

知识产权法专题

知识产权侵权诉讼中的
过错责任推定与赔偿数额认定

——以举证责任规则为视角

吴汉东*

内容提要: 举证责任规则及其适用, 在知识产权侵权诉讼中具有重要意义。从过错推定责任的归责方法到赔偿数额确定的证据规则, 举证责任表现了民事实体法与民事诉讼法上的双重功能。本文试以举证责任分配的一般规则、特殊规则和补充规则为视角, 探讨知识产权侵权损害赔偿的责任要件、数额标准等。

关键词: 举证责任 过错推定 赔偿数额

DOI: 10.13415/j.cnki.fxpl.2014.05.015

一、知识产权侵权诉讼中的举证责任分配

举证责任又称“证明责任”, 是指在侵权损害赔偿诉讼中, “应当由当事人对其主张的事实提供证据并予以证明, 若诉讼终结时根据正常证据仍不能判明当事人主张的事实真伪, 则由该当事人承担不利的诉讼后果”。^① 由此可见, 举证责任涉及两个方面, 一是证据提出责任, 即当事人为主张的事实而提出证据的行为或活动; 二是诉讼结果责任, 即当事人有举证责任而未善尽时产生的败诉风险负担。

举证责任会产生实体与程序的双重效果, 由此可以从民事诉讼法和民事实体法的不同角度进行解读。江平教授在其早年一篇文章中认为“举证责任分为诉讼法的举证责任和实体法的举证责任。诉讼法上的举证责任是广泛的, 只要有诉讼要求就有举证责任。实体法的举证责任是指民法中的推定, 即实体法就责任的性质和责任的承担所作的法律认定”。^② 在民事诉讼中, 举证责任表现了当事人举证的必要性和必然性: 其一“为主张的人有举证义务, 为否定的人则无之”。^③ 当事人对自己所主张的事实, 有提供证据以证明其真实性之必要; 其二, “原告不尽举证责任时, 应为被告胜诉的裁判”。^④ 当事人对证明其主张不能提供证据或者提供的证据不能证明其主张具有真实性时, 有承受对其不利裁判之必然。在民法学理论中, 举证责任与侵权损害赔偿规则制度有着密切联系。我国学者对侵权损害赔偿归责原则的学理概括, 有所谓“单一归责原则说”(即过错责任)、“二元归责原则说”(即过错责任与无过错责任)、“三元归责原则说”(即过错责任、无过错责任、公平责任, 或者过错责任、过错推定责任、无过错责任)和“四元归责原则说”(即过错责任、过错推定责任、无过错责任、公平责任)。^⑤ 采取何种归责原则, 决定着当事人之间举证责任的分配状况。在一般侵权损害领域即过错责任中, 是由权利人即主张方负担举证责任, 而在特殊侵权损害领域即过错推定责任或无过错责任中, 法律则将一方当事人承担的举证责任以规则强制的方式分配给对方当事人承担。

* 中南财经政法大学知识产权研究中心教授、法学博士。本文在撰写过程中, 得到南京师范大学法学院李浩教授、中南财经政法大学法学院蔡虹教授的指点和帮助, 在此谨表谢意。

① 汤维建主编《民事诉讼法学》, 北京大学出版社2008年版, 第259页。

② 江平《民法中的视为、推定和举证责任》, 载《政法论坛》1988年第4期。

③ 骆永家《民事举证责任论》, 台湾商务印书馆1999年版, 第69页。

④ 前注③, 骆永家书, 第69页。

⑤ 参见刘心稳主编《中国民法学研究述评》, 中国政法大学出版社1996年版, 第628-631页。

举证责任的分配,就是按照一定的标准以确定当事人承担举证责任的范围,又称举证责任的分担。举证责任分配制度包括一般规则、特殊规则和补充规则:

