

Theory & Practice

8

民商法理论与审判实务研究丛书

Theory & Practice

民商法理论与审判实务研究丛书

- 《民商法总论及涉外民商法理论与适用》
- 《婚姻法理论与适用》
- 《债法理论与适用I》（总论及合同之债）
- 《债法理论与适用II》（侵权之债）
- 《物权法理论与适用》
- 《商主体法律理论与适用》
- 《商行为法律理论与适用》
- 《知识产权法理论与适用》

知识产权法 理论与适用

主 编 / 万鄂湘

人民法院出版社

民商法理论与审判实务研究丛书

知识产权法理论与适用

主 编 万鄂湘

副主编 金俊银 吴光荣

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

知识产权法理论与适用/万鄂湘主编. —北京: 人民法院出版社, 2005.1

(民商法理论与审判实务研究丛书)

ISBN 7-80161-928-5

I. 知… II. 万… III. ①知识产权法-法的理论-中国-文集②知识产权法-法律适用-中国-文集
IV. D923.404-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 137993 号

民商法理论与审判实务研究丛书

知识产权法理论与适用

主编 万鄂湘

责任编辑 陈建德 赵作棟

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010)85250566 (责任编辑) 85250516 (出版部)
85250558 85250559 (发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 386 千字

印 张 14.5

版 次 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-928-5/D·928

定 价 232.00 元 (全 8 册)

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

前言

为了适应我国经济建设和加入世界贸易组织的需要，加强全国法院对民商事法律问题的研究，最高人民法院全国法院学术讨论组织委员会于2003年1月决定以“民商事法律理论与审判实务研究”为中心议题召开全国法院第十五届学术讨论会。此届学术讨论会共收到全国地方各级法院和社会各界人士报送的参赛论文共1289篇，依照论文评选规则，经过评选委员会严格、公正、公开、规范的评选，共评出一等奖论文5篇，二等奖论文92篇，三等奖论文186篇。这些论文的选题涉及民商法总论、人身权、债权、物权、知识产权、亲属和继承、商主体和商行为以及涉外民商事法律等各个领域，具有相当的广度和深度，这无疑将对我国民商事审判实践和民商事立法产生积极的影响。为此，组委会已将获得一、二等奖的论文结集出版，定名为《民商法理论与审判实务研究》（人民法院出版社2003年11月出版）。

为了进一步将此届学术讨论会的研究成果推向社会,系统总结全国法院近年来民商事审判经验,并在司法界和学术界展开更深入的交流和讨论,活跃法院系统的学术研究气氛,提高法官队伍理论素养和司法水平,我们决定将部分获得此届论文评比三等奖的论文,以及少数没有获奖,但论文涉及的问题较有理论和实践价值,且论证比较出色的论文汇集成《民商法理论与审判实务研究丛书》出版。全套丛书共8本具体包括《债法理论与适用I(总论及合同之债)》、《债法理论与适用II(侵权之债)》、《物权法理论与适用》、《知识产权法理论与适用》、《婚姻法理论与适用》、《商主体法律理论与适用》、《商行为法律理论与适用》以及《民商法总论及涉外民商法理论与适用》。

一年一度的全国法院学术讨论会迄今已举办了十五届,全国法院第十六届学术讨论会的论文征集工作也正有序地进行。16年来,全国法院学术讨论会已成为全国法院系统广大法官进行理论研究和学术交流的正式舞台,并以其规格高、组织严密、公平、公正、透明被誉为法院系统的“奥林匹克竞赛”。因此,希望各级法院高度重视这一学术交流形式,一如既往地支持并参与到这一盛大的学术活动中来,为提高广大法官的业务素质和理论修养,为践行“公正与效率”的世纪主题而奋斗;也希望全国的广大法官能充分利用这一平台,广泛交流和总结所取得的审判经验,为国家的法制建设和司法实践贡献自己的力量。我们期望本套丛书的出版,能够进一步激起司法实务界和理论界对民商事法律理论研究的热潮。

