

罗易论知识产权的侵权损害赔偿

Total click count:3

由于知识产权的对象是一种无形财产，权利人对其无形财产不能像对有形财产那样进行实际占有和控制，加之知识产权所蕴含的巨大价值，知识产权就极易遭到侵害。知识产权受到不法侵害如何进行赔偿？是当前知识产权侵权损害案件审判的难点问题，也是知识产权侵权行为法理论研究的重点课题之一。结合关于此问题的法律规定和司法实践进行研究，笔者拟对知识产权的侵权归责原则、侵权损害赔偿原则、范围和计算方法等问题进行探讨。

一、知识产权侵权归责原则

从民法理论上讲，侵权的归责原则以过错为基本原则，以过错推定、无过错责任原则为特殊情况。而各国的法学家们一致认为在确认是否侵害了知识产权并要求侵权人停止有关侵权活动时，应采用无过错责任原则；在确定是否赔偿或确定赔偿额度时，适用过错责任原则。[1]（一）侵权责任与归责原则 停止侵权和赔偿损失是知识产权侵权纠纷的核心和关键，是权利之争的根本利益所在，而停止侵权应是赔偿损失的前提。在诉讼中，侵权人往往是将物上请求权、认定权利归属、停止侵权等与债权请求权即损害赔偿一并提出。如果司法人员在处理案件时仅仅是把注意力放在债权请求权上，仅仅要侵权人相应负赔偿责任，就会在事实上不可能真正制裁侵权，也不可能制止侵权活动的继续。知识产权侵权之诉如果适用停止行为之请求权，是不需要考虑行为人是否有过错的，但是可能与责任的范围有关系，主要是与赔偿损害的法律救济有关。[2] 损害就其本质而言，

是侵害行为所造成的一种后果，这一后果对于受害人具有利益的属性。损害赔偿的功能主要是填平损失，即对受到损害的合法权益给予某种适当的补偿，使其尽可能回复到受损害前的状态。知识产权制度的建立是通过设置一种排他性专有权，既要保护创作者的创造性智力劳动，又要维护社会公众利益，立法上应当考虑两者利益的平衡。

总之，在知识产权侵权归责原则上，过错要件只与损害赔偿责任有关，而与停止侵权无关。同时，要特别注意不能以损害赔偿归责原则代替整个侵权归责原则。

（二）归责原则的法律规定

根据我国民法通则的规定，知识产权法律属于我国民事法律体系的一部分。民法通则第 106 条规定：“公民、法人违反合同或者不履行其他义务的应当承担民事责任。公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任。没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”民法通则第 118 条规定侵害著作权、专利权、商标权等知识产权的民事责任。即公民、法人的著作权、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果受到剽窃、篡改、假冒等侵害，有权要求停止侵害，消除影响，赔偿损失。从民法通则关于民事侵权责任的规定可知，过错责任原则是我国民事侵权适用的基本原则。民法通则对于知识产权这一特殊领域应适用的侵权归责原则未作特别规定，因此，知识产权侵权归责原则应当适用民法通则第 106 条第 2 款规定的过错责任原则，即过错责任是我国知识产权侵权的基本归责原则。

