

中华人民共和国最高人民法院

民事判决书

(2012)民提字第3号

申请再审人（一审被告、二审上诉人、原申请再审人）：无锡市隆盛电缆材料厂。

法定代表人：王晨，厂长。

委托代理人：汪旭东，南京知识律师事务所律师。

委托代理人：万婧，南京知识律师事务所律师助理。

申请再审人（一审被告、二审上诉人、原申请再审人）：上海锡盛电缆材料有限公司。

法定代表人：吕华兴，经理。

委托代理人：汪旭东，南京知识律师事务所律师。

委托代理人：万婧，南京知识律师事务所律师助理。

被申请人（一审原告、二审被上诉人、原被申请人）：西安秦邦电信材料有限责任公司。

法定代表人：杭涛，董事长。

委托代理人：王占财，该公司副总经理。

委托代理人：翟中平，杭州中平专利事务所有限公司职员。

原审被告：古河电工（西安）光通信有限公司（原西古光纤光缆有限公司）。

法定代表人：宋海燕，总经理。

委托代理人：李江，该公司法律事务专员。

申请再审人无锡市隆盛电缆材料厂（以下简称无锡隆盛厂）、上海锡盛电缆材料有限公司（以下简称上海锡盛公司）与被申请人西安秦邦电信材料有限责任公司（以下简称西安秦邦公司）、原审被告古河电工（西安）光通信有限公司（原西古光纤光缆有限公司，以下简称西古公司）侵犯专利权纠纷一案，申请再审人无锡隆盛厂、上海锡盛公司不服陕西省高级人民法院于2011年3月20日作出的（2009）陕民再字第35号民事判决，向本院申请再审。本院于2011年8月24日作出（2011）民监字第718号民事裁定，决定提审本案。本院依法组成合

议庭，于2012年2月17日公开开庭审理了本案。申请再审人无锡隆盛厂、上海锡盛公司的共同委托代理人汪旭东、万婧，被申请人西安秦邦公司法定代表人杭涛、委托代理人王占财、翟中平，古河电工（西安）光通信有限公司（原西古公司）委托代理人李江到庭参加了诉讼。本案现已审理终结。

一审原告西安秦邦公司起诉至陕西省西安市中级人民法院称，原告拥有“平滑型金属屏蔽复合带的制作方法”发明专利。无锡隆盛厂、上海锡盛公司未经许可，使用该专利方法生产并销售侵权产品，侵犯了原告的专利权。西古公司使用无锡隆盛厂、上海锡盛公司生产并销售的侵权产品，亦构成侵权。请求判令：三被告立即停止侵权；无锡隆盛厂、上海锡盛公司销毁侵权设备、模具和侵权产品；无锡隆盛厂、上海锡盛公司连带赔偿原告经济损失1000万元，后变更为3000万元；西古公司在使用侵权产品盈利范围内赔偿原告经济损失；三被告承担本案全部诉讼费用。无锡隆盛厂辩称，答辩人并未使用原告的专利技术从事生产、经营活动，原告也无证据证明答辩人生产的产品与原告专利产品相同；原告的专利缺乏创造性，应当中止诉讼；原告的诉讼请求没有事实依据，不能成立。上海锡盛公司辩称，答辩人仅销售无锡隆盛厂生产的产品。其余理由与无锡隆盛厂的答辩理由相同。西古公司辩称，答辩人购买产品仅仅是使用，并提供了产品的合法来源，请求驳回原告对本答辩人的诉讼请求。

陕西省西安市中级人民法院一审查明：2001年3月7日，西安秦邦电信材料厂（以下简称西安秦邦厂）向国家知识产权局申请“平滑型金属屏蔽复合带的制作方法”发明专利（以下简称本案专利），2004年1月28日被授予发明专利权，专利号为ZL01106788.8。其权利要求1为：一种平滑型金属屏蔽复合带的制作方法，是将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合，使复合带与光缆、电缆纵包模具或定径模具之间形成点接触，以减小摩擦力，避免电缆起包、漏气、脱膜及断带。工艺过程与条件如下：（1）将原金属箔带开卷伸直，进行前预热处理；（2）将塑料熔体或塑料膜通过温度为35℃—80℃，直径为 ϕ 240mm— ϕ 600mm，目数为40目—85目的粗糙面细目钢辊，与直径为 ϕ 160mm— ϕ 480mm传动金属箔带的挤压辊，相互转动，使塑料膜的表面形成0.04—0.09mm厚的凹凸不平粗糙面，热挤压在金属箔带一面的基材上；（3）将带有塑料膜的金

合处理；(4)将复合处理后的复合带通过运行时线速度为10m/min—80m/min的导辊进入加热烘箱，进行后加热处理，加热温度为250℃—400℃；(5)根据传动线速度，调整加热温度，使复合带的粗糙度在后工序处理过程中破坏最小，并使拉毛的塑料表面形成新的带有圆弧过渡的凹凸不平粗糙面，以加强复合带的剥离强度和塑料塑化的定型；(6)对后加热处理过的复合带进行冷却处理并收卷。之后，西安秦邦厂将企业名称变更为西安秦邦公司。2005年12月26日，国家知识产权局专利检索咨询中心经对本案专利进行检索后出具了编号为G052448检索报告，结论为本案专利权利要求1—2具备新颖性和创造性。2006年2月9日，西安秦邦公司向国家知识产权局缴纳了专利年费。2006年3月28日，无锡隆盛厂向国家知识产权局专利复审委员会提出宣告本案专利无效的请求，国家知识产权局专利复审委员会于2007年9月3日作出第10449号无效宣告请求审查决定，维持本案发明专利权有效。

2005年8月9日、12日以及10月28日，无锡隆盛厂向西古公司销售了其生产的光缆用铝塑复合带产品。2005年11月25日、28日，汕头高新区奥星光通信设备有限公司向无锡隆盛厂发出原材料发货通知书，要求无锡隆盛厂将其生产的光缆用铝塑复合带予以发货。2005年10月12日、11月28日，长飞光纤光缆有限公司（以下简称长飞公司）致函上海锡盛公司，要求发送铝带产品。2005年11月28日、12月23日，上海锡盛公司与上海杰鸥科工贸公司（以下简称杰鸥公司）分别签订了供销合同，约定由上海锡盛公司向杰鸥公司销售铝塑复合带产品（流延法）。2005年12月8日、2006年1月9日，西安秦邦公司与杰鸥公司分别签订购销合同，约定由杰鸥公司供给西安秦邦公司铝塑复合带产品（流延法）17吨和5吨，价款分别为397800元和126000元，生产厂家为上海锡盛公司/无锡隆盛厂，运费由西安秦邦公司负担。2006年3月22日，西安秦邦公司在提取杰鸥公司供给的存放于上海市闵行区银都路2889号1号仓库的铝塑复合带产品过程中，由上海市闵行区公证处进行了公证，公证处对产品进行了拍摄，产品标签上载明制造商为无锡隆盛厂。无锡隆盛厂生产的产品均由上海锡盛公司负责销售，二者为关联单位。

一审审理期间，西安秦邦公司于2006年2月23日提出证据保全申请。一审法院于2006年3月6日作出(2006)西民四初字第53号民事裁定：查封无锡隆盛厂平

滑型铝塑复合带生产设备；扣押无锡隆盛厂、上海锡盛公司、西古公司生产、销售的平滑型铝塑复合带产品、生产工艺流程单及标识；查封、扣押或复制无锡隆盛厂、上海锡盛公司2002年以来生产、销售的平滑型铝塑复合带产品的财务账册、凭证、员工工资表。同时，一审法院根据西安秦邦公司的调查申请，前往工商行政管理机关、税务机关进行了调查取证。对一审法院调查的相关证据，经开庭质证后，当事人均表示无异议。2006年9月14日，西安秦邦公司提出对无锡隆盛厂、上海锡盛公司生产、销售的铝塑复合带产品是否与使用其专利方法制造的产品相同进行鉴定。2006年9月25日，无锡隆盛厂、上海锡盛公司提出鉴定申请称，如法庭认为西安秦邦公司的“平滑型金属屏蔽复合带”产品是新产品，西安秦邦公司提出证据证明无锡隆盛厂的产品与西安秦邦公司依专利方法直接获得的产品属同样产品或提出对该问题的鉴定申请，且被法庭接受，其申请对无锡隆盛厂生产的“铝塑复合带”的工艺方法与西安秦邦公司的专利方法是否相同进行鉴定。即，对其生产工艺中将塑料复合在金属箔带上时，在塑料膜的表面所形成的凹凸不平的粗糙面的数值进行鉴定，看其是否与权利要求1中第(2)点所载明的必要技术特征相同；或者就其生产的铝塑复合带产品中塑料膜与金属箔带表面的粘合情况鉴定，看是否与权利要求1中所述的“塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”这一必要技术特征相同，鉴定中心应指定陕西省和江苏省之外的鉴定中心。之后，一审法院根据西安秦邦公司、无锡隆盛厂、上海锡盛公司提出的鉴定申请，委托陕西西安知识产权司法鉴定中心(以下简称鉴定中心)对无锡隆盛厂生产的铝塑复合带产品与西安秦邦公司专利方法中涉及的产品是否属于相同产品以及无锡隆盛厂生产的铝塑复合带产品工艺方法与权利要求书记载的必要技术特征是否相同或等同进行鉴定，并将一审保全的经当事人质证的产品及相关鉴定资料提交鉴定中心。鉴定中心接受委托后，对西安秦邦公司、无锡隆盛厂、上海锡盛公司分别进行了鉴定告知工作，并于2006年12月20日前往无锡隆盛厂实地勘验。2006年12月25日，无锡隆盛厂以未生产为由，拒绝鉴定人员进行现场勘验。期间，无锡隆盛厂、上海锡盛公司对鉴定事宜作了进一步说明：1、就西安秦邦公司专利权利要求1中第(2)、(3)、(4)项载明的技术特征与无锡隆盛厂所使用的工艺方法相应的特征是否相同；是否使用了西安秦邦公司权利要求1中所述的“塑料薄膜与金属箔带表面进

行凹凸不平的非纯平面粘合”这一必要技术特征作为鉴定内容。一审遂告知无锡隆盛厂、上海锡盛公司其不申请鉴定的内容，视为与西安秦邦公司权利要求书记载的技术特征相同或等同。2007年1月20日—21日，鉴定中心再次前往无锡隆盛厂实地勘验后，于2007年3月10日组织了由陕西、北京、四川、河南等地专家组成专家组，对双方的生产方法进行了技术鉴定。

2007年3月13日，鉴定中心作出鉴定意见认为：无锡隆盛厂、西安秦邦公司生产的“铝塑复合带”为同样产品；本案专利的权利要求1所述的必要技术特征由(1)–(6)个步骤组成，分别概括为(1)预热处理；(2)单面复合；(3)翻面复合；(4)后热处理；(5)速度、温度调整；(6)冷却收卷。无锡隆盛厂的生产方法中有三个步骤(预热处理，速度、温度调整，冷却收卷)与权利要求1的步骤(1)、(5)、(6)相同；有三个步骤(单面复合、翻面复合、后热处理)与权利要求1的步骤(2)、(3)、(4)等同。鉴定中心将技术特征作了对比，载明：专利权利要求1为“将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合，使复合带与光缆、电缆纵包模具或定径模具之间形成点接触，以减小摩擦力，避免电缆起包、漏气、脱膜及断带。”无锡隆盛厂产品生产方法为“铝箔表面与塑料膜之间为传统工艺下的平面粘合”。这是二者对其产品的各自表述。专利权利要求1具体特征(1)为“将原金属箔带开卷伸直，进行前预热处理”。无锡隆盛厂的产品生产方法为“将原铝箔带开卷伸直，进行前预热处理”，二者相同(隆盛厂认可)。特征(2)为“将塑料熔体或塑料膜通过温度为 35°C – 80°C ，直径为 $\phi 240\text{mm}$ – $\phi 600\text{mm}$ ，目数为40目–85目的粗糙面细目钢辊，与直径为 $\phi 160\text{mm}$ – $\phi 480\text{mm}$ 传动金属箔带的挤压辊，相互转动，使塑料膜的表面形成 $0.04\text{--}0.09\text{mm}$ 厚的凹凸不平粗糙面，热挤压在金属箔带一面的基材上”。无锡隆盛厂的产品生产方法为“将塑料熔体或塑料膜通过温度为 $^{\circ}\text{C}$ (无锡隆盛厂认可特征相同)，直径为 $\phi 320\text{mm}$ 的粗糙面细目钢辊，与周长为 590mm (直径约等于 188mm)的传动金属箔带的挤压辊，相互转动，使塑料膜的表面形成 $\text{Ra}1.8\mu\text{m}$ – $5\mu\text{m}$ (实测 $\text{Ra}2.47\mu\text{m}$ – $3.53\mu\text{m}$)凹凸不平粗糙面，塑料膜的厚度为 $0.055\mu\text{m}$ – $0.070\mu\text{m}$ ，热挤压在金属箔带一面的基材上”。除细目钢辊的粗糙度外，无锡隆盛厂生产工艺的其他参数均在权利要求(2)步骤的范围中。细目钢辊的粗糙度决定了复合带塑料膜表面的粗糙度，通过复合带塑料膜表面的粗糙度间接推测出细目钢辊的粗糙度；当喷丸(喷砂)钢辊的粗

糙度平均值为 $Ra3.418\ \mu\text{m}$ 时，喷丸(喷砂)目数为75—100；因此二者等同。特征(3)为“将带有塑料膜的金属箔经过导辊、弹簧辊传动，再经倒向辊翻面，对另一面金属箔进行塑料膜热挤压复合处理”。无锡隆盛厂的产品生产方法为“将带有塑料膜的铝箔经过导辊、翻向辊，对另一面铝箔实现涂覆加工”。二者采用的技术手段基本等同，实现的功能基本相同，达到的效果基本相同；此技术特征等同。特征(4)为“将复合处理后的复合带通过运行时线速度为 $10\text{m}/\text{min}$ — $80\text{m}/\text{min}$ 的导辊进入加热烘箱，进行后加热处理，加热温度为 250°C — 400°C ”。无锡隆盛厂的产品生产方法为“双面涂覆塑料的铝箔带进入后处理阶段，生产复合带线速度为 $8\text{m}/\text{min}$ ，后加热处理温度为 184°C ”(但生产线仪表显示 195°C)。该工艺步骤的作用之一是增强金属基带与塑料膜间的结合强度、剥离强度；在保证复合带质量的前提下，生产复合带线速度与后加热处理温度密切相关，提高线速度，则后加热处理温度必须相应提高。按照现场勘验无锡隆盛厂的工艺条件生产出的复合带的剥离强度未达到行业的技术要求。根据无锡隆盛厂工艺流程单及产品样品，其生产复合带的线速度为 $29\text{m}/\text{min}$ 时，自检产品的剥离强度合格。当生产复合带的线速度为 $29\text{m}/\text{min}$ 时，后加热处理温度应比线速度为 $8\text{m}/\text{min}$ 时的后加热处理温度 184°C 有相当大的提高，因此二者等同。特征(5)为“根据传动线速度，调整加热温度，使复合带的粗糙度在后工序处理过程中破坏最小，并使拉毛的塑料表面形成新的带有圆弧过渡的凹凸不平粗糙面，以加强复合带的剥离强度和塑料塑化的定型”。无锡隆盛厂的产品生产方法为“根据传动线速度，调整加热温度”。二者相同(无锡隆盛厂认可)。特征(6)为“对后加热处理过的复合带进行冷却处理并收卷”。无锡隆盛厂的产品生产方法为“对后加热处理过的复合带进行冷却处理并收卷”。二者相同(无锡隆盛厂认可)。该鉴定意见注明，本案专利权利要求1中的“将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合，使复合带与光缆、电缆纵包模具或定径模具之间形成点接触，以减小摩擦力，避免电缆起包、漏气、脱膜及断带”和无锡隆盛厂所称的“铝箔表面与塑料膜之间为传统工艺下的平面粘合”是双方对其产品的各自表述。从本案专利说明书的内容和其工艺步骤看，权利要求1所实现的目的是为了在复合带塑料膜表面形成凹凸不平的粗糙面。从无锡隆盛厂的工艺步骤看，其目的也是为了在复合带塑料膜表面形成凹凸不平的粗糙面。

