

知识产权惩罚性赔偿的 类型化适用与风险避免

——基于国际知识产权规则的视角

刘银良*

内容提要：惩罚性赔偿制度的目的在于通过惩罚既往侵权行为而威慑未来侵权行为，其前提包括权利的确定性、侵权判断可行和过度威慑的消极影响小。知识产权的不确定性决定了它与惩罚性赔偿有着根本冲突，难以全面适用惩罚性赔偿制度。从惩罚性赔偿制度的前提和侵权行为的道德可责性出发，可对知识产权惩罚性赔偿进行类型化适用，恶意知识产权侵权行为或可适用惩罚性赔偿，一般知识产权侵权行为则难以适用。在国际知识产权规则下，既要保护知识产权，又要为正当竞争保留合理空间，知识产权与竞争的平衡才可产生最优的创新激励效果。知识产权惩罚性赔偿可能造成过度威慑，打破知识产权与竞争的平衡，妨碍知识产权法基本目标的实现。类型化适用有利于降低或避免知识产权惩罚性赔偿的制度风险。

关键词：知识产权 惩罚性赔偿 加重赔偿 恶意侵权 过度威慑

随着我国民法典明确规定知识产权惩罚性赔偿以及反不正当竞争法、商标法、专利法和著作权法的最新修正案次第作出关于惩罚性赔偿的规定，我国知识产权惩罚性赔偿制度得以正式建立。^{〔1〕}此前，种子法已对侵犯植物新品种权的行为规定了惩罚性赔偿。^{〔2〕}从法律规范角度看，我国知识产权惩罚性赔偿范围广泛，不仅直接覆盖专利、著作权、商标、商业秘密和植物新品种，还可通过民法典的规定及其解释延伸至其他知识产权。^{〔3〕}依据各知识产权专门法，惩罚性赔偿最高可为补偿性赔偿的5倍。此外还有针对知识产权侵权行为不断增强的行政责任和刑事责任。^{〔4〕}根据最高人民法院的解释，民事责任中的惩罚性赔偿与行政罚款和刑事罚金

* 北京大学法学院教授。

〔1〕 参见民法典第1185条；反不正当竞争法（2019）第17条；商标法（2019）第63条；专利法（2020）第71条；著作权法（2020）第54条。

〔2〕 参见种子法（2015）第73条。

〔3〕 参见民法典第1185条、第123条。

〔4〕 参见著作权法（2020）第53条；刑法修正案（十一）（2020）第17-24条。

可以叠加适用。^{〔5〕}这在司法实践中已有体现。^{〔6〕}

我国法学界对知识产权惩罚性赔偿已有不少深入研究,^{〔7〕}然而对知识产权惩罚性赔偿的审视远未完成,包括探析其法理基础、分析其适用规则及相应的风险。知识产权惩罚性赔偿是把惩罚性赔偿制度纳入知识产权制度,涉及的基础问题包括:惩罚性赔偿的前提是什么,知识产权能否满足其前提条件?知识产权与惩罚性赔偿之间有无价值冲突?如何适用知识产权惩罚性赔偿才能规避可能的风险?不厘清这些基本问题,仅关注既有法律规范的适用性解释,可能难以认识该制度的内在问题及其影响。只有以宏观的视野,结合知识产权法的目标和国际知识产权规则,认清知识产权惩罚性赔偿的可能风险,才可能完善其法律规范的适用,避免或降低可能的消极影响。

一、国际知识产权规则下的立法目标与权利性质

国际知识产权规则源自《巴黎公约》、《伯尔尼公约》和 TRIPS 协议等国际知识产权条约,是国内知识产权制度需遵守的规则。这不仅是出于缔约方(或 WTO 成员)的国际法义务,更是因为国际知识产权规则体现了知识产权制度的经验理性。在当今国际知识产权条约框架下,国际知识产权规则主要包括以下各项:(1)知识产权是私权;^{〔8〕}(2)知识产权法定,其涵义是指知识产权需由缔约方的国内法规定;^{〔9〕}(3)知识产权的独立保护,这是知识产权地域性的体现,其中包括缔约方可在其立法与法律实施中自由决定合适的保护方式;^{〔10〕}(4)最低保护标准,其涵义是指缔约方需保证满足知识产权条约规定的最低标准,在此基础上缔约方可以规定更高的保护,但不得与条约的规定相冲突;^{〔11〕}(5)权利与义务相平衡,该规则为 TRIPS 特别强调,意指知识产权保护需顾及正当竞争者和消费者的利益,其中包括公共利益。^{〔12〕}此外,还有知识产权国际保护中的国民待遇、优先权、最惠国待遇等原则或规则。^{〔13〕}国际知识产权规则构成国际知识产权条约的基础框架,也为缔约方的知识产权制度构筑了国际法基础。

(一) 知识产权法的目标

在论证知识产权制度的合理性时,知识产权法的目标是不能忽略的要素。TRIPS 是经由发达国家与发展中国家谈判多年达成的法律文本,考虑了多方权利与义务的平衡。^{〔14〕}根据 TRIPS 的“目标”条款,知识产权法不仅需要通过保护知识产权激励技术创新,也需有助于技

〔5〕《最高人民法院关于审理侵害知识产权民事案件适用惩罚性赔偿的解释》(法释〔2021〕4号)第6条第2款规定:“因同一侵权行为已经被处以行政处罚或者刑事罚金且执行完毕,被告主张减免惩罚性赔偿责任的,人民法院不予支持,但在确定前款所称倍数时可以综合考虑。”

〔6〕参见香奈儿股份有限公司与李昌富等侵害商标权纠纷上诉案,上海知识产权法院(2016)沪73民终262号民事判决书。

〔7〕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,第80页以下。

〔8〕See TRIPS, “Preamble”.

〔9〕参见刘银良:《著作权兜底条款的是非与选择》,《法学》2019年第11期,第125页以下。

〔10〕See TRIPS, Articles 1.1, 41.5.

〔11〕See Berne Convention, Articles 19, 20; TRIPS, Article 1.1.

〔12〕See TRIPS, Articles 7, 8.

〔13〕See Paris Convention, Articles 2, 4; TRIPS, Articles 3, 4.

〔14〕See Jayashree Watal, *From Punta Del Este to Doha and Beyond: Lessons from the TRIPS Negotiating Processes*, 3 (1) The WIPO Journal 24-35 (2011).

术转移和传播,借此维护知识创新者与使用者的共同利益以及权利与义务的平衡,基本目标则是促进社会和经济福利增长。^[15] WTO的《多哈宣言》表明,依据国际公法的传统解释规则,TRIPS各条款皆应根据该协议的“目标”和“原则”条款进行解释。^[16]这意味着,TRIPS的解释应受到其“目标”条款的约束与指引,并不得与之冲突。TRIPS规定的知识产权目标因此构成国际知识产权规则的基础,其本身也属于国际知识产权规则的必要组成部分。我国专利法、著作权法、商标法、反不正当竞争法的第1条分别规定了各自的立法目标,它们与TRIPS规定的目标实质一致,后者可用于阐述我国知识产权法的一般立法目标。

可把TRIPS规定的目标分为逐层递进的三重目标,其中,直接目标是保护知识产权,中间目标是激励知识的创新、转移和使用,基本目标是促进社会与经济福利增长或称社会与经济发展。直接目标服务于中间目标,中间目标又服务于基本目标。能否促进实现基本目标,是衡量知识产权保护是否合理的标准。该基本目标不仅是知识产权法的概括性目标,也是各知识产权专门法的目标。人们通常对知识产权法激励创新的目标比较熟悉,然而它仅属知识产权法促进知识创新、传播与使用的部分中间目标,且需服务于促进社会与经济发展的基本目标。知识的创新者享有的知识产权可保证其对市场的独占,并可促进知识的传播和使用,使社会与经济得以发展。该过程既实现了知识产权法的多重目标,也体现了知识产权制度的运行机制。

