

## 【知识产权法】

# 知识产权法定赔偿向传统损害赔偿方式的回归

蒋 舸

**【摘要】**长期以来,对知识产权损害赔偿存在着两项认识偏差:一是只有法定赔偿才能解决具有高度不确定性的案件,而实际损失、违法所得与许可费倍数这3种传统赔偿方式应当被用于解决不确定性较低的案件;二是法定赔偿所面临的高适用率、低预见性问题,只有通过改造法定赔偿规则才能实现。上述认识的共同错误在于将知识产权损害赔偿人为地分割为高确定性和低确定性两个领域。但实际上,知识产权损害赔偿的高度不确定性具有全局性。无论从法教义学还是法经济学的视角进行分析,结论都是绝大多数知识产权损害赔偿本来就难以精细计算。不应将解决“知识产权损害赔偿难以精确计算”的重担全部压在法定赔偿之上。当法定赔偿在重压之下出现适用比例过高、预见性太低的问题时,正确的解决方式不是单纯地改造法定赔偿规则本身,而是将法定赔偿的相关功能疏导至传统的损害赔偿方法中。只有在传统赔偿方式中给予法院足够的自由裁量权,才不至于使法官被迫在法定赔偿的框架下寻求裁量空间。

**【关键词】**知识产权;损害赔偿;法定赔偿;自由裁量权

**【作者简介】**蒋舸,清华大学法学院副教授、博士生导师。

**【原文出处】**《法商研究》(武汉),2019.2.182~192

**【基金项目】**国家社会科学基金项目(17BFX113)。

人们通常认为知识产权损害赔偿规则分为性质截然不同的两类:一类是损害计算规则,对象是可计算的 actual 损失、违法获利或者许可费,即传统损害赔偿计算方式;另一类是法定赔偿规则,对象是不可计算、只能酌定的数额。法院在运用前一类规则时自由裁量应受严格限制,只有在运用后一类规则时才享有宽松的自由裁量权。这种二分法如此深入人心,以至有学者批评现行法律对损害计算和法定赔偿的区分还不够清楚,提倡“就法定赔偿制度而言,应明确其在性质上是‘损害赔偿’制度的替代性选择,本质上是为权利人提供一种便利的金钱救济途径,而不再以‘损害’作为其计算基础。”<sup>①</sup>在知识产权损害赔偿内部区分出截然不同的类型,这种思路严重妨碍了我们对知识产权损害赔偿进行全局性的理解。大部分法定赔偿难题的对策——例如主张降低

法定赔偿适用比例或细化法定赔偿确定方法——都遵循了二分法,将解决法定赔偿难题的视野局限在法定赔偿框架内部。但是,从基于二分法的各种方案之效果来看,这种头痛医头的策略值得反省。

这种策略源于对法定赔偿的理论预设。从法定赔偿形成的历史、适用习惯和相关讨论来看,我国在引入法定赔偿时,存在没有言明的理论预设,那就是只有部分知识产权损害赔偿案件存在高度不确定性,这部分案件应该由新引入的法定赔偿来解决。至于确定性相对较高案件则应由传统损害赔偿方式加以解决。从我国对不同损害赔偿计算方法适用顺序上的严格规定来看,立法者的理解是:对于大部分知识产权损害赔偿案件而言,不确定性都不成问题,所以才会规定严格的适用顺序,并期待法院用传统赔偿方法解决绝大多数案件。在立法者看来,只有

少数的知识产权损害赔偿案件存在高度不确定性,进而需要在穷尽三种传统赔偿方式之后,方可借助法定赔偿来加以解决。实际上,由于知识产权损害赔偿的不确定性是全局性的,所以二分法预设可谓误诊,在二分法框架下设计的法定赔偿则是错误处方。法定赔偿的泛滥严重违反了立法之初关于局部不确定性和自由裁量权的预设。

本文第一部分旨在回答“知识产权法定赔偿为什么被称为难题”。该部分将呈现知识产权法定赔偿难题的形成历史和现有对策,并指出现有对策并未取得理想效果这一事实。第二部分旨在回答“知识产权法定赔偿难题的根源何在”。该部分从不同角度分析了知识产权损害赔偿的高度不确定性,指出这种不确定性是全局性的而非局部性的,由此推论出,试图在法定赔偿的局域内化解不确定性的策略注定无法成功。第三部分旨在回答“知识产权法定赔偿难题如何解决”。该部分沿袭对待知识产权损害赔偿问题的整体观,在法定赔偿规则之外探寻法定赔偿难题的出路,指出实际损失、违法获利与许可费倍数这3种传统赔偿方式才是解决法定赔偿难题的正确工具。为了充分发挥传统赔偿方式的作用,法官在计算实际损失、违法获利与许可费时的自由裁量权必须受到尊重。自由裁量权的实体正当性边界主要受认知经济性和信息充分性权衡结果的影响,并应被限制在知识产权损害赔偿规则目的解释的框架之内。

### 一、知识产权法定赔偿难题的表现

在2014年一项实证研究统计的近4000件知识产权案件中,近90%的案件采用了法定赔偿。<sup>②</sup>这种高频适用在立法本意的衬托下尤为刺眼。按照立法者的本意,法定赔偿本该在知识产权损害赔偿方法中陪居末席,未料其在司法实践中却反客为主。我国最初的知识产权法并未包含法定赔偿规则,《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)(1982年)、《中华人民共和国专利法》(以下简称《专利法》)(1984年)和《中华人民共和国著作权法》(以下简称《著作权法》)(1990年)的损害赔偿规则都只涉及实际损失

与违法获利。在严苛适用“谁主张、谁举证”规则的情况下,原告要精确地证明自己的损失额,尤其是证明该损失满足原告损失与被告行为之间的因果关系,这在绝大多数情况下是难以完成的任务。在我国新构建的知识产权规范体系运行一段时间之后,法院深感知识产权损害赔偿领域的压力沉重,慨叹道“知识产权损害赔偿难以准确计算,是一个世界性的难题。”<sup>③</sup>

