

◎ 杨方程 著



- 知识产权侵权损害赔偿数额确定概述
- 知识产权侵权损害赔偿数额确定原则
- 知识产权侵权损害赔偿数额确定域外考察
- 我国知识产权侵权损害赔偿数额确定方法
- 我国知识产权侵权损害赔偿数额确定存在的困境
- 我国知识产权侵权损害赔偿数额确定的制度完善

知识产权侵权 损害赔偿数额确定研究



中央民族大学出版社
China Minzu University Press

ZHISHICHANQUAN QINQUAN
SUNHAI PEICHANG SHU'E QUEDING YANJIU

知识产权侵权损害赔偿数额确定研究

◎ 杨方程 / 著



中央民族大学出版社
China Minzu University Press

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权侵权损害赔偿数额确定研究 / 杨方程著. —北京:
中央民族大学出版社, 2018. 5

ISBN 978-7-5660-1507-5

I. ①知… II. ①杨… 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 096505 号

知识产权侵权损害赔偿数额确定研究

著 者	杨方程
责任编辑	舒 松
责任校对	胡菁瑶
封面设计	彭春爱
出 版 者	中央民族大学出版社
	北京市海淀区中关村南大街 27 号 邮编: 100081
	电话: 68472815(发行部) 传真: 68932751(发行部)
	68932218(总编室) 68932447(办公室)
发 行 者	全国各地新华书店
印 刷 厂	北京建宏印刷有限公司
开 本	880×1230 (毫米) 1/32 印张: 8.5
字 数	220 千字
版 次	2018 年 5 月第 1 版 2018 年 5 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5660-1507-5
定 价	36.00 元

版权所有 翻印必究

序

光阴荏苒，日月如梭。不知不觉之间，杨方程同志已顺利毕业并于2017年获得了博士学位。回想2013年秋，他师从于我攻读知识产权法博士学位，考虑到他来自于审判实务部门——贵州省高级人民法院，工作繁忙，因此在招生时，我有一丝犹豫和担忧，因为在职学生能用于研究的时间较少，“工学矛盾”比较突出，难得有时间静下心来专心于学习，而博士学业尤其需要沉得下身、静得下心来潜心做学问，俗称能坐“冷板凳”。而且，博士在读期间需要完成资格论文的发表，况且博士论文的“盲评”亦是一大难关，相当多的在职同学半途而废亦是卡在这两个“拦路虎”处。令人欣慰的是，杨方程博士克服了在职攻读博士的困难，圆满处理好了工作、家庭和学习之间的关系，不但按期完成学业，还在论文“盲评”和答辩过程中获得了优良成绩，其论文获得了答辩组老师的好评，这对于一个工作非常繁忙的同志而言委实不易，也再一次证明了勤能补拙的良训。

当时，对于杨方程博士论文选题，考虑到其在审判第一线，熟悉审判工作中的“痛点”，若能将理论与审判实务有机结合，既能解决审判实务中的难题，同时亦是一次系统的理论提升，这样既便于搜集素材，写作亦能够有感而发，做到言之有物、言之有理、言之有据，最大限度地发挥该同志精于知识产权实务的特长。

据此,我建议其选择《知识产权侵权损害赔偿数额确定研究》作为其博士论文题目,该书是在其博士论文基础上修改完善而成。

在我看来,本书出彩之处在于三个方面:

一是坚持问题导向。知识产权侵权损害赔偿数额确定问题,既是当前理论界研究的热点,也是实务界研究的难点。如何确定知识产权侵权损害赔偿的数额,怎么避免“类案不类判”,甚至“同案不同判”的难题,一直是知识产权审判实务界关注讨论的热门话题。特别是在“国家知识产权强国战略”“大众创业万众创新”的新时代,知识产权侵权损害赔偿制度更是被各方寄予厚望。一方面,知识产权人意欲通过赔偿诉求的充分实现来维护自己的合法权益;另一方面,以侵权行为人为代表的作品利用者期待通过合理的损害赔偿制度设计来保留和维系知识产品利用的空间。此外,以人民法院为代表的权力机构期望通过合理的制度设计和运行来平衡所有利益相关者的合法权益,促进知识产权制度鼓励创新、激励创造,促进社会发展和文明进步的目标顺利实现。

