法学研究 Chinese Journal of Law
Vol.44，No.3（2022）

侵权赔偿体现知识产权价值的民法原理

李承亮 *

内容提要：除了造成知识产权消灭和对商标造成不良影响等例外情形，侵害知识产权赔偿责任的价值基础并不是知识产权在转让市场的价格，而是知识产权在许可使用市场的价格即许可使用费。侵害他人知识产权并不必然影响被侵权人及其被许可人的使用，并不必然造成可得利益损失。被侵权人没有遭受按照许可使用费计算的可得利益损失时，仍可能基于不当得利法请求侵权人为非法使用支付使用费。各知识产权单行法并未将许可使用费赔偿规定为损害填补型责任，而是规定为得利返还型责任。许可使用费赔偿在构成要件上属于侵权责任，在法律后果上却与不当得利返还相当。这个意义上的许可使用费不是推定的可得利益损失，而是使用本身的价值。只要被侵害知识产权能通过市场定价，对该知识产权的使用就能通过市场定价，被侵权人也就能请求许可使用费赔偿。在多元赔偿责任并存的法律框架内，许可使用费赔偿可以代替不当得利价值返还为被侵权人提供最低救济。侵权赔偿体现知识产权价值的主要途径不仅在于按照许可使用费确定赔偿数额，还在于按照许可使用费确定最低救济标准。

关键词：价值赔偿　许可使用费　可得利益损失　不当得利返还　得利返还型赔偿

一、问题的提出

中共中央办公厅、国务院办公厅《关于加强知识产权审判领域改革创新若干问题的意见》要求“建立体现知识产权价值的侵权损害赔偿制度”。最高人民法院《中国知识产权司法保护纲要（2016—2020）》（法发〔2017〕13 号）也提出“构建以充分实现知识产权价值为导向的侵权赔偿制度”这一重点措施。与此相应，侵权赔偿的价值基础越来越受到学界关注。强调侵权赔偿的价值基础实际上就是强调知识产权的价值在侵权赔偿数额确定中的作用。〔1〕侵

* 武汉大学法学院副教授。

〔1〕关于侵权赔偿的价值基础，不同学者讨论的侧重点各不相同：有学者侧重讨论知识产权的成本投入（参见李明德：《关于知识产权损害赔偿的几点思考》，《知识产权》2016 年第 5 期，第 5 页以下），有学者侧重讨论知识产权的使用收益（参见范晓波：《知识产权的价值与侵权损害赔偿》，知识产权出版社 2016 年版，第 42 页以下），也有学者主张二者兼顾（参见吴汉东：《知识产权损害赔偿的市场价值基础与司法裁判规则》，《中外法学》2016 年第 6 期，第 1485 页），还有学者侧重讨论基于知识产权的市场交易机会（参见徐小奔：《知识产权损害的价值基础与法律构造》，《当代法学》2019 年第 3 期，第 118 页）。本文讨论的价值，是指被侵害财产作为商品的交换价值，是指该财产能够通过交换得到的其他商品的量。

权赔偿的基本功能在于填补损害，[2] 赔偿数额自然应当按照损害的大小确定。因此，强调知识产权的价值在侵权赔偿数额确定中的作用，实际上就是强调知识产权的价值在损害计算中的作用，甚至是直接要求按照知识产权的价值计算损害。[3]

按照被侵害财产的价值计算损害，并不是针对知识产权的特殊规则，而是以差额法计算损害的基本要求。所谓差额法，就是按照被侵权人未受侵害时的财产总额与受侵害后的财产总额之间的差额即其财产总额的减少计算损害。[4] 仅就被侵害财产本身而言，被侵权人财产总额的减少就是该财产价值的减少，也就是价值损失。从这个意义上讲，侵害他人财产造成的损害，可以按照被侵害财产的价值计算，而以货币衡量的价值，就是价格。[5] 因此，民法典第1184条规定，侵害他人财产造成的财产损失，原则上应当按照被侵害财产在损失发生时的市场价格计算。上述按照被侵害财产的价值计算损害的规定将市场定价机制引入损害计算，打通了损害计算和价值评估之间的联系，当事人、法院可以通过评估被侵害财产的价值计算损害。[6]

但是，首先，赔偿价值损失（价值赔偿）一般针对被侵害财产的毁损、灭失。知识产权的客体具有非物质性，侵权行为一般不会造成知识产权客体毁损、灭失，不会导致知识产权本身价值减少，也就不能通过评估知识产权的价值计算损害。那么，侵权赔偿是否完全不能通过计算价值损失这一途径体现知识产权的价值？其次，侵害他人知识产权仅主要是非法使用他人知识产权，造成的损害主要是可得利益损失。可得利益损失并不是按照知识产权的市场价格计算，其赔偿又如何体现知识产权的价值？最后，侵害知识产权的赔偿数额除了按照实际损失确定，还可以按照侵权利润以及许可使用费确定。在这种多元赔偿标准并存的法律框架内，侵权赔偿又如何体现知识产权的价值？本文即围绕这些问题展开。

二、基于价值损失的直接损害填补

侵害他人财产造成的损害，首先是该财产本身的损害，即丧失占有、被侵害财产毁损、灭失等直接损害。对于直接损害，侵权人既可以通过返还财产、恢复原状等方式直接填补，也可以折算成价值损失予以赔偿（价值赔偿）。直接体现被侵害财产价值的价值赔偿仅针对直接损害，并且只是直接损害的填补方式之一。

（一）知识产权损害的价值赔偿及其利息

1．价值赔偿的适用条件

与返还财产、恢复原状等直接填补损害的责任方式相比，价值赔偿额外增加了折算价值损失这个可能产生争议的中间环节。只有财产损害才能折算成价值损失，因此，价值赔偿只能用

〔2〕 参见王利明：《侵权责任法研究》上卷，中国人民大学出版社 2016 年版，第 120 页以下；张新宝：《侵权责任法》，中国人民大学出版社 2020 年版，第 6 页；王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社 2016 年版，第 8 页。

〔3〕 有学者甚至将法院确定侵权损害赔偿数额称为“司法定价”。参见前引〔1〕，吴汉东文，第 1489 页。

〔4〕 关于差额法，参见王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社 2017 年版，第 63 页；曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 118 页；李承亮：《损害赔偿与民事责任》，《法学研究》2009 年第 3 期，第 137页以下。

〔5〕 有学者认为，确定某一财产的价值，最为客观合理、最容易被当事人接受的标准就是该财产的市场价格。参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社 2021 年版，第 851 页。

〔6〕《关于加强知识产权审判领域改革创新若干问题的意见》要求建立体现知识产权价值的侵权损害赔偿制度，主要是为了“着力破解知识产权侵权诉讼‘赔偿低’问题”。无论是引入市场定价机制还是借助价值评估手段，都能够提高损害计算的客观性和说服力，从而有利于破解上述难题。

于填补侵害财产造成的财产损害，而不能用于填补侵害财产造成的非财产损害。不仅如此，价值赔偿的过度适用可能在当事人间造成强买强卖的后果。以无权占有他人财产为例，任由被侵权人主张价值赔偿请求权，可能造成强卖被侵害财产的后果；而任由侵权人以价值赔偿代替返还财产，可能造成强买被侵害财产的后果。〔7〕

正因为价值赔偿具有上述弊端，返还财产、恢复原状等直接填补损害的责任方式在适用顺序上应当优先于价值赔偿。具体而言，无权占有他人财产，原则上应当返还财产，而不应直接适用价值赔偿。只有在无权占有他人财产返还不能时，才可以适用价值赔偿。〔8〕而损坏他人财产，原则上应当恢复原状，而不应直接适用价值赔偿。只有在损坏他人财产不能恢复原状时，侵权人才可以赔偿价值损失。价值赔偿仅为不能返还财产或者不能恢复原状时的兜底责任。〔9〕

