

# 侵犯知识产权损害赔偿研究

姚欢庆

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

**摘要:**论文主要分析了侵害知识产权的损害赔偿问题,特别是损害赔偿的计算问题。从理论上分析了各种损害赔偿的计算方法存在的合理性,并就司法实践中各种计算方法应用中可能出现的问题提出了一些解决办法。论文特别就知识产权法规定的“以所获利润”作为赔偿标准的理论依据进行了探讨,指出我国的这种损害赔偿计算方法的理论依据,不是采用德国、我国台湾地区理论和司法实践中的“准无因管理说”,而是采用的是日本理论和司法实践中的“推定说”。论文还专门研究了法定赔偿与惩罚性赔偿在知识产权的保护中的意义,并指出现阶段我国还没有必要采用惩罚性赔偿制度。

**关键词:**侵害知识产权行为 损害赔偿计算方法 惩罚性赔偿

**中图分类号:**D9 **文献标识码:**A

## 一、侵害知识产权的损害赔偿概述

### (一) 侵害知识产权行为的特点

侵害知识产权的行为,是指在知识产权的有效期内,行为人未经权利人许可,实施、使用其知识产权的行为。知识产权是一种绝对权,是一种排他权,因此具有排他权的特点,即在绝对权遭到侵犯或者将要遭到侵犯时,可以制止侵害行为,并令侵害人赔偿损失。但是知识产权与其他绝对权,如物权不一样,知识产权的客体是无形的智力创造性的成果,不象有形物品,它是不能实际占有的权利的客体,侵权人对它实施的侵害行为不会导致智力成果自身的毁损或者灭失。所以,就“更容易被侵犯,而且,发现侵权也不那么容易,判断是否侵权也是困难的。”<sup>[1]</sup>如在判断是否侵权方面,与普通物权受侵害时的情形大不一样。对于普通物权来说,其权利外观是非常明显的,如动产则以占有作为权利外观,而不动产则以登记作为权利外观,因此作为权利人要求其他承担侵权责任,一般不需要先就自己权利存在作一番证明。<sup>1</sup>但在判定是否构成侵害知识产权的行为时,必须先确定自己的权利是否存在,因为知识产权的客体是无形的智力成果,其本身是否符合法律规定可以成为权利的要件是很重要的。如在著作权法要求的作品受法律保护,是不以登记为条件的,因此原告创作的内容是否符合著作权法规定的作品的构成条件,本身是需要法院通过审理查明的内容。即使是在经过登记的专利权的保护中,也存在这方面的问题,如实用新型专利和外观设计专利,对其权利的认定只进行形式审查,不进行实质审查,因此其是否真正具备权利的实质条件实际上是值得探讨的,因此《专利法》第57条第2款第2句规定,涉及实用新型专利的,人民法院或者管理专利工作的部门可以要求专利权人出具由国务院专利行政部门作出的检索报告。这充分说明了在知识产权诉讼中原告的权利是否存在本身就是一个需要证明的问题。

### (二) 侵害知识产权行为的救济

由于侵害知识产权行为的这种特点,因此知识产权的各个部门法,都有若干特殊规定,以保护权利人的权利。在知识产权被侵犯时,对知识产权权利人予以救济。

法律对当事人的民事救济从两个方面体现，即消极的请求权和积极的请求权。

消极的请求权就是在权利的完满状态受到不法妨碍或可能受到不法妨碍时，权利人可以基于消极的请求权使妨碍行为人排除妨碍或恢复原状或返还原物从而维护其权利的支配效力。消极的请求权是从知识产权的排他性、绝对性派生而来的，它是依附于知识产权的附从权利，其构成要件为：（1）行为人实施了不法妨碍行为；（2）知识产权的完满状态受到了妨碍或存在妨碍的可能性；（3）知识产权的完满状态可以回复。

而积极的请求权主要表现为一种债权请求权。权利人基于债权请求权可以使侵权行为人为一定的给付，即赔偿损失。债权请求权是一种独立的财产权利，他因合同之债、侵权行为之债、不当得利之债、无因管理之债产生。其中侵权行为之债的保护对象则主要指无权、知识产权及人格权等排他性的绝对权，其构成要件为：（1）行为人主观上有过错；（2）行为人实施了违法侵权行为；（3）有损害发生；（4）违法行为与损害结果之间有因果关系。

在知识产权制度中，消极请求权中最重要的一种请求权就是禁止请求权。它与损害赔偿请求权不同。禁止请求权是对现在或将来的侵权而行使的一种权利，而且比请求损害赔偿有利得多，作为防止侵权对策来说，是最有效、最直接的方法。一般地说，依靠诉讼，权利人要得到自己满意的损害赔偿是极其困难的，即使能够取得相当于最低限度实施费的数额，但围绕此数额的争执可能要好长时间。特别考虑到如专利的这种权利所涉及的产品生产周期。因此禁止请求权与损害赔偿请求权相比仍有更高的价值。

请求禁止与请求损害赔偿不同，不需证明其侵权是故意或由于过失。<sup>[2]</sup>这一点非常重要，国内关于知识产权领域的侵犯知识产权的无过错责任的争论就是因为没有认识到这两种请求权的归责原则的不同，因此在具体探讨时经常作无谓的争论。<sup>[3]</sup>

### （三）侵害知识产权损害赔偿的特点

知识产权的侵权损害赔偿，是追究知识产权侵权行为最主要的民事责任形式之一，又是知识产权法的一项重要法律制度。出于上述知识产权的特殊性，在知识产权的损害赔偿上，也体现出特殊性，主要表现为以下几点：

1. 知识产权的价值量一般不是取决于生产它的社会必要劳动时间，而是取决于它所转化的经济效益和社会对它的需要程度或是它被人们实际利用的程度。因此其价值必须通过具体的利用体现出来，如果不利用，很难评估其价值，因此在被侵犯时，往往无法确定其价值。而且大部分的知识产权的客体都具有独特性。如专利要求创造性，因此因此完成的技术成果一定与其他的成果不一样，著作权要求独创性，虽然有可能有两个或两个以上的一样的著作权存在，但这主要是在理论上存在，大部分的著作权客体与其他的著作权客体不一样，因此其价值无法利用市场评估。

2. 由于知识产权的客体可以同时为多个主体所利用，因此当出现多个独立的侵权行为时，如果造成了权利人的损失，很难确定其中的因果关系。

3. 知识产权一般除了财产权以外，还涉及精神权利的问题。而对于精神权利的赔偿，在传统民法中一直是一个难点，这一点也导致了知识产权的损害赔偿是一个非常复杂的问题。

## 二、损害赔偿的具体计算

损害赔偿的确定原则是一个事实问题<sup>[4]</sup>，但仍有法律问题在内。<sup>[5]</sup>损害赔偿是一个复杂而充满疑惑的领域，而在知识产权的损害赔偿制度中，其尤为明显。

损害赔偿额的确定，须先区分损害的构成因素。损害赔偿的构成因素可分为普通因素

与特殊因素。普通因素，又称客观因素，是指某一特定损害事故而言，其存在不因被害人而异的因素；特殊因素，因被害人而异的因素。计算损害时，如仅考虑普通因素，称客观计算方式；如既考虑普通因素，又考虑主观因素，称主观计算方式。<sup>[6]</sup>在物权受损害时，由于其标的物价值往往是可以评估的，有客观的计算标准，即物可归不同民事主体所有，不因人而异。因此对于标的物价值是以客观计算为原则，主观计算为例外。<sup>[7]</sup>

