

知识产权损害赔偿的市场价值 基础与司法裁判规则

吴汉东*

摘要 关于知识产权损害赔偿认定,我国立法设置了数量计算方法(实际损失、侵权所得、许可费倍数)和自由裁量方法(法定赔偿)。在以往司法实践中,存在着法定赔偿方式适用过多与损害赔偿数额认定较低的问题。寻求司法定价规则的重构与功能调整,首先要重塑司法保护的价值观念,认识知识产权价值载体、价值形态、价值实现和价值变量的无形资产特性,以知识产权的“合理价值”即“成本+收益”作为裁判基础;同时在制度创新和司法改革方面,建构知识产权损害赔偿司法裁判的规范体系,包括以自由选择为基础的认可方式、以市场价值为基础的全面赔偿、以权利类分为基础的损害计量、以补偿性赔偿为基础的赔偿机制。

关键词 数量计算方法 自由裁量方法 成本+收益 司法定价规则

知识产权损害赔偿的数额认定,是一个世界性难题。其解决之道,不仅在于相关立法的科学规定,更在于司法裁判经验的总结和提高。长期以来,我国知识产权司法实践深受损害赔偿计算难、举证难、认定难之困扰,有关案件审判亦存在“重侵权归责认定,轻赔偿数额论证”的现象。有基于此,本文试采用实证分析方法和价值分析方法,探讨知识产权损害赔偿认定问题及其成因,在比较分析不同国家、地区赔偿数额基准的基础上,提出我国司法定价的原则和规则。

一、知识产权侵权案件裁判概观:认定方式与赔偿数额

关于知识产权损害赔偿的认定,存在着法定赔偿方式适用过多与损害赔偿司法定价较低

* 中南财经政法大学知识产权研究中心教授。本文系作者于2016年4月由中央政法委宣教室、最高人民法院应用法学研究所共同主办的“知识产权司法保护”研讨会上的主题发言。此次发表时本文已有重大修改和补充。

两大问题。前者涉及法定赔偿方式的利弊分析,后者关系司法判赔水准的合理判断。对此,司法界、学术界乃至社会各界常有不同评论,有时甚至引发对知识产权保护力度高低的争议。

我国知识产权法对损害赔偿数额的认定,主要设置了四种方法,即权利人因被侵权所受到的损失(实际损失)、侵权人因侵权所获得的利润(侵权所得)、许可使用费的合理倍数(许可使用费倍数)以及人民法院根据侵权情节判决的赔偿(法定赔偿)。现行《著作权法》第49条、《商标法》第63条和《专利法》第65条,对上述损害赔偿数额的认定作出了明确规定。(见表一)

表一 知识产权法关于赔偿数额认定方式规定

认定类别	认定方式	专利法				商标法				著作权法		
		1984年 法	1992年 修正案	2000年 修正案	2008年 修正案	1982年 法	1993年 修正案	2001年 修正案	2013年 修正案	1990年 法	2001年 修正案	2010年 修正案
数量 计算 方法	实际 损失	无	无	有	有	无	无	有	有	无	有	有
	侵权 所得	无	无	有	有	无	无	有	有	无	有	有
	许可费 倍数	无	无	无	有	无	无	无	有	无	无	无
自由裁 量方法	法定 赔偿	无	无	无	有	无	无	有	有	无	有	有

从法理上说,实际损失、侵权所得、许可使用费倍数属于数量计算方法,法定赔偿属于自由裁量方法。我国关于损害赔偿数额方式在适用方面有如下特点:一是立法有着严格的先后顺位规定。司法机关在确定侵权损害赔偿数额时,首先“应当”以权利人实际损失为依据;在实际损失难以计算的情况下,“可以”适用侵权人侵权所得。在专利、商标侵权诉讼中,实际损失或者侵权所得难以确定的,“参照”许可使用费的倍数合理确定。前述数量计算方法不能确定的,由法院采取自由裁量方法,即法定赔偿。由此可见,赔偿认定方式适用的基本路径是:实际损失→侵权所得→许可使用费倍数(仅适用专利、商标侵权诉讼)→法定赔偿。在司法理论与实践,实际损失和侵权所得视为第一顺位,许可使用费倍数作为第二顺位,法定赔偿排在第三顺位。在这里,司法解释赋予权利人在确定实际损失与侵权所得赔偿计算之间的选择权,改变了立法关于两者适用的先后顺序。^[1] 无论如何进行司法变通,立法文件中的职权主义做法,

[1] 2013年最高人民法院《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:“人民法院依照专利法第五十七条第一款的规定追究侵权人的赔偿责任时,可以根据权利人的请求,按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定赔偿数额”;2000年最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条第1款规定,“人民法院在确定侵权赔偿数额时,可以根据被侵权人的请求,按照其因侵权行为所受直接经济损失和所失预期应得利益计算赔偿数额;也可以按照侵权人因侵权行为所得利益计算赔偿数额”。

规定损害认定方式的适用位序,遭到许多学者的批评。二是司法实践较多采用法定赔偿方式。与数量计算方法不同,法定赔偿的本质特征在于酌定性,即赔偿数额不是根据某种损失计算方式来确定,而是由法院依法自由裁量的结果。诚然,在三种数量计算方法中,法院也有一定的自由裁量权,但都是在数量计算的框架内进行裁判;而在法定赔偿中,法院仅在法律规定的最高限额内进行自由裁判,不考量或难以考量其数量计算。在我国司法实践中,本应处于补充顺位的法定赔偿成为主要认定方式。从立法本意而言,法定赔偿“应该不用就不要用”;但从裁判实务来讲,法定赔偿“能够用就尽量用”。(见表二)