全国法院学术讨论组织委员会办公室

二〇〇四年七月十日

目 录

前言	(1)
----------	-------

第一编 知识产权总论

对知识产权损害赔偿几个问题的思考	汤茂仁 (3)
间接侵犯知识产权的若干问题探析	王惠中 (17)
知识产权侵权归责原则问题研究	阎凤翔 马剑勇 (32)
对《TRIPs 协定》保护机制的认识和思考	李永昌 (45)
论知识产权诉讼中诉前禁令的适用	韩天岚 (62)
知识产权侵权纠纷中边境措施与临时 措施的适用竞合与程序衔接	茆荣华 王 佳 (78)

第二编 著作权法理论与适用

作品独创性判定标准的比较研究	姜 颖 (95)
网络作品著作权“合理使用”之界定	明盛华 (114)
虚拟空间的现实保护 ——网络环境下版权精神权利的保护与限制	谢善娟 (133)
角色商品化：传统著作权制度与相关知识产权 制度的冲突与协调	林洁华 (149)
P2P 网站运营商著作权法律责任评析	宋 哲 (168)

第三编 专利法理论与适用

论许诺销售权的法律保护	徐 新 (189)
专利侵权案件中有关权利要求的解释	冯云昌 (201)
等同原则及其在专利侵权诉讼中的适用	李 晶 (217)
专利侵权中先用权抗辩问题研究	韦晓云 (231)
论软件专利权的民法保护	沈海蛟 (248)

第四编 商标法理论与适用

论未注册商标的法律保护

——侧重于两大法系之比较研究	邓治军 (269)
----------------------	-----------

驰名商标的认定与侵权行为判定

——试论驰名商标侵权案件中的两个基本问题 ...	闫春光 (285)
--------------------------	-----------

商标与商号权利冲突的司法对策

——对公平与可操作性的思考	欧修平 (301)
---------------------	-----------

商标权与知名商品的特有名称冲突问题研究	陈 红 (315)
---------------------------	-----------

商标淡化行为的法律分析	王建中 高 玲 (329)
-------------------	---------------

第五编 反不正当竞争法理论与适用

论不正当竞争法律责任制度的适用与完善	李 勇 (347)
--------------------------	-----------

论商业秘密侵害诉讼中的证明问题	程志刚 (364)
-----------------------	-----------

虚假广告宣传行为法律研究	张晓津 (376)
--------------------	-----------

特许经营若干法律问题探析	安 辉 (394)
--------------------	-----------

特许经营中限制竞争行为的法律规制	施汉嵘 沈 兵 (408)
------------------------	---------------

入世后我国原产地名称法律保护

现状、成因、对策	杨学东 朱直勤 (425)
冠名权转让中的法律问题	沈志先 符 望 (438)

第一编

知识产权总论

对知识产权损害赔偿几个问题的思考

江苏省高级人民法院 汤茂仁

损害赔偿是知识产权侵权责任的常见形式之一。但实践中人们对知识产权损害赔偿的诸多问题认识还不统一，在操作上显得混乱。本文拟结合审判实践，对知识产权损害赔偿的几个重要理论和实践问题进行探讨，以期抛砖引玉，求教于同仁。

一、知识产权损害赔偿理论与传统民事赔偿理论的冲突及解决

在传统的民法理论中，损失为民事赔偿责任的构成要件之一。没有损失则不能要求赔偿。但在知识产权诉讼中，有时也会发生原告并未因被告的侵权行为而受到损失的情形。对此有人认为按照传统民法理论，原告赔偿损失的诉讼请求应予驳回。但另有人主张可按被告的侵权所得进行赔偿。国内外的司法实践多按此方式对原告进行司法救济，从而导致了传统民事赔偿理论与知识产权损害赔偿理论的冲突。

学者对以被告获利额作为赔偿或返还的依据普遍持肯定态度。但存有两种理论支持其观点：一是不当得利说。该说缘于“任何人都不应从其不法行为中获利”的法律谚语，认为即使原告并未因被告的侵权行为而遭受损失，甚至其结果反而改善了原告的经济地位。原告也有权要求被告返还其获利。只有这样才能迫使被告放弃

其侵权行为,才能矫正正义。^①二是惩罚性损害赔偿说。该说主张在故意侵权情况下,补偿性赔偿不能抵消侵权人的非法获利,不能对其产生有效威慑,而惩罚性损害赔偿则会让侵权人吐出非法获利而产生适度威慑。^②