侵害知识产权的损害赔偿，应以主观计算为原则，客观计算为例外。理由在于：（1）知识产权的客体为无形的智力成果，根据前面的论述，智力成果的价值往往依据特定的利用确定，在智力成果被利用之前，其价值很难具体确定。无形财产的价值评估也是建立在智力成果的利用之上。如对可口可乐商标的价值评估，在商标本身并没有产生变化的情况下，每年的价值不同，正是基于每年利用的不同。因此有学者指出：“国际上多数知识产权法学者的著述及政府正式法规，在论及知识产权评估时，均只涉及评估原则、评估特点、评估条件等，而从不涉及‘评估公式’。”<sup>[8]</sup>这种价值评估上的特点，充分说明了有关知识产权侵权行为损害赔偿应当与特定的利用联系在一起，所以损害计算也只能依其客体的特定受损害的情况而定。（2）知识产权的客体具有非物质性，因此侵害人目的在于利用智力成果获得非法收入，因此其本身也是希望通过智力成果的利用获得价值。因此在很多情况下，从表面上看，侵害知识产权未必造成经济损失，有时甚至是增加了知识产权的价值，或者在侵权人的作用下，使得权利人自己的销售也得以增长。但不能说这种情况下不存在损害。（3）在某些情况下，侵害知识产权的行为涉及对精神损害的赔偿。这几个因素决定了知识产权侵权行为的损害赔偿是个非常主观的，只能采用主观计算的方法。

在以主观计算为原则的前提下，如何具体确定当事人的损害赔偿，则需要确定各种具体的计算方法，在各国的理论探讨和司法实践中，侵害知识产权的损害赔偿的计算方法可以分为以下几种：

#### （一）具体损失计算说

此说认为，损害包括所受损害与所失利益，此为传统民法学说所主张的损害赔偿的计算方法。德国学者 Mommsen 于 1855 年研究日耳曼法时首倡此说。依此说确认的赔偿额，是权利人财产状况在损害发生与损害不发生的差额，并考虑损害发生时的主客观因素决定其财产状况。<sup>[9]</sup>此说与全部赔偿原理相一致，在一般情况下，也不会发生争议。这种学说首先适用在一般的损害赔偿之债中，当然也就适用于侵害知识产权的损害赔偿中，是最基本的计算侵害知识产权的损害赔偿的方法。

#### （二）差额说

因不能提供证据方法以证明其损害时，权利人得就其实施权利通常可获得的利益，减除受害后实施同一权利所得的利益，以其差额作为所受损害的标准。简而言之，比较权利人在侵害行为前后所获得的利益的差额，即属于损害赔偿的数额。<sup>[10]</sup>这种学说，也符合完全赔偿原则，但是造成权利人的利益差额的原因，有时并非由于加害人的侵害行为造成，可能有其他因素，因此计算起来仍非准确。

#### （三）总利益说

此说认为损害为被仿冒、盗版的智力成果的数量，乘以侵害人所获得的单价利益的乘积作为损害赔偿的计算方法。<sup>[11]</sup>这种学说的计算方法与前两种不同，前两种学说的计算对象为赔偿权利人，而这种学说的计算对象则为赔偿义务人（即侵害人）。这种学说也为各国司法实践所支持。<sup>2</sup>对于总利益说的法律依据，有两种学说：一种理论依据为“准无因管理”。所谓准无因管理，是指管理人明知其为他人事务，为自己的利益以之为自己事务而为管理。<sup>[12]</sup>既然是干涉他人事务而代他人得利，自然应当将该利益返还权利人。我国台湾地区“民

法”在1999年修订时，增订了第177条第2项，专门规定了不法的无因管理按照无因管理的原则处理，即权利人（本人）可以选择以侵权行为请求权主张权利或者以无因管理作为请求权基础主张权利。<sup>[13]</sup>赋予权利人可以选择不当得利（及侵权行为）法理，或主张享有利益并负有限偿还责任以定双方间权利义务关系。德国民法典第684条也有类似规定。另外一种理论依据是将侵害人所获收益推定为权利人所受损失。如日本《专利法》第102条规定：专利权人或者独占实施权人，对于因故意或者过失侵害自己的专利权或者独占实施权者，在其因侵害行为获得利益时，其利益额得推定为专利权人或独占实施权人请求的损害赔偿额。

#### （四）总销售额说

总销售额说，亦称总价款说。指于侵害人不能就其成本或者必要费用举证时，以销售该物品全部收入为所得利益。这种方法虽然简单，但因为未扣除侵害人的成本或必要费用，因销售额肯定不是侵害人的真正利益，此方法很不准确。但需要注意的是，此方法的根本目的不在于确定损害赔偿，而在于举证责任的转移。故实际适用中往往有一个前提条件，即只有在无法计算侵害人所得利益时方可采用这种方式。而侵害人为了避免采用这种计算方式，一定要自己举证证明实际的利得是多少，从而就将举证责任转移给侵害人。

#### （五）定额说

在传统的民法理论中，对于人身伤害的赔偿，有时采用这种方法，如交通事故伤害等。因为在人身损害当中，实际上是在对本来就不可能用金钱换算的人的生命、身体勉强地进行金钱评价。故不可能发现赔偿额，而只能是创造出赔偿额，批判过去的以财产损害为中心计算损害赔偿额的方法把人看作生产利益的工具，认为这种态度违背人类平等与尊重个人的精神。<sup>[14]</sup>而在侵害知识产权的损害赔偿中采用定额化学说，有相当的价值：一方面，知识产权作为一种民事权利，既包括财产权的部分，也包括人身权的部分，所以对于损害赔偿的确定，不但需要考虑财产权的损害赔偿问题，还得考虑人身权的损害赔偿问题。而对于人身权的损害赔偿，属于精神损害赔偿的范畴，正如前面所说的那样，在人身权的损害赔偿中，不可能发现赔偿额，而只能创造赔偿额。如果承认只能创造赔偿额的情况下，法律必须作一定的限制，否则法官的自由裁量权就会过大，导致案件之间赔偿额相差过大。另一方面，知识产权的客体具有无形性特点，其权利价值只有通过不断的利用才能体现出来，并非一开始就可以确定其真正的价值。所以在知识产权的审判实践中，采用定额化赔偿，既可以保证权利人的利益得到补偿，也使得在具体的审判中避免就赔偿额的确定投入大量的成本。

需要注意的是，由于侵害知识产权的损害赔偿的复杂性，以及权利本身的价值计算的困难性，因此各国法律往往规定多种损害赔偿的计算方法，以供权利人选择，从而充分保护权利人的利益。

### 三、我国侵害知识产权行为的损害赔偿

与其他各国的立法和学说一致，我国知识产权的各个部门法都为侵害知识产权的行为规定了多种计算损害赔偿的方法。《商标法》第56条规定：“侵犯商标专用权的赔偿数额，为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利益，或者被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失，包括被侵权人为制止侵权行为所支付的合理开支。”“前款所称侵权人因侵权所得利益，或者被侵权人因被侵权所受损失难以确定的，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。”《著作权法》第48条规定：“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

50万元以下的赔偿。”《专利法》第60条规定：“侵犯专利权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；被侵权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。”

在知识产权的各个部门法修改以后，分别有相应的司法解释出台，即《专利法司法解释》、《商标法司法解释》、《著作权法司法解释》。在这些司法解释中，就损害赔偿问题也做了专门的细化。