为了应对这一难题,我国在2001年修订的《商标法》与《著作权法》和2008年修订的《专利法》中引入了法定赔偿规则,允许法院在权利人的实际损失、侵权人的违法所得以及许可费均“难以确定”时,根据案件情况在一定范围内确定赔偿额度。尽管立法并未要求实际损失、侵权获利与许可费达到能够精确确定的程度,但法院严格适用证明责任规则的实践惯性,以及学界对知识产权损害赔偿复杂本性的挖掘不足,这两项原因导致许多人认为只有在能够精确认定损害的情况下才能适用传统损害赔偿计算方式。这种将法律文本中的“确定”理解为“精确确定”的前见,严重限制了传统损害赔偿计算方式的适用空间,将大量案件推给了法定赔偿,导致法定赔偿规则喧宾夺主。为解决这一问题,最直接的方案是主张法院降低法定赔偿的适用率。<sup>④</sup>人们通常认为,法定赔偿高频适用的问题主要在于法官自由裁量权过大。过大的自由裁量权导致了同案不同判、<sup>⑤</sup>裁判权得不到控制<sup>⑥</sup>和损害赔偿制度发展受阻<sup>⑦</sup>等一系列问题,因此呼吁法院降低法定赔偿适用率的方案有着强烈的直觉吸引力。不过,简单降低适用比例恐怕治标不治本,如果不理解法院在无拘无束状态下对法定赔偿情有独钟的原因,即使通过司法政策强行降低法定赔偿的适用比例,仍然不能对问题本身做出良好回应,因而无法实现完善损害赔偿制度的效果。

另一种方案是对法定赔偿规则予以细化,例如明确法定赔偿数额针对的是侵权行为还是作品或商标,并参照比较法经验引入法定赔偿的具体分档,<sup>⑧</sup>或者总结损害赔偿计算公式,表明不同因素(例如侵

权持续时间、被告主观状态等)在损害赔偿计算中的权重。<sup>⑨</sup>这类方案对希望减轻裁判负担的法院颇有吸引力,但同样不是回应知识产权损害赔偿领域底层矛盾的最有效方案。很难想象法院可以在不深究损害本质的情况下借助公式或模板正确的酌定损害。而且细化之后的法定赔偿规则与实际损失、违法获利与许可费之间的关系难免又会成为新问题。况且,将所有努力集中在法定赔偿上的做法不仅与法定赔偿只是例外规则的立法表述相矛盾,还会让我们丧失深入研究并且努力发展实际损失、侵权获利以及许可费规则的动力,未免得不得偿失。

还有一种方案是从程序法视角重构知识产权损害赔偿数额的确定方法,以解决法定赔偿的滥用。<sup>⑩</sup>这种方案注意到我国诉讼法缺乏损害赔偿计算中的法官自由心证规则(对应于《德国民事诉讼法》286、287条)的事实,对于全面认识法定赔偿难题有着积极作用。但这种观点认为我国已经妥适地解决知识产权损害赔偿的计算标准难题,尚待完善的只是其动态化诉讼证明过程,<sup>⑪</sup>却未免过于乐观。程序法维度固然不应忽视,但我国远未达到知识产权损害赔偿实体问题都已被妥适解决的状态。知识产权损害赔偿需要何种程度的自由心证,仍是必须由实体法加以回答的问题。

上述方案中涉及法定赔偿规则实体层面的分析,都以改造法定赔偿规则本身为诉求,但法定赔偿难题的解决需要具备超越法定赔偿的视野。我们面对的难题表面上是法定赔偿比例畸高、说理欠缺,其实是整个知识产权损害赔偿体系内各种赔偿方式的定位不明、角色混乱。对此,仅仅改造法定赔偿规则本身难以有效解决法定赔偿难题,只有置于整个知识产权损害赔偿的开阔视野中,法定赔偿难题才有望获得解决。

## 二、知识产权法定赔偿难题的根源

知识产权法定赔偿之所以被称为难题,一是因为它喧宾夺主,二是因为它不够精确。这说明在观察者看来,理想的知识产权损害赔偿可以在少部分情况下不确定,但不能在大多数情况下不确定。正

是对整个知识产权损害赔偿的高精度期待与低精度现实之间的差距引发了不安。迄今为止,我们一直在通过提高精度、改变现实努力消除差距。无论是在引入法定赔偿时要求法官优先适用传统损害赔偿计算方式,还是发现法定赔偿泛滥后力图细化法定赔偿规则,都是在追求提高整个知识产权损害赔偿的裁判精度。但从现状看来,这些努力并没有消除期待和现实的差距。这提醒我们应采取另一个视角,看看我们对整个知识产权损害赔偿的高精度期待是否有悖事理。如果是,就需要重新评估应对思路,调低我们对传统损害赔偿计算方式的精度期待,在符合合理精度的基础上探求恰当的损害赔偿规则。如前所述,当初引入法定赔偿的理论预设是知识产权损害赔偿中只有少部分问题是高度复杂、难以确定的,而大部分并不复杂、无需太多自由裁量权就能解决。现在看来,这项理论预设十分值得反思。

知识产权损害赔偿的不确定性是包括法定赔偿在内的整个知识产权损害赔偿制度所面临问题的根源。下述视角有些常见于损害赔偿相关文献,但少与知识产权领域发生关联;有些常见于知识产权领域的讨论,但没有与损害赔偿问题联系起来。当它们被统一到知识产权损害赔偿问题上时,都有助于我们理解知识产权损害赔偿(包括法定赔偿)问题的本质。所有视角下的分析都指向同一个结论:绝大多数知识产权损害赔偿的不确定性都十分巨大,如果我们把确定的标准掌握得很严格,根本就无法以合理的社会成本来确定损害赔偿。

### (一)假设差额说蕴含的不确定性

只要是损害赔偿法意义上的“损害”就蕴含了高度的不确定性,这在定义损害概念的假设差额说中表现得非常明显。<sup>⑫</sup>根据假设差额说,填平的对象是两种利益状态在特定时间点的差距。一种利益状态是现实的,即原告在该时间点实际享有的利益总和。另一种利益状态是假想的,即如果被告的侵权行为没有发生,原告在该时间点本应享有的利益总和。当前者小于后者时,法院便会以假想利益状态

为被减数,以实际利益状态为减数,将二者之差确定为损害赔偿额。<sup>⑤</sup>如果我们仔细体会假设差额说的含义,就会发现法律意义上的损害远不像日常用语中的损害那么简单。如果说日常用语中的损害更加接近事实损害(A打碎了B的杯子),那么法律意义上的损害更加关心与之相关的利益问题(A打碎了B的杯子这一事实给B的利益造成的影响)。按照假设差额说,法官不仅需要确定作为减数的真实世界中原告的利益范围,甚至还要探求作为被减数的假想世界中应当归于原告的利益范围。如果说前者已经非常困难,那后者几乎就是不可能完成的任务。假想世界的产生机制要求我们在想象中回到发生侵权行为的时间点,从真实世界中抽除侵权行为,再让这个没有侵权行为的世界在想象中发展。问题在于假想世界的数量会随着时间推移而呈现指数型增长,因为每个事件的不同后果都会导致假想世界的分裂。理论上,裁判者只需从无数假想世界中挑选出概率最高的即可,但实际上裁判者根本不可能分别算出各个假想世界的概率,又谈何挑选其中概率最高的一个。

