司的诉讼请求；判令广东省市场监督管理局负担一审、二审诉讼费用。事实和理由：（一）一审法院认定广东省市场监督管理局立案查处的权限以及适用法规错误。1. 广东省市场监督管理局对本案于 2018 年 10 月 25 日立案，而国家市

场监督管理总局于2018年12月28日发布《关于反垄断执法授权的通知》，广东省市场监督管理局立案查处涉案行为时并无职权，一审法院支持此无职权的行政行为错误。

2. 广东省市场监督管理局认定涉案违法行为发生于2016年9月至10月。查处垄断行为应适用行为发生时、程序启动时的法律法规，因此本案应适用《工商行政管理机关行政处罚程序规定》。一审法院对广东省市场监督管理局执法依据的认定存在错误。

(二) 一审法院认定建科公司达成并实施垄断协议，缺乏事实和法律依据。

1. 一审法院未查明涉案商品价格上涨前的基础价格，由此未能认定建科公司价格上涨的幅度以及涉案19家混凝土企业的涨价幅度是否一致，也未认定同一时间价格上涨产生的限制、排除竞争后果。涉案19家混凝土企业并没有达成统一上涨价格的协议，广东省市场监督管理局和一审法院均仅查明和认定相关企业具有统一涨价的想法，而不顾相关企业是否有涨价的客观行为。根据建科公司在一审中提供的2016年9月至12月期间的生产、销售台账以及广东省市场监督管理局调查的同期台账，建科公司对混凝土的销售价格与涉案其他18家混凝土企业的混凝土价格不一致，也没有达到340元/立方米的统一价格水平。根据建科公司在2016年的销售台账，建科公司并没有实施“固定或变更商品价格”的具体行为，本案没有证据证明建科公司有参与固定价格的协同行为。在广东省市场监督管理局调查启动前后，茂名市城区及高州市区域有多家混凝土企业分别成立并经营，他们并没有加入涉案微信群，由此可证明茂名市城区及高州市区域并没有发生“排除、限制竞争”的具体行为。

2. 一审法院分配举证责任错误。根据行政诉讼法及其司法解释的规定，作出具体被诉行为的被告，负有举证责任。广东省市场监督管理局应当举证证明建科公司实施了垄断行为。一审法院认定建科公司应当就反垄断法第十五条规定的豁免事由承担举证责任，违反法定诉讼程序。

(三) 一审法院对反垄断法第四十六条第一款规定的“上一年度”的认定错误。广东省市场监督管理局提供的《国务院反垄断委员会关于认定经营者垄断行为违法所得和确定罚款的指南》(征求意见稿)规定“‘上一年度’为垄断行为停止时的上一会计年度”。建科公司的被诉行为的发生和停止时间为2016年9月至10月，广东省市场监督管理局以建科公司2016年的销售额为基数计算罚款数额不当，一审法院的相关认定违背反垄断法的立法原意。

被上诉人辩称

广东省市场监督管理局辩称：一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。事实和理由：（一）一审判决对广东省市场监督管理局具有行政执法权限以及行政执法程序合法的认定正确。广东省市场监督管理局在2018年10月25日立案前对相关行政行为具有执法权限，在接到涉案垄断行为举报后至立案前进行必要调查，没有违反法定程序；在查处过程中也依照法定程序保障了涉案企业充分行使申诉、辩驳的权利。（二）一审判决认定涉案19家混凝土企业达成并实施横向垄断协议，有充分事实依据，适用法律正确。涉案19家混凝土企业通过聚餐、微信群等途径对茂名市城区和高州市区域内的商品混凝土价格进行固定，相关行为已构成具有竞争关系的经营者达成固定或者变更商品价格的垄断协议，违反反垄断法第十三条的禁止性规定。一审法院认定相关市场正确，分配建科公司就否定反竞争效果和主张垄断协议豁免事由承担举证责任适当。建科公司未举证证明其达成并实施涉案垄断协议具有反垄断法第十五条规定的豁免事由，应承担举证不能的不利法律后果。（三）一审判决对于被诉处罚决定的合理性认定准确。涉案垄断行为发生于2016年且在2016年底前已经停止，广东省市场监督管理局根据反垄断法第四十六条第一款关于“并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”的规定计罚，将该“上一年度”认定为2016年合理。广东省市场监督管理局综合考虑涉案垄断协议参与者积极配合调查、违法行为持续时间短、对市场竞争损害程度较轻、影响范围较小等因素，对宏基公司、广东大道公司和化州大道公司3家牵头企业以2%计罚，对其他16家参与企业以法定最低比例1%计罚，均属于从轻处罚，符合行政法上的比例原则。

