

论惩罚性赔偿在专利侵权 领域的适用

——兼评《中华人民共和国专利法修改 草案(征求意见稿)》第65条

盘佳^{1,2}

(1. 重庆大学法学院,重庆 400044;2. 广西南宁市中级人民法院,广西 南宁 530021)

摘要:2012年8月9日,国家知识产权局公布了《中华人民共和国专利法修改草案(征求意见稿)》,作为其亮点之一,惩罚性赔偿的规定备受社会各界广泛关注,赞赏者有之,反对者亦有之。经过实证考察发现,目前中国法院专利侵权损害赔偿多采用补偿性赔偿,难以适应复杂多变的侵权样态及整个社会对公平正义的要求。现代侵权责任法的发展为惩罚性赔偿的适用提供了法理学基础,惩罚性赔偿的引入可以弥补补偿性赔偿之不足,充分保护权利人的合法权益,有效遏制侵权行为,激励守法行为。结合中国现实国情,现阶段专利侵权领域可以审慎地引入惩罚性赔偿,但应严格限定适用条件、细化赔偿标准、限制赔偿数额,以发挥其最佳效果。

关键词:惩罚性赔偿;专利侵权;征求意见稿

中图分类号:D923.7

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2014)02-0115-08

2012年8月9日,国家知识产权局公布了《中华人民共和国专利法修改草案(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》),其中第65条增设了故意侵权的惩罚性赔偿条款,即“对于故意侵犯专利权的行为,管理专利工作的部门或者人民法院可以根据侵权行为的情节、规模、损害结果等因素,将根据前两款所确定的赔偿数额最高提高至三倍”^[1]。作为征求意见稿的亮点之一,惩罚性赔偿的规定备受社会各界的广泛关注,赞赏者有之,反对者亦有之。早在10年前,就不断有学者提议应该在知识产权法领域引进惩罚性赔偿。时至今日,要求加大知识产权保护力度,有效遏制侵权行为的呼声愈来愈高,专利法修改过程中确立惩罚性赔偿制度,是否恰逢其时,能够达到立法者目的,抑或为时尚早,有无矫枉过正之嫌仍是值得深入探讨的话题。

一、实践与困境:中国专利侵权损害赔偿的现状

(一)中国专利侵权损害赔偿的相关规定

《征求意见稿》第65条及相关的司法解释等对专利权侵权损害赔偿作了规定,并确立以下一些规则:第一,权利人有权要求侵权人赔偿;第二,侵权损害赔偿数额包括权利人为制止侵权行为支付的合理开支;第三,侵权损害赔偿的计算方法及计算顺序为:(1)以权利人因侵权行为所受的实际损失作为赔偿额;(2)以侵权人因侵权行为所获得的利益作为赔偿额;(3)以许可使用费的倍数确定赔偿额;(4)法定赔偿^①。由此可见,中国专利侵权损害赔偿制度适用的是补偿性赔偿责任,强调救济与损失的对等及填平。

收稿日期:收稿日期:2013-11-15

基金项目:2012年度国家法治与法学理论研究项目“专利侵权惩罚性赔偿研究”(12SFB5037);重庆大学中央高校基本科研业务费2012年重大项目“‘弃’与‘入’:专利侵权惩罚性赔偿制度研究”(CQDXWL-2012-Z026)

作者简介:盘佳(1981-),女,重庆大学法学院博士研究生,广西南宁市中级人民法院民三庭法官,主要从事知识产权法研究。

^①此法定赔偿指法律明确规定赔偿幅度(限额),由法官综合考虑在限额内酌情确定赔偿数额的赔偿方式。

(二) 中国专利侵权损害赔偿的实证考察

本文所考察的样本材料全部来自北大法宝司法案例数据库,选取审结日期为2010年1月1日至2012年12月31日期间所公布的以判决方式结案的专利权侵权纠纷,共720件^⑥。以随机抽样的方法^⑦在该720份判决书中抽取其中126份,筛选掉原告败诉的判决,以及未涉及具体赔偿金额的判决^⑧,最后收集到有效判决书样本81份,其中侵害发明专利权纠纷判决书22份,侵害实用新型专利权纠纷判决书23份,侵害外观设计专利权纠纷判决书36份。具体情况详见图1。

