

懲罰性賠償并非破解中國知識產權 保護難題的良策

—張廣良—



栏目主持:張廣良

有人將中國知識產權保護不力,歸咎於現行法在損害賠償方面適用的是填平原則或者全面賠償原則,而非懲罰性賠償原則¹。近年來,要求加強知識產權保護力度的呼聲日高,知識產權侵權是否應適用懲罰性賠償制度的爭論又起,相關部門為此開展積極的調研。筆者將從知識產權領域適用懲罰性賠償是否為國際上的通例、我國法律所規定的懲罰性賠償及其實施效果、中國知識產權侵權損害賠償的性質及懲罰性賠償制度可行性,以及解決中國知識產權損害賠償難題的路徑選擇等四個方面,闡述對此問題的基本看法。筆者認為,懲罰性賠償不是破解我國知識產權保護難題的迫切選擇。

在知識產權領域適用懲罰性 賠償並非國際上的通例

《與貿易有關的知識產權協定》(下稱 TRIPS 協定)是評判世界貿易組織成員知識產權保護水平的尺度。該協定第 45 條第 1 款規定,對於故意或有合理根據知道其行為侵權者,司法當局有權責令其向權利持有者支付足以補償其因被侵權所受損害的賠償金。此款表明,TRIPS 協定所採用的為填平制度而非懲罰性賠償制度。²

一些國家及地區在知識產權侵權損害賠償方面規定了懲

罰性賠償制度。美國專利法規定,法院可將陪審團認定或法院評判的損失提高至三倍;³美國商標法規定,商標權人有權以侵權人的獲利或自己的損失確定賠償數額,在以權利人的損失確定賠償額時,法院可將實際損失提高至 3 倍;當法院認為侵權人的獲利不足以賠償權利人或獲利超出權利人應得之賠償時,可根據案情依職權確定其認為公正的賠償數額。⁴中國台灣地區“專利法”第 85 條規定,計算專利權損害賠償可從以下兩種方式中選擇其一進行:1.依“民法”第 216 條⁵之規定,在權利人不能提供證據、方法以證明其損害時,發明專利權人得就其實施專利權通常所可獲得之利益,減除受害後實施同一專利權所得之利益,以其差額為所受損害;2.依受害人因侵害行為所得之利益;依前二項規定,侵害行為如屬故意,法院得依侵害情節,酌定損害額以上之賠償,但不得超過損害額之三倍。台灣地區“營業秘密法”第 13 條亦有類似的規定。台灣地區相關法律表明,增加懲罰性賠償適用於故意侵權的情形。

世界上也有許多國家的知識產權法律並未規定懲罰性賠償。如德國專利法第 139 條規定,在確定賠償額時,可考慮侵權人的侵權獲利,損害賠償也可以假定侵權人獲得實施相關發明的情形下,其應該支付的使用費為依據進行計算。再如英國專利法第 61 條規定,對於侵權行為,專利權利人可以主張因被侵權受到的損失或者侵權人因侵權獲得的利益,但對同一侵權行為,法院不得既判令侵權人賠償權利人的損失同時返還其利潤。

中國法律所規定的懲罰性 賠償及其實施效果

填平原則為我國民事賠償的基本原則。自上世紀 90 年代以來,中國在民事領域進行了懲罰性賠償的嘗試。《消費者權益保護法》、《食品安全法》以及《侵權責任法》均有懲罰性賠償的相關規定。《消費者權益保護法》開闢了中國適用懲罰性賠償的先河。⁶ 該法第 49 條規定對懲罰性賠償作出了規定,且明確適用懲罰性賠償的前提為經營者提供商品或者服務具有欺詐行為,消費者可以主張加倍賠償,賠償的幅度為消費者購買商品的價款或者接受服務的費用的兩倍。此條規定的內容為《合同法》第 113 條第 2 款所進一步確認⁷。此外,《最高人民法院關於審理商品房買賣合同糾紛案件適用法律若干問題的解釋》第 9 條明確規定了在商品房買賣合同糾紛中適用懲罰性賠償的若干情形。

《食品安全法》⁸ 第 96 條第 2 款規定,生產不符合食品安全標準的食品或者銷售明知是不符合食品安全標準的食品,消費者除要求賠償損失外,還可以向生產者或者銷售者要求支付價款 10 倍的賠償金。《侵權責任法》⁹ 第 47 條所規定的懲罰性賠償引起了理論界及實務界的廣泛關注。不過,該條規定只適用於產品責任案件,不適用於其他類型的民事侵權案件。此外,此條規定具有嚴格的適用條件:在主觀要件上要求侵權人為“明知”,即其明確、確定地知道產品存在缺陷仍生產、銷售,“應知”或“推定知道”不屬於此種情形;在損害後果要件上,此條要求侵權行為必須伴隨造成他人死亡或者健康嚴重受損的嚴重後果。值得注意的是,第 47 條對於增加賠償的幅度沒有作出規定。