法律的实务操作会通过各种手段来减轻损害概念天生不确定的困难,例如通过相当因果关系来压缩假想世界的选择范围,仅仅关心被侵权行为直接影响的原告利益而非原告的所有利益,<sup>⑥</sup>或将被告的过错纳入考虑范围。<sup>⑦</sup>但这些办法都是在承认问题复杂性的基础上发展出的缓解症状的对策,而不应被视为否定复杂性的证据。损害范围之确定必然包含大量的法官个人经验,这些经验很难被还原为每个理性人都会认同的推理流程,因此也无法满足严苛的精确推理标准。法律的制度框架、程序控制和话语体系只能在一定程度上降低不确定性,不可能消除蔓延于整个损害赔偿领域的不确定性。普遍而巨大的不确定性是损害概念的基本属性,忽略这一属性的讨论很难得出契合损害赔偿本质的方案。

## (二)社会本位理念下的损害不确定性

如果说损害概念在法教义学维度上具有天然的不确定性,那么它在法经济学中同样如此。而且法

经济学在分析利益关系时淡化个人本位、突出社会本位的倾向会进一步加剧确定损害赔偿的困难。法经济学特别强调个人的利益与损害边界只有在社会总福利的框架下才能确定。法律最终关心的不是单独个体的损失,而是整体社会的福利;法律最终追求的不是避免给特定个人造成损失,而是避免给社会造成更严重的损失。<sup>⑧</sup>根据这一思路,确定个体损害的意义在于找出能令社会成本最小化的利益分配方案。社会本位理念下的损害赔偿本身不再是目的,而是成为激励原被告双方采取社会所欲行为的手段。从“赔偿个人损失”到“降低社会成本”的转变,总体而言顺应了财产权社会化的时代精神,但也进一步加剧了损害概念中的不确定性。

在社会本位色彩浓厚的法律部门,支配法官划分不同当事人之间利益范围的因素更加复杂,也更加不确定。知识产权法恰恰属于社会本位色彩特别浓厚的部门法领域。当然,从社会本位角度看待私权并非知识产权法的特色,但社会本位视角在知识产权领域的确体现得分外明显。以著作权法为例,付费机制的发展使市场从权利人无法以合理交易成本收取许可费的失灵状态,进化为权利人能够以低廉交易成本收取许可费的良好状态,从而让过去被视为合理的使用不再合理。<sup>⑨</sup>版权过滤技术的发展使能以最低成本避免与创作有关社会损失的利益相关方从权利人转化为平台,从而让过去不负有过滤义务的平台承担过滤义务。<sup>⑩</sup>包括交易机制在内的社会结构变化对知识产权的权利范围产生了深刻影响。即使原告权利的客体和被诉行为的客观表现均维持不变,社会交易结构的变化也会导致原告应得利益范围发生变化。权利义务的边界尚且不由个体行为左右,具体的损害赔偿数额确定自然更是不单系于个案中的公平,还要符合社会效率。因此,在社会本位理念下确定损害赔偿比在个人本位理念下更加困难。

知识产权法的社会本位属性还可以从其与竞争秩序的紧密联系上窥见一斑。知识产权法尽管貌似发端于个人本位的权利诉求,现实中却常常呈现为

社会本位的竞争秩序。哪怕在通常认为个人本位最明显的著作权法领域,纠纷也往往体现为不同竞争者之间的市场之争。无论是客体领域的体育节目案件<sup>①</sup>还是权能领域的深度链接案件,<sup>②</sup>抑或是限制领域的电影海报案件,<sup>③</sup>原被告双方都是市场中的竞争者。至于专利法和商标法更是从一开始就体现为企业之间的游戏规则,具有浓郁的竞争法底色。既然针对知识产权权利范围的探索实际上是对更优竞争秩序的判断,确定知识产权损害赔偿的高难度也就不难理解了。一旦进入竞争范畴,民事损害赔偿的知识结构和认知体系便会遭受不可避免的挑战。一方面,民法学者难掩对竞争法损害赔偿“不合规矩”的不满。德国《帕兰特民法典评注》在对第249条极其有限的篇幅中还不忘记提及《限制竞争法》的损害赔偿规定“与填平思想实难协调。”<sup>④</sup>另一方面,竞争法学者也毫不掩饰与传统损害赔偿规则的分歧。美国竞争法权威学者霍温坎普就认为:“损害赔偿法大多仍以公平和补偿观念为基础,这与‘反托拉斯的实施(包括私人实施)只是旨在阻止那些无效率行为’的观念是矛盾的。”<sup>⑤</sup>处于权利法和竞争法交叉地带的知识产权法在损害赔偿问题上不可避免地需要协调两方面的理念,其难度可想而知。

### (三)第三方定价的信息成本问题

法经济学将定价模式大致区分为当事人主观定价与第三人客观定价两种,法院判定损害赔偿应当属于其中的第三方客观定价。我们在讨论提升损害赔偿准确度时更多地重视了客观第三方定价模式的作用,但很少分析其局限性。但实际上当法经济学研究两种定价模式时,认为二者各有利弊,其中关于第三方客观定价局限性的讨论对我们理解损害赔偿的不确定性很有参考价值。当事人主观定价如能实现则更可能优化资源配置,但缺陷在于挟持、搭便车与集体决策困难等问题可能导致市场失灵;<sup>⑥</sup>与之相对,第三方客观定价有利于克服市场失灵,但缺陷在于信息成本过高、难度过大。理想的第三方客观定价应当尽可能反映当事人的主观定价。因为只有主观定价才能反映当事人对权利的利用效率,只有在

双方主观定价基础上达成的交易才能确保没有任何一方的福利受损。但主观定价的基础是当事人对权利的主观估价,而主观估价往往深藏于当事人内心,即使经过耗时费力的讨价还价和信息披露,最终形成的价格也只是对双方主观估价的近似值。在自愿达成的交易中,我们很容易推知价格高于卖方的受偿意愿,否则卖方不会卖;同时低于买方的支付意愿,否则买方不会买。但我们无法获知具体的受偿意愿和支付意愿是多少。连经济学家都称自己只是“知道每样东西的价格,却不知其价值。”<sup>⑦</sup>对不以价格作为关注重点的法律人而言,恐怕连“知道价格”都难以做到。