三重目标对于知识产权制度的重要性及其法理基础有所不同。直接目标是中间目标的促进措施,中间目标又是基本目标的促进措施,各重目标之间的递进关系体现了知识产权制度的基本逻辑。无论是保护知识产权的直接目标还是促进知识创新、传播和使用的中间目标,皆属实现基本目标的工具性措施。保护知识产权仅是手段,促进社会 and 经济发展才是最终目的。手段服务于目的,知识产权保护需要能够促进社会 and 经济发展,并且该基本目标亦可反过来限制或制约知识产权。^[17]知识产权的正当性仅以能够有效激励知识创新、传播和使用为限,这是其正当性基础,知识产权的合理范围最终应以促进实现其基本目标为限。

(二) 知识产权的性质

根据国际知识产权规则包括知识产权法的目标,可进一步分析知识产权的性质。它们也是理解知识产权制度和探析知识产权惩罚性赔偿的基础。

第一,知识产权是私权。这既是国际知识产权规则,也是知识产权的基本性质。私权属性涵义丰富。知识产权的主体是私人主体(自然人、法人或非法人组织),是地位平等的市场主体。知识产权或其被侵犯一般仅涉及私人利益,不涉及公共利益。知识产权的获得、使用、保护等事务仅由私人主体启动或决定,他们享有相应的权利,并承担相应的义务与成本。私人主体的权利或决定亦不受非法干预。

第二,知识产权是市场垄断权。虽然知识产权通常被称为无形财产权,但在本质上仅属市场垄断权,旨在维护权利人就其发明、作品等知识产品所享有的相对垄断地位(因为有例外或限制),使权利人能够通过经营(包括许可)知识产品获得市场收益。此即知识产权激励创新的机制。知识产权的市场垄断权性质,既提示知识产权侵权行为未必一概有道德可谴责性

[15] See TRIPS, Article 7 “Objectives”.

[16] See WTO, *Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/MIN(01)/DEC/2, para. 5(a), 20 November 2001.

[17] See L. Ray Patterson and Stanley W. Lindberg, *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights*, Athens: The University of Georgia Press, 1991, p. 194.

(同时侵犯公共利益的除外), 又提示知识产权侵权后果的可救济性。

第三, 知识产权具有工具性和有限性。知识产权仅是为实现知识产权法基本目标而设置的权利, 其正当性源自能够激励知识创新、传播和使用进而促进社会与经济发展, 因而具有工具性与有限性。^[18] 知识产权法在保护知识产权的同时也应为正当竞争保留合理空间。无论是保护知识产权还是鼓励正当竞争, 目的皆是激励创新进而促进社会 and 经济发展。维护正当竞争者的利益, 亦能够制约知识产权权利人对其创新知识的垄断性控制。

第四, 知识产权具有内在不确定性。这源自多种具有不确定性的因素及其判定, 包括是否属可保护主题、权利的有效性(专利等工业产权可被宣告无效)、权利的范围、是否构成侵权(包括作品实质相似和专利等同侵权等判断)、是否属侵权例外等。专利权由此被称为“或然性财产权”。^[19] 知识产权的内在不确定性源自知识产权制度本身, 难以被根本克服。相应地, 知识产权是否存在及是否被侵犯, 一般要等到法院判决才能最终确定。^[20] 知识产权因此被称为诉讼中的权利。^[21] 知识产权的内在不确定性与物权或人格权的确定性形成对比, 也与其能否适用惩罚性赔偿密切相关。

第五, 知识产权侵权具有可救济性。知识产权的工具性和有限性决定了一般知识产权侵权行为具有较低的道德可谴责性, 而其市场垄断权性质又让知识产权侵权具有较高的可救济性。知识产权侵权后果主要体现为知识产权所保障的市场垄断状态的削弱, 因此法院责令侵权人停止侵权, 就可对市场垄断权予以救济, 使其恢复至没有被侵犯的状态。对于知识产权而言, 这是最重要的侵权救济, 权利人在侵权期间的损失可通过侵权赔偿予以救济。TRIPS 以及我国知识产权法规定了多种侵权赔偿计算方法, 包括权利人的损失、侵权人的违法获利、参照许可费或诉诸法定赔偿。^[22] 基于知识产权的工具性, 知识产权的侵权赔偿也仅具有工具性, 应以恢复或救济该知识产权的相对市场垄断为限, 而不应超越该目标, 尤其不能妨碍知识产权法基本目标的实现。

第六, 知识产权侵权仅具有有限的可威慑性。虽然知识产权侵权会干扰或削弱知识产权的创新激励功能, 但是希望通过法律威慑而使侵权现象完全消失也不现实。与针对侵犯其他民事权利行为的责任措施相比, 对知识产权侵权行为更不应该采取过度威慑策略, 因为它可能产生更为不利的后果。能够威慑知识产权侵权的法律措施, 也很可能阻断知识的创新、传播和使用。莱西格曾说, 如果创新不断受到不确定的和无限的法律责任的制约, 人类的创新和创造力将显著下降。^[23] 作为威慑手段的法律责任的设置, 除可能威慑侵权行为的发生外, 还可能导致过度威慑, 继而丧失其合理性。^[24] 知识产权侵权威慑措施的设置仅应以能够激励知识的创新、传播和使用为限, 而不能损及知识产权法的基本目标。相应地, 惩罚或威慑知识产

[18] 参见前引[9], 刘银良文, 第128页以下。

[19] M. A. Lemley and C. Shapiro, *Probabilistic Patents*, 19 (2) J. Econ. Pers. 75, 95 (2005); Sivaramjani Thambisetty, *Patents as Credence Goods*, 27 (4) Oxford J. Legal Stud. 707, 709-711 (2007).

[20] 参见徐聪颖:《知识产权惩罚性赔偿的功能认知与效用选择——从我国商标权领域的司法判赔实践说起》,《湖北社会科学》2018年第7期,第155页。

[21] 参见郑成思:《知识产权法》,法律出版社2003年版,第353页。

[22] See TRIPS, Article 45; 专利法(2020)第71条; 商标法(2019)第63条; 著作权法(2020)第54条。

[23] See Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity* 192 (2004), cited in: Stephanie Berg, *Remedying the Statutory Damages Remedy for Secondary Copyright Infringement Liability: Balancing Copyright and Innovation in the Digital Age*, 56 J. Copyright Soc'y U. S. A. 265, 315 (2009).

[24] See Mark Lemley & Ragesh Tangri, *Ending Patent Law's Willfulness Game*, 18 Berkeley Tech. L. J. 1085, 1122-1124 (2003).

权侵权行为的法律责任也应以促进实现知识产权法的基本目标为限，并非越严厉越好。国际知识产权规则亦规定，知识产权侵权赔偿以填平权利人的损失为准，其中包括要求侵权人返还不当得利。^[25] 大陆法系国家的知识产权法基本以填平原则为知识产权损害赔偿的基础，追求的救济效果是使权利人的利益恢复至侵权行为发生前的状态，这已经能够对知识产权侵权产生有效阻却。^[26]

二、惩罚性赔偿的前提及其在知识产权领域的缺失

（一）惩罚性赔偿的前提

当前，惩罚性赔偿制度主要在英美法系尤其是美国适用，大陆法系国家对其基本不予认可。即使在美国，惩罚性赔偿也不是在所有侵权领域皆适用，在州法与联邦法律层面皆然。^[27] 美国联邦最高法院认为，惩罚性赔偿属于刑事责任，表达的是对严重不法行为的道德谴责。^[28] 德国联邦最高法院认为，现代德国法明确区分民法和刑法，民法中的赔偿仅限于赔偿原告，可能导致原告获利和惩罚被告的赔偿已被废除。^[29]

关于惩罚性赔偿，研究者列出惩罚、威慑、补偿、促进私人执法等多项功能。^[30] 笔者认为，在民事救济体系下，作为与补偿性赔偿相并列的制度，惩罚性赔偿的主要功能在于惩罚和威慑，即通过惩罚既往行为威慑未来行为。^[31] 惩罚是针对被告的严重不法行为表达的“社会愤慨”，目的是使被告承担其加害行为的不利后果，体现的是报应正义而非矫正正义。^[32] 威慑是防范未来，是针对未来行为的吓阻，旨在阻止人们（包括被告）在未来从事相同或类似行为，进而维护原告或他人的权利、法律的权威和社会安全。

惩罚的合理性以被惩罚行为的道德可责性为基础。道德可责性通常意味着社会危害性。美国联邦最高法院曾界定了惩罚性赔偿的判断标准，其中最重要的因素就是被告行为的可责性。^[33] 惩罚性赔偿的法律规范具有公法性质，属公法对私法领域的侵入，因此除非用于维护公共利益，否则无法论证其合理性。^[34] 惩罚亦需有合理的界限，需要与行为的可责性或社会危害性相对应，超出界限可能导致惩罚过当，给被惩罚者带来不公。美国联邦最高法院指出，惩罚性赔偿一旦超过合理的界限，就不再有合法目的，而属于任意剥夺他人合法财产及利益的违法行为。^[35]

[25] See TRIPS, Article 45.