“谁主张,谁举证”是为举证责任的“正置”,即是举证责任分配的一般规则。其适用于一般民事侵权诉讼,知识产权侵权损害赔偿案件概莫能外。我国《民事诉讼法》第64条第1款规定“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据”;《最高人民法院关于民事诉讼证据若干规定》(以下简称《证据规定》)第2条第1款规定“当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实或者反驳对方诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明”。上述规定是作为一般原则的举证责任“正置”在现代证明理论中,它是“规范说”所抽象出来的原则。^⑥ 举证责任围绕侵权损害赔偿责任的法律构成要件(损害事实、行为人过错、违法行为与损害事实之间的因果关系)而展开。根据德国学者罗森贝尔的“规范说”,民事实体法律规范按对立关系可以分为权利发生规范和权利对立规范(后者含权利消灭规范、权利妨碍规范和权利受制规范)。^⑦ 基于此,当事人应对有利于自己的法律规范要件事实加以主张和证明。具言之,原告应就知识产权发生和遭受妨碍的法律事实承担如下证明责任:(1)权利存在事实,例如权利登记证书(版权)、授权证书(专利)、注册证书和续展证书(商标)等证据;(2)权利妨碍事实,包括侵权主体的证据、权利侵害行为的证据、侵权期间的证据等;(3)侵权损害事实,包括权利人的实际损失或被控侵权人的违法所得的证据;(4)被控侵权人主观过错的事实,即存在明知或应知的主观状态之相应证据。上述举证责任分配的一般原则,是依据侵权损害赔偿归责的一般原则即过错责任原则的四个构成要件,对权利人即原告的主张而提出的“正置”举证责任。

“原告主张,被告举证”是为举证责任的“倒置”,即是举证责任分配的特殊规则。举证责任倒置可以说是证明责任的相对免除。主张方对特定的要件事实只负主张责任而不负证明责任,相对方应从反方向即不存在该要件事实负举证责任,其实质是免除了主张方的证明责任,转由相对方以相反证据推翻前述免证事实。简言之,举证责任倒置是原告主张,被告证明,是“谁主张谁不证明,谁不主张谁证明”。^⑧ 举证责任倒置的特殊规则,仅适用于民事侵权损害的特殊领域。前述《证据规定》明确指出“有关法律对侵权诉讼的举证责任有特殊的规定的,从其规定”。特殊侵权损害赔偿诉讼中的举证责任,首先见之于作为民事实体法的《民法通则》,该法第126条规定“建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的,它的所有人或者管理人应当承担民事责任,但能够证明自己没有过错的除外。”这说明,在建筑物致人损害诉讼中,受害人即原告基于损害事实提出赔偿之主张,建筑物所有人或者管理者即被告须提出已尽注意义务即主观无过错之证明。最高人民法院《证据规定》突破了实体法关于举证责任倒置之规定,就特殊侵权损害情形进行了细化和补充。适用举证责任倒置之特殊规则的有:新产品制造方法发明专利引起的侵权诉讼;建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼;共同危险行为致人损害的侵权诉讼;医疗行为引起的侵权诉讼。^⑨ 举证责任倒置是对依法律要件分类说所形成的“正置”举证责任的局部修正,有利于案件实体真实的再现,符合民事诉讼实体公正与程序公正的价值目标。在知识产权侵权诉讼中,举证责任倒置作为特殊规则,在司法适用中受到严格的控制。

此外,在民事侵权损害诉讼中还有兜底性的补充规则。根据《证据规定》第4条的规定,在法律没有具体规定,依照司法解释也无法确定举证责任承担时,法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担。该规则赋予法官一定程度的自由裁量权,在穷尽一般规则和特殊规则之后,综合个案情况,进行衡量,根据公平和诚实信用原则在当事人之间分配举证责任。关于举证责任分配的规则体系,各国立法例有不同的选择。对于举证责任正置,一些国家的立法(包括民事诉讼法和民法)不

⑥ 参见张卫平《证明责任分配的基本原理》,载何家弘主编《证据学论坛》(第16卷),法律出版社2011年版。

⑦ 参见薛永慧《民事诉讼举证责任刍议》,载《政法论坛》2004年第3期。

⑧ 前注⑦,薛永慧文。

⑨ 《证据规定》在特殊规则的适用领域,还规定了高度危险作业致人损害的侵权诉讼、因环境污染引起的损害赔偿诉讼、饲养动物致人损害的侵权诉讼、缺陷产品致人损害的侵权诉讼。我国民法学者大多认为高度危险作业责任、环境损害责任、饲养动物致人损害的责任、产品瑕疵责任等应为无过错责任,不涉及与举证责任倒置有关的过错推定责任。此外,多数民事诉讼法学者认为,上述侵权诉讼除环境污染引起的损害赔偿诉讼,涉及举证责任的倒置和抗辩事由,其他情形都是关于抗辩事由或免责事由的正置。

