



完善损害赔偿制度：严格知识产权保护的重要途径

□ 文 / 龙小宁 厦门大学经济学院 教授、博导

为提高知识产权保护水平,之前的政策和制度改革着重于降低诉讼成本,例如通过便利版权登记服务和提供专利诉讼保险来降低举证等诉讼费用。而推广使用酌定赔偿计算方法来裁定知识产权侵权案件中的损害赔偿,则可以在有效提高诉讼收益的同时,提高侵权成本,因此它应该是目前我国提高知识产权保护水平的重要途径。

推广使用法定赔偿之外的其他计算方法,一方面需要细化和完善具体的赔偿计算方法,注意在总结经典案例的基础上,整理和推广具有指导性和可操作性的原则和做法,另一方面要积极引入经济、财会和管理方面的专家证人,吸收和借鉴相关领域的成熟分析工具和前沿研究成果,以帮助更准确计算知识产权侵权案件中的损害赔偿金额。

龙小宁：“长江学者”特聘教授，美国华盛顿大学（圣路易斯）经济学博士，2001-2011年在美国Colgate University任教，2011年起任厦门大学教授、博导。曾获Stanford University Hoover Institution Glenn Campbell and Rita Ricardo-Campbell国家奖金（2005）、“张培刚发展经济学优秀成果奖”（2016），并获评厦门大学“我最喜爱的十位老师”（2015）。研究领域为制度的经济分析，在国内外发表50余篇论文和多部著作，并担任China Economic Review及《中国经济问题》联合主编。目前主要关注法经济学实证方法在企业创新发展和知识产权保护领域的应用。



严格知识产权保护的必要性

推动创新是我国在可预见未来时期中经济发展的重要战略，当前的国际形势也指明了自主创新的重要性，因此，严格知识产权保护、提高知识产权保护水平势在必行。但需要强调的是，目前我国提高知识产权保护水平，更是经济发展规律的客观要求，符合最基本的经济逻辑。

创新是经济长期发展的最重要动力，而知识产权保护是促进创新的最稳定最长效的制度安排。最优的知识产权保护水平与一国的创新水平之间可能存在非线性的关系：保护水平较低时，创新者动力不足，导致创新水平较低，因而提高保护水平可以促进创新；而保护水平过高时，又可能导致现有技术的拥有者为保护既得利益而阻碍技术的进一步发展，这时降低对技术垄断者的保护水平反而可以提高创新水平。此外，上面的关系也会基于一国的经济发展水平而有所不同，一般来讲，较高的经济水平会对应较高的最优知识产权保护水平。

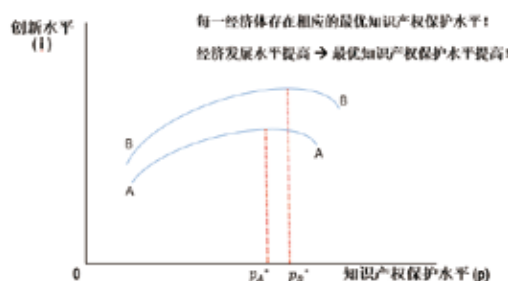


图1 知识产权保护水平、创新水平和经济发展水平

图1描述了知识产权保护水平与创新水平之间的非线性关系在两个不同国家中的表现。在图中，曲线AA对应经济发展水平较低的A国，而BB对应经济发展水平较高的B国。可见，两国的知识产权

保护水平与创新水平之间的关系都显现了先升后降的趋势，但A国对应的最优知识产权保护水平要低于B国对应的最优知识产权保护水平。

由上图的规律可知，虽然各国均有对应的最优知识产权保护水平，但不同国家间对最优保护水平的选择是不同的。这就是发达国家与发展中国家在知识产权问题上存在大量纠纷的根本原因。对于每一经济体而言，毋庸置疑需要选择对自己最优的知识产权保护水平。而一个快速增长的经济体，将持续对应图中从AA到BB的变化，因此需要及时调整和选择最优的知识产权保护水平。

图1也展示了如何得知一国的知识产权保护水平是低于还是高于其最优保护水平。如果知识产权保护水平处于最优保护水平的左侧，也即知识产权保护水平<最优保护水平，那么保护水平的提高将对应创新水平的提高；相反，如果知识产权保护水平处于最优保护水平的右侧，也即知识产权保护水平>最优保护水平，那么保护水平的提高将导致创新水平的降低。已有的基于我国政策实验和数据分析的多项实证研究项目，也都显示知识产权保护水平的提高带来了创新水平的提高。¹可见，我国目前知识产权保护水平处于最优保护水平的左侧。换言之，现有的知识产权保护水平要低于最优的知识产权保护水平。因此，进一步提高我国知识产权保护水平，既有可能性，也有必要性。