从我国的立法和司法解释来看，侵害知识产权的损害赔偿的计算方法主要有以下几种：

#### （一）以权利人因侵权行为受到的实际损失作为赔偿额的依据

这是最常见的一种计算方法，实际上也是在普通侵权行为中适用的一种方法，实际上就是我们在前面探讨的具体损害计算说的体现。但是在侵害知识产权的侵权行为中，由于智力成果具有无形性的特点，从而使得其利用具有多重利用的可能性，在一般状态下，很难评估由于侵权行为所造成的损失，因此法律仍须规定具体的计算方法。《专利法司法解释》第20条第2款规定：权利人因被侵权所受到的损失可以根据专利权人的专利产品因侵权所造成销售量减少的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积计算。权利人销售量减少的总数难以确定的，侵权产品在市场上销售的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积可以视为权利人因被侵权所受到的损失。《商标法司法解释》第15条规定：因被侵权所受到的损失，可以根据权利人因侵权所造成商品销售减少量或者侵权商品销售量与该注册商标商品的单位利润乘积计算。《著作权法司法解释》第24条规定：权利人的实际损失，可以根据权利人因侵权所造成复制品发行减少量或者侵权复制品销售量与权利人发行该复制品单位利润乘积计算。发行减少量难以确定的，按照侵权复制品市场销售量确定。这三条规定就如何计算侵权所受损失进行了明确，这对于权利人主张权利实际上是非常有帮助的。故这种计算方法在司法实践中也常常采用，但是这种计算方法存在两个方面的问题：

1. 如果专利产品的销售量没有减少，则此方法不能适用。

2. 虽然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。即原告所受的损害与被告的侵权行为之间无法建立起因果关系。因此一旦被告提出抗辩，法院就很难支持原告的诉讼请求。

#### （二）以侵权人因侵权行为获得的全部利润作为损失赔偿额

以侵权人因侵权行为获得的全部利润作为损失赔偿额，首先的一个问题就是，采用这种计算方法的理由何在，对此我们在前面介绍损害赔偿额的计算方法时已经提及，即主要有两种学说，即“准无因管理”说及推定说。从我国最高法院的意见可以看出，我国将侵权所获得的收益作为赔偿的依据的根本原因还是采用推定说。其理由在于：无论是侵害商标权还是侵害专利权的损害赔偿的计算中，“权利人所受损害”或者“侵权人所得利益”的计算，都可以根据“该侵权产品在市场上销售的总数乘以每件侵权产品的合理利润所得之积计算”。因此虽然根据不同（一为“权利人所受损害”，一为“侵权人所得利益”），但计算方法是相同的，因此实际上我国将侵权行为所获得的收益推定为权利人所受的伤害，采用的是与日本判例及学说相同的推定说。

《专利法司法解释》第20条第3款规定：侵权人因侵权所获得的利益可以根据该侵权产品在市场上销售的总数乘以每件侵权产品的合理利润所得之积计算。侵权人因侵权所获得的利益一般按照侵权人的营业利润计算，对于完全以侵权为业的侵权人，可以按照销售利润计算。《商标法司法解释》第14条规定：侵权所获得的利益，可以根据侵权商品销售量与

该商品单位利润乘积计算；该商品单位利润无法查明的，按照注册商标商品的单位利润计算。而《著作权法司法解释》则没有就“侵权所获利益”的计算作出具体规定。但我们认为应该可以参照前两个司法解释的规定处理。

但仔细比较前两个司法解释，实际上侵害专利权与侵害商标权的计算方法仍有不同。在专利法的司法解释中，侵权所获利益首先按照营业利润计算，而完全以侵权为业的侵权人，则可以按照销售利润计算，这样实际上非常有利于保护权利人的利益。其中营业利润与销售利润的区别在于：利润的概念一般涉及营业利润、产品销售利润和净利润。营业利润为产品销售利润减去管理、财务等费用后的利润；销售利润为产品销售收入减去相应的销售成本（包括制造成本和销售费用）、产品销售税金及附加等费用后的利润。净利润为营业利润减去所得税后的利润。由于在一般情况下销售利润远远大于营业利润，因此，以哪一种利润来计算赔偿，涉及当事人利益重大，需要对此予以明确。一般性的侵权行为以营业利润计算，对当事人比较公平，也符合侵权人获利的实际。但对于以侵权为业的侵权人，则可以按照侵权产品的销售利润计算，以体现对这类侵权行为的惩治力度。而在商标法的司法解释中，则没有采取这种做法。根据《商标法司法解释》的规定，侵权所获得的利益，可以根据侵权商品销售量与该商品单位利润乘积计算；该商品单位利润无法查明的，按照注册商标商品的单位利润计算。而实际上，注册商标商品的单位利润原则上肯定会低于侵权商品的单位利润。因为两者的成本并不一样，作为注册商标商品，其无论是成本投入还是广告投入，都要超过侵权商品，所以其成本也肯定大于侵权商品。所以采用这种计算方法不利于商标权人的利益保护。

对于这种计算方法，最值得探讨的一个问题是，由谁承担举证责任的问题，从我国现行的立法来看，如果没有特别规定，当然应当是“谁主张，谁举证”。因此作为原告应当就被告所得利益进行举证，不但要举证证明被告的销售数量，而且应当计算每个侵权产品的合理利润进行举证，在侵犯商标权的行为中，如果原告不能举证其每个侵权产品的利润，则可以以注册商品的利润作为计算标准。但这种计算方法必然不利于原告的利益，最典型就是在《商标法》的规定。如果原告无法举证侵权人的侵权产品的单位利润，则按照注册商标商品的单位利润计算。我们知道，侵害知识产权的一个重要诱因就是侵权人不用支付为创造品牌效应的各种成本。因此其单位产品的成本必然低于非侵权产品的成本。因此如果采用注册商标商品的单位利润计算必然使得商标权人不能得到完全的赔偿。

为了保证这种计算方法在具体适用中的效力，其他国家和地区立法的规定显得更为有效。美国 1946 年《商标法》第 35 条第 1 项规定：原告有权依据本法第 29 条和第 32 条以及衡平原则取得如下赔偿：（1）被告从侵权中所获得的利润；（2）原告所遭受的一切损失；（3）诉讼费用。法院应对上述利润和损失金额进行估算或按其指示进行估算。在估算利润时，只要求原告证明被告的销售量；被告必须对各项成本或扣除部分提供证明。再如我国台湾地区的“著作权法”第 88 条第 2 款规定：但侵害人不能证明其成本或必要费用时，以其侵害行为所得之全部收入，为其所得利益。其“专利法”第 89 条第 1 项，“商标法”第 66 条第 1 项亦作同样规定。这些国家和地区的立法充分考虑了当事人双方的举证责任问题，将举证责任从原告方转移给了被告方，如果被告方无法就其成本进行举证时，则以全部侵权所得的收入，作为收益计算，这种方法有利于原告利益的保护。因为如果将举证责任放在原告，而实际上的举证材料完全是在被告手上，被告可能出于各种原因搪塞推诿，拒绝交出相关资料，或者销毁相关资料。此时原告无法尽到举证义务，从而将承担由此产生的不利益。

当然也有人认为，即使采用了举证责任倒置的情形，采用这种方法作为损害赔偿依据存在缺陷，因为“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”<sup>[15]</sup>。我们认为这个理由值得商榷。因为作为立法不可能考虑所有的不利因素，不能将现实生活中出现的不法行

