



厦门大学知识产权研究丛书

总主编 林秀芹

知识产权侵权损害赔偿 救济制度研究

朱 冬◎著

Research on Damages Remedy for Intellectual
Property Infringement

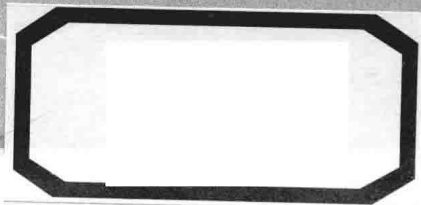


知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



厦门大学知识产权研究丛书



总主编 林秀芹

本书的出版受“福建省高校特色智库——创新与知识产权研究中心”资助

知识产权侵权损害赔偿 救济制度研究

朱 冬◎著

Research on Damages Remedy for Intellectual
Property Infringement



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权侵权损害赔偿救济制度研究 / 朱冬著. —北京: 知识产权出版社,

2018.7

ISBN 978-7-5130-5657-1

I. ①知… II. ①朱… III. ①知识产权—侵权行为—赔偿—研究—中国

IV. ①D923.404

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 142414 号

责任编辑: 刘 睿 邓 莹
文字编辑: 邓 莹

责任校对: 王 岩
责任印制: 孙婷婷

知识产权侵权损害赔偿救济制度研究

朱 冬 著

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

责编电话: 010-82000860 转 8346

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京虎彩文化传播有限公司

开 本: 720mm×960mm 1/16

版 次: 2018 年 7 月第 1 版

字 数: 200 千字

ISBN 978-7-5130-5657-1

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: dengying@cnipr.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 12.75

印 次: 2018 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

目 录

绪 论	(1)
第一章 基本理论问题	(7)
第一节 知识产权侵权损害赔偿救济的功能	(7)
第二节 知识产权侵权损害赔偿救济的法律构造	(15)
第二章 权利人的实际损失	(23)
第一节 实际损失的本质	(23)
第二节 实际损失的赔偿范围	(34)
第三节 销售利润损失的存在	(40)
第四节 销售利润损失程度的确定	(51)
第五节 销售利润损失的计算	(62)
第三章 许可费标准	(71)
第一节 许可费标准的理论基础	(71)
第二节 许可费标准的立法例	(81)
第三节 专利侵权中合理许可费的计算	(87)
第四节 其他知识产权侵权中的合理许可费标准	(102)
第四章 侵权获利	(109)
第一节 支付侵权获利的法律属性	(109)
第二节 支付侵权获利的适用	(118)
第三节 侵权获利的计算	(128)
第五章 法定赔偿	(139)
第一节 法定赔偿的概念和功能定位	(139)

第二节 法定赔偿与其他制度的关系	(147)
第三节 法定赔偿的计算	(153)
第六章 惩罚性赔偿	(157)
第一节 惩罚性赔偿的基本理论问题	(157)
第二节 惩罚性赔偿的制度设计	(163)
第七章 合理开支	(169)
第一节 支付合理开支概说	(169)
第二节 律师费	(176)
参考文献	(187)

绪 论

损害赔偿是知识产权侵权救济的重要手段之一，关乎知识产权权利人利益的保障和知识产权法促进创新目标的实现。同时，受知识产权权利客体的非物质性特征所决定，如何确定损害赔偿数额也是一个世界性的难题。近年来，知识产权侵权损害赔偿救济问题在我国受到广泛关注。与此同时，知识产权侵权损害赔偿救济的司法实践状况却并不尽如人意。如何完善我国知识产权侵权损害赔偿救济法律制度，优化知识产权侵权损害赔偿救济的司法实践已成为目前亟须解决的问题。

在我国，知识产权侵权损害赔偿救济的司法政策经历了一个演变的过程。在 20 世纪末 21 世纪初，为了解决赔偿数额计算的难题，适应加入 WTO 的要求，贯彻 TRIPs 协议所确定的全面赔偿原则，^① 知识产权侵权损害赔偿救济问题在我国开始受到关注。在将知识产权保护上升到国家战略层面之后，尤其是在创新驱动发展战略的指引下，对知识产权侵权损害赔偿救济问题的探讨开始带有强烈的政策考量意味。在加大知识产权保护力度以适应国家发展战略的大背景下，最高人民法院确定了全面加大赔偿力度、增加侵权成本、有效遏制侵权发生的司法政策。^② 受此影响，在我国三部主要知识产权单行法的修订过程中，法定赔偿数额

