

基于知识产权价值视角的知识产权 侵权惩罚性赔偿额确定研究

芮雯奕 夏高云¹

(江苏省科学技术情报研究所, 南京 210042)

【摘要】: 实证分析了我国商标侵权惩罚性赔偿司法实践中赔偿额确定现状, 基于知识产权价值视角, 发现存在赔偿额未充分涵括知识产权市场价值、赔偿额计算缺乏经济学分析、合理使用费的适用比例较低等问题。发挥好知识产权侵权惩罚性赔偿制度对强化知识产权保护的作用还需加快相关制度体系建设, 重点要完善以知识产权市场价值为基础的侵权损害赔偿司法定价机制, 加快构建知识产权侵权损害赔偿专家制度, 完善规范知识产权价值评估标准体系。

【关键词】: 惩罚性赔偿 知识产权侵权 知识产权价值

长期以来, 我国知识产权侵权赔偿数额偏低, 知识产权保护未得到充分体现, 影响了社会整体创新氛围^[1]。为加强知识产权保护力度, 我国商标法 2013 年修正时首次引入惩罚性赔偿。关于知识产权侵权惩罚性赔偿的研究较多, 但主要集中于制度建立^[2]、适用条件和判断标准、程序等, 较少关注赔偿额计算方式对赔偿额确定的影响^[3]。中美两国知识产权侵权损害赔偿数额确定均基于填平原则, 且计算方式没有太大区别, 但结果却相差甚远, 美国权利人和法院比较充分评估了涉案知识产权的价值^[4]。基于知识产权价值视角, 实证分析我国司法实践中知识产权侵权惩罚性赔偿数额确定现状, 对于完善我国该领域的制度建设具有重要理论价值, 对于司法实践中发挥知识产权侵权惩罚性赔偿制度的威慑和遏制作用具有重大实践参考意义。

1 知识产权侵权损害赔偿的价值基础

1.1 知识产权价值的内涵

价值的概念非常广泛, 既有哲学意义的概念, 也有经济学、社会学、心理学等方面的概念^[5], 但基于劳动价值论与效用价值论对知识产权价值内涵的探讨最多, 在知识产权制度实践中, 基本形成了效用价值论作为劳动价值论补充的基本理论共识^[6]。现代知识产权制度建立在市场竞争环境下, 知识产权的价值就是基于其商品属性, 即权利人通过市场交易所获得的收益, 其本质是权利人为了不让竞争对手销售自己的产品或商品而拥有的一种垄断顾客的权利^[7]。当前研究更多是从市场关系的角度理解知识产权的价值^[8-9], 即知识产权的市场价值。围绕知识产权的市场价值又衍生为市场效益和市场机会, 认为知识产权的“价值”到“市场交易价值”再到“市场交易机会权”的内涵框架构成知识产权损害赔偿计算方式的理论基础^[10]。

1.2 法理基础

作者简介: 芮雯奕, 理学博士, 江苏省科学技术情报研究所研究员, 研究方向: 产业技术创新与知识产权管理;
夏高云, 江苏省科学技术情报研究所助理研究员, 研究方向: 情报学。

基金项目: 江苏省政策引导类计划(软科学研究)项目——“知识产权侵权惩罚性赔偿额确定研究——基于知识产权价值的视角”(项目编号: BR2019038;项目负责人: 芮雯奕)成果之一

《中华人民共和国民法典》第七编侵权责任第 1184 条规定，侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他合理方式计算。第 1185 条规定了知识产权惩罚性赔偿。我国民法立法以填补损失为赔偿额确定原则，且损失按照市场价格或者其他合理方式计算，价格是商品的交换价值在流通过程中所取得的转化形式，本质仍是市场价值的体现。2018 年《最高人民法院关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》、2019 年《江苏省高级人民法院关于实行最严格知识产权司法保护为高质量发展提供司法保障的指导意见》、2020 年北京市高级人民法院《关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》，均强调知识产权市场价值导向指引下的侵权损害司法认定机制建设。