然而，我国作为世界贸易组织(WTO)的正式成员，应遵守 WTO 规则，知识产权

法律制度必须符合与贸易有关的知识产权协议?Trips 协议?的最低要求。Trips 协议作为当今国际社会在知识产权方面最全面的多边协议，它所肯定的侵权归责原则主要体现在第 45 条。根据对 Trips 协议第 45 条规定的分析，可得出以下要点：第一，司法机关责令行为人停止侵权行为时，勿须考虑行为人主观上是否有过错，也不要求权利人提供行为人主观上有过错的证据。但对于无过错的侵权商品销售者，在其已知、应知其销售行为性质前获得或订购的该商品，不在此限；第二，在一定条件下，司法机关对无过错的行为人可以责令以返还利润或支付法定赔偿额方式承担损害赔偿责任，即侵权人没有过错也可以承担损害赔偿责任；第三，侵权人在有过错的情况下应当承担损害赔偿的责任，权利人还可要求支付诉讼费用。总之，Trips 协议肯定了知识产权侵权的一般归责原则是无过错责任原则，侵权行为人主观上是否有过错与侵权责任的认定无关，而只与赔偿责任有关。而纵观国外的立法和司法实践，在知识产权侵权责任原则方面都提供了相类似的保护，即提供不以行为人主观上具有过错为前提的停止和防止侵害请求权，以及基于行为人的主观过错而提供损害赔偿请求权的保护原则，充分体现了该原则的合理性和可行性。虽然我国通过对现行知识产权法律制度的修改的完善，已基本上满足了 Trips 协议的最低要求，特别是举证责任倒置、诉前证据保全、制止即发侵权和法定赔偿额的规定，对于完善我国知识产权侵权责任法律制度，及时制止侵权，加大打击知识产权侵权行为人的力度，提高我国知识产权执法水平极为有利。但在某些方面，我国的法律制度与其他国家相比，还

有很大的差距，特别是知识产权侵权归责原则仍以过错责任原则为基本原则，尽管为 Trips 协议所允许，但是在司法实践已愈来愈不适应了。

二、知识产权侵权损害赔偿的原则

在知识产权侵权损害赔偿案件的审判中，当法官经过开庭审理查明全案的事实情况，依据侵权损害赔偿的归责原则、侵权行为构成要件确定了侵权行为人的侵权责任以后，如何满足受害的人赔偿请求，需要有一定的准则以遵循和规范。这些准则就是知识产权损害赔偿原则。知识产权损害赔偿应当确定什么样的赔偿原则？在知识产权理论界和知识产权司法界意见并不统一。笔者认为，根据民法和知识产权法律的规定和司法实践的需要，应当确立以下四个原则：全部赔偿原则、法定标准赔偿原则、法官斟酌裁量赔偿原则、对精神损害赔偿适当限制原则。（一）

全部赔偿原则

全部赔偿原则也称为全面赔偿原则，是现代民法的最基本的赔偿原则，是各国侵权行为立法和司法实践的通例。当今的 Trips 协议第 45 条规定：“赔偿由于侵犯知识产权而给权利所有者造成的损害”，侵权者向权利所有人支付费用“可以包括适当律师费”等，此规定是全部赔偿原则的体现。

全部赔偿原则的含义，是指知识产权损害赔偿责任的范围，应当以加害人侵权行为所造成损害的财产损失范围为标准，承担全部责任。对损害赔偿的性质历来有补偿主义与惩罚主义不同观点之争。当前对知识产权损害赔偿，由于盗版和假冒的猖獗，主张惩罚主义观点的理由似乎更强一些。但是，笔者认为，对知识产权损害赔偿的性质仍然首先是对受害人财产损失和精神损害的一种补偿。同时侵权人承担赔偿责任也是对其不法行为的

一种法律制裁，补偿与制裁又相辅相成。这是由于受害人只有获得赔偿才能弥补自己的损失，权利才能得到保护，除去获得赔偿的途径就几乎没有其他同样功能的途径使受害人获得同样的救济。而对侵权的制裁功能，则还有停止侵害等民事责任的其它形式，以及罚款、收缴等民事制裁的具体形式，以至于行政责任、刑事责任。因此赔偿损失的功能主要是一种补偿，一种利益的“弥补”和“填平”；所以就要求以受害人的全部损失或损害为标准、为范围来赔偿。 （二）法定

标准赔偿原则 鉴于知识产权保护对象的特殊性，其损害事实、后果的不易确定性，不少国家的知识产权立法规定了知识产权侵权损害赔偿的法定赔偿制度。这在著作权立法中尤为突出。如美国版权法第 504 条规定，侵权人对其所侵犯的每一部作品，可负担 250 美元至 1 万美元的赔偿，情节严重的可提高每部作品 5 万美元。《Trips 协议》第 45 条中也有法定赔偿金?预先确定的损害赔偿费?的规定。法定标准赔偿原则是在人民法院无法查清受害人实际损失和侵权人营利数额时，或者受害人直接要求按法定最低赔偿额进行赔偿的，人民法院按法律规定的赔偿数额确定赔偿数额。 知识产权保护的对象具有

