

知识产权 损害赔偿 研究

主编 戴建志 陈旭

3. 44
19

法律出版社
PUBLISHING HOUSE OF LAW

知识产权损害赔偿研究

主编 戴建志 陈旭
编委 姚荣民 刘金波 张勇坚
张嘉林 李宝明 戚长玉
陈小青 王艳彬

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

知识产权损害赔偿研究/戴建志、陈旭主编. -北京:法律出版社,1997. 10

ISBN 7-5036-2217-2

I. 知… I. ①戴… ②陈… II. 知识产权-侵权行为-赔偿-研究 IV. D913

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 18028 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/6 字数/159 千

版本/1997 年 11 月第 1 版 1997 年 11 月第 1 次印刷

印数/0,001—8,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2217-2/D·1843

定价:9.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

代 序

在人民法院审理知识产权案件的过程中,我们一直强调,审判人员要善于将解决审判工作中的疑难问题作为突破口,边学习边总结经验,以此提高自身的业务素质,保证和促进高质量高效率地审理知识产权案件。从这本书中,我们看到了各地法院努力实践、用功钻研的成果。

知识产权审判是人民法院一项重要的审判工作,随着我国改革开放的不断深入,以及经济建设的持续、快速发展和科技文化市场的逐渐扩大,人们的知识产权法律意识不断得到提高,主要表现为对诉权的重视与运用,一旦出现侵权纠纷,便积极通过诉讼途径来保护自身的合法权益。知识产权审判工作与科技的进步、文化的繁荣和经济的发展的联系日益紧密,已经成为当前乃至下个世纪中国法院审判工作的重要趋势。

从目前人民法院受理案件的情况看,知

识产权案件呈现四个特点:收案数量上升幅度较大;新类型案件不断涌现;案件涉及的法律关系日趋复杂;案件争议标的额不断增大。这不仅加重了人民法院的审判任务,而且也给案件的审理带来一定的难度。面对如此现状,许多法院在审判实践中积极探索,并借鉴外国司法实践中的成功经验,大胆尝试,通过对典型案例的审理,探索总结出带有普遍意义的经验,使知识产权审判水平从整体上得到了提高。

知识产权损害赔偿,是知识产权审判工作的难点之一,也是案件当事人十分关注的问题,它涉及损害赔偿原则、范围和赔偿金额的计算方法等。最高人民法院曾作出过司法解释,对各级人民法院审事知识产权侵权案件,起到了一定的规范和指导作用,但这还不够。从审判实践中反映出了许多新情况新问题,这就要求我们在审判实践中作进一步的探索。今年5月份,全国部分法院在上海召开知识产权损害赔偿研讨会,就是对此所作的一次理论研究和经验总结交流。本书正是在这次与会论文的基础上编写而成的。

参与本书撰文的同志均来自人民法院知识产权审判工作第一线,在问题的提出和对策的探讨上,具有较强的针对性。可以说,这本书比较系统地反映了近几年来人民法院对审理知识产权损害赔偿案件诸多问题探讨的成果,也在一定程度上反映了现阶段基本的研究水平。特别是案件比较集中的北京、上海、江苏和广东等法院同志的一些观点和做法,使人开阔了眼界,拓宽了思路。

这本书在编排上有一个最大特点,即不同于过去简单的论文结集,而是按照知识产权案件的类型设章立题,对每一个探讨的问题较完整地保留了各方面的观点,这不仅避免了所述内容的重复,使文字简洁、结构严谨,而且也方便了阅读和查询,使读者对所论述的问题可以一目了然,全面了解所收论文的主要观点。

面对知识产权的高科技性、专业性及法律保护客体种类的复杂多样性,我们曾再三强调,人民法院的审判人员应向专家型方向发展,每个同志应在审判实践的基础上,注意提高自身的法律理论

素养,不断地研究问题,探讨对策,总结经验。本书的编辑出版即是对此所作的有益尝试,相信能给读者带来新的启发。同时,希望大家能鼓起探索创新的勇气,以求实的科学态度,不断地总结实践经验,为完善我国的知识产权法律制度多做贡献。

最高人民法院副院长



1997 年 10 月 22 日

目 录

第一章 绪 论----- (1)

