

专利侵权损害赔偿额计算制度研究

范小丰

桂林电子科技大学法学院, 广西 桂林 541004

摘要:中国专利法对专利侵权损害赔偿额的计算采取顺位制,而且我国关于专利侵权损害赔偿额计算制度比较粗糙,欠缺科学性,并在实际操作中前三种方式操作标准方式不一,并且也很难实现,从而难以被法院采纳,最终只能在法定赔偿额范围内获得损害赔偿。笔者将详细的分析我国在专利侵权损害赔偿计算的实际操作中出现的问题进行分析,在研究借鉴域外成熟的损害赔偿计算制度的基础上,为进一步完善我国专利侵权损害赔偿制度提出相应改善对策。

关键词:专利侵权; 所失利润; 侵权所得; 专利许可费

中图分类号: D923.42

文献标识码: A

文章编号: 2095-4379-(2018)21-0080-03

作者简介: 范小丰(1987-),男,汉族,河南鹤壁人,桂林电子科技大学法学院,法硕研究生在读,研究方向:知识产权。

根据国家知识产权局数据统计,2017 年专利申请量 3697845 件,授权量 1836434 件,如此庞大的专利授权量,必将会产生大量的专利侵权案件,据调查统计仅 2018 年 1 月份全国专利侵权案件高达 1042 件。随着我国专利侵权案件的数量增加,在这些专利侵权案件中,法院主要是对侵权事实的判断和认定,而且当事人的主要精力也都是放在案件事实认定上,针对损害赔偿并没有进行更多的举证,法院在对损害赔偿方面也没有进行详细的判断。其原因在于专利侵权损害赔偿制度设计的缺陷,没有具体的赔偿对照依据,只是粗略的进行规定,导致其制度实施起来操作性不强。大部分的案件中专利侵权损害赔偿额法院只采用了法定赔偿额,通过法官自由裁量权判决损害赔偿,这样的司法操作导致我国专利侵权损害赔偿制度的前三种方式形同虚设。

一、中国专利侵权的司法现状及存在的问题

根据知产宝查阅 2017 年全年裁判专利侵权案件 10330 件,其中判决赔偿最低金额为伍松斋诉义乌市某电子商务商行侵害其实用新型专利,判决赔偿 2 万元,最高金额为西安西电捷通无线网络通信股份有限公司诉索尼移动通信产品(中国)有限公司侵害其发明专利,判决赔偿 910 余万元。这些专利侵权案件(最终判决赔偿权利人损失的案件)都没有关于赔偿金额详细的论证。而且在这些专利侵权案件当中侵权人多以权利人要求赔偿金额缺乏事实和法律依据进行答辩,但是权利人却没有对其损害提供详细的证据和事实依据。只是依靠法院在综合相关因素的前提下进行判决赔偿一定的数额,基本全靠法院的自由裁量权进行判决。如此长期使用这样的相关制度只会给权利人带来全靠法院自由裁量权这样的心理作用,专利侵权损害赔偿制度将发挥不了应有的作用。

指导案例 84 号:礼来公司诉常州华生制药有限公司侵害发明专利权纠纷案,礼来公司请求华生公司赔偿礼来公司经济损失人民币 151060000 元,其赔偿金额来源与其侵权公司非法获利,最终法院判决常州华生制药有限公司赔偿礼来公司经济损失及为制止侵权支出的合理费用人民币计 350 万元。请求赔偿侵权所得的利润并没有得到相应的赔偿,其所提供的证据也没有得到法院的支持,判决最终的 350 万元的赔偿法院也没有详细说明,但不难判断,这 350 万的赔偿采

取的法律依据应该是专利许可费的合理倍数得出的。公报案例:高仪股份有限公司与浙江健龙卫浴有限公司侵害外观设计专利权纠纷案,二审法院认定赔偿事实,因侵权人获益和权利人损害都没有证据证实,亦无合理专利许可使用费可供参照,本案按照法定赔偿方式确定赔偿数额。最终法院以考虑到涉案专利为外观设计专利,具有一定的设计美感,并有多次受司法保护记录;健龙公司的注册资本为人民币 585 万元,具有一定的生产规模和营销能力;健龙公司实施了制造、许诺销售、销售被诉侵权产品的行为;高仪公司为制止侵权支出了相应的维权费用等因素,酌情确定赔偿额为人民币 10 万元。以上两个案例可以看出我国专利侵权损害赔偿前两个赔偿理由在司法实践中很难实现,多是采取专利许可费的倍数和法定赔偿额进行损害赔偿。

