

论中国知识产权惩罚性赔偿的全面引入与立法建构

О комплексном внедрении и построении законодательства о системе ответственности за нарушение права интеллектуальной собственности в Китае

On the Comprehensive Introduction and the Construction of Legislation of Punitive Compensation system for Intellectual Property Rights in China

岳红强¹

河南大学法学院 / 知识产权学院副教授，法学博士。

pangdongmei71@163.com

Юэ Хунцян,

доцент

Юридического института, Института интеллектуальной собственности Хэнаньского университета, КНР

Yue Hong-qiang,

Associate professor of law School/Intellectual Property School, Henan University, S.J.D.

© Юэ Хунцян, 2020

内容提要：在中国全面贯彻实施《国家知识产权战略纲要》的背景下，正在编纂的《民法典侵权责任编（草案二次审议稿）》第961条将惩罚性赔偿全面引入知识产权侵权领域，促使知识产权惩罚性赔偿制度成为知识产权损害赔偿制度中的一个新课题。惩罚性赔偿具有惩戒、预防和赔偿三大功能。追求公平正义、不能从违法行为中获益、弥补公法治理和补偿性赔偿的制度缺陷构成了知识产权领域全面引入惩罚性赔偿制度的正当性基础。中国亟待在整个知识产权领域全面引入惩罚性赔偿制度，司法实践中正确处理好惩罚性赔偿与补偿性赔偿之关系，从主观和客观两个方面严格限定惩罚性赔偿的适用条件，科学合理确定惩罚性赔偿金的计算标准，在充分发挥其功能的同时防止其在知识产权领域的泛用。

关键词：惩罚性赔偿；知识产权；恶意侵权；补偿性赔偿；法定赔偿金

Abstract. The punitive compensation system was first introduced by Consumer Rights and Interests Protection Law of China in the 1990s, and has since been established in a number of legislations, such as the Product Quality Law, the Food Safety Law, the Tort Liability Law, and so on, which has played a role in punishing and curbing the existence of a large number of fraudulent consumers and malicious infringements in society. Against the background of China's full implementation of the Outline of the National Intellectual Property Strategy, Article 63 of the Trademark Law, which was revised in 2013, for the first time introduced punitive damages in the field of intellectual property rights, and pioneered the system of punitive compensation in the field of intellectual property rights in China. Subsequently, the Article 76 of China's Copyright Law (Amendment Draft for Review) in 2014 and the Article 65 of China's Draft Amendments to the Patent Law (Draft for Comments) in 2015 both plan to introduce punitive damages. At present, Article 961 of the Civil Code Tort Liability (Draft Second Review Draft) is being compiled to introduce punitive damages into the field of intellectual property infringement, and to make the system of punitive compensation for intellectual property rights a new subject in the system of compensation for intellectual property damages.

The punitive compensation system has three functions: punishment, prevention and compensation. Among them, the function of punishment is the primary function of punitive compensation, the preventive function is the core function of punitive compensation, and the function of compensation is the basic function of punitive compensation. The achievement of fairness and justice through private law is the philosophical basis for the introduction of punitive compensation of intellectual property rights. Reducing the cost of defending rights, raising the cost of infringement, and not benefiting from illegal acts has laid the economic foundation for the introduction of punitive compensation for intellectual property rights. Only by introducing punitive compensation in the field of intellectual property

¹ 岳红强：河南大学环境与民商法研究所研究员。本文系河南省哲学社会科学规划项目（2016BFX008）、河南省高等学校青年骨干教师培养计划项目（2017GGJS027）的阶段研究成果。

can we make up for the difficulties of public law governance and the relief defects of compensatory compensation system, and become an effective way to crack the recurrence of malicious infringement of intellectual property rights.

With the rapid development of the socialist market economy with Chinese characteristics and the in-depth promotion of the "Belt and Road" strategy, it has become the general consensus of all sectors of society and all countries in the world to increase the illegal cost of intellectual property rights and strengthen the legal protection of intellectual property rights. The construction of China's intellectual property punitive compensation system should be based on Article 961 of the People's Civil Code of the People's Republic of China, and supplemented by the relevant punitive compensation provisions of the Trademark Law, the Copyright Law and the Patent Law, and supplemented by special provisions of other intellectual property rights. In judicial practice, the relationship between punitive compensation and compensatory compensation should be properly handled, and the applicable conditions of punitive compensation should be strictly qualified from the subjective "intentional" and objective "circumstances, scale, damage results and other factors.

The calculation base of punitive damages for intellectual property rights in China shall include the actual loss of the victim, the benefit obtained by the infringer, the license fee for knowledge products, and the amount of discretionary compensation. In order to increase the illegal cost of the infringer, the victim can be given the right to choose the compensation base, the victim can choose from the actual loss, the infringer's benefit, knowledge product license fee to choose the calculation base which is conducive to obtaining more compensation. Regarding the calculation ratio of punitive compensation, it is appropriate to refer to the calculation standard of punitive damages abroad, and the judge should make a discretion arying comprehensive judgment according to the subjective and objective factors of the tort. Punitive damages is a "double-edged sword" and should be alert to its abuse and general use in the field of intellectual property rights.

Keywords: Punitive Compensation; Intellectual Property Rights; Malicious Infringement; Compensatory Damages; Statutory Damages.

