

论我国知识产权侵权赔偿规则的不足与完善

陈玲汐

华东政法大学, 国际法学院, 上海

收稿日期: 2022年9月29日; 录用日期: 2022年11月29日; 发布日期: 2022年12月6日

摘要

司法程序对于知识产权侵权案件的处理, 应能达到惩戒并预防侵权的结果。实践中存在知识产权侵权赔偿数额过低的现象, 无法契合知识产权保护的要求。修订后的知识产权相关法律并未解决赔偿计算方式适用障碍、惩罚性赔偿适用受限以及法定赔偿滥用等不足。在后续的制度建设中, 应厘清并构建正确的价值导向与判决思路、增强赔偿数额计算和证据等相关规则的可操作性, 充分完善知识产权侵权赔偿制度。

关键词

知识产权侵权赔偿, 惩罚性赔偿, 法定赔偿

Research on Insufficiency and Perfection of Rules of Compensation for Chinese Intellectual Property Rights Infringement

Lingxi Chen

Faculty of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Sep. 29th, 2022; accepted: Nov. 29th, 2022; published: Dec. 6th, 2022

Abstract

Judicial proceedings of intellectual property infringement cases shall be capable of punishing and preventing infringement. In practice, there is a phenomenon that the amount of compensation for intellectual property infringement is too low to meet the requirements of intellectual property protection. The revised IPR-related laws do not address the obstacles in the application of compensation calculation methods, the limited application of punitive damages, and the abuse of sta-

tutory damages. In the follow-up system construction work, it is necessary to clarify and construct the correct value orientation and logic of judgment, enhance the operability of relevant rules such as calculation of compensation and evidence, and fully improve the compensation system for intellectual property infringement.

Keywords

Compensation for Intellectual Property Infringement, Punitive Damages, Statutory Damages

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

对知识产权侵权的打击力度,在很大程度上决定了遏制侵权的效果。国务院在2008年6月5日发布的《国家知识产权战略纲要》中就已在要求加强知识产权保护:“修订惩处侵犯知识产权行为的法律法规,加大司法惩处力度。”但是即便著作权法、专利法和商标法等均已在近年完成上述修订,知识产权侵权“判赔低”的问题却始终未得到很好的解决。我国当前的司法保护中,知识产权侵权损害赔偿数额整体上存在赔偿额过低的现象,并不足以有效制止和威慑侵权行为以及维护权利人的合法权益([1] p. 25)。在2021年发布的《知识产权强国建设纲要(2021~2035年)》中,仍在要求“提高保护标准,全面建立并实施侵权惩罚性赔偿制度,加大损害赔偿力度。”可见在知识产权的法制建设中,作为侵权代价的损害赔偿的落实一直是重点与难点任务。为此,有必要分析知识产权侵权赔偿制度不足的症结所在,再针对性地进行完善。

2. 知识产权侵权赔偿机制¹法理依据及争议

我国知识产权侵权各赔偿机制的法理依据并不完全相同。一般赔偿机制的设计思路遵循民法侵权的填平原则。无论是以该机制下何种方式计算,目的都是让权利人恢复到未被侵权时的状态。与之相反,惩罚性赔偿指的是侵权人承担的责任大于其侵权实际损失、非法所得、或以其他方式计算的赔偿数额[2]。这能达到惩戒及遏制侵权再次发生的效果,体现了预防理念。法定赔偿指的是在一般赔偿机制仍无法确定赔偿数额的情况下,由法官在法定范围内酌定赔偿数额,是一种兜底机制。

我国民法赔偿制度深受大陆法系影响,因而早期的知识产权侵权赔偿制度和大陆法系国家的类似。这种赔偿制度包括一般赔偿机制和法定赔偿,不规定惩罚性赔偿。这是由于惩罚性赔偿最初确立于英美法系国家,而德国等大陆法系国家严格区分公法私法,强调侵权赔偿的填平原则,完全不接受惩罚性赔偿的适用[3]。但经过修订的现行法律则均规定了惩罚性赔偿。这个改进体现了这些要点:首先,我国立法者肯定了制裁性规则在知识产权侵权领域的适用。在赔偿制度深受填平原则影响的背景下,我国依旧将惩罚性赔偿机制引入知识产权领域。这说明在知识产权保护上,立法者强调了以惩戒遏制再犯的重要性。其次,我国的制度设计重视各赔偿机制适用逻辑。各机制均有清晰的适用程序且不会相互替代,体现出了立法者在构建赔偿逻辑上所做的努力。然而,这些机制的适用仍存在一些争议。

