

基于损害赔偿的知识产权评估研究

杨雄文

(华南理工大学 法学院,广东 广州 510006)

摘要:知识产权损害赔偿评估具有重要意义,但一直是困扰司法实践的重点和难点。现阶段,知识产权损害赔偿评估在实体标准、程序以及评估程序与审判程序衔接方面存在问题。对此,应加强知识产权评估基础理论研究,在明晰审判程序和评估程序职能区别的基础上,完善知识产权损害赔偿评估相应的审判程序和损害赔偿评估体系。

关键词:知识产权;损害赔偿;评估

中图分类号:DF523

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2011)02-0102-05

知识产权损害赔偿是为解决对侵权造成的损害予以弥补的问题,也是有效保护权利人、鼓励智力成果开发创造的重要手段。但是,知识产权诉讼中的损害赔偿问题,一直是困扰司法机关的重点和难点。如何通过完善知识产权损害赔偿评估,以充分发挥知识产权损害赔偿手段的作用,已成为摆在我们面前的一个非常紧迫的问题。

一、知识产权损害赔偿评估中存在的主要问题

(一)知识产权损害赔偿评估存在的实体方面的问题

1. 酌定赔偿存在诸多问题

在许多案例中或因原告无法提交相关证据,或因其提交的证据达不到证据性要求,不能充分举证证明其因侵权所受到的实际损失或被告因侵权所获得的利益,因此绝大部分案件最终由法院酌定赔偿数额。

自由裁量会受到法官与评估人的素质以及不同地区经济发展的程度等许多繁杂因素的左右。自由裁量权的适当运用,可以有效制止侵权行为,保护当事人的合法权益;反之,将导致自由裁量权的滥用,损害当事人双方的利益,同时也容易造成执法尺度不一的问题。虽然法定赔偿从一定程度上减轻了司法机关在确定侵权赔偿数额方面的压力,但由于酌定的数额可能与实际损失数额有相当的差距,个案中法定赔偿会与民法理论中损害赔偿的基本原则“损益相当原则”相悖。

2. 裁判标准不一致引发争议

法律和司法解释对侵犯知识产权的损害赔偿评估规定了不同的计算方式,但在计算标准上均是原则性的规定,缺乏可操作性。评估机构业内也没有形成一个统一的规范,因而知识产权评估基本上处于一个无章可循的状态。2007年全国人大常委会颁布的《关于司法鉴定管理问题的决定》规定,与知识产权司法

鉴定有关的鉴定机构和鉴定人的统一登记管理事项,统一纳入司法行政部门登记管理范围。但并没有对鉴定机构与鉴定人的登记、管理有任何专门规定。知识产权损害赔偿评估具体操作程序不规范,“多采用的是事务所内部的一套规则和方法,结果就是各评估机构对于同一被评估对象的评估结果存在较大差异”^[1],而且鉴定机构之间往往良莠不齐。这无疑使鉴定结论的公信力大打折扣。

专利评估涉及的风险因素非常多^[2]。长期以来,一些判决书未就个案中酌定赔偿的各考量因素与赔偿额之间的量化关系、有关考量因素的证据认定等问题进行详细分析,甚至不公布酌定赔偿时所斟酌考虑的因素,再加上不同法官在经验、水平和主观感受上的不同,客观上导致了案情类似赔偿额却大相径庭的情况,知识产权侵权赔偿额也因此受到责难,降低了司法裁决的权威性。

(二) 知识产权损害赔偿评估存在的程序方面的问题

1. 随意启动鉴定的情况严重

目前存在随意启动知识产权损害评估的情况,一些法官一遇到技术问题,就启动鉴定程序。随意启动鉴定程序的弊端在于:一方面技术鉴定不可避免地带来诉讼成本的提高和诉讼时间的延长,与司法效率的要求相悖;另一方面,审判中任何问题的最终解决仍然需要法官的认知,技术问题也概莫能外。

2. 委托评估过程中存在的问题

委托鉴定事项应该是技术问题而不是法律问题,这已形成共识。然而对于何种问题是专业技术问题,何种问题是法律问题,在理解上并未形成一致的意见,以致造成委托鉴定的事项差别很大。甚至有时候轻率地将所有事项都委托鉴定机构进行鉴定,从而造成法院审判权让渡。