[26] 参见冯术杰、夏晔：《警惕惩罚性赔偿在知识产权法领域的泛用——以商标法及其实践为例》，《知识产权》2018年第2期，第43页。

[27] See *Exxon v. Baker*, 554 U. S. 471, 495 – 512 (2008).

[28] See *Cooper v. Leatherman*, 532 U. S. 424, 432 (2001).

[29] See Volker Behr, *Punitive Damages in American and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts*, 78 Chi. -Kent L. Rev. 105, 157 – 158 (2003).

[30] 参见王利明：《惩罚性赔偿研究》，《中国社会科学》2000年第4期，第115页以下；前引〔20〕，徐聪颖文，第150页以下。

[31] 参见前引〔29〕，Behr文，第120页；*Cooper v. Leatherman*, 532 U. S. 424, 432 (2001)。

[32] See Cass R. Sunstein, Daniel Kahnemann & David Schkade, *Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 Yale L. J. 2071, 2074 (1998)；前引〔20〕，徐聪颖文，第151页。

[33] See *BMW v. Gore*, 517 U. S. 559, 575 (1996).

[34] 参见尹志强：《我国民事法律中是否需要导入惩罚性赔偿制度》，《法学杂志》2006年第3期，第76页以下。

[35] See *State Farm v. Campbell*, 538 U. S. 408, 417 (2003).

美国通过宪法上的正当程序条款保障被告的权利或利益。^[36] 法院需要审视被告行为的社会危害性与惩罚的严厉性之间的关系, 以免出现与被告行为的可责性完全不合比例的“极度过分”的处罚。^[37] 这体现了过罚相当原则。

从美国法律实践看, 惩罚性赔偿多存在于产品责任、环境责任、保险及合同责任等领域, 在联邦和州的立法与司法实践中皆存在, 且在州法层面具有多样性。^[38] 除其历史演变外, 我国法学界多关注惩罚性赔偿法律规范的构建、解释、适用及其功能研究。^[39] 然而, 研究者却多忽略了对它所维护的权的性质以及过度威慑后果的分析, 因此未能认识到该制度的前提与基础, 难以从整体上把握该制度。作为介于民事与刑事之间的法律责任, 惩罚性赔偿的设置与实施需满足必要的前提。从美国在侵权领域的惩罚性赔偿的司法实践看, 其所维护的权利主要是生命权、身体权、健康权等人格权以及环境权等。通过分析这些权的性质以及美国的司法实践, 笔者认为, 惩罚性赔偿的设置需要考虑它所维护的权的确定性、侵权判断的可行性和它可能导致的过度威慑的消极影响小这三个前提条件。

第一, 权的确定性。如上述, 美国的惩罚性赔偿所维护的权主要包括生命权、身体权、健康权等人格权以及环境权等。这些权皆具有确定性, 边界清晰, 且一般不涉及与其他权(尤其是被告的正当权)的冲突, 也不会被挑战并被宣告无效。惩罚性赔偿制度所维护的权具有确定性, 是该制度最为基础的前提条件, 决定着该制度的合理性基础。如果惩罚性赔偿所维护的权没有确定性, 尤其可能与被告的正当权相冲突, 那么过度的惩罚或威慑措施就可能反过来损及被告的正当权或利益, 产生不合理乃至不公平的后果。

第二, 侵权判断的可行性。如果权本身具有确定性, 边界清晰, 那么无论事先还是事后作出侵权判断皆较为容易可行, 较少存在介于侵权与不侵权之间从而难以判断的情形, 权利人、侵权人或潜在侵权人容易判断相关行为是否构成侵权。较为分明的侵权判断亦有助于判断行为人是否具有侵权故意, 讨论惩罚性赔偿法律规范的一般构成要件如“侵权故意”才有意义, 惩罚性赔偿才可能有效威慑相应的侵权行为。侵权判断的可行性是惩罚性赔偿制度具有可行性与有效性的前提。

第三, 过度威慑可能产生的消极影响小。与过度惩罚的影响仅涉及个案相比, 过度威慑可能产生广泛的社会影响。因此, 威慑的合理性更值得关注。美国联邦最高法院认为, 惩罚性赔偿是以惩罚作为掩护, 目标在于威慑。^[40] 在合理的惩罚性赔偿制度下(需满足权的确定性与侵权判定的可行性等条件), 即使可能产生过度威慑, 一般也不会损及公共利益或被控侵权人的合法权, 因而不会阻碍相关立法目标的实现。例如, 食品安全领域的惩罚性赔偿一般不会违背食品安全法之立法目的, 人们也无需担心过度威慑的不利后果。^[41]

以上三方面构成惩罚性赔偿制度的前提, 影响着惩罚性赔偿的可行性与正当性。在惩罚性赔偿制度的前提条件得到满足之后, 才有必要考虑惩罚性赔偿法律规范如何设置及适用。其

[36] 参见前引〔29〕, Behr文, 第157页以下。

[37] See *BMW v. Gore*, 517 U. S. 559, 574-575 (1996).

[38] See *Exxon v. Baker*, 554 U. S. 471, 495-512 (2008).

[39] 参见王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,《比较法研究》2003年第5期,第1页以下;前引〔30〕,王利明文,第112页以下。

[40] See *Exxon v. Baker*, 554 U. S. 471, 493-494 (2008).

[41] 参见前引〔7〕,蒋舸文,第81页,注释8。

中，惩罚性赔偿所维护的权利具有确定性，是设置与适用惩罚性赔偿的必要且重要的前提条件，它决定着惩罚性赔偿的合理性，也是其他两个条件的基础，影响乃至决定了是否可以设置与实施惩罚性赔偿制度。在此基础上，惩罚性赔偿的法律规范一般要求侵权人具有侵权故意（或恶意），它是侵权行为具有道德可责性的基础，也是惩罚性赔偿规范不可或缺的要件。

（二）知识产权领域缺乏适用惩罚性赔偿的必要前提

可根据惩罚性赔偿制度的前提探析其能否适用于知识产权领域。

首先，知识产权不具有确定性。知识产权虽然是一种重要的无形财产权或市场垄断权，但权利的存续不稳定，权利的边界不清晰。专利、商标等工业产权可被宣告无效，并且在一般情形下，无论专利权、著作权还是其他知识产权，其权利边界皆不清晰，需在个案中予以界定。这与具有确定性的人格权或物权等形成鲜明对比。缺乏稳定性和确定性的权利，即使其本身较为重要，也难有适用惩罚性赔偿的前提基础。

其次，知识产权侵权判断困难且不确定。这与知识产权的内在不确定性直接相关。在权利边界不清晰的情形下，相关行为是否构成侵权难以得到清晰认定或事先确定，只有等到法院判决才可最终确定。相应地，也难以确认或事先认定行为人是否具有侵权故意，惩罚性赔偿法律规范中的“侵权故意”要件较难满足。知识产权惩罚性赔偿因而难以得到全面实施，相应的侵权行为也难以被有效威慑，知识产权惩罚性赔偿制度的可行性与有效性难以得到保障。