DOI: 10.17803/2587-9723.2020.3.049-056

在中国，加大对侵犯知识产权的打击和惩戒，强化知识产权保护力度已成为知识产权理论界和实务界的广泛共识。中国《商标法》2013年首次引入惩罚性赔偿，开创中国知识产权领域惩罚性赔偿制度之先河，意义重大。另外，《著作权法》和《专利法》最新修订草案中均计划引入惩罚性赔偿。更值得关注的是，中国《民法典侵权责任编（草案二次审议稿）》第961条将惩罚性赔偿全面引入知识产权侵权中。因此，知识产权全面引入惩罚性赔偿已成为知识产权损害赔偿制度中的一个新课题。司法实践中，由于知识产权侵权行为隐蔽性较强，权利人举证能力有限，较难获得有力的证据，加之法院大多采用法定赔偿方式，导致维权成本高、审理周期长、举证难度大、赔偿额度低成为长期以来制约知识产权司法保护的四大瓶颈。现实中，由于知识产权具有客体无形性、非竞争性、非消耗性、地域性、易逝性以及市场关联性等特征²，知识产权侵权行为造成的主要是一种无形损失，实践中难以准确计算出实际损失，³无法像传统侵权救济那样形成“损失多少，赔偿多少”的补偿救济机制，更无法对恶意侵权人进行有效的制裁与惩戒，不利于知识产权的充分保护和激励创新。知识产权侵权在实践中大多表现为主观故意形态，加之违法成本低，维权成本高，即使公法上的制裁也无法对侵权行为治理形成全面覆盖，补偿性赔偿弱化了知识产权民法保护的实效性，催生了知识产权侵权蔓延式增长，严重破坏了知识经济的良性发展。因而，在知识产权侵权领域全面引入惩罚性赔偿，不仅能够有效弥补权利人的损失，也在一定程度上积极对恶意侵权人实施惩戒，将有效遏制侵权行为的大规模发生。

一、中国知识产权惩罚性赔偿制度的立法现状

《牛津法律大辞典》将惩罚性赔偿 (punitive damage) 定义为一种判定的损害赔偿金，它不仅是对原告人的补偿，而且也是对故意加害人的惩罚。⁴惩罚性赔偿起源于1763年英国法官卡姆登勋爵在Huckle v.

² 参见盘和林：《以“惩罚性赔偿”突破知识产权司法保护瓶颈》，《人民法院报》，2016年4月30日第002版。

³ 知识产权损失难以计算的原因主要有三个方面：一是实际损失的数额难以计算或计算成本过高。如著作权、商标权等知识产权被侵害后，损失的边界是难以确定的，如果要准确界定，必须经过相关机构的鉴定，鉴定成本经常是高昂的；二是损失与侵权行为之间的因果关系难以证明，采用何种因果关系理论更能维护公平正义有待深入论证；三是由于侵权行为有时是长期存在的，导致损失的计算也是不确定的，即使侵权行为被终止后，损害仍然继续存在。这也是司法实践中法院经常采用法定赔偿的主要原因。参见盘和林：《以“惩罚性赔偿”突破知识产权司法保护瓶颈》，《人民法院报》，2016年4月30日第002版。

⁴ 参见[英]戴维·M·沃克：《牛津法律大辞典》，北京社会与科技发展研究所译，光明日报出版社，1988年版，第112页。

Money一案中的判决。⁵惩罚性赔偿制度于20世纪90年代被中国《消费者权益保护法》首次引入以来,后在《产品质量法》、《食品安全法》、《侵权责任法》等多个立法中得到确立,对社会上大量存在的欺诈消费者、恶意侵权行为,起到了惩罚和遏制作用。⁶中国2013年8月第三次修订的《商标法》第63条第1款规定:“侵犯商标专用权的赔偿数额,按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定;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;权利人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的,参照该商标许可使用费的倍数合理确定。对恶意侵犯商标专用权,情节严重的,可以在按照上述方法确定数额的一倍以上三倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。”该条规定意味着中国知识产权立法首次引入惩罚性赔偿,对强化知识产权法律保护具有里程碑式的意义。同时,其第3款规定:“权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益、注册商标许可使用费难以确定,由人民法院根据侵权行为的情节判决给予三百万元以下的赔偿。”

为了进一步净化营商环境,推动中国知识产权高质量发展,2019年4月第四次修订的《商标法》第63条将法定赔偿额上限提升至500万,并将惩罚性赔偿额提升至最高5倍,为司法实践更大程度上剥夺侵权人的非法获益,加大商标专用权人的合法权益的保护提供法律依据。同时,该条增加第4款和第5款规定,“人民法院审理商标纠纷案件,应权利人请求,对属于假冒注册商标的商品,除特殊情况外,责令销毁;对主要用于制造假冒注册商标的商品的材料、工具,责令销毁,且不予补偿;或者在特殊情况下,责令禁止前述材料、工具进入商业渠道,且不予补偿。假冒注册商标的商品不得在仅去除假冒注册商标后进入商业渠道。”这一规定加大了侵权人的违法成本,强化了商标法律制度的“威慑”功能。