为作为立法不完善的理由。上述影响权利人损害赔偿计算的因素应当通过改善我国的税收、企业监管等大环境上着手，而不能要求在知识产权立法中考虑这些非正常因素。

### （三）合理的许可费用的倍数

采用这种方法计算损害赔偿数额的只有专利权，《专利法》第 60 条规定：侵犯专利权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；被侵权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。根据《专利法司法解释》的规定，“倍数”的范围为 1 至 3 倍，由人民法院根据侵权情节、专利的类别、专利许可使用费数额的大小、性质、使用范围、时间等因素予以确定。在司法解释出台之前，人民法院一般以不低于使用费的数额来确定赔偿额。此条解释，将范围确定在许可使用费的 1 至 3 倍。一般来说，专利侵权案件适用不低于许可使用费的合理数额确定赔偿额，即不低于使用费的 1 倍的情况，还是合理的。对故意侵权、侵权情节恶劣、多次侵权等情况，可以按照 1 倍以上 3 倍以下的使用费的标准计算赔偿额。在实践中适用使用费为标准计算赔偿额，要注意使用费的给付方式、数额等要与侵权的范围、时间等情形相适应，双方使用费的约定要合法有效。《专利法司法解释》还规定了对于许可使用费的酌定问题，即许可使用费酌定的因素包括：专利权的类别、侵权人侵权的性质和情节、专利许可使用费的数额、该专利许可的性质、范围，时间等，要考虑专利许可使用费的可比性。

在采用合理的许可费用的倍数计算方法时，首先需要考虑的问题也是采用这种方式计算时，其理论根据在于何处，为什么采用合理的许可费用的倍数计算，而非采用合理的许可费用计算？如果有许可费用，则说明原告正常可以获得的利益就是许可费用，而非许可费用的倍数。因此有人认为，采用“合理的许可费用的倍数”作为计算标准，实际上带有惩罚性赔偿的性质。也有学者指出，之所以规定可以参照许可使用费的倍数来确定赔偿额，是因为许可使用费一般低于侵权人所得的收益。正常的专利实施许可合同一般都具有双赢的性质，许可合同的双方都能通过专利技术的实施而获利，故不能作为惩罚性赔偿看待。<sup>[16]</sup>我们认为，根据我国的损害赔偿的基本原则来看，应当说第二种观点是正确的。

### （四）法定赔偿额

知识产权的各个部门就知识产权侵权行为的损害赔偿还专门规定了法定赔偿制度。如《著作权法》第 48 条规定，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。《商标法》第 56 条第 2 款也做了同样的规定。《专利法》本身没有规定，而是将其规定在《专利法司法解释》。<sup>3</sup>

对于法定赔偿的概念，在学者间也有争议。一种观点认为，法定赔偿是指法律预先规定一个赔偿数额（或一定幅度的金额或份数），在难以查明被侵权人的实际损害或者侵权人的侵权获益时，由法院根据侵权人的过错性质、侵权情节等因素，在法定的赔偿幅度内确定具体的赔偿数额的一种赔偿方法。<sup>[17]</sup>一种观点认为，法定赔偿是指由知识产权法律明文规定不法侵害知识产权造成损害，应赔偿损失的具体数额（或数额幅度）。<sup>[18]</sup>这两种定义之间的差别在于，第一种定义强调法定赔偿额必须由人民法院确定是否适用，而第二种定义则强调法定赔偿既可以由人民法院根据职权主动作出，也可以由当事人申请适用。从我国目前的法律和司法解释的具体规定来看，应当说既可以由人民法院根据当事人申请作出，也可以由人民法院依据职权作出。如《著作权司法解释》第 25 条规定，人民法院可以根据当事人的请求或者依据职权适用法定赔偿。《商标权司法解释》第 16 条也作同样规定。另外第二种观点没有强调法定赔偿是一种补充性的损害赔偿的计算方法，也没有在定义中反映确定损害赔偿的具体依据，故第二种定义不可取。我们认为法定赔偿的概念可以定义为：法定赔偿制度，是指在权利人损失和侵权人获利均不能确定的情况下，人民法院根据当事人申请或者依据职权，在充分考虑与侵权行为相关的一些因素的情况下，在一定幅度内酌情确定损害赔偿

额的方法。

法定赔偿同样是一种损害赔偿的计算方法。作为损害赔偿的计算方法，它不要求完全计算损害，即不严格以损害作为计算标准。而在知识产权侵权行为的损害赔偿中确定法定赔偿作为计算方法，其主要理由有三个：第一，知识产权客体的特点决定建立法定赔偿制度的必要性。在于所述的知识产权客体的价值往往无法评估。为了真正保护权利人的利益，采用法定赔偿额可以在一定程度上解决权利人的难以计算损害的困难。第二，诉讼经济的考虑。诉讼制度的目的之一在于使得错误的司法判决成本与诉讼制度的运行成本的总和最小化。<sup>[19]</sup>在确定损害时，诉讼制度的运行成本包括法院调查取证的成本，权利人为取得精确的损害数额须增加支付的费用，例如额外的差旅费、复印费，律师增加工作时间增加的酬金。侵权人对权利人的行为作出反应的可能，如销毁证据等，也应当计算在成本中。第三，在知识产权侵权行为中，往往还涉及对权利人的精神损害赔偿的问题。特别是在著作权中，往往涉及精神损害赔偿的问题。这样就使得损害赔偿的计算更加困难。

我国的法定赔偿制度，实际上在知识产权立法作明确规定之前，就已经有了司法实践。1998年最高人民法院《关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》中明确提到，“对于已查明被告侵权并造成原告损害，但原告损失额与被告获利额均不能确认的案件，可以采用定额赔偿的办法来确定损害赔偿额。定额赔偿的幅度，可掌握在5000元至30万元之间，具体数额由人民法院根据被侵害的知识产权的类型、评估价值、侵权持续的时间、权利人因侵权所受到的商誉损害等因素在定额赔偿幅度内确定。”后来在2000年11月最高人民法院在《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》中也有相应的规定，即在涉及计算机网络的侵犯著作权纠纷案件的损害赔偿中，对于被侵权人损失额不能确定的，人民法院依被侵权人的请求，可以根据侵权情节，在人民币500元以上30万元以下确定赔偿额，最多不超过人民币50万元。

需要注意的是，法定赔偿方法只能在侵害知识产权的行为已经发生，而且造成了原告的损害，但权利人损失和侵权人获利均不能确定时才能适用。具体到侵害专利权，还要求没有专利许可使用费可供参照或者专利许可使用费明显不合理时才考虑适用。即在侵害知识产权的计算方法中，它具有补充性的特点，而不具有优先性和选择性。也正是因为这种作为补充性的计算方法的特点，法定赔偿制度的适用，既可以由权利人在诉讼中提出，也可以在案件的审理中由法官依职权适用。