再次，知识产权惩罚性赔偿导致过度威慑的消极影响较大。基于知识产权及其侵权判断的内在不确定性，在较为严厉的惩罚性赔偿的威慑下，竞争者或跟随创新者为了规避被诉侵权并承担惩罚性赔偿责任，可能主动避开处于侵权与不侵权之间甚至不侵权的竞争行为乃至创新行为，这是过度威慑导致的不良效果。就其整体效果来说，知识产权惩罚性赔偿可能阻吓竞争者或创新者从事正当竞争或创新活动，妨碍竞争者实现其正当竞争或创新的权利或利益，并导致广泛的寒蝉效应，制约技术进步和产业发展。过度威慑及其消极影响损及知识产权惩罚性赔偿的合理性。

概言之，根据惩罚性赔偿的前提与基础逻辑，即使知识产权是现代社会的权利，由于它难有清晰的权利边界，侵权判断较为困难，且过度威慑可能损及竞争者或创新者的正当权利或利益，因此惩罚性赔偿与知识产权制度的结合可能妨碍知识产权法基本目标的实现。知识产权惩罚性赔偿的整体合理性难以得到充分论证，知识产权的不确定性决定了它难以全面吸纳惩罚性赔偿制度。研究者不应仅关注知识产权惩罚性赔偿法律规范要件的解释，而忽略其前提条件是否成立以及该制度有无合理性与可行性基础。基于惩罚性赔偿制度的前提要求，研究者亦不应该用美国在产品或环境责任领域的惩罚性赔偿经验来论证知识产权惩罚性赔偿的合理性。在比较法意义上，研究者仅可借鉴美国知识产权惩罚性赔偿的经验或教训。然而，在美国知识产权法律制度中并无普遍的惩罚性赔偿规定，如其商标法和版权法仅在侵权赔偿的法定赔偿部分规定了惩罚性赔偿。^[42] 美国专利法虽然针对故意侵犯专利权的行为规定了加重赔偿，但却导致其专利制度存在严重缺陷，^[43] 下文将对此详细展开。

有研究者认为，我国引入知识产权惩罚性赔偿具有充分理由，包括知识产权的无形性、实际损害难以确定、难以恢复原状、可激励知识产权许可等。^[44] 然而，这些理由均难以成立。第一，知识产权的客体虽然具有无形性，但它通常固定在有形载体上，成为市场流通的产品或

[42] See 15 U. S. C. 1117(c); 17 U. S. C. 504 (c).

[43] See 35 U. S. C. 284; Mark A. Lemley, *Ignoring Patents*, 2008 Mich. St. L. Rev. 19, 33-34 (2008).

[44] 参见王利明：《论我国民法典中侵害知识产权惩罚性赔偿的规则》，《政治与法律》2019年第8期，第96页以下。

通过电视、互联网传播的节目或信号。随着载体产品或节目的广泛流通或传播,侵权行为要做到不被发现,较为困难。第二,关于权利人的实际损害,既然知识产权被固定在有形载体或传播信号上,那么相关产品或播放的市场价格及销量就可用于计算相应的损失或侵权获利。尤为根本者,举证难并不能论证或者转化为侵权行为的道德可责性或社会危害性,否则不仅不能保证公平的救济,反倒可能带来更大的不公平和低效率。第三,知识产权一旦被侵害将难以恢复原状的理由,也基本不成立。知识产权属市场垄断权,一般仅涉及市场利益,在能够充分举证的情形下,权利人一般可获得禁令救济,并通过补偿性赔偿填平其损失,从而使其权利的垄断性“原状”得以恢复(商业秘密可能属例外)。第四,虽然从竞争者角度看,惩罚性赔偿可能在一定程度上激励知识产权许可,但它却同时可能导致权利人的不当优势地位,权利人甚至可能等对方侵权后再通过诉讼获得高倍惩罚性赔偿。因此,上述理由均难以论证知识产权惩罚性赔偿的合理性。研究者主张的另一项理由是它能够促进私人执法,激励权利人针对侵权行为提起诉讼。^[45]然而,权利人是否提起侵权之诉基本属市场行为,包括对可能的胜诉所导致的获益与其可能需要付出的成本的权衡,而未需要法律的额外激励。并且,知识产权惩罚性赔偿本身亦可能诱导权利人滥用诉权,产生垄断和限制竞争的效果。^[46]

三、知识产权惩罚性赔偿的类型化适用与合理性辨析

虽然从制度内在构成来看,知识产权惩罚性赔偿缺乏整体合理性,但在我国民法典及各知识产权专门法对惩罚性赔偿已经作出全面规定的情形下,亦有必要探析如何保证相关法律规范得到合理适用,以避免可能的滥用及其消极后果。

根据民法典和各知识产权专门法基本一致的规定,故意(或恶意)侵权且情节严重的知识产权侵权行为,可能需要承担惩罚性赔偿责任。^[47]对于多样化的知识产权侵权行为来说,从能否以及如何适用惩罚性赔偿的角度对其进行类型化,并以此引导知识产权惩罚性赔偿的理性适用,是合理且可行的做法。如上所述,惩罚性赔偿制度的前提是权利具有确定性、侵权判定可行且过度威慑的消极影响小,而另一方面,惩罚性赔偿的适用需以侵权行为具有道德可责性为法理基础。制度前提和法理基础两方面可决定知识产权惩罚性赔偿的可适用性。笔者认为,从知识产权惩罚性赔偿的可适用性角度出发,可把知识产权侵权行为分为恶意侵权行为和一般侵权行为两类:前者满足惩罚性赔偿制度的前提和道德可责性基础,或可适用惩罚性赔偿;后者则难以满足制度的前提和道德可责性基础,难以适用惩罚性赔偿。

(一) 恶意知识产权侵权行为

现实中确实存在具有道德可责性或社会危害性的恶意侵犯知识产权的行为。TRIPS协议规定,WTO成员应当对故意从事商业规模的商标假冒或版权盗版行为规定刑事程序和处罚,并且可以针对故意从事商业规模的侵犯其他知识产权的行为规定刑事处罚。刑事处罚包括足以产生威慑效果的监禁和(或)罚金,它们应与适用于同等严重的犯罪的处罚水平相一

[45] 参见前引[30],王利明文,第116页。

[46] 参见李晓秋:《专利侵权惩罚性赔偿制度:引入抑或摒弃》,《法商研究》2013年第4期,第143页;前引[20],徐聪颖文,第152页。

[47] 参见民法典第1185条;专利法(2020)第71条;著作权法(2020)第54条;商标法(2019)第63条;反不正当竞争法(2019)第17条。

致。^[48]这意味着，为 TRIPS 所认可的具有道德可责性的侵权行为主要包括故意实施商业规模的商标假冒行为和版权盗版行为等。当然，WTO 成员亦可认为故意实施商业规模的其他知识产权侵权行为也具有道德可责性。从法律文本上看，具有道德可责性的知识产权侵权行为需要具备“故意（侵权）”和“商业规模”两个要件。这些行为除了侵害权利人的商标权或著作权外，还侵害了众多消费者的利益等公共利益（尤其是商标假冒行为），这构成其道德可责性的基础。^[49]从维护公共利益的角度出发，可认定故意实施商业规模的商标假冒、盗版和（互联网）盗播等行为属于恶意侵权行为。

与 TRIPS 的规定相对应，为维护公共利益，除民事责任外，我国商标法、著作权法和反不正当竞争法等为多种恶意侵犯知识产权的行为规定了行政责任乃至刑事责任。^[50]这些知识产权侵权行为基本是故意甚至恶意而为，具有明显的道德可责性，可以支持论证惩罚性赔偿的合理性。相应地，我国商标法和反不正当竞争法皆明确规定，惩罚性赔偿针对的是“恶意”侵犯商标专用权或商业秘密的行为。^[51]另一方面，对这些恶意侵权行为适用惩罚性赔偿，又可满足权利的确定性、侵权判断的可行性和过度威慑的消极影响小这些制度前提条件。两方面因素的结合，或可支持论证针对恶意知识产权侵权行为规定惩罚性赔偿的合理性。