一审法院将鉴定报告送达西安秦邦公司、无锡隆盛厂、上海锡盛公司、西古公司后，无锡隆盛厂对鉴定报告提出异议，认为认定其产品与西安秦邦公司专利方法生产的产品是同样产品及三个等同的结论没有依据。2007年4月21日，鉴定中心经对无锡隆盛厂提出的问题进行复议后，出具了关于“‘铝塑复合带’的复议意见书”，内容载明：1、无锡隆盛厂、西安秦邦公司所生产的“铝塑复合带”是同样产品，理由是双方产品所用的原材料相同，包括铝箔和塑料；产品的结构相同，均采用流延工艺在铝箔两面复合乙烯-丙烯酸共聚物或乙烯-甲基丙烯酸共聚物；双方生产的产品执行标准相同。2、“非纯平面粘合”与“平面粘合”是双方当事人对其各自产品复合层结合面的各自表述。3、“粗糙度Ra”与“目数”的关系，此问题在中华人民共和国国家标准《表面粗糙度比较样块抛(喷)丸、砂加工表面》-GB6260.5-88及其相关解释中有明确的阐述。“目数为40目-80目的粗糙面细目钢辊”是指经喷砂(40-80目)处理的钢辊。鉴定意见所说的 $Ra3.418\mu m$ 是指细目钢辊表面的粗糙度测试平均值。4、“使塑料膜表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”与“无锡隆盛厂此阶段样品的塑料膜表面形成的 $Ra2.47\mu m$ 的凹凸不平粗糙面”是两个不同的概念。5、无锡隆盛厂为专家组提供的生产现场的线速度是 $8m/min$ ，温度为 $184^{\circ}C$ ，该技术特征不在专利保护范围之内，但经检测产品质量不合格。根据法院保全取得的无锡隆盛厂的《流延复合铝带生产工艺流程单》，其上记载的产品自检合格，生产复合带的线速度为 $29m/min$ ，这已落入了专利保护范围。生产线的线速度与后处理温度有密切联系，线速度提高，其后处理温度也相应提高。

以上鉴定报告经当事人当庭质证和鉴定人出庭接受质询后，西安秦邦公司认为，鉴定意见中认定的技术特征等同应为相同；无锡隆盛厂、上海锡盛公司认为鉴定专家与西安秦邦公司及其代理人有着特殊的关系，且这种关系足以影响到鉴定行为的客观、公正，因此鉴定中心和鉴定专家应当回避未予回避，鉴定程序违法，鉴定结论无效；鉴定内容不客观和缺乏科学性，未按鉴定要求对双方产品是否相同进行鉴定；鉴定依据适用法律错误，技术特征对比缺乏事实依据，取样及测试不符合标准，遗漏测试情况。同时无锡隆盛厂、上海锡盛公司针对鉴定报告又提供证据证明：2005年10月12日，北京邮电大学自动化学院在举行教育基金颁奖大会暨校庆系列学术讲座报告会期间，上海网讯光缆材料

有限公司(以下简称上海网讯公司)及杭某个人捐款5000元。2006年第6、7期《光通讯》杂志上发表了北京邮电大学华飞研究所王某、上海网讯公司杭某合作撰写的《通讯光缆电缆用金属塑料复合带的试验研究与分析》一文。2007年4月13-14日,由陕西省法学会科技法学研究会主办、西安交通大学知识产权研究中心和西安秦邦公司共同承办的“建设‘创新型陕西’科技法学理论与实务高级研讨会”在西安召开。会议由陕西省法学会科技法学研究会会长马某主持,鉴定中心侯某、西安秦邦公司杭某在会上分别作了发言。鉴定中心认为,王某参加鉴定是受其单位北京邮电大学指派,且在鉴定前已将鉴定人员告知当事人,无锡隆盛厂、上海锡盛公司均表示不申请回避;至于王某是否与他人合作写文章,鉴定中心并不知悉;鉴定中心工作人员参加研讨会属正常的学术交流,并非回避的理由;同时鉴定中心还对相关技术问题进行了说明。

2007年5月17日,西安秦邦公司提出关于损害赔偿数额的鉴定申请,请求一审法院委托鉴定中心对无锡隆盛厂、上海锡盛公司自2002年至2007年侵权所得进行鉴定。一审法院遂委托陕西正大有限责任会计事务所(以下简称正大会计所)对无锡隆盛厂、上海锡盛公司自2002年至2007年6月侵权所得分段审计。正大会计所接受委托后,于2007年7月6日致函无锡隆盛厂、上海锡盛公司,要求其提供相关财务资料,无锡隆盛厂、上海锡盛公司未予提供。2007年7月20日正大会计所再次致函无锡隆盛厂、上海锡盛公司,通知其于2007年7月30日前提交财务资料进行质证后审计,无锡隆盛厂、上海锡盛公司仍未按期提交。2007年8月3日无锡隆盛厂以财务资料运至西安不方便、不安全,影响其正常经营为由,申请一审法院组织当事人及审计机构到无锡进行质证审核,一审法院未予准许。2007年8月9日,一审法院通知无锡隆盛厂、上海锡盛公司于2007年8月20日将与本案相关的财务资料提交一审法院质证后转交审计单位进行审计。2007年8月20日,一审法院开庭审理期间,西安秦邦公司提交了上海锡盛公司2002年1月-2007年7月增值税申报纳税明细及西安秦邦公司2001年11月、12月会计资料。以期证明上海锡盛公司2002年1月-2007年7月销售额为310836948.99元;西安秦邦公司在被侵权前的单位产品销售利润率为25.11%,每吨销售利润为5789.49元,上海锡盛公司给西安秦邦公司造成的实际损失为78051157.89元。无锡隆盛厂、上海锡盛公司经质证后,对西安秦邦公司提供的证据不予认可。无锡隆盛厂提交

了北京邮电大学自动化学院教育基金统计表；财务凭证及部分报表，但未提供相关的总账、现金账、存款账、银行对账单、损益各类科目明细账及发票存根。上海锡盛公司未提供全部的审计资料。西安秦邦公司经质证后，对无锡隆盛厂、上海锡盛公司提交的证据真实性均不予认可。庭审中，无锡隆盛厂、上海锡盛公司以正大会计所鉴定人员与本案当事人有利害关系为由，申请正大会计所回避。一审法院认为回避理由不成立，驳回其申请。当日无锡隆盛厂表示没有会计账，上海锡盛公司表示不提供相关财务资料。之后，正大会计所经对资料审核后以财务资料不全为由，于2007年8月22日辞去委托。2007年8月24日，西安秦邦公司再次向一审法院提出对无锡隆盛厂、上海锡盛公司因侵犯其专利权给其造成损失进行评估的申请，并以此作为损害赔偿数额的依据。一审法院遂将此情况通知了无锡隆盛厂、上海锡盛公司，同时决定对无锡隆盛厂、上海锡盛公司因侵权给西安秦邦公司造成的损失进行评估，评估期限为2004年2月21日至委托之日。之后，一审法院委托陕西高德资产评估有限责任公司(以下简称高德公司)进行评估，并将经当事人当庭质证的评估资料转交高德公司。2007年10月25日高德公司作出评估报告书，评估结论为：无锡隆盛厂、上海锡盛公司2004年2月21日至2007年8月给秦邦公司造成的损失评估值如下：按销售利润上海锡盛公司的利润为41675445.28元；无锡隆盛厂的利润为444719.30元；合计为42120164.58元。按营业利润上海锡盛公司的利润为32501315.18元；无锡隆盛厂的利润为346822.02元；合计为32848137.20元。评估报告特别说明：高德公司就本次评估委托事宜告知双方当事人后，双方均未提出异议；因当事人提供的资料有限，本次评估期限自2004年3月1日至2007年8月31日；加权销售利润率计算依据无锡隆盛厂、上海锡盛公司、西安秦邦公司及上网查询得出的销售利润率加权得出；加权营业利润率依据无锡隆盛厂2002年至2007年6月的加权营业利润率、上海锡盛公司2002年至2004年加权营业利润率加权得出；依据无锡隆盛厂提供凭证中发票品名为铝带、铝塑复合带的收入确认侵权收入。评估报告送达后，无锡隆盛厂、上海锡盛公司提出复议意见，认为在尚无生效法律文书确定侵权的情况下进行评估，不具有公正性、真实性和客观性；无锡隆盛厂、上海锡盛公司生产、销售的铝带涉及了不同的生产方法，评估报告对其产品不加区分认定为侵权产品，将上海锡盛公司所销售的，包括钢带、铝带和字带在内

的全部产品的总销售收入，作为侵权损失，与事实不符。2007年12月13日高德公司答复称：其在评估过程中，曾数次通过不同的方式与无锡隆盛厂、上海锡盛公司联系，就产品销售、类别等情况进行了解并要求提供相关资料，截止到报告提出之日，除以前无锡隆盛厂提供的2002年—2007年8月凭证资料外，并未收到其他资料，其是依据现有资料进行估算。单从无锡隆盛厂给上海锡盛公司的销售发票就认为是上海锡盛公司的全部购进，显然不足；上海锡盛公司作为独立法人，也可以购进货物；但从无锡隆盛厂提供的资料显示，无一张铝带购进发票，只销售不购进，与事实不符，因此只能以上海锡盛公司全部收入作为计算依据。上述评估报告及答复函经当事人当庭质证和评估人出庭接受质询后，西安秦邦公司表示无异议。无锡隆盛厂、上海锡盛公司认为评估报告依据的法规涉及的是国有资产的规定，不适用于本案；以无锡隆盛厂、上海锡盛公司不完整的财务资料进行评估不符合客观性的原则；评估报告在行业利润的确定上存在参考依据错误、产品类别混同；评估报告对上海锡盛公司的经营收入，违背了客观真实性原则因此不能被采信等。高德公司认为，评估对象指被评估的资产；《国有资产评估管理办法》是各类资产评估的基本依据；其在评估中数次就产品销售、类别要求无锡隆盛厂、上海锡盛公司提供相关资料，无锡隆盛厂、上海锡盛公司除向法院提交的资料外，并未提供其它资料；无锡隆盛厂的铝带收入不能印证上海锡盛公司的铝带收入；评估中将市场因素考虑在内，选取两个上市公司作为参考依据。在计算口径统一的情况下，测算后的销售利润在合理的区间范围内。

2007年9月3日，因西安秦邦公司增加诉讼请求，无锡隆盛厂提出级别管辖异议，认为西安秦邦公司增加赔偿数额，具有规避级别管辖的故意，请求将此案移送陕西省高级人民法院审理，并要求一审法院出具书面裁定。一审法院经研究后于2007年9月11日告知其管辖异议理由不能成立，并告知其级别管辖属人民法院内部分工，不做书面裁定。西安秦邦公司称其请求销毁的侵权设备、模具中，模具是设备的一个单元。西安秦邦公司未能提供西古公司明知争讼之产品是侵权产品仍在使用的证据。

陕西省西安市中级人民法院一审认为：（一）关于西安秦邦公司的诉讼主体是否适格的问题。西安秦邦公司作为专利权人，在其合法权益受到他人侵害

时，有权提起民事诉讼，其诉讼主体适格。（二）关于本案应否中止诉讼的问题。本案专利是发明专利，在授权时国家专利行政部门已经实质审查；之后，又经国家知识产权局专利检索咨询中心检索，认为权利要求1-2具备新颖性和创造性。依照最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第十一条的规定，无锡隆盛厂、上海锡盛公司请求中止本案诉讼，法律依据不足，不予支持。（三）关于本案专利的相关问题。1、本案专利所涉及的产品是否新产品。根据查明的事实，本案专利涉及一种用于光缆、电缆的金属屏蔽复合带制作方法，主要解决已有方法制作的屏蔽复合带，与光缆、电缆纵包模具或定径模具之间接触面之间摩擦力大，易造成光缆、电缆起包、漏气、脱膜、断带等问题，此种制作方法提高了产品的质量，制作的铝塑复合带具有剥离强度好、不起包、不分层、不断带、无脱膜、性能稳定的优点。由此可以证明，本案专利所指的金属屏蔽铝塑复合带与已有产品相比较，其质量、性能、功能、生产方法等方面均有明显不同，因此可以认定本案专利所涉产品属于专利法意义上的“新产品”。2、被诉侵权产品是否与本案专利方法生产的产品属于“同样产品”。鉴定中心认为，双方产品所用的原材料相同，包括铝箔和塑料；产品的结构相同，均采用流延工艺在铝箔两面复合乙烯-丙烯酸共聚物或乙烯-甲基丙烯酸共聚物；双方生产的产品执行标准相同，因此被诉侵权产品与本案专利方法生产的产品属于同样产品。鉴于鉴定报告程序合法，事实依据充分，故依法认定无锡隆盛厂生产的“铝塑复合带”与西安秦邦公司拥有的发明专利产品为同样产品。（四）关于无锡隆盛厂、上海锡盛公司、西古公司生产、销售、使用的产品是否侵犯本案专利权的问题。1、根据鉴定意见，被诉侵权方法落入本案专利保护范围。根据查明的事实，鉴定意见认为，本案专利权利要求1所述的方法由(1)-(6)个步骤组成，分别概述为(1)预热处理；(2)单面复合；(3)翻面复合；(4)后热处理；(5)速度、温度调整；(6)冷却收卷。无锡隆盛厂生产方法中有三个步骤与专利权利要求1中的(1)、(5)、(6)相同；有三个步骤与专利权利要求1中的(2)、(3)、(4)等同，并分别进行了技术特征比对。该鉴定意见还注明，本案专利权利要求1中的“将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合，使复合带与光缆、电缆纵包模具或定径模具之间形成点接触，以减小摩擦力，避免电缆起包、漏气、脱膜及断带”，与无锡隆盛厂所称的“铝

箔表面与塑料膜之间为传统工艺下的平面粘合”，是对其产品的各自表述。从专利说明书的内容和其工艺步骤看，权利要求1所实现的目的是为了在复合带塑料膜表面形成凹凸不平的粗糙面。从无锡隆盛厂的工艺步骤看，其目的也是为了在复合带塑料膜表面形成凹凸不平的粗糙面。另外，鉴定中心出具的“铝塑复合带”复议意见认为，“非纯平面粘合”与“平面粘合”是双方当事人对其各自产品复合层结合面的各自表述；“粗糙度Ra”与“目数”的关系，在中华人民共和国国家标准《表面粗糙度比较样块抛(喷)丸、喷砂加工表面》GB6260.5-88及其相关解释中有明确的阐述，“目数为40目-80目的粗糙面细目钢辊”是指经喷砂处理的钢辊，鉴定意见所说的 $Ra3.418\mu m$ 是指细目钢辊表面的粗糙度测试平均值；“使塑料膜表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”与“无锡隆盛厂此阶段样品的塑料膜表面形成的 $Ra2.47\mu m$ 的凹凸不平粗糙面”是两个不同的概念；无锡隆盛厂为专家组提供的生产现场的线速度是 $8m/min$ ，温度为 $184^{\circ}C$ ，该技术特征不在专利保护范围之内，但经检测产品质量不合格。而无锡隆盛厂《流延复合铝带生产工艺流程单》上记载的产品自检合格，生产复合带的线速度为 $29m/min$ ，落入了专利权保护范围。生产线的线速度与后处理温度有密切联系，线速度提高，其后处理温度也要相应提高。

2、鉴定意见程序合法，应予采信。无锡隆盛厂、上海锡盛公司经对鉴定报告质证后，认为王某与西安秦邦公司法定代表人合作写文章及鉴定中心、鉴定专家与西安秦邦公司及其代理人有着特殊的关系，且这种关系足以影响到鉴定行为的客观、公正，因此鉴定中心和鉴定专家应当回避未予回避，鉴定程序违法，鉴定结论无效；鉴定技术特征对比缺乏事实依据，取样及测试不符合标准，遗漏测试情况等。首先，无锡隆盛厂、上海锡盛公司在申请鉴定时，虽提出鉴定中心应指定陕西省和江苏省之外的鉴定中心，但在委托鉴定中心鉴定后及专家前往无锡隆盛厂现场勘验期间，其以未生产为由，阻止专家进行现场勘验，始终未对鉴定中心提出异议，同时还提出应邀请外地专家参与鉴定，此行为应视为其对鉴定中心鉴定的认可。其次，鉴定中心根据无锡隆盛厂、上海锡盛公司请求，邀请了外地专家参与了鉴定，并就鉴定人回避等鉴定程序事宜告知了当事人，鉴定人也出庭接受了当事人的质询。再次，鉴定中心指派专家进行鉴定，是考虑到与诉争技术有关的本领域的专家参与，由于鉴定中心通过北京邮电大学指派专家时，并不知悉王某与西安秦邦