我国现行损害赔偿制度讨论与中美比较

上面所引用的文献均是针对各种降低保护成本的制度改革，研究结果显示：知识产权保护成本的降低有利于促进创新行为，包括专利诉讼费用的降低、版权诉讼成本的降低，等等。从被侵权人成本收益分析的角度出发，在诉讼收益B1不变的情况下，如果维权诉讼

¹ 例如，龙小宁和林蕊馨（2018）发现专利执行保险制度的试点和实施通过降低专利诉讼成本，增加了专利诉讼，提高了专利保护水平，从而促进了创新。王俊和龙小宁（2016）记录了德化试点的版权当地免费登记制定对陶瓷企业的创新和业绩的正向影响。龙小宁、易巍和林志航（2018）则具体测算了提高知识产权保护水平给当地企业创新成果带来的溢价。

成本 $C1$ 降低,被侵权人决定诉讼的概率($p1$)就会提高。这样即使诉讼中损害赔偿的金额(也即诉讼收益 $B1$)不变,侵权人需要支付的侵权成本(=侵权损害赔偿的金额乘以诉讼可能性= $B1 \times p1$)也会提高,因而减少了侵权净收益 $B2$ (=侵权收益 $Y2$ 与侵权成本之差)和侵权概率($p2$)。而被侵权人的创新净收益($Y1$),会由于两个变化而提高,一是预期侵权损失因侵权概率下降而增加,二是被侵权后的预期损害赔偿会因维权概率提高而增加。

注意到上述讨论中,知识产权保护水平提高的关键是增加了侵权人决策目标函数中的侵权成本。具体来说,是通过提高侵权成本(=侵权损害赔偿的金额乘以诉讼可能性, $B1 \times p1$)的第二个决定因素,也即诉讼可能性 $p1$ 来实现的。显而易见,另一种提高侵权成本的渠道是提高侵权成本的另一个决定因素,也即提高侵权损害赔偿金额 $B1$ 。

提高赔偿金额 $B1$ 同样可以增加被侵权人决定诉讼的概率 $p1$,因而提高侵权人的预期侵权成本。此外,更高的赔偿金额 $B1$ 又通过直接提高侵权人需要支付的侵权损失额,进一步增加预期侵权成本($B1 \times p1$),从而可以更加有效地威慑侵权行为。而我国目前的损害赔偿制度中,却因普遍存在赔偿金额偏低的问题,使得上述的渠道难以发挥作用。下面我们通过与美国知识产权损害赔偿制度进行比较,来分析和总结我国现有的损害赔偿制度的几个特征,并在此基础上分析我国知产案件侵权损害赔偿金额偏低的原因。

表1 知识产权案件损害赔偿的计算方法之中美比较

	中国				美国			
	专利	商标	著作权	商业秘密	专利	商标	著作权	商业秘密
权利人损失	√	√	√	√	√	√	√	√
侵权人侵权获利	√	√	√	√	√	√	√	√
合理许可费	√	√	√	√	√	√	√	√
法定赔偿	√ ²	√	√	√		√	√	
价格侵蚀					√	√	√	√
价值减损						√	√	√
更正广告						√		

表1列出中国和美国法律中知产案件侵权损害赔偿的常用方法。从表中可见,与美国知识产权案件损害赔偿的计算方法相比,中国的知产案件损害赔偿计算有以下几个特征:

第一,各类知识产权案件之间损害赔偿计算方法基本类似,而较少有针对不同类型案件的特殊规定。专利、著作权、商标以及商业秘密的损害赔偿计算方法均可以总结为四类:以权利人的损失计算,以侵权人的侵权获利计算,以合理许可费为参照计算,以及适用知产三大法中的法定赔偿标准。而美国法律中,除了上面的前三种计算方法之外,还针对不同类别的知识产权案件提供其他具体的计算方法,例如价格侵蚀(price erosion)、价值减损(decrease in value)、更正广告(corrective advertising)等,条件是这些方法的使用不会导致重复计算。³