损害赔偿是第三方定价模式的一种表现,但同样面临信息成本过高、难以精确定价的操作障碍。实际上,连绝大多数交易中的当事人都无从知道交易物之于对方的价值,遑论作为局外人的法官。毕竟,当事人在很多情况下至少比法官更容易推测对方的主观估价。这是因为:第一,当事人有机会运用其在本领域积累的丰富信息,法官则不可能具备每个领域的经验,只能依赖当事人举证。第二,当事人可以通过软硬兼施的反复试探来逐渐接近满足双方主观估价的价格,法官却常常需要在短时间内一锤定音。第三,当事人在谈判中可以调整诸多价格之外的因素,法官在纠纷发生后可以运用的救济手段却主要只有停止侵权与损害赔偿。第四,当事人至少知道自己的主观估价,法院则必须在对双方主观估价都一无所知的情况下确定同时反映双方主观估价的“价格”。

第三方定价模式不得不承担无法准确反映主观估价的风险。<sup>⑧</sup>这种风险固然可以通过寻求参照系得以减轻,但不同领域中参照系提供的信息可靠度不同,法官错判损害赔偿的几率也不同。这些不同的几率构成一个连续谱系,哪怕在这个谱系上几率最低的一端,也不可能完全避免错判,更何况谱系上接近错判几率较高的一端。常见的种类物处于谱系上错判几率的低端;如果被告毁损了原告的宜家牌办公桌,法官通常能获得关于其他宜家牌办公桌价

值的可靠信息,不容易出现第三方定价导致的赔偿过度或者赔偿不足问题。如果被告毁损了原告手工制作的办公桌,法官获得可靠参考信息的难度就会增加,错判的可能性也会相应增大。至于被告侵犯了原告的知识产权,那么法官能从参照系中获得可靠信息的难度就更大了——如果一项文学、艺术或科学领域的智力成果不具有独创性,如果一项技术方案缺乏新颖性和创造性,如果一个符号不具备显著性,就不具备成为知识产权客体的资格。任何有资格成为知识产权客体的对象都不具备完美参照系。哪怕是同一客体,其针对不同交易方的许可也是众多许可条件在不同情况下的复杂综合体系。许可费只是其中的货币化部分,其具体数额受制于众多的非货币化因素(例如付款时间、付款条件、附随义务的范围等)。这导致法院对许可费的认定即使在最理想的状态下也只是处于信息劣势中的第三方模拟的近似值。

#### (四)知识产权带来的利益衡量难题

损害赔偿数额的确定,归根到底是对权利人利益范围的确定,而知识产权权利人的利益范围往往难以界定。除了客体缺乏信息成本低廉的权利外观这一明显的原因,本质原因是知识产权客体具有消费上的非竞争性,从而加大了利益衡量的难度。现有文献在分析知识产权损害赔偿面临的特殊困难时,都会提及知识产权客体无形性的特点。但究竟为什么客体的无形性会导致损害赔偿计算困难的问题上,现有文献往往缺乏解释。如果将无形性理解为“看不见摸不着”,那么具备这一性质的客体并不少见。精神损害同样看不见摸不着,但其计算面临的困难与知识产权大相径庭。事实上,对于知识产权而言,“客体无形”不是症结所在,消费中的非竞争性才是关键问题。

传统财产法针对的有体物在消费上是有竞争性的,一人使用会减少他人使用的机会。<sup>④</sup>假设A以原始或继受方式取得一块蛋糕,而B是公众的一员,A吃蛋糕必然会影响到B吃同一块蛋糕。由于蛋糕产生福利的通常方式就是被食用,因此这块蛋糕只能或

者通过A的消费或者通过B的消费产生福利,而不可能同时通过双方的消费产生双倍福利。这种非此即彼的福利产生模式让社会成本收益计算比较简单。决策者只需“二选一”:是限制B的自由让A消费,还是限制A的自由让B消费?一般而言,愿意付出成本取得蛋糕的A比没有付出资源的B对蛋糕的估价更高,所以维护A的权利在静态意义上是更优的;并且维护A的权利能激励更希望消费蛋糕的人对蛋糕进行投资,因此在动态意义上也是高效的。既然无论从静态消费还是动态生产的角度来看,将行动自由的可能性交给权利人处理都是更优的制度安排,那么这项决策通常不太困难。但上述思路对知识产权法并不适用。与有体物不同,智力成果在使用上没有竞争性。假如A的发明能大幅提高生产效率,那么B未经许可使用该技术方案并不影响A的使用。消费中的非竞争性令智力成果的社会成本收益计算远比有体物上的“二选一”复杂得多。从静态角度看,智力成果的使用者越多越好,对公众使用智力成果的限制则会造成社会的无谓损失。但从动态的角度看这样会减损未来智力成果的生产激励,所以决策者必须在短期使用与长期产出之间求得平衡。正如美国经济学家阿罗在1962年指出的:一方面,允许公众自由使用现有智力成果尽管能“确保对信息的最优利用,但无疑不能给研发提供一丝半毫的激励”;另一方面,如果我们希望为研发提供激励,又必须忍受“对现有信息的使用不足”。<sup>⑤</sup>智力成果是典型的公共物品,因此与之相关的“成本和收益的结论充其量只是一种近似而已”。<sup>⑥</sup>

### 三、知识产权法定赔偿难题的应对

现有针对法定赔偿难题的实体法方案以法定赔偿规则本身为改造对象。但前文分析表明,高度不确定性是整个知识产权损害赔偿制度的固有性质。这意味着对该制度任何组成部分——包括法定赔偿规则——的改造,都必须以承认知识产权损害赔偿巨大的不确定性为前提。法定赔偿的高频适用意味着其吸收了知识产权损害赔偿中绝大多数的不确定性,或者说承担了知识产权损害赔偿中绝大多数的

裁判责任。与其说这本身是个问题,倒不如说它揭示了问题所在:法定赔偿之所以显得过于活跃,是因为其他赔偿方式没有活力。如果我们把法定赔偿中过度的自由裁量权视为洪水,那么最好的治理方法不是封堵,而是疏浚。而最佳的疏浚通道就是实际损失、违法所得与许可费3种传统的损害赔偿计算方法。

