著作权法与专利法中“惩罚性赔偿”之非惩罚性

蒋　舸*

内容提要：著作权法与专利法应引入加重赔偿，但不应追求惩罚目的，“惩罚性赔偿”的术语在创新规则体系中有误导性。创新领域的救济以最佳预防为上限，而惩罚的本质是独立于预防目的的责难，二者无法兼容。创新具有连续性，在后创新常常无法绕开在前创新的产权瓶颈，因此合理的创新规则不能只保护在先创新者，还需激励在后创新者。同时，集体理性选择了模糊的智力成果产权边界，从而给在后创新带来巨大的侵权风险，这要求救济不仅要避免补偿不足、预防不力，还要警惕预防过度。在著作权与专利法领域，加重赔偿的主要目的是实现个案中的完全补偿，特殊情况下也可追求宏观层面的最佳预防，但不应超出预防之需追求非功利的惩罚效果。加重赔偿之“非惩罚性”能够缓解其与填平原则的冲突，有助于降低主观要件给损害赔偿带来的不确定性。加重的幅度应与后来者利用在先智力成果的创新程度相关，而与侵权人的支付能力无关。如有可能，法官应在衡量其他救济手段威慑效果的前提下，确定损害赔偿所追求的最佳预防。

关键词：著作权法　专利法　惩罚性赔偿　加重赔偿　创新

著作权法和专利法可谓是调整创新活动的核心规范体系。这两个领域中任何重要规则的变化，都会给创新带来深远的影响。两部法律正在酝酿引入的三倍赔偿便属于可能引发创新行为模式变革的重要规则。〔1〕若运用得当，其积极效果将大幅改善创新环境，但若出现偏差，变革的消极效果很可能会破坏健康的创新生态。关于三倍赔偿的现有理解恰恰蕴藏着危险。因为尽管著作权法与专利法的修改草案都没有采用“惩罚性赔偿”的术语，这一概念却频频出现在包括立法理由在内的各类文献中，〔2〕并随着三倍赔偿入法渐成定论，不再遭受任何反对者的挑战。但在我们全面理解创新规则中的“惩罚性赔偿”之前，还是

* 清华大学法学院讲师。

〔1〕 参见《中华人民共和国著作权法（修订草案送审稿）》第76条、《专利法修改草案（征求意见稿）》第65条。

〔2〕 参见《关于〈中华人民共和国著作权法（修订草案送审稿）〉的说明》第二部分；《关于〈专利法修改草案（征求意见稿）〉的说明》第四部分。

有必要澄清一个被忽视的基本问题：著作权法与专利法上的损害赔偿应该追求惩罚目的吗？

针对这一疑问，与其说尚未形成共识，不如说尚未意识到这一问题的存在。迄今为止的讨论都将著作权法与专利法领域的加重赔偿与惩罚目的捆绑评价：赞成加重赔偿者，通常以惩罚为目的〔3〕甚至为主要目的。〔4〕而反对者的理由也恰恰在于抵制惩罚。〔5〕赞成加重者，未指出不应惩罚；而反对惩罚者，又不提倡应当加重。偶有文献强调加重赔偿的补偿或预防功能，可惜没有提出详细的适用规则；〔6〕又或领域迥异，其重视填平的理由不能解释创新领域排斥惩罚的特殊必要性。〔7〕此外，针对著作权法和专利法加重赔偿的研究缺憾，突出表现在至今没有文献从创新活动的特质出发，深入分析调整创新的法律能否与惩罚目的互相兼容。

实际上，加重赔偿与惩罚目的并无必然联系。惩罚必然要求补偿之外的加重，但加重未必追求超出预防的惩罚。加重赔偿是否追求惩罚目的，应当根据法律调整的社会关系具体分析。〔8〕本文认为，创新活动的独特格局，恰恰让“加重”与“非惩罚”缺一不可。一方面，某些智力成果侵权存在行为隐蔽、追究困难的特点，迥异于填平原则的原生环境，不加重无法预防。另一方面，创新的连续性又意味着许多创新都可能被视为侵权。若损害赔偿追求区别于预防的惩罚目的，由此导致的过度预防将直接冲击推动创新的制度目标。〔9〕因此，对著作权法与专利法损害赔偿而言，加重赔偿与摒弃惩罚同样必要。但目前的讨论仅关注前一方面，剖析加重的必要性，而无人着眼后一方面，思考过度预防之危害。笔者理解约定俗成之于术语使用的重要性，因此尽管认为“加重赔偿”是更恰当的术语，但仍使用“惩罚性赔偿”一词。本文希望通过矫正术语的误导效果，令其契合创新制度的目的。

一、创新连续性视角下的创新规则制度目标

调整创新的规则必须考虑创新活动的特点。而创新最明显的特点便在于它不是无中生有而是循序渐进的，不是彼此独立而是相互关联的。与之相应，许多产品上同时承载着多重智力成果的产权。调整创新活动的制度任何时候都应当坚持的理念，便是不仅需要维护

〔3〕 例如曹新明：《知识产权侵权惩罚性赔偿责任探析——兼论我国知识产权领域三部法律的修订》，《知识产权》2013 年第 4 期，第 5 页；钱玉林、骆福林：《论我国知识产权法中的惩罚性赔偿》，《法学杂志》2009 年第 4 期，第 112 页；易建雄：《应在知识产权领域引入惩罚性赔偿》，《法律适用》2009 年第 4 期，第 95 页。

〔4〕 参见罗莉：《论惩罚性赔偿在知识产权法领域的引进和实施》，《法学》2014 年第 4 期，第 30 页。

〔5〕 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 136 页以下。在非知识产权领域，一般性反对惩罚性赔偿者，其理由通常也在于私法性质与惩罚目的的冲突。

〔6〕 参见胡海容、雷云：《知识产权侵权适用惩罚性赔偿的是与非——从法经济学角度解读》，《知识产权》2011 年第 2 期，尤见第 70 页以下。

〔7〕 参见马新彦：《内幕交易惩罚性赔偿制度的构建》，《法学研究》2011 年第 6 期，第 112 页。

〔8〕 非知识产权领域的文献的确通常将惩罚作为惩罚性赔偿的目的。例如王利明：《惩罚性赔偿研究》，《中国社会科学》2000 年第 4 期，第 112 页；朱广新：《惩罚性赔偿制度的演进与适用》，《中国社会科学》2014 年第 4 期，第 115 页。在不以创新活动为调整对象的领域追求惩罚目的可能是合理的。例如，在食品安全领域，惩罚并不违背“保障公众身体健康和生命安全”（食品安全法第 1 条）的立法目的，也无需担心预防过度的不良后果。

〔9〕 关于最佳预防的阐述，参见 Mitchell Polinsky/Steven Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 Harv. L. Rev. 869, 877 – 896 (1998)（原则上完全补偿个案损失即带来最佳预防，但在被告逃避追究的几率很大时，损失还需乘以逃避追究几率的倒数才能实现最佳预防）。

在前创新者的利益，而且要为后来者留足空间。创新连续性及其引发的智力成果产权叠加性，是构建创新规则必须尊重的事实基础。

（一）创新活动的连续性

无论是具体技术还是抽象思想层面的探索，均系积跬步以致千里。因此，对著作权法与专利法而言，维持在后创新者的创作动力和保护在前创新者的智力成果同样重要。科学哲学认为：绝大部分创新都是对既有范式的微小拓展，包括进一步地搜集素材、检验事实和开发运用。在此过程中，既有范式对原发领域的解释力不断增强，但无力应对的反常问题也在逐步累积。当难题积攒到一定程度，一套全新的认知体系便会取而代之，从而发生范式转化，开始新一轮循环。〔10〕这一画面很好地契合了科技创新的真实图景：开创性的发明少之又少，绝大多数专利只是细微改良。〔11〕新技术总是从已有技术中被构建、被集成而来。〔12〕现代社会享受的科技优势，是无数个体共同作用的结果。研究创新制度的学者很早就观察到该领域价值生产方式的特殊性。〔13〕对创新连续性的理解，构成了诸多原创性专利制度研究成果的认知起点。〔14〕

价值的累积性不仅反映在科技创新上，同样体现于文化创新中。文艺成就表面上专属于特定权利人，但在宏观的历史进程中，却是世代积累的创造力之最终呈现形态。〔15〕刻意石破天惊常常无果，最打动人心的往往是恰当运用历史传承、表达时代精神的产物。〔16〕无论文学还是艺术，无论取前后相继的纵向视角还是同时代的横截断面，都有众多分享相同元素的作品。在后创作稍不留意便会挪用表达，引发侵权顾虑。这既是文学艺术历史承继性的表现，也是文艺活动无法脱离社会体验的结果。曾以最优生身份毕业于耶鲁英文系的波斯纳法官在旁征博引剽窃的世间百态时，列举了文学史上众多的借用与自我重复，莎士比亚、艾略特、叶芝和柯勒律治尽被点名，〔17〕全是创新与模仿无法截然区分的生动例证。不同创作者间藕断丝连的瓜葛，正是众多著作权疑难案件的来源。远有民歌改编之争，〔18〕近有剧本侵权纠纷，〔19〕是非曲直从来不止一种声音。对于相似但不相同的文艺创作，合理借鉴与不法抄袭的界限远

〔10〕［美］托马斯·库恩：《科学革命的结构》，金吾伦、胡新和译，北京大学出版社 2012 年版，第 4 页以下。

〔11〕参见董涛、贺慧：《中国专利质量报告——实用新型与外观设计专利制度实施情况研究》，《科技与法律》2015 年第 2 期，第 237 页。

〔12〕［美］布莱恩·阿瑟：《技术的本质》，曹东溟、王健译，浙江人民出版社 2014 年版，第 XII 页。

〔13〕See Suzanne Scotchmer, *On the Shoulder of the Giants: Cumulative Research and the Patent Law*, 5 J. Econ. Persp. 29, 30 – 31 (1991).

