

甘肃省高级人民法院 民事判决书

(2015)甘民三终字第8号

上诉人(原审被告)郑银冕,男,汉族,1980年10月25日出生,住甘肃省平凉市崆峒区东大街9号。

被上诉人(原审原告)刘录怀,男,汉族,1965年11月7日出生,住陕西省凤翔县城关镇东湖路056号。

上诉人郑银冕因与被上诉人刘录怀侵害发明专利权纠纷一案,不服兰州市中级人民法院(2014)兰民三初字第36号民事判决,向本院提起上诉。本院受理后依法组成合议庭公开开庭进行了审理。上诉人郑银冕、被上诉人刘录怀到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院经审理查明:“混凝土桩的施工方法”发明专利于2012年2月1日获国家知识产权局授权公告并颁发专利权证书,专利号ZL 2010 1 0001161.4,保护期自2010年1月14日起至2030年1月13日止,发明专利权人为北京波森特岩土有限公司的法定代表人王继忠。2014年4月29日,国家知识产权局收到波森特公司缴纳的发明专利年费1200元。同年6月25日,该专利的专利权人变更为波森特公司,并在国家知识产权局作著录项目变更登记。该专利《权利要求书》共记载十项权利要求,其中权利要求1系主权利要

求，内容为：一种混凝土桩的施工方法，该方法包括以下步骤：

1) 在地基的预定桩位处，采用特制的内夯管插入外管内，上述特制的内夯管上端连接固定有柴油锤，柴油锤下部设有固定的夯击盘，夯击盘的直径大于外管的直径；2) 通过柴油锤的上下做功动作，用夯击盘击打外管，使外管和内管同时向下沉入，直至桩的设计深度；3) 提出上述内夯管，通过外管向外管底端填入一定数量的散体填充料，然后通过柴油锤的上下击打动作，对填入的散体填充料进行夯实；4) 反复进行上述填充和击打夯实际操作，对外管底端，即桩端下方的一定深度和范围的地基土体进行密实加固，直至满足贯入度设计值，形成所要求的最优的挤密土体；5) 通过上述外管，向外管底端分次填充预定量的干硬性混凝土，通过柴油锤的上下击打动作，对于干硬性混凝土进行夯实；6) 进行桩身的施工；7) 通过外管的外连接装置，在地基中将外管提出。从属权利要求2—10分别对本专利的各部技术特征进行了明确，其中，权利要求6记载：根据权利要求1所述的混凝土桩的施工方法，其特征在于上述步骤3) 中，上述内夯管对填入的散体填充料进行夯实，是通过内夯管在外管底端外部一定距离的情况下实现的。经审查，涉案专利的方法原理为：首先，在预定桩基处，将上端连接有柴油锤的内夯管向下插入外管内，通过下部固定有夯击盘的柴油锤上下做功击打外管，使内、外管同时下沉至设计深度，提出内夯管并填入适量散体填充料，通过柴油锤反复击打夯实填充料至贯入度设计值，形成合格的挤密土体；之后，再向外管底端

续填干硬性混凝土，继续通过柴油锤击打夯实混凝土并进行桩身施工，最后，将外管从地基中提出。该专利《权利要求说明书》对于背景技术及发明内容作如下叙述：夯扩桩是我国目前采取的一种桩型，其采用多次夯扩方式将桩端现浇混凝土扩成大头型，从而加大桩端承载面积，提升桩端阻力。但是由于是在内管中挤扩湿混凝土，存在扩大头的开头很难保证与确定等困难，不能充分调动桩端土体参与受力，对提高桩的承载力本质改变不大，故本专利为解决上述问题而提出。采取内夯管在外管底端的外部进行连续的填料夯实，填充料为散体材料而非湿混凝土，从而有效形成复合载体，充分调动桩端周围土体参与受力，大幅提高桩的承载力。