二是着力创新发展。如何确定知识产权侵权损害赔偿数额,既是一个老话题,又是一个新话题,可以说是历久弥新。如何破解这一难题,本书对全面赔偿原则、法定赔偿原则、惩罚性赔偿原则下知识产权侵权损害赔偿数额确定存在的问题进行了全面梳理。针对存在的问题,从逻辑上理顺了三大赔偿原则下知识产权侵权损害赔偿数额确定的内在联系和顺序,对权利人损失、侵权人获利、合理许可费倍数、法定赔偿数额等具体确定的操作方法进行了细化、完善,增强了可操作性。概言之,对如何确定知识产权侵权损害赔偿数额从理论上、方法上、司法政策上进行了系统、全面、全方位的论证分析,形成了一个有机整体,保持了研究路径与问题导向的一致。

三是实务性强。俗话说实践出真知,法律作为一门实践性的学

科，来源于实践，同时亦服务于实践。本书紧紧贴近审判工作实际，大量运用司法判例进行分析说理论证，坚持在实践中发现问题、思考问题，进而解决问题。书中所提出的解决知识产权侵权损害赔偿数额确定难题的对策措施具有很强的针对性和可操作性。

作为导师，乐为之序。尽管该书还存在这样或那样的缺陷，但瑕不掩瑜，有关该问题的研究对于推进我国知识产权司法保护将发挥积极的作用。杨方程博士来自于审判实务部门，毕业后仍回到审判岗位，我特别期望他能将所学理论运用于实践，在实践中坚持发现问题、解决问题、提升理论，为审判工作做出应有的贡献，实现“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的目标，同时，再接再厉，期待更多、更好的理论文章和调研成果问世，成为我国知识产权审判的优秀人才。

胡开忠

2018年初春于武汉

目 录

导 论	1
一、研究背景	1
二、研究意义	3
三、研究现状述评	5
四、研究思路和方法	15
五、创新点	16
第一章 知识产权侵权损害赔偿数额确定概述	18
第一节 知识产权侵权损害赔偿的主要概念	18
一、知识产权侵权行为的概念	18
二、知识产权侵权损害赔偿的概念	22
三、知识产权侵权损害赔偿归责原则的概念	26
第二节 知识产权侵权损害赔偿数额确定的价值	32
一、有利于保护知识产权人合法权益	33
二、有利于维护司法权威	35
三、有利于促进知识产权制度健全完善	40
第三节 知识产权侵权损害赔偿数额确定现状分析	43
一、地区分布不均衡	44
二、诉讼请求金额与实际判赔金额差距较大	46

三、法定赔偿适用比例过高	49
四、社会各界对判决赔偿金额评价标准不统一	50
五、诉讼请求金额与实际判赔金额呈正相关态势	51
六、判决赔偿金额与地区经济发展水平呈正向关系	52
本章小结	53
第二章 知识产权侵权损害赔偿数额确定原则	55
第一节 全面赔偿原则下赔偿数额的确定	55
一、知识产权全面赔偿的含义	55
二、知识产权全面赔偿的性质	56
三、知识产权全面赔偿的范围	57
四、知识产权全面赔偿原则下赔偿数额确定的规则	58
第二节 法定赔偿原则下赔偿数额的确定	60
一、知识产权法定赔偿的含义	60
二、知识产权法定赔偿的性质	63
三、知识产权法定赔偿产生的原因	66
四、知识产权法定赔偿的特征	68
五、知识产权法定赔偿原则下赔偿数额确定的规则	70
第三节 惩罚性赔偿原则下赔偿数额的确定	71
一、知识产权惩罚性赔偿的含义	71
二、知识产权惩罚性赔偿的性质	72
三、知识产权惩罚性赔偿的功能	74
四、知识产权惩罚性赔偿的正当性	76
五、知识产权惩罚性赔偿原则下赔偿数额确定的规则	81
第四节 知识产权侵权损害赔偿数额确定原则演变的启示 ...	83
一、知识产权侵权损害赔偿制度逐步完善	83
二、知识产权保护水平不断提高	86

三、知识产权侵权损害赔偿数额确定难度增大	89
本章小结	90
第三章 知识产权侵权损害赔偿数额确定域外考察	92
第一节 美国知识产权侵权损害赔偿数额确定	92
一、美国知识产权侵权损害赔偿数额确定概况	93
二、美国知识产权侵权损害赔偿数额确定的启示	102
第二节 德国知识产权侵权损害赔偿数额确定	103
一、德国知识产权侵权损害赔偿数额确定概况	103
二、德国知识产权侵权损害赔偿数额确定的启示	110
第三节 日本知识产权侵权损害赔偿数额确定	111
一、日本知识产权侵权损害赔偿数额确定概况	111
二、日本知识产权侵权损害赔偿数额确定的启示	116
本章小结	117
第四章 我国知识产权侵权损害赔偿数额确定方法	119
第一节 确定权利人损失的方法	119
一、权利人损失的范围	119
二、确定权利人损失的具体方法	121
第二节 确定侵权人获利的方法	123
一、利润确定法	123
二、利润贡献确定法	126
第三节 确定合理许可费倍数的方法	127
一、确定许可费考虑的因素	127
二、确定合理许可费倍数的具体方法	128
第四节 确定合理费用的方法	130
一、合理费用的范围	131
二、确定合理费用的具体方法	132