〔14〕例如，Kitch 的前景理论试图通过扩张在先创新的控制权，减少在后创新无序竞争的浪费（Edmund Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J. L. & Econ. 265 (1977)）。Merges 和 Nelson 同样注意到发明的连续性，但提出了相反的观点，认为竞争性的后续创新优于受在先创新者调控的后续创新，从而主张较窄的在先创新权利范围（Robert Merges/Richard Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, 90 Colum. L. R. 839 (1990)）。

〔15〕See Pierre Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1109 (1990).

〔16〕参见［英］E. H. 贡布里希：《艺术的故事》，范景中译，广西美术出版社 2014 年版，第 596 页以下。另见［法］丹纳：《艺术哲学》，傅雷译，江苏文艺出版社 2012 年版，第 10 页以下。

〔17〕参见［美］波斯纳：《论剽窃》，沈明译，北京大学出版社 2010 年版，第 60 页以下。

〔18〕参见黑龙江省饶河县四排赫哲族乡人民政府与郭颂、中央电视台、北京北辰购物中心著作权纠纷案，北京市高级人民法院（2003）高民终字第 246 号，《中华人民共和国最高人民法院公报》2004 年第 7 期，第 26 页。

〔19〕参见陈喆与余征等著作权纠纷案（琼瑶与于正等著作权纠纷案），北京市第三中级人民法院（2014）三中民初字第 07916 号。至 2015 年 9 月 7 日，二审尚未宣判。本文所引案例，除特别注明外，都来源于北大法宝案例数据库。

非黑白分明。这正是著作权法学者强调保护作者利益不能以牺牲合作文化为代价的背景。[20]

尽管创新的连续性时常给裁判者出难题，然而其不仅难以避免，而且为社会所必需。若一切创作均需从头做起，乃是巨大的浪费。反面典型是 Lemley 和 O’Brien 反思下的软件著作权，其特定保护方式常迫使程序员“重新发明软件中相当于轮子和晶体管一样最基础的部件”，每年因此浪费的资源大约价值 20 亿至 1000 亿美元。[21] 而开源软件与开放式多人协作网站（如维基百科、百度知道）则可作为正面榜样，展现借鉴与合作之于创新的巨大意义。牛顿曾说，“如果我看得更远，那只是因为我站在巨人的肩膀上。”据说由于创新活动在产生价值时的连续性如此明显，软件行业甚至为这句名言创设了专门的缩写，称为 OTSOG（“on the shoulders of giants”）原则。[22] 便利后续创新与保护在先成果同属专利法与著作权法的核心价值。保护既有创新者的利益，是激发更多创新的手段，而不应成为未来创新的障碍。这一基调，需要贯穿创新制度的每一环节。

（二）智力成果产权的叠加性

不同于有形财产上所有权单一的常规模式，智力成果往往以产权错综层叠的形式得以呈现。著作权与专利权都主要表现为排他权而非自用权。[23] 以著作权为例，每一项权利内容均对应一种非经许可不得实施的行为——例如复制权意味着他人非经许可不得复制作品，表演权意味着他人未经许可不得公开表演作品。但权利人只能制止他人未经许可的复制或表演，本人未必有权复制或表演作品。如果作品包含有保护期内的在先创作，例如某剧本依据小说改编，则剧本著作权人在复制与表演前，还需征得小说著作权人之同意。专利的排他而非自用性同样明显。例如，无论是原始专利人还是改进专利人，都只能禁止对方利用本人的智力成果，却无法不经对方同意完全实现本人智力成果的全部社会价值。一个权利人通过对本人智力成果的控制，常常影响到他人智力成果增值目标的实现。多重智力成果只能拥塞在同一最终产品上被消费，在法律层面便表现为不同智力成果产权的叠加。

智力成果产权的叠加与创新的连续性密切相关。有形财产的生产可能由单一主体完成，而智力成果的呈现注定是累积的结果。有形财产的生产者既可自行生产各项要素，也可从他人手中购买。如果生产过程不涉及受保护的智力成果，则所需的各项要素都具有物理可控性，在后生产者非经支付对价无法将其纳入最终产品。以家具生产为例，厂房、设备、劳动力与原材料等各项要素，均需支付对价才能利用。这意味着最终产品的生产者已经吸收了要素贡献者的权利，最终产品上仅余整合后的单一产权。创新过程的特性则决定了最终产品上复杂的产权结构。首先，后来者常常不具备“自己动手、丰衣足食”的制度空间。例如，专利是严酷的“赢家通吃”游戏，遵循对先申请者唯一授权的原则，后来者即使独立发明，也只能在获得许可的情况下实施，而无法通过独立创作绕开产权瓶颈。其次，由于缺乏物理控制力标识的产权边界，在后创新能够轻易整合先前创新，而且未必就此支付对价。翻译小说、拍摄电影、改进工艺或者运用技术标准均是如此，产权叠加由此产生。

〔20〕 See Peter Jaszi, *On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity*, 10 Cardozo Arts & Ent. L. J. 293, 304 (1992).

〔21〕 Mark Lemley/David O’Brien, *Encouraging Software Reuse*, 49 Stan. L. Rev. 255, 256, 260 (1997).

〔22〕 Mark Lemley, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 Tex. L. Rev. 989, 997 (1997).

〔23〕 参见王迁：《知识产权法教程》，中国人民大学出版社 2014 年版，第 9 页以下。

存在后续改进的著作权与专利侵权，往往就是产权叠加的具体表现。

智力成果的产权叠加既然有事实基础，便不缺乏道德和经济理论的支撑。产权叠加在道德层面的根基最容易从自然法角度得到阐释。在前创新和在后创新都包含了劳动，也承载了创新者的人格。无论从劳动论还是人格论出发，每位创新者都应就其贡献得到合理回报。产权叠加的合理性还能通过激励的经济效果加以解释。激励前后双重创新的产权制度不外乎有三种：将最终价值分配给在先创新者、分配给在后创新者或者承认双方利益均沾。第一种方案最容易排除，因为这种方案意味着后来者将缺乏改进动力。第二种方案则具有相当的迷惑性。有人认为，既然在先创新者可以从对本人创新的直接利用中获得激励，便没有必要再赋予其对改进利用的控制权。这一思路考虑欠周之处在于，有的创新成本高昂，而且单独实施收益有限，其意义更在于为后续创新奠定基础。如果剥夺在先创新者从改进中获得回报的预期，可能让初始创新者无法收回投资，从而造成某些基础创新激励不足。因此，只有第三种方案才可行，即仅激励在先或者在后创新者都不可取，完善的激励必须二者兼顾。[24]

创新的连续性与智力成果产权的叠加性，是创新规则调控对象的特殊事实基础，有必要在制度设计的各环节加以考虑，以免著作权和专利权激励后续创新的目的落空。

二、权利模糊性基础上的智力成果救济原则

著作权与专利权主要体现为财产性权利，其功利意图非常明显，即通过产权激励促成更多智力成果的出现。但激励效果的实现，通常以事先明确排他权边界为前提。而著作权与专利权所面临的特殊挑战，恰恰在于事前界定产权的社会成本往往大于社会收益，大量产权的边界只能事后界定，从而给在后创新带来巨大风险。理解“创新就可能侵权”是集体理性无奈的选择，有助于在著作权与专利领域实施救济时，更合理地衡量纠纷双方的利益。

（一）智力成果产权边界模糊的具体表现

无论是著作权还是专利权，通常都缺乏十分明确的权利边界。这体现在两方面，一是事先难以确定权利本身是否存在，二是事先难以判断使用是否落入排他权范围。

就著作权而言，满怀期望的创作者无法得到著作权保护的事例，比比皆是。原告成果或被认定为思想，[25] 或者属于事实。[26] 即使同一法院，在客体判断标准上也会时有变化，令人难以把握。[27] 中国更有一系列具有国情特色的问题，例如古籍点校、[28] 计算机字体独

〔24〕 参见前引〔13〕，Suzanne Scotchmer 文，第 31 页。

〔25〕 例如，就重走茶马古道的活动计划，胡明方与曹文志等著作权与反不正当竞争法纠纷案，昆明市中级人民法院（2005）昆民六初字第 64 号。国外的典型案例，是排除对记账方式的版权保护。See Baker v. Selden, 101 U. S. 99 (1879).