2014年4月28日，王继忠与刘录怀签订《独家代理合同》约定，在甘肃省平凉市行政区域内唯一许可刘录怀为“混凝土桩的施工方法”专利即“柴油锤载体桩施工技术”的独家代理人。许可方式为排他实施许可，许可期限至专利保护有效期限内，许可使用费构成为：入门费+提成。其中，入门费为8万元。合同执行期内，代理方根据每个桩基工程实际结算总产值的3%向许可方交纳专利保护费。同日，刘录怀向波森特公司支付许可代理费8万元。2014年6月16日，波森特公司与刘录怀签订《独家代理合同》，文本内容同前，唯许可期限自合同签订当日至专利保护有效期限内。两份《独家代理合同》第十一条第2项均载明：在本合同有效期限内，在本合同约定的行政区域内，发生他人侵犯本专利权利的行

为，代理人有权采取法律诉讼或行政手段加以制止，并可请求当地法院向侵权方提出经济赔偿要求，必要时许可方提供法律支持。同年10月16日，波森特公司出具《授权书》，授权刘录怀对平凉市一区六县范围内的柴油锤载体桩侵权行为行使诉权。

2014年7月，原告刘录怀发现被告郑银冕在位于甘肃省平凉市灵台县什字镇聚福园2号住宅楼桩基工程中使用其专利技术施工。经交涉无果，遂于同年7月23日提起诉讼。请求被告立即停止侵权、赔偿损失16万元并承担所有诉讼费用。经查，原告曾就同一事实以平凉市天正基础工程有限责任公司为被告，向原审法院起诉（2014）兰民三初字第31号一案（简称31号案），后撤诉。在31号案中，原审法院依申请赴平凉对涉案工程的桩基施工负责人郑银冕、相关案外人周林科、建筑业主曹拴存进行询问并确认了现场照片。被告郑银冕陈述：其负责施工的桩基工程自周林科处承包，未签合同，依图施工。其桩基施工工艺方法是“柴油锤同时击打内外管，主要是通过内夯管的夯击盘带动外管一起下沉，直到预定深度，拔出内管，向外管中投入干料（即干硬性混凝土），夯击直到设计的贯入度（达到行业标准），下钢筋笼、注入混凝土，提管成桩。”曹拴存、周林科均陈述系依图施工，但不提供图纸。

原审法院对证据的分析与认定如下：

原告刘录怀向法庭提交三组证据：第一组：1、证书；2、缴费发票；3、授权书；4、国家知识产权局专利收费票据；5、国家知识产权局专利年费缴纳票据；6、《独家代理合同》2份；7、专

利权证书及《权利要求书》2份。证明其享有法定的专利独家许可使用权，并享有合法诉权。经质证，郑银冕认为：1、对证书的真实性无异议，但对证明目的有异议。此系波森特公司的意向书，不能实现原告之证明目的；2、专利年费缴纳发票非国家税收发票，不符合证据的形式要件，对其真实性、关联性有异议；3、《独家代理合同》仅是普通许可合同；证据4、5《国家知识产权局专利收费收据》系复印件，不发表质证意见；6、对《授权书》的真实性无异议，对证明目的有异议。该授权形成于本案诉讼之后，故不认可原告的诉讼主体资格。7、《专利权证书》系网络下载，并非原件，对其真实性和证明内容均有异议；《权利要求书》无法核对真实性，不予质证。

第二组：1、施工图纸影印件4张；2、照片21张。欲证明被告郑银冕施工所用的方法与专利方法一致，构成侵权。经质证，郑银冕认为：照片无时间及来源说明，与本案不具关联性；4份图纸均是较为模糊的影印件，不能证明被告使用了这些图纸，不予认可。

第三组：自原审法院卷宗中复印的在施工现场对郑银冕所做的笔录两份，欲证明被告侵权的事实。经质证，郑银冕对其真实性、合法性无异议，对证明目的有异议，不认可构成侵权。

庭审中，被告郑银冕提交三份证据：1、《钢筋混凝土夯扩桩施工及建筑要点》，证明其自第三人处获得涉案技术；2、《工程合同》，证明其施工量与工程价款；3、《夯扩载体桩施工工艺要求及

流程》，证明其现场施工的技术流程属现有技术。

原告刘录怀质证认为，证据1仅是研究院的复印件，非国家规范，对证明目的不认可；证据2《施工合同》无公章或私章，只有手写签名，对其真实性有异议；证据3所述的施工流程与现场照片有偏差，不予认可。

