

执法咨询委员会

第十三届会议

2018年9月3日至5日，日内瓦

知识产权侵权案件中损害赔偿的量化问题

撰稿：哥伦比亚、约旦、摩洛哥、联合王国和国际知识产权保护协会

1. 在2017年9月4日至6日举行的执法咨询委员会（ACE）第十二届会议上，委员会同意在其第十三届会议上审议“就关于知识产权执法政策和体制等方面的制度性安排的国家经验进行信息交流，其中包括以兼顾各方利益、全面而有效的方式解决知识产权争议的机制”等议题。在此框架内，本文件介绍了四个成员国（哥伦比亚、约旦、摩洛哥和联合王国）的稿件，内容有关各自司法系统在知识产权侵权案损害赔偿的量化问题方面的经验。文件还载有国际知识产权保护协会（AIPPI）于2017年10月发布的关于经济救济量化问题的研究报告。

2. 四个成员国的稿件阐述了其在各自国家法律制度内，在损害赔偿的量化问题上所采取的不同做法。稿件重点突出了对损害赔偿的不同评估方式，或者通过补偿机制，涵盖实际损失和利润损失，想方设法准确评估受到的损害，或者通过其他机制，如预先设定损害赔偿、设定国家使用费和利润账户。此外，稿件还讨论了计算损害赔偿时如何考虑侵权人方面破坏信用的影响以及是否有可能给予精神损害赔偿的问题。国际知识产权保护协会的稿件重点介绍了2017年研究报告的要点，其中涵盖多个发达国家和发展中国家。稿件主要关注实质性的损害，特别是对权利人利润损失的评估、合理使用费问题、对附带商品和包含侵权单品的商品的损害赔偿以及是否和如何考虑未来损失的问题。

3. 稿件按以下顺序排列：

对知识产权的损害的评估：哥伦比亚法律制度的观点	3
知识产权侵权案件中的损害赔偿计算问题	7
假冒案件中的损失赔偿	12

联合国确定知识产权侵权的损害赔偿额的经验 16

国际知识产权保护协会（AIPPI）经济救济量化研究报告 20

[后接稿件]

对知识产权的损害的评估：哥伦比亚法律制度的观点

撰稿：工商监管局司法事务副总监 Jorge Mario Olarte Collazos 先生，哥伦比亚波哥大*

摘 要

全面保护知识产权（IPR）必须包括这一机制，即旨在确保权利人因其专有权受到侵权行为所致损害而获得有效补救甚至赔偿。当然，这方面的困难不小，在确定和量化知识产权侵权造成的损害方面尤其如此。本文件的目的是列出哥伦比亚知识产权权利人和法官可用于确定和计算工业产权和版权领域侵权活动造成的损害赔偿额的标准。

一、 引 言

1. 无形资产，包括受知识产权法保护的无形资产，在市场上具有重大价值，因为它们不仅对公司至关重要，对公共和私人实体也是如此，这些实体的活动在某种程度上基于对知识产权的利用。
2. 正是知识产权资产的无形性质，使尤其在赔偿知识产权侵权造成的损害时，特别难以确定其价值。这主要因为商标、专利和受版权保护的作品等无形资产无固有价值；它们从市场对其利用频率和成功中获得价值。
3. 因此，全面有效的知识产权保护和执法不能局限于制定防止或阻止侵权行为的机制。相反，它们尤其应该包括确保权利人能因其专有知识产权受到侵权损害而获得有效赔偿的机制。
4. 这方面的困难当然非同小可，特别是在确立和计算知识产权侵权造成的损害方面。
5. 本文陈述哥伦比亚知识产权权利人和法官在确定和计算侵犯工业产权和版权所致损害的赔偿额时或许考虑的标准。本文首先简要解释哥伦比亚民事责任的概念，然后确定用于计算侵犯工业产权和版权所致损害的现有机制。

二、 哥伦比亚法律制度中的民事责任

6. 哥伦比亚民法典中的民事责任概念源于人人有责补救其对他人造成的伤害的原则。换言之，民事责任通常预先假定两个人之间存在关系，即造成伤害的人和遭受伤害的人。法律后果是肇事者方面有义务补救造成的伤害¹。
7. 传统上，根据被侵权的权利类型，区分合同外和合同民事责任。违反绝对主观权利会产生合同外的民事责任²，而侵犯合同规定的权利，便引起合同规定的民事责任³。

* 本文件中表达的观点为作者的观点，不一定代表产权组织秘书处或成员国的观点。

¹ Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro, 《民法》第三卷第十版，义务，第 169 页，Themis, 波哥大，2010 年。

² 《民法典》第 2341 至第 2360 条，WIPO Lex 网址：<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=10022>。

³ 《民法典》第 1602 至第 1617 条。

8. 在无合同关系的情况下，违反主观权利而通常适用于知识产权侵权的合同外民事责任，则由哥伦比亚法律规定的三个累加要素确定，即，（a）故意行为或疏忽造成的损害；（b）损害或侵害；（c）损害与有关行为之间存在的因果联系⁴。

A. 损 害

9. 由于补偿损害的义务基于损害的存在，损害便是民事责任的最重要要素。因此，如果一个人实际造成损害，则称此人负有民事责任。过去，损害被界定为违反或损害受法律保护的利益⁵或一个人的主观权利⁶，如知识产权。

10. 就损害类型而言，损害的特征是在某人财产权遭到破坏或侵犯的情况下的物质损害以及其人身遭受影响感情或名誉的侵犯或损伤的非物质或精神损害⁷。

11. 就知识产权而言，考虑到它通常涵盖若干与无形资产相关的专有权，可简而概之为：如果侵权人未经权利人事先明示授权或在此类公认的例外与限制的规定范围之外使用或利用无形财产，则会造成损害。

12. 此类违法或侵权行为的产生原因在于：未经授权使用受知识产权保护的客体，则剥夺了权利人授权或禁止使用或利用该客体的专有权。

13. 从另一个角度来看，或许认为此类损害并非由侵犯知识产权本身而引起，而是实际上损害权利人的财产或有损于其荣誉或情感。

B. 故意行为或疏忽

14. 这一概念系指损害必须由侵权人以应受谴责的行为或行动所致，因其意在或失职造成伤害，判断依据是普通人的行为方式（即，一个人通常如何谨慎和勤勉行事）⁸。

C. 因果联系

15. 行为与造成的损害之间一定要有因果联系，即损害必须由行为所致，它构成违反或侵犯受害人合法利益或主观权利的原因。

16. 简而言之，对于拟被宣告承担民事责任并有义务赔偿因违反或侵犯可能是知识产权的主观权利而造成损害的人，上述要素必须在司法程序中得到令人满意的证明。

17. 同样，应该指出的是，在民事责任的惯常制度中，无论是谁提起要求赔偿损害的法律诉讼，都必须证明索赔额的合理性。

⁴ 《民法典》第 2341 条及以下条款。

⁵ García Vásquez, Diego Fernando, *Manual de Responsabilidad Civil y del Estado*, 《民事和国家责任手册》第 13 页，专业书店版，波哥大，2009 年。

⁶ Valencia Zea, Arturo; Ortiz Monsalve, Álvaro, 《民法》第三卷第十版，义务，第 227 页，Themis，波哥大，2010 年。

⁷ 同上。

⁸ 同上。

三、 为工业产权标准确立的特别标准

18. 在工业产权领域，由安第斯国家共同体制定的超国家法律文书 2000 年第 486 号安第斯共同体决定规定，为了计算因侵犯工业产权而造成的损害赔偿，除其他外，应当考虑以下标准：