本院二审中，双方均没有提供新的证据。对一审法院已查明的事实，广东省市场监督管理局无异议。建科公司对一审判决查明的事实提出如下异议：（一）杨福才于2016年9月1日从双冠公司离职，2016年11月1日到建科公司任职，对于2016年9月建科公司的经营情况并不了解。一审法院根据原广东省发改委反垄断局于2017年7月4日对建科公司总经理杨福才的询问笔录认定有关事实不合理。（二）广东省市场监督管理局于2019年8月1日对建科公司当时的法定代表人黄胜的询问笔录记载黄胜当时还曾称“具体也不知道谁涨没涨”“大家都是在相互忽悠彼此”。一审法院未查明该事实不当。（三）价格差异由运输距离远近决定，建科公司调整价格是其根据市场情况自行定价。一审法院认定涉案企业于2016年9月24日在广东省茂名市××路××包房聚会商议统一上调混凝土销

售价格最后达成一致意见，缺乏事实依据。(四)建科公司对“茂名混凝土交流会”微信群的聊天内容不知情，也未参与有关聊天。一审法院认定“茂名混凝土交流会”微信群的聊天内容与事实不符。(五)建科公司在一审中仅提供8张发票是为了减少法院审理核查的工作量，法院如果需要全面核查可以到建科公司逐一核查。一审法院仅查明建科公司提供了2016年9月至12月期间的8张发票，没有全面查明有关事实。(六)一审法院查明建科公司分别向广东协强建设集团有限公司和山东金鼎建筑安装工程有限公司发出2份《调价函》，但建科公司在2016年9月至10月并未对这两家公司进行销售，未实施价格垄断的协同行为。建科公司向一审法院提交的《茂名工程造价信息》虽然不是政府指导价，但具有权威性，且建科公司的销售价格没有超过《茂名工程造价信息》所发布的价格，不存在价格垄断。

本院查明

本院经审查，建科公司对一审法院查明事实所提出的上述异议均不能成立。对此，本院分别分析认定如下：(一)原广东省发改委反垄断局于2017年7月4日对杨福才的询问笔录主要涉及建科公司在2016年9月后的调价情况和其在2017年7月的价格变化情况，杨福才作为建科公司的总经理理应了解上述情况。建科公司试图否认杨福才对上述调查询问的回答，却没有相应提供反证，本院不予支持。(二)一审法院查明黄胜在接受广东省市场监督管理局询问时确认其在“茂名混凝土交流会”微信群中的发言内容，该内容与本案争议焦点(涉案19家混凝土企业是否达成并实施垄断协议)密切相关；而黄胜在接受询问时所作辩解与此并无直接关联，且有不合理推脱责任的嫌疑，一审法院查明事实时不写明黄胜的辩解并无不当。(三)一审法院根据涉案19家混凝土企业的微信聊天记录、询问笔录、销售台账等证据，通过归纳概括其中有关内容整体上认定，涉案19家混凝土企业对于协调价格达成一致，但是并未形成书面协议。一审法院的该项认定并非直接针对个别公司的价格调整情况，涉案19家混凝土企业之间因其他因素而存在一定价格差异，并不能否定其达成垄断协议的事实，也不能否定其实施垄断协议时有关企业不同幅度地上调价格的事实，建科公司质疑一审法院的该项事实缺乏理据。(四)建科公司当时的法定代表人黄胜在接受广东省市场监督管理局询问时已经明确承认自己就在“茂名市混凝土交流会”微信群内，并且在群内说过“各位会员早晨，今天建科全面执行实收330(元)价格，希望大家都通报