上述两种观点实为两个不同层面上的认识。不当得利说试图用不当得利理论而非损害赔偿理论来解决上文的困惑;而惩罚性损害赔偿说则认为用损害赔偿理论中的惩罚性损害赔偿制度来解决。多数学者认为,侵害知识产权的民事责任于多数场合,产生损害赔偿请求权和不当得利请求权的竞合,原告可选择行使。^③对此,笔者十分赞同。不当得利请求权的成立并不要求加害人具有过错,其功能和目的不在于补偿受害人的损失,但其获利因欠缺法律上的原因而应予返还,故从最终效果上说与损害赔偿一样可以填补受害人所受的损害。对此台湾地区“民法”第197条第2项规定:“损害赔偿之义务人,因侵权行为受利益,致被害人受损害者,于前项时效完成后,仍应依关于不当得利之规定,返还其所受利益于被害人。”《德国著作权法》第97条第1项规定:“著作权或本法所保护之其他权利受不法侵害时,被害人得请求除去侵害;侵害有再发生之虞

① 邹海林:《我国民法上的不当得利》,载于梁慧星主编:《民商法论》第5卷,法律出版社1996年版,第37页;马继军:《论不当得利》,载于梁慧星主编:《民商法论丛》第12卷,法律出版社1999年版,第116、126、127页。

② 王立峰:《论惩罚性损害赔偿》,载于梁慧星主编:《民商法论丛》第15卷,法律出版社2000年版,第79页;王雪琴:《惩罚性赔偿制度研究》,载于梁慧星主编:《民商法论丛》第20卷,法律出版社2001年版,第133页。

③ 王泽鉴著:《债法原理》(第二册),中国政法大学出版社2002年版,第274~275页;黄立著:《民法债编总论》,中国政法大学出版社2002年版,第234页;邹海林:《我国民法上的不当得利》,载于梁慧星主编:《民商法论丛》第5卷,法律出版社1996年版,第81~82页。

者，得请求防止之。加害人若有故意，并得请求损害赔偿，或请求加害人交付因侵害所得之利益。”台湾地区 and 德国学者通说认为此系损害赔偿请求权与不当得利请求权之竞合。因此，若加害人因过错侵害他人知识产权，由此而取得利益，并造成他人损害者，受害人可要求加害人赔偿损失或返还不当得利。即使原告未受损失或损害赔偿请求权不能实现时，其也可主张不当得利请求权。故针对本文所讨论之情形，不当得利说不无道理。

就本文所探讨之情形，笔者认为，以被告获利额作为损害赔偿额的计算依据，补偿性损害赔偿理论仍将适用。理由是：

1. 一般而言，侵害知识产权行为均能造成他人损害。这里的损害包括损失，可以表现在诸多方面：人格利益受损，社会对其评价降低，如名誉、商誉受损；精神利益受损，如侵权使受害人感到精神痛苦、烦恼、郁闷、伤害等；身份利益受损，如主体的特定身份被剥夺或削弱，侵害作者署名权、荣誉权等；财产利益受损，表现为现有财产的减少或支出费用的增加；还可以表现为其他非财产利益的损害，如竞争机会的丧失或减少等。因此，“损害是一个极为广义的概念，其不仅包括损失，而且还包括侵害、伤害和妨碍等。无论是财产上或非财产上的不利益，也无论该不利益是人的行为抑或自然事件所致，更无论其是现实的抑或未然的不利益，只要是确定发生的不利益，均应称之为损害。简言之，所有法律保护之权利和法益遭受不利益，均属于损害。”^① 损失只是损害的一种表现形式，多指财产性损失。而损害无论是财产利益损害抑或非财产利益损害，一般均能物化为经济上的赔偿或补偿。如精神损害赔偿，名誉或商誉受损的赔偿。而且，在当今社会，某些人身权本身也具有商事利益，对其侵害本身即造成主体的财产损失，如侵害自