“(a) 权利人因被侵权而遭受的实际损害和收入损失；

(b) 侵权人因侵权行为而获得的利润额；

(c) 侵权人本该为合同许可而支付的价格，应当考虑被侵权利和已获准的合同许可的市场价值”⁹。

19. 上述标准的适用在哥伦比亚引起了很多争论，这主要是一些人认为这些法律条文没有规定标准来评估损害，而是指出工业产权侵权所造成的各类损害。

20. 无论如何，不管这些规定被理解为损害类型还是评估标准，尤其是 (b) 和 (c) 项中所规定的标准，这些概念确实有助于权利人证明和计算因侵权而造成的损害。

四、 商标领域预先确立的损害赔偿制度

21. 此外，《哥伦比亚与美利坚合众国贸易促进协定》于 2006 年签署，并于 2012 年 5 月 15 日生效，其中规定在民事司法程序中，各缔约国应“至少就版权或相关权利和商标假冒侵权而言，建立或维持预先确立的损害赔偿额，在选定权利人时，可作为实际损害的替代赔偿提供¹⁰”。

22. 基于这一要求，根据 2013 年第 1648 号法律和 2014 年第 2264 号法令，在哥伦比亚法律制度中制定了因侵犯商标权而产生的预先确立的损害赔偿制度。该制度规定，由法院判决确定商标侵权行为造成的损害可能受到预先确立的损害赔偿制度或原告选择的损害赔偿额的一般证据规则的约束。

23. 因此，如果原告在提出索赔时选择了预先设立的损害赔偿制度，则其不必证明侵权行为造成的损害和侵害的数量。该损害赔偿额的幅度规定如下

“对每次商标侵权，按现行费率计算的最低法定月工资的最少为 3（三）倍，最多为 100（一百）倍。如果被侵权商标被法官宣布为驰名商标，该金额可按现行费率增至最低法定月工资的二百（200）倍；侵权人的恶意企图得以确定；人的生命或健康受到威胁和/或确定商标侵权是重犯”¹¹。

24. 此外，在评估赔偿额时，法官必须考虑到“侵权的持续时间、侵权范围、侵权产品的数量和地理范围¹²”。

五、 版权的特殊标准

25. 在版权领域，1993 年第 351 号安第斯共同体决定没有制定特别标准来指导法官确定侵犯版权或相关权所造成的损害赔偿额。该决定仅指出国家主管机构可通过司法程序，命令除其他事项外，“向被侵权的权利人支付因侵权而遭受的损害赔偿或补偿”¹³。

⁹ 安第斯共同体第 486 号决定第 243 条。

¹⁰ 《美国-哥伦比亚贸易促进协定》第 16.11 章第 8 条。

¹¹ 2014 年第 2264 号法令第 1 条和第 2 条。

¹² 同上。

¹³ 第 57 条。

26. 然而，1993 年第 44 号法律规定在评估侵权行为造成的物质损失时，应考虑以下标准：

“1. 未经授权而制作或复制的复制品的市场价值；

2. 权利人如果授权，他本应收取的金额；

3. 非法利用所发生的时期”¹⁴。

27. 最后，值得提及的是，版权制度中尚无预先确立损害赔偿的法律制度。然而，哥伦比亚国会正在审议一项法案，该法案规定了与现行商标制度类似的制度，即基于实际损害的赔偿制度的替代方案¹⁵。

¹⁴ Article 57 of Law Nr. 44 of 1993.

¹⁵ Bill No. 206 of 2018 (Senate) and No. 222 of 2018 (Chamber).

知识产权侵权案件中的损害赔偿计算问题

撰稿：上诉法院法官 Nehad Al-Husban 博士，约旦安曼*

摘 要

约旦法律制度规定了物质损害和精神损害赔偿。物质损害由原告承受的实际损失和利润损失决定。根据该制度，法院在计算赔偿金额时，不得适用公正和公平的一般规则，也不得判予惩罚性赔偿，即判给原告额外金额作为对侵犯其知识产权的赔偿。精神损害仅限于侵犯版权或相关权。为了获判精神损害赔偿，原告须证明其索赔的价值，并根据专家的酌情估价进行计算。此外，所判给的赔偿金额与侵权行为的性质无关（无论是未经商标持有人同意而模仿或使用商标造成的直接侵权，还是销售假冒商品而造成的间接侵权），也与侵权者行为的蓄意性无关。实际上，赔偿金额是由原告承受的实际损失和利润损失决定的，前提是该损害是侵权行为的自然结果。最后，如果原告能够证明其索赔与一份许可协议相关，则法院可以判给原告与该许可协议等值的赔偿。

一、 简 介

1. “民事责任”通常被定义为修复对他人造成的损害的义务。民事责任可以分为两类：违约导致的合同责任和侵权行为责任。可分为以下几种情况：侵权人受到知识产权权利持有人合同责任的约束（一般情况），版权或商标权利持有人合同责任的约束（特定情况），或是在不受任何合同责任约束的情况下做出侵权行为。无论情况如何，责任都建立在（i）侵权行为或违约，（ii）实际损害，以及（iii）（i）和（ii）之间存在因果关系的原则之上。换言之，原告若要求赔偿，则损害必须是侵权行为或违约造成的。

2. 《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS 协定）并未规定计算损害赔偿的机制或基准。相反，成员国应赋权于其司法机关，使其处理可能引起损害索赔的事项，并且所判给的赔偿金额应与权利持有人遭受的损害相称，并可酌情将原告的诉讼费和律师费包括在内¹。

3. 因此，知识产权侵权赔偿的计算由国家立法规定。约旦知识产权法并未规定损害索赔的资格要求或计算赔偿金额的依据，但《约旦版权保护法》除外，该法规定了一些要素，以指导受保护作品侵权损害赔偿的计算²。因此，应参考上述条款以及《约旦民法》中关于侵权行为责任的条款，其中规定“所有造成损害的行为都应使其行为人承担赔偿责任，即便该行为人不具备辨别能力”³作为一般原则。根据《约旦民法》，责任可由直接行动或因果关系引起⁴。直接行动意味着责任，无论该行为是否是蓄意的；对间接造成的损害索赔，则需证明其蓄意性。如果能够确定其各自“贡献”，则可对涉及多个侵权行为人的案件适用比例责任⁵。否则，法院可选择适用平等责任或连带责任。

4. 因此，我们可以区分两种类型的损害：

* 本文件表达的观点为作者的观点，不一定代表产权组织秘书处或成员国的观点。

¹ 《TRIPS 协定》第 45 条。

² 1992 年第 22 号法案《约旦版权保护法及其修订案》第 49 条，1999 年 4 月 16 日发布于第 3821 号政府公报第 684 页。

³ 1976 年第 43 号法案《民法》第 256 条，1976 年 8 月 1 日发布于第 2645 号政府公报第 2 页。

⁴ 同上，第 257 条。

⁵ 同上，第 265 条。

- 物质损害⁶：导致经济损失的损害。《约旦民法》第266条规定，所判给的赔偿金额由原告因不法行为所遭受的“实际损失”和“利润损失”决定。换言之，其目的是赔偿原告造成的损失，而这些损失又需要证明和评估。

任何形式的赔偿都是根据侵权行为造成的直接损害计算的，无论该损害是物质的还是精神的，可预见的还是意外的，当下的还是未来的，只要即将发生，都计算在内。对直接损害的评估涉及两个基本要素：（i）实际损失和（ii）利润损失。