2014年,中国国务院法制办公布的《著作权法(修订草案送审稿)》第76条规定,两次以上故意侵犯著作权或者相关权的,人民法院可以根据前款计算的赔偿数额的二至三倍确定赔偿数额。2015年中国国家知识产权局公布的《专利法修改草案(征求意见稿)》第65条规定,对于故意侵犯专利权的行为,人民法院可以根据侵权行为的情节、规模、损害后果等因素,将根据前两款所确定的赔偿数额提高至二到三倍。虽然上述草案中关于惩罚性赔偿的规定还未得到立法上的最终确认,但可以预见未来著作权法和专利法的修订,惩罚性赔偿的引入是必然趋势。值得注意的是,《商标法》中惩罚性赔偿数额是依照实际损失、所获利益、许可使用费的倍数三种计算方法确定数额的一倍至三倍,其包含在法定赔偿之中。但《著作权法(修订草案)》和《专利法(修改草案)》的惩罚性赔偿数额是以实际损失、所获利益、许可使用费的倍数和法定赔偿四种计算方法确定数额的二至三倍确定,其惩罚性赔偿是独立于法定赔偿之外的。

二、知识产权惩罚性赔偿制度的功能定位

知识产权惩罚性赔偿制度来源于民事侵权上的惩罚性赔偿制度,也是侵权法惩罚性赔偿制度在知识产权法律保护领域的拓展和延伸。知识产权惩罚性赔偿制度的功能反映了该制度的价值追求,体现了对知识产权创造、运用、管理和保护的独特作用。可见,充分认识知识产权惩罚性赔偿制度的功能是合理构建知识产权惩罚性赔偿制度的前提和基础。⁷笔者认为,知识产权惩罚性赔偿制度主要包括惩戒、预防、赔偿三大功能。

(一) 惩戒功能

惩戒功能,又称为惩罚功能,它是惩罚性赔偿的首要功能。《美国侵权法重述》认为,惩罚性赔偿是指不同于补偿性损害赔偿和象征性损害赔偿的损害赔偿,是为惩罚被告人邪恶行为以及防止其本人和其他人再发生类似行为判决其承担的赔偿金。其价值定位在“惩罚”二字,即其功能的特殊性。一般情况下,单纯的过失不能导致惩罚性赔偿。⁸在传统大陆法系民法理论中,民事侵权责任不具有惩罚功能,损害赔偿金额的确定不能依据过错的程度或加害人获得的利润等因素有所变化。⁹随着现代社会的发展,侵权法的功能也在多元化发展,其惩罚功能得到了大多英美法系国家的肯认。¹⁰正如王利明教授认为,“侵权法在发挥对受害人进行补偿功能的同时,也在一定程度上具有制裁不法行为人的作用,尽管这种作用与补偿功能不可同日而语,但是,完全抹煞侵权法的制裁功能也是不妥当的。”¹¹惩罚性赔偿虽然同补偿性赔偿一样都具有赔偿功能,但其更重要的价值目标在于对恶意侵权行为的惩戒,“明显使受害人的实际损害与赔偿不成比例,其唯一的目的在于通过民事赔偿制裁违法者。”¹²知识产权恶意侵权中,惩罚性赔偿不仅能够给予受害人充分救济,更在于通过加重其赔偿责任防止类似恶意侵权行为的重复实施。

(二) 预防功能

预防功能是惩罚性赔偿的核心功能。“损害的预防胜于损害补偿。”¹³任何法律责任都具有预防功能,侵权法也不例外。预防因含有防止、阻止某种现象发生之意,故在侵权法领域预防和遏制功能是相通的。

⁵ 参见王利明:《惩罚性赔偿研究》,《中国社会科学》,2000年第4期。

⁶ 参见杜甲华、崔畅:《论惩罚性赔偿在知识产权损害赔偿中的适用》,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》,2016年第5期。

⁷ 参见朱丹:《知识产权惩罚性赔偿制度研究》,法律出版社,2016年版,第102页。

⁸ 参见薛波:《元照英美法词典》,法律出版社,2003年版,第120页。

⁹ 参见[德]U. 马格努斯主编:《侵权法的统一:损害与损害赔偿》,谢鸿飞译,法律出版社,2009年版,第115页。

¹⁰ 参见[德]U. 马格努斯主编:《侵权法的统一:损害与损害赔偿》,谢鸿飞译,法律出版社,2009年版,第269页。

¹¹ 参见王利明:《侵权行为法研究(上卷)》,中国人民大学出版社,2004年版,第91-92页。

¹² 欧洲侵权法小组:《欧洲侵权法原则:文本与评注》,于敏、谢鸿飞译,法律出版社,2009年版,第208页。

¹³ 王泽鉴:《侵权行为》,北京大学出版社,2009年版,第10页。

预防是确认一个样板,能够使他人从该样板中吸取教训而不再从事此行为。¹⁴有的学者认为,预防功能可以分为特殊预防和一般预防。¹⁵惩罚性赔偿通过其功能的发挥实现预防恶意侵权的发生,实现预防效率最优化。马克思曾言:“对于法律来说,除了我的行为之外,我是根本不存在的。”¹⁶法律最终指向的是人的行为,他通过一定的行为模式预测、控制、影响行为人的行为,包括对人的行为动机的激发和对人的行为动机的抑制。这种影响如果用激励一词来表达,即法律激励,就是作为行为规范和体现正义精神的法律对符合立法意志行为的驱动以及对违背立法意志的抑制。当法律体现出认同、肯定的鼓励特质,旨在激发合法动机,乃法律的正激励;当法律体现出禁止、否定的惩罚特质、旨在威慑和遏止不法行为,乃法律的反激励。¹⁷知识产权引入惩罚性赔偿的直接目的在于惩罚不法行为,对受害人形成法律激励机制,根本目标在于防止恶意侵权的再次发生。