表二 2008年—2012年知识产权损害赔偿认定方式适用比例

认定方式 权利类型	实际损失	非法所得	合理倍数	法定赔偿
专利权	1.67%	0.48%	0.6%	97.25%
商标权	1.37%	1%		97.63%
著作权	21.21%	0.2%		78.54%

表二系中南财经政法大学知识产权研究中心从2008年—2012年4000余件案件中得到的分析数据。需要说明的是,关于许可使用费倍数的适用方式,专利法于2008年始作规定,因此司法判例较少;商标法于2013年予以增列,不在此次数据之列;而著作权法第三次修正案虽提出这一立法动议,但至今未能提交审议。另据谢惠加教授搜集的北京法院2002—2013年著作权侵权赔偿案件分析显示,法定赔偿案件占到总案的98.2%,其他两种结案方式只有0.4%和0.3%。^{〔2〕}李黎明博士根据最高人民法院知识产权裁判文书数据库检索2002—2010年知识产权民事判决书发现,94.8%的专利侵权案件均采用法定赔偿原则。^{〔3〕}上述数据表明,法定赔偿方式较多地在司法裁判中适用。究其原因说来,首先归结于权利人举证困难。无论是传统的损失计算方法(如实际损失和侵权所得),还是新兴的损失计算方法(许可使用费倍数),权利人都存在举证不能或举证难以成立的问题,因而较多请求法定赔偿。其次,来自于法院对诉讼经济和效率的考量。^{〔4〕}2002年最高人民法院《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第25条规定,“权利人的实际损失或者侵权人的违法所得无法确定的”,人民法院既可以根据当事人的请求适用法定赔偿,也可以依职权直接适用法定赔偿。法院依职权直接适用法定赔偿在于不受计算方法约束,只需根据案件情况在法定限额内酌定,其举证、质证、查证程序简单。在损害赔偿数额认定困难、案件长期积压的情况下,法定赔偿在诉讼中并

〔2〕 谢惠加:“著作权侵权损害赔偿制度实施效果分析——以北京法院判决书为考察对象”,《中国出版》2014年第14期,页38。

〔3〕 李黎明:“专利侵权法定赔偿中的主体特征和产业属性研究”,《现代法学》2015年第4期,页171。

〔4〕 有法官认为,“对于权利价值不大或者权利人诉赔不变的案件,适用法定赔偿具有诉讼经济和效率的突出优点”。参见宋健:“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,页14—16。

不失为一种有效率的方法。^{〔5〕}问题在于,法定赔偿规定的数额幅度大,^{〔6〕}法官裁量时酌定性强,容易导致案件判赔数额不一,同案不同判的现象较多。如何在法定赔偿适用中进行精细化裁判,是司法实践面临的一个重要问题。

关于侵权案件判赔数额的争议,是知识产权界关注的另一重要问题,焦点在于赔偿数额认定是否较低以及影响司法定价的真实动因。2014年全国人大常委会发布的《关于检查〈中华人民共和国专利法〉事实情况的报告》明确提出,“目前,侵犯知识产权、制假售假的违法行为在某些地方和领域还很严重”,“专利保护实际效果与创新主体的期待存在较大差距”。^{〔7〕}“维权成本高、侵权成本低”是导致知识产权保护不力的问题症结所在。在前述2008年—2012年4000余件案件中,97%以上的专利、商标侵权案件和79%以上的著作权案件适用的是法定赔偿标准,其平均判赔额分别为8万元、7万元和1.5万元,诉求支持率为35%,低于企业同等专利授权费、商标广告费和同类作品的平均稿酬。^{〔8〕}赔偿数额较低和诉求支持率不高的情况,在近年来有了明显的改观,2016年北京(见表三)、南京(见表四)等地法院发布的知识产权司法数据分析报告,尽管表现的是局部地区判赔案件,但在一定程度上反映了严格保护知识产权的司法样态。

表三 北京知识产权法院判赔平均数额与诉求支持率(2015年1月—12月)^{〔9〕}

权利类型 平均额与 诉求支持率	专利权	商标权	著作权
案均判赔	46万元	63万元	24万元
诉求支持率	47%	78%	16%

〔5〕 据学者研究,在2001年《著作权法》《商标法》修正案规定法定赔偿之前,一些法院在司法实践中就已采取这一赔偿认定方法。1995年北京市高级人民法院《关于审理计算机软件著作权纠纷案件的几个问题的意见》、1997年上海市高级人民法院《关于进一步加强知识产权审判工作若干问题的意见》等,以司法指导意见的方式,确认了法定赔偿。参见李承亮:“损失计算方法的适用”,载《中国知识产权法学研究会2015年会议文集》,页948—964。

〔6〕 《专利法》(2008年修正案)规定法定赔偿数额为1万元以上100万元以下;《商标法》(2013年修正案)规定法定赔偿数额为1万元以上300万元以下。

〔7〕 参见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大常委会第9次会议上所作《关于检查〈中华人民共和国专利法〉事实情况的报告》。

〔8〕 参见詹映、张弘:“我国知识产权侵权司法判例实证研究——以维权成本和侵权代价为中心”,《科研管理》2015年第7期,页147—152。

〔9〕 本数据来源于知产宝司法数据研究中心:《北京知识产权法院2015年度司法数据分析报告》。参见宋健,见前注〔4〕,页12。

表四 南京地区知识产权侵权案件判赔平均数额与诉求支持率(2009年12月—2015年10月)^{〔10〕}

权利类型 平均额与 诉求支持率	专利权	商标权	著作权
案均判赔	27万元	5.3万元	2.2万元
诉求支持率	67%	50%	40%

据普华永道会计师事务所提供的数据,自2000年以来,美国80%专利侵权案件以合理许可费用为计算标准;2009年至2013年间,专利侵权诉讼判赔数额平均为430万美元。^{〔11〕}另据学者从美国版权局了解,该国著作权损害赔偿数额,多在几万至几十万美元之间;即使是按照法定赔偿数额,也在5000美元到1万美元之间。^{〔12〕}而中国同期数据表明,90%以上的知识产权侵权案件适用法定赔偿,平均诉求支持率为35%。可以认为,与一些发达国家知识产权案件判赔金额相比,我国知识产权损害赔偿认定数额较低的问题,至少在过去一段时间内是客观存在的。