1.3 学理基础

我国专利、商标侵权损害赔偿数额的四种计算方法，即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确定、许可使用费的倍数以及法定赔偿，均有各自的学理基础。但在司法实践中“定额损害论”（法定赔偿）、“自然损害论”（实际损失或侵权所得）处于中心地位，而“规范损害论”（合理许可费）即市场交易机会的破坏未得到充分体现和重视。有学者认为知识产权的市场价值损害不限于事实发生的财产损失，还应包括未来的损失^[8]。近年来，学界、司法届对市场价值学说纳入知识产权司法裁判进行了诸多讨论，并提出了可行的实施路径。吴汉东认为将“成本加收益”的无形资产价值学说作为知识产权司法裁判的基本理论基础，确定知识产权损害赔偿司法裁判的规范体系^[1]。中国社科院法学研究所李顺德教授认为，要充分认识知识产权市场价值的动态性^[11]。

2 知识产权侵权惩罚性赔偿数额确定实证分析

2.1 中国商标侵权惩罚性赔偿

由于专利法中刚刚引入惩罚性赔偿，本研究主要以商标和不正当竞争惩罚性赔偿案例为研究对象。在中国裁判文书网以及北大法宝中，以惩罚性赔偿、商标为关键词，检索相关案例，通过逐篇阅读方式筛选出明确提出并支持惩罚性赔偿诉求的判决案例共计 58 例。发现当前我国商标惩罚性赔偿司法实践有以下特点：

2.1.1 商标侵权惩罚性赔偿额度总体不高

从惩罚性赔偿额看，最低的为 1.0 万，最高的为 5000 万，平均数为 301.1 万元，中位数为 24.5 万元(见图 1)，总体呈现偏态分布，500 万以下占 89.7%，1000 万以下占 96.6%。

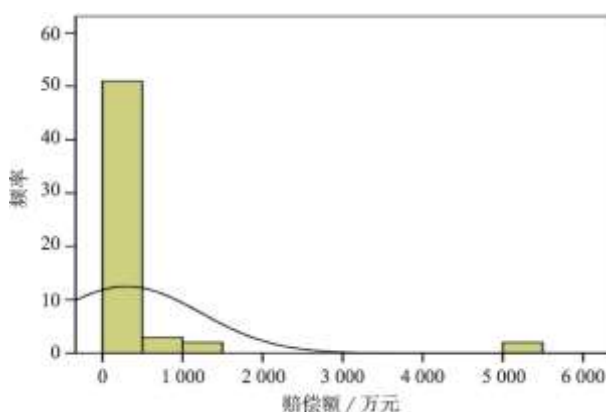


图 1 商标侵权惩罚性赔偿判赔额频度分布

2.1.2 明确赔偿基数与倍数的案例占比低

58 个判决案例中，有明确的赔偿计算基数及赔偿倍数的只有 10 例(见表 1), 占比为 17. 2%, 其余 48 例均是支持惩罚性赔偿，但采取法定酌定赔偿的计算方法。惩罚倍数最高为 3, 最低为 1. 5, 平均惩罚性赔偿系数为 2. 45。赔偿额最高为 5000 万元，最低为 18. 3 万元，平均为 1324. 5 万元。10 个案例中，7 件以侵权获利为计算基数，2 件以实际损失为计算基数，1 件以合理使用费为计算基数。其中浙江生活家巴洛克地板案中，请求的实际损失除所失销售外，还包括价格侵蚀、未来损失、商誉受损，但在实际计算基数时只计算了销售流失及价格侵蚀。相比较国外的案件，全面体现知识产权价值计算的典型性案件较为缺乏。

2.1.3 判决法院地区分布不均匀且支持力度不一

广东法院判决惩罚性赔偿案件数量最多，山东、江苏、北京、上海、浙江均在 5 件以上(见图 2)。从判赔额的箱式图分布看，江苏、广东、北京、上海均有支持高额赔偿的案件，其中江苏小米案和广州红日案最高，均为 5000 万，北京最高为 1000 万，上海最高为 300 万(见图 3), 广东虽然案件数量多，但除红日案外，整体判赔额并不高。