一下执行价格”。一审法院根据广东省市场监督管理局提供的涉案企业微信聊天记录认定有关价格通谋事实并无不当，建科公司在诉讼中试图否认其陈述，但没有提供足以推翻的相反证据，明显违反诚信原则，本院不予支持。(五)广东省市场监督管理局向一审法院提供建科公司的发货单、发票及销售台账，能够证明建科公司已按照所达成的垄断协议统一上调了混凝土价格。建科公司向一审法院提供8张发票，拟证明其销售C30混凝土的单价低于340元/立方米。在此，广东省市场监督管理局所认定的事实与建科公司所主张的事实是整体与部分的关系，后者(部分)不能否定前者(整体)。(六)建科公司关于《调价函》与实际销售的关系以及《茂名工程造价信息》所发布的价格与建科公司销售价格的关系的主张，不属于其对一审法院所查明事实的异议；其所提相关异议均不能成立，本院对所涉争议事项将在下述判决说理部分分析认定。

本院经审理，查明一审法院认定的基本事实有证据佐证，本院予以确认。

本院认为

本院认为：本案为反垄断行政处罚案。根据双方当事人的诉辩主张，本案二审中的争议焦点为：(一)广东省市场监督管理局的执法权限和执法依据；(二)涉案横向垄断协议达成与实施的认定；(三)被诉处罚决定有关罚款计算的合法性和合理性。

(一)关于广东省市场监督管理局的执法权限和执法依据

反垄断法第十条第二款规定：“国务院反垄断执法机构根据工作需要，可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，依照本法规定负责有关反垄断执法工作。”第十三届全国人民代表大会第一次会议审议批准《国务院机构改革方案(2018年)》并于2018年3月17日通过《关于国务院机构改革方案的决定》。

《国务院机构改革方案(2018年)》将国家发改委的价格监督检查与反垄断执法职责交由新组建国家市场监督管理总局，国家市场监督管理总局成为反垄断法第十条第一款所称国务院反垄断执法机构。国家市场监督管理总局2018年12月28日发出《关于反垄断执法授权的通知》，授权省级市场监管部门负责本行政区域内的反垄断执法工作，以本机关名义依法作出处理。据此，广东省市场监督管理局具有反垄断的职权。广东省市场监督管理局于2019年9月17日向建科公司送达《行政处罚告知书》，于2019年10月29日组织行政处罚案件听证会听取建科公司陈述和申辩，于2020年6月1日作出被诉处罚决定。广东省市场监督管

理局实施上述行政行为时依法具有反垄断执法的行政职权。至于广东省市场监督管理局早于国家市场监督管理总局发出《关于反垄断执法授权的通知》之日于2018年10月25日对本案立案，是广东省市场监督管理局与原广东省发改委反垄断局根据国家和广东省反垄断执法机构改革方案就有关行政管理职责所作出的合理衔接，对涉案行政相对人的有关程序与实体权利并无不利影响，而且广东省市场监督管理局在立案后于2018年11月2日向国家市场监督管理总局报备，国家市场监督管理总局接受报备并无否定意见，也可以视为国家市场监督管理总局认可广东省市场监督管理局对本案的执法权。建科公司关于广东省市场监督管理局无权立案查处本案的上诉理由不能成立。

原广东省发改委反垄断局在调查期间适用国家发改委发布的《反价格垄断规定》和《反价格垄断行政执法程序规定》，但该两部门规章并没有明确规定立案程序，原广东省发改委反垄断局的调查未违反相关程序规定，其调查取得的相关材料可以作为本案的证据。原广东省发改委反垄断局不属于工商行政管理机关，其在调查涉案垄断行为当时未适用《工商行政管理机关行政处罚程序规定》并无不当。被诉处罚决定中已列明行政处罚依据为反垄断法第十三条第一款、第四十六条第一款和第四十九条以及行政处罚法第二十七条第一款。广东省市场监督管理局作出被诉行政决定的程序符合当时施行的行政处罚法的规定，行政程序合法。建科公司关于广东省市场监督管理局执法依据错误的上诉理由不能成立。