申言之，在 TRIPS 协议和我国知识产权法框架下，恶意侵犯知识产权的行为主要包括假冒注册商标、作品盗版或盗播、窃取商业秘密等行为。假冒注册商标的侵权行为基本是原样复制或使用权利人的注册商标，涉及注册商标权中的使用（专用）权；对作品的盗版或盗播行为，主要侵犯著作权人的复制权、发行权或传播权等；涉及商业秘密的侵权行为基本是非法获取、披露或使用他人的商业秘密。这些恶意知识产权侵权行为所涉知识产权的权利边界都较为清晰，侵权判断可行，且容易认定侵权人的主观故意乃至恶意。这些侵权行为也可能对权利人的知识产权市场构成直接替代，其经济或社会影响较大。从惩罚性赔偿的前提出发，可以认为恶意侵权行为有更为充分的理由受到惩罚性赔偿的惩罚与威慑。

但是，惩罚性赔偿亦需受到过罚相当原则的约束，即惩罚性赔偿应与侵权行为的道德可责性相当。国际知识产权条约在规定较为严厉的处罚措施时，一般都同时规定比例原则等加以制约。如 TRIPS 第 46 条在规定为威慑知识产权侵权从而需要把侵权货物移出商业渠道或予以销毁时，要求考虑侵权行为的严重性、其与处罚措施之间的比例以及第三方的利益。第 61 条在规定为威慑商业规模的商标假冒和版权盗版行为施加刑事责任时，亦明确规定了刑罚水平需要与犯罪严重性相一致的罪罚相当原则。^[52]然而，在我国知识产权惩罚性赔偿体系下，却没有明确的制约规则。针对涉及公共利益的恶意侵犯知识产权的行为，除民事责任中的惩罚性赔偿外，还有行政责任和刑事责任（包括罚金），且行政罚款、刑事罚金和惩罚性赔偿可以叠加适用。^[53]与我国各知识产权法规定的刑事责任相对应，刑法针对恶意或严重侵犯知识产权的行为规定了多种犯罪，包括针对假冒注册商标等行为的三种犯罪、针对假冒专利行为的一种犯罪、针对作品盗版或盗播等行为的两种犯罪、针对侵犯商业秘密行为的两种犯罪，此外还有关

[48] See TRIPS, Article 61.

[49] 参见张玉敏、曹博：《质疑著作权侵权入罪的合理性》，《法学杂志》2014年第2期，第57页以下。

[50] 参见商标法（2019）第60条、第67条；著作权法（2020）第53条；反不正当竞争法（2019）第21条。

[51] 参见商标法（2019）第63条第1款；反不正当竞争法（2019）第17条第3款。

[52] See TRIPS, Articles 46, 61.

[53] 参见前引〔5〕。

于单位犯侵犯知识产权罪的处罚规定。针对这些犯罪行为的刑事责任,包括有期徒刑以及单处或并处罚金。^[54]这意味着,可设置惩罚性赔偿的恶意侵犯知识产权的行为基本也是构成知识产权犯罪的行为。

在相应的刑事责任与行政责任已有规定的基础上,再增设惩罚性赔偿的合理性就较难得到论证。很难想象何种知识产权侵权行为具有如此严重的道德可责性或社会危害性,侵权人除可能承担有期徒刑等刑事责任外,还可能面临刑事罚金、行政罚款及惩罚性赔偿。^[55]即使最具道德可责性或社会危害性的商标假冒行为,除非商品属假冒伪劣危及消费者的生命或健康,也未必有如此严重的社会危害性。例如,对奢侈品牌的商标假冒,不仅未必造成市场替代,还可能对该品牌具有广告效应。^[56]因此,在论证惩罚性赔偿的合理性及其法律规范的适用过程中,需要认真考虑过罚相当原则。针对上述恶意侵犯知识产权的行为,我国各知识产权专门法及刑法已经为其规定了严厉的行政责任和刑事责任,它们应该已经足可对相关侵权行为的道德可责性或社会危害性给予惩罚与威慑。否则,如果连刑事责任都不能产生足够的惩罚与威慑,那么惩罚性赔偿就更难以达到相应的惩罚与威慑效果。研究者不应无依据地期待惩罚性赔偿的效果,同时也不能忽略其可能的消极影响。

综上,恶意侵犯他人知识产权的行为具有道德可责性,也可满足惩罚性赔偿的前提条件,但如果考虑到过罚相当原则,那么在我国知识产权法与刑法已为其设置较为严厉的行政责任与刑事责任的基础上,再为之增设惩罚性赔偿,其合理性就需要得到更为谨慎的论证。在司法实践中,如何处理惩罚性赔偿与行政责任、刑事责任之间的关系至关重要。笔者认为,行政罚款、刑事罚金和惩罚性赔偿的叠加适用应该属于极为例外乃至罕见的情形,且需全面论证才可支撑其合理性。

(二) 一般知识产权侵权行为

我国各知识产权专门法于本轮修订所引入的知识产权惩罚性赔偿,基本是针对所有知识产权侵权行为的惩罚性赔偿,而非主要针对上述恶意侵权行为,仅涉及民事责任的民法典明确规定了知识产权惩罚性赔偿,就是证明。然而,要论证一般知识产权侵权行为的道德可责性或社会危害性,却有根本的困难,并且也需厘清针对一般知识产权侵权行为的惩罚性赔偿能否满足惩罚性赔偿的制度前提。

1. 关于一般知识产权侵权行为的道德可责性

论证一般知识产权侵权行为的道德可责性,需要考虑该行为侵犯了权利人的何种权利及其社会后果。如上所述,知识产权是私权,是知识产权法为激励创新者持续创新而设置的权利,属能够维护创新者市场垄断利益的市场垄断权,具有工具性与有限性,主要涉及创新者的市场利益。在专利法、著作权法等知识产权法的视野下,创新者不仅包括在先创新者,也可能包括其竞争者乃至被诉侵权人等持续创新者,他们也可能就其持续创新成果获得和享有知识产权。如果侵权行为仅侵害了经营者的市场垄断权,没有损及消费者等公众的利益,则未必存在充分的道德可责性或社会危害性,也因而难以支持惩罚性赔偿。虽然知识产权评估或有关证据难以

[54] 参见刑法(2020)第213-220条。

[55] 也有研究者主张,对于某些危害公共利益的行为或为实行特定政策,可同时适用惩罚性赔偿、行政罚款或刑事罚金。参见冯晓青、罗娇:《知识产权侵权惩罚性赔偿研究——人文精神、制度理性与规范设计》,《中国政法大学学报》2015年第6期,第45页。

[56] 参见张五常:《打假货是蠢行为吗?》,载张五常:《新卖桔者言》,中信出版社2010年版,第157页以下。

准确评价或证明权利人的损失，但不可否认，所有市场垄断权所涉及的利益一般皆可通过经济方面的救济措施得到补偿。

在合理的补偿性赔偿制度的救济下，侵犯知识产权进而导致权利人的市场利益受到侵害乃至严重损害，都难以证成侵权行为的道德可责性，因而也难以证成惩罚性赔偿的合理性。正如美国联邦最高法院在论述经济损失的补偿与惩罚性赔偿的关系时所说的，“可以肯定，带来经济损失，尤其是故意通过积极的不当行为造成或者侵害目标具有经济上的脆弱性，可以支持实质的处罚。然而这却不能将所有带来经济损失的行为都转化为具有充分可责性的侵权行为，以此论证除补偿性赔偿外还需施加严厉的惩罚”。^[57]这意味着，被告行为的不当及其主观过错未必构成充分的道德可责性以支持惩罚性赔偿，被告应得的“惩罚”也未必严重到需对其施加惩罚性赔偿，很可能补偿性赔偿就足以使之付出充分的代价，也能使原告的损失得到充分弥补。相应的阻吓或威慑效果亦可能产生，尤其是依据被告需返还其不当得利的侵权赔偿计算方式。^[58]此亦为德国等大陆法系国家所秉持的基本观点。^[59]

在知识产权权利人、竞争者乃至侵权人等各市场主体之间，并无概括性的比较道德优势或劣势，并非知识产权权利人就当然占据道德高地，而被诉侵权者当然处于道德上的可谴责地位。无论权利人、竞争者或被诉侵权人，皆属市场主体，基本按照市场理性计算其可实施的行为，裁判者也仅能凭借他们在个案中的行为判断其是否具有道德可责性。与惩罚性赔偿所处罚的行为应当具有道德可责性相对应，知识产权权利人获得高额惩罚性赔偿也需具有正当性，否则同样可能构成不当得利，带来不公平，此亦为大陆法系国家基本拒绝惩罚性赔偿的原因之一。美国有些州法也规定，部分惩罚性赔偿需交由州公共机构所有与管理，而不能全部归原告所有。^[60]