法定赔偿较多与赔偿数额较低之间有无联系,这是知识产权界发生争议的焦点所在。有法官认为,法定赔偿适用比例较高,并非司法判赔数额较低的制度性原因。诚然,判赔数额较低不能简单归因为法定赔偿。但可以肯定的是,法定赔偿的制度功能在于诉讼经济和效率,而不以“足以弥补损失”为主旨,我们并不能完全忽视赔偿数额认定中的制度性因素。应该看到,法定赔偿是一种特殊的金钱救济,是知识产权法专设的赔偿制度,其特点和优势在于减轻证明责任,提高诉讼效率。正如有的学者所言,“法定赔偿的重要作用在于解决权利人举证难的问题。司法实践中,实际损害和侵权利润的证明很大程度上依赖于被告财务记录,而被告往往隐瞒数据或提供欺骗性记录。法定赔偿为假冒案件的商标权人提供了另一种救济渠道”。^{〔13〕}在美国版权法上,法定赔偿实际上是一种“替代性赔偿”(in lieu damages),即替代“实际损害赔偿”制度的一种较为简便的获得金钱救济的途径,可由原告在实际损害赔偿之外单独选择使用。^{〔14〕}似可认为,法定赔偿制度的功能异化和普遍适用,与侵权责任法的全面赔偿原则有所悖离。除某些制度性因素外,赔偿数额较低的最根本原因是我国知识产权市场尚不成熟,知识

〔10〕 本数据来源于南京铁路运输法院课题组:《知识产权侵权诉讼成本与效率分析》。参见宋健,见前注〔4〕,页11。

〔11〕 参见普华永道会计师事务所:《2014年美国专利诉讼研究报告》,http://blog.zhuihuiya.com/1730,最后访问日期:2016年4月7日。

〔12〕 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,页5。

〔13〕 黄武双、黄冀等著译:《美国商标案件金钱偿还数额的计算:原理与判例》,法律出版社2014年版,页91。

〔14〕 王迁等:“知识产权侵权损害赔偿:问题与反思”,《知识产权》2016年第5期,页35—36。

产权价值观尚未完全形成。知识产权在市场上所具有的竞争优势、应用价值和产业化前景(例如专利技术的科技含量、版权作品的资产价值、知名品牌的市场影响等),是识别知识产权商业价值的基本要素。总体说来,在当下中国,高水平、高价值、高效益的知识产权为数不多,尚不足以构成大规模高赔偿额裁判的价值基础。与此同时,整个社会也未形成正确的知识产权价值观。知识产权是知识经济时代最重要的资产形态,也是社会生产和生活中最易受到侵犯的财产类型,其研发、转化和应用的成本,已有、可能和未来的收益,以及存在的技术、市场和法律的风险等,都不同于传统的财产权。正如学者所言,“我国的市场主体、法院、行政执法机关和专家学者,有必要重新认识知识产权的价值,尤其是有必要重新认识遭受侵权的那部分知识产权的价值”。^[15]

二、损害赔偿认定的价值基础:成本+收益

价值是知识产权损害赔偿认定的基础,或者说,价值分析是知识产权获取金钱救济的逻辑起点。“价值由交换价值来表现并最终体现为具体使用价值”;其间,“由抽象的价值到具体使用价值的过渡便是相对数量关系,当这种相对数量关系以货币为参照物时,这便是价格”。^[16]司法机关对无形财产损害赔偿的认定,是法官基于合理的交易、惯例及公共政策所作出的一种裁判。可以认为,知识产权的价值量,是损害赔偿司法定价的依据。著名经济学家康芒斯将这种裁判的思想基础概称为“合理价值学说”。^[17]

知识产权在价值形态上表现为无形资产。无形资产是关于企业拥有的智力资源的总称。《国际评估总则(2001)》将无形资产定义为“以其经济特性而显示其存在的一种资产,无形资产不具有实物形态,但为其拥有者获取权益和特权,而且通常为其拥有者带来收益”。严格来讲,“无形资产”(intangibles)是会计学中的定义,经济学界往往将其称为“知识资产”(knowledge assets)或“智力资本”(intellectual capital),它泛指各种非物质形态的未来收益要求权。^[18]知识产权是无形资产的主要构成,其价值形态及其实现方式,不仅有别于动产、不动产等一般资产,而且不同于专有权、租赁权等其他无形资产:

第一,知识产权价值载体的特殊性。知识产权的资产价值,表现为进入一定市场并获得收益的特权或关系,而不是记载知识、技术、信息的有形载体。例如,商标权所承载的商誉及其形成的市场份额、著作权在传播中的影响及其带来的市场价值、专利权在相关技术市场产生的独占利益和垄断地位等,这些市场价值或商业价值变量在知识产权转化应用中是交易主体关注

[15] 李明德,见前注[12],页3。

[16] 刘京城编著:《无形资产的价格形成及评估方法》,中国审计出版社1998年版,页65。

[17] 康芒斯认为,“合理价值是合理的交易、合理的惯例和相当于公共目的的社会效用”。参见(美)康芒斯:《制度经济学》(下册),商务印书馆1962年版,页310。