- 精神损害⁷：因个人社会地位受损而造成的损害。《约旦民法》第267条第（1）款规定，当事人应对另一方的自由、荣誉、名誉、社会地位或财务状况受损而造成的损害承担责任。

5. 鉴于上述情况，本文件将分为两部分：A 部分将研究商标持有人损害赔偿的计算依据，B 部分将考虑版权或相关权持有人损害赔偿的计算依据。

A. 商标持有人损害赔偿的计算基础

6. 原则上，商标持有人遭受的任何损害都是物质损害。根据《约旦民法》第 266 条，物质损害被定义为原告所遭受的“实际损失和利润损失”。因此，为使法院判予适当赔偿，商标持有人必须提供此类损害的必要法律依据及其估价。在工业产权侵权案件中，不存在精神损害索赔，因为对商标声誉的任何损害都会导致该商标的市场价值损失和销售额下降，进而导致商标持有人的利润损失，这被视为物质损害。因此，计算损害赔偿的依据如下所述。

7. 根据《约旦民法》第 266 条，损害赔偿的计算依据为：

- 实际损害，即侵权行为导致商标权利持有人承受的损害或损失；和
- 侵权行为导致的利润损失。

8. 在若干判决中，约旦法院采用了上述原则，确定原告因侵权行为而遭受的实际损害和利润损失⁸，并援引以下理由：

- 侵权证据并不意味着损害证据。
- 为确定和评估损害赔偿与所提供的证据，法院在其推理中考虑了⁹以下因素：

a) 商标的市场价值

可授权专门评估知识产权（包括商标）的专家实体来评估商标持有人所遭受的损害的价值，以及侵权对商标市场价值的影响。

b) 利润损失造成的损害

商标持有人的利润可参照原告在侵权行为之前和之后的审定财务报表进行评估，用于确定利润损失造成的损害。

⁶ 约旦最高法院，第 275/2014 号判决（普通小组），2014 年 7 月 10 日，ADALEH 法律信息中心。

⁷ 同上，第 1685/97 号判决（普通小组）。

⁸ 阿曼初审法院，关于“CAF DU ROI”商标侵权的第 3841/2007 号判决（单一法官），2008 年 5 月 20 日，ADALEH 法律信息中心。另见阿曼调解法庭关于“KOSMODISK”商标侵权的第 9775/2017 号判决，“Meezan”电子法庭系统。

⁹ 阿曼初审法院，第 3841/2007 号判决。

c) 销售额下降

证明销售额下降，原告需表明：(a) 原告与被告的商标可能产生混淆；以及 (b) 后者使用该商标误导公众，使其认为被告是原告的分支机构或代理人，以将原告的销售额转移至被告。例如，法院判给¹⁰原告 25,474 约旦第纳尔的赔偿金，因为他能够证明被告侵犯了他的驰名商标“AL sultan Charcoal”。原告还能证明，接下来的 2013 至 2014 年间销售额有所下降，而在此期间，被告的假冒产品已进入市场。

d) 商标保护所产生的费用，例如律师费

在一个案件中，尽管原告在其提出反对的注册机构和行政法院的法律诉讼中取得成功，但由于原告未出示阻止被告注册近似商标所发生费用的证据，法院未判给原告律师费赔偿。

e) 原告的广告和宣传费用以及被告非法搭便车

例如，法院裁定判给¹¹原告 17,361 约旦第纳尔，补偿其在媒体、医学期刊和电视上投放带有“KOSMODISK”商标的产品相关的广告费用以及发布传单、手册、宣传页、包、宣传材料和参加展览的费用。

f) 办公费用、保管费用以及员工报酬

法院¹²在计算损害赔偿时，没有将这些费用纳入考虑，因为它们是独立于任何侵权行为而发生的运营成本。

B. 版权或相关权持有人损害赔偿的计算基础

9. 根据《约旦版权保护法》¹³第 8 条和第 9 条的规定，版权和相关权是经济权利和精神权利，可能会受到侵权，并可能引起损害索赔。这意味着需要确定被侵犯的权利的性质，以及权利人所遭受的可能的（物质或精神）损害。

10. 虽然与损害索赔有关的诉讼由《约旦民法》规定，但《版权保护法》第 49 条还要求赔偿必须公平，并规定了权利人所遭受损害的赔偿计算的其他原则，具体如下：

a) 作者的文化地位

在评估物质损害赔偿（包括侵权人因侵权而非法获得的利益，其代表了作者的利润损失）时，考虑获得科学、文化或文学成就奖的作者的地位。作者的地位也是专家在评估因作者精神权利受到侵犯而造成的精神损害时所考虑的重要因素。

b) 文学、科学或艺术作品的价值

在评估物质损害和精神损害赔偿时，应考虑受到高度评价、广泛认可或被认为在其领域内具有影响力的获奖作品的价值。

¹⁰ 阿曼调解法庭，第 19315/2015 号判决，“Meezan”电子法庭系统。

¹¹ 同上，第 9775/2017 号判决。

¹² 同上，第 19315/2015 号判决。

¹³ 1992 年第 22 号法案《约旦版权保护法及其修订案》，1999 年 4 月 16 日发布于第 3821 号政府公报第 684 页。

c) 原创作品市场价值

在评估损害赔偿金额计算时，该价值支持原告的利润损失以及被告获得的利润。但是，整个作品的市场价值并不被视为整体利润损失，因为它还包括原告和被告分别计算其利润损失和所获利润时产生的生产成本。

d) 侵权人利用作品获益的程度

为此目的，原告须证明：

- 受版权和相关权侵权影响的作品数量；
- 原告因此类侵权而损失的市场份额；和
- 市场份额损失造成的原告利润损失。

11. 例如，约旦最高法院在一起案件中裁定¹⁴，被告通过非法发行 55,000 张 CD 光盘利用原告的作品——一份《古兰经》的录音——而使原告遭受了物质损害。原告出售光盘的单价为 1 约旦第纳尔，利润为 35 比索。

《版权保护法》第 8 条和第 23 条规定的精神损害赔偿计算

12. 每位作者在其作品中享有本质上不可剥夺、永久和没有时效的精神权利。一般来说，作品被理解为作者人格权的延伸，因此，未经作者同意，对作品的任何改编、修改或改造都被视为侵犯了作者的精神权利，作者可以对此进行索赔。在约旦，判予的精神损害赔偿金额一般由司法机关酌定¹⁵，因为设定绝对数额与此类损害的性质不符。因此，专家将根据原告提供的证据，并考虑到《约旦版权保护法》第 49 条规定的原则，逐案评估合理的赔偿金额。例如，在一个案件中，约旦最高法院认为，在没有原告知情和事先同意的情况下，增加单词和短语并将其归于原告，就产生了损害赔偿诉讼的有效理由。经过推理，法院认为精神权利独立于作者的经济权利，并且不可转让¹⁶。因此，尽管原告与被告签订了准备在约旦开展科学研究的合同，但这样一份协议并未赋予被告在没有原告授权的情况下重复使用原告作品材料的权利，或者阻止原告反对对其作品进行任何有损其声誉的歪曲、篡改或其他更改或其他损害行为的权利¹⁷。

是否可以依据许可协议的价值计算知识产权侵权的损害赔偿

13. 许可协议的价值可作为计算损害赔偿的依据。根据法官的判断，由于侵权而终止的许可协议的未来收入损失可作为原告利润损失的衡量标准。因此，许可协议的现值将构成计算损害赔偿的基础，前提是其已就所有工业产权（包括商标）进行注册¹⁸。许可协议从注册之日起才可对第三方行使权利。至于版权和相关权，此类合同须以书面形式列出。

