

# 专利侵权损害赔偿确定的 举证规则与证明标准

——松下电器产业株式会社诉珠海金稻电器有限公司、  
北京丽康富雅商贸有限公司侵害外观设计专利权纠纷案

苏志甫\*

**内容摘要** “发挥司法保护知识产权的主导作用”是《国家知识产权战略纲要》从国家战略决策的角度对于知识产权司法保护的定位。但“举证难、赔偿低”这一普遍性问题的存在制约了司法保护知识产权主导作用的发挥。上述问题的普遍性、长期性存在多方面原因，其根本解决在于制定一套符合知识产权诉讼特点的举证规则。就专利权的司法保护而言，举证规则设计的核心在于充分考虑专利权无形性、侵权行为隐蔽性等特点合理确定证明责任和证明标准。在专利侵权损害事实的认定上，应充分考虑专利权的特点、当事人举证能力以及便于最大化查清事实、加大专利权保护等因素，合理运用优势证据原则，引导双方当事人积极举证。确定优势证据原则在具体案件中的适用标准将在很大程度上决定司法保护专利权的力度，同样也将对“举证难、赔偿低”问题的解决产生直接影响。

**关键词** 司法保护 损害赔偿 举证规则 证明标准

## 一、案情梗概与裁判要旨

### (一) 案情

涉案专利是名称为“美容器”的外观设计专利，授权公告号为 CN302065954S，专利权人为原告松下电器产业株式会社（简称松下株式会社），申请日为 2011 年 6 月

\* 北京市高级人民法院审判员、主审法官，本案二审承办法官。

1 日,授权日为 2012 年 9 月 5 日。涉案专利用途为用于产生例如蒸汽、负离子来滋润肌肤和头发等;设计要点为产品的形状,最能表明设计要点的图片为主视图。

2014 年 8 月 22 日,松下株式会社代理人在 [www.jd.com](http://www.jd.com) 网站上被告北京丽康富雅商贸有限公司(简称丽康公司)经营的“丽康富雅”店铺在线购买了上两台单价为 285 元的“金稻离子蒸汽美容器 KD-2331”。上述产品包装上显示生产厂商为被告珠海金稻电器有限公司(简称金稻公司)。同时,金稻公司的官方网站(网址为 [www.zhkingdom.com](http://www.zhkingdom.com))产品展示栏目中亦显示有上述产品。

涉案专利与涉诉侵权产品的相同点为:机身的形状相同,喷嘴的朝向、弯曲弧度及喇叭口形状相同,控制键及盾形结构相同。区别点为:涉案专利没有提手,涉诉侵权产品分为有提手和无提手两种;涉案专利底座与机身结合部分仅为略微向内收窄,而涉诉侵权产品底座部分有一圈较为明显的斜向下的凹槽;涉案专利电线插口为插入式连接,涉诉侵权产品则无插口设计,而是固定的电线连接;涉案专利底座底面封闭、平整,而涉诉侵权产品底座有四个支脚以及圆形散热孔。

2015 年 1 月 7 日,松下株式会社代理人在公证人员监督下在 [www.taobao.com](http://www.taobao.com) 网站输入“KD2331”进行了搜索,按照销量排序后进行了统计并列出明细,显示销售数量共计 140 918 件;在 [www.alibabao.com.cn](http://www.alibabao.com.cn) 网站输入“kd2331”进行了搜索,按照销量排序后进行了统计并列出明细,显示销售数量共计 18 256 535 件;在 [www.jd.com](http://www.jd.com) 网站输入“kd2331”进行了搜索,按照销量排序后进行了统计并列出明细,显示销售数量共计 13 897 件。松下株式会社还提交了证明其诉讼合理支出的相应证据。

二审诉讼中,金稻公司表示其仅认可京东商城和天猫商城上“金稻旗舰店”销售的产品系该公司生产,其他网站上销售的涉诉侵权产品 80% 以上是假货,并非该公司生产,且网络上显示的销售数量存在刷单情况,多数为虚数。一审法院依据网络销售数量支持松下株式会社的赔偿请求,缺乏合理依据。但金稻公司未就其上述主张提供相应证据。