知识产权的客体具有非物质性，不可能被他人无权占有，一般也不可能被他人毁损。因此，侵害他人知识产权致使知识产权本身遭受损害只在两种例外情形发生：造成他人知识产权消灭和对他人商标造成不良影响。与有体物的灭失不同，知识产权的消灭有时可以恢复。因此，造成他人知识产权消灭原则上应当承担复权责任，而不能直接赔偿价值损失。只有造成他人知识产权消灭并且不能复权时，才能适用价值赔偿。〔10〕同理，对他人商标造成不良影响，原则上应当承担消除影响的责任，不能直接赔偿价值损失。只有对他人商标造成的不良影响不能消除时，才能适用价值赔偿。

2．知识产权终局消灭时的价值赔偿

（1）专利权消灭

根据专利法第 44 条第 1 款第 1 项，没有按照规定缴纳年费可能造成专利权在期限届满前终止即专利权消灭的后果。专利权人以外的人如果负有缴纳年费的义务而未缴纳，或者负有通知专利权人缴纳年费的义务而未通知，导致专利权提前终止，应当对此承担侵权责任。而专利权以外的人负有缴纳年费或者通知专利权人缴纳年费的义务，主要发生在两种情形：第一，专利转让合同被法院宣告无效。〔11〕专利转让合同一旦无效，专利权即使登记在受让人名下，也自始归出让人所有。〔12〕真正的专利权人和名义专利权人因此发生分离。受让人作为名义专利权人，在专利转让合同无效宣告判决作出之后，对于该判决作出之前的年费负有缴纳义务，至少在收到催费通知书后负有通知出让人缴纳的义务。对于无效宣告判决作出之前已经产生的专利费，受让人（名义专利权人）在收到国家知识产权局就涉案专利发出的催费通知书尤其是专利权终止通知书后，既不补缴，也不及时通知出让人（真正的专利权人），而是任由专利权

〔7〕 在一起物权保护纠纷中，法院判决在他人享有建设用地使用权的土地上建造的房屋归建造者（侵权人）所有。该院据此认为，侵权人只需要按照拆迁补偿标准赔偿被侵权人的损失，而不需要返还宗地。参见最高人民法院（2018）最高法民申 4111 号民事裁定书；河南省高级人民法院（2017）豫民终 1064 号民事判决书。这实际上赋予了侵权人强制拆迁的权利。

〔8〕 原民法通则第 117 条第 1 款规定了返还财产优先原则。

〔9〕 因返还不能而折价赔偿的案例，参见最高人民法院（2017）最高法民申 92 号、93 号民事裁定书。

〔10〕 因《专利法实施细则》第 6 条第 1 款规定的复权期限届满而不能复权的案例，参见最高人民法院（2019）最高法知民终 424 号民事判决书；因《专利法实施细则》第 6 条第 2 款规定的复权期限届满而不能复权的案例，参见最高人民法院（2018）最高法民再 60 号民事判决书。

〔11〕 参见上引（2018）最高法民再 60 号民事判决书。

〔12〕 参见江苏省昆山市人民法院（2013）昆知民初字第 0142 号民事判决书。

因逾期未缴费而终止的，应当对专利权消灭的损害后果承担侵权责任。[13] 第二，专利权被法院判决归他人所有。[14] 申请专利的发明创造一旦被法院判决归他人所有，该专利权自始归该他人所有，而不归专利登记簿上的名义专利权人所有。[15] 名义专利权人如果在获得授权后，故意不缴纳专利年费导致专利权提前终止，致使该技术进入公有领域，同样应当对专利权消灭的损害后果承担侵权责任。[16]

未缴纳专利年费的行为虽然造成专利权消灭，却并非专利法第 65 条意义上的“侵犯专利权”，而是民法典第 1184 条意义上的“侵害他人财产”。该规定中的侵害他人财产，也包括侵害他人专利权。[17] 法院为了避免与专利法第 65 条意义上的“侵犯专利权”纠纷混淆，将这类案件的案由确定为普通的财产损害纠纷，而不是侵害专利权纠纷。[18] 在这类纠纷中，如果专利权消灭不能恢复（终局消灭），侵权人就应当承担民法典第 1184 条规定的价值赔偿责任。[19] 此时，价值赔偿的数额不应根据专利法第 71 条确定，而应当根据民法典第 1184 条确定，也就是根据被侵害专利权的市场价格确定。并且，由于被侵害财产已经消灭，在计算价值损失时不需要扣除残值。

（2）著作权消灭

价值赔偿不仅适用于由国家授予的专利权，也适用于自动保护的著作权。著作权虽然不会因未缴纳年费而提前终止，却会因作品的唯一载体灭失而消灭。丢失、毁损作品的唯一载体，[20] 不仅会造成作品载体所有权消灭，还会造成作品著作权消灭。我国法院虽然承认丢失、毁损作品唯一载体会“影响著作权的享有和行使，甚至会造成权利人完全丧失著作权”，[21] 却仍仅将该行为认定为侵害载体所有权的行为。按照该观点，著作权消灭的后果，就不是侵害财产造成的直接损害，而仅是侵害载体所有权造成的间接损失。但是，将丢失、毁损作品载体仅认定为侵害作品载体所有权，有失偏颇。根据《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2020〕19 号）第 23 条，丢失、毁损作品载体的行为属于民法典第 1184 条规定的侵害他人财产的行为。此处的财产自然不仅包括载体的所有权，而且包括作品的著作权。丢失、毁损作品唯一载体侵害了包括载体所有权和作品著作权在内的财产，载体的灭失和著作权的消灭都属于侵害他人财产造成的直接损害。由于该直接损害不能通过恢复原状的方式填补，侵权人只能赔偿作品著作权以及载体所有权的价值损失。此时，赔偿数额应当按照作品著作权以及载体所有权的价值之和确定。

3．对商标造成的不良影响不能消除时的价值赔偿

针对知识产权的侵权行为不仅可能造成知识产权消灭，还可能对商标造成不良影响。《最

〔13〕 参见前引〔10〕，（2018）最高法民再 60 号民事判决书。

〔14〕 参见前引〔10〕，（2019）最高法知民终 424 号民事判决书。

〔15〕 参见广东省高级人民法院（2014）粤高法民三终字第 31 号民事判决书。

〔16〕 参见前引〔10〕，（2019）最高法知民终 424 号民事判决书。

〔17〕 同上。

〔18〕 参见前引〔10〕，（2019）最高法知民终 424 号民事判决书；前引〔10〕，（2018）最高法民再 60 号民事判决书。

〔19〕 被侵权人对不能复权有过失的，可以减轻侵权人的赔偿责任。参见前引〔10〕，（2019）最高法知民终 424 号民事判决书。

〔20〕 参见广西壮族自治区高级人民法院（2010）桂民三终字第 84 号民事判决书；广西壮族自治区柳州市中级人民法院（2009）柳市民三初字第 13 号民事判决书。

〔21〕 参见最高人民法院中国应用法学研究所编：《人民法院案例选》第 78 辑，人民法院出版社 2011 年版，第 113 页。

高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2020〕19 号，以下简称“商标纠纷解释”）第 21 条列举了侵害商标权的五种责任方式，其中包括消除影响。[22] 消除影响所填补的损害就是侵害商标权造成的不良影响。[23]

商标法第 57 条规定的侵害注册商标专用权行为不仅会给被侵权人造成可得利益损失，还会对注册商标本身造成损害。商标承载的是其在一定的时间内通过宣传或口碑形成的公众评价也就是商誉。非法使用他人商标可能给商标承载的商誉带来不良影响，这种不良影响与有体财产的毁损、灭失一样，属于被侵害财产本身的直接财产损害。[24] 对于这种形态的损害，侵权人原则上应当恢复原状，通过消除影响予以填补，而不应当赔偿价值损失。此处的消除影响实际上就是民法典第 179 条规定的消除影响、恢复名誉，属于广义恢复原状的范畴，是指恢复商标承载的商誉。[25] 根据恢复原状优先原则，消除影响在适用上应当优先于价值赔偿。只有在不良影响不能消除时，侵权人才可以赔偿价值损失即赔偿商标价值的减少。[26]