无形的特点，侵权容易且证据难取，权利人所受损失不好计算。例如在计算机软件侵权损害赔偿案件中，受害人经过公证购买侵权人销售的盗版软件二件作为证据向法院起诉要求赔偿。法院在调查核实证据时，再也无法取到其他盗版软件的销售证据。而这两件软件侵权是以权利人正版软件 1 / 10 的销售价售出的，利润极低。权利人该软件的销售额又无明显降低趋势。此案如果仅按照这二件软件被告获利赔偿，

或者按照二件正版软件的零售价进行赔偿，以及甚至以无损失为由不予赔偿，对权利人都是不公正的，不符合知识产权立法和司法的宗旨，对打击和制止盗版侵权也极为不利。为了使权利人损失能够得到全部赔偿，为了遏制侵权行为，体现损害赔偿的补偿和制裁功能，必须找到一个赔偿数额的“度”，并给以法律的具体规定。前述软件赔偿案件，据估算，如果软件的零售价为中等以上价格，在北京地区，以 100 套作为赔偿的标准，则有可能为有效的“法定标准赔偿额”。无论从对受害人的补偿还是从对侵权人和有侵权意图的人的惩罚或威慑角度看，都是有一定效果的。

（三）法官斟酌裁量赔偿赔偿 无论关于知识产权侵权损害赔偿的法律条款规定得多么严密、具体？这实际不可能做到？，无论是适用全部赔偿原则还是适用法定赔偿原则，都不能排除法官根据开庭审理查明的案件事实，对法律的具体适用，以及在法律规定的赔偿数额幅度之内根据个案情况的裁量。智力创作成果损害结果的不易确定性以及案情的复杂多样，使得对知识产权的损害赔偿不可能简单划一，如同套用数表。在审判知识产权纠纷案件中，法官们常常感到确定原告损失、被告获得利润以及赔偿金数额的困难。感到法律规定不完善，没有可操作性的条款可遵循。 因此，在确定知识产权侵权损害赔偿数额时应当并且必须赋予法官一定的“斟酌裁量权”，以满足对形形色色案件进行审判的需要。所谓斟酌裁量是要求法官确定赔偿数额必须依据客观事实，依照民法通则和知识产权法的基本原则，依靠法官本身的法律意识和审判经验，仔细地分析和判断案情，反复斟酌处理和解决当事人争议的方案，以求公正、公

平、合理追权行为人的民事责任，保护权利人的合法权益。 （四）

精神损害赔偿限制原则 对分割知识产权能否造成精神损害，造成精神损害能否要求精神损害赔偿，我国民法通则知识产权法并没有作明确的规定。根据民法通则第 120 条的规定，公民的姓名权、肖像权、名誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。该规定中的“赔偿损失”，一般解释为我国精神损害赔偿的法律依据。同时，除这四种权利以外的人身权，如隐私权、自由权、贞操权以及生命健康权等不被认为可以提起精神损害赔偿。但重要的是，民法通则确立了精神损害赔偿的法律制度，并且法人的名称权等与公民一样得到保护。 著作权法第 45 条、

第 46 条规定的赔偿损失，并不排除对著作权人著作人身权损害的精神损害赔偿。又如制作、出售假冒他人署名的美术作品的行为，有的学者主张此种行为侵犯了作者的署名权，有的学者主张是侵犯了作者的姓名权，无论如何是侵犯了属于作者人身范畴的精神权益。依照著作权法第 46 条的规定赔偿，除侵犯作者精神权益引起的经济损失外，主要是精神损害赔偿。其他知识产权如商标、专利等虽同著作权有所不同，但侵权同样也会造成知识产权主体的商誉、信誉等关于法人名称权、名誉权的精神利益的损害。某些侵犯法人的名誉权纠纷本身就是企业之间的不正当竞争纠纷，受侵害的权益当属知识产权保护的范畴。 然而，我国民法通则规定的精神损害赔偿并不是无限制的。