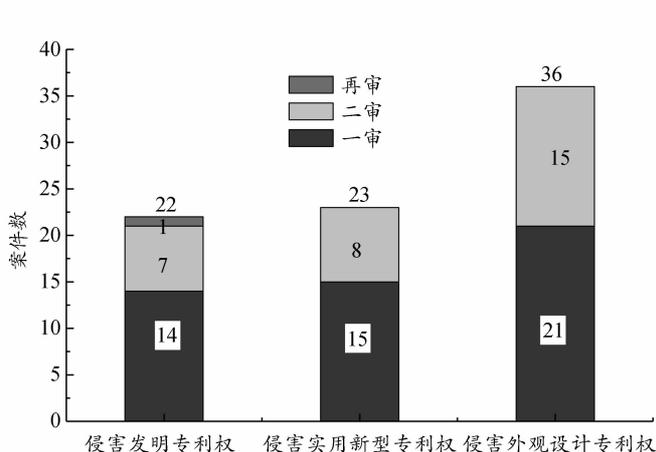


图1 案件类型

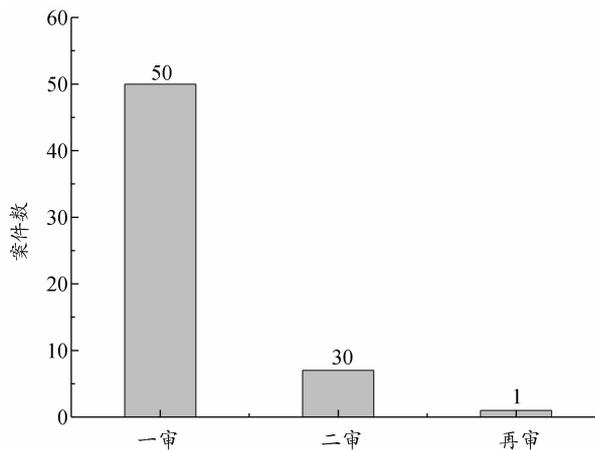


图2 审理程序

通过对样本判决书的深入分析,我们发现:第一,从专利侵权损害赔偿额的计算方式看,法定赔偿方式适用广泛。所收集的81份判决书,均无一例外地适用法定赔偿。虽然,中国《专利法》规定了专利侵权损害赔偿计算方式适用的顺位关系:实际损失→非法获利→许可使用费→法定赔偿,但在司法实践中,权利人的实际损失或侵权人的非法获利均无法查清,且又无涉案专利许可使用费可以参考,于是法院只能采用法定赔偿方式酌定赔偿数额^⑨。第二,从赔偿数额^⑩看,法院最终判决赔偿的数额较低,与原告诉请的赔偿数额差距过大。法院判决赔偿额与原告诉请赔偿额之比值(详见表1),在81件样本材料中,有67件,即87.2%的案件,原告获得的判决赔偿数额未超过其诉讼请求数额的50%,仅有2件侵害发明专利权纠纷,原告诉请赔偿额获得法院100%的支持。法院判决赔偿额与原告请求赔偿额之比,平均数值为35.1%,这意味着原告向法院诉请赔偿100元,法院可能最终判决赔偿总额仅为35.1元。

第三,原告为制止侵权行为所支付的合理费用较高,其诉请的合理费用开支与法院判决赔偿总额差距较小^⑪。81件案件^⑫中,只有45件案件原告起诉时明确了合理费用开支的具体数额,而其中有16件,即35.6%的案件,原告诉请赔偿的合理费用超过法院最终判决赔偿总额的一半^⑬,当中有4件,原告支出的合

^⑥其中侵害发明专利权纠纷120件,侵害实用新型专利权纠纷163件,侵害外观设计专利权纠纷537件。

^⑦随机抽样时,无地域、无审级法院、无当事人等特殊条件的限制,在检索到的关于侵害发明专利权纠纷和侵害实用新型专利权纠纷的判决书数据库中每一独立网页所列出的40份判决书里随机抽取10份,合计收集到70份判决书;鉴于侵害外观设计专利权纠纷案件数量众多,在每一独立网页所列出的40份判决书中随机抽取4份,共收集到56份判决书。

^⑧包括原告仅诉请被告停止侵权,并未要求赔偿的判决书和未列明一审判决中原告诉请赔偿数额的终审判决书。

^⑨如(2010)沪二中民五(知)初字第190号侵犯发明专利权纠纷,“鉴于原告未提供证据证明自己因侵权受到的损失以及被告因侵权的获利,也未提供确定的专利许可使用费数额,本院将依据专利法的有关规定,根据原、被告提交的证据材料和本案中原告专利的权利价值,如专利技术的创造性、专利技术研发成本及实施情况、专利使用许可的种类、时间、范围、市场上同类产品的平均利润、合理转让价格、合理许可费用以及被告侵权行为方式、侵权产品生产与销售规模、侵权持续时间、侵权损害后果、侵权获利状况等因素,酌情确定赔偿数额”。又如(2012)闽民终字第487号侵害外观设计专利权纠纷上诉案,“由于类列克因被侵权所受到的实际损失和芟江公司因侵权所获得的利益均难以确定,也无专利许可使用费可供参照,因此,根据《中华人民共和国专利法》及其相关司法解释的规定,本案应采取定额赔偿的方法确定赔偿数额”。

^⑩如无特别说明,文中法院判决赔偿数额和原告诉请赔偿数额中均包含合理费用开支在内。

^⑪法院在最终判决时,对有票据证明的公证费、鉴定费、购买侵权产品费用等一般均予以全额支持;而律师代理费,一般会酌情支持其中合理部分。对原告没有票据证明的合理费用开支,法院一般也会根据案件具体情况酌情予以考虑计入最终赔偿数额之内。

