

· 聚焦 审判领域热点疑难问题 · 剖析 法官裁判依据方法理念

读懂法官思维

知识产权司法实务 与案例解析

陈志兴◎著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



读懂法官思维

知识产权司法实务 与案例解析

陈志兴◎著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

读懂法官思维：知识产权司法实务与案例解析 / 陈志兴著. —北京：中国法制出版社，2019.5

ISBN 978-7-5216-0130-5

I. ①读… II. ①陈… III. ①知识产权法—案例—中国
IV. ①D923.405

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第066916号

策划编辑/责任编辑：黄会丽

封面设计：李 宁

读懂法官思维：知识产权司法实务与案例解析

DUDONG FAGUAN SIWEI: ZHISHI CHANQUAN SIFA SHIWU YU ANLI JIEXI

著者 / 陈志兴

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市国英印务有限公司

开本 / 710毫米 × 1000毫米 16开

印张 / 16.5 字数 / 287千

版次 / 2019年5月第1版

2019年5月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0130-5

定价：52.00元

北京西单横二条2号 邮政编码100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：010-66070084

市场营销部电话：010-66017726

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926)

序一

对于知识产权，我有个说法，叫做“知识产权学科只有朝阳，没有落日”。这种“朝阳”的特性尤其体现在，知识产权领域不断地有新人加入进来，人员的流动性特别大，尤其是在司法实务领域。大概是在2014年10月，我和陈志兴有过一面之缘。当时我们在上海举行中国知识产权法学研究会2014年年会，他提交的论文获评优秀论文，我们邀请他做主题发言。后来在各种会议上也陆续有过接触，直到2018年3月听说他已经离开北京知识产权法院。

前段时间，也是在外开会，又碰上陈志兴。聊着聊着，他有点难为情地说，在筹备出本书，想请我写序。看到他能坚持写作，甚至走到“著书”这一步，我由衷地为他感到高兴，当场就答应下来，尽管我当时还不知道，他的书要写的是什麼内容。

本书的名字叫做《读懂法官思维：知识产权司法实务与案例解析》，全书共分为五章，包括“保护力度”“专利权”“商标权”“著作权”和“法庭内外”。虽然书名为“读懂法官思维”，但本书并不是学术著作，没有抽象地谈“什么是法官思维”“怎样读懂法官思维”等大而化之的话题。相反，陈志兴充分发挥自身曾经的职业优势，结合多年知识产权审判的工作经历，紧扣知识产权司法实务，书中的每一篇文章都是对实务工作的思考和总结。

通读全书，我认为本书有三个突出的特点：

一是，内容全面，覆盖面广，贴近实务。在传统的“专利权”“商标权”和“著作权”内容之外，本书还有两章的内容比较有意思——“保护力度”和“法庭内外”。实事求是地讲，这两章的内容没有司法实务经验的人是很难写出来的。但陈志兴不一样，他在法院工作过多年，而且长期就在知

知识产权审判一线，热爱思考，勤于写作，这是他的优势。比如，对于“赔偿低”的问题，他没有止步于当事人不提交证据的问题，而是将加大保护力度置于国家创新驱动发展战略、产权保护等大的背景下研究，给我们贡献出“确定损害赔偿需要处理好的几个关系”等经过深入思考的好文章。又如，对于裁判文书的撰写问题，他结合司法改革、法官助理制度等话题，提出“论文”和“公文”两种风格。

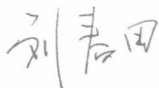
二是，以小见大，思考深入，个性鲜明。虽然本书的文章都是实务性质的，但都有陈志兴独特的思考，有他鲜明的个性和风格。比如，“为敢于旗帜鲜明地主持正义的知识产权法官点赞”一文，源于他对司法实务中非常突出的管辖权异议滥用现象的长期思考，且结合法官作为公务员群体的特性进行阐述，结论非常有意思。又如，“‘难打’的专利权官司”，虽然是很小的一篇文章，看似谈“撤诉”的数据和现象，但其深层含义是对中国专利授权质量低问题的思考和担忧。