作规定(如德、日、意等国),也有国家在诉讼法或在实体法中作出规定(如法国、瑞士等);但对于举证责任倒置,往往作为特殊规则规定在民法典之中。质言之,适用于特殊侵权损害赔偿的特殊举证责任规则,有着法律的严格限定。因此可以认为,兜底性的补充规则,仅是对一般规则(不包含举证责任倒置的特殊规则)适用的兜底和补充,法官得以根据当事人举证能力等因素而在当事人之间进行举证责任的调整。补充规则往往在民事诉讼法与司法解释中作出原则规定。

总而言之,知识产权侵权损害赔偿归责原则,一般采取过错责任原则,适用举证责任正置的一般规则。但是,举证责任倒置作为特殊规则,则在个别侵权损害赔偿案件中有着适用价值。此外,知识产权损害赔偿数额认定,则依情形不同,在举证责任分配方面,采取一般原则与补充原则相结合的方法。以下,将从实体法与诉讼法的角度,在过错推定规则方法和损害认定证据规则的意义,述及知识产权侵权诉讼中的举证责任分配问题。

二、特殊知识产权侵权责任的过错推定与举证责任倒置

在侵权损害赔偿中,归责原则决定着侵权行为的责任构成要件、举证责任的负担、免责条件等。根据我国《民法通则》的规定,知识产权侵权损害赔偿,一般采取过错责任原则,其适用条件是侵权人知道或者应该知道他从事了侵权活动,即侵权人主观上有过错,且过错与损害结果有因果关系,这是侵权诉讼中作为证明对象的法律要件事实,也就是由原告即权利人提出相关证据证明。但是,全面适用过错责任原则有值得检讨之处,其原因就在于举证责任的分配。由于过错责任采取“谁主张谁举证”,对于权利人多有不利:知识产权所有人在一定期间内享有专有权利,但须将其知识产品公开,这样权利人既难以控制他人对知识产品的利用,也难以对他人的过错状况进行举证。对于上述情况,知识产权界多持批评态度,认为全面适用过错责任原则是为未经许可的使用人着想过多,而为权利人着想过少。从上世纪末到本世纪初,学术界乃至司法界主张对过错责任原则进行补充和修正,即对知识产权侵权损害采取二元归责原则。其中代表性的观点主要有两种,一是以无过错责任为补充原则;^⑩二是以过错推定责任为补充原则。^⑪从目前的司法和行政立法的情况来看,针对特殊的知识产权侵权行为并未适用无过错责任原则,而是采取过错推定责任的方法。^⑫

过错推定即是对过错的推断认定。具言之,行为人是否有过错,必须通过“推定”的方法来认定,并在推定其有过错后予以“归责”。有学者将现代民法上的过错推定规则概括为以下三种类型:一是根据行为人不具备法定免责事由而作出的过错推定,即无法定免责事由的过错推定规则;二是根据受害人对行为人的过错举证而作出的过错推定,即受害人举证的过错推定规则;三是加害人对自己没有过错的举证不能而作出的过错推定,即加害人举证不能的过错推定规则。^⑬过错推定在形式上表现出举证责任分配的独特性,即举证责任倒置。在这个意义上,上述第二种类型,即受害人对侵权人的过错承担证明责任,不过是适用一般侵权行为的过错推定,是传统过错责任原则中固有的推定形式,并非严格意义上的过错责任推定方法。根据我国《民法通则》的规定,特殊侵权损害的民事责任,大部分是采用无法定免责事由和加害人举证不能的过错责任推定方法。特殊的知识产权侵权损害行为,适用这一规则,须把握以下几个要点:(1)过错推定归责方法仅适用于特殊知识产权侵权损害情形。王利明教授在分析过错推定责任的适用范围时,讲到两个方面的原因:一方面,由于科技的发展,新设备、新产品相继问世,致损原因并不是通过一般常识就能判断,而需要高度的科学知识才能识别;另一方面,由于加害人往往控制了致损原因,而受害人对此种原因又常常处于无证据状态。^⑭上述情形亦存在于知识产权侵权领域之中。概言之,一般知识产权侵权行为适用过错责任归责原则,特殊知识产权侵权行为方适用过错推定归责方法;(2)过错推定归责方法是为一种特殊过错推定。过错