^⑫其中有极少数案件,原告仅要求被告赔偿经济损失(不含合理费用开支);有部分案件,原告起诉时没有明确区分请求赔偿损失的数额与合理费用开支的数额,而是笼统地请求包括合理费用在内的损失数额,即使原告对二者做了明确区分,法院判决时也大多不做区分而将合理费用开支一并酌情考虑计入赔偿损失数额中。

^⑬主要原因是原告除主张公证费、鉴定费等合理费用之外,还主张了律师费。

理费用超过最终判决赔偿总额的91%，有5件超过最终判决赔偿总额的150%，最高的达220%（详见表2）。总的说来，原告诉请的合理费用开支与法院判决赔偿数额之比，平均数值为52.94%，这意味着即使法院最终判决被告赔偿100元，而原告为制止侵权行为所支付的合理开支已超过50元。

表1 法院判决赔偿数额与原告诉请赔偿数额之比

比值	案件数量			合计	案件所占比例
	发明专利	实用新型专利	外观设计专利		
0% ~ 10%	2	4	8	14	17.3%
11% ~ 20%	6	5	6	17	21.0%
21% ~ 30%	1	1	10	12	14.8%
31% ~ 40%	5	4	4	13	16.0%
41% ~ 50%	3	3	5	11	13.6%
51% ~ 60%	1	2	-	3	3.7%
61% ~ 70%	-	1	2	3	3.7%
71% ~ 80%	1	1	1	3	3.7%
81% ~ 90%	1	1	-	2	2.5%
91% ~ 100%	2	1	-	3	3.7%
共计	22	23	36	81	100.0%

表2 原告诉请合理费用开支与法院判决赔偿数额总额之比

比值	案件数量			合计	案件所占比例
	发明专利	实用新型专利	外观设计专利		
0% ~ 10%	3	4	4	11	24.4%
11% ~ 20%	2	2	1	5	11.1%
21% ~ 30%	-	2	1	3	6.7%
31% ~ 40%	2	3	2	7	15.6%
41% ~ 50%	1	-	2	3	6.7%
51% ~ 60%	3	1	-	4	8.9%
61% ~ 70%	-	1	-	1	2.2%
71% ~ 80%	-	-	1	1	2.2%
81% ~ 90%	1	-	-	1	2.2%
91% ~ 100%	1	2	1	4	8.9%
> 100%	1	1	3	5	11.1%
总计	14	16	15	45	100.0%

可见，囿于专利侵权损害的特殊性，权利人很难证明自己的实际损失，耗时费力进行取证、鉴定，所支出的维权成本巨大，而最终得到的赔偿往往与期待相距甚远。有的案件虽然判赔了，但侵权人还继续妄为，就是因为侵权成本太低。也无怪“30%的专利权人遇到侵权纠纷，仅有10%的权利人采取维权措施”^{[2]2}。

导致以上维权困境的出现，很大部分原因在于面对现实生活中各式各样的侵权损害形态，中国目前所适用的单一的补偿性赔偿责任不区分侵权人主观过错程度，也不论侵权情节如何，损失多少就赔偿多少，已经愈来愈无法满足受害人以及整个社会对公平正义的要求，其不仅在能否填补权利人的实际损失上颇成问题，更遑论遏制侵权行为的发生。国内已有学者注意到了这方面的缺陷，并把解决问题的目光投向国外的惩罚性赔偿制度，以期对该制度进行合理借鉴后能够弥补补偿性赔偿责任的不足，并丰富中国专利侵权损害赔偿制度。

二、探讨与争鸣：惩罚性赔偿的“拒绝”与“引入”

（一）“拒绝”与“引入”之争

主“拒绝”者认为：第一，惩罚性赔偿与民法基本精神冲突。平等的民事主体之间不能由一方惩罚另一

方,受害人也不能因被侵权而获得横财,否则便有违民法平等、公平的基本原则^[3];第二,引入惩罚性赔偿会混淆公法与私法的界限。在大陆法系看来,惩罚和制裁不法行为是公法的职能,对受害人进行补偿和救济是私法的职能,将惩罚性赔偿作为民事责任纳入私法体系中,与公、私法划分观念不相符^[4];第三,惩罚性赔偿会对社会经济发展特别是企业产生负面影响^[5]。

主“引入”者认为:第一,补偿性赔偿不足以充分保护权利人合法权益,易助长侵权人的投机心理,纵容侵权行为的产生;第二,可以加强对侵权行为的惩罚与遏制^[6];第三,补充刑法与民法二元分割造成的法律调整的相对空白,使各种不法行为人都承担其应负的法律责任,实现法律对社会的妥善调整^[7]¹⁶。