① 2001 年 6 月 12 日，时任最高人民法院副院长曹建明在全国法院知识产权审判工作会议上的讲话。

② 《最高人民法院关于贯彻实施国家知识产权战略若干问题的意见》；《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》。

的上限被不断提高;^①出于对法定赔偿数额限制不足以实现上述政策的考虑,我国法院开始在司法实践中探索超越法定赔偿的上限酌定赔偿数额的方法;^②我国学术界则开始对在知识产权领域引入惩罚性赔偿的必要性和可行性展开讨论。^③

近年来,最高人民法院又提出在知识产权损害赔偿额的计算上回归知识产权市场价值,理性看待知识产权侵权损害赔偿的观点。^④目前,“以充分实现知识产权市场价值为指引,进一步加大损害赔偿力度”的司法政策已经被写入国务院颁布的《“十三五”国家知识产权保护和运用规划》之中。上述司法政策所强调重点的变化表明,我国对于如何利用知识产权侵权损害赔偿救济促进或者保障创新进而为国家发展的总体战略服务的认识正在不断地深化,这种变化也促使学术界不断深入地对问题进行理论探讨。如何准确理解和具体落实加大损害赔偿力度的司法政策,使得知识产权司法保护能够切实地起到促进作用和保障创新作用,为创新驱动发展战略的实施提供保障,无疑是摆在理论界和实务界面前的重大课题。

尽管我国法院一直致力于不断完善知识产权侵权损害赔偿的司法实践,但是仍然存在一些问题亟待解决。

在观念层面,我国普遍存在一种唯高额赔偿论的论调。这种观念将加大损害赔偿力度等同于提高赔偿数额。该种认识的基本判断是,我国

① 2013年修订的《商标法》将法定赔偿的上限由50万元提高至300万元;2014年的《〈著作权法〉(修订草案)》将法定赔偿的上限由50万元提高至100万元;2015年的《〈专利法〉修订草案》将法定赔偿的上限由100万元提高至500万元。

② 《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》(法发〔2009〕23号)。

③ 和育东等:“知识产权侵权引入惩罚性赔偿之辩”,载《知识产权》2013年第3期;张玲、纪璐:“美国专利侵权惩罚性赔偿制度及其启示”,载《法学杂志》2013年第2期;朱丹:《知识产权惩罚性赔偿制度研究》,法律出版社2016年版。

④ 最高人民法院副院长陶凯元在2014年7月全国法院知识产权审判工作座谈会的讲话中提出,要促进形成符合市场规律和满足权利保护要求的损害赔偿计算机制,使损害赔偿数额与知识产权的市场价值相契合。林广海:“市场价值视域下的知识产权侵权赔偿”,载《知识产权》2016年第5期。

目前知识产权损害赔偿数额总体水平不高,^①难以有效遏制侵权行为的发生,不利于知识产权保护水平的提高。高额赔偿案件的出现往往被作为知识产权保护水平不断提高的重要指标。赔偿数额的高低往往涉及价值判断,判断知识产权损害赔偿额水平的高低需要一个合理的标准。然而,关于得出上述判断的标准则并未达成一致。一种观点主张,在我国知识产权侵权案件中实际判赔额远远低于当事人的请求额。^②据学者对2006~2008年商标侵权案件的统计,法院裁判的损害赔偿额平均值仅为商标权人所主张的损害赔偿额平均值的1/4~1/3。^③另一种观点则以国外知识产权损害赔偿平均水平为准,例如,有学者认为我国的知识产权损害赔偿水平远远低于美国,说明我国法院并没有充分评估知识产权的应有价值。^④实证研究则表明,我国专利侵权案件法定赔偿平均数额的确偏低,这与专利侵权案件主要集中在传统快速消费品和传统耐用消费品领域有关;而对于高新技术产品而言,法定赔偿平均数额则远远高于前两类产业,法院在司法实践中亦通过关注被告有无恶意竞争、假冒专利、侵犯国外权利人的专利权等因素增加损害赔偿数额。^⑤盲目地从整体上提高知识产权侵权损害赔偿数额的做法,可能导致个案判决的失当,进而影响整个创新秩序。可见,为知识产权侵权损害赔偿额的确定寻找一个合理的标准仍然是一个亟待解决的问题。