4．价值赔偿的利息

（1）价值赔偿的延伸

侵权人在赔偿价值损失的同时通常还需要赔偿一定的利息损失。[27] 利息损失赔偿和价值赔偿都代表了抽象、宏观的损害观察角度，也就是在确定损害时不关注被侵害财产本身的毁损、灭失，只关注被侵权人财产总额的减少。以这种角度观察损害，无论是钢材、煤炭的灭失，还是房屋、汽车的灭失，甚至是专利权、著作权的消灭，在效果上都等同于等值金钱的灭失。对于被侵害财产的灭失或者消灭（直接损害），侵权人只需要赔偿与灭失或者消灭财产价值相当的金钱。同理，因上述财产灭失或者消灭造成的可得利益损失，也与等值金钱灭失造成的可得利益损失相当。此时，计算被侵权人的可得利益损失，不需要考虑被侵权人在未受侵害时使用钢材、煤炭、房屋、汽车、专利权、著作权等本可以获得的利益，而只需要考虑被侵权人使用与上述财产等值的金钱本可以获得的利益。被侵权人至少应当获得按照应赔偿金额（价值损失）的利息计算的可得利益损失赔偿。

利息损失赔偿只能与价值赔偿并用，而不能与恢复原状并用。[28] 因此，作为利息损失计算基数的赔偿金额专指价值赔偿的金额，而不包括恢复原状费用赔偿的金额。利息损失只能按照价值赔偿的金额乘以利率计算，而不能按照恢复原状费用赔偿的金额乘以利率计算。从这个意义上讲，利息损失赔偿属于价值赔偿的延伸。

---

〔22〕 虽然著作权法第 52 条也规定了消除影响，但是侵害著作权或者相关权造成的不良影响是侵害著作人身权、表演者人身权造成的不良影响，而侵害这两种权利并不属于侵害财产，所以不在本文讨论之列。

〔23〕 参见最高人民法院（2015）民提字第 38 号民事判决书。如果被侵权人不能证明其商标商誉受到不良影响，就不能请求侵权人消除影响。参见最高人民法院（2016）最高法民再 238 号民事判决书；最高人民法院（2013）民提字第 2、3、102 号民事判决书。

〔24〕 有法院从被侵权人人身权受损的角度理解不良影响，将其定性为非财产的声誉损害。参见浙江省高级人民法院（2013）浙知终字第 222 号民事判决书；福建省高级人民法院（2001）闽知初字第 4 号民事判决书。也有法院认为，对商标权的侵害不属于侵害人身权的范畴。参见上引（2015）民提字第 38 号民事判决书。本文采后一种观点。

〔25〕 直接以民法典第 179 条（原侵权责任法第 15 条）作为消除对商标造成的不良影响的法律依据的案例，参见前引〔23〕，（2015）民提字第 38 号民事判决书。

〔26〕 关于商誉损害对侵害商标赔偿数额的影响，参见前引〔1〕，李明德文，第 6 页。

〔27〕 如前引〔9〕，（2017）最高法民申 92 号、93 号民事裁定书；最高人民法院（2014）民申字第 248 号民事裁定书。

〔28〕 例如，德国民法典第 849 条规定，利息损失赔偿仅适用于因无权占有他人财产不能返还、损坏他人财产不能恢复原状等适用价值赔偿的情形。

（2）客观计算的可得利益损失

赔偿利息损失在性质上属于赔偿被侵权人的可得利益损失，而不属于赔偿被侵权人为购买被侵害财产而支出的融资费用。[29] 按照价值赔偿金额的利息计算可得利益，不需要考虑被侵权人对于被侵害财产的使用情况以及被侵权人实际损失的可得利益，属于损失的客观计算。在知识产权因他人侵权行为终局消灭时，被侵权人可以在请求赔偿知识产权的价值之外请求该赔偿金额的利息；而在商标因他人侵权行为受到不能消除的不良影响时，被侵权人可以在请求赔偿商标的价值损失之外请求该赔偿金额的利息。而且，无论是在上述哪种情形，被侵权人都不需要证明自己实际受到了该利息损失。这种客观计算尽管并不符合传统的损害观念，[30] 但被侵权人请求赔偿利息损失，不需要证明自己在未受侵害时本可以获得该利息，可得利益损失的获赔难度大幅降低。[31] 从这个意义上讲，按照价值赔偿金额的利息计算可得利益损失，看似不符合完全赔偿原则，[32] 却常常能够得到比主观计算更接近完全赔偿的结果。

不仅如此，上述客观计算规则仅仅约束侵权人，而不约束被侵权人。被侵权人请求赔偿利息损失，侵权人不能以被侵权人实际并未受到该损失为由提出抗辩。即使侵权人能够证明被侵权人在未受侵害时不可能获得利息收入，被侵权人也可以获得利息损失赔偿。反过来，被侵权人如果能够证明自己实际受到的可得利益损失，仍然可以请求侵权人赔偿主观计算的可得利益损失。客观计算只是在被侵权人难以证明可得利益损失时提供最低程度的赔偿，并不排斥被侵权人请求赔偿主观计算的可得利益损失。[33]

（3）基于货币化财产的损害计算

对于知识产权而言，价值赔偿一般只适用于知识产权终局消灭和商标不良影响不能消除两种情形。因此，也仅在这两种情形，被侵权人的可得利益损失才能按照价值赔偿金额的利息客观计算。具体而言，在被侵害的知识产权消灭时，利息损失应当按照知识产权的价值乘以利率计算；在对商标的不良影响不能消除时，利息损失应当按照该商标因不良影响而减少的价值乘以利率计算。这种方法的本质是将被侵害财产货币化，再按照货币化的财产计算可得利益损失。此时，侵权赔偿的价值基础并不是针对被侵害财产本身，而是针对与被侵害财产等值的货币。只有将被侵害财产货币化，被侵权人损失的可得利益才能按照货币的利息计算。

（二）围绕价值损失的复权费用赔偿和消除影响费用赔偿

价值赔偿仅为不能返还财产或者不能恢复原状时的兜底责任。造成他人知识产权消灭，原则上应当承担复权责任；对他人商标造成不良影响，原则上应当消除影响。复权和消除影响都属于广义恢复原状的范畴。

---

〔29〕 在返还不能的折价赔偿案件中，法院认为无论被侵权人是否为购买被侵害财产而向他人融资以及是否为融资支付利息，侵权人都应当赔偿利息损失。参见前引〔9〕，（2017）最高法民申 92 号、93 号民事裁定书。

〔30〕 按照利益说，损害是侵害行为对被侵权人的消极影响。任何损害都是针对某一特定被侵权人而言，而不是针对其他人或者通常情形而言。参见前引〔4〕，王泽鉴书，第 63 页以下；前引〔4〕，曾世雄书，第 120 页。

〔31〕 被侵权人常常难以像证明直接损害、费用损失一样证明可得利益损失。纯粹主观计算的可得利益损失常常难以获得赔偿。

〔32〕 关于客观计算与完全赔偿原则之间的冲突，参见周友军：《我国侵权法上完全赔偿原则的证立与实现》，《环球法律评论》2015 年第 2 期，第 100 页以下。

〔33〕 关于将利息损失作为最低损害的观点，参见张金海：《论金钱债务的迟延履行利息》，《法学》2020 年第 11 期，第 69 页。

1．复权费用赔偿和消除影响费用赔偿

侵权人承担恢复原状责任，常常并不是实际实施恢复原状，而是赔偿恢复原状所需费用。[34] 恢复原状费用赔偿虽然是以支付一定金钱的方式实现，在性质上却不属于价值赔偿，而属于恢复原状。[35] 因此，承担复权责任不仅包括实际实施复权，还包括赔偿复权费用；消除影响不仅包括实际实施消除影响，还包括赔偿消除影响费用。[36] 两种费用赔偿在性质上均属于广义恢复原状。[37] 恢复原状优先对于赔偿责任的意义在于，赔偿数额原则上并不是按照被侵害财产的价值损失确定，而是按照恢复原状所需费用确定。也就是说，只要消灭的知识产权还可能恢复，赔偿数额就应当按照复权费用确定；只要对商标的不良影响还可能消除，赔偿数额就应当按照消除影响费用确定。