¹按照法条规定,本文的知识产权侵权赔偿机制分为三类。以“权利人的实际损失——侵权人的违法所得——许可费或权利使用费的合理倍数”的顺位确立赔偿数额的机制,在本文统称为“一般赔偿机制”。其他两类分别为“惩罚性赔偿机制”和“法定赔偿机制”。

第一，法定赔偿机制的法理依据是填平原则，还是制裁原则。从适用位次看，只有在适用一般赔偿机制遇到证明不足、无法确认的情形时，才会适用法定赔偿。法定赔偿可以看作一般赔偿机制无法适用时，为了达到其效果的一种变通。从适用目的上看，法定赔偿所遵循的也应当是与一般赔偿机制相同的填平原则。但实践中，在惩罚性赔偿机制的适用受限、而案件又有实施惩罚性赔偿的必要性时，法官就只能利用法定赔偿施加惩戒。此时，法定赔偿又因其司法者的自由裁量而在客观上被施加了惩戒的功效，故引起了原理的争议。

第二，惩罚性赔偿的计算基础范围争议。这点主要体现在对新专利法扩大惩罚性赔偿适用范围的意见里。在2015年4月1日公布的专利法修改草案(征求意见稿)第65条中(下文简称“草案”)，惩罚性赔偿被设置在了条文最后，表述为“据前两款所确定的赔偿数额提高至二到三倍”。这种表述改变了惩罚性赔偿的计算基础。此前2013年商标法第63条里曾明确，惩罚性赔偿的计算基础是一般赔偿机制所确定的数额。草案将惩罚性赔偿条款置于最后，是将法定赔偿的数额也纳入了惩罚性赔偿的计算基础。这使得无论基础赔偿数额是由哪种机制确定，惩罚性赔偿机制都有可能得到适用，而不再受限于一般赔偿机制计算的成功与否。在同期发布的国家知识产权局对该草案的说明里，草案第65条计算基础的改动目的并没有被特别提及，无法得知这样安排的确切理由。但可以肯定的是，惩罚性赔偿机制的适用问题已经引起立法者的注意，且纳入了修改的考量。最终的新专利法条文还是选择保留旧模式，回避了对惩罚性赔偿机制的改动。这或许能视为立法者并不认可这种修改，却依旧不能解决该机制已经存在的问题。而关于如何让该机制得到落实，新法始终没有给出很好的解答。

对于上述争议，笔者认为：第一，法定赔偿机制的法理基础是填平原则，不包含有惩罚性赔偿的制裁功能。不同机制的法理基础应当得到明确与强化，这样才能发挥相对应的具体功能。第二，基于不同法理基础，维持各赔偿机制相对独立适用的立法模式是合理的。专利法草案的尝试，或许是基于实践里惩罚性赔偿适用低这一现象而生。但是这种情形下，应当改进的是让传统计算方式的适用回归正常。若通过互相替代弥补的思路混淆赔偿制度的适用，则容易导致判赔条理及逻辑的错误。笔者将在下文详细论述原因。

3. 知识产权侵权赔偿制度在司法实践中的困境

3.1. 一般赔偿机制的适用障碍

在一般赔偿机制下，法律按照顺位规定了三种计算方式：权利人因侵权受到的实际损失，或侵权人因侵权所获利益，又或是许可费合理倍数²。但这些计算方式在实践中均有难以操作的地方。

第一，侵权所带来的损失难以计算并证明。以专利侵权为例，其损失不仅包括侵权直接损失，还包括因侵权产品质量所导致的权利人商誉受损、市场竞争力下降等间接损失。这些无形或远期的损失或风险都客观存在，却难进行具体量化计算。此外，销量下滑可能是多因素共同导致的结果，如市场行情、法规政策、产品自身品控等。对权利人遭受损失与侵权存在因果关系的证明也存在难度。