法定赔偿额的具体确定，需要考虑涉及侵权行为的各种具体因素。根据各个司法解释的规定，在涉及侵害专利权的法定赔偿额的计算时，要考虑的因素包括专利权的类别、侵权人侵权的性质和情节等。在涉及侵害商标权的赔偿数额的计算时，应当考虑侵权行为的性质、期间、后果，商标的声誉，商标使用许可费的数额，商标使用许可的种类、时间、范围及制止侵权行为的合理开支等因素综合确定。在涉及侵害著作权的赔偿数额的计算时，应当考虑作品类型、合理使用费、侵权行为性质、后果等情节综合确定。应当说，三个司法解释考虑的因素并不完全相同，如只有侵害商标权的法定赔偿额的确定中明确要求考虑“制止侵权行为的合理开支”。但我们认为侵权行为的性质、持续的时间、产生的后果，制止侵权行为的合理开支等因素是所有种类的知识产权的法定赔偿中必须考虑的。

#### 四、损害赔偿计算中的其他问题

##### （一）关于合理开支的赔偿

知识产权侵权行为的损害赔偿，根据《商标法》第56条、《著作权法》第48条、《专利法司法解释》第22条的规定，都包括了“合理开支”的赔偿。只是在专利上不称为“合理开支”，而称之为“合理费用”。对于合理开支的具体内容，《商标法司法解释》和《著作

权法司法解释》都规定包括两个方面的内容，包括权利人或者委托代理人因调查、制止侵权所支付的合理费用和律师费用，其中律师费用计算应当符合国家有关部门的规定，而且由人民法院根据当事人的诉讼请求和案件具体情况确定。但在侵犯专利权的案件中是否包括律师费用则值得探讨。在《专利法司法解释》中没有规定律师费用可以包含在合理开支中。而且根据最高人民法院知识产权庭的意见<sup>[20]</sup>，认为合理开支不应当包括律师费用。这样，就合理开支的解释在不同的权利上产生了不同的结果，我们认为这有待于将来的司法实践解决这个问题。应当说，理论上不存在将专利权与其他两种权利区别开的理由，三种权利应当作同一处理，即合理开支应当包括律师费用。

在“合理开支”中包括“律师费用”，表明我国的知识产权保护标准已经超过了 TRIPs 协议的最低要求。TRIPs 协议第 45 条第 2 款有规定：“司法部门应有权责令侵权者向权利所有者支付费用，其中可以包括适当的律师费。”从这条规定看，“律师费用”的损害赔偿并非缔约方必须承担的法律义务，而只是选择性的义务。缔约方可以在内国法中规定，也可以不规定赔偿律师费用。从我国原来的司法实践来看，对于个别案件也是可以要求赔偿律师费的。<sup>4</sup>另外最高人民法院知识产权庭认为，将因调查、制止侵权所支付的合理费用计算在赔偿范围之内，必须基于权利人的请求，且人民法院根据案件的具体情况，认为可以支持的才可以将此确定为赔偿的范围。<sup>[21]</sup>我们认为这基本正确，但在特殊情况下仍有商榷的余地。因为根据《商标法司法解释》的规定，在确定法定赔偿额时，应当考虑合理开支，而要求法定赔偿额，实际上并非需要当事人主动提出，可以由法院主动适用。

## （二）确定损害赔偿的因果关系

在知识产权侵权行为中，权利人所受的损害是多方面的，产生损害的原因也并非只有侵权行为一种。因此如何解决知识产权侵权行为的损害赔偿，还必须解决损害赔偿中的因果关系。由于知识产权客体本身具有多重利用的可能，以及智力成果本身具有时效性的特点，因此在计算损害赔偿时，如何将损害产生的其他因果关系撇出去，就是一个重要课题。如在适用“侵权所受损失”计算赔偿额的案件，有可能是因为权利人制造的产品尚未大量投放市场，还不能满足公众对产品的需求，因此侵权产品投放市场尚未导致权利人的产品销售量下降，但实际上侵权产品已经占了权利人产品未来的市场。而在这种情况下，权利人往往不可能提供自己因侵权行为所遭受的经济损失的证据。在各国的司法实践中，处于保护权利人的利益的需要，对于这类侵权行为中因果关系的认定，应当作相对宽泛的理解。或者采用因果关系的举证责任倒置原则，由侵害人主张哪些损害应当属于非侵害人的侵权行为造成而予以除去。

## （三）权利失效后的损害赔偿

知识产权具有时间性，其保护要受保护期的限制，因此在司法实践中会出现权利人的权利已经失效的情形。在这种情况下，不能因为权利人的权利已经失效而当然驳回其诉讼请求。当在权利的有效期限内时，侵害人实施了侵权行为，即使后来权利失效，权利人仍可行使此请求权。<sup>[22]</sup>当然大前提就是该权利人行使权利没有超过诉讼时效期间。

## （四）注意知识产权各个权利的差别

具体知识产权之间的差别也影响着各自的损害赔偿问题。专利表现出紧缩的特征，而对于专利权的客体技术发明，本质上是没个性的，技术不是因为表现了个性而具有价值。技术价值的衡量标准，是一项技术是否有更优越的效果、效用。同时技术是客观的，一旦作出发明，任何人沿着该思路试验，可以得出相同结果，在此基础上，开发出更加优先的发明，就会形成激烈竞争。开发如果到达了终点，其结果就会具有任何人再开发，也只能得到向一个或几个解收缩的性质。<sup>[23]</sup>从这个角度讲，专利的价值相对容易评价。而对于著作权来说，

强调的是个性，而著作权等其表现形式往往是无限的，只要莎士比亚不存在，我们可能就无法欣赏他创作的《哈姆雷特》，因此著作权的价值更加难以评估。商标的价值也只有通过与商品联系的增强、在顾客中的吸引力的加强来实现，因此其价值也是取决于许多偶然因素。这样我们就可以发现，专利权的损害赔偿相对容易计算，而著作权、商标权的损害赔偿则不容易计算。也正是因为这一点，同样是采取临时措施（临时禁令），一般对侵犯专利权的行為的要求要严格一些，而著作权、商标权则容易一些。<sup>5</sup>因为采用临时措施的前提之一就是损害难以弥补或计算。如在美国，在知识产权案件中只有在商标和版权案件中才使用临时禁令，而且也并非常见，专利案件中一般只适用初步禁令。<sup>[24]</sup>

另外在很多专利案件中，由于产品本身涉及的专利较多，因此如何确定侵权所得收益是一个很复杂的问题，直接将侵权所得收益直接判决给专利权人在具体司法实践中值得探讨。

对此美国专利立法中损害赔偿方式的改变值得我们借鉴。1964年以前的美国法院有权将侵权所得收益判给专利权的所有人作为损害赔偿金。但1964年美国国会在《专利法》的修改中将该规定从中删除。其理由就是认为，专利与商标和著作权不同，如果一个人侵犯了某一商标权，则侵权人所得收益通常可以直接从使用带有该产品的销售计算出，一般不会出现利润计算上的问题，著作权的情况也大致如此。但专利权却大不一样：侵权人制造的电视机可能是由50项专利组成的，而实际受到的侵犯可能只涉及其中的一项或几项专利，而对其他专利属于合法使用。在这种情况下，如果将侵权人出售整个电视机所得收益返还给原告便不合理，因为这部分收益远远超出侵权人未经许可使用的专利所可能取得的收益。如何计算出侵权行为所涉及的几项专利所占的收益比例，是一个很困难的甚至无法解决的问题。故美国国会在1964年修改《专利法》时将侵权所得收益作为一种救济手段的规定删除。但是如果是外观设计专利，则仍可以以利润作为赔偿标准。因为在侵害外观设计的损害赔偿上不存在这个问题。