鉴定材料必须是经过法庭认证的证据而不是当事人提交的所有证据。有些法官将当事人提交的材料在证据认定之前不经筛选全盘提交给鉴定机构,而没有考虑到当事人提供的支持其主张的各种材料,在法院未作为定案根据之前,并不能作为鉴定的证据。

鉴定机构对鉴定结论和鉴定标的描述过于简单,对于涉案物品等实质特征的描述,如品名、牌号、用途、质量、材质、状态等外表特征及其其他细节特征并无相关描述^[3],对鉴定过程的描述一般只阐明“接受委托后,对部分样品进行了实物勘验”、“依据市场法的替代原则”等原则性用语,至于鉴定的详细过程,如对多少样品进行了勘验,依据了委托方提供

的哪些资料以及调取了那些材料等均无详细描述,使得鉴定结论的使用者——审判人员、当事人无法依据鉴定结论对其客观性、真实性、科学性进行审查和质证。

3. 知识产权损害赔偿评估收费标准不合理

目前整个评估行业内部的竞争不规范,经常会出现互相压价的恶性竞争情况,更有企业以评估机构能否按照其意图出具评估报告作为选择评估机构的依据。行业内部无法形成一种站在保护知识产权所有人与投资者双方利益基础上的公平竞争环境。

在执行统一收费标准前提下,知识产权评估收费标准应该与一般评估收费标准不同。因为诉讼案无形资产评估从法律到技术都十分复杂,而且大多数标的额小而责任大,评估持续的时间长,费用较高,评估成本大,如果不调整收费标准,势必影响诉讼案无形资产评估质量。

(三) 评估程序与审判程序衔接中存在的问题

1. 举证困难

权利人因侵权行为造成的实际损失,在实践中难以计算。因为权利人因侵权行为遭受的损失应当由权利人举证证明,而且人的损失必须要与被告的侵权行为之间具有因果关系,因此要证明因果关系有时非常困难。另外,知识产权产品应有的销售量、正常情况下所占有的市场份额本身就是一个不容易证明的事实(因为销售量、市场份额等既与知识产权要素有关,也受到销售策略、市场正常竞争状况、相关服务等因素的影响),权利人往往很难就其损失提供确凿无误的证据。

被告因侵权行为的非法获利也举证困难。很多情况下把被告侵权时所获得的全部利润作为损害赔偿额,但这其实也存在一个因果关系问题,也就是说被告的所得是因为使用了原告的知识产权,并且这个利润本来是原告应该得到的。侵权人的违法所得主要体现在侵权人的财务账册、生产记录、销售合同及其对外发布的经营信息(如广告)等。众所周知,当前中国财务制度的执行状况并不令人乐观,有些案件的被告甚至没有会计账目,根本提供不出真实可信的财务账册。有的被告主观上不愿赔偿,拒不提交相关证据,尤其是当违法所得超过酌定赔偿的法定最高限额时更是如此。由于有关侵权人违法取得的证据大多掌握在侵权人手中,权利人无从获得,故通常难以举证,侵权人则主张自己没有获利或拒不提供相关证据,因此造成举证难的问题。

2. 评估人不愿意出庭作证

评估机构参与审判程序的相关权利义务没有细

化,直接导致审判中评估人出庭作证的比例极低。综合鉴定人不愿意出庭作证的原因,主要有以下几种:(1)诉讼法有对鉴定人不出庭作证采取宽容的态度,未建立鉴定人不出庭作证的强制制度。最高人民法院的司法解释规定,鉴定人经法院的传唤未到庭,“不影响开庭审理的,法院可以开庭审理”。未出庭的鉴定人的鉴定结论可以在法庭上宣读,经人民法院允许,鉴定人可以不出庭作证。究竟何种情形是“不影响开庭的”、“法院允许的个别情况”,并未提出具体规定,这就为鉴定人不出庭作证开了方便之门。(2)鉴定人出庭作证的相关配套措施不完备。中国未建立起一系列的鉴定人出庭作证的制度,如鉴定人出庭作证的经济补偿权,故而鉴定人对出庭作证的积极性不够;同时由于未规定鉴定人及其亲属的司法保护权,也使鉴定人对出庭作证存在重重顾虑。