^⑩ 代表性著述有郑成思《侵害知识产权的无过错责任》,载《中国法学》1998年第1期。

^⑪ 代表性著述有吴汉东《知识产权保护论》,载《法学研究》2000年第1期。

^⑫ 相关司法观点参见最高人民法院民事审判第三庭“著作权侵权损害赔偿问题”课题组研究成果,相关文章参见董天平等《著作权侵权损害赔偿问题研讨会综述》,载《知识产权》2000年第6期;蒋志培《TRIPS肯定的知识产权侵权损害的归责原则和赔偿原则》,载《法律适用》(国家法官学院学报)2000年第10期。相关规定,前者参见最高人民法院《证据规定》第4条;后者参见国家工商行政总局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》第5条。

^⑬ 参见王利民等《民事责任归责原则新论》,载《法学评论》2006年第6期。

^⑭ 参见王利明《论过错推定》,载《政法论坛》(中国政法大学学报)1991年第5期。

推定有一般过错推定和特殊推定之分。一般过错推定的特征在于被告只要能证明其没有过错,就可以推翻过错推定;而特殊过错推定的特征在于被告须证明有法定抗辩事由的存在,方能表明自己主观上无过错,因此后者又被称为是“不可推倒的过错推定”。^⑤在特殊过错推定的情况下,侵权人不能仅证明自己已尽到注意义务,而且要证明有法定抗辩事由的存在。关于法定抗辩事由,一般在相关具体法律制度中有明确规定,概为知识产权权利限制规范,如合理使用(著作权)、权利穷竭(著作权、专利权)、为科学研究而使用(专利权)、先用权人的使用(专利权、商标权)、善意使用(布图设计权)等。(3)过错推定所产生的民事责任,是有别于过错责任和无过错责任的“中间责任”。^⑥在特殊知识产权侵权行为中,适用过错推定归责方法有其特殊的法价值考量,即在程序公正的价值目标指引下通过举证责任倒置的方式,消除双方当事人举证能力的差异,以实现个案的实体正义。具言之,法律责令侵权人承担举证责任,可以免除权利人的举证困难(优于过错责任原则),同时也使得侵权人有抗辩机会,不至于仅因损害结果而负赔偿责任(不同于无过错责任原则)。法律上的过错推定,“实为保护被害人技术运用,旨在保护被害人利益”。^⑦

过错推定责任归责方法的适用范围,一般须采取法定主义原则,即应由法律法规以及司法解释等规范性文件作出明确规定,而不能由法官根据个案作出自由裁量。《民法通则》就建筑致人损害等个别情形规定了过错推定责任,并未涉及知识产权侵权领域。《专利法》就新产品制造方法发明专利的专利侵权诉讼,作出了举证责任倒置的规定。上述规定见之于上个世纪80年代,因此相关立法多有滞后而不敷使用。在新信息技术、新传播媒介广泛运用的条件下,侵犯知识产权的行为与智力成果的利用相联系,往往具有相当的技术含量。因此,针对一些新型知识产权侵权损害行为,应在侵权责任之认定、举证责任之分配方面作出特别规定。笔者认为,以下三种情形可考虑列入适用范围:

1. 方法发明专利侵权。生产产品的方法是在生产制造过程中使用的,方法专利所有人很难进入对方的生产地获取直接证据,以证明被告的生产方法与原告专利方法相同。若由原告举证,往往因举证困难而使专利权人处于不利地位。世界贸易组织《知识产权协定》第34条规定,在专利侵权民事诉讼中,如果专利的内容系获得产品的方法,司法当局应有权责令被告证明其获得相同产品不同于该专利方法。我国《专利法》第57条第2款规定,对发明专利产品制造方法,制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法不同于制造方法的证明。最高人民法院《证据规定》第4条第1项也对此作出相应规定。在方法发明专利侵权诉讼中,证明是否使用了专利方法,涉及到“相同产品”要素和“相同方法”要素。其证明的逻辑顺序是“相同产品”要素在前,若前一构成要素不能证明,则无需证明后面的要素。^⑧在这里,原告依然应就权利存在事实举证,一是证明实施方法专利所获得产品是“新产品”,二是证明被控侵权产品与使用方法专利的产品是“相同产品”。而被告则就“相同方法”要素即权利妨害事实举证。“相同方法”比对是“相同产品”比对的继续,是方法专利侵权责任证明的要素,须由被告就被控侵权方法与方法专利保护范围的非关联性进行举证。概言之,方法是否相同的证明方式适用于举证责任倒置。