14. 法官不会简单推定存在此类协议，因为在约旦法律制度下，原告有责任提供损害的证据，并证明其数额。但是，在侵权之前提供或协商同意的、涵盖相同知识产权的许可协议的价值可用来指导损害赔偿的计算。

¹⁴ 约旦最高法院，第 621/2018 号判决，“Meezan”电子法庭系统。

¹⁵ 约旦最高法院，第 138/2002 号判决（普通小组），2002 年 2 月 6 日，ADALEH 法律信息中心。

¹⁶ 同上，第 2648/2003 号判决（普通小组），2003 年 11 月 11 日。

¹⁷ 同上。

¹⁸ 1952 年第 33 号法案《商标法及其修订案》第 3 条第(a)款。

15. 原告有权获得的赔偿应包括：

- 原告的诉讼费；
- 原告在诉讼期间的支出，如专家费、证人费用和罚没侵权商品的成本；
- 律师费（由法院估算）¹⁹，在任何情况下不低于赔偿金的百分之五，在初审法院审判阶段最多可达 1,000 约旦第纳尔。案件在上诉法院审理时，律师费不超过初审预估律师费的一半；和
- 赔偿总金额每年 9% 的法定利率，这被视为预先确立的损害赔偿金，从提起诉讼之日起开始计算，直至被告支付之日。

二、 结 论

16. 约旦法律制度规定了对物质损害和精神损害的赔偿。物质损害由原告的实际损失和利润损失决定。根据这一制度，法院在计算损害赔偿金时，不得适用公正和公平的一般规则，也不得判予惩罚性赔偿。关于精神损害，原告须提供损害的证据和专家评估。此外，赔偿金额既不取决于侵权行为的性质，也不取决于侵权人行为的蓄意性，而是取决于原告所遭受的实际损害和利润损失，前提是该损害是侵权行为的自然结果。最后，如果原告可以证明其索赔的价值，则法院可以判给原告与该许可协议等值的赔偿。

¹⁹ 1972 年第 11 号法案《约旦律师协会法及其修正案》第 46 条，1972 年 5 月 6 日发布于第 2357 号政府公报第 666 页。

假冒案件中的损失赔偿

撰稿：商业上诉法院第一院长 Abderrazzak El Amrani 先生，摩洛哥卡萨布兰卡*

摘 要

根据摩洛哥的立法和判例法，包括商业法院发出的大多数裁决，商标所有人可以选择对所蒙受的实际损失和非法活动产生的利润提出“全额赔偿”。这种情况下，商标所有人须确定其索赔的法律依据，而即使法官求助于技术专家，也可能非常难以确定。因此，原告通常选择要求获得法定的既定赔偿金，而无需证明所蒙受损失的程度。法院在既定赔偿金的设定范围内评估所判定的赔偿金额的，会考虑从侵权人店铺中查获的假冒商品的数量。若侵权人属于“非制造业”的小商贩，法官将仅考虑善意恶意问题。另一方面，制造业侵权人被视为假冒伪造者的，无论其善意如何，都应负责赔偿。最后，摩洛哥司法机构并不参照假设许可协议的价值确定赔偿条款。

一、背 景

1. “假冒行为”被定义为侵犯知识产权的行为，它导致商标所有人蒙受损失，因此商标所有人有权要求获得赔偿。不过，损失赔偿一直是法学家和法官广泛辩论的主题，他们专门研究了相称性问题、合格的损失类型（即物质损失、发生的费用和/或利润损失）、计算依据（即既定赔偿金或司法自由裁量权），以及假冒案件中可能会考虑的其他因素（如善意或恶意和所查获的假冒商品的数量）。

2. 总的来说，赔偿一直以报应性司法原则为依据，后来在现代立法中，被恢复性原则取代。与之相反，后者旨在赔偿所造成的损失。因此，惩罚性损失赔偿仅限于刑事责任。

3. 在摩洛哥，侵权行为赔偿责任受《义务与合同法》第 77、78 和 98 条制约。第 77 条规定，“一个人故意犯下的非法行为导致对他人造成物质或精神损失的，应对此类损失承担责任”。第 78 条规定，“一个人因其行为直接或间接产生的影响，对他人造成任何物质或精神损失的，应对此承担责任”。

4. 第 98 条定义了损失的构成，具体指出了进行相关评估时应考虑的因素。它规定，

“在犯罪和侵权行为中，损失应包括所蒙受的实际损失、所产生的必要赔偿费用，以及原告因不法行为的影响而蒙受的利润损失。法院在确定此类损失时，还应考虑不法行为是源于行为不当还是行为欺诈”。

5. 通过上述规定，摩洛哥已将“赔偿权”规定为一般法治原则，当事方不得通过协议来规避。该权利依据了三项原则：（i）不当行为（违反法律义务）；（ii）一方蒙受的实际物质或精神损失；以及，（iii）（i）和（ii）之间的因果关系。

二、摩洛哥赔偿法律框架

6. 摩洛哥在处理假冒案件中的民事赔偿问题上采取了重要举措，先是在第一部工业产权法（1916 年 6 月 23 日）中规定了小额罚款，后来在关于工业产权保护（知识产权法）的第 17-97 号法律中对所蒙受的损失要求全额赔偿或要求获得立法者设定的既定赔偿金的权利做出了规定。随后，第 23-13 号

* 本文件中表达的观点为作者的观点，不一定代表产权组织秘书处或成员国的观点。

法律和第 31-05 号法律中的规定对第 17-97 号法律第 224 条中载有的既定赔偿金的规定进行了修正补充。由此，最低和最高既定赔偿金额分别从 5,000 迪拉姆和 25,000 迪拉姆增至 50,000 迪拉姆和 500,000 迪拉姆。经修正的第 224 条规定，

“权利所有人可以选择对所蒙受的实际损失要求赔偿，对非法活动产生的所有利润要求收回，只要它不包括在这种赔偿金中；也可以选择要求获得 50,000 迪拉姆至 500,000 迪拉姆的既定赔偿金，因为法院认为这个金额是公平的，足以赔偿所蒙受的损失”。

7. 摩洛哥的知识产权法与摩洛哥已加入的各部国际文书（包括世界贸易组织（世贸组织）协定，如《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPS 协定），以及世界知识产权组织管理的条约，如《商标法条约》）中规定的国际标准一致。关于知识产权法的第 17-97 号法律第 224 条也符合 TRIPS 协定第 45 条，其中规定，

“对于知道或有合理根据知道而从事侵权活动的侵权人，司法当局应有权责令其向权利持有人支付足以补偿权利持有人因其知识产权受到侵犯而蒙受损失的损失赔偿费。司法当局还应有权责令侵权人向权利持有人支付可包括适当律师费用在内的开支。在适当情况下，即使侵权人并非知道或有合理根据知道而从事侵权活动，成员们亦可授权司法当局责令偿还利润和/或支付既定赔偿金”。

三、评估赔偿金的法律依据

8. 摩洛哥关于知识产权法的第 17-97 号法律第 224 条规定了一个独特的赔偿规则，这在任何其他国内法中都是前所未有的，即商标所有人在提起诉讼时可以在两种选项中做出选择：