筆者認為,在消費者權益保護、食品安全以及產品責任等對社會公眾的權益均有重大影響的領域採取懲罰性賠償制度,具有重大意義。然而,從法律實施的效果上看,懲罰性賠償制度對侵權行為的抑制效果似乎並不明顯:損害消費者權益的案件層出不窮,重大食品安全事件時有發生。如何真正發揮懲罰性賠償制度的作用,仍是值得認真研究的問題。

中國現行法律中設置的懲罰性賠償制度並未取得明顯的實施效果,表明在知識產權領域建立懲罰性賠償制度可能亦難取得理想的實施效果。

中國知識產權侵權損害賠償的性質 及懲罰性賠償制度可行性

中國知識產權損害賠償採取的是全面賠償原則,即以填平權利人受到的損失為宗旨。然而,在用以確定中國知識產權侵權損害賠償數額的一些計算方法中已體現了一定的懲罰性。例如,在侵犯專利權的案件中,當權利人的實際損失或者侵權人獲得的利益難以確定的,可參照該專利許可使用費的倍數合理確定,¹⁰ 即人民法院可根據專利權的類別、侵權人侵權的性質和情節、專利許可使用費的數額等因素,參照該專利許可使用費的 1 至 3 倍合理確定。¹¹ 專利許可使用費一般體現了該專利的市場價值,也是假定侵權人在獲得權利人授權而實施涉案專利應支付的對價。而在侵權案件中,以超出該專利的許可使用費(即 1 倍以上)的方式確定賠償數額,體現了對侵權人的懲罰。在侵犯著作權案件中,司法實踐中也存在類似做法。如《北京市高級人民法院關於審理著作權民事糾紛案件適用法律若干問題的解答》¹² 規定了侵權損害賠償計算方法,包括:國家規定有付酬標準的,按付酬標準的 2-5 倍計算賠償數額。此外,知識產權侵權損害賠償中的法定賠償制度,除了起到減輕權利人的舉證責任外,亦體現了對侵權人的懲罰,即無須證明權利人受到損害或者侵權人獲得利益,法院均判定侵權人承擔一定金額的賠償責任。¹³

中國國內討論的知識產權懲罰性賠償制度是指在權利人的實際損失或侵權人的非法獲利基礎上的加大賠償制度,即在實際損失或非法獲利的基礎上將賠償額增加至數倍(如 3 倍以下)的制度。筆者認為,即使我國在知識產權領域建立了此種制度,則未必能夠實現制度設計的目的。懲罰性賠償計算的基礎為權利人的實際損失或者侵權人的非法獲利。如果在訴訟中實際損失或非法獲利無法查清,則懲罰性賠償的計算便失去了根基。而在中國大多數知識產權案件中,權利人的損失或侵權人的非法獲利均無法查清,而且又無涉案知識產權許可使用費可茲參考,於是法院只能在法定賠償的額度內酌定賠償數額。權利人疏於在侵害賠償方面舉證且未充分利用訴訟方面的程序規則,受訴法院未能充分履行採取保全措施之職責且在認證方面對損害賠償方面的證據採用過高的標準,均為導致此種現象

的重要原因。因此,筆者認為,法律僅作出懲罰性賠償的規定是遠遠不夠的。懲罰性賠償制度目的之實現,需要一系列的法律規定的落實作為保障。

解決中國知識產權損害 賠償難題的路徑選擇

中國知識產權侵權損害賠償的難題,筆者認為主要不是立法的問題。因此,在現行法中增加懲罰性賠償制度的內容並不能從根本上解決問題。權利人充分利用現行法律規則,切實完成己方舉證責任;法官適當轉變在賠償數額計算方面的司法觀念,為解決這一難題的現實、有效的路徑選擇。

從權利人的角度出發,在侵權訴訟中無一不想獲得足夠的賠償,使自己的訴訟利益最大化。然而,出於對訴訟制度的誤解或者訴訟技能的缺失,不少權利人在訴訟中注重對侵權證據的調查,而忽視對損害賠償證據的收集,甚至錯誤地認為損害賠償的確定完全是法官的事。此外,中國絕大多數知識產權侵權損害賠償額不高,而訴訟的支出(包括聘請專業律師的費用、差旅費)卻不低,無形中打擊了權利人調查收集損害賠償證據的熱情。在訴訟中,若權利人提交的索賠證據不充分或根本未提交此類的證據,法官只好在法定賠償的額度內酌情確定賠償數額。