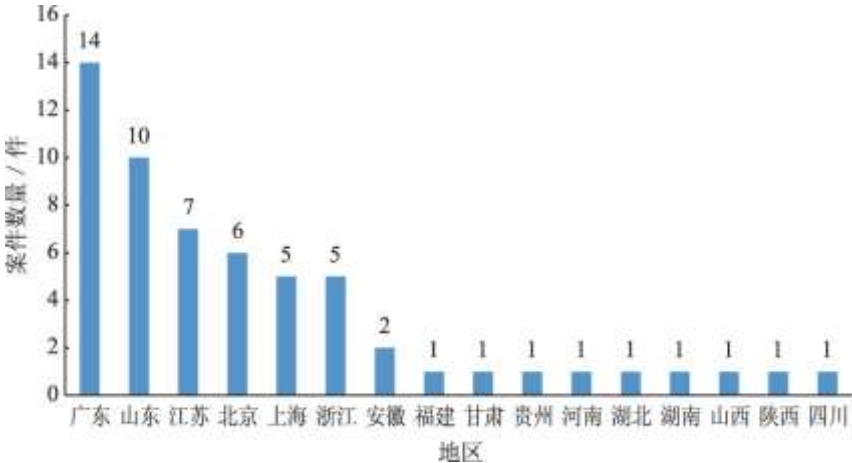


图 2 商标侵权惩罚性赔偿判决案件地区分布

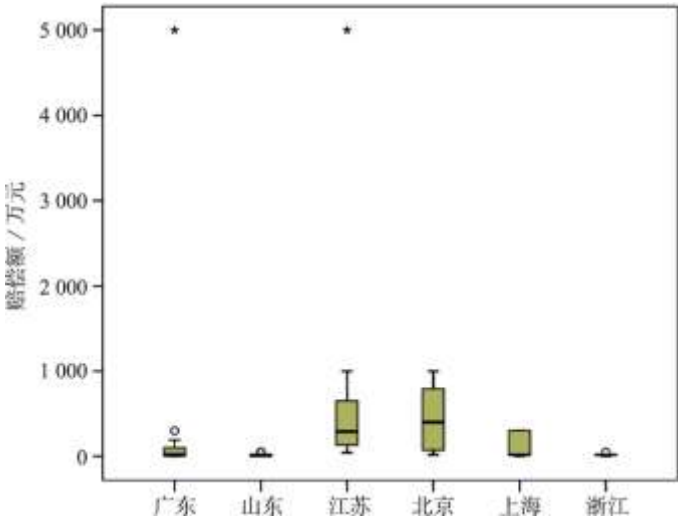


图 3 商标侵权惩罚性赔偿判决案件 5 件以上地区判赔额分布

表 1 国内商标侵权惩罚性赔偿典型案例

案名	审结年份	计算方式	惩罚倍数	判赔数额/万元	计算公式
内蒙古鄂尔多斯资源股份有限公司诉北京米琪贸易有限公司侵害商标权纠纷案	2016	侵权获利	2	18.3	侵权获利=销售数量×平均单价×利润率
浙江生活家巴洛克地板有限公司与巴洛克木业(中山)有限公司等侵害商标权纠纷案	2017	实际损失(销售流失、价格侵蚀)	2	1000	销售流失=销售下降额×净利润率
商务印书馆有限公司与华语教学出版社有限责任公司侵犯商标及不正当竞争案	2016	侵权获利	1.5	300	侵权获利=产品总价值×平均净资产收益率
兰西佳联迪尔油脂化工有限公司、约翰迪尔(丹东)石油化工有限公司等与约翰迪尔(中国)投资有限公司、迪尔公司侵害商标权纠纷案	2017	侵权获利	3	500	侵权获利=销售额×利润率(行业平均)
刘俊等与斐乐体育有限公司侵犯商标及不正当竞争案	2017	侵权获利	3	791	侵权获利=商品销售总额×商品销售利润率
小米科技公司、小米通讯公司诉中山奔腾公司等侵害商标权及不正当竞争纠纷案	2019	侵权获利	3	5000	侵权获利=销售额×平均毛利率
平衡身体公司诉永康一恋运动器材有限公司商标侵权案	2019	侵权获利	3	300	侵权获利=侵权商品的销售量(微信宣传)×产品单位利润
吉尼斯世界纪录有限公司与奇瑞汽车股份有限公司等侵害商标权纠纷案	2017	商标许可使用费	2	192	合理使用费=单场活动的商标许可费×活动的场次
丹阳市天宇五金磨具有限公司、常州精申箭商贸有限公司等与上海长江砂轮厂有限公司、永康市五金城大明砂布磨具批发部侵害商标权纠纷案	2019	侵权获利	2	144	侵权获利=侵权产品的数量×产品单价×产品利润率
广州市红日燃具有限公司与陕西爱博贸易有限责任公司等侵害商标权纠纷、不正当竞争纠纷案	2019	实际损失	3	5000	广告费