第五节 确定法定赔偿数额的方法	133
一、法定赔偿数额的内涵	134
二、确定法定赔偿数额的具体方法	135
第六节 赔偿数额确定方法的适用顺序	136
一、赔偿数额确定方法适用顺序的内涵	136
二、赔偿数额确定方法适用顺序的司法操作	138
本章小结	139
第五章 我国知识产权侵权损害赔偿数额确定存在的困境	140
第一节 全面赔偿原则下赔偿数额确定存在的困境	140
一、全面赔偿原则下赔偿数额确定可操作性不强	141
二、全面赔偿原则下赔偿数额确定存在顺序限制	144
三、全面赔偿原则下赔偿数额确定存在举证困难	148
四、全面赔偿原则下赔偿数额确定未考虑主观过错	151
第二节 法定赔偿原则下赔偿数额确定存在的困境	152
一、法定赔偿的适用未体现当事人意思自治	153
二、法定赔偿与其他赔偿数额确定方法之间缺乏协调性	155
三、法定赔偿数额确定适用的前提日益虚化	157
四、法定赔偿数额确定适用的情节日益泛化	159
五、法定赔偿数额确定的差异性较大	160
六、法定赔偿数额确定重复现象突出	162
第三节 惩罚性赔偿原则下赔偿数额确定存在的困境	164
一、惩罚性赔偿原则下赔偿数额确定制度设计存在缺陷	164
二、《商标法》中惩罚性赔偿数额确定存在操作困难	168
本章小结	173

第六章 我国知识产权侵权损害赔偿数额确定的制度完善	175
第一节 完善知识产权侵权损害赔偿数额确定的实体法制度	175
一、完善全面赔偿原则下赔偿数额确定的思路	176
二、完善法定赔偿原则下赔偿数额确定的思路	181
三、完善惩罚性赔偿原则下赔偿数额确定的思路	193
第二节 完善知识产权侵权损害赔偿数额确定的程序设计	204
一、明确赔偿数额确定的证明规则	204
二、完善赔偿数额确定的特殊证明规则	205
第三节 完善知识产权侵权损害赔偿数额确定的方法	216
一、完善侵权人获利的确定方法	217
二、完善合理许可费倍数的确定方法	219
三、完善合理律师费用的确定方法	221
四、完善赔偿数额确定的其他方法	222
第四节 完善知识产权侵权损害赔偿数额确定的其他措施	225
一、发挥司法政策对赔偿数额确定的指引作用	225
二、发挥司法判例对赔偿数额确定的指导作用	228
本章小结	231
结束语	233
参考文献	236
笔者在读博期间主要学术成果	254
后 记	255

导 论

一、研究背景

随着《国家知识产权战略纲要》的实施,《国家创新驱动发展战略纲要》等知识产权强国战略的推进,知识产权制度之于整个国家的重要性得到了广泛的普及和宣传,知识产权治理成效逐步显现,民众的知识产权意识得到了极大提升。经历三十多年的制度建设,我国在知识产权制度建设方面取得了举世瞩目的成就。^①但需要指出的是,我国在知识产权应用和实施层面还存在诸多不尽如人意之处。其突出表现之一便是知识产权侵权行为泛滥,知识产权侵权损害赔偿未能发挥其应有的价值和作用。

作为知识产权制度的核心内容,知识产权侵权损害赔偿制度在促进知识产权实施和应用方面扮演着重要角色。这是因为:从个人层面看,知识产权侵权损害赔偿制度是维护知识产权人合法权益,制止和打击知识产权侵权行为,实现知识产权利益相关者利益诉求的主要途径;从国家层面看,知识产权侵权损害赔偿制度是体现国家意志和政府公共政策导向的风向标。而在知识产权侵权损害赔偿目标实现的过程中,知识产权侵权损害赔偿数额确定发挥着至关重