第二,对于各种不同计算方法的使用,我国法律中只提供原则性的条款,较少操作性,也缺少经典案件以及在其基础上总结出的法律规则。而美国法律中大量的案例法为损害赔偿金额的计算提供了详实具体的指导意见和规则。例如,在使用合理许可费作为损害赔偿金额计算标准时,给出已签许可费(established royalty)和假想协商(hypothetical negotiations)两种标准。而关于其中的假想协商标准,更在已有经典案例(Georgia-Pacific)基础上列明两类15条在赔偿额计算中需要考虑的具体因素。

第三,与缺乏适用不同种类案件的具体方法相对应,法定赔偿在我国法律中被列为适用于各类知识产权侵权案件的常用方法;在实践中,法定赔偿标准更成为案件裁决中最广泛适用的方法。⁴而法定赔偿标准的大量适用,造成了我国知识产权侵权案件中损害赔偿金额往往偏低,同时不同案件赔偿金额差别较少的现状。相比之下,美国法律中法定赔偿只适用于商标和著作权案件,且使用比例比较低。

以上总结的我国知识产权案件损害赔偿的几个特征,一来是由我国知识产权领域发展历史较短、案件较少的客观现实造成的,二来也与我国法律中较多引入一般性兜底条款、较少提供可操作性具体规定、相机抉择余地较大的特点有关。此外,我国法律实践中仍然缺乏经济、财会和管理等领域专家证人的实质性参与,这也是知产案件损害赔偿计算中较少使用法定赔偿之外计算方法的重要原因。

完善我国知识产权损害赔偿制度的相关建议

如上文所述,完善知识产权损害赔偿制度是我国严格知识产权保护、提高知识产权保护水平的必经之路。基于我国现实情况和司法经验,提出以下具体建议:

(一)减少法定赔偿的适用范围

从经济分析的角度出发,法定赔偿方法的适用有以下优势:一是降低权利人提供损害赔偿金额的举证成本,从而起到鼓励维权诉讼的作用;二是相对明确的赔偿额有利于对侵权人起到警示和惩罚作用,可以帮助推进知产保护方面的宣传和教育,这一点与刑罚中的罚金刑有类似的作用。法定赔偿的上述两方面优势,在知识产权制度发展初期,尤其是公众对知识产权保护缺乏了解、也未建立通过诉讼保护自己合法权益习惯时,显得尤为关键。

但随着我国经济的持续发展,法定赔偿计算方法的局限性逐步显现。经济收入和创新水平的提高都带来了被侵权产品价值的提高,侵权收益也相应提高,而固定的法定赔偿额便意味着侵权成本的相对降低。此外,因为金额固定,法定赔偿可以被视为稳定可预期的经营成本,反而为侵权人提供了一定程度的保险,让知识产权侵

² 世界上仅有中国和俄罗斯两国对专利案件适用法定赔偿。

³ 中国的司法实践中虽有案例在计算损失时开始考虑价格、市场价值及广告费用等的影响,但非常罕见。

⁴ 中南财经政法大学知识产权研究中心2013年的统计研究发现,“法定赔偿”计算标准的采用在著作权侵权案件的判赔中占78.54%;在商标侵权案件的判赔中占97.63%;在专利侵权判决中占97.25%(见曹新明2019)。

权行为大行其道。

法定赔偿的另一个缺陷在于,它违背了民事赔偿中的基本原则——填平原则。除了公平的法律逻辑之外,填平原则的经济意义是帮助权利人获得足够的补偿,为鼓励个体维权提供根本激励,进而保障整个社会的知识产权保护水平,以促进创新。而长期固定的法定赔偿额可能意味着某些案件维权诉讼获得的补偿额不足,使得权利人缺乏起诉的动力,从而降低知识产权司法保护的效果。

由此可见,法定赔偿作为知识产权损害赔偿的计算方法,已经越来越不适应我国创新经济发展的需求。在知识产权案件审理中,更多推广使用权利人损失、侵权人获利,以及合理许可费等其他赔偿的计算方法,势在必行。

(二)细化和完善赔偿计算方法

与法定赔偿方法相比,适用权利人损失、侵权人获利,以及合理许可费等其他赔偿的计算方法,需要法院根据诉讼双方提供的信息,对损害金额等信息提出了更高要求,因此需要进一步细化和不断完善赔偿额的计算方法。其中涉及的内容错综复杂,限于篇幅无法在此展开讨论,但可简要概况为以下几条(具体内容将在未来进一步讨论):