它受到受侵害权利类型、权利受侵害程度、行为人主观状态、其他民事责任形式适用情况等情况的限制。如果不问社会经济政治条件、历

史文化和道德传统，任意扩大精神损害赔偿的范围，同样会产生不良的社会影响。实际上，其他一些国家对精神损害赔偿也是有法律规定的条件限制的。因此，对知识产权中人身权的精神损害赔偿也应当有所限制。这些限制表现为：1?适用精神损害赔偿应当依照法律或者最高人民法院有关司法解释，只能适用于对侵害知识产权中人身权精神利益的保护，不应任意扩大适用范围；2?对侵权情节一般的，首先应当适用停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉的民事责任形式，而不适用赔偿；3?侵害知识产权中的人身权益情节虽然一般，但造成财产损失的，可以对造成的实际损失进行赔偿，同时适用停止侵害、消除影响和公开赔礼道歉的民事责任形式；4?对精神损害情节较重，适用其他民事责任形式不足以使受害人的权益受到保护的，应当适当精神损害赔偿。

三、知识产权损害赔偿的范围

知识产权侵权损害

赔偿的范围，按照全部赔偿原则，即使因侵权造成知识权利人全部实际损失的范围。凡侵权损失，不外乎是指侵权行为造成权利人现有财产的减少丧失，以及可得利益的减少丧失。通常又分为侵权损失的直接损失和间接损失。

什么是知识产权现有财产的减少、丧失，什么是知识产权可得利益的减少、丧失？什么是知识产权侵权的直接或间接损失？人们的认识并不一致，一些计算机软件的开发者在发现自己的软件刚受到盗版侵权后，并不立即采取措施和救济途径制止，而是要等半年有了实际损失的证据后向法院提起诉讼，要求赔偿，此种做法显然对其知识产权的保护是不利的。

一般财产都存在着现实

的、一定的价值。一般财产所有权的损害亦直接表现为现有财产的

毁损和灭失；人的生命、健康权的损害直接表现为造成受害人或其亲属医药费、治疗费、护理费等直接损失。但是知识产权保护的创造性智力成果的价值，一般要通过其对有形财产的转化才能实现。也就是说，知识产权价值的实现要面对开放的知识产权市场，需要以知识产权的使用、知识产权的交易转让为条件，并始终受到市场因素的制约。权利人享有的知识产权转化为知识产权主体的财富主要是通过其享有的知识产权的获益或收益。而收益的大小、高低，除智力成果本身具有的特性外，又主要取决于该知识产权占有的市场份额。因此，知识产权受到损害造成权利人的财产损失，与前文提到的一般财产和人身生命、健康受到损害而造成的财产损失的表现完全不同。知识产权侵权行为造成的财产损失主要表现为可得收益的减少或丧失，其蕴含着该项知识产权市场份额的减少或权利价值的贬值，以及相伴随造成的知识产权权利人的其他财产损失，包括权利人为消除知识产权损害后果而造成的其财产的积极损失等。除了知识产权造成的财产损失外，知识产权的损害赔偿还包括知识产权人身精神权益的精神损害赔偿。

根据以上的分析，知识产权侵权损害的赔偿首先应当包括对知识产权财产权益损失的赔偿与对知识产权人身精神权益的损害赔偿。财产权益损失的赔偿范围应当包括：

一是直接损失。即指：1.对侵权直接造成的知识产权使用费等收益减少、丧失的损失；2.因调查、制止和消除不法侵权行为而支出的合理费用；3.因侵犯知识产权人身精神权益而造成的财产损失。