[18] 茅宁:“无形财产在企业价值创造中的作用与机理分析”,《外国经济与管理》2001年第7期,页2。

的对象,而在知识产权损害赔偿中则应是司法定价考量的要素。

第二,知识产权价值存在的差异性。知识产权是一种具有独占性质的法定无形资产,即这一资产源自法定权利,是“以专属支配权为本质的知识资产”。^[19] 知识产权作为一种独占性的无形资产,不同于有形资产。在市场上可以有许多内容相同、功能相同、性质相同的有形资产,但不可能存在着内容、性质、价值相同的无形资产。例如,就知识产权所涉及的客体来说,科技、文化、营销领域的各种知识产品有着各自的价值存在;就同一类型知识产权而言,其标的不同也会价值迥异。作品有市场销售冷热之分,商标有市场影响大小之别,而技术更有市场价值优劣之不同。知识产权价值存在的差异性特征,基于其客体的独创性而形成。该类客体是创造物而非种类物,这就决定了不同知识产权之间无法进行价值比较,因此司法定价须根据具体案件而行。

第三,知识产权价值实现的长期性。在资产乃至无形资产体系中,知识产权是同时具有“知识要素”和“商品属性”双重功能的“长期资产”。^[20] 这种资产能够长期使用并且预期带来经济效益,可在法定保护期内的一年或一个经营周期以上使企业获得预期经济效益。上述预期利益在侵权法领域构成了“已经预见或能够预见到的利益”,即间接损害赔偿。^[21] 知识类无形资产的预期利益在技术生命周期和法定保护期间内长期存在,其经营周期长短及其预期利益多少是知识产权损害赔偿认定的重点和难点问题所在。

第四,知识产权价值变量的不确定性。知识产权是无形资产的基础。这就是说,没有知识产权,就不会有权利形态的无形资产;但有了知识产权,并不当然产生有价值的无形资产。知识产权的取得,以国家主管机关授权或确权为依据,这是一种法律上的认可,而有价值的无形资产的形成,概以经济利益为标准,这是一种市场上的认可。可以说,知识产权只是为权利人带来某种收益的可能性,“企业拥有知识产权的数量和规模与企业营利的实际水平并不产生必然关联性,要使这种预期收益的可能性变成产生收益的现实性,则要采取措施和创造条件,促使知识产权转化为无形资产”。^[22] 概言之,由于知识产权价值变量的不确定性,即可在资产负债表中产生“正资产”“零资产”或“负资产”的不同情形,并由此出现司法定价对侵权损害“不赔偿”“少赔偿”或“多赔偿”的差异性。

法院对知识产权损害赔偿的司法定价,是以知识产权的“合理价值”裁判为基础。关于知识产权价值评估,目前我国通常采用的方法有重置成本法、市场比较法和收益现值法。

[19] 朱国军、杨晨:“基于战略资源论的企业知识产权资产管理内涵探析”,《科学学与科学技术管理》2006年第11期,页162。

[20] 无形资产评估专家蔡吉祥将无形资产称为具有“物质技术基础”和“商品”双重功能的长期资产,这种性质是其他生产力要素所不具备的。参见蔡吉祥:《无形资产学》,海天出版社2002年版,页44。

[21] 王利明主编:《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,页568。

[22] 刘玉平:“基于知识产权视角的无形资产评估问题研究”,《中国资产评估》2008年第2期,页14-15。

从方法论的角度而言,重置成本法与现行市价法均属演绎方法。重置成本法是根据被评估资产本身的现在及过去的技术经济资料进行估算,现行市价法是以与被评估资产类似的资产的现在的技术经济资料归纳而得出的评估价值。收益现值法属分析法,即对被评估资产未来的使用情况进行分析来确定资产的评估价值。一般而言,对于资产特性比较简单(比如有形资产)且侧重资产现实可用程度(市场认可)的这类资产,用演绎法比较合适。而对于资产特性比较复杂,强调未来使用效果的一类资产,宜用分析方法。^[23]

知识产权的评估对象,通常被界定为它的获利能力,以知识产权所能产生的收益为基础。^[24]申言之,分析法即收益现值法,实际上评估的是知识产权在市场上的模拟交易价格,即其自身固有的潜在价值(获利能力)在特定时间的市场条件下的货币表现(模拟价格)。当然,收益现值在知识产权价值评估中并不是唯一和孤立的,有专家主张,以重置净价作为收益现值,即在计算资产未来预期收益时,可以将投入成本考量其中。^[25]上述评估价值规则和方法,是以权利主体变动即产权交易为前提,但对于知识产权损害赔偿的认定同样是有利的。

在知识产权损害赔偿的司法定价中,无形资产的市场价值构成应置换为权利产品的成本与收益要素,主要有:①权利产品的市场容量(市场份额证明);②非侵权替代产品的市场状态(市场优势证明);③权利产品的市场前景(市场预期利益证明)。以上是为收益现值法分析的基本内容。同时应对必要重置成本进行考量,这主要是知识产权形成和维持的固有成本支出,包括技术研发成本、注册申请成本、权利维持成本以及风险成本(例如产业风险、市场风险、法律风险等)。总之,“成本+收益”的模拟交易价格,即知识产权的市场价值要素构成了司法赔偿的基础。