原告松下株式会社诉称:松下株式会社系名为“美容器”外观设计专利的专利权人。金稻公司生产、销售、许诺销售及丽康公司销售的“金稻离子蒸汽美容器 KD-2331”侵犯其外观设计专利权,请求判令:二被告停止侵权;销毁有关涉诉侵权产品的宣传资料及删除涉诉侵权产品的宣传内容;金稻公司销毁涉案模具和专用的生产设备及涉诉侵权产品库存,回收未销售涉诉侵权产品并进行销毁;金稻公司赔偿经济损失人民币 300 万元,二被告共同赔偿合理支出人民币 20 万元。

被告金稻公司辩称:一、金稻公司只生产带有提手的被控侵权产品,并不存在松下株式会社所称的不带提手的被控侵权产品;二、将被控侵权产品与涉案专利相比对,二者的整体视觉效果存在显著区别,不具有相似性;三、被控侵权产品拥有外观设计专利,且已提交外观设计专利权评价报告,评价报告已经排除被控侵权产品所依据的专利与涉案专利相似的可能性。故请求驳回松下株式会社的诉讼请求。

被告丽康公司辩称:丽康公司仅进行了销售,且尽到了合理注意义务;被控侵权

产品与涉案专利存在很大差异，并不构成侵权，松下株式会社的诉讼请求应予驳回。

## （二）一审判决

一审法院北京知识产权法院经审理认为：松下株式会社提交的外观设计专利证书可以证明，松下株式会社系涉案专利的专利权人，有权就他人未经许可以法律禁止的方式实施其专利的行为提起诉讼。涉案专利的名称为“美容器”，用途为产生蒸汽、负离子来滋润肌肤和头发等，被诉侵权产品同样是离子蒸汽美容器，二者属于相同产品。经对比，被诉侵权产品与涉案专利外观设计存在的差异对二者的整体视觉效果并不产生实质的影响，二者属于相似的外观设计。金稻公司和丽康公司关于被诉侵权产品与涉案专利不构成相近似外观设计的抗辩缺乏事实依据，不予采信。松下株式会社从丽康公司在京东网上经营的商铺公证购买到被诉侵权产品，购买的被诉侵权产品包装上显示生产厂商为被告金稻公司及相关地址，上述信息与金稻公司的信息相匹配，可以认定金稻公司实施了制造和销售行为，丽康公司实施了销售被诉侵权产品的行为。松下株式会社虽然主张金稻公司还制造了不带提手的涉案产品，但未公证购买到相应的被诉侵权产品。但是，根据包装盒上的显示以及涉案公证书的记载，金稻公司、丽康公司网站上将带提手的被诉侵权产品以及不带提手的被诉侵权产品作为销售的商品进行了宣传，而且网站、包装上的图案能够反映出被诉侵权产品的具体形状和结构，故二被告对上述两种被诉侵权产品均实施了许诺销售的行为。综上，金稻公司在未经松下株式会社许可的情况下，实施了制造、销售及许诺销售被诉侵权产品的行为；丽康公司在未经松下株式会社许可的情况下，实施了销售及许诺销售被诉侵权产品的行为。

金稻公司提交的其外观设计专利证书所载明的申请日为2013年8月30日，晚于涉案专利的申请日，在被诉侵权产品的外观设计已被认定与涉案专利的外观设计相近似的情形下，可以认定金稻公司实施其外观设计专利的行为侵犯了松下株式会社在先的外观设计专利权。金稻公司的该项抗辩不能成立。本案中，金稻公司据以抗辩的专利权评价报告并非针对松下株式会社的专利权，虽然该专利权评价报告得出结论是金稻公司专利所涉及产品在整体结构、新增提手部位以及喷嘴外圈等设计，导致整体有较大区别的结论。但是，该结论的得出并未将涉案专利作为比对的对象涵盖其中，故专利权评价报告的结论不能作为本案的证据予以采信。