在操作层面,知识产权案件中法定赔偿泛滥,导致法律规定的其他损害赔偿计算方式的制度设计被架空。据统计,以法定赔偿计算损害赔偿

① 《广东法院探索完善司法证据制度破解“知识产权侵权损害赔偿难”试点工作座谈会纪要》(粤高法〔2013〕191号)。

② 2005年11月21日,时任最高人民法院副院长曹建明在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话。

③ [德]弗兰克·A.哈梅尔:“中国法院对知识产权法的实施——兼论对损害赔偿和费用承担的主张”,徐楷行译,见《中德法学论坛》(第8辑),南京大学出版社2011年版。

④ 李明德:“关于知识产权损害赔偿的几点思考”,载《知识产权》2016年第5期。

⑤ 李黎明:“专利侵权法定赔偿中的主体特征和产业属性研究——基于2002~2010年专利侵权案件的实证分析”,载《现代法学》2015年第7期。

偿数额的案件占据了目前知识产权损害赔偿案件的绝大部分。^①法定赔偿的基本特征在于法院基于特定的考量因素，在法定限额内为当事人确定损害赔偿的数额。对法定赔偿的主要批评亦集中在考量因素的任意性和数额的有限性两个方面。而对解决方案的讨论也主要体现在如何细化法定赔偿的考量因素以降低判决的任意性以及对于如何超出法定上限确定损害赔偿数额之上。^②为了提高知识产权损害赔偿的水平，最高人民法院推动了在法定赔偿上限以上酌定赔偿数额的司法实践，上述实践形象地被称为“法定赔偿2.0”。^③但是，除了突破法定赔偿的数额上限以外，其本质仍然未脱离法院主导损害赔偿数额计算的基本逻辑。由法院主导知识产权损害赔偿数额确定带来的问题是，已有的知识产权损害赔偿规则被架空，当事人在诉讼中急于就损害赔偿数额进行举证，考量因素的不确定性则导致对知识产权损害赔偿的现状存在的不满完全地指向法院。为了缓解法定赔偿泛滥带来的上述问题，有必要对法定赔偿的适用进行限制，并探讨如何积极引导当事人选择适用知识产权损害赔偿的特有的规则的方法。

上述问题表明，对知识产权侵权损害赔偿的制度机理和具体适用做深入细致的研究在我国依然显得十分必要。而研究的重点应当放在为知识产权侵权损害赔偿额的确定寻找一个合理的标准，以及探讨如何利用法律规则，积极引导当事人在证明知识产权侵权损害赔偿方面发挥更大的作用上。

本书研究的主要内容是：知识产权侵权损害赔偿救济制度的政策目标为何；如何利用损害赔偿救济制度实现上述政策目标。第一个问题是研究的出发点，也是判定知识产权损害赔偿救济制度效用的根本标准；

① 徐聪颖：“我国商标权法定赔偿的现状与反思”，载《甘肃政法学院学报》2015年第3期。

② 黄晖：“知识产权法中法定及酌定赔偿数额的综合认定及举证要求”，载《知识产权》2016年第5期。

③ 宋健：“知识产权损害赔偿问题探讨——以实证分析为视角”，载《知识产权》2016年第5期。

第二个问题是本书研究的重点，即如何设计和适用知识产权损害赔偿救济规则，以有效地解决知识产权损害赔偿数额的确定难题，从而保障知识产权法促进创新基本政策目标的实现。为此，本书首先从知识产权损害赔偿的基本理论问题出发，分析知识产权损害赔偿的政策目标、本质及特征，在此基础上对具体制度的构造和法律适用进行系统的研究。