2.2 美国专利侵权惩罚性赔偿

普华永道《2018 年美国专利诉讼研究》报告指出,在 2016 年 Halo 诉 Pulse 之后,涉及故意侵权诉讼的数量增加,由 42 个增加至 46 个,但平均惩罚性赔偿系数由 2.5 下降至 2.1。在 2008—2017 年专利实施实体类型的诉讼案件中,以合理的专利许可使用费为标准判赔侵权损害赔偿金额占比达 60%,所失利润和合理许可费共同使用占比 21%,所失利润占比 19%。报告没有提供美国专利侵权惩罚性赔偿额的统计数据,但从美国专利侵权赔偿平均额看,2013—2017 年,203 件案件的中位数是 600 万美元^[12],可以看出 1~3 倍的惩罚性赔偿额更是一笔不小的数额。

3 美国知识产权侵权惩罚性赔偿计算规则借鉴

3.1 美国专利损害赔偿计算方法

美国联邦法典第 35 篇 284 条规定,发明专利权人可获得的赔偿计算方式主要由所失利润、合理许可费两种(外观专利可适用侵权获利),赔偿额不得低于合理许可费,且法院可将赔偿数额增加至 3 倍。根据美国联邦法院作出的判例,所失利润计算的关键是“若非”假设,即假设不存在侵权行为专利权人的所获利益。专利权人所失利润主要包括:所失的销售、价格侵蚀、非专利部分的附带损失、预期损失、商誉损失、商业价值的变化、增加的成本、阻碍增长等^[13]。合理许可费是权利人可以追讨的最低限度赔偿,在专利权人无法证明任何或所有侵权销售的实际损害(例如利润损失)的情况下,专利权人仍有权就所有侵权销售获得损害赔偿。合理的使用费的计算方法有假设协商法、分析计算法及比例计算法等多种方法。

3.2 美国专利侵权惩罚性赔偿计算基数

损害赔偿计算方法主要有所失利润和合理许可费,可以是单独计算,也可以是同时采纳。选择哪种赔偿规则由专利权人请求,但要拿出相关证据加以证明^[14]。因此,这意味着适用惩罚性赔偿时,可多种赔偿计算方式合并计算后再乘以惩罚性赔偿倍数。而从我国专利法 65 条的表述看,专利损害赔偿的四种方式有先后顺序,只能选择其一,因此不存在将几种赔偿基数合并计算的可能。合理许可费的倍数能否作为基数等问题还未明确。

3.3 美国专利侵权惩罚性赔偿倍数确定

美国知识产权法中仅规定了惩罚性赔偿倍数但并未规定其确定条件,美国专利法、商标法为 1~3 倍,商业秘密法为 2 倍。司法实践中惩罚性赔偿倍数可以是非整数,法官可根据标准确定倍数。2016 年 Core Wireless 诉 LG 标准必要专利故意侵权案中,判决 LG 多承担许可费 20% 的惩罚性赔偿。倍数的考虑因素,主要依据在 *Bottv. Four Star Corp* (Fed. Cir. 1986) 案中,在确定侵权人何时“以不诚实的态度行事以使应判给他的损害赔偿增加”时,确定的 3 个主要考虑的因素:侵权人是否故意复制了他人的想法或设计;侵权人知道对方的专利保护时,是否调查了专利的范围并形成了认为该专利无效或未被侵权的诚实信用;侵权人作为诉讼当事人的行为^[15]。