专利法第65条规定对赔偿数额的确定规则进行了详细而明确的规定。专利权受到侵害而遭受的损失属于可得利益的损失，与物权受到侵害不同，并不存在权利载体遭受损害的情形。在主张实际损失方面具有难以举证的特点。但是松下株式会社为自己的主张并未怠慢，而是积极进行举证。松下株式会社通过公证的方式不仅证明了二被告未经许可通过网络销售、许诺销售被诉侵权产品，还将淘宝网、京东网、阿里巴巴等主要电商平台上销售被诉侵权产品的销售数据进行了固定。松下株式会社购买被诉侵权产品的发票以及网络商铺的标价可以初步证明被诉侵权产品平均价格260元左右的事实。现有证据可以证明金稻公司销售、许诺销售被诉侵权产品的获利，故松下

株式会社依据网上显示销量及平均价格,按照上述数据主张三百万元赔偿数额具有合理的理由。此外,松下株式会社为制止侵权行为所支付的合理开支,丽康公司作为销售方,在得知本案诉讼后,依然未停止,对诉讼中的支出部分应当共同承担。本案中,松下株式会社未举证证明金稻公司存在专为生产被诉侵权产品的模具和生产设备,对其关于销毁模具和专用生产设备的主张不予支持。

综上所述,一审法院依照专利法第 11 条第 2 款、第 59 条第 2 款、第 61 条、第 65 条之规定,判决:一、金稻公司立即停止制造、销售、许诺销售侵权产品;二、丽康公司立即停止销售、许诺销售侵权产品;三、金稻公司、丽康公司删除侵权产品的全部宣传资料及删除二被告网站中有关侵权产品的宣传内容;四、金稻公司自一审判决生效之日起十日内赔偿松下株式会社经济损失共计人民币三百万元;五、金稻公司、丽康公司自一审判决生效之日起十日内连带赔偿松下株式会社为制止侵权行为所支付的合理开支共计人民币二十万元;六、驳回松下株式会社的其他诉讼请求。

2015 年 11 月 20 日,一审法院依照《中华人民共和国专利法》第 11 条第 2 款、第 59 条第 2 款、第 61 条、第 65 条之规定,判决:一、金稻公司停止制造、销售、许诺销售侵权产品;二、丽康公司停止销售、许诺销售侵权产品;三、金稻公司、丽康公司删除侵权产品的全部宣传资料及删除二被告网站中有关侵权产品的宣传内容;四、金稻公司赔偿松下株式会社经济损失共计人民币三百万元;五、金稻公司、丽康公司连带赔偿松下株式会社为制止侵权行为所支付的合理开支共计人民币二十万元;六、驳回松下株式会社的其他诉讼请求。

### (三) 二审判决

一审判决后,金稻公司、丽康公司向北京市高级人民法院提起上诉,二审法院对原审法院查明的事实予以确认。另,二审诉讼中,金稻公司表示其仅认可京东商城和天猫商城上“金稻旗舰店”销售的产品系该公司生产,其他网站上销售的被诉侵权产品 80% 以上是假货,并非该公司生产,且网络上显示的销售数量存在刷单情况,多数为虚数。一审法院依据网络销售数量支持松下株式会社的赔偿请求,缺乏合理依据。但金稻公司未就其上述主张提供相应证据。

二审法院认为:本案的争议焦点在于:一、被诉侵权产品的外观设计是否落入涉案专利权的保护范围;二、一审判决关于赔偿数额的确定是否恰当。

关于争议焦点一。鉴于各方当事人对于一审判决关于涉案专利产品与被诉侵权产品属于相同种类产品的认定均未提出异议,经审查予以确认。二审的核心在于外观设计是否相近似。判断外观设计是否相同或相近似时,应当以整体观察、综合判断为原则,以外观设计产品的一般消费者为判断主体,以产品外观设计整体视觉效果相同或者近似作为判断标准。将涉案专利设计图片分别与两款被诉侵权产品实物或照片相对比,综合考虑涉案专利与被诉侵权产品的全部设计特征及其对整体视觉效果的影响,可以认定二者的整体视觉效果相近似,被诉侵权产品落入涉案专利权的保护范