^① 国家知识产权局:《1994年中国知识产权保护状况》白皮书。

要的作用。唯有恰当合理的赔偿数额才能使各方利益诉求得到有效实现。

现阶段,我国知识产权制度在侵权损害赔偿制度特别是损害赔偿数额确定规则方面存在着诸多亟须完善之处。在立法层面,其主要表现为:第一,全面赔偿原则下赔偿数额确定设置不科学。损害赔偿数额确定缺乏基准、确定方法的适用存在顺序限制以及未考虑侵权人的主观过错。第二,法定赔偿原则下赔偿数额确定存在缺陷。酌定考虑的因素过于笼统,法官自由裁量权过大。第三,惩罚性赔偿原则下赔偿数额确定不合理。惩罚性赔偿未在其他类型的知识产权侵权中全面适用,而《商标法》中惩罚性赔偿设置不规范,部分适用要件设置不严谨。在司法层面,其主要表现为:第一,过度适用法定赔偿确定赔偿数额。法定赔偿适用的前提日益虚化、酌定情节日益泛化、数额认定差异较大、重复赔偿较为突出。第二,适用全面赔偿和惩罚性赔偿原则确定赔偿数额较为少见。由于知识产权全面赔偿原则下的几种数额确定方法很难有证据证明案件事实,几乎是形同虚设,惩罚性赔偿原则下赔偿数额确定也是如此。

伴随着新一轮知识产权修法浪潮的展开,三部主要知识产权法都在考虑改进和完善知识产权侵权损害赔偿数额确定规则。如2012年3月31日和7月6日两次发布的《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》(以下简称“著作权法送审稿”)均将著作权侵权的法定赔偿上限提高到100万元,并明确规定了侵犯著作权的惩罚性赔偿制度。^①2013年修改的《商标法》已将商标侵权的法定赔偿上限提高到300万元,并明确规定侵犯商标权的惩罚性赔偿制度。^②2015年4月1日公布的《中华人民共和国专利法修改草案

① 参见《著作权法(修订草案送审稿)》第76条。

② 参见《商标法》(2013年)第63条第1、3款。

(征求意见稿)》(以下简称“专利法征求意见稿”)引入了惩罚性赔偿。^①

在国家知识产权强国战略及修法大背景下,研究知识产权侵权损害赔偿数额确定很有必要。可以预见,本研究将对知识产权侵权损害赔偿数额确定方法提供些许参考和借鉴。

二、研究意义

诚如前文所言,研究知识产权侵权损害赔偿数额确定既有重要的理论意义,也有非常重要的实践价值。从其理论价值角度看,研究知识产权侵权损害赔偿数额确定的意义主要表现为:

第一,有利于完善知识产权侵权损害赔偿制度。为当事人的民事权益提供充分的民事保护和救济是包括知识产权法在内的民事法律制度的基本任务。但在知识产权的各类救济方式之中,唯有损害赔偿制度才最为常用,是最能实现全面保护和救济权利人合法权益目的的制度安排。在知识产权侵权损害赔偿制度功能发挥的过程中,损害赔偿数额确定无疑占据着极为重要的地位,是知识产权救济制度的核心内容。研究该问题对知识产权救济制度具有极为重要的意义。

第二,有利于为完善知识产权侵权损害赔偿数额确定规则提供理论支撑。当前,知识产权侵权损害赔偿数额确定已然成为理论界和实务界研究的热点问题。在完善知识产权侵权损害赔偿制度的过程中,修订完善知识产权侵权损害赔偿数额确定规则是不可回避的核心议题。全面梳理现行知识产权侵权损害赔偿数额确定的研究成果,深入分析和研究知识产权侵权损害赔偿数额确定的发展规律和趋势,不断改进现行赔偿数额确定规则和方法。

^① 参见《专利法修改草案(征求意见稿)》第65条。

从其实践价值角度看,研究知识产权侵权损害赔偿数额确定的意义主要表现为:

第一,有助于维护知识产权人的合法权益。知识产权侵权损害赔偿数额确定的本意就是要通过对诸多事实问题和法律问题的归纳梳理,确定在具体的知识产权侵权案件中,将权利人损失、侵权人获利等作为损害赔偿数额确定的依据,最终确定赔偿数额。从这个角度而言,知识产权侵权损害赔偿数额确定的直接目的便是要最大程度地保护知识产权人的合法权益。

第二,有助于维护司法权威。一般而言,司法权威的树立和维护需要满足如下条件:首先,司法裁判质量得到充分认可;其次,司法裁判效率得到较大提升;最后,社会公众对司法机关及其裁判文书给予充分信任和肯定。具体到知识产权侵权损害赔偿而言,司法权威能否得到有效维护,主要取决于包括知识产权人、侵权行为人等在内的社会公众的利益诉求能否从司法裁判中获得满意的答复。从直观的角度而言,这一切都取决于侵权损害赔偿数额确定的合理与否,能否确保“同案同判”“类案类判”。本研究的目标之一便是为知识产权侵权损害赔偿数额确定寻找相对统一、相对客观的标准,最大限度地规范法官的自由裁量权,尽可能确保损害赔偿数额确定的客观、公正和统一。因此,研究知识产权侵权损害赔偿数额确定对于树立和维护司法权威具有极为重要的推动意义。