无论理论界还是实务界,持上述两种观点的人都不在少数,弥合争端尚需作出有说服力的论证。

(二) 专利侵权领域引入惩罚性赔偿的理性分析

笔者认为,惩罚性赔偿有其自身的特点和功能,在中国现阶段专利侵权领域可以审慎地引入,但不应作为一种普遍适用的侵犯财产权的责任形式^[8],其与补偿性赔偿的结合,对于加强专利权的保护无疑是一个合乎理性的选择。

第一,从理论上分析,现代侵权责任法的发展为惩罚性赔偿适用提供了法理学基础。传统侵权责任法以矫正正义作为法哲学基础,强调“损害赔偿之最高指导原则在于赔偿被害人所受之损害,俾于赔偿之结果,有如损害事故未曾发生者然”^[9]。然而,随着工业革命的发展,特别是20世纪以来,严重损害事故频发,各种新型侵权案件层出不穷,对公民的人身权、财产权造成极大威胁,社会一般观念对损害赔偿提出了更高要求,社会化思想逐步渗入法学领域。现代民法理论摆脱了过往单纯强调“个人本位”思想的桎梏,逐渐将“社会本位”作为其中心理念,抽象意义上的平等及形式正义已不符合社会发展的现实,加强对受害人的充分保护以实现真正意义上的平等和实质正义成为法律发展趋势。这种社会正义观的变革要求侵权责任法在维持矫正正义的同时也注重分配正义,从填补损害转化为兼顾抑制不法,以积极预防的理念替代事后救济的传统思维,而惩罚性赔偿的适用体现了侵权法基本功能面对时代发展和现实变化所做的相应调整。

不少学者反对引入惩罚性赔偿的主要理由是认为与民法平等、公平基本原则相冲突,会混淆公法与私法的界限,笔者对此不敢苟同。惩罚性赔偿与行政责任、刑事责任不同,其只是给予受害人一种得到补救的权利,而没有给予其处罚他人的权力,受害人是否应当获得赔偿以及获得多大范围的赔偿,都应由法院来最终决定^[10]。至于有的学者所言原告因惩罚性赔偿获得横财的问题,给付惩罚性赔偿是用来鼓励权利人对侵权人提起诉讼,对权利人所支出劳力、时间及费用的酬劳,并未不当得利,也无不公平^[11]。此外,以是否具有惩罚性作为判断公法与私法的划分标准未免过于绝对。公私法的划分虽然是大陆法系的传统,但对二者的划分依据,古往今来,仍无法达成共识,有利益说、隶属说、主体说等不同观点。区分公私法,可以把社会关系的性质和主体的性质结合起来判定,凡是平等主体之间的人身关系和财产关系都是私法关系,而具有等级和隶属性质的关系属于公法关系。从此意义上说,在适用惩罚性赔偿的案件中,诉讼双方都是平等的民事主体,其间的社会关系也是平等主体之间的人身关系和财产关系。惩罚性赔偿为民事关系处理的结果,是一种民事责任在逻辑上自然也顺理成章^[12]。况且,公法与私法的划分向来就模糊不清,也绝无对立本质可言,如果硬要对二者进行泾渭分明的区分反而容易犯“教条主义”的错误,影响法律应有功能的实现。法律是为社会生活服务的,“要使法规适用于某一生活关系,应寻求最适宜解决问题的法规,而不是区分公法、私法”^[13]。固执地认为民事法律制度中绝对不能出现惩罚性赔偿责任,这是对法律的僵化理解,会导致因噎废食。“无视民事责任的制裁性功能的做法是错误的,民事责任也应该发挥对违法行为的抑制功能”^[14]。

第二,从保护专利权人的角度讲,引入惩罚性赔偿可以弥补补偿性赔偿之缺陷,全面、充分地保障权利人的合法权益,提高其维权积极性。补偿性赔偿主要目的在于填平受害人的实际损失,体现了形式正义的要求,但事实上收效甚微。

从上文中实证考察可见,专利权人为了维权常常陷入“未受其利先受其害”的窘境。权利人为制止侵权行为所支付的合理费用开支占据法院最终判决赔偿总额的很大一部分,再将其所投入的时间、精力等因素考虑在内,权利人为提起诉讼所花费的成本非常高昂。权利人的损失不仅包括财产损害,也包括市场被侵占、产品名声被玷污等非财产损害,其损失往往难以精确计算,加之通货膨胀等因素的影响,决定了补偿性赔偿责任无法实现等额赔偿目的,这也导致了专利权人维权动力锐减。对于“理性经济人”而言,是否寻求救济并不只取决于损失本身,还在于救济成本与救济收益的考量。如果救济成本小于或等于救济收益,权

利人有寻求救济的动力;相反,如果救济成本大于救济收益,权利人将放弃救济。引入惩罚性赔偿,使权利人所受损失得到最大限度填补,且还获得额外赔偿,增大其救济收益,增加其维权动力,这也能在一定程度上缓解政府执法资源的紧张,使私人在法之实现中发挥积极作用,形成一股巨大的社会监控力量,让执法活动以更低的成本开展。