围。根据松下株式会社举证情况,可以认定金稻公司实施了制造、销售、许诺销售行为,丽康公司实施了销售、许诺销售行为。

关于争议焦点二。考虑到专利权损害举证难,与专利侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握,如果权利人在其举证能力范围内就侵权人的获利情况进行了充分举证,且对其所请求经济损失数额的合理性进行了充分说明的情况下,侵权人不能提供相反证据推翻权利人赔偿主张的,人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。对于有充分的证据证明权利人的损失或者侵权人的获利已经明显高于法定赔偿限额,尽管不能以一对一的证据精确计算出具体金额,但如果权利人能够说明其请求的赔偿金额的计算、得出过程,并有相应的证据佐证其合理性的,人民法院可以在法定最高限额以上支持权利人的赔偿请求。

本案中,松下株式会社将其通过公证取证方式固定的在部分电商平台上检索得到的侵权产品同型号产品销售数量之和 18 411 347 台以及该产品的平均价格 260 元作为 300 万元赔偿请求的依据。根据《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》第 20 条的规定,专利法第 65 条规定的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。按照松下株式会社主张的被告侵权产品销售数量总数与产品平均售价的乘积,即便从低考虑每件侵权产品的合理利润,得出的计算结果仍远远高于 300 万元。在上述证据的支持下,松下株式会社主张 300 万元的赔偿数额具有较高的合理性。一审法院全额支持松下株式会社关于经济损失的赔偿请求,具有事实和法律依据,予以确认。虽然金稻公司在二审中主张一审法院确定的赔偿数额不合理,主张除其仅开办的“金稻旗舰店”外,其他网站上销售的被告侵权产品绝大多数为假货,以及网络上显示的销售数量不真实,但其就此未能提供相应证据予以证明,故不予采信。

关于丽康公司承担的赔偿责任。丽康公司作为销售者,其在得知本案诉讼后未停止销售、许诺销售涉案侵权产品的行为,且上述行为在二审期间仍在持续,故原审法院判令其与金稻公司共同承担松下株式会社为制止侵权行为所支付的合理开支,并无不当。

综上,金稻公司、丽康公司的上诉请求均不能成立,应予驳回。

2016 年 12 月 29 日,二审法院依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 170 条第 1 款第(一)项之规定,判决:驳回上诉,维持原判。

## 二、法理分析

2008 年 6 月,国务院发布的《国家知识产权战略纲要》,将“加强司法保护体系”、“发挥司法保护知识产权的主导作用”作为战略重点之一。2014 年 12 月,国务院发布《深入实施国家知识产权战略行动计划(2014—2020 年)》,把“司法保护主导作

用充分发挥”作为主要实现目标之一。“发挥司法保护知识产权的主导作用”这一战略决策提出以来,司法保护知识产权的主导作用日益凸显,但也受到内外各种因素的制约。其中,知识产权损害赔偿制度未对侵权人形成足够威慑;知识产权证据制度不完善造成权利人维权困难等因素均在不同程度上制约了司法保护知识产权主导作用的发挥。司法保护知识产权主导作用的充分发挥,既需要立法的修改完善,又需要司法的改革调整;既需要顶层设计,又需要底层探索。<sup>[1]</sup> 本案是通过个案探索解决“举证难、赔偿低”问题的典型案例,本案的高赔额以及对于专利民事侵权案件中侵权获利证据审查认定规则的总结归纳,对于类似案件具有一定示范意义,对于完善知识产权诉讼证据制度、解决知识产权维权“举证难、赔偿低”的难题具有参考意义。<sup>[2]</sup>

### (一) 专利侵权损害赔偿确定的整体局面及原因分析

《全国人民代表大会常务委员会执法检查检查组关于检查〈中华人民共和国专利法〉实施情况的报告》指出:“专利保护效果与创新主体的期待存在较大差距。专利维权存在“时间长、举证难、成本高、赔偿低”、“赢了官司、丢了市场”以及判决执行不到位等状况,挫伤了企业开展技术创新和利用专利制度维护自身合法权益的积极性。……专利侵权诉讼中确权程序复杂,侵权举证难度大,而判决赔偿额往往无法弥补权利人遭受的损失。”<sup>[3]</sup>

有学者以我国法院 1993 年至 2013 年受理的一、二审专利民事侵权诉讼案件为样本,对搜集到的 1674 份专利侵权案件判决书进行分析,结果显示:发明专利案件的平均判赔金额为 24.31 万元,实用新型专利案件的平均判赔金额为 12.36 万元,外观设计专利案件的平均判赔金额为 6.38 万元。上述数据也表明我国专利侵权案件的判赔数额确实不高。<sup>[4]</sup>