A. 全额赔偿

9. 商标所有人可以就假冒行为造成的损失要求全额赔偿，但须经司法酌情决定。在这一选项中，适用一般法律规则。举证责任在于原告，要求他证明其索赔的法律依据，确定侵权行为对其造成的实际损失和利润损失。这种举证可能非常困难，不过通过编制财务报表来证明销量下降会相对容易。事实上，由于面对“描述性查获”的风险，大多数侵权者提供出售的假冒商品数量很少，因此仍然无法确定这种下降是否因侵权行为所致。此外，大多数从事假冒产品交易的交易商不会保留经常性账簿，因为这会帮助确定所销售的假冒商品的数量和所产生的欺诈性收益。

B. 既定损失赔偿金

10. 另外，商标所有人也可以要求获得立法者对假冒产品设定的既定损失赔偿金。这种权利有利于商标所有人，他们没有办法证明所蒙受损失的程度，也缺乏有关侵权人造成的利润损失的信息。这是一笔固定的金额，用于赔偿商标所有人所蒙受的损失，即使在他们不蒙受任何实际损失之时，例如在假冒商品进入全国市场之前在港口被查获的情况下。根据判例法，即使这种假冒商品既未出售也未向公众提供，假冒商品的进口商仍应承担实质赔偿。在此选项下，商标所有人可以不提供损失证据。在 2017-8211-18450 号案件文档中发出的 2017 年 5 月 31 日 3280 号裁决中，上诉人指出，审判法院既没有确定商标所有人所蒙受的损失程度，也没有确定商标所有人所需的赔偿费用。卡萨布兰卡商业上诉法院认为，这一理由没有任何实质内容，因为既定损失赔偿金被判定为推定赔偿金，无需原告确定所蒙受损失的程度。因此，法院维持了审判裁决并驳回了该案。

四、法官评估赔偿的权力

11. 一般原则是，根据案件的情况和所产生的证据，法官可以按自己坚定的想法自行决定构成损失的适当赔偿有哪些。但是，这种自由受发出裁决的规定所限，其中要求澄清作出此裁决的理由。

12. 根据摩洛哥立法，在裁决中未考虑到赔偿的法律要素的，应被视为有实质性缺陷，对法院推理不当或不充分提供了质疑的理由。在 81/27390 号案件文档中的发出的 1985 年 11 月 20 日第 2749 号裁决中，最高上诉法院确认了这一原则，指出

“赔偿金是根据原告所蒙受的实际损失和利润损失评估的。因此，法院须发出合理的裁决，说明判决的原因和理由，以便最高上诉法院可以确定原告所蒙受的损失。因此，上诉法院决定减少一审判决的赔偿金额时，本应充分支持这一裁决”。

13. 根据《民事诉讼法》第 59 条的规定，凡法官决定请专家解释说明与评估赔偿有关的技术问题的，

“他们应确定此类技术问题的主体，条件是它们不可具法律性质。专家应对每个问题提供准确而明确的答复，但不必回答任何超出其职权范围和/或具有法律性质的问题”。

此外，第 66 条规定，“法官可以自由选择考虑还是不考虑专家的意见，并可指派任何其他专家进一步澄清该纠纷的技术问题”。在 2017-8211-18490 号案件文档中的发出的 2018 年 3 月 28 日第 1608 号裁决中，卡萨布兰卡商业上诉法院认为，

“商标所有人要求获得 50,000 迪拉姆至 500,000 迪拉姆的法定赔偿金的，可以不必提交所蒙受损失的证据，但在要求获得全额赔偿时，原告（即商标所有人）需要证明所蒙受损失的损失的程度。判定 800,000 迪拉姆的裁决因没有根据、也未指明这种判决被视为可以赔偿商标所有人所蒙受的损失的理由而受到了质疑，因此被告在提出质疑时，要求指派一名专家来评估所蒙受的实际损失。专家意见最终认为，原告有权获得 190,000 迪拉姆的赔偿金；由于原告未提供任何相反的证据，即确定所蒙受的损失超出了专家评估的赔偿金，本法院决定推翻该裁决，将判定的赔偿金减至 190,000 迪拉姆”。

五、评估赔偿金的标准

14. 考虑到既定赔偿金额变幅很大，从 50,000 迪拉姆至 500,000 迪拉姆不等，摩洛哥商业法院，特别是卡萨布兰卡商业上诉法院发出的若干裁决，在计算损失时均考虑到了司法专员查获或抽样调查的假冒商品的数量。例如，卡萨布兰卡上诉法院在 2014 年 5 月 20 日第 2728 号裁决中指出，

“考虑到法院有决定既定赔偿金的自由裁量权，本法院认为，鉴于被查获的假冒商品的数量为 686 双带有侵权商标的鞋子，20,000 迪拉姆的赔偿金额不足以赔偿所造成的损失。因此，本法院特此批准将所判定的赔偿金额提高至最高既定赔偿金额，即 25,000 迪拉姆”。

15. 此外，在评估赔偿金时，还考虑了提供出售假冒商品的交易商类型。实际上，这种赔偿可能会大相径庭，取决于被告是提供大批量出售的大型专业交易商，还是仅销售有限数量此类假冒商品的小商贩。在这些案件中，大多数裁决都是判定最低 50,000 迪拉姆的既定赔偿金。这种情况下，应当注意的是，法院判定的任何赔偿金额不得低于 50,000 迪拉姆，即使它认为这与被告的资源不成比例，例如，仅从被告人店铺中查获了数量有限的假冒商品，其年利润不超过 50,000 迪拉姆。

六、善意和恶意对赔偿金评估的影响

16. 关于假冒行为的意图因素及其对赔偿金评估的影响，摩洛哥立法和司法机构对这两种情况做了区分。被告人是制造假冒产品的自然人或者法人的，无论是出于善意还是恶意，均必须支付上述赔偿金。这条规则的基本原理不言而喻，因为制造商是假冒行为链条中的第一个环节，并且是侵权活动的主要负责人。显而易见，不法行为的起源必须受到更严格的法律框架的约束。

17. 另一方面，也有来自“非制造业”的被告，在其店铺内查获了被销售或提供出售的假冒商品。为了避免支付赔偿金，这类被告经常努力体现他们的善意，声称他们并不知道相关商品带有伪造商标。但是，作为摩洛哥法理学的一般原则，销售商品的专业交易商被认为具有区分真品赝品的技术能力，只要他们有能力通过价格、质量或来源了解他们正销售的商品的性质，就不得声称具有善意。

18. 最后，另一种赔偿方法是要求侵权人支付相当于从商标所有人那里获得使用许可的费用的金额。这种方法被许多国家采用，但不适用摩洛哥。实际上，一些法学家对这种方法的法律依据进行了批判。在此方面，请参阅 Ghassan Branpo 博士的“商标法律制度：比较研究”，在其中，此类判决被视为商标的强制许可，对侵权人有利，因为他们仅须支付从商标所有人那里获得使用许可的费用，就好像他们从一开始就已做到似的。这将使侵权人与获得使用该商标的合法使用许可的合法交易商享有相同的地位，而合法的被许可人须承担广告费用，并受商标所有人的严格质量监管。

联合王国确定知识产权侵权的损害赔偿额的经验

撰稿：高等法院知识产权企业法庭地区法官 Alan Johns 先生，联合王国伦敦*

摘 要

知识产权（IP）权利人有权因其知识产权受到侵犯而获得损害赔偿，而无需对侵权人一方有任何了解。此外，法律为造成的损害提供了有效的补救措施，即谈判损害赔偿——即使无法确定常见之类损失。在此类判例中，以对允许损害而合理索赔金额来判给损害赔偿金。这一金额是通过设想权利人与侵权人之间的假设性谈判而得出，而且对法庭而言则属基于证据的问题。在侵权人故意犯下侵权行为的案件中，法院可判给额外的损害赔偿金。谈判损害赔偿金或额外损害赔偿金均非惩罚性。补偿“精神损害”的赔偿范围则很有限。