(三) 赔偿功能

赔偿功能,也称为救济功能,是惩罚性赔偿的基本功能。在民事侵权领域,补偿性赔偿以实现对被侵权人损失完全赔偿和填平为原则和目标。王泽鉴教授认为,“填补损害系侵权行为法的基本机能。使加害人就其侵权行为所生的损害负赔偿责任,非在惩罚,因损害赔偿基本上并不审酌加害人的动机、目的等,其赔偿数额原则上不因加害人故意或过失的轻重而有不同。”¹⁸但在知识产权侵权领域,由于受举证能力、维权成本、经济地位悬殊等因素的影响,受害人经过法院裁判获得的赔偿数额与遭受的实际损失之间往往有相当的差距。在知识产权恶意侵权行为中,侵权行为人为了逃避侵权责任,往往采用比较隐蔽的侵权手段,侵权证据较难获取,加之知识产权具有无形性特征,导致侵权造成的损失难以具体量化。因此,通过补偿性赔偿实现对受害人的完全赔偿只是理论上的设想和立法上的理想,与司法现实之间有相当的距离。¹⁹知识产权惩罚性赔偿的引入能够加大对恶意侵权行为人的赔偿责任,充分救济受害人的权益损失,破解补偿性赔偿的困局。虽然补偿性赔偿主要功能在于救济,但其并非在任何情况下都能填平受害人的损失,特别是在恶意侵犯知识产权的情形下,惩罚性赔偿是对补偿性赔偿的有益补充,能够在一定限度上弥补补偿性赔偿的救济不足。

三、知识产权全面引入惩罚性赔偿的正当性基础

(一) 哲学基础

美国法学家罗尔斯提出了实现正义的两个原则:平等的自由原则与差别原则。实现正义与公平²⁰是侵权法的首要价值目标,减少侵权预防成本是第二目标。关于正义,正如一位学者曾经评述的,描述非正义的例子比描述正义的例子容易的多。²¹与在一定积极意义上认为某种个别安排是正义的相比,我们更容易确信某种个别的程序和结果是不公平的。在知识产权侵权中,有时侵权人所获利益比受害人遭受的实际损失还要多,在这种情况下,即使让侵权行为人赔偿受害人的实际损失,行为人仍然会冒险继续实施侵权行为,根本动因在于违法成本小于其违法收益。因此,现有的知识产权侵权补偿性赔偿制度具有某些不正义之处,有违于人们的公平感和正义感。²²这表明,正义不仅是一种目标,更是一种现实,可以对制度的某种内部机制和结构予以否定,即使同样的结构在其他制度中可能是正义的。

虽然正义的概念既消极又难以捉摸,但这不能成为讨论侵权法时忽视正义的借口。自从侵权法独立以来,矫正正义就与其紧密联系,这一联系使得侵权法理论具有合法性基础。欧内斯特·温瑞布(Ernest Weinrib)认为,矫正正义的概念不仅是规范性的,而且也是决定性的。²³在他看来,有的学者认为,矫正正义意味着它是存在于确定当事人之间的、彼此密切相关的一种权利义务制度,而且它只缘于特定的事件。²⁴矫正正义本质上是一种有用的分析工具。²⁵知识产权侵权损害赔偿应侧重于侵权行为的客观性,构建一种侵权赔偿的两极架构,在判定被告承担侵权责任时,应将被告侵权的主观状态和具体侵权情节纳入考量的范围。通过知识产权侵权损害赔偿制度的自治,厘清作为与不作为或不法行为与义务违反之间厘清界

¹⁴ David F. Partlett, Punitive Damages; Legal Hot Zones, 56La. L. Rev. 781, 797(1996).

¹⁵ 殊预防是指侵权法对实施了侵权行为的人起到预防作用,避免其以后再次实施类似行为。而一般预防是指侵权法可以起到对于社会一般人的预防作用。See Andre Tunc, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. X1, Torts, Introduction, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1974, pp. 161-162. 转引自王利明:《侵权责任法研究(上卷)》,中国人民大学出版社,2010年版,第110页。

¹⁶ 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社,1957年版,第16页。

¹⁷ 参见申来津:《法律与行为选择:法律激励及其发生机制》,《法学杂志》,2006年第4期。

¹⁸ 参见王泽鉴:《侵权行为法》(第一册),中国政法大学出版社,2001版,第7-8页。

¹⁹ 参见朱丹:《知识产权惩罚性赔偿制度研究》,法律出版社,2016年版,第108页。

²⁰ 尽管我们把正义和公平列为目标,但其与成本减少并不处于同一地位,而是作为一种对可能实现成本减少的做法的否决或者强制。公平成为了任何侵权法制度得以通过的最终检验。这种检验需要我们提出的制度足以实现许多目标,但不限于减少成本。由于这个原因,经济学家把成本减少归入正义的门下。

²¹ 参见Edmond N. Cahn, The Sense of Injustice(Bloomington, Indiana University Press, 1964).