三是，语言朴实、流畅，诙谐生动，可读性强。本书中的文章都来源于陈志兴在法院工作多年的思考，虽然说的是知识产权的专业问题，但读过之后并不觉得晦涩，很容易就能读懂，且语言诙谐生动，可读性强。这都源于作者的灵气、低调和勤奋。比如，“技术问题的提出在‘三步法’适用中的考量”，文中虽然也涉及具体的技术方案，但并没有陷入技术问题而不可自拔，主要还是对法律问题的阐述。又如，“侵犯商标权法定赔偿的限额”，对法官怎样适用惩罚性赔偿的问题做出思考，语言生动活泼。

尤其值得一提的是，陈志兴在北京知识产权法院工作期间恰逢我国司法改革、知识产权法院建设等大时代，在某种程度上甚至可以说，本书也是司法改革背景下我国知识产权司法审判工作的一个侧影。所以，本书值得我们每个关心中国知识产权司法实务的人阅读。

是为序。

中国人民大学知识产权学院院长
中国知识产权法学研究会会长



序二

前段时间，志兴跟我说，正在出一本书，已经和出版社签好合同，就等着内容定稿。我很感兴趣，想提前看看是本什么样的书。今天拿到书稿一看，名字叫做《读懂法官思维：知识产权司法实务与案例解析》，内容是知识产权司法实务方面的文章。志兴爱写东西，在北京知识产权法院工作期间当过我的助理，书里面的一些文章我以前也看过。现在志兴把这些文章整理出版，我由衷地为他感到高兴。志兴请我为这本书写篇序，我欣然答应。

法官的本职工作就是裁判，俗称“断案”。那么，法官是怎样裁判的呢？没接触过法院或者法官的人肯定会很好奇，甚至会觉得法官裁判很神秘。按照我国法律的规定，法官裁判要“以事实为根据，以法律为准绳”。这是对的，但说的太抽象，不太容易懂。要我说，法官裁判就是“遵循先例”。法官拿到一个案子之后，首先会在脑海中回忆或者去数据库中检索有没有类似的在先生效裁判，如果有，比照着写个判决就行。这其实就是裁判的思维，也是法官的思维。很简单，没什么可神秘的。当然，法官比照着写判决的时候必须得援引法律，而不能仅仅根据在先案例判案，因为我们毕竟不是判例法国家。

怎样去读懂法官思维？我的观点就是，要去好好研读法官的判决，看看法官是基于什么样的事实和法律、以及通过怎样的论证和说理才得出最终的判决结论。法官的思维就是裁判的思维，读懂法官的思维只有一个途径，就是去读法官的判决，除此之外别无他法。

志兴将这本书命名为《读懂法官思维：知识产权司法实务与案例解析》，我理解也就是要告诉大家怎样去读懂法官的思维方式，让大家都掌

握好法官的裁判思维，以便对法官的裁判形成稳定的预期。这本书分为五个部分，分别为“保护力度”“专利权”“商标权”“著作权”和“法庭内外”，每一篇文章都紧扣知识产权司法实务，说的都是他自己在法院工作多年的观察和认识。我认为，志兴写这么一本书非常合适，因为他在法院工作多年，也爱思考，写出来的东西都是法官的切身体验，有说服力，而且基本上都立足于具体的司法案例展开，很务实，也很实用。

特别难能可贵的是，志兴在本书中不仅仅做具体个案的研读，还对更为基础性的实务问题进行系统性研究。例如，对于知识产权损害赔偿的问题，志兴结合我国创新驱动发展战略、全国人民代表大会常务委员会《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》、党中央、国务院《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》等大的背景，作出深入思考，撰写出“确定损害赔偿需要处理好的几个关系”“司法定价与市场定价：确定知识产权损害赔偿数额的理念和规则”“加大知识产权保护力度的三点认识”等有深度、有见地的好文章。

这本书还有一个很大的特点是，在具体的知识产权专业领域外，还专设一章对法院实务进行论述，命名为“法庭内外”。这其中包括诉辩意见、庭审活动、裁判文书、管辖权异议，甚至还多处涉及到司法改革的相关话题，非常地有吸引力，让人耳目一新。