第三,有助于提升司法的参与度。从法律适用的基本架构看,一项纠纷的处理一般由原告、被告和裁判者三方参与完成。因此,诉讼相关者的参与是维系司法适用的核心要素。但在知识产权侵权损害赔偿案件审理过程中,作为诉讼参与人的原告和被告,在参与案件实质审理方面明显处于消极地位。为此,诸多司法裁判者都在

呼吁提升诉讼当事人参与诉讼的积极性和主动性。^①特别是在知识产权法定赔偿广泛适用的背景下,法院在确定损害赔偿数额时更多依靠的是法官的自由裁量权,不再重视原告与被告之间的举证和质证。这毫无疑问会极大地打击诉讼参与人参与案件审理的积极性。本书以知识产权侵权损害赔偿数额确定为题展开研究,在于全面考察和梳理现行损害赔偿数额确定规则所存在的缺陷,重构某些不准确不合理的损害赔偿数额确定构成要件。相信,随着赔偿数额确定规则的健全和完善,诉讼参与人参与诉讼的积极性也将得到重大提升。

三、研究现状述评

(一) 国内研究现状

在分析和研究知识产权侵权损害赔偿数额确定时,我国理论界与实务界都付出了巨大努力,也取得了积极的成果。

1. 国内理论界研究状况

近年来,对知识产权侵权损害赔偿数额确定的研究一直是理论界研究的热点,并取得了一大批成果,概括起来主要表现为:

一是知识产权侵权损害赔偿归责原则研究。有学者认为,知识产权侵权损害赔偿应适用过错责任原则;^②也有学者认为,知识产权侵权损害赔偿应适用无过错责任原则;^③还有学者认为,单纯适用过错责任原则很难真正达到保护知识产权人合法权益的目的,存

① 袁荷刚:《从司法的亲历性论当事人到庭陈述之必要性》,载《人民法院报》,2015年12月2日,第10版。

② 周园:《论过错与著作权侵权损害赔偿关系的立法表达——以我国〈著作权法〉第三次修改为中心》,载《知识产权》,2013年第5期。

③ 张玲:《论专利侵权赔偿损失的归责原则》,载《中国法学》,2012年第2期。

在举证困难的缺陷,因此可以考虑适用过错推定责任原则;^①更有学者指出,因知识产权侵权行为具有多种属性,故应同时适用过错责任原则和无过错责任原则,这样既能够确保知识产权人维护权利的可能性,又不至于把侵权责任范围无限扩大。^②

二是知识产权侵权损害赔偿原则研究。根据通说,知识产权侵权损害赔偿原则主要包括全面赔偿原则、法定赔偿原则和惩罚性赔偿原则。知识产权损害赔偿属民事损害赔偿,民事损害赔偿应遵循全面赔偿原则,即损失补偿原则,以弥补被侵权人的损失为赔偿标准。对于这一点,学者们并无不同意见。事实上,对知识产权侵权赔偿原则的讨论主要围绕如下两个问题展开:第一,如何规范知识产权法定赔偿的适用。知识产权法定赔偿的过度适用已出现“类案不类判”、重复赔偿等诸多问题。^③第二,如何限制知识产权惩罚性赔偿原则的适用。经过学界多年的努力,对于将惩罚性赔偿引入知识产权制度之中,学者已然达成共识。但对于如何在知识产权侵权赔偿中适用惩罚性赔偿,学者们还存在一些不同的看法。有学者在梳理我国三部主要知识产权法律关于惩罚性赔偿立法的基本内容的基础上指出,在知识产权侵权案件中适用惩罚性赔偿应坚持如下基本条件:首先,行为人主观方面必须是故意;其次,行为人实施了两次以上侵犯知识产权的行为,或者因侵权行为给知识产权人的利益或者潜在利益造成了严重损害。^④还有学者指出,在适用惩罚性

① 吴汉东:《知识产权保护论》,载《法学研究》,2000年第1期。

② 郑成思:《知识产权论》,社会科学文献出版社,2007年版,第200页。

③ 袁秀挺、凌宗亮:《我国知识产权法定赔偿适用之问题及破解》,载《同济大学学报》(社会科学版),2014年第6期。

④ 曹新明:《知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析——兼论我国知识产权领域三部法律的修订》,载《知识产权》,2013年第4期。