²² [美]盖多·卡拉布雷西:《事故的成本——法律与经济的分析》,毕竟悦、陈敏、宋小维译,北京大学出版社,2008年,第22页。

²³ E. Weinrib, The Idea of Private Law (Boston, Mass.: Harvard University Press, 1995), P10. 参见[英]卡罗尔·哈洛:《国家责任——以侵权法为中心展开》,涂永前、马佳昌译,北京大学出版社,2009年,第23页。

²⁴ 转引自[英]卡罗尔·哈洛:《国家责任——以侵权法为中心展开》,涂永前、马佳昌译,北京大学出版社,2009年,第26页。

限,实现双方当事人之间的利益均衡和侵权法的公平正义。知识产权惩罚性赔偿制度“旨在确定什么情况下一方当事人能够正确地援引法律来负责赔偿另一方。”²⁶有人担心知识产权惩罚性赔偿有可能使受害人从赔偿中获益,存在“矫枉过正”之风险。对此问题,我们应辩证地去看,知识产权的社会性决定了恶意侵害知识产权不仅是对权利人个人的损害,而且也是对社会公共秩序的一种损害。故而,对恶意侵害知识产权行为人进行惩罚赔偿,既着眼于回复权利人与侵权人间的分配正义,也关乎着维护社会整体的分配正义和公正秩序。²⁷

(二) 经济学基础

知识产权侵权成本低、维权成本高一直是近年来中国知识产权侵权案件大量增加的重要原因。为此,2008年中国国务院出台的《国家知识产权战略纲要》提出通过“降低维权成本,提高侵权代价”来遏制知识产权侵权行为。2016年中共中央、国务院出台的《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》中指出,加大知识产权侵权行为的惩治力度,提高知识产权侵权法定赔偿上限,探索建立对专利权、著作权等知识产权侵权惩罚性赔偿,并由侵权人承担权利人为制止侵权行为所支付的合理开支,提高知识产权侵权成本。可见,经济学领域的“成本-收益理论”是知识产权侵权领域全面引入惩罚性赔偿制度的重要理论支撑。

在日常生活中,每个人都会采取一定措施预防损害的发生。而在市场经济活动中,每一个理性行为人在实施活动时往往会平衡行为成本与行为获益之间的比例关系。如果侵权获益大于违法成本时,行为人就会有实施侵权行为的冲动。但关键的问题是,不同角色和不同地位的人在多大程度上能够预防措施,这是侵权法经济学分析中最为关注的一个问题。自杰里米·边沁(Jeremy Bentham)和亚当·斯密(Adam Smith)最早将经济学运用于法律领域规制非市场行为的人开始,法律经济分析方法成为许多学者热衷的对法律问题进行公平、效率、正义分析的主要分析方法。据了解,最早对侵权法运用经济学探讨的是奥利弗·温德尔·霍姆斯于1881年在其著作《普通法》中对侵权法的讨论。²⁸然而,这些早期的论述没有认识到侵权法应当建立在提高资源配置效率的行为标准上。现代经济学方法融入侵权法的一个更加直接的起点是社会成本概念和外部成本概念。这一分析源于英国著名经济学家边沁所秉持的“人们在生活的各个领域都将效用最大化”的观点。²⁹美国法律经济学代表人物波斯纳于1972年出版的《法律的经济分析》对今天理解惩罚性赔偿制度的合理性有重要的启示。

按照波斯纳的观点,如果侵权收益小于侵权成本,侵害人将会积极尽到注意义务避免侵权的发生;但如果侵权收益大于侵权成本时,加害人就失去了采取注意义务的积极性和主动性,他宁愿向受害人支付损害赔偿,也要冒险获取潜在不法利益。从经济学上来看,与知识产权过失侵权的补偿性赔偿相比,只有加大对知识产权恶意侵权的损害赔偿额度,才能异曲同工,并行实现知识产权损害赔偿制度的惩戒功能。当前,中国现行立法对知识产权侵权赔偿的法定标准较低,而收集证据、司法鉴定等维权成本较高,极大地减低了侵权行为人的违法成本,挫伤了权利人的维权动力。在知识产权领域全面适用惩罚性赔偿制度,既加大了恶意加害人的侵权成本,又有利于激发权利人维权的积极性和主动性。

(三) 法理依据

在中国,对知识产权采用刑法、行政法、民法“三位一体”保护模式。中国刑法典中对严重的知识产权侵权行为进行刑事制裁,如“假冒注册商标罪”、“假冒专利罪”、“侵犯著作权罪”等罪名的设立便是明证。在行政法领域,现行知识产权立法赋予知识产权局、商标局、版权局等行政管理部门一定的监督管理权和行政处罚权,可以对达到一定程度的知识产权侵权行为进行行政处罚。虽然公法上的责任对知识产权侵权具有明显的威慑力,但由于公法资源有限与公权力机关工作的被动性,很难对所有的知识产权侵权行为制裁达到全面覆盖,导致“漏网之鱼”大量存在。在民事领域,知识产权侵权损害赔偿主要采用补偿性赔偿的方式,具体计算标准以侵权行为给权利人造成的实际损失、侵权人所获利益或许可使用的合理倍数进行计算,当前者均无法确定时,法官可以辅之以法定赔偿对受害人进行救济。但在司法实践中,法定赔偿额的确定缺乏具体的量化体系,法官具有较大的自由裁量权,加之法官的经验、水平的不完全相同,经常出现类似案件法定赔偿数额差异较大的现象。为了降低上诉风险,法官判定的法定赔偿数额较低,有时仅具有象征性意义。³⁰实践中,由于知识产品具有无形性和公开性,权利人很难完全管控他人对自己创造知识产品的使用,导致知识产品很容易被他人不法利用和侵害。随着科学技术的快速发展,知识产权侵权变得更为容易,侵权人往往无需投入太多的经济成本就可以通过侵害他人知识产权获取高额利润。由于知

²⁵ P. Cane, *An Anatomy of Tort Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997.) P224.