第三,从预防和打击侵权行为的角度讲,引入惩罚性赔偿可提高侵权人的侵权成本,吓阻侵权行为,激励守法行为。从上文中实证考察可知,专利侵权行为屡禁不止有很大部分原因在于侵权成本过低,侵权收益远大于其风险、代价。由于专利权客体的无形性、公开性以及非排他性,使其具有类似经济学上公共物品的性质,可由无限多个主体同时拥有和使用,因而易受到侵害,存在先天的自我保护不足;且专利被创造出来之后,增加的边际成本为零,任何人使用都不会消耗其消费效用,专利权被侵犯后也不像其他财产权那样直接地表现为一定物质形态的损失,导致侵权被发现和被追诉都很困难;加之专利研发成本较高,侵权人无需负担前期的研发投入与市场推广即可坐享其成,通过侵权行为获得立竿见影的高收益。因此,专利侵权的易发性、隐蔽性和高获利性等特点决定了其民事责任的设计与一般民事权利不同,应着重于预防功能。惩罚性赔偿便是为克服和缓解“履行差错”而设计的,旨在使个人行为的外部成本内部化,让侵权人承担所有社会成本,诱导其选择社会最优的行为。法律经济学认为,“人们总是理性地最大化其满足度,一切人在他们的一切涉及选择的活动均如此”^[15]。引入惩罚性赔偿,提高侵权人能够遇见到的风险成本,使其因侵权行为的获益与负担之间存有“剪刀差”而无利可图,放弃侵权;同时也可威慑潜在侵权者,让他们意识到守法比违法更划算,从而通过市场交易方式获得专利权授权。有学者认为无须引入惩罚性赔偿,只须完善专利侵权的法定赔偿方式,提高赔偿额即可解决中国知识产权保护难题。笔者认为,无论如何完善法定赔偿,其都是以补偿性赔偿为原则,对于唯求私利为目的的恶意侵权等情形,难以发挥法律的遏制和预防功能。何况,在现有行政处罚、刑事制裁等公法措施之外,引入惩罚性赔偿不仅不会增加额外的诉讼成本和制度成本,还可以从民事责任上加大打击侵权行为的力度,对于社会效果而言达到了“帕累托最优”。

第四,从现实国情而言,中国专利侵权领域亟待引入惩罚性赔偿。随着中国经济的腾飞,国内自主知识产权数量不断攀升,2012年知识产权创造再创新高,专利授权量达125.5万件,同比增长31%^[16],加之互联网技术和物流行业的飞速发展,专利侵权产品的制造和扩散速度不断提高^[23],侵犯专利权的纠纷也随之增多。2008年全国各级人民法院共新收专利民事一审案件4074件,到2012年已达9680件^[17],同比上升137.6%,可是司法效果却并不理想。从上文中实证考察可见,举证难、维权成本高、侵权成本低、获得赔偿少已成为专利侵权案件的顽疾,赢了官司输了钱的现象比比皆是;故意侵权、反复侵权、群体侵权、跨地区链条式侵权等恶性侵权现象时有发生,大大挫伤了专利权人的创新积极性,扰乱了市场秩序,阻碍了创新型国家的建设^[23]。国务院在2008年6月5日出台的《国家知识产权战略纲要》明确指出要加强知识产权保护,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,有效遏制侵权行为^[18]。2011年11月9日召开的关于做好打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品工作的国务院常务会议,首次提出了“建立对营利性故意侵权和假冒伪劣行为的惩罚性赔偿制度”的构想^[19];2011年11月13日,国务院下发《关于进一步做好打击侵犯知识产权和制售假冒伪劣商品工作的意见》,指出要研究修订相关法律法规和规章,加大惩罚力度,为依法有效打击侵权和假冒伪劣行为提供有力法制保障^[21]。党的十八大要求实施创新驱动发展战略,并着重强调“实施知识产权战略,加强知识产权保护”,把知识产权保护和创新的重要性提到了前所未有的战略高度。故而,在专利侵权领域审慎地引入惩罚性赔偿,符合这一现实需要。

三、谨慎与限制:惩罚性赔偿在专利侵权领域中的适用——兼评《征求意见稿》第65条

(一)惩罚性赔偿在专利侵权中的适用

1. 适用条件

惩罚性赔偿在英美法中有着悠久的历史并得到长足发展。这些国家将侵权人的动机、行为的性质等作为判断适用惩罚性赔偿的前提条件。在美国,惩罚性赔偿的主要目的在于制裁不法行为人以及威慑潜在的侵权者。因此,对于非故意侵权仅适用补偿性赔偿,而对于故意侵权则通过惩罚性赔偿来矫正。美国司法实务中适用惩罚性赔偿一般要求认定侵权人具有实施侵权行为时具有恶意(malicious)、实际明显的事实上的恶意(actual, express or malice - in - fact)、恶劣的动机(bad motive)、不顾后果(reckless)等动机^{[7]2}。中国征求意见稿规定,对于故意侵犯专利权的行为可适用惩罚性赔偿。可见,并非所有故意侵权行为都适用