第二，计算侵权人获利所需的证据通常由被告掌握，而被告往往不会积极配合提供。且即便获取侵权人的销售额等证据，也可能遇到与权利人损失时遇到一样的障碍——因果关系证明的难题。虽然2013年商标法就已经有在注重改进证据制度，但基于适用法定赔偿后的方便快捷所形成的司法惯性等原因，该问题很难短期得到解决。因此，在侵权人与其他机关部门配合不够积极的情况下，侵权人获利这一方法也在很大程度上缺乏顺利实现的可能性。

第三，许可费的合理倍数这一计算方式存在不合理之处。仍以专利为例，企业以其独家专利来保持竞争优势的商业策略并不罕见。因此，并非所有的权利人都存在专利许可的历史。若权利人未曾且不计

²知识产权各法中进行“合理倍数”计算的对象各不相同，为行文方便，本文统称为“许可费的合理倍数”。

划将专利许可给他人，市场上又无其他类似情形可作参考，那么权利人就很难以此方式来计算赔偿。

3.2. 惩罚性赔偿的制裁效果有限

3.2.1. 惩罚性赔偿的适用受限

在商标法引入惩罚性赔偿后，有学者统计了截止到 2015 年的商标侵权案件里，仅 1 例明确适用惩罚性赔偿判赔，2 例判决书指出要严厉惩戒却最终并未明确适用惩罚性赔偿([4] p. 194)。会产生这种结果，原因之一在于一般赔偿机制的适用障碍。一般赔偿机制所确定的数额既是适用惩罚性赔偿的前提，又是其计算基础([5] p. 797)。一般赔偿机制无法顺利适用时，惩罚性赔偿也将无从适用并计算。因此，一般赔偿机制计算数额的成功率，将直接关系到惩罚性赔偿的适用成功率。若基础数额的计算方式在实践中的障碍无法得到改善，那么惩罚性赔偿的适用将继续举步维艰。

3.2.2. 惩罚性赔偿与赔偿数额困境

在惩罚性赔偿引入知识产权领域前，有学者认为一般赔偿机制和法定赔偿缺乏可操作性，故惩罚性赔偿这种大于侵权人获利的机制才能达到遏制再犯的惩戒效果[6]。但实际情况是，惩罚性赔偿的引入是为了应对制裁性质赔偿机制缺乏的状况，而非对一般赔偿机制和法定赔偿机制的替代。引入惩罚性赔偿，既不会弥补其他赔偿机制可操作性的缺陷，也不能解决赔偿偏低的困境。

首先，惩罚性赔偿引入后的司法实践已证明，其并没有明显改善法定赔偿适用畸高的问题。只要一般赔偿机制仍缺乏可操作性，惩罚性赔偿就处于缺乏适用基础的地位，而无助于法定赔偿适用率的降低。其次，惩罚性赔偿不能以法定赔偿为计算依据。有观点认为，法定赔偿机制不以实际证据证明为基础，本身就体现了一定惩罚性[7]。还有观点认为，法定赔偿的计算已经考虑了故意情节因素说明其包含了惩罚性因素，作为惩罚性计算基础会造成惩罚过当[8]。但笔者认为，这些均不能解读出法定赔偿包含惩罚性质。第一，从立法逻辑来看，法定赔偿是服务于一般赔偿机制障碍情形的方式，故只应用于继续实现一般赔偿机制目的——填补实际损失，而非另行加入惩戒要素。第二，法定赔偿要考虑的“情节”是为了根据“实际”酌定判罚，并未包含惩罚效果。对于这点，最高院 1998 年《关于全国部分法院知识产权审判工作座谈会纪要》对法定赔偿的补偿性定位，以及 2008 年的立法解释都在指明法定赔偿机制的初衷在于补偿损失而非惩罚侵权([9] p. 138)。第三，惩罚具有公法性质，适用于知识产权领域时也应保持审慎谦抑的司法立场[10]。因此，惩罚性赔偿需要强调相对的准确来克制不必要的惩罚，也就不可能以模糊的法定赔偿为计算基础。

总之，惩罚性赔偿既无法改善一般赔偿机制的缺陷，也不能以法定赔偿作为计算基础。赔偿额过低的现象并非源于未引入惩罚性赔偿机制，而是各机制自身适用上的缺陷。惩罚性赔偿这一机制固然有惩戒功能，但并不能真正解决赔偿数额过低的问题([11] p. 32)。