推动知识产权损害赔偿的司法制度变革与政策创新,首先在于价值理念更新,即正视知识产权的市场价值。与有形财产权价值的封闭性、固定性、易计量性不同,知识产权保护对象的创造性(例如发明专利的“技术先进性”或“非显而易见性”、著作权作品的“独创性”或“原创性”、品牌标记的“可识别性”以至“美誉度”)、利用方式的多样性(例如投资、开发、转让、许可、拍卖、质押等)、资产转化的复杂性(例如“正资产”“零资产”“负资产”等),决定了其价值的独特性和难于计量性。知识产权市场价值,最终体现为市场上的优势竞争力。有法官言道,“优势竞争力应当获得优先的超额利润。保护知识产权本质上就是保护权利人对于超额利润的正当利益,权利人的所得必须与独占性利益相匹配,高于非独占性市场的平均利润;侵犯知识产权本质上就是盗抢他人合法财产,侵权人的赔偿必须高于市场交易平均价格和成本”。^[26]在竞争理论中,企业竞争能力包含许多因素,如获取资源的能力、掌握某种重要技术的能力、创造低

[23] 参见吴汉东、胡开忠:《无形财产权制度研究》,法律出版社2001年版,页266。

[24] 参见国家国有资产管理局:《资产评估操作规范意见(试行)》第94条,国资办发[1996]23号。

[25] 参见陈仲主编:《无形资产评估导论》,经济科学出版社1995年版,页185。

[26] 林广海:“市场价值视域下的知识产权侵权赔偿”,《知识产权》2016年第5期,页22。

成本的能力、开拓市场的能力、构建市场营销网络的能力等。但是并非每种能力都同等重要,只有那些使企业保持长期竞争优势、获取稳定超额利润、明显优于且不易被竞争对手模仿、能够不断提高顾客价值并使企业获得可持续发展的能力,才是企业最关键的竞争力,即企业核心竞争力。^[27] 在现代社会,企业核心竞争力的形成,在很大程度上取决于企业的战略资源,即知识产权。正如英国政府的一份白皮书所指出的那样,竞争的胜负取决于我们能否充分利用自己独特的、有价值的和竞争对手难以模仿的资产,而这些资产就是我们所拥有的知识产权。^[28] 知识产权的市场价值核心是市场优势竞争能力,优势竞争能力能够获得具有市场独占意义的超额利润。这是关于损害赔偿认定的司法价值观的基本要义。

如何将上述市场价值要素进行量化,是适用数量计算方法的另一重要问题。下文以专利侵权损害数额计算作为分析样本,以窥知识产权司法定价之全貌。2001年,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21条,对专利侵权赔偿数额提出了如下计算方法:

第一,实际损失计算,“权利人因被侵权人所受到的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。权利人销售量减少的总数难以确定的,侵权产品在市场上销售的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积可以视为权利人因被侵权所受到的损失”。该条款的计算公式可表示为:专利产品减少销售量(或侵权产品销售量)×每件专利产品合理利润=实际损失。

第二,侵权所得计算,“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。侵权人因侵权所获得的利益一般按照侵权人的营业利润计算,对于完全以侵权为业的侵权人,可以按照销售利润计算”。该条款的计算公式可表示为:侵权产品销售量×每件侵权产品合理利润=侵权所得。

第三,许可使用费倍数计算,“被侵权人的损失或者侵权人获得的利益难以确定,有专利许可使用费可以参照的,人民法院可以根据专利权的类别、侵权人侵权的性质和情节、专利许可使用费的数额、该专利许可的性质、范围、时间等因素,参照该专利许可使用费的1至3倍合理确定赔偿数额”。该条款的计算公式可表示为:许可使用费×(1~3)=合理赔偿数额。

数据表明,在司法实践中,地方法院适用法定赔偿方式较多,上述数量计算方法采用较少,其问题的主要原因在于计算困难,同时也表现为举证困难。现具体分析如下:一是实际损失延后发生。实际损失计算方式难以有效适用,主要原因是对权利产品销售总量的减少难以计算,由于专利技术应用在持续进行中,其实际损失并不可能在维权或诉讼时完全量化。二是“合理

[27] See C.K.Prahalad, Garry Hamel, "The Core Competence of the Corporation", 68 *Harvard Business Review*, 275 (1992).

[28] See Tony Blair, "Our Competitive Future Building the Knowledge Driven Economy", Presented to Parliament by the Secretary of State for Trade and Industry by Command of Her Majesty, (December 1998), p.5.

扣除”比例困难。在侵权事实资料难以获取的情况下,权利人无法确定非法获利在侵权人全部收入中的比例,从而计算“合理扣除”的数额。三是许可市场价格偏差。由于较长时间以来受创新环境和市场条件的限制,专利商业价值未能充分体现,许可合同约定与侵权使用后果所体现的价值数额的差距不尽合理。^[29]笔者认为,最高人民法院提出的数量计算方法,体现了“成本+收益”的“合理价值观”,总体上应予肯定并推行,但在实践中也有待进一步完善。第一,实际损失的计算,应是已有收益和未来收益的总和。侵权赔偿中的“可能利益”即是知识产权的市场预期利益,是重要但不易计算的损失,权利人应就权利产品市场和非侵权替代产品市场容量以及可能产生的合理市场收益进行举证。第二,侵权所得的量化,可以根据具体案情采取产品销售利润、营业利润、净利润等方式计算。关于“合理扣除比例”问题,似可借鉴美国司法机关的“如果没有”(but for)测试方法,^[30]即权利人只需就侵权人非法所得的总收入进行举证,而不属于侵权获利的部分即“合理扣除”数额须由侵权人证明。第三,在实际损失难以确定的情况下,权利人可以请求适用侵权所得的计算方法。在此,举证责任规则应相应调整: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,而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下,法院可以责令侵权人提供相关账簿、资料。侵权人无正当理由拒不提供或提供虚假账簿、资料的,法院可以根据权利人的主张和提供的证据判定侵权赔偿数额。这即是对“证明妨碍行为”适用赔偿数额的“法律推定”。^[31]