针对外界的评价和呼声,部分法院专门针对知识产权侵权案件的赔偿问题进行了调研。例如,南京市中级人民法院对南京地区法院 2009 年 12 月 20 日至 2015 年 10 月 19 日期间审结的 6774 件一审知识产权民事侵权案件进行了统计分析。其中,判决 1373 件,专利侵权案件的平均支持数额为 27.8 万元,但适用法定赔偿确定赔偿额的专利侵权案件占全部专利侵权案件的 93.86%。长沙市中级人民法院对该院 2010 年 10 月 21 日至 2015 年 12 月 31 日期间以判决形式支持原告诉讼请求的 770 件侵权案件的统计结果显示,适用法定赔偿及当事人未对损害事实举证的案件比例达 98.2%。上述数据充分说明了当前专利侵权诉讼中当事人对于赔偿请求不举证或怠于举证这一现象

[1] 参见陶凯元:《充分发挥司法保护知识产权的主导作用》,载《求是》2016 年第 9 期。

[2] 本案入选 2016 年中国法院十大知识产权案件及北京法院知识产权司法保护年度十大案例。

[3] 该报告系全国人大常委会副委员长陈竺于 2014 年 6 月 23 日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第九次会议上所作的报告。

[4] 参见刘强、沈立华、马德帅:《我国专利侵权损害赔偿数额实证研究》,南湖论坛会议论文集 2015 年印行。

的普遍性，这也是造成专利侵权案件绝对赔偿数额不高的重要原因。

但上述现象的出现不能简单归结为权利人在举证上的消极或懈怠，而应对其深层次原因作进一步探究。其一，专利权的无形性决定了受损害价值的不易确定性。专利权保护客体的无形性，决定了专利权使用的非损耗性，从而导致有时不易确定侵权行为给权利人造成的实际损害。<sup>〔5〕</sup>同时，专利权的无形性导致权利价值、侵权收益难以进行客观、精确的量化评估。例如，《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》第20条第1款规定，因被侵权所受到的实际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。但在实践中，由于影响产品销售的因素众多，权利人往往很难举证证明其专利产品销量下降与专利侵权行为之间的直接因果关系。其二，侵权行为的隐蔽性决定了侵权赔偿相关证据的不易获得性。根据专利法及司法解释的相关规定，权利人的实际损失难以确定的，可以按照侵权人因侵权所获得的利益确定；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。但由于与专利侵权产品相关的账簿、资料通常由侵权人掌握，权利人在客观上往往难以取得关于侵权产品实际销售数量的证据。其三，部分权利人在赔偿问题上举证积极性不高与司法判赔的现状存在一定关系。实践中，一种颇具代表性的观点认为在司法判赔额普遍不高的情况下，与其费时费力、大量举证仍无法精确证明赔偿请求，还不如直接请求法院适用法定赔偿确定赔额。但从裁判者的角度来讲，在当事人不举证的情况下，酌情确定赔偿数额缺乏可供参照的事实因素，较为稳妥的做法就是参照同类案件尤其是本院或上级法院的在先判决，这也是导致专利侵权赔偿绝对数额长期偏低的重要原因。在某种程度上，判赔数额低与当事人急于举证形成了一种互为因果、恶性循环的关系。

此外，在为数不少的案件中，在当事人就其赔偿请求提供了相应证据或者进行了初步举证的情况下，审理法院基于民事诉讼举证责任分配的一般规则、过于强调原告的举证责任，以相关证据不充分或者不足以支持其赔偿主张为由不予采信，进而适用法定赔偿确定赔偿数额，但酌定的赔偿数额通常难以达到权利人的预期。

