

## 第肆章 中國大陸專利法制對損害賠償之規範與計算

### 第一節 專利法對損害賠償之規範

中國大陸之專利法於 1984 年通過，歷經 1992 年、2000 年、以及 2008 年等三次修正。現行專利法為 2000 年修正，於 2001 年 7 月 1 日起施行，同日開始施行的相關規範還包含專利法實施細則<sup>334</sup>，以及最高人民法院所公佈之《最高人民法院關於對訴前停止侵犯專利權行為適用法律問題的若干規定》與《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》等二個司法解釋<sup>335</sup>。中國大陸於 2005 年啟動了第三次專利修法工作，歷經三年，第三次修正（以下稱新專利法）已於 2008 年 12 月 27 日通過公布，將自 2009 年 10 月 1 日起施行<sup>336</sup>。

相較於第一次專利修法，其目的是為了落實深化改革與擴大開放，並且履行與美國知識產權談判的承諾；第二次修法主要目的是為了符合與貿易有關之智慧財產權協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights）以加入世界貿易組織（World Trade Organization, WTO）；第三次修法则在於符合提高自主創新能力且建設創

<sup>334</sup> 中華人民共和國專利法實施細則於 1984 年制訂，歷經 1992 以及 2001 年之修正，相對應於專利法第三次修正，至本文定稿時，尚無新的實施細則公布。

<sup>335</sup> 爲了因應快速變動的社會發展，中國大陸之立法通常僅作原則性規定，而由法院體系規定具體標準。最高人民法院對於屬於法律審判工作中具體應用法律、法令問題，進行解釋，以填補立法之不足。相對於中國大陸法律體系中並沒有承認判例的拘束力，司法解釋本身在審判中具有合法性。參閱王文杰，*嬗變中之中國大陸法制*，2004 年，頁 181-185。

<sup>336</sup> 關於第三次修正說明與專利法全文，參閱全國人民代表大會常務委員會關於修改《中華人民共和國專利法》的決定，[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2008-12/27/content\\_1465318.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2008-12/27/content_1465318.htm)，最後查訪日：2009/07/30；中華人民共和國主席令第八號，[http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/flfg/2008-12/28/content\\_1189755.htm](http://big5.gov.cn/gate/big5/www.gov.cn/flfg/2008-12/28/content_1189755.htm)；最後查訪日：2009/07/30。本文所稱中國大陸專利法及相關規範是指現行規範，而第三次修正通過即最新專利法則稱「新專利法」。

新型國家之知識產權戰略目標，並且因應最新國際規範進行必要修改。第三次專利法修正方向可歸納為以下三點：1) 符合激勵自主創新、提高自主創新能力的要求；2) 促進技術推廣應用；3) 根據國際公約、特別是中國大陸加入 WTO 後國際公約的新規定，對現行專利法進行修改<sup>337</sup>。在「激勵自主創新、提高自主創新能力」的要求下，新專利法加大對違法行為的處罰力度，其中原規範於第 60 條之專利侵權損害賠償於新專利法中被修改為第 65 條，條文內容變動頗大。

本章分析現行中國大陸專利法制對於專利侵權損害賠償之規範與賠償數額之確定方法<sup>338</sup>，並試圖以第三次專利法修法目的為思考，評析新專利法對於損害賠償之修訂重點。

## 第一項 侵犯專利權與損害賠償

根據中國大陸專利法第 57 條規定，未經專利權人許可，實施其專利，即侵犯其專利權<sup>339</sup>，引起糾紛的，由當事人協商解決；不願協商或

---

<sup>337</sup> 關於第三次修法源由，參閱專利法修正案草案全文及說明，2008 年 8 月 29 日，中國人大網 ([www.npc.gov.cn](http://www.npc.gov.cn))，[http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2008-08/29/content\\_1447388.htm](http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/lfgz/2008-08/29/content_1447388.htm)，最後查訪日：2009/07/01。

<sup>338</sup> 一般而言，對於專利法現行規範可參閱國家知識產權局條法司，尹新天主編，新專利法詳解，知識產權出版社，2002 年 3 月第 2 次印刷；對於現行專利法二個司法解釋《最高人民法院關於對訴前停止侵犯專利權行為適用法律問題的若干規定》以及《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》之規定，可參閱最高人民法院民事審判第三庭編著，曹建明主編，新專利法司法解釋精解，2002 年 1 月；對於專利侵權及訴訟，可參閱程永順，專利糾紛與處理，知識產權出版社，2006 年，以及程永順，中國專利訴訟，知識產權出版社，2005 年 5 月。

<sup>339</sup> 關於專利侵權 (patent infringement)，中國大陸專利法第 57 條所指之「侵犯」專利權，即台灣所稱「侵害」專利權。根據中國大陸專利法第 11 條規定，侵犯發明和實用新型專利權是指任何單位或者個人，除本法另有規定的以外，未經專利權人許可，而為生產經營目的製造、使用、許諾銷售、銷售、進口其專利產品，或者使用其專利方法以及使用、許諾銷售、銷售、進口依照該專利方法直接獲得的產品。對侵犯於外觀設計專利權，則指任何單位或者個人，除本法另有規定的以外，未經專利權人許可，而為生產經營目的製造、銷售、進口其外觀設計專利產品。中國大陸專利法另分別於第 58 條及第 59 條針對「假冒」他人專利以及「冒充」專利產品行為規範相關法律責任。有關假冒專利與冒充專利，不在本文討論之列；詳閱李鏗，大陸專利侵權責任解析，智慧財產權，40 期，頁 67-78，2002 年 4 月。

者協商不成的，專利權人或者利害關係人可以向人民法院起訴，也可以請求管理專利工作的部門處理。管理專利工作的部門處理時，認定侵權行為成立的，可以責令侵權人立即停止侵權行為，當事人不服的，可以自收到處理通知之日起十五日內依照《中華人民共和國行政訴訟法》向人民法院起訴；侵權人期滿不起訴又不停止侵權行為的，管理專利工作的部門可以申請人民法院強制執行。進行處理的管理專利工作的部門應當事人的請求，可以就侵犯專利權的賠償數額進行調解；調解不成的，當事人可以依照《中華人民共和國民事訴訟法》向人民法院起訴。因此專利法明訂，專利權受到侵犯而引起糾紛可有幾種途徑解決：1) 由當事人協商解決；2) 向人民法院起訴；3) 請求管理專利工作的部門處理<sup>340</sup>。專利權受到侵犯，除了可以藉由司法途徑向人民法院起訴，也可以藉由行政途徑請求管理專利工作的部門處理，這是中國大陸專利法制所謂行政救濟與司法救濟「雙軌制」。

專利權受到侵犯，可以獲得救濟的主體為專利權人或利害關係人（以下通稱權利人）<sup>341</sup>。在司法實踐上，原則上獨占實施許可合同的被許可人可以單獨起訴；排他實施許可合同的被許可人在專利權人不起訴的情況下可以單獨起訴；普通實施許可合同的被許可人，除非合同另有約定，只能與專利權人一起做為原告起訴<sup>342</sup>。合同的類型可視約定內容而定。

---

<sup>340</sup> 仲裁也是解決專利糾紛的一種有效途徑；參閱程永順，專利糾紛與處理，同前註 338，頁 306。

<sup>341</sup> 通說認為專利侵權訴訟的利害關係人包含獨占許可合同的被許可人、排他許可合同的被許可人、以及專利權的合法繼承人等。另一種見解是根據專利侵權行為與該人有利害關係而對其合法利益造成損害，即為利害關係人，而凡是利害關係人皆可根據專利法第 57 條規定的救濟方式保護本身的權利。然而，對專利權人而言，其可獲得救濟是因保護其專利權；而對利害關係人而言，其可獲得救濟是因保護其合法權利，因而國家知識產權局認為使利害關係人擁有或類似專利權人的地位的見解是不合適的。參閱最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 9-10，以及國家知識產權局條法司，同前註 338，頁 316-317。

<sup>342</sup> 所謂獨占實施許可即專屬授權（exclusive license），排他實施許可即獨家授權（sole license），普通實施許可即非專屬授權（non-exclusive license）。《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適

根據中國大陸民法通則第 118 條規定<sup>343</sup>，專利權受到侵犯之民事救濟包含停止侵害、消除影響、以及賠償損失等。此外，專利法第 61 條第 1 款規定，當權利人有證據證明他人正在實施或者即將實施侵犯其專利權的行為，如不及時制止將會使其合法權益受到難以彌補的損害的，可以在起訴前向人民法院申請採取責令停止有關行為和財產保全的措施。

從上述可以歸納侵犯專利權的民事責任包含停止侵害、消除影響、以及賠償損失等。此外，專利案件中亦常見權利人請求賠禮道歉<sup>344</sup>，不過賠禮道歉主要是道歉而非關金錢賠償。賠償損失才是指金錢上之損害賠償。根據民法通則，確定賠償損失的基本原則是賠償全部實際損失，即補償原則<sup>345</sup>。侵犯專利權之損害賠償亦根據補償原則加以確定。

---

用法律問題的若干規定》第 25 條第 1 款及第 2 款：專利實施許可包括以下方式：

（一）獨占實施許可，是指讓與人在約定許可實施專利的範圍內，將該專利僅許可一個受讓人實施，讓與人依約定不得實施該專利；

（二）排他實施許可，是指讓與人在約定許可實施專利的範圍內，將該專利僅許可一個受讓人實施，但讓與人依約定可以自行實施該專利；

（三）普通實施許可，是指讓與人在約定許可實施專利的範圍內許可他人實施該專利，並且可以自行實施該專利。

當事人對專利實施許可方式沒有約定或者約定不明確的，認定為普通實施許可。專利實施許可合同約定受讓人可以再許可他人實施專利的，認定該再許可為普通實施許可，但當事人另有約定的除外。

<sup>343</sup> 中國大陸民法通則第 118 條：公民、法人的著作權、專利權、商標專用權、發現權、發明權和其他科技成果權受到剽竊、篡改、假冒、等侵害的，有權要求停止侵害，消除影響，賠償損失。

<sup>344</sup> 民法通則第 134 條。

<sup>345</sup> 民法通則確定賠償損失的基本原則是賠償全部實際損失，做到不能讓侵權人在經濟上佔便宜，使權利人因侵權所受到的經濟損失得到足夠、合理的賠償；參閱程永順，專利糾紛與處理，同前註 338，198 頁。民事侵權損害賠償的原則是補償原則、或稱填平原則、全部賠償原則、或全面賠償原則；意指侵權行為不論在主觀上是出於故意或過失，也不論行為人事否受刑事或行政制裁，均應根據因其行為造成財產損失多少、精神損害大小等，確定民事賠償範圍；參閱最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 99。

## 第二項 賠償數額之確定

由於專利權為無體財產的特性，如何確定損失相當困難，因此專利法針對侵犯專利權賠償數額之確定方法加以規範，最高人民法院並進一步於《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》（以下簡稱司法解釋）之司法解釋中加以規範。針對如何確定賠償數額，專利法第 60 條規定：

「侵犯專利權的賠償數額，按照權利人因被侵權所受到的損失或者侵權人因侵權所獲得的利益確定；被侵權人的損失或者侵權人獲得的利益難以確定的，參照該專利許可使用費的倍數合理確定。」