(一)在传统损害赔偿计算方法中宽容自由裁量权

有学者认为我国的法定赔偿与损害赔偿制度之间界限不明,建议明确二者之间的区分,将法定赔偿作为独立于损害赔偿的另一种金钱救济方式。<sup>⑧</sup>本文的主张恰恰相反,认为立法努力的主要方向应当是寻求法定赔偿与其他3种方法的共通之处,通过细化其他3种方法来疏解法定赔偿难题。法定赔偿与其他3种损害赔偿计算方法在自由裁量权方面的差异是量的而非质的,它们之间的共性远远超过差异。我们现在仅仅在法定赔偿项下才愿意接受比较间接的证据、宽容相对薄弱的因果关系。但在传统损害赔偿计算方法下同样不应过分苛求。传统损害赔偿计算方法本身就是判定损害赔偿数额最好的思维导图,我们不应该弃而不用、另起炉灶。

承认法院在计算实际损失、侵权获利与许可费倍数时需要很大的自由裁量权,是认识到知识产权损害赔偿蕴含着巨大不确定性的逻辑结果。知识产权损害的高度不确定性意味着严格证明侵权行为与损害结果之间的因果关系十分困难。以专利法为例,法院确定实际损失的通常做法是“根据专利权人的专利产品因侵权所造成的销售量减少的总数乘以每件专利产品的合理利润所得之积计算”。<sup>⑨</sup>如果法院要求过严,专利权人既难以证明自身销量减少与侵权行为之间的因果关系,也难以证明专利产品所获利润与专利之间的因果关系。<sup>⑩</sup>对于前者,被告可以作出市场变化、权利人经营不力、存在其他侵权人等解释;而对于后者,被告可以提出自身获利并非来自涉案专利,而是来自营销策略、管理经验或者被告产品包含的其他智力成果等理由。复杂的现实生活

往往按照多因多果模式发展。如果法院将原告的举证责任定位为清晰地证明一又一对特定因果的存在,被告将很容易通过指出其他多种因果关系的作用来否认侵权行为和损害结果联系的清晰性。要避免实际损失、违法所得与许可费沦为装饰性制度,就必须接受原告通常无法准确证明因果关系,而法官必然需要行使自由裁量权的事实。如果一味坚持实际损失和违法所得与许可费下对因果关系证明的高要求,无疑是对当事人提交证据积极性的打击。只要我们接受了知识产权损害赔偿难以确定的现实,就应该将这一认识制度化为实际损失、违法所得与许可费倍数中适当的证明标准。所谓适当的证明标准,一方面这意味着没有必要过度纠结于较高的证明标准百分比;另一方面,意味着需要澄清证明标准百分比的对象不是出现某一特定损害数额的概率,而是该特定损害数额比其他损害数额更接近真实损害的概率。换言之,如果满足相当因果关系的损害数额及其相应百分比如下:损害额为10万或30万的可能性分别是20%,损害额为20万的可能性是40%,那么我们不应该基于没有任何数额的概率足够大这一事实来否认法官将某一具体数额认定为损害的自由裁量。只要法官确信损害数额为20万的概率比损害为其他数额的概率要高这一事实本身的概率够高,就满足了证明标准。适当降低并正确理解证明标准,有助于法院将因高度不确定性而产生的自由裁量权需求疏导至传统损害赔偿计算方法之中。

在实际损失、违法所得与许可费的名义下计算损害赔偿,不仅具备合理性,而且具备可行性。以德国著作权法为例,《德国著作权与相关权法》第97条第2款是损害赔偿条款。该条款并不包含法定赔偿规则,但这并不影响法官通过灵活适用实际损失、获利返还与许可费推定规则来解决问题。德国法院非常强调这3种方法的目的同一性,指出法律规定获利返还与许可费推定的意义不在于引入新的计算对象,而在于降低损失计算的难度。在这3种计算方法中,运用最广泛的是许可费推定。<sup>⑪</sup>早在帝国法院时

期,德国就在“阿里斯通案”中确定了将推定许可费视为损害赔偿计算方法的规则,理由是根据假设差额说,原告的应然利益和实然利益之差就是被告应当支付而没有支付的许可费。<sup>④</sup>后来,立法者将阿里斯通案确立的习惯法上升到立法层面,希望能以此降低维权难度。<sup>⑤</sup>当权利人主张以许可费方式计算损害时,权利人既不需要证明系争作品曾经被许可过,也不需要证明自己有发放许可的意愿或被告处于自己的潜在许可市场内。哪怕被告生产的是极为粗制滥造的盗版产品,即便被告有寻求许可的意愿,权利人也不可能会向如此低端的市场发放许可,也不影响权利人主张采用许可费推定的方法来计算损失。<sup>⑥</sup>总之,德国不仅通过《德国民事诉讼法》第287条确认了法官在损害赔偿问题上可以自由心证的原则,而且在实体法解释上具体澄清了一系列法官不受限制的情况。

遗憾的是,中国法院并没有像德国法院一般,从实体法与程序法两个方面寻求在传统损害赔偿计算方式下解决问题,而是“向一般条款逃逸”。当法院担心不能获得理解时,便只好从法定赔偿稀薄的说理义务中去寻求安全感。中国法院在众多以“法定赔偿”为名的案件中,其实为确认实际损失、违法所得与许可费付出了大量心血,但却没有信心直白地展示出来。法院在个案中辛辛苦苦获得的认识无法在恰当的规则上成长为群体经验,公众也因此失去了获得明确法律指引的机会。要矫正这种现象,必须承认知识产权损害赔偿固有的巨大不确定性,承认法院在正常的损害赔偿计算规则下享有自由裁量权的正当性。唯有宽容法院在传统的损害赔偿计算方式下享有更多自由裁量权,才能鼓励法院更加积极地运用这3种传统损害计算方法,也才有希望澄清损害赔偿领域的诸多问题:例如,计算损害时要不要区别对待原告能够自己开发的市场和没有能力自己开发的市場;计算合理许可费时能不能参照类似智力成果的许可情况;假设被告提出原告有独占市场的需要,法院是否仍然能用推定许可费来计算原告的逸失利益;当原告的知识产权在市场上存在替代

供给时,如何看待原告损失与被告获利之间的关系,等等。这些问题涉及的都是对“实际损失”“侵权获利”与“许可费”3个视角及其相互关系的理解,所以无论如何细化法定赔偿,都不可能解决这些问题。除非我们实事求是地宽容法官对实际损失、侵权获利与许可费进行酌定,否则上述问题将难以获得澄清。