## （二）专利侵权损害赔偿确定的理念指引与司法政策解读

由于专利的自身价值、创新程度参差不齐，解决专利维权“举证难、赔偿低”的问题，不等于平均提高所有案件的赔偿数额，而是应当与知识产权制度的基本定位相适应。党的十八大明确提出了“实施创新驱动发展战略”。充分发挥知识产权司法保护的主导作用，强化知识产权制度对创新的基本保障作用，是国家创新驱动发展战略实施对知识产权审判提出的任务和要求。由于知识产权所具有的私权属性、市场属性，知识产权的司法保护必须尊重市场规律。在损害赔偿的确定上，应当以驱动创新理念为指引，赔偿数额的确定应当与知识产权的创新贡献度和市场价值相匹配。侵权

〔5〕 张广良：《知识产权侵权民事救济》，法律出版社2003年版，第10页。



损害赔偿只有充分反映知识产权的市场价值,才能实现对创新者的充分救济,让创新者坚定创新信心、提升创新活力。同时,损害赔偿数额的高低只有与知识产权创新贡献的大小相匹配,才能使司法保护起到激励创新、鼓励创造的导向作用。因此,专利侵权损害赔偿的确定,应当坚持以反映专利权市场价值、匹配专利权创新贡献度为指引,恰如其分地给予保护和确定赔偿数额。

最高人民法院陶凯元副院长在2016年全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话中指出:“司法主导、严格保护、分类施策、比例协调”是当前和今后一个时期我国知识产权司法保护的基本政策。《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用切实加强产权司法保护的意见》规定,按照“司法主导、严格保护、分类施策、比例协调”的知识产权司法保护基本政策,加大保护力度,推进知识产权强国建设。根据上述司法政策,首先,严格保护是知识产权司法保护的主基调和基本导向。坚持全面赔偿原则,在法律允许的范围内加大司法惩处力度,降低维权成本,给权利人提供充分的司法救济,使侵权人付出足够的侵权代价,努力营造侵权人不敢侵权、不愿侵权的法律氛围。但同时要注意,严格保护必须严格依法、公正司法,应有其恰当的实现方式和手段,不是超越法律、无原则地盲目提高保护强度。其次,在坚持严格保护基本定位的同时,需要坚持比例协调。知识产权司法保护的范围和强度应与知识产权自身的创新、贡献程度相协调,侵权人的侵权代价与其主观恶性和行为危害性相适应,知识产权保护的水平应与我国的国情实际和发展需求相匹配,实现权利人利益与他人合法权益以及社会公众利益、国家利益的均衡发展。对于重复侵权、故意侵权的行为人,可以根据具体案情酌情确定适当高于市场价值的损害赔偿。对于生产商、制造商等侵权源头领域的侵权行为,要加大打击力度,根据被侵害知识产权的市场价值及对侵权行为人营利的贡献度,提高赔偿数额。对于销售商、市场管理者、网络服务提供者等中间环节、末端环节的侵权行为,则要依据具体情节合理确定其是否应承担侵权责任及所应承担的赔偿数额。

### (三) 专利侵权损害赔偿确定的举证规则与证明标准

一项普遍性法律问题的根本解决需要通过一定的规则设计才能实现。侵权损害后果的大小,属于事实认定范畴。对于专利侵权损害事实的认定,应当通过举证规则及证明标准的完善,确立一套能够解决这一普遍性问题的具体规则。“举证难、赔偿低”问题的根本解决,不在于替权利人举证或者一味地提高法定赔偿数额,而应当是制定一套符合知识产权诉讼特点的举证规则。<sup>[6]</sup>

2016年4月1日起施行的《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》(简称司法解释二)将加大专利权保护力度,尽量解决“周