2．复权费用赔偿和消除影响费用赔偿的经济合理性

侵权人承担的恢复原状责任虽然与价值损失没有直接联系，却仍应符合经济合理性。即使恢复原状是可能的，被侵权人也不能基于恢复原状优先原则请求侵权人实施费用过高的恢复原状或者赔偿过高的恢复原状费用。[38] 在恢复原状费用过高时，侵权人有权以价值赔偿代替恢复原状。也就是说，侵权人仅在一定范围之内承担恢复原状责任，恢复原状费用赔偿存在上限。

经济合理性原则是指，在救济效果相当的责任方式中，被侵权人应当选择费用最低的责任方式。[39] 此处用于对比的责任方式是恢复原状（包括恢复原状费用赔偿）和价值赔偿。因此，赔偿数额上限的确定标准并非被侵害财产的价值本身，而是被侵害财产的价值损失。在确定恢复原状费用是否过高时，需要将该财产未受损时的价值减去受损后的价值。恢复原状优先原则表明，恢复原状并非与价值赔偿救济效果相当的责任方式，而是能够提供更周全救济的责任方式。因此，在恢复原状费用高于被侵害财产的价值损失时，被侵权人仍然能够请求恢复原状。只有在恢复原状费用过分高于被侵害财产的价值损失时，恢复原状才违反经济合理性。“过分高于”的认定标准，可以参照我国法院在长期司法实践中确立的130%的标准。[40] 在恢复原状所需费用高于价值损失的130%时，原则上应当认定恢复原状违反经济合理性，侵权人有权以价值赔偿代替恢复原状。[41] 因此，对于被侵害财产本身受到的直接损害，侵权人赔偿恢复原状费用的上限是该财产价值损失的130%。

复权费用赔偿和消除影响费用赔偿同样应当符合经济合理性的要求。如果复权费用过分高

---

〔34〕 被侵权人有权排除侵权人实际实施恢复原状，直接选择恢复原状费用赔偿。对此，德国民法典第249条第2款第1句设有规定。

〔35〕 参见李承亮：《恢复原状费用赔偿的性质》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2019年第4期，第150页。

〔36〕 有学者将消除影响费用称为“恢复商誉所需的数额”。参见前引〔1〕，李明德文，第9页。

〔37〕 消除影响费用赔偿应当是由被侵权人消除影响，由侵权人承担消除影响所需费用。但在广东加多宝饮料食品有限公司、广州医药集团有限公司擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢纠纷案中，广东省高级人民法院判决由法院实施消除影响，由侵权人承担消除影响所需费用。参见广东省高级人民法院（2013）粤高法民三初字第2号民事判决书。

〔38〕 以经济合理性原则限制恢复原状优先的意义在于，在被侵权人请求恢复原状或者赔偿恢复原状费用时，侵权人有权以费用过高为由抗辩，有权以折价赔偿代替恢复原状。如果侵权人不提出该抗辩，自愿实施费用过高的恢复原状或者自愿赔偿过高的恢复原状费用，法律不应禁止。

〔39〕 Vgl. Fuchs/Pauker, Delikts- und Schadensersatzrecht, 8. Aufl., Springer-Verlag 2012, S. 385; Brand, Schadensersatzrecht, Verlag C. H. Beck 2010, S. 57.

〔40〕 如法院在判断违约金是否“过分高于造成的损失”时所采取的130%标准。

〔41〕 德国联邦最高法院在判断维修机动车的经济合理性时，也以维修费用是否超过重置价值的130%为准。Dazu vgl. BGHZ 115, 364 (371); BGHZ 115, 375 (380f.); BGHZ 154, 395 (400).

于知识产权的价值，侵权人就可以用价值赔偿代替复权；如果消除影响所需的费用过分高于商标的价值损失，侵权人就可以用价值赔偿代替消除影响。就知识产权的消灭而言，侵权人赔偿复权费用的上限是该知识产权价值的 130%；就商标的不良影响而言，侵权人赔偿消除影响费用的上限是该商标价值损失的 130%。

3．复权费用赔偿和消除影响费用赔偿的价值基础

侵权人即使以恢复原状（包括复权、消除影响）的方式填补直接损害，其承担侵权责任的上限仍然由被侵害财产的价值损失决定。在侵权人承担恢复原状责任时，被侵害财产的价值损失并不是确定赔偿数额的依据，而是确定赔偿数额上限的依据。正因为赔偿数额上限由价值损失决定，复权费用赔偿和消除影响费用赔偿的数额虽然不是按照价值损失确定，却只能围绕价值损失而不会过分偏离。

三、基于使用费的可得利益损失计算

著作权法第 52 条、第 53 条列举的侵害著作财产权行为、专利法第 65 条规定的侵害专利权行为以及商标法第 57 条列举的侵害注册商标专用权行为，都属于非法使用他人知识产权的行为。除了对商标造成的不良影响，非法使用他人知识产权不会造成直接损害，而只会造成间接损失，[42] 主要是本该增加而未增加的财产数额（可得利益损失）。[43] 可得利益损失赔偿的数额既不直接按照价值损失计算，也不需要按照价值损失确定上限。因此，除了上述造成他人知识产权消灭和对他人商标造成不良影响的例外情形，侵权赔偿体现知识产权价值的途径并不在于价值损失的计算，而在于可得利益损失的计算。

（一）按照使用费计算可得利益损失

1．按照租金计算可得利益损失

非法使用他人财产，侵权人除了需要返还财产和恢复原状（如维修或者赔偿维修费用），常常还需要就非法使用他人财产支付使用费，也就是赔偿租金。[44] 其中，返还财产和恢复原状是针对丧失占有以及使用造成的财产耗损等直接损害，赔偿租金则是针对被侵权人因财产被他人非法使用而受到的间接损失。仅就间接损失而言，赔偿租金是赔偿被侵权人因不能继续使用财产而受到的可得利益损失，因此其在性质上属于按照使用费计算的可得利益损失。

2．按照许可使用费计算可得利益损失

著作权法第 54 条第 1 款、专利法第 71 条第 1 款、商标法第 63 条第 1 款、种子法第 72 条第 3 款均规定了实际损失、侵权获利和许可使用费三种赔偿标准。与实际损失赔偿和侵权获利赔偿不同，各知识产权单行法规定的许可使用费赔偿不是赔偿许可使用费，而是赔偿许可使用

〔42〕 在我国，直接损害（损失）和间接损害（损失）这对术语的使用十分混乱。本文在原民法通则第 117 条的意义上使用这对术语，直接损害是指被侵害财产本身受到的损害，间接损害是指被侵权人受到的其他损害。间接损害一般表现为财产总额的减少，而非实体损害，因此本文称其为“间接损失”。间接损失既包括可得利益损失，也包括费用损失。

〔43〕 间接损失还包括本不该支出的费用损失。但是，费用损失按照被侵权人的实际支出确定，数额较为客观，不需要讨论其价值基础。

〔44〕 如无权占有他人房屋自己使用或者出租给他人使用。参见江苏省无锡市中级人民法院（2017）苏 02 民终 5565 号民事判决书（《最高人民法院公报》2018 年第 11 期，第 40 页）；江苏省宜兴市人民法院（2017）苏 0282 民初 6674 号民事判决书；最高人民法院（2020）最高法民申 775 号民事裁定书。

费的倍数。[45] 但在实务中，许可使用费赔偿仍然主要是按照许可使用费的一倍确定赔偿数额。[46] 按照许可使用费的一倍以上确定赔偿数额，主要用于惩罚情节严重的故意侵权人。[47] 在民法典第 1185 条一般性地规定侵害知识产权的惩罚性赔偿、各知识产权单行法全面引入惩罚性赔偿的背景下，许可使用费赔偿的倍数不再必要。[48] 许可使用费倍数赔偿应当回归许可使用费赔偿。[49]