^① 宁金成、田上城：《民法上之损害研究》，载于《中国法学》2002年第2期，第105页。

然人姓名、肖像,企业名称、商号等。^①因此,笔者认为“损害”与“损失”不同,“损害赔偿”比“损失赔偿”更为确切。

2. 对知识产权的侵害一般均能发生不同方面的损害。根据英美等国判例,如果原告的知识产权有效存在,且原告对被告的侵权诉讼有胜诉的可能性,法院即可认为被告的侵权行为可能对原告造成难以弥补的损害,进而核发临时禁令。美国知识产权的法律也规定,法院易于对侵害知识产权的行为核发禁令。这些立法与实践表明,侵害知识产权一般都可能造成权利人不同方面的损害,所谓对原告未受损失的认识,系误将原告所受损害等同于损失,或者等同于原告所受的直接财产损失。如原告为一从事技术开发、转让、咨询、服务以及成果转化的高新技术研究所,被告擅自以原告名义生产、销售、宣传与原告技术领域相关的产品,原告以被告从事不正当竞争为由诉至法院,要求赔偿损失。此案中,对被告的行为是否给原告造成损害以及是否应承担民事赔偿责任,争议较大。但笔者认为,被告的行为至少造成了原告如下损害:(1)因被告产品质量存有问题以及虚假宣传(谎称与原告合作,被告的产品为原告开发等),而导致原告商誉的损害;(2)使用原告名称进行生产、销售、宣传等,不当侵害了原告的名称权中的商事利益;(3)侵害了原告潜在竞争利益,即原告自己独立或与他人合作经营而产生的利益等。

3. 造成原告没有损失或原告损失额与被告获利额有差额缘于多种因素。客观上说,影响原告损失额或被告获利额的因素很多。实际发生的数额的多少除因被告使用原告的知识产权并对其侵害所

^① 王泽鉴著:《债法原理》(第二册),中国政法大学出版社2002年版,第174页;高万泉:《名称权商事利益的法律保护》,载于《判解研究》2000年第2辑,人民法院出版社2001年版,第113页;汤茂仁:《知名字号在先使用的特别保护》,载于《知识产权办案参考》第2辑,方正出版社2001年版,第114页。

致外,还可能会受当事人的投资、原有技术力量、商标、商号、商誉的价值、销售渠道、销售关系、广告宣传等其他交易成本的投入、消费者对该商品的需求、通货膨胀、纳税等许许多多的必然或偶然性因素影响。因此,原告的损失是很难用数学精确地计算出来的。如原告或被告的一台机器利润可能来源于其中的多项专利技术、商标等价值,但涉案的仅为其中一项专利被侵权,或被告的产品零部件涉控侵权,故在此种情形下考究对原告造成的损失或被告的获利都可能发生错觉,认为原告没有损失或损失很小,被告获利很大等等。笔者认为,从纯理论或纯经济学角度分析,如果抛开影响原告损失或被告获利的其他因素外,原告因被告侵权所直接导致的损失应当与被告因此的获利额相当。客观上或形式上原告没有损失、损失额小于被告获利或被告没有获利等情形系由上述诸多因素影响所致。因此,针对形式上权利人的损失不存在或损失额不及被告获利额的情形,我国现有知识产权法及司法解释中以被告获利额作为赔偿额的计算方式之一,并允许当事人进行选择适用的规定较为合理。

4. 推定的损害赔偿额,一些国家的知识产权法明文规定有推定的损害赔偿额,如日本和德国。所谓推定的损害赔偿额是指将侵权人因其侵权行为所获得利益额推定为权利人的损失额。按此推定,原告只要证明侵权人因侵权行为而获利,而无需证明有无因果关系,便可请求赔偿损失。如侵权人能证明其获利与侵权行为无因果关系,或能证明权利人未受损失,赔偿数额可以减少。如《德国著作权法》第101条规定,著作权人可以其著作权之通常行使所获取金钱之数额,推定为自己受损数额而请求赔偿,法院得斟酌情形,确定损害赔偿之数额。^①我国知识产权法律及司法解释将被告获利额作为对原告赔偿额的计算方式之一,实质与上述国家的立法