(二) 关于涉案横向垄断协议达成与实施的认定

被诉处罚决定根据预拌混凝土的初凝时间认为预拌混凝土产品的供应辐射范围在50公里以内，进而认定本案地域市场为广东省茂名市城区和高州市区域市场；一审法院在认可广东省市场监督管理局界定涉案地域市场的基础上，进一步明确涉案地域市场为广东省茂名市区、高州城区及与茂名市区、高州城区之相邻的部分区域，具有充分事实和法律依据，并无不当。反垄断执法机构界定相关市场主要目的在于分析相关市场的竞争状况以及垄断行为对相关市场排除、限制竞争效果，而反垄断法第十三条第一款明文列举的横向垄断协议本身一般均明显具有反竞争效果，且其反竞争危害总体上在各种垄断行为类型中相对较为严重，故反垄断执法机构在认定经营者是否达成并实施反垄断法第十三条第一款明文列举的横向垄断协议时，通常并不需要对相关市场进行清晰、精准的界定。本案中界定相关市场也不需要将涉案企业的经营范围精准定位在距离其混凝土搅拌

站点 50 公里范围，而只需相对准确确定相关区域即可。广东省市场监督管理局和一审法院均相对准确地界定了相关市场，为进一步分析认定经营者的市场行为是否构成垄断确立了基础条件，本院予以确认。

根据反垄断法第十三条的规定，认定横向垄断协议需要具备如下三个条件：第一，协议的主体属于具有竞争关系的经营者；第二，协议内容符合反垄断法第十三条第一款明文规定的形式要求；第三，协议具有排除、限制竞争的目的或者效果。反垄断法第十三条第二款规定：“本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。”该款所规定的“其他协同行为”，属于垄断协议的一种表现形式，是指具有竞争关系的经营者没有订立书面或口头协议或者决定，但是相互进行了沟通，心照不宣地实施了协同一致的排除、限制竞争行为。认定其他协同行为，需要具备以下两个条件：首先，具有竞争关系的经营者之间存在一致性市场行为，即经营者同时或相继作出协调的、共同的市场行为；其次，具有竞争关系的经营者之间存在排除、限制竞争的共谋，即经营者之间进行过相关意思联络或信息交流，比如交流经营信息、商业计划等。认定其他协同行为，还需要考虑相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况，排除各个经营者根据市场和竞争状况独立作出的相同市场行为的情形。对此，国家市场监督管理总局《禁止垄断协议暂行规定》第六条具体规定了认定其他协同行为应当考虑的四项因素，该规定符合反垄断法的规定，人民法院可参照该规定进行具体分析认定。其中，判断是否存在共谋，关键在于判断经营者之间存在限制或者排除竞争的意思联络或信息交流，而并不要求经营者之间就具体商品价格、数量等达成清晰或具体的一致意见。在具有竞争关系的经营者之间存在意思联络或信息交流，且在意思联络或信息交流之后采取了一致性市场行为的情况下，除非经营者能够合理说明并提供证据证明该行为系其根据市场和竞争状况独立作出的市场行为，包括跟随、仿效其他竞争者而采取的共同市场行为，或者符合反垄断法第十五条规定的豁免事由，原则上即可以认定经营者以协同行为的方式达成并实施了横向垄断协议。而且，前已述及，反垄断法第十三条第一款明文列举的横向垄断协议在所有垄断行为类型中对竞争的影响相对较为严重，一般可以推定其具有限制或者排除竞争的效果，即所谓的反竞争效果。