因此，除非涉及侵犯公共利益的情形（需要在个案中具体论证），一般知识产权侵权行为皆可通过合理的救济使权利人的损失得到补偿。知识产权侵权现象较为普遍，或者知识产权权利人认为其不能获得足额赔偿，均难以改变此论证。早在2000年左右，我国最高人民法院等司法部门就普遍认为，知识产权惩罚性赔偿并无国际法上的依据，不能因为知识产权侵权现象严重就认为应当对之适用惩罚性赔偿，“造成现状的原因不是补偿性赔偿方法有内在的缺陷，而且也不是惩罚性赔偿就能解决的”。^[61]学者也提出，即使知识产权侵权案件普遍存在补偿性不足的问题，惩罚性赔偿也并非其解决路径。^[62]美国联邦最高法院亦认为，补偿性赔偿关系到原告的实际损失，惩罚性赔偿关系到被告行为的可责性，二者性质不同，关注的要点也不同。^[63]人们不能从对权利人损失的补偿不足反推知识产权侵权行为具有道德可责性或社会危害性，进而论证知识产权惩罚性赔偿的必要性与合理性。

2. 一般知识产权侵权行为无法满足惩罚性赔偿制度的前提

在产业实践中，行为人或被诉侵权人可能并不知道存在相关知识产权。以经过专利局审查、授权并公开的发明专利为例，对于作为市场主体的行为人来说，他唯一能做的仅是通过专

[57] BMW v. Gore, 517 U. S. 559, 576 (1996).

[58] See TRIPS, Article 45.

[59] 参见前引〔26〕，冯术杰等文，第43页。

[60] See Edwin H. Taylor & Glenn E. von Tersch, *A Proposal to Shore Up the Foundations of Patent Law that the Underwater Line Eroded*, 20 Hastings Comm. & Ent. L. J. 721, 726-728 (1998).

[61] 董天平、颌中林：《著作权侵权损害赔偿问题研讨会综述》，《知识产权》2000年第6期，第36页以下。

[62] 参见张广良：《惩罚性赔偿并非破解中国知识产权保护难题的良策》，《中国专利与商标》2012年第1期，第87页。

[63] See Cooper v. Leatherman, 532 U. S. 424, 437 (2001).

利检索等方法获知相关专利权的存在。甚至这一点也未必总能成立，因为其专利检索方法可能不完备，其检索和分析经验可能不充足，从而未必能够检索到相关专利。研究者称，知识产权大多是经过公示的权利，行为人“本应知道权利的存在”或“行为人明知该知识产权存在”，^[64]这并不符合专利等知识产权制度的现实。并且，专利法、商标法等规定了无效宣告程序，以纠正可能存在的授权错误。在专利法实践中专利权被宣告无效的情形较为常见，无论在美国（可被法院认定无效）还是中国皆是如此。^[65]著作权虽是自动取得，但作品的独创性部分或著作权的边界以及相应的侵权例外，一般也需经过侵权诉讼才可得到确定，著作权和专利权一样，也被称为“诉讼中的权利”。^[66]

即使行为人知道存在相关专利等知识产权，如何确定专利权等知识产权的权利边界、如何判断其行为是否构成侵权，也并非易事。例如，在专利法下，在等同侵权与不侵权之间，就难有非此即彼的清晰界限。专利的权利要求应当清晰指明其权利界限，否则可能损及竞争者与公众的信赖利益，但等同原则却把专利权的界限扩展到权利要求的清晰指示之外，可能让竞争者承受严重的不确定性负担。^[67]然而，为等同原则所覆盖的技术领域恰恰可能是持续创新所涉及的领域，相应地，在侵权与不侵权之间就可能体现出专利权人、竞争者或再创新者的博弈和利益平衡。又如，由于知识产权法普遍规定了对权利的限制，因而当事人也难以判断其行为是否属侵权例外，甚至专利权人也可能没有能力判断被告的行为是否构成侵权或其例外。^[68]在著作权法领域也存在类似问题，即是否属侵权（尤其涉及是否侵犯改编权的情形）或其例外（如是否属合理使用）的判断同样具有不确定性，研究者甚至认为著作权侵权判断比专利侵权判断具有“高得多”的不确定性。^[69]

知识产权侵权诉讼本来就是判断是否存在知识产权、被控侵权人是否侵犯该知识产权并提供法律救济的多功能机制。除法院外，其他机构或个人并无此种职责与能力（我国还有行政处理机制，但其决定并非终局）。因此，知识产权侵权诉讼对于判断是否构成侵权以及是否存在知识产权并确定其权利边界均属必要。再以专利权为例，如果针对所有“故意”侵犯专利权的行为设置惩罚性赔偿，就相当于事先认定所有授权专利的有效性，并假定行为人能够事先获知相关专利权存在、确信其属有效专利、能够确切判断其权利边界、能够判断其行为构成侵权且能够判断其行为不属于侵权例外。只有这五个环节皆成立，才可以说该行为人具有侵权故意。然而对于作为市场主体的经营者来说，这五个环节的判断均可能难以完成。

这意味着，把“故意侵权”作为惩罚性赔偿的要件，基本相当于让作为市场主体的行为人以裁判者的角色事先完成上述判断，无论在专业能力上还是法律效力上，这都是难以完成的任务。这亦使得针对一般知识产权侵权行为的惩罚性赔偿缺乏实质上的可行性。质言之，基于知识产权及其侵权判断的内在不确定性，为一般知识产权侵权行为设置惩罚性赔偿具有内在缺陷，既缺乏合理性，也不具有可行性。

[64] 前引〔44〕，王利明文，第98页以下。

[65] 参见前引〔43〕，Lemley文，第27页以下；前引〔20〕，徐聪颖文，第155页。

[66] 参见前引〔21〕，郑成思书，第353页。

[67] See John R. Thomas, *Claim Re-Construction: The Doctrine of Equivalents in the Post-Markman Era*, 9 *Lewis & Clark L. Rev.* 153, 154-156 (2005).

[68] 参见前引〔7〕，蒋舸文，第85页，第92页。

[69] 参见郑成思：《知识产权论》，法律出版社2003年版，第311页以下。

四、知识产权惩罚性赔偿对知识产权与竞争之平衡的干扰

在惩罚既往侵权行为的基础上威慑未来侵权行为，是惩罚性赔偿的主要目标，它亦构成惩罚性赔偿的必要法理基础。威慑应仅以维护权利人的权利、合理阻却潜在侵权者的可能侵权为限，超出该界限就可能过度威慑。然而，知识产权的内在不确定性可导致针对一般知识产权侵权行为的惩罚性赔偿构成过度威慑并损及知识产权与竞争的精细平衡。

申言之，对于促进社会与经济发 展的知识产权法基本目标而言，知识的持续创新、传播与使用皆为必需。相应地，知识产权法框架下的市场主体，不仅包括知识的创新者或知识产权权利人，也包括创新知识的传播者、使用者、再创新者以及消费者公众。创新知识的传播者与使用者，既可能是知识产权的被许可人，也可能是竞争者、跟随者、再创新者乃至侵权者。为实现其基本目标，知识产权法既需重视创新者的权利，也需重视竞争者、再创新者等主体的权利，使知识产权制度能够激励持续创新。这既契合知识产权法的多重目标，也符合权利与义务相平衡的国际知识产权规则。要保证知识产权惩罚性赔偿制度的合理构建与运行，需全面解析知识产权、竞争与创新激励的关系。