3. 部分法官对于损害赔偿评估结论的采信不当

在司法实践中,一些法官排斥当事人自行委托鉴定,不愿意将依职权指定而得出的法定鉴定结论进行质证,进而限制了对法定鉴定结论的质疑,减弱甚至放弃对法定鉴定结论的心证,削弱了鉴定结论作为证据方法的功能。这种知识产权诉讼中专业鉴定现状的无序和混乱的根源在于理论上对鉴定在民事证据制度中的性质认识不清。

鉴定多涉及专业技术方面的知识特性,导致有些法官出于对法定鉴定机构及其行政级别的无端信任,习惯性地将对鉴定结论视为一种优于其他证据的判定,很多情况下不经实质审查就将鉴定结论作为判决的基础,这实际上是将专门性事实的认定权交给了鉴定机构。

也有一些鉴定机构不能分清职责,在鉴定结论中甚至越权作出司法认定。由此造成专家意见不恰当地左右了法官的自由心证,甚至发生审判权的让渡。广东省高院在审理广州蓝月亮公司起诉宝洁公司等不正当竞争一案时,对侵权持续时间进行了恰当的裁量。在此案中,被告的侵权广告时间为1999年9月至2000年4月,评估机构认为应将侵权延续的时间确定为2003年12月。而法庭的判决将侵权行为的影响截止日确定为2002年6月,即法院终审判决公开审判的时间,也就是庭审辩论终结之前,并判决据此计算赔偿金额^[4]。

4. 专家咨询违背诉讼正当程序要求

在知识产权诉讼中存在法官向专家进行咨询的情况。这种咨询往往是在庭审之外进行的,无法保证专家意见的客观性、全面性,也剥夺了当事人听审

和申辩的权力。这种专家咨询违背了诉讼的正当程序要求。

二、完善知识产权损害赔偿评估的对策

知识产权损害赔偿评估的改革和完善并非一个孤立的问题,而是一个系统工程,应当把它放在司法鉴定制度改革、审判方式改革乃至司法现代化这一大背景下进行,并注意它们之间的互动关系。

(一)加强知识产权评估基础理论研究

知识产权损害赔偿评估是价值理论在法律领域的应用,而现今知识产权评估实践也并不是按照社会必要劳动时间来估算知识产权的价值。

1. 正确认识知识和知识产权的关系

“财产本身即已含权利之意”^[5]，“财产(property)”一词既可以用来指物品本身,也可以用来指对物品享有的排他性权利。正是“财产”一词的含混引起知识产权和知识这两个概念不加区分的使用,造成了学理上关于知识产权价值和知识价值的混淆,错误地以知识的价值来取代知识产权作为一种财产的价值。“知识不是商品,知识产权评估对象是知识的支配、利用和控制权”^[6]。知识产权的价值将更多地取决于智力成果在生产上的应用。

2. 正确认识知识产权评估与损害赔偿评估的异同

在侵犯知识产权的行为和知识产权价值的贬损之间存在因果关系时,由于侵权行为造成知识产权价值的降低或减少正是确定知识产权损害赔偿额的依据。知识产权侵权损害赔偿评估的实质是指对侵权行为给知识产权价值造成的损害程度进行评估。为了对知识产权的损害赔偿数额进行确定和评估,就需要对损害发生前后两种状态下的知识产权价值进行评估,并计算二者的差异。

尽管知识产权的价值理论是确定知识产权侵权损害赔偿额的理论依据,但是,知识产权损害赔偿评估并不对应损害赔偿理论上的损益相当原则。具体说,就是知识产权损害赔偿评估的结论仅仅是损害的大小,至于这些损害是否都应由侵权人承担不一定,因为从法学理论上讲,侵权人最终应当承担的赔偿责任,应结合侵权行为的性质和情节等因素进行考量,其中“性质”应包括“故意、过失、是否存在过错”;而“情节”包括侵害行为的社会影响、侵害手段与时间以及侵害人的主观过错、侵害客体本身的情况等。简而言之,“性质”和“情节”是法律问题,而不是技术问题。