專利法第 60 條不但規範了確定賠償數額的原則<sup>346</sup>，也提供了賠償數額的計算方法。在確定賠償數額的原則上，首先，按照權利人因被侵權所受到的損失（以下稱權利人的損失）或者侵權人因侵權所獲得的利益（以下稱侵權人的利益）確定賠償數額。其次，當無法根據上述原則確定賠償數額時，參照該專利許可使用費的倍數合理確定。根據最高人民法院司法解釋<sup>347</sup>，當被侵權人的損失或者侵權人獲得的利益難以確定，有專利許可使用費可以參照的，人民法院可以參照該專利許可使用費的 1 至 3 倍合理確定賠償數額。沒有專利許可使用費可以參照或者專利許可使用費明顯不合理的，人民法院可以一般在人民幣 5,000 元以上 30 萬元以下確定賠償數額，最多不得超過人民幣 50 萬元。

---

<sup>346</sup> 國家知識產權局條法司，同前註 338，頁 340。

<sup>347</sup> 《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》第 21 條：被侵權人的損失或者侵權人獲得的利益難以確定，有專利許可使用費可以參照的，人民法院可以根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節、專利許可使用費的數額、該專利許可的性質、範圍、時間等因素，參照該專利許可使用費的 1 至 3 倍合理確定賠償數額；沒有專利許可使用費可以參照或者專利許可使用費明顯不合理的，人民法院可以根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節等因素，一般在人民幣 5000 元以上 30 萬元以下確定賠償數額，最多不得超過人民幣 50 萬元。

在確定賠償數額的方法上，專利法提供了三種計算方法：1) 按照權利人因被侵權所受到的損失；2) 按照侵權人因侵權所獲得的利益；3) 參照該專利許可使用費的倍數合理確定。此外，司法解釋規定了第四種方法，即由人民法院定額。

當追究侵權人的賠償責任時，是按照權利人因被侵權所受到的損失或者侵權人因侵權所獲得的利益確定賠償數額，可以由權利人來選擇而加以請求<sup>348</sup>。此外，也不排除人民法院主動選擇，或者人民法院也可在當事人不選擇的情況下主動適用<sup>349</sup>。

此外，最高人民法院司法解釋規定<sup>350</sup>，人民法院根據權利人的請求以及具體案情，可以將權利人因調查、制止侵權所支付的合理費用計算在賠償數額範圍之內。調查、制止侵權所支付的合理費用是根據「具體案情」而定，但並不包含訴訟中的律師費，因為中國大陸專利法並沒有判賠合理律師費之明文規定<sup>351</sup>。

## 第二節 確定賠償數額之方法

根據專利法以及最高人民法院司法解釋，確定賠償數額的方法有四種：1) 按照權利人因被侵權所受到的損失；2) 按照侵權人因侵權所獲得的利益；3) 參照該專利許可使用費的倍數合理確定；4) 由人民法院

---

<sup>348</sup> 《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》第 20 條第 1 款：人民法院依照專利法第五十七條第一款的規定追究侵權人的賠償責任時，可以根據權利人的請求，按照權利人因被侵權所受到的損失或者侵權人因侵權所獲得的利益確定賠償數額。

<sup>349</sup> 最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，102 頁。

<sup>350</sup> 《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》第 22 條。

<sup>351</sup> 雖然中國大陸專利法沒有判賠合理律師費用之明文規定，最高人民法院指出，倘若權利人調查、制止侵權行為是委託律師進行，那麼，人民法院可以責令侵權人賠償權利人所支付的部分或全部律師費，以彌補權利人的實際經濟損失；參閱最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，106-107 頁。

定額。上述四種方法中，最高人民法院進一步針對計算時是按照權利人的損失與侵權人的利益等二種方法提供了具體的計算式；不過，針對參照該專利許可使用費與由人民法院定額等二種方法，嚴格說來，司法解釋並沒有提供具體的計算式。以下根據四種確定賠償數額的方法，探討其計算、適用與限制。請參閱表 4-1、中國大陸專利法制損害賠償之計算方法。

表 4-1、中國大陸專利法制損害賠償之計算方法

類型	計算方法
按照權利人的損失	<p>權利人的損失  <math>=</math> 單位專利產品合理利潤 <math>\times</math> 專利產品減少的銷售量</p> <p>當權利人銷售量減少的總數難以確定的：            權利人的損失  <math>=</math> 單位專利產品合理利潤 <math>\times</math> 侵權產品的銷售量</p>
按照侵權人的利益	<p>侵權人的利益  <math>=</math> 單位侵權產品合理利潤 <math>\times</math> 侵權產品的銷售量</p> <p>一般情況：侵權人的利益  <math>=</math> 侵權人的營業利潤  <math>=</math> 單位侵權產品的營業利潤 <math>\times</math> 侵權產品的銷售量</p> <p>完全以侵權為業者：侵權人的利益  <math>=</math> 侵權人的銷售利潤  <math>=</math> 單位侵權產品的銷售利潤 <math>\times</math> 侵權產品的銷售量</p>
參照該專利許可使用費	<p>根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節、專利許可使用費的數額、該專利許可的性質、範圍、時間等因素，參照該專利許可使用費的 1 至 3 倍合理確定賠償數額。</p>
人民法院定額	<p>根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節等因素，由人民法院定額，一般在人民幣 5,000 元以上 30 萬元以下確定賠償數額，最多不得超過人民幣 50 萬元。</p>

本文整理。



## 第一項 按照權利人的損失

賠償數額「按照權利人因被侵權所受到的損失」來確定，反映了一般民事侵權的損害賠償原則在於填補損害。權利人因被侵權所受到的損失是指，因為侵權行為，應用到權利人之專利技術的產品（以下通稱專利產品）在市場上的銷售量下降，導致權利人獲利減少的數額<sup>352</sup>。由於有損害始有賠償，權利人均必須證明損失與侵權行為的因果關係。

根據最高人民法院司法解釋<sup>353</sup>，於不同的情況，權利人因被侵權所受到的損失，可以利用專利產品減少的銷售量或侵權人產品的銷售量二者加以計算。以下說明其具體的計算方法。

### 一、根據專利產品減少的銷售量

根據最高人民法院司法解釋<sup>354</sup>，權利人的損失可以根據專利權人的專利產品因侵權所造成銷售量減少的總數乘以每件專利產品的合理利潤所得之積計算。上述計算權利人的損失的方法，可以藉由下列計算式 F1 表示：

F1：權利人的損失

$$= \text{單位專利產品合理利潤} \times \text{專利產品減少的銷售量}$$

當權利人已經實施了專利技術，專利產品已經大量投放於市場，在市場上因為侵權產品的出現或存在而瓜分了專利產品原有的市場，導致專利產品的銷售量減少，則以單位專利產品合理利潤與權利人減少的銷

---

<sup>352</sup> 國家知識產權局條法司，同前註 338，頁 340。

<sup>353</sup> 《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》第 20 條第二款：權利人因被侵權所受到的損失可以根據專利權人的專利產品因侵權所造成銷售量減少的總數乘以每件專利產品的合理利潤所得之積計算。權利人銷售量減少的總數難以確定的，侵權產品在市場上銷售的總數乘以每件專利產品的合理利潤所得之積可以視為權利人因被侵權所受到的損失。

<sup>354</sup> 同前注。

售量之積來計算權利人因被侵權所受到的損失，F1 為直接的計算方法<sup>355</sup>。

適用 F1 時，權利人要能證明其生產銷售專利產品的數量以及獲利數額減少的確是由侵權行為所致<sup>356</sup>。對權利人來說，通常要說明本身專利產品的合理利潤與銷售量的減少並不困難。然而，影響產品銷售量的因素非常複雜，包含與權利人本身有關的內部因素以及其他外部因素。內部因素如權利人本身的銷售策略、產品品質等，外部因素如市場中競爭產品、替代產品、或其他因素導致消費者習性改變等，還有整體環境、氣候<sup>357</sup>等。這些內部與外部因素又會產生交互作用而影響產品的銷售。因此專利產品銷售量減少並不一定完全是因為侵權產品存在所導致。

有許多情況，F1 的計算方法並無法適用。第一種情況是，權利人並沒有實施其專利技術，並無專利產品之銷售量減少可言。第二種情況是，權利人專利產品的銷售量並沒有減少或減少有限，採用 F1 的計算方法所能獲得的賠償數額有限，而權利人的實際損失卻不僅於此。第三種情況是，因為侵權產品的存在，反而帶動市場成長，尤其是相關產品仍處於產品生命週期的成長期，權利人專利產品的銷售量不因侵權產品存在減少反而增加。第四種情況是，權利人不願揭露本身的財務資訊來說明專利產品的合理利潤與減少的銷售量，或是權利人要證明其專利產品銷售量減少與該專利侵權之間的因果關係有其困難。上述各種情況，或因專利產品的銷售量並沒有減少、或因舉證的負擔，本計算方法反而不適用。

此外，F1 中並沒有反應出侵權產品導致價格侵蝕（price erosion）的影響。專利侵害可能迫使專利權人降低專利產品的售價或打折，才能

---

<sup>355</sup> 最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 100。

<sup>356</sup> 同前注。

<sup>357</sup> 程永順，中國專利訴訟，同前註 338，頁 289-293。

與侵權產品競爭；專利侵害也可能會妨礙專利產品原有的漲價計畫，這種影響便是價格侵蝕<sup>358</sup>。因為侵權產品導致權利人價格侵蝕，但是專利產品所減少的銷售量卻不甚顯著、或甚而專利產品的銷售量沒有減少，權利人卻仍受有損失，此時亦很難直接適用 F1 加以計算。既然最高人民法院的司法解釋是以「合理利潤」來計算，並不排除計量合理利潤時考量價格侵蝕的因素。然而，由於市場情況非常複雜，產品價格與銷售量二者又有交互作用，要證明這些數據非常困難。

## 二、根據侵權人產品的銷售量

根據最高人民法院的司法解釋<sup>359</sup>，當權利人銷售量減少的總數難以確定的，侵權產品在市場上銷售的總數乘以每件專利產品的合理利潤所得之積可以視為權利人因被侵權所受到的損失。上述計算權利人的損失的方法，可以藉由下列計算式 F2 表示：

F2：權利人的損失

＝單位專利產品合理利潤 X 侵權產品的銷售量

比較 F1 與 F2 二者，權利人的損失原本是根據專利產品減少的銷售量加以計算，倘若權利人專利產品銷售量減少的總數難以確定的，則可以侵權產品在市場上銷售的總數來取代 F1 中專利產品減少的銷售量，而以 F2 來計算。倘若權利人證明侵權產品之銷售量比證明本身專利產品銷售量之減少相對容易，便可藉由 F2 的計算方式。倘若權利人專利產品減少的銷售量少於侵權人侵權產品的銷售總數時，對權利人來說，以 F2 來計算權利人的損失較 F1 有利，此時權利人根據 F2 請求，似無不可。值得注意的是，根據最高人民法院司法解釋的規定「侵權產品在

---

<sup>358</sup> Lawrence M. Sung, Patent Infringement Remedies, in Intellectual Property and Information Wealth, Volume 2, 169-197 (Peter K. Yu ed, 2007).