原审法院对上述证据的审查意见为：

关于原告证据：《授权书》与《独家代理合同》及《收费凭证》经与原件核实无误，予以确认。《发明专利证书》系国家专门机关颁发的证件与资格证书，虽系复印件，但可网络查询核对，应予确认。两张《国家知识产权局专利收费收据》中，编号为“39038831”的票据系缴纳涉案专利年费的收据，经核属实，且与本案具有关联性，予以确认；编号为“34451182”的票据经查与涉案专利号不符，与本案无关，不予采信。原告提交的《基础平面图》影印件虽较模糊，但内容依稀能辨，上载工程名称为：“灵台县什字镇聚福园2#住宅楼”，与本案具有关联性，予以确认。21张现场照片及兰州中院对郑银冕等所作的《询问笔录》系法院工作人员现场取得，形式及内容均客观合法，应予确认。

关于被告证据：《钢筋混凝土夯扩桩施工及建筑要点》复印件系宁夏建筑工程研究所1990年的课题鉴定材料，《夯扩载体桩施工工艺要求及流程》来源不明，被告再未提交其他证据印证该二书证与本案的关联性，故不予确认。《工程合同》系被告郑银冕与案外人周林科签订，与法院所做《询问笔录》相互印证，应予确

认。

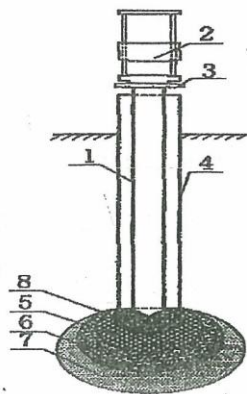
原审法院认为，依法取得的专利权受法律保护。未经专利权人许可，除法律另有规定外，他人不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售和进口其专利产品。经查，王继忠是涉案发明专利的专利权人，后依法向其担任法定代表人的波森特公司转让该专利。目前该专利在有效保护期内并已按时缴纳专利年费，为有效专利，应受法律保护。被告关于原告提交的涉案专利权属证明的证据均为复印件，不能确定效力的辩称，经在中国专利查询系统上查询，涉案专利各项信息清晰明确，被告辩称不能成立，应予驳回。根据法律规定，侵权行为发生后，专利权人可以对侵害其专利权的行为提起诉讼，排他实施许可合同的被许可人在专利权人不起诉时可以以自己的名义提起诉讼。2014年4月28日和2014年6月16日，涉案专利经分别授权，原告刘录怀有权在许可地区范围内排他使用该专利方法施工，可以对涉及该专利的侵权行为单方采取诉讼或其他维权措施。虽然波森特公司与刘录怀2014年6月16日签订《独家代理合同》时专利权人尚未变更，但经国家知识产权局2014年6月25日著录项目变更生效，波森特公司即获得涉案专利权。故波森特公司与刘录怀所签《独家代理合同》自2014年6月25日之后依法有效。2014年10月16日，专利权人波森特公司又书面授权刘录怀对许可范围内的侵权行为行使诉讼权利。关联分析《独家代理合同》、《授权书》与《收费凭据》，可认定《独家代理合同》属有效合同并已实际履行。故刘