第一章 基本理论问题

本章主要研究知识产权侵权损害赔偿救济的功能定位和法律构造两个基本理论问题。对这些问题的讨论有助于正确认识知识产权侵权损害赔偿救济的制度本质、政策目标、制度设计以及规则适用，从而为后续知识产权侵权损害赔偿具体制度的研究奠定基础。

第一节 知识产权侵权损害赔偿救济的功能

在创新驱动发展已经成为推动我国社会经济发展重要战略的大背景下，如何使知识产权制度更好地服务于上述政策，从而促进和保障创新，是知识产权法学研究面临的重大时代课题。损害赔偿是知识产权侵权的重要救济手段，“知识产权的侵权赔偿问题……实际上并非简单的方法技巧问题，应当进行形而上的追问”。^①因此，将知识产权损害赔偿作为保障创新的重要手段看待，在关于知识产权损害赔偿制度的设计、法律适用以及学术研究中引入政策考量的观点是十分必要的。

一、知识产权法促进创新的政策目标

回答知识产权侵权损害赔偿救济如何服务于促进创新的政策目标问

① 林广海：“市场价值视域下的知识产权侵权赔偿”，载《知识产权》2016年第5期。

题,传统的规范法学理论难以胜任,因为传统的规范法学仅仅将法律本身看作是自足的、与道德等价值考量相隔绝的封闭体系,法学的主要任务被定位为如何适用已经确定的法律问题。^①在规范法学的视角下,政策通常被看作是法的一种非正式渊源,^②政策考量至多在填补法律漏洞时方能发挥作用。^③规范法学强调从法律内部看待问题,显然无法提供一种依据公共政策从制度外部看待知识产权侵权损害赔偿法律问题的视角。作为一种新兴跨学科研究视角的法政策学,则将法律作为一种重要的公共政策工具看待,从而提供了一种“用政策的观点和方法来研究法律现象”的方法。^④法政策学的基本逻辑是提供一种手段—目的的思考方式。^⑤在法政策学的视角下,知识产权侵权损害赔偿救济作为一种政策工具,其根本任务在于实现知识产权法促进创新这一公共政策目标。这与在传统私法理论中,强调损害赔偿仅仅是基于矫正正义对受害人进行补偿的观点存在本质的区别。

(一) 损害赔偿救济作为政策工具

在传统的知识产权私权论看来,“通过赋予和确认私权,知识产权制度激励和保护创新者的创新”。^⑥也就是说,实现知识产权促进创新公共目标的最佳方式就是赋予知识产权私权的形式,充分保护私权被认为与上述目标相一致。^⑦损害赔偿作为对知识产权侵权的救济手段,其主要功能在于通过对市场上的违法行为的规制,维护知识产权这种市场手段的有效性。因此,以知识产权的市场价值为基础,以全部赔偿维护知识

① 陈瑞华:“法学研究方法的若干反思”,载《中外法学》2015年第1期。

② [美] E.博登海默:《法理学法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第486页。

③ [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第252页。

④ 胡平仁:“法律政策学的学科定位与理论基础”,载《湖湘论坛》2010年第2期。

⑤ 解亘:“法政策学——有关制度设计的学问”,载《环球法律评论》2005年第2期,第192页。

⑥ 冯晓青:“论知识产权制度对技术创新的促动作用”,载《河北学刊》2003年第2期,第149页。

⑦ 刘春田主编:《知识产权法》(第5版),高等教育出版社2015年版,第30页。

产权权利人的市场垄断利益是知识产权侵权损害赔偿领域的主流意见。这种观点所隐含的前提即在于通过赋予产权的形式使知识产权进入市场交易是实现鼓励创新目标的最优手段。该理论中,损害赔偿救济与激励创新之间是以知识产权私权机制为中介而发生联系的。也就是说,损害赔偿救济仅仅是附属于市场机制的。由于损害赔偿救济并不直接与激励创新直接挂钩,而是与知识产权的私权属性挂钩,在讨论知识产权侵权损害赔偿救济问题时,保护私权的观念就占据了主导地位。损害赔偿救济所达成的保护私权的目的就被认为与激励创新是一致的。由于知识产权的私权形式是实现促进创新的最优选择,人们不会去讨论其是否合适,而是假定其制度与促进创新之间存在必然的或者毋庸置疑的关系。与此相对,法政策学关注“法律之工具性和合目的性,主要关注如何通过法律顺利实现政策目标”。^①在法政策的视角下,需要打破私权保护是激励创新的最佳手段的观念,直接考察知识产权侵权损害赔偿救济对创新的影响,并以促进创新这一政策目标对知识产权侵权损害赔偿救济制度的基本构造和运行状况进行衡量。