公司法定代表人合作写文章，且鉴定专家参加本领域的学术研讨会，属正常交流，并不足以否认鉴定报告的客观性。又次，鉴定中心接受委托后，已对无锡隆盛厂的生产现场进行了勘验，并进行了相关数据测试和对技术特征进行了逐一对比。最后，无锡隆盛厂、上海锡盛公司未能提供充分的证据对鉴定结论进行反驳。本案鉴定程序合法，鉴定结论所依据的事实与理由充分，依法予以采信。无锡隆盛厂、上海锡盛公司、西古公司生产、销售、使用的“铝塑复合带”的制备方法与争讼之专利权利要求中的独立权利要求有三个步骤即(1)、(5)、(6)相同；其余三个步骤(2)、(3)、(4)的文字表述虽与西安秦邦公司相对应的专利权利要求表述不同，但二者的技术手段基本相同，实现的基本功能相同，所达到的技术效果基本相同，对于本领域普通技术人员而言无须经过创造性劳动就能实现。无锡隆盛厂生产的“铝塑复合带”的制备方法技术特征与西安秦邦公司专利权利要求记载的必要技术特征具有等同的技术特征，已落入了争讼之专利的保护范围。至于无锡隆盛厂、上海锡盛公司在庭审中以无效宣告请求审查决定证明技术鉴定报告对权利要求1中有关技术特征的认识存在错误，技术对比方式和结论也存在问题。侵犯专利权判定方法是将涉嫌侵权物(行为)与专利权利要求书中记载的独立权利要求进行比对看是否落入专利权的保护范围；而专利无效审查程序是将专利文件与现有技术比对后看争议的专利是否具有创造性、新颖性和实用性等内容。鉴于二者的判定原则、比对客体、判定方法、对比时间起点等均不相同，因此无锡隆盛厂、上海锡盛公司以无效宣告请求审查决定证明鉴定结论存在问题的主张不能成立，不予支持。

(五) 本案民事责任的承担方式。无锡隆盛厂、上海锡盛公司、西古公司利用本案专利技术进行铝塑复合带产品的生产、销售、使用，侵犯了西安秦邦公司的发明专利权，西安秦邦公司请求判令无锡隆盛厂、上海锡盛公司、西古公司立即停止侵犯专利权；无锡隆盛厂销毁侵权设备和侵权产品，依法予以支持。至于本案赔偿问题，根据高德公司作出的评估结论，按销售利润率计算，西安秦邦公司自2004年3月至2007年8月的损失额为42120164.58元；按营业利润率计算，西安秦邦公司2004年3月至2007年8月的损失额为32848137.20元。该报告评估程序合法，依法予以认定。无锡隆盛厂、上海锡盛公司认为在尚无生效法律文书确定侵权的情况下进行评估，不具有公正性、真实性和客观性，没有法律依据，不予支持。无锡

隆盛厂、上海锡盛公司称其生产、销售的铝带涉及了不同的制造方法，评估报告对其产品不加区分认定为侵权产品，将上海锡盛公司所销售的包括钢带、铝带和字带在内的全部产品的总销售收入，作为侵权损失，与事实不符。鉴于本案评估是基于无锡隆盛厂、上海锡盛公司拒不提供相关的财务资料而进行的，其以此理由认为评估结论与事实不符，不予支持。应当指出的是侵权人的获利可以根据侵权产品的销售量乘以每件侵权产品的利润确定，侵权产品的利润一般是指营业利润，对于完全以侵权为业的侵权人，可以按照销售利润计算赔偿额。本案中，无锡隆盛厂、上海锡盛公司除销售侵权产品外，还销售了其它产品，因此应以营业利润作为损失赔偿的依据。另外，根据查明的事实，无锡隆盛厂作为生产厂商使用西安秦邦公司的专利方法制造了产品并进行了部分销售。上海锡盛公司是无锡隆盛厂的关联公司，负责销售无锡隆盛厂制造的产品，由此可以认定无锡隆盛厂与上海锡盛公司是一种合作生产、销售行为，共同侵犯了西安秦邦公司的专利权。上海锡盛公司的销售行为不属于依法不承担赔偿责任的情形。上海锡盛公司与无锡隆盛厂应对侵犯西安秦邦公司专利权的行为承担连带赔偿责任。西安秦邦公司请求无锡隆盛厂、上海锡盛公司连带赔偿其损失人民币3000万元，有事实和法律依据，依法予以支持。需要指出的是，高德公司的评估报告对西安秦邦公司的损失评估虽然超出了3000万元，但西安秦邦公司请求赔偿额为3000万元，因此仅在其请求的范围内确定赔偿数额。西安秦邦公司请求西古公司在其使用侵权产品盈利的范围内赔偿其损失，根据查明的事实，西古公司提供了使用产品的合法来源，西安秦邦公司亦未能提供西古公司知悉其使用的产品系侵权产品后仍在使用的证据，故对西安秦邦公司的此项请求，不予支持。

2008年1月7日，一审法院作出（2006）西民四初字第53号民事判决，判决如下：一、本判决生效后无锡隆盛厂、上海锡盛公司立即停止侵犯西安秦邦公司ZL01106788.8“平滑型金属屏蔽复合带的制作方法”发明专利权的行为；二、本判决生效后无锡隆盛厂立即销毁侵权产品和用于生产侵权产品的设备（含生产模具）；三、本判决生效后十日内无锡隆盛厂、上海锡盛公司赔偿原告西安秦邦公司损失3000万元。无锡隆盛厂、上海锡盛公司对以上损失赔偿承担连带责任；四、本判决生效后西古公司立即停止使用无锡隆盛厂、上海锡盛公司生产、

销售的侵犯西安秦邦公司ZL01106788.8“平滑型金属屏蔽复合带的制作方法”专利权的产品；五、驳回西安秦邦公司其余诉讼请求。案件受理费191800元(已由西安秦邦公司预交)，证据保全费100元(已由西安秦邦公司预交)，技术鉴定费150000元(已由西安秦邦公司预交50000元，无锡隆盛厂预交100000元)、评估费55000元(已由西安秦邦公司预交)，共计396900元，由无锡隆盛厂、上海锡盛公司负担。

无锡隆盛厂和上海锡盛公司不服一审判决，向陕西省高级人民法院提起上诉，并提出重新鉴定申请。

陕西省高级人民法院二审查明，一审查明的主要事实清楚，应予确认。另查明：2008年1月25日，一审法院向无锡隆盛厂和上海锡盛公司送达了民事判决书，2008年2月13日无锡隆盛厂和上海锡盛公司直接向二审法院递交了上诉状，无锡隆盛厂于2月19日向二审法院原账号电汇了诉讼费，但因账号被撤销未缴纳成功。2008年3月18日二审法院受理了该上诉案，4月7日两上诉人向二审法院电汇了诉讼费。其间，西安秦邦公司于2008年2月26日向一审法院申请执行，一审法院在未获知无锡隆盛厂和上海锡盛公司已向二审法院递交上诉状的情况下，立案执行，并于2008年3月6日强制执行无锡隆盛厂和上海锡盛公司97万余元，在获知二审法院立案后停止执行。

一审期间，无锡隆盛厂不服国家知识产权局专利复审委员会2007年9月3日作出的10449号无效宣告审查决定，向北京市第一中级人民法院提起行政诉讼。2008年3月20日北京市第一中级人民法院作出(2007)一中行初字第1659号行政判决书，判决维持国家知识产权局专利复审委员会作出的第10449号无效宣告请求审查决定。

陕西省高级人民法院二审认为：（一）关于上诉人提出的鉴定中心的产生不合法的问题。西安市科技局下设的西安知识产权司法鉴定中心，是陕西省专门的知识产权类鉴定中心，在没有多个专业鉴定中心并存的情况下，一审法院无法由双方当事人进行协商和摇珠确定鉴定机构，并且一审法院在确定鉴定中心后告知了上诉人，上诉人并没有提出异议，只是要求聘请外地专家。因此，一审法院委托西安知识产权司法鉴定中心鉴定并无不妥，而鉴定中心在鉴定时充分采纳了上诉人的意见，聘请了北京、成都、郑州等外地专家组成了鉴定组

。因此鉴定中心的产生是符合法律规定的。另外，专家鉴定组是由鉴定中心组织的，鉴定组的意见代表了鉴定中心的意见，因此上诉人关于《专家组鉴定意见》不符合鉴定书的法定形式要件，不能被采信的理由，没有法律依据。（二）关于上诉人提出的鉴定程序不合法的问题。1、关于鉴定中心的鉴定程序不合法的理由不能成立。鉴定中心接受委托后，于2006年12月25日向各方当事人送达了告知书，告知了鉴定中心的鉴定资质、鉴定会采取秘密会议形式、当事人对选取专家的意见、与会人员的回避与保密要求及当事人的回避申请六项内容，上海锡盛公司法定代表人施某在告知书上签了字，并注明“已获知上述内容”，事后一直对鉴定中心和鉴定人员未提出异议。鉴定中心于2006年12月26日组织专家对西安秦邦公司的塑料复合带生产线进行了考察，于2007年1月20日—21日又组织专家对无锡隆盛厂生产线进行了实地勘验，于2007年3月10日组成专家组后将专家组名单告知了双方当事人。上海锡盛公司法定代表人施某在该名单上签署“目前无回避”。因此，鉴定中心的整个鉴定程序是合法的。2、关于北京邮电大学王教授应当回避的理由不能成立。北京邮电大学是我国电信行业中最有影响力的学院之一，王教授是通讯行业的有名专家，上诉人是应当知道的，但上诉人在得知王教授参加专家组时，并没有对王教授提出回避申请，并且鉴定结论是九人专家组集体作出的，并非王教授一人意见，鉴定结论依据的数据也是成都检验中心作出的。3、关于宋某应该回避的理由不能成立。上诉人应当知道通信电缆光缆用金属铝塑复合带相关行业标准的颁布以及宋某和上海网讯公司有关系，但在宋某参加鉴定组时，上诉人并未提出回避申请。而且，行业标准完成时间是2006年12月，杭某于2007年11月才成为上海网讯公司的股东，时间是在鉴定中心做出鉴定结论之后。上诉人也没有直接证据证明宋某和杭某之间有特殊关系。4、关于侯某应当回避的理由亦不能成立。侯某参加“建设’创新型陕西’科技法学理论与实务高级研讨会”时，鉴定结论已经作出。研讨会是正常的学术交流会，侯某的发言并未涉及该案的鉴定问题，也不会影响到鉴定复议意见。西安秦邦公司法定代表人杭某与鉴定中心人员参加同一研讨会，并不能证明两人有利害关系。5、上诉人关于本案专利不是新产品、不应由其承担举证责任的上诉理由缺乏法律依据。只要专利侵权纠纷涉及新产品制造方法的发明专利，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法不同于专利

方法的证明。本案专利是发明专利，一审法院通过鉴定进行比对，符合法律规定。（三）关于鉴定结论是否正确的问题。首先，鉴定中心鉴定被法院保全的无锡隆盛厂生产的铝塑复合带与专利技术生产的铝塑复合带为相同产品。其次，本案专利权利要求1记载有六个必要技术特征。鉴定报告认为无锡隆盛厂的生产方法有三个技术特征与专利技术特征(1)、(5)、(6)相同，有三个技术特征与专利技术特征(2)、(3)、(4)等同。认定三个相同的理由是，专家组实地勘验并且无锡隆盛厂对这三点放弃鉴定。无锡隆盛厂在2006年9月25日向法院申请鉴定中表示：就无锡隆盛厂所使用的将塑料复合在金属箔带上时，在塑料膜的表面所形成的凹凸不平的粗糙面的数值情况进行鉴定，看其是否与本案专利权利要求1中第(2)点所载明的必要技术特征相同；或者就无锡隆盛厂生产的铝塑复合带产品，塑料膜与金属箔带表面的粘合情况进行鉴定，看是否与专利权利要求1中所记载的“塑料膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”这一必要技术特征相同。一审法院为了慎重处理，于2006年12月25日向上海锡盛公司法定代表人施某及无锡隆盛厂的委托代理人进行了释明，明确告知无锡隆盛厂“如果被告仅就其鉴定申请书内容所要求的两点请求进行鉴定，我们将视为被告生产该产品的方法除此两点外，与原告专利的必要技术特征相同或等同，如果将来鉴定认为被告申请鉴定的两点与原告专利的相关必要特征相同或等同，我们将视为被告所有生产的方法与原告专利必要特征相同或等同，并且除此两点外，被告再提出关于是否侵权的其他鉴定申请，法院将不再接受”。无锡隆盛厂的委托代理人明确表示，“我们经与法定代表人研究后，我们仍坚持此前鉴定申请书所要求的两点外，还要求对原告专利的权利要求1中(2)、(3)、(4)点的必要技术特征和我们的生产方法是否相同或等同进行鉴定”。同日又向一审法院递交了一份申请鉴定书和“铝塑复合带相关生产工艺段的说明”。申请书表示，“就原告专利权项要求1中第(2)、(3)、(4)项中载明的技术特征与无锡隆盛厂所使用的工艺方法中相应的特征是否相同”进行鉴定。工艺段说明也就无锡隆盛厂与权利要求1中(2)、(3)、(4)不同点作了说明。因此，鉴定中心在无锡隆盛厂放弃鉴定的情况下，经过勘验鉴定，认定这三点生产方法与专利技术相同是符合法律规定的。现无锡隆盛厂提出认定这三点相同是凭空捏造，不符合事实，不予采信。鉴定中心认定三个等同的理由是经过鉴定、测试数值后推定等同的。专

利权利要求1的技术特征(2)是“将塑料熔体或塑料膜通过温度为 35°C – 80°C ，直径为 $\phi 240\text{mm}$ – $\phi 600\text{mm}$ ，目数为40目–85目的粗糙面细目钢辊，与直径为 $\phi 160\text{mm}$ – $\phi 480\text{mm}$ 传动金属箔带的挤压辊，相互转动，使塑料膜的表面形成 0.04 – 0.09mm 厚的凹凸不平粗糙面，热挤压在金属箔带一面的基材上”。鉴定专家检测无锡隆盛厂也是采取这一生产方法生产铝塑复合带，除了细目钢辊的粗糙度不能确定外，无锡隆盛厂的细目钢辊直径和温度、传动金属箔带的挤压辊直径、塑料膜的厚度均在权利要求数值范围以内。专家组认为细目钢辊的粗糙度决定了复合带塑料膜表面的粗糙度，因为塑料膜是经过细目钢辊的热挤压和铝基带粘合在一起的，所以可以通过复合带塑料膜表面的粗糙度间接推测出细目钢辊的粗糙度。鉴定组经对无锡隆盛厂生产的复合带取样，送西安航空发动机(集团)有限公司计量测试所检验。经检测，无锡隆盛厂生产的铝塑复合带塑料膜表面的粗糙度为 $\text{Ra}2.47\ \mu\text{m}$ – $\text{Ra}3.53\ \mu\text{m}$ 。实验表明，当喷丸(喷砂)钢辊的粗糙度平均值为 $\text{Ra}3.418\ \mu\text{m}$ 时，喷丸(喷砂)目数为75–100目。鉴定组认为，无锡隆盛厂承认其细目钢辊是喷砂形成，而该细目钢辊形成塑料膜的粗糙度表明其目数为75–100目，落入了专利权利要求记载的40–85目的范围内，因此认定等同。专利权利要求的技术特征(3)是采取同技术特征(2)一样的方法对铝基带另一面进行翻面塑料复合，无锡隆盛厂也是采取同样方法，因此专家组认定等同。专利权利要求的技术特征(4)是将复合处理后的复合带通过运行时线速度为 $10\text{m}/\text{min}$ – $80\text{m}/\text{min}$ 的导辊进入加热烘箱，进行后加热处理，加热温度为 250°C – 400°C 。专家组在无锡隆盛厂检测时，它的复合带线速度为 $8\text{m}/\text{min}$ ，后热处理温度为 184°C ，而生产线仪表又显示为 195°C 。经检测，这种工艺条件下生产出的复合带的剥离强度未达到行业标准，是不合格产品。而根据一审法院保全的无锡隆盛厂生产工艺流程单记载的生产线速度为 $29\text{m}/\text{min}$ ，且它的剥离强度合格的事实，专家组认定无锡隆盛厂真实的生产线速度应为 $29\text{m}/\text{min}$ 。专家组认为，当生产复合带线速度为 $29\text{m}/\text{min}$ 时，后热处理温度应比线速度为 $8\text{m}/\text{min}$ 时的后处理温度 184°C 有相当大的提高，因此认定两者等同。无锡隆盛厂提出取样不符合标准，剥离强度合格的鉴定结论不能成立的理由，显然是矛盾的，不能成立。无锡隆盛厂提出的不符合标准的取样是其正常销售的经上海市闵行区公证处公证的产品，取样是按其销售规格直接取样的；其产品如果不合格是不允许销售的。现无