录怀以自己名义起诉本案符合法律规定。被告所提原告不享有合法诉权、起诉没有法律依据的辩称与事实不符，不予支持。

关于被告侵权与否及责任承担的问题。本案中，原告诉请保护的专利号为ZL 2010 1 0001161.4 的“混凝土桩的施工方法”发明专利于2012年2月1日获授权公告，其法律意义是经过国家知识产权局实质审查，在申请日2010年1月14日之前，国内无与此相同的在先技术。在未被依法宣告无效或保护期限届满之前，任何人未经许可均不得实施该专利。庭审中，原告明确其主张的专利权保护范围是主权利要求1和从属权利要求6。分解主权利要求1的技术特征是：A1、在预定桩位处将上端与柴油锤和夯击盘相连的内夯管插入外管内；A2、通过柴油锤击打做功使内外管同时下沉至设计深度；A3、提出内夯管，向外管底部填入散体填充料，通过柴油锤击打夯实；A4、反复进行填充和击打夯操作，对外管底部一定深度和范围内的地基土体进行密实加固，直至形成满足贯入度的设计值的最优紧密土体；A5、通过外管向底端分次填充预订量的干硬性混凝土，通过柴油锤击打夯实；A6、桩身施工；A7、通过外管的连接装置将外管提出。从属权利要求6的技术特征是：通过内夯管在外管底端外部夯实散体填充料（同前述A3）。阅读该《专利说明书》对于背景技术及发明内容的叙述，可知本专利的创新点在于：通过外部动力作用于内管底部，在外管底端外部夯实散体填充料形成复合载体，调动周围土体参与受力，以扩大承载力。审查被告陈述的施工工艺方法、原告提交的《施工基

础平面图纸》和现场拍摄照片,被告虽不认可《基础平面设计图》,但根据法院在施工工地的相关询问情况及办案人在31号案件中亲见的蓝图分析,可以确认被控侵权工地的基础施工依据即是该《基础平面图》。图中基础设计说明显示:施工成型后的桩基扩大头是以“三击贯入度”作为检测挤密土体达标的标准。对郑银冕所作的《询问笔录》载明:柴油锤同时击打内外管,主要是通过内夯管的夯击盘带动外管一起下沉,直到预定深度,拔出内管,向外管中投入干料(即干硬性混凝土),夯击直到设计的贯入度标准,下钢筋、注入混凝土,提管成桩。归纳以上,可认定被告的施工技术特征包括:B1、在预定桩位处将内夯管插入外管;B2、通过柴油锤击打使内外管同时下沉到位;B3、提出内管,向外管底部填入散体填充料(干硬性混凝土)击打夯实;B4、反复填充击打夯实形成影响土体;B5、再次向外管底端分次填充混凝土击打夯实直至达标;B6、桩身施工(下钢筋笼灌注混凝土);B7、内外管配合拔管。将之与涉案专利技术特征比对能够一一对应,结合《说明书》和附图,可以确定被告的施工方法与涉案专利相同,即:通过夯实散体填充料(干硬性混凝土)形成球形扩大头复合载体,调动周围土体受力和提高承载力。

如图(见下页):



(5: 散体填充料 6: 挤密土体 7: 影响土体 8: 干硬性混凝土)
其工艺包含了原告要求保护的权利要求所记载的全部技术特征，已落入了原告主张的专利权保护范围。被告未经专利权人许可，擅自使用涉案专利方法进行施工的行为构成侵权。被告代理人关于己方施工方法系公知技术的辩解因缺乏相应证据支持不予采信。综上，被告郑银冕构成侵权，应依法承担相应责任。

关于本案赔偿数额的确定。被告郑银冕未经专利权人许可在专利权人排他许可的区域内实施涉案专利，损害了被许可方刘录怀的合法权益，除须立即停止侵权外，还应承担赔偿经济损失的相应民事责任。《中华人民共和国专利法》第六十五条第一款规定：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。《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》第二十一条规定赔偿数额可参照该专利许可使用费的1—3倍合理确定。本案中，原告诉请经济损失16万元系依据专利许可使用入门费的2倍主张，属合理要求。根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节、专利许可使用费的数额并考虑维权成本，原告的赔偿请求应予全部支持。依照《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百三十四条第（一）、第（七）项、《中华人民共和国专利法》第十一条第一款、第六十五条第一款、《最高人民法院关于审理侵犯专利纠纷案件适用法律若干问题的解释》第四条、第七条、《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》第二十一条之规定，判决：一、被告郑银冕立即停止侵害专利号为ZL 2010 1 0001161.4的“混凝土桩的施工方法”发明专利；二、被告郑银冕赔偿原告刘录怀经济损失人民币16万元。案件受理费3500元，由被告郑银冕负担。以上合计163500元，于判决生效之日起十日内付清。如果未按本判决指定的期间履行给付金钱义务，应当按照《中华人民共和国民事诉讼法》第二百五十三条之规定，加倍支付延期履行期间的债务利息。