3.3. 法定赔偿的滥用暂无缓解趋势

3.3.1. 法定赔偿的随意适用现象

法定赔偿在司法实践中存在明显的滥用现象。首先，法定赔偿的适用频率过高，实践中以法定赔偿机制作为判赔标准的案例占据绝对多数([4] p. 193)。事实上，在惩罚性赔偿引入前，判赔就已经呈现法定赔偿占压倒性多数的特点([11] p. 25)。法定赔偿这一不正常的高适用率长期未得到缓解。其次，法定赔偿的功能定位混乱且误用现象严重。由于惩罚性赔偿常无法适用，实践中便出现了用高于填补损失的法定赔偿额来达到惩戒效果的做法。这使得两个赔偿机制虽然形式上独立，实践中却常常形成事实上替代关系。

上述随意适用现象存在以下隐患：第一，法定赔偿不能很好地发挥惩戒功能。法定赔偿机制本身的理念在于填平，并不包含惩戒。“法定赔偿普遍缺乏清晰和细致的说理，难以发挥其对故意侵权行为予

以责罚与非难的评价作用”([9] p. 139)。因此,这一高度综合性的机制难以严密论证明确的“惩戒”逻辑并评价效果。其次,替代适用可能再度加剧法定赔偿的滥用。法定赔偿的不稳定性决定了其应作为兜底的最终救济方案[12]。而当法定赔偿成为司法者唯一能够在客观上发挥惩戒作用的机制时,则极易使其成为“为了惩戒而适用法定赔偿”的“首选”做法。这种对功能的误读又会进一步促进高频率法定赔偿的误用。第三,判罚数额缺乏可预见性与合理性。法定赔偿的规定通常为一个幅度很大的适用范围,主要依靠法官的自由裁量。在缺乏相关判罚标准下,很难准确把握判罚幅度。在高频率适用法定赔偿的背景下,极易形成严重的同案不同判现象。

3.3.2. 法定赔偿固定限额的消极影响

一方面,法定赔偿的固定限额是该机制的最大缺陷之一。相对于知识产权的价值阈值而言,法定赔偿的上限数额往往偏低——即便是额度上限判赔都难以补偿权利人损失。固定限额会导致两个问题:第一,赔偿额无法体现并涵盖被侵犯知识产权的价值。这是因为固定限额无法做到契合所有类型的赔偿需要。第二,减损法定判赔力度。法定赔偿的泛用,有一部分原因来自于法官的求稳和保守心态([4] p. 197)。作为门槛的限额会在无形中对判赔力度构成约束,这显然不利于保障权利人利益。

另一方面,法定赔偿的限额突破无法轻易实现。法官若想强行突破法定限额判赔,其依据可能来源于最高院2009年《关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》。这一文件允许法官在特殊情况下超越最高额判赔,是一种由司法实践所创设并由司法政策所认可的“法定判赔”([4] p. 198)。这种做法能在一定程度上应对法定赔偿限额导致的不利结果,但其适用仍存在以下问题:第一,若超额判赔难以实现,“超额”作为例外依旧不会成为首选的做法。因为在高频适用法定赔偿又在一定程度上追求保守的司法惯性下,超额判赔很难在改善法定赔偿限额的桎梏上很难起到太大作用。第二,即便超额判赔得以更加频繁地实现,但若赔偿机制依旧缺乏具体标准指引,超额判赔也将和法定赔偿一样处于随意适用的状态。其最终也极有可能只是发展为一种阈值更高的法定赔偿。

4. 完善知识产权侵权赔偿制度的路径建议

4.1. 提高预防功能在赔偿制度中的地位

赔偿制度作为知识产权保护的巨大难点,需要从价值导向入手对现有问题进行纠偏。传统的知识产权侵权损害赔偿制度更加注重的是填补损失救济功能,对于预防功能的重视不够。然而知识产权法律不仅要保护权利人在私法上的经济利益,还要在公共层面上承担起激励创新的作用。诉讼成本以及证明困难等问题均导致权利人所获得赔偿往往低于实际损失。一味依赖救济功能显然不足以激励创新。而强调预防功能在赔偿知识产权赔偿制度体系中的核心地位,有助于维护整体的创新环境([13] p. 139)。因此,应当建立起更加重视预防功能的判赔思路。司法应将侵权对于创新影响程度也加入判赔因素考量,从根源上提高判赔的积极性。