此外，正如大家读过这本书就会感受到的，本书内容的表述确实是通俗易懂，语言生动诙谐。值得一读再读。

最后，期待志兴在知识产权领域取得更大的成绩！

是为序。

北京知识产权法院原院长
北京知识产权法研究会会长

宿迟

法律、法规、司法解释简称

名 称	简 称
中华人民共和国专利法	专利法
中华人民共和国专利法实施细则	专利法实施细则
中华人民共和国商标法	商标法
中华人民共和国商标法实施条例	商标法实施条例
中华人民共和国著作权法	著作权法
中华人民共和国著作权法实施条例	著作权法实施条例
中华人民共和国合同法	合同法
中华人民共和国反不正当竞争法	反不正当竞争法
中华人民共和国民事诉讼法	民事诉讼法
最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定	民事诉讼证据若干规定
最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释	侵犯专利权司法解释（一）
最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）	侵犯专利权司法解释（二）



第一章 保护力度

确定赔偿数额需要处理好的几个关系	/ 003
司法定价与市场定价：确定知识产权损害赔偿数额的理念与规则	/ 015
加大知识产权保护力度的三点认识	/ 018
侵犯专利权高额赔偿典型案例解读	/ 022
侵犯专利权法定赔偿的适用	/ 029
“新百伦”案中的“品牌贡献率”问题	/ 039
侵犯商标权法定赔偿的限额	/ 042
审理期限与保护力度	/ 045
地域管辖与维权成本	/ 048

第二章 专利权

专利缴费日的确定与裁判规则的遵守	/ 055
专利文件撰写错误的理解与更正	/ 061

技术问题的提出在“三步法”适用中的考量	/ 064
诉讼证据在法庭出示是否构成专利法意义上的公开	/ 073
仅由附图“概括得到”的技术特征不应作为已公开内容	/ 077
第三方窃取研发成果引发的职务发明权属纠纷	/ 081
非新产品方法专利权纠纷案中的举证责任转移	/ 084
禁止反悔原则适用的限制	/ 087
恶意诉讼“明知”要件的判断	/ 091
适用《专利法》第十一条主张不侵权抗辩	/ 095
标准必要专利抗辩的性质	/ 098
标准必要专利的禁令救济	/ 104

第三章 商标权

诚实信用原则在商标行政案件中的适用	/ 109
注册商标之间“权利冲突”的可诉性及侵权判定	/ 113
最高法院判例告诉你诚实信用原则怎样适用	/ 117
最高法院“福联升”案告诉你：“市场格局”不是大箩筐	/ 121
输“IPHONE”，赢“facebook”，法律条款选择很关键	/ 124
为什么“微信”和“莫言”的“不良影响”不一样	/ 127
解读“基础商标延伸理论”：例外不能当原则	/ 130
“YKK”商标案对于驰名商标跨类保护的启示	/ 133
商标代理机构有无“申请注册其他商标”的现实需求	/ 137
如何理解《商标法》第十九条第四款中的“商标代理机构”	/ 140
将无所指的“宗教元素”注册为商标是否具有不良影响	/ 143
商标注册障碍消除的常见情形梳理	/ 146

适当地中止审理或许能够遏制商标抢注	/ 150
知名度对标志显著特征判断的影响	
——兼评“今日头条”案和“倩女幽魂”案	/ 153
警惕商标审查中的“家长”情结	/ 158

第四章 著作权

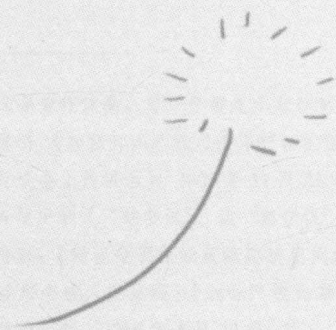
在法律框架内创新商业模式	/ 163
新媒体时代新闻媒体的著作权保护之道	/ 167
人物名称、人物形象等是否构成作品的判定	/ 176
模型作品的独创性判断与著作权法基本原理	/ 179
“法律、行政法规规定的其他作品”的理解与适用	/ 182
侵权视频的后续传播者侵犯哪些著作权	/ 185
牵涉历史因素的著作权权属判定规则	/ 188
美术作品展览权的权利限制	/ 191
公益性使用并非侵权豁免的当然事由	/ 194
著作权集体管理与合法维权的鉴别	/ 197
提高判赔数额对停止侵害责任的替代	/ 200