宣判后，郑银冕不服，向本院提起上诉。

郑银冕上诉称：原审判决认定事实不清，适用法律错误。请求撤销原判，发回重审或予以改判并由被上诉人承担一、二审案件受理费。理由为：

1、一审时被上诉人提交的权利证书、《权利要求说明书》、年费交纳凭证均是复印件，根据《最高人民法院关于民事诉讼证

据的若干规定》第十条、第四十九条、第六十九条之规定，一审法院仅凭上述复印件即认定涉案专利法律上诉讼客体的合法、有效存在属认定事实不清；

2、一审法院以《独家代理合同》有效为由认定被上诉人享有诉讼权利属认定事实和适用法律错误。(1)据网上公开资料显示，王继忠于2014年7月16日将涉案专利转让给波森特公司，而非原判认定的2014年6月25日。原审法院认为“虽然波森特公司与刘录怀2014年6月16日签订《独家代理合同》时专利权人尚未变更，但经国家知识产权局2014年6月25日著录项目变更生效，该公司即获得本专利权利。故该《独家代理合同》自2014年6月25日之后依法生效”有误。在专利权转让之前已由受让人签订的《独家代理合同》应属无效；(2)被上诉人于2014年7月23日起诉，该诉讼资格来源于其与波森特公司在平凉地区所谓的《独占使用许可合同》，而涉案工程施工却早于波森特公司受让专利之前；(3)根据《中华人民共和国专利法》第十条第三款“转让专利申请权或者专利权的，当事人应当订立书面合同，并向国务院专利行政部门登记，由国务院专利行政部门予以公告。专利申请权或者专利权的转让自登记之日起生效”的规定，即使被上诉人所述转让时间属实，波森特公司至上诉人施工完成之时仍未取得涉案专利，不享有合法的诉讼权利。被上诉人亦无证据证明王继忠将专利转让之前侵权行为的追溯权利和利益转让给波森特公司。现有证据表明被上诉人获得波森特公司的授权在2014年

10月16日，故其在起诉时不享有诉权；（4）被上诉人与原专利权人的许可合同名为“独家许可合同”，实为普通或排他许可合同。根据《最高人民法院关于诉前停止侵犯专利权行为适用法律问题的若干规定》之规定，专利侵权案件中普通许可合同的被许可人不享有诉权，排他许可合同中的被许可人只有在专利权人不起诉时才享有单独起诉的权利。被上诉人并未提交专利权人不起诉的证据；

3、上诉人在被上诉人被授予涉案专利之前已经在使用涉案专利技术，一审法院认定上诉人构成侵权错误。《中华人民共和国专利法》第六十二条规定了被控侵权人如有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或者现有设计的，不构成侵犯专利权。上诉人一审提交的证据即1990年10月《钢筋混凝土夯扩桩施工及验收要点》中第9条及第二节载明：钢筋混凝土夯扩桩施工步骤分为：1）桩机就位；2）成孔；3）第一次灌料；4）夯扩大头；5）提芯管二次灌料；6）放置钢筋笼；7）第三次灌料；8）落芯管、拔外管；9）振捣、成桩。该证据表明上诉人的施工技术与被上诉人相同且该技术在1990年已被使用，属现有技术，不构成侵权；

4、一审法院判令上诉人承担16万元经济损失违反法律规定。被上诉人无证据证明其因侵权行为所受到的经济损失。上诉人实施该工程的总造价为5万元，利润最多为5000-6000元。根据《中华人民共和国专利法》第六十五条之规定，在上诉人提供工程总

造价的证据并可合理判断利益的情况下，一审法院按专利许可使用费的2倍判决有悖法律规定。

被上诉人刘录怀口头答辩称：王继忠于2010年1月14日申请涉案专利，后转让给波森特公司。一审法院对郑银冕所做的笔录内容清楚表明其施工工艺的技术特征与被上诉人的专利技术特征相同。请求驳回上诉，维持原判。