〔26〕 例如，就不同作品中关于同一题材的时代背景、角色描写和人物设置等，李鹏与石钟山等著作权纠纷案，北京市第二中级人民法院（2008）二中民终字第 02232 号。国外典型案例有对兴登堡事故的描述。See A. A. Hoehling v. Universal City Studios, Inc. , 618 F. 2d 972 (2d Cir. 1980).

〔27〕 德国联邦法院曾长期坚持实用艺术品的独创性应该高于普通作品（BGH Urteil v. 22. 06. 1995, “Silberdistel”, GRUR 1995, 581）。但最近改变观点，认为实用艺术品的独创性判断标准应当与其他类型作品相同（BGH, Urteil v. 13. 11. 2013, “Geburtstagszug”, GRUR 2014, 175）。

〔28〕 认定古籍点校成果构成作品的，如葛怀圣与李子成著作权纠纷案，山东省高级人民法院（2014）鲁民三终字第 340 号。认为不构成作品的，如周锡山与江苏凤凰出版社有限公司等著作权纠纷案，上海市高级人民法院（2014）沪高民三（知）终字第 10 号。

创性[29]以及字库独创性[30]，统统异议叠出。要求创作者和使用者事先澄清权利的有无，实属不易。而且，即使权利的有效性不存疑问，使用是否落入排他范围，还蕴含着更多的不确定因素。著作权仅保护表达，而思想、事实和实用性都被排除于保护范围之外。但在具体作品中如何区分表达和思想、事实与实用性，却最多只有指引性的标准（standard）而缺乏具备可预见性的规则（rule）。[31]正如汉德法官在阐述思想表达二分法的经典判决中悲观而现实的结论：思想与表达的“分界线过去不曾有人划定，将来也没人能找到”。[32]

专利的边界同样不确定。一方面，有限的审查无法完全确定专利的有效性。不仅只需通过形式审查的外观设计和实用新型如此，即使要求实质审查的发明专利亦然。我国2001—2010间结案的专利无效申请案中，发明专利和实用新型均有接近一半被宣告全部或者部分无效。[33]另一方面，即使专利有效，对权利要求的解释及双方技术或设计的对比都存在极大的不确定性，想在事前判断专利在实施中的真实排他范围，可谓难上加难。

权利边界模糊对权利人和行为人都意味着不确定性。在著作权与专利领域，一旦改动智力成果的内容或变化其利用方式，超出最狭隘的照搬，无论权利人还是行为人都难以肯定是否侵权。这种当事人不知所措的境地与法律追求的确定性之间明显存在差距，难免启人疑窦：智力成果产权的边界往往事前模糊，要待纠纷发生后才予澄清，这究竟是制度缺陷，还是理性选择。

（二）智力成果产权边界模糊的理性基础

不同类型权利的界定背后其实有统一规律可循。清晰的产权能够提供激励、增加福利，看似最合理的社会安排，但事实并非始终如此。原因很简单：自始清晰的产权固然产生社会收益，但其界定却需付出社会成本。特定产权是否存在、是否清晰，并非单由产权清晰度对应的社会收益所决定，而是人们反复权衡成本收益的结果。以土地这一最重要的财产为例，并非任何社会都追求通过私有化达到提高土地利用率的目的。除了政治考虑，众多经济分析也提供了解释土地私有化变迁的洞见。例如有学者研究了我国农耕社会的土地交易与国家封赏，认为土地私有制的存在是断续的。每当人少地多之时，无需通过私人产权来提高单位土地生产率，便不存在土地私有制；只有人多地少时，土地的边际产出大于零，土地私有才兴起。[34]还有学者分析了北美原著民社会中土地私有化与皮毛贸易的关联，认

---

〔29〕 对计算机字库中单个字体可版权性持肯定意见的，有北京北大方正电子有限公司与山东潍坊文星科技开发有限公司著作权纠纷案，北京市高级人民法院（2005）高民终字第443号。持否定态度的，如北京北大方正电子有限公司与广州宝洁有限公司等著作权纠纷案，北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第27047号。

〔30〕 认为计算机字库构成美术作品的，有北京北大方正电子有限公司与广州宝洁有限公司等著作权纠纷案，北京市第一中级人民法院（2011）一中民终字第5969号。认为不构成美术作品的，见张玉瑞：《论计算机字体的版权保护》，《科技与法律》2011年第1期，第60页。

〔31〕 关于规则（rule）和标准（standard）的区分，有学者强调规则的明确性和标准的弹性（Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L. Rev. 379 (1985)）；有学者强调规则在事前提供指引而标准在事后进行决断（Loius Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L. J. 557 (1992)）。无论采取哪种标准，著作权法和专利法中一系列的确权与侵权规则都落入标准而非规则的范畴。

〔32〕 Nichols v. Universal Pictures Corporation *et al.*, 45 F. 2d 119, 121 (1930).

〔33〕 发明专利无效宣告请求中，被宣告全部或部分无效的占47.04%，同期的实用新型专利无效宣告请求中，这一数值为46.47%。参见前引〔11〕，董涛等文，第275页。

〔34〕 参见杨志文：《土地所有权的起源和废弃——一个基于人口增长和人口大毁灭的理论模型》，《社会科学战线》2010年第6期，第56页。

为在交通不便的前商品经济时代，即使狩猎量增加也不能转化为收益，社区因此安于过度狩猎，而没有划分狩猎区以避免公地悲剧。但随着皮毛贸易兴起，增加的狩猎量可以转化为收益。与之相比，划定和遵守土地边界的成本显得可以承受，于是当地居民才开始划分狩猎区。[35]

上述分析表明，界定产权未必永远合理，产权模糊不一定总是瑕疵。具体形态的财产权于个人并非天赋，于社会也不是始终必需。正确反映相关福利收支的产权规则，才能展现集体理性，促进社会发展。“法律制定者如果对那些促进非正式合作的社会条件缺乏眼力，他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。”[36] 同理，产权规则制定者如果对产权牵扯的利益格局欠缺了解，也可能塑造一个貌似保护更好、实则效率更低的产业。

对著作权与专利制度而言，平时容忍权利边界模糊，留待利益冲突之时再厘定范围，正是集体理性的抉择。有形财产能被占有并低成本地加以控制，从而使其核心产权边界清晰。技术方案等无形财产则不同，由于其不能在物理上被占有，其产权界定完全依赖裁判者对规则及政策的把握，难度与成本都远为提高。发明专利的申请与授权是智力成果确权成本高昂的典型例证：一项发明申请通常数千至数万元的代理费，反映了申请撰写阶段的社会投入。而审查机关与申请人在审查阶段投入的人力、物力，同样是不菲的社会资源。中国 2014 年的专利申请量为 236.1 万件，由 9000 余名审查人员负责审查，[37] 平均每人每年需处理 262 件申请。以一年约 250 个工作日，每日工作 8 小时计，每项申请耗费接近 8 小时工作量。此外，即使在申请和审查均已投入巨大社会资源的情况下，一项专利的边界在通过许可或诉讼确定之前，往往仍无法清晰界定。我国近年来专利申请与授权量稳居全球第一，但专利质量却饱受批评。[38] 批评者往往只关注专利不稳定的弊端，而不关心提高专利质量的成本，例如代理人需要撰写更详尽的申请，审查机关需要投入更多时间检索并比对现有技术。实践中通过谈判[39] 或争议解决[40] 澄清边界的专利所占比重实际上并不高，因此提高所有专利的稳定性很可能是反效率的。[41]

相比存在行政确权环节的专利，创作完成即自动产生的著作权的边界更不清晰，但制度正当性同样一目了然。权利门槛低矮、作品数量巨大、区别特征繁多，如果立法者希望

---

〔35〕 Herold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 The American Economic Review 347, 351 – 352 (1967).

〔36〕 [美] 罗伯特·埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社 2003 年版，第 354 页。

〔37〕 http://www.sipo.gov.cn/gk/ndbg/2014/201504/P020150414553847604891.pdf。这 9000 余名审查员显然还需要相关职能部门进行支撑。

〔38〕 *Patents, Yes; Ideas, Maybe: Chinese Firms are Filing Lots of Patents. How Many Represent Good Ideas?*, in *Economist*, Oct. 14, 2010.

〔39〕 在 2005—2010 年间，已实施专利中的转让实施的比例，发明专利约为 11%，实用新型约 6%，外观设计约 4%。在已实施专利中许可他人实施的比例，发明专利约 14%，实用新型约 7%，外观设计约 7%。以上结果系根据前引〔11〕，董涛等文图 20、21 中的数据计算得来。

〔40〕 从 2001—2010 年，专利无效申请的数量共约 20000 件，平均每年约 2000 件。参见前引〔11〕，董涛等文，第 274 页。进入司法阶段解决专利效力争议的数量更少，2013 年全国法院新收一审专利行政案件 760 件。见《中国知识产权司法保护年鉴》，法律出版社 2014 年版，第 80 页。

〔41〕 对专利在美国的事前确权成本与效用分析，见 Mark Lemley, *Rational Ignorance at the Patent Office*, 95 Northwestern University Law Review 1 (2001).