2. 商业秘密侵权。商业秘密是一种未公开而为持有人通过保密措施予以维系权益的信息。在商业秘密侵权案件中,权利人应该且能够对于自己控制的权利事实进行举证,如相关信息的秘密性、保密性,对方获取商业秘密的可能性等,但对于相对人获取同一商业秘密的途径和方法,往往存在举证困难。这是因为商业秘密不具有绝对意义上的独占性,同一秘密信息可能为多个主体所拥有,其合法获取的途径也不尽相同,如自行构思、善意取得、反向工程等。因此,不少学者和法官主张对被告取得商业秘密的手段,采取举证责任倒置的方式,进行过错责任推定。^⑨对此作出规定的是行政规章。1995年国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商

^⑤ 参见王利明主编《民法·侵权行为法》,中国人民大学出版社1993年版,第94页。

^⑥ 郭明瑞教授认为过错推定责任兼具过错责任与无过错责任的特点,且不能被过错责任、无过错责任所取代。参见郭明瑞《侵权立法若干问题思考》,载《中国法学》2008年第5期。

^⑦ 王泽鉴《民法学说与判例研究》(第2册),中国政法大学出版社1998年版,第198页。

^⑧ 参见王晓《对制造方法发明专利侵权的一点思考》,载钱锋主编《中国知识产权审判研究》(第二辑),人民法院出版社2010年版,第169页。

^⑨ 参见邵中林《关于知识产权诉讼证据的若干热点问题》,载最高人民法院知识产权审判庭编《知识产权审判指导与参考》(第一卷),法律出版社2000年版,第87页。

业秘密行为的若干规定》第5条规定:权利人(申请人)认为其商业秘密受到侵害,向工商行政管理机关申请查处侵权行为时,应当提供商业秘密及侵权行为存在的有关证据。被检查的单位和个人(被申请人)及利害关系人、证明人,应当如实向工商行政管理机关提供有关证据。权利人能证明被申请人所使用的信息与自己的商业秘密具有一致性或者相同性,同时能证明被申请人有获取其商业秘密的条件,而被申请人不能提供或者拒不提供其所使用的信息是合法获得或者使用的证据的,工商行政管理机关可以根据有关证据,认定被申请人有侵权行为。第3款规定系为举证责任倒置和过错推定归责,是一项“极为重要的突破性规定”。^①在商业秘密侵权诉讼中,关于秘密信息的侵权使用,涉及举证的证明要素有“接触相似”与“合法来源”。原告即权利人对“接触相似”要素负举证责任,首先要证明“被申请人所使用的信息与自己的商业秘密具有一致性或者相同性”,即受保护的秘密信息与被控使用的信息是为“相同信息”,同时也要证明“被申请人有获取其商业秘密条件”,即侵权人与权利人存在着某种形式的“非法接触”。被告即侵权人则就“合法来源”要素即取得或者使用商业秘密的合理性事实提供证明,这即是在程序上倒置的举证责任。“被申请人不能提供其所使用的信息是合法获得或者使用的证据的”,工商行政管理机关可以认为被申请人有侵权行为,即构成过错推定责任。在司法实践中,原告证实被告使用了自己的商业秘密而又没有证据证明对方手段非法的情况下,能否要求被告承担举证责任,是一个有争议的问题。尽管如此,对于一些技术复杂、保密措施较强的商业秘密案,法官主张应由被告对获取手段的正当性负举证责任。可以认为,技术秘密与方法专利有相似之处,即原告对被告使用该技术、该方法的非正当性事实存在着举证困难。在这种请情况下,根据《证据规定》,可以依法律规定进行推定(如方法专利),或依已知事实和日常生活经验法则进行推定(如技术秘密)。^②从法定主义原则出发,针对技术秘密的侵权损害,相关法律法规似应将这种生活经验法则上升为过错责任推定和举证责任倒置的制度规定。