二、专利侵权损害赔偿制度设计缺陷的原因

(一) 权利人的实际损失确定赔偿额

首先,专利权利人的实际损失是专利权利人销售量的减少乘以单件的利润,得出专利权利人的实际损失,也是专利侵权损害赔偿的第一顺位。然而这样的条件只有在“市场真空”状态下才能实现,必须保证价格不会改变,销量不会改变,成本不会增加,并且市场上只有权利人和侵权人两个商家才能准确的实现这种状态,这样的制度设计条件在现实当中基本不可能。其次实际损失需要证明的因果关系较高,需证明其销售量下降和利润率降低与侵权人侵犯其专利权具有直接的因果关系,往往这样的证据在现实中耗时、耗力而且往往会泄露其经营秘密,就算能够提供相应的证据,由于证据的证明力有限,往往也很难采纳。

(二) 侵权人的侵权所得

侵权所得相比实际损失的证据更好提供一些,往往可以通过侵权方的宣传广告,销售报告可以粗略的算出其所获利润,进一步通过专利在所获利润时的技术分摊比例来认定其专利在整个利益中的份额。表面看上去操作性很强,但是销售量和扣除成本的利润往往属于公司内部资料,一般情况下也很难获取。这样制度设计并不能达到抑制侵犯其专利的效果,也达不到权利人的请求预期,更不符合市场的价值规律,现实中权利人也不提供这样的证据。

(三) 专利许可费的倍数和法定赔偿额

专利许可费的倍数和法定赔偿额是法院最钟情的赔偿规则。首先专利许可费是参照同种类别的专利许可费为基础的,如果没有这样的标准,直接就跳过此种损害赔偿规则,直接采取法定赔偿额。况且同种类别的专利在具体事物上所体现的价值也不是一样的,若仅仅只是参照同种类别的专利许可费的倍数给予损害赔偿,往往并不能真正的反应其损害的多少,而且在合理的倍数相关规定中,法律只是做了1倍到3倍比较粗略的限定,法院具有过大的自由裁量。专利许可费的计算需要结合市场情况,存在能够影响其价值的诸多因素。如果在判定具体幅度时,法律规定没有对相关的考虑因素进行列举,在具体案件中判决结果则很难让权利人接受。其次,法定赔偿额的幅度规定的过于狭窄,而专利的价值幅度却很大。由于法定赔偿范围过于狭窄,并不能满足现实的需求,导致价值与损害赔偿并不能形成正比,从而促使侵犯专利权的案件大量出现。并且,频繁的使用法定赔偿额作为赔偿依据,会减轻原告举证责任,使得法院对审判职责逐渐缺失,对权利人保护不足的现象大量出现。

三、对比域外专利侵权损害赔偿制度

美国专利侵权损害赔偿计算采取的有三种方式,而且权利人可以自由选择。第一种是权利人的所失利益;第二种是侵权人的侵权所得;第三种是合理的专利许可费。首先,美国通过降低实际损失的证明标准,来对抗被告抗辩时采取的优越证据。权利人只需提供的证据达到合理、或然性证据标准即可,并且采取了市场份额乘以侵权销量为基础的损害赔偿计算方式。在证明标准上,将所失利益与侵犯专利权的因果关系分为事实上的因果关系和法律上的因果关系两个方面。事实上的因果关系包括四个要件,一是市场对专利产品的需求,也就是说消费者是因为其专利才购买该产品;二是不存在可以替代的侵权商品,在现实中这种情况往往不能实现,所以美国采取了市场分配法,通过市场比例进行计算;三是专利权人具有足以满足市场需求的制造及销售能力,就是专利必须投放市场产生市场价值;四是专利权人要有一定的证据,证明其所失去的利益。法律上的因果关系相对比较简单一些——合理的可预见性,简单说就是主力近因原则。举个极端的例子能够更加直观的解释,例如说权利人专利被侵权,导致心脏病突发引起了死亡,虽然权利人的死亡是由于专利被侵权,但这并非主要原因,侵权人对其死亡并不承担赔偿责任。所以说,在计算其损失时,只需达到合理的预见性就可以,不能将一切相关损失都算在其内。其次,美国在所失利益的计算中将好多方面涵盖其中。比如所失销售的损失、价格侵蚀(销售价格成长率降低)、增加的成本(广告费、改良费),而中国只是粗略的规定了实际损失,并没有详细的规定和扩展,导致实际操作性不强。最后,美国在进行合理的专利使用费计算时,采取了多种计算方法。一种是分析算法,就是预期利率减去一般市场利益的差额作为基础,第二种是比例算法,根据市场法则也就是购买代价,但这种方法往往会过高的估计专利的价值;第三种是假设协商法,通过一般的市场协商来进行估价。