涉案 19 家混凝土企业均系从事预拌混凝土生产和销售的经营者，且其产品主要在同一区域销售，彼此之间具有竞争关系，属于反垄断法上的具有竞争关系

的经营者。根据本案查明的事实，可以认定涉案 19 家混凝土企业的被诉行为构成反垄断第十三条第二款规定“其他协同行为”。对此，本院具体分析如下：第一，涉案 19 家混凝土企业的被诉行为具有一致性。该 19 家企业从 2016 年 9 月 25 日起开始对预拌混凝土销售价格进行上调，调价时间主要集中于 2016 年 9 月底至 10 月，其中各家企业针对具体客户实际供货价格有所不同，但是从总的价格趋势看均存在一定程度的上调，较为明显地体现出各自行为的一致性，被诉行为构成一致性市场行为。第二，涉案 19 家混凝土企业之间进行了意思联络、信息交流，明显具有限制、排除相互间价格竞争的共谋。该 19 家企业围绕预拌混凝土变更价格、价格变动幅度，专门建立微信群并通过聚餐等线下方式进行一系列的信息交流、涨价提议与互相督促。其中虽有部分企业在微信群内没有明确披露其实际交易中的具体提价情况，但是其参与微信群就足以了解群内其他企业的价格调整情况，且没有对价格调整提出异议，群内其他企业也有理由相信没有披露具体提价情况的企业已经采取或将要采取同样的提价行为，相关交流信息让加入微信群的企业之间形成了某种心照不宣的默契，便于其实施相关调价策略。而且，上述参与微信群的企业事实上均在同一时期不同程度地调高了各自的供货价格，反映出其实施合谋涨价的行为过程。第三，涉案 19 家混凝土企业对其行为的一致性并不能作出合理解释。经营者因经营成本增加可以独立自主合理调整销售价格，但不能与其他具有竞争关系的经营者共谋以垄断行为的方式提高价格。建科公司以交通运输管理部门治理超载导致运输成本增加为由对其提价行为进行辩解，但其并没有提供证据证明该 19 家企业之前均存在超载运输情况以及其提价幅度与其恢复正常未超载运输而增加的平均运输成本幅度相当，故其该项辩解不能成立。而且，多达 19 家企业通过微信群持续讨论调价信息、交流执行提价情况，并提出针对客户的应对措施，事后相关企业纷纷提高价格，极可能是共谋的结果。建科公司主张其系根据市场因素变化而相应独立作出的市场行为，明显缺乏说服力。第四，审查相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况，可以看出涉案 19 家混凝土企业的被诉行为产生了反竞争效果。对于涉案预拌混凝土市场，在特定区域内的产能规划和搅拌站站点布局相对稳定，新的经营者较难在短期内进入相关市场；同时，预拌混凝土初凝时间等因素制约着预拌混凝土供应的辐射范围（通常在距搅拌站 50 公里范围内），在该特定区域内预拌混凝土企业向外开拓新市场受到限制，下游企业挑选预拌混凝土供应商的范围也受到限

制。一旦相关市场内全部或者大部分混凝土企业联络一致涨价,则其下游企业(混凝土购买方)基本上没有多少可协商或者另行选择的余地而只能被动接受涨价。涉案 19 家混凝土企业中绝大多数的年营业额超过 1 千万元,在相关市场上具有较高的市场份额,对相关市场内的预拌混凝土供应有较强的控制能力。本案事实已经表明,涉案 19 家混凝土企业共谋集中上调预拌混凝土单价,已经损害下游企业及终端消费者的利益,客观上产生了排除、限制竞争的实际效果。综合上述分析,可以认定涉案 19 家混凝土企业达成并实施了反垄断法第十三条第一款第一项规定的“固定或者变更商品价格”的横向垄断协议。

建科公司以其销售价格低于《茂名工程造价信息》所发布的价格为由,上诉主张其没有实施价格垄断。本院经审查,《茂名工程造价信息》杂志上所刊载的价格为茂名市住房和城乡建设局通过对市场多点、多方调查汇总整理后向社会发布的价格信息,没有证据显示该价格是自由竞争市场条件下的正常市场价格,即排除涉案 19 家混凝土企业相关垄断行为后涉案预拌混凝土原本的正常市场价格水平。而且,评判垄断协议的排除、限制竞争效果并不以是否超过某一特定价格为标准,而是审查垄断协议的参与方是否排除、限制价格竞争,如上所述,涉案 19 家混凝土企业共谋集中上调预拌混凝土单价,已客观上产生了排除、限制竞争的实际效果。建科公司的上述上诉主张,缺乏事实和法律依据,本院不予支持。

反垄断法对于垄断协议采取一般禁止和特殊豁免相结合的规制方式,在经营者达成垄断协议原则上违反反垄断法禁止性规定的情况下,反垄断法还允许该经营者依法主张豁免,但其应当对此承担举证证明责任。根据反垄断法第十五条的规定,如果具有竞争关系的经营者达成固定或者变更价格协议,落入反垄断法第十三条第一款规定的横向垄断协议范围,经营者欲以有关协议具有反垄断法第十五条第一款第一项至第五项情形为由主张豁免,则应当首先就其主张的豁免事由承担举证证明责任,同时还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益。本案中,建科公司未明确主张适用反垄断法第十五条规定的具体豁免事由,也未就相关豁免事由进行举证,其应当承担相应的不利后果。尽管行政诉讼法第三十四条一般性地规定被告(行政机关)对作出的行政行为负有举证责任,但反垄断法第十五条专门就垄断协议豁免的举证责任作出了特别规定,该特别规定应当优先适用,一审法院认定建科公司应当对垄断协议豁免事由进行举证符合法律规定。建科公司关于一审法院将适用反垄断法