- 一、我国有关知识产权损害赔偿立法的缺陷和对策 (2)
- 二、关于知识产权损害赔偿原则..... (6)
- 三、知识产权损害赔偿的范围..... (9)
- 四、关于建立法定赔偿额制度..... (21)
- 五、如何认定因侵权所获取的利润
..... (27)
- 六、损害赔偿的举证责任..... (29)

第二章 专利侵权赔偿 (33)

- 一、专利侵权行为的构成和认定..... (33)
- 二、专利侵权赔偿额的计算方法..... (37)
- 三、附属专利的认定及法律后果
..... (45)
- 四、关于专利侵权诉讼程序方面的两

个问题	(49)
第三章 商标侵权赔偿	(51)
一、商标侵权损害赔偿原则	(51)
二、商标侵权损害赔偿额的计算方法	(56)
三、商标侵权赔偿计算方法质疑	(61)
第四章 著作权侵权赔偿	(65)
一、著作权侵权认定及赔偿原则	(65)
二、著作权损害赔偿的归责原则	(69)
三、补偿性赔偿制度的内容	(77)
四、录音作品表演者的专有表演权	(81)
五、软件著作权侵权损害赔偿	(87)
六、对一起丢失作品手稿案件的分析	(95)
第五章 不正当竞争损害赔偿	(102)
一、不正当竞争损害赔偿概述	(102)
二、侵犯商业秘密案件的赔偿	(111)
三、对一起侵犯商业秘密案件中秘 密性的认定	(126)
四、利用广告实施侵权行为的赔偿	(133)

第六章 商誉损害赔偿..... (141)

- 一、商誉损害赔偿概述 (141)
- 二、损害商誉行为的构成要件 (148)
- 三、商誉损害赔偿的原则、性质..... (150)
- 四、商誉损害赔偿的范围及其数额
..... (152)

第七章 精神损害赔偿..... (156)

- 一、精神损害赔偿概述 (156)
- 二、精神损害赔偿的概念及构成要件
..... (163)
- 三、确定精神损害赔偿额的原则 --- (166)
- 四、侵犯著作权的精神赔偿 (171)
- 附录一..... (177)
- 附录二..... (178)
- 后记..... (179)

第一章 绪 论

由于知识产权的客体是无形的智力创造性的成果,侵权人对他实施的侵害行为不会导致智力成果自身的损毁或者灭失,这个特点决定了确定知识产权损害赔偿额是一项复杂而困难的工作。为公正地保护知识产权,人民法院研究知识产权损害赔偿问题是十分必要的。

摘自最高人民法院知识产权审判庭副庭长杨金琪在知识产权损害赔偿研讨会上的讲话

现代社会是一个科技高度发达的社会,科技是第一生产力,科技水平已成为衡量一个国家国力强弱的重要标志。运用法律手段进一步保护知识产权,促进科技的发展,已成为我国当代法学界有识之士的共识。

知识产权是基于智力的创造性所产生的权利,它是法律赋予知识产品所有人所享有的专有权利。按照我国民法通则第五章第三

节的规定,我国知识产权包括著作权、专利权、商标权、发明权、发现权以及其他科技成果权。对知识产权的侵权即具体表现为对知识产权所有人上述权利的剽窃、篡改、假冒、打击、压制等侵害行为。侵权人亦因此应承担相应的民事责任,而损害赔偿是该责任形式中至关重要的内容之一。

一、我国有关知识产权损害 赔偿立法的缺陷和对策

一种观点认为,考察我国有关知识产权侵权损害赔偿的立法状况,目前主要存在两方面的缺陷和问题。

(一)有关法律及司法解释规定得过于原则,可操作性较差。民法通则、最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》、著作权法、计算机软件保护条例、专利法均只原则性地规定侵权人应当赔偿权利人的损失,至于损害赔偿的范围、计算损害赔偿金额的标准和方法等均无具体规定。这就为司法实践中公平、合理地确定侵权人应当承担的赔偿责任增大了难度。虽然商标法、最高人民法院《关于侵犯商标专用权如何计算损失赔偿额和侵权期间问题的批复》(以下简称《批复》)以及最高人民法院《关于审理专利纠纷案件若干问题的解答》对侵权损害赔偿有进一步的规定,但仍没有从根本上解决损害赔偿额难以确定的状况。以专利侵权损害赔偿金额的确定为例,最高人民法院在《关于审理专利纠纷案件若干问题的解答》(以下简称《解答》)中规定了三种损失赔偿额的计算方法,这三种计算方法由法院根据案情的不同情况选择适用。