日本的专利侵权损害赔偿制度的设计目的是为了

抑制侵权,由原先的损害填补转变为侵权抑制。在证明所失利益时,需满足三个要件,一是侵权产品和专利产品存在替代可能性,只要有这样的可能性就具有因果关系,被控也可以进行举证证明其产品价格低,消费者购买需求并非基于专利技术特征,自己广告的宣传提高自己产品的购买率。二是权利人具有实施专利的能力,并投放市场该专利产品。在计算侵权人所获利益时,将贡献率的概念引入,推定出所获的利益,并且在实际损失过低则不需举证,由法院自由裁量,以实现效率与公平。

德国在侵权所得利润的计算中引入了边际利润的规则,而且提高专利许可费赔偿额来维护专利权利人的利益权利。德国在计算侵权人所获利益时也引用了专利贡献率的概念,并且通过采取听证会的形式,来判断该专利在消费者选择购买该产品的影响作用,从而判断该专利在侵权人的侵权所得中的比例,得出具体的侵权所得金额。在计算侵权所得时德国做出了更为详细的规定,比如使用的机器设备只是为了生产侵权产品时,将不作为成本进行扣除,如果可以生产不侵权的产品则扣除,还有模具、采购、仓储、劳务支出、技术研发等方面是否应当扣除也做了详细的规定。德国在专利许可费率的编撰做的最为完善,法院在进行损害赔偿判决时,查找相关许可费率并结合市场因素评估出合理的专利许可费,就可以进行科学的计算出该专利的合理许可费,避免像中国一样出现无参照的专利许可费,无法采用该规定的情况出现。

四、完善我国专利侵权损害赔偿制度的建议

在对我国专利侵权损害赔偿制度完善时,对损害赔偿额规定的过低或者不合理时都将会损害权利人的利益,从而促使专利侵权案件频发。如果,规定的专利侵权损害赔偿过高,会出现这样的情况,由于专利权利范围边界的不确定性,导致技术方案的实施者担心巨额的侵权赔偿而放弃有可能侵犯他人权利范围外的技术方案,这样将会抑制创新,阻碍技术的进步。如果,规定的专利侵权损害赔偿过低,侵权人不再考虑专利授权的问题,直接侵权获得利益,被发现侵权只需赔偿低额的赔偿金,并不能阻止侵权的发生,这不利于保护专利权利人的合法权利。为了进一步完善我国专利侵权损害赔偿制度,笔者提出以下建议:

第一,自由选择赔偿标准。权利人的专利一旦被侵权,需要寻求司法保护获取赔偿时,只有权利人能够更加的了解哪一种方式才能更好的保护自己的权利,哪一种方式自己能够提供更有利地证据证明其损失。通过赋予专利权利人自由选择赔偿标准的方式,可以充分的调动权利人维护自己权利的积极性,达到更有效的保护权利人的合法权利。第二,将所失利益的证明标准降低。将权利人实际损失与侵权人侵权行为之间因果关系的证明标准降低,只需达到合理可能性即可。只要具有合理的可预见性就可以,不必须达到事实上的必然性。并且规范证明标准的构成要件,将现实条件下采取其计算方式更具操作性。第三,制定详细的侵权所得利润计算方法。引入边际利润概念,采取科学的计算方式得出侵权人的侵权所得,使司法实

(下转第77页)

对待的理由。即使是“不合法”的私有财产,即违禁品与赃款赃物,也应将前后两个行为分开处理。如针对违禁品的侵权与犯罪行为,应先依法处理后一个针对违禁品的侵权或违法行为,再对受害人违法持有违禁品的行为予以处罚。针对赃款赃物的侵权与犯罪行为,也应先依法处理后一个针对赃款赃物的侵权或违法行为,再依法对受害人的犯罪行为予以处理。分别处理,具体分析,这样可以最大限度的维护财产的“占有”的这种秩序,有利于法律关系的解决,有利于社会稳定,减少社会矛盾,又能对每一个违法犯罪行为进行处理,最大限度的维护法律的权威与尊严。

从以上可以看出,只保护“合法”私有财产的做法也将引发一系列问题,而且不论是我国的《刑法》,还是《侵权责任法》,都没有将“不合法”财产完全排除在法律保护的范畴之外,因此,笔者认为“‘合法的’私有财产受法律保护”的表述不够准确,希望有关立法者可以对此认真斟酌,维护我国法律的严肃与严谨。

六、结语

(上接第79页)

有一个较全面的认识和把握。按时间划分,可分为三个历史时期:中世纪的宗教化的离婚制度,婚姻由教会控制;19世纪世俗化的离婚制度,婚姻案件管辖权转移到世俗法庭;20世纪现代化的离婚制度,离婚自由得到充分体现。纵观三大历史时期,可发现以下三个演变特点:第一,离婚制度由宗教化走向世俗化;第二,离婚原则由绝对禁止离婚原则到破裂主义原则及无过错离婚原则;第三,男女离婚条件由不平等到平等。