赔偿许可使用费一般仍被认为是赔偿按照许可使用费计算的损失。[50] 非法使用他人知识产权，既不需要占有他人知识产权，也不会造成知识产权客体耗损。除了非法使用他人商标造成的不良影响之外，非法使用他人知识产权只可能造成间接损失。而在非法使用他人知识产权造成的间接损失中，合理维权费用又是在实际损失之外另行计赔。因此，各知识产权单行法规定的实际损失仅仅包括合理维权费用之外的间接损失，也就是可得利益损失。许可使用费是在实际损失难以确定时代替实际损失的赔偿标准。按照许可使用费计算损失，就是按照许可使用费计算实际损失，也就是按照许可使用费计算可得利益损失。[51]

非法使用他人财产造成的可得利益损失按照使用人本应支付的使用费计算，这一规则不仅适用于非法使用他人有体财产的情形，而且适用于非法使用他人知识产权的情形。使用他人有体财产本应支付的使用费是租金，而使用他人知识产权本应支付的使用费则是许可使用费。[52] 二者名称不同，原理却一致。

（二）推定的可得利益损失

1．非典型主观计算

赔偿按照使用费计算的可得利益损失并非与价值赔偿并用的赔偿责任，因此，该可得利益损失不应按照等值货币的利息客观计算，而应按照被侵权人对被侵害财产的使用情况主观计算。如果被他人非法使用的财产为闲置财产，被侵权人就不会因不能使用该财产受到可得利益损失。如果被侵权人亲自使用该财产从事经营活动，其受到的可得利益损失就是使用该财产从事经营活动本可以获得的利益（如合理停运损失）。[53] 如果被侵权人将该财产出租或者有偿许可给他人使用，其受到的可得利益损失才可能是本可以收取的租金或者许可使用费。但是，

---

〔45〕 我国许可使用费赔偿中的“倍数”规定属于比较法上的孤例。参见蒋舸：《论知识产权许可费损失的计算》，《东南法学》2020 年第 1 期，第 84 页。

〔46〕 参见罗莉：《论惩罚性赔偿在知识产权法中的引进及实施》，《法学》2014 年第 4 期，第 24 页。

〔47〕 重庆市高级人民法院《关于确定知识产权侵权损害赔偿数额若干问题的指导意见》第 16 条规定：“对于以假冒为业或多次侵权等情节严重的行为可以适用较高倍数。许可使用费的倍数一般在 1—3 倍以内考虑。”关于许可使用费倍数赔偿的惩罚性的讨论，参见缪宇：《作为损害赔偿计算方式的合理许可使用费标准》，《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2019 年第 6 期，第 163 页。但也有学者认为，按照许可使用费一倍以上确定赔偿数额不是为了惩罚恶意侵权，而是为了填平被侵权人受到的损失。参见尹新天：《中国专利法详解》，知识产权出版社 2012 年版，第 570 页。

〔48〕 2020 年修正的著作权法第 54 条第 1 款实现了上述回归。该规定中的权利使用费标准并不是“参照权利使用费的倍数合理确定”，而是“参照该权利使用费给予赔偿”。

〔49〕 类似主张，参见前引〔47〕，缪宇文，第 163 页；徐小奔：《论专利侵权合理许可费赔偿条款的适用》，《法商研究》2016 年第 5 期，第 185 页；前引〔45〕，蒋舸文，第 85 页以下。

〔50〕 参见前引〔1〕，李明德文，第 4 页；前引〔45〕，蒋舸文，第 75 页。

〔51〕 有学者甚至因此质疑在实际损失之外另行规定许可使用费赔偿的必要性。参见前引〔1〕，李明德文，第 8 页。

〔52〕 著作权法第 54 条称为“权利使用费”，专利法第 71 条第 1 款、商标法第 63 条第 1 款、种子法第 72 条第 3 款均称为“许可使用费”。本文统一称为“许可使用费”。

〔53〕 如最高人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2020〕17 号）第 12 条第 3 项。

法院在判决侵权人赔偿租金或者许可使用费时，不要求被侵权人证明自己实际受到了该损失，即被侵权人并不需要证明自己在未受到侵害时本可以出租被侵害财产并收取租金，或者本可以有偿许可他人使用被侵害知识产权并收取许可使用费。[54] 从这个意义上看，按照许可使用费计算可得利益损失并非典型的主观计算。

2．非典型客观计算

正因为上述原因，按照使用费计算的可得利益损失有时被当作客观计算的可得利益损失。[55] 而实际上，无论是赔偿租金还是赔偿许可使用费，都不是真正意义上的客观计算，而只是为了减轻被侵权人的证明责任而推定的可得利益损失。[56] 租金和许可使用费赔偿虽然不需要被侵权人证明自己实际受到了该损失，却并不能像利息赔偿那样完全与被侵权人实际受到的可得利益损失脱钩。侵权人如果能够证明被侵权人即使未受侵害也不可能出租或者有偿许可他人使用被侵害财产并收取租金或者许可使用费，就可以推翻可得利益损失的推定，只赔偿被侵权人实际损失的可得利益。同理，如果实际损失的可得利益大于推定的可得利益，被侵权人也可以通过举证推翻可得利益损失的推定，请求侵权人赔偿实际损失的可得利益。

上述观点可以在各知识产权单行法中找到直接依据。根据著作权法第 54 条第 1 款、专利法第 71 条第 1 款、商标法第 63 条第 1 款、种子法第 72 条第 3 款，许可使用费赔偿在适用顺序上劣后于实际损失赔偿。按照许可使用费计算可得利益损失只有在被侵权人实际损失的可得利益难以确定时才能适用。无论是侵权人还是被侵权人，只要能够证明被侵权人实际损失的可得利益，都可以排除许可使用费赔偿的适用。[57] 从这个意义上讲，按照许可使用费计算的可得利益损失也属于推定的可得利益损失。[58]

（三）基于有偿使用市场价格的损害计算

在非法使用他人财产的情形，如果当事人未提出相反的证据，可得利益损失可以按照使用他人财产本应支付的租金或者许可使用费计算。存在买卖市场的财产通常也存在有偿使用市场（租赁市场、许可使用市场）。侵害财产造成的直接损失，按照该财产在买卖市场中的价格计算；侵害财产造成的可得利益损失，在特定情形可以按照该财产在有偿使用市场的价格计算。[59] 损害计算的价值基础从被侵害财产在买卖市场的价格扩展至该财产在有偿使用市场的价格。

侵害他人有体财产，侵权赔偿的价值基础既针对被侵害财产在买卖市场的价格，也针对该财产在租赁市场的价格。其中，被侵害财产在租赁市场的价格只能在特定情形（非法使用他人财产）作为计算可得利益损失的依据。因此，在侵害有体财产的案件中，侵权赔偿的价值

〔54〕 但被侵权人仍需证明已就被侵害知识产权与他人订立了许可使用合同，有相应的许可使用费标准可供参考。参见前引〔47〕，尹新天书，第 569 页以下。但是，被侵权人已就被侵害知识产权与他人订立许可使用合同，并不等于被侵权人受到了许可使用费损失。

〔55〕 Dazu vgl. Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., Mohrsiebeck 2003, S. 355.