锡隆盛厂对已经出厂检验有合格证的产品，提出不合格显然违背事实，并且检验中心并没有提出检材不合格的意见，否则会拒绝检验。上诉人提出，国家知识产权局专利复审委员会的第10449号无效宣告请求审查决定第7页10—12行对本案专利权利要求中的技术特征做出了清楚地表述，这充分表明，一审鉴定的比对不是建立在对具体技术特征的比较基础上的，而是一种概括性比对。上诉人这一意见显然不符合客观事实。国家知识产权局专利复审委员会第10449号无效宣告请求审查决定第7页10—12行的表述是：“本案专利权利要求1相对于对比文件1的区别技术特征在于，权利要求1要求保护的技术方案限定了细目钢辊的表面粗糙度的目数及温度范围，以及后加热处理的温度范围，后加热处理复合带线速度与温度的调节从而获得具有特殊的表面效果的复合带。”该表述与专利技术权利要求1中的6个必要技术特征并不矛盾，只是专利权利要求1中的6个必要技术特征明确具体，第10449号无效宣告请求审查决定只是对本案专利与其他文件对比时，概括性和原则性地对本案专利技术特征表述。本案专利权利要求书与第10449号无效宣告请求审查决定并不矛盾和冲突。一审法院依照法律规定委托鉴定中心对上诉人无锡隆盛厂的生产方法与被上诉人西安秦邦公司的专利技术的必要技术特征进行比对是正确的，并不存在概括性比对问题。（四）关于判决赔偿金额是否缺乏事实依据的问题。本案的赔偿是依据评估机构的评估数额确定的，评估机构确定无锡隆盛厂2004年3月—2007年8月的销售额是以无锡隆盛厂的铝带销售发票为依据，确定上海锡盛公司2004年3月—2007年8月的销售额是与其全部的销售收入为依据，然后根据两个同行业上市公司的利润率，测算出无锡隆盛厂和上海锡盛公司销售利润为42120164.58元、营业利润为32848137.2元。这种测算符合会计标准，应予采纳。无锡隆盛厂提出即使认定其采用了专利方法进行生产，但其生产铝塑复合带还采用了热贴工艺生产方法，因此不能完全以铝塑复合带的销售发票为依据。但无锡隆盛厂在评估过程中和一审审理当中均未提供以其他生产方法生产的依据。因此，此项上诉理由不能成立。上海锡盛公司上诉提出其不仅销售铝塑复合带，还销售有钢带、字带等，评估公司以其全部销售收入作为计算依据，不符合事实。但在一审评估当中，一审法院及评估公司多次要求其提供具体的铝带销售财务资料，上海锡盛公司一直未能提供，故评估公司以其全部的销售收入为计算依据，现其上诉也未能提

供相应的财务资料。因此，上海锡盛公司此项上诉理由不能采纳。上海锡盛公司关于不应承担连带责任的上诉理由，亦没有证据支持，不能成立。上诉人关于不应销毁生产设备的上诉理由，因一审法院判令无锡隆盛厂销毁用于侵权的生产设备，解决矛盾的方法过于简单，造成社会财富浪费，判定巨额赔偿已经对侵权者起到了警示作用，无需再销毁上诉人的生产设备。上诉人这一请求应予支持。综上，一审判决认定事实清楚，适用法律正确，唯判处部分不当，应予纠正。

依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项、第(二)项之规定，陕西省高级人民法院于2008年10月27日作出(2008)陕民三终字第18号民事判决，判决如下：一、维持西安市中级人民法院(2006)西民四初字第53号民事判决主文第一、三、四、五项；二、变更西安市中级人民法院(2006)西民四初字第53号民事判决主文第二项为：本判决生效后无锡隆盛厂立即销毁侵权产品。二审案件受理费191800元，由无锡隆盛厂和上海锡盛公司负担80%，由西安秦邦公司负担20%。

无锡隆盛厂和上海锡盛公司不服二审判决，向本院申请再审。2009年3月9日，本院作出(2008)民申字第1395号民事裁定，指令陕西省高级人民法院再审本案。

陕西省高级人民法院再审查明，原一、二审查明的事实属实。另查明：1、在本案审理期间，申请再审人上海锡盛公司的股东施某(也是该公司的法定代表人)、吕某分别以上海锡盛公司欠其红利为由，于2007年11月8日将注册地在上海的上海锡盛公司诉至江苏省无锡市中级人民法院，无锡市中级人民法院于2007年11月20日作出(2007)锡民二初字第299号民事调解书和(2007)锡民二初字第300号民事调解书，确认上海锡盛公司结欠施某红利1820万元、吕某红利1820万元，要求上海锡盛公司于两个调解书生效之日起在上海锡盛公司的对外债权中分别予以支付，并以(2007)锡执字第363号协助执行通知书的方式，要求上海锡盛公司的客户江苏长飞光纤光缆有限公司将结欠上海锡盛公司的货款分别转付给施某为法定代表人的无锡市恒盛金属丝有限公司，现已执结。2、在本案审理期间，一审法院执行局查实：无锡隆盛厂于2008年9月已将一审法院查封保全的侵权证据生产设备全部转移。该事实有一审法院执行局给吕某等人所作的笔录

及当时调查时无锡隆盛厂的照片予以佐证。3、在本案审理期间，上海锡盛公司法定代表人施某与股东吕某于2007年8月在无锡又成立了无锡锡盛电缆材料有限公司，施某担任法定代表人，股东为吕某、沈某。2008年11月4日，施某又将无锡锡盛电缆材料有限公司变更为无锡朗盛线缆材料有限公司，施某和吕某将自己名下的股权全部转让给沈某，并由沈某担任法定代表人继续从事复合带的生产和销售。

陕西省高级人民法院再审查认为：（一）关于本案举证责任问题。经查，2004年1月28日，国家知识产权局授予被申请人西安秦邦公司“平滑型金属屏蔽复合带的制作方法”发明专利权，依据该专利生产的产品是由国家一级检索单位认可的新产品。虽然申请再审人曾申请宣告该专利无效，均被国家知识产权局专利复审委员会、北京市第一中级人民法院和北京市高级人民法院判决维持，故本案专利仍合法有效。根据专利法第五十七条第二款及《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第四条第一款的规定，原二审法院要求申请再审人对其产品制造方法不同于专利方法承担举证责任是正确的。申请再审人对此申请再审的理由不能成立。（二）关于本案鉴定程序是否公正合法的问题。经查，2006年9月14日，西安秦邦公司提出对无锡隆盛厂、上海锡盛公司生产、销售的铝塑复合带产品是否与其专利方法制造的产品相同进行鉴定。2006年9月25日，无锡隆盛厂、上海锡盛公司也提出鉴定申请。一审法院根据双方当事人提出的鉴定申请，于2006年10月20日发函告知双方当事人要求选定鉴定中心，但无锡隆盛厂、上海锡盛公司迟迟不到一审法院选定鉴定中心，一审法院遂指定陕西西安知识产权司法鉴定中心对本案进行鉴定，并将指定的鉴定中心书面告知了无锡隆盛厂、上海锡盛公司。2006年10月26日，无锡隆盛厂、上海锡盛公司函告一审法院同意由陕西西安知识产权司法鉴定中心对本案进行鉴定，但要求鉴定中心能从江苏、陕西两省以外聘请专家成立专家组。鉴定中心根据一审法院的委托于2006年12月25日向双方当事人送达了告知书，告知了鉴定中心的鉴定资质、鉴定会采取秘密会议形式、当事人对选取专家的意见、与会人员的回避与保密要求及当事人的回避申请六项内容，上海锡盛公司法定代表人施某在告知书上签署“已获知上述内容”，事后一直未提出对鉴定中心和鉴定人员的异议。鉴定中心于2006年12月26日组织专家对西安秦邦公司的金属塑料复合带生产线

进行了考察，于2007年1月20日-21日又组织专家对无锡隆盛厂生产线进行了实地勘验。2007年3月10日鉴定中心组成专家组后将专家组名单告知了双方当事人。上海锡盛公司法定代表人施某在专家名单上签署了“目前无回避”（这一过程有录音录像）。专利技术是多种多样的，不可能有一一对应的专门鉴定中心，因此对它的鉴定是一种特殊专业鉴定，一般是需要具有资质的鉴定中心组织这类行业的专家组成专家组进行鉴定，西安市科技局下设的鉴定中心是陕西省专门的知识产权类鉴定中心，在没有多个专业鉴定中心并存的情况下，一审法院就无法由双方当事人进行协商和摇珠确定。一审法院在确定鉴定中心后告知了申请再审人，申请再审人并没有提出异议，只是要求聘请外地专家。因此，一审法院委托西安知识产权司法鉴定中心鉴定并无不妥，而鉴定中心在鉴定时充分采纳了申请再审人的意见，聘请了北京邮电大学华飞研究所王高级工程师、郑州大学王教授、成都邮电五所宋高级工程师三名本行业的外地专家组成鉴定组参加本案鉴定。鉴定中心已经就该三名专家告知申请再审人，申请再审人表示同意，未提出回避申请。鉴定中心将专家组对当事人无锡隆盛厂实地采集的数据和样品送往成都国家信息产业部有线通信产品质量监督检验中心进行检测，其检测设备为拉力试验机(型号XL-50A)、电子数显千分尺(型号25mm)，并根据检测结果对双方当事人生产的产品技术特征进行对比。在充分听取双方当事人陈述与答辩、审阅有关证据和资料、结合现场勘验及产品样品检验的基础上，以检测设备直接给出的数据为基准，专家组经过认真分析讨论形成鉴定结论。因此，鉴定中心的产生符合法律规定，申请再审人对此的申请再审理由不能成立，原二审判决认定鉴定中心的整个鉴定程序合法是正确的，应予支持。（三）关于鉴定专家王某、宋某及鉴定中心侯某是否与本案被申请人西安秦邦公司法定代表人杭某有利害关系，进而应当回避的问题。1、王某是北京邮电大学校产集团的一个下属单位华飞研究所的副所长、高级工程师、硕士生导师、全国通信行业的著名专家，申请再审人是应当知道的，但申请再审人在得知王某参加专家组时，并没有对王某提出回避申请，并且鉴定结论是九人专家组做了大量的现场取证和检测工作并通过国家权威检测中心对现场取样的材料进行检测，并且以检测设备检测出的数据作为鉴定结论的基础，最后通过专家组集体论证后得出当时的鉴定结果，并非王某一人意见，鉴定结论依据的数据也是成都检

验中心作出，况且申请再审人也没有证据证明王某与被申请人有利害关系。2、宋某与上海网讯公司及西安秦邦公司的苏某、王某参与起草过《通讯电缆光缆用金属塑料复合带》行业标准，制定行业标准是国家行为，由行业协会来决定何人参与。宋某虽然是主要起草人，但不能证明宋某与西安秦邦公司有法律意义上的利害关系，且在宋某参加鉴定专家组时，申请再审人并没有提出回避申请。3、2007年4月13日，由陕西省法学会科技法学研究会主办、西安交通大学知识产权研究中心和西安秦邦公司共同承办的“建设’创新型陕西’科技法学理论与实务高级研讨会”在西安召开，会议由陕西省法学会科技法学研究会会长马某主持，鉴定中心侯某、西安秦邦公司杭某在会上分别作了发言。侯某参会是受西安市科技局指派，且在参会时，鉴定结论已经作出。西安秦邦公司法定代表人杭某是陕西省法学会科技法学研究会会员，与鉴定中心人员参加同一研讨会进行学术交流，并不能证明二者有利害关系，且参会单位有陕西省人大内务司法委员会办公室、陕西省人民检察院、陕西省高级人民法院、陕西省教育厅、陕西省公安厅、西北政法大学等均是与陕西省法学会科技法学研究会相关的单位，因此研讨会纯属正常学术交流，并不影响本案鉴定结论的客观公正。且王某、宋某、侯某作为鉴定专家的行为是经过申请再审人同意的，不属于民事诉讼法第五十四条第一款所规定的回避情形。因此，申请再审人要求王某、宋某及侯某回避的理由不能成立，原二审判决对此认定是正确的，应予支持。（四）关于鉴定结论是否客观正确的问题。本案中的司法鉴定报告有鉴定中心的司法鉴定专用章，该鉴定报告符合司法鉴定法律规定的形式要件，具有法律效力。鉴定报告中的技术特征比对是将本案方法专利按步骤分解后与被诉侵权物的相应技术特征进行对比，其技术对比符合法律规定。鉴定中心将双方生产工艺步骤分解后对相应的技术特征进行对比，且在经过充分论证的情况下得出相同或等同的结论，鉴定中心的鉴定报告是客观公正的。鉴定中心及专家组将专利权利要求的六个必要技术特征与申请再审人生产铝塑复合带的方法的必要技术特征进行比对，在充分研究论证的基础上出具了鉴定报告。鉴定报告认为：无锡隆盛厂的生产方法有三个技术特征与专利技术特征(1)、(5)、(6)相同，有三个技术特征与专利技术特征(2)、(3)、(4)等同。认定三个相同的理由是，专家组实地勘验并且无锡隆盛厂对此放弃鉴定。无锡隆盛厂在2006年9月25日向法院

申请鉴定时表示，就其所使用的将塑料复合在金属箔带上时，在塑料膜的表面所形成的凹凸不平的粗糙面的数值情况进行鉴定，看其是否与本案专利权利要求1中第(2)点所载明的必要技术特征相同；或者就申请再审人生产的铝塑复合带产品，塑料膜与金属箔带表面的粘合情况进行鉴定，看是否与专利权利要求1中所述的“塑料膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”这一必要技术特征相同。一审法院为了慎重处理，于2006年12月25日向上海锡盛公司法定代表人施某及无锡隆盛厂的委托代理人进行了释明，明确告知无锡隆盛厂“如果被告诉其鉴定申请书内容所要求的两点请求进行鉴定，我们将视为被告生产该产品的方法除此两点外，与原告专利的必要技术特征相同或等同，如果将来鉴定认为被告申请鉴定的两点与原告专利的相关必要特征相同或等同，我们将视为被告所有生产的方法与原告专利必要特征相同或等同，并且除此两点外，被告再提出关于是否侵权的其他鉴定申请，法院将不再接受”。无锡隆盛厂的委托代理人明确表示，“我们经与法定代表人研究后，我们仍坚持此前鉴定申请书所要求的两点外，还要求对原告专利的权利要求1中(2)、(3)、(4)点的必要技术特征和我们的生产方法是否相同或等同进行鉴定”。同日，又向一审法院递交了一份申请鉴定书和“铝塑复合带相关生产工艺段的说明”，申请书表示“就原告专利权利要求1中第(2)、(3)、(4)项中载明的技术特征与无锡隆盛厂所使用的工艺方法中相应的特征是否相同”进行鉴定。工艺段说明也就无锡隆盛厂与权利要求1中(2)、(3)、(4)的不同点作了说明。因此，鉴定中心在无锡隆盛厂放弃鉴定的情况下，并经过勘验鉴定，认定这三点生产方法与专利技术等同，符合法律规定。鉴定中心认定三个等同的理由是经过鉴定、测试数值后推定等同的。专利权利要求1的技术特征(2)是将塑料熔体或塑料膜通过温度为35℃-80℃，直径为240mm-600mm，目数为40-85目的粗糙面细目钢辊，与直径为160mm-480mm传动金属箔带的挤压辊，相互转动使塑料膜表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面，热挤压在金属箔带一面的基材上。鉴定专家检测无锡隆盛厂也是采取这一生产方法生产铝塑复合带，除了细目钢辊的粗糙度不能确定外，无锡隆盛厂的细目钢辊直径和温度、传动金属箔带的挤压辊直径、塑料膜的厚度均在权利要求数值范围以内。专家组认为细目钢辊的粗糙度决定了复合带塑料膜表面的粗糙度，因为塑料膜是经过细目钢辊的热挤压和铝基带粘合在一起的，所以可