4 我国知识产权侵权惩罚性赔偿制度主要存在问题

4.1 我国知识产权侵权损害赔偿未充分反映知识产权市场价值

中美知识产权侵权损害赔偿计算方法总体原则相似,但具体计算规则和方法有一定差异。以美国的专利侵权损害赔偿计算为例,一是从计算的范围看,所失利润不仅包括所失销售,还包括价格侵蚀、附带损失、预期损失、增加的费用等。二是从计算方式看,除了固定的几种方法外,方法不受限制,各种会计、财务、经济学方法均可用于知识产权侵权损害赔偿的计算,只要能被认可,且实际损失和合理许可费可以合并使用。三是参数选择看,比如在具体计算所失利润时,美国是按“边际利润”计算,边际利润为销售收入减去可变成本,往往达到产品价格的 80% 以上,而我国对销售流失所失利润则按“合理利润”计算,一般都低于边际利润^[16]。四是从赔偿规则看,美国专利法 284 条规定侵权者对发明的使用所应支付的合理许可费是最低限的赔偿额,是作为一条兜底条款而存在,合理许可费体现了对权利人的交易机会损失的合理补偿,体现了其市场价值。而我国在司法实践中更多的使用法定赔偿,主要依靠法官的判断,而非当事双方对知识产权市场价值的判断。

4.2 知识产权侵权惩罚性赔偿计算缺乏经济学分析

我国有明确计算基数的商标侵权惩罚性赔偿案大多采取侵权获利赔偿计算,实际损失采用较少。一方面是专利权人不愿意

承担计算利润损失所需的成本和披露利润信息的风险；另一方面是因为实际损失确实较难精确计算，往往会因为缺乏因果关系而得不到支持。此外，《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第二十条规定，权利人销售量减少的总数难以确定的，侵权产品在市场上销售的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积可以视为权利人因被侵权所受到的损失。这一规定使得请求人往往怠于计算真正的实际损失，但本身这种推定缺乏逻辑支持。而在美国专利侵权实际损失的计算中，更多地采用经济学方法，对销售量损失、利润等数据给出更为可信服的精确计算。

4.3 合理许可费在我国使用率过低

美国 60% 的专利实施实体侵权案件中使用了合理的许可费，司法实践中也不拘泥于事实存在的许可使用费，“合理的许可使用费”既包括“已确立的许可使用费”，也包括“合理的许可使用费”^[4]。而我国合理许可使用费适用规则具有鲜明的特色。首先，《专利法》《商标法》赔偿计算方式采纳了固定顺序模式，只有在实际损失、侵权人所得利润难以查明的情况下，合理许可使用费计算方式才能适用^[1]。其次，就专利许可使用费计算方式而言，权利人必须证明自己实际取得过许可使用费^[17]，而这在实际中往往很少存在，导致本应在合理许可费之后才适用的法定赔偿在司法实践中采用比例反而最高。

5 完善知识产权侵权惩罚性赔偿额确定的路径及建议

5.1 完善以知识产权市场价值为基础的侵权损害赔偿司法定价机制

一是丰富拓展知识产权侵权损害赔偿价值内涵，扩大所失利润计算范围；鼓励当事人、法院等基于知识产权权利种类和侵权行为进行市场经济分析，更加精准计算实际损失、侵权获利和合理使用费的赔偿数额。二是修改司法解释中对合理许可费的使用前提的限定，提升合理许可费计算方式的适用比例。三是明确侵权损害惩罚性赔偿基数及倍数因素，通过司法解释或者指导案例等形式，进一步明确惩罚性赔偿基数的确定问题，如合理许可费的倍数、法定赔偿能否作为基数等问题。制定反映故意和情节严重的考虑因素标准，以及倍数的确定规则标准。四是提高涉惩罚性赔偿案件的赔偿额计算要求，要求在此类诉求案件中要有明确的计算方法和计算依据，一方面满足基数计算要件，另一方面也是增加双方的举证义务，以防惩罚性赔偿诉求的滥用。