在我国的立法上，还有一个问题需要注意，就是对于商标和专利的损害赔偿来说，作为权利人可以在因侵权所受损失与因侵权所得利润的赔偿方法中选择计算标准，而对于著作权的损害赔偿，作为权利人则无权选择，必须先采用“因侵权所受利润”作为计算标准。个人认为，在这一点应该说没有任何理由作这种区分，这是未来立法中需要修改的一点。

## 五、惩罚性赔偿

### （一）惩罚性赔偿的概念及历史发展

所谓的惩罚性损害赔偿（**punitive damages; exemplary damages**），就是侵权行为人恶意实施侵权行为时，以对行为人实施惩罚和追求一般抑制效果为目的，法院在判令行为人支付通常赔偿金（**compensatory damages**）的同时，还可以判令行为人支付高于受害人实际损失的赔偿金。

中国古代法长期承认惩罚性赔偿金制度。如在汉代，就有“加责入官”<sup>6</sup>之制。所谓加责，就是在原来责任的基础上，再加一倍。在唐代和宋时代，则有“倍备”制度，即加倍赔偿制度，主要适用于盗窃赔赃。《唐律》和《宋刑统》的“征赃”条文中，都规定“盗者，倍备”，并疏议云：“谓盗者以其贪利既重，故令倍备，谓盗一尺，征二尺之类。”

从其他各国的历史发展来看，也都有惩罚性赔偿的早期法律与案例。如公元前4000年左右的《汉谟拉比法典》（**the Code of Hammurabi**）、公元前1400年的《西底特法律》（**Hittite Law**），包括十二铜表法中，都有关于复数赔偿的规定。<sup>[25]</sup>

但是需要指出的是，中国古代与各国历史上存在惩罚性赔偿的主要原因在于民事责任

与刑事责任没有分开的结果，故与目前在刑事责任与民事责任已经完全分开的情况下，适用惩罚性赔偿的制度意义是不同的。

## （二）惩罚性赔偿的功能

从大陆法系的传统来看，惩罚性赔偿金是与传统民法理论中损害赔偿采用填平原则是相违背的，从罗马法以来的传统坚持“断臂不是中彩”的原则。另外惩罚性赔偿金就其性质而言，实际上就是一种私人罚款，是对民事违法行为的惩罚措施，它与私法在的补偿性质是不相容的。如果允许在私法领域中对侵权行为进行惩罚，就会混淆公法与私法之间的界限。<sup>[26]</sup>如日本法严格区分刑事责任和民事责任，不承认损害赔偿的惩罚性。但我国的民法学界多认为民事责任具有填补损失和惩罚侵害人的双重功能。<sup>[27]</sup>而且首先在《消费者权益保护法》中规定了惩罚性赔偿。《消费者权益保护法》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接受服务的费用的一倍。因此目前很多学者倾向于对特殊情况下的侵权行为施以惩罚性赔偿。

由于惩罚性赔偿中损害赔偿的数额超过了被害人所受的损失，因此已经违反了传统侵权法理论因果关系的要求，而且也违反了传统侵权法对于损害赔偿规定的“填平”原则。因此在制度设计上，必须有合理的理由，才能逆规则而行。

实施惩罚性损害赔偿的目的，在英美国家一般认为有三项：削弱侵权行为人的经济基础，防止他们重新作恶，以及防止社会上的其他人模仿侵权行为人的行为；鼓励受害人对不守法的侵权行为人提起诉讼，激发他们同不法行为作斗争的积极性；对原告（受害人）遭受侵害的精神进行感情方面的损害赔偿。如美国学者 Owen 认为，惩罚性赔偿金的功能有四种：（1）惩罚；（2）预防；（3）使私人协助执法；（4）赔偿。<sup>[28]</sup>

大陆法系的理论认为，一方面，按照传统的民事赔偿原则，加害人只是在故意或过失所造成的损害范围内赔偿受害人，即加害人只在与自己的侵权行为有因果关系的结果范围内承担赔偿责任。但是采用填平原则很难有效地制裁侵权行为者。另一方面，由于侵权行为的复杂化、日常化、高度技术化以及民事诉讼程序所要求的举证责任等问题，往往使得权利人不愿意提出诉讼。从这两点出发，很多很多学者认为大陆法系应该承认惩罚性赔偿。

经济分析的理论认为：惩罚性赔偿只能作为一种非常的措施，适用于严重的故意过错。惩罚性赔偿不能被用来矫正损害计算的不完善或者鼓励诉讼。其次，惩罚性赔偿的水平应当足以抵消加害人从过错中得到的非法利益或者遵守法律付出的额外成本，从而实现预防作用。<sup>[29]</sup>因此各国为了保证惩罚性赔偿金不被滥用，都对适用惩罚性赔偿金作了一定的限制。原则上惩罚性赔偿金主要适用在故意侵权的情形，即被告有意识地造成了损失。此处作为侵权者往往在道德有更多值得谴责的内容。如有学者指出“允许对这些侵权行为以支付赔偿费加以惩罚是因为故意伤害比无意伤害在道德上恶劣得多”<sup>[30]</sup>。同时进一步指出：“依照常规，在被告的行为是蓄意的、令人难以忍受的、故意而又任性的、或者是欺诈性的时候，就可以裁定惩罚性损害赔偿金”<sup>[31]</sup>。

## （三）知识产权侵权行为适用惩罚性赔偿探讨

在英美法系的知识产权体系中，有很多关于惩罚性赔偿的规定。如美国专利法、商标法、反不正当竞争法等领域都有关于惩罚性赔偿的规定。在知识产权法领域引入惩罚性赔偿，其理由在于，由于侵害人侵权的目的大部分在于获得非法利润，因此经济刺激是行为人从事侵权活动的最主要的一个动机。而知识产权侵权损害赔偿又是一个非常模糊而且难以处理的领域，如果惩罚性赔偿制度，对于侵权行为的预防作用就无法体现。

我国的知识产权立法没有就侵害知识产权的损害赔偿引入惩罚性赔偿制度。但是仍有很多学者主张应当在知识产权的损害赔偿中引入惩罚性赔偿。<sup>[32]</sup>其理由在于：一是因为这类案件的侵权人都是以营利为目的，仅仅考虑填平原则，侵权人仍有可能获利，或者至少没有额外损失。二是因为惩罚性赔偿可以在一定程度上代替被侵权人无法计算的损失。<sup>[33]</sup>并暗示《专利法》关于“合理许可费用的倍数”的规定可以视为是对惩罚性赔偿的认可。当然也有学者指出，在知识产权侵权损害赔偿领域，无须再运用惩罚性损害赔偿制度去解决对受害人的惩罚问题。目前，对于知识产权侵权损害，问题的关键不是引入惩罚性损害赔偿，而是应着力研究补偿性损害赔偿，使之尽可能地贴近受害人的实际损害。<sup>[34]</sup>

我们认为，在知识产权法领域是否引入惩罚性赔偿制度，除了需要考虑上述因素以外，还需要考虑我国目前的法律规定。由于我国在知识产权法领域中引入了行政保护的内容。因此作为惩罚性赔偿的最重要的功能，预防侵权的功能就大大削弱了。根据我国《著作权法》第47条的规定<sup>7</sup>，作为人民法院或者著作权的行政管理机构有权作出行政处罚，要求侵权人支付罚金，这就在很大程度上可以起到“预防侵权”的功能。考虑到惩罚性赔偿的预防功能已经由其他方式完成，故目前我国的知识产权法尚不具备引入惩罚性赔偿的条件。