第一种是以专利权人因侵权行为受到的实际经济损失作为损失赔偿额。计算方法是:因侵权人的侵权产品(包括使用他人专利方法生产的产品)在市场上销售使专利权人的专利产品的销售量下降,其销售量减少的总数乘以每件专利产品的利润所得之积,即

为专利权人的实际经济损失。就目前的司法实践来看,这一方法运用得极少,因为如果专利产品的销售量没有减少,则此方法不能适用;如果专利产品销售量下降,其下降的原因可能是多方面的,有可能是替代产品出现造成的,有可能是专利产品所要解决的问题正逐步减少造成的,还有可能是专利产品质量上的问题以及专利产品营销手段上的问题等等原因造成的,因此侵权人可以比较容易地针对此种计算方法提出合理的抗辩事由,可见第一种方法的适用范围很有限。也正因为此,所以“在知识产权的诉讼案件中,很少有人要求对损失进行完全的调查。”

第二种是以侵权人因侵权行为获得的全部利润作为损失赔偿额。计算方法是:侵权人从每件侵权产品(包括使用他人专利方法生产的产品)获得的利润乘以在市场上销售的总数所得之积,即为侵权人所得的全部利润。这种方法的适用范围也很窄。因为如果侵权人未获利润,则此方法不能适用;以每件侵权产品的利润和在市场上销售的侵权产品数为计算损害赔偿的依据从理论上讲是简便、可行的,但实际操作起来难度很大。因为侵权人往往做假帐,向法院提供不真实的财务帐册和营销资料,而被侵权人又难以查明侵权产品销售数额及每件侵权产品的利润,因此法院难以确认侵权人实际销售的侵权产品数额及每件侵权产品的利润。可见,第二种方法往往难以适用。

第三种是以不低于专利许可使用费的合理数额作为损失赔偿额。专利许可使用费一般是由专利权人与被许可人根据专利的先进程度、经济寿命、正常收益率、使用范围等因素协商确定的,如果权利人未曾许可他人有偿使用专利权,并且权利人也未能与侵权人达成专利许可使用费协议,则此种方法就不能适用。可见第三种方法的适用范围也很有限。

由于对侵权损害赔偿的规定过于原则,可操作性较差,因此在知识产权侵权诉讼中,法院难以公正、合理地确定侵权人应当承担的损害赔偿金额,不利于充分保护权利人的利益。

(二)有关法律及司法解释对知识产权侵权损害赔偿的规定不尽一致。虽然反不正当竞争法不完全属于知识产权法领域,但由于其规范了涉及知识产权的竞争行为,因此它对侵害知识产权的不正当竞争行为的损害赔偿责任的规定应当尽量与有关知识产权法律保持一致,然而实际情况并非如此。反不正当竞争法第二十条第一款针对该法规范的所有不正当竞争行为作出了统一的规定,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。其他知识产权法律、法规均未规定侵权人应承担被侵权人因调查侵权行为而支付的合理费用。前已述及最高人民法院的司法解释对专利侵权的损害赔偿额规定了三种计算方法,这三种方法由法院根据具体案情选择适用,其适用没有先后顺序之分,这一规定与反不正当竞争法之规定不同。商标法及最高人民法院的司法解释规定了商标侵权的损失赔偿额之计算方法有两种,即被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失或者侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润,这两种方法的适用也没有先后顺序之分,这与反不正当竞争法的规定也不一致。同时这一规定与专利侵权损害赔偿的有关规定也不一致,它缺少“以不低于许可使用费的合理数额作为损失赔偿额”的计算方法。由于法律、司法解释对知识产权侵权损害赔偿问题规定得不尽一致,造成法律冲突,法院在审判中难以准确适用,不利于充分保护知识产权人的利益。