4.2. 优化并落实证据规则

一般赔偿机制的主要困难来源于证明困难。为此,应当改善并落实证据制度。有观点认为,赔偿制度问题在于三种方式的适用顺位。因为这种优先次序可能让权利人只能适用获得赔偿更少的方式而对权利人不公平[14],也会加重权利人的举证责任([15] p. 211)。但笔者认为去掉顺位的改进作用十分有限。原因在于三种计算方式本身就存在操作上的障碍,且这些障碍主要来源于证据的获取和因果关系等证明方面的难点。即便允许权利人不按顺序地自由选择计算方式,也无法解决证明的难题。因此,当务之急暂不在于一般赔偿机制各方式的适用次序,而在于使计算方式具有真正的可操作性。

2013年的商标法在第63条增加了有关证据妨碍的规定,但其在改变证明难的效果上依旧差强人意。按照该条规定,权利人尽力举证,而侵权人又不配合法院提交相应的资料,法院也只是“参考”而非“按照”权利人的主张来判赔偿。这种情形下,若法院不主动介入调查,法院将完全无法衡量赔偿责任与“参考”对象的可比性。而即便法院主动介入调查,这类取证也往往涉及其他机关单位的配合,并无绝对的成功保障。法院的“参考”很可能依旧处于无的放矢的困境,很难得出保障权利人的判决结果。

因此,现有的证据妨碍规则是远远不够的,我国应当加强对证据规则的完善。一方面,要落实更加严格的证明妨碍制度。应当考虑到知识产权的特殊性,在侵权人不配合相应的证明时,明确并加重其妨碍后果与责任。另一方面,要对证明标准进行一定的调整。可以考虑建立起相对低于现有民事诉讼“高度盖然性”的证明标准^[16],让赔偿制度的证明更加现实化、合理化。

4.3. 制定完善的法定赔偿规则

其他赔偿机制能够得到正常适用的情形下,法定赔偿的适用率也会自然回落到正轨。此时法定赔偿还需改进数额认定和固定限额的问题。

数额认定上,由于缺乏具体的标准,庞大的判赔幅度无法划分出精细的适用区间,导致法定赔偿的可预见性很弱^[17]。因此,法定赔偿机制需要针对不同的情节、证明程度尽可能分出合理的区间范围,并提供更加详细的计算方式与规则。如此,法定赔偿数额的计算才能建立在足够的依据与规则的基础之上,得出的赔偿数额才能获得足够的可信度与可预见性。

限额问题上,需要以更加灵活的额度规则来尽量降低僵化的限额的负面影响。对此,曾有学者认为可以采用按照侵权人支付能力的比例来取代具体金额的做法^[18]。笔者认为,该思路的灵活性值得肯定,但以“侵权人的支付能力”为基础的赔偿机制将存在重大漏洞。首先,理论上侵权人支付能力与侵权行为、侵权后果没有必然联系。因此,支付能力只能作为参考,而不能取代损失作为赔偿计算基础^[19]。第二,“支付能力”这一抽象概念是难以量化并进行客观判断的。于当事人的证明责任和法官的审查而言,其都会添加很大的负担。因此,这种带有理想化色彩的方式不具有现实操作性。相较之下,更可行的方法是针对不同的情形适用不同的上限额度^[20],并严格设置在一定情形下突破限额的例外作为兜底。设置多个限额既能够进一步扩大法定赔偿的额度范围,又有助于推进并细化数额区间划分,构建科学且合理的赔偿规则。附条件突破法定限额的做法则可以让“超额法定赔偿”的现象受到规制和约束。在细化、有序的规则指引下,法定赔偿机制便可以最大限度地发挥其真正的保障作用。