5.2 构建知识产权侵权损害赔偿专家制度

我国《民事诉讼法》（2017 年修正）第七十九条规定了类似专家证人的制度，但实践中，专家证人对于案件的参与度是有限的，法官有权决定是否准许或需要其出庭参与诉讼。在商业秘密刑事案件中，损害赔偿专家发挥着重要作用。当前我国最高院知识产权法庭正在建设全国法院技术调查官、技术咨询专家库，建议将评估、经济、财务、会计专家纳入其中，构建知识产权侵权损害赔偿专家制度，将损害赔偿专家的知识产权定损报告作为判决依据的组成部分，并在判例指引上做出引导，在判决书中增加对定损报告科学性、合理性的评述，逐渐形成可供参考的指导案例。

5.3 规范知识产权价值评估标准体系

一是加快建立专业、中立的知识产权价值评估规范体系。进一步明确不同知识产权侵权活动类型下知识产权价值评估的适用条件、方法，特别是关键评估参数体系，形成业内首肯的价值评估结果，才能为司法采纳提供前提。二是探索建立适合中国市场的许可费率体系。加快数据开放，加强国内知识产权运营数据挖掘，按照行业特性，尽快建立反映我国市场价值规律的许可费率参照体系。三是要加强跨界合作交流。加强经济、会计、财务、法律、技术、金融等多专业融合，学术界、评估界、司法界共同努力，形成与国际接轨、适合我国国情的知识产权价值评估体系。

参考文献：

-
- [1]吴汉东. 知识产权损害赔偿的市场价值基础与司法裁判规则[J]. 中外法学, 2016, 6:1480-1494.
- [2]张鹏. 知识产权惩罚性赔偿制度的正当性及基本建构[J]. 知识产权, 2016, 4:102-107.
- [3]广东省深圳市福田区人民法院课题组. 商标侵权惩罚性赔偿的制度构建[J]. 知识产权, 2020, 5:40-54.
- [4]杨小强, 王静. 资产评估技术在知识产权侵权损害赔偿计算中的适用[J]. 政法论丛, 2018, 6:13-30.
- [5]梁心新. 知识产权的劳动价值论探析[J]. 知识产权, 2017, 10:87-91.
- [6]刘春霖. 知识产权价值构成基本范畴的制度诠释[J]. 河北经贸大学学报, 2013, 6:143-146.
- [7]富田彻男. 市场竞争中的知识产权[M]. 廖正衡等, 译. 北京: 商务印书馆, 2000.
- [8]李明德. 关于知识产权损害赔偿的几点思考[J]. 知识产权, 2016, 3:3-9.
- [9]吴汉东. 知识产权损害规则的市场价值分析: 理论、规则与方法[J]. 法学评论, 2018, 1:65-73.
- [10]徐小奔. 知识产权损害的价值基础与法律构造[J]. 当代法学, 2019, 3:116-125.
- [11]知识产权市场价值与侵权损害赔偿的关系[EB/OL]. (2017-12-02) [2019-12-8]. http://www.sohu.com/a/208039688_221481.
- [12]PWC. 2018 Patent Litigation Study. [EB/OL]. (2018-05-31) [2019-12-8]. <https://www.pwc.com/us/en/services/forensics/library/patent-litigation-study.html>.
- [13]黄武双, 阮开欣, 刘迪, 等. 美国专利损害赔偿原理与判例[M]. 北京: 法律出版社, 2017.
- [14]张玉敏, 杨晓玲. 美国专利侵权诉讼中损害赔偿金计算及对我国的借鉴意义. 法律适用, 2014, 8:114-120.
- [15]Leagle, Inc. Bott v. Four Star Corp. 807 F. 2d 1567 (1986). [EB/OL]. (2018-06-30) [2019-12-8]. <https://www.leagle.com/decision/19862374807f2d156712139>.
- [16]和育东. 美国专利侵权救济[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [17]崔国斌. 专利法[M]. 北京: 北京大学出版社, 2016.