三、司法定价的制度构成:原则与规则

制裁侵权行为、实现赔偿救济,是目前知识产权司法裁判最为重要也是最受困扰的问题。首先,损害赔偿的司法定价,对于加大知识产权的司法保护力度具有关键影响。“随着经济发展,知识产权的‘含金量’不断增加,知识产权侵权行为造成的损害愈加严重,如何使知识产权侵权损害赔偿真正赔抵其损,充分发挥知识产权裁判的教育、惩罚、威慑和补偿功能,直接关系到知识产权的司法保护力度。”^[32]同时,知识产权案件赔偿难,也是司法定价制度必须直面的问题。“要破解这一难题,必须重塑知识产权司法保护的价值理念,完善适应知识产权这一特殊财产权的性质和特点、符合市场规律和满足权利保护要求的损害赔偿计算机制和证据认定

[29] 根据笔者从国家知识产权局办公室了解的数据,2015年备案专利许可使用合同,平均标的为50万元,而同期专利侵权案件平均判赔数额低于许可使用费,更没有达到1~2倍的上限。

[30] 参见李明德:《美国知识产权法》(第二版),法律出版社2014年版,页135-136。

[31] 最高人民法院于2016年修改的《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)》第27条对证据开示、举证妨碍等作出明确规定。

[32] 中央政法委副秘书长姜伟在“知识产权司法保护研讨会”上的讲话:《着力破解知识产权司法保护难题》,载《法制日报》2016年4月27日,第9版。

采信规则,使损害赔偿数额与知识产权的市场价值相契合。”^[33]总之,健全完善知识产权司法保护制度,须秉持国际公约精神,立足中国国情;同时,借鉴国外有益做法,总结自身司法经验,在制度创新和法律改革方面,寻求司法定价的规则重构与功能调整问题的解决之道。笔者认为有必要明确以下原则和规则。

(一) 赔偿数额基准和认定方式

我国知识产权法分别规定了数量计算方法(包括实际损失、侵权所得、许可使用费倍数)和自由裁量方法(即法定赔偿),并规定了适用上的先后序位;只有在前者难以确定时,才可以适用后者。依职权主义的做法,设置赔偿数额基准的适用方式,遭致许多学者的批评。尽管司法实践对此有变通处理,但依然须从立法层面解决赔偿救济方式的选择权问题。具言之,参照美、德等多数国家的做法,从意思自治原则出发,我国相关立法有必要改变赔偿数额计算方式的先后适用规则,明确规定各自独立、平行的位阶,赋予当事人以自由选择权。

与数量计算方法相比,法定赔偿制度的优势与缺憾已有分析。从本土国情出发,这一制度确有继续实行之基础,但也存在修改完善之必要:一是建立法定赔偿金分档计算机制。已通过的《商标法》第三次修正案,提交审议的《著作权法》第三次修正案和《专利法》第四次修正案,分别提高了法定赔偿数额的上限。数额幅度跨越过大,使得司法裁判难以精细化操作。在这里,有必要建立权重系数指标体系和赔偿金分档计算规则。法定赔偿方式的适用不能一概而论,而应根据权重系数有区别地裁判,其指标项包括“权利类型、侵权性质、侵权情节、侵权持续期间、侵权范围、侵权规模、被控侵权产品数量”等,^[34]在指标项相加数的基础上来确定从最低数额到最高限额的不同权重系数。美国法院根据该国《版权法》第504条第3款的规定,以行为人主观状态为标准,依无过错、轻过错和有过错的具体情节,分为三档计算。^[35]对于中国而言,法定赔偿数额分档细化方案,似可通过法律实施细则或司法解释文件来解决。二是矫正法定赔偿制度的基本功能。法定赔偿具有“替代性赔偿”的制度功用,即在数量计算方法不敷使用时,由法院裁定赔偿数额。自由裁量方法的适用有着条件的限制,即实际损失和非法所得无法证明,且许可使用费没有实际发生,权利人本应承担举证不利的法律后果,但在“替代性”赔偿方式下,得以获得金钱救济。有学者指出,我国的法定赔偿接近于美国专利诉讼中曾实行的“名义赔偿”。^[36]

(二) 全面赔偿的损失范围与计算方法

侵权损害赔偿以填补损害为立场,“旨在使受害人能够再处于如果损害行为未曾发生时之

[33] 同上注。

[34] 孔庆兵:“论侵犯专利权损害赔偿的计算方法”,载《2013年中华全国专利代理人协会年会暨第四届知识产权论坛论文汇编》(第三部分),页7-9。

[35] 参见王迁等,见前注[14],页38。

[36] 参见张玉敏、杨晓玲:“美国专利侵权诉讼中损害赔偿金计算及对我国的借鉴意义”,《法律适用》2014年第8期,页120。

情况”。^[37] 对于如何填补损害,所有权侵权诉讼与知识产权侵权诉讼似有不同。前者强调损害赔偿以“恢复原状”为依归,当赔偿损害之原物不能时,代之以金钱赔偿;后者主张填补损害即意味着金钱赔偿,不存在恢复损害事故发生之前的原状之可能。^[38] 无论如何,填补损害贯穿了民法上的全面赔偿原则。全面赔偿原则是知识产权损害赔偿乃至整个民事侵权赔偿的最高指导原则,一般是指无论侵权人在主观上是故意还是过失,均应根据权利人所受财产损失的多少、精神损害的大小等,确定赔偿的范围和数额。1994年世界贸易组织《知识产权协定》提出“足以补偿损害”的司法准则。该协定第45条第1款规定,“司法机关有权责令侵权人向权利持有人支付足以补偿其因知识产权侵权所受损害的赔偿”;第2款规定,除赔偿损失、返还利润外,还应支付有益费用,包括有关的律师费用。可以认为,在知识产权侵权案件中贯彻全面赔偿原则,不仅为我国《侵权责任法》所指引,同时也是国际法准则所要求。这就意味着,知识产权损害赔偿要求财产损失和精神损害、直接损失和间接损失得到全面赔偿,且采取金钱赔偿的计算方法。此外,权利人调查侵权费用、维权费用以及其他有关诉讼费用,在由法院作出“合理费用”裁量的情况下,也可获得赔偿。