一、 引 言

1. 本文讨论了英格兰和威尔士的法律，并试图叙述当前确定侵犯知识产权的损害赔偿额的方法，以及涉及侵权人利润详细报告的不同补救措施。可以看出，在每个判例中，损害赔偿额的评估都是就现有证据向法院提出的问题。此项工作依照明确原则进行，但往往不精确，涉及基于法庭获得的材料的司法评估。

二、 选择损害赔偿

2. 在知识产权被侵权的情况下，权利人有选择权。他们可就侵权对其造成的损害而要求赔偿，或者选择要求侵权人对侵权行为所获利润的详细报告。

3. 利润详细报告是对损害赔偿的不同补救措施。其目的是防止侵权人的不当得利，而不是赔偿知识产权权利人的损失。侵权行为是否造成损失的问题不同于侵权人是否从侵权行为中获得利润的问题。因此，权利人或许因损失方式而遭受的损失后果则与利润详细报告无关¹。

4. 为了使索赔人能作出知情选择，一旦认定了侵权行为，其做法是指示侵权人提供有关其侵权获利的资料。在过去，索赔人通常会要求损害赔偿，但最近的经验显示，越来越多的判例选择了利润详细报告²。

5. 在利润详细报告上，法庭责令侵权人向权利人支付法庭所判定的侵权人从侵权行为中获得的利润。简言之，该裁决涉及评估侵权销售的毛利，并确定哪些费用可被适当扣除。法庭为算出实际利润而扣除费用的做法是：侵权人可以 (a) 扣除只与侵权行为相关的成本，和 (b) 侵权人完全归因于侵权活动的开销比例³。

三、 获得损害赔偿的权利

6. 获得损害赔偿的权利并非取决于表明侵权人方面的任何有罪资料。

* 本文件表达的观点为作者的观点，不一定代表产权组织秘书处或成员国的观点。

¹ 见 000 Abbott 诉设计展示有限公司 [2016] 英格兰和威尔士上诉法庭 Civ98。

² 见岛屿唱片有限公司诉特林国际公司 [1996] 1 WLR 1256。

³ 见 000 Abbott 诉设计展示有限公司 [2017] 英格兰和威尔士高等法院 932 (知识产权企业法庭)。

7. 虽然在外观设计案例以及版权和专利方面存在无罪辩护，但这种辩护范围很窄，而且罕见得以确立。在 *Kohler Mira 有限公司诉 Bristan 集团有限公司*（[2014] 英格兰和威尔士高等法院 1931（知识产权企业法庭））判例中，法庭驳回了基于 1988 年《版权、外观设计和专利法》第 233 条第（1）款的论据，其中规定“在证明被告人侵权时不知道、且没有理由相信该外观设计权利存在于该物品所涉及的外观设计的的情况下，[索赔人]无权因其所受损害获得赔偿”。Hacon 法官阁下说：

“我认为这一论点的谬论误在于：在正常过程中，被告在遇到一件物品时没有理由相信存在着外观设计权。在工业品的背景下，通常情况并非如此。如果被告从海滩上拾起一块石头，显然理智的人在在此情况下没有理由相信这个石头有外观设计权。相比之下，或许他有充分理由推测一件工业品中存在外观设计权。”

四、 损害赔偿金属于补偿性

8. 那么如何确定损害赔偿额？基本原则是它们属于补偿性，将使索赔人回到侵权发生前的原状。在 *通用轮胎橡胶公司诉费尔斯通轮胎橡胶有限公司*（[1975] 1 WLR 819）判例中，Wilberforce 勋爵指出，一般规则是“损害赔偿额的衡量标准应尽可能地使受害方得到与他没被侵权而本应具有的状况相同的金额”。他表达了评估这些损害赔偿额的基本原则之一：“被告人是违法者，损害赔偿额应该得到自由评估，但目的是赔偿原告而不是惩罚被告”。

9. 这些原则的适用则简单明确，其中侵权的影响是知识产权权利人的销售被分流（尽管可能存在计算困难）。在这些判例中，权利人将获得赔偿的损失是其利润损失，主要是知识产权权利人而不是侵权人进行销售而实现的利润。它还可能包括他们因被侵权而被迫降低价格所遭受的自方销售的利润损失。

10. 在裁定损失了多少利润时，法庭首先就索赔人本可占被告人的多大销售比例形成意见。然后必须裁定会产生多少额外费用。在这样做时，法庭将考虑到这一事实，即，失去机会的销售属于“额外生产”，只有某些特定的额外成本才能与额外的销售相关。然而，它还虑及这样的事实，即在实践中，成本确实随着生产而增加⁴。

五、 谈判损害赔偿金

11. 如何处理那些销售没被分流的案例？

12. 通过采用与不动产案例相似的方法来提供答案。如果侵入者利用其他人的土地，土地所有者有权获得损害赔偿金，这与可能合理地要求允许此类使用的金额相等。

13. 对侵犯知识产权的侵权行为也有类似依据的损害赔偿。此类损害赔偿目前被称为“谈判损害赔偿金”，并被视为“为损失提供赔偿，尽管不是常见之类损失”。理由是，侵权者“不劳而获，所有者有权要求侵权者为此付款”⁵。

14. 与不动产案例一样，损害赔偿金可以是合理收取许可费金额，并要求法庭评估知识产权权利人与侵权人之间的假设交易或谈判结果⁶。

⁴ 见 *Ultraframe (联合王国) 有限公司诉 Eurocell 建筑塑料制品有限公司* [2006] 英格兰和威尔士高等法院 1344 (Pat)。

⁵ 见 *Morris-Garner 诉 One Step (Support) 有限公司* [2018] 联合王国最高法院 20。

⁶ 见 *通用轮胎橡胶公司诉费尔斯通轮胎橡胶有限公司*。

15. 在所有判例中，该评估是法庭对证据的评估。正如 Wilberforce 勋爵在通用轮胎橡胶公司诉费尔斯通轮胎橡胶有限公司的判例中所述，“最终程序是对现有依据的司法评估程序”。

16. 或许根据证据可确定特许权使用现行费率。但是“必须证明支付现行费率的情况与专利权人和侵权人被假定讨价还价的情况相同或至少相当⁷”。

17. 如果无法确定现行费率，评估可能会更加困难。

18. 适用于假设性谈判的原则包括以下内容：

- 一方或双方实际上未达成协议则无关紧要。
- 假设许可适用于侵权期。
- 法庭将考虑当事方当时所处情况。
- 如果侵权人在假设谈判时有可用的非侵权替代方案，则将考虑该替代方案。
- 替代方案无需具有侵权使用的所有属性。
- 但法庭不会虑及当事人的财务状况或性格特征⁸。

19. 很明显，这不是精确的做法。它被形容为有时涉及“运用良好的想象力和板斧的实践⁹”。

六、 额外的损害赔偿金

20. 虽然如前所述，获得损害赔偿金的权利并非取决于显示有罪知情，但在知道侵权的情况下，可能存在额外的损害赔偿金。Directive 2004/48/EC 第 13 条第(1)款(a)项允许在考虑到“侵权人获得不正当利润”的情况下，追回进一步的损害赔偿。

21. 这些措施仍然不属惩罚性的。据说，如果法庭认为损害赔偿金或者利润详细报告的金额不能充分补偿索赔人遭受的实际损害，则可使用这些赔偿措施。第 13 条第(1)款(a)项允许法庭裁定与侵权行为产生的不公平利益相关的额外金额¹⁰。