(二) 关注整体创新环境的改善

法政策学视野下的政策目标具有公共性,关注法律规则带来的整体社会效益,认为好的公共政策应当有益于促进社会的整体福利水平。^②在创新政策下考察知识产权侵权损害赔偿救济制度,则需要关注其对整体创新环境的影响。

传统私法中的损害赔偿救济,仅仅关注对侵权行为受害人的事后补偿问题。受此观念的影响,知识产权侵权损害赔偿救济作为对权利人进行充分救济的重要手段,维持了知识产权法所确立的创新激励机制,从而起到促进创新的作用。通过对权利人的充分补偿,知识产权法所促进

^① 鲁宇鹏:“法政策学初探——以行政法为参照系”,载《法商研究》2012年第4期,第113页。

^② [美]查尔斯·韦兰:《公共政策导论》,魏陆译,格致出版社2014年版,第6页;[美]丹·B.多布斯:《侵权法》(上册),马静等译,中国政法大学出版社2014年版,第12页。

的实际上是个体的创新。不可否认,通过赋予排他性权利进而对个体创新者进行激励,形成一种良好的以市场为导向的创新机制可以有效地实现促进创新的政策目标。但是,从整个创新环境来看,仅仅关注个体创新者是不够的。对个体创造者的激励仅仅是实现知识产权促进创新政策目标的一种手段。尤其是现代社会中的创新往往表现为一种累积创新。^①也就是说,所谓的创新并非完全的首创,后续的创新通常以在先的创新为前提。从优化创新环境的角度出发,知识产权制度不仅需要关注对在先创新者的激励问题,同时需要考虑知识产权保护能否给后续的创新留有足够的空间。从整个创新环境的角度来看,完善的激励必须兼顾在先创新者和在后创新者,而不能片面强调保护在先创新者,还应当考虑在后创新者所面临的风险。^②这就需要“将排他权具有的激励价值与允许利用他人已开发的技术和创造性作品所具有的激励价值进行权衡”。^③

在法政策学的视角下,知识产权损害赔偿救济不仅仅是解决权利人与被控侵权人之间关系的问题,而是关乎知识产权法总体政策目标——促进创新——的实现。在这样一个更为宏观的场域下讨论问题,原本作为私权救济手段的损害赔偿能否达成促进创新的公共政策目标就是一个需要重新加以衡量的问题。就我国而言,“衡量侵权赔偿应当着眼于我国市场的发展现况,坚持国家利益这个不变的宗旨,反映国家的价值追求和长远利益”。^④一方面,知识产权损害赔偿需要保障知识产权权利人的市场垄断权,有效抑制侵权行为的发生,维持知识产权法对创新的激励作用;另一方面,也应当为后续创新者留足空间,不能使知识产权法成为后续创新的障碍。

① 王争:“累积性创新、专利期限与企业 R&D 投资路径”,载《制度经济学研究》2005 年第 4 期,第 60 页。

② Suzanne Scotchmer, *On the Shoulder of the Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, 5 J.Econ.Persp.29, 31 (1991)。

③ [美] 克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普:《创造无羁限:促进创新中的自由与竞争》,兰磊译,法律出版社 2016 年版,第 54 页。