以通过复合带塑料膜表面的粗糙度间接推测出细目钢辊的粗糙度。专家组经对无锡隆盛厂生产的复合带取样，送西安航空发动机(集团)有限公司计量测试所检验。经检测，无锡隆盛厂生产的铝塑复合带塑料膜表面的粗糙度为 $Ra2.47\mu m$ - $Ra3.53\mu m$ 。实验表明，当喷丸(砂)钢辊的粗糙度平均值为 $Ra3.418\mu m$ 时，喷丸(砂)目数为75目-100目。专家组认为，无锡隆盛厂承认其细目钢辊是喷砂形成，而其细目钢辊形成塑料膜的粗糙度，表明它的目数为75目-100目，落入了专利权利要求40目-85目范围内，因此认定等同。专利权利要求的技术特征(3)是采取同技术特征(2)一样的方法对铝基带另一面进行翻面塑料复合，无锡隆盛厂也是采取同样方法，因此专家组认定等同。专利权利要求的技术特征(4)是将复合处理后的复合带通过运行时线速度为 $10m/min$ - $80m/min$ 的导辊进入加热烘箱，进行后加热处理，加热温度为 $250^{\circ}C$ - $400^{\circ}C$ 。专家组在无锡隆盛厂检测时，它的复合带线速度为 $8m/min$ ，后热处理温度为 $184^{\circ}C$ ，但生产线仪表又显示为 $195^{\circ}C$ 。经检测，这种工艺条件下生产出的复合带的剥离强度未达到行业标准，为不合格产品。根据一审法院保全的无锡隆盛厂生产工艺流程单记载的生产线速度为 $29m/min$ ，且其产品剥离强度合格的事实，专家组认定无锡隆盛厂真实的生产线速度应为 $29m/min$ 。专家组认为，当生产复合带线速度为 $29m/min$ 时，后热处理温度应比线速度为 $8m/min$ 时的后处理温度 $184^{\circ}C$ 有相当大的提高，因此认定两者等同。原一、二审法院依照法律规定委托鉴定中心对申请再审人无锡隆盛厂的生产方法与被申请人的专利技术的必要技术特征进行比对是正确的，鉴定报告是客观科学的。申请再审人无锡隆盛厂已将一审法院查封保全的侵权证据全部转移，本案已无法再次进行鉴定。原二审判决对经双方质证并经专家出庭接受质询的鉴定报告予以采信，并无不当。原二审判决依据鉴定报告认定无锡隆盛厂“塑料薄膜层与铝箔带之间采用传统工艺下的平面粘合”与西安秦邦公司专利权利要求1“塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”是同一种粘合方法。西安秦邦公司专利权利要求1“使塑料膜的表面形成 $0.04-0.09mm$ 厚的凹凸不平粗糙面”所表述的“ $0.04-0.09mm$ ”是指塑料膜的厚度。申请再审人无锡隆盛厂主张其塑料膜层表面粗糙度为 $Ra2.47\mu m-3.53\mu m$ ，虽然该粗糙度与专利权利要求1“使塑料膜的表面形成 $0.04-0.09mm$ 厚的凹凸不平粗糙面”不能相比，但经专家实测鉴定申请再审人的塑料膜的厚度为 $0.055mm-0.07mm$ ，申请

再审人所生产的铝塑复合带使塑料膜表面形成0.055mm-0.07mm厚的凹凸不平粗糙面落入了本案专利保护范围。原二审判决认定申请再审人所使用的塑料膜层凹凸不平粗糙面的厚度与专利权利要求1“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”等同，结论正确，申请再审人对此的申请再审理由不能成立。

（五）关于原一、二审判决确定的赔偿数额3000万元是否正确的问题。一审法院审理期间，西安秦邦公司于2006年2月9日请求二申请再审人连带赔偿1000万元经济损失；2007年5月8日，西安秦邦公司以起诉时因调查取证困难低估了申请再审人的侵权所得，且申请再审人从未停止侵权，致使损失不断扩大为由，将原诉讼请求赔偿数额变更为2100万元；2007年8月20日，西安秦邦公司再次将诉讼请求赔偿数额变更为3000万元。关于本案的赔偿数额问题，双方争议较大，西安秦邦公司认为二申请再审人给其造成的实际损失为78051157.89元，无锡隆盛厂对此不予认可。西安秦邦公司对无锡隆盛厂提供的财务凭证和部分报表的真实性不予认可。在双方当事人争执不下的情况下，一审法院根据西安秦邦公司的申请，委托高德公司对二申请再审人给西安秦邦公司造成的实际损失进行评估。一审法院和高德公司多次要求无锡隆盛厂、上海锡盛公司提供相关财务资料，但二申请再审人拒不提交。一审法院只得用当时查封保全的二申请再审人2002年以来生产、销售铝塑复合带产品的财务账册、税务材料凭证、员工工资表等作为评估的相关材料，后经双方当事人当庭对评估资料进行质证，确定了双方质证的评估资料交予高德公司进行评估。高德公司于2007年10月23日作出陕高评报字〔2007〕121号评估报告书，确定无锡隆盛厂2004年2月-2007年8月的销售额是以无锡隆盛厂的铝带销售发票为依据，确定上海锡盛公司2004年2月-2007年8月的销售额是以其全部的销售收入为依据，然后根据两个同行业公司的利润率，测算出无锡隆盛厂和上海锡盛公司销售利润为42120164.58元、营业利润为32848137.2元。这种测算符合会计标准，于法有据，应予支持。原审法院依据该评估报告，结合被申请人西安秦邦公司的诉讼请求，判处无锡隆盛厂、上海锡盛公司连带赔偿西安秦邦公司经济损失3000万是正确的。申请再审人认为原一、二审判决确定赔偿数额缺乏事实依据的理由不能成立。（六）关于申请再审人无锡隆盛厂和上海锡盛公司是否应承担连带赔偿责任的问题。经查，2002年11月28日，申请再审人无锡隆盛厂在给用户出具的《情况说明》中

载明：“由于市场经营需要，我厂于1998年10月份在上海开设了‘上海锡盛电缆材料有限公司’作为本厂的销售公司，全权代理本厂的一切业务事宜，特此告知，……”。且该《情况说明》经双方当事人进行了质证，申请再审人无锡隆盛厂认可上海锡盛公司是其关联公司，负责销售其制造的产品，由此足以认定无锡隆盛厂与上海锡盛公司是一种合伙生产、销售行为，共同侵犯了本案专利权。原二审判决认定二申请再审人负连带赔偿责任，并无不当。申请再审人无锡隆盛厂和上海锡盛公司的该项申请再审理由不能成立。

综上，原一、二审法院认定事实清楚，判处适当，应予维持。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第(一)项的规定，陕西省高级人民法院于2011年3月20日作出(2009)陕民再字第35号民事判决，判决如下：维持(2008)陕民三终字第18号民事判决。二审案件受理费191800元，由无锡隆盛厂和上海锡盛公司负担80%，由西安秦邦公司负担20%。

无锡隆盛厂和上海锡盛公司不服再审判决，向本院申请再审。其主要理由如下：(一)再审判决违反法定程序，剥夺当事人的辩论权利。再审判决另查明的关于上海锡盛公司和施某、吕某之间的红利诉讼及款项执行的事实，关于无锡隆盛厂将一审法院查封保全的侵权证据生产设备全部转移的事实，关于无锡锡盛电缆材料有限公司股权转让和法定代表人变更的事实，相关证据未经庭审质证和辩论，违反法定程序，剥夺当事人的辩论权利，直接导致事实认定错误。(二)再审判决关于本案专利的举证责任分配错误。本案专利方法所生产的“平滑型金属屏蔽复合带”并非新产品，不应适用举证责任倒置。(三)申请再审人提供的再审新证据，足以推翻原一审、二审判决。1、1999年第7期《产业用纺织品》的《雕刻棍的设计与制造》一文，证明目数是雕刻辊的重要参数特征，其反映的是辊的表面结构特征。2、1998年第2期《塑料加工应用》中《电线电缆用铝塑复合带的研制》一文，证明在生产铝塑复合带过程中使用的冷却辊分为光辊和毛辊两种，采用的目的是为了减轻塑料熔体的粘辊现象。3、1997年第2期《轻合金加工技术》中《电缆用铝塑复合带挤压涂覆生产工艺》一文，证明铝塑复合带的基本生产工艺及相关工艺参数均为现有技术，再审判决对“塑料膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”的技术特征认识错误，对“塑料膜”的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面是指“塑料膜的厚度”的技

术特征认识根本错误。4、中华人民共和国国家标准GB6060.5-88《表面粗糙度比较样块抛（喷）丸、喷砂加工表面》，证明粗糙度与目数为不同概念，两者之间不存在任何鉴定报告中所得出的等同或者相同关系。（四）本案鉴定中心的鉴定程序违法，鉴定人员具有回避的法定情形却没有回避，鉴定结论不应采信。1、鉴定人王某应当回避而未回避。被申请人的法定代表人杭某向鉴定人王某任职的北京邮电大学自动化学院教育基金捐款5000元，还与王某共同发表《通讯光缆电缆用金属塑料复合带的实验研究与分析》一文。2、鉴定人宋某应当回避而未回避。宋某与本案被申请人的主要人员共同参与了本案产品相关标准的起草，与本案被申请人的股东及法定代表人有着特殊的关系。3、鉴定人侯某和鉴定中心应当回避而未回避。鉴定中心法定代表人、鉴定人侯某在鉴定期间参加由本案被申请人直接承办并提供费用的学术研讨会，应当回避而未回避。4、鉴定复议程序中更换的刘某、聂某、张某三位鉴定人，未事先告知申请再审人，也未征求申请人的回避意见。（五）鉴定中心所作鉴定报告将由若干个技术特征组成的工艺阶段进行整体比对，不符合具体技术特征比对的原则。（六）鉴定报告没有以实际勘验的客观结果为依据，鉴定结论存在根本错误，申请再审人无锡隆盛厂的被诉侵权工艺方法没有落入本案权利要求1的保护范围。1、“将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”是本案专利权利要求1记载的平滑型金属屏蔽复合带制作方法的必要技术特征。申请再审人生产光缆电缆用铝塑复合带的工艺过程中，塑料膜与铝箔带表面之间为纯平面粘合，二者既不相同也不等同。鉴定报告将两种生产工艺在这一技术特征上的不同点说成是双方各自的表述不同，显然错误。2、本案专利权利要求1记载的“目数为40目-85目的粗糙面细目钢辊”是指粗糙面细目钢辊轴向（横向）长度1英寸（25.4mm）内有40-85个坑眼，是一种有序均匀分布排列的平面网状结构特征。鉴定报告将用于限定细目钢辊表面状况的“目数”修改为制造细目钢辊的“喷丸的目数”，并在未检测无锡隆盛厂所使用的喷砂辊表面目数数值的情况下认定二者构成等同，缺乏依据。3、“塑料熔体或者塑料膜通过温度为35℃-80℃……的粗糙面细目钢辊”是本案专利权利要求1记载的必要技术特征。鉴定中心并未检测无锡隆盛厂生产工艺中塑料熔体或者塑料膜所通过的喷砂辊的温度，却以无锡隆盛厂承认与本案专利权利要求1的相应特征相同为由作出认定，与事实不符。4、

本案权利要求1记载的“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”是指塑料膜表面凹凸不平粗糙层的厚度，即在塑料膜表面形成了0.04-0.09mm（40 μ m-90 μ m）的凹凸落差表面结构，而不是整个塑料膜的厚度。鉴定报告未涉及无锡隆盛厂有关塑料膜表面“粗糙面厚度”的技术特征，却认定二者构成等同，亦与事实不符。无锡隆盛厂生产铝塑复合带所用的塑料膜外表面粗糙度为Ra2.47 μ m，是指塑料膜外表面高低点之间算术平均值为2.47 μ m，与本案专利塑料膜表面凹凸不平粗糙层的厚度40 μ m-90 μ m的特征相去甚远。而且，申请再审人的这一工艺特征并非是为实现与金属箔带层之间的非纯平面粘合，而是为了在挤压过程中不粘辊，二者采用的方法和手段不同，目的不同，实现的功能和达到的效果亦不相同。5、“将复合处理后的复合带通过运行时线速度为10m/min-80m/min的导辊进入加热烘箱，进行后加热处理，加热温度为250 $^{\circ}$ C-400 $^{\circ}$ C”是本案专利权利要求1的必要技术特征。申请再审人无锡隆盛厂复合处理后的复合带通过导辊进入加热烘箱的运行线速度为8m/min，加热板热源温度是1区184 $^{\circ}$ C，2区124 $^{\circ}$ C。鉴定报告以生产线速度为29m/min时，后处理温度有相当大的提高为由，认定二者等同，明显错误。（七）一审法院委托高德公司所作评估报告未能进行充分有效的质证，相关评估人员未出庭接受质询。该评估报告将无锡隆盛厂生产的钢带、铝带、字带三种产品的销售收入均作为铝带的销售收入，将“热贴法”和“流延法”两种工艺方法生产的铝带都算作流延法铝带产品，与事实不符。（八）再审法院判决两申请再审人承担连带赔偿责任缺乏事实依据。无锡隆盛厂和上海锡盛公司根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十九条第一款第（一）项、第（二）项、第（四）项、第（六）项、第（八）项、第（十）项和第二款的规定，请求本院提审本案，撤销陕西省高级人民法院(2009)陕民再字第35号民事判决和（2008）陕民三终字第18号民事判决，改判驳回西安秦邦公司的全部诉讼请求，诉讼费用由西安秦邦公司承担。

被申请人西安秦邦公司辩称，（一）再审判决认定事实清楚，适用法律正确。1、申请再审人生产工艺中塑料膜层与铝箔带之间采用传统工艺下的平面粘合与专利权利要求1记载的“塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”只是文字表述不同，实质相同。根据公知常识，没有任何物体表面是纯平面的。2、由本案专利说明书实施例可知，专利权利要求1记载的“使塑料膜的表

面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”，是指塑料膜的厚度，而非塑料膜表面凹凸不平粗糙面的厚度。本领域不存在“塑料薄膜表面凹凸不平粗糙面厚度”的说法。申请再审人所使用的塑料膜层的相应技术特征与上述技术特征等同。3、申请再审人关于其生产铝塑复合带的线速度没有落入本案专利权利要求1所记载的线速度范围的说法不能成立。一审法院保全的无锡隆盛厂《流延复合铝带生产工艺流程单》清楚地记载线速度为29 m/min，产品合格，落入了权利要求1记载的“线速度为10m/min—80m/min”的保护范围。虽然鉴定中心在申请再审人现场检测到的线速度为8m/min，但所生产的产品经检测不合格。4、目数在一般情况下是粗糙度的重要参数，与粗糙度存在对应关系。申请再审人所采用的细目钢辊系喷砂辊，与本案专利权利要求1记载的“目数为40目-85目的粗糙面细目钢辊”完全相同。（二）再审判决另查明的事实所依据的证据材料无需质证，程序合法。关于上海锡盛公司和施某、吕某之间的红利诉讼及款项执行的事实，已为（2007）锡民二初字第299号民事调解书、（2007）锡民二初字第300号民事调解书以及（2007）锡执字第363号协助执行通知书所载明，上述法律文书已经生效，无需质证。关于无锡隆盛厂将一审法院查封保全的侵权证据生产设备全部转移的事实，已为一审法院执行部门对周某、吕某作的《谈话笔录》以及一审法院执行部门发送给被申请人的《告知函》所证明。关于无锡锡盛电缆材料有限公司股权转让和法定代表人变更的事实，系再审法院依职权调查获知，亦无需质证。（三）再审判决关于本案举证责任的分配符合法律规定。被申请人在一审过程中提交的陕西省知识产权服务中心的《科学技术项目查新报告》、陕西省科学技术信息研究所查新中心的《科技查新报告》以及国家知识产权局专利检索咨询中心的《检索报告》证明，利用本案专利方法所生产的产品属于新产品，应适用举证责任倒置。（四）本案鉴定报告程序合法，结论正确，依法应予采信。1、本案鉴定报告程序合法。（1）鉴定人员王某、宋某和侯某与本案不存在利害关系，不属于应予回避的对象。（2）鉴定复议程序中更换的刘某、聂某、张某三位鉴定人，虽未事先告知申请再审人，但是根据《西安技术（纠纷）鉴定专家委员会鉴定规则（试行）》第31条的规定，复议程序中增加专家或者重新组成专家组均系对鉴定结论进行复议，不是重新鉴定，无需通知双方当事人。2、本案鉴定报告结论正确。（1）本案鉴定报告以权利要求记