<sup>359</sup> 《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》第 20 條第二款，同前註 353。

市場上銷售的總數乘以每件專利產品的合理利潤所得之積可以視為權利人因被侵權所受到的損失」，F2 中，是以「專利產品」的合理利潤乘上「侵權產品」的銷售量，因此權利人不免仍須揭露本身的一些財務資訊以說明專利產品的合理利潤。

F2 的概念類似美國司法實務上計算「損失之利益」(lost profit) 所應證明的轉向銷售 (diverted sales)，也就是專利權人必須證明本身之製造與銷售能力因而能獲得侵權人之銷售量。由於市場中各種競爭者與消費者因素極為複雜，侵權產品的銷售量並不能當然視為權利人可以達成的銷售量。例如，若有其他替代品存在，則會影響到侵權產品以及專利產品的銷售量。此外，倘若權利人本身沒有相對應的製造銷售能力，即使沒有侵權產品，權利人也不必然能獲得侵權產品的銷售量。因此，美國司法實務上要求專利權人要證明，若非侵權，專利權人可以獲得這些轉向銷售<sup>360</sup>。不過中國大陸專利法或最高人民法院司法解釋上，倒是沒有特別說明權利人的舉證責任，而是直接規定當權利人銷售量減少的總數難以確定，侵權產品在市場上銷售的總數乘以每件專利產品的合理利潤所得之積「可以視為」權利人因被侵權所受到的損失。最高人民法院說明這是在審判實踐中計算賠償數額的一種變通方法<sup>361</sup>。

由於適用 F2 時，並沒有進一步要求權利人要證明本身有製造銷售的能力，而能獲得該「轉向銷售」，本方法是否適用於專利權人本身沒有實施專利技術的情況？通常專利權人沒有實施專利技術時，便沒有專利產品而沒有專利產品的利潤資料可言，此時便無法適用 F2 加以計算。除非專利權人有授權其他人實施專利技術，而該授權人之產品足以擬制

---

<sup>360</sup> E.g. *Micro Chem. v. Lextron, Inc.*, 318 F.3d 1119, 1124 (Fed. Cir. 2003), “under the two-supplier test, a patentee must show: 1) the relevant market contains only two suppliers, 2) its own manufacturing and marketing capability to make the sales that were diverted to the infringer, and 3) the amount of profit it would have made from these diverted sales.”

<sup>361</sup> 最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 101。

為與侵權產品競爭的專利產品，而且有可比擬為專利產品的合理利潤，此時似可能可以利用該比擬的利潤資料而適用 F2 加以計算。不過，當專利權人本身沒有專利產品而是授權其他人實施專利技術時，可以按照侵權人的利益計算賠償數額，除非侵權人的利益難以計算，則參照該專利許可使用費則為直接的計算方法，甚而可能獲得 1 倍以上的專利許可使用費，因此此種情況也不一定要以 F2 來計算賠償數額。

## 第二項 按照侵權人的利益

侵權人因侵權所獲得的利益確定賠償數額的法理，是基於侵權行為之違法性，因侵權行為所帶來的利益為非法獲利，應當歸於專利權人所有<sup>362</sup>。侵權人因侵權所獲得的利益是指侵權人生產、進口、銷售專利產品或使用專利方法獲得利潤的數額<sup>363</sup>。以侵權獲利計算賠償數額時，必須把握「侵權行為」與「獲利」之間的因果關係，而排除侵權人因其他因素而獲得的利潤<sup>364</sup>。

當權利人的專利產品尚未大量投放於市場，侵權產品之出現尚未導致專利產品的銷售量下降；或是專利產品很受歡迎，實已供不應求，即使侵權產品出現，專利產品銷售量也沒有減少，因此權利人不可能提供經濟損失的證據<sup>365</sup>，此時則適用按照侵權人因侵權所獲得的利益來計算賠償數額。

然而，在適用上，此方法最大的問題中侵權人的利益不一定完全是侵權行為所致。侵權產品的銷售量不一定全是因為侵權人實施了該專利技術，而且利潤也不一定全來自於侵權人實施了該專利技術的貢獻，侵

---

<sup>362</sup> 程永順，中國專利訴訟，同前註 338，頁 291。

<sup>363</sup> 國家知識產權局條法司，同前註 338，頁 340。

<sup>364</sup> 最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 101。

<sup>365</sup> 同前註。

權人的行銷、業務手法等都可能創造銷售量，而侵權人的生產、管理、還有其他各種因素，也會影響利潤的高低。按照侵權人因侵權所獲得的利益來計算賠償數額有其困難，因為要證明侵權人之「侵權行為」與「獲利」之間的因果關係，並不容易。此外，針對侵權人「侵權產品的合理利潤」之計量，權利人固然可以舉證說明每件侵權產品的合理利潤的多寡，侵權人則可舉反證來證明「合理利潤」並沒有那麼多，甚至成本大於銷售所得因而根本沒有利潤<sup>366</sup>。為了克服這些問題，於司法實踐上，可由人民法院透過對侵權人的財務帳目進行審計或其他方法，查明侵權人的侵權獲利，以計算對權利人的賠償<sup>367</sup>。

根據最高人民法院的司法解釋<sup>368</sup>，侵權人因侵權所獲得的利益可以根據該侵權產品在市場上銷售的總數乘以每件侵權產品的合理利潤所得之積計算。侵權人因侵權所獲得的利益一般按照侵權人的營業利潤計算，對於完全以侵權為業的侵權人，可以按照銷售利潤計算。上述計算侵權人的利益的方法，可以藉由以下計算式 F3 表示，F3 又因侵權人是否完全以侵權為業而有計算式 F3a 以及 F3b 二種計算方法。

F3：侵權人的利益

＝單位侵權產品合理利潤 X 侵權產品的銷售量

F3a：一般適用，侵權人的利益

＝侵權人的營業利潤

＝單位侵權產品的營業利潤 X 侵權產品的銷售量

F3b：完全以侵權為業者得適用，侵權人的利益

＝侵權人的銷售利潤

＝單位侵權產品的銷售利潤 X 侵權產品的銷售量

---

<sup>366</sup> 曾陳明汝，同前註 3，頁 205。

<sup>367</sup> 最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 101。程永順，中國專利訴訟，同前註 338，頁 293。

<sup>368</sup> 《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》第 20 條第 3 款。

「銷售利潤」是台灣所稱的銷貨毛利，是銷貨收入扣除銷貨成本所得的結果；而「營業利潤」則是銷貨毛利再扣除管銷費用所得的「淨利」<sup>369</sup>，因此「銷售利潤」大於「營業利潤」<sup>370</sup>。由於營業利潤是扣除成本以及費用的結果，因此按照「營業利潤」來計算，比較接近於侵權人因侵權所獲得的「利益」<sup>371</sup>。相對地，若按照「銷售利潤」來計算侵權人

<sup>369</sup> 銷貨收入-銷貨成本=銷貨毛利，銷貨毛利-管銷費用=營業利益（又稱營業淨利）。

<sup>370</sup> 銷售利潤為產品銷售收入減去相應的銷售成本（包含製造成本以及銷售費用）、產品銷售稅金以及附加等費用後的利潤。營業利潤為產品銷售利潤減去管理、財務等費用後的利潤。一般情況銷售利潤遠遠大於營業利潤。參閱最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 101。

<sup>371</sup> 例如，重慶市龍騰工貿公司訴重慶市墊江保溫材料廠發明專利侵權糾紛案，原告專利權人龍騰工貿請求被告墊江保溫材料廠停止侵權行為，並請求賠償經濟損失 350 萬元。一審重慶市第一中級人民法院查明專利權人從起訴之日起向前推算兩年以及今年 1 月至 4 月被告獲利約 100 萬餘元。（2000）渝一中經初字第 204 號民事判決：「1· 被告停止生產、銷售複合矽酸鹽保溫隔熱型材的侵權行為；2· 被告賠償原告經濟損失 100 萬元」。當事人雙方均不服一審判決，提起上訴。二審重慶市高級人民法院確認被告侵犯了原告的專利權，並查明被告侵權獲利超出原告訴請的賠償數額，二審法院支持一審法院判決第一項的基礎上，依原告的訴請判決墊江保溫材料廠賠償龍騰公司經濟損失 350 萬元。重慶市高級人民法院，（2000）渝高法知終字第 10 號：「侵權損害賠償額的認定

根據我國專利法第六十條的規定，墊保廠應對其侵權行為給專利權人所造成的損失予以全面賠償。綜合一、二審證據，本案賠償損失的計算方法應以被控侵權人的侵權獲利進行計算，通常，該利潤應為營業利潤。按 1992 年 2 月 9 日最高人民法院法發（1992）3 號《關於審理專利糾紛案件若干問題的解答》的有關規定，以侵權人因侵權行為獲得的全部利潤作為損失賠償額的計算方法是：侵權人從每件侵權產品獲得的利潤乘以在市場上銷售的總數所得之積，即為侵權人所得的全部利潤。在本院已經對侵權獲利額查證屬實的情況下，被控侵權人墊保廠上訴提出應適用酌定賠償的理由不能成立。墊保廠 1998~1999 年 9 月的月平均生產量（共 21 個月）為 742 立方米，可推定其 2000 年 1 至 3 月的產量為 2226 立方米。加上 1998~1999 年（1 至 9 月）產量共計 17809.13 立方米。銷售價格減去製造費用、銷售費用、稅金及附加即得到單位侵權產品的銷售利潤，再減去管理費用和財務費用為營業利潤。墊保廠在法庭審理中確認其被控侵權產品的單位售價為 800~1000 元，計算中取其最低數 800 元。其製造、銷售費用就高以 465.17 元計算。其銷售收入 683.76 元應抵扣增值稅稅金為 116.24 元。本院調查證據中單位產品原料及包裝物兩個月的平均成本 305 元亦應抵扣增值稅稅金為 51.85 元。在應抵扣增值稅稅金 116.24 元中還應扣除該兩種材料的抵扣增值稅稅金 51.85 元，即為 64.39 元。在此基礎上扣除附加稅金 6.44 元。應扣除的以上兩項稅金之和為 70.83 元。至於提留、管理費用等，因墊保廠的產品主要就是侵權產品，故該費用不應扣除。按照上述方法計算，墊保廠單位侵權產品獲得的利潤為 264 元（800 元-465.17 元-70.83 元）。其侵權獲利為 4701,610.32 元（17,809.13×264 元）。」

「綜上所述，上訴人墊保廠提出其不構成專利侵權以及侵權賠償的理由及其在訴訟中的抗辯，因無事實和法律的支持不能成立。上訴人龍騰公司上訴提出由侵權人墊保廠賠償包括因訴訟產

因侵權所獲得的利益，因為沒有扣除侵權人的管銷費用，不但對侵權人較為不利，似乎也比較不公平，因此按照「銷售利潤」的計算方法是用於完全以侵權為業的侵權人。換言之，對於完全以侵權為業的侵權人，可以採用對其較為不利的計算方法，以銷售利潤來計算侵權人的利益。