## 六、侵害知识产权的不当得利返还请求权

不当得利返还请求权是债的发生原因之一，它同样适用于知识产权的权利保护上。这种请求权的适用，实际上是因为侵害知识产权的行为人主观上没有过错，同时又因为事实上实施了侵害行为而获得利益。而作为受害人在法律自然没有获得这一利益的法律根据。由于这一收益来源于知识产权，具有因果关系，符合不当得利的构成要件，这一财产权益应当归属知识产权的权利人所有。

### （一）不当得利概述

不当得利，指无法律上的原因受有利益，致他人受损害的事实。不当得利制度源于罗马法，后为德国法所继承。法国民法没有独立的不当得利制度，在处理不当利益的返还问题时，法国民法中使用准契约的概念。<sup>8</sup>尽管法国法上没有独立的不当得利制度，但学说和判例上都认可这一制度。在传统大陆法系，不当得利是作为债的发生原因。我国的不当得利制度，在《民法通则》第92条有明文规定：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”

根据传统民法的理论，不当得利以其是否基于给付行为发生，可以分为给付性不当得利和非给付性不当得利。基于给付而成立的不当得利，称为给付性不当得利，基于其他事由（例如基于受益人、受损人或第三人的行为，基于法律规定或基于自然事件）而发生的不当得利，称为非给付性不当得利。

不当得利返还请求权应当具备四个构成要件：一方取得利益；一方受有损失；取得利益与所受损失之间存在因果关系；获得利益无法律上的原因。当事人一方所受的损失包括积极损失和消极损失。其中的消极损失就是指应该得到利益而没有得到。

不当得利请求权的成立不考虑行为人主观上的过错，但是在不当得利返还需要考虑行为主观上的过错。根据受益人主观上为善意还是恶意，确定不同的返还标准：（1）受益人为善意，即在受益人取得利益时不知道没有合法根据，其返还利益的范围以利益存在的部分（现存利益）为限；如利益已不存在，则不负返还义务。所谓现存利益不限于原物的固有形态，如果形态改变，其财产价值仍然存在或者可以代偿，仍然属于现存利益。（2）受益人为恶意，即在取得利益时明知没有合法根据，其返还利益的范围应是受益人取得利益时的数额，即使该利益在返还之时已经减少甚至不复存在，不免除返还义务。（3）受益人在取得利益时为善意，嗣后为恶意的，其返还范围应以恶意开始之时存在的利益为准。

另外由于不当得利还要求取得的利益与所受损失之间具有利害关系，因此不当得利的返还范围利益大于损失的，以损害为准，损害大于利益的，则以利益为准。<sup>[35]</sup>

## （二）侵害知识产权的不当得利返还请求权

在行为人因侵害他人知识产权而获有利益的情形，侵害人获得的利益属于不当得利，这属于非给付性不当得利，即由于受益人的行为发生的不当得利，故受害人据此享有不当得利返还请求权。与其他侵害行为不一样，由于侵害知识产权的行为大部分情况下都是出于营利目的，因此原则上都有可能符合不当得利返还请求权的条件。

在侵害知识产权的不当得利中，侵害人通过侵害知识产权获得应归属于权利人的利益，这种利益属于消极损失的一种，因此权利人可以要求返还。但是正如我们前面所述，由于不当得利请求权要求所获利益与所受损失之间有因果关系，因此，在实践中，权利人证明侵害人获得的利益相对容易，而要证明自己所受损失则有一定的困难。<sup>9</sup>因此在这种情况下权利人主张不当得利返还，通说认为，应返还者是通常使用他人知识产权所应支出的对价，而非其所获得的利益。<sup>[36]</sup>

但这样处理，是否妥当，值得探讨，有学者指出“上述通说使不法侵害他人知识产权的侵害人能够保有侵害所获得利益，诉诸情理，并不妥当。”<sup>[37]</sup>目前有两种学说解决这个问题：一种方法是认为权利人得类推适用无因管理的规定，向受益人请求返还不法管理他人事务所得的利益。我国台湾地区“民法”在1999年修订时就力图采用这种学说，在第177条增加了关于不法无因管理的规定。但是不法无因管理的成立，须以管理人明知为他人事务，仍作为自己之事务而管理为要件，对过失情形并不适用。第二种方法是对不当得利返还，从宽认定损失的范围，使得返还利益的范围可以包括通常使用此等权利可获得的利益。<sup>[38]</sup>从我国的法律规定来看，采用第二种学说似无法律障碍。因为根据我们的论述，实际上我国学说与司法实践将“侵害人所得利益”作为计算侵权损害赔偿的标准，其理论依据并非不法无因管理，而是采用推定说，即直接推定侵害人所得利益为权利人所受损失。这种做法当然是建立在知识产权价值计算的特殊性的基础上。既然在侵权损害赔偿中，可以将“侵害人所得利益”推定为“权利人所受损失”，那么在不当得利返还请求权中，亦作如是推定，当无大碍。而且另外需要考虑的一点是，如果不采用推定学说，而仅仅基于“任何人不能因其不法行为而获利，侵害他人权利者，应返还其所获利益，如此可避免鼓励不法，具有预防作用”<sup>[39]</sup>的理由，至少在我国现行法律框架下是不能成立的。因为根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第131条后段的规定，利用不当得利所取得的其他利益，扣除劳务管理费用后，应当予以收缴。根据这条规定，如果不是采用推定损失的办法，而是采用其他理由，则超过损失部分的利益不应当属于权利人所有，而应当归国家所有。当然，在确定不当得利返还时，要确定所获利益中的扣除因素，如我国法律规定的“劳务管理费用”等。正如学者指出：“一方面应就甲所利用之专利权或者著作权，他方面应就甲之技能及其为此利用所需之设备，各为评价，按其评定额之比例，以定甲应返还之部分。”<sup>[40]</sup>

## （三）不当得利返还请求权与侵权行为损害赔偿请求权的竞合

对于大部分侵害人而言，其侵害知识产权的目的在于获得利益。因此如果侵害人主观为有过错，且因侵害行为而获有利益的，则既符合侵权行为损害赔偿请求权的构成要件，亦符合不当得利返还请求权的构成要件，从而发生请求权的竞合。在这种情况下，权利人如何行使权利值得探讨。对此有两种学说，一种学说认为不当得利请求权是一个辅助性的请求权，只能在通过其他请求权不能满足时，始能行使。<sup>[41]</sup>一种学说认为构成两种请求权竞合，当事人得选择其一行使。<sup>[42]</sup>个人认为，应当采纳第二种观点。理由如下：

1. 两种请求权的构成要件差别很大。与侵权行为的损害赔偿请求权相比,以不当得利返还请求权为依据保护知识产权有其有利的一方面,即权利人不必证明侵害人主观有过错。因此在一定程度上可以减轻权利人的举证责任,有利于保护权利人的利益。

2. 考虑到我国对于不当得利的规定,应该允许竞合。凡是将不当得利返还请求权作为辅助请求权时,必提供不当得利请求权一个较长的诉讼时效期间,只有这样,才可以有辅助其他请求权的可能性。如德国法、瑞士法都规定不当得利返还请求权的诉讼时效为 30 年,而这些国家规定的侵权损害赔偿请求权大多为 3 年。因此当侵权损害赔偿请求权或其他请求权因目的到达以外的原因消灭时,不当得利返还请求权仍得行使。而在我国,不当得利返还请求权的诉讼时效期间与其他请求权并无区别,均为 2 年。这样一来,如果将不当得利返还请求权作为辅助请求权,将丧失大部分适用的可能,使得不当得利返还请求权成为一个无用的请求权。