知识产权损害赔偿的司法定价必须贯彻全面赔偿原则,在立法和司法层面有两个问题有待改进:一是将许可使用费倍数作为各项知识产权的赔偿数额基准。损害赔偿数额的计算方法,从本质上讲概为法律设定的推定方法和裁量技术,其目的在于准确把握财产损失尺度,“填平”和“回复”权利状态。国外知识产权立法通行实际损失、侵权所得、合理许可费三种计算方法,以此作为赔偿数额基准。在美国等国的司法实践中,知识产权侵权案件大抵采取许可使用费倍数的计算方法,其优点在于减轻权利人举证责任,且能达到“足以补偿损害”的相当程度。考虑到我国知识产权许可市场正处于较快发展时期,知识产权法应统一作出规定,不必将使用费合理倍数拘泥于专利和商标法领域。二是采用“计算数额+适度法定”的方法以解决赔偿数额不足的问题。近年来,我国司法实践中探索酌定赔偿计算方法,如果有证据证明权利人的损失或被告的侵权获利远高于法定赔偿,法院可超出法定赔偿数额上限来确定赔偿数额。^[39] 酌定赔偿兼具计算方式的基准性和法定赔偿方式的裁量性,前者是算出多少就多少,没有数额增加空间;后者是裁出多少算多少,缺乏科学底数。对于主张证据有而不足、赔偿数额有而不足的侵权案件,“计算数额+适度法定”的方法可以解决损害举证难、赔偿额不足的问题,与国外司法将法定赔偿金作为“补偿性适用”方式有相同之处。

(三)权利产品分类与权利价值要素

知识产权评估,是对知识产权的市场价值进行评定并对其模拟成交价格予以估算的制度。

[37] 曾世雄:《损害赔偿法原理》,台湾三民书局1996年版,页16。

[38] 同上注,页16。

[39] 参见金克胜:“酌定赔偿更接近权利人损失,赔偿数额更合理”,<http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/10/id/1110984.shtml>,最后访问日期:2016年8月22日。

与国际上具有一百多年历史的有形资产评估相比,以知识产权为主要对象的无形资产评估业务的发展仅有 50 余年的时间,而且由于评估对象的独特性,知识产权评估难度大大超过有形资产评估,其准确性也远远低于后者。^[40]

知识产权评估是对动态性、市场化的社会经济活动进行度量和估算,不仅是企业进行核算资产、进行产权交易的重要依据,而且也是维护权利人合法权益,确定损害赔偿数额的客观尺度。2006 年 4 月,国家财政部与知识产权局联合发布的《关于加强知识产权资产评估管理工作若干问题的通知》明确提出,法院、仲裁机关或当事人可以对涉诉知识产权价值进行评估。域外相关立法已有先例,规定法官可以委托知识产权专责机关或专家代为确定赔偿数额。知识产权损害赔偿数额认定,是一项非常专业的工作,其计算涉及技术、商贸、会计、审计等多学科知识。资产评估机构作为独立第三方,可对知识产权市场价值进行评估和模拟价格进行计算,但这些专业性意见只是司法定价的参考,法院须结合侵权损害赔偿责任的构成要素进行综合考量,方能作出具体赔偿数额认定。

知识产权评估在司法定损中需要考虑权利产品类分与价值分析要素,这是由各项知识产权的客体类型、使用方式和效果领域的差异性所决定的。^[41]换言之,权利类别及其保护对象的不同,其市场价值和经济效益应有所区别。现分述之:①专利权是科技领域的知识产权,其技术先进性和转化应用程度决定了专利权的价值量。一般说来,同为专利授权,但发明、实用新型和外观设计的创造性程度及实际产生的效益呈递减状态;同是发明专利,也有首次发明、改进发明、组合发明的区别,其影响价值的市场因素有创新性水平、实用性价值以及竞争性状态等;同一发明专利在技术生命周期的不同阶段,也具有不同水平的价值量,“在专利有效期的初期其价值相对要高,而越接近后期其价值相对要低一些”。^[42]②商标权是营销领域的知识产权,其商标知名度或是商誉影响力决定了商标权的市场价值。商标存续期间与专利生命周期不同,前者在续展的情况下可长期存在。商标使用的一般情形是:商标存续时间越长,宣传投入越多,其市场占有状态越好。因此,商标有知名商标与一般商标之分,相应产生高附加值与一般附加值之别。概言之,商标所形成的商誉价值是资产评估和司法定价的重点。③著作权是文化领域的知识产权,其作品的独创性和传播力,是计算著作权市场价值的核心要素。在著作权领域,其客体有学术作品与娱乐作品的类分,使用方式有网络传播与一般传播的区别,市场需求更有数量、规模的差异,因此著作权的价值同一性问题并不存在。综上所述,知识产权就其运用的市场价值而言,是“优质优价”,而论及损害赔偿的司法定价,则应是“多用多赔”。

[40] 参见卢平等:“对我国无形资产评估立法问题的思考”,《法商研究》(中南政法学院学报)1996 年第 3 期,页 10—11。

[41] 桂舒:“知识产权侵权损害赔偿定损方法探讨——以知识产权的市场经济价值为视角”,载齐树洁主编:《东南司法评论》(第 7 卷),厦门大学出版社 2014 年版,页 280—284。