二是间接损失。即指权利人受到侵害的知识产权在一定范围内的未来财产利益的损失，它

属于民法通则第 117 条第 3 款“受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人并应当赔偿损失的”中规定的“其他重大损失”的范围。知识产权损害的间接损失是指知识产权处于生产、经营、转让等增值状态过程中的预期可得利益的减少或丧失的损失。知识产权的间接损失是由于造成了权利人不能正常利用该知识产权进行经营活动而遭受的。侵权行为法理论一般认为，这种间接损失有三个特征：1?损失的是一种未来的可得利益，在分害行为实施时，它只具有一种财产取得的可能性，还不是一种现实的利益；2?这种丧失的未来利益是具有实际意义的，而不是抽象或假设的；3?这种可得利益必须是一定范围的，即损害知识产权直接影响所及的范围。

四、知识产权损害赔偿的计算

在确定了赔偿的原则、明确了赔偿的范围后，司法实践中对损害赔偿的具体计算就是关键问题。知识产权侵权损害赔偿的计算方法，散见于各个知识产权法、法规和司法解释中。这些计算方法主要有：

（一）侵害专利权赔偿数额的确定 对于专利权人来说，在专利合同纠纷中，通常要求被许可人支付违约金，赔偿损失；在专利侵权纠纷中，大多要求赔偿损失。

关于赔偿数额，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。”

最高人民法院 2001 年的《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》中规定了以下几种损失赔偿额的确定标准和计算方法：

1.以专利权人因侵权行为受到的实际损失赔偿额。计算方法

是：因侵权人的侵权财产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。用公式表示为：专利权人销售量减少数×每件产品利润=赔偿数额。专利权人因侵权行为受到的实际经济损失，一般包括下列两种损失：其一，专利产品销售量下降造成利润减少的损失。其二，专利产品被迫降价出售的损失。

2.以侵权人因侵权行为获得的全部利润作为损失赔偿数额，计算方法是：侵权人从每件侵权产品获得的利润乘以在市场上销售的总数所得之积，即为侵权的所得的全部利润。用公式表示为：每件产品利润×侵权人销售量=赔偿数额。这种方法比较适合于侵权产品销路较广，且管理比较正常，帐目比较清楚、利润比较合理的侵权行为人。对于侵权行为人未因侵权行为获利，或者侵权人自称未获利或少报利润而因帐目混乱，无法查清或根本无帐可查时，适用最高人民法院《关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》。

3.以不低于专利许可使用费的合理数额作为损失赔偿额。这种确定赔偿数额的标准就是以专利权人合理转让在某地区的专利使用费为参照值，向侵权行为追偿在同等范围的地域内侵权造成的损失。专利权人的专利产品尚未大量投放市场，或者专利权人尚未实施专利技术，或者专利权人已采取普通许可方式将专利技术实施转让，而且侵权人的侵权产品为社会所需要，或者侵权产品的销量不会挤占专利权人的销售市场或造成销售量的减少，专利权人不可能提供因其侵权所受到的损失的证据，而侵权人提供的获得利润的证据不足的，可采用这种标准确定赔偿数额。

4.当事人

双方商定的其他计算方法。当事人双方可以商定用其他计算方法计算
损失赔偿数额，只要是公平合理的，人民法院应予准许。 需要
指出的是，无论以上述哪种标准来确定赔偿数额，专利权人的下列费
用都应列入赔偿范围：为搜集证明侵权行为的证据所开支的费用，为
制止侵权行为、挽回名誉刊登广告、发表声明所支付的费用，为请求
行政救济或司救济所支付差旅费、律师代理费等、提起侵权诉讼所需
的案件受理费、鉴定费、勘察费及其。 总之，对知识产权侵权
损害的赔偿，应当在确定侵权归责原则的基础上，根据损害赔偿的原
则，结合每起损害赔偿案件的具体案情，综合考虑予以确定赔偿的计
算。承办案件的法官，以及参与对具体案件处理并作出司法决策的法
官或法官集体，应当严格依照法定程序，最大限度地追求公平、公正
与正义，努力做到既合法又合情合理，将知识产权法律的基本原则与
知识产权案件审判指导思想贯彻案件处理的始终。