英国由原来禁止离婚,到现在离婚率高居欧洲前列,与其宽松的离婚制度有密切关系。关于法定离婚理由,据统计,基于“通奸”的和不合理“行为”的分别高达29.7%和43.6%。“不合理行为”该项理由较主观化,而且其诉讼方式(公开审判,口头证明)容易激化当事人双方矛盾,不利于维护婚姻制度、挽救婚姻,是否可考虑将该项理由删去或替换,仍有待实践考察。

另一项值得研究的问题是,英国于2004年通过了《民事伴侣法》,于2013年通过了《同性婚姻法》,标志着同性婚姻关系合法化,产生了新的婚姻模式。然而,

(上接第81页)

实践更具操作性。第四,规范专利许可费的参考依据。编撰各类行业的专利许可费率,为专利侵权损害赔偿提供依据。第五,提高法官自由裁量的专业程度,更加准确合理的作出司法判决,维护权利人的合法权益。我国正在全面构建知识产权法院,在对专利侵权赔偿案件中,需要大量具有专业经验的法官,在基于专业资料的前提下作出公正的自由裁量。

只有通过不断地完善我国专利侵权的损害赔偿,才能做到保护权利与促进创新的和谐发展。通过更加科学的设计我国的专利侵权赔偿制度,使得相应的法律制度发挥应有的作用。笔者也明白,没有任何专利侵权损害赔偿制度是完美的,但法律制度的设计本就

保护人民群众私有财产是我国宪法及法律所应承担的责任与义务,是顺应时代潮流,推动我国特色社会主义与法治建设的必然要求。因此,我们需要不断完善立法,不断增强对公民财产权的保护,不断优化对法条的文字表述,确保每一部法律都能够实现它的应有价值。

[注 释]

- ①刘建军. 宪法上公民私有财产权问题思考——兼论2004年2月14日宪法修正案第二十二条款 [J]. 政法论丛, 2004(5).
- ②黎宏. 论财产犯罪的保护法益 [J]. 人民检察, 2008(23).
- ③张明楷. 法益初论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 596.

[参 考 文 献]

- [1] 张明楷. 刑法学 [M]. 北京: 法律出版社, 2011.
- [2] 沈志民. 再论财产罪保护法益 [J]. 人民检察, 2011(15).
- [3] 王利明. 进一步强化对于私有财产的保护 [J]. 法学家, 2003(1).
- [4] 张翔. 论公民合法财产权的刑法保护 [J]. 湖南社会科学, 2011(3).
- [5] 房绍坤, 王洪平. 从财产权保障视角论我国的宪法财产权条款 [J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2011(2).

两部法案的适用范围不同,《民事伴侣法案》适用于英国全境,而《同性婚姻法》不适用于北爱尔兰;《同性婚姻法》对于颁布之前的私人婚姻关系均不承认为婚姻关系,限定了该法的溯及力。两部法案于解除关系方面的规定不尽相同,《同性婚姻法》参照适用普通的离婚法,相对于《民事伴侣法》而言不利于保护同性婚姻者离婚的权利。两法在时间和范围的效力差别及规定的差别可能导致离婚权利的不平等,关于同性婚姻的法律规定英国亟待进一步完善。

[注 释]

- ①钱乘旦,等. 日落斜阳——20世纪英国 [M]. 上海: 华东师范大学出版社, 2000: 227-228.
- ②劳伦斯·斯通. 通向离婚之路 [Lawrence Stone, Road to Divorce: England, 1530-1987] [J]. 牛津, 1990: 309.
- ③傅新球. 英国离婚法的演变 [J]. 世界历史, 2003(2): 64.
- ④董兵. 英国离婚法的历史研究 [D]. 西南政法大学硕士论文, 2012. 11.
- ⑤[英]凯特·斯丹德利. 家庭法 [M]. 屈广清译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 133.

不是追求完美,而是在寻求最大公平正义的同时定纷止争,只要能达到这一点也就实现了法律制度设计的初衷。

[参 考 文 献]

- [1] 戴哲, 张云芝. 德国专利侵权损害赔偿额的计算方法及启示 [J]. 重庆理工大学学报, 2017, 04(4): 94-104.
- [2] 李磊. 美国专利侵权损害赔偿额的计算及借鉴意义 [J]. 宁夏社会科学, 2016, 05(3): 60-68.
- [3] 张鹏. 日本专利侵权损害赔偿数额计算的理念与制度 [J]. 知识产权, 2017(6): 87-98.
- [4] 何育东. 专利侵权损害赔偿计算制度: 变迁、比较与借鉴 [J]. 知识产权, 2009, 09(113): 7-18.
- [5] 王景, 高海梅. 知识产权损害赔偿评估 [M]. 北京: 知识产权出版社, 2016. 01.