²⁶ 转引自[英]卡罗尔·哈洛:《国家责任——以侵权法为中心展开》,涂永前、马佳昌译,北京大学出版社,2009年,第28页。

²⁷ 参见朱丹:《知识产权惩罚性赔偿制度研究》,法律出版社,2016年版,第129页。

²⁸ 法律的一般原则是事故的损失必须归因于事故本身,而且这一原则并未受以下事实的影响:个人是不幸的傀儡。但相对而言,任何人不能完全预期可能发生并进而采取措施避免的事都是事故。的确,一个人不需要这样做或那样行动——行动这个术语暗示着一种选择——但是他必须以某种方式行动。而且,公众通常受益于个人行为。因为这类行动不可避免,而且趋向公众利益,很显然没有政策会将立即引起欲望的和不可避免的危险加诸行为者。州可能令人信服地使自身成为应对事故的共同保险公司,而在其所有成员之间分配其公民的灾祸造成的负担,但事实上州没有这样做,原因在于主流观点认为州对灾难损失的干预是坏事,如果需要广泛、普遍的保险,可以由私人企业做更好,而且成本更低廉。参见Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* 94-96(1881)。

²⁹ 参见[美]威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳:《侵权法经济结构》,王强、杨媛译,北京大学出版社,2005年,第7-8页。

知识产权纠纷专业性较强, 举证难度较大, 律师费用等维权成本较高, 法定赔偿数额较低, 许多权利人最终放弃通过法律途径维权, 无法对恶意侵权行为真正起到制裁和遏制的作用, 从而降低了侵权违法成本, 助长了侵权人的投机心理, 最终结果导致恶性循环, 知识产权侵权现象更为严重, 不利于权利人的权益保护和激励创新创造。根据法律经济学的理论, 只有造成损害所承担的费用超过了损害行为为其带来的利益, 才能够起到对损害发生的防止作用。³¹惩罚性赔偿和补偿性赔偿虽然都是处理利益冲突的工具和手段, 但两者的侧重点迥然不同, 体现了两种思维路径。补偿性赔偿遵循“回看式”救济原则, 重在思考如何善后; 而惩罚性赔偿侧重于“前瞻式”的利益调整策略, 其着眼于通过个案的裁判, 对未来及社会整体产生深远的影响。³²对恶意侵害知识产权行为而言, 仅靠补偿性赔偿制度既无法对受害人给予充分的法律救济, 又不能有效遏制侵权行为的发生。惩罚性赔偿对知识产权这类“无形财产”法益的保护具有先天优势。³³因此, 只有在知识产权领域全面引入惩罚性赔偿, 才能弥补公法治理的困境与补偿性赔偿制度的缺陷, 成为破解知识产权恶意侵权复发的有效之道。

四、中国知识产权惩罚性赔偿制度的立法建构

目前, 中国学界针对知识产权领域引入惩罚性赔偿的理论基础、正当性问题讨论热烈, 绝大多数持肯定的态度, 但关于惩罚性赔偿的适用范围、适用条件、赔偿金计算标准等问题则争议较大, 观点分歧较为突出。虽然惩罚性赔偿制度有效增强了对恶意侵权行为进行民事制裁的刚性, 但它是一把“双刃剑”, 如果该制度被滥用, 将会导致惩戒过度, 不利于行为人的自由开展, 引发滥诉风险。在加大知识产权保护力度的政策导向和舆论高涨的背景下, 惩罚性赔偿的制度建构应当坚持理论审视与实践调研相结合, 避免形成学者所谓的“孤岛条款”³⁴因此, 必须在充分考虑中国知识产权侵权现实情况的基础上, 科学合理构建中国的知识产权惩罚性赔偿制度。

(一) 适用范围

英美法系的惩罚性赔偿制度在填补损失的基础上强调对不法行为的惩罚与遏制, 预防恶意侵权的再次发生。而大陆法系坚守“填补实际损失”的赔偿理念, 在确定赔偿损失时一般不区分加害人的主观因素。³⁵值得注意的是, 德国针对知识产权侵权行为的特殊性, 确立了“不得从错误行为中获利”的赔偿标准, 重在发挥这一赔偿标准的“抑制性”作用, 同时也是“强化法律运行的有效的社会心理工具”³⁶, 在某种程度上反映了当今两大法系国家在知识产权领域相互借鉴、相互交融的发展趋势。虽然中国2013年修订的《商标法》引入了惩罚性赔偿制度, 对制裁恶意侵害商标专用权的进行了有益尝试。但《著作权法》和《专利法》还未正式确立惩罚性赔偿制度。令人欣慰的是, 近年公布的《著作权法修改草案》和《专利法修改草案》拟引入该制度, 正在编纂的《民法典侵权责任编(草案二次审议稿)》第961条以一般条款的地位明确规定知识产权侵权领域全面适用惩罚性赔偿制度。上述草案虽正处于立法进程中, 未正式颁布, 但充分反映了惩罚性赔偿在知识产权领域全面适用乃大势所趋, 符合当今世界知识产权侵权损害赔偿制度的发展潮流。故而, 笔者认为, 中国知识产权惩罚性赔偿制度的构建应当以《中华人民共和国民法典》第961条为一般条款依据, 以《商标法》《著作权法》《专利法》相关条款为主干, 以其他知识产权特别规定为补充, 使惩罚性赔偿制度真正在知识产权领域得到全面确立和正确适用。