〔56〕 同上。

〔57〕 但是，许可使用费赔偿存在客观化的倾向：即使权利人没有使用或授权他人使用知识产权，也允许其请求许可使用费赔偿。参见前引〔49〕，徐小奔文，第 185 页。这一倾向显然与各知识产权单行法关于许可使用费赔偿适用顺序的规定不符。

〔58〕 德国法中的许可使用费为不可推翻的法律推定。参见胡晶晶：《德国法中的专利侵权损害赔偿计算——以德国〈专利法〉第 139 条与德国〈民事诉讼法〉第 287 条为中心》，《法律科学》2018 年第 4 期，第 190 页。

〔59〕 法院常常直接根据原侵权责任法第 19 条“按照损失发生时的市场价格计算”这一规定判决侵权人赔偿租金（参见前引〔44〕案例）。根据这一裁判规则，民法典第 1184 条规定的市场价格既包括买卖市场的价格，也包括租赁市场的价格。

基础主要针对被侵害财产在买卖市场的价格。

侵害他人知识产权，侵权赔偿的价值基础同样既针对被侵害知识产权在转让市场的价格，也针对该知识产权在许可使用市场的价格。但是，被侵害的知识产权在转让市场的价格作为侵权赔偿的价值基础仅仅针对知识产权消灭和商标受到不良影响而言。因此，在侵害知识产权的情形，侵权赔偿的价值基础主要针对被侵害知识产权在许可使用市场的价格，也就是许可使用费。[60] 侵权赔偿体现知识产权价值的主要途径就是按照许可使用费确定赔偿数额。[61]

四、基于使用费的不当得利返还和返还型赔偿

按照使用费计算的可得利益损失是推定的可得利益损失。当事人可以通过举证推翻推定，从而排除该可得利益损失赔偿的适用。而且，与非法使用有体财产不同，侵权人对他人知识产权的使用，并不会排除被侵权人及其被许可人使用该知识产权，并不必然对被侵权人及其被许可人的使用造成消极影响，并不必然造成可得利益损失。因此，在非法使用他人知识产权的情形，侵权人更容易推翻可得利益损失的推定。

（一）不当得利价值返还

非法使用他人财产未造成按照使用费计算的可得利益损失，被侵权人不能请求该可得利益损失赔偿，但这并不意味着侵权人不需要为使用他人财产付费。非法使用他人财产除了构成侵权行为，还可能构成权益侵害型不当得利。非法使用他人财产取得本属于他人的利益，当然属于没有法律根据取得的不当利益，侵权人负有返还的义务。被侵权人在没有受到按照使用费计算的可得利益损失时，仍可能基于不当得利返还的规定请求侵权人为非法使用付费。

1．不当得利法上的损失和侵权责任法上的损失

在不当得利返还法律关系中，一方受有利益，另一方受有损失。民法典第 122 条、第 985 条均将享有不当得利返还请求权的一方当事人称为“受损失的人”，与“得利人”相对。不当得利返还同样以一方当事人受损失为前提。侵权人如果能以非法使用他人财产未造成损失为由拒绝承担侵权赔偿责任，似乎就能以同样的理由拒绝不当得利返还请求。

但是，不当得利法上的损失与侵权责任法上的损失是两个不同的概念。[62] 不当得利法的功能在于纠正没有法律依据的财产变动。[63] 不当得利法上的受损失是指原本属于自己的利益归入他人名下。一方所受的损失就是另一方取得的利益，受损失与不当得利为同一事物之两面。因此，不当得利法上的损失只不过是不当得利的另一种表述而已，并非独立的构成要件。侵权责任法的首要功能是填补损害，也就是使被侵权人的权益恢复到如同侵权行为未发生的状态。这个意义上的损失，关注的是侵权行为对被侵权人的消极影响，与侵权人通过实施侵权行为取得的利益无关。侵权人通过非法使用他人财产（如闲置房产、沉睡专利等）取得不当得利（不当得利法上的损失），而被侵权人可能并未受到可得利益损失（侵权责任法上的损失）。被侵权人即使受到可得利益损失，该损失也可能与侵权人通过非法使用他人财产取得的利益不

〔60〕 在北京中青文文化传媒有限公司、北京百度网讯科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案中，最高人民法院也认为，许可使用费能够反映被侵害作品的市场价值。参见最高人民法院（2018）最高法民再 385 号民事判决书。

〔61〕 类似结论，参见范晓波：《以许可使用费确定专利侵权损害赔偿额探析》，《知识产权》2016 年第 8 期，第 99 页。

〔62〕 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》下册，中国法制出版社 2020 年版，第 1576 页。

〔63〕 即“调整欠缺目的的财产变动，以补救失败的交易计划”。王泽鉴：《债法原理（第二册）：不当得利》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 32 页以下。

一致。即使被侵权人没有因为侵权人的非法使用受到损失，侵权人仍然可能通过非法使用取得不当得利；即使被侵权人因为侵权人的非法使用受到的损失不是使用费，[64] 侵权人通过非法使用取得的不当得利仍然可能是使用费。

2．侵权赔偿和不当得利返还的聚合

民法典第 987 条规定，得利人知道或者应当知道取得的利益没有法律根据的，受损失的人可以请求得利人返还其取得的利益并依法赔偿损失。该规定中，与不当得利返还并用的赔偿损失，不可能是赔偿不当得利法意义上的损失，只可能是赔偿侵权责任法意义上的损失。因为不当得利法意义上的损失通过不当得利返还就能得到“赔偿”，不需要在不当得利返还之外另行赔偿。根据该条规定，得利人的行为同时构成侵权行为时，得利人既要返还不当得利，又要承担侵权赔偿责任。[65] 该规定中的依法赔偿损失是指依侵权责任法赔偿损失。[66] 民法典的这一制度安排，实际上是确认侵权人取得的利益与被侵权人受到的（侵权责任法意义上的）损失并无必然联系。在权益侵害型不当得利中，侵权人既取得了不当得利，也可能实施了侵权行为。如果侵权人返还的不当得利不足以赔偿其造成的损失，被侵权人当然可以另行请求赔偿。[67] 同理，侵权人如果在赔偿损失后仍然全部或者部分保有不当得利，当然还应当返还该不当得利。如果非法使用他人财产未对该他人的财产使用造成消极影响，却让侵权人取得了不当利益，侵权人就没有损失应当赔偿，只需要返还不当得利。

3．非法使用作为不当得利

各知识产权单行法都规定，侵权赔偿的数额可以按照侵权人因侵权获得的利益确定。[68] 但是，作为赔偿标准的侵权获利，并非非法使用他人知识产权取得的不当得利。《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》（法释〔2020〕19 号，以下简称“专利纠纷规定”）第 14 条第 2 款和“商标纠纷解释”第 14 条都规定了侵权获利的计算公式。根据这些公式，侵权获利应当根据侵权产品、侵权商品销售量与该产品、商品单位利润的乘积计算。这个意义上的侵权获利实际上是侵权利润。侵权人非法使用他人财产取得利润，并不全是基于被侵权人的知识产权，其中还包含了侵权人在人、财、物上的投入。侵权利润并非本应归属于被侵权人的利益。因此，非法使用他人知识产权获得的利润不是从被侵权人处移转到侵权人处的利益，并非不当得利法上没有法律根据的财产变动。

在非法使用他人有体财产的情形，从被侵权人处移转到侵权人处的利益是对该财产的占有和使用。由于非法使用他人知识产权不需要占有知识产权客体，从被侵权人处移转到侵权人处

〔64〕 如果被侵权人自己使用知识产权，其受到的损失可能是利润损失；如果被侵权人许可他人使用知识产权，其受到的损失才可能是许可使用费损失。关于利润损失和许可使用费损失的区分，参见崔国斌：《专利法：原理与案例》，北京大学出版社 2016 年版，第 839 页；前引〔45〕，蒋舸文，第 96 页。

〔65〕 也有观点认为，民法典第 987 条规定的赔偿损失并非侵权责任法上的损害赔偿。参见前引〔62〕，黄薇主编书，第 1594 页。

〔66〕 参见陈自强：《民法典不当得利返还责任体系之展开》，《法学研究》2021 年第 4 期，第 109 页。

〔67〕 在民法典颁布之前，部分法院仅以重复诉讼为由驳回被侵权人在不当得利之诉之外另行提起的侵权之诉。参见美国 EOS 工程公司诉新绛发电公司等侵权纠纷案，最高人民法院（2003）民四终字第 2 号民事裁定书，《最高人民法院公报》2004 年第 10 期，第 22 页。这一裁判观点与民法典第 987 条不符，应予修正。