3. 计算机软件侵权。“对计算机软件侵权行为的认定,实际上是指对发生争议的某一计算机程序与比照物(权利明确的正版计算机程序)的对比和鉴别。”^③在计算机软件侵权诉讼中,作为法律规范要件事实的主要证据是:(1)原、被告双方软件在功能和流程上有相似之处;(2)被告接触过原告的软件。这即是司法界在软件侵权案件中普遍采用的“实质相似+接触”的证据规则。^④在著作权法上,软件作品视同文字作品受到保护,但其具有区别于一般文字作品的特异性,即计算机程序的不唯一性。计算机专业理论告诉我们,一项源程序只能生成一种确定功能的目标程序,该目标程序虽有不同形式但其实质相同,而一项目标程序却不能确定只来源一种源程序。^⑤两个运行结果相同的计算机程序,不一定构成侵权;而两个不完全相似的源代码程序,并非不构成侵权。在这里,比对鉴别两个软件的源代码是否“实质相似”,就成为侵权诉讼中的证明要素。关于举证责任的分配,首先由原告提出证明:被告销售或许诺销售的软件与自己享有著作权的软件具有相似性,被告方曾接触过自己享有著作权的软件。在原告以“实质相似+接触”为事实依据提出诉讼请求后,被告应就其被告侵权软件的独创性承担举证责任,提供源程序以证明其软件程序是自行开发的,否则法官可推定其软件是侵权复制品。从证据取得而言,软件作品所有人一般只能获取被告目标程序和使用该程序的文档资料,而无法取得对方的源程序。有基于此,“可就特定事实加重被告方的举证责任”,^⑥即在计算机软件侵权诉讼中采用举证责任倒置。

总之,上述三种情形可适用举证责任倒置,这是一种“有限举证责任规则”,即被告应就方法、技术、程序是否相同这一事实举证;同时它与“过错推定归责方法”相联系,即在举证不能的情况下须承担民事责任。