### 参考文献

- [1]吉藤幸朔,宋永林、魏启学译.专利法概论[M].北京:专利文献出版社,1990.440.
- 吉藤幸朔,宋永林、魏启学译.专利法概论[M].北京:专利文献出版社,1990.443.
- [2]参见拙文.知识产权侵权归责原则研究[J].浙江社会科学.2001,(3)
- [3]法国判例称:应赔偿之损害,其大小为一事实问题,其计算法院得依主权之作用为之。转引自曾世雄.损害赔偿法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2001.161.
- [4]曾世雄.损害赔偿法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2001.161.
- [5]曾世雄.损害赔偿法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2001.161-162.
- [6]刘士国.现代侵权损害赔偿研究[M].北京:法律出版社,1998.15.
- [7]郑成思.知识产权论[M].北京:法律出版社,1998.375页之注释
- [8]曾世雄.损害赔偿法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2001.118-119.
- [9]蔡明诚.发明专利法研究[M].台北:自办发行,1997.234.
- [10]何孝元.工业所有权之研究[M].台北:三民书局,1977.108.
- [11]史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.68.
- [12]林信和.民法债编一九九九年修正之评论[J].华冈法粹.1999,(27)
- [13]于敏.日本侵权行为法[M].北京:法律出版社,1998.364.
- [14]戴建志、陈旭主编.知识产权损害赔偿研究[M].北京:法律出版社,1998.3.
- [15]国务院知识产权局条法司.新专利法详解[M].北京:知识产权出版社,2001.340.
- [16]陈锦川.计算机软件著作权的侵权损害赔偿[J].电子知识产权.1995,(11);戴建志、陈旭主编.知识产权损害赔偿研究[M].北京:法律出版社,1997.92.;王泽鉴.侵权行为法——基本理论、一般侵权行为[M].北京:中国政法大学出版社,2001.7.
- [17]蒋志培.论知识产权侵权损害的赔偿[J].电子知识产权.1998,(1)
- [18][美]理查德·A·波斯纳,蒋兆康译.法律的经济分析[M].北京:中国大百科全书出版社,1997.717.

- [19]最高人民法院民三庭集体创作.如何理解最高人民法院关于专利法(2001)法释字第21号司法解释.  
[EB/OL] [http\ www.civillaw.com.cn](http://www.civillaw.com.cn)
- [20]最高人民法院民三庭集体创作:《如何理解最高人民法院关于专利法(2001)法释字第21号司法解释》,  
载 [http\ www.civillaw.com.cn](http://www.civillaw.com.cn)
- [21]吉藤幸朔,宋永林、魏启学译.专利法概论[M].北京:专利文献出版社,1990.447.
- [22]中山信弘.多媒体与著作权[M].北京:专利文献出版社,1997.28.
- [23]孟庆法、冯义高编著.美国专利及商标保护[M].北京:专利文献出版社,1992.178.
- [24]杨靖仪.惩罚性赔偿金之研究——以评析消费者保护法第51条为中心[D].台湾大学法律学研究所.1996.13.
- [25]金福海.论建立我国的惩罚性赔偿制度.[J].中国法学.1994,(3)
- [26]王利明主编.民法·侵权行为法[M].北京:中国人民大学出版社,1993.55-56.
- [27]David G. Owen. Punitive Damages in Products Liability Litigation . MICHIGAN LAW REVIEW  
1976(74) 1257, 1287
- [28]王成.侵权损害赔偿的经济分析[M].北京:中国人民大学出版社,2002.194-195
- [29]罗伯特·考特,托马斯·尤伦.法和经济学[M].上海:上海三联书店,1994.466-467.
- [30]罗伯特·考特,托马斯·尤伦.法和经济学[M].上海:上海三联书店,1994.467.
- [31]“知识产权也是一种财产权——世界知识产权主题座谈会实录” [N].中国青年报,2001-5-9
- [32]雷扬.遏制与惩戒:惩罚性赔偿之研究.[D].中国人民大学法学院,2001.76-77.
- [33]王春燕.知识产权侵权损害赔偿刍议[J].法学家.1996(2)
- [34]史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.91.;郑玉波.民法债编总论[M].台北:三民书局,  
1987.122.
- [35]王泽鉴.不当得利[M].北京:中国政法大学出版社,2001.4.
- [36]张农荣.论保护知识产权的民法方法——以请求权体系为中心[A].刘春田.中国知识产权评论(第一卷)[A].  
北京:商务印书馆,2002.355.
- [37]王泽鉴.不当得利[M].北京:中国政法大学出版社,2001.197.
- [38]王泽鉴.不当得利[M].北京:中国政法大学出版社,2001.197.
- [39]史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.92.
- [40]王泽鉴.不当得利[M].北京:中国政法大学出版社,2001.227.
- [41]史尚宽.债法总论[M].北京:中国政法大学出版社,2000.230.

## **The Damage Compensation of intellectual property infringement**

YAO Huan-qing

(School of Law, Renmin University of China, Beijing, 100872)

**Abstract:** Author discusses the damage compensation in the intellectual property infringement, especially the calculation of damage. The article analyses every calculation method and its rationality and lodges some solutions for the damage calculation in the judicial practice. The article analyses one calculation method which calculates the damage equal to the profits made by the defendant, and concludes that our legislation adopts “putative damage theory” like Japan, not the “quasi-gestio of affairs”. The article discusses the statutory damage and punishment damage in the protection of intellectual property and figures out that the legislation need not to adopt punishment damage at present.

**Key word:** intellectual property infringement; calculation of damage; punishment damage

---

<sup>1</sup>当然在特殊情况下还是需要的，如确认之诉的目的就在于证明权利存在。

<sup>2</sup>可以参见日本《专利法》第 102 条的规定，德国也有相关判例。我国台湾地区“专利法”第 89 条也有类似规定。

<sup>3</sup>《专利法》是最早完成修改的立法，没有规定法定赔偿额。理由据说是：规定法定赔偿额“使执法机关拥有太大的自由裁判权，50 万元的上限也不合理，对于轻微侵权案件可能太多，对于重大侵权案件，尤其是发明专利的侵权案件，可能根本不够。这一规定最后因为争议太多，不能达成一致而放弃。”（张耀明：“专利法如此修改作何解有此一说”，载 2001 年 2 月 22 日《人民法院报》）其后完成修改的《著作权法》与《商标法》都将法定赔偿规定在条文中，故专利法的这种救济方式只好规定在《专利法司法解释》中。

<sup>4</sup>《最高人民法院公报》1996 年第 4 期刊登的美国沃尔特·迪斯尼公司诉北京出版社等侵犯著作权纠纷一案就确认了原告的律师费应当作为赔偿的内容。

<sup>5</sup>在我国的知识产权法上似乎看不到这种区别。

<sup>6</sup>《周礼·秋官·司历注》：“杀伤人所用兵器，盗贼赃，加责没入县官。”

<sup>7</sup>《商标法》第 56 条也有类似规定。

<sup>8</sup>参见《法国民法典》第 1376-1381 条的规定。

<sup>9</sup>正因为证明损失困难，所以损害赔偿请求权，允许权利人可以选择“所受损失”或“所获利益”作为赔偿标准。