[6] 宋晓明、王闯、李剑:《〈关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2016年第10期。



期长、举证难、赔偿低”等问题作为指导思想之一。该解释第 27 条规定：“权利人因被侵权所受到的实际损失难以确定的，人民法院应当依照专利法第 65 条第 1 款的规定，要求权利人对侵权人因侵权所获得的利益进行举证；在权利人已经提供侵权人所获利益的初步证据，而与专利侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下，人民法院可以责令侵权人提供该账簿、资料；侵权人无正当理由拒不提供或者提供虚假的账簿、资料的，人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。”上述规定对专利侵权诉讼中有关赔偿数额的举证规则进行了一定程度的完善。专利法第 65 条明确了赔偿数额的计算顺序，即损失、获利、许可费、法定赔偿次第确定。实践中，权利人对其因被侵权所受到的实际损失通常难以举证。依照专利法第 65 条第 1 款，应当进而确定侵权人因侵权所获得的利益。但如前文所述，由于账簿、资料主要由侵权人掌握，权利人通常难以举证证明专利侵权产品的实际销售数量。对此，司法解释二在参考商标法第 63 条第 2 款有关证据妨碍规定的基础上，根据专利权人的初步举证以及侵权人掌握相关证据的情况，将有关侵权人获利的举证义务分配给侵权人，并将此与专利法第 65 条规定的赔偿额计算顺序相衔接。<sup>[7]</sup>根据司法解释二第 27 条的规定，推定权利人关于侵权获利主张成立应符合以下条件：权利人的实际损失难以确定；权利人对被告的侵权获利进行了初步举证；与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握，但其拒不提供。上述举证规则的设计既考虑了专利权损害事实举证难、减轻权利人举证负担，同时也兼顾了民事诉讼一般的举证责任分配规则、举证责任转移以及当事人举证能力等因素。

早在商标法引入举证妨碍规则之前，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》已经在先引入了该规则，其第 75 条规定：“有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据的持有人，可以推定该主张成立。”需要注意的是，举证妨碍规则不是独立于“谁主张，谁举证”证据规则之外的新规则，而是该规则在特定情形下的具体适用，其主要作用在于降低负有举证义务一方当事人举证证明标准的要求，以及在持有证据一方当事人拒不举证时，推定负有举证义务一方当事人的主张成立，当然该推定主要是不利于证据持有人的事实推定。

如前所述，解决“举证难、赔偿低”问题的根本在于制定一套符合知识产权诉讼特点的举证规则，而该规则的核心在于确定证明责任和证明标准，在这一点上，既需要充分考虑专利权无形性、侵权行为隐蔽等特点，也不能违背民事诉讼中证明责任、证明标准确定的一般规则。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉解释》第 90 条规定：“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实，应当提供证据加以证明，但法律另有规定的除外。在作出判决前，当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的，由负有举证证明责任的

[7] 参见前引〔6〕，宋晓明、王闯、李剑文。

当事人承担不利的后果。”该条规定从行为意义上的证明责任和结果意义上的证明责任两个层次对举证证明责任进行了区分。第 108 条规定：“对负有举证证明责任的当事人提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，确信待证事实的存在具有高度可能性的，应当认定该事实存在。对一方当事人为反驳负有举证证明责任的当事人所主张事实而提供的证据，人民法院经审查并结合相关事实，认为待证事实真伪不明的，应当认定该事实不存在。”该条规定了举证证明标准，即通常所说的优势证据原则，也是人民法院审核、认定民事证据的一般标准。通常情况下，如果当事人所举证据达到了优势证据原则的要求，就可以认定其完成了举证责任，对待证事实予以确认。对方当事人反驳该证据的，可以提供相反证据或者否定待证事实存在的可能性，此时，法官应根据双方当事人的攻防情况综合判断当事人是否提供了优势证据。在专利侵权损害事实的认定上，应在遵循上述规定的基础上，充分考虑专利权的特点、当事人举证能力以及便于最大化查清事实、加大专利权保护等因素，合理运用优势证据原则，引导双方当事人积极举证。

#### （四）专利侵权获利证据审查认定的规则与裁判思路

本案的涉案专利是一款“美容器”外观设计专利，具有极高的市场价值，本案的高赔额充分体现了侵权损害赔偿反映、实现知识产权市场价值的司法保护理念。本案中，由于专利权人在一、二审诉讼中均未请求适用举证妨碍规则，故人民法院并未责令侵权人提供与专利侵权行为相关的账簿、资料。但在举证责任分配尤其是证明标准的把握上，借鉴了司法解释二第 27 条的规定，并在一定程度上完善了专利侵权损害事实尤其是专利侵权获利的认定规则。本案的裁判思路体现为以下三个层次：

第一，根据专利法关于损害赔偿的法定顺序，明确了双方当事人行为意义上的证明责任。对于专利法第六十五条第一款规定的权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费等三个事项，权利人和侵权人均可以进行举证，权利人和侵权人不举证或所举证据不足以确定前述事项的，人民法院应当依照专利法第六十五条第二款的规定在法定赔偿限额之下酌情确定赔偿数额。