二审中，上诉人提交下述证据：

证据1、1993年4月由宁夏建筑工程研究所编写的《宁夏地基特性及技术研究对策》第134页关于混凝土夯扩桩的工艺流程。欲证明上诉人的施工工艺流程与该书所述相同。经质证，被上诉人认为该证据为复印件，亦非国家规范。被上诉人的技术是达到深度后拔出内管再往里打干硬性混凝土，而上诉人提供的证据是先做贯入度再填料，故不予认可。经审查，该证据为复印件，且该证据左上方书有“征求意见稿之二”字样，即该证据只是该研究所的内部资料，并非正式成文国家规范。与上诉人陈述的施工工艺比对，该证据所述工艺流程中无夯击盘，“投料”步骤未特指“散体填充料”，“填混凝土料”步骤未特指“干硬性混凝土”。上述表明该技术与上诉人的施工工艺并不相同，故本院对此证据不予采信。

证据2、1999年6月28日宁夏嘉屋苑小区1号楼《建筑工程技术资料》。欲证明上诉人早在此时即已使用该技术。经质证，被上诉人认为该证据是复印件且未提到“干硬性混凝土”，而上诉人在

原审法院对其所做的《询问笔录》中有“干硬性混凝土”的陈述。经审查，该证据为复印件，内容仅有封面及其中的第5—6页，无核对无异章或出处章，无落款。且封面项目中的“建筑面积”、“桩数”、“建筑造价”、“单位造价”项均空白，不符合证据提供之必要形式要件。与上诉人陈述的施工工艺比对，该证据中“施工工艺”中的第4、5两项所表述的夯扩料、灌注料均为“砼”，未明确陈述为“干硬性混凝土”，“施工工艺”步骤1中无夯击盘，步骤7多出“震捣”环节，上述表明该技术与上诉人的施工工艺并不相同，故本院对此证据不予采信。

证据3、平凉天正基础工程有限责任公司编制的2009年灵台下河步行街5号楼《地基子分部工程施工资料》、2006年8月华亭县文昌路2号住宅楼《地基夯扩桩工程施工资料》。欲证明涉案专利和上诉人的施工方法一致。经质证，被上诉人认为该证据属内部资料，与其无关，且资料中的名称和“载体桩”并非一回事。经审查，该两份证据均为天正公司编制的内部资料，均为复印件，内容只有相关部分的几页，无核对无异或出处章，无落款，其中一份首页“技术主管”、“保存档号”项均空白，不符合证据提供之必要形式要件。与上诉人陈述的施工技术比对，《地基子分部工程施工资料》的“施工工艺流程”D项中的“投料”未明确陈述为“散体填充料”，F项中的“投料”未明确陈述为“干硬性混凝土”。《地基夯扩桩工程施工资料》显示的施工工艺名称为“夯扩桩”，并非上诉人主张的“载体桩”技术。故本院对该证据不予采信。

证据4、2008年4月22日由住房和城乡建设部发布的《建筑桩基技术规范》第95页、《建筑施工手册（第四版）》第7章第2节、第7节。欲证明其施工工艺属现有技术。经质证，被上诉人认为该证据与本案无关。经审查，《建筑桩基技术规范》第95页无详细施工工艺，该页第III节所述“外管封底采用干硬性混凝土、经夯击形成阻水、阻泥管塞”与上诉人施工技术所要实现的“形成复合载体，调动桩周围土体参与受力”的目的不一致。经网络搜寻，《建筑施工手册》第四版出版于2003年9月，其中上诉人主张的第7-2-7-8章节所述内容为：“夯扩成型灌注桩又称夯扩桩，是在普通锤击沉管灌注桩的基础上加以改进发展起来的一种新型桩……”即该节主要针对的是夯扩桩技术。涉案专利获取于2012年，其名称为“柴油锤载体桩施工技术”，该专利《权利要求说明书》中对于背景技术及发明内容的叙述表明，被上诉人持有的专利技术已对夯扩桩技术予以改进，主要体现在“填充料为干硬性混凝土而非湿凝土”，而上诉人在原审法院31号案对其所做的现场笔录中亦陈述：“向外管投入干料（即干硬性混凝土）。”上述表明该证据与上诉人的施工技术并不相同。故本院对该两份证据均不予采信。