首先,赔偿方法的确定应该以满足填平原则为根本目标,以补偿权利人损失额为出发点,具体计算方法应该按照权利人损失、侵权人获利、合理许可费的顺序,在信息允许的条件下,依次优先适用。虽然我国法律和其他国家法律中均规定了多种计算方法的适用性,但应该牢记一点:在计算权利人损失时,各种计算方法都是以填平原则为基础,而侵权人获利、合理许可费计算都是通过使用其他指标作为权利人损失额的替代信息而发展起来的替代方法。因此,在选择损害赔偿的计算方法时,应该在信息可获得的前提下,优先选用可以更准确衡量权利人损失额的方法。

其次,亟需在总结我国经典案例和借鉴国际经验的基础上,针对不同的损害赔偿计算方法,总结出具体适用原则、计算方法和计算步骤,并针对核心法律和技术问题提供指导意见和参考案例。需要在侵权案件中考虑的重要法律和技术问题主要有以下四个:

一是如何确认侵权引起的权利人损失金额。其中的具体问题包括:相关市场如何定义?是否以及如何适用完全市场价值规则(entire market value rule)?是否以及如何考虑潜在竞争者的影响?是否以及如何考虑价格变化的影响?是否以及如何考虑价值减损的影响?是否以及如何计算随同和附属销售(convoyed or collateral sales)?等等。

二是如何计算侵权人侵权获利。具体问题包括:是否以及如何考虑侵权人成本?分摊规则(apportionment rule)应该如何确定?等等。

三是如何确定合理许可费。具体问题包括:可否以及如何选用已经使用的许可费合同?在不存在许可费合同的情况下,应该如何决定假设协商中的许可费标准?等等。

四是是否以及如何引入惩罚性赔偿和其他损害赔偿计算方法。具体问题包括:何时适用惩罚性赔偿和其他损害赔偿计算方法?惩罚性赔偿和其他损害赔偿计算方法的使用标准如何?等等。

再次,为降低信息收集等举证成本,应该根据信息的种类不同,合理分配举证责任。例如,参照美国法律实践,在计算侵权损害时,影响销售额信息的举证责任由被侵权人承担,而销售费用等成本信息的举证责任则由侵权人承担。因为被侵权人更熟悉并更有动力收集销售额变化等信息,而侵权人更熟悉并更有动力收集销售费用等信息,上述举证责任分配由信息成本较低的一方承担举证责任,可以有效提高司法的运行效率。此外,在侵权人不予配合提供损害信息等证据的情况下,可以直接适用不利证据推定规则做出侵权人不利的认定事实。

小结

过去三十年中,我国知识产权保护水平是随着经济发展不断提升的,但在侵权诉讼中民事赔偿诉讼收益偏低和诉讼成本偏高也一定程度客观存在。较低的创新收益和模仿成本降低可以帮助解释:为何我国经济持续增长的同时,却未能出现创新含量和经济质量提高的良性循环?

为提高知识产权保护水平,之前的政策和制度改革着重于降低诉讼成本,例如通过便利版权登记服务和提供专利诉讼保险来降低举证等诉讼费用。而推广使用酌定赔偿计算方法来裁定知识产权侵权案件中的损害赔偿,则可以在有效提高诉讼收益的同时,提高侵权成本,因此它应该是目前我国提高知识产权保护水平的重要途径。

推广使用法定赔偿之外的其他计算方法,一方面需要细化和完善具体的赔偿计算方法,注意在总结经典案例的基础上,整理和推广具有指导性和可操作性的原则和做法,另一方面要积极引入经济、财会和管理方面的专家证人,吸收和借鉴相关领域的成熟分析工具和前沿研究成果,以帮助更准确计算知识产权侵权案件中的损害赔偿金额。IP

参考文献

- [1] 龙小宁、林茵馨, 2018, “专利执行保险的创新激励效应”, 《中国工业经济》, 第3期, 第116-135页。
- [2] 王俊、龙小宁, 2016: “版权保护能够提升企业绩效吗——来自德化陶瓷企业的证据”, 《经济学动态》, 第6期, 第26-36页。
- [3] 龙小宁、易巍、林志帆, 2018, “知识产权保护的价值有多大? ——来自中国上市公司专利数据的经验证据”, 《金融研究》, 第458卷第8期, 第120-136页。
- [4] 曹新明, 2019, “我国知识产权侵权损害赔偿计算标准新设计”, 《现代法学》, 第41卷第1期, 第110-124页。