司法實踐計算侵權人獲利時，有個案是採侵權產品售價就低，而製造、銷售費用就高來計算<sup>372</sup>。不過，另有論者認為，在計算侵權產品的成本時，倘若侵權產品的成本比專利產品高，應當以專利產品的成本為準，以防止侵權人故意加大成本。並且，倘若侵權產品是以低於專利產品的價格於市場上傾銷，則應當以專利產品的售價計算侵權人的所得<sup>373</sup>。

### 第三項 參照該專利許可使用費的倍數合理確定

參照該專利許可使用費的倍數合理確定賠償數額的前提是：1) 被侵權人的損失難以確定、2) 侵權人獲得的利益難以確定、3) 有專利許可使用費可以參照的、而且4) 專利許可使用費沒有明顯不合理的情況。以下由「該專利許可使用費」及「合理確定」加以探討。

---

生的合理費用在內的經濟損失 350 萬元的訴訟請求依法應予支持。本院依照《中華人民共和國民事訴訟法》第 153 條的規定，判決如下：

一、維持重慶市第一中級人民法院（2000）渝一經初字 204 號民事判決第一項，即：上訴人（原審被告）重慶市墊江保溫材料廠停止生產、銷售複合矽酸鹽保溫隔熱型材的侵權行為；

二、變更重慶市第一中級人民法院（2000）渝一經初字 204 號民事判決第二項的被告賠償原告經濟損失 100 萬元為：上訴人（原審被告）重慶市墊江保溫材料廠賠償上訴人（原審原告）重慶市龍騰工貿公司經濟損失 350 萬元；

一審案件受理費 28510 元，訴前保全費 1000 元，其他訴訟費 8553 元，合計 47063 元；二審案件受理費 57020 元，其他訴訟費 17106 元，合計 74126 元；以上一、二審訴訟費共計 121189 元，由上訴人重慶市墊江保溫材料廠承擔。（一、二審訴訟費和訴前保全費中共計有 84126 元已由龍騰公司預付，判決生效後由墊江保溫材料廠直付龍騰公司。）」（底線為本文所加）

<sup>372</sup> 同前註。

<sup>373</sup> 程永順，中國專利訴訟，同前註 338，頁 291。



## 一、該專利許可使用費

根據專利法第 60 條文字所謂參照「該」專利許可使用費，應指系爭專利之許可使用費，也就是專利權人將自己的專利權有償許可他人使用所收取的費用。不過，最高人民法院認為，不論是專利權人在訴訟之前就系爭專利與他人簽訂專利許可合同的許可使用費，或是同行業最相類似專利的許可使用費，都可以構成有可以參照的專利許可使用費<sup>374</sup>。

## 二、合理確定

最高人民法院司法解釋規定，「參照該專利許可使用費的倍數合理確定」是根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節、專利許可使用費的數額、該專利許可的性質、範圍、時間等因素，由人民法院參照該專利許可使用費的 1 至 3 倍合理確定賠償數額<sup>375</sup>。這些因素，為列舉式規定<sup>376</sup>。

至於至何程度的倍數是合理呢？國家知識產權局指出<sup>377</sup>，正常的專利許可合同一般都具有雙贏性質；也就是說，許可合同雙方都能透過專利技術之實施而獲利。正常情況下，被許可人不可能約定將其實施專利所獲得的利益全部交給專利權人，倘若僅僅規定一倍的許可使用費作為侵權賠償數額，可能侵權人仍然獲有利益，有違本條規定以侵權人的利益作為賠償數額的原則。因而國家知識產權局認為，按照公平合理的原則，參照該專利許可使用費來確定賠償數額時，一般應當高於專利許可使用費的數額；換言之，應該在一倍以上。最高人民法院則認為<sup>378</sup>，一

---

<sup>374</sup> 最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 103。此外，亦有論者認為也可採用權利人與侵權人雙方談判商定的標準；程永順，中國專利訴訟，同前註 338，頁 292。

<sup>375</sup> 《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》第 21 條。

<sup>376</sup> 最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 105。

<sup>377</sup> 國家知識產權局條法司，同前註 338，頁 340。

<sup>378</sup> 最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 103。

般來說，專利侵權案件適用不低於許可使用費的合理數額確定賠償數額；換言之，許可使用費的 1 倍還是合理。

中國大陸專利法第 60 條所規定「參照該專利許可使用費的倍數合理確定」與最高人民法院司法解釋所規定的 3 倍範圍，是否有違補償原則而代表懲罰性損害賠償<sup>379</sup>？有論者質疑「倍數」的規定，認為專利權人因被侵權所受的損失一般就是一筆專利許可使用費，這種倍數規定有違填平補償原則<sup>380</sup>。亦有論者認為，侵權人如正常使用專利技術只需支付 1 倍專利許可使用費即可，倍數的規定已經體現懲罰性損害賠償<sup>381</sup>。最高人民法院則指出，對於故意侵權、侵權情節惡劣、多次侵權等情況，可以按照 1 倍以上 3 倍以下的使用費標準加以計算賠償數額<sup>382</sup>。最高人民法院所述情況均代表故意或惡意的行為，其說明了人民法院可在專利許可使用費 3 倍的範圍，視故意或惡劣侵害情節，決定賠償數額，這種實踐方式似乎是指懲罰性損害賠償。然而，最高人民法院又指出，人民法院在確定賠償數額時要按照全面賠償的原則<sup>383</sup>，表示中國大陸的專利制度中並沒有承認懲罰性損害賠償。

在中國大陸損害賠償係根據補償原則而並沒有懲罰性損害賠償的原則下，所謂 1 至 3 倍合理確定賠償數額，其中對於「倍數」與「合理確定」應如何理解？是由權利人損失的角度或由侵權人利益的角度來判斷合理與否？或者類似美國專利制度中自動地給予專利權人不少於合理權利金之數額來理解？不妨以中國大陸民事損害賠償的理論與實踐中根深蒂固的補償觀念來理解。在有專利許可使用費可以參照時，該專

---

<sup>379</sup> 論者謂中國大陸之參照專利許可使用費的倍數合理確定之規定係採「多倍賠償制」，惟並無說明是否屬懲罰性損害賠償制度；曾陳明汝，同前註 3，頁 205。

<sup>380</sup> 湯宗舜，專利法解說，頁 359，2002 年 7 月。

<sup>381</sup> 溫世揚、邱永清，懲罰性賠償與知識產權保護，法律適用月刊，225 期，頁 50-51，2004 年 12 月。

<sup>382</sup> 最高人民法院民事審判第三庭編著，同前註 338，頁 103。

<sup>383</sup> 同前註。

利許可使用費是為參考基準，賠償數額乃由人民法院根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節、專利許可使用費的數額、該專利許可的性質、範圍、時間等因素，在補償原則下加以決定。

也就是說，參照該專利許可使用費來確定賠償數額時，是由人民法院根據個案情狀，在 1 至 3 倍的範圍內加以決定。當該專利許可使用費的一倍還不足以填平權利人因侵權所受到的損失時，可以高於一倍。當該專利許可使用費的一倍已足夠填平權利人因侵權所受到的損失，也可以決定一倍。也許，該專利許可使用費本身並不盡合理，例如對於被授權人是過高的<sup>384</sup>，此時該專利許可使用費的一倍應足以填平權利人的損失。甚而，可能權利人利用虛假合同來作為參照的專利許可使用費，以得到不恰當的高額賠償，此時甚至不能參照該專利許可使用費來決定賠償數額<sup>385</sup>，而應該以其他方法來決定賠償數額。

綜合最高人民法院與國家知識產權局的見解，無論如何，專利法第 60 條的「倍數」並非對於侵權人實行「懲罰性」損害賠償<sup>386</sup>。因此在官方見解之下，本條所規定「參照該專利許可使用費的倍數合理確定」之旨趣，似應著重於「合理」，而非「多倍」。本條規定是授與法院裁量權，即使在有該專利許可使用費可以參照時，法院仍有裁量權，來決定何數額是為合理賠償，而司法解釋進一步將此裁量權限縮在 1 至 3 倍的範圍內。在於當有系爭專利的許可使用費或同行業最相類似專利的許可使用費可以參照時，由於所參照之專利許可使用費的個案情狀不一定與本案相同，因此法律授權人民法院根據該專利許可使用費以及本案個案情狀，在 1 至 3 倍的範圍內，根據補償原則裁量合理的賠償數額。

---

<sup>384</sup> 例如資訊產業曾出現的光碟片權利金過高而完全侵蝕被授權人的獲利。

<sup>385</sup> 程永順，專利糾紛與處理，同前註 338，頁 200。

<sup>386</sup> 國家知識產權局條法司，同前註 338，頁 340。

#### 第四項 人民法院定額賠償

中國大陸專利法第 60 條中並沒有由人民法院定額賠償的規定，而是於最高人民法院司法解釋規定，在沒有專利許可使用費可以參照或者專利許可使用費明顯不合理的，人民法院可以確定賠償數額。換言之，即使已經有專利許可使用費，人民法院也可能認為該專利許可使用費「明顯不合理」，因而由人民法院定額賠償。根據上述分析，人民法院定額可能發生於以下三種情形：1) 權利人的損失以及侵權人的利益均難以確定，而且也沒有專利許可使用費可以參照；2) 權利人的損失以及侵權人的利益均難以確定，有專利許可使用費可以參照，但該專利許可使用費明顯不合理；3) 權利人的損失以及侵權人的利益均難以確定，有專利許可使用費可以參照，但該專利許可使用費 1 至 3 倍的數額，對於本案明顯不合理。

當由人民法院定額時，人民法院可以根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節等因素，一般在人民幣 5,000 元以上 30 萬元以下確定賠償數額，最多不得超過人民幣 50 萬元。上述因素為列舉式規定<sup>387</sup>。

定額賠償方法應於已經確定被告構成專利侵權並且造成原告損害，可以經當事人請求、或由法官依職權決定<sup>388</sup>。因此，只要權利人的損失以及侵權人的利益均難以確定，都可能經由人民法院在一定數額範圍內，裁量具體數額<sup>389</sup>。當權利人直接選擇適用定額賠償時，仍應根據主張具體數額提供證據，例如侵權情節，以供法院判決參考<sup>390</sup>。

---

<sup>387</sup> 最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 105。

<sup>388</sup> 同前註。

<sup>389</sup> 例如，原告廣州金鵬實業有限公司訴被告梁光兵侵犯發明專利權糾紛一案，湖北省武漢市中級人民法院，（2008）武知初字第 268 號：「訴訟請求：1、請求確認被告梁光兵的行為侵犯了原告“自接式輕鋼龍骨”專利的專利權並支付侵權賠償金 50,000 元；2、責令被告梁光兵停止侵權、銷毀侵權產品；3、責令被告梁光兵承擔原告支付的公證費、差旅費等相關費用 476 元；4、責

### 第三節 中國大陸新專利法對損害賠償之規範

中國大陸新專利法是經過三年的修正工作，在「激勵自主創新、提高自主創新能力」的目標下，損害賠償亦進行相對應的修改。新專利法將現行第 60 條修訂為第 65 條，其中明文規定損害賠償應當包括權利人