载的全部必要技术特征与被诉侵权方法的相应技术特征进行对比，不存在进行整体比对的情况。（2）鉴定中心的专家组于2007年1月20-21日到无锡隆盛厂进行了现场勘验和取样，现场勘验无锡隆盛厂生产复合带的线速度为8m/min，后热处理温度为184℃，而生产线仪表又显示为195℃。经检测，这种工艺条件下生产出的复合带的剥离强度未达到行业标准，为不合格产品。而根据一审法院保全的无锡隆盛厂生产工艺流程单记载的复合带生产线速度为29m/min，且其剥离强度合格的事实，鉴定报告认定无锡隆盛厂真实的生产线速度应为29m/min，合理有据。（3）在无锡隆盛厂真实的生产线速度为29m/min的情况下，其后热处理温度应比线速度为8m/min时有相当大的提高。本案专利权利要求1记载的后热处理温度是指加热源温度，而不是指环境温度。鉴定报告认为无锡隆盛厂的后热处理工艺与本案权利要求1记载的相应技术特征等同是正确的。（4）目数与表面粗糙度之间存在对应关系，《抛(喷)丸、喷砂表面粗糙度比较样块国家标准介绍》表5记载，当喷丸(砂)的弹丸粒径为75目-100目时，其所对应的表面粗糙度为Ra3.418μm。本案专利权利要求1中记载的“目数为40-85目的粗糙面细目钢辊”所对应的粗糙度为Ra3.418μm-Ra5.775μm。申请再审人生产的铝塑复合带塑料膜层的粗糙度值实测为Ra2.47μm-Ra3.53μm，由于塑料膜层的粗糙度决定于细目钢辊的粗糙度，故申请再审人使用的细目钢辊表面粗糙度亦应为Ra2.47μm-Ra3.53μm。鉴定报告依此认定申请再审人使用的细目钢辊与本案专利权利要求1记载的相应技术特征等同，并无错误。（5）一审法院已向申请再审人释明，申请再审人不申请鉴定的内容，视为与本案专利权利要求1的相应技术特征相同或者等同。申请再审人未申请鉴定其生产工艺中塑料熔体或者塑料膜所通过的喷砂辊的温度，理应认为其承认与本案专利权利要求1的相应特征相同。（五）高德公司所作评估报告书依法应予采信。在一审过程中，高德公司已经委派相关评估人员出庭接受质询。本案专利技术方案既可生产铝塑复合带，也可生产钢塑复合带，既涵盖了“流延法”，又涵盖了“热贴法”，评估报告将无锡隆盛厂生产的钢带、铝带、字带三种产品的销售收入均作为铝带的销售收入并无不妥。（六）再审判决判令二申请再审人承担连带赔偿责任，适用法律正确。二申请再审人共同给用户出具的《情况说明》证明二申请再审人之间存在关联关系。综上，申请再审人的再审理由不能成立，请求依法驳

回其再审申请。

本院审理查明的事实与再审判决查明的事实一致。另查明，本案专利说明书第1页记载：“目前，制作光缆、电缆外层金属屏蔽复合带的方法大致有三种：一是流延图布复合法，二是干式复合法，三是热贴法……这三种工艺方法生产的金属屏蔽复合带存在的共同缺陷是，塑料薄膜与金属箔带层是纯平面粘合，使其在使用中形成复合带表面与光缆、电缆纵包模具或定径模具之间的面接触，因而摩擦力加大，容易造成光缆、电缆的起包、漏气、脱模、断带等问题。本发明的目的是提供一种摩擦力小，可顺利通过光缆、电缆纵包模具或定径模具，且无断带现象的金属屏蔽复合带制作方法。实现本发明目的的技术关键是将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合，使复合带与光缆、电缆纵包模具或定径模具之间形成点接触，以减小摩擦力，避免电缆起包、漏气、脱模及断带等问题。”本案专利说明书第2页记载：“本发明的制作设备主要由挤塑机、导辊、挤压辊、细目钢辊、倒向辊、加热烘箱组成。其中，细目钢辊的外表毛面结构，挤压辊为橡胶、塑料或氟塑料制成的非金属辊，加热烘箱内设有调节温度的调节板。”

2006年3月28日，无锡隆盛厂向国家知识产权局专利复审委员会提出宣告本案专利无效的请求。在无效宣告请求审查过程中，西安秦邦公司向国家知识产权局专利复审委员会提交了《意见陈述书》。针对无锡隆盛厂关于本案专利说明书没有清楚、明白说明“将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”的无效理由，西安秦邦公司在该《意见陈述书》的第10页作了如下意见陈述：“金属箔（带）的表面本身系非纯平面结构，这是大家的公知技术。”在该《意见陈述书》的第11页，西安秦邦公司作了如下意见陈述：“综上所述，金属箔（带）的表面本身系非纯平面结构，而塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合在本案专利说明书中已给出了清楚、明白的说明。”针对无锡隆盛厂关于本案专利权利要求记载的“一种平滑型金属屏蔽复合带的制作方法，是将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”缺乏必要技术特征的无效理由，西安秦邦公司在该《意见陈述书》的第11页作了如下意见陈述：“2、‘电缆用铝箔（带）’是轧制而成，其表面系非纯平面，该非纯平面与本案专利权利要求1中（1）-（3）结合，即为本案专利塑料薄膜与金属箔（带）之间的非

纯平面粘合，其粘合的具体工艺详见本案专利权利要求1所记载的内容。因此，本案专利独立权利要求不存在缺少必要技术特征的问题。”针对无锡隆盛厂关于“根据本案专利所记载的工艺流程，即以40目—85目的粗糙面细目钢辊与挤压辊相互转动，在满足把塑料膜或塑料熔体粘压在一起，且使塑料膜保持在0.04mm—0.09mm厚度情况下，无法实现金属箔带与塑料薄膜表面凹凸不平的非纯平面粘合的技术目的。因此本案专利不具备实用性”的无效理由，西安秦邦公司在该《意见陈述书》的第12页作了如下意见陈述：“‘塑料膜保持在0.04—0.09mm的厚度’系请求人擅自修改的，本案专利说明书中从未有过此段记载，因此不存在不具有实用性的问题。”

《粉末冶金原理》（黄培云主编，冶金工业出版社1997年第2版）第140页记载：“习惯上以网目数（简称目）表示筛网的孔径和粉末的粒度。所谓目数是筛网1英寸长度上的网孔数。”

《复合材料包装》（曹家鑫主编，轻工业出版社1988年11月第1版）第108页记载：“冷却辊的表面状态有两种：光亮面……细目面：即将光亮面在经特殊暗光处理而呈毛玻璃状。这种表面复出的薄膜透明度及光泽稍差，但对塑料的阻塞性好，薄膜纵向厚度均匀，并且薄膜对冷却辊的剥离性好，不易粘辊。”

《电线电缆用铝塑复合带的研制》（李德军、董晓武著，载于《塑料加工应用》1998年第2期）第4页第2.2.3节记载：“一般冷却辊分为光辊和毛辊两种。在复合实验过程中，采用毛辊可以减轻粘辊现象，因此我们在加工中采用毛辊进行复合。”

《塑料机械的使用与维护》（耿晓正主编，中国轻工业出版社1998年8月第1版）第295页倒数第三段记载：“冷却辊外表面质量很重要，它不仅影响复合强度和复合膜剥离性能，而且对复合薄膜表面光泽度、透明度均有较大影响。因为涂覆在基材表面的薄膜会重现冷却辊的表面状态……冷却辊表面光洁程度有镜面，半镜面，喷砂表面，还有特殊花纹表面等。制造透明复合薄膜时，可选用镜面，表面粗糙度Ra为0.012 μm 。半镜面，表面粗糙度Ra为0.015—0.1 μm 。若生产不透明薄膜，应选用喷砂表面，表面粗糙度为0.05—0.1 μm 。”

根据《表面粗糙度、术语、表面及其参数》（GB3505-83）和《抛（喷）丸、喷砂表面粗糙度比较样块国家标准介绍》（罗柏福、秦兴福、徐金成著，载于

《中国铸机》1989年第2期)的记载,表面粗糙度是指加工表面上具有的较小间距和峰谷所组成的微观几何形状特性,通常以取样长度内轮廓峰高绝对值的平均值与轮廓峰谷绝对值的平均值之和表示。《抛(喷)丸、喷砂表面粗糙度比较样块国家标准介绍》还记载了通过实验获得的抛(喷)加工工件表面粗糙度与力度、工件材质及硬度的定性定量关系,并用表5列出了上述参数之间的关系。表5表明,当供样材质为铸铁,加工方法为喷砂,弹丸材质为砂,弹丸粒径为75目-100目时,Ra测试平均值为 $3.418\mu\text{m}$ 。

根据2006年12月25日一审法院与被诉侵权人无锡隆盛厂、上海锡盛公司的谈话笔录的记载,一审法院向被诉侵权人释明,如果其仅就此前提出的两项内容与本案专利权利要求的相应技术特征是否相同或者等同申请鉴定,其不申请鉴定的内容,将视为与本案专利权利要求的相应技术特征相同或者等同。被诉侵权人的委托代理人王某答复称:“我们经与法定代表人研究后,我们仍坚持此前鉴定申请书所要求的两点鉴定内容外,还请求对原告专利权利要求1中第(3)、(4)点的必要技术特征和我们的生产工艺是否相同或者等同进行鉴定。”在该谈话笔录上,王某对其有异议的文字用笔圈出,其中包括“第(3)、(4)点”,并在笔录末尾签名时附注:“另附并提供一份鉴定申请。”该鉴定申请记载有如下内容:“根据2006年12月25日贵院谈话笔录的内容,我方对鉴定申请的内容作进一步说明如下:一、就原告专利权利要求1中第(2)、(3)、(4)项中载明的技术特征与无锡市隆盛电缆材料厂所使用的工艺方法中相应的技术特征是否相同;二、就无锡市隆盛电缆材料厂生产的铝塑复合带产品,是否使用了原告专利权利要求1中所述的‘塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合’这一必要技术特征。以上内容,作为我方在2006年9月25日鉴定申请中所列明的鉴定前提下,申请鉴定的内容。”同日,无锡隆盛厂还向一审法院提交了《铝塑复合带相关生产工艺段的说明》,该说明记载了如下内容:“1、复合铝带,其铝箔表面与塑料薄膜之间为传统工艺下的平面粘合。2、拉毛工序阶段,冷却辊的直径为 $320\pm 5\text{mm}$,挤压胶辊的直径为190-210mm,冷却辊系外购,其表面粗糙程度不详。加工时塑料粒子通过挤出机以熔融状态挤出,通过冷却辊和挤压胶辊的相互转动,涂覆在铝箔表面,使塑料膜表面形成粗糙度Ra为 $1.8\mu\text{m}$ - $5\mu\text{m}$ 。3、将单面涂覆塑料膜的铝箔经过导辊和翻向辊,对另一面的铝箔实

现涂覆加工。4、双面涂覆塑料的铝箔带进入后处理阶段，处理温度为80-220摄氏度。说明：塑料膜表面的粗糙度随着冷却辊与挤压胶辊压力的变化以及原料的不同、电压的高低等因素的变化而有所变化。”

2009年6月30日，陕西省高级人民法院对本案进行再审。该次庭审的法庭记录并未记载法庭对上海锡盛公司和施某、吕某之间的红利诉讼及款项执行的事实、无锡锡盛电缆材料有限公司股权转让和法定代表人变更的事实进行了查明，亦未记载对相关证据进行了庭审质证和辩论。

2007年10月25日，高德公司出具了《西安市中级人民法院委托对西安秦邦电信材料有限责任公司与无锡市隆盛电缆材料厂、上海锡盛电缆材料有限公司、西谷光纤光缆有限公司一案因侵权造成损失的评估报告书》。该报告书上加盖有高德公司注册资产评估师冯某和闫某的印章。2007年12月26日一审法院庭审过程中，高德公司委派该公司两位工作人员王某和韩某出庭，对本案双方当事人提出的质疑和问题进行了解释和说明。

本院认为，本案侵权行为发生在2008年修正的专利法施行之前，应适用2000年修正的专利法。根据申请再审人的再审理由、被申请人的答辩以及庭审情况，本案双方当事人争议的主要问题是：再审判决是否违反法定程序，剥夺当事人的辩论权利；使用本案专利方法生产的平滑型金属屏蔽复合带是否为新产品及本案应否适用举证责任倒置；本案被诉侵权方法是否落入本案专利权利要求1的保护范围；本案鉴定意见是否程序违法以及可否采信；本案侵权损失评估报告是否程序违法以及可否采信；再审判决在认定侵权成立的基础上判令二申请再审人承担连带赔偿责任是否妥当。

（一）再审判决是否违反法定程序，剥夺当事人的辩论权利

再审判决另查明的关于施某、吕某与上海锡盛公司之间的红利诉讼及款项执行的事实，有施某和吕某落款日期为2007年11月8日的民事起诉状两份、江苏省无锡市中级人民法院2007年9月20日上午的谈话及调解笔录两份、（2007）锡民二初字第299号民事调解书、（2007）锡民二初字第300号民事调解书、（2007）锡执字第362号执行令、（2007）锡执字第362号-1民事裁定书、（2007）锡执字第363号执行令、（2007）锡执字第363号-1民事裁定书、（2007）锡执字第363号协助执行通知书、江苏省无锡市中级人民法院2007年12月7日下午的执

行笔录等材料佐证。再审判决另查明的关于无锡隆盛厂将一审法院查封保全的侵权证据生产设备全部转移的事实，有一审法院执行部门对周某、吕某作的《谈话笔录》以及一审法院执行部门调查时拍摄的无锡隆盛厂的照片等证据佐证。关于无锡锡盛电缆材料有限公司股权转让和法定代表人变更的事实，系再审法院依职权调查获知。2009年6月30日，陕西省高级人民法院对本案进行再审开庭时，法庭笔录中并未记载对于上述事实进行了查明，亦未记载对相关证据进行了质证。

尽管（2007）锡民二初字第299号民事调解书、（2007）锡民二初字第300号民事调解书属于人民法院发生法律效力裁判，但是上述裁判文书本身并未认定施某、吕某与上海锡盛公司之间的红利诉讼及款项执行的事实，而是以其记载的内容来证明案件事实。就施某、吕某与上海锡盛公司之间的红利诉讼及款项执行的事实这一证明对象而言，（2007）锡民二初字第299号民事调解书和（2007）锡民二初字第300号民事调解书属于证明案件事实的书证。上述证据应当在法庭上出示，由当事人质证，否则不能作为认定案件事实的依据。即使对于已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实，也应该在庭审中提示该裁判文书，给予当事人以答辩和提交证据予以反驳的机会。一审法院执行部门对周某、吕某作的《谈话笔录》以及一审法院执行部门调查时拍摄的无锡隆盛厂的照片、再审法院依职权调查获知的证据材料等，同样应向当事人出示，给予其质证的机会。再审法院对于上述另查明的事实所依据的证据材料，未在法庭上出示，没有给当事人发表质证意见的机会，违反法定程序。但是，再审判决所认定的上述事实对本案判决结果并无实质影响，即使申请再审人对于认定上述事实的证据的辩论权被剥夺，也不影响再审判决结果。因此，对于申请再审人的上述申请再审理由，本院不予支持。

（二）使用本案专利方法生产的平滑型金属屏蔽复合带是否为新产品及本案应否适用举证责任倒置

如果一种产品制造方法专利的技术方案给使用该专利方法制造的产品带来了区别于专利申请日前同类产品的新的结构特征，则使用该专利方法制造的产品可以认定为专利法第五十七条第二款意义上的新产品。根据本案专利权利要求书和说明书的记载，本案专利提供了一种新的平滑型金属屏蔽复合带产品制

造方法。这种新制造方法要求塑料薄膜与金属箔带表面之间进行凹凸不平的非纯平面结合，与现有技术的纯平面粘合有了显著区别，使得使用该专利方法制造的平滑型金属屏蔽复合带形成了区别于本案专利申请日前同类产品的结构特征。这种新的结构特征导致使用本案专利方法制造的产品在质量和性能方面与本案专利申请日前同类产品具有明显差别。因此，可以认定利用本案专利方法制造的平滑型金属屏蔽复合带属于专利法第五十七条第二款意义上的新产品。原一、二审及再审判决认定利用本案专利方法所生产的平滑型金属屏蔽复合带为新产品，并无不当。

根据专利法第五十七条第二款的规定，适用举证责任倒置需要具备两个条件：一是使用专利方法制造的产品属于新产品，二是使用被诉侵权方法制造的产品与使用专利方法制造的产品属于相同产品。专利权人对上述两个条件应承担举证责任。当产品制造方法专利的技术方案给使用该专利方法制造的产品带来了区别于专利申请日前同类产品的新的结构特征，并使其区别于已有产品时，权利人应该证明使用被诉侵权方法制造的产品具有该结构特征。本案专利方法给产品带来了新结构特征，即塑料薄膜与金属箔带表面之间进行凹凸不平的非纯平面结合。鉴定中心的鉴定报告以本案双方当事人产品所用的原材料相同（均包括铝箔和塑料）、产品的结构相同（均采用流延工艺在铝箔两面复合乙烯-丙烯酸共聚物或乙烯-甲基丙烯酸共聚物）、执行标准相同（均为YD/T723.1~723.3-94）为由，认定申请再审人生产的产品与使用本案专利方法生产的产品相同。该鉴定意见是以西安秦邦公司实际生产的产品与使用被诉侵权方法生产的产品进行对比，并非以本案专利方法为基础，将使用专利方法生产的产品与使用被诉侵权方法生产的产品进行对比，比对对象存在错误。同时，鉴定意见未考虑本案专利方法给产品带来的新结构特征，亦未考虑利用被诉侵权方法生产的产品是否具有该结构特征，有所不当。原一审判决采信上述鉴定意见，认定使用本案被诉侵权方法制造的产品与使用本案专利方法制造的产品属于相同产品，进而认定应由申请再审人承担其铝塑复合带生产方法不同于本案专利方法的举证责任，原二审判决和再审判决均认同上述结论，亦有不当。