为了弥补目前有关知识产权侵权损害赔偿立法中的缺陷,有人认为应制定协调统一、明确具体的侵权损害赔偿法律、法规。在进一步修订专利法、商标法、著作权法、反不正当竞争法、计算机软件保护条例及相关司法解释时,在侵权损害赔偿的范围、侵权损害赔偿数额计算的方法等问题上应当做到协调统一,各法律之间、各法规之间、各司法解释之间应当保持各个法律层次上的一致。同

时,对侵权损害赔偿数额的计算方法应进一步具体化,以利司法实践中运用。特别是应当吸收司法实践中积累的成功经验。如最高人民法院公报刊载的《佛陶集团股份有限公司陶瓷研究所诉金昌陶瓷辊棒厂技术秘密侵权纠纷案》中采用的侵权赔偿额的计算方法比较公平、合理,立法可以采用。该案侵权赔偿额的计算方法是:侵权产品的销售量乘以权利人每件产品的平均利润。为了更公平、合理地确定侵权赔偿额,加强对权利人的保护,应当进一步规定:每件侵权产品的平均利润与权利人每件产品的平均利润,只查清其中之一的,以查清的利润为计算赔偿额的依据,二者都查清的,以较高利润为计算赔偿额的依据。

也有人建议:

1. 专利法、商标法、著作权法、计算机软件保护条例应当规定,侵权人应当承担被侵权人因调查该侵权行为而支付的合理费用。

2. 专利法、著作权法、反不正当竞争法应当规定,侵权人承担的赔偿额可以是被侵权人所受到的实际损失或者侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润或者不低于权利许可使用费的合理数额。被侵权人所受到的实际经济损失的计算方法可以最高人民法院《关于审理专利纠纷案件若干问题的解答》的规定为准。侵权人因侵权所获利润的计算方法应当是:侵权产品的销售量乘以每件侵权产品的平均利润或权利人每件产品的平均利润。两个利润只查清其中之一的,以查清的利润为计算依据,二者都查清的,以较高利润为计算依据。这两种计算方法可适用于计算侵害商标专用权的损害赔偿额。

3. 商标法应当规定,被侵权人可以要求以不低于商标使用许可费的合理数额作为损失赔偿额。

二、关于知识产权损害赔偿原则

主要有两种观点：

一种观点认为，知识产权损害赔偿应坚持适用补偿性赔偿原则。持这种观点的人认为，侵权行为是一种违反公共行为规范的致人损害的行为。在我国民法通则中规定，侵权行为一般是指行为人由于过错，侵害他人的财产、人身，依法应承担民事责任的行为；行为人虽无过错但法律特别规定应对受害人承担民事责任的其他致害行为，也属侵权行为。依据这样的定义，由于行为人因故意或过失侵害了他人财产权利和人身权利，并造成了损失的，由此产生一种债权债务关系即侵权之债。侵权之债的债务人所应负的责任是一种财产责任，这种民事侵权责任应以财产损失为限，这是自罗马法以来传统民法的一项原则。但是，侵权责任，在知识产权领域如何正确适用和界定以财产损失为限原则，对无形资产的损害怎样以财产方式进行赔偿，并实现公平、合理、合法的要求，是一个较为复杂、棘手但又要求我们必须回答的问题。致害人对其侵权行为所造成的损害，须承担赔偿责任所有实际损失的责任，即全部赔偿原则。对这一原则，理论要求是不能多赔或者少赔。因为多赔会给受害人带来不当收入，少赔又会使受害人对损失得不到应有的补偿。

持这种观点的人进一步提出，在确定被侵权人所遭受的实际损失，以实现全部赔偿原则时，应实事求是，全面考虑。在司法实践中至少不能把实际损失只理解为直接损失，而将难以把握的间接损失排除在外，或由法官任意取舍，任意“心证”，因为全部赔偿应是指赔偿受害人全部的实际损失。

民法意义上的实际损失既包括直接损失，又包括间接损失，因此，在确定赔偿范围时，直接损失和间接损失，特别是间接损失，都不应忽视。这样才能真正实现以填补被害人所受损害之目的，以达到“判给原告足够的损害赔偿金，以补偿因侵权造成的损失”的效