惩罚性赔偿。在进行判定时,须充分考虑侵权人的主观恶意、性质、动机等因素,明确适用惩罚性赔偿应限于主观上故意且侵权情节严重或损害后果严重的行为。

(1)侵权人主观上存在故意。故意是指行为人预见到自己行为的有害后果,仍然希望或者放任有害结果的发生。此“故意”包含恶意在内。恶意是最严重的故意,除了要满足故意的一般构成要件,还需符合特别的构成要件:其一,必须是直接故意(追求损害结果发生);其二,行为人明知行为的不法性或不当性而执意为之;其三,行为人即使是在行使正当权利,但行为目的或最主要目的是为了他人权益受损也属其列^[20]。故意实施不法行为侵害他人专利权,其主观恶性足以表明行为人内心的邪恶,对其适用加重的赔偿责任,既是法律对侵权人的一种强烈谴责,也是对受害人的一种有力支持^{[21]19}。

(2)损害后果严重或侵权情节严重。在英美法系国家,进行惩罚性赔偿诉讼的前提是权利人要证明侵权人的行为造成了实际损害的发生,在侵权人承担补偿性赔偿责任的基础上,才能获得惩罚性赔偿。笔者认为,在中国专利侵权领域应规定造成严重后果的才适用惩罚性赔偿,损害结果越严重,表明侵权人的行为可责难性越大。但是对于那些侵权情节严重的不法行为人,即使未造成严重后果也应适用惩罚性赔偿。因为惩戒是惩罚性赔偿的一个重要功能,对于只是一般侵权情节的不法行为人不能适用,否则会扩大制裁范围,造成新的不公。对于是否构成情节严重可从侵权人的主观过错程度、故意侵权的次数、侵权手段、逃脱责任的可能性、侵权行为的持续时间、影响范围、事后态度(是否悔过、是否采取补救措施、是否企图掩盖侵权行为)等方面进行判断。

(3)由当事人请求适用。惩罚性赔偿是一种特殊的民事责任,根据民事诉讼法“不告不理”原则,只有在当事人请求的情况下才能适用。鉴于惩罚性赔偿的强大制裁功能可能对被告造成的影响,以及现实生活中不乏机会主义者投机取巧只为获取高额赔偿,诉讼时应提高原告的证明标准。权利人应围绕侵权人主观过错程度、侵权情节及损害后果等方面举出有力证据来支持自己的赔偿主张。

此外,对于那些为了维权提起诉讼所支出的成本远远高于其预期获赔数额的受害人,我们可以考虑适用惩罚性赔偿。因为在此种情况下,原告坚持诉讼的行为增强了侵权责任的威慑力,维护了法律尊严^[22];从另一方面来说,可激发受害人维权的热情。

2. 惩罚性赔偿数额的确定

(1)细化赔偿标准。赔偿数额的大小是惩罚性赔偿中引发争议最大的地方。在英美法中,对于惩罚性赔偿数额通常没有固定标准或金额的规定,往往是由法官列举一系列考虑因素来确定。例如,美国法院曾在 *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Halip* 一案中列举了如下参考因素:其一,侵权行为所造成的损害后果与惩罚性赔偿金之间是否具有因果关系;其二,侵权人实施不法行为的可责难程度及持续时间;其三,侵权人以前是否实施过类似侵权行为及侵权行为发生的时间频率;其四,侵权人的经济能力;其五,权利人所支出的维权成本;其六,侵权人若因该不法行为受到过刑事惩戒或承担过其他民事损害赔偿,那么赔偿数额相应减少^[23]。

由于实施惩罚性赔偿的目的在于惩戒和威慑,此本质特征决定了赔偿数额无法固化。因此,笔者认为在确定惩罚性赔偿具体数额时,可以赋予法官一定的自由裁量权,其在裁判时应考虑如下因素。

第一,侵权人的主观过错程度,即不法行为的可责难性是确定惩罚性赔偿数额的首要因素。侵权人主观过错程度越高,则实施不法行为的可责难程度越高,惩罚性赔偿的数额也相应越高。若侵权人主观为恶意,则对其惩罚赔偿数额应高于一般故意;若侵权人主观为间接故意,则对其惩罚赔偿数额应低于直接故意。

第二,所侵犯专利权的种类及市场价值因素。不同类型的专利权其创造的投入和成本以及所产生的价值、收益都不同,应区别对待。此外,还要将专利权的市场评估价值、合理转让费、许可使用费因素考虑在内。

第三,侵权行为的情节。包括侵权行为的方式、手段、损害后果、侵权行为持续的时间和影响范围、有无多次侵犯专利权并被制裁的记录等。对于那些侵权持续时间长且多次侵权的不法行为人,应科以较高的惩罚赔偿金,以达到威慑作用。