（三）本案被诉侵权方法是否落入本案专利权利要求1的保护范围

判断被诉侵权技术方案是否落入专利权利要求保护范围，应该将专利权利要求记载的全部技术特征与被诉侵权技术方案的全部技术特征进行一一对比。凡是记载入专利权利要求的技术特征，均应进行对比。经过对比，如果被诉侵权技术方案的技术特征与专利权利要求记载的技术特征相同或者等同，则被诉侵权技术方案落入专利权的保护范围；如果被诉侵权技术方案缺少专利权利要求记载的一个以上的技术特征，或者有一个以上技术特征不相同也不等同，则不落入专利权的保护范围。

根据本案专利权利要求1的记载，本案专利方法的技术特征是：1、一种平滑型金属屏蔽复合带的制作方法，是将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合，使复合带与光缆、电缆纵包模具或定径模具之间形成点接触，以减小摩擦力，避免电缆起包、漏气、脱膜及断带；2、将原金属箔带开卷伸直，进行前预热处理；3、将塑料熔体或塑料膜通过温度为 35°C — 80°C ，直径为 $\phi 240\text{mm}$ — $\phi 600\text{mm}$ ，目数为40目—85目的粗糙面细目钢辊，与直径为 $\phi 160\text{mm}$ — $\phi 480\text{mm}$ 传动金属箔带的挤压辊，相互转动，使塑料膜的表面形成 0.04 — 0.09mm 厚的凹凸不平粗糙面，热挤压在金属箔带一面的基材上；4、将带有塑料膜的金屬箔经过导辊、弹簧辊传动，再经倒向辊翻面，对另一面金属箔进行塑料膜热挤压复合处理；5、将复合处理后的复合带通过运行时线速度为 $10\text{m}/\text{min}$ — $80\text{m}/\text{min}$ 的导辊进入加热烘箱，进行后加热处理，加热温度为 250°C — 400°C ；6、根据传动线速度，调整加热温度，使复合带的粗糙度在后工序处理过程中破坏最小，并使拉毛的塑料表面形成新的带有圆弧过渡的凹凸不平粗糙面，以加强复合带的剥离强度和塑料塑化的定型；7、对后加热处理过的复合带进行冷却处理并收卷。申请再审人对其被诉侵权方法是否与本案专利方法技术特征（1）、（3）、（5）相同或者等同有异议，对其被诉侵权方法与本案专利方法的其他技术特征相同或者等同无异议。针对申请再审人有异议的技术特征，本院分析如下：

1、被诉侵权方法塑料薄膜与金属箔带表面的结合方式是否与本案专利权利要求1记载的“将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”的技术特征相同或者等同。

对此，首先需要确定专利权利要求这一技术特征的含义。在确定权利要求的术语的含义时，可以运用说明书及附图、权利要求书中的相关权利要求、专利审查档案进行解释，但应注意不能把包含专利所要克服的技术缺陷的技术方案纳入权利要求的保护范围。结合专利说明书的记载，已有工艺方法的缺陷是塑料薄膜与金属箔带层是纯平面粘合，即塑料薄膜与金属箔带粘合的一面以及金属箔带的表面均为平面。为克服这一缺陷，必然要求塑料薄膜与金属箔带结合的两个表面，其中至少有一个面凹凸不平。因此，专利权利要求1关于“将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”的记载，应该理解为塑料薄膜与金属箔带表面粘合的方式是“凹凸不平的非纯平面粘合”，即塑料薄膜与金属箔带结合的两个表面，其中至少有一个面是凹凸不平的。

从本案查明的事实看，申请再审人生产的铝塑复合带，其塑料膜层与铝箔带之间采用传统工艺下的平面粘合，即塑料薄膜与金属箔带粘合的一面以及金属箔带的表面均为平面，通过传送塑料膜的钢辊与传动金属箔带的挤压辊相互挤压而粘合在一起。根据专利说明书对现有技术缺陷的描述，由于塑料薄膜与金属箔带表面进行纯平面粘合是本案专利要克服的技术缺陷，所以被诉侵权方法采用塑料膜层与铝箔带平面粘合的现有技术手段，与权利要求1记载的“将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”的技术特征，二者既不相同也不等同。鉴定意见附件1-2虽然认定被诉侵权工艺中“铝箔表面与塑料薄膜之间为传统工艺下的平面粘合”，但又以本案专利权利要求1和被诉侵权方法所实现的目的相同，都是为了在复合带塑料膜表面形成凹凸不平的粗糙面为由，认为二者“是对其产品的各自表述”。该鉴定意见实际上将复合带塑料膜表面的凹凸不平粗糙面等同于塑料薄膜与金属箔带表面粘合的一面。该鉴定意见对“将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”的解释，实际上造成了对这一技术特征的忽略，进而把具有专利所要克服的技术缺陷的技术方案纳入权利要求的保护范围之内，结论有误。

被申请人辩称，根据公知常识，没有任何物体表面是纯平面的，被诉侵权方法中塑料膜层与铝箔带之间采用传统工艺下的平面粘合与专利权利要求1记载的“塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”实质相同。本院认为，这种解释不能成立。本案专利说明书指出，现有技术的缺陷是塑料薄膜与

金属箔带表面进行纯平面粘合，这是本案专利所要克服的。如果把任何物体表面都理解为凹凸不平的非纯平面，那么现有技术中塑料薄膜与金属箔带表面的粘合也属于凹凸不平的非纯平面粘合，现有技术的缺陷就不存在了。被申请人的上述主张不能成立，本院不予支持。

综上，原一、二审判决以及再审判决基于鉴定意见认定被诉侵权方法的本项技术特征与专利权利要求1的相应技术特征相同，结论有误。再审申请人关于本项技术特征的申请再审理由成立，应予支持。

2、被诉侵权方法传送塑料膜的钢辊的温度是否与专利权利要求1记载的相应技术特征“35℃—80℃”相同或者等同。

首先，被诉侵权人是否对此问题提出过鉴定申请。尽管被诉侵权人无锡隆盛厂和上海锡盛公司在2006年9月25日的鉴定申请中没有提出就此问题进行鉴定，但是在2006年12月25日提交一审法院的鉴定申请中，被诉侵权人已经提出将本案专利权利要求1中第(2)、(3)、(4)项载明的技术特征与无锡隆盛厂被诉侵权方法中相应的特征是否相同作为鉴定内容。这一事实与同日一审法院同被诉侵权人的谈话笔录相互印证。传送塑料膜的钢辊的温度记载在本案专利权利要求1的步骤(2)中，应当认为被诉侵权人已经对被诉侵权方法中传送塑料膜的钢辊的温度与专利权利要求1中的相应技术特征是否相同或者等同提出了鉴定申请。

其次，被诉侵权人提交的《铝塑复合带相关生产工艺段的说明》的内容。在2006年12月25日提交一审法院的《铝塑复合带相关生产工艺段的说明》中，被诉侵权人无锡隆盛厂对被诉侵权方法的相关工艺段进行了说明。该《说明》既涉及到被诉侵权方法与本案专利权利要求1的技术方案的不同之处，也涉及到其与本案专利权利要求1的技术方案的一致或者相近之处。因此，应该认为，该《说明》仅仅是无锡隆盛厂对其被诉侵权方法相关工艺的介绍和澄清，从而为鉴定提供参考依据，而非一一列举其与本案专利技术方案的相同之处。

最后，被诉侵权人提交的《铝塑复合带相关生产工艺段的说明》能否证明其自认被诉侵权方法传送塑料膜的钢辊的温度与专利权利要求1记载的相应技术特征相同或者等同。由于该《说明》仅仅是无锡隆盛厂对其被诉侵权方法相关工艺的介绍和澄清，而非一一列举其与本案专利技术方案的相同之处，因此仅

凭该《说明》未提及被诉侵权方法传送塑料膜的钢辊的温度这一事实，不足以证明被诉侵权人自认其生产工艺中传送塑料膜的钢辊的温度与专利权利要求1记载的相应技术特征相同或者等同。况且，被诉侵权人已经提出将本案专利权利要求1中第(2)、(3)、(4)项载明的技术特征与无锡隆盛厂被诉侵权方法中相应的特征是否相同作为鉴定内容。在此情况下，鉴定中心在实地勘测时未测量被诉侵权方法中传送塑料膜的钢辊的温度，而以被诉侵权人承认其钢辊的温度与权利要求记载的温度相同为由，认定二者相同，缺乏事实依据，结论过于草率。

因此，原一、二审判决以及再审判决以被诉侵权人无锡隆盛厂认可两者的温度相同为由，认定被诉侵权方法的该项技术特征与专利权利要求1的相应技术特征相同，缺乏事实依据。再审申请人关于本项技术特征的申请再审理由成立，应予支持。

3、被诉侵权方法中传送塑料膜的钢辊的表面结构是否与专利权利要求1记载的相应技术特征“目数为40目-85目的粗糙面细目钢辊”相同或者等同。

首先，需要明确权利要求1的步骤(2)中记载的“目数为40目-85目的粗糙面细目钢辊”的含义。根据《粉末冶金原理》第140页对“目”的定义，习惯上以网目数(简称目)表示筛网的孔径和粉末的粒度。所谓目数是筛网1英寸长度上的网孔数。所以“目”既可以表示筛网的孔径，也可以表示粉末的粒度。如果将“目”解释为筛网的孔径，则“目数为40目-85目的粗糙面细目钢辊”应该解释为该钢辊的表面每英寸具有40个到85个网孔数。如果将“目”解释为粉末的粒度，则该技术特征应该解释为该钢辊的表面经由粒度为40目到85目的砂粒或者丸粒喷射处理过。根据专利说明书第2页关于“细目钢辊的外表毛面结构”的描述，既然细目钢辊的外表呈毛面结构，则该细目钢辊的表面应经喷砂或者喷丸形成。结合《复合材料包装》第108页关于冷却辊的表面状态“呈毛玻璃状”的记载、《电线电缆用铝塑复合带的研制》第2.2.3节关于“一般冷却辊分为光辊和毛辊两种。在复合实验过程中，采用毛辊可以减轻粘辊现象”的记载以及《塑料机械的使用与维护》关于“涂覆在基材表面的薄膜会重现冷却辊的表面状态……冷却辊表面光洁程度有镜面，半镜面，喷砂表面，还有特殊花纹表面等……半镜面，表面粗糙度Ra为0.015-0.1 μ m。若生产不透明薄膜，应选用喷砂表面，表面粗糙

度为 $0.05-0.1\mu\text{m}$ ”的记载可知，在本案专利所属的金属屏蔽复合带加工领域，使用毛辊是一种普遍做法。因此，本领域普通技术人员根据本案权利要求书和说明书的记载，可以理解“目数为40目-85目的粗糙面细目钢辊”是指利用40目到85目粒度的砂粒或者丸粒喷射处理过的毛面辊。

其次，关于被诉侵权方法使用的传送塑料膜的钢辊的表面结构。鉴定中心在实地勘测时未测量被诉侵权方法使用的传送塑料膜的钢辊的表面结构，而是通过一系列推理步骤推导出该钢辊的表面结构特征。其推理过程是，先将使用被诉侵权方法制造的铝塑复合带塑料薄膜外表面的粗糙度等同于被诉侵权方法的钢辊的表面粗糙度，然后再通过钢辊的表面粗糙度推导出喷砂（丸）的目数。铝塑复合带塑料薄膜的外表面经由传送该塑料薄膜的钢辊挤压形成，因此铝塑复合带塑料薄膜外表面的粗糙度与钢辊的表面粗糙度确实存在一定的对应关系。此外，根据《抛（喷）丸、喷砂表面粗糙度比较样块国家标准介绍》等文献的记载，目数和表面粗糙度之间亦存在一定的对应关系。因此，专家组根据使用被诉侵权方法生产的铝塑复合带塑料膜层的粗糙度值 $Ra2.47\mu\text{m}-Ra3.53\mu\text{m}$ ，对照《抛（喷）丸、喷砂表面粗糙度比较样块国家标准介绍》表5，换算出被诉侵权方法细目钢辊喷砂（丸）的目数为75目-100目，存在一定的合理性。

最后，被诉侵权方法细目钢辊喷砂（丸）的目数与专利权利要求1记载的相应技术特征是否相同或者等同。被诉侵权方法细目钢辊喷砂（丸）的目数为75目-100目，专利权利要求1记载的相应技术特征为“目数为40目-85目的粗糙面细目钢辊”，二者存在重合部分。同时，由于在对细目钢辊进行喷砂（丸）处理时，所用砂（丸）的粒径不可能完全均匀统一，一般控制在一定数值范围内即可。从《抛（喷）丸、喷砂表面粗糙度比较样块国家标准介绍》表5可以看出，当砂（丸）的粒径控制在一定数值范围内，且其他工艺条件保持不变的情况下，砂（丸）粒径的小幅波动对于经喷砂（丸）处理的金属表面粗糙度的变化影响较小。因此，尽管与专利权利要求1记载的相应技术特征的数值范围相比，被诉侵权方法细目钢辊喷砂（丸）的目数稍有超出，但是这种超出并未对经喷砂（丸）处理的金属表面粗糙度的变化造成显著影响。二者以基本相同的手段，完成

基本相同的功能，实现的效果也基本相同，本领域普通技术人员非经创造性劳动即可联想到。因此，被诉侵权方法细目钢辊喷砂（丸）的目数与专利权利要求1记载的相应技术特征构成等同。

综上，鉴定意见认定被诉侵权方法细目钢辊喷砂（丸）的目数与专利权利要求1记载的相应技术特征构成等同，原一、二审及再审法院采信该结论，并无明显不当。但应指出的是，喷砂（丸）目数和表面粗糙度之间的对应关系要受到一系列因素如喷丸空气压力、抛丸器叶轮转速、弹丸材质、工件材质等的影响，利用表面粗糙度推导喷砂（丸）的目数，难免存在一定误差。不过，这种误差对于喷砂（丸）目数的测定而言，仍属合理范围，是可以接受的。此外，鉴定结论在认定被诉侵权方法细目钢辊喷砂（丸）的目数与专利权利要求1记载的相应技术特征构成等同时，未给出充分的分析和说理，结论草率，有失严谨。

4、关于被诉侵权方法所使用的塑料膜表面凹凸不平粗糙面的厚度与权利要求1记载的相应技术特征“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”是否等同。

鉴定意见认为，权利要求1记载的“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”，应当解释为塑料膜本身的厚度，因为专利说明书实施例记载的0.04mm、0.09mm和0.07mm均为塑料膜的厚度，与申请再审人使用的塑料膜表面粗糙度 $Ra1.8\mu m-5\mu m$ （实测为 $Ra2.47\mu m-3.53\mu m$ ）没有可比性。而申请再审人使用的塑料膜的厚度为0.055mm-0.070mm，故二者等同。对于该项技术特征的比较，本院分析评判如下：

首先，权利要求1记载的“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”的含义。该技术特征含义的解释，涉及其用语与本领域通常用语的关系、其与本案专利说明书实施例中提及的塑料膜的厚度的关系、专利权人在无效宣告过程中的陈述、权利要求解释的界限等问题。第一，权利要求1记载的“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”的用语与本领域通常用语的关系。专利撰写人是专利申请文件用语的创作者，其可以选择本领域的通常用语，也可以根据实际需要创造自己认为合适的用语。确定专利撰写人创造的用语的含义，应该从本领域技术人员的角度出发，结合本领域技术人员在阅读权