（一）知识产权对创新的激励与阻碍

无论是创新者还是其跟随者、竞争者或再创新者，作为市场主体，基本是以市场理性作为其创新或竞争行为的基础理性。在制约无序竞争的意义上，知识产权可以为创新者提供市场垄断权，维护其垄断经营地位，进而激励其持续创新。这是知识产权具有的激励知识创新、传播与使用进而促进社会与经济发展的积极意义。然而，知识产权也可能有消极意义，因为在知识产权的运用或滥用能够为其带来更多利益的情形，权利人也可能从事制约创新的行为。如果知识产权惩罚性赔偿制度设置不当，可能产生制约或阻碍创新的效果。无论技术创新还是文化创新，皆属持续创新与累积创新，每一代创新都建立在前一代创新的基础上，也都会被下一代创新所取代并带来知识的持续累积，这符合人类知识的发展规律。^[70]

第一，创新的持续性与知识产权的叠加。知识产权激励的应是持续创新，需恰当处理在先创新与持续创新的关系。知识产权法既需保护在先创新者的权利，也需为持续创新者保留充足空间。就技术的持续创新来说，如果没有在先专利，技术创新的环境可能更加自由，产业竞争与发展空间更大。如果存在在先专利且保护范围过宽，或者专利权人拒绝许可，则可能产生阻碍后续创新或正当竞争的后果，甚至使整个产业受到遏制。持续创新会引发知识产权的累积或叠加。^[71] 知识产权的叠加与交织也可能导致在先权利人与在后创新者或竞争者的权利或利益冲突。如果一个技术或产业领域累积了众多的专利等知识产权，就可能带来知识产权许可费叠加甚至专利劫持行为等，为后来的竞争者带来不可逾越的专利屏障和研发、经营风险，阻碍持续创新与正当竞争。^[72] 因此，知识产权不仅可能激励创新，也可能制约乃至阻碍创新。^[73]

[70] See Suzanne Scotchmer, *Standing on the Shoulders of Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, 5 J. Econ. Persp. 29, 29-30 (1991); 前引 [7], 蒋舸文, 第 81 页以下。

[71] 参见前引 [7], 蒋舸文, 第 81 页以下。

[72] See Mark A. Lemley & Carl Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 85 Tex. L. Rev. 1991, 1992-1993, 2010-2017 (2007); 前引 [7], 蒋舸文, 第 83 页以下。

[73] 前引 [70], Scotchmer 文, 第 32 页以下。

第二,创新知识的多样性。以专利为例,在初始创新的基础上,改进型创新可体现为多种形式,既包括满足可专利性要求从而可获得在后专利权的创新,也包括尚不能达到专利的创造性要求的创新。后者虽然不能获得专利权,但仍然属于技术创新。基于专利审查的不完备性,还可能存在本来能够满足创造性等要求的发明最终没能获得专利权的情形,这与创新虽然不满足可专利性要求却被错误授权处于两端。再加上知识产权的地域性,很多具有创新性的知识在本国处于公有领域。这些不受专利权保护的创新知识也可能被产业界广泛利用,同样有利于知识的创新、传播与使用,其技术、产业与市场价值也需得到认可和支持。知识产权法没有理由漠视或剥夺其他创新知识的创新者或使用者的权利,否则可能严重限制正当竞争的空间,阻碍技术、产业与经济发展。因此,知识产权惩罚性赔偿制度不能回避的基础性问题就是它能否激励持续创新并认可各类创新知识的价值。

概言之,知识产权是激励还是阻碍创新,取决于制度设置是否合理。如果它提供了不当的知识产权保护从而限制或威慑了正当竞争,就可能产生限制或阻碍创新的后果。不保护或不认可在后创新以及其他可能处于公有领域的创新知识,则在先创新也难以得到保护,反之亦然,因为在持续创新的链条中,每个创新都同时构成其在先创新的在后创新及其在后创新的在先创新。在知识产权制度下,没有持续创新就没有创新,而仅有对既有市场的垄断性占有。此即不当的知识产权惩罚性赔偿制度可能导致创新资源枯竭的逻辑。

(二) 竞争对创新的阻碍与激励

在完全无序的竞争市场,经营者可自由复制或模仿他人的创新成果。搭便车行为分享了创新成果,却没有分担创新成本,创新者因此处于不利的竞争地位,使技术创新动力降低乃至衰竭,不利于技术和产业持续发展。然而,正当的竞争又可激励创新。对创新者授予知识产权,仅是事后对创新成果的认可 and 固定,属事后激励。而竞争对创新的激励,则属事前激励和对创新过程的支持,使创新更具动力。没有良好的竞争环境,创新的启动、资金的投入、产品的产业化过程等皆可能被延迟甚至阻碍,创新因此不能得到良好支持,持续创新难以实现。竞争者也可能成为在后创新者,亦可促使在先创新者为维护其市场竞争力不断创新。竞争者的加入亦有助于形成产业规模,降低成本,促进产业整体发展。反之,如果没有正当竞争,创新者因为拥有垄断性的知识产权,其创新动力反而可能减弱乃至消失。

在充分竞争的市场环境中,经营者皆积极参与市场竞争。知识产权权利人因拥有市场垄断权而可能更具竞争优势,但跟随者或竞争者也可能是独立的或持续的创新者,他们既可能基于独立的研发和使用而享有在先使用权,也可能在跟随过程中再创新,从而拥有在后的知识产权。充分竞争的市场更可能有效推动社会与经济发展。知识产权法的目标与自由竞争的目标殊途同归,皆是有益于激励创新和促进社会与经济发展。经营者面临持续的竞争压力,需有持续的创新投入。当竞争者或跟随者进入市场后,领先者仍可通过持续创新保持其技术与市场优势,竞争者也通过创新获得后来者优势,如此可在经营者之间形成良性竞争。^[74]

质言之,竞争与创新激励的关系可体现在消极与积极两方面。在消极方面,竞争可导致搭便车行为,也可能导致研发资源重复投入,产生限制创新的后果。在积极方面,在充分且合理的竞争市场,经营者一般更有持续创新的动力和投入。创新者可通过知识产权保护其创新成果,也可通过市场或竞争领先的方式获得收益。仅有知识产权能够激励创新的认识,并不全面。

综上,知识产权是对创新成果的事后固定,以其预期市场垄断和收益作为创新激励,主要

[74] See Edwin Mansfield, *Patents and Innovation: An Empirical Study*, 32 *Mgmt. Science* 173, 176 (1986).

作用在于防止资源的重复投入，制约竞争者的恶意搭便车行为。然而知识产权又可能具有限制创新的效果，不合理的知识产权保护亦可能导致创新动力衰减。竞争的意义主要在于维护创新的竞争环境，保持创新的压力与动力，有效激励持续创新。知识产权与竞争的创新激励可产生互补效果：知识产权可以防止恶意搭便车等不正当竞争行为，而竞争的环境与持续的压力又可制约知识产权的过度垄断及其对竞争的不当限制。知识产权与竞争的双重激励可望对持续创新产生更优的激励效果。然而，知识产权与竞争的创新激励效果既可以互补，也可能相互冲突，如何协调两者的关系至关重要。仅重视知识产权而忽视正当竞争的必要性，可能导致创新的激励机制失衡，产生阻碍创新的后果。合理的知识产权垄断与正当的竞争共同构成知识产权制度的基础理性，该理性应在知识产权制度包括知识产权惩罚性赔偿制度中得到体现。

（三）惩罚性赔偿的过度威慑：美国专利法的教训

从促进实现知识产权法的目标角度看，知识产权惩罚性赔偿需要避免干扰知识产权制度的理性安排，尤其需要避免过度威慑的消极影响。受过度威慑影响的行为包括独立研发、改进型再创新、可能介于侵权与不侵权之间的竞争行为等。竞争者可能需要由此承担过高的风险评估或防范成本（包括未必需要的规避设计），其创新和正当的竞争可能因此受到限制。如果独立开发者或竞争者为规避惩罚性赔偿，回避或远离这些行为，广泛的寒蝉效应就可能发生。在权利人故意以侵权诉讼威胁竞争对手的情形下，过度威慑的消极效果可能更为明显。