## (二)以制度效率为标准界定自由裁量范围

从制度成本的角度看,自由裁量权不仅不可避免,而且具有积极意义。人们对自由裁量权“易于导致超额赔偿及不足额赔偿”<sup>⑦</sup>的担心可以理解,但任何制度都不能只追求某个单一价值的维护,而应在取舍中寻求不同价值之间的均衡。知识产权损害赔偿也不能不计代价地追求精确,而必须在精确计算的信息充足性所带来的社会收益和为此付出的认知经济性社会成本之间作出权衡。只要法院在每起判决中不偏不倚,那么允许法院将案件所涉利益大小作为在裁判中投入资源多少的考虑因素就是合理的。如果传统损害赔偿计算规则不能满足法院对自由裁量权的正常需求,法院只能另寻出路。从多年来学界对法定赔偿的批评来看,另寻出路显然不是理想的解决办法。

多个法院的调研报告都指出,法定赔偿高频适用的重要原因之一,在于许多案件中的原告不提交或只提交少量与实际损失、违法所得或许可费相关的证据,而是直接主张法定赔偿。<sup>⑧</sup>此时,法院应当考虑举证成本与举证收益,力求在边际成本不至于过大的情况下,尽可能通过当事人提供的攻防证据来澄清损害赔偿的范围。在提高精确度不会导致明显不效率的情况下,法官仍应以准确认定损害赔偿为己任。毕竟,损害赔偿额越接近真实损害,损害赔偿作为行为激励工具的作用方向就越精准。在个案中,影响边际收益的因素主要有两个:一是案件标的额,二是当事人额外提供证据对于澄清损害范围的贡献程度。案件标的越大,额外证据对于降低判赔偏差的帮助越大,法院就越应该要求当事人提供证据。影响边际成本的因素主要是举证难度,体现为

当事人为提供额外证据必须付出的时间、金钱等成本。之所以强调额外证据,是因为“理性人考虑边际量”,<sup>⑨</sup>而制度设计者总是需要寻找“在边际上的政策”。<sup>⑩</sup>法院面临的不是在“允许当事人不提供证据”和“要求当事人提供完美证据”之间进行选择,而是能否让当事人再多提供一些证据。如果原告不提供任何证据,法院完全有理由拒绝其主张的法定赔偿。因为法官可以合理推断,原告提供某些不涉及他人商业信息的初始线索成本不会太高,而这些线索能有效帮助法官评估损害范围。假如原告已经开始运用知识产权,初始线索包括单价、销量、利润率以及利润变化等信息。如果尚未运用知识产权,原告为获得知识产权投入的成本也可以作为初始线索。因为理性人通常只在预期收益大于成本时才愿意付出成本,所以在没有相反理由的情况下,可以将原告成本视为推测原告预期收益的初步证据。当然,即使某些信息并不涉及被告或第三方,而是仅与原告自己的生产经营活动相关,并且对推测损害赔偿范围有帮助,也不能一概认为原告必须提供这类信息,此时法官仍应考虑提供信息的成本。举例而言,原告研发并销售的是知识产权高度密集的产品,而且其产品线和商业模式十分复杂,这可能使原告没有办法从其总销量、总利润与总成本中轻易区分出与被侵害的知识产权相关的部分。尤其是当被侵害的知识产权本身价值不高时,细分的收益更是不足以支持细分的成本。在此情况下,哪怕要求原告提供系争知识产权对原告而言的具体价值也属于强人所难。此时,要求原告提出关于许可费的初步证据或许更切合实际。这也与合理许可费在美国和德国知识产权损害赔偿中占据的重要地位相一致。根据普华永道的《美国专利诉讼研究》,2007-2016年期间61%实施主体之间的纠纷以合理许可费为依据计算损害赔偿。<sup>⑪</sup>德国绝大多数著作权损害赔偿也都是在许可费推定的名义下确定的。<sup>⑫</sup>如果明确了自由裁量权在知识产权损害赔偿中的不可避免性及其可能发挥的积极作用,法律条文是否将法定赔偿规定为独立计算方式并不重要。即使法定赔偿被取

消,法官在确定实际损失、违法所得与许可费的过程中也会运用自由裁量权;即使法定赔偿被保留,也不意味着免除当事人的举证义务或是法官的说理义务。<sup>⑬</sup>总之,如果我们对知识产权损害赔偿和自由裁量权的关系一开始就有正确认识,那么就无需引入法定赔偿规则。

任何确定损害的证明过程,都是当事人提供的证据与法官的自由心证共同作用的结果。一套损害赔偿规则体系无论是否包含法定赔偿规则,都不可能在实际损失、违法获利与许可费计算项下只要证据不要心证,也不可能允许法定赔偿项下只有心证没有证据。如果原告将法定赔偿作为逃避举证义务、寻求超额赔偿的机会主义手段,法官就不应当揣测一个自以为接近真实情况的损失额,而应当通过“不举证不判赔”的做法向原告传递承担举证义务的激励,并对能以合理诉讼资源搜集的、与确定损害赔偿相关的证据及其使用过程加以说明。并且,无论在哪项名目下计算损害赔偿,损害赔偿的基本原则都是确保证据与心证大致匹配,即证据加心证能够得出基本令人信服的损失额。出于知识产权损害赔偿具有不可避免的巨大不确定性,匹配的标准不宜过分严格,应使法官在适度阐释心证过程的情况下就能够满足匹配的要求。我国立法已经规定了法定赔偿的情况下,可以将法定赔偿规则作为证据与心证极端不匹配之例外情况下的心证控制手段。如果法官认为证据加心证得出的损失额很可能与真实情况差距较大,可以适用法定赔偿,以借助法定赔偿上限约束心证的计算范围。

近年来有司法政策和判决通过酌定赔偿的方法偏离法定赔偿必须遵守判赔区间的要求,这一现象应当引起警惕。这种方法容易使人误解为酌定赔偿不属于实际损失、侵权获利或者许可费倍数,同时还不受法定赔偿上限限制,是赋予法官更大自由裁量权的第5种损害赔偿确定方式。这种理解既不符合立法精神,也不符合关于自由裁量权范围的理论。