尽早明确著作权边界，选择事前确权模式（例如需要提交权利要求），成本将无比高昂。而绝大多数作品独创性不高、价值微小以及边界从来无需通过谈判或诉讼加以明确，都说明提升著作权边界精度的收益十分有限。[42] 既然确权成本超过明晰产权带来的激励收益，恰当的模式便是容忍产权边界事前模糊，仅在必要时通过谈判或诉讼予以事后界定。

可见，无论是专利还是著作权，权利状态不稳定以及边界不清晰，恰恰是衡量确权成本与收益后刻意的理性无知。[43] 在获取和利用信息无需成本的理想社会中，清晰界定权利固然美妙，但在现实中，确权成本却阻碍了美好图景的实现，理论上的最优只能让位于次优。容忍权利边界一定程度的模糊性，遂成为现实的最优选择。

（三）智力成果产权边界模糊对救济规则的影响

正因为集体理性选择了不完全清晰的智力成果产权边界，在后创新者稍有不慎便会踏入在先权利人的控制范围。“每个潜在的发明家，同时也是潜在的侵权者。”[44] 这一感慨既适用于著作权，也适用于专利权。

在著作权法历史上，潜在侵权人常常同时也是创新者。后来者的贡献有时体现为创作新作品，如修改程序[45]、绘制海报[46]、创作小说[47]或制作雕塑[48]。有时体现为通过新技术改变作品的使用与传播方式，例如网络新闻平台[49]或者数据库[50]。创作新作品涉及对内容的借鉴，风险当然不小。尤其著作权侵权采严格责任，被告宣称自己没有意识到侵权也于事无补。在一些创作空间受限的领域，这会给在后创作者造成巨大压力。例如，流行音乐通常旋律简单，而且特定年代的风格广度十分有限，如果在先作品具备一定知名度，在后作品一旦与之实质相似，就很难通过援引独立创作抗辩避免侵权责任。例如，在一起针对披头士成员的著名诉讼中，原告是一首 1963 年上榜流行歌曲的著作权人。时隔 7 年，被告在录音棚中即兴创作了音乐片段，结果与原告的旋律构成实质相似。尽管法院承认“长达 40 页的庭审记录表明被告并没有意识到使用了原告的旋律”，被告仍需为直接侵权承担严格责任。[51] 提供新技术尽管不涉及对在先作品内容的借鉴，但在新技术商业化环节，仍然离不开他人作品，因此风险同样巨大。若未经许可自行或便利他人使用作品，技

〔42〕 参见崔国斌：《知识产权确权模式选择理论》，《中外法学》2014 年第 2 期，第 408 页以下。

〔43〕 “理性无知”这一概念常用于公共选择理论中，用以解释特定公共决策的形成。其核心含义是当获取信息的成本超过潜在收益时，人们会选择忽略信息。由于智力成果产权权利边界的划定实质是对排他权范围信息的获取和利用，所以由权利人和潜在使用者组成的社会主动选择不对权利边界进行绝对清晰的事前界定，正是理性无知的具体表现。

〔44〕 前引〔14〕，Robert Merges 等文，第 916 页。

〔45〕 Computer Association International v. Altai, 982 F. 2d 693 (2d Cir. 1992).

〔46〕 Steinberg v. Columbia Pictures Industries, 663 F. Supp. 706 (S. D. N. Y).

〔47〕 参见庄羽与郭敬明等著作权纠纷案，北京市高级人民法院（2005）高民终字第 539 号。

〔48〕 参见中科院海洋研究所与郑守仪诉刘俊谦等著作权纠纷案，山东省高级人民法院（2012）鲁民三终字第 33 号。该案原告为中科院院士，在多年研究基础上制成了有孔虫模型。被告制作了细节有别的有孔虫雕像，被法院判定为侵犯原告著作权。判决尽管入选 2012 年中国法院知识产权司法保护十大创新性案件，但很可能系错判。被告借鉴原告模型之成分，很可能属于事实范畴。

〔49〕 参见王迁：《“今日头条”著作权侵权问题研究》，《中国版权》2014 年第 4 期，第 5 页。

〔50〕 参见李昌奎与北京世纪超星信息技术发展有限公司等著作权纠纷案，最高人民法院（2010）民提字第 159 号。

〔51〕 Bright Tunes Music Corp. v. Harrisongs Music, 420 F. Supp. 177, 180 (1976).

术提供行为在著作权层面的合法性往往疑云密布。电脑的临时复制是否侵犯复制权,[52] 深层链接是否侵犯信息网络传播权,[53] 制造与销售网络电视播放器是否成立间接侵权,[54] P2P 服务提供者应否因便利侵权作品传播而承担责任,[55] 在后开发者始终在走钢丝。甚至已有法院作出判决后，不确定性仍未消减。无论是同一法域不同时期的法官，还是同一时期不同法域的法官，都可能对相同的技术或商业模式是否违反著作权法作出不同认定。中美两国在互联网服务提供商责任认定问题上的反复与模糊便是例证。[56] 最后，即使独创性和侵权环节定性均无疑问，还有排除违法性判断的环节。而包括合理使用在内的各种抗辩都以灵活著称,[57] 进一步增加了在后创作者事前判断风险的难度。

著作权领域各环节的顾虑，在专利领域同样适用。首先，在判定权利效力方面，专利客体的适格性、实用性、新颖性、创造性与充分公开，需要在行政和司法两重环节中加以认定。在侵权判定方面，法官又需要判断在后技术是否落入在先专利之权利要求的范围内，而这往往涉及对权利要求的解释，甚至涉及对等同侵权的运用,[58] 法官对此享有较大的裁量权。而且专利侵权同样有直接侵权与间接侵权之分，判断直接侵权常已困难重重，而间接侵权同样问题叠出。[59] 此外，专利法上排除违法性的原因众多，标准灵活，也是在后创新之法律风险的重要原因。至于日益凸显的标准必要专利问题，即源于一项最终产品上包含成百上千项标准专利，任何入行业者都无法通过“绕道发明”（invent around）进行规避。美国联邦巡回上诉法院承认：“判断被告是否对专利产品进行了足够的‘绕道设计’（design around）总是艰难的决定。在法官或陪审团盖棺定论前，谁也无法肯定所做的改变是否足以规避侵权。”[60]

智力创作经常犹如穿越雷区，步步惊心。要求在后创作者回避所有模糊地带，实际上是要求在后创作者单方面承担社会选择模糊产权边界的成本，是为不公。由此降低在后创

---

〔52〕 参见王迁：《网络环境中的著作权保护研究》，法律出版社 2011 年版，第 10 页以下（认为临时复制不构成复制）；崔国斌：《著作权法：原理与案例》，北京大学出版社 2014 年版，第 384 页以下（主张“承认临时复制是复制，然后将合法性问题交由合理使用或者默示许可等学说来处理似乎更合理一些”）。

〔53〕 认为深层链接不侵犯信息网络传播权的，如上海激动网络股份有限公司与武汉市广播影视局等著作权纠纷案，武汉市中级人民法院（2012）鄂武汉中知初字第 3 号。认为深层链接侵犯信息网络传播权的，如新力唱片（香港）有限公司与北京世纪悦博科技有限公司著作权纠纷案，北京市高级人民法院（2004）高民终字第 714 号。

〔54〕 参见美亚长城影视文化（北京）有限公司与精伦电子股份有限公司著作权纠纷案，湖北省高级人民法院（2014）鄂民三中字第 00107 号。

〔55〕 Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster, 545 U. S. 913 (2005).

〔56〕 美国法院早期认为 BBS 平台提供商需承担直接侵权责任。See Playboy Enterprises v. Frena, 839 F. Supp. 1552 (1993). 后在千禧数字版权法中确定安全港规则，基本消除了平台商因怠于事前审查而承担责任的可能。See 17 U. S. C. § 512. 安全港规则也被引入中国，但司法适用缺乏一致性。案件梳理见崔国斌：《网络服务商共同侵权制度之重塑》，《法学研究》2014 年第 4 期，第 153 页以下。

〔57〕 例如，在一篇关于合理使用的著名论文中，作者总结道，“最近的 5 个著名案件，每上诉一级，便改判一次”。前引〔15〕，Pierre Leval 文，第 1106 页。

〔58〕 我国专利法本身没有明确规定等同侵权原则，但司法解释与审判实践均有体现。见最高人民法院《关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释》（原法释〔2001〕21 号，经法释〔2013〕9 号修改）第 17 条。审判实践参见大连仁达新型墙体建材厂与大连新益建材有限公司专利侵权纠纷案，最高人民法院（2005）民三提字第 1 号。

〔59〕 参见陈武、胡杰：《专利间接侵权制度初论》，《知识产权》2006 年第 1 期，第 62 页；李佳俊：《间接侵权不“间接”——对我国专利间接侵权制度的若干立法建议》，《中国发明与专利》2010 年第 2 期，第 96 页。

〔60〕 Read v. Portec, 970 F. 2d 816, 828 (CAFC, 1992).