除此之外,在知识产权司法保护实践中,还应当注意适用与知识产权损害赔偿有关的其他民事责任

形式和实体、程序上的一些司法措施。其他民事责任形式如停止侵害、排除妨碍和消除危险。这几项责任形式对及时制止侵权行为或将侵权消除在萌芽阶段具有重要意义。

(二)明晰审判程序和评估程序的职能区别

评估程序与审判程序的职能有一定的区别。审判程序不是评估程序简单的重复,两者在审查原则、审查重点、审查方式上有明显的差别。对待评估结论的正确态度应该是:不放弃科学与科学证据之间界限的划分,应将两者协调起来。在应用科学证据的属性对科学证据进行审查时,调查的重点应集中于科学的原则和方法,而不是由此产生的结论。在审查重点上,评估程序着重于技术,审判程序着重于法律及程序。换句话说,技术出身的评估人从技术角度对申请进行评判,对损害赔偿作出决定,而法官主要审查该决定的理由是否符合法律规定及决定是否依评估程序作出。在审查方式上,评估人主要依职权进行审查,根据自己对损害的认识判断其是否符合法律的规定;而审判程序采取的是抗辩制,主要根据双方当事人的意见进行判断。因此,评估程序和审判程序具有不同的特点,在审查过程中可以相互补充,各纠其偏。

(三)完善知识产权损害赔偿评估相应的审判程序

1. 克服损害赔偿评估程序的随意启动

在公正与效率的司法理念指导下合理定位司法鉴定,避免随意启动知识产权损害赔偿程序。对已有的国家主管部门的有关评估标准,或约定俗成的合理标准,应作为审判中的参考。严格再鉴定和补充鉴定的发动。

2. 保障损害赔偿评估的实施程序中当事人的参与权

当事人有权了解司法鉴定的整个过程。鉴定之前当事人有权知悉鉴定机构和鉴定人的必要信息;司法鉴定进行时当事人有在场权;司法鉴定过程中当事人有权发表意见。当事人有权要求鉴定人出庭接受质证;当事人有权对鉴定结论质证。当事人提出反对意见的,法院必须进行审查,同时当事人可以聘请鉴定辅助人帮助其实现上述权利。

当事人及其代理人、技术顾问利用本人的特殊知识、经验、技术等陈述对待证事实的分析、推测和结论,鉴定机构应当完整记录在案。如果鉴定人或

者当事人要求补充新的证据材料,该证据是否属实,皆应得到其他各方当事人的认可。不能达成一致意见时,由法官依据证据法规定,尤其是举证期限的决定作出断定。

3. 进一步细化评估人出庭作证的规定

在中国法律已经形成的鉴定人出庭作证的基本框架之上,进一步明确评估人出庭接受质证与评估结论效力之间的关系,规定评估人无正当理由拒不出庭接受质证的法律后果,建立鉴定人出庭费用支付办法,健全与完善评估人的司法保护制度。

一般而言,鉴定人负有鉴定的义务,对于司法机关的指定不得无故拒绝。对于下列的特殊情况,也应当承认鉴定人拒绝鉴定的权利:超出鉴定人的鉴定范围或能力、委托人提供虚假情况或拒不提供鉴定所需材料等各项情形。

4. 完善专家证人和专家陪审员制度

中国已建立“鉴定人-专家辅助人”制度^①,并规定可增加具备专业知识的陪审员组成的合议庭参与审判。形成陪审员、法官和当事人聘请的专家辅助人之间的良性高效互动。

就专利侵权案件而言,指定国家专利局作为鉴定部门或其审查员作为陪审员是最佳之选,可以充分发挥和利用专利审查员的能力和和经验。考虑到现今及将来的一段时间里,专利鉴定人的数量不足、地域分布不均和可能出现不常见的技术鉴定等问题,司法机关可以参照相关条件委托名册以外的鉴定机构与鉴定人鉴定。对于当事人申请出庭的具有专门知识的专家辅助人,不应限定他们必须具有鉴定人资格。这有利于使中国鉴定制度在一定范围内引入市场竞争机制,通过使鉴定主体多元化与职业化,一方面为当事人创造更多的选择机会,另一方面能保障法官公正行使审判权。

5. 明确提供检材的方式和要求

针对不同的委托主体,提供检材的方式和要求应不同。当事人委托鉴定的,当事人对自己提交的鉴定客体的真实性负责,以明确在鉴定结论有差错时如何划分鉴定人(机构)和当事人之间的责任。法院委托鉴定的,应当进一步完善和落实证据交换制度,由当事人提供评估所需的资料(包括补充的材料),经过法官认定具有检材资格后,由法院提交鉴定人;或者双方当事人书面认可的材料可以作为检材,由当事人提交并告知主审法官。

^①《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第61条第1款规定:“当事人可以向人民法院申请由一至二名具有专门知识的人员出庭就案件的专门性问题进行说明。”