三、知识产权损害赔偿数额认定与举证责任分配

损害赔偿数额是侵权诉讼的核心内容,侵权损害责任确认之后,权利人的诉求主要集中于损害赔偿数额

^① 孔祥俊《商业秘密保护法原理》,中国法制出版社1999年版,第289页。

^② 参见孔祥俊《商标与反不正当竞争法》,法律出版社2009年版,第842页。

^③ 李国光主编《知识产权诉讼》,人民法院出版社1999年版,第326页。

^④ 参见陈锦川《关于著作权侵权诉讼举证责任的分配》,载蒋志培主编《中国知识产权司法保护》,中国传媒大学出版社2008年版,第234页。

^⑤ 参见李雪宇等《著作权诉讼证据实务操作指引》,知识产权出版社2010年版,第15页。

^⑥ 前注^①,郅中林文。

的认定。关于知识产权损害赔偿数额的确定,存在着两个问题,即损害赔偿的计算标准和损害赔偿数额的证明。^{②⑥}

关于损害赔偿数额的计算标准。《知识产权协定》第45条对损害赔偿的数额认定,作了两条原则性规定:一是向权利人支付足以弥补因侵权而造成的损失,包括适当的律师费以及其他开支。缔约方应有权为之;二是在适当场合下,即使侵权人无过错,也可责令其向权利人返还所得利润,或令其支付法定赔偿额。缔约方可选择为之。从国际立法例看,德国、日本在其知识产权法中均采取权利人具体损失、侵权人所获得利益、合理的许可费的方法,以此作为损害赔偿计算的基本标准。我国知识产权法对损害赔偿数额的认定主要设置了三种方法,即权利人因被侵权所受到的损失、侵权人因侵权所获得的利润,人民法院根据侵权情节判决的赔偿。现行《著作权法》第49条、《商标法》第63条和《专利法》第65条,均为计算损害赔偿数额的具体条款。需要说明的是,有关专利权、商标权的损害赔偿数额的确定,相关法律还规定了按照许可使用费的倍数计算的办法。关于权利人实际损失、侵权人违法所得、许可使用费以及法定赔偿的计算方法,知识产权法在适用方面有着严格的先后顺位规定:司法机关在确定侵权损害赔偿数额时,首先“应当”以权利人实际损失为依据;在实际损失难以计算的情况下,“可以”适用侵权人违法所得。在商标、专利侵权诉讼中,实际损失或者侵权所得难以确定的,“参照”许可使用费的倍数合理确定。上述计算方法不能确定的,由法院采取法定赔偿。上述方法在适用时的基本路径是“实际损失”→“违法所得”→合理许可使用费(仅适用商标、专利侵权诉讼)→“法定赔偿”。^{②⑦} 著作权法损害赔偿除数额的计算,除前述方法外,还可适用“实际损失”→“法定赔偿”的路径。最高人民法院《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条规定,“人民法院在确定侵权赔偿数额时,可以根据被侵权人的请求,按照其因侵权行为所受直接经济损失和所损失预期应得利益计算赔偿数额;也可以按照侵权人因侵权行为所得利益计算赔偿数额。”在这里,司法解释赋予被侵权人在实际损失和违法所得之间的自由选择权,改变了著作权法关于两者适用的先后顺位。^{②⑧} 笔者认为:关于知识产权侵权赔偿数额的计算,必须明确以下几项规则:第一,遵循全面赔偿原则。损害赔偿原则主要有全面赔偿原则、过失相抵原则和平衡原则。其中,全面赔偿原则为知识产权损害赔偿乃至整个民事侵权赔偿中的最高指导原则。在知识产权侵权诉讼中,侵权人应对权利人因侵权行为产生的实际损害进行全部赔偿,包括直接损失和间接损失,以及可得利益、精神损害等。第二,构建赔偿数额基准。损害赔偿数额的计算方法,从本质上讲概为法律设定的推定方法和裁量技术,其目的在于准确把握财产损失尺度,以达到“填平”和“回复”权利状态的目的。国外立法通行实际损失、侵权所得、合理许可费三种计算方法,以此作为赔偿数额基准。我国知识产权法似可统一推行之,不必拘泥于专利和商标法域。此外,在上述方法不敷使用时,还可适用法定赔偿的方法。第三,取消赔偿数额基准的适用位序。我国现行知识产权法对实际损失、侵权所得、合理许可使用费的计算方法规定了适用上的先后序位,只有在前者难以确定时,才可适用后者。以职权主义的做法,设置三种计算方式的适用位序,遭致许多学者的批评。参照美、德等多数国家的做法,从意思自治原则出发,我国立法有必要改变赔偿数额基准的先后适用规则,明确各计算方法的独立平行位阶,赋予当事人以自由选择权。具言之,即是三种计算方法平行规定,允许权利人根据损害程度、证据材料、对方财力等具体情况,自行选择具体救济方案。

关于损害赔偿数额的举证责任。在知识产权侵权诉讼中,是由当事人对损害赔偿数额履行主张责任和提供证据责任。根据前述举证责任分配的一般规则,权利人即原告需要就其提出的损害赔偿数额诉求进行举证,如果举证不能或举证状态不明,该赔偿数额之主张不予支持。这即是损害赔偿数额计算的证明困难,它表现在两个方面:按照实际损失计算赔偿数额,权利人自身很难证明其知识产品在相关市场中的确切份额、其遭受的实际损失与侵权行为之间的确切比例,因此这一计算方法的适用机率较为有限;按照非法所得计算赔偿数额,虽比较简单易行,但对于诉讼而言必要的事实资料或证据材料有时由侵权人掌握,存在着证

^{②⑥} 参见唐力等《论知识产权诉讼中损害赔偿数额的确定》,载《法学评论》2014年第2期。

^{②⑦} 依《著作权法》第49条第2款规定,实际损失或者违法所得不能确定的,可以使用法定赔偿;依《商标法》第63条第2款、《专利法》第65条第2款规定,实际损失、违法所得和许可使用费难以确定的,可以适用法定赔偿。