〔68〕 在侵害其他财产的案件中，法院有时也会判决侵权人赔偿因侵权获得的利益，如云南省昆明市中级人民法院（2016）云 01 民终 302 号民事判决书；广东省深圳市中级人民法院（2013）深中法房终字第 2008 号民事判决书；浙江省安吉县人民法院（2015）湖安民初字第 529 号民事判决书；江苏省东海县人民法院（2015）连东民初字第 00532 号民事判决书。

的利益仅为对该知识产权的使用。只有对被侵害财产的占有和使用，才是侵权人取得的本应归属于被侵权人的利益。

4．返还非法使用的价值

对于他人财产的使用不能返还，侵权人应当返还使用本身的价值。[69] 对于他人知识产权的使用，其价值就是使用该知识产权本应支付的许可使用费。

非法使用他人财产，既可能侵害他人财产，应当承担侵权责任；也可能取得不当得利，应当予以返还。此时，被侵权人既可以基于侵权责任法（民法典第 1165 条）要求侵权人赔偿按照使用费计算的可得利益损失，又可以基于不当得利法（民法典第 985 条）要求侵权人返还非法使用的价值即返还使用费。侵权赔偿中的使用费是推定的可得利益损失。侵权人一旦证明被侵权人并未受到使用费损失，被侵权人就不能基于侵权责任法请求侵权人支付使用费。不当得利返还中的使用费不是推定的可得利益损失，而是使用本身的价值。只要被侵害财产能够通过市场定价，对该财产的使用也能够通过市场定价，被侵权人就能够请求侵权人支付使用费。此时，支付使用费在性质上属于不当得利返还，与被侵权人是否以及在多大程度上受到可得利益损失无关。相比之下，根据不当得利法请求使用费更符合人们的法感情：无论非法使用他人财产是否给被侵权人造成可得利益损失，使用人都应当付费。

（二）价值返还型赔偿责任

1．独立的许可使用费赔偿

我国法院一般不通过不当得利返还的途径解决非法使用他人财产的纠纷，权益侵害型不当得利的判决并不常见。各知识产权单行法中的许可使用费赔偿一般仍被认为是赔偿推定的可得利益损失。而在侵害他人知识产权案件中，按照许可使用费推定的可得利益损失极易被推翻，许可使用费赔偿的适用极易被排除。[70] 因此，许可使用费赔偿的适用率较低。绝大部分的侵害知识产权赔偿纠纷，当事人只能求助于数额较低的法定赔偿。[71]《关于加强知识产权审判领域改革创新若干问题的意见》要求建立体现知识产权价值的侵权损害赔偿制度，正是为了解决法定赔偿适用率过高造成的“赔偿低”问题。[72]

将许可使用费定性为推定的可得利益损失，是许可使用费赔偿适用率低的主要原因。实际上，各知识产权单行法并未将许可使用费规定为损害计算方法，[73] 抑或将其推定为被侵权人的损失，[74] 而是将许可使用费与实际损失、侵权利润并列规定为确定赔偿数额的标准。各知识产权单行法实际上规定了三种不同类型的赔偿责任：赔偿损失属于损害填补型赔偿，侵权利润赔偿属于利润剥夺型赔偿，而许可使用费赔偿则属于得利返还型赔偿。[75] 其中，只有赔偿损失以被侵权人受到损失为前提，后两种赔偿责任的功能都不是填补损害，其数额并不取决于

〔69〕 参见前引〔62〕，黄薇主编书，第 1586 页。

〔70〕 为避免许可使用费赔偿的适用被轻易排除，部分学者甚至放弃差额说，认为“只要侵权行为发生便意味着权利人遭受了某种损害”。参见前引〔49〕，徐小奔文，第 185 页。

〔71〕 关于许可使用费赔偿以及法定赔偿的适用率，参见前引〔1〕，吴汉东文，第 1482 页；宋健：《知识产权损害赔偿问题探讨——以实证分析为视角》，《知识产权》2016 年第 5 期，第 12 页以下。

〔72〕 关于赔偿低与法定赔偿适用率高之间有无联系的争议，参见前引〔1〕，吴汉东文，第 1484 页。也有学者认为，法定赔偿“并非司法判赔数额较低的制度性原因”。参见上引宋健文，第 10 页。

〔73〕 如德国著作权法第 92 条规定了三种计算损失的方法，其中就包括按照许可使用费计算损失的方法。

〔74〕 如日本专利法第 102 条规定了三种推定损失的方法，其中就包括将许可使用费推定为损失。参见胡晶晶：《论日本专利侵权“所失利益”的法律性质：“可推翻之推定”》，《知识产权》2021 年第 3 期，第 87 页。

〔75〕 参见李承亮：《多元赔偿责任论》，《法学评论》2020 年第 5 期，第 84 页以下。

被侵权人受到的损失。

在我国目前权益侵害型不当得利缺位的情况下，许可使用费赔偿作为得利返还型赔偿责任，可以实现不当得利价值返还的功能。侵权人只要非法使用了他人知识产权，无论是否给被侵权人及其被许可人的使用造成消极影响，都应当为非法使用他人知识产权付费即赔偿许可使用费。[76] 将许可使用费赔偿定性为得利返还型赔偿责任，更符合各知识产权单行法的规定，也可以提高许可使用费赔偿的适用率。

2．许可使用费作为最低救济标准

许可使用费赔偿在构成要件上属于侵权责任，在法律后果上却与不当得利返还相当。多元赔偿责任出现之前，不当得利法设置了对被侵权人的最低救济标准。在非法使用他人财产未造成可得利益损失或者只造成较小的可得利益损失时，被侵权人根据侵权责任法不能获得赔偿或者只能获得较少的赔偿，可以根据不当得利法请求侵权人为非法使用付费即返还使用费。多元赔偿责任出现之后，不当得利法为被侵权人设置最低救济标准的功能可以在一定范围内由许可使用费赔偿实现。但是，在非法使用的财产不是知识产权以及非法使用他人知识产权但没有过错时，许可使用费赔偿不能适用，对被侵权人的最低救济标准仍然只能由不当得利法设置。

在各知识产权单行法中，许可使用费赔偿虽然是独立的赔偿责任，但在适用顺序上仍劣后于实际损失赔偿和侵权利润赔偿，只能在可得利益损失和侵权利润均难以确定时才能适用。根据此类规定，侵权人如果能够证明被侵权人没有受到可得利益损失或者只受到较小的可得利益损失，就可以排除许可使用费赔偿的适用，许可使用费赔偿也就不能为被侵权人提供最低救济标准。如果将许可使用费赔偿定性为独立的得利返还型赔偿，其适用顺序就不应劣后于损害填补型赔偿和利润剥夺型赔偿。民法典第 1182 条取消了实际损失标准和侵权利润标准之间的适用顺序。此后修订的著作权法第 54 条第 1 款、专利法第 71 条第 1 款均取消了实际损失赔偿和侵权利润赔偿之间的适用顺序。各知识产权单行法应当在此基础上进一步取消许可使用费赔偿劣后的适用顺序，赋予被侵权人选择权。只有彻底取消三种赔偿责任之间的适用顺序，被侵权人才能够在没有受到损失或者只受到较小损失时选择许可使用费赔偿，许可使用费赔偿才能成为对被侵权人的最低救济标准。[77] 这样一来，侵权赔偿体现知识产权价值的途径不仅在于按照许可使用费确定赔偿数额，还在于将许可使用费赔偿作为对被侵权人的最低救济标准。

3．非法使用他人知识产权的价值评估

许可使用费赔偿是得利返还型赔偿，是对非法使用他人知识产权的价值返还，而不是赔偿被侵权人的可得利益损失。因此，按照许可使用费确定赔偿数额时，应当以非法使用的价值为准，而不应以被侵权人实际从侵权人或者第三人处收取的许可使用费为准。[78] 对于许可使用费赔偿请求，法院常常要求当事人证明其此前已经与他人就被侵害知识产权达成许可使用协议并收取许可使用费。[79] 即使当事人能够提供真实的许可使用证据，法院仍然常常以该许可使