作激励，是为低效。调整创新的法律制度不能片面强调保护在先创新者，而应将在后创新者面临的风险同样纳入考量，平衡双方需求。在追寻这一精妙平衡的努力中，损害赔偿是最重要的工具之一。适用得当，公平与效率兼得；若有偏差，则会带来公平与效率、文化与经济的多重负面影响。正因如此，著作权法与专利法引入被称为“惩罚性赔偿”的加重赔偿，必须格外谨慎，努力澄清希望实现的效果和可能造成的影响。

三、惩罚的道德属性与创新的伦理中立

“惩罚性赔偿”的关键概念是“惩罚”，“惩罚”的核心含义是责难。责难有着道德含义，但并非所有针对智力成果侵权的责难都经得起推敲。前文已论证单向度维护在前创新者的规则欠缺正当性，这里将分析惩罚后来者的规则同样不合理。

（一）惩罚的含义与惩罚性赔偿的解读

“惩罚”一词内涵丰富。耶林曾说：“没有任何其他概念像惩罚一样，具备蜡一般的柔韧性与可塑性，参与到民众伦理发展的所有阶段之中，并留下其中每项痕迹。”〔61〕在对惩罚概念的诸多解读中，最典型的当属道德与功利两种视角。

许多文化中的惩罚都始于报应，将惩罚理解为“一种责难的情感，以及一种认为实施了某种不当行为（wrong）的意见”，〔62〕蕴含着浓厚的道德评价色彩。旧约、〔63〕古兰经〔64〕和汉谟拉比法典〔65〕以惊人相似的措辞要求“以眼还眼、以牙还牙”，便是报应论惩罚观的体现。时至今日，将惩罚主要作为评价工具的解读，仍是惩罚概念的核心，也是惩罚区别于预防的独立性根基。如此解说的惩罚，其目的在于平复受害人及社会的报复需求，强调“从道德的角度看，令犯错者受罚远比容忍其逍遥自在要好”。〔66〕道德解说试图在功利目标之外寻求惩罚的正当性，一方面不以预防为诉求，而是采取回溯视角，根据行为人和行为的可责难性来决定惩罚幅度；另一方面不以损失为限，而要高于损失才能达到报复目的。有调查表明，施以惩罚的裁判者首要关心的不是判决对未来的影响，而是让被惩罚者感到痛苦。〔67〕所以霍姆斯才说，这种问责“采取的是内在的标准，而不是客观或外在的标准”。〔68〕

当然，采取客观或外在标准解读惩罚并非不可能。实际上，对惩罚概念的功利主义解读关注的重点便不在行为人的主观可责性，而在行为的客观效果。这种解读将惩罚解读为预防工具，强调惩罚的力度与方式取决于预防效果。〔69〕边沁认为惩罚意味着痛苦，而痛苦

〔61〕 Rudolf von Jhering, Das Schuldmomont im Römischen Privatrecht, Verlag von Emil Roth, 1867, S. 2.

〔62〕［美］霍姆斯：《普通法》，冉昊、姚中秋译，中国政法大学出版社 2006 年版，第 3 页。

〔63〕 出埃及记 21：22：“以命抵命，以眼还眼，以牙还牙，以手赔手，以脚偿脚，以烙还烙，以伤还伤，以疤抵疤。”见冯象译注《出埃及记》，载冯象：《宽宽信箱与出埃及记》，生活·读书·新知三联书店 2012 版，第 263 页。

〔64〕 见马坚译《古兰经》，“以命偿命，以眼偿眼，以鼻偿鼻，以耳偿耳，以牙偿牙”，中国社会科学出版社 1981 年版，第 83 页。

〔65〕 参见汉谟拉比法典第 196 条（“挖去别人眼睛的人也要被挖出眼睛”）、第 200 条（“打掉同等地位者牙齿的人将会被敲掉牙齿”）。http://baike.baidu.com/link? url=17J237mQPBfavnmiAt9dbydFGEaCImR_wrWQMzuZ7uFGPQ9Ynz7WY5gqEBF1ognNJIFL4H3suVtVovE5zv7ea_#4。

〔66〕 John Rawls, *Two Concepts of Rules*, 64 Philosophical Review 1, 5 (1955).

〔67〕 Paul Bloom, *Just Babies: The Origins of Good and Evil*, Bodley Head, 2013, pp. 93 – 94.

〔68〕 前引〔62〕，霍姆斯书，第 35 页。

〔69〕 前引〔66〕，John Rawls 文，第 6 页。

本身即是恶。社会之所以允许惩罚，“只是因为它有可能排除某种更大的恶”。[70] 如果说惩罚的正当性对道德解说而言在于谴责，对功利主义则在收支衡量。回溯式的报复本身缺乏意义，前瞻式的引导才体现法律的价值。此时的惩罚尽管奉惩罚之名，却不重谴责之实。名为惩罚，实为预防。

对惩罚的两种解读对应着惩罚性赔偿的两种适用。在当代适用惩罚性赔偿最广泛也最具代表意义的美国，[71] 主流学说与实践均将道德解读作为运用惩罚性赔偿的主要理由：教科书在解释惩罚性赔偿时，强调基于行为人错误施以的惩罚；[72] 学者归纳的惩罚性赔偿的正当性理由中，榜首是对侵权予以道德惩罚；[73] 新近文献也强调行为人的可责性[74] 和惩罚的必要性[75]。美国法院的主流实践与主流学说一致，将可责性作为确定惩罚性赔偿幅度最重要的标准。美国联邦最高法院明确表示：“惩罚性赔偿是在实际损害之外专门设计的制度，目的在于明确被告的错误行为具有高度的可责难性”，[76] 并“表达社会对严重错误行为的愤怒”。[77] 行为的恶劣程度，是确定惩罚幅度的首要考虑因素。[78] 惩罚性赔偿往往被视为“不名誉的印记”，损害的是被告的信誉和尊严。[79] 总之，美国主流司法在判决惩罚性赔偿时，首要注意力不在预防，而在谴责。

但美国也有少数法官将惩罚性赔偿作为预防工具，从而令惩罚与道德谴责脱钩。预防表现为迫使行为人将给他人造成的损失予以内化。一般情况下，责令行为人填补个案中权利人的损失就能实现最佳预防。例外主要发生于行为会带来非货币化社会损失的场合以及行为人极可能逃避追究的场合。此时法官若拘泥于个案填平，相当于放纵行为人无需承担部分社会成本，尤其在容易逃避追究的场合，将丧失大部分威慑手段，从而导致预防不足。针对这一弊端，普通法系的一些法官，如卡拉布雷西、[80] 伊斯特布鲁克[81] 和波斯纳，[82] 将逃避追究的几率作为判决超出个案损失之赔偿的主要因素，以期矫正侵权人的机会主义。如此适用的“惩罚性赔偿”，已经去除了道德谴责因素，并不追求区别于预防的惩罚目的。

我国就著作权和专利法领域惩罚性赔偿展开的探讨，很大程度上忽视了道德视角与功利视角之间的冲突，而认为该领域的三倍赔偿可以兼顾“预防性”与“惩罚性”。这是混淆

---

〔70〕［英］边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆 2000 年版，第 158 页。

〔71〕参见张新宝、李倩：《惩罚性赔偿的立法选择》，《清华法学》2009 年第 4 期，第 8 页。

〔72〕James Fischer, *Understanding Remedies*, LexisNexis, 2006, p. 7.

〔73〕Dorsey Ellis Jr., *Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages*, 56 S. Cal. L. Rev. 1, 3 (1982 – 1983).

〔74〕Benjamin McMichael, *Constitutional Limitations on Punitive Damages: Ambiguous Effects and Inconsistent Justifications*, 66 Vand. L. Rev. 961, 1003 (2013).

〔75〕Roseanna Sommers, *The Psychology of Punishment and the Puzzle of Why Tortfeasor Death Defeats Liability for Punitive Damages*, 124 Yale L. J. 1295 (2015).

〔76〕Pacific Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U. S. 1, 54 (1991).

〔77〕Cass Sunstein/Daniel Kahneman/ David Schkade, *Assessing Punitive Damages (With Notes on Cognition and Valuation in Law)*, 107 Yale L. J. 2071, 2074 (1998).

〔78〕Cf. David Owen, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform*, 39 Vill. L. Rev. 363, 387 (1994).

〔79〕Malcolm Wheeler, *The Constitutional Case for Reforming Punitive Damages Procedures*, 69 Va. L. Rev. 269, 282 (1983).

〔80〕Ciraolo v. New York, 216 F. 3d 236, 243 – 247 (2000).

〔81〕ZAZú Design v. L' ORéAL, S. A., 979 F. 2d 499, 508 (1992).

〔82〕Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc., 347 F. 3d 672 (2003).