^① 李水明:《知识产权侵权损害法定赔偿研究》,载于《中国法学》2002年第5期,第176、177页。

精神相同，具有很强的操作性和现实意义。

5. 理论界及实践部门普遍认为，我国的知识产权损害赔偿原则仍为全部赔偿原则或填平原则，旨在补偿受害人的损害。^① 将被告的获利额作为原告的损害额予以赔偿，以填补受害人因被告的侵权行为所受的损害，同样可以起到剥夺被告通过违法侵权获取利益的机会，遏制其冒险从事违法交易的功效。且主张惩罚性损害赔偿说的学者多认为，惩罚性损害赔偿应严格适用于故意侵权的场合，而不能适用于过失侵权情形。更有学者认为，对于被告的行为是专横的、傲慢的、怀恨的，或者以其他方式表示出对原告权利的蔑视、鄙视，可以适用惩罚性赔偿制度。^② 因此，惩罚性损害赔偿的适用范围有限。

当然，如上所述，以被告获利作为赔偿额进行计算时，还应除去被告所投入的确非因侵权行为而产生的收益。

二、比例分配原则在确定损害赔偿额时的运用

侵害知识产权的行为纷繁复杂，常会出现受害人所受损害由多个侵权人的行为造成，即一对多现象；或者同一侵权事实致使多个权利人遭受损害，即多对一现象；或者多个侵权人实施侵权行为侵害了多个权利人的利益，对多对多现象。这在不正当竞争案件中更为普遍，如被告实施的一个不正当竞争行为同时会侵害其他同业竞争者或广大消费者。在涉及知识产权实施许可的情形亦然，如普通

① 李国光主编：《知识产权诉讼》，人民法院出版社 1999 年版，第 259、261～263 页；董天平、郇中林：《著作权侵权损害赔偿问题研讨会综述》，载于《知识产权办案参考》第 5 辑，方正出版社 2003 年版，第 10 页。

② 戴建志、陈旭主编：《知识产权损害赔偿》，法律出版社 1997 年版，第 8 页；王立峰：《论惩罚性损害赔偿》，载于梁慧星主编：《民商法论丛》第 15 卷，法律出版社 2000 年版，第 90 页；王雪琴：《惩罚性赔偿制度研究》，载于梁慧星主编：《民商法论丛》第 20 卷，法律出版社 2001 年版，第 140 页。

许可的多名被许可人因侵权人的侵权行为而利益受损。针对上述复数主体侵权或受侵害的情形,在认定被告侵权的基础上,如何确定被告所应承担的或原告所应受偿的赔偿额?甚有情形,数个被许可人分先后分别起诉,在先起诉的被许可人经法院判决获偿后,其他被许可人又对同一被告同一侵权行为再行起诉的,应当如何处理?

对于受害人为复数,但由于有些受害人难以确定致害原因,或者难以举证证明侵权事实,或者考虑诉讼代价昂贵而未提起诉讼,仅有部分或个别受害人起诉的,有学者称之为被告逃脱责任情形,并提出此时被告对受害人负担的赔偿额为被告造成的损害乘以他责任几率的倒数。该学说将侵权人、受害人分别列入加害人集团、受害人集团进行整体考虑,主张对加害人实施惩罚性赔偿,以防止其逃脱责任。其理由在于如果加害人仅仅只对提起诉讼的受害人支付补偿性赔偿金,而对众多的没有提起诉讼的受害人或潜在的受害人并没有支付任何补偿,则使加害人应该承担的赔偿责任减少了,即应该减少的利益没有减少,从而构成一项“不当得利”。从集团角度看,加害人集团获得了本应属于受害人集团的利益。如果加害人不仅对提起诉讼的受害人支付补偿性赔偿金,还同时支付惩罚性的赔偿金,且惩罚性赔偿金的数额足以使加害人集团承担其行为的一切赔偿责任,那加害人集团与受害人集团的利益就得到平衡。起诉的受害人因此而获得的不当得利相对于加害人不当得利而言,可以作为一种相对正义,因为加害人的不当得利较之受害人的不当得利更加不正义。^①

笔者认为,以上述方法处理复数主体侵权或受侵害的纠纷并非妥当。因为:第一,若被告对受害人负担的赔偿额按被告造成的损

^① 王立峰:《论惩罚性损害赔偿》,载于梁慧星主编:《民商法论丛》第15卷,法律出版社2000年版,第94页;王雪琴:《惩罚性赔偿制度研究》,载于梁慧星主编:《民商法论丛》第20卷,法律出版社2001年版,第122页。