第五章 法庭内外

诉讼活动的表达：事实与规则	/ 205
庭审活动的表达：事实与情感	/ 208
案件事实的表达：证据与陈述	/ 211
诉辩意见的表达：专业与精准	/ 214

裁判文书的表达：套路与真诚	/ 217
裁判理由的表达：清楚与充分	/ 220
裁判文书的两种风格：论文与公文	/ 223
怎样看待那些“调戏法官式”的管辖权异议	/ 225
为敢于旗帜鲜明地主持正义的知识产权法官点赞	/ 228
违反请求原则能否通过满足听证原则而豁免	/ 230
专利商标行政案件审理中的否定性思维	/ 233
商标近似判断具有主观性是个客观事实	/ 237
权利不得滥用原则的司法实践观察	/ 240
“难打”的专利权官司	/ 245
后记：难忘法院岁月	/ 249

第一章
保护力度



确定赔偿数额需要处理好的几个关系*

考察我国侵犯知识产权民事审判实践，怎样确定赔偿数额始终是困扰当事人和法院的一大难题，而且这也被称为“世界性难题”^①。在2014年6月23日提交的《关于检查〈中华人民共和国专利法〉实施情况的报告》中，全国人民代表大会常务委员会执法检查组也提到，专利维权存在“赔偿低”^②的问题。客观来讲，“赔偿低”在其他的侵犯知识产权案件中也不不同程度地存在，而且迄今为止仍未根本改变。说到“赔偿低”，至少有两个方面的指向，一是权利人通过司法裁判获得的赔偿数额低于侵权人的侵权获利，不足以遏制侵权行为；二是权利人通过司法裁判获得的赔偿数额低于其维权支出，导致权利人缺乏维权动力。关于“赔偿低”的根源，现有的研究成果不少，实证方面，有的将重点放在赔偿证据的缺失，指出当事人应注重证据的收集^③；有的提出要合理分配举证责任和举证内容，细化赔偿计算方式^④；还有的分析了不认同“赔偿低”的十个理由，涵盖了当事人举证、知识产权价值、损害赔偿计算方式的适用等十个方面^⑤。综合上述研究成果，确定损害赔偿数额的难题主要体现为两大方面，一是当事人举证的难度和积极性，二是法院适用损害赔偿的计算方式。为此，本文将在此基础上，结合北京知识产权法院的一些思考和探索做进一步的探讨。

* 本文系合作作品，另一作者是北京知识产权法院副院长陈锦川。

① 曹建明：《加强知识产权司法保护、优化创新环境、构建和谐社会——在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话》，2005年11月21日。

② 报告使用的是“赔偿低”，但“赔偿低”只是一种现象，其根源在于“确定赔偿数额难”。

③ 陈志兴：《侵犯专利权法定赔偿适用问题研究》，载“知产力”微信公众号，2015年11月14日；长沙市中级人民法院：《知识产权民事案件损害赔偿额判定状况（2011—2015）》，载“知产力”微信公众号，2016年4月20日。

④ 南京铁路运输法院课题组：《知识产权侵权诉讼成本与效率分析——基于南京法院案件的实证研究》，载“江苏高院”微信公众号，2016年4月26日。

⑤ 何震：《法官不认同“知识产权损害赔偿低”的十个维度》，载“西南知识产权”微信公众号，2017年1月15日。

一、怎样认识“赔偿低”的现象

站在司法裁判的视角，“赔偿低”的现象根源在于权利人没有提交确定赔偿数额的证据。毕竟，法院的角色是居中裁判。^①但是，如果再往前想一步，可能还会涉及如下问题：作为维权方，权利人为什么不提交赔偿数额的证据，或者说难以提交这方面的证据？由于知识产权的无形性等特点，权利人举证不能的后果是不是全部都得由权利人自行承担？如果因举证不能导致的“赔偿低”等现象长期存在，对于我国经济转型升级，创新驱动发展国家战略的实施是利还是弊？法院在确定赔偿数额的过程中，究竟是处于何种地位，应该承担怎样的职责使命？要想回答好这些问题，就无法避开知识产权司法理念的再认识和再讨论。