(二) 适用条件

综观国外主要国家知识产权领域惩罚性赔偿的相关规定, 惩罚性赔偿的适用主要从主观和客观两个方面进行考量。根据中国现行《商标法》第63条规定, 对恶意侵犯商标专用权, 情节严重的, 可以在按照上述方法确定数额的一倍以上五倍以下确定赔偿数额。赔偿数额应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。可见, 商标侵权适用惩罚性赔偿应同时满足“恶意侵权”和“情节严重”两个条件。中国国务院法制办于2014年6月公布的《著作权法(修订草案送审稿)》第76条第2款规定: “对于两次以上故意侵犯著作权或者相关权的, 人民法院可以根据前款计算的赔偿数额的二至三倍确定赔偿数额。”由此推知, 著作权惩罚性赔偿是否主要从两个要件进行判断: 一是“行为人主观上故意”, 二是“侵权行为达两次以上”。中国国家知识产权局于2015年4月公布的《专利法草案(征求意见稿)》第65条第3款规定: “对于故意侵犯专利权的行为, 人民法院可以根据侵权行为的情节、规模、损害后果等因素, 将根据前两款所确定的赔偿数额提高至二到三倍。”专利侵权惩罚性赔偿适用条件拟设为两个: 一是主观故意; 二是侵权情节、规模损害结果等客观条件。比较而言, 上述三个条款关于惩罚性赔偿的适用条件均包括主观要件和客观要件两个方面, 但在具体表述上有所差异。就主观方面而言, 商标法使用了“恶意”一词, 而著作权和专利权均限定为“故意”。就概念而言, “恶意”是对不法行为人主观状态和客观行为的综合价值判断, 而“故意”是对侵权行为人主观方面的事实判断。笔者认为, 从概念的严谨性角度而言, 使用“故意”一词更为严谨, 是对行为人主观状态的法律表达, 仅侧重于事实方面的认定, 不作价值上的判断。《民法典侵权责任编(草案二次审议稿)》第961条即采用了这一观点, 使用“故意”一词。关于是否将惩罚性赔偿适用

³⁰ 袁杏桃: 《知识产权侵权惩罚性赔偿的正当性基础与制度建构》, 《甘肃社会科学》, 2014年第5期。

³¹ 王利明: 《美国惩罚性赔偿制度研究》, 《比较法研究》, 2003年第5期。

³² 参见徐聪颖: 《知识产权惩罚性赔偿的功能认知与效用选择——从中国商标权领域的司法判赔实践说起》, 《湖北社会科学》, 2018年第7期。

³³ 舒媛: 《知识产权惩罚性损害赔偿制度研究》, 《武汉大学学报(哲学社会科学版)》, 2014年第3期。

³⁴ 李晓秋: 《专利侵权惩罚性赔偿制度: 引入抑或摒弃》, 《法商研究》, 2013年第4期。

³⁵ 参见杜甲华、崔畅: 《论惩罚性赔偿在知识产权损害赔偿中的适用》, 《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》, 2016年第5期。

的主观要件是否应扩展到间接故意,即是否包括重大过失?有学者持肯定态度。笔者认为,由于惩罚性赔偿主要针对的是恶意侵权行为,故而,此处的“故意”应作狭义解释,仅包括直接故意,理由在于直接故意的主观恶性较大,而重大过失的主观恶性程度相对较小,防止惩罚过度或滥用。

在客观要件方面,有学者认为上述三个条款规定有明显不同。商标法要求“情节严重”,著作权法限定为“两次以上”,专利法则采取“情节、规模、损害结果等”多元化判定因素。³⁷笔者认为,“两次以上”实质上是对侵权行为情节是否严重的直接判断,和“情节、规模、损害结果”多元化因素判断在本质上都是一致的,均是强调侵权行为客观方面的判断,只是在语言表述上有所不同,但在司法实践中均应作扩大解释和综合判断。就表述的严谨性而言,笔者认为采用专利法草案稿中“情节、规模、损害结果等因素”这一表述更为周延和严谨。

(三) 赔偿金额的计算标准

在中国知识产权领域,现行法上只有《商标法》明确规定了惩罚性赔偿。关于商标侵权惩罚性赔偿,理论上主要有两种代表性观点:一种主张借鉴法定赔偿金制度模式,为惩罚性赔偿设定数额上限,避免产生天价赔偿,主要理由在于惩罚性赔偿金的确定应抛开受害人的实际损失,仅考虑加害人的主观恶意,由法官在法律规定的惩罚性赔偿限额范围内根据案件实际情况自由裁量³⁸;另一种主张在补偿性赔偿的基础上按照一定比例来确定惩罚性赔偿金额,原因在于惩罚性赔偿的功能在于惩戒,在填补损失基础上按照比例确定惩罚性赔偿,既能起到预防震慑作用,防止恶意侵权行为重复发生,又能在一定限度上平衡加害人与受害人之间的利益,避免使加害人受到过于严厉的惩处。³⁹