^{②⑧} 参见王芳《论ACTA下著作权侵权损害赔偿数额确定问题》,载《知识产权》2012年第4期。

据材料不易获得的情形。针对上述损害赔偿数额的证明困难,法律对举证责任一般规则的适用作出了补充规定,即在掌握证据资料的侵权人无正当理由拒不提供证据时,可适用“证明妨碍的推定”。在民事诉讼理论中,“证明妨碍制度是指当事人因可归责于对方当事人或第三人在诉讼中或诉讼外、故意或过失的作为或不作为,致使自己的证明行为变得困难或不可能,从而法院在认定事实时做出对被妨碍的当事人有利调整的制度。”^②在国际立法例上,2004年欧盟《知识产权执法指令》第6条规定,对于损害的确定(如侵权人非法所得的利润),法院可要求侵权人提交相关文件,包括“银行账户、金融或商业文件”。在我国,2013年《商标法》修正案第63条第2款规定,人民法院为确定赔偿数额,在权利人已经尽力举证,而与侵权行为相关的账簿、资料主要由侵权人掌握的情况下,可以责令侵权人提供与侵权行为相关的账簿、资料。笔者认为,上述条款的法律适用,应把握以下要点:第一,“权利人已经尽力举证”。当事人须有明确的诉讼请求,列明知识产权损害赔偿诉讼中请求给付的具体数额。“如果一方当事人已经提供足够支持其权利主张的,并能够合理取得的证据,同时指出了由另一方当事人控制的证明其权利主张的证据”(参见欧盟《知识产权执法指令》),法院有权责令另一方当事人提供证据;第二,侵权人提供与侵权行为相关的资料,须以商业秘密受到保护为条件。对于具商业规模的侵权案件,侵权人需提供的证据材料,多为“银行账号、金融或商业文件”,其中涉及受保护的商业秘密。法院必须在对秘密信息给予保护的条件下,方可责令侵权人提供相关证据材料(参见欧盟《知识产权执法指令》);第三,侵权人拒不提供证据属于“证明妨碍的行为”。负有举证责任的一方当事人主张事实所依据的证据,由对方当事人所持有,如其无正当理由拒绝提供的,该方当事人将无法完成举证,证据持有人的行为由此构成“证明妨碍行为”;第四,法院根据前述情形,得适用“证据妨碍的推定”。有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供,如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人,可以推定该主张成立(参见最高人民法院《证据规定》),即法院“可以参考权利人的主张和提供的证据判定侵权赔偿数额”(参见《商标法》修正案)。总之,对“证据妨碍行为”适用赔偿数额的“法律推定”,一方面保护了应举证而无法举证之原告的正当权利,另一方面有助于促使证据持有人提供相关证据以保证真实情况的发现,从而保障了民事实体法的有效实施。

知识产权侵权诉讼中的举证责任分配,在过错推定责任的归责方法与损害赔偿数额的证据规则两个方面发挥着作用,体现了民事实体法与民事诉讼法的公正价值交汇,即实体公正与程序公正的两者统一。

Abstract: The rules of burden of proof about presumption of fault liability and determination of damages in intellectual property infringement litigation, which have both substantive and procedural effect, are consisted of general rule of “the one who claims bears the burden of proof”, special rule of “shift of burden of proof” and supplementary rule based on equity and good faith. In light of fault liability, general rule exists in most intellectual property cases, according to which the party bringing the claims bears the burden of proof. In litigation involving patent on invention of methods, trade secret and software, where “presumption of fault liability” is applied, burden of proof shifts and defendant is liable unless he or she demonstrates otherwise. With regard to damages, tests for calculating damages and methods of proving damages are two main issues. Plaintiff may choose among actual damages, unlawful income of infringer, and reasonable royalties which are all provided in the law; and for proving damages, plaintiff usually carries the burden to prove the actual damages, and legal presumption of the amount of damages should be applied by plaintiff’s request when defendant constitutes “obstruction of evidence”.

Key Words: Intellectual Property Infringement Litigation; Allocation of Burden of Proof; Presumption of Fault Liability; Determination of Damages

(责任编辑:张素华)

^② 包冰锋《民事诉讼证明妨碍制度的法理基础》,载《南通大学学报》(社会科学版)2011年第2期。