---

令被告梁光兵承擔本案的訴訟費用。...原告金鵬公司向本院提交以下 8 份證據：證據 1、企業法人營業執照副本，證明原告金鵬公司具有合法的訴訟主體資格。證據 2、發明專利證書、權利要求書、說明書、說明書附圖及專利年費繳費收據，證明原告系“自接式輕鋼龍骨”專利的專利權人，該專利的權利保護範圍且該專利現仍合法有效。證據 3、專利實施許可合同，證明原告金鵬公司擁有的自接式輕鋼龍骨專利年許可使用費為 35 萬元人民幣。證據 4、（2007）南公證字第 29485 號公證書一份。證明原告金鵬公司向被告梁光兵用公證形式函告：原告金鵬公司系專利權人，被告梁光兵如有製造、使用、銷售侵犯專利權的行為，應當立即停止侵權行為，否則將承擔相應的法律責任。證據 5、（2007）鄂衡信證字第 1173 號公證書一份及封存的侵權實物，證明被告梁光兵的侵權事實。證據 6、被告梁光兵的工商登記資料。證明被告的訴訟主體資格。證據 7、長沙市中級人民法院民事判決書（2006）長中民三初字第 0434 號，證明原告金鵬公司擁有的發明專利合法有效、保護範圍及類似案件的賠償情況。證據 8、調查取證費、車旅費、住宿費等合理費用單據。證明原告金鵬公司為維護自身的合法權利的正常開支情況。

被告梁光兵對原告金鵬公司提交的證據全部沒有異議。

為支持其反駁主張，被告梁光兵向本院提交以下 5 份證據：證據 1、被告梁光兵身份證明。證明被告主體資格。證據 2、營業執照副本。證明主體資格。證據 3、營業稅發票。證明被告梁光兵銷售量。證據 4、銷售名片，證明銷售內容。證據 5、進貨單。證明銷售時間。

原告金鵬公司對被告梁光兵提交的證據 1、2、4 沒有異議，對證據 5 的合法性有異議，認為不是正規發票，沒有蓋銷售單位公章，對證據 3 完稅憑證的關聯性有異議，認為不能證明被告的侵權獲利。

經合議庭評議，對原告金鵬公司提交的全部證據及被告梁光兵提交的證據 1、2、4，因當事人無異議，本院予以採信。被告梁光兵提交的證據 3 是稅務發票，原告金鵬公司對其真實性無異議，但認為不能以此作為銷售被控侵權產品的數額依據。本院認為該稅務發票是定額發票，不能單獨證明被告梁光兵的實際銷售數量和侵權獲利數額。被告梁光兵提交的證據 5 為一張無任何銷售單位公章的售貨單，其真實性和合法性無法確定，本院不予採信。」

「關於賠償數額問題。根據最高人民法院《關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》第二十一條規定、、、。本案原告金鵬公司未提交其因專利權受到侵犯造成的經濟損失的證據，也未提交被告梁光兵銷售侵權產品的實際獲利的證據，其請求本院酌定賠償數額，符合法律規定。本院認為，被告梁光兵明知其銷售的自接式輕鋼龍骨是侵犯原告金鵬公司專利權的產品，仍然對外實施銷售行為，且未向本院提交合法有效的證據證明被控侵權產品有合法來源。本院綜合考慮涉案專利為發明專利、被告梁光兵銷售侵權的情節、實施侵權時間僅僅二個月左右、被告梁光兵實施侵權行為的地域為湖北省經濟相對落後的偏遠山區以及原告金鵬公司為制止專利侵權行為所支付的合理開支等因素，酌定由被告梁光兵賠償原告金鵬公司經濟損失 10,000 元。」

（底線為本文所加）

<sup>390</sup> 程永順，中國專利訴訟，同前註 338，頁 293。

為制止侵權行為所支付的合理開支，並且增訂了法定賠償的規定。請參閱表 4-2，中國大陸專利法損害賠償條文修正對照。

中國大陸新專利法第 65 條內容為：

「侵犯專利權的賠償數額按照權利人因被侵權所受到的實際損失確定；實際損失難以確定的，可以按照侵權人因侵權所獲得的利益確定。權利人的損失或者侵權人獲得的利益難以確定的，參照該專利許可使用費的倍數合理確定。賠償數額還應當包括權利人為制止侵權行為所支付的合理開支。

權利人的損失、侵權人獲得的利益和專利許可使用費均難以確定的，人民法院可以根據專利權的類型、侵權行為的性質和情節等因素，確定給予一萬元以上一百萬元以下的賠償。」

表 4-2、中國大陸專利法損害賠償條文修正對照

新專利法第 65 條*	現行專利法第 60 條**
<p>侵犯專利權的賠償數額按照權利人因被侵權所受到的<u>實際損失</u>確定；<u>實際損失難以確定的，可以按照侵權人因侵權所獲得的利益</u>確定。權利人的損失或者侵權人獲得的利益難以確定的，參照該專利許可使用費的倍數合理確定。<u>賠償數額還應當包括權利人為制止侵權行為所支付的合理開支。</u></p> <p><u>權利人的損失、侵權人獲得的利益和專利許可使用費均難以確定的，人民法院可以根據專利權的類型、侵權行為的性質和情節等因素，確定給予一萬元以上一百萬元以下的賠償。</u></p>	<p>侵犯專利權的賠償數額，按照權利人因被侵權所受到的損失或者侵權人因侵權所獲得的利益確定；被侵權人的損失或者侵權人獲得的利益難以確定的，參照該專利許可使用費的倍數合理確定。</p>

\*2008 年 12 月 27 日修正，2009 年 10 月 1 日施行。

\*\*2000 年 8 月 25 日修正，2001 年 7 月 1 日施行。

本文整理，底線為本文所加。

新專利法第 65 條規範可由確定賠償數額的原則及計算方法二方面加以觀察。在確定賠償數額的原則上，首先，是按照權利人因被侵權所受到的實際損失確定賠償數額。其次，當實際損失難以確定的，按照侵權人因侵權所獲得的利益確定賠償數額。再其次，當權利人的損失或者侵權人獲得的利益均難以確定時，參照該專利許可使用費的倍數合理確定。最後，當權利人的損失、侵權人獲得的利益和專利許可使用費均難以確定的，人民法院可以根據專利權的類型、侵權行為的性質和情節等因素，確定給予一萬元以上一百萬元以下的賠償。

在確定賠償數額的方法上，新專利法提供了四種計算方法：

1. 按照權利人因被侵權所受到的實際損失；
2. 按照侵權人因侵權所獲得的利益；
3. 參照該專利許可使用費的倍數合理確定；
4. 人民法院定額賠償。

請參閱表 4-3、中國大陸專利法確定損害賠償數額之方法。



表 4-3、中國大陸專利法確定損害賠償數額之方法

類型	新專利法第 65 條*	現行專利法第 60 條**
按照權利人的損失	權利人因被侵權所受到的 <u>實際損失</u>	權利人因被侵權所受到的損失
按照侵權人的利益	侵權人因侵權所獲得的利益	侵權人因侵權所獲得的利益
參照該專利許可使用費	參照該專利許可使用費的倍數合理確定	參照該專利許可使用費的倍數合理確定
人民法院定額	根據專利權的類型、侵權行為的性質和情節等因素， <u>確定給予一萬元以上一百萬元以下的賠償</u>	(根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節等因素，一般在人民幣 5,000 元以上 30 萬元以下確定賠償數額，最多不得超過人民幣 50 萬元)***

\*2008 年 12 月 27 日修正，2009 年 10 月 1 日施行。

\*\*2000 年 8 月 25 日修正，2001 年 7 月 1 日施行。

\*\*\*《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》第 21 條。

本文整理，底線為本文所加。

## 第四節 新專利法損害賠償規範之思考與評析

### 第一項 賠償數額按照權利人的實際損失為原則

根據現行專利法第 60 條，按照權利人因被侵權所受到的損失或者侵權人因侵權所獲得的利益加以確定賠償數額，是一種選擇性制度。當被侵權人的損失或者侵權人獲得的利益難以確定的，則參照該專利許可使用費合理確定。而由人民法院定額賠償的方法，則適用在權利人的損失、侵權人獲得的利益以及專利許可使用費均難以確定的情況。

相較於現行規範，新專利法第 65 條修改了確定賠償數額的原則。賠償數額要按照權利人的「實際損失」來確定賠償數額，而按照侵權人的利益來計算賠償數額的前題是當權利人的損失難以確定時。至於新專利法中，參照該專利許可使用費或由人民法院定額的方法所適用的前題，則與現行專利法與司法解釋規定類似。請參閱表 4-2，中國大陸專利法損害賠償條文修正對照。

新專利法第 65 條規定侵犯專利權的賠償數額按照權利人因被侵權所受到的實際損失確定，增加了「實際」二字，明確化以權利人的損失來確定賠償數額者，是指權利人的「實際損失」，也反應民事侵權賠償損失的基本原則是賠償全部實際損失之填補原則。

### 第二項 定額賠償之明文化

#### 一、司法實踐多由法院定額賠償

中國大陸在專利法第二次修改的過程中，曾經考慮將定額賠償制度納入專利法條文中，而當時一些人民法院內部也有定額賠償之試行標準

<sup>391</sup>。肯定明文化定額賠償的理由是，提供一個法律依據，使執法機關於難以適用一般原則的情況下可以酌定賠償數額；而否定明文化定額賠償的理由是，定額賠償給予執法機關太大的裁量權，且難以規定一個額度的上限與下限來適用所有案件<sup>392</sup>。因此定額賠償並沒有規範於現行專利法中，卻有規範於司法解釋中。

雖然現行專利法規範了按照權利人的損失、按照侵權人的利益、以及參照該專利許可使用費等三種方法來確定賠償數額，目前司法實踐上絕大多數專利侵權案件所採用的計算方法，並不是專利法所明定者，卻是司法解釋所規定的定額賠償<sup>393</sup>。可能原因是法官難以根據專利權人的損失、侵權人的利益、以及專利許可使用費來計算合理賠償數額，因此法官只得酌定賠償數額<sup>394</sup>。司法實踐上，許多案件是權利人直接請求定額<sup>395</sup>；亦曾有個案是即使權利人提出了計算依據與證據，且侵權人對權利人提出的賠償額計算依據未提出反駁意見，而法院仍予以酌定<sup>396</sup>。

---

<sup>391</sup> 國家知識產權局條法司，同前註 338，頁 342-343。

<sup>392</sup> 同前註。

<sup>393</sup> 實證分析顯示，2007 至 2008 年間，98% 的案件都是由法院定額賠償，僅有 2% 案件是根據原告的經濟損失來計算賠償數額；參閱劉尚志、王文杰、陳建宏，中國專利侵權損害賠償之實證研究，2008 年全國科技法律研討會論文集，2008 年 11 月。