笔者认为,惩罚性赔偿制度的首要功能在于惩戒,惩罚性赔偿金的合理确定直接关系到其价值目标能否顺利实现。解决惩罚性赔偿金的计算问题,关键在于处理好两个标准问题:一是计算的前提基数;二是计算的比例或倍数。根据美国专利法第284条之规定,补偿性赔偿金包含专利的合理使用费以及法院所认定的利息和诉讼费用。当补偿性赔偿金无法确定时,法院应当估算确定。惩罚性赔偿金的数额可以增加至原确定或估定赔偿数额的三倍以内。⁴⁰这种计算方法在美国司法实践中被证明是切实可行的。因此,中国知识产权惩罚性赔偿金的计算可以借鉴美国专利法的做法,计算基数包括受害人实际损失、侵权人所获利益、知识产品许可使用费、酌定赔偿数额四类补偿性赔偿,考虑到中国国情,为加大侵权人的违法成本,可以赋予受害人赔偿基数选择权,从受害人实际损失、侵权人所获利益、知识产品许可使用费中选择有利于获取更多赔偿的计算基数。关于惩罚性赔偿的计算比例,参照国外惩罚性赔偿的计算标准,应当以补偿性赔偿金额的三至五倍以下为宜,具体比例由法官根据侵权行为的主观因素和客观因素进行综合判断,做出自由裁量。关于精神损害赔偿是否在惩罚性赔偿的范围之内,笔者认为,专利权和注册商标专用权主要为财产性权利,不涉及精神损害赔偿的赔偿问题。著作权内容包含有部分精神性权利,如果著作权侵权侵害到著作权人的精神性权利,可以纳入惩罚性赔偿的计算范围,但仍应将精神性损害量化为补偿性赔偿为基础。

结语

随着中国特色社会主义市场经济的快速发展和“一带一路”战略的深入推进,加大知识产权违法成本,加强知识产权法律保护已成为社会各界和世界各国的普遍共识。惩罚性赔偿制度虽然突破了传统大陆法系损害赔偿的“填平”原则,但其有效弥补了公法治理的困境与补偿性赔偿救济的不足,强化了侵权法的惩罚和预防功能,增加了民事责任的制度刚性。如果立法进程顺利,中国正在编纂的《民法典侵权责任编》第961条将为知识产权惩罚性赔偿确立了一般条款,有力推进惩罚性赔偿制度在知识产权各领域的落地生根和不断完善,为加强知识产权法律保护和实现知识产权战略提供有力支撑。同时,我们应在立法上科学合理构建惩罚性赔偿制度,严格限定其适用范围和条件,警惕其在知识产权领域的泛用。

参考文献

- [1] 王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》,2003年第5期。
- [2] 曹新明:《知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析——兼论中国知识产权领域三部法律的修订》,《知识产权》,2013年第4期。
- [3] 杜甲华、崔畅:《论惩罚性赔偿在知识产权损害赔偿责任中的适用》,《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》,2016年第5期。
- [4] 舒媛:《知识产权惩罚性赔偿制度研究》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》,2014年第3期。
- [5] 罗莉:《论惩罚性赔偿在知识产权中的引进与实施》,《法学》,2014年第4期。
- [6] 徐聪颖:《知识产权惩罚性赔偿的功能认知与效用选择——从中国商标权领域的司法判赔实践说起》,《湖北社会科学》,2018年第7期。

³⁶ 舒媛:《知识产权惩罚性赔偿制度研究》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》,2014年第3期。

³⁷ 参见曹新明:《知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析——兼论中国知识产权领域三部法律的修订》,《知识产权》,2013年第4期。

³⁸ 参见罗莉:《论惩罚性赔偿在知识产权中的引进与实施》,《法学》,2014年第4期。

³⁹ 参见曹新明:《知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析——兼论中国知识产权领域三部法律的修订》,《知识产权》,2013年第4期。

⁴⁰ 参见李洪江:《专利侵权纠纷适用惩罚性赔偿责任概述》,《中国发明与专利》,2012年第1期。

- [7] 李晓秋：《专利侵权惩罚性赔偿制度：引入抑或摒弃》，《法商研究》，2013年第4期。
- [8] 朱丹：《知识产权惩罚性赔偿制度研究》，法律出版社，2016年版。
- [9] [德]U. 马格努斯主编：《侵权法的统一：损害与损害赔偿》，谢鸿飞译，法律出版社，2009年版。
- [10] 王利明：《侵权行为法研究（上卷）》，中国人民大学出版社，2004年版。
- [11] 王泽鉴：《侵权行为》，北京大学出版社，2009年版。
- [12] 欧洲侵权法小组：《欧洲侵权法原则：文本与评注》，于敏、谢鸿飞译，法律出版社，2009年版。
- [13] [美]盖多·卡拉布雷西：《事故的成本——法律与经济的分析》，毕竞悦、陈敏、宋小维译，北京大学出版社，2008年。
- [14] [英]卡罗尔·哈洛：《国家责任——以侵权法为中心展开》，涂永前、马佳昌译，北京大学出版社，2009年。
- [15] 盘和林：《以“惩罚性赔偿”突破知识产权司法保护瓶颈》，《人民法院报》，2016年4月30日第002版。
- [16] [美]威廉·M. 兰德斯、理查德·A. 波斯纳：《侵权法的经济结构》，王强、杨媛译，北京大学出版社，2005年，第7-8页。
- [17] 袁杏桃：《知识产权侵权惩罚性赔偿的正当性基础与制度建构》，《甘肃社会科学》，2014年第5期。
- [18] 冯晓青、罗娇：《知识产权侵权惩罚性赔偿研究——人文精神、制度理性与规范设计》，《中国政法大学学报》，2015年第6期。