果。

另一种观点认为,对知识产权侵权损害赔偿案件除适用补偿性赔偿原则外,还应对故意侵犯知识产权、侵权情节严重的侵权人实行惩罚性赔偿原则,即侵权人在赔偿被侵权人实际经济损失外,在一定幅度内实施惩罚性赔偿。持这种观点的人认为,惩罚性赔偿责任是相对于补偿性赔偿责任而言的。补偿性赔偿责任是指不论侵害人的主观过错如何,也不论侵权情节如何,侵害人给被害人造成了多少损失就赔偿多少,即侵权人的赔偿责任限于弥补受害人所受之损失,使受害人的利益回复到侵权发生前之状态。而惩罚性赔偿责任是指侵权人在赔偿受害人实际损失之外,还应当赔偿受害人一定费用的赔偿责任,即侵权人的赔偿责任不仅限于弥补受害人之损失,还必须让受害人因此而获得高于损失的赔偿。

传统民法理论认为,侵权损害赔偿的目的是恢复权利人原有的民事权利和利益,使权利人、侵权人之间的利益恢复到侵权发生前之状态,从而保持权利人、侵权人之利益平衡。作为私法的民法不允许权利人因侵权赔偿而获利,否则就产生了平等主体的一方当事人对另一方当事人进行制裁的结果,有违民法平等、公平之基本原则。然而根植于现代社会的现代民法已突破了传统民法之局限,对侵权行为引入社会评价观念,从而在若干领域确立了惩罚性赔偿责任。美国专利法第 284 条规定,法院有权将损害赔偿金额增加到原法定或估价数额的三倍。尽管法院不把这种加倍看作是一种惩罚性措施,但实际作用如此。美国商标法也有同样的规定。

就目前我国知识产权侵权损害赔偿的有关规定来看,其采纳的是补偿性赔偿责任,不论侵权行为人主观过错程度、侵权情节,侵权人均只承担赔偿损失的责任。侵犯知识产权是否应承担惩罚性赔偿责任呢?知识产权具有无形性,权利人本身难以对其进行严密控制,并且很多权利客体是向社会公开的,权利人对其权利客体的保护手段相对其他民事权利来说较弱,他人故意侵犯知识产权比侵犯其他权利更便利,而且往往获利颇丰,因此,如在知识产权

领域仍与其他领域一样实行补偿性赔偿责任,显然不利于保护知识产权人的利益。只有加重那些故意侵犯知识产权并且侵权情节严重的侵权人的赔偿责任,才能有效扼制侵害知识产权行为的蔓延。我国已在消费者权益保护法中规定了惩罚性赔偿责任,该法第49条规定“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。”实践证明,这一规定有利于充分保护消费者利益,防止假货及欺诈性服务的蔓延。在知识产权领域也必须借鉴这一做法,制定有关惩罚性赔偿责任的规定,加强对权利人的保护,制止侵权行为。

同时,由于惩罚性赔偿责任的目的不仅在于弥补权利人的损失,而且还要对侵权人给以经济上的惩罚,加重侵权人的赔偿责任。但是,实际中应对惩罚性赔偿责任的范围严格限制,以免受害人由此获得更多利益。其适用范围应当是:

(1)只能对故意侵权人适用惩罚性赔偿责任,过失侵权人由于主观过错小,因此只应承担补偿性赔偿责任。

(2)只能对侵权手段恶劣,侵权情节严重的侵权行为人适用。因为惩罚性赔偿的一个重要目的在于惩戒侵权人,如果对一般侵权情节者适用惩罚性赔偿,就会扩大惩罚性赔偿的制裁范围,造成新的不公平。

(3)只能由当事人申请适用惩罚性赔偿责任,当事人没有申请,法院不得主动适用惩罚性赔偿责任的规定,因为民事赔偿请求权是当事人的民事权利,其是否行使,如何行使,由当事人自主决定,他人(包括法院)无权干涉。

(4)惩罚性赔偿的基准数额应当以侵权人的实际经济损失或侵权人之侵权获利或正常许可使用费为准。以上费用不能确定的,则适用法定赔偿金的规定,由于法定赔偿金本身已考虑了惩罚性赔偿金的因素,因此对法定赔偿金不能再加倍赔偿。有人建议:对于故意侵权,侵权情节恶劣、侵权影响较大的侵权行为人,被侵权