第十五条规定的豁免事由的举证责任分配给建科公司错误的上诉主张,明显与法相悖, 本院不予支持。鉴于建科公司与涉案其他 18 家混凝土企业达成并实施了反垄断法原则上禁止的“固定或者变更商品价格”的横向垄断协议, 建科公司既未举证证明该行为不具有反竞争效果, 也未举证证明其具有法定豁免事由, 一审法院据此最终支持广东省市场监督管理局针对建科公司作出的反垄断行政处罚, 以实现反垄断法第一条规定的“有效预防和制止垄断行为, 保护市场公平竞争, 提高经济运行效率, 维护消费者利益和社会公共利益, 促进社会主义市场经济健康发展”之立法目的, 具有充分事实和法律依据, 本院予以维持。

(三) 关于被诉处罚决定有关罚款计算的合法性和合理性

反垄断法第四十六条第一款规定:“经营者违反本法规定, 达成并实施垄断协议的, 由反垄断执法机构责令停止违法行为, 没收违法所得, 并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”。“上一年度销售额”是计算罚款的基数, 其中“上一年度”通常指启动调查时的上一个会计年度; 对于垄断行为在反垄断执法机构启动调查时已经停止的, “上一年度”则通常为垄断行为停止时的上一个会计年度; 如果垄断行为实施后于当年内停止, 则垄断行为实施的会计年度也可以作为反垄断法第四十六条第一款规定“上一年度销售额”中“上一年度”, 即原则上“上一年度”应确定为与作出处罚时在时间上最接近、事实上最关联的违法行为存在年度。执法实践中, 之所以绝大多数垄断案件处罚所采纳的“上一年度”是立案调查的上一年度, 是因为一旦反垄断执法机构启动立案调查, 有关经营者一般会停止涉嫌垄断行为, 以立案调查为基准确定“上一年度”主要目的是选择距离垄断行为较近的年度, 以经营者在该年度的销售额为基数计算罚款, 由此体现行政处罚对垄断行为的震慑性。本案中, 涉案垄断行为发生于 2016 年且在 2016 年底已经停止, 原广东省发改委反垄断局于 2017 年 7 月启动对涉案垄断行为的调查。如果以反垄断执法机构启动调查时的上一个会计年度计算, 本案应以 2016 年销售额计算罚款并作出处罚。而且, 本案中以 2016 年销售额作为计算罚款的基准, 更接近违法行为发生时涉案企业的实际经营情况, 与执法实践中通常以垄断行为停止时的上一个会计年度来计算经营者销售额的基本精神保持一致, 也同样符合行政处罚法第四条第二款及反垄断法第四十九条的规定所体现的过罚相当原则。广东省市场监督管理局作出被诉处罚决定时, 考虑了建科公司等 16 家企业具有积极配合调查、违法行为持续时间短、对市场竞争损害程度较

轻、影响范围较小等因素，因而处以上一年度销售额 1%的罚款处罚，而仅对化州大道公司等 3 家牵头企业处以 2%的罚款处罚，以达到警示效果。被诉处罚决定与涉案企业违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相适应，符合过罚相当原则。广东省市场监督管理局在本案中以建科公司 2016 年销售额为基数按 1%的比例计算罚款并作出处罚，并无不当。

二审裁判结果

综上所述，建科公司的上诉请求不能成立，应予驳回；一审判决认定事实清楚，适用法律正确，应予维持。本院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第一项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

二审案件受理费 50 元，由茂名市电白区建科混凝土有限公司负担。

本判决为终审判决。

审判长余晓汉

审判员何隽

审判员薛淼

二〇二二年六月二十三日

法官助理刘清启

书记员吴迪楠