第四,侵权人从不法行为中的获利情况。若侵权人获利数额越高,则铤而走险的机率就越大,此时必须要提高惩罚性赔偿的数额,使其不能从侵权行为中获利。

第五,侵权人的经济状况。考虑此因素不仅是为了保证裁判的可执行性,也是为了体现对具有身份差异的侵权者作区分惩处对待以达到实质正义^{[21]19-20}。在同等侵权的情况下,对经济实力雄厚的企业适用的

惩罚性赔偿数额要高于普通的企业。

第六,权利人的维权成本。若权利人进行维权的成本高于侵权给其带来的实际损失,则法官应判决足够的惩罚性赔偿金额以示鼓励其诉讼。

第七,侵权人因侵权行为所受到行政或刑事处罚的数额。当侵权人被处行政罚款或罚金时,可考虑不再适用惩罚性赔偿。

(2)限制赔偿数额。惩罚性赔偿赋予了法官较大的自由裁量权,为防止最终赔偿数额畸高而脱离实际生活,应对此进行限制。《征求意见稿》第65条第3款规定“赔偿数额最高提高至三倍”。笔者对此表示赞同,但应以实际损害赔偿额为基础。此实际损害数赔偿额不能采用法定赔偿方式估定。严格地说,法定赔偿根本算不上是一种计算方式,它缺少计算方式所必需的科学性、严密性^[24]。我们应该借鉴国外有关专利侵权损害赔偿制度的先进经验,完善中国专利侵权赔偿的计算规则,特别是实际损失和非法获利的计算规则,使其更具操作性,更加科学化。此外,也可以参考美国学者 A. Mitchell Polinsky 和 Steven Shavell 所给出的计算公式,即“H 为实际损害,P 为被裁决承担责任的可能,则侵权人应当支付 $H \times 1/P$ 即 H/P ,这一数额折衷了补偿性赔偿 H 的支付和惩罚性赔偿 $(H/P) - H$ 的支付。惩罚性赔偿的支付可表述为 $[(1 - P)/P]H$ 。方括号中的项即为惩罚性赔偿的倍数”^[25]。

(二)《征求意见稿》第65条评析

《征求意见稿》第65条第3款增设对故意侵权的惩罚性赔偿制度,是一种自我突破和时代的进步,但笔者认为,关于惩罚性赔偿的规定,仍存在一定不足,有待完善。

第一,征求意见稿的规定过于“粗放”。何谓故意侵权,当故意侵权发生时,何种情况适用惩罚性赔偿,惩罚性赔偿数额的具体衡量标准是什么需要进一步明确。

第二,若以法定赔偿数额作为惩罚性赔偿计算基数有失妥当。征求意见稿第65条第3款规定,惩罚性赔偿的数额以前两款确定的赔偿数额为基础,而从上文中实证考察可见,法院基本上采用法定赔偿方式酌定赔偿数额,这相当于说惩罚性赔偿的计算基础为法定赔偿所确定的数额。如此适用,将会使侵权人遭受双重惩罚。因为,对于法定赔偿的考量因素,征求意见稿第65条第2款规定包括专利权的类型、侵权行为的性质和情节等。一些地方法院为规范司法活动,出台具体适用法定赔偿方法的指导意见^④,更是细化规定将被告“有无侵权史”,“侵权次数,初次侵权或重复侵权”等因素考虑入内,现第65条第3款又规定适用惩罚性赔偿时再次考虑侵权行为的性质、情节、规模、损害结果等因素,即同一个侵权情节、规模等参考因素被两次作为确定赔偿数额的考量依据,逻辑上不能自圆其说,无疑也会加重对侵权人的处罚。

第三,授权管理专利工作部门对侵权赔偿额进行判定难以实现立法初衷。侵权判定是一个复杂的过程,面对日益增多的专利侵权案件,管理专利工作的部门是否有足够的人手来处理,以及能否对故意侵权进行判定是一个未知数,且作出决定后,若当事人不服申请行政复议,进而又提起司法审查程序时,则无法达到提高侵权判定效率的立法目的。

四、结语

近年来,中国致力于建设创新型国家,进一步加大了对知识产权的保护。来自英美法系的惩罚性赔偿制度虽是一种舶来品,但与中国现有相关制度和理念并非水火不容。中国专利法修订过程中引入惩罚性赔偿制度,是“生逢其时”,凸显了中国打击专利侵权行为、充分保护专利权人合法权益的决心。但惩罚性赔偿制度是一柄双刃剑,我们应该本着审慎的态度严格地规范使用,明确其适用范围、条件和标准,以发挥其最佳效果。当然,一项制度从理论探讨到付诸实践是一个渐进的过程,这其中需要国外成功经验的借鉴、学界的深入研究以及司法实务的不断总结,才能使其在现实的法治土壤中茁壮成长。

参考文献:

[1] 国家知识产权局. 专利法修改草案(征求意见稿)条文对照 [EB/OL]. [2012-08-10]. http://www.sipo.gov.cn/yw/2012/201208/t20120809_736772.html.