2014年8月31日，全国人民代表大会常务委员会表决通过《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》，北京、广州、上海三家知识产权法院于2014年年底相继成立。设立知识产权法院一个很重要的背景是落实国家创新驱动发展战略，提高知识产权保护水平。2016年11月4日，中共中央、国务院印发《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》，明确提出要加大知识产权侵权行为的惩治力度，提高知识产权侵权法定赔偿上限，探索建立对专利权、著作权等知识产权侵权惩罚性赔偿制度。《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意見》指出，要按照“司法主导、严格保护、分类施策、比例协调”的知识产权司法保护基本政策，加大保护力度，推进知识产权强国建设。可见，知识产权保护不仅是权利主体的维权问题，还直接影响到国家创新驱动发展战略的实施，“兹事体大”。

毫无疑问，“赔偿低”的现象是市场主体创新活动的反面教材，必定会对他们开展创新活动产生消极影响，也不利于国家创新驱动发展战略的实施。面对这一现状，法院在居中裁判的同时，在确定赔偿数额方面也要有所作为，在现有法律的框架范围内，积极探索加大知识产权司法保护力度的有力举措。^②在此基础上，其余的就是在具体操作规则上的贯彻落实问题。例如，赔偿数额怎样体现知识产权的市场价值，怎样适用举证妨碍等证据规则，在适用具体的损害赔偿计算方式时如何体现加大保护力度的理念，等等。

① 陈志兴：《积极提赔偿证据 客观看赔偿数额》，载《中国知识产权报》，2014年9月3日。

② 陈志兴：《司法定价与市场定价：确定知识产权损害赔偿数额的理念与规则》，载“知识产权那点事”微信公众号，2016年5月21日。

二、让赔偿数额体现出知识产权的市场价值

考察《专利法》第六十五条^①、《商标法》第六十三条^②和《著作权法》第四十九条^③，除《商标法》第六十三条规定“对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额”外，都是恪守民事损害赔偿的“填平原则”。根据法律条文本身的规定，不论是权利人的实际损失、侵权人获得的利益、许可使用费的合理倍数，还是根据侵权情节等确定的法定赔偿数额，都应该体现为涉案知识产权的市场价值。

但是，实务中的问题在于，在大多数案件中，当事人并没有提交确定赔偿数额的证据，而仅主张适用法定赔偿，导致法院在裁判时缺少具体的确定赔偿数额的证据。对于法院的判赔数额，权利人又觉得没有充分体现出其知识产权的市场价值，进而出现事实上“填不平”的局面。^④因此，法院要想在确定赔偿数额方面有所作为，必须重新回到《专利法》第六十五条、《商标法》第六十三条和《著作权法》第四十九条的规定，让赔偿数额充分体现出知识产权的市场价值。

① 《专利法》第六十五条：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，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定。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。权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予一万元以上一百万元以下的赔偿。

② 《商标法》第六十三条：侵犯商标专用权的赔偿数额，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，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。人民法院为确定赔偿数额，在权利人已经尽力举证，而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料；侵权人不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以参考权利人的主张和提供的证据判定赔偿数额。权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。

③ 《著作权法》第四十九条：侵犯著作权或者与著作权有关的权利的，侵权人应当按照权利人的实际损失给予赔偿；实际损失难以计算的，可以按照侵权人的违法所得给予赔偿。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。权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据侵权行为的情节，判决给予五十万元以下的赔偿。

④ 张维：《97%专利侵权案判决采取法定赔偿，平均赔偿额只有8万元》，载《法制日报》，2013年4月16日。