上述错误理解在近年来一些案件中已经有所反映,“琼瑶诉于正著作权纠纷案”<sup>⑭</sup>二审意见即是典

型。该案一审法院对损害赔偿的认识非常合理。一审法院指出尽管没有充分的证据,但这并不妨碍法院以侵权获利为计算依据,在考虑多项因素的情况下,酌定损害,最终确定数额为500万元。一审说理在侵权获利计算中容纳酌定因素的做法,十分值得肯定。但二审法院否定了一审的观点,认为“本案不应适用侵权人的违法所得来计算损害赔偿,应适用酌定赔偿来确定赔偿数额。”理由包括“原审法院既要根据侵权人的违法所得来确定赔偿数额,同时又结合各种因素对于赔偿数额进行酌定,其在适用赔偿数额的方法上存有矛盾之处。”这说明二审法院认为侵权获利与酌定因素相互矛盾,法官一旦要酌定,就不能采取违法所得的计算方式。二审法院在否定了违法所得计算方式后,又没有遵守法定赔偿的上限,而是在酌定赔偿的名义下支持了500万元的损害赔偿额。无论立法上还是理论上都不存在既不属于实际损失、违法所得、许可费,也不需要遵守法定赔偿上限的第5种损害赔偿计算方式,存在的只是法官根据各方面因素酌定具体数额的做法。毕竟,如果法定赔偿完全不以实际损失、侵权获利或者许可费为依据,难免出现赔偿不足或赔偿过度的后果。无论是在实际损失、侵权获利、许可费倍数还是法定赔偿的名义下,法院都是在对损失进行酌定。在酌定问题上,法院应当“宽严相济”:在实际损失、侵权获利与许可费倍数等计算方法上从宽认同酌定空间,而在法定赔偿问题上从严遵循限额限制。

### (三)将目的解释作为提升赔偿准确率的重要工具

在知识产权损害赔偿这片注定缺乏足够细节指引的旷野上,对制度目的的不同理解会导致差之毫厘谬以千里。因此在产业异质性强、不确定性巨大的知识产权损害赔偿领域,相较于建构计算公式,更有效的努力方向应该是澄清知识产权部门法目的这一基础问题。有学者主张制定法定赔偿适用细则,规定法定赔偿的适用范围、限制当事人对法定赔偿的选择权、根据知识产权的类型和性质确

定基准数额、根据侵权人的主观目的和过错程度确定法定赔偿数额系数、根据侵权行为的手段和情节确定法定赔偿数额的系数以及根据侵权行为持续时间确定赔偿额度上下浮动的范围。<sup>⑤</sup>笔者并不否认某些因素能够帮助法官更好地裁决损害赔偿额,但这些因素发挥作用的方式应该是帮助法官更好地把握实际损失、违法所得或者许可费推定,而非被分别赋予固定权重。例如,美国专利法上有“乔治亚-太平洋案”中列举的15项因素,但这15项因素针对的都是合理许可费的确定,而且各项因素并没有被赋予固定的权重。<sup>⑥</sup>由于知识产权法调整产业的高度异质化,恐怕无论如何确定基数、系数与幅度,都难以完全反映现实。

规范越难以细化,原则就愈发重要。任何解决具体难题的努力,都无法回避对知识产权损害赔偿目标的探寻。在具有强烈的累积创新特点的专利法和著作权法领域,与“惩罚”相伴的过度遏制效应对创新的损害不容忽视,因此损害赔偿的目标应当以赔偿为主,兼顾预防,但不追求惩罚。<sup>⑦</sup>商标法领域尽管不存在累积创新方面的考虑,但同样需要警惕预防之外的惩罚可能给被告施加超过合理限度注意义务的问题。有学者认为,连在惩罚性赔偿问题上最保守的德国都“从开始完全禁止使用惩罚性赔偿原则到部分承认的转变”,<sup>⑧</sup>这是支持我国知识产权损害赔偿体系接纳惩罚目标的比较法依据。且哪怕德国真的接纳了知识产权损害赔偿的惩罚性,我国也未必需要借鉴,更何况德国事实上并未在知识产权损害赔偿领域接受惩罚目标。事实上德国专利法领域多年来虽然一直有人呼吁引入倍数赔偿,但却始终没有得到立法者支持。德国著作权法上的确有针对特定集体管理组织维权的双重赔偿,但德国立法者毫不含糊地表示加倍并不意味着惩罚。之所以允许该组织按照两倍许可费获得损害赔偿,是由该组织所维护权利属于著作权法上典型的“小权利”,即侵权行为非常分散,逃避追究十分容易,因此维权异常困难。考虑到权利人在每次成功维权背后都付出了大量无功而返的成本,因此立法者允许权利人

获得两倍于许可费的赔偿。<sup>④</sup>惩罚固然需要加重赔偿,但如果看见赔偿加重就以为立法者有惩罚意图,逻辑链条显然不够严密。我们只有将更多的精力投入到澄清各个细分领域中损害赔偿目标的问题上,才能明确运用加重因素的最佳方式。例如在不追求惩罚,只追求补偿和预防的专利法领域,我们应当将导致3倍赔偿的“故意”与逃避追究几率关联起来,这种在目的解释支配下对主观要件的客观化解释能极大提升预防效果,避免预防不足或者预防过度。<sup>⑤</sup>

#### 四、结语

法官对法定赔偿情有独钟,说明法定赔偿蕴含着在法院看来契合知识产权损害赔偿的因素,即巨大的自由裁量空间与稀薄的说理义务。知识产权损害赔偿具有巨大不确定性是无可更改的事实,需要举整个知识产权损害赔偿体系之力加以解决。但由于这一事实在传统上不受重视,导致在实际损失、侵权获利与许可费计算上对当事人要求的举证责任过高,而赋予法院的自由裁量空间过小,导致法院只好将法定赔偿作为处理不确定性的主要工具。应当允许法院在实际损失、侵权获利与许可费计算上享有更大的自由裁量权,充分发展这3种损害赔偿计算方法下的规则细节,务实地把握法官在不同案件中自由裁量权的尺度,深入探讨各个具体知识产权部门法的损害赔偿目标。唯有如此,才能为解决知识产权法定赔偿难题提供符合知识产权损害赔偿本质特点的方案。

#### 注释:

①王迁、谈天、朱翔:《知识产权侵权损害赔偿:问题与反思》,《知识产权》2016年第5期。

②具体而言是3968件案件中3483件,占比87.78%。本比例系根据研究报告的数据计算得出。参见詹映:《中国知识产权合理保护水平研究》,中国政法大学出版社2014年版,第129~130页。

③参见曹建明2005年11月21日在全国法院知识产权审判工作座谈会上的讲话。转引自张春艳:《我国知识产权法定赔偿制度之反思与完善》,《法学杂志》2011年第5期。