從法官的角度考察,隨着人民法院年度受理知識產權案件數量的激增,法官案件壓力的加大,當事人向人民法院申請保全措施或者調查取證的,其獲得支持的難度越來越大。為獲得侵權人非法獲利的證據,權利人可依法申請法院採取證據保全措施,查封扣押被告的財務賬簿。在人民法院對證據保全申請不予支持,且同時未責令被告限期提交的情形下,權利人幾乎無其他渠道獲得此方面的證據。在有些案件中,法官對當事人花費大量金錢與精力收集的損害賠償方面的證據,適用了過於嚴格的採信標準。例如,在近日終審的一起侵犯藥品專利權案件中,為了證明被告銷售侵權產品的數量,權利人委託了行業內的權威市場研究機構出具了《醫藥品市場報告(醫院版)》,並作為證據提交給法院。一審法院對此予以認可,而二審法院則主要以市場報告是權利人委託該市場研究機構作出的,二者具

有一定的利益關係為由,對報告不予採信。二審法院的此種思路及做法無疑等於宣告了“市場調查報告類”證據的“死刑”。因為此類報告均是受當事人委託而提供,委託人與受託人在某種角度上均存在一定的利益關係。筆者認為,二審法院的此種觀點違反了最高人民法院相關文件所明確的損害賠償證據的審核標準,即,“在確定損害賠償時要善用證據規則,全面、客觀地審核計算賠償數額的證據,充分運用邏輯推理和日常生活經驗,對有關證據的真實性、合法性和證明力進行綜合審查判斷”。¹⁴

針對中國多數案件適用法定賠償確定賠償數額的現狀,法官應當轉變司法觀念,落實最高人民法院的相關精神,儘可能細化和具體說明各種實際考慮的酌定因素,使最終得出的賠償結果合理可信。¹⁵靈活掌握法定賠償使用標準,對於故意侵權、多次重複侵權的行為人,應在法定賠償的額度內判令其承擔較高或最高的法定賠償數額。

知識產權損害賠償問題,是知識產權領域的一大難題,從微觀上涉及到個案的公平與正義,從宏觀上則關係到整個知識產權制度目的之實現。中國的知識產權法律制度已比較完善,立法並不落後,這些亦為某些外國同行所認同。嚴格執行現行知識產權法律,轉變司法理念,是解決中國知識產權損害賠償難題的路徑選擇。至於在法律中創設懲罰性賠償制度,並非中國的迫切需要。當在知識產權侵權案件中,損害賠償數額足以彌補權利人因被侵權受到的損失,足以對侵權者起到威懾、遏制作用時,中國的知識產權損害賠償難題將迎刃而解。■

欄目主持人:

張廣良,法學博士,曾任北京市第一中級人民法院知識產權審判庭副庭長、代庭長、研究室主任。現任中國人民大學副教授、北京大學國際知識產權研究中心客座研究員、國家知識產權局發展研究中心客座研究員、美國約翰·馬歇爾法學院兼職教授等職。

¹從法理上講,懲罰性賠償原則是賠償數額高於受害人實際損失、加重侵權人賠償責任的原則。在民法領域,關於中國是否應適用懲罰性賠償原則的爭議一直存在。主張適用者認為,懲罰性賠償可對侵權行為起到威懾、遏制的作用;而反對或者主張嚴格適用者認為,

懲罰屬於刑法、行政法的範疇，懲罰性賠償有違民法的公平原則及基本價值取向。

² 當然，TRIPS 協定亦未禁止各成員採用懲罰性賠償制度，例如 TRIPS 協定第 45 條第 2 款規定，在適當場合即使侵權人不知、或無充分理由應知自己從事之活動係侵權，成員仍可以授權司法當局責令其返還所得利潤或令其支付法定賠償額，或二者並處。此處所稱的“二者並處”，體現了對侵權人的懲罰。

³ 參見 35 U.S.C. 284.

⁴ 參見 15 U.S.C.1117. 不過該法同時明確指出，上述兩種情形下確定的數額也僅是“賠償”(compensation)，而非“懲罰”(penalty)。

⁵ 中國臺灣地區“民法”第 216 條規定，損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。

⁶ 1993 年 10 月 31 日頒佈。

⁷ 該款規定，“經營者對消費者提供商品或者服務有欺詐行為的，依

照《中華人民共和國消費者權益保護法》的規定承擔損害賠償責任”。

⁸ 2009 年 2 月 28 日頒佈。

⁹ 2009 年 12 月 26 日頒佈。

¹⁰ 《中華人民共和國專利法》(2008)第 65 條。

¹¹ 《最高人民法院關於審理專利糾紛案件適用法律問題的若干規定》，法釋[2001]21 號，第 21 條。

¹² 京高法發[1996]460 號。

¹³ 當然法定賠償懲罰性作用的發揮，取決於法官對個案案情的把握和裁量。

¹⁴ 最高人民法院關於當前經濟形勢下知識產權審判服務大局若干問題的意見》，2009 年 4 月 21 日發佈。

¹⁵ 同註 14。