^④如上海市高级人民法院《关于知识产权侵权纠纷中适用法定赔偿方法确定赔偿数额的若干问题的意见(试行)》,安徽省高级人民法院《关于审理商标、专利、著作权侵权纠纷案件适用法定赔偿的指导意见》,江苏高级人民法院《关于知识产权侵权损害适用定额赔偿办法若干问题的指导意见》。

- [2] 国家知识产权局. 关于专利法修改草案(征求意见稿)的说明[EB/OL]. [2012-08-10]. http://www.sipo.gov.cn/yw/2012/201208/t20120809_736772.html.
- [3] 廖志刚. 专利侵权损害赔偿研究[J]. 重庆大学学报:社会科学版, 2007(3):90-94.
- [4] 金福海. 论惩罚性赔偿责任的性质[J]. 法学论坛, 2004(3):59-63.
- [5] 杜甲华. 我国建立惩罚性赔偿制度之理论障碍批判[J]. 社会科学辑刊, 2009(5):66-69.
- [6] 尹志强. 我国民事法律中是否需要导入惩罚性赔偿制度[J]. 法学杂志, 2006(3):76-79.
- [7] 王利明. 美国惩罚性赔偿制度研究[J]. 比较法研究, 2003(5):1-15.
- [8] 许明月. 资源配置与侵犯财产权责任制度研究——从资源配置的效果看侵犯财产权民事责任制度的设计[J]. 中国法学, 2007(1):78-90.
- [9] 曾世雄. 损害赔偿法原理[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2001:16.
- [10] 王利明. 惩罚性赔偿研究[J]. 中国社会科学, 2000(4):112-122, 206-207.
- [11] DOBBS DAN B. Handbook on the law of remedies: Damages, Equity, Restitution[M]. West Pub. Co. (St. Paul), 1973:356.
- [12] 关淑芳. 惩罚性赔偿制度研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2008:39-41.
- [13] 四宫和夫. 日本民法总则[M]. 唐晖, 译. 台北:五南图书出版公司, 1995:4.
- [14] 于敏. 日本侵权行为法[M]. 北京:法律出版社, 1998:47.
- [15] 边沁. 道德与立法原理导论[M]. 时殷弘, 译. 北京:商务印书馆, 2000:58.
- [16] 赵建国. 2012年我国受理专利申请量超205万件创新高[EB/OL]. [2013-01-08]. http://www.iprchn.com/Index_News-Content.aspx?newsId=55408.
- [17] 最高人民法院. 2012年中国法院知识产权司法保护状况[EB/OL]. [2013-04-22]. <http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/04/id/949841.shtml>.
- [18] 国务院. 国家知识产权战略纲要[EB/OL]. [2008-06-10]. http://www.gov.cn/zwggk/2008-06/10/content_1012269.htm.
- [19] 和育东, 石红艳, 林声辉. 知识产权侵权引入惩罚性赔偿之辩[J]. 知识产权, 2013(3):54-59.
- [20] 张新宝. 侵权责任构成要件研究[M]. 北京:法律出版社, 2007:443-445.
- [21] 张新宝, 李倩. 惩罚性赔偿的立法选择[J]. 清华法学, 2009(4):5-20.
- [22] 朱凯. 惩罚性赔偿制度在侵权法中的基础及其适用[J]. 中国法学, 2003(3):84-91.
- [23] 王学峰. 论知识产权侵权引入惩罚性赔偿责任制度[J]. 北京航空航天大学学报:社会科学版, 2006(1):54-57.
- [24] 和育东. 专利侵权损害赔偿计算制度:变迁、比较与借鉴[J]. 知识产权, 2009(5):7-18.
- [25] POLINSKY M A, SHAPELL S. Punitive damages: An economic analysis[J]. Harvard Law Review, 1998(4):48-51.

The Application of Punitive Damages in the Patent Infringement

PAN Jia^{1,2}

(1. School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China;

2. Guangxi Nanning City Intermediate People's Court, Nanning 530021, P. R. China)

Abstract: The patent law modification draft was released for public comment by the State Intellectual Property Office on August 9, 2012. As one of the bright spots, the rules of the punitive damages is concerned by all sectors of society. Some people approve of it, and others oppose it. At present, Chinese courts generally apply the compensatory damages to patent infringement compensation through empirical investigation, which is difficult to adapt to the modern complex infringement. However, the punitive damages which make up for the defect of compensatory damages, can protect fully the legitimate rights and interests of the patentee, impede patent infringement and encourage law-abiding behavior. The development of modern tort liability law provides a theoretical basis for the punitive damages. According to China's realistic national condition, we can deliberately introduce the punitive damages to the patent infringement at present. But we should restrict the applicable conditions and the amount of damages, make the standard of compensation in details. The punitive damages article of this draft has yet to be perfected.

Key words: punitive compensation; patent infringement; draft for public comment

(责任编辑 胡志平)