(四)完善损害赔偿评估体系

1. 推进损害赔偿评估专家库的建设

建立起相对完善的知识产权损害赔偿专家名册,满足当事人以及部分评估机构对专家支持和鉴定的需求,从人才和信息的层面符合“鉴定人-专家辅助人”的诉讼制度要求。对专利鉴定机构(人)既要纳入统一管理的范围,又要兼顾其特殊性。国家知识产权局、中国科技法学会、国家科技部知识产权事务鉴定中心等单位都是知识产权方面的权威部门,且在知识产权侵权认定方面有着广泛的经验,也应当考虑将上述单位作为专利司法鉴定机构。

2. 发挥市场机制的作用

有关部门应制定关于知识产权侵权损失赔偿评估的指导意见,就其相关的原则、程序、方法、报告格式及应考虑的因素作出明确、清晰的规定,并对从事损失赔偿评估的评估师作出其资质、后续教育培训方面的要求^[4]。为保障鉴定人的职业道德素质和鉴定结论的质量,在依靠主管部门的惩戒和监管的同时,应当发挥市场机制在法律领域同样具有的巨大作用^[8]。

专职鉴定机构不可能承担全部鉴定项目,为充分利用社会上的资源,应实行资源共享,建立兼职鉴定机构制度,构建多元化主体、复合层次的鉴定市场。通过增大鉴定机构的市场竞争压力,在保证鉴定主管机构的有效监管下,推动良性鉴定竞争环境的形成,为社会提供更好的、更全面的鉴定服务。

公开专家鉴定职业生涯中任何公开的司法批评,对于发表意见的某一专家,如果曾经受到过公开的司法批评(如被揭穿面目,担任专家时粗心大意,或者欠缺诚实),法庭可以降低其意见的证明力。

公开专家的学术出版记录及其对所作证事项发表过的观点。如果专家在鉴定中所持的观点否定其

学术作品,则他的专家意见不被法庭采纳。

3. 构建知识产权诉讼费用保险机制

积极构建知识产权诉讼费用保险机制,保障权利人在面临知识产权侵权时能够获得必要的保险来维护其合法权益,解除其诉讼费用昂贵的担心,并对侵权者产生潜在的威慑。

在具体制度的设计上,应克服保费过高以及大企业拖延诉讼削弱保险成效等方面的不足。在保费过高的改进方面,可通过适当扩大理赔范围,充实保险市场,使数量较大的投保人购买知识产权保险来压低保费。在大企业拖延诉讼的改进方面,可通过在知识产权保险制度内建立配套的仲裁调解制度,以弥补知识产权保险制度此点上的不足。

参考文献:

- [1]李洪亮,阮建强. 中国版权价值评估现状浅析[J]. 社科纵横, 2009(12):134-135.
- [2]HOU J L, LIN H Y. A multiple regression model for patent appraisal searching for factors influencing technological asset value[J]. Industrial Management & Data System, 2006, 106(9):1304-1332.
- [3]庄伟,李巧芬. 亟待规范侵犯知识产权案件价格鉴定[N]. 北京:检察日报, 2007-04-25.
- [4]王毅. 知识产权侵权时赔偿价值评估的研究[J]. 中国资产评估, 2008(2): 25-27.
- [5]戴维·M·沃克. 牛津法律大辞典[K]. 光明日报出版社, 1989:729.
- [6]杨雄文. 知识产权评估基础理论解析[J]. 知识产权, 2010(1):24-30.
- [8]杨雄文. 法庭科学的审查[J]. 贵州民族学院学报(哲学社会科学版), 2007(5): 92.

On the Assessment of Intellectual Property Based on Damage Compensation

YANG Xiong-wen

(School of Law , South China University of Technology , Guangzhou 510006 , P. R. China)

Abstract: Intellectual property rights appraisals for damages compensation is important, but always to perplex actual judicial practice. At present stage, there are still some problems when intellectual property rights appraisals for damages compensation in the Substantive, procedural aspects and the joint between the appraising procedure and the judicial procedure. So, the research into basic theories of IPR assessment should be reinforced. After Clearing the function difference between procedures in the trial and evaluation process based on the appraising procedure and the judicial procedure, corresponding judicial procedure and appraise system for damages compensation should be perfected.

Keywords: intellectual property right; damages compensation; appraise

(责任编辑 胡志平)