<sup>394</sup> 同前註。

<sup>395</sup> 例如徐劍光訴鐘茶友、高贊廚具店專利侵權糾紛案，原告徐外觀設計專利曾授權歐琳公司使用，使用費為人民幣 60 萬元，原告請求停止侵權、消除影響、賠禮道歉，以及賠償經濟損失定額 20 萬元，被告已經行政查處責令改正並罰款 1000 元。杭州市中級人民法院判決高贊廚具停止製造銷售、消除影響、賠禮道歉、向徐劍光賠償損失 20 萬元；杭州市中級人民法院，（2000）杭經初字第 20 號，收錄於程永順主編，知識產權裁判文書集（第五卷），2003 年 4 月，頁 468-471。又如，陳定興訴成都一高玩具及浙江連邦工程案，原告請求經濟損失 20 萬元，並無說明計算原則，成都市中級人民法院判決賠償原記經濟損失費 20 萬元；成都市中級人民法院，（2001）成知初字第 13 號，收錄於程永順主編，知識產權裁判文書集（第五卷），頁 479-484。又如，周耀周訴深圳市淨來環保科技有限公司侵犯專利權糾紛案，原告周耀周請求法院判令深圳淨來公司停止製造、銷售侵權產品並賠償原告經濟損失 30 萬元及訴訟合理支出 5200 元。原告直接請求定額 30 萬元賠償，而法院定額 18 萬元。北京市第二中級人民法院，（2008）二中民初字第 15043 號：「本院將根據深圳淨來公司生產的被控侵權產品的型號、價格、生產規模、一般市場利潤率，深圳淨來公司侵權行為的性質、情節等多種因素，酌情確定賠償數額。原告

姑且不論定額賠償之數額是否符合權利人的期待，從權利人的角度，倘若權利人無法或不願揭露本身相關資訊以證明損失，或者無法舉證侵權人的利益，由人民法院定額賠償不失為直接的方法，不過權利人還是要提出相關證據以供法院判斷。而從人民法院的角度，即使雙方當事人均提出證據，但法院也可依職權「綜合考量」後酌定賠償數額。

## 二、定額賠償規範提高到專利法層次

新專利法第 65 條規定，當權利人的損失、侵權人獲得的利益以及該專利許可使用費均難以確定時，人民法院可以根據專利權的類型、侵權行為的性質和情節等因素，確定給予一萬元以上一百萬元以下的賠償。相較於現行專利法第 60 條及司法解釋的定額賠償規定，新專利法

---

提出要求深圳淨來公司賠償其為本案訴訟支出的合理費用的主張，理由正當，本院予以支持。」判決如下：、、、二、被告深圳市淨來環保科技有限公司於本判決生效之日起十日內，賠償原告周耀周經濟損失人民幣十八萬元及為本案訴訟支出的合理費用人民幣五千二百元」。（底線為本文所加）

<sup>396</sup> 例如，北京波森特岩土工程有限公司訴北京中航勘地基基礎工程總隊侵犯專利權糾紛一案，北京市第二中級人民法院，(2009)二中民初字第 3436 號：「波森特公司提出的賠償額計算依據為：  
□人工機械費。根據目前市場價格，鑽孔夯擴擠密樁的人工機械費約為 25 元/延米，約占單樁價格的 30%，即人工機械費為 370 萬元（總價款）×30%=111 萬元。  
□材料費。根據目前市場價格，鑽孔夯擴擠密樁的材料費約為 20 元/延米，約占單樁價格的 25%，即材料費為 370 萬元×25%=92.5 萬元。  
□工程管理費。根據目前市場價格，工程管理費約占工程總金額的 5%，即工程管理費為 370 萬元×5%=18.5 萬元。  
□稅金。根據目前市場價格，稅金約占工程總金額的 3%，即稅金為 370 萬元×3%=11.1 萬元。扣減上述費用後，中航勘總隊獲利應為 136.9 萬元。中航勘總隊對波森特公司提出的上述賠償額計算依據未提出反駁意見。」「本院對原告波森特公司請求判令被告中航勘總隊停止涉案侵權行為，並賠償損失的請求予以支持。對損失的認定數額，本院將參照本專利的創造高度、施工合同金額、侵權產品在工程中發揮的作用等項因素予以酌定。

本院依照《中華人民共和國專利法》第十一條第一款、第五十六條第一款，第六十三條第二款，《中華人民共和國民法通則》第一百三十四條第（一）、（七）項，《最高人民法院〈關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定〉》第二十一條之規定，判決如下：

一、北京中航勘地基基礎工程總隊於本判決生效之日起，停止侵犯北京波森特岩土工程有限公司第 ZL98101332.5 號“底端帶有夯擴頭的混凝土樁的施工設備”發明專利的涉案行為。  
二、北京中航勘地基基礎工程總隊於本判決生效之日起十日內，賠償北京波森特岩土工程有限公司損失四十萬元。」（底線為本文所加）

第 65 條有二項重要修訂：1) 將司法解釋的定額賠償規定，提高到專利法層次；2) 提高賠償的額度，由「一般在人民幣 5,000 元以上 30 萬元以下確定賠償數額，最多不得超過人民幣 50 萬元」，提高到「一萬元以上 100 萬元以下的賠償」。

姑且不論在過去修法歷程中所爭議的肯定或否定由人民法院定額賠償的理由，新專利法已將定額賠償納入，也可以說，經由司法實踐的結果來肯定了定額賠償的適用性。在確定損害賠償時，不論按照權利人的損失、按照侵權人的利益、或參照該專利許可使用費，最困難的莫過於舉證。根據新專利法之定額賠償規定，明訂由人民法院根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節等因素酌定，除非權利人希望獲得更高的賠償，通常權利人只須就上述各項因素加以舉證，便可能獲得 1 萬元以上、最高 100 萬元人民幣的賠償。而權利人對於專利權受到侵犯之舉證，多已涵蓋上述各項因素，因此權利人無須為了損害賠償之計算舉證進一步的經濟資料，不論是當事人人民法院的負擔考量，由人民法院定額賠償不失為較為經濟而有效率的方法。

雖然新專利法第 65 條延續現行司法解釋之規定，不同的是，新專利法第 65 條並沒有司法解釋中所出現「一般」的不確定概念用語，而是授權人民法院，根據上述各項因素，在額度範圍內裁量一個數額。雖然由人民法院定額不失為較為經濟而有效率的方法。然而，從另一方面來說，無論如何，法院都可以依職權「綜合考量」後酌定賠償數額，則可能會有損害賠償並非根據證據計算而落入主觀判斷的缺點。

### 三、提高法定賠償額度

在賠償數額上，現行最高人民法院司法解釋規定數額一般是在人民幣 5,000 元以上 30 萬元以下，最多 50 萬元。新專利法則提高到一萬元以上 100 萬元以下。立法者就現行司法實踐上定額賠償的額度提高，有意提高違法者所應付出的代價。相較於美國或其他國家動輒數百萬美金

的損害賠償，中國大陸新專利法的法定賠償額度相對是不高的。不過，由於中國大陸侵權案件專利侵權的性質及情節也相對較不嚴重，而且還有行政處罰，本項修改應可提高嚇阻專利侵害的功能，進而鼓勵創新。

### 第三項 制止侵權行為之合理開支

#### 一、賠償數額包括制止侵權行為之合理開支

新專利法第 65 條規定賠償數額還「應當」包括權利人為制止侵權行為所支付的合理開支，本項規定是將現行司法解釋規定提高到專利法層次。現行最高人民法院司法解釋規定，人民法院「可以」將權利人因「調查、制止」侵權所支付的合理費用計算在賠償數額範圍之內<sup>397</sup>。而在司法實踐上，權利人必須提出請求及相關證據，人民法院不能對此主動做出賠償判決<sup>398</sup>。新專利法則明確規定賠償數額「應當包括」權利人為「制止」侵權行為所支付的合理開支。權利人為制止侵權行為所支付的開支，也算是因侵權所引起，新增規定顯示立法者有意在補償專利權人損失的前題下，提高違法者所應付出的代價。

#### 二、關於調查侵權行為之開支

相較於現行司法解釋，新專利法第 65 條規定中，並沒有提到權利人因「調查」侵權行為所支付的開支，是立法者有意排除「調查」的開支？還是立法疏漏？或者新專利法第 65 條條文所謂「制止」侵權行為的開支採廣義解釋，因而包含了「調查」侵權行為的開支？

參考中國大陸知識產權法制中，對於著作權以及商標權之規定。著作權法第 48 條第 1 款規定，侵犯著作權之損害賠償數額「還應當包括

---

<sup>397</sup> 《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》第 22 條。

<sup>398</sup> 程永順，中國專利訴訟，同前註 338，頁 293。

權利人為制止侵權行為所支付的合理開支<sup>399</sup>。並且《最高人民法院關於審理著作權民事糾紛案件具體適用法律若干問題的解釋》進一步規定，著作權法規定的「制止侵權行為所支付的合理開支，包括權利人或者委託代理人對侵權行為進行調查、取證的合理費用<sup>400</sup>。

再則，中國大陸商標法第 56 條第 1 款規定，侵犯商標專用權的賠償數額「包括被侵權人為制止侵權行為所支付的合理開支」<sup>401</sup>。並且《最高人民法院關於審理商標民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋》進一步規定，商標法規定的「制止侵權行為所支付的合理開支，包括權利人或者委託代理人對侵權行為進行調查、取證的合理費用」<sup>402</sup>。由此可見，新專利法明確規定賠償數額應當包括權利人為制止侵權行為所支付的合理開支，實已使新專利法與著作權法與商標法規定賠償數額所應包括的內容規定一致。若類推上述二則司法解釋，新專利法中所謂「制止」

---

<sup>399</sup> 中國大陸《著作權法》第 48 條：侵犯著作權或者與著作權有關的權利的，侵權人應當按照權利人的實際損失給予賠償；實際損失難以計算的，可以按照侵權人的違法所得給予賠償。賠償數額還應當包括權利人為制止侵權行為所支付的合理開支。權利人的實際損失或者侵權人的違法所得不能確定的，由人民法院根據侵權行為的情節，判決給予五十萬元以下的賠償。

<sup>400</sup> 《最高人民法院關於審理著作權民事糾紛案件具體適用法律若干問題的解釋》第 26 條：著作權法第四十八條第一款規定的制止侵權行為所支付的合理開支，包括權利人或者委託代理人對侵權行為進行調查、取證的合理費用。

人民法院根據當事人的訴訟請求和具體案情，可以將符合國家有關部門規定的律師費用計算在賠償範圍內。

<sup>401</sup> 中國大陸《商標法》第 56 條：侵犯商標專用權的賠償數額，為侵權人在侵權期間因侵權所獲得的利益，或者被侵權人在被侵權期間因被侵權所受到的損失，包括被侵權人為制止侵權行為所支付的合理開支。

前款所稱侵權人因侵權所得利益，或者被侵權人因被侵權所受損失難以確定的，由人民法院根據侵權行為的情節判決給予五十萬元以下的賠償。

銷售不知道是侵犯注冊商標專用權的商品，能證明該商品是自己合法取得的並說明提供者的，不承擔賠償責任。

<sup>402</sup> 《最高人民法院關於審理商標民事糾紛案件適用法律若干問題的解釋》第 17 條：商標法第五十六條第一款規定的制止侵權行為所支付的合理開支，包括權利人或者委託代理人對侵權行為進行調查、取證的合理費用。