5. 结语

在我国知识产权侵权案件里,判决赔偿数额低将是司法实践中继续存在的难题。对现有赔偿制度的分析可以看出,各赔偿机制均有相应的法理依据。一般赔偿机制遵循填平原则,意在为权利人填平损失。惩罚性赔偿是在此基础上用以施加惩戒的工具,具有预防侵权人再犯的功能。法定赔偿是兜底的备用工具,不应成为适用主流。各机制设计均对应一定的判赔逻辑,不应相互替代或混淆。司法实践中各机制的功能定位不够明晰,导致一般赔偿机制与惩罚性赔偿的适用不到位,法律赔偿适用畸高。因此,我国知识产权侵权赔偿制度真正的不足,集中于赔偿制度的正确适用上。从完善赔偿制度的整体上看,今后改革应在价值导向上建立起更加积极的知识产权司法意识。在程序方面上则需要重视对证据规则的落实,确保赔偿计算与证明的顺利进行。在赔偿机制的落实方面,则涉及具体规则的细化。对于一般赔偿机制,要充分加强其计算方式在实践里的操作性,以缓解法定赔偿适用的畸高。法定赔偿机制需要对规则模糊、固定限额的局限性等难题进行解决。在一般赔偿机制的完善下,惩罚性赔偿机制的适用障碍将得到一定程度的改善,并专注于在相应情节下发挥惩戒和预防功能。对赔偿制度的全面完善,便能有效提升知识

产权的保护力度。

参考文献

- [1] 冯晓菁. 知识产权保护论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2022: 25.
- [2] 曹新明. 知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析——兼论我国知识产权领域三部法律的修订[J]. 知识产权, 2013(4): 3-9+2.
- [3] 李晓秋. 专利侵权惩罚性赔偿制度: 引入抑或摒弃[J]. 法商研究, 2013, 30(4): 136-144.
- [4] 詹映. 我国知识产权侵权损害赔偿司法现状再调查与再思考——基于我国 11984 件知识产权侵权司法判例的深度分析[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2020, 38(1): 191-200.
- [5] 茆荣华. 《民法典》适用与司法实务[M]. 北京: 法律出版社, 2020: 797.
- [6] 史玲, 王英军. 惩罚性赔偿制度在我国知识产权法领域的适用[J]. 天津法学, 2012, 28(1): 37-42.
- [7] 杨方程. 完善知识产权惩罚性赔偿数额确定的路径思考[J]. 贵阳学院学报(社会科学版), 2018, 13(4): 67-74.
- [8] 朱理. 专利侵权惩罚性赔偿制度的司法适用政策[J]. 知识产权, 2020(8): 21-33.
- [9] 焦和平. 知识产权惩罚性赔偿与法定赔偿关系的立法选择[J]. 华东政法大学学报, 2020, 23(4): 130-143.
- [10] 吴汉东. 知识产权惩罚性赔偿的私法基础与司法适用[J]. 法学评论, 2021, 39(3): 21-33.
- [11] 罗莉. 论惩罚性赔偿在知识产权法中的引进及实施[J]. 法学, 2014(4): 22-32.
- [12] 胡晶晶. 反思知识产权法定赔偿制度[J]. 西南知识产权评论, 2021(1): 153-165.
- [13] 董凡. 知识产权损害赔偿制度研究[D]: [博士学位论文]. 广州: 华南理工大学, 2019.
- [14] 王迁, 谈天, 朱翔. 知识产权侵权损害赔偿: 问题与反思[J]. 知识产权, 2016(5): 34-39.
- [15] 冯晓菁. 知识产权法热点问题研究. 第 6 卷[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2021: 211.
- [16] 胡海容, 王世港. 我国商标侵权适用法定赔偿的新思考——基于北京知识产权法院 2015-2019 年判决的分析[J]. 知识产权, 2020(5): 55-65.
- [17] 张广良. 知识产权损害赔偿惩罚体系的构建[J]. 法学, 2020(5): 119-132.
- [18] 温世扬, 邱永清. 惩罚性赔偿与知识产权保护[J]. 法律适用, 2004(12): 50-51.
- [19] 张玲, 纪璐. 美国专利侵权惩罚性赔偿制度及其启示[J]. 法学杂志, 2013, 34(2): 47-58.
- [20] 边仁君. 专利侵权损害赔偿规则的标准、困境与重构[J]. 知识产权, 2021, 35(3): 34-53.