惩罚目的与惩罚效果的结果。如果将规则是否具有惩罚性的标准设定为是否具备使被告痛苦的效果，则任何类型的救济都可能具有惩罚性。例如，有人认为只要原告损失超过被告获利，判令被告填平原告损失就有惩罚性。[83] 如果这样解释惩罚性，无论是否引入惩罚性赔偿，我国的损害赔偿制度都早已具备惩罚性，因为即使严格依据填平原则判定的损害赔偿，仍可能是惩罚性的。如此宽泛的理解，既令惩罚性与非惩罚性赔偿的区分失去意义，也不符合我们对填平原则的理解，因而不能成立。

所以，探讨一项救济规则是否属于惩罚性规则，应从目的层面加以判断。而在目的层面，道德视角下的“惩罚”恰恰不同于预防。因为损害赔偿领域中的预防指向精准的幅度，既要避免不足，也要避免过度。而谴责并不对应精确的幅度，而要求超过预防之需施以额外责难。所以要么将“惩罚性赔偿”解释为以补偿和预防为目标，此时“惩罚”二字实则丧失其字面含义；要么保留惩罚不同于预防的含义，但会带来超过最佳预防限度的结果。本文提倡前一解释，但后者才是当下对知识产权惩罚性赔偿的主流认知。后一解释的问题在于：在著作权与专利领域，若欲保留“惩罚”的本意，追求不以预防为目的的惩罚目标，很可能与创新目标南辕北辙。

（二）创新的特征与创新规则的伦理中立

著作权与专利制度的终极目标不是保护在先创新者，而是激励持续创新。这意味着损害赔偿需要适当谦抑，随时警惕过度偏向在先创新者的制度风险。除此之外，创新活动的以下两项特征也强化了以创新为调整对象的法律制度避免过度预防的重要性：

首先，创新活动具有强烈的正外部性，调整创新活动的法律规则应该保障社会对正外部性的合理分享。[84] 创新活动的正外部性产生于利用智力成果的非竞争性：有形财产一旦被一方使用，他人便无法同时使用；但智力成果在被一方使用时，完全可以同时为他人所用。正外部性正是自然法学说尤其是洛克的劳动说在解释知识产权正当性时难以克服的困难之一：如果他人对劳动成果的利用会阻碍劳动者利用自己的成果，则赋予劳动者对自己创造物的完全控制，当然既公平又有效率。但如果他人利用并不阻碍劳动者自己利用，赋予劳动者对劳动产品的完全控制，便难以完全自圆其说。与有形财产的社会价值基本等于其对所有权人的价值不同，智力成果创造的社会价值往往远大于其对创造者个人的价值。[85] 质言之，有形财产的价值少有“溢出”，而智力成果的价值几乎总有“溢出”。恰当的创新规则，不应阻碍社会利用该“溢出”。质言之，对于不存在正外部性的财产，其救济规则需要特别重视保护创造者；而对正外部性明显的智力成果而言，其救济规则的目标并非让创造者获得所有效用，而需要同时照顾使用人的利益。在没有正外部性的领域设计规则或许可以采取维护权利人的单向度思维，因为权利人利益等同于社会利益；但调整创新活动的规则必须采取双向度视野，同时考虑权利人与使用者双方的利益，因为权利人个体利益与可能实现的社会利益间存在差距，综合双方利弊得失才能最大限度地释放智力成果的社会价值。

---

〔83〕 参见前引〔4〕，罗莉文，第 26 页。

〔84〕 Brett Frischmann/Mark Lemley, *Spillovers*, 107 Colum. L. Rev. 257 (2006).

〔85〕 有调查表明，发明的社会回报几乎是私人回报的两倍。Morton Kamien/Nancy Schwartz, *Market Structure and Innovation*, Cambridge University Press, 1982, p. 16.

其次，著作权与专利制度对在先与在后创新者可能发挥不同作用。对在先创造者而言，知识产权并非唯一创新动力；而对在后创新者而言，知识产权则不应成为其创新阻力。创新经济学学者进行了汗牛充栋的研究，勾勒出创新动力的复杂图景。在此图景中，著作权与专利尽管重要，却绝非唯一。创作冲动、先发优势、国家支持等，均是创新的动力来源。[86] 这当然不意味着应该放弃或削弱知识产权保护，却充分提示了著作权与专利体系随时反省过度保护的必要性。二者都应该主要关注如何从功利角度实现激励，并在不违背该基本追求的前提下兼顾主流公平正义感。鉴于无形财产权领域认定准确救济幅度的公认困难，救济规则的基本立场是竭力避免预防不足还是始终警惕预防过度，很大程度上会影响法律效果。

诸多著作权与专利规则都表现了对使用者利益的重视和对过度保护的警惕。著作权与专利保护期限当然是明显的例证。对保护客体的严格规定，也将众多智力创作挡在保护范围之外。[87] 此外，著作权法与专利法都规定了涵盖广泛的排除违法性事由，防止在后创新受阻。其中既包括默示许可、[88] 权利穷竭、[89] 微不足道[90] 等抗辩，也包括使用频繁的合理使用。合理使用中转换性使用越来越重要的趋势，更体现了在后创作愈发受到尊重的事实。合理使用曾长期忽略在后使用行为的创造性高低，[91] 但法官逐渐意识到，有必要区别对待原封不动的抄袭与创造性使用，将在后使用的转换性程度纳入考虑。如果后来者的使用存在“改变其目的、变更其性质、采用新表达、叙述新意义、传递新信息”[92] 的情况，则不应打击在后创造者的积极性。尤其对于在后利用者发掘的市场，权利人很可能根本没有能力或没有意愿开发时，更应将在后市场归功于利用者。

中外均有一系列案例反映了对在后利用的尊重。在 Campell 案中，美国联邦最高法院将被告大段使用原告曲调的行为认定为合理，理由便是被告对歌词、配器和曲风的改变。[93] 而谷歌对数百万本图书未经许可的复制和传播，也因实现了搜索功能而被认定为合理使用。[94] 对比美国著名挪用艺术家 Koons 遭遇的两起诉讼，转换性的重要性更是昭然若揭。

---

〔86〕 最著名的研究有 Fritz Machlup, *An Economic Review of the Patent System*, 1985, in Robert Merges/Jane Ginsburg (eds.), *Foundations of Intellectual Property*, LexisNexis, 2006, pp. 55 – 56.

〔87〕 例如，2012 年，欧洲专利局的授权率仅为 49.8%，即超过一半的申请因不符合可专利性要求未获授权。见《世界五大知识产权局统计报告（2012）》，http://www.sipo.gov.cn/tjxx/2012tjbgcn.pdf，2015 年 5 月 11 日访问。

〔88〕 例如前引〔30〕案例。

〔89〕 Lee v. A. R. T. Company, 125 F. 3d 580 (7th Circuit 1997).

〔90〕 美国和德国著作权法都承认，当被告复制的原告智力成果只占被告作品整体中“微不足道”的部分时，被告不用承担侵权责任。见德国著作权法第 57 条；Julie Cohen/Lydia Loren/Ruth Okediji/Maureen O'Rourke, *Copyright in a Global Information Economy*, Wolters Kluwer, 2015, pp. 253 – 257。我国司法也有实践，如黄法木与黄声香著作权纠纷案，北京市第二中级人民法院（2002）二中民初字第 8042 号。

〔91〕 无论三步走标准还是对四要素标准的传统解读，均不注重转换性。三步走标准要求合理使用“限于特殊情况，不损害作品的正常使用，不无故侵害作者的利益”，见《伯尔尼公约》第 9 条第 2 款及《著作权法实施条例》（2013）第 21 条。美国版权法第 107 条规定的四要素中，只有第一项涉及使用行为的定性，但传统视角关注使用是否具有商业性以及是否出于非盈利的教育目的，而未纳入使用的转换性，索尼案便是代表。我国法官也曾直接运用四要素认定合理使用，参见谷歌公司与王莘侵害著作权纠纷上诉案，北京市高级人民法院（2013）高民终字第 1221 号。

〔92〕 Campell v. Acuff Rose Music, 510 U. S. 569, 579 (1994).

〔93〕 同上。

〔94〕 Authors' Guild v. Google Inc., 1:05-cv-08136-DC, filed 11/14/13, 26.