22. 一个实例(在 Henderson 诉环球唱片有限公司判例中提供)：

“如果被告没从侵权行为中获得直接的经济利益—那么利润详细报告就没有什么用处—但是他的业务在为吸引顾客而亏本出售商品的侵权背后扩大了数量和/或声誉。对于索赔人而言，除了失去销售机会外，由于竞争对手企业的扩张，索赔人可能会有进一步损失。这种扩张不会构成被告在通常直接意义上的利润，但它将是或有利润，因此仍属不正当利润。”

⁷ Wilberforce 勋爵在通用轮胎和橡胶公司诉费尔斯通轮胎和橡胶有限公司判例中的引语。

⁸ 见 32Red plc 诉 WHG(国际)有限公司[2013]英格兰和威尔士高等法院 815 (Ch)。

⁹ 32Red plc 诉 WHG(国际)有限公司判例中的引语。

¹⁰ 见 Henderson 诉环球唱片有限公司[2014]英格兰和威尔士高等法院 3087 (IPEC)。

七、 精神损害

23. 第 13 条第(1)款(a)项还允许法庭在知道侵权的情况下，对“侵权行为对权利人造成的精神损害”给予赔偿。但法庭已经裁定此类裁决的范围有限。“关于‘精神损害’的一个明确问题是，它不涉及经济因素。我认为它很可能只在非常特殊的情况下才发生¹¹”。

24. 在科勒米拉有限公司诉 **Bristan** 集团有限公司的判例中提供了此类情况的实例：

“如果被告打算通过在互联网上公开私人悲伤的照片而侵犯照片版权，则不可能为被告带来任何利润，也不会为版权所有者带来经济损失。但引起的情绪压力可能很严重。在此类情况下，第 13 条第(1)款(a)项将允许法庭判给版权所有者适当赔偿，英格兰迄今为止尚未提供此类赔偿。”

¹¹ 同上。

国际知识产权保护协会（AIPPI）经济救济量化研究报告

撰稿：国际知识产权保护协会（AIPPI）助理总报告人 Ari Laakkonen 博士，瑞士苏黎世*

摘 要

国际知识产权保护协会（AIPPI）于 2017 年 10 月完成了“经济救济量化研究报告”，本文对 AIPPI 国家和地区分会在研究过程中强调的主要问题进行了总结。讨论的重点是对损害赔偿（侵权给权利人造成的实际利润损失）和合理使用费（以合理使用费相对于侵权人非法销售估算出的损害赔偿额）的量化。讨论还针对附带商品和包含侵权部分的商品，以及未来损失的损害赔偿进行追偿所适用的原则。对利润所得索赔数额的量化，即侵权人侵权所得的非法利润额不在本研究范围之内。

一、关于 AIPPI

1. 国际知识产权保护协会（一般简称为“AIPPI”）是世界领先的国际非政府组织，致力于发展和完善知识产权保护法律制度。
2. 它是一个政治上中立的非营利性组织，于瑞士成立，目前拥有超过 9,000 名会员，代表逾 125 个国家。AIPPI 的宗旨是在国际和国家层面改善和推动知识产权保护。它致力于制定、扩展和完善国际和地区知识产权条约和协定，以及国家知识产权法律，以实现这一宗旨。它的运作方式是，对现有国内法进行研究，并提出在国际上实现这些法律相互协调的措施。AIPPI 适时向主要法院和立法机构提交意见，以倡导加强知识产权保护。

二、AIPPI 经济救济量化研究报告

3. 为回应 AIPPI 总报告人编制的经济救济量化问题调查问卷¹，AIPPI 国家和地区分会提交了 40 份报告，提供了有关国家和地区法律的详细信息和分析。这些报告经由 AIPPI 总报告人审阅，并汇总成一份“总结报告”²。在 2017 年 10 月于悉尼举行的 AIPPI 全球大会上，AIPPI 执行委员会在专门的研究报告委员会和全会上进行讨论后，就该事项通过了一项决议³。
4. 本文总结了 AIPPI 国家和地区分会强调的与量化损害赔偿相关的主要问题，主要涉及对侵权销售的损害赔偿。未对销售之外的侵权行为相关的经济救济量化问题予以详细考虑。例如，其中可能包括进口、保管、储存、仓储和供销等行为所引起的损害赔偿。希望对这些非销售行为造成的损害赔偿进行量化能成为 AIPPI 未来研究报告的主题。

三、损害赔偿：原则

5. 在原则方面出现的主要问题是，损害赔偿是否应反映权利人遭受的损害，或是侵权人因侵权行为所得的非法利润。

* 本文件中表达的观点为作者的观点，不一定代表产权组织秘书处或成员国的观点。

¹网址：<http://aippi.org/wp-content/uploads/2017/01/FINAL-website-version-Quantification-of-monetary-relief.pdf>。

²网址：http://aippi.org/wp-content/uploads/2017/08/Summary-Report-Quantification-of-monetary-relief_16August2017.pdf。

³网址：http://aippi.org/wp-content/uploads/2017/10/Resolution-on-Quantification-of-monetary-relief_English.pdf。

6. 各分会似乎已经达成共识，即存在几种量化实际损失的不同方法，至少包括：（1）量化权利人损失的销售额/利润；（2）采用混合方法，量化权利人损失的销售额，但采用侵权人的利润率来计算这些销售额；以及（3）对合理使用费进行评估。方法（2）和方法（3）是方法（1）的替代。

7. 各国家分会还指出，如果侵权导致了价格下跌，则权利人遭受的损失可包括由价格下跌所致的利润损失或减少。

四、损害赔偿：追偿不足或过度追偿

8. 仅对权利人的销售损失进行估值存在缺点，即它涉及量化可能发生但事实上从未发生的销售。因此，它本质上是不精确的。此外，在下述情况下，补偿额可能存在很大变数：

- 在权利人仅仅刚推出所涉产品的情况下，权利人的销售损失实际上可能很少，这可能会导致侵权补偿额很低，可能远低于对所涉知识产权权利进行执法的成本；
- 在侵权行为给权利人造成巨大销售损失的情况下，对损害赔偿的量化可能导致权利人获得与侵权规模不成比例的补偿。

9. 在第二种情况下，尽管侵权人可能会震惊于所致损害赔偿的规模，但是没有一个国家分会认为超出预期的高额补偿是一个问题。与之相反，追偿不足似乎是很多分会关切的问题。

10. 参考权利人的利润损失量化损害赔偿也存在潜在的缺点，即如果证据不够有力，法院可能不愿接纳销售损失的证据。这使得权利人不得不提供有力的证据证明某些没有发生的事，这在实践中可能很困难，并且可能导致追偿不足。在极端情况下，法院可能因无法证明损失确实足够高的理由，拒绝作出任何损害赔偿命令。

11. 在追偿的损害赔偿低于诉讼费用的情况下，追偿不足也是一个突出问题，特别是在胜诉方无法从败诉方收回成本的情况下。

12. 国家分会确认了下述若干解决权利人利润损失追偿不足的方式：

- 提供强有力的机制，使权利人能够从侵权人处获得证据；
- 提供强有力的机制，保护权利人向法院提供的损害信息的机密性。如果进入公有领域的信息造成的商业损害可能超过权利人寻求追偿的损害赔偿，权利人实际上可能会被迫隐瞒信息；
- 美利坚合众国分会特别提出对版权侵权的法定损害赔偿，以及在专利侵权情况下针对故意侵权加重损害赔偿；
- 大多数分会通过参考侵权人的销售情况确定合理使用费，但是仍旨在估算权利人的许可收入损失，因此目的仍是估算权利人的损失；以及
- 在某些司法辖区，允许权利人参考侵权人所得利润（包括侵权人的利润率）估算其损失。