根据对上述证据的分析与认定，结合双方当事人陈述及庭审调查，二审查证的事实与一审一致，本院予以确认。

本案争议的焦点是：被上诉人的主体资格是否适当，上诉人的施工工艺是否属于现有技术以及原审判决判令由上诉人赔偿损

失16万元是否正确。

本院认为，国家鼓励科技创新，保护依法取得的智力成果。被上诉人提交的《发明权利证书》在一审卷宗中附有原件，《权利要求说明书》虽为复印件，但通过中国专利查询系统，该专利各项信息均可予以确认。一审中，刘录怀补充提交了2014年8月7日由国家知识产权局出具的《专利登记簿副本》，载明涉案专利变更至波森特公司名下的著录项目变更生效日为2014年6月25日。虽然该公司与刘录怀于2014年6月16日签订《独家代理合同》时涉案专利的权利人尚未变更，但该著录项目变更可视为对波森特公司合法持有专利权的追认。上诉人称被上诉人与原专利权人签订的《独家代理合同》实为排他许可合同，被上诉人不能提起诉讼。排他实施许可合同又称独家实施许可合同。被许可方在合同约定的条件和范围内享有对该专利技术的独家使用权，许可方不得再向第三方进行许可，但许可方仍保留在上述范围内实施其专利的权利。故排他实施许可合同是转让方和受让方分享专利实施权的协议，被许可方排除了和许可方以外的其他任何人的竞争，可以独占专利产品市场。当专利权人不起诉时，被许可方可以自己的名义提起诉讼。即被许可方的诉权并非以许可方不起诉为前提。本案中，王继忠与刘录怀于2014年4月28日签订《独家代理合同》，该合同第11条第2项规定：在本合同有效期内，在本合同约定的行政区域内，发生他人侵犯本专利权的行为，代理人有权采取法律诉讼或行政手段加以制止，并可请求当地法院向侵权方提出经济赔偿要

求。2014年6月16日，波森特公司与刘怀录签订的第二份《独家代理合同》亦有相同规定。2014年10月16日，波森特公司对刘录怀出具《授权书》，授予其对平凉市一区六县范围内的涉案专利侵权行为行使诉讼，其实质即是对被上诉人行使诉讼权利的追认。上述证据对于被上诉人针对涉案专利的专利权及诉讼资格形成有效证据链条，原审法院据此确认被上诉人享有合法主体资格及诉讼权利并无不当。

关于上诉人的施工工艺是否属于现有技术的问题。专利制度的价值不仅要体现对专利权人利益的保护，同时也要平衡专利权人与社会公众的利益关系。《中华人民共和国专利法》第62条规定：在专利侵权纠纷中，被控侵权人有证据证明其实施的技术或者设计属于现有技术或现有设计的，不构成专利侵权。现有技术抗辩是被诉侵权人用于对抗专利权人侵权指控的一种不侵权抗辩。该制度的理论基础是，专利权的保护范围不得覆盖现有技术。即：如果被控侵权人有充分证据证明其实施的技术方案属于一份对比文献中记载的一项现有技术方案与所属领域技术人员广为熟知的常识的简单组合，则应认定被控侵权人主张的现有技术抗辩成立，不构成侵权。在确定被诉侵权人实施的技术是否属于现有技术时，应将被诉落入专利权保护范围的技术特征，与一项现有技术的相应技术特征进行比对。如果被诉侵权技术中被指控落入专利权保护范围的技术特征，与现有技术中的相应技术特征相同或等同的，现有技术抗辩成立。专利权的保护范围通过《权利要求说明书》