④参见詹映:《中国知识产权合理保护水平研究》,中国政

法大学出版社,2014年,第15页。

⑤参见吴汉东:《知识产权损害赔偿的市场价值基础与司法裁判规则》,《中外法学》2016年第6期。

⑥参见王宏军:《知识产权法定赔偿的初始风险》,《知识产权》2015年第8期。

⑦参见李小武:《论专利法中法定赔偿制度的终结》,《电子知识产权》2015年第10期。

⑧参见王迁、谈天、朱翔:《知识产权侵权损害赔偿:问题与反思》,《知识产权》2016年第5期。

⑨参见黄学里、李建星:《理性的量化:知识产权法定赔偿之恪守与超越——基于310份案例之SPSS统计分析》,《建设公平正义社会与刑事法律适用问题研究——全国法院第24届学术讨论会获奖论文集》(上册),最高人民法院2012年版,第514~518页。

⑩参见唐力、谷俊杰:《论知识产权诉讼中损害赔偿数额的确定》,《法学评论》2014年第2期。

⑪参见唐力、谷俊杰:《论知识产权诉讼中损害赔偿数额的确定》,《法学评论》2014年第2期。

⑫在德国,学界一致认为假设差额说作为损害概念的中心类别,是不能被放弃的。商业化思想或者规范损害最多只是假设差额说的局部修补。Vgl. Heinrichs in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., 2008, Beck, Vor § 249Rn. 11-13.

⑬Vgl. Heinrichs in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., 2008, Beck, Vor § 249Rn. 9-10.

⑭参见李承亮:《损害赔偿与民事责任》,《法学研究》2009年第3期。

⑮在知识产权领域,被告过错程度一直是法官计算损害赔偿时考虑的因素,尽管这与填平原则并不完全吻合。参见《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21条,《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律问题的解释》第16条第2款,《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律问题的解释》第25条第2款。

⑯See Ronald Coase, The Problem of Social Cost, 3The Journal of Law & Economics 1, 2(1960).

⑰See Wendy Gordon, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors, 82 Columbia Law Review, 1600(1982).

⑱参见崔国斌:《论网络服务商版权内容过滤义务》,《中国法学》2017年第2期。

①⑨参见北京市朝阳区人民法院(2014)朝民(知)初字第40334号民事判决书。

②⑩参见北京知识产权法院(2016)京73民终143号民事判决书。

③⑪参见上海知识产权法院(2015)沪知民终字第730号民事判决书。

④⑫Vgl. Heinrichs in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., 2008, Beck, Vor § 249Rn. 5.

⑤⑬[美]赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社2009年版,第714页。

⑥⑭See Guido Calabresi, Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, 85Harvard Law Review 1089, 1092-1110(1972).

⑦⑮[美]蒂莫西·泰勒:《斯坦福极简经济学》,湖南人民出版社2015年版,第14页。

⑧⑯See Guido Calabresi, Douglas Melamed, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, 85Harvard Law Review, 1089-1093(1972).

⑰⑲参见[美]曼昆:《经济学原理(微观经济学分册)》,梁小民、梁砾译,北京大学出版社2012年版,第223页。

⑱⑳See Kenneth Arrow, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors, A Report of the National Bureau of Economic Research, Princeton University Press, 1962, p. 617.

㉑㉒[美]曼昆:《经济学原理(微观经济学分册)》,梁小民、梁砾译,北京大学出版社2012年版,第228页。

㉓㉔参见王迁、谈天、朱翔:《知识产权侵权损害赔偿:问题与反思》,《知识产权》2016年第5期。

㉕㉖《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20条。

㉗㉘参见徐小奔:《专利侵权获利赔偿中因果关系的认定》,《法律科学》2018年第4期。

㉙㉚Vgl. Dreier/Specht in Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl., C. H. Beck, 2015, § 97, Rn. 61.

㉛㉜Vgl. RGZ 35, 63ff.-Aristion.

㉝㉞Vgl. Wild in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht Kommentar, 4. Aufl., C. H. Beck, 2010, § 97Rn. 145.

㉟㊱Vgl. Dreier/Specht in Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl., C.

H. Beck, 2015, § 97, Rn. 61.

㊲㊳李永明:《知识产权侵权损害法定赔偿研究》,《中国法学》2002年第5期。

㊴㊵参见陈志兴:《专利侵权诉讼中法定赔偿的适用》,《知识产权》2017年第4期。此外,《长沙市中级人民法院知识产权民事案件损害赔偿判定情况》也显示:“原告直接要求适用法定赔偿的占98%”。<http://www.chinaipmagazine.com/journal-catalog.asp?123-16.html>, 2017-11-10.

㊶㊷[美]曼昆:《经济学原理(微观经济学分册)》,梁小民、梁砾译,北京大学出版社2012年版,第6页。

㊸㊹参见[美]斯蒂格利茨:《经济学(第二版)》(上册),黎小民、黄险峰译,中国人民大学出版社2000年版,第41~42页。

㊺㊻法院在处理涉及非实施主体的纠纷时,更是只能依据合理许可费确定损害赔偿,因此在所有专利纠纷中适用合理许可费标准的比例,应当比61%更高。See PWC, 2017Patent Litigation Study, P11. <https://www.pwc.com/us/en/forensic-services/publications/assets/2017-patent-litigation-study.pdf>, 2017-12-19日。

㊼㊽Vgl. Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl., C. H. Beck, 2015, § 97, Rn. 61.

㊾㊿参见李明德:《关于知识产权损害赔偿的几点思考》,《知识产权》2016年第5期。

㋀㋁参见北京市第三中级人民法院(2014)三中民初字第07916号民事判决书。

㋂㋃参见吕甲木:《知识产权法中的利益平衡机制——以知识产权法定赔偿制度为视角》,载《中华全国律师协会知识产权专业委员会暨中国律师知识产权高层论坛论文集》2009年版,第249~252页。

㋄㋅See Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp., United States District Court, S. D. New York, 1970., 318F. Supp. 1116, 166U. S. P. Q. 235., modified, 446F. 2d295, 170U. S. P. Q. 369., cert. Denied, 404U. S. 870(1971).

㋆㋇参见蒋舸:《著作权法与专利法中“惩罚性赔偿”之非惩罚性》,《法学研究》2015年第6期。

㋈㋉李秀芬、赵龙:《中德著作权损害赔偿之比较法研究》,《华南理工大学学报(社会科学版)》2017年第4期。

㋊㋋Vgl. Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl., C. H. Beck, 2015, § 97, Rn. 71.

㋌㋍参见蒋舸:《著作权法与专利法中“惩罚性赔偿”之非惩罚性》,《法学研究》2015年第6期。