在一起案例中，Koons 为了嘲笑原告拍摄的照片平庸，制作了几乎忠于照片的雕塑置于“平庸秀”展览，结果被认定侵权。[95] 而在另一起案件中，Koons 的绘画使用了原告拍摄的照片，但进行了剪裁、调整了角度、添加了元素并重新组合，从而换来对合理使用的支持。[96] 转换性在合理使用分析中从不被考虑到被考虑，再到成为决定性因素，[97] 著作权不能妨碍在后利用者的理念逐渐明显。在中国，学界对《一个馒头引发的血案》展开的热烈讨论，同样表明对在后创作自由的重视。[98] 类似著作权合理使用的规则在专利法中也以反向等同的形式存在：即便在后技术全面覆盖了权利要求，仍可能因突破性创新免于承担侵权责任。[99] 如果不将防止预防过度、鼓励在后创新作为专利法和著作权法的基本理念，就难以理解前述规则的合理性。

警惕预防过度还体现在著作权法与专利法对财产规则的软化和对责任规则的倚重。智力成果作为知识权利客体的无形性，意味着对其进行物理控制的社会成本极端高昂，而且其权利边界比有形财产模糊，交易中的搜寻和谈判成本都更高。此外，当多项权利共存时，单项产权挟持整体价值的情况更容易发生。所以，与有形财产权的实现方式相比，著作权法与专利法没有那么依赖财产规则，而是更依赖于责任规则。[100] 标准必要专利领域慎用禁令便是典型。[101]

以上分析表明，著作权与专利领域的救济规范历来重视伦理中立，不重谴责而重筛选。救济规范的作用，并非对在先创新者的单向度保护与补偿，而是通过在后创新者对损失的内化，滤出有效率的后续创新。如果超过内化损失的要求，追求对行为人主观状态的评价，并不符合创新制度的理想利益格局。

四、非惩罚化的著作权与专利损害赔偿规则构造

前述关于创新活动与创新规则的分析，都意在重申调整创新活动的损害赔偿制度的目的止于预防，而不能延伸至惩罚。这本是我国著作权与专利法上损害赔偿的基本共识，却因引入三倍赔偿而模糊不清。著作权与专利损害赔偿之非惩罚性的意义，远非寻求概念融洽或者遵循私法传统的学术冲动所能涵盖，更是防止损害赔偿矫枉过正、救济制度反制创新的现实所需。明确摒弃惩罚性，不仅能澄清理论疑点，而且具备清晰明确的规范寓意。

（一）以赔偿和预防为目标

在引入知识产权加重赔偿的所有讨论中，最大的理论障碍在于加重赔偿所谓的“惩罚性”与我国私法传统遵循的填平原则之冲突。尤其在将加重赔偿解释为对行为人主观方面

〔95〕 Rogers v. Koons, 960 F. 2d 301 (1992).

〔96〕 Blanch v. Koons, 467 F. 3d 244 (2006).

〔97〕 前引〔15〕，Leval 文，第 1116 页。

〔98〕 参见苏力：《戏仿的法律保护和界限——从〈一个馒头引发的血案〉切入》，《中国法学》2006 年第 3 期，第 3 页；梁志文：《作品不是禁忌——评〈一个馒头引发的血案〉引发的著作权纠纷》，《比较法研究》2007 年第 1 期，第 118 页；胡开忠：《论重混创作行为的法律规制》，《法学》2014 年第 12 期，第 89 页。

〔99〕 参见蔡晓东：《反向等同原则——美国专利字面侵权抗辩的利器》，《科技与法律》2012 年第 2 期，第 80 页。

〔100〕 Stewart Sterk, *Property Rules, Liability Ruels, and Uncertainty about Property Rights*, 106 Mich. L. Rev. 1285, 1327 – 1334 (2008).

〔101〕 参见李扬、许清：《知识产权停止侵害请求权的限制》，《法学家》2012 年第 6 期，第 75 页。

恶劣程度的惩罚时，与原则上不考虑过错程度的填平原则之冲突更显得难以调和。而一旦明确以创新活动为调整对象的损害赔偿应当坚持非惩罚性，以上理论疑点便迎刃而解。因为以完全补偿和最佳预防为目标的损害赔偿制度，既保留了填平原则的法律救济客观主义立场，也吸纳了加重赔偿的实用主义风格，从理论上协调了二者的并存。

首先，填平原则的精华在于其对法律评价客观化立场的强调，而非惩罚性的加重赔偿同样以客观化立场为基础，从而保存了填平原则在理论与传统上的双重吸引力。所谓填平原则的客观性，指在计算损害赔偿时仅考虑行为造成的客观损失，而不考虑行为人的主观过错，其比较法上的典型代表是德国民法典第 249 条规定的假设差额说。[102] 填平原则指导下的损害赔偿，能使行为人将权利人的损失纳入考虑，但并不对行为人进行谴责与评价。如果脱离行为的客观效果，单纯考察行为人的主观方面，使赔偿额低于或高于致损额，会造成预防不足或预防过度，均不利于法律实现效率目的。[103] 同时，重视行为客观效果而非行为人主观动机，还符合现代法律尊重个人自由的基本要求。因为除非影响到他人利益或社会运作，否则公权力无法获得评价私人主观状态的正当性基础。非惩罚化的著作权与专利损害赔偿解读，与填平原则一样拒绝主观化的惩罚概念。考虑到我国法院对权利人救济水平较低的现状，[104] 引入加重赔偿的首要政策诉求在于真正实现个案填平。就此而言，加重赔偿被用作填平原则之工具，二者并不冲突。

其次，填平原则的局限在于重补偿轻预防，[105] 就著作权与专利保护而言存在先天不足。加重赔偿能有效抵制机会主义，提高损害赔偿的实用效果。但在个案中是否需要加重赔偿，还需考虑预防机会主义的必要性。有的侵权类型很难逃避追究，例如门户网站盗播热门电影，或者知名企业销售侵权产品。只要整体维权环境能保障个案填平，潜在侵权者便缺乏不效率侵权的动力。而有的侵权类型则不易被发现和追究，例如对方法专利的擅自使用，抑或非知名网站对盗版作品的网络传播。如果容易逃避追究的侵权发生在非常依赖专利权和著作权保护的领域，[106] 则有必要引入加重赔偿，弥补个案填平与整体填平间的鸿沟，达到社会层面的最佳预防。就此而言，加重赔偿又是将个案填平改造为社会填平的工具，二者同样不冲突。

（二）客观化解读主观因素

与通常理解的惩罚性赔偿注重行为人主观恶性程度相一致，著作权法和专利法适用三倍赔偿均以侵权出于“故意”为前提。如果从道德谴责的视角理解“惩罚”，评价行为人主观方

---

〔102〕 Heinrichs/Palandt, BGB, 73 Aufl., C. H. Beck, 2014, Vorb v § 249, Rn. 1.

〔103〕 前引〔9〕, Mitchell Polinsky 等文，第 877 页以下。

〔104〕 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 149 页以下。

〔105〕 以德国民法典第 249 条为例，其目的曾经局限于补偿，既不惩罚也不预防。慕尼黑民法典评注第 1 版到第 3 版都认为“补偿已经造成的损失是第 249 及以下条款的唯一目的”。Grunsky/Münchener Kommentar zum BGB, C. H. Beck, 1979, 1985, 1994, Vor § 249, Rn. 3. 从第 4 版才开始承认“第 249 及以下条款的主要目的在于补偿已经发生的损失”。Oekter/Münchener Kommentar zum BGB, C. H. Beck, 2003, 2007, 2012, § 249, Rn. 8 – 9. 这一改变表明损害赔偿法仍以补偿为首要目标，但逐步趋于务实，开始接纳预防目标。

〔106〕 不同领域的创新对知识产权保护的依赖程度不同。有的领域研发费用高昂，模仿收益巨大，知识产权保护对创新而言至关重要。有的领域创新频繁、费用较小，而且在先创新者享有先发优势、网络效应等诸多非知识产权激励，从而使这些领域的创新较少依赖知识产权保护。See Dan Burk/Mark Lemley, *Policy Levers in Patent Law*, 89 Va. L. Rev. 1575 (2003).

面的必要性不证自明。毕竟在康德看来，后果不可把握，唯有主观意愿才是善恶评价的对象。[107]所以才有强调惩罚目的的学者提倡不考虑损害，单依过错程度决定惩罚性赔偿。[108]

如果去除三倍赔偿中的惩罚因素，应当怎样理解作为加重赔偿前提的主观要件？实际上，涤除道德评判不仅不妨碍特定主观状态在确定赔偿额时发挥作用，而且有助于降低计算损害赔偿时的不确定性。道德评价是直觉判断而非精打细算。行为经济学表明，尽管不同裁判者在是否需要道德谴责上通常意见一致，但在谴责到什么程度的问题上却有天壤之别。依据道德谴责作出的惩罚性赔偿几乎没有标准可循。[109]

而从预防角度观察惩罚性赔偿，则能获得评价主观要件的全新视角。以补偿和预防为目标的损害赔偿之所以关心行为人的主观状态，乃是基于主观状态昭示的行为客观影响。对裁判者而言，直接考察行为的客观后果往往困难重重。尤其在客体无形、行为隐蔽的著作权和专利领域，用假设差额说计算损害赔偿，几乎是不可完成的任务。[110] 因此，运用辅助证据间接推测行为影响的手段显得不可或缺。不同的主观状态常常对应不一样的客观影响：一方面，故意和恶意支配的侵权造成损失的可能性与范围都更大，另一方面，此类侵权逃避追究的可能性也更大。[111] 因此，行为人的主观状态可作为行为客观效果的表征加以运用。[112] 但也正因为在损害赔偿领域，主观状态仅仅承担信息中介的作用，因此当特定主观状态既不影响损失大小，也不能帮助逃避侵权时，自然不应带来加重赔偿的法律后果。