被视为知识产权惩罚性赔偿域外“经验”的美国专利法第 284 条，针对故意侵权行为规定了最高三倍的加重赔偿（increased damage），业已导致产业界极力避免检索、获取或阅读专利文献，对其专利制度带来了严重挑战，其中包括严重影响了专利的公开功能。^[75] 加重赔偿使竞争者尽量不去阅读专利信息，阻碍了专利公开功能的充分实现，给竞争者的研发或生产带来了资源和机会浪费，导致研发资源的重复投入，制约了跟随创新和正当竞争。社会付出了高昂的专利制度成本，但产业界却不能获得相应收益，专利制度的理性与运行机制被架空。美国研究者认为，虽然美国专利法设置加重赔偿的初衷在于制止或威慑侵权，但却严重损害了专利制度的基础，这是立法者没有预料到的后果。^[76] 因此，呼吁废除或者修改专利加重赔偿制度的建议持续存在。^[77] 美国多名参议员曾于第 111 届国会期间（2009 年）提议修改专利法，其中包括修改加重赔偿规则。^[78] 针对美国版权法下惩罚性法定赔偿的消极影响，^[79] 美国研究者亦认为：“不应过分低估扩展的责任标准对于新兴技术的阻碍效果。可以肯定，大额法定损害赔偿的幽灵是存在的，并且随着版权责任范围扩展而加剧。”^[80]

为减轻专利加重赔偿的消极影响，美国专利法于 2011 年增补关于“律师建议”的第 298 条，规定侵权人未能就任何被诉侵权的专利获得律师建议，或者未能向法院或陪审团提供此建议，均不得用于证明他故意侵犯专利权或意图诱导专利侵权。^[81] 美国知识产权法学者也曾提出相关修改建议。^[82] 虽然此规定有助于重建律师与客户之间的信任关系，且能够在一定程度

[75] 参见前引 [24]，Lemley 等文，第 1100 页以下。

[76] 参见前引 [60]，Taylor 等文，第 737 页。

[77] 参见前引 [24]，Lemley 等文，第 1109 页以下。

[78] See U. S. 111th Congress, S. 515 - Patent Reform Act of 2009.

[79] See 17 U. S. C. 504 (c) (2).

[80] Peter S. Menell & David Nimmer, *Unwinding Sony*, 95 Cal. L. Rev. 941, 1023 (2007).

[81] See 35 U. S. C. 298.

[82] 参见前引 [24]，Lemley 等文，第 1113 页以下。

上减轻专利加重赔偿引发的寒蝉效应，但却未必能够有效激励竞争者或持续创新者积极获取公开的专利文献，加重赔偿仍然属于美国专利制度的缺陷与教训。

笔者认为，尤为严重的根本问题是，知识产权惩罚性赔偿可能干扰知识产权制度下知识产权与竞争的平衡，妨碍知识产权法目标的实现。在专利等工业产权制度下，挑战知识产权的有效性本属经营者的合法权利，挑战活动亦有助于纠正工业产权授权中的偏差。然而在知识产权惩罚性赔偿的威慑下，在经营者不能判断其行为是否侵权的情形下强求他尽力避让，可能使授权错误得不到纠正。竞争者对于知识产权的主动规避，可使知识产权的范围在无形中得到扩张，反向加强了知识产权的垄断，遏制了竞争，既不利于技术或产业创新，也不利于社会公共福利增长，并打破权利与义务的平衡，削弱知识产权制度的运行机制和理性基础。^{〔83〕}这不仅侵害正当竞争者的利益，也对创新者不利，因为他们也可能是再创新者，对于其他权利人来说他们也是竞争者。知识产权领域的寒蝉效应可能延缓知识的创新、传播和使用，并最终妨碍实现知识产权法的基本目标。

人们或许认为，惩罚性赔偿能够产生足够的威慑力，使知识产权侵权较少发生甚至不发生。然而，知识产权惩罚性赔偿不仅不可能完全遏制侵权行为，还可能威慑实际上并不侵权的正当竞争行为或持续创新行为，产生限制竞争的后果。被威慑的不仅包括潜在的侵权者，也包括正当的竞争者或持续创新者，如可成功实施现有技术抗辩的经营者或合理使用抗辩的再创作者，其持续创新活动皆可能因为寒蝉效应受到消极影响甚至被阻碍。

在知识产权侵权诉讼中，法院在判断存在相关知识产权且其被侵犯后，给予相应的侵权救济使知识产权恢复至没有被侵犯的状态，知识产权法下的正义即可实现。但是，知识产权法普遍规定针对故意侵权行为可施加惩罚性赔偿，相当于要求市场经营者事先裁判自己的行为是否构成侵权，这限制了其作为市场主体所应有的追求利益最大化的市场理性。如果多数乃至全体经营者的市场理性都受到限制，那么市场的整体理性将会降低乃至丧失，知识产权制度将不再有理性的运行环境，知识产权法的目标亦将难以实现。

结 语

国际知识产权规则体现了知识产权制度的理性，也决定了知识产权的性质。作为激励持续创新的法律规范，知识产权法既要保护知识产权，又需为正当竞争保留合理空间，知识产权与竞争的平衡与协调才能保证最优的创新激励效果。这是知识产权制度的运行机制，也为国际知识产权规则所支持。知识产权的内在不确定性决定了它难以整体适用惩罚性赔偿制度，因为一般知识产权侵权行为难以满足惩罚性赔偿的前提，也缺乏道德可责性，并且其适用可能打破知识产权与竞争的平衡，妨碍知识产权法基本目标的实现。在严厉的惩罚性赔偿规则下，知识产权可能演化成为市场的禁忌而非激励创新的工具。

认识到知识产权惩罚性赔偿的内在矛盾与风险，笔者主张通过知识产权惩罚性赔偿的类型化用来避免或降低相应的制度风险。依据惩罚性赔偿的前提和侵权行为的道德可责性或社会危害性，可把知识产权侵权分为恶意侵权行为和一般侵权行为。前者所侵犯的知识产权的权利边界较为清晰，侵权判断可行，容易认定侵权人的主观故意乃至恶意，且过度威慑的消极影响

〔83〕 参见前引〔43〕，Lemley文，第24页以下。

较小，满足惩罚性赔偿的前提和侵权行为的道德可责性基础，因此在过罚相当原则约束下或可适用惩罚性赔偿。然而对于后者而言，尤其专利侵权中涉及等同侵权、著作权侵权中涉及改编权或是否属于合理使用等情形的判断，都因为不能满足惩罚性赔偿的前提，且相关侵权行为道德可责性较低，因而难以适用惩罚性赔偿。在知识产权惩罚性赔偿的类型化适用过程中，法院可通过司法审慎对可能的风险予以防范。

TRIPS 规定 WTO 成员可以实施更高水平的知识产权保护，但其措施却不能违背该协议的规定包括其中的“目标”条款，并且侵权救济措施与程序应避免构成合法贸易的障碍，并可防止其滥用。^[84] 我国知识产权法对惩罚性赔偿的普遍规定在将来是否会引发国际贸易争端的问题似乎被完全忽略。此外，它还可能导致我国法院作出的涉外知识产权判决在其他国家尤其是大陆法系国家难以执行。^[85] 这提示，无论是在国内知识产权法实践中还是在国际知识产权规则框架下，知识产权惩罚性赔偿的未来都难以预知，需审慎对待。

Abstract: With the key function of deterring future infringements by punishing the past ones, the punitive damages system has three elements as its preconditions, i. e., the certainty of the right to be protected, the feasibility of judgment of infringement, and, the non-excessiveness of deterrent effects. Correspondingly, the uncertainty of intellectual property (IP) rights has led to the fundamental conflicts between the IP system and punitive damages, making it difficult to adopt fully the punitive damages into the IP system. While punitive damages may be applied to malicious IP infringements, it could hardly be applied to general IP infringements. Under the international IP rules, it is necessary to protect IP rights fairly and to reserve reasonable space for fair competition at the same time. Only a fair balance between IP rights and competition can produce the best innovation incentive effects. Punitive damages may cause excessive deterrence, break the balance between IP rights and competition, and hinder the realization of the primary objective of IP law. Categorized application of IP punitive damages is conducive to mitigating or avoiding the institutional risks of IP punitive damages.

Key Words: intellectual property, punitive damages, aggravating damages, malicious infringement, excessive deterrence

[84] See TRIPS, Articles 1.1, 7, 41.1.

[85] 参见前引 [29], Behr 文, 第 153 页以下。