人民法院根據當事人的訴訟請求和案件具體情況，可以將符合國家有關部門規定的律師費用計算在賠償範圍內。

侵權行為的合理開支，應可包含「調查」侵權行為的合理開支在內，包含進行調查、取證的合理費用等。此部份，有待新專利法之司法解釋加以具體規定。

不過，合理開支是不確定的概念，相較於制止侵權行為的合理開支通常可包含為了制止侵權行為而請求訴前禁令、財產保全等法律程序的費用等；調查侵權的開支可能包含調查、取證過程中收集證據的費用、差旅費、侵害鑑定報告的費用、以及公證費用等，而這些調查開支合理與否似乎較難判斷。以侵害鑑定報告的費用為例，通常一筆為數不小的開支而造成權利人的損失，但其數額可能隨個案有很大差異，是否合理則見仁見智。這些問題，有賴司法實踐累積更多的經驗，而加以確定。

### 三、關於律師費用

根據最高人民法院司法解釋所作的說明<sup>403</sup>，現行專利法制所規定賠償數額範圍之內可以計入的調查、制止侵權所支付的合理費用中，並不包含訴訟的律師費；不過，倘若權利人調查、制止侵權行為是委託律師進行，那麼，人民法院可以責令侵權人賠償權利人所支付的部分或全部律師費，以彌補權利人的實際經濟損失。最高人民法院似乎在澄清，一方面中國大陸專利法制中，並沒有如美國專利法第 285 條所規定，可於特殊個案中判賠合理律師費用；但另一方面，在賠償實際經濟損失的原則下，為了盡可能地彌補權利人，人民法院所判賠的損害賠償中可以包含制止侵權行為的律師費用。

此外，參考中國大陸知識產權法制中，對於著作權以及商標權之規定，《最高人民法院關於審理著作權民事糾紛案件具體適用法律若干問題的解釋》與《最高人民法院關於審理商標民事糾紛案件適用法律若干

---

<sup>403</sup> 最高人民法院民事審判第三庭（編著），同前註 338，頁 106-107。



問題的解釋》均有規定，人民法院根據當事人的訴訟請求以及案件具體情況，可以將符合國家有關部門規定的律師費用計算在賠償範圍內<sup>404</sup>。因此在新專利法的規定下，權利人請求為制止侵權行為而委託律師的費用，計算在賠償範圍之內，似非不可。此部份，亦有待新專利法之司法解釋加以具體規定。

### 三、如何計入制止侵權之開支？

由於權利人為制止侵權行為所支付的開支，也算是因侵權所引起，當以權利人的「實際損失」計算損害賠償額時，權利人制止侵權行為所支付的合理開支，根據因果關係與損害填補原則，可以很合理地計入權利人的「實際損失」中。然而，當損害賠償是根據侵權人的利益、參照該專利許可使用費、或由人民法院定額時，權利人為制止侵權行為所支付的合理開支是否為額外計入？以下則根據上述三種情況逐一分析。

第一，當按照「侵害人的利益」計算賠償數額時，由於權利人制止侵權行為所支付的合理開支算是因侵權所引起「權利人的損失」，若將該開支額外計入，則形同同時藉由「權利人的損失」與「侵權人的利益」二種方法來計算賠償數額。然而，倘若立法者有意以較高的賠償數額來嚇阻專利侵害的發生，則權利人制止侵權行為所支付的合理開支額外地計入，似較為符合本次修法的目的。現行司法實踐上，曾有個案是以「侵權人的利益」計算損害賠償，法院對於權利人「因訴訟產生的合理費用」在內的經濟損失之請求亦加以支持<sup>405</sup>。

---

<sup>404</sup> 同前註 400、402。

<sup>405</sup> 例如，重慶市龍騰工貿公司訴重慶市墊江保溫材料廠發明專利侵權糾紛案，「上訴人龍騰公司上訴提出由侵權人墊保廠賠償包括因訴訟產生的合理費用在內的經濟損失 350 萬元的訴訟請求依法應予支持」，同前註 371。不過，本案二審法院查明被告獲利超出原告所訴請的數額，而判賠原告請求之數額。

第二，當參照該專利許可使用費計算時，是在人民法院參酌權利人制止侵權行為所支付的合理開支後，決定一個合理倍數，還是在人民法院決定一個合理倍數後，再額外計入權利人制止侵權行為所支付的合理開支？倘若參照該專利許可使用費的計算方法亦應基於損害填補原則的前題，權利人制止侵權行為所支付的合理開支似應已經包含在人民法院所決定的合理倍數之內。也就是說，人民法院在決定合理倍數之前，已經考量應當計入的權利人制止侵權行為所支付的合理開支，然後決定一個合理倍數。不過，現行司法解釋對於參照該專利許合使用費所列舉的因素中，是根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節、專利許可使用費的數額、該專利許可的性質、範圍、時間等因素，其中並沒有包括制止侵權行為所支付的合理開支。倘若根據新專利法，所謂合理倍數也是參酌上述列舉因素加以決定，則似可在決定合理倍數之後，再額外計入制止侵權行為所支付的合理開支。並且倘若立法者有意以較高的賠償數額來嚇阻專利侵害的發生，政策性地提高違法者所付出的代價，則額外計入的方式較符合修法目的。

第三，當由人民法院定額時，至少一萬元或至多一百萬元是否包含權利人制止侵權行為所支付的合理開支？二者主要差別在於一百萬元的上限是否包含權利人制止侵權行為所支付的合理開支？從條文內容的安排上，應當包含權利人制止侵權行為所支付的合理開支是規範於新專利法第 65 條第 1 款，而人民法院定額賠償則是規範於第 2 款，再則，第 2 款所規定定額賠償考量的因素在於：1) 專利權的類型、2) 侵權行為的性質、和 3) 侵權行為的情節等。倘若第 2 款是列舉規定，則「應當」計入的權利人制止侵權行為所支付的合理開支並不包含在上述因素中，似顯示適用定額賠償時，則不再考慮權利人制止侵權行為所支付的

合理開支。現行司法實踐上，有個案是由法院酌定一數額為權利人的經濟損失，再額外計入權利人為本案訴訟支出的合理費用<sup>406</sup>。

關於權利人制止侵權行為所支付的合理開支，制止的意義為何、如何判斷合理、與如何計入該開支，有待進一步司法解釋。

#### 第四項 懲罰性損害賠償仍未明文

中國大陸在民事損害賠償的全面補償原則之下，專利法制是否納入懲罰性損害賠償一直受到議論。中國大陸論者反對專利法制納入懲罰性損害賠償的主要理由在於：1) 懲罰性損害賠償違背私法的補償性質；2) 民事法與刑事法對於證據要求的差異，會使民事法上適用懲罰性損害賠償時，有證據制度上的不公平的問題；3) 懲罰性損害賠償估算困難<sup>407</sup>。

中國大陸論者贊成專利法制納入懲罰性損害賠償的理由，可由幾方面觀察。從民事責任的觀點，雖然民事責任是一種以補償性質為主的法律責任，但不排除懲罰性質的責任形式，甚而有論者認為司法實踐上，中國大陸的民事責任中已經納入懲罰性損害賠償<sup>408</sup>。從懲罰性損害賠償制度的激勵觀點，一則是激勵守法，以對於加害行為的預防，另一則是激勵實施法律，促使私人訴請執法<sup>409</sup>。從專利權的特殊性，專利權有客體容易受到侵犯、侵害有難以預防、以及侵權人獲利高而權利人損失難以計算的特殊性<sup>410</sup>。所謂侵權容易取證難，因為專利權的無體性，無法保證「全部客觀損失數額」與「判決確定的損失數額」等值，因而無法

---

<sup>406</sup> 例如，周耀周訴深圳市淨來環保科技有限公司侵犯專利權糾紛案，同前註 395。不過，本案所酌定之數額並沒到達法定額度的上限。

<sup>407</sup> 張愛軍，對懲罰性賠償之反對觀點的評析，太原理工大學學報，21 卷 2 期，2003 年 6 月，頁 59-61。

<sup>408</sup> 溫世揚及邱永清，同前註 381。此外，《消費者權益保護法》第 49 條便是關於懲罰性損害賠償規定；程宗璋，論懲罰性損害賠償判決之適用，青島化工學院學報，53 期，2000 年，頁 35-40。

<sup>409</sup> 謝曉堯，懲罰性賠償：一個激勵的觀點，學術研究，2004 年第 6 期，2004 年，頁 83-88。

<sup>410</sup> 王學峰，論知識產權侵權引入懲罰性賠償責任制度，北京航空航天大學學報，19 卷 1 期，2006 年 3 月，頁 54-57；程永順主編，專利權糾紛案件法官點評，2 版，2007 年 2 月，頁 56。

貫徹全面賠償原則，將損害賠償數額提高則可作為對各種不可確定的有形與無形損失之賠償，換言之，懲罰性損害賠償有其補償性功能<sup>411</sup>。

中國大陸論者多由專利權以及專利侵權的特殊性的觀點，認為專利法制應該要納入懲罰性損害賠償。不過在適用上，應該加以限制。有論者建議，適用的原則包含：1) 僅於故意侵權人適用懲罰性損害賠償責任，主觀過錯小的過失侵權人不應適用；2) 僅對侵權手段惡劣、侵權情節嚴重者；3) 根據「民不告、官不糾」的原則，僅根據當事人請求適用懲罰性損害賠償責任<sup>412</sup>。在舉證責任上，藉由舉證責任倒置的方式，對請求人要求低於刑事法的證據標準<sup>413</sup>。

在賠償數額上，論者認為應賦予法官裁量權來決定賠償數額，考量賠償數額的因素包含：1) 侵權人的主觀心理狀態<sup>414</sup>，例如是否存在故意、重大過失等；2) 侵權行為的情節是否嚴重，如侵權手段、場合、造成損失及社會影響；3) 侵權人的經濟情況、支付能力，因為懲罰性損害賠償的目的在於產生威攝作用而非使侵權人陷入生活困境；4) 國家政策傾向，不能使一個很有發展前景的企業因一侵權訴訟導致巨額賠償而倒閉；5) 侵權人由該行為引起的民事、行政或刑事處罰的數額<sup>415</sup>。另有論者指出，由於目前司法受到各種因素干擾嚴重，賠償金額確定的隨意性容易導致私法不公，因此建議懲罰性損害賠償應有明確限制<sup>416</sup>；

---

<sup>411</sup> 張愛軍，同前註 407；莊秀峰，保護知識產權應增設懲罰性賠償，法學雜誌，134 期，2002 年，頁 58-59。

<sup>412</sup> 卜紅梅，我國知識產權侵權損害賠償制度完善之探討，新疆公安司法管理幹部學院學報，83 期，2001 年，頁 38-40。

<sup>413</sup> 張愛軍，同前註 407。

<sup>414</sup> 美國則不論受害人的主觀，以客觀的輕率 (objective recklessness) 來認定是否成立故意侵害，進而決定是否判令懲罰性損害賠償；參閱 *In re Seagate Tech., LLC*, 497 F.3d 1360 (Fed. Cir. 2007)。