13. 所有分会都赞同，让权利人完全得不到损害赔偿是非常不可取的，符合逻辑的结果是，即使可用的证据数量相对较少，法院也应有能力估算损害赔偿额。

14. 约半数分会报告说，在合理情况下，可以给予惩罚性赔偿。但是，正如随后的决议所反映的，大多数分会不希望走得太远，以至引入过高的损害赔偿，或其他可能在极端情况下过度补偿追偿不足的其他机制，因为损害赔偿在某种程度上应该是对权利人所遭受损失的估算，而不是侵权人所得的非

法利润。追偿不足的缺点是显而易见的，但是过度追偿的缺点却并不这么明显。允许权利人过度追偿可能会最终为他们带来不成比例的优势，鼓励旨在仅为变现所涉知识产权资产而进行的诉讼。

五、权利人的利润损失：要考虑的因素

15. 就评估与权利人利润损失相关的因素达成了良好共识。主要重点在于估算因侵权而从权利人处转移至侵权人处的销售额。适用于很多司法辖区的共同因素的非详尽清单包括：

- 当事双方的竞争性产品或服务（例如，外观设计、质量、价格、销售渠道）之间的相似性和差异性；
- 市场上替代产品或服务的可获得性；
- 权利人满足需求的能力；
- 当事双方的销售、服务和质保服务；
- 地理覆盖面；
- 当事双方在市场上的声誉；
- 广告花费；
- 产品或服务的价格；以及
- 侵权销售发生后权利人营业额的变化。

16. 在未发生转移的情况下，例如，权利人尚未在市场上推出产品，相关的将是其他因素。

六、合理使用费

17. 在大多数司法辖区，可以通过相对于侵权销售的合理使用费来量化损害赔偿。就任何单一侵权行为而言，应不可能既获得损害赔偿，又获得合理使用费。其原因是，合理使用费是在无法量化损害赔偿时对损害赔偿的替代，同时获得损害赔偿和合理使用费将使权利人因相同损失获得两次赔偿。

18. 若干分会（主要以普通法为基础）的案例法规定，在评估合理使用费时适用的原则是，该使用费应是当事双方之间假设协商中达成的合理使用费，并且尽管当事双方的真实身份是权利人和侵权人，但是应被视为分别是有意愿的许可方和被许可方，而忽视一方或双方实际上不会同意许可诉争知识产权的事实。合理使用费应以诉争知识产权权利有效且被侵权为基础进行评估。

19. 但是，大量分会认为，应当通过许可期限这样的各种数据点对许可进行简单估值来确定合理使用费。特别是，一些分会认为使用费作为权利人遭受损害的替代，并非必须像这样是“合理”使用费，可以只是估算权利人损害赔偿额的补偿性使用费。还没有任何情况能明确这两个概念之间有什么区别，问题（如果存在）可能在于合理使用费还不够高/“合理”到提供足够的补偿。

20. 无论涉及何种理论基础，各分会都普遍支持列出下述相关因素的通用清单以供纳入考虑：

- 与诉争知识产权权利相同的知识产权权利的其他许可协议（但要适当考虑这种其他许可协议协商的情况，尤其是（但不限于）是否已确定诉争的知识产权权利被侵权和/或有效）；
- 与诉争知识产权权利类似的知识产权权利的其他许可协议；

- 未侵权替代品的成本；
- 与替代品相比，诉争知识产权权利的优势（包括替代品适用的任何许可费）；
- 包含诉争知识产权权利的产品或服务的盈利能力；
- 诉争知识产权权利的开发成本；以及
- 当事方事先未对许可进行讨论和/或进行讨论的情况。

七、附带商品和多组成部分产品

21. “附带商品”这一表述用于指代与侵权商品一同销售的不侵权商品。在诉争的知识产权权利涉及侵权人销售的多组成部分产品或服务中的一部分，而且该部分是较大的多组成部分产品的组成部分之一时，就会出现类似问题。

22. 附带商品的实例很易于找到，并且很普遍。举例来说，不带商标的不侵权左脚鞋可能与带有商标的侵权右脚鞋一起销售。如果只根据侵权右脚鞋的价值单独评估损害赔偿额，侵权人会决定少销售单只右脚鞋，多销售不侵权的左脚鞋，从而人为地降低损害赔偿额。只要能显示出因果关系，就可以通过允许附带商品追偿损害赔偿来阻止规避损害赔偿。虽然只有相对少数分会报告说，它们目前有司法判决，允许为附带商品追偿损害赔偿，但各分会普遍支持这样一项原则，即如果不侵权商品的销售是侵权商品销售产生的结果，则附带商品应能追偿损害赔偿。

23. 实质上，要求显示因果关系的测试适用于与多组成部分产品相关的情况。应在评估诉争知识产权权利所拥有的价值（以及通过计算利润损失或合理使用费得出的补偿额）时，考虑多组成部分产品或服务中侵权部分在多大程度上为消费者需求提供了基础。举例来说，在销售汽车时，很容易想象，与单个螺母和螺栓相比，对汽车更大的需求是由汽车发动机创造的，即便这些螺母和螺栓广泛用于汽车的构造中。在两种情况下，重要问题是消费者对于整车的需求在多大程度上是由集成在汽车中的部件驱动的。

八、未来损失

24. 普遍得到支持的原则是，在评估损害赔偿时，应该考虑到权利人在判给损害赔偿之日后，将持续遭受的未来损失的现值。

25. 对未来损失的损害赔偿可以多种方式进行量化：例如，通过评估侵权人未来销售额计算合理使用费，或者通过量化权利人未来销售损失计算一个总额。

26. 在损害赔偿同时还颁布禁令这一简单事实，并不意味着不会有未来损失。

27. 这反映了实际情况，即尽管禁令可以中止侵权行为，但是可能无法阻止权利人遭受进一步损害。侵权行为导致价格下降或者市场份额损失，并且可能需要更长时间来恢复价格或市场份额（如果最终可能的话），例如这样的情况都可能导致进一步损害。

28. 据很多国家分会报告，虽然其国内法原则上允许为未来损失追偿损害赔偿，但实际上很难证明未来损失的数额。

九、结 论

29. 从国家分会的报告中可以看出，法院面临下述多个方面的重要问题：

- 如果权利人无法充分获取侵权人占有、保管或控制的信息和文件，可能很难证明损失；
- 在某些情况下，即使可能获得的最佳信息也仅能给法院提供局部情况，法院需要随时准备依据可获得的信息量化损害赔偿，而不会让权利人过度追偿或追偿不足，即使这种量化不能产生可以确认的精确数字；
- 应当保护权利人商业信息的机密性，使其能够向法院披露此类信息，以用于量化损害赔偿。特别是，权利人不应因向法院披露商业信息而遭受进一步损失。

30. 各国家分会法律制度的一个普遍特点是，在量化损害赔偿（利润损失和合理使用费）时应纳入考虑的因素不应受限制。这些因素通常是高度事实敏感性的，对可接纳证据的严格限制可能会导致量化不准确。

31. 在量化损害赔偿时应纳入考虑的信息，应将评估权利人所受损害有关的所有方面都包括在内，无论是参考权利人的损失，还是参考相对于侵权人销售的合理使用费。

[文件完]