第二，根据民事诉讼司法解释的规定及专利权的特点，明确了专利损害事实审查、认定应遵循的证明标准。当事人就权利人的损失、侵权人获得的利益或专利许可使用费进行举证的，应当在全面、客观地审核证据的基础上，运用逻辑推理和日常生活经验法则，判断相关证据拟证明的损害赔偿事实是否达到相当程度的可能性。

第三，考虑到专利损害事实举证难、当事人举证能力以及规则导向，进一步明确了专利侵权获利的举证分配及认定规则。即考虑到与专利侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握，如果权利人在其举证能力范围内就侵权人的获利情况进行了充分举证，且对其所请求经济损失数额的合理性进行了充分说明的情况下，侵权人不能提供相反证据推翻权利人赔偿主张的，人民法院可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。换言之，即便权利人未请求适用举证妨碍规则，但如果权利人已经

在其举证能力范围内尽力举证，能够对其赔偿请求的合理性进行充分说明，侵权人虽对权利人的赔偿主张提出反驳但未能提供相反证据、否定权利人相关证据证明效力的，同样可以根据权利人的主张和提供的证据认定侵权人因侵权所获得的利益。

需要指出的是，权利人提供的证据虽不能精确计算出侵权人因侵权所获得利益的具体数额，但在能够确定侵权产品销售总数以及产品销售价格的情况下，如果从低考虑每件侵权产品的利润得出的计算结果仍然远高于权利人请求赔偿数额的，则应当全额支持权利人的赔偿请求。这是一种根据侵权人的侵权获利确定损害赔偿数额的裁量性赔偿方法，不属于法定赔偿，故不受法定赔偿限额的限制。

充分考虑专利权的特点和当事人的举证能力，确定优势证据原则在具体案件中的适用标准将在很大程度上决定司法保护专利权的力度，同样也将对“举证难、赔偿低”问题的解决产生直接影响。该思路不仅适用于损害赔偿事实的确定，同样适用于部分侵权认定的场合。例如，在潍坊恒联公司与宜宾长毅公司等侵害发明专利权纠纷案中，最高人民法院认为：在专利权人能够证明被诉侵权人制造了同样产品，经合理努力仍无法证明被诉侵权人确实使用了该专利方法的情况下，根据案件具体情况，结合已知事实及日常生活经验，能够认定该同样产品经由专利方法制造的可能性很大，被诉侵权人拒不配合法院调查收集证据或者保全证据的，可以推定被诉侵权人使用了该专利方法。<sup>〔8〕</sup>

在近期召开的中央财经领导小组第十六次会议上，习近平总书记发表重要讲话强调，要改善投资和市场环境，加快对外开放步伐，降低市场运行成本，营造稳定公平透明、可预期的营商环境，加快建设开放型经济新体制，推动我国经济持续健康发展；产权保护特别是知识产权保护是塑造良好营商环境的重要方面。要完善知识产权保护相关法律法规，提高知识产权审查质量和审查效率。要加快新兴领域和业态知识产权保护制度建设。要加大知识产权侵权违法行为惩治力度，让侵权者付出沉重代价。<sup>〔9〕</sup>由上述讲话可见，对知识产权的保护力度和对知识产权侵权违法行为的制裁力度不只是发挥司法保护知识产权主导作用要解决的问题，也是我国经济持续健康发展、进一步深化改革开放要解决的重要问题。裁判者对此需要保有清醒的宏观认识和强烈的使命感，在这种认知的指引下探究具体规则的适用与完善，寻求个案中具体问题的解决之道。■

（责任编辑：丁文严）

〔8〕参见《最高人民法院知识产权案件2013年年度报告》及最高人民法院（2013）民申字第309号民事裁定书。

〔9〕《习近平：知识产权保护是塑造良好营商环境的重要方面》，载国家知识产权局官方网站 [http://www.sipo.gov.cn/zscqgz/2017/201707/t20170718\\_1312574.html](http://www.sipo.gov.cn/zscqgz/2017/201707/t20170718_1312574.html)，于2017年7月20日访问。