利要求书、说明书和附图后所理解的特殊含义进行，而不能简单地以该术语不属于本领域的通常用语为由，以本领域的通常用语取代专利撰写人的特殊用语。就“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”这一用语而言，本领域普通技术人员可以理解，其含义是指塑料膜表面凹凸不平粗糙面的厚度为0.04-0.09mm，即塑料膜表面形成0.04-0.09mm（40 μ m-90 μ m）的凹凸落差表面结构，这一含义是清楚、确定的。被申请人西安秦邦公司以本领域不存在“塑料薄膜表面凹凸不平粗糙面厚度”的说法为由，否定其在权利要求中所撰写的特殊用语，依据不足。第二，权利要求1记载的“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”与本案专利说明书实施例中提及的塑料膜的厚度的关系。解释权利要求的术语的含义时，根据文本解释的一般原则，应当认为权利要求中使用的同一术语具有相同含义，不同术语具有不同含义；权利要求中的每一个术语均有其独立意义，不得解释为多余。其理由在于，专利申请的撰写者既然有意选择不同术语或者有意使用该术语，则表示该术语应有其不同含义或者独立含义，除非说明书对此给出了明确的、相反的指示。当然，上述原则只是一种指引而非一成不变的规则。在解释权利要求用语的含义时，需要结合本领域技术人员在阅读权利要求书、说明书和附图后的通常理解进行。本案专利权利要求1使用了“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”的表述，这一表述强调了塑料膜表面凹凸落差的表面结构及其数值，与实施例中所使用的塑料薄膜厚度的说法存在区别，在说明书未给出进一步的解释和说明的情况下，应该认为两者具有不同含义。此外，如果把“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”的表述解释为塑料膜的厚度为0.04-0.09mm，则该表述中的“表面”以及“粗糙面”等用语实际上成为多余。第三，专利权人在专利无效宣告过程中的陈述。在本案专利的无效宣告程序中，无锡隆盛厂主张，根据本案专利所记载的工艺流程，即以40目—85目的粗糙面细目钢辊与挤压辊相互转动，在满足把塑料膜或塑料熔体粘压在一起，且使塑料膜保持在0.04mm—0.09mm厚度情况下，无法实现金属箔带与塑料薄膜表面凹凸不平的非纯平面粘合的技术目的，并以此主张本案专利不具备实用性。对此，西安秦邦公司在陈述意见时明确否定本案专利说明书中有“塑料膜保持在0.04-0.09mm的厚度”的记载，表明在无效宣告程序中其自身也不认为“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹

凸不平粗糙面”是指“塑料膜厚度为0.04-0.09mm”。第四，权利要求解释的界限。根据专利法第五十六条的规定，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。因此，权利要求内容的确定，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进行。但是，当本领域普通技术人员对权利要求相关表述的含义可以清楚确定，且说明书又未对权利要求的术语含义作特别界定时，应当以本领域普通技术人员对权利要求自身内容的理解为准，而不应当以说明书记载的内容否定权利要求的记载，从而达到实质修改权利要求的结果，并使得专利侵权诉讼程序对权利要求的解释成为专利权人额外获得的修改权利要求的机会。否则，权利要求对专利保护范围的公示和划界作用就会受到损害，专利权人因此不当获得了权利要求本不应该涵盖的保护范围。当然，如果本领域普通技术人员阅读说明书及附图后可以立即获知，权利要求特定用语的表述存在明显错误，并能够根据说明书和附图的相应记载明确、直接、毫无疑义地修正权利要求的该特定用语的含义的，可以根据说明书或附图修正权利要求用语的明显错误。但是，本案中的权利要求用语并不属于明显错误的情形。本案专利权利要求1的“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”的含义是清楚、完整的，是指塑料膜表面凹凸不平粗糙面的厚度为0.04-0.09mm。本案专利说明书对于技术方案的描述过于简单，既未对“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”进行详细说明，又未对塑料薄膜的厚度进行限定和解释，而仅仅在实施例中提及了塑料薄膜的厚度分别为0.04mm、0.09mm和0.07mm。在此情况下，本领域普通技术人员在阅读权利要求书和说明书之后，难以形成权利要求1中“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”这一表述实际上应为“塑料膜厚度为0.04-0.09mm”的认识。虽然“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”这一表述中“0.04-0.09mm”的数值范围与实施例中塑料膜厚度数值之间较为接近并存在重叠，但是简单地以此为由认为该表述存在明显错误，并进而将塑料膜表面凹凸不平粗糙面的厚度修正为塑料膜的厚度，依据不足。因此，本案专利权利要求1中“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”，其含义是指塑料膜表面凹凸不平粗糙面的厚度为0.04-0.09mm，即塑料膜表面形成0.04-0.09mm（40 μm-90 μm）的凹凸落差表面结

构，而非塑料膜的厚度为0.04-0.09mm。

其次，被诉侵权方法中塑料膜表面粗糙度与权利要求1记载的“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”是否构成相同或者等同。根据《表面粗糙度、术语、表面及其参数》（GB3505-83）的记载，表面粗糙度是指加工表面上具有的较小间距和峰谷所组成的微观几何形状特性，通常以取样长度内轮廓峰高绝对值的平均值与轮廓峰谷绝对值的平均值之和表示。申请再审人使用的塑料膜表面粗糙度为 $Ra1.8\mu m-5\mu m$ （实测为 $Ra2.47\mu m-3.53\mu m$ ）。这与本案专利权利要求1所要求的塑料膜表面形成0.04-0.09mm（ $40\mu m-90\mu m$ ）的凹凸落差表面结构相差很大，与本案专利方法既不相同，也难以认定等同。

综上，鉴定意见对“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”这一技术特征的解释错误，在此基础上认为被诉侵权方法的相应技术特征与该项技术特征构成相同或等同，结论有误。原一、二审及再审判决对此予以采信，结论亦有误。再审申请人关于本项技术特征的申请再审理由成立，应予支持。

5、被诉侵权方法生产铝塑复合带的线速度和后加热处理温度与专利权利要求1分别记载的相应技术特征“ $10m/min-80m/min$ ”和“ $250^{\circ}C-400^{\circ}C$ ”是否等同。

本案鉴定中心在实地勘测时，对被诉侵权方法生产铝塑复合带的线速度进行了勘测，其现场生产速度为 $8m/min$ ，后处理温度为 $184^{\circ}C$ （生产仪表显示 $195^{\circ}C$ ）。经检测，在这种工艺条件下生产出的复合带的剥离强度未达到行业标准。相反，一审法院保全的申请再审人《流延复合铝带生产工艺流程单》记录的线速度却是“ $29m/min$ ”，且其记载该生产条件下的产品合格。《流延复合铝带生产工艺流程单》记录的线速度是申请再审人生产铝塑复合带的原始记录，反映了其正常情况下的生产工艺参数，真实可信。在此情况下，鉴定意见不以实地勘测的线速度作为比较依据，而以《流延复合铝带生产工艺流程单》记录的线速度为比较依据，并进而认定被诉侵权方法生产铝塑复合带的线速度落入专利权利要求1的相应技术特征“ $10m/min-80m/min$ ”的范围之内，并无不当。

在保证铝塑复合带质量的前提下，生产铝塑复合带的线速度与后加热处理温度存在密切关联。提高线速度，后加热处理温度应有相应提高。由于被诉侵

权方法正常生产铝复合带的线速度29 m/min比实地勘测时的线速度8m/min有相当大的提高，根据科学经验和常识，被诉侵权方法正常生产时的后加热温度亦应比实地勘测时的现场后加热温度有相应提高。所以，鉴定意见不以现场测试的后加热温度184℃为比较依据，而是根据科学经验和常识，推断线速度在29 m/min的情况下，其后加热温度要有相应提高，并进而认为被诉侵权方法的后加热温度与权利要求1记载的后加热温度等同，具有合理性。

因此，生产铝塑复合带的线速度与专利权利要求1记载的相应技术特征构成相同，被诉侵权方法生产铝塑复合带的后加热处理温度与专利权利要求1记载的相应技术特征构成等同。再审申请人关于本两项技术特征不相同不等同的再审理由不能成立。

综上，被诉侵权方法技术方案中塑料薄膜与金属箔带表面的结合方式与本案专利权利要求1记载的“将塑料薄膜与金属箔带表面进行凹凸不平的非纯平面粘合”的技术特征既不构成相同，又不构成等同；被诉侵权方法技术方案中塑料膜表面凹凸不平粗糙面的厚度与权利要求1记载的相应技术特征“使塑料膜的表面形成0.04-0.09mm厚的凹凸不平粗糙面”既不构成相同，亦不构成等同。鉴定意见认定该上述两项技术特征相同或者等同，结论有误；认定被诉侵权方法中传送塑料膜的钢辊的温度与专利权利要求1记载的相应技术特征“35℃-80℃”构成相同，缺乏事实依据。由于被诉侵权方法技术方案有一项以上的技术特征与本案专利权利要求1的相应技术特征既不相同又不构成等同，被诉侵权方法技术方案没有落入专利权利要求1的保护范围。原一、二审判决及再审判决认定被诉侵权方法技术方案落入专利权利要求1的保护范围，结论有误。

（四）本案鉴定意见是否程序违法以及可否采信

申请再审人提出，鉴定人王某、宋某和侯某应该回避而未回避，鉴定复议程序中更换的刘某、聂某、张某三位鉴定人未进行事先告知，鉴定程序违法，不应采信。对此，本院分析如下：

1、鉴定人王某和宋某是否应当回避。首先，王某是北京邮电大学的高级工程师，其与西安秦邦公司的法定代表人杭某曾共同发表《通讯光缆电缆用金属塑料复合带的实验研究与分析》一文，且杭某曾向北京邮电大学自动化学院教育基金捐款5000元。上述事实表明，西安秦邦公司的法定代表人杭某与鉴定人

王某存在相对密切的联系。其次，宋某是北京通和实益电信科学技术研究所有限公司的工作人员，其所在公司与上海网讯公司共同参与起草了有关通信行业标准的制定。西安秦邦公司法定代表人杭某和该公司副总经理王某均为上海网讯公司的股东，且杭某还是该公司的总经理。由此可以推知，宋某与西安秦邦公司的主要管理人员较为熟悉。最后，从本案鉴定中心选择的上述两名外省专家来看，其均与被申请人西安秦邦公司存在一定的关系，有可能影响鉴定意见的客观性和公正性。因此，鉴定人王某和宋某应该回避。原一、二审判决及再审判决以申请再审人在得知王某、宋某参加鉴定专家组时未提出回避申请，不能证明该两位鉴定人与西安秦邦公司有法律意义的利害关系等为由，认定王某、宋某不属于回避范围，适用法律错误。申请再审人的相应申请再审理由成立，应予支持。

2、鉴定人侯某是否应当回避。2007年4月13日，鉴定中心的法定代表人、鉴定人侯某参加由陕西省法学会科技法学研究会主办，西安交通大学知识产权研究中心和西安秦邦公司共同承办的研讨会，侯某与西安秦邦公司法定代表人杭某在会上分别进行了发言。侯某参会系受西安市科技局的指派，西安秦邦公司法定代表人杭某系陕西省法学会科技法学研究会会员，并系该次研讨会承办单位之一，二人共同参加研讨会具有合理理由。而且，仅凭鉴定人侯某与西安秦邦公司法定代表人杭某共同参加由西安秦邦公司共同承办的研讨会这一事实，并不足以证明侯某与西安秦邦公司存在一定的利害关系，也不足以证明可能影响本案鉴定意见的客观性和公正性。申请再审人仅以此为由主张鉴定人侯某应当回避，依据不足，本院不予支持。

3、鉴定复议程序中更换刘某、聂某、张某三位鉴定人是否存在程序违法。本案鉴定复议程序中，鉴定中心更换了刘某、聂某、张某三位鉴定人，但并未事先告知申请再审人，程序上确实存在一定的瑕疵。但是，申请再审人并无证据证明该三位鉴定人不具备相应的鉴定资格条件或者与本案具有某种关系并可能影响复议意见的客观性和公正性。申请再审人仅以鉴定复议程序的上述瑕疵为由，主张本案鉴定意见不应采信，依据不足，本院不予支持。

综上，由于本案鉴定人王某和宋某应当回避而未予回避，可能影响本案鉴定意见的客观性和公正性。而且，前述对本案鉴定意见的分析已经表明，本案

鉴定意见在权利要求1相关技术特征含义的解释及技术特征对比中存在错误。因此，本案鉴定意见不应采信。原一、二审判决及再审判决采信鉴定意见的结论，并在此基础上作出判决，结论错误，应予纠正。申请再审人的部分申请再审理由成立，应予支持。

（五）本案侵权损失评估报告是否程序违法以及结论可否采信

1、本案侵权损失评估报告是否程序违法。本案中，高德公司出具的侵权损失评估报告由该公司注册资产评估师冯某和闫某作出。虽然该两位评估师并未出庭接受质询，但在2007年12月26日一审法院庭审过程中，高德公司已经委派该公司另外两位工作人员出庭接受质询，并当庭对本案双方当事人提出的质疑和问题进行了解释和说明。因此，申请再审人关于本案侵权损失评估报告未进行充分有效质证，相关评估人员未出庭接受质询的主张依据不足，本院不予支持。

2、本案侵权损失评估报告的结论可否采信。首先，本案侵权损失评估报告确认侵权收入所依据的产品类别。从高德公司出具的侵权损失评估报告来看，无锡隆盛厂生产、销售的产品中，确实包括钢带、铝带、字带等不同类别产品。但是，本案侵权损失评估报告在第7页第5-8行中明确指出，其系根据西安秦邦公司提供的有关侵权产品类别，依据无锡隆盛厂提供凭证中发票品名为铝带、铝塑复合带的收入确认侵权收入。因此，本案侵权损失评估报告仅以无锡隆盛厂销售的铝带、铝塑复合带的收入确认侵权收入，并未包含所谓的钢带和字带的收入。申请再审人关于该评估报告书将无锡隆盛厂生产的钢带、铝带、字带三种产品的销售收入均作为铝带的销售收入的主张，与事实不符，本院不予支持。其次，本案侵权损失评估报告确认侵权收入所依据的生产方法。本案中，申请再审人未提供充分证据证明其生产方法中既有“流延法”，又有“热贴法”，本案侵权损失评估报告未区分上述两种方法，而将全部的铝带和铝塑复合带的收入作为确认侵权收入的基础，并无不当。申请再审人的相应申请再审理由不能成立。但应说明的是，由于本案被诉侵权方法未落入专利保护范围，本案侵权损失评估报告已经失去法律基础。

（六）再审判决在认定侵权成立的基础上判令二申请再审人承担连带赔偿责任是否妥当

二申请再审人于2002年11月28日共同给用户出具的《情况说明》表明，上海锡盛公司不仅由无锡隆盛厂设立，还全权代理无锡隆盛厂的一切业务，二者之间存在密切的关联关系。其中无锡隆盛厂负责生产，上海锡盛公司负责销售，两者共同实施了本案被诉侵权行为。原一、二审及再审判决在认定本案被诉侵权方法落入专利保护范围、二申请再审人的行为构成侵犯本案专利权的基础上，判令其承担连带赔偿责任，并无不当。申请再审人的相应申请再审理由不能成立。但是，鉴于本案被诉侵权方法未落入专利保护范围，二申请再审人的行为不构成侵犯本案专利权，原一、二审及再审判决判令二申请再审人承担连带赔偿责任已经失去法律基础，本院一并予以纠正。

综上，申请再审人关于本案举证责任分配错误、被诉侵权方法未落入专利权利要求1的保护范围、鉴定意见程序违法等申请再审理由成立。本案被诉侵权方法技术方案有一项以上的技术特征与本案专利权利要求1的相应技术特征既不相同又不构成等同，被诉侵权方法未落入专利权利要求1的保护范围。无锡隆盛厂、上海锡盛公司不构成侵犯本案专利权，西古公司使用无锡隆盛厂、上海锡盛公司生产的铝塑复合带产品的行为亦不构成侵权。原一、二审及再审判决认定被诉侵权方法落入本案专利权保护范围，二申请再审人无锡隆盛厂、上海锡盛公司的生产、销售行为构成专利侵权，西古公司使用二申请再审人生产的铝塑复合带产品的行为构成专利侵权，缺乏证据证明，适用法律错误，应予纠正。依据《中华人民共和国专利法》（2000年修正）第五十六条第一款、第五十七条第二款，《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》第十七条，《中华人民共和国民事诉讼法》第四十五条、第一百八十六条第一款、第一百五十三条第一款第（二）项、第（三）项之规定，判决如下：

一、撤销陕西省高级人民法院（2009）陕民再字第35号民事判决、（2008）陕民三终字第18号民事判决和陕西省西安市中级人民法院（2006）西民四初字第53号民事判决；

二、驳回西安秦邦电信材料有限责任公司的诉讼请求。

一审案件受理费191800元，证据保全费100元，技术鉴定费150000元，评估费55000元，二审案件受理费191800元，均由西安秦邦电信材料有限责任公司负担。

本判决为终审判决。

审 判 长 金克胜
代理审判员 朱 理
代理审判员 郎贵梅

二 〇 一 二 年 八 月 二 十 四 日

书 记 员 张 博