予以确定。本案中，被上诉人刘录怀明确表示其主张的专利权保护范围为《权利要求说明书》中主权利要求1和从属权利要求6。该《权利要求说明书》对于涉案专利的背景技术及发明内容记载如下：夯扩桩是我国目前采取的一种桩型，其采用多次夯扩方式将桩端现浇混凝土扩成大头型，从而加大桩端承载面积，提升桩端阻力。但是由于是在内管中挤扩湿混凝土，存在扩大头的开头很难保证与确定等困难，不能充分调动桩端土体参与受力，对提高桩的承载力本质改变不大，故本专利为解决上述问题而提出。采取内夯管在外管底端的外部进行连续的填料夯实，填充料为散体材料而非湿混凝土，从而有效形成复合载体，充分调动桩端周围土体参与受力，大幅提高桩的承载力。上述内容表明，被上诉人的专利技术已对“夯扩桩技术”予以改进，主要体现在“采取内夯管在外管底端的外部”、“填充料为干硬性混凝土而非湿混凝土”。涉案工地的实际业主曹栓存在（2014）兰民三初字第31号案中陈述将工程承包给周林科，依图纸施工。而周林科则在同案中陈述涉案工地的桩基工程由郑银冕负责。郑银冕在同案所做的《询问笔录》中陈述其施工工艺为：柴油锤同时击打内外管，主要是通过内夯管的夯击盘带动外管一起下沉，直到预定深度，拔出内管，向外管中投入干料（即干硬性混凝土），下钢筋笼，注入混凝土，提管成桩。结合原审法院在31号案中现场拍摄的21张照片以及本案中被上诉人提交的上诉人作为涉案工地桩基工程项目负责人签名的《基础平面图》影印件，可知上诉人的施工工艺的技术特征

为通过夯实散体填充料（干硬性混凝土）形成球形扩大头复合载体，调动周围土体受力和提高承载力。将此与涉案专利主权利要求1和从属权利要求6进行比对，能够一一对应。上述证据形成有效证据链条，可认定上诉人的施工工艺落入了涉案专利的保护范围。根据前述对于上诉人二审提交的新证据的分析与认定，也即将上诉人已落入涉案专利保护范围的技术特征与其提交的现有技术资料的比对，上诉人不能证明其所实施的工艺属“现有技术”。原审法院认定上诉人构成侵权并无不当。

关于原审判决判令由上诉人赔偿16万元是否正确的问题。被上诉人刘录怀与案外人签订的两份《独家代理合同》第五条第一项均载明：本合同采用入门费加提成的支付方式。合同签订当日，代理方应先向许可方支付专利成果使用入门费8万元。合同有效执行期限内，代理方根据每个桩基工程实际结算总产值的3%向许可方交纳专利保护费。上诉人在（2014）兰民三初字第31号案中所做的《询问笔录》中陈述其通过周林科承包了平凉天正公司的涉案工程，总价款5万元。其一审提交的与周林科签订的《工程合同》第三条第1项约定：工程造价100元/米，总长度501.5米，工程总造价约人民币5万元。该约定与上诉人在《询问笔录》中的陈述能够相互印证。二审庭审中，上诉人针对法庭关于工程款的询问亦陈述相同内容，被上诉人虽提出“上诉人在平凉泾川县棉纺厂进了3台设备，做了十几个桩，被平凉知识产权局查处”，但并未提交相关证据予以证实。据此，上诉人在涉案工程中可得的工程价款为5万元，剔除施工成本、人员工资等，其所获利润不应超过5万元。综合考虑本案专利权的社会价值、侵权行为的情节、维权

成本（被上诉人两审均未聘请律师）以及近年建筑行业的平均利润率等因素，原审法院判令上诉人按许可使用费8万元的2倍即16万元进行赔偿有失公允。根据损害赔偿的恢复填平原则，本院酌定3万元为宜。

综上，原审判决认定基本事实清楚，但适用法律不当。根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第（一）项、第（二）项之规定，判决如下：

一、维持（2014）兰民三初字第36号民事判决第一项，即：被告郑银冕立即停止侵害专利号为ZL 2010 1 0001161.4的“混凝土桩的施工方法”发明专利；

二、撤销（2014）兰民三初字第36号民事判决第二项，即：被告郑银冕赔偿原告刘录怀经济损失人民币16万元；

三、上诉人郑银冕赔偿被上诉人刘录怀经济损失3万元。

一审案件受理费3500元，二审案件受理费3570元，合计7070元，由上诉人郑银冕负担1414元，由被上诉人刘录怀负担5656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》第二百五十三条之规定，加倍支付迟延履行期间的债务利息。

本判决为终审判决。



本件与原本核对无异

二〇一五年四月二十九日

书记 员 贺 晨