（三）将改进程度纳入考虑

创新的连续性要求以创新活动为调整对象的规则体系应当特别警惕过度预防。而行为的创新程度不同，需要警惕过度预防的必要性也有差异。在后利用知识者创新程度越高，对社会的贡献越大，就越不应受到过度预防的威胁。引入三倍赔偿前，我国的著作权与专利制度总体而言只存在预防不足的问题，但引入后，则还存在预防过度的可能。

避免预防过度主要针对增加智力成果存量的利用行为。此类行为如果无法援引合理使用、默示许可等抗辩，即构成侵权，甚至可能被认定为故意侵权。将来专利法和著作权法引入三倍赔偿后，对并非简单抄袭的侵权，哪怕认定为故意，在判决加重赔偿时也必须异常慎重。如前所述，除非故意能间接证明更大的损失，否则即使存在故意也不应加重。美国的专利惩罚性赔偿已有前车之鉴：学者批评法院在认定故意后判处的惩罚性赔偿给在后发明人造成了避免研究已有专利的错误激励，结果减损了专利公开追求的社会效用。[113] 只有对抄袭型侵权而言，警惕预防过度的必要性才有所降低。此时如果存在故意，可以更宽松的标准适用加重赔偿，从而杜绝预防不足的可能。总之，在后利用的改进程度越高，适用加重赔偿就应当越谨慎。

---

〔107〕［德］康德：《道德形上学探本》，唐钺译，商务印书馆 2012 年版，第 8 页。作者据原文对译文进行了调整。

〔108〕参见前引〔4〕，罗莉文，第 32 页。

〔109〕参见前引〔77〕，Cass Sunstein 等文，第 2074 页。

〔110〕对约 4000 份判决的分析表明，绝大多数案件是通过法定赔偿确定损害赔偿额。见前引〔104〕，詹映书，第 129 页。

〔111〕Steven Shavell, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, 85 Colum. L. R. 1232, 1247 – 1248 (1985).

〔112〕同上文，第 1232 页。

〔113〕Mark Lemley/Ragesh Tangri, *Ending Patent Law's Willfulness Game*, 18 Berkeley Tech. L. J. 1085 (2003).

（四）避免考虑偿付能力

若将加重赔偿定位为超越预防效果的惩罚，意味着应根据侵权人的财富多少决定损害赔偿的数额。[114] 因为惩罚的目的在于使侵权人痛苦，而同样的赔偿数额给不同财力侵权人带来的痛苦并不相同。为施加同样的痛苦，偿付能力更强的侵权人必须支付更多的赔偿。类似观点受到认为加重赔偿追求惩罚目的的学者支持，却不能获得功利视角下的正当性。

功利视角下的加重赔偿不以令侵权人痛苦为追求，而意在滤除对现有知识无效率的后续利用。且不说著作权与专利侵权多由企业为之，令其“痛苦”是否可能本身便有疑问，[115] 即使侵权者有可能感受痛苦，令其痛苦也不是功利主义惩罚性赔偿的目的。实际上，财力微薄者完全可能对在先知识进行缺乏效率的抄袭并轻易逃避追究。若因其不够富裕而避免判处加重赔偿，将可能导致预防不足。而财力雄厚者进行的在后利用完全可能特别需要杜绝预防过度，体现对创新的推动。如果为了令侵权人痛苦而刻意提高赔偿数额，将有抑制创新之弊。如果在针对同样的侵权行为判赔时宽待小企业而严待大企业，一方面让小企业享受了额外保护，另一方面惩罚了大企业通过努力取得的市场成功，既不公平也无效率。因此，将侵权人的支付能力排除在考虑因素之外，尽管有违对“惩罚性赔偿”的直觉理解，却有助于实现著作权法与专利法损害赔偿的效率目标。

（五）兼顾其他威慑手段

从“非惩罚”角度解读加重赔偿得出的另一项反直觉结论，是要兼顾其他法律手段的预防效果。越将加重赔偿视为惩罚主观恶性的手段，就会越强调脱离其他法律手段的效果而专注评价主观要件。典型建议是泾渭分明地剥离补偿性赔偿与惩罚性赔偿，后者之确定纯依行为人主观恶性之高低，而无关行为客观结果之考察。[116] 但若承认著作权与专利损害赔偿的目的不在惩罚，而在补偿和预防，则不应完全脱离其他法律手段可能实现的效果，单独确定加重数额。最佳预防意味着威慑有上限，超过上限的威慑并不可取。而由于各种法律手段都伴随威慑效果，如果不考虑其他法律手段的威慑效果，孤立考察加重赔偿，等于放弃了使威慑总量尽可能接近最佳预防的努力。加重赔偿毕竟只是民事责任承担方式之一种。在判决加重赔偿时，如果有可能，应当结合特定侵权引发的其他民事、行政甚至刑事责任的幅度，确定最佳预防所需的威慑总量。[117]

结　语

创新作为一项社会生产活动，其推动社会发展的方式与有形财产的生产非常不同。这种特殊性使错误适用惩罚性赔偿的负面影响尤为明显，因此该领域特别需要排除惩罚目的。

---

〔114〕 参见前引〔4〕，罗莉文，第 32 页。美国专利判决中也常有体现，例如 St. Regis Paper v. Winchester Carton, 410 F. Supp. 1304, 1309 (1976).

〔115〕 不同研究都表明，对直接实施侵权行为的自然人之外的主体课以加重赔偿责任，难以达到惩罚目的。参见前引〔9〕，Mitchell Polinsky 等文，第 910 页；前引〔75〕，Roseanna Sommers 文，第 1297 页。

〔116〕 参见前引〔4〕，罗莉文，第 32 页。

〔117〕 有学者提出过类似思路，认为当侵权人已被判处刑事罚金或者行政罚款后，可考虑不再判处惩罚性赔偿。参见前引〔3〕，易建雄文，第 93 页。本文进一步认为，刑事罚金和行政罚款之外的其他救济手段，可能的话也应加以考虑。

“惩罚性赔偿”的名称增加了正确适用制度的难度，因此特别需要有意识地选择正确的解读方式，消除误导性标签的负面效果。从域外传入的标签并不重要，本国引入制度的目的才值得铭记。细读著作权法和专利法修订草案的立法理由中关于引入三倍赔偿的初衷，其实仅在补偿与预防。[118] 但因被贴上“惩罚性赔偿”的标签，便被读入“惩罚”目的。诚然，著作权与专利损害赔偿现阶段面临的主要问题是赔偿不足，但并非不存在对赔偿过度的忧虑。[119] 三倍赔偿赋予了法官较大的自由裁量权，若不结合制度目的对其解读加以引导与限制，便会造成不可欲的结果。与其待矫枉过正之后再纠偏，不如自始澄清制度目标，并随时依之检测制度效果。

Abstract: While enhanced damages are justified rules for copyright and patent infringements, punitive damages are not. Legal remedies provided to stimulate innovation cannot afford to over-deter, but the core element of punishment lies in moral condemnation that is exactly exposed to over-deterrence. The incremental nature of innovation implies that punishment is harmful since over-deterrence hinders subsequent innovation, and the profit-chasing nature of copyright and patent infringements renders punishment that exceeds optimal deterrence unnecessary. Another consideration against over-deterrence stems from the uncertain scope of exclusiveness of patent and copyright. Such uncertainty represents collective rational ignorance of society and thus should not disadvantage follow-on innovators unilaterally. Enhanced damages are introduced primarily for the purpose of full compensation and secondarily as a tool to achieve optimal deterrence by eliminating opportunistic behaviors under certain conditions. “Punitive damages” is a misleading label for rules that regulate innovation. Removing the punishing element from enhanced damages in copyright and patent law has important normative implications. Firstly, the non-punishing nature of enhanced damages largely reconciles the long existing conflict between triple damages and the principle of full compensation, while leaving sufficient room for more effective enforcement. Secondly, interpreting enhanced damages in an objective way provides a new perspective for the evaluation of “intention”, which understands the infringer's subjective element as an instrument for investigating the harm. Thirdly, the more significant the improvement made by subsequent innovation is, the more cautious judges should be when enhancing damages. Fourthly, enhanced damages without punitive element should be determined regardless how wealthy the infringer is. And lastly, as long as possible, the deterring effect produced by other legal remedies should be taken into consideration when calculating damages.

Key Words: copyright, patent, punitive damages, enhanced damages, innovation

〔118〕 参见《关于〈中华人民共和国著作权法（修订草案送审稿）〉的说明》第一部分：“（现行著作权法）对著作权的保护不够，难以有效遏制侵权行为，不足以激励创作者的积极性”；《关于〈专利法修改草案（征求意见稿）〉的说明》第三（四）部分：“填平原则无法补偿权利人因侵权遭受的全部损失”。

〔119〕 参见曾平、周详：《知识产权损害赔偿责任研究——对知识产权损害赔偿的个案分析》，《知识产权》2008 年第 4 期，第 61 页。