[42] 戴建志、陈旭主编:《知识产权损害赔偿研究》,法律出版社 1997 年版,页 38。

四、司法定价中的“补偿性”与“惩罚性”

侵权损害赔偿制度具有三项规范功能：一是惩罚，即通过法律制裁的手段，矫正违反义务的不法行为，责令侵权人承担强制性法律后果；二是遏制，即通过利益机制（使侵权人不得利）与舆论机制（对不法行为的非难）来防范反社会行为；三是补偿，即以责令赔偿损失的方法，经过法律补救来恢复原有的权利状态。民法学者大抵认为，以上三种规范功能在一种侵权行为中均可适用，而在其他特殊侵权行为中就不同时存在。^{〔43〕}因此可以这样表述——无论是何种侵权行为，适用何种损害赔偿归责原则，其填补损害的功能都是应该具备的。侵权损害赔偿制度功能的出发点应该与民事活动所实现的目的相一致，正如有的学者所言：“民事主体进行民事活动的主要目的是实现其正当利益，基本利益形式是人身利益和财产利益，民事责任目的应是如何保障受害人的这些利益得到恢复和弥补。”^{〔44〕}应该看到，侵权行为包括侵犯知识产权的行为，在本质上是一种反社会性行为，是行为人对其应遵守的法定义务之违反，也是行为人对法律肯定的现存权利状态之破坏。侵权损害赔偿制度负有矫正不法事态、恢复有序状态的重要使命。

知识产权损害赔偿制度，应该具备上述补偿、预防和惩罚的规范功能，其中以补偿作为主要和基本的规范功能。《知识产权协定》强调各缔约方采取司法救济程序的“一般义务”，即对任何侵犯知识产权的行为采取有效行动，“包括防止侵权的迅速救济措施和制止进一步侵权的救济措施”。保证司法救济的及时性和威慑性是各缔约方的义务。根据国际公约精神，一些国家在补偿性赔偿规则之外又确立了惩罚性赔偿规则。在我国，2013年《商标法》修正案第63条第1款规定：“对恶意侵犯商标专用权，情节严重的，可以在按照上述方法（数量计算方法——引者注）确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。”此后，《著作权法（修订草案送审稿）》第76条、《专利法修改草案（征求意见稿）》第65条也作出类似规定。这即是“惩罚性赔偿”或“加重赔偿”规则。学术界对该规则的命名及其功能有不同意见：主张惩罚性赔偿者，是以惩罚为“惩罚性赔偿”之目的；^{〔45〕}反对者或基于私法性质与惩罚目的的冲突，反对引入这一规则，^{〔46〕}或是主张正名为“加重赔偿”，并不以惩罚性为目的。^{〔47〕}笔者认为，惩罚性赔偿或加重赔偿就其制度功能来说，一是惩戒恶意侵权行为，有效矫正权利受损状态、维系知识产权的

〔43〕 参见江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社2000年版，页435。

〔44〕 彭诚信：“民事责任现代归责原则的确定”，《法制与社会发展》2001年第2期，页47。

〔45〕 参见曹新明：“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”，《知识产权》2013年第4期，页3-9；易健雄、邓宏光：“应在知识产权领域引入惩罚性赔偿”，《法律适用》2009年第4期，页92-93；罗莉：“论惩罚性赔偿在知识产权领域的引进与实施”，《法学》2014年第4期，页22-32。

〔46〕 参见李晓秋：“专利侵权惩罚性赔偿制度：引入抑或摒弃”，《法商研究》2014年第4期，页136-144。

〔47〕 参见蒋舸：“著作权法与专利法中‘惩罚性赔偿’之非惩罚性”，《法学研究》2015年第6期，页80-97。

创造和运用;二是威慑潜在侵权行为,预防和阻止侵权行为进一步的发生。概言之,在惩罚性赔偿机制中,其填平或回复权利人合法利益的补偿功能依然存在,但惩戒恶意侵权行为、防止侵权行为后续发生的惩罚和预防功能也是同时具备的。因此,在知识产权损害赔偿数额的认定中,坚持补偿性赔偿规则的主导地位,同时也可以补充性地适用惩罚性赔偿规则。当然,司法机关对后者的适用条件、程序以及赔偿数额等,应予明确限定。

总之,知识产权损害赔偿司法裁判的规范体系,应包括如下原则和规则,即以自由选择为基础的认定方式、以市场价值为基础的全面赔偿、以权利类分为基础的损害计量、以补偿性赔偿为基础的赔偿机制。

Abstract: With respect to determination of compensatory damages concerning intellectual property, both computation (actual loss, illegal earnings of infringement and multiple of royalty are involved) and discretion (statutory compensation) can be employed according to current litigation. However, previous legal practices have been bothered with issues related to excessive application of statutory compensation as well as insufficient damages. Therefore, in pursuit of reconstruction and functional adjustment of judicial pricing rules, priority shall be given to concept remolding of judicial protection. Cognition of intellectual property as intangible assets can be interpreted in value embodiment, achievement and variants, which requires that “reasonable value” of intellectual property, namely cost — benefit criterion, shall be taken as judicial basis. In addition, as for institutional innovation and judicial reform, we shall establish standard judicial system of compensatory damages in intellectual property. This system adopts patterns of free choice and aims at establishing compensation mechanism in which damages will be given a comprehensive evaluation based on its market value, calculation in respect of rights as well as compensatory damages taken as its basis.

Key Words: Computation; Discretion; Cost — Benefit; Judicial Pricing Rules

(责任编辑:薛 军)