<sup>415</sup> 王學峰，同前註 410；溫世揚、邱永清，同前註 381。

<sup>416</sup> 溫世揚、邱永清，同前註 381。

另有論者建議權利人可以要求實際經濟損失或侵權人獲利或正常許可使用費的 2 至 3 倍<sup>417</sup>。

根據官方說法，即使現行專利法有根據該專利許可使用費的倍數合理確定的規範，現行專利法制仍根據民法通則之補償原則。司法實踐上，在適用定額賠償的計算方法時，人民法院根據具體案情酌定賠償數額時，也難免有個案對被告似乎帶有懲罰性，但仍不能視為懲罰性損害賠償<sup>418</sup>。即使有專利法制應該要納入懲罰性損害賠償的呼聲，比較現行專利法與修改後損害賠償條文，中國大陸第三次專利修法仍然沒有將懲罰性損害賠償納入。

縱上所述，在此次專利修法「激勵自主創新、提高自主創新能力」的目標下，對於加大對違法行為處罰力度的要求，新專利法第 65 條是否符合此次修法目的？雖然沒有懲罰性損害賠償制度，新專利法第 65 條第 1 款規定賠償數額還應當包括權利人為制止侵權行為所支付的合理開支，以及第 2 款所規定的定額賠償制度較現行司法解釋規定了較高的額度，此二修改均可能提高違法者所應付出的代價。此外，新專利法將假冒他人專利<sup>419</sup>的罰款數額從違法所得的 3 倍提高到 4 倍；沒有違法所得的，將罰款數額從 5 萬元提高到 20 萬元。倘若未經同意實施他人專利技術並在產品包裝或說明上為他人專利權所屬之專利標示，則同時構成侵犯專利與假冒專利<sup>420</sup>，則新專利法處罰會較現行法制更重，侵權人的民事責任與行政責任的金錢負擔更大<sup>421</sup>。因此，新專利法雖然沒有明文故意侵害與懲罰性損害賠償的規定，在加重對違法行為的處罰的要求

---

<sup>417</sup> 卜紅梅，同前註 412。

<sup>418</sup> 程永順，專利糾紛與處理，同前註 338，頁 198。

<sup>419</sup> 新專利法第 63 條：假冒專利的，除依法承擔民事責任外，由管理專利工作的部門責令改正並予公告，沒收違法所得，可以並處違法所得四倍以下的罰款；沒有違法所得的，可以處二十萬元以下的罰款；構成犯罪的，依法追究刑事責任。

<sup>420</sup> 假冒他人專利除了行政責任，情節嚴重者還有刑事責任；參閱李鏐，同前註 339。

<sup>421</sup> 在司法救濟行政救濟雙規制下，除了民事賠償責任，侵權人可能已經先經行政查處並有罰款。

以及更有效地保護專利權人的合理利益的目的下，相較現行法，新專利法許多相對應修訂有提高侵權人金錢負擔的效果，應有較大的嚇阻功能，也相對地更能鼓勵創新。

## 第五項 其他建議

如同前文所述，按照侵權人的利益來計算損害賠償時，必須把握侵權行為與獲利之間的因果關係，由於侵權人的利益不一定完全是侵權行為所致，究竟侵權人因侵權所獲得的利益如何計算，是一大難題。

雖然不是規定於新專利法中，最高人民法院針對新專利法所做的司法解釋草案建議，人民法院根據專利法第 65 條第 1 款的規定確定「侵權人因侵權所獲得的利益」時，應當限於侵權人因侵犯專利權本身所獲得的利益。侵權人獲得的利益係因其他因素共同產生的，應當將因該其他因素所產生的利益排除在侵權人因侵權所獲得的利益之外<sup>422</sup>。換言之，即使透過對侵權人的財務帳目進行審計而查明了侵權人的獲利，應當將因其他因素所產生的利益排除在侵權人因侵權所獲得的利益之外。

最高人民法院進一步建議，侵犯發明、實用新型專利權的產品係另一產品的零部件的，人民法院應當根據該零部件本身的價值及其在實現成品利潤中的作用等因素合理確定賠償數額。零部件係實現成品技術功能或者效果的關鍵零部件，且成品的價值主要由該零部件體現的，人民法院可以按照成品的利潤計算賠償數額<sup>423</sup>。所謂「侵權產品」指未獲專利權人同意而實施其專利技術的產品，但是由於現代產品型態日趨複雜，專利技術可能僅是關於侵權產品（實現成品）的一部份，可能是一

---

<sup>422</sup> 最高人民法院關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋（徵求意見稿）第 21 條第 1 款。參閱：<http://www.chinacourt.org/wsdc/index.php?id=361606>，最後查訪日：2009/07/30。

<sup>423</sup> 最高人民法院關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋（徵求意見稿）第 21 條第 2 款。

模組、一零件、甚而僅是一小部份構造的改變。當以侵權人的利益計算賠償數額時，以侵權人所有利潤來計量，並不符合「因侵權」所獲得利益的原則，因而最高人民法院建議，應當根據該零部件本身的價值及其在實現成品利潤中的作用等因素合理確定賠償數額，這種方式可避免過份剝奪侵權人本身對於成品利潤的貢獻。除非成品的價值主要是來該專利技術之零部件所貢獻，按照成品的利潤計算賠償數額，則尚屬合理。

此外，最高人民法院進一步建議，侵犯外觀設計專利權的產品為包裝物的，人民法院應當按照包裝物本身的價值及其在實現被包裝產品利潤中的作用等因素合理確定賠償數額。包裝物外觀設計系吸引普通消費者購買該產品的主要因素，且與被包裝產品在銷售時不可分離的，人民法院可以按照被包裝產品的利潤計算賠償數額<sup>424</sup>。

從上述建議可以看出，最高人民法院試圖引進法律經濟學觀點中，計算損害賠償時所考量的分攤價值（apportionment value）與整體價值（entire value, or entire market value）的概念並規定其適用原則，以確保損害賠償計量之合理性，其立意良善<sup>425</sup>。然而，這些因素與價值之認定與計量卻是複雜的經濟問題。中國大陸的法律通常是原則性規定，而由最高人民法院的司法解釋來補充具體標準，上述針對「侵權人因侵權所獲得的利益」的司法解釋草案，似乎缺乏具體標準。因而在司法實踐上可能會有二種截然不同的影響，也許是為當事人與法官帶來更複雜的問題，也許僅僅成為參酌因素而賠償數額仍然由法官根據個案「具體案情」認定。

---

<sup>424</sup> 最高人民法院關於審理侵犯專利權糾紛案件應用法律若干問題的解釋（徵求意見稿）第 21 條第 3 款。

<sup>425</sup> 自 2005 年開始，美國專利改革（United States Patent Reform）亦試圖將法院實務上計算損害賠償之分攤原則（apportionment rule）與整體市場價值原則（entire market value rule），於專利法第 284 條中規範其適用準則，引發許多爭議。

## 第五節 小結

中國大陸專利法第 60 條規範確定專利侵權賠償數額的原則及計算方法，損害賠償數額是按照權利人因被侵權所受到的損失「或者」侵權人因侵權所獲得的利益加以確定；當被侵權人的損失或者侵權人獲得的利益難以確定的，參照該專利許可使用費的倍數合理確定。最高人民法院司法解釋則進一步有定額賠償的規定。因此中國大陸專利法制中，確定賠償數額的計算方法包含四種：1) 按照權利人因被侵權所受到的損失；2) 按照侵權人因侵權所獲得的利益；3) 參照該專利許可使用費的倍數合理確定；4) 由人民法院定額。

新專利法第 65 條修改了確定賠償數額的原則，計算方法上，則將原有司法解釋的定額賠償規定納入，而由專利法提供如上述四種計算方法。新專利法第 65 條規定賠償數額按照權利人因被侵權所受到的「實際損失」確定；當實際損失難以確定的，按照侵權人因侵權所獲得的利益確定賠償數額；當權利人的損失或者侵權人獲得的利益均難以確定時，參照該專利許可使用費的倍數合理確定；當權利人的損失、侵權人獲得的利益和專利許可使用費均難以確定的，由人民法院定額。相較於現行專利法第 60 條第 1 款有選擇性賠償數額確定方式，新專利法第 65 條第 1 款明訂損害賠償按照權利人的實際損失確定，同時也反映出損害賠償是根據實際損失之全面補償原則。

新專利法第 65 條進一步將現行司法解釋中定額賠償的規定，提高到專利法層次，明文化當權利人的損失、侵權人獲得的利益和專利許可使用費均難以確定的，人民法院可以根據專利權的類型、侵權行為的性質和情節等因素加以定額。定額賠償是否納入專利法在第二次修法過程中受到爭議，最後僅在司法解釋中加以規定。目前司法實踐上絕大多數專利侵權案件所採用的方法，是司法解釋所規定的定額賠償。定額賠償由司法解釋規定提高到專利法層次，也可以說，是經由司法實踐的結果



來肯定了定額賠償的適用性。由人民法院定額時是根據專利權的類型、侵權行為的性質和情節等因素，而權利人對於專利權受到侵犯之舉證，多已涵蓋上述各項因素，因而簡言之，權利人無須為了損害賠償之計算舉證進一步的經濟資料，只要證明專利侵害成立，便可獲得 1 萬元以上 100 萬元以下的賠償。因此從訴訟的負擔考量，法院定額不失為較經濟而有效率的方法。但相對地，無論如何，法院都可以依職權「綜合考量」後酌定賠償數額，則可能會有損害賠償並非根據證據計算而落入主觀判斷的缺點。

在懲罰性損害賠償方面，即使現行專利法有根據該專利許可使用費的倍數合理確定的規範，並且司法實踐上，在適用定額賠償的計算方法時，法院根據具體案情酌定賠償數額時，也難免有個案對被告似乎帶有懲罰性，現行專利法制仍根據民法通則之補償原則。而新專利修法仍然沒有將懲罰性損害賠償納入。不過新專利法明文規定賠償數額還應當包括權利人為制止侵權行為所支付的合理開支，並且定額賠償的法定額度也較現行司法解釋提高。此外，新專利法將假冒他人專利的罰款數額從違法所得的 3 倍提高到 4 倍；沒有違法所得的，將罰款數額從 5 萬元提高到 20 萬元。倘若專利侵權案件中同時構成侵犯專利與假冒專利，則根據新專利法，侵權人的民事責任與行政責任的金錢負擔更大。因此，新專利法雖然沒有明文故意侵害與懲罰性損害賠償的規定，在加重對違法行為的處罰力度的要求，以及更有效地保護專利權人的合理利益的目的下，相較現行法，新專利法許多相對應修正可有提高侵權人金錢負擔的效果，應有較大的嚇阻專利侵害的功能，也相對地更能鼓勵創新。

然而，根據新專利法第 65 條在計算賠償數額時，仍有許多問題。例如參照該專利許可使用費的倍數合理確定時，是否仍在 1 至 3 倍範圍內為合理？按照侵權人因侵權所獲得的利益計算時，是否對於完全以侵權為業的侵權人可以按照銷售利潤計算，而對於不是完全以侵權人權利人是按照營業利潤計算？制止侵權行為合理開支是否包含調查的開

支？制止侵權行為合理開支如何計入賠償數額中？上述問題，或可根據現行司法解釋，或可由此次專利修法達成激勵自主創新、提高自主創新能力之知識產權戰略目標加以回答，亦仍有待司法解釋進一步規定，以補充專利法規定之不足。