④ 林广海:“市场价值视域下的知识产权侵权赔偿”,载《知识产权》2016 年第 5 期。

从法政策学的视角出发,需要对知识产权损害赔偿的功能进行重新定位,在此基础上,亦需要对知识产权损害赔偿救济的具体规则进行调整。

二、创新视野下损害赔偿救济功能的重新定位

传统的私法框架关注的是私人之间具体纠纷的解决,损害赔偿救济的理论基础是矫正正义,^①关注如何恢复因侵权行为导致的当事人之间利益的不平衡状态。作为一种事后的救济机制,损害赔偿救济的主要功能当然只能是填补损害,遏制侵权发生仅仅是损害赔偿的一种反射效果,是辅助性的功能。^②通说认为,遏制侵权的任务主要是由停止侵害来完成的。如前文所述,通过补偿知识产权权利人的损失可以维持知识产权制度对于创新者的激励,从而达到激励创新的效果。这是一种对个体创新者的激励。而从整体创新环境出发,知识产权侵权损害赔偿应当更加关注对市场上的未来侵权行为进行遏制,从而实现维护创新秩序的政策目标。

(一) 通过遏制侵权发生维护创新秩序

在以激励创新为公共政策目标的知识产权法中,其关注的重点并非具体的法律关系,而是关注法律公共目标的实现问题。在激励创新的公共政策视角下,知识产权损害赔偿的一般预防功能应当得到重视,其关注的是公共创新环境而不是个体创新者、是未来影响而不是事后救济。因为遏制侵权发生是维护正常创新秩序的重要因素。

一方面,“为了把知识产权保护局限于鼓励创新所需的限度,‘知识产权法损害’必须以事前视角而非事后视角测度激励”。^③通过损害赔偿

^① [加] 欧内斯特·J.温里布:《私法的理念》,徐爱国译,北京大学出版社2007年版,第23页。

^② 王利明:《侵权责任法研究》(第2版),中国人民大学出版社2016年版,第122页;于敏:《日本侵权行为法》(第3版),法律出版社2015年版,第70页。

^③ [美] 克里斯蒂娜·博翰楠、赫伯特·霍温坎普:《创造无界限:促进创新中的自由与竞争》,兰磊译,法律出版社2016年版,第65页。

的遏制功能使知识产权权利人免受侵害，在受到侵害时亦能得到充分的补偿，从而维持知识产权通过私权激励创新的机制。与事后的救济相比，在创新政策视野下看待知识产权侵权损害赔偿问题显然更加关注事前遏制。

另一方面，需要关注知识产权侵权损害赔偿对不特定多数人行为的引导作用。除了通过对个体创新者的保护维持激励机制的运行以外，更加关注法律规则的社会效果。从优化创新环境的角度来看，只有人人尊重知识产权方能形成一个有利于创新的大环境。因此，在创新政策下，知识产权损害赔偿的主要功能在于对一般市场主体行为的引导。

需要注意的是，强调知识产权侵权损害赔偿救济的遏制功能并非否定其补偿功能和惩罚功能。只是强调在不同的视角下，对知识产权侵权损害赔偿救济功能重要性的认识存在差别。作为私权救济途径的知识产权侵权损害赔偿，其主要功能当然在于充分补偿权利人的损失。这是在私权救济的角度得出的结论。损害赔偿救济的补偿和惩罚功能均是针对特定侵权人而言，这些功能与法政策学视角缺乏直接联系。在创新政策视野下，知识产权侵权损害赔偿的补偿功能退居第二位：损害赔偿的补偿功能保障了知识产权人的排他性权利，对于维持私权激励机制具有重要意义。在实践中，出现了一种利用惩罚性赔偿对知识产权侵权行为进行遏制的主张。据此，在知识产权领域中引入惩罚性赔偿的呼声日益高涨。《商标法》藉 2013 年第三次修订引入惩罚性赔偿，《著作权法》和《专利法》在修订过程中亦试图引入惩罚性赔偿制度。^①事实上，引入惩罚性赔偿制度的目的即在利用其威慑作用，遏制恶意侵权行为的发生。

（二）警惕过度遏制导致阻碍后续创新

关注知识产权侵权损害赔偿救济的遏制功能，为我国加大知识产权损害赔偿力度的司法政策提供了理论基础。衡量知识产权侵权损害赔偿水平的标准，应当是能否有效遏制侵权发生，促进创新环境的优化。但

^① 关于知识产权侵权损害赔偿救济中惩罚性赔偿制度的讨论，参见本书第六章。