〔76〕 在延吉市第四百货有限公司与海宁中国皮革城股份有限公司、浙江三星皮业有限公司侵害商标权纠纷案中，最高人民法院认为，许可使用费赔偿与被侵权人是否受到损失以及侵权人是否获利无关。参见最高人民法院（2017）最高法民申 4701 号民事裁定书。

〔77〕 关于许可使用费赔偿的“最低限度赔偿”属性，参见前引〔49〕，徐小奔文，第 187 页。相反主张，参见前引〔47〕，缪宇文，第 163 页。

〔78〕 “专利纠纷规定”第 15 条甚至将“有许可费可以参照”亦即将已确定存在的许可使用费作为许可使用费赔偿的适用前提。

〔79〕 参见最高人民法院（2017）最高法民申 4438 号民事裁定书、（2007）民三终字第 3 号民事判决书、（2010）民申字第 1682 号民事裁定书。

用与侵权人的使用在使用性质、时间、范围等方面不一致为由认定“没有可供参考的许可使用费”。[80] 知识产权以及对知识产权的使用均具有高度的特定性，提供与侵权人的使用完全相同的许可使用证据，对于被侵权人而言几乎是不可能的。我国法院的上述操作使得许可使用费赔偿几乎没有适用的空间，也直接导致法定赔偿的适用率接近 100%。

只要被侵害的知识产权可以通过评估确定价值，对该知识产权的使用就可以通过评估确定价值。行业通行的许可使用标准，如文字作品的稿酬标准，[81] 可以直接用于评估非法使用的价值。[82] 被侵权人许可他人使用该知识产权的任何证据，都可以用于评估非法使用的价值。[83] 该许可使用与侵权人的使用在使用性质、时间、范围等方面的差异，可以作为酌加和酌减因素。[84] 即使被侵权人从未许可他人使用，非法使用的价值仍然可以参照类似知识产权的类似许可使用确定。[85] 类似知识产权与被侵害知识产权之间的差异，同样可以作为酌加和酌减因素。即使没有任何可供参考的许可使用，法院还可以采用“虚拟缔约法”评估非法使用的价值。[86] 各知识产权单行法在规定许可使用费赔偿时并未采用“按照许可使用费确定”的表述，而是采用了“参照许可使用费合理确定”的表述。许可使用费赔偿与实际损失赔偿、侵权利润赔偿在法律条文表述上的这一差别也能够为法院在评估非法使用的价值时行使较大的自由裁量权提供依据。[87] 总之，将许可使用费赔偿定性为得利返还型赔偿责任，将许可使用费定性为非法使用的价值，因许可使用费难以确定而适用法定赔偿的情形几乎不会发生。[88] 法定赔偿只在极其例外的情形下才能适用，许可使用费赔偿就可以取代法定赔偿成为知识产权侵权的兜底赔偿责任。

结 论

知识产权直接损害仅包括知识产权消灭、商标受到的不良影响等。各知识产权单行法规定的侵权行为仅指非法使用他人知识产权的行为。除了对商标造成的不良影响，非法使用他人知识产权不会造成直接损害，只会造成间接损失，主要是可得利益损失。非法使用他人知识产权造成的可得利益损失可以按照侵权人本应支付的许可使用费推定。在侵害知识产权的情形，侵

〔80〕 参见最高人民法院（2012）民提字第 125 号民事判决书；北京市高级人民法院（2016）京民终 521 号民事判决书。

〔81〕 关于行业通行的许可使用费，参见前引〔49〕，徐小奔文，第 192 页。

〔82〕 如在一系列侵害作品信息网络传播权纠纷中，最高人民法院参照有关稿酬标准确定赔偿数额。参见最高人民法院（2015）民申字第 3007 号、（2016）最高法民申 1802 号、（2016）最高法民申 1803 号民事裁定书。

〔83〕 既包括被侵权人曾经许可侵权人使用被侵害知识产权的真实交易凭证，也包括被侵权人许可第三人使用该知识产权的真实交易凭证。

〔84〕 如延吉市第四百货有限公司与海宁中国皮革城股份有限公司、浙江三星皮业有限公司侵犯商标权及不正当竞争纠纷案中，吉林省高级人民法院在原告从第三人处收取的许可使用费的基础上予以酌增（经营面积）和酌减（每月每平方米许可使用费）确定许可使用费赔偿的数额。参见吉林省高级人民法院（2017）吉民终 91 号民事判决书。最高人民法院也认可了上述观点，参见前引〔76〕，（2017）最高法民申 4701 号民事裁定书。

〔85〕 北京市高级人民法院《关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》第 2.3 条第 2 款规定：“涉案文字作品未许可他人使用的，与涉案文字作品类型相同、发表时间相近、题材相似、市场知名度相当的其他作品的许可使用费，可以作为计算赔偿数额的参考。”

〔86〕 关于“虚拟缔约法”，参见前引〔49〕，徐小奔文，第 189 页以下。

〔87〕 关于许可使用费赔偿与法官自由裁量权，参见前引〔1〕，徐小奔文，第 125 页。

〔88〕 将许可使用费赔偿中的许可使用费限定为已确定存在的许可使用费，亦属比较法上的孤例。参见前引〔45〕，蒋舸文，第 83 页。

权赔偿体现知识产权价值的主要途径是按照知识产权在许可使用市场的价格确定赔偿数额，而不是按照知识产权在转让市场的价格确定赔偿数额。

非法使用他人知识产权，并不必然影响被侵权人及其被许可人的使用。被侵权人在没有受到按照使用费计算的可得利益损失时，仍可能基于不当得利法请求侵权人为非法使用支付使用费。不当得利返还中的使用费不是推定的可得利益损失，而是使用本身的价值。只要被侵害财产能够通过市场定价，对该财产的使用就能够通过市场定价，被侵权人就能够请求侵权人支付使用费。

各知识产权单行法并未将许可使用费赔偿规定为损害填补型责任，而是规定为得利返还型责任。许可使用费赔偿在构成要件上属于侵权责任，在法律后果上却与不当得利返还相当。按照许可使用费确定赔偿数额时，应当对非法使用进行价值评估，以非法使用的价值为准，而不应以被侵权人实际从侵权人或者第三人处收取的许可使用费为准。在多元赔偿责任并存的法律框架内，许可使用费赔偿可以代替不当得利价值返还为被侵权人提供最低救济标准。侵权赔偿体现知识产权价值的途径不仅仅在于按照许可使用费确定赔偿数额，还在于按照许可使用费确定最低救济标准。

Abstract: Except for the exceptional circumstances such as the extinction of intellectual property and adverse effects on trademarks, the value basis of liability for infringement on intellectual property is not the price of intellectual property in the transfer market, but the price of intellectual property in the licensing market, namely the license fee. Infringement on the intellectual property of others does not necessarily affect the use by the infringed party and its licensees, or result in loss of acquirable benefits. The infringed party may still request the infringer to pay royalties for the illegal use based on the law of unjust enrichment even when he has not suffered the loss of acquirable benefits calculated according to the license fee. Intellectual property laws stipulate the licensing fee compensation not as compensation for damage, but as compensation for return of benefit. Licensing fee compensation belongs to tort liability in terms of constituent elements, but is equivalent to restitution of unjust enrichment in terms of legal consequences. The license fee in this sense is not a presumed loss of gains, but the value of the use itself. As long as the infringed intellectual property can be priced through the market, the use of the intellectual property can also be priced through the market, and the infringed party can claim compensation for license fee. In the legal framework of alternative compensation standards, license fee compensation can replace restitution of unjust enrichment to provide the infringed party with the minimum standard of relief. The main way for infringement compensation to reflect the value of intellectual property is to determine not only the amount of compensation based on the license fee but also the minimum relief standard based on the license fee.

Key Words: compensation for value, license fee, loss of acquirable benefits, restitution of unjust enrichment, compensation for return of benefit